
種 別： 論説

タイトル： 包括一罪の主観的要件についての一考察（3・完）

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第63巻3号（令和1年12月）65-107頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

包括一罪の主観的要件についての一考察（3・完）

青木 陽介

一 はじめに

(1) 総説

(2) 最高裁平成 26 年 3 月 17 日第一小法廷決定

(i) 事案の紹介

(ii) 過去の判例との比較

(3) 学説における説明

(i) 橋爪隆及び亀井源太郎の見解

(ii) 若干の検討

(iii) その他の問題点

(iv) 予想される批判

(v) 虫明満の見解

(vi) 検討の方向性

二 ドイツにおける議論

(1) 総説

(i) 罪数論の全体像

(ii) 検討に際しての留意点

(iii) 自然的行為単一の成立要件

(iv) 時間的・場所的近接性

(2) 判例の動向①：反復型の場合

(i) 連邦通常裁判所 1951 年 5 月 18 日判決

(ii) 連邦通常裁判所 1969 年 1 月 21 日判決

(3) 判例の動向②：漸次型の場合

(i) 連邦通常裁判所 1953 年 3 月 27 日判決

(a) 事案の紹介

(b) 1953 年判決の評価

- (ii) 連邦通常裁判所 1983年9月21日判決
 - (a) 事案の紹介
 - (b) 1983年判決の評価 [以上、63巻1号]
 - (iii) 連邦通常裁判所 1992年11月25日判決
 - (a) 事案の紹介
 - (b) 「③：単一の目標の追求」の機能
 - (iv) 連邦通常裁判所 1990年5月16日判決
 - (a) 事案の紹介
 - (b) 「②：同種の行為意思」の機能
- (4) 学説の動向
- (i) ビンディングの見解
 - (a) 概要
 - (b) 若干の検討
 - (c) 類似の見解：ホーニツヒ
 - (ii) パールの見解
 - (a) 概要①：反復型の場合
 - (b) 概要②-1：漸次型の場合の一般論
 - (c) 概要②-2：漸次型の場合の例外
 - (d) 若干の検討
 - (iii) マイヴァルトの見解
 - (a) 概要①：反復型の場合
 - (b) 概要②-1：漸次型の場合の一般論
 - (c) 概要②-2：漸次型の場合の具体的な基準
 - (d) 若干の検討
 - (e) 類似の見解：ロクシン
 - (iv) キントホイザーの見解
 - (a) 概要①：規範に違反する行為の構造
 - (b) 概要②：主観的要素の具体的な内容
 - (c) 若干の検討
- (5) 小括
- (i) ドイツの議論を参照する価値
 - (ii) 時間的・場所的近接性について
 - (iii) 主観的要件について [以上、63巻2号]
- 三 日本における議論
- (1) 主観面の一体性についての検討
 - (i) 主観面の一体性についての私見①
 - (a) 必要性

- (b) 予想される批判①：体系的な観点より
 - (c) 予想される批判②：主観的違法要素との関係
 - (ii) 主観面の一体性についての私見②
 - (a) 具体的な基準
 - (b) 予想される批判：最高裁昭和 31 年判決との関係
 - (c) 奈良俊夫の見解
 - (iii) 時間的・場所的近接性
 - (a) 必要性
 - (b) 要件内に組み込む方法
 - (c) 予想される批判：大審院昭和 13 年判決との関係
 - (d) 大審院昭和 13 年判決の評価
 - (e) 機会の同一性との関係
 - (2) 傷害罪及び傷害致死罪の包括一罪の場合
 - (i) 最高裁平成 26 年決定
 - (a) 意思の継続？
 - (b) 時間的・場所的近接性
 - (ii) 福岡地裁平成 29 年 11 月 22 日判決
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
 - (c) 訴因外の事情の考慮？
 - (iii) 横浜地裁平成 10 年 10 月 13 日判決
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
 - (3) その他の犯罪の場合
 - (i) 仙台高裁平成 29 年 12 月 20 日判決：器物損壊罪
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
 - (ii) 名古屋高裁平成 18 年 2 月 20 日判決：窃盗罪
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
 - (iii) 札幌地裁小樽支部平成 29 年 12 月 13 日判決：監護者性交等罪
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
- 四 結語 〔以上、本号〕

三 日本における議論

(1) 主観面の一体性についての検討

(i) 主観面の一体性についての私見①

(a) 必要性

以上のようなドイツの議論を踏まえ、次に我が国における包括一罪の検討へと移ることにする。まずは、主観面の一体性という要件の位置付けについて確認することにする。

本稿冒頭⁽¹⁾でも述べたとおり、複数の行為により構成要件を反復して実現し、しかも、それらの被害者が同一で法益侵害の一体性を肯定できるとしても、そのことのみを理由に複数の行為の間で包括一罪の成立を認める見解は存在しない⁽²⁾。つまり、法益侵害の一体性とは別に、主観面の一体性が必要であること自体は、否定し得ないと思われる。

このような主観面の一体性という要件の必要性は、単一の罰条で評価されるという包括一罪の効果からも説明できる。個々の罰条は、実質的には違法性と責任によって構成されている⁽³⁾ので、単一の罰条で評価する(=包括一罪が成立する)ためには、その罰条を構成している責任との関係でも、一体

(1) 前掲一(1)の議論を参照。

(2) 一般論として、法益侵害の一体性(又はそれに類する表現)のみによって包括一罪が成立する旨説明する見解も一部では見受けられるが(例えば、内田(幸)「財産犯における罪数」33頁参照。)、これは、窃盗後に器物損壊行為が実行されるケースのように、主観面の一体性なく包括一罪が成立する事案が存在することを前提に、このような事案との整合性を考慮し、法益侵害の一体性のみで包括一罪が成立すると説明するものである。このような一般論自体に対しては疑問があるが、いずれにせよ、反復類型との関係では主観面の一体性の必要性が完全に捨象されているわけではない。この点につき、拙稿「被害者が複数に及ぶ場合の包括一罪の成否(1)」上智法学論集61巻3=4号104頁以下(以下では、拙稿「被害者が複数(1)」と表記。)参照。

(3) 林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1995)220頁参照。虫明満『包括一罪の研究』(成文堂、1992)24頁(以下では、虫明『包括一罪』と表記。)も、「罪数判断においては、構成要件の問題のみならず、違法性、責任の問題にもかかわらざるをえない」、と指摘する。

性が必要と考えられる。つまり、このような観点から要求されているのが主観面の一体性である、と理解することができる⁽⁴⁾。

なお、学説の中には、主観面の一体性が必要であるとしつつも、それを重視しない見解も存在する。即ち、虫明満は（論者が言う）連続一罪の「主観的要件は、直接的に捕捉することは不可能であり、結局は客観的事情から推認する以外にない。つまり、責任内容の一体性ないし責任の同質性という主観的要素を連続一罪の要件としたとしても、それを独自に取り上げる意味はあまり大きいものではなく、それが欠ける場合にすでに客観的要件をも満たしていない場合に他ならないとも考えられる⁽⁵⁾」と指摘する。

しかしながら、主観的要件を「直接的に捕捉することは不可能⁽⁶⁾」という事情は、本稿で扱っている主観面の一体性に限らず、犯罪の成否との関係で問題となる主観的要素全般に妥当する事柄と思われる。それゆえ、このような事情が存在するからといって、「独自に取り上げる意味はあまり大きいものではない⁽⁷⁾」い、と評価する必要はないだろう。また、客観的要件さえ充足していれば、無条件に主観面の一体性が肯定されると考えるのでない限り、このような要件には一定程度の意義があることを否定できないだろう。

以上のことからすると、前掲一（3）（vi）における「A：法益侵害の一体性と主観面の一体性という成立要件を維持する」ことは必要と考えられる。

(b) 予想される批判④：体系的な観点より

もっとも、このような説明に対しては、以下のような反論も考えられる。

(4) 橋爪隆「包括一罪の意義について」法学教室 419号（2015）116頁（以下では、橋爪「包括一罪の意義」と表記。）参照。

(5) 虫明『包括一罪』215頁参照。

(6) 虫明『包括一罪』215頁参照。なお、主観的要件についてのこのような理解の仕方は、論者も紹介する客観説（ただし、論者の分類によると、客観説の中に文字通り客観的要素のみに基づき検討を行うものと、一定の主観的要件をも要求するものとが混在しているが、このうちの前者を指す。）の主張に近い（だからこそ、客観的要件で判断を行うことになる）。しかし、論者のように、主観的要件の内容として責任の同質性で足りると理解するのであれば、主観的要件の意義について、このような形で過小評価する必要はないと思われる。

(7) 虫明『包括一罪』215頁参照。

即ち、罪数論は、行為者が行った複数の行為のそれぞれにつき、構成要件該当性・違法性・責任の判断を経由した後⁽⁸⁾に問題となるものであった。罪数論を体系上このように位置付けるということは、責任の判断が終了した後、罪数処理が行われることになる。それゆえ、主観面の一体性という包括一罪の要件も、むしろ、責任とは関係ないのではないかと。

しかしながら、個々の行為の犯罪の成否との関係で問題となる責任と、包括一罪の要件として問題となっている責任の一体性とは、厳密には相互に異なるものである。前者、つまり罪数論の前で行われる構成要件該当性から責任までの判断のプロセスでは、個々の行為について、犯罪の成立を認めるための最低限のハードルを越えているか否かが問題となっている。そして、責任の要件を満たすことで、その行為者に対してその行為を行ったことについて非難⁽⁹⁾することが可能となる。

これに対し、包括一罪の要件としての責任の一体性は、上記のハードルを越えた行為が複数存在することを前提に、それら相互の関係に着目して一度の非難で十分であるか否かを問題にするものである。このように、一口に責任といっても、その具体的な意味は異なるのであり、包括一罪の中で責任という観点を採り上げることが、体系的に矛盾しているというわけではない。

(c) 予想される批判②：主観的違法要素との関係

また、包括一罪の成立を認めるために責任の一体性が必要だからといって、そのことから主観面の一体性の必要性が導かれるわけではないのではないか、との批判も考えられる⁽¹⁰⁾。というのも、犯罪を構成する要素の中に

(8) 虫明『包括一罪』24頁、松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社、2019）30頁及び244頁以下参照。ドイツの議論との関係では、前掲二(4)(iv)(c)の議論を参照。

(9) 本稿では、責任の要件を非難可能性の観点から基礎付ける立場に依拠している。例えば、山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016）195頁（以下では、山口『総論』と表記。）、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣、2018）387頁（以下では、井田『講義総論』と表記。）参照。

(10) この点については、拙稿「被害者が複数（1）」103頁も参照。なお、本文で論じたこととは別に、客観的責任要素を認める場合、責任の一体性を認めたとしても主観的なものを基準に判断がなされるとは限らないのではないかと、との批判も考えられる。客観的責任要素は、例えば、刑法104条の証拠隠滅罪において認められるか否かが争われてい

は、主観的ではありつつも、違法性に位置付けることが可能なものも存在するからである。どのような犯罪論体系に依拠するかにもよるが、具体的には、故意⁽¹¹⁾や行為意思⁽¹²⁾を挙げることができる。それゆえ、主観面の一体性という要件を設定することで、責任の一体性が担保されるとは限らないのではないかと。

しかしながら、いかなる犯罪論体系に依拠したとしても、責任の一体性が上記（a）で論じた理由に基づいて要請されるものである以上、極端な話、犯罪の成否との関係で責任がおよそ不要と主張するのではない限り、包括一罪における主観面の一体性は必要となるはずである。そして、特定の主観的要素を違法要素として位置付けるならば、それを基準に主観面の一体性を判断しない、という帰結が導かれるに過ぎない。

上記（b）の議論とも関係するが、そもそも、上記の主観的要素は個々の行為の犯罪の成否との関係で問題となるものであり、包括一罪の主観面の一体性との関係でも全く同じ形で問題になるわけではない。例えば、A 行為・B 行為のそれぞれが構成要件に該当する場合、両方とも行為意思（「引き金を引く」など）は存在する。それとは別に、それぞれの行為を行うに至った背景事情や動機が共通しているということも考えられる。例えば、A 行為については〇〇という動機に基づき「引き金を引く」、B 行為については□□という動機に基づき「引き金を引く」という場合、〇〇と□□の間で共通性が存在すれば良い。そして、〇〇と□□の共通性が主観面の一体性を基礎付けるのであるから、行為意思それ自体が主観的違法要素であっても、特に問題が生じるわけではない。

る（肯定する説として、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第3版）』（弘文堂、2019）76頁。否定する説として、山口『総論』33頁参照。）。いずれにせよ、一部の犯罪において各論的に問題となるものに過ぎないため、本稿ではこの点について採り上げない。

- (11) 故意を違法要素として理解する見解として、例えば、井田『講義総論』167頁以下参照。
- (12) 行為意思を違法要素として理解する見解として、例えば、橋爪隆「実行の着手について」法学教室411号（2014）115頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013）109頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999）150頁以下、鈴木左斗志「方法の錯誤について」金沢法学37巻1号（1995）91頁以下参照。

(ii) 主観面の一体性についての私見②

(a) 具体的な基準

それでは、具体的に何を対象・基準に主観面の一体性を判断すれば良いのだろうか。また、その対象がどういう状態である場合に、一体であるとの評価が成立するのだろうか。

先に後者の点について、考えることとする。前述⁽¹³⁾のように、主観面の一体性は責任の一体性を具体化したものであり、一度の非難で十分であるか否かを確認するためのものであった。そうであるならば、最高裁昭和31年判決⁽¹⁴⁾に依拠した上で、文字通り犯意が単一であること又は継続していることを必須とすることは、過度の要求と思われる⁽¹⁵⁾。たとえそのようなものが存在しなかったとしても、つまり、犯意それ自体がとぎれとぎれであったとしても、それらが性質上同質のものと理解できるのであれば、なお行為者に対する非難は一回で十分である、との評価を下すことはできるからである。同様のことは、一部の学説が主張していた⁽¹⁶⁾、「先行する意思決定の影響でいわば連鎖的な意思決定が行われている⁽¹⁷⁾」場合においても妥当する。確かに、このような連鎖性が認められれば主観面の一体性は肯定され易いだろうが、そうでない場合であっても、なお一体性を認めることはできる。

そもそも、反復類型の包括一罪を接続犯の事案に限定せず、連続的包括一罪の事案も含めるのであれば、連続的包括一罪では接続犯よりも行為相互の間隔が開くため、犯意がつながっているということは、現実問題として有り得ないだろう。単に、主観的な実態としては単一ではないものの集合体との関係で、規範的な観点より、一体(=単一)との評価が成り立つに過ぎないと考えられるのである。この意味で、「単一」の犯意という表現自体、少々ミスリーディングなところがある⁽¹⁸⁾。

(13) 前掲三(1)(i)(a)及び(b)の議論を参照。

(14) 前掲一(2)(ii)の議論を参照。

(15) 虫明『包括一罪』215頁も、「故意の単一性とか犯意の継続という厳格なものが必要でない」と述べる。

(16) 前掲一(3)の議論を参照。

(17) 橋爪「包括一罪の意義」116頁参照。

(18) これに対し、接続犯、とりわけ行為相互の間隔が相当近接していて、形式的には複数

また、前者の点、即ち主観面の一体性を判断する対象についても、従来の判例のように「犯意」に固執する必要はないと思われる。そもそも、犯意という用語は「故意」を想起させるものであるが、犯意=故意それ自体は、個別の犯罪を構成する要素であって、罪数論で直接問題になるものではない⁽¹⁹⁾。ここでは、複数の行為が主観的に同質的であり、一度の非難で足りることを確認できれば良いのであるから⁽²⁰⁾、犯意=故意それ自体ではなく、

の行為が存在するものの、それらを別々に把握することが不自然とすら感じられるケースとの関係においては、「単一の犯意」という用語法による説明は馴染みやすいと言える。このようなケースは、文字通り単発の行為しか存在せず、「単一の犯意」であることが確かなケースに、現象面において限りなく接近しているからである。そして、行為が単発である（例えば、一回の切りつける行為。）と一般的に言われる場合であっても、人間の行為をさらに細分化し、複数のもの（例えば、一回の切りつける行為を一センチ毎に分ける。）として捉えることは可能である以上、両者の境界線はもともと流動的と言える（この点につき、橋爪「包括一罪の意義」106頁（包括一罪の事例の一部と単純一罪の事例は「実質的にはほとんど変わらない」参照。）。それゆえ、接続犯の場合においても、やはり同じように「単一の犯意」によって説明するということが考えられるのである。ただし、このような説明が可能なのは、あくまでも包括一罪の成否が問題となる事例が、行為が単発の場合と現象面において類似しているからであって、そうでない場合はこのようなアナロジーによる説明は無理が生じることになる。

接続犯の事案である最判昭和24年7月23日刑集3巻8号1373頁（関哲夫「判批」山口厚=佐伯仁志（編）『刑法判例百選Ⅰ総論（第7版）』（有斐閣、2014）200頁以下参照。）における「単一の犯意の発現たる一連の動作」という表現も、上記のような意味で把握するのであれば、理解ができる。ただし、二時間余りの間における3回の米俵の窃取行為が、単発の行為ほどに近接しているか否かについては、評価が分かれる余地がある。例えば、田宮裕「判批」平野龍一（編）『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、1978）211頁はこの事案に対して、「接続犯というよりは、従来ならまぎれもなく連続犯とされる場合であった」と指摘しているが、このような理解からすれば、この事案では行為間の近接性はそれほど認められないことになるだろう。

(19) 前掲三(1)(i)(c)の議論を参照。

(20) 虫明『包括一罪』215頁も、「個々の行為について個別の非難を要しないことが重要なのであって、その意味で責任の同質性があればよい」と主張する。もっとも、別の個所では、論者は、責任の同質性を要求する見解を客観説と呼び（同131頁参照。）、これを支持していない（同215頁参照。）ので、記述の整合性が問題となる。

このような矛盾が生じる前提として、論者によるドイツの学説の分類の仕方に少々問題があるように思われる。論者は、客観説を以下のように紹介している。即ち、この説では「連続犯の要件としての主観的要素は必要でなく、客観的要件のみで概念規定を行おうとする」（同130頁以下参照）、「主観的要件として故意の単一性を要求せず、多くは、責任の同質性（Gleichartigkeit der Schuld）を要求するのみ」（同131頁参照。）と記載

構成要件に該当する個々の行為を実行するに至った動機・目的・意図などに着目して、それらが同質的であることが確認できれば良いと言える⁽²¹⁾。それゆえ、「犯行の動機」に着目して傷害罪の包括一罪の成立を認めた東京高判昭和52年10月24日⁽²²⁾の枠組みは、適切と評価できる。

ただし、同質的で良いといっても、責任の一体性を基礎付け得るものでなくてはならないので、問題となっている構成要件の特徴の単なる同語反復によって、同質性を基礎付けることはできないだろう。例えば、傷害罪が反復する場合、それぞれの行為の目的を抽象的に、単に「被害者を痛めつける」

されている。しかし、後者の引用箇所を素直に読む限り、ここでは主観的要件として一定のものが要求されていると考えるのが自然だろう。

また、論者が客観説の見解として紹介するものの中には、リスト＝シュミット (Vgl., Franz Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26 Aufl., 1932 (im folgenden zitiert als „Liszt/ Schmidt, LB“), S.352.) のように、文字通り客観的な基準で連続犯の成否を判断する見解の他に、ヒッペル (Vgl., Robert Hippel, Deutsches Strafrecht, Band 2, 1930, S. 542) のように、主観的要件として責任の同質性を要求すべきと主張する見解が混在しているように思われる。そして、説の名称からしても、客観説の中に本来分類すべきなのは、前者の見解のみではないだろうか。実際、イエシエック・ヴァイゲントの教科書 (Vgl., Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5 Aufl., 1996, S. 716f.) を参照すると、ヒッペルの見解は連続故意を基準とする説の一つとして、そして、リスト＝シュミットの見解は純粹な客観説の一つとして分類されることが分かる。(山火正則「包括的一罪」西原春夫ほか(編)『判例刑法研究第4巻』(有斐閣、1981) 303頁も、ヒッペルの見解と連続犯の要件を客観的要件のみとする見解を区別している。) 無論、この分類が絶対的に正しいというわけではない(例えば、リスト＝シュミット自身は、ヒッペルの見解を自身と同様の見解として引用している。Vgl., Liszt/ Schmidt, LB, S. 353.)、さらに言えば、連続故意と責任の同質性を別途区別するという事柄も考えられる。いずれにせよ、責任の同種性を要求する見解に依拠すると、主観的要件を不要とするという理解と必然的に結びつくわけではないことは確かである。むしろ、この基準は連続故意よりも主観的要件のハードルをワンランク落としたものとして位置付けることが可能だと思われる(ただし、連続犯の議論における責任の同種性が必要との見解と、本稿にて紹介したマイヴァルト等の見解が細部においてイコールであるか否かは定かでない。ドイツの議論においても、このような比較はなされていないようである。)

- (21) これらに加えて、ドイツの学説では、「状況」という客観的な意味合いが強い要素も言及されていた(前掲二(4)(iii)(c)の議論を参照)。ここでいう「状況」の中に行為者の心理面も含めて考えることもできなくはないが、むしろ、単一の状況であることが、行為者の主観面の一体性を推認させる、という意味で活用すべきではないだろうか。
- (22) 刑月9巻9=10号636頁参照。

目的と理解するのでは不十分である。というのも、傷害罪では「被害者を痛めつける」行為がまさに構成要件にて規定されており、これだけでは何故複数の傷害行為との関係で一度の非難で済むのかについての説明はなされていないからである。仮にこれでも十分と理解すると、反復類型において主観面の一体性が否定されるケースがなくなるおそれがあり、問題であろう。

(b) 予想される批判：最高裁昭和31年判決との関係

犯意が単一であることを必要としない筆者の見解に対しては、前掲一(2)(ii)で紹介した最判昭和31年8月3日⁽²³⁾と矛盾するのではないかと、との疑問も有り得る⁽²⁴⁾。しかしながら、最高裁の判決文を読む限り、同判決が言及する「単一の犯意」という用語を過度に強調すべきでないと思われる。

最高裁は、具体的には以下のように判示している。

「右一、二の各所為は、①：それぞれ各行為の間に時間的連続と認められる関係が存し、②：同一の場所で一人の麻薬中毒患者に対しその中毒症状を緩和するため麻薬を施用するという同一事情の下において行われたものであること原判決が有罪の言渡をした右事実につき挙示している証拠からも窺われ、かつ、③：いずれも同一の犯罪構成要件に該当し、④：その向けられている被害法益も同一であるから、単一の犯意にもとづくものと認められるのであって右一、二の各所為は、それぞれ包括一罪であると解するのが相当であり、独立した各個の犯罪と認定すべきではない⁽²⁵⁾」〔下線及び番号筆者一註〕

このように、最高裁は、麻薬を施用するという一連の行為が「単一の犯意

(23) 刑集10巻8号1202頁参照。なお、類似の事案として、医師である被告人による、約4か月の間38回に渡る、同一患者に対する麻薬の交付の罪数が問題となった最判昭和32年7月23日刑集11巻7号2018頁があるが、本文で紹介した昭和31年判決を引用した上で、包括一罪の成立を認めたとの結論を述べるにとどまる。

(24) 亀井源太郎「連続的包括一罪について」研修813号(2016)15頁参照。

(25) 刑集10巻8号1204頁以下参照。

にもとづくものと認められる⁽²⁶⁾」ため、包括一罪との結論が導かれると述べる。もっとも、「単一の犯意にもとづく⁽²⁷⁾」ことの考慮要素として、①：時間的連続、②：事情の同一性(場所の同一性も含む。、「かつ、」③：構成要件の同一性、④：被害法益の同一性への言及がなされている。ここでは、「犯意」という用語は使用されているものの、包括一罪の要件を法益侵害の一体性と主観面の一体性とに分けた上で、後者(主観面の一体性)を基礎付けるものとして理解する現在の議論における使い方とは、異なっている。むしろ、①～④の中で列挙された事情を見る限り、ある程度の時間的・場所的な連続性の存在を前提に、同質的な犯罪が反復していることそれ自体が重視されており、実際には、客観面にかなり傾斜した形で、「単一の犯意」であるとの判断がなされていると考えられる⁽²⁸⁾。

(c) 奈良俊夫の見解

以上のような筆者による最高裁昭和31年判決の理解は、突飛なものではないと思われる。既に、同趣旨の説明が、奈良俊夫によってもなされている。具体的には、以下のとおりである。

「判例が古くから罪数を決定する標準として犯意(意思)の単一ないし継続

(26) 刑集10巻8号1205頁参照。

(27) 刑集10巻8号1205頁参照。

(28) これに対し、佐伯仁志は、最高裁昭和31年判決との関係で、「この時期の判例は、『単一の犯意』を包括的犯意の意味で理解していた可能性がある」(佐伯仁志「連続的包括一罪について」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会(編)『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題第1巻』(立花書房、2011)31頁(以下では、佐伯「連続的包括一罪」と表記。)参照。)、¹「判例が『単一の犯意』という言葉を使って、『犯意の継続性』という言葉を用いなかったのは、連続犯との区別を強く意識していたからだと思われる」(同30頁参照。)と指摘する。確かに、論者が引用する最決昭和31年12月12日裁判集刑事116号87頁のように、「最初から全部の横領を企図したものと認められないかぎり」包括一罪ではなく併合罪になると判示した事案も存在するのは事実だが、最高裁昭和31年判決において認められた事実関係や判決文それ自体からは、このような趣旨を読み取ることではできないと思われる。また、この最高裁昭和31年判決の事案で実行された麻薬施用行為の回数はかなり多いので(前掲一(2)(ii)の議論を参照。)、これらが全て最初から企図・計画されていたと推察することは難しいのではないだろうか。

という概念を用いてきたことは既に述べたとおりであるが、判例は、いかなる理論的根拠によって犯意を罪数判断の標識とするか、その立場を明らかにしていない。判例は、むしろ、具体事案に対する罰条適用の妥当性という見地から、数個の行為が存在する場合に、各行為を包括して一回の罰条適用で足りると考えられるときは、各行為の時間的接着性、場所の同一性、機会の同一性、動作の同種性、目的（動機）の単一性、共犯者の有無または共犯者の同一性、などの諸標識を認定して、そこから犯意の単一性ないし継続性を推認し、それをもって犯罪が一個であると判示しているようにみえる。⁽²⁹⁾〔下線筆者一註〕

奈良の上記主張は、最高裁昭和31年判決を直接の対象になされたものではなく、当時の判例の全般的傾向について述べたものであるが⁽³⁰⁾、最高裁昭和31年判決に対しても、同様に妥当するものと思われる。そして、最高裁昭和31年判決がこのような内容である以上、犯意の単一と言っても、結論的に一罪であることの言い換えに近いとすら言える。そうであれば、この判決の存在を理由に、主観面の一体性の内容として犯意の単一性に限定する必要はなくなるだろう。

他方で、最高裁昭和31年判決における「単一の犯意」を以上のように捉えることで、この事案で果たして主観面の一体性が存在しているのか、との疑問が生じる可能性がある。しかしながら、この事案においても主観面の一体性は問題なく認めることができる。最高裁は、上記引用箇所②の中で、被告人は「中毒症状を緩和するため⁽³¹⁾」麻薬を施用したと述べており、目的・動機の一体性が認められる事案であるため、結論的に包括一罪の成立が認められたことに問題はないと言える。

(29) 奈良俊夫「一罪と数罪」研修479号（1988）15頁（以下では、奈良「一罪と数罪」と表記。）参照。

(30) 論者はこの論文（奈良「一罪と数罪」7頁以下）にて、最高裁昭和31年判決に特に言及していない。ただし、奈良の論文は1988年に公刊されているので、最高裁昭和31年（1956年）判決は既に下されている。

(31) 刑集10巻8号1204頁参照。

(iii) 時間的・場所的近接性

(a) 必要性

主観面の一体性という要件を、以上のような意味で理解するだけでは、なお不十分である。このことは、前掲一(3)(iii)における【事例2】のようなケースで、妥当な結論が得られないことから分かる。そこで問題となるのが時間的・場所的近接性という要素の扱いであるが、前述⁽³²⁾のように、ドイツの議論では、時間的・場所的近接性が自然的行為単一の要件として組み込まれており、それを受けて、我が国でも、程度の差はともかく、時間的・場所的近接性を包括一罪の成立要件の中に組み込む必要性を示唆した⁽³³⁾。他方で、我が国の議論の現状に鑑みると、これを要件の中に組み込むこととの関係で障害が存在することも否定できない⁽³⁴⁾。

結論から先に述べれば、上記の障害の点を加味しても、時間的・場所的近接性という要素を包括一罪の要件の中に組み込むべきである⁽³⁵⁾。その意味で、時間的・場所的近接性が必要であると理解する我が国における一部の見解⁽³⁶⁾は、妥当なものとして評価できる。

包括一罪の要件として法益侵害の一体性と主観面の一体性が必要という枠組みを前提に考えると、【事例2】のようなケースにおいても、本稿でこれ

(32) 前掲二(1)(iv)の議論を参照。

(33) 前掲二(5)(ii)の議論を参照。

(34) 前掲一(3)(vi)の議論を参照。

(35) 時間的・場所的近接性が要求されるのは、包括一罪を構成する個々の行為相互間においてであるので、行為の全体がどの程度の期間に渡るかは、基本的には問題にならないだろう(佐藤道夫(編)『刑事裁判実務大系第8巻財産的刑法犯』(青林書院、1991)196頁[山口雅高](以下では、佐藤『実務大系』[山口]と表記。ただし、窃盗罪の包括一罪を念頭においた指摘である。)参照。))。もっとも、行為の間隔が相対的に狭い接続犯に分類される事案が、長期間に渡って実行されるということは実際上ないことから分かるように、行為相互間で一定の近接性が要求されることで、全体の期間にも自ずと制約がかかると思われる。

(36) 虫明『包括一罪』210頁以下参照。また、中谷雄二郎『罪数の判断基準再考』植村立郎判事退官記念論文集編集委員会(編)『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題第1巻』(立花書房、2011)55頁も、「行為相互間に連鎖性・発展性・機会の同一性といった密接な関連性」が必要と述べる(同旨、大塚仁=河上和雄=中山善房=古田佑紀(編)『大コメンタール刑法(第3版)第4巻』415頁[中谷雄二郎執筆]参照。))が、時間的・場所的近接性を含めるのであれば妥当である。

まで述べてきた意味での主観面の一体性が認められることになり、結果的に包括一罪の成立範囲が拡張しすぎることになる。そこで、これに対してどのような限定を行うことが可能か否かが問題となるが、主観的な要件が原因で拡張してしまうのであれば、客観的な要件によって限定を図ると考えることは自然だろう。

ところが、包括一罪のもう一つの要件である法益侵害の一体性は、限定の可能性という観点からみると、少々心許ないものである。この要件は、同一法益主体の同種の法益が問題となる事案であれば、容易に充足されるからである。他方で、包括一罪の客観的な要件を、法益侵害の一体性に限定することは適切でないと思われる。なぜなら、このように限定することで、包括一罪を構成する行為相互の關係に着目した客観的要素が、包括一罪の要件の中から欠如してしまうからである。以上のことからすると、このような客観的要素を包括一罪の要件の中に組み込む必要性を否定し得ないことになる。

このように述べると、あるいは、（行為無価値論に依拠しない刑法体系に基づく論者より、）行為無価値的な主張ではないか、との批判を受けるのかもしれない。しかしながら、ここでの主張に、そのような特定の違法論に関する理解との結びつきは存在しない。冒頭で記したように⁽³⁷⁾、包括一罪は構成要件を充足する複数の行為につき、単一の罰条での評価で足りる場合に成立する。そして、個々の罰条は主観的な要素だけでなく、客観的な要素を含めて構成されている。それゆえ、構成要件を充足する複数の行為を単一の罰条で評価するためには、主観的にだけでなく、客観的にも一体的に実行されることが必要となるはずである。それゆえ、包括一罪の要件も、これと沿う形で設定する必要がある。

以上のような理解とは異なり、行為者の主観面の一体性さえ担保されていれば、行為相互が離れ離れであっても良いと考えるのは、主観的な要素の一体性に重点を置き過ぎていると思われる。

(b) 要件内に組み込む方法

(37) 前掲一 (1) の議論を参照。

このような行為相互の客観的な一体性を担保するために必要となるのが、時間的・場所的近接性という客観的要件である。問題は、この要件をどのような形で取り込むかである。この点については、法益侵害の一体性や主観面の一体性とは別に、独立した要件として別個設けることも考えられる。もっとも、そうすることで、違法評価の一体性から法益侵害の一体性が、また、責任評価の一体性から主観面の一体性が導かれるという対応関係が損なわれてしまう。そこで、時間的・場所的近接性の要素を、(単なる判断資料としてではなく)、主観面の一体性の内部に組み込む方が得策と考えられる⁽³⁸⁾。一回の非難で足りるか否かという観点からは、たとえ複数の行為間に主観的なつながりが存在したとしても、このような近接性が存在しない限り、一回の非難で足りるとは言えないからである。例えば、全く同じ動機に基づくとしても、二個の行為が互いに半年離れているのであれば、別々に非難を行う必要があるだろう。このことは、先に見たドイツの議論からも読み取ることができる⁽³⁹⁾。

なお、念のために述べると、あくまでも時間的・場所的近接性に加えて、主観的な一体性を判断するのであるから、時間的・場所的近接性があれば、いわば自動的に主観面の一体性が肯定されるわけではない。それゆえ、【事例1】においても、単に行為が近接しているという事実のみを理由に、包括一罪の成立が認められるわけではない⁽⁴⁰⁾。もっとも、【事例1】において後

(38) 前述のように(前掲一(1)の議論を参照)、一部の学説は主観面の一体性の要件を「行為」の一体性と呼んでいるが、この点からも、「行為」相互の関係を問題にする時間的・場所的近接性の要素を、法益侵害の一体性ではなく主観面の一体性の中に取り込むことの方がベターであることを、間接的にも示唆していると思われる。

(39) 単一かつ同一の状況であることに着目するマイヴェルトの見解については、前掲三(4)(iii)の議論を参照。

(40) (特別法の事案であるため、特殊な考慮が必要となるのかもしれないが)、最決昭和49年11月28日刑集28巻8号385頁(解説・評釈として、小田健司「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和49年度)』(法曹会、1977)68頁以下参照。)の事案のように、速度違反行為を行っていたところ、警察官に現認されて停止を求められ、一旦減速して徐行状態になったものの、自己の無免許運転の事実が発覚することをおそれて加速して逃走することで速度違反行為を行った場合については、後行の速度違反行為は、先行の速度違反行為とは明らかに別の目的に基づいて実行されていると評価することができるので、たとえ二つの速度違反行為が近接していたとしても(時間的には6分か離れてい

者の行為が実行された経緯からすると、行為者と被害者の間の一定の人間関係が前提となっている。そうであれば、最高裁平成 26 年決定のような枠組みを前提とすることで、主観面の一体性が肯定する余地はあると思われる⁽⁴¹⁾。

(c) 予想される批判：大審院昭和 13 年判決との関係

もっとも、以上のような形で時間的・場所的接性を組み込むことに対しては、以下のような批判も予想される。即ち、時間的・場所的接性は、単に学説⁽⁴²⁾において主観面の一体性を判断する上での考慮要素に過ぎないとされているだけでなく、判例においても同様に扱われているのではないか。それゆえ、筆者のような時間的・場所的接性についての理解を採ることで、判例の結論との間で齟齬をきたすのではないかと。

例えば、小野晃正は、最高裁昭和 31 年判決と以下で言及する大判昭和 13 年 12 月 23 日⁽⁴³⁾を挙げた上で、「時間的・場所的接性は、判例上必ずしも複数行為の一体性を判断する直接の事情ではないことになろう⁽⁴⁴⁾」〔傍点筆

ない。）、両者を併合罪とすることができると思われる（最高裁は併合罪して処理しているが、その理由については特に付していない。）。上記小田「判解」73 頁は、「犯意を新たにして再度違反行為をした場合には、包括的な評価は困難である」と指摘しているが（同旨、丸山雅夫「速度違反罪の罪質と連続してなされた速度違反の罪数」警察研究 63 巻 9 号（1992）18 頁参照。）、後行の速度違反行為の際の行為者の主観面に着目していることは適切と思われる。これに対し、「同一の法定速度区域内において速度違反行為に及んだといえる限りで」包括一罪として処理する余地もあったと指摘する見解として、内田幸隆「速度違反罪の個性・数個性」『交通刑事法の現代的課題 岡野光雄先生古稀記念』（成文堂、2007）234 頁参照。

(41) 【事例 1】において行為者が後行の行為を実行することとなったきっかけ・動機は、細かくみると、先行の行為とは異なっている。しかしながら、そのような細部での相違が主観面の一体性を必ずしも否定しないことについて、後掲三(2)(ii)(b)の議論を参照。

(42) 前掲一(3)(iv)の議論を参照。

(43) 刑集 17 卷 980 頁参照。評釈として、岸盛一「判批」法学協会雑誌 57 卷 10 号（1939）1959 頁以下（以下では、岸「判批」と表記。）、竹田直平「判批」法と経済 11 卷 5 号（1939）103 頁以下（以下では、竹田「判批」と表記。）参照。

(44) 小野晃正「判批」刑事法ジャーナル 42 号（2014）87 頁（以下では、小野「判批」と表記。）、同「同一被害者に対する時間的・場所的離隔を伴う傷害結果の罪数関係（1）」

者一註]と指摘する。

以上の主張のうち、最高裁昭和31年判決に言及する点に対しては、同判決の存在が、時間的・場所的近接性の必要性を否定することを直ちには意味しない、との反論が可能である。現在の議論では、反復して成立する犯罪が包括一罪を構成する場合として、接続犯だけでなく連続的包括一罪も認められており、最高裁昭和31年判決の事案も後者に該当する。そして、連続的包括一罪では時間的・場所的近接性が接続犯よりも緩い形で要求されているのであるから、最高裁昭和31年判決の事案が他の連続的包括一罪の事案と時間的・場所的近接性の点で同程度であるなら、同判決の存在は時間的・場所的近接性が必須ではないことの論拠とはならないはずである。つまり、同判決の存在を理由に時間的・場所的近接性の必要性を否定するのであれば、同判決の事案における各行為間の時間的・場所的近接性の程度が、他の連続的包括一罪の事案以上に緩やかであることを説明する必要がある⁽⁴⁵⁾。しかしながら、同判決の事案において、そのような事情は特に見当たらない。このことからすると、判例上は、接続犯で必要とされる程度の時間的・場所的近接性を必須とするわけではない、と理解する方が自然と思われる。

これに対し、大審院昭和13年判決は、一見すると、論者の主張に沿うものと言える。この事案は、以下のようなものであった。即ち、被告人及びその共犯者らは、同一の被害者に対して、①：昭和10年7月頃、東京にて殺害を試みたが未遂に終わり、次に②：同年9月に、樺太にて殺害を実行したものの未遂に終わり、さらに③：同年10月に、東京にて殺害しようとしたが未遂にとどまり、そして④：同年11月に、東京にて殺人を実行し、それにより被害者が死亡した⁽⁴⁶⁾。このような事案において、大審院は以下のよ

撰南法学51=52号(2016)70頁参照。また、小野「判批」90頁においても、「判例は、〔中略―筆者註〕時間的・場所的近接性は包括一罪を構成するための不可欠の事情でない」と捉えていると思われる」と指摘している。

(45) あるいは、論者の主張は、接続犯で必要とされる時間的・場所的近接性がなくとも良い、という趣旨として理解することもできる。仮にそうであれば論者の主張する通りであるが、他方で、連続的包括一罪では時間的・場所的近接性は不要であると理解する必要はないし、理解すべきでもない。

(46) ドイツの用語法に従うと、漸次的構成要件実現の事案ということになる。

うに判示した。

「殺害の目的を以て同一人に対し数次に互り攻撃を加え遂に其の目的を達したる場合其の数個の攻撃行為が同一の意思発動に出で其の間犯意の更新なき限りは其の各行為が同一の日時場所に於て行われたると将異なる日時場所に於て行われたるとを問わず又其の方法が同一なると否とを論ぜず其の目的を達したる迄の攻撃行為は総て実行行為の一部として之を包括的に観察し一個の殺害行為と看做すべく従て此の場合には単純なる一個の殺人既遂罪を以て処断すべきものにして殺人未遂と同既遂との連続一罪と為すことを得ず」⁽⁴⁷⁾」
〔下線及び片仮名の平仮名への変換は筆者一註〕

(d) 大審院昭和 13 年判決の評価

以上のように、大審院は、3 件の殺人未遂と 1 件の殺人既遂の全体を、(当時の) 連続犯ではなく包括一罪として処理している⁽⁴⁸⁾。そして、この事案では、犯行全体が数か月に渡るという意味では最高裁昭和 31 年判決と同様ではあるものの、個々の行為の間隔という観点からみると、行為の個数自体が少なく、行為相互間に大きな時間的・場所的な間隔が存在しているという特徴が見られる。このことを前提にすると、判例上、時間的・場所的近接性が要求されていないとの理解も、強ち誤っているとは言えない。

しかしながら、このような理解に対しては、以下の点で疑問がある。まず、この事案は時期的にかなり古いものであり、判決当時、戦後削除されることになる連続犯の規定である 55 条⁽⁴⁹⁾は依然として存在していた。そのため、この事案では、あくまでも包括一罪と連続犯のいずれが成立するかが争われていたことになる。つまり、少々雑な言い方をすれば、裁判所がどちらを選択したとしても、いずれにせよ結論は一罪という状況であった⁽⁵⁰⁾。言

(47) 刑集 17 卷 994 頁参照。

(48) 同様に、包括一罪として処理した事案として、大判大正 7 年 2 月 16 日刑録 24 輯 103 頁参照。

(49) 削除された旧 55 条は「連続したる数個の行為にして同一の罪名に触れるときは一罪としてこれを処断する」と規定していた。

うまでもなく、現在同様の事件が発生した場合には包括一罪と併合罪のいずれが成立するかが問題になるのであり、処断刑の上でも違いが出てくるので⁽⁵¹⁾、当時の議論をそのまま持ち込んで良いかは慎重に判断すべきと思われる。

また、大審院昭和13年判決は上記事案を包括一罪として処理しているが、そもそも、当時の大審院判決も一枚岩というわけではない。事案によっては異なる結論を導くものも存在するのであり、この事案の結論のみを過度に重視すべき理由は定かではない。例えば、殺人ではなく、放火が問題となった事案においては、複数の放火未遂行為の連続犯として処理した判決⁽⁵²⁾もある。殺人についても、この大審院昭和13年判決より以前に、連続犯として処理した事案⁽⁵³⁾もある。

そして、上記の大審院判決に対して、批判的な意見が当時から存在していたことも見過ごすべきでない。例えば、竹田直平は以下のように述べる。

「犯意継続せる場合に於ても、日時場所を異にし出発点に立戻って全く別個の手段方法を用いて数次の行為が為された場合には、少くとも普通人の常識に於ては数個の独立の未遂行為と一個の既遂行為ありと判断せられているように思われる。⁽⁵⁴⁾」〔下線筆者一註〕

以上の竹田の評釈は、包括一罪の成否の判断に際して時間的・場所的近接

(50) 竹田「判批」103頁参照。また、中野次雄『逐条改正刑法の研究』(良書普及会、1948)91頁も、かつては連続犯の規定が存在したため、「厳格に区別する実益が殆どなかった」と指摘する。

(51) ただし、古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムズ535号(1984)77頁はさほど変わらないと指摘する。

(52) 大判昭和11年3月23日法律新聞3969号14頁参照。

(53) 大判大正元年11月11日刑録18輯1362頁参照。なお、大審院昭和13年判決がこの判決を否定する趣旨であるかは定かではない。

(54) 竹田「判批」107頁以下参照。なお、岸「判批」1963頁も、大審院昭和13年判決の結論に反対する。これに対し、この判決を「私見と同様」であるとして、好意的に引用するものとして、只木誠「犯罪の単複」中央大学大学院研究年報法学研究科篇15号I-2(1986)165頁参照。

性を考慮するものであり、適切と思われる⁽⁵⁵⁾。上記のとおり、現在においては連続犯の規定がなくなったことにより、罪数をどう理解するかによって処断刑も異なってくるため、このような竹田の指摘は、より一層尊重されるべきではないだろうか⁽⁵⁶⁾。

(e) 機会の同一性との関係

なお、一部の判例においては、包括一罪の成否を判断する際に「機会の同一性」という点にも言及している⁽⁵⁷⁾。例えば、前掲の最高裁昭和24年判決⁽⁵⁸⁾においては、窃盗罪の接続犯を認めるにあたり「同一機会を利用した⁽⁵⁹⁾」ことが指摘されている。

時間的・場所的接接性を主観面の一体性に組み込む本稿の理解からは、機会の同一性という要素は以下のように整理できる。即ち、これは時間的・場所的接接性を満たした単一の出来事であることの別の表現として位置付けることができるのであり⁽⁶⁰⁾、その意味で機会の同一性が包括一罪の成否を判断する際に考慮されていることは適切と言える。もっとも、別の表現に過ぎないのであるから、機会の同一性を別個の要件として組み込む必要はない。また、機会の同一性という一纏めの表現においては、時間的接接性と場所的接接性が渾然一体と判断されることになるので、端的に時間的・場所的接接

(55) 近時の学説では、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015）310頁は大審院昭和13年判決に反対している。また、山口『総論』403頁も、「現行法の下では併合罪と解すべきとの指摘も可能」と述べる。その他、井田『講義総論』586頁、福田平『全訂刑法総論（第5版）』（有斐閣、2011）308頁以下参照。

(56) 前掲註48で言及した大審院大正7年判決について、結論として併合罪とすべきと主張する見解として、高橋則夫『刑法総論（第4版）』（成文堂、2018）528頁参照。

(57) 機会の同一性については、拙稿「包括一罪に関する議論の新動向（1）」上智法学論集54巻2号（2010）128頁以下（以下では、拙稿「新動向（1）」と表記。）においても、ごく簡単な検討を行った。

(58) 前掲註18参照。

(59) 刑集3巻8号1374頁参照。

(60) もっとも、東京高判平成5年3月29日判タ840号222頁は、ごく短時間の間になされた、同一場所での二件の窃盗について、「同一の機会を利用した」という要件が欠如しているとの理由で、包括一罪ではなく併合罪として処理している。この判決については、後掲三（3）（ii）（b）の議論を参照。

性を要求した方が、判断し易いと思われる⁽⁶¹⁾。

また、「機会の同一性」は、接続犯の事案においては認めやすいものの、連続的包括一罪の事案との関係では肯定しにくい。実際、最高裁平成26年決定においても「多数の機会⁽⁶²⁾」という表現がみられるように、また、詐欺罪の連続的包括一罪の事案である最高裁平成22年決定においても「同一機会」等の表現がなされていないことに、このことは表れている⁽⁶³⁾。勿論、機会という用語の意味を膨らますことで連続的包括一罪の事案も含めて「同一の機会」であると説明することも可能である。しかしながら、そのような手法を採ることで、先に説明した「単一の犯意」と同じく⁽⁶⁴⁾、連続的包括一罪の事案の実態から離れた説明になってしまいかねない⁽⁶⁵⁾。これらの点に鑑みると、仮に包括一罪の成立を認める際に機会の同一性に言及するとしても、接続犯の事案に限定し、かつ補助的なものにとどめるべきと思われる。

(2) 傷害罪及び傷害致死罪の包括一罪の場合

(i) 最高裁平成26年決定

(a) 意思の継続?

これまで述べてきた主観面の一体性についての理解を踏まえて、以下では、比較的最近、判例にて問題になった幾つかの事案につき検討を行う。ま

(61) これに対し、麻生光洋「判批」警察学論集47巻9号(1994)221頁(以下では、麻生「判批」と表記。)は、時間的・場所的近接性は機会の同一性と密接に関係し、機会の同一性の判断の際に考慮されるものの、「時間的接着性・連続性と場所的同一性が認められても、機会の単一性が認められない場合もあり得る」と指摘する。この点につき、後掲三(3)(ii)の議論を参照。

(62) 刑集68巻3号370頁参照。

(63) これ以外の連続的包括一罪の事案、例えば、最高裁昭和31年判決、東京高判昭和27年1月31日高刑集5巻3号315頁(業務上横領罪)、名古屋高判昭和34年6月15日高刑集12巻6号650頁(窃盗罪)、大阪高判昭和49年2月7日刑月6巻2号106頁(業務上横領罪)などにおいても、機会の同一性について特に言及はされていない。

(64) 前掲三(1)(ii)(a)の議論を参照。

(65) 拙稿「新動向(1)」128頁以下では、「機会の同一性を肯定できるのは、接続犯の事例のみであるという理解は、行き過ぎと思われる」と述べたが、「機会」という用語の中身が不明瞭になるため、本文における記述に改めることにした。

ず、本稿の冒頭で紹介した最高裁平成 26 年決定を採り上げることとする⁽⁶⁶⁾。

既に述べたように⁽⁶⁷⁾、最高裁平成 26 年決定の判示のうち、目を引くのが、「共通の動機から繰り返し犯意を生じ⁽⁶⁸⁾」という箇所である。そして、この判示部分と前述の最高裁昭和 31 年判決との擦り合わせが、学説によってなされていた⁽⁶⁹⁾。しかしながら、端的に言って、そのような作業は不要である。むしろ、この最高裁平成 26 年決定における「繰り返し犯意を生じ⁽⁷⁰⁾」という表現は、連続的包括一罪の事案における行為者の主観面の現実を率直に表現していると評価できる。そして、複数の行為が共通の動機に基づいているのであれば、主観的に同質のものであることが担保されていることになるので、行為者に対する一回の非難で足りると考えられる。

以上とは異なり、あくまでも何かしらの主観的な要素の継続を要求する場合、どう説明されるのだろうか。この点について、以下で引用する調査官解説が参考になる。

「被告人において、共通の事情（人間関係）を背景として、共通の動機から、繰り返し犯意が沸き起こったというものであり、犯意の発現は断続的であるものの、その基底において意思が継続している」と評価できると思われる⁽⁷¹⁾、「基底における意思の継続という点も踏まえると、責任の面でも一体的な非難の程度を検討することができると考えられる⁽⁷²⁾」〔下線筆者一註〕

このように、調査官解説は、動機が共通していることに着目して「基底に

(66) 事案の概要については、前掲一 (2) (i) の議論の参照。

(67) 前掲一 (2) (ii) の議論を参照。

(68) 刑集 68 卷 3 号 371 頁参照。

(69) 前掲一 (3) (i) の議論を参照。

(70) 刑集 68 卷 3 号 371 頁参照。

(71) 辻川靖夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 26 年度）』（法曹会、2017）94 頁（以下では、辻川「判解」と表記。）参照。

(72) 辻川「判解」95 頁参照。

において意思が継続している⁽⁷³⁾」ことを導いている。確かに、最高裁によると、A事件については「憂さ晴らしや面白半分という共通の動機⁽⁷⁴⁾」、E事件については「自己の力の誇示、配下の者に対するいたぶりや憂さ晴らしという共通の動機⁽⁷⁵⁾」に基づくものであることが認定されている。しかしながら、複数の行為の動機が共通しているからといって、被告人の「意思」が実際問題として何らかの形で「継続」していることを意味するわけではないだろう。ここでは、無理に「意思」の「継続」を認めることで、フィクションめいた説明に陥ってしまっていることになる。このように、主観面の単一・継続という点に固執すると、かえって主観面の一体性を説明するにあたり無理が生じてくると思われる。

(b) 時間的・場所的近接性

動機の共通性さえあれば主観面の一体性を肯定する上で十分と理解する場合であっても、別途、客観面での限定として、時間的・場所的近接性も要求されることになる。平成26年の事案をこのような観点からみると、以下のように述べることができる。

即ち、この事案を時間的な観点から見ると、全体として見ると月単位で犯行が行われており、かつ、その期間中に「多数回にわたり⁽⁷⁶⁾」暴行が行われているので、時間的近接性は満たされている。次に、場所的な観点からも、知人A方や自動車内ないしその付近という、緩やかではあるものの限定された範囲内で犯行がなされている。このように、本件では時間的・場所的近接性も認められるのであり、結論的に最高裁が傷害罪の包括一罪の成立が認めたことは支持し得る。

もっとも、時間的・場所的近接性の点についての上記説明に対しても、異論が有り得る。例えば、上記(a)でも引用した調査官解説は、以下のように述べる。

(73) 辻川「判解」94頁参照。

(74) 刑集68巻3号370頁参照。

(75) 刑集68巻3号371頁参照。

(76) 刑集68巻3号369頁等参照。

「日時の近接性という観点でも、約4か月（A事件）や約1か月（E事件）の枠内にあるとはいえるが、かなり長い期間であるし（期間の当初に生じた傷害は、重傷でない限り、期間中に治癒する可能性がある。）、その中での各暴行・傷害の機会の近接性（例えば、『ほぼ毎日』とか『週に2、3回の頻度で』など）」も、検察官は具体的な主張をしていない。それゆえ、日時の近接性は弱く、断続的に反復された犯行というべきであろう⁽⁷⁷⁾」

しかしながら、論者が言及する上記事情は、時間的・場所的近接性を依然として否定しない程度のものであると思われる。まず、犯行の全体が数か月に及ぶこと自体は、連続的包括一罪の成立が認められた他の事案でも見られるものであり、何も本決定の事案特有の事情というわけではない。また、「期間中に治癒する可能性がある⁽⁷⁸⁾」との点についても、仮に、本決定の事案で「期間の当初に生じた傷害⁽⁷⁹⁾」が治癒した後に暴行が継続したことが明確に認められた場合であっても、傷害を生じさせた暴行とその後の傷害を生じさせなかった暴行との間で一体性を肯定できるのであれば、傷害罪の包括一罪の成立を認めることに特に問題はなはずである⁽⁸⁰⁾。

さらに、検察官が個々の行為相互の近接性について「具体的な主張をしていない⁽⁸¹⁾」との点についても、以下のように考えられる。即ち、確かに、平成26年の事案において、各行為間に具体的にどの程度の間隔があったのかは定かでない。しかしながら、暴行自体は「多数の機会に⁽⁸²⁾」実行された旨、指摘されているのである。そして、被告人にとっては併合罪として処理されるよりも包括一罪として処理される方が有利であると考えられるので、最高裁が包括一罪の成立を認めたということは、各行為間に包括一罪の成立を阻害する程度の間隔は存在しない（＝包括一罪の成立を認めるために最

(77) 辻川「判解」92頁参照。

(78) 辻川「判解」92頁参照。

(79) 辻川「判解」92頁参照。

(80) 個々の暴行がそれぞれ（暴行罪ではなく）傷害罪の構成要件に該当する必要はないだろう。この点につき、橋爪「包括一罪の意義」116頁以下参照。

(81) 辻川「判解」92頁参照。

(82) 刑集68巻3号370頁及び371頁参照。

低限必要な近接性は存在する)ことを、裁判所は前提にしていると思われる。論者が述べる「日時の近接性は弱く⁽⁸³⁾」との点は、接続犯の事案と比較した場合に、連続的包括一罪の事案でみられる特徴という形で位置づけることができる。

(ii) 福岡地裁平成29年11月22日判決

(a) 事案の概要

最高裁平成26年決定では傷害罪の包括一罪の成立が認められたが、これと類似するものとして、傷害致死罪の包括一罪の成立を認めた福岡地判平成29年11月22日⁽⁸⁴⁾の事案を挙げることができる。傷害致死罪の包括一罪の成否が問題となったのは、罪となるべき事実のうちの以下の行為についてである⁽⁸⁵⁾。

被告人は、「A(当時41歳)に対し、①:平成27年5月17日頃、福岡県田川市γ×番××号の被告人方において、噴射した可燃性スプレーにライターで点火し、その火炎を同人の後頭部に浴びせかけ、同人に全治不明の後頭部熱傷の傷害を負わせ」、「②:同月21日頃、福岡市α区δ×丁目××番××号のホテルq6××号室において、全身熱傷に起因する肺炎等により衰弱し、そのまま放置すれば死亡する危険性の高い状態にあったAに対し、その頭部を電気ポット(平成29年押第40号符号3)で少なくとも1回殴打する暴行を加えて、同人に急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、よって、同月22日頃、福岡県内又はその周辺において、同人を肺炎に急性硬膜下血腫を合併したことによる呼吸不全により死亡させ⁽⁸⁶⁾」た。〔番号筆者一註〕

(83) 辻川「判解」92頁参照。

(84) LEX/DB25549168参照。

(85) 別途、常習傷害罪(暴力行為等処罰に関する法律1条の3)と死体遺棄罪の成立も認められ、併合罪として処理されている。なお、控訴審である福岡高判平成30年9月27日LEX/DB25449774では、被告人の殺意が認定されたため、傷害致死罪ではなく殺人罪の成立が認められた。

(86) LEX/DB25549168参照。

以上の行為につき、福岡地裁は以下のように述べた。

「被告人は、A が物音を立てたこと又は A が最後に使用した iPad が見つからないことを契機に A に対して怒り、火炎放射行為に及んだと認められる。また、（中略—筆者註）被告人は、自分が用意した 5 万円を A のせいで使うことになったと考え、そのことを A に話したところ、A がにこっと笑ったので、A に対して怒り、ポットによる暴行を加えたと認められる。さらに、（中略—筆者註）被告人は、③：同年 4 月末頃、B を旧「ホテル q8」敷地内に呼び出した際、一緒にいた A が B に話し掛けようとしたのを見て怒り出し、A の腹辺りを蹴ったこと、④：同年 5 月 7 日頃、B を田川市内の q2 に呼び出した際、被告人から買い物を頼まれた A が意図する物を買ってこなかったことに怒り出し、A の腹辺りを飛び蹴りするなどしたことが認められる（中略—筆者註）。

そうすると、被告人の A に対する火炎放射行為及びポットによる暴行は、被告人が、A と行動を共にすることが増える中で、A に対して些細な事で怒り、その怒りを晴らすためという共通の動機、目的で、1 か月に満たない短期間のうちに少なくとも 4 回繰り返していた暴行の一環と認められるから、前記〔1〕の傷害罪と〔2〕の傷害致死罪は、包括一罪の関係にあると考えるのが相当である。⁽⁸⁷⁾」〔下線及び番号筆者一註〕

(b) 若干の検討

本件では、上記①及び②の行為の罪数処理が問題となったところ、それらとは別個の③及び④の行為との関係も考慮しつつ、包括一罪の成立が認められている。まずは、これまで示してきた主観面の一体性の判断基準に従って、この事案の検討を行うこととする。

福岡地裁は、犯意という用語には特に言及することなく、「動機、目的」が共通していることに着目することで、傷害致死罪の包括一罪の成立を認めている。基本的な枠組みとしては最高裁平成 26 年決定に依拠しつつ、犯意

(87) LEX/DB25549168 参照。

への言及がないという意味では、それをもう一步進めたものとして理解することができる。

もっとも、この事案では、各行為が「共通の動機、目的」に基づくとされているものの、より細かく見ると、相違点も存在する。即ち、①の行為は、「Aが物音を立てたこと又はAが最後に使用したiPadが見つからないことを契機にAに対して怒⁽⁸⁸⁾」ったことが動機・目的となっているのに対し、②の行為は、「自分が用意した5万円をAのせいで使うことになったと考え、そのことをAに話したところ、Aがにこっと笑ったので、Aに対して怒⁽⁸⁹⁾」ったことが動機・目的となっている。つまり、一口に「Aに対して些細な事で怒り、その怒りを晴らすためという共通の動機、目的⁽⁹⁰⁾」と言っても、Aに対して怒ることとなった直接の原因・契機は、それぞれ異なっているのである。Aに対して怒ることとなった直接の原因がこのように異なっている以上、先に紹介した調査官解説のように、「基底において意思が継続している⁽⁹¹⁾」という観点から主観面の一体性を基礎づけることは、最高裁平成26年決定以上に困難と思われる。

もっとも、上記の違いを分かり易く例えると、①の行為の目的をax、②の行為の目的をayと置き換えることができる。そして、①・②共に共通因子aを含んでいるので、

$$ax + ay = a(x + y)$$

という形で整理することができる。このように、共通因子aに着目する限り、文字通り共通しており、同質性が担保されていることになる。それゆえ、x及びyという差異の存在も、行為者に対して一回の非難で足りることを否定するものとは思われない⁽⁹²⁾。

また、時間的・場所的接近性の点も、以下のように理解できる。即ち、本

(88) LEX/DB25549168 参照。

(89) LEX/DB25549168 参照。

(90) LEX/DB25549168 参照。

(91) 辻川「判解」94頁参照。

(92) ただし、これはあくまでも比喻であるので、axにおけるaの値が限りなくゼロに近い事案については、規範的に見て別個の非難が必要と評価することはできるだろう。

件における①及び②の行為は「1か月に満たない短期間のうちに少なくとも4回繰り返していた暴行の一環」として実行されているので、時間的にかなり近接していることが分かる⁽⁹³⁾。そして、実際の犯行場所も、福岡県及びその周辺とされているため、緩やかな場所的な一体性も認められるだろう。

以上のことからすると、包括一罪の成立を認めた結論は支持できる。

(c) 訴因外の事情の考慮？

福岡地裁平成29年判決との関係で、さらに検討を要するのが以下の点である。即ち、この事案で傷害致死罪の包括一罪が成立すると判示されたのは、①及び②の行為であるにもかかわらず、裁判所は、包括一罪の成否を判断するに際し、①及び②に先行する③及び④の行為を考慮し⁽⁹⁴⁾、これら4つの行為の間で包括一罪が成立するとしている。ということは、一見すると、包括一罪が成否を判断するに際し、訴因外の③及び④の行為も考慮されていることになる。それゆえ、この点の是非が問題となる。

この点は純粹に訴訟法上の問題として位置づけられるため、本稿において、この問題を全面的に採り上げることはできない。しかしながら、判決文を参照する限り、③や④の行為を考慮することで、初めて、①と②の行為の包括一罪が基礎づけられた、という趣旨まで読み取ることはできないと思われる。つまり、③や④の行為に言及せずとも、①と②の包括一罪の成立を認めることはできたと言える。そうであれば、本件において、訴因外の事情を考慮することによって、実体法上の罪数処理がいわば「操作」されたわけではないので、ことさら問題視する必要はないと思われる。

もっとも、本件を離れ、例えば、一か月に満たない期間内に26個の行為A～Zが連日行われ、一連の行為群の両端に存在する行為AとZのみが訴因を構成する場合はどうなるのだろうか。このような訴因構成の場合、純粹に行為AとZのみを観察する限り、場所的・時間的^レ近接性が欠如することに

(93) 判決文上は「少なくとも4回」となっているが、仮に4回のみしか行為が行われていない場合、行為相互の間隔が開くことを理由に併合罪となるという結論も有り得ないではないだろう。

(94) 時系列順で並べると、③→④→①→②となる。

なる。それにもかかわらず、この二つの行為間に位置する行為B～Yの存在も考慮することで、行為AとZも一か月に満たない短期間のうちに繰り返された行為の一環であると理解し、結論として包括一罪の成立が認められることはあるのだろうか。仮にこれが認められるとなると、訴因の構成の仕方によって、包括一罪となるか併合罪となるかが異なってくるという事態⁽⁹⁵⁾が生じにくくなるが、この点については問題を指摘するにとどめたい。

(iii) 横浜地裁平成10年10月13日判決

(a) 事案の概要

最高裁平成26年決定の調査官解説では、同決定以前の判例における傷害罪の罪数処理について紹介されており、その中には以下のような記述も見られる。

「同一被害者に対する傷害であっても、異なる機会に別個に犯意を生じて暴行を加え、それぞれ傷害を負わせたという事案では、検察官は、併合罪に当たるとの前提で、公訴事実を、各機会ごとに日時・場所・方法と傷害結果を特定して起訴することがあり、裁判所も、起訴に係る各事実が認められる場合、併合罪として罪数処理している。⁽⁹⁶⁾」

そして、このような例として、横浜地判平成10年10月13日⁽⁹⁷⁾の事案が引用されている⁽⁹⁸⁾。この事案では、被告人が、被害者に対して、出刃包丁

(95) 拙稿「被害者が複数の場合の包括一罪の成否(2・完)」上智法学論集62巻1=2号(2018)60頁以下では、このような事態が生じることを前提に、検討を行っている。

(96) 辻川「判解」87頁参照。

(97) 判タ1009号283頁参照。この事案は混合的包括一罪の成否との関係で引用されることが多い。城下裕二「混合的包括一罪の再検討」岩瀬徹=中森喜彦=西田典之(編)『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開上巻』(信山社、2014)340頁註24、内田文昭「混合的包括一罪について」寺崎嘉博=白取祐司(編)『激動期の刑事法学 能勢弘之先生追悼論集』(信山社、2003)356頁、拙稿「混合的包括一罪についての一考察」上智法学論集59巻3号(2016)154頁註139(以下では、拙稿「混合的包括一罪」と表記)参照。

(98) 辻川「判解」87頁参照。

で暴行を加えて顔面擦過傷の傷害を負わせ、その約5分後に、恐喝目的で同じく出刃包丁で暴行を加えて現金を喝取し、それによって頭部打撲の傷害を負わせており、これら二つの行為の罪数処理が争われた。弁護人は、二つの傷害を包括一罪としたうえで、第二行為により成立する傷害と恐喝は観念的競合が成立すると主張したが、横浜地裁は、以下のように述べ、傷害罪の包括一罪を否定している。

「確かに、判示第一の傷害と同第二の傷害は、同じ場所で、短時間の間に、同じ被害者に対して加えられたものである。〔原文改行一筆者註〕しかしながら、被告人の当公判廷及び捜査段階における供述、被害者の捜査段階における供述並びに診断結果などからすれば、判示のとおり、判示第二の傷害は、新たな犯意に基づく、判示第一の傷害とは別個の犯行と捉えることができる。⁽⁹⁹⁾」〔下線筆者一註〕

(b) 若干の検討

上記横浜地裁は、何故第二の傷害が「新たな犯意に基づく⁽¹⁰⁰⁾」かを、必ずしも明確には示していない。もっとも、同判決の罪となるべき事実を参照すると、第一の行為については、「自分の面子を潰されたと思い、憤激して⁽¹⁰¹⁾」実行されたこと、そして、第二の行為については、被害者が「第一事実記載の暴行により畏怖しているのに乗じて同人から金員を喝取しようと企て⁽¹⁰²⁾」て実行されたと記載されている。このことからすると、第二行為との関係で新たに認められる恐喝の故意の存在を理由に、「第二の傷害は、新たな犯意に基づく⁽¹⁰³⁾」と理解しているのかもしれない。

しかしながら、単に第二行為との関係で恐喝の故意が追加されているからといって、そのことから直ちに、二つの傷害の罪数を併合罪として処理する

(99) 判タ 1009 号 284 頁参照。

(100) 判タ 1009 号 284 頁参照。

(101) 判タ 1009 号 284 頁参照。

(102) 判タ 1009 号 284 頁参照。

(103) 判タ 1009 号 284 頁参照。

という結論が導かれるわけではないように思われる⁽¹⁰⁴⁾。横浜地裁も、第二行為は「第一事実記載の暴行により畏怖しているのに乗じて⁽¹⁰⁵⁾」実行されたと記載していることからすると、二つの傷害を発生させた暴行相互間には、一定程度主観面の連続性が存在している可能性もある。特に、第一行為の際の「自分の面子を潰されたと思い、憤激して⁽¹⁰⁶⁾」との事情が第二行為の際にも継続して認められるのであれば⁽¹⁰⁷⁾、包括一罪の成立を認めることができるだろう。

結局のところ、上記の調査官解説が言及する、「検察官は、併合罪に当たるとの前提で、(中略筆者一註) 起訴することがあり、裁判所も、(中略筆者一註) 併合罪として罪数処理している⁽¹⁰⁸⁾」事案のうち、「ある程度日時が

(104) なお、拙稿「混合的包括一罪」154頁註139において、この平成10年判決について、「もし仮に、犯行の途中で恐喝の故意が追加されていることのみをもって、傷害も新たな犯意に基づくと理解しているのであれば、妥当ではない。前述のとおり、傷害のみを見て、一体的評価が妥当するのであれば、併合罪として扱う実質的理由は欠如するからである。また、仮に『傷害』が新たな犯意に基づくとしても、傷害罪を構成する『暴行』と恐喝罪を構成する『暴行』との間で、なお一体的評価が妥当するの否かも検討する必要があるように思われる。」と述べた。

本文でも記載のとおり、恐喝の故意が追加されることで直ちに二つの傷害罪の併合罪となるわけではない、という点については、特に変更はない。ただし、それに引き続く箇所については、やや不明瞭なため、以下のように補足させて頂く。

この事案では第一行為及び第二行為の双方から傷害が発生しているため、仮に傷害罪の包括一罪の成立が認められるのであれば、第一行為との関係では評価から漏れる部分が存在しない。この点が、例えば、傷害罪と強盗罪の間で、暴行について部分的包括一罪の存在を理由に混合的包括一罪の成立を認める場合(傷害結果は、暴行の包括一罪からは食み出ることになる。)とは異なっている。それゆえ、二つの傷害罪について包括一罪の成立が認められるのであれば、あえて混合的包括一罪としての構成をとるよりも、弁護人の主張するように、端的に、傷害罪の包括一罪と、それと部分的に重なり合う恐喝罪との間で観念的競合が成立するの否かという構成の仕方も可能だろう。

仮に(包括一罪を構成する傷害罪と恐喝罪の両者が、部分的にしか重なり合っていない等の理由に基づき)この点について否定的に理解した場合、混合的包括一罪の成否が問題となる。そして、二つの傷害罪及び恐喝罪に含まれる一連の暴行について、包括一罪の実態が存在するのであれば、この点を理由に混合的包括一罪の成立を認めることが可能となると思われる。

(105) 判タ1009号284頁参照。

(106) 判タ1009号284頁参照。

(107) このような事情が恐喝の故意と併存して認められることは十分考えられる。

離れている事案⁽¹⁰⁹⁾」については、そもそも時間的・場所的接性が欠如していることになるので、併合罪として処理されることは自然である。また、平成10年判決のように、そうではない事案についても、主観面の一体性も認められない限り包括一罪の成立は認められないので、その点について事案ごとに慎重に検討する必要があるだろう。

（3）その他の犯罪の場合

（i）仙台高裁平成29年12月20日判決：器物損壊罪

（a）事案の概要

以上見たように、最高裁平成26年決定の枠組みは、その後の傷害致死罪の事例において引き継がれていた。それでは、傷害罪や傷害致死罪以外の犯罪が問題となった事案においてはどうかだろうか。

このような観点から近時の裁判例を見ると、例えば、器物損壊罪の包括一罪を肯定した仙台高判平成29年12月20日⁽¹¹⁰⁾の事案を挙げることができる。この事案では、被告人が平成28年12月4日から10日までの間に、福島県内の4か所の神社で行った複数の器物損壊行為の罪数が問題となった⁽¹¹¹⁾。仙台高裁は以下のように述べ、同罪の包括一罪の成立を認めている。

「被告人は、信仰する宗教で偶像崇拝が禁じられていることなどから神社の像などを壊そうと考え、もしさい銭箱に金があれば、それは神社が人々を騙して巻き上げた金だから、盗んで自分が使おうなどと考えて本件神社に赴き、〔1〕さい銭箱に鉄パイプを差入れて板の間を広げ、さい銭を盗もうとしたが盗めずいったん諦め、〔2〕拝殿に侵入し、そこから本殿には行けなかったので一度外に出て、〔3〕本殿に侵入し、〔4〕本殿内の木像を外に投げ付け

(108) 辻川「判解」87頁参照。

(109) 辻川「判解」87頁参照。

(110) LEX/DB25549409 参照。

(111) 器物損壊罪以外にも、窃盗罪や建造物侵入罪の成立も認められている。LEX/DB25549409 参照。

て壊した後、〔5〕さい銭箱に戻り、鉄パイプで板の間を広げて木の棒を差し入れ、〔6〕さい銭箱を傾けるなどしてさい銭約30円を盗み、〔7〕さらに境内入口付近の石像2体を鉄パイプで叩いて壊した、との事実経過が認められる。なお、〔1〕と〔5〕の行為のいずれかによってさい銭箱が格子木を外されて壊されたことは明らかだが、いずれによって外されたかは明らかでない。

これらの事実関係に照らすと、〔1〕又は〔5〕のさい銭箱に対する器物損壊は、〔4〕及び〔7〕の木像と石像に対する器物損壊と時間的場所的に接着しており、宗教的動機に根差す点も共通しているから、一連のものとして包括一罪と解すべきであり、さい銭箱に対する器物損壊だけを別罪として扱うことは相当でない。⁽¹¹²⁾〔下線筆者一註〕

(b) 若干の検討

以上の判決文を参照すると、被告人の宗教的動機が共通していることが主観面の一体性を肯定するにあたってポイントになっているので、やはり、最高裁平成26年決定と同様の枠組みが受け継がれていることが分かる。そして、先に見た福岡地裁平成29年判決と同様、犯意については特に言及がなされておらず、犯意という用語を使用しない裁判例は今後も蓄積されるのかもしれない。いずれにせよ、この点に特段の問題はない。

次に、被告人の動機の内容としては、判決文上は「信仰する宗教で偶像崇拜が禁じられていることなど⁽¹¹³⁾」と指摘されるにとどまる。仮に、ここでの「など」の中に偶像崇拜の禁止以外のものが含まれるとしても、宗教的なものであるという点で共通していれば、主観面の一体性は肯定されることになるだろう。

また、本件においては、動機が共通していることだけでなく、複数の器物損壊行為が「時間的場所的に接着して⁽¹¹⁴⁾」いる点への言及がされていることについても、適切と評価することができる。もっとも、ここで問題となっ

(112) LEX/DB25549409 参照。

(113) LEX/DB25549409 参照。

(114) LEX/DB25549409 参照。

ているのは、一つの神社内での複数の器物損壊行為であり、接続犯ないしはそれに近似する事案として位置付けることができるので、時間的・場所的接近性が満たされないケースは少ないと思われる。

(ii) 名古屋高裁平成 18 年 2 月 20 日判決：窃盗罪

(a) 事案の概要

最高裁平成 26 年決定よりも前のことになるが、窃盗罪の包括一罪の成立を認めた事案として、名古屋高判平成 18 年 2 月 20 日⁽¹¹⁵⁾を挙げるができる。事案の概要は以下のとおりである。

「被告人は、買い物に行くという妻を自動車に乗せて本件被害店駐車場に行き、妻を待っていたところ、店舗屋外の出入口近くの特売品コーナーに陳列してあったうどんが目について食べたくなり、付近に店員やガードマンがいないこともあって、うどん（乾麺）2 袋とだしの素 1 箱を持って、駐車場の自分の自動車の後部座席に置き、今度は、妻を捜しに店内に入ったが、陳列してあるトマトを見て食べたくなり、先ほど巧く盗むことができたのもう一度盗もうという気持ちが生じ、トマト 1 パックを手に取り、次いで、柿 2 個、梨 1 パックを手に取り、店舗正面出入口から駐車場に出て、自分の自動車の後部座席に置いたが、これら犯行は約 10 分の間に行われた⁽¹¹⁶⁾」〔下線筆者一註〕

このような事案につき、原審は「第 2 の犯行は新たに生じた犯意に基づくものである⁽¹¹⁷⁾」ことを理由に、二つの窃盗罪の併合罪として処理したのに対し、名古屋高裁は以下のように述べ、結論的には包括一罪として処理した。

(115) 判タ 1310 号 44 頁参照。この事案を含め、窃盗罪の包括一罪の成否が問題となった過去の事案を紹介したものとして、佐伯「連続的包括一罪」33 頁以下参照。

(116) 判タ 1310 号 45 頁参照。

(117) 判タ 1310 号 45 頁参照。

「窃盗罪の罪数を検討するに当たっては、被告人の主観面⁽¹¹⁸⁾だけではなく、窃取行為の時間的場所的關係、行為の態様、被害者の同一性などを総合して、考慮するのが相当である。この観点から本件犯行を見ると、被告人の各行為は、10分程度の短時間に敢行されていること、各被害品の置かれた場所は店舗の内と外の差があるとはいえ、店舗外の売場は出入口に隣接しており、店舗内のレジを通じて購入すべき仕組みになっていること、いずれの犯行も食料品を対象とした万引き事案であること、被害者も同一であることが認められ、被告人の前記供述を考慮しても、本件各犯行は包括して一罪の關係にあると判断するのが相当である。⁽¹¹⁹⁾」〔下線筆者一註〕

(b) 若干の検討

窃盗罪の包括一罪について検討を行った近時の文献は、判例は「包括的犯意を要求して連続的包括一罪を否定するものが多い⁽¹²⁰⁾」と指摘している。そして、実際、いわゆる接続犯の事案である東京高判平成5年3月29日⁽¹²¹⁾においても、厳格な判断がなされ、その結果併合罪として処理されている。

もっとも、比較的長期間にわたる複数の窃盗について、判例が包括一罪を認めた事例が全く存在しないわけではない⁽¹²²⁾。例えば、一年間の間に多数回に渡り窃盗を行った事案である名古屋高判昭和28年7月20日⁽¹²³⁾、六か月の間に十数回の窃盗を行った事案である東京高判昭和27年1月29日⁽¹²⁴⁾、四か月弱の間に24回に渡って窃盗を行った事案である名古屋高判昭和34年6月15日⁽¹²⁵⁾、二か月強の間になされた13回の窃盗の事案であ

(118) 裁判所によると、「被告人は、捜査段階から当審公判段階を通じて、当初から『盗めるだけ盗んでやれ』という気持ちがあったわけではなく、原判示第2の犯行の際に、新たな犯意を生じて犯行に及んだものである旨一貫して供述して」いた。判タ1310号45頁参照。

(119) 判タ1310号45頁参照。

(120) 佐伯「連続的包括一罪」33頁参照。

(121) 判タ840号222頁参照。評釈として、麻生「判批」214頁以下参照。

(122) 佐藤『実務大系』193頁以下〔山口〕参照。

(123) 高等裁判所刑事判決特報33号39頁参照。

(124) 高刑集5巻2号130頁参照。

る名古屋高判昭和28年6月25日⁽¹²⁶⁾、約一月の間の数回の窃盗の事案である東京高判昭和25年10月17日⁽¹²⁷⁾を挙げることができる。ただし、時期的にはかなり前の事案になる。

判例の状況は以上のとおりであるが、窃盗罪の場合に限って、最高裁昭和24年判決⁽¹²⁸⁾の事案のような接続犯の形でのみ包括一罪が成立し、連続的包括一罪の事案では一律に否定されなくてはならない理由は特に見当たらないと思われる⁽¹²⁹⁾。最高裁において、比較的長期間の及ぶ詐欺罪⁽¹³⁰⁾や傷害罪の包括一罪の成立が認められていること、また、下級審において、同じく財産犯である横領罪の連続的包括一罪が広く認められていること⁽¹³¹⁾に鑑みると、窃盗罪などにおいても同様の判例が登場したとしても、そうおかしいことではないだろう。比較的最近の事例として、広島高判平成13年7月19日⁽¹³²⁾は、一か月に及ぶ窃盗について、包括一罪の成立を認めている。

また、過去の裁判例においては、主観面の一体性をやや厳しい形で要求しているものも存在するが、この点についても、窃盗罪の場合に限ってハードルを高くしなくてはならない理由はないと思われる。例えば、平成5年判決

(125) 高刑集12巻6号650頁参照。

(126) 高等裁判所刑事判決特報33号35頁参照。ただし、「単純一罪の窃盗と認められないこともない」とも指摘しているため、佐伯「連続的包括一罪」33頁註28は、「かなり消極的な肯定事例」と位置付ける。

(127) 高等裁判所刑事判決特報15号5頁参照。

(128) 前掲註18参照。

(129) 佐藤『実務大系』195頁〔山口〕は、「裁判例をみると、同一場所から同種の物件を連続的に窃取した事案については、比較的長期間にわたって窃取が反復継続されている場合にも、犯意の単一性が認められる限り、これを包括一罪としている」と述べる。

(130) 拙稿「包括一罪の主観的要件についての一考察（1）」上智法学論集63巻1号（2019）54頁註21参照。

(131) 過去の裁判例については、佐伯「連続的包括一罪」32頁以下参照。最近のものとしては、例えば、福岡高判平成28年8月24日高等裁判所刑事裁判速報集（平28）号263頁の事案では、平成22年5月17日頃から平成24年1月13日頃までの間に、被告人が多数回にわたって合計827万円を着服横領した行為について、業務上横領罪の包括一罪の成立が認められている（なお、判決における争点は、検察官が233回にわたる横領行為を特定して起訴した事案において、原審が訴因変更等の手続きをとることなく概括的な認定を行ったことの是非である。）。

(132) 高検速報（平13）号195頁参照。

は、連鎖的な意思決定が存在するにもかかわらず、同一の機会を利用する意思が欠如している以上、単一の犯意とは認められないとしているが⁽¹³³⁾、過度の要求と思われる⁽¹³⁴⁾。

このような観点から見ると、上記名古屋高裁平成18年判決が、結論として窃盗罪の包括一罪の成立を認めたことは妥当と思われる。後半のトマト等の窃取は、先行するうどんの窃取に成功したことが契機となっているので、連鎖的な意思決定であることを根拠に、主観面の一体性を肯定することができるのである。また、二つの窃取行為は極めて近接しており、前掲一(3)(iii)で採りあげた【事例1】と同様、客観面に着目する限り、一体的に見ることに何ら問題はないだろう。

(iii) 札幌地裁小樽支部平成29年12月13日判決：監護者性交等罪

(a) 事案の概要

最後に、平成29年に新設された監護者性交等罪の罪数関係について興味深い判決が下されているので、簡単に紹介することにしたい。

札幌地小樽支判平成29年12月13日⁽¹³⁵⁾の事案は、当時16歳である被害者に対して、事実上の養父である被告人が、平成29年7月17日午後9時頃、監護者であることによる影響力があることに乗じて被害者と性交等を

(133) 判タ840号223頁参照。

(134) 仮にこの事案で窃盗罪の包括一罪の成立を否定するのであれば、機会の同一性ではなく、端的に主観面の一体性を否定すべきではないだろうか。東京高裁は「犯意の点について見ると、被告人は、第一の窃盗が成功したことから、引続き第二の窃盗を思い立ったものと推認されるので、第一の行為から『犯意を継続して』第二の行為に及んだといえないことはないが」と指摘するものの、「被告人は、各行為にあたり、それぞれ、店員の監視の隙を窺い、他の客にも怪まれないよう注意して、犯行の発覚を防ぐ必要があったのであり、第一の行為が成功したから、第二の行為も成功するであろうと期待し得る状況ではなかった」とも判示しているからである。もっとも、実際に犯行が発覚したわけではないので、主観面の一体性は否定されないとの評価も十分成り立つと思われる。

(135) 公刊物未登載だが、神元隆賢「判批」北海学園大学法学研究53巻4号(2018)107頁以下(以下では、神元「判批」と表記。)、同「児童福祉法違反(児童に淫行をさせる行為)罪、強制わいせつ・強制性交等罪、児童ポルノ製造罪の罪数関係」北海学園大学法学研究54巻4号(2019)及び堀田さつき「判批」研修843号(2018)19頁以下(以下では、堀田「判批」と表記。)にて紹介されている。

し、さらに、同月 20 日午前 5 時頃にも、同様の性交を行ったというものである。二回にわたる性交等の行為はそれぞれ監護者性交等罪に該当するとされ、その罪数処理については、以下のように判示した上で、併合罪とされている⁽¹³⁶⁾。

「監護者性交等罪の保護法益の一つである、個別の性交等についての性的自由ないし性的自己決定権は、その性質上、性交等の回数に応じて侵害されるものであり、また、その重要性に鑑みれば、複数回の侵害を包括評価することになじまないものである。よって、監護者性交等罪の構成要件を充足する複数回の性交等は、同一の被害者に対して、同一の監護関係の下、被告人の継続的な単一の犯意に基づき実行されたものであっても、当該性交等が時間的に近接しており、複数回との評価が形式的に過ぎるなどの事情がない限り、一体として評価されるものではなく、性交等の回数に応じた数罪の監護者性交等罪を構成するというべきである。本件においては、第一行為終了後、被告人及び被害者はそれぞれ通勤、通学をするなどし、二日半後には被告人は犯意を生じて第二行為を開始したものであるから、第一行為と第二行為との間に時間的近接性はなく、両者を一体として評価すべき事情は認められない⁽¹³⁷⁾」〔下線筆者一註〕

(b) 若干の検討

(136) この事案では、本文で記載した点以外にも、監護者性交等罪と児童福祉法上の児童淫行罪の罪数処理も争われているが、本稿ではこの問題には立ち入らない。両罪を観念的競合と理解する見解として、松田哲也＝今井将人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報 69 卷 11 号 (2017) 255 頁、橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば 70 卷 11 号 (2017) 11 頁（以下では、橋爪「性犯罪」と表記。）、神元「判批」113 頁、堀田「判批」25 頁参照。法条競合と理解する見解として、樋口亮介「性犯罪の規定の改正」法律時報 89 卷 11 号 (2017) 118 頁（以下では、樋口「性犯罪」と表記。）参照。また、深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑罰的規律」立教法学 97 号 (2018) 187 頁は、監護者性交等罪のみが成立すると述べる（監護者性交等罪は、「児童淫行罪に比べて更に加重された保護責任を有する者としての監護者のみを行為主体とする身分犯」（同 194 頁参照。）との理解を前提にしている。）。

(137) 神元「判批」109 頁、堀田「判批」21 頁以下参照。

この判決では、複数の監護者性交等罪が成立し、それらが同一の被害者に対するものであり、かつ、「継続的な単一の犯意に基づき実行されたものであっても⁽¹³⁸⁾」、時間的な近接性がない限り包括評価されないとされている。つまり、法益侵害の一体性と主観面の一体性に加えて、時間的な近接性⁽¹³⁹⁾も要求されているのであり、基本的な考え方としては妥当と評価できる。

これに対し、裁判所と同じく併合罪という結論を導くものの、異なる説明を行う学説も見受けられる。即ち、裁判所が「二日半後には被告人は犯意を生じて第二行為を開始した⁽¹⁴⁰⁾」という部分に着目した上で、「第二行為が第一行為と異なる新たな犯意により実行されたことで、接続犯とするための密着性、連続犯⁽¹⁴¹⁾とするための連続^[ママ]犯⁽¹⁴²⁾が否定されたものと思われる。とくに新たな犯意に基づく点は決定的⁽¹⁴³⁾」、と説明されているのである。

しかしながら、上記のような説明には、少々無理があるように思われる。上記の引用箇所にもあるように、裁判所は「二日半後には被告人は犯意を生じて第二行為を開始した⁽¹⁴⁴⁾」という記載の前に、「継続的な単一の犯意に基づき実行されたものであっても⁽¹⁴⁵⁾」、時間的な近接性等がない限り、包括評価は否定されると述べている。それゆえ、二日半後に被告人に生じた「犯意」は、基本的に第一行為についての犯意と単一のものが前提とされている余地もあるだろう。つまり、単一である「犯意」内で「犯意を生じ」たのであり、後半部分でいう「犯意」とは、犯罪を実行するにあたって一般的に生

(138) 神元「判批」109頁、堀田「判批」21頁参照。

(139) 時間的な近接性が要求されれば、それに伴い場所的な近接性も自ずと満たされることが多いと思われる。とりわけ、時間的な近接性が厳格に要求される場合はそうだろう。この点は、時間的・場所的な近接性のうち、時間的な近接性の方が問題とされているドイツの議論(前掲二(1)(iv)の議論を参照。)と類似している。

(140) 神元「判批」109頁参照。

(141) 論者は、本稿における連続的包括一罪に相当するものを「連続犯」と呼んでいる。

(142) 「連続犯とするための連続性」という趣旨であると推測される。

(143) 神元「判批」115頁参照。また、詳しく検討を行っているわけではないが、堀田「判批」28頁も、「本件のように、複数の行為の間に時間的な間隔があり、被害者が新たに犯意を生じているような事案」〔下線筆者一註〕と記述している。

(144) 神元「判批」109頁、堀田「判批」22頁参照。

(145) 神元「判批」109頁、堀田「判批」21頁参照。

じるもの、つまりそれが存在したとしても包括一罪の成立を否定しない性質のものが念頭に置かれていると考えることもできる。

また、「二日半後には被告人は犯意を生じて第二行為を開始した⁽¹⁴⁶⁾」という箇所も、それに引き続く箇所も併せて参照すると分かるように、時間的近接性を否定する文脈におけるものであることは明らかである。これまで論じてきたように、第二行為との関係で犯意や決意が存在するからといって、そのことから直ちに主観面の一体性を否定されると理解する必要はない。

なお、この判決で要求されている時間的近接性はかなり厳格なものであり、この点も特徴的である。これに従う限り、たとえ監護者性交等罪が反復して成立したとしても、接続犯もしくはそれ以上に近接している事案に限り、包括一罪を構成することになる。この判決はその理由として、同罪の保護法益の重要性に言及している⁽¹⁴⁷⁾。もっとも、過去の判例を参照すると、強姦罪（当時）の包括一罪の成否が問題となった事案において、包括一罪の成否を厳格に判断したものも存在するので^{(148) (149) (150)}、監護者性交等罪に

(146) 神元「判批」109頁、堀田「判批」22頁参照。

(147) 同旨、橋爪「性犯罪」11頁参照。もっとも、このように保護法益の重要性に着目することで、財産犯については広く連続的包括一罪の成立が認められていることの説明はできるが、他方で、身体というそれなりに重要性の高い法益を保護している傷害罪においても、最高裁判平成26年決定の事案のように、連続的包括一罪の成立が認められたこととの整合性が別途問題になる。あるいは、傷害と一口に言っても程度の差がかなりあり、切り傷のような軽微ものから、手足の切断や失明のように、かなり重篤なものも含まれているので、後者のようなケースでは、包括一罪の成否が厳格に判断される余地もあるのかもしれない。このように考えるのであれば、包括一罪の成立に必要な時間的・場所的近接性は、侵害された法益の種類だけでなく、その量によっても異なってくることになる。この点については、今後の検討課題としたい。

(148) 仙台高秋田支判昭和29年2月2日高等裁判所刑事判決特報36号87頁は、薪小屋で被害者を姦淫後、約150メートル離れた被告人の自宅でさらに姦淫したという事案につき、「これを二個の行為と認定した」原审の判断を是認した。もっとも、ここでは観念的競合の成否が問題となっているわけではないので、行為が一個か二個かを論じるという枠組みが適切かは疑わしい。

これに対し、名古屋高判昭和30年4月21日高等裁判所刑事裁判特報2巻9号360頁は、午後八時頃から九時頃までになされた三回の姦淫につき、一罪として処理している。

(149) これとの関係では、強姦を新たな決意なしに反復することは不可能と述べるホーニツヒの見解（前掲二（4）（i）（c）の議論を参照。）も参考になる。もっとも、決意という点を強調する必要はない。

についても、同様と理解することができる。

また、これとは反対に、最高裁平成26年決定の枠組みに依拠することで、監護者性交等罪が反復された場合に、上記よりも広い範囲で包括一罪の成立を認める可能性について、一部の学説により指摘されている⁽¹⁵¹⁾。しかしながら、主観面の一体性それ自体については最高裁平成26年決定に依拠したとしても、包括一罪の成立を認めるためには、それとは別に時間的・場所的近接性が必要と理解すべきであり⁽¹⁵²⁾、しかも、近接性の程度は犯罪によって異なると考えられる⁽¹⁵³⁾。それゆえ、最高裁平成26年決定を支持するからといって、監護者性交等罪の包括一罪が広範囲で認められるということは考え難い。

四 結語

本稿では、ドイツにおける自然的行為単一の議論を参照しつつ、我が国における包括一罪の主観的要件について検討を行った。本稿の内容を簡単にまとめると、以下のとおりとなる。

- ① 包括一罪の成立を認めるためには、法益侵害の一体性の他に、主観的要件として主観面の一体性が必要となる。この主観面の一体性の内容として、最高裁昭和31年判決が言及する「単一の犯意」が重視される傾向がみられるが、「単一」であることは必ずしも必須ではない。特に、連続的

(150) 厳格に判断したとはいえ、強姦罪においても包括一罪の成立を認めた事案が存在することは、同一の被害者に対する事案において、保護法益の重要性を理由に法益侵害の一体性が常に否定されているわけではないことになる。むしろ、実行された複数の強姦罪の被害者がそれぞれ異なるのであれば、法益侵害の一体性は否定されることになる。

(151) 橋爪「性犯罪」11頁、樋口「性犯罪」118頁参照。

(152) 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)第9巻』(青林書院、2013)79頁〔亀山継夫＝河村博執筆〕も、「同一被害者を数回にわたって姦淫した場合には、犯行の時間的、場所的接着性等犯行の態様によって包括一罪と認められる場合と併合罪と認めるべき場合とがあらう」と述べる。

(153) 前掲註147も参照。

包括一罪が広く承認されている現状では、これに固執するとかえって無理が生じるおそれがある。

- ② 主観面の一体性が要求されているのは、それが存在することで、行為者に対して一度の非難で足りると評価できることを担保するためである。そのような評価は、犯意だけでなく、動機や目的が同質である場合においても、なお成立する。それゆえ、最高裁平成26年決定が「共通の動機から繰り返し犯意を生じ」た事案において包括一罪の成立を認めたことは支持できる。
- ③ もっとも、主観面の一体性をこのように理解し、かつ、客観的要件として法益侵害の一体性のみ必要と理解すると、個々の行為相互の関係を規制する客観的要件が欠落し、その結果、包括一罪の成立範囲が際限なく拡張するおそれがある。そこで、包括一罪の要件の中に法益侵害の一体性とは別の客観的要件である時間的・場所的接性を組み込むことが必要となる。
- ④ 時間的・場所的接性を包括一罪の要件の中に組み込むとしても、これを法益侵害の一体性と主観面の一体性と共に並列させると、包括一罪の成否が総合判断となることで、結局は判断の中身が不明瞭になってしまうおそれがある。そこで、時間的・場所的接性の要件は、主観面の一体性の内部に組み込むことで対応すべきと思われる。あくまでも客観的な行為の一体性が存在することを前提に、主観面の一体性が認められることで、行為者に対して一度の非難で足りると評価することができるからである。

本稿の検討は、ここまでである。個別の事案については網羅的な検討を行えたわけではないが、前稿及び本稿によって、包括一罪の中の反復類型についての基本的な枠組みについては論じたつもりである。今後、ご批判頂けると幸いである。また、関連する罪数論上の問題については、今後の研究に委ねたい。

（清和大学法学部非常勤講師）