HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	罪数論と一事不再理効の関係の再構成（２）：「かすがい」、集合犯を中心として
Author(s)	倪, 潤
Citation	北大法学論集, 66(1), 232[1]-189[44]
Issue Date	2015-05-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59201
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no1_05.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

罪数論と一事不再理効の関係の再構成（２）

――「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」
　　２、「法益侵害説」
　　３、「行為経過の択一説」
　　４、「総合説」
　　５、「起訴状限定説」
　　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　（以上、65巻６号）

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　　（以上、本号）

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
（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
２、刑事訴訟法上の学説
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
２、刑法的な解決方法
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[1]。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）[2]。

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が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[3]。

---

[1] 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。

[2] 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。

[3] 白取祐司『刑事訴訟法（第７版）』（日本評論社、2012年）452頁。

（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[4]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」と主張する[5]。

②前田説

前田雅英は、「かすがい」を認めたうえで、「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[6]。

③大谷説

大谷実は、「かすがい」を認めたうえで、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

---

[4] 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より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。

[5] 大塚・前掲注（1）、504頁以下。

[6] 前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（東京大学出版社、2008年）568頁。

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」[7]。

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[8]。

（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[9]。

②内田説

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[10]。

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

---

[7] 大谷実『刑法講義総論（第４版）』（成文堂、2012年）497頁以下。

[8] 川端・前掲注（１）641頁。

[9] 宮本英脩『宮本英脩著作集第２巻（「刑法学粋」第５版）』（成文堂、1985年）466頁以下。

[10] 内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（青林書院、1986年）355頁以下。

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[11]。

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[12]。

（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』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」

[11] 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。

[12] 山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2007年）382頁以下。

と主張する[13]。

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るであろう。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」[14]。

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[15]。Ａ・Ｂが観

[13] 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。

[14] 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。

[15] 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。

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と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」[16]。

また、「A_1と B_1、A_2と B_2とが科刑上一罪、たとえば観念的競合の関係にあり、A_1・A_2、B_1・B_2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、A_1・A_2、B_1・B_2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い。なぜなら、この場合、たとえば、A_1と B_2とは、単に A_2を介して間接的に関連するのもならず、B_1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ってよいであろう」とされる[17]。

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

[16] 鈴木茂嗣『刑法総論（第２版）』（成文堂、2011年）291頁。

[17] 鈴木・前掲注（15）17頁以下。

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C_1、C_2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・C_2間、Ｂ・C_1間の併合罪関係、Ａ・C_1間、Ｂ・C_2間の観念的競合関係、C_1・C_2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、C_1にのみ及びC_2・Ｂには及ばないし、C_1の確定判決の効力は、Ａ およびC_2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[18]。

（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[19]。すなわち、検察官が「細切れ的起訴」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

[18] 鈴木・前掲注（15）12頁、16頁。

[19] 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。

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[20]。

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「呑んで」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

[20] 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］。

は殺人罪および殺人未遂罪の手段として、刑法54條第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侵入罪ヲ犯シタルトキハ其各行為ハ刑法54條第１項[21]後段ニ依リ重キ殺人罪ヲ以テ処断スヘキ一罪ヲ構成スルモノトス。従テ軽キ家宅侵入及ヒ殺人未遂ノ各行為ハ独立シテ累犯加重ノ受クヘキモノ二非ス」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巻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「元来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営業及贓物故買ノ罪名ニ触ルル一行為ナリ」と判示して、無許可古物商営業の罪を「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巻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

[21] 旧刑法54條１項「一箇ノ行為二シテ数箇ノ罪名二触れ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為二シテ他ノ罪名二触ルルトキ其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス」。

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。「住居侵入ハ強盗若ハ放火ニ対シ通常用キラルヘキ手段ナルヲ以テ住居ニ侵入シテ強盗若ハ放火ヲ為シタル場合ニハ右住居侵入ハ強盗若ハ放火ニ対シ刑法54條ニ所謂手段結果ノ関係アルモノトス。・・・窃盗未遂ト強盗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従ヒ建造物損壊住居侵入及強盗殺人トノ間住居侵入及放火トノ間ニハ手段結果ノ関係アルヲ以テ結局最モ重キ右強盗殺人罪ノ刑ニ従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條ノ趣旨ニ従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巻349頁

【事実の概要】

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実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か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二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二触ルル関係アルモノトス」と判示して、私文書偽造罪と同行行使罪が牽連犯の関係にあり、同行使罪と横領罪とは観念的競合の関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巻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宅に鉈を持って侵入し、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、以上は手段結果の関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、一罪の関係にあり、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訴法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関係にあり刑法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）当初の公訴事実は、「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、…両罪が一対一で刑法第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巻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巻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[22]

【事実の概要】

被告人は2007年３月17日午後10時55分ころ、A社事務所内に侵入し、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っ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】

[22] 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頁などに参考した。

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」

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に及ぶ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、本件の事実関係の下では、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[23]

【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

[23] 判例時報1918号（匿名解説）122頁以下、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頁以下などに参考した。

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、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。」

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[24]。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、住居内の場合は懲役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[25]。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[26]。

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、全体として一罪の関係に立つため、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ。

---

[24] 中山・前掲注（14）336頁。

[25] 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（20）356頁以下［中谷雄二郎執筆］。

[26] 大塚・前掲注（20）356頁以下［中谷雄二郎執筆］。

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性がある。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[27]。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」[28]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。

---

[27] 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。
[28] 白取・前掲注（３）452頁。

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」をめぐって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。[29]

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[30]、また、量刑の点からみれば、「責任主義」に違反する（gegen das Schuldprinzip Verstoße）と批判した[31]。

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、

---

[29] 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 などに参考した。

[30] Wahle, GA 1968, 106; Puppe, S.201f; Eb.Schmidt, JZ 1951, 23.

[31] Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, §52 Rdn.19., 8.Aufl., Berlin : Luchterhand, 2001.

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ことは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）[32]、あるいは、考慮しうる（kann）[33]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[34]。

裁判官が行為責任を特徴とするすべての状況（alle 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[35]。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は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

[32] BGH, VRS 22, 121, 124.

[33] BGH, VRS 21, 45.

[34] Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2.Aufl., Köln: Heymann, 1974, S.87ff.

[35] Vgl. Bruns, a.a.O (34)., S.468.

な論者も、当該解決に対して若干の修正を作った[36]。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[37]。

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

R.Schmitt[38]、Schmidhäuser[39]、Stratenwerth[40]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

---

[36] Puppe, Eb.Schmidt の見解を後述を参照されたい。

[37] Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Diss., 1981.S.86.

[38] ZStW 75 (1963), 48.

[39] Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Tübingen, 1975, 18/41.

[40] Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil Ⅰ, 2.Aufl., Köln : Heymann, 1976, Rdn.1244.

きないのである[41]。

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[42]、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）[43]。

「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。裁判官は比較的に軽い併合刑（durch eine niedrigere Gesamtstrafe）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[44]。

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

---

[41] Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Diss., 1981.S.87.

[42] 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。

[43] ZStW 75 (1963), 48.

[44] Vgl. Gerhard Werle, a.a.O (41)., S.88.

と矛盾している[45]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[46]。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[47]。

（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

[45] Vgl. Gerhard Werle, a.a.O (41)., S.88.

[46] Eberhard Struensee, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 89) Ludwig Röhrscheid, 1971, S.28.

[47] Vgl. Struensee, a.a.O (46)., 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。

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[48]。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

[48] JZ1951, 23.

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[49]。

（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、実体法上の単一性が否定される[50]。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[51]。

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

---

[49] Vgl.a.a.O (48).

[50] Ingeborg Puppe, Anm., JR 1986, 205.

[51] 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。

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[52]。

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例において、Puppe も観念的競合を認める。そうなるのは、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。このことによって、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[53]。

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

[52] Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Duncker & Humblot, Habili., 1979.S.209.

[53] Vgl. Roxin, a.a.O (51)., S.818ff；山中敬一（監訳）・前掲注（51）438頁以下。

も、必ず訴訟上の所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、このような扱い方は二重評価の禁止に違反しないと主張した[54]。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くない[55]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[56]。

（２）「所為単一説」（Tatidentitat）

通説は従来の判例[57]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[58]。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（unlösbare

[54] Kleinknecht/Meyer, §264 Rdnr 6; Fleische, NJW 1979, S.249; Roxin, Strafverfarensrecht, §20 B.I.3.c)

[55] Werle, JR 1979, S.98.

[56] Kleinknecht/Meyer, §264 Rdnr 6.

[57] Entscheidungen der OLG und BGH, VRS 21, 341.

[58] Grünwald, JZ 1970, S.330.

Probleme）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[59]。

（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[60]。

（二）判例の整理――「かすがい外し」適用の拡張へ[61]

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）

---

[59] Grünwald, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, S.743; Werle, JR 1979, S.98.

[60] KK-Hürxthal, §264 Rdnr.8; LR-Gollwitzer, §264 Rdnr.7.

[61] 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頁以下などに参考した。

【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、その自動車を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、人気が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」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）[62]

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年以来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

[62] 第二章二、ドイツ法（二）判例の観点を参照されたい。

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、従来の判例によれば、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認めた。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[63]。

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

[63] Peter Rieß, Anm., NStZ 1981, 74.

も、従来の理論とは異なるものであると指摘した[64]。

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[65]。

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[66]。

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[67]。

（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。

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

---

[64] Gerald Grünwald, Anm., StV 1981, 326.

[65] Karl Heinz Gössel, Anm., JR 1982, 108.

[66] Gerhard Werle, Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW 1980, 2671.

[67] Gerhard Fezer, §§129, 129a und der strafprozessuale Tatbegriff, in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S.125.

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。（AorB）

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）＞（AorB））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＝かすがい）→「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 ＝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 → A, C>B → 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―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、ということを避けることである。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たが判明した場合、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。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日

授与）「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」に加筆・修正したものである。本稿の作成にあたり、指導教員である白取祐司教授をはじめとして、北大刑事研究会の皆様には貴重なるご指導とご鞭撻を賜り、さらに北海道大学大学院博士後期課程の瀧本京太郎氏には日本語の訂正をしていただいた。心からの感謝を申し上げる次第である。