

## 罪数概論

香 城 敏 磨

- 第一 本稿の趣旨
- 第二 一罪が成立する場合
  - 一 一罪か数罪かを判断する方法
  - 二 単純一罪
  - 三 集合犯
  - 四 狭義の包括一罪
  - 五 広義の包括一罪
  - 六 法条競合による一罪
- 第三 科刑上一罪となる場合
  - 一 概観
  - 二 観念的競合

三 牽連犯

四 かすがい効果

第四 共犯の罪数

一 一罪と数罪の成否

二 科刑上一罪の成否

第五 数罪が成立する場合の処理

一 刑法第九章の構成

二 併合罪の範囲の確定

三 併合罪の処断刑の決定

四 その他の措置

## 第一 本稿の趣旨

罪数論は、刑法や刑事訴訟法を運用する実務家にとっては正確な法適用を行うための必須の課題であり、研究者にとっては説得力のある解釈立法論を提唱するための試金石である。

しかし、実務を経験した者であれば容易に思いあたることであるが、罪数論は、他の法解釈運用以上に困難を感じることの多い分野である。それは、刑法には罪数の決定についての総括的な定めがなく、各罰則の趣旨と刑法全体の構造に照らして明らかにするはかないため、刑法全体を解明して初めて理解ができるという側面をもつからで

あろう。しかも、罪数論は、判例によって統一的な枠組みを明らかにすることの難しい個別性の濃い分野であり、研究者にとってもグラウンド・セオリーを樹立することが困難な主題であるように思われる。

こうした状況は、法科大学院の発足が間近に迫り、大学院において一応の実務のイメージを与えなければならぬ今日において、喫緊に対策を立てることを要請するものと考えられる。

罪数関係には、大別して一罪のみが成立する場合と数罪が成立する場合の二種類があるが、刑法は、いかなる場合に一罪又は数罪が成立するかを明らかにしておらず、それが明らかになったことを前提として、数罪が成立する場合を広く併合罪と呼び、これを科刑上一罪(五四条)、狭義の併合罪(四五条)、単純数罪(四五条の併合罪にあたらないもの)の三種類に区別して科刑上の処理方法を規定し、併せて関係規定を置いているのみである。

そこで、本稿では、一罪が成立する場合と数罪が成立する場合との区別から検討を進め、次いで数罪が成立する場合の問題とその他の問題の検討に進むことにする。その際、筆者の理解にとどまるが、最高裁判例を中心とする判例理論をできる限り明快に分析した上、集積されている学説の批判や対応について一応の検討をすることとした。さらに進んだ論策は今後の課題としたい。

(注) 奈良俊夫教授は、つとに罪数論の重要性を説かれ、多くの業績を挙げられた。『概説刑法総論 第三版』三三六頁以下、「いわゆる包括一罪の再検討序説」研修四七一号三頁、「一罪と数罪」研修四七九号七頁、「法益論からみた罪数論」『下村先生古稀祝賀論文集 上巻』二四九頁等。同教授はまた、来春開校が予定されている本学の法科大学院についても献身的に尽力された。そこで、同教授に献呈される本稿においては、本学の法科大学院で参酌される場合があることをも意識しながら、自説の立場からの試論ではあるが、学生が容易にイメージをもつことのできる形で罪数論を呈示してみることとした。

近時、罪数に関する学説の進展には目覚ましいものがある。例えば、團藤重光・刑法綱要(第三版)四〇九頁、平野龍一・刑

法総論Ⅱ三四一頁以下、『注釈刑法総論③』五一九頁以下(高田卓爾担当)、村崎清一「刑法における法条競合論」金沢大学法学部論集法学篇一四号一頁、丸山雅夫「いわゆる『狭義の包括一罪』における『一罪』性」判例評論三五九号一六頁、三六一号九頁、山火政則「法条競合の諸問題」神奈川法学七卷一頁、七卷二号一三頁、同・判例刑法研究四卷二七三頁(同氏担当)、注釈特別刑法一卷五四〇頁(同氏担当)、鈴木茂嗣「罪数論」『現代刑法講座三卷』三〇三頁、中山善房「大コメ刑法四卷第二版」一六四頁以下、中谷雄二郎・判例評論一二四二号三頁、一二四四号九頁、同『大コメ刑法四卷 第二版』二八四頁以下、林幹人「罪数論」法セミ四一八号七九頁、四一九号八六頁、同『刑法総論』四五二頁以下、虫明満・包括一罪の研究、前田雅英「一罪と数罪」『刑法基本講座四卷』二七二頁、同『刑法総論講義 第三版』二八七頁以下、町野朔・安村勉「特別刑法と罪数」上智法学論集三九卷一四二九頁、町田朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』四一三頁、大谷実『新版刑法講義総論』五〇一頁以下、川端博『刑法総論講義』五九九頁以下、野村稔『刑法総論 補正版』四四一頁以下、山中敬一『刑法総論Ⅱ』八九一頁以下、佐久間修『刑法講義(総論)』四一一頁以下、山口厚『刑法総論』三一六頁以下など。なお、本稿脱稿後、井田良「罪数と犯罪競合」現代刑事法二〇〇三年六月号八六頁に接したが、本稿ではその優れた内容に触れることができなかった。他日、こうした業績に答えることを期したい。

以下において右記の文献を引用する場合には、特定を害しない限り姓のみで行うことをお許し願いたい。

## 第二 一罪が成立する場合

### 一 一罪か数罪かを判断する方法

#### (一) 判断の二段階

ある行為が一罪を成立させるか数罪を成立させるかを判断するには、次の二つの段階を経ることになる。

第一の段階は、単一の構成要件に該当する行為がある場合において、それがいかなる数の罪を成立させるかを判断する段階である。この段階においては、一個の罪が成立するのか、数個の罪が成立するのかが判断の課題になるが、この判断を行うためには、一個の罪が成立する場合においても単純一罪、狭義の包括一罪及び広義の包括一罪と学説で呼ばれている三種類があることと、それらがいかなる根拠で一罪を成立させることになるのかについて検討をしておかなければならない。

第二の段階は、問題となる行為がいかなる種類の罪を成立させるかを判断する段階であって、実務上は第一の段階に先立って経るものである。ある行為が複数の構成要件に該当している場合には、その全部の罪を成立させるのか、そのうちの一部のみを成立させるのかを常に判断する必要がある。ここでは法条競合が問題となる。

以上の二つの段階を経て、単一の種類の一つの罪が成立すると判断される場合には一罪が成立することになり、複数の種類又は複数の数の罪が成立すると判断される場合には数罪が成立することになる。

## (二) 一罪又は数罪が成立するということの意味

単一の罪についてであれ、複数の罪についてであれ、二罪（以下、説明の便宜上数罪を二罪に単純化しておく。）が成立すると判断することは、それらの罪が刑法上両立するものと判断することであり、一罪しか成立しないと判断することは、他にも構成要件に該当する事実がある場合でも刑法上はそれらが両立しないものと判断することにはかならない。

ある行為に対して刑法上一罪しか成立せず、二罪が両立することはないと判断される場合には、さらに二つの場合が区別される。その一は、一罪が行為の全体を対象として成立するため、分割した二罪が成立しない場合であ

る。前記第一の罪の数の判断において一罪しか成立しないと判断されるのは、このような場合にわたるからである。このことは、単純一罪、狭義の包括一罪及び広義の包括一罪のすべてについてあてはまる。その二は、一罪が優先的に成立するため、刑法上他の罪の成立が排除される場合である。前記第二の罪の種類の判断において一罪しか成立しないと判断される場合、すなわち法条競合（さらに、これに不可罰的事前事後行為を含めない見解においてはその行為）と判断されるのは、このような場合にわたるからである。この場合、両立しないために成立しないとされる罪に該当する行為は、成立する罪に該当する行為と同一であるときと別個であるときとがある。

### (三) 両立、非両立を決定する要因と基準

罪数を決定する要因ないしは基準については、構成要件基準説、結果基準説、行為基準説、意思基準説、二重評価基準説などの種々の学説がある。

これらの学説は、小野清一郎博士の構成要件基準説すなわち「一罪・数罪は、刑法各本条その他刑罰法規における構成要件を標準として決すべきものである。即ち構成要件を一回充足する事実があれば一罪であり、二回充足する事実があれば二罪である」「どれだけの事実があれば一回の構成要件充足であるのかは、全く刑罰法規の解釈適用の問題である。其の解釈適用上、犯意・行為・結果などを参酌しなければならないが、しかしその一つだけから形式論理的に問題を解決することはできない。構成要件における法律的定型こそは問題の核心なのである」という見解（小野・総論二六五頁）との対決をとおして発展してきた。そして、判例も、大筋においてこうした学説の進展を考慮しながら展開してきたものと理解される。そこで、以下、学説の現況を参酌しつつ、判例の考え方を集約し、私見を述べることにしたい。

罪数は、単一の要因で決定されるものではなく、構成要件を中心とする刑法(刑罰法規)全体の構造を参酌して決定されるものである。そして、その判断は、以下の三つの観点から順次検討を進めて決定するのが妥当であり、判例もこの方向で展開しているものと考えられる。

(1) 構成要件の包括性と要素

構成要件の包括性には大別して三種類がある。すなわち、①各一個の犯意、行為及び結果がある場合に構成要件に該当すると予定されているもの、②同種行為の反復が予定されており、それぞれの行為が構成要件に該当しているのに、予定されている範囲全体の行為が一個の構成要件に該当することになるもの、③一個の構成要件の中に数個の行為態様が規定されており、そのいずれかの行為があれば構成要件に該当する場合において、これにあたる一連の数個の行為があるときに、全体の行為が一個の構成要件に該当することになるものである。①は単純一罪、②は集合一罪、③は狭義の包括一罪と呼ばれている。以上のことから明らかとなり、ある行為が構成要件に該当することは、犯罪が成立するための要件であるにとどまり、それ以後の構成要件に該当する行為を別罪とする要件であるわけではない。どこまでの行為について一罪が成立するかは、その構成要件がどこまでの行為を一罪として予定しているかによって決まることである。

他方、構成要件の要素には、犯意、行為及び結果(法益侵害又はその危険)がある。前記①の単純一罪の場合、その構成要件は、一定の法益侵害又はその危険をもたらすたびに処罰をする趣旨と解せられるから、これに該当する犯罪の個数は、基本的には、法益侵害又はその危険つまりは結果の個数によって決まるといってよい(中山一七三頁参照)。もっとも、明らかに別個の行為がある場合には結果も別個になるので、行為も犯意も罪数の決定にあた

り重要な役割を果たす。②の集合一罪と③の狭義の包括一個の場合、その構成要件が予定している範囲の行為か否かが罪数決定の決め手となるから、犯意と行為が重要な役割を果たすことはいうまでもないが、結果もまた一定の役割を果たす。

(2) 広義の併合罪(特に科刑上一罪と狭義の併合罪)との対比

第一の構成要件の観点からみると数個の犯罪が成立していると認めるのが自然であるのに、これを狭義の併合罪として処理することに支障があり、又は科刑上一罪との対比上科刑の均衡を失することになるような場合に、一罪として包括的に評価することがある。

長期にわたり保管金を横領し、接統犯とは認められない場合であって、個別の横領行為が明確ではないようなときが前者であり、偽造文書を行使し、詐欺をした場合であって、たまたま文書の提示が詐欺の結果にわずかに遅れたようなときが後者である。

(3) 刑法(刑罰法規)における構成要件の規定の仕方

一般に、一罪か数罪かは罪として両立しないかどうかによって決せられるが、特に異なる罪の成否が問題となる場合には、問題となる罪に優先劣後の適用関係があるため法条競合として優先適用関係にある罪のみが成立すると、その関係がないため併合罪として数罪が両立するときとを区別しなければならない。そのためには、個々の構成要件の仕組みやその結果、行為、犯意などの要因に着目するばかりではなく、刑法全体の構造に着目する必要がある。例えば、既遂罪のほかに予備罪が成立するか否か、事後行為又は随伴行為が不処罰であるか否かなどの問



題は、こうした全体的な判断を経なければ決定されないと考えられるのである。

以上のとおり概観した方法を基礎として、順次判例を引きながら一罪、数罪の区別を具体的に明らかにしていきたい。

## 二 單純一罪

### (一) 意義

各一個の犯意、行為及び結果により一罪が成立するものと予定されている構成要件につき、これに該当する犯罪が一回行われた場合、單純一罪と呼ばれる。

集合犯及び狹義の包括一罪の場合も広義の包括一罪と対比する意味で單純一罪と呼ばれることが多いが、ここでは罪数関係を理論的に分析するため、構成要件の包括性をもっとも狭いものについて單純一罪と呼ぶことにしたい。また、法条競合により一罪が成立する場合にも單純一罪となるが、これは説明の便宜上別個に取り扱うことにしたい。

## (二) 單純一罪の範圍

### (1) 典型的な單純一罪

通常の構成要件は、各一個の犯意、行為、結果がある場合にこれに該当するものと予定されている。そして、それらの構成要件は、一定の法益侵害又はその危険を防止するために定められているから、これに該当する犯罪事実

の個数は、基本的には、法益侵害又はその危険をもたらした個数すなわち結果の個数によって決まるといってよい。

結果の個数は、法益に即して数えられるものである。また、何が法益であるかは、各構成要件の解釈をとおして明らかになることである。生命、身体、自由、名誉、秘密などの一身専属的な保護法益については、帰属主体である被害者ごとに一罪が成立し、占有を保護法益とする窃盗罪、恐喝罪などの財産上の侵奪罪については、占有ごとに一罪が成立することなどは、この解釈の帰結であり、判例、学説上ほとんど異論がない。

ただ、法益が確定されても、結果の個数は、一義的に決まるものではない。例えば、ある人を殺害するためピストルを一発発射し、ねらいを外したため続いてもう一発発射した場合、結果は一個であるというのが通常の解釈であろうが、死の危険を二回生じさせたとして二個ということもできないわけではない。もし二発目の発射が別の日であれば、結果は二個といわざるを得ないのであるから、結果が一個であるという結論は、死の危険を抽象化した上、一個の犯意に基づく一連の行為であることに根拠を求めるほかないであろう。

結局、犯意も行為も別個とはいえない場合に初めて結果も一個ということになるのであって、犯罪の個数は、犯意、行為及び結果を総合して決することになる。そして、ここで典型的な単純一罪と呼ぶのは、結果が単一であることについて解釈に分かれが生じず、何人も単一の結果であると承認するような場合である。

## (2) 接 続 犯

同一の構成要件に該当する行為が接続して行われ、それが単一の結果に向けられている場合、接続犯と呼ばれる単純一罪が成立する(中山一八三頁、虫明二三四頁以下参照)。例えば、同一の機会に同一の被害者を続けて数回殴

打した場合、銀行の集金人が数日にわたって集金した金を少しずつ横領した場合、一晚に数回同じ場所から窃盗をした場合などである(最判昭二四・七・二三刑集三卷八号一三七三頁は、二時間余りの間に、三回にわたり、同一の倉庫内から米俵合計九俵を窃取した場合を一罪とした)。

このような場合、数回の構成要件に該当する行為がありながら、なぜ一罪しか成立しないのか、この場合には結果は数個あるのではないか、ということが問題になる。先にも述べたように、ある行為が構成要件に該当することは、犯罪が成立するための要件であるにとどまり、それ以後の構成要件に該当する行為を別罪とする要件であるわけではない。どこまでの行為について一罪が成立するかは、その構成要件がどこまでの行為を一罪として予定しているかによって決まることである。そして、構成要件に結果が明示されている罪(例えば、殺人罪)の既遂犯の場合、その結果(例えば、殺人罪における特定の人の死)に向けられた数個の行為があっても、全体として一罪しか成立しないことは疑いがない。未遂犯の場合も、犯罪の実行に着手してこれを遂げなかったときに成立するものであるから(四三条)、実行に着手してから終了するまでの数個の行為は全体として一個の犯罪を成立させ、その結果も一個と考えられているということができる。挙動犯についても、同様であって、同一の機会における単一の法益に向けられた数個の行為は、全体として一括評価を受け、そのことにより結果も一個になると考えられる。

どの犯罪にも始まりから終わりまでの間に幅があり、その同一の機会に数個の行為が行われても、単一の結果に向けられている限り、全体として一括評価を受け、そのことにより結果も一個になると考えられるのである。前記の例についていうと、単一の身体的な安全、保管関係、占有関係に対してもたらされる危険又は侵害であると考えられるところから、同一の機会に行われた数個の行為が一括評価を受け、一罪の部分を構成することになるのである。また、そのような状況がある場合において、接続犯が成立すると解せられるのである。

(3) 継続犯

監禁罪(二二〇条)、不法所持罪(麻薬六四条の二、覚せい剤四一条の二、銃砲三一条の三など)のように、一定の法益侵害の状態が継続する間その犯罪が継続するものと予定されている犯罪を継続犯と呼んでいる。

この場合、複数の同種法益侵害が連続する場合であって、包括一罪であると解する見解も有力であるが、最初の法益侵害行為が継続していると認められる限り、構成要件が予定している犯罪の行為は不可分の一個であり、したがって、その結果も一個であると考えられるので、単純一罪と解する方が妥当であろう。

三 集合犯

(一) 意義

構成要件自体が同種行為の反復を予定している場合において、それぞれの行為が構成要件に該当しているのに、構成要件が予定している範囲全体の行為について一罪が成立するとき、集合犯又は集合一罪と呼ばれている(高田五三九頁以下、山火・判例刑法研究二七三頁以下、虫明二三八頁以下参照)。どこまでの行為について一罪が成立するかは、その構成要件がどこまでの行為を一罪として予定しているかによって決まることであるから、集合犯の場合に数個の行為があっても一罪が成立することは、当然である。この場合に数罪が成立するのは、集合犯の予定している行為が別個に行われた場合である。

(二) 集合犯の範圍

集合犯には大別して次の二つの類型がある。

(1) 常習犯

常習賭博罪(一八六条一項)のような場合、常習として行われたと認められる限り、数行為が一罪を成立させることは明らかである(同罪につき大判明四四・一・二四録一七卷八頁、最判昭二六・四・一〇集五卷五号八二五頁など)。

(2) 職業犯、營業犯

所定の行為を反復継続して行ふ意思で行為を行うことを構成要件とする罪が職業犯、それに営利の目的を伴うものが營業犯と呼ばれている。その意思で行為をすれば一回の行為であっても構成要件に該当するが、反復継続して行為をしても一罪しか成立しない。わいせつ物頒布等罪(二七五条、同罪につき大判昭一〇・一一・一一集一四卷一一六五頁、最判昭和三四・三・五集一三卷三号二七五頁)、医師法の無免許医業罪(一七条違反)、公職選挙法の法定外文書頒布罪(一四二条違反)などが前者にあたり、貸金業等の取締に関する法律の無免許貸金業罪(五条違反)、宅地建物取引業法の無免許営業罪(五条違反)などが後者にあたる。

#### 四 狭義の包括一罪

##### (一) 意義

一個の構成要件の中に数個の行為態様が規定されており、そのいずれかの行為に該当すれば構成要件に該当することになる場合において、これに該当する一連の数個の行為が行われたときには、全体の行為が狭義の包括一罪として一罪を成立させる(高田五四七頁以下、丸山、山火・判例刑法研究八三二頁以下、虫明二四三頁以下参照)。

##### (二) 狭義の包括一罪の範囲

例えば、収賄罪(一九七条)において、賄賂を要求し、約束し、次いで收受した場合、いずれもが犯罪となり、その全体が包括して一罪を成立させる。これらの行為は、相互に手段・目的、原因・結果の関係にあるが、予備、未遂、既遂のように後の行為の補充として前の行為が処罰対象にされているのではなく、いずれもが公務の公正と公正感を損なうところから、要求から收受までの各行為をすべて処罰の対象とする趣旨である。そして、それらの行為が同一の賄賂に関する一連のものである限り、同一の法益を侵害するものであるため、別個の罪とはせずに、全体を一個の罪として処罰する趣旨であると解せられる(大判昭一〇・一〇・二三刑集一四・一〇五二)。このような関係は、犯人蔵匿等罪(二〇三条)において、同一犯人を蔵匿した後、引き続いて隠避した場合(大判明四三・四・二五刑録一六・七三九)、逮捕及び監禁罪(二二〇条)において、同一人を逮捕し、引き続いて監禁した場合(大判大六・一〇・二五刑録二三・一一三一)、盗品譲受け等罪(二五六条)において、盗品である映写機四台を売却のため預かり、運搬し、うち二台は売却の斡旋に成功したが、二台は失敗した場合につき、包括的に観察して運

搬牙保罪の包括一罪が成立するとした)についても成立する。

さらに、同様の関係は、一項詐欺(二四六条一項)と二項詐欺(二四六条二項)の関係(大判大四・四・二六刑録二一・四二二、大判大七・二・一二刑録二四・七一、大判太一二・一二・八刑集二・九三四)、一項恐喝(二四九条一項)と二項恐喝(二四九条二項)の関係(大判明四五・四・一五刑録一八・四六九、大判大八・五・一九刑録二五・六五七)、一項強盜(二三六条一項)と二項強盜(二三六条二項)の関係のように、同一の犯罪の客体を分割して規定している場合にも認められる。

これらの場合には、構成要件が複合的に構成されており、全体も各行為態様の部分も構成要件となると解せられるのである。

## 五 広義の包括一罪

### (一) 意義

包括一罪という概念は、さまざまに用いられており(中山一九九頁以下、虫明一一三頁以下参照)、最も広くは、構成要件に該当する行為が二個以上あるのに一罪とする場合に用いられ、接続犯、継続犯、集合犯、狭義の包括一罪、吸収関係もその一部とされている。しかし、ここでは、最も狭く、これら既存の包括的な概念では説明が困難な事案を一罪として処理する場合に用いることにしたい。

それは、主として広義の併合罪(特に科刑上一罪と狭義の併合罪)との対比という観点から一罪とされるものであり、数個の構成要件該当行為があっても、併合罪もしくは科刑上一罪として処罰することに障害があるため単純一罪として処罰するのが妥当である場合又は犯罪の性質に照らし、犯意の継続を条件として一罪とすることが妥当

と認められる場合である。これには大別して下記の四種類が区別されると思う。

## (二) 広義の包括一罪の範囲

### (1) 結果の個数が不特定である場合の包括一罪

例えば、時限装置の爆発物をビルに仕掛けて不特定多数人を殺害しようとしたが、未然に爆発物が取り除かれて未遂に終わった場合、被害者の個数は確定できないため、一個の殺人未遂罪が成立するとして処理するほかはない。そして、このような処理を不当とする理由は見当たらない。

多数の警察官が密集して警備にあたっているとき、その中に投石したがあたらなかった場合、複数人の警察官に対する公務執行妨害罪が成立しているはずであるが、これを特定するのは困難であるばかりか、不自然でもあるため、一個の公務執行妨害罪として処理するのが実務である。この場合、全体の警察官が一個の統一的な公務を執行中であつたとして一罪の成立を認めるのが近時の実務の説明であり、学説もこれを支持するが、このような場合でも警察官個々人の公務は現存しているはずであるから、被害を受けた公務が一個であるという説明はこうした事態に対処するための工夫という感を免れない。むしろ、観念的に複数の公務が妨害されていたとしても、縮小的に一罪として処理することは当然に許されていると解するのが相当と思われる。

### (2) 個々の構成要件該当行為を確定しがたい場合の包括一罪

窃盗罪又は横領罪が接統犯の一罪として成立する場合のあることは前述したが、例えば、その成功に自信を深



め、次々と被害金を大きくし、発覚防止の手口にも工夫をこらしたような場合、あらたな犯意に基づく数個の罪が成立していると解すべきことがある。しかし、個々の犯行を特定することができないときには、全体を一個の窃盗罪又は横領罪として処理するほかはない。

このような場合、無罪とするのは明らかに不当であろう。併合罪と認定することは、併合罪加重をするときの要件であるから、検察官がその立証責任を果たせない事情があるときは、縮小的に一罪として処理するのを不当とする理由はなく、かえって自然な処理であるように思われる(中山二〇三頁以下は、刑罰適用上の合目的配慮から、「一回の処罰でまかなってよい」場合に包括一罪が成立すると指摘する。これは実務的なセンスの一面を鋭く指摘したものであるが、犯罪論としての説明が必要であり、かつ、可能な場合と思われる。虫明一八四頁は、「判例が、個別的行為の確定が不可能な場合に、容易に一罪性をみとめてしまうという逆転した思考方法をとっているのではないか、という疑いを払拭しきれない」と述べているが、逆転した思考方法という必要はないと思われる)。

### (3) 併合罪加重が不当な場合の異種犯罪の包括一罪(混合的包括一罪)

判例の中には、異種類の犯罪について全体を包括一罪として処理した事例がある。これらは、(1)(2)の考え方を異種類の犯罪に適用したものと理解することができるであろう。

① 最高裁判例(最決昭六一・一一・一八刑集四〇巻七号五二三頁)は、窃盗罪又は詐欺罪といわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪とが全体として包括一罪を構成する場合があることを判示した。すなわち、甲と乙が、当初は丙を殺害してその所持する覚せい剤を強取することを計画したが、その後計画を変更し、共謀の上、まず甲が、覚せい剤取引の斡旋にかこつけて丙をホテルの一室に呼び出し、別室に買い主が待機しているように装い、覚せい

剤の売買の話をもとめるためには現物を買主に見せる必要があると申し向けて丙から覚せい剤を受け取り、これを持ってホテルから逃走した後、間もなく、乙が丙のいる部屋に行って丙を拳銃で狙撃したが、殺害の目的を遂げなかった事案について、いわゆる一項強盗による強盗殺人未遂罪は成立しないとした上、上記のように判示したのである。

最高裁は、甲が覚せい剤を持って逃走し、丙の覚せい剤に対する支配が完全に失われた時点で、乙が丙を殺害しようとしたことが明らかな場合であっても、包括一罪となると判示しているようであるが、そのような場合であれば、窃盗罪又は詐欺罪と二項強盗による強盗殺人未遂罪の併合罪とすればよいのであって、包括一罪とする必要はないように思われる。しかし、甲が覚せい剤を持って逃走したとはいえ、さほど時間がたっておらず、その仲間の乙が残っている時点であったから、乙が二項強盗に着手した時点においては、丙の覚せい剤に対する支配は完全には失なわれていなかったと解する余地もあるように思われる。このような微妙な事案においては、実質上被告人に有利に二項強盗による強盗殺人未遂と認定した上、そのことにより窃盗罪又は詐欺罪との関係が被告人にとって不利な併合罪となるという結論を避けるため、包括一罪となるという処理をすることが許されるものと解せられる。結局、この場合には、前記(2)の場合の一類型と考えるのが妥当と考えられる。

② 高裁判例(名古屋高判三・七・一八判時一四〇三号一二五頁)は、自転車に乗って信号待ちをしているときに、自転車の前籠からバッグを窃取し、これに気づいた被害者に手をつかまされると、その腕を路上に引っ張って路上に転倒させ(第一事実)、さらに、車で逃走しようとする際、車の前に立ちはだかった被害者に車を衝突させて転倒させ(第二事実)、加療三週間の傷害を負わせたという事案について、第一事実の暴行は未だ事後強盗の着手ではなく、第二事実の暴行で事後強盗の着手があったと認められるが、傷害が第一事実、第二事実のいずれから生じ

たかが特定できないとした上、事後強盜罪と傷害罪の包括一罪とした。

この場合、傷害が第一事実の暴行のみから生じたときには、傷害罪と事後強盜罪の併合罪となり、第二事実の暴行のみから生じたときには、事後強盜による強盜傷人罪一罪となり、第一事実、第二事実の両方の暴行から生じたときには、強盜傷人罪一罪となるであろう。しかし、そのいずれとも確定できないのであるから、傷害罪と事後強盜罪とが成立すると解することになる。この判例は、その後の罪数処理について傷害罪と事後強盜罪の包括一罪という見解をとった。その点については見解が分かれようが、この判例の考え方の基礎に前記(2)のような理解があることは明らかであろう。

③ 高裁判例(東京高判平七・三・一四判時一五四二号一四三頁)は、銀行預金に質権を設定する意思がないのにあるように偽ってノンバンクから融資金を騙取しようとし、銀行支店長名義の質権設定承諾書を偽造し、ノンバンクの係員にこれを交付したが、係員の事務上の手違いで、交付の前に融資金が振り込み送金されたという事案において、有印私文書偽造罪、同交付罪、詐欺罪の包括一罪を認めた。通常の事務手続が行われていれば牽連一罪となるはずであるから、たまたま事務的手違いがあっただけで併合罪とするのは妥当でないというのである。

この場合には、承諾書の交付が融資金の交付にとって必要不可欠な前提であったというのであるから、手違いで融資金の交付が先になった後、直ちに承諾書の交付があったような場合には、被告人にとって有利な認定をした上で牽連犯を認めてよいと思われるが(只木誠・判例評論四一一号五一頁、稲葉一生・研修五七二号二五頁参照)、その点の認定に疑念があったとすると、前記(2)の考え方により被告人にとって有利な罪数処理をすることも不当とはいえないであろう。

(4) 連続一罪の(接続犯の) 包括一罪

判例の中には、接続犯として単純一罪の成立を認めるほどには一罪性が明白ではなく、併合罪として処理することも可能であるが、併合罪加重をする積極的な事情も認められないという場合において、包括一罪を認める例がままある。このような場合、判例は、しばしば、罪名の同一性、保護法益の同一性、日時場所の近接性、機会の類似性、方法の類似性、犯意の継続などの事情を根拠として包括一罪となることを説明している(虫明一一三頁以下、安村二八八頁以下参照)。

接続犯について述べたとおり、ある行為が構成要件に該当することは、犯罪が成立する要件であるにとどまり、それ以後の構成要件に該当する行為を別罪とする要件であるわけではない。どこまでの行為について一罪が成立するかは、その構成要件がどこまでの行為を一罪として予定しているかによって決まることである。

接続犯と認められる典型的な場合は、窃盗罪、暴行罪のように、占有の侵害、身体への侵害という行為により一罪が画されるが、厳密に一個の行為ごとに一罪が画されるわけではない犯罪について、同一の機会に接続して行われた行為を限度として、一罪の成立が認められる場合である。これと同じようなことは、必ずしも行為ごとに一罪が画されるわけではない犯罪については、一層あてはまるのであって、そのような犯罪においては、必ずしも同一の機会に行われた行為でなくても、一罪と認められる場合があるというべきである。このような犯罪の場合には、特に一回の犯罪であるか否かが重要となるから、原則として犯罪が継続していることが一罪と認めるための要件と解すべきであり、日時場所の近接性、機会の類似性、方法の類似性などは、犯意の継続を認定するための資料となるにとどまると解すべきであろう。

最高裁判例が、同一の児童に対する児童福祉法違反行為(淫行させる行為)を反復継続した場合について、包括

一罪になるとし(最判昭三〇・一二・二六刑集九卷一四号三〇一八頁)、麻薬施用者免許を有する医師が同一の麻薬中毒患者に対し反復継続して施用のため麻薬を交付した旧麻薬取締法二七条、六五条一項違反行為(施用のための交付)の場合について、包括一罪になるとし(最判昭三二・七・二三刑集一一卷七号二〇一八頁)、商標法七八条違反(商標権侵害)行為を継続した場合について、登録商標ごとに包括一罪になるとしたのは(最決昭四一・六一〇刑集二〇卷五号四二九頁)、このような意味で正当であったと思われる。横領行為について、接続犯と認められた場合のほか、犯意が継続する場合について、かなり広い範囲で実務上包括一罪が認められているのも、同様の意味で正当というべきであろう。

## 六 法条競合による一罪

### (一) 意義

ある行為が二個以上の構成要件に該当しながら、そのうちの一個の構成要件が優先的に適用され、他はこれに劣後する関係に立つため、優先的に適用される構成要件による一罪のみが成立する場合、法条競合の関係に立つと定義しておきたい(法条競合については、平野四〇九頁以下、村崎・前掲論文、高田六一頁以下、山火・前掲神奈川法学、虫明二九頁以下、町野二五一頁以下など参照)。

もっとも広く法条競合を理解する見解は、法条競合に特別関係、補充関係、択一関係、吸収関係の四種類を認めるが、択一関係を独立に認める意味がないとする見解あるいは吸収関係と他とは一罪になる根拠を異にするため吸収関係を除くべきであるとする見解が有力である。

法条競合の中心の問題点は、このような場合を法条競合と呼ぶか否か、また、法条競合の中に何を含めるかは別

にして、このような場合に、なぜある構成要件の罪のみが成立し、他の構成要件の罪が成立しないことになるのかである。この点については、特別関係、補充関係、択一関係については、二罪の成立を認めると同一の行為を二重評価することになるためであるという説明(平野、虫明説)が今日では支配的であり、正当と思われる。それでは、どのような場合に二罪の成立を認めることが二重評価になるのか。この点については、構成要件間の概念的包摂関係がある場合であるという見解がある(虫明五一頁以下)。このような見解に立つと、択一関係(交差関係)については、そもそも法条競合の関係ではなく、吸収関係についても、二罪の成立を認めることが二重評価になるわけではないが、不法内容などからみて一方の罪の成立を認めると他方の罪の成立を併せて認めた場合と同様の結果になるため、一方の罪の成立のみを認めるものであり、実質的には共罰関係であり、科刑上一罪の関係にはかならないという説明になる。この説明は、魅力的ではあるが、一方の罪によって他方の罪が併せて評価されるのであれば、両罪の成立を認めることは二重評価になるはずである。特別関係などのように二つの構成要件が重なるときには、二重評価になることが明白であるという違いはあるが、択一関係や吸収関係の場合にも、二つの構成要件の間にはそのような関係があることが確認された後は、二つの罪の成立を認めることは二重評価になるといえるべきであろう。二つの構成要件に該当しながら、一罪しか成立せず、二罪は両立しないということは、結局は二罪の成立を認めると二重評価になることを肯定することであると考えられる。

この点については、また、構成要件の概念的包摂関係という基準を排し、法益の質的同一性という基準を提唱する学説がある。すなわち、「複数の刑罰法規の保護法益が同一であるとき、それらは法条競合の関係に立つ。刑罰法規は保護法益のために存在するのであるから、一つの法益を侵害・危殆化する一つの行為事実があるときには、それを保護するためには一つの刑罰法規を適用すれば足りるのであり、複数の刑罰法規を適用・処罰することは憲法

(三九条第二文)の禁止する二重処罰となるからである」と説く(町野五一頁以下)。この見解は、吸収関係を法条競合に含めず、特別関係、補充関係、択一関係(交差関係)を法条競合とする場合には、正当であると思われる。ただ、吸収関係を法条競合に含めるときは、必ずしも保護法益の質的同一性がない罪についても法条競合を認めることになり、しかも、その場合を含め、二罪の成立を認めることは二重処罰になり、むしろ二重処罰になると考えられる二つの罪の間に法条競合の関係を認めることになる。

そうすると、構成要件の概念的包摂関係、保護法益の質的同一性、不法責任内容の同質性(林二五七頁)などを考慮要素とする構成要件の包摂関係をもって法条競合の存否の基準とし、そのような包摂関係がある場合に二罪の成立を認めることは二重処罰になって許されないと考えるのが妥当ではなからうか。

最高裁の判例の中には、法条競合か否かの判定に関し、刑罰法規の目的と取締対象となる行為の範囲の同一性(旧たばこ専売法六五条の二、七一条一号の無許可たばこ包装製造罪と刑法一五五条一項の公図画偽造罪との間に法条競合の関係を否定した最判昭三三・四・一〇刑集一二巻五号七四三頁)、あるいは、構成要件の仕組み、制裁の主旨対象、保護法益、処罰の実質的理由(預金等に係わる不当契約の取締に関する法律三条の罪と刑法二四七条の背任罪とを併合罪とした最判昭五〇・四・三刑集二九巻四号六三頁)などを挙げるものがあるが、それらは法条競合の存在を判断する基準とされているものではなく、二つの罪の間に上述したような二重処罰となる関係の存在つまりは法条競合の存在があるか否かを判断するための考慮要素にとどまるものと解せられる。

## (二) 特別関係

特別関係とは、横領罪(二五二条)と業務上横領罪(二五三条)のように、行為が一般法の構成要件に該当する

と同時に、特別法の構成要件にも該当する場合をいう。一般法の円の中に特別法の円が含まれている関係である。この場合、特別の要件を持つ特別法を一般法に優先して適用するのが法の趣旨であり、これと併せて一般法を適用すると二重処罰となるので、特別法のみの一罪が成立することになる。

特別法には、加重構成要件を定めたものと減軽構成要件を定めたものがある。前者には、業務上横領罪のほか、賭博罪（一八五条）に対する常習賭博罪（一八六条一項）、強制猥褻罪（二七六条）に対する強姦罪（一七七条）などがあり、後者には、殺人罪（一九九条）に対する同意殺人罪（二〇二条）、窃盗罪に対する森林窃盗罪（森林法一九七条、一九八条）などがある。

### （三） 補充関係

補充関係とは、既遂罪（基本法）と未遂罪（補充法）、殺人罪（一九九条、基本法）と傷害罪（二〇四条、補充法）のように、行為が基本法の構成要件に該当すると同時に、補充法の構成要件にも該当する場合をいう。補充法の円の中に基本法の円が含まれている関係である。この場合、基本法を補充法に優先して適用するのが法の趣旨と解せられ、これと併せて補充法を適用すると二重処罰になるので、基本法のみの一罪が成立する。

補充関係には、規定に明示されているものと、黙示のものとがある。前者の例としては、「傷害の罪と比較して、重い罪により処断する」と規定されている場合（一一八条二項、一二四条二項など）がある。

特別関係と補充関係とは実質は同じであり、優先する規定を中心という特別関係になり、劣後の規定を中心という補充関係になる。ただ、特別関係の場合には、一般法が先に規定され、特別法が一般法に特別の要件を付加する形で後に規定されるのが通常であるため、法条競合の關係に立つことが明らかであるのに対し、補充關係の場



合には、基本法が先に規定され、補充法が後に規定されるのが通常であるため、補充法の要件は基本法を排除する形で規定されることがあり、そのため補充規定ではあるが法条競合とはならない場合が生じる。例えば、現住建造物放火罪（一〇八条）、非現住建造物放火罪（一〇九条）、建造物等以外放火罪（一一〇条）は、順次補充関係にあるといわれることがあるが、それぞれの罪は客体が他を排除する形で規定されているので、競合的に構成要件に該当することはなく、したがって、補充規定ではあるが法条競合の補充関係にはないというべきである。損壊罪についての二五八条ないし二六一条についても同様である。このような場合には、法条競合の吸収関係であるというべきである。

#### （四） 択一関係

択一関係とは、横領罪（二五二条）と背任罪（二四七条）のように、一方の罪が成立すると他方の罪が成立しない相互関係にある場合をいう。二つの円が交差する関係にあり、重なる部分については理論上いずれの罪も成立しており、ただ両立しない関係にあるにとどまる。未成年者誘拐罪（二四二条）と営利誘拐罪（二二五条）についても同様である（平野四一一頁）。このように交差する場合にも特別関係が成立すると考えると、択一関係を独立して認める必要はないが、特別関係を前記のように内包される二つの円のような関係であると定義すると、択一関係を独立して認める必要がある。そればかりか、択一関係の場合には、二つの罪がそれぞれの意味を持っており、相互の共通性から両立しない関係に立つにとどまるから、これを特別関係とは別に認めるのが妥当である。

## (五) 吸収関係

### (1) 意義

吸収関係とは、強盗罪（二三六条）と強盗予備罪（二三七条）のように、重い罪が成立するときは軽い罪は成立せず、軽い罪は重い罪の犯情として考慮されることになる場合をいう（平野四一三頁、同・警研六四卷五号三頁）。二つの円が交差せずに離れた関係にある場合といってよい。

このような関係にあるところから、両罪の成立を認めても二重処罰にはあたらないとし、これを法条競合とはせずに科刑上一罪（平野前掲）又は包括一罪（虫明一〇五頁以下）とする見解が有力である。しかし、吸収される軽い罪が吸収する重い罪によって同時に処罰されるのであるから、重い罪で処罰した後で軽い罪を再度処罰すれば二重処罰にあたることになる。軽い罪の構成要件は、明記されていないが、重い罪の構成要件に付随し、隠れた構成要件として規定されていると考えられるのではなからうか。そして、このことは、吸収関係を説明する上で重要と思われる。すなわち、法条競合は、特別関係、補充関係、択一関係及び吸収関係を含めて、適用法規の優先関係の問題であり、優先規定のみが適用されるのは、それによって劣後規定による処罰も行われるからである。これを裏から表現すれば、劣後規定は、どの関係においても、優先規定が適用されない場合に初めて適用される補充規定であるということになる。

補充規定には立法上いろいろの定め方がある。特別関係においては一般法、補充関係においては補充法、択一関係においては軽い罪、吸収関係においては吸収する重い罪であるが、それ以外にも補充規定はある。先に補充関係

で述べたように、現住建造物等放火罪（二〇八条）、非現住建造物等放火罪（二〇九条）、建造物等以外放火罪（一〇条）の各規定は、それぞれ現住建造物、非現住建造物、その他のものというように固有の客体を持っているので、競合して適用されることはない。したがって、それらは補充関係ではないとみるのが妥当であるが（虫明七六頁以下）、順次補充規定となるものであることは明らかである。立法上は、建造物等以下放火罪を物に対する放火罪の一般規定とし、他を特別規定の形で規定することもできるが、現在の形の方が明快であるところからそのように規定されたものと考えられる。損壊罪についての二五八条から二六一条の規定についても同様である。そうすると、現住建造物等放火罪のような優先関係に立つ規定は、劣後にある規定の実質的な非補充規定ないしは特別規定であり、実質的な補充規定ないしは一般規定を隠れた形で併せて規定しているものと解せられる。

共罰的事前行為、共罰的事後行為、付随行為などの吸収関係にある行為は、すべて右のような実質的な補充規定ないしは一般規定であり、そのために吸収されることになるかと解せられる。

(2) 共罰的事前行為（不可罰的事前行為）

例えば、殺人予備罪（二〇一条）は、殺人の実行に着手した後は適用する必要がなく、実行に着手しない場合でも処罰するために設けられた補充規定である（高田五六五頁参照）。なお、未遂罪も既遂罪の補充規定であるが、補充関係に立つのでここでは除外してよい。

公職選挙法の交付受交付罪（二二一条一項五号）と供与罪（同一号）との関係について、いったん成立した交付受交付罪は後の供与罪に吸収されるとされているが（最判昭四三・三・二九刑集二二卷三号一五三頁、最決昭五九・一・二七刑集三八卷一号一三六頁）、この場合も共罰的事前行為と認められたものと解せられる。

(3) 共罰的事後行為(不可罰的事後行為)

窃盗犯人が盗品を損壊したような場合、窃盗罪が成立するときは別に器物損壊罪(二六一条)は成立しない。窃盗罪は、その後に犯人が盗品を処分することを予定して定められているので、窃盗罪で併せてこれを処罰することになるからである。器物損壊罪は窃盗罪等の犯人以外の者に適用される補充規定であると解せられる(共罰的事後行為の論議については、平野四一一頁以下、高田五六六頁以下、中山四九頁以下、虫明二五五頁以下、阿部純二・判例刑法研究四卷二四三頁以下参照)。

(4) 随伴行為

主たる犯罪に通常随伴して生じる従たる犯罪であって、主たる犯罪によって併せて評価されていると解せられるものについては、主たる犯罪に吸収される(山火・前掲神奈川法学七卷二号一三頁以下、平野四一五頁、虫明二四七頁以下参照)。その例として、殺人によって被害者の着衣を損壊した場合の器物損壊罪が通常挙げられる(ただし、中山三〇頁以下は別罪が成立するという)。

第三 科刑上一罪となる場合

一 概 要

数罪が成立するのに、これを狭義の併合罪として加重はせず、その中の最も重い刑によって処断する場合を講学

上科刑上一罪と呼ぶ。刑法四五条一項の前段と後段は、一個の行為が二個以上の罪名に触れる場合(観念的競合と呼ぶのが通常であるが、想像的競合、一所為數法とも呼ぶ)と犯罪の手段又は結果である行為が他の罪名に触れる場合(牽連犯と呼ぶ)をそれぞれ科刑上一罪にあたると規定している。

観念的競合及び牽連犯を科刑上一罪とする理由については、種々の見解があるが、科刑上一罪は一罪と數罪との中間的な処理をするものであるから、基本的には、一罪と數罪を区別する理由と共通するところがあるはずである。

同一の結果を生じさせた場合でも、一回の犯罪による場合より二回の犯罪による場合の方が犯情が重いので、行為の回数を重視し、併合罪として刑が加重される。そうすると、一個の行為によって二個の犯罪を犯した観念的競合の場合には、二回の犯罪を犯したとして併合罪加重をするより、一回の行為により犯したことを重視して一回の犯罪を犯したと同様の処理をする方が一貫していることになる。

各犯罪が目的と手段又は原因と結果の関係にある牽連犯の場合には、それらを一つの特別類型の犯罪と規定することも、通常の犯罪と同様に併合罪として扱うことも、現在の規定のように科刑上一罪として扱うことも可能である。そして、現行法が牽連犯を科刑上一罪としたのは、犯罪類型としては別個のものと規定しつつも、全体が一回の犯罪として犯されることが通常と認められる場合であることを考慮し、一回の犯罪による場合と同様の処理をすることが妥当と判断したからにほかならない。そうとすると、牽連犯と認められるのは、各犯罪類型の間に目的と手段又は原因と結果の関係があると予定されている場合に限られるように思われる。

## 二 観念的競合

### (一) 概 要

#### (1) 科刑上一罪とする根拠

等しく二罪が成立するのに、「一個の行為」による場合の方が「二個の行為」による場合より軽く処罰されるのはなぜか。それは、同一の金額の盗品を一回の窃盗で窃取した場合より二回の窃盗で窃盗した場合の方が併合罪として重く処罰されるのと同様、犯罪行為が一回より二回の方が違法性も責任も重いと考えられるからであろう。そうすると、「一個の行為」とは、二罪を成立させる行為がありながら、それらが一回の犯罪行為と認めることができるからであって、単に二罪を成立させる行為がどこかの部分で重なり合っているからではないことになる。つまり、実行行為に重なり合いがあれば、行為を一回すなわち一個と認めるのに役立つが、重なり合いがあるからといって直ちに行為が一回すなわち一個になるわけではなく、逆に実行行為に重なり合いがなくても、二罪を成立させる行為が一回すなわち一個の犯罪行為であると認め得る場合があることになる。

近時の有力説の中には、観念的競合の場合に併合罪加重をしない根拠を反対動機の形成の機会が一回しかなく、併合罪加重をするほどに責任が重くないことに求める見解がある(安村二六六頁以下)。確かに、別の犯罪に出ないという反対動機の形成を行為者に期待できないで二罪を犯した場合には、一個の行為によるものと認められるが、観念的競合をそのような場合に限定するのは狭すぎるように思われる。すなわち、二つの犯罪の実行の着手時期にずれがある場合には、二つ目の犯罪の実行に着手する際に常に反対動機を形成する機会があり、たとい二つの犯罪

の実行行為が重なる場合でも観念的競合の成立が否定されることになるからである。

(2) 判例の見解

判例の定義によると、「一個の行為」とは、「法的評価をはなれ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものと評価を受ける場合をいう」とされている(最大判昭四九・五・二九刑集二八巻四号一一四頁、一五一頁、一六八頁)。ここにいう「行為者の動態が社会的見解上一個のものと評価を受ける場合」というのは、先の表現を用いると、社会的見解上、すなわち社会の一般的見解において、行為の動態が一回の犯罪行為と評価されるような場合を意味するものと解せられる。そして、このような見地からすると、行為の動態は、「法的評価をはなれ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで」評価され、また、その範囲は、実行の着手時から既遂時ないしは終了時までに限られず、実行行為の前後にまたがるものが広く含まれることになる。

それまでの判例は、「一個の行為」の定義を下してはいなかったが、その底流には、構成要件的な行為に重なりがある場合という考えがあったように思われるので、新しい判例の下では、「一個の行為」と認められる範囲が従前よりやや広くなる可能性がある反面、構成要件的な行為に重なる部分があっても観念的競合とは認められないこともあるので従前よりその範囲が狭くなる可能性もある。

これに対し、前記の学説は、「一個の行為が数個の罪名に触れる」という場合の「行為」は構成要件の評価の対象となる行為であって、構成要件の評価を受けた行為ではないから、最高裁判例が観念的競合の判断の対象である行為について構成要件の観点を捨象すべきであるとしたのは正当であるとする反面、構成要件の評価対象から外れた行為がその「罪名に触れる」ことはありえないので、一個の行為か否かを自然的観察あるいは法的評価を離れた社

会的見解によって判断すべきであるとしたのは正当ではないとする。しかし、その立場を徹底すれば、構成要件の評価を離れた行為を判断の対象としても考慮する意味はなく、二つの犯罪の構成要件該当行為に重なり合いがある場合という旧来の判例の立場と同じ主張になり、ひいては、反対動機の形成の機会という基準ではなく、行為の重なり合い自体に観念的競合の根拠を求めることになるのではなからうか。

もっとも、判例がいう基準は抽象的であり、「観念的競合の成否の判断を最高裁の有権的解釈に委ねるものであり」という批判には、耳を傾けるべき点があると思われる。そして、この批判に答えるには、二つの構成要件該当行為に重なり合いがない場合でも一個の行為であると認められるのはいかなる条件が整ったときをいうのかを明らかにしなければならない。最高裁の判例を通じて認識されるその条件とは、以下に述べるとおり、ある犯罪の実行行為のほか、犯罪として規定されているか否かを問わず、その犯罪の予備及び未遂の行為を含む行為に重なり合いがある場合をいうものと解せられる。法条競合の吸収関係の場合、既遂罪で処罰すれば、直接の犯罪行為として認定されない未遂及び予備も実質上同時に処罰することになると理解されるが、そのことは、予備、未遂の段階から実質上犯罪が開始されていることを認めることにほかならない。

以下、最高裁又は大審院の判例の中から、観念的競合を認めた代表例と、認めなかった代表例を概観した上、判例に対する批判を考察し、判例の考えに迫ってみたい。

## (二) 観念的競合となる場合

これまで最高裁又は大審院の判例において観念的競合と認められたものは、概ね次の三つの類型に分けることができると思われる。



(1) 二つの罪の実行行為がほとんど全部重なっているとき  
例示的に判例を挙げてみよう。こうした場合には、一回の犯罪行為であることが明らかであるから、観念的競合となることに争いはない。

① 一個の脅迫行為で数人の公務員の公務の執行を妨害したときに成立する公務員の数の公務執行妨害罪(九五条)(最(大)判昭二六・五・一六集五卷六号一一五七頁)

② 一個の暴行で公務員の公務の執行を妨害し、傷害を負わせたときに成立する公務執行妨害罪(九五条)と傷害罪(二〇四条)(大判明四二・七・一録一五輯九一〇頁)

③ 仮差押の表示のある物件の保管者がこれを売却する意思で取り出したときに成立する封印等破棄罪(九六条)と横領罪(二五二条)(大判昭一四・七・二八集一八卷四五一頁)

④ 数人の犯人をハイヤーで一緒に逃走させて隠避した上、旅館にかくまって蔵匿したときの犯人ごとに成立する犯人蔵匿等罪(一〇三条)(最判昭三五・三・一七集一四卷三号三五二頁)

⑤ 死体のある家屋に放火して家屋と死体を焼毀したときに成立する放火罪(一〇八条、一〇九条等)と死体損壊罪(一九〇条)

⑥ 鉄瓶に毒を混入して数人を殺害しようとしたときに被害者ごとに成立する殺人未遂罪(一九九条、二〇三条)(大判大六・一一・九録二三嗣一二六一頁)

⑦ 同一日時場所の運転行為によって成立する無免許運転罪(道交法一一八条一項一号、六四条)と酒酔い運転罪(道交法一一七条の二第一号、六五条一項)又は車検切れ自動車運行供用罪(道交法一〇八条一号、五九条一

項)(前者は最(大)判昭四九・五・二九集二八卷四号一五一頁、後者は最決昭四九・五・二九車検切れ二八卷四号一六八頁)

⑧ 選挙運動期間前に選挙に関して戸別訪問をしたときに成立する事前運動罪(公職選挙法二三九条一項一号、一二九条)と戸別訪問罪(二三九条一項三号、一三八条)(大判昭三・一・二四集七卷六頁)

⑨ 不正な電気機器を電話機に取り付けて信号の送出を妨げ、電話料金算出の基礎になる度数計の作動を妨げたときに成立する有線電気通信法違反罪(有線電気通信法)と偽計業務妨害罪(刑法二三三条)

(2) 手段と結果の実行行為を持つ二つの罪の手段がほとんど全部重なっているとき

例えば、詐欺罪では、欺罔行為も騙取行為も実行行為であるが、かりに一個の欺罔行為で二個の騙取行為が行われたとしても、犯罪行為は一個であり、一罪である。そうすると、同一の欺罔行為で数人から別個に騙取したとしても、犯罪行為は一回と考えるのが相当であろう。こうした場合の判例を以下に例示的に挙げてみよう。

① 婦女を強姦する目的で、殺意をもって暴行し、婦女を姦淫するとともに殺害したときに成立する強姦致死罪(一八一条)と殺人罪(一九九条)(最判昭三一・一〇・二五集一〇卷一〇号一四五五頁)

② 数人に対して一個の欺罔行為をし、時期を異にして数人から金員を騙取したときに成立する被害者ごとの詐欺罪(二四六条)(大判明四四・四・一三録一七輯五五二頁)

③ 数人に対して一個の脅迫行為をし、その場で数人から金員を喝取したときに成立する被害者ごとの恐喝罪(二四九条)(最判昭二六・一一・二五集五卷一三号二六一三頁)

④ 数人の被害者に匕首を突き付けて脅迫し、その場で数人から所持金を強奪したときに被害者ごとに成立する

強盜罪(三二六条)(最判昭二二・一一・二九集一卷三六頁)

(3) 一つの罪の実行行為が他の罪の実行行為と接着する予備的行為又は未遂的行為と重なる関係にあるとき

この場合の代表例は、次のとおりであるが、これについては、観念的競合とすることに異論もある。

① 覚せい剤を陸揚げした後、これを携帯して通関線を突破しようとしたときに成立する覚せい剤輸入罪(覚せい剤一三条、四一条)と無許可輸入未遂罪(関税一一条)(最判昭五八・九・二九刑集三七卷七号一一一〇頁。大麻についても最判昭五八・一二・二一刑集三七卷一〇号一八七八頁は同旨)

(4) 二つの不作為の罪の実行行為に接着する予備的行為又は未遂的行為が重なる関係にあるとき

この場合の代表例は、次のとおりであるが、これについては異論もある。

① 自動車運転者が事故で他人を負傷させたのに救護義務も報告義務も怠った場合に成立する救護義務違反罪(道交法一一七条、七二条一項前段)と報告義務違反罪(道交一一九条一項一〇号、七二条一項前段)(最大判昭四一・九・二二刑集三〇卷八号一六四〇頁)

### (三) 観念的競合とならない場合

二つの罪に重なる部分があるのに観念的競合にはならないとされた代表例は、不法所持罪、無免許運転罪などの継続犯とその一時点で成立する他の罪との間である。

① 不法に所持する銃剣を用いて人を殺害した場合に成立する銃剣不法所持罪(旧銃砲等所持禁止令一条、二

条)と殺人罪(刑法一九九条)(最判昭二六・二・二七刑集五卷三号四六六頁)

② 酒酔運転(道交一一七条の二第一号、六五条一項)とその一時点、一場所において成立する業務上過失致死罪(刑法二二一条)(最大判昭四九・五・二九刑集二八卷四号一一四頁。重過失傷害罪についての最決昭五〇・五・二七刑集二九卷五号三四八頁も同旨)

③ 無免許運転罪(道交一一七条の二、六四条)とその一時点、一場所において成立する速度違反罪(道交一一八条一項、二二条一項)又は信号無視罪(道交一一九条一項一号の二、七条)(最決昭四九・一一・二八刑集二八卷八号三八五頁)

#### 四 判例に対する批判と検討

(一)と(三)に挙げた判例に対する主要な批判を取り上げて検討しておこう。

##### (1) 観念的競合を認めた判例に対する批判

前記(二)に挙げた判例のうち、(1)(2)については一般的には異論はみられないが、(1)の⑧の判例、つまり選挙運動期間前に選挙に関して戸別訪問をしたときに成立する事前運動罪と戸別訪問罪とを観念的競合としたもの(同様に、最判昭四三・一二・二四刑集二二卷一三号一五六七頁は、戸別訪問罪とその際の法定外文書頒布罪とを観念的競合とし、最判昭三六・五・二六刑集一五卷五号八七一頁は、戸別訪問罪とその際の供与罪とを観念的競合としている)については異論がある。すなわち、戸別訪問罪は選挙人を訪れて面会を求めれば足りるとしながら、その行為と重ならない、後に行われた法定外文書頒布罪等と戸別訪問罪とを観念的競合とするのは不当であるというので

ある(安村二七〇頁以下など)。

戸別訪問罪は、戸別訪問という形で選挙運動をすることを処罰するものであるから、選挙運動のために選挙人に面会を求めることも、その後の投票依頼、法定外文書頒布、供与などの選挙運動とともに選挙運動の一環をなすものとみることができる。そうすると、戸別訪問とその際の実選挙運動とは行為において重なる関係にあるといつてよいと思われる。

(3)の①の判例に対しても批判がある。この判例は、覚せい剤を陸揚げした後、これを携帯して通関線を突破しようとしたときに成立する覚せい剤輸入罪と無許可輸入未遂罪とを観念的競合としたものであるが、前者は陸揚げした時点で既遂になり、後者はその時点では未遂にならないと解するときは、行為の重なりがないことになるので、観念的競合とするのは不当であるというのである(安村二七一頁など)。

覚せい剤を陸揚げした時点では未だ無許可輸入罪の実行の着手がないとしても、陸揚げする行為は、これに接するものであって、予備的行為とみるのが相当であるから、行為者の動態は社会的見解上一個のものとみることができる。

(4)の①の判例に対しても批判がある。すなわち、この場合には、二つの行為でなければ二つの作為義務を履行できない場合であるから、行為の数だけの反対動機形成の機会があるので、併合罪とすべきであるというのである(安村二六七頁以下など)。

しかし、ひき逃げをする意思で現場を立ち去る行為は、すくなくとも二つの作為義務を履行しないという行為の予備的又は未遂的な行為といふべきであるから、行為者の動態は社会的見解上一個のものといふべきである。

(2) 観念的競合を認めなかった判例に対する批判

判例が観念的競合とはならないとした前記(三)の①ないし③の判例に対しては批判がある。すなわち、銃剣の不法所持と殺人、無免許運転と速度違反などにおいては、殺人又は速度違反の時点では行為が重なり合っているから、観念的競合を認めないのは不当であり、そこから生じる不当な結果はかすがい効果を限定することで避けるべきであるというのである(安村二七〇頁など)。かすがい効果の問題は後に五で検討することとし、観念的競合の成否についてののみ検討すると、判例には十分な根拠があるように思われる。すなわち、殺人の実行行為は、銃剣を用いて殺害行為をすることであり、銃剣の不法所持は、銃剣を実力支配の下においていることである。したがって、銃剣を用いた殺害行為をすることが銃剣の不法所持になるわけではない。そうすると、両罪は、同時犯となるにとどまるというべきである。また、無免許運転と速度違反とは、それぞれ独立に成立する罪であって、無免許運転行為が速度違反行為となるわけではなく、その逆も同様である。このような場合には、単に一時点で運転行為が重なっていたとしても、それは速度違反の形で無免許運転をしたものということはできず、単に一時点で無免許運転のほかに速度違反をしたにとどまるというべきであるから、行為者の動態は社会的見解上一個のものではなく、同時犯となるにとどまるというべきである。もっとも、終始無免許運転と速度違反とが重なっていたような場合には、速度違反の形で無免許運転をしたものとみるのが社会的見解上妥当であるから、観念的競合になるものというべきであろう。

### 三 牽連犯

前述したとおり、各犯罪が目的と手段又は原因と結果の関係にある牽連犯の場合には、それらを一つの特別類型

の犯罪と規定することも、通常の犯罪と同様に併合罪として扱うことも、現在の規定のように科刑上一罪として扱うことも可能である。そして、現行法が牽連犯を科刑上一罪としたのは、犯罪類型としては別個のものと規定しつつも、全体が一回の犯罪として犯されることが通常と認められる場合であることを考慮し、一回の犯罪による場合と同様の処理をすることが妥当と判断したからにほかならない。そうすると、牽連犯と認められるのは、各犯罪類型の間に目的と手段又は原因と結果の関係があると予定されている場合に限られるように思われる。

いかなる場合に牽連犯の成立を認めるべき「通常性」があるかについては、若干の見解の相違がある(この点については、安村二七一頁以下を参照)。一方の犯罪が当然に他方の犯罪の手段又は結果として犯されるものと予定して設けられた場合には、一般にこの通常性が認められている。そのほかの犯罪の場合でも、二つの行為が時間的に接着して行われたとき、又は同一の機会に行われたときには、牽連犯を認めるべきであるという見解がある(安村・前掲)。その例として、覚せい剤の製造とこれに必然的に伴う一時的所持との関係が挙げられる。しかし、この場合には、判例が採るように所持は重い製造罪に吸収されると解する方が妥当と思われる(最判昭和三一・四・二四刑集一〇巻四号六二五頁)。吸収されないような所持であれば、所持を製造とは別個に処罰するという立法的判断に従い、併合罪として処理するのが妥当と思われる。

#### 四 かすがい効果

##### (一) 判 例

本来併合罪の関係にある犯罪(A罪、B罪など)が第三の犯罪とそれぞれ科刑上一罪(観念的競合又は牽連犯)の関係にある場合に、この第三の犯罪がかすがいとなって全体が科刑上一罪とされることがある。これをかすがい

効果又はかすがい現象という。かすがい効果を認めた代表的な判例を挙げると、次のとおりである。

① 住居に侵入して三人を殺害した場合に成立する住居侵入罪(刑法一三〇条)と三個の殺人罪(一九九条)の場合(最決昭二九・五・二七刑集八巻五号七二頁)。

② 他数回にわたり女性に売春婦としての就業を斡旋し、雇主から紹介手数料を受領して利得した場合に成立する集合犯としての中間搾取罪(労基六条)と女性ごとに成立する職業安定法違反罪(六三条二号の公衆道徳上有害な業務に就かせる罪)の場合(最判昭三三・五・六刑集一二巻七号一二九七頁)。

③ 立候補届出前に数十人を戸別訪問し、それぞれ金員等の供与又は供与の申込みをした場合に成立する包括一罪としての戸別訪問罪(公選一三八条一項、二三九条三号)と事前運動罪(公選一二九条、二三九条一項一項)、供与罪(公選二二一条一項一項)との場合(最判昭三六・五・六刑集一五巻五号八七一頁)。

④ 選挙運動期間前に数人の選挙人に投票を依頼し、それぞれ金員を供与し又は供与の申込みをした場合に成立する事前運動罪(公選一二九条、二三九条一項一項)及び供与罪(公選二二一条一項一項)との間にかすがい効果を認めず、個々の供与罪とその際の事前運動罪とが観念的競合の関係に立ち、それらは併合罪となるとした事例(最判昭和三五・四・二八刑集一四巻六号八二二頁、最判昭四〇・三・一二裁判集刑事一五五号三一頁)。

①は、Z A、Z Bなどが牽連犯の関係にある場合にZをかすがいとして全体を牽連一罪としたものであり、②③は、集合犯であるZの一部に本来併合罪であるA Bなどの罪が観念的競合の関係で成立する場合にZをかすがいとして観念的競合による一罪を認めたものであり、④は、同じような場合に、観念的競合による一罪を認めず、A Bなどと重なり合うZ 1、Z 2などとの間のみ観念的競合の関係を認め、A Z 1、B Z 2などの併合罪としたものである。



## (二) 観念的競合一罪の判例に対する批判と検討

この点の判例については、前記(一)の②③と④との間に整合性があるか否かが問題になる。そこで、まず④についてみると、個々の供与罪とそれによる事前運動罪とが観念的競合の關係に立つことは確定した判例である。また、各供与は、それ自体が事前選挙運動にあたり、実行行為の重なりがあるから、それらの間に観念的競合を認めるのはなく、そう解しても、継続犯の一部において成立する別罪との間に観念的競合の關係を認めない判例との間に不整合はない。問題は、二度目の供与があつた場合において、それにより事前運動罪の罪数がどうなるかである。すなわち、通常は集合犯として処理される事前運動罪が併合罪關係に立つ供与罪の成立によって分断されるのかである。④の判例は、そう解し、事前運動禁止の「規定は、常時選挙運動が行われることに伴う弊害を防止し選挙の公正を期するため選挙運動の期間を制限したに過ぎないものであるから、買収犯の如く法定の期間内であると否とに拘らずそれ自体違法な選挙運動行為が数個ある場合には、事前運動の場合でも各行為毎に犯罪が成立する」と判示する。これは、併合罪となる罪が成立するときには、これを併合罪として処理することの要請が法律上優越し、その結果、かすがい効果をもたらす集合犯の一罪性が否定されることを判示したものと解するほかないであらう。そうなると、②③と④の判例との間には不整合があるといわざるを得ないように思われる。今後の判例の展開が注目される。

(三) 牽連一罪の判例に対する批判と検討

前記(一)の①の判例、すなわち住居侵入と三つの殺人を牽連一罪とした判例に対しては、異論が多い。本来併合罪となるはずの三つの殺人が住居侵入を伴うために牽連一罪になり、併合罪加重を免れるのは不当であるというのである。そして、そのような結果を避けるために種々の見解が表明されてきた(山火五七六頁、山中五六頁以下、中野次雄・刑事裁判の諸問題一二五頁以下など参照)。

この批判は、傾聴に値する。近時の学説には、牽連犯を認めるには各犯罪との間に通常性が存在しなければならぬが、右の判例の事案では、住居侵入と最初の殺人との間には通常性があるとしても、住居侵入と第二、第三の殺人との間には通常性は認められないとし、住居侵入と第一の殺人についてのみ観念的競合の関係を認め、これと第二、第三の殺人とは併合罪の関係を認めるものがある(安村二九九頁)。これは、検討に値する見解である。

観念的競合一罪についての前記の理解をこの場合に用いると、併合罪となる罪が成立するときには、これを併合罪として処理することの要請が法律上優越し、その結果、かすがい効果をもたらす集合犯の一罪性が否定されることになるという説明がここでも妥当することになろう。いずれにせよ、この点についても判例の展開が注目される。

#### 第四 共犯の罪数

##### 一 一罪と数罪の成否

##### (一) 教唆犯・帮助犯の場合

狭義の共犯(教唆犯・帮助犯)の罪数が一罪か数罪かは、帮助行為の個数によってではなく、正犯の罪の罪数に従って決定される。このことは、大審院当時から支配的な見解であつたが、最高裁判例(最決昭五七・二・一七集三六・二二〇六。その研究に、佐藤・判解刑昭和五七年六〇頁、西田・警研五五卷九号七七頁、大越・ジュリ昭和五七年度重判解一六六頁)は、帮助犯についてそのことを明言した。すなわち、甲はか五名は、共謀の上営利の目的で二回にわたり覚せい剤を密輸入したが、被告人は、それに先立ち甲の依頼によりその仕入れ資金となる現金を銀行で銀行保証小切手に替えて甲に手渡し、甲らの犯行を幫助したという事案について、「幫助犯は正犯の犯行を幫助することによって成立するものであるから、成立するべき幫助罪の個数については、正犯の罪のそれに従つて決定されるものと解するのが相当である」、「たとえ被告人の幫助行為が一個であっても、二個の覚せい剤取締法違反幫助の罪が成立すると解すべきである」と判示したのである。学説にも異論はみられない。

共犯は、それぞれの正犯が成立することに成立するものであるから、共犯の罪の数は、正犯の罪の数に應じて決定されるのは当然である(なお、共犯の罪数については、『大コメ刑法 第二版』四卷二二二頁以下「中山」、同五卷五六三頁以下「佐藤」、同五卷一七五頁以下「安廣」、同五卷五三四頁以下「堀内」安廣参照)。

## (二) 共同正犯の場合

ある罪の共同正犯が成立している場合、共同正犯者の数だけの罪が成立していると考えるべきか、一罪のみが成立していると考えるべきかが争われている。学説は、共同正犯は数人による数罪であると解して前者の見解を採るものが多いが、判例は、共同正犯は数人による一罪であるとして後者の見解を採っており、例えば、踊り子と客が組になって二組で公然わいせつ行為をしたのを幫助した事案において、一個の公然わいせつ行為を幫助したものと解している(最判昭五六・七・一七集三五卷五号五六三頁)。共同正犯者は共同正犯者全員の行為で犯罪を犯したとされるのであるから、幫助者が数人の共同正犯者を幫助した場合にその数だけの幫助罪が成立すると解することは、幫助者に関して同一の共同正犯行為を共同正犯者の数だけ重複して評価することになる。したがって、それぞれの共同正犯者に関して一罪が成立することに着目して、共同正犯は数人による数罪であると表現するとしても、幫助者に関しては数人による一罪であると解するのが妥当と考えられる。

## 二 科刑上一罪の成否

### (一) 教唆犯・幫助犯の場合

最初に挙げた最高裁判例は、幫助罪に関し、幫助罪が数個成立する場合において、それらが刑法五四条一項にいう一個の行為によるものであるか否かは、幫助行為それ自体についてみるべきである旨を判示した。すなわち、「幫助犯における行為は幫助犯のした幫助行為そのものにはかならない」、「被告人の幫助行為は一個と認められるから、たとえ正犯の罪が併合罪の關係にあっても、被告人の二個の覚せい剤取締法違反幫助の罪は觀念的競合の關係

にあると解すべきである」というのである。これは、大審院の主流の見解を変更したものと理解されている(佐藤・前掲解説七一頁)。また、この判示は、教唆犯についても当然適用されることになる。

この判示については検討を要する問題点が多い。第一は、この判例が採った共犯行為基準説と観念的競合に関する一般的な基準との関係である。この一般的な基準は、可罰的行為ではなく自然的行為が判断の対象とされるべきことを明らかにしたものであって、共犯行為基準説はこれを共犯行為に適用したものであるという理解がある(西田八二頁)。共犯行為が一個である場合に一個の行為と認めるという点では、この理解は正当と思われるが、その場合に限って一個の行為と認めるとするのがこの判例の立場であるのか、また、それが観念的競合に関する一般的な判例の立場と考えるべきかについては、なお検討が必要であらう。

そこで、第二の問題は、共犯の「一個の行為」の判断について正犯行為がどのような意味をもつかである。共犯は、正犯の成立を待って処罰されるものであり、その構成要件は、正犯行為と共犯行為との複合的なものである。そうすると、共犯の「一個の行為」を判断する際には、共犯行為と正犯行為の双方をその判断の対象とするのが正当であり、そのいずれかが自然的行為という観点から「一個の行為」と認められる場合には観念的競合の成立を認めることができると考えられる。すなわち、共犯行為が二個であって、二罪を対象としている場合であっても、正犯がこの二罪を一個の行為で実行したときは、共犯についても一個の行為として観念的競合を認めてよいと考えられるのである(牽連犯についても同様である)。

第三は、共犯行為基準説によると、特に教唆犯の場合には、観念的競合の範囲が広がり過ぎ、不当ではないかである。例えば、正犯に対し別個の場所での殺人と窃盗を同一機会に教唆し、正犯がそのとおりに実行したときに観念的競合になるとすれば、まったく関連のない二つの正犯行為を同時に捜査起訴する必要が生じ、不当ではないか

というのである(西田八三頁、安廣・前掲五一〇頁以下)。これは、共犯行為基準説の問題というより、むしろ、同一の機会に行われたことから教唆行為・幫助行為を「一個の行為」にあたるとすることの問題である。

物理的な幫助行為の場合、例えば、正犯が二人を殺すのに用いるピストルを提供した場合、正犯が住居に侵入して殺人をするに際して戸の鍵を開けておいた場合(大判大六・一〇・一録二三輯一〇四〇頁は、このような事案であり、各幫助罪の牽連犯とした)、三名の正犯が不法退去するに際して自分の漁船に三名を乗せて幫助した場合(最大判昭三〇・二〇・一二集九卷一一号二二五九頁は、このような事案であり、観念的競合を認めた)、正犯が二回覚せい剤を密輸入するに際してその購入資金を一括して提供した場合(前掲最決昭五七・二・一七は、これと同種の事案である)などの場合には、幫助行為自体が一個の行為であるとみるべきことが明らかであるから、観念的競合の成立を認めるべきであろう。

これに対して、教唆行為の場合には、たとえ同一の機会に同一人に対し別個の二個の犯罪を教唆し、又は同一の機会に二人に別個の二個の犯罪を教唆したとしても、原則として、二個の教唆犯が同時犯として成立するにとどまり、一個の行為にはあたらないというべきである。このような場合に一個の行為となるのは、正犯に対し同一の機会に二個の犯罪を犯すことを教唆したような特別の場合に限られるであろう。

この点で興味を引くのは、大審院の判例である。すなわち、例えば、同一の機会に二人に対しそれぞれ殺人を教唆した場合につき、たとえ教唆が同時に出たときでも二個の教唆罪が成立することはいうまでもないとし(大判明四四・一一・一〇録一七輯一八六五頁)、同時に数人を教唆してそれぞれ偽証させた場合につき、併合罪が成立することは明らかであるとし(大判大五・六・三〇録二二輯一二一〇頁)、他方において、正犯に対し同時に二人以上を傷害するように特に明示して教唆してそのとおりに行行させた場合につき、一個の教唆行為で二個の傷害罪を犯させ

たもので、観念的競合にあたるとしている(大判大二・一〇・二一録一九輯一〇〇〇頁)。これらは、共犯は正犯と同一の責任を負うという見解が基礎にある判例ではあるが、その実務的な行為の個数判断は今日でも参考にされるべきであろう。精神的な幫助行為についても、以上の考え方が原則として妥当すると考えられる。

一個の行為の判断基準についてこのような限定を加えるならば、教唆行為・幫助行為が一個である場合に観念的競合の成立を認めても、決して不当ではないというべきであろう。

第四は、一個の行為を判断する際の実際的な基準をどこに求めるべきかである。この点で注目されるのは、「観念的競合における一個の行為とは、分割することが不可能な行為、いいかえると一つの行為だけをして他の行為をしないことが不可能な場合を指す。これによれば、一般的にいつて、物理的方法による加功(通常は幫助)においては、一個の行為と認められる場合が多いが、精神的方法による加功(その典型が教唆)については問題がある。例えば、二人を前にして同時に偽証を教唆した場合を考えると、その中の一人だけに向かって教唆し他の一人には教唆しないということもできたのであるから、一個の行為ではなく、二個の教唆行為が同時に行われたとみるのが正しい」という見解である(中野・前掲九四頁)。

この見解については、例えば三人の不法退去行為を幫助した事案の場合でも、一人だけを乗船させて他を断ることも可能であるから、行為は分割が可能であって、この基準によると観念的競合とされている事案の多くが分割可能になって観念的競合が否定されることになるという批判がある(西田八四頁)。なるほど、事実上分割が可能であったか否かを基準とすれば、この批判が指摘するとおり、当然一個の行為と認められるべき事案でもそれが認められないことになるであろう。しかし、前記の分割不可能説の重点は、次の点にあるのではなからうか。すなわち、一個の正犯又は共犯の行為をすることにより、同時に他の正犯又は共犯の行為をもすることになるような場合

には、一個の行為にあたり、観念的競合となるが、そうでない場合には、一個の行為にはあたらず、観念的競合とならない、という点を強調することである。

このような理解によると、例えば三人の不法退去行為を幫助した事案の場合、自分の漁船に乗せて一人の不法退去行為を幫助する行為は、当然、同時に他の二人の不法退去行為を幫助する結果になっており、二人の関係では幫助行為にはならないというわけにはいかないから、その幫助行為は一個の行為であり、当然観念的競合になるというべきである。これに対し、二人に対し同一の機会に別個の犯罪を教唆したような場合は、一人に対する教唆行為が同時に他の一人に対する教唆行為となるわけではなく、たまたま同一の機会に行った教唆行為の結果二人の正犯が犯意を生じて実行に及んだとしても、その教唆行為は同時犯となるにとどまるというべきである。分割不可能説をこのような意味での行為の効果の分割の可能不可能を重視する見解と理解するならば、それは正当と考えられる。

## (二) 共同正犯の場合

共同正犯の場合、一個の行為か否かの判断の対象となる行為は、自然的行為の観点からは、共謀のみであるから、共謀行為が一個であれば、その内容となる犯罪行為が複数であっても、観念的競合とすべきであるという見解がある(西田八四頁)。

すでに検討したとおり、「一個の行為」とは、二罪を成立させる行為がありながら、一回の犯罪行為と認め得る場合をいうのであり、単に二罪を成立させる行為がどこかの部分で重なり合っているからではない。判例が、「一個の行為」の判断について自然的行為を対象とすべきことを強調するのは、そのためであって、本人がした事実的な行



為のみを対象とすべきことを説くものではないと考えられる。

共謀共同正犯の場合、処罰の対象となるのは、共謀行為ではなく、共謀に基づいてした実行行為である。したがって、その場合の一個の行為の判断は、実行行為の中に観念的競合とすべきものがあるか否かの判断にほかならず、例えば、共同正犯者が一回の爆発行為で二人を殺害したような場合に、共謀者についても、一個の行為による二個の殺人として観念的競合を認めることになるというべきである。

## 第五 数罪が成立する場合の処理

### 一 刑法第九章の構成

刑法第九章は、四五条から五三条において、数罪が成立する場合のうち、併合罪となるものについての処理の方法を規定し、五四条において、観念的競合と牽連犯となるものを科刑上一罪とすることを規定している。単純一罪についてはもとより、単純数罪についても規定していないが、併合罪又は科刑上一罪にあたらない場合には、それらの処理方法によらないことになるので、個別に刑を科することになる。

四五条においては、併合罪となるものの範囲を規定する。次いで、四六条においては、一つの罪について死刑、無期懲役、無期禁錮に処する場合の吸収主義を規定し、四七条においては、併合罪中二個以上の有期懲役、有期禁錮に処する場合の加重単一刑主義を規定し、四八条においては、罰金と他の刑との併科主義と二個以上の罰金との加重単一刑主義を規定している。さらに、四九条から五二条においては、四六条ないし四八条までの処理の結果と

して二つ以上の罪に対して一つの罪による刑、一つの刑又は二つ以上の刑が科されることがあるところから、没収、余罪、刑の執行又は大赦の処理について規定している。最後に、五三条においては、拘留又は科料について完全な併科主義を規定している。この場合には、原則として四六条ないし四八条の処理に伴う問題が生じないので(五〇条の余罪の問題は生じ得るが)、その処理を規定した後規定が置かれている。

以上の構成からみると、第九章の規定は、四五条から順に適用上の優先関係があり、罰金と拘留、科料の併科が四八条と五三条に重複規定されているような場合には、前の規定が優先適用されるものと解せられる。

## 二 併合罪の範囲の確定

### (一) 概要

四五条は、第九章にいう併合罪の範囲を確定するための原則を定めている。しかし、その原則に従って確定される併合罪の範囲は、必ずしも四六条以下の各規定における併合罪の範囲と一致するわけではなく、それより広い場合がある。四六条以下の条文においては、四五条における併合罪のうちから、それぞれ特定の場面に当てはまるものが取り出され、それらを対象として併合罪という概念が用いられているからである。

併合罪の概念は、内容を厳密に読み取るには相当複雑な作業が必要である(戸田弘「併合罪と罰金刑以下の確定裁判」刑事裁判の課題一九七頁参照)。そこで、詳細は後日の検討に委ね、ここでは、実務的な観点から、その概要を説明しておくこととしたい。

併合罪の範囲は、大別して四つの場面で確定する必要があるが生じ、それぞれの場面で異なる場合が生じる。

第一は、理論上併合罪となり得る範囲を予め確定しておく場面である。四五条は、このような場面に備え、併合

罪の範囲を確定するための原則を定めたものであって、ここにいう併合罪には、確定判決を経た罪、確定前の起訴された罪、起訴前の罪、未発覚の罪のいずれもが含まれる。四六条以下における併合罪の範囲は、この四五条の原則で定められた併合罪の範囲を超えることがない。

第二は、裁判所が起訴事件に対して判決をする場面である。これには、さらに併合罪について法令を適用して処断刑を得る場面(四六条ないし五〇条、五三条)と併合罪のうちの余罪(確定裁判を経していない罪)について判決をする場面(五〇条)の二つがある。

第三は、併合罪について二個以上の裁判があった場合に刑を執行する場面(五一条)である。

第四は、併合罪について処断された者がその一部の罪について大赦を受けた場合に残りの罪について刑を定める場面(五二条)である。なお、科刑上一罪(観念的競合及び牽連犯)となる罪は、併合罪の処理にあたって一罪に準じて取り扱われる(五四条)。

以下、順次これら四つの併合罪の範囲を説明しておきたい。

## (二) 理論上の併合罪の範囲

確定裁判を経していない二個以上の罪(犯行A・Bなど。以下犯行の順にアルファベットで示す)が存在する状態になった場合に併合罪が成立する(四五条前段)。この場合の確定裁判とは、一事不再理効が発生している裁判をいい、罰金の裁判であろうと、禁錮以上の刑であろうと差し支えない。A・Bが初めての二個の罪である場合でも、ある罪について確定裁判があった後、A・Bの犯行があった場合でもよい。

確定裁判を受けない罪が二個ある状態が生じて、併合罪が成立した後、C・Dと次々と罪が犯されると、併合罪

の内容は次第に広くなっていくが、そのうちの一個又は数個について罰金以下の確定裁判があっても、併合罪の範囲は確定されない。そして、併合罪の内容に含まれる罪のどれかについて最初に禁錮以上の裁判が確定したときに、初めて併合罪の範囲が画され、その裁判の罪とそれ以前に犯された罪とが、罰金以下の確定裁判の罪を含めて併合罪となる(四五条後段。例えば、Cについて禁錮以上の確定裁判があるとA・B・Cが併合罪になる)。禁錮以上の確定裁判の後に犯された罪が二個以上あれば、あらたに併合罪が成立し、それらの罪のいずれかにつき禁錮以上の確定裁判があると併合罪の範囲がまた確定する。

### (三) 法令を適用する場面での併合罪の範囲

起訴事件に対して裁判所が裁判をし、法令を適用する際には、(二)にいう併合罪のすべてを併合罪として処理するわけではない。審理裁判所は、後日併合罪の一部であると判明する罪であっても、他の裁判所で審理中の事件を併合罪の一部と認定することはできず、また、罰金以下の確定裁判の罪については審理中の罪と統一的に処理する必要はないので、処断刑を得るに必要な限度、つまり自ら審理して成立を認めた罪と確定裁判の罪に着目して併合罪の範囲を確定しておけば足りる。まず、禁錮以上の刑に処する確定裁判がないときは、四五条前段により、審理している数罪を併合罪とする。次に、禁錮以上の刑に処する確定裁判があり、その前に犯した罪が一個あるときは、四五条後段により、その罪と確定裁判の罪とを併合罪とする。さらに、禁錮以上の刑に処する確定裁判があり、その前に犯した罪が二個以上あるときは、四五条前段、後段により、それらの罪と確定裁判の罪とを併合罪とする。

#### (四) 刑の執行する場合での併合罪の範囲

五一条は、併合罪について二個以上の裁判があったときに執行すべき刑を調整することを規定している。この場面における併合罪の範囲は、二個以上の確定裁判の罪の範囲であり、(二)の併合罪の余罪がその後に確定すれば、その都度執行すべき刑の範囲を確定することになる。

#### (五) 一部の罪について大赦があった場面での併合罪の範囲

五二条は、併合罪について処断された者がその一部につき大赦を受けたときは他の罪について改めて刑を定める旨を規定している。この場面での併合罪の範囲は、一個の刑を科せられている場合の併合罪の範囲をいう。

### 三 併合罪の処断刑の決定

#### (一) 処断刑の決定手順

「処断刑」には、①科刑上一罪の処断刑、②併合罪の処理をする以前の各罪の処断刑、③宣告刑の範囲を画する処断刑の三つの意味がある。①は、科刑上一罪において最も重い刑とされたもの(五四条)をいう。②は、刑種の選択、再犯加重(七二条一号、五六条ないし五九条)、法律上の減輕(七二条二号、六八条)をしたものをいう(最判昭二四・八・一八集三卷九号一四五五頁参照)。③は、さらに併合罪加重(七二条三号)、酌量減輕(七二条四号、六六条ないし六七条)をしたものをいう。

①と②は、広義の併合罪に含まれる各罪の処断刑であり、③は、それらの各処断刑を前提として決められる宣告

刑の許容範囲としての処断刑であって、その順で処断刑が導かれることになる。以下、その手順の留意点を概観しておくこととする。

## (二) 科刑上一罪の処断刑の決定

科刑上一罪（観念的競合、牽連犯）については、「最も重い刑により処断する」と規定されている（五四条）。刑の軽重の判断は、一〇条の規定によって行う。問題は、その軽重を罪の法定刑を比較して行うか、罪の処断刑を比較して行うかである。

有期の懲役又は禁錮にあたる数罪について併合罪加重する場合（四七条）には、再犯加重及び法律上の減輕をした後にこれを行うのであるから（七二条）、「最も重い罪について定めた刑」とは、こうした処理をした後の処断刑を意味し、したがって、いわゆる重点的対照主義（選択刑又は併科刑を考慮せずに重い刑種を比較するという原則）によることになるのは当然である。これは、各罪の具体的犯情を考慮した上で最も重い罪になる処断刑を基準とし、これに一定の加重をして併合罪の処断刑を導くことにほかならない。

これに対し、科刑上一罪の場合には、再犯加重や法律上の減輕をする前に刑を決定し、その後でこうした処理をするのであるから、「最も重い刑により処断する」とは、法定刑が最も重い罪により処理するという意味になる（最判昭二八・四・一四集七卷四号八五〇頁）。これは、科刑上一罪がその全体を一つの罪として処断するという原則に基づいていることからみて、当然のことである。ただ、法定刑を比較する場合でも、全体的対照主義（重い刑種のほか選択刑及び併科刑をも考慮するという原則）によるべきか、重点的対照主義によるべきかは、別個に判断されるべき事項である。そして、最高裁判例は、この場合には刑法施行法（明治四一年法律二九号）三条三号が適用さ

れるとして、重点的対照主義によるべきであると判示している(最判昭二三・四・八集二巻四号三〇七頁)。

この見解に対しては批判が多い(中谷・前掲三六二頁以下参照)。特に、最も重い刑の罪に法律上の減輕事由があるため、上限が軽い罪の刑より軽くなる場合、前者の罪の選択刑である罰金の額が後者の罪の選択刑である罰金の額より低く、罰金を選択される場合などには、最も重い刑の罪があるために軽い罪のみのときより軽く処断されるという不都合を招く。そこで種々の解釈論が試みられているが、重点的対照主義とは最も重い刑種についての上限を定める原則にとどまり、その罪の法定刑によることまでは意味しないと解すれば、上記のような不都合を招くことはなく、軽い罪の刑が上限となることになる。最高裁判例(前掲最判昭二八・四・一四、最判昭三三・二・一四集一卷二号七一五頁)は、最も重い罪の刑により処断するとは、最も重い刑を定めている法条の下限の刑が軽い刑を定めている法条の下限より軽い場合には各法条中最も重い下限の刑よりも軽く処断することはできないという趣旨を含むと判示しているが、これは、実質上このような考え方によったものと解される。

### (三) 併合罪を構成する各罪の処断刑の決定

再犯加重、法律上の減輕の事由があるときは、その順で、併合罪加重の前に行う(六二条)。その際には、加重、減輕の前に刑の選択を行わなければならない(五六条、六九条)。加重は、長期が二〇年を越えることができず、越えるときは二〇年とする(一四条)。法律上の減輕事由が二個以上あっても、減輕は一回しかできないが(六八条)、それらの事由を全体として減輕をし、量刑上も考慮するので、減輕事由は明らかにしておく必要がある(刑訴三三五条二項参照)。加重、減輕の事由がない罪については、次の併合罪の処断刑を決定する前に刑の選択を行う。このようにして各罪の処断刑が決定されることになる。

#### 四 併合罪の処断刑の決定

併合罪のうち、四五条前段の併合罪及び四五条後段の併合罪であつて確定裁判を経ていない罪が二個以上ある場合には、これらについて処断刑を決定する（五〇条）。処断刑の決定は、各罪の処断刑の刑種によつて異なる。

併合罪のうちの二罪について死刑に処するときは、没収以外の刑を科さない（四六条一項）。

併合罪のうちの二罪について無期懲役又は無期禁錮に処するときは、罰金、拘留、没収以外の刑を科さない（四六条二項）。

併合罪のうちの二個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、併合罪加重をする（四七条）。この場合にも一四条の制限がある。

併合罪のうちに罰金に処する罪があるときは、死刑に処する罪があるときを除き、（その他の懲役、禁錮、拘留とともに）罰金を併科し、罰金の合算額以下で処断する（四八条）。罰金に処する罪とは、①法定刑が罰金のみである罪、②罰金が選択刑として法定されていて、それが処断刑に選択された罪、③罰金が併科刑として法定されている罪をいう。

拘留、科料は、死刑、無期以外の刑とは併科し、二個以上の拘留、科料は、それぞれ併科する（五三条）。

没収は、他のいかなる刑とも併科し、二個以上の没収も、併科する（四九条）。



(五) 酌量減輕

以上の手順で導き出された没収以外の刑の最下限より刑を軽くする必要がある場合には、酌量減輕をすることができる(六六条、七一条、六八条三号)。ここまでの手順で導き出された刑が宣告刑の前提となる処断刑であり、その範囲で宣告刑が決定される。

四 その他の措置

併合罪について特別の措置が採られていることから、併合罪に係る二個以上の刑の執行について特別の配慮がされている(五一一条)。また、一部に大赦があった場合には、執行する刑を定める必要があるため、他の刑を定めるところとされている(五二条)。