

「包括的一罪」の研究 (一)

山 火 正 則

目 次

はじめに

第一章 ドイツにおける連続犯 (Das fortgesetzte Ver-

brechen) — とくにその理論の生成発展をめぐって

第一節 前史 (以上、本号)

第二節 バイエルン刑法典 (一八一三年) における連続

犯 (第一一〇条) とこれをめぐる理論

第三節 ドイツ帝国刑法典 (一八七一年) 成立後の連続

犯理論

第二章 わが国における「連続犯」 (昭和二二年削除の刑

法第五五条)、「接続犯」

第三章 包括的一罪の要件とその罪数論上の意味

むすび

はじめに

わが国の刑法典がその第五五条に規定していた「連続犯」が日本国憲法の施行にともなう刑事訴訟法改正の波をうけて廃止された。そこで、それまで、連続犯として一罪の評価をうけてきたばあいについて、これをすべて数罪として扱うべきかが問題にされるようになった。構成要件に数回該当するばあいであっても、これを包括して一罪として評価するべきばあいもあるのではないか。学説と判例は努力した。

本稿はこの問題解明のため、まず、ドイツにおける連続犯、わが国において規定の削除された連続犯、現在、学説・

判例において考えられている包括的一罪（接続犯）について総合的に考察を行なう。そして、これを基礎として、構成要件に数回該当するものを一罪へ包括できるか、できるとして包括評価への契機、要件は何か、そのばあい一罪とされたものの罪数論上の意味はいかなるものかについて明らかにしたいと思う。

第一章 ドイツにおける連続犯 (Das fortgesetzte Verbrechen)

——とくにその理論の生成発展をめぐって

現在、ドイツにおける連続犯は実定法に根拠をもつものではない。学説・判例によってつくりあげられてきたものである。その理論は種々存在する。したがって、ドイツにおける連続犯概念を正確に把握するためには、その理論の系譜をたずねることが不可欠である。ところで、連続犯についての議論が活潑に行なわれるようになったのは、フォイエルバッハが一九世紀初めに、バイエルン刑法典に、これを立法してからであるといっても過言ではない。⁽¹⁾そこで、本稿においては、これにいたるまでを前史として資料的に扱い、それ以後をフォイエルバッハの学説Ⅱバイエルン刑法典第一一〇条をめぐる議論の時期と、さらにドイツ帝国刑法典成立後の時期に分け、その理論の系譜をたずねることとした。

(1) もっとも、“fortgesetztes Verbrechen” (連続犯) という用語は、一七九四年版のクワイストルプのつぎの書のなかで、初めて用いられたといわれている。

Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, 1794

第一節 前史

一 ⁽¹⁾⁽²⁾ローマ法のなかに、現在考えられているような連続犯のばあいを見出すことはできない。

かつて、ヘンケは「学説類集」第四七卷第二章第六八法文第二分節にその根拠をもとめ、連続犯がローマ法において考えられていたことを主張したことがあった。「学説類集」はいう。「……………もし、盗まれた子供が第二の盗人によって盗まれ、これをさらにもとの盗人が第二の盗人から盗み戻したばあい、もとの盗人は二度盗をはたらいたにもかかわらず、一度しか彼に対して、盗の訴を起すことができない。⁽³⁾……………」このことから、ヘンケはローマ法における連続犯の存在を説明した。「盗んだ物を盗まれた盗人が、その物を第二の盗人からさらに盗んだばあい、この物については彼によって、……………ただ一つの連続的窃盗が行なわれたにすぎない。⁽⁴⁾」と。

しかし、「学説類集」のこの部分をこのように解釈することについて、サヴィニーによって、その誤まりであることが指摘された。⁽⁵⁾⁽⁶⁾サヴィニーは「学説類集」第四七卷第二章第六八法文第二分節はつぎのことをのべているという。「私から誰かが私のものを盗み、さらに他の者がこれを盗み、さらにこれを盗み返したばあいである。そのばあい、私には上記法文にしたがい、盗人に対する盗の訴権は一個しかない。このような解釈を認めるばあい、その根拠は複数の事実に対して、一個の刑罰があるという点にあるのではなく、むしろ私から一度だけ自分のものが盗まれたという点にある。」と。

このサヴィニーの見解はその後多くの支持者をえた。⁽⁷⁾さらに、サヴィニーはその正しさを「学説類集」第四七卷第二章第四六法文第九分節を示すことによって、確固たるものとした。それはいう。「盗まれた物がその所有者に戻り、さらに盗まれたならば、新たな訴えを起すことができる。」すなわち、ここでは二度盗まれた所有者は二度訴えを起すことができる⁽⁸⁾とされている。「学説類集」第四七卷第二章第六八法文第二分節のばあいは、所有者は一度しか盗まれなかった。

ローマ法にとっては現在考えられているような連続犯概念はまったく未知のものであった。⁽⁸⁾これをローマ法のなか

に見出そうとすることは無駄な努力であるときといわれている。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(一) ローマ法における、競合問題に関する一般的説明として。

W. Rein, Das Kriminalrecht der Römer, 1844, Neudruck 1962, S. 249ff., Th. Mommsen, Römische Strafrecht, 1899, Nachdruck 1955, S. 887ff., Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, I. Bd., 1901, S. 7ff., von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 1925, Neudruck 1971, S. 74ff., Bd. 2, 1930, Neudruck 1971, S. 494ff., Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 5ff.

(二) ローマ法においては、「犯罪の数に対応した刑罰 (Quot crimina, tot poena)」の原則が行なわれていたとするのが一般である (Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855, S. 550, von Hippel, a.a.O., Bd.2, S. 494, H. Mayer, Strafrecht, 1952, S. 406. なお、ヘフナーは「犯罪Ⅱ刑罰対応主義 (der Parallelismus von Verbrechen und Strafe)」という表現を用い、これを“Quot crimina, tot poenae”と同じものと考えている。ところが、併科主義 (Kumulationsprinzip) とよばれているものとの「犯罪Ⅱ刑罰対応主義」とはちがうものであるとする。併科主義は刑罰を減輕せずに単純に併科するものであり、「犯罪Ⅱ刑罰対応主義」は競合した刑罰を減輕せずに併科するかどうかについては、何もふれないものであるとする。この両者が混同されるのは「学説類集」第四七卷第一章第二法文前文がこの両者を同時にふくんでいるからであるとする。すなわち、「数個の犯罪が同時に行なわれたばあい、そのうちのどれについても、不可罰とすることは決してない。なぜなら、一つの犯罪が他の犯罪の刑を減輕することはないからである。」(I. 2pr. D. 47, 1: Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas delur: neque enim delictum ob aliud delictum minus poenam.) の前半は「犯罪Ⅱ刑罰対応主義」を、後半は「併科主義」を規定するものという (Höpfner, a. a. O., S. 3ff.)。しかし、ヘフナーは若干の疑問を保留しながらも、ローマ法においては「犯罪Ⅱ刑罰対応主義」が原則であったという (Höpfner, a. a. O., S. 8.)。したがって、「犯罪の数に対応した刑罰」の原則をみとめることになる。

しかし、ゲールズはローマ法が「犯罪の数に対応した刑罰」を原則としていたと一般化することに反対する (Geerds, a. a. O., S. 6ff.)。また、この原則の由来は不明である (S. 10) とし、ヘフナーのように「学説類集」第四七卷第二章第二法文前文をローマ法の競合についての一般原則とすることに批判的である (S. 6f.)。ここでは、ゲールズによる一般の見解に

対するこのような批判があることを紹介するだけにとどめる。その当否を検討することはさしあたり行なわない。

(3) 「学説類集」第四七巻については、いまだ邦訳がないため、本稿で訳出したものは、ドイツ語訳、英語訳を参考にしながら行なったわたくしの訳訳である。テクストとして、つぎのものを使用した。

DIGESTA IUSTINIANI AUGUSTI, recognoverunt et ediderunt P. Bonfante = C. Fadda = C. Ferrini = S. Riccobono = V. Scialoja, 1931

ドイツ語訳、英語訳はつぎのものを使用した。

Das Corpus Juris Civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelhrter u. herausgegeben von Otto = Schilling = Sintenis, 1832

THE CIVIL LAW including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Pauls, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo: by S. P. SCOTT, Vol. X, 1932

なお、念のため本文に訳出した部分も含め、全文を訳しておく。

「盗まれた子供が盗人の家で若者になった。その盗人は子供と若者を盗んだことになる。それにもかかわらず、それは一個の盗にすぎない。しかし、その盗人は二重の責を負う。盗人に対して、訴が一つしか起すことができないというとき、このことは二重の責を負うということとどのような関係にあるのだろうか(なにもない。)。というのは、もし盗まれた子供が第二の盗人によって盗まれ、これをさらにもとの盗人が第二の盗人から盗み戻したばあい、もとの盗人は二度盗をはたらいたにもかかわらず、一度しか彼に対して、盗の訴を起すことができない。私は子供よりも若者を価値あるものと評価しなければならぬと確信する。というのは、盗を継続することによって、盗人の条件が有利になると考えることは奇妙なことだからである。」(I. 68(67) §2, D. 47. 2: *Infans apud furem adolevit: tam adulescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tantum furtum est; ideoque dupli tenetur, quanti unquam apud eum plurimi fuit, nam quod semel dumtaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestionis? Quippe, si subreptus furi foret, ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiam si duo furta fecisset, non amplius quam semel cum eo furti agi posset. Nec dubitaverim, quia adulescentis potius, quam infantis aestimationem fieri oporteret. Et quip*

tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare?)

(4) Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik, Bd. I, 1823, S. 613f.

(5) Savigny, De concursu delictorum formali, in Vermischte Schriften Bd. IV, 1850, S. 78, Anm. 2) (なぞの論文は一八〇年にマールブルク大学の学位論文として公刊されたものであるが、ここでは論文集四巻を参照した。)

(6) 小野清一郎博士は連続犯の概念がローマ法に源があるとするのが誤りであるとすする指摘はフナリーによるとされる(「犯罪の単複と構成要件」犯罪構成要件の理論 昭和三八年 三五―頁)。しかし、正確にはサヴィニーによるものである。⁴⁸²⁹

(7) Mittermaier, Ueber den Unterschied zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen, Neues Arch., Bd. 2, 1818, S. 241, Rein, a. a. O., S. 246, Köstlin, a. a. O. 1855, S. 550, Rathenau, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen mit besonderer Berücksichtigung seiner Geltung nach dem R. St. G. B., 1896, S. 13, ff., Höpfner, a. a. O., S. 10, Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, StAbh. H. 413, 1940, S. 9

(8) I. 46, §9, D. 47, 2.: Si furtiva res ad dominum redit et iterum contrectata est, competit alia furti actio.

(9) Köstlin, a. a. O.

(10) Höpfner, a. a. O.

二 中世初期フランク時代のゲルマン部族法⁽¹⁾においては、犯罪 (Missethat) は害悪を加えること⁽²⁾、したがって有害な結果を前提とするものであった。犯罪の単一性⁽²⁾については、目に見える結果の単一性が基準となった⁽³⁾。

シュロイアーはいう。「現実的なもの、すなわち具体的に目につくものに依存する傾向は構成要件の広範囲にわたる細分化 (Atomisierung) にいたる。われわれがひとつの全体的結果に注目し、一個の犯罪として処罰するばあいも、しばしば分離して外部的観察に現われる個別的結果の数個に満足し、そのばあいにこれを数罪として論ずることになる。」⁽⁴⁾

このことは身体傷害のばあい、もつとも明瞭に示される。ある攻撃によって加えられた数個の殴打、負傷、切断などは、それと同じだけの犯罪であるとされていた。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

たとえば、レックス・サリカ (Lex Salica) においては、ひとつひとつの殴打を問題にしている。⁽⁷⁾

レックス・リブアリア (Lex Ribuarica) においては、骨を傷つけたばあい、個々の骨片を数えていた。⁽⁸⁾ また、手足を貫通した傷のばあい、これを二個の刺傷とした。⁽⁹⁾ レックス・バユワリオルム (Lex Bajuvariorum) においては、指を切断したばあい、各指を別々に考慮した。⁽¹⁰⁾

さらに、レックス・サリカにおいては、懐胎した婦女を殺害したばあい、母と子を殺害したものとして、別々の二個の犯罪を考えた。⁽¹¹⁾

このように、結果を重要視して、刑罰法規を細分化することは、ゲルマン部族法の時代にはいまだ公的刑法が発達していなかったことにもとづくものと考えられる。⁽¹²⁾ 被害者に対する贖罪という私的刑法観の支配をそこにみる。

しかし、このようなゲルマン部族法においても、まったく結果だけに着目して犯罪を考えるということを貫徹することはできなかった。⁽¹³⁾ シュロイアーによると、ランゴバルドの法においては、自由人に無礼な家宅侵入を行ない、殴り倒したばあい、半分の人命金を払えばよいとされていたといわれる。⁽¹⁴⁾

また、被害者がその負傷に倒れたばあい、多くの部族法においては、行為者は人命金だけを支払うだけでよく、傷の贖罪金は支払わなくともよいとされていた。⁽¹⁵⁾ これらの事實は、ゲルマン部族法においても、結果を明確に細分化しないばあいもあったことを示すものである。

ところが、さらにこれよりすすんで、レックス・サリカが中指、薬指、小指を同時に切断したばあいに、一個の犯罪をみとめていることは注目に値する。⁽¹⁶⁾ また、シュロイアーによると、レックス・アラマンノールム (Lex Alamanorum)

hannorum)のなかに、一撃で二本の門歯を折ったばあいには、一個の犯罪をみとめる同様の規定があったことが指摘されて⁽¹⁷⁾いる。前述したレックス・バユワリオールム(参照。本稿六四頁注10)と比較するとき、いちじるしい対象である。結果を重視して、細分化された規定をもつこの時代の特徴を前提にして考えると、現在の観念的競合に類似した感覚をそこよみとることができる。また、行為に着目している面もあったのではないかと思わせるものもある。もちろん、この時代にあっては、いまだ競合・罪数問題はそれじたいとして意識されていなかったであろう。ただ、具体的なばあいについて、事柄をこのように包括的に評価しようとする事実は看過することはできない。

しかし、この時代において、連続犯を見出すことはできなかった。ただ、ブホルツはその思想的前提が例外としてゲルマン部族法のなかに存在していたとのべている⁽¹⁸⁾。姦通や近親相姦のばあいである。これらの犯罪はその個々の行為だけではなく、継続的な関係をも含んでいるからである⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。たしかに、このばあいにも、個々の行為をとりあげて、その数をかぞえることはできる。したがって、ここで継続的關係をも含むものとして、全体について一個の処罰を行なうとすれば、それは連続犯のばあいをみとめることに接近したと考えることはできるであろう。ヘフナーはこれをもつて、「連続犯の現代的カテゴリーに属する」とのべている⁽²¹⁾。しかし、もちろんわれわれはこれをもつて「連続犯」という概念の実体が当時意識されていたと考えることはできない。このような特殊な犯罪のばあいの単なる一家として、理解すべきである。また、シュロイアーのように、このばあいをただちに、「一罪」と考えることはできない⁽²²⁾。むしろ、この時代の基本的態度が犯罪を外部的結果のなかにみようとしていたということを前提にするならば、数罪として理解する方が論理的である⁽²³⁾。数罪について、一回的処罰を行なったのであろう。もつとも、この時代のもつような現象について、ことさらに現代的感覚をもつて、一罪、数罪と確定することはできない。この時代においては、行為が一個か数個か、犯罪が一個か数個か、数個のものを一個のものへ包括することができるのかどうかについて

て、関心がもたれていたとは考えられないからである。⁽²⁴⁾しかし、それはともかくとして、贖罪金を中心にすえた被害者の法としての意味をもつ、私法的刑法観のもとにおいて、このように犯罪の継続的關係を考慮し、これを包括的に評価しようとしたばあいの存在したことは連続犯の史的展開をみていくうえで、重要な意味を有するといえるであろう。

(一) ゲルマン部族法についての一般的説明として。

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I. Bd., 3. Aufl., 1906, Neudruck, 1961 S. 271ff., insbe. 376ff., Schröder = Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 1932, S. 97ff., insbe. S. 246ff., Mittreis = Liebrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 12. Aufl., 1971, S. 35ff., insbe. 68ff. シットタイス著 || 世良晃志郎訳・ドイツ法制史概説 昭和二九年 六三頁以下 (これはシットタイス前掲書の第二版(一九五二年)の邦訳である)。
なお、フランク時代の諸部族法典については、以下のテクストを参照した。

Lex Salica zum Akademischen Gebrauch, herausgegeben und erläutert von H. Geffcken, 1898

Lex Ribuarica, in Germanenrechte, Bd. 2 Die Gesetze des Karolingerreiches 714-911, I Salische und ribuarische Franken, herausgegeben von K. A. Eckhardt, 1934

Lex Baiwariorvm, ed F von Schwind, 1926, in Monumenta Germaniae Historica, Legvm Sectio I., Leges Nationvm Germanicarvm, tomi V. pars II., 1926

Lex Alamannorum, in Germanenrechte, Bd. 2 Die Gesetze des Karolingerreiches 714-911, II Alamannen und Bayern, herausgegeben von K. A. Eckhardt, 1934

Edictus Rothari, in Leges Langobardorum 643-866, in Germanenrechte, Neue Folge, Bd. 9, bearbeitet von F. Beyerle, 1947, Photomechanische Neuausgabe, 1962

なお、このうち、レックス・サリカ、レックス・リブアリア、レックス・バユワリオールムについて、ここに示したテクストによる邦訳がある。本稿において、この三部族法典を引用するばあい、これを利用した。

久保正幡訳・サリカ法典 昭和二四年

同・リブアリア法典 昭和一五年

世良晃志郎訳・バイエルン部族法典 昭和二六年

レックス・サリカの邦訳としては、久保教授のもののほかにつきのものがある。

栗生武夫・「蠻民法殊に Lex Salica に就て」 法学論叢七卷一号八一頁以下。

また、サリカ法典については、前述のように、本稿ではゲッフェン版を参照したが、これはそこで用いられたテキストが「あまた寫本の中でも特に善本と称される」(久保・前掲書四九頁、二一〇頁)ものを原本としていることと、久保教授の貴重な邦訳があるため、これを利用できたからである。しかしサリカ法典のテキストは寫本によって種々の差異がみとめられることと、またゲッフェン版のテキストは現在一般に入手しにくいことのため、このほかに以下の二つのテキストをも参照した。なお、このテキストにもとづく邦訳はいまだ行なわれていないので、引用の必要が生じたばあいにはドイツ語訳を参考にして試訳することとした。

Lex Salica, in Germanenrechte, Bd. 2 Die Gesetze des Karolingerreiches 714-911, I Salische und ribuarische Franken, herausgegeben von K. A. Eckhardt, 1934

Lex Salica, 100 Titel-Text, in Germanenrechte, Neue Folge, herausgegeben von K. A. Eckhardt, 1953

- (2) Brunner=C. F. von Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 2. Bd., 1928, S. 704f., Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, 1893, S. 2. Schreuer, Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in der Volksrechten, in Gierke's Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 50, 1896, S. 1, Höpfner, a. a. O., S. 16f., E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1951, S. 30

(3) Brunner=C. F. von Schwerin, a. a. O., S. 708

(4) Schreuer, a. a. O., S. 1

(5) Brunner=C. F. von Schwerin, a. a. O., S. 708f.

- (6) 身体傷害のばあいに対し、財産犯罪のばあいは事情を異にしたらしい。シュロイアーはこれについて、三つの方法があったことを指摘している。一、ひとつの犯罪によって惹起された損害について、その程度を考慮しないで、唯一の贖罪金すなわち一括贖罪金 (Pauschalbusse) を考えるもの。二、一定の損害の統一体について一括贖罪金、すなわち個別査定額を決め

ておき、具体的なばあいはその損害の統一体の数に応じてそれに乗じるもの。三、何倍もの贖罪金をうるために贖罪金を完全に具体的な損害に対応させるもの(シュロイアーはこれを比例贖罪金(Proportional bussen)とよびうるという)。
Schreuer, a.a.O., S. 27ff.

- (7) サリカ法典第十七章六・「誰か自由人が自由人を棒を以て殴打し、出血なかりし場合には、三打まではいつも各一撃につき百二十デナリウスすなはち三ソリツズ責あるものと判決せらるべし。」(Si quis ingenuus ingenuum de fuste percussit ut sanguis non exeat, usque tres colpus semper per unum quisquo ictu [mat. vvalfach h. e.] CXX dinarios pui faciunt solidos III culpabilis iudicetur.)

なお、リプアリア法典第一章にもまづたく同趣旨の規定がみられる。「誰か自由人が自由人を一打にて傷つけたる場合には、彼は一ソリツズ(solidus)責あるものと判決せらるべし。二打の場合には、二ソリツズ、三打の場合には三ソリツズ責あるものと判決せらるべし。」(Si quis ingenuus ingenuum ictu percusserit, solidum I culpabilis iudicetur. Si bis, II solidos, si ter, III solidos culpabilis iudicetur.)

- (8) リプアリア法典第六八章一・「誰かが頭又はいづれか肢体を傷つけられ、而して骨が其処より脱出し、十二歩の路を超えて楯に中り響きたる場合には、犯人は彼(被害者)のために三十六ソリツズ責あるものと判決せらるべし。」(Si quis in caput vel in quacunq[ue] membro plagatus fuerit, et ossum exinde exierit, qui super viam XII pedorum in scuto sonaverit, XXXVI solidos factus ei culpabilis iudicetur.)

同二・「然し数多骨が脱出したる場合には、響きたるもの各一個につき一ソリツズ附加せらるべし。」(Si autem plura ossa exierint, pro unumquomque sonante solidus addatur.)

- (9) リプアリア法典第二章・「誰か自由人が自由人をば、出血地に滴るが如く、殴打したる場合には、彼は二倍の九ソリツズ責あるものと判決せらるべし。……。」(Si quis ingenuus ingenuum percusserit, ut sanguis exiat, terra tangat, bis IX solidos, culpabilis iudicetur…….)

同第四章・「誰か自由人が他人を突刺し、又は肋骨の内部を傷けたる場合には、彼は三十ソリツズ責あるものと判決せらるべし。……。」(Si quis ingenuus altero transpuncxerit, aut infra costas placaverit, XXXVI solidos culpabilis iudicetur…….)

ここで、「二倍の九ソリズス」とはすなわち十八ソリズスのことである。久保訳・前掲書「解説」一八頁註四参照。

- (10) バイエルン部族法典第四章一・「もし誰かが誰かの親指を切断したるときは、十二ソリドゥスをもつて賠償すべし。しかしもし親指の隣の指または小指を切断したるときは、九ソリドゥスをもつて賠償すべし。一指をしかく、且つ他指をもしかく。中央の二本の指はこれを十ソリドゥスをもつて賠償すべし。一指を五ソリドゥスをもつて、且つ他指をも五ソリドゥスをもつて。……」(Si quis alicuius pollicem absciderit, cum XII sold conponat. Et si proximum a pollice vel minimum absciderit, cum VIII sold conponat, unum sic et alium sic. Illos medianos duos digitos cum X sold conponat, unum cum V sold et alium cum V……)

なお、リプアリア法典にも類似の規定がある。

リプアリア法典第五章五・「誰か自由人の拇指を打落したる場合には、彼は五十ソリズス責あるものと判決せらるべし。……」(Si quis ingenuus ingenuo pollicem excusserit, L solidos culpabilis iudicetur,……)

同七・「矢を射る第二指を打落したる場合には、三十六ソリズスを以て賠償せらるべし。」(Si secundum digito, unde sagittatur, excusserit, XXXVI solidis conponatur.)

同九・「(その他)ぶれかの関節 (articulus) を切落したる場合には、三十六ソリズス責あるものと判決せらるべし。」(Si articulum qualecumque amputaverit, XXXVI solidos culpabilis iudicetur.)

- (11) サリカ法典第二四章三・「誰か懐胎中の自由人たる婦女を打ちたる (trabaterit) 場合、彼女が死亡したるときは、二万八千デナリウスすなわち七百ソリズス責あるものと判決せらるべし。」(Si quis femina ingenua et gravida trabaterit, si moritur, XXVIII M dinarios qui faciunt solidos DCC, culpabilis iudicetur.)

同四・「しかるに彼が児をばその母の胎内にて、【もしくは】それが【生れて】名前を持つ以前に、殺害したる場合、……四万デナリウスすなわち百ソリズス責あるものと判決せらるべし。」(Si vero infantem in utero matris suae occiderit ante quod nomen habeat,……IIIM dinarios, qui faciunt solidos C, culpabilis iudicetur.)

- (12) Geerds, a. a. O., S. 12
(13) Höpfner, a. a. O., S. 17, Geerds, a. a. O., S. 15
(14) Schreuer, a. a. O., S. 67, Höpfner, a. a. O., S. 18, Geerds, a. a. O., S. 15

なお、これはエディクトゥス・ロタリ (Edictus Rothari ロタリ王法典) 第四章を指すものと思われるので、念のため原文を付しておく(テクスト及び注は、前掲六一頁注(一))。

EDICTVS ROTHARI 41: De homine libero battuto. Si quis homine libero insidiatus fuerit cum uirtute aut solatio, uedens eum inparatum simpliciter ambolantem aut stantem, subito super eum adueniens, et turpiter eum tenerit et battuerit sine iussione regis, medietatem prelii ipsius ac si eum occidisset ei componat. eo quod in turpe et in derisiculum ipsius eum male tractauit.

(15) シュロイアーによると、エディクトゥス・ロタリ、レックス・アラマンノールム、レックス・フリシオーム (Lex Frisionum)、レックス・ローマーナ・ウァシゴトールム (Lex Romana Wisigothorum) が挙げられる。Schreuer, a. a. O., S. 78

(16) サリカ法典第二九章六。「しかるに彼がそれ以下の〔拇指および射指以外の〕指を、すなわち三本同時に一撃にて打ち落したる場合には、彼は五十ソリズス責あるものと判決せらるべし。』(Sequentes uero digitis id tres si pariter in unum ictum incidit, solidos L culpabilis iudicetur.)

また、本章七はつぎのように規定する。「彼が二本切り落したる場合には、三十五ソリズス責あるものと判決せらるべし。』(Si duos excuserit, solidos XXXV culpabilis iudicetur.) 同八はつぎのように規定する。「しかるに彼が一本打ち落したる場合には、三十ソリズス責あるものと判決せらるべし。』(Si uero unum incidit, solidos XXX culpabilis iudicetur.) したがって、三本同時に切り落したばあい贖罪金が減額されている。

なお、本章三、五において、拇指、第二指(射指)の切断に対して、それぞれ五十ソリズス、三十五ソリズスの贖罪金を規定する。

シュロイアーは同じことを指摘するについて、「サリカ法典の古いテクスト」によるものとしている。そして、新しいテクストはこのばあいに、同じ数の打ち落しの競合をみとめ、贖罪金の併科によって、贖わなければならないものであるという (Schreuer, a. a. O., S. 23)。しかし、シュロイアーは古いテクスト、新しいテクストが具体的にいかなるものであるかを示していない。本稿では、ゲッフェンによる刊本(前掲六一頁注(一))と久保教授の邦訳によって、指摘した。シュロイアーのいう古いテ

クストと、ゲッフケンの刊本のテクスト(久保・「サリカ法典について」前掲書付録九頁以下、参照)とが同一かどうかは不明であるが、ここで指摘したサリカ法典第二九章六は、シュロイアーの指摘したものに対応するものと考えられる(なお、参照。Schreuer, a. a. O., S. 23, Ann. 93)。

ちなみに、ゲルマーネンレヒテに収録されているエックハルト編集のテクスト(前掲六二)においては、ゲッフケン版第二九章六類似の規定はあるが、後述するようにとくに規定した意味がないものとなっている。また、ゲルマーネンレヒテ新篇に収録されている同じくエックハルト編集のテクスト(前掲六二頁)においては、この種の規定はまったくみあたらない。

ゲルマーネンレヒテ収録の規定。

第三章七・「誰かがそれ以下の三本の指(中指、第四指、小指をさす。拇指、矢を射る第二指について)を一撃にて同時に切り落したるばあいには、彼は一八〇〇デナリウスすなわち四五ソリズス責あるものと判決せらるべし。」(Si quis tres sequentes digitos pariter uno icto excusserit, MDCCC denariis qui faciunt solidos XLV culpabilis iudicetur.)

同八・「誰かが中指を切り落したるばあいには、彼は六〇〇デナリウスすなわち一五ソリズス責あるものと判決せらるべし。」(Si quis medium digitum excusserit, DC denariis qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur.)

同九・「誰かが第四指を切り落したるばあいには、彼は同じく六〇〇デナリウスすなわち一五ソリズス責あるものと判決せらるべし。」(Si quis quatuor digitos excusserit, similiter DC denariis qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur.)

同十・「誰かが最も小さき指を切り落したるばあいには、彼は六〇〇デナリウスすなわち一五ソリズス責あるものと判決せらるべし。」(Si minimum digitum excusserit, DC denariis qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur.)

要するに、七に規定する贖罪金は八、九、十に規定する贖罪金の単なる総額になっている。結果を一つ一つ数えているわけである。七を規定した意味はとくにない。

ゲルマーネンレヒテ新篇はその第四八章三〜七において、指の切断について一本一本を考慮している。

- (17) Schreuer, a. a. O., S. 24, Geerds, a. a. O., S. 15
- シュロイアーによると、その条文は第五七章二〇、二一である。しかし、ゲールズによると、第六〇章一三、一七である。シュロイアーの参照したテクストは明らかにされていない。ゲールズの参照したテクストは私の参照したものと同じである。

ある(前掲六一)。
(頁(注一))。

レックス・アラマンノールム第六〇章一三・「誰かが他人に対し、一撃にて、二本の上門歯を折りたる場合には、六ソリ
ツスを以つて賠償すべし。」(Si enim aliquis alium uno hictu duas dentes superiores primas excussit, cum VI
solidis componat.)

同一七・「彼が誰かに対し、二本の下門歯を折りたる場合、これを一撃にて行ないたるときは、一ソリツスを以つて賠
償すべし。」(De superioribus vero duabus primas alicui excusserit, cum XII solidis componat, sicut iectu sic
fecerit.)

(18) Buchholz, a. a. O., S. 10

(19) シェロイアーがこのばあいを連続犯であると指摘した。 Schreuer, a. a. O., S. 87, Höpfner, a. a. O., S. 20, Doerr,
a. a. O., S. 10f, Buchholz, a. a. O., S. 10

なお、ゲルマン部族法における姦淫、姦通、近親相姦についての一般的説明として。 Brunner=C. F. von Schwerin,
a. a. O., S. 849

(20)

レックス・アラマンノールムはこれらのばあいにも、継続的關係を考慮していたとらわれて居る。 Schreuer, a. a. O.,
S. 87, Höpfner, a. a. O., S. 20, Doerr, a. a. O., S. 10f., Buchholz, a. a. O., S. 10f.

シェロイアーはこのことをレックス・アラマンノールムのつぎの規定から推論した。

レックス・アラマンノールム第五章一・「ある自由人が他人の妻を略奪したる場合には、^{*}彼女を戻し、かつ八〇ソリツ
スを以つて賠償すべし。されど、彼が彼女を戻したくないと思ひ、これを元の夫も同意したる場合には、四〇ソリツスを以
つて賠償すべし。さらに、彼女の夫が彼女を要求するに先だちて、彼女が死亡したる場合には、四〇〇ソリツスを以つて賠
償すべし。」(Si quis liber uxorem alterius contra legem tulerit, reddat eam et cum LXXX solidis componat.
Sie autem reddere noluerit, aput CD solidos eam componat, et hoc si maritus prior voluerit. Et sie antea
mortua fuerit, ante quod illae maritus eam quaesierit, cum CD solidis componat.)

* ゲルマン部族法においては姦通罪は既婚ないし未婚の男性と他人の妻との間の同衾だけではなく、他人の妻になされ
た強姦や掠奪をも含むものであった。 Brunner=C. F. von Schwerin, a. a. O., S. 854

- (21) Höpfner, a. a. O., S. 20
- (22) Schreuer, a. a. O., S. 87
- (23) Höpfner, a. a. O., S. 20, Anm. 19
- (24) なお、参照。Buchholz, a. a. O., S. 11

三 中世後期のいわゆる法〔律〕書時代⁽¹⁾においても、とくにつけ加えるべきことはなかった。ここでも、犯罪に⁽²⁾って決定的なものやはり結果であった。ただ、ゲルマン部族法に対して、吸収主義が拡張されたことが指摘されている。⁽³⁾しかし、この時代については、連続犯の実体をもつ観念が存在していたかどうかについて論じられた形跡をみいだすことすら、ついにできなかった。

(1) 法〔律〕書について。Schröder= von Künberg, a. a. O., S. 718ff. Mittels= Liebrich, a. a. O., S. 164ff. insbe, 195ff., Friese, Das Strafrecht des Sachsenspiegels, in Gierke's Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft. 55, 1898, Neudruck 1970, Osenbürgen, Das Alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter, 1860, シッタイス著 II 世良訳・前掲書 三一四頁以下。

なお、いわゆる二大法書のうちザクセンシュピールゲルについては、つぎのテキストとこの第一版による久保教授の邦訳を参照した。引用するばあい、これを利用していただいた。

Sachsenspiegel (Landrecht), herausgegeben von K. A. Eckhardt, in Monumenta Germaniae Historica, Fontes Iuris Germanici Antiqui, Nova Series Tomi I Pars I, 1955

久保正幡訳・「ザクセンシュピールゲル(ラント法)邦訳(一)〜(七)」国家学会雑誌七一巻二号、六号、九号、七二巻二号、七三巻一号、七四巻一・二号、七・八号。

なお、ザクセンシュピールゲルの邦訳としては、このほかに、つぎのものがある。

金沢理康・「ザクセン・シュピールゲル(ラントレヒト)」早稲田法学別冊八巻、「ザクセンシュピールゲル(レーンレヒ

ト) 同九卷。

(2) ザクセンシュピールゲル(ラント法)のつぎの規定のなかに、バイエルン部族法典第四章一(前掲六四頁注(10))と類似の規定がある。

ザクセンシュピールゲル(ラント法)第二卷第一六章第六節・「それぞれの指および足指は、各別の贖罪金を有する、〔すなわち〕人命金として彼に帰属するものに従い、その十分の一。』(Jewelk vinger unde tene hevet sine sunderleke bute, na deme dat eme in dem wergelde boret, sin tegede del.)

その他、たとえば同第二卷第三四章第一節・「誰しも或る人の下僕を、ひたすらその主人の責(schul)によつてのみ、打ちまたは捉えまたは強奪したならば、彼は彼等〔主人および下僕〕双方に対し適法に贖罪金を支払うべきである。ただし、彼がそれを主人の恥辱になるようになしたのでもなければまた損害になるようになしたのでもない旨、彼が敢えて聖遺物にかけて宣誓する場合は、このかぎりでない。その場合には、彼は一方の贖罪金からは免れる。……』(Swe so enes mannes knecht, sleit oder vet oder rovet nicht wan dorch des herren scult, na rechte scal he ene beiden bute geven, he ne dorre dat oppe'n hilgen beweren, dat he it dem herren to lastere noch to scaden hebbe gedan; so is he der enen bute ledich.……)

同第二卷第一二章第五節・「判決を非難する者が、〔それを〕なし遂げないならば、彼はそのゆえに裁判官に対しては罰金を、また彼が非難した判決〔を見出した〕者に対しては贖罪金を支払い、……』(De dat ordel scilt, ne vulkumt he is nicht, he mut dar umme wedden deme richtere, unde jeneme sine bute geven, des ordel he besculden hevet.……)

なお、シュワブレンシュピールゲル(Schwabenspiegel)のなかにも、これらと類似の規定がある旨指摘されている(Geerdts, a. a. O., S. 20, Anm. 117, 118)。その第六七章、第一五〇章第一節、第一五二章。ゲールズはつぎのテキストによつて、指摘している。Das Schwabenspiegels Landrechtsbuch, 2. Aufl, herausgegeben von G. Gengler, 1875 直接参照することができなかつた。

このほかさらにこれらと類似の規定がリューベック、マグデブルクの都市法、デイトマルシェンのラント法典のなかに存在していたことが指摘されている(Geerdts, a. a. O., S. 20, Anm. 117, 118)。ゲールズはつぎの資料によつて、

いずれも参照しなかつた。

Lübisches Stadtrecht, in Norddeutsche Stadtrechte II, Das mittelniederdeutsche Stadtrecht von Lübeck nach seinen ältesten Formen, herausgegeben von Gustav Korlén, 1951, Die Magdeburger Fragen, herausgegeben von J. Fr. Behrend, 1865, Dithmarscher Landrecht von 1447, in Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen, herausgegeben von A. O. J. Michelson, 1842

なお、ザクセンシュピールゲルにおける犯罪競合について、参照。Friese, a. a. O., S. 99ff.

(c) His, a. a. O., S. 46, Höpfner, a. a. O., S. 22, Geerds, a. a. O., S. 21

ザクセンシュピールゲルのつぎの規定がこれをよく現わしている。

第三卷第五〇章・「[ドイツ人が不法行為により〔罰として〕彼の生命または彼の手を失つた場合には、彼がそれを請け戻してもまた〔さう〕しなくても、彼はそれに加えて罰金をもブーセをも支払うことを要しない。』」(Swar de dudescche man sinen lif oder sine hant verwarcht mit ungerichte, he lose se oder ne do, dar ne dar he geven noch gewedde noch bute to.) シュロイヤーはこれに対して部族法はここまで進んでいまいという (Schreiner, a. a. O., S. 151, Anm. 1)。

なお、類似の規定として、シュワマーベンシュピールゲル第八章第二節、第二一八章が指摘されている (Höpfner, a. a. O., S. 22, Geerds, a. a. O., S. 20)。¹⁾ ここでも、贖罪金が実刑 (die peinliche Strafe) によつて吸収されていたといわれる。

なお、デイトマルシェンのラント法典においては、身体傷害を受けたときに、その衣服を引き裂かれたばあひ、身体傷害に²⁾ついてだけ、贖罪されるべきとされていたことが指摘されている (Höpfner, a. a. O., S. 23, Geerds, a. a. O., S. 20f.)。なお、念のためゲールズの引用にしたがつて、原文を付しておこう (前掲七〇頁注(2)参照)。³⁾ Dithmarscher Landrecht

§109: Vortmer eftman schaden wunnen hedde vnde eme sine cledere dar ouer tospleten weren, so schalmc öme den schaden betheren, vnde nicht de cledere. (ここに現われる betheren はひらび、「贖罪する」と訳つて理解しておいた。)

ところがこれに反し、リューブエックの都市法第一六五章においては、このばあひについて加重された贖罪金が予定されていたといわれている (Geerds, a. a. O., S. 21, Anm. 123)。⁴⁾ テクストを直接参照することはできなかつた。

また、アラマンの法においては、吸収主義の原則を規定としてみいだすことはないが、実際には必ずしも形の併科が行なわれず、数個の死に値する犯罪が同時に判決されるばあいは最も重い犯罪に定められた死刑の形式で足りると考えていたといわれている (Osenbürgen, a. a. O., S. 190)。つぎのようなばあいが前提とされている。窃盗を行ない、放火を行なった殺人犯人 (Mörder) について、「彼を車裂きにし、刑車の上で彼を絞首台に直立させ、彼の首を盗人のものとしてそれに結びつけ、盗人・放火犯人・殺人犯人として彼を刑車と共に火の中へ押しやるべきである。」もつとも、このばあいは両立しえない刑罰であるから、「みせかけの併科 (Scheinkumulation)」といえよう (Höpfner, a. a. O., S. 23)。しかし、オーセンブリュゲンの指摘を考慮すれば、刑罰が単一の傾向をおびてきたということができよう (Geerds, a. a. O., S. 21)。さらに、アラマンの法では大なる贖罪金が小なる贖罪金を吸収することが規定されていたといわれる (Osenbürgen, a. a. O., S. 186f., Höpfner, a. a. O., S. 23, Doerr, a. a. O., S. 12)。クフナーはこれについて、「つぎのようについて、侵害したばあいの外部的事実の単一性に対し、それまで知りもしなかった意味が付与された」と (Höpfner, a. a. O., S. 23)。

なお、ゲールズはザクセンシュビーゲルのつぎに示す規定について、単一的な処罰への努力とみなしてもよいとしている (Geerds, a. a. O., S. 21, Anm., 132)。

ザクセンシュビーゲル第一巻第五三章第四節・「いかなる人も一つの事件のゆえに二回罰金を払うことはない、ただし、彼が一つの行為をもって平和 (Frede) を破りしかも教会破門 (Ban) 〔の罰〕を受けるに相当する場合は、このかぎりでない。かような者は宗教的な法および世俗的なそれに従って罰金を支払わなくてはならず、しかも、彼が害した者に贖罪金を与えるのである。」(Neman ne weddet um ene sake twies, he ne breke den vrede unde versculde bannes an ener dat; de mut wedden to geistlekem rechte unde to werllekeme, unde gift ene hute jeneme, den he geseret hevet.)

四

ドイツのローマ法継受時代の刑事立法のうちで、最大唯一の統一的刑事法典であるカロリナ刑法典 (Constitutio Criminalis Carolina (CCC))⁽¹⁾ も競合に関する一般的規定をもっていない。また、各個別的規定から、競合についての統一的態度をうかがうこともできない。⁽²⁾ したがって、このことは連続犯について特別な態度を示す一般的規定のない

ことを意味する。

しかし、ヘフナーは数個の犯罪に対し、唯一の刑罰を科するばあいが存在していたことを、カロリナ刑法典の具体的規定によって指摘した。

以下の三規定である。

「第百十一条 ……されど、鑄貨よりその正しき重量を故意に奪う者、または、鑄貨の自由を有せずして貨幣鑄造する者は、収牢せられ、……事件の形態に応じ、身体または財産に関する刑罰を蒙るべし。⁽⁴⁾」ヘフナーはいう。ある人が数回貨幣価値を低下させたり、あるいは権限なしに鑄造しても、その文言によれば常にそのような違法な行為の全体について、唯一の刑だけが科せられるべきと考えられると。

「第百二十三条 智熟せざる女ことに無垢の娘にして、世評悪しからざる名誉ある女が、誰か男にてあれ女にてあれ悪しき者によりて、彼女より娘たるのまたは婦女たるの名誉を奪わむがため、悪しきまた欺瞞的なる仕方にて、罪なる肉の所業に引き入れらるること、しばしば生ずるがゆえに、その悪しき媒介者および媒介女は、しかしてまた、彼らに、知りて、故意に、かつ、悪意にて、自己の家をそのために貸与したる者、または、かかることが自己の家の中にて行なわることとを容認したる者もまた同様に、……あるいはラントよりの放逐をもって、あるいは晒し柱への繋留をもって、あるいは、両耳の切断をもって、あるいは鞭にての打擲をもって、あるいはその他の方法をもって、罰せらるべし。⁽⁵⁾」ヘフナーはいう。とくにこの規定から、個々の明らかな姦通媒介のばあい、その各々の行為そのものが個別的な刑を科せられるのではなく、全体の企行に対し一個の刑が罰科せられるべきことが推論されると。

「第百十三条 さらに、悪意をもって、かつ、故意をもって、度量、衡器、分銅、香料、またはその他の商品を偽り、それらを正しきものとして使用しまた引渡す者は、刑事刑を蒙り、そのラントよりその者は放逐せらるるか、ま

たは違反行為の状況および形態に応じて、その者の身体に対して、鞭をもってする打擲またはこれと同様のごときとが、**刑罰として加えられるべし**。しかして、もし、かかる欺瞞が大いにかつ悪しきまに類発するときは、犯人は死をもつて罰せらるべく……⁽⁶⁾」ヘフナーはこれについても、**数個の犯罪のすべてについて一個の刑罰が科される**という。ヘフナーはこれら三規定について、正面から「**連続犯**」のばあいであるとはのべていない。しかし、ヘフナーのこれらの規定に対する解釈と、**連続犯**についての理解を対比すれば、これらのばあいまぎれもなく**連続犯**であるといえよう。ヘフナーは**連続犯**について、つぎのように考えている。数個の犯罪そのものが、**犯罪の数に対応した刑罰の原則**をやぶって、**一個の刑罰が科されることである**と⁽⁷⁾。また、ヘフナーは**ゲルマン部族法の姦通罪**などのばあいについて、それが「**連続犯の現代的カテゴリーに属する**」とのべていた⁽⁸⁾。このことは**カロリナ刑法典**のここに示した三規定についても、**同様にのべられなければならない**であろう。われわれはヘフナーの解釈により、**カロリナ刑法典**において、**具体的な犯罪によっては、連続犯として問題にされうるようなばあいのあったことを知る**のである。

(1) カロリナ刑法典の一般的説明として。Hippel, a. a. O., Bd. I, S. 174ff., S. 213; E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Schröder=Künßberg, a. a. O., S. 969ff., Mittels=Lieberich, a. a. O., S. 214ff.

ミッターイス著 世良訳・前掲書 三四一頁以下、木村・「カロリナ法典について—その四百年に際して」法学志林三四卷一二号。

なお、カロリナ刑法典を参照するについては、**鳩教授の邦訳と、そこでテキストとされたもの**によった。

Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), herausgegeben und erläutert von Radbruch, durchgesehen von Arth. Kaufmann, 1962 (なぞ) このなかにも、**ラートブルフによるカロリナ刑法典に**関する一般的説明がある。Radbruch, zur Einführung in die Carolina)

鳩 浩・「カルル五世刑事裁判例(カロリナ)」神戸法学雑誌一八卷二号二一〇頁以下。

(2) カロリナ刑法典において、犯罪の本質がどのように考えられていたかを示すものとして、その第一七八条がひきあいになされる。つぎのように定める。

「第七十八條 さらに、何者かが、ある非行を、その非行の完遂に役立ちうる若干の外観しうる所業をもって企行せらるるも、当該非行の完遂には、他の邪魔が入りたるために、彼の意思に反して妨げらるるときは、若干の所業が上述のごとくに現出するに至りたる基たる悪しき意思が、刑事刑をもって罰せらるべし。……。」(Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mörgen, vndersteht, vnd doch an volnbringung der selben missethatt durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will, darauß etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen,……)

この規定を根拠として、ヘフナーは犯罪の本質を結果にもとめた古い見解が動搖させられたとしてつぎのように述べた。
すなわち、カロリナ刑法典はこれまでのドイツ法に対し、犯罪の主観的把握のために基礎を与えた。なにしろまさしく意思が処罰されるべきだとおべている (Höpfner, a. a. O., S. 24) なお、参照。小野清一郎・前掲書 (三五五頁)と。

これに対して、ゲールズはそうにいうことは極端であり、犯罪概念はそもそもカロリナ刑法典において基本的に変化しなかつたといつてよいただろうと反論した (Geerds, a. a. O., S. 28)。しかし、ヘフナーは一方で、カロリナ刑法典が結果をとるに足らないものとは考えていないとものべている (Höpfner, a. a. O., S. 25)。カロリナ刑法典にとって、意思だけが重要であるとも考えてはいない。したがつて、ゲールズによるヘフナーに対する批判は必ずしも当てはまらない。我々は、カロリナ刑法典において、意思も問題にされていることに注目すれば足りる。もつとも、これが競合問題にどのような影響を与えたかは明らかではない。おそらく、何らの影響をもつものではないと推測しうるにすぎない。

カロリナ刑法典において、吸収主義を示した規定としてその第一〇八条と第一六三条があげられる。

「第八條 さらにある者が、なされたラント復歸ないし復讐放棄誓約を破り、しかもこれを、彼が朕の皇帝法Ⅱ〔ローマ法〕および本令に従わばしからずしても死刑に処せらるべき事件および行為をもつてなすときは、本人には、死刑が結果として生ずべし。されど、ある者が、彼が生命を罰として喪失せしめうるに至らざるがごとき事件をもつて、ラント復歸ないし復讐放棄誓約を、予謀をもつて、しかも邪心をもつて破るときは、彼は、偽誓者として、一手の、または〔二〕指の切断、その他前条に触れられるごときをもつて罰せらるべし。……。」(Item bricht eyner eyn geschworne vrphede mit

sachen vnd thatten, darumb er vnser Keyserlichen recht vnd diser ordnung nach, zum todt on das mocht gestrafft werden, der selben todtsstraff soll volg geschen. So aber eyner ey n vrphede mit sachen darumb er das leben nit verwürckt hat, fürsetzlich vnd freuenlich verbrech, der soll als ey n meynediger mit abhawung der handt oder finger vnd anderm, wie imm nechst obgemelten artickel berürt,igestrafft werden.....)

「第六十三條 さりに、ある一箇の盜において、前に規定せられる諸条件に別々に叙せられる加重原因が多種あることが確定せらるるときは、その刑罰は、盜の最大の加重原因に従いて判決せらるべし。」(Item wo bei eynem diebstahl mer dann eynerley beschwerung, so inn den vorgesetzten artickeln vnderschiedlich gemelt sein, erfunden würden, ist die straff nach der meynsten beschwerung des diebstals zu erkennen.)

もつとも、この第一六三條については、ヘフナーによつて、吸収主義を論証するものではないとの主張がなされている。一個の「盜」についてだけ述べているにすぎないことを根拠とする(Höpfner, a. a. O., S. 27)。しかして、一個の行為(「盜」)によつて、數個の盜に関する法規にふれるばあいに、その最も重いものによつて判決するといふのであるから、吸収主義を示すものとして理解することは可能であろう。ラテナウは「重き刑罰は輕き刑罰を吸収する(“Poena major absorbet poenam minorem”)」の原則を示すものとする(Rathenau, a. a. O., S. 21)。ゲールズも同様に主張する(Geerts, a. a. O., S. 31)。もちろん、カロリナ刑罰法典第一〇八條にしろ第一六三條にしろ、それが競合に関する一般的原则を示すものといえないことはいふまでもない(Höpfner, a. a. O., S. 26f., Geerts, a. a. O., S. 31f.)。

なおヘフナーはカロリナ刑罰法典における「盜」の規定の方法から、「盜」の罪の単一性が盜まれた物の数とか、その種類の数にもとづくのではなく、「事件の外部的連関(die äussere Zusammenhang)」にもとづいて決定されいると指摘している(Höpfner, a. a. O., S. 25)。ちなみに、カロリナ刑罰法典は第一五七條から第一六二條において、その「盜」が初犯か再犯か三犯かによつて、異なった刑を科すことを規定している。小野清一郎博士がカロリナ刑罰法典について、「ゲルマン法固有の、侵害の結果によつて犯罪事実を細分する傾向を抑へ、具体的な行為過程の全体を統一的に構成要件化するに至つた。」(小野・前掲書 三五五頁以下。)とされるのも、このような事実にもとづくものであらう。

(3) Höpfner, a. a. O., S. 25f.

(4) CCC III:..... Welcher aber der müntz jre rechte schwere, geuerlicher weiß benimbt, oder auch on habende

Freihey münzte, der soll gefenglich eingelegt vnd.....an leib oder gut, nach gestalt der sachen gestrafft werden,

(15) CCC 123: Nach dem zum dickermal, die vnuerstendigen weibsbild, vnd zuuor die vnschuldigen meydelein, die sunst vnuerleumbt ehrlich person sein, durch etliche böse menschen mann vnd weiber, böser betrüglicher weiß, damit in jr jungkfewlich oder fewlich ehr entnommen, zu sündlichen fleyschlichen wercken gezogen werden, die selbigen boßhaffigen kupler vnd küplerin, auch die jhenen so wissentlicher geuerlicher vnd boßhaffiger weiß jre hewser darzu leihen, oder solchs inn jren hewsern zubeschehen gestalten,.....es sei mit verweisung des landts, stellung inn branger, abscheidung der oren, oder aubhawung mit ruten, oder andern gestrafft werden.

(16) CCC 113: Item welcher bößlicher vnd geuerlicher weiß, maß wag, gewicht, specerey oder ander kauffmann schafft, felscht, vnd die für gerecht gebraucht vnd aubibt, der soll zu peinlicher straff angenommen, im das land verboten, oder an seinem leib als mit ruten aubawen oder dergleichen, nach gelegenhey vnd gestalt der überfarung, gestrafft werden, vnd es möcht solcher falsch als oft gröblich vnd boßhaffig geschehen, daß der thätter zum todt gestrafft werden soll,.....

(17) Höpfner, a. a. O., S. 272

(18) Höpfner, a. a. O., S. 20 なお、前述六〇頁参照。

五　これまで、ドイツにおける刑法の系譜をさかのぼって、「連続犯」の観念を発見することを試みた。しかし、そのような観念を一般的な形においてみいだすことはできなかった。単に、犯罪の具体的なばあいに、現在のわれわれの観念から、連続犯のばあいにあたるのではないかと考えられるものを若干みいだすことができたにすぎない。その意味では、連続犯概念にとって、まさに「前史」であった。

ところで、「連続犯」概念の発端は中世イタリア法学にあるといわれている。⁽¹⁾中世イタリア法学はドイツにおける

刑法総論につよい影響を及ぼしたことは周知のとおりである。⁽²⁾ このことは同時に、罪数論の分野にも基礎を与えたことを予想させる。ここでは資料的な制約もあるので、ラテナウ、ヘフナーなどのドイツにおける業績によりながら、「連続犯」概念の発展に直接的基礎を与えたと考えられる中世イタリヤ法学の理論に簡単にふれておくことにする。

もっとも、註解学派の最大の代表者であるバルトルスには、いまだ「連続犯」についての一般的認識はなかったようである。たとえば、同じ婦人とかえし情交を行なった者に対し、一個の刑だけを科し、その数だけの刑を併科しないばあいの根拠をバルトルスはつぎのようについて、「刑罰(すなわち死刑)はくりかえすことができない」と。数回の姦通を包括的に評価するという問題意識はそこにはみられない。しかし、バルトルスはずつぎのようには「数個の行為にもかわらず、犯罪の単一性を認めている。すなわち、数個の行為が「同一の目的あるいは結果」にむけられており、しかもそれが「人以外の物に対するその場かぎりの犯罪」であるばあいである。⁽⁵⁾ たとえば、誰かが一晩中数人の者と賭博をしたばあい、バルトルスは最初から最後まで全体の一個の賭博であると考えた。⁽⁶⁾

バルトルスに対し、ファリナチウスは数回行なった姦通について、つぎのように考えていた。すなわち、「他人の妻を数回犯す者は連続しているので、数回の姦通を行なったように考えられよう。しかし、このような連続は一個の刑罰をもって処罰するだけでよい。」「同一人と連続して姦通を行なう者は一個の姦通罪である。数個のそれではない。」⁽⁷⁾と。ファリナチウスはこのばあい、犯罪の単一性を考えている。⁽⁸⁾ 包括的に評価していると考えられる。ファリナチウスはさらに、つぎのようにも述べている。「同じ種類の間における連続的な(successiva)数個の犯罪は唯一の刑罰をもって処罰される。」⁽⁹⁾と。ここに、一般的な形において、包括的な評価を行なおうとする態度をみることができる。しかし、ファリナチウスが犯罪の単複や、刑罰を一回的に科することについて、どの程度関心をもっていったかは明らかではない。したがって、現在ドイツにおいて考えられる連続犯と、単に犯罪を反復したというようなば

あいとが、どのように區別されるのか明らかにされてはいない。

中世イタリア法学においては、以上のように、物事を包括的に評価しようとする態度がみとめられる。このことは現在のドイツにおける連続犯のばあいにはきわめて接近したということが出来る。しかし、連続犯の固有の概念をうるためには、さらに時をまたなければならなかった。

- (1) Rathenau, a. a. O., S. 23, Höpfner, a. a. O., S. 27f., Doerr, a. a. O., S. 12, Buchholz, a. a. O., S. 12, Hippel, a. a. O., Bd. II, S. 494, 534, Hertha Killmann, Untersuchungen über das sogenannte fortgesetzte Verbrechen, 1934, S. 2
 - (2) 中世イタリア法学一般について。Kohler, Das Strafrecht der Italienischen Statuten vom 12.-16. Jahrhundert, in Studien aus dem Strafrecht, III, 1895, Köstlin, a. a. O., 1855, 552ff., Hippel, a. a. O., Bd. I, S. 90ff.
 - (3) この用語について、参照。船田・ローマ法第一巻 昭和三四年 五一九頁以下。とくに「五二二頁注(三)」。
 - (4) Rathenau, a. a. O., S. 21, Höpfner, a. a. O., S. 41, Doerr, a. a. O., S. 13, Buchholz, a. a. O., S. 12
 - (5) バルトルスはその他のばあいには決して「犯罪の単一性を認めなかった。すなわち、まず「連続的犯罪すなわち、くりかえすことによつて連続性をもつ行為」のばあい、それが単一の結果にむけられていても、数個の犯罪とした。たとえば、バルトルスはその例として、八デナリウス以上で酒を売ることが禁止されたばあいについて、つぎのようにのべたといわれる。「何人に売却したのか、何単位で売却したのか」といふことによつて、「犯罪の数が決まる」 (Rathenau, a. a. O., S. 22, Höpfner, a. a. O., S. 33, Doerr, a. a. O., S. 13, Anm. 3) と。
- さらに、バルトルスは「人に対する犯罪 (delicto in persona)」のばあいに、それが単一の結果にむけられていても、やはり数個の犯罪を認めた。すなわち、数個の殴打は数個の犯罪と考へていた(当時の一般的見解は、このようなばあい、間隔をおいて行なわれる、すなわち継続したり、一気で行なわれたばあいに、殴打した数に応じて犯罪の数をかぞへた。Höpfner, a. a. O., S. 42ff. Doerr, a. a. O., S. 13, Anm. 4)。
- (6) バルトルスはこのばあいに、賭博の相手か数人であることを根拠に数個の犯罪を考へることが出来るかという問題について、つぎのようにのべた。「私が一緒に賭博した人々が私によつて侵害されたのではなく、社会が侵害されたのである。し

たがって、犯罪は一個である。」(Rathenau, a. a. O., S. 22, Höpfner, a. a. O., S. 33, Doerr, a. a. O., S. 14)と。

なお、このバルトルスの見解について、ラテナウは犯罪の単一性にとつて、被害法益の単一性が積極的意味をもつと理解してゐる (Rathenau, a. a. O., S. 22)°。しかし、これに対し、ホフナー、ドウエルは批判する。バルトルスは同じ人間を数回殴打したばかり、数罪であるとしてゐるからである (Höpfner, a. a. O., S. 23, Doerr, a. a. O., S. 14)°。

- (7) Rathenau, a. a. O., S. 23, Doerr, a. a. O., S. 13, Buchholz, a. a. O., S. 12
- (8) Rathenau, a. a. O., S. 23, Doerr, a. a. O., S. 13, Buchholz, a. a. O., S. 12
- (9) Rathenau, a. a. O., S. 23, Doerr, a. a. O., S. 15