

## 包括一罪における一體的個別性の 觀念について

——罪數理論の一側面として——

秋 山 哲 治

一 ま え が き

二 包括一罪と一體的個別性の觀念

三、包括一罪における一體的個別性の要件

四 む す び

一

罪數決定の基準として、從來行爲說、意思說、結果說、構成要件充足說等々が主張せられていることは周知の通りである。筆者は、既に論じ盡されたかに思われるこれ等の理論について今この上に何等かを附加すべき意圖はないのである。併し乍ら、これらいずれかの理論によつて罪數の具體的問題が残りなく解決されているのかと云うと決してさうは言い難い。問題は體系的理論の範域において解決されるというよりも寧ろ犯罪における現象的實際的な事象を如何に把握するかに依存してゐるとなすべきであらう。即ち、一個の行爲、一個の意思、一個の結果において、乃至

は構成要件を一回充足することにおいて、一罪が成立すると云つても、一個乃至一回の概念はそれが刑法上、行爲、意思、結果等に連結するとき、もはや、自然的、物理的、社會的概念そのまゝではなく、法律的、規範的概念として構成されなければならない。従つて、一定の犯罪事實において如何なる場合これを一個乃至一回と見るべきかは、決して單純ではなく、又、簡單に決定せられるものでもない。かくして、罪數論の基礎構築は云うまでもなく體系的理論を以てしなければならないのであるとしても、具體的事實の處理に當つては、結局のところ、日常社會生活における經驗的觀念と法律的觀念に依據せざるを得ないということになる。結果説を主張せられる植田重正博士も次のように述べられる。

△但し注意を要するのは、この結果説によるも、所謂一個の結果といふことは必らずしも自明ではなく、畢竟一般の社會觀念によつて決定されねばならぬ、といふことである。》（改訂刑法要説）  
（總論二六六頁）。

構成要件充足説にあつてもこの間の事情は同様であるとしなければならない。即ち、構成要件そのものは違法行爲の限定的類型であつて、一定の犯罪を個性的に構成するものであり、犯罪の個別化の役割を果すものではあるが、それが直ちに犯罪の個數を決定的に支配するとは云い難い。構成要件を一回乃至數回充足するか否かに於て罪數が計量せられるとすれば如何なる場合において一回の乃至は數回の充足があるとするべきか、という問題において罪數決定の範域を見出すことになる云わなければならない。併して、一回乃至數回の觀念が前述の如く法律的觀念、一般の社會的經驗的觀念に依據するものであるとすれば、犯罪個數の解明はこゝにその焦點を求めなければならない。

拙稿は一回乃至一個、數回乃至數個の觀念が如何なる構造を有するかを究明しようとしたものである。このような意圖において筆者の興味をそそつたものに所謂包括一罪がある。そこで考察の對象として包括一罪をとり上げこれによつて問題の所在を追究しようと試みたものである。既に觸れた如く罪數の實際上の問題は、多様な具體的事象の處理にある。筆者の検討も亦、判例を追つて進むことになつた。

## 二

包括一罪は所謂法律上の包括一罪と事實上の包括一罪に分けられる。結合犯及び集合犯を前者に含ましめ、接續犯吸収犯を後者に含ましめるのが通例である。併し乍ら、所謂包括一罪の認められるのは、以上の場合のみに限らないわけである。即ち、具體的事實がそれらの定型とは全く同一であるとは云い難い場合、而も、それと、極めて近接する性質の故に、包括的單純一罪と斷ぜられる場合の多いことは周知のところである。更に又、從來の所謂連續犯と觀念せられたものが、乃至は、連續犯の定型と近接するものが、包括的單純一罪と認められるものがあることも一般に注意せられるところである。

以上の如くに、包括一罪の概念の中には、結合犯、集合犯、接續犯、又は吸収犯の外に、尙、一種の包括的單純一罪が認められることになるわけである。

これらの包括的一罪は、各々に個性を有するものであり、それが包括一罪とされることについては、各々根據と理由を有するわけであり、研究の對象としても興味あるものであるが、吸収犯は一個の行爲において成立するのであり、結合犯は外觀的な數個の構成要件にも拘わらず、實は一個の構成要件にすぎないのであるから、これを包括一罪とすることは、事理の理解において容易であると云い得るのである。それに對し、集合犯及び接續犯は數個の行爲數個の結果にも拘はらず、尙、包括して一罪とされるところに、吟味すべき問題點を藏しておるのである。併しながら、集合犯、接續犯は、これを一罪とすることについては一應解決されているものと云つてよからう。問題は、數個の行爲でありつゝ、その集合性、接續性の故に包括的單純一罪とされる一種のものであり、わけでも數個の行爲の連續性の故に、包括的單純一罪とされる他種のものである。所謂連續犯の規定の削除された今日、所謂連續犯と、連續的數行爲における包括的單純一罪とを如何なる點において、識別するか問題である。この事は、罪數理論におけ

る一つの課題でもあると思われるのである。筆者は、さしあたり、連続する數行爲において包括一罪の成立する場合を考察検討して見たいと思うのである。

先づ、一つの問題は、(イ)從來の連續犯はその定型のまゝにおいて包括一罪となるのか、(ロ)それとも、從來の連續犯は緩慢な要件において範圍廣く認められていたので、その中の一部が包括的單純一罪となり他のものが現在では實體的併合罪とされるものである、ということになるのか、(ハ)それとも、連續する數個の行爲と云つても、所詮、從來の集合犯、接續犯の定型に接近するが故に包括一罪とされるにすぎないのであつて、從來の連續犯は、そのまゝに、現在は實體的併合罪であるもの、とするかである。この問題の解決は、検討の後生れるものであるが、その間の事情は既に早くより摘示される所であり、次に引用するのは、その一例である。

《連續犯の既念を抹消しても、その概念を要請する事態が存在する限りは、それを解決する解釋的又は立法的方法を必要とするであらう》

これは、刑法第五五條が、昭和二年、法律第一二四號刑法の一部を改正する法律、によつて削除された後、昭和二年十一月出版せられた小野清一郎博士の新訂刑法講義總論(二七九頁)に開陳された意見であつた。

又、小野博士還曆記念論文集「刑事法の理論と現實」(昭和二六年九月出版)中に收められている佐伯千仞博士の論文「連續犯」においても小野博士の趣旨に賛成しつゝ次の主張がなされている。曰く

《連續犯規定の廢止の結果、從來連續犯とせられて來たものが果して全部實體的併合罪となつて了うのであるかどうか、或いはそこに何等かの例外が残されていて連續犯規定の廢止された今日と雖もなお解釋上の一罪として扱われるべきものがあるのではないかという問題である。……今日以後においても——勿論限られた範圍においてではあるが——從來連續犯とせられたものの中には依然一罪と認めらるべきものがあると考へたいのである》(前掲書二九四頁)

その後、判例は過渡期的動搖を示しつつも、とにかく連續行爲において、或る場合單一罪を認めることは周知のと

ところである。

今、假に連續する數行爲において包括一罪が成立する場合の犯罪態様を連續行爲における包括一罪と呼ぶとすれば、これが如何なる場合、如何なる要件において成立するのであらうか。以後の考察において、この包括一罪の構造、特質を若し幾分でも明かにすることが出来るとすれば、罪數理論の或る一側面乃至一斷面を提示することができのではないかというのが、筆者の主たる問題なのである。ともあれ、判例において、如何なる場合、包括一罪が認められているか、反面、如何なる場合認められないかを検討して見ることにしよう。

先ず、包括一罪の成立の肯定せられる場合について。特に業務上横領罪においては包括一罪の認められる事例が可成り多い。

A 被害者は同一人であり、且つ、犯罪の態様を同じくし單一犯意の發現に基く一連の行動であり、包括して一個の犯罪と認められる（昭和二年二月廣島高裁判決、  
（高裁判集第六卷第二號二〇八頁）

B 按ずるに業務上横領の所爲は被害法益が單一であり、それが單一若しくは繼續意思の發動に基き敢行された場合においてはたとえ行爲が數個であつてもこれを包括して觀察し、一罪と認むべきを相當とする。（昭和二年六月東京高裁判決、  
（高裁判集第五卷第七號一〇九三頁）

C 數個の所爲が同一又は繼續の犯意の下に數回に互り連續して行われ、それが各々同一の犯罪構成要件に該當する場合であつて、且それらの所爲が同一の社會的事實關係を基盤としてその犯罪の態様をも同じくする爲、これを包括して社會觀念上一個の犯罪として處罰の對象とすべきものと認められる場合においては、それらの所爲を包括して、一個の犯罪として處斷することをうるものと解すべきである。（昭和二年一月東京高裁判決、  
（高裁判集第五卷第三號三一五頁）

D 第一及び第二の各運搬寄賍行爲は、貨物所有者の一回の依頼により同一機會に引續いて行われたものであつて、たゞ運搬及び寄賍の都合上順次二回に分けて運搬し、かつ別個の倉庫に寄賍したにすぎないものであり、包括して單純一罪を構成するものと解すべきである。（昭和二年七月最高裁判決、  
（最高刑集第八卷第七號九九三頁）

Aの判例においては「一連の行動」判例Bにおいては「たとえ行爲が數個であつても」、判例Cにおいても「數個の所爲が」判例Dにおいて「第一及び第二の行爲」等の如く何れも行爲の多數を認めておる。従つて一行爲一罪の理論を採る場合、當然、數罪とならざるを得ない。併して又、數個の行爲はそれが集合的に又は連續的に行われる場合、通例行爲場所の多、行爲時間の多を意味し、結果の多、又行爲の主觀的要素たる意思の多をも意味する。（斷るまでもなく、多數行爲において此等の何れかが一である場合があることは云うまでもない）従つて意思説、結果説を採つても數罪となる。（勿論、意思を單一として認める場合、結果を一個と見る場合にあつては、意思説、結果説を採つて一罪を主張し得るわけである）而も尙、何故に包括一罪と斷するのであらうか。判例の説くところを今一度吟味しよう。即ち、一行爲において一罪が成立するのが原則である。従つてこの多數行爲において數罪が成立するとなすべきであるが、併し犯意の同一性繼續性（この同一性という概念は個數の單一性の意味か、それとも犯意の内容、性質が同一種類であることを意味しているのか明白ではない。おそらく兩方の意味に用いられていると思はれる）構成要件の同一性、犯罪態様の同一性、被害者の同一性、侵害法益の單一性等に制約包括せられて、多數行爲は單一行爲と同様に認められるのである。かかる場合、これを一行爲と認めることは社會觀念とも一致するのであり、従つて一罪と解するをもつて妥當とする、とするのである。結局、多數行爲において、犯罪の單一性が觀念せられるからにほかならない、とするのである。従つて、包括一罪の特質は言うまでもなく科刑上の考慮による一罪ではなく、犯罪行爲それ自體の性質において單純一罪となす根據を認めるのである。

次に連續行爲における包括一罪の構造、要件を明らかにするため、一罪の成立を否定せられる事例に注意してみよう。次の事例は或點において包括性が認められ、他の點においてそれが認められぬものとして、即ち、如何なる點に一罪の成立を妨げるものがあるかを示すものとして注意すべき意義を有つ。

事例は數人の兒童にそれぞれ數回にわたつて淫行をさせた場合であつて、この場合兒童福祉法第三四條第一項第六

號の罪は、各個の淫行ごとに一罪が成立するのではなく兒童一人ごとにそれぞれ包括的に各一罪が成立するとされる。これに對し他面、それが同一の構成要件に該當する行爲であり、犯罪行爲の態様が同一であり、數人の兒童が同一の特殊飲食店内にあるという行爲場所が同一である事情にも拘わらず、數人について包括して一個の行爲であると認められないのである。(昭和二十七年八月東京高裁判決、高裁刑集第五卷第九號一五三七頁參照)

思うに兒童一人ごとについて多數の淫行が包括的に一罪とされるのは從來の連續犯的觀念によるのではなくむしろ集合犯的な觀念、即ち集合的な一體性が認められるからであり、兒童の多數について包括性が認められないのは、生命身體、自由等の如き所謂專屬的法益については各人について獨立一罪を認めることの通例に従つたのであり、それは又、充分の理由ありとすべきであらう。尙、この點につき我々の關心に價する事例を引用してみよう。

勞働基準法第二十四條は、勞働者の賃金の受領を各個人別に保障する趣旨の規定であるから、賃金不拂又は遲滯は、個々の勞働者毎に犯罪が成立し、この犯罪は、各勞働者に對する賃金の支拂期日及び事業場が同一であつても、包括一罪又は一所爲數法の關係が成立するものでなく、刑法第四十五條の併合罪の關係にあるものと解すべきである。即ち賃金は、通常、各勞働者別に計算支給せらるるもので、各勞働者毎に支給する行爲が一個の行爲であつて、事業又は事業主が同一の支拂期日に多數の勞働者に賃金を支拂うことが一個の行爲であると考えらるべきものでない。(昭和二十六年四月名古屋高裁判決、高裁刑集第四卷第四號三六四頁) (なほ、同一趣旨の判例として高裁刑集第四卷第七號六九四頁參照)

同一事業場における多數勞働者に對し、同一期日において賃金を支拂うことは、事業主の立場においては、事業經營の一環たるものであり、所要經費の支拂として、經濟的意味において、それは集合的な一個の行爲と考えられるのであり、おそらく一個の支拂行爲とすることは日常の社會觀念でもあらう。併し、判定さるべきは所要經費の支拂としてではなく、勞働者の生活權保證の意味を持つ賃金の支拂として考えらるべきである。これを受取人の立場においてみれば受取人個々人毎に賃金受取りの一個の行爲があるであらう。問題たる賃金の不拂乃至遲滯は勞働法上の問題

であり、不拂乃至遲滞の違法行為は受取人個人について成立すると考えなければならぬであらう。

以上判例において、數行為を包括單純一罪と認め得るとした場合及び認め得ないとした場合とに分つて概觀を試みたのであるが、以下包括單純一罪の成立における特殊性について検討を加えて見よう。

次の判例は一つの見解を單的に示すものとして注意するに足るものがある。

一個の犯意に基づく同一人に對する數次に互る實行行為は日時場所を異にしても包括して一罪を構成するのである。元來犯罪の個數は常に必ずしも自然的（又は社會的）事實としての行為の數の單複によつて決せられるものでなく常に法的事實として規範評價によつて定まるのである。従つて時として外觀的には各獨立の數個の行為である如く認められる場合でも、規範的評價の上からは、これを包括して一個の行為と認めるのを相當とする場合がある。ただ數個の行為を包括して、これを一罪たらしめる要件は何であるか問題であるが、その要件は數個の行為が同一罪名に該當すること並びに犯意及び結果の各單一性であると解するのが相當である。（昭和二十七年一月東京高裁判決、高裁判集第五卷第七號一三〇頁）

包括的單純一罪は數個の行為を前提としておる。この點においては從來の連續犯も同様である。包括一罪は數個の行為が同一罪名に觸れる。この點においても連續犯と異ならない。一應判例の言うところに従うとすると、犯意及び結果の各單一性が自然的數行為を規範的一行為たらしめるものであり、これが包括一罪の特質となる。まさに、單一ではなくて單一性である。單一性とは何を意味するか。單一性の認められるに足る要件乃至原則が更に問題となるであらう。既に、包括一罪の認められる數個の事例に於て觀察した如くそこには犯罪を構成する要素の何らかの點において包括性乃至一體性、同一性又は單一性が存在するのである。筆者は結果の一體적個性性を以て單一性と解し、かゝる特質において包括一罪の成立を認められるものと解するのである。そこで、然らば一體적個性性とは如何なる觀念であるかを検討してみなければならぬ。

先づ一體性の觀念について述べよう。一體性の觀念は刑法において案外重要な意義を有するのではないか、と筆者には思はれるのである。所謂法律的包括一罪とされる結合犯、集合犯は構成要件それ自體において數個の行為を一體



として包括するのである。(尤も營業犯にあつては一回のみの行爲によつても成立するとしなければならない故に、構成要件が必ず數個の行爲を必要としているのではなく、數個の行爲を豫想していると解すべきであらう。)牽連犯は手段と結果との關係に着眼し、想像的競合犯にあつても一個の行爲という點に着眼して一體性を認めるが故にほかならない。繼續犯、狀態犯は、外觀的な數個の行爲にも拘らずその行爲の性質に基く時間的一體性、狀態的一體性によつて行爲の單一性が認められるのである。

一般的に云つて多が一體として觀念せられるためには、多の統一性、合一性、同一性、集合性、結合性、連絡性、重複性、反復性、包括性、繼續性、連續性、接續性、近似性、相互的補充性、相互的依存性、相互的密着性等々が存在するしなければならない。これらの諸性質が常に一樣に存在するという意味では勿論ない。併して、又、或一定の事件においてこれらの性質が、ある點においては認められるとしても、他の點において却つて反對の性質を認めなければならない場合もあらう。従つてある點において一體性を保有しつつも、他の點においてそれを缺除するが故に全體として一體性を認め難い場合があるのである。

今少し具體的に説明を進めよう。牽連犯は行爲における手段と結果との連結性、結果に至るための必要的手段として、結果の手段に對する依存性等によつて、換言すれば行爲の主觀面においてではなく、(勿論、一個の意思による行爲として、これを一罪とする者もあるわけである)又、行爲の結果においてではなく、行爲の態様においてその一體性を認めるのである、と云はなければならない。これが理論的に一罪であるか科刑上の一罪であるかは、一罪の基準を何とするかによつて異なることは勿論であるが、今これを科刑上の一罪と判斷するにしても、何が故に處分上一罪に相當するかの理由に至つては、上述の意味における行爲の一體性を考慮したものである、と考えることも可能であらうかと思うのである。想像的競合犯についても事情は同様である。刑法はこれを「一個の行爲にして數個の罪名に觸れ」と表示しておるのである。「一個の行爲」を如何に解するかはとにかくとして、かゝる一個の行爲において數

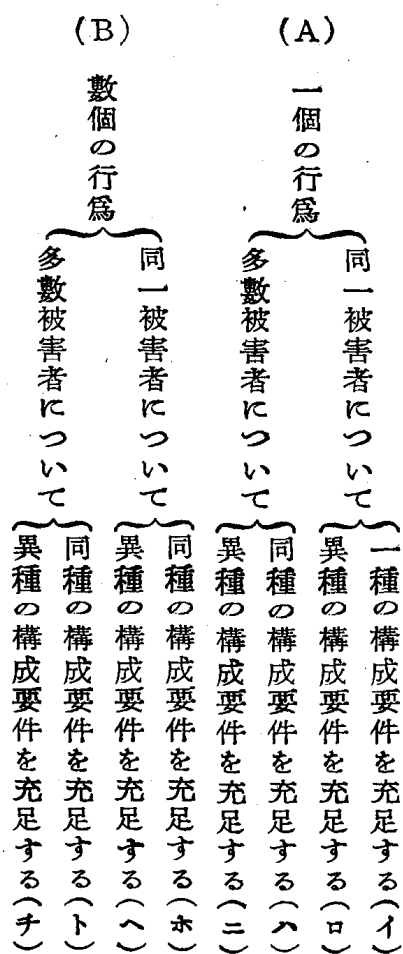
個の結果が一體性をなすものと認めるのである。刑法學上これを想像的又は觀念的競合 (Idealkonkurrenz) と呼ぶのは、おそらく、一個の行爲において一罪の成立を認める行爲説において起源するものと思はれるのであり、構成要件充足説乃至結果説を採る場合、想像的競合の名稱自體が妥當を缺くと思はれるのである。それは、ともかくとして所謂想像的競合犯において數個の結果が一行爲において統合せられ結合せられている點に着眼して一體性を觀取することが出来る次第である。

營業犯、常習犯等の集合犯にあつては、同一類型行爲の反復性、連續性、繼續性、集合性等において犯罪の一體性が認められるのであり、それは例えば植物の集合花の型態を連想せしめるものがある。従つて、その集合的行爲が各個の行爲において、他の構成要件を充足せしめつゝ、同時に、集合犯としての一罪を形成する場合がある。例えば非醫師の數個の麻藥取締規則違反行爲が一方において規則違反の數罪に該當しつゝ同時に國民醫療法違反の一罪に該當する場合の如きである。(昭和二六年四月高松高裁判決(高刑集第四卷第一三號一六九七頁參照))從來の連續犯にあつても、行爲の連續性、反復性その他の要件によつて行爲の一體性を形成するものと云い得る。連續犯が刑法改正前、處分的の一罪と觀念せられたのかもゝる理由に基づくかと思はれるのである。

包括一罪の構造においても、まさに、上述したような意味における一體性が認められるのであり、更に、一體性とともて個別性が認められるのである。即ち、數個の行爲がその一體性において、一體的行爲として、或いは數個の結果がその一體の個別性において一個の結果と認められるのである。然らば、包括一罪において一體性の他に、何故ことさらに筆者は個別性の觀念を持ち出すのであるか。それは、一體性が存在しても、それ故に直ちに單一性があるのではない。一體的でありつゝ同時に個別的であるとき、單一性が認められるのである。個別性とは何を意味するかは、包括一罪の成立要件を究明する次の節において、更に説明されるであらう。

### 三

問題の考察に入る準備の段階として、先づ、行爲の數と、被害者の數、充足する構成要件との關係様式を當面の考察に必要とされる範圍に限つて表示することにしよう。



以上の如く表示しこれに各場合について結果の一個と數個を結合すれば、どの場合に一罪が成立し、どの場合に數罪が成立するかゞ一應識別されるかの如くである。併し乍ら、行爲の數と犯罪の數とを一致せしめる見解あり、それは對照的に行爲の數と犯罪の數を別個に觀念する見解あり、更に行爲の數それ自體を何を基準として確定するかゞ問題たるのである。一行爲一犯罪説にあつては、數行爲を何らかの標準において一行爲を形象し、(例えば事實上は數行爲ではあるが法律上は一行爲であるとして概念構成をする)その上で一罪の成立を認めるのである。それに對し、犯罪の數と行爲の數とを別個に解する學説においては、數個の行爲を認めつゝも、他の觀點において犯罪の單一性を結論するのである。このように、表示における簡明は決して事實の決定を簡明にするのではない。

包括一罪は數行爲において一個の犯罪の成立する場合である。そこで包括一罪の成立を吟味するに際し、その前提

として、そも一行爲、數行爲は何を基準として定められるかを検討しなければならない。迂路を漫歩する如きであるが本問題の考察に際しては一應處理しなければならぬものであらう。先づ、一個の意思において一行爲を認め得られるか、については既に一般に指摘せられる如くそれ自體として曖昧であつて外部的行動を何らの意味において指標としなければならないのであり、従つて行爲の基準としては充分ではない。結果を基準として一結果一行爲とすることが事實に適しないことは明瞭である。殊に結果を伴わないところの所持行爲それ自體を犯罪とする所持罪に至つては、この基準は所持自體を結果と同一に考えなければならぬ。従つて所持の數はこれを結果以外の別の基準に求めなければならぬことになる。行爲の數の決定はかくて一個の問題である。この問題を解くに當つて、所持行爲の個數は如何に決定せられるかの判例の見解は、今、これを參考とするに充分の意義を持つであらう。

所持という行爲乃至容態が一個あるのか、數個あるのかを決定するのは、必ずしも人と物との間に存在する實力支配關係にあるのではなく、その行爲乃至容態そのものの形態が社會生活上有する個別性的意義にあるといわなければならない。そしてこの社會生活上における行爲の個別性的意義はかゝる數的衡量を必要ならしめる社會生活上の要求に立脚して殊に所持を犯罪として觀察する場合においては、その刑罰法規手續規定等の立法の目的に立脚してのみ正當に理解し得るのである。だから所持の個別性を決定せんとするにも、かゝる觀點に立つてその行爲乃至容態の形態を、內心的、物理的、時間的、空間的關係はもとよりその他各場合における諸般の事情に従つて仔細に考察して、通常人ならば何人も首肯するであらうところ、すなわち社會通念によつて、それが人と物との間に存する實力支配關係を客觀的に表明するに足る個別性を有するか否かを究め、そこに一個の所持があるか、數個獨立の所持があるかを決定しなければならない。

この様な見解に對しては又、別の所見があり得る。現に眞野毅裁判官はこれに批判を下し別の自説を展開せられるのである。曰く

これらの見解は、いかめしい盛澤山な實に雜多な基準を漫然と並べ掲げているに過ぎず、少しも明確な基準を示していない。ま

包括一罪における一體の個別性の觀念について

たこれを示すことは、甚だ困難なことである。従つて、これを實際に適用していく場合には、事實審でも法律審でも、不便の上なく極めて非實際的・非現實的である。……状態は常に一定の時を基準としてのみ具體化する。従つて、状態犯を具體的に處罰するに當つては、一定の時を基準として觀察することを要する。まず、ある一定時において、空間的の横の關係において存在する同一犯罪の對象たる數多の目的物についての各所持は一體の所持として眺めることができる。次に、時間的の縦の關係において各目的物についての所持は、それぞれ繼續的・一體の所持として眺めることができる。次に、さらにこの縦の關係と横の關係を連結すれば、數多の目的物についての各所持とこれらの各所持にまで中斷することなく繼續する過去における各瞬間毎の各所持は統一ある姿に纏められた一體の所持として觀察することができる。……その各所持のいかなる部分を捉えて引つ張つてみても、常に一體としてついて來るこの全體を一體化した所持として把握するものである。（昭和二十四年五月最高裁大法廷判決、最）  
（高裁刑集第三卷第六號七九六頁參照）

眞野判事の見解は、「一定の時を基準としてのみ具體化する」と云われるのではあるが結局において時間と空間とを結合してそこに一體性を見究めようとするにある。唯時間に重點がおかれているのである。併し乍ら、この基準のみで果して所持罪の單複の決定が常に妥當するかは疑問としなければならない。現に原審は空間において包括性を、時間において繼續性を、この兩者において一罪を觀念したのである。問題は空間の限定であり、時間の限定をどこに置くかである。更に、眞野判事は、上記引用文の中で示されている如く、

「空間的の横の關係において存在する同一犯罪の對象たる數多の目的物についての各所持は一體の所持として眺めることができる。」

とされるのであるが、同一犯罪において一體性を認めることができるとしても、實は同一犯罪であるか否か、そのことと自體が問題となるのである。更に同一犯罪において對象たる數多の目的物が一體性を爲すとしても、その一體性の概念自體が又問題である。

一所持を一定時間と一定空間における物體の實力支配關係と見ることは原則的に正しい、としなければならない。

この事件における問題は、物體の實力支配關係を自然的物理的に觀念するか、法律的に觀念するかにある。隠匿することも實力支配である以上、物理的には確かに一個の所持であらう。併し乍ら、隠匿することによつて法的處分から脱れた物體を別の機會に所持することが、新しい別個の所持ではない、とすることは餘りにも物理的に過ぎると云はなければならぬであらう。或いは又、それは、所有權關係における所有の觀念と所持罪における所持の觀念との混同があるのではないかと思はれる。更に、眞野判事の云われる「一體性」の觀念についても、それが物理的一體性を意味するか、法的觀念における一體性を意味するかを吟味しなければならない。

以上の如く考えられるとすれば、眞野判事の見解と共に、多數說の見解にも充分に尊重すべき趣旨があるのである。唯、多數說の強調する社會通念は、所持數決定の基準ではなく、原則を補充するものと考えるべきではなからうか。以上の検討において、筆者は、原則として、一定時間と一定場所における身體の外部的動作が一行爲であるという、極めて簡単な結論に達する。(尤もこのような概念において一定時間とは、物理的瞬間的時間を意味するのではなく行爲の性質によつて自らその長短について多様性を生ずるわけである。)

極めて粗雑ではあるが、前提的吟味は一應これを打切つて、かねて豫定した問題に前進しなければならない。さて、所謂、事實的包括一罪、包括的單純一罪として認められる場合それは如何なる事情において成立するのであるか。既に述べた如く包括的單純一罪の認められる場合決して一樣ではないのであるから、こゝでは、從來の連續犯との對比において、連續的行爲において包括一罪の肯定せられる場合を考察することを重ねて斷つておく。

佐伯千仞博士は今日もなお原則的に連續一罪の存在を認むべしとして、その場合の要件を挙げられるのであつた。

(イ) 範圍を限縮した同一罪名に該當する場合

(ロ) 各行爲は連續して行われること

(ハ) それが同じ形式又は方法で行われること

包括一罪における一體적個性の觀念について

(ニ) 同一の事情又は機會において行われること

(ホ) その向けられる被害法益の同一性が存すること

(ヘ) 行爲者の責任が各行爲について同様のものであること(前掲書、連續犯) 三三八頁参照

今日、判例が連續行爲において包括一罪を認める場合の要件も既に記した如く殆どこれと大同小異である。唯、判例は意思の單一又は繼續を一要件としておるものが多い。併しこれは既に批判されている如く(小野博士新訂刑法講義總論二八二頁参照)實質上意味を持つものではない。併しながら、たゞ要件を列擧するだけでは、こゝで考察する意味を持たない。筆者においても尙、一應、包括一罪の要件を考察し、何故かゝる要件において一罪の成立をみるかその理由を検討しなければならぬ。

先づ、以下論じようとするところの趣旨を簡単に要約すれば次の如くなる。即ち、

イ 構成要件の同一性、行爲の態様の一樣性、行爲事情の同一性、行爲の連續性等々によつて多數結果の一體性が成立する。

ロ 被害者が一體的同一の數人若くは單一人であることによつて多數結果が一體性と共に個別性を有するに至る。

ハ 多數結果の一體性と個別性によつて結果の單一性が成立する。

ニ 多數結果の單一性によつて犯罪は一罪とみられる。

以下の検討においては、上記の中、その意義において重要と考えられるものについてのみ考察することにした。

(1) 連續する數個の行爲において一罪の成立するためには數個の行爲は各、同一の構成要件に該當しなほ結果が一體性を構成しなければならぬ。

一定の行爲が如何なる犯罪を構成するかは構成要件を離れては考えられない。併し、既に觸れた如く、それは違法行爲の限定的類型であつて、犯罪を類別化し個性化する基準であるとしてもそれは、直ちに犯罪の數を計量する基準たるものではない。併し乍ら犯罪の數は先づ犯罪の性質についての個性化が前提とならなければならぬ。多數の行

爲が各、異種の構成要件に該當するとき、犯罪の同一性は得られない。併し多數行爲が同一の構成要件に該當することを以て直ちに犯罪の單一性が得られるのではない。從來の連續犯もこのような條件を備え乍ら現在これを一罪としないことによつてもこの事理は明かである。しかし乍ら、構成要件が同一であることは、多數行爲が同一性質であることを示し、被侵害法益の同一であることを意味し、又、數結果が同一であることを意味する。これは、他の要件と相俟つて、行爲又は結果の一體性を構成する要件であると言ひ得る。問題は同一の構成要件の觀念の下にその範圍を如何にするかであるが、既に小野博士、佐伯博士等の説かれる如くその基本的類型と加重減輕形式、既遂とその修正形式たる未遂との範圍に限定さるべきであらう。

更に注意すべき問題は結果の一體性の問題である。構成要件を數回に亘つて充足せしめるのであるから數個の結果が生ずるのは勿論である。この數個の結果が全體として一體性を有することは、これにより一罪の成立を認めることの前提條件である。然らば數個の結果において一體性が認められるのは如何なる事情によるのであるか。

接續犯の行爲が不可分的な連續性を有するのと異り、連續的な數個の行爲は各々個別性を有する。その意味において數個の結果も亦各々に個別性を有するのではないかと考えられる。併し乍ら、數個の行爲の故に、直ちに、結果の一體性が存在し得ない、とすることはできない。即ち、法益が同一であるとき行爲の態様が同一性を有するとき、行爲における同様の事情、行爲が連續的反複性を有するとき、又、被害者が同一人であるとき、それらの同一性によつて統一、集約、結合せられて、數個の結果が一體性を有することになり全體として一個の個別性を備え、かくして單一性を認め得るのである。

僅二時間餘りの短時間内に同一場所で同一機會を利用して一回三俵づゝ前後三回に亘つて米俵を窃取したという事例がある。判例はそれが全く同種の動作であり、單一の犯意の發現たる一連の動作であるから單一の窃盜罪が成立する、とした（昭和二十四年七月最高裁判決、高裁）（刑集第三卷第八號一三七三頁參照）。この事例は接續犯に近いのであるが、別個の連續行爲による犯罪とも



見られるのである。この場合一罪とするのは、一回三俵づゝ三回の窃盜行爲を、一回九俵と換算することにおいて單一行爲とするのではなく、一回の行爲はそれぞれ個別性を認めつゝ、尙、三回全體において結果の一體性と個別性を觀念し單一罪と認め得るのである。

結果の單一性の特長において從來の所謂連續犯と異なる。從來の連續犯の概念構成において結果の單一性を要件とする者もあるが小數說であり、これを要件としないのが、我國においても通說である。即ち、連續犯は、各連續行爲が個別性を有ち、各結果が個別性を有つ故に包括一罪の如き單一性を持つに至らないのである。

(2) 數回の行爲において毎回被害者が同一人若くは單一人であることを要する。

同一人という意味は嚴密に云つて單一人ということではない。從來の連續犯の理解においてその被害者が單一人であることを要するや否やについて學說にも對立するものがあり、判例にも變遷があつた。即ち、(イ)專屬法益のみならずその他の法益にあつても被害者は單一人でなければならぬとする見解、(ロ)專屬法益に關する限り被害者は單一人であることを要するが、他の法益に關しては必ずしもこれを要件としない見解、(ハ)專屬法益についても他の法益同様に單一たることを要しないとする見解、即ち今其法益はたとい數個にして數多の被害者に屬する場合と雖も連續犯たるを妨ぐべき理由なし(明治四十五年二月大審院判決)等がある。

連續犯の解釋としては、上記の如く多數の被害者の存在が許されたわけである。併し、多數の被害者という點においては更に考慮されなければならない。即ち、數個の行爲において、各個の行爲毎に被害者が異なるという事情における被害者の多數の場合と、各個の行爲毎に數多の被害者があつるが、毎回被害者は同一人である場合とは區別されなければならない。前者の場合においては、併し、包括一罪の成立は否定しなければならない。後者の場合にあつては、それが專屬法益でないという限定の下に包括一罪の成立を肯定してよからうと思はれる。前者においては、結果の一體的個別性を認めるに困難であるに對し、後者の場合においてはむしろ結果の一體的個別性を認めることが出来るか

らである。尤も、毎回の行爲において被害を受ける數多の人が如何なる事情にあるかによつても異るとしなければならぬであらう。即ち、數多の人が一體的な連結状態にある如き場合は、その一體性が強化される。例えば、多數人によつて納税組合が組織されている場合、多數人からの納税金の保管に當る者が、數回に亘つて横領をなした場合の如き、又は、同一場所における多數人の脱衣箱の中から、連續的に數回に亘つて衣類を盗取する場合の如き、被害者は各行爲毎に多數人でありつゝ、一體性を有することによつて毎回同一人であるわけである。

同一人の意義において、「同じ一人」と解するか、「同一の人」と解するかに依つて異なる。筆者は包括一罪の成立においては、專屬法益においては「同じ一人」の場合、他の法益においては「同じ一人」及び「一體性を有する同一の數人」の場合に限られるものと解する。包括一罪における被害者の特定は、單一罪成立のための最も重要な要件である、としなければならぬ。何となれば、この要件において多數の結果が集約包括せられて、個別性を有することになり結果の單一性を成立せしめるからである

(3) 數回の行爲において毎回共行爲の態様において一樣性を有すること。

(4) 數回の行爲が、毎回同様の事情において行われること。

(5) 數回の行爲が連續的反覆的に行われること。(接續犯にあつては同一の機會短時間に行われることを要するが、包括一罪にあつては必ずしもこれを要件としない、と考へべきであらう。)

以上の(3)(4)(5)の要件は、結果の發生する以前の行爲に着眼された要件である。これらの要件において犯罪行爲自體の一體性を認め且つ、結果の一體性の成立を肯定しようとするにある。(3)における行然の態様の一樣性、(4)における同様の事情、(5)における連續的反覆的等の概念は、これを細かく論ずれば具體的事例においては可成り問題があり、その決定においてかなりの幅が生ずるものであり、社會觀念に訴へなければならぬものがあらう。併しこれらについては、三者が常に揃つて單一罪の成立のための不可缺的要件たるのではない。

(これらの要件の他に包括的一罪を成立せしめる重要な要件として、意思の單一性乃至繼續性を擧げる者がある。前記の通り判例は常にこの表現を用いる。併し乍ら筆者の見解によれば、罪數の決定において上記の客觀的要件の他に、特に意思についての要件を追加しなければならぬ理由はないのである。通常意思説の批判において云はれる趣旨に賛成しつゝ尙、更に、意思の單一性乃至繼續性の概念を以てしては、從來の所謂連續犯と包括一罪との區別が出来ないことを、附加しよう。)

(6) 法規定の趣旨によつて判斷し一罪と認めるに相當するものでなければならぬ。

この點については、ことわるまでもなく、既に以前より注意されるところのものであり、筆者が既に引用した勞働基準法違反事件、所持禁止令違反事件等の判決においても、明記されるところである。一罪の概念が法的規範的概念であることは云うまでもなく、又、法的規範的概念と雖も、自然的事實的、社會的概念の基礎に立つて構成されることも云うまでもない。併し法は、事實的概念を離れて獨自の概念を構成する場合があることも、亦更めて、言及するまでもない。従つて、一罪數罪の如きは、一見して極めて事實的に決定し得る如き性質のものであるに拘らず、規範的構成を要するのである。それは、一處罰に相當するという如き科刑上の乃至は政策的考慮を離れて法規定の趣旨そのものから生れるところの結果たるのである。法が何故に、斯る行爲を犯罪とするかについて考慮することは、一定事實を法的に評價する場合重要な意味を有つとしなければならない。即ち、或る一定の行爲が一罪としての意味を與えられるか否かは、單に構成要件その他の諸要件によつて規定せられるのみではなく、立法の趣旨によつても限定され、と考へなければならぬ。別言すれば、一體性、個別性の觀念が法規定によつて制約される、ということである。

#### 四

以上において極めて不充分ではあつたが、連續的行爲において包括的單純一罪の認められる場合の諸要素と要件に

ついで吟味して來たのであつた。そのことは同時に、接續犯及び從來の連續犯の如き極めて接近する犯罪行爲の型態との比較をも極めて簡單乍ら併せて爲すことになつた。これらの検討の結果、連續的行爲における包括一罪は結局、結果の單一性にその特質を有するもの、と云わざるを得ないのである。一罪を成立せしめる諸要件は畢竟するにこの結果の單一性を招來せしめるものであつたわけである。かゝる觀點に立つとき、從來連續犯として處理せられたものの中、それが結果の單一性の故に今や包括一罪と斷ぜられるものがあることの理由を諒解し得ると思う。この意味においては從來の連續犯が尙今も生きてゐるということにならう。然し乍ら、それが故に從來、廣く認められた連續犯が、そのまゝの姿において一罪と處理されてゐるとは、勿論、言い難いのである。寧ろ、從來も結果の單一性の故に包括一罪と斷じられたものの同一範域においてあつた連續犯を、單純一罪の本來の自己の領域に住み込みしめたものである、と云うべきではないであらうか。

筆者は罪數の基準に關しては次のように考えたい。即ち、構成要件を一回充足せしめることにおいて一罪が成立する。何を以て一回の充足を判定するかは結果の數による。結果の數は、自然的物理的に計數するのではなく、一體の個性の觀念を媒介することによつて單一性ある場合これを一個の結果と認めるのである。以上は、從來、既に先人によつて說かれるところを一步も出るものではない。併し結果をこのように觀察することによつて、構成要件充足說到對する非難に應えることはできないであらうか。

罪數の問題の懸るところ、それは刑罰論に涉ることは既に屢々云はれるところである。科刑における政策的考慮に基いて一處罰に相當するものを一罪とすることも勿論考えらるべきことである。又、多數犯罪は多數罪と認めつゝ、尙、これに對しても一罰を以てするかは、刑事政策上の問題である。我々は一應量刑的考慮を離れて、犯罪理論において罪數を決定し、然る上で政策的考慮を拂うべきことの妥當を信ずるものである。メツガーも次のように云う。

△丁度、全刑法理論の分野が犯罪理論と刑罰理論に分けられるように、刑法第七三條の所謂觀念的競合は構成要件の問題に刑法第七四條の所謂實質的競合は量刑の問題に數えられる。我々は犯罪理論の中において併合罪理論を論じてはいるが併し、同時に次の刑罰論の問題を導入することになる》(Mezgar, Strafrecht. s. 457)