

集合犯概念

中島 広樹

- 1 はじめに
- 2 集合犯の法的性格
- 3 集合犯の一罪性
- 4 むすびにかえて

1 はじめに

常習性の法的性格を行為の属性（違法要素）と捉えるべきである、とする立場によれば、常習性による刑の加重は複数の（個別）行為責任の集積に基づくものであり、同じ態様の窃盗・強盗行為が反復して行われたときに一括して一個の常習累犯強窃盗行為（集合犯）を構成すると解すべきこととなり、このような立場からは、一回の窃盗行為のみについて常習性を認定すること自体が問題視されてこよう、とする趣旨の主張がある^①。

この主張は、常習犯をも包括する集合犯は、複数個の行為から成立しているのだから常習犯といえども、一個の行為だけでは成立しえない、という注目すべき立論と解される。

しかし、判例は、習癖の発現と認められる以上、たまたま捕捉された一時一回の賭博行為についても常習犯が成立

する、と判示しているし、学説も一般にそう解している^③。

こうして、集合犯概念については、そこに含まれる犯罪類型たる常習犯の行為をどの程度、あるいはどのように規制するのであろうか、という疑問が起こる。すなわち、常習犯は集合犯なのであるから、その成立のためには必ず二個以上の行為が必要なのか、さらに一歩進んで、常習犯が集合犯である、ということから常習犯は二個以上の行為を有するという前提に立った場合、それでは二個以上の行為はどのような構造を持つているのか、という疑問を抱かざるを得ない。思うに、漫然と複数の行為が存在するというだけでは、罪刑法定主義に反するおそれがある。とりわけ、刑の加重された集合犯の構成要件において、集合犯はいかなる不法内容を有するべきなのであろうか。不法内容の確定なしには、集合犯が行為責任主義に反する疑いをも払拭できないのである。

本稿では、このような疑問について、これまでの学説の状況を概観し、問題解決の展望を得たいと考えている。

2 集合犯の法的性格

構成要件のなかには、はじめから数個の同種行為の反復を予想していると解せられる犯罪があつて集合犯 (Sammelstrafat; Kollektivdelikt) と呼ばれ^④、常習犯 (gewohnheitsmäßiges Verbrechen) ・職業犯 (Geschäftsmäßiges Verbrechen) ・営業犯 (gewerbsmäßiges Verbrechen) などがこれに属している、と一般に理解されている^⑤。

そして、常習犯とは、一定の行為を常習とすることによって成立する犯罪であり、行為が同一行為を反復する習癖のあらわれとして行われる場合であり、職業犯とは、業として一定の同種行為を反復することを内容とした犯罪であり、営業犯とは、これに財産上の利益を得る目的が伴うものをいう、と解されている^⑥。

ところで通説・判例では、集合犯は、包括一罪である、とされているが、これを単純一罪と解する説や科刑上一罪あるいは科刑上一罪と包括一罪の中間的なものとする説もある。^⑨

まず、包括一罪と解する立場であるが、もともと包括一罪という観念は、学界でも完全に市民権を得ているとはいえず、この観念を認めない者もあるし、認める者にしても、その範囲は区々であるから、包括一罪説の論者の議論を注(7)において比較的詳細に摘記しておいたが、要するに、この説は、概ね複数の行為とそれに対応する構成要件該当性がありながら、なお一罪と評価しうる場合を包括一罪と名付けているものと解することに異論はないであろう。

そしてまた、集合犯をその一例として無造作に取り上げてきたのが包括一罪説であったが、このような通説・判例の対応に疑念が差し挟まれていることも忘失すべきではない。

すなわち、正当にも「数個の行為が単純の一罪を構成するに過ぎない」といった謂わば例外的ともいうべきこの犯罪類型について、何故そのような取扱いをしなければならないのかという点につき、右に挙げた要件、すなわち、構成要件の性質上同種行為の反覆継続が予想される場合という要件以外には特に触れられていないのが実情である。換言すれば、原則に対する例外を認めるためには通常その積極的な証明を要すると考えられるにも拘らず、それを欠いているうらみがある……^⑩という批判が存在する。

この批判は、文言上は単純一罪説に対して向けられてはいるが、包括一罪説にもあてはまるであろう。

確かに、包括一罪説は、数個の行為が一罪を構成する点に関し、本質論からの論証を行うことなく、従来、もっぱら構成要件が同種の行為の反復を予想しているから、複数の行為も一個の集合犯構成要件で評価しうるという形式的根拠を提示するのみであった。

そればかりか、構成要件が同種の行為の反復を予定している、とする場合、論者は、そのような構成要件における

具体的な実行行為をどのようなものと想定しているのだろうか。たとえば、常習賭博罪の構成要件は、「常習として賭博をした」と記述されているのみであるから、実行行為は、たとえ常習としてではあっても、常習としてという形容詞は、具体的な一賭博行為の態様に変更を加えるものではないから、一個の賭博をすることであり、したがって、数個の賭博を行ったときは、当然、常習賭博罪が数個成立するはずである。仮に、「常習として複数の賭博をした」と規定されているのであれば、実行行為の態様はともかく、少なくとも分量は二個以上という制約が加えられるから、包括一罪説の考え方は理解しうる。ただ、包括一罪説は、「複数の」という記述の機能を代行するのがまさに「常習として」という文言だと考えているのであろうが、それにしても、通説は、一個の賭博でも常習賭博と解するのを妨げないのであるから、「常習として」と「複数の」という要件は全く同じわけではない。前者のほうが、実行行為の内容については伸縮自在であり、厳格解釈の要請にそぐわない面があることは否定できない。

このように、構成要件が同種の行為の反復を予定している、という形式的根拠の提示は複数行為の一罪評価のための実質的根拠を明らかにしてこなかったばかりではなく、具体的な構成要件的行為の内容を曖昧にしてしまう、という罪刑法定主義的見地から看過しえない問題を生み出しているといわなくてはならない¹³。

たとえば、常習累犯窃盗罪は、集合犯として複数の窃盗行為が一罪と評価されるものであるが、これを構成する日時・場所を異にする個々の窃盗行為のうち、一部について心神耗弱が認められ、残部については認められないという場合、常習累犯窃盗罪全体について心神耗弱を理由に法律上の減輕をすべきなのか、さらにまた同様に、一部についてのみ、心神喪失が認められた場合、全体について罪責を問うのか、という問題が生じた判例が存するが、前者については、犯行全体について被告人が心神耗弱であったことにはならない、として法律上の減輕が否定され、後者についてもまた、心神喪失の認められる一部についての罪責は認められないとしても、起訴された常習累犯窃盗罪に

関しては無罪を宣告しない、と判示している。

このことは、集合犯の構成要件的行為が際限なく存在するという^⑥ことによつて、ある行為について行為者に責任阻却事由が認められても、犯罪を成立させてしまう、という割り切れない印象を与えるな現象を招来させていることを、端的に示しているといえよう。

もし、刑罰加重的集合犯の場合、複数の行為が存在することによつて、刑が加重されるとするならば、複数の行為のどのような結びつきが刑を重くしているのが、明らかにされない限り、複数の行為のうちどの行為が真に構成要件的行為の一部なのかを、はじめから判然とさせよう^⑦としない集合犯という犯罪類型それ自体の構成要件的行為の不明確さが、責任主義の問題とも結びついて批判の対象となるはずである。

そして、常習犯の場合、反復の契機たる常習性が一般に行為者の属性とされていることから、さらに問題の困難さが増すのである。すなわち、常習性の本質たる習癖概念の内容が曖昧なため、それによつて包括される実行行為の範囲が広狭さまざまに変容しうる^⑧為、定型化されないまま複数存在しうる集合犯の実行行為の不明確さにはますます拍車がかかつてしまう。

かようにして、包括一罪説は、集合犯に関して、構成要件レベルにおける複数の行為の無条件的存在を想定してしまつたため、実行行為の明確さを担保しきれず、特に罪刑法定主義との抵触の可能性を払拭できない、という重大な疑問を招いている、といつてよいであろう。

これに対して、単純一罪説^⑨は、一行為＝一結果を前提とする考え方に通常立脚することから、集合犯における構成要件的行為の定型性の強固さを予想させる。複数の行為の反復が予定されている、と漠然といわれてきた集合犯における一行為＝結果を導く実行行為とは果していかなるものなのか。

学説を検討すると、集合犯を包含させる本来の一罪の概念は、単純一罪と同一視されておらず、単純一罪のほか、包括一罪まで含ませる考え方のもとで集合犯を本来の一罪とするものや本来の一罪を単純一罪と同一視したうえで、そこに包括一罪と集合犯を含ませる見解などがあるが、これらの考え方は、単純一罪と包括一罪を区別して把握すべきである、という批判を受けている。²¹⁾

また、集合犯の場合、構成要件自体において数個の行為が行われることを予想していることから、現実に行為が数個行われた場合でも単純一罪であり、包括一罪とするまでもないという見方もある。²²⁾ この見解は、罪刑法定主義ないし実体的デュー・プロセスを担保すべき構成要件の定型性・明確性の観点からすると、正しい核心を有していると思われるし、集合犯に関する本来の認識だっただけだが、集合犯の行為の特殊性を具体的に構造化しなにかぎり、現行の構成要件のもとでは前述したとおり、複数の行為があれば、それぞれが構成要件該当性を充足すると解されるから、単純一罪のカテゴリーに含まれることには無理があろう。²³⁾

むしろ、集合犯の数罪性を認めて科刑上一罪と解する学説のほうが自然ではないか、という疑問すら生じるであろう。²⁵⁾

すなわち、罪数決定の規準として構成要件説をとる限り、集合犯を構成する各行為が、それぞれ「構成要件一回充足」にあたるものとみざるを得ないところであつて、集合犯が本来数罪であることは否定しがたい、とされるのであるが、現行の構成要件の記述からすると、複数の行為は実行行為として要求されていないのだから、かような解釈も可能となるのである。とりわけ、常習犯においては、常習性を行為者の属性と解する立場からは、なおさら行為の特殊性は導き出しにくいであらう。²⁷⁾

しかし、この見解では、現行の常習犯等の構成要件が、単数の行為を記述しているとしても、集合犯概念は本来行

為の集積を予定している点に本質的特徴があるのではないか、という点の疑問を解消しえない、という難点があろう。さらに、科刑上一罪は、本来的数罪を例外的に一罪として処断しようとするものであり、現行法上は観念的競合と牽連犯しか認められていない（刑法五四条）ことに徴すると、本来的数罪は刑法五四条に該当しないかぎり数罪として処断すべきであつて、条文にない科刑上一罪を認めるのは刑法の趣旨に反する、という批判も傾聴すべきであろう。

3 集合犯の一罪性

罪数決定規準に関しては、行為説⁽²⁹⁾、結果・法益説⁽³⁰⁾、意思説⁽³¹⁾、目的説等⁽³²⁾があるが、今日通説的地位を占めているといわれるのは、周知のとおり、小野博士の提唱にかかる構成要件説であり、判例もこれに従っている。

思うに構成要件説は、他説と異なり、「構成要件」という明確な土俵を設定し、これを基盤として罪数を決しようとするものであり、罪数決定のさいに思想上の合理的・経済的規準をもたらしうる、という点においてすぐれた点を認めうるのであり、構成要件説によつて罪数問題が直ちに解決されるものではないにせよ、基本的に本稿においても構成要件説に従いたい。

ところで、構成要件充足の回数によつて罪数を決しようというものであるが、構成要件を一回充足しているだけか否かということ、結局は、その構成要件の解釈の問題であるが、構成要件は、最も基本的な要素として行為と法益侵害（結果）を規定しているから、あくまでも構成要件を指標としつつ、行為と結果に重きを置いてこの判断をするのが相当であると解される。⁽³⁴⁾

他方、集合犯が、「構成要件上」複数の行為が予定されているもの、と一般に理解されていることは、すでに注(7)

(8)(9)に列挙された各説から明らかである。

そうすると、集合犯の一罪性の本質は、構成要件の解釈、すなわちその実行行為の内実を考究することによって解明されるはずである。

そこで、まず前述した、包括一罪説、本来的(単純)一罪説、科刑上一罪説、それぞれの議論にそって考察を進めたい。

包括一罪説は、構成要件上複数の行為が予定されていることにより、現に複数の行為が発生しても複数の構成要件該当現象は表見的なものにすぎないため、一回的な構成要件の評価に包括され、包括一罪とみるのである(包括一罪を科刑上一罪と解する説については後述参照)。

本説は、行為の複数性を前提にしている点で、集合犯の本質に忠実な見解であるとともに、近年、包括許容の実質的根拠として、各事実の不法・責任内容の密接関連性・一体性を説いているのは、犯罪の実質が違法(法益侵害)³⁵にある点に鑑みて、卓見である。

ただ、一罪とはいっても、複数の行為から構成される一個の実行行為が存在するというわけではなく、複数の構成要件該当行為が一個の犯罪に吸収されて一体化すると解するにすぎない点で、なお検討の余地が残されているように思われる。

次に、本来的(単純)一罪説であるが、やはり構成要件内に複数の行為が予定されていると捉え、たとえば、前田教授によると、「数個の行為があれば単純一罪となり得ず、数罪か少なくとも評価上一罪となる。しかし、構成要件によってはそもそもいくつかの行為の存在を予定しているものがある」のであり、その代表例として、結合犯と集合犯を挙げられる。³⁷ 結合犯の概念内容は一義的に明白なわけではなく、これを包括一罪とする学説もあるが、数個の行

為は手段・目的の関係にあるという見地から、構成要件該当行為を一個と解し、結果も一個だから単純一罪と主張することは、確かに可能であろう。^④すなわち、集合犯に予定される複数の行為が、目的・手段の関係で密接な関連性を有する結合犯の各行為のように、一定の不法内容の一体性を持っているならば、これを単純一罪とみることに無理はない。問題は、複数行為の不法内容の一体性の根拠づけにあるが、前田説には、それが提示されていない。

最後に、科刑上一罪説であるが、この説は、集合犯の構成要件の行為は必ずしも、複数性を有することをイメージしていないのではないかと疑われるのである。

すなわち、本説において構成要件が予定しているのは、行為の複数ではなく、行為の反復であり、類似の表現でありながら、もたらされる帰結は異なるのではなからうか。^④

思うに、構成要件が「複数の行為」を予定するという場合には、集合犯の構成要件は、結合犯のように、いくつかの行為が結合して形成されている、と解するのが自然であろうが、構成要件が「行為の反復」を予定すると表現される場合、集合犯の構成要件は、一個の行為から成り立っているが、その一個の行為を充足する回数がはじめから複数回予定されているため、現に複数の行為が行われたときは、事実上数罪が成立し、処罰一回性の見地等から科刑上一罪扱いされるとどまる、という議論を行うことは可能であろう。

一見、集合犯の意義について、異説が存在しないかのように思われてきたが、各論者ごとに、集合犯の構成要件が予定する行為の複数性・反復性に関しては、微妙かつ重要な相違が存在しているのかもしれない。

だがしかし、集合犯の構成要件が予定するのは、あくまでも行為の複数である、と考えるべきであり、一個の行為から構成される集合犯の構成要件が複数回充足されることが予定されている、という考え方は、一個の行為でも常習犯を成立させる、という行為者属性を前提とした判例の考え方に接近することになるのではなからうか。

かようにして、科刑上一罪説は、集合犯から、集積犯とも称されることのある集合犯の行為複数性という本質的特徴を奪うおそれがある点で、注意を要しよう。

4 むすびにかえて

以上、検討したように、集合犯の法的性格に関しては、おおむね包括一罪説、本来的(單純)一罪説、科刑上一罪説があり、各説はいずれも問題を抱えていることが明らかとなった。

これまでの考察をふまえて、最初に提示した問題点を検討してみよう。

まず、集合犯は、現実に発生した行為が一個の場合は成立しないのであろうか。

包括一罪説では、集合犯の構成要件は複数の行為を予定しているから、現に発生した行為も複数でなければならぬ、という結論も可能であるが、構成要件の複数行為は「予定」にすぎない、という解釈を強調するならば、実際に発生した行為は一個でもかまわない、という議論にもなりうる。さらに、行為者の属性という、常習性の本質が持ち出されると、習癖の現れであれば一個の行為でも常習犯の本質に欠けるところはないから、一個の行為でもさしつかえない、という議論が補強されるであろう。

單純一罪説の場合は、集合犯が一罪であるためには、單純一罪の一行為・一結果という本質にかんがみて、複数の行為が構成要件的行為として「予定」されているという以上に「定型化」されている、ということが要求されると思われるから、単に、現実に発生した行為が一個であった場合はもちろん漠然と複数であったというだけでは足りないと解されるが、これも「予定」であるから、一個の行為でも集合犯は成立しうるであろう。

科刑上一罪説では、構成要件的行為自体は複数の行為から形成されていないとしても、構成要件は、その充足の複数を「予定」しているがゆえに、現に発生した行為が複数でも、集合犯は成立しうるであろう。

もちろん、現に発生したのが、一個の行為でもかまわないはずである。

かようにして、集合犯にあつては、結合犯と異なり、複数の行為は犯罪成立のための必要条件ではなく、「予定」にすぎないため、いずれの説に立つても、一個の行為が発生にしたにすぎない場合でも、犯罪は成立してしまうのである。

それでは、集合犯も、複数の行為を「予定」ではなく「必要」とするという見解を導くためには、どのような議論を行わなくてはならないであろうか。

いくつかの視点から、集合犯の行為の複数を要件化しようとする場合、まず、第一に、集合犯概念の成立史が重要な参考資料となるであろう。

ブーフホルツが集合犯の歴史的研究を行っているが、その概観によれば、一七九四年プロイセン普通法 (das preussische allgemeine Landrecht) 第二篇第二〇章第三二〇条によると、営業的密輸入業の成立にとって決定的なことは、少なくとも既に二回 (wenigsten schon zweimal) 密輸入に従事したことであり、⁴⁴⁾ 複数の行為 (Handlungsmehrheiten) が集合犯的犯罪類型の成立条件であったが、当時、「一個の行為は一個の罪である (eine Handlung auch ein Verbrechen sei)」という原則が設けられていた (同法第二篇第二〇章第七条) ため、複数の行為は、一個の犯罪を成立させえなかった。⁴⁵⁾ 結局、今日的な集合犯概念は、一九世紀になつてはじめて、フランス法からドイツ法に継受され、行為の複数が集合犯の概念的メルクマールである (Eine Mehrzahl von Handlungen ist konstituierendes Begriffsmerkmal) という見解が登場しはじめる。⁴⁶⁾ そして、一八五一年のプロイセン刑法典以降も、集合犯の本質は、「数個の行為の集積

(Haftung mehrerer Handlungen)」と捉えられ、そこで發展させられた議論は一八七一年の帝国刑法典に受け継がれていった。⁽⁴⁷⁾

このように、集合犯の歴史的概観はこの概念が、歴史的には、複数の行為 (Handlung) の集積を「予定」ではなく、まさに「前提」としていたことを明らかにするのである。その後、構成要件概念が登場したとき、行為の複数性という性格は、構成要件の行為を形成する実行行為の複数性という方向と構成要件該当性の複数性という方向をたどることが可能であったが、集合犯の歴史的 성격に鑑みて、後者の方向を選ぶのは、曲解であると思われる。

そして今日、この前提とされる複数の行為が、構成要件の中に取り込まれたとき、どのような内容の実行行為を形成すべきかが、明確化されなければならないであろう。

次に、刑罰加重的集合犯の刑の加重根拠との関連で現れる行為責任主義である。行為責任主義に立脚する場合、常習犯のような、刑の加重された集合犯においては、行為の複数性を必要条件としないかぎり、刑の加重根拠を説明できないであろう。

行為の複数性を否定しても、つまり一個の行為でも刑罰加重的常習犯が成立しうる、とする現在の判例の態度の背後にあるのは、常習性を行為者の属性とすることにより、行為者責任を加重根拠と捉える考え方であろう、と推測される。

しかし、人格責任や行状責任等、行為責任からはみ出す、責任論は採用しがたい。

そうだとすると、行為責任の観点から少なくとも刑罰加重的集合犯の不法内容を確定すべきであろう。

その場合、①行為の複数性、②構成要件の明確性、③行為責任の分量に応じた不法内容の確定、の各要求が満たされなくてはならないであろう。

なぜならば、①の要求が満たされなければ、そもそも歴史的に培われた集合犯の本質的特徴を合理的理由もなく喪失してしまうからであり、②は、いたずらに複数の行為を問題としても、複数の行為のどこからどこまでが防御の対象となるのが不明確だと、罪刑法定主義の精神を没却するだろうから必要とされるのである。

さらに、③の要求は、結果的加重犯に関する危険性説の議論に触発されたものである。

すなわち、このことは従来指摘されたことがなかったが、結果的加重犯の法定刑が、数罪に解体された場合の観念的競合よりも重いことから、その行為責任に合致すると思われる不法内容が解明されるに至った経緯⁴⁸は、集合犯においても、考慮されるべきではないかと考えられるのである。

以上が、この問題に答えるための視点であると思われるが、本稿においてはさしあたり議論の方向性を示唆するにとどめたい。

わたくしとしては、少なくとも刑罰加重的集合犯に関しては、結果的加重犯における危険性説的な考え方を基礎として、故意ある結果的加重犯類似の構造をもつものとして、その不法内容・実行行為の内実を確定すべきではないかと考えている。

- (1) 城下裕二「常習累犯窃盗罪における常習性の判断基準」現代刑事法一三三号（平成二二年）九〇頁。
 - (2) 大阪地判昭和五〇年三月一九日判例時報七八七号一二九頁等。
 - (3) 小暮得雄「賭博及び富籤に関する罪」団藤重光（編）『注釈刑法（四）』（昭和四〇年）三四三頁。なお、集合犯における「一個の行為」については、中山善房「観念的競合における「一個の行為」について」刑法雜誌二卷二号（昭和五一年）四七頁以下参照。
 - (4) 虫明満「包括一罪の研究（平成四年）二三八頁。同「包括的一罪」阿部純二「板倉宏」内田文昭「香川達夫」川端博「曾根威彦」（編）『刑法基本講座第四卷』（平成四年）三〇五頁、山火正則「包括的一罪」西原春夫「宮澤浩一」阿部純二「板倉宏」大谷實「芝原邦爾」（編）『判例刑法研究四』（昭和五六年）二七三頁。
 - (5) 香川達夫・総合判例研究叢書刑法（一三三）（昭和三四年）四六頁。
 - (6) 高田卓爾「併合罪」団藤重光（編）『注釈刑法（二）のⅡ』（昭和四四年）五四〇頁、中野久利「集合犯」芝原邦爾（編）『刑法の基本判例』（昭和六三年）八八頁。
 - (7) 罪数論においては、用いられる主要な概念につき論者による定義のズレが存在するという問題があるため（前田雅英「一罪と数罪」阿部純二「板倉宏」内田文昭「香川達夫」川端博「曾根威彦」（編）『刑法基本講座第四卷』（平成四年）二七二頁、各論者の包括一罪および集合犯に関する定義をそれぞれ確認することとする。（なお、包括一罪の法的性格に関しては、本来の一罪とみる説と科刑上一罪と解する説とがあるが、その点については、只木誠「混合的包括一罪論の前提」獨協法学九五号（平成五年）一〇四頁以下参照）。
- 1 青柳文雄「刑法通論Ⅰ（総論）（昭和四〇年）四一―一頁以下では、構成要件標準説を通説としつつ、構成要件がはじめから数個の行為を予想してこれを一罪として取り扱う趣旨と解されるものについては、何回あっても一罪と考えなければならぬ」とし、これを集合犯と呼んでいる。
 - 2 浅田和茂「罪数論」浅田和茂「斉藤豊治」佐久間修「松宮孝明」山中敬一（著）『刑法総論（改訂版）』（平成九年）三四七頁以下では、犯罪標準説に立ちつつ、包括一罪を、実際には数罪が犯されているにもかかわらず、実質的考慮を加えて実体法上一罪と評価される場合を包括一罪といい、そこに含まれる集合犯とは、一回の行為でも当該の犯罪が成立する場合がある反面、数回の行為が行われても一括して一罪とされるものと定義される。
 - 3 内田文昭「改訂刑法Ⅰ（総論）（補正版）（平成九年）三四六頁以下では、包括一罪とは、現実には数個の行為が存在し、したがって、数罪とされうるにもかかわらず（この点で単純一罪たる法条競合と区別される）、なおそれらを包括して一罪と

- しておけばたりる、と解されている場合で、学説・判例の理論的所産であつて、立法化されている科刑上一罪と区別される、とするが、集合犯についての定義はなく、営業犯や常習犯が包括一罪に含まれる旨の指摘がなされるにとどまる。
- 4 大谷實・新版刑法講義総論(平成一二年)五〇一頁以下において、構成要件基準説を基準とした総合的見地から、構成要件に一回該当すると評価された事実を本来的の一罪として、それを単純一罪(認識上の一罪)と包括一罪に区分し、後者の意義について、ある犯罪事実が外形上構成要件に数回該当するように見える場合において、一回の構成要件的に評価に包括すべき犯罪をいう、と論じ、その一例たる集合犯を、構成要件的行為として数個の同種類の行為が予定されている犯罪と定義している。
- 5 岡野光雄・刑法要説総論(平成一三年)三五一頁以下は、構成要件基準説を基本としつつ、包括一罪(包括的一罪)を、外形上は複数の犯罪の成立を認めうるが、包括全体として一つの犯罪と評価されるものと定義し、そこに包含される集合犯の意義につき、構成要件的行為として、数個の同種類の行為の反復が予想される犯罪、と解している。
- 6 香川達夫・刑法講義(総論)第三版(平成七年)四四〇頁以下においては、構成要件基準説に立ちながら、数個の、それ自身でも独自性を取得しうる行為を、包括し一個の犯罪と評価する場合を包括的一罪と解し、本来的に構成要件の一回的充足があるにとどまる本来的の一罪であるが、それ自身単独でも独自性をもつ数個の行為の存在が前提になつていゝるにもかかわらず、結果的に包括的に評価されて一罪となりうる契機は何かという疑問が留保されている。包括的一罪の場合である集合犯は、構成要件の性質上、同種行為の反復を予定している場合と定義されている。
- 7 川端博・刑法総論講義(平成七年)六〇二頁以下では、構成要件標準説に立脚しながら、構成要件に一回該当すると評価された事実たる本来的の一罪のなかに単純一罪と包括一罪を含ませ、評価上の一罪たる包括一罪(包括的一罪)の意義につき、外形上、構成要件に数回該当するように見えるけれども、一回の構成要件的评价に包括されるべき犯罪、と定義づけ、その一類型たる集合犯とは、構成要件的行為として数個の行為が予定されている犯罪と述べている。
- 8 吉川経夫・三訂刑法総論(補訂版)(平成八年)二九二頁以下は、構成要件標準説に依拠しつつ、ある事実が単一の構成要件によって評価されつくす場合たる本来的の一罪の場合として、包括的一罪を考え、その意義について、自然的観察のもとでは数個の行為があり、したがつて概観上は数個の構成要件に該当するように思われるにもかかわらず、ある構成要件がこれらを包括的に評価しているために、その全体を本来的の一罪と認めうる場合と解し、そのひとつの場合である集合犯に關しては、構成要件の性質上、数多くの行為が、同一の意思傾向にもとづいて反覆されることが予想される場合、と定義している。

9 小林充・刑法(平成一二年)一三七頁以下では、構成要件を指標にした総合説によりながら、一個の行為が構成要件に一回該当する場合は本来的な一罪(單純一罪)であり、法条競合は本来的な一罪だが、包括一罪(一個の行為が同時に又は數個の行為がそれぞれ独立して、特定の構成要件に該当するようにみえるが、それらが包括して評価され一罪とされる場合)は特殊な一罪の一種であり、そこに含まれる集合犯とは、構成要件がはじめから多數の同種行為を予想している場合をいう、とされている。

10 齊藤信宰・刑法講義(総論・第三版)(平成一三年)五三〇頁以下では、罪数判断の標準に関して、構成要件標準説の基本的妥当性を承認しながらも、行為・結果・意思等の具体的考慮の必要性を説き、本来的な一罪(犯罪成立の一罪で、一個または數個の行為が全体として一個の構成要件を充足する場合)のなかに、包括一罪(外形上、個々的には構成要件に數回該当するようにみえる場合であっても、それらの行為を一回の構成要件に包括して一罪とするもの)を含ませ、集合犯(構成要件の性質上、數個の同種行為を予定している場合で、數個の行為が繰り返して行われても全体で包括して一罪とされる)はその一場合として分類する。

11 莊子邦雄・刑法総論(三訂版)(平成八年)四九七頁以下では、自然的に觀察すれば外觀上は(一個の包括的犯意に導かれた)數個と認められる事実が法的に一個の行為として包括的に評価され、一罪と認められる場合を包括的一罪と解し、いわゆる接統犯を典型例とするが、職業的・營業的・慣習的な行為を包括して統一的な一個の犯罪として規定した集合犯も包括的一罪と一種と理解されているようである。

12 正田満三郎・刑法体系総論(昭和五四年)三三三頁以下において、構成要件基準説をふまえながら、構成要件それじたいの中に多數行為の包括的評価の契機が宿されている場合を包括的一罪と解し、構成要件にあたる一個の違法事実があるときに成立する單純一罪とは区別されており、その一つの場合である集合犯は、構成要件が一回の行為に限らず、同種行為の反覆継続を予想していることが明白な場合と定義されている。

13 鈴木茂嗣・刑法総論(犯罪論)(平成一三年)二四三頁以下で、基本的には構成要件基準説を承認しつつ、單純一罪・包括一罪にかえて、認識上一罪(本来的な一罪)・評価上一罪という区別を使用し、認識上數罪が評価上一罪とされる場合に、当然一罪とされるのが法条競合で、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のが包括一罪であるとし、その一例として集合犯を挙げるが、定義はなく、法益・行為いずれの面からも數罪の性格をもつものであり、その一罪性については他の包括一罪とは別個の吟味が必要とみている。

14 曾根威彦・刑法総論(第三版)(平成一二年)三〇七頁以下では、総合説の見地から包括一罪の意義について、現に數個

の単純一罪が存在するにもかかわらず、その実質的な一体性の故に一個の罰条だけを適用して処断すべき場合をいう、と説明し、その一場合としての集合犯を、原則として併合罪になるが、一つの構成要件が同種の行為の反復を予想し、一連の行為が包括して一罪とされる場合とする。

15 内藤謙・刑法講義総論(下)Ⅱ(平成一四年)一四五七頁以下では、構成要件基準説を基礎としつつ、単純一罪と単純数罪の間の中間物として包括一罪、科刑上一罪、併合罪を認め、包括一罪(数個の事実がそれぞれ犯罪類型を充足するにもかかわらず、その法益侵害または法益侵害行為の実質の一体性のゆえに、一個の犯罪類型によつて包括的に評価され、一罪とされる場合)のなかに、集合犯(犯罪類型の性質上、同種類の行為に反復されることを予定している場合には、数個の行為が繰り返される場合)を含ませる。

16 中義勝・講述犯罪総論(昭和五年)二六八頁以下においては、構成要件基準説に拠りながら一個の行為から単一の構成要件の結果が生じる場合としての本位的一罪と科刑上一罪との中間に包括一罪があるとし、その意義につき、現実には数個の単純一罪が存し、数個の法条の適用がなされるにもかかわらず、必ずしも科刑上一罪のルールによるまでもなく一罪として処理される場合だと説かれ、その一つである集合犯とは、構成要件上、多数の同種の行為の反復が予想される場合と定義される。

17 中山研一・刑法総論(昭和五七年)五一九頁以下では、批判は留保しつつも構成要件標準説が通説であることを認めつつ、本位的一罪(刑法の定める併合罪と科刑上一罪を除いた本来的な一罪)のなかに単純一罪(一行為一結果で罰条の重なり合いの全くない場合)・法条競合・包括的一罪を含むとされ、包括的一罪の意義に関しては、現に法益侵害の行為または結果が複数存在するにもかかわらず、その実質的な一体性の故に、なお一個の罰条が適用されるにすぎない場合、と解され、そこに属する集合犯とは、構成要件自体が同種行為の反復を予定しているので、反復された同種行為は例外なく包括され、一罪と評価される場合と説明される。

18 野村稔・刑法総論(補訂版)(平成二〇年)四四一頁以下において、構成要件基準説を基本としつつ、犯罪が実質的に一罪成立している場合(本来の一罪)を、単純一罪・法条競合・包括的一罪の三種に分類し、包括的一罪を一個または数個の行為により、それぞれ数個または一個の法益侵害の結果が発生し、数回の構成要件の評価が可能であるにもかかわらず、特別な関係があるために包括的に総合評価して、一回的な刑法規範による違法評価に服させ、一罪として扱うことが妥当な場合として、さらにそれを類型的一罪と規範的一罪に分け、前者の一種たる集合犯を、数個の同種類の行為が反復して行われることが予定されているので、数個の行為が行われても一罪の場合と定義している。

19 林幹人・刑法総論(平成一二年)四五二頁以下では、犯罪の個数を事実の不法・責任内容の個数によって決すべきであるという立場をとりつつ、現行法上の罪数を一罪・科刑上一罪・併合罪・単純数罪の四種とし、一罪の一種である包括一罪の意義については、二つ以上の事実についてそれぞれ犯罪が成立するが、それらの事実の不法・責任内容の密接関連性ないし一体性を理由として、一罪として処断される場合と解し、その中に含まれるとされる集合犯に関する一般的定義づけはなされず、常習賭博罪が例示されるにとどまる。

20 平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)四〇七頁以下では、罪数の種類を単純一罪・包括的一罪・科刑上一罪・併合罪・単純数罪の五つに分類したうえで、罪数区別の基準については構成要件基準説を前提として行為・結果をあわせ考慮すべきだという立場をとり、包括的一罪の意義については、現実に数個の単純一罪が存在し数個の罰条が適用されうる場合であるにもかかわらず、なお一個の罰条だけを適用して処断すべき場合と説明され、その一種として集合犯を認めるのであるが、集合犯に関する一般的定義は行われていない。

21 福田平・全訂刑法総論(第三版増補)(平成一三年)二九六頁以下では、構成要件標準説を妥当視しつつ、同じ構成要件に該当する数個の行為があった場合に、一回的に包括して評価しうる範囲(たぶん広義の包括一罪)のなかに、集合犯(構成要件の性質上、同種の行為の反復が予想される場合)を含ませている。

22 堀内捷三・刑法総論(平成一二年)三〇四頁以下においては、構成要件を基準としながら一個の構成要件を充足した場合を単純一罪(形式的一罪)とし、さらに形式的には二個以上の犯罪が成立している場合でも、罰条が競合しているにすぎないために、あるいは数個の行為を包括的に評価することが相当であるために、実質的には一個の犯罪が成立するにすぎない場合を実質上の一罪として、そのなかに包括的一罪(形式的には数個の構成要件を充足しているにもかかわらず、一個の犯罪として評価されることにより、一罪が成立するにすぎない場合)が含まれると解し、さらに包括的一罪の一種として集合犯(構成要件上同種の行為が反復して行われることが予定されている犯罪類型)が包含されると考える。

23 松宮孝明・刑法総論講義第二版(平成一一年)二八一頁以下において、包括一罪の意義につき、法条競合のように、論理的に一つの構成要件に複数の犯罪が吸収されるわけではないけれども、科刑上一罪のように、いったん複数の罪名が認められるわけでもなく、社会的に見て、一個の罰条のみを適用することが妥当な場合、としてこれを吸収一罪と狭義の包括一罪に分け、後者のなかに集合犯(複数の行為が一個の罰条で処理可能な犯罪)が含まれると解する。

24 丸山治「罪数論」野村稔(編)『刑法総論(改訂版)』(平成九年)二六七頁以下では、基本的に構成要件標準説を支持しつつも、法益・意思・行為を総合的に考慮すべきことが説かれ、科刑上一罪に対する一罪を本来的の一罪とし、そのなかに単

純一罪・法条競合・包括的一罪の区別を設け、現実に数個の単純一罪が存在し、数個の構成要件の評価が可能であるにもかかわらず、なおこれを包括的に評価して一罪として扱うべき場合を包括的一罪と定義し、それをさらに吸収一罪と狭義の包括的一罪に分け、後者のなかに集合犯を含ませて、それを構成要件的行為として、数個の同種類の行為が予定されている犯罪、と定義づける。

25 丸山雅夫「犯罪の数(罪数)」井田良Ⅱ丸山雅夫(編)『ケーススタディ刑法(平成九年)』三〇六頁以下では、構成要件標準説を基礎としつつ侵害法益等を総合考慮する立場から、成立・処断・一事不再理効の範囲のいずれの関係においても文字通りに一個の犯罪しか問題になりえないものを本来の一罪と呼び、そのなかに単純一罪・法条競合・包括(的)一罪(数個の構成要件該当行為が「価値的な評価」に基づいて一回の構成要件的评价に包括される場合であり、科刑上一罪に近い実質を持つ)が含まれ、さらに集合犯(構成要件が同種類の行為の反復を予定している犯罪)は包括一罪の一種とされる。

26 三原憲三Ⅱ津田重憲・刑法総論講義(第3版)(平成一五年)二三九頁以下では、構成要件標準説を前提としつつ、本来の一罪(ある事実が一つの構成要件に一回該当する場合)を単純一罪と包括一罪に分けた上で、同質的構成要件に該当する数個の行為があつた場合の一つとして、本来数個の行為を予定している構成要件を挙げ、そのなかに集合犯と結合犯を含ませている。包括一罪の定義は積極的にはなされていないが、本来の一罪から単純一罪を除いたものとして扱われているように解される。

27 虫明満「罪数」阿部純二・川端博(編)『基本問題セミナー刑法1総論』(平成四年)三三二頁以下では、罪数の決定規準を構成要件を規定した罰条そのものによる評価の回数に求め、実体法上の罪数は一罪か数罪かであるものの、行為の違法内容の一体性が認められる範囲においては、たとえ数個の行為があつても包括一罪(数個の構成要件に該当する事実が、全体として一罪となる場合)として一罪性を認めようとする。集合犯(構成要件自体が数個の行為を予定している場合)も包括一罪の一類型である。

28 森下忠・刑法総論(平成五年)二四四頁以下においては、修正的構成要件標準説に立脚して、ある犯罪事実が一つの構成要件を一回充足したと実質的の判断される場合を本来的一罪(本位的な一罪)と呼び、それをさらに単純一罪、法条競合、包括一罪に三分して、後二者を評価上一罪と称し、それぞれ独立的に見れば構成要件を充足し、一罪である性質を具備している数個の行為を、当該構成要件の特殊な性質などからこれらを含括して一個の犯罪と見るべき場合をいう、と説きその代表的類型である集合犯を、ある種の構成要件がその性質上、はじめから数個の行為(それぞれが、当該構成要件を充足する)を予想している場合の犯罪、と定義する。

29 山口厚・刑法総論(平成一三年)三一頁では、平野説同様の罪数判定基準および五種の罪数形態を前提としつつ、複数の法益侵害事実が存在するが、一つの罰条の適用によりそれを包括的に評価しうる場合を包括一罪と呼び、さらにそれは吸収一罪と狭義の包括一罪に二分され、後者に属する集合犯を数個の同じ行為が行われることが想定されている場合と定義する。

30 山中敬一・刑法総論Ⅱ(平成一一年)八九八頁以下においては、罪数区別に關して、その不法に対応する制裁を科するために合理的に要求される実質的な不法評価の統一性である、という可罰類型的な不法評価説を採用しつつ、一個の構成要件に一回該当するものと評価された事実を本来的な一罪(犯罪成立上の一罪)と呼んで、それを単純一罪、包括一罪、法条競合に三分し、後二者を評価上一罪、単純一罪を認識上一罪と解し、包括一罪(数個の構成要件に該当する事実が、全体として一罪となる場合)のなかに集合犯(はじめから数回の行為複合(Handlungskomplex)が予定されている犯罪)が含まれているとする。

31 吉岡一男・刑事法通論(平成七年)一〇七頁以下では、構成要件基準説を基本としつつ、法益などを考慮する見地から、行為が一個の一罪には単純一罪と法条競合があり、行為が数個でも構成要件の実現は一回だとして、一罪とされるものが包括一罪と呼ばれ、集合犯(複数の同種行為の存在が一つの構成要件実現として評価されるもの)もそれに含まれる、と解している。

(8) 集合犯を包括一罪にも科刑上一罪にも位置づけずに、その一罪性を肯定する学説を取り上げてみると、以下の通りである。

1 板倉宏・新訂刑法総論補訂版(平成一三年)三五五頁以下においては、総合説を包括する構成要件標準説を前提として、ある事実が一つの構成要件に一回該当する場合を実質的一罪(本来的な一罪)と定義したうえで、実質的一罪を単純一罪と同視せず、包括的一罪(同一構成要件にあたる数個の行為の間に密接な関連性があり、その全体を包括的に評価できる場合)・集合犯(同種の行為の反復が予定されている犯罪)を実質的一罪に含ませはするが、集合犯は、包括的一罪ではない。

2 大塚仁・刑法概説(総論第三版)(平成九年)四六八頁では、構成要件規準説を採用しつつ、ある事実が一つの構成要件に一回該当する場合を本来的な一罪(単純一罪)と呼び、そのなかに集合犯(構成要件的行为として数個の同種類の行為の反復が予想される犯罪)も包括的一罪(同一構成要件にあたる数個の行為が行われた場合に、それらの行為の間に密接な関連性があり、かつ同一の法益の侵害に向けられた行為者の一つの人格態度の現れと目しうる場合には、包括して一回の構成要件の評価に含ませることができる)も含まれるが、集合犯は包括的一罪ではない。

3 小野清一郎・新訂刑法講義総論(昭和三年)二六四頁以下では、構成要件標準説に立ちながら、数個の行為が包括的に

或る一個の構成要件に該当する場合を、単純な一罪として、そのなかに集合犯（構成要件の性質上同種の行為の反覆を予想する場合）や包括一罪（構成要件として数種の行為が規定されているが、それらが、結局一個の構成要件の態様又は現象形式と見るべき場合に於いては、それら数種の現象形式に該当する一連の行為は包括的に単純な一罪とみるべき）を含ませるが、集合犯は包括一罪ではない。

4 木村光江・刑法（第二版）（平成一四年）一八五頁では、構成要件標準説を合理的結論を導きやすいとしたうえで、構成要件に該当する犯罪事実が一回発生することを、単純一罪（認識上一罪）と呼び、単純一罪が複数存在するにもかかわらず一罪と評価され、一罪の刑が科されるものを評価上一罪と称し、法条競合と包括一罪（一個の行為ではあるが数個の結果が発生した場合か、数個の行為が存在する場合で、法条競合ではないが一罪と評価されるものの総称）がその要素であるが、集合犯（構成要件自体が数個の同種類の行為を予定している場合）は単純一罪であり、包括一罪ではない。

5 佐伯千仞・四訂刑法講義（総論）（昭和五六年）三七頁以下では、基本的に罪数決定を犯罪類型を標準として行うことを前提とし、単一の行為が単一の結果を生じ、それらが全体として刑法所定の犯罪類型を充足するとき、それを本位的思傾向に基づいて行われる点に着目して構成された一罪の類型は、包括一罪（通常、一個の犯罪類型に規定されている行為が、単一でなく数個ある場合に、それに該当するいくつかの行為が行われても、それらは数罪ではなく包括的に観察してただ一個の行為を構成するにすぎない場合）とともに前者に属するが、集合犯は包括一罪ではない。

6 団藤重光・刑法綱要総論（第三版）（平成二年）四三五頁以下においては、構成要件説に立ちながら、事実が一つの構成要件によって一回的に評価されるものであるときは、一罪とし、そのなかに集合犯（はじめから数個の行為を予想している構成要件）も含まれるが、特に包括（的）一罪という概念は明示的に使用されていない。

7 奈良俊夫・概説刑法総論（第三版）（平成一〇年）三三六頁以下においては、罪数決定の規準を第一次的に法益侵害、第二次的に行為に求め、犯罪理論上、単純に一罪である場合を本来の一罪（単純一罪、理論上一罪）と呼び、そこに集合犯（同種の行為の反覆が一定の構成要件として予定される犯罪類型）や包括一罪（構成要件上は独立に評価しうる行為が、現に複数存在するにもかかわらず、その実質的一体性の故に、なお一個の罰条により一回的に処断される場合）を含ませるが、集合犯は、包括一罪ではない。

8 西原春夫・刑法総論（昭和五二年）三六八頁以下においては、罪数論の判断規準に關しては、構成要件説が一応の手がかりとして最有力であることを認めつつ、一罪を理論上の一罪（単純一罪・実質上の一罪・本位的一罪）と処分上の一罪（科

刑上一罪、処罰上一罪、取扱上の(一罪)に二分し、前者を本来的に一個の違法行為と評価される行為を指す、と定義しながら、そのなかに集合犯(一つの構成要件が同種の行為の反覆を予想しているような場合)や包括一罪(接統犯その他、数個の行為が一個の法益侵害を将来する場合)を含ませるが、集合犯は包括一罪ではない。

9 藤木英雄・刑法講義総論(昭和五二年)三三九頁以下では、構成要件充足が単一か複数かによって犯罪の単複を定めるべきものとしつつ、集合犯(数個の集合反復した行為を合わせて一個の構成要件に該当するものとしている場合)を一罪の例として掲げ、包括一罪(個別的にみるとそれぞれ独立して一個の犯罪として成立する数個の行為が、機会の同一または類似、犯意の単一または類似、被害法益の単一または類似、手段の同一または類似等の事情を総合したとき、一罪として処断するのが適当だと考えられる場合)は科刑上一罪に属すると解される。

10 前田雅英・刑法総論講義(第三版)(平成一〇年)四六八頁以下においては、構成要件標準説の主張に合理性を認め、構成要件に該当する犯罪事実が一回発生することを単純一罪(認識上一罪)、単純一罪が複数存在するにもかかわらず一罪と評価されるものを評価上一罪と二分し、集合犯(構成要件自体が数個の同種類の行為を予定しているもの)は前者に属し、包括一罪(法条競合には含まれないが、一罪と評価されるものの総称)は後者に属すると解する。

(9) そもそも、包括一罪の法的性格を科刑上一罪ととらえる見解も存するが(その学説分布については、伊藤渉「包括一罪」西田典之の山口厚(編)『刑法の争点(第三版)』(平成二二年)二一〇頁参照)、ここでは、集合犯の科刑上一罪性を比較的明示的に主張する見解を掲げる。

1 中山善房「併合罪」大塚仁Ⅱ河上和雄Ⅱ佐藤文哉Ⅱ古田佑紀(編)『大コンメンタール刑法(第二版)第四卷』(平成一三年)一六三頁以下では、罪数論の内容を罪数論と犯罪競合論に峻別したうえで、前者の指導原理は構成要件充足の一回性原理であり、後者の指導原理は処罰の一回性の原則だと説き、構成要件充足の一回性の判断の結果、数個の具体的な犯罪が成立した場合、犯罪競合論において刑罰論の観点から数個の犯罪をどのように処遇すべきかを論議するという手順になる旨が述べられ、この見地からは集合犯も包括一罪も本来的数罪であるが、集合犯は構成要件自体において、数個の行為の反覆が予定されて「処罰の一回性」原則の適用があると解されるものであり、包括一罪は同一構成要件を充足する数個の行為が反覆されたときには、刑罰適用上、これらに「処罰の一回性」原則を適用してもさしつかえないと解される場合であり、両者の相違は「処罰の一回性」原則の適用が構成要件上明確になっているかどうかの点に求められている。

2 山火正則「特別刑法と犯罪の個数」伊藤榮樹Ⅱ小野慶二Ⅱ莊子邦雄(編)『注釈特別刑法1巻』(昭和六〇年)五五一頁以下では、これまで包括的一罪の一罪性については、単純一罪・本来的一罪と理解するのが一般であったが、これを科刑上一

- 罪の一種として理解すべしという見解が有力に主張されるようになったとし、単純一罪にもっとも近いと思われる包括的一罪たる集合犯（構成要件じたい同種行為の反覆を予想している場合）の一種である常習犯の場合についてさえ、厳密にいえば、科刑上一罪と考える（一個の行為であっても、それが常習として行われたのであれば、常習犯の構成要件に一回該当し、一個の犯罪が成立し、数個の常習として行われた行為があれば数罪が成立し、ただ常習として行われたということによって包括的に一罪とされるにすぎず、包括的一罪は、単純一罪としてよりも科刑上一罪としての性格を強くもつものであることは、明らかである）と主張される。
- (10) 平野龍一「包括一罪についての若干のコメント」判例時報一七三三号（平成一三年）三頁。概括的にいうと、包括一罪における構成要件の競合を外見的と解するならば、単純一罪・本来的の一罪と解され、現実的とみるならば科刑上一罪的方向への解釈となるのであろう（大野平吉・概説犯罪総論下巻補訂版（平成六年）一六七頁以下、林美月子「罪数」導入対話による刑法講義（総論）」（平成一二年）三五六頁以下、平野龍一「法条競合と包括一罪」警察研究六四巻五号（平成五年）三三頁以下）。
- (11) 藤尾彰「いわゆる集合一罪論の批判的考察（一）」法学論叢七一巻六号（昭和三七年）三四頁。
- (12) 平野博士は、集合犯である常習犯の常習性を行為の属性とするならば、常習犯の行為は数個であり、行為者の属性とみるならば、行為は一個であると考えておられるようである（平野龍一「概括的批判」草案と責任主義」平場安治Ⅱ平野龍一（編）『刑法改正の研究Ⅰ』（昭和四七年）三〇頁）が、集合犯では、もともと数個の行為が構成要件上予定される、と定義づけられるのが一般なのであるから、常習者の行為は、一個でも数個でも一個の常習犯を構成すると解することは可能である（正田満三郎・責任と処罰の連鎖（昭和四三年）五〇頁、現に判例もそのように解釈している）し、行為の属性と解釈しても、必ずしも、実行行為が無条件に数個とは限らないであろう。すなわち、集合犯は複数の行為を「予定」するにすぎないという点を強調すると、複数の行為は必要条件ではないだろう（虫明・前掲書注（4）二四二頁注（4））。しかし、集合犯は、数個の行為がなければ充足されないと解する立場もある（丸山雅夫「包括一罪」町野朔（編）『刑法キーワード』（平成四年）一〇七頁は、集合犯を行為として同種類のものの反復が予定されている構成要件を二回以上充足する場合の総称と定義し、行為の複数性を必要条件と解している）。要するに、集合犯の成立のためには一個の行為でも足りるのか、複数の行為が要求されるのか、という点が解明されるべきである。
- (13) 奈良俊夫「いわゆる『包括一罪』の再検討」研修四七二号（昭和六二年）七頁以下では、包括一罪概念の採用と罪刑法定主義との関係に疑問が提示されている。
- (14) 岡山地裁平成八年七月一七日判決（判例時報一五九五号一六〇頁）。

- (15) 津地裁四日市支部昭和六〇年六月二六日判決〔判例時報一一六二号一七一頁〕。
- (16) 中山研一・浅田和茂・松宮孝明・レヴィジョン刑法2〔平成一四年〕二〇九頁では、集合犯は確定裁判が途中で入るまでは、行為が何個あっても一罪とされる。これに対して、下村康正「暴力行為等処罰に關スル法律一条ノ三の常習的傷害と常習的脅迫の罪数關係」判例時報四五九号〔昭和四一年〕一〇九頁では「いかに同一生活態度の表現といつても、それにはおのずから限界を認めるべきであつて、……時間的隔りがある場合には、……犯罪一般の包括性の基準にのせても包括一罪とするのは無理」であると主張する。
- (17) 拙稿「累犯加重規定解釈の一試論（一）」平成法政研究二卷一号〔平成九年〕七四頁。
- (18) 単純一罪を、一行為・一結果の場合であることに、おおむね異論はないが、行為と結果のいずれにウエイトを置くかによつて、包括一罪を認める範囲に差異が生じるといわれる（小林充「包括的一罪について」判例時報一七二四号〔平成一二年〕四頁、中野次雄・刑法総論概要〔第三版補訂版〕〔平成九年〕一七三頁、中山善房「罪数論の現状」中野次雄判事還曆祝賀『刑事裁判の課題』（昭和四七年）一八四頁等）。
- (19) 板倉・前掲書注〔8〕三五八頁以下。
- (20) 大塚・前掲書注〔8〕四七〇頁以下、佐伯・前掲書注〔8〕三七二頁以下、奈良・前掲書注〔8〕三四四頁以下、西原・前掲書注〔8〕三七二頁以下。
- (21) 川端・前掲書注〔7〕六〇二頁以下。
- (22) 木村・前掲書注〔8〕一八六頁、前田・前掲書注〔8〕四七〇頁。
- (23) 小野・前掲書注〔8〕二六五頁以下、藤木・前掲書注〔8〕三三九頁以下。
- (24) 小林・前掲書注〔17〕五頁。
- (25) 鈴木茂嗣「罪数論」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一（編）『現代刑法講座第三卷』（昭和五四年）二九五頁。
- (26) 中山・前掲書注〔9〕一九七頁。
- (27) 平野・前掲書注〔7〕四一九頁以下。
- (28) 虫明・前掲書注〔7〕三三五頁。これに対する批判として、丸山雅夫「いわゆる『狭義の包括一罪』における『二罪』性（下）」判例時報一二九七号〔平成元年〕一六五頁。
- (29) 大場茂馬・刑法総論下卷（大正二六年）八四九頁、岡田庄作・刑法原論総論〔第六版〕（大正七年）四四八頁、草野豹一郎「放火罪の本質に就いて」刑事判例研究一卷（昭和九年）三九一頁、島田武夫・刑法概論総論（昭和九年）一八五頁、下村

- 康正・犯罪論の基本思想(昭和三五年)二〇三頁、山岡萬之助・刑法原理〔第六版〕(大正五年)二四〇頁以下。
- (30) 久礼田益喜・刑法学概説(昭和一八年)三五二頁、瀧川春雄・刑法総論講義(新訂)(昭和三五年)二〇六頁、瀧川幸辰・犯罪論序説〔改訂版〕(昭和三〇年)二五七頁、平井彦三郎・刑法論綱総論(昭和五年)四五五頁、宮本英脩・刑法大綱(昭和一〇年)二一〇頁、泉三新熊・日本刑法総論〔四〇版〕(昭和二年)五六三頁以下。
- (31) 阿部純二・刑法総論(平成九年)二七〇頁、市川秀雄・刑法総論(昭和三〇年)三五六頁、木村亀二・刑法総論(阿部純二増補)(昭和五三年)四二九頁以下、江家義男・刑法(総論)(昭和二七年)一九七頁以下、牧野英一・日本刑法上卷〔六三版〕(昭和一四年)五三九頁以下。
- (32) 平場安治・刑法総論講義(昭和二七年)一七〇頁以下。
- (33) 小野清一郎・犯罪構成要件の理論(昭和二八年)三三三頁以下。最判昭和二四年五月一八日刑集三卷六号七九六頁等。
- (34) 小林・前掲書注(17)四頁。
- (35) 林幹人・刑法の基礎理論(平成七年)二二七頁以下。
- (36) 内田・前掲書注(7)一七一頁以下。なお、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌八〇巻五号(昭和三九年)三九頁以下。
- (37) 前田・前掲書注(8)四七〇頁。
- (38) 平野龍一・犯罪論の諸問題(上)(昭和五六年)一一二頁。
- (39) 学説の状況については、大谷・前掲書注(7)五〇五頁以下。
- (40) 小林・前掲書注(17)三頁。
- (41) 中山・前掲書注(9)一八三頁。山火・前掲書注(9)二七三頁。
- (42) 植松正・再訂刑法概論Ⅰ総論(昭和四九年)三五六頁。
- (43) 中谷雄二郎「罪数判断の基準(下)」判例時報二二四四号(昭和六二年)九頁注(2)。
- (44) Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 413, 1940, S.29.
- (45) Buchholz, aa.O., S.30.
- (46) Buchholz, aa.O., S.31.
- (47) Buchholz, aa.O., S.31 ff.その後、集合一罪論が、判例で否定される経緯については、伊藤利明「集合犯」序説」法学四九巻

(48) 四号(昭和六〇年)一六一頁以下、白井滋夫「營業犯の罪数」ドイツ判例百選(昭和四四年)一八二頁以下参照。
丸山雅夫・結果的加重犯論(平成二年)一頁以下。