

---

種 別： 論説

タイトル： かすがい現象についての一考察（2・完）

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 3 号（平成 26 年 2 月）149-190 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

---

かすがい現象についての一考察（2・完）

青木 陽介

---

- 一 はじめに
  - (一) 最高裁平成 21 年 7 月 7 日第二小法廷決定
    - (i) 概要
    - (ii) 本決定の構造
    - (iii) 本決定の評釈における説明
  - (二) 全体についての科刑上一罪の成否
- 二 ドイツにおける議論
  - (一) 総説
    - (i) 所為単一の成立要件及び一つの行為の理解
    - (ii) 判例及び通説の見解
    - (iii) 判例及び通説の問題点
  - (二) 処断刑の形成方法に着目する見解
    - (i) 帝国裁判所 1911 年 1 月 7 日判決
    - (ii) ヤコプスの見解
  - (三) かすがいである X 罪を分断する試み：判例の場合
    - (i) 連邦通常裁判所 1967 年 2 月 17 日判決
    - (ii) 連邦通常裁判所 1989 年 3 月 16 日判決
  - (四) かすがいである X 罪を分断する試み：学説の場合
    - (i) ヴァーレの見解
    - (ii) プッペの見解
    - (iii) ヴェルレの見解 〔以上、57 卷 1・2 号〕
    - (iv) リッポルト及びエルプによる反論
  - (五) 一罪として扱うことの是非

- 三 日本における議論：観念的競合の場合
  - (一) 総説 ～ 中野次雄の見解
  - (二) 観念的競合の成立を否定する見解
    - (i) 山火正則の見解
    - (ii) 林幹人の見解
  - (三) 包括一罪の成立を否定する見解
    - (i) 山口厚の見解
    - (ii) 丸山雅夫の見解
  - (四) 若干の検討
    - (i) 一罪として処理する試み
    - (ii) 予想される批判
- 四 日本における議論：牽連犯の場合
  - (一) 総説
  - (二) 牽連犯の成立範囲を限定する見解
    - (i) 山火正則の見解
    - (ii) 山口厚の見解
    - (iii) 安村勉の見解
    - (iv) 朝山芳史の見解
  - (三) 併合罪の処理を先行させる見解
  - (四) 若干の検討
- 五 結語 [以上、本号]

(四) かすがいであるX罪を分断する試み：学説の場合

(iv) リッポルト及びエルプによる反論

ヴェルレらが主張するかすがいの分断に反対する論者として、リッポルト<sup>(1)</sup>をあげることができる。リッポルトは、継続犯がかすがいとなる場合に限定してではあるが、かすがい現象の問題について、全般的な検討を行っている。

このうち、リッポルトによるプッペの見解に対する批判<sup>(2)</sup>は、プッペが主張する所為単一の成立要件についての独自の構想に向けられているため、ここでは採り上げない。プッペも行っているかすがいの分断と

---

(1) Vgl., Rainer Lippold, Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen, 1985 (im folgenden zitiert als „Lippold, Konkurrenz“), S. 37ff.

(2) Vgl., Lippold, Konkurrenz, S. 52ff.

いう手法に対する反論は、ヴェルレの見解との関係でなされているので<sup>(3)</sup>、以下では、その内容を見ることとする。

リップポルトは、まず、ヴェルレがA罪と所為単一の関係に立つX<sub>1</sub>罪を分離するにあたり行っている責任の一体性の判断を問題視する<sup>(4)</sup>。というのも、前述のとおり、ヴェルレは、より重い犯罪を実行する場合には、行為者は新たな決断を行っていると解しているが、このような判断は、行為者の現実の心理的状況とは完全に無関係になされており、結局のところ、ヴェルレ自身が適切と考える結論を導くための恣意的な基準として機能しているからである。

また、リップポルトは、ヴェルレが酩酊運転の際に過失致死等を実現した場合に酩酊運転の罪の一罪性を否定していることを採り上げ、以下のように批判する<sup>(5)</sup>。所為単一について定める52条の規定は、各々の構成要件において刑罰という法的効果の要件として示されている、現実の出来事（*tatsächliche Geschehen*）に関連づけられている。ある一つの犯行が酩酊運転の罪との関係で一つの所為とされるのであれば、それは52条との関係においても、一つの行為以外の何物でもない。酩酊運転の罪の規定は、過失による事故の惹起という事態を組み込んでいない（*nicht zugeschnitten*）が、このことから、ヴェルレらが述べるように、過失犯を実現した部分が独立に評価されることにはならない。このような事情は、行為者をより重く処罰すべきであることを正当化するだけである。その際、ある一つの事態に対して、複数の構成要件が適用され、各構成要件は、一つの事態の異なる属性（*verschiedene Eigenschaften des Sachverhaltes*）を把握することになる。酩酊運転の罪だけが問題となる場合には評価単一として一罪とすることを肯定するにもかかわらず、他の犯罪も成立する場合には、一罪とせず分割するというのは、自己矛盾

---

(3) Vgl., Lippold, Konkurrenz, S. 37ff.

(4) Vgl., Lippold, Konkurrenz, S. 38f.

(5) Vgl., Lippold, Konkurrenz, S. 39f.

である、と<sup>(6)</sup>。

このようなリップポルトの見解と同様の主張を、継続犯に限定することなくより一般的に展開するのが、エルプ<sup>(7)</sup>である。エルプは以下のように述べる。継続犯や連続犯の一部を構成する行為が、同時に他の犯罪をも実現するという場合、伝統的な見解によると両罪の關係は所為単一とされてきた。ヴェルレらの見解はこのような所為単一を分解するものであり、追加的 (zusätzlich) に個別刑 (Einzelstrafe) を形成しなくてはならなくなる。このような結論を受け入れるためには、犯罪の分断が、単なる技巧 (Kunstgriff) ではなく、理論的に納得のいく解決方法でなくてはならない、という<sup>(8)</sup>。

しかし、まず、X罪にあたる犯罪が継続犯である場合に、これを分断することは、法律上のあらゆる根拠を欠く、とエルプは指摘する。というのも、制定法外 (extra legem) で発展してきた連続犯の原則に基づき、構造的には類似しつつも、同価値性要件を有しない継続犯の場合の結論を導き出すことは正当化されないからである<sup>(9)</sup>。

また、エルプは、連続犯の場合も、同価値性要件を指摘するだけでは連続犯を分断できることを意味しない、とも述べる。つまり、連続犯における個別行為を結合させる要素は、現実の生活事態 (tatsächliche Lebenssachverhalte) そのものの一般的評価 (allgemeine Bewertung) にではなく、全く特定の禁止 (ganz bestimmtes Verbot) に対する違反の反復の下

---

(6) なお、リップポルト自身は、かすがい現象を構成する犯罪相互の關係の全て ( $X_1 \cdot X_2$  は一罪、 $X_1 \cdot A$  及び  $X_2 \cdot B$  は所為単一、 $A \cdot B$  は実在的競合) を同時に考慮することは不可能であるとし、基本的にかすがい現象の問題は解決不能であるとする (Vgl., Lippold, Konkurrenz, S. 58)。しかし、私見のように考えるのであれば (後掲三 (四) 参照)、このような一種のギブアップ宣言をする必要はないように思われる。

(7) Vgl., Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994, 265ff. (271f.).なお、エルプのこの論文は、かすがい現象の実体法上の処理を主眼とするものではない。エルプの見解については、vgl. auch, Erb, JR 1995, 170.

(8) Vgl., Erb, GA 1994, 271.

(9) Vgl., Erb, GA 1994, 271.

で見出すべきである。それゆえ、同価値性要件も特定の禁止との関係で吟味されなくてはならず、当該構成要件において重要ではない事情へと及ぶことはできない<sup>(10)</sup>、と。

以上がリップルト及びエルプの見解の概要である。それでは、この問題についてはどう考えればよいだろうか。

まず、エルプが述べるように、連続犯の要件により導かれる効果を継続犯にも及ぼすというブッベの手法は、基本的に問題があると言える。この意味で、行為単一の一般的要件に遡ったうえで検討を行っているヴェルレの見解の方が、説明として長けている面がある。

しかし、ヴェルレの見解にも問題はある。ヴェルレは、X罪と同時にA罪を実現した場合に、X罪だけでなくA罪も考慮に入れることで、始めて不法を正確に特徴づけることができる、と説明していた。確かに、問題となっている事態全体の不法を記述するためには、全ての構成要件が適用されなくてはならないだろう。しかし、このことと、X罪の行為単一の成否の判断とは別の問題であると思われる。

もともと、X罪の構成要件は、事象全体ではなく、その一部をカバーしているに過ぎない。そして、具体的にどの部分をカバーしているのかを定めているのが、まさにX罪の構成要件である。それゆえ、X罪の行為単一の成否を判断するにあたっても、X罪の構成要件上問題となる属性との関係で、個別行為間の結びつきを問題にすれば良いはずである。

確かに、A罪は、問題となっている事態全体の不法のうちの重要な一部を捕捉している。しかし、このことは、A罪の所為単一が肯定されているという形で、問題となっている事態の中に組み込まれているため、別途、X罪の行為単一の成否との関係でA罪が考慮されなくとも特段の問題はない。このように考えるのであれば、X罪の行為単一の成否の判

---

(10) Vgl., Erb, GA 1994, 271f.

断の際に、A罪等の他の犯罪を度外視する通説的な処理方法は、まさに適切と言わなくてはならない。

#### (五) 一罪として扱うことの是非

以上が、かすがいを分断する試みについての議論の概要である。これまで見てきたように、判例・学説による説明のいずれもが、理論的に難のあるものであった。判例<sup>(11)</sup>のように行為者の新たな決意に着目する場合、それを内心の事象として理解するのであれば、かすがいの分断は限定的にしか行われぬ。他方で、別途新たな犯罪を実現することで新たな決意が生じるという説明も、一種のフィクションにならざるを得ない。

また、学説<sup>(12)</sup>のように、同種性の要件ないしは行為単一を形成する上での不法及び責任の一体性の欠如に基づきかすがいを分断する手法は、問題となっている構成要件とは別の構成要件によりカバーされるべき事情を取り込むものであり、妥当ではなかった。

そうなると、ヤコプスが問題にしていたかすがい外しに伴うディレンマ<sup>(13)</sup>は、かすがいを分断する手法をもって解消することはできないことになる。それでは、このディレンマを回避するためには、ヤコプスの見解を支持する他ないのだろうか。

しかし、そのように結論付けるのは早計である。なぜなら、まだ、判例・通説に対するブッベの批判の当否については明らかにしていないからである。そこで、最後にこの問題を採り上げることとする。前述のよ

---

(11) 前掲二(三)参照。

(12) 前掲二(四)参照。

(13) 前掲二(二)(ii)参照。即ち、かすがい外しを行い実在的競合の処理を施す場合、もしX・A間の所為単一とX・B間の所為単一との間で実在的競合とすれば、X罪を二重に評価することになってしまう。他方で、X罪との所為単一の成立をA罪・B罪のいずれか一方に限定すれば、二つ存在していたはずの所為単一の関係のうちの一つを無視することになってしまう。

うに<sup>(14)</sup>、プッペは、X・A間及びX・B間で所為単一の要件を満たしているという前提から、X罪・A罪・B罪全体の所為単一を肯定することは、論理的に誤っていると述べていた<sup>(15)</sup>。この批判は適切なものだろうか。

確かに、プッペが言うように、所為単一の要件として部分的同一性で足りるとすることで、推移的關係が成立しなくなることについては認めざるを得ない。しかしながら、このことから、全体を一罪とする処理が誤っているという結論を導く必要はないと思われる。

複数の犯罪が実現された場合、それが一つの行為に基づく場合に所為単一は成立する。その上で、所為単一の要件として実行行為の部分的同一性で足りるとされていたのは、時間的に広がりのある犯罪（X罪）と、それとある一時点（X<sub>1</sub>罪）で競合する犯罪（A罪）との間で所為単一を肯定するためであった。そして、部分的同一性にに基づき所為単一となる場合も、実定法の規定と整合性をとるためには、それが一つの行為に基づいているものと解さざるを得ない。ということは、所為単一を構成する一つの行為についても、時間的に広がり得ることを認めざるを得なくなる。そして、X罪及びA罪を包摂する自然的行為が行われている間は一つの行為が継続しているのであるから、そこに別途B罪が加わったとしても、B罪とX罪との間で部分的同一性を肯定できる限り、B罪をも含め一つの行為に基づくものと判断されなくてはならない。ドイツの議論を前提にして、X罪・A罪・B罪の全体を一罪とすることは、何ら問題がないはずである。

このように考える以上、所為単一は実行行為の部分的同一性が認められる場合に成立する、という従来の説明の方が、むしろ厳密さを欠いて

(14) 前掲二（一）（iii）参照。

(15) Vgl., Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 200f.; dies., in: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., 2013, §52, Rdn. 41

いたことになる。なぜなら、このような説明では、あたかも所為単一の成否が問題となっている全ての犯罪相互間（X・A間、X・B間、A・B間）において、部分的同一性の関係を満たしていなくてはならない、との誤解を招きかねないからである。これまでの検討が明らかにしているように、X罪が存在するという前提の下では、一定の犯罪相互間（A・B間）においては、部分的同一性の関係すら存在しなくとも問題はない。部分的同一性に基づく所為単一の成否が問題となるのは、問題となっている複数の犯罪の中に、時間的に広がりのある犯罪（X罪）が含まれており、この犯罪との関係で所為単一の成否を判断する場合に限られる。時間的に広がりのある犯罪との間での所為単一の成否が問題となる限り、A罪しか存在しない場合と、A罪の他にB罪等が存在する場合とで何ら異なるところはなく、常にX罪との関係で部分的同一性の有無が判断されることになる。いずれの場合も、部分的同一性を肯定できるのであれば、一つの行為に基づくものと結論付けられる。

ドイツにおける議論の検討は、ここで終える。ドイツの議論は主として継続犯や連続犯がかすがいである場合を対象とするものであり、一見すると、この種の犯罪がかすがいとして殆ど問題とならない<sup>(16)</sup> 我が国の議論との関連性は薄いようにも見える。また、ドイツの議論において、かすがい外しの方法としてX罪・A罪・B罪の実在的競合とする見解を明確に見出すことはできないので<sup>(17)</sup>、この点でも、我が国の議論

---

(16) 周知のように、我が国においては、戦後、連続犯の規定が削除された。また、継続犯である酒酔い運転の罪と業務上過失致死罪との観念的競合を否定した最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁を前提とすると、継続犯がかすがいとなりうる事案は相当限定されると思われる。実際にも、我が国では、銃砲等不法所持罪と強盗罪や銃砲等所持禁止令違反罪と殺人罪は、それぞれ併合罪の関係に立つと解されている（前者については、最判昭和24年12月8日刑集3巻12号1915頁、後者については、最判昭和26年2月27日刑集5巻3号466頁参照。）。

(17) 拙稿「かすがい現象についての一考察（1）」上智法学論集57巻1=2号（2013）174頁以下註65参照。

との関係での収穫はない。

しかしながら、その他の問題状況は、我が国と同様である。我が国においても、かすがい現象が問題視され、諸々のかすがい外しが行われているのは、A・B間が併合罪の関係に立つという事実を無視すべきではないと考えているからであろう。また、観念的競合の場合のかすがい現象を処理するにあたり、かすがいである包括一罪を分断して解決を図る見解も、我が国において現実に主張されているものである。ここまで紹介してきたドイツの議論は、これらの点について検討を行うに際しても考慮されるべきであろう。

### 三 日本における議論：観念的競合の場合

#### （一）総説 ～ 中野次雄の見解

次に、我が国におけるかすがい現象に関する諸説について、検討を行うこととする。ここでは観念的競合の場合について検討を行い、牽連犯の場合の扱いについては、後掲四において取り扱うこととする。

従来、観念的競合の場合のかすがい外しの方法として、様々な見解が主張されてきた。当初主張されたのが、冒頭で言及した中野次雄の見解である。

中野は、かすがい作用に基づく「一罪は、実質的にみれば狭義の科刑上一罪と併合罪とが結合された一種の—広義の—科刑上の一罪にほかならない<sup>(18)</sup>」とした上で、その実態に則した形で処断刑を形成すべきと主張した。具体的には、「この場合の妥当な処断刑は、A・B罪についての併合刑とA・X罪、B・X罪のそれぞれについての『最も重い刑』との組み合わせによって形成せらるべきものである…（中略—筆者註）…右の併合刑と二個の『最も重い刑』とのうち最も重いものが基準となるべき<sup>(19)</sup>」〔原文におけるCの表記を、Xへと改めた—筆者註〕、とい

---

(18) 中野次雄『刑事法と裁判の諸問題』（成文堂、1987）127頁以下（以下では、中野『諸問題』と表記。）参照。

うのである。

この見解に対しては、既に、以下のような批判が展開されている。即ち、論者の主張のうち、A罪・B罪の併合刑、X罪・A罪間及びX罪・B罪間の最も重い刑を導き出すところまでは問題ないとしても、これに加えて、これら三つの中から最も重い刑を選択するという処理は、既に観念的競合又は併合罪としての処理をしたもの相互の間で、再度観念的競合として扱うことになる。この意味で、論者の見解は観念的競合の処理を二重に行っており、これは「現行法に根拠を持たない新たな科刑原理の創造<sup>(20)</sup>」である、「少なくとも現行法の解釈論としては認めることが困難である<sup>(21)</sup>」、と。

このような批判の妥当性は、中野説のように、罪数としては一罪とした上で処断刑の形成方法を修正しようと<sup>(22)</sup>、罪数レヴェルで相対的罪数論を採り<sup>(23)</sup>、それに基づき処断刑を形成しようと、異ならないだろう。筆者も、この批判は適切であると考えている。更に言えば、X罪・A罪・B罪全体の罪数処理が問題となる場合に、A罪・B罪間の併合罪の関係を考慮すること自体が誤っているように思われるが、この点につ

---

(19) 中野『諸問題』115頁参照。他方で、中野『諸問題』130頁には、「罪数としてはいわゆるかすがい作用による一罪を認めるが、その処断刑はA・Bの併合刑とXの刑とのうち重いものを基準として定める」[原文におけるCの表記を、Xへと改めた一筆者註]との記述が見られ(この記述を支持するものとして、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008)537頁(以下では、井田『講義総論』と表記。)参照。)、本文にて引用した箇所との整合性が問題となる。いずれの方法を用いようと導かれる結論としては同じことからすれば、考え方の原型としては本文で引用したとおりで、それを簡略化した形で示したのが、本註にて引用した部分ということだろうか。

(20) 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)35頁(以下では、丸山「かすがい(二)」と表記。)参照。

(21) 山火正則「科刑上一罪について」刑法雑誌23巻1=2号(1979)34頁(以下では、山火「科刑上一罪」と表記。)参照。

(22) 中野説に対しては、「罪数論と処断刑形成論とが分裂するところに、根本的な疑問があるといわねばならない」(鈴木茂嗣「いわゆる『かすがい』理論について」法曹時報33巻8号(1981)8頁(以下では、鈴木「『かすがい』理論」と表記。)参照。)

(23) 鈴木「『かすがい』理論」11頁は、訴訟法上の論点の解決との関係で、このような罪数観を主張する。

いては後述する<sup>(24)</sup>。

その前に、かすがい現象の前提である観念的競合の関係や包括一罪の成立自体を否定する見解について、検討を行うこととする。以下（二）では、X罪・A罪・B罪の三罪の間で併合罪とする見解<sup>(25)</sup>、（三）では、かすがいであるX罪を分断し、X<sub>1</sub>・A間の観念的競合とX<sub>2</sub>・B間の観念的競合との間で併合罪とする見解<sup>(26)</sup>について、順次検討を加えることとする。

## （二）観念的競合の成立を否定する見解

### （i）山火正則の見解

かすがい現象の場合に前提とされていた観念的競合の成立を否定し、X罪・A罪・B罪の三罪の併合罪として処理する代表的論者が山火正則である。論者は、観念的競合の成立要件について、以下のように述べる。

「観念的競合は、数回法的評価を加えられた対象としての自然的行為が単一の場合に認められる。一方の法的評価の対象としての自然的行為に対して、他方の法的評価も加えうということが、数罪間に相互に認められる場合である。したがって、自然的行為の一致ないし重なり合いの認められる場合であるといってもよい。しかも、それは当然全部的一致ないし重なり合いを要求するものである。したがって、それが部分的なものでもよいとすることは、疑問である。その場合には、一方の法的評価の対象としての自然的行為に対して、他方の法的評価を相互に加え

(24) 後掲三（四）（ii）参照。

(25) 山火「科刑上一罪」33頁、林幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版会、1995）246頁（以下では、林（幹）『基礎理論』と表記。）参照。

(26) 山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2007）382頁（以下では、山口『総論』と表記。）、伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010）405頁（以下では、伊東『総論』と表記。）参照。

ることができないからである。<sup>(27)</sup>」

論者は、このような前提に立ちつつ、部分的にしか重なり合いを肯定できないX・A間及びX・B間の観念的競合の関係を否定した。その結果、「X罪と、これを構成する個別の行為がA、B罪にふれた場合、その罪数処理は、X・A・B罪の併合罪として処理される<sup>(28)</sup>」〔原文におけるZの表記を、Xへと改めた—筆者註〕こととなる。

しかしながら、論者の主張には論理の飛躍があるように思われる。仮に論者が主張する観念的競合の理解に従ったとしても、X罪をX<sub>1</sub>罪・X<sub>2</sub>罪へと分断し、X<sub>1</sub>・A間及びX<sub>2</sub>・B間の観念的競合の成立を肯定した上で、X<sub>1</sub>・A間とX<sub>2</sub>・B間の間で併合罪とすることも十分考えられる。それにもかかわらずX罪・A罪・B罪の併合罪として処理するという結論を導くためには、X罪を分断しえないことを説明する必要があるが、論者の見解においてその理由は明らかでない<sup>(29)</sup>。

また、論者は、X<sub>1</sub>・A間及びX<sub>2</sub>・B間で観念的競合が成立することは認めるため<sup>(30)</sup>、時系列的に考えると、最初にX<sub>1</sub>・Aを行った時点では疑いなく観念的競合が成立しているにもかかわらず、X<sub>1</sub>罪と包括一罪を構成する形でX<sub>2</sub>罪を実現すると、先に成立していたX<sub>1</sub>・A間の観念的競合が事後的に消滅することになる<sup>(31)</sup>。罪数関係は、おそらく、事後的に変動するものではないだろう。

さらに、そもそも観念的競合の成立要件として、行為の全面的な重なり合いを要求すること自体、過度の要求と思われる。確かに、「一方の法的評価の対象としての自然的行為に対して、他方の法的評価も加えう

---

(27) 山火「科刑上一罪」21頁参照。

(28) 山火「科刑上一罪」33頁参照。

(29) 丸山「かすがい(二)」40頁参照。

(30) 山火「科刑上一罪」27頁参照。

(31) 大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀(編)『大コンメンタール刑法(第2版)第4巻』(青林書院、1999)〔中山善房執筆〕219頁参照。

るということが、数罪間に相互に認められる場合<sup>(32)</sup>」〔傍点筆者一註〕に観念的競合が成立するのであれば、論者のように全部的重なり合いを要求することにはなる。

しかしながら、何故法的評価の重なり合いが「相互」に必要なは不明である。論者は、別の箇所、「数罪のうちのひとつの犯罪に関する法的評価のなされた対象である自然的行為に対して、他の犯罪も成立するとの評価を下すことができる場合、観念的競合が成立する。一個の自然的行為によって、数罪が実現されたからである<sup>(33)</sup>」とも述べている。X罪とA罪との間の観念的競合が問題となる場合においても、X罪全体を構成する自然的行為が「一個の行為」として特定・選択されれば、A罪を構成する自然的行為はそこに包摂されている以上、当該自然的行為に対して、A罪も「成立するとの評価を下すことができる」と見る余地も十分ある。つまり、A罪がX罪を構成する自然的行為の一部との間でしか成立していないことは、X罪を構成する自然的行為に対してA罪の評価をも下せないことまでも意味しないことになる。この限りでは、法的評価を「相互」に加えられることは必要ないはずである<sup>(34)</sup>。

以上見たように、論者の基準は、観念的競合の成否が問題となる数罪の一方が単一の自然的行為により構成され、他方が数個の自然的行為により構成される場合には、機能しないものと思われる。

## （ii）林幹人の見解

他方で、学説においては、観念的競合の要件として全部的重なり合いを要求することなく、山火説と同様の結論を導くものも見られる。その論者である林幹人は、観念的競合の要件としては「一個の同時的意思発

(32) 山火「科刑上一罪」21頁参照。

(33) 山火「科刑上一罪」18頁参照。

(34) これとは逆に、A罪を構成する自然的行為に対して、X罪が成立するとの評価は下せない。この場合、X罪を構成する自然的行為は、A罪を構成する自然的行為の範囲を超えているからである。論者の説明は、この限りでしか妥当しないように思われる。

現<sup>(35)</sup>」であることが必要としつつ、かすがい現象については以下のよう  
に述べる。

「AとX<sub>1</sub>が一行為でなされ、BとX<sub>2</sub>が同じく一行為でなされたが、  
X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>が包括一罪となる場合、…(中略—筆者註)…AとX<sub>2</sub>、BとX<sub>1</sub>は  
それぞれ異なる行為でなされている以上(X<sub>2</sub>はAに対する関係では新た  
な意思発現と認められる)、AとX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の包括一罪、およびBとX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の  
包括一罪は、それぞれ併合罪の関係にあるといわざるをえない。したが  
って、A、B、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の包括一罪は、併合罪の関係にあるとするべきで  
あるように思われる<sup>(36)</sup>」〔原文におけるZ 1、Z 2の表記を、それぞれ  
X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>へと改めた—筆者註〕

しかしながら、論者の見解は以下の点で支持できない。

まず、先の山火説と同様、「AとX<sub>2</sub>、BとX<sub>1</sub>はそれぞれ異なる行為  
でなされている」からといって、直ちに「AとX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の包括一罪、およ  
びBとX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の包括一罪は、それぞれ併合罪の関係にある」という結論  
は導くことはできない<sup>(37)</sup>。なぜなら、X<sub>1</sub>・A間の観念的競合及びX<sub>2</sub>・  
B間の観念的競合との間で併合罪としても、なお「AとX<sub>2</sub>、BとX<sub>1</sub>は  
それぞれ異なる行為でなされている」と言えるからである。また、一旦  
成立したX<sub>1</sub>・A間の観念的競合が、事後的に消滅するという点<sup>(38)</sup>も、  
山火説と同様に問題となる。

さらに、論者が「AとX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の包括一罪」全体について観念的競合を  
否定する理由として挙げている「異なる行為でなされている」・「新たな  
意思発現と認められる」という点についても、そのように断定できるか

---

(35) 林(幹)『基礎理論』239頁参照。

(36) 林(幹)『基礎理論』246頁参照。

(37) 丸山「かすがい(二)」40頁参照。

(38) 大塚他『大コンメ』〔中山〕219頁参照。

疑わしい。

論者を含め<sup>(39)</sup>、一般的に、時間的に広がりのある二つの継続犯の間で観念的競合が成立することは認められている。酒酔い運転の罪と無免許運転の罪との間での観念的競合<sup>(40)</sup>がその実例である。この場合、両罪は「一個の行為」に基づいている。しかし、厳密には、継続犯が問題となる場合も、「一個の行為」とされたものを複数の自然的行為へと分解することは可能である。ということは、この場合においても、自然的意味での行為が必ずしも「一個」ではないにもかかわらず、観念的競合の成否との関係では「一個の行為」と解されているのである。そうであれば、包括一罪が問題となる場合も、自然的意味での行為が「一個」でないからといって、「一個の行為」であることが直ちに否定されることにはならないはずである。ましてや、包括一罪では責任の一体性が保持されていると解する論者の見解からすれば<sup>(41)</sup>、 $X_1$ 罪とともに開始された意思発現が、包括一罪を構成する間は継続すると解して良いのではないか。

実際にも、論者の見解に忠実である限り、包括一罪のように数個の自然的行為により構成される犯罪が問題となる場合には、数個の自然的行為全体が「一個の行為」と扱われる余地がなくなるおそれがある。そうすると、 $X_1 \cdot Y_1$ 間及び $X_2 \cdot Y_2$ 間がそれぞれ観念的競合の関係に、 $X_1 \cdot X_2$ 間及び $Y_1 \cdot Y_2$ 間がそれぞれ包括一罪の関係に立つ場合も、 $X_2$  ( $X_1$ ) と  $Y_1$  ( $Y_2$ ) とは別個の意思発現ということになり、 $X$ 罪の包括一罪と  $Y$ 罪の包括一罪との間で併合罪となりかねない。

以上のことからすると、観念的競合の成立それ自体を否定し、 $X$ 罪・ $A$ 罪・ $B$ 罪の併合罪とする見解には十分な根拠がなく、結論としては支

(39) 林(幹)『基礎理論』239頁以下参照。今井猛嘉=小林憲太郎=島田聡一郎=橋爪隆『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2012)428頁〔島田聡一郎執筆〕は、「これらの結論に対しては、異論はあまりない」と指摘する。

(40) 最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号151頁参照。

(41) 林(幹)『基礎理論』225頁参照。

持できない。そこで次に、かすがいを分断し、 $X_1 \cdot A$ 間及び $X_2 \cdot B$ 間の観念的競合とし、両者の併合罪とする見解について検討を加えることとする。

### (三) 包括一罪の成立を否定する見解

#### (i) 山口厚の見解

かすがいであるX罪を分断し、 $X_1 \cdot A$ 間及び $X_2 \cdot B$ 間の科刑上一罪の間で併合罪とする方法は、ドイツにおいて多く見られた。我が国においても、このような主張は同様になされている。例えば、山口厚は以下のように述べる。

「包括一罪を構成する個別行為との観念的競合によりかすがい現象が生じる場合には、観念的競合の成立を認めた上で、併合罪の処理を行うべきであろう（X罪が『最も重い刑』であれば包括一罪となる）。A行為とB行為の遂行の間に1個の意思決定に準じる関係はないからである。<sup>(42)</sup>」

このような見解は、幾つかの点でメリットがあると言える。まず、この見解は、A罪・B罪との間の科刑上一罪の関係を、X罪ではなく、X罪の構成要素である $X_1$ 罪・ $X_2$ 罪との間で肯定している。そのため、 $X_1$ 罪・ $X_2$ 罪間に重複関係は全く存在しないこととなり、X罪の二重評価の問題は生じない<sup>(43)</sup>。また、X罪の刑が最も重い場合に、X罪を $X_1$ 罪・ $X_2$ 罪へと分断せず、単にX罪の包括一罪としているので、X罪の刑が最も重い場合にX罪を基準に併合罪加重されることもないため、処断刑の形成に際し、妥当な結論を導き得る。

---

(42) 山口『総論』382頁参照。

(43) 二重評価の点は、正にドイツの判例・通説が行うかすがい外しにおいて問題となった。前掲二(一)(iii)参照。

しかしながら、これで問題が解決したことはない。まず、何故、本来包括一罪であるはずのX罪を $X_1$ 罪・ $X_2$ 罪へと分断することが可能となるのか。先に紹介したヴァーレの見解<sup>(44)</sup>と同様、その理論的説明は見当たらない。

さらに、X罪が重い場合には、このような分断はなされずに、X罪の包括一罪となるのは何故だろうか。もしこれが、犯罪相互の法定刑の軽重の関係により罪数処理が変化することを意味しているのであれば、「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>(45)</sup>」との批判がそのまま妥当することになる。

以上のことからすると、論者の見解は、理論的説明が十分なされていないと言いがたい<sup>(46)</sup>。これに対し、次に見る丸山雅夫の見解は、かすがいが分断される根拠について、一歩進んだ主張を行っている。

## （ii）丸山雅夫の見解

丸山雅夫は、包括一罪のような「数個の行為をまとめて『一罪として扱ってよい』とする根拠」を、「(1) 侵害された法益の同一性・単一性、(2) 犯意の単一性・継続性、(3) 機会の同一性・接着性、(4) 行為態様の類似性<sup>(47)</sup>」に見出した上で、以下のような理由に基づき、かすがいであるX罪が分断されることを主張する。

「Xの一部をなすべき $X_1$ 、 $X_2$ は、本来全く独立した存在であるA、Bとそれぞれ観念的競合の関係に立つ（全部的に重なり合う）ことによって、Xとしての包括評価をもはや不可能にする性質を獲得することになる…〔中略一筆者註〕…そこでは、それぞれが完全に独立したものと

---

(44) 前掲二（四）（i）参照。

(45) 中野『諸問題』117頁参照。

(46) 伊東『総論』405頁に対しても同様の指摘が妥当する。

(47) 丸山「かすがい（二）」40頁参照。

してのA、B、Xという関係が存在するのではなく、 $A \cdot X_1$ 、 $B \cdot X_2$ というふたつの観念的競合がそれぞれ独立したものとして存在することになる<sup>(48)</sup>。「また、Xとしての包括評価を不可能にするという事態は、A、BがX ( $X_1$ 、 $X_2$ )よりも重い犯罪の場合に特に顕著ではあるが、そのような場合に限られるわけではない。それは、包括評価の否定が競合する犯罪の重さを根拠とするものではなく、包括一罪としての要件のいずれか(特に(1)(4))を充足しえないことからもたらされるものだからである。<sup>(49)</sup>」〔原文におけるZの表記を、Xへと改めた一筆者註〕

論者は、法益の同一性や行為態様の類似性という包括一罪の成立要件の枠内で問題解決を図るもので、先に見たヴェルレ<sup>(50)</sup>と同様の解決方法と評価できる。他方で、ヴェルレとは異なり、法定刑の軽重は問題にしない点が特徴的である。

しかしながら、ヴェルレの見解と類似しているからこそ、論者の見解は同様の問題点を抱えているように思われる。確かに、論者が言うように、X罪の包括一罪の成否の判断の際にA罪やB罪の存在が考慮されるのであれば、それらの犯罪と観念的競合の關係に立つX罪の個別行為は、法益の単一性や行為態様の類似性が認められなくなるため、包括評価が否定されることになる<sup>(51)</sup>。だが、そもそも、 $\dot{X}$ 罪の包括一罪の成否にあたり、何故 $\dot{A}$ 罪らの存在を考慮することが許されるのだろうか。

---

(48) 丸山「かすがい(二)」40頁以下参照。

(49) 丸山「かすがい(二)」41頁参照。同様に、包括一罪が否定されると主張するものとして、町野朔=安村勉「特別刑法と罪数」上智法学論集39巻1号(1995)299頁以下(以下では、町野=安村「特別刑法」と表記。)参照。

(50) 前掲二(四)(iii)参照。

(51) なお、A罪・B罪の存在を除外し、 $X_1$ 罪・ $X_2$ 罪しか存在しないと仮定した場合であれば、問題なくX罪の包括一罪を肯定できることがかすがい現象の議論の前提となっているため、これすら満たさないような事案は議論の対象にそもそも含まれていないことに注意する必要がある。

論者は、この点につき、観念的競合の關係に立つ以上、これらを考慮するのは当然と考えているようである。しかし、先のドイツの議論が示すように、このような考えは自明ではない。

それでは、この点については、どう考えればよいだろうか。先に見たリッポルトやエルプの反論<sup>(52)</sup>は、ここでも同様に妥当と思われる。包括一罪の具体的な成立要件や基準については様々な考え<sup>(53)</sup>が示されているが、いずれにせよ、そこでは特定の構成要件（例えば、X罪）を形の上では複数回実現しているにもかかわらず、当該構成要件により一回的に評価すれば足りるか否かが問題となっていることは間違いのない。それゆえ、包括評価が許されるか否か判断するにあたり、複数の個別行為間の關係を、包括評価を行う構成要件が問題とする属性との關係で検討すれば足りるはずであり、A罪のように、包括評価の対象となっていない構成要件は、除外して考えるべきである。A罪を実現している点は、A罪との間で観念的競合を肯定することで、事象全体の中に組み込まれており、それ以上にX罪の包括一罪の成否との關係で問題にすべきでない<sup>(54)</sup>。

以上のことからすると、包括一罪を否定することにより、かすがい現象の問題を解決する方法は、支持できない。

(52) 前掲二（四）(iv) 参照。

(53) 例えば、山口『総論』372頁は、「包括一罪は①法益侵害事実惹起の一体性（法益侵害の一体性）と②法益侵害事実惹起行為の一体性（行為の一体性）を要件として認められる」と説明する。類似の見解として、林（幹）『基礎理論』225頁参照。これに対し、西田典之『刑法総論（第2版）』（弘文堂、2010）414頁は、「犯罪結果の違法評価としては包括的に一罪と評価される場合（違法評価における一罪性）」と説明する。

(54) 以上のことは、混合的包括一罪の成否が問題となる場合も何ら異ならない。例えば、X罪とY罪という別種の犯罪間の混合的包括一罪の成否が問題となる場合、X罪とY罪のみしか存在しない場合であれば包括一罪を肯定できるにもかかわらず、別途A罪が観念的競合の關係に立つことで、X罪・Y罪間の包括一罪が否定されることはないはずである。A罪は包括評価される対象ではないので、X罪・Y罪を包括評価できるか否かの判断にあたっては考慮されない。このように、この問題は、あくまでも、混合的包括一罪の具体的な成立要件・基準とは異なる問題である。

#### (四) 若干の検討

##### (i) 一罪として処理する試み

以上見てきたように、かすがい現象の問題の解決するにあたり、観念的競合の成立要件を否定する方法<sup>(55)</sup>及び包括一罪を分断する方法<sup>(56)</sup>のいずれも妥当でないことが明らかとなった。

このように、かすがい現象を構成する個々の観念的競合や包括一罪の関係が否定されないのであれば、最後に問題となるのが、全体について一罪として処理する方法である。もっとも、全体を一罪とする場合、平成21年決定<sup>(57)</sup>のように、包括一罪と観念的競合の複合的形態をそのまましておくべきではないことについては、本稿冒頭にて確認したとおりである。あくまでも、このような複合的形態全体を科刑上一罪とすべきであり、その際に問題となるのが、包括一罪を構成する時間的に広がりのある行為のまとまりそれ自体を「一個の行為」と解し得るか否かである。

この点について、包括一罪を構成する三つの傷害罪(X<sub>1</sub>罪～X<sub>3</sub>罪)のうち、X<sub>1</sub>罪と器物損壊罪(A罪)が観念的競合の関係に立つという設例を題材に考えることとする。この設例は、かすがい現象におけるB罪にあたるものを取り除いたものであり、通常のかすがい現象の場合のA罪とB罪との間の関係のように、相互に併合罪の関係に立つ犯罪は当初より存在しない<sup>(58)</sup>。それゆえ、これらの犯罪全体を一罪として処理することに問題はないと考えられる<sup>(59)</sup>。

---

(55) 前掲三(二)参照。

(56) 前掲三(三)参照。

(57) 最決平成21年7月7日刑集63巻6号507頁参照。

(58) これに対しては、X<sub>2</sub>罪・X<sub>3</sub>罪とA罪とは相互に併合罪の関係に立つのではないか、との反論も考えられる。しかしながら、ここでの設例では、X<sub>1</sub>罪～X<sub>3</sub>罪の包括一罪が成立していることが話の前提になっているのであるから、X<sub>2</sub>罪やX<sub>3</sub>罪が独立して成立していることを前提にする上記の反論は、話の前提を異にするものであり、反論として成立しえないと考えられる。

(59) この点につき、前掲三(二)(ii)で論じた点も参照。

他方で、この設例では、X罪は数個の自然的行為により構成されているのに対し、A罪は単一の行為により実現されているという事情が存在する。このような事情は、両者を「一個の行為」に基づくものであるとの考えを妨げるものだろうか。確かに、冒頭で引用した中山の見解は、包括一罪を構成する数個の行為も、「数罪の各実行行為間において始期から終期までの合致すなわち合一性が認められ<sup>(60)</sup>」る限り、「一個の行為」になると述べていたが、その理由は不明であった。

先にも述べたように、時間的に広がりのある二つの継続犯の間で観念的競合の成立が認められ、その場合に全体が「一個の行為」に基づくことになるのであれば、同様のことは包括一罪の場合においても認められるはずである。それゆえ、先の設例を修正し、三つの傷害罪（X<sub>1</sub>罪～X<sub>3</sub>罪）と三つの器物損壊罪（A<sub>1</sub>罪～A<sub>3</sub>罪）がそれぞれ観念的競合の関係（X<sub>1</sub>・A<sub>1</sub>間、X<sub>2</sub>・A<sub>2</sub>間、X<sub>3</sub>・A<sub>3</sub>間）に立つ場合にも、全体が「一個の行為」に基づくことにならざるを得ないだろう。即ち、包括一罪を構成する複数の自然的行為も「一個の行為」に該当し得ることは、否定できないことになる。

そこで次に問題となるのが、この考えを更に一歩進めて、最初の設例の場合のように、複数の犯罪の間で、それぞれの犯罪を構成する自然的行為の個数にズレがある場合においても、数個の自然的行為を包括する範囲で「一個の行為」と解し得るか否かである。そして、結論的には、これを肯定すべきである。観念的競合は、数罪の実現が「一個の行為」に基づく場合に成立する。つまり、一定の基準により確定された「一個の行為」の範囲内で数罪が実現されていれば良いのである。数個の自然的行為が「一個の行為」を構成するのは、問題となっている複数の犯罪が同じ数の自然的行為により成立している場合に限られる、という構造は採られていない。ここで問題となっているのは、数罪の実現が「一個

(60) 中山善房「観念的競合と牽連犯」西原春夫＝宮澤浩一＝阿部純二＝板倉宏＝大谷實＝芝原邦爾（編）『判例刑法研究4』（有斐閣、1981）324頁参照。

の行為」に基づくか否かであるから、数罪を構成する自然的行為全体を包摂する範囲で「一個の行為」の判断を行うことは、許されるどころか、むしろ自然と思われる<sup>(61)</sup>。

このようにして「一個の行為」であるか否かを判断する対象の範囲が確定した後、観念的競合の具体的要件が問題になると考えられる。即ち、行為の部分的一致<sup>(62)</sup>により観念的競合の成否を判断するのか、それとも、判例<sup>(63)</sup>のように、自然的観察の下で行為者の動態が社会通念上一個のものとして判断されるか否かを基準にするのか<sup>(64)</sup>等が、別途問題となるのである<sup>(65)</sup>。いずれにせよ、ここでの設例のように、 $X_1 \cdot A$ 間の観念的競合の成立が問題なく認められる場合には、(単に $X_1$ 罪ではなく)  $X$ 罪と $A$ 罪とは「一個の行為」に基づくことになる。

前述のように<sup>(66)</sup>、ドイツでは、まさにこのような時間的に広がりのある犯罪と他の犯罪との所為単一を肯定するために、一つの行為に幾つかの種類のもが含まれることが正面から認められていた。我が国にお

---

(61) もしも、数罪を構成する自然的行為全体よりも狭い範囲で「一個の行為」の判断がなされると考えると、そのような範囲の自然的行為では、問題となっている数罪( $X$ 罪・ $A$ 罪)をそもそも実現しえない(せいぜい $X_1$ 罪・ $A$ 罪のみを実現する)、という問題が生じることになる。このように、 $X$ 罪・ $A$ 罪が「一個の行為」に基づくか否かを判断するにあたり、 $X$ 罪・ $A$ 罪を構成しない範囲の行為をその対象とすることはできないと思われる。

(62) もっとも、我が国の学説においては、この基準を貫徹し、部分的同一性が肯定できる場合全てにおいて観念的競合を肯定する見解は少ないのではないか。例えば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975)424頁以下は、行為の一部に重なり合いがあれば良いとしつつも、継続犯の場合には、層を異にするか否かという基準を併用する。山口『総論』379頁以下も、行為の重なり合いが必要としつつも、「酒酔い運転と業務上過失致死行為とは異なった意思決定によるもの」とし、判例の結論を支持する。

(63) 同日付の最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁・151頁・168頁参照。

(64) もっとも、本稿の立場のように、包括一罪全体を包摂する範囲の行為が「一個の行為」に基づくか否かを判断するとしても、包括一罪のように、複数の自然的行為により構成されている犯罪が問題となっている以上、判例の基準は各自然的行為毎にあてはめることにならざるを得ないだろう。これは、複数の自然的行為により構成される一罪を認めることに起因する制約と思われる。

(65) 観念的競合の具体的な成立要件の検討については、別稿にて行う予定である。

(66) 前掲二(一)参照。

いても、自然的意味で一個の行為と言える場合だけでなく、一罪を構成する範囲の行為のまとまりをも「一個の行為」の中にも含むことで、観念的競合と包括一罪との複合的形態というものを解消し、端的に全体を科刑上一罪とすべきである。

以上のようにして、時間的に広がりのある行為も「一個の行為」であると解する以上、かすがい現象が問題となる場合に、これと異なって解する理由は見出し難い。つまり、この場合も、X罪を包括する範囲の行為がまさに「一個の行為」を基礎づけることになる。このような意味での「一個の行為」により、X罪だけでなく、A罪やB罪も実現しているのであるから、全体を一罪とすべきことになる。冒頭で紹介した平成21年決定の事案の場合も、判例の基準に従う限り、自然的観察に従った判断が、「所持する」行為及び「販売・提供する」行為のそれぞれとの関係で二度行われることになるが、「一個の行為」であると判断されているのは、「所持する」行為及び「販売・提供する」行為の全体である。

## （ii）予想される批判

かすがい現象を肯定して全体を一罪とすることに対しては、従来から不当であると考えられてきた。それは、A罪とB罪とを実現した場合にX罪という犯罪が加わることでかえって軽く処罰され、また、全体を一罪とすることでA・B間の併合罪の関係を無視することになるからであろう<sup>(67)</sup>。しかしながら、いずれも的を射たものとは思われない。

まず、X罪が付け加わることによりかえって軽く処罰される点について考えてみることにする。我が国の刑法典は、科刑上一罪についての規定を設けており、科刑上一罪の成立要件を満たすのであれば、たとえそれが何罪であろうと、一罪として扱うことを是認している。それ故、一

---

(67) 大塚他『大コンメ』〔中谷〕356頁参照。

種の逆転現象のような事態は、容易に生じることになる。例えば、二人の人を順次殺害した場合と三人の人を同時に殺害した場合とを比較すると、成立する犯罪の個数という観点からすれば、後者の方がより重く処罰されるべきである。しかし、後者は、典型的な科刑上一罪の場合である。つまり、二つの犯罪を実現した場合と三つの犯罪を実現した場合とを比較したところで、必ずしも後者がより重く処罰されるわけではないが、このことは、現行法が正面から認めていることであり、何ら問題はない。

このことは、かすがい現象の場合においても、全く同様である。A罪・B罪のみを実現した場合と、それに加えてX罪も実現した場合のどちらが重く処罰されるかは、犯罪の個数を比較したところで、明らかになるものではない。A罪・B罪しか存在しない場合、科刑上一罪の要件を満たさないため併合罪になる。これに対し、X罪・A罪・B罪が揃うことで科刑上一罪が成立するのであれば、一罪となることは何らおかしくない。

次に、A罪とB罪との間の併合罪の関係が考慮されなくなる点については、どのように考えるべきだろうか。ここでは、かすがい現象を構成するA罪・B罪が併合罪の関係に立つ、ということの意味を吟味すべきように思われる。つまり、A罪とB罪とが併合罪の関係に立つと言われる場合、その意味として幾つかのケースが考えられる。具体的には、①実体法上、A罪とB罪しか存在しないケース、②実体法上、X罪・A罪・B罪の三つが存在するものの、A罪とB罪のみが起訴され併合罪とされるケース、③実体法上、X罪・A罪・B罪の三つ存在し、そのうちA罪とB罪とが併合罪の関係に立つケース、のいずれかであると考えられる。

これらのうち、②は実体法上の罪数を考えるにあたり、問題とならない。これを認めるか否かは、一部起訴の可否等の議論<sup>(68)</sup>の枠内で行えば良いのであって、その議論の結末がどうであろうと、それを根拠にX

罪・A罪・B罪の全体の罪数に影響を及ぼすと解するのは、誤っていると思われる。

次に、①の場合、そこではA罪とB罪しか存在しない以上、それらが併合罪の関係に立つことは確かである。しかし、かすがい現象で問題となっているのは、X罪・A罪・B罪の三つの場合の罪数であり、①の場合とは事案が異なるのであるから、①の結論がかすがい現象の場合の結論に影響を与えることはないはずである。また、これがアンバランスでないことについては、上述したとおりである。

最後に③が問題となるが、これは端的に言って、不当前提に基づいた論拠と思われる。現行法が科刑上一罪という制度を認めている以上、本

- (68) 一部起訴を肯定する判例として、最決昭和 59 年 1 月 27 日刑集 38 卷 1 号 136 頁（公職選挙法上の供与罪が成立する疑いがある場合において、同法上の交付罪として起訴することを認めた事案）参照。一部起訴についての近時の文献として、小島淳「一部起訴と裁判所の審判の範囲に関する一考察」研修 773 号（2012）3 頁以下参照。

かすがい現象の場合にかすがいとなる犯罪を除いた一部起訴が可能であるか否かについて、学説は分かれている。具体的には、①この場合には被告人に不当に不利益をもたらす場合であるとして、このような一部起訴を否定する見解（三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003）158 頁参照。）、②起訴自体は認めつつ量刑で調整することで足りるとする見解（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、香城徹廣「訴因制度の構造（中）」判例時報 1238 号 6 頁参照。）、③被告人に有利に考え、訴因外の X 罪を考慮することを示唆する見解（中野『諸問題』130 頁註 14 参照。）、に分かれる。

近年問題となった事案として、東京高判平成 17 年 12 月 26 日判例時報 1918 号 122 頁参照（この事案については、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、山本和昭「判批」専修ロージャーナル 3 号（2008）1 頁以下（以下では、山本「判批」と表記。）参照）。

もともと、最決平成 21 年 10 月 21 日刑集 63 卷 8 号 1070 頁は、児童淫行罪と児童ポルノ製造罪との罪数を併合罪としたため、現在では、この平成 17 年判決のような事案は問題とならなくなった。この事案については、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）463 頁以下、豊田兼彦「判批」法学セミナー 661 号（2010）131 頁、菅原暁「児童福祉法第 34 条第 1 項第 6 号違反の児童に淫行をさせる罪と、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律第 7 条第 3 項の児童ポルノ製造罪とが併合罪の関係にあるとされた事例」捜査研究 720 号（2011）78 頁以下、園田寿「児童ポルノ禁止法 7 条 3 項違反の罪と児童福祉法 34 条 1 項 6 号違反の罪の罪数関係について」甲南法務研究 6 号（2010）21 頁以下参照

来数罪として処理されるものの一部が、科刑上一罪の要件を満たす限りにおいて、一罪として扱われる。そして、この要件から漏れたものが併合罪となる。つまり、科刑上一罪の要件に該当しないことが明らかにならない限り、併合罪の関係に立つとは言えないはずである。にもかかわらず、この③の場合、A罪・B罪の関係は併合罪であることが最初から話の前提になっており、不当と言わざるを得ない。A罪やB罪は、せいぜいのところ、独立の評価を必要とする程度に成立している、と言えるだけである。

以上のように考えるのであれば、かすがい現象の場合に全体を一罪とすることは、何ら不当ではなく、むしろ、A罪・B罪間が併合罪であることを考慮に入れようとするの方が誤っていることになる。

#### 四 日本における議論：牽連犯の場合

##### (一) 総説

ここまでの議論は、観念的競合の場合のかすがい現象を対象とするものであった。それでは、牽連犯の場合にはどう考えれば良いのだろうか。

牽連犯は、観念的競合と同じく科刑上一罪ではあるものの、観念的競合の場合のかすがい外しの方法として有力に主張されていた、かすがいを分断する手法は、牽連犯の場合には使えない。なぜなら、かすがいであるX罪が時間的に広がりがあり分断可能であることが、この手法を採る前提となるからである。このような前提は、牽連犯の場合、満たされない<sup>(69)</sup>。

このような背景のもと、牽連犯の場合、かすがい外しの方法として以下のものが主張されてきた。第一に、観念的競合の議論においても見られたように、牽連犯の成立それ自体を限定することでかすがい現象の問題を解決するものが見られる。具体的には、かすがいであるX罪との間

---

(69) 大塚他『大コンメ』〔中谷〕360頁も、「観念的競合によるかすがい作用にのみ有効な解決策」と指摘する。

の牽連犯の関係をA罪・B罪のいずれか一方（例えば、X・A間）に限定する方法<sup>(70)</sup>が主張されている。また、近時、かすがい現象の前提となる牽連犯の成立範囲それ自体を制限的に解する見解<sup>(71)</sup>も主張されている。

第二に、A罪・B罪間の併合罪の処理を先行させ、それとかすがいであるX罪との間で牽連犯を肯定するという方法<sup>(72)</sup>が主張されている。これは、処断刑の形成方法を操作するという点では、中野説<sup>(73)</sup>との類似性を見出し得るものである。

以下では、順次、これらの見解について検討を行うこととする。

## （二）牽連犯の成立範囲を限定する見解

### （i）山火正則の見解

始めに、牽連犯の関係を一つに限定する見解について考えることとする。これによると、一定の基準により、二つの牽連犯の内の一方のみ（例えば、X・A間）が維持され、これと残された犯罪（B罪）との間で、併合罪として処理される。

それでは、具体的にどのような方法により、牽連犯の関係を一つに限定するのだろうか。例えば、このような見解を主張する山火正則は以下のように述べる。

「X - A、X - B、X - C間に、手段ないし原因と目的ないし結果の関係がある…〔中略―筆者註〕…ことは、X罪がA、B、C罪全てとの

---

(70) 山火「科刑上一罪」29頁以下、山口『総論』383頁、伊東『総論』405頁、高橋『総論』489頁、町野＝安村「特別刑法」268頁以下参照。

(71) 朝山芳史「牽連犯に関する覚書―かすがい現象を中心として」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（判例タイムズ社、2006）242頁以下（以下では、朝山「牽連犯」と表記。）参照。

(72) 丸山「かすがい（二）」43頁以下、林（幹）『基礎理論』247頁参照。

(73) 中野説の問題点については、前掲三（一）参照。ここでは繰り返さない。

間にそれぞれ牽連犯の関係にあることを意味するものではない。そこでは牽連犯の関係にあるものと、形式的な牽連関係があるにすぎないものがあることに注意しなければならない。牽連犯は、本来的に、数罪である。数罪が牽連犯関係にあるとされることは、その数罪が科刑のうえで考慮されたことを意味する。したがって、X罪がA罪と牽連関係にあるとすれば、X罪は科刑のうえですでに考慮されたことになる。X罪は一罪であるから、科刑のうえで一回だけ考慮されれば足りる。A罪と独立したB罪、C罪との間において、考慮される必要はないし、されるべきでもない。<sup>(74)</sup>」〔原文における  $Z \cdot A_1 \cdot A_2 \cdot A_3$  の表記を、それぞれ  $X \cdot A \cdot B \cdot C$  へと改めた一筆者註〕

論者の見解は、複数存在する牽連関係を、「牽連犯の関係にあるもの」と「形式的な牽連関係があるにすぎないもの」とに分別し、前者により「科刑のうえで一回だけ考慮されれば足りる」とするものである。

しかしながら、この見解は、以下の点において支持できない。即ち、仮に論者が言うように、複数の牽連関係のうちの一つにより「科刑のうえで一回だけ考慮されれば足りる」という考えが正しいとしても、これだけでは、具体的にどのような基準で「一回だけ考慮」すれば良いのかは明らかとならない。そして、「一回だけ考慮」されるべき牽連関係はどれでも良いというのであれば、今度は別の問題が生じることとなる。具体的には、かすがいであるX罪のみについて確定判決を経た場合に、一事不再理効が牽連関係に立つどの犯罪に及ぶのか不明になるという実際上の不都合が生じることになる<sup>(75)</sup>。

このことからすると、牽連犯の成立を限定するのであれば、そのための基準を示す必要があるだろう。

---

(74) 山火「科刑上一罪」30頁参照。

(75) 丸山「かすがい(二)」42頁参照。

（ii）山口厚の見解

そこで次に問題となるのが、山口厚の見解である。論者は以下のよう  
に述べる。

「牽連犯によりかすがい現象が生じる場合には、1個の意思決定に準  
じる関係に立つ最初の犯罪行為との間でのみ牽連犯関係を肯定し、後の  
行為との間では併合罪とすることが妥当である<sup>(76)</sup>」〔傍点筆者一註〕

この見解によると、時間的に先行する犯罪との間でのみ牽連関係が肯  
定されることとなり、明確な基準が得られる。

しかしながら、この見解は、牽連犯の一般的な定義との間の整合性を  
度外視し、かすがい現象の局面に限定して牽連犯の成立範囲を限定して  
いる点で、問題があると言わざるを得ない。周知のように、判例上、牽  
連関係を肯定するためには、「犯人が主観的にその一方を他方の手段又  
は結果の関係において実行したというだけではならず、その数罪間にそ  
の罪質上通例手段結果の関係が存在すべきものたることを必要とす  
る<sup>(77)</sup>」。また、近時の事案においても、「犯罪の通常の形態として手段  
又は結果の関係にあるものとは認められ<sup>(78)</sup>」なくてはならないと判示  
されている。

以上のような、「罪質上通例」や「通常の形態」という判例の基準に  
従う限り、論者が主張するように、時間的先後を理由に牽連犯の成立を  
限定することは困難である。他方で、論者の見解において、判例の基準  
から離れて牽連犯の定義を再構成しようという意図は読み取れない<sup>(79)</sup>。

結局のところ、牽連犯の成立それ自体を一つに限定するのであれば、

---

(76) 山口『総論』383頁参照。同旨、伊東『総論』405頁、高橋『総論』489頁参照。

(77) 最大判昭和24年12月21日刑集3巻12号2048頁参照。

(78) 最判平成17年4月14日刑集59巻3号283頁参照。最高裁は、本文にて引用した基  
準に従い、恐喝罪と監禁罪との間の牽連犯の成立を否定した。

(79) 山口『総論』380頁以下、伊東『総論』403頁以下、高橋『総論』486頁参照。

牽連犯の成立要件に立ち返ったうえでそれを行わない限り、説得力はないと言わざるを得ない。そこで次に、このような観点から問題解決を試みる見解について、検討を加えることとする。

### (iii) 安村勉の見解

牽連犯の成立要件に立ち戻った上で、かすがい現象の場合の牽連犯の成立範囲を限定する論者の一人は安村勉である。論者は、以下のように述べ、X・A間のみに牽連関係を限定しようとする。

「牽連犯が成立するには、各犯罪のあいだに『通常性』が認められなければならない。『通常性』の有無の判断は、具体的事実を捨象した抽象的な判断ではない。それは、法益等、規範的側面を考慮にいれながらも、あくまでも当該事実関係のもとで反対動機の形成をどこまで期待してよいか、という判断である。住居侵入一殺人に併合罪加重するにたるだけの責任がないからといって、住居侵入し殺人を行った者に、さらにもう一人の殺人を行わないよう期待することは可能である。期待できないということは、『自然のいきおい』で行ったときにはおよそ併合罪加重を否定するという、『通常性』不要論である<sup>(80)</sup>」

しかしながら、論者の見解は、以下の点で疑問がある。まず、論者は、別の箇所では、「住居侵入を行った後、偶然的に殺人を行った場合…(中略—筆者註)…結果行為が原因行為の『自然のいきおい』としてなされる場合であれば、責任減少を認めることができよう<sup>(81)</sup>」として、牽連犯を肯定している。そして、「牽連犯が成立するには、各犯罪のあいだに『通常性』が認められなければならない<sup>(82)</sup>」という論者の

---

(80) 町野=安村「特別刑法」299頁参照。

(81) 町野=安村「特別刑法」268頁参照。

(82) 町野=安村「特別刑法」299頁参照。

考えからすると、「自然のいきおい」で行われた場合にも、「通常性」は認められるはずである。それにもかかわらず、上記の引用箇所においては、「自然のいきおい」で行ったときに併合罪加重を否定することは、「『通常性』不要論」だというのである。これは理解し難いことである。むしろ、論者の立場からすれば、「自然のいきおい」で行った場合に「通常性」が認められない局面はないはずである。

次に、論者の反対動機形成の期待の観点からの「通常性」判断にも問題がある。住居侵入後に二件の殺人を行った場合、論者は、「住居侵入し殺人を行った者に、さらにもう一人の殺人を行わないよう期待することは可能である<sup>(83)</sup>」〔傍点筆者一註〕と説明している。しかし、通常、牽連犯の成否とは関係なく、いかなる場合においても、殺人を行わないことは期待されていると言える。それにもかかわらず、住居侵入後の一件目の殺人についてのみ、反対動機の形成を何故期待できないのだろうか。一件目の殺人について反対動機の形成を期待できない理由が先行する住居侵入の存在にあるのならば、二件目の殺人についても、先行する住居侵入の存在を理由に、反対動機の形成を期待できないと述べることも十分可能である。

論者は、観念的競合の場合と統一的に説明するため、反対動機の形成をどの程度期待しようかという観点を持ち出しているが、牽連犯の場合、そこでいう反対動機の形成とは、通常犯罪を実行する際に問題となるものとは質的に異ならざるを得ない<sup>(84)</sup>。結局のところ、一罪とする実質的理由は、原因・結果や手段・目的という対応関係の存在ということに尽きることになる。しかし、これでは、牽連犯の成立を一件目の殺

---

(83) 町野＝安村「特別刑法」299頁参照。

(84) このことは、論者の記述に表れている。即ち、「犯罪行為の重なり合いがなく、行為ごとに反対動機形成の機会がある牽連犯は、それらの行為が目的・手段、原因・結果という関係にあるために、一方の犯罪を行う以上他方の犯罪を行わないよう期待することが、そうした関係のない場合ほどにはできないという意味で、責任の軽減が認められる」(町野＝安村「特別刑法」266頁参照。)というのである。

人との間に限定しようという論者の目的を果たすことはできなくなる。

以上のことからすると、このような見解は支持できない。

(iv) 朝山芳史の見解

近時、朝山芳史は「そもそもかすがい現象が大きな問題となったのは、… (中略—筆者註) …判例上牽連犯の成立範囲が広く認められてきたことに原因がある<sup>(85)</sup>」という理解に基づき、以下のようにして牽連犯の成立範囲の限定を試みる。

「牽連犯が、観念的競合と同様、数個の法益を侵害する数罪でありながら、一罪として処理されるのは、単に複数の行為が手段又は結果の関係にあるというだけでなく、構成要件的には数罪に分断されているが、社会通念上類型的に一個のものと評価されることに求められるべきである<sup>(86)</sup>」、

そして、論者は、このような一般論に基づき、以下のように敷衍する。

「『社会通念上類型的に一個のものと評価されること』という要件は、客観的に判断されるべきであるが、それは、数罪の間に相当に緊密な関係があることを要すると解すべき、… (中略—筆者註) …前の行為と後の行為との間は、… (中略—筆者註) …前者が後者の予備的行為として位置付けられ、かつ、後者が前者のほとんど必然的結果に近いことを要するというべき<sup>(87)</sup>」、「被害法益の点でも、両者の間には、相当部分が重なり合い、かなりの共通性ないし同質性がある場合が多いと思われ

---

(85) 朝山「牽連犯」248頁参照。

(86) 朝山「牽連犯」253頁参照。

(87) 朝山「牽連犯」254頁参照。

る。…（中略—筆者註）…両者の被害法益が全くあるいはほとんど重なり合わない場合にまで牽連犯の関係を認めるのは相当でない<sup>(88)</sup>」、「牽連犯は、行為者の行為が社会通念上類型的に一個のものである場合であるから、複数の構成要件に該当するからといって、その構成要件の数に応じた規範的障害が惹起されるわけではなく、社会通念上一個の規範的障害を乗り越える場合と同視し得る<sup>(89)</sup>」

以上のような基準に基づき、論者は、住居侵入罪と窃盗罪との間の牽連犯を肯定しつつも、住居侵入罪と殺人罪や強盗罪との間ではこれを否定すべきと主張する<sup>(90)</sup>。

しかしながら、論者の見解は、以下の点において支持できない。まず、仮に論者の主張する牽連犯の理解に従ったとしても、必ずしもこのような結論の相違は導かれまいと思われる。

論者は第一に、住居侵入・窃盗の場合、前者から後者へと発展することは予定されているが、住居侵入・殺人の場合はそうとは言えない<sup>(91)</sup>、と述べる。しかしながら、たとえ住居侵入後に窃盗が行われるということが刑事学的に多いとしても、住居侵入を伴わない形態での窃盗を多々観念できる以上、住居侵入から窃盗への移行が予定されているとは言えないはずである。窃盗にしろ殺人にしろ、一定の場合においては住居侵入を手段として実行されるというだけの話であろう。

論者は第二に、住居侵入・窃盗では被害者が一致するのに対し、住居侵入・殺人ではそうとは限らず、しかも法益が同質ではない<sup>(92)</sup>、と述べる。しかし、そもそも論者の基準では被害者ではなく被害法益が問題とされていたのであり、そうであれば窃盗・殺人のいずれの場合におい

(88) 朝山「牽連犯」254頁参照。

(89) 朝山「牽連犯」255頁参照。

(90) 朝山「牽連犯」256頁以下参照。

(91) 朝山「牽連犯」258頁参照。

(92) 朝山「牽連犯」257頁以下参照。

ても、住居侵入との間で法益の同質性は保たれていないことになる。

論者は第三に、住居侵入・窃盗では侵入時点で法益侵害の蓋然性が高まり、その時点で規範的障害を乗り越えさえすれば、後の窃盗の際の規範的障害も包摂し得ると解するのに対し、住居侵入・殺人では殺人時点における規範的障害の方が明らかに大きい<sup>(93)</sup>、と述べる。しかし、侵入時点で例外的に窃盗未遂を肯定できる場合<sup>(94)</sup>を除けば、侵入時点では窃盗・殺人のいずれも未遂よりも前の段階なのであり、法益侵害の蓋然性の程度に規範的な差はないはずである。

次に、論者が言うように、観念的競合との整合性を問題にするとしても、そのことから直ちに、牽連犯においても「社会通念上類型的に一個のものと評価されること」が必要ということにはならないだろう。確かに、牽連犯は、観念的競合のように一個の行為に基づいて数罪を実現した場合ではないが、他方で、無制限に肯定されているわけではなく、あくまでも手段・結果の関係が必要と解されているからである。それゆえ、このような関係の存在により「社会通念上類型的に一個のものと評価されること」は既に担保されている、と見ることも十分可能なはずである。

また、仮に「社会通念上類型的に一個のものと評価されること」が必要であるとしても、異質の法益間においても観念的競合を肯定できる以上、牽連犯において法益の同質性を要求する必要はないだろう。また、住居侵入・窃盗についての論者の理解に表れているように、両犯罪間の緊密な関係や規範的障害という点も、それほど厳格に把握されているわけではない。そうであれば、これらの要素がどれほど限定的に作用するかも定かではない。

---

(93) 朝山「牽連犯」258頁参照。

(94) 土蔵への侵入の時点で窃盗罪の実行の着手を肯定したものと、名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁参照。また、米倉の施錠を破壊しようとした時点で窃盗罪の実行の着手を肯定したものと、高松高判昭和28年1月31日高等裁判所刑事判決特報36号3頁参照。

以上のとおり、この見解は、牽連犯の成立要件へ戻った上で牽連関係を限定する、というアプローチ自体は正当であると評価できるものの、結論的には従うことができない。

### （三）併合罪の処理を先行させる見解

以上見てきたように、牽連関係の存在を限定することにより、かすがい現象の問題を解決することには無理があった。そこで、複数の牽連関係の存在を限定しなくても良い方法として主張されたのが、併合罪の処理を先行させる見解<sup>(95)</sup>である。論者の一人は、以下のように述べる。

「かすがい役が問題とされるXとの関係では、A、Bは、いずれも同列のものとして扱われなければならない存在なのである。しかし、このことは、A、Bがそれぞれ個別的にXと牽連関係に立つということまでも意味するわけではない。〔中略—筆者註〕牽連犯事例は、AとBとが一体となってそれら全体とXとの間に牽連関係が生じているのであり、このような形態こそが『あるがまま』の関係なのである。〔原文改行—筆者註〕このような実態認識からすれば、かすがい現象が問題になる牽連犯事例は、Xのかすがい作用といったことを論ずるまでもなく、A・B全体とXとの牽連犯として罪数判断をすればよい<sup>(96)</sup>」〔原文におけるZの表記をXへと改めた—筆者註〕

このような方法は、論者が述べるように、牽連犯について規定する刑法54条1項における「罪名」に併合罪を含ませることで、同条との間では矛盾しない<sup>(97)</sup>。しかしながら、ドイツにおける議論<sup>(98)</sup>においてそ

---

(95) 丸山「かすがい（二）」41頁、林（幹）『基礎理論』247頁、伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、2005）326頁〔伊藤渉執筆〕参照。

(96) 丸山「かすがい（二）」43頁参照。

(97) 丸山「かすがい（二）」44頁、林（幹）『基礎理論』247頁参照。

うであったように、我が国においても、このような方法を採用することは相当困難と思われる。

まず、論者は、「実務慣行は、一罪としての処理をしたうえで併合罪としての処理に進むという順序で確立している<sup>(99)</sup>」ものの<sup>(100)</sup>、それは明示的に規定されているものではないので、科刑上一罪を広義の併合罪の一種として、72条3号における併合罪の同時的処理と解しうる<sup>(101)</sup>、と述べるが、これは疑わしいと思われる。確かに、科刑上一罪の「最も重い刑」を選択するにあたり、科刑上一罪を併合罪に準じて考えるべきとの主張はなされている<sup>(102)</sup>。しかし、これは「最も重い刑」を選択するにあたり、再犯加重や法律上の減軽を先行させることを意図して主張されているのであり、併合罪の処理を先行させるべきということまで意味していないはずである。

また、X罪・A罪・B罪以外のC罪が別途併合罪の關係に立つ場合<sup>(103)</sup>にも、この見解の問題点は表面化する。この場合の処理の方法として、以下の二つが考えられる。一つは、①A罪・B罪の間で併合罪の処理をし、②それとX罪との間の牽連犯を肯定し、③最後に、C罪との間で再度併合罪として処理する、という方法である。しかし、これでは、併合罪の処理が二度行われることになり、「現行法に根拠を持たない新たな科刑原理の創造<sup>(104)</sup>」というかつて中野説に対して向けられた批判が同様に妥当するだろう<sup>(105)</sup>。

---

(98) 前掲二(二)(ii)参照。

(99) 丸山「かすがい(二)」44頁参照。

(100) 名古屋高判昭和29年12月25日高刑裁特1巻13号751頁は、「併合罪に該るものの一部に刑法第五十四条を適用すべきものがある場合は先づこれを適用した後、併合罪の規定を適用すべきである」と判示する。

(101) 丸山「かすがい(二)」44頁参照。

(102) 福田平『全訂刑法総論(第5版)』(有斐閣、2011)313頁参照。

(103) 林(幹)『基礎理論』247頁は、この場合の処理について特に言及していない。

(104) 丸山「かすがい(二)」35頁参照。

(105) 丸山「かすがい(二)」45頁註74も、このような処理は「採ることができない」と述べる。

そこで、二つ目の方法として、①最初に、A罪・B罪・C罪の間で併合罪の処理をし、②それとX罪との間で牽連犯を肯定する、という方法が登場することになる<sup>(106)</sup>。そして、論者は、この方法では、「Cの法定刑がA・Bの法定刑のいずれよりも重い場合に、A・BとXとの牽連関係が、埋没してしまうという不都合をもたらすことになる<sup>(107)</sup>」ものの、「処断刑自体は妥当なものに落ち着き、実質的に不当な結論は回避されることになる<sup>(108)</sup>」というのである。

しかしながら、この解決方法は、以下の点で問題がある。まず、C罪の法定刑が最も重い場合に牽連関係が「埋没」するというのは、具体的にどのような意味なのだろうか。もしこれが、罪数レベルでは成立している牽連関係を、処断刑形成との関係では無視するという意味であれば、罪数論と処断刑形成が噛み合わなくなる点で不当である。

また、かすがい現象を構成する犯罪（X罪・A罪・B罪）以外のC罪までも、先行する併合罪の処理に含めてしまうと、その効果が波及し、かすがい現象が問題とならない通常の場合においても、併合罪の処理が先行することになりかねない。しかしながら、例えば、X罪・A罪が牽連犯の関係に立ち、それとC罪が併合罪の関係に立つ場合に、牽連犯の処理を行った後に、併合罪の処理を行うことは誰も否定しないだろう。このことは、論者の処理が、かすがい現象の問題を処理するためだけの便宜的なものに過ぎないことを示している。

#### （四）若干の検討

以上見てきたように、牽連犯の関係を限定する見解及び併合罪の処理を先行させる見解のいずれも、妥当ではなかった。この意味で、「かすがい現象を否定したうえで論理的に明快な罪数処理を可能にする方法は

---

(106) 丸山「かすがい（二）」44頁参照。

(107) 丸山「かすがい（二）」44頁参照。

(108) 丸山「かすがい（二）」44頁参照。

存在しない<sup>(109)</sup>」のである。それでは、牽連犯の場合も、かすがい現象を正面から肯定し、全体を一罪とすることで問題を解決できないのだろうか。

一見するところ、牽連犯の場合に全体を一罪とすることは、観念的競合の場合以上に困難のようにも見える。事実、かすがい現象が不当であることを説明するために、二人（ないしそれ以上）の人を順次殺害すれば併合罪になるにもかかわらず、これに住居侵入が付け加わることで全体が一罪となる事例が度々援用されている<sup>(110)</sup>ことに、このことが現れている。

しかしながら、このようにして一罪とすることが本当に不当と言えるのかは、再考を要するように思われる。先に述べたように<sup>(111)</sup>、現行法が科刑上一罪という制度を設けている以上、成立する犯罪の数が増えたからといって、それに応じて重く処罰されるとは限らない。そして、二件の殺人の処理とこれに住居侵入が加わる場合の処理とが結論的にアンバランスのように見えたとしても、後者が科刑上一罪の要件を満たしているのであれば、それは現行法が予定しているものと言わざるを得ない。また、X罪・A罪・B罪全体の罪数を判断するにあたり、A罪・B罪しか存在しない場合の罪数処理が直接影響を与えることはないことについても、前述したとおりである。

それでは、後者の場合、全体について科刑上一罪の要件は満たされていると考えられないのだろうか。牽連犯も観念的競合と同じく54条1項に規定されている以上、観念的競合の場合と実質的に均衡を図ることに合理性はある。先に検討した観念的競合の場合、自然的行為が単一の場合でなくとも、「一個の行為」と解しうるとされ、その意味で、「一個

---

(109) 丸山「かすがい(二)」44頁参照。

(110) 中野『諸問題』99頁、山火「科刑上一罪」31頁、鈴木「『かすがい』理論」11頁、伊東『総論』404頁、立石『総論』355頁、鈴木『総論』290頁、井田『講義総論』537頁参照。

(111) 前掲三(四)(ii)参照。

の行為」には時間的な幅があることが認められた。

そうであれば、牽連犯の場合も同様に、一種の幅を肯定することができるのではないか。54条1項によると、牽連犯は「犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れる」場合に成立する。この中に、二罪間の牽連犯が含まれることに問題はない<sup>(112)</sup>。しかし、他方で、同条同項は「他の罪名」が一つでなくてはならないと規定しているわけではない。つまり、「手段」・「原因」にあたる犯罪が一つしか成立していなくても、この犯罪との間で牽連犯が成立する「目的」・「結果」にあたる犯罪が複数存在する場合に、複数の牽連犯の成立を肯定すること自体は可能と思われる。

このような理解は、かすがいであるX罪の方が、A罪やB罪よりも法定刑が重い場合には、比較的抵抗なく受け入れられるのではないかとと思われる。そして、一度これを認めるとなると、牽連犯の形態としてどのようなものを許容するか判断に際し、法定刑の軽重は関係しないと考える以上、A罪やB罪の方がX罪よりも重い場合についても、同じことが妥当と思われる。

その次に問題になるのが、具体的な牽連犯の成立範囲である。もっとも、現在の一般的な理解によると、客観的な牽連関係が肯定できる場合に牽連犯が成立するのであるから<sup>(113)</sup>、住居侵入罪（X罪）が存在しない場合に二つの殺人罪（A罪とB罪）がどのような罪数関係に立つのかに関わりなく、住居侵入罪と殺人罪との間で客観的な牽連関係を肯定できる以上、全体を一罪としうることになる。

このような結論に対しては、不当であるとの価値判断がなされるのかもしれない。しかし、仮にこれが「不当」であるとしても、先の朝山の

---

(112) 一つの自然的行為で三罪以上を実現した場合に、観念的競合が成立することに異論がないこととの均衡上、いわゆる順次牽連もここに含まれると解することができるだろう。

(113) 最大判昭和24年12月21日刑集3巻12号2048頁、最判平成17年4月14日刑集59巻3号283頁参照。

見解<sup>(114)</sup>に表れているように、それは客観的な牽連関係に基づき広く牽連犯を肯定することの「不当」性ではないだろうか。いずれにせよ、牽連犯それ自体の成立範囲の不当性とかすがい現象の不当性とは区別すべきであり、前者の不当性故にかすがい現象の不当性を指摘することは誤っているだろう。

## 五 結語

本稿では、最高裁平成21年決定を契機に、かすがい現象の問題の検討を行った。その結果をまとめると、以下のとおりとなる。

- ① かすがい現象の問題を処理するにあたり、最高裁平成21年決定のように、観念的競合と包括一罪の複合的形態とすべきではない。これを認めると、何故、併合罪の関係のみが考慮されないのが不明になる。他方で、諸々のかすがい外しの方法は、いずれも理論的に難があり妥当ではない。結局のところ、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の成否を問題にすべきである。
- ② 包括一罪全体を構成する時間的に広がりのある行為も、観念的競合における「一個の行為」にあたると解すべきである。このような時間的に広がりのある「一個の行為」に基づきX罪・A罪・B罪全てが実現しているのであるから、観念的競合を肯定し、全体を一罪とすることに問題はない。
- ③ 全体を一罪とすることに対しては、X罪が付け加わることでA・B間の併合罪の関係が考慮されず不当である、と言われてきた。しかし、科刑上一罪という制度が存在する以上、成立する犯罪の数の増加は、直ちにより重い処罰を導くわけではない。また、A罪・B罪が併合罪の関係に立つのは、A罪・B罪しか存在しない事案においてであ

---

(114) 朝山「牽連犯」248頁参照。

り、かすがい現象全体の罪数処理の際に、このことを考慮する必要は全くない。

- ④ 牽連犯の場合も、観念的競合の場合と同様に考えることができる。観念的競合の場合に「一個の行為」に時間的な幅があるのと同様、牽連犯の場合も「手段」・「原因」となる犯罪が一つしかなくとも、一種の幅を認めることで、「目的」・「結果」となる複数の犯罪のそれぞれとの間で牽連犯を肯定することが可能となる。

以上のとおり、実体法上、かすがい現象を一罪と扱うことは何ら問題ない、というのが本稿の結論である。しかも、全体について刑法 54 条 1 項が規定する科刑上一罪の成立が認められるという理由で一罪になるわけではなく、「解釈上作り出された科刑上一罪<sup>(115)</sup>」が問題となっているわけではない。その限りでは、かすがい現象という特殊な問題は存在しない。単に、通常の科刑上一罪の成否が問題となっているに過ぎないのである。

他方で、かすがい現象の訴訟法上の問題として、以下の点はなお残されている。一つは、先に言及した<sup>(116)</sup>、一部起訴の問題であり、もう一つは、一事不再理効の問題である。後者の問題も、本稿のように全体を科刑上一罪と解するからといって、直ちに一事不再理効が全体に及ぶわけではない<sup>(117)</sup>。というのも、一事不再理効が及ぶか否かを判断するにあたっては、問題となっている訴因のみを対象とするのか否かも別途問題となるからである<sup>(118)</sup>。

(115) 川出敏裕「判批」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志（編）『刑法判例百選Ⅰ総論（第6版）』（有斐閣、2008）212頁、山本「判批」1頁参照。

(116) 前掲註68）参照。

(117) これに対し、中野『諸問題』125頁註9）は、実体法上一罪と扱う場合、訴訟法上一罪と扱うことは必然的なものと解しているようである。

(118) 最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁参照。この事案については、多和田隆史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）』（法曹会、2006）456頁以下、宇藤崇「判批」『平成15年度重要判例解説』（有斐閣、2004）202頁以下、同「演

これらの問題点は、かすがい現象との関係においても問題となるものではあるが、議論の射程はより広いものである。それゆえ、これらの問題の検討については、別途行うこととしたい。

また、本稿はかすがい現象を検討対象とするものであるため、観念的競合・牽連犯・包括一罪の個別の成立要件については、かすがい現象の問題の検討と直接関係する限度で検討を行ったに過ぎない。当然のことながら、これらの個別の成立要件如何により、かすがい現象が生じる範囲は左右されることになる。これらの点についても、今度の研究において明らかにすることとしたい。

(本学大学院博士後期課程)

---

習」法学教室 297号 (2005) 130頁以下、大澤裕「常習一罪と一事不再理の効力」研修 685号 (2005) 3頁以下、小島淳「判批」現代刑事法 6巻6号 (2004) 88頁以下、岡田悦典「判批」法学セミナー 590号 (2004) 123頁、佐藤隆之「演習」法学教室 282号 (2004) 123頁、小出錦一「一事不再理効の及ぶ範囲に関する一試論」刑事法ジャーナル 2号 (2006) 54頁以下参照。

近時の事案として、広島高判平成 21年 4月 28日判時 2096号 154頁参照。この事案については、豊崎七絵「判批」法学セミナー 658号 (2009) 120頁、小沢正明「判例紹介」研修 735号 (2009) 107頁以下、岡田悦典「判批」刑事法ジャーナル 21号 (2010) 91頁以下参照。

その他、只木誠『罪数論の研究 (補訂版)』(成文堂、2009) 221頁以下も参照。