

---

種 別： 論説

タイトル： かすがい現象をめぐる近時の議論

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 65 卷 1-2 合併号（令和 3 年 10 月）53-79 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

---

# かすがい現象をめぐる近時の議論

青木 陽介

---

1. はじめに
2. ドイツにおける近時の判例
  - (1) 従来の議論の到達点
  - (2) 近時の判例の紹介
  - (3) 若干の検討
  - (4) 法定刑の軽重に着目する見解
3. 結語

## 1. はじめに

罪数論上の問題の一つであるかすがい現象について、筆者は以前若干の考察を行った<sup>(1)</sup>。筆者の結論は、かすがい現象を構成するすべての犯罪、つまりかすがいとなるX罪（またはX罪を構成するX<sub>1</sub>罪・X<sub>2</sub>罪・X<sub>3</sub>罪…）と、この犯罪とそれぞれ科刑上一罪の関係に立つA罪・B罪のすべてを一罪として処理してよく、仮にA罪とB罪しか存在しない場合にそれらが併合罪の関係に立つとしても、そのことをX罪・A罪・B罪全体の罪数処理の際に考慮する必要はない、というものであった<sup>(2)</sup>。また、このような結論へ

- 
- (1) 拙稿「かすがい現象についての一考察（1）・（2・完）」上智法学論集57巻1=2号（2013）153頁以下、57巻3号（2014）149頁以下（以下では、拙稿「かすがい（1）」・「かすがい（2）」と表記。）参照。なお、この論文を含めた既発表の罪数に関する論文をまとめたものとして、拙書『包括一罪の研究』（成文堂、2021刊行予定）（以下では、拙書『包括一罪』と表記。）参照。なお、本稿は上記拙書を補足する趣旨で執筆したものである。
  - (2) 拙稿「かすがい（2）」168頁以下、拙書『包括一罪』第5章第3節参照。

到達する過程で、ドイツにおけるかすがい作用 (Klammerwirkung) の議論、とりわけ各種のかすがい外しの方法についての議論を紹介したが、そのような形でかすがいを分断することは妥当でないとも主張した<sup>(3)</sup>。

筆者は、以上のような考察の結果を現時点においても維持すべきと考えている。他方で、前稿公刊後、ドイツの連邦通常裁判所において新たな動きが見られ、これまでとは異なる手法でかすがいとなる X 罪を分断する判例が登場した。そこで、前稿を補足し、また比較法的な知見を共有する趣旨の下、本稿においてこの新しい判例の紹介をした上で、若干の検討を行うこととする。

## 2. ドイツにおける近時の判例

### (1) 従来の議論の到達点

ドイツの判例<sup>(4)</sup> (および多くの学説<sup>(5)</sup>) は、複数の犯罪の実行行為が部分的に (teilweise) 一致していれば所為単一 (Tateinheit) または観念的競合 (Idealkonkurrenz) が成立すると理解している。その結果、時間的に広がりのある犯罪 (X 罪) がかすがいとなり、同罪との間でそれぞれ部分的同一性が認められる A 罪・B 罪を含め全体が一罪として処理される。もっとも、これを無条件に認めることで生じる不都合を回避するため、判例は法定刑の軽重に着目してかすがい外し (Entklammerung) を行っていた<sup>(6)</sup>。

さらに、判例は、特定の犯罪がかすがいとなる事案において、かすがいとなる X 罪を分断する手法を用いることにより、全体が一罪として処理され

---

(3) 拙稿「かすがい (1)」179 頁以下、拙書『包括一罪』第 5 章第 2 節参照。

(4) 帝国裁判所が提示したいわゆる公式 (Formel) について、vgl., RGSt. 32, 137ff. また、最近の事例として、vgl., BGHSt. 63, 1ff. (8f.) = NJW 2018, 2905ff. (2907) = NStZ 2019, 89ff. (91) ; BGH NStZ 2019, 413f. (413)

(5) Vgl., zB, Ruth Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 13 Aufl., 2020, § 52 Rdn. 21 ; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 33 Rdn. 82.

(6) 議論の詳細については、拙稿「かすがい (1)」170 頁以下、拙書『包括一罪』第 5 章第 2 節第 1 款第 2 項参照。

ることを回避していた<sup>(7)</sup>。具体的には、まず連邦通常裁判所 1967 年 2 月 17 日判決<sup>(8)</sup>は、継続犯である酩酊運転の罪の途中で事故を惹起し、その後逃走した被告人との関係で、事故後の運転は、それについての新たな決意 (ein neuer Fahrentschluß) に基づくことを根拠に同罪が分断されると判示した。さらに、連邦通常裁判所 1989 年 3 月 16 日判決<sup>(9)</sup>は、継続犯である武器法 (Waffengesetz) 違反の罪との関係で、武器を不法所持および携帯していた被告人が当該武器を使用して強盗的恐喝罪を実行した事案につき、以下のよう  
に判示して武器法違反の罪の分断を基礎付けた。

武器の所持及び携帯は、それに結び付いた一般的に認められる危険性に着目して、刑が科されている。それゆえ、それらの可罰性は、行為者が武器を用いて他の犯罪を実行するつもりであることを要件としていないし、また、武器を他の犯罪活動に利用することを当初から意図していなかったとしても、排除されない。その限りでは、武器法違反の罪は、無免許運転の罪や酩酊運転の罪のような継続犯と類似している。これらは、通常他の犯罪と結びついておらず、その意味で、129 条が規定する犯罪団体の結成の場合とは根本的に異なる。129 条の犯罪においては、団体の目的に沿う犯罪を行う決意やその実行は、それにより継続犯を二つの部分に分割 (trennen) することを可能とする、決定的な断絶 (entscheidende Zäsur) を意味しない。これとは異なり、武器法違反の罪の場合、武器を他の犯罪行為で使用するとその行為者の

---

(7) 拙稿「かすがい (1)」179 頁以下、拙書『包括一罪』第 5 章第 2 節第 3 款参照。また、これ以外にも、ドイツの判例 (BGHSt. 40, 138ff.) による連続犯の解体も、結果的にはかすがい作用により全体が一罪となる事案を少なくすることに寄与したと言える。連続犯の解体によりかすがい作用の問題の重要性が低下したことについては、vgl., Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl., 2020, § 52 Rdn. 20.

(8) Vgl., BGHSt. 21, 203ff.

(9) Vgl., BGHSt. 36, 151ff. = JR 1990, 161ff. (Anmerkung: Wolfgang Mitsch) これを踏襲した判例として、連邦通常裁判所 1994 年 3 月 29 日決定 (BGH JR 1995, 168ff. (Anmerkung: Volker Erb)) 参照。また、武器の使用が正当防衛で正当化される場合であっても分断はなされる、というのが判例の立場である。この点につき、vgl., BGH NStZ 1999, 347; BGH NStZ 2012, 452f.

決意は、少なくとも、当該犯罪が武器法違反の罪よりも重い (schwerer wegen) 場合には、決定的な中断 (Einschnitt) を意味する<sup>(10)</sup>。

上記の判示に対して、筆者は以下のような批判的な主張を行った<sup>(11)</sup>。即ち、継続犯の途中で他の犯罪を実行したとしても、新たな決意が存在するのはその別の犯罪との関係においてであり、かすがいとなる継続犯との間でそれが認められるわけではないだろう<sup>(12)</sup>。結局のところ、他の犯罪の実行という規範的な事情を、ドイツの判例のように、新たな決意の有無という行為者の内心の枠内で考慮することには無理があるのではないか、と。

ところで、この1989年判決は武器法違反の罪の分断を基礎付ける際に、犯罪団体の結成の罪であるドイツ刑法129条との比較を行っている。同条は、(現在の条文に従って説明すると、) 第1項第1文において、その目的または活動が犯罪行為の遂行に向けられた団体を設立した (gründen) 者や、構成員としてその団体に関与した (beteiligen) 者を5年以下の自由刑または罰金で処罰し、また、同項第2文にて、そのような団体を支援し (unterstützen)、または構成員を募った (werben) 者を3年以下の自由刑または罰金で処罰する<sup>(13)</sup>。かすがい作用との関係で問題となるのが、第1文第2行為態様<sup>(14)</sup>として規定されている、団体の構成員による関与行為<sup>(15)</sup>である。上

---

(10) Vgl., BGHSt. 36, 151ff. (153)

(11) 拙稿「かすがい (1)」184頁、拙書『包括一罪』第5章第2節第3款参照。

(12) 判例に対する同様の批判として、vgl., Wolfgang Mitsch, Anmerkung, JR 1990, 162ff. (163); Ingeborg Puppe, Die Lehre von der Tateinheit, JuS 2017, 503ff. (506); dies., Anmerkung, JZ 2016, 478ff. (479).

(13) 法務省大臣官房司法法制部(編)『ドイツ刑法典』(法曹会、2007)97頁を参照したが、現在の条文とは異なっているので、適宜変更した上で説明した。現在の条文については、vgl., statt vieler, Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 68 Aufl., 2021 (im folgenden zitiert als „Fischer, StGB“), § 129 Rdn. 1ff. また、アルント・ジン(仲道祐樹=大関龍一訳)「ドイツにおける組織犯罪に対する法的措置の発展状況について」比較法学53巻2号(2019)141頁以下参照。なお、ドイツ刑法129条を含めた組織犯罪についての近時の日本語文献として、アルントウ・ジン(四方光訳)「ドイツ及びヨーロッパにおける組織犯罪対策の概観」比較法雑誌53巻4号(2020)93頁以下参照。

(14) ドイツ語の原文では Variante と表記するのが一般的だが、分かりやすさも考慮して本文のように行為態様と記載した。

記の団体に属する構成員が、団体の活動として他の構成要件に該当する行為（A 罪・B 罪）を実行した場合、当該団体に関与する行為（X<sub>2</sub>罪）も行ったことになるので、A 罪（B 罪）と X 罪の間で所為単一が成立する<sup>(16)</sup>。そして、当該構成員が上記以外の関与行為（X<sub>1</sub>・X<sub>3</sub>…）も行っている場合、関与行為すべて（X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>・X<sub>3</sub>…）が構成要件的行為単一となるので、結局、129 条の関与罪がかすがいとなり全体が一罪となる。そして、上記の 1989 年判決によると、このように時間的に広がりのある形で成立する 129 条の関与罪の途中で A 罪（B 罪）が実行されたとしても、そのことによって 129 条の関与罪（X<sub>1</sub>と X<sub>2</sub>…の間）は分断されない、というのであった。となると、かすがい作用に基づいて全体が一罪となることが否定されるのは、法定刑の軽重に着目してかすがい外しをする場合に限られることになる。

そうすると、判例が分断を認めた一部の犯罪と比較すると、129 条の関与罪の場合にかすがい作用が働く事案が相対的に多くなる。その結果、かすがいを構成する一部の犯罪のみ先行して有罪判決が下されることで、残りの犯罪が事後的に発覚した場合であってもそれらを訴追できないという不都合が発生しやすくなりそうであるが<sup>(17)</sup>、判例自身は別の方法でこの点に対処している。即ち、連邦通常裁判所第 3 刑事部 1980 年 6 月 11 日判決<sup>(18)</sup>は、前

(15) なお、団体の構成員が団体を支援する、又は構成員を募るといって団体に関与した場合、一見すると関与する・募る・支援するという行為類型の全てに該当しそうに見えるが、実際にはそうではない。第 2 文の「募る」や「支援する」という行為態様はあくまでも非構成員による行為を前提にしているため、同じ行為を団体の構成員が実行した場合は「関与する」に該当することとなる。各行為類型の一般的な解説として、vgl., Fischer, StGB, § 129 Rdn. 34ff.; Kai Lohse, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5 Aufl., 2021 (im folgenden zitiert als „SSW-StGB/Lohse“), § 129 Rdn. 35ff.; Helmut Haberstumpf, Konkurrenzprobleme bei der Anwendung der Paragraphen 129 und 129a StGB, MDR 1979, 977ff. (978f.)

(16) Vgl., BGHSt. 29, 288ff. (290)

(17) この問題について検討した文献として、zB, Gerald Grünwald, Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§ 129, 129a StGB, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979 (im folgenden zitiert als „Grünwald, Verbrauch“), S. 737ff.; Hermann Krauth, Zum Umfang der Rechtskraftwirkung bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller und terroristischer Vereinigungen, in: Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht, 1985, 215ff.

(18) Vgl., BGHSt. 29, 288ff.= NSStZ 1981, 72ff. (Anmerkung: Peter Rieß) この判決については、

訴にて129条の関与罪(X罪)と文書偽造罪<sup>(19)</sup>(A罪)で有罪判決を受けている被告人らが、同じ団体の活動として謀殺罪(B罪)を実行した事案につき、129条の罪よりも謀殺罪の法定刑の方が重いにもかかわらず作用を否定し<sup>(20)</sup>、謀殺罪(B罪)と前訴の文書偽造罪(A罪)は実在的競合(Realkonkurrenz)の関係に立つと判示した<sup>(21)</sup>。他方で、本件の謀殺罪(B罪)と129条の罪(X罪)の間で所為単一の成立が否定されるわけではないので、裁判所はこれらを実体法上一罪と理解したが、公訴提起の消耗(Strafklageverbrauch)<sup>(22)</sup>を否定することで、事後的に発覚した129条よりも重い謀殺罪の訴追を認めた<sup>(23)</sup>。つまり、実体法上一罪を構成する複数の犯罪<sup>(24)</sup>を訴訟法上数罪として処理することで、問題解決を図ったこととなる<sup>(25)</sup>。

---

倪潤「罪数論と一事不再理効の關係の再構成(1)」北大法学論集65巻6号(2015)2225頁[36]以下、辻本典央『刑事手続における審判対象』(成文堂、2015)72頁以下(以下では、辻本『審判対象』と表記。)、仲道祐樹「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑事法ジャーナル48号(2016)29頁註93、只木誠『罪数論の研究(補訂版)』(成文堂、2009)240頁以下(以下では、只木『罪数論』と表記。)参照。なお、この判決に従った比較的新しい事案として、連邦通常裁判所2009年12月23日決定(BGH NSz 2010, 445ff.)参照。

- (19) 被告人らは他の犯罪も実行しているが、説明の便宜上省略する。本文中のB罪との関係でも同様。
- (20) この点につき、1980年判決は連邦通常裁判所1952年8月29日判決(BGHSt. 3, 165ff.)を引用している。この判決は、X罪の法定刑がA罪・B罪のうちの片方よりも軽い事案においてかすがい外しを行っている。もっとも、後に連邦通常裁判所は1982年3月26日決定(BGHSt. 31, 29ff.)において、X罪よりもA罪・B罪の片方だけが重い事案においてはかすがい作用は否定されないと判示し、現在に至っている。
- (21) Vgl., BGHSt. 29, 288ff. (291f.)
- (22) ドイツ基本法103条3項は同一の所為(Tat)につき重ねて処罰されないと規定しており、これに基づきドイツにおいても一事不再理効が認められている。即ち、既に判決が下されている所為については、公訴提起が消耗(消滅)しており、再度の訴追は許されない。この制度の説明については、只木『罪数論』237頁以下も参照。
- (23) Vgl., BGHSt. 29, 288ff. (293ff.)
- (24) もっとも、1980年判決はA罪とB罪の関係を実在的競合としているのであり、文字通り全体が実体法上一罪とされた事案ではない点に注意すべきである。
- (25) このような実体法と手続法上のズレを支持する見解として、只木『罪数論』257頁参照。

## (2) 近時の判例の紹介

以上のような 129 条が問題となった事案における連邦通常裁判所の処理方法は、同じく第 3 刑事部の 2015 年 7 月 9 日決定<sup>(26)</sup>によって否定されることとなった。ただし、以下で見るように、犯罪団体に属する構成員が他の構成要件 (A 罪・B 罪) に該当する行為を実行した場合、その犯罪と 129 条の関与罪 (X 罪) の間で所為単一が成立するという点は従来の判例どおり維持されている。異なるのは 129 条の関与罪が一罪となる範囲の方であり、従前とは異なり、129 条の関与に該当する個々の行為のすべてが、時間的に広がりのある形で一罪となることが否定されたのである。しかも、その手法は、前述の武器法違反の罪との関係で 1989 年判決が示したものと異なっており、注目に値する。そこで、以下ではこの判決の内容を紹介することとする。

事案は以下のとおりである<sup>(27)</sup>。極右思想を持つ被告人らは、2011 年 4 月に「ラーデ友好グループ」 („Freundeskreis Rade“<sup>(28)</sup>) という団体を設立した。この団体は、移住者や左翼思想の者を「自分達の縄張り」 („ihrem Revier“) から追い払うか、少なくとも畏縮させるという目的を有していた。被告人らは、デモ活動のような共同活動や通常の集会に参加することをお互い義務付けられていると意識しており、他の構成員が同様の行動をとることについても期待していた。また、彼らは、共通の高次の目的 (団体の目的)こそが、絶対的な優先事項であり、個人的な関心事はそれよりも劣後させる必要があると理解していた。

以上のような目的を、一方では、被告人らは敵対者に対して公共の場で脅迫し、畏縮させ、また虐待し、それにより被害者らの安全感を著しく毀損さ

(26) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. = NJW 2016, 657ff. = NStZ 2016, 464ff. = JZ 2016, 473ff. (Anmerkung: Ingeborg Puppe) = StV 2016, 499f. (Anmerkung: Nikolaos Gazeas). Vgl. auch, Jan van Lessen, Handlungseinheit und Strafklageverbrauch bei mitgliederschaftlicher Beteiligung nach §§ 129, 129a StGB, NStZ 2016, 446ff.

(27) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (309f.) なお、本文中に記載した事案の概要と決定文の紹介部分は逐次翻訳したのではなく、適宜省略等を行っている。

(28) Rade という語は、地名 Radevormwald のことである。

せることで達成しようとした。その際、武器または危険な物体を投入することや刑事訴追を免れるため覆面を使用することも意図されていた。それと並んで、この団体は自らのインターネットサイトを運営しており、そこでは異郷の者や左翼思想の者に対する攻撃的な主張を展開され、また、参加者の主義に合致した催しについて報告がなされていた。最終的に被告人らは、異郷の者や他の思想の者への誹謗のための、また彼らを畏怖させる用のポスターやステッカーを、自分達の縄張りにて掲示するため作成した。

本件で具体的に問題となったのは、2011年4月から2012年3月までの間、被告人らがそれぞれ実行した危険傷害罪・強要罪・器物損壊罪等の犯罪行為についてである。原審であるケルン地方裁判所は、これらの犯罪を、ごく一部を除き、上記の団体の目的の現れ (Ausfluss) としての活動であると評価した。その際、被告人 R は首謀者 (Rädelsführer) として認められた。彼は、グループの精神的な首領 (geistiger Kopf) として、他の構成員の話し相手・助言者であった。また、2012年4月における、グループの公衆からの撤退などの行動についても、彼がコーディネートしていた。残りの被告人らは、上記の犯罪行為を実行するだけでなく、団体の通常集会にも参加していた。それに加えて、被告人 Ko は団体のインターネットサイトの管理を行っており、そこで使用する素材を提供していたのは被告人 H と Ku であった。被告人 D は新たな構成員の募集を行っていた。

原審は<sup>(29)</sup>、被告人 R につき、犯罪団体の首謀者としての罪と危険傷害罪の間で所為単一が成立し、それとは別に国民煽動罪 (Volksverhetzung)<sup>(30)</sup> が成立することを認めた。被告人 Ko については、犯罪団体の構成員としての罪2件が成立し、うち1件は器物損壊罪と所為単一となり、もう1件は危険傷害罪と所為単一となると判断した。被告人 D は、犯罪団体の構成員としての罪3件が成立し、うち2件は危険傷害罪と所為単一に立ち、残る1件については強要罪と所為単一の関係に立つと判断された。被告人 H については、犯罪団体の構成員としての罪が認められた。被告人 S<sup>(31)</sup> は、犯罪団体

(29) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (308f.). 各被告人の具体的な宣告刑は省略する。

(30) ドイツ刑法 130 条参照。

(31) 被告人 S については、2011年4月20日に実行した危険傷害罪の犯行につき、本件に

の構成員としての罪 2 件がそれぞれ強要罪と所為単一の関係に立つ形で成立し、さらにうち 1 件は危険傷害罪の未遂との間でも所為単一となり、もう 1 件は傷害罪と所為単一になると判断された。被告人 Ku については、犯罪団体の構成員としての罪と危険傷害罪の所為単一となると判断した。

上記の原審の判決に対し、被告人らがそれぞれ上告したのが本件である。これに対する連邦通常裁判所の判示は、以下のとおりである<sup>(32)</sup>。

3<sup>(33)</sup> . 地方裁判所により認定された、個別の犯罪行為相互の競合関係 (Konkurrenzverhältnisse) につき審査した結果、被告人らに不利益な形での法的誤りは見出せない。

確かに、原審は、別個の犯罪行為が同時に 129 条にも該当する形で実行された場合にどの範囲でかすがい作用により所為単一となるのかについて、連邦通常裁判所の基準に従って判断していない。この基準によると、かすがいとなる犯罪が、複数の相互に分離して実現された犯罪行為のうちの片方と同等の重要性 (annähernde Wertgleichheit) があるか、又は最も重ければよい。これに対し、原審はかつての判例<sup>(34)</sup> の見解に依拠し、かすがいとなる犯罪により結び付けられる犯罪のうち、かすがいとなる犯罪よりも重いものが一つしかない場合に、直ちにかすがい作用を否定している。

しかしながら、法的な吟味の結果、原審による結論は維持される。当裁判所は、犯罪 (またはテロ) 団体の構成員によるすべて (all) の活動が一つの構成要件の行為単一 (tatbestandliche Handlungseinheit) へとまとめられるという従来判例を放棄 (aufgeben) する。むしろ、ある行為が同時に他の刑罰法規 [A 罪に相当—筆者註] を充足することで、団体の目的やその他の利益

---

先立ちヴッパータール区裁判所 (AG Wuppertal) の有罪判決を受けていたとのことである (Vgl., van Lessen, NSZ 2016, 446ff. (446))。この犯行も団体への関与に該当する形で実行されたものであるため、本件の犯行との関係で前訴の公訴提起の消耗が及ぶのではないかが問題となっていたとのことである。

(32) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (311ff.) なお、段落の始まりに記載された番号やアルファベットの原文のものである。

(33) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (311f.)

(34) Vgl., BGHSt. 3, 165ff.

に奉仕する場合、そのような結合はなされない (unterbleiben)。このような行為は刑法 52 条に従って 129 条 [X 罪に相当—筆者註] との間で所為単一とはなるものの、——一般的な原則に従い (nach allgemeinen Grundsätzen) そうでないことが判明しない限り——他の犯罪行為 [B 罪に相当—筆者註] との間で、また団体の構成員としてのその他の行為の全体 [A 罪と所為単一の関係に立つ X 罪以外の X 罪—筆者註] との間で所為複数 (Tatmehrheit) となる。そのため、本件ではかすがい作用の余地はない […中略…]。

a<sup>(35)</sup>) 犯罪団体の構成員がその団体の目的を追求する中で実行した犯罪行為と、その際に認められる 129 条 1 項への違反は、所為単一の関係となる<sup>(36)</sup>。これに反対する見解は、一方では常に所為複数とするもの<sup>(37)</sup>と、他方では団体の目的の達成 (Erreichung) に奉仕する犯行との関係でのみ所為複数とし、団体の組織的活動へ寄与 (Beitrag) するだけの行為については所為単一とするもの<sup>(38)</sup>に分かれるが、正当にも (zu Recht) いずれも支持を得ていない。なぜなら、団体が設定した目的に相応する、又は団体の利益にとって有益なその他の犯行の実行には、構成員を通じての団体に対する一段と高められた促進関係 (gesteigerte Förderung) が存在する〔、それゆえ関与に該当する——筆者註〕からである。そうであれば、所為単一の成立は 52 条 1 項の規定より直接導かれる。なぜなら、一方では構成員により実行された犯罪の要件を充足し、他方では 129 条 1 項の意味における構成員による関与を意味する、自然的意味での同一の行為 (dieselbe Handlung im natürlichen Sinne) であるからである。それゆえ、ここでは事象の経過の単なる同時性 (Gleichzeitigkeit) ではなく、行為の同一性 (Handlungsidentität) が問題となっている。このような同一性は、構成員による関与が、別の犯罪構成要件に該当しない方法によっても実現することができるという事情によって、解消されるわけではないし、それ以上に、〔二つの犯罪の間での——筆者註〕構成

---

(35) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (312f.)

(36) ここでは、先に紹介した連邦通常裁判所 1980 年判決や前掲註 18 における 2009 年決定を含め、多数の判例・学説が引用されている。

(37) Vgl., Karlheinz Meyer, Anmerkung, JR 1978, 35f.

(38) Vgl., OLG Karlsruhe JR 1978, 34f. ; Karl Heinz Gössel, Anmerkung, JR 1982, 111ff.

要件要素の同一性を要件とするわけでもない。

b<sup>(39)</sup> ) 団体の構成員により実行された別個の犯罪行為と、構成員によるそれ以外の関与行為の間の競合関係にとって、これらが相互にどのような関係に立つかが決定的に重要となる。伝統的な見解によると、構成員による多数の関与行為は原則として構成要件的行為単一を形成する。〔…中略<sup>(40)</sup> …〕

c<sup>(41)</sup> ) もっとも、これだけでは、構成員としてのすべての関与行為を、それがどのような内容で形成されているかにかかわらず、とりわけ 129 条と同時に他の犯罪行為も実現しているかに関係なく、例外なく (ausnahmslos) 構成要件的行為単一へと結合させることができるかについて、最終的な叙述となるわけではない。

aa<sup>(42)</sup> ) 確かに、当裁判所は従来、詳細な理由付けなく団体構成員によるすべての〔原文は傍点ではなくイタリック—筆者註〕関与行為を常に結合させることで、組織犯罪の全体とそのうちの個別行為により実行された他の犯罪行為との間で観念的競合と結論付けてきた。これにより、他の構成要件的行為単一、とくに継続犯についての判例と一致する形で、129 条 1 項のかすがい作用が、構成員により実行されたその他の多数の犯罪行為との関連で認められてきた。もっとも、129 条 1 項の場合も、正義に反する実体法上の結論 (ungerechte materielle Konsequenzen) に照らすと、このことは無制限に認められるわけではなく、少なくとも個別の犯罪行為のうちの一つがかすがいとなる 129 条よりも重くないことが要求されていたのである。

また、以上のようなかすがい作用の例外とは別に、判例は刑事手続法上の観点から (in strafprozessualer Hinsicht) さらなる結論を導いた。即ち、129 条 1 項による犯罪団体の構成員による関与の罪についての有罪判決は、この犯罪と観念的競合の関係に立つより重い (schwerer) 犯罪との関係では、その

---

(39) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (313f.)

(40) 原文 (BGHSt. 60, 308ff. (313f.)) では、この後 129 条の関与罪と通常の継続犯 (Dauerdelikt) の違いへの言及がなされているが、省略する。

(41) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (315)

(42) Vgl., BGHSt. 60, 308f. (315f.)

犯罪が前訴において起訴されていない限り、公訴提起の消耗が否定される<sup>(43)</sup>。これにより、実体法上の観念的競合は原則として刑事手続法 264 条の手続法上の意味における単一の所為 (Tat) となる、という原則からは逸れる (weichen) ことになる。加えて、行為者に対して、新たな訴訟において、この重い犯罪につき依然として有罪判決を下すことができる。これに対し、その際同時に実現した 129 条 1 項に該当する構成員としての関与については、公訴提起の消耗のため除外すべきである。

bb<sup>(44)</sup>) 以上の組織犯罪とそれに重なり合う他の犯罪行為の間の競合とは異なり、連邦通常裁判所の判例は、武器法違反の武器の所持と携帯の罪と、当該武器を使用した他の犯罪行為との間で、武器法違反の罪が継続犯であるという性格にもかかわらず、他の犯罪行為が武器を入手した際には未だ抱いていなかった決意 (Willensentschluss) に基づく場合、所為複数としている<sup>(45)</sup>。この際、武器を使用して実行されたさらなる犯罪行為が、武器法違反の罪よりも重いかという点は問題とならない。このような判例によると、新たな犯行の決意には断絶作用 (Zäsurwirkung) が認められることになる。このような分離可能性は、武器法違反の罪の可罰性は武器の所持による一般的に認められる危険性のみに基づいており、武器を使用した犯罪行為との間で何ら直接的連関 (unmittelbare Zusammenhang) を有していないことから導かれる。それゆえ、新たな決意の中に存する本質的により強化された犯罪的な振舞い (wesentlich intensivere kriminelle Verhalten) は、独立した行為としてのみ法的に十分に把握することができる。他の犯罪行為の終了後、武器を使用したさらなる現実の暴行が行使された場合、それは実体法上別個の行為となる。それゆえ、既に有罪判決が下された組織犯罪の罪との関係での公訴提起の消耗の問題についての判例を、ここで採り上げてはならない。

d<sup>(46)</sup>) 当裁判所は以上のような考察を組織犯罪の領域へと引き継ぐが、どの範囲で構成要件的行為単一とするのかの判断の決定的な基準を、客観的

---

(43) ここでは、先の 1980 年判決 (BGHSt. 29, 288ff.) が参照されている。

(44) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (316f.)

(45) ここでは、先の 1989 年判決 (BGHSt. 36, 151ff.) が参照されている。

(46) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (317f.)

(objektiv)に規定する。前記の連邦通常裁判所の判例〔1989年判決のこと——筆者註〕は、継続犯である武器の所持および携帯の罪と129条の組織犯罪との間で、以下の点にて本質的な相違を見出している。即ち、後者では、構成員としての働き(Wirken)は、団体が設定した目標の意味において犯罪的に活動する用意があることを既に前提にしているため、継続犯の断絶を基礎付けることを可能とする新たな決意が存在しない、と。しかし、当審はこれに従うことはできない。むしろ、既に勿論解釈(Erst-Recht-Schluss)が、武器法違反の罪のため見出された結論の転用可能性を要請する。即ち、単に違法状態の維持により構成される継続犯の内部で、構成要件の行為単一を分割して複数の実体法上の所為とすることが可能ならば、連続した犯罪的な状態を欠き、むしろ多数の積極的な個別行為を単に法的にまとめているに過ぎない組織犯罪との関係では、より一層(umso mehr)そのことは妥当するはずである。

当裁判所の見解によると、確かに、純粋に主観的要素(rein subjektives Element)としての行為者の新たな決意(der neue Willensentschluss)は、なぜ、例えば武器の所持と当該武器を使用した犯罪行為が、その内部で重なり合うこととなる自然的意味での行為を、その他の行為単一に組み込むべきではないのかということについて、十分な基礎付けを与えることはできない。武器を使用した犯罪行為を実行する際の決意を、所持との関連での新たな決意と見ることは、単なるフィクション(bloße Fiktion)であることが既に判明している<sup>(47)</sup>。いずれにせよ、以上の説明では、犯罪行為の終了後のどの時点で、武器を純粋に所持することについての新たな決意が認められるのかにつき、明らかとならない。

むしろ、構成要件的行為単一の範囲の規定の際に出発点となるのは、このような法的形象において、法的な評価(rechtliche Bewertungen)に基づく構成が決定的に問題となっているという事情である。それ自体を考察して自然ではない、複数の個別行為の単一の罰条違反への連結は、実体法上の正当化(materielle Rechtfertigung)を必要とする。ある自然的な意味での行為との関係

---

(47) Vgl., Mitsch, JR 1990, 162ff. (163).

でそれが欠如するのであれば、その行為は単一性の一部とはならない。ここでは、複数の行為単一を基礎付ける断絶が問題となるのではなく、むしろ一定の要件の下、個別行為が、一つ (eine) にまとまったままの構成要件的行為単一と並び、所為複数の形で現れることとなる。

aa<sup>(48)</sup>) いずれにせよ、組織犯罪との関係では、このような正当化は構成要件の形式 (die Fassung der Tatbestände) それ自体の中には存在しない。[…中略…]

bb<sup>(49)</sup>) それゆえ、連結のための実体法上の正当化は、それぞれの不法と責任の内容 (Unrechts- und Schuldgehalt) を手掛かりに決定されることとなる複数の行為間の同価値性 (Gleichwertigkeit) の中においてのみ、見出しうるのである。組織犯罪の構成要件を充足する行為について、そのような評価が問題となる際には、その行為が別の構成要件を実現して、高められた不法内容 (ein gesteigerter Unrechtsgehalt) を示しているかという点も、視野に入れなくてはならないことは自明である。

それ自体を考察して可罰的ではない、組織の結合と活動に一般的に役立つすべての活動の不法と責任内容は、公共の安全と秩序および間接的にいまだ不特定の (個人的) 法益 (noch unbestimmte (Individual-) Rechtsgüter) に対する危険 (Gefahren) を単に増加させたことに存する。それらをさらに分割することはできないのであり、それゆえ構成要件的行為単一へと結びつけるべきこととなる。

これに対し、まさに団体の目的を形成するような犯罪行為の実行は、その行為の不法および責任内容にとって、常に決定的な重要性を有することとなる。なぜなら、個人的法益の侵害 (Verletzung) は、129条があわせて防ごうとしている同法益に対する単なる危殆化 (Gefährdung) との関係で、従属させる (unterordnen) ことはできないからである。それゆえ、そのような活動は構成要件的行為単一を構成するのではなく、独立した129条の単独の実現と観念的に競合しつつ、構成要件的行為単一とは所為複数の関係に立つ。

---

(48) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (318f.)

(49) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (319f.)

犯罪またはテロ組織の構成員による、それ以外の、単に組織の結合や実力を促進するあらゆる行為との関係でも、それが他の刑罰法規を実現するものである限り、——不法内容の重さ (Schwere) とは関係なく——事情は同じである。そのような行為は、残りの構成要件単一の一部とはならない。このような考えは、かすがい外しとの関係で既に今日問題となっている、重いか否かの判断手法の問題を回避することができるという点で、メリットがある。

cc<sup>(50)</sup> ) このような解決の試みは行為概念それ自体 (Handlungsbegriff selbst) に着目するものであり、競合論の規定はそれに結び付くものであるため、これに対して可罰性が何倍にもなること (Vervielfachung) へと至ると抗議<sup>(51)</sup> することはできない。さらに、本件における構成方法は、実体法上の競合関係を望ましい訴訟法上の結論——公訴提起の消耗なし——のみに基づいて解決することは適切ではないことをも明白にする。当裁判所の選択した解決方法により、実体法上及び手続法上の所為 (Tat) を平行して捉えること (Gleichlauf) も再び可能となり、とりわけ刑事手続法 264 条が予定する、観念的競合を構成する犯罪の一部が先行して有罪とされている場合に生じる量刑上の問題を回避することに役立つことになる。しかし、このことは結論の有効性を確証 (bestätigen) しようものの、逆にそれを基礎づける (begründen) ものではない。〔以下省略。——筆者註〕

### (3) 若干の検討

以上のとおり、連邦通常裁判所第 3 刑事部は、ドイツ刑法 129 条が問題となった事案においてこれまで認めていた訴訟法上の解決を放棄し、実体法上同条の関与罪が一罪となる範囲を限定することで、かすがい作用により全体が一罪となることを回避する手法を採った<sup>(52)</sup>。しかも、その手法として、

(50) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (320)

(51) 裁判所がここで批判の対象としているのは、エルプの見解 (Vgl., Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994, 265ff. (271)) である。

(52) 本文で紹介した決定後、連邦通常裁判所は 2015 年 12 月 17 日決定 (BGH JR 2016,

ドイツの学説におけるヴェルレの見解と基本的に同一のものが採用されたことになる<sup>(53)</sup>。以上のような判例の立場の変更をもって「コペルニクスの転換 (kopernikanische Wandel)<sup>(54)</sup>」と評するのはやや大袈裟に感じられるが、少なくとも、かすがい作用との関係での一つの重要な判例であることは否定できないだろう。

しかも、ここで問題となっている手法は、決してドイツにおける議論固有のものではない。我が国においても、包括一罪がかすがいとなる場合に、包括一罪を分割することによりかすがい現象の問題を解決する見解<sup>(55)</sup>が主張されているからである。もっとも、我が国における見解が、本稿で紹介した

---

663ff.)において、129条aのテロ団体の結成の罪との関係でも、同様の手法を採り入れた。また、その後の事案として、連邦通常裁判所2018年12月18日決定(BGH NSZ 2019, 354ff. (Praxiskommentar: Olaf Arnoldi))参照。さらに、継続犯一般との関係で同様の手法を採るべきかについては意見が分かれている。賛成するものもあれば(Vgl., Puppe, JuS 2017, 503ff. (507)), より控えめに、可能であるが必然的ではないと理解するもの(Vgl., Nikolaos Gazeas, Anmerkung, StV 2016, 502ff. (505))もある。

- (53) ヴェルレの見解については、拙稿「かすがい(1)」190頁以下、拙書『包括一罪』第5章第2節第4款第3項参照。Vgl. auch, Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981 (im folgenden zitiert als „Werle, Konkurrenz“), 171ff.; ders., Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliederschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW 1980, 2671ff. (2675f.) 連邦通常裁判所とヴェルレの見解の相違点は、129条と同時に成立する犯罪行為(A罪・B罪)の重さに着目するか否かである(Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (320))。連邦通常裁判所は、それらの犯罪行為の重さに関係なく、それが実行された以上、それと所為単一の関係に立つ129条に該当する関与行為は構成要件の行為単一から除外されるとするが、ヴェルレは同時に成立する犯罪行為が129条よりも重い場合に限り構成要件の行為単一から外れると理解する(Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 175ff.)。

なお、プッペの見解(Vgl., Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 212ff.; dies., in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ulrich Paeffgen, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5 Aufl., 2017, § 52 Rdn. 44ff.; dies., Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen, ZStW 132 (2020), 1ff. (16f.))も129条の罪の分割の仕方という点では判例と同様と評価でき、現にプッペも自分自身の見解が連邦通常裁判所に採用されたと述べるが(Vgl., Puppe, JZ 2016, 478ff. (480); dies., JuS 2017, 503ff. (506))、周知のように、観念的競合の成立要件それ自体についてプッペは極めて独自の見解に依拠している。

- (54) Vgl., Gazeas, StV 2016, 502ff. (502).

- (55) 丸山雅夫「いわゆる『かすがい現象』について(二・完)」警察研究64巻3号(1993)38頁以下参照。

ドイツの判例のように、A 罪や B 罪と観念的競合の関係に立たない X 罪を、A 罪・B 罪と観念的競合の関係に立つ X 罪とは別に成立させる趣旨かは定かではない。その意味で、全く同じと断定できるわけではないが、いずれにせよ類似の発想と評価できる。

今般の連邦通常裁判所の決定を紹介することについては上記のような意義があるものの、筆者自身は、以前論じたように<sup>(56)</sup>、かすがいとなる X 罪の行為単一の成否の判断は、問題となっている当該罰条（X 罪）の不法・責任に基づき行うべきであると考えている<sup>(57)</sup>。そのため、それと同時に別途犯罪行為（A 罪・B 罪）が実行されたとしても、それによる不法・責任は A 罪・B 罪が別途成立し、それと X 罪の行為単一との間で所為単一が成立するという形で考慮すれば問題ないと考えられる。そして、このような方法に依拠することで、不法・責任の評価につき過不足が発生するとも思われない。

これに対し、129 条の関与罪の行為単一の成否との関係で、別罪の不法に着目する連邦通常裁判所が示す論拠も説得的とは言えない。即ち、連邦通常裁判所は、別罪により個人的法益が侵害された場合、129 条の関与罪が個人的法益に対する危殆化をも防止するもの<sup>(58)</sup>であるに過ぎないため、そのような行為は 129 条の関与罪の行為単一に従属させることはできない、と判示していた<sup>(59)</sup>。しかしながら、法益が実際に侵害された場合に 129 条の関与罪の構成要件に該当しないと明示されているわけでもない<sup>(60)</sup>、いわば大（＝侵害）は小（＝危殆化）を兼ねていると理解し、129 条の関与罪の枠内では同罪が一貫して成立すると理解すればよいと思われる<sup>(61)</sup>。

(56) 拙稿「かすがい (2)」150 頁以下、拙書『包括一罪』第 5 章第 2 節第 4 款第 4 項参照。

(57) ドイツにおける同様の主張として、vgl., Rainer Lippold, Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen, 1985, S. 37ff.; Erb, GA 1994, 265ff. (270ff.)

(58) 129 条の関与罪をこのように理解することに対して批判的な見解として、vgl., van Lessen, NStZ 2016, 446ff. (448f.)

(59) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (319f.)

(60) ドイツでは、以前そのような立法上の提案がなされたことがある。Vgl., Grünwald, Verbrauch, S. 749.

(61) なお、連邦通常裁判所が行った形で他の犯罪に該当する行為を行為単一から除外することは、129 条の文言からは読み取れず、立法者意思にも反し、しかも行為単一から除

また、判例の方法に忠実に従うことで、若干不自然な形で129条の関与罪の行為単一が成立するケースが出てくることは否めないだろう。本決定の事案では特段表面化していないが、129条の関与罪が他の犯罪行為と所為単一の関係に立つ場合に、その行為は129条の関与罪の行為単一から除外されるので、いわばその行為を飛び越える形で129条の関与罪の構成要件の行為単一が成立することになる。ということは、このような形で除外される行為が単発で存在する場合はまだ問題ではないが（例えば、 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3 \cdot X_4 \dots$ と続く中で $X_3$ がA罪と所為単一が成立。 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_4 \dots$ の間で行為単一が成立。）、理論上は、 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3 \cdot X_4 \dots$ と続く中で $X_2$ がA罪と所為単一、 $X_3$ がB罪と所為単一という形で連続する数個の行為が除外されることもありうる。この場合、 $X_1$ と $X_4 \dots$ の間で行為単一は成立するのだろうか。とりわけ、129条の関与罪は継続犯のように切れ目なく成立する犯罪ではなく、点在する複数の行為を構成要件の行為単一としてまとめているため<sup>(62)</sup>、事案によっては相互に離れた行為間で構成要件の行為単一が成立することにもなりかねない。

もっとも、仮に上記のような分解方法がドイツ刑法上の構成要件の行為単一の議論との関係で問題ないとしても<sup>(63)</sup>、日本の包括一罪との関係で同じ手法を採り入れる必要はないだろう。そもそも、連邦通常裁判所がこのような手法を採るのは、——表向きは訴訟法上の結論に基づいて行為単一の成立

---

外される部分については個別に犯罪行為を明らかにする必要があるため、実際の訴追上障害となりうる、との批判的なコメントもなされている。Vgl., van Lessen, NStZ 2016, 446ff. (449f.)

(62) このことは連邦通常裁判所自身が認めている (Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (313f.) ; Puppe, JZ 2016, 478ff. (479) ; Gazeas, StV 2016, 502ff. (502); van Lessen, NStZ 2016, 446ff. (452). また、継続犯ではなく連続犯に類似していると指摘する見解として、vgl., Werle, NJW 1980, 2671ff. (2674)). これに対し、129条の関与罪を継続犯と理解する見解 (Vgl., Wolfgang Fleischer, Verhältnis von Dauerdelikt und Einzelstraftaten, NJW 1979, 1337ff. (1338)) もある。この見解によると、最初の関与行為により違法状態が惹起され、行為者が構成員であり続けることによりその状態が維持されるとのことである。

(63) 特に、最後に述べた点については、129条の関与罪が相互に離れた行為を含めて構成要件の行為単一を認めることを予定していると理解するのであれば、それまでのことである。

範囲が決められるわけではないとは言うものの<sup>(64)</sup>——實際上それにより導かれる訴訟法上の結論を考慮してのことであろう<sup>(65)</sup>。即ち、このように行為単一を分解することで、事後的に発覚した重い犯罪（B罪等）が訴追できなくなる不都合を回避することができるのである。しかも、先に紹介した1980判決とは異なり、実体法上の一罪と訴訟法上の一罪の間でズレを発生させることなく、である。

ただし、ここで注意すべきなのは、上記のような不都合がドイツで発生しやすいのは、相当程度時間的に広がりのある犯罪がかすがいとなり、それと部分的同一性が認められれば所為単一は成立するという事情が存在するから、という点である<sup>(66)</sup>。この点につき、我が国では若干事情が異なっている。というのも、我が国では、本稿で問題となった129条の関与罪のように、かすがいとなる犯罪が点在する形で繰り返し実行され、その結果全体の期間が長期に渡る場合は必ずしも念頭に置かれていないからである。

また、我が国では、少なくとも判例上は、実行行為の部分的重なりがある場合に常に観念的競合として処理されているわけではない<sup>(67)</sup>。このことも、かすがい現象により全体が一罪となることに対して抑制的に機能するだろう。これに加え、訴訟法上の観点からも、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するものの、前訴と後訴の各訴因が単純窃盗罪である場合の一事不再理効について判断した最決平成15年10月7日<sup>(68)</sup>の射程次第では、実体法上の包括一罪の分解なくして問題を解消することも可能となる。

他方で、我が国の議論においても包括一罪を構成する犯罪がかすがいとなることは現にあるし<sup>(69)</sup>、その中に連続的包括一罪の事案も含まれうるの

(64) Vgl., BGHSt. 60, 308ff. (320)

(65) 本判決のメリットとして訴訟法上の結論を指摘するものとして、vgl., SSW-StGB/Lohse, § 129 Rdn. 60.

(66) とりわけ、連邦通常裁判所により廃止される前の連続犯がかすがいとなる場合については、このことが妥当する。

(67) 本吉邦夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事事篇（昭和49年度）』（法曹会、1977）113頁参照。

(68) 刑集57卷9号1002頁参照。解説等として、多和田隆史「判解」『最高裁判所判例解説刑事事篇（平成15年度）』（法曹会、2006）456頁以下、高田昭正「判批」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕（編）『刑事訴訟法判例百選（第10版）』（有斐閣、2017）222頁以下参照。

で、全体の期間という観点から見るとすべてが短いわけではない。また、期間の長短に関係なく、一部の犯罪が事後的に発覚するという事態は、いくらでも想定できる。

しかしながら、仮にかすがいとなる包括一罪を構成する行為が点在する形で実行されたのであれば、包括一罪の成否それ自体につき再考すべきである。包括一罪を構成する行為の全体が一定期間に及ぶことが認められているからといって、個々の行為が点在して存在するに過ぎないケースにおいても包括一罪として処理することが直ちに正当化されるわけではない。そして、行為が点在しているがゆえに個別の行為相互間の時間的・場所的近接性が欠如するのであれば、A罪・B罪の存在に関係なく、包括一罪の成立要件を満たさないと考えるべきではないだろうか<sup>(70)</sup>。その結果、先のドイツの議論では広く構成要件的行為単一とされていたのとは異なり、かすがいとして機能するはずの包括一罪が、最初から存在しないことになる。

以上のことからすると、本稿で紹介したドイツの判例と同じように我が国の包括一罪を分離・解体することは、包括一罪の成立要件という観点からも、また実際上の必要性という点からも、不要と評価できる。

#### (4) 法定刑の軽重に着目する見解

ドイツの議論からは少し離れるが、比較的最近、我が国において、ドイツの判例が伝統的に行っていた法定刑の軽重に着目する方法でのかすがい外しを支持する見解<sup>(71)</sup>が主張されている。筆者による前稿公開後の文献であるため、便宜上ここで検討を試みたい。

---

(69) 過去の事案については、拙稿「かすがい(1)」156頁註9、拙書『包括一罪』第5章註10参照。また、我が国において、継続犯がかすがいとなりうる事案が少ない点については、拙稿「かすがい(2)」156頁註16、拙書『包括一罪』第5章註153参照。

(70) 時間的・場所的近接性を包括一罪の要件として組み込むべきという点については、拙稿「包括一罪の主観的要件についての一考察(3・完)」上智法学論集63巻3号(2019)78頁以下、拙書『包括一罪』第3章第3節第1款第3項参照。

(71) 倪潤「罪数論と一事不再理効の關係の再構成(2)」北大法学論集66巻1号(2015)230頁[3]以下(以下では、倪「再構成(2)」と表記。)参照。我が国でも、かつて同様の主張がなされていた。正田満三郎『刑法体系総論』(良書普及会、1979)339頁以下(以下では、正田『総論』と表記。)参照。

論者は、集合犯がかすがいとなる場合を念頭に置き、一事不再理効の効力の及ぶ範囲を検討する前提として、実体法上の罪数判断について検討を行っている。そして、ドイツの連邦通常裁判所による法定刑の軽重に着目した手法を、以下のように自説の中に採り入れている<sup>(72)</sup>。

「ドイツ連邦通常裁判所が採用した『刑の軽重』という基準は以下の二つの難点を解決することができる。すなわち、一罪か併合罪かは重なる部分が犯罪中の比率のいかんにより決定される。重なる部分が小さい場合、併合罪と評価される。なぜなら、この場合、二重評価の恐れがないからである。〔原文改行―筆者註〕法定刑の重さが  $A > C$  かつ  $B > C$  ( $C$ =かすがい) のとき、最終的な結果は  $A + B$  になる (併合罪の計算)。すなわち、この場合、併合罪と評価しても、 $C$  罪は二重評価されていない<sup>(73)</sup>」、「逆に、重なる部分が大きい場合には、併合罪と評価されれば、二重評価の恐れがあるから、二重評価を避けるために、『かすがい』全体が一罪と評価される。〔原文改行―筆者註〕法定刑の重さが  $C > A$  かつ  $C > B$  ( $C$ =かすがい) のとき、最終的な結果  $C$  罪は二重評価されてしまう (併合罪の計算)。この状態を避けるため、 $C$  罪は 1 回しか評価されない。〔原文改行―筆者註〕極端な例として、1 回住居侵入を行って、窃盗を 2 回したが、毎回 100 円しか窃盗しないという事件は、一つの住居侵入罪と評価されるべきである<sup>(74)</sup>」、「ドイツ法の『刑の軽重』という基準を、日本において参考にすることが可能であると考えられる<sup>(75)</sup>」、と。

しかしながら、論者の主張に対しては、以下の疑問点を指摘しうる。まず、論者はかすがいである  $C$  罪が最も軽い場合にはかすがい作用を認めて

---

(72) なお、論者は最終的な結論として、集合犯を廃止すべきとの立法論上の主張を展開している。倪潤「罪数論と一事不再理効の関係の再構成 (3・完)」北大法学論集 2 号 (2015) 413 [202] 頁 (以下では、倪「再構成 (3)」と表記)。参照。

(73) 倪「再構成 (2)」191 [42] 頁参照。

(74) 倪「再構成 (2)」191 [42] 頁以下参照。

(75) 倪「再構成 (2)」190 [43] 頁参照。

も「重なる部分が小さい<sup>(76)</sup>」と表現しているが、科刑上一罪という制度により一罪として処理されることについて、一体どのような理解に基づいているのだろうか。ここで想起されるのが、かつて中野次雄によりなされた以下の指摘である。即ち、「科刑上の一罪においては軽い罪は重い罪に吸収されてしまうのだという古い考え方をとれば、軽いC罪がA・B罪に吸収される結果A・B罪が併合罪として残るという説明が可能になるかもしれないが、軽い罪も依然科刑上の一罪の構成部分として処罰の対象になっているとする今日争いのない考えからすれば、それは到底無理である<sup>(77)</sup>」、と。

仮に、論者が科刑上一罪についてこのように理解しているのであれば、なぜこのような「古い考え方<sup>(78)</sup>」をとるのかについて、積極的に説明する必要があるだろう<sup>(79)</sup>。そうではなく、科刑上一罪が成立する場合においてC罪も「処罰の対象となっている<sup>(80)</sup>」と理解するのであれば、A・C間の科刑上一罪とB・C間の科刑上一罪の間で併合罪として処理することになるので、二重評価の問題は全くもって解消されていないことになる。事実、ドイツにおいても、判例に対して同じ問題点が指摘されて久しいのである<sup>(81)</sup>。

さらに、論者による刑の軽重の比較方法についても疑問がある。即ち、論者は「1回住居侵入を行って、窃盗を2回したが<sup>(82)</sup>、毎回100円しか窃盗しないという事件は、一つの住居侵入罪と評価されるべきである<sup>(83)</sup>」と主張しており、ここでは法定刑の軽重に基づいて判断がなされていないことに

---

(76) 倪「再構成(2)」191〔42〕頁参照。

(77) 中野次雄『刑事法と裁判の諸問題』(成文堂、1987)117頁(以下では、中野『諸問題』と表記。)参照。

(78) 中野『諸問題』117頁参照。

(79) ただし、このように理解した場合、軽いC罪は吸収される結果、「重なる部分が小さい」(倪「再構成(2)」191〔42〕頁参照。)のではなく、むしろ「なくなる」のではないだろうか。

(80) 中野『諸問題』117頁参照。

(81) Vgl., Werle, Konkurrenz, S.61.

(82) この場合、侵入後の2件の窃盗の占有は同一人物に帰属する可能性が高く、そうであれば2件の窃盗はもともと併合罪の関係に立たないのではないかと、この疑問が生じるだろう。

(83) 倪「再構成(2)」191〔42〕頁以下参照。

なる。実際、論者は別の箇所でも、『刑の軽重』の基準とは、『かすがい』となる犯罪が、それを関連するほかの犯罪より量刑上重いと、『かすがい』現象を認めるものである<sup>(84)</sup>〕〔傍点筆者一註〕と説明している<sup>(85)</sup>。しかしながら、54条1項の処理として刑の軽重の比較を行っているのであれば、このような処理は刑種の選択や72条の定める加重減輕事由の処理よりも先行するというのが「実務上の定説<sup>(86)</sup>」である。それゆえ、法定刑以外のものを基準に軽重の比較をすることはできないだろう。また、窃盗の犯情が極端に軽いという事情は、端的に、検察官の起訴猶予権限の行使の際に考慮すれば十分だろう。

もともと、法定刑の軽重に着目する見解については、それにより処断刑の不均衡をある程度解消できるということが指摘されていた<sup>(87)</sup>。このようなメリットがあるにもかかわらず、この手法が市民権を得ていないのは、上記の二重評価の点に加え、そもそも「科刑上の一罪となるかどうかは、これを構成する犯罪の法定刑とはかかわりなくそれとは別の点で決まるはずであって、その各法定刑の軽重は処断刑形成の段階に至ってはじめて問題となるにすぎない<sup>(88)</sup>」からであった。それゆえ、法定刑（あるいはそれ以外の刑）の軽重に着目した見解を論者が正面から主張するのであれば、単に処断刑の不均衡を一定程度解消できるという（既知の）メリットを指摘するだけでなく、上記の理論的な問題点に対して回答する必要があると思われる。

このような問題点に鑑みると、法定刑の軽重に着目する主張はやはり採り得ないと考えられる。

(84) 倪「再構成(3)」416〔199〕頁参照。

(85) 我が国において刑の軽重に着目した見解も例外的に主張されていたが、ここでは法定刑が判断の基準となっていた。正田『総論』339頁以下参照。

(86) 大塚ほか『大コンメンタール刑法(第3版)第4巻』(青林書院、2013)402頁〔中谷雄二郎執筆〕参照。なお、このような実務上の定説に対しては異論(例えば、団藤重光『刑法網要総論(第3版)』(創文社、1990)461頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975)422頁参照。)もあり、同頁にて紹介がなされているが、それによる場合でも72条の加重減輕事由を考慮できるという違いしか生じない。そのため、本文で紹介した住居侵入罪の刑によるとの結論は、いずれにせよ導くことはできない。

(87) 中野『諸問題』116頁以下参照。

(88) 中野『諸問題』117頁参照。

### 3. 結語

以上見たように、本稿で紹介したドイツの連邦通常裁判所による手法に基づき、かすがい現象の問題を解決すべきではなく、また、刑の軽重に着目する我が国における近時の見解も、従来より指摘されていた難点を回避できていなかった。やはり、端的にかすがい現象を構成する犯罪全体との関係で科刑上一罪として処理すれば足りるように思われる。

ところで、小坂亮は、かすがい現象について、「判例のように『かすがい』理論を認めることにも合理性がある<sup>(89)</sup>」とした上で、「本件〔住居侵入後、3件の殺人罪を実行した事案につき全体と一罪とした最決昭和29年5月27日<sup>(90)</sup>のこと。この事案では死刑が選択された。—筆者註〕同様に法定刑が死刑、無期徒刑を含む犯罪で、あえて死刑、無期徒刑ではなく有期徒刑を選択したのにそれを併合罪加重しなければ不都合な場合、および、本件と異なり法定刑がいずれも死刑、無期徒刑を含まない軽い罪の事案にもかかわらず併合罪加重が不可欠な場合が実際にありうるか否か〔中略—筆者註〕の検討は必要であるように思われる。そして、それがあった際に〔中略—筆者註〕実務上は検察官の一部起訴によって対応するのではないだろうか<sup>(91)</sup>」と述べる。

確かに、我が国の法定刑の幅は一般的に広く設定されていることもあり<sup>(92)</sup>、かすがい現象が問題となった事案において、学説の側が問題視している処断刑上の不都合が正面から問題となったわけではない<sup>(93)</sup>。実際、比較的最近の事案である最決平成21年7月7日<sup>(94)</sup>においても、同じである。

---

(89) 小坂亮「判批」佐伯仁志=橋爪隆(編)『刑法判例百選I総論(第8版)』(有斐閣、2020)215頁(以下では、小坂「判批」と表記。)参照。

(90) 刑集8巻5号741頁参照。

(91) 小坂「判批」215頁参照。

(92) 中野『諸問題』10頁参照。実際の宣告刑は法定刑の下限に集中することも述べる。

(93) 辻本『審判対象』189頁も、処断刑という「観点からの問題点はほとんど顕在化していない」と指摘する。

(94) 刑集63巻6号507頁。児童ポルノ提供目的所持罪(A罪)と児童ポルノ提供罪(B罪)がもともと併合罪の関係に立つものの、前者がわいせつ物販売目的所持罪(X<sub>1</sub>罪)と、そして後者がわいせつ物販売罪(X<sub>2</sub>罪)と観念的競合の関係に立つことにより、包

この事案では、被告人がかすがいを構成する犯罪（X罪・A罪・B罪）以外の犯罪（C罪など）も実行していたところ、これらのうちのもっとも重いかすがいを構成する一罪を基準に併合罪加重がなされたが、宣告刑は懲役4年6月及び罰金200万円にとどまっていた<sup>(95)</sup>。それゆえ、この点については、明確な解答が示されないままの状態になっているのが現状である。

もっとも、論者が主張するように、かすがいとなる犯罪（X罪）を除いてA罪・B罪の併合罪として起訴したからといって、処断刑のうち、全体を一罪とした場合には選択し得ない範囲の刑を宣告刑として選択することまで、必然的に許容されるわけではないだろう。むしろ、この点については別途検討すべきと思われる。

以上の点につき参考となるのが、東京高判平成17年12月26日<sup>(96)</sup>である。この事案では、被告人は、同一児童に対する複数の児童ポルノ製造罪の実行（包括一罪となる。）につき地方裁判所に起訴され、有罪判決が下された。この児童ポルノ製造罪の被害児童に対する別件の児童淫行罪につき、被告人は、当時の少年法37条1項<sup>(97)</sup>に基づき家庭裁判所に別途起訴されていた。もっとも、上記児童ポルノ製造罪を構成する行為の一部との関係では（起訴されていないもの）別途児童淫行罪が成立し、両罪は観念的競合の関係<sup>(98)</sup>に立ち、さらにこの児童淫行罪と家庭裁判所に起訴された別件の児童

---

括一罪となるわいせつ物販売目的所持罪（X<sub>1</sub>罪）とわいせつ物販売罪（X<sub>2</sub>罪）がかすがいとなり全体が一罪として処理された。この事案については、拙稿「かすがい（1）」157頁以下、拙書『包括一罪』第5章第1節第2款参照。

(95) A罪・B罪に相当する児童ポルノ処罰法7条4項及び5項（当時。現在は6項及び7項。）の法定刑の上限は懲役5年である。

(96) 判時1918号122頁参照。この事案については、辻本『審判対象』197頁以下、川出敏裕「判批」『平成18年度重要判例解説』（有斐閣、2007）188頁以下参照。

(97) 児童淫行罪を含む一定の犯罪については、事件当時は家庭裁判所に起訴することとなっていた。平場安治『少年法（新版）』（有斐閣、1987）453頁以下参照。また、同条2項によると、これらの犯罪と科刑上一罪の関係に立つ別罪が存在する場合も、あわせて家庭裁判所で扱うと規定されていた。反対に、併合罪の関係に立つ場合には別罪の方を通常裁判所に起訴することになる。同460頁参照。なお、この規定は平成20年の少年法改正により削除された。田宮裕＝廣瀬健二『注釈少年法（第4版）』（有斐閣、2017）440頁参照。

(98) 判時1918号124頁参照。ただし、最高裁はその後、最決平成21年10月21日刑集63

淫行罪は包括一罪を構成するという事情が存在した。つまり、起訴されていない児童淫行罪も含めて考えると、すべての犯罪は科刑上一罪と包括一罪で連結しており、全体が一罪を構成することになる<sup>(99)</sup>。そのため、本件は少年法37条2項に従い家庭裁判所で審理すべきであり、地方裁判所に対する起訴は二重起訴ではないかという点が問題となった。

もっとも、東京高裁は以上の点につき問題はないと判断した<sup>(100)</sup>。つまり、児童淫行罪の一部を起訴の対象から外すことで、家庭裁判所に起訴されている児童淫行罪と地方裁判所に起訴されている児童ポルノ製造罪が併合罪の関係に立つと判断されたことになる。他方で、東京高裁はこのような起訴を認めると同時に、児童淫行罪が一部起訴されないことにより「必要以上に被告人が量刑上不利になることは回避すべきである<sup>(101)</sup>」と判示していた。つまり、併合罪として扱うことは許容するが、それとは別に、被告人にとって不利とならないよう要請されていたのである<sup>(102)</sup>。

この事案で具体的に求められたのは、「併合の利益を考慮し、かつ、量刑上の二重評価を防ぐような配慮<sup>(103)</sup>」をするという点であり、先の小坂の見解が採り上げた問題状況とは事情が異なる。しかしながら、併合罪として起訴することで有期の自由刑の期間に変動が生じるケースについても、その処断刑のうちの全体を一罪とした場合には選択し得ない部分については、「必要以上に被告人に量刑上不利<sup>(104)</sup>」となる以上、それを選択することは許

---

巻8号1070頁にて、児童淫行罪と児童ポルノ製造罪の罪数関係を併合罪と判断した。その意味で、本文で紹介した東京高裁平成17年判決の事案で発生した論点は既に解消していることになる。従来の下級審の動向については、三浦透「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成21年度)』(法曹会、2013)477頁以下参照。

(99) このように、本件では併合罪の関係に立つ数罪がかすがいとなる犯罪により一罪となったわけではない。その意味で、典型的なかすがい現象の事案とは異なっている。辻本『審判対象』197頁は「疑似的かすがい現象」の事案と説明している。

(100) これに対し、被告人は、児童淫行罪が家庭裁判所に起訴されている以上、二重起訴ではないか、と主張した。

(101) 判時1918号124頁参照。

(102) もっとも、このような東京高裁の判示に対して、一罪については1回の手続で処理すべきであり、刑の調整をすることで2個の手続きに分断することが正当化されるわけではない、との刑事訴訟法上の反対論が見られる。辻本『審判対象』200頁以下参照。

(103) 判時1918号124頁参照。

されない、と考えることはできないだろうか<sup>(105)</sup>。

以上の試論は、全体を一罪として処理する場合に合わせる形で併合罪の場合の処断刑を制限するものであるため、従来の実体法上の学説による議論の仕方と比較すると、丁度反転した形で展開されたものとなる。これに対し、これまでの学説では、A 罪・B 罪が併合罪となることを軸に考え、X 罪・A 罪・B 罪の全体との関係でも、何らかの方法により併合罪の処理を組み込むことが意図されていた。それゆえ、このような思考方法による限り、併合罪加重された処断刑の枠内で宣告刑を導くことは、何ら問題ではないと考えられがちである。

しかしながら、このような方向性だけでなく、その逆の、一部を併合罪として処理した場合に処断刑上の不利益をどのように回避するのか、についても議論がされて然るべきだろう。このことは、判例がかすがい現象を構成する犯罪全体を一罪としていること、そして学説上一罪とする結論を支持する見解<sup>(106)</sup>がそれなりに見受けられることに鑑みると、なおさらである。このような刑法と刑事訴訟法にまたがる論点について、筆者を含め、今後議論を深める必要があるだろう。

(本学法学部特別研究員)

---

(104) 判時 1918 号 124 頁参照。

(105) 学説の中でも同様の主張が見受けられる。香城敏磨「訴因制度の構造(中)」判例時報 1238 号(1987)6 頁(「住居侵入罪を訴追した場合の処断刑を超える宣告刑は禁止されると解することにより不都合が避けられる」ので、一部起訴は許容されると主張する。)、岩瀬徹「審判における当事者追行主義」法学教室 389 号(2013)16 頁(かすがいの部分を外した一部起訴は、「事実上不利益にならない措置がとられていれば問題視することはないであろう」と述べる。)参照。

(106) 一罪として処理する学説については、拙稿「かすがい(1)」156 頁註 7、拙書『包括一罪』第 5 章註 8 参照。