

混合的包括一罪の現状

—— 近時の下級審判例を素材として ——

只木 誠

1. はじめに
2. 混合的包括一罪
3. 前提として確認すべきこと
4. 裁判例の検討
5. おわりに

1. はじめに

今日、判例においても学説においても、混合的包括一罪は競合形式の一つとして一般に広く承認されてきているとあってよいであろう。その背景には、後述のように最高裁として初めて当該概念をみとめた判例が存することがあげられる。そして、この競合形式は、今日では、事実関係が明確にならない事例において、発生した結果を許される範囲で罰条評価に反映するための弥縫策ともなっている。とはいえ、いかなる法概念も、その与えられた役割なり機能なりを超えて用いられてはならないのは法解釈学においても当然の理であって、この点について不断のチェックが必要であると思われる。

本稿は、このような問題意識のもと、混合的包括一罪を肯定した裁判例のそれぞれがどのような類型に当てはまるか、どのような理由で包括一罪とされたのか、これまでの類型から逸脱する新たな類型であるか等を検討し、包括一罪の現状を考察しようとするものである。

2. 混合的包括一罪

混合的包括一罪¹⁾は、異なる構成要件にまたがる競合の型をいうが、この概念を最高裁において初めて肯定した最決昭和61・11・18刑集40巻7号523頁²⁾においては、窃盗罪または詐欺罪と二項強盗による強盗殺人未遂罪との間で、下級審判例においては、強盗罪と傷害罪³⁾、そして詐欺罪と

-
- 1) 下級審判例においては、混合「的」包括一罪ではなく、混合包括一罪という名称が使われる例も少なくないようであるが、ここでは、混合的包括一罪とする。
 - 2) 同決定は、XとYが、当初はAを殺害してその所持する覚せい剤を強取することを計画したが、その後計画を変更し、共謀の上、まずXにおいて、覚せい剤取引の斡旋にかこつけてAをホテルの一室に呼び出し、別室に買主が待機しているかのように装って、覚せい剤の売買の話をまとめるためには現物を買主に見せる必要がある旨申し向けてAから覚せい剤を受け取り、これを持って同ホテルから逃走した後、間もなく、YがAのいる部屋に赴きAを拳銃で狙撃したが殺害の目的を遂げなかったという事案において、いわゆる一項強盗による強盗殺人未遂罪は成立しないが、窃盗罪又は詐欺罪といわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪との（混合的）包括一罪が成立するとした。
 - 3) 仙台高判昭和34・2・26高刑集12巻2号77頁は、被告人は、他の者らと共に謀の上、被害者Aの頭部、顔面に暴行を加え、同人に対し顔面傷害を与えたが、暴行の最中にAがしていた腕時計を見て、咄嗟にこれを強奪しようとして、暴行によって抵抗不能の状態にあったAから腕時計を強取したとして、強盗傷人の罪に問われたという事案の控訴審で、強盗の犯意を生ずる前の傷害は単純な傷害であり、その犯意を生じた後の傷害は強盗と傷害の結合犯たる強盗傷人罪の構成部分たる傷害であり、その意味において、強盗の犯意を生じた時期を境としてその前後2群の傷害は切り離された2個の行為であり、前の傷害と後の強盗傷人とは別罪であるが、それは法的評価の問題であって、社会現象としてみるときは、包括的に観察して、一連一個の行為と解すべきであり、包括一罪として重い強盗傷人罪の刑をもって処断すべきであるとして、傷害と強盗傷人を併合罪とした原判決を破棄したものである。そして、この判例を契機として、傷害の結果が強盗の犯意発生の前後いずれの暴行に起因するか不明の場合

偽造有印私文書行使罪などとの間で認められている⁴⁾。そのうち、前者は最高裁による判断である点で先例としての意義があり、また、強盗罪と傷害罪型の類型は下級審段階では判例として定着しており、その結論もまた妥当であろうと思われる。

なお、大阪高判昭和62・9・10判時1297号145頁は、強姦（不同意性交）および窃盗の両目的をもって住居に侵入し、被害者のハンドバッグから現金を窃取した後、暴行・脅迫を加えて被害者の反抗を抑圧して強姦し、更に被害者の畏怖に乗じて現金などの強取を試みたが遂げなかった事案について、窃盗罪と強盗未遂罪とは包括一罪として重い強盗未遂罪の刑で処断すべきであると判断したが、当該判決文において前記最高裁判例を引用していることから、本判決は混合的包括一罪を肯定したものであるとし⁵⁾、その上で、しかし、本件事案は、被害法益が同一であるから、混合的包括一罪に当たる場合ではないとする批判がある【以下、「混合的包括一罪成立に対する批判」という】⁶⁾。この批判にもかかわらず、本判例を正当なものとして理解するのであれば、同一の被害法益にあって、しかし、適用される構成要件を異にするという場合、「構成要件の異なり」という故だけをもって混合的包括一罪と称することになる。それについての疑義はひ

には、これを強盗致死傷罪として問擬することはできず、とはいえ、少なくとも傷害の結果について責任を負わなければならないから、したがって、傷害罪と強盗罪の混合した包括一罪が成立するとする判例が現れることになった。仙台地判昭和39・7・17下刑集6巻7号865頁、新潟地判昭和42・1・13下刑集9巻1号31頁、福岡地判昭和47・3・9刑裁月報4巻3号615頁、東京地判昭和48・9・12ジュリスト554号判例カード83、名古屋高金沢支判平成3・7・18判例時報1403号125頁。なお、新潟地判昭和45・12・11刑裁月報2巻12号1321頁参照。

4) 東京地判平成4・4・21判例時報1424号141頁、(同一の合議体による)東京地判平成4・7・7判例時報1435号142頁。

5) もっとも、判旨には最高裁判例参照の前に「なお」としてある。

6) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻』（青林書院, 2013年）214頁〔中山善房〕。

とまず措くとして、本判例では、窃盗が先行し、その後に強盗がなされことは証拠上明らかであるから、2個の犯罪行為を認めた上で、「窃盗と強盗未遂とは、財物奪取に向けた社会的に同質の行為が同一場所で同一機会に連続してなされたものと評価され」として、包括一罪としたものと思われる。

学説においても、今日では混合的包括一罪は承認されつつある。もちろん、これに対しては有力な批判もある。例えば、中山は⁷⁾、準備草案では包括一罪の規定が設けられていたが、その範囲が過度に広がる虞があることなどを理由として改正刑法草案においては規定が置かれなかった経緯を踏まえ、「安易に包括一罪を拡大化する方向につながりかね」ず、「その意味において、『混合的包括一罪』の概念を肯定することについては、とくに慎重でなければなら」ず、「やはりその影響および問題性が大きいといわなければならないであろう。」とする。そして、前掲最決昭和61・11・18における事例は、むしろ「一個の行為」による場合であるとして、観念的競合の事例と解すべきであろうとする⁸⁾。なるほど、混合的包括一罪は数個の異なる構成要件が成立する事例であり、そこでは法定刑も、それに伴い時効も、あるいは必要的没収規定の存否も異なると解すべきであり、それゆえ、混合的包括一罪を構成する犯罪事実については、独立の事実の認定を必要とし、法令の適用に際してはその罰条の摘示が必要であるともいわれている。とすれば、混合的包括一罪は、科刑上一罪に位置づけられることになると思われる。

そして、そのように解することで、例えば、「混合包括一罪説の最大の弱点は、身体法益に対する侵害行為である『傷害』を財産的法益に対する侵害行為である『強盗』により包括的に評価することができると解する点にあるとともに、重い強盗罪の刑で処断することにより実質的に傷害罪を

7) 中山・前掲注6) 212頁。拙稿『罪数論の研究〔補訂版〕』（成文堂、2009年）165頁。

8) 中山・前掲注6) 215頁。

不問に付すことに等しい結果となる点にある。』⁹⁾とする批判についても、前者への指摘については、観念的競合や牽連犯と同様に、混合的包括一罪という競合形式もまた科刑上一罪の類型として理解すればよく、しがたって刑の下限も被吸収法のそれを下回ってはならないことになり¹⁰⁾、また、後者の指摘については、被吸収法に当たる犯罪を量刑において考慮することはなお可能であると思われるのである。

3. 前提として確認すべきこと

私は、かつて、概要以下のように論じた¹¹⁾。罪数論・競合論とは「違法と責任に照らして合目的に可罰性を刑罰の量に換算する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、ならびに犯罪の違法・責任の程度を明らかにする領域」であり、実体法上の意義の一つは、量刑規範を明らかにすることにある。すなわち、その意味は、第一に、複数成立した具体的な犯罪について、併合罪という本来数罪におけるとは異なった処断刑を形成すること、第二に、ある行為につき、犯罪構成要件の適用によりその犯罪的性格を余すところなく汲み尽くし、評価し尽くすこと、そして第三に、被吸収法を、量刑において考慮する量刑資料とすることである。この、被吸収法の量刑における考慮に関していえば、例えば、傷害罪と強盗罪との混合的包括一罪では、強盗罪の処断刑の範囲で傷害の程度が甚大であることを量刑にあたって考慮すべきであろう。しかし、このように解釈するならば、吸収法はもちろんのこと被吸収法についても、違法評価、責任評価を加えて、当該犯罪が成立していることを明らかにすべきである。このように、異なる構成要件間の包括一罪を認めるならば、

9) 中山・前掲注6) 212頁。

10) 前掲東京地判平成4・4・21が処断刑の短期を偽造有印私文書行使罪の刑のそれによったのは、その現れである。

11) 拙稿・前掲注7) 178頁。

実体法的理由からも訴訟法的理由からも、法令の適用にあたってこれを明記すべきである。そして、このような量刑論と競合論を有機的に結びつける議論は、ドイツにおいては広く行われているところである、と。このような考え方は、今日でも維持できるものと思われる。

このような罪数論・競合論の基本的な考え方に立って、混合的包括一罪を論じる前提を考えてみたい。まず確認しておくべきは、混合的包括一罪として包括的に一罪として処断するにしても、そこに含まれる罪は、犯罪として存在しなければならないということである。「犯罪として存在する」とは、その罰条で評価されるべき実体が備わっていないなければならないということである。例えば、強盗犯が被害者に向かって「手を挙げろ。」と命じて、被害者をして手を挙げさせた上で強盗を働いたとしても、強盗罪のほかに、手を挙げさせたことつき強要罪を認めることは相当ではないであろうし、殺人犯が被害者を人気のない場所まで拉致した場合、時間的にわずかな拘束であれば、殺人罪のほかに逮捕監禁罪の成立を肯定するまでもないであろう¹²⁾。しかし、もちろん、後者の例で、例えば、被害者を逮捕して人里離れた山奥のダムまで連れ去り、時間的にも長時間にわたって、被害者の身体活動の自由、行動・移動の自由を拘束した場合などは、殺人罪に加えて逮捕監禁罪の成立を肯定すべきであろう。この理は、殺人罪のほか強姦（不同意性交等）罪にも当てはまり、逮捕監禁罪と殺人罪、強盗罪、強姦（不同意性交等）罪との関係について、逮捕監禁行為が殺人行為、強盗行為および強姦（不同意性交等）罪の一部と見られない場合、あるいは、それらの一部と見られる場合であっても、逮捕監禁行為が長時間に及ぶなど、逮捕監禁罪によっても独自に評価すべき実体がある場合には、観念的競合¹³⁾か混合的包括一罪、あるいは併合罪が成立することになろう。

12) 多数説も同様の理解にあり、逮捕監禁が、殺人行為、強盗行為、強姦行為の一部であるとみられる場合には、殺人罪等のみの成立が認められるとする。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第11巻』（青林書院、2014年）420頁〔竹花俊徳＝荒井智也〕。

次に、例えば、先行する複数の犯罪がいずれも結果的加重犯規定を有している場合、1個の加重結果をいずれの先行犯罪に結びつけるかという点である。これはすなわち、因果関係の問題である。この点については、いうまでもなくその結果を引き起こした、あるいはその結果と密接な関係にある犯罪に結びつけるべきであろう。もっとも、事例によっては、その結果を先行する二つの犯罪と結びつけて評価すべき場合もあろう¹⁴⁾。

また、私は、これまでの論考で以下のように述べてきた。殺人既遂の場合には死に至る過程で傷害結果が含まれているので、通常、傷害罪は殺人罪に吸収されるのであるが、ときには、殺人未遂罪と傷害罪との罪数関係については、上述のように、混合的包括一罪とされる例がある。殺人罪とは別に評価すべき実体があることが、その根拠であるように思われる。このようにとりわけ重い犯罪が未遂の場合には、軽い犯罪の既遂結果を示す構成要件を混合的包括一罪、あるいは観念的競合として併せて評価することが考えられる。実際にも二重評価を否定的にとらえる見解からも、この場合には未遂結果はともかく、既遂結果が二重に評価されてはいないと考えることもできるから、それほど違和感なく採用可能な処理であると思われる。放火罪についても現住建造物放火が未遂の場合には非現住建造物放火既遂を罰条評価に加えることが考えられる¹⁵⁾。現住建造物放火について

13) 大阪地堺支判平成20・6・23LLI/DB06350275は、被告人は、複数の女性に対して強姦を行ったが、いずれも、被害者の女性を脅迫し駐車場まで連行し、その両手首をガムテープで後ろ手に緊縛するなどの暴行を加えてその反抗を抑圧し、現金等を強取し、引き続き、自車に押し込んで、他の駐車場まで連行し、そこで強いて姦淫したが、その逮捕監禁の時間は、おおよそ2～3時間であったという事案につき、強盗強姦に加えて逮捕監禁が認められ、逮捕監禁と各強盗強姦はいずれも1個の行為が2個の罪名に触れる場合であるから、いずれも刑法54条1項前段の観念的競合に当たるとしている。

14) いわゆる熊打ち事件（最決昭和53・3・22刑集32巻2号381頁）では、仮に、先行する行為にも死の結果を結びつけるのであれば、業務上過失致死罪と殺人罪とは（混合的）包括一罪とすべきであろう。

中止未遂が成立する場合には、中止までに生じていた刑法109条、110条の既遂についての罪責は免れ得ないとする説もあるが¹⁶⁾、障碍未遂にあっても、既遂となった109条、110条との混合的包括一罪とすることが考えられると思われる。ドイツでも同様の解釈が有力である¹⁷⁾、と。

独自に評価すべき実体という点について付言すれば、殺人未遂罪と傷害罪とが混合的包括一罪とされた裁判例は、すべて、そもそも行為が2個である場合であるが、併合罪に当たるような場合を除けば、時間的に連続した二つの行為による結果であるか、あるいは一つの行為による結果であるかは、犯罪の実体を評価するにあたっては、それほど重要ではないのではないかとすれば、1個の殺人行為が成立するに過ぎない場合であっても、傷害結果を評価して傷害罪の成立を観念的競合として、あるいは混合的包括一罪として罰条評価に加えることはなお可能であると思われるのである。

4. 裁判例の検討

混合的包括一罪についての以上のような基本的な視座のもとで、近時の判例を見ていこう。

まず、殺人未遂と傷害に関する裁判例である。①神戸地判平成30・3・19D1-Law28262775は、被告人は、かねてから折り合いが悪かったAから挑発的態度をとられたことに腹を立て、Aとけんかをすることを決意し、Aと落ち合い、持っていた金属バットで左上腕部を殴打するなどの暴行を加えたが、その際、付近にいたAの妻が警察に通報しようとしているのを

15) 判例は、非現住建造物放火・建造物以外放火の既遂は現住建造物放火に吸収されるとしている。大判大正12・11・12刑集2巻781頁など。

16) 団藤重光編『注釈刑法(3)各則(1)』(有斐閣, 1965年) 174頁 [藤木英雄]。西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』702頁 [和田俊憲] 参照。

17) 拙稿「『二重評価』について」『山口厚先生古稀記念論文集』(有斐閣, 近刊)。

察知し、その場から逃走することを決意し、同所に駐車していた普通乗用自動車を進ませて、同車直前に立っていたAの身体をボンネット上に乗り上げさせ、その状態で同車を走行させれば、落下による路面との衝突、同車又は他の走行車両による轢過等によって同人を死亡させる危険性が高いことを認識しながら、殺意をもって、時間にして約10分間、距離にして約2キロメートルにわたって、対向車線を走行して対向車の直前で進路変更したり、時速約56キロメートルまで加速したりするなどして同車を走行させ、上記一連の暴行により、同人に加療約14日間を要する左上腕打撲、頭部打撲等の傷害を負わせたが、同人を死亡させるに至らなかったという事案につき、傷害と殺人未遂の成立を認定し、両罪は混合した包括一罪となるとした。また、②名古屋地判令和2・2・5D1-Law28280702は、被告人は、妻であるAと口論した際、「出ていけ。」などと言われたことに立腹し、Aに対し、包丁で1回切り付けて全治約2週間を要する左上腕外側切創の傷害を負わせた後、義母であるBに対しても、日頃から募らせていた不満を爆発させ、死に至る危険性の高い行為であると分かっているながら、あえて、同人に対し本件包丁で2、3回切り付けるなどして全治約2週間を要する頭部切創等の傷害を負わせたにとどまり、Bを死亡させるに至らず、さらに、その様子を見て被告人の方に近付いてきたAに対し、死に至る危険性の高い行為であると分かっているながら、あえて、その右腰部を本件包丁で突き刺すなどしてAに全治約2か月を要する刺創等の傷害を負わせたにとどまり、Aを死亡させるに至らなかったという事案につき、Aに対する傷害及び殺人未遂は傷害罪と殺人未遂罪とを混合した包括一罪と解されるから、刑法10条により一罪として重い殺人未遂罪の刑で処断するとし、③京都地判令和4・6・17裁判所Web（令和3（わ）338）は、被告人は、Aに対し、その左肩部を手にした工具であるしの付きラチェットレンチのしの部分で突き刺すなどし、よって、加療約2週間を要する刺傷等の傷害を負わせた上、殺意をもって、その後頸部を同しの付きラチェットレンチのしの部分で突き刺したが、加療約3か月間を要し、両上下肢不全麻痺

等の後遺障害を伴う第4, 5 頸髄損傷, 左第4 頸椎椎弓骨折, 左後頸部刺傷の傷害を負わせたとどまったという事案に, 傷害と殺人未遂とは混合した包括一罪であり, 重い殺人未遂罪の刑で処断するとしている¹⁸⁾。

これら三つの判例では, 当初の時点においては殺人の故意はなく, 当初の傷害は傷害の故意によるものであって, その後に殺人の実行行為がなされことから二つの行為が認められ, したがって観念的競合は成立せず, 他方で, 殺人未遂罪のみで評価すると単独の傷害罪が罰条に示されず, 例えば, ③事件でいえば, 「頸髄損傷に伴って回復見込みのない両上下肢不全麻痺等の重い後遺障害を負っている」ことを罰条で示せず, 行為者の責任が正当に評価されないことによるものと思われる。とはいえ, これまで傷害と殺人未遂との関係については自覚的に論じられてはこなかったし, 判例においても明確にされてこなかったと思われるところ¹⁹⁾, 傷害罪の成立

18) そのほか, 同様の事例として, 長崎地判平成26・2・12LEX/DB25503177がある。なお, 千葉地判平成28・5・30LEX/DB25543119は, 被告人は, 長年にわたり, 隣家に居住するA(73歳)から, 生活排水に関して理不尽なクレームをつけられ, 金銭の支払を要求されるなどして対応に苦慮していたところ, 犯行当日もその件でAと口論になり, 互いに着衣の襟首等をつかみ合う状態となったところ, 被告人は, 転倒したAに対し, その頭部又は顔面を右足で3回蹴る暴行を加えて第5・6 間頸椎椎間板断裂等の傷害を負わせ, さらに, Aからの報復を恐れるとともに, Aがこれ以上周囲の者に迷惑をかけることのないようにさせたいと考えて, 同人を殺害しようと決意し, 浅く水が張られた池にAを落とし, うつ伏せにした上, その頭部を右手や右足で押さえ付けてその顔面を水中に沈め, よって, Aを溺死させて殺害したという事案に対して, 傷害と殺人とは混合的包括一罪となるとしている。殺人既遂についても傷害罪を包括一罪として成立を肯定する例は多くはないが, 本稿の趣旨からすると, 十分に評価されるべきものといえよう。

19) 両者の関係は, おそらく包括一罪として考えられていたのではないかと思われる。なお, 富山地判令和2・9・15LEX/DB25566757は, 暴行とその後に行われた殺人を包括一罪に当たるとしている。もちろん, 時間的に離隔がある場合には, 包括一罪ではなく併合罪とされるであろう事例である。東京地判平成6・3・31LEX/DB28019148参照。

を明らかにし²⁰⁾、殺人未遂との関係を混合的包括一罪として傷害罪が成立している点について明示的に示した点は一步踏み出したものといえ、そこに意義があると思われる。そして、これらの裁判例にあるように、行為が独立しておらず、1個の行為による場合であっても同様に処理すべきであることは上述の通りである²¹⁾。

暴行と脅迫に関して、④神戸地判平成30・4・27D1-Law28262777は、被告人は、共同住宅の共用部分の廊下において、原動機付自転車を押して歩行中のAに対して後方から接近して、同人の顔面に左手を押し当ててその口を塞ぐ暴行を加えた上、さらにAに対し、「静かにしてくれ。」「何もせえへんから。」「静かにして。」などと申し向け、もってAの生命、身体に危害を加えかねない旨を告知してAを脅迫し、Aがしゃがんだ隙にバッグを持ち去ったという事案につき、暴行と脅迫と窃盗の成立を認め、暴行と脅迫とは混合的包括一罪に当たるとして、犯情の重い脅迫罪の刑で処断した。

これまで、暴行の後の脅迫については、包括一罪とされてきた。すなわち、東京高判平成7・9・26判時1560号145頁では、暴行に引き続いて、同内容の危害を加える旨の脅迫行為をした場合には、その脅迫行為は暴行罪によって包括的に評価され、別罪を構成しないとされていたのである²²⁾。これは、あるいは、これまで包括一罪とされていたものには暗黙的に混合的包括一罪も含まれていたということであろうか、それとも構成要件を異にする以上は混合的包括一罪として包括一罪とは区別すべきとしたものであろうか。

20) これは、観念的競合などの競合形式における明示化機能、ないし近時は明確化機能と呼ばれている。拙稿・前掲注7) 184頁参照。

21) なお、傷害と殺人未遂が、かりにこれまで包括一罪であるとされてきたのだとすれば、「混合的包括一罪成立に対する批判」事例に該当し、したがって、新たな混合的包括一罪の類型が認められたことになるであろうか。

22) 拙稿「判批」判例評論457号（判例時報1588号（1997年））235頁。

逮捕監禁致傷と傷害致死に関しては、⑤千葉地判令和4・3・30LEX/DB25592249は、被告人は、相被告人と共に謀の上、埼玉県内の駐車場に停車中の自動車に乗車していたAに対し、同人の顔面を鉄パイプで突き、その顔面に催涙スプレーを噴射するなどしてAを同車から無理やり降車させ、鉄パイプを振り下ろしてAの頭部を強打し、その両手に手錠を掛けて拘束し、引き続き、Aを同駐車場に停車中の被告人らが乗車してきた自動車に押し込み、同車を同所から発進させ、千葉県の某市に至るまで同車を走行させ、Aが同車から脱出することを著しく困難にし、もってAを不法に逮捕監禁するとともに、走行中又は停車中の同車内において、Aの頭部等をメリケンサックを装着した手拳や折りたたみナイフの柄等で多数回殴打し、Aの右上腕や左下腿を同ナイフで刺すなどの暴行を加え、よって、前記一連の暴行により、Aに左右頭頂骨骨折、大脳くも膜下出血等の傷害を負わせ、その頃、同市内において、Aを前記重症頭部損傷及び多量出血に基づく意識障害下での吐物誤えんにより窒息死させたという事案につき、逮捕監禁致傷と傷害致死の成立を認め、逮捕監禁致傷と傷害致死とは混合した包括一罪として評価すべき場合であるとしている。

本件では、被害者逮捕後の傷害行為に死の結果が帰属するとしているが、それとは違法評価を異にする逮捕監禁罪が先行し、逮捕監禁致傷によって評価すべき実体としての違法性を有する傷害が認められることから、その責任を問うために、上記両罪の混合的包括一罪を肯定したものと思われる。

強要と傷害に関する、⑥大阪地判平成30・2・8D1-Law28261629は、被告人は、被害者Aに対して因縁を付け、内容虚偽の金銭消費貸借契約書に署名させるなどしてAから現金を脅し取ろうと考え、Aに対し、「借主のところに名前を書け。金額を100万って書け。」などと言って貸借契約書の作成を要求し、もしその要求に応じなければAの名誉、身体等にかかる危害を加えるかもしれない氣勢を示してAを怖がらせ、Aに、貸主欄を空白とし、金銭借入金額を100万円とする金銭消費貸借契約書に署名、指印させるなどしてこれを作成させ、もってAに義務のないことを行わせると

ともに、その後支払期限を過ぎてもAが支払わなかったことから、同人に対して、その左頬を右手拳で殴打した上、「朝までに準備せえ。」などと語気鋭く言って現金の交付を要求し、もしその要求に応じなければ、Aの名誉、身体等にいかなる危害を加えるかもしれない氣勢を示してAを怖がらせ、よって、Aから前記100万円の一部として現金29万円の交付を受けるなどしてこれらを脅し取った、という事案につき、強要と恐喝の成立を認めた上、強要と恐喝とは両者の混合した包括一罪と認めるべきであるから、一罪として重い恐喝罪の刑で処断するとしている。

強要罪は、その法益は個人の意思決定の自由および身体活動の自由であり、恐喝罪の保護法益は、被恐喝者の財産であると同時にその自由でもあるとされている。被害者の自由を保護法益とする点で両者は共通であるが、恐喝罪は財産罪であることからすると、両罪の保護法益は異なるのであり、ここで認められる包括一罪が混合的包括一罪となるという判断は妥当なものであるといえよう。

準強制わいせつと強制わいせつに関する、⑦山形地判平成29・3・29LEX/DB25545635は、被告人は、教え子である被害者Aが熟睡中にわいせつ行為に及び、Aが気付いた後もわいせつ行為を続けたとされた、準強制わいせつ、強制わいせつ被告事件の事案において、準強制わいせつと強制わいせつは混合した包括一罪と認められるから、一罪として犯情の重い強制わいせつ罪の刑で処断するとした。

準強制わいせつ罪と強制わいせつ罪は、いずれも個人の性的自由、すなわち性的自己決定を保護法益としている。とすれば、「混合的包括一罪成立に対する批判」事例に該当することになるが、本判例では、混合的包括一罪としていることから、構成要件が異なれば「混合」であると厳格に解して、包括一罪とは区別して理解する立場に立つものであろうか²³⁾。

23) 東京地判平成元・10・31判時1363号158頁は、接着して行われた強制わいせつ行為と強姦行為とは、包括して強姦の一罪に当たるとしている。

殺人と強制わいせつに関する、⑧松山地判平成30・11・13LEX/DB25562170は、被告人は怒りの感情から殺意を持って被害者Aの頸部を両手で絞めつけるなどしたのち、Aにわいせつな行為を行ったという事案に、当初よりわいせつ目的を有していたと認定するには合理的な疑いが残ることから、殺人のほか強制わいせつ致死罪は成立しないが、その攻撃後にわいせつ行為に及び、さらにAを引きずるなどして移動させ放置したところ、Aは、被告人の行為に起因して、頸部圧迫による窒息により死亡したことが認められることから、殺人と強制わいせつの混合的包括一罪が成立するとした。

殺人罪と強制わいせつ罪では保護法益を異にするため、包括一罪を認めるのであれば、混合的な包括一罪ということになるであろう。一罪が認められた理由は、殺人の実行行為によってすでに「意識を失い無抵抗の被害者」に対して準強制わいせつに当たる行為がなされたことであろうと推測される。

なお、本事件において、かりに当初よりわいせつ目的を持っていたとして、強制わいせつ致死が成立するとすると、判例の採る殺意を持って不同意性交等を行った場合に181条の不同意性交等致死罪と殺人罪との観念的競合とする説²⁴⁾と同様に、殺人罪と強制わいせつ致死罪との観念的競合が認められるべきであろう。これに対しては、不同意性交等致死罪と殺人罪の場合と異なり、処断刑に不都合は生じないのであるから、死の二重評価を回避して、強制わいせつ罪と殺人罪の観念的競合を認めるべきである²⁵⁾との反論も予想されるが、不同意性交等致死罪と強制わいせつ致死罪とで法的扱いを異にすることは好ましくはなく、また、そもそも死の二重評価が許されないわけではないことから²⁶⁾、このような反論には合理性が

24) 最判昭和31・10・25刑集10巻10号1455頁など。

25) 札幌地判昭和47・7・19裁時691号104頁参照。

26) 拙稿・前掲注17)、拙稿「罰条による評価」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(下巻)』(成文堂、2014年)1頁など。

ないというべきである。

強制わいせつと傷害致死に関する、⑨大阪地判令和3・1・29D1-Law 28291095は、被告人は、訪問介護に訪れたヘルパーのAに強いてわいせつな行為をしようと考え、同人に対し、拳骨でその顔面を複数回殴り、その着衣をはぎ取って同人を全裸にし、もって強いてわいせつな行為をし、さらに、Aに対し、拳骨でその顔面を多数回殴り、足でその大腿部、下腿部等を多数回蹴り、踏みつけるなどの暴行を加え、よって、同人に肋骨多発骨折、左右の足の筋肉内出血等の全身多発外傷の傷害を負わせ、その頃、Aを前記傷害に基づく外傷性ショックにより死亡させたという事案につき、強制わいせつと傷害致死の成立を認め、強制わいせつと傷害致死とは混合した包括一罪として評価すべき場合であるから、刑法10条により一罪として重い傷害致死罪の刑で処断するとした。

本判例では、最終的に発生した死という結果が第一行為である強制わいせつには客観的に帰属しないとされたことから、強制わいせつ致死ではなく、強制わいせつ罪と傷害致死罪との包括一罪とされたものである。それを前提とすると、強制わいせつと傷害致死とは、包括一罪とするとすれば、両者は異なる構成要件に該当していることから、混合的包括一罪になるという判断はありうるものである。もっとも、本件では、なにゆえに一罪にされたのか、必ずしも明らかではない。先行する行為について見るに、「統合失調症による衝動性の亢進が強制わいせつの犯行に影響している」とはいえ、「善悪の判断に従い行動をコントロールする能力についてみると、強制わいせつの犯行は専ら性欲に基づくもので、犯行態様等に特異な点はなく、精神障害の影響が大きかったとは認められない。」ともされているのである。とするならば二つの行為は別個独立のものであって、後行の傷害行為は新たな意思に基づくものとなり、罪数的には併合罪に当たるとすべきではなかったのか。ここでは、包括一罪が拡張して認められているように思われる。

逮捕と強制わいせつ致傷に関する、⑩徳島地判令和2・3・31LEX/

DB25565414 は、被告人は、A（当時16歳）を人目につかない場所に連行して、強いてわいせつな行為をしようと考え、Aに対し、その頸部等に腕を回してその身体を押さえ付け、「黙れ。殺すぞ。」などと言って脅迫するなどして民家敷地内まで連行し、同所及び近くのコインパーキングにおいて、同人を突き飛ばして転倒させ、馬乗りになって上半身に覆い被さるなどの暴行を加え、その口腔内に無理矢理舌を入れ、その乳房や陰部を直接手で触るなどした上、隙を見て逃げようとした同人の髪の毛をつかむなどして近くのビル敷地内まで連行し、同所において、同人に対し、その頸部を両手で絞める暴行を加え、「殺すぞ。」などと言って脅迫し、「ほな、なめろ。」などと言って、その場にしゃがんだ同人の顔面に自己の陰部を近づけるなどして、もって不法に同人を逮捕するとともに、強いてわいせつな行為をし、その際、同人に全治約1週間を要する頸部打撲傷及び頭部打撲傷の傷害を負わせたという事案につき、逮捕と強制わいせつ致傷の成立を認め、両者は混合的包括一罪の関係にあるとした。

本件では、当初からわいせつな行為を行う目的で逮捕監禁をなし、それに引き続いてわいせつな行為を行ったことから、全体で一体として捉えるべきとされたと思われる。もっとも、これまで両者の関係は、逮捕・監禁行為が同時に強制わいせつや不同意性交の手段である場合には観念的競合、しからざる場合には併合罪とされていたのであり²⁷⁾、かかる基準に照らせば、本件では併合罪ということになるであろう。観念的競合や併合罪とすべき事例を安易に包括一罪とするのであれば、批判を免れないと思われる。他方で、「もって不法に同人を逮捕するとともに、強いてわいせつな行為をし、その際、同人に全治まで約1週間を要する頸部打撲傷及び頭部打撲傷の傷害を負わせた」というのであるから、致傷は強制わいせつのみではなく、逮捕監禁によるものと考えられ、仮にそうであれば、逮捕監

27) 最判昭和24・7・12刑集3巻8号1237頁など。そして、これが多数説の理解である。大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第3版〕第9巻』（青林書院、2013年）70頁〔亀山継夫＝河村博〕参照。

禁致傷罪と強制わいせつ致傷罪の併合罪が認められるのではなからうか。なお、本件とは異なり、致傷結果がいずれの行為によるものかが明らかでなかった場合には、私見によれば、逮捕監禁致傷と強制わいせつ致傷の観念的競合か混合的包括一罪が認められると思われる。この意味で、後述の東京地判令和2・7・3が参照されるべきである。

上述のように、学説において危惧された財産罪と財産罪以外の個人的法益に関する混合的包括一罪については、以下の例がある。

恐喝と傷害に関しては、①徳島地判令和2・3・24D1-Law28281434は、被告人らは、被告人が店長を務める店の従業員女性に強いてわいせつな行為をした被害者Aに対し、共謀の上、こもごも、「お前がやったんだろう。」「殺すぞ。」などとどなりながら顔面等を殴るなどの暴行を加え、引き続き、包丁を突き付けて脅した上、その顔面に膝蹴りするなどの暴行を加え、さらに、上記暴行等により被告人らを畏怖しているAから金品を脅し取ろうと考え、Aに対し、「財布や携帯を出せ。」「500万円払え。」などと強く言い、その頭部等を平手で殴るなどの暴行脅迫を加えて金品の交付を要求し、もしその要求に応じなければ、同人の生命、身体にいかなる危害を加えるかもしれない氣勢を示して被害者を畏怖させ、Aから現金1万4500円などを取り上げ、もって同人を恐喝して財物を交付させ、その際、前記の暴行により、Aに対し、全治約10日間を要する頭部挫傷、顔面打撲挫創、両前腕部打撲傷等の傷害を負わせたという事案につき、恐喝と傷害の成立を認め、恐喝と傷害とは両者の混合した包括一罪と認めるべきものであるから、一罪として重い傷害罪について定めた懲役刑で処断するとした。

本件では、財物奪取の意思が生じる前から暴行が開始され、財物奪取意思が生じた以降も、同様の暴行が継続し、傷害結果が財物奪取意思が生じる前後の行為によるものとも考えられたことから、混合的包括一罪という処理になじむと考えられたものと思われる。裁判例が認める傷害と強盜の混合的包括一罪が、強盜のほかに恐喝の場合にも肯定されたことになり、強盜致傷が認められない事例では、強盜と傷害のほか、恐喝と傷害も包括

一罪とされることになったのである。

逮捕監禁致傷と強盗傷人に関する、⑫東京地判令和2・7・3D1-Law 28282452は、被告人は、違法薬物を注文したにもかかわらず、運び屋である被害者Aから偽物を渡され、代金をだまし取られたと思い、他の者と共謀の上、Aを呼び出した上、逮捕監禁して金品を強取しようと考え、公園において、Aに対し、その頭部、顔面、胴体等を多数回拳で殴り、足で蹴るなどし、抵抗する同人の身体をつかんで路上を引きずり、同人を同所付近に待機中の自動車まで連行し、後部座席に押し込んで乗車させた上、約50分間にわたり、走行中又は停車中の本件自動車内において、同人に対し、「お前、詐欺だろ。殺すぞ。」などと言い、粘着テープを用いて両目及び口を塞ぎ、両手首及び両足首を緊縛し、その全身を多数回殴り、足で蹴るなどし、「100万包んでこい。」と言うなどの暴行脅迫を加え、その間、同人を監視するなどして同人が本件自動車内及びその周辺から脱出することを著しく困難にし、もって同人を不法に逮捕監禁するとともに、その反抗を抑圧し、同人から、同人所有又は管理の現金約1万6000円などを強取し、さらに、翌日、約45分間にわたり路上及びその周辺を走行中又は停車中の本件自動車内等において暴行を加え、同人から、その持参した同人所有又は管理の現金20万2000円を強取し、その際、前記一連の暴行脅迫等により、同人に全治不明の心的外傷後ストレス障害及び全治約1週間を要する全身打撲の傷害を負わせたという事案につき、逮捕監禁致傷と強盗傷人との成立を認め、両罪を混合的の包括一罪とした。

本件では、先行する逮捕行為から後行する強盗行為にいたるまでの「前記一連の暴行脅迫等により、同人に全治不明の心的外傷後ストレス障害及び全治まで約1週間を要する全身打撲の傷害を負わせた」ことから、傷害結果を先行行為である逮捕監禁行為と、後行行為である強盗行為とのいずれにも関連付けて評価がなされている。その上で、二つの行為から生じた傷害結果を独立に評価すべきではないとして、包括一罪が肯定されたものであろう。

建造物損壊と器物損壊に関しては、⑬水戸地判令和4・6・27LEX/DB25593148は、被告人は、氏名不詳者らと共謀の上、金品窃取の目的でA方に侵入し、A方において、玄関北西側の廊下の壁等17か所をバールで叩くなどして損壊した上、同人所有の液晶テレビ1台、モニター型インターホン及び1階西側和室の畳をバールで叩くなどして損壊し、さらに、同人方車庫において、同所に駐車中のB所有の普通乗用自動車のトランクの隙間をバールでこじるなどして同車を損壊し、もって他人の建造物及び他人の物を損壊するとともに、前記A方において、Aらの現金約21万5000円、財布5個等39点を窃取したという事案につき、住居侵入、建造物損壊、器物損壊、窃盗の成立を認め、建造物損壊と器物損壊とは混合的包括一罪に当たるとし、住居侵入と建造物損壊・器物損壊及び窃盗との間にはそれぞれ手段結果の関係があるから、結局、以上を一罪として最も重い窃盗罪の刑で処断するとした。

本件では、同一場所で、金品窃取という同一動機に基づいて引き続き行われたいずれも毀棄罪である建造物損壊と器物損壊の包括一罪が認められた。器物損壊による損害見積額も高額であったため、器物損壊の成立を肯定するその結論は妥当であると思われる。もっとも、これらの罪が独立の行為によってなされた場合には併合罪とされてきたところであるが²⁸⁾、本件では、両行為の密接性が重視されたものということができようか。

28) 名古屋高判昭和32・9・12裁特4巻18号474頁は、「家屋に対する損壊行為は当然にその家屋内の戸障子等に対する毀棄を伴うものでなく、而も……被告人は……家屋内の鴨居大黒柱等を鋸で挽いたり、斧で切つて傷つけ、以て同家屋を損壊し、更に同家屋内の……戸障子等を毀棄したものであつて、右損壊と毀棄とは同一の行為に出たものでなく別個独立の行為によるものであることが明らかであるから、両者は併合罪を構成するものであつて、前者が後者を吸収したり、両者を接続犯又は包括一罪の関係を以て論ずべきでない」とし、前田雅英編『条解刑法〔第4版〕（弘文堂、2020年）867頁、大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法〔第3版〕第13巻』（青林書院、2018年）796頁〔飯田英男＝河村博〕もこれを支持している。

証拠隠滅と公用文書毀棄に関しては、⑭名古屋地判平成30・5・31D1-Law28262665は、愛知県甲警察署交通課事故捜査係所属の警部補として勤務していた被告人は、同警察署管内で発生した乙に係る自動車物損事故に関し、乙の無免許運転、酒気帯び運転等の嫌疑を認めたが、その捜査が面倒になり、ひそかに捜査を打ち切るため、同警察署交通課事務室において、前記嫌疑に係る事件の呼気検査に用いた同人の呼気1リットル当たり0.2ミリグラムのアルコール測定値を示す飲酒検知管1本を両手で折るなどして、これをごみ箱に投棄し、もって他人の刑事事件に関する証拠を隠滅し、その頃、同所において、前記嫌疑に係る事件の捜査書類である別表記載の「供述調書」等合計21点をシュレッダーで裁断して廃棄し、もって公務所の用に供する文書を毀棄したという事案につき、証拠隠滅と公用文書毀棄との成立を認め、両罪は混合包括一罪に当たるとした。

証拠隠滅に当たる行為が同時に保護法益を異にする他罪にも触れる場合には、観念的競合となる。具体的には、例えば、証拠隠滅と文書偽造とは観念的競合となるとされるのが一般である²⁹⁾。一方で、被告人は、所得税犯則事件の証拠物件として収税官吏により差し押さえられた帳簿書類を、ダンボールに施された封印を破棄して取り出し焼却したという事案の上告審で、封印破棄と公用文書毀棄とはいわゆる牽連犯に当たらないとした事例があるが、そこでは、破棄行為の後に焼却行為があることから2個の行為が観念でき、当初より観念的競合の成立は想定されなかったものと思われる。また、公用文書毀棄罪の保護法益については、学説上争いがあるが、公務執行に対する保護法益とのみ解することは相当ではなく、財物保護の側面があると解するのが一般の理解のようである³⁰⁾。本件は証拠隠滅と公用文書毀棄との事例であるが、被告人は飲酒検知管を折って証拠を隠滅し、

29) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第6巻』（青林書院、2015年）378頁〔中家暢彦〕など参照。

30) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第13巻』（青林書院、2018年）771頁〔石川弘＝河村博〕。

その頃、同所において供述証書をシュレッダーで裁断して公用文書を毀棄したのであるから、観念的競合も牽連犯も成立せず、かといって保護法益の違いがあることからこれらを包括一罪とすることも困難なのではないか。本判例は、公用文書毀棄の保護法益を公務妨害罪の側面に引きつけて理解し、さらに、証拠隠滅罪の保護法益である国家の刑事司法作用とも広義においては共通すると理解し、客観的にも両罪が同一場所で同一時に同一の動機によってなされたことを重視したのかもしれないが、その結論は疑問とせざるを得ない。前掲東京地判平成4・4・21の詐欺罪と偽造有印私文書行使罪型の類型と同様、罪数の原則である併合罪をもって処断すべきであったように思われるのである。

5. おわりに

本稿は、罪数論・競合論の意義を確認しつつ、混合的包括一罪に関する近時の下級審判例の現状・動向を照会し、若干の考察を加えたものである。

罪数論・競合論の実体法上の意義は、違法・責任評価を加えた犯罪事実を明確に示し、複数成立した犯罪相互の関係を明らかにし、その上で、量刑規範を提供しつつ妥当な量刑を図る前提を整えることにあると考える。

そのような前提で混合的包括一罪をみると、新たな競合形式としてこの概念を肯定することができ、混合的包括一罪を認める最高裁の判例や下級審の判例の立場は理解可能であるように思われる。そのようなことから、平成の末から今日にかけて下級審判例においては混合的包括一罪を認める裁判例が多数現れている。とはいえ、法適用の簡便さを理由に、混合的包括一罪の本来の範囲を超えて過度に適用範囲を広げているとすれば、〈それは〉批判を免れないといえよう。

そこで本稿は、近時のいくつかの下級審判例を題材に、事案と判例を照会し、検討を行った。そこでは、殺人未遂やあるいは殺人既遂と傷害罪とが混合的包括一罪とされ、新たな混合的包括一罪の類型が見られるなど、

混合的包括一罪概念の拡張がみられるものの、その多くは許容されるべきものであるが、他方、証拠隠滅と公用文書毀棄など、包括一罪を認めるべきではないと思われる事例も存在していることも示した。今後も、混合的包括一罪についてはその拡大が見込まれるが、安易な拡大は罪数論・競合論を混乱させることにつながるため、これを抑制するにも、不断の検討が必要であるように思われる。

(本学法学部教授)