

刑法 45 条後段の解釈について

中島広樹

1. はじめに	40
2. 本判例の事実の概要と判旨	40
3. 問題の所在	42
4. 学説	43
(1) 訴訟法的考慮	44
(2) 人格責任論の観点	44
(3) 素質・環境の二重評価の観点	45
(4) 確定裁判の感銘力の観点	45
(5) 実体に即した裁判の合理性	46
5. 判例	46
(1) 不可分説に立つ判例	47
(2) 可分説に立つ判例	48
6. 検討	50
(1) 各説に対する批判	50
(2) 警告理論について	52
(3) まとめ	55

1. はじめに

静岡地裁平成23年12月5日判決（以下本判例という）は、9件の強姦致傷事件に関して最初の5件とその後の4件の中間に、窃盗事件の確定裁判があった事案につき、9件の強姦致傷罪のすべてを併合罪とせず、確定裁判を基準に、確定裁判前の5件の強姦致傷罪と確定裁判後の4件の強姦致傷罪とをそれぞれ併合罪として併合罪加重したうえ、両者を併科して懲役50年を言い渡した。

本判例は、刑法45条を適用して懲役50年という、ある意味で無期懲役刑よりも重い刑を言い渡したわけであり、現在、被告人が30代半ばであることから、満期出所したときには、80代半ばということになる。事実上、被告人は、社会復帰の道を閉ざされ、隔離と沈黙のみを要求される人生を送ることになった、と言っても過言ではあるまい。

なるほど、自業自得とは俗耳に入りやすい言葉ではあるが、他方、刑罰は、被害者の怨恨を晴らし、公憤を鎮めるための単なる私刑ではなく犯罪者の社会復帰をも目的とする公的制度であると解されるのが一般である以上、刑法の解釈においても可能な限り、犯罪者の社会復帰の必要性を念頭に置いた謙抑的解釈が模索されなくてはならないのではないかと。本稿は、そのような問題意識から本判例における刑法45条後段の解釈について検討したものである。

2. 本判例の事実の概要と判旨

被告人は、①平成13年10月30日、被害者A女に対して、首を腕で絞めつけ、頭や顔をげんこつで数回殴るなどの暴行を加え、その犯行を抑圧して姦淫し全治約10日間の頭部打撲、顔面打撲等の傷害を負わせ（第1の罪）、②平成15年8月14日、被害者B女に対して、首を数回両手で絞めつけ、顔をげんこつで殴るなどの暴行を加え、その犯行を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、全治約10日間の肛門裂傷等の傷害を負わせ（第2の罪）、③平成17年9月26日、被害者C女に対して、首を両手で絞めつけるなどして暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫し全治約7日間の処女膜裂傷等の傷害を負わせ（第3の罪）、さらに同人が所有または管理する現金3万円等在中の時価約1万円相当の財布を窃取し（第4の罪）、④平成20年8月23日、被害者D女に対して、首を両手で絞めつける等の暴行を加え、「殺されたいの」などと脅迫して、その反抗を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、全治約2週間の頸椎捻挫等の傷害

を負わせ（第5の罪）、⑤平成20年11月8日、被害者E女に対して、背中を押して坂を転落させる等の暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、全治約7日間の右膝関節打撲傷等の傷害を負わせ（第6の罪）、さらに「財布を出せ」等と脅迫してその反抗を抑圧して同人が所有または管理する現金約3000円等在中の時価1000円相当の財布を強取し（第7の罪）、⑥平成21年7月4日、被害者F女に対して、首を両手で絞めつけ、肘で顔を多数回殴る等の暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫に及んだが未遂に終わり、加療約7日間の顔面挫傷等の傷害を負わせ（第8の罪）、⑦平成21年8月8日、被害者G女に対して、首を腕で絞め、顔をげんこつで多数回殴る等の暴行を加え、「殺すぞ」などと脅迫して、その反抗を抑圧し姦淫に及んだが未遂に終わり、加療約10日間の顔面打撲等の傷害を負わせ（第9の罪）、さらに「もらっていくからよ」などと脅迫してその反抗を抑圧して同人所有の現金約2万円を強取し（第10の罪）、⑧平成22年7月25日、被害者H女に対して、首を両手で絞めつける等の暴行を加え、「殺すぞ」などと脅迫し、その反抗を抑圧して姦淫し、全治約2週間の頸部挫傷等の傷害を負わせ（第11の罪）、さらに「財布はどこにある」などと語気鋭くいって脅迫し、その反抗を抑圧して同人所有の現金約7000円および運転免許証1通を強取し（第12の罪）、⑨平成22年7月31日、被害者I女に対して、手で口をふさぐ等の暴行を加え、その反抗を抑圧して姦淫し、全治約7日間の処女膜裂傷等の傷害を負わせた（第13の罪）。なお、公訴事実第7の罪と第8の罪の間に、被告人が平成21年3月2日沼津簡易裁判所において自動二輪車の窃盗罪により懲役1年（執行猶予4年）に処せられ、同年3月17日に確定していたことから、刑法45条後段により、①事件から⑤事件（第一グループと呼ぶ）と⑥事件から⑨事件（第二グループと呼ぶ）が別個の併合罪とされ、二個の主文により前者につき懲役24年が、後者につき懲役26年の判決が言い渡されたが、両者間には併合罪が成立しないため、二個の主文に示された第一グループに対する懲役24年と第二グループに対する懲役26年は併科され、被告人は合計懲役50年の刑を科せられることになった（以上の事実を以下本件と呼ぶことにする）⁽¹⁾。

(1) 本論文の引用にかかる本件事実の概要および判決内容については、本件の主任弁護人を担当された小長谷保弁護士（静岡県弁護士会）から閲覧させていただいた本件第一審の判決文に依拠して記述した（なお、本判例についてはLEX/DB25482146参照）。

仮釈放を念頭に置くと、本件で片方を懲役18年、片方を無期懲役とした場合、刑法28条によると、懲役18年に対して6年、無期懲役に対して10年の服役が少なくとも必要であり、その合計は16年、本件の場合のそれは、懲役24年に対して8年、懲役26年に対して8.66……年であり、その合計は16.66……年というわけだから、無期懲役が言い渡されている場合よりも、服役期間が長くなる

3. 問題の所在

刑法 45 条前段は、確定裁判を経ていない数罪を併合罪とする一方、同条後段は、(禁錮以上の刑に処する) 確定裁判を経た罪とその裁判確定前に犯した罪(余罪)とが併合罪にあたるとしている⁽²⁾。

たとえば、X の犯した A、B、C、D、E の五罪が確定裁判を経ていなければ、刑法 45 条前段により、この五罪が併合罪となるが、A、B、C 三罪が犯された後に、C 罪について禁錮以上の刑に処する確定裁判があり、その後、D、E の罪が犯された場合には、刑法 45 条により、A、B、C の三罪が第一グループの併合罪となり、D、E の二罪が第二グループの併合罪となり、両グループの併合罪相互の間は、併合罪の關係に立たない⁽³⁾。

そして、C 罪については A 罪・B 罪と併合罪だが、すでに裁判を経ており一事不再理の効力が生じているから再び裁判することが出来ず、C 罪の余罪たる A 罪、B 罪については、刑法 50 条により別途に裁判の必要があり、C 罪の刑と A 罪・B 罪の刑は刑法 51 条 2 項の制限(一個の裁判で解決されたときと均衡を失しないように、最も重い罪につき定めた刑の長期の 1.5 倍を超えて執行してはならない)の下において合わせて執行され⁽⁴⁾、結局、A 罪・B 罪・C 罪と D 罪・E 罪は併合罪の關係に立たないから、X には、いわゆる単純数罪として第一グループの併合罪についての刑と第二グループの併合罪についての刑とが併科されることになるわけである⁽⁵⁾。

のであり、このような意味で刑の不権衡を感じさせるほど有期刑の宣告としては異例の長期刑であることがわかる。

(2) 大谷實・刑法講義総論〔新版第 4 版〕(平成 24 年) 498 頁、佐伯千仞・四訂刑法講義(総論)(昭和 56 年) 381 頁、曾根威彦・刑法総論〔第四版〕(平成 20 年) 285 頁、高橋則夫・刑法総論(平成 22 年) 489-490 頁、西田典之・刑法総論〔第二版〕(平成 22 年) 421 頁、福田平・全訂刑法総論〔第五版〕(平成 23 年) 317 頁、前田雅英・刑法講義総論〔第 5 版〕(平成 23 年) 569 頁、山口厚・刑法総論〔第 2 版〕(平成 19 年) 383 頁等。

(3) 阿部純二・刑法総論(平成 9 年) 275 頁、内藤謙・刑法講義総論(下) II(平成 14 年) 1464 頁等。なお、本事例のように、A 罪犯行⇒B 罪犯行⇒C 罪犯行・確定という経過をたどり、A 罪・B 罪が同時に審判されるとき、A 罪・B 罪・C 罪が併合罪とされる場合の適条については、最決昭 34・2・9 刑集 13・1・82 は、刑法 45 条前段・後段をともに適用すべきこととしている。

(4) 東京高判平 6・9・16 判時 1527・154 は、平成 16 年刑法一部改正前の事案について、「併合罪につき数個の裁判があったときは、その執行に当たっては、併合罪の趣旨に照らし、刑法 51 条ただし書のほか、同法 14 条の制限に従うべきものと解するのが相当」であるとしている。

(5) A 罪・B 罪・C 罪(第一グループの併合罪)と D 罪・E 罪(第二グループの併合罪)は併合罪の關係に立たないから、第一グループの併合罪の刑と第二グループの併合罪の刑の併科の際

そして、刑法 45 条前段の併合罪を同時的併合罪とよび、同条後段の併合罪を事後的併合罪と呼ぶことがあるが⁽⁶⁾、上述したとおり、刑法 45 条によれば、事後的併合罪においては、確定裁判に併合罪関係の遮断効が認められていることになる⁽⁷⁾。問題は、なぜ、確定裁判によって併合罪関係が遮断されるのか、そして、それとの関連で、本件についてはどのような解決がなされるべきなのか、という点にある。以下、これらの点について、検討したい。

4. 学説

歴史的にみると、ローマ法・ゲルマン古法においては、犯罪の結果が重視された結果、「犯罪の数に相応する刑罰」(quot delicta, tot poenae ⇒ 犯罪の数だけ刑を科す)が要求され、かなり徹底した併科主義が行われ、これがヨーロッパの伝統となっていたが、やがて中世以降、併科による受刑者への過酷さを緩和するために、併科主義の修正形態としての加重主義が採用されるに至ったといわれる⁽⁸⁾。

そして、現在、諸外国においては、英米法などでは、我が国の併合罪に当たる概念はなく、数個の犯罪について同時に裁判を行う場合には、各罪につき、個別的に刑を定めることとされ、確定裁判の存在を理由として、その裁判確定前に犯した罪について特別の扱いをすることはないが、大陸法系の法制では、我が国の併合罪に類似した取扱いをする例が多く、ある罪について、確定裁判があるときは、その確定裁判の言渡しまたは確定前に犯した罪の処断またはその刑の執行につき、特別の取り扱いをし

には、51 条所定の刑の執行の制限も生じない(伊藤渉「併合罪」注釈刑法第 1 卷(平成 22 年)724 頁、井田良・講義刑法学総論(平成 20 年)529 頁(注 28))。もっとも、立法論としては、この場合の併科主義の妥当性について異論が少なくない(浅田和茂・刑法総論〔補正版〕(平成 19 年)492 頁、鈴木茂嗣・刑法総論〔犯罪論〕〔第二版〕(平成 23 年)290 頁、田藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平成 2 年)449-450 頁注(6)、林幹人・刑法総論〔第二版〕(平成 20 年)458 頁、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和 50 年)434 頁)。

(6) 香川達夫・刑法講義総論〔第三版〕(平成 7 年)455 頁、川端博・刑法総論講義〔第 2 版〕(平成 18 年)647 頁等。

(7) 井田・前掲書(注 5)529 頁。

(8) 小野清一郎・犯罪構成要件の理論(昭和 28 年)403 頁、小林充・刑法〔第三版〕(平成 19 年)164-165 頁、只木誠・罪数論の研究(平成 16 年)15 頁、中野次雄「併合罪」刑事法講座 7 卷(昭和 28 年)1373 頁。最判平 15・7・10 刑集 57・7・903 も、「(併合罪について加重単一刑主義を採用する)刑法 47 条が、いわゆる併科主義による過酷な結果の回避という趣旨を内包した規定であることは明らかである」と認めている。なお、加重単一刑(統一刑)主義自体は、行為責任に基づくものであるとするのが、平野龍一・犯罪論の諸問題(上)総論(昭和 56 年)230 頁である。

ているといわれる⁽⁹⁾。

では、成立した数個の犯罪の間に他の犯罪についての確定裁判が介在する場合、その裁判確定時を境として、その前後の犯罪の間に併合罪関係を認めない理由、すなわち、確定裁判によって併合罪関係が遮断される理由については、学説において、以下のような説明がなされている⁽¹⁰⁾。

(1) 訴訟法的考慮

これは、併合罪の取り扱いが同時審判の可能性という訴訟法的考慮によるのだから、同時審判の可能性が確定裁判の介在によって存在しなくなったとき、併合罪とする理由がないというものであり⁽¹¹⁾、同時審判の可能性が存在する場合、同時に全体を考慮しながら処断刑（その刑種・刑量）を決する方が、分断的・個別的に判断するよりも、適切な判断を行いうるという前提に立った考え方である、といえよう。要するに実務上の便宜を図った規定だというわけである。

(2) 人格責任論の観点

しかし、裁判の段階だけでなく、執行の段階でも併合罪として特別の扱いをされるのだから、同時に併合して審判する可能性があったというだけでは十分な理由にはならない⁽¹²⁾、として人格責任論の観点から、より根本的な理由づけがなされる。

すなわち、「数個の行為は一個の人格態度の発現ではないが、根柢において一連の人格形成によってつながるものであり、その意味で包括して評価されるべきである。しかし、国家からいったん刑罰的評価（有罪判決の確定）を受けたときは、それ以後はあらたな人格態度が期待されるのであり、したがって、評価の対象としての人格形成の一連性は、それによって遮断されるものと考えることができる」ので、確定裁判は併合罪関係を遮断するのである⁽¹³⁾。

(9) 中山善房・大コンメンタル刑法第4巻（第二版）（平成11年）231頁。

(10) 伊藤・前掲書（注5）724頁、中山・前掲書（注9）241頁、山中敬一・刑法総論（第2版）（平成20年）1012頁。

(11) 伊東研祐・刑法講義総論（平成22年）405頁、吉川経夫・三訂刑法総論〔補訂版〕（平成8年）303-304頁、莊子邦雄・刑法総論〔第三版〕（平成8年）507頁、平場安治・刑法総論講義（昭和35年）176頁、山口・前掲書（注2）383頁。

(12) 団藤・前掲書（注5）449-450頁注（6）。

(13) 板倉宏・刑法総論（平成16年）369頁、大塚仁・刑法概説（総論）〔第四版〕（平成20年）507頁、佐久間修・刑法総論（平成21年）436頁、団藤・前掲書449頁、藤木英雄・刑法講義総論（昭和50年）

つまり、45 条前段の同時的併合罪の場合には、共通した行為者人格の発現としての行為だから、一括評価することに意味があるが、45 条後段の事後的併合罪に関しては、確定判決を受けた場合には、その判決により従前の行為者人格が改善された可能性があるため、確定裁判前になされた別の犯罪と一括して評価することはできないというのである。

(3) 素質・環境の二重評価の観点

これに対して、人格責任ではなく行為責任を強調する限り、各行為について刑を科するのが自然であるとしても、その場合、行為者の行為責任の分量を決定する際、行為者の素質・環境が考慮されるし、他にどのような罪を犯したかということも当然量刑に影響するのであり、このように考えると、刑法 45 条前段のように同時に審判される場合には、それぞれの行為に各別の刑を科したのであれば、同一の素質・環境が二重に評価されるので、一括評価すべきであり、刑法 45 条後段のように、ある罪について有罪の確定裁判があったときは、その当時の行為者の素質・環境は考慮済みであるから、刑の適用を考慮して一括評価すべきである、との結論に至るとする⁽¹⁴⁾。

(4) 確定裁判の感銘力の観点

確定裁判の制動力ないし感銘力を無視した点を遮断の実質的理由としてあげる見解がある。すなわち、まだ確定裁判を経ない数罪は、裁判による戒告に接しないうちに重ねられたものであるから、おのおの別罪として刑罰を併科するほど重罰には値しないと見ることができるが、確定裁判の存在は犯人のその後の犯罪行動にとって有力な制動作用を営むはずであるのに、それにもかかわらず、なお、あえて罪を犯したとしたならば、それだけ重い罪責を負わせるに値するものである、と主張する⁽¹⁵⁾。

すなわち、「累犯加重と同じ思想的背景に立っている」というわけである。累犯加重と同じ思想的背景とは、いわゆる「警告理論」に立脚しているということである。警告理論とは、行為者が有罪宣告によって警告されたにもかかわらず、それを無視して新たな犯罪行為を実行する場合、行為責任の加重とそれに伴う処罰の加重をもたらす

349 頁。

(14) 青柳文雄・刑法通論 I (総論) (昭和 40 年) 428 頁。

(15) 植松正・再訂刑法概論 I (総論) (昭和 49 年) 425 頁、斎藤信治・刑法総論〔第六版〕(平成 20 年) 305 頁、西原春夫・刑法総論 (昭和 52 年) 383 頁、野村稔・刑法総論〔補訂版〕(平成 10 年) 460 頁、林幹人「罪数論」刑法理論の現代的展開 (総論 II) (平成 2 年) 290 頁。

という考え方であり、今日の累犯加重の根拠に関する通説となっている⁽¹⁶⁾。

この警告理論を、刑法 45 条後段の解釈に転用すると、単純数罪（確定裁判後の犯罪と確定裁判前に犯された罪）の場合、事後的併合罪に比べて、禁錮以上の刑に処する確定裁判を受けたにもかかわらず、性懲りもなく再び犯罪を犯しているの、責任がより重い、という考え方が採られることになるわけである⁽¹⁷⁾。

(5) 実体に即した裁判の合理性

確定判決は、その確定時までの背後事情を考慮して刑を量定しているの、それ以後は一応区切りをつけて量刑を明らかにするものだとする見解であるが⁽¹⁸⁾、その根拠としては、上述の(2)説に対する批判、すなわち、人格形成への影響は、判決の言渡しの際を標準とするべきであろうが、「確定裁判を経ていない」という現行法の規定は、判決確定時を標準と解せざるを得ないとする消極的理由があげられている⁽¹⁹⁾。

5. 判例

併合罪の範囲に関して、大審院は、併合罪とは確定判決を経ない数罪相互の関係をいい、確定裁判前の数罪とその後の数罪とは、相互に併合罪の関係を生じないとした（大判明 44・9・25 刑録 17・1560）。

ただ、判例においては、集合犯の中間に確定判決が介在した事案について、確定裁判によって併合罪関係が遮断される理由が問題となることがある。

たとえば、常習として一個の窃盗罪（a 罪）が実行された後、傷害罪（x 罪）に関して懲役刑に処する有罪判決が確定した後、新たに常習として一個の窃盗罪（b 罪）が行われた場合、①常習犯は包括的一罪であるから、最後の犯罪（b 罪）が終了した時点を基準にその成立を論じ、a 罪と b 罪は不可分の常習犯として捉え、x 罪との関係では、確定判決前に犯した罪とせず、刑法 45 条後段の適用を否定するか、②常習犯を構成する a 罪と b 罪は、それぞれ別個の行為であるから、x 罪の確定判決後に実行

(16) 中島広樹・累犯加重の研究（平成 17 年）93 頁・191 頁。

(17) 林・前掲書（注 5）458 頁。

(18) 平野・前掲書（注 5）434 頁、堀内捷三・刑法総論〔第二版〕（平成 16 年）321 頁。中山研一・刑法総論（昭和 57 年）541 頁は、確定裁判の感銘力を重視する考え方よりは、(5) 説のほうが遮断の意義と効果を必要以上に強調しない点で、冷静な理由づけにとどまっていることを根拠として(5) 説を妥当視している。

(19) 川端・前掲書（注 6）649 頁。

された b 罪は、確定判決前に犯した罪ではない以上、45 条後段の適用がないが、x 罪の確定判決前の a 罪については、45 条後段が適用される、とするかが問題となる。

そして、①の考え方は、b 罪が x 罪との関係で同時審判ができなかった点に着眼するものだから、前述した学説の (1) 説 (訴訟法的考慮) になじむものであり、②の考え方は、常習犯であっても行為は数個であり、確定判決後の行為については、判決の感銘力ないしそれに基づく人格態度が期待できるから、併合罪として一括扱いにする利益を与えないとする (2)・(4) 説の理論的帰結といえよう。

そこで、以下においては、集合犯・包括一罪に関するいくつかの事例を検討して判例の考え方について考察する。

(1) 不可分説に立つ判例

【事例① 広島高岡山支判昭 27・3・20 高刑集 5・3・424】

暴力行為等処罰に関する法律第 1 条第 2 項の常習暴行罪と認定された 11 個の行為の 6 番目の行為と 7 番目の行為の間に、窃盗罪の確定判決が介在していた事案において、原判決は 1 番目から 6 番目までの 6 個の行為に関する常習暴行罪と窃盗罪を 45 条後段による併合罪とし、それに対する懲役 1 年 6 月の刑と 7 番目から 11 番目までの行為に関する常習暴行罪に対する懲役 1 年の刑を言い渡した。

しかし、1 番目から 11 番目までの行為を常習暴行罪と認める以上、それらは、最後の犯罪時における包括一罪として処断すべきであり、原判決のように二罪として処断したのは違法と断じた。

【事例② 東京高判昭 35・2・16 高刑集 13・1・73】

被告人は、昭和 33 年 6 月初め頃から、同年 9 月 3 日頃までの間、4 名の女性を飲食店に居住させたうえ、不特定多数の客に売淫させ、自己の占有する場所に婦女を居住させてこれに売春させることを業とし、売春防止法 12 条違反の罪を犯したが、その中間にあたる昭和 33 年 6 月 13 日に道路交通取締法違反罪による有罪判決が言い渡され、同年 7 月 10 日に確定していた事案について、道路交通取締法違反罪による有罪判決の確定前の、売春防止法 12 条違反行為の部分のみが確定裁判に係る道路交通取締法違反罪と併合罪になるとして刑法 45 条後段を適用した原判決には、法令適用の誤りがあったとした。

すなわち、売春防止法 12 条違反の罪は、いわゆる営業犯として、継続して行われた

全体を包括して単一の罪と解すべきであるから、その中間において、これと全く性質を異にする道路交通取締法違反罪による確定判決があることにより、この確定判決の前後により本来一罪である営業犯を二分し、二罪として処断しなければならない理由は存しないと判示している。

これら二つの判例に共通するのは、要するに集合犯の犯されている途中において、別罪について、確定裁判が介在しても、それらの罪は本来の一罪であって、一体として捉えられるべきものであり、その成立は犯罪終了時を基準として論じられるのが妥当だから、45条後段の適用はないとする考え方である⁽²⁰⁾。

しかも、事例②は、営業犯たる本件犯罪の始期が道路交通取締法違反罪による確定判決前であることを理由として、本件犯行全体を確定判決前に犯した罪と解して刑法45条後段を適用するという考え方⁽²¹⁾は、確定裁判に係る罪と同時審判不能の部分をも審判可能であったはずと擬制するもので採用しえないとする。

すなわち、これら不可分説の特徴は、集合犯の一罪性を強調するとともに、同時審判可能性を重視する点にあるといえよう。

(2) 可分説に立つ判例

【事例③ 東京高判昭29・9・28 高刑集7・10・1530】

被告人の行為は、覚せい剤取締法違反の包括一罪であるが、その中間に確定判決の存する場合には、その確定判決のあったときを境としてその前の罪とその確定判決を経た罪とは刑法45条後段の併合罪の関係にあったものと解するのが相当である、という旨判示している。

【事例④ 名古屋高金沢支判昭31・11・27 裁特3・23・1132】

被告人は、たばこ専売法違反の販売罪と販売準備罪を犯したが、その中間に傷害罪、道路交通取締法違反罪、覚せい剤取締法違反による三個の確定判決が介在していた事案につき、多数行為が集合する(たばこ専売法違反罪のような)営業犯の進行中に、偶々、当該犯人が、何らかの裁判の言渡しを受け、その営業犯の終了前、

(20) 大塚・前掲書(注13)508頁。

(21) 学説において、このような考え方を採るのは、刑の感銘力を重視する立場の西原・前掲書(注15)383頁注(1)であり、「(集合犯は、)数個の行為からなる犯罪であるから、他罪の裁判確定後にもなお新たな意思決定をして罪をくり返すということは、確定裁判の感銘力を生かさないことに通じ、そのようなものを含む集合犯全体が、裁判確定後に犯したものと解されてしかるべきである」と論じている

前記裁判の確定を見るに至ったような場合は、裁判確定時を基準として、営業犯を前後に二分し、裁判確定前に行われた部分と確定裁判を経由した犯罪とをもって、刑法 45 条後段所定の併合罪とし、その後成立した部分を併合罪ではないとし、以上の各部分を科刑上別個に取り扱うべきであると解するのを相当とする、と判示した。

これらの判例に共通するのは、集合犯における行為の数個性を直視し、確定裁判の感銘力の無視という点を強調する考え方に親近性を有することと言えよう⁽²²⁾。

【事例⑤ 最決昭 39・7・9 刑集 18・6・375】

被告人が、①昭和 36 年 10 月 21 日から昭和 37 年 7 月 7 日までの間に盗犯等防止法 2 条 4 号の常習窃盗を行い、②昭和 37 年 1 月 11 日窃盗罪を犯し、③同年 5 月 23 日に窃盗罪を犯し、④同年 7 月 31 日と 8 月 3 日の二回にわたり盗犯等防止法 2 条 4 号の常習窃盗を行った事案につき（①と④の中間に道交法違反の確定裁判が介在する）、第一審は、確定裁判前に犯した①、②、③との間に刑法 45 条後段の関係があるとして刑法 50 条によって一個の刑を言い渡すとともに、④の常習特殊窃盗罪については別個の刑を言い渡した。原判決は、①と④は一個の常習犯をなすものであって、その中間に別種の罪の確定裁判が介在しても、常習犯は二分されず、裁判確定後に当該常習犯が終了したのだから、その常習犯は裁判確定後の犯罪として、①、②、③、④は 45 条前段の併合罪に当たるとして一個の刑を言い渡したのであるが、本決定においては、②と③が刑法 45 条後段の併合罪の関係にあり、①・④の常習特殊窃盗は、確定裁判後の犯罪として②と③とは併合罪関係に立つものではなく、よって二個の刑が言い渡されるべきであるとした。

すなわち、本判例は、上記事例③・④の可分説に立たず①・②の不可分説に立つといえよう。これはすでに述べたように、集合犯の数罪性を直視し、刑の感銘力を主張する立場よりは、集合犯の一罪性に立脚し、同時審判性に依る立場により親近性をもつものといえよう⁽²³⁾。

(22) 中山・前掲書（注 18）541 頁注（2）。可分説は、確定裁判の感銘力を重視するので情状の評価において被告人の不利にならざるを得ないともいわれる（高窪真人「併合罪」判例刑法研究 4（昭和 56 年）353 頁）。

(23) 高田卓爾・注釈刑法（2）のⅡ総則（3）（昭和 44 年）588 頁。

とはいえ、実務においては、禁錮以上の刑に処する確定裁判の前における罪については、確定裁判を受けた罪と同時に審判を受ける可能性のあったものであるから、それが同時に審判を受けた場合における一般的量刑を考慮したうえ、それをうけることができなかつた諸事情などを総合的に考慮して具体的な宣告刑を定めることになるが、禁錮以上の刑に処する確定裁判の後における罪については、新たな規範意識の覚醒が期待されていることなどを考慮したうえで、確定裁判前の罪の場合と比較すると一般的には厳しい量刑がなされているとされる⁽²⁴⁾。

6. 検討

(1) 各説に対する批判

以上、なぜ確定裁判によって併合罪関係が遮断されるのか、換言すると、一個または数個の余罪と確定裁判後の一個または数個の罪について、どうして全部を一つの主文にしてはいけないのかという点の根拠についての考え方を検討してきた。なお、この点に関する判例の考え方は必ずしも明確ではなかつた。

以下では、前述した(1)説から(5)説について検討を加え、確定裁判の遮断効を認める理由として説得力があるかどうかについて検証したい。

まず、(1)説(訴訟法的考慮)は、たとえば、ある罪についての有罪判決の言い渡し後、判決確定以前に別の罪が実行された場合、両罪の間には同時審判の可能性がなかつたのに併合罪として扱われることになるので、すでに、十分な根拠とはいえないであろう⁽²⁵⁾。また、A罪の実行⇒B罪の実行⇒A罪につき禁錮以上に処する確定裁判⇒C罪の実行があつたというとき、確定裁判をはさんだB罪とC罪とに同時審判の可能性が存する可能性があることは、何よりもまさに本件を具体例として挙げることができよう。確定裁判の存在が、その前後に行われた犯罪の同時審判の可能性を否定する保証は全くない⁽²⁶⁾。

また、(3)説についても、(1)説におけると同様に、同時審判の可能性のある犯罪が確定裁判にまたがって存在することが否定できない以上、十分な説得力を持ちえないと言ふべきである。さらに、たとえば、集合犯の中間に全く別種の犯罪が確定裁判を受ける犯罪として介在していた判例の事例にかんがみると、確定裁判においてそれ

(24) 川端・前掲書(注6)653頁。

(25) 井田・前掲書(注5)529頁(注31)。

(26) 井田・前掲書(注5)529頁。

以前の余罪についての行為者の素質と環境あるいは背後事情が考慮されつくしているという主張内容は観念的にすぎると解される⁽²⁷⁾。そして、同様の理由から、(5) 説もまた、一応の説明にとどまると言わざるを得ない⁽²⁸⁾。

また、累犯加重と同じ思想的背景に立つといわれる (2) 説ないし結論的にそれと同工異曲の (4) 説についても⁽²⁹⁾、便宜的な説明あるいはひとつの擬制⁽³⁰⁾と批判されることが多いが⁽³¹⁾、結局、禁錮以上の刑に処する確定裁判の後における罪については、新たな規範意識の覚醒が期待されていることなどを考慮したうえで、確定裁判前の罪と比

(27) たとえば、最決昭 39・7・9 刑集 18・6・375 は、第一窃盗の実行⇒第二窃盗の実行⇒第一常習窃盗実行⇒道交法違反の確定判決⇒第二常習窃盗実行という経過をたどった事案について、道交法違反の確定裁判の前後で常習窃盗を二分した一審判決の考え方を否定し、道交法違反の罪と第一窃盗と第二窃盗が 45 条後段の併合罪であり、常習犯は中間に確定裁判が介在しても包括して一個の常習犯であり、その常習犯は第二常習犯の終了時を基準とすると確定裁判後の犯罪であるから、確定裁判を受けた犯罪とは併合罪にならないとしているが、この場合、確定裁判を受けた道交法の裁判で常習窃盗に関し、行為者の素質・環境や背後事情が考慮されていたとは考えにくいであろう。

(28) 浅田・前掲書 (注 5) 492 頁。

(29) 藤木・前掲書 (注 13) 349 頁は、「禁錮以上の刑に処する確定裁判によって併合罪関係が遮断されるのも、裁判を受け、これをもはや争いえなくなったという事実が、犯人に及ぼす感銘力により、判決確定の前後で人格の連続性が遮断されると考えたからである」と述べており、上述したように人格責任論の立場において「確定裁判後の従前と異なる人格の改善可能性」と説くのは、端的に「感銘力を無視する人格態度」をさしていることがわかる。すなわち、警告理論については (2) 説 (人格責任論) の主張内容と (4) 説 (感銘力の無視) のそれとは、重なり合うのである (団藤・前掲書 (注 5) 532 頁)。

(30) 松宮孝明・レヴィジョン刑法 2 (平成 14 年) 219 頁、藤木・前掲書 (注 13) 349 頁。

(31) 以上のとおり、今日論じられている学説では、確定裁判によって併合罪関係が遮断される十分に説得力のある説明は提供されていないといえよう。すなわち、数罪が犯された場合、これを併科する過酷さを避けるために併合罪加重が生み出された歴史にかがみるとき、確定裁判が介在したからといって、一個または数個の余罪と確定裁判後の一個または数個の罪について、現在同時に裁判しようとする場合に、全部について一律に一つの主文にはいけないということの実質的根拠は甚だ薄弱であるということであり、同時に裁判する数罪は、確定裁判の介在にかかわらず、つねに併合罪として一括処理する方向が、解釈論上も立法論上も検討されるべきであろう。

その例をあげると、解釈論ないし運用論上は、内田文昭・改訂刑法 1 (総論) [補訂版] (平成 9 年) 353 頁が、数罪につき、全体としての刑を考え、これを各罪に分配するといった試みを提案している (たぶん、本件を例に考えると、たとえば刑法 14 条 2 項において併合罪加重の限度とされる懲役 30 年を全体としての刑と考えた場合、窃盗の確定判決前の併合罪グループについて懲役 14 年、確定判決後の併合罪グループについて懲役 16 年として両者を 30 年の限度内で併科するという類の解釈であろう)。

また、立法論としては、戸田弘「併合罪と確定裁判」判タ 150 号 (昭和 38 年) 220 頁は、夙に確定裁判による限定の全面的撤廃の可否を注意深く検討すべきことを提言している。

較してみると、一般的には厳しい量刑がされているのが実務の実情である⁽³²⁾ということからすると、結局、確定裁判の感銘力を理由とする、いわゆる警告理論の当否がさらに別個に検討されるべきであると思われる。

(2) 警告理論について

そもそも、累犯加重の根拠づけに関しては、かつては、新派の立場から、行為者の危険性に対する社会防衛の見地が強調され、行為者の社会復帰よりは、社会からの行為者の隔離に重点を置いた説明⁽³³⁾もあったが、今日では、規範違反としての違法性が増加するという見解⁽³⁴⁾、特別予防の必要性が増大する⁽³⁵⁾という説明、そして、行為責任の増加を説く警告理論⁽³⁶⁾あるいはそれらの折衷説⁽³⁷⁾が主張されており、警告理論が支配的であるといえよう⁽³⁸⁾。

しかし、警告理論は、かねてから「責任主義」の名の下に様々な批判が加えられて

(32) 中山・前掲書(注9)214頁。

(33) 牧野英一・増訂刑法通義(第18版)(明治40年)149頁等。

(34) 西原・前掲書(注15)397頁、高橋・前掲書(注2)510頁、野村・前掲書(注15)459頁。

(35) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)」法学研究55巻10号(昭和57年)93頁注(97)、中野次雄・刑法総論概要(第3版補訂版)(平成9年)234頁、西田・前掲書(注2)424頁等。なお、特別予防は、再社会化のほかに隔離をも含むのだから、特別予防だけが累犯加重の根拠としてあげられた場合、社会復帰の観点よりもむしろ累犯者の隔離(無害化)の面のみを含意しているのではないかが注意されなくてはならない(無害化による特別予防は、行為者の再社会化のためにはならないから)と指摘される(松宮孝明・レヴィジョン刑法3(平成21年)262-264頁)。

(36) 大谷・前掲書(注12)537頁、川端・前掲書(注6)677頁、平野龍一・矯正保護法(昭和38年)26頁等。警告理論が支持される理由は、条文において前犯についての科刑の有無および執行の完了が要件とされているという形式的な事情に求められていることが多い。ただし、近年は警告理論に対する批判が強い。たとえば、難波宏「前科、前歴等と量刑」判タ1238号(平成19年)40頁は、「(警告理論を)強調すると、同種犯行を繰り返す限り、どこまでも加重しつづけなければならないことになり、法益侵害性はそれほど変わらないのに、責任だけはどこまでも大きくなり続け、刑が重くなり続けるということが責任主義の考え方に適うのか、という疑問を感じさせる」と指摘し、高山佳奈子「難波宏「前科、前歴等と量刑」について」判タ1238号(平成19年)64-65頁も、警告理論の内実が国家に対する反逆を重い処罰の根拠とするものにほかならないと批判して、累犯加重の根拠を、再社会化、という意味での特別予防の必要性の大きさに求めるべきだとしている。また、中山研一・レヴィジョン刑法3(平成21年)263頁も、累犯加重を個別行為責任で説明することは無理だとしている。浅田・前掲書(注5)508頁は、個別行為責任論の立場からは、一律の刑罰加重を許容する現行刑法典の累犯加重は実体的デュープロセスの要請たる責任主義に反し、違憲の疑いのあることを示唆している。

(37) 大塚・前掲書(注13)539頁、曾根・前掲書(注2)285頁、福田・前掲書(注2)345頁等がある。

(38) 小林憲太郎・刑法的帰責(平成19年)93頁(注152)。

いる。すなわち、その概要は以下の通りである。

①警告理論は、行為責任の増加を根拠とするが、責任は違法を前提としており、責任のみの重さを理由として刑を加重することは許されない⁽³⁹⁾、②形式的要件が備わっただけで一律に行為責任の増加を認めることは許されない⁽⁴⁰⁾、③前刑の存在は、行為者にとって有利な警告作用ではなく、犯罪者の烙印として、行為者の遵法的生活に関して極めて不利に作用する⁽⁴¹⁾、④累犯者になったのは刑の警告が無効であったことを意味するのであるから、そもそも、前刑に心理的効果（感銘力）を認めるべきではない⁽⁴²⁾、⑤犯罪を反復するとむしろ行為者の反対動機が麻痺するのだから、前刑の警告無視を責任増大につなげるのは期待可能性の擬制である⁽⁴³⁾、⑥行為責任の根拠は、当該行為だけに求めるべきであり、前刑の存在のような当該犯行とは独立の事態を責任判断の対象とすべきではない⁽⁴⁴⁾、⑦前刑についての犯罪は先の刑罰で責任を果たしているのだから、犯行の反復を理由に責任を加重することは同一犯行について二重の責任を負わずことになる⁽⁴⁵⁾、⑧法定刑の上限が二倍になっているのは、責任の分量を超えた保安刑を科すものである⁽⁴⁶⁾。

このうち、警告理論にとって致命的なのは、①と⑥である。警告理論は、結果無価値まで視野におさめた違法増加を根拠づけるものではなく、あくまでも、非難可能性という意味での責任の増加を基礎づけるもので、その際、累犯として行われた行為と無関係の以前の有罪宣告を問題とせざるを得ないからである。

ただ逆に言えば、必ず刑の下限を固定する（例えば、前科者の詐欺は必ず少なくとも懲役6月にする）という規定になっておらず、刑の加重の可否に関して累犯行為の法益侵害性の大小を考慮できる規定になっているならば、①の問題は実務的には意識されにくく⁽⁴⁷⁾、行為責任についても行為者人格を考慮に入れる「広い意味での行為責任」

(39) 内田・前掲書（注31）224頁。

(40) 阿部純二「累犯加重の根拠」岩田誠先生傘寿祝賀論集『刑事裁判の諸問題』（昭和57年）95頁。

(41) 吉岡一男「累犯と常習犯」『現代刑法講座第三卷』（昭和54年）313頁。

(42) 佐伯・前掲書（注2）417頁。

(43) 中山・前掲書（注18）562頁注（3）。

(44) 森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」法の理論8（昭和62年）94-95頁。

(45) 平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷（昭和59年）103頁。

(46) 内藤謙・刑法講義総論（下）I（平成3年）741～742頁、井田・前掲書（注5）558-559頁。

(47) ①の問題は、ドイツでは「責任相応刑」の問題として論じられたが、現行刑法典の一般累犯規定（56条）は、刑の上限のみの加重であるが、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条の場合、刑の下限が窃盗は3年、強盗は7年に固定されているから、責任相応刑の問題が意識される。刑法45条後段もまた、確定裁判後の行為の重大性如何を問わず一律に併合の利益を奪うので、やは

を前提とするわが国の実務的理解においては、⑥の問題も重大視されない⁽⁴⁸⁾。

また、責任刑を超えるという批判⑧については、もともと、責任刑を理論的必然的論拠に基づく点として数量化することが困難である以上、累犯に対してどのような重い法的効果を与えても、必ずしも主張し得ないわけではないと思われるから、あまり重大視すべきではなかろう⁽⁴⁹⁾。

そうすると、警告理論によって「高められた行為責任」が認められた場合にのみ、累犯加重を行うというアプローチをとれば②③④⑤⑦の各批判はかわせるはずだし、そのような機能を期待されて、ドイツでは、一定の条件のもと、過去に少なくとも二回、故意の犯罪行為により刑の言渡しを受け、その一部について自由刑の執行を受けた者が、新たに故意の犯罪行為を犯し、「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合」には、刑の下限を6月の自由刑にするという一般的累犯加重規定（旧刑法48条）を設けたのであった（1970年4月1日から1986年4月30日まで存続した）。

そして48条中の「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合」という部分を非難性条項といい、この条項の要件を満たす場合、警告機能に基づく高められた行為責任を認め累犯加重を行うことにしたのである⁽⁵⁰⁾。

すなわち、累犯に対して一律に警告無視として刑罰を加重するのではなく、前科行為と累犯行為との間に、法益の類似性等の一定の関連性が認められる場合に非難性条項の要件を満たしたものとして行為責任の増加を肯定して累犯加重を行うことにした。すなわち、警告理論により累犯の重い行為責任を根拠づけると同時に、非難性条項によって累犯の重い行為責任を限定したわけである⁽⁵¹⁾。しかし、刑の下限が6月に固

り責任相応刑の問題が生じるのである。

(48) 井田良・変革の時代における理論刑法学（平成19年）220頁。

(49) もともと責任刑を点として数量化することは原理的に不可能だともいわれている（井田・前掲書（注48）222頁）。

(50) ここで参考にした、ドイツ刑法旧48条1項の条文は以下の通り。

「ある者が、すでに少なくとも二度、本法の場所的適用領域内において、故意の犯罪行為により刑の言渡しを受け、かつ、これらの行為の一個または数個により、少なくとも三月の期間、自由刑の執行を終えた後、故意の犯罪行為を犯し、犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合において、行為について別段の高い下限が定められていないときは、刑の下限は6月の自由刑とする。定められた刑の上限はそのままとする」（法務資料第439号（昭和57年）21頁）。

(51) 48条の非難性条項を満たさない、すなわち、犯罪間に関連性がないとされ、「前刑の警告機能⇒高められた行為責任⇒累犯加重」の流れが否定された事例を若干あげると、①性犯罪と非

定されていたことから累犯の違法性の大小を考慮できず、つまり①の批判を克服できなかった（＝軽微累犯に責任相応の刑を科せなかった）ことが主因となってドイツ刑法旧 48 条の累犯加重規定は削除されたのである⁽⁵²⁾。

(3) まとめ

刑法 45 条後段の規定によって、確定裁判によって併合罪関係が遮断される根拠を、通説や実務のように警告理論に求めるのであれば、原則的には、前述した警告理論に対する①～⑧までの批判を受けることになる。

しかし、前述したドイツ刑法旧 48 条の警告理論に基づく非難性条項の解釈を参考にして⁽⁵³⁾、確定裁判を受けた犯罪行為とその後の犯罪行為が、保護法益の共通性や構成要件的行為の共通性を基礎として構成要件的重なり合いが認められる場合には、警告無視による高められた行為責任とそれに基づく一括処理を認め、そうでなければ一括処理を認めないという警告理論に基づく解釈を採用するのであれば、なお、抽象的事実の錯誤に対する法定的符合説に基づく処理とパラレルな解決となるはずである⁽⁵⁴⁾し、

性犯罪、②窃盗と偽証教唆、③財産犯と無免許運転などであるが、この点については、その他の事例も含めて、中島・前掲書（注 16）229-235 頁参照。

(52) 累犯加重規定（48 条）の削除理由としては、責任相応刑の問題や特別予防効果の欠如が挙げられるほか（中島・前掲書（注 16）323-324 頁注（2））、警告理論も批判されたが、ドイツでは、「前科」加重の根拠として、なお、学説・判例において警告理論を支持するものがある（中島・前掲書（注 16）240-273 頁）。

(53) 45 条後段の解釈において「警告理論」を用いたとしても、45 条後段をただちに累犯加重規定と解しうるかはここでは、別論である。累犯加重と同じ思想的背景に立つとしても、45 条は少なくとも形式的には刑法第 9 章の併合罪の規定なのであり、警告理論が使用される併合罪の例外的規定だからといっても、併合罪のなかに刑法第 10 章の累犯との同一性を認めるべきかどうかは慎重に検討しなくてはならない。ここでは、さしあたり、刑法 45 条後段が累犯か併合罪かはさておき、45 条後段の解釈論として使用された警告理論自体の独立的意義を前提として議論を進める。警告理論の採用は、確かに、責任は刑罰を限定する機能を担うべきだとする消極的責任主義の原則に反するであろうが、責任主義の原則に反する例外は、ただちに特別予防により根拠づけべきだとするわけにもいかない。思うに、特別予防の展望的性格は、回顧的性格をもつ責任よりはその判断が不安定なものになりやすいといわざるを得ない以上、消極的責任主義の例外としては、一応回顧的性格を有する責任増加論たる警告理論を採用せざるを得ない。このような原則・例外論の手法は必ずしも奇異なものではない。たとえば、消極的責任主義を原則として採用しつつ、業務上過失致死罪や業務上横領罪の刑罰加重を責任増加によって説明する立場も、消極的責任主義の例外を予防ではなく責任の範囲内で限定しようとする趣旨と解される（曾根・前掲書（注 2）133 頁、177 頁、曾根威彦・刑法各論第 5 版〔平成 24 年〕177 頁）。

(54) 大審院・最高裁が構成要件の重なり合いを認めたものとしては、単独犯については同意殺人と普通殺人（大判明 43・4・28 刑録 16・760）、占有離脱物横領と窃盗（大判大 9・3・19 刑録 26・211）、覚せい剤輸入と麻薬輸入、覚せい剤無許可輸入と輸入禁制品である麻薬輸入（最決昭

重い責任を基礎づけるとともに限定することも一応可能なのだから、とりわけ①や⑥の観点から必ずしも厳密な責任主義からの批判に耐えられないとしても、一定の範囲内で消極的責任主義の要請にも合致するであろう。確かに、警告理論は、「みせかけの責任主義」⁽⁵⁵⁾と批判されたが、最も妥当な選択肢と解される確定判決の要件の削除が立法措置としてなされる見通しが立っていない現状の下では、確定裁判を無限定な形式的要件として扱うよりは、さしあたっては、限定解釈を施し得るような警告理論を採用する方が責任主義の観点からは「まし」ではなかろうか。

すなわち、抽象的事実の錯誤の場合、保護法益や構成要件の行為の共通性を基準として構成要件が実質的に重なり合わない場合には故意を阻却するのと同様に⁽⁵⁶⁾、確定裁判を受けた犯罪と罪質を異にする犯罪を確定裁判後に犯した行為者には、故意が構成要件関連的なものである以上、当該確定裁判後の犯罪行為についてその違法性の意識をより強く喚起する故意の提訴機能（警告機能）は働かず、したがって、高められた行為責任は生じないので併合の利益を奪うことはできないと解すべきである⁽⁵⁷⁾。

54・3・27 刑集 33・2・140)、麻薬所持と覚せい剤所持（最決昭 61・6・9 刑集 40・4・269）、共犯に関しては、窃盗と強盗（最判昭 23・5・1 刑集 2・5・435）、虚偽公文書作成と公文書偽造（最判昭 23・10・23 刑集 2・11・1386）、恐喝と強盗（最判昭 25・4・11 判例 2 体系 31・1072）、傷害と殺人（最決昭 54・4・13 刑集 33・3・179）等がある。判例は、法定的符合説に立つとみられる（最決昭 25・7・11 刑集 4・7・1261）。

(55) B・シューネマン（編）／中山研一＝浅田和茂（監訳）・現代刑法体系の基本問題（平成 2 年）271 頁。

(56) 大塚・前掲書（注 13）197 頁、大谷・前掲書（注 2）177 頁、川端・前掲書（注 6）259 頁、曾根・前掲書（注 2）187 頁、山口・前掲書（注 2）223-224 頁等。

(57) 前田・前掲書（注 2）238 頁は、判例が、故意に提訴機能を認め、事実の錯誤を「一般人ならば違法性を意識し得る程度の事実の認識が欠ける場合」と考えてきた、と分析するが、このような判例の考え方に立つならば、高められた違法性の意識（とそれに基づく反対動機の強化）は、確定裁判後の犯罪を犯す際、一般人がより強く違法性を意識し得る程度の事実の認識を欠いた場合、すなわち、構成要件の関連性のない犯罪について確定判決を受けていた場合には、欠如するというのが論理的な帰結であろう。また、高山佳奈子・故意と違法性の意識（平成 11 年）307-308 頁は、「刑事責任がつねに個別の犯罪事実について問われるものである以上、『法に従った動機づけの可能性』の保障は、その犯罪事実について与えられるものでなければならない。抽象的な『動機づけの可能性』を問題にすることはできないと思われる」として、個別行為責任の原則から違法性の意識の可分性を認めるべきことを主張しており、わが国の学説も一部の例外を除き違法性の意識の可分性を一般に承認していると指摘している。本件のように保護法益を異にする犯罪間の累犯の場合、警告機能が働かないというべきなので、当然、犯罪事実結びつく違法性の意識（の可能性）は高められず、それゆえ、反対動機が強化されず、その結果高められた行為責任が生じないという規範的判断がなされるべきである。

ドイツでは、前刑の警告に基づく高められた行為責任は、「禁止の錯誤の裏返しの問題」（die Kehrseite des Verbotsirrtums）と解されていたのである（中島・前掲書（注 16）227 頁）。

本件の場合、確定裁判を受けた犯罪は、窃盗罪であり、確定裁判後の犯罪は、強姦致傷罪である。前者の保護法益は、財産（所有権・占有）であり、後者は、個人の性的自由であり、この間に構成要件の関連性を認め得ないことについては、誰も異論はないであろう。なお、確定裁判後の2件の強姦罪（公訴事実第10の罪と第12の罪）については、確定裁判を受けた窃盗罪と法益の共通性は認められるが、本件で併合罪加重の対象となるのは強姦致傷罪であるから、確定裁判の感銘力も強姦致傷罪についてのみ考えるのが加重単一刑主義に立つ現行刑法の併合罪規定の趣旨に合致した解釈と思われる⁽⁵⁸⁾。すなわち、併合罪加重をするか否かは、併合罪を構成する各罪のうち最も重い罪につき定めた刑に1.5倍するか、しないかで各罪を併科するかどうかの問題である以上、確定裁判の感銘力の存否は、最も重い罪について問うべきであり、最も重い罪に対して感銘力を認められなければ、併合の利益は奪われず、確定裁判の存在は無視し得るから、45条前段により確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪とは併合罪となるのである。

結局、最終的には、本件の場合、平成21年3月17日に確定した窃盗罪についての裁判には強姦致傷罪に対する感銘力を認めることはできず、それゆえ、確定裁判の無視に基づく高められた行為責任に基づいて確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪との一括処理という併合の利益を奪うことはできず、確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪に関しては、共に刑法45条前段により併合罪加重されるという結論が導かれる。

例えば2個の主文で懲役50年をもたらず判決は、なるほど法律上は形式的に可能だとしても、感銘力の無視にもとづく責任増加を併合の利益を奪う根拠づけとする場合、過度に重い量刑は、行為者の意思活動の範囲を超えた部分に科刑するわけであるから、そのような刑罰は行為者本人と社会一般人の恐怖心によって、一時的な効果を持ちえたとしても、その規範意識を確認・強化することによる継続的な効果を発揮することはできない⁽⁵⁹⁾ということにかんがみると、責任主義の意義をわきまえないことから生じる、いかにも鬼面人を驚かす類の刑罰という印象を否認ない。

確かに、「強姦は魂の殺人」であるといわれるとしても（人の生命そのものを侵害したのではない「強姦罪」が「殺人罪」と類推解釈されて殺人罪以上の罪責を問われることがあってはならないのは当然であるが）、それに報いるのに懲役50年という「人

(58) 最判平15・7・10刑集57・7・903も、加重単一刑主義のもとでは、併合罪を構成する個別の罪の存在を重視しないとする「全体的アプローチ」を採用しているのである（井田・前掲書（注5）531-532頁）、小林・前掲書（注8）165頁。

(59) 内藤・前掲書（注46）737頁。

を生ける屍とする」ような刑罰を用いることが単なる復讐とは厳然と区別されるべき刑法上の「行為責任」に相応する公刑罰といえるであろうか。終身刑の採用の是非ですらなお十分に検討されていない我が国の現状にかんがみて、懲役50年という事実上の終身刑を言い渡すこと（強姦の被害者の意見に仮釈放の可否が大きく左右される制度を前提とすれば、今後50年間仮釈放が認められない公算は大きい）に司法は躊躇しないのであろうか。世論が支持するといっても世論は変わりやすい。世論は、それなりに尊重すべきことは当然すぎるほど当然であるが、だがしかし、責任主義のように長年月にわたって着実に形成確認されてきた刑法上の確固たる原理に匹敵するものではない。単に、強姦厳罰の世論の激流に流されるのではなく、むしろその激流に抗して、何が、一時的な流行であるかを、何を不易の価値として尊重すべきかを司法は賢察しなければならないのではなかろうか。

近年、先進諸国において「刑罰のポピュリズム（Penal Populism）」に伴う厳罰化が進行しているといわれるが、憂慮に堪えない⁽⁶⁰⁾。刑罰の正当化根拠は、今日においてもなお明確に一義的には明証されていないのであり、したがって、その解釈、立法、運用に際しては刑罰の効果を過信して盲進することなく、また、過度に法定安定性概念に縛られることなく常に謙抑的姿勢をとることこそが、刑法における謙抑主義の本旨であるということをおぼろげに忘れるべきではないであろう⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾。

(60) 「刑罰のポピュリズム」とは、マスコミが劇場的な犯罪報道をくり返すことで（治安悪化キャンペーン）、事実とは関係なく、治安が悪化したと多くの国民が不安感をもつようになる結果、それが犯罪に対する怒りや憎しみといった情緒的な反応を国民の中に生み出し、その怒りは、次第に刑事司法制度にも向けられるようになり、裁判所等が犯罪者に対して甘すぎるといふ批判が巻き起こり、ひいては、専門家による解説や統計的な事実が軽視されるようになり、政治家も巻き込んで、法と秩序キャンペーンが発生し、警察力の増強や厳罰化（力による犯罪対策）といったわかりやすい対策が選択されるようになる、という現象をいう（浜井浩一他・グローバル化する厳罰化とポピュリズム（平成21年）1頁以下）。このような現状をふまえるならば、裁判員裁判においては、裁判官は、裁判員のスケジュールに配慮する以上に、裁判員に対する責任主義や刑罰の意義に関する丁寧なレクチャーを行うべきであるというのが正義の要求であろう（原田國男・量刑判断の実際〔第3版〕（平成20年）354頁）。

(61) 小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」田藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻（昭和59年）15頁。謙抑主義は、現代社会が「限定的な処罰」から「妥当な処罰」への転換を迫るとしても、当然のことながら依然として厳格に要求されるのである。

(62) 本件控訴審判決は、平成24年6月27日に東京高裁において宣告された。本件弁護人である石野弘弁護士（静岡県弁護士会）から閲覧させていただいた控訴趣意書、控訴審判決書によると（控訴趣意書の主張内容は、事実誤認・量刑不当にとどまらず裁判員裁判の問題性にまで多岐にわたる労作であるが、ここでは45条後段の解釈に絞り込んで検討する）、本件の弁護を担当した前記小長谷・石野弁護士をはじめとする7人の弁護士は、本件については「（刑法45条後段の解釈に関して）、禁錮以上の確定裁判とそれ以後の罪が同種の法益侵害である等、同種・同質・同

事情の犯罪であって、有効な警告機能を果たすことが期待し得るとみられる場合は、一応加重責任が肯定され得るが、その場合にも、(刑法 14 条 2 項が加重刑の上限を 30 年としているゆえに) 有期懲役の併科の合計は 30 年を超えるべきではない」と警告理論による限定解釈を採用するとともに併合罪併科の場合も 30 年を限度とすべきことを主張し、具体的には、窃盗の確定裁判後に犯された四件の強盗致傷罪に関しては、「被告人の性に関する犯罪傾向が顕出し実行された犯罪類型」であり、二件の強盗罪は「財産犯ではあるが、強盗致傷の現場で被害者の犯行が抑圧されているのに乗じて実行されたものであり、いずれも副次的犯罪で、その主目的は通報の阻止というべき」であり、結局、これらは、確定裁判を受けた窃盗(自動二輪車が好きなので窃取した事案)とは異質かつ背景事情を異にするものと論じられた。対象となる犯罪の保護法益、行為態様の共通性を基準として行為責任が高められたと規範的に解される場合を選択する抽象的事実の錯誤の場合とパラレルなアプローチであると評すべきであるが、控訴審は「併合罪の範囲を不明確にして、法的安定性を著しく害することが明らかである」と判示した。しかし、刑法上の限定解釈は、その実質的解釈としての性質上常に、法的安定性を害する性格を有しているというべきであるからこの批判は、必ずしも説得的とは言えない。問題は、合憲で、合理的な処罰範囲を設定するにはどのように実質的解釈をすればよいか、という点にあり(前田・前掲書(注2)69頁)、控訴審は、警告理論の採用が、どのような理由で法的安定性を著しく害することが明らかなのかについての説明を要するであろう。これに対して、控訴審は「確定裁判後の罪については、弁護人が主張する警告理論を援用するまでもなく、確定裁判を経たにもかかわらず更に罪を重ねた点で既に厳しい非難を免れないことからすると、確定裁判後の罪について併合の利益を与えないことにも相応の理由があるというべきである」と判示しており、「確定裁判を経たにもかかわらず更に罪を重ねた点で既に厳しい非難を免れない」ということがまさに警告理論なのであることに鑑みると、控訴審は警告理論を十分に検討することなくその採用を拒み、責任主義の問題に正面から取り組むことを回避したような印象を受ける。

(63) なお、法的安定性が必ずしも正義に合致しない、という点を指摘するのが、団藤重光・法学の基礎〔改訂〕(平成 13 年) 229-234 頁。