

令和 6 年 6 月 12 日現在

機関番号：11501

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2020～2023

課題番号：20K01345

研究課題名（和文）併合罪加重に関する比較法的研究

研究課題名（英文）A comparative study of consolidated punishment

研究代表者

西岡 正樹（NISHIOKA, Masaki）

山形大学・人文社会科学部・教授

研究者番号：40451504

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,400,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は、わが国の現行刑法典に存在している併合罪加重規定について、ドイツ、スイス、オーストリアとの比較法研究を基礎として、当該規定が理論的に正当化し得るかを批判的に検証するという見地から、当該規定が孕む問題点を抉り出し、併合罪へのあるべき対応策を提示することを目的とするものである。

本研究は、研究期間を通して、わが国の併合罪加重規定が孕む問題性を検証し、その一部を論文として公表した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、刑法学における責任論と刑罰論の観点から、ドイツ語圏刑法との比較法的手法を用いながら、併合罪加重規定の解釈と運用の実態を明らかにすることによって、併合罪加重規定の合理性を検証するものであり、この点に学術的意義が認められる。そして、併合罪加重規定の解釈と運用の問題点を明らかにすることによって、併合罪へのあるべき対応策を提示することを目指したものであり、この点に社会的意義が看取される。

研究成果の概要（英文）：This study is a critical investigation of consolidated punishment in Japanese criminal law based on comparative study of law in Japan and Germany/Switzerland/Austria. The purpose of this study is to uncover the problems inherent in the provisions for consolidated punishment and to present appropriated countermeasures against consolidated punishment.

Through a study period, it is examined the problems inherent in the provisions for consolidated punishment in Japanese criminal law and published a part of this study as an article.

研究分野：刑法学

キーワード：責任論 刑罰論 責任主義の原則 併合罪加重 量刑責任

1. 研究開始当初の背景

(1) わが国の現行刑法典(以下、刑法)は、45条において「確定裁判を経ていない二個以上の罪を併合罪とする。ある罪について禁錮以上の刑に処する確定裁判があったときは、その罪とその裁判が確定する前に犯した罪とに限り、併合罪とする。」と規定し、さらに、47条において「併合罪のうち二個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、その最も重い罪について定めた刑の長期にその二分の一を加えたものを長期とする。ただし、それぞれの罪について定めた刑の長期の合計を超えることはできない。」と規定する。つまり、同時審判の可能性がある数罪を併合罪とし、その処断について、有期の自由刑に処する場合に、加重単一刑主義を採用することを明らかにしている。

(2) わが国の併合罪規定に関して、従来の学説においては、主として、「確定裁判」によって併合罪関係が遮断される根拠について議論がなされてきた(中島広樹「刑法45条後段の解釈について」大宮ローレビュー9号〔2013年〕44頁以下)。この点に関する有力な見解は、人格責任論の見地から、「有罪判決の確定によって、評価の対象としての人格形成の一連性が遮断される」旨主張する見解である(団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』〔1990年〕449頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』〔2008年〕507頁)。このような理解から、加重単一刑主義の実質についても、「併合罪にあたる各構成要件の法定刑が基準となるのであって、各犯罪の量刑判断を経た複数の懲役刑や禁錮刑を機械的に合算する趣旨でないことは、具体的犯行に現れた主体的人格が処罰の対象となる点からも明らか」(佐久間修『刑法総論の基礎と応用』〔2015年〕282頁)との主張がなされている。これに対して、加重単一刑主義は行為責任を基礎とするとの見方(平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』〔1981年〕230頁)も存在するように、加重単一刑主義の内実に対する理解は一致を見ておらず、したがって、併合罪加重規定に関しては、理論的に未解決の問題が残存している。

2. 研究の目的

(1) 本研究は、わが国の併合罪加重規定を研究対象とする。同時審判の可能性がある数罪の処理については、わが国のみならず、諸外国においても様々な対応がなされており、各国が採用する処断方法も区々である。例えば、ドイツ、スイス、オーストリアのドイツ語圏刑法は、「行為者の責任に応じて(あるいは、行為者の責任を基礎として)量刑を行う」旨の規定を持ちながら、同時審判の可能性がある数罪について、いずれも異なった処断方法を採用。このような対応の相違は何処に求められるのであろうか。

(2) 本研究は、諸外国との比較法研究を基礎として、わが国の併合罪加重規定について理論的検証を行なう。具体的には、行為責任論を堅持する立場から、現行刑法に存在している併合罪加重規定が孕む問題点を抉り出し、併合罪へのあるべき対応策を提示することを目的とする。

3. 研究の方法

(1) 研究代表者は、大学院在学以来、刑法学における責任論を研究テーマとしている。博士論文においては、従来唱えられてきたわが国の刑法学およびドイツ刑法学における責任構想を分析し、刑罰論との関係を意識しつつ、あるべき「責任」概念を探求する作業を行なった。そこで得られた自身の責任構想に基づき、科学研究費助成会をも受け、わが国の累犯加重規定および常習犯加重規定の問題性について検証した(「累犯加重規定の現代的意義に関する批判的研究」若手研究(B)課題番号25780043および「常習犯規定に関する総合的研究」基盤研究(C)課題番号17K03422)。結論として、行為責任論の立場からは、累犯加重および常習犯加重は理論的に正当化し得ず、累犯・常習犯対策の主戦場は、刑事政策にあることを示した。そして、これらの研究を経て、累犯および常習犯とともに刑罰加重の対象とされる併合罪に関する理論的考察が必要であるとの認識に至った。

(2) 本研究においては、刑事責任論および累犯加重・常習犯加重に関する研究代表者の研究を基礎として、内外における近時の刑事責任論および併合罪を巡る理論展開を考究した上で、わが国の併合罪加重規定が胚胎する刑法理論的および刑事政策的問題点を明らかにする。具体的には、刑事責任論に関する研究代表者のこれまでの研究を下地として、併合罪加重の根拠について、先行研究を踏まえつつ再検証する。この検証によって、現行の併合罪加重規定が行為責任論の見地からは正当化困難であることを理論的に明らかにする。ドイツ、スイス、オーストリアのドイツ語圏刑法における実在的競合規定について考察する。実在的競合に対してそれぞれ異なった処断方法を採用するドイツ語圏刑法の規定について、各国刑法学の議論を踏まえ、理論的検証を行なう。前記および得た研究成果を踏まえた上で、わが国の併合罪加重規定の合理性を検証し、立法政策も含め、併合罪へのあるべき対応策を提示する。

4. 研究成果

(1) 1880年に公布され、1882年から施行されたわが国の旧刑法は、同時審判の可能性がある数罪の処理に関して、「数罪併発」の規定を有していた(松尾浩也解題=倉富勇三郎ほか編『増補刑法沿革綜覧』〔1990年〕15頁以下)。さらに、旧刑法より前の仮刑律(1868年)、新律綱領(1870年)、改定律例(1873年)においても、数罪併発に関する規定が置かれていた。そして、これら数罪併発規定においては、同時審判の可能性がある数罪のうち最も重い罪の法定刑によって処断するという吸収主義が採用されていた。これに対して、現行刑法は、数罪併発の名称を併合罪と改めた。そして、現行刑法の併合罪規定は、併科主義を原則としながら、例外的処理として、46条については吸収主義を、47条については制限併科主義を採るものとされている。

(2) 累犯加重および常習犯加重の根拠を巡る議論と比較して、従来、併合罪加重の根拠を巡る議論はあまり活発になされてこなかったように思われる。その理由として、併合罪加重の実体が減輕主義であり(中野次雄「併合罪」『刑事法講座第7巻・補巻』〔1953年〕1372頁)、また、併合罪加重に関する刑法47条の解釈が正面から争われる事態が発生しなかったことに求められるよう。このような状況に変化をもたらしたのが、刑法47条の法意が争われた最判平成15年7月10日刑集57巻7号903頁(新潟少女監禁事件。以下、平成15年判決)の登場である。この平成15年判決が採る刑法47条解釈に対しては、「法文に忠実」かつ「現行法の基本的立場に整合的」との評価とともに、行為主義・責任主義からの乖離の虞が指摘されており(井田良『変革の時代における理論刑法学』〔2007年〕237頁以下)、学説においては批判的な見解の方が多い(内田幸隆「併合罪における統一的评价の限界について」川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕〔2014年〕832頁以下)。他方で、行為主義・責任主義の原則を重視する見地に拠る刑法47条解釈の正当性に対しても疑問が提起されている(永井敏雄「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成15年度〕』393頁)。したがって、行為責任論を採り責任主義の原則を堅持する立場から併合罪加重をいかに根拠づけるか、あるいは根拠づけが困難である場合、立法も含め如何に対応すべきかが改めて問われるべきである。

(3) 上述のように、平成15年判決を契機として、刑法47条の解釈を巡る議論が活発となり、諸種の見解が提示されたが、行為責任の原則を堅持する立場からは、併合罪の処断方法については、一罪毎に各罪の刑を科す併科主義を採用することが理にかなうものであろう。しかしながら、併科主義を純粹に貫くと、とりわけ有期自由刑の処断においては、刑期が長くなり、刑の執行が受刑者にとって過酷となること(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻』〔2013年〕237頁〔中山善房])や、犯罪に対する評価として重過ぎ、予防的見地(とりわけ、特別予防的見地)からも、不要かつ無意味な刑となるおそれ(井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』〔2018年〕590頁)が指摘される。したがって、47条は制限併科主義を採用したわけであるが、現行併合罪規定について、理由書が、「併合罪ト称スルモ各罪ヲ合併シテ新ニ一罪ト為スニ非スシテ各罪ハ尚ホ独立シテ存在セシメ唯之ヲ併合シテ処断スル義ナリ」(松尾解題=倉富ほか編・前掲2148頁)と説明していることは、現行併合罪規定が新潟少女監禁事件控訴審判決に親和的であることの証左であることを看過してはなるまい(城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』〔2009年〕45頁参照)。さらに、47条ただし書についても、理由書で述べられているように、「此ノ如ク規定セサレハ却テ制限併科ノ趣旨ニ反シ純粹ニ各刑ヲ併科シタルヨリ一層不利益ナル効果ヲ犯人ニ及ホスニ至ル」(松尾解題=倉富ほか編・前掲2150頁)可能性を回避するために設けられたものである。仮に47条ただし書がなければ、例えば、刑法155条1項の公文書偽造(法定刑は1年以上10年以下の懲役)と同法261条の器物損壊(法定刑は3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料)が併合罪とされ、懲役に処する場合、47条本文のみによれば処断刑の上限は懲役15年となる。これに対して、同条ただし書があれば、上記の場合、処断刑の上限は懲役13年となるが、これは、47条において、ただし書が、個別行為責任の観点から想定される「枠」としての法定刑の範囲内で処断刑を形成すべきことを示唆するものであると解され得る。

(4) なお、併合罪については、実務上、「各罪において相当とされている刑を合算した刑よりは、相当程度下回る刑を言い渡す」という意味での「併合の利益」があるとされている(長井秀典「数罪と量刑」大阪刑事実務研究会『量刑実務大系(第1巻)量刑総論』〔2011年〕280頁。さらに、大阪地判平成16年10月1日判時1882号159頁参照)。ここで問題となるのは、同時審判の可能性がある数罪について、量刑上「併合の利益」が認められる根拠であるが、この問題については、これまで、「責任非難の逕減」や「行為者事情の重複」を根拠とする見解等が主張されてきている(長井・前掲283頁以下。さらに、内田・前掲838頁以下参照)。量刑において「併合の利益」が認められるとするならば、併合の利益の根拠は、いわゆる量刑事情に見出されるべきであろう(長井・前掲284頁以下参照)。そして、行為責任の原則を堅持する立場からは、量刑に際して考慮されるべき事情として、個別行為責任に係る事情(犯罪行為の違法性および有責性に係る事情)、行為者関係的な犯罪前の事情、および、犯罪の事後処理の観点から理解され得る、行為者関係的な犯罪後の事情に大きく三分して捉えるのが妥当と考えるが、このうち、併合の利益に係るものは、個別行為責任に係る事情、すなわち、いわゆる「犯情」に対応するものである。なぜならば、「併合の利益」が「原則的に」認められるとするならば、

その根拠は、犯罪行為それ自体に関する事情として客観的に把握し得る「行為」に係る関係する事情に見出されるべきと考えるのが、行為責任の原則を堅持する立場から導出される帰結だからである。そして、のうち、犯罪行為の違法性については、「(侵害または危殆化された)法益の質と量」および「(法益侵害・危殆化へと至る)行為遂行態様の悪辣性」が判断され、他方、犯罪行為の有責性については、責任能力、故意・過失、違法性の意識(の可能性)期待可能性を評価対象として、犯人の個別的・主観的非難可能性の程度が問われるべきであろう。

(5) 上述のように、行為責任の原則を堅持する立場からは、併合罪の処理について併科主義を原則とすべきであり、このような見地からは、犯罪行為の有責性において「併合の利益」を認める根拠は見出し難い。この点、上述のように、有期自由刑の処断において、併科主義を純粋に貫くと、刑期が長くなり、刑の執行が受刑者にとって過酷となるとの指摘があるが、これは文字どおり刑の効果に関わる問題であり、犯罪行為の評価である罪の重さの問題ではないとの見方(鹿野伸二「刑法50条(確定裁判の余罪の処断)における量刑について」原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』〔2010年〕564頁以下)が妥当しよう。他方で、犯罪行為の違法性においては、「法益の質と量」の点で、併合の利益が認められる場合があり得る(鹿野・前掲565頁以下)。しかし、前掲平成16年大阪地判が指摘するように、「併合罪の関係にある数罪が、いずれも人身に対する罪であって、各被害者の心身にわたる被害が相当深刻であるような場合」のように、(侵害または危殆化された)法益が、生命、身体、自由、名誉等の一身専属的な性質を有するものである場合には、併合の利益を認める余地はないと解すべきであろう(内田・前掲842頁参照)。いずれにせよ、同時審判の可能性のある数罪について、手続上、併合審判が義務付けられているわけではない(長井・前掲280頁。大判昭和7・12・13刑集11巻1844頁)こと、および、犯情が最も重い場合を法定刑の上限が予定しているということを併せ考えれば、47条ただし書について理由書が述べているように、純粋に各刑を併科した場合よりも不利益な効果を犯人に及ぼすことのないような処理を行うべきである。

(6) 国外に目を転ずると、ドイツ語圏刑法は、同時審判の可能性のある数罪を共に実在的競合(Realkonkurrenz)としながら、その処断についてはそれぞれ異なる方法を採用する。すなわち、ドイツ刑法は、わが国とは異なり、実在的競合の処理について、まず数罪について個別に刑を量定し、次にその中の最も重い刑を加重して一個の刑を言い渡す総合刑(併合刑)主義を採用する(同法53条)。ドイツ刑法は、行為責任の明確化の必要性を一理由に、総合刑主義を採用したとされる(平野龍一『刑法総論』〔1975年〕432頁)が、併合刑(Gesamtstrafe)の形成に際して「行為者人格と個々の犯罪行為とが総合的に評価される」(54条1項3文)ことから、量刑論において、46条3項が規定する「二重評価の禁止」との関連が問題とされる(D. Sternberg-Lieben/N. Bosch, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, 2019, § 54 Rn. 15)。スイス刑法は、わが国と同様に、加重単一刑主義を採用し、しかも、最も重い罪の法定刑の長期の二分の一を加算するという処断方法を採用する(同法49条)。そして、スイス刑法学においても、併合刑の形成に際して裁判所の裁量をどの程度認めるかについて争いがある(G. Stratenwerth/W. Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2013, Art. 49 N 2)。これに対して、オーストリア刑法は、吸収主義(Absorptionsprinzip)を採用する(同法28条)。オーストリア刑法は、わが国と同様に、累犯加重規定(同法39条)を持つが、判例において、28条1項にいう「最も重い刑(die höchste Strafe)」を確認する際に39条を考慮すべきとされている(Vgl. E. Fabrizy, StGB, 11. Auflage, 2013, § 28 Rz 4)。累犯加重規定を有しながら、併合罪加重の処断についてわが国とは異なる方法を採用するオーストリア刑法の併合罪加重規定に関しては、とりわけ理論的な考察が必要である。

(7) 今後の展望として、本研究で得られた成果をもとに、本研究では対象としなかった事後的併合罪(刑法45条後段)の考察を中心として、併合罪規定全体について総合的な研究を遂行したい(「併合罪規定に関する総合的研究」基盤研究(C)課題番号24K04582)。なお、上記(1)~(5)については、西岡正樹「併合罪加重に関する一考察(1)」法政論叢76・77合併号(2023年)52-84頁として研究成果を公表している。また、上記(6)については、令和6年度中に論文の形で研究成果を公表予定である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計1件（うち査読付論文 1件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 西岡 正樹	4. 巻 76・77合併号
2. 論文標題 併合罪加重に関する一考察（1）	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法政論叢	6. 最初と最後の頁 52-84
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 （ローマ字氏名） （研究者番号）	所属研究機関・部局・職 （機関番号）	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------