

法条競合の諸問題 (一)

山 火 正 則

目 次

序	
第一章 従来 of 法条競合論 of 検討	
第一節 形式的法条競合論	
第二節 実質的の法条競合論	
第二章 法条競合 of 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、本号)	
第三章 法条競合 of 処断	
第一節 法条競合 of 一罪性	
第二節 法条競合 of 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 of 罪数論的意味	
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	

序

刑罰法規は社会にとって好ましくない行為に対し、刑罰を科する前提として、抽象的な形で定められている。社会秩序に違反する行為について、現実の生活現象として考えうる全てのものを型として構成要件の中にとりこむことは

到底不可能である。したがって、もろもろの現象につき、そこに含まれる要素を分析し、抽象的に記述するほかにない。しかし、一方現実の犯罪行為は全く孤立的に生じるとは限らない。多くは他の犯罪行為と結合したり、あるいは時間的に連続して現われる。ここに犯罪の競合の問題が生じる。これは「確たる法形式の所産であり、構成要件の概念的独立性の所産である」⁽¹⁾。ところで、このように刑罰法規が構成要件を記述するのは、ある行為が行なわれたばかりに、一定の刑罰を科すことを可能にするためである。したがって、重要なことは常にいかなる形において刑罰を科すかということである。これは競合問題についても同じである。したがって、ここで重要なことはその事実に対して一個の刑罰を科すべきか、数個の刑罰を科すべきかということである。刑罰は犯罪行為に対する効果である。したがって、このばあい結局一個の刑罰法規によって評価すべきか、数個の刑罰法規によって評価すべきかということが重要な問題となる。一回的に評価すべきか、そこには犯罪の競合はない。外観的に競合しているにすぎない。数回的に評価すべきかというのであれば、現実に犯罪が競合している。そして、このばあいはさらに二つに分けて考えられる。数回的评价をうけるべき源になっている行為が一個か数個かということによって、観念的競合と実在的競合(併合罪)に分けられる。法条競合は外観的に犯罪が競合しているように見えるにすぎない⁽²⁾である。

法条競合は刑罰法規による評価が一回であることが重要である。したがって、その源になっている自然的行為が一個か数個かは重要ではない⁽³⁾。ところが、ホーニツヒは法条競合のうち、特別関係は法条競合としてのみ生じ、補充関係は不可罰的事前行為としてのみ生じ、吸収関係は法条競合としても、不可罰的事前行為、不可罰的事後行為としても生じ、択一関係は法条競合としても、不可罰的事後行為としても生じるとしている⁽⁴⁾。即ち、法条競合は行為が一個のばあいに限定して考えられている⁽⁵⁾。しかし、このように行為の単複を区別して論じる必要はない。これはただ形式

的に区別するという意味しかもたない。ホーニツヒのいう法条競合も不可罰的事前行為・不可罰的事後行為も刑罰法規の評価を一回うけるにすぎないのであるから、実質的に同じものと考えられる。これらを法条競合と総称しても差支えない。もし、ホーニツヒのように考えることが説明の便宜のためとるのであれば、ヒルシュベルクのように、法条競合の源になっている行為が一個の場合を「外観的観念的競合」、⁽⁶⁾ 数個の場合を「外観的実在的競合」として分類し、いずれのばあいをも法条競合として把握する方が正確である。あるいは、M・E・マイアーのように、「不真正の観念的競合」と「不真正の実在的競合」として考えるべきであろう。⁽⁷⁾ 法条競合において、行為が一個か数個かということは重要ではない。⁽⁸⁾

では、法条競合の場合に唯一の刑罰法規が適用されるということとはどのような意味をもつのであろうか。法条競合はその理論的研究の展開がきわめて少なかったため、その本質はあいまいさを含んだままになっている。法条競合の処断を観念的競合と同一に扱ったり、法条競合ではないものをもそこに取り入れたりしている。本稿は法条競合の本質を追求すると共に、それに関連する諸問題即ちその本質上法条競合として認めるべきものの範囲、処断の方法、その罪数論上の意味をたずねようとするものである。⁽⁹⁾

- (1) Wach, *Legalitive Technik*, VDA VII, S. 83
- (2) いわゆる包括一罪も一個の刑罰法規だけが適用される場合である。しかし、法条競合とは区別される。これは刑罰法規相互間の問題ではない。ある刑罰法規そのものの意味の問題である。
- (3) Geerds, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, S. 152
- (4) Honig, *Straflose Vor- und Nachtat*, 1927, S. 18ff., 31ff., 65ff., 96ff.
- (5) Honig, a. a. O., S. 8

- (6) Hirschberg, Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 53, S. 34ff.
- (7) M.E.Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 501, 511
- (8) 団藤教授は次のように述べておられる。「法条競合の観念を行為が一個であるばあいにかぎって用いることもある。これはもはや用語の問題にすぎない。重要なことは、犯罪の競合があるかどうかの点だけである」と。刑法綱要総論 昭和三二年 三四六頁

(9) 本稿は先に公表した「法条競合の本質」(法学第三四卷第四号 昭和四六年一月 掲載)を基礎として展開したものである。独立の論稿として扱ったため、前稿と重複する部分もある。あらかじめお断りして、諒承を得たいと思う。

第一章 従来法の法条競合論の検討

法条競合についてはその本質論が展開されることはほとんどなかった。多くは法条競合と考えられる具体的なばあいをあげ、法規間の相互関係から一方の刑罰法規だけの適用があるというにとどまる。ここでは、わずかではあるが、いくらかでも法条競合の本質を説明しようとした理論をとりあげ、その検討を行なうことにしよう。もっとも、これらの理論は相互の関連の下に批判止揚されたものとはいいがたく、論者それぞれが孤立的に理論展開を行なったといっても過言ではない。それだけに法条競合を説明しつくしたといえる理論展開はなされなかったように思われる。しかし、部分的には正しきを含むものも多い。

法条競合は刑罰法規相互の関係の問題である。そこに各刑罰法規の概念を論理的に比較することによって、法条競合を説明しようとする契機が存在する。このような観点から、法条競合の本質をみようとする見解を形式的法条競合論とよぶことにする。これに対し、何らかの実質的意味を付与しようとするものを実質的法条競合論とよぶことにする。

第一節 形式的法条競合論

一 刑罰法規間の相互関係に着目して、法条競合を論理的に把握したものととして、U・クルークをあげることができる。まず、概念関係を異質 (Heterogenität, Getrenntsein)⁽¹⁾ 同一 (Identität, Gleichheit, Deckung)⁽¹⁾ 包摂 (Subordination, Einschließung, Inklusion)⁽¹⁾ 交差 (Interferenz, Überschneidung, Kreuzung) に分類する⁽¹⁾。

「異質」とは概念Aに属する事柄が概念Bには絶対属さないばあいである。窃盗罪と横領罪との関係が例示されている。このばあい、いかなる行為も同時にこの双方の構成要件を充足することはありえないという意味においてである。「同一」とは異質と反対のばあいである。すなわち、概念Aに属する全ての事柄が概念Bに同時に属し、かつその逆も成立するばあいである。「包摂」とは概念Aに属する全ての事柄は概念Bに属するが、その逆は成立しないばあいである。謀殺罪 (ドイツ刑法 二二一条) と故殺罪 (ドイツ刑法 二二三一条) との関係が例示されている。「交差」とは概念Aに属するものの中概念Bに属するものと属しないものがあり、かつ概念Bに属するものについては同時に概念Aにも属するばあいである。二つの概念が異質でも、同一でも、包摂でもないばあいは、必然的に「交差」である。詐欺罪と偽証罪との関係が例示されている。

U・クルークはこのように概念関係を分類したうえで、これを法条競合の各形式に当てはめる⁽²⁾。「異質」と「同一」とは法条競合としては考えられない。法条競合は少なくとも二個の構成要件が「交差」していることが必要である⁽³⁾。同じ法体系において、「同一」の関係にある複数の構成要件を記述することは無意味である。また、「異質」の関係にある構成要件の間では、いかなる競合も考えることはできない⁽⁵⁾。そこで、法条競合としては、「包摂」と「交差」だけを考へることになる。結局、U・クルークは特別関係を「包摂」、補充関係を「交差」の関係として把握する⁽⁶⁾。

U・クルークによると、一般的に吸収関係とされているものはほとんど補充関係として把握することができるとされる。したがって、ことさら吸収関係を法条競合の一形式として考える必要はなくなる⁽⁷⁾。また、一般的に吸収関係とされているものであっても、「交差」の関係を認めえないものについては、法条競合として考えることはできない。したがって、U・クルークによれば、殺人罪と器物毀棄罪との間には法条競合を認めることができないうことになる。

ところで、特別関係が論理的に「包摂」のばあいであり、補充関係が「交差」のばあいであることは一応承認することができよう。しかし、これは単に特別関係、補充関係であるばあいについて、概念論的分析を行なったにすぎない。特別関係は論理的には「包摂」である。「包摂」の関係が存在すれば、特別関係を認めうることは多いであろう。しかし、「交差」のばあいは異なる。「交差」は法条競合のばあいばかりでなく、観念的競合のばあいも考えうる。論理的に「交差」の関係が存在するからといって、ただちに法条競合とはいえない。このばあいは、法条競合と観念的競合は全く同じ可能性をもつと考へうる⁽⁸⁾。U・クルーク自身も法条競合を考へるにあたって、概念論的分析だけでは不十分であり、目的論的観点をもつて補う必要があるといわざるをえなくなる⁽⁹⁾。しかし、彼の法条競合論は概念論的分析に終始し、その目的論的観点の内容がいかなるものかについては何も述べていない。

しかし、「包摂」が特別関係と結びつくことは疑問の余地はない。また、「交差」が観念的競合のばあいもあるにせよ、法条競合のばあいもあることは否定できない。その意味ではU・クルークの理論は法条競合の存在を確認するひとつの手がかりを与えるものといえる。法条競合を単に法規相互間の関係としか論じない一般の見解に対し、高く評価すべき点であるといえよう。

- (1) Ulrich Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68, S. 403ff.
- (2) U. Klug, a. a. O., S. 405ff.
- (3) U. Klug, a. a. O., S. 409
- (4) U. Klug, a. a. O., S. 412
- (5) U. Klug, a. a. O., S. 412
- (6) U. Klug, a. a. O., S. 405f.
- (7) U. Klug, a. a. O., S. 415
- (8) U. Klug, a. a. O., S. 409, 413
- (9) U. Klug, a. a. O., S. 413

二 U・クルークより早い時期に、法条競合を刑罰法規相互の關係の側面から論じたものにベーリングがある。ベーリングは法条競合と觀念的競合との區別を行なうために、類型相互の關係から出發すべしという⁽¹⁾。類型相互の關係として、排他關係 (Exklusivität)、特別關係 (Spezialität)、中立關係 (Neutralität) を考えている。

排他關係とはつぎのばあいである。「一方の類型を肯定することが同時に必然的に他の類型を否定することを意味し、またその逆のばあい。すなわち、二つの類型の間に対立の存在するばあい⁽²⁾。生と死の概念の關係、窃盜罪と横領罪の關係が例示されている⁽³⁾。排他關係においては「論理的に、二個の刑罰法規相互の間には全く關係がない⁽⁴⁾」。したがって、このばあい、「一般的に競合の問題は生じてこない⁽⁵⁾」ことになる。特別關係とはつぎのようなばあいである。「一方の類型を肯定することが同時に必然的に他方の類型を肯定することであるばあい。すなわち、広い概念と狭い概念との關係、上位概念 (Oberbegriff) と下位概念 (Unterbegriff) との關係において、広い概念・上位概念が狭い概

念・下位概念によって除外されるばあい。したがって、下位概念を肯定することは同時に必然的に上位概念を肯定することではあるが、その逆すなわち、上位概念を肯定することが同時に必然的に下位概念を肯定することにはならない⁽⁶⁾。加重構成要件あるいは減輕構成要件と単純な類型との関係が例示されている。このばあい、「ある類型と他の類型の特別関係は上位類型に対する刑罰の『補充性』⁽⁷⁾をもたらず。すなわち、上位類型の刑罰は下位類型の刑罰が問題とされないばあい⁽⁸⁾にだけ通用される」。ペーリングは現在一般法・特別法とされているものをそれぞれ上位類型・下位類型と考えている。中立関係とはつぎのばあいである。「一方の類型を肯定することが他の類型を肯定することでも、否定することでもない」ばあい。器物毀棄罪と傷害罪、侮辱罪と脅迫罪との関係が例示されている。このばあい、「この類型は相互に並存することも、対立関係にたつこともない。相互に種類を異にするものではあるが、反撥しあうものではない」⁽⁹⁾とされている。

ところが、ペーリングは中立関係が認められるばあいには、「唯一の刑罰だけを科すことができる」⁽¹⁰⁾という。したがって、中立関係として、観念的競合と法条競合のばあいを考えることができることになる。すなわち、いう。「これに属する全てのばあい、一方の刑罰はただ『補充的』である。『法条競合』だけを補充性の思考形式に属させ、そこに観念的競合に対する法条競合の特徴を見出すのは明らかに誤りである。刑法七三条の『吸収 (Absorption)』もまた補充性以外の何物でもない」⁽¹¹⁾と。

それでは、中立関係のばあい、観念的競合と法条競合とをどのように区別するのであろうか。ペーリングは観念的競合、法条競合ともに二個の刑法法規間の条件関係ではあるが、その条件そのものの内容的差異をみのがすことはできないとして、次のようにいう。「その刑罰の除外とともに、それにかかわる類型じたいをも除外すべきことを意味す

ることがありうる。したがって、ここでは法は次のことを望んでいる。単に刑罰だけではなく、類型そのものをも評価すべきでない。その刑罰法規そのものが全体として補充的であることを。これがいわゆる法条競合のばあいである。その行為は結局基本的な刑罰法規の観点の下で評価される⁽¹²⁾と。また、いう。「刑罰だけが単に評価されないばあいにも、補充性を考えることができる。……その行為は構成要件的には二重に評価され、ある類型と他の類型に該当し、構成要件的認識としては二重の犯罪 (Doppelverbrechen) である。……これが観念的競合の本質である。確かに、吸収 (Absorption) は補充性ではあるが、刑罰の補充性だけである⁽¹³⁾と。したがって、ベーリングの結論は観念的競合も、法条競合も「行為の二重類型性 (Doppeltypizität) が存在し、その差異は一方の類型が評価されないという点にだけ存在する⁽¹⁴⁾」ということになる。すなわち、中立関係は一方の刑罰が科されないばあいだが、そのうち刑罰だけの除外のばあいが観念的競合であり、類型そのものも除外されるばあいが法条競合であるというわけである。しかし、ベーリングのばあい、刑罰だけの除外か類型そのものの除外かをどのように判断するのかという問題がさらに残る。これについて、ベーリングはいう。「補充性における一方の類型を評価しないことのもつ意味は他の類型について考えられる可罰性が正義の観点からみてすでに十分なものである⁽¹⁵⁾」と。一方の類型によって評価するだけで、「正義」が十分に実現されるといえるか否かを問題にしている。しかし、余りにも包括的すぎる説明である。観念的競合、法条競合を分ける基準としては機能しえないであろう。

- (1) Beling, Die Lehre von Verbrechen, 1964, S. 304ff.
- (2) Beling, a. a. O., S. 282
- (3) Beling, a. a. O., S. 282

- (4) Beling, a. a. O., S. 305
- (5) Beling, a. a. O., S. 305
- (6) Beling, a. a. O., S. 284
- (7) ベーリングは三つの意味において「補充性」という概念を用いる(Beling, a. a. O., S. 310)。一、観念的競合のばあい。二重類型性の下における刑罰だけの補充性(本稿九頁参照)。二、特別関係のばあい。上位概念の下位概念に対する刑罰と類型の補充性。三、吸収関係(Konsumption)のばあい。ベーリングのいう中立関係のうち法条競合の認められるばあい。
- (8) Beling, a. a. O., S. 325
- (9) Beling, a. a. O., S. 285
- (10) Beling, a. a. O., S. 306
- (11) Beling, a. a. O., S. 306
- (12) Beling, a. a. O., S. 306
- (13) Beling, a. a. O., S. 307
- (14) Beling, a. a. O., S. 309
- (15) Beling, a. a. O., S. 308

三 U・クルークもベーリングもまず概念関係を分析することによって、法条競合論を展開した。これに対し、小野博士は構成要件そのものの分析を行なうことよって展開される。いわゆる構成要件の形態的類型論である。次のようにのべておられる。「構成要件は、法律的に定型化された特殊の犯罪概念として、結局各本条に規定された犯罪類型であるが、その個々の法律的定型的な概念を分析し、又比較して観察してみると、その間にある一般的な形式が見

出される。たとえば、侵害犯と危殆犯というごとき。又或る二つ又は二つ以上の構成要件の間に形態的な、又は寛やかな意味の類型性が見出されることがある。例えば、暴行罪・傷害罪・傷害致死罪、又は窃盜罪・強盜罪・強盜致死罪は、それぞれ独自の構成要件ではあるが、寛やかな意味で同一の類型であるといふこともできる。ここから二つ又は二つ以上の構成要件の形態的類型性といふものが考えられる。……かやうな二つ又は二つ以上の構成要件における形態的類型性は、刑法各論の体系化に一つの観点を与えるものとして重要であるが、特に刑法の適用における一般的な問題である罪数（一罪・数罪）の問題を考えるについて重要な意義を有するとおもはれる⁽¹⁾と。すなわち、法条競合は「形態的に類型を同じくする二つの構成要件に該当する場合」であり、観念的競合は「形態的類型を異にする二つの構成要件に該当する場合」である⁽²⁾と考えておられる。

しかし、この見解に対して、村崎教授によって批判が加えられている。すなわち、小野博士のような見解にたてば、「同種類の観念的競合と同種類の実在的競合の数罪性が否定されることになる。なぜならば、同種類であるということは形態的類似の極限だからである⁽³⁾」と。この批判に対し否定することはできない。構成要件の形態的類型論を基礎として、法条競合を説明することは他の競合の形式の説明にあたって矛盾におちいる。

(1) 小野清一郎・「犯罪構成要件の理論」 犯罪構成要件の理論 昭和二八年 一二三頁

(2) 小野・前掲論文 一三四頁

(3) 村崎精一・「刑法における法条競合論」 金沢大学法文学部論集法学篇一四卷 一三項

法条競合は刑罰法規相互の関係の問題である。したがって、論理的な比較を行なうことも、法条競合存在の認識

の一つの方法として意味をもつ。しかし、とくにU・クルークの「交差」、ベーリングの中立関係のように、そこに法条競合のばあいだけでなく、観念的競合のばあいをも含むことがある。形式的な側面からだけ、法条競合を理解することはできない。実質的な側面からの理論展開が期待される。

第二節 実質的法条競合論

一 小野博士は構成要件の形態的類型性に基く法条競合論とは別個に、実質的な理論展開をも行なっておられる。犯罪は道義の侵犯であるという基本的立場からなされたものである。すなわち、次のような論理展開である。「犯罪は単なる軌範の侵犯ではなくして道義に対する背反であり、道義の侵犯であらねばならぬ。しかも、其は国家の刑法において罰せられるべきものとして規定された行為である。国家は自ら道義実現のためにこれを規定するのである。犯罪とは反道義的行為にして、しかも刑罰法規の構成要件に該当し、処罰に値するものであるとの刑法上の責任判断である。この根本観念において犯罪の単複を論ずるものでなければならぬ。されば構成要件の一回的充足といふも、其は単なる形式的意味でいふのではない。構成要件そのものがすでに反道義的な行為の定型である。其の充足とは亦其の反道義性を具現する意味においてであるべき」であり、「道義的意味の同一なる場合には法条競合であり、道義的意味を異にする場合が観念的競合である」と。⁽¹⁾

しかし、この道義的意味の同一性という概念は余りにも一般的にすぎ、およそ法条競合を積極的に意味づけることはできない。すでに法条競合であるとされているものに、単に後からそのような概念を付したにすぎないと思われる。しかも、小野博士は他の箇所において、殺人罪と器物毀棄罪の間にも法条競合を認めておられる。⁽²⁾ このばあい、

いかなる意味において、構成要件の道義的意味の同一性が存在するのであろうか。

さらに、小野博士は罪質の同一性を基準として法条競合論を展開されたことがある。「法条競合とは、一個の行為的事実に対して二個の構成要件を適用し得るかの如くであるが、その二個の構成要件が本来その罪質を同じくするもので、二つとも適用する必要はなく、一方の適用によって他方の適用が排除される場合」であり、「罪質を同じくする法条が競合するときは、その中の一つが優先して適用されることになる道理である⁽³⁾」というものである。ここにいふ罪質の同一性という概念は構成要件の道義的意味の同一性の概念よりも明瞭ではある。しかし、罪質概念も多義的である。犯罪行為の態様なども含んだ意味でそれを用いるのであれば、各犯罪間に罪質の同一性を考えることはできなくなる。また、法益の意味として用いるのであれば、ことさら罪質の同一性という必要もない。さらに、前掲(一二頁)のように、小野博士は殺人罪と器物毀棄罪の間に法条競合を認めておられる。しかし、このばあいの罪質の同一性とは一体何であらうか疑問である。

(1) 小野清一郎・「犯罪の単複と構成要件」 前掲書 四〇二頁

(2) 小野・刑法講義 昭和二三年 二六六頁

(3) 小野・刑法概論 昭和三五年 一七三頁

二 マウラッハは法条競合のばあい、法益の同一性が存在すべきことを強調する。まず、法条競合について、次のようにいう。「法条競合は一個の行為そのものは数個の構成要件によって評価されうるが、この構成要件のうちの一つだけが事実の違法内容を十分評価し尽すばあいである⁽¹⁾」と。そして、このような法条競合が観念的競合と区別さ

れるメルクマールを論じる。すなわち、問題になっている数個の構成要件が「同一の法益を保護する全てのばあいには法条競合を認めるべきこと、異なった法益への侵害が問題になるばあいは観念的競合を認めることは疑もなく確かなことである⁽²⁾」。しかし、それにもかかわらず、法益の同一性は法条競合の存在を「推定」できるにすぎず、具体的なばあいには実益がないともいう。法益の同一性の基準を「全く利用できないというわけではない」という意味で、それを肯定する⁽³⁾。しかし、マウラッハは法条競合を考えるについて、法益の同一性以外の明確な基準を示してはいない。結局、最初にあげた命題の中での、「違法内容」の評価の問題に帰着するのであろうか。しかし、法条競合を確定するために、有効に機能するとは思われない。

(1) Maurach, Deutsches Strafrecht, All. teil, 3. Aufl., S. 636

(2) Maurach, a. a. O., S. 637

(3) Maurach, a. a. O., S. 638

侵入または忍び込み窃盗(ドイツ刑法二四三)と住居侵入罪(ドイツ刑法一二三)と誘惑の罪(ドイツ刑法一八二条一項)と侮辱罪(ドイツ刑法一八五)などのばあい、法益の異なることが例示されている。

三 ドーナは法条競合の本質を違法内容の包含にあると考えている。次のようにいう。「観念的競合は行為の違法内容を一つの構成要件の中に排他的に包含することによって評価できないばあいに存在し⁽¹⁾」、法条競合は「数個の法律上の観点の一つがその行為の違法内容を十分に包含する」ばあいに存在すると⁽²⁾。自分の娘を強姦したばあい、近親相姦罪(ドイツ刑法一七三)と強姦罪(ドイツ刑法一七七)と、現在している人を殺す目的で、その住居に放火したばあい、放火罪(ドイツ刑法三〇七)と

謀殺罪(ドイツ刑法三二一条)の觀念的競合であると例示する。これに対し、利得の目的で文書を偽造し、これを行使して他人の財産を侵害したばあい、文書偽造罪(ドイツ刑法二六七条)だけが成立し、詐欺罪(ドイツ刑法二六三条)は成立しない。他人の住居に放火したばあい、放火罪(ドイツ刑法三〇六条)だけが成立し、建造物損壊罪(ドイツ刑法三〇五条)は成立しない。このように法条競合を例示する。事実の違法内容がある一方の構成要件によってだけ評価することが妥当かどうか法条競合の存在を確認する基準になると考えている。したがって、成立する刑罰法規の違法内容が成立しない刑罰法規の違法内容を包含するばあいが法条競合であるというわけである。

しかし、ドーナのいう違法内容概念も必ずしも明瞭なものではない。このばあいも、すでに法条競合と具体的に考えるものについて、後からそのような概念を付すことによって説明しているように考えられる。

(1) Dohna, Grenzen der Idealkonkurrenz, ZStW 61, S. 136ff.

四 法条競合を考えるばあいに、違法内容の包含を問題とするものとして、さらにゲールズがいる。まず、競合の問題をつぎのように分ける。(1) 犯罪の単一(Verbrechenseinheit)のばあい、これは「法的に判断して、唯一の包括的な構成要件実現だけを意味する」ばあいである。⁽¹⁾(2) 数個の構成要件に対応する刑罰が現実的に重複するばあい。(3) 数個の構成要件に対応する刑罰が外見的にだけ重複するばあい。ここでは「数個の形式的に該当する刑罰法規について、実際には唯一の形罰法規だけが一個の包括的な刑罰権をもち、他の法規を實質的に適用できないと考えられるばあい、刑罰の外見的な重複だけが存在する」⁽²⁾ことが問題となる。したがって、数個の構成要件の実現はあるが、

刑罰権が一個しか存在しない。このばあい⁽³⁾が法条競合である。第一のばあいは競合の問題は生じない。第二・第三のばあいは外見的にしる、現実的にしる競合の問題である。それでは第二・第三のばあいを区別するものは何であろうか。換言すれば、刑罰権が一個か数個はどのように判断するのであるか。ゲールズのいう法条競合論はどのようなものなのであるか。

ゲールズはいう。「刑罰権にとって、決定的なものは刑罰法規の意味でなければならない⁽⁴⁾」と。それでは刑罰法規の意味はどのようなものであるか。次のようにいう。「刑罰の枠をもって、刑法上の制裁の可能性を限界づけたり、刑の量定のための拠り所を与えることが、一個ないし数個の刑罰法規の意味だとすれば、刑罰の枠は構成要件に記述された行為が単に観念的にしかもちうるにすぎないところの違法内容に対応する⁽⁵⁾」と。かくして、ゲールズの法条競合論は次のように集約される。「もしひとつの刑罰法規がある事件の違法内容を十分にくみ尽すのであれば、他の構成要件の違法内容は当該法規の刑罰の枠によって完全に包含されるから、処罰にあたり他の構成要件を考慮することは不要であるばかりでなく、禁止される⁽⁶⁾」。それは「立法者の意に反する⁽⁷⁾」ものであり、このばあい「唯一の刑罰法規だけが現実に刑罰権をもつ⁽⁸⁾」。

すなわち、ゲールズによると、法条競合は刑罰の枠と対応する違法内容の包含にあるというわけである。したがって、法条競合のばあい、一方の刑罰法規の違法内容が他のそれを包含するということは法定刑の重いものが軽いものを包含することと同じでなければならぬはずである。しかし、このように考えると一般法と減輕特別法の特別関係のばあい、法条競合を認めることができなくなる。しかし、ゲールズはその特別関係を法条競合とする。次のようにいう。「ある法規の違法内容が小さいこともありうる。ただ、構成要件の記述だけが決定的である。特別法は一般法の

構成要件を必然的に前提としているはずである。それは解釈上確立される⁽⁹⁾と。さらに、ゲールズは被吸収法の違法内容が吸収法の違法内容より大きいばあいについても、法条競合の存在を認める。レモン水一本を即時に飲むために盗んだばあいの解決の方法が例示されている。このばあい、ドイツ刑法三七〇条一項五号「少量または些細な価値の食料品、嗜好品……を即時に消費するために窃取……した者」としてのみ処罰される。刑罰は一五〇ドイツマルク以下の罰金または拘留である。このばあい、ビンの窃取も考慮にいれば、単純窃盗罪^(ドイツ刑法二四二条)の構成要件にも該当する。しかし、ゲールズはこの適用はないとして、次のようにいう。それは誰もが「考えつきもしないほど自明のこと⁽¹⁰⁾」であり、「二四二条そのものが重い法規だとしても、この構成要件実現の違法内容はここでは独立していないとみなさなければならない⁽¹¹⁾」からであると。このように、ゲールズは具体的な問題になると軽い刑罰法規が重い刑罰法規を包含することを認めている。これは法条競合を違法内容の包含の問題とし、違法内容を刑罰の枠に対応するものと考えるゲールズの基本的態度と矛盾するものであろう⁽¹²⁾。軽い刑罰法規が重い刑罰法規を除外して適用されることのあることは承認しなければならぬ。したがって、ゲールズ理論は外在的にはこのばあいを説明できないことになる。さらに、内在的にはこのばあいを説明することによって矛盾におちいることをまぬがれない。法定刑に手がかりをおく違法内容の包含を法条競合の基礎におくことはできないように思われる⁽¹³⁾。

- (1) Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 150
- (2) Geerds, a. a. O., S. 151
- (3) Geerds, a. a. O., S. 147, 155
- (4) Geerds, a. a. O., S. 164

- (5) Geerds, a. a. O., S. 164
- (6) Geerds, a. a. O., S. 164
- (7) Geerds, a. a. O., S. 165
- (8) Geerds, a. a. O., S. 166
- (9) Geerds, a. a. O., S. 219
- (10) Geerds, a. a. O., S. 219
- (11) Geerds, a. a. O., S. 220

(12) 村崎教授は減輕的特別法と一般法との間に特別關係としての法条競合を否定される。特別關係のばあい、違法内容の包摂を必要とすると考えておられるからである(村崎・前掲論文 四九頁。なお、後述二八頁)。理論としては一貫している。

(13) ルドルフ・シュミットはゲールズが違法内容の包含を法条競合の基礎と考えることについて反論する。「違法内容のほかに、構成要件の中に類型化されている責任の内容や危険性の内容をも考慮に入れなければならないであろう(もちろん、具體的に実現された構成要件の責任と危険性ではない)」(Rudolf Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 73, S. 48)と。しかし、ゲールズの法条競合論の是非は別として、違法内容を問題とするかぎり、類型化された責任・危険性をことさら問題にする必要はないであろう。違法内容を問題にすれば、それらもそこに含まれているからである。

五 村崎教授も法条競合について違法内容を問題とされる。しかし、その包含ではなく、「一区切り」を問題とされる。これは罪数論における構成要件説に対する批判として展開された。村崎教授は法条競合をめぐって、構成要件説に対する疑問を提出された。すなわち、「多くの犯罪事実に対しては、構成要件説は妥当な判断を提出するのであるが、罪数論においてとくに論じなければならないのは、まさに、『構成要件を一回充足することに一罪』という命

題によるだけでは、妥当な判断を確保することができない場合についてである「とみななければならない」⁽¹⁾と。そして、法条競合がこのばあいのひとつであると考えておられる。これはルドルフ・シュミットの主張した命題に契機をもつものである。ルドルフ・シュミットは次のように述べた。「(法条競合においても)数個の構成要件が現に充足され、後の思考において、はじめてひとつの構成要件が他の構成要件によって排除される」⁽²⁾と。村崎教授はこれを承認し、理論展開をされる。「法条競合の一罪性は個々の構成要件の定型性の問題ではなく、⁽³⁾「『犯罪定型』として『各の構成要件において類型的に予想された事実の範囲』の問題ではない」。「罪数は犯罪の成否を問題にするのではなくして、成立した犯罪をどのように数えるかを問題にする」ものであり、「成立した犯罪をどのように数えるかについては、構成要件充足の数を離れて目的論的観点を介入させることができるのではなくして、目的論的観点によって指導されなければならない」⁽⁴⁾。そして、この目的論的観点とは「科刑上の効果を合理的ならしめる観点」と「訴訟上の効果を合理的ならしめる観点」⁽⁵⁾である。この目的にかなう罪数判断の基準として「違法内容の一区切り」⁽⁶⁾が考えられている。そして「科刑上の効果を合理的なものにする観点から認められる違法内容の問題として、「法条競合においては、異なった数個の構成要件の充足が予定されている」ので、「違法内容の『質的異同』」が問題となるが、そこには「質的同一性が認められる」とされる⁽⁷⁾。

村崎教授が法条競合を手がかりとして、罪数論の再検討を試みられようとしていることは高く評価しなければならない。しかし、それにもかかわらず、その主張に対しては種々の疑問がわく。まず、法条競合のばあいも数個の構成要件の充足があるという認識したいは正しい。しかし、それがただちに数個の犯罪が成立したといえるかどうか疑問である。また、「違法内容の一区切り」について、科刑上の効果を合理的ならしめる観点と訴訟上の効果を合理的な

らしめる観点を考えておられるのに対し疑問がわく。同一の犯罪事実について違法内容を二つ考えるのはどういうことであろうか。

また、法条競合は違法内容の質的同一性が認められるばあいとされているが、その意味が明らかでないようである。村崎教授は具体的問題として、着衣に火を放って人を殺害したばあい、殺人罪は器物毀棄罪を吸収するとしておられる。⁽⁸⁾しかし、いかなる意味において、このばあいに違法内容の質的同一性が存在するといえるのであろうか。村崎教授はイエシエックのいう「同じ攻撃方向の枠内」では攻撃の程度の強い犯罪が弱い犯罪を排除するという命題⁽⁹⁾に依拠して、このばあい「違法内容の質的同一性」があると思われている⁽¹⁰⁾。しかし、このイエシエックの命題と村崎教授のいわゆる違法内容の質的同一性がいかなる形で結合されるのか、明らかでない。また、イエシエックの命題自身何らかの実質的な根拠を必要とするものと思われる⁽¹¹⁾。そうでなければ、「同じ攻撃方向」の意義さえ明らかとならないように思われる。違法内容の質的同一性の概念はあいまいなのではないだろうか。

- (1) 村崎・前掲論文 一八頁
- (2) Rudolf Schmitt, a. a. O., S. 45
- (3) 村崎・前掲論文 一七頁
- (4) 村崎・前掲論文 四七頁
- (5) 村崎・前掲論文 一一一頁
- (6) 村崎・前掲論文 一一〇頁
- (7) 村崎・前掲論文 一一一頁

- (8) 村崎・前掲論文 九八頁
- (9) 後述 四九頁
- (10) 村崎・前掲論文 一一一頁
- (11) 後述 五七頁

これまで展開された法条競合論を批判的に概観した。形式的法条競合論にせよ、実質的法条競合論にせよ、きわめて不完全不明瞭な理論展開であった。すでに法条競合として個々の認められているものに対し、後から何らかの根拠を与えるという形で論じられているように思われるものもあった。これは競合理論そのものがいまだに未開拓であることと、考察対象としての具体的現象が複雑多岐にわたることとのためである。

以下において、法条競合とされている各現象形式をとおして、詳しく考察することにしよう。

第二章 法条競合の現象形式

第一節 明示的補充関係

数個の構成要件を充足する行為があるにもかかわらず、一個の刑罰法規だけが適用されるばあいがある。立法者がその意思を明示的に宣言しているばあいである。たとえば、主要食糧緊急措置令一〇条(以下、令一〇)はつぎのように定めていた。

「主要食糧ノ配給ニ関シ不実ノ申告ヲ為シ其ノ他不正ノ手段ニ依リ主要食糧ノ配給ヲ受ケ又ハ他人ヲシテ受ケシメタル者ハ五

年以下ノ懲役又ハ五万円以下ノ罰金ニ処ス其ノ刑法ニ正条アルモノハ刑法ニ依ル」

したがって、欺罔的手段による主食の不正受配のばあい、これと刑法二四六条詐欺罪との関係が問題となる。これについて、主食の不正受配はそもそも詐欺罪の構成要件を充足しないという見解がある⁽¹⁾。もし、そのように理解すれば、ここに競合の問題はまったく生じない。構成要件充足の行為が一個だからである。しかし、主食の不正受配が同時に詐欺罪の構成要件を充足するばあいはありうる⁽²⁾。したがって、もし令一〇条が前段だけをもって規定されていたとすれば、主食の不正受配について詐欺罪との観念的競合を考慮すべきばあいもありえよう。しかし、後段において、「其ノ刑法ニ正条アルモノハ刑法ニ依ル」としているので、令一〇条の適用はない。令一〇条は詐欺罪の構成要件を充足しない主食の不正受配についてだけ適用される。すなわち、補充的な意味において、適用されるにすぎない。立法者は詐欺罪に当る主食の不正受配行為について、詐欺罪として評価するだけでよい、統制違反として評価する必要はないと宣言したわけである。

同様の規定はドイツ刑法一四三条にも見出すことができる。つぎのように規定する。

「自己の監督義務の下にある一八才未満の者を適切に監督しなかつた者は、被監督者が、監督義務者の適切な監督があれば防
止できたはずの重罪又は軽罪と定められている行為を行なったばあいには、一年以下の懲役又は罰金に処する。他の規定において刑が定められているばあいは、この規定を適用しない」

ここでも、他の規定の構成要件を充足しないばあいだけでなく、ドイツ刑法一四三条が適用されることが宣言されている。

令一〇条とドイツ刑法一四三条は一個の犯罪を成立させるべきばあいを立法者が宣言している。裁判官は法の適用

について、選択の余地がない。その宣言は絶対的である。その意味において、このばあいを絶対的明示的補充関係とよぶことができる。⁽³⁾このばあい、構成要件間の行為の関係がいかなるものであるのか、理論的には二重に評価すべきではないのか、ということを検討する必要はない。数個の構成要件を充足する行為があるにもかかわらず、一個の犯罪だけが成立する。法条競合の存在が疑もなく、認識される。⁽⁴⁾

(1) その根拠。詐欺罪は個人的法益に対する罪であり、人の財産的利益の侵害を内容とする。しかし、不正受配行為は国の食糧配給統制をみだすものであり、国家的利益を侵害するものである。本来国家的法益にむけられた詐欺的行為は個人的法益を保護する詐欺罪の定型性を欠く。福田^{II}・団藤・「騙取した米穀通帳による配給米の受領と詐欺罪の成立」判例研究二巻二号 一一八頁、団藤・刑法綱要各論 昭和三九年 四九一頁、福田・刑法各論 昭和四一年 三三九頁、同・注釈刑法(6) 昭和四一年 一六八頁、大塚・刑法各論(上) 昭和三九年 三九七頁

(2) 判例は詐欺罪の構成要件にも該当するものがつねであった。参照、最判昭和二三年四月七日 刑集二巻四号 二九八頁、最判昭和二三年七月一五日 刑集二巻八号 九〇三頁、最判昭和二三年一月四日 刑集二巻一號 一四四六頁、最判昭和二五年二月二四日 刑集四巻二號 二五七頁、最判昭和二六年五月八日 刑集五巻六号一〇一二頁

主食の不正受配行為について、それが統制違反の行為であるとしても、具体的な行為の態様によっては詐欺罪の構成要件をも充足することがありうると思われるべきである。まず、令一〇条と詐欺罪の保護法益の異なることを理由に、不正受配行為は詐欺罪の構成要件を充足しないとはいえない。国家も個人と同じ地位において、財産罪の被害者となることはありうる。これは不正受配行為が詐欺罪の構成要件を充足することはないとする論者も認めるであろう(たとえば、団藤^{III}・前掲書 四九〇頁)。さらに、不正受配行為は財産犯の性格をもちえない単なる統制違反としてだけ考えるべきではない。「統制経済の下にある財産(商品)に対する売主側の現実的支配の秩序を不正に侵害」するという事実をみのがすことはできない(藤木^{IV}・経済取引と犯罪。昭和三四年 三四頁)。「統制されてゐる行為自身の性質は私人間の取引とは特に変わるところがない」(平場^V・尾中・詐欺罪における欺罔(と騙取 総判研(一五) 一三八頁)。

(3) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931, §73—V12b. H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 413, Jagusch, StGB, 1957, e2 vor §73, Geerds, a. a. O., S. 180, Maurach, a. a. O., S. 639

(4) 村崎教授は絶対的明示的補充関係は法条競合の基体をなすものではないとされる(村崎・「法条競合」熊本法学二号二〇項)。しかし、数個の構成要件を充足していながら、一個の刑罰法規しか適用されないものとして、法条競合である。一方の刑罰法規だけの適用がもつとも明瞭に把握されるという意味において、基本的な法条競合のばあいともいえる。他の法条競合の形式は一個の刑罰法規だけが成立するといいうるために、種々の理論的根拠を必要とする。

なお、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は法条競合ではない。(参照、本稿第三節第三章第三節)

第二節 特別関係

一 法条競合は歴史的には特別関係の認識から出発した。中世末期イタリア法学において、類と種の関係にある二個の犯罪のばあい、一個の制裁だけを加えるべきとされていた。ゲールズによると、このばあい、バルトルウスは法条競合を考慮していた⁽¹⁾。ドイツにおいて、法条競合が意識されたのは一九世紀中頃であるが、ここでも特別関係だけが認められていた⁽²⁾。A・O・クルークは一八四二年に殺人罪と傷害罪の関係について、明確に「特別法は一般法を排除する」とのべている⁽³⁾。また、ドイツ大審院に現われた法条競合の認識も特別関係についてであった。ドイツ大審院は一八八六年につきのよびのべた。「法条競合の要件はつぎのとおりである。数個の刑罰法規が同じ構成要件を定め、一方の法規が一個または数個の概念要素を狭く限定し特別な形において含むことによつて區別されることである。この要件の下でのみ数個の刑罰法規を侵害した一個の行為が刑法七三条によつてではなく、特別法によつて……罰せられるのである⁽⁴⁾」。

さらに、特別関係を明文文化している刑法典もある。イタリア刑法一五条はいう。「いくつかの刑罰法規、または同じ刑罰法規の中のいくつかの規定が同じ範囲のことを規定しているばあい、特別法または特別規定が一般法または一般規定に優先して適用される。但し特段の定あるばあいはこの限りでない」。オランダ刑法五五条二項はいう。「一般規定に該当する一個の行為について、特別規定が該当するばあい、単に特別規定だけが適用される⁽⁵⁾」。しかし、このように特に規定していなくても、特別関係は広く認められている⁽⁶⁾。

(1) Geerds, a. a. O., S. 24

(2) Geerds, a. a. O., S. 24, 54f.

(3) August Otto Krug, Ueber die Concurrrenz der Verbrechen und insbesondere über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens, 1842, S. 27f.

(4) RG. 14—384

(5) いずれもゲールズが資料として掲載しているドイツ語訳によつた。Geerds, a. a. O., Anhang, S. 14, 23

(6) デンマーク、フィンランド、ユーゴスラビア、オーストリア、スイスにおいて特別関係が法条競合とされているといわれる。Geerds, a. a. O., S. 77f.

二 特別関係のばあい、何故に特別法だけが適用され一般法は除外されるのであろうか。法条競合のうちでも、最も明瞭な存在形式をとる特別関係の分析を行なうことにより、法条競合の本質にも迫ることが可能となるであろう。特別関係は二つの方法によって認識することができる。ホーニツヒによるものと、U・クルークによるものであ

る。ホーニツヒはいう。「特別法の中に一般法の全ての要素を含んでおり、しかもなお一ないし数個の特別な要素を含んでいるばあい⁽¹⁾」。U・クルークは、論理的に包摂の關係が認められるばあいに特別關係が存在するという。すなわち、概念Aに属する全てのものが概念Bに属するが、その逆は成立しないばあいである⁽²⁾。

特別關係の説明としてはどちらも正しい。その實質は同じものである。ホーニツヒの概念規定は構成要件要素の意味するものを分析し、その構成要件の意味する事実を、それ以外の全ての事実から区別する性質を見出すことによつて、構成要件相互の比較を行なおうとするものである。論理的には、構成要件の「内包」に着目したものである。これに対し、U・クルークの概念規定はある構成要件に該当する諸事実に着目することによつて、いかなる範圍までの事実をその構成要件に含ませることができるかを見ようとするものである。論理的には、構成要件の「外延」に着目したものである⁽³⁾。論理的には、ある概念の内包が定まれば、その外延も定まる。どちらに着目した概念規定も、それは単に観点の相違にすぎない。ホーニツヒの概念規定では、特別法の内包は一般法の内包より内容が豊富になる。特別法の内包は一般法の全ての要素に、さらに一ないし数個の特別な要素を付加されたものだからである。一方、特別法の内包は一般法のそれより豊富であるから、特別法の及びうる範圍はそれだけ狭くなる。すなわち、外延は小さい。一般法の構成要件に該当する全ての事実は特別法の構成要件にも該当するが、その及びうる範圍が狭い特別法の構成要件に該当する事実がその及びうる範圍の広い一般法の構成要件に全部的に該当することはありえない⁽⁴⁾。このように、ホーニツヒの概念規定も、U・クルークの概念規定も、単なる観点の相違にもとづくものとして理解される。

しかし、特別關係の存在を認識する方法としてはホーニツヒがすぐれている。特別法を規定するのは、一般法に何

らかの理由により特殊なばあいを認めることが必要だからである。刑罰法規はまず、その解釈を必要とする。U・クルークの概念規定を用いての特別関係の存在の確認も、結局はホーニツヒの概念規定を用いての特別関係の存在の確認をとおして考えうるものである。その意味では、外延に着目したU・クルークの概念規定はこのばあい一種の結果論である。

特別関係が存在するためには、まず、構成要件の内包における包摂がなければならない。

(1) Honig, Straflöse Vor- und Nachtat, 1927, S. 113

シエンケ＝シュレエダもホーニツヒと同じ概念規定をする。「数個の刑罰法規が同一の事態に及び、その前提のもとに、一個の法規がその概念要素のうち的一個または数個の要素を狭く限定し、特別に形成することによってのみ區別されるばあい」 J. Schönke＝Schröder, a. a. O., 64—vor 873

なお、岡田・刑法原論(総論) 大正九年 四六一頁。不破・井上・刑法総論 昭和三〇年二一九頁。莊子・刑法総論 昭和四四年 七九頁。

(2) Ulrich Klug, a. a. O., S. 403ff.

(3) 村崎・前掲論文 四三頁以下

(4) したがって、包摂の意味がそれぞれの観点に応じて異なってくる。ホーニツヒにしたがうと、特別法が一般法を包摂する。U・クルークにしたがうと、一般法が特別法を包摂する。

三 特別関係は「構成要件」の内包における包摂の存在がまず確認されなければならない。

もちろん、このばあい構成要件そのものが法的概念であるから、その規範的意味を全く無視することはできない。

たとえば、傷害罪と動物傷害罪とを比較して、人は動物の一種であるとして、両者に特別関係を認めることはできない⁽¹⁾。

しかし、また、法定刑の軽重を考慮した可罰的違法内容の包摂の関係でもない。もし、そのように考えるならば、減輕的特別関係を否定することになる⁽²⁾。減輕法と一般法とを全く異なるものとみななければならなくなる。村崎教授は警察犯処罰令二条二九号のいわゆる野荒しの罪と窃盜罪、森林窃盜罪と窃盜罪、囑託・承諾殺人罪と普通殺人罪について、特別関係をみとめない⁽³⁾。この問題は特別関係のばあいには、特別法が犯罪行為後に廃止または削除されたばあいは一般法の適用の可否に関連させて考えられている。特別関係は可罰的違法内容の包摂であるとする見解にたっても、加重法が廃止されたばあいに、一般法を適用するということではできない。加重法が廃止されても、一般法の可罰的違法内容で評価することはできる。加重法の可罰的違法内容は一般法の可罰的違法内容を包摂しているとみることができからである。しかし、これに反して、減輕法の可罰的違法内容は重い一般法の可罰的違法内容を包摂することはできない。したがって、その特別法が廃止されれば、包摂していない一般法の可罰的違法内容をもって、特別法に当たる事実を評価することはできないということになる。村崎教授はつぎのようにのべておられる。「たとえば、尊属を殺害した事実に対する確定判決前に二〇〇条が削除もしくは廃止されれば普通殺の限りでの有罪判決が可能であり、事後強盜の事実に対する確定判決前に二三八条が削除もしくは廃止されれば窃盜および暴行・脅迫についての有罪判決が可能であるが、野荒しの事実、森林窃盜の事実、囑託殺人の事実などに対する確定判決前にそれぞれ警察犯処罰令二条二九号が、森林法一九七条が、刑法二〇二条後段が削除もしくは廃止されれば、あるいは普通窃盜であるいは普通殺人で有罪を言い渡すことができるのではなくして、刑が廃止されたときとして免訴の言渡をしなければならぬ

い⁽⁴⁾と。

ところで、村崎教授はここで減輕的特別關係として三つの例をあげておられるが、これらは同列に論じることとはできない。警察犯処罰令二条二九号と窃盜罪との關係は他の二つの例のばあいの關係と區別して考えなければならぬ。窃盜罪における「財物」とは規範的構成要件要素であり、まずもってその財物性が問題とされる。財物性をそなえていけば、窃盜罪の行為の客体となりうるが、そなえていないばあいにはそもそも窃盜罪を考える余地はない。構成要件を比較すると、警察犯処罰令二条二九号がその内包において窃盜罪を包摂しているとはいえない。U・クルークの分析にしたがえば、「異質」な關係にあるといえよう。したがって、法条競合は問題とならない。警察犯処罰令が廢止されれば、―特段の定のないかぎり―廢止前の行為について免訴の言渡をすることになる。

しかし、森林窃盜罪と囑託・同意殺人罪のばあいは事情がちがう。森林窃盜罪⁽⁵⁾は刑法二三五条に対する特別法である。森林におけるその産物も「財物」といえるが、森林窃盜に対する犯罪意識のきわめて稀薄である点を考慮して、一般の窃盜のばあいよりも刑を減輕したものと考えられている。もし森林窃盜罪の規定が廢止または削除されたとしても、森林の産物が「財物」性をそなえているかぎりにおいては、廢止前の行為について免訴の言渡をすることはできない。一般法が存在するかぎり、その適用をうける。囑託・同意殺人罪と普通殺人罪の關係についても同様である。村崎教授に対し、高田教授はつぎのように批判しておられる。「基本的な殺人罪の規定は嚴存しているのに軽い形態だからといって、同じく人を殺した場合をまったく処罰の範圍外においてよいかは疑問がないではない。この点は、たとえば分娩直後の嬰兒殺人に関する軽減規定（仮案三三七参照）が廢止されたような場合にはますますその疑いが強くなってくる（廢止前の行為は免訴だとすれば、廢止後の行為は無罪となることも考えあわすべきである）」⁽⁶⁾と。すなわ

ち、実質的に、基本的な殺人罪の規定が厳存しているのに、同じく人を殺した行為を不問に付することはできないというわけである。囑託・同意殺人罪の構成要件は普通殺人罪の構成要件を、その内包において包摂している。特別関係の包摂を可罰的違法内容であるとすれば、減輕的特別関係を否定する方向におもむく。しかし、一般法と減輕法の間に、一般―特別の関係を認めうるにかかわらず、特別関係を予定しないことは理論的にも疑問であるし、かつ實際的にも妥当でない結論に至る。

(1) 村崎・「刑法における法条競合論」 金沢大学法文学部論集法学篇一四卷 五〇頁

(2) 第一章第二節四でふれたように、ゲールズは法条競合において、違法内容の包含を問題にする。しかも、その違法内容は法定刑の範囲との関連のうえに理解されていた。したがって、減輕的特別関係を法条競合として認めることができないのではないかという疑問が生じた。しかし、ゲールズは認めた (cf. a. O., S. 199)。

(3) 村崎・前掲論文 五〇頁

(4) 村崎・前掲論文 五〇頁

(5) 三笠義孝・「森林法に就て(主として森林犯罪に関して)」 司法研究一八輯 一〇頁、一五三頁。「森林犯罪に対する一般の犯罪意識は極めて稀薄で森林放火と云へば如何にも重大に響いて来るが野火と云へば恰も御祭騒ぎ位にしか考えて居ない、森林窃盜に付ても同様で之を犯しても左程悪い事をした様には考えて居らない様である、之れ山林に対する觀念が海河の夫れと同様天恵の共有物と云ふ様な考が伝統的に働いて居るからではないかと思はれる。比点は外国でも同様である様に見える」という。理論的には「森林における産物の占有状態が一般の場合に比してはるかにゆるやかである」といふことである(植松・全訂刑法概論Ⅱ 三八〇頁)。

(6) 高田・注釈刑法(2)のⅡ 五五九頁

四 特別関係は構成要件を比較して、その内包における包摂の関係の存在を必要とする。これに関連して、一般法に数個の減軽法が競合したばあい問題が生じる。

ゲールズは困窮から少量の食料品を即時に消費するために窃取した行為を例にあげて、論じている。ここではドイツ刑法二四二条の単純窃盗罪に対して、減軽犯としての二四八条aの困窮窃盗罪と三七〇条五号の消費物窃盗罪が競合している。ゲールズはいう。「どちらの減軽的構成要件も他の構成要件を必然的に前提とするものでなく、したがってその行為を法的にくみつくすものではないから、特別関係は否定されなければならない。法条競合が他の形式においても存在しないかぎり、二個の法規によって罰せられるべきである」と。⁽¹⁾特別関係を否定し、観念的競合をもって処断すべしとする。

しかし、このように理解すれば、より軽い減軽犯は、まったく考慮されないことになる。ただちに、このような結論を下すことは疑問である。

これに対して、ペーリングはいう。このばあいに、「一方の刑罰法規が他方の刑罰法規に対して重要でないということは支持されない」、「数個の減軽的類型相互はいわば裏がえされた観念的競合の関係にあ」り、「構成要件は両方とも確定されるが、軽い刑が重い形を吸収する」と。⁽²⁾数個の犯罪の成立することを認め、科刑は軽い刑にしたがうというのである。ここでのべられている裏がえされた観念的競合について、ペーリングはそれを「刑法七三条に違反するものではなく、そこでの基本的観念の意味にかなった発展にすぎない」という。⁽³⁾

これに対して、ヘフナーは刑法七三条の規定の「明白なる観念に対する違反が存在することがみのがされるべきでない」という。⁽⁴⁾ペーリングのように断定することはできない。一般法に減軽法が競合しているばあい、そのもとにな

っている行為が一個だからといって、ただちに軽い刑を定めた法規を選択すべきではない。観念的競合との関連のうえに考えるのであれば、成立している減輕法が「數個」であることを理由にして、より重い減輕法をもって処断すべきであるということも可能である。裏がえされた観念的競合という概念には、十分な根拠がないように思われる。軽い減輕法を適用すべきであるというのであれば、ヘフナーのように、端的に「軽い刑罰法規を適用するか、もしくは軽い可罰性が当をえたことである⁽⁵⁾」というべきであろう⁽⁶⁾。

このばあい、ゲールズの見解が参考になる。つぎのようにいう。「實際的には、もっとも軽い法規だけを適用することも許されないし、より重い法規だけで判決することも正しくない。何よりもまずそのような処断の方法は法的に基礎づけられない⁽⁷⁾」と。より軽い減輕法を優先的に適用するにせよ、より重い減輕法を優先的に適用するにせよ、その根拠を競合の問題として、一般的に論じることができない⁽⁸⁾。もし、數個の減輕法の間に関包における包摂の關係が認められるならば、減輕法相互の間の特別關係として、特別法を優先させることができる。しかし、實際的には、そのような關係にある減輕法は見あたらない。一般法に対して、數個の減輕法が相互關係になく、単に並列しているにすぎないばあが多い。このばあいには、どちらの減輕法を優先させるか決めつけることはできない。

數個の減輕犯相互間に内包における包摂の關係がないばあいは、観念的競合を認めることも考えなければならぬ。そのばあいには、いずれか一方の減輕事由が考慮されないことにもなるが、特別關係の一般法理から認めざるを得ない。村崎教授は、このように考えるならば、「最も重キ刑ヲ以テ処断⁽⁹⁾」されるのであって、もっとも軽キ刑をもつて処断されるのではなく、まずもつて、妥当性の見地からの抵抗を免れない⁽⁹⁾といわれる。しかし、「もっとも軽キ刑をもつて処断」することが、一般的に「妥当性の見地」にかなうとばかりはいえないであろう。

もちろん、減輕法相互間に包摂關係が存在していなくとも、一方の減輕法を他の減輕法に準用適用できるばあいはある。そのばあい、競合の問題とは別個に一方の減輕法だけを適用すべきである。判例に現われたように刑法二四四條を森林窃盜のばあいにも適用できるといふのはそのような趣旨において理解される。判例は森林窃盜罪の「保護の客体ハ刑法ノ窃盜罪ト等シク個人ノ財産權ニ外ナラス左レハ森林窃盜罪ニ関スル規定ハ刑法窃盜罪ノ規定ニ対シニ特別法タル地位ヲ有スルモノト謂フヘク從テ森林窃盜罪ニ付亦刑法ニ所謂親族相当ニ関スル規定ヲ容認スルヲ以テ極メテ適切ナリトスヘシ⁽¹⁰⁾」⁽¹⁰⁾としたり、「森林窃盜罪も……その本質においては窃盜罪で……あるから、刑法の窃盜罪に関する規定……の適用があるものと解するのが相当である。そして、親族相当例に関する刑法第二百四十四條の規定は……親族容隱の思想ないし親族内部の非行に対する國權の干渉を避けんとする思想に由来するものであるが、この思想を森林法が特に排除したものは考えられない⁽¹¹⁾」⁽¹¹⁾としたり、「刑法二百四十四條は……特別法所定の窃盜罪を除外する趣旨を、毫も其の中を含むものでないと解することも出来る⁽¹²⁾」⁽¹²⁾とする。最高裁も「特別法に定める窃盜罪についても格段の定めがないかぎり、その適用を除外すべき理由はない⁽¹³⁾」⁽¹³⁾とする。減輕法相互間に特別關係が存在するかどうかではなく、森林窃盜罪に刑法二四四條を準用することができるかどうかという形で問題とされている。

(1) Geerds, a. a. O., S. 199

(2) Beling, Die Lehre von Verbrechen, S. 312

(3) Beling, a. a. O., S. 312

(4) Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen Bd. II, 1908, S. 118, Anm. 76

- (5) Höpfner, a. a. O., S. 118
- (6) 同旨。Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S. 353。ヒンディングはこのばあいを扱一関係の一種と考
える。彼は扱一関係のばあいもつとも重い刑をもって処断すべしというので(本稿、第二章第六節)このばあいは例外と
して考える。
- なお、フランク、ヴェルツェルも同じ趣旨である。理由はのべられていない。Frank, a. a. O., §73 VIIa, Welzel Das
Deutsches Strafrecht, 10. Aufl., S. 229
- ヒッペルは困窮窃盗と消費物窃盗のばあいをあげて、つぎのようについて。「困窮窃盗の規定は窃盗罪より軽く罰しよう
とするものであるが、困窮による消費物窃盗より重く罰しようとするものではない。したがって、困窮窃盗は消費物窃盗に対
して補充的である」。Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S. 523 Anm. 6
- (7) Geerds, a. a. O., S. 199, Anm. 294
- (8) 高田教授は「減輕法規が競合するかにみえる場合……たとえば親族間で森林窃盗を犯した場合には親族相盗例は森林窃
盗に対しても特別法と解すべきかを問題とすればよい」とされる。注釈(2)のII五五九頁。
- 村崎教授は「それは嚴格には罪数の問題ではない」とされる。前掲論文 五三頁。
- (9) 村崎・前掲論文 五一頁
- (10) 朝鮮高院判昭和一四年七月三日 評論二九卷諸法 三四頁
- (11) 仙台高判昭和三〇年九月一三日 高裁判特二卷一六・一七合併号 九〇三頁
- (12) 名古屋高金沢支部判昭和三〇年九月二九日 高刑集八卷一〇号 一三〇五頁、高裁判特二卷二〇号 一〇二九頁
- (13) 最判昭和三三年二月四日 刑集一二卷二号 一〇九頁
- (14) なお、東京高判昭和三〇年一月二六日 高裁判集八卷九号 一一四〇頁は「森林法第一九七条所定の森林窃盗の罪につ
いては……刑法第二四四条の規定の準用はないものと解するを相当とする」という。

五 減軽法が競合したばあい、その相互間に包摂の關係が存在しなければ特別關係を考へることはできない。これは加重犯が競合したばあいも同様である。バツヘンフェルトは尊屬殺人を他の可罰的行為を行なうに際して行なつたばあいについて、ドイツ刑法二一四條（「罪となる行為を企圖するに當り其の實行を妨げる障礙を除去するためまたは現行犯の逮捕を免れるために故意に人を殺害した者は十年以下の重懲役または無期懲役に処す」）と二一五條（「血族屬に対する故意殺人は十年以下の重懲役または無期懲役に処す」）とが成立するとしている（この兩規定は一九四一年九月四日に削除された）。理由はつぎのとおりである。「もし二一五條だけを適用しようとするれば、その行為が他の可罰的行為を行なう際になされたという事情、すなわち立法者が尊屬に対する行為を行なうことと同じ意味を与えたところの事情を考慮しないことになる。もし二一四條だけを適用しようとするれば、行為者がまさに尊屬を殺したということを考慮しないことになる」⁽¹⁾。相互に内包における包摂の關係にないから、一方の加重的刑罰法規だけ適用すれば、他の加重的刑罰法規をまったく考慮しないことになる。

ゲールズは從屬關係にある者に対する虐待罪（ドイツ刑法三三三條a）と重い傷害罪（ドイツ刑法三三四條）との關係について、單純傷害（ドイツ刑法三三三條）に対しては双方とも特別關係ではあるが、「重い傷害は必ずしも自己に從屬する者への虐待を前提とするものではない」として、この加重法相互の間に觀念的競合を認める。⁽²⁾

わが国においても、判例は強盜が尊屬を死に致らしめたばあいについて、強盜致死罪と尊屬傷害致死罪の觀念的競合とする。強盜致死罪は強盜罪と傷害致死罪との結合犯ではあるが、強盜罪と尊屬傷害致死罪との結合犯ではないとして、「刑法第二百四十條後段ニ所謂人トハ同法第九十九條に所謂人ニシテ、通常人ニ対スル場合ニ比シ其ノ刑ヲ加重シタル尊屬ヲ包含セサルモノト解スルヲ相当トス」⁽³⁾という。強盜致死罪は尊屬傷害致死罪をその内包において包摂していないから、觀念的競合を認めるわけである。數個の加重法の内包における包摂關係の存在がないかぎり、特別關係を認めることはできないということが明らかである。

しかし、加重犯の競合のばあいには、加重犯相互が一般法と直列的に包摂の関係にあるばあいがみうけられる。ドイツ刑法二四三条一項の教会窃盗と二項の侵入窃盗は二四二条の単純窃盗に対して特別法であるといえるが、さらに一項と二項の間にもその内包における包摂の関係がある。「神に対する礼拝のためにあてられた建物から、礼拝のために捧げられた物件を窃取」する(一項)ことは、その内包において「侵入、忍び込み……」によって、建物……から「窃取」する(二項)ことを包摂しているからである。ヘフナーはこのばあいに、侵入窃盗は「教会窃盗の通常的行為形式」であることを理由として、教会窃盗だけで評価しようとする。⁽⁴⁾しかし、端的に包摂関係を確定することで解決すべきばあいである。また、わが国の盗犯防止法二条一号の常習兇器携帯強盗罪と強盗罪の間にも同様のことがいえる。盗犯防止法二条一号は普通の強盗行為に対して常習性と兇器携帯との特別要素を付加することにより、強盗罪をその内包において包摂しているからである。窃盗罪—強盗罪—兇器携帯強盗罪は直列的に包摂の関係にある。盗犯防止法二条一号だけが成立する。⁽⁵⁾

- (1) Wachenfeld, Theorie der Verbrechenkonkurrenz, 1893, S. 56
- (2) Geerds, a. a. O., S. 200
- (3) 大判昭和一八年四月二三日 刑集二二卷六号 九六頁
- (4) Höpfner, a. a. O., S. 116
- (5) 同旨、村崎・前掲論文 五〇頁

六 一般法に対する数個の減輕法の競合も、加重法の競合も、特別化すべき要素はともに減輕事由として、あるい

は加重事由として一般法に対し同一の方向において付加されている。加重法相互、減輕法相互が同じく加重する方向において、あるいは減輕する方向において存在しているので、一般法との法定刑の差の大小で一応加重事由、減輕事由の強弱を知ることができる。したがって、軽い加重法と重い加重法、重い減輕法と軽い減輕法について、さらに一般法―特別法とすることができるかどうか検討することができる。すなわち、加重法相互、減輕法相互について、一応一般法―特別法の関係を予定して内包における包摂の關係の存在を確認する余地はある。

ところが、一般法に加重法と減輕法が競合するばあいは事情がちがう。加重法―一般法―減輕法の間、直列的に特別關係を認めることはできない。加重法は加重する方向において、減輕法は減輕する方向において特別化されているからである。

減輕法と加重法を比較して、そのどちらを一般的なものと考えるか、もはや法規の論理構造を分析しても知ることはできない。それぞれ加重法、減輕法の目的とするものが対立した形において、存在している。したがって、加重法・減輕法について、特別關係を問題にするのではなく、たんに一方が他方に対して適用できるかどうかを個別に判断する以外ない。ばあいによっては、加重法を減輕法に適用できるばあいもあるだろうし、その逆のばあいもあるだろう。

したがって、マウラッハのように、「減輕構成要件と加重構成要件が競合したばあい、軽い構成要件の阻止作用が考えられるべきである」とする⁽¹⁾ことは正しくない。マウラッハはつぎのような例をあげている。侵入による配偶者間の窃盜、合鍵を用いての消費物窃盜、非常に残酷な嬰兒殺のばあいである。これらのばあい、一般法に対する減輕法―加重法として、家庭内及び家族間の窃盜(ドイツ刑法三四七条)―侵入窃盜(ドイツ刑法二四二条)、消費物窃盜(ドイツ刑法三七〇条五号)―合鍵窃盜(ドイツ刑法二四三條一

号^(二)、嬰兒殺(下イッ刑法二二七条)―謀殺(下イッ刑法二二二条)が競合する。マウラッハは減軽法の阻止作用によって、すべて減軽法だけが成立するという。しかし、減軽法と加重法が競合したばあいには、減軽法の阻止作用を一般的に定式化することはできない。

ゲールズはこのようなばあいには、減軽法が優先することをいちおう認めながらも、「同一の基本的構成要件についての特別構成要件に関するかぎりにおいて」という限定を付し、⁽²⁾「一般的に減軽構成要件の優位に基礎をおくことは許されない」⁽³⁾という。たとえば、つぎのようなばあいには、支障があるという。旺盛な食欲をもった行為者が即時に食べるために、暴力を行使して、他人から果物の入った袋をひったくったばあいである。ゲールズは強盜罪(下イッ刑法二四九条)と消費物竊盜罪(下イッ刑法三七〇条五号)の両罪の成立を認める。強盜罪は「実現された三七〇条五号に対して特別関係がない。また一方、この法規はいかなる阻止作用をも展開することはできない」⁽⁴⁾という。村崎教授もまた、「とくに結合犯に対しては、マウラッハの主張する『減軽構成要件の科刑における阻止機能』を徹底させることには疑問がもたれる」⁽⁵⁾とされる。

マウラッハのように考えれば、このばあいには強盜罪の加重的特別要素がまったく考慮されないことになる。そのかぎりでは、ゲールズの批判には正しい側面がある。しかし、一般的な他人の動産を強取したばあいには、たんに、強盜罪の成立を認めなければならぬのに、減軽事由となる「少量又は些細な価値の食料品」などを「即時に消費するために」強取したばあいには、強盜罪と消費物竊盜罪が成立するといえるかは疑問である。このばあいにはむしろ「暴力を手段とし」行なわれた「少量又は些細な価値の食料品」に対する侵害行為について、そもそも消費物「竊取」行為と考えることはできないという形において、強盜罪だけの成立を認めるべきであろう。

一般法に対して減軽法と加重法が競合したばあいの処断の方法について、他に種々の見解がある。いずれもきわめて技巧的である。ペーリングは減軽法と加重法が共に成立することを認めている。「加重類型の刑が減軽類型の刑より基本犯から離れていけば、刑法七三条が考えられ⁽⁶⁾」(ドイツ刑法七三条は観念的競合の規定である)、「加重類型の刑が減軽類型の刑より基本犯に近ければ、裏がえされた観念的競合が適用される」と。たしかに、一般法に対する特別化の必要性は刑罰の差の大小となつて現われると考えることもできる。したがつて、特別化の必要性の強い特別法を他の特別法に優先して適用すべしという見解も、そのかぎりでは成り立ちうる。しかし、加重法と減軽法が一般法を媒介として関連するとはいへ、両者の間にその内包における包摂が存在しなければ、法条競合として、優先的適用関係を論じることにはできない。単に特別化する事由の強弱によつて、すなわち具体的には法定刑の比較からだけで、一方の特別化事由を優先的に考慮するということはできないであらう。

ヘフナーはこのばあい、「一部は刑を加重して、一部は減軽して考慮することが適當である⁽⁷⁾」という。たとえば、減軽法が一年以上五年以下の重懲役、加重法が三年以上一五年以下の重懲役のばあいをあげていう。「三年以上五年以下の重懲役に処すべしと判決することが適當である⁽⁸⁾」と。しかし、ヘフナーの見解はペーリング以上に技巧的であり、このように考える実質的根拠はないようにすら思われる。しかも、ヘフナー自身認めているように、「加重犯と減軽犯の刑の範囲が部分的に重なり合わないばあい、たとえば一方が三年以上一五年以下の重懲役、他方は軽懲役を科しているばあい、裁判官の刑の量定がうまくいかないという不都合がある⁽⁹⁾」ことも考えられる。

結局、減軽法と加重法が一般法に競合したばあいには、加重法―一般法―減軽法の間に加重法の方からか、減軽法の方からか内包における包摂の関係が存在しなければ、加重法を、あるいは減軽法を優先的に他に対して適用するこ

とはできない。一方を他方に適用することができかどうかを考慮して判断するほかない。バッヘンフェルトはドイツ刑法に尊属殺人罪の規定があった当時の問題としてはあるが、尊属の要求による殺人についてつぎのようにいつている。すなわち、要求による殺人は「他人に対するのと同様に、尊属に対しても考慮に値する減軽事由である。それゆえに、われわれの見解は二一六条によってのみ判決されるべきである⁽¹⁰⁾と考える」と。要求によって、殺人を行なうという事由が尊属殺に対しても適用できるといふ形において、考えられていた。

- (1) Maurach, a. a. O., S. 640
- (2) Geerds, a. a. O., S. 202
- (3) Geerds, a. a. O., S. 201
- (4) Geerds, a. a. O., S. 201
- (5) 村崎・前掲論文 五三頁
- (6) Beling, a. a. O., S. 313
- (7) Höpfner, a. a. O., S. 116
- (8) Höpfner, a. a. O., S. 117
- (9) Höpfner, a. a. O., S. 117

もつとも、ヘフナーはこのようなばあいは立法によって法定刑が相互に重なりあうように調整することで解決できるとす
る。

- (10) Wachenfeld, a. a. O., S. 53

七 特別関係の存在を認めるためには、構成要件間に「内包における包摂」の関係がなければならぬ。包摂の関係が存在するかぎり、特別関係を認めることができる。結合犯といわれているものについて、特別関係を認めないものがある。フランク、コールラウシュランゲ、マウラッハは吸収関係とする⁽¹⁾。理由は明らかにされていない。

しかし、結合犯はA罪とB罪とを結合することによって、新たなC罪が作られるばあいである。C罪はA罪に対してB罪が付加されることによって特別法となり、同時にB罪に対してA罪が付加されることによって特別法となる。A罪とB罪・C罪の間にその内包における包摂の関係が認められる。したがって、強盗傷人罪は強盗罪・傷害罪を結合したものとして、特別法と考えることができる。強盗罪のすべての要素をもちながら、さらに傷害行為が付加され、あるいは傷害罪のすべての要素をもちながら、さらにそれを強盗犯人が行なうという要素が付加されることによつて、強盗傷人罪という加重法がつくられた。包摂の関係にあるものとして、特別関係を認めることができる。否定する理由はない。

(1) Frank, a. a. O., *Wl2c zu §73, Kohlransch=Lange, StGB. 43Aufe., IIvor §73, Maurach, a. a. O., S. 641*

八 構成要件の内包を比較してそこに内包における包摂の関係があれば、一般法と特別法の間を認めることができる。しかし、このような包摂の存在のみで、特別法が一般法を除外するという法条競合としての特別関係を認めることができるであろうか。それは単に潜在的な関係⁽¹⁾としての特別関係ではないだろうか。法条競合として、他に優先して適用されるといふためには、さらに実質的な根拠を必要とする。たとえば、普通殺人罪と尊属殺人罪はその

内包において包摂の関係にある。しかし、構成要件の比較のうえで、そのような関係を認めることができたとしても、それをただちに尊属殺人罪が優先的に適用されうる根拠とすることはできない。刑罰法規は現実に二個あり、二個の構成要件に該当する事実があるばあいには、包摂の関係は論理的にそのような関係があるというにすぎない。一方の刑罰法規が成立しないということが必然的にいえるというものではない。もし、できるとするのであれば、一発の弾丸を発射することによって、「自己の直系尊属」と「人」とを同時に殺したばあいについても、法条競合を考えなければならぬ。構成要件の比較からだけ事を論じるならば、このばあいにも観念的競合を認めることはできない。このばあいには、観念的競合を認めるためには、被害法益の相違という実質的な根拠を必要とする。したがって、法益の同一性を法条競合の実質的根拠として考えることができるのである。

ヒルシュベルクはいう。「二個の構成要件が相互に特別関係にあるということは、まず単にそのような関係の可能性であることを意味しているにすぎない。そのような関係が具体的なばあいに現実に存在するかどうかを決定するためには、侵害された法益の同一性の観念、すなわち実質的な原則がもとめられなければならない」と。⁽²⁾ 一般的には、内包における包摂の関係にある法規間には法益の同一性がある。したがって、個々のことさら問題にしなくとも、すまされてはいる。しかし、法益の同一性がなければあっても、論理的に内包における包摂の関係が存在しさえすれば特別関係を認めうると考えることはできない。法益の同一性を一般的には問題にしなくともすむということ、その存在の必要がないということとは別である。

さらに、特別公務員陵虐罪^(刑法一九五条一項)と強姦罪^(刑法七十七條)などとの関係をみよう。刑法一九五条一項の「陵虐」は、陵辱苛虐の行為である。陵虐行為として、姦淫行為なども他の行為とならべて考えられている。⁽³⁾ したがって、行為とし

ては、刑法一七七条などの行為と一致する。刑法一七七条などとの関係においては、不真正身分犯であると考えられる。⁽⁴⁾ 刑法一九五条一項は、その内包において、刑法一七七条を包摂している。一応、特別関係を予定できる。ところで、大審院は特別公務員が「実質カ猥勢及ヒ姦淫ノ行為タルコト勿論ナリト」いえる行為を行なったばあいについて、刑法一九五条一項としてだけ問擬した。⁽⁵⁾ しかし、このように考えることは妥当であろうか。

これについて、団藤教授は批判しておられる。「同時に強制猥褻罪、強姦罪の構成要件をも充足するかぎり、これらの罪との観念的競合をみとめなければ、ことに致死傷のばあいにはなほだしく刑の権衡が失われる結果となる（二八と一九六条とを比較せよ）」。理論的にも、罪質が異なる以上、観念的競合をみとめるのが、むしろ当然だと思ふ⁽⁶⁾と。法定刑を比較すると一般人の行なう強制猥褻・強姦より、特別公務員の行なうそれの方が軽くなっている。⁽⁷⁾ したがって、これらの犯罪の間に、法条競合を認めると法定刑の面で不合理が生じる。同一の行為について、特別公務員が一般人より軽く処罰されるべしという合理的根拠は見当らない。むしろ特別公務員が「其職務ヲ行フニ当リ」行なう強姦などの行為の方が重く処罰するに値すると思われる。

村崎教授はこのばあいつぎのようにして、形の権衡の不合理を解消しようとする。『形の権衡』を考慮した解釈論上の操作を認めるのであれば、特別関係是認の論理を犠牲にして観念的競合を認めるよりも、一九五条の陵虐の概念から強制的な猥褻・姦淫を除外して解釈する方がすぐれている。⁽⁸⁾ 刑法一九五条一項の陵虐概念から強制猥褻・強姦を除外して解釈し、構成要件の内包における包括の関係を認めない形において特別関係を否定される。確かに、そのように解釈すれば、特別公務員の行なう強制的な猥褻・姦淫行為も一般人と同じく、刑一七六条・一七七条によってのみ処断され、致死傷のばあいにも、刑一八八条によってのみ処断されることになる。前述のような法定刑について

の不合理性は解消される。しかし、「陵虐」概念の中に、強制猥褻・姦淫行為を含めて考えることはすでに確立されている。また、このばあい、「判例にあらわれた事案の多くは強制的な猥褻、姦淫行為である⁽⁹⁾」。もし、村崎教授のように陵虐概念を考えれば、特別公務員陵虐罪の規定は無意味なものになる。村崎教授の主張は、本来ならば陵虐概念を通説・判例のように解すべきであるが、そうすれば刑法一九五条・一九六条と一七六条・一七七条・一八一一条の間に特別関係を認めなければならなくなるという点に発想の基礎がある。法条競合に対する認識としては、判例と同一である。しかし、このように考えるのは、特別関係を発見する手段として、一面的・技術的な意味しかもたない構成要件の内包における包摂を法条競合としての特別関係の全てであると考えからである。そこに誤解の原因がある。

内包における包摂の関係があるということは必ずしも特別関係の存在を確定することではない。一応存在するという意味しかもたない。一応特別関係にある刑罰法規について、一方の適用だけを優先させるためには、いったいその刑罰法規がいかなる客観的価値、法的利益を保護しようとしているかを捨象するわけにはいかない。村崎教授のこの問題に関する処理の仕方は法益の同一性の観点を無視することによって、無理な陵虐概念の解釈に追いこまれているように思われる。法益の同一性が特別関係のばあいに必要であるとすれば、このような無理な解釈を行なう必要はない。

刑罰法規は法益を保護しようとする。しかし、刑罰法規はある法益について、一個の刑罰法規という形で作られてはいない。侵害の態様・行為の態様をも考慮にいれることによって、作られている。したがって、同一の法益について、数個の刑罰法規が存在することもありうる。しかし、そのばあいにもし一方の刑罰法規を適用することによって、法益が十分保護されうるというのであれば、他方をことさら形式的に適用しなくてもよいといえることができる。

構成要件相互が、その内包において包摂の関係にあり、しかも法益が同一であるというのであれば、一方の刑罰法規の成立だけを認めるだけで十分である。もし、そうでなければ、刑法が保護しようとする法益が十分保護されているにもかかわらず、二重の評価を加えることになる。しかし、侵害された法益が同一であれば、二重に評価する必要はない。したがって、法益の同一性と内包における包摂の関係が確定できたばあいに、はじめて特別関係として、一方だけで評価することができることになる。換言すれば、たとえ構成要件間に内包における包摂の関係があったとしても、法益の同一性が存在しなければ、特別関係を認めることはできない。特別公務員陵虐罪と強姦罪などの関係についても、法益の同一性の観点を入れるならば刑の不権衡はそもそも問題にならなかつたはずである。観念的競合を認めるべきであつたらう。

このように、たとえ構成要件間に論理的に包摂の関係が認められるとしても、ただそれだけでは特別関係が存在するとはいえない。したがって、特別関係を論理的な関係としてのみ断定することはできない。⁽¹⁴⁾さらに、法益の同一性も必要となる。論理的な包摂の関係は特別関係発見の第一段階として考えうるにすぎない。もし、特別関係が論理的な関係であるという論者が、この意味においてそのように主張しているのだとしたら正しいといえる。

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

(2) Hirschberg, a. a. O., S. 41

(3) 大判大正四年六月一日 刑録二一輯 七二七頁

大判大正一一年一月一八日 新聞二〇七三号 一一頁、大判大正一五年二月二五日 新聞二五四五号 一一頁。

(4) もちろん、刑法一九五条を不真正身分犯とすることには問題もある。特別公務員職権濫用罪のばあいには、身分のない者

については、普通の逮捕罪・監禁罪が存在するので、不真正身分犯と考えることができる。しかし、特別公務員陵虐罪のばあいには、身分をもたない者についての対応規定が必ずしも明らかではない。しかし、このばあいにも、「具体的な行為態様のいかんによつては、各別の法条にてらして、一般法の存在を予想することも不可能ではない」。香川・注釈刑法(4) 三九三頁

- (5) 大判大正四年六月一日 刑録二二輯 七一七頁。なお、村崎教授はつぎのようにならべておられる。「もしも強制的な猥褻・姦淫だけで、「陵虐」の可罰的違法を充たすと解釈されるならば、「陵虐」の概念が強制的な猥褻・姦淫外の行為を含む概念であつても、一九五条と一七六条・一七七条・一七八条のそれぞれとの間に特別関係が認められる」と。前掲論文 六三頁注二一五。

- (6) 団藤・前掲書 一一一頁
- (7) 法定刑を比較するつぎのとおり。

	基本行為	致傷	致死
特別公務員陵虐	七年以下の懲役又は禁錮(刑法一九五条)	一〇年以下の懲役(刑法一九六・二〇四條)	二年以上の懲役(刑法一九六・二〇五条)
強制猥褻	六月以上七年以下の懲役(刑法一七六條)	無期又は三年以上の懲役(刑法一八一條)	無期又は三年以上の懲役(刑法一八一條)
強姦	二年以上の懲役(刑法一七七條)	右に同じ	右に同じ

改正刑法準備草案についても、同様のことがいえる。

- (8) 村崎・前掲論文 五六頁
- (9) 団藤・前掲書 一一一頁
- (10) ホーニツヒはいう。「特別関係には価値と関係なく、すなわち単に構成要件要素の比較に限定した考察方法が用いられる

kyjywe J (Honig, a. a. O., S. 65) 70

メッガーはいう。「ある刑罰法規が他の刑罰法規に優越していることが論理的理由に依拠しうるのであれば、特別関係である。……ある刑罰法規の特別性は、全く抽象的な犯罪構成要件の比較による」(Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., S. 471)と。特別関係をこのように考えることは一般的に行なわれている。

第三節 補充関係

一 明示的補充関係は立法者の意思により、一方の刑罰法規だけが適用されるばあいであった。他の刑罰法規は一方の刑罰法規が適用されないかぎりにおいて、「補充的に」適用される。しかし、このように明示的でなくとも、各刑罰法規の関係から、補充的な性格をもった刑罰法規を見出すことができる。ところで、まず、この「補充的」の意味について、誤解のないようにしておく必要がある。ばあいによっては、補充関係と他の法条競合の形式との区別が不明瞭になることがある。ケーラーは補充関係と特別関係は同じものであるとして、つぎのよう⁽¹⁾にいう。「同時に適用することのできない広い構成要件と狭い構成要件がある。すなわち、狭い(数個の要素をもち、小さな範囲に及ぶ)構成要件を適用することによって、広い(大きな範囲に及び、少ない要素をもち)構成要件の適用が排除される」と。この理解では補充関係が構成要件の内包における包摂を問題にした特別関係と同じものとなっている。特別関係と補充関係の区別ができない。

ケーラーはこの区別を単に観点のちがいとして考える。すなわち、「特別関係のばあいは広い構成要件」が、「補充関係のばあいは狭い構成要件」が、「この関係を考慮するについての基礎」である⁽²⁾と。ここでは、広い構成要件として、一般法・補充法、狭い構成要件として、特別法・基本法が考えられている。すなわち、特別関係においては一般

法が、補充関係においては基本法が基本的なものであるという趣旨である。それはある構成要件間に特別関係が存在するばあい、特別法の観点からみると補充関係が存在しているといえることを意味する⁽³⁾。しかし、特別関係と補充関係の実体が同じものであって、ただ観点がちがうにすぎないということができるであろうか。

ケーラーの理解によると、特別法は基本法として、存在するということになっている。しかし、特別法は基本的なものとしての一般法に減輕事由もしくは加重事由を付加することによって、形成される。それは基本的なものから、作られたものである。基本法そのものではない。基本的な一般法だけで、法益は十分保護することができ、特殊な要素を付加することによって、あるいは重く、あるいは軽く処罰しようというものである。これに対し、補充法のばあいは、基本法の存在だけでは法益の保護が十分でないばあいに、それを補充する意味において、存在している。同じ攻撃方向における、行為の強弱を考慮する。強い攻撃程度の行為を処罰するだけで法益が十分保護されないばあい、弱い攻撃程度の行為を処罰する規定を設ける。このばあい、補充関係が生じる。それは構成要件の内包における包摂を問題にする特別関係とは異なる。ケーラーのように、一般法―補充法、特別法―基本法の対応関係においてとらえ、一方は一般法を、他方は基本法を中心に考えるものとして理解することは正しくない。

ゲールズは法条競合における各形式間の区別は重要なことではなく、分類の問題にすぎないという⁽⁴⁾。そのとおりである。そのこと自体は誤っていない。しかし、法条競合は各形式をとおして理解されてきた。また、そうすることが法条競合の存在をより確実に認識することを可能にしている。単なる分類の問題として、その区別を不明瞭にしておくべきではない。

- (1) Köhler, Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900, S. 60
 - (2) Köhler, a. a. O., S. 59
 - (3) Köhler, a. a. O., S. 63
 - (4) Geerds, a. a. O., S. 178
- ここでは、殺人が傷害に対して特別法、また同時に、傷害が殺人に対して補充法と考えられている。

二 他に対する補充的な意味しかもたない規定の関係として、最も明瞭なものは予備—未遂—既遂の関係である。目的とされた犯罪へいたる一過程にとどまるものとして、予備または未遂が考えられるからである。銀貨偽造の器具材料を準備し、これを使用して銀貨を偽造したばあい、刑法一四八条一項通貨偽造罪だけが成立し、刑法一五四条通貨偽造予備罪は成立しない。⁽¹⁾「高次段階の行為は当然低次段階の行為を包含」⁽²⁾している。高次段階の行為について、処罰を行なえば、実質的には、当然低次段階の行為についても処罰したことになる。低次段階の行為は高次段階の行為を処罰するだけでは、それが保護しようとしている法益が十分保護されないから、その補充の必要性から規定されているにすぎない。

イエシエックはこのような関係をつぎのようにいう。補充関係を確定するためには、「同じ攻撃方向の枠内において、犯罪の程度が異なった強さを示していることが見出されうるといふ観点が基準となるように思われる。たとえば、強い攻撃の程度を要求している構成要件が弱い程度の構成要件をたんに補助的に (hilfsweise) 適用できる規範として除外するということである(たとえば、危険犯の構成要件は侵害犯の構成要件に対して、原則として補充的である)」⁽³⁾と。イエシエックにしたがって、予備—未遂—既遂の関係や、正犯と共犯の関係について補充関係を認めることは容易で

ある。この命題は一応承認することができる。しかし、そこに例としてあげられている侵害犯と危険犯の間の補充関係については問題がある。イェシュェックは具体的に論じていないので、「同じ攻撃方向の枠内」の幅が明らかではない。イェシュェックによりながら、形式犯と侵害犯の関係についてまで補充関係を認めようとする見解も生じてくる。

危険犯はある法益に対する危険性をもって犯罪とされるものである。したがって、その法益の侵害ということに対しては、補充的な意味をもつといえよう。⁽⁴⁾しかし、問題はいかなる範囲までの危険犯を侵害犯に対して補充関係として考えうるかということである。極端なばあいとして、M・E・マイアーは侵害犯と危険犯の間に観念的競合をみとめることが「通常の関係」であると考えているほどである。⁽⁵⁾

ホーニツヒは危険犯の特質から、つぎのようにいう。「危険犯の特質は……いろいろの侵害が発生しうるという可能性にある。パール⁽⁶⁾がのべているように、そのことは『目的とされ、または実際に発生した侵害が少ないというばあいでも、非常に包括的な侵害を』危険犯に予定することができる。われわれは、とくにこのことを危険行為が特定できないほど多くの客体に対して損害をもたらすことができるというばあいに認めなければならぬ⁽⁷⁾。危険犯は広い範囲にわたって、法益の侵害にいたる可能性をもつ。したがって、ホーニツヒは「侵害規範に対して、危険規範を除外することは法の意図に、かなうものではない⁽⁸⁾」、すなわち、「危険規範を侵害規範によって吸収することは、けっして無制限に認められるべきではない⁽⁹⁾」という結論にいたる。

では、いかなる危険犯について、侵害犯との補充関係を認めるべきであろうか。マウラッハは具体的危険犯と抽象的危険犯とで補充関係の認められるべきばあいを区別する。つぎのようにいう。「いわゆる具体的危険犯は通常侵害犯に対して補充的である。たとえば、故殺に対する遺棄のばあいである。抽象的危険犯のばあいは事情は異なる。

とくにその構成要件が著しく予防警察の種類 (Präventivpolizeilichen Art) のものであるばあいはそうである。したがって、刑法三六七条九号 (禁止された武器所持) は二二三条 a (この武器を手段とする傷害) によって吸収されない。同様に、二四五条 a (窃盗用器具の所持) は二四三条 (重い窃盗) によって吸収されず、二二七条 (けんか) は二二四条 (重い傷害) によって吸収されない⁽¹⁰⁾。しかし、抽象的危険犯と具体的危険犯の区別をもって、補充関係の存在を問題にすることが妥当であるとは考えられない。たとえば、遺棄罪を具体的危険犯とすることが通説的地位を占めているドイツにおいてはともかく、わが国においては遺棄罪を抽象的危険犯とする見解が有力であり、また判例も抽象的危険犯としている^(大判大四年五月二一日 刑録二一輯 六七〇頁)。マウラツハの見解は維持することができなくなるであろう。マウラツハの見解において注目すべき点は「いちじるしく予防警察の種類」ということを問題にしている点である。きわめて軽度の間接的な危険というものを必要とするにすぎない警察取締上の形式犯のようなものを考えているものと思われる。このばあいには、直接的に個人の生命・身体などを保護する目的をもった法規ではない。すでに、マウラツハは法条競合について、条件的ではあるが法益の同一性を要求していた^(前述、第一章 第二節二)が、ここでも法益の同一性を潜在的に要求しているといえる。

フランクは、マウラツハより理論的根拠を示して、危険犯と侵害犯の関係をのべる。まず、危険犯が侵害犯に対して補充的であることは一般的なものとして認めることができないうし、つぎのようにいう。たとえば、ドイツ刑法三六六条二号^(「都会地もしくは村落において、過度の速さで、乗物を走らせ、もしくは馬を乗り入れ、又は都会地もしくは村落の公の街路もしくは広場に公共の危険をともなうて、馬をひき入れ、もしくは乗り入れた者」・遊撃罪)と二三〇条 (過失傷害) のように、法律がある行為を不特定の客体に対する危険性を理由として処罰しようとしているばあいには、そこでの危険犯は侵害犯と現実的に競合するものと考えている。その根拠は「その行為の公共危険的性格と侵害された警察的な利益

は、個々の客体の侵害を理由とした処罰の中に何ら現われていない⁽¹¹⁾という点にある。法益の同一性への指向が認められる。

メツガーは危険犯と侵害犯との関係を吸収関係としてとらえ⁽¹²⁾「単なる法益の危殆化は同じ法益の侵害によって吸収される⁽¹³⁾」という。そして、ドイツ刑法三六六条六号の「人にむかって犬をけしかけた」ばあいは「その公共の危険の性格のゆえに、その犬が人をかんだばあいにも、観念的な競合である⁽¹⁴⁾」という。公共の危険の性格をもつ法規は端的に人の生命・身体を保護するものとはいえない。すなわち、傷害の罪などの法益とは異なったものを法益としているというものである。

コウルラウシュランゲはこのばあいについて、ドイツ刑法二二三条以下傷害の罪との観念的競合が可能であると⁽¹⁵⁾する。その理由は三六六条六号においては、「公的なもの (Publicum) が保護されているから⁽¹⁵⁾」としている。「犬をけしかける」ことと、傷害の法益が異なることを明らかにしている。

ウェーバー以後の見解になると、法益の同一性が明確に要求されてくる。ウェーバーはいう。「侵害犯を理由として処罰することは、それに対応した危険犯を吸収する。具体的危険犯を理由として、処罰することは、それに対応する抽象的危険犯を吸収する⁽¹⁶⁾」⁽¹⁶⁾といながらも、「しかし、法益の同一性が存在しなければならぬ⁽¹⁶⁾」⁽¹⁶⁾という。たとえば、人に犬をけしかけることと、傷害のばあいは、傷害によってのみ処罰するという。「人に犬をけしかける」罪の法益に対する理解が他の論者と異なったものになっているが、ウェーバーはこのばあいに法益の同一性があるという。しかし、一方「特定の法益の侵害または危険とならべて、公共の危険的行為が存在するばあいにはいかなる法益の同一性もない⁽¹⁷⁾」⁽¹⁷⁾という。たとえば、二三〇条過失傷害罪と道路交通法違反のばあいを考えている。

H・マイアーは、端的に「同じ法益にむけられている侵害犯を理由として、有罪判決がなされるばあいには、危険犯は特別な犯行としてはもはや考慮されない⁽¹⁸⁾」として補充関係を認める。法益の同一性がなければ、このばあいに法条競合を認めることはできないというのである。

ヤーグシュも同様である。「具体的危険犯は同じ保護すべき価値についての侵害犯に対して」補充関係にあると考へ、さらに「個々の法益の危険性のほかに社会的危険をも保護し、または一般予防的 (Generalpräventiv) 意味をも必要としている抽象的危険犯のばあいは事は別である⁽¹⁹⁾」という。三六六条六号、三六八条五条^(倉庫、家畜小屋、屋根裏もしくはその他の場所に、裸火もしくは裸の燈火を携えて立ち入り、又は)が例示されている。ヤーグシュは抽象的危険犯、具体的危険犯という表現をもちいているが、そこには、「同じ保護すべき価値」、「一般予防的」という考慮が働いている。結局、法益の同一性に重点をおくものといえよう。

一方、村崎教授はこのばあい法益の同一性の観点を否定して、つぎのようにのべておられる。「法益の観点は重要であるとしても、法益の同一性の観念は附加的であり、さらになんらかの基準が必要である⁽²⁰⁾」、「法益の同一性を一つの要件としている諸説においても、実際には、多分に主観的な妥当性の見地からする判断を先行させて、それに法益の同一性の観念をあとから付け加えているとみられる⁽²¹⁾」と。そしてイエシエックが補充関係についてのべた「同じ攻撃方向の枠内」にある犯罪の強弱の程度をみることによって、このばあいの法条競合の存在を確認しようとする。しかし、たんに「同じ攻撃方向の枠内」における犯罪の強弱という基準だけでは法条競合の存在の範囲があまりにも拡大しすぎる。現実⁽²²⁾に競合するばあいの限界がきわめてあいまいなものになってしまう。

このことは、村崎教授の主張の中に現われている。銃砲所持禁止令^(現行銃砲刀剣類所持等取締法の前身)違反罪と強盗罪との関係のば

あいである。最高裁はこの関係について、法条競合を認めていない。事案はつぎのとおりである。被告人は相被告人と共謀のうえ、自らは法定の除外事由がないのに刃渡約二尺二寸四分の日本刀の抜身を携え、相被告人とともに被害者宅に侵入し被害者に対して右日本刀を示しつつ、「金を出せ」と脅迫し、その抵抗を抑圧して所有の現金を強取した。この事実に対して、上告論旨はつぎのように主張した。被告人が右強盗の際携えていた日本刀は被害者方に侵入するに当り相被告人から受取り、目的を達して被害者方を出るとすぐに返しているのであるから、脅迫行為にすべてが吸収され、別に銃砲等不法所持罪が成立するものではないと。法条競合の存在が主張された。しかし、最高裁は、つぎの理由により、それを棄却した。「銃砲等所持禁止令違反罪と強盗罪との関係についても、前者は銃砲等の不法所持自体によって成立し、その犯罪構成要件も被害法益も後者とは異なるのみならず、銃砲等の不法所持は強盗の要素に属するものではない。それ故に被告人が日本刀を所持したのは時間的には強盗行為の間だけであったとしても、強盗罪の中に銃砲等所持禁止令違反罪が吸収せられて、強盗罪の外に別罪が成立するのではないという所論は採用できない」⁽²²⁾。構成要件、被害法益が異なること、一方が他方の要素かどうかをもつて、法条競合が論じられている。しかし、このばあい、構成要件が異なることも、一方が他方の要素に属さないことも両者の法益が異なることにより、認識しうるものである。法益の同一性が基礎をなしているように思われる。およそ被害法益が異なれば、法条競合は問題とならず、同じばあいに、双方の構成要件を比較して、法条競合の成否を問うことになる。

大塚教授も、この判例の態度を支持しておられる。つぎの理由を付して、判旨は正当であるとされる。「銃砲等所持禁止令は、連合国の日本占領の目的にしたがい、ポ勅として制定せられ、特定の例外に該る場合の外、一切の銃砲等の所持を厳に禁止する趣旨のものであって、これに違反する行為は常にそれじたい独立の犯罪を構成するものと

いわねばならぬからである⁽²³⁾。連合国の占領目的を法益と考えておられる。銃砲等不法所持禁止令違反罪と強盗罪のばあい、相互に保護すべきものが異なっており、異なった利益が現実に侵されている以上、法条競合として一方だけで評価することはできない。ちなみに、銃砲等所持禁止令と強盗罪との関係について、この判例以外にも若干の事例があるが、いずれも法条競合関係を争ったものはない。行為の幅を問題にする観念的競合か併合罪か牽連犯かが争われたにすぎない⁽²⁴⁾。

ところが、村崎教授は「攻撃方向が同一であるならば、科刑に関連した合理的な犯罪の数え方の問題としては、具体的危険犯と抽象的危険犯とで、典型的に判断を異にすべき理由を見出すことはできない」とされ、判例が法条競合を認めないことを「その根拠が薄弱である⁽²⁵⁾」と非難しておられる。法条競合を認められる理由として、「銃砲刀剣等を使用した傷害や強盗や殺人は……不法所持罪や不正携帯の犯罪性が向いている方向線にあり、「それらの罪は『同じ攻撃方向の枠内』にある」ことをあげておられる⁽²⁶⁾。これは村崎教授が「科刑上の効果を合理的ならしめようとする観点⁽²⁷⁾」から考えられるからである。

しかし、いったい「科刑上の効果を合理的ならしめる」とは何であろうか。科刑上の効果を合理的ならしめる観点と、このばあいの同じ攻撃方向の枠内というものが、いかなる形において結合されるのか、不明瞭である。しかも、村崎教授ご自身この『『同一の攻撃方向』』という概念にも、あいまいな点が多い⁽²⁸⁾とされている。そして、『『攻撃の同一』』という概念は『法益の同一』』という概念よりもむしろあいまいになりうるし、またそのあいまいさを利用して個々のなそして恣意的でもありうる妥当性の判断を移入させることにもなりがちである⁽²⁸⁾ともいわれる。それにもかかわらず、何故に「同一の攻撃方向」の観念を強く主張されるのであろうか。つぎのようにいわれる。「数個の構成

要件が充足されているにもかかわらず、現行刑法の延長線上において、一個の構成要件になりうべくまとまった犯罪事實は多数存在する。それを、可罰的違法内容について、『法条競合発見の技術』として有用な指標において、認識しようとするならば、『攻撃の強さによる方向的思考』が不可欠のものとして要求されるとおもわれる。なぜならば、『同一方向における攻撃の強弱』には、比較して一種の価値的包摂の関係を認めることのできる可罰的違法の『程度』が認識され」るからであると。しかし、異なった法益を保護しようとする刑罰法規の間に、価値的包摂が認められるか疑問である。二つの異なった法益を保護する刑罰法規が競合したばあい、一方の被害法益を全く無視してしまうことはできない。もちろん、緊急避難のばあいのように、法益間に価値的序列が問題になることはありうる。しかし、これは法益が相互に対立したばあいである。刑罰法規の適用の關係に關する問題とは本質的に異なる。二つの刑罰法規を比較して、その法益の間に優劣をつけることはできない。

また、村崎教授のように考えるならば、刑法二〇八条ノ二兇器準備集合罪と、これから発展した殺人、傷害、建造物損壞などの罪との關係についても、法条競合を認めざるをえないであろう。しかし、これについては、牽連犯⁽³⁰⁾か併合罪⁽³¹⁾かについては争われるが、法条競合かについて争われることはない。この罪の保護法益は、主として個人の生命・身体または財産であるが、公共的な社会生活上の平穩をも保護法益とするものであるとされている。すなわち、個人的法益保護を主たるもの、社会的法益保護を従たるものと考えられている。⁽³²⁾ところが、本条の立法理由については、暴力団等の勢力争いの際、兇器等を準備して、殴り込みのため相当数の人員が集合し、人心に著しく不安の念を抱かせ、治安上憂慮すべき事態を惹起した事件が相次いで発生したことから、この段階においては、これを檢舉して処罰する適切な規定がないため、その取締に困難を来していたということを考慮して新設されたものであるとされている。

る。この点を見ると、兇器準備集合罪が、必ずしも、社会的法益を副次的なものとして考えられているとは思われないのである。高田教授は、社会的法益か個人的法益かを積極的に問題とされ、つぎのようにのべておられる。「立法趣旨の説明からみると、むしろ集合行為の招来する人心の不安という社会的法益に重点がおかれているように受けとれるのであって、そうだとすれば、本条が生命・身体などの個人的法益を第一次的保護法益とする犯罪として規定したということは、明らかに矛盾といわなければならない」と。集合の段階で罰するという点を考慮すれば、社会的法益を考へるべきであろう。しかし、また刑法二〇八条ノ二が「他人ノ生命、身点又ハ財産ニ対シ」て、共同加害の目的で集合することを罰するという点を考へれば、個人的法益に対する配慮もあるといえる。辻辰三郎氏は、卒直に「殺人、傷害、建造物損壊等の予備的な性格と、社会生活上の平隠を害する、公共の平和に対する犯罪の性格をあわせもつものといえよう」とされる。兇器準備集合罪の保護法益を個人の生命、身体または財産の安全であるとともに、公共の平和であるとも理解しなければならぬ。

このように考へるならば、兇器準備集合の後、すすんで加害目的とした犯罪が行なわれたばあいには、法益の観点をいれることによって、法条競合の存否を判断することになる。殺人、傷害など、もっぱら個人の生命、身体を保護しようとする犯罪との間には牽連犯を考へるべきであろう。器物損壊についても同様である。もし、これらのばあいに、法条競合として、殺人、傷害としてだけ処罰することになると公共の平和が乱されたことについて、十分に評価しないことになる。

イエシエックの補充関係に関する命題も軽い攻撃程度の行為をも評価しうる限度において、強い攻撃程度の行為との間に法条競合を認めようとするものと考へられる。その理由の一は前述のように、ドイツにおける学説を検討して

も危険犯と侵害犯の間に無限定的に法条競合を認めようとする基盤は存在していないことである。理由の二は理論的に考えても、同じ攻撃の方向性は何物かを志向するものであるはずだからである。ある目標に対する同一の攻撃方向として考えることができる。では、イエンシェックにおける同一の攻撃方向の枠を設置する志向されるものとは何であろうか。犯罪は法益の侵害に向う。同じ法益に向けられた行為でも、その段階的な差が存在するばあいもある。イエンシェックのいう同一の攻撃方向の中にはすでに法益の同一性の考慮が前提とされていたのではないであろうか。

ホーニツヒは補充関係のばあい、「補充法と基本法は同じ法益保護をめざす⁽³⁵⁾」として、補充関係の本質をつぎのようにいう。「同じ法益が数個の刑罰法規によって、異なった攻撃段階において保護されるばあい、数個の刑罰法規は補充関係にある。補充的な刑罰法規は基本的刑罰法規が実現されれば、適用されない。確かに必然的なものとしてそれを通過するものではあるが、危険性の少ない攻撃段階は重要でないものとして問題とはならないからである⁽³⁶⁾」。ホーニツヒは具体的に、住居侵入によって、消費物窃盗を行なったばあいについて、つぎのようにいう。「たとえ、いろいろの目的を住居侵入罪の構成要件が要素として含むものとしても、このことが刑法三七〇条五号に対して一二三条が補充的な性格をもつものであるということを根拠づけるものでは決してない。補充関係が存在しないという根拠は、まったく異なった法益が一方で一二三条により、また一方で三七〇条五号により保護されており、一二三条と三七〇条五号の中に含まれている構成要件は、確かに異なった攻撃段階のものではあるが、同一の法益にむけられたものを記述していないという点にのみ、認められる⁽³⁷⁾」と(下ドイツ刑法一二三条は住居侵入罪を、同三七〇条五号は少量または些細な価値の食料品などを、即時に消費するために窃取または横領した行為を規定する)。また、ホーニツヒはドイツ刑法二六五条保険詐欺罪と二六三条詐欺罪の間にも補充的な関係があるようだがとしながら、結局は法条競合としての補充関係を否定する。保険詐欺罪は「公共の危険性という観点の徴憑」をもつものであ

ることを理由とする。⁽³⁸⁾ 法益の同一性が欠如しているというのである。

- (1) 大判明治四四年七月二一日 刑録一七輯 一四七頁
(2) 滝川幸辰・犯罪論序説 昭和二二年二七三頁。もともと、法条競合は行為が一個のばあいであるとされるので、行為数個を予定する補充関係は法条競合ではないとのべておられる。

- (3) Jescheck, a. a. O., S. 534
(4) ホーニャはこれを吸収関係とするが (Honig, a. a. O., S. 70ff.) 補充関係として考えるべきである。
(5) M.E.Mayer, a. a. O., S. 504 Anm. 9
(6) v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1909, S. 542
(7) Honig, a. a. O., S. 71
(8) Honig, a. a. O., S. 71
(9) Honig, a. a. O., S. 72
(10) Maurach, a. a. O., S. 639f.
(11) Frank, a. a. O., §73 VII2b
(12) Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 472f
(13) Mezger, a. a. O., S. 474
(14) Mezger, a. a. O., S. 475
(15) Kohlrausch=Lange, StGB, 43. Aufl., 1961, §366 Nr. 6.
(16) v. Weber, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 104

なお、ドイツにおいてはこの両罪について観念的競合を認めるのが普通である。判例も同様である。たとえば、RG. 8—315 は犬をけしかけ、傷害が発生したばあい「裁判所が被告人甲が乙を故意に傷害したと判断し、被告人を故意傷害と三六六条六号の違警罪の観念的競合として、有罪とすることは、何らそこに法の過誤がみとめられえない」とした。

- (17) v. Weber, a. a. O., S. 104
- (18) H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 413
- (19) Jagusch, StGB, 8. Aufl., 5. Abschnitt vorbereit. C. 2
- (20) 村崎・前掲論文 八二頁
- (21) 村崎・前掲論文 八四頁
- (22) 最判昭和二十一年二月二四日 刑集二卷一四号 一九頁
- (23) 大塚・刑評一〇卷 三〇六頁
- (24) 最判昭和二十四年二月八日 刑集三卷一二号 一九一五頁、最判昭和二十五年五月二日 刑集四卷五号 七二五頁、大阪高判昭和二十四年二月一日 高裁刑特七号 七六頁。
- (25) 村崎・前掲論文 八六頁以下
- (26) 村崎・前掲論文 八七頁
- (27) 村崎・前掲論文 八四頁
- (28) 村崎・前掲論文 八九頁
- (29) 村崎・前掲論文 九〇頁
- (30) 小野ほか・刑法 昭和三五年 四三三頁、高田・注釈刑法(5) 一一一頁、大塚・刑法各論(上) 昭和四三年 七七頁
- (31) 河井信太郎・「刑法・刑事訴訟法の一部改正―暴力関係立法について」 法曹時報一〇卷五号 六四頁
- (32) 河井・前掲論文、前田宏・「暴力事犯取締に関する新立法について」 警研二九卷六号 五三頁、白井滋夫・「暴力取締立法の問題点―刑法の一部改正を中心として」 警察一一卷七号 三二頁
- (33) 高田・前掲書 一〇四頁
- (34) 辻辰三郎・「いわゆる暴力取締立法について」 法時三〇卷六号 一四頁
- (35) Honig, a. a. O., S. 48

- (36) Honig, a. a. O., S. 49
- (37) Honig, a. a. O., S. 51
- (38) Honig, a. a. O., S. 63

法条競合の諸問題 (一)