
種 別： 論説

タイトル： 被害者が複数に及ぶ場合の包括一罪の成否（1）

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 61 卷 3-4 合併号（平成 30 年 3 月）87-129 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

被害者が複数に及ぶ場合の包括一罪の成否 (1)

青木 陽介

- 一 はじめに
 - (1) 総説
 - (2) 街頭募金詐欺の事案の特徴
 - (3) 前稿における筆者の見解
- 二 包括一罪の一罪性の根拠
 - (1) 科刑上一罪との比較
 - (i) 包括一罪と科刑上一罪の対比
 - (ii) 若干の検討
 - (iii) 本来的一罪か、科刑上一罪か
 - (2) 反復類型の包括一罪における一罪性の要件
 - (i) 別稿における筆者の説明
 - (ii) 内田幸隆の見解
 - (iii) 虫明満の見解
 - (iv) 田山聡美の見解
 - (v) 他の包括一罪の類型との整合性？
 - (vi) 反復類型の場合
 - (3) 窃盗後の器物損壊行為の類型
 - (i) 罪数論上の位置付けの変遷
 - (ii) 包括一罪の中での位置付け
 - (iii) 一罪性の要件
 - (iv) 窃盗罪の構造及び不法領得の意思との関係
 - (v) 事後の損壊行為と利用意思との関係
 - (vi) 根拠論と要件論の区別及び議論の意義 [以上、本号]
 - (4) 横領後の横領の事案
 - (i) 最高裁平成 15 年 4 月 23 日大法廷判決

- (ii) 富高彩の見解
 - (iii) 橋爪隆の見解
 - (iv) 山口厚の見解
 - (v) 大阪地裁平成20年3月14日判決
 - (5) 不法領得の意思なき占有移転のケース
 - (i) 大阪高裁平成13年3月14日判決
 - (ii) 若干の検討
 - (6) 財物罪と利益罪の間での包括一罪の成否
 - (i) 橋爪隆の見解
 - (ii) 別稿における筆者の指摘
 - (iii) 若干の検討
 - (iv) 札幌高裁昭和32年6月25日判決
 - (7) 小括
- 三 被害の軽微性と包括一罪の成否
- (1) 前稿における筆者の見解
 - (2) 財産以外の法益への拡張?
 - (i) 佐伯仁志の見解
 - (ii) 若干の検討
 - (3) 財産以外の法益の場合に包括評価を否定する根拠
 - (i) 個人単位での法益の一体性評価
 - (ii) 財産という法益の特徴
- 四 特定性を欠く点と包括一罪の成否
- (1) 総説
 - (2) 同一事案について二つの罪数評価の併存?
 - (i) 島田聡一郎の見解
 - (ii) 検討すべき問題点
 - (3) 一部起訴による罪数評価の変化
 - (i) 一般論
 - (ii) 包括一罪の事例
 - (iii) 罪数評価の変化の意味
 - (iv) 街頭募金詐欺の事案の場合
 - (v) その他の解決の可能性
- 五 結語

一 はじめに

(1) 総説

罪数の一形態である包括一罪は、複数の犯罪事実が発生したにもかかわらず一つの罰条の評価で足りる場合に成立する、と言われている⁽¹⁾。そして、包括一罪の中に何が含まれるかについては様々な見解があるものの、同一の構成要件を反復して実現した場合（以下では、「反復類型⁽²⁾」と呼ぶ。）がそのうちの一つに含まれることについて、異論はな

-
- (1) 例えば、松原芳博『刑法総論（第2版）』（日本評論社、2017）473頁（以下では、松原『総論』と表記。）、只木誠「包括一罪の現状と課題」刑事法ジャーナル48号（2016）4頁（以下では、只木「現状と課題」と表記。）、山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016）399頁（以下では、山口『総論』と表記。）、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016）650頁（以下では、曾根『原論』と表記。）、高橋則夫『刑法総論（第3版）』（成文堂、2016）512頁（以下では、高橋『総論』と表記。）、橋爪隆「包括一罪の意義について」法学教室419号（2015）106頁（以下では、橋爪「包括一罪の意義」と表記。）、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015）306頁（以下では、橋本『総論』と表記。）、山中敬一『刑法総論（第3版）』（成文堂、2015）1038頁（以下では、山中『総論』と表記。）、立石二六『刑法総論（第4版）』（成文堂、2015）355頁（以下では、立石『総論』と表記。）、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）430頁（島田聡一郎執筆）（以下では、今井他『総論』〔島田〕と表記。）、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008）526頁（以下では、井田『講義総論』と表記。）、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）319頁〔伊藤渉執筆〕（以下では、『アクチュアル総論』〔伊藤〕と表記。）、林幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版会、1995）225頁（以下では、林（幹）『基礎理論』と表記。）、同『刑法総論（第2版）』（東京大学出版会、2008）454頁（以下では、林（幹）『総論』と表記。）参照。
- (2) 接続犯や連続的包括一罪を含めた意味で、このように呼ぶこととする。学説では、接続犯と連続的包括一罪を区別して検討を行う見解（例えば、亀井源太郎「連続的包括一罪について」研修813号（2016）20頁註21（以下では、亀井「連続的包括一罪」と表記。）参照。）も見受けられるが、いずれも同一の犯罪が反復しているという意味では同質・連続的なものと理解できる（この点につき、虫明満『包括一罪の研究』（成文堂、1992）235頁（以下では、虫明『包括一罪』と表記。）は、接続犯の「行為相互の間隔が広がるなどして、むしろ一体的行為とみることができない場合は、前述の連続一罪の問題となる」として、両者の連続性を認めている。）。ただし、接続犯では反復の間隔が密であり、結論的に一罪として処理することについて問題が生じにくいのに対し、連続

いだろう。

近時の判例においても、最高裁平成22年3月17日決定⁽³⁾は、約2か月にわたって多数の被害者を相手に詐欺罪が反復して実行された街頭募金詐欺の事案につき、詐欺罪の包括一罪の成立を肯定した。また、最高裁平成26年3月17日決定⁽⁴⁾においても、約4か月又は約1か月に

的包括一罪では行為相互の結びつきが相対的には弱いので、併合罪との境界線をどこで引くのかについて問題が先鋭化する、という意味では違いが存在するだろう(ただし、事実上の違いにとどまる。)

- (3) 64巻2号111頁参照。筆者も、以前この最高裁決定を題材に簡単な検討を行ったことがある。拙稿「包括一罪に関する議論の新動向(1)・(2)・(完)」上智法学論集54巻2号(2010)115頁以下、3=4号(2011)97頁以下(以下では、拙稿「新動向(1)」または「新動向(2)」と表記。)参照。解説・評釈等(前稿にて引用したものも含む。)として、家令和典「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成22年度)』(法曹会、2013)28頁以下、村瀬均「包括一罪の判断の在り方」刑事法ジャーナル48号(2016)12頁以下(以下では、村瀬「判断の在り方」と表記。)、橋爪「包括一罪の意義」110頁以下、只木誠「判批」『刑法判例百選I総論(第7版)』(有斐閣、2014)204頁以下(以下では、只木「判批」と表記。)、同「現状と課題」6頁以下、丸山雅夫「刑法の論点と解釈」(成文堂、2014)125頁以下(以下では、丸山『論点と解釈』と表記。)、同「判批」判例時報2154号(判例評論643号、2012)174頁以下、小野晃正「街頭募金詐欺の包括一罪性」京都学園大学総合研究所報15号(2014)21頁以下、同「判批」阪大法学60巻2号(2010)423頁以下(以下では、小野「判批」と表記。)、島田聡一郎「判批」ジュリスト1429号(2011)144頁以下、佐伯仁志「連続的包括一罪について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題第1巻』(立花書房、2011)23頁以下(以下では、佐伯「連続的包括一罪」と表記。)、玄守道「判批」『速報判例解説 vol.9』(日本評論社、2011)159頁以下、滝沢誠「判批」専修ロージャーナル6号(2011)285頁以下、渡辺咲子「判批」『平成22年度重要判例解説』(有斐閣、2011)206頁以下(以下では、渡辺「判批」と表記。)、亀井源太郎「判批」判例セレクト2010 [I] 33頁、前田雅英「詐欺罪の保護法益と罪数について」警察学論集63巻11号(2010)152頁以下、佐久間修「第三者を利用した詐欺」研修750号(2010)3頁以下、古江頌隆「判批」刑事法ジャーナル25号(2010)80頁以下、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(以下では、松宮「詐欺罪の罪数」と表記。)、同「判批」法学セミナー667号(2010)123頁、中島行雄「判批」警察公論65巻7号(2010)90頁以下、早濶宏毅「判批」研修743号(2010)13頁以下、殿井憲一「判批」研修742号(2010)437頁以下参照。
- (4) 刑集68巻3号368頁参照。解説・評釈等として、辻川靖夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成26年度)』(法曹会、2017)75頁以下、伊比智「判批」法学新報123巻8号(2017)327頁以下、立石勇作「判批」日大法学83巻1号(2017)233頁以下、亀井「連続的包括一罪」3頁以下、只木「現状と課題」7頁以下、村瀬「判断の在り方」

及ぶ一連の暴行行為により傷害結果を惹起したという事案につき、傷害罪の包括一罪の成立を認めている。当初、特定の構成要件を反復して実現した場合の包括一罪の成否が判例にて問題となったのは、一晚の間に米俵を三度にわたって窃取した最判昭和 24 年 7 月 23 日⁽⁵⁾のような事案であった。これは、反復されたそれぞれの行為が時間的に極めて接着している接続犯の事案であったが、近時の二つの最高裁の事案にも表れているように、現在ではそれよりも広い範囲で包括一罪の成立が認められている。もっとも、同じ犯罪の反復であれば全て包括一罪になるわけではないので、その限界は慎重に検討する必要があると考えられる。

筆者は、上記の最高裁平成 22 年決定の事案について以前簡単な検討を行ったことがあるが、その後もこれに関連する文献が多く発表されており⁽⁶⁾、幸いなことに、筆者の見解に対する言及⁽⁷⁾もなされているように見受けられる。そこで、本稿において、街頭募金詐欺の事案を題材に包括一罪について再度検討を行うこととし、併せて、これに関連する財産犯絡みの包括一罪の成否の問題⁽⁸⁾についても若干の検討を行うこ

14 頁以下、橋爪「包括一罪の意義」114 頁以下、松澤伸「判批」判例時報 2262 号（判例評論 679 号、2015）246 頁以下（以下では、松澤「判批」と表記。）、岡田志乃布「判批」捜査研究 776 号（2015）2 頁以下、丸山雅夫「判批」『平成 26 年度重要判例解説』（有斐閣、2015）161 頁以下、吉川崇「判批」警察学論集 68 巻 3 号（2015）177 頁以下、西山卓爾「判批」研修 800 号（2015）77 頁以下、石渡聖名雄「判批」警察公論 70 巻 4 号（2015）87 頁以下、山本雅昭「判批」判例セレクト 2014〔Ⅰ〕31 頁、高倉新喜「判批」判例セレクト 2014〔Ⅱ〕39 頁、本田稔「判批」法学セミナー 720 号（2015）119 頁、小野晃正「判批」刑事法ジャーナル 42 号（2014）85 頁以下、中島宏「判批」法学セミナー 714 号（2014）134 頁参照。

(5) 刑集 3 巻 8 号 1373 頁参照。

(6) 文献については、上記註 3 参照。

(7) 例えば、十河太朗「刑事法学の動き」法律時報 84 巻 1 号（2012）118 頁以下（以下では、十河「刑事法学の動き」と表記。）参照。

(8) 同様のテーマを扱う近時の文献として、内田幸隆「財産犯における罪数について」法律論叢 88 巻 6 号（2016）31 頁以下（以下では、内田「財産犯における罪数」と表記。）、高橋則夫＝田山聡美＝内田幸隆＝杉本一敏『財産犯バトルロイヤル』（日本評論社、2017）108 頁以下〔田山聡美執筆〕及び 133 頁以下〔内田幸隆執筆〕（以下では、『バトルロイヤル』〔田山〕または〔内田〕と表記。）、榎本桃也「連続する横領行為につ

としたい。

(2) 街頭募金詐欺の事案の特徴

最高裁平成22年決定が注目を集めたのは、言うまでもなく、以下の事情があったからであろう。即ち、従来個人的法益に対する罪が反復して実行された場合、それらが同一の被害者に対してなされた場合に限り、包括一罪として処理されていた。これに対し、それぞれの個別行為が別々の被害者に対して実行された場合には包括一罪として処理できない、と考えられてきた。

例えば、行為者が第一の傷害行為により被害者Xの右腕を切り付け、続く第二の傷害行為により同じ被害者Xの左足を切り付けた場合、これら二つの傷害行為は一体性が肯定されれば包括一罪として処理される。これに対し、行為者が第一の傷害行為により被害者Xの右腕を切り付け、続く第二の傷害行為により別の被害者Yの左足を切り付けた場合、いかに二つの傷害行為が一連・一体のものとして実行されたとしても、包括一罪の成立を肯定する余地はない、と。

そうすると、詐欺罪の反復が問題となる場合にも、同一の被害者に対して複数回の詐欺行為が行われ、複数の財物が順次詐取されたという事案であれば包括評価しうるのに対し、複数の詐欺行為がそれぞれ別の被害者に対して行われた場合については、詐欺罪の併合罪として処理されるのが自然であると考えられる。そして、実際にもそのように取り扱った(裁)判例⁽⁹⁾が平成22年決定以前には存在していた。そうであるにもかかわらず、最高裁平成22年決定は結論として詐欺罪の包括一罪の成立を肯定したため、この事案は注目を集めることとなったのであ

いて」慶應法学37号(2017)131頁以下(以下では、梗本「連続する横領行為」と表記。)参照。

(9) 最決昭和37年2月1日裁判集刑事141号83頁、東京高判昭和63年11月17日判時1295号43頁参照。事案の概要等については、拙稿「新動向(1)」134頁以下参照。

る⁽¹⁰⁾。

(3) 前稿における筆者の見解

筆者は以前この問題について検討した際、以下のように述べ、最高裁の結論は支持しうるのではないかと考えた。即ち、詐欺罪の被害者が複数に及ぶにもかかわらず依然として包括一罪が成立すると考える前提として、包括一罪の成立を認めるためには、一部の学説⁽¹¹⁾が主張するような責任の一体性のみでは不十分であり⁽¹²⁾、あくまでも違法の一体性と責任の一体性の双方が必要ではないかと考えた⁽¹³⁾。そうすると、原則として「個人的法益が保護されている犯罪においては、文字通り各々人の法益の侵害をもって違法面の充足がなされるので、被害者が同一である範囲内においてのみ一体的評価が許されることになる⁽¹⁴⁾」。

また、前稿では、比較法的な観点から、一身専属的法益であるか否かにより、被害者が複数にわたる場合の自然的行為単一⁽¹⁵⁾の成否を区別するドイツの見解⁽¹⁶⁾を紹介した。そこでは、一身専属的法益ではない財産が問題となる場合には、被害者が複数に及ぶ場合でも広く自然的行為単一の成立を認められていた。しかしながら、財産の侵害においても、「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⁽¹⁷⁾」うる

(10) 同旨、例えば、只木「現状と課題」6頁、村瀬「判断の在り方」12頁参照。

(11) 林(幹)『基礎理論』221頁以下参照。

(12) 拙稿「新動向(2)」98頁以下参照。

(13) 拙稿「新動向(1)」136頁以下参照。

(14) 拙稿「新動向(1)」137頁参照。前稿における、この引用箇所の内容は不明確であった。この点につき、後掲三(3)(i)の議論を参照。

(15) ドイツにおける自然的行為単一は、我が国における包括一罪に相当するものと理解しうる(拙稿「新動向(2)」105頁以下参照)。ドイツにおける罪数論の議論については、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)17頁以下(以下では、仲道「ドイツにおける罪数論」と表記。)参照。

(16) 拙稿「新動向(2)」105頁以下参照。

(17) 拙稿「新動向(2)」118頁参照。

ので、このような区別は妥当とは言えない。

他方で、街頭募金詐欺の事案での金銭的被害は、「各人にとってとるに足りないものであり、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⁽¹⁸⁾」ものでもあった。このような場合であれば、たとえ財産が個人的法益であり、かつ各詐欺行為の被害者が異なっていたとしても、包括一罪としうるのではないかと主張した。

以上のような筆者の見解に対しては、①包括一罪の成立要件それ自体、②被害の軽微性に着目して包括一罪の成立を肯定した点、そして、③上記結論を導くにあたり、被害者や被害額が特定できないことは包括一罪の成否を左右しないとした点のそれぞれについて、現状では異論が見られる⁽¹⁹⁾。そこで以下では、これらの点について順に検討を行うこととする。

(18) 拙稿「新動向(2)」118頁参照。

(19) 筆者の見解に対して直接異論を展開しているというわけではないが、本文で採り上げる見解以外にも、以下のものがある。例えば、渡辺「判批」207頁は、街頭募金詐欺の事案における匿名性を重視する立場から、被害者を個別に評価するのではなく包括評価することが匿名者の意思に合致する、と主張する。確かに、募金を行うにあたり匿名であることを希望する者が一定数いること自体は否定できないだろうが、そのことと、このような匿名を希望するとの意思を詐欺により金銭を詐取された場合についても妥当させるべきか否かは、別の問題ではないかと思われる。また、この基準によるならば、例えば、オンライン上で金額の大きい募金(論者は、金額が少額であることは包括評価するか否かの判断において、決定的な要素ではないと述べる。同207頁参照。)が行われたものの、募金者が匿名希望であるケースにおいても、包括評価を否定しえなくなるという実際上の問題も生じるように思われる。

他にも、小野「判批」431頁は、街頭募金詐欺の事案が「間接正犯類型の詐欺行為」であることに着目して包括一罪との結論を支持するが、その前提として「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)と理解すると、法益侵害の一体性を(一定の事案において)不要としていることに等しく、妥当ではない。なお、本件が間接正犯でなく、共同正犯であって結論は同じとすべきではないか(、それゆえ間接正犯であることに着目することは妥当ではない)と指摘するものとして、橋爪「包括一罪の意義」112頁註28及び佐伯「連続的包括一罪」47頁参照。

これ以外にも、手続法上の問題として、判例変更手続きがなされていないと指摘する見解として、松宮「詐欺罪の罪数」13頁以下参照。これに対する反論として、佐伯「連続的包括一罪」39頁参照。

二 包括一罪の一罪性の根拠

(1) 科刑上一罪との比較

(i) 包括一罪と科刑上一罪の対比

最初に、包括一罪の一罪性の根拠について、検討を行うこととする。

街頭募金詐欺の事案では、被害者が多数存在したにも関わらず包括一罪として処理されているため、責任の一体性のみで包括一罪の成立を肯定する立場に立つならともかく、実際多くの学説⁽²⁰⁾が主張するように、包括一罪の成立要件として違法レベルの一体性、換言すれば法益侵害の一体性も必要であると解するならば、そのこととの整合性が問題とならざるを得ない。それゆえ、前稿においては、責任の一体性のみを根拠に包括一罪の成立を肯定する見解の問題点を指摘した上で⁽²¹⁾、上記の点に焦点を当てて考察を進めた。そのため、包括一罪それ自体の一般論について深い検討を行ったわけではない。

そこでは、具体的には以下のように述べた。即ち、包括一罪は「科刑上一罪よりも単純一罪に近い種類の一罪⁽²²⁾」である以上、包括一罪においては科刑上一罪以上の一体性がなくてはおかしいのではないか。そこで、「違法レベル及び責任レベルの双方において一体性を要求することにより、行為が一時的であり、一回的規範違反しか肯定されえず、それ故に責任レベルでの一体性を肯定できる観念的競合との間の相違を説明しうる⁽²³⁾」、と。

これに対しては、まず、以上のような科刑上一罪と比較した場合の包括一罪の位置付けに対する批判が考えられる。例えば、学説において

(20) 学説については、後掲註 46 参照。

(21) 拙稿「新動向 (2)」98 頁以下参照。

(22) 拙稿「新動向 (1)」136 頁以下参照。

(23) 拙稿「新動向 (1)」137 頁参照。

は、以下のような主張も見られる。

「連続的包括一罪⁽²⁴⁾は、複数の意思決定に基づく複数の行為がある点で、観念的競合と比べて一罪性は弱い。しかし、行為と結果の一体性を総合的に考慮すると、観念的競合や牽連犯に準じた違法・責任の減少を認めることができ、一罪として処断するのが適当だと考えられる場合があるというのが連続的包括一罪を認める根拠である⁽²⁵⁾」(下線筆者一註)

この見解は、行為の面のみを見た場合、包括一罪は観念的競合よりも一罪性が弱いとしつつも、結果の一体性も含めて総合して見れば、科刑上一罪と同レベルの一罪性を承認し得るとするものである。

(ii) 若干の検討

しかしながら、科刑上一罪とは異なり、包括一罪では複数の罰条の適用が不要となるということ⁽²⁶⁾が承認されているので、全体として見れば、包括一罪の方が、より一罪性が強い罪数形態として理解するのが妥当と思われる⁽²⁷⁾。論者は、包括一罪においては観念的競合とは異なり、明らかに複数の行為が行われており、その結果生じる行為の一体性の不

(24) なお、論者は包括一罪全般ではなく、連続的包括一罪に限って科刑上一罪との対比を行っているが、包括一罪を罪数の一形態として承認する以上、科刑上一罪との関係や距離感は連続的包括一罪だけでなく、その他の包括一罪の類型においても同様に妥当すると思われる。この点について、下記 (iii) の議論を参照。

(25) 佐伯「連続的包括一罪」42頁参照。これを支持するものとして、只木「現状と課題」7頁註20参照。

(26) 例えば、山口『総論』399頁参照。

(27) 只木「現状と課題」4頁(「包括一罪は、単純一罪と観念的競合と牽連犯などの科刑上一罪との中間に位置」する)、同「判批」204頁、松宮孝明『刑法総論講義(第5版)』(成文堂、2017)335頁(以下では、松宮『総論』と表記。「法条競合と科刑上一罪との中間に、包括一罪と呼ばれるものがある」)、榎本「連続する横領行為」145頁(「包括一罪は、単純一罪と科刑上一罪の中間にあるものとして捉えることができる」)、曾根『原論』650頁(「包括一罪は、法条競合と科刑上一罪の中間領域にあ」る)参照。同旨、立石『総論』356頁参照。

足分を埋め合わせる役割を結果の一体性に担わせ、結果的に包括一罪と観念的競合を一罪性という点で同等のものとしている。しかしながら、連続的包括一罪が複数の行為を予定しているという事実を強調する必要はないだろう。連続的包括一罪における行為は、確かに自然的な観察に従うと複数の行為として認識されるのは事実であるが、このような一見すると複数の行為についても、論者が包括一罪の要件の一つとして掲げる行為の一体性を肯定できるならば、規範的にはそれらは単一の行為と同視されるからである⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾。そして、包括一罪ではそれに加えて、結果の一体性も要求されているのであるから、全体として見れば観念的競合よりも強い一罪性が根拠づけられるはずである。

(28) 拙稿「新動向(2)」99頁では、責任の一体性のみを根拠に包括一罪の成立を認める見解を批判する文脈において、包括一罪における責任の一体性だけでは、観念的競合における責任減少ほどの責任減少を肯定できない(ので、不法の一体性も必要である)と述べたが、包括一罪における行為が一体であることによる責任の一体性と観念的競合における一個の行為による責任減少とは、規範的には等価と考えれば足りると思われる。なお、反復類型の包括一罪において不法の一体性も必要である点は、従前の説明と何ら変わらない。

(29) 以上のように、包括一罪において一体として評価される行為と観念的競合における一個の行為を規範的に等価であると評価すると、以下のような疑念が生じるのかもしれない。即ち、犯罪が反復して実現しそれらが包括一罪を構成する場合、そこで認められる行為の一体性は観念的競合における一個の行為と同視できるため、包括一罪と観念的競合のいずれが成立することになるのか分からなくなる、あるいは、従来包括一罪が成立すると考えられてきた事案が観念的競合へと転化してしまうのではないかと、との批判や懸念も考えられる。

しかしながら、観念的競合は、独立に評価すべきことが確定された複数の犯罪事実が存在する場合に、一個の行為に基づくことを理由に科刑上一罪として処理するものに対して、包括一罪の成否の局面では、形の上では複数の犯罪事実が存在するものの、その全体をもって評価すれば足りるのか(=包括一罪が成立する。)、それとも個々の犯罪事実ごとに評価する必要があるのか(=併合罪が成立する。)が問題となっている。つまり、包括一罪では、複数の犯罪事実が存在する場合にどの範囲で独立に評価すべきかが問題になっているのであるから、独立に評価すべき犯罪事実相互の関係を問題にする観念的競合よりも先行させて、その成否を検討すべきと思われる。そして、反復する複数の犯罪について包括一罪が成立する場合、独立に評価すべき犯罪事実が一つとして捉えられることになるので、それが観念的競合へと転化してしまうといった事態が生じることはない。勿論、包括一罪を構成する犯罪の他に別途犯罪が成立しているのであれば、包括一罪とその別罪との間で観念的競合の成否が別途問題となる。

このような理解は、比較法的な観点からも導くことができる。即ち、ドイツ刑法の議論においても、単一の行為に基づいて単一の犯罪を実現した場合⁽³⁰⁾に一罪として扱われることになるが、そこでいう行為(Handlung)の種類として幾つかのものが認められている。そこでは、自然的意味における一個の行為(eine Handlung im natürlichen Sinn)のように明らかに単一の動作しか存在しない場合だけでなく、複数の動作の集合体である構成要件的行為単一(tatbestandliche Handlungseinheit)や自然的行為単一(natürliche Handlungseinheit)も行為の一形態として承認されている⁽³¹⁾。これも同様の理解に立つもので、妥当と思われる。

以上のことからすると、やはり包括一罪においては、違法の一体性及び責任の一体性の双方が要求されているという意味で、科刑上一罪よりも一罪性が強いものとして理解し得る。

(iii) 本来の一罪か、科刑上一罪か

なお、上記のように、包括一罪において複数の罰条の適用を不要とするという効果が導かれ、この点において包括一罪と科刑上一罪は異なると説明する以上、包括一罪が本来の一罪であるか、それとも科刑上一罪であるのかの点については、端的に本来の一罪として理解すれば足りるだろう⁽³²⁾。これとは異なり、学説では、包括一罪のこのような効果を

(30) これに対し、単一の行為で複数の犯罪を実現した場合に観念的競合(Idealkonkurrenz)が成立し、複数の行為に基づいて複数の犯罪を実現した場合に実在的競合(Realkonkurrenz)が成立する。

(31) Vgl., zB, Ruth Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006 (im folgenden zitiert als LK (Rissing-van Saan)), Vor § 52 Rdn. 9ff.; Bernd von Heintschel-Heinegg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2016 (im folgenden zitiert als MK (Heintschel-Heinegg)), § 52 Rdn. 18ff. (ただし、自然的行為単一を構成要件的行為単一の類型として認めている。)ドイツの議論については、仲道「ドイツにおける罪数論」20頁以下参照。

(32) 同旨、『バトルロイヤル』121頁〔田山〕、松宮『総論』335頁(論者は「成立上の一罪」と呼ぶ。)、榎本「連続する横領行為」147頁、山中『総論』1038頁以下、立石『総論』354頁、大塚仁=河上和雄=中山善房=古田佑紀(編)『大コンメンタール刑法

(第3版)第4巻〕(青林書院、2013)195頁〔中谷雄二郎執筆〕(以下では、『大コンメ4巻』〔中山(または他の執筆者名)〕と表記。)、虫明『包括一罪』26頁、同「原著者コメント」法律時報65巻12号(1993)120頁参照。

なお、包括一罪を本来の一罪として位置付けることに対しては、「刑罰法規は当該犯罪に該当する違法性と責任を含むだけで、他の犯罪の違法性や責任を含まない。そうである以上、当該罰則からはみだした部分の評価を一個の罰条で完結させるのは無理があるという批判」(伊東研祐=松宮孝明(編)『リーディングス刑法』(法律文化社、2015)381頁〔小野晃正執筆〕参照。))がなされている。しかしながら、異種の構成要件間での包括一罪を、構成要件相互で包摂関係を肯定できる場合(後掲註102参照。))や、ある構成要件が別の構成要件に該当する事実を先取りで評価・処罰している場合(後掲二(3)の議論を参照。))に限定するのであれば、「他の犯罪の違法性や責任」に相当するものがもともと取り込まれているのであるから、単一の罰条で評価しても問題は生じないと思われる。

仮に、殺人や傷害を行った際の衣服等の損壊のような、いわゆる随伴行為のケースについても包括一罪を肯定する場合(松原『総論』479頁、松宮『総論』330・335頁、山口『総論』400頁以下、曾根『原論』650頁、高橋『総論』514頁、浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂、2007)476頁(以下では、浅田『総論』と表記。))、平野龍一『刑事法研究最終巻』(有斐閣、2005)10頁以下及び19頁(以下では、平野『最終巻』と表記。))、『アクチュアル総論』320頁〔伊藤、小林充「罪数論の基本」現代刑事法6巻4号(2004)52頁(以下では、小林(充)「罪数論」と表記。))、同「包括的一罪について」判例時報1724号(2000)7頁以下(以下では、小林(充)「包括的一罪」と表記。))、林(幹)『基礎理論』226頁、虫明『包括一罪』247頁以下参照。裁判例としては、東京地判平成7年1月31日判時1559号152頁参照。))、上記の批判が妥当するのかもしれない。しかしながら、ここでは生命・身体と財産という、相互に異なる法益間での包括評価が問題となっているため、このようなケースを包括一罪の中に位置付ける必要はないと思われる。実際にも、観念的競合に位置付ける見解として、『バトルロイヤル』124頁〔田山〕、只木「現状と課題」5頁、小林憲太郎『刑法総論』(新世社、2014)182頁(以下では、小林(憲)『総論』と表記。))、『大コンメ4巻』195頁〔中谷雄二郎執筆〕、佐伯「連続的包括一罪」50頁参照。また、随伴行為の成立範囲を「かなり限定」する見解として、橋爪「包括一罪の意義」110頁参照。その他、法条競合と理解する見解として、橋本『総論』305頁(ただし、論者は、包括一罪と理解する見解に対して親和的な態度を採っている。))、山中『総論』1053頁参照。

また、包括一罪を構成するそれぞれの個別行為につき構成要件該当性が認められることとの関係で、「ひとつの行為が一回だけ構成要件に該当する単純一罪とは明らかに異なっており(丸山雅夫「いわゆる『狭義の包括一罪』における『一罪』性」(下)判例評論361号(判例時報1297号、1989)165頁参照。))いるので、包括一罪を本来の一罪と位置付けることはできない、と批判する学説もある。しかしながら、一罪の中には「ひとつの行為が一回だけ構成要件に該当する」場合だけでなく、結合犯のように、複数の行為をもって単一の構成要件に該当するケースも存在する。また、継続犯のように、一連の行為をもって単一の構成要件に該当するケースもある。そして、これらの場合、複数・一連の行為の一部分がそれぞれ別の構成要件に該当しうる(例えば、強盗罪を構成

認めた上で「黙示的な科刑上一罪⁽³³⁾」として位置付ける見解も存在する。しかしながら、たとえこのような名称を付けたとしても、科刑上一罪が成立する場合には複数の罰条を適用することが必要との前提を変更しない限り、これを科刑上一罪の一類型として位置付けることはできないはずである。それとも、包括一罪と科刑上一罪の中間に、新しい罪数形態を創設するという趣旨なのだろうか。仮にそうであるならば、その点についての詳しい説明が別途必要と思われる。

また、学説の中には、そもそも包括一罪の中に多様な類型が含まれているのであるから、本来的一罪または科刑上一罪のいずれかに割り切って理解するのは無理である、などと説明する見解も存在する⁽³⁴⁾。例えば、橋爪隆は、「1時間おきに同一の被害者を3回殴打する⁽³⁵⁾」事例と「財物を詐取した後、暴行・脅迫によって被害者からの返還請求を免れた場合⁽³⁶⁾」、つまり「1項詐欺罪と2項強盗罪の包括一罪として、重い後者の刑のみで処断される⁽³⁷⁾」事例を比較し、前者とは異なり、後者では「2つの(別個の)構成要件該当事実が併存していることは明らか⁽³⁸⁾」(傍点筆者一註)である以上、結局、両者の間で「何か共通した

する行為の一部が、暴行罪や窃盗罪に該当する。また、継続犯を構成する行為の一部を切り取ったとしても、なお犯罪は成立する。)が、そのことは全体を一罪として評価することと矛盾しないと考えられている。そうであれば、包括一罪においても、たとえそれぞれの個別行為につき構成要件該当事実が肯定できるのだとしても、また、個別行為について訴訟法上起訴することが可能であるとしても、なお包括一罪を本来的一罪として位置付けることは可能だろう。

(33) 平野『最終巻』14頁参照。

(34) 橋爪「包括一罪の意義」106頁以下参照。同旨、只木「現状と課題」4頁、松澤「判批」251頁註8、城下裕二「混合的包括一罪の再検討」『刑事法・医事法の新たな展開上巻 町野朔先生古稀記念』(信山社、2014)332頁(以下では、城下「混合的包括一罪」と表記。)、小林(憲)『総論』178頁、佐伯「連続的包括一罪」40頁、小林(充)「罪数論」49頁参照。

(35) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

(36) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

(37) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

(38) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

性質を見いだそうとしても、それはきわめて抽象的なものにならざるを得ず、あまり有益ではない⁽³⁹⁾」と指摘している。

しかしながら、論者が後者の事例について指摘する、「2つの(別個の)構成要件該当事実が併存⁽⁴⁰⁾」するという事実が、単一の罰条による評価ではまかないきれないので、複数の罰条を適用する必要があるということの意味しているのであれば、そもそも、そのような事案を包括一罪の一類型として位置付けるべきではない。なぜなら、包括一罪では単一の罰条での評価で足りる、という(論者も承認するであろう⁽⁴¹⁾)前提と矛盾しているからである。結局のところ、論者が「何か共通した性質を見いだそうとしても、それはきわめて抽象的なものにならざるを得ず、あまり有益ではない⁽⁴²⁾」との結論に至ってしまうのは、論者が、包括一罪に位置付けるべきではない事案・類型を包括一罪の中に位置付けた上で、それと従来から包括一罪の一類型として承認されてきた類型との間で「何か共通した性質を見いだそうと⁽⁴³⁾」するからではないだろうか。

そもそも、ある類型が結論的に包括一罪として位置付けられるなら、それにより導かれる効果は、発生した複数の犯罪事実につき単一の罰条により評価がなされる、という点において差異はないはずである。包括一罪のある類型が科刑上一罪に近いからといって、または、単統一罪に近いからといって、包括一罪のその他の類型とは異なる効果が導かれるというわけではない。あくまでも、このような他の罪数形態との類似性は、現象面において事実上存在するものに過ぎないだろう。もし、他の罪数形態との境界線付近に存在する類型につき、包括一罪のその他の類型とは異なる効果を導くというのであれば、端的に包括一罪の類型から

(39) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

(40) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

(41) 前掲註1参照。

(42) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

(43) 橋爪「包括一罪の意義」106頁参照。

は除外すべきように思われる。

(2) 反復類型の包括一罪における一罪性の要件

(i) 別稿における筆者の説明

包括一罪の罪数全体の中での基本的位置付けについては、以上のよう
に考えることができる。そこで、具体的にいかなる要件の下で包括一罪
が成立するかが、次に問題となる。筆者の見解については前記のとおり
であるが、この説明に対しては、「包括一罪が認められるためには不法
レベルと責任レベルの双方において一罪として評価しうることが必
要であるという記載は見られるものの、それ以上に包括一罪の一罪性の
根拠は示されていない⁽⁴⁴⁾」という指摘もなされている。そこで、以下
ではこの点についても若干敷衍することにする。

そうは言うものの、上記のような科刑上一罪との比較とは別に、積極
的に包括一罪の一罪性の根拠を論じるとしても、そう多くを語ることは
できないように思われる。筆者は別稿において、包括一罪の成立要件に
ついて以下のように述べた。

「個々の罰条は違法評価及び責任評価により実質的に構成されている以
上、単一の罰条による包括評価が許されるのは、当該罰条を構成する違
法評価及び責任評価の面で一体的に理解できる場合、(中略—筆者註)つ
まり、包括一罪は、違法評価の一体性及び責任評価の一体性が認められ
る場合に成立する、(中略—筆者註)これを犯罪を構成する主観的・客観
的要素という観点から説明すれば、法益侵害の一体性及び犯意の一体性
が認められる場合に包括一罪が成立する⁽⁴⁵⁾」。

(44) 十河「刑事法学の動き」121頁参照。

(45) 拙稿「混合的包括一罪についての一考察」上智法学論集59巻3号(2016)131頁以
下(以下では、拙稿「混合的包括一罪」と表記。)参照。

このような枠組み自体は、細部での用語法の相違はともかく、多くの学説により受け入れられていると思われる⁽⁴⁶⁾。なお、法益侵害の一体性が違法評価の一体性に対応するものであることは良いとしても、犯意の一体性を責任評価の一体性に対応するものとして理解することに対しては、「犯意」という用語の理解次第⁽⁴⁷⁾では自明ではない、または不適切ではないか、との批判も予想されうる⁽⁴⁸⁾。しかしながら、冒頭で言及した最高裁平成26年決定の事案では、「共通の動機から繰り返し犯意を生じ⁽⁴⁹⁾」た場合においても、なお犯意の一体性が肯定されているように、犯意それ自体の性質ではなく、犯意を形成するに至った行為者の主観面における事情、つまり犯意相互の関係が問題となっている。しかも、このような事情は法益侵害とは直接関係しないのであるから、責任評価の一体性に対応するものと理解して差し支えないだろう⁽⁵⁰⁾。

(46) 包括一罪の一罪性を同様に説明するものとして、『バトルロイヤル』122頁〔田山〕、只木「現状と課題」4頁、村瀬「判断の在り方」12頁、橋爪「包括一罪の意義」107頁以下、松澤「判批」248頁以下、城下「混合的包括一罪」333頁以下、佐伯「連続的包括一罪」42頁、山口『総論』400頁、虫明『包括一罪』114頁以下及び215頁参照。

なお、丸山『論点と解釈』137頁は、複数の要素の総合的考慮によって包括一罪の成否の判断を行うことを志向するが、このような判断手法によると、その中身がブラックボックス化するという問題が生じるおそれがあるだろう。むしろ、可能な限り、基準を明確化した方が望ましいと考えられる。以上につき、松澤「判批」249頁も参照。

(47) 犯意＝故意と理解する場合、故意を違法要素とする見解（例えば、井田『講義総論』154頁以下参照。）からは、これを違法評価の一体性の問題として位置付けることが考えられる。また、犯意＝行為意思と理解する場合も、同様のことが考えられる（行為意思を主観的違法要素と理解する見解として、例えば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013）109頁、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999）150頁以下参照。）。

(48) 前稿を執筆した時点では、最高裁平成26年決定がまだ出されていなかったということもあり、特に注意を払うことなく「犯意」という用語を使用したのが、「犯意」という用語法が適切か否かについても、問題にする余地はあるだろう（「犯意」という用語を用いる見解として、山中『総論』1045頁以下参照。）。その他の用語法として、例えば、橋爪「包括一罪の意義」107頁における「意思決定」を挙げることができる。

(49) 刑集68巻3号371頁参照。

(50) もっとも、犯意の一体性がどの範囲で認められるか、また具体的にどのように判断するのかの詳細については、最高裁平成26年決定との関係を含め、別途問題となる。街頭募金詐欺の事案では包括一罪の主観面がことさら問題になったわけではないので、本

また、一部では、犯意の一体性の代わりに行為の一体性と説明する見解⁽⁵¹⁾もあるが、「行為の一体性により、複数の意思決定・行為により法益侵害を惹起した場合に比して有責性を全体として軽く評価することが可能となる⁽⁵²⁾」(下線筆者一註)という記述にも表れているように、行為を問題にするといっても、純客観的な形ではなく責任・有責性との関係で問題となっているので、その行為を行うに際しての主観面も考慮されることになる。そうであれば、行為の一体性を問題にしてその内部で犯意や意思決定を問題にしても、逆に、犯意の一体性を問題にしてその内部で行為態様を問題にしても⁽⁵³⁾、大差はないだろう。もっとも、責任の一体性に対応させるものがここでは問題となっているのであるから、より主観的な用語である犯意や意思決定の方が実態に沿うのではないかと考えられる⁽⁵⁴⁾。

その上で、街頭募金詐欺の事案における、被害者が多数に及ぶにも関わらず法益侵害の一体性を肯定できるか否かという点は、上記の一般論よりも下位の次元において問題となる、と理解できる。この点については、後掲三において論じることとする。

(ii) 内田幸隆の見解

他方で、学説の中には、以上とは異なる見解を主張するものも見受けられる。近時の文献においても、例えば、内田幸隆は「法益侵害評価の単一性・包摂性⁽⁵⁵⁾」を基準に包括評価の可否を判断すべきと論じてい

稿では立ち入らないが、この点については次稿にて検討を行うこととしたい。

(51) 『バトルロイヤル』122頁(田山)、山口『総論』400頁、松澤「判批」248頁以下、城下「混合的包括一罪」334頁、佐伯「連続的包括一罪」42頁参照。

(52) 城下「混合的包括一罪」334頁参照。

(53) 橋爪「包括一罪の意義」107頁は、「全体が1個の意思決定に基づく行為と認定するための判断資料の1つとして位置づけるべき」と述べる。

(54) もっとも、この点については最終的には表現の仕方の違いに過ぎないとも言える。なお、学説の中には、山中『総論』1045頁のように、「犯意の継続性」と「行為の連続性」の両方に言及する見解も見受けられる。

る。

論者によると、「Xが、Aのカバンからひそかに財布を持ち去ったが、それだけでは満足せず、さらに後日になってBのカバンからも財布を持ち去ったという場合⁽⁵⁶⁾」は「窃盗罪の二罪となって、併合罪(刑法45条)として処理される⁽⁵⁷⁾」のに対し、「Xは、電車の中で眠り込んだAの隣に座ると、すきを見てAのカバンから財布を抜き取るのと同時に、Aの上着のポケットから定期入れを抜き取って立ち去った場合⁽⁵⁸⁾」は「窃盗罪は1個だけ認められる⁽⁵⁹⁾」と述べる。そして、このようにして「結論が異なるのは、前者では異なる法益侵害の事態が存在し、後者では同一の法益侵害の事態があるから⁽⁶⁰⁾」と説明することで、上記の判断基準が導かれると主張している。

しかしながら、このような説明の仕方は妥当ではない。論者は、上記二つの事例では「法益侵害の事態」が「同一」か「異なる」か、の違いがあるとするが、これら二つの事例の間には、これ以外の違いも存在する。即ち、前者の事例では「Bのカバンからも財布を持ち去る」行為が「後日になって」行われているのに対し、後者の事例では、「定期入れを抜き去る」行為が「Aのカバンから財布を抜き取る」行為と「同時」に行われているのである。それゆえ、両事例の結論の違いを説明するにあたり、「法益侵害評価の単一性・包摂性」だけでなく、端的に犯意や行為の一体性という観点も加味して包括一罪の成否を検討すれば良いと思

(55) 内田「財産犯における罪数」33頁、『バトルロイヤル』134頁〔内田〕参照。

(56) 内田「財産犯における罪数」32頁参照。同旨、『バトルロイヤル』134頁〔内田〕参照。

(57) 内田「財産犯における罪数」32頁参照。同旨、『バトルロイヤル』134頁〔内田〕参照。

(58) 内田「財産犯における罪数」32頁参照。同旨、『バトルロイヤル』135頁〔内田〕参照。

(59) 内田「財産犯における罪数」32頁以下参照。同旨、『バトルロイヤル』135頁〔内田〕参照。

(60) 内田「財産犯における罪数」33頁参照。

われる。

もちろん、論者も、このような観点を包括一罪の成否の判断において無視しているわけではない。というのも、論者は「ある法益侵害の事態を一体的に評価し得るかは行為態様の同一性・連続性、意思決定の同一性・連続性を考慮することによって決めることができる⁽⁶¹⁾」とも述べているからである。こうなってくると、筆者と論者の間で、説明の仕方の違いしか存在しないかのように見える。しかし、他方で論者は、行為の一体性や意思決定の一体性を包括評価の基準とすることに対して消極的な態度をとっている。これは、以下の引用箇所において明らかである。

「窃盗犯人が犯行後にその発覚をおそれて盗んだ財物を損壊した場合(中略筆者一註)、先行行為に基づく窃盗罪によって包括的に評価されることになる。このように、厳密には行為の一体性、意思決定の一体性が認められない場合であっても⁽⁶²⁾、結局は、法益侵害に対する評価の包括性が認められる限りにおいて一罪性を肯定できる余地があるというべきである。したがって、行為の一体性、意思決定の一体性をいずれか、あるいはいずれも強調することだけ⁽⁶³⁾によって一罪性を肯定することはできないと思われる。⁽⁶⁴⁾」(下線筆者一註)

(61) 内田「財産犯における罪数」33頁参照。同旨、『バトルロイヤル』134頁〔内田〕参照。

(62) 窃盗後の器物損壊行為のケースでは、必ずしも犯意の一体性が認められない場合においても包括一罪が成立すると一般的には理解されている。橋爪「包括一罪の意義」109頁参照。

(63) ここでの「だけ」という文言を見ると、あたかも行為の一体性や意思決定の一体性「のみ」で包括一罪の成立を肯定する見解を批判しているようにも読める。しかしながら、実際には、「法益侵害の一体性に加えて」行為の一体性や意思決定の一体性に重点を置く見解を批判している。内田「財産犯における罪数」33頁参照。

(64) 内田「財産犯における罪数」33頁参照。同旨、『バトルロイヤル』134頁註2〔内田〕参照。

つまり、論者が犯意や行為の一体性を包括一罪の成立要件として位置付けることに反対するのは、「窃盗犯人が犯行後にその発覚をおそれて盗んだ財物を損壊した場合⁽⁶⁵⁾」(以下では、「窃盗後の器物損壊行為の類型⁽⁶⁶⁾」と呼ぶ。)のように、必ずしも犯意の一体性があるとは言えない事案についても、なお包括一罪として認めるべきと考えているからである。

確かに、包括一罪の中の様々な類型を統一的な要件の下で検討する、というのは妥当なスタンスのように見える。しかし、論者のように、一度窃盗後の器物損壊行為の類型につき犯意の一体性が不要であると理解すると、同じく包括一罪の中に含まれる他の類型についても、たとえ要件として明示的に掲げなかったとしても、「行為態様の同一性・連続性、意思決定の同一性・連続性を考慮すること⁽⁶⁷⁾」はできなくなるはずである。その意味で、窃盗後の器物損壊行為の類型を含めて要件を統一するという論者の試みは、失敗に終わっていると思われる⁽⁶⁸⁾。

(65) 内田「財産犯における罪数」33頁参照。

(66) もちろん、犯行発覚をおそれて損壊行為を行った場合だけでなく、窃盗後に損壊行為が行われる場合全般を含めて、このように呼んでいる。

(67) 内田「財産犯における罪数」33頁参照。

(68) 以上とは別に、論者の見解は別の問題点も含んでいるように思われる。論者は、複数の構成要件該当行為につき包括一罪が成立する場合について、「数個の構成要件該当行為が、違法・責任段階において全体として包括的に評価される」(内田幸隆「速度違反罪の個性・数個性」『交通刑事法の現代的課題 岡野光雄先生古稀記念』(成文堂、2007)228頁(以下では、内田「速度違反罪」と表記。))、「違法・責任段階における包括的な評価を認めるためには、その前提として行為態様、意思決定の一体性が構成要件該当性の判断において考慮されるべき」(同「財産犯における罪数」33頁参照。)と述べている。つまり、論者によると、罪数論上の検討は構成要件該当性・違法性・責任の段階の後ではなく、その内部で行われることになる。

確かに、罪数論上の検討を犯罪論上のどの段階で行おうと、犯罪論全体で見ればそこで行われている判断の総体は同じであるから、思考経済性という意味では基本的に差はないのかもしれない。しかしながら、複数の個別行為が存在する際、それぞれが構成要件に該当しているか否かという、最低限のハードルを越えているか否かの問題と、それをクリアしている複数の犯罪行為相互間に一体性を肯定できるか否かという問題は、明らかに別の問題である(論者も、このことを認めるようである。内田「速度違反罪」224頁以下参照。)。それゆえ、無理に構成要件から責任までの段階で一体性の考慮をす

(iii) 虫明満の見解

以上の内田幸隆の見解は、包括一罪の具体的な要件の調整を図るものであったが、包括一罪で要求される違法・責任の一体性の次元においても、同様の試みを行う学説が存在する。具体的には、虫明満の見解を挙げることができる。

論者は、包括一罪の成立範囲について以下のように述べる。

「包括一罪の限界設定においても、具体的事実の違法内容及び責任内容が、当該罰条の予定する違法内容及び責任内容の範囲内のものかどうかを問題にすればよい⁽⁶⁹⁾」

ここまでは、一般的な見解と同じである。しかし、これに引き続く形で、論者は以下のようにも述べる。

「もっとも、罪数論において問題となる責任内容は、通常、違法内容に対応するものと考えれば足り、責任内容を独自に問題にする意味は少ないのではなかろうか。このように考えると、結局、包括一罪は、具体的行為の違法内容が、当該罰条の予定する違法内容の範囲内のものであるとき、その意味において、行為の違法内容の一体性(ないし附随性)が認められるときに成立する⁽⁷⁰⁾」(下線筆者一註)

ここでの虫明の見解においても、包括一罪の要件の重点は違法内容の一体性の方に置かれている。しかし、反復類型の事案について考えてみると、例えば、複数の行為によって同一被害者から複数の財物を窃取し

るよりも、個々の行為について犯罪が成立することが確定された後に(虫明『包括一罪』24頁参照。)、その相互の関係を問題にするという形で罪数判断の検討を行う方が妥当ではないかと思われる。

(69) 虫明『包括一罪』114頁参照。

(70) 虫明『包括一罪』114頁以下参照。

た場合であっても、犯意の一体性があれば包括一罪となり、それがなければ併合罪となる。つまり、違法内容が同じケースであっても、責任の内容次第で包括一罪の成否は変わりうるのである。この意味において、「責任内容を独自に問題にする意味⁽⁷¹⁾」はむしろ十分あると言える。そして実際にも、論者は反復類型において主観的な要件は必要であると理解しているのであり⁽⁷²⁾、このこと自体は適切と評価できる。

そもそも、「罪数は、行為が構成要件該当性、違法性、責任という犯罪成立要件を満たした後の段階で、初めて問題となる⁽⁷³⁾」と述べる論者の前提からすると、「罪数論において問題となる責任内容は、通常、違法内容に対応するものと考えれば足り⁽⁷⁴⁾」るわけではない。というのも、このように理解してしまうと、「罪数論において問題となる責任内容⁽⁷⁵⁾」が犯罪成立要件において問題となる責任と同じになってしまうおそれがあるからである。あくまでも犯罪の成立が認められた後、それぞれの個別行為にて肯定された責任相互の関係を問題にしているのであるから、違法内容の単なる対応物とは明らかに異なっているはずである。

もっとも、論者も「責任内容を独自に問題にする意味は少ない⁽⁷⁶⁾」(傍点筆者一註)と述べ、全くない^(76a)とまでは言っていない。それゆえ、論者の意図はともかく^(76a)、仮に反復類型において責任内容の一体性を独自に考慮したとしても、論者の一般論との間で表面上は矛盾しない。

(71) 虫明『包括一罪』114頁参照。

(72) 連続一罪の主観的要件については、虫明『包括一罪』214頁以下参照。ただし、「主観的要素を連続一罪の要件としたとしても、それを独自に取り上げる意味はあまり大きいものではない(同215頁参照。)い、との指摘もなされている。また、接続犯の事例については、この事例の「類型の特徴は、行為が同一機会に接続して行われるという点にある」(同235頁参照。)と述べるにとどまる。

(73) 虫明『包括一罪』24頁参照。

(74) 虫明『包括一罪』114頁参照。

(75) 虫明『包括一罪』114頁参照。

(76) 虫明『包括一罪』114頁参照。

(76a) 前掲註72参照。

それでは、「責任内容を独自に問題にする意味は少ない⁽⁷⁷⁾」と言えるケースは、他にもあるのだろうか。この点につき、以下のような窃盗後の器物損壊行為の類型についての記述も考慮されていると考えられる。

「この場合、結局、窃盗罪と器物損壊罪の両構成要件を充足する二つの行為があるわけであるが、器物損壊行為の違法内容は、窃盗罪の予想する違法内容の範囲内のものとして、一個の罰条により一回的に評価できるのであり、包括一罪の一場合と考えてよい⁽⁷⁸⁾」(下線筆者一註)

以上のように、論者は窃盗後の器物損壊行為の類型を説明するにあたり、違法内容の一体性以外の点については特に言及していない⁽⁷⁹⁾。それゆえ、このような類型の存在が、「責任内容を独自に問題にする意味は少ない⁽⁸⁰⁾」との一般論に影響を与えている可能性がある。仮にそうであれば、この見解は先の内田の見解と同様の問題を抱えているという

(77) 虫明『包括一罪』114頁参照。

(78) 虫明『包括一罪』255頁参照。

(79) 同様の主張として、只木誠の見解を挙げることができる。論者は、包括一罪を「違法内容、責任内容が当該罰条(刑罰法規)の予定する範囲内にあるという意味での単一性(一体性、同一性)を理由として、1個の罰条によって包括的に評価できる場合」(只木「現状と課題」4頁参照。)と説明するにもかかわらず、「窃盗によって得た財物を毀棄した場合の窃盗罪と器物損壊罪の関係」(同4頁以下参照。)について、「違法評価が1個であることを法が予定していることから、(中略筆者一註)そこに責任非難が複数存したとしても、別罪を構成することはない。違法評価を責任内容が超過することによって、すなわち、単一の違法内容を行為者の主観によって分断することをもって数罪を根拠づけることはできない」(同5頁参照。)と述べ、違法の一体性のみで説明を行っている。

なお、論者は「責任非難が複数存」(同5頁参照。)する場合の例として、「窃盗犯人が錯誤に陥って、当該客体を自己の窃盗行為による盗品ではないと思って損壊し」(同5頁参照。)た場合を挙げるが、これは若干不正確のように思われる。というのも、「自己の窃盗行為による盗品ではないと思」(同5頁参照。)うことの意味にもよるが、仮に自己の物と誤信しているのであれば、他人性についての錯誤を理由に故意阻却され(山口『総論』204頁以下等を参照。)、そもそも罪数の問題が生じないと思われるからである。

(80) 虫明『包括一罪』114頁参照。

ことになる。即ち、窃盗後の器物損壊行為の類型を違法内容の一体性のみで説明し、それを包括一罪全体との関係でも妥当させることで、反復類型において責任内容の一体性を十分に考慮できなくなっている、と考えられる。

(iv) 田山聡美の見解

以上の内田幸隆や虫明満の見解とは反対に、窃盗後の器物損壊行為の類型についても他の包括一罪の類型の要件の枠内で説明を試みるのが、田山聡美の見解である。

論者は、「①被害法益の一体性、および②行為の一体性⁽⁸¹⁾」が包括一罪の具体的要件であるとした上で、この類型について以下のように述べる。

「先行の窃盗罪が後行の器物損壊行為についても評価しつつしているから、重ねて器物損害罪^[ママ]を成立させる必要がない、と説明されているのは、先に示した要件のうち、①被害法益の一体性を根拠としているものに他ならない。ところで、この場合、②行為の一体性については言及されないのが通常であるが、包括一罪と解する以上、②の要件も無視することはできない。共罰的事後行為の例では、時間的・場所的な近接性が比較的緩やかな場合も多いものと思われるが、通常は、原因・結果、手段・目的といった密接な関連性を見出すことができ、②の要件も満たされるものと言えよう。⁽⁸²⁾」(下線筆者一註)

論者はこのように述べ、窃盗後の器物損壊行為の類型についても包括一罪の要件が充足されると説明している。しかしながら、これで問題が全面的に解決されると考えるのは早計だろう。というのも、論者は窃盗

(81) 『バトルロイヤル』122頁〔田山〕参照。

(82) 『バトルロイヤル』123頁〔田山〕参照。

後の器物損壊行為の類型において、行為の一体性を肯定するために「原因・結果、手段・目的といった密接な関連性⁽⁸³⁾」という点に言及しているが、反復類型の事案において犯意の一体性が必要であると言われる際、「原因・結果、手段・目的といった密接な関連性⁽⁸⁴⁾」の存否が問題になっているわけではないからである。

例えば、同一の被害者に対して複数の傷害行為を反復して行ったという典型的なケースでは、個別の傷害行為相互に上記のような関連性が肯定されているのではなく、動機・目的・機会の同一性等が根拠となっていると考えられる⁽⁸⁵⁾。少なくとも、第一の傷害行為が、それに引き続く第二の傷害行為の原因や手段となっているわけではなく、むしろ両行為は並列的なものと理解できる。

ということは、一見すると、論者の説明は窃盗後の器物損壊行為の類型を包括一罪の要件の枠内にうまく収めているようで、実際には、犯意の一体性の中身を反復類型にて問題となるものから変容させていることは否定できない。そうすると、同じであるはずの要件の内容・中身が異なっても良いのだろうか、との疑問が生じかねない。

(v) 他の包括一罪の類型との整合性？

整理すると、上記(ii)～(iv)の見解は、いずれも、

A：包括一罪の成立要件として、法益侵害の一体性と犯意の一体性の双方が必要

B：窃盗後の器物損壊行為の類型を包括一罪の中に位置付ける

の双方を採用することにより生じる無理を解消するための試みとして理解できる。つまり、包括一罪の要件である犯意の一体性を、窃盗後の器物損壊行為の類型においてもそのままの形で要求すると、この類型にお

(83) 『バトルロイヤル』122頁〔田山〕参照。

(84) 『バトルロイヤル』122頁〔田山〕参照。

(85) 犯意の一体性の要件についての詳細は、次稿にて行う予定である。

いて一般的に含まれている、別個の機会に損壊行為に及んだ事例が漏れて、包括一罪の成立が否定されかねない。そこで、上記 A を調整ないし修正し、包括一罪の要件における犯意の一体性の必要性を薄めることで、もしくはこの要件の内容を変容させることで、うまく帳尻合わせをしようとの試みがなされているのである。

しかしながら、このような試みに対しては、以下のような疑問がある。即ち、実際に強調されることはないものの、包括一罪の成立要件についての上記 A は、主として反復類型の包括一罪の場合を念頭に置いた議論であることを明確に意識すべきと思われる⁽⁸⁶⁾。上記 A はこのようなものだからこそ、反復類型ではない窃盗後の器物損壊行為の類型との関係でも採り上げることで、説明が困難な状況が生じるのである。つまり、窃盗後の器物損壊行為の類型については、反復類型とは別個の成立要件が存在するのであり、そうである以上、そもそも上記 A と B の辻褃合わせをする必要はないと考えられる。

これに対しては、いずれも同じ包括一罪の類型の一つであるので、お互いの要件のすり合わせがなされるべきではないのか、との再反論があり得る。もしくは、そもそもそれが前記の諸見解の趣旨と言うべきなのかもしれない。しかし、包括一罪が成立することで導かれる実体法上の効果は、前記のとおり⁽⁸⁷⁾、複数の犯罪事実が存在するにも関わらず単一の罰条により評価されるということであった。このような効果を導く幾つかの類型が、一つの成立要件のもとに収斂しなくてはならない必然性はない。

仮に、下記のように、二つの類型があり、それぞれの成立要件が全く同じであるにも関わらず異なる効果が導かれているのであれば、明らか

(86) その意味で、前記二 (2) (i) で紹介した筆者の別稿における記述は、反復類型だけでなく包括一罪全般について妥当する要件を示しているように読める点において、不正確であった。

(87) 前掲二 (1) (iii) の議論を参照。

に問題であると言える。

類型①：要件 X → 効果 A

類型②：要件 X (類型①のそれと同じ。) → 効果 B

これに対し、同一の効果を導く類型が複数存在し、それぞれの成立要件が異なっていたとしても、そのこと自体は特に問題ではないだろう。

類型①：要件 A → 効果 X

類型②：要件 B → 効果 X

包括一罪の中には様々な類型のものが含まれると指摘されることがあるが⁽⁸⁸⁾、それは以上のように、包括一罪のそれぞれの類型の要件が異なっている⁽⁸⁹⁾という意味で理解する必要があるだろう。このことは決して突飛なことではなく、例えば、科刑上一罪においても観念的競合と牽連犯という異なる類型が併存するが⁽⁹⁰⁾、当然のことながら、両者の要件が異なっていることは認められている。他方で、科刑上一罪が成立することで導かれる効果は、両者とも同じである。包括一罪の各類型の関係についても、同じことが妥当すると思われる。

(vi) 反復類型の場合

そこで、反復類型の事案について改めて見てみると、この事案では、反復して構成要件を実現する度に法益侵害の事実が別個に発生するものの、全体として見れば法益侵害が徐々に膨らんでいくという特徴が認め

(88) 前掲二 (1) (iii) の議論を参照。

(89) 橋爪「包括一罪の意義」107頁参照。

(90) これ以外にも、混合的包括一罪を(明文なき)科刑上一罪の一種として理解する見解として、拙稿「混合的包括一罪」135頁以下参照。

られる。法益侵害の事実が別個に生じているということは、それぞれの個別行為に対して個別に罰条を適用する必要がある、というのが基本的な姿である。そうであるにもかかわらず一つの罰条での評価で足りることになるのは、法益侵害の一体性と犯意の一体性が認められる場合、問題となっている罰条が予定している違法・責任の枠内に複数の法益侵害の事実がおさまっており、複数の罰条で評価する必要性がなくなるからである。反復類型において単一の罰条での評価で足りるのは、以上のような理由に基づくため、やや当たり前のことではあるが、法益侵害の一体性や犯意の一体性を肯定できないケースでは併合罪が成立することになる。

同様の説明は、ドイツの議論においても、(我が国の議論における反復類型に相当する⁽⁹¹⁾) 自然的行為単一を説明する論拠として用いられている。例えば、ロクシンは以下のように説明する。自然的行為単一では、条文の文言上複数の行為を予定している構成要件の行為単一と同様、単一の法律違反の強化 (Intensivierung) が問題となっている。それは必然的に不法と責任の量的増加 (eine quantitative Steigerung) を伴うものの、別個の法的な評価単一を基礎付けない⁽⁹²⁾、と。同様の記述は、他の文献⁽⁹³⁾においても広く見られるところである。

これに対し、窃盗後の器物損壊行為の類型は、このような反復類型の説明とは明らかに異なる論拠によって包括一罪とされているように思われる。この点について、節を改めて確認することにした。

(3) 窃盗後の器物損壊行為の類型

(i) 罪数論上の位置付けの変遷

(91) むろん、この中に窃盗後の器物損壊行為の類型は含まれていない。

(92) Vgl., Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003 (im folgenden zitiert als Roxin, AT), § 33 Rdn. 33.

(93) Vgl., zB, LK (Rissing-van Saan), Vor § 52 Rdn. 35.

窃盗後の器物損壊行為の類型の罪数処理の方法については古くより議論されているが、我が国の議論においては、罪数処理の理解について変遷が見られる。

即ち、伝統的には、状態犯である窃盗罪においては違法状態の継続が予定されていることを根拠に、この類型は法条競合の一類型である吸収一罪として位置付けられていた⁽⁹⁴⁾。例えば、団藤重光⁽⁹⁵⁾は以下のように述べていた。

「状態犯においては、犯罪完成後に違法状態が続くことがはじめから予想されている。かように当の構成要件によって予想されている違法状態に包含されるものであるかぎり、事後の行為が他の構成要件を充足するものであっても、別罪を構成しない。たとえば、窃盗犯人が盗品を損壊しても別に器物損壊罪は成立しない⁽⁹⁶⁾」、「これもまたいわゆる法条競合の一つのばあい—吸収関係—である⁽⁹⁷⁾」

(94) 現在でも、ドイツの議論では、このような類型は不可罰的(共罰的)事後行為として、随伴行為と共に法条競合の吸収関係(Konsumtion)の中で論じられるのが一般的である。Vgl., zB, Detlev Sternberg-Lieben / Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, Vor § § 52ff. Rdn. 131; LK (Rissing-van Saan), Vor § 52 Rdn. 144ff.; Roxin, AT, § 33 Rdn. 219. (もともと、窃盗後の器物損壊の事例については、実在の競合とすべきと主張している。Vgl., Roxin, AT, § 33 Rdn. 224.) また、仲道「ドイツにおける罪数論」26頁も同様に紹介する。

なお、吸収関係を法条競合の一類型として認めない一部の学説(Vgl., Ulrig Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956), 415; Rudolf Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), 55)は、これらを補充関係(Subsidiarität)の問題として扱う。もともと、いずれにせよ法条競合の内部での位置付けの争いに過ぎない。Vgl., MK (Heintschel-Heinegg), Vor § 52 Rdn. 58.

(95) 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、1990)445頁以下(以下では、団藤『総論』と表記。)参照。現在でも法条競合として理解する見解として、山中『総論』1054頁参照。また、包括一罪として理解しつつも、同様の説明を行う見解として、小林(充)「包括的一罪」4頁、虫明『包括一罪』255頁参照。

(96) 団藤『総論』446頁参照。

(97) 団藤『総論』445頁参照。

これに対し、近時は後行の器物損壊行為についても構成要件該当性が明確に認められることを根拠に、包括一罪の一種として位置付ける見解が有力化したと言える。代表的な見解として平野龍一⁽⁹⁸⁾を挙げることができる。そこでは、以下のように論じられていた。

「窃盗罪が状態犯であるということは、盗品の占有を続ける行為自体は犯罪を構成するものではないというにすぎない。盗品も他人の物であるから、損壊すれば器物毀棄の構成要件に該当し、器物毀棄罪が成立する。ただ、通常おこなわれるところであり、法益侵害の程度も単に占有を続ける場合と、それほど違いはないから、窃盗の法定刑で共に処罰すればいいというだけである。まさに包括一罪の典型的な場合だともいえよう⁽⁹⁹⁾」

以上のような罪数判断の変遷がスムーズになされたのは、窃盗後の器物損壊行為の類型が一面では法条競合と親和的であり、別の面においては包括一罪とも親和的であったからだろう。即ち、法条競合は罰条によ

(98) 平野『最終卷』20頁参照。その他、包括一罪として理解する見解として、松原『総論』474頁以下、只木「現状と課題」4頁以下、内田「財産犯における罪数」33頁、山口『総論』401頁以下、曾根『原論』653頁、高橋『総論』514頁以下、橋爪「包括一罪の意義」108頁以下、橋本『総論』306頁以下、今井他『総論』435頁以下〔島田〕、富高彩「不可罰的・共罰的事後行為論と財産罪の成否(2・完)」上智法学論集53巻1号(2009)171頁及び182頁(以下では、富高「事後行為論(2)」と表記。論者は「共罰的事後行為」であると述べるが、包括一罪が成立するという趣旨だろうか。もっとも、窃盗後に損壊せず利用行為を行った場合について、論者は「包括一罪」が成立すると明言しており(同162頁及び181頁)、このような表現の違いに意味があるのか否かは定かでない。また、窃盗罪の公訴時効成立後の損壊行為については、「構成要件該当性・違法性は肯定しうるが、期待可能性の欠如により責任が阻却され、器物損壊罪を構成しない」と述べ、犯罪の成立を否定する。)、井田『講義総論』525頁、浅田『総論』476頁、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005)296頁(以下では、照沼『体系的共犯論』と表記。)、『アクチュアル総論』320頁〔伊藤〕、林(幹)『基礎理論』226頁参照。

(99) 平野『最終卷』20頁参照。

る二重評価を回避する局面において成立するもの⁽¹⁰⁰⁾と解した上で、窃盗罪が事後の損壊行為も評価の対象に含めていると理解するのであれば、窃盗罪に加えて器物損壊罪も適用すると、損壊行為の部分について二重評価が発生することになるので、それを回避することが要請される。他方で、この類型では複数の行為によってそれぞれ構成要件に該当する行為が行われているものの、全体を一つの罰条で評価すれば足りるのではないかという意味⁽¹⁰¹⁾では、包括一罪が問題となるケースとしても位置付け易かったと言える。

(ii) 包括一罪の中での位置付け

もっとも、以上のような変遷を承認するとしても、窃盗後の器物損壊行為の類型を包括一罪の中にどのような形で組み込むかが、別途問題となる。一つの方法として、この類型を、罪名の同一性を満たしていないという点では一般的な反復類型とは異なっているものの⁽¹⁰²⁾、基本的に両者を同様のものとして理解し、あくまでも反復類型で必要とされる一体性を肯定できるケースに限り包括一罪の成立を認める、ということが考えられる。

しかしながら、実際には、窃盗後の器物損壊行為の類型において犯意の一体性を肯定できないケースも含めた形で、「併合罪にするという処理が妥当でないことについては異論がない⁽¹⁰³⁾」、と指摘されている。

(100) 山口『総論』393頁、今井他『総論』419頁〔島田〕、虫明『包括一罪』51頁、町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』(有斐閣、1990)411頁参照。

(101) 法条競合と理解する団藤『総論』445頁も、「その中の一個の構成要件によって全部を包括的に評価することのできるばあい」として理解していた。

(102) もっとも、窃盗罪と強盗罪のように、構成要件間の包摂関係が肯定できるケースについては、形式的な罪名の差異が存在したとしても、反復類型の一事例として理解できるだろう。窃盗罪と強盗罪の包括一罪を肯定した事案として、仙台高秋田支判昭和26年2月2日高刑判特22号215頁、高松高判昭和28年7月27日高刑集6巻11号1442頁、高松高判昭和31年11月12日高刑裁特3巻21号1039頁参照。また、窃盗罪と強盗未遂罪の包括一罪を肯定した事案として、大阪高判昭和62年9月10日判時1297号145頁参照。

例えば、学説では、「窃盗行為と器物損壊行為は全く別の機会に行われているし、窃盗の段階から盗品を損壊する意思を有しているわけではない⁽¹⁰⁴⁾」、「たとえ数年後の損壊行為であっても⁽¹⁰⁵⁾」問題ない⁽¹⁰⁶⁾、と論じられているのである。そもそも、先行する占有移転行為を行う時点で既に毀棄目的が認められる場合、先行行為について窃盗罪の成立が否定されてしまう以上、この類型はもともと先行行為と後行行為とが連続的に実行されないことを予定していると考えられる。

となると、上記の方法を採るという形で、この類型を包括一罪の中に位置付けることはできなくなる。むしろ、端的に反復類型とは別個の類型として包括一罪の中に組み入れる他ないだろう。

(iii) 一罪性の要件

以上のように、犯意の一体性を不要とした上で包括一罪の中に組み入れるのであれば、なぜ、そのようなケースも含めて一つの罰条での評価で足りるのかを明らかにしなくてはならない。

その際、窃盗後の器物損壊行為の類型についても、併合罪となるケースと比較してみることでその成立範囲が明らかになると思われる。この類型では、犯意の一体性がなくても包括一罪が成立すると理解されていることもあってか、併合罪が成立するケースとの比較はなされていない。しかし、この類型においても、無制限に包括一罪が成立するわけではなく、事案によっては併合罪となるケースを想定することはできる。

例えば、行為者が被害者から財物を窃取したものの（＝窃盗罪が成立）、何らかの理由により被害者が当該財物を取り戻した後、行為者が別の機会に同一物を損壊した（＝器物損壊罪が成立）場合⁽¹⁰⁷⁾、窃盗罪と

(103) 『バトルロイヤル』109頁〔田山〕参照。

(104) 橋爪「包括一罪の意義」109頁参照。その他、只木「現状と課題」5頁参照。

(105) 橋爪「包括一罪の意義」109頁参照。

(106) なお、この類型を法条競合と位置付ける山中『総論』1054頁も、「時間的・場所的接着性が要求され」ないと指摘する。

器物損壊罪は併合罪として処理されるだろう。また、言うまでもないのかもしれないが、行為者が被害者から財物を窃取した(=窃盗罪が成立)直後、被害者が占有する別の財物を損壊した(=器物損壊罪が成立)場合についても、両罪の客体が異なるが故に包括一罪の成立は否定される⁽¹⁰⁸⁾と考えられる。

そうなると、必ずしも明示的に言及されないようであるが、この類型において包括一罪が成立するための要件として、以下のものが必要であると考えられる。

- ①：窃取した財物と損壊した財物が同一物であること⁽¹⁰⁹⁾
- ②：損壊行為が、窃取した財物が行為者の手元にある間に実行されること

以上のうち、①の要件は法益侵害という客観面に着目したものであるが、反復類型の要件の下では、同一被害者に対してであれば、たとえ財産犯の客体が異なっても一体性が肯定されていることと比較すると、かなり要件が狭められていることが分かる。この点についても言及されることはないが、それは窃盗後の器物損壊行為の類型の要件の方が

(107) 類似の事例として、行為者が財物を窃取したものの、紛失等何らかの理由により当該財物の占有を喪失した後、後日別の機会にたまたまそれを発見した際に損壊行為に及んだケースを挙げることができる。本文で挙げた事例では、被害者が財物の占有を回復しているが、ここで挙げた例のように、必ずしもそれが必要となるわけではない。

(108) ただし、このケースでは、同一被害者の複数の財物に対する侵害が問題となっているので、窃盗後の器物損壊行為の類型とは別の類型との関係で、包括一罪が成立する可能性もあり得る。とりわけ、後行の損壊行為が占有移転という形で実行された場合(後掲二(5)の議論も参照)、先行行為と後行行為の行為態様は類似しており、しかも両行為は時間的にも一体的に実行されているならば、同一被害者に対する財産侵害行為が反復しているという形で反復類型の中に位置付けることが考えられる。もっとも、窃取と損壊行為とでは、たとえ表面的には同様の行為が行われたとしても、犯意の一体性が否定される、という理解も十分あり得るだろう。

(109) 曾根『原論』653頁参照。

厳しく、反復類型における法益侵害の一体性という要件と比較すると包含される関係にあり、問題が表面化しないからと推測される。

これに対し、②の要件は行為相互の関係を問題にするものであるが、反復類型であれば犯意の一体性が否定される場合であっても、なお②の要件を充足し得る。それゆえ、①の要件とは逆に、こちらは反復類型よりも要件が緩められていると考えることができる。また、一見すると、この要件では主観面が考慮されていないかのようにも見えるが、前述の例のように、窃盗後の全く別の機会に行われた器物損壊行為については併合罪が成立すると考えられる。そうであれば、反復類型における犯意の一体性とは違う形ではあるものの、主観面での一体性も問題になっていると理解できるだろう。

これとは異なり、前記二 (2) (iv) で紹介した学説は、行為相互の関係として「原因・結果、手段・目的⁽¹¹⁰⁾」が必要であると指摘していた。しかしながら、気が変わった等の理由で別個の機会に窃取した物を損壊した場合について、本当にこのような関係を肯定できるかは疑わしい。気が変わったということは、行為者の主観面においては、上記のような関係が存在しないことを正に示しているからである。かといって、このような関係が純客観的に存在すれば良いと言ってしまうと、この要件が責任の一体性に相応するものであったという前提と合致しなくなってしまう。もっとも、反復類型における犯意の一体性という要件とは異なる要件を積極的に示しているという意味では、評価することができるのかもしれない。

なお、以上の二つの要件につき、反復類型とは中身が異なることを前提に、①を法益侵害の一体性、②を犯意 (又は行為) の一体性と呼ぶことも可能である⁽¹¹¹⁾。しかし、窃盗後の器物損壊行為の類型では犯意の

(110) 『バトルロイヤル』123頁 [田山]、山口『総論』401頁、富高「事後行為論 (2)」171頁参照。

(111) 例えば、山口『総論』400頁は、包括一罪の中に含まれる諸類型に共通する要件と

一体性がなくとも包括一罪が成立しうる、と説明する見解⁽¹¹²⁾が存在する現状に鑑みると、このような用語法は非常に紛らわしく、かえって議論を混乱させるおそれがあると思われる。

(iv) 窃盗罪の構造及び不法領得の意思との関係

このように、窃盗後の器物損壊行為の類型では、反復類型とは明らかに異なる要件のもとで包括一罪が成立することになる。このような包括一罪の成立要件は、既に他の学説⁽¹¹³⁾によって主張されているように、先行する窃盗罪の構造に由来するものと考えられる。

即ち、窃盗罪は、行為者が被害者の財物の占有を移転した全ての場合に成立するわけではなく、一時的に財物を利用する予定である場合には、同罪の成立は否定されると考えられている。他方で、この点を考慮して窃盗罪の既遂時期を行為者が占有を取得し、実際に財物の利用を終了した時点とすることができれば良いが、そうすると既遂時期が遅くなり過ぎる⁽¹¹⁴⁾とも考えられているので、判例・通説⁽¹¹⁵⁾は窃取の時点で

して、「法益侵害の一体性」と「行為の一体性」を掲げる。

(112) 橋爪「包括一罪の意義」109頁参照。

(113) 鈴木左斗志「横領物の横領と共罰的事後行為」判例タイムズ1207号(2006)51頁以下(以下では、鈴木「横領物の横領」と表記。)参照。本文(iii)及び(iv)の記述は、この見解に依拠する。

(114) 鈴木「横領物の横領」51頁参照。また、芝原邦爾「不法領得の意思」法学セミナー336号(1983)117頁も、排除意思不用説の立場に立ちつつも、このような考えは「窃盗罪の構造の特徴に基づいた論理的に一貫したもの」と述べる。

(115) 具体的には、行為者が占有を取得した時点で既遂になると考えられている。橋本正博『刑法各論』(新世社、2017)191頁(以下では、橋本『各論』と表記。)、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016)218頁(以下では、井田『講義各論』と表記。)、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016)205頁(以下では、松原『各論』と表記。)、松宮孝明『刑法各論講義(第4版)』(成文堂、2016)212頁(以下では、松宮『各論』と表記。)、山中敬一『刑法各論(第3版)』(成文堂、2015)290頁(以下では、山中『各論』と表記。)、中森喜彦『刑法各論(第4版)』(有斐閣、2015)112頁(以下では、中森『各論』と表記。)、高橋則夫『刑法各論(第2版)』(成文堂、2014)246頁(以下では、高橋『各論』と表記。)、西田典之『刑法各論(第6版)』(弘文堂、2012)149頁(以下では、西田『各論』と表記。)、山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣、2010)196

既遂となると理解している。そこで、既遂となる時点を動かすことなく上記の点を考慮するため、窃盗罪の規定は、窃取後の利用行為を窃取の時点の意思で考慮するという形で、窃取の時点で先取りして評価及び処罰している⁽¹¹⁶⁾。

窃盗罪の構造をこのように理解するのであれば、先行する窃盗罪を適用することで、窃取の事実だけでなく、後の器物損壊行為⁽¹¹⁷⁾の事実も意思の内容という形で評価の対象に含まれていることになる。それゆえ、窃盗後の器物損壊行為の類型では、窃盗罪と器物損壊罪の双方を適

頁（以下では、山口『各論』と表記。）、林幹人『刑法各論（第2版）』（東京大学出版会、2007）197頁註75（以下では、林（幹）『各論』と表記。ただし、「取得説が移転説が実際に妥当である」と述べるにとどまる。）、伊藤渉＝小林憲太郎＝齋藤彰子＝鎮目征樹＝島田聡一郎＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007）185頁〔伊藤渉執筆〕（以下では、『アクチュアル各論』〔伊藤（又は他の執筆者名）〕と表記。）、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣、2003）115頁（以下では、堀内『各論』と表記。）参照。

- (116) 鈴木「横領物の横領」52頁、佐伯仁志「不法領得の意思」法学教室366号（2011）79頁（以下では、佐伯「不法領得の意思」と表記。）、同「窃盗罪をめぐる3つの問題」研修645号（2002）7頁参照。
- (117) 損壊行為だけでなく、利用行為についても同様に考えることができる。学説の中には、利用行為の場合については損壊行為とは異なり、「法条間の論理的関係に基づき窃盗罪の適用が優先する場合」（井田『講義総論』525頁参照。）と説明するものも見られるが、結論的には損壊行為と同様に扱われており、実質的には区別されていないと言える。

なお、富高「事後行為論（2）」162頁以下も両者を区別した上で、窃盗後の財物利用行為について、以下のように述べる。即ち、論者は、財物の利用行為について占有離脱物横領罪の構成要件該当性を肯定しつつも（同164頁参照。）、「適法行為を期待しえず結果行為（事後処分）を回避しえない（期待可能性の減弱）という意味で、責任非難が減少している」（同167頁参照。）ので、一身的に刑罰が阻却されると主張する。そして、「財産犯の予防・抑止という観点からは、（中略筆者一註）窃盗罪として起訴・処罰すれば足りる」（同166頁註78参照。）ので、「窃盗行為と盗品の利用行為とを包括一罪として共に起訴することは妥当ではないというべき」（同166頁註78参照。）と述べる。

しかしながら、（論者が主張するように、一身的刑罰阻却事由をこのような局面で導くことができるか否かはさておき、）後行の利用行為について構成要件該当性を肯定するにもかかわらず、起訴が禁止される理由は定かではない。端的に、両行為を起訴の対象に含めた上で、窃盗罪のみで全体を包括評価するのであれば、何ら問題は生じないと思われる。

用する必要はなく、単に窃盗罪のみの罰条による評価で足りることになる⁽¹¹⁸⁾。

このような、後行の器物損壊行為の事実も先行行為に対して適用される窃盗罪によってカバーされているという特徴は、反復類型の場合に罰条を適用する際には見られないものであり、明らかに事情が異なっている。反復類型において第一行為に適用される罰条は、第二行為以降の犯罪事実をも評価の対象に含めているわけではなく、あくまでも第一行為のみを対象にしている。第二行為に適用される罰条も、同様に、第二行為のみを対象にしている。

以上のような理解は、窃盗後の器物損壊行為の類型が伝統的に法条競合の一事例として位置付けられていた、という経緯とも良く調和すると思われる。先にも言及したように⁽¹¹⁹⁾、法条競合は二重評価を回避する局面において成立すると考えられるのであれば、この類型においても複数の罰条を適用することで何らかの評価の重複が生じ、そしてそれを解消する必要があると推察できるからである⁽¹²⁰⁾。

他方で、単一の構成要件該当事実につき複数の罰条の適用による二重評価の回避が問題となる法条競合の場合とは異なり、ここでの類型では、複数の構成要件該当事実にまたがる形で二重評価の問題が生じている。しかも、先行の窃盗罪が後行の損壊行為を含めて評価に取り込んでいると言っても、それは不法領得の意思という主観化された形においてであり、この点においても相違を認めることができるので、法条競合ではなく包括一罪の一類型として扱うことに合理性はあると考えられる。

なお、前記二(3)(iii)において示したこの類型の要件についても、

(118) 松原『総論』474頁(「窃盗罪の罰条を定立する際に想定された事実であると考えられる」)、橋爪「包括一罪の意義」108頁(窃盗罪は「窃取された財物が損壊されるなどして、占有者・所有権者が利用できなくなる事態を織り込んだ上で、構成要件および法定刑が規定されている」)参照。

(119) 前掲二(3)(i)の議論を参照。

(120) 現在でも二重評価の点を指摘する見解として、井田『講義総論』104頁参照。

このような窃盗罪の構造との関係で理解することができる。即ち、二つの行為の客体が同一物であることを要求する前述の要件①は、窃盗罪が先取り評価・処罰しているのはまさに窃取された物それ自体の事後行為に限られるだろうから、この意味で要求されていると考えられる。

また、窃取した財物が行為者の手元にある時点で損壊行為が行われることを要求する要件②も、窃盗罪は窃取することによって可能となる財物の損壊行為を窃取と共に先取り評価・処罰しているため、要求されていると理解できる。それゆえ、財物が何らかの理由で被害者の手元に戻った場合や財物の占有を喪失した場合のように、窃取後の行為者の財物に対する状態に変動が生じた後の損壊行為については、ここから除外されると考えられる。

(v) 事後の損壊行為と利用意思との関係

もっとも、通説⁽¹²¹⁾は不法領得の意思における利用意思も必要であると主張するため、毀棄目的で物の占有を移転した場合については窃盗罪が成立しない。それゆえ、以上のような先取り評価・処罰という窃盗罪の構造を前提にした場合であっても、そこに含まれるものは利用意思が肯定される態様の事後行為に限られるのではないかと、との反論も考えられる。つまり、窃盗後の器物損壊行為の類型の要件として、さらに

③：後行の事後行為が、利用意思に含まれる態様のものであることも必要であるか否かが問題となる。

確かに、窃取の際に利用意思を肯定できる場合に窃盗罪として重く処罰されているのであるから、窃取後の利用行為として主として念頭に置かれているのは、損壊行為ではなく財物の利用行為であろう。しかしな

(121) 橋本『各論』193頁、井田『講義各論』207頁以下、松原『各論』207頁以下、松宮『各論』216頁、山中『各論』280頁、中森『各論』114頁以下、高橋『各論』224頁、西田『各論』158頁以下、山口『各論』202頁以下、佐伯「不法領得の意思」81頁、林(幹)『各論』195頁、『アクチュアル各論』176頁〔伊藤〕、堀内『各論』121頁以下参照。

がら、不法領得の意思のうちの利用意思は、あくまでも利用意思を肯定できる窃取が毀棄目的である場合と比較して、より禁圧の必要性が高いという趣旨で要求されている。ここでは、窃取それ自体の当罰性を高める要素として利用意思が要求されているのであり、先取り評価・処罰される窃取後の利用方法を利用意思の中身のみ限定するという趣旨で要求されているわけではない⁽¹²²⁾。

そもそも、窃盗罪につき窃取後の行為を窃取の時点で先取りして処罰するという構造を採用する以上、窃取後に当初予定していた意思の内容とは異なる行為が実行される事態が生じてしまうことは、一定程度避けられない。そして、窃盗後の器物損壊行為の類型も、窃取の当初の段階では利用意思を肯定できるにもかかわらず、その後、気が変わる等して⁽¹²³⁾、別個の機会に損壊行為に及んだというケースであり、まさにこれに該当する。

このようなケースにつき、窃取の時点で紛れもなく存在する利用意思に着目して、窃取の際に利用意思がある場合としてそのまま扱うか、それとも、事後的に当初の利用意思には含まれない態様の行為が実行されたことを理由に、そこから逸脱するケースとして扱うか⁽¹²⁴⁾の判断が求

(122) 鈴木「横領物の横領」52頁参照。

(123) 学説には、窃盗後の器物損壊行為の類型の一罪性を説明するにあたり、後行行為が行われるのは一般的であることや随伴することを指摘するものが見受けられる。前者の例として、平野『最終巻』20頁(「通常おこなわれるところであり、法益侵害の程度も単に占有を続ける場合と、それほど違いはない」)参照。また、後者の例として、高橋『総論』514頁(損壊行為は「当然後に随伴する処分行為」である。)、照沼『体系的共犯論』296頁(「当然に付随することが予想されている事態」)参照。

これらの説明をあえて誤りでであると述べる必要はないのかもしれないが、「通常」や「当然」という用語を余りにも強調すると、本文のような当初の予定を変更して損壊行為を実行した事例が排除されることになりかねない、という意味では問題があるように思われる。実際にも、林幹人『判例刑法』(東京大学出版会、2011)236頁は、「窃盗後の損壊は一般にむしろ予想されない」と指摘している。その他、富高「事後行為論(2)」170頁参照。

(124) 我が国では一般的ではないが、ドイツでは、窃盗罪が先取り評価・処罰しているのは不法領得の意思の中の利用意思に含まれるような利用態様に限定される、と主張する

められることになる。この点については、以下のように考えられる。

まず、損壊行為が実行されたケースにおいても、財物を窃取された被害者以外の主体に対して法益侵害が及んでいるというわけではなく、同一被害者に対する同一物についての財産侵害という枠内で行為態様の変動が生じているに過ぎない。また、損壊行為であっても、利用行為と同じく窃取によって占有を移転したことによって可能となった行為であることには違いない。

さらに、仮に損壊行為の場合を除外すると窃盗罪と器物損壊罪の併合罪として処理されることになるが、以下のような刑の均衡の問題が生じかねない。即ち、ここでは、事後的に禁圧の必要性の低い損壊行為へとシフトしているにもかかわらず、当初の予定どおり利用意思に沿う形で事後行為がなされるケース（＝窃盗罪のみで処罰される。）よりも重く処罰する余地を認めることは、アンバランスであり正当化できないと思われる。また、毀棄目的で財物の占有を移転し、その後当該財物を損壊した場合の罪数処理については、事案の内容次第で、二つの器物損壊罪の包括一罪又は併合罪が成立すると考えられるが⁽¹²⁵⁾、そのいずれと比較しても、ここで問題となっているケースを窃盗罪と器物損壊罪の併合罪とすることは重きに失すると言えるだろう。むしろ、この程度の利用行為の変動についても窃盗罪の規定は「織り込み済み⁽¹²⁶⁾」である、と考える方が適切と考えられる⁽¹²⁷⁾。

見解が主張されている (Vgl., Roxin, AT, § 33 Rdn. 224)。

(125) 後掲二 (5) の議論を参照。

(126) 松原『総論』474頁参照。同旨、橋爪「包括一罪の意義」108頁参照。

(127) 鈴木「横領物の横領」52頁参照。なお、このように利用行為と損壊行為の同質性を主張する見解に対しては、損壊行為が行われた場合、一般的な利用行為と比較して、原状回復がより困難であるとの反論がなされるかもしれない。しかしながら、この点を強調するのは妥当ではないと思われる。利用行為の中にも、食物を食べる場合や、木材を燃やして暖をとる場合のように、利用することで財物の原状回復が不可能となるケースを考えることができるからである。そうであれば、損壊行為によって財物の原状回復が困難になることが多いことを理由に、直ちに窃盗罪の先取り評価・処罰の枠から漏れると考える必要はないだろう。

(vi) 根拠論と要件論の区別及び議論の意義

以上のような説明からは、あたかも反復類型と窃盗後の器物損壊行為の類型が、相互に没交渉であるかのような印象を受けるのかもしれない。しかしながら、いずれの類型も違法・責任減少を肯定できる場合に包括一罪として扱われる、という包括一罪の一罪性の根拠論においては共通している。いずれの類型においても、複数の行為によって複数の犯罪事実が実現されたにもかかわらず、結論的には単一の罰条での評価で足りることになるのであるから、不要となった罰条の分だけ違法・責任の減少を肯定できる⁽¹²⁸⁾という点では差はないと考えられる。

前記⁽¹²⁹⁾のとおり、窃盗後の器物損壊行為の類型については、違法の一体性のみで包括一罪が成立すると理解する見解が主張されていた。しかし、これまで論じてきたことからすると、このような理解は適切ではない、ということになる。この類型において違法の一体性しか存在しないと論者が感じるのは、窃取した財物が行為者の手元にある間に損壊行為が行われるケースのみを念頭に置いて議論を行うからに過ぎない。その上で、このようなケースで、(窃盗後の器物損壊行為の類型ではなく)反復類型において本来問題となるはずの犯意の一体性を持ち出したとしても、結論としてはこのような一体性がなくとも包括一罪が成立することになる。そのため、あたかも違法の一体性のみで包括一罪が肯定されているかのように錯覚しているのではないだろうか。

しかしながら、これまた前述⁽¹³⁰⁾のとおり、同一被害者の同一物について、窃盗行為の後に損壊行為が行われた場合についても、別個の機会に行われることによって併合罪となる事例は存在し得る。そして、併合

(128) 逆に言うと、適用が不要となる罰条が存在するにもかかわらず、違法・責任減少のうちのいずれかしか認められないという事態が発生するのは、その罰条が実質的に違法のみ、または責任のみで構成されているという特殊な場合に限られるだろう。しかしながら、そのような罰条が存在するとは(少なくとも現状では)考え難い。

(129) 前掲二(2)(iii)の議論を参照。

(130) 前掲二(3)(iii)の議論を参照。

罪が成立する場合と包括一罪が成立する場合を比較すると、いずれも窃取による財物の占有移転と損壊行為による財物の破壊が生じており、法益侵害の面では同じである。それにもかかわらず両者の結論が相違しているということは、窃取後の地位を利用して損壊行為が行われた場合については、責任面での一体性が存在していることを示していると言える。

以上の意味において、包括一罪の各類型は違法・責任減少という共通の根拠論に依拠していると理解することができる。この意味で、包括一罪の根拠論の次元で違法の一体性に重点を置く前記二(2)(iii)の見解に対しても、疑問がある。なお、以上述べたことも、科刑上一罪の場合と比較すると分かり易いと思われる。科刑上一罪においても、観念的競合と牽連犯という異なる類型が存在するが、科刑上一罪の根拠論の次元⁽¹³¹⁾では両者は共通していると考えられている。包括一罪についても、これと同様に理解すれば足りるだろう。

他方で、(繰り返しになってしまうが、)このような根拠論における共通性を理由に、包括一罪の各類型における要件を統一する必要はない。窃盗後の器物損壊行為の類型では犯意の一体性が不要とされていることを理由に、反復類型においてもこれを要件から除外する前記二(2)(ii)で紹介した見解は、まさにこのような問題点を含んでいた。このようにして、包括一罪それ自体の根拠論と包括一罪の中の各類型の要件とは異なるものであると整理することで、窃盗後の器物損壊行為の類型を包括一罪の中に組み込むことにより生じていた一種の歪み⁽¹³²⁾を解消することができると思われる。

[未完]

(清和大学法学部非常勤講師)

(131) これについても様々な見解(責任減少・違法減少など)が主張されているが、本稿では立ち入らない。

(132) 前掲二(2)(v)におけるAとBを参照。