

併合罪の一部の罪の確定裁判後に 審理された余罪の量刑判断方法について

本 田 稔*

目 次

- 一 問題の所在
- 二 大阪高判平成23年2月24日第5刑事部判決の内容
 - 1 事案の内容
 - 2 裁判所の判断
- 三 本件事案の争点
 - 1 犯罪性向の深化と犯行態様・犯行動機の重大化の認定方法について
 - 2 責任と量刑に対する矯正教育の効果の意義について
 - 3 刑法50条の「更に処断する」の意義について
 - 4 刑法51条の「他の刑を執行しない」の意義について
 - 5 余罪に対する死刑の執行と確定裁判の自由刑の執行の取り止めの関係について
- 四 残された課題

一 問題の所在

ある強盗殺人事件について無期懲役刑が確定し、その刑の執行途中で、その罪と併合罪の関係にある別の強盗殺人事件で有罪が言い渡された場合、その量刑はどのように判断すべきか。

刑法は、確定裁判を経ていない2個以上の罪を併合罪とし、またある罪について禁錮以上の刑に処する確定裁判があっても、他の罪がその裁判の確定前に行われていた場合は、その罪と確定裁判を経た罪とに限って併合罪とすると定めている（刑45）。前者は「同時的併合罪」、後者は「事後的

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

併合罪」とよばれる。この事後的併合罪の関係にある罪のうち確定裁判を経ている余罪は、更に処断される（刑50）。ある罪が確定裁判を経ている、その既判力はその罪にしか及ばないので、それと事後的併合罪の関係にある余罪を裁判にかけて処断しても、一事不再理の原則に反しない¹⁾。この余罪の刑が確定した場合、併合罪を構成する2個の罪に対して2個の確定判決が成立し、それらは併せて執行される²⁾。ただし、余罪の刑が死刑の場合、没収を除き、他の刑は執行されない。また、余罪の刑が無期懲役ないし無期禁錮の場合、罰金、科料および没収を除き、他の刑は執行されない（刑51）。このような場合、執行されるのは余罪に対して言い渡された死刑や無期の懲役・禁錮だけであり、確定裁判を経た罪の刑は執行されないのである³⁾。例えば、ある行為者が被害者Bに強盗殺人を行い、その2週間後に他の被害者Aにも同様の強盗殺人を行い、Bに対する強盗殺人罪についてのみ起訴され、無期懲役の刑が言い渡されて確定したとする。そして、刑に服して10年が経過した時点でAに対する強盗殺人罪の嫌疑が明らかになり、起訴されて、死刑が言い渡されて確定したとする。このような場合、刑法の規定では、10年近く執行してきた無期懲役刑

1) 最判昭27・9・12刑集6巻8号1071頁は、「併合罪の関係にある一部の罪について確定裁判がなされても、その既判力は他の部分の罪には及ばないし、右両者の罪は同一の犯罪ではなく個別の犯罪であって、後者の罪を審理裁判したことは確定裁判に判示された前者の罪につき再び審理裁判したものであるということはできないから、憲法39条に違反しない」と述べている。このように事後的併合罪のうち未審理の余罪を処断しても、憲法違反ではないが、その量刑の判断方法については明らかではない。

2) 「併せて執行する」（刑51）とは、確定した刑を順次執行するという意味である。執行の順序は、刑訴法474条の「重刑先執行の原則」に従い、罰金および科料を除いて、その重い刑から順に執行される。

3) 事後的併合罪のうちの余罪について裁判が行われ、刑が確定した場合、2個の刑が成立することになるが、この余罪の刑が死刑であり、それを執行すべきときは、すでに確定裁判を経た罪の自由刑は、それが無期・有期にかかわらず執行されない（刑51①ただし書き前段）。これに対して、確定裁判を経た罪の刑が無期の自由刑であり、余罪の刑もまた無期の自由刑である場合、余罪に言い渡された「無期の懲役又は禁錮を執行すべきとき」（刑51①ただし書き後段）の意味が明らかでないため、確定裁判を経た罪の無期の自由刑の執行が取り止められるか否か明らかではない。

併合罪の一部の罪の確定裁判後に審理された余罪の量刑判断方法について（本田）

の執行を取り止めて、死刑を執行することができる。学説にもそれを肯定するものがある。

小論は、ある罪について無期懲役刑が確定し、その刑の執行途中において、それと併合罪の関係にある余罪が起訴された場合の量刑判断の方法について、大阪高等裁判所平成23年2月24日第5刑事部判決を素材にしながから検討することを目的としている。

二 大阪高判平成23年2月24日第5刑事部判決の内容

平成23年2月24日に大阪高等裁判所第5刑事部が言い渡した判決は、次のようなものであった⁴⁾。以下において、その事案と判決の内容を整理する。

1 事案の内容

(1) 事実の概要

被告人は、成人して以降、昭和57（1982）年から平成10（1998）年までの間に、窃盗、住居侵入、常習累犯窃盗の各事犯で6回服役し、前刑を平成12（2000）年1月に仮出所した後、更生保護施設で知り合った女性Xと結婚し、11月から2人で生活していた。しかし、Xのアルコール依存症がひどく、口論が絶えず、Xが被告人に暴行を繰り返すなどしたために、平成13（2001）年6月に離婚したが、その後も会ったり、連絡を取るなどしていた。被告人は、X名義で借金をし、またX名義で借りていた住居の家賃なども支払う約束をしていたが、同年7月上旬にそれまで勤務していた会社を辞めたため、金に窮するようになり、借金の返済や家賃の支払いも滞るようになった。8月頃からは、家電製品やカメラ、腕時計などの家財

4) 大阪高判平23・2・24判タ1358号248頁（控訴棄却・上告）参照。なお、本判決を紹介したものとして、拙稿「無期懲役刑の確定裁判の後に審理された余罪の量刑判断の方法」法学セミナー第692号（2012年）131頁参照。

道具を質入れして生活するようになり、窮乏状態は一層深まった。

被告人は、借金等の清算に必要な100万円ほどの現金を入手するため、相当の現金があると思われる商店に侵入して現金を奪うことを考え、平成13(2001)年8月15日、大阪市某区の商店街にある紳士服店に侵入し、当時84歳の男性店主Bに対して、角材様の物でその頭部等を多数回殴打し、両手足を電気コードで縛り、頭部にビニール袋をかぶせ、さらしや電気コードを首に巻き付けて強く圧迫するなどして、Bを窒息死させて殺害した後、現金約43万円とキャッシュカードを強奪した(B事件)。

しかし、被告人は必要とした100万円には届かない額しか強取できず、また奪ったキャッシュカードで現金を引き出そうとしたが、これにも失敗し、奪った現金もXとの遊興費に消費するなどしたために、さらに金員を奪うことが必要になり、B事件の数日後に再び商店に侵入して現金を強奪することを考えるようになった。被告人は、以前買物をしたことのある薬局に高齢の女性の店主しかいなかったことを思い出し、その女性がかなりの現金を持っているのではないかと思われたため、同店舗において現金を強奪することを計画した。被告人は、平成13年8月28日午後9時ころ、現金を強奪する目的で当時84歳の女性Aが経営する大阪市某区所在の薬局の店舗に客を装って侵入した上、Aに話しかけたり、商品を見るふりをしながら、外から内部が見えないようにするため、出入口のシャッターを閉め、Aを縛るための物を探したりした。Aは、被告人のそのような様子を見て、身の危険を感じて店舗の奥にある住居部分に逃げ出そうとしたが、追いかけてきた被告人に捕まえられ、大声を上げたが、口を手で塞がれ、キッチンタオルを口の中に押し込まれ、身体を畳の上に押し倒された。Aはなおも激しく抵抗したため、被告人はAを殺害して現金を強奪しようと決意し、その首を両手で数分以上にわたって強く絞め続け、被害者を窒息死させて殺害した。その後、死体を浴槽に入れてふたをして隠した上、店内や奥の住居部分、2階の住居部分を物色し、店舗内のレジスターから現金約7万円のほか、商品であるビタミン剤5点(販売価格8,240円ないし

8,440円）を強取した（本件）。

被告人は、平成13年10月、B事件の被疑者として逮捕され、本件についても疑われたが、決め手となる証拠がなかったため、B事件についてのみ起訴された。裁判では強盗殺人罪の成立が認められ、無期懲役刑が宣告されて確定した。その後、被告人が刑に服していた平成20（2008）年8月、DNA型鑑定によって本件に遺留されたキッチンタオルに被告人のDNA型と一致する皮膚片が存在することが確認されたため、被告人は同年11月に本件の被疑者として逮捕され、当初は否認したが、勾留途中から本件を認めるに至った⁵⁾。検察官は、被告人の行為が強盗殺人罪にあたるとして、死刑を求刑したが、大阪地方裁判所は、平成22（2010）年5月31日、被告人に強盗殺人罪の成立を認めた上で、無期懲役の刑を言い渡した。

（2）検察官の控訴趣意

検察官は、大阪地方裁判所の判断に対して控訴し、考慮されるべき量刑事情として次の8点を挙げた。

- （ア）本件はB事件の経験を踏まえ、そのわずか13日後に行われた連続強盗殺人事件の一環であり、B事件と手口が酷似しているだけでなく、B事件に比べて、一層大胆かつ巧妙で、卑劣で、計画性も高くなっているなど、本件において被告人の犯罪性向が深化していることがうかがえる。
- （イ）被告人は、強盗殺人に発展することがあり得ることをも未必的に想定して本件犯行に及び、実際に現場で確定的殺意を生じて被害者を殺害した後、執拗に物色し、金品強取の目的を遂げたものであって、本件殺人は起こるべくして起こったものである。
- （ウ）殺害の態様は、極めて強固な確定的殺意に基づく執拗で残虐なもの

5) 被告人がB事件につき有罪判決を受け、B事件の刑に服している途中で本件犯行の嫌疑が明らかになり、逮捕されるに至った経緯については、本判決の「解説」判タ第1358号248頁参照。

であって、B 事件以上に冷酷である。

- (エ) 犯行の動機は、逃走資金や更なる遊興費欲しさであって、B 事件以上に利欲的で身勝手極まりないものである。
- (オ) 被害結果は、あまりにも重大である。
- (カ) 遺族の処罰感情は、峻烈であって、極刑を望んでいる。
- (キ) 被告人の犯罪性及び反社会的性格に鑑みれば、被告人を矯正することは不可能である。
- (ク) 高齢者を狙った卑劣な犯行であり、B 事件に引き続いて繰り返された強盗殺人であるという意味においても、社会的影響が大きい。

検察官は、このように考慮すべき 8 点の量刑事情を挙げたうえで、原判決が被告人を無期懲役に処した根拠として挙げた次の 6 点について、いずれも誤りがあると指摘した。

- ① 殺害について、「凶器を事前に準備していないなど、事前の計画性は窺われず、強盗の現場でとっさに生じた殺意に基づく犯行である」ことを強調したこと。
- ② 犯行態様について、「刃物等の凶器は一切用いられておらず、殊更に残酷な方法をとったとまでは言い難いものがある」と評価したこと。
- ③ 被告人の「特段の粗暴犯の犯罪傾向が窺われなかった」ことを有利な事情として強調したこと。
- ④ 強盗殺人を繰り返したことにつき、「B 事件の罪の重さを公的な形で自覚させられる機会もないまま、半ば自暴自棄のような気持から安易に同様の行為を繰り返してしまった」ことを挙げ、「同種の重大犯罪について前科を有する場合と一線を画すべき」と判断したこと。
- ⑤ 被告人に生命軽視の資質があること、犯罪傾向が根深いこと、更生が不可能であることの 3 つに疑問を呈し、被告人に反省しようとする姿勢が窺われると判断したこと。
- ⑥ 被害者 1 名の強盗殺人事案で死刑が確定している 10 件の事例と比較した上で、本件を死刑を選択すべき類型でない判断したこと。

検察官は、これら6点について、いずれも原判決の評価が誤っていると指摘し、類似事案との罪刑の均衡等も考慮すれば、本件は死刑をもって臨むほかない事案であると主張した。

2 裁判所の判断

大阪高等裁判所は、平成23年2月24日、検察官が考慮すべき量刑事情として挙げた8点の事情について検討して、次のような判断を示した。

(1) 検察官主張の量刑事情の（ア）、（ウ）、（エ）について

検察官は、被告人がB事件の13日後に本件犯行に及んだことに関連して、本件における被告人の犯罪性向がB事件の時よりも深化し、犯行動機がより利欲的で身勝手極まりないものになり、また犯行態様もまたB事件以上に冷酷になっている旨の指摘をしている。確かに、本件は、わずか2週間ほどの間に連続して犯された同種の強盗殺人事件の後の方に引き起こされた事件であり、最初のB事件と比較すると、被告人は「更に犯した」と言うことができ、その意味で一般的に見て、B事件に比べてより悪質であると評価することは可能であろう。しかし、犯行の動機や態様の悪質さの深まりの程度は、各犯行に至った経緯や手段方法を具体的に考察した上で評価すべきである。犯行の動機の点については、いずれも金員欲しさに侵入強盗に及んだものであり、100万円ほどの現金を手に入れたいと思っていたところ、B事件だけではそれに見合う金員を入手できず、更に強盗をして現金を手に入れようとしたのであって、B事件と本件の犯行に至った経緯と動機に特段の違いがあるわけではない。また、犯行の態様の点については、金員を得るために被害者を殺害するという各犯行態様はいずれも悪質であるが、殺害方法だけを比較すれば、持ち込んだ角材様の物で頭部等を数回殴打し、両手足を電気コードで緊縛するなどし、頭にビニール袋を被せ、頸部を強く締めつけるなどし、窒息死させているなど、B事件の方が残虐であると言える。しかし、犯行前後の行動（死体を浴槽に隠し

た点は本件の方が悪質である), 物色の程度, 奪った物などを総合的・全体的に勘案しても, いずれがより悪質であるとはいえず, 検察官が主張するように本件の犯行態様がB事件より悪質であるとはいえない。

また, 被告人の犯罪性向の深化については, B事件から本件に至るまでの間に, 被告人の犯罪性向の深化に一定の影響を及ぼすような事情があったのであれば, そのように論ずることもできるが, そのような事情のない本件では, B事件後わずか13日間で被告人の基本的な犯罪性向がそれほど深まりを見せるとは考えられない。金員欲しさのためには強盗殺人にも及ぶという被告人の犯罪性向は, 被告人がもともと有していたものであると言うことができ, B事件の場合と比較して被告人の犯罪性向が深化したため本件が引き起こされたというよりは, B事件も本件も, 被告人が本来有していた残虐な犯罪性向が具体的に発現したものとみるべきである。手口が一層大胆かつ巧妙化したとの主張も, 捉え方の問題であり, 場当たりの状況に応じて違った行動をしたに過ぎず, 被害者を緊縛する紐などはポケットに入れていけば見つかることもないと思われるのに, それすらしていないことは相手が老人であるから何とかなると思っていたとしかいえず, 場当たりの計画のなさを示している。検察官は, そうでないと言いつつ, B事件があって, 本件があったということを強く意識し, これに関連づけて死刑が適正な量刑であると主張しているように思われる。

(2) 検察官の量刑事情の(イ), (オ), (カ), (ク)について

検察官は, 被告人が強盗殺人事件に発展することがあり得ることをも未必的に想定して本件犯行に及び, 現場で確定的殺意を生じて被害者を殺害し, その後, 物色して金員強取の目的を遂げており, 本件殺人は起こるべくして起こったものであると主張している。殺人の点については, 強取の現場でとっさに生じた殺意に基づく犯行であって, 確定的であるが, 事前の計画性は認められないものの, 被告人は, B事件を起こした経験を有しているのであるから, 強盗に入った店舗で家人が大声を上げるなどした場

合には殺害に及ぶこともあり得ないことではないとの事情認識を持っていたので、その意味では、検察官が言うように、強盗殺人事件に発展することがあり得ることも未必的に想定して本件犯行に及んだものであり、本件殺人は起こるべくして起こったものであると評価することも可能である。さらに被害結果が重大であるという点、遺族の処罰感情が峻烈であって極刑を望んでいるという点、高齢者を狙った卑劣な犯行であり、社会的影響が大きいという点は、いずれも肯認することができる。

（3） 検察官の量刑事情の（キ）について

検察官は、類似事案の量刑との均衡の点につき、原判決が誤っていると主張したが、一旦服役して矯正教育の機会を与えられた後に同種の犯罪を行った類似事案の場合と、B事件についてそのような機会を与えられないまま同種の事件を行った本件の場合とで、その処罰について、矯正教育の機会を与えられたことをさほど重視すべきでないということが前提とされていると考えざるを得ない。一度矯正教育の機会を与えられたのに、またもや同種の犯行に及んだという場合は、自らの犯罪性向を指摘され、その自覚の上に更生すべき機会を与えられたにもかかわらず、それを何ら顧みず自省自戒することなく、その犯罪性向を自ら改善しなかったという点に、以前にも増して強い責任非難が帰せられるのであって、本件の事案のように自己の犯罪性向を指摘されず、矯正教育による自省自戒の機会を与えられないまま、同種の再犯に及んだ場合は、矯正教育の機会が与えられた場合と比べると、その責任非難につき相応の差異があると見るべきことは当然であって、検察官の所論は、矯正教育の効果を軽視する誤った見解というべきである。

（4） 量刑判断の方法について

B事件と本件とが同時に審理されたならば、連続した強盗殺人2件という極めて悪質で重大な事犯であるため、仮定の話であるが、極刑が選択さ

れた可能性があることは否定できない。しかし、被告人はB事件についてすでに無期懲役の刑を言い渡され、その裁判は確定し、執行もされている。被告人は、連続した2件の強盗殺人を犯しているが、そのうちの1件はすでに確定裁判を経ているのであるから、強盗殺人2件が同時に審判され判断された場合の量刑と本件1件につき判断される量刑を同列に扱うことができないのは明らかである。この点につき、原判決は「量刑の理由」の「3 本件量刑におけるB事件の位置付け等」の項において、「無期懲役刑の確定裁判を経たB事件を本件との併合罪関係から評価し直し、統一刑としての死刑を念頭に置いて、本件につき死刑を選択するというような思考方法を採用することは許されないというべきである」とした上で、本件の量刑において、B事件を全く考慮できないとするものではなく、本件の量刑に当たり、B事件を全く捨象して量刑せよというのは不自然・理不尽な要求であって、二重処罰の禁止を定める憲法39条もそこまで禁止しているものではないとして、「その事実（B事件）を、被告人の性格・経歴や、本件犯行の動機・目的・方法等の情状を推知するための資料として考慮する」ことは当然許されるものと解し、「4 量刑上特に考慮した事情」の項で各種の量刑要素を検討しているが⁶⁾、原判決のこの考え方は、当裁判所としても相当として首肯することができる⁷⁾。他方、そのような評価を

6) 原判決は、原判決が用いた「統一刑」という語の理解について、判決文の中で「統一刑」という言い方は、併合罪につき処断刑を割り出した際に使われるものではあるが、その統一刑に基づいて言い渡された刑あるいは言い渡すことが予定される刑という意味で用いることもあながち間違いとはいえず、ここでは統一刑は後者の意味において使用する」と補足的に説明している。

7) 原判決は、「本件量刑におけるB事件の位置付け等」の記載において、傍論部分ではあるが、「有期刑の余罪処罰に関する部分」の量刑判断の方法について、統一刑を想定して、そこから既処罰部分を控除して余罪の刑を定める方法を念頭に置いていると思われる。本判決は、このような方法に関して、「確定裁判があるにもかかわらず余罪を起訴する場合は、通常、余罪を改めて起訴する必要がある場合であり、また、確定裁判の事案の内容と余罪とを比較し、その事情により既処罰部分を大きく考慮する場合もあれば、それほど考慮しない場合もあるのが実務である」と述べて、原判決の余罪の量刑判断方法を「一面的であり賛同し難い」として論じている。「有期刑の余罪処罰に関する部分」とは、

超えて、本件の量刑に当たり、B事件をも加えて、これを量刑評価していると見られることのないように、本件の事案のみを量刑評価すべきことも言うを待たない。B事件は既に処罰されているのであるから、その余罪である本件そのものの量刑はB事件とは別途に評価して量刑を判断すべきものであり、それができていなければ二重に処罰した違法性を帯びるものと考ええる。

検察官は、本件の13日前に被告人がB事件を引き起こしていることを指摘し、B事件と本件が同時に審判を受けたとすれば、被告人が死刑に処せられる蓋然性が高いことを前提として、本件につき無期懲役を選択した原判決を種々論難していると解されるのであるが、その所論は、B事件がすでに審判を経て、同事件について被告人を無期懲役に処する旨の裁判が確定していることをほとんど考慮していないものといってよく、その表現においては、本件の量刑を考慮するについて、B事件を情状面で考慮すべきであるとは言いながら、その実質は、原判決も言うように、B事件を再度

▼事後的併合罪のうちの余罪に対して有期の自由刑が言い渡された場合の量刑を意味しているが、本判決が「統一刑を想定しえない場合もあり」、また「既処罰部分を大きく考慮する場合もあれば、それほど考慮しない場合もある」というのが実務であると述べているのは、例えば既処罰の罪に比して余罪が余りにも甚大であるため、統一刑を想定して既処罰部分を控除すると、余罪の刑が軽くなりすぎ、事案によってはその法定刑の下限を下回る場合が出てくるからであろう。ただし、それが「実務」における考え方であるかどうかは疑問である。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刊行会編『新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社、2010年）502頁以下によれば、「我々実務家としては、刑法50条に基づいて判決をするとき、どのような考え方で量刑すればよいのであろうか」と問題を提起し、「具体的な場面では追加刑的な思考が相当と考える。このような思考方法で量刑した場合、特にA罪がB罪と同種であってA罪がかなり重い場合には、今回言い渡すべき刑、すなわち、想定した統一刑からA罪の確定裁判の刑を控除して残った刑が、B罪が単独で犯された場合の量刑に比べてかなり低いものになる可能性があるが、併合罪の関係にあるA罪に対する刑が存在するのであるから、躊躇することなくその低い刑を量刑すべきである。そして、法律上、法定刑の下限が維持されていることが障害となる可能性はないではないが、酌量減輕まで用いれば、その問題が顕在化することは多くないと思われる」と述べている。余罪に対して有期の自由刑が言い渡される場合の量刑判断の方法をめぐって、「実務」において統一的な見解は確立されていないようである。

評価して、本件とB事件との統一刑を想定して、それとの不均衡をいうものと解される。しかし、そのような姿勢は、やはり、憲法39条が定める二重処罰禁止の主旨に反するものというべきである。

(5) 量刑判断の妥当性と仮釈放の可能性について

被告人は、B事件の被疑者として逮捕されて取り調べられた際、本件についても捜査機関から追及されたが、B事件も本件も否認し通した結果、B事件についてだけ起訴されて無期懲役刑に処せられたという経緯がある。そうすると、被告人は、その当時、本件を正直に話さず頑強に否認したがために両事件が同時に審判されず死刑を免れたという側面があることも否定できない。しかし、そのことを被告人に不利益に扱って本件で死刑に処すべきであるとするのは、被疑者の黙秘権が保障されていることや憲法39条で二重処罰が禁止されていること等に鑑みると、憲法や法律を正しく解釈しようとする態度に欠けるものであり、検察官もそのようなことまで主張しているものではないであろう。被告人が否認した結果、本件がB事件と別々に審理されることとなったことは、ありのままに受け入れざるを得ず、これを前提として本件の量刑を検討すべきこととなるのは、けだしやむを得ないことなのである。

さらに、当審における被害者遺族の意見陳述の趣旨等にも鑑み、本件で被告人を無期懲役とした場合の同種再犯のおそれについて見てみるに、弁護士も指摘するように、近年の無期懲役による服役囚の仮釈放の実情からすると、1件の無期懲役刑であっても、被告人の年齢からすると、その平均余命が経過しても仮釈放される見込みは乏しいと思われる上に、被告人の場合は、2件の無期懲役刑に処せられているのであるから、被告人が仮釈放によって社会に出てくる可能性はほとんどないものと考えられる。

以上の通り、検察官の所論を踏まえて検討しても、被告人を無期懲役に処した原判決の量刑が軽すぎて不当であるとはいえない。

(6) 検察官が挙げた原判決の6点の誤りについて

検察官は、原判決が被告人を無期懲役とした根拠として挙げた6点について、いずれも誤りがあると指摘したが、検察官の指摘はいずれも当たらず、原判決の量刑判断は妥当である。

三 本件事案の争点

本件事案および本判決の内容は、おおよそ以上の通りである。改めて整理すると、本判決には検討すべき次の5つの論点があるように思われる。第1は、検察官が被告人に死刑を求刑した根拠に関連するが、被告人の犯罪性向が本件の犯行において深化しているか、犯行態様・犯行動機の利欲性・冷酷さが重大化しているかという問題である。第2は、本件の犯行に対する量刑責任を判断するにあたって、矯正教育をどのように位置づけるべきであるかという問題である。第3は、事後的併合罪のうち確定裁判を経ない余罪について、刑法50条は「更に処断する」と定めているが、それはいかなる意味において解釈されるべきかという問題である。第4に、事後的併合罪のうち確定裁判を経ない余罪について死刑または無期の懲役または禁錮の刑が確定した場合、すでに確定裁判を経た罪の刑はどのように取り扱われるのかという問題である。刑法51条は「他の刑を執行しない」と定めているが、それはどのように解釈されるべきか。それは、被告人の仮釈放の要件の問題とも関わる論点である。そして第5は、本件において直接争われてはいないが、想定される問題として、余罪に対する死刑の執行と確定裁判の自由刑の執行の取り止めの関係に関する問題である。

以下において、これら5つの論点を検討する。

1 犯罪性向の深化と犯行態様・犯行動機の重大化の認定方法について

(1) 犯行動機・犯行態様・犯罪性向の相互関係

第1は、被告人の犯行動機・犯行態様の重大化、犯罪性向の深化に関する問題である。本判決は、検察官が考慮すべき量刑事情として挙げた次の点、すなわち(イ)本件は起こるべくして起こったこと、(オ)被害結果が重大であるということ、(カ)遺族の処罰感情は峻烈であって、極刑を望んでいること、(ク)高齢者を狙った卑劣な犯行であり、社会的影響が大きいことの4点については基本的に肯定しているが、(ア)B事件に比して、被告人の犯罪性向が深化していること、(ウ)殺害の態様がB事件以上に冷酷なものであること、(エ)犯行の動機がB事件以上に利欲的で身勝手極まりないものであることについては否定している。従って、第1の論点として検討すべきは、本件犯行の動機の利欲性とその態様の冷酷さがB事件と比べて重大化しているか、そして本件において表された被告人の犯罪性向がB事件と比べて深化しているかという問題である。

検察官は、本件の犯行がB事件の経過を踏まえ、そのわずか13日後に行われた連続強盗殺人の一環であり、B事件と手口が酷似しているだけでなく、B事件に比べて、(ア)「一層大胆かつ巧妙で、卑劣で、計画性も高くなっているなど、本件において被告人の犯罪性向が深化していること」、(ウ)本件の殺害方法の態様は、極めて強固な確定的殺意に基づく執拗で残虐なものであって、「B事件以上に冷酷であること」、(エ)その犯行の動機は、逃走資金や更なる遊興費欲しさであって、「B事件以上に、利欲的で身勝手極まりないものであること」の3点を挙げて、被告人の犯罪性向がB事件に比べて深化しており、犯行動機がB事件以上に利欲的で身勝手極まりないものであり、また犯行態様もB事件以上に冷酷であると主張した。注意すべきなのは、検察官が犯罪性向の深化と犯行態様および犯行動機の重大化を区別して論じていることである。犯罪性向の深化を認定するための要素として挙げられているのは、「犯行手口」と犯行に臨む態度の「大胆さ」、「巧妙さ」、「卑劣さ」、「計画性」である。犯行態様の重大化

を認定するための要素としては、「強固な確定的意思に基づく執拗性・残虐性」が、そして犯行動機の重大化を認定するための要素としては、「逃走資金や更なる遊興費欲しさ」が挙げられている。検察官は、犯罪性向と犯行態様・犯行動機をこのように区別して、それぞれ認定しているが、これらは区別して論ぜられる問題ではない⁸⁾。

犯行の「大胆さ」、「巧妙さ」、「卑劣さ」、「計画性」は、犯罪性向の深化を認定するための要素とされているが、犯行が大胆に、また巧妙に行われているということは、一般に犯行態様の悪質さや重大性を認定する根拠になりうる。また、それが卑劣であると評価される特徴を有している場合には、犯行態様の残虐さを評価する根拠にもなると思われる。さらに、犯行の「計画性」は、犯罪を遂行しようとする被告人の「執拗さ」や「利欲的」な傾向だけでなく、犯行動機の悪質さをも認定する根拠ともなるものである。このように犯罪性向の認定要素として挙げられているものは、犯行態様や犯行動機と相互に関連しあっているので、区別して論ずることはできないと思われる。犯行態様と犯行動機は、犯行の外部的側面とその内面的側面に区別して論ずることはできても、それらと犯罪性向とを区別して扱うことは妥当ではない。

(2) 犯行動機と犯行態様の重大化

本判決は、本件の犯行動機と犯行態様の重大化に関して、「各犯行に至った経緯や手段方法を具体的に考察した上で評価すべきである」とした上で、本件の犯行動機は金欲しさに侵入強盗に及んだものであって、本件の犯行動機とB事件に至った経緯との間に特段の違いがあるわけではない

8) 本判決では、「犯罪性向」の意義を定義されていないが、一般に犯罪を行う行為者の性格や人格の傾向のことであると解される。それは、犯罪に対して抑制が効きにくくなった行為者の特徴であり、本判決が述べるように、「犯罪性向の深化に一定の影響を及ぼすような事情」によって形成される。その深化の度合いは、犯行の動機や態様から窺われる特徴を以前の特徴と比較検討し、犯行動機（行為者の心理的・内面的特徴）と犯行態様（行為の物理的・外部的特徴）を総合的に評価することによって認定されると考えられる。

と認定している。B事件も本件も、X名義で借りた100万円の借金を清算するために行われたのであって、B事件によってそれに見合うだけの現金を入手できなかったために、本件の犯行を繰り返したのであるから、本件に至った経緯にB事件と異なる特別の事情や目的があったとはいえないと判断したのである。この点に関して、検察官は、本件の犯行動機は「逃走資金や更なる遊興費欲しさ」にあり、それはB事件の動機とは異なると主張したが、本判決において、検察官の主張がどのように取り扱われたかは明らかではない。検察官が主張するように、「逃走資金や更なる遊興費欲しさ」、すなわち犯罪捜査機関によるB事件の追及から逃れ、または更に遊興費を得るために本件の犯行に至ったというのであれば、本件の犯行動機にはB事件とは異なる利欲的で身勝手極まりない特徴があり、それによって犯行動機の重大性を根拠づけることもできるように思われる。ただし本判決では、「記録を調査し、当審における事実取調べの結果」として、被告人は借金を清算するという動機に基づいて本件を行ったと認定されており、検察官の主張は斥けられている⁹⁾。

また、犯行態様についても、本判決は先に述べたように、「各犯行に至った経緯や手段方法を具体的に考察した上で評価すべきである」とする立場から、各犯行の手段方法を具体的に認定している。本判決によれば、B事件の場合は、角材様の物で頭部等を多数回殴打し、両手足を電気コードで緊縛し、頭にビニール袋を被せ、頸部を強く絞めつけて窒息死させているので、その犯行態様は本件に比べて残虐であるといえるが、本件では

9) 被告人がB事件を行ったのは、X名義で借りた借金を清算するために必要な金員を得るためであった。被告人は、罪を犯してでも、X名義の借金は清算したいと考えたと思われるが、B事件によって借金の返済に必要な100万円を奪うことができず、奪った40万円ほどの現金もXとの遊興費に消費するなどした。X名義で借りた借金を清算するためにB事件を行った被告人の行動と奪った40万円の現金をXとの遊興費に消費したという行動を比較すると、犯行動機の面において質的に大きな違いがあると思われる。検察官は被告人が「逃走資金や更なる遊興費欲しさ」から本件の犯行に及んだと主張したが、それは被告人のこの行動を比較検討したことによるものと思われる。

殺害後に死体を浴槽に隠しているのです。この点に関しては本件の犯行態様の方が悪質であると認定し、それらを踏まえて、物色の程度や奪った物などを総合的・全体的に評価するならば、いずれがより悪質であるともいえず、本件の犯行態様がB事件のそれよりも悪質であるとは言えないと判断している。検察官は、本件における被告人の殺害方法がB事件以上に冷酷であると認定した理由として、被告人の犯行が「極めて強固な確定的殺意に基づく執拗で残虐なもの」であったことを挙げているが、強固な確定的殺意に基づいて犯行に出たのはB事件の場合も同じであり、しかもB事件の場合は、角材様の物で頭部を殴打し、両手足を電機コードで縛るなどの行為を最初から行っており、犯行の当初から確定的殺意があったことは明らかである。それに対して、本件の場合は被害者を縛るための紐を探すなどしていたことから見ても、そのような確定的な殺意が犯行当初からあったわけではなく、被害者の抵抗を抑圧するために生じたものである。このような事情を踏まえると、本件が「極めて強固な確定的殺意に基づく執拗で残虐なもの」であったことを理由に、その犯行態様が「B事件以上に冷酷である」と評価することはできないと思われる。

(3) 犯罪性向の深化

検察官は、本件の犯行がB事件の経過を踏まえ、そのわずか13日後に行われた連続強盗殺人の一環であり、B事件と手口が酷似しているだけでなく、B事件に比べて、「一層大胆かつ巧妙で、卑劣で、計画性も高くなっている」ことを理由に、「本件において被告人の犯罪性向が深化している」と主張している。この「犯罪性向の深化」が、検察官が本件の事案を控訴し、被告人に対して再び死刑を求めた根拠であると思われる。これに対して、本判決では、犯罪が行われた後、次の犯罪が行われるまでの間に、「行為者の犯罪性向の深化に一定の影響を及ぼすような事情」があった場合には、犯罪性向の深化を肯定することができると一般的に述べ、「そのような事情のない本件では、わずか13日間で被告人の基本的な犯罪

性向がそれほど深まりをみせるとは考えられず、金員欲しさのためには強盗殺人罪にも及ぶという被告人の犯罪性向は、被告人がもともと有していたものということができ、B事件の場合と比べて被告人の犯罪性向が深化したために本件が引き起こされたというよりは、B事件も本件も、被告人が本来有していた残酷な犯罪性向が具体的に発現したものとみるべきである」と判断して、被告人の犯罪性向の深化を否定している。

本判決が述べる「行為者の犯罪性向の深化に一定の影響を及ぼすような事情」とは、どのようなものか。本判決は、そのような事情を一般的に述べているだけで、その内容を具体的に述べてはいない。例えば、ある行為者が窃盗や傷害を行った後に「暴力団」のような組織に加入し、その後同種の犯行を繰り返し行った場合、行為者が暴力団に加入した事実は「行為者の犯罪性向の深化に一定の影響を及ぼすような事情」であると評価することができるだろうか。一般的には、犯罪性向の深化に影響を及ぼす事情にあたるということができるように思われる。しかし、行為者が「暴力団」の構成員になったという事実だけを挙げて、彼の行う行為の全てが「暴力団」構成員の仕業としての意味を持ちうるわけではない。また、「暴力団」の構成員になったことによって、以前よりも犯罪性向が深化したとしても、その犯罪性向が行為において常に表現されるとは限らない。犯罪性向は、一般的で抽象的な犯罪傾向ではなく、個別的で具体的な犯罪を行う犯罪傾向であると解するならば、「行為者の犯罪性向の深化に一定の影響を及ぼすような事情」があることは、犯罪性向の深化を推定する根拠になりうるだけでなく、それを確定する根拠としては、そのような事情が原因となって犯行動機や犯行態様が重大化したことの因果的な関係が必要ではないかと思われる。

本件の事案において、検察官は、被告人の犯行がB事件に比べて「一層大胆かつ巧妙、卑劣で、計画性も高くなるなど」したという点をあげて、被告人の犯罪性向が深化していると主張したが、それを原因づけた事情については示していない。被告人の犯罪性向が深化したことを根拠づける具

体的な事情があったのであれば、それを指摘すべきであったが、それはなされていない。従って、本件の事案において表された被告人の犯罪性向が、B事件における犯罪性向よりも深化したことを根拠づける事情はなく、それゆえに裁判所が「B事件の場合と比較して被告人の犯罪性向が深化したために本件が引き起こされたというよりは、B事件も本件も被告人が本来有していた残酷な犯罪性向が具体的に発現したものとみるべきである」と評価したことは妥当であると思われる。

2 責任と量刑に対する矯正教育の効果の意義について

第2は、被告人に対する責任非難および量刑判断に対する矯正教育の効果の意義に関する問題である。これは、検察官が被告人の犯罪性向と反社会的性格に鑑みれば、被告人を矯正することは不可能であり、類似事犯の量刑との均衡等を考慮すれば、被告人には死刑をもって臨むほかないと主張した点に関連する。

(1) 過去の矯正教育の責任非難・量刑判断への影響

検察官は、被告人の犯罪性向がB事件以上に深化していることを前提にしながら、被害者1名の強盗殺人の事案で死刑が確定している10件の「類似事例」と比較して、本件は死刑をもって臨むほかないと主張したが、これら10件の事案は、行為者が犯罪を行い、裁判で有罪の判決を受けて矯正教育の機会を与えられた後、同種の犯罪を繰り返し行った事案であり、B事件についてそのような機会が与えられないまま、同種の犯行を繰り返した本件の事案とは異なる。従って、10件の事案と本件の間に強盗殺人事件という共通性はあるが、矯正教育の機会の有無をも含めると、両者の間に類似性を認めることはできない。本判決は、B事件から本件の犯行に至るまでの間に矯正教育を受ける機会がなかった事実を踏まえて、本件の犯行を行った被告人に対する責任非難と10件の事案に対する責任非難との間に相応の差異があると見るべきであり、それゆえその量刑に関しても異なっ

た評価がなされるのは当然であると判断して、検察官の主張を斥けた¹⁰⁾。

(2) 窃盗などを理由にした矯正教育の本件犯行への影響

被告人は、B事件について矯正教育を受ける機会を与えられないまま本件の犯行に至ったのであるが、1982年から1998年までの間、窃盗、住居侵入、常習累犯窃盗の各事犯で6回服役し、その間において6回の矯正教育の機会を与えられている。この矯正教育を受けた事實は、本件の責任非難や量刑判断に対して影響を与えるであろうか。被告人は、窃盗などで有罪判決を受け、6回の矯正教育の機会を与えられたにもかかわらず、自己の犯罪性向を自省自戒することなく、B事件と本件を繰り返し行ったので、その事實はB事件と本件の責任と量刑の評価に影響を与え得ると言えるであろう。繰り返し行われた犯罪は強盗殺人であって、矯正教育を受ける前の窃盗、住居侵入、常習累犯窃盗と同種のものではないため、検察官が取り上げた10件の事案と同列に扱うことはできないが、6回の矯正教育の機会が与えられたにもかかわらず、窃盗などよりも重大な犯罪を2回も繰り返し行ったことの責任は、10件の事案の責任と同じ様に重大であり、相当の量刑判断はなされても不当ではないように思われる。このように理解できるならば、被告人が矯正教育を受けた後に繰り返し行った2件の強盗殺人の量刑を、10件の事案の量刑との均衡を考慮に入れながら判断することも許されるであろう。本判決が本件の量刑を6回の矯正教育の機会を踏まえ

10) 併合罪の関係にある数個の罪を同時審判した場合の量刑判断の方法としては、それらを有期の自由刑に処するときは、数個の罪のうち最も重い罪について定めた刑の長期にその2分の1を加えたものを長期とする「加重単一刑主義」が採用されている(刑47)。これに対して、併合罪の関係にない数個の単純数罪の場合には、各々に対して判断された量刑を単純に合算するだけである。なぜ併合罪の場合と単純数罪の場合で量刑判断の方法が異なるのかというと、例えばA罪(強盗殺人)を行い、その後B罪(強盗殺人)を行った場合、A罪に対する裁判の判決が確定し、矯正教育を受ける機会が与えられている場合とそうでない場合とで、その犯罪性向の深化の度合いが異なるので、B罪に対する量刑上の責任評価も異なると考えられているからである。このような考えは、再犯に対する刑の加重の根拠と同じである(刑56)。

て判断したか否かは明らかではないが、B事件と本件が連続した強盗殺人2件という極めて悪質で重大な事犯であることを理由に、かりに同時に審判されていたならば極刑（すなわち死刑）が選択されていた可能性もあると述べた前提には、被告人は6回の矯正教育を受けたにもかかわらず、自己の犯罪性向を改善するどころか、それ以前の犯罪よりも悪質な犯罪を行うほど犯罪の性向を深化させたという認識があることが伺われる。

このように考えるならば、被告人は、6回の矯正教育を与えられたにもかかわらず、本件において過去の犯罪よりも一層重大な犯罪を行ったがゆえに、そこにおいてより深化した犯罪性向が表されていると言うことができる。そうであるならば、本件の量刑を判断するにあたっては、この犯罪性向の深化を考慮に入れることができよう。この犯罪性向について、本判決では「被告人がもともと有していたもの」と評価されているが、厳密に言えば、被告人が6回の矯正教育を受け、自己の犯罪性向を改善すべき機会を与えられたにもかかわらず、それを改善することなく、さらに重大な犯罪である強盗殺人を行う要因となった犯罪性向であり、それはB事件において表された犯罪性向と同一のものである。それゆえ、本件はB事件と比較して被告人の犯罪性向が深化したため引き起こされたというよりは、B事件も本件も、被告人が矯正教育を通じて自ら改善することなく増幅させた犯罪性向が具体的に発現したものと見るべきである。その意味において、本判決の認定は妥当であると思われる。従って、B事件と本件は同一の犯罪性向に基づいて行われ、その犯行の動機も態様に関しても、いずれがより悪質であるともいえないがゆえに、本件の量刑はB事件のそれを超えることはできないといわなければならない。

3 刑法50条の「更に処断する」の意義について

第3は、本件のような事後的併合罪の量刑判断の方法に関する問題である。刑法50条によれば、ある罪がすでに確定裁判を経ていても、それと併合罪の関係にある他の罪がまだ審判に付されていない場合には、その罪に

については「更に処断する」とされているが、この「更に処断する」とはいかなる意味か。事後的併合罪のうちの未審理の余罪の量刑は、どのように判断されるべきか¹¹⁾。

本判決は、「無期懲役刑の確定裁判を経たB事件を本件との併合罪関係から評価し直し、統一刑としての死刑を念頭に置いて、本件につき死刑を選択するというような思考方法を採用することは許されないというべきである」とする原判決の判断を踏まえながら、「本件の量刑に当たり、B事件をも加えて、これを量刑評価していると思われることのないように、本件の事案のみを量刑評価すべきことも言うを待たない。B事件は既に処罰されているのであるから、その余罪である本件そのものの量刑はB事件とは別途に評価して量刑を判断すべきものであり、それができていなければ二重に処罰した違法性を帯びるものとする」と判示した。つまり、本件のような事後的併合罪における余罪の量刑を判断するにあたっては、B事件から切り離して、それ自体を評価の対象とすべきであるというのである。この判断は、一般論としては妥当である。

(1) 統一刑主義と追加刑主義の対立

一般に併合罪の関係にある二つの犯罪（同時的併合罪）が同時に審判された場合には、併合加重された1個の刑（統一的加重刑）が科されるが（47条）、本件のような事後的併合罪の場合においても同様に扱い、確定裁判を経た罪と確定裁判を経ない余罪の2つの罪に対して改めて統一

11) 団藤重光編（松尾浩也）『注釈刑法（2）-Ⅱ総則（3）』（有斐閣，1969年）602頁によれば、併合罪を構成する複数の罪が同時審判されずに、その後審判に付される場合として次の5つの場合がある。第1に併合罪を構成するある罪（甲群）と他の罪（乙群）があり、甲群が審理され、判決を受ける際に、乙群も起訴されていたが、併合審理を受けていなかった場合、第2に乙群が甲群の審理判決時には起訴の必要がないと判断されていた場合（刑訴248）、第3に乙群が証拠収集未終了等の理由で、甲群の審理判決中には起訴できなかった場合、第4に乙群が未発覚であった場合、そして第5に乙群が、甲群に対する判決宣告後、その確定までの中間の時点で行われた罪である場合である。本稿で検討する事案は、第3の類型に該当する。

加重刑を科すという方法が考えられる。このような量刑判断の方法を「統一刑主義」という。ただし、この方法に基づいて事後的併合罪の量刑を判断すると、確定裁判を経た罪は、余罪と併せて再び審判に付されることになるので、憲法39条の二重処罰の禁止原則に抵触するという問題がある。その問題は、確定裁判の判決の効力を取り消し、新たに言い渡された統一刑の加重刑だけが効力を有すると評価し直すことによって解決できるかもしれないが、事後的併合罪に統一刑の加重刑を言い渡すために、確定裁判の既判力を便宜的に取り消すことができるか否かについては原則的な議論が必要であろう。また、たとえ判決の効力を取り消すことができても、確定裁判を経た罪の刑はそれまで執行されているので、刑の執行を取り止める法的根拠に関しても理論的な説明が必要であろう。このような点を考慮に入れるならば、統一刑主義には解決しがたい問題があるといわなければならない¹²⁾。原判決と本判決は、検察官が被告人に死刑を求刑した際の量刑判

12) 団藤（松尾）・前掲(11)603頁によれば、統一刑主義を採用している立法例としてドイツ刑法が挙げられている。ドイツ刑法では、有期自由刑または罰金刑に処せられるべき2個以上の罪から構成される併合罪については、その罪の個別刑（Einzelstrafe）のうち最も重い罪の刑を加重して、それを併合罪の刑（これを併合刑 [Gesamtstrafe] という）として確定する方法がとられている。53条（行為の複数性 [Tatmehrheit]）は、「同時に判決の言い渡しを受ける複数の犯罪行為を行い、そしてそれによって数個の有期自由刑または数個の罰金刑に処せられるべきときは、併合刑を宣告する」と定め、54条（併合刑の形成 [Bildung der Gesamtstrafe]）は、「個別刑の1つが終身自由刑のときは、併合刑として宣告されるのは終身自由刑である。それ以外の全ての場合は、併合刑は処せられる最高刑を加重することによって形成される」と定めている。そして、55条（併合刑の事後的形成 [Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe]）は、「第53条および第54条は、確定力のある有罪の言い渡しを受けた者に対して宣告された刑の執行が終わり、その時効が完成し、またはその執行を免除される前に、その者が以前の有罪判決より前に行った別の犯罪行為につき有罪の言い渡しを受ける場合においても適用する」と定めている。

54条は、複数の罪が同時に審理された同時的併合罪に対する統一刑の判断方法に関する規定である。55条は、54条の量刑判断方法の事後的併合罪への適用に関する規定である。同時的併合罪を構成する罪の個別刑が有期自由刑のときは、その最も重い刑を加重した刑が併合刑とされ、個別刑の1つに終身自由刑が含まれているときは、終身自由刑が併合刑として宣告される。ある罪について有罪が言い渡され、その刑の執行の途中で、その罪と併合罪の関係にある余罪が審理されたときにも、54条の量刑判断方法が適用さ

断の方法がこの統一刑主義に基づいており、それが憲法39条の二重処罰の禁止原則に反していると批判したが、それはこの問題が確定判決の効力を取り消すなどの便宜的な措置だけでは解決できないと考えたからではないかと推察される¹³⁾。

そもそも、確定裁判の既判力が余罪に及ばないということは、余罪が確定裁判を経た罪とは全く別個の独立した罪であることを意味する。したがって、余罪はそれ自体として審判され、確定裁判を経た罪とは別に量刑判断の対象とすることができる。刑法は、このように併合罪の関係にある2個の罪について裁判が行われ、2個の有期の自由刑が言い渡された場合

られる。例えば、行為者がA罪とB罪を行い、A罪につき起訴され、5年の自由刑を言い渡され、その後、A罪と併合罪の関係にあるB罪が起訴され、B罪の個別刑が終身自由刑にあたる場合、B罪には併合刑としての終身自由刑が言い渡される。B罪の個別刑が10年の有期自由刑にあたる場合、併合刑としてはそれを加重した刑が言い渡される。B罪の個別刑が3年の有期自由刑にあたる場合、A罪の5年の自由刑を加重した刑が併合刑とされる。従って、併合審理を受けず、2つの裁判に分けられて審理された場合でも、量刑上、被告人に不利益は生じないと解されている。

- 13) 団藤 (松尾)・前掲(11)603頁によると、統一刑主義は「第1の判決の確定力を破るものとして、わが国では憲法39条違反の非難を招きそうであるが、憲法39条の主旨は被告人に不利益な処置を禁ずるというだけであるから、この非難は必ずしもあたっていない。しかし、確定判決の尊重という理念は大切なものではあるので、第1の判決には手を触れず、第2の判決では追加すべき刑 (Zusatstrafe) を量定するという方法も考慮に値する。もっとも、この方法では、処断刑の下限を下回る刑を科することも認めなければならないという難点がある」と述べられている。例えば、行為者がA罪 (強盗罪)、B罪 (強盗未遂罪)、C罪 (窃盗罪)、D (強盗罪) を行い、A罪、B罪、C罪について起訴され、最も重い罪であるA罪の刑の上限 (懲役20年) に2分の1を加えた処断刑の範囲 (30年) において、26年の懲役刑を言い渡されたとする。そして、その後D罪で起訴された場合、その法定刑の下限である5年の懲役刑を言い渡しても、有期懲役刑の加重の上限の30年 (刑14②) を上回ってしまうので、D罪については法定刑の下限を下回る4年の懲役刑しか言い渡せなくなる。強盗罪 (刑236) の法定刑にはない4年の懲役刑を言い渡すためには、D罪につき減輕事由を示し、強盗罪の下限を2分の1 (2年6月) に減ずる必要がある。ただし、刑法50条は「確定裁判を経ていない罪について更に処断する」と定めているだけで、その法律上の減輕を定めていない。このような場合、併合罪を構成する罪の一部が後に審判に付され、それに法定刑の最下限の刑を言い渡すと、有期懲役刑の加重の上限を上回り、被告人に不利益になる。このような事情が「犯罪の情状」(刑66) に該当すると判断できるならば、「難点」は解消される。

には、その刑は併せて執行されるとし（刑51①）、その刑の合計が併合罪のうちの重い罪について定められた「刑の長期にその2分の1を加えたものを超えることができない」（刑51②）としている。つまり、確定裁判を経た罪とは別に余罪を審理して、有期の自由刑が言い渡された結果、2個の刑の合計が重い罪の法定刑の長期の1.5倍を超えないよう、余罪の量刑を調整すべきとしているように思われる。このような量刑の均衡の調整は、確定裁判を経た罪と余罪が同時審理されたと仮定して、どのような統一的加重刑が判断され得たかを想定した上で、そこから確定裁判を経た罪の刑を控除して、残った刑を余罪の刑として言い渡すという方法を念頭に置いているか、あるいは確定裁判の刑に対して、その合計が想定された統一的加重刑と同じ量になるように余罪の刑を追加的に言い渡すという方法を念頭に置いているかのいずれかであると思われる。このような方法によって、二つの罪を同時に審理した場合との量刑上の均衡を維持することができる。これを「追加刑主義」といい、学説の多くはこれに従っている¹⁴⁾。裁判例においても、追加刑主義を採用したと見られるものがある¹⁵⁾。このような学説・実務の動向を踏まえて、改正刑法草案は、余罪に有期の懲役または禁錮を言い渡す場合には、確定裁判を経た罪の刑を考慮

14) 石川一彦「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報第20巻7号7頁、平野龍一『矯正保護法』（有斐閣、1963年）31頁、同『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1986年）433頁以下、鈴木茂嗣「罪数論」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一編『現代刑法講座 第3巻』（成文堂、1979年）303頁、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編（中川武隆）『大コメンタール刑法 第4巻（第2版）』（青林書院、1999年）269頁以下、鹿野・前掲（7）572頁参照。

15) 札幌高判昭29・11・11高刑集7巻10号1582頁は、「余罪につき裁判する場合には、確定裁判を経た併合罪と同時に裁判される場合に比し不利益にならぬよう量刑につき考慮しなければならぬ」と判示し、東京高判平4・2・18判タ797号268頁は、「いわゆる余罪の量刑にあたっては、確定裁判を受けた罪に関する量刑の内容をも勘案し、これと余罪とが同時審理を受けた場合と均衡を失ないように考慮するのが望ましいと思われる」と判示している。また、戸田弘「併合罪と確定裁判——刑法45条後段をふりかえる」判タ150号220頁は、「実際の調整は、余罪については追加刑の趣旨で量刑をすることによって行われている」と、実務が追加刑主義に基づいて行われていると明言している。

すべきことを明文化し、その趣旨を徹底するために、余罪の刑を減輕または免除することができるとしている¹⁶⁾。

(2) 追加刑主義の限界

追加刑主義に基づく量刑判断の方法は、確定裁判を経た罪の刑が有期の自由刑であり、それに追加される余罪の刑もまた有期の場合には、想定された統一的加重刑との量刑上の均衡を維持することができるが、確定裁判を経た罪の刑が有期または無期の自由刑であり、余罪に対して追加刑として死刑や無期の自由刑が言い渡された場合には問題が生ずる。

本件の事案では、検察官だけでなく、裁判官もまた、「B事件と本件とが、仮に同時に審判されているとすれば、連続した強盗殺人2件という極めて悪質で重大な事犯であるから、仮定の話であるが極刑が選択される可能性があることは否定できない」と、統一的加重刑として死刑が言い渡される可能性があったことを想定している。この場合の追加刑主義に基づく余罪の量刑判断の方法としては、この想定された統一的加重刑としての死刑から確定裁判を経たB事件の無期懲役を控除して残った刑を本件の刑として言い渡すか、あるいはB事件の無期懲役に対して、その合計が統一的加重刑としての死刑と同じになるように本件の刑を追加するという方法が用いられることになるが、有期の自由刑のように算術的に調整可能な刑であれば、追加刑を割り出すことは困難ではないが、想定された統一的加重刑が死刑の場合、そこからB事件の無期自由刑を控除しても、本件の刑と

16) 改正刑法草案64条2項は、「競合罪のうちの或る罪について既に有期の懲役又は禁固に処する確定裁判を受けた者に対し、競合罪のうちの他の罪について更に有期の懲役又は禁固を言い渡すべきときは、第61条（加重統一刑主義）及び第62条（有期自由刑の上限規定）の趣旨に従い、既に言い渡された刑を考慮して刑を定める。この場合において、必要があるときは、その刑を減輕し、又は免除することができる」と定めている。ここでは余罪の量刑判断の方法として追加刑主義が採用されることが明文で規定され、同時に確定裁判を経た罪の刑に余罪の刑を追加した場合に、有期の懲役または禁固の加重の上限（30年）を超えないようにするために、余罪の刑がその法定刑の下限を下回るよう減輕または免除することができるようにされている。

して割り出される刑種とその量は明らかにはならない。また、B事件の無期自由刑に対して、どのような刑を追加しても死刑にはならないので、統一の加重刑として死刑が想定される場合の本件の量刑判断は、追加刑主義を単純に適用するだけでは解決できないといわなければならない¹⁷⁾。

この問題を考えるにあたって、事後的併合罪に対しても、併合罪の処断方法に関する一般規定が適用されると解するならば、刑法46条の「吸収主義」を適用することができると思われる。同条1項は、「併合罪のうちの1個の罪について死刑に処するときは、他の刑を科さない。ただし、没収は、この限りでない」と規定し、同2項は「併合罪のうち1個の罪について無期の懲役又は禁錮に処するときも、その他の刑を科さない。ただし、罰金、科料及び没収は、この限りでない」と規定している。これは同時的併合罪を併合審理した結果、死刑や無期の自由刑を科することができるのは、それを構成する複数の罪のうちの1個の罪について死刑や無期の自由刑が相当であると判断された場合だけであって、複数の罪のそれぞれに対する刑を総合的に評価した結果、死刑や無期の自由刑が相当であると判断されたとしても、そのような総合的な評価に基づいて死刑や無期の自由刑を言い渡してはならないという意味で理解することができる。すなわち、併合罪を構成する罪のうち最も重大な罪に対して死刑や無期の自由刑が相当であると判断されたときに死刑や無期の自由刑を科し、他の罪の刑はその刑に吸収されるという主旨である¹⁸⁾。刑法46条の処断方法としての「吸

17) 拙稿・前掲(4)131頁参照。

18) 大塚仁編(山火正則)『新・判例コンメンタール刑法3総則(3)』(三省堂、1996年)91頁以下は、併合罪の処断方法について、吸収主義、併科主義および加重単一刑主義の3種があると分類したうえで、併合罪のうちの1罪について死刑または無期の懲役・禁錮に処するときは吸収主義によると述べている。吸収主義の意義については、ある罪について言い渡される死刑が、他の罪について成立する無期の懲役・禁錮、有期の懲役・禁錮、罰金、拘留および科料を吸収するという意味であるという。これは妥当な解釈であると思われる。なお、併合罪を構成する複数の罪のうち死刑に処すべき罪が2個以上あるときは、犯情の重い方の罪に対する死刑のみが成立し、他の罪に対する死刑はそれに吸収されると判示したものととして、大判大12・8・21刑集2巻681頁参照。➤

収主義」をこのように解するならば、事後的併合罪のうちのある罪について無期の自由刑が確定している場合、余罪に死刑や無期の自由刑を科すことができるのは、余罪それ自体の量刑として死刑や無期の自由刑が相当と判断される場合に限られることになる。本件において、検察官は、確定裁判を経たB事件と本件を併合関係から評価し直し、統一的加重刑としての死刑を念頭に置いて、その見地から無期懲役を言い渡した原審の量刑評価を不均衡であると非難したと評価されているが、本判決は検察官のこの主張が憲法39条が定める二重処罰の禁止原則に反すると指摘し、本件の事案の審理にあたって、B事件を加えて量刑評価していると見られることのないように、本件の事案のみの量刑評価をすべきとし、余罪それ自体の量刑として死刑が相当であると判断できない以上、死刑を言い渡すことはできないと判断したのである。本判決の判断は憲法39条の二重処罰の禁止原則によって裏付けられているが、それは刑法46条の「吸収主義」の要請にも合致していると思われる。

4 刑法51条の「他の刑を執行しない」の意義について

すでに述べたように、刑法50条によれば、確定裁判を経た罪と事後的併合罪の関係にある余罪を審理して、それ自体として死刑や無期の自由刑が相当であると判断された場合でなければ、余罪にそのような刑を言い渡す

ㄨ これに対し、最2小決平19・3・11刑集61巻2号81頁は、刑法46条は併合罪関係にある複数の罪のうち1個の罪について死刑または無期刑に処するときは、一定の軽い罪を除き、他の刑を科さない旨を規定しているが、その意味は「併合罪関係にある複数の罪のうち1個の罪について死刑又は無期刑を選択する際には、その結果科されないこととなる刑に係る罪を、これをも含めて処罰する趣旨で考慮できるというべきであり、当該1個の罪のみで死刑又は無期刑が相当とされる場合でなければ、それらの刑を選択できないというものではない」と判断している。この最高裁決定については、拙稿「刑法46条における併合罪の処断方法と行為責任主義の意義」法学セミナー第636号（2007年）120頁、山火正則「併合罪関係にある複数の罪のうち1個の罪のみでは死刑または無期刑が相当とされない場合にその罪について死刑又は無期刑を選択することの可否」判例時報第2030号（2009年）183頁以下参照。

ことはできない。この場合、すでに確定裁判を経た罪と余罪について2個の刑が成立することになるが、その関係はどのように解されるのか。事後的併合罪を構成する余罪に死刑または無期の自由刑が言い渡されて確定した場合、この2個つの判決はどのように取り扱われるのか。これが第4の問題である。

(1) 刑法46条の「他の刑を科さない」と同51条の「他の刑を執行しない」の意義

刑法51条は、「併合罪について2個以上の裁判があったときは、その刑を併せて執行する。ただし、死刑を執行すべきときは、没収を除き、他の刑を執行せず、無期の懲役又は禁固を執行すべきときは、罰金、科料及び没収を除き、他の刑を執行しない」と定め、原則としては、事後的併合罪について2個以上の裁判が確定した場合は、「その刑を併せて執行する」としている。ただし、例外として、余罪に死刑が言い渡された場合は没収を除き、「他の刑を執行せず」、また無期の自由刑が言い渡された場合は、罰金、科料及び没収を除き、「他の刑を執行しない」と定めている。この「他の刑を執行しない」とは、いかなる意味か。

①「執行しない」の意義

まず「執行しない」の意義について検討する。刑法46条によれば、併合罪を構成する複数の罪のうち1個の罪について死刑や無期の自由刑に処するときは、吸収主義の観点から、「他の刑を科さない」とされている。なぜ「他の刑を科さない」とされているかというと、1個の罪につき死刑や無期の自由刑が言い渡されるときは、他の罪の刑はそれに吸収されるため、最初から他の罪には刑を科す必要がないからである。事後的併合罪の処断にあたっては、併合罪に関する一般規定が適用されると解するならば、余罪に死刑や無期の自由刑が言い渡された場合、確定裁判を経た罪の刑はすでに執行されているため、他の刑を「科さない」とすることができ

ないので、他の刑を「執行しない」と規定したものと思われる。この「執行しない」という文言を文字通り読めば、確定裁判を経た罪の刑の執行を開始しない、あるいは刑の執行の開始後にそれを継続しないという意味である。本判決がその意味をどのように解しているかは明らかではないが、2件の強盗殺人を同時に審判する場合の量刑と本件のみの量刑とを同列に扱うことはできないと述べた箇所において、B事件に言い渡された無期懲役の判決は確定し、「その刑も執行されている」と述べている。この「執行されている」というのは、刑の執行が開始され、継続しているという意味である。このように刑の「執行」という文言を刑の「執行の開始」だけでなく、「執行の継続」という意味において理解するならば、「執行しない」という文言についても、「執行を開始しない」だけでなく、「執行を継続しない」あるいは「執行を取り止める」という意味において理解することができる。

一般に自由刑の執行の取り止めに關して、刑事訴訟法480条は、自由刑の言い渡しを受けた者が「心神喪失の状態に在るときは」、その状態が回復するまで刑の執行を取り止めると定めている（必要的執行停止事由）。さらに482条1号ないし7号は、自由刑の執行によって受刑者個人の健康や生命に危険が及んだり、受刑者が保護すべき家族に対して不利益が及ぶ場合には自由刑の執行を取り止めることができる（任意的執行停止事由）。さらに、8号で「その他重大な事由があるとき」にも自由刑の執行を取り止めることができる。この「その他重大な事由」とは、1号ないし7号に準じて、自由刑の執行によって、それを超える不利益が受刑者本人とその家族に及ぶおそれがある場合という意味において理解すべきであると思われるが¹⁹⁾、「執行事務規程」（平成20年5月29日法務省刑総訓第819

19) 朝倉京一「裁判の執行」団藤重光編『法律実務講座・刑事編第12巻（非常救済手続その他）』（有斐閣、1957年）2867頁以下、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、1988年）318頁以下によると、刑訴訟法482条8号「その他重大な事由があるとき」の意味について、「刑の執行の実情を顧みて、機宜の処置をとり得る余地を与えているもの」であると解して、具体的な例として、① 受刑者本人が入所後両眼を失明し、または不具廃疾となり、作業不

号)によれば²⁰⁾、ある罪について無期・有期の自由刑が執行されている途

ゝ能かつ他人の介補を必要とし、とうてい行刑の目的を達成することができない場合、②受刑者が他の罪について被告人となった場合において、その防禦権の準備のためにどうしても必要なとき、③自由刑にあわせて科された罰金刑等の時効の完成を防ぐためにその労役場留置の執行に移り、監置の裁判の執行をするためなどの場合、そして④自由刑の執行中に死刑の判決が確定した場合の4つの場合について、「その自由刑を執行しないものとするのが相当であることはもちろんである」から、これらの場合、その自由刑について刑の執行を停止しなければならないとしている。

①と②の例は、刑の執行を継続すると、受刑者の生命・健康または防禦権などの権利に不利益が及ぶため、その不利益を取り除くために刑の執行を停止する場合である。これは刑訴訟482条1号ないし4号に対応している。③の例は、自由刑と罰金刑が併科されている場合に、「重刑先執行の原則」（刑訴474）に基づいて刑の執行を停止する場合である。例えば、5年の懲役刑を先に執行すると罰金刑の刑の時効（3年）が完成してしまうので、それを防ぐために刑の執行の順序を変更する場合である。罰金刑の執行それ自体は受刑者の権利に不利益を及ぼすものではないので刑の執行の実情ゆえに認められると解される。④の例は、自由刑の執行中に死刑の判決が確定し、その死刑を執行するために自由刑の執行を停止する場合である。自由刑を執行し続けると、受刑者の権利に不利益が及ぶならば、①②の例と同様にそれを停止することが認められる。自由刑の執行を停止した後、受刑者は死刑に処せられるが、死刑の執行自体は受刑者の権利に不利益を及ぼすものではないので、自由刑の執行停止は③の例と同様に認めざるをえない。ただし、自由刑と死刑が科された罪が「単純2罪」の場合、そのように言っても、「事後的併合罪」の場合にもそのように言えるかは疑問である。事後的併合罪について、一定の期間の自由刑の執行後に死刑を執行した場合、それは同時的併合罪として審理された場合に想定される統一的加重刑としての死刑を上回るので、この上回る部分については、受刑者の権利に対して不利益を及ぼし得ると解されるからである。従って、「その自由刑を執行しないものとするのが相当であることはもちろんである」という主張は、単純2罪の場合にしか成り立たないと言わざるを得ない。

20) 三井誠・河原俊也・上野友慈・岡慎一編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』（日本評論社、2011年）631頁参照。なお、平成20年5月29日法務省総訓第819号「執行事務規程」（法務省訓令）は、自由刑の執行中に死刑が言い渡された場合と有期自由刑の執行中に無期自由刑が言い渡された場合の2つの場合に関して、執行中の刑を停止する手続について次のように定めている（なお、傍点は引用者による）。

第11条（死刑確定者の移送） 検察官は、死刑の判決が確定したときは、死刑判決確定通知書（甲）（様式第7号）に判決謄本を添えて、死刑の言渡しを受けた者（以下「死刑確定者」という。）が収容されている刑事施設の長にその旨を通知する。その刑事施設に死刑執行の設備がないときは、死刑確定者をその設備のある刑事施設に移送するよう連絡する。

第16条（自由刑の執行指揮の方法） 自由刑の執行指揮の方法は、次の例による。 ↗

中で、受刑者に他の罪について死刑の判決が言い渡され、この2個の罪が事後的併合罪の関係にある場合（無期・有期刑＋死刑の種類）、検察官は刑執行取止指揮書により無期・有期の自由刑の執行を取り止めるよう指揮することが定められている（規程30①）。ある罪について有期の自由刑が執行されている途中で、受刑者に他の罪について無期の自由刑が言い渡され、同じく2つの罪が事後的併合罪の関係にある場合（有期刑＋無期刑の種類）にも、検察官は刑執行取止指揮書により有期の自由刑の執行を取り止めるよう指揮するとされている（規程16①Ⅱただし書き）。

②「他の刑」の意義

次に、「他の刑」とはどのような意味か。文字通り読めば、それは余罪に死刑や無期の自由刑が言い渡された場合の「他の刑」、つまり確定裁判を経た罪の刑を意味する。本件に関して言えば、B事件について確定した無期懲役を意味する。ここには検討すべき解釈論上の問題がある。

先に述べたように、事後的併合罪について2個以上の刑が確定した場合、原則的に「その刑を併せて執行する」とされ、2個以上の刑のいずれを先に執行するかについては、「重刑先執行の原則」（刑訴474）に基づいて決定される。これに対して、余罪に死刑や無期の自由刑が言い渡された場合、例外的に「他の刑」は執行されない。このように原則と例外の2つ

ㄨ(1) 二以上の自由刑の執行を同時に指揮するときは、各刑につき執行すべき順序を定めて指揮する。

(2) 自由刑の執行中に他の自由刑の執行を指揮するときは、執行中の刑に引き続き執行すべき旨を明らかにして指揮する。ただし、有期刑の執行中に無期刑の執行を指揮する場合において、刑法第51条第1項ただし書後段の適用があるときは、無期刑を指揮するとともに、有期刑については、刑執行取止指揮書（様式第9号）によりその執行を取りやめる旨を指揮する。

第30条（死刑判決確定後の自由刑の執行取止指揮等） 第11条第1項の場合において、死刑確定者が自由刑の執行中であって刑法第51条第1項ただし書前段の適用があるときは、刑執行取止指揮書により自由刑の執行を取りやめる旨を指揮し、その適用がないときは、自由刑の執行停止の手続を行うとともに刑執行停止指揮書（様式第30号）により執行を停止する旨を指揮する。刑執行停止指揮書には、刑の執行停止書の謄本を添付する。

の類型が設けられているのは、2個以上の刑について、併せて執行できる場合と併せて執行できない場合があるからである。例えば、事後的併合罪について確定した2つの刑がともに有期の自由刑の場合（有期刑＋有期刑の類型）、それらは合算することができるので、原則的に併せて執行される。これに対して、すでに執行中の有期・無期の自由刑に加えて、余罪に死刑が言い渡された場合（有期・無期刑＋死刑の類型）、「重刑先執行の原則」に基づいて死刑を執行すると、無期・有期の自由刑を執行し続けることはできないので、その刑の執行を取り止めることになる²¹⁾。有期の自由刑が執行されている途中で、余罪に無期の自由刑が言い渡された場合（有期刑＋無期刑の類型）も同様である。例えば、余罪に無期懲役が言い渡されたにもかかわらず、すでに執行中の有期の禁錮刑を執行し続けるならば、無期懲役が執行できなくなるので、有期の禁錮刑の執行は取り止められることになる。では、執行中の無期の自由刑に加えて、余罪に無期の自由刑が言い渡された場合（無期刑＋無期刑の類型）、どのように解すべきか。この類型に関して、執行事務規程は明示の規定を設けておらず、また学説の立場も明らかではない²²⁾。

21) 団藤（松尾）・前掲(11)606頁によれば、「死刑を執行すべきときは、没収以外の刑は執行しない。これは、46条1項と相応する規定である。もし死刑の判決が確定した際すでに懲役・禁錮または拘留の執行中であるときは、検察官は刑執行取止指揮書により、自由刑の執行を止める旨を指揮する」と述べて、余罪に死刑が言い渡された場合に執行が取り止められる刑について、「自由刑」であると述べている。大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編（安井久治）『大コメンタール刑法 第4巻（第2版）』（青林書院、1999年）274頁もまた、刑法51条1項ただし書き前段は、「46条1項に対応して、死刑を執行すべきときは没収を除く他の刑は執行しない（1項ただし書き前段）。前述のように自由刑の執行中に死刑の判決が確定し両罪が併合罪であるときにも、本条（刑法51条——引用者注）が適用され、自由刑の執行を継続することはできないから、検察官は、刑執行取止指揮書により自由刑の執行を取りやめる旨指揮する」と述べて、刑法51条1項ただし書き前段が、刑法46条1項に対応していること、執行が取り止められるのが確定裁判を経た罪の「自由刑」であることが述べられている。これらの「自由刑」には無期・有期の両方が含まれると解される。

22) 団藤（松尾）・前掲(11)606頁によれば、余罪に対して「無期の懲役または禁錮を執行すべきときは、罰金・科料および没収以外の刑は執行しない。これは、46条2項に相応す

(2) 無期自由刑の執行中に余罪に対して無期自由刑が言い渡された場合執行事務規程は、先に見たように「無期・有期刑+死刑の類型」と「有期刑+無期刑の類型」の2つの場合の刑の執行の取り止めについて規定しているだけで、「無期刑+無期刑の類型」の場合の刑の執行の取り止めの可否については明らかにしていない。しかも、事後的併合罪について2つの同種の無期の自由刑が成立した場合、「重刑先執行の原則」に基づいて考えるならば、いずれを先に執行すべきかも明らかではない。そうすると、余罪に対する「無期の懲役又は禁錮を執行すべきとき」(刑51①ただし書き後段)の要件を満たさないので、執行中の無期の自由刑の執行を取り止めることはできなくなる可能性がある。その場合、執行中の無期の自由刑と余罪に対する無期の自由刑を併せて2件の無期自由刑を執行することになるのか、それとも刑法46条の吸収主義に基づいて一方の無期の自由刑に他方の無期の自由刑を吸収させて、1件の無期自由刑を執行するだけなのか。この点について、執行事務規程は明確な規定を設けていないのである²³⁾。

↘の規定である。もし、無期刑の判決が確定した際すでに有期の懲役・禁錮または拘留の執行中であるときは、検察官は刑執行取止指揮書により、有期刑の執行を止める旨を指揮する」と述べて、余罪に無期の懲役・禁錮が言い渡された場合に執行停止される刑については、有期自由刑だけであり、そこから無期自由刑が除外されている。大塚・河上・佐藤・古田(安井)・前掲(21)274頁もまた、刑法51条1項ただし書き後段は、「46条2項に対応して」、余罪に対して「無期の懲役・禁錮を執行すべきときは、罰金、料料及び没収を除く他の刑は執行しない(1項ただし書き後段)。有期の自由刑執行中に無期の自由刑の判決が確定し両罪が併合罪であるときには、有期の自由刑の執行を継続することはできないから、検察官は、(死刑の執行の場合と同様に——引用者による補足)刑執行取止指揮書により自由刑の執行を取りやめる旨指揮する」と述べて、刑法51条ただし書き後段が刑法46条2項に対応していること、執行が取り止められるのが確定裁判を経た罪の「有期の自由刑」だけであることが述べられている。

23) 朝倉・前掲(19)2886頁以下では、自由刑の執行中に死刑の判決が確定した場合には、自由刑の執行を停止しなければならないと述べられているが、(無期・有期の)自由刑の執行中に無期の自由刑の判決が確定した場合に関しては言及されていない。森勇「執行事務(二)」研修第409号(1982年)16頁以下では、執行中の刑に係る罪と執行すべき刑に係る罪とが併合罪の関係にある場合の執行指揮に関して、①「自由刑の執行中の者について」

本判決では、「弁護人も指摘するように²⁴⁾、近年の無期懲役による服役囚の仮釈放の实情からすると、その平均余命が経過しても仮釈放される見込みは乏しいと思われる上に、被告人の場合は、2件の無期懲役刑に処せられているのであるから、被告人が仮釈放によって社会に出てくる可能性はほとんどないものと考えられる」と述べられている。被告人が「2件の無期懲役に処せられている」のは、同時審判に付すことができた併合罪の関係にある2件の強盗殺人事件が事情により別々に審判されたためである。例えば、甲・乙の2個の強盗殺人が同時審判され、そのうちの重い強盗殺人（甲）につき無期懲役が相当であると判断された場合、刑法46条の吸収主義に基づき、強盗殺人（乙）の刑については強盗殺人（甲）の無期懲役に吸収されることになる。強盗殺人（乙）に対して無期懲役が相当で

ㄨ「死刑が確定した場合」、②「有期の自由刑を執行中の者について無期懲役又は無期禁錮刑の執行を指揮する場合」、③は「自由刑を執行中にこれと併合罪の関係にある他の自由刑の執行を指揮しようとするとき」の3つの類型に分けて論ぜられているが、無期の自由刑の執行中の者について、余罪に対する無期の自由刑を執行する場合には言及されていない。富永康雄「執行事務（3）」研修第604号（1998年）28頁以下では、①「自由刑を執行中の者について死刑が確定した場合」、②「有期の自由刑を執行中の者について、無期懲役又は無期禁錮の執行を指揮する場合」、③「自由刑を執行中にこれと併合罪の関係にある他の自由刑を指揮しようとするとき」（この自由刑は、刑法51条2項に関して述べられているので有期の自由刑を意味する）と3つの類型に分けて論ぜられているが、無期の自由刑の執行中の者について、余罪に対する無期の自由刑を執行する場合には問題にされていない。

- 24) 本判決が「2件の無期懲役刑に処せられている」と述べた理由は不明である。「重刑先執行の原則」が、刑種について異なる場合にはその重い順から、刑種が同一の場合にはその量の多い順から執行する原則であると解するならば、刑種が同一でかつ量的な差がない「無期刑＋無期刑の類型」の場合には、この原則が適用されない可能性がある。そうすると、刑法51条ただし書きの前段と後段において用いられている「他の刑」の文言の意味は、死刑より軽い「他の刑＝無期・有期自由刑」、無期自由刑より軽い「他の刑＝有期自由刑」という意味で理解されている可能性がある。このような解釈によれば、事後的併合罪に科された2個の刑が同じ刑種の無期自由刑の場合には、それら2件の無期懲役刑を「併せて執行する」ことになる。「重刑先執行の原則」の捉え方いかんによれば、そのような解釈も可能かもしれないが、なぜ併合罪に2個の刑が成立するのかを説明することはできない。刑法46条を前提にするならば、「無期刑＋無期刑の類型」の場合、成立する刑は1件の無期懲役だけであると思われる。

あると判断された場合でも、言い渡される刑は1件の無期懲役だけである。このような吸収主義に基づくならば、B事件と本件が別々に審理されたため、被告人は2件の無期懲役に処せられているが、実際に執行される無期懲役刑は1件だけであると解さなければならない。従って、被告人の仮釈放については、刑法28条所定の要件を1度満たせばよいだけである。被告人の仮釈放の可能性については、「見込みは乏しい」かもしれないが、「ほとんどない」と断定するのは妥当ではない。

では、2件の無期懲役のうち、執行される無期懲役は、執行中のB事件の無期懲役か、それとも本件に対して言い渡された無期懲役か。2つの刑は同じ種類の刑であるので、この問題を論ずる実質的な意味はないが、すでに執行済みの9年間の懲役刑をどのように扱うのかという問題との関係において重要な意味がある。かりに執行中のB事件の無期懲役の執行を取り止め、新たに言い渡された本件の無期懲役を執行するならば、B事件について執行された9年分の懲役刑とは別に本件の無期懲役を執行されることになる。このような執行方法をとると、被告人に科された刑は実質的に見て「9年の有期懲役と無期懲役」となってしまうことになる。この問題は、執行済みの9年分の懲役刑を本件の無期懲役刑に算入(吸収)することによって解決できると思われる。

5 余罪に対する死刑の執行と確定裁判の自由刑の執行の取り止めの関係について

以上、本件の事案に関して検討すべき論点を整理したが、本判決に対しては検察官が上告し、なおも被告人に死刑を求めようとしているので、余罪に対して死刑を言い渡すことができるのか、かりにできるとしても、死刑を執行するために、B事件について確定した無期懲役の執行を取り止めることができるのかという問題について検討を加えておきたい。

刑事訴訟法や執行事務規程によれば、無期・有期の自由刑の執行途中の受刑者に死刑が言い渡されて確定した場合、それを執行するために、自由

刑の執行を停止することができるかとされている。しかしながら、死刑の執行が刑訴法482条8号「その他重大な事由があるとき」の要件を満たし、自由刑の執行を取り止めることができたとしても、それまでの間は刑は執行されているので、執行済みの刑の部分までは遡って取り止めることはできない。しかも、執行済みの懲役刑の部分余罪の死刑に算入することもできない。このような事情があるなかで、余罪に対して死刑を言い渡し、それを執行することができるだろうか。

すでに述べたように、刑法50条の「更に処断する」という規定は、一般に追加刑の意味において理解され、余罪に死刑を言い渡すことができるのは、余罪それ自体の量刑として死刑が相当であると判断される場合だけである。しかし、余罪に死刑が言い渡されると、それと無期懲役の執行済みの部分との合計が、2つの罪を同時審判した場合に想定される統一的加重刑としての死刑を上回り、不均衡が生じてしまう。本件の場合、被告人に科される刑の合計が「9年の懲役刑と死刑」になってしまう。これは本件の量刑を判断するためにB事件を加えていないので、憲法39条の二重処罰の禁止原則に反するものではないが、刑法46条の吸収主義と50条の追加刑主義に反するのではないかと、また、「9年の懲役刑と死刑」という刑罰は、法定刑としての「死刑」を超えているので、罪刑法定主義に反するのではないかとと思われる。

このような問題が生ずるのは、事後的併合罪の場合、ある罪が裁判にかけられ、判決が言い渡される時点において、それと事後的併合罪の関係にある余罪が存在することが知られていないため、確定した刑が執行されてしまうからである。余罪が後になって起訴されるのは、様々な理由によるが、本件の場合、捜査官が犯行現場に遺留されたキッチンタオルに被告人のDNA型と一致する皮膚片のあることをB事件を起訴する時点において確認できなかったことによる。このような捜査の限界ゆえに、B事件と本件は同時審判を受けることができなかつたのである。犯罪捜査の限界は改善すべき課題であるが、本件が別に審判に付されたために生じた量刑上

の問題を被告人に不利益に扱って解決しようというのは、本判決が述べているように、「憲法や法律を正しく解釈しようとする態度に欠ける」と言わざるを得ない。現状においては、行為者の行った併合罪の関係にある全ての罪を同時審判することができなかつた場合、後に存在が明らかになった余罪について、最高で無期懲役の刑しか言い渡せないとするほかない。犯罪捜査に人的・物的な限界があり、憲法が被疑者に黙秘権を保障している以上、本件のような事後的併合罪の関係にある余罪には死刑を科することはできないと思われる。

四 残された課題

小論は、ある罪について無期懲役が確定し、その刑が執行されている途中において、それと併合罪の関係にある余罪が起訴された場合の量刑判断の方法について、大阪高等裁判所平成23年2月24日第5刑事部判決を素材にしながらか検討してきた。その結論として、差し当たり次の点を確認しておきたい。

まず、刑法50条の「更に処断する」の意義について検討し、裁判例と学説を踏まえ、それが追加刑主義を意味するものと理解した。対立する学説である統一刑主義は、確定裁判を経た罪を再び量刑判断の対象とするので、憲法39条の二重処罰の禁止原則に反するため支持できない。たとえ確定裁判の効力を取り消すことによって、その問題を解決できるとしても、裁判の既判力を便宜的に取り消すことの原則的な問題やその手続的根拠が不明確であると言わざるを得ない。ただし、刑法50条が追加刑主義の意味において解釈・適用され得るとしても、確定裁判を経た罪の刑が無期の自由刑であり、それと事後的併合罪の関係にある余罪に対して、同じ無期の自由刑が言い渡された場合、「重刑先執行の原則」の理解の仕方いかんによっては、追加刑主義の意義が没却されるおそれがある。さらに、余罪に死刑が言い渡された場合、追加刑主義を単純に適用しているだけでは、吸

収主義に反するだけでなく、罪刑法定主義に反することにもなる。このような場合の追加刑主義のあり方や運用の方法について、さらに考察を進める必要がある。

さらに、刑法51条の「他の刑を執行しない」の意義について検討した。「重刑先執行の原則」によれば、例えば確定裁判を経た罪の刑が有期の自由刑であり、余罪に対して、それよりも刑量の点で重い有期の自由刑が言い渡された場合、この2つの刑は併せて執行され、執行の順としては重い方の余罪の刑を先に執行することになる。これに対して、確定裁判を経た罪の刑が無期・有期の自由刑であり、その余罪に死刑が言い渡された場合、また確定裁判を経た罪の刑が有期の自由刑であり、余罪に無期の自由刑が言い渡された場合には、刑種の点で重い死刑ないし無期の自由刑を執行し、確定裁判を経た罪の刑の執行が取り止められる。しかし、確定裁判を経た無期の自由刑に加えて、余罪に同種の無期の自由刑が言い渡された場合、「重刑先執行の原則」の理解の仕方いかんによっては、2個の無期自由刑が成立してしまう可能性がある。このような場合の問題を解決するために、「他の刑を執行しない」の意義を重刑先執行の原則と関連づけて考察することが必要である。

最後に、B事件につき無期懲役が執行されている途中で、本件につき死刑を言い渡すことができるかという問題について検討した。刑法51条の条文も、また本判決もそれを認めているが、もし本件に死刑が言い渡された場合、被告人に科される刑罰は「9年の懲役刑と死刑」になり、刑法50条の追加刑主義の原則からも、罪刑法定主義からも問題があると言わなければならない。執行済みの9年の懲役刑の部分について、本来なら執行すべきではなかったとして、「補償」することも考えられるが、刑事補償は無罪の判決を受けた者に対する補償であり、B事件につき無罪を言い渡されていない被告人にはあてはまらない。従って、「補償」を条件とした死刑の執行を論ずる余地はない。重要な課題は多く残されているが、それらを含めて引き続き検討していきたいと思う。

*

*

*

本稿を2013年3月をもって本学を退職される上田寛先生に捧げます。上田先生には学生のときからお世話になり、刑法の基本的な考え方や外国法の比較研究の観点を教えていただきました。刑法の前提にある社会を批判的に捉え、それに対してあるべき社会を対置させながら、刑法をあり方を構想することの重要性を話されたときの先生の言葉は、いまでも私の研究の指針となっています。今後ともご健康でご活躍されることを願っています。

(付記)

本稿脱稿後に、本件の上告棄却決定（最三小平24・12・17）に接した。最高裁は、被告人が「自己の刑事責任と向き合い、反省しようという姿勢がうかがえることなどの事情が認められる。死刑が窮極の刑罰であることなどにも照らせば、これらの事情を考慮し、なお死刑を選択することにはちゅうちょを覚えるとして無期懲役を選択した第1審判決を是認した原判決が、刑の量定において甚だしく不当であり、破棄しなければ著しく正義に反するとまでは認められない」として、無期懲役の判断を維持したが、本件のような事後的併合罪の余罪に対して死刑を言い渡すことができるか否かについては、「落ち度のない被害者が殺害された結果の重大性等に照らせば、犯情が甚だ悪く、殺害された被害者が1名であっても、死刑の選択が検討されてしかるべき事案である」と述べて、それを肯定する立場を明らかにしている。その理論的・解釈論的な問題については、すでに本稿で指摘したが、この問題については、あらためて検討することにしたい。