



Title	罪数論と一事不再理効の関係の再構成：「かすがい」、集合犯を中心として
Author(s)	倪, 潤
Citation	北海道大学. 博士(法学) 甲第11185号
Issue Date	2014-03-25
DOI	10.14943/doctoral.k11185
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/55511">http://hdl.handle.net/2115/55511</a>
Type	theses (doctoral)
File Information	Ni_Run.pdf



[Instructions for use](#)

博士論文テーマ

罪数論と一事不再理効の関係の再構成

——「かすがい」、集合犯を中心として

名 前 倪 潤

学生番号 15105004

指導教授 白取祐司

専 攻 刑事訴訟法

年 月 日 2013年 12月 25日

# 罪数論と一事不再理効の關係の再構成

——「かすがい」、集合犯を中心として

倪 潤

## 目次

### 第一章 序論

- 一、問題の所在
- 二、研究の対象とその視角
- 三、本研究の意義

### 第二章 公訴事実(所為)単一性の判断基準

- 一、日本法——公訴事実の単一性
  - (一)、学説の整理
    - 1、伝統的な観点
    - 2、批判
    - 3、近時の新たな見解
  - (二)、判例の観点:「訴因基準説」
- 二、ドイツ法——「所為の単一性」(Einheit der Tat)
  - (一)、学説の整理
    - 1、「行為説」
      - (1)Keetsin Liu
      - (2)Herzberg
      - (3)Öhler
    - 2、「法益侵害説」
      - (1)Ber tel
      - (2)Bar thel
      - (3)Geer ds
    - 3、「行為経過の択一説」
      - (1)Schöneborn
      - (2)Grünwald
    - 4、「総合説」
      - (1)Schwinge

- (2)Neuhaus
  - (3)Roxin
  - 5、「起訴状限定説」(Volker Erb)
  - 6、小括
  - (二)、判例の観点:行為単一と所為単一の制度目的の相違
- 三、私見

### 第三章 「かすがい」と一事不再理効

#### 一、日本法の考察

- (一)、問題の所在
- (二)、学説の整理
  - 1、刑法上の学説
    - (1)積極説
    - (2)消極説
    - (3)折衷説
  - 2、刑事訴訟法上の学説
    - (1)鈴木説
    - (2)辻本説
  - 3、評価
- (三)、判例の整理
  - 1、刑法上の代表例
    - (1)「かすがい」を肯定した判例
    - (2)「かすがい」を否定した判例
  - 2、刑事訴訟法上の代表例
    - (1)「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例
    - (2)「かすがい」の一事不再理効を否定した判例
    - (3)訴因的な解決
  - 3、評価

#### 二、ドイツ法の考察

- (一)、学説の整理
  - 1、刑法上の学説
    - (1)競合理論に関する通説に基づく解決
      - (a)観念的競合による解決
      - (b)実質的競合による解決
      - (c)優先の原則
    - (2)行為に対する新たな解釈および「かすがい」に対する影響

(a)Eb.Schmidt による「前法律的な、社会的な理解」

(b)Puppe による「違法行為の接近性」

2、刑事訴訟法上の学説

(1)所為複数説

(2)所為単一説

(3)折衷説

(二)、判例の整理

1、「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例

2、「かすがい」の一事不再理効を否定した判例

3、評価

三、私見

## 第四章 集合犯と一事不再理効

一、日本法の考察

(一)、問題の所在

(二)、学説の整理

1、実体法的な見解

2、訴訟法的な見解

(1)同時審判・訴追説

(2)実体判決の拘束力説

(3)所為の片面的従属説

(三)、判例の整理:「心証基準説」から「訴因基準説」への転換

二、ドイツ法の考察

(一)、集合犯の概念と歴史的沿革

(二)、学説の整理

1、刑法上の学説

(1)行為単一説

(2)行為複数説

2、刑事訴訟法上の学説

(1)所為単一説

(2)所為複数説

3、小括

(三)、判例の整理:実体的正義実現の方向へ

1、訴訟法的な解決方法

(1)実体既判力の範囲の制限

(2)前訴を境界線として、その前の行為は一個の集合犯となり、その後の行為はもう一個の

集合犯となる

(3)後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されるか

2、刑法的な解決方法

(1)営業的墮胎の分離

(2)営業的墮胎以外の集合犯の分離

三、私見

## 第五章 結論

一、解釈論：「制度目的対応説」

二、立法論：集合犯の廃止

# 第一章 序 論

## 一、問題の所在

刑事訴訟法上、「公訴事実の同一性」という文言が使われているのは312条であるが、同条にいう「同一性」は、単一性及び狭義の同一性の両者を含む概念である<sup>1</sup>。公訴事実の単一性は「一個の事件として不可分に取り扱われる範囲の問題」であるのに対して、狭義の同一性は「手続の前後における事件の連続性の問題」である<sup>2</sup>。公訴事実の単一性の判断基準は、基本的に刑法上の罪数論によって決定される。たとえば、刑法45条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在する。それに対して、観念的競合または牽連犯の関係に立つ数罪は、科刑上一罪として訴訟上も不可分ものとして一罪として取り扱われる（判例、通説）。公訴事実の狭義の同一性、単一性の範囲は一事不再理効及び、二重起訴禁止の範囲を画する<sup>3</sup>。

しかし、罪数論に従属する公訴事実の単一性の判断基準については疑問が生じる。実体法上の「一罪」と訴訟法上の「一罪」はその目的と機能が異なる。前者の意義は形式的数罪を違法、責任の点で十分に評価して量刑の基礎を提供することにある。後者の意義は、既に処罰されあるいは無罪となった被告人を、または、既に一回の訴追を受け、その犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった被告人を、再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあると解されている。両者の対応関係を強く要求すると、実際の裁判実務において、かなり無理な法解釈もなされることになる<sup>4</sup>。また、この基準の正当性も問題となる。「公訴事実の同一性が二重の危険の範囲を決定すべき憲法上の規範であると位置づけるならば、制定法上の罪数論によって憲法上の規範の範囲が決定されるというのは、基準としての正当性を疑わしめる」のである<sup>5</sup>。

近年、判例あるいは理論上、罪数論と一事不再理効の関係をめぐって、とくに「かすがい」と常習犯の判例について議論が激しくなされてきた。

まず、「かすがい」の裁判例として東京高裁平成17年12月26日判決(判時1918号122頁)および最高裁第二小法廷平成22年2月17日決定(刑集300号71頁)を取り上げる。

前者の東京高裁平成17年12月26日判決の事案は、前訴で、被告人が平成17年3月26日における被害児童に対する児童淫行罪により家裁に起訴された後、後訴で、平成16年12月2日から平成17年2月17日までの間の6回にわたって実行された児童ポルノ製造罪により地裁に起訴されたというものである。弁護人は、児童淫行罪を「かすがい」として、

<sup>1</sup> 伊藤栄樹 [ほか] 著者代表『注釈刑事訴訟法』4巻(立花書房、1996年)354頁 [小林充執筆]。

<sup>2</sup> 小野清一郎『新刑事訴訟法概論』(法文社、1948年)130頁。狭義の同一性と単一性の関係について、区別論(小野、団藤、平野、平場、高田、鈴木等)、及び統合論(田宮、松尾、小田中、坂本、香城、光藤、大澤裕、上口裕等)の対立がある。

<sup>3</sup> 伊藤・前掲注(1)355頁。

<sup>4</sup> 只木誠『罪数論の研究・補訂版』(成文堂、2009年)158、222頁。

<sup>5</sup> 白取祐司『一事不再理の研究』(日本評論社、1986年)4頁。

後訴の6回にわたって実行された児童ポルノ製造罪と前訴の7回目の児童淫行罪は一罪となり、後訴の6回にわたって実行された児童ポルノ製造罪について公訴棄却されるべきだと主張した。もし「かすがい現象」を認めれば、後訴は前訴の一事不再理効により公訴棄却されることになる。しかし、東京高裁は「かすがい現象」の当否を議論せず、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置を是認し、二重起訴にあたらぬという結論を得た。判旨は以下のとおりである。「かすがい現象を承認すべきかどうかは大きな問題であるが、その当否はおくとして、かかる場合でも、検察官がかすがいに当たる児童淫行罪をあえて訴因に掲げないで、当該児童ポルノ製造罪を地方裁判所に、別件児童淫行罪を家庭裁判所に起訴する合理的な理由があれば、そのような措置も是認できるというべきである。一般的に言えば、検察官として、当該児童に対する児童淫行が証拠上明らかに認められるからといって、すべてを起訴すべき義務はないというべきである。そして、児童淫行罪が児童ポルノ製造罪に比べて、法定刑の上限はもとより、量刑上の犯情においても格段と重いことは明らかである。そうすると、検察官が児童淫行罪の訴因について、証拠上も確実なものに限るのはもとより、被害児童の心情を考慮して、その一部に限定して起訴するのは、合理的であるといわなければならない。また、そのほうが被告人にとっても一般的に有利であるといえる。ただ、そうした場合には、児童ポルノ製造罪と別件淫行罪とが別々の裁判所に起訴されることになるから、所論も強調するように、併合の利益が失われたり、二重評価の危険性が生じて、被告人には必要以上に重罰になる可能性もある。そうすると、裁判所としては、かすがいになる児童淫行罪が起訴されないことになり、必要以上に被告人が量刑上不利益になることは回避すべきである。そこで、児童ポルノ製造罪の量刑に当たっては、別件淫行罪との併合の利益を考慮し、かつ、量刑上の二重評価を防ぐような配慮をすべきである。そう解するのであれば、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置も十分是認することができる」。

最高裁第二小法廷平成22年2月17日決定では、前訴で建造物侵入、窃盗被告事件により起訴され、有罪判決が確定したが、後訴で建造物侵入後の非現住建造物等放火被告事件により起訴された、という事案である。本件の第一審、原審と最高裁決定でそれぞれ三つの判決および決定とも国民の素朴な法感情に応じる「前訴の確定判決の一事不再理効は本件に及ばない」という判断が下されたが、各審級での論証の方法が異なる。一審裁判所は、後訴の放火が再侵入の際に実行されたと認定し、さらに最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決の「訴因基準説」を援用して、「犯行の手段となった再侵入行為は、両訴因を通じて訴訟手続に上程されていないから、公訴事実の単一性を判断するにあつたてこの事実を基礎とすることは相当でなく、前訴の確定判決の一事不再理効は、本件に及ばない」と判示した。原審は、後訴の放火が初回侵入の際に実行されたと認定し、「かすがい現象」（住居侵入）を認めたが、実質的に見て前訴因および後訴因が別罪であることを理由として、「かすがい現象」の一事不再理効を否定した。最高裁は、後訴の放火が再侵入の際に実行されたと認定したが、新たな犯意があり、両侵入行為の関連性を否定し、両訴因との間には公訴

事実の単一性がなく、前訴の確定判決の一事不再理効は後訴に及ばないという、一審とは異なる方法を使った。

次に、常習犯の判例として、最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決(判時 1843 号 3 頁)を取り上げる。事案は、被告人が、夜間の侵入盗を繰り返していたところ、その一部の犯行につき、まず単純窃盗の訴因により起訴されて有罪判決が確定し、その後、本件の窃盗事犯計 22 件が、単純窃盗の訴因により起訴されたというものであった。最高裁は「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗を常習の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、同罪を構成する各窃盗行為間に本来的な結びつきはない。・・・前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらと比較対照することにより行うのが相当である(「訴因基準説」)。・・・本件では、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、別個の機会に犯された単純窃盗に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかである」と判示した。

これらの裁判例には、以下のような問題点がある。

まず、「かすがい」の場合に、「かすがい」を媒介とする本来併合罪にある複数の罪が「かすがい」犯罪とともに、全体として一罪となり、公訴事実の単一性を持つ。前記・東京高判平成 17 年 12 月 26 日判決では、このような広い範囲での一事不再理効に対応して、実務において、検察官がそもそも「かすがい」となりうる犯罪については起訴しない、すなわち、一罪の一部を起訴するという運用が考えられる。本件では、裁判所は検察官が「かすがい」となる犯罪を起訴しないという方法を是認し、前訴の一事不再理が後訴に及ばないと判示した。では、検察官の「細切れた起訴」が許容されるのか、また、裁判所はこのような措置に拘束されるのか。もしこれをを許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまうという批判がなされている。後述の常習犯の場合について、検察官に訴因設定権限はあるが、一罪を分割起訴して一事不再理効をかいくぐることまで認められるのかとの批判がなされているが<sup>6</sup>、同じ批判がここでも当てはまるのではないか。さらに、最高裁平 22 年 2 月 17 日第二小法廷決定は、新たな法律判断を含むものではないが、「訴因基準説」を回避し、また「かすがい現象」の一事不再理効を直接に否定した点で注目される。最高裁は、「訴因基準説」の射程を吟味しているのではないだろうか。また、「かすがい現象」の一事不再理効に対して、判例の統一的な立場はまだ確立されていないのではないだろうか。

次に、常習犯(集合犯の一種)の場合についてだが、常習犯は実体法上の一罪となり、公訴事実の単一性を持つ。過去の判例において、常習累犯窃盗罪の範囲で公訴事実の単一性があるから、常習累犯窃盗罪の一部の窃盗につき確定判決があれば、後に常習累犯窃盗罪で起訴されたとしても一事不再理効が及び、免訴とされている<sup>7</sup>。また、単純窃盗で確定

<sup>6</sup> 白取祐司『刑事訴訟法(第7版)』(日本評論社、2012年)452頁。

<sup>7</sup> 最高裁第二小法廷昭和43年3月29日判決刑集22巻3号153頁。

判決があれば、後に右窃盗と同時期に行われた 34 回の窃盗で起訴しても、一事不再理効が及び、免訴とされる<sup>8</sup>。しかし、このような処理は、一事不再理効の範囲が広がり、正義に反する。最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決において、最高裁は「前訴及び後訴の各訴因のみを基準」とする、独自の理論構成である「訴因基準説」によって、後訴を認めた<sup>9</sup>。しかし「訴因基準説」に対しては、「本来常習一罪にあたる数罪を、検察官の裁量で一事不再理効を制限するような分断的起訴を許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまう」<sup>10</sup>などの批判がなされている。また、最高裁第二小法廷平成 22 年 2 月 17 日決定では、最高裁は公訴事実の単一性の判断基準について、時間的に近接し同一建物への 2 つの住居侵入が包括一罪かどうか問題となった事案について、住居侵入の二つの訴因を比較対照するのみならず、実体に立ち入って包括一罪性を否定した。この判例は具体的な解決としては適当であるが、最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決との整合性に疑問も生じる<sup>11</sup>。さらに、常習罪としての「一罪」と一事不再理効の「一事」を対応させるべきなのであろうかなどの課題を残した。

## 二、研究の対象とその視角

前述のように、近年の判例は、罪数論と一事不再理効のずれに関する問題(とくに「かすがい」、集合犯に関する事例)について、ケースバイケースで解決策を提示したが、理論の側からこれに対応する体系的な解決策を提示するものは少ない<sup>12</sup>。しかも、判例の解決策の間に整合性の問題もある。例えば、最高裁第二小法廷平成 22 年 2 月 17 日決定と最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決の関係である。本論文は、以上のような問題意識に基づき、罪数論と一事不再理効の関係につき理論と実務で豊富な議論を提供しているドイツ法との比較法的な検討を踏まえて、具体的な事例に着目するのみならず、一事不再理効と罪数論に繋がる機能的な概念である「公訴事実(所為)単一性」の判断基準を、罪数論に従属する通説と異なる視角から再検討し、解釈論・立法論の両面にわたり体系的な解決策の提案を試みることにしたい。解釈論・立法論を検討する際に、いままで「かすがい」、集合犯に関する研究の空白を埋め新たな視座を提供するドイツ法について考察しながら、正義の実現と被疑者・被告人の権利の保護のバランスにつきどのように対応すべきなのかという点を念頭に置きつつ、目的論的解釈や立法論的解釈も重視する。また、本テーマは刑法と刑事訴訟法にまたがる課題であり、本論文では、刑事訴訟法の議論を検討しながら、刑法の議論にも必要な限りで触れる。

具体的には、まず第一章では序論として、問題の所在、研究の対象とその視角および研究の意義を提示する。

<sup>8</sup> 高松高判昭和 59 年 1 月 24 日判時 1136 号 158 頁。

<sup>9</sup> 白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』(日本評論社、2012 年) 308 頁以下。

<sup>10</sup> 白取・前掲注 (6) 452 頁。

<sup>11</sup> 白取・前掲注 (6) 452 頁。

<sup>12</sup> 具体的な内容について、本論文の第 2 章、第 3 章、第 4 章それぞれの日本法の整理を参照されたい。

第二章では、日本の「公訴事実の単一性」の判断基準をドイツ法と比較しながら検討する。「公訴事実の単一性」は、ドイツ刑事訴訟法における「所為単一性(Einheit der Tat)」の観念に対応するものであり<sup>13</sup>、「所為単一性」について、ドイツでは、判例および学説上、古くから実体法の罪数論における帰結には拘束されず、訴訟法の観点から決定されるべきとする見解が支配的である。本章では、ドイツ法における「行為説」、「法益侵害説」、「行為経過の択一説」、「総合説」、「起訴状限定説」などの訴訟法的な学説を詳しく紹介する。さらに、リーディングケースである連邦通常裁判所第三刑事部 1980年6月11日判決(BGHSt.29,288)と、その憲法抗告審である連邦憲法裁判所第二部 1981年1月8日決定(BverfGE 56,22)を考察する。最後に、ドイツの「起訴状限定説」及び連邦憲法裁判所決定と日本の「訴因基準説」を比較しながら、解釈論として私見である「制度目的対応説」を導くことを企図している。

第三章では、「かすがい」と一事不再理効について、日本とドイツの理論を、実務とそれぞれ比較しながら検討する。主に、ドイツでは「かすがい」の一事不再理効に対して不合理な結果をどのように回避するのかを分析する。ドイツ法理論で提出された「観念的競合の解決」、「実質的競合の解決」、「優先の原則」、「前法律的な、社会的な理解」、「違法行為の接近性」および「所為複数説」、「所為単一説」、「折衷説」などの諸説を、本章で逐次検討する。さらに、ドイツ連邦通常裁判所第三刑事部 1980年6月11日判決(BGHSt 29,288)で提示された「刑の軽重」基準を考察する。最後に、解釈論としての私見である「制度目的対応説」に導く。

第四章では、集合犯と一事不再理効について日本とドイツの理論、実務とを比較しながら検討する。主に、ドイツでは、集合犯の一事不再理効に対して不合理な結果をどのように回避するのかを考察する。ドイツ理論上で提示された「行為複数説」、「所為複数説」に賛同する理由を本章で詳述する。さらに、ドイツ裁判所の訴訟法的な解決方法及び実体法的な解決方法を詳しく紹介する。最後に、今後の立法論(集合犯の廃止)、解釈論(「制度目的対応説」)の一助となるための提案を自説として示す。

第五章では、罪数論、特に「かすがい」、集合犯の一事不再理効につき、日本法への示唆について論ずることとする。解釈論としての「制度目的対応説」に帰結する。さらに、日本の旧連続犯(刑法旧55条)が廃止された理由(刑事政策的理由及び訴訟法上の不公正な結果の回避)及び集合犯の「行為刑法」の属性などを参考したうえで、より抜本的な解決策として立法論(集合犯の廃止)を提案する。

### 三、本研究の意義

本研究の意義に関連して、職権主義を基調とし訴因制度を採用しないドイツの議論は、当事者主義に基づき訴因制度を採用する日本法の参考になるのか、という問題がある。

思うに、当事者主義に基づき訴因制度を採用する日本の刑事訴訟法では、審判対象を訴

<sup>13</sup> 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性と単一性」法学論叢 92 卷 3 号(1972 年) 2 頁。

因に限定するという前提は、本研究のドイツの議論から示唆を受けることと衝突しない。その理由として、本研究の関心が、刑法の罪数問題の下における一事不再理効の範囲だからである。日本の通説によれば、一事不再理効の範囲が公訴事実の同一性・単一性により決定される。すなわち、本研究の関心は刑法の罪数問題の下における、公訴事実の単一性の範囲である。それに対して、職権主義を基調として訴因制度を採用しないドイツの刑事訴訟法では、審判対象を犯罪事実とするにもかかわらず、一事不再理効の範囲は、依然として公訴事実の単一性によって決定される。それゆえ、罪数問題に関する一事不再理効の範囲は、日本においてもドイツにおいても、公訴事実の単一性の範囲によって決定されるという結論が得られる。

以上の次第で、日本の最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決では、公訴事実の単一性の範囲が「前訴及び後訴の各訴因」によって決定されるとする「訴因基準説」が宣言されたが、にもかかわらず、訴因制度を採用しないドイツの刑事訴訟法の議論はなお参考に値する。「ドイツの刑事訴訟法は、審判対象を犯罪事実とするものであるが、一回の手続でどこまで解決すべきか、被告人に不当な手続上の負担を課すものではないかという問題を、国家と被告人との関係における関係で検討対象としており、職権主義と当事者主義とで基本的に異なるものではない。職権主義を採用するドイツでは裁判所が一回の手続で解決すべきことについて最終的に責任を負うべきであるのに対して、当事者主義を採用する日本では、検察官が責任を負うべきであるという点に違いがあるに過ぎない」<sup>14</sup>。

さらに、ドイツの論者 Volker Erb は、日本の「訴因基準説」に類似する学説「起訴状限定説」を提示した。「起訴状限定説」の根拠づけとドイツ連邦憲法裁判所第二部 1981 年 1 月 8 日決定 (BverfGE 56,22) の判示は、日本の最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決の「訴因基準説」と比べても、正義の実現と被告人の権利の保護の価値衡量について、より本質的な検討を行っているように思われる。本論文は、主にこれらの新たな視角から示唆を受けて、「訴因基準説」とは異なる解決の道筋について、解釈論と立法論の両面から検討するものである。

---

<sup>14</sup> 辻本典央「公訴事実の単一性について」刑法雑誌 48 卷 2 号 (2009 年) 220 頁。

## 第二章 公訴事実(所為)単一性の判断基準

### 一、日本法——「公訴事実の単一性」

#### (一)学説の整理

##### 1、伝統的な観点

刑事訴訟法上、「公訴事実の同一性」という文言が使われているのは312条であるが、同条にいう「同一性」は、単一性及び狭義の同一性の両者を含む概念である<sup>15</sup>。公訴事実の単一性は「一個の事件として不可分に取り扱われる範囲の問題」であるのに対し、狭義の同一性とは「手続の前後における事件の連続性の問題」である<sup>16</sup>。公訴事実の単一性、狭義の同一性の範囲は一事不再理効に及び、二重起訴禁止の範囲を画する。公訴事実の単一性の判断基準は、刑法上の罪数論によって決定される。すなわち、刑法45条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在する。それに反して、観念的競合又は牽連犯の関係に立つ数罪は、科刑上一罪として訴訟上も不可分ものとして一罪として取り扱われる(判例、通説)<sup>17</sup>。

公訴事実の単一性は罪数論に従属する、という見解は、当初はいわゆる「公訴不可分の原則」に結びつけて説明されていた。『公訴不可分の原則』とは、事件が単一であるかぎり、公訴提起の効力は事件の全体に及ぶという原則である。すなわち、事件を単一・同一にする限り公訴提起の効力が及び、①一個の事件の一部のみを起訴することはできず、②事件の一部についてした判決は、事件の全体に及ぶ」と解されていた<sup>18</sup>。小野清一郎は、公訴事実の単一性とは「一個の事件として不可分に取り扱われる」べきものであり、科刑上一罪の関係にある事実に関しても、「刑法上特に之を一罪として処断すべき」であるとし、「刑事訴訟法の関係に於いても之を一罪として取り扱わねばならぬ」と主張した<sup>19</sup>。この見解によれば、旧連続犯を構成する事実の一部が起訴された場合、裁判所の審判権限が検察官の主張を超えて、連続犯全体に及ぶことになる。

しかし、このような意味での公訴不可分の原則は、現行刑事訴訟法において、訴因審判対象説が通説となったため、もはや妥当しえなくなった。「たとえば、『公訴不可分の原則』からすると、事件の一部だけを起訴することはできないはずである。にもかかわらず、実務においては、検察官が事件の一部を『呑む』ことがある。例えば、牽連犯である住居侵入罪と窃盗罪のうち、窃盗罪のみが起訴された(=検察官が住居侵入を『呑んだ』)とき、裁判所は住居侵入罪の事実について審判することができない。このとき、住居侵入罪も観念

<sup>15</sup> 伊藤・前掲注(1) 354頁。

<sup>16</sup> 小野・前掲注(2) 130頁。

<sup>17</sup> 伊藤・前掲注(1) 355頁。

<sup>18</sup> 三井誠等編『刑事法辞典』(信山社、2003年) 253頁 [寺崎嘉博執筆]。

<sup>19</sup> 小野清一郎『新刑事訴訟法講義(全訂第3版)』(有斐閣、1933年) 192頁。

的・潜在的には審判の対象であるという説明もあるが、当事者主義を基調とする現行法の下では妥当でない。このような実務の取り扱い、『公訴不可分の原則』で説明するよりも、検察官が原則として審判対象の設定権を有するという当事者主義の原則と、訴因制度によって説明する方が適切であろう<sup>20</sup>。

それにもかかわらず、公訴事実の単一性を実体法上の一罪に結びつける結論は、現在でもなお維持されている。平野龍一は、公訴事実の単一性は訴因間の比較において両立する事実間の関係であり、単純一罪や法条競合の場合だけでなく科刑上一罪の関係においても訴因変更が許されると主張する<sup>21</sup>。また、田宮裕は、「実際にも、単一性として問題になるのは、すべて罪数論上の問題だといってよい。・・・単一性として一番問題になるのは、科刑上一罪の場合であるが、これも、刑法 54 条があるため処断上一罪とされるからこそ単一性は肯定されるのである」と主張している<sup>22</sup>。さらに、鈴木茂嗣は、単一性についても実体法上の一罪性が基準となるべきであると主張する。すなわち、彼は、「刑罰関心の単一性」という観点から、一個の手續において、公訴事実の単一性が公訴事実の確定基準となると主張する<sup>23</sup>。

## 2、批判

### (1) 基準の正当性

このような実体法に従属するという見解に対して、一部の学説から批判がなされた。例えば、「公訴事実の同一性が二重の危険の範囲を決定すべき憲法上の規範であると位置づけるならば、制定法上の罪数論によって憲法上の規範の範囲が決定されるというのは、基準としての正当性を疑わしめる」という批判がある<sup>24</sup>。さらに、「実体法上の一罪」という考え方の理解それ自体についても論争があり、実体法上の罪数論への従属といっても、それが具体的に何を指すのか明確でない、との指摘もある。

### (2) 罪数論への従属の是非

実体法上の「一罪」と訴訟法上の「一罪」は、その目的と機能が異なる。前者の目的は形式的数罪を違法、責任の点で十分に評価して量刑の基礎を提供することにある。これに対して、後者の目的は、確定判決によって処罰され、あるいは無罪となった場合のように、既に一回の訴追を受け、その犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった者を、再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあると解されている。しかし、両者の対応関係を強く要求するため、実際の裁判実務において、かなり無理な法解釈もなされている<sup>25</sup>。

## 3、近時の新たな見解

<sup>20</sup> 三井・前掲注 (18) 253 頁 [寺崎嘉博執筆]。

<sup>21</sup> 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年) 134 頁。

<sup>22</sup> 松尾浩也=田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』(有斐閣、1966年) 85 頁以下 [田宮裕執筆]。

<sup>23</sup> 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(成文堂、1979年) 214 頁。辻本・前掲注 (14) 211 頁。

<sup>24</sup> 白取・前掲注 (5) 4 頁。

<sup>25</sup> 只木・前掲注 (4) 158、222 頁。

近時、公訴事実(所為)単一性の判断基準について、ドイツの学説及び判例の影響を受けて展開された見解が注目されている。

第一に、「所為単一独立説」(只木説)である。同説は、上述の批判に基づき、「実体法上の罪数論から切り離し、実体法上の所為概念と訴訟法上の所為概念とは無関係であり、訴訟法上の所為は自然的観察や生活観にしたがって判断され、実体法上数罪でも訴訟上一罪の場合があるが、実体法上一罪でも訴訟上数罪の場合がある」と主張する<sup>26</sup>。実体法上一個の犯罪であっても、一事不再理効の意義に照らすならば、必ずしも公訴事実の単一性を肯定しなければならないわけではない。

第二に、「所為の片面的従属説」(辻本説)は、次のように主張している。すなわち、「公訴事実の単一性如何の検討にあたり、社会的・歴史的事実といういわば社会において生起した生の事実を基軸にした一般的、社会的視点からの単位を基礎としつつ、なおも法的評価からの単一性、包括性という観点を取り込んで、最終的に一個の訴訟で解決されるべき内容が決定されるべきである」と主張する。即ち、「公訴事実の単一性を判断するにあたって決定的であるのは、一回の手続で処理されるべき社会的事実の範囲であり、それは実体法上の罪数論に拘束されるものではなく、犯罪処理に向けた社会システムとしての刑事裁判の機能から考察されるべきものである。実体法上の一罪関係を最小ユニットとし、観念的競合や牽連犯といった科刑上一罪の関係にあるものも、両訴因が両立しうるものであるにもかかわらず、実体法上の一罪関係から、公訴事実の単一性は基礎づけられる。もっとも、これを広げる方向においては、実体法上の一罪性に拘束されることはなく、数罪の場合にも単一性が認められる場合がある」。これを具体的にいえば、「飲酒運転と業過事件、窃盗教唆と盗品関与罪以外にも、覚せい剤常習使用者による複数回の使用行為、武器所持罪とそれをういた強盗・恐喝罪、実体法上一罪が成立しうる場合になお単純窃盗罪で起訴された場合の個別の窃盗行為(最大判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁)といった事例では、その実体法上の罪数評価にかかわらず、社会的・歴史的事実に対する一般的・社会的視点及び法的評価の観点から一個の手続で処理されるべき単一性を肯定することは、可能かつ適切であろう。さらに、東京高判平成17年12月26日(別訴で起訴された事実との間にかすがい現象による科刑上一罪を構成しうる一部の事実が、そのかすがいとなる部分を除外して起訴された事例)にみられるように、本来、実体法上一罪を構成しうる各事実が、検察官の起訴時点でその一部をいわば『呑んで』併合罪として起訴されたような場合に、なおも公訴事実の単一性を肯定することは可能である。この場合、訴因と訴因との比較だけでなく、訴因外の事情も考慮にいれるべきである」<sup>27</sup>としている。

## (二)判例の観点—「心証基準説」から「訴因基準説」への転換

<sup>26</sup> 只木・前掲注(4)248、257頁。

<sup>27</sup> 辻本典央「公訴事実の同一性概念について(3)」近畿大学法学55巻2号(2007年)160頁以下。

1、次に、判例について検討する<sup>28</sup>。

① 最高裁第二小法廷昭和 43 年 3 月 29 日判決(単純窃盗→常習窃盗)<sup>29</sup> (「心証基準説」)

**【事実の概要】**

被告人は、前訴において、複数の窃盗行為の一部(昭和 41 年 2 月 5 日に A 市において行った各窃盗行為)について単純窃盗罪で有罪判決が下され、確定した後、昭和 40 年 6 月 4 日から昭和 42 年 1 月 28 日にかけて行った各窃盗行為について常習累犯窃盗罪で起訴された。第一審(熊本地判昭和 42 年 5 月 10 日刑集 22 卷 3 号 158 頁)では、公訴事実どおり有罪判決が下され、控訴審(福岡高判昭和 42 年 9 月 9 日刑集 22 卷 3 号 162 頁)でも量刑が変更された以外は第一審の判断が維持されたため、被告人が上告した。

**【判旨】**

最高裁は、「各犯行の態様や被告人の前科などから、前訴で起訴された窃盗も常習累犯窃盗罪を構成するものとみるべきであり、本件所為のうち昭和 40 年 6 月 4 日の窃盗は前記確定判決前の犯行であるから、本件の窃盗と共に一個の常習累犯窃盗を構成すべきものであったから、右一罪の一部についてすでに確定判決があった以上、本件所為のうち昭和 40 年 6 月 4 日の窃盗について免訴とされるべきであり、この点を看過した第一審判決や原判決は法令の解釈適用を誤った違法がある。しかしながら、そのほかの窃盗行為が常習累犯窃盗罪を構成すべきであることに変わりがなく、それらの犯行態様、被害額、被告人の前科などから考えて、原判決の認容する第一審判決が被告人を懲役 5 年に処した点が不当であるともいえず、これらの点からすれば、原判決を破棄しなければ著しい正義に反するものとは認められない」と判示して、上告を棄却した。

② 最高裁第二小法廷平成 15 年 6 月 2 日判決(常習痴漢→単純痴漢)<sup>30</sup>

**【事実の概要】**

「常習として電車内で痴漢行為を行った」旨の犯罪事実(平成 13 年大阪府条例第 85 号による改正前の『公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例』)により略式命令が発付され、確定した後に、その確定前に行われた余罪となる同様の痴漢行為が「単純痴漢罪」として起訴され、その略式命令も確定したところ、検察官から非常上告が申し立てられた。

**【判旨】**

最高裁は、「原略式命令が認定した各所為は、その態様などに照らすと、別件略式命令で認定された犯行と同様、条例 5 条 1 項、9 条 2 項に該当するものとみるべきであり、かつ、

<sup>28</sup> 以下の判例の分析について、第 4 章で詳述する。

<sup>29</sup> 最高裁第二小法廷昭和 43 年 3 月 29 日判決刑集 22 卷 3 号 153 頁、辻本典央「常習窃盗罪における一事不再理効・形式裁判における訴因の拘束力：最三判平成 15 年 10 月 7 日刑集 57 卷 9 号 1002 頁」近畿大学法学 54 卷 3 号 (2006 年) 294 頁など。

<sup>30</sup> 最高裁第二小法廷平成 15 年 6 月 2 日判決裁刑集 284 号 353 頁、多和田隆史「最判平 15.10.7 解説」『最高裁判例解説刑事篇平成 15 年度』465 頁以下など。

別件略式命令の確定する前の犯行であるから、別件略式命令で認定された犯行とともに1個の条例5条1項、9条2項の罪を構成するものであったというべきである。そうすると、既に別件略式命令が上記常習一罪の一部について有罪の裁判をしており、これが確定していたのであるから、原裁判所としては、刑訴法463条1項により、通常の規定に従って審理をした上、同法337条1号により、免訴の言渡しをすべきであった。したがって、この点を看過し重ねて有罪の裁判をした原略式命令は、法令に違反し、かつ、被告人のため不利益である」と判示し、原略式命令を破棄し、被告人を免訴とした。

③ 最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決(単純窃盗→単純窃盗) (「訴因基準説」)<sup>31</sup>

【事実の概要】

被告人は、合計22件に及ぶ窃盗または建造物侵入・窃盗の罪で起訴された。弁護人は、本件各犯行は常習特殊窃盗罪(盗犯等防止法2条)に該当するものであるところ、被告人はすでに、本件起訴前に犯した別件の建造物侵入・窃盗罪により有罪判決を受け同判決は確定しているのであるから、本件各犯行は、一罪の一部について確定判決があることになり免訴とすべきだと主張したが、第一審(東京地八王子支判平成13年6月28日刑集58巻9号1018頁)は、起訴された各犯行と確定判決の窃盗罪等は「常習として」なされたものではないとして、これを退けた。原判決である東京高判平成14年3月15日高刑集55巻1号10頁は、「両訴因に掲げられた窃盗行為が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成することは、たやすく否定することができない」として第一審の判断を批判したうえで、現行法は訴因制度を採用しているので、「被疑者が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成する複数の窃盗行為(未遂を含む)を犯した場合であっても、検察官は、・・・単純窃盗として訴因を構成して起訴することもでき・・・『それが』確定判決を得ている場合、後訴において、そのほかの窃盗行為も単純窃盗の訴因で起訴すること、すなわち、前訴と後訴を通じて、常習特殊窃盗という常習性の評価を入れずに、単純窃盗として訴因を設定することは、前記のような検察官の訴追裁量権に照らして許容される」と判示し、本件についても、確定判決が単純窃盗などであり後訴の本件訴因も単純窃盗であるから、「前件確定判決の一事不再理効は本件起訴には及ばない」として第一審の結論を是認した。被告人が上告した。

【判旨】

「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である。そして、

<sup>31</sup> 最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決刑集57巻9号1002頁、白取祐司「一事不再理効の範囲」井上正仁[ほか]編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(有斐閣、2011年)208頁以下など。

実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後、確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に一つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事件が確定判決を経たものとみるべきかが、問題になるのである。この問題は、確定判決を経由した事件（以下「前訴」という。）の訴因及び確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下「後訴」という。）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するに当たり、①両訴因に記載された事実のみを基礎として両者は併合罪関係にあり一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、②いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。

思うに、訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。

以上の点は、各単純窃盗罪と科刑上一罪の関係にある各建造物侵入罪が併せて起訴された場合についても、異なるものではない。

なお、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強うかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるが（最高裁昭和42年（あ）第2279号同

43年3月29日第二小法廷判決・刑集22巻3号153頁参照)、本件は、これと異なり、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪の場合であるから、前記のとおり、常習性の点につき実体に立ち入って判断するのは相当ではないというべきである。」

## 2、判例に対する評価

前記・最高裁第二小法廷昭和43年3月29日判決は、両訴因の公訴事実の単一性の判断にあたり、単に訴因のみを比較対照するだけでなく、前訴の単純窃盗の訴因につき、実体に踏み込み、それが常習性の発露であるとの心証を形成した上で、常習累犯窃盗罪を構成することに変わりがないと認め、両訴因が一罪の関係にあると判断した。この判断手法は、「心証基準説」であるのか、それとも公訴事実の単一性の判定に必要な限りで、前訴の訴因の実体に踏み込んだというにすぎないのか、両方の理解が可能である<sup>32</sup>。また、最高裁第二小法廷平成15年6月2日判決において、前訴が常習痴漢、後訴が単純痴漢としてそれぞれ有罪が確定した後に、検察官から非常上告が申し立てられ、後訴を免訴としたものである。免訴の理由については、二つの解釈が成立する。第一に、前訴の常習痴漢の実体と後訴の訴因について心証形成された「実体」とを対照した(「心証基準説」という解釈である。第二に、常習痴漢の訴因と後訴訴因について心証形成された「実体」とを比較対照した、という解釈である<sup>33</sup>。いずれにも解し得る余地があり、最高裁は、この時点まで一事不再理効の有無を判断する際に公訴事実の単一性の有無の判断方法について、未だ明確な立場を提示してこなかった。

これに対して、最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決は、最高裁として初めて、一事不再理効の有無を判断する局面における公訴事実の単一性の判断方法について明確に判示したものであって、極めて意義のあるものといえる。また、この判決は、これまで有力に主張されてきた実体裁判の拘束力や、同時訴追可能性の欠如、実体に踏み込む考察などの議論によらずに、公訴事実の単一性の有無の判断手法に修正を加えるという、いわば「第3の道」(実体に踏み込まない「訴因基準説」)を選択した原審の判断を維持するものである<sup>34</sup>。「訴因基準説」により、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はない<sup>35</sup>。換言すれば、前訴の一事不再理効は前訴の起訴状で特定された犯罪行為にのみ及ぶというのである。

<sup>32</sup> 多和田・前掲注(30)467頁。

<sup>33</sup> 多和田・前掲注(30)468頁。

<sup>34</sup> 小島淳「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ばないとされた事例(最三小判平成15年10月7日)」現代刑事法6巻6号(2004年)95頁。

<sup>35</sup> 多和田隆史「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるが実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成する場合と前訴の確定判決による一事不再理効の範囲(最三小判平成15.10.7)」ジュリスト1310号(2006年)442頁。

次に、公訴事実（所為）の単一性について、ドイツ法についてみていくことにしよう。

## 二、ドイツ法——「所為の単一性」(Einheit der Tat)

### (一)学説の整理

公訴事実の同一性・単一性の観念は、ドイツ刑事訴訟法における Identität und Einheit der Tat の観念に対応するものである<sup>36</sup>。公訴事実の単一性あるいは所為単一性 (Einheit der Tat) の問題について、ドイツの判例、学説上においては、以前から刑法の罪数論に拘束されず、訴訟法上で考慮されるべきであるとする見解が支配的である。この見解は、「行為説」(Handlungstheorie)、「法益侵害説」(Rechtsgüterverletzungstheorien)、「行為経過の択一説」(Alternativitätstheorie)、「総合説」(Kombinationstheorien)、「起訴状限定説」などに大別される<sup>37</sup>。

#### 1. 「行為説」(Handlungstheorie)

「行為説」は、訴訟法上の所為を判断する際に、刑法上の行為概念を参考にし、観念的競合の場合にのみ、所為単一が存在すると主張している<sup>38</sup>。この説を主張する主な論者は、Keetsin Liu、Rolf Dietrich Herzberg および Dietrich Öhler である。

##### (1)Keetsin Liu

Keetsin Liu は、審判の対象である訴訟法上の所為を、刑法上の行為概念と共通し、犯罪概念(Verbrechensbegriff)における構成要件該当性、違法性、有責性に上位するものであると考える。Liu の見解によれば、犯罪構成要素としての構成要件該当性、違法性、有責性は「名詞的行為事情(die substantivischen Tatumstände)」と「形容詞的行為事情(die adjektivischen Tatumstände)」とに区別される。構成要件該当性はメルクマール行為(das Merkmal Handlung)として「名詞的行為事情」に属し、これに対して、違法性、有責性は「形容詞的行為事情」に属する<sup>39</sup>。所為単一性を判断する際に、決定的なのは「形容詞的行為事情」の変化ではなく、「名詞的行為事情」の変化である。それゆえ、Liu の理解では、「名詞的行為事情」は重要なものであり、それに対して、「形容詞的行為事情」は相対的に重要ではないものである。常習窃盗罪に関しては、Liu は、そのなかでの個々の窃盗罪において名詞的の事情が異なるから、常習窃盗罪全体とその一部としての個別の窃盗罪の間で所為単一性が否定されるべきであると主張した<sup>40</sup>。

<sup>36</sup> 鈴木茂嗣・前掲注(13)2頁。

<sup>37</sup> 本章のドイツ学説の整理については、Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenser ledigender Entscheidungen im Strafprozess (Peter Lang, 1994), S. 113ff; Kzung Lyul Lee, Die Präzisierung der Tateinheit und die Reichweite des Strafklageverbrauchs nach der Entscheidung BGHSt40, 138 zum Fortsetzungszusammenhang-Zurgleich ein Vergleich der Rechtsprechung des BGH und des korObGH (Logos, 2002), S. 222ff および辻本典央「公訴事実の同一性概念について(2)」近畿大学法学 54 卷 3 号(2006年)165頁以下などを参考した。

<sup>38</sup> Vgl. Kzung Lyul Lee, a.a.O(37), S. 224.

<sup>39</sup> Keetsin Liu, Der begriff der identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozessrecht, Keip, 1927, S. 15.

<sup>40</sup> Vgl. Liu, a.a.O(39), S. 16ff.

## (2) Herzberg

Rolf Dietrich Herzberg は、原則として、訴訟法上の所為単一が実体法上の競合理論に従属すると考える。なぜなら、実体法上の行為概念と訴訟法上の所為概念においては、評価の単一を刑法的な観点から人々の連続する活動を評価し限定すべきだからである<sup>41</sup>。このような実体法上の競合理論(罪数論)に従属させる見解は、所為そのものを規範的に理解する見解であるといえる。Herzbergによれば、実体法上の行為単一が訴訟法上の所為単一であり、それに対して、実体法上の行為複数が訴訟法上の所為複数である。上述の実体法上の行為単一は、原則として自然的意味における行為単一(natürliche handlungseinheit)のみならず、法的意味における行為単一(rechtliche Handlungseinheit)をも包含する。しかし、Herzbergは、一つの重要な例外を挙げていた。それは「継続的関連」(Fortsetzungszusammenhang)であり、この場合(たとえば、連続犯、集合犯)には、訴訟法上の所為単一性を有していないとする。ここでいう「継続的関連」という概念は、具体的に妥当な結論を導くための実際的な理由によって導入された一つの擬制(eine Fiktion)である<sup>42</sup>。

## (3) Öhler

Dietrich Öhlerの以下の見解は、「行為説」に従っているにもかかわらず、Herzbergとは異なり、判例上の所為概念の規範的要素(die normativen Elemente im Tatbegriff)を批判する。Öhlerの見解によれば、訴訟法上の所為が実体法上の行為と完全に一致することは不可能であり、前法律的・自然的な観察(auf eine natürliche vorjuristische Betrachtung)によって判断すべきこととされる。訴訟法上の所為単一を判断する際に重要なのは、単一的意思に基づく、法律によって規定された二つの外部の事件の同一である。ここで言及されている「同一」とは、少なくとも実行行為の部分的同一(die zumindest teilweise Übereinstimmung in der Substanz der Handlung)を指す<sup>43</sup>。具体的にいえば、二個の具体的な構成要件における実行行為を相互に含有している場合に、実行行為の部分的同一は成立する。これに対して、一個の行為のいずれの部分も他の行為の一部ではない場合に、実行行為の部分的同一は成立しない。現在、ドイツ連邦通常裁判所は競合関係を判断する際に、単に実行行為の同一性によって判断されているため、訴訟法上の所為単一と観念的競合の両者は重なり合っている。しかし、Öhlerは、訴訟上の所為概念と実体法上の行為概念との完全な重なりあいには、反対しているのである<sup>44</sup>。

Öhlerは、訴訟上の所為概念を分析する際に、実体法上の行為概念を参考する一方で、訴訟経済、法的安定性及び正義の観点からも考慮されるべきだと主張する。Öhlerは、BGH刑事第二部は企業の詐欺罪に関する事件(BGH 26,284)において、5年間にわたって日常的に

<sup>41</sup> Herzberg, ne bis in idem—Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, JuS 1972, 117ff.

<sup>42</sup> Vgl. Herzberg, a.a.O.(41), S.118.

<sup>43</sup> Dietrich Öhler, Die Identität der Tat, in FS-Rosenfeld, 1949, S.139, 151, 157ff.

<sup>44</sup> Dietrich Öhler, Neuere Verschiebungen beim prozessualen Tatbegriff, in H.Schröder, 1978, S.450.

行われた詐欺罪が「実体法上一個の行為の範囲を超える」ため、個々の行為ごとに別々の手続によって審理をすることに賛成した。さらに、Öhler は、所為の単一性は実行行為が部分的同一であるか、行為が連続している場合に成立すると主張しているが<sup>45</sup>、1938年4月21日の集合犯に関するライヒ裁判所の決定(RGSt 72, 164)において<sup>46</sup>、個々の墮胎行為が連続的關係にない場合、それらを独立な所為とみなすとする判例の変更について、これを所為概念の変化の結果であると肯定的に分析している<sup>47</sup>。

## 2. 「法益侵害説/評価説」(Rechtsgüterverletzungstheorien/Bewertungstheorien)

「法益侵害説/評価説」によれば、訴訟上の所為単一は原則として規範的要素のみ(allein oder grundsätzlich durch normative Kriterien)によって決定される。そのゆえ、法的意味における行為複数も訴訟法上の所為単一に算入することができる<sup>48</sup>。これに対して、自然的意味における行為単一の場合においては、二つの訴訟法上の所為も存在しうる<sup>49</sup>。この見解を主張する論者は多く、主に、Wolfgang Barthel、Jürgen baumann、Christian Bertel、Friedrich Geerds、Joachim Hrschka などである。「法益侵害説/評価説」は、所為概念が不明確であるほか、判例における「事実上の所為概念」の解釈の幅が広く、常に正義違反の結果を導くなどの批判的観点をを挙げて分析する<sup>50</sup>。また、Joachim Hrschkaによれば、「事実上の所為概念」に対する批判として次のように言う。同概念は、識別機能が十分ではない。なぜなら、判例における「事実上の所為概念」は、事実に対する客観的な理解から出発するものだからである。つまり、「事実上の所為概念」は「歴史的な経過」(historischen Vorgang)という「所為単一」の判断基準を設けたため、裁判官を歴史家として公訴された事実(「歴史的な経過」)を判断し、客観的な結論を得ることを要求する。しかし、社会科学領域において、価値判断による事実調査の必要性が一般的に認められており、客観的な事実というものは存在しないのである、と<sup>51</sup>。

以下では「法益侵害説/評価説」を代表する論者 Christian Bertel、Wolfgang Barthel、Friedrich Geerds の見解を紹介する。

### (1) Bertel

Christian Bertelによれば、侵害された法益が同一(Identität hinsichtlich des verletzten Rechtsgutes)でなければ、訴訟法上の所為単一は成立しない。しかし、ただ被

<sup>45</sup> Vgl. Öhler, a.a.O(43) ., S. 157.

<sup>46</sup> ライヒ裁判所の本決定(RGSt 72, 164)について、第4章で詳述する。

<sup>47</sup> Vgl. Öhler, a.a.O(44) ., 440ff.

<sup>48</sup> Wolter, Tatidentität und Tatungestaltung im Strafprozess, GA 1986, S.159.

<sup>49</sup> Wolfgang Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, S.171; Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, S.411.

<sup>50</sup> Sebastian Cording, Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, Duncker & Humblot S.34; Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess, Peter Lang, 1994, S.126.

<sup>51</sup> Hruschka, JZ 1966, S.700, 702; Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, S.52.

侵害法益の同一性という要件のみでは足りず、侵害の一致性(die Übereinstimmung der Verletzung)も要求されている。換言すれば、訴訟法上の所為単一を構成するのは二つの要件が必要であり、第一に被侵害法益の同一性であり、第二に侵害の一致性である。侵害の一致性とは、侵害行為の同一性 (die Identität der Verletzungshandlungen) のことである<sup>52</sup>。侵害行為の同一性を要求する理由として、Bertel は以下のように分析する。もし訴訟法上の所為単一が、異なる行為の間での抽象的な法益侵害の一致性にのみ依存すれば、まったく異なる事実に基づく同一な法益が侵害されれば、訴訟法上の所為単一も認められることになる。もちろん、これは不可能である<sup>53</sup>。他方で、侵害行為の同一性という要件だけが存在していても、訴訟法上の所為単一も成立しない。Bertel は、複数の犯罪の間で実体法上の観念的競合が成立すれば、訴訟法上の所為複数が成立すると主張する。なぜなら、観念的競合の関係にある行為は原則として侵害された法益により区別されるからである<sup>54</sup>。

もちろん、例外もある。結合された構成要件(zusammengesetzten Tatbeständen)および、基本犯(Grunddelikt)と加重犯(Qualifikation)の場合に、異なる法益侵害であるにもかかわらず、所為単一が自動的に排除されるわけではない<sup>55</sup>。

## (2)Barthel

Wolfgang Barthel は、訴訟法上の所為単一を法益侵害に関連させるにもかかわらず、Bertel の見解と異なり、訴訟法上の所為単一が法益の一致性ではなく、「違法内容の比較 (die Vergleichbarkeit des Unrechtsgehalts)」によって決定されると主張する<sup>56</sup>。比較の基準は、実現されたあるいは企てられた、外部の社会的に望ましくない結果(äußere sozial unerwünschte Erfolg)である。他方で、彼は、「違法内容の比較」の結論が、違法内容によって得られるだけでなく、所為の場所、時間、客体及び手段によって識別された所為の事実要素も、同様に比較の基準として機能すると主張する。そのほか、「違法内容の比較」という曖昧な公式を詳細に説明するために、Barthel は「構成要件群(Tatbestandsgruppen)」という法概念を創造し、異なる「構成要件群」のなかで、法益の類似性(Rechtsgutsverwandtschaft)がある場合にしか、訴訟法上の所為単一性が成立しないとするのである<sup>57</sup>。

## (3)Geerds

Friedrich Geerds の見解で重要なのは、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、異なる犯罪の類型に関する事実から生じた「社会的な意味における関連(der soziale Sinnzusammenhang)」である。この「社会的な意味における関連」の範囲は広すぎてもならず、それぞれの犯罪の類型のうち同一の保護された法益に限定されなければならない。

<sup>52</sup> Christian Bertel, Die Identität der Tat, 1970, S.140ff.

<sup>53</sup> Vgl. Bertel, a.a.O(52) ., S. 141.

<sup>54</sup> Vgl. Bertel, a.a.O(52) ., S. 171.

<sup>55</sup> Vgl. Bertel, a.a.O(52) ., S. 141.

<sup>56</sup> Vgl. Barthel a.a.O(49) ., S.93ff.

<sup>57</sup> Vgl. Barthel a.a.O(49) ., S.93.

そうでなければ、この判断基準は内容的な具体性に欠け理解しにくいものとなり、実用性がない。実際に、Geerds は、Bertel と Barthe と異なり、訴訟法上の所為単一を判断する際に、規範の観点には単に判例における「自然的な観察方法」を補充するにすぎないと主張する。それに対して、Bertel と Barthe は、規範の観点が判例における「事実の観察方法」を代替することを主張する<sup>58</sup>。上述したところからみれば、Geerds は、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、判例における「自然的な観察方法」のほか、「法益侵害」の判断を補充的に用いるため<sup>59</sup>、「法益侵害説/評価説」の一類型といえる。

また、Geerds によれば、同一の保護法益を侵害しても、訴訟法上の所為単一であるとは限らない。連続犯を例として挙げると<sup>60</sup>、連続犯のうち個々の行為が訴訟法上の所為複数の関係にあり、前訴で連続犯のうち一個の個別行為だけが審判された後、他の個別行為が発見された場合に、それが行為者の不法内容を決定するのに重要であれば(前訴で判断されたものを本質的に変化させるのであれば)、後に発見した行為に対する公訴を提起することが可能である、とされる<sup>61</sup>。

### 3. 「行為経過の択一説」(Alternativitätstheorie)

「行為経過の択一説」とは、問題となる事実の間に論理的択一関係がある場合に「所為同一性」が認められるとする見解である。この見解は主に「所為同一性」を判断する学説であるといえるが、Christian Schöneborn は実体法上の行為複数に対して「行為経過の択一基準」で訴訟法上の所為単一性を判断する。以下では、まず Schöneborn の見解について紹介する。

#### (1) Schöneborn

Christian Schöneborn は、実体法上の行為単一と行為複数に対して、異なる判断基準を用いて訴訟法上の所為単一性を判断している。まず、実体法上の行為単一に対して、Schöneborn はそれを訴訟法上の所為単一と考える。すなわち、Schöneborn の見解によれば、自然的な意味における行為単一だけではなく、法的意味における行為単一や、「継続的関連」<sup>62</sup>も訴訟法上の所為単一に属する。それゆえ、集合犯、連続犯は訴訟法上の所為単一性を有する。

次に、実体法上の行為複数に対して、Schöneborn は「行為経過の択一(起訴された事実の択一性)基準」によって訴訟法上の所為単一性を判断する。つまり、起訴された各事実が事実上一個の事件(ein tatsächliches Geschehen)の場合にしか、所為単一性が成立しない。

<sup>58</sup> Vgl. Geerds a.a.O(49) ., S.363,406.

<sup>59</sup> Vgl. Henning Radtke, a.a.O(37) ., S.128.

<sup>60</sup> Geerds が論文を執筆した時、ドイツでは連続犯はまだ放棄されていなかった。その後、1994年3月3日に、ドイツ連邦通常裁判所は連続犯を放棄した(BGH40,138)。

<sup>61</sup> Vgl. Geerds a.a.O(49) ., S.413ff.

<sup>62</sup> Christian Schöneborn, Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR 1974,529,531.

もっとも、例外的に行為の不法内容を考慮しなければならない場合もあり、起訴された各事実が事実上一個の事件でも、所為単一性も成立しない場合も存在する。たとえば、被告人が飲酒のため運転不能の状態状態で車を運転して、別の車に衝突させ、事故を惹起した責任を免れるべく、すぐに事故現場から逃走したが、その後第二の事故を惹起し、自身の同乗者をも負傷させたという「かすがい」に関わる事例(BGHSt 23, 141)について、継続犯である飲酒運転を「かすがい」として、第一の事故と第二の事故が一個の事件にあたる。しかし、この場合、実体法上の「刑の軽重」という基準を借用し、訴訟法上において、「かすがい外し」の適用を拡張すべきであるとする<sup>63</sup>。すなわち、「かすがい」となる飲酒運転罪がそれによって結び付けられる犯罪(第一の事故：道路交通危殆化罪、事故現場不法逃走罪；第二の事故：過失致傷罪、道路交通危殆化罪)より法定刑が軽い場合、この軽微な継続犯によって各々の重大な犯罪が実体法上での一個の行為としない。それゆえ、前訴の一事不再理効は、後訴には及ばない。このような分析からみて、Schönebornは「かすがい」の適用を制限するという判例の立場を明確に受け入れたことがわかる。

## (2)Grünwald

Gerald Grünwaldは、前訴と後訴で実体法上矛盾した判決を下す場合に、二重処罰禁止の観点からみれば後訴は不適法であると考え<sup>64</sup>。このような矛盾した判決を回避するために、Grünwaldは「行為経過の択一説」を採用して公訴事実の同一性を判断する。すなわち、謀殺罪の不屈出罪の有罪判決が確定された後、さらに謀殺教唆罪で公訴提起することはできない。なぜなら、謀殺教唆罪と謀殺罪の不屈出罪は実体法上両立しないため、訴訟法上での一個の所為に属するからである。以上からみれば、Grünwaldの「行為経過の択一説」は、主に狭義の公訴事実の同一性を判断する基準であることがわかる。公訴事実の単一性に関しては、Grünwaldは「行為説」の観点に類似している。Grünwaldの見解によれば、実体法上一個の行為が一個の刑罰に対応し、さらに、一個の手続に対応するため、複数の犯罪が実体法上一個の行為と評価される時、刑罰の個数および手続も一個でなければならない。それゆえ、実体法上一個の行為の一部について有罪判決が下された後、そのほかの部分について審判を行い、刑を科すことはできないことになる<sup>65</sup>。

## 4. 「総合説」(Kombinationstheorien)

「総合説」は「行為説」と「法益侵害説」において有益な要素(die brauchbaren Bausteine)を吸収し、観念的競合と実在的競合に対して、それぞれ異なる判断基準を採用する。観念的競合の場合、訴訟上の一個の所為である(「行為説」を採用する)。それに対して、実在的競合の場合、訴訟上の所為の個数が「規範的基準」によって決定される(von normativen Kriterien abhängen)(「法益侵害説」を採用する)。ライヒ裁判所が、最終的に「自然的

<sup>63</sup> 「かすがい」の一事不再理の問題について、第3章で詳述する。

<sup>64</sup> Gerald Grünwald, Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, ZStW-Beiheft 86, 1974, S. 108.

<sup>65</sup> Gerald Grünwald, Anm. BGHSt 29, 288, StV 1981, 326.

所為概念」に戻る前に、いくつかの判例において「総合説」を採用しており<sup>66</sup>、その後、ドイツ連邦通常裁判所もいくつかの判例で「総合説」を採用した<sup>67</sup>。「総合説」は「規範的基準」を採るが部分的に「自然的観察方法」と入れ替える(ersetzt)、あるいは補完する(ergänzt)ものであるといえる。「総合説」の代表的な論者はErich Schwinge、Ralf Neuhaus、Claus Roxinである。そのなかで、Claus Roxinは「総合説」を用いて、裁判所の判断枠組みを体系化することを試みた<sup>68</sup>。

### (1) Schwinge

「総合説」の先駆的論者であるErich Schwingeは、「法益侵害説」から示唆を受け、訴訟法上の所為の内容および範囲が法律の評価を排除し、自然的な観察のみによって確定することはできないと考える<sup>69</sup>。Schwingeの見解によれば、訴訟法上の所為の内容および範囲に対する法律の評価は刑法的に構成要件該当行為(tatbestandsmäßig Handlung)を参考にすべきである。構成要件の意味での各実行行為は、完全に同一あるいは、少なくとも部分的に同一であるとき、訴訟法上の所為単一が成立する。しかし、実体法上の違法内容がほぼ一致する場合、刑法上の構成要件の意味での実行行為は異なっても、訴訟法上の所為単一も成立する。例えば、「継続的関連」や集合犯における個々の行為は、刑法上の構成要件の意味での実行行為は異なっても、実体法上の違法内容はほぼ一致するため、刑法上の一個の行為であり、内的関連性から一回の訴訟で対応すべきであり、訴訟法上の所為単一性が成立する<sup>70</sup>。Schwingeの観点は、刑法上の構成要件の意味での実行行為を中心とし、自然的な観察を補充し、行為の不法内容をも訴訟法上の所為単一性の判断基準に導入する「総合説」であるといえよう。

### (2) Neuhaus

Ralf Neuhausは、行為形式を「可分的行為」(Trennbarkeit)と「不可分的行為」(Untrennbarkeit)に区別する。前者は訴訟法上の所為単一を指し、後者は訴訟法上の所為複数を指す。Neuhausによれば、前訴における犯罪行為と後訴における犯罪行為が「訴訟法上の所為単一性」を有しているかどうかは、自然的、規範的、訴訟的要因の全体像(Gesamtschau im Hinblick auf natürliche, bewertende und prozessuale Faktoren)によって決定される。Neuhausは、訴訟法上の所為と実体法上の行為は相互に独立なものであり、両者が異なる目的を追求するため、観念的競合の場合が常に訴訟法上の所為単一であるという見解は成立せず、訴訟法上の所為単一が自然的な観察方法によって決定される、と主張する。Neuhausは観念的競合の核心的事例(例えば、一個の自然の意味における行為で複数の刑法上の構成要件を実現する)を訴訟法上の所為単一と認める。それに対して、時間的に延ばした犯罪の場合、「かすがい現象」が単に人為的に造られたにすぎないため、時間的

<sup>66</sup> RGSt 5,249;8,139;9,421;15,136;46,218.

<sup>67</sup> BGHSt 32,146;32,215;BGH NJW 1955,1240;BGH NStZ 1984,469.

<sup>68</sup> Roxin, JR 1984, S.346ff; Wolter, GA 1986, S.143ff.

<sup>69</sup> Erich Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozedurordnung, ZStW 52,203,220.

<sup>70</sup> Vgl. Schwinge a.a.O.(69) ., S.228,234.

に延ばした犯罪(たとえば、継続犯)とほかの観念的競合の犯罪とは、訴訟法上の所為単一とはならない<sup>71</sup>。連邦通常裁判所第三刑事部 1980年6月11日判決と連邦憲法裁判所第二部 1981年1月8日決定(「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間には訴訟上の所為単一が存在していないとされた事例)に関しては<sup>72</sup>、Neuhausは、連邦憲法裁判所の判断に賛成し、刑事政策および実体的正義を考慮しながら、実体法上の行為概念と訴訟法上の所為概念の意義が違うから、後者が前者に従属すべきではないということを理由として、判例の結論を支持した<sup>73</sup>。

### (3) Roxin

Claus Roxinは「総合説」を用いて、裁判所の見解を体系化することを試みた。Roxinの見解によれば、訴訟上の所為概念は、実体法上の概念である単一行為(Tateinheit)、連続行為、複数行為(Tatmehrheit)および集合犯に区別すべきである<sup>74</sup>とされる。

「実体法上の観念的競合が存在する場合(例えば、一回の平手打ちの場合、刑法52条(行為の単一)、223条(傷害罪)、185条(侮辱罪)に該当するが、これらは、原則として、1個の訴訟上の所為が認められる。同時に武器と麻薬とを無許可輸入する場合には、1個の訴訟上の所為が問題となる。したがって、武器罪による確定した有罪判決は、後の麻酔法違反による終局判決を許さない。重大性においてより軽くない犯罪による「かすがい」によっても、観念的競合が構成される。裁判例として、BGH MDR1981,456によれば、刑法316条の酩酊運転とそれに引き続く強姦は、刑法237条の誘拐が介在することによって1個の訴訟上の所為に合体される。

連邦通常裁判所第三刑事部 1980年6月11日判決(BGHSt.29,288)によれば、刑法129条(犯罪組織への参加罪)、129条a(テロ組織への参加罪)の組織犯罪について、例外が適用される。すなわち、犯罪組織またはテロリスト組織の構成員である者が、この組織への服従として行った犯罪行為は、刑法129条、129条aと観念的競合の関係に立つが、それにもかかわらず、これらの犯罪行為について、組織犯罪よりも重い最上限の刑が定められているとき、264条にいう独立した「犯罪事実」とすべきであるとする。この判例がその後の解釈論または実務に対して、どのような影響を及ぼすのかについて、全面的に予測することはできない。この判決は、連邦憲法裁判所第二部 1981年1月8日決定(BverfGE 56,22)によって、単一行為(Tateinheit)は、事実上の行為単一の場合は連邦基本法103条3項にいう単一の出来事の認定に必然的に至るとの理由で追認されている。しかし、この決定は、特別な事情の下で例外が認められると判示している。例えば、「かすがい」である軽微な継続犯によって基礎づけられるような、単に法律上の行為単一(Handlungseinheit)には妥当しな

<sup>71</sup> Ralf Neuhaus, Anm., NStZ 1987, 139.

<sup>72</sup> この二つの裁判例について本章(二)および第三章で詳述する。

<sup>73</sup> Vgl. Neuhaus a.a.O(71) ., S. 138.

<sup>74</sup> Claus Roxin, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 25. Aufl., Verlag C.H. Beck München 1998S. 152ff ; クラウス・ロクシン[著]、新矢悦二、吉田宣之(翻訳)『ドイツ刑事手続法』(第一法規出版社、1992年)190頁以下。

いのである。

これと関連して、ハム上級地方裁判所 1985 年 9 月 9 日決定(OLG Hamm NStZ 1986,278)は、観念的競合とするにもかかわらず、また、ツバイブリュッケン上級地方裁判所 OLG Zweibrücken NJW 1986,2841 は実在的競合を認めることによって、いずれも武器罪による確定した有罪判決は、武器を用いて行われた殺人罪に関して公訴権消滅(Strafklageverbrauch)をもたらすことはないと言う。連邦通常裁判所刑事第四部 1986 年 3 月 16 日判決(BGHSt 36,151)は、問題をツバイブリュッケン上級地方裁判所と類似した方法で、無許可武器所持と武器を用いて行われた強盜的恐喝未遂とは、実体法上でも、また訴訟法上でも二つの異なる犯罪であることを認めることによって解決する。そのため、かかる理由のみでも、武器法違反による確定有罪判決によっては、武器を用いて行われた犯罪に基づく公訴権は消滅しないということになる。

集合犯における個別行為(例えば、刑法 260 条の業としての盗品等蔵匿、集団形態での盗品等蔵匿)は、単に営業、常習または業務性のゆえに実体法上行為単一でもなく、訴訟上一個の所為でもない。同様に、一つの可罰的組織の構成員がそのグループに所属していることによって犯罪を行ったときにも、訴訟上一個の所為があるとはいえない。その他、計画的な分担による犯行も、刑訴法 264 条(判決の対象となるのは起訴時に特定された行為である旨定める)にいう 1 個の唯一の所為を推定させることにはならない<sup>75</sup>。

## 5. 「起訴状限定説」

Volker Erb は、連続犯および継続犯に関する犯罪において、訴訟係属および既判力の範囲が、実体法上の競合関係にかかわらず、起訴状で特定された個々の行為または追起訴により刑事手続に取り入れられた行為にのみ及ぶという。Volker Erb の見解によれば、仮に既判力のある判決が存在すれば、前訴に取り込まれなかった個別の犯罪行為に対する訴追が前訴の既判力に対する違反には当たらず、実体刑法に対する違反でもない。なぜなら、前訴において、適切な刑罰(korrekte Strafe)が未だ言い渡されていないからである。上述の観点からみれば、複数の犯罪行為を含む刑法上の一個の行為に対して、前訴で適切な刑罰が言い渡されたかどうか、Volker Erb の見解の核心であるということがわかる。仮に前訴で適切な刑罰が言い渡されれば、この複数の犯罪行為を含む刑法上の一個の行為のうちのほかの個別の犯罪行為に対して再起訴はできない。それに対して、仮に前訴で適切な刑罰が言い渡されなければ、そのうちのほかの個別の犯罪行為に対して再起訴はできる。しかし、再起訴の対象となった犯罪行為に対して、過剰な刑罰を科すことができず、前訴と後訴の刑罰合計が一回の手続(前訴と後訴で起訴された犯罪行為を一回で起訴すれば)により審判された場合に宣告された刑罰量を超えることはできない。つまり、被告人に不利な結果をもたらすことが禁じられているのである(二重評価の禁止)。

具体的には、以下の二つの場合、再起訴することができない。第一に、裁判所が起訴状

<sup>75</sup> Vgl. Roxin a.a.0(74) .,152ff ;新矢悦二 [ほか] (翻訳)・前掲注(74) 190 頁以下。

で特定された犯罪行為以外、刑法上の一つの行為のうちのほかの犯罪行為が存在する可能性があると考えられる場合、刑罰(嫌疑刑)を言い渡した後、そのうちのほかの犯罪行為に対する再起訴はできない。その理由は、前訴の既判力ではなく、刑法 52 条 1 項であり<sup>76</sup>、実体法上の一つの行為に対して一つの刑罰に対応しなければならないからである。量刑に対する考慮は訴訟係属を前提としないから、前訴の量刑が合理的である。第二に、裁判所が時間的に継続する犯罪(たとえば、継続犯)のほか、より重い刑罰にあたる犯罪が存在することを認定した場合、刑法 52 条により、宣告刑はこれらの犯罪の構成要件の処罰範囲の中から得られる(この場合、宣告刑はこのより重い刑罰である)。裁判所が適切な刑罰を言い渡したため、その時間的に継続する犯罪(たとえば、継続犯)を執行中に犯されたほかの犯罪行為に対する再起訴はできない<sup>77</sup>。

## 6. 小括

以上、ドイツ法における「所為の単一性」を判断する学説を概観してきた。以下では、上述の内容を総括する。

第一に「行為説」は、訴訟法上の所為概念を理解するときに、実体刑法上の行為概念を参考にしたため、「実体法従属説」といえよう。その結果、「行為説」による所為の範囲が非常に狭くなる。

第二に、「法益侵害説/評価説」では、訴訟上の所為単一性は原則として規範的要素のみによって決定される。それゆえ、刑罰的意味における行為複数も訴訟上の所為単一に算入することができる。そのほか、「法益侵害説/評価説」により、自然の意味における行為単一の場合に、2 個の訴訟上の所為も存在しうる。

第三に、「行為経過の択一説」を代表する論者 Schöneborn は、実体法上の行為単一と行為複数に対して、異なる判断基準を利用して、訴訟法上の所為単一性を判断する。実体法上の行為単一について、Schöneborn は訴訟法上の所為単一と考える。それゆえ、集合犯、連続犯が訴訟法上の所為単一に属する。これに対して、実体法上の行為複数に関して、Schöneborn は「行為経過の択一(起訴された事実の択一性)基準」で訴訟法上の所為単一を判断する。もっとも、例外的に行為の不法内容を考慮せざるを得ない場合も存在することを認めている。

第四に、「総合説」は「行為説」と「法益侵害説」の構成要素を吸収し、観念的競合と実在的競合に対して、それぞれ異なる判断基準を採用する。観念的競合の場合、これは訴訟上の一つの所為である(「行為説」を採用する)。これに対して、実在的競合の場合、訴訟上の所為の個数が「規範的基準」によって決定される(「法益侵害説」を採用する)。

<sup>76</sup> 刑法 52 条 1 項:「ある同一の行為が、数個の刑罰法規に違反し又は同一の刑罰法規を数回侵害するときは、一個の刑のみが宣告される」。法務大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料第 461 号(2007 年)34 頁参照。

<sup>77</sup> Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA1994, 282.

第五に、「起訴状限定説」を提起した Volker Erb は、刑罰の二重評価の禁止の観点から、連続犯および継続犯に関する犯罪において、訴訟係属および既判力の範囲が、実体法上の競合関係にかかわらず、起訴状で特定された個々の行為または追起訴により刑事手続に取り入れられた行為にのみ及ぶとしている。

以上からみれば、「法益侵害説/評価説」を除いて、「行為説」、「行為経過の択一説」、「総合説」のいずれによっても、原則として「観念的競合の場合に、訴訟法上の所為単一が成立する」ことが認められる。

## (二)判例の観点：行為単一と所為単一の制度目的の相違

### 1、判例の紹介

次に、ここでの問題のリーディングケースとして連邦通常裁判所第三刑事部 1980 年 6 月 11 日判決 BGHSt.29,288 と、その憲法抗告審である連邦憲法裁判所第二部 1981 年 1 月 8 日決定 BVerfGE 56,22 の見解を考察してみよう<sup>78</sup>。

#### ①連邦通常裁判所第三刑事部 1980 年 6 月 11 日判決 (BGHSt.29,288)

##### 【事実の概要】

被告人は、1971 年から 1972 年までの間テロ組織の構成員であった。彼に対して、まず、「犯罪組織への参加罪」(ドイツ刑法 129 条)及び「文書偽造罪」(ドイツ刑法 267 条)の行為単一(ドイツ刑法 52 条)を理由として有罪判決が下された。その後、被告人がこの組織に属した期間内に、組織の目的を追求するため実行した謀殺罪や爆弾事件などの重大犯罪が発見され、被告人に対して未決勾留命令が発せられた。これに対して、被告人は、確定有罪判決を受けた罪と現在追及されている罪とは実体法上の行為単一の関係にあるゆえに、訴訟法上の所為単一の関係にあり、刑罰権はすでに消滅したという抗告を提起した。

この抗告に対し、OLG1977 年 6 月 24 日決定(NJW1977,2222)は「組織の目的を構成する犯罪の実行は、犯罪組織への参加罪(ドイツ刑法 129 条)の構成要件に含まれない。その実行行為は、通常、部分的にも構成員という犯罪構成要件と重ならない」と判示した。すなわち、実体法により前訴で下された罪と現在訴追されている罪との関連を否定したのである。

これに対し、被告人は憲法抗告を提起したが、連邦憲法裁判所第二部 1977 年 9 月 7 日決定(BVerfGE45,434)は、罪数判断が制定法上の問題であり、OLG の判断が憲法上の恣意禁止に違反しないという理由で、抗告を却下した。

この事件は、その後地裁で本案審理に入り、地裁は前訴と後訴とは実体法上行為複数の関係にあり、刑罰権がまだ消滅していないという理由で、被告人に対して有罪判決を下した。被告人は、再び刑罰権消滅を主張して上告した。

##### 【BGH 判決】

連邦通常裁判所は、原判決を結論において支持した。BGH は、犯罪組織への参加罪(ドイ

---

<sup>78</sup> 辻本典央「公訴事実の同一性概念について(1)」近畿大学法学 54 巻 2 号(2005 年)214 頁以下を参考した。

ツ刑法 129 条)と「この組織の目的を追求するために行われた本件事案を構成する犯罪」の間で実体法上行為複数の関係を認めたとする原判決の基礎について誤りがある」と指摘した。もっとも、刑の軽重を考慮して、継続犯たる犯罪組織への参加罪(ドイツ刑法第 129 条)による「かすがい」を否定すべきであり、また、本件の対象となる犯罪がすでに審判された犯罪組織構成員罪との間で実体法上行為の単一が肯定されることも、本件の審判を妨げない。その理由として、刑法 129 条による犯罪組織への参加罪は、その犯罪構成要件の特殊な構造ゆえに、他の継続犯と同様に扱われないからである。犯罪組織への参加罪の構成要件が、犯罪組織に対する刑事訴追の可能性を高めようとする立法目的から種々の行為を犯罪として掲げ、しかも、それらを一罪として処理しようとしているところから考察するならば、この罪を理由とする有罪判決が確定した場合における公訴権消滅の範囲には制限を施す必要があり、さもないと、犯罪組織に対する刑事訴追の可能性をむしろ低下させることになり、立法目的に反する事態を招きかねない。実体法上 1 個の行為が、常に刑事訴訟法 264 条の意味での 1 個の所為であるという原則は、犯罪組織への参加罪の特殊性のため、本件には適用することができないのである。

## ②連邦憲法裁判所第二部 1981 年 1 月 8 日決定(BverfGE 56,22)

### 【事実の概要】

被告人は連邦通常裁判所第三刑事部 1980 年 6 月 11 日判決 (BGHSt.29,288)に対して憲法抗告を提出したが、連邦憲法裁判所は、以下のように判示して、申立を棄却した。

### 【BVerfG 決定】

行為単一(ドイツ刑法 52 条)の概念は、連邦基本法 103 条 3 項の所為概念から切り離されなければならない。…なぜなら、行為単一(ドイツ刑法 52 条)と所為の同一性(連邦基本法 103 条 3 項)とは、追求する目的が異なるからである。実体法上の罪数規定の目的は、複数の法違反の重なり合いに際して、問題となるすべての自由刑を合算すると通常は行為者の責任の範囲を凌駕するため、それを調整し、責任の範囲を限定するのである。…これに対して、連邦基本法 103 条 3 項における所為の同一性の概念の目的は、もっぱら、実体的確定力の範囲を画することである。確かに、実体刑法上の行為単一は、通常、訴訟法上の所為単一と重なり合う。しかし、それは、単に原則であるにすぎず、特別な事情があれば、例外も認められうる。…犯罪組織への参加罪(ドイツ刑法 129 条)の場合、この犯罪に統合された個々の行為が時間的に遠く離れることもありうる。これらの個々の行為は、連邦基本法 103 条 3 項の意味で独立した出来事と見える。

## 2、評価

ここで注意すべきなのは、連邦憲法裁判所第二部 1981 年 1 月 8 日決定(BverfGE 56,22)が、行為単一と所為単一の異なる制度目的を指摘したことである。刑法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合にそれを全て合算することによる過剰な刑罰を回避する

ための調整規定(二重評価の禁止)であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである。すなわち、連邦憲法裁判所第二部 1981年1月8日決定(Bver fGE 56,22)は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なることを強調したものである。

### 三、私見—制度目的対応説

日本の最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決は、「訴因基準説」を採り、両訴因の公訴事実の単一性の判断にあたり、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はないと判断した。「訴因基準説」に関して、検察官が訴因設定権限を持ち、一罪を分割起訴して一事不再理効をかいくぐることまで認められるのかなどの批判がなされている<sup>79</sup>。それにもかかわらず、この最高裁平成15年判決は「訴因基準説」という新たな判断手法を通じて、具体的妥当性に疑問がある高松高裁昭和59年1月24日判決<sup>80</sup>とは異なり、国民の素朴な法感情に応える判決を出し、実体的正義を実現した。ここからみれば、最高裁は実体的正義の実現について明確に言及していないが、実体的正義の実現を重視する道を探ったといえよう。では、ここでの実体的正義とは果たしてどのようなものだろうか。この解答は日本の最高裁平成15年判決では理論的に十分解明されなかつたが、前述のドイツの論者 Volker Erb による「起訴状限定説」にその手がかりを見出すことができる。Volker Erb は、前訴と後訴の量刑の均衡性(たとえば、前訴で適切な刑罰が言い渡されるかどうか、前訴と後訴での二重評価の禁止など)を考慮しつつ、連続犯および継続犯に関する犯罪において、最高裁第三小法廷平成15年判決の「訴因基準説」と類似した主張、すなわち、前訴の一事不再理効の範囲を「起訴状で特定された犯罪行為」にのみ限定されると主張した。これによれば、前訴と後訴の公訴事実の単一性(つまり、一事不再理効と罪数の関係)の判断にあたり、罪数の形式(たとえば、観念的競合、集合犯とも一罪に属する)だけに従属すべきではなく、前訴と後訴の量刑の均衡性を考慮しなければならないことになる。ただ、判決結果の妥当性を実現するために、伝統的な罪数の形式を犠牲にする(たとえば、集合犯のうち各犯罪行為を分離し、個別の犯罪行為を独立した行為として数罪で処理する)正当性があるのかという問題は提起されるかもしれない。

上述のような罪数論に従わない見解の正当性について、ドイツ連邦憲法裁判所第二部

<sup>79</sup> 白取・前掲注(6),452頁。

<sup>80</sup> 高松高裁昭和59年1月24日判決は、理論的には明快とは言えるものの、当該事実では、被害額1360万円相当の単純窃盗1件の確定判決があったことにより、後に起訴されたその余罪となる30件余り、被害総額4億円余りの窃盗がすべて免訴となるという結果となっており、具体的妥当性の観点から疑問が呈され、この判決を機に、後訴が免訴とならないための様々な理論的提言がされてきた。多和田・前掲注(35)441頁参照。

1981年1月8日決定(BverfGE 56,22)は、その理由を明らかにした。この決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的とは原則として異なるものだと強調した。「行為単一と所為の単一性とは、異なる目的を追求するものである。実体法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合にそれを全て合算することによる過剰な刑罰を回避するための調整規定(二重評価の禁止)であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである」。それゆえ、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるからこそ、前訴と後訴の公訴事実の単一性(一事不再理効と罪数の関係)を判断する際に、罪数の形式だけに従属すべきではない。さらに、判決結果の妥当性に疑問がある場合に、その罪数形式が一事不再理効に対応しうるのかを検討すべきである。

このドイツ連邦憲法裁判所1981年1月8日決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるものであるとの指摘はしたものの、実体刑法上の行為単一は、原則として、訴訟法上の所為単一と重なり合うことを認めたとうえで、特別な事情の下で例外が存在する(「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間で訴訟上の所為単一に対する否定に限定する)ことを判示したにとどまる。具体的にどのような罪数形式が一事不再理効に対応しうるのか、どのような罪数形式が一事不再理効に対応しえないのか、という類型的な検討はこの決定においてはまだ見られない。

筆者は上述の示唆を受けて、解釈論として「制度目的対応説」を提案する。具体的には、罪数形式ごとの制度目的を検討する必要があると考える。そのうえで、各罪数形式と一事不再理効の対応関係を類型化できると考える。例えば、観念的競合(罪数)の場合には、一つの行為に対する二重評価の禁止は制度の目的である。それに対して、現在の通説によれば、一事不再理効の制度目的は一つの事件に対する二重の危険を禁止するものである。一つの行為(事件)に対する二重評価の禁止はこの二つの制度の共通の目的である。ゆえに、観念的競合の場合には、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は類似しているといえよう。したがって、観念的競合の場合に、その一事不再理効の「一事」を判断する時に、その一行為の判断基準を借用することができる。また、「かすがい」が介入する場合には、「刑の軽重」という基準によって、その一事不再理効の「一事」を判断する際に、「かすがい」の罪数論の判断基準をも借用することができる(詳しくは、第三章を参照されたい)。それに対して、集合犯の場合には、その罪数論の制度目的が一事不再理効の制度目的と異なり、二重評価の禁止と直接的な関係がない。そのため、一事不再理効の「一事」を判断する際に、罪数論での集合犯の判断基準を借用する必然性がないのである。しかし、その一事不再理効の「一事」を判断する際に、集合犯の判断基準を全く借用できないわけではない。なぜなら、集合犯の制度目的は二重評価の禁止と直接的な関係はないが、全然関係がないとは言えないからである(詳しくは、第四章を参照されたい)。

## 第三章 「かすがい」と一事不再理効

### 一、日本法の考察

#### (一)問題の所在

「かすがい現象」(Klammerwirkung, Verklammerung)とは、本来、併合罪となるべき数罪(A罪とB罪)が、それぞれある罪と観念的競合または牽連犯の関係にあることにより、数罪全体が科刑上一罪として処断されることをいう<sup>81</sup>。この場合、A罪とB罪は観念的競合でも牽連犯でもないから、それは、いわば解釈上作り出された科刑上一罪ということになる。日本の判例は、このような理論を採用することを明示的には示してはいないものの、大審院以来、結論としては、それを認める判示を行ってきた(詳しくは後述)<sup>82</sup>。

この「かすがい」理論において、刑法上では不合理な処断刑について、また、訴訟法上では「かすがい現象」の一事不再理効について問題点がいくつ指摘されている。訴訟法では、一罪の範囲にある事実について一事不再理効が及ぶとする判例・通説の見解を前提とすると、「かすがい」理論によれば、本来は併合罪であって一事不再理効が及ばないはずの事実についても、他の罪が加わったことによってそれが及ぶことになり、事案によっては不当な帰結が生じる。この不都合を回避するため、実務においては、検察官がそもそも「かすがい」となりうる犯罪については起訴しない、すなわち、一罪の一部を起訴するという運用がなされることがある。では、このような運用が許容されるのか、また、裁判所はこのような措置に拘束されるのか、という点が問題となる。

また、近時、最高裁平成22年2月17日第二小法廷決定において、「かすがい現象」を訴因として提示されるとしても、時間的に近接し同一建物への二つの住居侵入が包括一罪かどうか問題となった事案について、最高裁は、住居侵入の二つの訴因を比較対照するのみならず、実体に立ち入って包括一罪性を否定した。これは具体的な解決として適当であるが、最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決(訴因基準説)との整合性に疑問が生じる<sup>83</sup>。

#### (二)学説の整理

##### 1、刑法上の学説

刑法上、「かすがい現象」について多く論じられている。「かすがい現象」による処断刑の不均衡をめぐって、積極説は、量刑上の運用で解決を図るべきこと指摘しているのに対

<sup>81</sup> 山中敬一『刑法総論(第2版)』(成文堂、2008年)1007頁、川端博『刑法総論講義(第2版)』(成文堂、2006年)636頁、大塚仁『刑法概説総論(第4版)』(有斐閣、2008年)504頁など。

<sup>82</sup> 川出敏裕「いわゆる『かすがい』理論」『刑法判例百選I・総論(第5版)』(有斐閣、2003年)206頁。

<sup>83</sup> 白取・前掲注(6)452頁。

して、消極説は、「かすがい外し」の試みを行っている。

## (1) 積極説

### ① 大塚説

大塚仁は、「かすがい」を認めたいうえで、次のように主張する。彼は、ドイツ法において「刑の軽重」という基準<sup>84</sup>が有力に主張されるが、日本においても、「理論上は同様に解することには合理性があるであろう。ただ、実際問題として、日本法においては、刑法典の定める法定刑の幅が大きいことと、裁判所による量刑が一般的に法定刑の下限に近いところで行われていることによって、具体的な不都合はおおむね回避されえている」とする<sup>85</sup>。

### ② 前田説

前田雅英は、「かすがい」を認めたいうえで、「かすがい」による処断刑の不均衡による不合理性を指摘して、『かすがい』を認めるにしても、『かすがい』となる犯罪類型に比較して、『かすがい』により結び付けられる犯罪の法定刑が重い場合には、日本の広い法定刑の幅の中でバランスのとれた処断刑を採用すべきである」とする<sup>86</sup>。

### ③ 大谷説

大谷実は、「かすがい」を認めたいうえで、次のように主張する。『かすがい』的効果を認めると刑が軽くなって不当な場合もありうるが、現行法上はこれを認めるほかはない。なお、刑法典の定める法定刑の幅が広いことなどから、実際上の処理としては格別の支障をきたさない<sup>87</sup>。

### ④ 川端説

川端博も、大谷と同様に、『かすがい』を認めると刑が軽くなって不当な結果をもたらす場合が生じ得るが、現行法の解釈論としてはこれを認めるほかはないであろう。すなわち、『かすがい』を肯定したうえで、量刑において具体的妥当性を追及すべきなのである」と主張する<sup>88</sup>。

## (2) 消極説

### ① 宮本説

この見解は、A・C・B罪が順次牽連する場合に、A罪、B罪、C罪の順に重いときには、C罪とA罪、C罪とB罪の2個の牽連関係は択一的な関係に立ち、いずれか重い方の牽連一罪だけが成立し、これともう1つは併合罪となる、とするものである<sup>89</sup>。

### ② 内田説

---

<sup>84</sup> ドイツの「刑の軽重」という基準とは、「かすがい」によって結び付けられる犯罪の方が、「かすがい」の役割を演ずる犯罪よりも本質的に強い不法内容を有する場合には、「かすがい」による観念的競合を否定するとする見解。

<sup>85</sup> 大塚・前掲注(81) 504頁以下。

<sup>86</sup> 前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(東京大学出版社、2008年) 568頁。

<sup>87</sup> 大谷実『刑法講義総論(第4版)』(成文堂、2012年) 497頁以下。

<sup>88</sup> 川端・前掲注(81) 641頁。

<sup>89</sup> 宮本英脩『宮本英脩著作集第2巻(「刑法学粹」第5版)』(成文堂、1985年) 466頁以下。

この説は、「かすがい」となる罪と他の罪のうち、最初に成立する罪との間にのみ科刑上一罪を認めるものである。この所説を「先行先取り説」という。内田文昭は、「野外で3人を殺せば併合罪であるのに、住居侵入を犯したうえで3人を殺せば牽連犯であるという判例は、いかにも不合理である。日本の現行法の解釈としては、甲・乙・丙を殺したとして、住居侵入と甲殺しにつき牽連犯を認め、これと乙殺し・丙殺しの3個を併合罪とするか、住居侵入・甲殺し、住居侵入・乙殺し、住居侵入・丙殺しの3個を併合罪とするか、ということになるだろうが、この場合は前者をもって正当とするべきではあるまいか。」と主張する<sup>90</sup>。

### ③山火説および山口説

この説は、観念的競合による「かすがい」関係について「全面併合罪説」を採り、牽連犯による「かすがい」関係について「先行先取り説」を採るものである。山火正則は『『かすがい』となるC罪と、これを構成する個別的行為がA、B罪にふれた場合、その罪数処理は、C・A・B罪の併合罪として処理されるべきである。また、C罪とA罪が牽連犯の関係にあり、C罪とB罪との間には形式的な牽連関係があるにすぎない場合、その競合関係は、C罪とA罪との牽連犯の関係と、B罪との併合罪として処理されるべきである。』と主張する<sup>91</sup>。

また、山口厚は、「包括一罪を構成する個別行為との観念的競合により『かすがい』が生じる場合には、観念的競合の成立を認めた上で、併合罪の処理を行うべきであろう（『かすがい』となるC罪が最も重い刑であれば包括一罪となる）。A行為とB行為の遂行の間に1個の意思決定に準じる関係はないからである。また、牽連犯により『かすがい』が生じる場合には、1個の意思決定に準じる関係に立つ最初の犯罪行為との間でのみ牽連犯関係を肯定し、後の行為との間では併合罪とすることが妥当である」と主張する<sup>92</sup>。

## (3)折衷説

### ①中野説

この説は、罪数問題における「かすがい現象」を認めるが、処断刑について、「かすがい」となる罪の法定刑と他の罪の併合刑とを比較してその重い刑を基準として定めるものである。この所説を「処断刑修正説」という。中野次雄は、『『かすがい』によって一罪に結びつけられているとはいっても、これを構成する罪すべての間に可罰評価の重複があるわけではなく、A罪とB罪との関係は全くそのような重複のないいわば併合罪的なものである。つまり、この一罪は、実質的にみれば狭義の科刑上の一罪と併合罪とが結合された一種の科刑上の一罪にほかならないのであり、それゆえにこそこれに対する可罰評価の中に併合罪的可罰評価が含まれているのは当然である。そして、それはそのほかにA・C、B・Cに対する狭義の科刑上の一罪としての可罰評価をも包含しているから、その全体が科刑上の一罪として統一刑が要請される以上、そこにはA・Bの併合刑とA・C、B・Cの『最も重い刑』

<sup>90</sup> 内田文昭『改訂刑法I(総論)』(青林書院、1986年)355頁以下。

<sup>91</sup> 山火正則「科刑上一罪について」刑法雑誌23巻1=2号(1979年)33頁。

<sup>92</sup> 山口厚『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2007年)382頁以下。

とを重ね合わせたもの、すなわち、『妥当な処断刑』が処断刑として形成せらるべきことになる」と主張する<sup>93</sup>。

## ②中山説

この見解は、観念的競合による「かすがい」の場合にのみ否定して、「かすがい」となる罪がほかの罪との関係で分断されるとする「かすがい罪分断説」である。中山善房は、観念的競合による「かすがい」の場合に、次のように主張する。「包括一罪・集合犯は、観念的競合・牽連犯と同様に『数罪=一処罰』の場合であるとみることができであろう。このことを前提とした上で、包括一罪・集合犯となるべき数罪が他の罪と関連し合う場合についてみると、この場合に、関連し合うほかの罪から右の数罪を切り離した上で、これを刑罰適用1回の処罰によると解することには、相当疑問があるのではないかと思われる。それは、1回の処罰によると解される理由の中で重要な要素である各犯行間の密接な関連性という観点からすると包括一罪・集合犯となるべき数罪の相互間におけるよりも、むしろ右の数罪と他の罪との間におけるほうが行為の単一性により結合していると解されるので、より密接な関連性があるというべきだからである。このように解すると、包括一罪・集合犯となるべき数罪がほかの罪と関連し合う場合には、同罪との関連において処断されるべきものであるから、その結果、併合罪的に処断される場合のあることは当然であって、これを包括一罪・集合犯の二度処罰の問題としてとりあげることはそもそもあたらないというべきであろう」<sup>94</sup>。

## ③鈴木説

この見解は、犯罪A・B・Cが存在する場合に、A・B・C数罪全体として科刑上一罪か併合罪かという形で罪数を論じる必要はなく、A・B、B・C、C・A、それぞれの間にもどのような犯罪関係が存するかさえ確定すればよいのであって、あとは、これらの関係をふまえて、一定の法律的観点からA・B・C全体につきどのように扱ったらよいのかを、端的に問題とすれば足りると主張する「相対的罪数説」である<sup>95</sup>。A・Bが観念的競合、A・C、B・Cがそれぞれ牽連犯関係にある場合に、たとえば、住居侵入罪と殺人罪の事例について、「殺人罪相互間には併合罪関係があるから、殺人罪につき自由刑を選択する場合には併合罪加重をした刑が処断の基準となり、また各殺人罪と住居侵入罪の間には牽連関係があるから、その重い殺人罪の刑が処断の基準となる。したがって、これらを総合して、結局、殺人罪の併合罪加重刑で処断すればよい」<sup>96</sup>。

また、「A1とB1、A2とB2とが科刑上一罪、たとえば観念的競合の関係にあり、A1・A2、B1・B2はそれぞれ包括一罪であるという場合に、一般的には包括一罪の判断を先行させ、A1・A2、B1・B2の包括一罪とが観念的競合の関係に立つとして、全体を科刑上一罪として認めてもよ

<sup>93</sup> 中野次雄「併合罪と科刑上の一罪との競合」刑法雑誌22巻3=4号29頁。

<sup>94</sup> 中山善房「観念的競合と牽連犯」『判例刑法研究』4巻(有斐閣、1981年)338頁以下。

<sup>95</sup> 鈴木茂嗣「いわゆる『かすがい』理論について」法曹時報33巻8号(1981年)13頁。

<sup>96</sup> 鈴木茂嗣『刑法総論(第2版)』(成文堂、2011年)291頁。

い。なぜなら、この場合、たとえば、A1 と B2 とは、単に A2 を介して間接的に関連するものならず、B1 を介しても間接的な関連性を有している。そこが、いわゆる通常の『かすがい』の場合とは異なるのである。比喩的にいえば、『かすがい』の場合、いわば間接的な『片手つなぎ』にすぎないのに対して、この場合は、間接的ではあるが、『両手つなぎ』なのである。間接性は、『両手つなぎ』であることによって補完されているといえよう。両者の間の関連はかすがいの場合に比較して強固であって、それゆえにこの関連を被告人に利益な範囲で科刑上一罪に準じて扱うことには、十分の合理性があるといつてよいであろう」とされる<sup>97</sup>。

## 2、刑訴法上の学説

刑法上激しく対立している学説に対して、訴訟法上では、「かすがい現象」の一事不再理効に関する学説は少ない。その中で代表的なものとしては、鈴木茂嗣の見解と辻本典央の見解がある。

### (1) 鈴木説

鈴木茂嗣は、先の刑法的解決とは別に、刑事訴訟法上の解決も提示している。鈴木によると、「C と A、C と B はそれぞれ牽連犯関係にあり、また A と B とは、併合罪関係にある場合、A のみにつき確定判決があったとすれば、この判決の一事不再理効は、A と牽連関係にある C には及ぶが、単に併合罪関係に立つにすぎない B には及ばないと解すべきことになり、また C のみにつき確定判決があった場合に、これと牽連関係に立つ A にも B にも一事不再理効が及ぶと解すべきである。また、集合犯 C が C1、C2 の個別行為から構成され、これらがそれぞれ A・B にもふれる場合、A・B 間、A・C2 間、B・C1 間の併合罪関係、A・C1 間、B・C2 間の観念的競合関係、C1・C2 間の集合一罪関係を端的に前提とし、この実態に即した法的処理を正面から問題とすべきである。たとえば、A についての確定判決の一事不再理効は、C1 にも及び C2・B には及ばないし、C1 の確定判決の効力は、A および C2 には及ぶが B には及ばないと解すべきことになる」とする<sup>98</sup>。

### (2) 辻本説

この見解によれば、本来、実体法上一罪を構成しうる各事実が、検察官の起訴の時点でその一部をいわば「呑んで」併合罪として起訴されたような場合に、なおも公訴事実の単一性を肯定することは可能である、とされる<sup>99</sup>。すなわち、検察官が「細切れる起訴」を提起する際に、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶと解するのである。

## 3、評価

以上のように、刑法上の学説について、主に量刑上の運用で解決を図る積極説に対して、消極説と折衷説は様々な観点から理論的解決を図ろうと苦心しており、見解が激しく対立

<sup>97</sup> 鈴木・前掲注(95) 17頁以下。

<sup>98</sup> 鈴木・前掲注(95) 12頁、16頁。

<sup>99</sup> 辻本典央「公訴事実の同一性概念について(3)」近畿大学法学 55巻2号(2007年) 168頁。

している。それにもかかわらず、上述の見解は、いずれも、通説である積極説を覆すには至っていない。積極説では、「刑法典の定める法定刑の幅が大きいことと、裁判所による量刑が一般的に法定刑の下限に近いところで行われていることによって、具体的な不都合はおおむね回避され得ている」という理由をあげるが、これにも問題がある。なぜなら、多くの場合、検察官が「かすがい」となる罪を起訴しないため、罪数判断においては訴因に明示されていない事実をも考慮するとの見解に立てば、実際上の不都合はなお残っているからである。消極説では、処断刑の不均衡を回避するために、本来は認められるべき科刑上一罪の関係を否定するという点に問題がある。また、消極説のうち内田説、山火説および山口説は、牽連犯による「かすがい」関係において、「先行先取り説」を採る理由は明示されていないため、同説の恣意性が問題となろう。折衷説では、中野次雄による「処断刑修正説」は、技巧的な処断刑の決定方法といえるが、理論的根拠を見出すことが困難である。また、「処断刑修正説」は、「かすがい」の一事不再理効の不合理性を解消することもできない。さらに、中山説は、観念的競合による「かすがい作用」にのみ有効な解決策であり、しかも、他の罪との観念的競合の成立により包括一罪が分断されると解する論拠が乏しい<sup>100</sup>。

刑訴法上の学説について、鈴木説によれば、直接的な科刑上一罪関係に立つ場合にのみ、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ。辻本説によれば、検察官が前訴の起訴の時点で「かすがい」が介入する数罪の一部をいわば「吞んで」併合罪として起訴したような場合に、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ。しかし、検察官が前訴の起訴の時点で「かすがい」が介入することを知らなかったのかに対する証明は困難であろう。また、鈴木説と辻本説は、「かすがい」そのものの量刑の軽重を考慮していない。さらに、刑法上の学説のうち、消極説と折衷説の一部は、「かすがい」の一事不再理効について、正義の実現を利するにもかかわらず、上述のように、それらに対して問題が残っている。

### (三)、判例の整理

#### 1、刑法上の代表例

##### (1) 「かすがい」を肯定した判例

①大審院第二刑事部明治45年3月28日判決刑録18輯383頁

##### 【事実の概要】

被告人は日本刀を持って住居に侵入して1人を殺害し、さらに3人に対して殺人未遂を行ったとして起訴された。原判決は、家宅侵入の所為は殺人罪および殺人未遂罪の手段として、刑法54条第1項による重い殺人罪および各殺人未遂罪の刑に従うべきと判断したが、結局殺人未遂の各所為につき累犯加重を適用した。

##### 【判決】

大審院第二刑事部は、「一箇ノ殺人罪及ヒ三箇ノ殺人未遂罪ヲ行フ手段トシテ一箇ノ家宅

<sup>100</sup> 大塚仁 [ほか] 編『大コンメンタール刑法(第4巻)』(青林書院、2003年)360頁 [中谷雄二郎執筆]。

侵入罪ヲ犯シタルトキハ其各行為ハ刑法 54 條第 1 項<sup>101</sup>後段ニ依リ重キ殺人罪ヲ以テ処断スヘキ罪ヲ構成スルモノトス。從テ輕キ家宅侵入及ヒ殺人未遂ノ各行為ハ獨立シテ累犯加重ノ受クヘキモノニ非ス」と判示した。

②大審院第六刑事部大正 14 年 5 月 26 日判決刑集 4 卷 342 頁

**【事実の概要】**

被告人は大正 13 年 5 月以来、門市内において行政庁の免許を受けないまま、業として古物商を営んでいた者であるが、同年 6 月下旬から 8 月 30 日までの間に、被告人は同所において、盗品であることを知りながら、銅線約 50 貫を十数回にわたって売り受けた。

**【判決】**

大審院第六刑事部は「元來古物商取締法ハ物品ノ不正処分其ノ他ノ取締ヲ目的トスルモノ。・・・古物商ニシテ贓物ヲ買受ケ若ハ交換シタルトキノ場合ニ於テ古物商取締法ニ触ルル行為トス。・・・行政庁ノ免許ヲ受ケスシテ古物ノ売買交換ヲ業トシテ者カ贓物タルノ情ヲ知リテ之ヲ買受ケタルトキハ其ノ行為ハ刑法 54 條第 1 項前段ヲ適用シテ処断スヘキコト。・・・免許ヲ受ケスシテ古物ノ売買交換ヲ業ト為ス者カ贓物ヲ故買スルハ無免許古物商營業及贓物故買ノ罪名ニ触ルル一行為ナリ」と判示して、無許可古物商營業の罪を「かすがい」とする同罪と数個の盗品など有償譲受罪との観念的競合を認めた。

③大審院第三刑事部昭和 5 年 11 月 22 日判決刑集 9 卷 823 頁

**【事実の概要】**

被告人は、煙草小売商を営み、孤独の生活を暮らしている被害者の住居に侵入して、窃盗未遂の後に強盗殺人を犯し、その後被害者の住居に放火して、被害者の死体を損壊した。

**【判決】**

大審院第三刑事部は次のように判示した。「住居侵入ハ強盜若ハ放火ニ對シ通常用キラルヘキ手段ナルヲ以テ住居ニ侵入シテ強盜若ハ放火ヲ為シタル場合ニハ右住居侵入ハ強盜若ハ放火ニ對シ刑法 54 條ニ所謂手段結果ノ關係アルモノトス。・・・窃盜未遂ト強盜殺人トハ連続犯トシテ死体損壊トハ一箇ノ行為ニシテ二箇ノ罪名ニ触ルルヲ以テ刑法 54 條第 1 項前段ニ依リ重キ放火罪ノ刑ニ從ヒ建造物損壊住居侵入及強盜殺人トノ間住居侵入及放火トノ間ニハ手段結果ノ關係アルヲ以テ結局最モ重キ右強盜殺人罪ノ刑ニ從ヒ同條所定ノ死刑ヲ選択シテ被告人ヲ処断シタルハ擬律上正当ナリ・・・同法 56 條ノ趣旨ニ從ヒ累犯ノ法條ヲ適用スヘカラサル場合ニ至リタルモノトス論旨理由ナシ」。

④大審院第二刑事部昭和 7 年 4 月 11 日判決刑集 11 卷 349 頁

**【事実の概要】**

---

<sup>101</sup> 旧刑法 54 條 1 項「一箇ノ行為ニシテ數箇ノ罪名ニ触レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触ルルトキ其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス」。

被告人は、他人の株券を占有する者が、自己の債務の担保に供するために、株券の名義書換の委任状及び処分承諾を偽造し、これを株券とともに債権者に交付した。

【判決】

大審院第二刑事部は、「債権者ニ対シ自己所有ノ建物上ニ根抵当権ヲ設定スルニ因リ債務ノ支拂ヲ延期アリタキ旨申詐キ虚無ノ建物ヲ實在スル如ク装ヒ裁判所ニ対シ債権者ノ為根抵当権設定登記ノ申請ヲ為シ登記官吏ヲシテ登記簿原本ニ其ノ旨不実ノ記載ヲ為シメ之ヲ同所ニ備付ケシメタル上債権者ヲシテ債務ノ支拂ヲ延期セシメタルトキハ公正証書原本不実記載行使ニ因ル詐欺ノ牽連一罪成立ス。他人所有ノ株券ヲ占有スル者カ擅ニ之ヲ自己ノ債務ノ担保ニ供スル為右株券ノ名義カ書換ニ関スル其ノ他人名義ノ委任状及び株式処分承諾書ヲ偽造シ該文書ト共ニ株券ヲ担保トシテ債権者ニ交付シタルトキハ右株券ノ横領ト右両文書偽造行使トノ間ニハ一行為数罪名ニ触ルル關係アルモノトス」と判示して、私文書偽造罪と同行行使罪が牽連犯の關係にあり、同行行使罪と横領罪とは観念的競合の關係に立つものであることから、偽造私文書行使罪を「かすがい」として、全体を一罪として判断した。

⑤最高裁第一小法廷昭和 29 年 5 月 27 日決定刑集 8 卷 5 号 741 頁

【事実の概要】

被告人は、A 女と結婚した後、A の母親 B と不仲になり、しかも勤務先で公金横領などの行為をしたことを原因として、A と離婚した。その後被告人は、A が、かねてから噂のあった D と親しげに話しているのを見て立腹し、A 殺害を決意した。そして被告人は、A を殺害する目的で、夜間に A が居住している B 宅に鉋を持って侵入し、就寝中の A、B を殺害した後、さらに B の傍で寝ていた子供 C をも殺害した。第 1 審は、「住居侵入の点は、刑法 130 条、罰金等臨時措置法 2 条、3 条に、・・・殺人の点は、刑法 199 条に各該当するが、以上は手段結果の關係にあるから刑法第 54 条第 1 項後段、第 10 条を適用して重い殺人の罪に従って処断することとし、全体は同法第 45 条前段の併合罪であるが、・・・犯情の最も重い子供 C に対する殺人につきその所定刑中死刑を選択し、同法 46 条第 1 項本文に従い他の刑を併科せず、被告人を死刑に処する」と判示した。控訴審でもこの判断が維持されたため、弁護人は、本件の各殺人罪は併合罪ではなく、一罪の關係にあり、大審院昭和 5 年 11 月 22 日判決の判例違反及び法令適用の誤りを主張して、上告した。

【決定】

最高裁は、「判例違反をいうけれども、原審で主張されず従ってその判断を経っていない事項を主張するものであって刑法 405 条の上告理由として採るを得ない」と判示した上で、法令適用の誤りの点について、次のように判断を示した。すなわち、「事実審の確定した事実によれば所論 3 個の殺人の所為は所論 1 個の住居侵入の所為とそれぞれ牽連犯の關係にあり刑法 54 条 1 項後段、10 条を適用し一罪としてその最も重き罪の刑に従い処断すべきであり、従って第 1 審判決にはこの点に関し法条適用につき誤謬あること所論のとおり

であるが、右判決は結局被害者Cに対する殺人罪につき所定刑中死刑を選択し同法46条1項に従い処断しているのであるから、該法令違反あるにもかかわらず原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは言い得ない。

⑥最高裁第二小法廷平成21年7月7日決定刑集63巻6号507頁

**【事実の概要】**

(1)当初の公訴事實は、「被告人は、前後11回にわたり、3名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD-R合計11枚及びわいせつ図画であるDVD-R合計25枚を不特定又は多数の者に販売して提供した。」というものであった。

(2)検察官は、(1)の提供行為を維持したままで、さらに5回の提供行為を追加し、「被告人は、前後16回にわたり、4名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD-R合計21枚及びわいせつ図画であるDVD-R合計67枚を不特定又は多数の者に販売して提供した。」とする訴因変更を請求し、第1審裁判所はこれを許可した。

(3)さらに検察官は、(2)の提供行為を維持したまま所持行為を新たに追加し、「被告人は、(ア)前後16回にわたり、4名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD-R合計21枚及びわいせつ図画であるDVD-R合計67枚を不特定又は多数の者に販売して提供し、(イ)自宅において、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD-R合計20枚及びわいせつ図画であるDVD-R合計136枚を不特定若しくは多数の者に提供又は販売する目的で所持した。」とする訴因変更を請求し、第1審裁判所はこれを許可した上で、最終的に訴因どおりの事実を認定した。

**【決定】**

『児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律』2条3項にいう児童ポルノを、不特定または多数の者に提供するとともに、不特定または多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法7条4項の児童ポルノ提供罪と同条5項の同提供目的所持罪とは併合罪の関係にあると解される。しかし、児童ポルノであり、かつ刑法175条のわいせつ物でもある物を、他のわいせつ物である物も含め、不特定又は多数の者に販売・提供するとともに、不特定又は多数の者への販売・提供の目的で所持した場合について、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括一罪を構成し、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供・同販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ同一の行為であって観念的競合の関係に立つとして、結局全体が一罪となるものと解することが相当である。

(2)「かすがい」を否定した判例

①高松高裁昭和26年4月27日判決高集4巻13号1697頁

**【事実の概要】**

被告人は、医師でないのに、医業として、昭和23年5月下旬から同年6月下旬までの間

に、麻薬を患者に対して数回施用した。

【判決】

高松高裁は、数個の麻薬施用行為を非医者医業罪として包括一罪であり、同罪と数個の麻薬施用罪とは観念的競合の関係にあるともしながら、数個の麻薬取締規則違反行為の間には併合罪の規定を適用すべきであると判断した。すなわち、「被告人の本件麻薬取締規則違反及び国民医療法違反の犯行は数個の麻薬取締規則違反行為で、全体として国民医療法違反の一罪に該当する非医師の医業行為であるが、国民医療法違反の一罪に該当しているからといって、各個の麻薬施用者でも麻薬取扱者でもないのに麻薬を使用した麻薬取締規則違反行為が刑法 45 条前段の併合罪の関係を保ち、…両罪が一对一で刑法第 1 項前段のいわゆる想像的競合の関係に立つ場合と同一視することはできない。・・・仮に本件の場合数個の麻薬取締規則違反の間に刑法の併合罪の規定を適用すべきでないものとするれば、・・・麻薬使用罪の点については軽い刑罰を以って臨むと言ふ不合理な結果となるのである」。

②最高裁第一法廷昭和 35 年 4 月 28 日判決刑集 14 卷 6 号 822 頁

【事実の概要】

被告人は、昭和 33 年 10 月 1 日に施行された和歌山県日高町長選挙に立候補した者の選挙運動者であるが、同選挙の告示前である同年 8 月中頃および同年 9 月 20 日頃の二回にわたり、被告人は有権者二名に投票を依頼し、その報酬として、それぞれに対して金員を供与して買収し、又はその申込みを行った。

【判決】

最高裁は、「事前運動禁止の規定は、常時選挙運動が行われることに伴う弊害を防止し選挙の公正を期するため選挙運動の時期を制限したに過ぎないものであるから、買収犯の如く法定の期間内であると否とに拘わらずそれ自体違法な選挙運動行為が数個ある場合には、事前運動の場合でも各行為毎に犯罪が成立するものと解するのが相当である」と判示して、個々の買収罪とその際の事前運動罪とが観念的競合の関係に立ち、それらは併合罪として処断すべきであると判断した。

## 2、訴訟法上の代表例

(1) 「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例

①最高裁第三小法廷昭和 33 年 5 月 6 日判決刑集 12 卷 7 号 1297 頁

【事実の概要】

被告人は、法定の除外事由がないのに、業として多数回にわたり多数の婦女を売春業者に接客婦として斡旋し、雇主から紹介手数料として金員を受領し利益を得た。

【判決】

最高裁は次のように判示した。すなわち、「職権で調査をするに、原判決は同一の婦女に関する『労働基準法』（以下『労基法』という）6 条中間搾取罪と『職業安定法』（以下『職

安法』という) 63条2項『職安法』違反罪とは、刑法54条1項前段の1個の行為にして2個の罪名に触れる場合に当たるものと解すべきではないとの見解に基づき、これと反対の見解の下に、原判示第1、2の罪につき免訴、第3の罪につき有罪を言い渡した第一審判決を全部破棄したものである。けれども、『労基法』6条の規定は『何人も法律に基づいて許される場合のほか、業として他人の就業に介入して利益を得てはならない』というのであり、『職安法』63条2項の規定は『公衆衛生または公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で職業紹介、労働者の募集もしくは労働者の供給を行った者またはこれらに従事した者』は、これを所定の懲役または罰金に処するというのであって、両者はその構成要件の中核をなす他人の就業への介入という部分において重なり合うものであるから、1個の行為であって両者に該当する場合のあり得ることを否定することはできない。そうして、これを本件についてみると、原判示第1、第2の各所為はいずれも、被告人が法定の除外事由なくして業として同一の婦女を、公衆衛生または公衆道徳上有害な売春婦の業に就かせる目的で、婦女に売淫をさせることを業としている者に、接客婦として就業を斡旋し、雇主から紹介手数料として金員を受領し利益を得たというのである。したがって、それが『労基法』6条、『職安法』63条2項に該当することは明白であるが、その所為は、これを社会的事実として観察するときは、1個の行為を認められるのであって、刑法54条1項前段の解釈としても、1個の行為にして『労基法』違反と『職安法』違反との2個の罪名に触れる場合に当たるものと認めるのが相当である。・・・略式命令により『職安法』63条2項の罪について有罪として処断されたのである。・・・略式命令の既判力は原判示第1、第2の各『職安法』違反罪に及ぶものといわなければならない。

## (2) 「かすがい」の一事不再理効を否定した判例

①広島高裁平成21年4月28日判決判タ1335号91頁<sup>102</sup>

### 【事実の概要】

被告人は2007年3月17日午後10時55分ころ、A社事務所に侵入し、同所で現金等を窃取したとして、建造物侵入、窃盗被告事件で起訴された(119号事件)。更に被告人は2件の窃盗被告事件で起訴され、119号事件と併合審理された(119号等事件)。その後、被告人は2007年3月17日に、A社事務所を全焼させたとして、本件非現住建造物等放火被告事件により起訴された。そして、119号等事件について合議体により審理、裁判する旨の決定がなされるとともに、119号等事件に本件が併合された。

第一審において、弁護人は119号等事件と本件との分離を請求し(検察官は反対意見を述べた)、弁論の分離が決定された。119号等事件は別の裁判所によって審理され、被告人は有罪判決を言い渡された。その後、本件の証拠調べが行われ、結審後に弁論が再開され

<sup>102</sup> 判例時報2096号(匿名解説)152頁以下、・岡田悦典・「弁論分離とかすがい現象における一事不再理の効力」刑事法ジャーナル21巻91頁以下、豊崎七絵「弁論分離と一事不再理の効力」法セ658号120頁などを参考した。

て行われた公判期日において、弁護人が本件については 119 号等事件と公訴事実の単一性が認められ、確定判決の一事不再理の効力が及んでいるから免訴を言い渡すべきであると主張した。第一審判決である山口地裁平成 20 年 10 月 31 日判決(判タ 1335 号 96 頁)は、本件放火が再侵入の際に実行されたものであると認定し、さらに最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決の「訴因基準説」を引用して、「犯行の手段となった再侵入行為は、両訴因を通じて訴訟手続に上程されていないから、公訴事実の単一性を判断するにあつたてこの事実を基礎とすることは相当でなく、119 号等事件の確定判決の一事不再理効は、本件に及ばない」と判示した。そこで被告人が控訴を提起した。

#### 【判決】

広島高裁は、「X は初回侵入した際、窃盗だけでなく放火行為にも及び、自動車に戻った後、首尾よく火が燃えているのかを確認するために本件建造物に再侵入したという可能性がないとはいえないから、再侵入した際に放火したとまで認定するのは困難である。X が本件建造物に初回侵入した際に放火したことを前提に、処断刑において、X にとって有利である『かすがい現象』による刑法 54 条 1 項後段による適用できる。そして、以上の事実認定を前提に、119 号等事件の建造物侵入と本件放火は牽連犯関係にあり、前訴の訴因と後訴の訴因には公訴事実の単一性がある。しかし、第一に、弁護人は、弁論の分離を請求して以後、前訴が確定するまで、一貫して、両者の弁論を分離して別々に審理することを求めており、本件について有罪無罪の判断が示されることを当然の前提にしていたにもかかわらず、前訴の確定判決の一事不再理効を主張して免訴を求めるのは、権利の濫用である。第二に、前訴の窃盗の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とは、『かすがい』である前訴の建造物侵入の訴因を介しなければ、本来的には併合罪の関係にある。弁護人は 119 号等事件の建造物侵入と本件放火を別々に審理、判決することをあえて選択したことなど、実質的にみて、前訴の確定判決の一事不再理効は本件に及ばない」と判示した。

しかし広島高裁は、「本件の審理経過等をみると、前訴である 119 号等事件と後訴である本件非現住建造物等放火被告事件とは、もともと弁論が併合されていたにもかかわらず、弁護人の請求により、原裁判所が弁論を分離し、その後の前訴の審理においても、検察官の弁論併合請求が却下されたため、両者は別々に審理されて判決を言い渡されたという経緯がある。弁護人は、弁論の分離を請求して以後、一貫して、両者の弁論を分離して別々に審理することを求めていたのであるから、その時点では、両者を分離し、そのそれぞれについて審理がなされて判決が言い渡されることを当然の前提としていたと考えられる。そして、本件非現住建造物等放火被告事件の公判手続更新の状況や、第 9 回公判期日における弁論の内容、弁論再開後の第 10 回公判期日において、初めて一事不再理の効力に関する当事者の意見が述べられていることなどに照らすと、弁護人は、本件非現住建造物等放火被告事件について、判決で有罪無罪の判断が示されることを求めていたのであって、119 号等事件との弁論の分離を請求した時点においてはもとより、第 9 回公判期日において弁論が終結された時点においても、一事不再理の効力を主張して免訴を求めることを全く考

えていなかったことは明らかである。それにもかかわらず、前訴につき言い渡された有罪判決が先に確定したからといって、後訴において、前訴の確定判決の一事不再理の効力を主張して免訴を求めるのは、権利の濫用というほかなく、弁論の分離を請求した弁護人の意図がどのようなものであったかにかかわらず、刑事訴訟規則1条2項の法意に照らし許されないというべきである。

加えて、前訴の窃盗の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とは、かすがいである前訴の建造物侵入の訴因を介しなければ、本来的には併合罪の関係にあり、前訴の建造物侵入の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とは、牽連犯として科刑上一罪の関係にあるものの、本来的には別罪であること、一事不再理の効力が前訴の公訴事実の同一性の範囲内の事実及びと解されている法的根拠については、前訴の公訴事実の同一性の範囲で、潜在的に審判の可能性があったことや被告人が危険にさらされたことに求める見解が有力であるが、いずれの見地に立って検討しても、上記のとおり、弁護人が、前訴の建造物侵入、窃盗の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とを分離して別々に審理し、判決の言渡しを受ける途を敢えて選択したことなど、本件の実事関係の下では、両訴因が公訴事実の同一性の範囲内にあったとしても、実質的にみて、前訴の確定判決の一事不再理の効力を後訴に及ぼすべき場面であると解することはできない。」と判示して、弁護人の権利濫用を理由として、本件への一事不再理効を否定した。

### (3) 訴因的な解決

①東京高裁平成17年12月26日判決判時1918号122頁<sup>103</sup>

#### 【事実の概要】

被告人は、平成16年12月2日から同17年2月17日までの間に、6回にわたって実行した、児童ポルノ製造罪で起訴された。しかし、それより前に、別件において、被告人が平成17年3月26日に実行した児童淫行罪により家裁に起訴された後、原審(静岡地裁平成17年7月15日判決公刊物未登載)は、本件と別件の児童淫行罪とは併合罪の関係にあり、ゆえに二重起訴にあたらないとして有罪判決を下した。被告人から控訴を提起した。

#### 【判決】

東京高裁は原判決を破棄して、次のように判示した。すなわち、「かすがい現象を承認すべきかどうかは大きな問題であるが、その当否はおくとして、かかる場合でも、検察官がかすがいに当たる児童淫行罪をあえて訴因に掲げないで、当該児童ポルノ製造罪を地方裁判所に、別件児童淫行罪を家庭裁判所に起訴する合理的な理由があれば、そのような措置も是認できるというべきである。一般的に言えば、検察官として、当該児童に対する児童淫行が証拠上明らかに認められるからといって、すべてを起訴すべき義務はないというべきである…。そして、児童淫行罪が児童ポルノ製造罪に比べて、法定刑の上限はもとより、

<sup>103</sup> 辻本典央「罪数論と手続法との交錯—かすがい現象について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕(成文堂、2007年)541頁以下などを参考した。

量刑上の犯情においても格段と重いことは明らかである。そうすると、検察官が児童淫行罪の訴因について、証拠上も確実なものに限るのはもとより、被害児童の心情を考慮して、その一部に限定して起訴するのは、合理的であるといわなければならない。また、そのほうが被告人にとっても一般的に有利であるといえる。ただ、そうした場合には、児童ポルノ製造罪と別件淫行罪とが別々の裁判所に起訴されることになるから、所論も強調するように、併合の利益が失われたり、二重評価の危険性が生じて、被告人には必要以上に重罰になる可能性もある。そうすると、裁判所としては、かすがいになる児童淫行罪が起訴されないことになり、必要以上に被告人が量刑上不利益になることは回避すべきである。そこで、児童ポルノ製造罪の量刑に当たっては、別件淫行罪との併合の利益を考慮し、かつ、量刑上の二重評価を防ぐような配慮をすべきである。そう解するのであれば、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置も十分に認することができる。」

### 3、判例の分析

「かすがい現象」に関する日本の判例は、罪数論において「かすがい現象」を認めることを明示的には示していないが、大審院以来、結論としては、それを認める判示を行ってきた。観念的競合の場合においても、牽連犯の場合と同様に、「かすがい現象」の存在を是認するのが、大審院以来の判例の主流であり、前掲高松高裁昭和26年4月27日判決と、前掲最高裁第一法廷昭和35年4月28日判決が、わずかにこの流れに抗している<sup>104</sup>。このような判例の状況に対しては批判がなされている。

第一に、本来併合罪となるべき数個の殺人罪が、住居侵入罪が「かすがい」となることによって、全体が科刑上一罪とされることになるが、数個の殺人罪の相互間には一罪処理を相当とする密接な関連性が認められないため、この処理は公平性を欠く。

第二に、新たな犯罪が加わったにもかかわらず、処断刑が軽くなることがある。たとえば、同一の機会において数人に傷害を負わせた場合、路上で犯行に及ぶよりも住居に侵入した上での犯行を行う方が、犯情が重いにもかかわらず、処断刑の上限は、路上の場合が併合罪加重により懲役15年となるが、住居内の場合懲役10年となり、逆転することになる。また、住居侵入後に殺人等の罪を犯した、という重大事犯について、全体を科刑上一罪とすると、懲役15年を超える有期懲役を量刑する余地が失われることとなるのである<sup>105</sup>。この状況に対応して、近時、住居侵入後に殺人等の罪を犯した重大事犯について、は「かすがい」となる住居侵入罪を起訴する例が極めて少なくなっている。しかし、「かすがい」となる犯罪を起訴しないというような運用方針は、検察官の恣意により、不当に処断刑の上限を上下し得ることを黙認することにつながる<sup>106</sup>。

第三に、訴訟法上においては、一事不再理効の範囲が不当に拡張する恐れがある。前掲最

<sup>104</sup> 中山・前掲注(94)336頁。

<sup>105</sup> 川端博〔ほか〕編『裁判例コンメンタール刑法』第1巻(立花書房、2006年)498頁以下〔木山暢郎執筆〕；大塚・前掲注(100)356頁以下〔中谷雄二郎執筆〕。

<sup>106</sup> 大塚・前掲注(100)356頁以下〔中谷雄二郎執筆〕。

高裁第三小法廷昭和 33 年 5 月 6 日判決のように、職業安定法 63 条 2 項の罪は、斡旋した婦女ごとに成立するにもかかわらず、集合犯である中間搾取罪(労働基準法 6 条、118 条)を「かすがい」として、全体として一罪の關係に立つため、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ。しかし、本稿第四章で分析するように、集合犯そのものが行為刑法の性質を有しているため、集合犯の中の個々の犯行が、それぞれ独立した特徴を有しているから、集合犯全体を「かすがい」として扱うことについては疑問がある。そのため、前掲東京高裁平成 17 年 12 月 26 日判決は、「審判権限が検察官の主張する訴因事実に拘束されるという訴因対象説を前提に、訴因以外の事実を審理に取り込むべきではない」として、「かすがい」にあたる児童淫行罪を起訴しないという検察官の措置を是認し、二重起訴にあたらないと判断したのである。以上からみれば、量刑不当に対応しても、不当に拡張される一事不再理効の範囲に対応しても、検察官が「かすがい」となる犯罪を起訴しないという運用は実務上でなされている。

さらに、近時、「かすがい」の一事不再理効について、最高裁第二小法廷平成 22 年 2 月 17 日決定(第一審：前掲山口地方裁判所平成 20 年 10 月 31 日判決、原審：前掲広島高裁平成 21 年 4 月 28 日判決)が注目された。原審は、初回侵入の際に放火したという事実を認定したうえで、建造物侵入罪が「かすがい現象」であると認めたが、弁護人の弁論分離の請求(119 号等事件と本件)が権利濫用であり、実質的に見て前訴因および後訴因が別罪であることを理由として、「かすがい現象」の一事不再理効を否定した。これに対して最高裁は、「かすがい現象」の一事不再理効を回避して、第一審判決の事実認定(再侵入の際に放火した)を認めたが、第一審とは異なる方法で(再侵入の際に新たな犯意が存在していたと認定した)、両侵入行為の関連性を否定して、前訴の一事不再理効は後訴に及ばないと判断したのである。では、なぜ最高裁は、第一審とも、原審とも異なる判断手法を用いたにもかかわらず、第一審及び控訴審と同じ結論を導き出したのか。

思うに、まず、日本においては、「かすがい現象」を是認する判例に対する批判が強いにもかかわらず、これが大審院以来の判例の主流である。批判の理由は、「かすがい現象」を認めると、一事不再理効の範囲が不当に拡張することになるからである。原審はこの問題に対応し、「かすがい現象」を認めながらも、その一事不再理効を否定した。このような大胆な手法は、現在の判例の流れとは異なるものであり、また、「かすがい現象」の一事不再理効に関する学説が乏しく、現行法規定を前提に、いかにして合理的な限定解釈を施すか、という点を十分に検討する必要がある。そのため、現状では、原審の大胆な手法に直ちに賛成することはできないように思われる。

次に、第一審判決で引用された訴因基準説の射程には疑問がある。最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決は、「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗を常習の発露という面に着目して一罪として、これを構成する各窃盗行為間に本来的な結びつきはない。前訴が単純窃盗、後訴も単純窃盗である場合に、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、常習性の発露という要素を考慮す

べき契機は存在しない。前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。」と判示した。すなわち、「一罪性の強弱」という基準が、本判決における理論的射程となっている。各訴因の間の「一罪性」が弱いときは、訴因基準説を適用することができるといえよう。しかし、本事案において、両訴因は、犯行日と犯行場所が共通している。しかも、第一審は、再侵入行為は証拠隠滅を目的とするから、両侵入行為は包括評価できると判示している。この場合に、前訴の建造物侵入罪、窃盗罪と本件の放火罪は、結局一罪となる。しかし本件では、「一罪性」が弱いとはいえないのではないだろうか<sup>107</sup>。ゆえに、私見によれば、「一罪性」が強い本事案において、訴因基準説を適用する第一審の判断には疑問がある。また、訴因基準説そのものの妥当性に対しても、「本来常習一罪にあたる数罪を、検察官の裁量で一事不再理効を制限するような分断的起訴を許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまう」<sup>108</sup>などといった批判が提起されている。このため最高裁は、第一審判決の事実認定を認めたにもかかわらず、訴因基準説という公訴事実の単一性の判断方法を回避したのだと思われる。以上のように、本事案において、第一審と原審の判断手法には疑問があったため、最高裁は、正義の実現を念頭に置きつつ、再侵入が新たな犯意によるものであるとして、両侵入行為の関連性を否定することで、前訴の一事不再理効が後訴に及ばないという結論づけた。しかし、再侵入が新たな犯意によるものかどうかについては、検討の余地があるように思われる。

## 二、ドイツ法の考察

### (一)、学説の整理

以下では、ドイツの学説が「かすがい」をめぐるどのような議論がなされているのかを見ていくことにしよう<sup>109</sup>。

#### 1、刑法上の学説

##### (1) 競合理論に関する通説に基づく解決

##### (a) 「観念的競合による解決(die Idealkonkurrenzlösung)」

「かすがい外し」(Entklammerung)を肯定した判例においては、ただ一回だけ実施され、それが継続しているC行為が複数回にわたって評価され、それとA行為とB行為とをそれぞれ観念的競合として形成する。Wahle, Puppe, Eb. Schmidt は、「かすがい外し」を肯定した判例におけるC行為に対する重複評価が本質的で、かつ構造的な矛盾であり<sup>110</sup>、また、量刑の点からみれば、「責任主義」に違反する(gegen das Schuldprinzip Verstoß)と批判し

<sup>107</sup> 宇藤崇「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」ジュリ 1269号(2004年)202頁以下。

<sup>108</sup> 白取・前掲注(6)452頁。

<sup>109</sup> 本章のドイツ学説の整理について、Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Diss., 1981, S. 82ff; Sebastian Cording, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, Duncker & Humblot, 1993, S. 213ffなどを参考した。

<sup>110</sup> Wahle, GA 1968, 106; Puppe, S. 201f; Eb. Schmidt, JZ 1951, 23.

た<sup>111</sup>。

しかし、なぜこれが「責任主義」に違反するのだろうか。その理由は以下のとおりである。

量刑上からみると、「かすがい外し」を肯定した判例において、観念的競合のC行為が附属品(Annex)と見なされるとしても、ただちに見逃される(übergehen)べきではない。C行為を複数回考慮しなければ、行為者の犯した不法性を完全に記述できない。具体的に言えば、過失殺人事件の量刑過程からみれば、付随原因となる運転中の飲酒Cは刑罰加重の要素となる。「かすがい外し」を肯定した判例において、観念的競合のC行為だからこそ刑罰が加重されなければならないという言及されていないとしても、観念的競合のC行為を考慮することが許容されている(darf)<sup>112</sup>、あるいは、考慮しうる(kann)<sup>113</sup>ということが明確であろう。それにもかかわらず、刑罰の加重は裁判官の自由裁量に委ねることまでは意味していない<sup>114</sup>。

裁判官が行為責任を特徴とするすべての状況(alles die Tatschuld kennzeichnenden Umstände)を考慮しなければ、行為者の責任を正確に測定した刑罰を下すことができないという結論が得られた。上述の結論に基づけば、「かすがい外し」を肯定した判例において、観念的競合のC行為が重い犯罪の附属品(Annex)ではない。なぜなら、最も重い犯罪の中に観念的競合のC行為を算入しなければ、行為の不法性(Unrecht)と責任(Schuld)を完全に記述することができないからである。もしC行為を算入すれば、行為の不法内容(Unrechtsgehalt der Tat)と責任内容(Schuldgehalt der Tat)が強化され、通常は刑罰が加重される<sup>115</sup>。その上、「かすがい外し」の場合において、C行為が一回のみではなく、複数回評価される。そうすると、C行為の責任が複数回加重される。その上で、行為者の上述の不利益の結果をいかに回避するのかが現在もまだ解決されていない。それゆえ、「かすがい外し」を肯定した判例において、C行為に対する重複評価が量刑上からみれば、「責任主義」に違反したといえるから、「観念的競合による解決」を主張する。

「観念的競合による解決」は「責任主義」に違反せず、しかもC行為の重複評価を回避するものである。さらに、Puppe, Eb.Schmidtのような論者も、当該解決に対して若干の修正を作った<sup>116</sup>。それにもかかわらず、当該解決は行為者にとって有利に過ぎ、不公平である。なぜなら、行為者は独立して犯罪を犯したのみならず、継続しているC犯罪をも実施したからである<sup>117</sup>。

---

<sup>111</sup> Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 52 Rdn. 19., 8. Aufl., Berlin : Luchterhand , 2001.

<sup>112</sup> BGH, VRS 22, 121, 124.

<sup>113</sup> BGH, VRS 21, 45.

<sup>114</sup> Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., Köln: Heymann, 1974, S. 87ff.

<sup>115</sup> Vgl. Bruns, a.a.O.(115) ., S. 468.

<sup>116</sup> Puppe, Eb.Schmidt の見解を本章の 44 頁以下を参照されたい。

<sup>117</sup> Vgl. Gerhard Werle, a.a.O.(109) ., S. 86.

(b) 「実在的競合による解決(die Realkonkurrenzlösung)」

R.Schmitt<sup>118</sup>、Schmidhäuser<sup>119</sup>、Stratenwerth<sup>120</sup>は「実在的競合による解決」を主張した。彼らの見解によれば、A行為、B行為、C行為をそれぞれ単独刑(eine Einzelstrafe)に処してから、併合刑(Gesamtstrafe)として処罰する。その上で、「かすがい」を原則とし、「かすがい外し」を例外とする通説を放棄した。なぜなら、実務上「かすがい外し」は頻繁に用いられているため、「かすがい」に対応する原則と例外は、実際には逆にされたと考えられるからである。

しかし、「実在的競合による解決」の構造と観念的競合の基本的前提は互いに矛盾している(widerspricht)。なぜなら、一方で、「実在的競合による解決方法」の論者自身は実行行為の部分的同一性を持つ2個の行為を観念的競合とする通説に賛成し、他方で、「かすがい」事例において、継続しているC行為さえあれば、行為単一が行為複数に転じると考えているからである。すなわち、「A行為とC行為」の観念的競合および「B行為とC行為」の観念的競合が「A行為、B行為、C行為」の実在的競合に転じ、併合刑として処罰されることになる。しかし、このような変な転換を、適切な理由で説明できない。言い換えれば、「実在的競合による解決」は解釈論上の欠陥(dogmatisch fehlerhaft)があり、実行行為の部分的同一性を持つ2個の行為を観念的競合とする通説を否定しなければ、構造上の欠陥により、当該解決方法を援用することができないのである<sup>121</sup>。

この欠陥に対して、「実在的競合による解決」を主張する論者は反駁をしなかった。彼らの見解によると、行為者が不当な利益を得ないために、観念的競合の「A行為とC行為」および「B行為とC行為」をそれぞれ刑法52条により最も重い刑に処してから併合刑として処罰する(この場合、C行為が複数回評価される)というより、むしろ直接に刑法53条により「A行為、B行為、C行為」三者をそれぞれ単独刑と処してから併合刑(行為複数—併合刑)として処罰すべきであるとする。R.Schmittはこれを『実行行為の部分的同一性——観念的競合』原則の例外と呼んでもよい、と指摘した。彼の観点によると、この例外が可能であろう。その理由として、1個の構成要件のまとめを通じて、事実上の複数の行為を1個の単一行為に合併することができるからには<sup>122</sup>、逆に、実体的正義と刑事政策上で説得力がある理由に基づき、1個の単一行為を強制的に行為複数に分離することができる(eine Handlungseinheit zu sprengen)<sup>123</sup>。

「実在的競合による解決」は「A行為、B行為、C行為」三者をそれぞれ単独刑に処してから併合刑として処罰するため、結局、行為者に重い刑罰を科すというかなり重大な危険に導く傾向がある。裁判官は比較的軽い併合刑(durch eine niedrigere Gesamtstrafe)

<sup>118</sup> ZStW 75(1963),48.

<sup>119</sup> Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen, 1975, 18/41.

<sup>120</sup> Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Köln :Heymann, 1976, Rdn.1244.

<sup>121</sup> Vgl. Gerhard Werle, a.a.O(109) ., S.87.

<sup>122</sup> 例えば、連続犯。R.Schmittの主張を提出した時、ドイツでは連続犯はまだ放棄されていなかった。

<sup>123</sup> ZStW 75(1963),48.

を科さなければ、責任に応じた刑罰を下すことができない。つまり、数個の単独刑のため生じる欠陥を調整することができない<sup>124</sup>。

以上からみれば、「実在的競合による解決」は1個の「かすがい」行為に通じて、独立した2個の行為を1個の行為に合併することを阻止したため、行為者が不当な利益を得ないというメリットがあるが、解釈論上で、実行行為の部分的同一性を持つ2個の行為を観念的競合とする通説と矛盾している<sup>125</sup>ため、実用性につき疑問が残る。

(c) 「優先の原則」(das Vorrangsprinzip)

ドイツ刑法52条2項1号は「数個の刑罰法規が侵害されたときは、刑は、最も重い刑が定められた条文に従って決定される。」と規定する。この条文によると、侵害された最も重い条文は主導的な作用を果たしている。すなわち、いずれの侵害された刑罰法規が刑の処罰範囲に算入することを決めるときに鍵となるのは、侵害された最も重い刑罰法規である。しかし、ドイツ刑法52条2項1号には隠れた前提がある。それは、刑罰法規を侵害した数罪は、実行行為の同一性を備えているということである<sup>126</sup>。少なくとも、実行行為の部分的同一性を備えていなければならない。なぜなら、もし実行行為の部分的同一性がなければ、数罪の刑の軽重を問わず、併合罪として処されるからである。実行行為の部分的同一性はドイツ刑法52条2項1号に適用される、最も優先的な原則である。

「優先の原則」を念頭に置きつつ、もう一度「かすがい現象」を考えてみよう<sup>127</sup>。

(1) 「かすがい」とするC罪が最も重い場合、すなわち  $C > A > B$  もしくは  $C > B > A$

この場合(たとえば、 $C > A > B$ )は、CとAは実行行為の部分的同一性を備え、またCはAより重いから、刑法52条により、C罪だけが処罰される。同様に、CとBはC罪だけが処罰される。しかしC罪を2回計算してはいけないから、最終的にはC罪だけが処罰されることになる。

(2) 「かすがい」とするC罪の量刑がA罪とB罪の間にある場合、すなわち  $A > C > B$  もしくは  $B > C > A$

この場合(たとえば、 $A > C > B$ )は、CとAは実行行為の部分的同一性を備え、またAはCより重いから、刑法52条により、A罪だけが処罰される。同じ理由で、CとBはC罪だけが処罰される。このとき、ABCの3罪はA罪とC罪の2罪になる。しかし、A罪とC罪は実行行為の部分的同一性を備え、同時に処罰してはいけないから、刑法52条により、A罪だけが処罰されることになる。

(3) 「かすがい」とするC罪が最も軽い場合、すなわち  $A > B > C$  もしくは  $B > A > C$

この場合(たとえば、 $A > B > C$ )は、CとAは実行行為の部分的同一性を備え、またAはC

<sup>124</sup> Vgl. Gerhard Werle, a.a.O.(109), S.88.

<sup>125</sup> Vgl. Gerhard Werle, a.a.O.(109), S.88.

<sup>126</sup> Eberhard Struensee, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 89) Ludwig Röhrscheid, 1971, S.28.

<sup>127</sup> Vgl. Struensee, a.a.O.(126), S.28, 29. Struenseeの論説でBを「かすがい」とするが、本論文で一律にCを「かすがい」とする。

より重いから、刑法 52 条により、A 罪だけが処罰される。同じ理由で、C と B は B 罪だけが処罰される。この時、ABC の 3 罪は A 罪と B 罪の 2 罪になる。しかし、A 罪と B 罪は実行行為の部分的同一性を備えないから、刑法 52 条を適用する余地がない。そのため、最後は A 罪と B 罪の併合罪として処理されることになる。

「優先の原則」から得られた結論は、ドイツ連邦通常裁判所が実体法上の「刑の軽重」という基準による得られた結論と等しい。つまり、「かすがい」となる C 罪が最も軽い場合にしか、A 罪と B 罪の併合罪と処されない。他の場合は、最も重い罪だけが処罰される。

## (2) 「行為」に対する新たな解釈および「かすがい」に対する影響

Puppe、Eb.Schmidt などの論者は「行為」に対する新たな解釈を通じて、「観念的競合の解決」に対して若干の修正を作った。

(a) Eb.Schmidt による「前法律的な、かつ社会的な理解」(vorjuristische soziale Sinnerfassung)

Eb.Schmidt の見解によると、「競合(罪数)の形式」は自然の意味での行為に決定されるわけではなく、「前法律的な、かつ社会的な理解」により決定される<sup>128</sup>。すなわち、決定的なのは時間と空間での身体運動の数ではなく、同視しうる社会的な意味での単一行為の数(die Zahl der identifizierbaren sozialen Sinneinheiten)なのである。

例えば、強盗殺人事件(Raubmordfällen)において、2 人が殺害された場合、Eb.Schmidt の見解によると、当該事件での暴力の使用を 2 回に分け、それぞれを異なった社会的な意味での単一行為に実現する。強盗行為において、暴力の使用はただ抵抗を排除する意味での奪取手段にのみ関係し、それに対して、殺人行為において、暴力の使用はただ生命の消滅にのみ関係する。当該事例からみれば、身体運動は社会的な共存の意味で可分の機能を持ち(trennbare Funktionen im sozialen Zusammenleben)、強盗行為と殺人行為が実質的競合の関係であるということが分かる<sup>129</sup>。

(b) Puppe による「不法の近縁性」(Lehre von der Unrechtsverwandtschaft)

Puppe の見解によると、「実行行為の全部の同一性および部分的同一性」は観念的競合の十分条件でもなく、必要条件でもない。彼の「解剖の方法(mit der Zerlegungsmethode)」に通じて、「かすがい」事例における連続犯、継続犯など反復的な時間上延ばした犯罪(hinsichtlich iterativer zeitlich gestreckter Delikte)が分離された。具体的に言えば、彼は継続犯を真正継続犯と不真正継続犯に区別し、例えば、被告人は、そもそもコレクションで拳銃を所持していた。しかし、ある時点で他者の殺意を決意し、さらにこれを実行した。殺意を決意した時点で、拳銃所持という継続犯の性質が変質したため、実体法

<sup>128</sup> JZ1951, 23.

<sup>129</sup> Vgl. a. a. O(128).

上の単一性が否定される<sup>130</sup>。また、交通犯罪において、交通事故が挟まれば酒酔い運転(継続犯)は分離され、構成要件的な一体性も失われる。なぜなら、ひき逃げの決意はその前の運転の決意と異なるからである<sup>131</sup>。

また、「解剖の方法」のほか、Puppeは「不法の近縁性」に基づき、みずから独特な行為概念を主張し、「時間上延ばした結果犯」を「かすがい」とする場合に対応する。「時間上延ばした結果犯」は主に両行為犯または多行為犯(im wesentlichen zwei- und mehraktige Taten)を指すことである。例えば、殴打と強姦に伴う意思に反した誘拐である。Puppeの「不法の近縁性」理論によると、意に反した誘拐(C)のうち、反抗を抑圧し、かつその後の強姦(B)を実施するために、被害者を殴った(A)場合、「身体の傷害」というメルクマールが強姦(B)と殴打(A)いずれの構成要件にも存在しているから、両者の構成要件は、不法内容(身体の傷害)において近縁であり、相互に特徴づけあっている(mitqualifiziert)。殴打(A)は誘拐(C)を複雑にさせる(erschwere)。誘拐(C)は被害者を車に引っ張り込んだから始まり、強姦の時点で終了する<sup>132</sup>。

Puppeの「不法の近縁性」理論によって、実行行為の同一性あるいは部分的同一性ではなく、実現された構成要件の「不法の近縁性」が観念的競合の基準となる。例えば、「不真正文書を用いた詐欺行為の事例において、Puppeも観念的競合を認める。なぜなら、263条の欺罔行為と267条による行使とが同一の行為によって行われたからではなく、『欺罔』というメルクマールがいずれの構成要件にもあるからである。この二つの構成要件は、不法において近縁であり、相互に特徴づけあっている。その結果、最も重い刑を予定する構成要件による一回の処罰で、制裁としては十分だということになる」<sup>133</sup>。

Puppeは、刑法52条の目的を「1個の行為に対する二重評価を禁止し、また近縁性を有する不法内容(der Zusammenfassung verwandter Unrechtssachverhalte)をまとめること」と考える。「不法の近縁性」という解決方法は、ただ「かすがい行為」Cの量刑の軽重のみに着目する伝統的な観点と異なり、「A行為、B行為、C行為」三者を総合的に考慮するものである。

## 2、刑訴法上の学説

刑法上の各々の解決方法に対して、訴訟法上では「かすがい現象」の一事不再理効に対応する学説が少ない。

### (1)「所為複数説」(Tatmehrheit)

Krauth, Neuhausは、実行行為の部分的同一性を備える観念的競合でも、必ず訴訟上の所

<sup>130</sup> Ingeborg Puppe, Anm., JR 1986, 205.

<sup>131</sup> Claus Roxin, Strafrecht AT II : Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck München, 2003, S.829; クラウス・ロクシン(著) 山中敬一(監訳)『刑法総論第2巻・犯罪の特別現象形態』翻訳第2分冊(信山社、2012年)452頁以下。

<sup>132</sup> Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Duncker & Humblot, Habili., 1979, S.209.

<sup>133</sup> Vgl. Roxin, a.a.O.(131), S.818ff; 山中敬一(監訳)・前掲注(131)438頁以下。

為単一を構成するわけではないからには、「かすがい」が存在する場合、もちろん訴訟上の所為単一を必ず構成するわけではないと主張する。

連邦通常裁判所刑事第四部 1969年11月5日判決(BGHSt.23,141)と連邦通常裁判所刑事第三部 1980年6月11日判決(BGHSt.29,288)は、「かすがい外し」の場合に、数個の訴訟上所為が存在するという(本章のドイツ判例の整理を参照する)。数名の論者は判例の立場を認め、このような扱いは二重評価の禁止に違反しないと主張した<sup>134</sup>。というのは、実務上、軽微犯罪の継続犯に対する二重評価そのものは量刑の枠(im Rahmen der Strafenbildung)に与える影響が大きい<sup>135</sup>からである。また、自然的観察(natürliche Betrachtung)により同じ結論が得られるからである<sup>136</sup>。

## (2)「所為単一説」(Tatidentität)

通説は従来判例<sup>137</sup>に賛成し、実体法上で「かすがい外し」が存在するが、これは訴訟法上の行為の判断と関係なく、実体法上で「かすがい外し」を認めても、訴訟法上相変わらず一つの所為しか成立しないという立場を取る<sup>138</sup>。その理由は主に以下のとおりである。犯罪行為Aと軽微の継続犯罪Cが観念上の競合関係にある場合は、一つしか訴訟手続で判決されない。同様に、犯罪行為Bと軽微の継続犯罪Cが観念上の競合関係にある場合も、一つしか訴訟手続で判決されない。したがって、犯罪行為AとBは必ず一つの訴訟手続だけで判決されるため、AとBとCは訴訟法上一つの所為である。

しかし、訴訟法上の所為単一を認めれば、犯罪行為AもしくはBが、犯罪行為Cに対する判決の後で発見された場合、Cに対する判決の一事不再理効の範囲に含められるかどうかということが問題(unlösbares Problem)になる。なぜなら、犯罪行為AとBを2つの異なった訴訟上の所為とする場合にのみ、犯罪行為AもしくはBのいずれかが、Cに対する判決の一事不再理効の範囲に含められないからである。犯罪行為AとBの所為単一を認めれば、前判決が犯罪行為Cだけを審判対象としても、犯罪行為AもしくはBがCに対する判決の一事不再理効に含められるべきであろう。それに対して、犯罪行為者はある継続犯より重い犯罪(AもしくはB)で判決を受けた後、公訴消滅が重い犯罪(AもしくはB)にのみ及ぶ。前者(軽微の継続犯罪Cの判決の後、Cと観念的競合のすべての犯罪に対して公訴できない、というような広い範囲での公訴消滅)と後者(狭い範囲での公訴権消滅)は評価上矛盾している(ein Wertungswiderspruch)。なぜなら、後者はより重い犯罪(例えば、A)でより重い刑罰を受けた後、再訴追されうるという結果となるからである<sup>139</sup>。

<sup>134</sup> Kleinknecht/Meyer, § 264 Rdnr 6; Fleische, NJW 1979, S. 249; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 20 B. I. 3. c)

<sup>135</sup> Werle, JR 1979, S. 98.

<sup>136</sup> Kleinknecht/Meyer, § 264 Rdnr 6.

<sup>137</sup> Entscheidungen der OLG und BGH, VRS 21, 341.

<sup>138</sup> Grünwald, JZ 1970, S. 330.

<sup>139</sup> Grünwald, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, S. 743; Werle, JR 1979, S. 98.

### (3) 「折衷説」 (die vermittelnde Position)

Gollwitzer と Hürxthal は、原則として、実体法上「かすがい」と「かすがい外し」を区別する思考方法は訴訟法上の所為概念の判断に用いることができないが、個別の事例において、自然の観察方法により訴訟法上の数個の所為という結論を出すことができると主張する。例えば、「かすがい」以外の犯罪の量刑が「かすがい」となる犯罪より著しく重い場合や、継続犯の量刑が著しく重い時、それらを分割してそれぞれ評価すれば、単一の生活経歴を不自然に割ると認められる場合である<sup>140</sup>。

## (二)、判例の整理——「かすがい外し」適用の拡張へ<sup>141</sup>

### 1、「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例

#### ①連邦通常裁判所刑事第四部 1973年2月22日判決(MDR1973,556)

##### 【事実の概要】

被告人は、知り合いになった女性を家まで送ると騙して、自己の車に誘った。その後、人気のない野道に連れ込み、強姦しようとした。被告人はその間、その自動車は無免許で運転していた。前訴において、被告人は、無免許運転罪で有罪判決を受けた。

##### 【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。自然的な観察によれば、無免許運転と強姦未遂は、実体法上の独立な、かつ可罰的な行為である。しかし、本件において、不同意誘拐によって両者が結ばれることとなる。ここでは、不同意誘拐は女性の助けのない状況での場所移動と、当該状況を利用して、猥褻という2個の行為から構成される。…不同意誘拐の刑は強姦未遂より軽いが、無免許運転よりは重いため、両者は不同意誘拐によって、1個の行為に結ばれる。本件の公訴権は消滅した。

#### ②連邦通常裁判所刑事第四部 1981年1月15日判決(StV 1981,116)

##### 【事実の概要】

被告人は共同被告人と共に被害者を車に誘い、酒酔い運転の途中、共同被告人と共に強姦を試みたが、被害者の抵抗のため、未遂になった。その後、被告人は酒酔い運転を再開し、人気のない農家に連れ込み、共同被告人と共に被害者を強姦した。前訴において、被告人は、刑法316条2項の罪(飲酒により運転不能な状態での過失による運転)により有罪判決を受けた。後訴において、裁判所は、被告人が強姦罪の共同正犯として有責であると判断したが、前訴判決の既判力が後訴の強姦罪にも及ぶから、本件を打ち切ると判示した。

##### 【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。第2の強姦現場までの運転行為は、過失によ

<sup>140</sup> KK-Hürxthal, § 264 Rdnr. 8; LR-Gollwitzer, § 264 Rdnr. 7.

<sup>141</sup> 伊藤利明「ドイツの判例における『かすがい』理論」法学59巻5号(1996)647頁以下、辻本典央「公訴事実の同一性概念について(1)」近畿大学法学54巻2号(2005年)174頁以下などを参考した。

る酒酔い運転のみならず、不同意誘拐罪にも該当する。強姦未遂の後の運転行為は、被告人が暴行を手段として、被害者の意思に反して、第2の強姦現場まで運んだものといえる。また、そのような一連の行為により、過失による酒酔い運転罪と不同意誘拐罪は観念的競合の関係となる。さらに、誘拐罪は、強姦罪と過失による酒酔い運転罪よりも刑の軽い犯罪とは認められないので、「かすがい現象」が認められる。本件の公訴権は消滅した。

### ③連邦通常裁判所 1983年8月9日判決(StV 1983,457)

#### 【事実の概要】

被告人は、共同被告人と共に自動車窃盗を行った後、無免許運転の途中、3名の娼婦を車内に誘い込んだ。その後、3名の娼婦に対して、金銭を脅し取り、さらに、そのうちの1名に対して、強姦と性的強要を行った。被告人は、前訴において、自動車窃盗と無免許運転との観念的競合により、有罪判決を受けた。後訴において、強姦罪並びに性的強要罪の成立のため、有罪判決を受けた。

#### 【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。被告人の無免許運転の目的は被害者を強姦現場まで運ぶことであり、これは誘拐罪にも該当する。また、強姦並びに性的強要は、誘拐行為を通じて行われたものである。誘拐行為は、前訴において起訴されていたが、これと無免許運転、強姦並びに性的強要は、刑法上1個の行為に結びつけることが可能である。前訴において、被告人は無免許運転により、有罪判決を受けた。既判力を有する無免許運転に関する前訴判決は、本件において確定された法律侵害を1個の行為、かつ1個の所為に結びつけている。本件の公訴権は消滅した。

## 2、「かすがい」の一事不再理効を否定した判例

### ①連邦通常裁判所刑事第二部 1950年12月19日判決(BGHSt.1,67)

#### 【事実の概要】

被告人は、実質的競合の関係にある5件の文書偽造を行ったとして、有罪判決を受けた。被告人は、本件文書偽造と、前訴で訴追され有罪判決を受けた文書偽造行為とは連続犯(管理委員会法18号13条違反)を構成するから、本件の公訴権は消滅したと主張して上告した。

#### 【判決】

連邦通常裁判所は、「行為者が行われた数個の可罰的行為は同時により軽い可罰的な連続的行為として認められる。この軽い刑罰規範を考慮せず、現行法に基づき、個々の犯行に対してそれぞれを適当な刑罰を科し、さらに併合罪として処罰するべきである。そうすると、被告人の責任が正当に償われることができる。…しかし、複数の犯行を1個の犯行と認めると、彼の責任が軽くなる。これは現実をゆがめる解釈であろう。…より重い可罰的行為である数個の事件が、より軽い犯罪行為である1個の事件に従属させられるとするならば、人間の態度に対する社会的・倫理的評価を逆転させてしまう。本件の公訴権は消滅していない

い」と判示した。

②連邦通常裁判所刑事第四部 1952年8月29日判決(BGHSt.3,165)

【事実の概要】

被告人は、前訴において、「卑金属の無許可営業罪」と「未成年者からの卑金属取得罪」との観念的競合によって罰金刑に処された。後訴である本件では、被告人が同時期に行った「卑金属の犯罪隠匿罪」に対する公訴権の存否が問題となったが、原判決は、無許可取得営業罪を「かすがい」として、前訴の対象たる無許可取得営業罪(連続犯)と本件の対象たる「卑金属の犯罪隠匿罪」が刑法上1個の行為となり、本件の公訴権は消滅したと判示した。

【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。前訴において、「卑金属の無許可営業罪」と「未成年者からの卑金属取得罪」が観念的競合となり、本件において、「卑金属の犯罪隠匿罪」と「卑金属の無許可営業罪」が観念的競合となる。しかし、前訴の「卑金属の無許可営業罪」と本件の「卑金属の無許可営業罪」との間においては連続犯の関係を否定すべきであり、さもなければ、自然的観察および生活の需要の結果に反する。また、量刑の点において「卑金属の犯罪隠匿罪」は「卑金属の無許可営業罪」より重く、より軽い犯罪によって他の重い罪が結合されることはないから、「卑金属の犯罪隠匿罪」の独立性は失われない。本件の公訴権は消滅していない。

③連邦通常裁判所刑事第四部 1969年11月5日判決(BGHSt.23,141)

【事実の概要】

被告人は、酒酔い運転のため、別の乗用車に衝突させ、重大な被害を与えたにもかかわらず、事故惹起の責任を免れるべく、その場から逃走した。その後、街路樹に衝突させ、同乗者に傷害を負わせた。前訴において、被告人は、第2の事故に関して、「過失による身体傷害罪」と「飲酒による過失往来危険罪」との観念的競合により有罪判決を受けた。後訴においては、第1の事故に関して、「飲酒による過失往来危険罪」およびひき逃げ罪の成否が問題とされている。

【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。前訴判決により明示的に有罪と判断されたのは「過失による身体傷害罪」と「飲酒による過失往来危険罪」のみであるが、公訴権消滅との関係においては、「飲酒による過失往来危険罪」と法条競合の関係に立つため適用されていない「運転不能状態における過失による運転罪」をも考慮する必要がある。「運転不能状態における過失による運転罪」は2件の事故双方にまたがり継続して成立しているものと認め得るが、この刑が「過失による身体傷害罪」とひき逃げ罪より軽いため、これによって全体を1個の行為として認めない。本件の公訴権は消滅していない。

④連邦通常裁判所刑事第三部 1980年6月11日判決 (BGHSt.29,288) および連邦憲法裁判所第二部 1981年1月8日決定 (BverfGE 56,22)<sup>142</sup>

近時、禁止結社への構成員としての関与の罪について、以下の判例がみられる (BGHSt.29,288 の判旨に従う)。

⑤連邦通常裁判所刑事第三部 2001年3月30日判決 (NJW2001,2643)

**【事実の概要】**

被告人は、1990年以來ドイツで禁止されていた国際的政治結社の構成員として活動していた。1997年4月25日の午後、結社の宣伝活動のため、飲食店を訪れた。同店でいさかいが生じ、報復のために、その日のうちに同店を襲撃することを計画した。店主が店に戻ってきたため、当初の襲撃計画にはなかった店主の殺人を実行した。

**【判決】**

連邦通常裁判所は、4月25日の行為は全体にわたり禁止結社構成員罪との間で実体法上単一の関係にあると認めつつ、BverfGE 56,22 と BverfGE 56,22 の判旨を援用し、「実体法上の1個の行為が常に訴訟法上の1個の所為であるが、両者の機能は異なっているから、これ以上の対応関係はない」と指摘し、さらに禁止結社構成員罪と謀殺罪は1個の行為であるにもかかわらず、量刑の点において禁止結社構成員罪よりも重い、店主に対する謀殺罪については、公訴権は消滅していない、と判示した。

⑥連邦通常裁判所刑事第三部 2001年3月30日決定 (BGHSt 46,349)

**【事実の概要】**

被告人は、1975年以降、テロ組織「RZ」の構成員として同年の爆弾事件に関与していた。その後、1985年から1990年までテロ組織「RZ ベルリン支部」の構成員として、1987年の爆弾事件にも関与した。

**【判決】**

連邦通常裁判所は、「RZ」と「RZ ベルリン支部」の連続性を否定した。さらに、次のように判示した。仮に連続性が肯定されるとしても、従来判例によれば、組織の構成員の個々の活動だけが前訴における公訴および判決の対象であり、被告人が前訴により組織のための全ての関与活動が包括して処理されたことについてもやむをえない場合を除いて、前訴と後訴の所為複数を肯定すべきである。

### 3、小括

(1) BGHSt.29,288 と BverfGE 56,22 に対する評価

リーディングケースである BGHSt.29,288 と BverfGE 56,22 両判決は、組織犯罪の領域に

---

<sup>142</sup> 第二章二、ドイツ法(二)判例の観点参照されたい。

において、実体法上行為単一の場合常に訴訟法上も単一の所為であるという原則に対して例外があるということを確認した。これは、訴訟法上の所為にめぐる新たな議論である。両判決は結論として刑事政策的に望ましいものであるとはいえるが、次の批判がなされていた。例えば、Peter Rießは、連邦通常裁判所は、刑法 129 条の特殊性を強調するが、連邦憲法裁判所の判示からは、むしろ例外が一般化されるおそれもある<sup>143</sup>。

Gerald Grünwaldも、大体 Rießと同じような批判を行う。その上、実体法上行為単一については刑罰が一個しか科されないという刑法の原則からみれば、両判例の結論も妥当ではないと主張する。また、後訴において犯罪の軽重により所為概念の範囲が決定されることになることも、従来理論とは異なるものであると指摘した<sup>144</sup>。

Karl Heinz Gösselは、結論には賛成しつつ、その理由について反対する。彼は、保護法益の視角から、刑法 129 条の保護法益は、構成員が組織の目的のため実行した殺人罪などの具体的法益侵害を包括するものではないため、法益侵害の異質性という観点から行為単一および所為単一が検討されるべきであると主張する<sup>145</sup>。

Gerhard Werleは、この問題について、BGHSt.29,288 が一事不再理効を否定した結論を支持するものの、実体法上行為単一の関係を認めつつ訴訟法の場面での分割を導く理論構成を批判し、むしろ、実体法上の行為単一を否定する方向で基礎付けるべきであると主張する<sup>146</sup>。

Gerhard Fezerは、この問題を解決するために、立法論から方法を求めるべきであると主張する。Fezerは、立法者は刑法 129 条の制定に際し訴訟における一事不再理効という問題を十分意識していなかったとして、立法上の不備を指摘しつつ、刑法 129 条の廃止を主張する<sup>147</sup>。

## (2) 「刑の軽重」という基準の分析

上述の判例からみれば、実体的正義を実現するために、ドイツ連邦通常裁判所は実体法上の「刑の軽重」という基準を借用し、訴訟法上において、「かすがい外し」の適用を拡張した。すなわち、「かすがい」となる罪が他の罪よりも法定刑が軽い場合は「かすがい」を認めず、前訴の一事不再理効は、後訴には及ばない。

「刑の軽重」という基準はもともと実体法上において、量刑の不均衡を回避するために、「かすがい」を否定する方法である。では、具体的にみれば、「刑の軽重」という基準はどのように機能しているのか。以下の分析を見よう。

<sup>143</sup> Peter Rieß, Anm., NStZ 1981, 74.

<sup>144</sup> Gerald Grünwald, Anm., StV 1981, 326.

<sup>145</sup> Karl Heinz Gössel, Anm., JR 1982, 108.

<sup>146</sup> Gerhard Werle, Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW 1980, 2671.

<sup>147</sup> Gerhard Fezer, § 129, 129a und der strafprozessuale Tatbegriff, in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 125.

①もし「かすがい」を認めたとすれば、A罪とC罪(かすがい)とB罪の観念的競合を認めて、ドイツ刑法52条(旧刑法73条)により、これらの犯罪の法定刑のうちで最も重いものから宣告刑に導く。C罪の法定刑がA罪とB罪の両方より軽い場合( $A > C$ かつ $B > C$ )、処断刑はA罪とB罪の中の最も重い法定刑により決定される。(A or B)

②逆に、「かすがい」を認めないとすれば、A罪とB罪は実質的競合関係にある。ドイツ現行刑法53条(旧刑法74条)により、処断刑は両者を合算して決める。(A+B)

そのゆえに、「かすがい」を認めれば、量刑が軽すぎる恐れがある( $(A+B) > (A \text{ or } B)$ )ため、ドイツ裁判所は「刑の軽重」という基準を採用した。すなわち、A罪とB罪のいずれかさえC罪の法定刑より重ければ、「かすがい外し」になる。逆に、C罪の法定刑がA罪とB罪のいずれよりも重ければ、「かすがい」と認めるのである。

これを加えて、ドイツ連邦通常裁判所刑事第二部1982年3月26日決定(BGHSt31,29)は、「刑の軽重」という基準を発展した。この判例によると、他の二つの犯罪の一つのみが、「かすがい」となる犯罪よりも重いときは「かすがい作用」をも認めた。すなわち、「かすがい」となる犯罪は必ずしも他の二つの犯罪よりも重い場合にしか、「かすがい作用」が認められないわけではない。 $(A > C > B (C = \text{かすがい}) \rightarrow \text{「かすがい作用」をも認めた})$

そしてこの判例は、「刑の軽重」という基準とは矛盾しない。理由は以下のとおりである。法定刑の重さが $A > C > B (C = \text{かすがい})$ のとき、

①もし「かすがい」を認めたとすれば、処断刑はAである。

②もし「かすがい」を認めないとすれば、併合罪になり、 $A > C \rightarrow A$ 、 $C > B \rightarrow C$ 、処断刑は $A+C$ になる。しかし、AとCは科刑上一罪のため、最後の結果は $A+C$ になったら、実は一罪を二重評価することになる。

以上から見れば、この場合、もし「かすがい」を認めないとすれば、二重評価になるため、やはり「かすがい」を認めるほうが妥当である。

### 三、私見一制度目的対応説

現在の通説によれば、一事不再理の制度目的は、一つの事件に対する二重の危険を禁止することである。これに対して罪数論の制度目的は、一つの行為に対する二重評価を禁止することである。両者は類似しているから、一事不再理の「一事」を判断する時に、罪数論の判断基準を借用することが可能である。

しかし、このような借用は集合犯の場合には成立しえない。なぜなら、集合犯の制度目的は一つの行為に対する二重評価を禁止することではないからである。したがって、罪数論の判断基準をそのまま集合犯の一事不再理効を判断する場合に借用すれば、不合理な結果がもたらされることになる。

これに対して、このような借用関係は観念的競合と牽連犯の場合には成立しうる。というのは、観念的競合と牽連犯の制度目的と、一事不再理の制度目的は類似しているからである。

私見によれば、「かすがい」が介入する場合には、一事不再理の「一事」を判断する際に、実体法における罪数論の判断基準をも借用することができる。なぜなら、集合犯と異なり、「かすがい」の罪数論上の制度目的と訴訟法上の一事不再理の制度目的は類似しているからである。理由は以下のとおりである。

ドイツ連邦通常裁判所が採用した「刑の軽重」という基準は以下の二つの難点を解決することができる。すなわち、一罪か併合罪かは重なる部分が犯罪中の比率のいかんにより決定される。重なる部分が小さい場合、併合罪と評価される。なぜなら、この場合、二重評価の恐れがないからである。

法定刑の重さが  $A > C$  かつ  $B > C$  ( $C =$ かすがい) のとき、最終的な結果は  $A + B$  になる(併合罪の計算)。すなわち、この場合、併合罪と評価しても、 $C$  罪は二重評価されていない。

例えば、1回の住居侵入で2人を強姦した事件は、二つの強姦罪と評価されるべきである。日本の住居侵入をして三人を殺害した場合、科刑上一罪とみなす判例は、ドイツの「刑の軽重」という基準の適用により、併合罪となり、他の二つの殺人行為も刑罰に処される。

逆に、重なる部分が大きい場合には、併合罪と評価されれば、二重評価の恐れがあるから、二重評価を避けるために、「かすがい」全体が一罪と評価される。

法定刑の重さが  $C > A$  かつ  $C > B$  ( $C =$ かすがい) のとき、最終的な結果  $C$  罪は二重評価されてしまう(併合罪の計算)。この状態を避けるため、 $C$  罪は1回しか評価されない。

極端な例として、1回住居侵入を行って、窃盗を2回したが、毎回100円しか窃盗しないという事件は、一つの住居侵入罪と評価されるべきである。

同じように、訴訟法上でも、実体法と類似する二つの難点を解決するべきである。すなわち、第一に、重なる部分があるため二重の危険が発生するのを回避することであり、第二に、重ならない部分を起訴しない、ということ避けることである。この点については、ドイツ連邦通常裁判所がやはり上述の「刑の軽重」という基準を利用して、判断している。重なる部分が小さい場合、例えば、1回住居侵入をしてから2人を強姦した事件で、最初は一人を強姦したことしか判明しなかったため、一回の強姦罪として起訴されたが、判決が下された後になって、もう一人を強姦したことが判明した場合、もう一度強姦罪として被告人を起訴することができるだろうか。この場合、「刑の軽重」という基準によれば、起訴することは可能である。逆に、重なる部分が大きい場合、極端な例として、1回住居侵入をしてから窃盗を2回したが、毎回100円しか窃盗しなかったという事件は、実体法上1つの行為と評価すべきであるため、住居侵入罪としていったん起訴されれば、再び起訴することはできない。すなわち、「かすがい」につき、ドイツで、実体法と訴訟法が対応している。

思うに、上述の実体法上の難点に対し、通説である積極説は量刑上の運用で解決を図るべきことを指摘しているが、それに対する疑問も有力であり、そのほか、消極説や折衷説といった見解も存在しており、議論は一致していない。また、判例においても統一的な基準はまだ存在していない。このような状況を鑑みると、上述の分析の上で、ドイツ法の「刑

の軽重」という基準を、日本において参考にすることが可能であると考えられる。同様に、実体法の当該基準も「かすがい」が介入する場合、訴訟法上の一事不再理効の範囲を判断するときに適用できよう。

## 第四章 集合犯と一事不再理効

### 一、日本法の考察

#### (一)、問題の所在

一事不再理の客観的効力は公訴事実の同一性、単一性の範囲に及ぶと解されており、公訴事実の単一性は、刑法上の罪数論によって決定される（判例、通説）。すなわち、刑法54条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在し、それぞれの公訴事実の間には、一事不再理の効力は及ばない。それに対して、常習犯等の実体法上一罪とされるものは公訴事実の単一性を持つ。過去の判例によれば、常習累犯窃盗罪の範囲で公訴事実の単一性があるから、常習累犯窃盗罪の一部の窃盗につき確定判決があれば、後に常習累犯窃盗罪で起訴されたとしても一事不再理効が及び、免訴とされる（最高裁第二小法廷昭和43年3月29日判決）。また、単独窃盗で確定判決があれば、後に右窃盗と同時期に行われた34回の窃盗で起訴しても、一事不再理効が及び、免訴とされる（高松高裁昭和59年1月24日判決）。

しかし、このような処理は、一事不再理効の範囲が広がり、正義に反する。前出・高松高裁昭和59年1月24日判決と類似した事実である、最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決において、最高裁は前出・高松高裁昭和59年1月24日判決とは反対に、同高裁判決があげる「事実上同時審判不能を一事不再理効の例外」を根拠とせず、「前訴及び後訴の各訴因のみを基準」として独自の理論構成（訴因基準説）によって、後訴を認めたのである<sup>148</sup>。「訴因基準説」に対しては、「本来常習一罪にあたる数罪を、検察官の裁量で一事不再理効を制限するような分断的起訴を許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまう」<sup>149</sup>などの批判がなされている。また、最高裁平成22年2月17日第二小法廷決定では、最高裁は公訴事実の単一性の判断基準について、時間的に近接した同一建物への二つの住居侵入が包括一罪かどうか問題となった事案について、住居侵入の二つの訴因を比較対照するのみならず、実体に立ち入って包括一罪性を否定した。この判例は具体的な解決としては適当であるが、最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決との整合性に疑問も生じる<sup>150</sup>。さらに、常習罪としての「一罪」と一事不再理効の「一事」を対応すべきかなどの課題を残した。

#### (二)、学説の整理

本章で扱う集合犯とは、構成要件の性質上、複数の同種の行為が反復されることを予定している犯罪をいう。集合犯には、反復して一定の犯罪を累行する習癖に基づいて行われ

<sup>148</sup> 白取・前掲注(9)308頁以下。

<sup>149</sup> 白取・前掲注(6)452頁。

<sup>150</sup> 白取・前掲注(6)452頁。

る常習犯、営利目的で一定の行為を反復・継続する営業犯、営利目的なく一定の行為を反復・継続する職業犯といわれるものが属する<sup>151</sup>。以下は主に日本で問題となる常習犯について検討することにしよう。常習犯の一事不再理効について、公訴事実の単一性を罪数判断に依存することを前提にする「実体法的な見解」と「訴訟法的な見解」に分けて考察する。また、「訴訟法的な見解」のうち、検察側の論者によって主張された「同時審判・訴追論」、実体判決の拘束力を根拠づけとする「実体判決の拘束力論」およびドイツ法の影響を受けた「所為の片面的従属説」などに大別されている。

## 1、実体法的な見解

たとえ同時訴追ないし訴因変更が不可能な場合であっても、いったんある訴因について実体判決が下されたならば、これと公訴事実を同一にする範囲で再訴が遮断される。公訴事実の同一性は、前訴の訴因と後訴の訴因とが、科刑上一罪、常習一罪、包括一罪など一罪の関係にあるときも認められる<sup>152</sup>。確定判決以前の一部分犯行が、被告人の証拠隠滅などのため発覚せず審判をまぬかれた場合も、もちろん含まれる。

## 2、訴訟法的な見解

### (1)「同時審判・訴追論」（青柳説）

被告人が否認し、捜査官が捜査を尽くしても犯行を発見できず、その理由が捜査官の責に帰すべき場合でない場合には、一事不再理効は及ばない<sup>153</sup>。常習一罪の場合にも、この説を適用しうる。「同時審判・訴追論」は正義の実現に有利であるが、「被告人の地位をあまりにも不安定なものにしてしまう」、「解釈論としても、解釈によって一種の不利益再訴を認めるに等しい事態を招く危険すらある」、「被告人が積極的にその余罪を秘匿する場合に、その結果の不当性が著しい」などの批判もなされている<sup>154</sup>。

### (2)「実体判決の拘束力論」（田口説）

実体判決の拘束力を認める立場から、単純窃盗の判決時に、第1行為が発覚していないときは、単純窃盗の判断内容の拘束力は後訴に及ばないので(明示的判断が示されていないから)、後訴で第1行為と常習一罪の認定ができ、免訴としうる。それに対して、常習犯として起訴された窃盗につき、常習性を否定して、単純窃盗として判決があったという稀な場合に、後訴において常習性の認定はできないので、単純数罪として処断せざるをえないこととなる<sup>155</sup>。

### (3)「所為の片面的従属説」（辻本説）

公訴事実の単一性を判断するにあたって、決定的であるのは、一回の手続で処理される

<sup>151</sup> 三井誠『刑事法辞典』（信山社、2003年）383頁 [只木誠執筆]。

<sup>152</sup> 松本時夫【ほか】『条解刑事訴訟法(新版)』（弘文堂、1996年）755頁。

<sup>153</sup> 青柳文雄『刑事訴訟法通論(下)』（立花書房、昭和51年）489頁以下。

<sup>154</sup> 田宮裕『日本の刑事訴追』（有斐閣、1998年）353頁；栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲(下)」[刑事公判の諸問題26]判例タイムズ39巻2号(1988年)46頁以下。

<sup>155</sup> 田口守一『刑事訴訟法(第6版)』（弘文堂、2012年）455頁；同『刑事裁判の拘束力』（成文堂、1980年）305頁。

べき社会的事実の範囲であり、それは、実体法上の罪数論に拘束されるものではなく、犯罪処理に向けた社会システムとしての刑事裁判の機能から考察されるべきものである。単純窃盗罪で起訴された場合の個別の窃盗行為(最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決)といった事例において、その実体法上の罪数評価にかかわらず、社会的・歴史的事実に対する一般的・社会的視点及び法的評価の観点から一個の手続で処理されるべき単一性を肯定することは、可能かつ適切であろう。本来、実体法上一罪を構成しうる各事実が、検察官の起訴の時点でその一部をいわば「吞んで」併合罪として起訴されたような場合に、なおも公訴事実の単一性を肯定することは可能である。この場合、訴因と訴因との比較だけでなく、訴因外の事情も考慮にいれるべきである<sup>156</sup>。

### (三)、判例の整理—「心証基準説」から「訴因基準説」への転換

#### 1、判例の紹介

①最高裁第二小法廷昭和43年3月29日判決<sup>157</sup>

②高松高裁昭和59年1月24日判決(単純窃盗→単純窃盗→免訴)<sup>158</sup>

#### 【事実の概要】

被告人は、単独窃盗(一個)につき有罪の確定判決を受け、その後、右窃盗と同時期に行われた34回の窃盗の余罪が発見されたことからこれらについて単純窃盗で起訴された。

#### 【判決】

高松高裁は、「訴追の事実上の不能の場合に既判力が及んでこないとすると、その例外的基準を具体的に定立すること自体が甚だ困難であるうえ、仮に基準が設けられても、それを具体的に適用するにあたって一層の困難を招来せざるを得ない。すなわち、当該犯行及びそれと被告人とを結びつける証拠が捜査官側にどの程度判明していたか、又知り得る可能性があったかを中心に、被告人の前科、生活歴、事件に対する供述の程度、共犯者の有無及びその役割、被害の裏付けの程度、時期、犯行の場所、捜査の態勢等幾多の事情を探求し総合し、右基準に適合するかどうかを判断しなければならないのであって、既判力制度の画一性を害し、被告人の立場を不安定ならしめることになる」として、免訴の言い渡しをした。

③最高裁第二小法廷平成15年6月2日判決<sup>159</sup>

④最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決<sup>160</sup>

#### 2、小括

前記・最高裁第二小法廷昭和43年3月29日判決は、両訴因の公訴事実の単一性の判断

<sup>156</sup> 辻本典央「公訴事実の同一性概念について(3)」近畿大学法学55巻2号(2007年)160頁以下。

<sup>157</sup> 第二章一、日本法(二)判例の観点①を参照されたい。

<sup>158</sup> 高松高裁昭和59年1月24日判決判時1136号158頁。

<sup>159</sup> 第二章一、日本法(二)判例の観点②を参照されたい。

<sup>160</sup> 第二章一、日本法(二)判例の観点③を参照されたい。

にあたり、単に訴因のみを比較対照するだけでなく、前訴の単純窃盗の訴因につき、実体に踏み込み、それが常習性の発露であるとの心証を形成した上で、常習累犯窃盗罪を構成することに変わりがないと認め、両訴因が一罪の関係にあると判断した。この判断手法は、「心証基準説」であるのか、それとも公訴事実の単一性の判定に必要な限りで、前訴の訴因の実体に踏み込んだというにすぎないのか、両方の理解が可能である<sup>161</sup>。また、最高裁第二小法廷平成 15 年 6 月 2 日判決において、前訴が常習痴漢、後訴が単純痴漢としてそれぞれ有罪が確定した後に、検察官から非常上告が申し立てられ、後訴を免訴としたものである。免訴の理由については、二つの解釈が成立する。第一に、前訴の常習痴漢の実体と後訴の訴因について心証形成された「実体」とを対照した（「心証基準説」）という解釈。第二に、常習痴漢の訴因と後訴訴因について心証形成された「実体」とを比較対照した、という解釈である<sup>162</sup>。いずれにも解し得る余地があり、最高裁はこれまで一事不再理効の有無を判断する際に公訴事実の単一性の有無の判断方法について、まだ不明確な立場を採っていた。

これに対して、最高裁第三小法廷平成 15 年 10 月 7 日判決は、最高裁として初めて、一事不再理効の有無を判断する局面における公訴事実の単一性の有無の判断方法について明確に判示したものであって、極めて意義のあるものといえよう。また、この判決は、これまで有力に主張されてきた実体裁判の拘束力や、同時訴追可能性の欠如、実体に踏み込む考察などの議論によらずに、公訴事実の単一性の有無の判断手法に修正を加えるという、いわば「第 3 の道」（実体に踏み込まない「訴因基準説」）を選んだ原審の判断を維持するものである<sup>163</sup>。「訴因基準説」により、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はない<sup>164</sup>。換言すれば、前訴の一事不再理効は前訴の起訴状で特定された犯罪行為にのみ及ぶというのである。

## 二、ドイツ法の考察

### （一）、集合犯の概念と歴史的沿革

#### 1、概念

ライヒ裁判所にいう集合犯（Kollektivdelikt, Sammelstraftat）とは、常習性、営業性、職業性を刑罰加重事由または可罰性を基礎づける事由として含む構成要件をいう<sup>165</sup>。

a) 常習性（Gewohnheitsmäßigkeit）とは、同種行為が反復してなされ、それらの行為を

<sup>161</sup> 多和田・前掲注（30）467 頁。

<sup>162</sup> 多和田・前掲注（30）468 頁。

<sup>163</sup> 小島淳・前掲注（34）95 頁。

<sup>164</sup> 多和田・前掲注（35）442 頁。

<sup>165</sup> RGSt 6, 132; RGSt 55, 20.

行ううちに当該犯罪を行う習癖が認められることである<sup>166</sup>。

b)営業性 (Gewerbsmäßigkeit) とは、同種行為を反復しようとし、かつ、これらの行為により利益を得ようとする目的が認められることである<sup>167</sup>。

c)職業性 (Geschäftsmäßigkeit) とは、同種行為を反復しようとする目的があれば足り、営業性の要件としての利得目的は不要とされる<sup>168</sup>。

## 2、歴史的沿革

集合犯の概念はフランスの学者によって創造され、19世紀にドイツ刑法に継受された。フランスの論者 Ortolan は、『刑法の基本問題』(Éléments de droit pénal)において次のように言う。「多くの場合、刑法に定められた特徴を持つ事実は犯罪を構成するのに十分であり、この事実が頻繁に発生するかどうかは関係ない。しかし、この行為が何回も発生することが犯罪を構成する不可欠な要件である場合がある。この場合には、立法者は毎回の犯罪行為を犯罪として処罰することを躊躇う。それに対して、例外的に、数多くの同種類の行為の集合が犯罪人の悪習を反映できる犯罪を設け、社会に鎮圧の効果を発揮する立法意図が見られる。このような犯罪類型は集合犯(délits collectifs)・常習犯(délits d'habitude)と呼ばれ、それに対して、個々の単独行為が犯罪を構成できる犯罪類型は単独犯罪(délits simples)と呼ばれる」<sup>169</sup>。「この意味で、集合犯とは同種類の数多くの行為が合わせて一つの全体になるものである」とフランスの論者 Rauter が主張している<sup>170</sup>。

フランス刑法の影響を受けて、1851年のドイツプロイセン刑法典(Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851)は、営業犯(gewerbsmäßiges Verbrechen)および常習犯(gewohnheitsmäßiges Verbrechen)を規定した。例えば、146条の「営業的猥褻罪」、147条の「売春の営業的援助罪」、239条の「常習的贓物取得罪」、263条の「常習的高利貸罪」、266条の「営業的賭博罪」および276条の「営業的密猟罪」である。

その後、プロイセン刑法典を母体としたドイツ帝国刑法典(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871)は、上述の営業犯と常習犯に関する規定を受け継いだ。つまり、「集合犯」という概念は十分に論議されずにドイツ帝国刑法典でそのまま使われたと言える。

### (二)、学説の整理

以下は、ドイツの学説が集合犯にめぐってどのように議論するのかを見ていくことにしよう。

#### 1、刑法上の学説

<sup>166</sup> RGSt 5,369; RGSt 32,394; RGSt 59,142.

<sup>167</sup> RGSt 5,369; RGSt 12,391; RGSt33,304.

<sup>168</sup> RGSt 43,210; RGSt 61,51.

<sup>169</sup> J.Ortolan, Éléments de droit pénal, Pénalité -Juridictions-Procédure, quatrième édition, Paris, 1875, S.330,331; Lothar Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, in StrafrAbh. Heft 413,1940, S.31ff

<sup>170</sup> M.Rauter, Traité théorique et pratique du droit criminel ou cours de législation criminelle, Paris, 1836, S.227; Lothar Buchholz, aaO., S.31ff

### (1) 「行為単一説」(Handlungseinheit)

「行為単一説」を主張する Fritz Rathenau、Hans Welze など論者は主に以下の理由を挙げて、集合犯を刑法上の単一行為と考える。(a)立法者は、集合犯における「業務」を全体として処罰することを意図する。(b)集合犯そのものは「単一な意思方向」を持っている。(c)集合犯は訴訟上で「負担軽減」の機能を持っている。(d)集合犯は時効を延長する機能を持っているため、犯罪訴追に資することになる<sup>171</sup>。

#### (a)集合犯における「業務(Betrieb)」に対する刑法上の理解

立法者は、集合犯における「業務」を全体として処罰することを意図する<sup>172</sup>。ドイツ現行刑法典の260条1項1号の「営業的贓物取得罪(gewerbsmäßige Hehlerei)」、284条2項(旧285条)の「営業的賭博罪(gewerbsmäßige unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels)」、243条1項3号の「営業的窃盗罪(gewerbsmäßiger Diebstahl)」、291条2項2号(旧302条e)の「営業的高利貸罪(gewerbsmäßiger Wucher)」、292条2項1号の「営業的・常習的密猟罪(gewerbs- oder gewohnheitsmäßig Jagdwilderei)」、180条a第1項の「売春の営業的援助(gewerbsmäßige Ausbeutung von Prostituierten)」などの中の「営業」または「常習」はここでの「業務」に属する<sup>173</sup>。集合犯の中の個々の犯罪行為は法律上一个の可罰行為でもよく<sup>174</sup>、ここに個々の犯罪行為を全体として処罰すべきであるという立法者の意図が見られる。

#### (b)行為者の「単一な意思方向(die einheitliche Willensrichtung)」

集合犯そのものは、「単一な意思方向」を持っている<sup>175</sup>。具体的に言えば、営業犯の個々の行為には収入源を獲得するための「単一な意思方向」があり、常習犯の個々の行為は習癖で反復実行するから「単一な意思方向」を持ち、職業犯の個々の行為も職業的職務の一部で反復実行するから<sup>176</sup>「単一な意思方向」を持つのである。

#### (c)いわゆる「負担軽減(die behauptete Arbeitserleichterung)」

被告人が、特定の時期に単一的意思に基づき窃盗もしくは詐欺を何回も行うという事件は、頻繁に発生する。このような事件の中で、もし毎回の犯罪行為に対し刑罰を下した後に、また個々の刑罰を一つの刑罰に合併したとすれば、厄介で(lästige)、余計な(überflüssige)、不合理な(wunderlich anmutende)負担であろう<sup>177</sup>。それに代えて、集合犯

<sup>171</sup> 本章で集合犯に関する「行為単一説」と「行為複数説」の整理については Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstraftat(Hamburg, 1967), S.58ff を参考した。

<sup>172</sup> RG 61,147(148)

<sup>173</sup> Werner Hardwig, § 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches, GA 1954,74; Fritz Rathenau, Die Stellung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht, 1899, GS 56,92; Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1969, S.230.

<sup>174</sup> Fritz Rathenau, Die Stellung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht, 1899, GS 56,92.

<sup>175</sup> RG 66,19(21).

<sup>176</sup> Vgl. Roxin, a.a.O.(131), S.879; 山中敬一(監訳)・前掲注(131)515頁。

<sup>177</sup> RG 70,243(244).

という概念を創造すれば、不必要な(nutzlose)、かつ小さな負担(Kleinarbeit) (例えば、「余計な証拠調べ」、「たくさんの個々の犯罪行為に対する独立の判決)を回避することができる。集合犯という概念の創造は、日常生活的需要に適しているのである<sup>178</sup>。

#### (d) 公訴時効 (die Verjährung) の計算

集合犯を認めることが、犯罪訴追者に不利になるとは言えない。むしろ集合犯を認めると、時効が延長するため、犯罪訴追に資することになる。なぜなら、集合犯における個々の犯罪の公訴時効は集合犯における最後の犯罪行為から起算することになるため、集合犯によらなければ時効が経過したであろう最初の犯罪行為も訴追できるようになるからである。

また、もし大赦があれば、大赦前にした犯罪行為は、本来ならば訴追されるべきではないが、集合犯を認めると、訴追される可能性もある。なぜなら、もし集合犯における一部の行為が大赦後に行われたら、集合犯が単一の行為であるため、大赦前に行われた犯罪行為も単一行為における一部分として訴追されなければならないからである<sup>179</sup>。

#### (2) 「行為複数説」(Handlungsmehrheit)

以上の「行為単一説」に対しては、「行為複数説」を主張する Fritz Hartung、Jürgen Reinhard Stehncker などの論者からは次のような理由で批判も強い。(a) 立法者は、集合犯における「業務」を全体として処罰することを意図しない。(b) 集合犯そのものは「単一な意思方向」を持っていない。(c) 集合犯は訴訟上で「負担軽減」の機能を持っていない。(d) 集合犯に対する有罪判決と無罪判決の異なった既判力の範囲等。

##### (a) 集合犯における「業務(Betrieb)」に対する刑法上の理解への疑問

歴史的にみれば、一般の犯罪(例えば窃盗罪、詐欺罪など)を、集合犯として一般的に処罰するという立法者の意図は見られなかった。刑法総論は常習性・営業性・職業性による個々の犯罪すべてを一つの「業務」として処罰する規定を設けているわけではない。ただ、刑法各論の中で、いくつかの特別犯罪(例えば、ドイツ現行刑法 145 条 c による営業禁止に対する違反(Verstoß gegen das Berufsverbot))を一つの「業務」として処罰しているのみである<sup>180</sup>。当該条文によると、営業許可書を持たずに酒類の商売を続ける行為、もしくは裁判所に禁止される他の営業活動を続ける行為は一つの単一行為(すなわち、一つの「業務」とみなされる。その中での個々の行為はただ徴表的な部分的意義(indizielle Teilbedeutung)を有しているに過ぎず<sup>181</sup>、個々の単独犯を構成するのではなく、合わせて一つの「業務」として処罰されなければならない。立法者が実際に処罰したい上述の「業務」

<sup>178</sup> RG 66, 47; 70, 244; 72, 167

<sup>179</sup> Otto Schwarz, Gefahren der Rechtskraft im Strafrecht, DStR 1939, 89.

<sup>180</sup> Vgl. Geerds, a.a.O.(49), S.270; Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstraftat, Hamburg, 1967, S.63, 64.

<sup>181</sup> Fritz Hartung, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, Süddeutsche Juristenzeitung., 1950, S.333.

と比べると、集合犯における個々の行為は、単一行為として処罰されているわけではない。なぜなら、集合犯を構成する個々の行為は、それ自体としてその法定構成要件のすべての特徴を具備しているからである。広い意味での「業務」概念を刑法的意味における狭い意味での「行為」と解するとすれば、刑法における「行為」概念を破壊するものと言えよう<sup>182</sup>。従って、このような集合犯は単一行為として処罰される根拠がないのである。

#### (b) 行為者の単一な意思方向の存在への疑問

通常、常習犯は潜在意識としての習癖で犯罪を犯すものである。この習癖はある程度の関連を持っているが、「単一な意思方向」とは言えない。その上、常習犯であっても、毎回の犯罪意図が一致しているとは言えない<sup>183</sup>。その中には、貧困(Not)による行為もあるし、復讐(Rache)の意図による行為もあるし、自己顕示欲(Geltungssucht)を示す意図による行為もある。このような個々の犯罪は本質的な関連をそなえていないから、単一の行為とされてはいけないのである。

営業犯と職業犯の場合、個々の行為は利得を目的としているが、それのみによって一つの行為と認定されるわけではない<sup>184</sup>。判例も、利欲(Gewinnsucht)のために実施した複数回の行為を一つの行為と認定する見解を否定した。また、犯罪組織による複数回の強盗(bandenmäßigen Raub)も、一つの行為とは認定されなかったのである。また、営業を目的とする複数回の墮胎も一つの行為とはならない。なぜなら、このような行為は数多くの最大級の人格的法益(一身専属的な法益)を侵害しているからである(mehrere höchstpersönliche Rechtsgüter)<sup>185</sup>。

#### (c) いわゆる「負担軽減」への疑問

この理由は、以下のとおりである。第一に、「許されない嫌疑刑(unzulässige Verdachtsstrafe)」を導く可能性が高い。というのは、仮にすべての個々の行為を単一行為(集合犯)とみなした場合、裁判官は個々の犯罪行為をすべて調査し切れないまま、ただその中で証明された特別に重い、もしくは軽い個別の行為しか取調べできない可能性が高くなるが、裁判官は同時に他の類似の犯罪行為の存在を黙認しているから、有罪確定の際に、取り調べられた犯罪に限定せず、犯罪となる営業を考慮したうえで、犯罪行為者の人格に対して厳しすぎる刑罰評価を与えるおそれがある<sup>186</sup>。実は、一連の判例の傾向から見れば、嫌疑刑判決は確実に存在している<sup>187</sup>。この傾向は実質的に見れば、犯罪行為者に対する厳しい人格刑である。ドイツのライヒ裁判所は、後述のリーディングケースである1938年4月21日決定(RG 72,167)において、上述の嫌疑刑判決を批判した。その上で、この判決は、たとえ個々の犯罪行為を全体として単一行為とみなしても、裁判官が営業的な

<sup>182</sup> RG 72,164.

<sup>183</sup> Vgl. Hartung u.a.a.0(181)..S. 335.

<sup>184</sup> Vgl. Stehncker ,a.a.0(180)..S.69.

<sup>185</sup> RG 72,167

<sup>186</sup> RG 72,167; Vgl. Stehncker ,a.a.0(180)..S.74.

<sup>187</sup> Vgl. Hartung u.a.a.0(181)..S. 334.

犯罪を取り扱う場合に、やはりその余の証拠調べから解放することができず、取調べできる個々の犯罪行為に対する証拠調べが必要となる、という立場を強調したのである。

第二に、数多くの個々の犯罪行為に対して、それぞれ独立の判決を下しても、裁判官の負担(Mehrbelastung)を加重しすぎることがないのである。なぜなら、本質から言えば、すべての同種の個々の行為は同じように評価されうるからである。もし裁判官が同種の個々の犯罪行為が構成する連鎖(über eine Kette gleichartiger Einzelhandlungen)に対して判決を出さなければならないとすれば、彼はしばしば個々の犯罪行為に対して、同種の刑罰を科することができるからである<sup>188</sup>。

第三に、集合犯を認めたからこそ負担が増加するという場合もある。例えば、集合犯を認めたため、控訴対象は第一審が審判した一部分の犯罪行為に限定することができず、控訴裁判所は集合犯の全体を審理しなければならなくなり、かえって余計な負担が生ずるのである<sup>189</sup>。その上、集合犯を認めれば、一つの犯罪行為に対して判断ミスがあったら、集合犯全体に対する判決が無効となる恐れもあり、裁判官の負担が増加するであろうことは間違いない<sup>190</sup>。

#### (d)有罪判決と無罪判決の異なった既判力の範囲

判例によれば、集合犯を単一行為とみなすため、集合犯に対する有罪判決は判決前に行われた個々の犯罪行為すべてに既判力があり、これらの個々の犯罪行為が起訴状に記載されたかどうか、または記載されることができるかどうかを問わず、再びこれらの個々の行為を訴追できなくなるのである<sup>191</sup>。

それに対して、もし集合犯に対する判決が無罪判決であれば、無罪判決の既判力は判決前に行われた個々の犯罪に及ばない。なぜなら、集合犯に対する判決が無罪判決であれば、集合犯における個々の行為はある理由によって不可罰であることを意味する。しかし、集合犯は可罰的行為(strafbare Handlung)しか構成することがないのであるから、不可罰的行為(nicht strafbare Handlung)が可罰的行為と集合犯を構成することができない、と判示されている<sup>192</sup>。そのため、無罪と判決された個々の行為は集合犯に属せず、集合犯に対する無罪判決は、他の個々の行為を引き続き訴追することを妨げない<sup>193</sup>。このような場合、訴追権の消滅は有罪判決を下した事件にしか影響を与えず、有罪判決の対象とされていない個々の行為については、引き続き訴追することができる<sup>194</sup>。

上述のように、集合犯につき、有罪判決と無罪判決の既判力の範囲が異なるというのが、判例の立場である。このような判例の立場、次のような理由で支持されている。すなわち、

<sup>188</sup> Vgl. Stehncker, a.a.O(180), S.75.

<sup>189</sup> RG JW 1932,60.

<sup>190</sup> Vgl. Stehncker, a.a.O(180), S.75.

<sup>191</sup> RG 23,230;24,419;41,108;47,397;54,333;BGH 15,268

<sup>192</sup> RG47,399

<sup>193</sup> RG 54,334;RG JW 1921,S.846.

<sup>194</sup> Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz und Ordnungswidrigkeitengesetz herausgegeben von Hermann Müller und Walter Sax, 1 Band, 6Afl.,Darmstadt,1966,S.85ff.

集合犯に対する有罪判決の中で、少なくとも行為者の行為の一部が刑事責任を問われ、広報の要求が部分的には満足されたとも言える。それに対して、集合犯に対する無罪判決はまったく異なり、もし無罪判決の存在のために判決前に行われた他の個々の犯罪行為に対する訴追を免れれば、それは人々の健全な法感情と一致しない<sup>195</sup>。

しかし、上述の無罪判決の既判力の範囲の説明は妥当ではない。なぜなら、もし上述のような説明が成立するとすれば、無罪判決の場合には、すべての一罪(集合犯のみならず、観念的競合も含む)は、このような理由によって再訴追できることになるからである。例えば、放火致死罪で9人を死亡させたという事実に基づいて行為者を起訴し、結局不可抗力で無罪となり、その後、もう1人が死亡したということが分かったら、再起訴することが可能となる。そうすると、無罪判決の場合には、罪数論と一事不再理は全く関係がなくなるからである。このようにみえてくると、裁判所は、理由は不十分であっても、できるだけ集合犯の一事不再理効を否定しようとしてきたのである。

(e) 「行為単一説」を批判する他の理由

以上のほか、次のような批判もなされている。

第一に、集合犯における個々の行為の関連性が薄い。一部の犯罪行為が他の犯罪行為と競合し、他の行為が競合できない場合もある。例えば、集合犯における一つの営業的猥褻罪が姦通罪(Ehebruch) (今日存在しない)を構成しうる場合、この行為は他の猥褻行為と単一の行為とみなすことができない。

第二に、一部の犯罪行為が共犯・教唆犯・幫助犯であり、他の行為が単独犯である場合もある。もし全部を一つの単独行為(集合犯)とみなせば、他の共犯者を訴追できるかどうか問題になる。

第三に、個々の犯罪行為の中で、一部の犯罪行為が責任無能力もしくは限定責任能力の状態で行われたものであり、他の犯罪行為は上述の免責状態(Schuldausschließung)がない場合もある。この場合に、単一行為とみなすことができない<sup>196</sup>。

最後に、集合犯における個々の犯罪の中には既遂事件もあり、未遂事件もある。もし集合犯の単一性を認めれば、これらの既遂行為も未遂行為も一つの既遂行為として処罰されるしかない。すなわち、未遂行為は無視されることになる。しかし、既遂行為と未遂行為が実質的競合に属し、これらは通常の場合、時間的にある程度の隔たりがあるため、未遂行為を不可罰的事前行為(一つの既遂行為として)と認定することができない。そのため、この場合に、これら全ての犯罪行為を単一行為をみなすことはできないのである<sup>197</sup>。

## 2、刑事訴訟法上の学説

<sup>195</sup> Vgl. Stehcker, a.a. 0(180), S. 78.

<sup>196</sup> Preiser, Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58, 763, 1939; RG 17, 228.

<sup>197</sup> Günter Warda, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 84; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 12. Aufl., München und Berlin, 1965, § 73, No. 27.

### (1) 「所為単一説」

本稿第2章では、所為単一性の判断基準に関する、ドイツの様々な学説を紹介してきた。そのうち、集合犯に関して「所為単一説」を主張する論者は、主に Christian Schöneborn と Erich Schwinge である。

まず、「行為経過の択一説」を代表する論者 Schöneborn は、実体法上の行為複数と行為単一に対して、異なる判断基準を用いて、訴訟法上の所為単一性を判断すべきことを主張する。すなわち、実体法上の行為複数に対しては「行為経過の択一基準」で所為単一性を判断するが、これに対して、実体法上の行為単一に対しては、Schöneborn はそれを訴訟法上の所為単一であると主張する。すなわち、自然的な意味における行為単一だけでなく、法的意味における行為単一、「継続的関連」<sup>198</sup>も訴訟法上の所為単一に属する。それゆえ、集合犯が訴訟法上の所為単一性を持つのである。

次に、「総合説」の先駆的論者である Erich Schwinge は、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、刑法上の構成要件該当行為(tatbestandsmäßig Handlung)を参考にすべきであると主張する。構成要件的な各実行行為は、完全に同一か、少なくとも部分的に同一であるときに、訴訟法上の所為単一が成立する。しかし、実体法上の違法内容がほぼ一致する場合は、刑法上の構成要件的行為は異なっていたとしても、訴訟法上の所為単一も成立する。例えば、集合犯のうちの個々の犯行は、刑法上の構成要件的行為は異なっているも、実体法上の違法内容はほぼ一致するため、刑法上の一個の行為であり、その内的関連性に基づいて一回の訴訟で対応すべきであり、よって、訴訟法上の所為単一性が成立するのである<sup>199</sup>。

### (2) 「所為複数説」

「所為単一説」とは異なり、集合犯に関して「所為複数説」を主張する論者は多い。なかでも代表的論者は、Keetsin Liu、Rolf Dietrich Herzberg、Christian Bertel と Claus Roxin などである。

まず、「行為説」の先駆的論者である Keetsin Liu は、訴訟法上の所為を、刑法上の行為概念と共通し、犯罪概念における構成要件該当性、違法性、有責性に上位するものであると考える。構成要件該当性は「名詞的行為事情」(重要であるもの)に属し、それに対して、違法性、有責性は「形容詞的行為事情」(重要でないもの)に属する<sup>200</sup>。所為単一性を判断する際に決定的なのは「形容詞的行為事情」の変化ではなく、「名詞的行為事情」の変化である。集合犯の所為単一性について、Liu は、常習窃盗罪を例として説明する。すなわち、Liu は、常習窃盗罪の中でも個々の窃盗罪においては名詞的の事情が異なるから、常習窃盗罪全体と、その一部としての個別の窃盗罪の間では、所為単一性を否定すべきであると主張し

<sup>198</sup> Vgl. Schöneborn, a. a. 0(62), S. 529, 531.

<sup>199</sup> Vgl. Schwinge, a. a. 0(69), S. 228, 234.

<sup>200</sup> Vgl. Liu, a. a. 0(39), S. 15.

たのである<sup>201</sup>。

次に、「行為説」を主張する Rolf Dietrich Herzberg は、訴訟法上の所為単一が実体法上の競合理論に従属すると考える。ゆえに、実体法上の行為単一(「自然的意味における行為単一」と「法的意味における行為単一」を含む)が訴訟法上の所為単一である。しかし、「継続的関連」にあたる集合犯は、訴訟法上の所為単一性を有していない。なぜなら、「継続的関連」は、実際的な理由のゆえに導入された一つの擬制であるからである<sup>202</sup>。

さらに、「法益侵害説」を主張する Christian Bertel は、訴訟法上の所為単一を構成するためには、被侵害法益の同一性と、侵害行為の同一性という2つの要件が必要であると主張する<sup>203</sup>。すなわち、Bertel によれば、集合犯には、各犯行の間での抽象的な法益侵害の一致性があるが、侵害行為の同一性がないため、集合犯の所為単一性を否定すべきであるとされる。

最後に、「総合説」の代表的な論者である Claus Roxin は、訴訟上の所為概念について、実体法上の概念である単一行為、連続行為、複数行為および集合犯に区別すべきであると主張する。集合犯における個別行為(例えば、刑法 260 条の業としての盗品等蔵匿、集団形態での盗品等蔵匿)は、単に営業性、常習性または業務性のゆえに実体法上行為単一ではなく、訴訟上一個の所為でもない。同様に、ある可罰的組織の構成員がそのグループに所属していることによって犯罪を行ったときにも、訴訟上一個の所為があるとはいえない。その他、計画的な分担による犯行も、刑訴法 264 条にいう1個の唯一の所為を推定させることにはならない<sup>204</sup>。

### 3、小括

以上のように、ドイツにおいては、集合犯の罪数をめぐっては、刑法の観点から「行為単一説」と「行為複数説」が主張されており、それに対して、集合犯の一事不再理効をめぐっては、訴訟法の観点から「所為単一説」と「所為複数説」が主張されている。後述のリーディングケースであるライヒ裁判所刑事大法廷 1938 年 4 月 21 日決定(RGSt 72, 164)において、ライヒ裁判所は、集合犯の廃止という刑法的な解決方法を用いて、集合犯の一事不再理効の不当な拡張という問題を解決した。この決定以前は、集合犯の一事不再理効に関する通説は、刑法上の罪数論の観点から論じられていた。当時の通説は集合犯の行為単一に賛成していたが、その後、「行為複数説」が相次いで発表されるようになった。先に検討したように、「行為複数説」は様々な点で「行為単一説」に対する疑問を提起しており、この疑問はより説得的な見解であると思われる。だからこそ、ライヒ裁判所刑事大法廷 1938 年 4 月 21 日決定(RGSt 72, 164)以降は、「集合犯」という概念は放棄されるに至ったので

<sup>201</sup> Vgl. Liu, a.a.0(39)., S.16ff..

<sup>202</sup> Vgl. Herzberg, a.a.0(41)., S.118.

<sup>203</sup> Vgl. Bertel, a.a.0(52)., S.140ff..

<sup>204</sup> Vgl. Roxin, a.a.0(74)., S.152ff; 新矢悦二 [ほか] (翻訳)・前掲注(74) 190 頁以下。

ある。

(三)、判例の整理——実体的正義実現の方向へ

## 1、訴訟法的な解決方法

### (1)実体裁判の既判力の範囲の制限

具体的に言えば、裁判所は実体既判力の範囲を制限するための、二つの方法がある。その一つは前訴判決の既判力の範囲を前訴に言及した事件のみに限定する方法であり、この方法で、裁判所は集合犯を構成する、起訴された対象以外の行為の存否につき認知義務(Kognitionspflicht des Gerichts)を放棄する。もう一つは、原則として集合犯を単一行為とみなすが、「前訴判決が確定された後に発見された犯罪行為」の性質および範囲と前訴の既判力が極めて不均衡(in krassem Mißverhältnis steht)である場合には、一事不再理の例外も認められるとする方法である<sup>205</sup>。

#### (a)前訴判決の既判力の範囲を前訴に言及した事件のみに限定する

##### ①ライヒ裁判所 1937年3月15日判決<sup>206</sup>

###### 【事実の概要】

前訴において、被告人が同一日に、複数の内乱に関する印刷物(einige Druckschriften hochverräterischen Inhalts)を受け取り、これを広めた行為につき、これらの犯罪行為が自然的な意味での1個の行為であると(wegen einer einheitlichen Tat im natürlichen Sinn) 判示された。しかし、被告人の刑罰が執行されていた間に、前訴判決における複数の犯罪行為は、被告人が行っていた数年間の内乱活動のうちの、ほんの一部だけであるということが判明した。

###### 【判決】

ライヒ裁判所は、次のように判示した。すべての犯罪行為が発見され、判決された場合にのみ、集合犯を構成した可罰的な個々の犯罪行為が贖罪されるからである。もし最初の時点において、わずか一部分の可罰な犯罪行為しか発見されず、そのまま判決されたとすれば、当該単一行為が全体として贖罪されたわけではない。前訴判決の既判力の範囲が前訴に言及した事件のみに限定され、被告人が行った犯罪行為が正当に、かつ十分に贖罪された場合にのみ、人々の健全な法感情および実体的正義(die materielle Gerechtigkeit)に伝えると言えるからである。したがって、その後で発見された犯罪行為に対する有罪判決が許され、前訴判決の既判力の範囲は、前訴に言及した事件のみに限定すべきである。

##### ②ミュンヘン高等裁判所 1936年7月3日判決(OLG München, DJ 1937, 82)

###### 【事実の概要】

前訴において、被告人は 1935年9月に実行した3個の連続詐欺行為につき有罪判決が

<sup>205</sup> ここで、訴訟法的な解決方法の整理については、Jürgen Reinhard Stehcker, Die Sammelstraftat(Hamburg, 1967), S.81ff を参考した。

<sup>206</sup> Vgl. Preiser, a.a.O(196), 745ff.

宣告され、この判決は確定した。その後、後訴において、被告人は1934年12月から1935年10月にかけて実行した17個の連続詐欺行為について、有罪判決が確定された。被告人は、連続詐欺行為が集合犯であるから、前訴判決の既判力の範囲が、後訴に及ぶべきであると主張し、抗告を提起した。

#### 【判旨】

ミュンヘン高等裁判所は、次のように判示した。前訴の既判力を「前訴の裁判官が判決した集合犯を構成した個々の行為」のみに限定すべきであり、一審裁判所は起訴状で言及されなかった他の17個の犯罪行為を認知する可能性を積極的に放棄して、ただ起訴状で言及された3個の犯罪行為についてのみ判決したため、前訴の既判力はこの3個の犯罪行為にのみ及ぶ。

判例①と判例②は、ナチスの思想の影響をある程度で度受けているといえる<sup>207</sup>。

**(b)原則として集合犯を単一行為とみなすが、「前訴判決が確定された後に発見された犯罪行為」の性質および範囲と前訴の既判力とが極めて不均衡である場合に、一事不再理の例外も認められる**

③ミュンヘン高等裁判所 1937年12月8日判決(OLG München, DJ 1938,724)

#### 【事実の概要】

前訴において、被告人が、1935年6月から7月にかけて内乱に関する印刷物を受け取り、これを広めた行為につき、有罪判決を受けた。その後、被告人は、同時期にほかの複数の内乱活動が発見され、また有罪判決を受けた。

#### 【判決】

ミュンヘン高等裁判所は、次のように判示した。前訴において、被告人が1935年6月および7月に複数の内乱に関する印刷物を受け取り、これを広めた行為については、印刷物の数が少なく、かつ有限の範囲で広がり、大きな損害を与えなかったため、軽罪に該当する。これに対して、前訴判決が確定された後で発見された犯罪行為は内乱に関する集合犯の主要な部分であるから、両者の性質および範囲と比較して、極めて不均衡である場合には、一事不再理の例外も認められる。さもないと、人々の健全な法感情および実体的正義に応じない。

この「原則と例外の方法」に賛成する論者、例えばNiederreutherは、人々の健全な法感情および実体的正義に込めている、という理由で支持した<sup>208</sup>。そのほか、Ernst v. Belingは、上述の判例がナチスの思想の影響を受けているにもかかわらず、やはり否定できないと主張した。「確かに、国家利益を強調しすぎるナチスの思想は既判力の範囲をコントロールすることには資するが、実体的正義を追求するのは現代法治国家の関心事である。現代法治国家は同じく不合理な法感情を回避しなければならないからこそ、ナチス時代の前と

<sup>207</sup> Vgl. Stehcker, a.a.O(180), S.83.

<sup>208</sup> Niederreuther, Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, DJ 1938, 1757.

その後で、既判力理論を訂正する要望(der Ruf nach einer Revision der Rechtskraftlehre)が絶えない」<sup>209</sup>。

これに対して、反対する論者、例えば、Stehncker と Buchholz は「この方法を利用して、ケースバイケースで実体的正義を実現できるが、原則的な解決とはならない」と主張した<sup>210</sup>。Kriesten はこの方法の危険性を指摘し、「もし例外が認められれば、これから、ほかの事例でこの例外を理由として既判力の範囲を突破する可能性が高まり、最終的には既判力理論がなくなる」と主張した<sup>211</sup>。

## (2)前訴を境界線として、その前の行為は一個の集合犯となり、その後の行為はもう一個の集合犯となる

④ライヒ裁判所刑事第二部 1909年6月23日判決(RG42,372)

### 【事実の概要】

前訴において、被告人は、営業的賭博行為につき、1908年9月29日に有罪判決を受けた。その後、後訴において、1908年10月以降に行った営業的賭博行為について起訴された。

### 【判決】

ライヒ裁判所は、次のように判示した。「犯罪行為者が前訴判決の既判力を利用して、可罰的行為を行い続けても処罰されない、ということは、法秩序を保護する観点からは許されない。もし被告人が前訴の後も、犯罪行為を行い続けるとするならば、前訴の後で行われた個々の犯罪行為が一つの新しい集合犯を構成する。前訴ですでに判決された構成要件に対して、前訴の後も行い続けられた犯罪行為が1個の新たな犯行となり、1908年9月29日の判決によって、新たな犯行の刑法上の性質が失われることはない。

Preiser は、「前訴判決は『見事な法創造の機能(die wunderbare rechtsgestaltende Wirkung)』があるため、前訴の後で行われた個々の犯罪行為を一つの独立した、新しい集合犯となる」と主張した<sup>212</sup>。上述の判決は人々の素朴な法感情に依拠しているが、以下のような問題が残っている。それは、刑法上「不可分の特徴(die Unteilbarkeit als Wesensmerkmal der Sammeltat)」を持つ集合犯が、ただ一つの判決に分離されることができるのか、ということである。Preiser は、「集合犯を分離した判決は集合犯のどの段階にある可能性もあり、例えば、集合犯のはじめであり、もしくは真ん中であり、もしくは最後である。そのため、判決さえ存在すれば、集合犯はそのどの段階でも分離できる。そうすれば、集合犯全体の「不可分の特徴」がなくなる」と主張した<sup>213</sup>。

<sup>209</sup> Ernst v. Belling, Anmerkung zu RG JW 1931, 216, Nr. 24, S. 216ff; Eberhard Schmidt, Anmerkung zu OLG Düsseldorf SJZ 1950, S. 284-292

<sup>210</sup> Vgl. Stehncker, a.a.O(180), S. 85; Lothar Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, StrafrAbh. Heft 413, 1940, S. 74.

<sup>211</sup> Gotthard Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, Diss. Hamburg, 1963, S. 52.

<sup>212</sup> Vgl. Preiser, a.a.O(196), S. 769.

<sup>213</sup> Vgl. Preiser, a.a.O(196), S. 770.

のみならず、もともと、判決で集合犯を分離することにはまったく根拠がない。周知のように、集合犯を構成する個々の犯罪行為は、刑事手続の外で(außerhalb des Strafverfahrens)行われる。つまり、個々の犯罪行為が行われてから、刑事訴追が始まり、判決が出る。この意味で、犯罪行為は判決とは独立して存在するのである。そのため、判決で集合犯を分離することには理由がない<sup>214</sup>。

上述の矛盾した論理を解決するため、Stehnckeは集合犯の徹底的な分離を主張し、「そうしなければ、異論の余地がない解釈論(dogmatisch einwandfrei)ができない」と指摘した<sup>215</sup>。

### (3)後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されるか

ライヒ裁判所は、後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されないか、あるいは、後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されるという二つの正反対の方法を採っている。

(a)後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束されない場合(前訴において個々の犯行を集合犯として判断されたことを前提とする)

⑤ライヒ裁判所刑事第二部 1937年9月27日判決(RG 72,211)

#### 【事実の概要】

前訴において、被告人は、1933年6月から同年8月にかけて実行した4個の窃盗行為につき、集合犯として有罪判決を受けた。その後、後訴において、被告人は、1932年11月14日から1933年3月12日にかけて異なる犯罪組織の成員として実行した24個の窃盗行為について、有罪判決が下された。

#### 【判決】

ライヒ裁判所は、次のように判示した。前訴の窃盗行為と後訴の窃盗行為の数が極めて不均衡であり、かつ、後訴において、被告人は異なる犯罪組織の成員として窃盗を行った。また、前訴において、裁判官が判断する際に、後訴の24個の窃盗行為をまだ発見していなかった。ゆえに、前訴の裁判官が、個々の犯罪行為を集合犯として判断した場合であっても、後訴の裁判官は前訴の法律判断に拘束されず、前訴判決の既判力の範囲は、後訴に及ばない<sup>216</sup>。

判例⑤の見解と異なり、Stratenwerthは、後訴の独立判断を支持した。彼の見解によれば、「一つの裁判所は他の裁判所の法律観点到に拘束される、というルールはない。後訴の裁判官は前訴の裁判官の法律観点到から独立し、新しく起訴された犯罪行為が前訴での集合犯の一部分に属するかどうかを独立的に判断すべきである<sup>217</sup>。つまり、もし後訴の裁判官が、新しく起訴された犯罪行為が前訴での集合犯の一部分に属するということを認めれば、後訴を打ち切るべきであり、もし後訴の裁判官がこれを否定すれば、新しい判決を下すべき

<sup>214</sup> Vgl. Preiser, a.a.O(196)., S.769.

<sup>215</sup> Vgl. Stehncker, a.a.O(180)., S.88.

<sup>216</sup> BGHSt 15,268 も類似した判旨を下した。

<sup>217</sup> Günter Stratenwerth, Zum Verbrauch der Strafklage bei Fortsetzungszusammenhang- BGHSt 15,268, JuS 1962,S.220ff.

である。

**(b)後訴の裁判官が前訴の法律判断に拘束される場合**(前訴において個々の犯行を非集合犯と判断されたことを前提とする)

⑥ライヒ裁判所刑事第一部 1920年3月25日判決(RG 54,283)

**【事実の概要】**

被告人は、1916年6月から1918年にかけて、許可なく家畜を売却した行為につき、1919年10月28日に有罪判決を受けた。その後、被告人は1916年6月から1918年にかけて、5回にわたり許可なく家畜を売却した行為につき、1916年7月15日、同12月2日、1917年4月13日、同7月15日、1918年10月28日に、それぞれ5回の略式命令を受けたということが発見された。

**【判決】**

ライヒ裁判所は、略式命令によってそれぞれの独立な犯行を集合犯として認定することができず、その前に独立した犯行として認定された複数の犯行を、事後的に集合犯として認定しても、後訴において、他の犯行についての判決が許容されるべきであると判示した<sup>218</sup>。

この場合、前訴の裁判官が個々の犯罪行為を非集合犯として判断したときは、後訴の裁判官は前訴の法律判断に拘束される。なぜ判例⑤と判例⑥において、事実概要が類似しているのに、ただ前訴の判断が異なることだけにより、後訴の判断が異なるのか。判例⑤において、後訴の裁判官が前訴の「集合犯の肯定」という法律判断に拘束されないからには、論理的に、判例⑥において後訴の裁判官も前訴の「集合犯の否定」という法律判断に拘束されるべきではないであろう。Stratenwerthは、「上述の論理的に矛盾した判決は、後訴の裁判官が、新しい訴追に資する場合にのみ、独立な判断をする自由を持てるという印象つけられる。これはドイツ連邦基本法103条Ⅲに関する「一事不再理の原則」に違反したものである」と指摘した<sup>219</sup>。

また、Stratenwerthは判例⑥につき、後訴の裁判官は前訴の法律観点到拘束されないと主張した。彼の観点によれば、たとえ前訴の裁判官が間違っ、「集合犯を構成すべきである個々の行為」を独立な犯罪行為として認定し、刑事政策上おそらく歓迎され、既判力の阻止効を限定した結果が導かれた場合でも、後訴の裁判官は前訴の当該ミスを直さなければならぬ<sup>220</sup>。

以上のように、訴訟法的な解決方法を利用した上述の判決からみれば、人々の健全な法感情および実体的正義を実現したにもかかわらず、論理的に矛盾した場合がよく存在し、集合犯という概念(法形象)の正当性(gegen die Richtigkeit der Rechtsfigur der Sammeltat)につき議論する余地がある。

<sup>218</sup> BGH MDR 1953,273 も類似した判旨を下した。

<sup>219</sup> Vgl. Stratenwerth, a.a.O(217).,S.223.

<sup>220</sup> Vgl. Stratenwerth, a.a.O(217).,S.223.

## 2、実体法的な解決方法

### (1) 営業的墮胎罪の分離

⑦ライヒ裁判所刑事大法廷 1938年4月21日決定(RGSt 72, 164)<sup>221</sup>

#### 【事実の概要】

被告人は営業により2名の婦女に墮胎行為を行ったため、営業による墮胎未遂で3月の軽懲役を言渡された。ところが、被告人がこの判決確定前に第3の婦女に墮胎行為を行ったことが、この判決が確定した後、判明された。そのため、これにつき更に公訴提起された。刑事陪審法廷は、後訴につき第3の行為は、前記確定判決によってすでに確定された2個の墮胎未遂と共に全体として集合犯を構成するため、第3の行為にもすでに既判力が及んでいるから、一事不再理効により、後訴公訴棄却の決定を言い渡した。検察官はこれを不服として即時抗告した。

#### 【決定】

ライヒ裁判所刑事大法廷は次のように判示した。「営業的」という言葉は、種々の場合で用いられ、いろいろな異なった意味があるが、本件において、墮胎罪における営業性の意義だけを取り扱う。墮胎行為は、それが営業的に行われたものであり、独立の行為としての性質(die Eigenschaft einer selbständigen Handlung)を失うものではない。もし営業的ないしは単一の墮胎行為を単一行為とすれば、現実に審判の対象とされなかった事実も潜在的には審判の対象になり、有罪判決を言い渡す場合に、このことをも考慮して刑の量定をしなければならなくなる。しかし、仮にこれが許されるとすれば、単なる推定に基づく嫌疑刑(Verdachtsstrafe)の危険をもたらす、無罪推定の原則と矛盾する。また、従来ライヒ裁判所の判例によれば、集合犯にあつては全体としての「業務」が刑法的意味における行為ということになるが、集合犯を構成する個々の行為は、それ自体としてその法定構成要件のすべての特徴を具備している。しかし、「業務」そのものを刑法的意味における行為に解するとすれば、刑法における行為概念を破壊すると言える。…さらに、従来ライヒ裁判所の判例は、集合罪を認める論拠として構成要件の規定の仕方によりその手懸かりを求めているが、この議論は必ずしも必然的なものではなく、行為者が同種行為の反復によって利得を目的としたことが証明できるならば、個々の行為を処罰することも可能である。…最後に、従来判例と学説が「捏ね上げた(konstruiert)」人為的な単一性(künstliche Einheit)のゆえに、以前の裁判官が公訴事実を審判した際には全く知られなかった個々の犯罪行為をも審判されたかのようにみなすのは実体的正義に違反する。この場合に、個々の行為は実体法上分割が可能であるばかりでなく、裁判官によっても分割可能である。したがって、本件において、前訴の既判力が後訴の第3の行為に及んでいないため、後訴は適法である。

### (2) 営業的墮胎罪以外の集合犯の分離

前出・ライヒ裁判所刑事大法廷 1938年4月21日決定(RGSt 72, 164)は、営業的墮胎罪の

<sup>221</sup> 藤尾彰「いわゆる集合的一罪論の批判的考察(一)」法学論叢71巻6号50頁以下を参考した。

問題のみに限定した。その後、ライヒ裁判所も、営業的墮胎罪以外の集合犯を分離して、例えば、男子間での営業的猥褻行為<sup>222</sup>、営業的犯罪隠匿<sup>223</sup>、営業的密猟<sup>224</sup>、営業的常習的暴利<sup>225</sup>など、それぞれにつき集合犯の概念を否定して、個々の行為が独立してそれぞれ一罪となるとした。連邦裁判所もこれに従った<sup>226</sup>。現在、実体法上、集合犯の分離は一致した見解となり<sup>227</sup>、また、訴訟法上一個の行為でもないから、訴訟上でも一事不再理効は及ばない。

### 三、私見

#### 1、立法論：集合犯の廃止

以上のように、日本の最高裁でも、ドイツのライヒ裁判所と連邦通常裁判所でも、集合犯の一事不再理効について、実体的正義の実現の方向へ努力した姿勢が分かる。日本の最高裁は、現行の集合犯規定の下で、解釈論として平成15年10月7日判決において「訴因基準説」を提出した。それによって、公訴事実の単一性の判断の際に、各訴因のみを基準として比較対照してから、前訴の一事不再理効が後訴に及ばないという結果が導かれた。これに対して、ドイツの裁判所は、最初、当時の集合犯規定の下で解釈論を提出したが、その後、刑事政策と訴訟法上で浮き出ている連続犯より一層不公正な結果に鑑み、集合犯の行為単一を放棄した<sup>228</sup>。すなわち、ドイツでは、集合犯の廃止を通じて、集合犯の一事不再理効の問題を解決したのである。このような抜本的な解決策は、近年の日本の集合犯の一事不再理効の問題に対して参考になろう。

日本において、立法論の側面から解決策を探る提言も注目された。例えば、白取祐司の見解によれば、常習一罪は、昭和初期の治安悪化に 대응べく常習者を特に重く罰するために立法化されたもので、事件の一回の処理という訴訟法的側面を十分考慮しないで立法化されたものだというなら、むしろ法改正を含む立法論として解決の途を探るべきであろう、とされる<sup>229</sup>。連続犯と集合犯の法的構成の類似性(両方とも数個の独立した、構成要件的、自然的行為単一を超える犯罪実現を「法的な行為単一」とする)があるから、旧連続犯(刑法旧55条)の廃止理由は集合犯の廃止に対して十分に参考になる。旧「連続犯」は、新憲法のもとで捜査権が制約されたことへの危惧から廃止された。その立法理由は、「軽微な窃盗未遂により軽い刑の確定した者につき、これと連続関係にある強盗致死の事実を発見

---

<sup>222</sup> RG 72,257.

<sup>223</sup> RG 72,313.

<sup>224</sup> RG 72,401.

<sup>225</sup> RG73,216.

<sup>226</sup> BGH 1,41 (42);26,284;BGH NJW 1953,955.

<sup>227</sup> Blei, AT, 18. Aufl., § 93 II; Geerds, 1961, 270; Hartung, SJZ 1950, 332; Kohlrausch, ZAKDR 1983, 473; Vgl. Preiser, a.a.O(196)., S.743; Sch/Sch/Stree, 26. Aufl., vor § 52, Rn.93.

<sup>228</sup> Günter Stratenwerth, Lothar Kühlen, Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat, 6. Aufl, München : Vahlen, 2011, S.331.

<sup>229</sup> 白取祐司「一事不再理効の範囲」井上正仁[ほか]編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(有斐閣、2011年)209頁。

したような場合にはこれを黙過するを得ない」が、新憲法3条によって不利益再審が廃止され、この「不合理の是正」ができなくなったのだから、「むしろよろしくこの際連続犯を数罪に還元することによってかかる不合理を生ぜしめざるにしかない」<sup>230</sup>。

筆者は、上述の連続犯の廃止理由を参考する分析について説得力が強いと思っているが、集合犯の一事不再理効の問題のみを集合犯の廃止の理由とすれば、理由の上で充分ではないと考える。実際に、ドイツの裁判所は、当時集合犯を廃止した際に、その一事不再理効の不公正な結果以外、刑法上で集合犯の法的な性質に対する認識の転換（「行為者刑法」から「行為刑法」へ）の影響をも受けた。「行為者刑法」では、刑罰を行為者の人格に結びつけ、制裁がその反社会性とその程度に決定されるのである。これに対して、「行為刑法」では、可罰性を構成要件に明確に規定された個々の行為に結びつけ、制裁を個別行為に対する解答であって、行為者の全生活態度、あるいは、行為者について将来予想される危険に対する解答ではない<sup>231</sup>。もし集合犯の法的な性質を「行為刑法」と理解すれば、集合犯のなかでの個々の犯罪行為がそれぞれ独立な性格を持つ。その個々の犯罪行為と犯罪者の人格が分離されて、その個々の行為は、犯罪者が毎回犯罪を実施した際にその意思構成（Willensbildung）を考察する必要な道具にすぎず、これらから犯罪者の人格をまとめて量刑の根拠とすることができない<sup>232</sup>。集合犯の刑罰は人格刑ではなく、そのなかでの個々犯罪行為を根拠づける。そうすれば、集合犯は全体として存在する意味を失う。集合犯の廃止は刑法の「行為刑法」の属性にあてはまる。集合犯が廃止されても、職業的あるいは常習的犯行に対する加重処罰という点は変わらない。職業的あるいは常習的犯行に対する刑の加重も、「行為者刑法」を基礎づけるものとなっておらず、「行為刑法」と矛盾しない。なぜなら、職業的あるいは常習的犯行が、行為者の人格とは独立に脈絡のない偶発的行為よりも非常に社会的に有害なので、さらに重い刑罰を必要とするからである<sup>233</sup>。

以上からみれば、ドイツ現行刑法は「行為刑法」であり、集合犯の廃止とドイツ現行刑法は矛盾しないことが分かる。では、日本においては、集合犯の法的な性質について、どのように考えるのか。ドイツの「行為刑法」属性と同じ理解するのか。もしそうすれば、日本においても集合犯の廃止に関して刑法上の根拠がある。

日本において、集合犯（常習犯）の法的性格について、従来判例（最高裁大正昭和26年8月1日判決刑集5巻9号1709頁）は、行為者の属性とする立場を取ったにもかかわらず、学説上で、(1)行為者の属性であって責任要素とする見解（「行為者刑法」）と、(2)行為の属性であって違法要素とする見解（「行為刑法」）とが対立している。

<sup>230</sup> 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良友普及会版、1948年）77頁。

<sup>231</sup> Claus Roxin, Strafrecht AT I : Grundlagen : der Aufbau der Verbrechenslehre , Verlag C.H. Beck München, 2 Aufl., 1994, S. 126ff; ロクシン[著]; 平野龍一[監修]、町野朔=吉田宣之[監訳]『ロクシン刑法総論 [基礎・犯罪論の構造(第一巻)]』（信山社、2003年）172頁。

<sup>232</sup> Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im strafrecht, Tübingen, 1958, S. 127ff.

<sup>233</sup> Vgl. Roxin, a.a.O.(231), S. 134.

(1)「行為者刑法」の代表的論者は、戦前は安平政吉と不破武夫であり<sup>234</sup>、戦後は団藤重光と大塚仁である。とくに団藤重光は、ドイツのEdmund Mezgerの「行状責任」を参考しながら、「人格形成責任」と「行為責任」を結合して、「人格責任論」を主張する。彼は、常習犯人の加重責任を「人格責任」から説明する。彼の見解によれば、行為の背後には素質と環境に制約されており、行為者の主体的努力によって形成されてきた人格があり、このような人格形成における人格態度に対して行為者を非難する<sup>235</sup>。具体的にいえば、「犯罪行為は行為者の人格の主体的現実化である。したがって、第一次的に着眼されるのは行為そのものである。……犯罪行為はその背後に潜在的な人格体系を予想する。そのため、これを切り離して行為だけを論ずることはできない。しかも、このような背後にある人格も、素質・環境による重大な制約を受けながら主体的に形成されてきたものである。われわれの人格は、ある程度までは、自分自身の主体的な努力によって形成していくことのできるものである。だから、行為者が性格学的な人格に対して主体的になにかをすることができた範囲で、人格形成における人格態度に対して行為者に非難を加えることができるのである。反面からいえば、素質・環境が人格形成を必然的に制約する面において、非難を軽減する方向に働く」<sup>236</sup>。

(2)「行為刑法」の代表的論者は平野龍一と内藤謙である。まず、平野龍一の見解によれば、『犯罪は行為である』とする以上、責任も行為の属性でなければならない。もっとも、行為という場合、行為に『あらわれた』行為者の特性は行為の実質的な内容だといってよい。これは『実質的行為責任』に呼ばれ、やはり行為責任である。このような『行為刑法』の立場からすれば、常習性というものも、行為の属性だとしなければならない。すなわち、同じ態様の賭博行為が反復して行われたとき、一括して一個の常習賭博行為と考えるのである<sup>237</sup>。また、改正刑法草案は、『常習者であるときは』という規定にしてこの立場を明文化した。しかし、このように行為者の性格そのものを処罰の対象とするのは立法論としても妥当とは思われぬし、『常習として』という規定になっている現行法のもとではやはり行為にあらわれた属性として集合犯を認めるべきであろう<sup>238</sup>。

内藤謙は、以下の主に二つの点に基づいて、集合犯の「行為の属性」を論じた。

第一に、彼は、「行為者刑法」を支持する「人格責任論」そのものを批判し、「行為者刑法」を否定することを試みた。彼の見解によると、「人格責任論」が強調している「行為以前の人格形成過程」および「人格態度」につき、以下の問題が存在する。「①人格形成の過程はきわめて複雑であり、人格に対して主体的になにかできたとして非難しうる有責な部分と、有責でない部分とを区別して判定することはほとんど不可能である。②たとえ上述の

<sup>234</sup> 安平政吉『人格主義の刑法理論』(巖松堂書店、1938年)1頁以下;不破武夫『刑事責任論』(弘文堂、1948年)7頁以下。

<sup>235</sup> 団藤重光『刑法綱要・総論(第3版)』(創文社、1990年)259頁。

<sup>236</sup> 団藤・前掲注(235)260頁以下、内藤謙『刑法講義総論(下)I』(有斐閣、2001年)747頁以下。

<sup>237</sup> 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、1979年)108頁。

<sup>238</sup> 平野・前掲注(237)420頁。

区別が可能であるとしても、また、たとえ第一次的に犯罪行為に着眼し、犯罪行為がなされたことを契機とするとしても、潜在的な人格体系(行為者がそれまで送ってきた全生活歴の成果であるとされる)を問題とし、行為以前の人格形成過程それ自体にまで刑罰による非難をおよぼすことは、個人の生活に対する刑罰による過度の干渉になる。それは、人格そのものまでを責任非難の対象とすることにより、行為主義ないし行為責任主義の原則に抵触することになる。③人格形成過程は責任非難を排除・軽減する方向にも働くとされるが、人格形成過程における『責任を基礎づけ強めるプラス』の要素と『これを排除し弱めるマイナス』の要素を妥当に区別して認定することはほとんど不可能である。かりにその区別が妥当にできたとするならば、たとえば、常習犯人とくに常習窃盗などは悪い環境のもので人格形成をした場合も多いのであるから、その刑を当然に加重すべきだということにはならないはずであろう。さらに、人格を主体的に形成できたはずだ、悪い人格環境から主体的に抜け出ることができたはずだとはほとんど常にいえることであるから、實際上、人格形成責任が責任非難を軽減する方向に働くことはほとんどないであろう。④人格責任論が有責であるかどうかを行為意思の背後にある人格態度によって判断しようとするのに対しては、人格態度そのもの必ずしも明確に認定できないし、また、人格態度がそのまま意思あるいは行為として現れるとは限らないから、疑問の余地が大きい<sup>239</sup>。

第二に、彼は、現行法が、行為責任の考え方を基本的に採用しており、主に「行為刑法」である。各則で集合犯の加重規定にもかかわらず、集合犯の「行為刑法」(行為責任)の属性に影響を及ぼさない、と主張する。具体的にいえば、「現行法の条文、たとえば、『罪を犯す意思がない行為は罰しない』(刑法 38 条 1 項)、『心神喪失者の行為は罰しない』(刑法 39 条 1 項)という規定は、『行為』を責任非難の有無の直接の対象とする趣旨を示している。また、『人を殺した者は』(刑法 199 条)、「他人の財物を窃取した者は」(刑法 235 条)刑に処するという規定は、『人を殺した』行為、『他人の財物を窃取した』行為を責任非難の対象として犯罪の成立を認め、その行為をした者は、その犯罪の法的効果としての刑に処するという趣旨を表現している<sup>240</sup>。さらに、「盗犯等ノ防止及処分に関スル法律」(「盗犯防止法」)の常習犯に対する刑罰加重(3年以上の懲役)の規定が「社会の法的生活を攪乱し、従来の刑罰を以てするも威嚇の効果乏しく、改善を期待し難きものに対し、一面に於いてなお改善促し社会化を企劃する共に、他面に於いて相当の期間社会より之を隔離し、以てその種の犯人により行われた侵害をあらかじめ防遏し、社会の安寧秩序を保全するほかならない」という趣旨<sup>241</sup>を強調し、つまり、「犯罪を反復する行為者の属性」および「犯行の違法性の高さ」の両方が常習犯に対する刑の加重根拠であるにもかかわらず、「盗犯防止法」の条文は、常習者ではなく、「常習として」明文化されている。各則で集合犯に対して刑を加重している場合がある(たとえば、刑法 186 条の常習賭博の加重規定、「盗犯防止法」2 条

<sup>239</sup> 内藤・前掲注(236)749頁。

<sup>240</sup> 内藤・前掲注(236)741頁。

<sup>241</sup> 富田仲次郎『盗犯等の防止及処分に関する法律に就いて』(出版社、出版年月不明)141頁以下。

の常習犯加重規定など)にもかかわらず、集合犯の「行為刑法」(行為責任)の属性に影響を及ぼさず、常習性を「行為の属性」と理解すると、「常習として」行為したという現行法の規定方法とも調和しうる。もし常習性を「行為者の属性」と理解すると、行為者類型を認め、行為者の人格・性格そのものを責任非難と処罰の対象となり、解釈論としても、また、立法論としても、行為主義の原則からみて疑問が存在する<sup>242</sup>。

実際に、集合犯の法的な性質が果たして「行為者刑法」なのか「行為刑法」なのかという問題について、日本でだけではなく、かつてドイツでも論争されていた。ドイツにおいて、1930年代は「行為者刑法」の傾向が強く、1933年11月24日の常習犯罪者法によって導入された処分によってだけではなく、若干の点で刑罰によってもまた、行為者刑法的影響を顕著なものにするのに役立った。旧刑法20条aは、三度目の有罪判決の際には、「行為の全体の評価」により、行為者が「危険な常習犯である」ことが明らかになった場合に、重懲役刑を命じていた。そのため、ここでは、もはや行為自体ではなく、常習犯という刑事学上の行為者類型に属することが、刑罰を決定していたのである<sup>243</sup>。また、理論上、1930年代末から1940年初頭にかけて、Edmund Mezger や Paul Bockelmann によって展開された人格責任論(Persönlichkeitsschuld)が流行した。人格責任論の観点から「行為者刑法」の根拠づけとして、「人格には素質と環境により宿命的に形成される部分と行為者が有責に形成する部分とがあり、行為者人格への非難は、後者の部分についてのみ可能だとする。Mezger によれば、有責な人格形成責任は、日頃の行状により導かれるものであり、その行状を改めることができたかぎりでは、人格に対する非難が可能であると説く。これを行状責任(Lebensführungsschuld)という。Bockelmann は、どのような生活態度をとるかという決断に人格の根拠を認めたが、意思責任の要素を強調し、これを生活決定責任(Lebensentscheidungsschuld)と呼んだ」<sup>244</sup>。

今日では、上述のような「行為者類型論」は、国家社会主義体制の戦時刑法規定として、個別行為責任を超える理論のすべては法治国家原則に反するとして否定されている<sup>245</sup>。『危険な常習犯罪者』に対し特に加重された法定刑を規定し、行為者人格の『全体の評価』を前提にしていた旧法20条aは、刑法改正によって、行為責任の原則と一致しないという理由で廃止されたのである。…立法者の判断から、『行為者刑法』的解釈が重い刑罰を基礎づけることになるような場合には、いつでも、たとえ『行為者刑法』的説明が可能であったとしても、『行為刑法』的解釈が、通常、優先されなければならないと、その意思をくみ取ることができる」<sup>246</sup>。

ドイツの状況と異なり、日本においては、今日でも集合犯の法的な性質について論争が未だ続いている。上述の整理に通じて、筆者は、日本においても集合犯の法的な性質を「行

<sup>242</sup> 内藤・前掲注(236)741頁。

<sup>243</sup> Vgl. Roxin, a.a.O.(231), S.129; 町野朔ほか[監訳]・前掲注(231)175頁。

<sup>244</sup> 山中・前掲注(81)583頁以下。

<sup>245</sup> Vgl. Roxin, a.a.O.(231), S.131; ロクシン[著]; 町野朔ほか[監訳]・前掲注(231)177頁。

<sup>246</sup> Vgl. Roxin, a.a.O.(231), S.134ff; 町野朔ほか[監訳]・前掲注(231)182頁。

為刑法」とする見解が、より説得力があると思う。集合犯のなかでの個々の犯罪行為がそれぞれ独立な性格を持つ。ドイツの論者 Schmidhäuser が指摘したように、集合犯からその犯罪者の人格ではなく、その個々の犯罪行為だけが見られる。その個々の行為は、犯罪者が毎回犯罪を実施した際にその意志構成を考察する必要な道具にすぎず、これらから犯罪者の人格をまとめて量刑の根拠とすることができない。集合犯罪の犯罪者と単純犯罪の犯罪者の区別は、それぞれが実施した犯罪の数量の違いにすぎない<sup>247</sup>。また、内藤謙が指摘したように、「行為者刑法」（人格責任論）そのもの疑問があり、しかも、日本の現行法が、行為責任の考え方を基本的に採用しており、主に「行為刑法」である。常習性を「行為の属性」と理解すれば、「常習として」行為したという現行法の規定方法とも調和しうる。そのゆえ、筆者は、集合犯の法的な性質を「行為刑法」とする見解を支持する。集合犯の法的な性質を「行為刑法」と理解すると、集合犯の廃止に関して刑法上の根拠がある。

したがって、集合犯の廃止は訴訟法上も、刑法上も根拠があるから、理論上の支障はないといえる。集合犯の廃止は立法論として、解釈論より抜本的な解決策である。また、集合犯が廃止されても、職業的あるいは常習的犯行は非常に社会的に有害なので、集合犯に対する量刑は加重されると思われるから、この点でも問題はない。

## 2、解釈論：集合犯の制限——「制度目的対応説」

刑法がまだ改正されない現実に鑑み、実体的正義を実現するために、上述の日本とドイツの裁判所のように集合犯の適用を制限するしかない。しかし、どのように制限するかが問題となる。

制限の方法を出す前に、まず、問題の出発点に戻り、集合犯と一事不再理の関係を考える。私見によれば、実は、この両者は論理上の必然的なつながりがない。このとき、おそらく以下のような質問が出ると思われる。すなわち、なぜ多くの場合は一事不再理の「一事」が罪数論の「一罪」に当たるのを認めたとしても問題がないのか、と。それは、一事不再理の制度目的は、罪数論の制度目的と類似しているからである。例えば、観念的競合の場合に、一つの行為に対する二重評価の禁止は罪数論の制度の目的である。同様に、現在の通説によれば、一事不再理の制度目的は一つの事件に対する二重の危険を禁止するものである。一つの行為（事件）に対する二重評価の禁止はこの二つの制度の共通の目的である<sup>248</sup>からこそ、一事不再理の「一事」を判断する時に、観念的競合の一行為の判断基準を借用することができる。

しかし、一事不再理と罪数論における上述の制度目的の共通性は必然ではなく、偶然であり、本稿が検討する集合犯の制度目的は観念的競合とは異なる。まず、常習窃盗罪の立法背景について考察しよう。「盗犯防止法」を制定したのは、当時の社会情勢の変化に伴い

<sup>247</sup> Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im strafrecht*, Tübingen, 1958, S. 127ff.

<sup>248</sup> Alexander Fandrich, *Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen*, Dr. Iesen, 2010, S. 23.

大正時代末期から昭和初期にかけて労働農民運動・小作争議が増加したことに対応したためである<sup>249</sup>。常習犯に対する刑罰加重（3年以上の懲役）の趣旨は、「社会の法的生活を攪乱し、従来の刑罰を以てするも威嚇の効果乏しく、改善を期待し難きものに対し、一面に於いてなお改善促し社会化を企劃する共に、他面に於いて相当の期間社会より之を隔離し、以てその種の犯人により行われた侵害をあらかじめ防遏し、社会の安寧秩序を保全するほかならない」という<sup>250</sup>。換言すれば、犯罪数が増加したのに対応するため、常習犯罪を重く処罰するのが、集合犯の制度目的である。

ここからみると、集合犯の制度目的は観念的競合と異なり、二重評価の禁止と直接的な関係がない。そのため、一事不再理の「一事」を判断する際に、罪数論での集合犯の判断標準を借用する必然性がないのである。

しかし、ここまで検討すれば、一事不再理効の「一事」を判断する際に、集合犯の判断標準をまったく借用できないとは言えない。なぜなら、集合犯の制度目的は二重評価の禁止と直接的な関係はないが、全く関係がないとまでは言えないからである。前述のように、集合犯の制度目的は、常習犯を例として、犯罪が増加したことに対応するため、常習犯罪を重く処罰することにある。では、なぜ重く処罰することができるのであろうか。その理由としては、二つの可能性がある。①常習犯罪者の人格には問題があるから、その悪性格を処罰するという、特別予防のためである。もしこの観点が成立すれば、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。②常習犯罪の場合、起訴されなかった余罪がある可能性が高いから、この可能性を処罰するためである。もしこの観点が成立すれば、集合犯は二重評価の禁止と微妙な繋がりがあり、集合犯の一事不再理効につき、ケースバイケースで検討する。

上述の分析からみれば、集合犯の一事不再理効の範囲と集合犯を重く処罰する理由と密接に関わる。まず、常習犯を例として、可能性①について検討する。「社会の法的生活を攪乱し、…相当の期間社会より之を隔離し、以てその種の犯人により行われた侵害をあらかじめ防遏し、社会の安寧秩序を保全するほかならない」という常習犯の重罰の趣旨からみれば、その重罰の理由は常習犯罪の違法性の高さに鑑み、常習犯人に対して特別な処遇を実施して、社会の安寧秩序を保全するということである。ここで「常習犯罪の違法性の高さ」と「常習犯人の人格」の両者が強調されて、両者とも二重評価の禁止とは関係がない。そのゆえ、「盗犯防止法」の立法趣旨からみれば、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効が後訴に及ばない。

次に、可能性②について検討する。これが実務において存在する可能性が高い。ドイツのライヒ裁判所刑事大法廷が1938年4月21日決定（RG 72, 167）においてすでに指摘したように、「営業的な墮胎行為（集合犯）を行為単一とすれば、現実に審判の対象とされなかった

<sup>249</sup> 林弘正「常習犯についての法制史的研究序説」森下忠=香川達夫=斉藤誠二編『佐藤司先生古稀祝賀・日本刑事法の理論と展望[上巻]』（信山社、2002年）335頁。

<sup>250</sup> 富田仲次郎『盗犯等の防止及處分に關する法律に就いて』（出版社、出版年月不明）141頁以下。

事実も潜在的には審判の対象になり、有罪判決を言い渡す場合に、このことをも考慮して刑の量定をしなければならなくなる。これが許されるとすれば、単なる推定に基づく嫌疑刑の危険をもたらす。」具体的にいえば、仮にすべての個々の行為を単一行為（集合犯）とみなせば、裁判官は毎回の犯罪行為を調査し切れずに、ただその中で証明された特別に重い、もしくは軽い個別の行為しか調査しない可能性が高くなるが、裁判官は同時に他の類似の犯罪行為の存在を黙認しているから、刑罰確定の際に、取り調べられた犯罪に限定せず、犯罪とする営業を考慮したうえで、犯罪行為者の人格に対して厳しすぎる刑罰評価を与えるおそれがある<sup>251</sup>。そのほか、日本では、常習窃盗に関して「もともと立法者が常習犯規定に…より重罰の可能性を創出したときに、自ら「懈怠」した捜査のため未発覚の犯罪を残したままにしておく「リスク」の発生は折り込み済みであり、憲法 39 条もこのことを踏まえて実体法上の一罪が『同一の犯罪』に含まれることを当然の前提にしているものと考えらるべきである<sup>252</sup>。つまり、常習窃盗の立法者も嫌疑刑の危険を考慮し、それゆえ、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗である場合において、前訴の常習窃盗の量刑の過程で、余罪の存在を考慮してから重く処罰する可能性があり、つまり、前訴の量刑は後訴の単純窃盗に対する評価を含む可能性がある。この場合には、二重評価を防ぐため、一事不再理効を認めるべきである。

上述で検討された理由以外に、実務において、集合犯の「訴因不特定」は集合犯の一事不再理効の範囲に影響する要素である。

集合犯においては、併合罪の場合と異なり、犯罪を構成する個々の行為の特定の程度が低くとも、全体として特定されていれば足りるとの見解が一般に支持されている<sup>253</sup>。裁判例において、(1)東京高裁昭和 27 年 5 月 27 日判決高刑集 5 卷 5 号 870 頁では、裁判所は『貸金業者でないのに貸金業を行った』被告人が個々の貸付又は媒介の行為を実施し、この数個の行為を講学上集合犯と呼ばれるものの一種として、そのそれぞれ各別の訴因を構成するものではなく、合して一の訴因をなすのであるから、起訴状の記載としては、これらが全体として他の事実と混同することのないように特定されていなければならないと同時に、この程度において特定されていれば足りる。」と判示した。(2)東京高裁昭和 29 年 9 月 29 日判決地裁特 1 卷 8 号 337 頁は多数回の淫行を包括一罪として起訴する場合に、「同条違反の訴因を明示するに当たっては、必ずしも個々の淫行の日時、場所等をすべて掲げなければならないものではなく、包括的一罪を構成する淫行の中の一つだけを例示的に挙げることによっても目的を達し得る。」と判示した。つまり、本件では、個々の淫行が特定されていないばかりでなく、淫行の回数が「数回」、相手が「数名」とされており、淫行全体とし

<sup>251</sup> Vgl. Stehcker, a.a.0(180), S.74.

<sup>252</sup> 福井厚「一事不再理の効力」田口ほか編『基本問題セミナー刑事訴訟法』（一粒社、1994 年）348 頁。

<sup>253</sup> 上田哲「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬および向精神薬取締法等の特例等に関する法律 5 条違反の罪の公訴事実が多数買いにわたり多数人に譲り渡した旨の概括的記載を含んでも訴因の特定として欠けるところはないとされた事例」『最高裁判所判例解説・刑事編（平成 17 年度）』法曹会 472 頁。

ての特定もこの程度であったことが注目される<sup>254</sup>。(3) 名古屋高裁昭和 30 年 1 月 25 日判決高裁刑特報 2 卷 1~3 号 20 頁では、裁判所は、約 40 日間に数十回の覚せい剤譲渡の事案において、「本件のような包括一罪を構成する覚せい剤の罪については、犯行の始期と終期、場所、回数、相手方、その数量等を明らかにすれば、訴因は特定するというべきである。」と判示した。(4) 最高裁第一法廷決定平成 17 年 10 月 12 日刑集 59 卷 8 号 1425 頁では、最高裁は、国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬および向精神薬取締法等の特例等に関する法律 5 条違反の事例について、「公訴事実が多数買いにわたり多数人に譲り渡した旨の概括的記載を含んでいても訴因の特定として欠けるところはない」と判示した。そのほか、検察官が執筆した『刑法・特別法犯罪事実記載例集』では、「被疑者は、常習として、昭和 50 年 3 月 20 日午前 2 時ころから同年 8 月 13 日午前 1 時ころまでの間、前後 18 回にわたり、いずれも夜間、東京都杉並区下高井戸 1 丁目 12 番 3 号小島誠作方住居ほか 17 か所の住居に侵入し、同人ほか 20 名所有の現金合計約 253 万 4,500 円および腕時計など 50 点(時価合計約 130 万円相当)を窃取したものである。」という概括的記載を例として列挙している<sup>255</sup>。

以上からみれば、実務上において、集合犯罪を構成する個々の行為の特定の程度が低くても、全体として特定されていれば足りる。犯行の始期と終期、場所、回数、相手方、その数量等を明らかにすれば、訴因は特定されているといえる。「数回」、「数名」など概括的記載は許される。その理由として、「被告人の行為がいわば『全体としては明確だがその内容が不明』であるようなケース(例えば、『1 年間の間に総額 100 万円を着服横領したことは明らかだが、発覚しないよう多数回に分けて少しずつ敢行し、被告人自身も細部を記憶していないために、何月何日に何万円を何回にわたって横領したのかは不明である』という場合)で処罰できないのは不合理であるという考え方は、常識に合致し十分な相当性を有するものである。他方、一個の行為による犯罪の場合においても、証拠上、被告人が該当行為を行ったこと自体については疑いがないものの、被告人が否認しており目撃者もないなどの事情により、その行為の日時、場所や詳細な方法等については明確にすることができないという場合があるが、このような場合でも当該証拠関係に基づきできる限り特定すれば、訴因不特定として公訴が棄却されることはないとしたものであると解され、上記の考え方に通ずるものであるといえよう」<sup>256</sup>。

上述の集合犯の「訴因不特定」からこそ、前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合においても、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合においても、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性がある。

ゆえに、前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、後訴の量刑のときに、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先し、二重評価を防

<sup>254</sup> 上田・前掲注(253)465 頁。

<sup>255</sup> 土本武司編『刑法・特別法犯罪事実記載例集』(東京法令出版、1978 年)225 頁。

<sup>256</sup> 上田・前掲注(253)474 頁。

ぐため、一事不再理効を認めるべきである。しかし、このようなあいまいな判断方法は、刑法上の罪刑の均衡性という要求と矛盾する。もし実際に前訴の単純窃盗が後訴の常習窃盗に含まれていないならば、被告人を不当に利する結果を導く。

そのほか、このようなあいまいな判断方法のため、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合において、以下のジレンマに陥る。①前訴の一事不再理効を否定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されれば、後訴の単純窃盗に対して二重処罰となる。②前訴の一事不再理効を肯定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されなければ、被告人を不当に利する結果を導く。

以上、刑法がまだ改正されない現実に鑑み、解釈論として以下の結論が得られる。

第一に、常習犯を重く処罰する根拠を違法行為への誘惑に抵抗できない人格を形成した点に求める場合には、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

第二に、常習犯を重く処罰する根拠を、起訴されなかった余罪がある可能性を処罰する点に求める場合に、次の結論を得る。

①前訴も後訴も単純窃盗の場合、前訴と後訴とも、量刑に際して、余罪がある可能性を考慮しなかったから、二重評価の恐れがないため、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

②前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合、前訴が常習窃盗なので、余罪がある可能性を考慮したから、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。

③前訴が元々常習窃盗でありながら、検察官が一事不再理効を制限するために、訴追裁量権を利用し、いくつかの単純窃盗としてそれぞれ起訴したという場合、検察官の動機を問わず、単純窃盗として起訴したから、量刑のとき、余罪がある可能性を考慮する余地がない。そのため、二重評価の恐れがないから、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

第三に、集合犯の訴因不特定のため、次の結論を得る。

④前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、後訴の量刑のときに、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先とし、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。しかし、このようなあいまいな判断方法は刑法上の罪刑の均衡性という要求と矛盾する。もし実際に前訴の単純窃盗が後訴の常習窃盗に含まれていないならば、被告人を不当に利する結果を導く。ゆえに、集合犯の一事不再理効の問題を解決する抜本的な解決策は、解釈論ではなく、立法論（集合犯の廃止）である。

## 第五章 結 論

罪数論(とくに「かすがい」、集合犯)と一事不再理効の関係について、本論文が明らかにし得たことは以下のとおりである。

### 一、解釈論—「制度目的対応説」

日本において、近年、焦点を当てた最高裁第三小法廷平成15年10月7日判決は、「訴因基準説」という新たな判断手法を通じて、高松高裁昭和59年1月24日判決とは異なり、国民の素朴な法感情に応える判決を作り、実体的正義を実現したものであるといえよう。本判決において、最高裁が、現行刑事訴訟法の「訴因制度」から出発して、実体的正義を実現するという結論を得たが、もちろん刑事政策の考慮も入れたと考えられる。最高裁は実体的正義の実現を明確に言及しなかったが、実体的正義の実現を有利にする道を探ったとはいえよう。では、本判決が追求した正義とは果たしてどのようなものだろうか。この問題に対する理論的解答は本判決からは見つからなかったが、ドイツの論者 Volker Erb による「起訴状限定説」に見ることができる。Volker Erb は、前訴と後訴の量刑の均衡性(前訴と後訴での二重評価の有無など)を考慮しつつ、連続犯および継続犯に関する犯罪において、本判決の「訴因基準説」と類似し、前訴の一事不再理効の範囲を「起訴状で特定された犯罪行為」にのみ限定すべきであると主張した。Volker Erb の見解によれば、前訴と後訴の公訴事実の単一性(一事不再理効と罪数の関係)を判断する際には、罪数の形式だけに従属すべきではなく、前訴と後訴の量刑の均衡性、すわなち、前訴と後訴で二重評価の有無などを考慮しなければならないという、罪数論に従わない結論が得られる。

また、上述のような罪数論に従わない見解の正当性について、ドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年1月8日決定(BverfGE 56,22)は、その理由を明らかにした。この決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるものだとして強調した。「行為単一と所為の単一性とは、異なる目的を追求するものである。実体法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合にそれを全て合算することによる過剰な刑罰を回避するための調整規定(二重評価の禁止)であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである」。それゆえ、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるからこそ、前訴と後訴の公訴事実の単一性(一事不再理効と罪数の関係)を判断する際に、罪数の形式だけに従属すべきではない。さらに、判決結果の妥当性に疑問がある場合に、その罪数形式が一事不再理効に対応しうるのかを検討すべきである。

ドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年1月8日決定(BverfGE 56,22)は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるものであるとの指摘はしたが、実体刑法上の行為単一は、原則として、訴訟法上の所為単一と重なり合うことを認めたとはいえ、特

別な事情の下で例外が存在する(「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間で訴訟上の所為単一に対する否定に限定する)ことを判示したにとどまる。具体的にどのような罪数形式が一事不再理効に対応しうるのか、どのような罪数形式が一事不再理効に対応しえないのか、という類型的な検討はこの決定においてはまだ見られない。

筆者は上述の示唆を受けて、解釈論として「制度目的対応説」を提案する。具体的にいえば、罪数形式ごとの制度目的を検討する必要がある、そのうえで、各罪数形式と一事不再理効の対応関係を類型化することができると思う。例えば、観念的競合(罪数)の場合は、一つの行為に対する二重評価の禁止は制度の目的である。それに対して、現在の通説によれば、一事不再理効の制度目的は一つの事件に対する二重の危険を禁止するものである。一つの行為(事件)に対する二重評価の禁止はこの二つの制度の共通の目的である。ゆえに、観念的競合の場合には、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は類似しているといえよう。したがって、観念的競合の場合に、その一事不再理効の「一事」を判断する時に、その一行為の判断基準を借用することができる。

また、「かすがい」が介入する場合には、その一事不再理の「一事」を判断する際に、「かすがい」の罪数論の判断基準を借用することができる。なぜなら、「かすがい」の罪数論上の制度目的と訴訟法上の一事不再理の制度目的は類似しているからである。

「かすがい」が介入する場合には、二つの実体法上の難点を解決する必要がある。それは、①併合罪と見られる場合に、重なる部分(「かすがい」)の二重評価をいかに回避するかと、②一罪と見られる場合に、それと関連するほかの犯罪を見逃がすことをいかに回避するかである。実体法上、ドイツ連邦通常裁判所が「刑の軽重」という基準を採用し、上述の二つの難点を解決している。「刑の軽重」の基準とは、「かすがい」となる犯罪が、それを関連するほかの犯罪より量刑上重いとき、「かすがい」現象を認めるものである。①重なる部分(「かすがい」)が大きい場合には、併合罪と評価されれば、二重評価の恐れがあるから、二重評価を避けるために、「かすがい」全体が一罪と評価される。②逆に、重なる部分(「かすがい」)が小さい場合、二重評価の恐れを無視してよいから、併合罪と評価される。

同じように、訴訟法上でも、実体法と類似した二つの難点を解決すべきである。すなわち、①重なる部分(「かすがい」)があるため二重の危険が発生するのを回避することと、②重ならない部分(それと関連するほかの犯罪)を起訴しない、ということ避けることである。この点については、ドイツ連邦通常裁判所がやはり上述の「刑の軽重」という基準を利用して判断している。①重なる部分(「かすがい」)が大きい場合、極端な例として、1回住居侵入をしてから窃盗を2回したが、毎回100円しか窃盗しなかったという事件は、実体法上1つの行為と評価すべきであるため、住居侵入罪としていったん起訴されれば、再び起訴することはできない。②逆に、重なる部分(「かすがい」)が小さい場合、例えば、1回住居侵入をしてから2人を強姦した事件で、最初は一人を強姦したことしか判明しなかったため、一回の強姦罪として起訴されたが、判決が下された後になって、もう一人を

強姦したことが判明した場合、「刑の軽重」という基準によれば、再起訴することは可能である。

以上にみたとおり、「刑の軽重」という基準のもとで、「かすがい」の罪数論上の制度目的と訴訟法上の一事不再理の制度目的に対応することができる。それゆえ、「かすがい」が介入する場合には、その一事不再理の「一事」を判断する際に、「かすがい」の罪数論の判断基準を借用することができる。また、「かすがい」が介入する場合に、日本の学説上も判例上も、上述の実体法上と訴訟法上の難点に対して、統一的な基準はまだ存在していない。このような状況に鑑み、上述した分析で明らかにされたように、ドイツ法の「刑の軽重」という基準を、日本において参考にすることが可能であると考えられる。「刑の軽重」という基準は、実体法上の量刑のときにも、訴訟法上の一事不再理効の範囲を判断するときにも適用できよう。さらに、「刑の軽重」という基準で、「かすがい」が介入する場合を併合罪と評価する際に、検察官の「細切れる起訴」が許容されると思われる。

しかし、一事不再理と罪数論における上述の制度目的の共通性は必然ではなく、偶然である。集合犯の場合には、その罪数形式をそのまま一事不再理効に対応することができず、刑法がまだ改正されない現実に鑑み、「制度目的対応説」を通じて、その一事不再理効を制限する。

日本で問題となる常習犯を例として考察すると、犯罪数が増加したのに対応するため常習犯罪を重く処罰するのが、常習窃盗の制度目的である。その制度目的は一事不再理効の制度目的と異なり、二重評価の禁止と直接的な関係がない。ゆえに、この場合には、一事不再理の「一事」を判断する際に、集合犯の罪数に関する判断基準を借用することができない。しかし、集合犯の判断基準をまったく借用できないわけではない。前述のように、常習窃盗の制度目的は、犯罪が増加したことに対応するため、常習窃盗を重く処罰することにある。これを重く処罰する理由には、二つの可能性がある。それぞれの可能性によって、結論も異なる。

第一に、常習犯罪者の人格には問題があるから、その常習性という人格特性に着目して処罰するという、特別予防のためである。この場合、集合犯は二重評価の禁止とは全く関係がなく、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。しかし、この見解は人格を処罰するもので妥当でない。

第二に、起訴されなかった余罪がある可能性が高いから、この可能性を処罰するためである。これを常習犯の加重処罰の根拠とすれば、常習犯が二重評価の禁止と微妙な繋がりがあるため、次の結論が得られる。

①前訴も後訴も単純窃盗の場合、前訴も後訴も、量刑に際して、余罪がある可能性を考慮しなかったから、二重評価の恐れがないため、前訴の一事不再理効が後訴に及ばない。

②前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合、前訴が常習窃盗なので、余罪がある可能性を考慮されているから、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。

③前訴が元々常習窃盗でありながら、検察官が一事不再理効を制限するために、訴追裁

量権を利用し、いくつかの単純窃盗として起訴した場合、検察官の動機を問わず、単純窃盗として起訴したのであるから、量刑のとき、余罪がある可能性を考慮する余地がない。そのため、二重評価の恐れがないから、前訴の一事不再理効は後訴に及ばない。

第三に、集合犯の訴因不特定の問題があるため、前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合においても、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合においても、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性がある。この問題意識に基づき、次の結論が得られる。

④前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、後訴の量刑に際して、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先とし、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。

## 二、立法論—集合犯の廃止

上述の解釈論—「制度目的対応説」のもとで、集合犯の「訴因不特定」のため、以下のジレンマに陥る。前訴が単純窃盗で後訴が常習窃盗の場合において、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性がある。後訴の量刑のときに、犯罪の処罰と被告人の権利保護の利益衡量の際に、被告人の権利保護を優先とし、二重評価を防ぐため、前訴の一事不再理効は後訴に及ぶ。しかし、このような曖昧な判断方法と刑法上の罪刑の均衡性という要求は矛盾する。もし実際に前訴の単純窃盗が後訴の常習窃盗に含まれていないならば、被告人を不当に利する結果をもたらす。同様に、前訴が常習窃盗で後訴が単純窃盗の場合においても、常習窃盗の訴因のうち、単純窃盗を含む可能性もある。①前訴の一事不再理効を否定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されていれば、後訴の単純窃盗に対して二重処罰となる。②前訴の一事不再理効を肯定すると、後訴の単純窃盗は前訴の常習窃盗のなかで評価されなければ、被告人を不当に利する結果をもたらす。ゆえに、解釈論より立法論(集合犯の廃止)の方が、集合犯の一事不再理効の問題を解決する抜本的な解決策であると思う。

日本の旧連続犯(刑法旧55条)の廃止理由(刑事政策と訴訟法上で浮き出ている不公正な結果)を参考としつつ、集合犯の「行為刑法」の属性を加えて、集合犯の廃止は訴訟法上も、刑法上も根拠があるから、理論上の支障はないといえる。また、集合犯が廃止されても、職業的あるいは常習的犯行は非常に社会的に有害なので、集合犯に対する量刑は加重されると思われるから、この点でも問題はないと解される。

## 参考文献一覧：

### 日本語文献

- (1)宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂、1932年)
- (2)小野清一郎『刑事訴訟法講義(全訂第3版)』(有斐閣、1933年)
- (3)安平政吉『人格主義の刑法理論』(巖松堂書店、1938年)
- (4)不破武夫『刑事責任論』(弘文堂、1948年)
- (5)中野次雄『逐条改正刑法の研究』(良書普及會、1948年)
- (6)井上正治『新刑事訴訟法原論』(朝倉書店、1949年)
- (7)高田卓爾『公訴事実の同一性に関する研究』(有斐閣、1953年)
- (8)平場安治『刑事訴訟法講義(改訂再版)』(青林書院、1955年)
- (9)伊達秋雄『刑事訴訟法講話』(日本評論社、1959年)
- (10)青柳文雄『刑事訴訟法通論(新訂版)』(立花書房、昭和37年)
- (11)団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』(創文社、1967年)
- (12)団藤重光編『注釈刑法(2)Ⅱ』(有斐閣、1969年)
- (13)横井大三『刑訴裁判例ノート(4)公判』(有斐閣、1972年)
- (14)平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年)
- (15)青柳文雄『刑事訴訟法通論(下)』(立花書房、昭和51年)
- (16)平場安治[ほか]著『注解刑事訴訟法』(青林書院新社、1977年)
- (17)田宮裕『一事不再理の原則』(有斐閣、1978年)
- (18)土本武司編『刑法・特別法犯罪事実記載例集』(東京法令、1978年)
- (19)団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』(創文社、1979年)
- (20)平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、1979年)
- (21)田口守一『刑事裁判の拘束力』(成文堂、1980年)
- (22)宮本英脩『宮本英脩著作集第2巻(「刑法学粹」第5版)』(成文堂、昭和60年)
- (23)内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』(青林書院、1986年)
- (24)白取祐司『一事不再理の研究』(日本評論社、1986年)
- (25)小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法』(有斐閣、1987年)
- (26)光藤景皎『口述刑事訴訟法(上)』(成文堂、1987年)
- (27)高田卓爾『刑事訴訟法(2訂版)』(青林書院、1984年)
- (28)団藤重光『刑法綱要・総論(第3版)』(創文社、1990年)
- (29)鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(青林書院、1990年)
- (30)渥美東洋『刑事訴訟法』(有斐閣、1990年)
- (31)クラウス・ロクシン[著]、新矢悦二、吉田宣之(翻訳)『ドイツ刑事手続法』(第一法規出版社、1992年)
- (32)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4、5巻』(青林書院、1994年)

- (33)田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(有斐閣、1996年)
- (34)鈴木茂嗣『続・刑事訴訟法の基本構造上巻』(成文堂、1996年)
- (35)伊藤栄樹〔ほか〕著者代表『注釈刑事訴訟法』(立花書房、1996年)
- (36)松本時夫〔ほか〕『条解刑事訴訟法(新版)』(弘文堂、1996年)
- (37)田宮裕『日本の刑事訴追』(有斐閣、1998年)
- (38)松尾浩也『刑事訴訟法(上)・新版』(弘文堂、1999年)
- (39)鈴木茂嗣『刑法総論(犯罪論)』(成文堂、2001年)
- (40)内藤謙『刑法講義総論(下)I』(有斐閣、2001年)
- (41)内藤文昭『刑法I総論(改訂増補版)』(青林書院、2002年)
- (42)クラウド・ロクシン〔著〕、平野龍一〔監修〕; 町野朔=吉田宣之〔監訳〕『ロクシン刑法総論  
[基礎・犯罪論の構造(第一巻)]』(信山社、2003年)
- (43)大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀編『大コンメンタール刑法(第4巻)』(青林書院、  
2003年)
- (44)三井誠『刑事手続II』(有斐閣、2003年)
- (45)山口厚『刑法総論(補訂版)』(有斐閣、2005年)
- (46)法曹会編『最高裁判所判例解説(刑事編)』(法曹会、平成17年度)
- (47)松尾浩也『刑事法学の地平』(有斐閣、2006年)
- (48)川端博〔ほか〕編『裁判例コンメンタール刑法』第1巻(立花書房、2006年)
- (49)川端博『刑法総論講義(第2版)』(成文堂、2006年)
- (50)土本武司編「刑法・特別法犯罪事実記載例集」(東京法令、平成20年)
- (51)只木誠『罪数論の研究(補訂版)』(成文堂、2009年)
- (52)大塚仁『刑法概説総論(第4版)』(有斐閣、2008年)
- (53)前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(東京大学出版社、2008年)
- (54)山中敬一『刑法総論(第2版)』(成文堂、2008年)
- (55)河上和雄〔ほか〕編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)』(青林書院、2010年)
- (56)西田典之=山口厚=佐伯仁志編集『注釈刑法第1巻・総論』(有斐閣、2010年)
- (57)鈴木茂嗣『刑法総論(第2版)』(成文堂、2011年)
- (58)白取祐司『刑事訴訟法(第7版)』(日本評論社、2012年)
- (59)白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』(日本評論社、2012年)
- (60)田口守一『刑事訴訟法(第6版)』(弘文堂、2012年)
- (61)大谷実『刑法講義総論(第4版)』(成文堂、2012年)
- (62)クラウド・ロクシン(著)、山中敬一(監訳)『刑法総論第2巻・犯罪の特別現象形態』翻  
訳第2分冊(信山社、2012年)
- (63)緑大輔『刑事訴訟法入門』(日本評論社、2012年)
- (64)河上和雄〔ほか〕編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)』第5巻(青林書院、  
2013年)
- (65)中川孝太郎「申告罪の告訴」法学協会雑誌24巻7号(1906年)867頁。

- (66)中野次雄「併合罪」『刑事法講座7巻』(有斐閣、1953年)1371頁以下。
- (67)青柳文雄「刑事既判力の客観的範囲」『岩松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』(有斐閣、1956年)773頁。
- (68)伊達秋雄「公訴事実の同一性——最近の論説に因んで」ジュリスト65号(1956年)8頁。
- (69)石川才顕「観念的競合における事件単一評価の妥当領域」日本法学30巻3号(1964年)91頁。
- (70)吉田常次郎「公訴不可分の原則」『刑事訴訟法基本問題46講』(一粒社、1965年)187頁以下。
- (71)斎藤朔郎「公訴事実の同一性について」『刑事訴訟論集』(有斐閣、昭40年)139頁。
- (72)荻原太郎「訴因と罪数——起訴にかかる二個の殺人が一個の住居侵入の結果である場合」『刑事実務ノート』2巻(判例タイムズ社、1969年)64頁。
- (73)青柳文雄「常習犯か常習犯人か」『研修』280号(1970年)3頁。
- (74)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』(有斐閣、1972年)170頁。
- (75)鈴木茂嗣「公訴事実の同一性と単一性」法学論叢92巻3号(1972年)2頁。
- (76)伊藤栄樹「刑事判例研究[52]」警察学論叢27巻8号(1974年)231頁。
- (77)臼井滋夫「判例研究・観念的競合の関係にある甲・乙両罪のうちの甲罪に対する略式命令の一事不再理の効力は隠された乙罪にも及ぶか」『研修』315号(1974年)46頁。
- (78)横井大三「既判力の主観的範囲と客観的範囲」『研修』320号(1975年)51頁。
- (79)土本武司「訴因の拘束力と既判力の範囲」『司法研修所論集』55号(1975年)87頁。
- (80)大久保太郎「交通事故の罪数」『警察学論集』28巻4号(1975年)85頁。
- (81)高田昭正「判例研究・酒酔い運転罪につき確定した略式命令の既判力は、例外的に、公訴事実を同一にする無免許運転罪に及ばないか」同志社法学27巻3号(1975年)43頁。
- (82)筑間正泰「一事不再理効の客観的範囲についての一考察」法学研究49巻1号(1976年)190頁。
- (83)高田昭正「一事不再理の客観的範囲(二)」法学雑誌23巻2号(1976年)93頁。
- (84)筑間正泰「一事不再理の客観的範囲に関する諸問題—罪数を中心として」政経論叢26巻5号(1977年)235頁以下。
- (85)角谷三千夫「確定裁判の効力」平野龍一=松尾浩也編『実例法学全集・刑事訴訟法(新版)』(青林書院新社、1977年)462頁。
- (86)鈴木茂嗣「公訴事実概念について」『現代の刑事法学(下)・平場安治博士還暦祝賀』(有斐閣、1977年)169頁以下。
- (87)田中成明「正義の実現と裁判の役割—チッソ水俣病川本事件控訴審判判決の問題提起をめぐって—」判例タイムズ354号(1978年)4頁以下。

- (88)山火正則「科刑上一罪について一観念的競合と『かすがい』理論を中心として」刑法雑誌 23 卷 1、2 号 (1979 年) 30 頁。
- (89)広瀬健二「公訴事実の同一性」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』(1980 年) 307 頁。
- (90)中山善房「観念的競合と牽連犯」西原春夫[ほか]編『判例刑法研究』4 卷(有斐閣、1981 年)339 頁。
- (91)中野次雄『刑事法と裁判の諸問題』(成文堂、1987 年)103 頁。初出「併合罪と科刑一罪との競合一いわゆる『かすがい作用』について」刑法雑誌 22 卷 3 号、4 号 (1979 年) 311 頁以下。
- (92)中山善房「観念的競合と牽連犯」西原[ほか]編『判例刑法研究 4 卷』(有斐閣、1981 年) 309、338 頁。
- (93)田宮裕「既判力・再論」法学 47 卷 5 号 (1984 年) 208 頁。
- (94)古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムズ 35 卷 26 号 (1984 年) 77 頁以下。
- (95)伊藤利明「集合犯序説」法学 49 卷 4 号 (1985 年) 699 頁以下。
- (96)後藤昭「白取祐司著『一事不再理の研究』」法律時報 59 卷 9 号 (1987 年) 113 頁。
- (97)栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲(上)」『刑事公判の諸問題 25』判例タイムズ 39 卷 1 号 (1988 年) 78 頁以下。
- (98)栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲(下)」『刑事公判の諸問題 26』判例タイムズ 39 卷 2 号 (1988 年) 46 頁以下。
- (99)坂本武志「公訴事実の同一性」松尾・井上編『刑事訴訟法の争点・新版』(有斐閣、1991 年) 140 頁
- (100)小瀬保郎「公訴事実の同一性」松尾編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、1991 年) 138 頁。
- (101)丸山雅夫「いわゆるかすがい現象について (二・完)」警察研究 64 卷 3 号 (1993 年) 31 頁以下。
- (102)伊藤利明「ドイツの判例における『かすがい理論』」法学 59 卷 5 号 (1996 年) 647 頁以下。
- (103)城下裕二「常習累犯窃盗罪における常習性の判断基準--広島高判平成 10.3.19 判時 1645・157」現代刑事法 2 卷 5 号 (2000 年) 90 頁。
- (104)鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」『田宮裕博士追悼論集上集』(信山社、2001 年) 93 頁以下。
- (105)鈴木茂嗣「刑事法学の動き・上口裕『公訴事実の同一性』」法律時報 74 卷 6 号 (2002 年) 120 頁。
- (106)鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」松尾・井上編『刑事訴訟法争の争点・第 3 版』(有斐閣、2002 年) 122 頁。
- (107)池本寿美子「児童の性的虐待と刑事法」判例タイムズ 1081 号 (2002 年) 66 頁以下。

- (108)上口裕「公訴事実の同一性——鈴木茂嗣教授の批判に接して」法律時報 74 巻 10 号 (2002 年) 69 頁。
- (109)林弘正「常習犯についての法制史的研究序説」森下忠=香川達夫=斉藤誠二編『佐藤司先生古稀祝賀・日本刑事法の理論と展望[上巻]』(信山社、2002 年) 335 頁。
- (110)佐藤文哉「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』(青林書院、2003 年) 251 頁。
- (110)大澤裕「公訴事実の同一性と単一性」(上) 法学教室 270 号(2003 年)56 頁。
- (111)大澤裕「公訴事実の同一性と単一性」(下) 法学教室 272 号(2003 年) 85 頁。
- (112)川出敏裕「いわゆる『かすがい』理論」『刑法判例百選 I・総論(第 5 版)』(有斐閣、2003 年) 206 頁。
- (113)宇藤崇「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」ジュリスト 1269 号(2004 年) 202 頁以下。
- (114)小島淳「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ばないとされた事例」(最三小判平成 15.10.7) 現代刑事法 6 巻 6 号(2004 年) 88 頁以下。
- (115)多和田隆史「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるが実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成する場合と前訴の確定判決による一事不再理効の範囲」(最三小判平成 15.10.7)ジュリスト 1310 号(2006 年) 150 頁以下。
- (116)植村立郎「司法改革期における少年法に関する若干の考察——少年法 37 条の削除について」判例タイムズ 1197 号 (2006 年) 60 頁。
- (117)辻本典央「常習窃盗罪における一事不再理効・形式裁判における訴因の拘束力：最三判平成 15 年 10 月 7 日刑集 57 巻 9 号 1002 頁」『近畿大学法学』第 54 巻第 3 号 (2006 年) 294 頁。
- (118)上口裕「常習罪における一事不再理効」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2007 年) 565 頁。
- (119)川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2007 年) 313 頁。
- (120)辻本典央「罪数論と手続法との交錯—かすがい現象について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2007 年) 541 頁以下。
- (121)浅田和茂「罪数論と刑事手続」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集[下巻]』(成文堂、2007 年) 513 頁。
- (122)辻本典央「公訴事実の同一性概念について (1)」近畿大学法学 53 巻 2 号 (2005) 173 頁以下。

- (123)辻本典央「公訴事実の同一性概念について (2)」近畿大学法学 54 卷 3 号 (2006 年) 165 頁以下。
- (124)辻本典央「公訴事実の同一性概念について (3)」近畿大学法学 55 卷 2 号 (2007 年) 95 頁以下。
- (125)辻本典央「公訴事実の単一性について」刑法雑誌 48 卷 2 号 (2009 年) 208 頁以下。
- (126)豊崎七絵・「弁論分離と一事不再理の効力」セミナー・54 卷 10 号 (2009) 120 頁。
- (127)白取祐司「一事不再理効の範囲」刑事訴訟法判例百選 (第 9 版) (有斐閣、2011 年) 208 頁。
- (128)十河太郎「二重評価の禁止について」井上正仁・酒巻匡 [編]『三井誠先生古稀祝賀 論文集』(有斐閣、2012 年) 359 頁。
- (129)関口和徳「公訴事実の単一性の判断方法と一事不再理効の客観的範囲」[最高裁平成 22.2.17 決定] 法律時報 84 卷 3 号 (2012 年) 116 頁以下。

#### ドイツ語文献

- (1)Alexander Fandrich, Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen, Driesen, 2010.
- (2)Christian Bertel, Die Identität der Tat, Springer, 1970.
- (3)Wolfgang BartheL, Der Begriff der Tat im Strafprozeß recht, Diss. Saarbrücken 1972.
- (4)Christian Schöneborn, Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR 1974, 529, 530.
- (5)Claus Roxin, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 25. Aufl., Verlag C.H. Beck München 1998.
- (6)Claus Roxin/Bernad Schünemann, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 27. Aufl., Verlag C.H. Beck München 2012.
- (7)Claus Roxin, Strafrecht AT I : Grundlagen : der Aufbau der Verbrechenslehre , Verlag C.H. Beck München, 2 Aufl., 1994.
- (8)Claus Roxin, Strafrecht AT II : Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck München, 2003.
- (9)Dietrich Öhler, Die Identität der Tat, in FS-Rosenfeld, 1949.
- (10)Dietrich Öhler, Neuere verschiebungen beim prozessualen Tatbegriff, in GS-Schröder, 1978.
- (11)Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teiler : Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen, 1975.
- (12)Eberhard Struensee, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten ( Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 89) Ludwig Röhrscheid, 1971.
- (13)Erich Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozeß ordnung, ZStW 52, 203.

- (14)Eugen PiBer, Das Kollektivdelikt, Diss.,München,1909.
- (15)Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht,1961.
- (16)Friedrich Meyer, STGB Deutsches Reich von1872,Keip,2010.
- (17)Fritz Frank, Die Identität der Tat beim fortgesetzten und Kollektivdelikt,Freiburg, Diss.,1933.
- (18)Fritz Hartung,Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, Süddeutsche Juristenzeitung.,1950.
- (19)Fritz Rathenau.Die Stellung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht,1899,GS 56,92.
- (20)Gerald Grünwald,Anm.BGHSt 29,288,StV 1981,326.
- (21)Gerhard Schäfer,Günther M.Sander ,Die Praxis des Strafverfahrens,6 Aufl. Kohlhammer,2000.
- (22)Gerhard Werle,Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung ,Duncker & Humblot, Diss.,1981.
- (23)Gotthard Kriesten. Der Fortsetzungszusammenhang,Diss.,Hamburg,1963.
- (24)Günter Stratenwerth,ZumVerbrauch der Strafklage beiFortsetzungszusammenhang –BGHSt 15,268,JuS 1962.
- (25)Günter Stratenwerth,Strafrecht,Allgemeiner Teil I , 2.Aufl., Köln,Heymann,1976.
- (26)Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat, 6. Aufl,München : Vahlen,2011.
- (27)Günter Warda,Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964,84.
- (28)Hans-Heinrich Jescheck,Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot,1996.
- (29)Hans Helmut Pfuhez ,Die Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung im Verhältnis zur einzelnen selbständigen Handlung, Thomas & Hubert, Jena,Diss.,1940.  
Hans-Jürgen Bruns,Strafzumessungsrecht,2.Aufl., Heymann, Köln, 1974.
- (30)Hans Ulrich Paffgen,Prozessualer Tatbegriff und das Kriterium der Untersuchungsrichtung ,in GS Heinze ,2005.
- (31)Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht : eine systematische Darstellung, 11.Aufl., Berlin : de Gruyter,1969.
- (32)Heinz Bindokat, Zur Frage des prozessualen Tatbegriffs,GA 1967,362.
- (33)Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess, 1994.
- (34)Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Duncker& Humblot,Habili., 1979.
- (35)Jürgen Reinhard Stehncker,Die Sammelstraftat,Hamburg,Diss.,1967.

- (36) Keetsin Liu, Der begriff der identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeß recht, 1927.
- (37) Kudlich, Tat im prozessualen Sinn, JA 2006, 902.
- (38) Kzung Lyul Lee, Die Präzisierung der Tateinheit und die Reichweite des
- (39) Strafklageverbrauchs nach der Entscheidung BGHSt40,138 zum Fortsetzungszusammenhang--Zurgleich ein Vergleich der Rechtsprechung des BGH und des korObGH, Logos, Diss.,2002.
- (40) Lothar Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, in StrafrAbh. Heft 413, Diss.,1940.
- (41) Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 264StPO ,Kommentar,21 Aufl.,1 Band,Berlin,1963.
- (42) Niederreuther, Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, DJ 1938,1757.
- (43) Neuefeind, Prozessualer und materieller Tatbegriff, JA 2000, 791.
- (44) Otto Schwarz, Gefahren der Rechtskraft im Strafrecht, DStR 1939,89.
- (45) Preiser, Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58, 763, 1939.
- (46) Ralf Neuhaus, Materielle Handlungseinheit ung prozessuale Tatidentität, wistra 1988,67.
- (47) Ralf Neuhaus, Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff -ne bis in idem, ,Diss. Studienverlag Brockmeyer,1985.
- (48) Ranft, Der Tatbegriff des Strafprozessrechts, JuS 2003, 417.
- (49) Rolf Dietrich Herzberg, ne bis in idem-Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen strafurteils, JuS 1972,113.
- (50) Sebastian Cording ,Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, Duncker & Humblot ,1993.
- (51) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 12.Aufl., München und Berlin,1965.
- (52) Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994,265.
- (53) Wankel, Strafklageverbrauch und materiellrechtliche Konkurrenzlehre, JA 1997, 231.
- (54) Werner Beulke, Der prozessualer Tatbegriff, FG-BGH 50Jahr ,2000.
- (55) Werner Beulke, Strafprozessrecht, 9 Aufl., Heidelberg : C.F. Müller ,2006.
- (56) Werner Hardwig, § 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches, GA 1954,74.
- (57) Wolter, Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozess, GA 1986,143.