

余罪の量刑判断の方法について

本 田 稔*

目 次

- 一 序 論——問題の所在
- 二 余罪の量刑判断の基本原則
 - 1 刑法50条の意義
 - 2 追加刑主義の意義と限界
- 三 裁判例における追加刑主義の適用状況
 - 1 検討対象の裁判例
 - 2 若干の検討
- 四 結 語——残された課題

一 序 論——問題の所在

ある罪について有期懲役刑が確定し、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、有罪が言い渡され、それに有期懲役刑が選択された場合、その量刑はどのようにして判断されるべきか。

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、他の罪がその裁判確定前に行なわれていた場合には、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（45条）。前者は同時的併合罪、後者は事後的併合罪と呼ばれ、後者の併合罪のうち確定裁判を経ていない余罪については、「更に処断する」とされている（50条）。

併合罪の量刑判断に関する一般的な方法について、刑法は明確な規定を設けている。同時的併合罪を構成する罪のうちの1個について死刑や無期

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

の懲役または禁錮に処するときは、他の刑を科さず（46条）、また有期の懲役また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2分の1を加えたものを長期とし、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ず（47条）、最長でも30年とされている（14条②）。同時的併合罪を処断する場合、確定裁判を経していない2個以上の罪を併せて審理して、上記の規則に基づいて妥当な量刑を判断して、宣告することができるが、事後的併合罪の場合、併合罪の一部については裁判が確定しているため、余罪をあらためて処断するとしても、その量刑の判断方法は同時的併合罪の場合とは異なる。被告人がA罪とB罪を犯し、A罪だけが起訴・審判されて、有期懲役刑の裁判が確定した場合、その既判力はA罪にしか及ばないので、余罪であるB罪をあらためて審理して処断しても、一事不再理の原則に反しないが、その量刑の判断方法は必ずしも明確ではない。この点について、学説の大勢は、余罪の量刑を判断する際には、余罪を独立した単独の罪の場合と同じように量刑判断するのではなく、確定裁判を経た罪と余罪を同時に審判した場合に想定される刑（統一刑）と同じになるように、確定裁判を経た罪の刑を考慮しながら、それに余罪の刑を追加的に言い渡すべきであると主張している。下級審においても、このように余罪の刑を確定裁判を経た罪の刑に追加することを明示したものがあ

しかし、余罪の刑を追加的に判断して言い渡すとはいっても、同時的併合罪の場合のように、併合罪を構成する複数の罪を改めて同時に審判し、その事実関係を踏まえた刑を宣告することはできないため、その刑の宣告および執行には、様々な問題が伴う。例えば、被告人が窃盗罪（10年以下の懲役または50万円以下の罰金）、強盗罪（5年以上の懲役刑）と強盗強姦罪（無期または7年以上の懲役）を犯し、窃盗罪と強盗罪（それらは同時的併合罪の関係に立つ）が起訴・審理されて、懲役25年が確定し、その執行中に強盗強姦罪（それらと事後的併合罪の関係に立つ）が起訴され、処断刑として有期懲役が選択されたとする。強盗強姦罪の量刑は、一方で

確定裁判を経た窃盗罪および強盗罪と同時に審判した場合に想定される統一刑と同じになるよう追加的に言い渡されるとしても、他方でその法定刑の下限を下回って言い渡すことはできない。最下限の7年の懲役が宣告された場合、その刑は併せて執行されるので(51条①)、合計して32年の懲役刑が執行されるが、その最も重い罪について定めた刑の長期に2分の1を加えたもの、すなわち30年を超えた部分は執行されない(51条②)。つまり、窃盗罪と強盗罪が審理されて有期刑が確定した後、それと併合罪の関係にある強盗強姦罪が審理されて、有期刑が選択された場合、有期懲役の上限である30年を超過した部分については、執行段階において調整し、それを停止することが予定されているのである。ただし、確定裁判を経た窃盗罪および強盗罪と余罪である強盗強姦罪が同時に審判された場合に想定される有期の統一刑は、常に30年であるとは限らない。それを下回る場合もある。統一刑を想定することは容易ではないが、30年を下回るならば、たとえ30年を超過した時点で刑の執行を停止したとしても、想定される統一刑を超過して刑が執行されることになり、同時的併合罪の場合と比べて量刑が不均衡になるという問題が残る。刑法50条は、余罪について「更に処断する」と定めているが、想定される統一刑を超過した不均衡な処断が許されるのかという問いに対する答えは、法文上、明らかにされていないとはいえない。

小論は、以上のような問題意識に基づいて、若干の裁判例を手がかりにしながら、有期刑の裁判が確定した罪と併合罪の関係に立つ余罪が審理された場合の有期刑の量刑判断の方法について考察することを目的としている。

二 余罪の量刑判断の基本原則

1 刑法50条の意義

併合罪を構成する罪のうち、すでに確定裁判を経た罪とまだ確定裁判を

経ていない罪、すなわち余罪とがあるとき、刑法50条は、この余罪について更に処断すると定めている。この「更に処断する」の意義について、一般的には、余罪の裁判にあたっては、確定裁判を経た罪と同時に裁判した場合と同じ結果になるように処断することが望ましいと考えられているが、そのための処断方法のあり方をめぐって、統一刑主義と追加刑主義の間で意見の対立がある¹⁾。

統一刑主義は、余罪だけでなく確定裁判を経た罪をも含めて、その全体についてあらためて処断して、同時的併合罪の場合と同じように統一刑を言い渡すべきであると主張する。そうすることによって、有期懲役の上限である30年だけでなく、同時審判した場合に想定される統一刑をも超過して処断することを回避することができる。しかし、確定裁判を経た罪に再び刑を言い渡すのは一事不再理の原則に反し、またたとえそれが可能であるとしても、確定裁判の刑の執行済みの部分を統一刑に算入することができるのか、またその残余の刑の効力をどのようにすれば無効に、または停止することができるのかという問題について、明確な見解が示されているわけではない。これに対して、追加刑主義は、確定裁判を経た罪から余罪を切り離して、それを独立した単独の罪の場合と同じように刑を科すのではなく、確定裁判を経た罪の刑を踏まえて、その上で余罪をさらに処断すべきであると主張する。そして、確定裁判を経た罪の刑と余罪の刑の合計が、これらの罪を同時に審判した場合に想定される統一刑と同じになるよう、またはそれと不均衡にならないように、確定裁判を経た罪の刑に余罪の刑を追加するという方法を提唱している。その方法としては、例えばA罪について裁判が確定した後に、その余罪であるB罪が審理されるにあたっては、A罪とB罪の統一刑（AB刑）を想定しながら、そこからA罪

1) 団藤重光編（松尾浩也）『注釈刑法（2）-Ⅱ総則』（有斐閣、1969年）602頁以下、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・吉田佑紀編（中川武雄）『大コンメンタール刑法 第4巻（第2版）』（青林書院、1999年）269頁以下、大塚仁・川端博編（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）98頁以下、前田雅英編『条解刑法（第3版）』（弘文堂、2013年）200頁等参照。

の刑を控除して、残った刑をB罪の刑とするであるとか、あるいはA罪の刑との合計が想定されたA B刑と同じになるようにB罪の刑を追加するといった方法が考えられるが、いずれの算定方法を採用するにせよ、学説の大勢においては、刑法50条が追加刑を言い渡すことを意味していると理解されている²⁾。しかしながら、その方法には同時に限界があることも指摘されている。

追加刑主義は、A罪について確定裁判を経た後に、B罪を処断するにあたって、A B刑という統一刑を正確に想定して、A罪の刑にB罪の刑を追加してそれと同じになるように量刑を判断すべきであるというのが、はたしてB罪を審理する裁判所がそれを実際に行なうことができるのかという疑問はぬぐい去れない。というのも、A罪について裁判が確定した後で開始された裁判において審理されているのはB罪であり、そこにおいてA罪についての量刑資料が十分ではないという実際の事情があるからである。例えば、B罪の審理において、A罪がB罪と併合罪の関係にあることは、「前科調書」などから明らかであり、それに対する裁判の内容も証拠として提出されている判決書の謄本などから確認することができるので、B罪を審理する裁判所としても、A罪の具体的な事実関係やそれへの量刑理由に関する記載から量刑事情をある程度までは知ることができるが、それは実際の裁判を経て形成された心証と同じものではなく、従ってA罪の詳細について自らが審理したような認識を得ることは難しい。それゆえ、B罪の審理において、A罪とB罪を同時に審判したならば言い渡されたであろう統一刑とまったく同じ刑を正確に想定し、厳格な形で実践することは困難であり、それが裁判員裁判の対象犯罪である場合には、さらに困難を増

2) 石川一彦「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報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・西原春男・藤木英雄・宮澤浩一編『現代刑法講座 第3巻』（成文堂、1979年）303頁等参照。また、札幌高判昭29・11・11高刑集7巻10号1582頁、東京高判平4・2・18判タ797号268頁、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頁以下参照。

すことが予想される。

2 追加刑主義の意義と限界

A罪とB罪が同時審判された場合の統一刑と文字どおり同じ刑を想定することは、困難ではあるが、そのような有り得た刑を想定して考慮しながら、統一刑と同じになるように、またそれに近づくようにA罪の刑にB罪の刑を追加的に言い渡すことは不可能ではない。そのための理論的・実務的な工夫は行ないうるし、また現に行なわれている³⁾。それは、通常の（同時的）併合罪の量刑を定めた刑法47条の趣旨を踏まえることによって実現することができると思われる。

例えば、A罪とB罪という通常の併合罪の量刑において加重の基本となるのは、それを構成する罪のうちで法定刑の長期が重い罪であり、それがA罪である場合、その併合加重の方法としては、A罪を基本に据えながら、「併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決する」ことになる。具体的には、加重対象の基本であるA罪の罪の重さを判断し、その上にB罪の罪の重さを「加重」という方法が採用されているといわれている。併合罪の構成単位である各罪、つまりA罪とB罪について「個別的な量刑判断を行なった上」で、A罪の個別の刑とB罪の個別の刑を「合算」することによって、併合罪としてのAB罪の統一刑を算定するわけではない。事後的併合罪の余罪であるB罪に有期刑を言い渡す場合においても、基本的に以上の方法に従うことになる。ただし、B罪の審理においては、すでに裁判が確定したA罪の事実関係や量刑資料を詳細に検討することはできないので、「かなり観念的な表現にはなるが、A罪については、

3) 追加刑主義による量刑の判断方法については、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」原田國男裁判官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、西田眞基「裁判員裁判における客観的併合を巡る諸問題」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題〔第3巻第3編 公判前整理手続き及び裁判員裁判編〕』（立花書房、2011年）330頁以下、田邊三保子「裁判員裁判における弁論の分離に関する諸問題」同『現代刑事法の諸問題』348頁以下参照。

『確定裁判が懲役〇〇年(月)と考えた××罪』という抽象的な犯罪を想定し、これと今回のB罪との併合罪として統一刑を判断することにならざるをえない。このように加重対象として抽象的なAという犯罪を想定せざるをえないとしても、A罪にB罪が加重された場合の懲役△△年という統一刑を想定して、確定したA罪の刑に対してどの程度の刑を加算したものがそれに近いものになるのかと判断し、その加算分をB罪の刑として量刑することはできるであろう。また、加重対象がB罪である場合でも、B罪について通常の量刑を行なった上で、さらに確定裁判において〇〇年と評価されたA罪をB罪の刑を加重する要素として考えて、懲役△△年という換算を行なって統一刑を想定し、そこからA罪の確定刑である〇〇年を控除して、B罪の量刑を割り出すことも可能であろう。

刑法50条は、余罪の処断方法について具体的に明示してはいないが、このように追加刑主義に基づいて余罪であるB罪の量刑を判断することによって、確定裁判を経たA罪の刑との合計が、それらが同時に審判された場合に想定される統一刑と同じになるよう、またはそれと不均衡にならないように配慮することは可能である。B罪をこのような方法で量刑した場合、A罪がB罪に比べて重大な罪である場合、想定された統一刑から確定裁判を経たA罪の刑を控除して残った刑が、B罪が単独で行なわれた場合の刑に比べると軽くなる可能性があるが、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」⁴⁾、軽い刑を言い渡すべきである。

しかし、追加刑主義を以上のように理解しても、なおも問題は残る。確定裁判を経た罪と余罪を同時に審理した場合、想定される統一刑は有期刑だけでなく、死刑もありうるので、そのような場合、死刑から確定裁判を経た罪の自由刑を控除できないため、追加的に科されるべき余罪の刑を算定することはできない。また、無期刑が想定される場合、そこから確定した罪の自由刑を控除できるとしても、余罪に科すべき刑の年数を具体的に算定することはできない。この場合、さしあたり余罪に対して無期懲役を

4) 鹿野・前掲(3)572頁以下。

言い渡した上で、確定した罪の刑の執行分を無期懲役から控除するのではなく、それを先行して執行したものと評価し直して、引き続き無期懲役刑の執行を継続するとしても、それは論理的に追加刑主義ではなく、統一刑主義の方法を採用することを意味する。また、たとえ統一刑として自由刑を想定することができたとしても、それから確定裁判の罪の刑を控除して残った刑を余罪の刑として科した場合、先述のように、それが法定刑の下限を下回ることもある。余罪であっても、法定刑を下回る刑を無条件に言い渡せるわけではなく、そのような刑の言い渡しを理論的に説明しうるかという問題については、追加刑主義は必ずしも明らかにしていない。やむを得ず余罪の法定刑の範囲内で処断した結果、有期刑の上限の30年を超えた場合には、その超過分の執行を停止することができて（51条②）、確定した罪と同時審判した場合に想定される統一刑を上回る余地はまだ残されたままである。事後的併合罪の場合も、同時的併合罪と同じ併合罪である以上、不均衡な処断が行なわれるようなことがあってはならないが、このような事態に対して、いかに対応するのかについて、追加刑主義からは明確な説明がなされているとはいえない。余罪の刑を「酌量減輕」⁵⁾する

5) 余罪の情状に酌量すべき事情がある場合には、減輕することは十分に可能である。ただし、そのような事情がない場合でも、例えば被告人が確定裁判を経た罪の刑に服し、仮釈放の機会を得るために意欲的に更生に努めてきたことなどを余罪の刑を酌量するための事情として評価することができる。例えば、最3小決平24・12・17 (<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/201304143959.pdf>)は、「犯行に至る経緯等に加え、落ち度のない被害者が殺害された結果の重大性などに照らせば、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」である余罪の量刑判断にあたって、余罪それ自体の事情ではなく、確定裁判を経た罪の事情について、「被告人は前件等につき無期懲役に処せられ、その服役を通じて更生の兆しが見られ、矯正可能性がないことはいえないこと、不十分な点があるとはいえ、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」と述べて、「死刑が究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成否に反するとまでは認められない」と死刑を求めた検察官の上告を棄却した。この決定の意義は、余罪の量刑判断にあたって、酌量減輕の方法として、一般的に余罪だけでなく、それと併合罪の関係にある罪にまで広げて捉

ことによって、想定された統一刑と可能な限り同じになるように調整しようと主張するものもあるが、その法的・理論的根拠もまた明らかではない⁶⁾。

三 裁判例における追加刑主義の適用状況

追加刑主義には、このようないくつかの問題があることが指摘できるが、以下においては、余罪の量刑をその法定刑の範囲内で処断した結果、それと確定裁判を経た罪の刑との合計が想定された統一刑だけでなく、有期刑の上限の30年（14条②・51条②）をも超えて判断された事案を素材にしながら、その問題点についてさらに検討する。さしあたり検討対象となる事案は、以下の3つの裁判例である。以下、順に事実の概要、裁判所の判断を紹介し、その特徴と問題点を明らかにする（なお、平成16年の刑法改正の前は、有期刑の長期は15年であり、その加重の上限は20年とされていた〔旧14条〕。事後的併合罪の加重の上限〔51条②〕は、単純計算すれば22年6月となるが、その執行は20年を超えることはできなかった）。

1 検討対象の裁判例

① 東京高等裁判所平成6年9月16日刑事第5部判決

先ずは、東京高等裁判所平成6年9月16日刑事第5部判決について検討する。その内容は、おおよそ以下のとおりであった⁷⁾。

ゝえている点にある。なお、本決定の評釈として、拙稿「事後的併合罪の余罪に対する量刑判断の方法」法セミ700号（2013年）133頁、小池信太郎・セレクト2013〔I〕〔法教401号別冊付録〕30頁、只木誠・ジュリスト1466号（2014年）170頁以下参照。また、原判決の評釈として、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」法セミ692号（2012年）131頁参照。

6) このような問題については、拙稿「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」立命館法学345・346号（2013年）697頁以下において若干の分析を試みた。

7) 東京高判平6・9・16判時1527号154頁（破棄自判・確定）。

被告人Aは、C子からD殺害の実行を引き受けてくれる者を探すよう依頼を受け、被告人Bに右殺害の実行方を持ち掛けた。Bはそれを一度は断ったが、報酬2500万円、うち手付金200万円、残り2300万円は保険金から出すとの条件を提示されたので、それを承諾した。その後、BはAから右条件に従って、160万円を手付金の一部として受け取ったが、なかなかD殺害が実行されないことにいらだったC子から、厳しく実行を促された。その際、C子から、早くやらないと保険が切れる旨告げられた。Bは、Aと殺害方法について話し合っているが、事故死に見せかけることを検討しているとC子に伝えた。Bは、犯行の当日、Dに睡眠薬を飲ませて眠らせ、それを車に乗せ、車ごと海に沈めるために埠頭に向かったが、Dが動き出したため、車内で殺害した。その後、BはAに対し報酬を催促し、AはC子にその旨伝え、C子は生命保険の支払いを請求した。Bは、殺人罪および詐欺未遂罪により起訴された。

原審新潟地方裁判所は、平成5年12月24日、以上のような事実関係を認めた上で、本件の殺人事件について有期懲役刑を選択し、これと詐欺未遂罪とを併合加重した上、被告人Bを懲役20年に処した。これに対して、弁護人は、被告人Bはすでに賭博開帳凶利罪により懲役1年2月、執行猶予4年の確定裁判を受けているが、それらの罪は本件の殺人罪および詐欺未遂罪と併合罪の関係にあり、これら確定裁判を経た罪と本件の罪が同時に審理されていたならば、併合加重しても（平成16年法律第156号による改正前の）刑法14条により20年を超えて懲役刑を科すことができないにもかかわらず、これらを別々に審理して、本件の罪について併合加重し懲役20年に処するならば、これと確定裁判を経た罪の合計が懲役21年2月になってしまう、結果として同時に審理が行なわれた場合との間で不均衡が生じ、かつ刑法14条の趣旨が生かされなくなってしまうので、このような不均衡を是正し、かつ刑法14条の趣旨を生かすためには、本件の罪の刑を宣告する段階において、その刑期を調整すべきであると主張し、被告人Bを懲役20年に処した原判決の量刑は重すぎて不当であることなどを理由に控

訴した。

東京高裁は、以上のような弁護人の控訴理由を斥けて、次のように原判決を破棄自判した。

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1項ただし書および同2項のほか、同法14条の制限に従うべきものと解するのが相当であり、従って有期の懲役または禁錮については、通じて20年を超えて刑の執行を受けることはなく、弁護人が主張するように宣告段階において量刑の調整をしなければならないものではないというべきである。

被告人Bは、被告人Aを通じてC子から本件犯行を誘われたものであって、殺害の実行行為こそ担当したものの、終始C子が主導的で、半ば同人にけしかけられるように殺害の実行に至っており、また、保険金騙取の実行行為には一切関与しておらず、被告人Bは、保険金そのものの取得を目指したというよりは殺害の報酬をもらうことを考えていて、その出処が保険金であったということにすぎず、またD殺害の態様の残虐非道さも、ひと思いに殺せなかったBの弱さから来たものと見ることができ、被告人Bは本件を深く反省していることなど、Bのために酌むことができる諸事情を考慮すると、Bを有期刑の処断刑期の範囲内でその上限である懲役20年に処した原判決の量刑も、いささか重きにすぎ、不当であるというべきである。原判決の認定した罪となるべき事実とその掲げる法令（刑種の選択、併合罪の処理、さらに被告人Aについては、科刑上一罪の処理、再犯加重、重版の減輕を含む。）を適用し、その処断刑の範囲内で被告人B（およびA）をいずれも懲役17年に処する。

東京高裁は、以上のように判断して、原判決を破棄し、被告人Bに懲役17年を言い渡した。その結果、賭博開帳図利罪の執行猶予が取り消され、被告人には2個の裁判で確定した刑の合計である18年2月の懲役刑が併せて執行されることになった。

東京高裁平成6年判決の特徴として、次の点を指摘することができる。弁護人は、控訴理由において、被告人Bを懲役20年に処した原判決の量刑判断が重すぎて不当であると主張したが、その理由として挙げたのは、①確定裁判を経た賭博開帳凶利罪と本件の殺人罪および詐欺未遂罪を同時審判した場合に想定される統一刑との不均衡が生ずること、②確定裁判を経た罪の刑との合計が刑法14条の20年という制限を超えること、そして③そのような不均衡を是正し、刑法14条の趣旨を生かすために、余罪の刑を宣告する段階において調整を図るべきであることの3点であった。確定裁判を経た賭博開帳凶利罪と本件の殺人罪および詐欺未遂罪とを同時に審判した場合、弁護人がどの程度の量刑になると想定していたかについては判決文から明らかにすることはできない。また、原審が追加主義の立場から統一刑を想定しながら余罪の量刑を判断したことを判決文から伺うこともできない。かりに想定される統一刑につき、14条が定める有期懲役の上限と同じ20年であると判断していたならば、余罪の刑として懲役18年10月を追加的に科せばよかったのであるが、余罪に懲役20年を科し、合計して21年2月の懲役刑になることを認めたことは、原審が余罪の量刑を追加主義の方法に基づいて判断していないことを示唆する。

確かに、刑法51条2項は、併合罪につき数個の裁判があったときは、その刑の執行は、その最も重い罪について定めた刑の長期に2分の1を加えたもの、すなわち22年6月を超えることはできないと定め、またその上限は刑法14条によって制限され、合計して20年を超える懲役刑を執行することはできないが、想定される統一刑を超えて、最長で懲役20年まで執行することを許しているわけではない。東京高裁は、原判決の量刑を破棄して、懲役17年に改めることによって、結果的に懲役20年を下回る18年2月に抑えたので、それが想定される統一刑と同じものであると理解することもでき、一見すると追加刑主義の方法に従っているかのようにも見受けられるのであるが、懲役18年2月が想定された統一刑であることは明言されていない。東京高裁が刑法51条2項という上限の20年を超えないよう「宣

告段階」ではなく、「執行段階」で調整することを意味していると解釈していることからすると、むしろ余罪の刑を宣告する段階において、想定される統一刑を超えないよう調整することについて問題意識がないように思われるのである。余罪の刑の宣告段階において追加刑主義を徹底し、統一刑との不均衡を是正することが可能かどうか、またそれがどのようなものであるのかという問題について、東京高裁平成6年判決は明らかにしたとはいえない。

② 東京地方裁判所平成22年4月22日刑事第20部判決

次に、東京地方裁判所平成22年4月22日刑事第20部判決を検討する。その内容は、おおよそ以下のとおりであった⁸⁾。

被告人Aは、平成16年8月31日午前1時20分ころ、東京都内の某所において、被害者の女性Bに対して、「下手なまねをしたら殺すぞ」などと言って脅迫するなどして、その反抗を抑圧して同人と性交し、また平成18年4月16日午後10時40分ころ、東京都内の某所において、被害者の女性Cに対して、ナイフを突き付けて、「声出すと殺す。静かにしろ」と言うなどして暴行・脅迫を加え、さらに同人を近隣の会社の敷地内に連行した上、その顔面をげん骨で殴るなどの暴行を加えて、「殺す」などと言って脅迫し、その反抗を抑圧して同人と性交し、その際、加療2週間を要する顔面打撲、左眼球打撲、眼瞼皮下出血および結膜下出血の傷害を負わせた。被告人Aは、Bに対する行為について強姦罪、Cに対する行為について強姦致傷罪で起訴された。なお、被告人は本件の強姦致傷罪、強姦罪の起訴に先立って、強盗殺人未遂等の罪につき、裁判員制度が施行される前の平成21年5月1日、さいたま地方裁判所に起訴され、同年12月4日、懲役25年の判決が宣告され、その判決はすでに確定していた。この強盗殺人

8) 東京高判平22・4・22判タ1344号249頁(有罪・確定)。その評釈として、植村立郎・刑事法ジャーナル30号(2011年)130頁以下参照。

未遂罪等の罪と本件の強姦致傷罪、強姦罪は併合罪の関係にあり、また併合審理が可能であったが、強盗殺人未遂罪等のみが裁判員制度の施行前に起訴された。その理由は、強盗殺人未遂罪が裁判員裁判の対象事件ではなく、しかも殺意の有無に争いがあったことから、これを裁判員裁判の対象事件である本件の強姦致傷罪、強姦罪と併せて審理するとした場合の裁判員の負担などを考慮したという点にあった。ただし、被告人は、さいたま地裁に対して、すべての事件を併合して審理することを求める書簡を提出していた。

東京地裁は、以上の事実関係を認めて、次のように判断した。

本件の強姦致傷罪、強姦罪と併合罪の関係にある強盗殺人未遂罪等を併合しなかった点について、それは強盗殺人未遂罪が裁判員裁判の対象事件ではなかったこと、殺意の有無につき争いがあったこと、これを本件の強姦致傷罪等と併せて審理した場合に裁判員の負担が過度に重くなることなどを考慮したためであり、それに一応の合理的な理由があったことが認められるが、この理由が被告人には関わりのないものであることは、弁護人が指摘するとおりである。

そして、強盗殺人罪未遂等の事件について、すでに懲役25年の判決が確定しているところ、それと本件の強姦致傷、強姦事件を併合審理した場合の有期懲役刑の上限は、刑法51条2項によれば30年となるので、弁護人は、上記経過を踏まえて、本件において懲役5年を超える刑を宣告することはできないと主張したが、かりに本件について懲役5年を超える刑を宣告しても、刑の執行段階での調整が行なわれて、上記懲役25年の刑と合算して執行が30年を超えることはないので、被告人に対して、実質的にみるべき不利益は生じない。また、本件の罪は、前記のとおり悪質で重大な事案であり、被告人の責任に応じた刑を宣告すべき要請も強いと思われる。そうすると、本件において、懲役5年を超える刑を宣告することはできないとする弁護人の主張は採用できず、また本件では前期のとおり検察官の求刑が決して重いとはいえないが、強盗殺人未遂等の事件が本件とは併合

審理されずに、すでに25年の懲役刑が言い渡されて確定している事情をも十分に考慮して量刑を決すべきであると判断した結果、7年の懲役に処した。

東京地裁平成22年判決の特徴として、次の点を指摘することができる。弁護人は、刑法51条2項によれば、併合加重した場合の有期徒刑の上限は30年であり、本件の強姦致傷罪、強姦罪の刑としては、確定裁判を経た強盗殺人未遂罪等に言い渡された懲役25年に追加して合計30年になる5年の懲役刑までしか宣告できないと主張した。ただし、これらの罪が同時審判された場合に想定される統一刑との不均衡が生ずる可能性があること、そしてそれとの調整を図るべきことを指摘していたかどうかは、判決文からは窺うことはできない。これに対して、東京地裁は、東京高裁平成6年判決と同様の論理に基づいて、本件の強姦致傷罪、強姦罪に懲役5年以上の刑を宣告しても、懲役30年という制限を超えて刑を執行することはできないので、被告人には実質的な不利益はないと述べたが、執行される懲役30年の刑が、確定裁判を経た罪と本件の罪を同時審判した場合の統一刑と実質的に同じものであるとは判断されていない。つまり、東京地裁は、追加刑主義の方法に基づいて想定された統一刑から確定裁判を経た罪の25年の刑を控除して、本件の罪に懲役7年の量刑を判断したわけではない。むしろ、本件の強姦致傷罪と強姦罪は、同時的併合罪の関係に立つが、重い方の罪である強姦致傷罪の法定刑は無期または5年以上の懲役刑であり、その罪状の重大性に鑑みて、強姦罪を併合加重すると、本件にはその下限の5年の懲役ではなく、7年の懲役が妥当であると判断したようである。また、それは「被告人の責任に応じた刑を宣告すべき要請」でもあるというのである。ここには、確定裁判を経た強盗殺人未遂罪等と本件の強姦致傷罪等との併合関係が相対的に希薄になり、本件のみが独立した量刑判断の対象として位置づけられ、それによって追加刑主義が軽視されつつあることが窺われる。

③ 東京高等裁判所平成24年5月14日刑事第5部判決

最後に、東京高等裁判所平成24年5月14日刑事第5部判決を検討する。その内容は、おおよそ以下のとおりであった⁹⁾。

被告人は、平成13年1月某日、強盗強姦を行なったが、それと前後して平成12年から14年にかけて住居侵入を伴う強盗強姦を3件、強姦を2件行なうなどした。平成17年2月2日、東京地方裁判所八王子支部によって、3件の強盗強姦および2件の強姦について起訴され、懲役16年に処せられ、同年3月9日から服役した。ところが、未解決のまま公訴時効を迎えようとしていた本件の強盗強姦について再度捜査が行なわれ、新たにDNA鑑定が実施されたことなどから、平成23年1月7日、強盗強姦罪で起訴された。平成23年11月22日、第1審東京地方裁判所は、検察官の求刑どおり懲役8年に処した。

弁護人は、控訴審において、本件の公訴提起の無効を主張し、さらに本件は確定裁判を経た強盗強姦3件、強姦2件と併合罪の関係にあり、本件の強盗強姦を刑法50条により更に処断する場合には、確定裁判を経た罪と同時に審判した場合と同じ結果、つまり量刑として相当と思われる懲役17年ないし18年の懲役刑と同じようになるように考慮すべきであり、かつ（平成16年法律第156号による改正前の）刑法14条によれば有期懲役刑の最長は20年であり、通じて20年以内で処断されるべきであるにもかかわらず、本件につき8年の懲役に処した原判決は、合計すると24年の懲役になり、刑法50条の適用を誤った違法があると主張した。また、かりに違法があると認められないとしても、原判決は、強盗強姦、強姦の罪で懲役16年に処せられ、真面目に服役していた被告人が、本件の強盗強姦で起訴されたために、仮釈放の希望が失われ、長期服役の可能性が生じたこと、犯行

9) 東京高判平24・5・14判タ1385号308頁、東高時報63巻85頁（控訴棄却・上告〔後上告棄却〕）。その評釈として、拙稿「有期刑が確定した罪と併合罪関係にある余罪への有期刑の上限の調整方法」法セミ712号（2014年）133頁参照。

に至る経緯や犯行時の精神状態について被告人に酌むべき事情があること、被告人が服役を通じて更生するための努力を続けていることなどを考慮しておらず、懲役 8 年の量刑は重過ぎて不当であると主張した。

東京高裁は、このような弁護人の主張を斥けて、併合罪について 2 個以上の裁判があった場合には、刑法 51 条による執行段階での調整が予定されている上、有期懲役を加重する場合の 14 条の 20 年という制限を受けると解されることからすると、刑法 50 条の解釈としては、更に処断するに当たり、確定裁判を経た罪の刑と合計して 20 年以内になるように余罪の量刑を宣告段階で調整するというような弁護人が主張する制限を受けないと解するのが相当であると判断した。

さらに、原判決の懲役 8 年の量刑について、弁護人が指摘していることについては、原審における被告人質問の結果や、原審において取り調べられた別件判決書の記載内容から窺うことができ、本件が別件と併合罪の関係にあり、当時発覚していれば併せて処断されていた可能性が高いことや、被告人が別件の刑について真面目に服役していることなどを考慮しても、法定刑の最下限（懲役 7 年）で処断すべき事案ではないとして、被告人を懲役 8 年に処しており、弁護人が主張する事情を踏まえた量刑判断をしていることが明らかであると、原判決の量刑を維持した。

東京高裁平成 24 年判決の特徴として、次の点を挙げることができる。弁護人は、本件の強盗強姦罪の量刑を判断するにあたっては、それと併合罪の関係にある 3 件の強盗強姦と 2 件の強姦の刑と同時に審判された場合に想定される統一刑と同じになるよう配慮すべきである述べて、その統一刑を懲役 17 年ないし 18 年と想定して、追加刑主義の立場から、確定裁判を経た罪の刑の 16 年との合計が統一刑と同じになるよう、本件の強盗強姦の刑を懲役 1 年ないし 2 年にすべきであると主張した。ただし、強盗強姦罪の法定刑の下限は懲役 7 年であるので、それを酌量減輕したとしても、下限は 3 年 6 月までしか引き下げることができないため、本件に懲役 1 年ない

し2年を言い渡すことは実際には困難である。また、酌量減輕をするための具体的な根拠についても、判決文から窺うことはできない。弁護人は、刑法14条の規定による有期懲役の上限は20年までであることを理由に、確定裁判を経た罪の懲役16年に余罪の刑を追加した合計がそれ以内になるよう量刑を調整することを求めたが、強盗強姦罪を酌量減輕するなどして、宣告段階において量刑を調整するための酌量減輕の根拠が示されていないため、それもまた困難である。すでに3件の強盗強姦と2件の強姦について懲役16年の裁判が確定し、服役している事実を刑法66条に基づく酌量減輕の理由とすることも可能であるが、その点について主張したか否かは、判決文からは明らかではない。

このように弁護人は、刑法50条の解釈としては、確定裁判を経た罪と併合罪の関係に立つ余罪を処断するにあたっては、追加刑主義の立場から、同時審判した場合に想定される統一刑と同じになるよう、また刑法14条に基づく有期懲役刑の20年の上限を超えることがないように、宣告段階において調整することを主張したのであるが、この主張に対して、東京高裁は、東京高裁平成6年判決および東京地裁平成22年判決と同様に、同時審判した場合に想定される統一刑に言及することなく、ただ刑法51条2項による執行段階での調整を示し、原判決の量刑を維持するだけであった。本判決もまた、東京地裁平成22年判決と同様に、刑法51条2項による執行段階における調整のみを論じ、追加刑主義の意義については、ほとんど顧慮されていないといわざるを得ない。

2 若干の検討

以上の3つの裁判例は、平成16年の刑法の一部改正の前の事案や裁判員裁判の施行前の事案が含まれ、また併合審理されなかった理由も異なるものの¹⁰⁾、刑法50条の「更に処断する」の意義が争点であった点では共通

10) 東京地裁平成22年判決の事案は、すでに述べたように、被告人からすべての事件を併合して審理することを求める書簡がさいたま地裁に提出されていたにもかかわらず、確定

している。それは、余罪の量刑判断にあたって、確定裁判を経た罪と同時審判した場合に想定される統一刑と同じになるように、またはそれに近づくようにするためにはどのようにすればよいか、確定裁判の罪の刑に余罪の刑を追加する量刑方法とは、はたしてどのようなものであるかという問題であった。そこでは、確定裁判を経た罪の事実関係と量刑事由を踏まえながら、その罪状を可能な限り正確に認識し、それと余罪の統一刑を具体的に算定するという個別的・具体的な量刑判断のあり方が問われていた。しかし、3つの裁判例のいずれもが、この問題の解決を刑法51条2項および14条2項（平成16年改正前は14条）の制度の一般的な運用の問題に解消するような判断を示した。

併合加重した場合の有期刑の上限を30年（平成16年改正前は20年）とする一般的な制度と併合罪を構成する余罪の個別的な処断方法のあり方とは、本来的には次元の異なる問題である。前者は、犯罪人の社会復帰とい

ㄨ 裁判を経た罪の強盗殺人未遂罪等の事件が裁判員裁判の対象犯罪ではなかったこと、この故意につき争いがあったこと、これを本件の余罪である強姦致傷罪などと併せて審理するとした場合の裁判員の負担が加重になることなどを考慮して、あえて併合せずに審理された。東京高裁平成24年判決の事案は、本件の余罪である強盗強姦罪について、捜査機関は確定裁判を経た住居侵入罪、強盗強姦罪、窃盗罪、強姦罪と同時期に捜査することが容易に可能で、被告人もそれを希望していたのに、長期間放置した挙げ句、公訴時効間近に捜査を実施したために併合されなかった。いずれも被告人の責めに帰されない事情によって併合審理されなかった。ただし、東京高裁平成6年判決の事案は、これらの事案のように、すべての事件があらかじめ捜査機関によって確認されていた事案ではなく、証拠不十分または被疑者不明ゆえに併合審理されなかった。これを「被告人が余罪を自らの意思で隠していた」ので、「併合されなかった理由について被告人に帰責性が認められる」として、「併合の利益を自ら放棄した」と評価することができるか否かについては、議論の余地がある。この「被告人の帰責性」とは、余罪について自ら認めなかった、反省しなかったがゆえに、非難可能性が強く、より重い刑罰に値するという評価であると考えられるが、それは余罪が捜査機関に発覚していない段階における被告人の反省状況の評価であって、余罪が発覚して審判に付され、それに対する量刑が判断される段階における被告人の反省状況の評価ではない。量刑判断にあたって重視すべき事情は、裁判において明らかにされた反省状況であると考えられるならば、「被告人が余罪を自らの意思で隠していた」ことを理由に、「併合の利益を自ら放棄した」と評価してはならない。そうでなければ、併合の利益と引き換えに、自白・自省を強いることになる。この点について、鹿野・前掲(3)573頁以下参照。

う特別予防的観点から、併合罪の有期刑の上限を制限的に加重するものであり、現行刑法51条2項および14条2項は、それを（同時的）併合罪の有期刑の外延ないし枠組として設定している。これに対して、余罪の処断方法は、同時審判した場合において、その外延の枠内において想定された統一刑との不均衡を是正するための具体的な対処方法の問題であり、それは刑法50条に明文で規定されていないものの、解釈によって導き出すことができる（事後的）併合罪の余罪の量刑判断の問題である。このように併合罪の有期刑の一般的な外延の問題とその枠内における量刑の具体的な妥当性の問題とは明らかに異なる次元の問題であるにもかかわらず、3つの裁判例はこれを同列視している。

では、このような同列視した理由は、どこにあったのだろうか。その理由としては、2つ考えることができる。追加刑主義によれば、余罪を審理する裁判所は、確定裁判を経た罪の事実関係や量刑事由の内容を一般的に認識し、それと余罪とを同時審判したと仮定した場合に想定される統一刑を想定して、余罪の量刑を判断するが、統一刑は有期刑だけでなく、無期刑、さらには死刑もあり得るため、そこから確定裁判を経た罪の有期刑を控除して、余罪の刑期を割り出すことができない。これが第1の理由である。それは、少なくとも東京地裁平成22年判決と東京高裁平成24年判決の内容から推し量ることができる。東京地裁平成22年判決の事案は強盗殺人未遂罪と強姦致傷罪および強姦罪の事後的併合罪であり、東京高裁平成24年判決の事案は3件の強盗強姦罪および2件の強姦罪と1件の強盗強姦罪の事後的併合罪であり、いずれも被害者に対して重大な被害をもたらす犯罪であった。しかも、東京地裁平成22年判決の事案の強盗殺人未遂罪については、処断刑として無期懲役が選択された上で、未遂減輕がなされて有期懲役の科刑がなされた。この事実から推論するならば、強姦致傷罪および強姦罪と同時審判したと仮定して、無期懲役が宣告されていた可能性は否定できないように思われる¹¹⁾。また、東京高裁平成24年判決の事案の

11) 植村・前掲(8)136頁は、「強盗殺人未遂罪も強姦致傷罪も、各法定刑に無期懲役が含ま

場合も、4 件の強盗強姦罪と 2 件の強姦罪を同時審判したならば、弁護人が主張した懲役17年ないし18年に収まったとは必ずしもいえず、無期懲役という選択肢もありえたのではないかと思われる。しかし、確定裁判を経た罪について、すでに有期懲役刑が執行中であるなかで、余罪に対して無期懲役を言い渡すならば、それは確定裁判を経た罪について二重に処罰することになり、統一刑主義によるならばともかく、追加刑主義からは認めることはできない。かりに、このような事情があったというのであれば、確定裁判を経た罪の刑との合計が、想定された統一刑の無期懲役刑と同じものにならなくても、それに最も近い30年（平成16年改正前は20年）になるように、余罪の刑を追加すべきであり、そのように追加すればよかつたはずである。しかし、東京地裁平成22年判決と東京高裁平成24年判決は、そのような事情があることに言及しなかった。それは何故か。それが第2の理由である。

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」（1項）と定めているが、その執行は、「その最も重い罪について定めた刑の長期に2分の1を加えたものを超えることができない」（2項）と、刑の執行段階における調整を定めているだけであり、それを下回る刑、例えば同時審判した場合に想定される統一刑による限界づけを直接的に要請してはいない。規定がこのような形式になっていること

ゝまれているから、確定裁判の罪に本件が併合された場合、必ず有期懲役刑が選択されるとの保証はない。現に、確定裁判では、強盗殺人未遂罪について無期懲役刑が選択されている（ただし、未遂減軽がされて有期懲役刑の科刑となった）。しかも、被告人は、平成16年、平成18年、平成21年と、それぞれに犯情の重い犯罪行為を重ねていることになるからである。また、確定裁判の刑と本件の刑を単純に合計すると、懲役32年になって、有期懲役刑の上限である懲役30年を超える上、本判決の説示振りからしても、確定裁判の刑を考慮しない場合の本件の量刑は懲役7年よりも重かつた可能性のあることがうかがわれるから、そういった犯情の事件では、無期懲役が選択されることがおよそあり得ないともいえない、換言すれば、本件では、併合の結果、刑が重くなる可能性がおよそあり得ないとはいえない、と思われる」と述べて、同時審判した場合に統一刑として無期懲役刑が想定されていた可能性があることを指摘する。

をもって、立法者は最も重い罪について定めた刑の長期に2分の1を加えたものを超えない場合には、たとえ想定される統一刑を超えていようとも、事後的な調整を要請してはいないと解し、事後的併合罪の余罪の量刑にあたって、追加刑主義を徹底することを事実上否定することも許されるかのような議論もなされている。例えば、「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て、これと余罪とが同時審判を受けた場合と均衡を失しないように考慮することが望ましい」という追加刑主義の一般的な原則は、妥当であり、「異論の少ないもの」であると評価しながらも、「それを厳密な形で実践することは、事実上困難であり」、確定裁判を経た罪に関する量刑を考慮に入れるか否かによって、余罪の量刑が常に影響を受けるとは必ずしも言いがたく、確定裁判を経た罪および余罪の法定刑および事案の内容、確定裁判を経た罪に関する宣告刑の軽重などによって、余罪の量刑自体にも違いが生ずることがあり、それを「量刑の多様性」という観念によって肯定するものもある¹²⁾。

ある犯罪には、それに相応しい種類と量の刑罰が対応する関係に立つという一般的な原則からは、本来的には同時的併合罪に対してであれ、事後的併合罪に対してであれ、同じ種類と量の刑罰が科されるべきことが要請され、そのような意味の「量刑の一様性」を刑法50条から導き出すことができる。そうであるにもかかわらず、実際には量刑の判断は、同時的併合罪と事後的併合罪の場合とで異なった形で現れてこざるを得ないというのである。それが「量刑の多様性」である。そのような多様な量刑の判断がなされる背景には、余罪の法定刑の下限を下回る量刑を判断することができないという事情もあるが、余罪の具体的な内容や事情としては、例えば

12) 植村・前掲(8)135頁は、追加刑主義による統一刑の想定は望ましく、異論の少ないものであると述べながら、同時にその「厳密な形で実践すること」は困難であると、その限界を指摘するが、「厳密な形」、すなわち統一刑との同一性の固執せずに、その近似値で対応することで足りるならば、懲役30年を統一刑として想定し、それと同じになるよう確定裁判を経た罪の刑に余罪の刑を追加するだけでよいであろう。

A 罪がすでに確定裁判を受けて、その執行中に、その余罪である B 罪、C 罪、D 罪などが審理され、その量刑を判断する場合、B 罪、C 罪、D 罪の規模と内容の大きさに比べるならば、A 罪が確定裁判を経ていることは、それらの罪の全体的な評価に大きな影響を与えるものではなく、むしろ A 罪の確定裁判によって揺るがされることがないほど一定の量刑が安定的に成立しようという認識があるからであろう¹³⁾。このような「量刑の多様性」という実情が、確定裁判を経た罪と余罪の併合関係を相対的に希薄なものにし、余罪のみを独立した量刑判断の対象として位置づける傾向を作り出しているのではないと思われる。それは追加刑主義の例外ではなく、その放棄を意味する。

13) 植村・前掲(8)135頁以下は、このような余罪の量刑判断の方法を、東京高判平4・2・18判タ7979号268頁から援用する。その判決は、「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判を受けた場合と均衡を失しないよう考慮するのが望ましい」と追加刑主義の意義を原則的に肯定しながら、確定裁判を経た罪の量刑「の考慮の有無によって余罪の量刑が常に異なってくるとは必ずしも言い難く、確定裁判のあった罪および余罪の法定刑及び事案の内容、確定裁判を受けた罪に関する宣告刑の軽重等によって自ずから差異があると認められる」と述べて、同時審判を受けた場合と均衡を失する場合は例外的に生じうることを認めている。このような余罪の量刑判断の方法が認められるとしても、それは、まず①同時審判を受けた場合の統一刑を想定し、②余罪の量刑を判断し、③確定裁判を受けた罪の刑を勘案して、これに余罪の刑の合計が統一刑と均衡しないように考慮するという段階的な判断を経なければならぬが、余罪の量刑判断で重要であると思われるのは第3の段階である。

援用された判決の事案では、余罪の量刑判断にあたって未遂減軽だけでなく、さらに酌量減軽をも施して減軽した原判決の判断の妥当性が問題になっていたが、「原審が懲役1年を科している確定裁判の存在を念頭においたとしても、被告人に対して2回の減軽をほどこしてまで異なる内容の宣告刑をもって臨むような特段の事情があったとは認められない」と判断された。ただし、この「特段の事情」が余罪の事実関係や犯情のなかになかったからか、それとも確定裁判を受けた罪を勘案したもの、そのなかになかったからか、そのいずれであるのかは明白ではない。判決が示した余罪の量刑判断の方法によれば、本来的には余罪を酌量減軽すべき「特段の事情」の有無は、確定裁判を受けた罪を勘案することによって判断されるべきものである。つまり、余罪の情状は、確定裁判を受けた罪のなかにもあるのである。その事情が余罪の量刑の理由として勘案されるのは、確定裁判を経た罪と余罪が併合罪の関係にあるからである。この関係が希薄になり、余罪が独立した別個の犯罪として評価されるようになるならば、追加刑主義の意義は相対化され、放棄されざるをえない。

四 結 語——残された課題

以上において、有期刑の裁判が確定した罪と併合罪の關係に立つ余罪が事後に審理された場合の有期刑の量刑判断の方法について若干の考察を試みた。余罪を「更に処断する」と定めた刑法50条の意義は、追加刑主義の立場から理解され、学説の大勢は、おおむねそれに好意的な姿勢を示しているが、その運用の実態は、その原則が徹底されていると評価できるようなものではない。その問題は、上記の裁判例において、確定裁判を経た罪と同時審判した場合に想定される統一刑について全く言及されていないことに現れているが、それは追加刑主義の軽視というよりも、その放棄であるといつてよいであろう。確かに、刑法51条2項は、確定裁判を経た罪の刑と余罪の刑の合計を統一刑ではなく、重い罪の長期に2分の1を加えたものによって制限しているだけである。しかし、統一刑は余罪の処断を認める刑法50条から論理的に導き出される基準であり、事後的併合罪の処断の妥当性を判断する原則であるので、たとえ確定裁判を経た罪の刑と余罪の刑の合計が重い罪の長期に2分の1を加えたものの範囲内で収まっているようにも、それだけで処断の妥当性を認めることはできない。統一刑がその妥当性の重要な基準であることに変わりはないことを強調しておきたい。

裁判員裁判の対象犯罪とそれにあたらぬ犯罪が併合罪の關係にあつたり、また重大な刑法犯と併せて薬物事犯など捜査権の管轄が異なる犯罪が問題になるなどして、同時的併合罪として審判することが見送られ、小論が問題にした「量刑の多様性」を理由にした量刑判断の方法が再び問題となるのが今後とも予想される。そのような場合、弁護人は、最終弁論において、追加刑主義の立場から、確定裁判を経た罪と余罪を同時に審判した場合の統一刑を過去の同種の事案の量刑を基準にして示し、確定裁判を経た罪の刑との合計がそれと同じか、またはそれに近いものになるよう

に、余罪の刑を具体的に量定して追加すべきことを検察官に求めるべきである。また検察官の求刑に対して、そのような量刑判断に至った具体的根拠を示すよう要請すべきであろう。そのような実践を積み重ねることによって、余罪の量刑判断の方法、さらには量刑判断の一般的な方法のあり方を明らかにすることができると思われる。更に考察を続けていきたい。

*

*

*

私が大学院に入学した1980年代の後半、吉田美喜夫先生は、産業社会学部に所属されていました。お昼休みになると、大きな弁当箱を持って、修学館1階西側の院生談話室に来られ、法学研究科の院生と話をしながら、弁当を食べておられたのをよく拝見しました。先生は、弁当を食べながら、産業社会学部の教学改革などの話題について、「うちの場合はねえ」と、学部のこと、また大学全体に関わることに ついて様々な話をされていました。教員と大学院生の関係は学部学生のそれより緊密であり、院生協議会やクラス会の役員をしている院生との間では、ときおり暗号めいた言葉で複雑な事情を話される方もいましたが、吉田先生は、そのような話を一切なさらず、学部の課題、大学の将来、研究・教育のあり方を熱く語っておられました。直線コースを力強く走るマラソン走者のような真っ直ぐな印象は、今も変わっていません。

本稿は、もともとは吉田美喜夫先生が2015年3月に立命館大学を定年退職されることを記念するために準備されたものでしたが、先生は2015年1月から立命館総長に就任されました。謹んで本稿を吉田先生に捧げます。