



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	罪数論と一事不再理効の関係の再構成（３・完）：「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(2)，228[151]-211[168]
Issue Date	2015-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59607
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no2_06.pdf



罪数論と一事不再理効の 関係の再構成（3・完）

——「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）Bertel
 - （2）Barthel

- (3) Geerds
- 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 (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
 - 2、刑事訴訟法上の学説
 - 3、評価
 - (三)、判例の整理
 - 1、刑法上の代表例
 - 2、刑事訴訟法上の代表例
 - 3、評価
- 二、ドイツ法の考察
 - (一)、学説の整理
 - 1、刑法上の学説
 - 2、刑事訴訟法上の学説
 - (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、66巻1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
 - (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

(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

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45条の併合罪の關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¹。「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」²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

¹ 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。

² 白取祐司『刑事訴訟法（第7版）』（日本評論社、2012年）452頁。

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³。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⁴。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、檢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⁵。確定判決以前の一部犯行が、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

³ 白取・前掲注(2)452頁。

⁴ 三井誠『刑事法辞典』(信山社、2003年)383頁[只木誠執筆]。

⁵ 松本時夫[ほか]『条解刑事訴訟法(新版)』(弘文堂、1996年)755頁。

（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⁶。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⁷。

（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⁸。

（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

⁶ 青柳文雄『刑事訴訟法通論（下）』（立花書房、昭和51年）489頁以下。

⁷ 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。

⁸ 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。

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⁹。

(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（単純窃盗→常習窃盗）¹⁰（「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巻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巻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

⁹ 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。

¹⁰ 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；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。

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變りがなく、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高松高裁昭和59年1月24日判決（単純窃盗→単純窃盗→免訴）¹¹

【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、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（常習痴漢→単純痴漢）¹²

【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、

¹¹ 高松高裁昭和59年1月24日判決判時1136号158頁。

¹² 最高裁第二小法廷平成15年6月2日判決裁判集284号353頁；多和田隆史「最判平成15.10.7解説」『最高裁判所解説刑事編平成15年度』465頁以下など。

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、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。

④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」）¹³

【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

¹³ 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。

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、常習特殊窃盗にいう常習性の評価を入れないで、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、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どうか、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く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卷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、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、両訴因が一罪の關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¹⁴。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¹⁵。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

¹⁴ 多和田・前掲注（12）467頁。

¹⁵ 多和田・前掲注（12）468頁。

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¹⁶。「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¹⁷。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¹⁸。

- 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¹⁹。
- 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²⁰。

¹⁶ 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。

¹⁷ 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。

¹⁸ RGSt 6, 132; RGSt 55, 20.

¹⁹ RGSt 5, 369; RGSt 32, 394; RGSt 59, 142.

²⁰ RGSt 5, 369; RGSt 12, 391; RGSt 33, 304.

- 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²¹。

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」²²。「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²³。

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。

²¹ RGSt 43, 210; RGSt 61, 51.

²² 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

²³ M.Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel ou cours de législation criminelle*, Paris, 1836, S.227; Lothar Buchholz, aaO., S.31ff

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

(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²⁴。

(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²⁵。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 gewohnheitsmäßiger 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

²⁴ 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) を参考した。

²⁵ RG 61, 147 (148)

ここでの「業務」に属する²⁶。集合犯の中の個々の犯罪行為は法律上一個の可罰行為でもよく²⁷、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²⁸。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²⁹「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、特定の時期に単一の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³⁰。それに代えて、集合犯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

²⁶ 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.

²⁷ Fritz Rathenau, Die Stellung des Begriffs fortgesetztes Verbrechen im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht, 1899, GS 56, 92.

²⁸ RG 66, 19 (21).

²⁹ Claus Roxin, Strafrecht AT II : Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck München, 2003, S.879 ; 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）515頁。

³⁰ RG 70, 243 (244).

活的需要に適しているのである³¹。

(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分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³²。

(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

³¹ RG 66, 47/70, 244/72, 167

³² Otto Schwarz, Gefahren der Rechtskraft im Strafrecht, DStR 1939, 89.

して処罰しているのみである³³。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³⁴、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」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³⁵。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³⁶。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³⁷。判例も、利欲（Gewinnssucht）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

³³ Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, S.270; Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstraftat, Hamburg, 1967, S.63, 64.

³⁴ Fritz Hartung, Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, Süddeutsche Juristenzeitung, 1950, S.333.

³⁵ RG 72, 164.

³⁶ Vgl. Hartung u. a.a.O (34), S. 335.

³⁷ Vgl. Stehncker, a.a.O (33), S.69.

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堕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）³⁸。

（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³⁹。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⁴⁰。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な行為とみなしても、裁判官が営業的な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）を加重しすぎるおそれがないのである。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

³⁸ RG 72, 167

³⁹ RG 72, 167; Vgl. Stehncker, a.a.O (33), S.74.

⁴⁰ Vgl. Hartung u, a.a.O (34), S. 334.

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⁴¹。

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いとなり、かえって余計な負担が生ずるのである⁴²。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⁴³。

（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⁴⁴。

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⁴⁵。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⁴⁶。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⁴⁷。

⁴¹ Vgl. Stehncker, a.a.O (33), S.75.

⁴² RG JW 1932, 60.

⁴³ Vgl. Stehncker, a.a.O (33), S.75.

⁴⁴ RG 23, 230;24, 419;41, 108;47, 397;54, 333;BGH 15, 268

⁴⁵ RG47, 399

⁴⁶ RG 54, 334;RG JW 1921, S.846.

⁴⁷ Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und

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、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、応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⁴⁸。

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が問題になる。

Ordnungswidrigkeitengesetz herausgegeben von Hermann Müller und Walter Sax, 1 Band, 6Aufl., Darmstadt, 1966, S.85ff.

⁴⁸ Vgl. Stehncker, a.a.O (33), S.78.

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⁴⁹。

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⁵⁰。

2、刑事訴訟法上の学説

（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⁵¹、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」⁵¹も訴

⁴⁹ Preiser, Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58, 763, 1939; RG 17, 228.

⁵⁰ Günter Warda, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 84; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 12. Aufl., München und Berlin, 1965, § 73, No. 27.

⁵¹ Christian Schöneborn, Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR 1974, 529, 531.

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、刑法上の構成要件の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、刑法上の構成要件の行為は異なっている、実体法上の違法内容はほぼ一致するため、刑法上の一つの行為であり、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⁵²。

(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⁵³。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

⁵² Erich Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW 52, 228, 234.

⁵³ Keetsin Liu, Der begriff der identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, 1927, S.15.

主張したのである⁵⁴。

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⁵⁵。

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⁵⁶。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⁵⁷。

⁵⁴ Vgl. Liu, aa.O (53), S.16ff.

⁵⁵ Herzberg, ne bis in idem-Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, JuS 1972, S.118.

⁵⁶ Christian Bertel, Die Identität der Tat, 1970, S.140ff.

⁵⁷ 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。

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とが極めて不均衡（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⁵⁸。

（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

⁵⁸ ここで、訴訟法的な解決方法の整理については、Jürgen Reinhard Stehncker, Die Sammelstrafat (Hamburg, 1967) に参考した。

①ライヒ裁判所1937年3月15日判決⁵⁹

【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）に応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

⁵⁹ Vgl. Preisner, aa.O (49), 745ff.

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⁶⁰。

(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⁶¹。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

⁶⁰ Vgl. Stehncker, a.a.O (33), S.83.

⁶¹ Niederreuther, Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit, DJ 1938, 1757.

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⁶²。

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⁶³。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⁶⁴。

（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

⁶² Ernst v.Beling, Anmerkung zu RG JW 1931, 216, Nr.24, S.216ff;Eberhard Schmidt, Anmerkung zu OLG Düsseldorf SJZ 1950, S.284-292.

⁶³ Vgl. Stehncker, a.a.O (33), S.85;Lothar Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, StrafrAbh. Heft 413, 1940, S.74.

⁶⁴ Gotthard Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, Diss.Hamburg, 1963, S.52.

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⁶⁵。上述の判決は人々の素朴な法感情に応じているが、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⁶⁶。

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⁶⁷。

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⁶⁸。

(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

⁶⁵ Vgl. Preiser, aa.O (49), S.769.

⁶⁶ Vgl. Preiser, aa.O (49), S. 770.

⁶⁷ Vgl. Preiser, aa.O (49), S.769.

⁶⁸ Vgl. Stehncker, aa.O (33), S.88.

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⁶⁹。

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⁷⁰。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】

⁶⁹ BGHSt 15, 268も類似した判旨を下した。

⁷⁰ Günter Stratenwerth, Zum Verbrauch der Strafklage bei Fortsetzungszusammenhang- BGHSt 15, 268, JuS 1962, S.220ff.

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⁷¹。

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⁷²。

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に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ない⁷³。

⁷¹ BGH MDR 1953, 273も類似した判旨を下した。

⁷² Vgl. Stratenwerth, a.a.O (70), S.223.

⁷³ Vgl. Stratenwerth, a.a.O (70), S.223.

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。

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）

【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月の輕懲役を言渡された。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い。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）の危険をもたらし、無罪推定の原則と矛盾する。また、従来の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、従来の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る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、従来の判例と学説が「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⁷⁴、営業的犯罪隠匿⁷⁵、営業的密猟⁷⁶、営業的常習的暴利⁷⁷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⁷⁸。現在、実体法上、集合犯の分離は一致した見解となり⁷⁹、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

⁷⁴ RG 72, 257.

⁷⁵ RG 72, 313.

⁷⁶ RG 72, 401.

⁷⁷ RG73, 216.

⁷⁸ BGH I, 41 (42);26, 284;BGH NJW 1953, 955.

⁷⁹ Blei, AT, 18 Aufl, § 93 II ;Geerds, 1961, 270;Hartung, SJZ 1950, 332;Kohlrausch, ZAkDR 1983, 473; Vgl. Preiser, a.a.O (49), S.743;Sch/Sch/Stree, 26 Aufl., vor § 52, Rn.93.

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⁸⁰。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應える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⁸¹。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

⁸⁰ Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat, 6. Aufl, München : Vahlen, 2011, S.331.

⁸¹ 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。

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」⁸²。

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、その反社会性とその程度が制裁を決定するのである。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⁸³。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⁸⁴。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の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⁸⁵。

⁸² 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良友普及会版、1948年）77頁。

⁸³ 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。

⁸⁴ Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im strafrecht, Tübingen, 1958, S.127ff.

⁸⁵ Vgl. Roxin, aa.O (83), S.134.

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、従来の判例（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。

（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⁸⁶、戦後は団藤重光などである。この理論の発展にとくに貢献した団藤重光は、ドイツのEdmund Mezgerの「行状責任」を参考としながら、みずから「人格形成責任」と「行為責任」を結合する「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⁸⁷。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。したがって、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

⁸⁶ 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。

⁸⁷ 団藤重光『刑法綱要・総論（第3版）』（創文社、1990年）259頁。

減する方向に働く⁸⁸。また、西田典之は常習賭博罪を例を挙げて、常習性が行為者の習癖であり、1回の行為でも常習賭博罪にあたり、常習性の法的性格について行為者の属性であって責任要素であると理解する⁸⁹。

(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。これを「実質的行為責任」と呼ぶ。それは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⁹⁰。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なし、「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⁹¹。

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。彼の見解によれば、「人格責任論」が強調している「行為以前的人格形成過程」および「人格態度」について、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かりに右の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

⁸⁸ 団藤・前掲注(87)、260頁以下；内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅰ』(有斐閣、2001年)747頁以下。

⁸⁹ 西田典之『刑法各論(第5版)』(弘文社、2011年)391頁。

⁹⁰ 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、1979年)108頁。

⁹¹ 平野・前掲注(90)、420頁。

為に着目し、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ことに對しては、人格態度そのもの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⁹²。

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、その行為を行った者は、その犯罪の法的効果としての刑に処

⁹² 内藤・前掲注（88）、749頁。

するという趣旨を表現している⁹³。さらに、「盗犯等ノ防止及処分に關スル法律」（「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⁹⁴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、立法論としても、行為主義の原則からみて疑問がある⁹⁵。

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のみならず、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、三回目の有罪判決の際には、「行為の全体の評価」によって、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。ゆえに、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

⁹³ 内藤・前掲注(88)、741頁。

⁹⁴ 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。

⁹⁵ 内藤・前掲注(88)741頁。

に属することが、刑罰を決定していたのである⁹⁶。また、理論上、1930年代末から1940年初めにかけて、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。人格責任論の観点が「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、人格に対する非難が可能である。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⁹⁷。

現在、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⁹⁸。「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。立法者の判断からみると、「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⁹⁹。

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まだ続いている。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

⁹⁶ Vgl. Roxin, aa.O (83), S.129; 町野朔ほか [監訳]・前掲注 (83) 175頁。

⁹⁷ 山中敬一『刑法総論 (第2版)』(成文堂、2008年) 583頁以下。

⁹⁸ Vgl. Roxin, aa.O (83), S.131; ロクシン [著] ; 町野朔ほか [監訳]・前掲注 (83) 177頁。

⁹⁹ Vgl. Roxin, aa.O (83), S.134ff; 町野朔ほか [監訳]・前掲注 (83) 182頁。

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¹⁰⁰。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無い。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

¹⁰⁰ Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im strafrecht*, Tübingen, 1958, S.127ff.

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¹⁰¹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¹⁰²。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¹⁰³。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

¹⁰¹ Alexander Fandrich, Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und konkurrenzen, Driesen, 2010, S.23.

¹⁰² 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＝齊藤誠二編『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。

¹⁰³ 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。

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、「営業的な堕胎行為(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¹⁰⁴。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るべきである¹⁰⁵。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¹⁰⁶。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巻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巻8号337頁は多数回の淫行を包括一罪として起訴

¹⁰⁴ Vgl. Stehner, aa.O (33), S.74.

¹⁰⁵ 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。

¹⁰⁶ 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。

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、淫行全体としての特定もこの程度であったことが注目される。(3)名古屋高裁昭和30年1月25日判決高裁刑特報2巻1～3号20頁では、裁判所は、約40日間に数十回の覚せい剤渡に及んだ事案について、本判決は、「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巻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¹⁰⁷。

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

¹⁰⁷ 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。

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」¹⁰⁸。

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。

¹⁰⁸ 上田・前掲注(106) 474頁。

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ういうものだろうか。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くて、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考える。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লের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標準を借用することができない。しかし、集合犯の判断標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

訴が常習窃盜の場合においても、前訴が常習窃盜で後訴が單純窃盜の場合においても、常習窃盜の訴因のうち、單純窃盜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前訴が單純窃盜で後訴が常習窃盜の場合において、後訴の量刑に際して、犯罪の処罰と被告人の權利保護の利益衡量の際に、被告人の權利保護を優先とし、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。前訴が單純窃盜で後訴が常習窃盜の場合において、常習窃盜の訴因のうち、單純窃盜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權利保護の利益衡量の際に、被告人の權利保護を優先とし、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。もし実際に前訴の單純窃盜が後訴の常習窃盜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、前訴が常習窃盜で後訴が單純窃盜の場合においても、常習窃盜の訴因のうち、單純窃盜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、後訴の單純窃盜は前訴の常習窃盜のなかで評価されていれば、後訴の單純窃盜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、後訴の單純窃盜は前訴の常習窃盜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) クラウス・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）
- (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) 齊藤朗郎「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——観念的競合と『かすがい』理論を中心として」刑法雑誌23巻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巻（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——いわゆる『かすがい作用』について」刑法雑誌22巻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巻』（有斐閣、1981年）309、338頁。
- (93) 田宮裕「既判力・再論」法学47巻5号（1984年）208頁。
- (94) 古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムズ35巻26号（1984年）77頁以下。
- (95) 伊藤利明「集合犯序説」法学49巻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巻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巻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巻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巻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巻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巻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) 辻本典史「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) 辻本典史「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巻3号（2006年）117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巻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巻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巻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巻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 Strafprozeßrecht, 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 AT: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 Strafprozeßordnung, ZStW 52, 203.
- (14) Eugen Pißer, Das Kollektivdelikt, Diss., München, 1909.
- (15) Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961.
- (16) Friedrich Meyer, STGB Deutsches Reich von 1872, 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, Zum Verbrauch der Strafklage bei Fortsetzungszusammenhang — BGHSt 15, 268, JuS 1962.
- (25) Günter Stratenwerth, Strafrecht, AT 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 Pfuhz, 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 Ullrich 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 Strafprozeßrecht, 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.

[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。