

混合的包括一罪論の前提

只 木 誠

一 序

二 包括一罪概念とその必然性

三 包括一罪は科刑上一罪か一犯罪の吸収か刑の吸収か

四 競合論（罪数論）の体系的地位と量刑論—競合論と被吸収法の量刑資料

五 結

一 序

包括一罪という競合形式に関しては、これを統一的に理解することは困難であるということについてはつとに指摘されるところであるが、このところ、さらに判例において混合的包括一罪という新たな罪数概念・競合形式が登場し、これに対応して学説においても賛否両論が相対立している¹⁾。包括一罪論は、包括一罪は科刑上一罪であるのか否か、混合的包括一罪は犯罪の吸収か刑の吸収か、罪数の体系的地位如何、競合論（罪数論）において被吸収法を量刑資料として用いることの是非など、相互に密接に関連する諸問題と深く関わっている。したがって、判例および学説が是認する混合的包括一罪という新たな競合形式を論議するための前提として、これら包括一罪をめぐる諸問題を検討することが本稿の目的である。

1) なお、包括一罪に関する近時の文献としては、虫明満『包括一罪の研究』（1992年）があり、本書を紹介ならびに批評したものとして、平野龍一「法条競合と包括一罪」警察研究64巻5号3頁、拙稿「虫明満著『包括一罪の研究』」法律時報65巻12号116頁がある。

二 包括一罪概念とその必然性

包括一罪という概念は多義的であり、論者によってその概念も、またそこに盛り込まれる内容も多種多様である。しかし、混合的包括一罪の問題にとって重要なのは、その競合論上の名称はともかくとして、観念的競合・牽連犯以外に、異なる構成要件にまたがる一罪を認めることができるかであるといえよう。そして、その根底にある実質的な認識は、実体法上は広義の一罪と併合罪との区別が重要な意義をもつということである²⁾。

さて、混合的包括一罪は、最高裁において、窃盗罪または詐欺罪と二項強盗による強盗殺人未遂罪の間で³⁾、下級審判例において、強盗罪と傷害罪⁴⁾、そして詐欺罪と偽造有印私文書行使罪の間で認められている⁵⁾。そのうち、窃盗罪または詐欺罪と二項強盗による強盗殺人未遂罪型の類型は、最高裁による判断であり、また、強盗罪と傷害罪型の類型は下級審段階では確定した判例として定着しており、その点でいづれも先例として大きな意義を有し、その結論もまた妥当であろうと思われる。これに対して、詐欺罪と偽造有印私文書行使罪型の類型は、認めるべきではないと思われる⁶⁾。

学説においても、今日では混合的包括一罪は承認されつつある⁷⁾。もちろん、これに対しては有力な批判もある。たとえば、中山判事は、準備草案において

2) 前田雅英『刑法講義総論』（1988年）464頁、中山研一『刑法総論』（1982年）527頁参照。

3) 最1決昭和61年11月18日刑集40巻7号523頁。

4) 仙台高判昭和34年2月26日高刑集12巻2号77頁、仙台地判昭和39年7月17日下刑集6巻7=8号865頁、新潟地判昭和42年1月13日下刑集9巻1号31頁、福岡地判昭和47年3月29日刑裁月報4巻3号615頁、東京地判昭和48年9月12日ジュリスト554号判例カード83、名古屋高裁金沢支部判平成3年7月18日判例時報1403号125頁。なお、新潟地判昭和45年12月11日刑裁月報2巻12号1321頁参照。

5) 東京地判平成4年4月21日判例時報1424号141頁、東京地判平成4年7月7日判例時報1435号142頁。

6) 拙稿「詐欺と偽造有印私文書行使を包括一罪とした事例」判例評論411号51頁。

7) たとえば、大谷實『刑法講義総論』（1991年）482頁、485頁など。教授は、異なる構成要件間の包括一罪を異質的包括一罪・吸収一罪と呼称し、そのなかに混合的包括一罪を認めた昭和61年判例をあげる。

包括一罪の規定が設けられつつも、その範囲が不当に広がる虞があることなどを理由として改正刑法草案においては明文化が断念された経緯をふまえ、「安易に包括一罪を拡大化する方向につながりかねない議論には、もとより反省すべきものがあるといわなければならない。その意味において、『混合的包括一罪』の概念を肯定することについては、とくに慎重でなければならず、「やはりその影響および問題性が大きいといわなければならないであろう」とする。そして、窃盗罪または詐欺罪と二項強盗による強盗殺人未遂罪型に関する最1決昭和61年11月18日における事例は、むしろ「一個の行為」とみてよい場合であり、観念的競合の事例と解すべきであろうとする⁸⁾。たしかに、包括一罪を広範囲に認め、併合罪の実質をもつ行為を一罪として処断することは許されるべきではなく、この点で、連続犯の削除されるにいたった経緯にも十分に配慮すべきである。また、混合的包括一罪・吸収一罪と呼ばれる競合形式は、数個の異なる構成要件の成立する事例であり、後述のごとく、そこでは法定刑もそれにともない時効も、あるいは必要的没収規定の存否も異なり、この競合形式の関係にある行為については、独立の事実の認定を必要とし、法令の適用に際してはその罰条の摘示が必要であるともいわれている。そうであれば、もはや科刑上一罪と差異はないのであるから、このように観念的競合の成立の可能性を検討する見解は、十分に首肯しうるものである。

ところで、包括一罪という概念が生じる必然性について考えてみよう。

わが刑法において、一罪についての明文規定は54条1項においてほかにはない。それによると、「一個の行為」であれば観念的競合、「犯罪の手段もしくは結果たる行為」であって「他の罪名に触」れるときには牽連犯が認められ（科刑上）一罪とされる⁹⁾。しかし、このような要件を満たさない限り実定法上は併

8) 中山善房『大コンメンタール刑法（第三巻）』（1990年）44頁。

9) 牽連犯の成立が限定されるのは、その立法理由による。この点に関しては、草野豹一郎「牽連犯における牽連性」『刑事判例研究第三巻』（1937年）181頁、中野次雄『逐条改正刑法の研究』（1948年）79頁、高田卓爾『注釈刑法（2）Ⅱ』（1969年）616頁、山火正則『判例刑法研究（4）』（1981年）279頁、佐々木史朗・判例タイムズ791号48頁、中山善房「罪数論の現状」中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』（1972年）195頁注（4）、同『判例刑法研究（4）』（1981年）342頁参照。なお、この点で、将来牽連犯

合罪とせざるをえない。だが、このような数個の犯罪の関係を独立の数罪、すなわち併合罪と評価したのでは、数個の独立の違法・責任がないにもかかわらずこれがあるものと評価する限りで二重評価にいたる場合がある。さらにそのような中において、二重評価の程度が著しくもはや併合罪とすべきではないが、かといって一方の構成要件によって他方の犯罪の違法・責任内容をすべて評価することもできず、また、観念的競合や牽連犯にもあたらない場合に、一方の構成要件によって包括的に評価しうる、ないし評価すべき場合として、包括一罪が認められるようになったのである¹⁰⁾。そして、数個の犯罪の競合が異なる構成要件にまたがる場合についても事情は同じである。こうして、異なる構成要件にまたがる包括一罪、ないし吸収一罪という概念が生じることになったのである。また、それが立法者の意思にもとづくとはいえず、構成要件は Maurach のように「程度の差こそあれ任意な刑法的帰結(mehr oder minder willkürliche Strafrechtsfolgen)」¹¹⁾であって、わが国の現行法では、財物奪取についてもいくつかに行爲態様が区別され、結合犯や逮捕監禁は一個の構成要件によって規定され、住居侵入窃盗は異なる二つの構成要件によって評価されるがごときである。このような事情も、判例ならびに学説が包括一罪を是認せざるをえない理由となっていると思われる。たしかに、立法者による決定であるとして、科刑上一罪にあたる場合を除いて、異なる構成要件間の一罪の可能性を否定し、併合罪を認めることによる二重評価を甘受するのも一つの方向

規定が削除された場合の処理も問題となる。牽連犯廃止後、そのほとんどは観念的競合でまかなえんとするのは、法制審議会『改正刑法草案の解説』(1975年)112頁、吸収一罪であるとするのは、平野龍一『改正刑法の研究』(1972年)278頁、観念的競合や包括一罪や併合罪とするのは、中山(善)・前掲『判例刑法研究 (4)』(注9)342頁。牽連犯を立法論としては廃止すべきであり、包括一罪または併合罪とすべきであるとするのは、大谷・前掲書(注7)493頁、同じく、牽連犯規定を疑問とするのは、中山(善)・前掲論文(注9)193頁、莊子邦雄『刑法総論』(1981年)469頁、さらに、藤木教授(藤木英雄『刑法演習講座』(1970年)246頁)は、有価証券偽造・同行使・詐欺は現在のところ牽連犯とされるが、牽連犯規定の廃止後は、併合罪ではなく、観念的競合として科刑上一罪として扱われるものと予想している。

10) この点に関しては、虫明・前掲書(注1)227頁参照。

11) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT. Tb 2, 7. Aufl. 1989, § 54 I Rdn. 24.

であろう。しかし、わが国の判例・学説も、またドイツの判例・学説も、他の可能性を選択した。その理由は、手続法上の理由があることはもちろんであるが、実際の実務における、処断刑の下限に宣告刑が集中する現状をふまえても、一罪と併合罪では実体法上も感銘力が違うというべきであるからである。

そして、その可能性とは、一つには、科刑上一罪を広く解することであり、これには、上述の中山判事のように観念的競合規定に解決を求めるものと、あるいは具体的事例によっては鈴木教授のように、牽連犯規定にこれを求めるものと、二様の立場があろう。鈴木教授は、「時間的一致の欠如の故に、観念的競合が否定される場合にも、さらに牽連犯としての評価上一罪性を問題とする余地があり、またその必要もあるといえよう」、「観念的競合の否定から直ちに併合罪の認容へと飛躍するところに問題があるといえよう。観念的競合論との関連において、牽連犯論がさらにとりあげられなければならない」¹²⁾とする。

ただ、「一個の行為」の外延を広く解することで、あるいは牽連犯を認める方向で問題を処理しようとするのであれば、そこには無理があり、ひいては科刑上一罪の要件の不明確化にいたる危険もあり、二重評価の回避を54条1項に依拠して解決することの限界性は認識する必要があるように思われる。

このように、包括一罪は行為者によって行われた具体的な所為を過不足なく、すなわち許される範囲を超えた二重評価に陥ることもなく、かといって成立している構成要件による評価をせずに不十分な評価に終わることもなく、適切に評価するために必要なのである（明示化機能＝後述）。

三 包括一罪は科刑上一罪か一犯罪の吸収か刑の吸収か

一 従来、包括一罪は、全体として一罪であるとして本来の一罪に類型化されていたが、今日では包括一罪を構成するそれぞれの事実ごとに一罪が成立するとして、これを科刑上一罪に数える立場が有力となりつつある。これは、包括一罪は犯罪の吸収—全体として一罪—であるのか、それとも刑罰の吸収—犯

12) 鈴木茂嗣「観念的競合について」刑法雑誌21巻2号134頁。同旨、山火正則「科刑上一罪について」刑法雑誌23巻1=2号23頁。なお、この点に関しては注9)参照。

罪としては数個存在するが、軽い犯罪に対応する刑罰が重い犯罪のそれに吸収される科刑上一罪一であるのかという問題である¹³⁾。

二 まず、本来の一罪とする立場は、たとえば、構成要件の評価の同質的包括性・異質的包括性をもって包括一罪を説明する団藤博士の見解に代表されるが¹⁴⁾、近時では、包括一罪を次のように促える虫明教授の見解に窺える。すなわち、教授は、包括一罪とは「行為が数個の構成要件に該当し、構成要件相互の関係のみによっては一個の罰条による一回的评价は基礎づけられないが、構成要件相互の関連性、違法の一体性、責任の一体性を要件として、一個の罰条によって一回的に評価しうる」ところの「本来の一罪であって……数個の罰条による評価を行っても必ずしも二重評価とはならないが、なお、具体的事情を考慮することによって一個の罰条による一回的评价が可能の場合であり、それによって「他の事実も共に評価されていると考えられている場合である」とするのである¹⁵⁾。そして、科刑上一罪説に対しては、「罪数を、犯罪成立要件を満たした後の段階でとらえることによって、従来の構成要件標準説に内在する矛盾は解消するであろうし、包括一罪を科刑上一罪と考えたり、認識上数罪としての評価上一罪と構成する必要もなくなるであろう」と批判する¹⁶⁾。ところで、林（幹）教授も、包括一罪を科刑上一罪ではなく（本来的）一罪に位置づける¹⁷⁾。すなわち、「二つ以上の事実についてそれぞれ犯罪が成立するが、それらの事実の不法・責任内容の密接関連性ないし一体性を理由として、

13) しばしば、「犯罪を不問に付す」という表現が用いられる。たとえば、山中教授（山中敬一・法学セミナー449号143頁）は、包括一罪にすると一方の犯罪が不問に付されるといい、藤木教授（藤木英雄『注釈刑法(6)』（1966年）107頁）も、包括して強盗一罪の場合、詐欺罪を不問に付するとするがごときである。ここでは、その「犯罪を不問にする」ことの中身はなにかを問題とすることである。

14) 団藤重光『刑法綱要総論』（1990年）438頁。

15) 虫明・前掲書（注1）26頁，401頁。同旨、団藤・前掲書（注14）444頁，大塚仁『刑法概説総論』（1992年）431頁，大谷・前掲書（注7）480頁，曾根威彦『刑法総論』（1987年）307頁（吸収一罪は本来の一罪である包括一罪とする），前田・前掲書（注2）486頁。なお、虫明教授の見解には包括一罪を広く解するという特徴がある。拙稿・前掲（注1）法律時報118頁参照。

16) 虫明・前掲書（注1）25頁。

17) 林幹人『刑法論理の現代的展開（Ⅱ）』（1990年）278頁。

一罪として処断される場合を包括一罪という」とする。しかし、教授は、この場合複数の犯罪が成立しているのであるから、たとえば吸収一罪の場合には、吸収する罪の立証が困難なときには吸収される罪についての起訴が可能であり、また、吸収する罪についての刑の廃止があっても、吸収される罪について処罰が可能であり、接続犯や不可罰的・事前・事後行為の場合、時効は別々に進行を開始し、吸収される罪を別個量刑において考慮することができるとして、犯罪の吸収ではなく処断刑が吸収され、したがって、両方の罪について独立の事実の認定をし、法令の適用をすべきであるとする。そして、これらの事情をふまえて、吸収一罪・包括一罪の場合、処断上は科刑上一罪の場合に著しく接近するという。ただ、このように解するのであれば、むしろ、科刑上一罪として把握した方が一貫するのではあるまいか¹⁸⁾。

三 これに対して、包括一罪を科刑上一罪とする立場は、平野博士のつぎのような見解に代表されよう。すなわち、包括一罪は、「現実には数個の単純一罪が存在し数個の罰条が適用されうる場合であるにもかかわらず、なお一個の罰条だけを適用して処断すべき場合」であり、「包括的一罪は、重い罪あるいは一つの罪の『刑』で処断するものである。それは単純一罪の一種ではなく、むしろ科刑上の一罪の一種であり、科刑上一罪が「明示的方法がとられるのに対し、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、いわば黙示的方法がとられるというにすぎない」。そしてその理由は、包括一罪は科刑上一罪と同様「一個の行為であるか、目的・手段、原因・結果、あるいは同種行為の接続（連続）という関係で密接に結び付けられた一個に準ずる行為で」あり、しかしそれと異なり「独立に評価を示す必要のある被害

18) 林（幹）教授は、包括一罪のほか法条競合の場合にも複数の犯罪が成立しているとするが、疑問である。批判として、町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上巻）』409頁、これに対する反論として、林（幹）・前掲書（注17）284頁。なお、吸収一罪においても、一方の犯罪の立証が困難な場合とか、刑の廃止があった場合には、単純一罪となる。なお、中谷判事（中谷雄二郎『大コンメンタール刑法（第三巻）』181頁）は、吸収関係に不可罰的・事前・事後行為、随伴行為（付随行為）をあげ、「付随行為による罪が主行為による罪に吸収される」とする。なお、犯罪の吸収か処罰の吸収かについては、異なった意味で用いられることがある。中谷雄二郎「罪数の判断基準（下）」判例時報1244号11頁注（1）。

で」なく、すなわち「軽い罪の被害法益の性質、およびそのような侵害が重い罪の実行に通常伴うものであることなどの点からみて、重い罪の情状の一つと大差がなく、立法者も重い罪の法定刑を定めるにあたって、これらの事情も考慮に入れていたと考えてさしつかえない場合である」からであるとする¹⁹⁾²⁰⁾。

さらにこの立場から、本来の一罪説に対しては、一個の「罰条」は、「他の構成要件に該当し、これによって評価される行為の違法性・責任まで含んでいるとはいえず、一方の「刑」で他方の「刑」を「あわせて」処断している」と解すべきであるとして²¹⁾、あるいは、狭義の包括一罪に関しては、それぞれの個別行為自体は構成要件に該当し違法で有責な行為であり、それぞれが可罰性をもった行為であるとするなら、罰条も複数存在しているのではないかとする批判がある²²⁾。

四 両説の見解の相違は、包括一罪になにを盛り込むかという問題にも大きく関わっているものの、理論的には、上述のごとく、数個の構成要件該当性あるいは罰条を認め数罪の成立を肯定し、ただ、一方の刑が他方の刑に吸収され

19) 平野龍一『刑法総論(Ⅱ)』(1975年)411頁。奈良教授(奈良俊夫「いわゆる『包括一罪』の再検討」研修471号11頁、同「財産罪における罪数問題(1)」獨協法学21号89頁参照)は、「そもそも、ある事態を、構成要件的には数罪の成立を認識しうるにもかかわらず、包括一罪として処断する根本的理由は、当該事態が社会的実体として一個の違法行為と評価することができ、これに一個の刑罰を対応させれば十分だと考えられるところに求められるのであるから、包括の契機は、実質的違法の徹底をなす法益侵害に関連させて考えるところに出発点を置く方法によって整序されるべきだと思われる」とし、「包括一罪の処理は、実定法の適用上は、科刑上一罪に準じて扱われることになる」とする。山火教授(前掲書(注9)273頁)は、「単純一罪にもっとも近いと思われる集合犯としての常習犯の場合についてさえ、厳密に言えば、科刑上一罪と考えられる」とする。このほか、包括一罪を科刑上一罪と解するのは、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』346頁(1986年)、藤木英雄『刑法講義総論』(1975年)347頁、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頁166頁。

20) このほか、中山教授(前掲書(注2)525頁)は、「単純一罪と科刑上一罪との中間にあるもの」とする。また、中山判事(前掲『大コンメンタール刑法(第三巻)』(注8)40頁)は、包括一罪は「数行為・数結果」の場合であり本来的に数罪であるが、一処罰の場合であるとする。この点では、牽連犯や不可罰的事前・事後行為、集合犯と同じであるとしつつ、ただ、それらと区別して論じている。

21) 平野・前掲論文(注1)8頁。

22) 丸山・前掲論文(注19)165頁。

ると解するか(刑の吸収)、一方の罪は他方の罪の成立によって包括的に評価され独立に評価する必要がないとして²³⁾、一罪を認めるか(犯罪の吸収)にある。

ところで、判例において通常、包括一罪と科刑上一罪はその法的効果において違いがあるとされてきた。すなわち、前者にあっては、適用される一つの罪の事実認定を行い、これにのみ罰条を適用すればよいとされ、また、科刑上一罪とは訴因の特定、罪となるべき事実の摘示についても異なるとされ、両者はこのように別異に取り扱われてきた²⁴⁾。思うに、同じく包括一罪とはいえ、異なる構成要件にまたがる混合的包括一罪にあっては、時効はそれぞれの事実ごとに独立に進行しかつ完成し、また、後述のごとく被吸収罪を量刑において考慮しようとする、同一構成要件の包括一罪以上に数罪性が顕著になる。異なる構成要件間の包括一罪という概念を認めるならば、本来の一罪説の論拠、すなわち、一個の罰条による評価によって他の事実もともに評価されているとする論拠は維持できないので、科刑上一罪に準じて考えるべきであり、また、黙示的科刑上一罪説の根拠、すなわち、独立に評価を示す必要のある被害ではないとする論拠も、強盗と傷害型の包括一罪を想定すれば明らかなように、混合的包括一罪の場合には必ずしも妥当するとはいえないので、ここでは、いうところの明示的科刑上一罪と同じく独立の事実認定および罰条の適用が必要であるというべきである²⁵⁾。

なお、異なる構成要件にまたがる包括一罪を科刑上一罪に準じて考えるにせよ、科刑上一罪を実質的・本来の数罪であると考えざるべきではなく、その数罪性を強調すべきでないと思われる。競合論(罪数論)では、併合罪か否かが決定的なのであって、科刑上一罪と併合罪との相違は軽視されてはならないからである²⁶⁾²⁷⁾。

23) 前田・前掲書(注 2) 468頁。

24) 白井滋夫『注釈刑事訴訟法(第三卷)』(1976年) 447頁、柴田孝夫『注釈刑事訴訟法(第三卷)』(1976年) 446頁参照。訴因の特定に関して、包括一罪か科刑上一罪かが争われた最近の事例では、饗応接待に関する最1判昭和61年6月1日判例時報1193号149頁がある。なお、最3決昭和61年10月28日刑集40巻6号509頁、虫明・前掲書(注 1) 261頁参照。

25) さらに補強証拠もそれぞれの行為につき必要である。高田卓爾『刑事訴訟法』(1978年) 245頁、354頁参照。

26) 拙稿「観念的競合の一罪性と其の根拠」法学新報95巻5=6号163頁。この点で、

五 包括一罪を科刑上一罪と解するか本来の一罪と解するかについては、判例には矛盾があるといわれる²⁸⁾。すなわち、最2決昭和61年4月1日刑集40巻3号197頁は、市議会議員選挙に立候補することを決意していた被告人が、自己の当選を得る目的で同一の日時場所において多数の選挙人に対して饗応したという事案につき、「相手方たる受供与者の異なるごとに、それぞれ別個の構成要件の評価をなすべきであって、本件のような事案を包括一罪と理解することは、本罪の本質と矛盾する」という上告趣旨の主張を退け、「被告人の本件行為は、包括して一個の饗応接待罪を構成すると解すべきである」と判示した²⁹⁾。これに対して、上述混合的包括一罪を認めた最1決昭和61年11月18日は、複数の犯罪の成立を肯定し重い罪で処断しているので、科刑上一罪に近いものとして解しているようである³¹⁾。この点に関しては、判例は、異なる構成要件にまたがる包括一罪か否かで区別して、異なる構成要件にまたがる包括一罪であればこれを科刑上一罪と解しているのではあるまいか。そして、このように

平野博士（前掲『刑法総論（Ⅱ）』（注9）421頁）が、「科刑上一罪を一罪か数罪かのどちらかに割り切ってしまうのは、無理があるように思われる。科刑上一罪は、ある意味では一罪であり、ある意味では数罪であって、いわば中間的な独自の存在なのである」とするのは、正しい認識である。しかし、明らかに数罪でない存在は、一罪であるというべきであろう。

- 27) なお、一罪と解しても科刑上一罪と解しても、それ自体観念的競合の関係にある甲罪・乙罪が日時場所を異にして存在し、前後二つの観念的競合が包括一罪となる場合の処理は困難である。たとえば日時場所を異にするけん銃および実包の所持が、別個の所持ではなく包括して一個の所持とされた場合である。この場合、けん銃と実包の所持は観念的競合の関係にあり（最1決昭和41年4月7日判例時報464号52頁、最1決昭和43年12月19日刑集22巻13号1559頁）、日時および場所を異にするけん銃および実包の所持は、別個の所持ではなく包括して一個の所持とされているからである（広島高判昭和59年8月7日『罪数関係裁判例（特別法）改訂版』（1991年）132頁参照）。
- 28) 奈良・前掲「いわゆる『包括一罪』の再検討」（注19）8頁。
- 29) この事案においては、むしろ単純一罪とすべきであったと思われる。拙稿「同一日時場所において多数の選挙人に対し饗応接待をした場合の罪数」法学新報96巻5号325頁参照。
- 30) 同趣旨の判例として、遊技機を設置して行方常習賭博罪の罪となるべき事実の摘示の程度に関する、最3決昭和61年10月28日刑集40巻6号509頁がある。
- 31) 林美月子「いわゆる一重強盗による強盗殺人未遂罪ではなく、窃盗または詐欺罪といわゆる二重強盗による強盗殺人未遂罪との包括一罪となるとされた事例」法学教室80号129頁参照。林(美)教授は、「科刑上一罪の性質をもつものとしてとらえる」とする。

判例を理解する限りでは、判例には矛盾はないといえよう。

六 最後に、この点につき判断を示した前掲いわゆる旧埼玉銀行元次長の不正融資事件第一審判決について検討する。従来、主流判決においては、包括一罪は一個の犯罪であるということが前提にされていたと思われるところ、本判例は、「科刑上一罪としての包括一罪」であることを判決文の中で確認している。これは、罪数判断としては包括一罪としつつもその法的効果の点では科刑上一罪のそれを意図したものである。処断刑の短期を偽造有印私文書行使の刑のそれによったのはその現れである。ただ、「科刑上一罪としての包括一罪」とするという趣旨はいま一つ明白ではない。本件における混合的包括一罪は、科刑上一罪に属するという意味とも解しうるが、おそらく、一般に包括一罪は科刑上一罪であるとする趣旨であろうか。

なお、本件では、科刑上一罪（牽連犯）を否定してその後に包括一罪を認めている。包括一罪を本来の一罪としたならば、論理的には包括一罪の判断が科刑上一罪の判断に先行することになる。しかし、本件では、これを科刑上一罪としたために、同じ科刑上一罪として実定法に根拠のある牽連犯の成立の可能性がまず模索され、これが否定されてしかる後に、混合的包括一罪の可能性が探られたと見るべきであろう。実務上はこのような処理も理解できないではなく、また、ドイツにおいては刑法52条において明文規定のある所為単一（観念的競合）が否定されて、しかる後に、自然的行為単一性の成立が論じられていることが少なくなく³²⁾、併せて今後の参考となるであろう。

四 競合論（罪数論）の体系的地位と量刑論一競合論と被吸収法の量刑資料

一 近時、競合論（罪数論）の体系的地位について自覚的に取り組んだのは中山判事である。判事は、従来の競合論が犯罪論において占める体系的地位につき、①犯罪論と刑罰論とにまたがる問題であるとしてこれを犯罪論における

32) 最近の判例として、BGH NSTZ 1984 214. 拙稿「複数の行為の後の被害者の死」比較法雑誌22巻2号131頁、同「観念的競合と自然的行為単一性」中大院年報17号107頁参照。なお、上述のごとく、鈴木教授（前掲論文（注12）134頁）は、観念的競合が否定された後に、牽連犯論がさらに取りあげられなければならないという。

最終の章で取り扱う見解、②犯罪の一般的成立要件（行為・違法・責任）を論じたのち、未遂犯・共犯とならぶ犯罪の態様・類型ないし発現形態の一つとして罪数論を論ずる見解、③犯罪の一般成立要件の中において罪数を論じる見解に三分し、さらにこの③の立場を④責任の問題であるとする見解、⑤違法性の段階における問題であるとする見解、⑥構成要件ないしは行為の違法性の段階における問題であるとする見解、⑦構成要件の定型の問題であるとする見解に分類している。その上で、①は、罪数論と犯罪競合論とを峻別しない点で、②は「一人・一罪・既遂」を犯罪論構築の基礎的態度とすることは好ましくなく、また、未遂、共犯と異なり一罪にはこれに対応するものがないという点で失当であるとし、「罪数は、一個、一個の具体的な犯罪行為の存否の問題であり、これは外部的、客観的に行為を判断すべきであって、当該犯罪行為を行なうに至った行為者の内面的・主観的な事情を考慮しないで判断されるべき性質の問題である。このように解しないと行為者側の事情如何により罪数が異なることになり……恣意的、便宜的な罪数論に陥るおそれがある」として、判事自身は⑥の立場に立つ³³⁾。

二 これに対して、阿部教授は、錯誤論が罪数論に影響すること、罪数論が構成要件ないし違法性の段階で決まるとすると責任のない行為も罪数を数える対象となり、思考経済上意味のないことを理由として、「罪数論はやはり犯罪の最終段階、つまり刑罰論の直前で論ずるのが適当」であり、「罪数論を犯罪の態様、発現形態の一つであるとする見解に左袒したい」とする³⁴⁾。また、虫明教授は、「罪数は成立する犯罪の数の問題であるから、犯罪の成立要件を満たさない行為については、当初から罪数問題は生じない。換言すれば、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、初めて問題となるのである。従って、罪数判断においては、構成要件の

33) 中山（善）・前掲論文（注9）185頁。なお、判事は、罪数論と犯罪の競合論を区別し、後者は、競合論において取り扱うべきであるとする。必ずしもこのように分ける必要はないとするのは、鈴木茂嗣「罪数論」『現代刑法講座（第三巻）』（1979年）284頁。思うに、競合論と罪数論を区別することなく、しかもその意義に照らして「罪数論は」むしろ「競合論」と呼ぶべきであろう。

34) 阿部純二「刑事法学の動き」法律時報47巻3号96頁。

問題のみならず、違法性、責任の問題にもかかわらざるをえない」とする³⁵⁾。

三 私も、罪数を責任判断以降で論ずべきであると考えてきた³⁶⁾。その第一の理由は、阿部教授や虫明教授の主張の根拠は正当であり、中山判事が刑罰論で扱うとする科刑上一罪はもちろんであるが、それ以外の一罪の諸類型についても、責任判断を経由することでその類型を異にすることはないとはいえないからである。たとえば、接続犯やその延長線上にある包括一罪、すなわち一個の構成要件・法益に向けて反覆・連続して行われた数個の行為などにつき、複数の構成要件を充足しそれぞれ違法であるが、そのうちの一個の行為にしか責任を問えない場合には、単純一罪となろう。また、結合犯の一方に期待可能性の欠ける場合も皆無ではなく、この場合には、成立している犯罪についての単純一罪というべきである。いわんや、異なる構成要件にまたがる包括一罪においては、一層この理が妥当するといわざるをえない。中山判事の「罪数は、一個、一個の具体的な犯罪行為の存否の問題である」とする出発点はまさにそのとおりであるが、そうであればなおさらのこと、具体的な犯罪の個数は、責任判断以後の段階で決すべきであらう³⁷⁾。判事の説に反して、行為者の内面的・主観的な事情を考慮しなければ、罪数は判断できないというべきであらう³⁸⁾。

第二の理由は、上述のごとく、時効、没収および量刑を被吸収法につき独自に考えるとすれば、その前提として被吸収法についても違法・責任判断を経ることが必要であるからである。

ところで、競合論（罪数論）の体系的地位は、錯誤、共罰的事後行為において吸収法（優位法）が処罰できないときの被吸収法（劣位法）による処罰、吸

35) 虫明・前掲書（注1）24頁。

36) 拙稿「観念的競合の一罪性」中大院年報14号152頁、同・前掲「観念的競合の一罪性とその根拠」（注26）189頁参照。

37) 包括一罪における責任内容の一体性をも重視するのは、林（幹）・前掲書（注17）274頁、むしろ違法内容こそ重視すべきであるとするのは、虫明・前掲書（注1）114頁、215頁。拙稿・前掲（注1）119頁。なお、丸山助教授（前掲論文（注19）165頁）は、構成要件標準説といえども「違法判断と責任判断を無視して構成要件該当判断だけで罪数が決定されるという趣旨に理解するものではない」という。

38) 違法・責任は程度概念であり、これは量刑に作用することは一般に認められている。拙稿・前掲「観念的競合の一罪性とその根拠」（注26）185頁、さらに、大塚・前掲書（注15）108頁参照。

収法の中止未遂と被吸収法（劣位法）による処罰，親告罪における告訴の欠如と一罪の一部起訴などの諸問題に影響するが³⁹⁾，さらに量刑論とも密接な関係を有することもまた忘れてはならない。思うに，競合論とは「違法と責任に照らして合目的に可罰性を刑罰の量に換算する量刑論の基礎として，行為者について成立する具体的な犯罪の個数を示し，ならびに犯罪の違法・責任の程度を明らかにする領域³⁸⁾」である。とすると，競合論の実体法上の意義の一つは，量刑規範を明らかにすることにあるといつてよい⁴⁰⁾。そして，量刑規範を明らかにするという意味は，第一に，併合罪という本来数罪におけるのとは異なった処断刑を形成すること，第二に，ある行為について犯罪構成要件の適用により，その犯罪的性格を余すところなく汲み尽し，評価し尽くすこと—これは成立する構成要件による一種の明示化機能といいうるのであろう⁴¹⁾—，そして第三に，被吸収法を量刑において考慮する量刑資料とすることである⁴²⁾。

この被吸収法の量刑における考慮に関していえば，たとえば，傷害罪と強盗罪との混合的包括一罪では強盗罪の処断刑の範囲で傷害の程度が甚大であることを量刑にあたって考慮すべきであろうし，偽造文書行使と詐欺罪は，判例によれば牽連犯，有力説によれば後者は前者に吸収されるが，前者を用いて後者の行為を多数回行った場合には，量刑に際してこれらの事実を勘案することが必要であろう。しかし，このように解釈するならば，吸収法はもちろんのこと

39) 虫明・前掲書（注1）第四章参照。

40) 拙稿・前掲「観念的競合の一罪性と其の根拠」（注26）185頁，189頁，同・前掲「観念的競合の一罪性」（注36）161頁。同旨，井田良「故意における客体の特定および『個数』に関する一考察（四・完）」法学研究58巻12号68頁。このような考えは一般に承認されているといえよう。

41) ドイツでは観念的競合につき一般に認められている。「観念的競合の明示化機能（Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz）」については，Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 1988, SS. 652, 656; Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, § 52 Rdn. 2; Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 16. Lieferung, 1992, Vor § 52 Rdn. 61, § 52 Rdn. 2。拙稿「謀殺罪と強盗致死罪との所為単一」比較法雑誌26巻3号63頁。なお，量刑責任と二重評価の原則については，川崎一夫『体系的量刑論』（1991年）144頁参照。

42) 包摂関係にある法条競合の場合には，排除される罪は，量刑資料とされてはならないことはいふまでもない。

被吸収法についても⁴³⁾、犯罪が成立していることを明らかにすべきである。すなわち、異なる構成要件間の包括一罪を認め、これを犯罪の吸収ではなく刑の吸収の場合であるとする、被吸収法およびこれにあたる事実による量刑考慮も可能となるが、そうであればその前提として、量刑資料の対象となるところの右事実は、原理上はやはり量刑資料とするに足りる実体を有した、違法と責任評価がなされたものでなければならず、犯罪成立要件を満たしていることが必須となる。したがって競合論の体系的地位は違法と責任の後の段階に求めなければならず、異なる構成要件にまたがる包括一罪の場合にはその各々につき犯罪の一般成立要件を論じなければならない。なお、競合論は責任判断以降の場面で論ずべきとするこの結論は、混合的包括一罪の競合論上の性質を刑罰の吸収の場合であるとしても、責任のない刑罰を科すことはできず、かりに犯罪の吸収としても責任のない犯罪はないので、いずれに解するにせよ、かわりはない⁴⁴⁾。

このように、異なる構成要件間の包括一罪を認めるならば、実体法的理由からも訴訟法的理由からも、法令の適用にあたってこれを明記すべきである。これは余罪を事実上処罰する趣旨で量刑の資料とすることを禁止した最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁⁴⁵⁾、最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁、最近では大阪高判平成3年11月14日判例タイムズ795号274頁の各判例の趣旨に合致するであろうし、この点で、最1決昭和41年11月10日判例時報467号63頁、すなわち起訴状に記載されなかった強姦の事実の認定が、同一の機会における現場共同強姦罪の情状の判示として許容された事例については⁴⁶⁾、疑問とせざるをえない。

四 このような量刑論と競合論を有機的に結びつける議論は、ドイツにおいては広く行われているところである。たとえば、先の刑法改正において、総合

43) 同旨、林(幹)・前掲書(注17)279頁、反対、平野・前掲『刑法総論(Ⅱ)』(注19)411頁。

44) ただ、そうすると、器物損壊の意図で誤って人を殺害し衣服も損壊する結果を生じた場合、量刑論を責任論以降に移せば「物」と「衣服」とでは法定的に符合し、故意の器物損壊が成立し、この罪は過失致死罪に吸収されないことになろう。

45) なお、余罪と量刑については、松岡正章『量刑手続法序説』(1975年)119頁。

刑（個別刑，すなわち各罪についてそれぞれ刑を量定し，そのもっとも重き刑を加重することによって形成され，これを言渡すもの⁴⁶⁾）の導入か，単一刑（わが国の現行法と同様，もっとも重い罪を加重した処断刑をつくり，その範囲で刑を言渡すもの）の導入かが争われ，後者は，刑事手続の簡易化をもたらすとしても，不法・責任の程度を独立に評価すべきであるとする責任刑法の原則に反するものであり，個々の所為の評価が行われなければ被告人の防禦にも支障を来すとして，結局総合刑主義が採用されたのは⁴⁷⁾，そのよい例である。また，「ここ（法条競合＝筆者注）では，たしかに文言上は複数の刑罰法規が犯罪行為に該当する。しかし右の規定相互の関係から，実際にはそのうちの一つの規定しか侵害されていないことが判明するのであ」り⁴⁸⁾，一方，所為単一（観念的競合）にあっては，複数の刑罰法規が侵害されてはいるが，「草案は，その際，各則の刑罰範囲は，一個の行為による複数の法律の侵害の中に存する不法内容および責任内容をも把握するために十分な幅を有しているという前提から出発した」⁴⁹⁾として法条競合と観念的競合とを区別する理由書の立場も量刑論を基礎においた競合論を前提にしているものである。さらには，観念的競合の場合には，総合刑の範囲で，軽い法律を刑を加重する方向で考慮することは許されているが，それは，観念的競合によって基礎づけられている所為の不法内容の増加は，有罪判決においても斟酌されてよいからであるとする見解⁵⁰⁾や，「量刑にあっては法条単一によって排除された法律は，その法律が適用さ

46) Vgl. StGB § § 53, 54.

47) Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BT-Drucks. IV/650, 1962, S. 190.

48) Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BT-Drucks. IV/650, 1962, S. 191.

49) Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BT-Drucks. IV/650, 1962, S. 192.

50) Maurach/Gössel/Zipf, AT. Tb. 2, a. a. O., § 55 IV Rdn. 92. なお，「軽い罪の構成要件メルクマールの実現は，それが重い罪の構成要件メルクマールと重ならない限りで」という限定が付されて説明されることもある。林美月子「量刑における二重評価の禁止」神奈川法学26巻1号159頁参照。Vgl. Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 469 f. Jakobs, Strafrecht, AT., 1991, S. 909; Zipf, a. a. O., S. 139 f.）。なお，観念的競合の場合，いかなる内容の犯罪競合かは重要な量刑資料となる。前田雅英『刑法の基礎総論』（1993年）265頁参照。

れる法律の構成要件にすでに属する要素でない限り、刑を加重する方向で考慮される」とする判例・学説も⁵¹⁾、競合論と量刑論を有機的に結び付けている点で参考になろう。

五 結

現在、学説上はもとより判例においても包括一罪は広く解される傾向にある。その背景には、混合的包括一罪という競合形式を認めた最1決昭和61年11月18日の存在があるようにも思われる。もちろん、右判例および強盗罪と傷害罪型の混合的包括一罪を肯定した判例の有する射程範囲は限定的に解されるべきではあるが、しかし、他方においては、刑法54条の科刑上一罪をもって併合罪に当たらないすべての数罪を処理することの限界も同時に認識されねばならないと思われる。なぜなら、観念的競合・牽連犯にあらずともその行為の違法性・責任内容からみて併合罪とすべきでない場合は少なくなく、これを異なる構成要件にまたがる一罪として認めざるをえないのではないかと思われるからである。

本稿は、混合的包括一罪を含めた包括一罪・科刑上一罪を論じるにあたっての前提問題につき若干の検討を行おうとしたものである。残された課題も少なくなく十分な検討は他日を期すしかないが、包括一罪を科刑上一罪と解するか、本来の一罪と解するか、それとも法条競合と解するかによって、包括一罪の成立する範囲、その実体法的・訴訟法的効果、量刑等にいかなる影響を及ぼすかを明らかにしようとし、今後混合的包括一罪を認めるについての問題点を指摘することでこの議論に一素材を提供しようとした。具体的には、包括一罪、とりわけ混合的包括一罪という最高裁をはじめ下級審判例で認められている概念、すなわち、競合形式を論じる前提として、包括一罪という競合形式が生じる必然性を第一に確認した。第二に、混合的包括一罪は科刑上一罪であ

51) Jescheck, a. a. O., S. 671; Bruns, a. a. O., S. 467 f.; Zipf, StraßmaßBrevi-
sion, 1969, S. 138 f. Lagodny, NStZ 1992 490f. Vgl. RG 59 147; 62 61; 63 423;
RG HRR 1939 Nr. 471; OGH 2 324; BGH 19 188. 拙稿「謀殺罪と強盗致死罪と
の所為単一（観念的競合）」比較法雑誌26巻3号75頁参照。

り、成立した数個の犯罪のうちの一つの刑によって他の刑が吸収されるべき場合であると解した。

ところで、混合的包括一罪は異なる構成要件にまたがる包括一罪であるところに特徴があり、それゆえ法定刑もそれにともない時効も、あるいは必要的没収規定の存否もそれぞれ異なってくるのであるから、時効や、争いもあるが、必要的没収は、犯罪と刑罰がその前提になければならない。そして、それに加え、被吸収法は量刑資料として用いられるのであるが、かりにそれが許されるのであれば、被吸収法にあたる事実はやはり量刑の資料にするにみあっただけの実体を有したものでなければならず、犯罪成立要件を満たしていることが当然の前提となる。余罪を実質的には処罰する趣旨で量刑の資料とすることが許されないのと同様に、犯罪構成要件を充足していない行為を量刑資料とすることはできないからである。そこで、本稿は、第三に、量刑規範としての競合論（罪数論）を再確認することで、科刑上一罪としての包括一罪論の体系的地位につき責任論以降の犯罪論におくべきであると主張した⁵²⁾。

ただ、いずれにせよ、科刑上一罪が「一罪」とされるにはそれなりの理由があることであり、科刑上一罪の「一罪性」は十分に尊重されなければならず、したがって、科刑上一罪は本来数罪であるという点を強調すべきではないように思われる。実体法上で論じられる競合論においては、一罪か併合罪かが重要なのであって、一般にも、併合罪かそれとも科刑上一罪を含めた一罪かに関心が移ってきているのではあるまいか。

なお、混合的包括一罪は、包括一罪の一場合であるとしても、混合的包括一罪でいわれたことはそのまますべての包括一罪に当てはまるとすべきか否かは、さらに十分な検討を必要としよう。判例が区別して取り扱っている点には注意を要しよう。また、ことによると混合的包括一罪と吸収一罪とは異なるものとして扱う必要があるかも知れない。

混合的包括一罪を認めた判例には、特殊な事案を基礎にした純理論的とまではいえないその必然性があったのであるが、翻って考えるに、このような判例

52) 競合論は犯罪論において論じるべきである。この点に関しては、拙稿「過失犯の罪数」獨協法学35号88頁注80）参照。

混合的包括一罪論の前提

を契機として、異なる構成要件にまたがる包括一罪なる概念につきあらためて考える時期にさしかかっているものといえよう。