

不可罰的事後行為——罪数論序説——

西台満

- (一) 序論
- (二) 状態犯
- (三) 不可罰の根拠
- (四) 結論

(一)

不可罰的事後行為という概念は、状態犯という概念と不可分の関係にある。従って、先ず状態犯から説明しておく必要がある。団藤によれば、「一定の法益の侵害または侵害の危険が発生することによって犯罪事実が完成し同時に終了するもの」を即成犯と呼ぶのに対し、状態犯とは「法益侵害の発生によって犯罪事実が終了し、それ以後法益侵害の状態が継続するがそれはもはや犯罪事実とはみとめられないものをいう（たとえば窃盗罪）⁽¹⁾」。しかし、犯罪事実とはみとめられないものではなくて、終了した犯罪事実を状態犯と呼ぶのだとすれば、この定義は文法的におかしい。「法益侵害の発生によって犯罪事実は終了するが、それ以後もなお、犯罪事実とはみとめられない法益侵害状態を継続させるもの」と修正しておいた方がよいだろう。犯罪事実とはみとめられないものが、本稿のテーマとなる不可罰的事後行為であ

る。

状態犯概念の中に、事後行為が不可罰とされる理由が既に組み込まれている。即ち、「状態犯においては、犯罪完成後に違法状態が続くことがはじめから予想されている。かように当構成要件によって予想されている違法状態に包含されるものであるかぎり、事後の行為が他の構成要件を充足するものであっても、別罪を構成しない。たとえば、窃盗犯人が盗品を損壊しても別に器物損壊罪は成立しない⁽²⁾」。なぜ成立せず不可罰なのかと言えば、窃盗の構成要件が、盗品のある程度の利用ないし処分を当然あるべきことと予想しているため、その予想の範囲内に納まる限りは、殊更取り上げて処罰の対象にしない、というわけである。

しかし、この説明にはいくつかの点で疑問がある。

(1) 状態犯の構成要件は、犯罪終了後の構成要件行為まで一定限度において包括的に評価していると言うのであるが、どのような行為までが評価済みとして不問に付されるのか、その基準が明らかではない。例えば、前述の損壊の他に、不可罰的事後行為としては犯人自身による盗品の運搬が挙げられるのが常である。盗んだ以上、犯人が自分都合の良い場所まで盗品を移動するのは当然であろう。しかし、損壊となると果して盗取に当然に、少なくとも通例のこととして伴われる

行為なのか疑問を禁じ得ない。盗み出した貯金通帳で郵便局から金員を引き出した事案で、最高裁は、窃盗罪に加えて詐欺罪の成立を認められているが、むしろこちらの方が損壊より遙かに予測のつきやすい事後行為である⁽³⁾。

その他には、窃取した持参人払式小切手を銀行に呈示して支払いを受けたたり、拾得した国鉄乗車券を自分が買ったかのように装って払戻しを受けたたり、磁石で不正に得たパチンコ玉を景品に替えたりした事例があるが、いずれも損壊以上に窃取後の犯人の行動として自然である⁽⁴⁾。なぜなら、「通帳、小切手、パチンコ玉の窃取は、それ自体としては意味がなく、あくまで払戻し、換金、景品との交換を目的とするものであり、また、乗車券の拾得もそれ自体では意味がなく、これを利用して電車に乗るか、料金の払戻し⁽⁵⁾」を受けるのでなければ、道で石ころを拾うのと違いがないからである。従って、損壊が窃盗や横領にとって予定された行動であるのなら、これらはそれ以上に強い理由で包括的評価内に入る行動と解されねばならないだろう。

(2) 構成要件の自由保障機能とは、構成要件が「犯罪を個別的に明確化することによって、行為者の自由の範囲⁽⁶⁾」を明らかにすることの意味している。例えば、「他人ノ財物ヲ窃取」(二三五)が、「物ヲ損壊」(二六一)する行為まで含み、そのために窃盗犯人が盗品を損壊しても二六一条の構成要件に該当しないとすれば、構成要件は複雑な法的評価を要するものとなり、国民の自由を保障するどころではなくなる。やはりあくまで「窃盗罪という一個の構成要件は、窃盗行為だけを評価するものであって、窃盗行為のほかにその事後行為である盗品の損壊行為や運搬行為までをその構成要件によって評価しつくしているとはいえない⁽⁷⁾」ない、と解するのが正当と言うべきである。包括的評価の限界が法律によって規制されず、換言すると、構成要件該当性の判断が法律の明示規定を根拠とすることなく、専ら裁判官の価値観で

行なわれることになるため、罪刑法定主義という観点からも問題である。

(3) そこで、事後行為も構成要件には該当するとしておかなくてはならない。だからこそ不可罰の理由を説明する際に、「事後の行為が他の構成要件を充足するものであっても、別罪を構成しない」というような表現が用いられているのであろう。しかしそうすると今度は「構成要件によって予想されている違法状態」という表現と衝突する。窃盗構成要件が赃物の損壊や運搬を当初から予定しているとなれば、それらの行為は独立に損壊罪や運搬罪の方には行かず、窃盗構成要件に包摂されてゆくと考えるのが筋だからである。このように、不可罰的事後行為概念は定義自体に矛盾を抱えており、存在意義の再検討が必要である。

ところで、通説は、赃物罪を不法領得者以外の者のみが為し得る身分犯と解している。「赃物罪は他人が不法に取得した赃物について成立するのであり、本犯者以外の者がなすことをその構成要件とする。すなわち、自己の犯罪によって取得した赃物について、重ねて赃物罪が成立することはない⁽⁸⁾」。従って、赃物に係る本犯の諸行為の不可罰性を敢えて事後行為で説明する必要はないわけである。また、窃盗犯人が盗品を費消した場合、この横領行為を不可罰的事後行為と見る説もないではないが、「窃盗犯人の盗品占有は、被害者との信任関係がもともと存在しないのであるから、その存在を前提とする横領罪の構成要件該当性を欠く⁽⁹⁾」とするのが正当である。

このように考えを進めて来ると、器物損壊罪にしても何らかの理由で構成要件該当性が認められないのではないか、との疑念が湧いてくる。例えば、器物損壊構成要件は、違法な手段で占有が取得された物を予定していないのではないか、というようなことである。なぜなら、権限者の意思に反して奪われた物については篡奪者が事実上の所有権者

となり、いかようにも処分できるようになるので、法は何よりも先ず最初の占有侵害を防ぐべく、そこに重点を置いて処罰するだろうからである。従って、器物損壊として類型的に捉えられるのは、そこからはみ出した部分即ち占有移転を先行させない損壊ではないかと思われる。先行行為の構成要件が事後の行為まで包括的に評価しているため別罪を構成しないとすべからざる従来説明が、以上のような意味であるとなれば、首肯できる。即ち、不可罰的事後行為とは、一見犯罪として成立するように見えても、実際には構成要件該当性を欠くことによつて処罰されない行為ということになる。

これに対しては、「構成要件該当性を欠く」というのであれば、その行為は初めから犯罪とならないのであつて、わざわざ不可罰的事後行為という必要はない⁽⁹⁾」との批判がある。しかし刑法典の条文は、社会的倫理的に判断のつく自然犯を定めたものであるという理由からか簡潔に表現されたものが多い。そのためどうしても解釈で補う必要も出て来るわけで、補充が完全であれば刑法典の犯罪はすべて構成要件によつて個別化されると思われる。ところが、補充が不完全で「書かれざる構成要件」を看過したり、単語の意味の限定が不充分だったりすると、本来は一構成要件にしか該当しない行為が複数構成要件に該当し、数罪成立といった事態にもなる。従つて、等しく構成要件不該当行為であるとは言え、不可罰的事後行為は読書や散歩とは些か性質を異にする。前者は、一見したところでは、構成要件該当と評価されやすい行為である。前に指摘した「構成要件によつて予想されている」と「他の構成要件を充足」との矛盾も、ここにおいてようやく解消されることになる。つまり「充足するものであつても」は、「充足するかのように見えても」の意である。

このように実際面では、全くの適法行為と不可罰的事後行為とで、相違があるにせよ、理論的にはどちらも適法行為であつて区別ができて

ない、その点では「わざわざ不可罰的事後行為という必要はない」との批判は正當なわけである。そこで、次の検討課題は、そういう概念を産み出してくる「状態犯」でなければならない。

註一

- (1) 団藤重光、刑法綱要総論改訂版(以後、団藤総論と略す)、一七七頁。
- (2) 団藤総論、四二〇頁。
- (3) 最判昭二五年二月二四日集四卷二五五頁。ラックナーは、預金の引き出しを不可罰的事後行為の典型例として挙げてゐる。Karl Lackner, Strafgesetzbuch, 16Aufl. (1985), S.300.
- (4) 乗車券・パスシヨ玉に関して詐欺罪の成立を否定した下級審判例が多い。参照、藤永幸治「不可罰的事後行為」研修三九九号(昭五六年)、四七一―八頁。
- (5) 藤永、同右、四九頁。
- (6) 大塚仁、刑法概説(総論)、一〇六頁。
- (7) 藤永、前掲、四三頁。
- (8) 内藤謙、注釈刑法(6)、五七一頁。西ドイツ刑法典は、赃物を「他人が盗み出した……物」(二五九条―傍点筆者)と明記している。StGB (Beck-Texte, 17 Aufl.), S.135. 従つて、当然「窃盗犯は、同時に赃物犯ではあり得な5」Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 5Aufl. (1978), S.338.
- (9) 鈴木茂嗣「不可罰的事後行為」刑法の争点(藤木編)、一三四頁。同旨、藤永、前掲、四二頁。「領得行為の前に委託意思の表明がなければ、横領構成要件は充足されな5」Lackner, a.O.
- (10) 鈴木、同右。同旨、藤永、前掲、四一頁。

(二)

前章の冒頭で述べたように、状態犯と即成犯の違いは、犯罪の終了後に違法状態を残すか否かである。「構成要件上の行為の実現ないし完成（既遂）に一定の時間的な幅の継続を必要とする犯罪⁽¹⁾」を継続犯と称し、これに對立するのが即成犯であるが、この点では状態犯も即成犯である。例えば、窃盗罪は他人の財物の占有を奪うことによって完成し且つ終了する。

では、違法状態を残す、換言すると法益侵害の状態を継続させる、とはどういうことなのか。殺人罪は即成犯の典型とされているが、見方によっては法益侵害状態を継続させるとも言える。生命という法益は一旦侵害されると、その侵害された状態が以後もずっと永久に継続するからである。傷害罪にしても、犯罪終了と同時に法益侵害状態も終了してくれると有難いのだがそういうわけにはいかない。完全に治癒するまでには、相当な期間の経過を必要とする。その間は、身体機能の完全という法益は侵害された状態にある。名誉毀損罪でも、一旦恥辱的な事実を公表されてしまうと、名誉の回復は容易なことではない。法益を侵害された状態が事後に長く残るわけである。もっとも、この犯罪は通説では危険犯とされているから、危険の発生だけで既遂となり終了する。「公然事実ヲ摘示シ」終ったら、名誉低下の危険が発生するが、その発生した危険はどうなるのかと言うと、かなりの可能性で真実と受け取られて現実の名誉低下となるだろうし、摘示された事実が更に多くの人に伝播する可能性があり、つまり危険の発生は摘示行為と共に終了しないことである⁽¹²⁾。

そこで、従来の定義は修正されねばならないと考える人々が出て来た。平野によれば、即成犯は「犯罪が終了すると同時に法益は消滅す

る場合をいう⁽¹³⁾」。確かに、殺人罪では、奪われた生命は二度と戻らない。器物損壊罪でもそうである。破壊されたりすると完全に元に戻すことは難しい。これらは永久的消滅の例だが、一時的消滅の場合もある。軽い傷害なら治療を受けて時間をかければ原状に復するが、その期間、生理機能の完全性が消滅していると言える。結局、このように修正された定義は、従来のより優れているように思われる。ただ問題は、状態犯の定義が「法益侵害の状態がつづく」場合、と従来と変わっていないことである。窃盗罪を例に言うと、他人の財物の占有を奪うことによって、その他人から占有という法益が消滅する。従って、この点ではやはり状態犯も即成犯のグループに入る。

では、状態犯では、本当に侵害状態が続くであろうか。続かない。なぜなら、犯罪の終了と同時に被害者は法益たる占有を失っており、侵害の対象である法益が消滅する以上、それを侵害し続けるということとはあり得ない。窃盗犯人の得た占有が今度は法の保護の客体即ち法益となる。もちろん、占有の基礎となる所有権その他の権限が窃盗罪の法益であるとする本権説も依然有力ではある。この説だと、盗まれたからといって、被害者は本権まで失うわけではない。つまり、法益は消滅しないわけで、即成犯でないことになる。また、継続犯でもないから、第三のカテゴリーとしての状態犯を形成するようで結構なのだが、状態犯からも閉め出されてしまう。なぜなら、盗んでもまだ法益を侵害していないのであるから「侵害状態がつづく」どころではない。従って、本権説は、状態犯概念とは両立しないものである。

継続犯のように、侵害がもともと時間的継続を予定しているならともかく、即成犯の性質をもつ状態犯にとつては侵害は瞬間的動作を表わすから、「状態」とは本来結び付き得ない。例えば、ピストルで撃つという行為は瞬間的であるから、撃ち続けるという状態を作り出そうとすれば、同じ行為を何度も間断なく繰り返す以外にはない。一回の

行為を長びかせて状態にすることは不可能である。窃取にしても同様で、ある財物の占有を侵害すれば、同一物につき侵害し続けるということはあり得ず、従って侵害状態は生じない。正確には、侵害後の状態が続くのである。即成犯にしても状態犯にしても、犯罪終了後は法益が消滅した状態が続くという点で全く変わりが無い。敢えて差異を探せば、殺人罪では、誰が見てもつまり客観的に法益は消滅するが、窃盗罪では被害者の立場からのみ法益が消滅したと言えるだけで客観的に消滅するわけではない。しかし、このような区別も維持できるかどうか疑わしい。窃盗罪でも、法益は客観的に消滅すると考える方がむしろ妥当だろうからである。即ち、被害者の有していた占有は、加害者の立場から見ても消滅するのである。消滅しないで残るのは、法益ではなくて財物である。この財物の上に新たな、即ち加害者の占有が成立するのであって、加害者が被害者の占有を引継いで代理占有するのではない。財物さえ保存できておれば誰の占有であるかは重要でないというように、窃盗罪を個人的法益に対する罪と見ないとなれば、そもそも窃盗罪を犯罪とすること自体が問題になろう。

結局、状態犯は即成犯なのであり、敢えて設けておく必要のない種類であることがわかった⁽¹⁴⁾。「犯罪が終了すると同時に法益は消滅する場合」が即成犯で、「法益の侵害がつづくあいだ犯罪もつづくもの⁽¹⁵⁾」換言すると犯罪が終了するまでの間法益が消滅している場合、が継続犯である。犯罪の終了と法益の関係については、犯罪をこの二種に分類しておけば足りる。

ところで、即成犯では犯罪の終了と完成(既遂)は常に一致するが、継続犯では分離することがある。つまり、犯罪に着手してからある程度の時間的経過があって既遂になるが、「法益侵害の状態が継続しているあいだ、その犯罪事実が継続するものとみとめられ⁽¹⁶⁾」、侵害が止んで初めて終了となる。しかし、監禁罪の例で言うくと、身体を拘束し行

動の自由を奪い始めた時点が、監禁の着手とは限らない。当初は正当な拘束であったものが、ある時点から理由のない不当な拘束に転ずるといふようなことが、誘拐の場合と異なつて、監禁では多い。特に、逮捕監禁関係には「法令により適法とされる場合が少なくない⁽¹⁷⁾」いからである。それ故、どの時点から実行の着手になり、どの時点で犯罪が完成するのは、かなり微妙な評価の問題と言わざるを得ない。実際には、身体が拘束が終わった時点で、着手時期も含め総合的な評価として、監禁罪が成立するかが判断されるのではないかと思われる⁽¹⁸⁾。

これに対して、警察に追いつめられた容疑者が一般市民を人質に銃をもつてたてこもつた場合のように、初めから不当な身体拘束であることが明らかな場合、つまり着手時期が明確な場合は、この罪が継続犯とされてはいても、既遂となるのに時間的継続を要しないのではないかと考えられる⁽¹⁹⁾。状態ではなく動作として、他人の自由を侵害すると同時に犯罪は完成する。しかしだからと言って、従来のように、既遂となつてからも侵害が続く限り犯罪行為も継続する、と解してはならない。実行に着手した後、殆ど時間的継続なしに法益侵害が終了したとしても、犯罪は完成し既遂である、という意味である。着手の後、侵害がかなり継続するというオーソドックスな場合は、それだけ既遂時期が遅れるだけで、やはり犯罪行為終了時に既遂となる。なぜ着手時期が明確なのに、行為終了まで犯罪成立を遅らせねばならないのか。(1) 先ず、形式的に統一されている方が望ましいことは言うまでもない。(2) 仮に、拘束が計一時間で、着手から五分後に既遂になったとするならば、なぜ三分あるいは十分ではないのか、五分としたことの根拠が明らかでない。(3) 拘束が五分間続いてようやく二二〇条に言う「監禁」に該当することとなつたとすれば、全体として見た場合の一時間の拘束も該当すると言わざるを得ない。(4) 客観的には同一状態

として継続している一時間を、五分経ったところで区切りをつけるのは人為的で不自然である。仮に、それも事実に対する一つの評価ということで容認するにしても、一応五分で成立するものならば、一時間では十二の監禁罪で、「同一目的で接着した機会に同一の客体に向けられたものは、全体的に包括して一罪と認めることができる⁸⁰⁾」から、いわゆる接続犯ということになって、敢えて継続犯という概念を立てる必要がなくなる。

以上の理由から、継続犯は、必ずしも犯罪が成立するために時間的継続を要するというものでもないし、即成犯と同じく、法益侵害によって犯罪が完成し且つ終了すると考えてよい。何人も、たとえ極く短時間であれ、他人によって不当に行動の自由を奪われるのを甘受しなればならない理由はないからである。ただ、行動の自由に対する制約は日常生活においてかなりあることなので、制約がいつしか適法領域を越えたものになっているというところを見極めるのに、少々時間を要することが多いというにすぎない。つまり、時間的継続性は、訴訟法的な観点から要請されることが多いとは言え、理論的には、不法な目的で人の身体を剥奪すれば即時に成立するとしなければならぬ。もし自由剥奪が一時間も続けば、一時間の法益が侵害され、一日続いたとすれば、監禁が終った時点で一日分の自由が消滅してしまっただことになる。

かくして、すべての犯罪は即成犯であり、犯罪が終了し完成することによって法益が消滅する。犯罪は、行為者の意思によって終了することもある。彼にとつて不本意に終了することもある。逆は成立しないものの、犯罪が完成する時は、犯罪が終了する時である。即成犯がもともと既遂犯だけを念頭に置いた概念だとすれば、「完成」あるいは「終了」のどちらかだけを言えば十分である⁸¹⁾。

ここで注意すべきは、法益侵害が発生するから、換言すると法益が

消滅してしまうから犯罪が終了するのではない、ということである。殺人罪では従来の、逆転した表現の方が、いかにも適切なように思えるだろう。相手が死んでしまうからこそ、犯罪はその時点で終わるのだ、と。しかし、本当はそうではなくて、犯罪が終了するから法益が消滅するのである。例えば、人を殺したところで警官につかまったりする。殺人罪が終了したのであれば、生命という法益が消滅したのであるし、強盗殺人罪が終了したのであれば、消滅したのは単なる生命ではなく、財物占有主体としての生命である。あるいは傷害致死罪が終了したのなら、暴行又は傷害の対象とされた生命が侵害されたことになる。犯罪が終了したのかは、もちろん行為者の故意によって決まる。どの違法類型に該当するか、つまりどの程度の違法性があるかは、法益侵害という客観的事実から導き出されるのではない。むしろ逆で、違法性の程度から、いかなる法益が侵害されたのが明らかになるのである。違法性の規定因子が主観であることから言いつ、法益侵害は、故意・過失を原因として生じた結果である。違法性の実質を法益の侵害（又はその危険）に求める客観的違法論は、正に逆立ちした主張だと言わねばならない。

米俵の一杯詰まった倉庫から、夜のうちに十俵盗まれたとしよう。窃盗犯人が十俵で終りとしたから、十俵の消滅で済んだのである。もし二十俵盗もうと考えていたのなら、二十俵が倉庫から消えたであろう。米を盗む場合は十俵までという規則でもあれば、法益侵害の発生によって犯罪事実が終了すると言えらるであろうが、そのような規則の非現実的なことは言うまでもない。ところで、客観が主観を決定することも十分あり得ると反論されるかも知れない。例えば、二十俵盗もうと思っていたのに倉庫には十俵しかなかったとか、十俵運び出した時点でガードマンが巡回して来たとかである。もちろん客観の事情は重要であるが、それらを勘案しつつ最終決定するのは主観である。予

想が外れたので別の日に直すと、ガードマンが行ってしまいうまで身を潜めてあくまで二十俵を達成するか、もうこれ以上は無理だとか、侵害の有無・程度は行為者の判断にかかる。

さて、話を本題に戻せば、状態犯は即成犯と全く同じであることが判明したので、当然不可罰的行為という概念も消える。先に、構成要件該当性を欠くが故に不可罰とするのが正しいと述べたのだが、念のため他の諸見解も見ておくことにしたい。

註(一)

- (11) 莊子邦雄、刑法総論(新版)、一一二頁。
- (12) 窃盜が状態犯なら「あらゆる結果犯を状態犯と認めなければならぬ」な。植松正、再訂刑法概論I総論、一三一頁。
- (13) 平野龍一、刑法総論I、一三一頁。
- (14) 「状態犯は即成犯中特殊なものとして解するのが良い」青柳文雄、刑法通論I総論、九五頁註(1)。他に、即成犯と明言するのは木村龜二、刑法総論(増補版)、一七一頁。
- (15) 平野、前掲、一三一頁。
- (16) 福田平、全訂刑法総論、七七頁。
- (17) 村崎精一、新版刑法(木村・阿部編、基本法コンメンタール)、二一七―一八頁。
- (18) 接統犯が一罪とされるのも「数行為がなし終えられた時点で(の)回顧的」評価である。高田卓爾、注釈刑法(2)のII、五四三頁。このような点に着目して、接統犯を接統犯と同類とするのは、平野、刑法総論II、四一七―一九頁。
- (19) 逮捕・監禁が接統犯であるということは、「既遂に達するために結果の時間的継続を要することを意味するのではない」村崎、前掲、二一七頁。

(20) 藤木英雄、刑法講義総論、三四二頁。

(21) 完成と終了という二つの基準があるが、重要なのは「犯罪の成否である」
莊子、前掲、一一三頁。

(三)

まず、大きく分けて、一罪説と数罪説がある。前者は、不可罰的事後行為(以後、事後行為と略す)は犯罪として成立しない、従って先行行為の一罪が成立するにすぎないとする説であるのに対し、後者は、事後行為も犯罪として成立するが、その処罰は先行行為のそれに含まれるとする。

先行行為の構成要件が事後行為まで包括的に評価しているので別罪を構成しない、という伝統的定義からわかるように、これまでは一罪説が通説であった。しかし、そう解すると、(1)なぜ別罪を構成しないのか、先行行為の構成要件が周辺行為まで包括評価することによって、事後行為は犯罪成立要件のうち何を奪われるのか、が問題になる。一言で言えば、包括的评价とは何なのか、ということである。更に、(2)先行行為に関連のあるどの行為までが包括されるのか、状態犯の違法状態はどの範囲まで包摂するのか、という問題も生ずる。(3)事後行為が犯罪でないとするれば、先行行為が処罰されない場合でも不可罰なのか、という疑問が数罪説から出されたりもする。そこでまず、一罪説から見ていくことにしたい。

団藤は「法条競合の一つの場合―吸収関係―である⁽²²⁾」とする。吸収関係とは「ある構成要件を充足する行為が他の構成要件を充足する行為を随伴するのが経験上一般的と考えられるため、前者の構成要件のみをもって評価すれば十分で他の構成要件による重ねての評価を不必要とする場合(で)……その例として、人を殺すに当たってその着衣

を毀損した場合が一般にあげられ⁸³⁾る。しかし、この例では二つの構成要件に当たると言っても、人を殺すという一つの行為に対する評価であるから、観念的競合(五四I)としておけば足りる⁸⁴⁾。吸収関係の他の例としては、偽貨取得後知情行使(一五二)による詐欺(二四六)がある。詐欺罪不成立とするのが通説だが、法定刑の重い方が軽い方に吸収されるという矛盾に逢着する。軽い罪の処罰が重い罪の処罰を含むことは不可能なので、特別関係と見るべきであろう⁸⁵⁾。

以上、吸収関係という概念自体に疑問がある上に、法条競合とすることにも問題がある。法条競合とは「一つの行為が数個の構成要件を充足するような外観を呈するが、実はそのうちの一個の構成要件による評価だけで十分であり、従って他の構成要件による評価を排斥する結果、一罪が成立するにすぎない場合⁸⁶⁾」を言う。ところが、窃取と損壊のように、ここで問題になっているのは二個の行為である。団藤は「用語の問題にすぎない。重要なのは、犯罪の競合があるかどうかの点だけである⁸⁷⁾」と強弁するのだが、賛成できない。複数行為に対する法的評価の問題、即ちある行為に対する評価がどこまで他の行為を包括的に評価できるかについては、既に「包括一罪」という概念が用意されている。包括一罪を一個の行為に適用することにも、複数行為に法条競合関係を認めることにも、私は反対である⁸⁸⁾。用語を複雑にすれば、議論がいたずらに錯綜し、肝心のテーマに関し何の進展も見られないということになりかねないからである。

なぜ一罪説は、それ程法条競合にこだわったのか。「犯罪として成立しない(し)：犯罪事実の一部をなすものではない⁸⁹⁾」と主張したかったからである。犯罪が成立しないとすれば、事後行為の不可罰性を説明する上で、数罪説に優る。そして、公訴時効の起算点を事後行為でなく先行行為の終了時とするためには、どうしても法適用の前提問題的性格を帯びた法条競合で処理してしまう必要があった。もちろん、

包括一罪でも、各行為が独立して一個の犯罪と評価されることはない。ところが、それは数行為を全部寄せ集めて一個の罪と評価するものになって、公訴時効や共犯の関係で不都合なのである。

ではなぜ、窃盜構成要件が事後になされた損壊をも包括的に評価する、というような言い方をするのか。それはやはり、包括という言葉が、事実に分離開しているいくつかの行為を価値的な観点から統合するために用いられてきたという歴史に関係するだろう。「包括」と言わなければ、先行行為と事後行為が分離して、事後行為が一犯罪として独立してしまう。こうして一罪説は、「法条競合」や「包括」という言葉の都合の良い所だけを取って組み立てられたのである。「一個の構成要件の包括的评价」ということは、窃盜行為から損壊行為までの全体が一個の窃盜罪で評価されるという意味でなくてはならず、従って、損壊も構成要件を充足する行為には違いないからという理由で器物損壊共犯の成立を認めるのなら「一個の構成要件(窃盜罪)の『包括的评价』ということとは意味をなさなくなる⁹⁰⁾」、との阿部の批判は正当である。

法条競合論が先行行為と事後行為に主従の関係を認め、前者に後者を併呑させることによって一罪としたのに対し、両者を対等のものとしたまま一罪と評価するのが包括一罪説である⁹¹⁾。虫明によれば、包括一罪とは「数個の構成要件を充足する事実が存在するとき、法条競合とならない場合でも、本来の一罪の成立する⁹²⁾」場合を言う。「異なる構成要件を充足する数個の行為が存在するとき、原則として数罪が成立する」のであるが、事後行為は「特殊な場合として」別罪を構成しない。原則を破る根拠は、「状態犯においては、犯罪完成後に違法状態が継続することがはじめから予想されており、窃盜犯人が盗品を損壊することは、その違法状態の範囲内のものとして……窃盜罪の予想

する違法内容の範囲内のものとして、一個の罪条により一回的に評価できる⁽³³⁾」ということである。前に、状態犯は即成犯であり、法益侵害は即時に終了するから、違法状態は生じ得ないと批判しておいたが、仮に、被害者が財物の占有を奪われている状態を違法状態と呼ぶにしても、この見解には論理的なごまかしがある。窃盗とは他人の財物の占有を奪う行為であるから、被害者が占有を失うのは反射的效果として当然である。それ故、所謂「違法状態」は、窃盗構成要件の予想するところである。しかし、だからと言って、盗品の毀損までが予想されているということにはならない。盗品が壊されるのは、窃取の当然の帰結でないどころか、むしろ「不法領得の意思」によって壊されない方が通常だからである⁽³⁴⁾。つまり、違法状態の当然性が、特定の違法行為のそれへと摩り替えられている。

更に、包括一罪説によると、事後行為が先行行為の罪の一部を成すことになる。そうすると先程述べたように、公訴時効や共犯でまずいことになってくる。公訴「時効は、犯罪行為が終了した時から進行する」(刑訴二五三)が、包括一罪をなす数個の行為については、「これを不可分的に扱い、その最終行為の終了の時を起算点として一括して時効期間を論ずるのが判例の立場であり、通説も同様である⁽³⁵⁾。事後行為の終わった時点で先行行為の時効が進行するのであるから、「窃盗行為についてすでに公訴時効が完成していた(場合)……事後行為としての器物損壊は、独自に処罰できる⁽³⁶⁾」とは言えない。器物損壊が時効にかかる前に、窃盗の時効が完成するはずがないからである。そして、「包括一罪を構成する部分行為としての事後行為は、構成要件を充足する違法な行為であるので、それに対する共犯の成立することももちろんである⁽³⁷⁾」という点についても、全体で一個の窃盗となる行為の一部に加担したということで、窃盗への承継的共同正犯や従犯が成立すると言ふのならともかく、器物損壊への共犯が考えられているのなら、

包括的に評価しての一罪ということが意味をなさず、前出の阿部の批判が妥当する。

繰り返しになるが、一罪説が法条競合に執着したのは、損壊行為に刑法上独立の意義を認めず、いわば無としたからである。器物損壊構成要件に該当するように見えるだけで、実際には盗品の損壊は構成要件該当性がなく、適法行為と同一に扱われることになる。事後行為は、そういう意味で「犯罪事実の一部をなすものではない」から、法条競合説に対して「もし吸収関係だとすれば事後行為は先行行為たる犯罪そのものの一部となる⁽³⁸⁾」とか「一つの罪名しか適用されないが行為は全体として犯罪なのである⁽³⁹⁾」と言ふのは的はずれである。これは、包括一罪説にこそ向けられるべき批判なのである。

そもそも包括一罪は、その典型例とされる接統犯・集合犯・狹義の包括一罪を見れば、いずれも「自然的観察のもとでは数個の行為があり、それぞれが同じ構成要件に数回該当する⁽⁴⁰⁾」場合である。それ故、例えば倉庫から米俵を数回運び出したような場合、一回の搬出を窃盗の一部と表現するのに何の抵抗も感じない。ところが、事後行為では、「窃盗罪と器物損壊罪は、同じく財産罪であるが、前者は他人の財物を窃取する行為であり、後者は他人の財物を損壊する行為であって、両者は行為類型を全く異にするものである⁽⁴¹⁾」。従って、他人の財物の損壊は、それを窃取する行為の一部を成しているとは、なかなか言えない。事後行為と包括一罪とは、元来相容れない概念であるように思われる。

以上のような一罪説のもつ難点から、近年は数罪説が有力になってきた。「事後の行為も犯罪であるが処分上一罪として取り扱う⁽⁴²⁾」だけという立場を採るから、事後行為を構成要件の評価の対象にすらない法条競合とももちろん相容れない。それで包括一罪と結合するわけだが、「重い罪あるいは一つの罪の『刑』で処断するもので…単純一

罪の一種ではなく、むしろ科刑上の一罪の一種である⁽⁴³⁾と包括一罪の性質を変えてしまう。しかし、この変更には根本的な疑問がある。刑—正確には観念的刑罰権—は犯罪の成立を条件として発生する法的効果であつて、その逆ではない。一つの罪の刑によつて処断されるから、あるいは「軽い罪が重い罪の刑に吸収され⁽⁴⁴⁾」るから一罪と言うなら、それは先決問題要求の虚偽と言うべきであらう。事後行為も犯罪として成立していると前提するのであるから、なぜ刑罰権が発生せず吸収されてしまうのか、その説明が先決のはずである。

平野によれば、先行行為と事後行為は「原因・結果の関係にあり、結果たる行為が吸収される⁽⁴⁵⁾」。しかし、「現実には数個の単純一罪が存在し数個の罰条が適用される場合であるにもかかわらず、なお一個の罰条だけを適用して処断すべき場合⁽⁴⁶⁾」であつて、その数個の単純一罪の間に原因・結果の関係があれば、ことさらに包括一罪とし、吸収一罪と名付ける必要はないと言わねばならない。そのような場合の処理のために、既に刑法典は五四条一項後段において「犯罪ノ…結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触ルトキハ其最モ刑ヲ以テ処断ス」と定めているからである。即ち、事後行為がなぜ不可罰であるのかと言へば、先行行為と事後行為が牽連犯であり、先行行為の方が刑が重いからである。なぜ法定刑の点で「前者（先行行為—筆者註）より後者の方が重くなるような場合であつてはならない⁽⁴⁷⁾」のか、換言すると、なぜ「占有離脱物横領の後にその物を損壊した場合のように、後の行為の方が刑の重い場合は不可罰的事後行為とはなりえ⁽⁴⁸⁾」ないのかと言つと、牽連犯では重い方の刑で処断すると規定されているからである。包括一罪の一種である吸収一罪を「科刑上の一罪」だと言つのであれば、これもまた牽連犯だからということで説明がつく。

他の吸収一罪の例として挙げられている不可罰的事前行為にしても、平野は「目的・手段の関係にあり、手段たる行為が吸収される場

合⁽⁴⁹⁾」と定義するから、五四条一項後段の「犯罪ノ手段…タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触ルトキ」に該当し、牽連犯である。実際、吸収一罪の典型例とされる「住居侵入と窃盗とは、牽連犯だとするのが伝統的な判例である⁽⁵⁰⁾」。このように、吸収一罪と牽連犯とは重複するから、そういう新たな概念を認めれば、山火が言うように「包括的一罪の概念にとつて混乱をもたらす⁽⁵¹⁾」だけである。

事後行為を包括一罪としない数罪説もある。阿部は、事後行為も犯罪として成立しているが、一罪として処分され、数個の行為「相互に目的・手段の関係がない場合もあるから、併合罪に近いものと考え⁽⁵²⁾」。しかし、この見解の欠陥は、犯罪として成立しているのならなぜ併合罪として処分されないのか、その根拠が明らかでない点である。行為が数個ある場合の科刑上一罪と言へば、牽連犯しかないが、そうでないことを表わすため、「処分上一罪」という耳馴れない用語になつたのかも知れない。本来ならば併合罪として加重処罰されるべきところ、「一個の行為、あるいは目的・手段、原因・結果（あるいは連続性）⁽⁵³⁾」からこそ、特別に一罪扱いされるのだとすると、目的・手段関係等の否定は事後行為の否定、即ち併合罪として処罰すべしということに通ずる。「新たな利益侵害があつたときは先行行為と事後行為のかかの（可罰的評価における—筆者註）主従関係は断ち切れ、別個独立の評価を要することになる⁽⁵⁴⁾」とするが、構成要件はそれぞれ独自の利益を有しているのだから、先行行為と構成要件を異にする事後行為は常に新たな利益侵害だと言える。しかも、可罰性は犯罪成立の効果であるから、主従関係によつて可罰的評価を受けないとすれば、事後行為は犯罪として成立していない（一罪説）のであり、可罰性と犯罪成立を切り離し、可罰的であるためには更に可罰的か否かの評価が必要とするのであれば、一身の処罰阻却事由説と変わりがなくこと

になる。

「一身的処罰阻却事由とは、例えば親族相盗例（二四四I）における一定の親族関係をいい、構成要件該当、違法、有責であつても、なお国家刑罰権の発生を妨げる事由⁽⁶⁵⁾を言う。親族相盗では、「窃盗罪そのものは成立するが、親族という身分があるために特に処罰のみが阻却されると解する」のが通説である⁽⁶⁶⁾。有罪であるけれども処罰しないという場合は無罪判決ではなく、有罪判決の一種とされる刑の免除判決（刑訴三三四）になる。一身的処罰阻却事由説（以後、刑阻却説と略す）は、事後行為は別罪を構成するということを前提にしているのであるから、事後行為については罪となるべき事実等（刑訴三三五I）を示した上⁽⁶⁷⁾、刑の免除を言渡さなければならなくなる。しかし、「刑の免除は法律に規定のある場合に限られる⁽⁶⁸⁾」ので、刑阻却説は不都合である。しかも、刑の免除判決は刑の言渡しが無いという点で「実質上は無罪⁽⁶⁹⁾」であるから、刑が免除される理由も犯罪成立要件のいずれかの（阻却に近い）減輕に還元できるはずであるという主張が有力になってきている。例えば親族相盗では、窃盗に対する行為者の反対動機の弱さという問題をにして、責任減輕と考えることも可能である⁽⁶⁶⁾。

そもそも犯罪と刑罰を切り離す二元論には、刑法の自由保障機能の充実・具体化を目ざす刑法理論を空洞化させる危険性を孕む⁽⁷⁰⁾。即ち、ある行為が可罰的であるかどうかは、処罰される者の人権にとつては重大な問題であるだけに、慎重な検討が望まれる。犯罪を分析し、構成要件該当性、違法性、責任という因子に分解したのも、そうした重大な判断の基準を明確にし、刑事司法の適性化を図る努力の現われと言える。それら因子の存否の検討こそが、全体として「可罰的評価」なのである。しかるに二元論は、その上に更にもう一段、内容の不明瞭な可罰的評価を置こうとする。もし、その評価の内容が従来と同じ

成立要件に分解できるのであれば、重ねて二度同じ評価過程を繰り返す必要はないのであるし、もし異なるのであれば、事後行為の場合だけ特別な犯罪成立要件を追加しなければその不可罰性を説明できないという理論的破綻を表すことにならう⁽⁶⁶⁾。

結局、平野見解を敷衍することにより、事後行為の不可罰性は、牽連犯で説明するのが最も適切ということがわかった。そこで、第一章で述べた構成要件不該当性とはどういう関係になるのか、が最後の課題である。

註(三)

- (22) 団藤総論、四一九頁。
- (23) 高田卓爾、注釈刑法(2)のII（以後、(2)のIIと略す）、五五九―六〇頁。
- (24) 着衣につき「器物毀棄」という罪が別に成立しているので……法条競合と呼ぶのは妥当でない」平野、刑法総論II（以後、平野IIと略す）、四一一頁。「観念的競合とすべきである」山火正則、判例刑法研究四卷（西原・宮澤他編）、二七二頁。
- (25) 偽貨行使は常に詐欺でもあるとすれば、詐欺不成立は「抽象的に比較することによって論理的に決定」できるから、その点でも吸収関係ではない。参照、高田、(2)のII、五六〇頁。「吸収関係も一種の特別関係……といつてよい」平野II、四一一頁。私見では、偽貨による欺罔は詐欺から除かれるので、競合は生じない。
- (26) 高田、(2)のII、五五六頁。
- (27) 団藤総論、四一九頁註(二一)
- (28) 一つの事実に対する一罰条の論理的適用が法条競合、二つの事実に対する一罰条の価値的適用が包括的一罪（の一種）と区別するのは、平野II、四〇九―一〇頁。包括的一罪に一つの事実の場合が入っているが、これは

- 観念的競合にすべしとの山火のもっともな批判がある。参照、註24。マウラッハも、法条競合は、個の行為に対する評価の問題とする。Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht Allg. Teil Teilband 2, 5 Aufl., S.313.
- (29) 団藤総論、四二〇頁、註(一九)。
- (30) 阿部純二、判例刑法研究四卷、二四五頁。
- (31) 「包括的一罪は一方の行為が他の行為を包含するのではなく、両者が包括的にひとつのものとしてされる場合」である。山火、前掲、二九四頁。
- (32) 虫明満「法条競合と包括一罪(四・完)」香川法学五卷二号、一〇八頁。
- (33) 虫明、同右、一四〇頁。
- (34) 「経済的利用の意思を重視する立場からは損壊はおよそ窃盗罪の目的たり得ない」阿部、前掲、二二二頁。窃盗後は必ず何らかの処分行為がなされるわけだが、処分行為の可罰性が重い時は例外で、処罰されるから、「当然後に随伴する」というメルクマールは不可罰の根拠でないことになる。
- 参照、中野次雄、刑法総論概要、一五二頁。
- (35) 鈴木茂嗣、注解刑事訴訟法中巻(平場・高田等)、二四九―五〇頁。
- (36) 虫明「不可罰的事後行為の法的性格」香川法学五卷四号、五五〇頁。
- (37) 虫明、香川法学五卷二号、三二三頁註(3)。
- (38) 高田、(2)のII、五七二頁。「吸収関係であるとすれば、最後の処分行為も犯罪性を有することになる。瀧川幸辰、犯罪論序説、二六四頁。
- (39) 阿部、前掲、二四四頁。
- (40) 沢登俊雄「包括一罪」刑法基本問題60講、五〇九頁。これらの「本来的一罪だけを包括一罪とよぶ(の)……が最も一般的なようである」同、五一頁。狭義の包括一罪については疑問を感じるが、「個の構成要件の中に数種の行為態様が規定されているばあい」と定義されている。団藤総論、四一六頁(傍点筆者)。
- (41) 虫明、「法条競合と包括一罪(三)」香川法学四卷一号、一〇七頁。この引用部分は、法条競合説に対する批判として述べられている。
- (42) 阿部、前掲、二四六頁。
- (43) 平野II、四一三頁。
- (44) 平野II、四二二頁。
- (45) 平野II、四一六頁。
- (46) 平野II、四一一―二頁。
- (47) 植松正、再訂刑法概論I、四三六頁。
- (48) 虫明、香川法学五卷二号、三二二頁。
- (49) 平野II、四一五―六頁。
- (50) 平野II、四一六頁。
- (51) 山火、前掲、二七二頁。
- (52) 阿部、前掲、二四六頁。ここでの「目的・手段の関係」とは、原因・結果の関係も含むと解される。
- (53) 平野II、四二〇頁。
- (54) 阿部、前掲、二六三頁。法益と行為客体を混同してはならない。「同一の法益に対する再度の侵害」(同頁)という表現には、混同が窺える。
- (55) 藤永幸治「不可罰的事後行為」研修三九九号、四二頁。
- (56) 高田、注釈刑法(6)、一四九頁。
- (57) 刑訴三三四条には、三三五条一項の適用がある。名古屋高判昭二六年九月一日、新判例体系(刑事訴訟法6)、七四一九頁。
- (58) 新版新法律学辞典、二八九頁。刑の免除判決は「刑を免除すべき事由があった場合にのみこれを行うことができる」改訂刑事訴訟法(小野・横川等、ポケット註釈全書3)七七四頁。
- (59) 中武靖夫、注解刑事訴訟法中巻(平場・高田等)、七九三頁。刑の免除判決を明確に「無罪判決の一種」と性格づけるのは、拙稿「刑の免除」秋田法律学五号、六三―七四頁。
- (60) 一身の刑罰阻却事由の多くは、責任を減輕する事由に他ならないと言っ
のは、佐伯千仞、三訂刑法講義(総論)、三三七頁。

(61) 客観的処罰条件とか一身の刑罰阻却事由の承認は、「刑法理論の無力または怠慢の告白にはかならない」佐伯、同右、二八五頁。

(四)

以上述べてきたところから、事後行為はなぜ処罰されないのかは、牽連犯はなぜ罰せられないのか、という問題に帰着すると言える。「通説は、観念的競合も牽連犯も実体法上の数罪であって、ただ手続上一罪として取扱われるにとどまると解している。構成要件説の立場から（は、どちらも）一個の構成要件によって評価しつくすことができなため数個の構成要件による評価を必要とするのであるから、当然に数罪が成立（し）……広義の併合罪である⁽⁶²⁾。しかし、このような説明には、いくつかの納得し難い点がある。第一に、数罪であるのなら、なぜ狭義の併合罪にならないのか、ということである。牽連犯の場合、「数個の行為が類型的な結合関係にあるという点で……特殊な取扱⁽⁶²⁾」が可能になる——と言えば、構成要件説と矛盾する。それは、ある事実が構成要件によって何回評価されるかによって罪数を決しようとするものであった。構成要件とは犯罪類型であるから、たとえ数個の行為であっても、それらが全体として一つに結合しており一つの類型を構成しているなら、一個の構成要件に該当し一罪のはずである。その例としては、「独立しても罪となるべき数種の行為を結合した構成要件⁽⁶³⁾」をもつ結合犯、「一個の構成要件の中に数種の行為態様が規定されて（いて）、それらが相互に手段・目的または原因・結果の関係に立つ⁽⁶⁴⁾」狭義の包括一罪、「数個の行為がそれぞれ異なる構成要件にあたるばあいにも、その中の一個の構成要件によって全部を包括的に評価する⁽⁶⁵⁾」法条競合の吸収関係など、いくらでも挙げることができる。だからこそ、数個の行為があれば数罪と決めてかかる行為説を、「犯罪

定型を無視するもの⁽⁶⁶⁾」と非難できたのであった。結局、通説たる構成要件説は、基準に忠実であれば狭義の併合罪と言わざるを得ず、数個の行為の密接な関係を強調すればするほど単純一罪を根拠づけるというジレンマにある。

更に言えば、この説はもともとが同語反復で、罪数論上どれだけの価値があるのか疑問である。ある事実が「構成要件によって一回的に評価されるものであるときは一罪；二回の評価を必要とするときは二罪⁽⁶⁷⁾」では、全然基準を示したことになる。犯罪を構成要件的评价という言葉に置き換えたにすぎないからである。従って、当然、構成要件的评价の回数を決める基準というものが、更に問題となる。この点につき小野は正直に、犯意・行為・結果などさまざまな要素を参酌して決まる「刑罰法規の解釈適用の問題である⁽⁶⁸⁾」、つまりよくわからないと告白している。構成要件説は罪数につき「すべてを物語るけれど何も物語っていない」との平野の評は、正鵠を得たものと言える⁽⁶⁸⁾。

第二に、牽連犯が刑法典第九章「併合罪」の中に規定されていることが、併合罪の一種従って数罪、という先入観を生み出しているのではないかという点である。大審院は「刑法第五十四条は併合罪の章中に在るも同条は一罪に関する規定にして数罪の処断方法に関する規定にあらざ⁽⁶⁹⁾」と明言していた。先に、刑罰はあくまで犯罪の成立を要件とする法律効果であるから両者を切り離して考えるべきでない、と述べた。もし分離すれば、「犯罪なければ刑罰なし」という罪刑法定主義が根底から崩れかねないからである。一罪としての刑を受けるのは、犯罪が一つだからと考えるべきであり、だからこそ「訴訟上も一罰として取扱われ、その一部についての既判力は、他の部分にも及ぶことになる⁽⁷⁰⁾」し、判例が「牽連犯（A罪・B罪）の中間に他の罪（C罪）についての確定判決があった場合でも、A罪・B罪はいぜんとし

て牽連犯であるとする⁽⁷¹⁾のである。

事後行為は、結果たる行為として牽連犯であり、先行行為より刑が軽い時は犯罪とならず、そのために不可罰なのである。判例が「ある犯罪から生ずる当然の結果」でなければならぬと言うなら、事後行為は状態犯である構成要件によって初めから予想された違法状態の範囲内にあり、当然のこととして評価し尽くされている、というのが通説の答である⁽⁷²⁾。原因・結果も、手段・目的と同様、「通例」そうであることをもって足りると解する⁽⁷³⁾なら、なおさらである。

中野のように、「手段目的の關係は事前における犯人の主観の問題であるのに対し、原因結果の關係はむしろ行為を事後において客観的に觀察した場合である⁽⁷⁴⁾」と区別すれば、数個の行為がとにかく主観的にでも客観的にでも結合していれば、牽連犯となる⁽⁷⁵⁾。「牽連犯となるためには、犯人が主観的にその一方を他方の手段又は結果の關係において実行したというだけでは足りず、その数罪間にその罪質上通例手段結果の關係が存在すべきものたることを必要とする⁽⁷⁶⁾」との理解は、「手段若くハ結果タル」即ち主観的あるいは客観的に関連しているという意味の規定に反する。

植松は、牽連犯は本来、併合罪として加重処罰されるべきものだ、と言う。一方を行おうとすれば他方も行わざるを得ないというような密接な関連が客観的に存してこそ、一罪と同じに扱う意味がある⁽⁷⁷⁾。しかし、この見解は、最初から牽連犯を数罪と決めてかかっている点で不当である。一個の意思・人格態度・目的に起因するのであれば、行為がいくつであろうと価値的に一個と評価すべしとするのは主観説である⁽⁷⁸⁾。これを前提に考えれば、客観的事象は行為者の意図を認識するための手段にすぎない。随伴するのが通常かどうかは、そういう主観的関連性を知る上で最も有力なメルクマールなのだが、この客観的通常性ある場合しか牽連犯は認められないとなると、まさに主客転

倒である。そして何よりも植松説のジレンマは、併合罪である牽連犯の特殊性を強調すればするほど、先行行為に吸収されると言う事後行為との区別が難しくなることである。器物損壊を行おうとすれば窃取せざるを得ないかと言うと、稀にはそういう場合もあるかも知れないが、少なくとも通常ではない⁽⁷⁹⁾。となると植松説では、事後行為は牽連犯ですらあり得ず、狭義の併合罪と結論せざるを得ない。逆に、牽連犯の典型例とされる空き巣の場合、窃取しようとするれば、当然住居侵入しなければならぬ。この場合の窃取には住居侵入が「当然予想されている⁽⁸⁰⁾」から、むしろ牽連犯でなく不可罰の事前行為とするのが論理的である。ここで、窃盜一般にとつては、住居侵入は通常でない、との反論が出るだろう。しかし、法条競合の特別關係のように構成要件を抽象的に比較するのならば、窃盜の一形態にすぎない空き巣についてのみ認められる通常性は、牽連犯の根拠になるのささぬしい。植松は事後行為を吸収關係と見るのだが、吸収關係が経験的事実で判断されるとすれば、盜品の費消・使用など「当然予想される」処分行為と、窃盜と通例結びつくとは思われない損壊を同一に扱うのは適切でない⁽⁸¹⁾と批判できる。

では、牽連犯はなぜ一罪として処断されるのか。それは前述の通り、法定刑の軽い方が構成要件に該当せず、従つて犯罪として成立しないからである。通説の言う「実質上の数罪」つまり数個の構成要件該当性は、あくまで外見上のことであり、見せかけにすぎない。この点では法条競合に類似するが、この場合行為が複数である点が異なる。数行為が存在しながら一罪という点では包括一罪と似ているが、事後行為をも含めて一構成要件で評価するのでない点で包括一罪とも異なる。

牽連犯一罪の理由が、法定刑の軽い方が散歩や読書と同じ構成要件不該当だからこそ、諸国の「立法例として類が少ない⁽⁸²⁾」のである。

観念的競合や牽連犯は、法条競合の特別関係と同様、わざわざ規定を置くまでもない内容のだが、繰り返して言えば、条文の表現が簡潔なため特別構成要件の理解が不十分なまま数罪が成立せしめられる危険性が、現実問題として高い。それ故、注意規定であるとはいえ、五四条一項の存在意義は大きいのである。

器物損壊罪（二六一）は、占有者から占有を奪うことなく、その場で物の効用を害する行為態様を対象とする。「占有を奪った直後に捨ててしまう意思で奪っても、（占有移転があった以上は）窃盗になるのであって毀棄罪になるのではない。……占有の移転と見るべき独立の行為をすることなく、ただちに物の効用を滅却すべき行為をする場合が毀棄なのである⁽⁶²⁾」。器物損壊罪におけるこの特殊メルクマールを看過するからこそ、事後行為は構成要件に該当しながらなぜ不可罰なのか、というような問題が生ずるのである。事後行為も先行行為の刑で共に処罰されるという意味で、共罰的事後行為という名称が数罪説論者によって提唱されているが、以上述べた理由で賛成できない⁽⁶³⁾。

「重い罪で処罰しないで軽い罪だけで処罰することも可能である⁽⁶⁴⁾」。但し、これは被告人の打算によってこういうことが起こり得るといっただけで、理論的には正当でない。例えば、窃盗犯人は盗品につき器物損壊罪の正犯にはなり得ないのであるが、器物損壊で訴追された場合に、敢えて法定刑の重い窃盗事実を主張することはないだろう、というにすぎない。従って、その限度では、事後行為「についてだけの共犯も可能である⁽⁶⁴⁾」。その限度とは、正犯が窃盗犯人と証明されしまえば、もはや損壊について共犯の成立を認めることはできないから⁽⁶⁵⁾、そういう証明のない時に限る、という意味である。

牽連犯の時効の起算点につき、「判例は……最後の行為の時だとしている⁽⁶⁶⁾」が、正確には法定刑の重い方の行為が終了した時とすべきである。なぜなら、先行行為が窃盗で、事後行為が損壊の場合、公訴時

効は最初の「窃盗行為が既遂となったときに直ちに進行をはじめめる⁽⁶⁷⁾」からである。最後に没収併科（五四II）に言及しておくのと、牽連犯は実質数罪であるのに刑の面だけ一罪として扱う、つまり科刑上一罪と見ると、この併科が説明しにくい。没収刑に関しては、数罪扱いだからである。牽連犯一罪説だと、刑の最も重い罪につき没収を付加できるのはもちろんで、刑の軽い罪は実は罪でないため、それに関連する没収物はあくまで先行犯罪行為との関連で没収されることになり、一九条の適用がある。例えば、窃取した麻薬を所持していた場合は、麻薬取締法二八条一項違反（七年以下）で没収するのではなく、窃盗（十年以下）という「犯罪行為……二因り得タル物」（一九I三号）として没収するのであり、窃盗につき言渡される刑に付加される刑である。数罪説では、刑の軽い罪について主刑が存しないのに、付加刑だけが認められることになり、没収を付加刑と定めた九条と矛盾する。

註(四)

(62) 高田卓爾、注釈刑法(2)のII、六一七頁。「類型的な手段・目的または原因・結果の関係にあることが、もともと実在的競合の一種……であるにかかわらず、結合犯に近い性質を帯びさせる」団藤総論、四三四頁。

(63) 団藤総論、四一四頁註(八)。

(64) 同右、四一六頁。

(65) 同右、四一九頁。

(66) 同右、四一一頁。

(67) 小野清一郎、新訂刑法講義総論、二六五頁。

(68) 「一回構成要件を充足するとき一罪が成立するというのは、『一回犯罪が成立するとき一回犯罪が成立する』ということにほかならない」平野龍一、法学セミナー一四四号（昭四三）、四二頁。

- (69) 大判大正四年二月一日(新判例体系、刑法3、三八五頁。原文片仮名)。同旨のものとして、大判明四二年一〇月二日、及び大判明四二年二月七日(同右、三八三―四頁)。
- (70) 平野II、四二〇頁。
- (71) 平野II、四二二頁。事案は運転免許証偽造に関する最判昭四四年六月一日八日集二三卷七号、九五〇頁。公訴時効の期間や起算点についても、判例は牽連犯を一罪として取扱う。参照、高田、(2)のII、六五四頁。
- (72) 「当然の結果といえむしろ不可罰的事後行為のような場合を指す」高田、(2)のII、六四八頁。
- (73) 植松正、再訂刑法概論I、四三七頁。
- (74) 中野次雄「併合罪」刑事法講座七卷、一三八八頁。
- (75) 刑法の対象は責任能力者即ち一般人の行為なので、先ず客観面から類型性の認められる最小限度の結合ケースを捉え、次にそこからこぼれた結合、即ち類型性はないが行為者が主観的に関連づけていた場合、を拾う。なぜ拾うのかと言えば、「一つの人格態度によって結合された数個の行為は、一回的な構成要件の評価を受けるべき」だからである。団藤総論、四一五頁。
- (76) 最判昭三二年七月一日日集一一卷七号、一九六三―四頁(傍点筆者)。
- (77) 参照、植松、前掲、四三六―七頁。
- (78) 「構成要件該当性の判断は……一種の規範的な価値判断である」(団藤総論、一〇八頁)とすると、抽象的な類型と具体的な事実を照らし合わせて評価するには、価値としての類型とはまた別の、価値を要する。構成要件説は前者即ち抽象的価値しか知らないで、前述のように、構成要件的评价は犯罪成立といった同語反復の見解になる。
- (79) 損壊が目的なら、盗み出すまでもなくその場で損壊するのが通例であろう。仮に現場での損壊が不都合としても、窃盗と結びつくとは限らず、喝取、騙取、強取があり得る。
- (80) 植松、前掲、四三五頁。
- (81) 高田、(2)のII、六一六頁。同旨、団藤総論、四三五頁註(一)。
- (82) 植松、再訂刑法概論II各論、三六九頁(丸括弧内は筆者)。
- (83) 通説・判例は五四条一項の「最モ重キ刑」を、「法定刑として最も重い刑を定める法条だけ」という意味ではなく、他の法条に定める刑の最下限よりも軽く処罰することはできない(高田、(2)のII、六四九頁)と解しているが、前者の意味だとした大審院判例を正当とする。他の法条の刑の最下限より軽い宣告刑は、刑の量定不当(刑訴三八一)ではあっても法令の適用の誤り(三八〇)ではない。実際、一律に下限を上げてしまうより、具体的情状を考慮する余地を残しておく方がよい。例えば、形式的法令違反のある公務員に対する軽度の暴行致傷が、完全に適法な公務員に対する暴行より常に宣告刑は重くあるべきだとは言えないだろうからである。たとえ通説に従ったとしても、脅迫して公務を妨害した者に懲役三年、公務を妨害して傷害した者に懲役一月の判決が下る可能性が、法律上は依然として残る。下限が下がっても同時に上限が上がれば、被告人にとって十分不利益なのであり、後は量刑の当・不当の問題である、と私は考える。
- (84) 平野II、四一四頁。
- (85) 赃物と知りつつ窃盗犯人の損壊行為に協力し実行した者は、損壊の正犯である。
- (86) 高田、(2)のII、六五四頁。通説は、本来は数罪との立場から、各行為ごとに論ずべしとする。参照、同頁。
- (87) 阿部、判例刑法研究4、二四四頁。