

刑法 54 条 1 項の「その最も重い刑」の意義について

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 令和 2 年 10 月 1 日

【事 件 番 号】 平成 30 年（あ）第 845 号

【事 件 名】 建造物侵入、埼玉県迷惑行為防止条例違反被告事件

【裁 判 結 果】 破棄

【参 照 法 令】 刑法 54 条

【掲 載 誌】 刑集 74 卷 7 号 721 頁、裁時 1753 号 13 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25571088

立命館大学教授 本田 稔

事実の概要**1 事案の概要**

本件は、被告人が、共犯者と共謀の上、盗撮用の小型カメラを設置する目的で、パチンコ店の女子トイレ内に、共犯者において侵入した上、使用中の女性の姿態を同所に設置した小型カメラで撮影し、もって公共の場所において、人を著しく羞恥させ、かつ、人に不安を覚えさせるような卑わいな行為をしたという事案であり、建造物侵入罪（刑法第 130 条前段、3 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金）と埼玉県迷惑行為防止条例第 2 条第 4 項違反の罪（同条例第 12 条第 2 項第 1 号・第 2 条第 4 項、6 月以下の懲役又は 50 万円以下の罰金。以下「盗撮罪」という。）が成立し、両罪は刑法 54 条 1 項後段の牽連犯の関係にある。

2 第一審さいたま簡易裁判所判決の要旨**(1) 第一審さいたま簡裁略式命令**

第一審さいたま簡易裁判所は、建造物侵入罪の法定刑は 3 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金であり、盗撮罪の法定刑は 6 月以下の懲役又は 50 万円以下の罰金であるから、最一小昭和 23 年判決（以下「昭和 23 年判例」という。）によれば、被告人に対する処断は、刑法 54 条 1 項後段、10 条により、各罪の主刑のうち重い刑種の刑のみを取り出して軽重を比較対照した際の重い罪である建造物侵入罪の法定刑によることになり、罰金刑

の多額は 10 万円となるとして、罰金 10 万円の略式命令を発付した。

(2) 第一審さいたま簡裁判決

これに対して、検察官から正式裁判が請求された。昭和 23 年判例によれば、科刑上一罪を構成する複数の罪の軽重関係については、刑法 10 条、刑法施行法 3 条 3 項の解釈から、重点的対照主義に基づいて判断される。つまり、各罪の刑のうち重い方の刑種の懲役刑を比較対照し、その長期と短期を比較して処断刑を判定し、軽い方の刑種の罰金刑は比較対照から除外している。しかし、その判断方法は名古屋高金沢支部 26 年判決（以下、「平成 26 年金沢支部判決」という。）によって修正され、重い刑種の懲役刑だけでなく、その選択刑である軽い刑種の罰金刑の多寡をも比較して処断刑が判定されている。それによれば、軽い罪の選択刑の罰金刑が重い罪の罰金刑より重い場合には、選択刑の罰金刑については軽い罪の罰金刑によることになる（この判断方法は「統一的処断刑形成説」と呼ばれている。）。検察官はこのように主張して、罰金 40 万円を求刑した。これについて、弁護人は罰金 10 万円が相当と弁論した。

さいたま簡裁は、平成 26 年金沢支部判決は重点的対照主義として確立された昭和 23 年判例に違背するものであり、この最高裁判例が変更されない限り、いわゆる統一的処断刑形成説を採用することは最高裁判例の法源性を否定することに通じかねず、法的安定性を損なうことになると判示

し、本件が検察官が主張するように建造物侵入罪について罰金 10 万円以上が相当と判断される事案であるならば、懲役刑を選択するしかないとして、被告人に懲役 2 月、3 年間執行猶予の判決を宣告した。

これに対して弁護人が控訴した。

3 控訴審東京高等裁判所判決の要旨

(1) 弁護人の控訴理由

弁護人の控訴理由は、次のとおりであった。

被告人に科すべき刑を罰金 10 万円とすることも被告人の罪責として軽いということであっても、罰金刑ではなく懲役刑を選択することは不当に重い量刑であり、10 万円を超え 50 万円以下の罰金刑で処断すべきである。最高裁判例は、形式的に重点的対照主義を適用するのではなく、刑法 54 条 1 項の規定の趣旨等に鑑み、適宜、重点的対照主義を修正している（最三小判昭 28・4・14 刑集 7 卷 4 号 850 頁、最一小決平 19・12・3 刑集 61 卷 9 号 821 頁）。原判決は、本件の事案につき、罰金刑について軽い罪の罰金刑に従うものとする判断が重点的対照主義に立つ判例に違背するとして、10 万円を超える罰金刑で処断することはできないと判断したが、それは最高裁判例の解釈を誤ったものである。

(2) 控訴審東京高裁判決

控訴審東京高等裁判所は、次のように判示して、弁護人の控訴を棄却した。

本件のような数個の罪の刑の比較対照において、それぞれに選択刑がある場合には、法定刑における最も重い刑のみを比較対照すべきとする重点的対照主義の立場によるべきことは判例実務上確立しているところである。重点的対照主義は、判例上、刑法 54 条 1 項の趣旨等に鑑み、適宜、修正されているが、それは、刑法 54 条 1 項が、数個の罪名中最も重い刑で処断することに加え、他の法条の最下限の刑よりも軽く処罰することはできないという趣旨を含むと解されているからである。例えば、重い罪には罰金刑が選択刑としてあるが、軽い罪には懲役刑しかない場合（昭和 28 年判例の事案）や、重い罪には懲役刑しかないが、軽い罪には罰金刑の任意的併科の定めがある場合（平成 19 年判例の事案）など、重点的対照

主義を形式的に適用するだけでは、上記の趣旨に反する結果になるからである。それらと本件とは事案を異にする。

判決の要旨

最高裁判所第一小法廷判決の要旨

(1) 弁護人の上告理由

控訴審東京高裁の控訴棄却の判決に対して、弁護人が上告した。

控訴審判決は、罰金額の多額が 10 万円になるとした点において、平成 26 年金沢支部判決に相反する判断をしている。金沢支部判決は、住居侵入罪と暴行罪（2 年以下の懲役若しくは 30 万円以下の罰金又は拘留若しくは科料）とが牽連犯の関係にある事案で、各罪の主刑のうち重い刑種の刑のみを取り出して軽重を比較した際の重い罪（住居侵入罪）及び軽い罪（暴行罪）のいずれにも選択刑として罰金刑の定めがあり、軽い罪の罰金刑の多額の方が重い罪の罰金刑の多額よりも多いときは、罰金刑の多額は軽い罪のそれによるべきものと解するのが相当であるとして、罰金刑の多額は 30 万円になると判示している。

昭和 23 年判例は、併科刑または選択刑の定めがある場合の法定刑を対照して、その軽重を定めるについては、刑法 10 条のほか、複数の主刑のうちの重い方の刑のみについて対照をなすべき旨を定めた刑法施行法 3 条 3 項をも適用しなければならぬとするもので、本件のような科刑上一罪の事案において重い罪及び軽い罪のいずれも選択刑として罰金刑の定めがある場合の罰金刑の多額についてまで判示するものではなく、軽い罪のそれによることを否定する趣旨とも解されない。この点については、最高裁判所の判例がなく、金沢支部判決は刑法 405 条 3 号にいう判例に当たり、原判決は、これと相反する判断をした。

(2) 最高裁判決の要旨

最高裁は、次のとおり控訴審東京高裁判決及び第一審さいたま簡裁判決を破棄し、本件をさいたま簡裁に差し戻した。

「本件のように、数罪が科刑上一罪の関係にある場合において、各罪の主刑のうち重い刑種の刑のみを取出して軽重を比較対照した際の重い罪及

び軽い罪のいずれにも選択刑として罰金刑の定めがあり、軽い罪の罰金刑の多額の方が重い罪の罰金刑の多額よりも多いときは、刑法 54 条 1 項の規定の趣旨等に鑑み、罰金刑の多額は軽い罪のそれによるべきものと解するのが相当である。

そうすると、所論引用の金沢支部判決は正当であり、これを変更する必要は認められない。原判決は、最高裁判所の判例がない場合に控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたもので、判決に影響を及ぼさないことが明らかな場合であるとはいえない。論旨は理由がある。」

判例の解説

一 問題の所在と本判決の意義

科刑上一罪の関係にある数個の罪は、「その最も重い刑により処断する」(刑 54 条 1 項)とされる。数個の罪の刑のうち、いずれの刑が重いかは、刑法 10 条に従って比較対照されて定められる。ただし、同条は異種及び同種の単独刑の比較対照方法について定めるだけで、複数の種類の刑が併科刑または選択刑として定められている場合について明らかにしていない。数個の罪のいずれにも懲役刑と罰金刑の選択刑が定められている場合で、重い懲役刑が科されている罪の罰金刑の多額よりも軽い懲役刑が科されている罪の罰金刑の多額が多いときには、罰金刑の多額はどちらの罪の罰金刑によるべきか。本件は、科刑上一罪のうち牽連犯の関係にある 2 個の罪の処断にあたっては、罰金刑の多額は軽い懲役刑が科される罪の罰金刑によるべきものと判断した最高裁として初めての事案である。

二 刑の軽重関係の判断方法

1 重点的対照主義と全体的対照主義

刑法 10 条は、刑の軽重関係の判断方法を定めている。その解釈としては、一般に重点的対照主義と全体的対照主義が考えられる。

重点的対照主義によれば、併科刑または選択刑として定められた懲役刑と罰金刑のうちの重い刑種の懲役刑についてのみに比較対照し、軽い刑種の罰金刑を度外視して重い刑を定める。そして、その長期が同じであれば、その短期が長い方の罪

の刑を重い刑とし、長期も短期も同じ場合には、罰金刑の多寡を度外視して、犯情により刑の軽重を定める。これに対して全体的対照主義によれば、重い刑種の懲役刑の長期と短期が同じ場合には、軽い刑種の罰金刑の多寡を対照し、その多額の多い罪の刑を重い刑とし、多額が同じ場合には寡額の多い罪の刑を重い刑とし、多額も寡額も同じ場合には、犯情により重い刑を定める。刑法 10 条が単独刑として懲役刑と罰金刑のいずれをも対照することを明記していることから推し量ると、併科刑や選択刑の場合の刑の軽重を判断するにあたっては、全体的対照主義に基づいて行われるものと解される。

2 刑法施行法 3 条 3 項の意義

刑法 10 条の規定を論理的に解釈すると、数個の罪の刑の軽重関係は、全体的対照主義に基づいて判断されるものと思われるが、昭和 23 年判例が重点的対照主義によると判断したのは、刑法 54 条 1 項の趣旨等を刑法施行法 3 条 3 項に基づいて解したからである。それによると、「一罪ニ付キ二個以上ノ主刑ヲ併科ス可キトキ又ハ二個以上ノ主刑中其一個ヲ科ス可キトキハ其中ニテ重キ刑ノミニ付キ対照ヲ為ス可シ」と定められ、刑法 54 条 1 項の規定を解釈・適用する上で数個の罪に併科刑または選択刑が定められている場合の刑の軽重関係を判断するための対照方法が規定されている。

刑法施行法は、現行刑法の制定に伴って、主として旧刑法の主刑と現行刑法のそれとの比較対照方法を定めたものであり、いわば過渡的な法規である。ただし、その中には刑法において規定されるべきものも往々にして存在する。昭和 23 年判例は、それが 3 条 3 項の規定であると解し、本件事案の第一審さいたま簡裁と控訴審東京高裁もその判例の立場を踏襲したと思われる。旧刑法の時代の行為の裁判はもはやありえないので、旧刑法の主刑との比較対照の必要性は存在せず、その意味では過渡期は経過した。しかし、科刑上一罪を構成する数個の罪に併科刑または選択刑が定められている場合の刑の軽重関係を判断するための一般的な比較対照方法が刑法に規定されていない間は、あるいは最高裁の立場が判例において明瞭

に示されるまでの間は、刑法施行法3条3項に明記されている比較対照法を踏まえて、運用上の簡明と便宜を図りながら、科刑上一罪の処断刑を定めるのは必要かつ当然のことである。

3 処断刑と宣告刑の関係

刑法施行法3条3項の法文どおりに読めば、刑法が科刑上一罪の処断刑の判断方法としているのは重点的対照主義であることは疑いない。この立場を踏まえて、刑法10条の刑の軽重関係に基づいて、重い刑種の懲役刑の長期または短期のみを対照して、その長いものを処断刑とするのが罪刑法定主義の要請であり、それが刑法54条1項の趣旨である。処断刑の下限が軽い罪のそれを下回る可能性があることから、それを「不都合な結論」とする批判もあるが、それは量刑判断の不当性をいうのであって、刑法と刑法施行法の立場に立脚して定められた処断刑の枠組が不都合だとするのは当たらない。

最高裁の明確な判例のない段階において、本件の事案に関して第一審さいたま簡裁が言い渡した罰金10万円の略式命令は、処断刑の罰金刑の上限を超えるものではない。正式裁判において懲役2月、執行猶予3年の刑を言い渡したのは、量刑不当のおそれはあっても、処断刑の範囲内の判断である。

三 本判決の意義

本判決は、科刑上一罪を構成する数個の罪のいずれにも懲役刑と罰金刑の選択刑が定められている場合で、重い懲役刑が科されている罪の罰金刑の多額よりも軽い懲役刑が科されている罪の罰金刑の多額が多いときには、罰金刑の多額は軽い懲役刑が科される罪の罰金刑によるべきものと判断した。それは、重点的対照主義を適用することによって、軽い懲役刑が科されている罪のみを行った場合よりも軽い宣告刑が言い渡される不都合な結論を避ける目的から行われたものであるが、それを量刑の判断方法ではなく、処断刑の形成方法によって行いうる法的根拠は必ずしも明らかではない。そのような是正方法は刑法54条1項の趣旨等に即しているとして、その意義を肯定的に評価し、支持するものもある。

本判決によって、不都合な結論が是正され、妥当な結論が導かれたといえても、刑法54条1項を刑法施行法3条3項の明文規定と無関係に、あるいはそれに反して適用するのは妥当な法適用とはいえないであろう。刑法54条1項の趣旨とは何か。「その最も重い刑」とはどのような意味か。この問題をあらためて刑法施行法3条3項に即して考える必要がある。

四 検討すべき課題

科刑上一罪の基本的性質を考えるにあたって、行為の1個性または2個の行為の社会的一体性に着目するならば、それは一罪として扱われ、適用されるのはその罪の法定刑である。これに対して、法益侵害の数個性に着目するならば、数罪として扱われ、併合罪の一種として、その処断方法が適用される。刑法54条1項の趣旨を刑法10条と刑法施行法3条3項を踏まえて解すると、科刑上一罪は一罪として扱われ、重い刑を定めた罪の法定刑が適用される。しかし、数個の罪に当たった行為を行ったにもかかわらず、軽い刑を定めた1個の罪よりも軽い刑が科されるならば、事柄の性質上、不都合な結論といわねばならない。事物の論理に従うなら、併合罪の処断方法を援用して重い罪の法定刑の下限を調整することが問題になる。

ただし、併合罪の処断方法を援用するとしても、それは重い罪の刑の長期を加重するだけで、その下限を調整することを予定していない（刑法47条）。刑法54条1項の趣旨の中に、そのような調整方法が含まれているのか。本判決を手がかりにして、その問題が検討されねばならない。

● 参考文献

本判決の解説としては、

岡田祐樹・研修870号25頁以下。

高橋直哉・法教485号161頁。

只木誠・ジュリ臨増1557号118以下頁。

田中優輝・刑事法ジャーナル68号164頁以下。

なお、平成19年判例については、辻本典史「科刑上一罪の処断刑」近法58巻4号（2011年）33頁以下を参照されたい。また、平成26年金沢支部判決については、本田稔「科刑上一罪の処断刑としての『その最も重い刑』の意義について」浅田和茂先生古稀祝賀論文集（成文堂、2016年）531頁以下も併せて参照されたい。