

# 刑事判例研究 398

## 刑事判例研究会

二六 没収・追徴に関する改正法施行の前後にまたがる行為が包括一罪であるときの経過規定の適用の有無——刑訴法四五八条一号但書により是正すべき原判決の範囲

沖繩の税関手続法九二条一項、二項、三項、沖繩の税関手続法(一九七〇年立法第一〇四号)九二条一項、二項、沖繩の税関手続法の一部を改正する立法(法第一〇四号)附則三項、刑訴法四五八条一号

昭和五五年二月一日第二小法廷判決(昭和五五年(き)第三号、非常上告申立事件)刑集三四卷六号四〇九頁

【事実】 那覇地裁は、昭和四九年一月一日、A食品会社および同社代表取締役Bの両被告人に対し、一九七〇年四月一日から同年一〇月三十一日までの間、C会社の保税工場において外貨原料を使用して製造加工したソーセージ、缶詰、精肉類総計一九二七五二弗五ドル一仙(同年八月四日までの総計一二七二九一弗五五仙)相当の外国貨物を、税関の許可を受けないで右保税工場から移出して琉球内において販売し、もって無許可輸入したという事実を認定したうえ、A会社を罰金五〇万円に、Bを懲役一年、執行猶予二年に処し、さらに右両者から三五七七万三九七一円を追徴した。右判決に対し、Bらから控訴の申立がなされた。福岡高裁那覇支部は、昭和四九年九月一日、各控訴趣意を排斥しながら職権により調査し、追徴金額の算定に関してドルの円換算に誤りがあるとして原判決中の追徴を命じた部分を破棄し、あらためて両被告人から三五七七万三九二二四七五銭を追徴する旨の言渡しをなし、その余の部分に対す

る各控訴を棄却した。

これに対してBらからさらに上告の申立がなされたところ、最高裁第三小法廷は昭和五〇年七月一五日上告棄却の判決を言渡し、右判決は同月二六日確定した。

その後、本件非常上告の申立がなされたのである。その申立は、原判決たる第一審判決および控訴審判決を破棄したうえ、さらに相当な裁判をなすことを求めているが、その理由は次のとおりであった。

「沖繩の税関手続法（一九五六年九月一日立法第五六号）は、一九七〇年立法一〇四号により一部改正があり、改正法は同年八月五日から施行されたが、無許可輸出入の罪に係る貨物の没収・追徴についても法律の改正があつた。すなわち、改正前の同法九二条一項及び二項（以下『旧法』という）によれば、無許可輸出入の罪に係る貨物については、同条一項但し書の場合を除きすべて没収・追徴を科すべきものとされていたのに対し、改正後の同条（以下『新法』という）によれば、没収・追徴の対象となるのは、無許可輸出入の罪に係る貨物のうち同条三項に規定する輸入制限貨物等に限ることとされたのである。そして、本件貨物は、右輸入制限貨物等には該当しないので、旧法によれば没収・追徴の対象となるが、新法によればそれが許されないものである。

本件無許可輸入の行為は、前記法律改正の前後にまたがつているところ、第一審判決は、被告会社及び被告人Bの行為をそれぞれ包括一罪と認定しているので、右各行為には新法のみを適用すべきであり、したがつて、有罪認定にかかる貨物に関し没収・追徴を科することはできないはずである。しかるに、第一審判決は、改正法附則三項の経過規定を根拠にして、改正前の行為に係る貨物の価額総計を括弧内で特定したうえ、旧法を適用して、右価額の追徴を言い渡し、また、控訴審判決も、この部分を破棄しながら、同一の適条により、単に金額を訂正したにとどまる追徴を言い渡したものである。したがつて、右各判決は、いずれも明らかに法令に違反し、しかも、被告会社及び被告人Bのため不利益であるといわなければならぬ。」

【判旨】 右申立をうけて第二小法廷は、第二審判決中の追徴を命じた部分を破棄し、第二審判決中のその余の部分

および第一審判決に対する本件非常上告の申立を棄却した。その理由は次のとおりである。

一 「前記改正法附則三項には、この立法の施行前にした行為に対する罰則の適用についてはなお従前の例による旨の経過規定が置かれているが、被告人Bの本件無許可輸入の行為は、改正法の施行の前後にまたがって行われており、第二審判決はこれを包括一罪としているので、右行為については右附則の適用の余地はなく、主刑のみならず附加刑についても行為終了時に効力を有する規定のみを適用すべきである。従つて、本件無許可輸入罪に係る貨物に關し、被告会社及び被告人Bに対し没収・追徴を科することはできないことが明らかである。それにもかかわらず、第二審判決が改正前の行為に係る貨物の価額総計を特定したうえ、右附則により旧法を適用して右価額の追徴を言い渡したことは、法令に違反していることが明らかであるうえ、被告人らのために不利益であるといわなければならない。」

二 「本件においては、第二審判決が第一審判決の一部を破棄して自判しており、その自判部分に前記のような法令違反があるためその部分を破棄することによつて非常上告申立の目的が達せられると解されるので、その部分を破棄すれば足り、第一審判決中第二審判決によつて破棄されている部分についてはたとえ同様の法令違反があつてもはやこれを非常上告によつて是正する必要はない。」

【評釈】 一 判示事項第一点について 本件無許可輸入の行為は、すでに見たとおり、沖繩の税関手続法改正の前後にまたがっている。第一審判決は、それらの行為を一体として包括一罪とみたが、改正前の行為に關する貨物の価額を総計してカッコ内で認定し、附則三項の経過規定によつてその価額の追徴を命じたのである。控訴審判決も基本的に同様の判断を示し、さらに上告審もそれを是認した。

さて、本件申立理由の中に記されているとおり、旧法によれば本件貨物を没収・追徴することができるが、新法によればそれが許されないことになる。そこで、犯罪行為が旧法と新法にまたがって行なわれた場合に、その適用法条をどちらにするかということが、ここでの基本的な問題となつている(佐々木史朗「刑罰法令の適及効について」)。  
(判例理論の再検討——判タ五六巻参照)

「一罪」であるかぎり、ある犯罪を分割して処理することはできないのであつて、その全体にわたつて行為終了時の

法律、すなわち新法が適用される。これが、原則的な考え方である(1)。(1) 岡重光・注釈刑法。判例はそのような見地に立つており、継続犯(最判昭和三年五月四日、刑集一〇卷五号六三三頁)、常習犯(最判昭和三年三月二四、大判昭和六年二月二六、刑集一〇卷六三四頁)、牽連犯(大判明治四二年二月三、刑集一〇卷六三三頁)などについても、その態度は変わらない。かつての連続犯についても同様とみられる(大判昭和九年六月三三頁、刑集一三卷八七三頁)。

しかしながら、いかに「一罪」とはいつても、場合により、実質的には分割可能ではないか、と思われるのである。例えば、本件に即して接続犯としての包括一罪に目を向けると、そこには明らかに同一構成要件に数回該当する事実が存在している。接続犯は全体として構成要件に一回該当するから一罪である、とみることには無理があり、それを一罪とすることの趣旨は、むしろ、すべてを包括して一つの罪の刑で処断する、というところに求められよう(その意味において、包括一罪は一種の科刑上の一罪として理解される)。そのように考えれば、事情によっては接続犯を分割することも可能となる(平野龍一・刑法・總論。判例は、包括一罪を不可分として、例えば公訴時効に關し、時効は最終の行為が終った時から進行する、つまり、包括された数個の行為の一部がすでに時効期間を経過していても、最終の行為が時効期間内にあるかぎり、そのすべてにわたって処罰できる、としている(最判昭和三年八月三日刑集一〇卷八号二〇二頁)が、正当とは思われない。本来的な科刑上の一罪たる牽連犯については、その可分性が広く主張されている。とりわけ、旧法時に不可罰であった行為が新法によって可罰となり、しかも新法施行後の罪と牽連犯の關係に立つとき、兩者を一体として擬律して新旧法の刑の比照をなすべきである、とする古い判例(大判明治四一年二月二四、刑集一四卷一八〇頁)には批判が強い。そして、判例の中にも、一罪とみられる行為を分割して法的評価を加えているものがある。旧連続犯に關するものとして、刑法実施以前の法令では犯罪と認めていない行為に対し、連続犯であるという理由で一体として刑法二四七条(背任罪)を適用するのは法律不遑及の原則に反して違法である、と判示しているものがみられる(大判大正三年二月二四、刑集二〇卷三〇七頁)。さらに、常習犯についても、麻薬取締法違反の事案に關し、旧法には一般的な処罰規定がおかれていただけで、改正によってはじめて常習行為の加重処罰規定が設けられたという場合に、その改正法の施行期日の前後にまたがる行為は、それが不可分の關係にあつて一罪と認められる場合でないかぎり、これを改正の前後によって区分し、それぞれ行為時法に

従つて法律上の処遇をなすべきである、とする判断も示されている（最判昭和三年二月二十六日）。（たゞ、改正前の行為も処罰そのものを免れることはなく、しかも改正後の罪と併合罪の關係に立つから、正当な適条によるとかえつて被告人の不利益となるので適法な上告理由とはならない、との結論であつた）また、継続犯の事案においても、物（麻薬）の所持の継続中新たにその物の所持を禁止する刑罰法規が施行された場合には、その時以降は法的評価を異にする別個独立の所持が成立するものと解するとして、原審が法施行後の所持について処断したことを相当としてゐる（最判昭和二年三月二〇日）。

このようにみてくると、時間的の幅のある行為について、それが一般的には全体として一罪となりうべきものであつても、事情によつては、なおそれを分割することができる、といえるのである。そのことは、ある行為が法改正の前にはそもそも不可罰とされていた場合のほか、改正によつてある罪の刑に変更があつた場合にも同様であり、その行為は改正の前後に分割され、ひとまずそれぞれの罰条が適用される。その実益は、むろん、刑が重く変更されたときに生じてくる。たゞ、ここで、さきの昭和三十一年二月二十六日の最高裁判決が指摘するように、分割された二つの罪が併合罪になるとすれば、かえつて被告人に不利益となる。しかし、それはあまりに形式的な見方といふべきであり、前の行為は後の行為に吸収されて包括的に処断される、と解されよう。なお、そのような取り扱ひをしても、結局は変更後の重い刑によつて処断されるのであるから、一罪をあえて分割することなく、量刑の上で考慮すれば足りるのではないか、という見解もある（植松正・刑事判例研究、續集一四卷一七三頁）。それでは、しかし、刑罰不遯及という原則の一角が崩れてしまふことになる。

包括一罪も分割可能であると考えてさらにみていくと、本件は、適用すべき罰条に関して刑は軽く変更された（附加刑たる没収・追徴の対象物件が限定された）が、「この立法の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による。」という経過規定が設けられていた事案である。ここでは、重い前の罪と軽い後の罪との二つについて、その処置いかに問題となる。後者は前者に吸収され、包括的に変更前の重い刑で処断される、と解したい。

以上のとおり、本件の判旨第一点には賛同できない。さきの確定判決の判断が正当であつた。

二 判示事項第二点について 第一審判決の該当部分が、理由は異なるにせよ、すでに破棄されているのであるから、法令違反を正すという非常上告制度の枠内では、いわば生きてゐる判断、つまり第二審判決の該当部分を破棄すれば足りる、と考えられる。

ところで、本判決は原判決中の追徴を命じた部分のみを破棄した。一般には、原判決中の附随処分に関する部分のみを破棄することはできない、と考えられている(例外として、未決勾留日数の算入については、実務上、その部分のみの破棄が認められているようである——最判昭和三年四月一〇日刑集二二卷五号八六六頁)。従つて、本件控訴審が第一審判決中の追徴を命じた部分のみを破棄したことは相当でなかつた、といえよう。しかし、非常上告の手続では、法令違反に対して必要最小限度の補正措置を施すという意味において、右のような取り扱ひも是認めざるように思われる。

以上、判旨第二点は相当である。