



刑法54条1項における「法定刑」の比較と 明治期の判例(5)

専 田 泰 孝

はじめに

- I 数罪俱発と「一ノ重キニ從テ處斷ス」(以上35巻1 = 2号)
- II 「想像上ノ數罪俱發」と「相牽連スル犯罪」(以上35巻3 = 4号)
- III 大判明治42年3月25日と「一箇ノ罪」
 - 1 文書偽造罪と偽造文書行使罪の関係をめぐる判例
 - 2 刑法54条1項と加重減輕の関係をめぐる判例(大正期まで37巻1号、昭和期以降37巻4号)
- IV 「一罪トシテ之ヲ處斷ス」と「科刑上一罪」
 - 1 連続犯と法定刑の単一性(以上本号)
 - 2 現行刑法54条1項と同55条

おわりに

IV 「一罪トシテ之ヲ處斷ス」と「科刑上一罪」

1 連続犯と法定刑の単一性

昭和22年法律第124号で削除されたため、現在ではもう存在しないが、制定当時の現行刑法55条は、いわゆる連続犯の処断について次のように定めていた。「連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス」。この規定が存在した当時、これは、理論上数罪とすべきものを、処分上1罪として取り扱う趣旨と説明されていた⁽³³¹⁾。しかし、連続犯が理論上数罪とすべきものであるというのは、

(331) たとえば、瀧川・前掲注⁽³⁰⁰⁾357頁など。

何も当初からそのように考えられていたわけではない。

前記Ⅱでは、現行刑法54条1項の土台になった旧刑法時代の文献や判例における議論を振り返った。そのなかでは、当時、数所為一罪の1つとされることもあった、相牽連する犯罪についての記述も概観したが、旧刑法時代は、これ以外に前記の連続犯も、数所為で1罪になる場合の1つとして取り上げられることが多かった。たとえば、「數罪俱發ト混同ス可カラサル者ハ連續犯ナリ連續犯ハ各自ニ罪ト爲ルヘキ所爲ヨリ成ル者ナリト雖モ目的ノ一ナルニ基キ法律上一罪トシテ之ヲ罰(ばつ)スルニ過キス⁽³³²⁾」。これは、現行刑法55条のような規定が存在しない時代の説明である。したがって、引用最後の「法律上一罪トシテ之ヲ罰スル」というのは、連続犯が本来の一罪だという趣旨にほかならない。

あるいは、「數多ノ動作各々同一罪ヲ構成スル事實ヲ備具スル者ヲ以テ一罪ト看做(みな)スモノ」を「反覆罪」と呼んだ上で、「此反覆罪ノ元素タル數多ノ動作ニシテ互ニ其時日ヲ隔ツトキハ往々之ヲ連續犯ト稱ス」と説明している文献もある⁽³³³⁾。これによっても、「一罪ト看做スモ

(332) 富井・前掲注(10)415頁。

(333) 江木・前掲注64430-433頁。なお、本文で引用したように、富井・前掲注(10)415頁は、連続犯を「目的ノ一ナルニ基キ」認められるとするが、江木・431-433頁も、「同一ノ決意」という形でそれと実質的に同じものを要求している。「數多ノ動作ニシテ一ノ反覆罪タランニハ各動作ハ必ス同一ノ決意ニ出テサルヘカラス苟(いやしく)モ決意ニシテ同等ナルモ又ハ故意ニシテ終始同一ナルモ決意ニシテ同一ナラサルトキハ忽(たちま)チ反覆罪タル性質ヲ消滅シテ數罪トナルヘシ設例ヘハ茲(ここ)ニ一倉庫ニ藏(おさ)メタル他人ノ米穀アリトセヨ犯者カ他人ヲシテ其所有若クハ占有ヲ失ハシメント欲スルハ故意ナリ而シテ犯者之ヲ竊取セントスルハ決意ナリ此決意ヲ以テ之ヲ竊取シタルトキハ數俵ツ、之ヲ竊取シ其動作ハ數回ニ及フモ尚ホ一罪ナリ然ルニ最初ハ此決意ヲ以テ竊取スルモ一旦之ヲ竊取シ了(おわ)リテ此決意ヲ完結シ而シテ次回ニ於テ更ニ意ヲ決シテ之ヲ竊取シタルトキハ決意ハ同等ナルモ同一ニアラサルヲ以テ之ヲ一罪トスルコトヲ得ス何トナレハ次回ノ決意初回ノ決意ト同等ナリシハ單ニ偶然ニ出テタルモノニシテ他人ヲシテ其米穀ノ占有ヲ失ハシメントスルノ故意ハ始終同一ナルモ次回ニ於テハ犯者ハ或ハ之ヲ騙取セント決意スルコトアルヘキヲ以テナリ」。

ノ」である反復罪の一種ということになるから、連続犯も当然「一罪ト看做スモノ」と考えられる。

さらに、即時犯と継続犯という分類を示した上で、継続犯を「性質に因りての継続犯」と「方法に因りての継続犯」に区別し、前記の文献がいう連続犯を、「方法に因りての継続犯」と説明する文献もある。これによると、「即時犯とは罪を犯すや其所為永く継続せずして直ちに終局するものを謂ふ」。「継続犯とは罪を犯し即時に之を遂ぐると雖も、其所為多少の時間継続するものを謂ふ」。そして、継続犯のうち、「性質に因りての継続犯とは所為の有形的に継続する罪を謂ふ」。「監禁罪の如きは其之を監禁場に入れたるより之を解放するに至るまでは、其所為に間断なく而かも同一の有様にて有形に継続する者なれば、其罪となるは監禁場に入れたる第一着の所為に在らずして之を幽閉し置く所の第二着の所為に在り」。一方、「方法に因りての継続犯とは無形的に継続する所の罪にして其所為自らは即時犯なりと雖も、之を犯す方法に因て継続犯となる者を謂ふ」。たとえば、「今夜或家に入りて財物を取り、明夜再び入りて金穀を盗みたる時は二箇の即時犯を構成す。然れども初めより一倉庫中の米を悉(ことごと)く盗取せんとする目的にて一日一回づつ数日の長きに彌(わた)りて盗み出せりとせんに数箇の即時犯を成立するが如しと雖も、是れ継続犯なるを以て一罪として処断せらるるなり⁽³³⁴⁾」。

当時の刑事訴訟法10条ただし書は、「繼續犯罪」の公訴時効について「其最終ノ日ヨリ起算ス」と定めていた⁽³³⁵⁾。したがって、前記の連続

(334) 宮城・前掲注(9)38-40頁。本文で引用した倉庫の米を数回に分けて盗み出す例は、前記注⁽³³³⁾で引用した江木・前掲注64432頁の例とはほぼ同じである。また、このあと本文で紹介する岡田・前掲注(10)383頁も、連続犯を説明するにあたりこれとよく似た例を挙げる。「數次ニ實施スル事ヲ得ル單行犯ニシテ前後ヲ貫徹スルニ一犯意ヲ以テスレハ連續犯トナルナリ假令(たとえ)ハ他人ノ財産ヲ竊取シ一回ニシテ了レハ單行犯ニ過キスト雖モ若シ他人ノ金庫ニ藏ムル紙幣全部ヲ竊取スル意思ヲ以テ毎夜若干圓宛(ずつ)竊取セハ連續竊盜犯ナリ」。

(335) 当時の刑事訴訟法10条を引用すると、「公訴、私訴ノ時効ハ犯罪ノ日ヨリ其期間ヲ起算ス但繼續犯罪ニ付テハ其最終ノ日ヨリ起算ス」。なお、この規定にいう「私訴」とは、当時の刑事訴訟法で認められていた、公訴に付帯

犯を実定法上の概念にあてはめて説明しようとする、ここで引用した文献のように、それも継続犯の一種ということになる。しかし、これは、(もちろん内容を詳細に検討すれば、文献ごとに違いがあるかもしれないが)基本的に呼び方の問題であり、同条ただし書にいう「繼續犯罪」は、刑法解釈論上の継続犯と異なると説明する文献もあった。この分類に従うと、当時の刑事訴訟法10条ただし書の意味で「繼續犯」という場合、それには、刑法解釈論上の継続犯以外に、「慣行犯」と「連続犯」も含まれるということになる⁽³³⁶⁾。

このように、文献によっては継続犯ということもあったが、連続犯が1罪にしかならないと考えるのは、当時の一般的な理解であった。旧刑法100条1項は数罪併発の規定であるが、この規定を適用するためには、行為者が数罪犯したといえることが第1の条件になる。それゆえ、たとえ罪を犯すのにどれほど長い年月を要したとしても、成立する犯罪が1個であれば、この規定を適用することはできない。そして、継続犯、慣行犯、連続犯を数罪併発とすることができないのは、その第1の条件を欠くためであるというのである⁽³³⁷⁾。

して被害者がなす私訴のことである。すなわち、この私訴は、「犯罪ニ因リ生シタル損害ノ賠償、贓物(ぞうぶつ・盗品等のこと)ノ返還ヲ目的トスルモノニシテ民法ニ従ヒ被害者ニ屬ス」(=同2条)。そして、これは、「其金額ノ多寡ニ拘ハラズ公訴ニ付キ第二審ノ判決アルマテ何時ニテモ其公訴ニ附帯シテ之ヲ爲スコトヲ得」(=同4条1項)とされ、被害者がこの私訴を提起すると、「裁判所ニ於テハ公訴ノ判決ト同時ニ私訴ノ判決ヲ爲ス」(=同200条1項)のが原則であった。

⁽³³⁶⁾ 岡田・前掲注(10)378頁および同387頁。当時の刑事訴訟法10条ただし書が「繼續犯罪」と述べているのは、「單ニ公訴ノ時効ノ起算點ヲ定ムル爲ニ二日以上ニ亘(わた)ツテ一罪ノ成立スル場合ヲ假定シタルニ過キササルヲ以テ」「法理上ノ繼續犯ヲ謂フニ非ス」。「我輩ノ所謂慣行犯連續犯ノ二ハ共ニ該條ノ繼續犯ノ中ニ含蓄セシムヘキモノニシテ公訴ノ時効ハ其最終ノ日ヨリ起算スヘキモノト信ス」(=同387頁)。

⁽³³⁷⁾ 岡田・前掲注(10)983-985頁。なお、旧刑法100条1項と同101条は、数罪が発覚してそのいずれもが確定判決を経していない場合に適用される規定であるが、同102条1項は、数罪のいずれかが確定判決を経たあとでその判決前

前記の文献によると、継続犯とは、即成犯の対概念である。すなわち、即成犯とは、実行の所為に比較的僅少の時間を要する性質の犯罪をいい、継続犯とは、実行の所為に比較的永続的な時間を要する性質の犯罪をいう⁽³³⁸⁾。しかし、犯罪の多数は即成犯であり、継続犯の数は少ないとされている。その上で、前記の文献は、逮捕監禁罪(=旧刑法322条)

に犯した余罪が発覚した場合の規定(=前記注⁽⁴⁴⁾参照)、同2項は、数罪のいずれかが確定判決を経たあとでその判決前に犯した余罪とその判決後に犯した罪が発覚した場合の規定である(=同項の定めるところによると、まず、確定判決を経た罪との関係で確定判決後に犯した罪に再犯加重の要件が備わっているというときは再犯加重を行う。次に、それで加重された、あるいは加重されなかった刑と確定判決前に犯した余罪の刑を比較し、その最も重い刑と確定判決を経た罪の刑を併科する。岡田・1028-1030頁参照)。また、岡田・981頁は、数罪俱発を「一人ノ犯シタル二個以上ノ犯罪發覺シタル時其何レニ對シテモ未ダ確定判決ヲ經サル状態并(ならび)ニ一罪ニ對シテ既ニ確定判決ヲ經タル後判決前ニ犯シタル餘罪ノ發覺シタル状態」とするが、これは、前記の規定が適用される場合をすべて含むように考えられた定義で、そのために初版の定義をわざわざ改めたものだという(=岡田・982頁。初版の定義は、「有罪ノ確定判決ヲ受クル以前ニ一人ニシテ犯シタル二個以上ノ犯罪ノ發覺シタル状態」で、これによると、同102条2項の確定判決後に犯した罪が含まれなくなるとのことであるが、当時は、数罪俱発の定義も、文献ごとにさまざまであった。たとえば、富井・前掲注⁽⁴⁾407頁は、数罪俱発を「一人ノ者二個以上ノ罪ヲ犯シ其一ニ付テモ未ダ確定裁判ノ存セサル状態」としているが、岡田・982-983頁は、この定義によると、同102条1項の場合が数罪俱発に含まれなくなるという)。そうすると、岡田・983頁が「數罪俱發ノ定義ヲ分析スレハ其成立ニ二個ノ條件アルヲ要スルヤ知ル可シ」と述べているその第1の条件は、同100条1項だけでなく、前記の規定すべてに共通の条件だと考えなければならない(=実際、第2の条件も「二個以上ノ罪ハ其何レニ對シテモ未ダ確定判決ヲ經サル(こと)若クハ一罪ハ一罪ノ確定判決前ニ犯シタルモノニ係ル」だという)。しかし、本文では、記述の複雑化を避けるため、これを同100条1項に関する説明として紹介した。

⁽³³⁸⁾ 岡田・前掲注⁽⁴⁾379頁。「法律ノ規定ニ基ク即成犯トハ實行ノ所爲ニ比較的僅少ノ時間ヲ要スル性質ノ犯罪ヲ謂ヒ繼續犯トハ實行ノ所爲ニ比較的永久ノ時間ヲ要スル性質ノ犯罪ヲ謂フ」。

などが継続犯であると説明している⁽³³⁹⁾。一方、前記の文献によると、慣行犯と連続犯は、単行犯の対概念である。単行犯とは、1回の所為によって成立する犯罪をいい、慣行犯とは、数回同一の所為を行わなければ成立しない犯罪をいい、連続犯とは、2個以上の単行犯を貫徹する際に「一個ノ犯意ヲ以テシタル結果」1罪となるものをいう⁽³⁴⁰⁾。このうち慣行犯の例には、官許を得ないで医業をなす罪(=同256条)などがあるとされている⁽³⁴¹⁾。さらに、単行犯・慣行犯・連続犯の区別は、即成犯・継続犯の区別と混同されやすいが、前者は犯罪の成立に必要な所為を度数の観点からみたものであり、後者はこれを時間の観点からみたものであるという記述もある。その説くところによると、たとえば、所為は1回で足り、したがって、単行犯だとしても、当該所為に長い時間を要するものは継続犯ということになる。それに対し、慣行犯や連続犯であるためには、所為が数回なければならない。継続犯も慣行犯も連続犯も、長い時間を要する点では同じであるが、継続犯は1回の所為によって長い時間を費やすのに対し、慣行犯と連続犯は数回の所為によって長い時間を費やすというわけである⁽³⁴²⁾。

(339) 岡田・前掲注(10)381頁。旧刑法322条によると、「擅(ほしいまま)二人ヲ逮捕シ又ハ私家(しか)ニ監禁シタル者ハ十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス但監禁日數十日ヲ過クル毎ニ一等ヲ加フ」。このほか、同278条では、現行刑法194条の特別公務員職權濫用罪に似た犯罪類型が処罰されていたが(=「逮捕官吏法律ニ定メタル程式規則ヲ遵守セスシテ人ヲ逮捕シ又ハ不正ニ人ヲ監禁シタル者ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス但監禁日數十日ヲ過クル毎ニ一等ヲ加フ」)、これも継続犯とされている。

(340) 岡田・前掲注(10)383頁。「單行犯トハ一回ノ所爲ニ因リ成立スル犯罪ヲ謂ヒ、慣行犯トハ數回同一ノ所爲ヲナサ、レハ成立セサル犯罪ヲ謂ヒ、連續犯トハ二個以上ノ單行犯ヲ貫徹スルニ一個ノ犯意ヲ以テシタル結果一罪トナルモノヲ謂フ」。

(341) 岡田・前掲注(10)384頁。旧刑法256条によると、「官許ヲ得ステ醫業ヲ爲シタル者ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス」。このほか、同428条9号では、「身體ニ刺文ヲ爲シ及ヒ之ヲ業トスル者」を1日の拘留または10錢以上1円以下の科料に処すると定められていたが、これも慣行犯とされている。

そして、犯罪の多数は単行犯であるが、「數次ニ實施スル事ヲ得ル單行犯ニシテ前後ヲ貫徹スルニ一犯意ヲ以テスレハ連續犯トナルナリ」という。たとえば、他人の財産を窃取し、1回で終われば単行犯に過ぎない。しかし、もしも他人の金庫に収められた紙幣を、全部窃取する意思をもって、毎夜少しずつ窃取したとすれば、連続犯として1個の窃盜罪が成立する。あるいは、官私の印を偽造して使用する罪についても、その偽造と使用が1回にとどまるのであれば単行犯であるが、偽造した印形(いんぎょう)を何度か証書類に押捺し、その回数を少しずつ重ねていったとすれば、連続犯である⁽³⁴³⁾。前記のうち、慣行犯と連続犯は、

(342) 岡田・前掲注(10)384-385頁。「單行犯ニ混シ易キモノハ前欸(かん)ニ述ヘタル即成犯是ナリ但シ兩者ノ間一定ノ區別アリテ存ス單行犯ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル所爲ノ度數ヨリ觀察シタルモノニシテ即成犯ハ其實行ノ所爲ノ性質上必要ナル時間ノ長短ヨリ觀察シタルモノトス」。「慣行犯繼續犯連續犯ノ三者モ亦相混シ易シ左ニ其異同ヲ示サン」。「慣行犯ト繼續犯ト相似タルハ長キ時間ヲ要スル點ニ在リ然レトモ繼續犯ハ一回ノ所爲ニ因リテ長キ時間ヲ費シ慣行犯ハ數回ノ所爲アルヲ要スル結果多クノ時ヲ費ス是兩者ノ異ナル所ナリ」。「繼續犯ト連續犯トハ又長キ時間ヲ費ス點ニ於テ相同シト雖モ其間二個ノ差別アリ繼續犯ハ一回ノ所爲アルノミニシテ連續犯ニハ數回ノ所爲アリ連續犯ニ含マル、各所爲ハ之ヲ連絡スル犯意ヲ斷テハ各一罪トナルニ足り繼續犯ノ一所爲ハ數多ノ短キ時間ニ分割セハ一罪ト成ル能ハス」(原文で「難モ」となっていたところは、「雖モ」に改めた)。この説明は、(慣行犯や連続犯の所爲が数回でなければならないのに対し)繼續犯の所爲が数回でも1回でもよいというものでない。繼續犯の所爲は1回というものである(=最初に行った所爲がそのまま繼續するのだから、所爲が1回にしかならないのは、ある意味当然かもしれない)。そうすると、繼續犯はすべて単行犯ということになるだろう。単行犯は即成犯のことも繼續犯のこともあるが、繼續犯は単行犯しかあり得ないというわけである。

(343) 岡田・前掲注(10)383-384頁。なお、連続犯に関する例の2つ目であるが、原文を引用すると、「又官私ノ印ヲ偽造シ行使スル罪ノ如キモ偽造行使一回ニシテ止マラハ單行犯ナリト雖モ偽造シタル印形ヲ漸次數回ニ證書類ニ押捺スル時ハ連續犯ナリ」である。このように、原文では、偽造印章の使用が「行使」となっているが、本文では、これを「使用」に改めた。この点に関しては、前記注⁽¹⁶⁷⁾も参照。

数回同一の所為があること、1犯意をもって貫徹すること、長い時間を費やすことの3点で同じであるが、慣行犯を構成する所為は1回なら罪とならないのに対し、連続犯の各所為はそれぞれが1罪となり得るものである点が異なるとされている⁽³⁴⁴⁾。

このように、数個の所為がそれぞれ1罪になり得るものであっても、連続犯が1罪と考えられることを前提にすると、数罪俱発というわけにはいかない。したがって、旧刑法100条1項を適用するのは許されないということになる。しかも、前記の文献によると、数回の所為中どれか1つにでも刑罰加重事由があるときは、全体の所為を加重すべき1罪としなければならない。もしもこれを、加重した1罪と加重しない1罪の数罪俱発として取り扱えば、その判決は破棄を免れないという。たとえば、他人の倉庫に収めた財産を数回にわたり窃取したが、そのうちの1回は2人以上で共にこれを実行したとする。同366条から同368条までは、それぞれ窃盗罪の処罰規定であるが、同369条は、これを受けて、「二人以上共ニ前三條ノ罪ヲ犯シタル者ハ各一等ヲ加フ」と定めている。すなわち、2人以上で共に実行した前記の1回には、同条の定める加重事由がある。そうすると、この事案では、(数回にわたって実行された窃盗の全体を)同条により1等加重すべき1個の窃盗罪として判決することが必要になる。仮にこれを、1人で犯した窃盗罪と2人以上で共に犯した窃盗罪の数罪俱発とすると、その判決には、破棄の理由がある。前記の文献は、このように説くわけである⁽³⁴⁵⁾。

(344) 岡田・前掲注(10)385頁。「慣行犯ト連続犯トノ相似タルハ数回同一ノ所為アルコト、及ヒ一犯意ヲ以テ貫徹スルコト、長キ時間ヲ費スコト、ノ三點ニ在リ相異ルハ慣行犯ヲ構成スル所為ハ一回ニテハ罪トナラス連続犯ノ各所為ハ各一罪トナリ得ルニ在リ」。

(345) 岡田・前掲注(10)386頁。「數回ノ所為中一度刑罰加重ノ原由伴ヒシ時ハ全體ノ所為ヲ加重スヘキ一犯罪トセサル可ラス若シ之ヲ加重シタル一罪ト加重セサル一罪トノ俱發ニ處分セハ破毀ヲ免レサラン假令(たとえ)ハ他人ノ倉庫ニ藏ムル財産ヲ數回ニ竊取スルニ方(あた)リ一回二人以上共ニ犯シタル時ハ第三百六十九條ニ因リ一等ヲ加フヘキ一ノ竊盜罪ト判決スルヲ要シ若シ之ヲ一人ニテ犯シタル竊盜罪二人以上共ニ犯シタル竊盜罪ノ數罪俱發處分ニ照ラサハ破毀ノ理由アルモノナラン」。

これらの説明からも明らかであろうが、当時の文献で連続犯が1罪だといわれるのは、理論上当然に1罪ということであり、数罪を結合して1罪にするような特別の規定があるからそうなるということではない。たとえば、旧刑法390条2項における「實質上ノ一罪」であれば、最初は各種の文書偽造行使罪と詐欺取財罪だったものが同項の適用を受け、その結果(いくつかの点で)1罪として取り扱われることになるわけであるが、ここで説明されている連続犯は、そのようなものでなく、理論上当然に、したがって、最初から1罪にしかならない。そして、このように最初から1罪しか成立しないのであれば、2つ以上の法定刑を観念する余地はないから、その法定刑も当然1つでなければならない。

さらに、刑の加重減軽は法定刑を前提にしているから、前記のように法定刑が1つでなければならないとすれば、刑の加重減軽を考えるのは、複数の所為をまとめて1罪とした上で、それに対する1つの法定刑を観念できるようになったあとということになる。たとえば、ある行為者が1人の被害者を同一の機会に何度も続けて殴打したという事案を考えると、これは、現在でも1個の暴行罪にしかならない⁽³⁴⁶⁾。したがって、行為者がその途中で心神耗弱状態に陥っていたとしても、そのあいだに行った殴打だけを取り出して刑を減軽するというにはならない。全体を1個の暴行罪と考えた上で、それに対する1個の法定刑を前提に、その刑を減軽するかしないかを論じるに過ぎない。そうだとすると、この場合は、刑の減軽を否定するということになるだろう。一部の殴打が心神耗弱状態で行われたとしても(それ以外の)完全責任能力状態で行われた殴打まで刑を減軽することはできない。なぜなら、ここで刑の減軽を肯定すると、その(完全責任能力状態で行われた)殴打が単独で行われたという事案と比べて、不均衡が生じるからである。

前記の文献が例に挙げる事案では、旧刑法上定められていた窃盗罪の加重事由が問題になっているが、それでもこれは変わらないと思われる。仮にそれが理論上当然に1罪だと考えられるのであれば、それは初めか

⁽³⁴⁶⁾ たとえば、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(2018〔平成30〕年・有斐閣)580頁注(11)参照。

ら1罪でしかあり得ないのだから、それに対する法定刑もやはり1つでなければならない。このため、刑を加重するか否かもその全体について考えることが必要になるわけである。そして、たとえ加重事由のない部分があるとしても、だからといって加重事由がある部分まで加重しないとすると、加重事由がある部分を単独で行った事案と比べて不均衡が生じる。そうだとすると、本来の一罪に含まれる行為の一部に刑の加重事由があるという場合は、結局、全体の刑を加重する以外ないであろう。

もちろん、このように(科刑上一罪という概念がまだ存在しなかった時代でも)1罪であるといわれていたのは、連続犯だけでない。想像上の数罪俱発も、相牽連する犯罪も、今日でいうところの本来の一罪とする理解が主張されていたのは、前記Ⅱで述べたとおりである。しかし、連続犯がこれらと異なるのは、判例が、連続犯を1罪とする理解で、すでに固まっていたことである。

たとえば、大判明治19年3月30日裁判粹誌1巻26頁(1886年)は、煙草営業者である上告人が、明治17年5月から同18年までのあいだに無印紙の煙草を4回買い受け、2回売り渡したという事案で、同一の所為が相連続してその意思も継続しているなら1罪として処断すべきであり、数罪とすべきではないとした⁽³⁴⁷⁾。当該事案で問題になったのは、特別刑法上の犯罪で、これには、旧刑法の数罪俱発に関する規定を適用しないという定めがあったことから⁽³⁴⁸⁾、原判決は、買い受ける所為4回を4罪としてそれぞれ罰金7円に処し⁽³⁴⁹⁾、さらに売り渡す所為2回も2罪としてそれぞれ罰金15円(および売渡代価の追徴)に処するとした

(347) 「同一ノ所為相連続シテ其意思繼續スル者ハ繼續犯トシ所斷スヘキモノニシテ數罪ト爲スヘキモノニアラス」。

(348) 煙草税則(明治15年太政官布告第63号。以下、単に「煙草税則」という)46条。引用すると、「此規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ不論罪及減輕再犯加重數罪俱發ノ例ヲ用ヒス」というものであった。

(349) 煙草税則37条。引用すると、「烟草(たばこ)営業者ニシテ無印紙又ハ不足印紙ノ刻煙草ヲ買受ケタル者ハ五圓以上五拾圓以下ノ罰金ニ處ス之ヲ借受讓受ケタル者モ同ク其罪ヲ論ス」というものであった。上告人の所為中、買い受ける所為は、同条前段の罪を構成する。

が⁽³⁵⁰⁾、大審院は、前記の判旨に続けて次のように述べ、この原判決を破棄した。すなわち、上告人が無印紙の煙草を売買した所為は、(買受罪と売渡罪の) 2罪を構成するにとどまる。その売買が数回行われたというのは、いわゆる「連続犯」であるから、1個の継続犯として処断すべきである。それにもかかわらず、原判決が売買の回数に応じて犯罪の成立を認めたのは、法令適用の誤りだといっているのである⁽³⁵¹⁾。その上で、大審院は自判し、当該事案の上告人を(その1罪とされた)買受罪について罰金7円、(同様に1罪とされた)売渡罪について罰金15円(および売渡代価の追徴)に処している。

このほかにも、大判明治19年11月16日裁判粹誌1巻300頁(1886年)は、被告人が被害者方2階座敷にあった衣類数点を5回にわたり窃取したという事案で、その意思を連続するものと認定し1罪として処断した原判決を支持した。この判例は、連続犯について、無形上の継続犯であると説明する。すなわち、この判例は、「連続犯ナル者」について、有形的に観察すると所為に間断あるものの、無形的な意思の上では間断がないとする。したがって、これも継続犯にほかならず、有形上の継続犯と同じように1罪として処罰しなければならないといっているのである⁽³⁵²⁾。

(350) 煙草税則35条。引用すると、「烟草營業者ニシテ無印紙又ハ不足印紙ノ刻煙草ヲ所持シ又ハ賣渡シタル者ハ拾圓以上百圓以下ノ罰金ニ處シ仍(な)ホ其賣渡代價ヲ追徴ス之ヲ貸與讓與シタル者モ同ク其罪ヲ論ス」というものであった。上告人の所為中、売り渡す所為は、同条前段の罪を構成する。

(351) 「今原判文ヲ閱スルニ上告人カ無印紙烟艸(たばこ)ヲ賣買シタルハ二罪ヲ犯シタルニ止リ其賣買ノ數次ニ係ルハ所謂連續犯ニシテ意思ノ繼續スル者ナレハ繼續犯トシ處分ス可キモノナルニ賣買ノ度數ニ應シ毎個ニ刑ヲ科シタルハ上告論旨ノ如ク擬律錯誤ノ裁判ナリ」。

(352) 「抑(そ)モ連續犯ナル者ハ終始意思ノ繼續シテ全轍(どうてつ・同一である様)ノ事ヲ屢次(るじ・度重なる様)行フモノナレハ有形的ノ觀察ヲ下ス時ハ其所爲間斷アリト雖トモ無形的タル意思上ニ於テハ更ニ間斷アルヲナクシテ所謂無形上ノ繼續犯ナルカ故ニ之ヲ有形上ノ繼續犯ト等ク一罪トシテ罰スルハ法ノ正サニ然ルヘキモノナリ今原判文ヲ閱スレハ被告カ行盜數次ニ及フモ意思繼續シテ絶ヘサリシ事實ヲ認メ之ヲ一罪トシテ罰セシメハ理由整然トシテ著明ナレハ即チ連續犯ナルヲ以テ何ソ數罪俱發ノ法ニ因ルヲ

あるいは、大判明治26年9月21日刑録同年自9月至10月143頁(1893年)も、特別刑法上の犯罪で、旧刑法の数罪併発に関する規定を適用しないという定めがある場合を取り扱ったものであるが⁽³⁵³⁾、原判決が、第1の米穀密売買⁽³⁵⁴⁾、第2の米穀密売買、第3の米商会所条例違反⁽³⁵⁵⁾、第4の米穀密売買にそれぞれ犯罪の成立を認め、罰金150円を4つ併科すべきとして罰金600円を言い渡したのに対し、第1、第2、第4は「意思ノ繼續シタル連續犯ナルニ依リ之ヲ一罪トシテ處罰スヘキモノ」と述べて前記の原判決を破棄し⁽³⁵⁶⁾、第1、第2、第4からなる1罪を罰金

得ンヤ上告人カ其意思ノ繼續セルニモ拘(かか)ハラス單ニ行爲ノ間斷アルニ依シ之ヲ數罪併發ナリト見對セシハ誤謬ナリ因テ原裁判ハ瑕瑾(かきん)ナキヲ以テ上告論旨ハ相立サルニ付治罪法四百廿七條ニ則(のつ)リ之ヲ棄却ス」。なお、原文で「之ヲ一罪トシテ罪セシ」⁷となっていたところは、「之ヲ一罪トシテ罰セシ」⁷に改めた。

⁽³⁵³⁾ 明治14年太政官布告第72号5条。詳細は、後記注⁽³⁵⁷⁾参照。

⁽³⁵⁴⁾ 明治16年太政官布告第29号。引用すると、「米商會所及株式取引所ノ仲買人ニシテ竊(ひそか)ニ米穀并(ならびに)金銀貨幣公債證書株式ノ限月若クハ現場^{現場}買又ハ其類似ノ取引ヲ爲シタル者及情ヲ知テ賣買取引ノ場所ヲ給與シタル者若クハ其賣買取引ヲ誘助シタル者ハ五拾圓以上千圓以下ノ罰金ニ處シ其賣買取引ハ米商會所條例及株式取引所條例ノ手續ヲ爲サシム」というものであった。

⁽³⁵⁵⁾ 違反の詳細は不明であるが、判例は、米商会所条例(明治9年太政官布告第105号)8条2節と同19条を適用している。そして、同8条2節(明治15年太政官布告第26号により改正されたもの)と同19条1節(明治13年太政官布告第19号により改正されたもの)を引用すると、それぞれ「仲買人タルモノハ他人ノ依頼ヲ受ルニアラサレハ賣買取引ヲナスコトヲ得ス其賣買取引ニ付會所ニ對シ自己ノ名義ヲ以テシ其賣買取引上一切ノ責任ヲ負擔スヘシ但一口ノ取引ニ付賣買雙方ノ依頼ヲ受クルヲ得ス」、「會所ノ役員及ヒ株主仲買人等此條例ヲ犯スカ又ハ役員タル者株主仲買人ノ條例ニ背反シタルヲ不問ニ措キ又ハ背反セシメタル實證アルトキハ役員並(ならび)ニ本人トモ其輕重ニヨリ三拾圓以上千圓以下ノ罰金ニ處ス」というものであった。

⁽³⁵⁶⁾ 当該事案では少なくともすでに2回原判決が破棄されており、本文の判例はおそらく第3次上告審判決と思われる。この上告審では、弁護人が、まず原判決によって引用された証拠の許容性を争って上告し(=これは第1次上告審や第2次上告審でも問題になった)、上告趣意擴張書でこれと別に

200円、第3を罰金150円に処した⁽³⁵⁷⁾。

その後も、大判明治27年6月29日彙報2巻刑事判例57頁(1894年)は、変造した証書2通をそれぞれ小菅源彌と渡邊忠藏に対し行使したことが原判決によって1個の権利義務証書変造行使罪とされた事案で、犯罪の意思が継続した以上、「連続犯」として1罪とするのは当然とした⁽³⁵⁸⁾。

2点、開廷の日にも拡張陳述を行ってさらに1点主張を付け加えたが、それらのなかには罪数や連続犯を問題にした主張が含まれていなかった。一方、検察官は、原判決に不服を申し立てず、ただ弁護人が行った上告の対手人として上告の理由はない旨答弁しただけであった。そして、大審院は、弁護人が主張した4点をすべて退けた。しかし、その上で大審院が最後に示したのが次の判断である。「然レトモ本案第一第二及ヒ第四ノ米穀密賣買ノ所爲ハ意思ノ繼續犯ナルニ依リ之ヲ一罪トシテ處罰スヘキモノナルニ各罪トシテ併科シタルハ擬律錯誤ノ判決ニシテ破毀ノ理由アルモノトス而シテ第三米商會所條例違犯ノ所爲ニ對スル擬律ハ相當ナルモ此點ニ關係アルヲ以テ共ニ破毀セサルヲ得ス」。

⁽³⁵⁷⁾ なお、この判例が罰金を併科したのは、前記注⁽³⁵³⁾で示したように、明治14年太政官布告第72号5条を適用したためである。前記注⁽⁹⁰⁾でも引用したように、同条によると、「法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ再犯加重及ヒ數罪俱發ノ例ヲ用ヒス」ということになっていたが、もともとこの布告は、旧刑法の施行に伴う措置として発せられたもので、「明治十五年一月一日ヨリ刑法施行候ニ付法律規則中罰例ニ係ルモノハ左ノ例ニ照シテ處斷スヘシ」というのがその前提になっている。そうすると、さきほど引用した同5条も、「左ノ例」の1つとして掲げられたものに過ぎないから、同条にいう「法律規則」は、旧刑法施行以前の法律規則と考えなければならない。そして、原判決が第1、第2、第4の米穀密売買に適用したのは、前記注⁽³⁵⁴⁾で引用した明治16年太政官布告第29号である。そのため、上告審では、これらの所為にさきほど引用した明治14年太政官布告第72号5条を適用することの可否が問題になり、上告趣意はこれを違法だと主張した(= 弁護士岸本庄平の上告趣意拡張書要旨第2)。しかし、大審院は、第1、第2、第4の米穀密売買に適用された明治16年太政官布告第29号を、第3の違反に適用された明治9年太政官布告第105号の「追加附屬ト看做スヘキ法律」と述べ、前記の上告趣意については、その主張を容れなかった(= 「第四」)。

⁽³⁵⁸⁾ 「被告カ變造シテ行使シタル證書ハ小菅源彌渡邊忠藏ニ對スルニ通ナルコトハ原判文ニ明示シナカラ之ヲ連續犯トシテ一罪ト爲シタルハ擬律錯誤ナ

大判明治29年1月23日刑録2輯1巻92頁(1896年)は、詐欺取財について、数回にわたって行われており、しかもそれぞれ日時場所や騙取の金額等が違っているから、数罪と考えるべきだという上告趣意を退け、たとえ日時場所等が異なっても、意思の継続がある以上、1罪として処断すべきであるとした⁽³⁵⁹⁾。大判明治30年5月28日刑録3輯5巻69頁(1897年)も、詐欺取財が3回にわたって行われたという事案で、継続犯罪でないのに原判決が数罪併発の規定を適用しなかったのは違法だとする上告趣意を退け、同一の人に対し同一の目的で意思を継続して実行した詐欺取財罪であるから、原判決がこれを1罪としたのは当然であるとした⁽³⁶⁰⁾。大判明治33年12月13日刑録6輯11巻31頁(1900年)も、被告人江花正孝が、ほかの5名等と共に謀し、種々の手段を用いて上野萬太郎から数通の証書を騙取したという事案で、表面上数個の所為があっても、その実、同人から金員または証書を騙取しようとした同一意思の実行にほかならないとし、それらを1個の継続犯として数罪併発の規定を適用しなかった原判決は不当でないとする判断を示した⁽³⁶¹⁾。大判明治36年9

リト云フニアレトモ其證書ハ源彌忠藏ノ二人ニ差入レタルモ被告カ犯罪ノ意思繼續シタル上ハ之ヲ連續犯ト爲シ一罪ト爲スハ當然ノコトナリ」(=弁護士の擴張論旨第3に対する判断)。

(359) 「清次郎伊三郎梅吉辯護士兒玉一英上告趣意擴張書ノ要旨ハ本件ノ犯罪ハ數回ニ涉リ各日時場所及騙取ノ金額等ヲ異ニシ全ク數罪ト爲スヘキモノナルニ原院カ意思ノ繼續シタルモノト云フヲ以テ一罪トシテ論シタルハ擬律錯誤ナリト云フニ在レトモ○本件ニ付其騙取ノ日時場所等ハ各異ナルモ意思ノ繼續アル上ハ之ヲ一罪トシテ處斷スルハ相當ナリ而シテ意思ノ繼續シタルヤ否ヤヲ判定スルハ事實論ナルヲ以テ原院ニ於テ其意思ノ繼續ヲ認メ一罪トシテ處斷シタル上ハ他ヨリ批難スルヲ得ス」(=判旨第17点)。なお、原文で「意思ノ繼續シタルヤ否ヲ判定スルハ」となっていたところは、「意思ノ繼續シタルヤ否ヤヲ判定スルハ」に改めた。

(360) 「辯護士ノ擴張論旨第一點ハ本件第一乃至第三ノ詐欺取財罪ハ各別個ノ犯罪ニシテ繼續犯罪ニアラサルニ原判決ニ數罪併發ノ法條ヲ適用セザリシハ違法ナリト云フニ在レトモ○原判決ノ認定ニ據レハ被告カ本件第一乃至第三ノ所爲ハ同一ノ人ニ對シ同一ノ目的ヲ以テ其意思間斷ナク繼續シテ犯シタル詐欺取財罪ナルニ依リ原院カ之ヲ一罪トシテ處斷シタルハ當然ナリ」。

(361) 「原判決ノ認ムル所ニ依レハ本件ハ被告正孝ニ於テ上野萬太郎ヨリ金圓又

月29日刑録9輯1393頁(1903年)も、被告人佐々木辰郎が平本十七吉から金25円の借用証書を騙取したと、金60円並びに金40円の借用証書を騙取したことの2つについて、これらは、日時場所を異にするから単一の行為といえないと主張する上告趣意に対し、行為者が1個の犯罪を行おうという決意をなしてその決意を実行し犯罪遂行に必要な数個の所為を行った場合、それらが相互に連絡していて当初企図した目的の範囲内で行われたものである限り、各個の所為がそれぞれ犯罪になるわけではなく、あわせて1罪を構成するという判断を示した⁽³⁶²⁾。前記の上告趣意は、詐欺取財罪を即時犯であるとした上で、原判決が被告人の所為を継続犯と認めたのは誤りであると指摘したが⁽³⁶³⁾、この判例は、即時犯で

ハ證書ヲ騙取センコトヲ企テ被告保博、峯吉、彌壽平、忠平、源齋等ト共謀ノ上被告正孝ノ所有ニ係ル極メテ低價ノ瘠地(せきち・やせ地のこと)ヲ上等ノ畑地ナリト詐(いつわ)リ巧(たくみ)ニ萬太郎ヲ欺キ種々ノ手段ヲ以テ數通ノ證書ヲ騙取シタルモノニシテ表面上數個ノ所為アリト雖モ其實萬太郎ヨリ金圓又ハ證書ヲ騙取セント欲シタル同一意思ノ實行ニ外ナラサレハ縦(よ)シ原判文ニ第一第二ト段落ヲ切り又ハ『云々ヲ奇貨(きか・減多にない機会のこと)トシテ云々金圓ヲ騙取セント欲シ』等ノ文詞ヲ用ヒタリト雖モ數罪俱發ヲ認メタリトハ云ヒ難キヲ以テ原院カ事實理由ノ末段竝ニ法律ノ理由中意思繼續云々ト説明シ之ヲ一ノ繼續犯ナリト認メ數罪俱發例ヲ適用セサルハ不當ニアラス又檢第一二號證豫第三號證ノ十二豫第一號證ノ五豫第六號證中ノ委任狀ヲ騙取シタルハ他ノ犯罪ノ結果ニアラスシテ犯罪行為ナリト雖モ前掲説明ノ如ク右ハ總テ一ノ意思ヨリ生シタル犯罪行為ナルヲ以テ原院カ之ヲ數罪トセス意思繼續ノ一罪ト認メタルハ違法ニアラス」(=宮城控訴院検事長の上告趣意書要旨第1に対する判断)。

⁽³⁶²⁾ 「而シテ犯人カーノ犯罪ヲ行ハントスルノ決意ヲ爲シ其決意ノ實行上犯罪遂行ニ必要ナル數箇ノ所為ヲ爲シタル場合ニ其各所為カ互ニ相連絡シ犯人カ當初希圖(きと)シタル目的ノ範囲内ニ於テ是等行為ヲ爲シタルモノナルニ於テハ各箇ノ所為ハ獨立ノ犯罪ヲ構成セスシテ相共ニ一罪ヲ構成スヘク其日時場所ノ異同ハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノトス故ニ原院カ本件被告人ノ所為ニ對シ前記ノ事實關係ヲ認メ意志ノ繼續ニ因ルー罪ナリト説示シタルハ相當ニシテ毫(ごう)モ法理ヲ誤解シタルモノニハアラサルヲ以テ上告論旨ハ其ノ理由ナキモノトス」(=弁護人花井卓藏の上告趣意擴張書第2点に対する判断)。

ある詐欺取財罪でも、継続した意思と行為によって犯罪が継続するのを認めてよいとする⁽³⁶⁴⁾。大判明治37年6月9日刑録10輯1290頁(1904年)も、被告人が同じ被害者を殴打し、その頭部2か所に創傷を負わせたという事案で、その創傷は被告人が被害者を殴打しようとする同一意思の発動に起因したものであるから、被告人が被害者の身体に2個の創傷を負わせた所為はともに1個の殴打創傷罪を構成し、別個独立の2罪を構成しないことはいうまでもないとした⁽³⁶⁵⁾。また、大判明治37年9月19

(363) 「原院判決ハ被告ノ所爲ヲ以テ意思ノ繼續ニ依ル犯罪即チ繼續犯ト認メタリ抑モ繼續犯ナルモノハ意思及ヒ所爲ハ單一ニシテ唯實行ノ所爲ニ比較的永久ノ時間ヲ要スル性質ノ犯罪ヲ謂フニ外ナラス然ルニ原院ノ認メタル事實ニ依レハ被告ハ平本十七吉ヨリ金二十五圓ノ借用證書及金六十圓竝ニ金四十圓ノ借用證書ヲ騙取シタルニ所爲アリトシ其各所爲ハ時日場所ヲ異ニスルヲ以テ決シテ單一ノ行爲ト言フコトヲ得ス加之(しかのみならず)詐欺取財罪ノ如キハ即時犯ニシテ繼續犯ノ性質ヲ有スヘキモノニ非サルニ拘ハラヌ輒(たや)スク意思ノ繼續ニ依ルモノト認定シタルハ法理ヲ誤解シタルノ結果其認定ヲ誤リタル不法アルモノト信ス」(= 弁護人花井卓藏の上告趣意拡張書第2点)。

(364) 「學者ノ所謂即時犯トハ即時ニ成立シ得ヘキ犯罪ヲ指稱シタルモノニシテ一ノ犯罪カ即時犯タルヤ否ヤハ其犯罪カ即時ニ成立シ得ヘキ性質ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ定マルモノニシテ其犯罪ノ多少永キ時間繼續シ得ルヤ否ヤニ依リテ定マルモノニアラス故ニ多少長キ時間意志ト行爲ノ繼續スルニアラサレハ成立セサル犯罪ハ即時犯ヲ構成セサルコト明カナリト雖モ即時犯ヲ構成スヘキ犯罪ハ繼續シタル意志ト行爲トヲ以テ多少永キ時間ニ涉リテ之ヲ犯スコト能ハサルモノト主張スルコトヲ得ス隨(したが)テ學者ノ所謂即時犯ノ類別中ニ入ルヘキ詐欺取財ニ付キ犯罪行爲ノ繼續セル事實ヲ認ムルコトハ毫モ妨ケナシトス」(= 弁護人花井卓藏の上告趣意拡張書第2点に対する判断)。

(365) 「其第三點ハ原判決ハ事實ノ部ニ二箇ノ殴打創傷ヲ認メラレタルモ法律適用ノ部ニ於テ數罪俱發例ヲ以テ處斷セラレス各別々科刑セラレタルモノニシテ此點ニ於テ失當ヲ免レスト信スト云フニ在リ○依テ原判文ヲ見ルニ被告カ新妻榮治ヲ殴打シ其頭部二箇所ニ創傷ヲ負ハシメタルコトハ明カナリト雖モ其創傷タルヤ被告カ右榮治ヲ殴打セントスル同一意思ノ發動ニ基因シ箇々別々ナル意思ノ發動ニ基因シタルモノニアラサルコトモ亦タ原判文上毫モ疑ヲ容レサル所ナルヲ以テ被告カ榮治ノ身體ニ二箇所ノ創傷ヲ負ハシ

日刑録10輯1727頁(1904年)は、被告人が明治37年2月22日から数日にわたって新聞紙上に掲載した記事のうち、同月22日の記事が警察署長の職務に対する侮辱として起訴されたという事案で、同日の記事だけでなく、一連の記事全体について官吏侮辱罪⁽³⁶⁶⁾の成立を認めた原判決を支持した。判旨によると、被告人がそれらの記事を掲載した所為は、数日にわたって行われたものであるが、前後継続した意思で実行されたものであるから、1罪にしかならず、数個の犯罪に区分すべきものでない。そうすると、被告人が行った同月22日の記事掲載は、1罪の一部ということになるが、当時の刑事訴訟法では、1罪の一部が起訴されても、その罪全体を審理することが可能であった。このため、原判決のように、記事全体を犯罪と認めても、違法でないと言われたわけである⁽³⁶⁷⁾。大判

メタル所爲ハ相共ニ一ノ毆打創傷罪ヲ構成シ別箇獨立ナル二箇ノ犯罪ヲ構成スルコトナカルヘキハ別段説明ヲ要セサル所ナリ故ニ原院カ『被告和三ノ所爲ハ刑法第三百一條第二項ニ該リ云々』ト説明シ被告ノ所爲ヲ一罪ナリトシテ單一ノ刑ヲ科シタルハ相當ナルノミナラス所論ノ如ク二箇ノ創傷ニ對シ各別ニ刑ヲ科シタルモノニハアラサルヲ以テ上告論旨ハ理由ナシ」(=判旨第6点)。なお、原文で「其創傷タル」となっていたところは、「其創傷タルヤ」に改めた。

⁽³⁶⁶⁾ 旧刑法141条1項および同2項。引用すると、それぞれ「官吏ノ職務ニ對シ其目前ニ於テ形容若クハ言語ヲ以テ侮辱シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」、「其目前ニ非スト雖トモ刊行ノ文書圖畫(とが)又ハ公然ノ演說ヲ以テ侮辱シタル者亦同シ」というものであった。

⁽³⁶⁷⁾ 当該事案は、官吏侮辱罪として起訴されたが、第一審公判廷において、実質は誹毀(ひき・名誉毀損のこと)罪(=旧刑法358条)であり、明治37年2月22日以外の記事には告訴がないとして、被告人側から公訴不受理の申し立てがあった(=誹毀罪は親告罪であった。同361条)。これを受けて検察官は、同日の記事のみ起訴したものだから、親告罪だとしても申し立てに理由はないと抗弁し、第一審判決も、同日の記事のみを犯罪事実として被告人を有罪とするものだったが、被告人が控訴したところ、原判決は、記事全体が起訴されたと判断し、その後の記事も犯罪事実を含めた上で、第一審判決と同じ刑を言い渡した。上告審では、弁護人がこれを不告不理の原則に反すると主張したが、本文の判例は、次のように述べてこれを退けた。

明治38年2月7日刑録11輯107頁(1905年)は、約束手形28通を偽造行使したという事案で、1個の意思を継続して数個の犯罪行為を行ったのであれば、1罪として処断すべきであり、約束手形の偽造行使が意思継続して行われたと認定したにもかかわらず、数罪として処断した原判決には、法令適用の誤りがあるとした⁽³⁶⁸⁾。大判明治38年2月14日刑録11輯

「原判決事實理由ノ部ニ掲ケタル被告ノ犯罪事實ハ明治三十七年二月二十二日及其後ノ數日ニ渉ル新聞ノ記事ニ因リテ成レルモノナリト雖モ而カモ被告カ前後繼續シタル意思ヲ以テ犯シタルモノナルコトハ原判決ノ示タル事實ニ依リテ之ヲ知ルニ足ルヘク從テ右ノ犯罪ハ單ニ一箇ノ犯罪タルニ止マリ數箇ノ犯罪ニ區分スヘキモノニアラサルコトハ論ヲ竣(ま)タサル所ニシテ原院亦之ヲ一罪タルニ過キスト認メタルモノナルコト其判文ニ照シ明カナリトス然ラハ則(すなわ)チ本件ノ起訴ハ所論ノ如ク假令明治三十七年二月二十二日ノ記事則チ一罪ト認メラレタル事實ノ一部分ノミニ對スルモノトスルモ裁判所ハ各一罪中ノ他ノ部分即チ右二月二十二日以後ノ新聞記事ノ點ニ付テモ法律上當然審判ヲ爲シ得ルコト勿論ナレハ原院カ其部分ヲ合セテ審判シタリトテ所論ノ如ク訴ノ起ラサル事實ニ付審判シタル不法ノ裁判ナリト云フヲ得サル」(= 弁護人齋藤正毅の上告趣意擴張書第1点に対する判断)。なお、当時の刑事訴訟法261条2項は控訴理由があれば第一審判決を取り消してさらに判決するとし、同265条1項は被告人しか控訴しなかったら第一審判決を被告人の不利益に変更できないとしていたが、当該事案の原判決は、前者により判決し、後者を適用しなかった。弁護人は、これを法律理由の不備だと主張したが、本文の判例は、刑が第一審判決と同じになったのも、記事全体を考慮した量刑の結果に過ぎないとして、その主張を退けた(= 弁護人磯部四郎の上告趣意弁明書第2点に対する判断)。

⁽³⁶⁸⁾ 被告人の上告趣意第1点は、原判決に約束手形の偽造行使を数罪とするかのような説明と1罪とするかのような説明が含まれていて、その理由に齟齬があると主張するものであったが、本文の判例は、次のように述べてこれを容れた。「依テ原判決ヲ査スルニ『被告松之助ハ云々梅村宗七名義ノ約束手形ヲ偽造シ同人ノ取引先ナル近江銀行京都支店ノ割引ヲ受ケ金員ヲ騙取セント企圖シ明治三十六年十月六日ヨリ同三十七年五月二十一日ニ至ルノ間云々約束手形用紙ニ振出人ヲ梅村宗七受取人ヲ被告松之助ト記入シ宗七名下ニハ同人ノ私印ヲ盜捺シ第一云々二十八通ノ約束手形ヲ數回ニ偽造シ被告ハ其各通ニ讓渡ノ裏書ヲ爲シ意思ヲ繼續シテ情ヲ知ラサル京都市下京區株式會社近江銀行京都支店ニ交付シ割引ヲ受ケ數度ニ總計六千餘圓

157頁(1905年)は、官吏によるその管掌に係る文書の偽造行使について、2個の文書偽造行使を認めながら、これらを(旧刑法100条の適用上)1罪として取り扱った原判決を支持した。判旨によると、その理由は、同一の目的をもって行われた同種同性質の行為だからだという⁽³⁶⁹⁾。そして、

ヲ受取り之ヲ騙取シ』トアリテ私印ヲ盗用シテ偽造シタル二十八通ノ約束手形ヲ意思繼續シテ之ヲ行使シ以テ金圓ヲ騙取シタル事實明白ナリトス又法律適用ノ部ニハ『約束手形偽造行使ノ各所爲ハ云々私印盗用ノ各所爲ハ云々重キ第一ノ約束手形(金額八百八十圓)偽造行使罪ニ從ヒ』トアルニ依リ其偽造行使ヲ數罪トシテ處斷シタルコト明カニシテ一モ不明ノ點ナシト雖モ一箇ノ意思ヲ繼續シテ數箇ノ犯罪行爲ヲ行フタルトキハ其數箇ノ行爲ハ之ヲ包括的ニ觀察シ一罪トシテ處分スヘキモノナレハ本件數箇ノ盜捺私印及偽造手形カ意思繼續シテ行使セラレタルモノト認定シタル以上ハ之ヲ一罪トシテ處斷スヘキニ原判決ハ事茲ニ出テス法律適用ノ部ニ於テ約束手形偽造行使私印盗用罪ヲ數罪トシテ處斷シタルハ擬律ノ錯誤アルモノニシテ上告ハ理由アルモノトス」(=上告趣意第1点および同第2点に対する判断)。すなわち、仮に1罪として処断したのであれば、第1の偽造行使罪、第2の偽造行使罪のような区別はなくなるし、金額も28通の合計である「六千餘圓」になるはずだから、原判決が「重キ第一ノ約束手形(金額八百八十圓)偽造行使罪ニ從ヒ」というのは、数罪にしたということだと理解せざるを得ない。意思継続して行使したと認めたにもかかわらず、このように数罪としたのは、法令適用の誤りにほかならないということである。

⁽³⁶⁹⁾ 千葉県印旛郡木下町(きおろしまち)の町長であった被告人鈴木肇は、同町の収入役であった伊藤雄藏と共謀し、木下町外(ほか)6ヶ村実業学校組合の明治35年度収入日計簿と明治35年度歳入出現金受払簿にいずれも虚偽の事実を記入した。このうち日計簿への記入が第1の所為、歳入出現金受払簿への記入が第2の所為であり、このほか内容は不明であるが第3の所為も起訴されていたようである。原判決は、数罪の成立を認め、旧刑法100条により最も重い第1の所為に従って処断すると述べたが、この第1の所為が、4月25日付の記入と5月27日付の記入の2つとされたことから、弁護士は、原判決に理由不備があると主張した。これは、4月25日付、5月27日付と2個の文書偽造(行使)を認めた以上、そのいずれが重いかも明らかにしなければならないということであるが、本文の判例は、次のように述べてこの主張を退けた。「依テ原判文ヲ閱スルニ被告カ第一ノ日計簿偽造ノ所爲ハ前後二回ニ之ヲ爲シ其所爲ノ單一ナラサルコトハ所論ノ如シト雖

大判明治41年6月22日刑録14輯688頁(1908年)は、被告人が高岡市と中田町においてそれぞれ財物を騙取したという事案で、原判決に2罪を1罪とした理由齟齬があると主張する被告人に対し、行為地が異なることは犯罪の単一性を害するものでないと述べて、その上告を退けた。この判例によると、場所を異にして行われた所為であっても、行為者の意思と所為の性質によって1罪となることは妨げられない。それゆえ、原判決が被告人の所為を同一の意思に基づくとして単一の犯罪としたのは正当であるという⁽³⁷⁰⁾。

さらに、現行刑法が施行されたあとでも、行為時法が旧刑法の事案では、旧刑法を適用しなければならない。これは、訴追された行為に旧刑法と現行刑法をそれぞれ適用して、現行刑法6条が求める刑の比較を行わなければならないからであるが、大判明治43年10月24日刑録16輯1723頁(1910年)は、そのような事案で、旧刑法210条1項の権利義務証書偽

モ被告ハ縣廳ヨリノ補助金五百五十圓ト組合ノ公債ト合計金千百圓ヲ以テ本件工事ヲ遂行スルノ任ニ當リ公債ノ募集ヲ爲サス豫算以内ノ金額ヲ以テ之ヲ竣工シタルニ拘ハラス豫算ニ符合セシムル爲メ是等虚偽ノ記載ヲ爲シタルモノナルコトハ原判文ノ冒頭ニ記載スル所ニ依リテ明カナルヲ以テ被告ハ同一ノ目的ヲ以テ同種同性質ナル數箇ノ所爲ヲ爲シタルモノニシテ別箇獨立ナル意思ノ發動ニ基キ各箇ノ所爲ヲ爲シタルモノニアラサルヤ明カナリ左スレハ被告カ兩度ニ爲シタル虚偽ノ記載ハ之ヲ包括的ニ觀察シーノ公文書偽造行使罪ヲ構成スルモノト斷定セサルヘカラス故ニ原院カ右ノ所爲ヲ指摘シ之ヲ重シトシテ擬律ヲ爲シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(=判旨第4点)。

(370) 「同辯明書ノ第一ハ控訴院判決理由中第三ニ揭示セラレタル犯罪中一ハ高岡市ニ於テ犯シ又一ハ中田町ニ於テ犯シタル二罪ヲ一罪トシタルハ理由ニ齟齬アルモノト信スト云フニ在レトモ○本件被告ノ所爲カ同一意思ノ發動ニ基ク單一ノ犯罪ヲ構成スルヤ否ヤハ原院カ其事實認定ノ職權ヲ以テ確定シ得ヘキ事實ナルノミナラス犯所ノ區區(くく)ナルコトハ犯罪ノ單一性ヲ害スルモノニアラス場所ヲ異ニシテ犯サレタル所爲ト雖モ犯人ノ意思及ヒ其所爲ノ性質ニ因リ相共ニ一罪ヲ構成スルコトヲ妨ケサルヲ以テ原院カ本件被告カ同一意思ノ發動ニ基ク本件ノ財物騙取ノ所爲ヲ單一ノ犯罪ナリトシ刑ヲ適用シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(=被告人野原幸太郎の弁明書第1に対する判断)。

造行使罪について連続犯を認めた。

この判例を読み解くには、その前提として、まず、大判明治43年6月21日刑録16輯1258頁(1910年)を押さえておかなければならない。実をいうと、これは、旧刑法の罪数判断でなく、現行刑法55条の解釈を示した判例であるが、その事案は、(姓不詳)威成と、被告人吉永今次、同(姓不詳)健彦の3名が、共謀の上、金銭借用証書、領収証書、前記金銭貸借に関する公正証書作成の委任状を偽造したというものであった。また(威成は、前記の共謀に基づいて)偽造委任状を行使し、公正証書の原本に不実の記載をさせて、それを行使した。原判決は、金銭借用証書の偽造、領収証書の偽造、委任状の偽造を(現行刑法の)有印私文書偽造罪、委任状の行使を偽造有印私文書行使罪、公正証書原本への不実記載を公正証書原本不実記載罪、その行使を不実記載公正証書原本行使罪にあたるとしたが、このうち3個の有印私文書偽造に同55条を適用し、その連続犯とそれ以外の罪を(おそらくすべて)牽連犯とした⁽³⁷¹⁾。これに対し

(371) 本文の判例が取り扱った事案では、予審請求書の記載上、被告人健彦が3個の有印私文書偽造、被告人吉永今次がその教唆として起訴されたことになっていた。このため、弁護人は、偽造有印私文書行使罪と公正証書原本不実記載罪が起訴されていないと主張したが、本文の判例は、それらも「牽聯シテ一罪トシテ處斷セラルヘキ」だから(当時の刑事訴訟法では)起訴の範囲内に属するとした(=弁護人渡邊澄也の上告趣意書第4点に対する判断)。ここでは、不実記載公正証書原本行使罪が議論されていないが、同罪が公正証書原本不実記載罪と牽連犯になるのは問題ないから、これも(当時の刑事訴訟法では)起訴の範囲内に属するということだと考えられる。そして、本文で説明したように、原判決は、有印私文書偽造罪、偽造有印私文書行使罪、公正証書原本不実記載罪、不実記載公正証書原本行使罪の成立を認めたが、上告趣意によると、原判決は、最終的に現行刑法54条1項を適用した上で最も重い文書偽造により処断すると述べたという。「第五點原判決ハ三箇ノ文書偽造ヲ認メナカラ刑法第五十四條第一項ヲ適用スルニ當リ單ニ『一ノ重キ文書偽造ノ所爲』ト判示タルノミ三箇ノ文書偽造ノ所爲中其何レカ重キカラ説明セサルハ理由不備ノ不法アルモノト信ス」(=弁護人渡邊澄也の上告趣意書第5点。この主張に対する判断に関しては、後記注⁽³⁷²⁾参照)。もちろんこれだけでは、原判決が有印私文書偽造罪以外のどの罪に同項を適用したのかわからないが、前記の「牽聯シテ一罪トシテ

て、上告趣意は、3個の文書偽造を罪質が異なるとし、原判決がそれらに同条を適用したことを違法と主張したが⁽³⁷²⁾、判例は、3個の文書偽造を連続犯とした原判決を支持した。その説くところによると、金銭借用証書、領収証書、委任状は、性質・効用を異にするが、それらを偽造すると、いずれも同159条1項にあたるから、3個の文書偽造は罪質が異なるわけでない。そうすると、被告人らが連続して行った3個の文書偽造は、同一罪名に触れるから、原判決が同55条により1罪として処断したのは正当だといっているのである⁽³⁷³⁾。

處斷セラルヘキ」という判旨を念頭において考えると、原判決も、成立した犯罪をすべて牽連犯にしたと推測することができる。

(372) 「第二點刑法第五十五條ハ同一ノ行爲ニシテ數箇連續スルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷スルノ法意ナリ之ヲ例スレハ詐欺取財ノ行爲數箇連續シテ同一體様(たいよう)ニ行ハレタルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷スルモ被害者ヲ異ニスル詐欺取財數箇連續シテ行ハルルトキハ同一ノ罪名ニ觸ルルコト勿論ナリト雖モ決シテ同條ヲ適用スヘキモノニ非ス原判決ハ罪質ヲ異ニスル二千圓ノ借用證書偽造二千圓ノ領収證書偽造委任狀偽造ノ三所爲アルコトヲ認メナカラ單ニ適用ノ法文ヲ同フスルノ理由ニ依リ刑法第五十五條ヲ適用處斷シタルハ擬律錯誤ノ不法アルモノト信ス」(= 弁護士渡邊澄也の上告趣意書第2点)。なお、この上告趣意は、「被害者ヲ異ニスル詐欺取財數箇連續シテ行ハルルトキ」に言及しているが、そのような詐欺取財でも連続犯を認めるかという点の判例には、やや複雑な変遷がある。まず、旧刑法では、そのような詐欺取財でも連続犯を認めるというのが判例であった。これに関しては、このあと本文で説明する。一方、現行刑法55条の解釈としては、大判明治44年10月26日刑録17輯1769頁(1911年)や大判明治44年11月16日刑録17輯1994頁(1911年)が、そのような詐欺取財の連続犯を否定した。これは、当時の判例が、連続犯に法益の単一性を要求するという立場を前提にしていたからである。しかし、この前提にしていた立場が、その翌年に登場した連合部判決で覆され、それ以降は、被害者の同一性が問われなくなった。これに関しては、後記注⁽³⁹⁹⁾で説明する。

(373) 「因テ按スルニ所論ノ借用證書領収證書及委任狀ハ各其文書ノ性質効用ヲ異ニスルモノヲ偽造スルニ於テハ何レモ刑法第百五十九條第一項ニ該ル犯罪ナレハ罪質ヲ異ニスルモノニ非ス左レハ被告等カ判示ノ如ク連續シテ右三箇ノ文書ヲ偽造シタル數箇ノ行爲ハ即チ同一罪名ニ觸ルルモノナルヲ以テ同第五十五條ニ依リ一罪トシテ處斷シタル原判決ハ正當ナリ論旨ハ理由

その上で、さきほど挙げた大判明治43年10月24日であるが、この判例が取り扱ったのは、被告人福岡仁三ほか2名が、笠原源藏名義の委任状(=証第1号)、受領証(=証第2号)、不動産の買い戻しに関する証書(=証第4号)を偽造行使したという事案である。前記のように、当該事案は、現行刑法施行前のものだったことから、原判決は、旧刑法と現行刑法をそれぞれ適用したが、そのうち旧刑法では、3個の文書偽造行使をすべて権利義務証書偽造行使罪(=同210条1項)、偽造のために行われた署名捺印の盗用を私印盗用罪(=同208条2項および同1項)にあたるとした。そうすると、当然、数罪俱発ということになるが、原判決は、同100条1項と同3項を適用する際、権利義務証書偽造行使の所為が重いと述べて、いずれの権利義務証書偽造行使が重いのかを明らかにしなかった。上告趣意は、これを違法だと主張したが、この判例は、次のように述べて、原判決を支持した。すなわち、原判決が、被告人らによる文書の偽造行使を同一意思の発動に基づく連続の数行為として1罪と認めたのは、明らかである。このような性質・効用が異なる文書の偽造行使でも、それらが「同一法條ノ適用ヲ受クヘキモノナルトキ」連続犯として処断することができるというのは、前記の大判明治43年6月21日が表示すところである。したがって、原判決が3個の文書偽造行使を1罪とし、私印盗用罪と比較してその文書偽造行使の連続犯を重いとしたのは、正当だというのである⁽³⁷⁴⁾。

ナシ」(=弁護人渡邊澄也の上告趣意書第2点に対する判断)。そして、本文の判例は、このように述べたあと、前記注⁽³⁷¹⁾で引用した上告趣意に対しても、次のように述べ、被告人2名の上告をいずれも棄却している。「原判決ハ三箇ノ文書偽造ヲ以テ一箇ノ連続犯ト認メタルモノナレハ三箇ノ文書偽造中其何レカ重キヲ判示セサルハ當然ナルヲ以テ論旨ハ理由ナシ」(=同第5点に対する判断)。

⁽³⁷⁴⁾ 「第三點原判決ハ證第一、二、四號ノ數箇ノ私文書ヲ偽造シテ行使シタルモノナリトノ事實ヲ認メタルニ拘ラス其法律適用ノ部ニ於テ單ニ『數罪俱發ニ付同第百條ニ照ラシ犯情重キ私書偽造行使ノ所爲ニ從テ處斷スヘク云云』トノミ判示シ其何レノ文書偽造行使ヲ以テ重キモノトセルヤニ付何等ノ説明ヲ爲サズ爰(ここの)點ニ於テ原判決ハ法則ニ背戾(はいれい)セル不

この判例は、現行刑法施行後のものである上、引用されているのも、現行刑法55条に関する判例である。それだけでなく、この判例が連続犯の要件として挙げる「同一法條」というのも、当時の現行刑法55条が連続犯の要件としていた「同一ノ罪名」を連想させる。しかし、ここで紹介した連続犯に関する判旨は、旧刑法の法令適用について述べられたものである。したがって、これは、あくまでも旧刑法を適用したときの罪数判断として、連続犯を1罪としたものと考えられる。

旧刑法のもとで連続犯を認める際には、意思の継続と行為の同性質を要件とするのが一般である。しかし、この大判明治43年10月24日は、旧刑法を適用しているにもかかわらず、「同一意思ノ發動ニ基ク連續ノ數行爲」が「同一法條ノ適用ヲ受クヘキモノナルトキ」連続犯を認めることができるとする。意思の継続は同じであるが、行為の同性質が「同一法條」に入れ替わっているわけである。これは、この判例が、現行刑法55条に関する判例を引用したことによると考えられるが、それだけでなく、そこで議論されていたのが文書偽造行使罪の連続犯だったことも1つの要因になっていると思われる。もともと旧刑法の文書偽造行使罪では、複数の文書が偽造・行使されたとしても、文書の性質や効用を考慮してその罪数を判断するということが行われていた(たとえば、大判明治37年3月28日刑録10輯580頁(1904年)は、土地売買登記申請に関する委任状と土地売買登記申請書の偽造行使について、「右文書ハ其性質ヲ異ニシ登記ニ關シテハ各別ニ効力ヲ有スル」と述べ、2個の権利義務証書偽造行使罪を認

法アルモノト信スト云フニ在リ○然レトモ所論第一號第二號及第四號ノ偽造證書ハ各其性質効用ヲ異ニスルモ何レモ權利義務ニ關スル私文書ニシテ舊刑法第二百十條第一項ノ適用ヲ受クヘキモノナレハ原院ハ之ヲ同一意思ノ發動ニ基ク連續ノ數行爲ニシテ一罪ヲ構成スルモノト認メタルコト自(おのずか)ラ明ナリ而シテ斯(かか)ル性質効用ヲ異ニスル文書ヲ偽造シタル場合ト雖モ同一法條ノ適用ヲ受クヘキモノナルトキハ連續犯ヲ以テ論斷シ得ヘキコトハ當院最近判例ノ示ス所ナリ(明治四十三年(れ)第一〇四六號同年六月二十一日宣告文書偽造教唆及文書偽造ノ件)故ニ原院カ所論三箇ノ文書偽造行使ヲ以テ一罪ト認メ之ヲ私印盜用罪ニ對照シテ其情重キモノト判シタルハ相當ニシテ本論旨モ亦理由ナシ)(=判旨第3点)。

めている⁽³⁷⁵⁾。そうすると、この大判明治43年10月24日は、「性質效用ヲ異ニスル文書ヲ偽造シタル場合」であるにもかかわらず、連続犯を認めただけであるから、文書の性質や効用と行為の性質が別の基準で判断されていることになる。すなわち、それまで文書偽造行使罪の罪数判断で基準とされていた文書の性質や効用がどうであれ、その文書を偽造して行使する行為が「同一法條ノ適用ヲ受クヘキモノ」のときは、連続犯の要件である行為の同性質を認めることができるというわけである。このように、文書の性質や効用と行為の同性質は切り離して考えることが可能であるが、この判例の事案で連続犯の要件として行為の同性質を求めると、その2つを区別して説明しなければならなくなる。それによる記述の複雑化を避けるため、この判例は、行為の同性質を(実質的に同じことと考えられるようになった)「同一法條」という言葉に置き換えて説明したものと思われる。

(375) 「又委任狀ト登記申請書トハ登記手續ニ關シ相牽連スル必要書類ナルヲ以テ其提出ハ相待テ效果ヲ生スヘキモノナルコトハ所論ノ如シ然レトモ右文書ハ其性質ヲ異ニシ登記ニ關シテハ各別ニ效力ヲ有スルヲ以テ委任狀偽造ノ所爲中ニ申請書偽造ノ所爲モ當然包含スヘキ罪質ノモノニアラス故ニ苟モ右二箇ノ文書偽造ナルニ於テハ其行使ハ同時ナルモ二罪ヲ構成スヘキコト論ヲ俟タス」(=被告人小菅春次弁護士菅原亥之助の上告趣意第1点(二)に対する判断)。本文では、土地売買登記申請と説明したが、原文では、「畑地賣渡登記申請」である。被告人小菅春次は、小菅宗吉所有の土地に係る前記の登記申請を中村信吉に委任する旨の委任状を偽造するとともに、中村には小菅宗吉の代理人として登記申請書を作成させ、登記申請の段階でその委任状と登記申請書を行使した。原判決の判示によると、偽造された委任状が中村に交付された事実はなく、そのため、偽造された委任状の行使と登記申請書の行使は、いずれも登記申請の段階で行われたとされている。さらに、旧刑法210条1項の権利義務証書偽造行使罪は、文書を偽造しただけでなくその偽造文書を行使して初めて成立するから、この事案では、2個の文書の偽造行使が同時に行われたということになる。その意味で、これは、いわゆる想像上の数罪俱発と考えられるが、本文の判例は、ここで引用したように、文書の「性質」と「效力」の違いを挙げて2個の権利義務証書偽造行使罪を認めた。なお、想像上の数罪俱発については、本誌35卷3 = 4号(2021〔令和3〕年)41-62頁参照。

いずれにしても、ここまでみてきたように、旧刑法のもとでは、連続犯を1罪とする判例が比較的早いうちから現れて、その判断が繰り返されてきた。その際、1罪とするための要件として挙げられていたのは、意思の継続と行為の同性質である(=大判明治43年10月24日がいう「同一法條」も、行為の同性質をいい換えたものに過ぎないと考えられる)。しかし、旧刑法下の連続犯が、それだけで認められていたかということになると、若干検討を要する。なぜなら、被害者の同一性を問題にする判例も、少なからず存在するということがわかっているからである。

たとえば、大判明治26年7月17日彙報(1巻)1号38頁(1893年)は、旧刑法292条の謀殺罪について、被害者が別人であることを理由に、数罪の成立を認めている。この事案では、被告人小嶋彦作が小嶋兼五郎方一家4名を全員殺害すると決心し、訴外尾州松と共謀の上、犯行当日の深夜、被告人が尾州松を小嶋兼五郎宅に導いて共に同人宅へ忍び入った。そして、同人宅の者がいずれも寝所で熟睡していたことから、被告人はその場において、尾州松が手を下し、小嶋兼五郎ほか3名を殺害したという。これによると、被告人は、もともとその4名を殺害する意思だったのだから、4名を殺害するというのは1つの意思だということになる。しかも、それだけでなく、その意思に基づき実際に4名を殺害したわけだから、これは、その成り立ちに関する限り、文献で例に挙げられている窃盗罪の連続犯と変わらないだろう。すなわち、金庫の紙幣を全部窃取する意思で少しずつ窃取したというのと同じように、被害者方の4名を全員殺害する意思で1名ずつ殺害したと考えれば、ここでも連続犯を認める余地があるのでないかということである。しかし、この事案では、上告趣意が数罪とすべきでない⁽³⁷⁶⁾と主張したが、前記の判例は、これを退けて数罪併発とした原判決を支持した。その判旨によると、謀殺罪は1人ごとに1罪を組成するという⁽³⁷⁶⁾。

(376) 大審院は、当時の刑事訴訟法283条に従って定式を履践した際に弁護士「横山若藏」が申し立てたという主張を5つ引用している。大審院の説明によると、これは、弁護士「横山若藏」が行った「上告趣旨」の「擴張敷衍(ふえん)」で、同283条2項が開廷の日に行うと定めていた弁護士による趣意弁明のことだと思われるが、その第5は、次のようなものであった。

謀殺罪については、大判明治29年6月29日刑録2輯6巻96頁(1896年)も、同じように数罪の成立を認めているが⁽³⁷⁷⁾、大判明治34年9月17日

「原判文ノ認ムル所ニ依レハ被告ニ於テ兼五郎外三名殺害スルヲ以テ目的トシタルモノナリ然ラハ四人殺スヲ以テノ意思トナシ其意思ノ結果四人ヲ殺シタルモノニシテ意思結果トモス(か)ク同一ナル以上ハ數罪トシテ罰スヘキモノニアラサルニ之ヲ數罪俱發トシタルハ不法ナリ」(原文で「數罪トシ罰スヘキモノニアラサルニ」となっていたところは、「數罪トシテ罰スヘキモノニアラサルニ」に改めた)。一方、判旨をみると、弁護士「横山若藏」の主張に答える部分はないが、弁護士「横山善藏」の拡張第5論旨については、次のように述べている。「謀殺罪ハ一人毎ニ一罪ヲ組成スルモノナルヲ以テ原院カ本案ニ對シ數罪俱發ヲ以テ論シタルハ毫モ不法ニアラストス」。この事案の登場人物で、大審院に上告理由の存在を主張しているのは、被告人、前記の横山弁護士、四元兼秀弁護士の3名だけだから、横山弁護士の正しいお名前は不明であるが、ここで引用した主張と判旨が対応していることは、おそらく間違いないと思われる。

(377) 「第三點ハ原判決ノ認メタル事實ニ依レハ被告等ハ一ノ決意ヲ以テ同時同一ノ處ニ於テ犯シタルモノナルヲ以テ法律上一個ノ犯罪ヲ構成スルモノト爲シタハ違法ナリト云フニ在レトモ○設令(たと)ヒ一ノ決意ヲ以テ同時同一ノ場處(ばしょ)ニ於テ犯シタルト否ヲ論セス本件ノ如キ現ニ數人ニ對シテ已ニ殺害シ又ハ殺害セントシテ遂ケサリシ數罪ヲ犯シタル上ハ其各被害者ニ對シ各別ノ犯罪ヲ構成スルハ當然ナルヲ以テ原院カ此事實ニ對シ數罪俱發例ヲ適用シテ處斷シタルハ相當ナリトス」(=被告人大關銀三弁護士岸小三郎の拡張書第3点に対する判断。原文で「犯シタルモノナルヲ以テ」となっていたところは、「犯シタルモノナルヲ以テ」に改めた)。被告人ら数名は、共謀の上、明治28年6月11日の夜中に、刀や槍などの凶器を携帯して高橋作治の居宅を取り囲むと、兩戸を破壊して同人宅に侵入し、(姓不詳)茂助と戸井田新平を殺害した。また、高橋作治を殺害しようとしたが、同人が隙をみて逃走したため、その目的を遂げなかった。前記の判旨によると、原判決はこの事案で(おそらく2個の謀殺罪と1個の謀殺未遂罪の成立を認め)数罪俱發としたようである。そうすると、判旨の前に記されている上告趣意は、その同じ原判決が「法律上一個ノ犯罪ヲ構成スルモノト爲シタ」と読めるから、説明が誤っていると考えられるが(=この部分はむしろ、「一個」を「數個」、「爲シタ」を「爲シタル」に改めた方が理解可能でないかと思われる)、ともあれ、本文の判例は、引用のように、たとえ「一ノ決意ヲ以テ同時同一ノ場處ニ於テ犯シタ」ものだとしても、謀殺罪や謀

刑録7輯8巻1頁(1901年)は、殴打創傷罪についても、同様の判断を明らかにしている。事案は、漁民同士が漁業上のことで鬭争となり、被告人が、対立する漁民に創傷を負わせたというものである。すなわち、被告人石田高次郎⁽³⁷⁸⁾は、海浜にあった石を手にとって弘中熊吉に投げつけ、同人の右額部に創傷を負わせた上で、綱本多吉にも投げつけて同人の右手撓骨部にも創傷を負わせた。そして、原判決が、この事案で2個の殴打創傷罪を認めたところ、上告趣意は、これを1罪と考えるべきだと主張した。被告人は、鬭争中に海浜の石を手にとって次々と投げたわけであるから、それは、1個の継続した意思に基づいて同一の所為を継続したということにほかならない。1個の継続した意思に基づいて同一の行為を継続した場合においては、たとえ結果が複数生じても数罪の成立を認めるべきでないというのである⁽³⁷⁹⁾。しかし、前記の判例は、殴打に関する罪について、結果により刑責を定めるべきであるとし、たとえ1個の継続した意思に基づいて行為を継続した場合でも、なお被害者の数に応じて数罪の成立を認めるべきだとした⁽³⁸⁰⁾。

殺未遂罪であれば被害者ごとに別罪を構成すると判断したわけである。

(378) 原文では「高治郎」となっているところと「高次郎」となっているところがそれぞれ複数あったため、ここでは「高次郎」にした。

(379) 「今若シ假リニ原判決ノ趣旨ハ被告カ右場所ニ於ケル鬭争中投シタル石ハ數箇ニシテ各別時ニ右兩名ヲ負傷セシメタルモノナリトセンカ右原判決認定ノ事實ニ依レハ被告高次郎カ鬭争中海濱ニ在リタル石ヲ把リテ屢(しばしば)之ヲ投シタリトノ事實ハ全ク一箇ノ繼續シタル意思ニ基ク同一ノ所為ヲ繼續シタルニ外ナラサルモノトス其性質ハ恰(あたか)モ一箇ノ刀ヲ數回振廻ハシ爲メニ一人若クハ數人ニ對シ數箇ノ負傷ヲ生シタル場合ト毫モ異ル所アルナシ夫(そ)レ斯(かく)ノ如ク一箇ノ繼續シタル意思ニ基ク同一ノ行為ヲ繼續シタル場合ニ於テハ假令其結果ニ於テ數箇ノ負傷ヲ生スルアルモ爲メニ數罪ヲ構成スヘキ理由アルナシ依テ原判決ニ於テ右事實ニ對シ數罪ヲ構成スヘキモノナリト判決セラレタルハ擬律ニ錯誤アルノミナラス其二罪トシタル理由不備ノ瑕瑾ヲ免レサルヘシ」(=弁護人岡崎正也の上告理由拡張書第1点後段)。

(380) 「殴打ニ關スル罪ハ其結果ニ依テ刑責ヲ定ムルモノナレハ縱令(たと)ヒ一箇ノ繼續シタル意思ニ基キ行為ヲ繼續シタル場合ト雖モ尙被害者ノ數ニ應シ數罪ヲ構成スルモノナルヲ以テ原判決ハ所論ノ如キ不法ナシ」(=弁護人

さらに、大判明治42年6月17日刑録15輯794頁(1909年)は、旧刑法380条後段の強盜致死罪についても⁽³⁸¹⁾、やはり同様の判断を示している。判旨が引用する原判決によると、被告人山口虎彦は、梶田三九郎と原爲吉を殺害してその所持金を奪うことを企てそれらを実行した。しかし、それらは順次実行されたものの、明治41年10月1日を跨いで、梶田三九郎の殺害が現行刑法施行前、原爲吉の殺害が現行刑法施行後に行われた。このため、原判決は前者に(おそらく現行刑法6条の要求する刑の比較を行った上で)旧刑法を適用し、後者に現行刑法を適用したが⁽³⁸²⁾、この

岡崎正也の上告理由拡張書第1点後段に対する判断)。

(381) 旧刑法380条を引用すると、「強盜人ヲ傷シタル者ハ無期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處ス」というものであったが、この規定の「死ニ致シタル者」に関しては、大判明治37年6月24日刑録10輯1410頁(1904年)が、殺意のあるなしを問わないとし(=殺害行為が殴打致死であろうと謀殺致であろうと、また財物の取得に成功しようと失敗しようと強盜殺人既遂罪になるという)、大判明治38年3月30日刑録11輯374頁(1905年)も、その点は同じ立場である(=弁護人高木益太郎の弁明書1に対する判断。致死の結果が生じればそれが殺意ある行為によるものでも単なる殴打の結果そうなったのでも強盜殺人、創傷の結果が生じれば殴打の意思でも殺意があっても強盜傷人とし、創傷の結果でも殺意をもって首を絞めれば強盜殺人未遂と主張する上告趣意を退けている)。なお、これら2つは、致死の結果が生じれば殺意があってもなくても強盜殺人罪になると説明しているが(=前者は「強盜殺人罪ノ已遂罪ヲ以テ處斷スヘキモノ」、後者は「強盜殺人トシテ論スヘク」)、本文の事案では、判例が殺意ある場合を「強盜致死罪」と呼んでいる。このため、本文の記述はこれに従っている(=現行刑法240条に関しては、強盜犯人が(強盜の機会に)殺意をもって人を殺すと、強盜致死罪と殺人罪が成立するというのが当初の判例であった。前記注⁽²²⁷⁾参照。本文の事案で、判例が強盜致死罪とともに殺人罪の成立を認めているわけではないが、もしかすると罪名の違いはこれと何か関係があるのかもしれない)。

(382) 刑法施行法8条によると、「刑法施行前ニ犯シタル一罪ト刑法施行後ニ犯シタル一罪又ハ數罪トニ付キ同時ニ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ刑法施行前ノ罪ニ舊刑法又ハ他ノ法律ヲ適用ス可キトキト雖モ其罪ト刑法施行後ノ一罪又ハ數罪トニ付キ併合罪ニ關スル規定ヲ準用ス」となっている。したがって、原判決のように考えると、梶田三九郎に対する旧刑法380条後段の罪と、原爲吉に対する現行刑法240条後段の罪は、併合罪になる。

判断をめぐり、弁護人は、1罪となるべきものを数罪とした違法があると主張した⁽³⁸³⁾。これは、同一の意思で強盗を2回繰り返したのだから連続犯にすべきということであるが⁽³⁸⁴⁾、前記の判例は、強盗致死罪も殺人罪と同じように考えるべきだとして、これを排斥した。その判旨によると、現行刑法でも旧刑法でも、強盗致死罪は強盗をなすに際して人を死亡させることにより成立する。殺人罪はたとえ単一の決意をもって行われても被害者ごとに1罪を構成すべきである。だから、強盗が連続して行われ1個になるとしても、致死の結果が生じれば強盗致死罪は死亡した被害者ごとに認めるべきである。しかも、前記の判例によると、「此解釋ハ舊刑法ニ於ケル強盗致死罪ニ關シ當院從來ノ判例ニ於テ認ムル所ナリ」という⁽³⁸⁵⁾。そうだとすると、旧刑法でも強盗致死罪の場合

(383) 「強盗致死罪ハ獨立一罪ナリト雖モ其本性タルヤ盜罪ナリ而シテ本件被害者兩名ハ本件被告ノ盜罪ヲ遂行スルニ離ルヘカラサル關係ヲ有シ合體セル一監督ノ下ニアルモノニシテ法益一ナリト云ハサル可カラス去レハ同一意思ヲ以テ數回ニ動作ヲ爲スモ其罪ハ一箇ナリ即チ盜罪ニ於テハ結果數ノミヲ以テ罪數ヲ定ムヘキモノニアラスト信ス本件ハ刑法第五十五條ノ所謂連續シタル數箇ノ行爲ニシテ一罪トシテ處斷ス可キモノニ該當ス然ルニ原院カニ罪ト爲シ恰モ現行刑法施行日ノ前後ニ跨レルヨリ被害者三九郎ニ對スル點ニ付テハ舊刑法ヲ適用シ爲吉ニ對スル點ニ付テハ新刑法ヲ適用シ而シテ之ニ刑法施行法ノ各條ヲ適用シ處斷シタルハ違法ニシテ本件ハ強盜罪ノ完成シタル新刑法施行後即チ明治四十一年十月一日ノ犯罪トシテ單純ニ新法ヲ適用シ死刑又ハ無期徒刑ノ範圍ニ於テ罰ス可キモノトス」。

(384) そして、このように、本文の事案で被告人の行為が連続犯になるとすると、梶田三九郎の殺害と原爲吉の殺害は、1罪としていずれも現行刑法240条後段の適用を受けることになり、旧刑法380条後段が適用される余地はない。大判明治42年9月27日刑録15輯1176頁(1909年)、大判明治42年11月29日刑録15輯1675頁(1909年)参照。したがって、現行刑法6条による刑の比較も行われぬ。大判明治43年5月3日刑録16輯790頁(1910年)、大判大正4年3月2日刑録21輯194頁(1915年)参照。

(385) 「現行刑法及舊刑法ニ於ケル強盗致死罪ハ強盗ヲ爲スニ際シ人ヲ死ニ致スニ因テ成立シ而シテ殺人罪ハ假令單一ノ決意ヲ以テ之ヲ行フモ被害者每一罪ヲ構成スヘキモノナルヲ以テ強盗ノ行爲ハ假令一箇タリトモ之ヲ犯スニ當リ二人以上ノ者ヲ死ニ致シタルトキハ其死ニ至リタル被害者每一各別

は、意思の継続と行為の同性質だけで連続犯が認められていたわけでないということになる⁽³⁸⁶⁾。

一方、これとは逆に、被害者の同一性を何ら問題にすることなく連続犯を肯定した判例もある。たとえば、大判明治33年4月23日刑録6輯4巻55頁(1900年)は、被告人兩名が数個の建造物毀壊を行ったという事案で、数罪の成立を認めた原判決を破棄した。被告人らが行った具体的な行為や被害者の詳細は不明であるが、判決のなかで引用されている上告趣意によると、この事案では、第一審判決が、被告人らの目的を検討し、その意思を明らかにして、被告人らが行った建造物毀壊を1罪とする判断を示した。それに対して、原判決は、たとえ意思が継続していても、被害者が異なる以上それぞれ1罪を構成すべきものであるとし、こ

ノ強盜致死罪ヲ構成スヘキナリ此解釋ハ舊刑法ニ於ケル強盜致死罪ニ關シ當院從來ノ判例ニ於テ認ムル所ナリ」。實際、本文の判例の9日前にも、大判明治42年6月8日刑録15輯728頁(1909年)が、類似の事案で、旧刑法における強盜殺人罪に関して同じ結論を認めている(=判旨第5点)。

⁽³⁸⁶⁾ なお、連続犯が争点になったわけではないが、旧刑法の強盜殺人罪については、すでに大判明治35年11月6日刑録8輯10巻17頁(1902年)が、死亡した被害者ごとに1罪とする判断を明らかにしている。当該事案では、原判決が2個の強盜殺人罪を認めたが、弁護人は、強盜が1個しかないとして、その罪数を争った。これは、強盜殺人罪が強盜と殺人の2つを要素としているのだから、強盜が1個であれば殺人が2個でも強盜殺人罪は1個しか成立しないという主張であるが、判例は、次のように述べてこれを退けた。「強盜殺人罪ハ強盜ヲ爲スニ際シ人ヲ死ニ致スニ因テ成立シ而シテ殺人罪ハ縦令一ノ決意ヲ以テ之ヲ行フモ被害者毎ニ一罪ヲ構成スヘキモノナルヲ以テ強盜ノ所爲ハ縦令ヒ一ノ個タリトモ之ヲ犯スニ當リ二人以上ノ者ヲ死ニ致シタルトキハ其死ニ至リタル被害者毎ニ各別ノ強盜殺人罪ヲ構成スルハ當然ノコトナリトス」(=弁護人今村力三郎の上告趣意拡張書に対する判断)。前記注⁽³⁸⁵⁾で引用したところと比べていただければ明白と思われるが、本文の判例が述べた内容は、この判旨とほぼ同じである。この判旨によると、強盜が1個しかなくても、致死の結果が生じれば強盜殺人罪は死亡した被害者ごとに成立する。また、複数回行われた強盜が連続していたとしても、それは強盜が1個だということに過ぎない。したがって、本文の判例が取り扱った事案でも、この判旨と同じことがいえるわけである。

れを数罪とした。そのため、上告趣意は、原判決の罪数判断に誤りがあると主張した。すなわち、犯意が一貫し同一の目的に出たもので、意思を新たにしたわけでないとするれば、たとえ被害者が異なるとしても1罪として論じるべきだということである⁽³⁸⁷⁾。さらに、原判決は、被告人らの意思が継続していたか、それとも所為それぞれが新たな意思に基づくものだったかを明らかにすることなく(たとえ意思が継続していても数罪とすべきであるとして)数罪の成立を認めたが、上告趣意は、それも批判して、理由を付さない不法の裁判であるとした⁽³⁸⁸⁾。そして、前記の判例は、これらの主張を容れ、原判決を破棄した。その判旨によると、およそ意思の継続により1罪になるか否かは、被害者の異同を標準として考えるようなものでない。意思が継続していても被害者が異なれば別罪とする原判決の判断は、法を不当に適用したものだという⁽³⁸⁹⁾。

(387) 「一罪數罪ノ區別ハ其犯罪ノ一所爲ナルヤ否ヤニヨリテ之ヲ區別スヘク而シテ所爲ハ意思ト結果トノ關係ヲ云フモノナルヲ以テ意思ノ如何ヲ究メサルヘカラス若シ犯意一貫シテ同一ノ目的ニ出テ意思ヲ新ニシタルモノニ非サルトキハ假令其結果多ク被害者異ナルモ之ヲ一罪トシテ論セサルヘカラス故ニ人身ニ關スル犯罪ヲ除キテハ被害者ノ多少ハ犯罪ノ性質ヲ左右セス殊ニ財産ニ對スル犯罪ニ至リテハ意思ノ如何ニヨリテ一罪數罪ヲ區別スヘキモノナリ然ルニ原判決ニハ『本件ノ行爲ハ假令意思ノ繼續シタルモ既ニ被害者ヲ異ニスル上ハ各一罪ヲ構成スヘキモノナルニ原判決ハ云々』ト判示シ意思ノ繼續如何ニ拘ハラス單ニ被害者ノ數ニ依リテ區別シ被告等ニ數罪アリトシテ判決シタルハ不法ナリ」(= 弁護士八木橋榮吉の拡張趣意第1)。なお、これは、意思の継続があれば、被害者が異なるとしても1罪として論じるべきだという弁護人の主張であるが、弁護士がその内容について、「人身ニ關スル犯罪ヲ除キテハ」、「殊ニ財産ニ對スル犯罪ニ至リテハ」などの留保を付していることが注目される。

(388) 「前陳ノ如ク一罪數罪ハ意思ノ如何ニ依リテ定マルモノナレハ第一審ニ於テハ被告等ノ目的ヲ定メ次テ其意思ノ如何ヲ明カニシテ一罪ナリト判決セリ原院ニ於テモ結果ノ數多ナルコトヲ認メタル以上ハ罪ノ多少ヲ判別スルニ必要ナル意思ノ状態ヲ判示スヘキニ只單ニ毀壞シタル所爲ノミヲ掲ケ其所爲ノ各個ニ決意ヲ新タニシタル行爲ナルヤ否ヤヲ明示セザリシハ理由ヲ附セサル不法ノ裁判ナリ」(= 弁護士八木橋榮吉の拡張趣意第2)。

(389) 「依テ審案スルニ凡ソ意思ノ繼續ニ依リ一罪ヲ成スト否トハ被害者ノ異同

前記の判例は、結論として被害者が違う事案で1罪にしたというだけでなく、連続犯の場合は、被害者が違ってそれを無視して1罪にすべきであるということまで明言したわけであるが、その後も、大判明治38年12月4日刑録11輯1239頁(1905年)が、詐欺取財罪について同様の判断を明らかにしている。この判例が取り扱った事案は、被告人横山エンと同奥津市五郎が共謀して、田中要次郎ほか数名を欺罔(ぎもう)し米穀類を騙取したというものであった。上告趣意から読み取れる具体的な事実を挙げていくと、被告人両名が共謀して被告人横山が被害者を欺罔したこと⁽³⁹⁰⁾、被害者が被告人横山に米穀類を売り渡してこれを発送する手続を行ったこと、その貨物が実際に運送されたこと⁽³⁹¹⁾が原判決で認め

ヲ以テ標準トナスヘキモノニ非ス然ルニ原院カ本件ノ行爲ハ設令意思ノ繼續シタルモノトスルモ既ニ被害者ヲ異ニスル上ハ各一罪構成スヘキモノト判定シタルハ法律ヲ不當ニ適用シタルモノトス」。なお、原文で「一罪ヲ成スト否ハ」となっていたところは、「一罪ヲ成スト否トハ」に改めた。

⁽³⁹⁰⁾ 「原院ハ被告兩名共謀シテ田中要次郎外數名ヲ欺罔シテ米穀類ヲ騙取シタル事實ヲ認メタリ而シテ被告エンハ欺罔ノ事實ヲ非認シ被告市五郎ハエント共謀シタルコトヲ非認スルコトヲ掲ケ尋テ原院カ其辯解ヲ排斥シ被告ヲ有罪ト斷定シタル理由トシテ數多ノ證憑(しょうひょう・証拠のこと)ヲ列記シタリ」(= 弁護人信岡雄四郎の上告趣意)。

⁽³⁹¹⁾ 「田中要次郎外數名ノ豫審調書ハ同人等カ米穀類ヲエンニ賣渡シ且ツ之ヲ發送シタル手續キテ證シ奥津市五郎豫審調書ハ同人カ石川運送店ノ商號ヲ以テ運送業ヲ營ミタルコト及本件貨物ハ荷爲替附ニテ運送セラレタル事實ヲ證スルニ過キスシテ欺罔及共謀ノ事實ヲ明ニスルニ足ルモノ絶ヘテ之アルコトナシ」(= 弁護人信岡雄四郎の第二上告趣意拡張書第1点)。おそらくこれは、原判決が認定した事実のうち、欺罔と共謀に証拠がないという主張であろう。そうだとすると、そのなかで挙げられている米穀類の売り渡し、発送手続、貨物の運送も、原判決の認定事実ということになる。なお、原判決が欺罔と共謀を認めたことに関しては、上告趣意が異を唱えたものの、本文の判例は原判決を支持した。「原判決ニ證據トシテ列舉セル各豫審調書ノ記載事項ハ原判決ノ認定事實ト相抵觸スルモノニ非シテ原判決ノ説明スル如ク之ヲ被告ノ供述ト綜合シテ右事實ヲ證明スル材料タル性質及ヒ内容ニ於テ缺(か)クル所ナク論旨ハ畢竟(ひっきょう)證據ノ判斷ニ付原判決ト見解ヲ異ニシ之ニ據リテ原判決ヲ非難スルニ外ナラサルヲ以テ上告

られたようであるが⁽³⁹²⁾、このような被告人兩名による犯行が、第1から第3まで3回あったとされたことから、原判決は、意思の継続を理由に、その第1から第3までを継続犯とした。それに対し、上告趣意は、その第1から第3までについて、それぞれ被害者と犯罪の場所を異にするから数罪俱発であり、原判決がこれを1罪としたのは違法だと主張した。しかし、この判例は、上告趣意の主張を退けて、原判決を支持した。もともと当時の判例を前提にすると、継続の意思で行われた犯罪の数回にわたる実行は、1罪と考えられなければならない。そして、その数回にわたる実行の、被害者や場所が異なったとしても、それは、判例が前提にする前記の解釈を妨げるものでないというのである⁽³⁹³⁾。

ノ理由ナシ」(= 弁護人信岡雄四郎の上告趣意および同第二上告趣意拡張書第1点、弁護人岩田實の上告趣意拡張書第1点に対する判断)。

⁽³⁹²⁾ 原判決が貨物の運送を認定したことは、前記注⁽³⁹¹⁾で引用した上告趣意からも窺い知ることができるが、上告趣意と判旨によると、原判決は、この貨物が被害者から石川運送店の被告人奥津に送られ、同人から被告人横山に引き渡されたと判断したようである。「原判決ハ安藤才吉豫審調書中才吉ハ共益委託株式會社ノ雇人トシテ田中要次郎ヨリ委託ヲ受ケ荷爲替附ニテ横山ゑんニ渡スヘキ米ヲ石川運送店ヘ向テ發送シ其石川運送店ヘノ發送ハ横山ゑんノ差圖(さしず)ニ基ク旨ノ供述ノ記載トアリ是レ不當ナリ」(= 弁護人岩田實の上告趣意拡張書第2点)。「『エンノ指圖ニ基ク』トハ畢竟『エン』ノ意ヲ承ケタルノ義ニ外ナラサレハ原院カ『エン』モ石川運送店ナラ都合カ宜シト云ヘマスカラ石川運送店ヘ送りマシタノテストノ供述ヲ『エン』ノ指圖ニ基キ石川運送店ヘ發送シタリトノ趣旨ト爲シタルカ如キハ本件犯罪事實ニ對スル該供述ノ實質上ノ證據力ニ増減ヲ來タスヘキ程度ニ之ヲ變更シタルモノニ非サルヲ以テ虛無ノ證據ヲ採用シタルモノト謂フヲ得サルハ勿論破毀ノ原因タル採證ノ不法アリトスルヲ得ス故ニ本論旨モ亦理由ナシ」(= 弁護人岩田實の上告趣意拡張書第2点に対する判断)。「本件貨物ハ市五郎ヨリエンニ引渡シテ之ヲ騙取シタリト認メラレタルモノニシテ市五郎ハエント共謀シタルコトヲ認メ依テ以テ有罪ト斷定セラレタルモノナルカ故ニ共謀ノ事實ハ則チ市五郎ニ對スル有罪ノ判決タルニ外ナラス」(= 弁護人信岡雄四郎の第二上告趣意拡張書第2点)。

⁽³⁹³⁾ 「第三點ハ原判決ハ理由ノ冒頭ニ『意志繼續シテ』ト掲ケ本件第一乃至第三ノ行爲ヲ繼續犯ナリト認定シタリ然レトモ第一乃至第三ノ事實ハ各被害

これらの判例をみると、被害者の同一性については、要求するものと要求しないものがあり、旧刑法下の判例がいずれか一方の立場だったということはできない。むしろこれは、犯罪類型あるいは法益の種類ごとに区別されていて、要求する場合もあれば、要求しない場合もあったと考えるべきであろう。そして、ここまでみてきた判例の結論を並べると、謀殺罪と殴打創傷罪、強盗致死罪では要求するが、建造物毀壞罪と詐欺取財罪では要求しないということになる。したがって、仮にこれだけで結論を出してよいのであれば、生命や身体に対する罪では、被害者が同一でなければならないが、財産に対する罪では、その必要がないというのが判例の立場だったと考えることもできる⁽³⁹⁴⁾。

者及ヒ犯罪ノ場所ヲ異ニスルコトハ原院ノ認ムル所ノ如クナルヲ以テ宜シク數罪俱發ヲ以テ之ヲ論セサル可カラサル筋合ナルニ原院ノ處措此ニ出テサリシハ違法ナリト云フニ在レトモ○被害者及ヒ犯罪ノ場所ヲ異ニスルカ如キハ初メヨリ繼續ノ意思ニ出テタル犯罪ノ數次ノ實行ヲシテ法律上一罪ヲラシムルノ妨ケト爲ルヘキモノニ非サルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ」(= 弁護士信岡雄四郎および同岩田實の上告趣意拡張書第3点に対する判断)。さらに、大判明治42年3月5日刑録15輯171頁(1909年)も、「財物騙取ノ犯意ヲ繼續シテ同種ナル數箇ノ犯罪行爲ヲ行ヒタルトキハ被害者ヲ異ニスルモ其所爲ハ之ヲ包括シテ一罪ヲ構成スルコトハ本院判例ニ於テ屢々(しばしば)認ムル所」であるとしている(= 弁護士岡崎正也および同菊地儉輔の上告趣意書第2点に対する判断)。

⁽³⁹⁴⁾ 前記注⁽³⁸⁷⁾で引用した弁護人の上告趣意からも、このような理解が窺える。また、文献では、江木・前掲注(64430-431頁がこの立場である。「設例ハハ數十回若クハ數百回連續シテ人ヲ毆打スル場合ノ如キハ一回毎ニ一罪ヲ構成スルモノニアラス但シ數多ノ動作アリ數多ノ人ニ對シテ其害ヲ被ラシメタルトキハ之ヲ反覆罪トスルコトナキヲ以テ通則トスレトモ犯罪ノ性質ニ依リ其結果ヲ以テ法律上一個ノ犯罪トスルトキハ數多ノ動作數多ノ人ヲ害スルモ尙ホ之ヲ反覆ノ一罪トス設例ハハ同一ノ倉庫中ヨリ數人ノ所有ニ係ル物品ヲ竊取シタルトキハ數人ノ被害者アルニ關セス之ヲ竊盜ノ一罪トス其他總テ財産ニ對スル犯罪ニシテ被害者ノ多少ハ犯罪ノ性質ニ關係ナク且ツ法律ノ目的トスル所一般ニ財産ヲ保護スルニ止マル時モ亦同シ故ニ生命身體及ヒ人身ノ自由ヲ害シ又ハ間接ニ人身ニ對スル犯罪ニシテ數多ノ動作數多ノ人ヲ害スル時ハ數罪ニシテ一罪ニアラサルナリ」。

たとえば、大判明治39年11月8日刑録12輯1186頁(1906年)は、1個の詐術を用いて複数の被害者から財物を騙取したという事実を、1個の詐欺取財罪にしかならないと判断した原判決を支持している。この事案の上告趣意によると、1罪と数罪を区別する標準については、学者のあいだに多少の異論もあるが、「近來ノ趨勢」は、侵害された法益の数を標準とするというものであり、「御院ノ判示ニ於テモ」それは同じである。実際、大審院の判例にも、一度に数枚の株券を偽造し、複数の者に対して行使したときは、その行使により侵害した法益の数に応じて犯罪を構成すると述べたものが存在するという⁽³⁹⁵⁾。しかも、このような上告趣意の指摘を受けて、大審院自身も、法益の数に応じた罪数という立場を認めている。判旨を引用すると、「一罪數罪ヲ區別スルニ付テハ侵害セラレタル法益ノ單數ナルヤ復數ナルヤヲ以テ標準トスルコトヲ要スルコトハ寔(まこと)ニ所論ノ如ク當院モ亦タ從來此主旨ヲ以テ判決ヲ爲シ來リタル所ナリ」。ただ、大審院は、これに続けて、法益にも一身専属的なものとそうでないものがあり、一身専属的なものでなければ、包括的に観察すべきであると説く。すなわち、「其主體ト分離スルコトヲ得ル財産權」は、「包括的ニ之ヲ觀察シ數箇ノ法益侵害ヲ網羅シ一括シテ之ヲ犯罪ノ目的トナスコトヲ得ル」から、1個の詐術で数名を錯誤に陥れ、その財物を騙取したとすれば、詐欺取財罪は1個しか成立しない。たとえば被害者が複数いようと、財物騙取の日時場所に違いがあろうと、それは変わらないというのである⁽³⁹⁶⁾。

⁽³⁹⁵⁾ 上告趣意は、括弧書きでこれを「辯護人ノ最近ニ接受シタル三九年七六二號山田太郎池田虎一事件判決書中ニ含レタル御趣旨」と説明している。

⁽³⁹⁶⁾ 「依テ按スルニ一罪數罪ヲ區別スルニ付テハ侵害セラレタル法益ノ單數ナルヤ復數ナルヤヲ以テ標準トスルコトヲ要スルコトハ寔ニ所論ノ如ク當院モ亦タ從來此主旨ヲ以テ判決ヲ爲シ來リタル所ナリ然レトモ法律ノ保護スル法益中各人ニ固有ニシテ各別ニ之ヲ觀察シ別箇獨立ナル犯罪ノ目的トナスコトヲ要スルモノト包括的ニ之ヲ觀察シ數箇ノ法益侵害ヲ網羅シ一括シテ之ヲ犯罪ノ目的トナスコトヲ得ルモノトアリ人ノ生命名譽體軀(たいく)等ノ如キ其人ト分離スルコトヲ得サル法益ハ前者ニ屬シ其主體ト分離スルコトヲ得ル財産權ノ侵害ハ後者ニ屬ス故ニ本件ノ如ク一般人ヲ欺罔スルノ意思ヲ以テ唯一ナル詐術ヲ用キ數名ノ人ヲ其術中ニ陥レ因テ以テ財物ヲ騙

もちろんこれも複数の被害者を欺いたということであるが、内容に即していうと、前記の判例で明らかにされたのは、連続犯の要件でない。その判旨によると、もともと「一罪數罪ヲ區別スルニ付テハ侵害セラレタル法益ノ單數ナルヤ複數ナルヤヲ以テ標準トスル」が、しかし「其主體ト分離スルコトヲ得ル財産權」は「包括的ニ之ヲ觀察」というのだから、むしろこれは、罪数の標準そのものに関わる判断とみるべきであろう。当時の判例を前提にする限り、法益侵害の個数というのは、想像上の数罪俱発にも登場する罪数の基本的な標準である⁽³⁹⁷⁾。前記の判例は、この基本的な標準を適用する際に財産権を包括的に観察すると述べているのだから、そうだとすると、当時は、罪数判断全体で法益による差別化が認められていたと理解せざるを得ない。そして、その罪数判断をあてはめれば、連続犯でも当然、さきほど述べた犯罪類型ごとの区別を認めるということになる。したがって、連続犯の要件が犯罪類型ごとに異なっていたのは、当時広く用いられていた罪数の一般的標準を、連続犯にあてはめた結果に過ぎないと考えられるべきかもしれない⁽³⁹⁸⁾。

このように、被害者の同一性を要求するか否かについては、判例ごとに若干違いがあったことを否定できない。また、それが何か一貫した理論に基づいていたと考えるべきかというの、さらなる検討が必要であ

取シタル所爲ハ包括的ニ之ヲ觀察シ唯一ノ詐欺取財トシテ之ヲ論スルヲ相當トシ被害者ノ多少騙取ノ日時場所ノ異同ハ之ヲ問フノ必要ナシ故ニ原院カ被告ノ所爲ハ一罪ヲ構成スルモノトシテ擬律ヲ爲シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」(=判旨第10点)。なお、原文で「各別ニ之ヲ觀察シ」となっていたところは、「各別ニ之ヲ觀察シ」に改めた。

⁽³⁹⁷⁾ 大判明治37年1月21日刑録10輯51頁(1904年)。この判例に関しては、本誌35卷3 = 4号(2021〔令和3〕年)58-60頁参照。

⁽³⁹⁸⁾ 本文のような理解によると、当時の連続犯は、意思の継続と行為の同性質だけでなく、被害者の同一性(=被侵害法益の単一性)も備わっていて初めて認められるものだったということになる。ただ、財産権の侵害は、当時の罪数判断における一般原則にあわせて包括的に観察されるから、実際には被害者が異なってもここでいう被害者の同一性が否定されることはない。その結果、財産に対する罪では、意思の継続と行為の同性質だけで連続犯が認められるかのような説明になるというわけである。

る⁽³⁹⁹⁾。しかし、これは、連続犯をいかなる要件のもとで認めるかということに過ぎず、この点についていずれの立場によるとしても、判例が連続犯を1罪とする理解を一貫して守ってきたことには違いない。本稿が確認した範囲に限っても、そのような判例は、1886〔明治19〕年3月

(399) 実際、連続犯におけるこのような取り扱いは、現行刑法が施行されると大きく揺れ動く。まず、被害者2名の強盜致死罪を連続犯にすることはできないとした大判明治42年6月17日が、旧刑法でも現行刑法でも強盜致死罪は被害者ごとに1罪という論理だったことは、本文で紹介したとおりであるが、その翌年になると、大判明治43年5月19日刑録16輯895頁(1910年)が、被害者2名の身体を1個の法益と考えることはできないとして傷害罪の連続犯を否定した(=判旨第2点)。ここまでは、本文で説明した旧刑法の連続犯と同じであるが、大判明治44年10月26日・前掲注⁽³⁷²⁾は、各被害者の財産権を単一のものとみなせないと述べて、被害者が異なる詐欺取財罪の連続犯を否定し(=弁護人大澤眞吉の上告趣意書第6点および弁護人高木益太郎の上告趣意書第3点、弁護人高後莊吉の上告趣意書第4(二)に対する判断)、大判明治44年11月16日・前掲注⁽³⁷²⁾も、同じ理由で、詐欺取財罪と詐欺取財未遂罪の連続犯を否定した(=判旨第3点)。その後、大判明治44年11月27日刑録17輯2062頁(1911年)は、業務上横領罪でも、各人の財産権が各別に独立の存在を有するとして連続犯を否定したが(=判旨第9点)、大判明治44年12月21日刑録17輯2280頁(1911年)は、村の収入役が公金と私金の「混和シテ識別スヘカラサルニ至リタルモノ」から連続してその一部を横領したという事案で、業務上横領罪の連続犯を肯定し(=判旨第3点)、さらに、大判明治45年2月9日刑録18輯107頁(1912年)は、連合部判決で、法益の単一性を要求していたそれまでの判例を変更して、被害者15名の業務上横領罪を連続犯とした(=判旨第5点)。このような判例変更を受けて、大判明治45年4月11日刑録18輯448頁(1912年)は、被害者4名の恐喝取財罪を連続犯としたが(=弁護人川島任司の上告趣意書第1に対する判断)、大判大正元年11月5日刑録18輯1335頁(1912年)になると、被害者3名の殺人既遂罪と殺人未遂罪も連続犯とし(=長崎控訴院検事長の上告趣意書および大審院検事の上告趣意書第1、同第2、同第3、同第4に対する判断)、大判大正2年2月6日刑録19輯185頁(1913年)も、上告趣意が「殺人罪ノ如キ生命犯ニ在リテハ其行爲ハ連續スルト否トヲ問ハス常ニ被害者ノ數ニ應當スル數罪ヲ構成スルモノニシテ其行爲連續ノ故ヲ以テ一罪ヲ成スモノトスルハ非也」と主張するのを退け、被害者複数の殺人罪を連続犯と認めた原

から現行刑法施行後の1910〔明治43〕年10月にまで及んでいる。旧刑法が施行されていたのは、1882〔明治15〕年1月から1908〔明治41〕年9月までのあいだであるから、これは、旧刑法時代のほとんどと考えてよいであろう。そして、それらは、現行刑法55条のような規定がない旧刑法に関する判例であるから、そこで「一罪」というのは、もちろん本来の一罪を意味している⁽⁴⁰⁰⁾。

判決を支持した(=弁護人長澤越一郎の上告趣意書第1に対する判断)。このように並べてみると、たしかに連合部判決の前後で結論は正反対であるが、法益の種類による差別化を否定するところは共通していると考えられることもできる。そうすると、それは、判例がこの差別化にどこか据わりの悪さを感じていた証だとみることでもできるかもしれない(=たとえば、前記の大判大正元年11月5日は、大判明治45年2月9日の判例変更が財産的法益の侵害に関するもので、生命、身体、自由、名誉等のような人格的法益の侵害には及ばないとする検察官の上告趣意を退ける際に、「法益カ同性質ナル以上ハ其財産的法益ニ關スルト否トニ從ヒ行爲ノ連続的觀念ヲ左右スヘキ理由アルコトナケレハ」と説示している)。

⁽⁴⁰⁰⁾ 前記注⁽³⁹⁹⁾で紹介したように、連続犯をめぐっては、大判明治45年2月9日が、法益の単一性を要求していたそれまでの判例を変更し、大判明治45年4月11日も、被害者が異なる恐喝取財罪の連続犯を肯定した。その一方で、大判明治44年11月16日・前掲注⁽³⁷⁷⁾をみると、1個の欺罔手段で数人から財物を騙取しようとするのは観念的競合にあたるとしており(=判旨第3点)、大判大正元年8月6日刑録18輯1119頁(1912年)と大判大正6年12月5日刑録23輯1345頁(1917年)も、それぞれ被害者2名に財物を交付させたという詐欺取財を観念的競合にしている(=前者は被告人(姓不詳)藤三郎弁護人三隅正、同四方田保の上告趣意書第1点に対する判断、後者は判旨第9点)。このうち大判明治44年11月16日は、3個の法益を侵害しようとするものだから3個の詐欺取財未遂罪と述べた上で観念的競合を認めており、大判大正元年8月6日は、別個の法益を侵害するからそれぞれ独立の犯罪を構成すると明言する。大判大正6年12月5日も、侵害された法益が2個あるから1所為2罪名と説示して観念的競合を認めており、結局3つとも、理論上は数罪だが、特別の規定により1罪として処断するという色合いが強いわけである。そうだとすると、連続犯をめぐる前記の判例変更は、連続犯を現行刑法54条1項に近づける大きな転換点だったというべきかもしれない。すなわち、当初は、法益の単一性を要件とし、理論上も1罪でな

ところで、連続犯の処断に関する明文規定を備えた現行刑法が公布されたのは、1907〔明治40〕年4月24日のことであるが、その約1か月前には、複数の被害者に対する詐欺取財について、既遂犯と未遂犯を包括する連続犯を肯定する判例が現れている。大判明治40年3月26日刑録13輯280頁(1907年)である。この判例が取り扱った事案では、神道実行派教導職にあった被告人小川謙が、神田丑藏と共に謀し、禁厭(きんよう・まじないのこと)祈祷等をなすには辞令書が必要であるかのように装って手数料名目で金員を騙取することを企て、その犯意を継続して、被告人はもっぱら辞令書のようなものを発し、神田は各人に直接会って金員を受取る任務を分担した。その結果、3名から金員を騙取することに成功したが、2名に対しては金員を騙取しようとするもその目的を達することができなかった。大審院は、被告人の関与を単なる幫助にとどまるものでないということで正犯としたが⁽⁴⁰¹⁾、既遂犯と未遂犯を1罪として

ければ連続犯でなかったのに、それを求めなくなった。前記の判例変更で、連続犯が単なる1罪から数罪を1罪として処断するものになった。前記注⁽³⁹⁾で紹介した大判大正元年11月5日は、前記の判例変更を理由に挙げて、被害者3名の殺人既遂罪と殺人未遂罪を連続犯と認めたが、それが可能になったのも、実は前記の判例変更で連続犯がそのように変わったからにはほかならない。仮にこの憶測があたっているとすると、旧刑法下で本来の一罪だった連続犯が科刑上一罪になったのは、現行刑法施行と同時にないということになる。法益の単一性を不要とした前記の大判明治45年2月9日が、連続犯を本来の一罪から科刑上一罪へと変貌させたわけである(なお、この点に関しては、泉二・前掲注(3)581-582頁および同583頁注(1)も参照)。

(401) 「然レトモ原院ノ認メタル事實ハ上告人ハ神道實行派教導職ニシテ同派管長ノ認可ヲ受ケ惠美須教會講社ナルモノヲ組織シ居ルヲ奇貨トシ直轄本院大教主ト自稱シ神田丑藏ト共謀シ禁厭祈禱等ヲ爲スニハ試験ヲ要スルモ上告人カ大教主ノ名義ヲ以テシ免狀若クハ辭令書ヲ受クル時ハ無試験ニテ禁厭祈禱等ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ欺キ免狀若クハ辭令書等下付ニ要スル手数料ノ名下ニ金員ヲ騙取センコトヲ企テ其犯意繼續シテ上告人ハ専(もっぱ)ラ辭令書様ノモノヲ發シ丑藏ハ各人ニ直接シテ金員ヲ收受スルノ任務ヲ分擔シ三木カツ東山由藏戸田コツルヨリ金員ヲ騙取シ又萬谷空彌加藤ユウヨリ金員ヲ騙取セントシ其目的ヲ達セサリシト云フニ在リテ上告人ニ於テハ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタルモノニ非ス犯罪實行

処断することの当否を問題にする上告趣意⁽⁴⁰²⁾に対しては、次のように述べた。行為者が、同種同性質である数個の犯罪行為を行った場合、それらの行為にそれぞれ犯意が存在するのであれば、それらはそれぞれ別罪を構成するが、それらの行為に独立の犯意がなく、ただ継続した1個の犯意があるに過ぎないというのであれば、たとえ数個の行為であったとしても、また、それらの行為のなかに目的を達したものとそうでないものが含まれていたとしても、それらの行為をすべて包含した1罪を構成すると考えなければならない(ただし、数個の犯罪行為について単一の犯意を認めることが法律上許されない場合を除く)⁽⁴⁰³⁾。

行為ノ幾部ヲ擔任(たんにん)シテ犯罪ノ決行ニ加功シタル正犯ナルヲ以テ本趣旨ハ理由ナシ](=上告趣意書第1点に対する判断)。

(402) 「既遂犯ト未遂犯トハ犯罪ノ情狀及ヒ適用ノ條文ヲ異ニスルカ故ニ意思繼續ニ因ル一罪トシテ處斷スル能ハサルコト恰モ重罪ト輕罪トヲ一罪トシテ處斷スルコト能ハサルニ均シ況(いわ)ンヤ各所爲犯罪ノ日時場所竝ニ被害者ヲ異ニスルニ於テテ原判決ニ認メタル第一乃至第五ノ所爲中第一第三第五ハ既遂ニシテ第二第四ハ未遂ナルコト判決自體ノ明示スル所ナルカ故ニ罪ノ性質上一罪トシテ處分スルコトヲ得ス然ルニ漫然『其犯意ヲ繼續シテ』ナル文字ヲ用ヒ單ニ刑法第三百九十條ヲ適用シタルニ止マル原判決ハ擬律錯誤ノ不法アルモノトス](=弁護人花井卓藏の上告趣意擴張書第1点)。「意思繼續ニ因ル犯罪ハ數箇ノ所爲中一ノ所爲ハ他ノ所爲ニ吸收セラルヘキモノニアラス數箇ノ所爲ハ各別ニ犯罪ヲ構成スルモ其犯意單一ナルカ故ニ一罪トシテ處分スルノミ從テ繼續犯中既遂犯ト未遂犯トヲ包含スル場合ニハ既遂犯ヲ處罰スル條文ヲ適用スルハ勿論未遂犯ヲ處分スル法文モ亦之ヲ適用セサルヘカラス然ラサレハ未遂犯ニ關スル處分ノ法文ハ之カ適用ヲ缺如(けつじょ)スルニ至ルヘケレハナリ然ルニ原判決ハ第一乃至第五ノ所爲中第二及ヒ第四ノ所爲ヲ未遂ト認メナカラ單ニ刑法第三百九十條第一項ヲ適用シタルニ止マリ未遂犯ニ關スル同法第一百十二條ヲ適用セサルハ擬律錯誤ノ不法アルモノト信ス](=同第2点)。なお、前記注⁽¹⁷³⁾でも説明したように、旧刑法112条は、未遂の定義を明らかにしているが、これは、同時に未遂減輕を命じる規定でもある(=「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙(しょうがい)若クハ舛錯(せんさく)ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」)。

(403) 「依テ按スルニ一人若クハ數人共謀シテ數次ニ同種同性質ナル數箇ノ犯罪行為ヲ爲シタル場合ニ於テ各行爲ニ付キ各別ニ犯意存在セルトキハ該行爲

この判例は、次のような事例も引き合いに出して、当該事案で1罪しか成立しないことの合理性を説く。すなわち、ある行為者が、深夜他人の家に忍び入って財物甲を窃取しようとしたところ、家の者が目を覚ましたため目的を達することができなかったとする。しかし、前記の行為者は、そのまま部屋の片隅に潜み、家の者が再び寝静まったところで、他の部屋へ入って財物乙を窃取したとしよう。行為者の意思が単一だとすれば、この事例で窃盗未遂と窃盗既遂の2罪を認める者はいないだろう。これは、外形上行為が2つあっても、犯意が単一だから1罪しか成立しないということにはほかならないと考えるのである。そうすると、判例が取り扱った詐欺取財の事案でも、継続した犯意をもって1か月ほどのあいだに同一の方法で5回金員騙取の行為を企て、3回は成功したものの2回はその目的を達しなかったというのだから、これら数個の不法行為が同種同性質のものであること、また、その犯意が単一であることは何も変わらない。したがって、当該事案でも、前述した窃盗の事例と同様、1つの(詐欺取財)既遂罪を認めるべきであるという⁽⁴⁰⁴⁾。

ハ各獨立シテ數箇ノ犯罪ヲ構成スヘキハ勿論ナリト雖モ若シ各行為ニ付キ獨立シテ犯意存セス單ニ繼續シタル唯一ノ犯意存スルニ止マルトキハ其行為數多ナルニ拘ハラス其數多ナル行為中目的ヲ達シタルモノト之ヲ達セサルモノト存在スルニ拘ハラス其所爲全體ヲ包含シタル一箇ノ犯罪ヲ構成スルモノト爲サルヘカラス(但シ數箇ノ犯罪行為ニ付キ法律上單一ノ犯意ヲ認ムルヲ許サル場合ハ之ヲ除ク)何トナレハ其行為數多ナリト雖モ犯意ニシテ單一ナル以上ハ數箇ノ犯罪成立スヘキ條理ナク又既ニ之ヲ一罪ト爲ス以上ハ其一罪ヲ組成スル各行為中適(たまた)マ其目的ヲ達シタルモノアルト之ヲ達セサルモノアルトニ因リ單一ナル犯意ヲ分割シテ數箇ノ犯意ト爲シ得ヘキモノニ非サレハナリ」(=判旨第4点)。なお、この判旨は、前記注⁽⁴⁰²⁾で引用した上告趣意を2つまとめて取り扱っているが、ここで引用した部分と後記注⁽⁴⁰⁴⁾で引用する部分は、弁護人花井卓藏の上告趣意擴張書第1点に対する判断と考えられる。

(404) 「茲二人アリ深夜他家ノ一室ニ忍入り將(ま)サニ甲ナル物件ヲ竊取セントスルニ當リ家人ノ覺目ニ妨ケラレ其目的ヲ達セス室ノ一隅ニ身ヲ潛メ居リ家人ノ寝靜マルヲ待チ更ニ他室ニ至リ他ノ物件ヲ竊取シタリト假定センニ誰レカ其意思單一ナルニ於テハ之ニ擬スルニ竊取未遂及ヒ竊盜既遂ノ二罪ニ關スル法則ヲ以テスルモノアラン是レ蓋(けだ)シ外形上ノ行為ハ二アル

そして、本稿の問題意識からすると、その次に述べられていることが重要である。すなわち、すでに1個の既遂罪だけが成立すると考える以上、既遂罪に関する規定だけを適用すべきであり、そうだとすると、未遂罪に関する規定を適用すべきでないというのである⁽⁴⁰⁵⁾。繰り返し確認してきたように、旧刑法のもとで連続犯を1罪といえ、それは本来の一罪のことである。本来の一罪なら、それは初めから1つということで、法定刑が2つ以上ということはありませんから、その罪に対する法定刑は、何らかの基準に従って1つにまとめなければならない。判例が取り扱った事案のように、同じ犯罪類型の既遂犯と未遂犯であれば、法

モ其犯意單一ナルノ理由ニ基クニ外ナラサルナリ今本件ニ付原院カ判定シタル事實ハ上告人ハ繼續セル單一ノ犯意ヲ以テ明治三十九年五月三十日ヨリ同年六月二十七日頃迄ノ間ニ於テ同一方法ニ依リ五度金員騙取ノ行爲ヲ企テ三度ハ其目的ヲ達シタルモ二度ハ其目的ヲ達セザリシト云フニ在リテ右數箇ノ不法行爲ハ同種同性質ノモノナルコト竝ニ其犯意ノ單一ナルコトハ毫モ前例ト異ナル所ナシ只其行爲ノ實行期間ニ長短ノ差異アルニ過キス然レトモ其差異ノ如キハ或ハ事實判定ノ上ニ於テ各行爲ニ付各別ニ犯意存在セシ事實ヲ認ムヘキ資料タルヲ得ヘキモ其犯意單一ナルコト確實ナル如上ノ場合ニ於テハ數箇ノ行爲カ相合シテ一罪ヲ構成スル點ニハ毫モ影響ヲ有スルモノニ非ス然ラハ則チ本件事實モ亦前示理由ニ依リ單一ナル金員騙取ノ既遂罪ヲ構成スルモノニシテ其既遂ト未遂トノ二罪ヲ構成スヘキモノニ非サルヤ洵(まこと)ニ以テ明瞭ナリ」(=判旨第4点)。

(405) 「又既一箇ノ既遂犯罪ノミヲ構成スルモノト爲スヘキ以上ハ之ニ關スル法條ノミヲ適用スヘキモノニシテ未遂罪ニ關スル法條ヲモ適用スヘキモノニ非サルヲ以テ本趣意ハ共ニ上告ノ理由タラス」(=判旨第4点)。前記注⁽⁴⁰²⁾で引用した上告趣意との関係でいうと、これが弁護人花井卓藏の上告趣意拡張書第2点に対する判断と考えられる。さらに、大判明治42年3月5日・前掲注⁽³⁹³⁾も、同旨の上告趣意に対して、次のような判断を明らかにしている。「一罪ニシテ數箇ノ所爲ヲ包含スルコトキハ之ヲ分割シテ其各所爲ニ付別ニ刑ヲ科スルコトヲ得サルヤ論ナシ故ニ本件ニ於ケル如ク被告カ犯意ヲ繼續シテ行ヒタル一箇ノ犯罪中既遂ト未遂ト所爲ヲ包含スル場合ニハ被告ヲ既遂ノ刑ニ處斷シタル以上ハ未遂ノ刑ハ自(おのずか)ラ其内ニ包含セラルル筋合ナルヲ以テ未遂ノ部分ニ付別ニ刑ヲ科スヘキモノニアラス」(=弁護人岡崎正也および同菊地儉輔の上告趣意書第3点に対する判断)。

定刑は同じであるから、それをそのまま全体の法定刑にすればよい。その場合、未遂減軽はどうするのかということになるが、仮に減軽するとすれば、既遂犯も含んだ全体にその効果が及んでしまうから、刑の減軽は、やはり否定せざるを得ない⁽⁴⁰⁶⁾。

もちろんこれは、本来の一罪だからこのように考えられるということである。しかし、旧刑法のもとでは、このように連続犯が本来の一罪

(406) 既遂の処罰規定と未遂の処罰規定は法条競合の補充関係と考えられるから、当該事案のように未遂減軽しか問題にならないのであれば、判例の結論を形式的に説明することも不可能ではない。それは、基本法である既遂の処罰規定を適用できるから、補充法である未遂の処罰規定は適用しないということである(大判明治41年1月20日刑録14輯4頁(1908年)も参照)。ただ、連続犯となるべき行為の一部に刑の減軽事由があるというのは、未遂減軽以外でも問題になるから、そのような形式論理で説明できないものもあわせて考えるとすれば、結局は本文のような説明になると思われる。たとえば、大判明治30年5月10日刑録3輯5巻16頁(1897年)は、連続犯となるべき窃盗の一部に宥恕減軽の事由があったという事案で、本文の判例と同様の判断を明らかにしている。上告趣意と判旨によると、被告人は、明治29年10月上旬ごろから同年12月20日までのあいだ数回窃盗を繰り返した(=第2の窃盗罪)。原判決はこれを連続犯としたが、被告人は、同年11月の誕生日前日まで19歳であった。旧刑法81条によると、行為時に16歳以上20歳未満という場合、本刑に1等減じられる。このため、弁護人が「被告ハ明治九年十一月生ナレハ明治二十九年十月月上旬ノ當時ハ十九歳十一ヶ月ニシテ未タ丁年(ていねん・20歳のこと)ニ達セサルモノナリ然ルニ刑法第八十一條ヲ適用セス丁年者トシテ處罰シタルハ不法ナリ」と主張したが(=弁護人花井卓藏の拡張論旨第1点。なお、この弁護人は、前記注⁽⁴⁰²⁾で引用した上告趣意の弁護人と同じである)、前記の判例は、次のように述べてこれを退けた。「原判文ヲ査閲スルニ第二ノ竊盜罪ハ明治二十九年十月月上旬頃ヨリ同年十二月二十日迄ノ間ニ數回ニ犯シタルモノニシテ即チ之ヲ連續犯ト認メ一罪トシテ處斷シタル上ハ其一罪ヲ分割シ可カラサルカ故ニ縱令被告ハ明治二十九年十月月中ニ在テハ未タ丁年ニ至ラサルモ其當時ノ所爲ニ對シ之ヲ分割シテ刑法第八十一條ヲ適用スルコトヲ得ス因テ原院カ同條ヲ適用セスシテ處斷シタルハ決シテ不法ニアラサルナリ」(=判旨第3点)。おそらくこれも、減軽事由がない部分にまで減軽の効果が及ぶのは許容できないから、分割できないのであれば減軽しないということだと思われる。

だったわけだから、制定当時の現行刑法55条が、これと同じように考えられたことは想像に難くない⁽⁴⁰⁷⁾。すなわち、同条を適用したときは、まず数所為を1罪とした上で、その全体について1つの法定刑を觀念し、その法定刑について加重減輕を行わなければならないということである⁽⁴⁰⁸⁾。そして、これは、前記Ⅲ2で述べた分類⁽⁴⁰⁹⁾でいうと、旧刑法368条の(加重された)窃盗罪と変わらない。もともと同条は、家宅侵入と(単純な)窃盗という2つの所為を結合して1罪とするものであったが、この結合一罪は、最初から法定刑が1つの本来の一罪であった。この結合一罪は、家宅侵入罪と(単純な)窃盗罪のそれぞれについて、法定刑を加重減輕し、結合するというものでなかったが、現行刑法55条の連続犯も、そこはこの結合一罪と同じだったわけである⁽⁴¹⁰⁾。

⁽⁴⁰⁷⁾ 現行刑法55条の連続犯が本来の一罪から科刑上一罪になったのは、現行刑法施行と同時にでなかったと考えられる。前記注⁽⁴⁰⁰⁾参照。

⁽⁴⁰⁸⁾ 前記注⁽³⁴⁵⁾で引用した岡田・前掲注⁽¹⁰⁾386頁を前提にすると、刑の加重は、連続犯となるべき行為の一部にしか加重事由がなかったとしても行われる。また、刑の減輕も、本文の判例では、連続犯となるべき行為の一部にしか減輕事由がなかったから行われなかったが、行為の全部に減輕事由があれば否定されることはなかったと思われる。このように、旧刑法においても、連続犯だからといって刑の加重減輕がおよそあり得ないということとはなかったが、そうだとすると、それは、1つの法定刑について行われる必要があった。本文で述べているのは、制定当時の現行刑法55条も、その点が旧刑法と同じように考えられたということである。

⁽⁴⁰⁹⁾ 本誌37巻4号(2023〔令和5〕年)56-59頁参照。

⁽⁴¹⁰⁾ たとえば、大判明治43年6月13日刑録16輯1158頁(1910年)は、同一の被害者から金員を詐取することを企て3通の約束手形を偽造行使したという事案で、連続犯を認めたが、その判旨は、現行刑法55条の解釈が当初は旧刑法の連続犯を引き継ぐものだったことを窺わせる。前記の判例が取り扱った事案は現行刑法施行前のものであったことから、原判決は、現行刑法6条が求めている行為時法と裁判時法の比較を行うべく旧刑法の法令適用も明らかにし、手形証書偽造行使罪(=同209条1項。「爲替手形其他裏書ヲ以テ賣買ス可キ證書若クハ金額ト交換ス可キ約定手形ヲ偽造シ又ハ増減變換シテ行使シタル者ハ輕懲役ニ處ス」)を3個認めた。さらに、原判決は、現行刑法でも有価証券偽造罪と偽造有価証券行使罪をそれぞれ3個認めたが、

前記のように、旧刑法のもとで本来の一罪と考えられていた連続犯に
関して、現行刑法は新たに1つの規定を設けた。その結果、制定当時の
同55条は、「數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ルル」ものを結合し、「一
罪トシテ之ヲ處斷」する規定となった。すなわち、数罪となり得る複数
の行爲を合成して「一罪」とする規定である。そして、その「一罪」は、
これもやはり前記のように、最初から1つの法定刑しか觀念しない1罪
であったと考えられる。そうだとすると、そのような規定の存在が、そ
のすぐ近くにあった同54条1項の解釈に何らかの影響を及ぼしたとして
も、それは取り立てて不思議なことといえないであろう。それゆえ、こ
こからは、その制定当時の同55条が、同54条1項の解釈に及ぼした影響
を視野に入れて考えることにする。(未完)

前記の判例は、次のように述べてこの原判決を破棄した。「原判決ノ認定セ
ル事實ヲ按スルニ被告ハ第一審相被告淺野忠右衛門ト共謀シ約束手形ヲ偽
造シ之ヲ行使シテ淺野與七ヨリ金員ヲ詐取センコトヲ企テ連續シテ與七名
義ノ約束手形三通ヲ偽造シ之ヲ情ヲ知ラサル小島助助ニ交付シ與七ニ係ル
手形債權ノ取立ヲ委任シタリト云フニ在リテ原判決ニ於テハ約束手形ノ偽
造ニ付同一意思ノ發動ニ因リテ同種ノ犯罪行爲ヲ反覆シタル事實ヲ判示シ
タルモノナルコト明白ナルノミナラス偽造約束手形ノ行使ニ付テモ判示ノ
如ク其行使カ同時ニ在リタル場合ト雖モ一行為トナラス數行為トシテ連續
犯ヲ構成スヘキモノタルコト疑ヲ容レス蓋シ連續犯トナルヘキ事實ハ其行
爲カ同時ニ行ハレタルカ爲メニ其成立ヲ妨クルコトナケレハナリ故ニ叙上
ノ事實ヲ認メタル以上ハ之ヲ連續犯トシテ一罪ヲ以テ處斷スヘキコトハ刑
法第五十五條ノ明定スル所ナルノミナラス舊刑法ノ適用ニ於テモ同一ノ判
定ヲ爲サルヘカラス」(=判旨第4点)。すでに本文で述べたように、大判
明治43年6月21日は現行刑法55条の連続犯に関する判例であるが、大判明
治43年10月24日は、旧刑法の連続犯を論じる際に、この大判明治43年6月21
日を先例として引用している(=前記注⁽³⁷⁴⁾も参照)。ここで紹介した大判明
治43年6月13日や本文の大判明治43年10月24日が明らかにした、新旧刑法
で変わらないという判断を前提にすると、少なくとも現行刑法施行後しば
らくのあいだは、旧刑法の連続犯と現行刑法55条の連続犯に差がなかった
と考えることができる。そうすると、そこでは、数所為の全体について1つ
の法定刑が觀念されるとか、そのような1つの法定刑について加重減軽が
行われるという部分も、同じように取り扱われたと推測できるわけである。