

摂南法学第 51・52 号抜刷

February 2016.

同一被害者に対する時間的・場所的離隔を伴う  
傷害結果の罪数関係 (1)

小 野 晃 正

## 同一被害者に対する時間的・場所的離隔を伴う 傷害結果の罪数関係 (1)

小野 晃正

- 1 はじめに
- 2 刑法典上における包括一罪の意義
- 3 時間的・場所的離隔と包括一罪をめぐる裁判例
- 4 学説における包括一罪の判断事情(以上、本号)
- 5 考察
- 6 おわりに

### 1 はじめに

時間的・場所的に近接した同一機会に、同一の意思内容に基づいて、同一被害者に対して複数個の傷害を与えた場合、傷害の構成要件に形式上数回該当しているようにも見える。そうであるとはいえ、かような事案についてこれを数罪、なかんずく、併合罪として処理することは通常ない。すなわち、一罪として処理することになる<sup>1</sup>。併合罪として加重処罰するまでもないからである。

もっとも、こうした処理が理論的になぜ許されるのか。この疑問に対する明確な回答は、学説において近時まで必ずしも用意されてこなかった。その背景として、戦前から有力な学説において、罪数を犯罪論に位置づけるのではなく、政策的考慮を許容する刑罰論に位置づける傾向があったことも影響していよう<sup>2</sup>。そのため、罪数論については、刑罰適用上合目的配慮をすれば足りるとの認識から、他の争点よりも理論的考察が遅れていた<sup>3</sup>。他方、戦

<sup>1</sup> 山口厚「判批」刑ジャ18号(2009)81頁以下。

<sup>2</sup> たとえば、罪数論を刑罰論に位置付ける体系書として、瀧川幸辰・犯罪論序説(1947)、小野清一郎・新訂刑法講義総論(増補版・1950)、不破武夫=井上正治・刑法総論(1955)、坂本武志・刑法講義案(総論)(1958)、植松正・刑法概論I総論(再訂版・1974)、藤木英雄・刑法講義総論(1975)。

<sup>3</sup> 中山研一「刑事法学の動き」法時59巻5号(1987)138頁、大塚仁ほか編・大コンメンター

後において罪数、とりわけ一罪の構造に関する研究は1970年代後半から虫明満教授により肅々と進められてはいたが<sup>4</sup>、犯罪論上主要な争点となり得ていなかった。しかしながら、近年、いわゆる「街頭募金詐欺」事件（最決平成22年3月17日刑集64巻2号111頁）<sup>5</sup>の登場を機に、一罪の構造に関する研究が再び盛んになった。「街頭募金詐欺」事件最高裁決定が、学説上ほぼ一致して数罪（併合罪）と解されてきた被害法益の単一性がない事案を（包括）一罪と判断したためである<sup>6</sup>。

こうした情勢のなかでさらに一石を投じるべく新たに登場した事案が、最決平成26年3月17日刑集68巻3号368頁<sup>7</sup>である。争点は、数ヶ月もの時間的離隔に加え、さらに数十キロメートルの場所的離隔をも伴う同一被害者に対する暴行の反復累行から生じた複数の傷害結果を、傷害の一罪として処理

---

ル刑法4巻（第3版・2013）167頁〔中山善房〕、および、拙稿「罪数論」伊東研祐＝松宮孝明編・リーディングス刑法（2015）369頁。

<sup>4</sup> 虫明満「連続一罪の構成（1）」名法73巻（1977）45頁を皮切りに、同「法条競合と包括一罪（1）～（4・完）」香川5巻2号（1985）109頁以下等を収蔵した、一罪の構造に関する総合的研究書として、同「包括一罪の研究（1992）」が公刊されている。

<sup>5</sup> 本件を取り扱う評釈や文献として、早瀬宏毅「判解」研修743号（2010）13頁、松宮孝明「判解」法セ667号（2010）123頁、同「詐欺罪の罪数について」立命329号（2010）1頁以下、拙稿「組織的な募金詐欺における犯罪の個数」阪法60巻2号（2010）187頁、古江頼隆「街頭募金詐欺と包括一罪」刑ジャ25号（2010）80頁、佐久間修「第三者を利用した詐欺」研修750号（2010）3頁、青木陽介「包括一罪に関する議論の新動向（1）」上法54巻2号（2011）138頁、同「包括一罪に関する議論の新動向（2・完）」上法54巻3号＝4号（2011）120頁、滝沢誠「判批」専修ロー6号（2011）285頁、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第1巻（2011）23頁以下、亀井源太郎「判解」判例セレクト2010 I（2011）33頁、玄守道「判解」速報判例解説9号（2011）159頁、渡辺咲子「判解」ジュリ1420号（平成22年度重判）（2011）206頁、島田聡一郎「判評」ジュリ1429号（2011）144頁、丸山雅夫「判批」判時2154号174頁、同「連続的包括一罪－街頭募金詐欺の罪数」南山36巻2号（2012）175頁以下、家令和典・曹時65巻2号（2012）263頁、只木誠「包括一罪か併合罪か（2）」山口＝佐伯編刑法判例百選 I 総論（第7版・2014）204頁、橋爪隆「包括一罪の意義について」法教419号（2015）110頁など。

<sup>6</sup> すなわち、それまでの学説のほぼ全ては、犯人の同一かつ継続した意思、および、それに基づく継続性のある欺罔行為が認められても、個々の人格と分離しうる一身専属的法益ではない財産が保護法益である以上、管理権が同一である場合を除き、被害法益の単一性に欠けるため、一罪として評価できないと解していた。

<sup>7</sup> 本件を取り扱う評釈として、中島宏「判解」法セ714号（2014）134頁、拙稿「判批」刑ジャ42号（2014）85頁、山本雅昭「判解」判例セレクト2014 I（2015）31頁、高倉新喜「判解」前掲判例セレクト2014 II 39頁、丸山「判解」ジュリ1479号（平成26年度重判）（2015）161頁、宮木康博「判解」前掲ジュリ1479号185頁、本田稔「判解」法セ720号（2015）119頁、橋爪・前掲法教419号114頁、松澤伸「判評」判時2262号（2015）246頁（判例評論679号12頁）、吉川崇「判解」警察学論集68巻3号（2015）177頁、西山卓爾「判研」研修800号（2015）77頁、岡田志乃布「判解」捜査研究776号（2015）2頁など。

できるか、というものである。かりに連続犯規定(旧55条)<sup>8</sup>が存在していれば、連続犯という科刑上一罪(数罪)として処理されうる事案であることは想像に難くない。しかし、連続犯規定が削除された現在において、学説はこの種の事案の罪数処理について包括一罪としうる理論的説明を提示してこなかった。「街頭募金詐欺」事件最高裁決定と同様、ここでも最高裁が学説に先行したのである<sup>9</sup>。

本稿の検討対象は、かような同一被害者に対する時間的・場所的離隔を伴う種々の傷害結果の罪数関係である。検討するにあたって、まず刑法典における一罪の位置づけを確認したうえで、行為の反復累行と一罪が問題となった裁判例を概観し、判例における包括一罪の判断要素を抽出したうえで、前掲最決平成26年3月17日の当否についても、近時の罪数学説の動向を踏まえながら、若干の考察を加える<sup>10</sup>。

<sup>8</sup> わが国の刑法典には、数罪の一種である科刑上一罪として処理する連続犯規定(刑法典旧55条「連続シタル數個ノ行為ニシテ同一ノ罪名ニ触ルルトキハ一罪トシテ之ヲ処断ス」)が存在した。この規定によれば、同種の行為が反復継続された場合、その時間的・場所的が甚だしくとも、数罪としての科刑上一罪を認めることができる。そのため戦前の実務では、わが国の刑罰法規における法定刑の範囲が新派の影響の下で広範に定められていたこともあり、罪名を超え、たとえば財産犯(窃盗、強盗および恐喝)の括りで広く連続犯が承認されてきた。しかし、その反射的效果として連続犯とされる犯罪群には既判力が生じる。そのため、刑事手続法改正で捜査期間が著しく制約された戦後にあつては、連続犯として既判力の及びうる重大な犯罪が、捜査の制約上処罰の取りこぼしが生じかねないと考えられ、連続犯は削除された。その結果、戦前の連続犯とされた類型は併合罪として、処断刑が加重されるようになっていた。なお、連続犯については、佐伯千仞「連続犯」刑事法の理論と現実(1)(小野清一郎博士還暦記念)(1951)293頁、小野清一郎「連続犯と包括一罪(検察研究所資料第51号)(1952)1頁、大塚仁・注解刑法(増補第2版・1977)361頁、虫明満「連続一罪の構成(1・2完)」名大法政論集73・74号(1978)、大塚仁ほか編・大コメンタール刑法(第3版・2013)367頁以下[中谷雄二郎]参照。

<sup>9</sup> もっとも、最高裁は学説に先行して理論的根拠の提示に成功しているわけではない。

<sup>10</sup> 本決定は、包括一罪の成立範囲に加えて、包括一罪における訴因の特定(刑訴法256条3項)についても次のように判示している。すなわち、「いずれの事件も、……罪となるべき事実は、その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との区別が可能であり、また、それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはない。もっとも、本稿では紙幅の制約上、本件で争われた包括一罪における訴因の特定については触れない。なお、本件におけるこの問題を取り扱う解説として、中島・前掲法セ714号134頁、および、匿名による「判解」判時2229号(2014)112頁以下がある。

## 2 刑法典上における包括一罪の意義

(1) 刑法典第9章「併合罪」は、一人の行為者が「二個以上の罪」(数罪)を行った場合、科刑上如何なる処理をすべきかについて定める。そこでは一罪と数罪の区別(46条)を前提に、数罪の成立要件、すなわち、併合罪の要件やその加重等に関する規定(45条以下)、および、数罪でありながら一罪として処理される科刑上一罪の成立要件と効果に関する規定(54条)が定められている。これらの規定上、併合罪が認められると自由刑の処断が加重されるため、処断刑の加重がない一罪と併合罪をどう区別するかが問題となる。ところが、刑法典には、数罪たる科刑上一罪の成立要件について詳細な規定が存在するものの、一罪の成立要件そのものに関する積極規定は存在しない。すなわち、刑法典は一罪の成立要件の全てを解釈に委ねている。

(2) こうした事情もあり、すでに戦前から複数の同一的行為が同一構成要件を複数回充足したとしても、併合罪として加重するまでもないと考えられる事案については、複数行為の実質的一体性を根拠に、解釈上、包括的に観察して一罪として処理を行ってきた。かような一罪を学説では「包括一罪」とよぶ。すなわち、包括一罪は刑法典上の明文規定をもたない解釈上承認された判例法理である。したがって、包括一罪とは、数個の構成要件該当事実があるにもかかわらず、複数行為の実質的一体性の見地から、併合罪とせず、その全体を法的に一括評価して一罪処理する場合をいう。

(3) 他方、数罪が包括一罪かという問題は、こうした刑事実体法上の法的効果の問題に尽きるものではない。刑事手続法上の法的効果にも影響を及ぼす<sup>11</sup>。たとえば、包括一罪は併合罪のような加重処断がなく被告人に有利である反面、公訴時効は行為の最終時点から起算されるため、被告人にとって複数の行為を個別的に評価すれば既に公訴時効に達している行為でも包括一罪として処理すると、公訴時効の起算点は後方にずれ可罰的となり不利に働く。これに対して、包括一罪は、訴追側にとって一事不再理(既判力)の範囲が広がる点で公訴の提起が制約される反面、公訴事実 to 個々の犯罪事実を明示せずに、犯行の始終、場所・回数等を包括的に掲げて起訴できるため、立証の負担が軽減される利点もある。

(4) かようにして、包括一罪と数罪はどう区別されるのか、すなわち、包

<sup>11</sup> 奈良俊夫・概説刑法総論(第3版・1998)348頁、松宮孝明・刑法総論講義(第4版・2009)334頁。

括一罪の成立範囲・限界が、実体法上のみならず手続法上も問題となるのである。その際、包括一罪においては数個の構成要件該当事実がありながら、個別行為の実質的一体性の見地から併合罪加重をしない根拠もあわせて考察する必要がある。そこで、以下ではこうした問題を検討するうえで参考となる時間的・場所的離隔と包括一罪をめぐる裁判例を概観しよう。

### 3 時間的・場所的離隔と包括一罪をめぐる裁判例

#### (一) 最決平成 26 年 3 月 17 日の概要

まずは、近時における包括一罪の議論にさらなる一石を投じることになった最高裁平成 26 年 3 月 17 日決定からみることにしよう。

(1) 被告人甲は、平成 14 年 1 月頃から同年 2 月上旬頃までの間、被害者 A に対して、同方において多数回にわたり、その両手を点火中の石油ストーブの上に押し付けるなどの暴行を加えて同人に傷害を負わせた。

また、甲は、共犯者と共謀の上、平成 14 年 1 月頃から同年 4 月上旬頃までの間、A に対して、同方において多数回にわたり、その下半身を金属製バットで殴打するなどの暴行を加えて同人に傷害を負わせた(A 事件)。

さらに、甲は、共犯者らと共謀の上、平成 18 年 9 月中旬頃から同年 10 月 18 日頃までの間、大阪市西成区及び堺市堺区等の路上を走行あるいは駐車中の自動車内及びその付近の路上等において、被害者 E の頭部や左耳を手拳やスプレー缶で殴打し、下半身に燃料をかけ、ライターで点火して燃上させ、頭部を足蹴にし、顔面をプラスチック製の角材で殴打するなどの暴行を多数回にわたり繰り返して同人に傷害を負わせた(E 事件)。

この事案について、原原審および原審は、上記の両事実につき、被告人が暴力を通じて被害者を肉体的・精神的に支配していたことを前提に、共通した動機に基づいて、一定の場所において、被害者の身体を金属で殴打し、あるいは、熱傷させるなど特徴的な態様を含む同種暴行の反復累行から生じたこと認定し、本件傷害を包括一罪として処理した。これに対して、弁護人は、原判決等における包括一罪の認定が最高裁判例に違反するなど主張して上告した。

(2) 最高裁は、原原審および原審において争われていた「個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係」につき、これを「個々に特定することはできない」と職権で判断した。そのうえで、「いずれの事件も、

約4か月間又は約1か月間という一定の期間内に、被告人が、被害者との上記のような人間関係を背景として、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ、主として同態様の暴行を反復累行し、その結果、個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係を個々に特定することはできないものの、結局は一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせたというものであり、そのような事情に鑑みると、それぞれ、その全体を一体のものとして評価し、包括して一罪と解することができる。」との理由を掲げて上告を棄却している。

(3) 上述のように、最高裁は上記事案で複数の傷害全体を一体的に包括評価した。なるほど、被害者が同一であること、同態様行為の反復、および、動機の共通性などは、包括一罪を導く上で積極的に作用する事情であろう。しかし、本件は個々の暴行や傷害結果の実質的一体性、とりわけ、犯意の同一性を判断するうえで、必ずしも積極的に作用しない次の特殊事情を伴っていた。すなわち、①暴行の反復累行が1ヶ月間または4ヶ月間というある程度長い期間にわたっていること(A、E事件)、および、②個別機会の暴行がある程度距離を隔てた場所で実行されていること(E事件)により、個別の暴行・傷害について別異の非難を要するのではないか、という刑事実体法上の特殊事情である。さらに本件には、③個別の暴行と傷害発生との対応関係を個々に特定することが困難であること、すなわち、数罪を立証できるだけの犯行特定が困難であるという刑事手続法上の特殊性も存在した。

したがって、こうした特殊事情の下でなおも包括一罪とした本決定が、従前の裁判例により認められてきた包括一罪に関する判例法理と整合的であるかがまず問題となる。また、本決定が示す複数行為の実質的一体性を基礎づける事情として取り上げた準則は、犯罪論上どう位置付けられるのかも問われる。さらに、上述した刑事手続法上の特殊事情が包括一罪の成否に影響を与えることを許容すべきか、もっといえば、数罪か一罪かを決する要件ないし事情としてよいのかについても検討されなければならない。

## (二) 最決平成26年3月17日以前の裁判例

(1) まず、最決平成26年3月17日と同様に、同一被害者に対する時間的・場所的離隔をともなう暴行の反復累行に基づく傷害罪の罪数をめぐっては、大判大正5年7月11日刑録22巻1237頁が「同一ノ意思ノ発動ニ基キ数個ノ挙動ヲ以テ同一人ニ対シ暴行ヲ加ヘ其身体ヲ傷害シタル場合ニ於テハ数個ノ

挙動ハ之ヲ包括シテ一個ノ傷害行為と観スルヲ相当ト」すると判示している点が参考となる。ここでは、個別行為の実質的一体性を判断する事情として、同一意思の発動、すなわち、犯意の同一性が考慮されている。

また、広島高岡山支判昭和 29 年 3 月 16 日高検速報昭和 29 年 10 号<sup>12</sup>は、数個の暴行が 50 メートルほどの隔たりをもってなされた事案につき、同一犯意による意思の継続を理由に全体的に観察して傷害の一罪を認める。他方、東京高判昭 52 年 10 月 24 日刑月 9 卷 9 = 10 号 636 頁も、数十分の間隔をおき 2 階の部屋と 3 階の部屋で相次いでなされた暴行から生じた傷害を、行為態様や犯意の同一性を根拠に傷害の包括一罪とする。これらの戦後の裁判例は、傷害の包括一罪を認める事情として、主観的な犯意の同一性に加え、客観的な犯行態様の同一性も考慮する。

もっとも、上記の事案は、傷害が同一日になされ、場所的離隔もわずかである事情をふまえると、時間的・場所的近接性から犯意の同一性が容易に認定できる事案であった。ところが前掲最高裁平成 26 年決定の場合、前述のとおり、時間的・場所的離隔を伴う。そのため、上記裁判例と単純に比較することはできない。

(2) こうした時間的・場所的離隔につき、傷害ではなく謀殺の事案ではあるものの、大判昭和 13 年 12 月 23 日刑集 17 卷 980 頁の事案が注目される。本件は、わが国で初めて立件された生命保険金詐取目的の殺人事件である。事案は、約 5 ヶ月間にわたり同一被害者に対して日時と東京＝樺太間という犯行場所を異にして、計五個の殺人未遂行為と一個の殺人既遂行為が実行されたというものである。これについて、大審院は「殺害ノ目的ヲ以テ同一人ニ対シ数次ニ攻撃ヲ加ヘ遂ニ殺害ノ目的ヲ達シタル場合其ノ各攻撃カ同一ノ意思発動ニ出テタルモノナルトキハ縦令異ナル日時場所及方法ニ於テ行ハレタリトスルモ之ヲ包括シテ殺人既遂ノ一罪ヲ構成」すると判示した（いわゆる「日大生殺し」事件）。

昭和 13 年当時においては前述のとおり、わが国の刑法典には数罪の一種である科刑上一罪としての連続犯規定が存在した。しかし、こうした規定の存在にもかかわらず、大審院は「日大生殺し」事件において、同一目的のた

<sup>12</sup> 昭和 56 年より以前の高検速報（高等裁判所刑事裁判速報〈各高等検察庁刊〉）は、国立国会図書館にも収蔵されておらず、現在一般に入手困難な状態にある。もっとも、事案の概要は大塚仁ほか編・大コメンタール刑法 10 卷（第 2 版・2007）432 頁〔渡辺咲子〕にて確認可能であり、参照されたい。



め複数行為が同一の意思発動により実行されたことを重視して、複数の殺人の所為を連続犯（数罪）とはせずに（包括）一罪とする旨判示した点は興味深い。

また、最判昭和31年8月3日刑集10巻8号1202頁は、麻薬施用免許をもつ医師の被告人が同一の薬物中毒者に対し、治療目的外で数ヶ月間に数十回の麻薬を施用した事案で「いずれも同一の犯罪構成要件に該当し、……被害法益も同一であるから、単一の犯意にもとづくものと認められるのであって、各所為はそれぞれ包括一罪であると解するのが相当である」とする。

こうした判例からは、時間的・場所的接性が強固であるといえない場合でも、行為態様の類似性（構成要件の同一性）、犯意の同一性、さらに法益主体の同一性（被害法益の同一性）を理由に、複数行為の一体性が考慮されている。こうした判断からは、時間的・場所的接性は、判例上必ずしも複数行為の一体性を判断する直接の事情ではないことになろう。もっとも、これらの事案はいずれも個別の行為と結果の関係が個々に特定可能であって、前掲最高裁平成26年決定のようにその特定が困難である事案とはやや異なる。

(3) この点、個々の行為に対応する被害を具体的に特定できない事案につき、包括一罪を認めた近時の最高裁決定が参考となる。すなわち、最決平成22年3月17日刑集64巻2号111頁（いわゆる「街頭募金詐欺」事件）は、通行人一般に対して約2ヶ月間にわたってなされた街頭募金詐欺の事案において、犯行態様の同一性、犯意の同一・継続性を認定した上で、街頭募金は「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」という特徴がある以上、これを一体のものと評価して包括一罪と解することができるとする。

この街頭募金詐欺事件からは、個々の所為につき併合罪とするだけの立証はできないが、実体法上構成要件の充足が明らかに認められる場合、縮小的に包括一罪として処理したことがうかがえる<sup>13</sup>。また、時間的・場所的接性や法益主体の同一性が包括一罪を認める際の事情として考慮もされていない。

<sup>13</sup> こうした縮小的包括一罪の必要性は、実務家の立場からすでに指摘されていた。たとえば、香城敏磨「罪数概論」獨協61号（2003）15頁以下。

(4) 以上から、同種行為の反復累行と包括一罪をめぐる近時の判例は、複数行為の実質的一体性を根拠に包括一罪を認める準則として、①行為態様の類似性、②犯意の同一性を考慮する反面、時間的・場所的近接性及び法益主体の同一性は必ずしも考慮されていないことがわかる。同様に最決平成 26 年 3 月 17 日も、一定の期間内に、「共通の動機から繰り返し犯意を生じ」て「同態様の暴行を反復累行し」た事情に鑑みて、一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせた全体を一体のものと評価し、包括して一罪と解している。こうした点からすれば、最高裁平成 26 年 3 月 17 日決定も従前の判例となお整合的であると評価できよう。もっとも、上記①および②の要素が包括一罪を認める上で、どのように機能しているのかについては判例から明らかでない。そこで以下では、①行為態様の類似性や②犯意の同一性が、包括一罪を認めるうえで、理論上如何なる役割を果たしているのかについて、学説を概観することにしよう。

#### 4 学説における包括一罪の判断事情

(1) 学説上、一罪か数罪かを定める判断基準として、初期の罪数学説においては事実的要素に着目する見解が鼎立していた。

客観主義的な(裸の)行為説<sup>14</sup>がまず登場した。この行為説は、自然的行為の数に応じて一罪か数罪かを判断する。しかし、こうした考え方によると集合犯や結合犯などの場合に、数行為が存在するにもかかわらず一罪を認めざるをえないという議論の出発点との整合性に問題を抱えていた。

そこで次に登場したのが、(裸の)結果説<sup>15</sup>である。もっとも、事実的な行為客体の不良変更の数に応じて犯罪の単複を判断するこの見解は、一所為数法の説明に窮するものとして広がりやを欠いた。

さらに、犯意の数に応じて犯罪の単複を判断する主観主義的な意思説<sup>16</sup>は、犯意が一貫して継続する犯情の重い計画犯が軽い一罪となるのに対して、犯意が次々に生じて結果を惹起した犯情の軽い激情犯のほうが重い数罪となる矛盾を内包していた。こうした不都合から、いずれの初期学説も支持を広げられなかった。

<sup>14</sup> 大竹武七郎・刑法綱要(増訂11版・1944)197頁以下。

<sup>15</sup> 宮本英脩・刑法大綱(1935)209頁以下、瀧川幸辰・犯罪論序説(1947)257頁。

<sup>16</sup> 江家義男・刑法(総論)(1952)197頁以下。

戦後、犯罪の単複を判断するうえで伝統的通説とされたのは構成要件標準説である。構成要件標準説は、構成要件を一回充足すれば一罪とし、他方で数回充足すれば数罪を認める<sup>17 18 19</sup>。しかし、これに対しては、実行行為を個別的に観察すれば数回の構成要件充足を認めざるをえない場合にも一罪とする実質的論拠を提示していないという批判が提起された<sup>20</sup>。こうした批判を受けて通説は、複数の実行行為を包括的に評価するか否かを判断する際、一つの人格的態度の現れと目せるか、すなわち、複数の実行行為について別異の非難を要しない一つの人格的態度と目せる犯意の同一性を判断事情として導入した<sup>21</sup>。もっとも、人格的態度のような主観的要素を直接捕捉することは困難である以上、これを推認する客観的事情が別途必要となる。

(2) こうしたなかで通説を発展させた次の見解が登場した。すなわち、罪数が「成立した犯罪」の個数の問題である以上、構成要件該当性のみならず、違法性および有責性をもすべて充たした後の段階における問題であり、構成

<sup>17</sup> 小野清一郎・犯罪構成要件の理論（1953）130頁以下。

<sup>18</sup> このほか、目的標準説は、一個の決意に基づく一個の目的到達に向けられた意思の支配があれば一個の犯罪とみる（平場安治・刑法総論講義（1947）172頁）。

<sup>19</sup> とりわけ法益侵害ないし危殆化に重点を置く見解は、法益標準説ともよばれる。この見解は、原則として犯罪の個数を法益侵害の個数に対応させ、犯罪を単なる行為としてではなく「法益侵害ないしその危険性」とみるのである。そうである以上、罪数論においても「法益侵害」をその中核に据えねばならないという（鈴木茂嗣「罪数論」現代刑法講座第3巻（1979）286頁以下、同・刑法総論〔犯罪論〕（2001）245頁以下、山口・刑法総論（第2版・2007）364頁、浅田和茂・刑法総論（補正版・2007）472頁、曾根威彦・刑法総論（第4版・2008）278頁、なお、高橋則夫・刑法総論（2010）478頁参照）。そのため、「構成要件該当性は被害法益ごとに評価・判断されるという見地・認識からは、構成要件評価の回数を決めるにあたり、結果（法益侵害）の個数が決定的に重要な基準になる」なる以上、罪数判断の基準として「一侵害一法益」が原則となろう。

<sup>20</sup> 構成要件標準説に対しては、①一罪か数罪かをめぐる結論を「物語る」ものの、構成要件を数回充足する事実がなぜ一罪となるのかについて「何も物語っていない」という批判（平野龍一「罪数」法セ144号（1968）42頁。同旨として、村崎精一「刑法における法条競合論」金大法学部論集14号（1966）3頁以下、正田満三郎・刑法体系総論（1979）324頁）のほか、②数個の構成要件充足が問題となっている以上、犯罪の単複の実質的基準は構成要件以外の基準によるべきである（山火正則「罪数」福田平ほか編・刑法（2）（1977）109頁、鈴木茂嗣「罪数論」中山研一ほか編・現代刑法講座（1979）286頁）との指摘がなされている。なお、平野・刑法総論Ⅱ（1975）408頁は、罪数を一つの基準だけで決めるのは困難であるとする。

<sup>21</sup> 団藤重光・刑法綱要総論（第3版・1990）441頁、大塚仁「人格的刑法学の構想」法教113号（1990）24頁、同・刑法概説（総論）（第4版・2008）491頁、佐久間修・刑法総論（2009）427頁。さらに、福田平・刑法総論（第4版・2004）302頁、藤木英雄・刑法講義総論（1975）340頁参照。

要件のほか違法と責任にもかかわる<sup>22</sup>。したがって、包括一罪を判断するにあたり、複数の具体的事実の違法内容と責任内容が、それぞれ当該罰条の予定する違法内容および責任内容の範囲内にあるかを検討し（違法・責任内容の一体性）、包括一罪性を判断するという<sup>23</sup>。

その際、違法内容の一体性は、法益主体の同一性<sup>24</sup>、時間的・場所的近接性、および、行為態様の類似性を要件に判断される。すなわち、刑罰法規は一個の法益侵害を予定している以上、数個の法益侵害があった場合には一個の罰条による一回的評価は不可能になる。そのため、違法内容を一個の罰条で評価するには、その要件として被害法益の単一性（法益主体の同一性）が必要になる。他方で、具体的行為状況の如何によっては違法内容に相違が生じることもある。そこで、客観的行為事情として、行為者の同一の地位、行為の同一継続関係および同一の事情を基礎としつつ、「時間的・場所的近接性」が一罪の要件として必要であるとされる<sup>25</sup>。

また、一罪の主観的要件については、罪数は罰条による評価であるから、具体的事実の違法・責任内容が罰条の予定する違法・責任内容の範囲内であれば一罪が認められる。この場合の責任内容の一体性とは、個々の行為として別個の非難を要しない責任の同質性である。これは上述した客観的事情から推認される。こうした責任内容の一体性は、個々の行為として別個の非難を要しないことが必要となるため、犯意の同一性・継続性について、上述した客観的事情から推認されるという<sup>26</sup>。

<sup>22</sup> 虫明満・包括一罪の研究（1990）205頁以下。

<sup>23</sup> 虫明満「連統一罪の構成（2）」名大法政論集74号（昭53）63頁以下、同「包括的一罪」刑法基本講座第4巻（1992）303頁、林幹人「罪数論」刑法理論の現代的展開総論Ⅱ（1990）271頁以下、同・刑法総論（第2版・2010）28頁及び450頁。

<sup>24</sup> 包括一罪の法的構成は諸説あるが、法益主体の同一性を包括一罪の要件とみる見解は学説上支配的である。たとえば、福田平・全訂刑法総論（第5版・2011）306頁以下、大塚（仁）前掲総論491頁、大谷實・新版刑法講義総論（第4版・2012）481頁、中山研一・刑法総論（1982）526頁以下、曾根威彦・刑法総論（第4版・2008）279頁、川端博・刑法総論（第3版・2013）646頁、浅田和茂・刑法総論（補正版・2007）477頁、虫明・前掲包括一罪の研究206頁以下、伊東研祐・刑法講義総論（2010）399頁以下、林幹人・刑法総論（第2版・2008）451頁、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志・注釈刑法第1巻総則（2010）715頁以下〔山口厚〕、高橋則夫・刑法総論（第2版・2013）501頁、松原芳博・刑法総論（2013）449頁、松宮孝明「詐欺罪の罪数について」立命329号（2010）24頁以下、井田良・講義刑法学総論（2008）523頁など。なお、山中敬一・刑法総論（第3版・2015）979頁以下、日高義博・刑法総論（2015）542頁以下。

<sup>25</sup> 虫明・前掲包括一罪の研究210頁。

<sup>26</sup> 虫明・前掲包括一罪の研究214頁。

(3) 他方、近時においては包括一罪における複数行為の実質的一体性の見地から併合罪として加重をせず、処断上一罪とする実質的根拠をも視野に入れて考察する見解も登場している。すなわち、包括一罪は数個の構成要件該当事実があるのに、併合罪加重をするまでもないとして一罪として処断されるのは、同一の意思決定による犯意の同一性・継続性から別個の非難を要しない点で、責任内容が減少するという見解である<sup>27</sup>。かかる主観面は、行為の客観面を通じて推認されるとするならば、法的評価として同態様の行為を反復累行している点から違法内容の減少も認められることになる。

この見解は、従来の学説と異なり、違法・責任内容の一体性・結びつきを裏付ける事情の「集積」にのみ着目せず、違法・責任内容の「減少」にも目を向ける。こうした視点をもつことにより、包括一罪が数罪に外形上類似していても、併合罪とせず、その加重もしない理由を説明できる。

**【付記】** 本稿は、2015年7月25日に同志社大学今出川キャンパスにて開催された刑事判例研究会7月例会における個別報告原稿に加筆・修正したものである。報告にあたって、貴重なご質問やご意見をいただいた諸先生方に改めて感謝を申し上げたい。

<sup>27</sup> 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第一巻(2011)43頁以下、島田聡一郎「判評」ジュリ1429号(2011)147頁参照。さらに、只木誠・罪数論の研究(補訂版・2009)182頁、および、同「包括一罪か併合罪か(2)」刑法判例百選Ⅰ(第7版・2014)205頁も、行為の違法・責任内容からみて併合罪とすべきでない場合があるとされる。個々の行為について犯罪の成立を認めることは二重評価となるためである。この点について、林(幹)・前掲総論456頁。なお、小林憲太郎・刑法総論(2014)178頁。