

財産罪における罪数問題（1）

奈良俊夫

目次

- 1 問題の提起
- 2 判例の検討（以上本号）
- 3 理論的反省
- 4 今後の展望

1 問題の提起

わが国において、罪数論は刑法理論の各領域の中ではややもすれば軽視されがちな分野であり、その展開は主として判例による事案の集積に依存しているように見える。そして判例もまた必ずしも明確な判例理論を形成しないまま、具体的事案の解決の妥当性という見地から、多様な判断基準を用いてきたかの観がある。

しかし、罪数の処理いかんは、科刑と直接的に結びつくだけに、被告人に対して深刻な影響を与える。罪数論はそろそろ共通の認識に則して明快な構成を形成する時期に来ているのではなかろうか。以下は、基本的な問題点を提起しつつ、今後の罪数論の進展方向を探ろうとする一つの作業である。

(1) 罪数論の体系的位置づけの問題

罪数論が理論として不安定な状態に止まっている第1の原因は、この領域が刑法理論上のどこに位置づけられるべきかが必ずしも明確にされてこなかった

ところにあると思われる。すなわち、罪数は、犯罪成立に関する問題なのか、あるいは、刑罰の妥当な適用の問題、さらには、犯罪の認定から科刑に至る訴訟法的側面を考慮すべき問題なのか、という点の解明についての十分な諒解が成立していなかったところに、罪数論の混迷の源があると考えられるのである。近時の体系書の多くは、罪数論を一応は犯罪論の中で取扱い形式をとってはいるが、罪数論と刑罰論の一部としての刑の量定論とは、体系的に区別することを要するとしながらも、たとえば、「たしかに論理的には後者は前者を前提とするが、実際上はむしろ逆に、後者が前者を決定する標準となる面もある¹⁾」と説くように、暗黙の裡に、罪数の問題が犯罪論と刑罰論に両属することを認める論者も少なくないし、さらに、一連の行為を段階的に分析して各部分を捉えれば、各段階ごとに別罪を構成するとみることができる場合に、これを一罪として処断するのが適当と考えられるときは、どの部分を犯罪として訴追するかは訴追側に選択権があるとする訴訟法的（択一的）犯罪論と名づけられる理論も主張されている²⁾。実務においても、科刑上の妥当・衡平の見地から、適正な量刑を決めるために罪数を論ずる傾向が少からず存したことが指摘されている³⁾。小野博士は、「謂ゆる罪数論なるものはもと併科主義又は併科主義を原理とする加重主義の法制の下において観念的競合又は連続犯をその併科又は加重より救はんとする意図の下に発展せしめられた理論である⁴⁾」とされ、従って、それは「本質的な犯罪観に基くといふよりは、寧ろ便宜的な観念、即ち科刑上の妥当衡平の観念によって指導されていることを否定しえないのである⁵⁾」と述べておられるが、このように、ドイツ刑法学の罪数論が刑罰論と不可分的に結びついて展開されてきた事実は、たしかに、罪数論が持たざるをえない側面をよく示しているといえよう⁶⁾。

しかし、罪数の問題は、実体法の論理に即し1個の犯罪として処断される範

1) 西原春夫・刑法総論 368頁。

2) 横井大三「択一的犯罪論」専修法学論集27号79頁以下。

3) 中山善房「罪数論の現状」中野還歴祝賀・刑事裁判の課題 167頁。

4) 小野清一郎「犯罪の単複と構成要件」犯罪構成要件の理論 341頁。

5) 小野・前掲書 376頁。

6) ドイツの各教科書に掲載される罪数論の文献は、連続犯に関するものが多い。

財産罪における罪数問題 (1)

困を明確にするところにあると考えられるのであって、科刑の軽重とくに個別的な量刑と結びつけて目的論的に論ずべきではないのではなからうか。宮本博士が説かれたごとく、罪数論の意義は、「何れの標準に依ることが最も好く刑法の根本主義に一致する所以であるかということに帰する⁷⁾」のであって、科刑の観点、手続上の取扱いの側面はいずれも第二義的なものであると思われる。罪数論は犯罪の本質によって根本的に規定される必要があろう。中山判事が強調されるように、「一罪・数罪の区別が論じられ、数個の犯罪が行われたと認められる場合に、はじめて、刑罰の面および訴訟の場において、これをどのように取り扱うかの問題が生ずるのである。これとは反対に、科刑を合理的ならしめるため、あるいは、訴訟法上の要請の面から罪数を考慮するという態度をとることは、便宜的・恣意的な罪数論におちいる危険がある⁸⁾」といえるのである。

右のような認識によって現今の罪数論をみると、科刑上の一罪とされてきた連続犯の規定(旧55条)が廃止されたのちにとくに広く用いられるようになった「包括一罪」の概念の内容が特に問題となる。最高裁判所は、医師が同一の麻薬患者に対しその中毒症状を緩和する目的で、約75日の間に54回、さらに、ほぼ2年の間隔を置いて約45日の間に35回、それぞれ不正に麻薬を注射したという事案について、各々の一連の不正使用をそれぞれ包括一罪であるとしたが、その理由は、「各行為の間に時間的連続と認められる関係が存し、同一場所で一人の麻薬中毒患者に対しその中毒症状を緩和するために麻薬を施用するという同一事情の下において行われたものであることが……窺われ、かつ、いずれも同一の犯罪構成要件に該当し、その向けられている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」というものであった(最判昭31・8・3刑集10・8・1202)。判示の上では、各行為を「独立した各個の犯罪と認定すべきではない」とされているが、1回の注射ごとに一罪が成立しているにもかかわらず科刑上の見地からこれらを「包括一罪」としたものとして、実質上は科刑上の一罪とみる方が自然な事例である⁹⁾。高等裁判所の判例にも、

7) 宮本英脩・刑法大綱 209頁。

8) 中山・前掲書 170頁。

9) 山火正則「包括一罪」判例刑法研究(4) 304頁。

たとえば、約4ヶ月の間に同一人の管理にかかる物件（衣類、什器類、装身具類、美術品、敷物、金属類等）を前後24回にわたり窃取した事案について、「本件のごとく、予め多数回の窃盗を行うべく包括した意思のもとに、その意思の実現として反覆して窃盗を行い、しかも、その窃取される財物の所持が同一人に属するとき場合には、窃盗の包括一罪を構成すると解するのを相当とする」（名古屋高判昭34・6・15高刑集12・6・650）としたものがみられるが、この場合も前記最高裁判例と同様に犯意（意思）の単一性を根拠として包括一罪を認めているものの、各行為の時間的間隔、盗品の種類の多様性（膳わん、掛軸等35点、絨たん4枚、銅板4枚などが含まれており、これは赃物の処分の便のため、そのつど品種をそろえたことをうかがわせる）などを考慮すると、1回ごとの窃取行為が独立して1個の犯罪を構成するとみた方が実体に即した解釈である。それにもかかわらず、これら一連の行為を包括的一罪としたことは、旧連続犯の概念を暗黙のうちに適用しているのではないかと思われる。学説の中にも、いわゆる包括的一罪は、「接続犯よりはやや広く、むしろ一種の科刑上一罪として、かつて用いられていた連続犯の概念を解釈上一定の範囲で復活するものであって、判例法として生成の途上にある概念である¹⁰⁾」と明言するものがある。包括一罪が、数個の行為を一定の標準によって包括し1個の犯罪を構成する場合と、数個の犯罪を何らかの標準により科刑上一罪として扱う場合の両者を含むものであれば、刑法上の概念としては、いかにも不明確である。また、包括一罪の範囲を広く解すれば、結局において被告人に有利だと考えられなくもないが、「各個の所為が個々独立に犯罪を構成せずすべての所為が結合して一個の犯罪を構成すると解すべき」ときは、「個々の行為について、其の行われた日時場所等の異同を問題にする必要がない」（名古屋高判昭25・6・14高裁判判特9・88）とされ、あるいは、「包括的に一罪として認めることが相当である……場合において公訴事実に関々の窃盗の事実を明示せずして窃盗の始期及終期、犯行の場所、回数、盗品の数量等を包括的に掲げて起訴するも刑事訴訟法第256条3項の法意に反するものではなく、又裁判

10) 藤木英雄・刑法講義総論 347頁。

所においても右個々の事実を一々証拠により明確にする必要はなく、右包括的な関係において一罪として認定するも適法である」(名古屋高判昭28・7・20高裁刑判特33・39)といった措置がとられるとすれば、犯罪認定における明確性が著しく害されることになり、こちらの危険の方が重大であろう。

罪数論の基本的な位置づけは慎重に検討しておく必要がある問題だと思われる。

(2) 罪数決定についての諸説の問題点

罪数決定に関する学説は、わが国においては、かつては三説があるとされていた。すなわち、牧野博士によれば、行為説(客観説の1)、法益説(客観説の2)、犯意説(主観説)の3個であり¹¹⁾、宮本博士によれば、行為説、結果説、意思説である¹²⁾。これらの分類のうち、意思説と犯意説とは同一であると認められていたが、宮本博士が「刑法上犯罪ノ個数ノ標準トナルベキモノハ法益ノ個数ニアラズシテ結果ノ個数ナルコト¹³⁾」を主張されたので、法益説と結果説とは多少観念を異にするという指摘もあった¹⁴⁾。ところが、小野博士が「構成要件を一回充足する事実があれば一罪であり、二回充足する事実があれば二罪である」という立場を示され¹⁵⁾、その基礎にある構成要件理論が広く承認されるようになって、現在では、罪数を定める標準に関する学説は、犯意説、法益説(結果説)、行為説、構成要件説、の四説に大別される¹⁶⁾のが一般的になった。ドイツにおいても、古くから罪数(Einheit und Merheit der verbre-

11) 牧野英一・日本刑法(重訂版)上巻540頁。

12) 宮本英脩・刑法大綱208頁。

13) 宮本英脩「法益ノ個数ヲ論ス」京都法学会雑誌12巻7号36頁。

14) 小野清一郎「犯罪の単複と構成要件」犯罪構成要件の理論333頁。しかし、小野博士は、結局において、結果説と法益説とは實際上同一の範囲に属するものとされ、ただ結果説はより精密に構成要件上の結果を標準とするものと考えてよいかと思うと説明されている。法益侵害と構成要件の結果を同視するのであれば、理論的には問題がある。この点については後述の部分参照。

15) 小野清一郎・刑法講義47頁。

16) 団藤重光・刑法綱要総論(改訂版)410頁以下。

chen¹⁷⁾を決定する標準として種々の見解が主張されてきたが、その中心的な意味は、「犯罪の数だけの刑罰」という思想を根底とする刑罰併科主義的法制の下にあってもなお吸収主義によらざるをえないと考えられる2つの場合、すなわち観念的競合 (Idealkonkurrenz) と連続犯 (Fortgesetzte Verbrechen), をいかにして一罪として把握しうるかを説明するところにあり、したがってその論理は科刑上の妥当・衡平の観念によって指導されているといわれている¹⁸⁾。これに対し、わが国にあっては、観念的競合と連続犯が実質上数罪であることが実定法上で解決されていたので、学説はより根本的に一罪とは何であるかという問題意識をもって純理論的に罪数を論じてきたのであって、ドイツとは様相を異にするとみられている。(1)で触れたように、わが国の罪数論も科刑の点を考慮するという点で刑罰論との結びつきを持つ傾向を示すものの、その基本的な思考において、ドイツの学説とは区別されると理解するのが妥当であろう¹⁹⁾。

わが国の「意思(犯意)説」を代表する論者は、牧野博士である。牧野博士は、罪数論の意味を「犯罪の幅さ(分量)」の問題であって、犯罪の深さ(性質)の問題ではないと位置づけ、一罪数罪の区別は「犯罪が幾箇成立したのかの分量の問題であって犯罪が如何に重いかの問題すなわち其の性質の問題ではない。……犯罪の性質の問題に付ては、法律は刑の最高限と最低限を認めて其の間に裁判所の裁量を許して居る。之に対して犯罪の分量の問題に付ては併合罪の規定が設けられて居るのである」と規定し、罪数が科刑の問題ではなく一

17) Liszt. Lehrbuch, 23 Aufl. S. 236.

18) 小野清一郎「犯罪の単復と構成要件」376頁、滝川幸辰「罪数概論(1)」法学論叢3巻2号4頁。

19) 村崎精一教授は、「ドイツの諸学説においても、結果的にはより妥協的ではあるが、基本的にはやはり、一罪数罪の区別は一義的でなければならないと予定されていたことは異なるところがない」と主張されている(「一罪と数罪」刑法講座4巻178頁)。小野博士によれば、行為説は観念的競合が一個の行為であるから一罪であると論ずる目的で、意思説は連続犯が数個の行為であるにもかかわらず決意が同一であることを条件として法律上包括されて一個の犯罪となることを論証する目的で、それぞれ主張されたものであって、科刑上の衡平の見地から一罪数罪が多面的に決定されていると説明される。この点に関しては、後に改めて検討するが、ここでは、小野博士の結論に従って考察を進める。

個の犯罪として把握される事実の範囲の問題であることを明確にし、さらに、いわゆる「罪の幅さ」を決定する標準として主観説（犯意説）を採用する根拠を、犯人の悪性を基本として刑事責任を論ずる立場すなわち「刑事責任の基本は犯人が社会に対して表示する法益侵害の危険にあり」という見地から、「刑法理論の変遷に於て、主観説を最も進歩したものと解するならば、一罪数罪の区別に付ても主観説を採ることが相当の順序であろうと考える」と説明されている²⁰⁾。ここでは、刑法理論上の主観主義（徴表説）と罪数論上の主観説（犯意説）との間の実体的関連は必ずしも明らかでないが、「犯意の本質は一定の犯罪事実を認識して而も其の行為を敢てするの決意である。決意は悪性の発作及び表現である²¹⁾」としたうえで、単一なる犯意の存在は単一なる犯罪性の発動であるから、犯意の単一は犯罪の単一を意味すると考えられているようにみえる。しかし、犯意説がその用いる「犯意」の概念内容を明確にしなかったところに、その後の罪数論の混乱をもたらす原因があったと思われるのである。後述のように、判例の中には犯意（意思）を標準として罪数を論じる例が多いけれども、いうところの犯意（決意）の単一ないし継続という概念が非常に不統一なものとして用いられており、事案の解決に不安定さを示していることは、学説上の犯意説が十分な理論構成を提供せず、判例に対する厳密な批判を不可能にしていたところに大きな原因があるのではなからうか。牧野博士は、「縦令犯人は其の行為に由来すべき種々の犯罪事実を予見して居たとしても……犯意其者は……又単一であると見ねばならぬ²²⁾」とされ、包括的に数個の犯罪行為を決意して順次にこれらを実行する場合をも、犯意の単一と考えられるようであるが、ここまで犯意が抽象化されるのであれば、それは単に犯罪的企図、犯罪的意思というに等しく、実体法の論理を支える要素としてはあまりにも漠然としすぎる。いわゆる犯意（決意）説が実践的に多用されているだけに、われわれは、この説の緻密な分析を行う必要がある。その際、ドイツの判例・学説が展開してきた、包括的故意（Gesamtvorsatz）、責任の同種性、

20) 牧野英一「刑法第54条及び第55条と主観説」刑法研究1巻143頁以下、153頁以下。

21) 牧野英一・前掲論文157頁。

22) 牧野英一・前掲論文157頁。

連続的故意 (Fortsetzungsvorsatz) などの諸概念が参考になるように思われる。

行為説は、その内容が必ずしも同一でないが、滝川博士²³⁾によると、「罪数を論ずるにあたりまず定められねばならぬは、数へられるべき対象が何であるかという点である。……吾々は通常犯罪という語を漠然と使用するがこれには二義あることを忘れてはならぬ。その一は犯罪観念の意味に用ゆる場合、他の一は現実の事実としての犯罪の意味に用ゆる場合である」が、罪数の問題は「現実の事実としての犯罪を数へるので」あり、この意味の犯罪は行為であるから、「原則として一行為一罪である」と説明され²⁴⁾、さらに、行為の意義については、行為は人生を形成する連続的活動の一節であって、この点は犯罪等の法律的行为と自然的行為との間に何らの差異も存在しないとし、「犯罪を数へることは、畢竟人生を形作れる活動の一部として外界に現はれたる具体的事実を数へることにて、法律がこの事実幾何の犯罪観念を当嵌めて居るかといふ点には毫も関係しない」と規定されている²⁵⁾。このように犯罪を数えることは現実的な行為を数えることだとした場合、実際上の問題は何を1個の行為とみるかに帰着するが、この点に関する滝川博士の見解は、行為の要素として、動機または決心、身体の動作、結果（身体の動作によって生じた外界の変化）をあげることを前提とし、(1)動機が1個の結果を生ずるに過ぎない数個の動作によって実現されたときは一罪である。(2)動機が数個の結果を生ずる1個の動作によって実現されたときは一罪である、という公式に集約的に示されているが、さらに、これを補充して、結果の数は、人を客体とする犯罪については人の数と、物を客体とする犯罪については管理の数と一般的には一致するが、公共の法益に対する犯罪においてはその性質上この命題を貫徹しえないから、結局、「その時その処の社会通念が認めて以て妥当とする個数認識（別のところで用いられる用語によれば文化観念、筆者注）の標準によって定まる」と述

23) 滝川博士は、後に『犯罪論序説』において、結果（法益説）に立場を変えておられる（同書 255 頁以下）。

24) 滝川幸辰「罪数概論(1)」法学論叢 3 卷 2 号 5 頁以下。

25) 滝川幸辰・前掲論文 6 頁以下。

べ、動機の個数は、目的の同価値性、動機の確定性の強度（一定の確定性の強度が認められる範囲までを1個の動機とみる、筆者注）、動作の時間的連続性などによってある程度までは判断しようと説かれている²⁶⁾。

一方、草野博士は、「所謂行為標準説の特色は……犯罪の単複を定むるに決意の単一と云ふことと結果単一と云ふこととの二元的標準を以てするものであって、而かも其の結果単一と云ふことは被害法益の単一と云ふことを意味し、決して行為の客体の単一と云ふことを意味するものではなく、若し犯罪の性質上被害法益にして多種なる場合に於ては、其の主たる被害法益に付て考察すべきものとなすことに存するのである。……行為標準説は行為の単複にて犯罪の単複を定むるものでない」と論じて、滝川博士とはかなり異った意味で行為説を用いておられる²⁷⁾。

滝川博士の所説については、そこで用いられる行為が法律によって意味を与えられたものではなく、いわば一種の自然的行為とみられる点で、かかる行為に動機と結果を加えて考察してみても、その数によって本来的に法律的行為である犯罪の数を決定しうるのかという根本的な疑問があり、特に、行為の要素とされる結果が専ら文化観念ないし社会観念によって定まるとする点で、法的評価としての罪数問題に対応しえないのではないかと思わざるをえない。また、草野博士の見解は、意思説と法益説の複合説的色彩が濃く、行為説の名称の下に包摂しうるほどの意味を持たないのではないかと思われる。

われわれは、いわゆる行為説の基本構造を再検討し、この説が現行刑法の罪数論として成り立ちうるのかを考えてみる必要があるろう。

結果説の代表者である宮本博士は、前述のように、罪数決定の妥当性は、第一に刑法の根本主義によるべきであり、第二に数罪とした場合における刑の加重を合理的なものにする政策的見地によるという立場を明らかにし、この立場から何故に結果説をとるべきことになるかについては、「先ず同時に数結果を発生せしめた場合についていへば、この場合には単一の結果を発生せしめた場合に比して犯人の反規範性は重大であるから、これを数罪として重く罰し得る

26) 滝川幸辰・前掲論文10頁以下。

27) 草野豹一郎「放火罪と其の個数」刑事判例研究1巻397頁以下。

とするのは相当である。又、時を異にして数個の結果を発生せしめた場合についていへば、刑法は一旦罪を犯した者が再び罪を犯すことを当然の事として前提し、それを予防する為に罰するのであるから、再び罪を犯したからといって、これを併せて数罪として重く罰することは理由がないやうであるが、しかし、再び罪を犯した結果は往々罪に慣れることに依って犯人の反規範性は一層の増長を来すものであるから、これ又数罪として重く罰し得るとするのは相当である」と説明され、結果とは権利の個数によって定まる法益の個数とは異なる「犯罰行為に因りて生じ又は生ずべき危険ある結果」と理解すると述べられている²⁸⁾。すなわち、行為の反規範性を示す結果は、事物の具体的外形として把握されるときにのみ、個数の標準として認めうるとの見地から結果説を根拠づけたといえよう。

一方、滝川博士は行為説から結果説に転じられた後、犯罪は構成要件に該当する行為であるから、構成要件の充足される毎に法益の侵害があり、その数に応じて可罰価値ある侵害事実が発生し、したがって数個の犯罪が成立するものと解すべきだという基本的認識に立ち、ここでいう結果の個数は、通常の考察においては、専属的法益は1人ごとに独立価値を有し、非専属的法益（財産的法益）は1個の管理に包括されているが故に、専属的法益の侵害を内容とする構成要件は1人の法益を侵害するごとに、非専属的法益の侵害を内容とする構成要件については一管理ごとに、それぞれ一罪を認めるのが相当であると、実際の解決を提示されている²⁹⁾。この立場は、結果を法益の侵害と同視する点で宮本博士の見解と異なっている。

法益説が内包する問題は、価値的な考察の領域に属する法益（法的に保護される利益）の侵害を個数として論じうるのかという点にある。法益侵害の個数は、法益が化体されている具体的な事実ないし状態に還元して検討すべきなのか、その方法はいかなる論理によるのか、等々法益説は困難な課題を背負っていると思われる。

構成要件説は、小野博士の提唱にかかる。すなわち、「一罪・数罪は、刑法

28) 宮本英脩・前掲論文31頁以下。

29) 滝川幸辰・犯罪論序説 257 頁以下。

財産罪における罪数問題 (1)

の各本条その他刑罰法規における構成要件を標準として決すべきものである。構成要件を一回充足する事実があれば一罪であり、二回充足する事実があれば二罪である。……どれだけの事実があれば一回の構成要件充足であるのかは、全く刑罰法規の解釈適用の問題である。その解釈適用上、犯意、行為、結果などを参酌しなければならないが、しかし、その一つだけから形式論理的に問題を解決することはできない。構成要件における法律的定型こそは問題の核心なのである³⁰⁾と規定し、構成要件は何が犯罪であるかを国民的道義を根底として国家の立法により法律的に規定されたものであるから、犯罪は単なる行為ではなく、かかる構成要件を充足するものとして道義的・法律的な行為であるという認識が、罪数論における行為説から構成要件説への転換の契機であると強調されたのである³¹⁾。この構成要件説は、構成要件といういわば確固たる土俵を設定し、これを土台にして罪数を決めようとするものであり、同時に前記の各説に対する関係においても共通の場を提供したものであるといえるのであって、同説が罪数決定の際における思考上の合理的・経済的な基準をもたらした功績は高く評価しなければならないと指摘されている³²⁾。構成要件説は次第にその支持者の数を増し、現在では通説的地位を占めるに至っているものと思われるが、この説は意思・行為・結果など一切の事情を考慮して犯罪の単複を決定するという点で、一種の総合的判断の枠を示したものの、その内容は分析的解明を重視しない漠然としたものにとどまっている。さらに、構成要件を数回充足する一連の行為をなす一犯罪とみなすのが妥当であると考えられる場合を説明することができない。構成要件説は類型的な判断の回数を示すのみで、一罪・数罪に関する実質的基準たりうるかは、疑問の残るところである。

構成要件説に立脚しながら、この説の内容をより具体化するために傾聴すべき分析を行った論者に、団藤博士と中山判事がおられる。団藤博士は、ある事実が当の構成要件に該当するか、また、これを充足するかというのは、構成要件における内包の面であり、どの範囲の事実までを当の構成要件によって包括

30) 小野清一郎・新訂刑法講義総論 265 頁。

31) 小野清一郎・前掲論文 389 頁。

32) 中山善房「罪数論の現状」中野還歴祝賀 175 頁。

的に評価することができるかというのはその外延の面であって、後者により罪数が決められるのであり、これはさらに、同質的な事実に対する包括性の問題と異質的な事実に対する評価の包括性の問題とに分けて考察できるとされ³³⁾、中山判事は、罪数問題は「構成要件の評価の量的な対象の面」であると規定されたらえ、具体的な罪数決定の標準を、構成要件は行為と結果を最も基本的な要素としているとの見地から、(1)一行為・一結果の場合は一罪、(2)数行為・一結果の場合は一罪、(3)一行為・数結果の場合には数罪、(4)数行為・数結果の場合には数罪、という公式で示されている³⁴⁾。しかし、これらの見解に対しては、何故に包括的評価が許されるのか、包括的評価をなしうる範囲は何によって画されるのかという点に、あるいは、結果とされる法益侵害は論理的に構成要件に含まれるのかという点に、多大の疑問が残るのである。

(3) 判例における罪数決定の問題

罪数の決定は極めて実務的な性格を有する問題であることがよく指摘されるが、しからは実務を指導する判例はこれまでこの問題をどのように処理してきたであろうか。具体的事案の妥当な解決を任務とする判例の性格を考慮するとしても、判例における罪数の取扱いは、実に多岐にわたる基準に依拠しており、論理的に整序されているとは云いがたい状況である。判例自身、「犯罪の個数を定める標準として、行為説、結果説（法益説）、意思説等諸説があるけれども、いずれかその一方に偏せず、犯行の日時場所の関係、被害法益及び意思の単複等具体的事情を勘案し、法令の趣旨に適合するよう解釈しなければならない」（大阪高判昭30・6・27）という立場を示しているが、あらゆる要素を参酌して適宜判断するというのでは、いかにも不十分な論理だといわざるをえない。特に、ほとんど諸条件が同様の事案について、相反する判断が示されるようでは、法的安定性の見地からも好ましくない。判例もまた、必ずしも学説の動向に同調する必要はないが、一定の明確な罪数決定の基準を確立する方

33) 団藤重光・刑法綱要総論 409 頁以下。

34) 中山・前掲論文 179 頁以下。

財産罪における罪数問題 (1)

向に進んでほしいと思う。そのためには、まず、従来の判例の集積を分析し、そこから判例の今後の進展を展望する手がかりをつかむことが重要ではなからうか。

(4) 問題点の展望

わが国の学説・判例は、各法条の保護法益に着目して法益の相違（最も一般的に行われている分類は、一身専属的法益と非専属的法益の区別）によって罪数を決定するところに集約される一つの傾向と、行為者の意思の単一性ないし継続性によって犯罪の単複を決しようとする他の傾向、の二つの流れがあるように思われる。いわゆる純粋な行為説は主張者が少なく、法益説はもとより、結果説、構成要件説もまた法益侵害に応じた犯罪の数を問題にしており、一方、判例においては、犯意を基本的標準とするものが多いようにみえる。しかし、罪数の問題が犯罪の本質に即して考察されるべきものだとすれば、法益の侵害こそまさに犯罪の本質を規定すると考えられ、したがって、罪数決定にあたって用いられるべき諸要素もまた法益に関連して異ってくるのではないかと思われる。このような問題意識から、特に見解が錯綜している非一身専属的な法益に対する罪のうち、その典型である財産罪について、判例の傾向、学説の対応、理論的反省、新たな方向の模索、という順序で考察を行ってみたい。

2 判例の検討

財産罪に関する罪数処理をめぐる判例の動向は、実に複雑であり、判例理論といえるような一定の基準を見出しうるのかは、はなはだ疑問である。以下において、まず、判例の展開をできるだけ忠実に追いながら、何ゆえに判例が明確な基準を示しえなかったのか、今後はどうのような方向に進展するのが望ましいのかを探る手がかりを求めてみたい。

(1) 行為者の意思を重視した罪数決定の例

判例は古くから財産罪の罪数を決定する基準として「犯意（意思）」の単一ないし継続という概念を用いてきており、この傾向は近時においても変わっていない。この犯意（意思）を基準とする罪数決定の立場は、判例の主流をなすといえるかもしれない。

すなわち、判例は早い時期に「犯人カーノ犯罪ヲ行ハントスルノ決意ヲ為シ其ノ決意ノ実行上犯罪遂行ニ必要ナル数個ノ所為ヲ為シタル場合ニ其各行為カ互ニ相連絡シ犯人カ当初企図シタル目的ノ範囲内ニ於テ是等行為ヲ為シタルモノナルニ於テハ各個ノ所為ハ独立ノ犯罪ヲ構成セスシテ相共ニ一罪ヲ構成スヘク其時日場所ノ異同ハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノトス」（大判明36・9・29録9・1393）という見解を示し、以後これと同一の見地に立つものが数多くみられるようになったが、最高裁判所の判例の中にも同様の傾向に属するものが多い。たとえば、

被告人らが共謀して午後10時頃から翌日の午前零時頃までの間に3回にわたって農業倉庫から玄米4斗入3俵ずつ合計9俵を窃取したという事案について、「右三回における窃盗行為は僅か二時間余の短時間のうちに同一場所で為されたもので同一機会を利用したものであることは挙示の証拠からも窺われるのであり、且ついずれも米俵の窃取という全く同種の動作であるから単一の犯意の発現たる一連の動作であると認めるのが相当であって原判決挙示の証拠によるもそれが別個独立の犯意に出でたものであると認むべき別段の事由を発見することはできないのである。然らば右のような事実関係においてはこれを一罪と認定するのが相当であって独立した3個の犯罪と認定すべきではない。それ故原審が証拠上別段の事由の認められないにも拘わらず右3回の窃取行為を独立した3個の犯罪行為と認定したことは実験則に反して事実を認定した違法である」（最判昭24・7・23刑集3・8・1373）と判示したものが、ここでは、同一の所有ないし管理を侵害した点を必ずしも重視せず、「単一の犯意の発現たる一連の動作」であるところに数個の行為を一罪とみる根拠を求めて、右の大審院判例の考え方を踏襲してゆく傾向が示されている。この傾向

財産罪における罪数問題 (1)

は、高等裁判所の多くの判例に受け継がれており、若干の例をあげれば、

被告人らは共謀して政府より早期供出奨励金を騙取しようとして、産米の供出がないにもかかわらず玄米合計 205 俵の供出があったものの如く関係書類を作成して県販売農業協同組合連合会にこれを送付し、右 205 俵分の奨励金に相当する金額を政府から交付を受けたという事案について、「凡そ犯人が一つの犯罪を行おうと決意し、其の決意実現のため、必要な数個の所為をなした場合に、それぞれの所為が互に結び付いていて、しかも当初目指した一定目的の範囲内で為されたものであるときは、これ等各個の所為は、個々独立に犯罪を構成せずすべての所為が結合して一個の犯罪を構成すると解すべきであり、個々の行為について、其の行われた日時場所等の異同を問題にする必要がないと考えられる。……被告人兩名は、当初本件犯行の範囲について、供出があったものの如く仮装する産米の早期供出数量を予定し、其の全部を一体として、それについての奨励金の騙取を敢行しようとして企図したものであることが認められ、本件の犯意が単一のものであったことは明白である。其の実行の手續過程に於て所要の書類が一通でなかったり、奨励金の支払が幾口にも分れて為されたり、それらの日時場所が同一でなかったりしたとしても、それが為に犯意が単一でなかったとは言えない。犯意が単一でそれが遂行された場合には一個の犯罪しか成立しない」(名古屋高裁金沢支部判昭25・6・14高裁判判特9・88)としたもの、あるいは一度に盗んだのでは露見する危険があると考え、日をおいて少しずつ盗み出すことを計画し、約4ヶ月の間に24回にわたり同一場所から衣類・什器等を窃取した事案につき、「本件の如く、予め多数回の窃盗を行うべく包括した意思のもとに、その意思の実現として反覆した窃盗を行い、しかも、その窃取により侵害される財物の所持が同一人に属するとき場合には、窃盗の包括一罪を構成するものと解するのを相当とする」(名古屋高判昭34・6・15高判集12・6・650)としたもの、さらに、「因縁をつけて20万円の金具を喝取する意図で」数回にわたり同一被害者を恐喝した事案について、これらの数所為を併合罪とした原判決を破棄し、「単一的意思遂行としての行為が、連続して同一被害者に対して行われたものであることが認められ、これと異なる特段の事情を証する証拠のない限り、これらは一括して……一罪を構成する

ものと解せられる」(東京判昭53・6・1東高刑時報29・6・121)などの例を見出すことができる。

しかし、こうした一連の判例がいう犯意(決意)の単一ないし継続が具体的に何を意味するのかわからない。たとえば、前記の最判昭24・7・23は、「三個の窃盗行為」が存在していることを認めているのであるから、ここにいう犯意は故意とは異なるものであり、犯罪的企図といった抽象化された行為者の内心的状態を指称するかのように見える。そして、この内心的状態の単一性を示す標識として、各行為の時間的接着性、場所の同一性、機会の同一性、動作の同種性を挙げていると思われる。その後の高等裁判所判例の中には、こうした単一性判断の構造を継承したものがあり、約2ヶ月の間に13回にわたり同一場所から金属類を窃取した事案につき、「被告人の右の各行為は極めて近接した日時間に殆ど同一の手口で同一の場所から古銅線等の非鉄金属屑を窃取して来たもので単一犯意の遂行としてなされた単純一罪の窃盗と認められないこともない」(名古屋高判昭28・6・25高裁刑裁特33・35)と判示したような例、あるいは、右の諸標識に「管理者の同一性」を加えて犯意の単一性を認定する例がみられる(広島高判昭28・11・27高裁刑判特31・38)。だが、一方において、「犯行の時間的接着、場所の同一、被害品の類似という点のみではこれを包括一罪と解する決定的資料とはならない」とし、「原判示挙示の証拠によれば(各犯行は一週間の間に行われているが、それぞれ共犯者が異なる。筆者注)、被告人は包括して一個の犯行の意図の下に右犯罪を実行したわけではなく夫々別の時に別の決意の下に4回の窃盗をくり返したことは明白であり、原審がこれを四個の併合罪と認めたことは正当である」(東高判昭28・4・21東高刑特報3・4・160)としたもの、あるいは、電気器具の外交販売員が約3ヶ月半の間に8回にわたり集金を着服横領した事案について、「被告人は随時自己の必要に応じ新たな犯意に基づき、その都度集金を着服したものであって、……当初から自己の集金した金員を着服しようとする包括的犯意があったとは認められない。それ故たとえ被害法益が単一であり、犯行の態様が類似していたとしても、各個の着服行為ごとに一罪が成立し、これらは併合罪になる……」(東高判昭36・12・23下級刑集3・11=12・1048)とするもの、さら

財産罪における罪数問題 (1)

に、行為の直接の相手方に着目し、同一飲食店において女給を欺罔して物品の交付を受け、ついでその直後に女主人を欺罔して物品を交付させた事案につき、「数人に対し、各別に欺罔手段を施し、これをそれぞれ錯誤に陥れ、よって被欺罔者から各別に財物を交付せしむれば、その財物交付の日時が近接し、場所が同一であり、しかして、その実害が同一人に帰する場合でも、その犯意は単一でないから数罪が成立するものと解するのが相当である」(福岡高裁宮崎支部判昭28・4・10高裁判判特19・107)と判示したのもあって、判例が用いる犯意の単一ないし継続という基準は実に多様な標識に依拠して適用されている。正面から犯意の継続の定義を示そうとした判例としては、約1年の間に64回にわたり相被告人と共謀の上、相被告人の競艇資金に費消するため、自己が業務上保管する現金合計約1,900万を着服して相被告人に交付し、この着服の最終回の直後に、約150万円を自己の用途に費消するため着服横領した事案につき、「包括一罪の要件としての犯意の継続とは、各個の行為が当初においてすべて予定されていることを意味するのではなく、まず一個の行為を遂行したのちにおいて、当初の犯意の一部が継続中、新たに同種の犯行を決意し、その実行行為に及んだ場合を包含するものであり、また横領罪の犯意は、自己の支配内にある他人の財物を処分する認識があれば足りるのであるから、その処分の態様、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」(大阪高判昭49・2・7刑裁月報6・2・106)としたものがあるが、この定義でも、なお、犯意の意味は十分に解明されているとはいえない。

(2) 行為の数を重視した罪数決定の例

判例の中で、およそ行為が数個あれば、他の要素を考慮することなく常に数罪が成立し、逆に、行為が単一であれば当然に一罪だとするものは、ほとんど見出しがたい。これは、特に、行為の単一が犯罪の単一を意味するとすれば、観念的競合を実質上の一罪と解さざるをえず、これが現行法の解釈と相容れないことは明らかであるから、行為の単複が犯罪の単複を決定するという立場は

成立しがたいと考えられるからであろう。

しかし、行為が数個であれば原則として数罪が成立するものとする判例は、若干ではあるが存在する。すなわち、まず、「およそ、自己の占有する他人所有の金銭を数回にわたり費消し横領罪に問われる場合には、各費消毎に独立して、個別的に犯罪が成立するものと解するのを相当とし、したがって費消の数だけの併合罪として処断すべきことは当然であるから、費消横領の犯罪事実を認定するにあたってはその費消の日時、場所、金額目的等を逐一個別的に明確にしなければならない」（仙台高裁秋田支部判昭25・7・31高裁刑判特11・181）とし、あるいは、「何等特殊の事情ない限り、日時を異にして数回に亘り無銭飲食する場合には、仮令犯人並に被害者が同一人であっても数個の犯罪を構成するものと解する」（名古屋高判昭25・10・10高裁刑判特14・63）と判示し、行為が数個であればそれに応じ犯罪もまた数個であるという原則的立場を明らかにした高等裁判所の判例があり、また、犯意の単一ないし継続が認められうる場合だと思われるにもかかわらず数罪の成立を認めた判例として、金銭に窮した結果、電気機具商を欺罔し、約40日の間に16回にわたり電気機具を騙取し、これらを他人に売却または入質した事案につき、これらの所為を包括一罪とした原判決を破棄し、併合罪とした（東京高判昭37・8・23東高刑時報13・8・212）もの、あるいは、被害者を恐喝して金銭の支払を約束させてその一部を受領し、その約半月後、残金支払の意思を失った被害者を更に脅迫して残金支払の要求をしたが遂げなかった事案につき、恐喝罪のほか恐喝未遂罪が成立するとしたもの（東京高判昭37・1・11東高刑時報13・1・1）があり、さらに、ほぼ1ヶ月に一度の割合で合計5回にわたり、同一場所から同一種類の物件62点（他に1点のみ異なる物件が含まれている）を窃取した事案につき、「窃取の目的物が……一個の管理に属するものであるとしても、被告人の右窃盗の犯罪行為は、その都度独立して個別的に完成されたものと認めるのが相当であって、総体的に観察して、これを法律上の単純一罪若しくは包括一罪とすべき理由はなく、併合罪の規定を適用した原判決は相当である」（福岡高判昭24・10・14高裁刑判特1・254）として、管理が1個である点より行為が数個であることを重視したものもみられる。

(3) 法益を重視した罪数決定の例

判例の中には、法益（所有権と解するものと管理ないし所持とするものに分かれるとしても）を中心的な標準として財産罪の罪数を決定しようとするものが少なくない。

まず、財産罪の保護法益を所有権と規定し、罪数は侵害される所有権の数を標準として決定すべきだとする判例としては、「被告ハ数十名ノ共有ニ属スル積立金ノ占有中之ヲ連続シテ横領シタリト云フニ在レハ其犯罪行為ニ因リ侵害シタル法益ハ共有ニ属スル一箇ノ所有権ニシテ共有者各自カ該所有権ニ対シテ有スル持分ニ非ス……故ニ右被告人ノ横領行為ハ一箇ニシテ一箇ノ法益ヲ侵害シ総テ一箇ノ罪名ニ触ルルニ過キス……一箇ノ横領行為ニ因リテ同一犯人ノ占有ニ在ルモ各別ニ数人ノ所有権ニ属スル財物ヲ横領シタル場合ニ於テ数箇ノ法益ヲ侵害シ従テ数箇ノ罪名ニ触ルルモノト同一ニ論スヘカラス」（大判明45・3・28刑録18・377）としたもの、あるいは、3名で共有する木材を共有者の1名が占有中に、その占有者がこれらを第三者にほしいままに売却した事案につき、1個の行為により2名の権利を侵害するものとして2個の罪名に触れるとした上告理由に対し、「共有物ノ横領ニ因リテ侵害セラルヘキ法益ハ共有ニ属スル一個ノ所有権ニシテ共有者各自ノ有スル持分ニ非ス従テ其行為ハ一個ニシテ一個ノ罪名に触ルルモノ」（大判大3・5・24刑録20・966）としたもの、さらに、同一国有森林を騙取する目的から、相次いで国務大臣および裁判所に対し欺罔手段を施した場合には、単純な詐欺一罪を構成するとした（大判大5・4・17刑録22・570）ものなどに代表されるように、行為が向けられた相手方の人数あるいは財産的利益を失う者の人数にかかわらず、侵害された所有権が1個であれば単純に一罪を認める流れがあり、一方、行為が1個であっても、侵害された所有権が数個の場合は数罪が成立するとした趣旨のものとしては、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から、1個の行為で数人を畏怖させて財物の交付を受けた場合には、観念的競合となるとしたもの（大判昭2・12・8集6・512）などがある。

しかし、管理ないし所持の個数を基準として財産犯罪の個数を論じようとする傾向の方が、近時の判例においては有力であるように見える。すでに古くから、財産に対する管理の数に着目した判例がみられ、たとえば、「数个ノ財産権ハ一個ノ監督ノ下ニ在リテ一個ノ法益ヲ組成スル場合アリト雖モ各自独立セル別個ノ法益トシテ存在スルヲ原則ト為スカ故ニ之ヲ侵害スル行為ハ各独立ノ犯罪ヲ構成スヘク……」（大判大1・8・6刑録18・19）と指摘したものがあり、また、被告人らが共謀して所有者を異にする相接続した2個所の桑畑から桑葉合計25貫目を刈り取ったという事案について、右の事実は包括的に1個の行為であると認定したうえ、「財産ニ対スル犯罪ニ於テ被害物件カ所有者ヲ異ニシ而カモ各別個ノ監督内ニ在ルトキハ単一ナル法益ノ侵害ニアラスシテ所有者ノ数ニ応シ数个ノ法益ヲ侵害シタルモノト云ハサル可ラス」（大判大4・1・27刑録21・24）としたものがみられたが、戦後においては早い時期に、管理を基準にした説明をするものとして、同一人の所有管理する物屋小屋と家屋からそれぞれ財物を窃取した事案につき、右2個の建造物は極く近接しており、ひとしく被害者の所有管理するものであることを理由に、各建造物内から財物を窃取した行為を併合罪とした原判決を破棄して包括一罪とした（仙台高裁秋田支部判昭25・3・29高裁刑判特8・74）ものがみられるようになった。その後、同一場所（幼稚園ときには保育所）から所有者を異にする数点の財物を窃取した事案について、所有権の数だけの窃盗罪の成立を認めた原判決を破棄し、「窃盗罪の罪数は通常財物の所有権の個数によらず財物の占有の個数を標準とすべきものである」（高松高判昭31・4・17高裁刑裁特3・19・90）としたもの、あるいは建設会社の飯場から所有者の異なる腕時計1点とズボン1本を窃取したという事実に対し、「そもそも窃盗罪は不法領得の意思を以て事実上他人の支配内に存する財物を自己の支配内に移することによって成立するものであるから、窃盗罪の罪数はこの事実上の支配を標準として決すべきであり、財物の所有権の個数によらない」との理由から、右事実を観念的競合とした原判決を破棄し、1個の窃盗罪が成立すると判示した（東京高判昭32・7・20高裁刑裁特4・14=15・369）ものが相ついだ。財産罪の保護法益に関し、判例がいわゆる所持説への傾斜を示しはじめたことと照応して、こうした罪数

財産罪における罪数問題 (1)

決定のしかたは占有侵害を行為態様とする諸犯罪については定着してゆくのかも示れない。

(4) 複数の要素を考慮した罪数決定の例

これまで(1)ないし(3)において検討してきたところは、ある特定の要素を罪数決定の標準とする見地に立つ判例の分析であったが、そこに示された各判例が唯一の標準によって犯行の全体的評価を行ない罪数を決定していたとみることはできない。種々の要素を副次的に考慮しながらも、主要な標準を一定の要素にかかわらしめることにより、罪数決定の問題をできるかぎり簡潔かつ明確にしようとする傾向を示すものを選択したうえでの判例の分類であった。ところが、判例の中には、いくつか要素を同等のウエイトを持つ標識として掲げ、これら諸要素のすべてが具備する場合を一罪とし、いずれかの要素が欠如すれば数罪とする立場をとるものがみられる。その理論構成の典型は、たとえば、4日間にわたり毎日1回ずつ同一場所に積みあげてある同一会社所有の鉛管屑を窃取した事案に関し、「窃盗罪についていえば、単一の犯意に基き、接着した日時と場所とにおいて、同一法益に対し、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、犯行場所において同一であり、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」(大阪高判昭29・4・13高刑集7・3・382)というような判示の中に見出すことができる。

まず、犯意、行為(欺罔行為、脅迫行為)、被害法益の単一性を一罪の標準とするものとして、代金36万円は月賦払でもよい旨虚構の事実を申し向けて土地に対する架空の売買契約を締結させ、12回にわたり合計36万円を代金名下に交付させてこれを騙取した事案につき、12個の詐欺罪が成立するものとした原判決を破棄し、「右は犯意、欺罔行為及び被害法益も単一であり、たとえ分割代金受領期間が約一年にわたりその回数が十二回であったとしても、……右十

二回にわたる行為は詐欺の包括一罪と認むるを相当とする」(東京高判昭33・11・15東高刑時報9・11・287)としたもの、1個の恐喝手段により同一人より数次に金員の交付を受けた場合に恐喝一罪を認めたもの(東京高判昭34・12・22東高刑時報10・12・469)がある。

ついで、右3要素に機会の同一性を加えるものとして、単一の恐喝犯意の遂行としてまず金員支払の誓約書を作成させ、次いでこれを履行させた行為が接着して行われたときは恐喝の包括一罪であるとした(大阪高判昭40・12・21下級刑集7・12・2125)判例がみられる。

次に、占有侵害を行為態様とする窃盗罪については、犯意の単一ないし継続性、被害者の同一性、時間的接着性のほかに場所的同一性を要素として犯罪の単複を決める標準としたものがあり、たとえば、数人の子供(内1名は当時14才3ヶ月)に1人数枚ずつ位牌堂の銅板を剥ぎ取らせた事案につき、「子供らは同時に同所で同一所有者所有の古銅板を剥ぎ取って来たものであり、被告人はそれら子供を使って一個の窃盗罪を敢行したもの」(広島高裁松江支部判昭29・12・13高刑集7・12・1781)と評価した判例、あるいは、「犯人において継続せる意思の下に或る期間何回かに亘り同一の場所において同一の被害者から財物を継続して窃取した場合は犯人の主観的意思と行為の態様から観て個々の窃取行為を各別に観察することなく、その継続せる行為の全部を包括的に一罪として認めることが相当である」(名古屋高判昭28・7・20高裁判判特33・39)と説くものがある。

ここで検討しているような、諸種の要素を同等のウエイトで考慮することにより罪数を決定しようとする立場を詳細に論じたものとしては、「包括一罪と言い得るためには、数個の行為が(-)同一罪質に属し(-)単一の犯意か若しくは継続した犯意に基き(≡)各行為が同一の社会的事実関係を基盤とし犯罪の態様を同じくする連続した行為であり(四)之を包括して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ことを必要とする」(名古屋高裁金沢支部判昭33・12・18高裁判判特5・12・520)と説示したものが代表的であろう。右にいう同一の社会的事実関係とは、たとえば、「財団法人漁網検査協会の三重検査所長として輸出漁網等の検査手数料の徴収、保管等の業務に従事して……徴収し

財産罪における罪数問題 (1)

た手数料等を右協会本部に送金すべく預り保管するようになった」(名古屋高判昭29・5・25高裁刑判特33・83) というような当該行為者の身分、被害者との関係などを意味する。こうした考え方は、種々の要素を勘案して、総合的見地から罪数を決定しようとするもので、その分析的手法は評価しうるのであるが、いかなる要素を採り入れるのか、その要素はどのような根拠で罪数判断の標準に寄与しうるのか、といった諸点の検討が残されたままである。

要するに、以上に検索した諸判例の分類からは、いまだ、罪数決定に関する明確な判例理論を見出すことができないのである。(未完)

追 記

獨協大学就任以来、学問の妥協を許さぬ真摯さを厳しく教えて下さった田中和夫先生のご退職記念号に、このような浅薄な論文を掲載させていただくことは、誠にお恥かしい限りであるが、今後の精進をお約束して、先生のお許しをいただきたいと思う。