

罪数判断は「法理」か

只 木 誠*

1. はじめに

近時、最高裁において、罪数に関して注目すべき2つの判例が相次いで出された。その一つは、児童ポルノを、不特定または多数の者に提供するとともに、不特定または多数の者に提供する目的で所持した場合の罪数が争点となった、最決平成21年7月7日刑集63巻6号507頁であり、二つ目は、労働基準法32条1項（週単位の時間外労働の規制）違反の罪（同法119条1項）と同条2項（1日単位の時間外労働の規制）違反の罪（同法119条1項）との罪数関係が争われた、最決平成22年12月20日刑集64巻8号1312頁である。

前者では、①児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪の罪数関係（併合罪）のほか、②わいせつ図画販売罪と同販売目的所持罪の罪数関係（包括一罪）、③かすがい作用による全体の罪の関係（全体として一罪）が問題とされた。②と③の判断についてはひとまずおいて、①の児童ポルノ提供罪と提供目的所持罪に関してであるが、最高裁では、不特定または多数の者に提供するとともに同目的で所持した場合、児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪とは併合罪となるとされた。児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪とは併合罪であるとするのが「法理」であるとする、当然、それ以外の解釈は導き得ないことになろう。しかし、では、はたして、両罪を併合罪以外の、たとえば包括して一罪とする可能性はないのであろうか。

また二つ目の、労働基準法32条1項違反の罪と同条2項違反の罪との罪数関係についても、両罪の関係についての最高裁の下した、すなわち併合罪で

* 中央大学

あるとする判断が「法理」であるとするれば、以降、いかなる事例においても、両罪は併合罪ということになるのであろうか。

そして、いずれの事例についても、最高裁の示した判断は「法理」であるとする理解が、学説上も、実務上も有力ではなかろうか。あるいは、これまで無意識に「法理」とされてはこなかったであろうか。本稿は、このような問題意識のもとで、判例が示す罪数判断を「法理」であるとする見方を批判的に検討しようとするものである。

2. 労働基準法32条1項違反の罪と同条2項違反の罪との罪数関係

労働基準法32条1項違反の罪と同条2項違反の罪との罪数判断に関する、前掲最決平成22年12月20日の事案は、被告人が、X石油株式会社の代表取締役としてその業務全般を統括していたものであるが、同社の統括運行管理者と共謀の上、同社の業務に関し、同社が、同社の労働者の過半数を代表する者との間で、書面により、平成17年4月16日から平成18年4月15日までの時間外労働および休日労働に関する協定を締結し、自動車運転者に対して、法定労働時間を超えて延長することができる時間は、1日につき7時間、1か月につき130時間などと定め、平成17年4月15日、大津労働基準監督署長に届け出ているのであるから、上記各協定時間の範囲を超えて労働させてはならないのに、労働者Aをして、同社の事務所等において、①1日7時間を超えて、同年12月15日に1時間15分の、同月17日に1時間30分のそれぞれ時間外労働をさせ、②同月14日から同月20日までの週につき15時間15分の時間外労働をさせた、というものであった。

原審は、上記①の所為が労働基準法32条2項（1日単位の時間外労働の規制）違反の罪（同法119条1項）に、②の所為が同条1項（週単位の時間外労働の規制）違反の罪（同法119条1項）にそれぞれ該当するところ、以下の理由により、両罪は併合罪の関係にあると判示した。すなわち、「同条1項は、1週を通じた総労働時間を規制することで疲労の累積を少なくし、その回復等を図る趣旨、同条2項は、1日の労働時間を規制することで過度の疲労の

防止等を図る趣旨と解され、それぞれ別個の意義を有すること、実際に、その規定ぶりに照らしても、同条1項による週単位の時間外労働の規制は、同条2項による日単位の時間外労働の総和を規制しているものではなく、ある週を構成する労働日の労働時間のすべてが同条2項に違反しない場合であっても、同条1項に違反する場合があること（例えば、月曜日から土曜日までの各労働時間がいずれも8時間の場合。なお、もとより、同条1項に違反しない場合であっても、その週を構成する労働日が同条2項に違反する場合があることは明らかである。）などに照らすと、同条1項違反の罪が成立する場合には法条競合により同条2項の罪が成立しないとすることは不合理である」と。

これに対して、被告人は、労働基準法32条1項と同2項は、「あくまでも広く『労働者の福祉や労働者の疲労の回復を図るという趣旨』に基づく規定であり、その趣旨を達成するために、労基法は、労働時間について1週間当たり40時間を超える労働時間は違法なものとする規制を基本とし、1週間の労働時間を各日に割り振る場合の上限として1日当たり8時間を超える労働時間を違法なものとする旨を定めた」と理解し、原判決が週規制の内容を異にして把握する根拠は不明であるとした上で、原判決の解釈は、「1つの超過労働行為を1日単位の労働時間規制違反と1週単位の労働時間規制違反との2つの法律的评价の下で処罰の対象とするものであり、明らかに不当であり、また、両罪の関係を法条競合とすることを否定した原判決は、「法条競合とは、ある罪が成立するときに論理必然的に他の罪が成立する場合のみの問題と捉えている」点で誤りがある、と主張した。

最高裁は、被告人の上告趣旨は上告理由に当たらないとして上告を棄却し、なお書で以下のように判示した。「なお、労働基準法32条1項（週単位の時間外労働の規制）と同条2項（1日単位の時間外労働の規制）とは規制の内容及び趣旨等を異にすることに照らすと、同条1項違反の罪が成立する場合においても、その週内の1日単位の時間外労働の規制違反について同条2項違反の罪が成立し、それぞれの行為は社会的見解上別個のものとして評価すべきで

あって、両罪は併合罪の関係にあると解するのが相当である。これと同旨の原判断は正当である」。

改正後の現在の労働基準法の規定では、1日単位の規制は、過度の疲労の防止、週単位の規制は、疲労の蓄積の減少と疲労の回復という、独自の立法事実を有しているものであると解されている。また、週単位の規制に違反せずとも1日単位の規制に違反する例も、反対に、1日単位の規制に違反せずとも、週単位の規制に違反する例もあり、それらは別異の視点からそれぞれ労働者の一層の保護を図っている証左であって、したがって、一方の規制が他方の規制の意義に包摂・吸収されるということも、また、一方が成立すれば他方が成立しないということも、いずれもないと考えられる*1。最高裁が「規制の内容及び趣旨等を異にする」とする趣旨は、このことを物語っているものと理解することができる。したがって、両罪は法条競合の関係には立たないといえよう。また、同様の理由から、現行の労働基準法の規定の下では、労働時間についてのそれぞれの規定が労働者の保護に関して独自の視点からこれを行っていると思われる以上、それに対する違反は法益侵害の態様を異にすることから、一個の罰条で包括的に評価できる場合にはあたらないように思われる。

このような前提のもとで考えると、週単位の時間外労働の規制違反と1日単位の時間外労働の規制違反との関係については、通常は、併合罪の関係にあるといわざるを得ないであろう。前者は、週単位として規制を超えた時点で罪が成立し、当該週の単位で一罪となり、後者は1日を単位として規制を超えた時点で罪が成立するので、一部、一時点で重なっているに過ぎないからである。また、観念的競合の一罪性の根拠である「規範意識の突破」*2も、したがってかかる事案では複数回認められるのであるから、併合罪とする判

*1 城下裕二「判批」『平成23年度重要判例解説』（2012年）170頁、滝谷英幸「判批」法律時報84巻6号（2012年）119頁、匿名解説・判例タイムズ1340号（2011年）104頁、只木誠「判批」刑事法ジャーナル34号（2012年）117頁参照。

*2 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）420頁、同「酒酔い運転と業務上過失致死との

断は、右一罪性の根拠にも沿うものであると考えられる。

このように、本件ではそれぞれ違法となる時間外労働の始期を異にしているので^{*3}、2つの規制はそれぞれ別個の意義を有することを基礎として、構成要件的行為の「重なり合い」は一個の行為と評価できるまでのものではない。本決定は「それぞれの行為は社会的見解上別個のものと評価すべきであ」と表現したのは、これを示すものである。したがって、本件の具体的事案のもとで両罪を併合罪とした判旨は正当であると思われる。

しかし、それぞれ違法となる時間外労働の始期が同じである場合はどうであろうか。労働基準法32条1項違反の罪と同条2項違反の罪との罪数関係についての最高裁の判断がかりに「法理」であるとする、ここでも、両罪の関係は併合罪であるということになるが、罪数判断は個別具体的な事案における罰条評価相互の関係を問うものであるとすれば、場合によっては、併合罪以外の競合形式を是とすることもあり得るのではあるまいか。実は、これを肯定する見解もかつてから有力であった。すなわち、一日単位の労働規制違反と週単位の労働規制違反がともに成立する場合には、処罰の対象となっている行為が重なり合っていないので併合罪であると解しつつも、一方、一日単位の労働時間規制を超えた時点で同時に週単位の労働時間規制を超えた場合などは、観念的競合を認めることになろう^{*4}、というのである。この見解は、両罪の関係を基本的には併合罪とみて、しかし、両罪の成立が同時である場合には複数の罪（罰条評価）が成立するとしながらも、上記のような状況の下では、両罪の関係を「一個の行為」による観念的競合としているのである。これは、罪数判断の問題にかかる本質を別括しているものであると思われる。

罪数」警察研究48巻11号（1977年）60頁、林幹人「罪数論」『刑法の基礎理論』（1995年）239頁。

*3 それぞれ違法となる時間外労働の始期を異にする。刑集64巻8号1348頁参照。

*4 同旨、香城敏磨「年少者の労働時間の基準規定」法律のひろば21巻1号（1968年）44頁。

3. 児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪の罪数関係

児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪の罪数関係につき、前掲最決平成21年7月7日は、併合罪であると判示した。事案は、被告人は、児童ポルノ提供・同提供目的所持（児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（以下「児童ポルノ法」という）7条4項前段、5項前段）、わいせつ図画販売・画販売目的所持（刑法175条）の事実として、㉠平成17年1月31日ころから同19年1月21日ころまでの間、前後16回にわたり、Cほか3名に対し、児童を相手方とする性交または性交類似行為に係る児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した児童ポルノであり、かつ前同様のわいせつ図画であるDVD-R合計21枚および男女の性交場面等を露骨に撮影録画したわいせつ図画であるDVD-R合計67枚を代金合計11万2300円で売却し、もって不特定または多数の者に販売して提供した、㉡同19年1月31日、児童を相手方とする性交または性交類似行為に係る児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した児童ポルノであり、かつ前同様のわいせつ図画であるDVD-R合計20枚ならびに男女の性交場面等を露骨に撮影録画したわいせつ図画であるDVD-R合計136枚を不特定若しくは多数の者に提供または販売する目的で所持した、というものである。不特定または多数の者に提供するとともに、同目的で所持した場合には、児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪とが成立することになるが、その罪数関係が本件では問題となったのである。これについて、最高裁は、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律2条3項にいう児童ポルノを、不特定又は多数の者に提供するとともに、不特定又は多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法7条4項の児童ポルノ提供罪と同条5項の同提供目的所持罪とは併合罪の関係にあると解される」としたのであった*5。

*5 もっとも判例では、「しかし、児童ポルノであり、かつ、刑法175条のわいせつ物

児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪との罪数関係について、下級審判例においては、包括一罪と解したものと併合罪と解したものとがある*6。東京高判平成15年6月4日刑集60巻5号446頁は、児童ポルノ製造罪、所持罪、販売罪は牽連犯であるという主張に対して、「児童ポルノの製造は、それ自体が児童に対する性的搾取及び性的虐待であり、児童に対する侵害の程度が極めて大きいものがあるからこそ、わいせつ物の規制と異なり、製造過程に遡ってこれを規制するものである。この立法趣旨に照らせば、各罪はそれぞれ法益侵害の態様を異にし、それぞれ別個独立に処罰しようとするものであって、販売等の目的が共通であっても、その過程全体を牽連犯一罪として、あるいは児童毎に包括一罪として、既判力等の点で個別処罰を不可能とするような解釈はとるべきではない」としている。また、大阪高判平成20年4月17日刑集62巻10号2845頁は、「前述の児童ポルノ法の立法趣旨、保護法益等に照らすと、同法が児童ポルノ等の製造、所持、提供の各行為を並列的に禁圧する規定を置いているのは、児童ポルノ等が児童の権利を侵害するなど、社会に極めて重大かつ深刻な害悪を流す特質を有するところから、その害悪の流布を防止するため、製造、所持、提供の行為如何を問わず、あらゆる角度から児童ポルノ等に関する行為を列挙してこれらを処罰の対象とする趣旨と解される。したがって、その製造、所持、提供の各行為は、別個独立の行為として、それぞれ一罪として処罰されるべきであり、しかも、これらの犯罪の通常の

である物を、他のわいせつ物も含め、不特定又は多数の者に販売して提供するとともに、不特定又は多数の者に販売して提供する目的で所持したという本件のような場合においては、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括して一罪を構成すると認められるところ、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供、同じくわいせつ物販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ社会的、自然的事実としては同一の行為であって観念的競合の関係に立つから、結局以上の全体が一罪となるものと解することが相当である」とされたのであった。

*6 提供罪、所持罪と同製造罪とが併合罪の関係にあることは、本件の第1審から一貫して争いはない。なお、覚せい剤事犯における、製造罪と所持罪の関係も同様である。最決昭和30年1月14日刑集9巻1号45頁参照。

形態として、その性質上、必然的な手段又は当然の結果という関係にあるなどともいえないから、これらの犯罪を連続して犯したとしても、所論がいうような牽連犯ではなく、併合罪になるものと解すべきである。」としている。

本最高裁決定は、両罪の関係を併合罪とする根拠として、「児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし」としているが、この判示の趣旨は今ひとつ明白ではない。とはいえ、上記裁判例にあるように、児童ポルノが児童に対する侵害の程度が極めて重大かつ深刻な犯罪行為であるため、それを効果的に防止するためには、製造から提供に至る各段階の行為はそれぞれ独立して処罰の対象となるべきことをすでに前提としているものと推測されるのである。

児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪の罪数関係を検討するに当たってまず問われるべきは、児童ポルノ法に定める両罪の保護法益である。これに関しては平成16年の改正後の同法第1条の目的規定は、「この法律は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護することを目的とする」として、「児童の保護、児童の権利の擁護」を謳って、児童の権利保護の側面を打ち出しており*7、主として児童ポルノの対象となる当該児童の保護を、そして付随的には児童ポルノそれ自体の撲滅を指向しているように見受けられる*8。

児童ポルノ提供罪の保護法益をこのように第一次的に児童の権利であると解した場合、児童ポルノの各行為類型ごとに段階的に処罰の対象は考えられ

*7 島戸純「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律」ジュリスト1274号（2004年）61頁。

*8 立案当局者の理解も同様のようである。森山眞弓・野田聖子『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』（2005年）93頁）も、やはり当該児童の保護と健全な性風俗の維持を保護法益としているように思われる。

ているとしても、それらの行為の禁圧を通して結局のところ当該児童の保護を図るということが児童ポルノ法の趣旨であるとすれば、両罪によって被害児童の一個の権利侵害という不法が量的に増加したに過ぎないとして、包括一罪説を採ることは、なるほど不可能とまではいえない。たとえば、盗品等関与罪の各罪については、狭義の包括一罪とされているのである。しかし、本罪の保護法益について、同じく当該児童の権利という個人的法益として捉え、かつ、その上で、児童ポルノの製造、所持、提供の個別の行為によって、児童を被写体とした児童ポルノの製造による性的虐待やこれを提供することによる児童の非一身的な権利の侵害の拡大など、それぞれの行為ごとを禁圧の対象とし、それぞれに独立した不法を観念し、それぞれの行為を独立して評価すべきであると解すれば、両罪の関係は併合罪と解さざるを得ないと思われる*⁹。

また、条文の立て付けをみても、児童の人権侵害が大きく顕在化する提供という行為類型が基本に据えられつつ各犯罪類型は定められているが、ここでは、提供と所持は分けて規定されており、また、たしかに所持から提供へ移行することが通例とはいえず、提供目的の所持のみでも犯罪が成立するところ、むしろその段階で摘発する必要性も高いという点で独自性を有しているのであって、したがって、提供行為に必然的に付随する所持行為は格別、そのような事情がないかぎり、一方が他方を包括的に評価するという関係にはないと解すべきである。

*⁹ 児童ポルノ提供罪の保護法益をもっぱら社会的法益と解することを基礎に、同提供目的所持罪は児童ポルノが社会に流布することで法益侵害が顕在化する一過程にすぎないとして、両罪を包括一罪と解する（園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』（1999年）15頁、林美月子「判批」判例時報2130号（2012年）166頁。仲道祐樹「判批」刑事法ジャーナル22号（2010年）111頁もその可能性を示している。なお、只木誠「判批」論究ジュリスト（3）（2012年）225頁。

4. 提供行為、製造行為に伴う所持の場合の罪数関係

提供行為に必然的に付随する所持行為や、製造に引き続きこれを所持する行為などの場合には、本来併合罪の関係にある両罪が、一方が他方を包括・吸収して包括的評価が可能となり、全体として一罪となることはないであろうか。過去の判例でもこのような例は少なくないはずである。

覚せい剤の製造罪とその後の所持罪の罪数関係につき、前掲最決昭和30年1月14日は、被告人が所持していたと認められた覚せい剤本が、被告人が製造したと認められた覚せい剤の一部であつても、それが右製造に伴う必然の結果として一時的に所持せられるに過ぎないものと認められない限り、その所持は製造罪に包括、吸収せられるものと認むべきではないから、製造罪の外に所持罪の成立を認めた原判決は結局正当である、としている。この趣旨は、傍論としてではあるが、製造に伴って必然的に生じる所持の結果については、製造罪によって評価され、新たに所持罪には当たらない旨を説示するものであるといえよう。同趣旨のものとして、最決昭和31年1月12日刑集10巻1号43頁は、「覚せい剤取締法は、覚せい剤を不法に所持するという静的行為と、これが所有権を移転する譲渡及び譲受という動的行為とを、それぞれ、取締の目的と法益とを異にする各独立別個の罪として処罰する法意である。従つて覚せい剤を譲受けた場合その瞬間にはじめられた所持そのものは、取引の通念に照らし、譲受に一連する包括的行為とられ、譲受の一罪として処罰するを相当とするであろうけれど、その譲受後時間的空間的關係の推移変動により取引上、その所持が別個独立の行為として観察し得るに至れば、もはやこれを譲受行為に包括せられるものといひ得ないことは多言を要しないところである。原審が『昭和28年3月10日頃から同年6月末日頃までの間に譲受けた本件覚せい剤を同年7月14日頃居宅炊事場の石油罐または土蔵内にそれぞれ隠匿所持した』との事実に立脚して、この所持はその方法態様において譲受に当然随伴するものとは認められないふら、別個独立の所持罪が成立する旨判示したのは首肯するに足る」としていた。これらは、製造罪、譲渡罪および譲受罪と所持罪とを併合罪とする罪数判断は、例

外を許さない「法理」ではないことを示している。

これらの、傍論としてではあるが、最高裁の判断を、その後の裁判例も踏襲している。覚せい剤の譲受罪と同所持罪の罪数につき、名古屋高判昭和59年6月21日高等裁判所刑事裁判速報集（昭59）号448頁は、覚せい剤取締法は、覚せい剤を不法に所持する静的行為と、その所有権を移転する譲渡および譲受という動的行為とを、それぞれ、取締りの目的と法益を異にする各独立別個の罪として処罰する法意であり、覚せい剤を譲受けた場合その瞬間に始められた所持そのものは、取引の通念に照らし、譲受に一連する包括的行為と見られ譲受の一罪として処罰するのを相当とするが、そのような事情がない限り、併合罪であるとしている。ここでも、傍論としてではあるが、覚せい剤の譲受罪と同所持罪とは、原則として併合罪ではあるが、例外を認めているのであって、罪数判断を「法理」としているわけではないことを示している。大阪地判昭和56年11月10日判時1042号168頁は、被告人Aが覚せい剤を購入して、Aの帰りを待っている共犯者Bのところに戻ったところ、警察官の職務質問を受けてBが犯行を自供していたため、その場でAは警察官に逮捕されたという事案に、検察官は、Aが「戻った時点での覚せい剤の所持をもって所持罪が成立するとし、これを主たる訴因として主張するのであるが、右の事実関係に照らすと、右の時点での所持は、その方法態様において、検察官が予備的訴因として主張しかつ立証するところの覚せい剤の譲受に当然に随伴する所持であって、このような所持は、譲受に一連する包括的行為として予備的訴因たる譲受罪に吸収され、独立の所持罪を構成しないと解すべきである」としているが、ここでは、先例の事案に従い罪数判断を下していることがわかる。

5. 牽連犯の成否

実は、罪数判断を「法理」としないような思考方法は、周知のように、すでに古くから牽連犯についても見られるところである。

たとえば、文書偽造と行使は、一般には牽連犯の典型のように扱われてい

るが、事案によっては併合罪ともなり得るとというのが判例・通説である。

従来、有印私文書行使罪と詐欺罪とは、牽連犯であるとするのが判例、および通説の立場であった*10。もっとも、牽連犯の成立には、抽象的牽連性（「手段または結果たる関係」が罪質について存すること）のほか具体的に具体的牽連性（具体的犯行がかかる関係にあること）が必要であるとされているところ*11、後者の具体的牽連性が存しないとされる場合には、数個の行為の間の牽連性が失われるとして、併合罪が認められてきたのである*12。たとえば、詐欺の事実が発覚した際にその犯罪を隠蔽するため、文書をあらかじめ偽造しこれを行使した場合の文書偽造と詐欺*13、偽造（変造）文書の行使が偽造手段となっていない場合、すなわち、変造借用証書を代書人に提示行使して立替金変換請求の訴状を作成させ、裁判所に詐欺訴訟を提起した場合の変造文書行使と詐欺*14、甲から金借の交渉方を依頼された乙が、依頼額より多

*10 大判明治43年12月16日刑録16輯2227頁（虚偽の借用証書の行使が金員の騙取行為の一部に対する偽造手段となっていた事例）、大判大正4年3月2日刑録21輯221頁（頼母子講の当籤者が偽造の連帯借用証書を交付してこれにより当籤金を受領した事例）、大判昭和4年5月1日法律新聞3020号10頁、仙台高判昭和26年9月17日高等裁判所刑事判決特報22号69頁（「本件借用証書の偽造と行使と詐欺とは順次手段結果の関係にあるから刑法54条1項後段を適用して一罪として処断しなければならないのに、原判決は右偽造と行使とのみをいわゆる牽連犯とし、詐欺は之と独立した一罪として両者の間に併合罪の関係ありとして法定の加重をしたのは誤りで」あるとした事例）。

*11 最大判昭和24年12月21日刑集3巻12号2048頁。

*12 団藤重光編『注釈刑法(2)のII』（1969年）647頁 [高田卓爾]、龍岡資晃『最高裁判所判例解説（刑事編）（昭和57年度）』97頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第3巻）』（1999年）167頁 [中谷雄二郎]、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第10巻）』（2006年）134頁 [高橋省吾]。

*13 東京高判昭和29年1月30日判決特報40号12頁。

*14 大判大正2年3月27日刑録19輯387頁は、「被告ノ変造シタル文書ハ立替金請求ノ訴状作成ノ為メ之ヲ代書人甲ニ提示シタルニ止マリ詐欺実行ノ手段トシテ裁判所ニ提出シタルニアラサルヲ以テ該変造文書ノ行使ト詐欺トノ間ニハ手段結果ノ関係アルコトナク從テ該文書ノ変造行使ハ詐欺ト牽連シテ一罪ヲ構成スルモノニアラスシテ併合罪ノ関係ヲ有スル」としている。

額を借り受け差額を自己において着服しようとして、甲名義の改印届および同届の委任状を偽造し、これを役場吏員に提出行使した後、甲名義で丙に借用書方を申し出て金員を騙取しようとした場合の文書偽造行使と詐欺^{*15}、などがこれに当たる。

したがって、偽造文書行使罪と詐欺罪とは、牽連犯の場合もあるし、また、併合罪とされる場合もあり、そして、行使行為と詐欺行為が一個の行為としてなされた場合には、観念的競合ともなり得るのである。大阪高判平成20年11月7日最高裁判所刑事判例集63巻3号323頁は、不実電磁的公正証書原本供用罪と横領罪とは観念的競合の關係に立つとし、また、広島地判平成7年7月18日は、偽造されたパチンコ店用のプリペイドカードを使用してパチンコ玉を窃取したという事案に、偽造のプリペイドカードを挿入することによって成立する偽造有価証券行使の行為と窃取行為とは構成要件の主要部分が重なり合うものであって、観念的競合となるとした。

加えて、東京地判平成4年4月21日判例時報1424号141頁は、両罪の關係につき、偽造有印私文書の行使が、詐欺罪における相手方の処分行為の後に、中には詐欺の既遂の後に行われていることから牽連犯の成立はなく、他方、偽造私文書行使と詐欺とは、本来同時的・一体的に行われることが予定され、現に、両者は時間的・場所的にも平行・近接して行われていることを理由として、いわゆる、科刑上一罪としての混合的包括一罪であるとしているのである^{*16}。

このように、牽連犯にあっては、判例によって示された罪数關係は「法理」ではなく、個別具体的な關係ということになっているのである^{*17}。

*15 大判昭和9年6月22日刑集13巻867頁。さらに、偽造文書が詐欺の手段として使用されていない場合の文書偽造と詐欺罪の關係もこれに当たる。大判大正3年3月24日刑録20輯336頁。

*16 只木誠『罪数論の研究（補訂版）』（2009年）165頁。

*17 最判平成17年4月14日刑集59巻3号283頁は、恐喝の手段として監禁が行われた場合の罪数關係を牽連犯とする判例を否定して併合罪であるとした。しかし、恐喝

6. 酒酔い運転の罪と、過失致死傷罪および無免許運転の罪との 罪数関係

このように罪数判断の「法理」性を否定すると、同日に下された3つの最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁、同151頁、同168頁が判示する、酒酔い運転の罪と業務上（自動車運転）過失致死傷罪とは併合罪となり、酒酔い運転の罪と無免許運転の罪は観念的競合となるとする罪数判断も、それが「法理」ではない以上、固定的なものではなく、例外を許さないものではないことになる。罪数判断は具体的事案を基礎になされるべきであるとするならば、罪数判断が、一般的、画一的なものであるとする考えは妥当ではないのである。

この点で疑問となるのが、最決昭和50年5月27日刑集29巻5号348頁である。この決定では、運転技術が未熟で、しかも酒に酔った状態で運転を開始し、約100メートル進行した地点で衝突事故を起こした事案において、酒酔い運転と重過失傷害罪とを併合罪としたのであるが、従来から指摘されているように、酒に酔った状態で自動車を運転しようとして自宅のガレージから車道に出たところで他の自動車と、あるいは歩行人と衝突し自動車事故を発生させたような事例では、両罪は観念的競合とすべきであると思われるのと同様、この事案においては、酒酔い運転と重過失致死傷とは、時間的・場所的關係からも「一個の行為」によるものとして、観念的競合とされるべきではなかったであろうか*18。

同様の理由で、反対に、酒酔い運転の罪と無免許運転の罪とは、上記判例によれば観念的競合とされるのであるが、仮に無免許運転中に酒を飲み始めた場合には、たとえば、一人をある場所に不法に監禁し、その後他の一人を同一場所に監禁した場合と同様に、両罪を併合罪としてよいのではあるまいか。前者のガレージ前の事故の事例では、自然的観察・社会的見解上「一

と逮捕とは観念的競合の關係に立ちうるのではないと思われる。

*18 同旨、山火正則「判批」『刑事判例評釈集』36・37巻184頁、林（幹）前掲書240頁。

個の行為」が看取され、そこでは規範意識の突破と、また、注意義務違反とが別個に生じているわけではなく、一方、後者の、無免許運転中に飲酒した場合には、二個の規範意識の突破が認められ、いずれも、観念的競合の一罪性の根拠に沿った解決となっていることから、そのように理解することができるであろうと思われるのである。

7. 訴訟法への影響

一罪か数罪か、科刑上一罪であるか併合罪であるかの区別は、たとえば、手続法では、公訴事実の同一性や一事不再理効の範囲を画するに当たって重要である*¹⁹。というのも、科刑上一罪の場合には、併合罪の場合と異なり、その範囲が科刑上一罪の関係にある事実全体に及ぶとされているからである。また、告訴の客観的不可分と「一罪」について、客観的不可分の原則が貫かれる場合とそうではない場合が存在し、また、同じく、逮捕・拘留の効力の及ぶ客観的範囲にかかる「一罪・一逮捕・一拘留」の原則について、手続法では右の原則が破られる場合があるが、通例は、実体法上の「一罪」が基礎とされている。さらに、「一罪」の一部起訴、分割起訴の許容の可否については、判例は訴訟法的な理由から、あるいは政策的考慮から場合を分けており、また、訴因制度と「一罪」については、訴因変更の同一性を画する基準として公訴事実の同一性が語られるところ、単純一罪・包括一罪・科刑上一罪である場合には、公訴事実の単一性の範囲内として訴因変更は可能となるなど、いずれにせよ、罪数関係は、訴訟法上も重要なものとなっている。

たとえば、冒頭に掲げた、児童ポルノの罪数に関する前掲最決平成21年7月7日では、同一児童を被写体とする児童ポルノを製造し、所持し、提供した場合、全体を包括一罪と解すると、一部の罪が発覚しその罪に確定判決が下った後に他の部分が発覚しても、その部分については、現在の判例理論を

*¹⁹ たとえば、古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムズ535号（1984年）77頁、小林充「罪数の評価と訴訟手続」研修696号（2006年）3頁。

基礎にするかぎりは一事不再理効によって免訴となり、不問に付されることになることから、全体を一罪とした場合のデメリットが考慮されたのではないかと推測されるが、これは、すなわち、実体法上の罪数論が訴訟法上の一事不再理効の問題に直結するからである。

しかし、すでに本稿で縷々述べてきたように罪数関係を固定的に考えるべきではないと思われるが、その場合に問題となり得るのは、とりわけ訴訟法における法的安定性である。というのも、わが国の実務は、上述のごとく、訴訟法の諸問題を罪数関係に依拠させているので、罪数関係が不安定であれば、そのまま訴訟法的な帰結にも影響を与えられ考えられるからである。これは、すなわち、実体法上の一罪と手続き法上の基準との関係を独立のものとするべきとする考え方に対して加えられる批判でもある^{*20}。

しかし、実体法上の一罪と手続き法上の基準とは必ずしも相互不離のものではないのではないかと。量刑論とは、行為違法と行為者責任に照らして合目的に可罰性を刑罰の量に換算する理論であり、罪数論とは、この量刑論の基礎として、行為者について成立する具体的な犯罪の個数を示し、犯罪が複数成立する場合にはそれらの関係を明らかにして、科刑の前提を整える領域であると思われる。他方、たとえば、一事不再理効についていえば、訴訟法上の「同一の犯罪」を論じる意義は、既に処罰されあるいは無罪となった被告人を、または、すでに一回の訴追を受けその犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった被告人を再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあるとする見解が有力である。ドイツにおいても、憲法の定める一事不再理の効力は、単に二重処罰の回避だけではなく、既に処罰された、あるいは無罪となった行為者を同一の所為を理由に新たな訴追や処罰から守ることにあると説明されている。

このように、刑法54条1項前段の規定のもつ意義・機能、すなわち、処断刑の範囲を確定し量刑の基礎を提示することと、手続法にいう「一罪」を論

*20 只木・前掲書*頁。

じる意義（憲法39条後段）、すなわち一事不再理の効力をどの範囲で定めるかということとは異なるものであると考えられ、もし、両者が、このように異なった目的・意義を有していると解しうるのであれば、それぞれの「一罪」「基準」を判断する基準もまた異なった原則に服しめられることが許されるばかりか、必要となると思われるのである^{*21}。

8. おわりに

前記最高裁は、労働基準法32条1項違反の罪と同条2項違反の罪との罪数関係、および児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪の罪数関係につき、いずれも併合罪であると判示した。この罪数判断は、具体的事例を基礎に下されたものであり、事案によっては、他の罪数判断に至りうるものであり、その意味で、判例によって示された罪数判断の内容は、「法理」ではないと思われるのである。

付記 林弘正先生には、研究者を志して以来、今日まで、多くのことをお教えいただき、また、親しくおつきあいさせていただいた。いまだ不十分なものはあるが、日頃から敬愛する先生への感謝の意を込めて、また、今後のますますのご健康とご活躍を祈りつつ、ここに本稿を捧げたいと思う。

^{*21} 古田・前掲論文79頁参照。

