

Title	連続する横領行為について
Sub Title	Zur Möglichkeit der Unterschlagung einer bereits früher einmal unterschlagenen Sache
Author	榎本, 桃也(Enomoto, Toya)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.131- 149
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0131

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

連続する横領行為について

榎 本 桃 也

- 一 はじめに
- 二 判例
 - 1 序論
 - 2 近時の判例
 - 3 判例における総合的判断
- 三 連続的包括一罪についての議論
 - 1 包括一罪について
 - 2 連続的包括一罪について
 - 3 検討
- 四 総合的判断の再確認
- 五 おわりに

一 はじめに

近年、重要な最高裁判例が出現したことにより¹⁾、包括一罪をめぐる議論が活性化している。包括一罪は、判例・学説において承認されてきたものの、明文の規定は存在せず、現在でも明らかにされていない問題がある。

わが国の刑法典は、かつて55条として、「連続シタル数個ノ行為ニシテ同一ノ罪名ニ触ルルトキハ一罪トシテ之ヲ処断ス」と規定していた²⁾。同条項は昭和22年の刑法一部改正で削除されたものの、裁判実務は、同条の適用範囲にあった事例類型、すなわち、連続した複数の犯行に、時間的な接着性があると

1) 詐欺罪に関する最決平成22年3月17日刑集64巻2号111頁、傷害罪に関する平成26年3月17日刑集68巻3号368頁である。

は言い切れないケースを、併合罪ではなく、包括一罪となしうるとしてきた。以降、この問題において、多く見られるのが（業務上）横領罪のケースである。

該当する裁判例は、すでに文献においても紹介・検討がなされている。しかし、近時においても、当該複数の犯行について、併合罪を認めた原判決を破棄し、包括一罪とすべきとした高等裁判所の判決が出されている。この事例類型の横領についても、まだ、論ずべきところは残されていると考えられる。本稿では、連続する横領行為の性質と法適用の問題について、あらためて検討してみたい。

二 判例

1 序論

包括一罪、すなわち、複数の法益侵害事実が存在し、単純な一罪とはいえないが、それら犯罪事実を併合罪とはせず、各犯行を包括して一罪と評価すべき場合には³⁾、複数のパターンがあるとされている⁴⁾。

同一の法益に対する同種の行為が、比較的短い時間において複数回行われるというケースについては、戦後の最判昭和24年7月23日⁵⁾が、2時間余の短時間内に、同一機会を利用して前後3回にわたってなされた窃取を、単一の窃盗罪とした。これは、現在考えられているところの、いわゆる「接続犯」に該当するものである。また、最判昭和31年8月3日⁶⁾は、医師である被告人が、

2) 削除された刑法55条については、虫明満『包括一罪の研究』（1992年）158頁以下、佐伯仁志「連続的包括一罪について」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻第1編 理論編・少年法編〕』（2011年）24頁以下、大塚仁ほか『大コンメンタール刑法第4巻第3版』（2013年）406頁以下（中谷雄二郎執筆）、丸山雅夫『刑法の論点と解釈』（2014年）132頁以下などを参照。

3) 鈴木茂嗣『刑法総論第2版』（2011年）278頁以下によれば、包括一罪は、一法益侵害一罪の原則上当然の一罪とはいえないが、法益侵害の一体性・付随性のゆえに一個の罰条で包括的に評価される認識上の数罪だとされる。

約3か月半の間に54回、約2か月の間に35回、同一の麻薬中毒患者に対して塩酸モルヒネ注射を施用したという各所為につき、包括一罪と解するのが相当であり、独立した各個の犯罪とすべきではないとした。このように、連続犯の範囲には含まれないケース、すなわち、比較的長い期間において、それぞれが接着しているともいいえない複数の犯行がなされることも、包括一罪の一類型として捕捉されている。現在のところ、それは「連続的包括一罪⁷⁾」と呼ばれている。

連続的包括一罪が問題とされるケースは、(業務上)横領罪に関するものが多い⁸⁾。その罪質からして、比較的長い期間において、複数の所為により一定額が横領されたものの、具体的な着服・消費行為の回数、個々の所為の領得金額が明らかでないケースがあることは、容易に想定できる⁹⁾。このことに関し

-
- 4) 各々の類型については、川端博ほか編『裁判例コンメンタル刑法第1巻』(2006年)447頁以下(木山暢郎執筆)、西田典之ほか『注釈刑法第1巻総論』(2010年)715頁以下(山口厚執筆)、鈴木・前掲注3)279頁以下、今井猛嘉ほか『刑法総論第2版』(2012年)430頁以下(島田聡一郎執筆)、橋爪隆「包括一罪の意義について」法学教室419号(2015年)107頁以下、松宮孝明『ハイブリッド刑法総論第2版』(2015年)286頁以下、只木誠「包括一罪の現状と課題」刑事法ジャーナル48号(2016年)4頁以下などを参照。対応するドイツの議論の紹介・検討として、青木陽介「包括一罪に関する議論の新動向(2・完)」上智法学論集54巻3・4号(2011年)105頁以下、仲道祐樹「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑事法ジャーナル48号(2016年)21頁以下を参照。
- 5) 刑集3巻8号1373頁。
- 6) 刑集10巻8号1202頁。
- 7) 佐伯・前掲注2)24頁、丸山・前掲注2)125頁以下、只木誠「罪数論・競合論・明示機能・量刑規範」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』(2015年)453頁以下、亀井源太郎「連続的包括一罪について—最高裁平成26年決定を手がかりに」研修813号(2016年)など参照。虫明・前掲注2)202頁は「連続一罪」、小林充「包括一罪について」判時1724号(2000年)5頁、同「罪数論の基本」現代刑事法60号(2004年)50頁は「(新)連続犯」と呼ぶ。
- 8) 従来の裁判例については、虫明・前掲注2)178頁以下が詳細である。委託物横領罪が、委託信任関係という一定程度の継続性を有する状態の中で行われるものであることから、反復されることが少なくないことについて、伊東研祐『刑法講義各論』(2011年)221頁参照。
- 9) 伊達秋雄「連続一罪論」判タ41号(1954年)411頁参照。

て、たとえば、東京高判昭和 27 年 1 月 31 日¹⁰⁾は、親睦会会長として、税務署、区役所より、会員に対する税の仕事を依頼されていた被告人が、会の事務員と共謀の上、会員約 120 名より預り保管中の現金を、都内において自己の用途に費消して横領したというケースに対して¹¹⁾、複数の犯行を包括して一罪として処断することは、「被告人の利益を害するものでない」とした上で、「被告人の所為が著しく多数に上りその個々の行為を具体的に確定することは甚しく困難であり、徒らに繁雑を加えるに過ぎないような場合で、しかもその行為の結果が総括的にこれを確定しうるような場合においては」、「それらの所為を包括して一罪として処断しうるものと解することは必要且妥当であると云わねばならぬ。」と述べている。

だが、さらに、この東京高判昭和 27 年は、包括一罪たりうる場合について、積極的に説いている¹²⁾。すなわち、「数個の所為が同一又は継続の犯意の下に数回に互り連続して行われ、それが各々同一の犯罪構成要件に該当する場合であつて、且それらの所為が同一の社会的事実関係を基盤としてその犯罪の態様をも同じくする為、これを包括して社会観念上一個の犯罪として処罰の対象とすべきものと認められる場合」であるとしている¹³⁾。

このように、裁判実務では、「継続の犯意の下」、「犯罪の態様を同じく」して行われた複数の横領行為が、包括して一罪になりうるものとされてきた¹⁴⁾。そのような中、近時、原審と異なる結論を示した、以下の高等裁判所の判決が出されている。

10) 高刑 5 卷 3 号 315 頁、高検速報 187 号。

11) 本件は、「集金」のケースとは異なる。集金の横領事犯に準じて考えることには問題もある。佐伯・前掲注 2) 33 頁注 26 参照。

12) それ以前のもので、たとえば、東京高判昭和 26 年 12 月 26 日高検速報 197 号も参照。

13) なお、高橋則夫『刑法総論第 2 版』（2013 年）495 頁以下は、一行為とは、社会的な意味における一つのものであるという、社会的行為論の帰結を述べる。立法者の想定について、松原芳博『刑法総論』（2013 年）445 頁も参照。

14) 同旨の裁判例として、その他、東京高判昭和 27 年 6 月 19 日高刑 5 卷 7 号 1093 頁、東京高判昭和 27 年 8 月 30 日高検速報 284 号などがある。

2 近時の判例

(1) 東京高判平成 23 年 9 月 21 日¹⁵⁾

〈事案の概要〉

原判決の認定によれば、不動産の取引業務に従事している被告人が、以下の犯行に及んだ。

第1 平成20年11月24日、神奈川県a市所在のホテルの会議室において、Aから不動産取引のため現金500万円を受領し、これを同人のために業務上預かり保管中、その頃から平成21年9月頃までの間に、数回にわたり、神奈川県a市内及びその周辺において、これを自己の用途に費消する目的で着服し、もって、横領した。

第2 被告人は、平成21年1月14日から平成22年4月14日までの間、9回にわたり、自己名義のc銀行d支店の普通預金口座に、Aから不動産取引のため現金合計985万円の振込みを受け、これらを同人のために業務上預かり保管中、平成21年1月14日から平成22年4月17日までの間、神奈川県a市所在のc銀行d支店ほか数か所において、自己の用途に費消する目的で、67回にわたり、同口座から現金合計976万8000円を引き出すなどして着服し、もって、横領した。

原審は、上記の事実について、第1と第2の各犯行を、いずれも包括して刑法253条（判示第2については預かった金額ごとに）」とし、「併合罪の処理」として、「刑法45条前段、47条本文、10条（犯情の最も重い判示第1の罪の刑に加重）」を適用した。

〔判決内容〕

東京高裁は、「業務上横領罪は預かり保管中の金員を不法領得の意思の発現行為として自己のために費消するため預金口座から引き出すごとに成立するものであり、原判示のいうように預かった金額ごとに成立するものではない。そして

15) 東高刑時報 62 卷 86 頁。

また、現金で受け取った原判示第1に係る預かり金と預金口座に振込送金されて受け取った原判示第2に係る預かり金は、いずれも、Aの夫が経営していた会社が負債を抱えて倒産し、家族が住んでいる家と土地などが競売に掛けられることになり、競売に掛けられる不動産の買戻しのために、Aから被告人に預けられたものであって、委託は1個というべきであり、そして、被告人は、競売予定の不動産の買戻しなどはしないで、自己の用途に費消したものであり、被告人は、原判示第1に係る預かり金の一部を原判示第2に係る預かり金と一緒に預金口座で管理していたり、原判示第1に係る預かり金の費消の時期と原判示第2に係る預かり金の費消の時期とが重なっていることなどに鑑みると、原判示第1の数回の着服の所為と原判示第2の67回の着服の所為とは、包括して1個の業務上横領罪が成立するというべきである。」とした（原審破棄）。

結局、東京高裁は、「罪となるべき事実」を、被告人が、ホテルの会議室において、Aから受領した現金500万円、そして、自己名義の普通預金口座に、9回にわたってAから振込みを受けた現金合計985万円、これらを、Aのために業務上預かり保管中、平成20年11月24日ころから平成22年4月17日までの間、自己の用途に費消する目的で、多数回にわたり、同口座から現金合計147万8000円を引き出すなどして着服し、もって、横領したものであるとした（自判）。

(2) 事案の特徴

上掲した東京高裁のケースは、被告人の資産状況等も含め、事件の詳細が不明であるものの、以下、原審の認定に沿って事実を再度確認してみると、まず、被告人は、被害者Aから500万円という高額な現金を預かり、その一部の着服をはじめた後、さらにAから、約15か月の期間において、9回にわたる銀行振込により計985万円を受領しており¹⁶⁾、その間も断続的に金員を着服している。各回の振込明細は分からないが、銀行振込であることで証拠上は明確なはずであり、平均すると、9回中1回あたりの振込金額は、約109万円とい

16) 当初より、この総額が被告人に寄託される約束であったのかどうかは明らかでない。

う比較的高額である。着服行為の開始があった以降も、Aによる高額の金員の寄託が継続したところに、本ケースの特徴がある。

さらに、金額は不明であるが、被告人側において、「第1」に関係する預かり金の一部が、「第2」の預かり金と一緒に預金口座で管理されていた事実もあるとされているものの、原審の認定に従うと、着服ないし消費の頻度は、「第1」については、約10か月の期間における数回の着服とされ、各々の着服行為の接着性は低いことが考えられる。「第2」に関しては、Aによる最初の振込日から約15か月の間に、計67回の現金引き出しなどがなされたとなっているが、これを平均すれば約7日に一度の頻度となる。

3 判例における総合的判断

たとえば、東京高判昭和27年5月22日¹⁷⁾は、保管出納等の業務に従事していた被告人が、業務上保管していた金員を費消横領したというケースについて、「単一もしくは継続の意思の発動にもとずいて単一の法益を侵害したときは、たとえ行為が数個であつても、これを一罪として論ずべきである。そうして、意思の単一もしくは継続は、行為と行為との間が短期間であるとか、或は行為の各態様が同種であるとかいような情況からこれを推認して差支えない(傍点は筆者による)」としていた。これまでの裁判例では、連続的包括一罪の肯否を検討する際、連続してなされた行為の客観面と主観面を、総合的に考慮するという手法がとられてきた¹⁸⁾。以下では、従来、当該横領のケースの法適用に関して、考慮されてきた点について確認する¹⁹⁾。

17) 判特34号30頁。

18) 佐伯・前掲注2) 36頁参照。包括一罪一般について、村瀬均「包括一罪判断の在り方」刑事法ジャーナル48号(2016年)12頁も参照。なお、最決平成22年3月17日(前掲注1))の補足意見で、千葉勝美裁判官は、一般に、包括一罪として扱うためには、犯意が単一で継続していること、被害法益が一個ないし同一であること、犯行態様が類似していること、犯行日時・場所が近接していること等が必要であるとされることが多く、こうした点は基本的には堅持されるべきだとしている。

(1) 被害法益について

連続的包括一罪については、基本的には、被害法益を同じくする範囲で認められるものとされている。刑罰法規が、一個の法益侵害を予定していれば、数個の法益が害されたときは、もはや一罪としての評価はされないはずである²⁰⁾。本稿が検討する連続する横領のケースは、単一の法益を侵害する事実として捉えうるので、このことは問題とならない²¹⁾。

(2) 犯意の継続

連続的包括一罪を認めることについては、「犯意の継続」ないし「意思の継続」があることが前提とされている²²⁾。問題の本質が、一回の犯罪であるか否かにあるとすれば、「犯罪が継続していること」が、まさに連続的包括一罪の要件となる。その際、「行為と行為の近接性」、「各々の行為が同種のものか」等が検討されるが、これらは要件ではなく、犯意の継続を肯定するための判断資料というべきものである²³⁾。

犯意の継続は、個々の所為が、当初から予定されていることを意味するので

19) なお、改正刑法準備草案 71 条は、「同一の罪名に触れる数個の行為であつても、日時及び場所の近接、方法の類似、機会の同一、意思の継続その他各行為の間における密接な関係から、その全体を一個の行為として評価することを相当とするときは、これを包括して、一個の罪として処断する」としていた。同規定については、井戸田侃「競合犯」日本刑法学会編『改正刑法準備草案（刑法雑誌 11 卷 1・2 号）』（1961 年）180 頁以下、早瀬宏毅「判評」研修 743 号（2010 年）17 頁以下、大塚仁ほか・前掲注 2）206 頁以下（中山善房執筆）などを参照。この問題が、判例実務に委ねられてきたことについて、佐伯・前掲注 2）37 頁参照。

20) 虫明・前掲注 2）207 頁、松澤伸「判評」判例評論 679 号（2015 年）248 頁。丸山・前掲注 2）139 頁も参照。

21) このことが問題となったのが、最決平成 22 年 3 月 17 日（前掲注 1）である。なお、内田幸隆「財産犯における罪数について—包括一罪の事例を中心に—」法律論叢 88 卷 6 号（2016 年）39 頁は、被害者を単位として包括的に財産犯が成立しうることを述べる。

22) それが、判例において、連続犯における連続性の中核とされてきたことにつき、佐伯千俣『刑法における違法性の理論』（1974 年）335 頁参照。それを認める基準が厳格であるべきことについて、山中敬一『刑法総論第 3 版』（2015 年）1047 頁参照。

はない²⁴⁾。一つの犯行後、さらに同種の犯行の決意・実行がなされるという状況も、継続した犯意の下にあるものとして捉えられる（横領に関する、大阪高判昭和49年2月7日²⁵⁾を参照）。

なお、横領をした犯人が、加えて金員等を預かり保管しようとする 것에 ついては、必ずしも詐欺罪を構成しないとされる。たとえば、会社従業員が、業務として領収した金員を着服後、集金をさらに続けたとしても、それが通常の集金業務の態様でなされていれば、外見上、同従業員の真意は推知しえない。また、集金業務をなす者が着服を目論んでいたとしても、その不法領得の意思は常に確定的なものでありえず、結局は考え直して、己が集金した金員を職場に納入する可能性もある（千葉地判昭和58年11月11日²⁶⁾を参照）。すでに横領をしている者が、さらに、その被害者自身から直接金員を寄託されるケースでも、その後の着服について、横領罪の成否が検討されうるだろう。

(3) 行為の近接性及び態様

複数の横領行為が、犯意の継続の下にあるかについては、行為と行為の近接性、各々の行為態様などの判断資料から推認される。以下では、横領行為の頻度がある程度明確なケースを、包括一罪とされた裁判例、併合罪とされた裁判例、それぞれに分けて概観し、判断資料相互の関係等について確認する。

23) 香城敏磨『刑法と行政刑法 香城敏磨著作集Ⅲ』（2005年）144頁、橋爪・前掲注4）108頁を参照。家令和典「判解」法曹会『最高裁判所判例解説刑事篇平成22年度』40頁も参照。小暮得雄「連続する業務上横領行為の罪数」警察研究30巻8号（1959年）78頁は、「犯意の継続」という主観的要件は、時間的連続・客観的行為態様の同一に伴う一種の擬制に近いものとしている。

24) 山口厚『刑法総論第2版』（2007年）375頁は、包括一罪が認められるのは、「1個の意思決定に準じた関係」が認められるときとする。

25) 刑月6巻2号106頁。

26) 判時1128号160頁。本件については、丸山雅夫「集金人による金員領得と横領罪、詐欺罪」商學討究36巻4号（1986年）131頁以下を参照。動機の不法に過ぎないとした、東京高判昭和28年6月12日判時7号17頁も参照。

〔包括一罪とした裁判例〕

① 広島高判昭和 28 年 2 月 25 日²⁷⁾

パンの集金等の業務に従事していた被告人が、交通事故賠償金等の支払に窮した結果、約 1 か月の期間において取引先である 10 名から集金して業務上保管していたパン代金の内から、その頃 6 回にわたって着服をしたケース（平均すれば、着服の頻度は約 5 日に一度）。

② 東京高判昭和 33 年 5 月 17 日²⁸⁾

紙店の売掛代金集金の業務に従事していた被告人が、単一意思の下に継続して、約 9 か月の期間において、業務上保管に係る売掛代金を自己の用途に費消する目的を以て、17 回にわたり着服横領したケース（平均すれば、着服の頻度は約 16 日に一度）。

③ 大阪高判昭和 49 年 2 月 7 日²⁹⁾

被告人 S 子が、相被告人 K と共謀の上、昭和 45 年 8 月 25 日頃から昭和 46 年 8 月 3 日頃までの約 11 か月の期間において、業務上保管中の現金を、前後 64 回にわたり（平均すれば、その頻度は約 5 日に一度）、競艇の資金に費消するためこれを K に交付して着服横領し（以上、第 1 の犯行）、さらに、S 子は、昭和 46 年 8 月 3 日頃、業務上保管中の現金を、自己の用途に費消するため着服横領した（以上、第 2 の犯行）、とされたケース。原審において、第 2 の犯行が S 子の単独犯として認定されたこと、及び、共同正犯である第 1 の犯行と、S 子の単独犯とされた第 2 の犯行が、包括一罪とされたことは不当であるとの主張がなされた。

大阪高裁は、原審が第 2 の犯行を単独犯としたことは誤認であるとしつつも、「被告人が当該犯罪の構成要件にあたる行為の全部を一人で行つたときは、構成要件的評価の面において単独犯と異なるところがない」ので、このことは原判決破棄の理由にならないとした上で、包括一罪の如何については³⁰⁾、「包括一罪の要件としての犯意の継続とは、各個の行為が当初においてすべて予定され

27) 高刑 6 卷 2 号 206 頁。

28) 東高刑時報 9 卷 5 号 134 頁。

29) 刑月 6 卷 2 号 106 頁。

ていることを意味するのではなく、まず一個の行為を遂行したのちにおいて、当初の犯意の一部が継続中、新たに同種の犯行を決意し、その実行々為に及んだ場合を包含するものであり、また横領罪の犯意は、自己の支配内にある他人の財物を処分する認識があれば足りるのであるから、その処分の態様、用途に相違があつても、両者間になお犯意の継続を認めることは可能であると解すべきである」とし、S子の第一の犯行と第二の犯行の間の犯意の継続を否定せず、包括一罪とすることに誤りはないとした。

④ 東京地判平成8年6月6日³¹⁾

弁護士である被告人が、平成5年2月17日頃から同年4月19日頃までの間、前後5回にわたり（平均すれば、その頻度は約12日に一度）、被害者のために預かり保管中の株券に、己が融資を受ける目的で譲渡担保権を設定し、借入先に引き渡したケース。

〔併合罪とした裁判例〕

⑤ 東京高判昭和28年5月18日³²⁾

郵便局長かつ窓口事務従事者の被告人が、約2年の間に前後数10回、数10名の預金者から現金を受け取り、それが自己の保管に帰するに従い、随時自己の必要に応じてほしいままに着服横領したケース。そこにおける被告人の行為は、約22か月の期間における、100回余りの着服であった（平均すれば、着服の頻度は約7日に一度）。

⑥ 東京高判昭和36年12月23日³³⁾

電気器具の外交販売員である被告人が、約3か月半の期間において、集金した金員を前後8回、着服横領したケース（平均すれば、着服の頻度は約13日に一度）。

30) 大阪高裁は、そもそも、原判決の破棄を求める所論の主張は、両罪は併合罪であるというに帰着し、被告人の不利益となるから許されないとしている。

31) 判時1590号156頁。別の犯行として、詐欺罪と横領罪も成立しており、以上は併合罪とされている。

32) 東高刑時報3巻5号194頁、判タ32号48頁。

33) 下刑3巻11・12号1048頁、東高刑時報12巻12号270頁。

東京高裁は、被告人による前後8回着服の接着性を否定した上で、併合罪の結論をとった。しかしながら、本ケースにおいて、被告人が1日のうちに2か所の集金先から集金をし、自己居室に持ち帰って着服横領したという事実については、同時に着服したものであるとし、1個の行為として一罪を構成するとしている（この点も併合罪とした原判決を破棄）。

上掲した一連の裁判例については、複数の横領行為の頻度が、着服等がなされた期間と、その期間における犯行の回数から、平均日数として、ある程度は明らかにされる。だが、裁判例②は、平均して約16日に一度の一連の着服を包括一罪としているが、裁判例⑥は、約13日に一度、裁判例⑤は、約7日に一度の一連の犯行を、併合罪としている。裁判実務が、どの程度の間隔であれば、各犯行の接着性を肯定し、包括一罪とするのかは、当該日数のみに着目しても明らかにならない³⁴⁾。

裁判例①のケースのように、一連の横領行為がなされた期間も比較的短く、行為者が金に窮していたケースなどでは、当初からの強い犯行の動機と、その継続が認められ、着服行為の数と頻度にそれほど関係なく、犯意の単一・継続を肯定しやすいことはあろう。また、各事案の詳細が明らかでないので断じえないが、裁判例②の紙店の売掛代金等は、事業主とその顧客らとの継続的な取引関係において、一定額の範囲において定期的に発生し続けているものだとする、裁判例⑤の預金の口座入金や、裁判例⑥にあるような外交販売の売上など、発生が個々には予定されておらず、比較的不確定なものとして都度に生じるものに比べて、その繰り返しの着服には犯意の継続を認めやすいことも考えられる。

しかしながら、行為と行為の日時的な接着性が、一罪としての認定の重要なポイントであったと考えられるケースもある。上掲・裁判例⑥も、約3か月半の期間における前後8回の着服は併合罪にあたるとしつつも、被告人が1日の

34) 虫明・前掲注2) 181頁、青木陽介「包括一罪に関する議論の新動向(1)」上智法学論集54巻2号(2010年)127頁以下参照。

うちに2か所の集金先から集金をし、持ち帰って着服した事実については、原審を否定し、1個の行為として一罪を構成するものとしている³⁵⁾。

また、裁判例③は、被告人による、共同正犯としての着服横領（第1の犯行）と、単独犯か共同正犯かが問題とされた着服横領（第2の犯行）を、包括一罪の関係にあるとしているが、判示でも述べられているとおり、それぞれの犯行は、処分の態様、用途の点で相違するものでありうる。しかしながら、両者は日時的に接着しており、このことも少なからず考慮されて、犯意の継続が否定されなかったことが考えられる。

なお、共犯に関するケースでは、裁判例③の以前に、最判昭和30年10月14日³⁶⁾が出現しており、市役所の税務課職員甲が、業務上保管中の滞納税金を連続して着服横領したが、それぞれの犯行における共犯者が異なっていたというケースについて、包括一罪であることを否定した原判決を支持している。原審・東京高判昭和28年3月30日³⁷⁾は、一連の犯行の近接性を否定した上で、本件犯行の共犯者が、その時々で異なっていることを理由に、「行為の態様は必ずしも同一であるとはいえない」としていた³⁸⁾。共犯関係に違いがある各々の犯行は、それぞれ行為態様を異にするものというが、それらの犯行が特に近接している等の事情がない限り、別な共犯関係がその都度はじまることにおいて、犯意の継続は否定されるべきだろう。

35) 但し、この事実は、「金員を一括して同時に着服した」と認定されているので、包括一罪とされたわけではない。なお、名古屋高判昭和30年4月26日高刑特2巻9号373頁は、被告人が、9名より集金した油売掛代金を業務上保管中、1日のうちに数か所において消費したというケースについて、横領の一罪と解すべきとし、併合罪とした原判決を破棄している。

36) 刑集9巻11号2192頁、裁判集刑109号407頁。本判決についての、戸田弘「判解」法曹会『最高裁判所判例解説刑事篇昭和30年度』（1966年）281頁は、「接続犯」につき、最高裁は広汎に認める態度をとっていないと説いている。

37) 判タ30号55頁。

38) さらに、東京高判は、包括的犯意が当初から存したことも否定している。

(4) 寄託の数について

本稿二の2で前掲した、東京高判平成23年9月21日は、包括一罪を認めるにあたって、被害者の被告人に対する委託が1個であったことを、根拠の一つとして述べている。

委託・寄託について論じた裁判例としては、名古屋高判昭和34年3月2日³⁹⁾がある。名古屋高判は、「(横領罪は)背任罪におけると異り、専ら他人のために、保管中の特定物を、不法に領得する行為が違法とされ処罰の対象となつていもので、いわゆる領得罪にいて考えるべきものであるから、横領罪の罪数を定めるについては、必ずしも所論のごとく寄託関係の個数を標準として、これを決すべきものではない。」とし、1個の委任関係にもとづく本ケースを併合罪とした。被告人側は、横領の意義を論じつつ、単純一罪とすべきことを主張したもので、判示はこれに応えた内容ものであるが、委託が1個であることを一つの根拠として包括一罪を認めた、東京高判平成23年とは、帰結が異なっている。

三 連続的包括一罪についての議論

1 包括一罪について

一個の犯罪が成立するのか、数個の犯罪が成立するのかを決定するにあたって、通説である構成要件標準説⁴⁰⁾によれば、一つの構成要件により一回の評価を受けることが一罪である。では、ある者が、預かり保管中の金員を、何度かにわたって使い込んだ場合、数個の横領が成立するののかといえ、直ちにはそうではないとされる。横領罪の罪質を考えたとき、それは自然な理解だと考えられるが⁴¹⁾、ここにおいて、包括一罪という罰条適用上の概念により、構成要件該当性の判断とは別個、複数の行為が存在する事実を、一つの処罰規定に一回あたるものと判断評価する契機が与えられる。すなわち、構成要件に該

39) 高刑12巻4号259頁、判タ92号61頁。

当する事実の範囲と、罪数の判断において、一つの処罰規定により一罪として評価される事実の範囲は異なる⁴²⁾。単純一罪と包括一罪は、双方が評価の結果としての一罪であるが⁴³⁾、位置づけとしては、包括一罪は、単純一罪と科刑上一罪の間にあるものとして捉えることができる⁴⁴⁾。

40) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(1957年)334頁以下、団藤重光『刑法綱要総論第3版』(1990年)437頁、吉川経夫『三訂刑法総論補訂版』(1996年)293頁、野村稔『刑法総論補訂版』(1998年)442頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)第4版』(2008年)487頁以下、斎藤信治『刑法総論第6版』(2008年)306頁、佐久間修『刑法総論』(2009年)423頁、伊東研祐『刑法講義総論』(2010年)392頁以下、西田典之『刑法総論第2版』(2010年)413頁、大野真義ほか『刑法総論』(2011年)337頁、福田平『全訂刑法総論第5版』(2011年)305頁、大谷實『刑法講義総論新版第4版』(2012年)476頁、川端博『刑法総論講義第3版』(2013年)637頁、藤木英雄(船山泰範補訂)『刑法(全)第4版』102頁、松原芳博『刑法総論』(2013年)443頁、丸山・前掲注2)136頁、立石二六『刑法総論第4版』(2015年)354頁、橋本正博『刑法総論』(2015年)302頁、日高義博『刑法総論』(2015年)539頁、前田雅英『刑法総論講義第6版』(2015年)390頁、山中・前掲注22)1032頁など参照。同説への批判については、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)408頁、林幹人『刑法総論第2版』(2008年)450頁、西田ほか・前掲注4)707頁以下(山口執筆)、鈴木・前掲注3)274頁などを参照。曾根威彦『刑法原論』(2016年)647頁は、構成要件説によっては、包括一罪の一罪性を合理的に説明するのは困難であるとする。その他、「犯罪標準説」として、浅田和茂『刑法総論補正版』(2007年)472頁。

41) このことについて、香城・前掲注23)144頁参照。

42) 井田良『講義刑法学・総論』(2011年)520頁、鈴木・前掲注3)272頁以下、中谷雄二郎「罪数の判断基準再考」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻第1編 理論編・少年法編〕』(2011年)53頁以下、大塚仁ほか・前掲注2)175頁(中山執筆)、297頁(中谷執筆)、前田・前掲注40)391頁などを参照。

43) 林幹人『刑法の基礎理論』(1995年)217頁以下を参照。

44) 只木・前掲注4)4頁。但し、科刑上一罪に含める立場が有力であることについて、只木誠『罪数論の研究〔補訂版〕』(2009年)169頁参照。科刑上一罪として(に近づけて)捉える見解として、たとえば、平野龍一「法条競合と包括一罪」警察研究64巻5号(1993年)9頁、町野朔=安村勉「特別刑法と罪数」上智法学論集39巻1号(1995年)281頁、山火正則「罪数論と犯罪論」現代刑事法6巻7号(2004年)34頁、山口厚『刑法第3版』(2015年)183頁など参照。科刑上一罪よりも一罪性が強いとするのは、城下裕二「混合的包括一罪の再検討」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開下巻 町野朔先生古稀記念』(2014年)334頁。

2 連続的包括一罪について

現在、包括一罪には、実質上一罪に近い類型のものと、科刑上一罪に近い類型のものが、それぞれの性質を踏まえた上で、議論を展開するべきだと指摘されている⁴⁵⁾。連続的包括一罪は、犯行が複数存在していても一罪とし⁴⁶⁾、併合罪のように加重をしないものであることなどから、その性質は、科刑上一罪に近いとする立場がある⁴⁷⁾。複数の意思決定による複数の行為があるので、観念的競合に比べて一罪性は弱い、行為と結果の一体性を総合的に考慮すると、観念的競合や牽連犯に準じた違法・責任の減少が認められ、一罪として処断するのが適当であり、それこそが連続的包括一罪が承認される根拠であると説かれる⁴⁸⁾。

しかし、これには批判がある⁴⁹⁾。科刑上一罪は、成立した数個の犯罪を、刑罰論の上で一罪として評価するか否かの問題であるが、反面、連続的包括一罪は、複数行為の単一の法益侵害について、犯罪論の上で一罪として評価するか否かの問題であり、両者は異なるというのである⁵⁰⁾。また、実務においては、当該ケースに関しては、個々の行為の特定は求められず、個々の構成要件該当行為に共犯関係が成立することと、勾留や起訴ができる以外は、実体法上も訴訟法上も本来の一罪とほとんど同様の扱いがされており、その点で、観念的競合や牽連犯とは異なる類型だと指摘されている⁵¹⁾。

45) 小林「包括一罪について」前掲注7) 5頁、同「罪数論の基本」前掲注7) 49頁、橋爪・前掲注4) 106頁、亀井・前掲注7) 3頁以下など参照。

46) なお、裁判例では、一連の所為を一つの横領行為とするところが見られた。たとえば、名古屋高判昭和25年11月28日判特14号94頁は、控訴趣意に示されたところを見る限り、現在でいうところの連続的包括一罪に該当するケースであるが、「領得行為が多数回に亘るとしてもそれは領得方法の態様に過ぎないもの」としている。

47) 今井ほか・前掲注4) 433頁（島田執筆）参照。関哲夫「接続犯」山口厚＝佐伯仁志編『刑判判例百選Ⅰ総論第7版』（2014年）201頁も参照。

48) 佐伯・前掲注2) 42頁参照。

49) 佐伯・前掲注22) 362頁は、刑法旧55条の削除後、包括一罪と目される場合は、実体的併合罪ではなく依然一罪であるとしていた。

50) 松澤・前掲注20) 13頁参照。

3 検討

削除された刑法旧 55 条は、連続した同種行為を併合罪とすることを回避する意義を有し、観念的競合・牽連犯の規定と並んで規定されていたものであった⁵²⁾。このことに鑑みると、同規定の適用範囲にあったケースが対象となる、現在でいうところの連続的包括一罪を、科刑上一罪に近いものとして考えることには理由がある⁵³⁾。

しかし、複数の罰条が適用されることが前提の科刑上一罪と、複数ある行為を一つの罰条で評価するか否かを問題とする連続的包括一罪は、やはり判断構造において異なっている⁵⁴⁾。また、実務が、総合的判断により「継続の意思」を検討することは、構成要件に引きつけた、犯罪論としての一罪性の判断であると考えられる⁵⁵⁾。そして、連続的包括一罪について、観念的競合や牽連犯と同様の違法・責任の減少が観念できたとしても、そのことだけでは、それが肯定されるべき範囲は明確にならないであろう。

以上のことから、ここでは、包括一罪は科刑上一罪に近いとする考え方をとらない立場を支持したい⁵⁶⁾。

四 総合的判断の再確認

連続的包括一罪が問題になる横領事犯では、従来、連続してなされた横領行為の客観面と主観面の総合的検討がなされ、一罪であることを肯定するにあたって、行為と行為の近接性、各々の行為の態様等が判断資料として考慮され、犯意の継続が認定されてきた⁵⁷⁾。この判断手法を踏まえ、最後に以下の点を

51) 大塚仁ほか・前掲注 2) 297 頁参照 (中谷執筆)。

52) 虫明・前掲注 2) 155 頁以下を参照。

53) なお、この点について、小林憲太郎『刑法総論』(2014 年) 181 頁を参照。

54) 松澤・前掲注 20) 13 頁を参照。

55) 大塚仁ほか・前掲注 2) 297 頁を参照 (中谷執筆)。

56) 大塚仁ほか・前掲注 2) 415 頁は、科刑上一罪に近いとすることの趣旨が明らかでないとする (中谷執筆)。

考えてみたい。

本稿の二の2で前掲した、東京高判平成23年9月21日は、業務上横領罪は、預かり保管中の金員を不法領得の意思の発現行為として自己のために費消するため、預金口座から引き出すごとに成立するのであり、預かった金額ごとに成立するものではないとして、結論として、被告人による複数の所為を、包括一罪であるとした。だが、ここでは、構成要件に該当する行為が複数あるところ、それを前提として、一罪性を検討するのであるから、具体的な金員の寄託があった数だけ横領罪の成立を認め、それらを併合罪とした原審の見解は、直ちには排斥されないものだと考える。

横領罪は、委託にもとづいて他人の財物を占有している者が、それを領得する犯罪であるが、その罪質には、預かった個別財産について、委託者との信頼関係に対する違背を示す側面がある⁵⁸⁾。そうだとすると、すでに横領をなしている者が、加えて、同じ委託者から金員を預け入れられた場合、その後の横領行為は、改めて得た信任と、それにより再度形成された金員の預かり状態を害する点において、新たな犯意にもとづく犯行であり、別個の横領罪を構成しうると言えるのではないか。

以上の検討事項も、「犯意の継続」を認定する上での、一つの判断資料に関するものであるから⁵⁹⁾、他の判断要素との関係で、事案に即して論じられ、評価されるべきものである。しかしながら、連続的包括一罪に、犯罪論としての一罪性を認めようとする本稿の立場は、上記の検討をなすことで、預かった金額ごとに横領罪の成立を認めた当該ケース原審の結論が、とりえないものではなかったと考えるのである。

57) 但し、個々の事例をみると一罪として認める範囲が少し広すぎる裁判例もあると指摘されている。川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法第3巻』（2006年）438頁を参照（岩瀬徹執筆）。

58) 前掲の名古屋高判昭和34年3月2日（前掲注39）も、この点に留意している。

59) この点について、本稿の二の3の(2)を参照。

五 おわりに

本稿では、「連続的包括一罪」に該当する、横領のケースについて検討した。横領罪については、最判平成15年4月23日⁶⁰⁾という重要な判例が出されたが、そこで判断が留保された部分も、包括一罪の問題に関わる場所である。今後は、横領罪の解釈論とともに、包括一罪の議論も捕捉し、研究を続けていきたい。

60) 刑集 57 卷 4 号 467 頁。