

法律上の刑の減軽事由の競合

江 藤 隆 之

- I 問題の所在と本稿の位置づけ
- II 法律上の減軽が1回であるという言明と克服すべき課題
- III 法律上の減軽事由の整理
- IV 酌量減軽の体系的地位と評価の混乱
- V 方向性の示唆

キーワード：刑の減軽，酌量減軽，制裁規範，制裁論

I 問題の所在と本稿の位置づけ

法律上の減軽は1度までであり、やはり1度まで可能な酌量減軽と併せて、処断刑作成のための刑の減軽は最大2回まで行われうる。ところで、それは——実際的には何度も刑を減軽すると刑があまりにも軽くなりすぎる不都合があるのだとしても——理論的にどのような根拠によるものなのであろうか。

たとえば、心神耗弱者が未遂の犯行を中止した場合、法律上の減軽は——中止が刑の免除に当たらないかぎり——2回分観念できる。それが、法律上の減軽としてまとめて1回の減軽で済まされるのはなぜか。このような競合の取り扱いの説明は理論的に容易ではない。たとえば、心神耗弱者が行った身の代金目的誘拐において被拐取者解放があった場合、一般的な理解によれば、異なる根拠に基づく2つの法律上の減軽が観念される⁽³⁾。この2つの減軽は犯罪論体系において占める位置が異なるため、体系内で

の競合は起こらず、理論的には2度の減軽を肯定する方が素直である。そうでなければ、心神耗弱者や幫助者には中止未遂規定や被拐取者解放規定など刑法が政策的に行為者に与えようとしているインセンティブはまったく働かないことになる。また、減軽事由が複数あっても1度しか法律上の減軽を認めないというのであれば、減軽事由の犯罪論体系への位置づけは、中止未遂の違法性減少説に加えられている共犯への連動批判など一部を例外として、何の指針も与えない無力なものとなろう。ある減軽事由が犯罪論体系上どこに位置づけられようとも、行為者にとってはどうでもいいことになってしまうからである。たとえば、心神耗弱者にとっては、過剰防衛が違法性減少事由であろうが責任減少事由であろうが、中止未遂が違法性を減少させようが責任を減少させようが政策目的であろうが、何の意味もないことなのである。

このように法律上の減軽事由が競合した際に、この減軽を1回のみとして処理する根拠を理論的に犯罪論体系内部のみに求めるのは困難を伴うだろう。というのも、減軽は未遂や過剰防衛や心神耗弱などのように犯罪論体系内部にとどまるものに限られず、自首減軽や被拐取者解放減軽などの、事後的制裁論的性質を有すると思われるものもあるからである。⁽⁴⁾そのため、犯罪成立上の減軽と制裁上の減軽とを競合処理するには、犯罪論体系と制裁論とを結びつけて処理する理論的カテゴリーが要求されることになりそうだ。その際、このことが、「そもそも、刑法68条の規定は、いかにして許容されるのだろうか」というさらに根源的な問題と関連していることを忘れてはならない。ある行為者の所為が、不法上の減軽、責任上の減軽、自首減軽など複数の減軽事由を有しているとき、これを1回で処理し、自首減軽ひとつしか持たない者と処断刑上同様に扱うべき合理性はどこにあるのか。理由なく複数の法律上の減軽事由を1回にまとめて処理するのは、複数の減軽相当の所為については量刑上考慮されるといっても、あまりにも不利益かつ不平等な——したがって憲法上の疑義を生じさせかねない——取り扱いであろう。行為規範のみならず、制裁規範もまた罪刑法定主義の対象であることに鑑みると、⁽⁵⁾ 処断刑作成もまた理論的コントロール

を受けなければならないことは明らかであるにもかかわらず、現状において、刑の減軽（および加重）処理は、ほとんど理論によってコントロールされていないのである。

この問題は、一筋縄で解決可能なものではない。犯罪の成立と制裁にまつわるあらゆる要素を検討して考慮する必要があるからである。そこで、本稿は、法律上の減軽の競合問題について、解決策を示すのではなく、問題提起しつつその問題点の明確化を図りながら解決の方向性を示唆するにとどめたい。その主目的は、制裁論・制裁規範論研究の端緒を拓くことであり、本稿は制裁ないし制裁規範研究の序説に位置づけられる。

Ⅱ 法律上の減軽が1回であるという言明と克服すべき課題

1) 言明の根拠

法律上の減軽事由が複数あっても、減軽される回数は1回であるという言明は何を根拠に主張されるのか。それは、刑法68条の文言である。

この問題に明示的に触れた最判昭和24年3月29日⁽⁶⁾は、複数の減軽事由があったとしても減軽が1度にとどまる根拠について「法律上刑の減軽をなすべき場合は、減軽をなすべき原因が数個ある場合においても一個の場合と同様に一回だけ減軽するものであることは、刑法第68条に『法律に依り刑を減軽す可き一個又は数個の原因あるときは左の例に依る』と規定し、各種の刑に付き減刑の例を示しているが減軽の原因が一個の場合と数個の場合とを区別していないことによつて明白である」という。ここでは、刑法68条の文言が直接的な根拠として引かれている。学説も同様に法律上の減軽が競合しても1回しか減軽されない根拠を68条に求めている⁽⁷⁾。

このように、判例も学説も、法律上の減軽事由が複数ある場合でも減軽が1回にとどまるという理由としては、刑法68条の文言以上のことは何もしていないのである。

2) 残される課題

それでは、刑法68条の文言のみから減軽の1回性を肯定する理由づけは成功しているといえるだろうか。このような説明の試みは、実定法の文言を基盤として立つ裁判においてはひとまず十分であると評する余地があるとしても、理論的には不十分である。なぜなら、68条をもってなお「複数回の減軽が可能である」と解釈する途が閉ざされていないからである。68条を「法律上刑を減軽すべき1個又は2個以上の事由があるときは、(1個の場合は1回、2個以上の場合はその数に応じて)次の例による」と行為者に有利な方向で読むことも不可能ではないのであるから、この「複数減軽可能説」を排除して「減軽一回説」を主張するためには、68条を「減軽一回説」によって解釈すべき理論的な正当化根拠が示されなければならない。換言すれば、68条をして複数の減軽事由が競合しても減軽1回のみが認められる趣旨であると解することが、行為者にとって不当に不利な解釈には当たらず、許される合理的な解釈であるということが示されなければならないのである。たとえば、心身耗弱者が中止行為を行った際、この行為者に39条2項の減軽と43条但書の減軽の両方を与えない取り扱いの根拠を68条に読み込むことが理論的に許容されなければならない。これが、「減軽一回説」の克服すべき課題として残されていることになる。

以上の問題意識を念頭に置きながら、以下に法律上の減軽事由の整理を試みる。

Ⅲ 法律上の減軽事由の整理

1) 刑法典における法律上の減軽事由

刑法典における法律上の減軽事由は以下のとおりである。

	総則上の規定	各則上の規定
必要的減軽	心身耗弱 (39条2項) 中止未遂 (43条但書) 従犯 (63条)	身の代金目的被拐取者解放 (228条の2) 身の代金目的拐取予備自首 (228条の3)

任意的減輕	過剰防衛（36条2項） 過剰避難（37条1項但書） 法律の不知（38条3項但書） 自首・首服（42条） 障害未遂（43条本文）	偽証・虚偽鑑定等自白（170・171条） 虚偽告訴自白（173条）
-------	---	--------------------------------------

これらの体系的位置について議論状況を確認しておこう。

2) 心神耗弱

39条2項は「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。」と定めている。文言から、必要的減輕の規定であることは明らかである。

心神耗弱とは、行為の違法性を認識する能力あるいはそれに従って行動を制御する能力が著しく減少している場合をいう。この点、判例・学説ともにおおむね見解の一致がある⁽⁸⁾。また、心神耗弱が犯罪論体系上、責任⁽⁹⁾（有責性）カテゴリーに位置づけられることについては争いがない。

3) 中止未遂

43条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」と定めている。但書に該当する中止未遂の場合、その効果は、必要的減免であり、最低限刑を減輕することは必要的である⁽¹⁰⁾。

中止未遂の体系的位置づけについては、激しい争いがある。中止未遂を違法性に位置づける見解⁽¹¹⁾、責任に位置づける見解⁽¹²⁾、可罰的責任に位置づける見解⁽¹³⁾、違法性および責任に位置づける見解⁽¹⁴⁾、制裁規範に由来する可罰性減少に位置づける見解⁽¹⁵⁾、人的（一身的）刑罰阻却（消滅）事由に位置づける見解⁽¹⁶⁾、法定的量刑事由とする見解⁽¹⁷⁾などがそれぞれである。

これらの争いは、中止未遂による減輕がどのレベルで行われるのかについて学説上の一致をみていないことを表している。私見によれば、中止未遂は人的刑罰阻却減少事由である⁽¹⁸⁾。

4) 従犯

63条は「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。」と定めている。従犯につき、必要的減輕を定めるものである。本稿の問題意識をもってこの条文を素直に読めば、正犯が減輕されているときは、重ねて減輕が行われるようにも読めるが、⁽¹⁹⁾そう解されているわけではなさそうである。⁽²⁰⁾

本条は、制限的正犯者概念を前提に正犯構成要件に該当しない従犯を処罰範囲に入れるための処罰拡張規定として理解される。⁽²¹⁾それゆえ従犯は、構成要件ないし不法段階において正犯と区別されている。したがって、従犯減輕がなされることも不法段階で確定するだろう。⁽²²⁾

なお、従犯による減輕事由の競合は、他の減輕事由の競合の場合よりも一層複雑な問題を生じさせる。というのも、従犯については、正犯者の減輕事由と従犯者の減輕事由の競合の場合と、従犯者単独での減輕事由の競合があり、前者においては制限従属を前提とすると、理論的には正犯者の不法までの減輕と正犯者の責任以降の減輕とに区別する必要があるからである。具体的には、違法性減少タイプの過剰防衛正犯者への従犯（正犯者の不法減輕と従犯減輕の競合：従犯者の違法性は正犯者の過剰防衛によって減少しそうだ）、心神耗弱正犯者への従犯（正犯者の責任減輕と従犯減輕の競合：正犯者減輕は従犯者に影響を与えないように思われる＝この場合は1度だけの減輕が理論的にも正当化されそうだ）、通常正犯者に対する心神耗弱者による従犯（従犯者単独での減輕事由の競合：本稿が正面から問題にしているもの）などである。

5) 過剰防衛

36条2項は「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。」と刑の任意的減免を定めている。

過剰防衛による刑の減輕については、違法性減少説⁽²³⁾、責任減少説⁽²⁴⁾、違法性・責任減少説⁽²⁵⁾および可罰的責任減少説⁽²⁶⁾がある。

ひとまずの私見としては、過剰防衛は少なくとも防衛として相当な部分についての違法性は阻却されており、全体として違法性の一部が残存する

という違法性減少の場面と責任非難が減少する場面とその両者が重疊する場面とがそれぞれありうとの理解に立ち、違法性が責任のいずれかの減少であっても重疊的減少であっても過剰防衛の成立が認められるタイプの違法性・責任減少説に賛同する。

6) 過剰避難

37条1項は「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。」とする。但書の過剰避難が刑の任意的減免事由となっている。

過剰避難の減免根拠については、原則として過剰防衛の減免根拠に準ず⁽²⁷⁾る。

7) 法律の不知

38条3項は、「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。」と法律の不知について但書で情状による任意的減輕を定める。38条3項の解釈については様々な議論があるが、減輕が⁽²⁸⁾なされる場合については、責任の減少によるものと解される。

8) 自首・首服

刑法42条1項は「罪を犯した者が捜査機関に発覚する前に自首したときは、その刑を減輕することができる。」と狭義の自首を定め、2項は「告訴がなければ公訴を提起することができない罪について、告訴をすることができる者に対して自己の犯罪事実を告げ、その措置にゆだねたときも、前項と同様とする。」と首服を定めている（本稿では、これ以降狭義の自首および首服の両者をあわせて広い意味で自首と呼ぶ）。

自首は、政策的な規定であり、その法的性格は必ずしも理論学的に十分

に解明されているわけではない。⁽²⁹⁾ 一般には、自首は政策的規定として、犯罪論体系内には積極的に位置づけられていない。ただし、自首を政策的規定⁽³⁰⁾であるとしながら、改悛の情に基づく非難減少にも言及する見解、可罰的責任減少事由として位置づける見解⁽³¹⁾も主張されている。私見は、自首に改悛の情を求めると、条文にない要件によって不当に成立範囲を狭めることになり、中止未遂の任意性における限定的主観説と同様の問題を抱え込むと考える。したがって、自首は行為者の側の問題（行為規範の問題）ではなく、国家刑罰側の問題（制裁規範の問題）として、人的刑罰減少事由に位置づける。

9) 障害未遂

刑法43条本文は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。」と定め、障害未遂に対し任意的減輕を定めている。

障害未遂が既遂犯に比して任意的に軽く処罰されうる理由は、通説的見解によれば、結果の不発生に求められるだろう。どのような説明を採用するかは立場によって分かれる。おおまかに描写すれば、①危険の発生という未遂犯における結果無価値は結果の発生という既遂犯における結果無価値に比して軽い（いわゆる結果無価値論および結果無価値を重視する二元論の立場）、②既遂犯は結果無価値と行為無価値とが揃っているが、未遂犯は行為無価値しかなく結果無価値の分、既遂犯に比して不法の程度が軽い（いわゆる純粋な二元論の立場⁽³³⁾）、③既遂犯は行為者が結果帰責されるべき結果惹起禁止規範に違反したが、未遂犯は結果帰責のない危険行為禁止規範に違反したものであり、違反された規範の強度は前者に比して後者は軽い（私見の規範違反説⁽³⁴⁾の立場）、といった説明がありうるだろう。このような説明の如何にかかわらず、体系的には既遂犯と未遂犯とは不法の程度が異なり、両者は構成要件の段階で区別されるということに大きな異論はないと思われる。⁽³⁵⁾

10) 身の代金目的被拐取者解放

刑法228条の2は、「第225条の2又は第227条第2項若しくは第4項の罪を犯した者が、公訴が提起される前に、略取され又は誘拐された者を安全な場所に解放したときは、その刑を減輕する」とし、身の代金目的拐取およびその関連犯罪の行為者が被拐取者を解放した場合は、必要的減輕とする旨を定めている。

本規定は、一般的には人質の安全に配慮した政策的規定であると解されており、⁽³⁶⁾最高裁も「身代金目的の誘拐罪がはなはだ危険な犯罪であつて被拐取者の殺害される事例も少なくないことにかんがみ、犯人が自発的、積極的に被拐取者を解放した場合にはその刑を必要的に減輕することにして、右のような不幸な事態の発生をできるだけ防止しようとする趣旨に出たもの⁽³⁷⁾」であるという。

これに対し、長島敦は「被拐取者を自発的に解放することによって示された犯行後における犯人の心情がその責任を軽からしめる要素となる⁽³⁸⁾と考えることができる」という。しかし、行為者に政策的な解放インセンティブを与えるためには、被拐取者が安全に解放されればそれで足り、行為者に努力などの過度の要求をすべきでない⁽³⁹⁾だろう。和田俊憲は、「身の代金目的の下での拐取者と被拐取者の支配関係を解消する行為が、身の代金と対価関係におかれた被拐取者一般に認められるところの、殺害による生命侵害の抽象的危険を消滅させる行為であり、解放減輕の制度目的に合致する『違法性減少』行為である⁽⁴⁰⁾」という。この見解も、行為の違法性と事後的な危険の消滅が共に作用しあう同一カテゴリーに位置づけられるかについて疑問があるため賛同しない。したがって、私見は通説・判例に従い、政策的規定と解する。

11) 身の代金目的予備自首

228条の3は、身の代金目的予備の規定であるが、但書として、「ただし、実行に着手する前に自首した者は、その刑を減輕し、又は免除する」との規定を持つ。総則上の自首は、任意的減輕であつたが、本条の自首は必要

的減免であるところに特色がある。⁽⁴¹⁾

本条も、政策的な規定として理解される。とりわけ、共犯形態によって犯されることが珍しくない身の代金目的を予備の段階で防ぎ、実行に着手する前に共犯内における仲間割れ・裏切りのな自首をも狙った規定として解することが可能であろう。⁽⁴²⁾

12) 偽証・虚偽鑑定等自白

偽証につき、170条は「前条の罪を犯した者が、その証言をした事件について、その裁判が確定する前又は懲戒処分が行われる前に自白したときは、その刑を減輕し、又は免除することができる」とし、虚偽鑑定等についても同様に扱うことを定めている（171条）。

本条も、偽証や虚偽鑑定が誤った裁判や懲戒処分に結びつくことを防ぐ政策的規定であると理解される。⁽⁴⁴⁾

13) 虚偽告訴自白

虚偽告訴についても、173条は、「前条の罪を犯した者が、その申告をした事件について、その裁判が確定する前又は懲戒処分が行われる前に自白したときは、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。

これも、偽証・虚偽鑑定等自白と同様に、虚偽告訴が誤った裁判や懲戒処分に結びつくことを防ぐ政策的規定であると解すべきである。⁽⁴⁵⁾

14) 整理

以上から、「法律上の減輕」といっても、その体系的位置はそれぞれに異なることが明らかになった。図にして整理してみる。

【各減輕事由の体系的位置づけ：争いがある場合は私見による】

体系的位置	減輕事由
構成要件段階	障害未遂、従犯
違法性	過剰防衛（の一部）過剰避難（の一部）
責任	過剰防衛（の一部）過剰避難（の一部）、

	心神耗弱、法律の不知
上記以外（人的刑罰減少事由）	⁽⁴⁶⁾ 中止未遂、自首、身の代金目的拐取解放、 身の代金目的拐取予備自首、偽証・虚偽 鑑定自白、虚偽告訴自白

争いのないものに限ってみても、たとえば、従犯は構成要件において減輕が確定するのに対して、心神耗弱は責任段階で減輕がなされる。すると、理論的にはやはり従犯減輕と心神耗弱減輕はそれぞれ可能とすべきであるように思われてくる。それなのに、なぜ法律上の減輕は1度までに限定されるのか。換言すれば、なぜ構成要件段階で行われる減輕が責任段階における減輕を「飲み込んで」しまうのか（あるいは逆に心神耗弱減輕が従犯減輕を飲み込むのか？）、まったく明らかでない。

さらに、酌量減輕の体系的位置の問題も以下の通り指摘することができる。

Ⅳ 酌量減輕の体系的地位と評価の混乱

酌量減輕の体系的位置もまた、必ずしも一義的ではない。というのも、行為時に存在していた行為者の人的事情に依拠して酌量減輕を行おうとするとき、それは責任減少の性質を帯びるだろう。あるいは、過剰防衛の成立を認めることはできないものの、被害者の侵害的な落ち度を理由に過剰防衛に近い状況が認められるとして酌量するとき、それは違法性減少に類する酌量減輕といえるかもしれない。これに対して、行為時存在しなかった事後的事情によって酌量がなされるとき、それは特別予防の必要性減少等⁽⁴⁷⁾を理由とする人的刑罰減少事由に位置づけられるしかないだろう。

すると、評価の混乱ともいえるべき奇妙な現象が生じることになる。たとえば、尊属殺人事件違憲判決最判昭和48年4月4日の原審たる東京高判昭和45年5月12日は、被告人に対して、心神耗弱の減輕と事件の経緯からして情状憫諒すべきものがあるとして酌量減輕とを認めたが、ここでは心神耗弱と責任減少的な酌量とが競合している。このように、いずれも責任減

少で競合をしているにもかかわらず、法律上と酌量とで計2度の減軽が認められるのであれば、犯罪論体系内の要素と犯罪論体系外の要素との両方が減少しているタイプの法律上の減軽の競合（心神耗弱者の中止未遂）に1度の減軽しか認められないのは奇妙である。

なお、酌量減軽を、法律上の減軽をしてもなお刑が重くなりすぎる場合を救うための実際的な規定であると解し、⁽⁴⁹⁾「酌量減軽の場合は筋が通らなくても仕方がないのだ」という見解も唱えうるのかもしれないが、理論刑法学はそのような言明を一度は拒否すべきだろう。たとえば、強盗致死罪のように法定刑が重すぎる犯罪類型において酌量減軽は重要な意味を持つとされることがあるが、それは「法定刑の設定ミス」⁽⁵⁰⁾をとりあえずカバーするという実際的な意味はあっても、理論的な説明にはならないだろう。端的に重すぎる法定刑の下限を見直すべきなのである。

結局のところ、現在の刑の減軽システムは、その事由が「現行刑法典に書かれた事由」であるか「現行刑法典に書かれていない事由」であるかだけに関心を払うものであるといえる。体系的考慮とは無関係に、2つの減軽すべき事由がある場合、両方とも刑法典に書かれていれば1度、同じく両方とも刑法典に書かれていなければ1度、一方が刑法典に書かれており他方が書かれていない場合は2度の減軽ができるというにすぎないのである。これでは、日本刑法の刑の減軽システムに体系的考慮は一切働いていないと評するほかないだろう。たとえば、中止未遂の規定があるから心神耗弱者の中止は1度の減軽であるが、中止未遂規定を削除して単なる酌量事情とすれば（あるいは規定は置いたままあえてこれを適用せずに犯罪を中止したことを酌むべき事情に当たるとすれば）、心神耗弱者の中止に2度の減軽が認められるというのは、到底理屈が通らないというべきである。期待可能性の減少についても、現在は条文化されていないから、その語を使うか否かは別として酌量減軽として法律上の減軽と併用可能であるが、立法化してしまえば法律上の減軽と併用不可能になるというのでは、「減軽事由を法律に書けば書くほど減軽されない」という減軽事由のパラドクスに陥りかねない。

V 方向性の示唆

日本刑法において、刑の減輕事由を体系的に位置づけるこれまでの試みは、刑の減輕事由が競合する際には無意味である。ある減輕事由が犯罪論体系のどこに位置づけられようとも、あるいは犯罪論体系外の刑事政策的な刑罰減少事由に位置づけられようとも、その減輕事由が刑法典に明記されているかぎり、他のまったく違う理由による法律上の減輕事由が存在すると、それとまとめて1回しか減輕されないのである。

従犯も過剰防衛も心神耗弱も自首もすべてまとめて法律上の減輕を1回に限るというのならば、その理論的根拠づけは、もはや犯罪論体系の考慮のみによっては不可能である。それは、制裁論の範疇において競合の取り扱いが整理されてはじめて可能となろう。規範的には、行為規範レベルではなく、制裁規範レベルでの説明が必要である。そしてその実定法的根拠、すなわち68条の存在意義の説明は、国家刑罰権がどのような事由によりどのように減少するのかという問題意識の下でなされなければならないことになる。

さらに、酌量減輕との関係をも考慮に入れようとするなら、またもっと進んで刑の加重理由も理論的に明らかにしつつ処断刑作成をコントロールしようとするならば、いわゆる「制裁論体系」の構築が必要となるだろう。そこでは、犯罪論体系において違法性の本質が議論されているように、制裁の本質論が体系構築の中心となり、各種加重減輕事由が適切に位置づけられ、その競合等が理論的に説明されることになるだろう。また、事後的な量刑事情の位置づけも明確にされるだろう。

現行法下における刑の加重減免処理、処断刑の作成については学説にはほとんど異論がないため、このような試みは労力の割に益が少ないと思われるかもしれない。だが、制裁論体系は犯罪論にも重要な影響をもたらすだろう。たとえば、人的刑罰阻却事由（persönlicher Strafaufhebungsgrund）、可罰性（Strafbarkeit）、当罰性（Strafwürdigkeit）、要罰性（Strafb-

edürftigkeit/ Strafbedürftis), 可罰的責任 (Verantwortlichkeit) のカテゴリーあるいは概念の明確化に資するに違いない。私の見通しによれば, 制裁論体系の構築は中止未遂や自首を位置づけるために適切なカテゴリーを提供する。発送時・利用時において行為規範違反をすでに十分犯した間接正犯・離隔犯の未遂行為者への制裁発動を到達時・被利用者行為時にまで延期する理由づけを与える。また, 罪数論にも適切な場所と理論を提供するだろう⁽⁵¹⁾。さらに, 制裁論体系は——犯罪論体系が犯罪に関する立法批判機能を担っているのと同様に——制裁に関する立法批判機能を営むだろう⁽⁵²⁾。

かくして, 法律上の減軽の競合問題は, 本稿において未解決のまま残されつつも, その検討を通じて, 制裁論を体系的に整理することによって解決すべきであるという結論を得た。

なお, 本稿においては「複数減軽可能説」は排除されておらず, いまだ「減軽一回説」を基礎づけるには至っていない⁽⁵³⁾。この点, 今後の検討課題となる。

(了)

注

- (1) 小名木明宏「68条」浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール』第2版(日本評論社, 2017年)207頁。
- (2) 小名木・前掲注(1)207頁は, 法律上の減軽事由が複数あっても減軽が1回であることの理由について, 「複数回の法律上の減軽を認めた上で, さらに情状酌量が認められると, 法定刑からあまりにもかけ離れた軽い刑罰となってしまうからである」という。しかし, 現に刑の減軽事由が複数存在する場合, 法定刑より刑がかなり軽くなったとして何の問題があるというのだろうか。むしろ, 減軽事由が複数あるのだから, 刑が軽くなって当然ではないだろうか。
- (3) 後に述べるように, 心神耗弱は責任減少事由であり, 被拐取者解放は政策的考慮に基づく人的刑罰減少事由である。
- (4) 浅田和茂「量刑基準」『量刑法の総合的検討』松岡正章先生古稀祝賀(成文堂, 2005年)30頁は, 自首減軽, 内乱等自首の免除, 身の代金拐取予備自首減免, 偽証・虚偽鑑定・虚偽告訴白自減免, 身の代金拐取被拐取者解放減軽を挙げて, 「これらは, 行為後の事情について, 刑法が,

予め類型的に刑の減免を規定したものであり、いずれも、現行法の刑事政策的立場を表明したものであって、これらを無理に犯罪の成立要件に還元するのは、議論を混乱させることになる」という。正当な指摘であろう。なお、和田俊憲「被拐取者解放減輕における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶應法学7号（2007年）169頁以下は、被拐取者減輕を危険の減少の「違法減少」の観点から考えるが、規範的観点からは、事後的行為が犯罪成立上の違法性を減少させることはおよそ考えられないので賛同することができない。なお、「量刑違法」として制裁論の範疇で捉えることは、制裁論の組み方によってはなお可能であると思われる。

- (5) 罪刑法定主義は「刑」の法定も要求している。V. Código Penal español Artículos 2 y 3.
- (6) 裁判集刑8号455頁。あわせて大判昭和9年6月21日刑集13巻852頁も参照。
- (7) たとえば、松原芳博『刑法総論』第2版（日本評論社、2017年）494頁は、「法律上の減輕事由が複数個存在しても、1回しか減輕されない（68条）」と表記する。
- (8) 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（弘文堂、2006年）20頁。
- (9) 島田仁郎＝島田聡一郎（大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編）『大コンメンタール刑法』第3版（青林書院、2015年）24頁以下および島田聡一郎＝馬場嘉郎・同書427頁以下参照。Das gilt auch in Deutschland. Dazu vgl. Urs Kindhäuser, LP-Kommentar, 3. Aufl., § 21 Rn 1 ff.
- (10) 金澤真理「中止犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）92頁。
- (11) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）333頁以下。ただし、平野は「政策説ないし違法減少説」と呼ぶ。野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984年）452頁以下。野村は、結果防止義務違反性をその根拠とする。
- (12) 香川達夫『中止未遂の法的性格』（有斐閣、1963年）86頁以下。
- (13) 山中敬一『中止未遂の研究』（成文堂、2001年）24頁以下。
- (14) 金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂、2006年）91頁以下。なお、意識的危険消滅説を主張する山口厚は自説を「従来の用語法に従えば、違法・責任減少説と表現することができる」（山口厚『刑法総論』第3版（有斐閣、2016年）295頁）というが、その体系的な位置づけは違法・責任減少説とはまったく異なるであろう。中止未遂規定を政策的規定といい、

過去の事実を変えることはできないことを承認しつつ、意識的な危険消滅に対する褒賞・特典として中止未遂を捉えながらこれを違法・責任減少説と呼ぶならば、体系的位置づけ論として不明瞭なものとなろう。井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）424頁も、違法性・責任減少説を主張する。井田は、中止未遂を「マイナス犯罪」として見るという。ところが、このマイナス犯罪としての中止未遂のマイナスの違法性・マイナスの責任が、行為に対する評価としての違法・責任にどのように作用するのか（同時的・全体的なのか、事後的・別部合算なのか）いまだ明らかでない。

- (15) 高橋則夫『刑法総論』第4版（成文堂，2018年）420頁および同「中止行為の規範論的基礎づけ」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂，2016年）419頁以下。
- (16) 城下裕二「中止未遂における必要的減免について——『根拠』と『体系的位置づけ』」北大法学論集（1986年）234頁，江藤隆之「中止未遂の法的性格について」法学研究論集20号（2003年）74頁，野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂，2012年）405頁。城下は，刑罰権が当初より発生しない阻却事由と刑罰権が一旦は発生したがそれが消滅する消滅事由とを区別し，中止未遂を消滅事由の方に位置づける。私見は，「人的刑罰阻却減少事由」と表現しているが，その内容は城下の見解と同様である。中止未遂は未遂犯として成立しており，行為に対する評価である違法性・責任とは何の関係も持たない刑罰権を減少ないし消滅させる事由である。
- (17) 西田典之『刑法総論』第2版（弘文堂，2010年）316頁。ただし，西田は「責任の側面からの未遂犯における量刑事情の法定化」といい「責任減少・法定量刑事由説」ともいう。となれば中止未遂は体系上責任に位置づけられるという意味であろうか。しかし「犯罪成立要件としての責任が事後的に減少するということはない」という。その意味で，西田の量刑責任カテゴリーは依然として具体的な位置が不明のままである。鈴木一永「中止犯の根拠論について」早稲田法学会誌66巻2号（2016年）267頁以下も「本稿は中止犯を法定された量刑事由として体系的に位置づける」というが，その根拠は「未遂犯の処罰根拠としての危険を減少させる中止行為により違法性が減少し，そのような中止行為を意識的に選択したことにより，実行行為を意識的に選択したことによる責任非難が減少する」からであるという。そうであれば，鈴木は中止未遂を違法性減少・責任減少に位置づけなければならないことになろう。ところが，

これを「法定された量刑事由」に位置づけるというのだから、違法性・責任と量刑事由との関係がよくわからなくなる。違法性および責任というカテゴリーは行為を対象にするのではなく、事後行為の量刑評価をも考慮するカテゴリーであると解するのだろうか。しかし、そうすると体系的な混乱をもたらすだけでなく、「未遂犯の処罰根拠としての危険を減少させる中止行為により違法性が減少」することを量刑事情であるといっていることになるが、（私は中止行為が未遂犯の処罰根拠＝行為規範違反を事後的に減少させることなどできないと考えるが）未遂犯の処罰根拠を減少させる行為を量刑事情と見ることの妥当性が問題になろう。中止未遂が量刑事情であるならば、その位置は違法性でも責任でもないはずだ（人的刑罰阻却事由ないし量刑責任を考慮するカテゴリーに位置づけられるだろう。もしそれが違法性・責任であるというのならば、行為の評価を問題にしていたこれまでの用語法としての違法性・責任とは異なる体系が構築されていることになる。前注(4)の浅田の叙述も参照）。この点、野澤充「中止犯規定は単なる『量刑規定』か?」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016年）444頁注30の指摘は正当であるように思われる。

- (18) 私見によれば中止未遂は国家が刑罰権の行使を差し控えるあるいは減少させる事由（行為者側の事情＝行為規範レベルの事情によるのではなく、罰する側の事情＝制裁規範レベルの事情による刑の減免）であり、犯罪成立の次元ではなく制裁の次元で考慮すべき事情（制裁減少消滅事由）であると考え。そしてこの制裁規範のカテゴリーは犯罪論を問い終わった後に位置づけられると考える。この構想は私の2003年論文においてその萌芽が示されている（江藤「中止未遂の法的性格について」前掲注(16)57頁以下参照）。
- (19) スペイン刑法63条は、「既遂犯または未遂犯の従犯には、その犯罪の正犯に対して法律によって定められた刑の1段階減輕した刑を科す」と日本刑法と似たような条文を持ちながら、正犯が減輕されているときは、従犯はそこよりさらに1段階減輕されるものと解されているのである。たとえば、正犯者が1段階減輕の未遂犯であれば、従犯者は2段階減輕で処断される。V. Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, *Derecho Penal español*, 10. ed. 2017, p. 594.
- (20) 高橋『刑法総論』前掲注(15)は、「正犯に適用されるべき刑罰法規の法定刑を減輕」（井田・前掲注(14)549頁同旨）として68条を示している（大判昭和8年7月1日刑集12巻1029頁も参照）。安達光治「63条」浅田

和茂・井田良編『新基本法コンメンタル』第2版(日本評論社, 2017年)199頁も、「従犯の刑は、正犯の法定刑を基準に、法律上の減輕事由として68条により処断された刑の範囲内で宣告さ」れるという。やはり減輕は重複して複数回行われないということだろう。多くの総論の教科書とコンメンタルおよびいくつかの従犯に関するモノグラフを見たが、いずれも従犯の刑の処理に言及する際は、「正犯の宣告刑」を基準とするものではない(したがって必ず正犯の宣告刑を下回るとは限らない)と述べ、「正犯の法定刑」を基準とすると述べるばかりで、「正犯の処断刑」との関係を記述したものは見当たらなかった。正犯の処断刑との関係こそが重要であると思うのだが。

- (21) 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂, 2010年)22頁, 小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂, 2015年)29頁以下。
- (22) 従犯構成要件に該当することが確定した段階で、正犯の刑から減輕されることが確定する。
- (23) 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究50巻9号(1979年)52頁, 前田雅英『刑法総論講義』第6版(東京大学出版会, 2015年)280頁。
- (24) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年)164頁。ただし、佐伯は過剰防衛の際に違法性減少が認められないという見解ではない。責任減少がなければ36条2項の適用がないという意味における責任減少説である。
- (25) 川端博『正当防衛権の再生』(成文堂, 1998年)251頁, 伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社, 2010年)195頁。なお、違法性・責任減少説といっても、その両方が必要であるとする重疊的併用説とそのいずれかで十分であるとする択一的併用説とがある。松原・前掲注(7)174頁参照。なお、松原は択一的併用説である。
- (26) 山中敬一『刑法総論』第3版(成文堂, 2015年)535頁。
- (27) 井田・前掲注(14)309頁。山中も過剰避難を過剰防衛と同様の可罰的責任減少事由に位置づける。山中『刑法総論』前掲注(26)576頁。松原も過剰避難を過剰防衛と同様の違法性責任減少の択一的併用説に位置づける。伊東も「過剰防衛と同様の理由で」違法性・責任減少説を採用。伊東・前掲注(25)210頁。
- (28) 川端博『正当化事情の錯誤』(成文堂, 1988年)70頁以下。
- (29) 伊東・前掲注(25)413頁参照。
- (30) たとえば、丹治初彦「自首と量刑」『量刑法の総合的検討』松岡正章先生古稀祝賀(成文堂, 2005年)321頁は、「自首が犯罪完了後の行為で

あること、改悛の情の存否が自首の成立要件でないことなどに照らすと、刑事政策説に立たない限り理由付けは困難であると考えておきたい」という。また、城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、2005年）147頁以下も参照。

- (31) たとえば、高橋『刑法総論』前掲注(15)548頁。「非難の減少」が責任の減少を意味するのか否かについては判然としない。この点について、伊東・前掲注(25)414頁以下は、改悛の情に触れる学説についてこれらの学説も「改悛ということを自首の成立要件として直接的・積極的に構成することはしないし、むしろ、そのような実体法的理由は副次的ではあるが全く無視することはできない、とする程度であるのが近時の学説傾向である」としている。
- (32) 山中『刑法総論』前掲注(26)1111頁。
- (33) たとえば、野村・前掲注(11)の立場などを念頭に置いている。
- (34) 私見の規範に対する考え方は特に、江藤隆之「規範違反説における結果の体系的位置づけと規範」『市民的自由のための市民的熟議と刑事法—増田豊先生古稀祝賀論文集』（勁草書房、2018年）29頁以下参照。ただし、未遂犯に対する既遂犯に比しての制裁の軽さは、単に行為規範だけでなく、制裁規範にも由来すると思われる。その点を明確化する制裁規範探究の出発点が本稿である。
- (35) ただし、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009年）70頁参照、vgl. auch Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 142.
- (36) 守るべきものが被拐取者の「安全」か「生命」か「生命・身体」か「自由」かという問題は別論、本規定を「政策的規定」としてみるものとして、山口厚『刑法各論』第2版（有斐閣、2010年）103頁、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）138頁、高橋則夫『刑法各論』第3版（成文堂、2018年）124頁以下、松宮孝明『刑法各論講義』第5版（成文堂、2018年）109頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論』第7版（弘文堂、2018年）95頁など。
- (37) 最決昭和54年6月26日刑集33巻4号364頁。
- (38) 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その二・完）」法曹時報16巻8号（1964年）12頁。前田雅英『刑法各論』第6版（東京大学出版会、2015年）91頁も、「本条の減輕は、中止未遂の場合と類似して、責任減少を根拠にする面もあり、行為者が安全確保にいかなる努力を払ったかも考慮される」という。

- (39) 橋本正博『刑法各論』(新世社, 2017) 113頁参照。
- (40) 和田・前掲注(4)189頁。ただし, 和田は, このような被拐取者の生命に対する抽象的危険の消滅である解放が認められたとしても, それを上回る被害者の生命侵害危険の発生可能性がある場合は, 当規定の適用は否定されるべきであるとする。
- (41) 井田『講義刑法学・各論』前掲注(36)137頁以下。
- (42) 刑法80条の内乱暴動前自首規定と通じるものがあるろう。
- (43) 偽証罪については, 江藤隆之「偽証罪の規範的解釈について」桃山法学22号(2013年)43頁以下。
- (44) 高橋『刑法各論』前掲注(36)683頁, 井田『講義刑法学・各論』前掲注(36)571頁以下。
- (45) 高橋『刑法各論』前掲注(36)688頁, 井田『講義刑法学・各論』前掲注(36)575頁。
- (46) ただし, 構成要件段階で未遂犯として構成要件の修正がなされていることが前提である。
- (47) 実務においては, 量刑事情を羅列して「総合評価」というだけで, 厳密に何が酌量事情にあたるのかをばやかしたままの判決がよく見られるため, 酌量減軽がどのような事情をもとに決定されているのかを断定して分析するのはほぼ不可能である。
- (48) 刑集27巻3号265頁。
- (49) 大判昭和7年6月6日刑集11巻756頁, 最判昭和40年11月2日刑集19巻8号797頁参照。
- (50) たとえば, 葛原力三「66条」浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール』第2版(日本評論社, 2017年)204頁など。
- (51) 虫明満『包括一罪の研究』(成文堂, 1992年)24頁以下, 只木誠『罪数論の研究』補訂版(成文堂, 2009年)176頁以下は, 正当にも, 罪数論を構成要件・違法性・責任の犯罪成立要件検討後に位置づける。すると, 制裁論との位置関係を次に整理する必要があるだろう。たとえば, 刑法72条により併合加重は再犯加重や自首減軽より後, 酌量減軽より前に行われるが, そうすると, 罪数論はまさに制裁論体系の中にあるということになろう。この位置をもっと分析的に検討する必要があるのである。
- (52) それは, 刑罰の本質をめぐる問題や近年の厳罰化傾向への批判的観点を与えるだけでなく, 法律上の減軽が自由刑についてその刑期を2分の1にするという形式的なもので良いのかといった疑問も浮き彫りにする

だろう。

- (53) 私自身、どちらの見解を採用すべきであるかの見通しは立っていない。理論的には複数回の減軽を認める方が正しいようには思うが、まったく異論のない実務・通説にあえて反対する実際の意義も見いだせず、むしろ、制裁規範論の研究を通じて、「減軽一回説」を理論的に説明する途を選択する方が現実的でありそうだ。しかし、本当に減軽一回説を理論立てることができるのか、どうも困難である予感がしている。この「えたいの知れない不吉な塊」ともいうべき予感に対する、書店の画集で作った城壁の頂きに檸檬を置くようなすっきりとした解決は、現段階では到底見通すことができない。