

---

種 別： 研究ノート

タイトル： 包括一罪に関する議論の新動向（2・完）

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 3-4 合併号（平成 23 年 3 月）97-121 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

---

## 研究ノート

---

# 包括一罪に関する議論の新動向（2・完）

青木 陽介

---

- 一. はじめに
- 二. 最高裁平成 22 年 3 月 17 日第二小法廷決定
  - (一) 事案の紹介
  - (二) 本決定の特徴
- 三. 判旨の検討
  - (一) 従来判例との間で連続性が認められる要素について
    - (i) 犯意の単一性及び行為態様の同一性
    - (ii) 時間的近接性
    - (iii) 場所の同一性
    - (iv) 機会の同一性
    - (v) 小括
  - (二) 被害者及び各被害金額が特定不能であること
    - (i) 主張の概要
    - (ii) 若干の検討
  - (三) 被害者の同一性という要素について
    - (i) 従来判例との関係（以上、54 卷 2 号）
    - (ii) 責任の一体性により包括一罪を肯定する見解
    - (iii) 財産犯の保護法益論により被害者の同一性を説明する見解
    - (iv) 法益の一身専属性により区別を行う見解
  - (四) ドイツにおける自然的行為単一に関する議論
    - (i) 総説
    - (ii) 判例の動向
    - (iii) 戦前の議論
    - (iv) マイヴァルトの見解
    - (v) ヴェルレの見解
    - (vi) ヤコプスの見解
  - (五) 試論
- 四. 結語（以上、本号）

### (三) 被害者の同一性という要素について

#### (ii) 責任の一体性により包括一罪を肯定する見解

そこで、まず問題となるのが、被害者の同一性を一定の場合に不要とする林幹人の見解である。林幹人は、包括一罪は「二つ以上の事実についてそれぞれ犯罪が成立するが、それらの事実の不法・責任内容の密接関連性ないし一体性を理由として、一罪として処断される場合<sup>(1)</sup>」という前提に立っており、これだけでは不法・責任双方の一体性が要求されるのか、それとも不法・責任の何れかの一体性が要求されているのかは判然としない。しかし、論者の意図は後者であろう。というのも、論者は、以下のようにも述べているからである。

「不法内容が数個存在していても、責任内容が密接に関連し一体とみうるときには、やはり包括一罪とするべきである<sup>(2)</sup>。」「一夜の内に盗めば一罪となるのに、一年後に盗めば二罪となるのは、このような責任内容の一体性が失われるからである。一年後に盗んだときに二罪となるとする以上、一夜のうちに二回盗んだ場合もその不法内容は二個あると解さざるをえないであろう<sup>(3)</sup>。」(下線筆者一註)

ここでは、不法内容が数個存在していても一定の場合には包括一罪が成立するとされている。そして、不法内容の個数の判定については、冒頭にて引用<sup>(4)</sup>した方法により行っているのである。となると、論者は一定の場合には不法内容の一体性を否定するとともに被害者の同一性という要素を捨象し、責任の一体性のみに基づく包括一罪を肯定するものと解して差支えないと思われる。

---

(1) 林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1995)225頁(以下、林(幹)『基礎理論』と表記。)参照。

(2) 林(幹)『基礎理論』221頁参照。

(3) 林(幹)『基礎理論』222頁参照。

(4) 林(幹)『基礎理論』451頁(「不法内容の一体性を判断するに際しては、一身専属的の法益かどうか重要な意味をもつ。生命・身体などの法益の場合、被害者が異なれば、不法内容の一体性は否定される(中略)。これに対して、財産などの場合には、被害者が別だとしても、直ちにそれは否定されない。物品の所有者がそれぞれ異なり、そして、所有権が(占有と共に)保護法益となっていると解するとしても、1つの倉庫から一夜のうちに盗んだ場合には、一罪とするべきである。)」参照。

しかし、ここでの論拠が適切であるとは思われない。論者のように、包括一罪において、個別行為それぞれについて犯罪が成立するという前提に立ち、また、犯罪の実質が不法及び責任であると主張する限りにおいて、先に不法が二個存在すると主張したのと全く同様の論拠により、一夜のうちに二回盗んだ場合、その責任内容も二個あると解せざるをえないと思われる。なぜなら、個別行為について犯罪の成立が認められるのであるなら、当然各個別行為について各々責任の充足が認められるはずだからである。もっとも、論者が責任内容の一体性を認めるという場合に、そこで想定されているのは、各個別行為について要求される責任とは異なるものであろう<sup>(5)</sup>。よって、責任の一体性を判断する際には、犯罪成立に本来必要な責任とは異なった観点が呈示されると言える。そうであるなら、なぜ不法の一体性を判断する際には、各個別行為について要求される不法とは異なる観点からの一体性判断が、いともたやすく否定されるのだろうか。その意味で、「不法内容は二個あると解さざるをえないであろう」とは言えないように思われる。

また、不法の一体性を求めず、責任の一体性のみを強調することは、包括一罪と観念的競合との間の区別を不明確にするおそれがある。なぜなら、論者は、観念的競合について、「一行為でなされた場合に刑が減輕されるのは、一個の同時的意思発現であるために、責任が減少することにあると思われる<sup>(6)</sup>」と述べており、まさに責任の観点から説明しているからである。つまり、もし仮に包括一罪も観念的競合も共に責任の観点のみから説明する場合、包括一罪とされる反覆行為の場合について、いくら一体的な責任が認められるといっても、それが、典型的な観念的競合の事例のような、文字どおり一行為に基づく場合における責任減少と比較して、観念的競合よりも軽い<sup>(7)</sup> 包括一罪という評価を正当化するほどの責任の一体性を肯定することはできないように思われるのである。むしろ、反覆行為の場合には、責任の一体性に加えた、不法レベルでの一体性というプラスアルファがあるため、責任の観点だけでは観念的競合ほどの責任減少を肯定できないにもかかわらず、観念的競合よりも相対的に一罪性が強い包括一罪とすることが許されるのではないだろうか。

(5) 林（幹）『基礎理論』221頁参照。

(6) 林（幹）『基礎理論』239頁参照。

(7) 論者は、包括一罪を一罪に、観念的競合を数罪に分類しており（林幹人『刑法総論（第2版）』（東京大学出版会、2008）449頁（以下、林（幹）『総論』と表記。）、また、数罪が一罪より重いことは明らかであるので、少なくとも論者自身は、包括一罪の方が観念的競合よりも軽いと解していると言えるだろう。

この問題点が最も先鋭化するのが、論者の錯誤論における主張である。論者は、方法の錯誤は故意を阻却しないと解し、本来狙った人物及び実際に被害を受けた人物の双方が死亡した場合につき、殺人罪の包括一罪を肯定している<sup>(8)</sup>。ここでは、「一応2つの犯罪が成立していることは否定しえないが、故意は実質的には1つしかないのであるから<sup>(9)</sup>」包括一罪になるというのである。しかし、法定的符合説に立つのであれば、犯罪は二つ成立し、かつ、それに対応した故意も二つあると言う他ないだろう。論者の意図としては、おそらく、本来一人を狙うつもりであったという点に着目して、故意が実質的に一つであると主張し、一つの行為で複数人を殺害する典型的な観念的競合の事例のように、本来複数人への攻撃を予定していた場合とは異なるというのだろう。しかしながら、このような故意の対象を度外視するのが、法定的符合説の本来の主張であろう。よって、法定的符合説をとりつつも、故意は一つしかないという理由で当初の攻撃対象の数を罪数論において考慮することは妥当ではなく、むしろこれとは異なる理由を呈示する必要がある。しかしながら、ここで問題となっている包括一罪の事例においては、一つの行為に基づくことも明らかであるため、結局のところ、典型的な観念的競合の事例との差異を説明し得なくなる。

論者は、「学説においては、罪数判断における責任内容の一体性が軽視されつつあるように思われる<sup>(10)</sup>」と述べ、責任の一体性のみに基づく包括一罪を肯定しており、また、確かに学説では不法の一体性のみに着目するもの<sup>(11)</sup>もあることは事実である。しかしながら、不法の一体性に加えて、責任の一体性も要求する<sup>(12)</sup>のであれば、責任内容の一体性は軽視されているとは言えなくなるし、責任内容の一体性のみに基づく包括一罪を肯定することは、逆に不法内容の一体性を軽視するものとも言える。

以上のような論者の見解の問題点を鑑みるならば、責任の一体性だけに着目して包括一罪を肯定することはできないように思われる。

---

(8) 林(幹)『総論』257頁参照。

(9) 林(幹)『総論』257頁参照。

(10) 林(幹)『基礎理論』221頁参照。

(11) 西田典之『刑法総論(第2版)』(弘文堂、2010)414頁、山火正則「罪数論と犯罪論」現代刑事法6巻7号(2004)34頁参照。

(12) 山口厚『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2007)372頁、今井猛嘉=小林憲太郎=島田聡一郎=橋爪隆『刑法総論』(有斐閣、2009)416頁〔島田聡一郎執筆〕参照。

（iii）財産犯の保護法益論により被害者の同一性を説明する見解

虫明満は、（ii）の見解とは逆に、被害者の同一性という要素を、包括一罪を認めるにあたり必須のものと考えており、財産が問題となる場合には、財産犯の保護法益論を援用してこのことを説明している。そして、以上のことは一個の行為で同一構成要件を複数回充足する場合<sup>(13)</sup>、接続犯の場合<sup>(14)</sup>、そして連続一罪の場合<sup>(15)</sup>のいずれにおいても妥当すると言うのである。

まず、論者は、一個の行為で同一構成要件を複数回充足する場合及び接続犯の場合については、以下のように論じる。

「ここでもまず、何が保護法益であるかを明らかにする必要がある。そして、例えば、窃盗罪については、その保護法益に関して、学説上、本権説と所持（占有）説との対立の存することは周知の通りである。ただ、いずれにしても、その保護法益は各個人の本権であり、各個人の所持（占有）でなければならない。すなわち、この場合も、各個人ごとに法益を異にすると考えるべきであり、数個の法益が侵害された場合は、一罪とはなりえないといわなければならない<sup>(16)</sup>。」「接続犯として一罪が認められるためには、一個の行為の場合と同じ意味における被害法益の単一性がなければならない<sup>(17)</sup>。」

もっとも、ここでの論者の主張は、強調箇所において財産犯が個人的法益に対する罪であることを示し、そこから被害者の同一性を要求する見解と大差ないように思われる。そして、このように論じるだけでは、論者の財産犯の保護法益論についての理解が明らかでないこともあり、前掲最判昭和24年7月23日のような事例を果たしてうまく説明できるのか疑問である。

また、何故、ここで保護法益論に依拠して問題を解決しなくてはならないのかも明らかとは言えない。確かに、結果無価値一元論に立脚するのであれば、侵害される法益に着目するのは自然であるように思われる。しかし、このような一元論も、法益が一定の態様により侵害されること自体は肯定しているのあって、単にそれを独自の不法構成要素としていないだけであると思われる。

(13) 虫明満『包括一罪の研究』（成文堂、1992）230頁以下（以下、虫明『包括一罪』と表記。）参照。

(14) 虫明『包括一罪』235頁参照。

(15) 虫明『包括一罪』207頁参照。

(16) 虫明『包括一罪』231頁参照。

(17) 虫明『包括一罪』235頁参照。

また、たとえ本権説に依拠したとしても、所有権等の観念的な権利に対応する事實的・現實的状況を問題にする余地はなお残されており、保護法益を強調するだけでは問題の解決につながらないと思われる。

次に、連続一罪についての論者の主張を見ると、そこでは以下のように論じられている。

「財産罪の場合、その保護法益は基本的には個人の所有権であり、法益の個数は被害者たる所有者の数に一致する。但し、窃盗罪のように、占有(管理)も保護法益と考えられるものもあり、そのような場合には、占有(管理)自体の個数が問題となるであろう。こうして、結局、連続一罪が成立するためには、一身専属的法益に対する罪の場合には被害者が一人であることが必要であり、財産罪の場合には所有者が一人でありないしは占有(管理)が一個であることが必要となるのである<sup>(18)</sup>。」(下線筆者一註)

ここでの最初の疑問点は、先の引用箇所とここでの引用箇所における、窃盗罪の保護法益論の理解の相違である。即ち、前者では本権か占有かという形で二者択一的な議論がされていたのに対し、後者では折衷的な見解が表明されているのである。

また、この点を措くとしても、論者が言うように「窃盗罪のように、占有(管理)も保護法益と考えられるものもあ」(傍点筆者一註)るという前提から何故、「占有(管理)自体の個数が問題となるであろう」と結論づけられるのかは明らかでない。というのも、上記引用箇所において、論者は「占有(管理)も」と言っているのであって、「占有(管理)のみ」とは言っていない。むしろ、「占有(管理)も」と言うならば、所有者・占有者の双方を含めて、被害者の数を判定するという見解も同等の論理的正当性をもって主張できるはずである。占有や管理の数を基準として被害者の数を判定するならば、財産犯の保護法益は占有のみであると解する立場に依拠する必要があるように思われる。しかしながら、そうするためには、242条の占有を占有一般と広く解する占有説<sup>(19)</sup>に与するか否かとは関係なしに、235条においても占有のみが保護されていると主張する必要があるだろう<sup>(20)</sup>。このような見解が一般的に受け

---

(18) 虫明『包括一罪』208頁参照。

(19) 木村光江『刑法(第3版)』(東京大学出版会、2010)316頁(以下、木村『刑法』と表記。)、同『財産犯論の研究』(日本評論社、1988)511頁参照。

入れられているものではないことに鑑みると<sup>(21)</sup>、結局のところ、このような事例を財産犯の保護法益論を援用して説明することには無理があると言わざるを得ない。

先の引用箇所と同様、このような事例で、財産犯の保護法益論を援用する必要があるとは思われない。このような事案では、要保護性のある占有者及び所有権者のうち、占有者レヴェルで被害者の同一性が維持されており、その意味で相対的に被害者の同一性を緩和しても抵抗が少ないと言えるが、このことを包括一罪の要件論の枠内で説明するならば、以下のとおりとなる。即ち、財産の保護法益論に関するいかなる見解にたっても<sup>(22)</sup>、占有侵害は必須のものと解されており、いわば、不法の部分的一体性を肯定できることが、包括一罪を認める根拠となる。と。曾根威彦も、このことを「物の占有の侵害という行為態様に着眼して一罪とみるべき<sup>(23)</sup>」と述べており、妥当と思われる<sup>(24)</sup>。

もっとも、このような理解を採用したとしても、本決定のような結論を導くことはできない。本件においては、被害者相互に占有の一致という関係を見出すことはできないからである。このことから分かるように、この見解も、議

- (20) 井田良「窃盗罪の保護法益をめぐって」研修745号(2010)3頁以下、島田聡一郎「財産犯の保護法益」法学教室289号(2004)97頁註5参照。また、235条の占有を、間接占有を含める形で広く認めるとなると、直接占有の保護とは別に間接占有の保護が問題となるため、利用過程から離脱している等の理由で間接占有の保護が否定される事案以外では(島田聡一郎=小林憲太郎『事例から刑法を考える』(有斐閣、2009)166頁〔小林憲太郎執筆〕、今井猛嘉=小林憲太郎=島田聡一郎=橋爪隆『刑法各論』(有斐閣、2007)136頁〔小林憲太郎執筆〕、鈴木左斗志「刑法における『占有』概念の再構成」学習院大学法学会雑誌34巻2号(1999)186頁以下参照。)、やはり本文で述べた問題が同様に生じることとなる。
- (21) また、最高裁は、244条1項の親族相盗例が適用されるためには、犯人と財物の占有者との間のみならず、所有者との間にも親族関係がなくてはならないと判示しており(最決平成6年7月19日刑集48巻5号190頁参照。)、学説もこれを概ね支持している(例えば、山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣、2010)211頁、林幹人『刑法各論(第2版)』(東京大学出版会、2007)203頁、中森喜彦『刑法各論(第2版)』(有斐閣、1996)125頁参照。)。このことは、窃盗罪の被害者が占有者だけでなく、所有権者(論者によっては間接占有者)も含んでいることの論拠と言えよう。
- (22) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008)520頁、同『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005)449頁参照。
- (23) 曾根威彦「罪数と被害者の数」西原春夫=藤木英雄=森下忠(編)『刑法学3』(有斐閣、1978)181頁参照。
- (24) 福岡高判昭和29年3月31日高判刑特26号76頁参照。

論の出発点として、前掲最判昭和24年7月23日を念頭に置いているため、本稿で扱っている平成22年決定のような事案をうまく説明することはできない。むしろ、このような立場を一貫させて、本決定の結論を不当と解することも、可能ではある<sup>(25)</sup>。しかし、ここで説明したように、被害者の同一性という要請は、必ずしも例外を許さない絶対的なものではないように思われる<sup>(26)</sup>。その意味で、本決定を正当化する余地は、なお残されている。

(iv) 法益の一身専属性により区別を行う見解

(ii) 及び (iii) で見た見解は、自説を根拠付けるに際し、必ずしも説得的な論拠を呈示していなかった。そこで次に、一身専属的法益であるか否かにより区別したうえで、前者について被害者の同一性を要求する折衷説を検討することが必要となるが、冒頭にて述べたとおり、従来の学説は、前掲最判昭和24年7月23日との関係での議論を展開してきた関係で、限定的な主張を行っているものが殆どである。もっとも、参考になるものがないわけではないように思われる。近年、高橋則夫は以下のように述べている。

「構成要件が法益保護のために設定されていることから、被害法益の個数が1個か数個かは重要な要素となる。たとえば、人を行為の直接の対象とする犯罪においては、被害法益が被害者の一身専属的なものであるから、罪数も被害者の数に応じた個数となる。」「これに対して、財産犯のように一身専属性が弱くなると、客体の個性と被害法益とを関連させて罪数が決定される。たとえば、窃盗罪の場合、所有者の数ではなく、占有侵害の回数によって罪数が決定される<sup>(27)</sup>」

ここでもやはり、被害法益の個数をカウントする際に、法益の一身専属性が影響を与えるものであるということが前提とされている。もっとも、「人を行為の直接の対象とする犯罪」という文言から、一定の基準を読み取ることができる。しかし、生命や身体についてはともかく、一般的には名誉についても一

---

(25) 松宮孝明「詐欺罪の罪数について」立命館法学329号(2010)1頁以下(以下、松宮・立命館329号と表記。)参照。

(26) 本決定を不当と解する松宮孝明も、一般論としては、「個人的法益に対する罪に関しても、その罪数は、侵害された個人的法益の数を常に絶対的な基準とするものではない」ことを認めている。松宮・立命館329号24頁参照。

(27) 高橋則夫『刑法総論』(成文堂、2010)478頁参照。

身専属の法益として分類されているのであり、これについても「人を行為の直接の対象とする犯罪」であると言うのであれば、何故ここから財産が除外されるのかを十分に説明できなくなるように思われる。というのも、名誉自体は、我々人間を直接構成するものではなくして、単にそれに付着する観念的な評価に過ぎないからである。結局のところ、これだけでは区別の基準とはならないだろう。

そこで次に、法益の一身専属性に着目する見解が呈示する、より一般的な論拠に目を向ける必要があると思われる。しかしながら、我が国の学説は、従来この点について意識的に検討を行ってこなかったため、ここから一般的な論拠を見出すことは難しい状況にある。そこで、日本と同様の区別を行っているドイツの議論を参照することが有益と思われる。もとより、両国の罪数論体系が異なるため、安易な比較は許されないが、論者が呈示する一般的な論拠が、両者の罪数論体系の差異に由来するものではない限りで、ドイツの議論を参照することも許されると思われる。無論、本稿で全面的な議論の紹介をすることはできないが、必要と思われるものを次に紹介することとする。

#### （四） ドイツにおける自然的行為単一に関する議論

##### （i） 総 説

ドイツにおいて、同種行為の反覆により一身専属の法益が複数侵害された場合に、いかなる取り扱いがなされているか、を確認する前提として、ドイツにおける罪数論の構造を見ておく必要がある。

ドイツでは、罪数に関して以下の規定が置かれている。即ち、ドイツ刑法典 52 条は、所為単一（Tateinheit）・観念的競合を、同 53 条は所為複数（Tatmehrheit）・実在的競合を規定している<sup>(28)</sup>。前者は、単一の行為（Handlung）により、複数の罰条に違反する場合（異種の観念的競合）または同一の罰条に複数回違反する場合（同種の観念的競合）であり、単一の刑により処断される。複数の罰条に違反した場合、最も重い刑を定めた規定により処罰される。後者は、複数の犯行について、同時に判決を言い渡され得る場合について、総合刑により処断される。この規定は、前者が単一の行為の場合に適用を受ける関係で、複数の行為が問題となる場合に適用されることとなる。両者は、単一の行為であるか否かにより区別される、というのがその基本構造である。さらに、

(28) ドイツ刑法 54 条及び 55 条も罪数に関係するが、罪数の形態とは関係しないため、本稿では省略する。

所為単一において、行為の単一性の他に複数の罰条への違反又は同一罰条への複数回の違反が要求されている関係で、行為が単一とされても、一回の罰条違反しか認められない場合には、所為単一にすらならないこととなる。このように、所為単一をも否定される場合については一罪として評価されており、我が国における包括一罪を検討するに際し、参考になる点があるように思われる。

現在では、単一の行為として認められる場合として、大きく分けると、以下の三種のものが認められている。一つ目は、銃を用いて一度狙撃する場合のように、純然たる一つの動作しか認められない場合で、これは自然的意味における一つの行為(eine Handlung im natürlichen Sinn)と呼ばれている。二つ目は、構成要件的行為単一(tatbestandliche Handlungseinheit)であり、構成要件該當的行為態が、概念的もしくは事実上又は典型的に、多数の個別行為を前提としている場合である。三つ目として、自然的行為単一(natürliche Handlungseinheit)という類型が認められており、これは、構成要件の文言自体からではなく、個別動作の統一的評価により、行為単一が見出される場合であり、反覆的構成要件実現(iterative Tatbestandsverwirklichung)についても、これに該当するとされている<sup>(29)</sup>。

もっとも、行為が反覆される場合について、無制限に自然的行為単一とされるわけではなく、無論様々な限定がなされている。一般的には、①行為態様として同種のもが複数存すること、②各行為が場所的・時間的に密接に関連していること、③客観的にも、第三者から見ても、行為全体が一体的なものとし

---

(29) なお、本文において述べたように、①自然的意味における行為、②自然的行為単一、③構成要件的行為単一という区分をする学説として、Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 2, 2003 (im folgenden zitiert als "Roxin, AT"), §33 Rdn. 17ff.; Wolfgang Joecks, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 8 Aufl., 2009, Vor §52 Rdn. 6ff.; Urs Kindhäuser, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4 Aufl., 2010 (im folgenden zitiert als "Kindhäuser, LPK"), Vor §§ 52-55 Rdn. 8ff.; Tonio Walter, *Zur Lehre von den Konkurrenz: Handlungseinheit und Handlungsmehrheit*, JA 2004, 572ff.

もっとも、各論者が認める行為単一の分類・呼称は異なっており、本稿の問題関心との関係で言えば、学説には自然的行為単一という形態を疑問視し、反覆行為類型についても構成要件的行為単一等として扱う見解(zB, Gerhard Werle, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, 1981 (im folgenden zitiert als "Werle, Konkurrenz"), S. 28, 104.; Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., 1993, (im folgenden zitiert als "Jakobs, AT") §32 Rdn. 37)も見られる。しかし、これは反覆行為類型について単一性を否定しているわけではなく、むしろ単一性の分類の問題とされているだけなので、本稿では特に立ち入らない。

て認められること、④単一の意思に基づくこと、が挙げられるが<sup>(30)</sup>、これらとは別に、複数の一身専属的法益が侵害された場合においても、なお自然的行為が単一としうるかが一つの論点となっている。そして、この点については、学説と判例との間で見解が相違しているようにも見えるので、以下では順次これを確認することとする<sup>(31)</sup>。

(30) Vgl., Christoph Sowada, Probleme der natürlichen Handlungseinheit, Jura 1995, 235ff. (248); Bernd von Heintschel-Heinegg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005 (im folgenden zitiert als "MK (Heintschel-Heinegg)"), §52 Rdn. 55; Ralf Eschelbach, in: Helmut Satzger/Bertram Schmitt/Gunter Widmaier, Strafgesetzbuch, 2009 (im folgenden zitiert als "SSW (Eschelbach), StGB"), StGB, §52 Rdn. 58; Jan Steinmetz, in: Dieter Dölling/Gunner Duttge/Dieter Rössner, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 2008 (im folgenden zitiert als "GStR-HK (Steinmetz)"), §52 Rdn. 22; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11 Aufl., 2003 (im folgenden zitiert als "Baumann/Weber/Mitsch, AT"), §36 Rdn. 16. (ただし、③については言及せず。); Roxin, AT, §33 Rdn. 31.

(31) なお、ドイツでは、反覆行為を自然的行為単一として把握できない場合であっても、連続犯という法的行為単一の一種として理解することがかつては (Vgl., BGHSt. 40, 138ff.) 行われていた (ドイツにおける連続犯の議論については、虫明『包括一罪』118頁以下、山火正則「ドイツにおける連続犯について」神奈川法学 8巻1号 (1972) 1頁以下参照。)。そして、そこでも、一身専属的法益が複数侵害された場合に連続犯が成立するかという議論がなされていた。しかし、内容的には、自然的行為単一をめぐる議論と大きく異なるものではない。即ち、判例は、法益の一身専属性による区別につき明示的に言及するか否かにかかわらず、実際問題として、このような区別を行った上で一身専属的法益が複数侵害された場合には連続犯は排除されるとしてきた (RGSt. 10, 53ff.; 18, 317ff.; 27, 19ff.; 31, 150f.; 43, 134ff.; 49, 66ff.; 53, 274f.; 59, 98ff.; 66, 221f.; 68, 13ff.; 70, 243ff.; BGHSt. 18, 26ff.; 25, 24ff. 若干異質のものとして、RGSt. 57, 163f.)。そして、何故このような区別が正当化されるのか、という点について見ると、当初は一身専属的法益の人格との関連性に着目した主張がなされていた (Vgl., RGSt. 27, 19ff. (20); 43, 134ff. (137); 59, 98ff. (99))。一部の判例は、あらゆる刑罰規定が第一次的 (in erster Reihe) には全国民の保護に資するものであることを理由に、このような区別を否定し、法感情に依拠して説明を行っているが (RGSt. 70, 243ff.; 70, 282ff.)、これは当時のドイツにおけるナチス政権下での全体主義の政治体制により影響されたものと思われる。となると、一身専属的法益であるか否かを区別する論拠としては、同法益の人格との関連性しかないこととなる。

また、学説においても、判例と同様に、一身専属的法益であるか否かの区別を行うのが一般的であるが (Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 18 Aufl., 1898 (im folgenden zitiert als "Berner, LB"), S. 306f.; Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 Aufl., 1931 (im folgenden zitiert als "Frank, StGB"), S. 239.; Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Band 2, 1930 (im folgenden zitiert als "Hippel, DStR"), S. 541.; Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961 (im folgenden zitiert als

(ii) 判例の動向

判例は、たとえ複数の一身専属的法益が侵害されたとしても、なお自然的行為単一とする場合がある、と一般的には評されている<sup>(32)</sup>。しかし、このことは、ドイツの判例が法益の一身専属性を問わず、被害者の同一性を不要とし、広範囲で一罪としての取り扱いをしているというわけではない。そうではなくて、判例が自然的行為単一という概念を使用する場合、そこには二種類の異質のものが混在しているのである<sup>(33)</sup>。即ち、一つは、本稿が問題にしている反覆行為において、構成要件の一回の実現を肯定する場合であり、もう一つは、所為単一を肯定する場合である<sup>(34)</sup>。そして、判例において、自然的行為単一

---

“Geerds, Konkurrenz”), S. 302ff.; aA, Max Ernst Mayer, Das allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2 Aufl., 1923 (im folgenden zitiert als “M. E. Mayer, AT”), S. 169.; Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 494.)、その理由付けは詳細でないものが多い (Berner, LB, S. 307.; Hippel, DSrR, S. 541.; Frank, StGB, S. 239.; Philipp Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1934 (im folgenden zitiert als “Allfeld, AT”), S. 235.)。これは、ホーニツヒが言うように、判例による説明は説得的であり、更なる補足は不要であると考えられている (Richard Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925 (im folgenden zitiert als “Honig, Handlungseinheit”), S. 112.) ことも関係しているだろう。このような中で、判例とは異なる理由付けを呈示する論者として、ゲールズをあげることができるが、財産的法益を脱個人化する見解 (Geerds, Konkurrenz, S. 303ff.) であり、妥当とは言えない。

(32) Vgl., Ruth Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12 Aufl., 2006 (im folgenden zitiert als “LK (Rissing-van Saan)”), Vor §52 Rdn. 14.; MK (Heintschel-Heinegg), §52 Rdn. 53.; Walter Stree/Detlev Sternberg-Lieben, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28 Aufl., 2010 (im folgenden zitiert als “Sch/Sch (Stree/Sternberg-Lieben), StGB”), Vor §52 Rdn. 23.; GSr-HK (Steinmetz), §52 Rdn. 25.; Joachim Hellmer, Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen, GA 1956, 65ff. (66)

(33) Vgl., Sch/Sch (Stree/Sternberg-Lieben), StGB, Vor §52 Rdn. 10.; Manfred Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964 (im folgenden zitiert als “Maiwald, Handlungseinheit”), S. 113.; Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979 (im folgenden zitiert als “Puppe, Idealkonkurrenz”), S. 255f. Fn. 1.; Geerds, Konkurrenz, S. 285.; Urs Kindhäuser, Normverstoß und natürliche Handlungseinheit - BGH, NJW 1984, 1568, JuS 1985, 100ff. (101); Walter, JA 2004, 572ff. (572f.)

(34) 判例では、一定の緊密な場所的・時間的連関が認められる複数の罰条の違反や同種の罰条の複数回の違反を、自然的行為単一に基づくものとして、所為単一として扱っている。そして、自然的行為単一をこのように理解することにより所為単一を肯定することについては、かつて帝国裁判所が定立した (RGSt. 32, 137ff.)、所為単一とするには実行行為の (少なくとも部分的な) 同一性が必要であるという要請と相容れないとされ、か

の成否との関係で法益の一身専属性による区別が放棄されているのは、後者の意味で自然的行為単一を問題にする事案であることが分かる<sup>(35)</sup>。

しかし、判例のこのような動向については、そもそも一罪の評価と関連するものではないので、本稿の問題関心からすると、有益な示唆は得られない。むしろ、学説の方が反覆行為につき一罪として扱っているので、次に学説の動向を見ることとする。

### (iii) 戦前の議論

最初に、戦前の学説を確認することとする。戦前の議論においては、反覆行為という類型の罪数が直接問題となっていたわけではなく、むしろ、犯罪<sup>(36)</sup>もしくは行為<sup>(37)</sup>として単一であるか複数であるかという観点から、いかなる

と言って、二元的な意味で所為単一の基準を並立させることについても、批判の対象となっている（Vgl., LK (Rissing-van Saan), Vor §52 Rdn. 18.; MK (Heintschel-Heinegg), §52 Rdn. 53.; Sowada, Jura 1995, 245ff. (247); Günter Warda, Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, in: Festschrift für Dietrich Oehler, 1985, S. 248f.; Wolfgang Mitsch, Konkurrenz im Strafrecht, JuS 1993, 385ff. (388f.); Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5 Aufl., 1996 (im folgenden zitiert als "Jescheck/Weigend, AT"), S. 713.; aA, Sch/Sch (Stree/Sternberg-Lieben), StGB, Vor §52 Rdn. 23.)。

(35) 例えば、連邦通常裁判所 1952 年 3 月 25 日判決（BGHSt. 2, 246ff.）では、他人の住居に侵入し、住居内の金庫にあると推定される金員を邪魔されずに奪取するため、住人 4 人の殺害を順次試みた、という事案における、4 件の謀殺未遂の罪数処理が問題とされ、連邦通常裁判所は、これを同種の所為単一ではなく、所為複数とした。即ち、所為単一とするためには、一つの自然的行為が、同時に複数人の生命を侵害しなくてはならず、それぞれが一個人にのみ向けられている複数行為は、その連続性（Aufeinanderfolge）や単一の犯行計画と故意により、一つの自然的行為へと纏め上げ、それゆえ法的な意味で一つの所為とし得ない（BGHSt. 2, 246ff. (247)）、というのである（Vgl. auch, BGHSt. 16, 397f. (398); BGH NStZ 1984, 311f. (311)）。そして、このように所為単一との関係で自然的行為単一の概念を使用しているのであれば、連邦通常裁判所が一定の例外的場合に、複数の一身専属的法益の侵害が認められるにもかかわらず、所為単一を肯定していることも理解できるだろう（Vgl., BGHSt NStZ 2003, 366f. [複数の被害者に対する侵害が時間的に同時で、交互に行われる場合]; BGH NStZ 2005, 262f. [個別所為への分断が、極めて密接な時間的・状況的連関ゆえに、恣意的・技巧的と映る場合] auch, BGH NStZ 2006, 284ff.; BGH StV 1994, 537f. その他、自然的行為単一の主観的基準に着目し、例外を肯定したものとして、Vgl., BGH JR 1985, 512ff. (Anmerkung: Manfred Maiwald)）。

(36) Vgl., Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1 Band, 1885 (im folgenden zitiert als "Binding, Handbuch"), S. 532f.; Allfeld, AT, S. 232.; Hippel, DSr, S. 501f.

(37) Vgl., Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21 u. 22 Aufl., 1919 (im folgenden

場合に単一性を肯定できるかが論じられていた。そして、前者に即して言えば、単一の犯罪として認められるためには、犯罪を構成する行為もしくは結果のいずれかが単一でなくてはならず、結果の単一性が認められれば、行為が複数であっても単一性が認められると解されていた。結果の単一性を判定するにあたり、侵害された法益が一身専属的法益であるか否かによって区別され、複数人の法益が侵害された場合には、結果の単一性は認められない、という文脈において、法益の一身専属性が問題とされてきた。

そこでは、財産のみが問題となる場合には、占有の単一性が認められる限りで、所有者が複数であっても差支えないという態度の表明をするだけのもの<sup>(38)</sup>もあり、この点では、冒頭にて言及した我が国の学説との共通性を見出すことができる。

さらに、その延長線上に、窃盗の場合において、占有が単一であれば所有者が複数認められても良いとするだけでなく、器物損壊において、たとえ所有者が単一であっても複数の占有侵害が認められれば、複数の器物損壊が成立するというエム・エー・マイヤーの見解<sup>(39)</sup>も見られる。もっとも、これは全ての場合に貫徹されているわけではない。即ち、芸術作品・樹木・動物については、支配的な文化観によると、個別性が重視されるべき存在(Individualität)であり、特別な利益の対象であるが、鍋や毛皮のコートのような衣類については、このことが妥当しないというのである<sup>(40)</sup>。

これは、マイヤー独自の文化規範論が罪数論においても影響しているのかもしれない。しかし、いずれにせよ、この点については、ホーニヒが批判を行っている。それによると、動物であるという理由で30匹の鶏の毒殺については30件の器物損壊とし、30個の高価な毛皮のコートに腐食性の液体を注ぐ場合については、1件の器物損壊にしかならない、というのは、むしろ文化観に矛盾するというのである<sup>(41)</sup>。

しかし、いずれの見解も、そもそも何故一身専属的法益であるか否かにより区別するかについて、その論拠を詳しく説明しているとは言い難い。しかし、

---

zitiert als "Liszt, LB"), S. 223f.; Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26 Aufl., 1932 (im folgenden zitiert als "Liszt/Schmidt, LB"), S. 349f.; M. E. Mayer, AT, S. 157ff.

(38) Vgl., Allfeld, AT, S. 232.; Liszt, LB, S. 224.; Liszt/Schmidt, LB, S. 350.; Hippel, DStR, S. 533.

(39) Vgl., M. E. Mayer, AT, S. 161.

(40) Vgl., M. E. Mayer, AT, S. 162.

(41) Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 73.

その中では、パールが以下のように述べていたことが注目される。

「多くの犯罪の本質と同様に、客体の個別性や個数又は客体につき権限のある人の数ではなく、むしろ客体の価値が問題となる。これにあたるのは、純粋な財産や、物の所有権に対する犯罪の場合である。それに対し、犯罪が、その本質によると、人格そのものもしくは一身専属的権利に向けられているならば、意図的に侵害された客体が複数であることをもって、犯罪の複数次も認められる。人格は、その価値を合算することが可能な量的なものや客体としてではなく、むしろ法的には個々人として考慮される<sup>(42)</sup>。」

パールの見解は、一身専属的法定利益の人格性を根拠に、その量的把握を排除するものである。そして、このような理由付けが、一特に量的な把握という視点に着目する点において一後の学説にも実質的には受け継がれているように思われる。

#### (iv) マイヴァルトの見解

一身専属的法定利益であるか否かを区別する見解は多くに文献において見られるが、なぜそのような区別をするのかは、マイヴァルトが指摘するように、必ずしも根拠付けられているとは言えない<sup>(43)</sup>。そこで、このような区別の論拠を呈示するマイヴァルトの見解を見ると、彼は以下のとおりに主張している。

「(しかしながら、) 自然的考察が、一既に述べたように一所与の犯罪的個別動作を処断の単一の対象として取扱うことが妥当と思われるか、という刑法的問題を出発点とする法的判断に基くのであれば、保護法定利益の性質は、決定的重要性を獲得することとなる。確かに、例えば、財産的価値や所有権の毀損は、増加可能な量 (eine steigerungsfähige Größe) であるが、それに対し、一身専属的法定利益は、量的算定に到達することのない絶対的単一性 (absolute Einheiten) を形成する。倫理的評価と同様、法的評価にとって、二つの生命の殺戮又は二つの名誉の侵害は、単に生命又は名誉という法定利益の強化された侵害なのではない。それゆえ、処罰にとっても、多数の一身専属的法定利益の侵害は行為単一を形成しえない<sup>(44)</sup>。」

---

(42) Vgl., Carl Ludwig von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 3 Bände, 1909, S. 527.

(43) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 81.

マイヴァルトの見解は、法益侵害の量的把握という観点から、一身専属的法益であるか否かによる区別の正当化を試みるものと言える。ここにおいて、先のパールの見解との連続性を見出すことができる。そして、このような区別は、必ずしも全ての論者がマイヴァルト(やパール)の見解を引用するわけではないものの、現在のドイツの議論においても支持されているように思われる<sup>(45)</sup>。

もっとも、このようなマイヴァルトの見解において注意しなくてはならないのは、一身専属的法益の場合には法益侵害の量的算定ができないと主張しているものの、それは量的算定が可能か否かという点から見れば可能であるにも関わらず、ただ単に規範的な観点よりそれをしていないに過ぎないという点である。即ち、傷害罪を例にとってみると、被害者Aの両腕を切断した場合と、被害者Aの右腕を切断し、被害者Bの左腕を切断した場合との両者において、腕二本という形で数量化をすること自体は可能である。にもかかわらず、数量化が否定されるのであるから、一身専属的法益について数量化が可能か否かという問題を離れたところでの、数量化可能性という観点から見れば外在的な理由からこのように扱われているに過ぎない、ということが分かる。よって、(論者の実際上の意図はともかく、)イエシェック=ヴァイゲントのように、反覆行為につき自然的行為単一を認めるにあたり、単一の不法としての法益侵害の純粋な量的増加を一要件として掲げつつも、複数の一身専属的法益が侵害されたとしても不都合はないとするのは、この意味で理解できる<sup>(46)</sup>。

では、その外在的な理由が何であるかが次に問題となるが、マイヴァルトが言う絶対的単一性の内容は必ずしも明らかとは言えない。そこで、マイヴァルトが脚注で第一次的に引用するガラス<sup>(47)</sup>の見解を見ると、そこでは全く異なる文脈での主張が引用されていることが分かる。

ガラスは、ナチス体制において、精神病者の殺害に関与しつつも、同時に、一部の精神病者を、真実に反し労働能力有りとすることにより救済した医師の

---

(44) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 81.; ähnlich, Maiwald, JR 1985, 513ff.

(45) Vgl., Roxin, AT, §33 Rdn. 36ff.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, §36 Rdn. 16; Kindhäuser, LPK, Vor §§ 52-55 Rdn. 13ff.; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26 Aufl., 2007 (im folgenden zitiert als "Lackner/Kühl, StGB"), Vor §52 Rdn. 7; MK (Heintschel-Heinegg), §52 Rdn. 54.; Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (103)

(46) Vgl., Jescheck/Weigend, AT, S. 712

(47) Vgl., Wilhelm Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschlussgrund, in: Festschrift für Edmund Mezger, 1954 (im folgenden zitiert als "Gallas, Pflichtenkollision"), S. 311ff.

刑事責任を検討する文脈で、以下のように述べる。

「医師が直面していたと認められる二者択一〔的な状況〕は、危険に晒されている人間の生命の観点から考察すると、以下のとおりとなる。即ち、〔精神病者の殺害〕活動への共働を拒絶し、そのことにより、命令に従い殺害すべき全ての施設住人の生命を見殺しにすること、または、協力し、それにより、少なくとも該当者の相当部分を救済すること、の何れかである。仮に、この問題が、単に、合理的な目的吟味により決定され、事柄の性質上、量的把握を行う利益衡量によって判断されるのであれば、何が適切な選択かは明らかであろう。即ち、関与を行う医師の方が、より高度の利益を維持すると言える。しかしながら、法的価値を単に功利的価値とはせず、むしろ、基督教及び人権思考に刻印された、我々の文化領域の倫理的基本信条の下での法の確立を自覚するような法的思考は、そのような考察方法により満足しえない。むしろ、あらゆる人間の生命の中に、利益・損失計算の単なる額として扱われてはならない、比類なき人格的価値を見出さなくてはならない<sup>(48)</sup>。」〔 〕による挿入部分は筆者一註

ガラスの見解は、人間の生命における人格的価値に着目することで、生命の量的把握を行うことによる正当化を否定するものと言える。もっとも、以上のようなガラスが憂慮する点は、正当化の場面においてはともかく、罪数論が問題になる場面では妥当しないように思われる。罪数論においては、決して、誰かの生命が他の誰かの生命のために犠牲になる場面が生じているわけではない。単に、複数人の生命等を殺害した行為者の罪責が問題となる場面において、それを包括的に評価しうるか否かが問題なのであって、たとえ包括評価を行ったとしても、直ちに個々人の人格を蔑ろにすることにはならないはずである。

また、生命の価値の重要性を強調したとしても、一身専属的法益の量的算定が許されないことの根拠は、依然として不明である。これに対しては、一身専属的法益が問題となるのであれば、少なくとも生命に準じる価値の重要性を肯定することができるかと主張するのかもしれないが<sup>(49)</sup>、何故、一身専属的法益

(48) Vgl., Gallas, *Pflichtenollision*, S. 326f.

(49) マイヴァルトが同じ個所で引用している、ヘルムート・マイヤーの「計量不能な財 (unwägbare Güter)」という概念については、その例示として名誉が挙げられており

であるか否かにより、かくも重要性の程度が異なるかの説明にはなっていないと思われる。

以上のとおり、一身専属的法益の量的算定を否定するマイヴァルトの論拠は十分なものであるとは言えない。

#### (v) ヴェルレの見解

次に、マイヴァルトが問題にした、一身専属的法益が複数侵害された場合における量的把握は不可能であるという点を、規範的な視点を明確にしつつ主張するのがヴェルレ<sup>(50)</sup>である。ヴェルレは、一罪としての評価には不法の単一性が必要となるという前提から、以下のように述べる。

「第一に、法益侵害の性質が本質的役割を演じることとなる。なぜなら、犯された不法の単一性の場合に限り、反覆された構成要件実現が非独立となるからである。そのような単一性は、一更なる基準を留保すれば個別動作により法益侵害が単に量的に増加された場合に、肯定すべきである。そのような増加は、確かに不法の剰余(Mehr)を意味するが、独自の重要性(eigenständiges Gewicht)は有していない。(中略)行為者が順次に、複数人の一身専属的法益を侵害した場合には、状況が異なる。ここでは、法益保持者の人格が特別の意義を有しているため、更なる法益保持者の侵害に存する不法の増加は、段階的(graduell)に過ぎないのではなく、質的(qualitativ)なものである。それゆえ、不法結果を独自に評価すべきである。一回的構成要件実現としての把握は、排除される<sup>(51)</sup>。」

また、不法の単一性とは別に要求される主観的要件についても、法益の一身専属性との関係で説明を行う。

「しかしながら、構成要件的行為単一の主観的要素は、実際には、前に検討した規範的考察方法により決定的に刻印され、よって構成要件的不法の記

---

(Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 179)、生命以外の法益にも重要性が認められることを示すものと言える。しかし、そもそも何故計量できないのかが問題になっているのであり、これだけでは結論を示すだけのものと思われる。

(50) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 105ff.; vgl. auch, Puppe, Idealkonkurrenz, S. 240.; Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (103)

(51) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 105f.

述に依存している。状況や動機の単一性については、異なる刑罰法規により異なる要請が定立されている。つまり、いつ動機状況が単一であるかは、一つの状況にとって重要な要素である特定の内容への連関なしでは、全然判断できない。よって、換言すれば、何が一つの状況を形成するのか、の確定が必要である。これは前もって与えられているものではなく、まずもって定義されなくてはならない。その際、決定的であるのは、行為者に対して、こういう行為をすべきだ、と期待されている内容（Verhaltensforderungen）である。事実状況の変更が、行為者により規範違反への新たな取り組みが期待されることをもたらす場合には常に、そしてこの場合のみ、状況が他のもの（andere）、新たなもの（neue）となる。〔原文改行〕どのような要件の下でそのような期待が存するかは、構成要件的不法の記述に従う。増加可能な法益の侵害の場合、行為者により、彼が各構成要件の個別動作の際に、自己の振る舞いにつき熟慮することを要求されず、彼が一括して（pauschal）法益侵害に従事することを容認する。それゆえ、我々はここにおいて、行為者の行態を、複数の法益保持者が侵害された場合においてもしばしば単一と評価する。それに対し、行為者は、複数の保持者にかかる一身専属的法益を侵害する場合、各構成要件充足とそれぞれ取り組まなくてはならない。ここでは、他の被害者が侵害される限りで、状況が規範的根拠より、新たなものとして再定義される。それゆえ、新たな人を侵害しようとする行使の決意は、独立したものと評価される <sup>(52)</sup>。〕（下線筆者一註）

ヴェルレの見解の特徴として、以下のことが挙げられる。即ち、財産のように、法益侵害が量的に増加する場合については、法益侵害に独自の重要性が付与されていない。逆からいえば、一身専属的法益が問題となる場合、被害者毎に重要性が肯定されることとなる。そして、このような重要性があるからこそ、規範を違反するかしないかという場面におかれた行為者にとっても、別の被害者にかかる一身専属的法益を侵害する場面では、新たな期待を求められることとなるのであろう。

もっとも、ヴェルレの見解では、何故一身専属的法益に財産とは異なる重要性が認められるのかという点についての規範的論拠が不十分であるように思われる。また、一身専属的法益の人格との関連性を指摘するのだとしても、それは単に表現方法を変更するだけのものであろう。なぜ、財産の侵害にも、一身

---

(52) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 107.

専属的法益の侵害と同レベルの重要性を付与することができないのか。その理由には、なお明らかであるとは言い難い。

(vi) ヤコプスの見解

最後に、我々の問題関心からして注目すべき主張を行っているヤコプスの見解を見ることとする。ヤコプスは、刑罰法規への違反の単複を論じる際に、以下のように述べる。

「侵害された財が複数人に帰属するならば、以下のように区別すべきである。特定の人、財の一つに対する管轄が、その財を他者へ移譲することができる又はその利用を他者による行使へと委ねることが可能である、という意味において、偶然的(zufällig)であるならば、管轄権者の複数性は、全体結果(Gesamterfolg)としての評価を阻害しない。しかしながら、移譲可能でない又は利用へと委ねることが可能でない一身専属的法益が問題となる場合には、それへの侵害は確かに、それへの更なる侵害と共に全体結果へと結合されうるが、他の保持者に帰属する財の侵害と共に結合されえない。なぜなら、一身専属的法益は移譲可能な財とは異なり、その保持者なしには定義不能であるからである<sup>(53)</sup>。」

ヤコプスの見解は、一身専属的法益であるか否かによる区別を、人格の財に対する管轄の性質に着目することで正当化するものと言えるだろう。しかしながら、財産は、一身専属的法益とは異なり、他者へ移譲可能(übertragbar)であるという論拠も、適切とは思われない。確かに、財産の移譲と同様の意味において、身体や名誉等の譲渡が行われることはない。しかし、財産においても、通常は特定的人格による意味付けが行われていると思われ、だからこそ、ある人にとって有益な財が、他者へ移譲されることにより、無意味なものになることもあるのである。つまり、事実として財産の譲渡が行われていることを指摘するだけでは、そこでの譲渡自体には主観的・愛情価値の移転が伴っていないことを説明できないのである。結局、一身専属的法益の場合とは異なるものの、以上のような意味で、財産においても、法益と特定的人格との間の結合を肯定できるように思われる。よって、一身専属的法益の場合と同様に、財産の場合においても被害者毎に着目することには理由があると言える。とはい

---

(53) Vgl., Jakobs, AT, §32 Rdn. 18f.

え、彼の言う、人格の財に対する管轄が偶然的であるか否か、という点を考慮することにより、本決定の事案を説明することができると思われる。この点については後述する。

結局のところ、これまで見てきた各主張の論拠では、必ずしも一身専属的の法益であるか否かによる区別を説明する外在的な観点が明らかにならないと思われる。実際にも、ヤコプスは両者の境界線が流動的であると述べるだけにとどまらず、全ての財は、一身専属的の財へと具体化され得ることさえ指摘している<sup>(54)</sup>。そして、学説ではこのような区別に理由がないことを正面から認めるものもある。即ち、エッセルバッハによると、このような区別が理論的に納得のいく法的根拠ではなく、それほど重大でない犯罪における、実務にとって有利となるように法形成を単純化する志向性に、最終的には依拠しており、被害者が異なれば行為単一とはしえない<sup>(55)</sup>、というのである。

以上のことから、(三)(i)で述べたように、一身専属的の法益であるか否かを区別せず、被害者が同一であることを要求する見解が妥当ではないかという考えは、一層強くなると思われる。

## (五) 試 論

以上の検討結果に鑑みると、個人的法益が問題となる場合については、具体的法益が各個人に帰属している以上、(三)(i)で紹介した判例や一部の学説と同様に、被害者の同一性を要求すべきであるように思われる。

しかし、本件では以下の特殊事情が認められるのも事実である。第一に、本件で被害の対象となった金銭に着目することが考えられる。即ち、本件において各被害者が交付した財産は金銭であり、当該金銭が形見の品というならばともかく、通例は主観的・愛情価値は皆無である。よって、ここでは主観的価値に着目して特定的人格と財との連関を肯定することはできないのであり、管轄の偶然性という意味で全体を数量化することも許されるようにも見える。もっとも、このような論拠だけでは、説明としては不十分である。前掲最決昭和37年2月1日のような金銭の詐取が問題となった事案において、包括一罪を否定している判例も存在するからである。そもそも、個人的法益が問題となる場合については、個々人レヴェルで財の帰属を判定するという立場を維持する以上、究極的にはこのような主観的価値があろうとなかろうと、被害者の同一

---

(54) Vgl., Jakobs, AT, §32 Rdn. 20 Fn. 24.

(55) Vgl., SSW (Eschelbach), StGB, §52 Rdn. 61.

性を要求することは可能と思われる。

それにもかかわらず、判例において包括一罪の成否の判断が分かれている理由を探求する必要があるが、それはつまるところ、法益自体の価値の大きさ・重要性が考慮されていると思われる<sup>(56)</sup>。つまり、金銭の喪失であっても、それが多大な額に及ぶのであれば、我々の生活は著しく脅かされるのである。このような場合であれば、従来一身専属的法益とされてきた法益の侵害と、全く同等とまでは言えないものの、それに比肩するような重大な法益侵害が生じたと言えるように思われる。これが、財産法益も個人的法益であるといういわば形式的理由に加えて、従来一身専属的法益とされてきたものと同等の扱いが許される実質的理由ではないだろうか。

それに対し、本件では、各被害者が交付した金銭が極めて僅少のもの(「一円から一万円まで」)であることが認定されている。このような金銭的被害であれば、各人にとってとるに足らないものであり、各被害者に着目しなくてはならないような重要性を見出すことはできないと言えるので、被害者の多数性を捨象して包括評価したとしても問題はないと思われる。ヤコブスが言うような、管轄の偶然性というものは、財産法益が問題となる場面全般ではなく、このような場面に限ってみれば肯定できるのではないだろうか。以上のことから、実体法上の観点からも、本件における包括一罪という結論を正当化できるように思われる。

結局のところ、一身専属的法益であるにしろ、非一身専属的法益であるにしろ、法益侵害の程度には相当の幅がある。財産の侵害であるとしても、我々の生活を大幅に侵害・危殆化する場合もあれば、身体への侵害であっても、軽微なものもある。この点で参考になると思われるのが、ビンディングの主張である。ビンディングは法益の侵害可能性(Verletzbarkeit)に着目して、以下のように述べる。即ち、生命や国家の存続という法益等においては、既遂による侵害はそれらの根絶(Vernichtung)を意味する。それに対し、健康・所有権・物等については、量的に相違する侵害(quantitativ verschiedene Verletzungen)を甘受する<sup>(57)</sup>、というのである。一身専属的法益であることを理由に、比較的軽微

---

(56) 一身専属的法益については、既に法益の重要性に言及するものも見られる。前田雅英『刑法総論講義(第4版)』(東京大学出版会、2006)499頁、木村『刑法』203頁参照。また、財産を想定しているわけではないものの、大塚仁『刑法概説総論(第4版)』(有斐閣、2008)490頁は、「重大な法益については、必ずしも一身専属的なものでなくても、独立的評価が与えられる」と述べている。

(57) Vgl., Binding, Handbuch, S. 533.

な侵害の包括的把握を完全に拒絶し、非一身専属的法益であることを理由に、たとえ今後の生活基盤が脅かされる事態が生じたとしても、包括的評価が許されるというのはナンセンスであるように思われる<sup>(58)</sup>。

以上のとおり、被害者が多数にわたる場合において包括評価できるか否かが問題となる場合、法益侵害の重大性という観点こそが決定的ではないかと思われる。もっとも、これまでの主張からは、重大な侵害であれば包括されないとは言えても、それ以上に、本件においてそうであるように、法益侵害が軽微であることまで必要であるか否かについては説明されていないことになる。

この点については、一身専属的法益が問題となる場合に、どの程度の侵害であれば包括評価されなくなるかという観点から考察することが妥当であろう。仮に、いかに軽微な傷害であっても、複数人に被害が及ぶ以上、包括評価は許されないというのであれば、財産においても、必ずしも重大で、生活が著しく脅かされる事態が生じなかったとしても、同様に包括評価は許されないことになるであろう。その意味で、前掲最決昭和37年2月1日のような事案において、被害者の中に富裕層が含まれており、当該被害者が受けた被害が同人との関係で相対的に軽いものであっても、なお併合罪とした結論を是認することはできるように思われる。このような考えからすれば、よほど軽微な財産的被害でない限りは、包括評価されないこととなろう。

最後に、複数人の財産上の被害が包括評価される場合／されない場合の境界線を具体的にどこで引くかが問題となる。これについては、上記の抽象的な基準を超えて、具体的な額をもって線引きを行うことは不可能であると思われる。むしろ、今後の判例の集積を待つ必要があるだろうが、多くの事案では包括評価が否定されるのではないかと推測される。

#### 四. 結 語

本稿では、近年の判例を題材にして、包括一罪を肯定すべき一類型の正当化を試みた。これまでの主張を要約すると以下のとおりとなる。

- ① 平成22年決定が包括一罪を肯定するにあたり依拠した基本的な枠組み

---

(58) ただし、生命の侵害が問題となる場合には、ベンディングが述べるように、侵害の軽微性を問題にすることはできないだろう。生命侵害において量的観点を一旦持ち出すと、生命相互間の質的相違を肯定することにつながるおそれがあり、妥当でない。

は、行為態様の同一性という客観的要素と犯意・意思の単一性という主観的要素の両輪であると思われる。そして、このことは、(論者により名称は異なるものの)包括一罪につき違法面及び責任面における一体性を要求する見解と軌を一にするものであり、基本的に妥当と思われる。

- ② 本決定の事案における第一の特徴として、個別行為の被害者や被害額の立証ができないという点が認められ、また学説上もそのことを理由とした包括一罪を肯定する見解が一部主張されているが<sup>(58a)</sup>、本決定は①で述べた枠組みにも言及している以上、本決定をそのように解することは妥当ではないように思われる。むしろ、これらの特徴は、行為態様の同一性を肯定する上での一要素と解するのが適当であろう。
- ③ 本決定の事案における第二の特徴として、それぞれの詐欺の被害者が異なるという点が挙げられる。従来の学説では、法益が一身専属的であるか否かを区別し、財産が問題になる場合については被害者の同一性が要求されないことに言及するものもあるが、そのような区別をする論拠は説得的なものではなかった。一身専属的法益であるか否かではなく、むしろ侵害法益の重要性・重大性という観点こそが実質的な基準になっていると思われる。
- ④ 本決定の事案では、各被害者を被害者毎に把握することを必要とさせないほどの零細な被害が問題となっており、法益侵害の重大性を基準とする限りで、本決定が導いた包括一罪という結論は辛うじて支持できるように思われる<sup>(59)</sup>。

---

(58a) 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)131頁註42で引用した文献の他にも、香城敏磨『刑法と行政刑法』(信山社、2005)141頁が同様に主張している。文献の引用が抜け落ちていたことについて、お詫び申しあげる。

(59) なお、本稿の前半部分を脱稿後、小野晃正「組織的な募金詐欺における犯罪の個数」阪大法学60巻2号(2010)423頁以下に接した。本稿の結論と同じく、本決定の結論を支持しているものの、その理由付けについては、本稿で述べたこととは大きく異なっているので、この註において補足することとした。

論者は、不法内容の一体性と責任内容の一体性という観点から本決定の説明を試みている。ここで問題と思われるのが、論者の不法内容の一体性に関する説明である。即ち、論者によると、罪数論における不法の一体性は「結果不法だけでなく、行為不法も加味して判断することが正当であろう。すなわち、包括一罪の判断に際しては、被害法益の個数・種類、侵害行為の態様、時間的・場所的近接性や犯意とその継続性も踏まえつつ、不法内容を禁止・命令規範の侵害として捉え、その侵害が一連かつ一体の同質性を有するといえるかを検討しなければならない」(同430頁参照。)というのである。そ

しかしながら、本件で包括一罪を肯定するために呈示した論拠が、本稿で問題とした事例を超えてどこまで許容されるのかについては、本稿にて取り扱うことができなかった。また、反覆行為だけでなく、包括一罪全体、ひいては罪数論全体にわたる議論についても行うことはできなかった。これらの積み残しについては、後日の研究へと委ねることとしたい。

〔追記〕

脱稿後、古江頼隆「判批」刑事法ジャーナル 25 号（2010）80 頁以下に接した。

（本学大学院博士後期課程）

---

して、本件では、「詐欺罪の禁止規範を約二ヶ月にわたり侵害した点について、一連かつ一体の行為不法を認めることができる」（同 430 頁参照。）とのことである。

しかし、このような説明は不当と思われる。同一規範への継続的侵害をもって不法の一体性を肯定するならば、本決定の事案を離れて無差別連続殺人のような事例を想定すれば明かなように、不法の一体性が肯定される事案が著しく拡張されかねない。実際のところ、不法の一体性を要求する意味は殆ど失われてしまうだろう。また、論者が述べるように、不法の一体性において行為不法をも加味すべきであるとしても、そのことは、結果不法を加味しなくて良いことの理由にはならないはずである。よって、論者の判断枠組みに依ったとしても、なお被害法益の同一性は問題になるのではないだろうか。この意味において、「被害法益の同一性に拘泥して罪数判断を行うことは、形式的思考にすぎる」（同 430 頁参照。）とは言えないと思われる。