

# 刑事判例研究 (三)

— 兇器準備集合罪とそれから発展した公務執行妨害罪との罪数関係 —

山 火 正 則

刑法二〇八条ノ二第一項・九五条一項・四五条・五四条一項  
昭和四八年五月二九日東京高裁判決 (昭和四八年(ウ)一六〇号兇  
器準備集合等被告事件) 判例タイムズ二九八号三三八頁

〔事実〕 「被告人は、第一 約七〇名の学生らが、投石、殴  
打などにより警察官の阻止を排して某会議開催中の某ホテルに  
向け抗議デモをしようと企て、昭和四四年六月九日午後三時二  
〇分ころから同日午後三時五〇分ころまでの間、A付近にその  
大多数が鉄パイプ、角材、丸棒、石塊などを携えて集結し、引  
きつづき同所から…… B付近路上に集合した際、鉤付竹竿を  
所持してこれに加わり、もって他人の身体に対し共同して害を  
加える目的で凶器を準備して集合し、第二 多数の学生らと共  
謀のうえ、同日午後三時五〇分ころB路上において、前記学生  
らの違法行為を制止し、検挙する任務に従事中の某指揮下の警

察官に対し、石塊を投げつけて暴行を加え、もって警察官の前  
記職務の執行を妨害したものである。」(第一審静岡地裁昭和四七年二  
月一三日判決の事実認定)

〔判旨〕 弁議人が右事実第一の兇器準備集合罪と第二の公  
務執行妨害罪とは牽連犯の関係にあり、原判決がこれを併合罪  
として刑の加重をしたのは法令の適用を誤った違法であると主  
張したのに対して、つぎのように判決した。

「兇器準備集合罪が個人の生命、身体、財産のみでなく、公  
共的な社会生活の平穩をもその保護法益とするものであること  
は明らかであり、本件の兇器準備集合の所為を公務執行妨害の  
所為に対する単なる手段としてのみ評価することはできない。  
また両者は一般的にも通常手段結果の關係にあるとい得るも  
のではないから、併合罪の關係にあると解することが相当であ  
る(最高裁昭和四八年二月八日決定参照)。」

〔研究〕 一 兇器準備集合罪とそれから発展した他の行為との間の罪数関係について、学説はこれまで十分に議論してはこなかった。また、判例においても、これを直接問題としたものは少なく、しかも本件のように公務執行妨害罪との関係が問題とされたのは皆無ではなかったかと考えられる。本判決は凶器準備集合罪と公務執行妨害罪の保護法益の相違と両者が一般的にも通常手段結果の関係にはないことを根拠として、一般的抽象的な形において両罪の間に牽連犯関係は存在しないとした。そこでまず、兇器準備集合罪とそれから発展した他の行為との罪数関係を問題にした判例の傾向を概観しながら、本判決を検討していきたいと思う。

二 まず、兇器準備集合行為と「暴力行為等処罰ニ関スル法律」違反行為との関係については以下の三最高裁決定はいずれも牽連犯関係を否定し、併合罪関係を認めた。

① 最一小決昭和三八年一〇月三二日裁判集一四八号一〇六五頁 単に「(原判決認定の事実関係のもとにおいては、被告人の兇器準備集合の所為と暴力行為等処罰ニ関スル法律違反の所為とを併合罪とした原判決の判断は相当である)」という。

② 最三小決昭和四三年七月一六日刑集二二卷七号八三〇頁 単に「(被告人らの兇器準備集合の所為と暴力行為等処罰に関する法律違反の所為とは第一審判決認定の事実関係のもとにおいては、併合罪の関係にあると解するのが相当である)」という。

③ 最一小決昭和四八年二月八日刑集二七卷一号一頁 「兇器準備集合罪が個人の生命、身体または財産ばかりでなく、公共的な社会生活の平穩をも保護法益とするものであること(当裁判所昭和四四年(初)第一四五三号同四五年二月三日第一小法廷決定・刑集二四卷一三三〇頁参照)にかんがみれば、被告人の本件兇器準備集合の所為は暴力行為等処罰に関する法律違反に対する単なる手段とのみ評価することはできず、両者は通常手段結果の関係にあるというをえないのであるから、牽連犯ではなく、併合罪と解すべきであって、原判決の判断は正当である。」

つぎに、兇器準備集合行為と殺人行為との関係については以下五個の下級審における判決がある。判決④を除きすべて牽連犯関係の存在が肯定された。

④ 大阪地判昭和三六年二月四日判時二六三三三三頁 「しかし兇器準備集合罪は、個人の生命、身体、財産という個人的な法益をその保護法益とする点では一面殺人罪の予備罪的性格を有するけれども、又他面二人以上の集合を要件としている点において、公共的な社会生活の平穩をもその保護法益とするもので、単なる殺人等の予備罪とは別個独立の犯罪であると解されるから、兇器準備集合罪に該当する行為が発展して殺人、同未遂等の犯罪がなされた場合においても兇器準備集合罪は右殺人、同未遂等の罪に吸収せられることなく、これらの罪と併合罪の関係に立つものと解するを相当とする。」

⑤ 福岡地飯塚支判昭和三八年一月二九日下刑集五卷一・二

合併号四七頁 単に「右兇器準備集結と殺人未遂の各所為は手  
段結果の關係にあるから」という。

⑥ 甲府地判昭和三八年三月二八日下刑集五卷三・四合併号  
三三八頁 弁護人が両罪を吸収關係にたつと主張したことに對  
して、「右の兇器準備集結罪の保護法益は、個人の生命の危険  
に對するものではなく、公共的な社会生活の平穩をも含む  
ものといふべきで、殺人予備罪とはその保護法益を異にする。  
したがつて兇器準備集結の段階においては、両罪が成立し、両  
者は想像的競合の關係に立つものと解すべきであるが、これが  
殺人行為に發展した場合には、殺人予備の点は前述のごとく殺  
人罪(未遂を含む)に吸収されるも、兇器準備集結罪までこれに  
吸収されると解することはできないから、弁護人の右主張は理  
由なきものといふべきである。そこで進んで右の場合右兇器準  
備集結罪と殺人罪とはいかなる關係に立つかについて考えるに、  
殺人目的の場合の兇器準備集結罪に於ては、この目的は同罪  
のいわゆる主觀的構成要件要素であつて、殺人行為に發展した  
ときはとりもなおさずこの目的の実現にほかならず、これを逆  
に見れば兇器準備集結は殺人罪の手段といふべきで、兩者の間  
には手段結果の關係があり、しかもこの關係は通常ありうる性  
質のもの、すなわち經驗上の類型的なものであるとみるのが妥  
当であるから、右兩者は牽連犯と解するを相当とする。」

⑦ 岡山地判昭和三九年七月三二日下刑集六卷七・八合併号  
九一四頁 単に、「兇器準備集結と殺人未遂の所為とは手段と

結果の關係にあり」という。

⑧ 大阪高判昭和四七年一月二四日判タ二八〇号三三六頁  
「被告人らの右兇器準備集結は右殺人未遂、傷害を目的とする  
準備行為であり、右殺人未遂、傷害は兇器準備集結において準  
備した兇器を使用して行なつた右兇器準備集結の目的を実現し  
た結果であり、前者が發展して後者にいたつたもので、かよう  
な關係にある兇器準備集結と殺人未遂、傷害とは、一般社会生  
活上手段結果の關係にあるものと認められるのみでなく、社会  
人らの主觀においては勿論のこと、本件の具體的事情を客觀的  
にみても、手段結果の關係にあるものと認められる。そうする  
と、本件兇器準備集結と殺人未遂傷害とは通常手段結果の關係  
にあり、刑法五四条一項後段の牽連犯であると解するのが相当  
である。」

ここで、①と③の最高裁決定はいずれも併合罪關係を認めて  
いるが、その根拠を明らかにしてるとは考えられない。もっと  
も、③は法益の相違を考慮しつつ、兇器準備集結行為が「暴力行  
為等処罰に関する法律」違反行為の単なる手段とのみ評価する  
ことはできないことをその實質的根拠にしているようではある。  
しかし、もし法益が同一で、「單なる手段」の關係を認めるこ  
とができるのであれば、むしろそこには法条競合の關係  
が存在する可能性があるのではないだろうか。③は説得的な根  
拠を示しているとは考えられない。いまこれらの場合に併合罪  
を認めた根拠を推論するならば、②、③(①の事實關係は知るこ

とができなかつた。⑦の事案はいずれも兇器準備集合の後、準備した兇器を使用して、殺傷等をしたものではないところにそれがもとめられるのではないだろうか。準備された兇器は脅迫の手段としてしか用いられておらず、暴行も手拳や足蹴によるものであつた。他人の生命、身体、財産へ危害を加えるための兇器準備ではなかつたともいえる。このような具体的事実に着目して考へるならば、ここに併合罪関係を認める契機は存在していたといえるのである。

これに対して、④⑦⑧の事案は兇器を準備し、その準備した兇器を使用して殺人等に発展した場合である。牽連犯関係を認める可能性はあるといえよう。ところが、判決④は併合罪とした。しかし、判決④が併合罪とした根拠は必ずしも積極的の意味をもつものと考えられない。両行為の間に吸収関係が存在しないとのべているにすぎないからである。<sup>(2)</sup>しかし、ここに吸収関係が存在しないことがただちに併合罪関係が存在することを意味するものではないことはいうまでもない。弁護人が吸収関係の存在を主張したことが判決をしてこのようにいわせたものであろうが、併合罪か牽連犯かの問題はそのまま残されている。<sup>(3)</sup>その点、判決⑥は弁護人が吸収関係を主張したのを否定して積極的に牽連犯であることを根拠づけようとしているものと考えることが出来る。兇器準備集合行為と殺人行為を目的とその実現・結果の關係としてとらえ、そこに両者間の手段結果の關係を認めることは「通常ありうる性質のもの」、「經驗上の類型的

なもの」であるという。⑧もほぼ⑥と同じ根拠を示している。しかし牽連犯を認めるために使用されるこれらの文言の実体は必ずしも明確なものではない。

三 牽連犯は「犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触レルトキ」に認められる。ところで、何が犯罪の手段であり、結果であるかについては、これまで主観説、客観説、折衷説の対立があつたが、現在学説の多くは客観説に、判例は客観説ないし折衷説になつていゝといつてもよいであらう。<sup>(4)</sup>しかし、実際問題として、どのような犯罪ないし行為の間に牽連性を認めることができるかについては、確固たるものはない。すなわち、学説は客観説にたつとつた場合でも、それは単に抽象的に主張されることが多い。また、判例はたとえば、「犯罪ノ手段トハ或犯罪ノ性質上其手段トシテ普通ニ用ヰラルヘキ行為ヲ指称スル」<sup>(大判大正六年二月二六)</sup>「日刑録二三輯二三四頁」というような形において牽連性の有無の判断を行うことが多いが、この場合の「性質上」、「普通ニ」の意味は必ずしも明らかなものではない。したがつて、判例が牽連犯関係の存否を判断してきたことに対して、「単なる恣意的な判例の集積」というような批判をさえ可能にしていゝるのである。<sup>(5)</sup>

ところで、牽連犯の規定はスペイン刑法(七)以外他の立法例に類のないものであることは周知のとおりである。また、旧刑法もこれを有しておらず、現行法になつてはじめて採用されたものである。したがつて、これが現行法に採用されるにい

たった経緯をたどることは、その理解にあたって意味あることであることはいうまでもない。しかし、牽連犯を採用した明治三一年草案から現行刑法の明治四〇年草案に対する立法の理由を参照しても必ずしも、現行牽連犯規定の解釈のために、参考になるものは示されていない。後になって、牽連犯規定の適用をめぐって、論じられるに際して行なわれた草野豹一郎博士と中野次雄氏による推論を参考にすることができすぎない。草野博士は旧刑法において、行使の予備として不可罰であった文書偽造を独立の犯罪とし、また証書の偽造の場合にその当然の結果として不問に付されていた行使を独立の犯罪とした点に、牽連犯採用の理由を見出された。すなわち、たとえば文書を偽造して行使した場合、旧刑法(二〇三条)においては本来的に一罪とされていたものが現行刑法においては偽造と行使それぞれが二罪とされることになったので、両者に牽連犯の関係を認めることによって科刑上の一罪としようとしたという趣旨である。これに対して、中野氏はこの草野氏の推論を基礎として、さらに旧刑法において結合犯として一罪とされていた住居侵入窃盗が分離されて別罪とされたことをも牽連犯採用の理由としてあげておられる。

このように、牽連犯は各犯罪類型の規定の仕方によっては、一罪とされる可能性をもつものが現実の法律において二罪とされざるをえないように規定された場合に、科刑上さらには手続上の合理性のために一罪性を確保しようとするためのものである。

るとして理解することができる。したがって、一個の事件として扱うことができる程に手段と目的、原因と結果が密接な関係にあるときに牽連犯を認めることが可能となる。このような事実を前提にして、牽連犯を認めることができる場合をたずねるとき、河本和雄氏の傾聴すべき見解に出会う。これは牽連犯を認めるについて、最も形式的であり、またある意味では最も厳格なものを志向しているということができものである。つぎのように主張された。「牽連犯として真に認められるべきものは、問題の数罪の構成要件において当然互に他の罪の構成要件が充足されることを予定しており、しかも両者が法条競合等の吸収関係を前提としていないような場合についてのみではないか。即ち通貨偽造—同行使、文書偽造—同行使、有価証券偽造—同行使、印章偽造—同行使等のように

行使の目的を以て……を偽造し、  
偽造した……を使用し

と、各罪の構成要件で当然他の罪を予定している場合である。「犯罪の手段若しくは結果」と言う刑法第五四条第一項後段の規定も構成要件の内部で手段・結果の關係が予想されておる場合を前提としていると解することが、あいまいな概念の侵入を許さず、不法に犯罪者にとって利益となることを防ぐ役割を果すものと考える。」この見解は牽連犯關係の存在を発見する技術という観点からみると、すぐれた面をもつものといえる。しかし、このように牽連犯關係の成立する場合を限定してしまう

と、現在牽連犯の典型的な場合のひとつと考えられる住居侵入窃盗のような場合がここからもれてしまうのではないかという問題が生じてくる。「各罪の構成要件で当然他の罪を予定している場合」に牽連犯関係の存在を限定することはこの規定が現行刑法の中に採用された経緯からみても狭すぎるように考えられる。もちろん、これは牽連犯関係が余り広く認められることを防ぐ意図のもとに展開されたものであることによるものであろうが。

しかし、この形式的、限定的な立論が沿革的にみて牽連犯理解の基本になるのではないかと思う。したがって、この見解の基礎にある実質的なもの、あるいはここに示された図式の実質的な意味を追究する必要がある。たとえば、公文書偽造行為と偽造文書行使行為が牽連犯関係にあるのは何故であろうか。それは公文書偽造行為はそれじたい目的として行なわれることは少なく、偽造公文書行使行為のための手段として行なわれる性質を有するからであろう。公文書偽造行為じたいは行使行為の予備的なものひとつとして考えることができる。しかし、公文書偽造行為は独立して公文書に対する公共的信用を侵害するとも考えられるがゆえに、一個の独立の犯罪として規定された。前者が後者の予備罪であるという性格を強調すれば、補充的な関係にあるものとして、偽造公文書行使罪一罪を考へることも可能のようにみえる。しかし、両行為に対する規定の関係からみて、ただちに法条競合関係にあると認めることもできない。

ところが、そうはいっても、両行為の密接性が強いので、併加重重には躊躇をおぼえる。併加重重回避の可能性を考えなければならぬ。また、現実的にも、一方の発覚により他方の発覚が容易な場合である。一個の事件として処理すべきように考えられる。ここに、牽連犯関係を認めることによって、科刑上、手続上の合理性を保持しようとする契機があるものと考えられる。すなわち、牽連犯関係はある行為が他の行為の予備的行為のひとつであるが、それじたいも独立な法益侵害ないし危殆化をすることを考へることが可能であるがゆえに、一個の独立の定型をもつものとして実定法的に規定された犯罪の場合に問題となりうるのではないだろうか。各種偽造行為の場合、住居侵入行為の場合など然りである。

しかし、以上にのべたことは牽連性を各罪を抽象的に比較して考へるだけでよいということを意味するものではない。科刑上の一罪として、本来二罪にもかかわらず、一個の事件として扱う意味は無視できない。ここにのべた特殊な性格をもつ犯罪行為の場合は単に一般的に密接な関係が存在することが予想されてはいる。しかし、それにすぎない。たとえば、公文書偽造罪と偽造文書行使罪が抽象的に牽連すれば、牽連犯関係が確定的に肯定されるのではない。具体的に公文書を偽造「して」行使した場合に牽連犯関係が存在するのである。両行為間に具体的に密接な関係が存在しないのならば、牽連犯関係が否定されるのは当然である<sup>(10)</sup>。この具体的牽連ということより強固に徹

底的に主張されたのが平野教授である。平野教授は牽連犯と観念的競合が共に刑法五四条一項に規定されていることと、沿革的に明治三一年草案七〇条が「一個ノ行為若クハ牽連シタル行為ニシテ數個の罪名ニ触レタルモノハ」と規定し、三四年度から現行法の形態に変わったことから、牽連犯と観念的競合とが統一的に解決されなければならないとされ、つぎのように主張された。「観念的競合は、法律的評価以前の自然的行為が一個であるために、統一的に観察する必要があり、科、刑上、一罪とされるのである。……牽連犯も、法律的評価以前の自然的な行為が、目的手段、原因結果の關係に立つために、ほとんど一個の行為に近く、分割して考察することを不適當とし、統一的に観察する必要がある、という点にその科刑上の一罪とされる根拠を求めなければならない。したがって、各の行為が法律的にいかん評価されるかは問題ではなく、まして、通常、或は必然的に牽連するか否かは全然問題ではない。」<sup>(11)</sup>これは具体的牽連というものをその根柢において正しい見解として理解される。しかし、伊達教授もいわれるように、法律的评价以前の自然的行為間の關係だけから、牽連犯關係の存在をみようとするのであれば、「牽連犯の成立は、兩行為が殆んど時及び場所を同じくする場合のみか又は逆に苟くも牽連意思ある場合のすべてに及ぶ」ことになるのではなからうか。<sup>(12)</sup>また、自然的行為がこの場合にほとんど一個の行為に近いとされる点についても疑問がないとはいえない。まったく自然的な評価だけで

牽連犯關係の存否を判断できるのか疑わしい。住居侵入—窃盜のような場合はそのように判断することが容易なことが多いであろう。しかし、公文書偽造—行使の場合はどうか。この場合、行為者の意思を強調して、全体として一個の行為に近いということは可能であろう。しかし、それでは法律的评价以前の自然的行為がほとんど一個の行為に近いという観念ではなくなるであろう。牽連犯の場合、観念的競合と同じような意味において自然的行為の数を考慮することは困難である。<sup>(13)</sup>したがって、この場合にも、端的に一個の事件として扱うべき場合という形において理解すべきではないかと考えられる。平野教授の見解は、牽連犯について具体的に相当密接な牽連を必要とするということを認識させる点において正しいものといえよう。しかし、無限定的にこれを徹底させることは疑問である。

牽連犯關係の存在の有無は前述のように各犯罪の性質から抽象的にこれを予定したうえで、さらに一個の事件としてこれを扱うことが適當か否かという角度から、具体的な牽連性を検討して、確定されるべきである。具体的牽連は、日時、場所、目的、動機、犯行の経過、態様などを個々の具体的場合について検討することによって判断される。<sup>(14)</sup>もっとも、現実に牽連犯の問題として裁判の場に現われる場合は具体的牽連の存在することが多いであろう。

四 さてそこで、兇器準備集合行為と他の犯罪との間に牽連犯關係が存在するかどうかについて、まずそれが他の犯罪の予

備的行為のひとつとして考えることができるか検討しなければならぬ。そこで、刑法二〇八条ノ二は「他人の生命、身体又ハ財産に對シテ害ヲ加フル目的ヲ以テ」兇器準備集合を行なうことを処罰するわけであるが、そこには個人的法益に對する加害目的にとどまらず、社会的法益、国家的法益に對する加害目的も含まれるものと考えられている。<sup>(16)</sup>したがって、兇器準備集合行為は他の多くの犯罪に對する予備的行為となりうることになる。前掲した諸判例における「暴力行為等処罰ニ関スル法律」違反、殺人罪との間に牽連犯關係の存在を抽象的に予定することとはできるであろう。本件のように、公務執行妨害罪との間にも同様である。判決は本件兇器準備集合行為が公務執行妨害行為に對する単なる手段でないことを、兇器準備集合罪が公共的な社会生活の平穩をもその保護法益としていることから根拠づけようとしている。しかし、これは両者の間に法条競合關係が存在しないことをのべているにすぎない。また、判決は兇器準備集合行為と公務執行妨害行為が一般的に通常手段結果の關係にあるとはいえないともべている。しかし、判例において展開されてきた一般的に通常手段結果の關係というこの意味したい明らかなものではない。兇器準備集合罪と公務執行妨害罪との間に抽象的に牽連犯關係を予定することは可能である。

そこでつぎに、牽連犯關係が確定的に存在するかどうか、具体的に検討する必要がある。前掲した④⑦⑧の事案はいずれも具体的に牽連性の存在を認めることができた場合であると考え

られる。②、③①の場合、具体的な事案を知ることができない。④の場合には牽連犯關係の存在が否定されたが、その根拠は準備した兇器を使用して暴行が行なわれなかったからである<sup>(16)(17)</sup>。本件の場合、日時、場所、犯行の経過、態様などを考慮して具体的にも牽連していると考えることができる。一個の事件として扱ってもよいほど、兇器準備集合行為と公務執行妨害行為の間に密接性がある。具体的に牽連性も肯定されるであろう。

以上のようにして、わたくしは本件事案の場合に牽連犯關係の存在を認めるべきではなかったかと考える。その意味において本判決がこれを併合罪としたことに疑問をもつ。またそれ以上に、判決が兇器準備集合罪と公務執行妨害罪の間に、一般的な形において、牽連犯關係の存在を否定したことに對して、強い疑問をもつ。

(1) 兇器準備集合罪と「暴力行為等処罰ニ関スル法律」違反との間に、一般的に牽連犯關係を認めるものとして。河井信太郎・「刑法、刑事訴訟法一部改正・暴力關係立法について」法曹時報十卷六四頁以下。

(2) 兇器準備集合罪と殺人罪、傷害罪との間に、吸収關係が存在するかのような主張が弁護人によつてしばしばなされている。その場合の「吸収」の意味は明らかではないが、それはおそらく法条競合關係が存在していることの主張であろう。しかしこの両者の間には法益の同一性が認められない。吸収關係の意味等について。山火・「法条競合の本質」法学三四卷四号八三頁以下、八六頁以下、同・「法条競合の諸問題」(一)神奈川法学七卷一号四七頁以下、七卷二号一三三頁以下。併合罪説をとるもの。河井信太郎・前掲論文。辻辰三郎・



「いわゆる暴力取締立法について」法律時報三十卷六号一四頁。白井滋夫・「暴力取締立法の問題点」警論十一卷七号三七頁。藤木・刑法昭和四六年二九七頁。牽連犯説をとるもの。夏目・刑法提要「各論」下一九六一年四五頁。滝川Ⅱ竹内・刑法各論講義昭和四〇年三三三頁。高田・注釈刑法(5)一一一頁。植松・全訂刑法概論Ⅱ昭和四三年二六八頁。大塚・刑法各論上一九六八年七七頁。注解刑法昭和四六年九二三頁。しかし、いずれもその根拠を示さない。

(4) 判例は客観説にたつていっているとするのが一般的な評価である。折衷説にたつとするものとして。河上和雄・「牽連犯についての反省」司法研修所創立二五周年記念論文集二〇七頁。

(5) 河上和雄・前掲論文二一五頁。

(6) 各草案の規定を参照するにあたり、便利なものとして。草野

約一郎・「牽連犯に於ける牽連性」刑事判例研究三卷一七七頁以下。また、立法理由について。山口慶一編纂・新旧対照

刑法蒐論明治三五年四九五頁。高橋治俊Ⅱ小谷二郎編・刑法沿革綜覧大正一二年二一五二頁。草野・前掲論文一七八頁。

(7) 草野・前掲論文一八三頁。

(8) 中野次雄・「併合罪」刑事法講座七卷二三九一頁注(四)

(9) 河上和雄・前掲論文二二六頁。

(10) この問題について、参照。牧野・「牽連犯の牽連性」刑法研究一卷二〇六頁以下、とくに二〇九、二一〇頁。小野清一郎・「牽連犯における手段と結果」刑評四卷二四七頁、とくに二五六頁。

高田教授は抽象的牽連性と具体的牽連性は「必ずしも二者択一的に採否を決定する必要はなく、両方の意味において牽連性を有することを牽連犯の要件とすることは十分可能であり、むしろそう解するのが正当ではないかと考えられる」とされるⅡ注釈刑法(2)のⅡ六四七頁。しかし、一方で「牽連犯が観念的競合とともに科刑上一罪として取り扱われる一つの根拠が、一方が発覚すれば一般に他方の犯罪の存在が容易に

予想され一個の手続で捜査・起訴をなしうるといいうわば手続的単一性という点にある」ともされるⅡ同書六四七頁。この後者の主張を徹底すれば、牽連犯の要件として具体的牽連というものを前提としなければならぬのではなからうか。

なお参照。所一彦・「牽連犯の要件」刑法判例百選(新版)一一一頁。竜岡資晃・「牽連犯に関する若干の問題について

の覚書」司法研修所創立二〇周年記念論文集Ⅲ一〇〇頁

平野・「窃盗と物価統制令違反の所為との牽連犯」判例研究二卷五号九六頁

(11) 伊達秋雄・「不法監禁罪と強姦致傷罪とは牽連犯となるか」刑評一一卷三〇八頁

(12) なお、参照。高田卓爾・前掲書六四六頁以下

(13) 竜岡資晃・前掲論文一〇〇頁

(14) 団藤重光・刑法網要各論昭和四七年三四〇頁

(15) 大久保太郎氏はこれは「多分に偶然的であって、罪数関係を論ずる上において本質的なものではないであろう。」とされるⅡ前掲判例解説二〇二頁。しかし、牽連犯を考える場合に、

具体的牽連の問題にする以上、偶然的であるから本質的ではないともいえないのではなからうか。

(16) その意味において、②、③が相まって、「一般に兇器準備集合の罪とその犯人の加害行為の罪とが併合罪であるとの判例が確立された」(大久保太郎・前掲解説法曹時報二五卷五号一五一頁)とすれば問題である。

(昭和四九年六月二二日稿)