

---

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（1）

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 2 号（平成 22 年 12 月）115-138 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 (1)

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) 従来の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) 従来の判例との関係 (以上、本号)
    - (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

## 一. はじめに

罪数論に関しては、かつては一罪と数罪とを区別する基準が争われ、様々な説<sup>(1)</sup>が主張されたものの、「或いは犯意又は決意の単一といい、或いは結果の単一というのは、要するに犯罪事実の或る一点だけを捉えてそれによって抽象的に犯罪の数を決定しようとするもの<sup>(2)</sup>」であると批判され、構成要件標準説<sup>(3)</sup>が通説化した<sup>(4)</sup>。しかし、今度は、このような統一的基準により全ての罪数形態を峻別することの限界が意識されることとなった<sup>(5)</sup>。即ち、「たしかに、一罪か数罪かのどちらか一つであるならば、一つの基準で区別することも可能であろう。しかし、罪数にもいくつかの種類があるとすると、一つの基準

- 
- (1) 行為標準説を主張するのは、瀧川幸辰「罪数概論」『瀧川幸辰刑法著作集第4巻』（世界思想社、1981）404頁以下（ただし、行為は「動機」・「動作」・「結果」の三要素から成立するとしている。）、下村康正『犯罪論の基本的思想』（成文堂、1960）203頁（ただし、行為は「意思活動と身体の動止と結果とを結合した観念であって、単なる客観的行為ではない」と述べる。）、結果標準説を主張するのは、瀧川幸辰「犯罪論序説」『瀧川幸辰刑法著作集第2巻』（世界思想社、1981）218頁以下、意思標準説を主張するのは、牧野英一『重訂日本刑法上巻（第69版）』（有斐閣、1943）539頁以下。包括的な学説の紹介として、虫明満『包括一罪の研究』（成文堂、1992）5頁以下（以下、虫明『包括一罪』と表記。）参照。
  - (2) 小野清一郎『刑罰の本質について・その他』（有斐閣、1955）315頁参照。読み易さを考慮し、現代語表記へと修正した。
  - (3) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953）334頁参照。
  - (4) 大塚仁『刑法概説総論（第4版）』（有斐閣、2008）488頁（以下、大塚『総論』と表記。）、団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990）437頁（以下、団藤『総論』と表記。）、川端博＝西田典之＝原田國男＝三浦守（編）『裁判例コンメンタール刑法（第1巻）』（立花書房、2006）439頁〔木山暢郎執筆〕、堀内捷三『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2004）313頁（以下、堀内『総論』と表記。）、立石二六『刑法総論（第3版）』（成文堂、2006）350頁、中山善房「罪数論の現状」団藤重光＝斎藤壽郎（編）『中野次雄判事遷暦祝賀 刑事裁判の課題』（有斐閣、1972）175頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975）340頁参照。
  - (5) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975）408頁（以下、平野『総論』と表記。）、同『刑事法研究最終巻』（有斐閣、2005）15頁、山中敬一『刑法総論（第2版）』（成文堂、2008）968頁（以下、山中『総論』と表記。）、山火正則「罪数論と犯罪論」現代刑事法6巻7号（2004）33頁参照。

でそのすべてを区別することは困難である<sup>(6)</sup>」、というのである。そこで、従来のように罪数に関する抽象的な基準を模索するよりも、「犯罪の個数の諸形態（罪数の諸形態）を明らかにして、その根拠・要件・区別を明確にする作業を行う方が解釈論としてはより生産的であり、重要である<sup>(7)</sup>」とされることとなった。

このような、構成要件標準説が克服されていく過程において、本稿が検討対象にしている包括一罪<sup>(8)</sup>の理解が問題視されてきた。即ち、構成要件標準説は包括一罪について「構成要件に一回該当するから一罪である<sup>(9)</sup>」と解するのだが、「これらの場合には、疑もなく数個の構成要件に該当する事実、あるいは同一構成要件に数回該当する事実が存在する<sup>(10)</sup>」というのである。それでは、包括一罪は、現在どのように理解されているのかというと、複数の犯罪事実が存在することを前提に<sup>(11)</sup>、罰条の一回の適用により包括的に評価される場合、とされている<sup>(12)</sup>。そして、近年では、科刑上一罪との相違に言及されることも増えている<sup>(13)</sup>。また、包括一罪を上記の抽象的理解以上に具体化する見解も見られるが、その細部においては、論者毎に異なっている<sup>(14)</sup>。

ところで、包括一罪の一類型として、同種行為が反覆される類型が認められているが、仮に、反覆される各行為の被害者が異なる場合においてもなお包括一罪を肯定できるのだろうか。この点につき、一般的には、問題となっている

(6) 平野『総論』408頁参照。

(7) 山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2007）364頁以下（以下、山口『総論』と表記。）参照。

(8) 包括一罪一般については、山火正則「包括的一罪」西原春夫＝宮澤浩一＝阿部純二＝板倉宏＝大谷實＝芝原邦爾（編）『判例刑法研究第4巻』（有斐閣、1981）271頁以下、同『包括的一罪』の研究（一）、（二）神奈川法学9巻2号（1973）53頁以下、13巻1号（1977）45頁以下、香川達夫「包括的一罪」『総合判例研究叢書刑法（13）』（有斐閣、1959）参照。

(9) 平野『総論』412頁参照。

(10) 平野『総論』412頁参照。

(11) 町野朔「法条競合論」内藤謙＝松尾浩也＝田宮裕＝芝原邦爾（編）『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、1990）411頁参照。

(12) 山口『総論』371頁、山中『総論』972頁、堀内『総論』315頁参照。

(13) 平野『総論』413頁は「包括的一罪の場合は、独立の事実認定および罰条の適用を必要としない」と述べる。

(14) 山口『総論』372頁は法益侵害の一体性及び行為の一体性として説明する。西田典之『刑法総論（第2版）』（弘文堂、2010）414頁（以下、西田『総論』と表記。）は「違法評価における一罪性」として説明する。

法益を一身専属的法益であるか否かにより区別し、前者であれば被害者の同一性は要求されるが<sup>(15)</sup>、後者であれば要求されないと解されているように思われる<sup>(16)</sup>。

もっとも、一身専属的でないといわれる法益について、被害者の同一性は要求されないと論じられる時、これを全面的に肯定する論調は多くない。むしろ、所有権者の異なる複数の物を単一の占有者から窃取した場合、果たして窃盗罪の包括一罪は認められるか否かという事例、もしくはこれに類するものの解決がもっぱら念頭に置かれているのである<sup>(17)</sup>。例えば、林幹人は以下のように論じている。

「不法内容の一体性を判断するに際しては、一身専属的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。<sup>(18)</sup>」(下線筆者一註)

---

(15) 最判昭和24年8月18日裁判集刑事13号307頁参照。

(16) 平野『総論Ⅱ』417頁、木村光江『刑法(第3版)』(東京大学出版会、2010)203頁、団藤重光(編)『注釈刑法(2)のⅡ総則(3)』(有斐閣、1969)537頁以下〔高田卓爾執筆〕、林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1995)221頁(以下、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)451頁(以下、林(幹)『総論』と表記。)、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)179頁以下、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(有斐閣、1974)365頁(ただし、新しい連続犯の要件としての主張。)、団藤『総論』439頁(ただし、最終的には定型性の観点から問題解決を図る。)参照。

もっとも、この点につき詳細に説明を行わないものも見受けられる。例えば、山中『総論』978頁(連続犯において、「法益の同一性」が必要と述べる。)、香川達夫『刑法講義総論(第3版)』(成文堂、1995)453頁(連続犯において、「被害法益の単一性も必要」と述べる。)、西田『総論』415頁(連続犯を「同一の法益主体の場合に限定する。)、堀内『総論』315頁(連続犯において、「同一の法益」を要求する。)、松宮孝明『刑法総論講義(第4版)』(成文堂、2009)333頁(連続犯において、「同じ法益」の場合に限定する。)参照。

(17) 平野『総論Ⅱ』417頁、林(幹)『基礎理論』221頁、同『各論』451頁参照。

(18) 林(幹)『基礎理論』451頁参照。

林幹人は、一つの事例を用いて、財産が問題となる場合における不法内容の一体性について論じている。しかし、この主張だけでは、確かに財産が問題となる場合には、被害者が異なっても不法内容の一体性が直ちに否定されないことは明らかになるものの、一体いかなる場合に不法内容の一体性が否定されるのかまでは明らかになっていない。また、上記事例以外のいかなる場合において不法内容の一体性が否定されないのかも明らかではない。

そして、従来の議論が上記のような事例に関連付けられて行われていたこともあり、一部では、一身専属的でない財産法益につき、財産犯の保護法益論を援用して被害者の同一性についての説明を行う見解も見られる<sup>(19)</sup>。そうであるならば、財産犯の保護法益論の射程が及ばない場合には、原則論に回帰することとなるが、果たしてそれは問題の射程を的確に意識して主張されているものなのだろうか。結局のところ、上記のような個別事例を超えた一般的な基準を導かない限り、被害者の同一性を要求すること／しないことの意義・機能が明らかになるとは言えない。

このような議論の状況のなかで、近時最高裁が目すべき判示を行った。ここでは、一身専属的でない財産法益について、被害者の同一性を要求せずに包括一罪の成立が肯定されたのである。従来の判例で、このような判断を正面から認めたものはなく、この判示には重要な意味がある。そこで、次に最高裁で問題となった事案を見ることとしたい。

---

(19) 後述三(三)(iii)で採り上げる見解の他に、前田雅英『刑法総論講義(第4版)』(東京大学出版会、2006)499頁(「窃盗罪の直接の保護法益である占有の侵害が一個だから」、大塚『総論』490頁(「窮極的には、所有権等の本権の保護を目指しているが、同時に、財物の占有自体をも法益とするものであるから、その罪数は、基本的に、侵害された占有の数を規準として論ぜられるべき)参照。

## 二. 最高裁平成22年3月17日第二小法廷決定<sup>(20)</sup>

### (一) 事案の紹介

裁判所が認定した事実は、以下のとおりである。

本件は、被告人が、難病の子供たちの支援活動を装って、街頭募金の名の下に通行人から金をだまし取ろうと企て、平成16年10月21日ころから同年12月22日ころまでの間、大阪市、堺市、京都市、神戸市、奈良市の各市内及びその周辺部各所の路上において、真実は、募金の名の下に集めた金について経費や人件費等を控除した残金の大半を自己の用途に費消する意思であるのに、これを隠して、虚偽広告等の手段によりアルバイトとして雇用した事情を知らない募金活動員らを上記各場所に配置した上、おおむね午前10時ころから午後9時ころまでの間、募金活動員らに、「幼い命を救おう!」「日本全国で約20万人の子供達が難病と戦っています」「特定非営利団体NPO緊急支援グループ」などと大書した立看板を立てさせた上、黄緑の蛍光色ジャンパーを着用させるとともに一箱ずつ募金箱を持たせ、「難病の子供たちを救うために募金に協力をお願いします。」などと連呼させるなどして、不特定多数の通行人に、NPOによる難病の子供たちへの支援を装った募金活動をさせ、寄付金が被告人らの個人的用途に費消されることなく難病の子供たちへの支援金に充てられるものと誤信した多数の通行人に、それぞれ一円から一万円までの現金を寄付させて、多数の通行行人から総額約2480万円の現金をだまし取ったという街頭募金詐欺の事案である。

このような事案において、最高裁は以下のように述べた。

「この犯行は、偽装の募金活動を主宰する被告人が、約二か月間にわたり、アルバイトとして雇用した事情を知らない多数の募金活動員を関西一円の通行人の多い場所に配置し、募金の趣旨を立看板で掲示させるとともに、募金箱を

---

(20) 裁判所時報1504号6頁、判例時報2081号157頁、判例タイムズ1325号86頁参照。本決定を紹介したもの及び本決定の評釈として、殿井憲一「いわゆる街頭募金詐欺について、詐欺罪の包括一罪が成立するとした事例」研修742号(2010)437頁以下、早瀬宏毅「一連の街頭募金詐欺について、その全体を包括一罪とした上、各募金行為に係る被害者及び被害金額の特定を要しないとされた事例」研修743号(2010)13頁以下、松宮孝明「不特定・多数人を対象とする街頭募金詐欺と詐欺罪の罪数」法学セミナー667号(2010)123頁参照。

持たせて寄付を勧誘する発言を連呼させ、これに応じた通行人から現金をだまし取ったというものであって、個々の被害者ごとに区別して個別に欺もう行為を行うものではなく、不特定多数の通行人一般に対し、一括して、適宜の日、場所において、連日のように、同一内容の定型的な働き掛けを行って寄付を募るといった態様のものであり、かつ、被告人の一個の意思、企図に基づき継続して行われた活動であったと認められる。加えて、このような街頭募金においては、これに応じる被害者は、比較的少額の現金を募金箱に投入すると、そのまま名前も告げずに立ち去ってしまうのが通例であり、募金箱に投入された現金は直ちに他の被害者が投入したものと混和して特定性を失うものであって、個々に区別して受領するものではない。以上のような本件街頭募金詐欺の特徴にかんがみると、これを一体のものと評価して包括一罪と解した原判断は是認できる。そして、その罪となるべき事実は、募金に応じた多数人を被害者とした上、被告人の行った募金の方法、その方法により募金を行った期間、場所及びこれにより得た総金額を摘示することをもってその特定に欠けるところはないというべきである。』

なお、本決定には裁判官須藤正彦、同千葉勝美の補足意見が付されている。

## (二) 本決定の特徴

本決定は、多数の被害者に対し個別に詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が成立することを前提に<sup>(21)</sup>、(1) 被害者の同一性が認められない場合において同罪の包括一罪を認め、(2) そのような場合に要求される「罪となるべき事実」（刑事訴訟法 335 条 1 項）の特定性の程度について判断を行った、という点に特徴が認められる。本稿の問題関心は前者の点にある<sup>(22)</sup>。

(21) 裁判官須藤の補足意見は、この点に関する事実認定について言及しているが、実体法上の議論とは直接関係しないので、ここでは採り上げない。

(22) 後者については、不特定多数人を相手として行われた、常習賭博罪の罪となるべき事実の摘示の程度について取り扱った、最決昭和 61 年 10 月 28 日刑集 40 卷 6 号 509 頁（原審については、東京高判昭和 60 年 8 月 29 日高刑集 38 卷 2 号 125 頁）参照。同決定以前の下级審裁判例については、東京地判昭和 58 年 9 月 27 日判時 1101 号 135 頁、東京地判昭和 58 年 10 月 24 日判時 1135 号 155 頁、東京地判昭和 59 年 7 月 26 日判時 1135 号 155 頁、東京地判昭和 59 年 11 月 5 日判時 1135 号 155 頁参照。その他、川崎一夫「ゲーム機使用の常習賭博罪と没収・追徴」判時 1120 号 205 頁（判評 307 号 59 頁）以下、森本益之「ゲーム機による賭博の事案における常習賭博罪の成立範囲」判時 1148 号 229 頁（判評 316 号 67 頁）以下、松浦洵「常習賭博罪の立証の程度」研修 437 号（1984）33 頁以下参照。

即ち、本事案では、詐欺罪の被害者が複数に及ぶにもかかわらず、同罪の包括一罪が認められている。ただし、一口に包括一罪と言っても、本事案においては厳密には二つの異なる意味において包括がなされていると考えられる。即ち、一回の欺罔行為で複数人が錯誤に陥る場合だけでなく、欺罔行為自体が反覆され、それに応じて複数人が錯誤に陥る場合が混在していると思われるが(実際上後者が殆どであろう)、いずれにせよ、被害者が複数認められる場合の包括一罪の成否が問題となると言えよう。

本決定が、包括一罪という結論を導くために考慮したと考えることができる要素を一応全て挙げると、下表のとおりとなると思われる。

【表：包括一罪を導くために考慮されたと考えられる要素】

略称	内容	引用部分
要素①	欺罔相手が不特定多数であること	「不特定多数の通行人一般に対し」
要素②	複数行為間の時間的連続性	「約二か月間にわたり」「連日のように」
要素③	犯行場所の限定 <sup>(23)</sup>	「関西一円の通行人の多い場所」
要素④	行為態様の同一性	「同一内容の定型的な働き掛けを行って寄付を募るという態様」 <sup>(24)</sup>
要素⑤	意思の単一性	「一個の意思、企図に基づき」
要素⑥	個々の被害者が特定不能であること	「被害者は、比較的少額の現金を募金箱に投入すると、そのまま名前を告げずに立ち去ってしまうのが通例」
要素⑦	個別の被害金額が確定不能であること	「募金箱に投入した現金は直ちに他の被害者が投入したものと混和して特定性を失う」

罪となるべき事実一般については、堅山眞一「罪となるべき事実」熊谷弘＝佐々木史朗＝松尾浩也＝田宮裕(編)『公判法大系Ⅲ第三編公判・裁判(二)』(日本評論社、1975)286頁以下、藤木英雄「裁判の理由」日本刑法学会(編)『刑事訴訟法講義第三卷』(有斐閣、1964)15頁以下、藤永幸治＝河上和雄＝中山善房(編)『大コンメンタール刑事訴訟法第五卷Ⅱ』(青林書院、1994)102頁以下〔中谷雄二郎執筆〕参照。

(23) 本件では被告人が「事情を知らない多数の募金活動員」を介して詐欺を行っている関係で、犯行場所の数自体は多岐にわたっているが、集団全体で考えると、犯行場所の同一性は認められると思われる。

(24) 【表】上では簡易な引用としているが、厳密には、「個々の被害者ごとに区別して(中略)」という態様の全てがここに該当すると考えられる。

このように、裁判所は包括一罪という結論を導くために多くの要素を採り上げてきているため、包括一罪という結論は直感的に受け入れられ易くはなっている。しかし、このような手法を採ったことにより、各要素間の重要性の軽重というものが分かりにくくなっていることもまた事実である。また、本決定における結論を導くために、上記要素①から要素⑦までのその全てが必要であったのだろうか。その点は、判旨上は頗る不明瞭である。さらに、上記の直感自体も、もしそれが単なる事実的なものであり、理論的なスクリーニングを経由していないものならば、安易に迎合すべきではあるまい。これらの意味において、本決定を契機として、理論的な検討をすべきであるように思われる。

そこで、本決定において考慮されたと考えられる諸要素につき、従来の判例<sup>(25)</sup>と対比しつつ検討することが必要になると思われる。こうすることにより、本決定が投げかけた理論的問題点の正確な把握にも資することとなろう。なお、その際に注意しなければならないのは、同種行為の反覆といっても、そこには二種類のものを区別することができ、またすべきであるということである。即ち、ごくわずかの時間に連続して被害者を殴った事例（いわゆる接続犯）と旧 55 条の連続犯ほど広範ではないにしろ、一定期間連続して同種行為の反覆がなされた事例とが認められるのである<sup>(26)</sup>。もとより両者は連続的なものであり、双方とも等しく包括一罪として扱われるので、両者を厳密に区別すること自体に意味はないと考えられるが、どちらかと言えば本件は後者に位置付けることができると思われる。

---

(25) 一部の学説（西田『総論』415 頁以下、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、2010）483 頁、佐久間修＝橋本正博＝上野一高『刑法基本講義—総論・各論』（有斐閣、2009）255 頁、須之内克彦「接続犯」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）203 頁参照。）が接続犯に分類している最決平成 5 年 10 月 29 日刑集 47 卷 8 号 98 頁（二地点における制限速度違反の罪を併合罪とした事案）については、同罪が継続犯か即成犯かという論点に重点が置かれているおり、行為が反覆される場合における判例相互の関係を検討しようとする本稿の関心からは外れると思われるので、検討から除外してある（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）415 頁以下〔島田聡一郎執筆〕（以下、今井他『総論』〔島田〕と表記。）も、この判例を接続犯や連続犯の文脈で採り上げていない。）。むしろ、包括一罪全般を視野に広げた場合、反覆行為の種類だけでなく、集合犯等における包括一罪の限界も検討する必要があるが、これについては、今後委ねることとする。

(26) 今井他『総論』〔島田〕414 頁は、包括一罪を「本来の一罪の延長線上にある場合」と「科刑上一罪的色彩が強い場合」とに分類する。虫明『包括一罪』235 頁も、接続犯と連続一罪とを区別し、前者における「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」が後者であるとする。

また、従来の判例と本件判旨とを比較する限りでは、要素②から要素⑤までは、具体的事例における比重、考慮のされ方こそ異なれ、従来の判例においても一般的に認められてきた要素であることが分かる。それに対し、これら以外の要素(①、⑥、⑦)については、本件において特に採り上げられているものである。そこで、下記三(一)において、前者について、それを考慮すべきであることを確認したうえで、三(二)以降において、後者についての理論的検討を行うこととする。

### 三. 判旨の検討

#### (一) 従来の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

まず、従来の判例においても一般的に言及されている要素について見ることにする。本決定において、このような要素を説示しているのは、「加えて」で始まる文の前文であると思われる。そして、同文の中核をなしているのは、「かつ」で挟まれた行為態様の同一性(要素④)及び意思の単一性(要素⑤)であろう。

要素④及び要素⑤については、従来の判例において、一般的に認められていた要素といえる。例えば、業務上横領罪の反覆が問題となった東京高判昭和27年1月31日高刑集5巻3号315頁<sup>(27)</sup>は、以下のように述べている。

「数個の所為が同一又は継続の犯意の下に数回に互り連続して行われ、それが各々同一の犯罪構成要件に該当する場合であって、且それらの所為が同一の社会的事実関係を基盤としてその犯罪の態様をも同じくする為、これを包括して社会観念上一個の犯罪として処罰の対象とすべきものと認められる場合においては、それらの所為を包括して、一個の犯罪として処断することをうるものと解すべきである。」(下線筆者一註)

もっとも、この判例では要素④及び要素⑤以外の要素にも言及されており、

---

(27) 被告人が、親睦会会長として同会員X他122名から税務署に納入すべく預り保管中の現金合計30余万円を、昭和24年5月上旬頃から同25年3月上旬頃迄の間に、自己の用途に費消した事案。

両要素が十分条件でないことは明らかである。さらに、両要素が包括一罪という結論を導くための必要条件であるかも明らかとならない。そこで、次に大阪高判昭和29年4月13日高刑集7巻3号382頁<sup>(28)</sup>を見ると、ここでは意思の単一性(要素⑤)を直接の理由に包括一罪が否定されていることがわかる。

「単一の犯意に基き、接着した日時と場所とにおいて、同一の法益に対し、数回にわたって、同種の行為をした場合には、客観的に見れば数個の行為であっても包括一罪と解し得られるが、前行為と後行為とが行為の形態、被害法益、犯行の場所に置いて同一であり、かつ日時において接近していても、犯人が新たな犯意に基き、別個の機会において行動した場合には包括一罪ではなく併合罪と観察するのを相当とする」(下線筆者一註)

ここでは、諸々の要素の同一性を肯定しつつも、別個の犯意に基くことを理由に包括一罪が否定されている。よって、犯意の単一性が必須のものと考えられていると言えるだろう。

これに対し、行為態様の同一性(要素④)のみの不存在を理由として包括一罪を否定したものは見当たらない。もっとも、これを一つの理由として包括一罪を否定しているのが、最判昭和30年10月14日刑集9巻11号2192頁<sup>(29)</sup>である。

「各個の犯行と犯行とは必ずしも甚だ近接しているものとは認められないのみならず、(中略) 行為の態様は必ずしも同一であるとはいえないし、(中略)当初からこれを一括して着服横領しようとする包括的犯意の存した事跡は到底これを認めることはできない。従って原審が被告人Xの原判示各所為をもってそれぞれ独立した一個の犯罪と認めこれらの各所為は併合罪の関係にあるものとなし刑法第四十五条第四十七条を適用していることは相当」(下線筆者一註)

判例等の中に、要素④及び要素⑤の不存在を前提にしつつ包括一罪を肯定し

---

(28) 被告人が、4日間にわたり、毎日1回ずつ、同一の場所に積み上げてある同一人所有の鉛管屑を窃取した事案。

(29) 市役所の税務課職員が、市税滞納者から徴収して業務上保管中の滞納税金を連続して着服横領した事案。

たものがないことから、これら二つの要素は、判例が包括一罪を肯定する上で必須のものとして解されているとすることができるだろう。

(ii) 時間的近接性

これに対し、行為間の時間的連続性(要素②)に関しては、最判昭和24年7月23日刑集3巻8号1373頁<sup>(30)</sup>、最判昭和29年7月2日刑集8巻7号991頁<sup>(31)</sup>及び最判平成4年6月15日刑集46巻4号289頁<sup>(32)</sup>のように、時間的に極めて接着した事案もあるが、多くの事案では一定の時間的幅が認められる。このような差異が存在するのは、前述のとおり、同種行為の反覆類型に二種類のものがあるからであると思われる。即ち、いわゆる接続犯の事例においては、各行為が短時間内に繰り返されるのに対し、旧連続犯類似の事例においては、各行為は連日又は数日おきという時間的間隔を伴って反覆されることとなる。もっとも、両類型とも、導き出される結論が同じ包括一罪であるので、要素②はそれほど厳密に要請されているものではないと言える。

では、どの程度の時間的間隔までであれば、包括一罪がなお認められるのか。麻薬の連続施用・交付の事案である最判昭和31年8月3日刑集10巻8号1202頁、最判昭和32年7月23日刑集11巻7号2018頁は、数日おきに犯行が行われた事案において包括一罪を肯定している。もっとも、麻薬施用、交付の事案で妥当している基準が、財産犯の事案においても妥当するとは必ずしも言えない。

むしろ、参考になるとと思われるのが、横領罪の包括一罪が問題となった事案である。即ち、東京高判昭和28年5月18日東高判時報3巻5号194頁<sup>(33)</sup>のように、2年間弱に100回余り(7日に一度程度)犯行が繰り返された事案や東京高判昭和36年12月23日東高判時報12巻12号270頁<sup>(34)</sup>のように、約3

---

(30) 僅か2時間余の短時間内に、同一機会を利用して前後3日間にわたり同一の倉庫内から米俵合計9俵を窃取した事案。

(31) 特定の密輸入貨物全部の運搬保管方依頼を受けた被告人が、その一部をある倉庫まで運搬して寄蔵し、さらに同時刻頃引続いて残りの貨物を附近の倉庫まで運搬して寄蔵した事案。

(32) 被告人が、昭和60年6月26日午後6時18分頃から同32分頃までの間、大阪府内の信号機柱・電柱・道路案内標識柱にポスター各1枚を貼り付けた事案。

(33) 郵便局員であり預金関係窓口事務従事者である被告人が、約2年間前後数十回数十名の預金者から現金を受取り保管中その一部宛をさいてその都度着服横領した事案。

(34) 電気器具の外交販売員である被告人が、約3カ月半の間に前後8回にわたり、集金を着服横領した事案。

カ月半の間に8回(13日に一度程度)犯行が繰り返された事案において、近接性が否定されている一方で、東京高判昭和33年5月17日東高刑時報9巻5号134頁<sup>(35)</sup>のように、9か月弱に17回(15日に一度程度)犯行が繰り返された事案において包括一罪を肯定したものもあるため、横領の事案に限って見ても、厳密な線引きを行うことは困難であると思われる<sup>(36)</sup>。

本件においても、2か月の間、連日に亘り犯行が繰り返されており、従来の判例との関係で要素②に関して突出しているわけではなく、包括一罪という結論を肯定する事例群の中に位置付けることが可能である。しかしながら、前述のとおり、犯意の単一性(要素⑤)がそもそも要求されている関係で、要素②自体の意義はそれほど大きくないと考えられる。例えば、前掲東京高判昭和33年5月17日も、近接性については直接言及せず、「単一意思の下に継続して行われたもの」と述べるにすぎない。また、前掲大阪高判昭和29年4月13日のように、4日間連続して窃取行為が行われた事案において、近接性を肯定しつつも、別個の犯意に基くことを理由に包括一罪を否定するものもある。せいぜい、各犯行の時間的間隔が開けば開くほど、犯意の単一性が否認され易くなるという関係にあると言える程度ではないかと思われる。

### (iii) 場所の同一性

更に、場所の同一性(要素③)については、包括一罪を肯定する上で必須でないようにも見える。というのも、事案によって異なりうるものであるものの、密輸入貨物の運搬寄蔵が問題となった前掲最判昭和29年7月2日のように、具体的な寄蔵先が異なるにもかかわらず、包括一罪とされているものもあるからである。また、場所の同一性を殊更問題にしなくとも、時間的限定や犯意による限定が付されていれば、行為者の事実上の移動範囲に基づく限界も自ずと設定されるため、包括一罪の成否と場所の同一性の要素との関係が尚更問題となるようにも思われる。

過去の事案を見ると、前掲最判昭和24年7月23日のように、場所の同一性に言及したものもある。確かに、当該事案においてそうであったように、窃盗罪のような(直接)占有の侵害が問題となる事案においては、場所の同一性が

---

(35) 被告人が、紙類の販売並びに売掛代金集金の業務に従事中、昭和31年7月19日頃より昭和32年4月30日頃までの間、前後17回に亘り業務上保管に係る売掛代金合計27万3517円を自己の用途に消費する目的をもって擅に着服横領した事案。

(36) 虫明『包括一罪』181頁の指摘は正当と思われる。

否定されれば、通例被害者も異なってくるし、新たな占有侵害が肯定され得るであろう。その意味で、場所の同一性という要素も包括評価とするか否かにあたり、影響してくると思われる。あるいは、場所の同一性が認められないことを媒介にして、犯意の単一性が否定され易くなると評価することも可能と思われる。

ともあれ、本決定の事案において犯行場所が広範囲に及んでいる点については、包括一罪を肯定するにあたり障害とはならないと思われる。というものの、本件における犯行が関西各地で行われていることは、行為者の犯行態様の性質に基づくものに過ぎないからである。被告人は、情を知らない多数の募金活動員を介在させた上で、本件犯行を行っているのであり、このような犯行態様を選択する限りで犯行場所自体が多数に及ぶことは、必然であろう。そして、多数の場所という特定された領域内において、犯行が繰り返されているのであるから、本件においても、一定程度の場所の同一性はなお看取できると思われる。本決定も、場所に関する説示としては、単に「関西一円の通行人の多い場所」と述べるだけで、「同一場所で」等の表現に言及していないが、これは先に述べた本件事案における犯行場所の多さを考慮してのことと思われる、この意味で首肯できる。

#### (iv) 機会の同一性

(i) から (iii) で採り上げた要素とは対照的に、本決定は、前掲最判昭和24年7月23日、前掲最判昭和29年7月2日、東京高判昭和26年10月22日高刑集4巻12号1622頁<sup>(37)</sup>において言及されている「機会の同一性」について触れていない。

しかしながら、この点は以下のように説明ができるだろう。つまり、本事案の特徴として、犯行が連日行われていることがあげられる。連日というからには、各行為間に一定の接着性は肯定できる。その反面、接続犯の事例と比較する限りでは、相対的には各行為間の時間的間隔を肯定せざるを得ないだろう。このような本事案の特徴に鑑みるならば、「機会の同一性」に言及されなかったのは自然とも言える。どちらかと言えば接続犯の事例の方が、同一機会に基づくものと言い易いように思われるからである。

もっとも、機会の同一性を肯定できるのは、接続犯の事例のみであるという理解は、行き過ぎと思われる。というのも、一定期間集金業務に携わっている

---

(37) 公職選挙法146条の規定に違反し、多数人に対し、一枚ずつ文書を頒布した事案。

ことを奇貨として、連日横領行為を行う場合や、住人が長期の海外旅行へ行っている間に、数日おきに住居内に侵入して窃盗を行う場合についても、なお同一の機会に基づくものということも可能であると思われるからである。結局、理論的には、機会の同一性という点も犯意の同一性を判断する際の下位基準として位置付けられるべきではないだろうか。例えば、前掲大阪高判昭和 29 年 4 月 13 日は、「新たな犯意に基き、別個の機会において行動した場合には包括一罪ではなく併合罪」とされている。ここでも、機会の同一性と犯意の同一性とが一体として判断されており、機会の同一性自体は、独自の意義を有していないと考えるべきだと思われる。

#### (v) 小括

(i) から (iv) で見てきたとおり、包括一罪を肯定するにあたり、独自の意義を付与されているのは、行為態様の同一性(要素④)及び意思の単一性(要素⑤)と言える。本件判旨も要素④及び要素⑤を「かつ」で結びつけており、場所の連続性(要素②)は要素④の一要素として言及されているに過ぎないが、それは以上に見た点から、妥当である<sup>(38)</sup>。また、これは従来からの判例の枠組みとも整合的であり、これらの判示部分に問題は認められないように思われる。

それでは、要素④と要素⑤との間に軽重の関係は認められるだろうか。判例の中には、要素⑤に重点を置いているものも散見される<sup>(39)</sup>。事実、大阪高判昭和 49 年 2 月 7 日刑月 6 巻 2 号 106 頁は「処分の態様、使途に相違があっても、両者間になお犯意の継続を認めることは可能である」、「処分の態様、使途に相違があれば、この程度の相違は犯意の継続を認定する妨げとなるとは考えられず」としている。しかし、「この程度の相違」というからには、一定の相違がありつつもなお一定程度の態様の同一性も前提とされていると言えよう。また、前述((i)参照)のように、従来の判例においては同種の行為態様であることが言及されるか若しくは前提とされており、およそ犯意の単一性のみに

(38) 林(幹)『総論』451頁も、場所・時間・機会の同一性について、それ自体に意味がないと明言する。

(39) 例えば、仙台高判昭和 25 年 8 月 31 日高刑判特 12 号 159 頁、広島高判昭和 25 年 9 月 13 日高刑判特 13 号 128 頁、名古屋高判昭和 25 年 11 月 28 日高刑判特 14 号 94 頁、名古屋高判昭和 30 年 4 月 21 日高刑裁特 2 巻 9 号 360 頁、大阪高判昭和 30 年 6 月 27 日高刑裁特 2 巻 14 号 721 頁参照。吉川由己夫『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 31 年度』(法曹会、1956) 271 頁参照。

基づいて包括一罪を認めたものはないと思われる。その意味で、両者は判例の枠組みにおいて並列的な位置付けを与えられていると解することが可能である<sup>(40)</sup>。

## (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

次に、個々の被害者が不明であること(要素⑥)及び個別の被害額が不明であること(要素⑦)が問題となる。まず、これらの要素はそもそも包括一罪を肯定するにあたり考慮されたものであるか否かが問題となりうる。(一)(v)で示したとおり、確かに判旨は行為態様の同一性及び意思の単一性という大枠を説示し、それに「加えて」要素⑥及び要素⑦の要素に言及し、「以上のような本件街頭募金詐欺の特徴にかんがみると」包括一罪が認められるとしているが、それ自体を見る限りでは要素⑥及び要素⑦は、罪となるべき事実の特定性との関連で言及されたに過ぎないと考えることもできるからである。また、同種行為が反覆された場合につき包括一罪が認められた過去の事例においても、このような要素の言及は一般的になされているとは言えない。

しかしながら、これらの要素を包括一罪に係る判示とは無関係であると直ちに結論付けることはできない。というのも、一部の裁判例では、財産犯が反覆された事例において、個々の行為を立証することができないという実務的な観点から包括一罪を認めているからである。例えば、前掲東京高判昭和27年1月31日がこれに該当する。

「蓋し叙上の各所為がこれを個別的に観察すればそれぞれ犯罪構成要件に該当するため全体としては数罪と認められるような場合であってもこれを包括して一罪として処断することは被告人の利益を害するものでないのみならず、又かくの如き包括的に一罪として認定処断することが却て被告人の刑責を如実に論定しうることは甚しく困難であり、徒らに繁雑を加えるに過ぎないような場合で、しかもその行為の結果が総括的にこれを確定しうるような場合においては一本件は宛もかくの如き場合に属するものと認められる—そ

---

(40) 最判昭和26年5月8日刑集5巻6号1012頁も、犯意の継続だけでは不十分であると述べる。また、東京高判昭和27年1月29日高刑集5巻2号130頁も犯意及び結果の単一性を要件として掲げる。

これらの所為を包括して一罪として処断しうるものと解することは必要且妥当であると云わねばならぬ。何となれば、もし、かくの如き場合においても右犯行は各個の犯罪の集合たる併合罪に外ならないから各個の所為を具体的に確定しない限り訴因は確定せず、又犯罪として認定することもできないものとするならば、事実上かかる犯罪の大部分は訴因を確定し得ざる結果訴追するを得ないこととなるばかりでなく、仮りにその各個の所為を一応確定の上起訴しえたとしても、かかる場合において右各所為は併合罪の關係に立つと解せらるることとなり、しかも、その各個の所為については当該被告人の供述以外にその補強証拠を挙げることは著しく困難である關係上、その所為の大部分は有罪として処断しえないこととなるべく、かくては被告人の犯した行為の全貌を犯罪として如実にこれを確定し、これに即してその刑事責任を論断することは殆ど不可能とならざるを得ないからである。」(下線筆者一註)

ここでは、多数の費消行為による横領罪の包括一罪を理由付けるにあたり、包括一罪としない限り、實際上刑事訴追や有罪認定ができなくなることが根拠とされている。しかし、包括一罪の理論が、立証不可能の場合の便法とされているわけではない<sup>(41)</sup>のならば、ここでは単に個別行為の確定が不要とされているものの、全体としての犯罪の立証はなされていると解することになろう。学説においても、このような判例による処理を、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用することにより、併合罪ではなく包括一罪として扱っているものと理解するものも見られる<sup>(42)</sup>。

ドイツにおいても、ドイツ刑法典 52 条及び 53 条の意味における行為の単複が不明である場合において、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用したものがあ。例えば、背任罪が問題となった事案において、個別行為の具体的な実行回数が不明であるものの、損害額全体については確定できる場合に、上記原則を適用して単一の行為 (eine Handlung) として扱うべきとしたものがあ<sup>(43)</sup>。そのほか、共同正犯者又は幫助者の行為について<sup>(44)</sup>及び詐欺罪における行為について<sup>(45)</sup>も同様の判示が見られる。また、このような連邦通常裁

(41) 虫明『包括一罪』181 頁参照。

(42) 今井他『総論』417 頁〔島田〕参照。これに反対する説として、浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂、2005) 478 頁参照。

(43) BGH NStZ 1994, 586. (586)

(44) BGH NStZ 1997, 121. (121)

(45) BGH NJW 1995, 2933f. (2934)

判所の立場については、学説においても概ね支持されていると言えよう<sup>(46)</sup>。

## (ii) 若干の検討

もっとも、このような見解にも問題点が全くないというわけではない。まず、このような場面で「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用することが許されるのかが問題となろう。先に紹介したドイツの議論において、この点を指摘するのがエルプ<sup>(47)</sup>であり、エルプによると、一回につき5万円相当の損害を惹起する計20回の詐欺の個別的犯行の代わりに、ただ一回の100万円相当の詐欺の犯行を仮定し、これを例えば3年の自由刑として処断することは、たとえ前者が、その処断全体において、3年という自由刑と同様またはそれをも超えるものとなりうるのだとしても、後者のように処断することで、かくも長い自由刑に値するような重い犯罪を行った、という非難を被告人に対して向けることはできない<sup>(48)</sup>、というのである。

次に、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用を肯定するとしても、そもそも包括一罪が併合罪よりも有利と言えるかが問題となる。確かに、刑の加重の有無という観点からは、有利であることは否定しえないだろう。しかし、「包括一罪として扱うことが訴因の記載あるいは事実の認定において被告人に不利益をもたらす面もあり(時効の起算点が包括される各行為の最終時になり、個別的に評価すれば既に時効となる行為も可罰的なものとして包括される場合なども同様)<sup>(49)</sup>」と論じるものもあるものであり、この点についても慎重に検討を行う必要があると言える。

上記二点については、量刑論や刑事訴訟法の議論に(も)関係するものであり、本稿で検討を行うことはできない。もっとも、問題点がこれらで尽きるわけでもないだろう。このような見解は、ある一つの社会的事実を併合罪とも包

---

(46) Vgl., Ralf Eschelbach, in: Helmut Satzger / Bertram Schmitt / Gunter Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2009, §52 Rdn. 65.; Ruth Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006, Vor §52 Rdn. 73.; Walter Stree / Detlev Sternberg-Lieben, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, §52 Rdn. 48.; Bernd von Heintschel-Heinegg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, §52 Rdn. 74.; ders., in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2010, §52 Rdn. 36.; Karl Lackner / Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, §52 Rdn. 2.

(47) Vgl., Volker Erb, Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenz, ZStW 117 (2005), 37ff.

(48) Vgl., Erb, ZStW 117 (2005), 98f.

(49) 奈良俊夫「いわゆる『包括一罪』の再検討序説」研修471号(1987)7頁参照。

括一罪とも評価しようと解していると思われ、この点が妥当でないと思われる<sup>(50)</sup>。というのも、包括一罪を罰条の一回的評価で足りるものと解するにも関わらず<sup>(51)</sup>、併合罪と解する際には、包括一罪を構成するその一部だけを捉えて、当該一部のみをもって一回的評価に服するものと解することは、一種の評価矛盾であるように思われるからである。これに対し、論者は、数罪的评价を時に一罪的评价として扱うのは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用した結果で、罪数論から見れば外在的な理由により、そうなされているので、そのような矛盾は表面的ではないか、と反論するのもかもしれない。しかし、これだけではなぜ一罪としての評価ができるのかという説明がなされておらず、その結果、数罪の立証が失敗した場合における無罪とはしない／できないことの説明が省略されていると思われる。以上のことに鑑みると、併合罪になるべき複数行為を立証できず、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用するならば、立証できない部分については無罪とすべきように思われる。

以上のとおり、このような見解は問題を多々含んでいることが判明したが、それでは、本決定はこのような見解を採用したと言えるのだろうか。確かに、本決定においても、個々の被害者や被害額が不明となっているものの、被害総額は確定しており、一見すると上記の見解と同様の手法をもって詐欺罪の包括一罪を認めたものと位置づけることも、あるいは可能であるかにも見える。しかし、前掲東京高判昭和27年1月31日と異なり、本決定の判旨は実務上の問題点について言及していないにもかかわらず、併合罪としての立証ができなかったことを理由に包括一罪を肯定したのとして、判例を理解するのは安直ではないだろうか。そもそも、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の問題として事案を処理するならば、本決定が、前記三(一)で採り上げた各要素についても言及した理由が明らかにならない。この点については、前掲東京高判昭和27年1月31日についても同様に妥当する。前掲東京高判昭和27年1月31日では包括一罪を肯定するために、一般的に必要と解されている行為態様の同一性及び犯意の単一性も認めており、それにも関わらず、先に引用した実務的な問題にも言及しているのである。一体的評価が可能であるならば、このような実務的な説示はそもそも不要ではないだろうか。

結局のところ、被害者及び各人の被害額が不明であることについては、以下

(50) このように解さない限り、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用を肯定したとしても、包括一罪と評価されることはないだろう。

(51) 今井他『総論』414頁〔島田〕参照。

のように理解すべきと思われる。つまり、個別の被害者や各被害額を把握していないことは、それだけ各行為が没个性的であるという意味において、行為態様の同一性の判断における一要素として摘示されていると思われる。もっとも、このように解する場合、包括一罪を肯定することは被害者の同一性という要素との関係で、理論的な問題を生じさせるように思われる。そこで、次に相手方が不特定多数であること(要素①)をめぐる問題について、やや詳しくみることにする。

### (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

不特定多数の人に対する詐欺であったことが、いかなる意味で包括一罪の成否と関係するのだろうか。もっとも、このような問題設定は、多少厳密さを欠く。というのも、特定多数の人物を相手に詐欺が行われた場合にも、同様に包括一罪の成否が問題となると思われるからである。よって、ここでは、多数の被害者が認められることが、包括一罪の成否に影響を及ぼすかについて検討を行うこととする。そこで、従来判例等に目を向けてみると、被害者の同一性はその多くで言及されており、包括一罪を認めるにあたり重視されてきた事情であることが分かる。

しかし、従来判例では、包括一罪の要件として、被害法益の同一性に言及したもの<sup>(52)</sup>と被害者の同一性に言及したもの<sup>(53)</sup>双方があり、果たして判例が何の同一性を求めているのかは必ずしも明らかとは言えない。

ここで参考となると思われるのが、前掲最決昭和37年2月1日<sup>(54)</sup>であり、以下のとおり述べている。

「しからは、連続犯の数個の犯罪を包括一罪として処断すべき要件をどう考へべきか甚だ困難を感ずるのであるが前記学説または判例等を総合考察する

---

(52) 前掲最判昭和31年8月3日、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27年6月19日高刑集5巻7号1093頁、高松高判昭和27年10月9日高刑集5巻12号2105頁、前掲大阪高判昭和29年4月13日、名古屋高判昭和29年7月1日高刑裁特1巻1号3頁、東京高判昭和36年12月23日東高刑時報12巻12号270頁、名古屋高金沢支判昭和34年12月17日下刑集1巻12号2559頁参照。

(53) 東京高判昭和24年12月3日高刑判特8号30頁、広島高判昭和28年2月25日高刑集6巻2号206頁参照。

(54) 原審については、名古屋高判昭和34年4月22日高刑集12巻6号565頁参照。

と、その最小限度の要件として、(一) 犯意が同一であるかまたは継続すること、(二) 行為が同一犯罪の特別構成要件を一回ごと充足すること、(三) 被害法益が同一性または単一性を有することの三つが必要であると解する。はたしてこの見解にして妥当であるとすれば、本件詐欺事犯は、犯意の継続性、行為の前記構成要件充足性は認められるが、全犯罪事実について被害法益の同一性または単一性を認めることはできないから(財産的被害法益でその数は多数であるが、同一被害者に対する数個の行為に限り被害法益の同一性ありとしてこれを包括一罪と認むべきである。)本件を包括一罪として処断することは許されないものといわなければならない。」(下線筆者一註)とした原「判断は正当と認める。」

下級審のものとしては、東京高判昭和 36 年 11 月 17 日判時 1295 号 43 頁<sup>(55)</sup>がある。

「すなわち、罪数は、原則として行為が犯罪構成要件を充足するごとに一個と解すべきであるところ、具体的場合において、犯罪構成要件を数回充足する行為を包括して一罪と評価するのを相当とするところもあるが、詐欺罪のような個人の財産を保護法益とする罪にあっては、共同の財産を対象としたような場合を除き、被害者の数と、構成要件を充足する行為及び結果が社会通念上同一と目されるか否かを基準にして決するのが相当であって、この観点からすると、原判決のした罪数区分に誤りとすべきところは見当たらない。なるほど、被告人らの本件各犯行は、投資ジャーナルグループに属する被告人らが資金集めのため相協力しつつ、同グループの営業行為として継続的に実行したものと認められるが、このような状況を考慮に入れても、本件の全犯行を包括して一罪と評価するのは相当ではない。」(下線筆者一註)

前者では、7ヶ月弱の間、合計 3751 回にわたり虚偽誇大な広告宣伝及び勧誘により 1348 名を欺罔し、出資金名下に金品騙取したという事案につき、同一被害者に対する各所為は包括一罪になるものの、被害者が異なる場合については併合罪として処理されている。この事案では、まさに包括一罪の要件の一つとされている「被害法益の同一性又は単一性」を理由として包括一罪が否定さ

---

(55) いわゆる投資ジャーナル事件。原審については、東京地判昭和 62 年 9 月 8 日判時 1269 号 3 頁参照。

れている。

また、後者は、株式買付金の融資、株式の売買、その取次を仮装して、株式投資家33名から株式買付資金の融資保証金又は株式買付資金名下に現金、株券等約18億3000万円を騙取した事案で、(観念的競合となる一部を除き)併合罪とされている<sup>(56)</sup>。

これらの判例を見る限りでは、被害者の同一性は実質的に要求されているように思われる。学説においても、被害者の同一性という要素を必要とする見解として、山口厚をあげることができる。山口厚は、かつて以下のように述べていた。

「個人法益に対する罪であって、被害法益の法益主体が異なる場合には、包括1罪の成立を肯定することは困難である。(中略)また、1個の行為で1人が占有する複数人の所有物を窃取した場合には、窃盗罪の包括1罪の成立を肯定しようとする見解が一般的であると思われるが、主たる保護法益である所有権の主体が異なる以上、観念的競合と解すべきではないかという疑問がある。<sup>(57)</sup>」

ここでは、一個の行為の場合について論じられているが、一個の行為の場合にこのように解するのであれば、数個の行為が接続する場合については、尚更同じことが妥当と思われる。そして、この見解は、一身専属的法益であるか否かに着目せず、個人的法益については、法益の個人への帰属という観点を重視するものと言える。

そして、以下の検討で明らかにしていくことではあるが、筆者は原則的にこのような方向性が妥当ではないかと考えている。つまり、包括一罪が科刑上一

---

(56) さらに、東京高判昭和31年12月8日東高刑時報7巻12号464頁(「本件詐欺罪行為の場合所論のように被告人の同一意思の継続により犯したものとするとその被害者は同一人でなく、みな異なっているが故に被害者毎に一個の詐欺罪が成立するのであって、これを包括的に一個の詐欺罪の構成要件を充たすものとは到底認めがたい」、東京高判昭和31年4月19日東高刑時報7巻4号157頁(「二人を畏怖させて、この二人から椅子二脚の交付を受けた」事案につき、「すべて財産犯罪は被害法益の主体の数に応じて犯罪の個数を定むべきものと解するのを正当とする」)参照。

(57) 山口厚『刑法総論』(有斐閣、2001)318頁参照。もっとも、山口『総論』377頁では、「被害法益・被害物の主体が異なる場合には、包括一罪とはならない」という抽象的説明は維持されているが、本文で引用した窃盗罪に関する説明はなされなくなっている。ゆえに、論者の現在の考えは必ずしも明らかではない。

罪よりも単純一罪に近い種類の一罪<sup>(58)</sup>として評価されるためには、犯罪の実質的構成要素である違法レベル及び責任レベル<sup>(59)</sup>のそれぞれにおいて、一罪として評価しうること、ひいてはそれぞれの一体性が妥当しなくてはならないと考えられる。そして、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、行為が一回的であり、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ように思われる<sup>(60)</sup>。違法レベルの一体性を必要とするこのような立場からは、個人的法益が保護されている犯罪においては、文字通り個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となる。

また、このような理解は、三(一)(v)で示した、行為態様の同一性及び犯意の単一性を要求する判例の枠組みとも合致すると思われる。もっとも、行為態様の同一性という表現は、あたかも行為の側面に着目して客観的一体性を判断するかのようにも見えるため、若干ミスリーディングな印象を与えるおそれがある。つまり、行為の結果という側面、本件に即して言えば、被害者の同一性という観点が抜け落ちてしまいかねないのである。しかし、実際には、結果の側面も含めた、広い意味でこれを理解することが妥当と思われるのである。

もっとも、被害者の同一性という事情が包括一罪の成否にどのように影響するかにつき、ここで紹介した判例・学説とは異なるものも見られる。そこで、次にその検討を行うこととする。

---

(58) この点、包括一罪を科刑上一罪の一種と解する見解(例えば、平野『総論』413頁)も、包括一罪と観念的競合との間で一定の違いを認めており、その意味で依然として包括一罪の方がより単純一罪に近いと言いうことができる。

(59) 犯罪論の実質的側面がこのようなものであることについては、二段階犯罪論体系であろうと、三段階犯罪論体系であろうと、同様であろう。

(60) なお、学説では、只木誠『罪数論の研究(補訂版)』(成文堂、2009)46頁のように、観念的競合を違法・責任減少として説明する見解もある。仮に、このような見解が妥当であるとしても、観念的競合を責任減少として説明する見解と比較する限り、なおさら責任の一体性のみにより包括一罪を肯定することは難しくなるだろう。よって、観念的競合につきどのような立場を採るかに関わらず、本文で述べたことが妥当と思われる。もっとも、本稿では、観念的競合一般について検討を行うことはできない。これについては、今後の研究へと委ねることとしたい。

〔追記〕

脱稿後、松宮孝明「詐欺罪の罪数について」立命館法学 329 号 (2010) 1 頁以下及び小野晃正「組織的な募金詐欺における犯罪の個数」阪大法学 60 卷 2 号 (2010) 423 頁以下に接した。

〔未完〕

(本学大学院博士後期課程)