

法条競合の諸問題 (二)

山 火 正 則

目 次

序	
第一章 従来の法条競合論の検討	
第一節 形式的法条競合論	
第二節 実質的法条競合論	
第二章 法条競合の現象形式	
第一節 明示的補充関係	
第二節 特別関係	
第三節 補充関係 (以上、前号)	
第四節 随伴関係	
第五節 不可罰的事後行為	
第六節 いわゆる択一関係	
第三章 法条競合の処断	
第一節 法条競合の一罪性	
第二節 法条競合の処断	
第三節 いわゆる相対的明示的補充関係	
第四章 法条競合の罪数論的意味	

一 いわゆる吸収関係とよばれているものは他の法条競合の形式と比べて、その実体は必ずしも明らかではない。特別関係は特別法と一般法との関係において問題とされる。補充関係は基本法と補充法との関係において問題とされる。しかし、吸収関係において、「吸収法は、被吸収法に優先する」というばあい、はたして吸収法・被吸収法の意義は

何か、明らかではない。吸収するものが吸収法であり、吸収されるものが被吸収法であるとするだけでは何も理解されない。法条競合として、優先的に適用されるのは特別法、基本法、吸収法である。しかし、特別法、基本法は他の刑罰法規との比較によって、それがそのものとして有する性格として考えることができる。したがって、特別関係、補充関係という名称はそれぞれの関係法規そのもののもつ性格に由来する。これに反し、吸収法はその刑罰法規そのもののもつ性格ではなく、その機能的な側面に着目した概念である。このように考えたばあい、特別関係は特別法の構成要件がその内包において、一般法の構成要件を包摂しているが故に、一般法を吸収するように機能している。補充関係は高い攻撃段階の刑罰法規が低い攻撃段階の刑罰法規を吸収するように機能している。したがって、吸収関係は法条競合における法規相互間の関係を直接的に示しているものと考えることができる。すなわち、吸収関係は法条競合の単なる現象形式ではなくて、法条競合そのものと考えることができる。

したがって、法条競合の成立するばあいを包括的によぼうとすれば、吸収関係とすることも可能である。たとえば、コウルラウシュランゲは法条競合を「除外 Ausschluss (吸収 Konsumtion)」とよんでいる。⁽¹⁾したがっていわゆる吸収関係は法条競合として認めることができるばあいであって、しかも刑罰法規間に特別関係も補充関係も認められないばあいとして理解される。

このような事情によるものと思われるが、とくに補充関係といわゆる吸収関係の区別は明瞭でない。⁽²⁾しかし、これは吸収関係が法条競合の機能的側面を示すことを看過しているからである。この点を理解すれば、そのような混乱は生じてこないであろう。

前述のように、吸収関係は法条競合の総称として考えることもできるものである。したがって、吸収関係を特別関

係、補充関係と並べて用いるのは適當ではない。しかし、特別関係・補充関係の概念を拡張することによって、吸収関係を否定することはできない。法条競合を認めうるものであって、特別関係・補充関係の認められないばあい(4)を予定しなければならぬ。その意味で、ヒッペルの見解は正しくない。つぎのようにいう。吸収関係は「何故にある法規が他の法規に譲歩すべきかということについて何も語っていない。したがって、それは實際他の何らかの理由によって法条競合が認められるべきばあいについての集合名詞以外の何物でもない。……特別関係と補充関係の概念を不必要に狭く理解しないならば、このグループを認めるいかなる必要もない」(3)。そして、特別関係概念を拡張する。「法律を比較して、一方の犯罪構成要件が他の構成要件を概念必然的に、したがって例外なしに含むというのではないが、通常的に含むばあい」(4)をも特別関係とする。したがって、たとえば放火罪と器物毀棄罪の間にも特別関係を認めることになる。(5)ヒッペルが吸収関係を法条競合が認められるばあいの集合名詞とすることは正しい。しかし、それを特別関係、補充関係の中に解消しようとすることは誤まっている。

法条競合において、各現象形式に分類することは確かに分類の問題である。しかし、そこに分類の必要性があることも忘れてはならない。それは法条競合の存在を確実に認識するためである。特別関係は刑罰法規間の内包における包摂を問題とする明確な論理学的関係の存在を一つの基礎とするものである。特別関係について、ヒッペルのように、一方の構成要件が他方の構成要件を通常含むと考えるならば、語の本来の意味における特別関係ではなくなる。特別関係をそのように拡張する実質的根拠もない。シェンケル・シュレーダーも、ヒッペルと同じことを考えているが、それは誤解である。(6)

- (1) Kohlrausch-Lange, StGB, 43. Aufl., III vor S. 73
- (2) 法条競合のばあい、特別関係以外は吸収関係しか認めない者、Mezger, a. a. O., S. 470。特別関係と補充関係だけを考へる者、Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 523 f., Klug, a. a. O., S. 414 f., Schönke-Schöder, StGB, 12. Aufl., 77 vor § 73。また、村崎教授は補充関係と吸収関係は原理的に同一の基盤にたつものとされる。「補充関係という性格づけは同じことをその補充法ないし被吸収法の側からの認識を示し、吸収関係という性格づけは基本法ないしは吸収法の側からの認識を示しているという差異が認められるにすぎない」。それを区別するのは「単に原理上の同一性だけに着目しているのではなくして、『法条競合発見の技術』における諸段階を考慮しているからであり、『法条競合としての一罪性発見の技術において、構成要件の標準性が比較的明瞭なので、補充関係という形式を設けて吸収関係から区別しているとみられる』。村崎・前掲論文 六六頁以下
- (3) Hippel, a. a. O., S. 525f.
- (4) Hippel, a. a. O., S. 524
- (5) Hippel, a. a. O., S. 526, Anm. 1
- (6) Schönke-Schröder a. a. O., vor § 73—77

二 いわゆる吸収関係は法条競合として認められるばあいであるが、特別関係でも補充関係でもないばあいである。法規そのものもつ性格から、二つのばあいと考えられる。一は主行為と随伴的な行為の関係であり、二は事前行為とその違法状態内の事後行為の関係である。前者を随伴関係とよぶことにする。後者は一般の用語例に倣い不可罰的事後行為とよぶ。

これまで、一般に衣服を貫いて、殺人を行なったばあい、吸収関係とされていた。着衣損壊行為は殺人行為に通常随伴するものであるから、独立の評価を加えないというわけである。

ところで、随伴行為とするかどうかの基準は何であろうか。ゲールズはいう。「当該構成要件実現が、他の構成要件実現の類型的な随伴現象として評価されるべきばあいであること」⁽¹⁾がまず必要であると。すなわち、随伴行為にとって「決定的なものは類型性」であり、「法規の一般的性質ないし事実上の状況は、単にそれを単純化する解釈基準にすぎない」とする⁽²⁾。そして、さらに「随伴行為はその類型性という面からみると、実質的に主行為の部分である」という⁽³⁾。ゲールズによると主行為―随伴行為は類型性をそなえた関係をもつものでなければならぬ。しかし、この類型性とはいかなるものかは明らかではない。

ルドルフ・シュミットは吸収関係について、刑事学・犯罪現象学による基準を重視し、「軽い構成要件が重い構成要件の中に必然的に含まれるのではないが、重い構成要件と一般的類型的に同時に問題となるばあいに、吸収関係が存在する」という⁽⁴⁾。類型性を問題にする点においては、ゲールズと基本的に同じである。しかし、この類型性が刑事学的な観点を要するという点に、その内容がやや明らかにされたかのようにみえる。これは、一般に「随伴行為が主行為を遂行するのに不可欠の手段ではないが通常的手段である」⁽⁵⁾とか、「経験上或る犯罪に付通常随伴する現象」という形で論じられているものと同じであろう。

しかし、ある事実の法的評価の問題として、数個の刑罰法規の適用の優劣が問題とされている場合に、事実学としての刑事学の観点から、それを決するというのは方法論的にいかなるものであろうか。それは事実的な類型性というものによって判断される性質の問題ではない。また、刑事学自体ある行為とある行為の間の類型的な随伴性があるか否かを分析することはできないであろう。単に類型性ということの問題にするばあい、それは恣意的判断を許すことになるように思われる。たとえば、ゲールズは同じ傷害でありながら、重い傷害罪^(ドイツ刑法二二四条、二二五条)と器物毀棄罪の間に

は随伴関係を認め、軽い傷害罪と器物毀棄罪の間にはそれを認めない。類型性を問題にしたばあいどちらも類型性をそなえるものとして考えることができる。一方だけを随伴関係とすることはできないのではないだろうか。

どの程度の類型性をそなえれば随伴関係といえるかについて、とくにその判断に混乱がみられる例として偽造通貨行使罪と詐欺罪との関係がある。判例は偽貨を交付し、債務の弁済に充当した事案について、「偽造銀行券ヲ行使シ因テ財物ヲ不正ニ領得シタル場合ニ在テハ財物領得ノ行為ハ偽造銀行券行使ノ所為中ニ包含セラレ別ニ犯罪ヲ構成スルモノニアラス」とした。⁽⁷⁾しかし、その理由は示されていない。通貨は取引上の交換の媒介物として用いられるものであるから、偽貨の行使は通常、詐欺罪を伴うと考えることはできる。⁽⁸⁾しかし、通貨偽造行使は何ら詐欺的行為を含まないばあいもありうるとすることもできる。⁽⁹⁾類型性の判断はいずれとも決し難い。植松教授はこの問題について、かつてはつぎのようにのべておられた。両罪は法益を異にするから、「その一方の罪の成立によって、ただちに他方の罪の成立が否定されるべき必然性はない。詐欺罪を否定する説は、偽貨の行使が相手方に対する詐欺行為を当然に予定するものであると主張するが、偽貨の無償交付や自動販売機投入の場合の如く、なんら詐欺的行為を含まない偽貨の行使もあり得るから、詐欺行為を伴う場合には、詐欺罪の成立を認むべきである」と。⁽¹⁰⁾しかし、最近は全く逆のこ

とをのべておられる。「偽造行使という行為には、無償交付や自動販売機投入のように、なんら詐欺行為を含まない偽貨の行使もあるが、通例は相手方に対する詐欺行為を予定するものと考えられ」と。⁽¹¹⁾類型的に随伴するということには基準がない。⁽¹²⁾

また、判例は有価証券偽造行使罪と詐欺罪との間には法条競合をみとめていない。⁽¹³⁾類型性という見地から、通貨偽造行使罪と詐欺罪との間に法条競合をみとめるというのであれば、このばあいについても同様に考えるべきである。

随伴關係を論じるばあい、単に類型的に随伴するとか、通常随伴するというだけでは何ら解決の道を与えるものではない。

- (1) Geerds, a. a. O., S. 217f.
- (2) Geerds, a. a. O., S. 220.
- (3) Geerds, a. a. O., S. 217. 220f.
- (4) Rudolf Schmitt, a. a. O., S. 50.
- (5) H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 413.
- (6) 不破—井上・刑法総論 昭和三〇年 二二〇頁。なお、莊子・刑法総論 昭和四四年 七九四頁
- (7) 大判明治四三年六月三〇日 刑錄一六輯一三三四頁。大判昭和七年六月六日刑集一一卷七三七頁も同旨。
- (8) 草野・刑事判例研究一卷 一五四頁。宮本・刑法大綱 昭和一〇年 五三六頁
- (9) 大場・刑法各論下 (大正一二年 五九頁。泉二・日本刑法各論 昭和六年 二三二頁。牧野・日本刑法各論下 昭和七年 一〇七頁。木村・刑法各論 昭和三四年 二三五頁。植松・再訂刑法概論Ⅱ 昭和三六年 一二一頁
- (10) 植松・前掲書一二一頁
- (11) 植松・全訂刑法概論Ⅱ 昭和四三年 一三六頁
- (12) 偽造通貨行使罪が詐欺罪を吸収するという見解は本質的でない。具体的妥当性の見地がかなり強く影響している。偽貨取得後知情行使罪が詐欺罪を吸収すると考えるべしということがその根柢にある。そう解しなければ、偽貨取得後知情行使罪がきわめて軽い刑を科していることが無意味になるというのである。そして、この關係を偽貨行使罪と詐欺罪との關係にも当てはめるのである。しかし、偽貨取得後知情行使罪の刑が軽いことが詐欺罪を吸収すべしという論理必然性をもつものではない。偽貨とは知らず取得した者が後にその情を知ったばあい、その損害をさけるためそれを行使することは同情すべき点もある。しかし、それはあくまでも偽貨を流通におくという面において減輕事由となるだけである。財産侵害についてま

で、減輕事由と考えるべき合理的理由はない。ドイツ大審院は偽貨の取得後知情行使は必ずしも詐欺的行為を伴うものではなく、動機としては通常性をもつが、しかしそれが觀念的競合を否定する理由とはならない、という (RG 54, 219)。法条競合の存在が否定された。通貨偽造行使罪と詐欺罪との法条競合を主張するために、偽貨取得後知情行使罪と詐欺罪との關係をもちだすことは説得的でない。それ自体の法条競合も問題となる。

(13) 大判大正三年一〇月一九日 刑録二〇輯一八七一頁

三 では、いったい随伴性はどのような形において考えられるのであろうか。判例は住居侵入罪と窃盜罪とは法条競合ではなく、牽連犯であることの理由として「家宅侵入ノ行為ハ窃盜罪ノ構成要件ニ属セス」⁽¹⁾とした。⁽²⁾随伴關係としての随伴性は、ある構成要件が他の構成要件の一部として考えうる程度において、存在することが必要なのではないだろうか。

法条競合は刑罰法規間の適用の優劣關係が問題となっている。随伴性も構成要件を基準として考えられるべきである。ペーリングはいう。「刑罰法規の除外は一般にその類型を無視することが直接規定されているか、さもなくば明白に立法者の意思として明らかなばあいにはのみ意味をもつものである。何故なら、とにかく刑罰法規の除外は自明のことではなく、基本的刑罰法規の構成要件が補充的刑罰法規の構成要件をまさに圧倒してしまうばあいにのみ認めうるものであるからである。したがって、疑わしいばあいには、常に觀念的競合を認めるべきである。」⁽³⁾と。とくに、随伴關係のばあいに、注目すべき主張である。随伴性の判断は恣意的になる可能性が多分に存するからである。

随伴關係の随伴性は、ある構成要件の一部として考えうる程度において存在することが必要である。暴行・脅迫が手

段とされている犯罪のばあい、問題となる。しかし、そのばあい特別な解釈を必要とすることもある。騒擾罪のばあいである。本罪の暴行概念の中には殺人行為なども当たると考えられている⁽⁴⁾。そこで騒擾罪と殺人罪などが法条競合の関係にあるといえるかが問題となる。ある行為がある構成要件の一部として考えうるから、それを独立に評価する必要はない。したがって、ある行為がある構成要件からはみでる部分をもつばあいは、それを別個の行為として独立に評価しなければならない。そして、一部かはみでるかを判断するためには、法定刑の比較を行なわなければならないばあいもある。騒擾罪においては、この暴行に当る諸犯罪の刑を、刑法一〇六条二号の率先助勢者の刑と比較することによって、随伴性を判断しなければならない⁽⁵⁾。したがって、殺人罪、傷害罪などは本罪の一部を成すものではなく、そこからはみでたものとして、それらとの間には観念的競合を認めるべきである。しかし、暴行罪、建造物損壊罪などは本罪の暴行の一部を成すものとして、随伴関係を認められる可能性がある。

(1) 大判昭和六年二月二三日 新聞三三六九号一六頁、大判昭和十一年四月一日 新聞三九七号一五頁、最判昭和二十八年

二月二〇日 裁判集七四号一七九頁

(2) このばあいを吸収関係とする者、牧野・日本刑法総論 昭和七年 四六一頁、滝川・刑事判決批評一卷 三五一頁、小野・刑法講義各論 昭和二年 二四七頁、刑評八卷 二三九頁

しかし、現行法上住居侵入行為の存在をもって、ただちに窃盗罪の実行の着手があつたとはできない。

(3) *Beiling, a. a. O., S. 307*

(4) 大判大正八年五月二一日 刑録二五輯六六九頁

(5) 騒擾罪が群集犯罪であること、首魁の存在が本罪の成立要素ではないことから、率先助勢者に対する刑を基準とすべきであらう。参照、牧野・刑法各論 昭和二年 七九頁、木村・前掲書 一八三頁、団藤・前掲書 一五六頁、同・注釈刑法(3)

一五二頁。なお、植松・前掲書 九〇頁。しかし、反対の見解もある。泉二・日本刑法論各論 昭和六年 一二五頁は首魁を基準とすべしという。また、江家・刑法各論 昭和三八年 八三頁は刑を基準とするのではなく、騒擾罪につき国家が当然予定している行為が何かを基準とすべきという。しかし、国家が予定している行為が何かを決定する基準を必要としよう。また、大判大正三年二月二十四日 刑録二〇輯一九五頁はいう。暴行脅迫が他の罪名に触れるばあいは騒擾罪と他の犯罪の間に観念的競合が成立すると。「騒擾罪ノ成立要素トシテノ行為ハ他ノ罪名ニ触レサル程度ノ暴行若シクハ脅迫ヲ以テ足レル」ことを理由とする。その結果、広く騒擾罪と他の犯罪との観念的競合が認められることになる。たとえば、殺人罪、公務執行妨害罪との間にさえも。しかし法条競合を認めるべきものもあるであろう。

四 ところで、ある行為がある構成要件の一部と考えるということは、そこに法益の同一性が前提とされている。全く法益が異なるばあい、一部と考えることはできないであろう。随伴関係のばあいにも法益の同一性の観点が問題となる。法益の同一性が認められないばあいには、随伴関係は存在しない。したがって、類型性の所で問題にした通貨偽造行使罪と詐欺罪との関係については、この点においても疑問がある。判例は有価証券偽造行使罪と詐欺罪との関係については、法益の異なることを理由として法条競合を認めない。「有価証券偽造行使罪ト詐欺罪トハ全ク其侵害スル法益ヲ異ニシ從テ有価証券ヲ偽造シ其行使ヲ手段トシテ人人欺罔シ財物ヲ騙取シタルモノニ在テハ其詐欺ノ点ヲ有価証券偽造行使罪ノ観念中ニ包含スルモノトシテ不問ニ付スルコトヲ容ルサス」という。⁽¹⁾通貨偽造行使罪にしろ、有価証券偽造行使罪にしろ詐欺行為を随伴することがあるとしても、詐欺罪を吸収するものとすれば、所有権侵害の側面をまったく評価しないことになる。評価できないものを独立の評価の必要なしとして法条競合とすることはできない。

ところで、随伴関係においては包括的な法益保護を前提とした構成要件が問題⁽²⁾となっている。たとえば、内乱罪は

日本国の存立そのものを保護法益としているが、その実質は法秩序全体の否定である。したがって、全ての随伴的行為を吸収してしまう。また、騒擾罪は公共の平穏を保護法益としているが、その実質は平穏な状態における多数者の人格的、財産的法益が保護される⁽³⁾。したがって、暴行罪、建造物損壊罪を吸収する。しかし、公務執行妨害罪を吸収するとはいえない。このばあい騒擾罪との観念的競合である⁽⁴⁾。

(1) 前掲注 (17)

(2) Hirschberg, a. a. O., S. 45

(3) 宮本 刑法大綱 昭和一〇年 四二二、四二四頁

(4) この点において、団藤教授などの見解と異なる（参照、団藤・注釈刑法(3) 一五三頁）。単に、刑法一〇六条二号の刑と刑法九五条一項の刑を比較することによって、騒擾罪は公務執行妨害罪を吸収するとはいえない。

五 随伴関係においては、構成要件の一部として認められる程度の明確な随伴性と、法益の同一性が存在しなければならぬ⁽¹⁾。

ところで、一般的に吸収関係の典型的なものと考えられている着衣損壊を通しての殺人のばあいをどのように理解すべきであろうか。随伴関係としては認められない。このばあい、随伴性も法益の同一性もない。しかし、仔細に考察すれば、このばあいにはそもそも法条競合の関係を問題にしくともよいのではないだろうか。器物毀棄罪の故意の存在がみとめられないのが普通であろう。法条競合関係を問題にするまでもなく、殺人罪の成立だけを考えれば足りる。

(1) このような意味において、東京高裁判昭和四一年七月一九日（高刑集一九卷四号四六三頁）が事実上土地の境界標となっている石垣を損壊し、土地の境界を認識することを不能にしたばあいについて、器物損壊罪と境界毀棄罪との観念的競合にしたのは疑問である。所・注釈刑法(6)六二四頁は吸収関係とする。随伴関係の本質から考えて、結論的には、所説が正しい。

第五節 不可罰的事後行為

一 窃盗犯人が盗贓を損壊しても、窃盗罪だけが成立し、器物損壊罪は成立しない。このばあいをヒルシュベルクは特別関係として説明する。「毀棄は所有権者の権限を実現する特種な種類である。すなわち、器物は財産の一種であり、それ故に毀棄の故意は領得の故意の特別なばあいである。通説が事後の器物損壊を不可罰的事後行為として、考えるのはこのような思考を認めることに基礎をおくものである⁽¹⁾」と。また、村崎教授もこのヒルシュベルクの見解に賛成しておられる。「領得罪は不法領得の意思において毀棄罪と区別されるが、個々の領得罪は不法領得の意思だけを概念要素にするのではなく、占有移転を伴う領得罪においては、占有移転の点で、占有移転を伴わない領得罪においては、適法な占有が不法な占有に変化する点で、権利者の当該財物に対する利用を排除することを概念要素にしており、それは毀棄罪の概念要素と一致する⁽²⁾」。

しかし、ヒルシュベルクも、村崎教授も、特別関係は構成要件の内包における包摂であると理解している⁽³⁾。したがって、いま、器物毀棄罪と窃盗罪が特別関係にあるとすれば、窃盗罪は器物毀棄罪の全ての要素を含んでいなければならない。構成要件の外延に着目して考えれば、窃盗罪の構成要件に該当する行為は同時に器物毀棄罪の構成要件にも該当しなければならないはずである。しかし、器物毀棄罪と窃盗罪との間にこのような関係を認めることはできない。これらの間に特別関係を考えることはできない。

(1) Hirschberg, a. a. O., S. 41, Anm. 14

(2) 村崎・前掲論文 九四頁

(3) Hirschberg, a. a. O., S. 39, 村崎・前掲論文 四〇頁以下、一一一頁

二 窃盗犯人が盗贓を損壊したばあい、窃盗罪だけが成立するのは窃盗罪が状態犯であり、事前行為の違法状態内の単なる行為を独立のものとして評価する必要がないからである。事後行為が事前行為の違法状態の利用にすぎないものとして、その中で評価されてしまうからである。したがって、事後行為が事前行為の利用にすぎないと認められないばあい事後行為は独立のものとして評価される。この問題について、判例を手がかりとして分析しよう。

窃取した麻薬を所持していたばあいについて、判例はいう。「仮に被告人の本件麻薬の所持が、所論のように窃盗に因ったものであったとしても、窃盗爾後の財物の所持が、更に他の法益を侵害する場合は、窃盗罪の他に更に其の他の罪を構成するものであることは当然のことと謂わねばならぬ」(最判昭和二十四年三月五日)(刑集三卷三三三頁)と。このほか、葉煙草を窃取した後、これを隠匿所持したばあいについて、煙草専売法違反罪を(五五)日(高判特一四四一五八頁)、拳銃を窃取した後、ひきつづき所持したばあいについて、銃砲等所持禁止令違反罪を(五五)日(高判特一四四一五八頁)、主要食糧を窃取した後、これを不法に輸送したばあいについて、食糧管理法違反罪を(八日)(高判特一九九三頁)、米国軍票を窃取し、法定の除外事由がないのに所持したばあいについて、連合国占領軍財産等收受所持禁止令違反罪を(四日)(高判特二二二九八頁)、日本専売公社所有の塩を窃取し、これを他に譲渡したばあいについて、塩専売法違反罪を(六日)(高判特二二二九八頁)、それぞれ窃盗罪のほかに成立するとした。

窃盗罪は状態犯であるから、その事後的行為についても、不可罰的事後行為を認めうる可能性はある。しかし、各判

例は窃盗罪とこれらの行為との「法益が異なる」ことを理由として、不可罰的事後行為を認めない。事後行為に不可罰性が付与されるのは、事前行為の違法状態内の行為でなければならない。事後行為の法益が別のものであれば、新たな法益を侵害した。独立の評価を加えなければならない。事後行為が事前行為と異なる法益を侵害したばあい、不可罰性は付与されない。ここにあげた判例のように、明らかに法益が異なることが認められるばあいは、不可罰的事後行為とすることはできない。法益の同一性は不可罰的事後行為を認める基本的な要件である。

このように、種類を全く異にした法益の侵害ではなく、種類は同じであるが、被害者を異にするばあいも、新たな法益の侵害がある。したがって、窃盗犯人が贓物を自己の所有物と偽わり、第三者を欺罔して金員を騙取したばあいに、「第三者に対する関係において新たな法益侵害を伴うものであるから窃盗罪の外に詐欺罪の成立を認むべき」（最判昭和二年二月二七日）（刑集八卷二二二頁）であることは当然である。

ところが、窃取した洋品類を正当に買い入れたもののように偽って、金員を騙取しようと企て、まず洋品類を窃取し、これを被害者方に持参し返品名下に金員を詐取したばあいについても、東京高裁は「窃取した洋品類を正当に買入れたものと詐って金員等を騙取した場合は、更に新たな法益を侵害したもの」として、詐欺罪の成立をみとめた（東京高判昭和三年二月二二日）（高刑集一五卷二二九頁）。このばあい、いかなる意味において新たな法益が侵害されたのであろうか。前掲昭和二年二月二七日最高裁判決は事後行為の被害者が窃盗被害者とは異なる第三者であったことを理由として、二個の所有権侵害として法益が異なると考えた。しかし、この事案のばあいは被害者は同一である。法益が異なるという根拠は何であらうか。

この問題を郵便預金通帳窃取後、それを利用して郵便局から貯金の払戻をうけたばあいをみることによって、考え

てみよう。このようなばあいについて、判例は三転している。最初、窃盗罪のほかには詐欺罪の成立をみとめていたが、後また詐欺罪の成立を否定し、さらに肯定するようになった。肯定した最初の判例は「被告カ木村太郎外一名名義ノ預金通帳及印章ヲ窃取シタル行為ト右通帳及印章ヲ使用シ他ヨリ財物ヲ騙取シタル行為トハ法律上其所為ノ性質ヲ異ニスルヲ以テ擬律ノ点ニ於テ亦各別ニ之レヲ論セサルヲ得ス」とした（大判明治四十二年五月十一日刑録二五輯五八八頁）。しかし、単に所為の性質を異にするというだけでは、窃取後に毀棄した不可罰的事後行為のばあいについても、そのようにいうこともできる。さらなる実質的展開が必要である。

最高裁はつぎのようにいう。「贓物を処分することは財産罪に伴う事後処分に過ぎないから別罪を構成しないことは勿論であるが窃取または騙取した郵便預金通帳を利用して郵便局員を欺罔し真実名義人において貯金の払戻を請求するものと誤信せしめて貯金の払戻名義の下に金員を騙取することは更に新法益を侵害する行為であるからここに亦犯罪の成立を認むべきであってこれをもって贓物の単なる事後処分と同視することはできないのである」（最判昭和二十五年二月二十四日刑集四卷二五頁）と。窃盗犯人が贓物を自己の所有と偽って、第三者に欺罔して金員を詐取したばあいと同じく、新たな法益の侵害が詐欺罪成立の根拠とされている。

しかし、貯金通帳と印鑑を持参すれば、通常は、支払が有効に行なわれる。このばあいは第三者の利益を害してもおらず、被害者は最初の窃盗被害者と同じである。しかも、窃盗によって侵害された所有権は、後に詐欺罪によっては何ら侵害されていないと考えることもできる。これについて、大塚教授はつぎのように説明しておられる。「窃取行為騙取行為に対する責任の根拠は、所持者・所有者の所持・所有を侵害して貯金通帳を不法に領得した点に求められるであろうが、その通帳を使用して預金を引出す行為は、更に正当な権利者のみに預金を払戻するという郵便局の

法益を侵害したものと考えられるからである。判旨が『貯金の払戻名義の下に金員を騙取することは更に新法益を侵害する行為である』と述べているのは、正にこの意味を示したものととして肯認せられるべきであらう⁽¹⁾。しかし、大塚教授が考えておられるような郵便局の法益とは、詐欺罪の法益保護といえるのであろうか。単なる欺罔の相手方にすぎないであらう。

新たな法益の侵害の意味は何であらうか。このばあい、窃盗罪の侵害の客体は預金通帳である。事後の詐欺罪の侵害の客体は現金である。小野博士が「預金通帳は、預金のあることを証明する文書ではあるが、それと現金とは必ずしも同一のものとは謂えない。通帳は通帳として、現金は現金として、それぞれ保護するに値するからである」⁽²⁾とされているのは、まさにこの点を意識されてのことであらう。結局、判例においては、侵害の客体が異なることによって、先行する窃盗行為とは違ったあらたな法益の侵害がはじまると考えているのである。窃取後の器物毀棄行為のばあい、侵害の客体が同一であるから、不可罰的事後行為と考えることが可能なのである。事後行為が不可罰性を付与されるのは、事前行為の現出した違法状態を単に利用するだけであり、事前行為の違法状態そのものと考えられるからである。したがって事前行為の客体と異なる客体に侵害行為が行なわれてはならない。同一の法益に向けられた行為であっても、行為の客体が異なれば不可罰性は付与されない。異なる客体を侵害することによって、事前行為の違法状態からはみでた行為をしたからである。

不可罰的事後行為のばあいに、行為の客体に着目することは、さらにつぎのばあいをも解明することができる。判例は窃取した持参人払式小切手を支払銀行の係員に呈示し、正当な所持人がその支払を請求するものと誤信させた上、小切手の支払名下に金員を交付させたばあいについて、小切手の窃盗のほか金員の詐欺罪の成立を認めた

（最判昭和三八年五月一七日）
（刑集一七卷四号三三六頁）。

この判例には少数意見が付されていた。つぎのとおりである。「小切手は支払証券たる性質上直ちに支払を受け得る一覧払の性質もち（小切手法二八条一項前段）現金に代る機能を営む点において、現金的の性格が強く、ことに本件の如き持参人払式小切手は所持のみによりて、形式的資格を有し、支払人は特別の調査を要せずして、証券の所持人に支払すれば足り、かつ有効な支払いとなるものである。従つてその換金行為は、窃盗行為に伴う当然の結果として、窃盗行為に対する可罰的評価に当然包含されるものと見るのが相当である」と。小切手のきわめて強い現金的性格を強調すると、侵害の客体の同一性を認めうる可能性もある。しかし、やはり、現実には、それは両者の性格の類似にすぎず、小切手窃取と現金詐取として、行為の客体が異なるという形において評価すべきである。

不可罰的事後行為について、行為客体の同一性を必要とすれば、不正に取得したパチンコ玉を正当に得た玉のように装つて、景品と交換したばあいについても、事後行為は独立の詐欺罪として考えなければならない。

この問題について、高裁判例は二分している。(一)、東京高裁昭和二九年五月二七日判決（東京高刑時報五卷五号二〇〇頁）、(二)、仙台高裁秋田支部昭和二九年八月二四日判決（高刑特一卷四号一五七頁）は詐欺罪の成立を認めない。これに対し、(三)、大阪高裁昭和三〇年三年二八日判決（高刑特二卷三三三頁）、(四)、東京高裁昭和三六年二月二八日判決（下級刑集三卷一・二号合併号五九頁）は詐欺罪の成立を認める。団藤教授は、このばあい、判例(一)(二)を支持しておられる。「あらたな法益侵害とみとめられない」ことを理由とされる。⁽³⁾しかし、行為の客体が異なる。独立に詐欺罪を認めるべきであろう。

また、遺失物である国鉄乗車券を拾得した者が、これを国鉄に提示して払戻を受けたばあいについて、事後の詐欺行為を不可罰的事後行為とした判例があった（浦和地裁昭和二七年七月二四日下級刑集四卷九・一〇合併号八七九頁）。事後の詐欺行為は「すでに、当然に遺失物横領罪の構成要件によって包括的に評価されているものであつて」、「詐欺罪にあたる法益を侵害したとして更に評

価しなければならないような実質のものではない」ことを理由とする。しかし、行為の客体が異なる。詐欺罪をも考慮すべきである。

不可罰的事後行為は事前行為の違法状態内の行為であり、その単なる利用行為である。事前行為との間に法益の同一性と行為の客体の同一性が存在していなければならない。

(1) 大塚・刑評一二巻 二九頁

(2) 小野(清)・刑評八巻上 一七五頁

(3) 団藤・注釈刑法(6) 六九頁

三 不可罰的事後行為は不可罰であるとはいえ、構成要件該当の行為である。したがって、不可罰的事後行為と似て非なるものに注意すべきである。窃盗犯人が窃取した財物を消費したばあい、別個に横領罪が成立しない根拠を不可罰的事後行為に求める者がいる。⁽¹⁾しかし、横領罪は「自己ノ占有スル」他人の財物を領得するばあいである。そのばあいの占有は物の所有者または公務所と行為者との間の委託関係にもとづくものである。委託関係が前提とされる。ところが、窃盗犯人の占有する赃物については、そのような関係は存在しない。このばあいに、横領罪の構成要件に該当する行為を考えることはできない。そもそも、不可罰的事後行為を問題にする基礎がない。⁽²⁾

同様の例は殺人後の死体遺棄行為についてもいえる。高田教授は葬祭の責務のない者の殺人後の死体遺棄罪が成立しないことを不可罰的事後行為としておられる。⁽³⁾しかし、これは不可罰的事後行為のばあいではない。死体遺棄は通常は死体の場所的移転を伴う。しかし、不真正不作為犯としても成立しうる。埋葬すべき責務を有する者は、不作

為によつても、死体遺棄罪を成立させることができる。⁽⁴⁾しかし、埋葬すべき責務のない者は不作為によつて、死体遺棄を行なうことはできない。⁽⁵⁾人を殺した者が、単に死体を現場に置き去りにすることが不作為による死体遺棄罪の構成要件に該当するとはいえない。このばあいにも、そもそも不可罰的事後行為を考える基礎がない。⁽⁶⁾

(1) 大谷・刑事法辞典「法条競合」 七一三頁。大塚・刑法概説 昭和三八年 三二三頁。福田・刑法総論 昭和四〇年 二三九頁以下。団藤・注釈刑法(6) 二〇頁。莊子・前掲書 七九五頁

(2) 判例は贓物寄蔵罪を犯した者が、その贓物に関し横領行為をしても、別に横領罪を構成しないとして、つぎのようにいう。窃盗犯人との関係においては、「不法原因ノ為給付ヲ為シタルモノニシテ之カ返還ノ請求其ノ他何等ノ權利行使ヲ為スコトヲ得サルモノナレバ」横領罪を構成せず、所有者との関係においては、「既ニ贓物運搬寄蔵又ハ牙保シテ所有者ノ追求權ヲ侵害スル以上ハ初メヨリ贓物ヲ故買又ハ收受シテ該追求權ヲ侵害スルト毫モ選フ所ナケレハ其ノ者カ後自ラ之ヲ領得スルコトアルモ之ヲ以テ所有權ニ対スル新ナル侵害行為ナリトシ贓物罪ノ外更ニ横領罪ノ成立ヲ認ムヘキモノニ非ス」とする。大判大正一一年七月一二日 刑集一卷三九三頁。しかし、所有者との関係においては、委託関係の不存在を理由とすることと十分である。

(3) 高田・注釈刑法(2)のⅡ 五七一頁

(4) 大判大正六年一月二四日 刑録二輯三一三〇二頁

(5) 大判大正一三年三月一四日 刑集三卷二八五頁。大判昭和八年七月八日 刑集一二卷一一九五頁

(6) 殺人後、死体遺棄罪の構成要件に該当する行為があれば、殺人罪との併合罪がみとめられる。たとえば、殺人罪を犯した者がその罪を掩蔽するため、死体を他の場所に運搬して密かに土中に埋めたばあいなど。大判昭和一一年一月二九日 刑集一五卷三〇頁。

四 不可罰的事後行為は、事前行為との対応関係において、犯罪の成立が否定される。機能的にみて、事後行為が犯罪性を帯びないが故に、事前行為に吸収される⁽¹⁾。しかし、事前行為そのものの一部として、構造上吸収されているわけではない。事前行為が事後行為をも含んで、一個の全体として存在しているのではない。したがって、このばあいの公訴時効は事前行為が既遂になった時から進行する。

これに対して、状態犯といわゆる吸収関係を区別して考える必要があるとする見解がある。公訴時効に関して、展開されている。すなわち、状態犯を吸収関係とすれば、「最後の処分行為も犯罪性を有することになり、窃盗罪の公訴時効は最後の処分行為の時から進行する結果になるが、斯ように解することは実際の要求に合わない。窃盗罪の公訴時効は窃盗行為終了の時から進行し、最後の処分行為の有無に無関係である⁽²⁾」。というのである。しかし、これは吸収関係概念が法条競合の機能的側面に着目したものであることを看過している。

(1) 吸収関係の用語について、前述一三頁以下

(2) 滝川(幸)・前掲書 二六四頁。なお、大谷英一・前掲論文 七一三頁

第六節 いわゆる択一関係

一 いわゆる択一関係とよばれている概念を法条競合として認めるべきであろうか。論者によっては、この概念を法条競合概念と同一であるかのように用いる者もいる。A・メルケルである。つぎのようにいう。数個の刑罰法規が一個の行為について、単に「択一的な関係」にあるばあいには、一個の刑罰法規だけを「適用するにふさわしい⁽¹⁾」と。

しかし、法条競合は刑罰法規間の特殊な関係によって適用すべき刑罰法規を択一的に選択すべきばあいである。A・メルケルの択一関係概念は彼自身認めているように、「単なる法規の競合」⁽²⁾を意味するものである。それは法条競合そのものである。⁽³⁾このような意味での択一関係概念はことさらに用いる必要はない。このようなきわめて無意味な択一関係概念はともかくとして、択一関係という概念のもとに一般にいかなることが理解されているのであろうか。この概念の創始者はビンディングとされている。⁽⁴⁾またさらに、この概念を用いながら、ビンディングと異なる内容をもる者として、リストがいる。また、ホーニッヒは独自の概念規定をしようとしている。わが国においては、この概念は一般に肯定的に用いられている。明確に否定するものとしては高田教授と大塚教授をあげうる。⁽⁵⁾

(1) A. Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 1889, S. 269

(2) Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 342

(3) Honig, a. a. O., S. 3

(4) Honig, a. a. O., S. 2

(5) 高田・注釈刑法(2)のⅡ 五六一頁以下、大塚・注解刑法 昭和四六年 三二八頁。村崎教授も否定の趣旨であろうか。前

掲論文 三〇頁

二 理論展開の時期は前後するが、叙述の都合上、リストの見解をまず検討しよう。リストはいう。「その概念が矛盾した要素を含んでいる犯罪（たとえば、謀殺と故殺、窃盗と横領）は相互に排斥しあう（択一関係）」⁽¹⁾と。

しかし、これを法条競合の一つのばあいとして考えることはできない。法条競合は外見的なものだとしても、数個の

構成要件に該当する事実があるばあいである。U・クルークによれば、法条競合のばあい、少なくとも問題になっている構成要件の間に論理的に「交差」の関係がなければならぬ。「矛盾した要素」を含んだ構成要件間に「交差」の関係は存在しないであろう。U・クルークはリストを批判している。択一関係をリストのように考えるならば、「そこには異質性がある。両概念の範囲は互にはっきりと分離している。一方の法律上の構成要件のもとで考えられる事態は、けっして他の構成要件のもとには含まれない。法条競合はすくなくとも、法律上の構成要件が交差していることを前提とするものであるから、この種の択一関係は……法条競合のいかなるものでもない⁽²⁾」。すなわち、矛盾する要素をもつ構成要件の間においては、「必らず概念上、一方の刑罰法規だけが適用される⁽³⁾」のであり、「競合の徴候さえも見出すことはできない⁽⁴⁾」。したがって、「いかなる競合の形式でもない⁽⁵⁾」。「この概念を否定することが賢明であろう⁽⁶⁾」と。

わが国において、択一関係をみとめるばあい、多くはこのリスト流の概念にしたがう。両立しない二個の刑罰法規の関係を問題にする⁽⁷⁾。したがって、問題は構成要件の解釈に帰着する。滝川(幸)博士は択一関係としてつぎのような例をあげておられる。「他人から密封してあるトランクの保管を委託された者が無断でトランクの中から財物を窃取する場合に、その行為は横領罪の規定(二五二条)と窃盗罪の規定(二三五条)とに該当し、窃盗罪の規定を適用することはおのずから横領罪の規定の適用を排除する。重きものを適用することによって刑の目的を達するからである⁽⁸⁾」。しかし、これは占有の帰属の問題である。占有が何人に帰属するかが決定されれば、おのずから窃盗罪か横領罪かが決定される。窃盗罪の構成要件に該当すれば、横領罪の構成要件に該当することはありえない。逆も同様である。また、このように構成要件の解釈をあいまいにしながら、規定の適用について、重きものにしたがうとすることも疑問であ

る。

この択一関係のばあいとして、横領罪と背任罪をあげる者もいる。⁽⁹⁾ 他人の事務処理者が保管している財物を不法に処分したばあいが問題となる。これについて、択一関係を問題にする論者にとって、両罪の区別を客体にもとめないということが前提となる。もし、客体にもとめるとすれば、両罪は特別関係にあるはずだからである。⁽¹⁰⁾ しかし、両罪の区別を客体にもとめないばあいには、どのような立場にたっても、法条競合を論じる基礎はない。

背任罪の本質を権限濫用説とするばあい⁽¹¹⁾、背任罪は法律上の処分権限ある者の権限濫用であり、横領罪は、特定物または特定利益の侵害であるとされる。したがって、法条競合として同時に横領罪と背任罪の構成要件に該当するということはありえない。また、横領罪と窃盗罪との区別を不法領得の意思にもとめる立場は、横領罪が成立するため⁽¹²⁾に、不法領得の意思を要件とし、背任罪はそれを必要としない。したがって、結局、不法領得の有無によって、横領罪と背任罪はまったく異なるものとして存在することになる。法条競合が問題になることはない。さらに、背任罪と横領罪の区別を信頼関係の態様に求めるばあいについても、同様である。⁽¹³⁾ この立場によると、背任罪は一定の信頼関係を生ぜしめる事務そのものに関して、信頼違反があったばあい⁽¹⁴⁾に成立し、委託された事務そのものに関して、いかに財物の処分があっても「不法領得」はない。不法領得は委託された事務と無関係に、あるいはその事務の範囲を逸脱して財物を処分したばあい⁽¹⁵⁾に考えられる。この立場においては、信頼関係の差異により、横領罪と背任罪は質的に異なった構成要件をもつものと解されている。同時に両方の構成要件に該当するばあいはありえない。構成要件該当性の判断の問題に帰着する。

いずれの立場にたっても、横領罪と背任罪は構成要件の解釈そのものによって、別個の行為として存在する。した

がって、法条競合の問題ではない。ゲールズはこのような関係を構成要件の排他関係(Exklusivität der Tatbestände)とよび、法条競合の問題ではないとしている。⁽¹⁴⁾

ホーニッヒは、このようなリストの択一関係を否認すべきであるという。⁽¹⁵⁾しかし、この「矛盾した要素」の意味をたずね、新たな択一関係概念を構成しようとする。つぎのようにいう。「『矛盾した要素』も共通の関係点をもたなければならぬ。それは行為者の目的観念の中にもとめられる。……矛盾した要素というのは同じ目的を達成するための異なった手段でなければならない」と。⁽¹⁶⁾かくして、ホーニッヒによれば、択一関係は「同一の法益保護について、同じ目的を達成するために異なった手段がとられるような法規の間に」⁽¹⁷⁾存在することになる。ところが、ホーニッヒはこのばあい、構成要件が手段を異にすることによって、矛盾するものと考えられるから、「問題となっている法規の一方が構成要件該当性をかくことによって、なくなってしまう」という。そして、ここが他の法条競合のばあいと異なる点である、という。⁽¹⁸⁾すなわち、ホーニッヒの択一関係概念は法条競合として考えることはできない。一方の構成要件には該当しないというのであれば、どちらの構成要件を優先的に適用すべきかという問題は生じてこない。

- (1) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14. 15 Aufl., S.243f.
- (2) U. Klug, a. a. O., S. 409
- (3) Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 529, Anm. 3
なほ、同書、Maurach, a. a. O., S. 638
- (4) M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, S. 502, Anm. 3

- (5) Baumann, Strafrecht All. teil, S. 610
- (6) Honig, a. a. O., S. 96
- (7) 大場・刑法総論下 大正六年 三二二頁、牧野・日本刑法 昭和七年 四四四頁、滝川(幸)・犯罪論序説 昭和二年 二六二頁、安平・改正刑法総論 昭和三年 三七八頁、大塚・刑法概説 昭和三八年 三二二頁、福田・刑法総論 昭和四〇年 二三九頁
- (8) 滝川・犯罪論序説 昭和二年 二六二頁。なお、植松・全訂刑法概論Ⅰ 昭和四一年 三八四頁
- (9) 前掲注(7)参照
- (10) その意味では、牧野博士、小野博士らが横領罪と背任罪のちがいを客体にもとめながら、これを択一関係とするのは矛盾である。
- (11) 滝川・刑法各論 昭和二六年 一七三頁、「背任罪の本質」民商法雑誌一卷六号一〇頁。
- (12) 泉二・刑法大要 昭和九年 六三三頁。
- (13) 内田・刑法講座6 一〇六頁。
- (14) Geerds, a. a. O., S.157ff.
- (15) Honig, a. a. O., S. 96
- (16) Honig, a. a. O., S. 97
- (17) Honig, a. a. O., S. 98, 113
- (18) Honig, a. a. O., S.112

三 つぎに、ビンディングの択一関係概念をみよう。ビンディングはいう。「まったく同一の違法行為が立法者によって、数個の異なった刑事上の観点のもとに、したがって、数個の法規の構成要件として立法されることがある。それは全く同じ構成要件が別々の法律の中で、二度にわたって刑罰を考慮されるという具合に生じることが殆どな

い。しかし、二個の構成要件が二つの相互に交差した円のように存在することはしばしばある。同時に両方の円に属する構成要件にとって、そのばあいには数個の刑罰法規が存在する。しかし、そのうちつねに一個の構成要件だけが適用されるべきである。このような関係は法規の択一関係とよぶことができる。……この択一的な刑罰法規について、つぎの原則が当てはまる。異なった法規が同じ刑罰を規定しているばあいには、どちらの法規を適用してもよい。しかし、刑罰が異なっているばあいには、具体的に被告人にもっとも不利な刑罰法規が適用されなければならない⁽¹⁾。

しかし、このビンディングの択一関係概念について、批判が強い。フランクはいう。同じ違法行為が数個の刑罰法規として規定されることは「立法者の誤まり」であり、これを基礎として事を論じることが許されない⁽²⁾、と。ところで、ビンディングは択一関係として、つぎのようなばあいを具体的に考えていた。保険詐欺罪と放火罪、放火罪と爆発物取締規則五・六条^(爆発物の使用。一九六四年六月一日廃止)、内乱罪と侮辱罪、殺人罪、傷害罪、自由剝奪の罪との関係、また、基本犯に数個の加重犯が競合したばあい、数個の減輕犯が競合したばあい。しかし、これらを検討すると、いずれも観念的競合ないしは他の法条競合のばあいとして論じるべきものである。この意味において、ビンディングのいう択一関係概念は「不必要」であり⁽³⁾、「独立の基準として価値のない」ものであって⁽⁴⁾、「将来の理論は放棄してもよい」ものである⁽⁵⁾。したがって、たとえば、ヴェルツェルはその教科書において、九版までは択一関係という用語を用いていたが、十版においてはすでにその名称を用いていない⁽⁶⁾。

さらに、ビンディングの択一関係のばあいの処罰の方法についても、疑問が生じる。ビンディングは同じ行為について、刑罰が異なるばあいは重い刑罰法規を適用すべしとしている。しかし、ヒッペルは批判する。「そのような選択の余地はない⁽⁷⁾」と。ルドルフ・シュミットはいう。「二つの構成要件を並べて適用しなければならない⁽⁸⁾」と。ビンデ

イングのように、重い刑罰法規を適用すべしという根拠はない。

- (1) Binding, a.a.O., S. 349. 参照 Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl., S. 23
- (2) Frank, a.a.O., §73—VII—3. など 同註 Geerds, a.a.O., S. 229
- (3) Schönke-Schröder, a.a.O., vor §73—79
- (4) Maurach, a.a.O., S. 638
- (5) Baumann, a.a.O., S. 609
- (6) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 9. Aufl., 10. Aufl., 但し 理由は付されてゐない。
- (7) Hippel, a.a.O., S. 527
- (8) Rudolf Schmitt, a.a.O., S. 52

第三章 法条競合の処断

第一節 法条競合の一罪性

法条競合の現象形式として、明示的補充関係、特別関係、補充関係、随伴関係、不可罰的事後行為がある。これらのばあい、数個の構成要件に該当する事実があるが、一個の犯罪しか成立しない。明示的補充関係のばあい、立法者がその意思を明らかにしている。一つの刑罰法規だけの適用は立法者の意思にしたがう。特別関係のばあい、構成要件の内包における包摂の關係が存在しなければならない。補充関係のばあい、同じ攻撃方向の枠内における、犯罪の程度の強弱に着目する。随伴關係のばあい、ある構成要件がある構成要件の一部として考へうる程度において随伴し

ていなければならない。不可罰的事後行為のばあい、事後行為は事前行為の違法状態内の単なる利用行為でなければならない。そして、さらに特別関係以下の現象形式については、問題となる刑罰法規間に法益の同一性が要求される。法条競合は、これらの現象形式に応じた特殊的要件と、法益の同一性という共通の要件をそなえたばあいに存在する。一方の刑罰法規を適用すれば、もはや他の刑罰法規を適用すべきでない。犯罪は一個しか存在しない。実質的意味において、一罪である。

では、数個の構成要件に該当するが、一個の犯罪しか成立しないことの刑法理論的意味はいかなるものであろうか。明示的補充関係のばあい、その補充条項（たとえば、主要食糧緊急措置令一〇条「……其ノ刑法ニ正条アルモノハ刑法ニ依ル」）は構成要件的行為そのものの外に存在する事項である。行為そのものとは関係のない事項である。処罰についての準則にすぎない。これはある構成要件を充足する違法、有責な行為について、他に処罰すべき規定がないばあいだけに、処罰するという事項である。処罰条件として理解することができる。また、窃盗罪と親族相盗のばあいについても同様のことが考えられる。親族相盗は窃盗罪の構成要件を充足する違法・有責な行為である。しかし、刑法二四四条の人的処罰阻却事由としての性格から、窃盗罪は成立しない。このように処罰条件ないし処罰阻却事由としての性格が条文上認識できるばあいだけでなく、実質的に法条競合を認めることができるのならば、その事実を処罰阻却事由として把握すべきである。法条競合のばあいも、数個の構成要件に該当する違法・有責な行為は存在する。しかし、法条競合の実体をそなえている法規間の関係事実の存在が一方の行為の処罰を阻却する。すなわち、一方の犯罪の成立を阻止する。

このような理解はとくに不可罰的事後行為のばあいに実益をもつ。不可罰的事後行為自体は構成要件該当・違法・

有責な行為である。他人の財物を窃取した後、盗贓を毀棄する行為は器物毀棄罪の構成要件に該当する違法・有責な行為である。⁽¹⁾したがって、これに関与する行為は共犯として考えられる。⁽²⁾このばあい、事前行為者の毀棄行為が不可罰的で、それへの関与行為が可罰的なのは事前行為者による事後行為の不可罰性が一身専属的なものである。⁽³⁾マウラッハはこのことを正しくもつぎのようにいう。不可罰的事後行為は「行為者に対して（彼に対してのみ）人的処罰阻却事由を与えるものである」⁽⁴⁾と。

法条競合は実質的にすでに一罪であった。そこで、たとえば不可罰的事後行為が処罰阻却事由であることと、その一罪性との関係が問題となる。不可罰的事後行為を人的処罰阻却事由として考えることに対し、高田教授が批判しておられる。「こう解すると犯罪としては成立しており単に処罰だけが阻却されることとなるので、これが果して不可罰的事後行為といわれるものの説明として妥当であるか疑問の余地がある」⁽⁵⁾と。

しかし、犯罪は「構成要件に該当する、違法にしてかつ有責な行為であり、しかも刑罰の制裁をうける行為である」⁽⁶⁾。したがって、犯罪が成立するためには、構成要件該当性、違法性、有責性の外に、さらに処罰のための条件をもそなえていなければならない。それは「犯罪を刑罰の前提要件として観念する以上、刑罰権発動のための要素をすべて具備したものが犯罪として把握されなければならない」⁽⁷⁾からである。犯罪の形式的意義をこのように理解すれば、高田教授の批判は成立しえない。不可罰的事後行為を処罰阻却事由とすることは、そのばあいの一罪性を意味する。法条競合の実体をそなえた法規間の関係事実が処罰阻却事由であることが、犯罪の形式的意義における一罪性を法条競合に付与する。

- (1) Schönke-Schröder, a.a.O., vor § 73—66
- (2) 団藤・前掲書 三四七頁
- (3) Geerds, a.a.O., S. 329
- (4) Maurach, a.a.O., S. 659
- (5) 高田・前掲書 五七二頁
- (6) 莊子・前掲書 一一九頁
- (7) 莊子・前掲書 一二一、七五二頁

第二節 法条競合の処断

法条競合は数個の構成要件に該当する事実が、犯罪としては一個の刑罰法規の適用しかうけないばあいである。實質的にも形式的にも一罪である。ところが、ドイツにおいては、大審院——連邦裁判所をとおして、法規間の関係としては法条競合としながら、刑罰を科する点において観念的競合に類似させる取り扱いがなされてきた。また、学説においても、認めるものが多い。

つぎのような形で、法条競合を観念的競合に接近させる。その一、刑の量定を行なう際に、適用を除外される法規をも考慮する。その二、適用される法規の刑の下限よりも、適用を除外される法規の刑の下限の方が高いばあい、これを下まわることとは許されない。その三、適用を除外される法規だけが附加刑、附帶的処分、保安処分をみとめられているばあいであっても、それを適用してもよいこと。しかし、このように考えなければならない根拠は何であろうか。

連邦裁判所一九五一年四月二四日判決は重い猥褻罪（ドイツ刑法一七六条）と強姦罪（ドイツ刑法一七七条）を特別関係としてとらえたのち、

つぎのようにいう。「一般法の侵害つまり一七六条一項一号の侵害は事実として存在し、それ自体全く無視されてしまふというものではない」と。⁽¹⁾すなわち、適用を除外される法規に対応する事実は存在しているということを強調する。しかし、法条競合は法規間の関係から、二重に評価する必要がなく、一方の犯罪の成立が否定される性質をもつものである。したがって、ドイツ連邦裁判所がこのようにのべる実質的理由は別にあるように思われる。刑事政策上の考慮がきわめて強くはたらいっている。⁽²⁾この判決は「一個の行為が数個の刑罰法規を侵害するが、しかし重い法規が軽い法規を除外するので、行為者が重い法規によってのみ有罪を言渡されるばあいであっても、有責に侵害された軽い法規の刑の下限を下まわることとは許されない」と判示し、被告人が障碍未遂としてではなく、中止未遂として強姦行為を遂げなかったばあいは、彼は強姦未遂としては処罰されないが、強制猥褻罪の既遂として処罰されるという。すなわち、強姦罪が強制猥褻罪の特別法であるということを経由し、強姦罪の適用の優先を科刑の面におし及ぼせば、強姦を自己の意思によって止めたときは、強姦の中止未遂として処罰を免れる^(ドイツ刑 法四六条)ことになる。そこで、それを回避するために、このばあい一般法の法定刑を考慮して、それによって処罰するというわけである。そうしなければ、「正義に反する」し、このようなばあいに「行為者に有利になることは許されない」という考慮がはたらいっている。⁽³⁾

ポツケルマンはこのような判例の傾向に賛成している。「現実には法条競合のばあいにも、『競合する』法規がすべて侵害されている。横領はそれが不可罰的事後行為として生じるが故に横領たることをやめるのではない。⁽⁴⁾毀棄は、侵入窃盗の部分であるにせよ毀棄である。累犯窃盗において、単一の窃盗は現実には存在している。認識しうる法の意思にしたがうとそのままにしても明らかにかわらないから、原則として単に除外される構成要件を除外する構

成要件と並べて適用することを許さないというにすぎない。しかし、この原則は刑罰の關係が刑罰の前提の關係と一致しないばあいには、例外を甘受しなければならない。特別法が事態にふさわしくない刑の減輕となるばあいには、その欠陥を一般規範の刑罰を考慮することによって是正することは許されなければならない⁽⁵⁾と。

ニーゼもいう。「暴力をもって婦人に猥褻行為を行なった者はその既遂の重い猥褻罪^(一七六条一項一號)について、彼がもっと悪いこと、すなわち強姦しようとしていた^(一七七条四三條)ことを理由として、より軽く処罰されるべきではない⁽⁶⁾」と。

ルドルフ・シュミットは、刑罰問題の領域では法条競合と観念的競合との間に区別はないと明言している。そうすることは「根本的な正義が基礎になっている⁽⁷⁾」という。

たしかに、ドイツの判例とこれらの学説が考えているように、強姦の中止未遂としてのみ考えることによって、全く処罰を免れることを、ただちに認めるべきではないという思考もいちおうみとめることはできる。しかし、このことがただちに法条競合を観念的競合に接近させて考えるべきであるということにはならない。ゲールズは「法条競合において、軽い法規が優先することが可能である⁽⁸⁾」として、このような見解を否定する。法条競合と観念的競合を接近させて考えることは「法条競合と観念的競合の区別の焦点をあいまいに⁽⁹⁾」してしまう。法条競合のばあいには、犯罪が一個として存在するばあいである。したがって、「法規の排他性 (Exklusivität) はきわめて嚴格に適用される⁽¹⁰⁾」べきであり、除外される法規は「有罪宣告に關与することもできないし、刑罰の確定についても発言の機会をもちえないものである⁽¹¹⁾」。刑罰法規間の關係を法条競合として把握するかぎり、科刑の面においても、当然、除外される法規の刑罰は無視されるべきであろう。法条競合のばあい除外される法規にあたる事實は刑罰の前提としての犯罪とはいえないからである。

ところで、わが国においても高田教授がつぎのような主張をしておられる。「吸収関係、補充関係は観念的競合の取扱と著しく近似しており、両者の区別は単に前者があくまで一罪と評価されるのに対し後者は数罪と評価されるという点にある⁽¹²⁾」と。しかし、これに対しても、前述と同じ批判があてはまる。吸収関係、補充関係のばあいは一罪と評価されるところに、観念的競合との区別があるのとべておられるが、この一罪の意味はいかなるものなのであろうか。犯罪は刑罰の前提条件である。一個の犯罪のみの成立をみとめるのであれば、刑罰もその犯罪に対応したものであるにすぎない。刑罰は他の法規について考慮してもよいというのであれば、一個の犯罪の成立をみとめた意味は全くなくなってしまふ。高田教授が、このような結論を導びかれたのは、いわゆる相対的明示的補充関係のばあいの処断の仕方からであると考えられる。この相対的明示的補充関係を法条競合と考えることじたい疑問である。次節において、これを検討する。

- (1) BGH, 1, 155
- (2) Schönke-Schröder, StGB, 12.Aufl., 85 vor § 73, Maurach, a.a.O., S. 641
- (3) BGH, 1, 156
- (4) しかし、不可罰的事後行為として横領ということはありえない。前述三〇頁
- (5) Bockelmann, „Verhältnis der besonderen Untreuebestimmungen, bes. § 95 IZ.2 Börs G, zu § 226 StGB“ JZ. 8. S. 235
- (6) Niese, Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz?, Mat. I., S. 157
- (7) Rudolf Schmitt, a.a.O., S. 53

- (8) Geerds, a.a.O., S. 231
- (9) 村崎・前掲論文 七三頁
- (10) Mezger, a.a.O., S. 478
- (11) Maurach, a.a.O., S. 641
- (12) 高田・前掲書 五六四頁

第三節 いわゆる相対的明示的補充関係

一 すでにのべた絶対的明示的補充関係に対し、相対的明示的補充関係とよばれているものがある。⁽¹⁾ 重く処罰することのできる刑法法規だけを適用することを明示しているばあいである。⁽²⁾ たとえば、つぎのような規定がある。

あへん法五六条 第五十一条、第五十二条、第五十三条又は前条の規定にあたる行為が刑法第二編第一四章の罪に触れるときは、その行為者は、同法の罪と比較して、重きに從つて処断する。

破壊活動防止法四一条 この法律に定める教唆の規定は、教唆された者が教唆に係る犯罪を実行したときは、刑法総則に定める教唆の規定の適用を排除するものではない。この場合においては、その刑を比較し、重い刑をもって処断する。

爆発物取締罰則一二条 本則ニ記載シタル犯罪刑法ニ照シ仍ホ重キ者ハ重キニ從テ処断ス

決闘罪ニ関スル件六条 前数条ニ記載シタル犯罪刑法ニ照シ其重キモノハ重キニ從テ処断ス

これらのばあい、一応重く処断することのできる刑法法規に対し、他の刑法法規は補充的に適用される。法条競合を考ふる契機はある。しかし、法条競合の一形式として認めることができるであろうか。具体的に検討しよう。

(1) Maurach, a.a.O., S. 639, Geerds, a.a.O., S. 181

(2) Maurach, a.a.O., S. 639

二 あへん法五六条と刑法一四章の罪について。刑法一四章にいう「阿片煙」は阿片煙膏をさす⁽¹⁾。一方、あへん法にいう「あへん」はその外に生阿片をも含む。阿片煙に関して、刑法一四章とあへん法の関係が問題となる。阿片煙の輸入・販売・販売のための所持について、刑法一三六条とあへん法の罰則が競合する。そこで、あへん法五六条は、刑法の罪を比較して「重きに従って処断する」とした。

ここに、団藤教授の注目すべき見解がある⁽²⁾。このばあい⁽³⁾が観念的競合ではなく、法条競合のばあいであると考えながら、つぎのように主張される。「法定刑の重い方の罪が成立するが、しかも、刑は上限・下限ともに重い方による趣旨を含むものと解する⁽³⁾」と。そして、営利の目的でアヘン煙の輸入・販売・販売のための所持をしたときは法定刑として重い刑法第一三六条で処断するが、「あへん法第五二条により、五〇万円以下の罰金の併科も可能だと解しなければならぬ」、「刑法の罪名が成立するばあいに、あへん法第一条ないし第五三条にあたるときは、没収に関する同法第五四条の規定が適用されるものと解するべきである」とされる。刑法一三六条とあへん法⁽³⁾の規定の関係について、法条競合の一つのばあいとされながら、その取り扱い⁽³⁾は観念的競合に接近する。しかし、もし法条競合として考えるのであれば、適用されないあへん法による罰金の併科とか、同法五四条による没収はなされるべきではない。

観念的競合は数個の犯罪が現実⁽³⁾に存在するが、その源になっている行為の単一性に着目して、科刑上特殊の扱いをするばあいである。判例はかつて、刑法五四条の「其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス」の意味を数個の罪名中最も重い刑を

定める法条を適用し、それによって処断するものと、端的に解していた⁽⁴⁾。ところが、後に、他の法規に定める刑の下限よりも軽く処罰することはできないものと解するようになった。また、ドイツ刑法は、観念的競合について、「一個の同一行為が数個の刑罰法規に違反するときは、最も重い刑が定められた法規のみが適用され、刑の種類が同一でないばあいには、最も重い刑の種類が定められた法規のみが適用される」^(ドイツ刑法七三条)と定めている。したがって、この文言のとおり解釈すれば、かつてのわが国の判例の立場をとりやすい。しかし、ニーゼはいう。「七三条の吸収原則は吸収された法規に含まれる附加的犯罪が完全に無視されていることを意味するものではないことについて、今日では意見が一致している。……これはまず第一に、行為者が判決においてすべての単一行為として為された犯罪について有罪と宣告されること、またはこの有罪の言渡が、なかんづく累犯をも基礎づけることに明らかである。また適用されるべき最も重い法規の範囲内で、刑罰は附加的に為された犯罪の違法内容及び責任内容を顧慮して高められうるものであり、ただ、適用可能な刑罰の範囲の超過のみを七三条は禁じるものであることは、もはや何ら疑の存するところではない。……彼は二つの犯罪をまさに『実行した』⁽⁵⁾にちがいない……七三条は一個の行為により犯された多数の犯罪に対する刑罰確定原則を含むにすぎない」⁽⁶⁾。ニーゼもいうように、この理解については、判例・学説とも異論はない。ドイツにおいては、「法律の文言に反して」⁽⁶⁾まで、このように理解されている。観念的競合は数個の犯罪の成立が存在するばあいである。したがって、各法規中の法定刑の上限・下限ともに重い刑の範囲において考慮することは可能である。かつその必要性もある。

しかし、法条競合は数個の犯罪の成立が認められないばあいである。そこに、観念的競合との基本的な差異がある。もし、刑法第一四章とあへん法が法条競合にあるというのであれば、いずれか一方の犯罪だけが成立し、処断も

それに対応して行なわれなければならない。たとえば、営利の目的で阿片煙膏を所持したばあい、旧あへん法の規定と刑法一三六条を比較すると、刑法一三六条の方が重いので、これだけが成立し、六月以上七年以下の懲役に処すべきである。また、没収を行なうばあいも、刑法一九条にしたがつて、行なわれるべきである。情状によっても、罰金を併科することはできない。法条競合としたばあいの処断について、団藤教授の主張に対立する。しかし、旧あへん法五六条の「重きに従つて処断する」という文言が、刑法一三六条と旧あへん法の関係について法条競合であるという論理必然性はない。この意味において、団藤教授のように観念的競合に接近した結論をとりうる可能性も生じる。

ところで、営利の目的であへん煙膏を所持する行為は刑法一三六条の行為でも、あへん法五二条の行為でもある。このばあい行為の客体にだけ着目すれば、刑法一三六条と旧あへん法五二条の間に特別関係を考えることができる。したがつて、このばあい、刑法一三六条を優先的に適用すべしということも、理論的には可能である。しかし、あへん法五六条の「重きに従つて処断する」旨の規定がある。この文言は処断の仕方を命令する。処罰の準則を定めている。刑法一三六条と旧あへん法五二条のばあい、二個の構成要件的行為は存在している。そのばあい、あへん法五六条の「重きに従つて処断する」の規定が処罰阻却事由の作用することを阻止する。一方の刑罰法規だけで、当該行為を評価することを禁止する。営利目的で阿片煙膏を所持したばあい、刑法一三六条とあへん法五二条の構成要件に該当する行為はそのまま犯罪として成立することになる。二重の評価を受けるから、双方の刑罰を考慮することが許される。そして、適用されるべき最も重い刑の範囲で処罰される。適用可能な刑罰の範囲内で処罰される。したがつて、両刑罰規定を比較して、上限・下限なども考慮して、重い刑罰が科される。すなわち、「重きに従つて処断」される。このばあい、規定の形式上、観念的競合である。明示的な観念的競合とも考えるべきであらうか。あへん法

五六条の規定は刑罰法規間の関係事実にもとづいて、行為を評価することを禁止した。具体的な科刑においては団藤教授の見解に賛成できる。このばあい観念的競合として扱うのは当然である。

- (1) 反対、泉二・日本刑法論各論 昭和六年 二二一頁。生阿片も含むという。
- (2) あへん法五二条は昭和三八年法一〇八号によって、改正された。団藤教授の主張は旧法にもとづくものである。
- (3) 団藤・刑法綱要各論 昭和三年 二〇六頁
- (4) 大判大正三年一月一〇日 刑録二〇輯 二〇七九頁。大判大正五年四月一七日 刑録二二輯 五七〇頁。大判大正五年九月二二日 新聞一一七六号 二九頁。大判昭和九年七月二三日 新聞三七六二号 一三頁
- (5) Niese, a.a.O., S. 650
- (6) Maurach, a.a.O., S. 650

三 破防法四一条はその三八条から四〇条までの一定の犯罪の教唆行為に関する処罰の原則を定める。破防法において用いられている教唆の概念は、刑法総則において用いられている概念と異なることは周知のとおりである。刑法総則の教唆は「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル」とされている。しかし、破防法のばあい、一定の犯罪を実行する決意をあらたに生じさせるに足りる行為をなし、その結果、相手方をして、当該犯罪を実行する決意をいだくにいたらせることをもって足りる、と解されている。⁽¹⁾すなわち、被教唆者が、教唆にもとづいて犯罪を実行することは要件とされていない。ところで、破防法の教唆行為の後、被教唆者がそれにもとづいて、犯罪の実行をしたばあい、刑法総則の教唆行為をどのように考えるかが問題となる。それについて、破防法は「刑法総則に定める教唆の規定の適用を排除するものではない」とする。すなわち、破防法の教唆行為の後、被教唆者が、それにもとづいて犯罪の実行を

したばあい、刑法総則上の教唆犯も成立する。このばあい、破防法の教唆行為と刑法総則の教唆行為が重複する。しかし、たとえば内乱罪の教唆行為について、刑法総則上の教唆行為を認めるというのであれば、⁽²⁾ことさらに破防法がその重複する部分について、独立教唆犯を認める必要はない。破防法の教唆行為は刑法総則の教唆行為を認めるかぎり、補充的である。このばあい、補充関係を認める可能性はある。刑法総則上の教唆罪が成立していれば、ことさらに破防法の教唆行為を考えるまでもないといえる。

しかし、このばあいについても、一罪としてのみ評価することを破防法四一条の「その刑を比較し、重い刑をもって処断する」という規定が禁止する。観念的競合として考えなければならぬ。大塚教授はこのことを率直に認められる。「『その刑を比較し、重い刑をもって処断する』とは、刑法五四条一項に、『其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス』とされるのと異ならない」と⁽³⁾。

(1) 関・破壊活動防止法解説 昭和二十七年 一一五頁。神山・逐条破壊活動防止法解説 昭和二十七年 一五九頁。真田・破壊活動防止法の解説 昭和二十七年 一六一頁。団藤・前掲書 二四頁

(2) しかし、集団犯について刑法総則上の教唆の規定の適用があるかは問題がある。なお、団藤・前掲書 二五頁

(3) 大塚・特別刑法 昭和三四年 五一頁

四 爆発物取締罰則一二条も観念的競合についての規定として考えることができる。その一条は「治安ヲ妨ケ又ハ人ノ身体財産ヲ害セントスルノ目的ヲ以テ爆発物ヲ使用シタ」ばあいを処罰する。ここでは爆発物の使用が規定されているにすぎないから、必ずしも現実にそれが爆発にいたらなくてもよい。爆発物を爆発するような状態におくだけでよい。⁽¹⁾しかし、現実に爆発して建造物などを損壊したばあい、刑法一一七条の激発物破裂罪との関係が問題となる。

ダイナマイトを使用して、銀行内の金庫を爆破した行為について、大審院はかつてつぎのように判決した。「爆発物取締罰則第一条ニ身体財産トアルハ身体若ハ財産ノ義ニシテ爆発物ノ使用カ身体若ハ財産ヲ害セントスル目的ニ出テタルトキハ直ニ同条ノ罪ヲ構成スルモノト解スルヲ相当トス故ニ原判決ニ於テ被告カ判示金庫ヨリ金銭ヲ取出サント欲シダイナマイトニ雷管及導火線ヲ装置シタルモノヲ右金庫ニ置キテ爆発セシメタル事実ヲ認メ之ニ同条ヲ適用シタルハ正當ナリ而シテ刑法第百七条ハ前掲罰則第一条ヲ改廃シタルモノニ非サルノミナラス右所為ハ火薬類ヲ破裂セシメテ他人ノ家具ヲ損壞シ因テ公共ノ危険ヲ生セシメタルモノニシテ即チ刑法第百七条ニモ該當シ結局一個ノ行為ニシテ二個ノ法条ニ触ルルモノナルモ此ノ場合ニハ罰則第十二条ニ依リ重キ同罰則第一条ヲ適用シテ処断スヘキモノトス」と。爆発物取締罰則と刑法一一七条が観念的競合として、理解されている。⁽²⁾

ところが、これに対して、大塚教授はつぎのように反対しておられる。爆発物取締罰則一条の罪は「刑法一一七条の罪に対してはまったく特別罪であ」って、「両者間では、本罰則一条が当然に優先適用されるべく、観念的競合を論ずる余地はな」く、この大審院判決は「特別罪の意味をわきまえぬ点において失当である」⁽³⁾と。何故、大塚教授がこのばあいについて特別罪という表現を用いられたかは明らかではない。しかし、そのようにいわれる根拠をたどれば、おそらく、刑法一一七条の激発物と本罰則一条の爆発物の差異に着目したのではないかと思われる。本罰則一条にいう「爆発物」も激発すべきものの一種である。すなわち、「激発物」とは急激に爆発したり、破裂したりする物体である。⁽⁴⁾「爆発物」とは「理化学上のいわゆる爆発現象を惹起するような不安定な平衡状態において、薬品その他の資料が結合せる物体であつて、その爆発作用そのものによって、公共の安全を攪乱し、又は人の身体財産を傷害損壊するに足る破壊力を有するもの」である。⁽⁵⁾爆発物は、その内包において激発物を包摂している。⁽⁶⁾したがって、この

点だけを考慮すれば、本罰則一条を刑法一一七条に対し特別法として考えることもできよう。しかし、両刑罰法規の構成要件を総合的に判断すれば、ここに特別関係を認めることはできない⁽⁷⁾。結果発生⁽⁷⁾の必要性の有無、目的の有無を考慮すれば、本罰則一条の構成要件がその内包において刑法一一七条の構成要件を包摂していない。

爆発物取締罰則一条と刑法一一七条の関係については、むしろ前者が後者に対し補充的な規定であると考えの方が適切である。したがって、このばあいを補充関係とする可能性はある。しかし、ここでも爆発物取締罰則一二条の「重キニ從テ処断ス」という規定が、このばあいの補充的な関係事実が処罰条件として作用することを阻止する。このばあいも、明示的な觀念的競合として考えるべきである。

(1) 大判大正七年五月二四日 刑録二四輯 六一三頁

(2) 同趣旨の下級審判例として、仙台高裁判昭和三〇年四月一九日 高刑特二卷九号三四七頁がある。爆発を惹起せしめる意図の下に、無煙火薬を発動機のシリンダー内に入れて爆発せしめ、財物を損壊し公共の危険を生ぜしめたという事案について、「同罰則第一条の罪と刑法第一百七条の罪との觀念的競合を構成するものであって、そのいずれか一罪のみを構成するものと解すべきではない」と判示した。

(3) 大塚・前掲書 七四頁、同・刑法各論(下) 昭和四三年 七七〇頁

(4) 小野・刑法概論 昭和三五年 二三五頁、滝川(幸)・刑法各論 昭和二六年 二二四頁、藤木・注釈刑法(3) 一九一頁、大塚・前掲書 七七〇頁

(5) 最判昭和二八年一月一三日 刑集七卷一一号 二二二頁

(6) 小野・前掲書 二三五頁

(7) 同旨、村崎・前掲論文 七三頁

五 決闘ニ関スル件六条についても、これまでのべたことと同様に考えることができる。「決闘」とは双方の合意

にもとづいて、互に相手を殺傷するために行なう闘である。⁽¹⁾したがって、決闘ニ関スル件に定める行為と刑法上の殺人、傷害の行為との関係が問題となる。⁽²⁾このばあい、刑法上の生命・身体への罪に対し、決闘に関連して惹起された生命・身体への侵害行為は特別法として把握することができる。しかし、決闘ニ関スル件六条の「重キニ從テ処断ス」の規定がその関係事実の特別法の優先的適用を阻止する。決闘に関連して行なわれた生命・身体への侵害行為は決闘ニ関スル件と刑法による二重の評価をうける。そして、「重キニ從テ処断」される。

(1) 大判明治四〇年一〇月一四日 刑録一三輯一一三八頁。大判大正一三年一〇月一〇日 刑集三卷六五四頁。

(2) 団藤教授は、このばあい決闘殺傷罪だけが成立するとされる。理由はつぎのとおりである。「殺意のあるばあいにも決闘罪は殺人罪とは定型を異にし、したがって殺意を遂げなかったばあいにも決闘罪のほかに殺人未遂罪を構成するものではない」。前掲書 昭和三九年 三五二頁。しかし、殺意をもって決闘する行為が殺人罪の定型と異なるとはいえない。刑法は殺人行為について、特定の行為様式を定めていない。種々の殺人行為が予定される。殺意をもった決闘も殺人行為の一つの行為の態様である。また、団藤教授のように考えれば、殺意の意思をもって決闘の準備をしたばあい、殺人予備罪との関係について疑義が生じるであろう。この点について、教授ご自身が認識しておられる。前掲書 三五二頁 注(七)

六 結果的加重犯のばあい、「傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從テ処断ス」と規定されている。これを法条競合Ⅱ補充関係に関するものと考える者もいる。⁽¹⁾しかし、法条競合は数個の構成要件を充足する行為について問題となる。結果的加重犯のばあい、そもそも傷害の罪における構成要件該当性は存在しない。法条競合はそもそも問題とならない。このばあい、単に科刑の準則を示しているにすぎない。

(1) 高田・前掲書 五六〇頁

第四章 法条競合の罪数論的意味

一 法条競合は、数個の構成要件に該当する行為について、一個の刑罰法規だけが優先的に適用されるばあいである。このことは罪数論において、どのような意味をもつであろうか。

罪数論として、展開されているもののうち、犯意説と行為説はその理論自体に問題とすべきものを内包している。法条競合との関連を考えるまでもなく、これらの理論には疑問を感じる。

牧野博士は犯意の単複によって、罪数を論じておられる。犯罪行為が「意思」を客観化させたものであるという点をとらえれば、犯意ということを考える理由も理解できる。しかし、犯罪行為は「意思の客観化」されたものである。意思だけをもって、罪数を統一的に論じることにはできない。のみならず、犯意説は独立の意味をもつ理論ではないように思われる。牧野博士は観念的競合について、つぎのようにのべておられる。「……一個ノ行為ニ因リテ表示セラレタル犯意ハ、仮令数個ノ罪名ニ触ルル場合ニ於テモ、之ヲ單一ナルモノト解スルコトヲ得ヘシ」⁽¹⁾。要するに、犯意が単一かどうかは、それが一個の行為によって表示されたかどうかによるという。これは次のことに明白に示されている。「苟モ單一ノ決意ニ出ツル行為ナラムニハ、同一行為、牽連又ハ連続ナル特別ノ関係ナキ場合ニ於テモ之ヲ一罪ト断スルヲ相当トスヘシ。然レトモ、犯意ハ常ニ行為ニ依リテ表現セラルルモノナルカ故ニ、意思ノ單一モ亦行為ニ依リテ表現セラレサルヘカラス」⁽²⁾。犯意の單一も行為の單一によって、決定されるというのでは、意思説は行為説に接近したものとなる。

行為説は意思をも含んだ統一的なものを予定しているかぎりでは、意思説を越えるものがある。しかし、犯罪は行為

であることを根拠として、行為が一個であれば、一個の犯罪があるといえるかは問題である。このばあいの「行為」の意味を吟味する必要がある。なるほど、犯罪は行為である。しかし一方、このばあい、犯罪行為は構成要件該当・違法・有責な、しかも刑罰制裁によって禁止されたとする評価を加えられたものでなければならない。ところが、行為説のいう行為はその意味において用いられてはいない。そこでは、構成要件該当・違法・有責な、しかも刑罰制裁によって禁止された行為という法的な評価を考慮しない意味において、自然的な意味における行為が考えられている。つぎのことに、端的に現われている。メツガーは観念的競合についていう。「数個の刑罰法規の侵害にもかかわらず、一個の行為 (Handlung) だけが、つねに存在する。一個の行為は、つねに一個の犯罪だけを形づくる⁽³⁾」と。

なるほど観念的競合のばあいには、一個の行為だけがある。しかしこのばあいの行為は構成要件該当・違法・有責な、しかも刑罰制裁によって禁止された行為という意味ではない。その意味において、自然的な意味における一個の行為である。また、一個の行為は一個の犯罪である。しかし、それは犯罪であるかぎり、構成要件該当・違法・有責な、しかも刑罰の制裁によって禁止された行為という判断をうけたものでなければならない。同じく行為とはいっても、その内容はちがう。犯罪が行為であることから、ただちに観念的競合が一行為＝一犯罪と考えることはできない。観念的競合は、一個の行為が「数個ノ罪名ニ触レ」る^(四)（刑法五）ばあいである。「数個の罰則に違反する (eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt,……)」^(五)（ドイツ刑法七三）ばあいである。数個の犯罪行為が存在しているにもかかわらず、その源になっている自然的行為が一個であるというにすぎない。しかし、罪数論は犯罪とされる行為の数が問題になるばあいである。自然的行為によってのみ犯罪の数を論じることができないであろう。

(1) 牧野・日本刑法総論 昭和七年 四八三頁

(2) 牧野・前掲書 四八六頁

(3) Mezger, a.a.O., S. 469

二 結果説は行為から生じた結果を考慮して、罪数を論じる。単に、自然的な行為に基準をおくのではなく、そこから生じた結果に基準をおく。しかし、結果は構成要件に該当する事実として、存在する。したがって、結果説をとるときは、結局、構成要件該当の個数に基準をおくことになる。たとえば、滝川(幸)博士においては、このことが明白に示されている。「私は罪数の標準としては結果標準説によるべきであると考える。犯罪は構成要件に該当する行為である。構成要件の充足せられる毎に法益の侵害があり、その数に応じて可罰価値ある侵害事実が発生し、従って数個の犯罪が成立すると解すべきである⁽¹⁾」。結果の数は構成要件充足の数とされている。このような主張であれば、たとえ結果標準説をとなえるまでもない。

構成要件説は犯意説、行為説、結果説を止揚した形で展開された。すなわち、これらは「いずれも犯罪の一般概念における或る一つの要素を重要視し、それによって犯罪の個数を決定しようとするものである⁽²⁾」と批判する。そして、構成要件は「定型的に犯意と行為と結果とを綜合せる全体的な犯罪の概念であ⁽³⁾」って、「この確實なる全体的・具体的・現実的法律概念こそは極めて自然に、否必然的に犯罪の単複を決定する基準でなければならない⁽⁴⁾」という。このようにして、構成要件説を主張されたのは小野博士である。つぎの命題を提唱された。「構成要件を一回充足する事実があれば一罪であり、二回充足する事実があれば二罪である⁽⁵⁾」と。

構成要件説は、小野博士のいわれるように、他の説のような犯罪の一部分をとりだして罪数を論じるものではない。

い。犯罪という全体的な存在を数えるためには、より有効であるということとはできる。しかし、これをもって、すべてを統一的に論じることができるであろうか。とくに、法条競合の一罪性を論じることができるであろうか。この点について、村崎教授が批判を加えられた(本稿、第一章第二節五)。

確かに、法条競合のばあいにも、数個の構成要件の充足があることは認めなければならない。構成要件は違法行為の類型であり、観念的な形象である。したがって、法条競合のばあいといえども、構成要件充足の事実が一個であるとはいえない。構成要件充足の数を罪数判断の基準とすることは法条競合のばあいにも、不正確さを露呈する(6)。この構成要件説は、もっと端的には、包括一罪のばあいにも、その苦悩を明らかにする。すなわち、構成要件該当と構成要件充足とを区別して論じることによって、それを説明せよとする。すでに、未遂と既遂を論じるばあいにも、この二つの区別を用いられているが、罪数論においては、さらにそれとはちがう意味において、この二つの用語の区別を行なう。小野博士はつぎのようにのべておられる。「構成要件に該当する数個の行為があったけれども、それが包括して一回の充足があるにすぎない場合がある(7)」。そして、このばあいは「構成要件の特殊的な観念形象によって決定される(8)」ものであり、構成要件充足の一回性は各本条の構成要件の解釈適用の問題であるということになる(9)。たとえば、窃盗犯人が同じ機会に数回にわたって、物を運び出したばあいを考えてみよう。これを、構成要件充足の理論で考えると、窃盗罪の構成要件に「該当」する数個の事実があるが、それらを包括して構成要件の一回的「充足」があるにすぎないというわけである。しかし、このばあいに物の運び出しが一回にとどまったとしても、やはり構成要件の一回的充足があるとするであろう。構成要件該当または充足というものを、このように巧みに使い分けることが、はたしてできるのであろうか。このように、構成要件充足を罪数の基準とする立場は、一罪性が問題となるよう

なばあい、難問に直面することになる。

- (1) 滝川(幸)・前掲書 二五九頁
- (2) 小野(清)・「犯罪の単複と構成要件」 犯罪構成要件の理論所収 三三四頁
- (3) 小野(清)・前掲書 三三五頁
- (4) 小野(清)・前掲書 三三六頁
- (5) 小野(清)・刑法講義(全) 昭和七年 二四七頁。なお、小野(清)博士は大場博士に、ご自身の構成要件説の原初的な形態をみいだされていた。つぎのように評価しておられる。大場博士が「法律上一个ノ犯罪行為トハ単ニ一回法律ノ定ムル犯罪構成事実ヲ実現セシムル一個ノ行為又ハ相合シタル数個ノ行為ナリ」とされている(大場・刑法総論下 大正六年 八八二頁)ことに対して、「大場博士の罪数論は我が刑法学における大なる貢献であつた」と。前掲書 四〇〇頁
- (6) 平野教授も構成要件説が基準として、不正確であることを指摘しておられる。「それは数回構成要件に該当するにもかかわらず、なお一罪しか成立しないことがあるからである」とされる。「刑法の基礎」 法学セミナー一四四号 四二頁
- (7) 小野(清)・「犯罪構成要件の理論」 前掲書所収 一二頁
- (8) 小野(清)・前掲書 一二頁
- (9) 小野(清)・前掲書 一三〇頁

三 団藤教授は、罪数論において構成要件を基準にすることがもつともすぐれているとされ、⁽¹⁾構成要件説を展開される。しかし、小野博士の構成要件説を修正した形において、それを主張される。これは構成要件充足だけを基準にすることによっては、法条競合とか同種の観念的競合とか不可罰的事後行為の罪数を判断できないという認識にたたれるからのように思われる。すなわち、一般的には、ある事実が充足する構成要件の罪が成立するとされながら、つ

ぎのようにのべておられる。「その事実が数個の構成要件を充足するのか、または単にそのような外観をもつにすぎないのかが疑わしいばあいがある。また、単に同じ一つの構成要件を充足するにすぎないようにみえても、実はその構成要件を数回充足すると考えなければならないばあいがある。さらにまた、ある構成要件を充足する違法・有責な事実であっても、他の構成要件によって包括的に評価される結果、罪とならないばあいさえもある（不可罰的事後行為⁽²⁾）。これが団藤教授の罪数論の出発点である。一方では、「数個」の構成要件の充足を認めながら、他方では、それを「一回的」に包括的に評価しようとされる。

この説明のために、団藤教授は構成要件的评价の二面性ということをもちだされる。すなわち、構成要件的评价には、内包の面と外延の面があるとされる。内包の面とは「ある事実が当の構成要件に該当するか、また、これを充足するか⁽³⁾」ということである。外延の面とは「どの範囲の事実までを当の構成要件によって包括的に評価することができるか⁽⁴⁾」ということである。そして、罪数論で問題になるのは「構成要件的评价の外延の面にはかならない⁽⁵⁾」とされる。ようするに、この構成要件的评价の外延の面において、ある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であり、二回的に評価されるものであるときは二罪であるということになる。団藤教授のばあい、「罪数は構成要件的评价の回数によって定まる⁽⁶⁾」。構成要件の「包括的」评价が強調されている。

ところで、団藤教授はその刑法理論の基礎として定型ということを強調しておられる。当然、罪数論においても、この基本的立場が強調されなければならない。罪数論における犯意説、法益説（結果説）、行為説犯を罪定型を無視するものとして、否定される⁽⁷⁾。そして構成要件的评价の外延の面としてとらえる罪数論においても、「構成要件の定型の問題にかえる⁽⁸⁾」ものとされる。

したがって、団藤教授の罪数論はどの範囲の事実までをある構成要件によって、「定型的に」、しかも「包括的に」評価することができるかという問題になる。しかし、まさにこの点に、団藤教授の罪数論Ⅱ構成要件説の矛盾があるように思われる。とくに、団藤教授のいわれる構成要件の異質的包括性⁽⁹⁾の問題は、もはや定型を無視されるものである。構成要件充足の問題は構成要件の定型の問題ではある。しかし、ある構成要件が他の構成要件を充足する事実を包括的に評価することは、その構成要件の「定型をこえて」評価することを意味することにはならないであろうか。

もし、そうでないとすれば、団藤教授は、まず第一に、構成要件の評価の二面性という概念をもちだされる必要はなかったはずである。もちろん、構成要件の二面性そのものは否定できない。論理的には、一つの概念は二つの側面から考えることができる。内包と外延の面である。内包とはある概念が他のものから区別される性質である。外延とは、その概念が、完全に当てはまるところのすべての事実の集まりである。したがって、ある概念の内包が定めれば外延も定まる。また、外延が定めれば内包も定まる。内包と外延は、まさに一つの概念の二側面である。このことは構成要件についても、そのまま妥当する。⁽¹⁰⁾しかし、団藤教授のいわれる内包と外延とはこのような論理学的意味とは全く異なった意味において、用いられている。⁽¹⁰⁾ 団藤教授は、その語を構成要件の評価について、用いておられる。すなわち、その内包の面とはある事実が当の構成要件に該当するのか、あるいは充足するのかという問題としてである。したがって、ここでは、内包という語はある概念が他のものから区別される性質を示すものとして用いられてはいない。論理学上の意味における内包によって定められた構成要件がある事実をその中に含むかどうかという意味において用いられている。論理学上の外延の意味において、内包という語が用いられている。しかし、ともかく、その特殊な意味での内包が「定型」の問題であると把握しておこう。

ところが、もし構成要件の外延の面の評価、つまり包括的評価の問題が定型の問題であるとすれば、包括的に評価することの可能な事実の範囲は、ある構成要件の定型の中に予定されているものといわなければならない。包括的な評価の可能な事実の範囲をある構成要件が行為の型として予定していなければならない。しかし、そうだとすれば、ことさら、構成要件の包括的評価（外延）ということの問題にするまでもなく、団藤教授のいわれる構成要件的评价の内包の面の問題としてすむはずである。「ある事実が当の構成要件に該当するか、また、これを充足するか」という内包の評価とは別の側面として、外延というものをもちだす必要はないように思われる。しかし、団藤教授は外延というものをことさらにもちだされた。定型をこえたものを考えておられると理解するほかない。

さらに第二に、構成要件の包括的評価（外延）の問題を定型の問題であるとすることについては具体的にも疑問がある。たとえば、団藤教授は窃取行為後の器物毀棄の事実について、窃盗罪の構成要件が、これを包括的に評価できるものとしておられる⁽¹¹⁾。しかし、窃盗罪が、定型として、器物毀棄行為を包括的に評価できると考えることができるであろうか。定型として、そこから、明らかにみでた行為であろう。団藤教授ご自身、小野博士の構成要件説を修正するにあたって、不可罰的事後行為を「それは当の構成要件の外にはみ出る行為である」⁽¹²⁾とされている。したがって、当の構成要件からはみでる行為をその構成要件の中に含めて考えておられるとは到底考えられない。定型として、ある構成要件が他の構成要件を充足する事実を包括的に評価することができるとは広い幅をもつものであると理解することはできない。もし、そうであるとすれば、構成要件の定型というものは、定型としての性格を失なってしまうことになる。とすれば、包括的に評価するということは「定型をこえた」問題であると考えざるをえないのである。

以上のように、団藤教授の罪数論は「定型的に」構成要件の充足を考え、「定型をこえて」包括的に評価するとい

うことである。しかし、「定型的に」、「包括的に」ということは矛盾である。団藤教授の構成要件説も数罪のようにみえながら、一罪であるばあいの説明にあたり、深刻な疑問に直面する。

- (1) 団藤・刑法綱要総論 昭和三十三年 三三九頁
- (2) 団藤・前掲書 三三六頁
- (3) 団藤・前掲書 三三六頁
- (4) 団藤・前掲書 三三六頁
- (5) 団藤・前掲書 三三七頁
- (6) 団藤・前掲書 三三八頁
- (7) 団藤・前掲書 三三七頁
- (8) 団藤・前掲書 三三七頁
- (9) 団藤・前掲書 三三八・三四五頁
- (10) 村崎・前掲論文 一四頁
- (11) 団藤・前掲書 三三六・三四五頁
- (12) 団藤・前掲書 三三八頁

四 構成要件も、犯罪概念の部分的概念である。また、それは単なる觀念形象であり、違法行為の抽象的な型である。それ故に競合問題が生じるともいえる。抽象的な型としての構成要件に該当する事実が数個あるところに、競合問題が存在する。このばあいに、犯罪の単複を考えるのが罪数論である。構成要件説が違法行為の觀念形象としての構成要件に、犯罪という具体的・現実的な現象の数を数える基準をおこうとするとところに、そもそも限界がある。

構成要件に該当する事実が一個のばあいには罪数を論じるまでもなく一罪である。構成要件に該当する事実が一個か数個かは構成要件の解釈の問題である。したがって、構成要件の意味によって、決定される。たとえば、殺人罪のばあいは、人を殺す行為であるから、一人の人間を殺せば一個の殺人罪の構成要件に該当し、数人の人間を殺せば数個の殺人罪の構成要件に該当する。これに反し、窃盗罪のばあいは、所持を侵害する態様における所有権侵害行為が問題になるのであるから、所持侵害の数によって、構成要件該当の事実の数が決定される。構成要件該当の事実が一個のばあい、当然一罪である。数個のばあい、数罪である。

このばあい、構成要件該当の事実が数個存在すれば、競合の問題が生じる。これを一罪とするか数罪とするかはその数個の構成要件に該当する事実がそのまま数個の犯罪として成立しうるかどうかという問題である。ここでは、実質的な思考が必要となる。単一の基準によって決定されるとも思えない。また、全ての競合現象に統一的な基準を提示することも、必ずしも必要とは思えない。現実的に、行為者の意思、保護法益、刑罰法規間の関係などを考慮して決定せざるをえない。数個の構成要件に該当する事実について、その一方だけを犯罪として評価すべきか、全部を犯罪として評価すべきかが問題である。

法条競合のばあい、その各現象形式の発見の技術にも関連する諸特徴と法益の同一性の存在によって、数個の構成要件該当の事実があるにもかかわらず、犯罪としてはそのうちの一個だけを犯罪として評価しなければならぬばあいである。罪数論は数個の構成要件に該当する事実が存在するにもかかわらず、犯罪としては一個として評価すべきばあいがあることを契機として、再検討されるべき時期にきているように思われる。