
種 別： 論説

タイトル： 法条競合についての一考察

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 68 卷 1-2 合併号（令和 6 年 9 月）1-46 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

法条競合についての一考察

青木 陽介

1. はじめに
 - (1) 総説
 - (2) 最高裁令和3年決定
 - (3) 問題点の提示
2. 法条競合の基本的な構造
 - (1) 複数の刑罰法規の適用可能性
 - (2) 同一の犯罪事実についての重複
 - (3) 構成要件の重なり合い
3. 減輕特別関係の検討
 - (1) 総説
 - (2) ドイツにおける議論
 - (i) 概要
 - (ii) いわゆる遮断効について
 - (iii) 遮断効を認めることの是非
 - (iv) 予想される批判
 - (3) 加重関係と減輕関係の競合？
 - (i) 本稿の理解に基づく場合
 - (ii) 従来の学説の検証
 - (4) 同意殺人罪は一般法か？
 - (i) 同意殺人罪を一般法と解する見解
 - (ii) 若干の検討
 - (iii) 論理的操作による特別法・一般法の決定について
4. 補充関係の検討
 - (1) 総説
 - (2) 明示的な補充関係と黙示的な補充関係
 - (3) 交差関係に立つ補充関係？
5. 結語

1. はじめに

(1) 総説

罪数の一形態として、法条競合⁽¹⁾というものが認められている。法条競合は、一見すると複数の刑罰法規が適用可能だが、それらの相互関係に基づき最終的には一つの刑罰法規のみが適用される場合である、と説明されている⁽²⁾。

-
- (1) 法条競合一般については、伊藤涉「法条競合をめぐる若干の考察」岩瀬徹ほか(編)『刑事法・医事法の新たな展開上巻 町野朔先生古稀記念』(信山社、2014) 307頁以下(以下では、伊藤「法条競合」と表記。)、林幹人『刑法の基礎理論』(有斐閣、1995) 223頁以下(以下では、林「基礎理論」と表記。)、虫明満『包括一罪の研究』(成文堂、1992) 29頁以下(以下では、虫明『包括一罪」と表記。)、町野朔「法条競合論」内藤謙ほか(編)『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』(有斐閣、1990) 411頁以下(以下では、町野「法条競合論」と表記。)、山火正則「法条競合の諸問題(一)・(二)」神奈川法学7巻1号(1971)1頁以下、2号(1971)13頁以下(以下では、山火「法条競合(一)」・「法条競合(二)」と表記。)、村崎精一「刑法における法条競合論」金沢大学法文学部論集法学篇14巻(1966)1頁以下(以下では、村崎「法条競合論」と表記。)など参照。
- (2) 法条競合について言及する教科書等として(、網羅的ではないが)、浅田和茂『刑法総論(第3版)』(成文堂、2024) 491頁以下(以下では、浅田「総論」と表記。)、松原芳博『刑法総論(第3版)』(日本評論社、2022) 515頁以下(以下では、松原「総論」と表記。)、高橋則夫『刑法総論(第5版)』(成文堂、2022) 557頁以下(以下では、高橋「総論」と表記。)、伊藤亮吉『刑法総論入門講義』(成文堂、2022) 419頁、小林憲太郎『刑法総論(第2版)』(新世社、2020) 356頁以下、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論(第3版)』(弘文堂、2019) 446頁以下、内田幸隆=杉本一敏『刑法総論』251頁以下〔杉本一敏執筆〕、大谷實『刑法講義総論(新版第5版)』(成文堂、2019) 478頁以下、前田雅英『刑法総論講義(第8版)』(東京大学出版会、2024) 416頁、井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣、2018) 581頁以下(以下では、井田「講義総論」と表記。)、松宮孝明『刑法総論講義(第5版補訂版)』(成文堂、2018) 331頁以下(以下では、松宮「総論」と表記。)、山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣、2016) 393頁以下(以下では、山口「総論」と表記。)、山中敬一『刑法総論(第3版)』(成文堂、2015) 1048頁以下(以下では、山中「総論」と表記。)、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015) 303頁以下、大塚仁ほか『大コンメンタール刑法(第3版)第4巻』(青林書院、2013) 193頁以下〔中山善房執筆〕(以下では、大塚ほか「大コンメ」〔中山〕と表記。)、今井猛嘉ほか『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2012) 419頁以下〔島田総一郎執筆〕(以下では、今井ほか「総論」〔島田〕と表記。)、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010)

例えば、業務上他人の物を占有する者が、その物を不法に領得した場合、刑法 252 条⁽³⁾の(単純)横領罪と同 253 条の業務上横領罪の双方の構成要件に該当する。しかしながら、実質的に一個の犯罪行為しか行っていないにもかかわらず、複数の刑罰法規を適用することは、二重評価⁽⁴⁾もしくは二重処罰⁽⁵⁾となり許されないだろう。上記の例の場合、253 条の業務上横領罪一罪のみ成立を認めれば足りる。

それでは、上記以外のどのようなケースで、法条競合は問題となるのだろう

395 頁以下、林幹人『刑法総論(第 2 版)』(東京大学出版会、2008) 452 頁以下(以下では、林『総論』と表記。)、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』(弘文堂、2005) 318 頁以下〔伊藤渉執筆〕、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975) 409 頁以下参照。

(3) 以下では、特に断らない限り、条文番号は刑法のそれを指す。

(4) 山口『総論』393 頁、今井ほか『総論』419 頁〔島田〕、平野龍一『刑事法研究最終巻』(有斐閣、2005) 9 頁(以下では、平野『最終巻』と表記。)、虫明『包括一罪』50 頁、鈴木茂嗣『罪数論』中山研一ほか(編)『現代刑法講座第 3 巻』(成文堂、1979) 287 頁(以下では、鈴木『罪数論』と表記。)参照。

なお、罪数論において二重評価をどこまで許容するのかについては、見解が分かっている。有力な論者は、複数の構成要件を適用することで、行為の不法内容を余すところなく評価できるのであれば、それを積極的に是認して観念的競合の成立を認めるべき、と主張している(只木誠『「二重評価」について』佐伯仁志ほか(編)『山口厚先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2023) 341 頁以下(以下では、只木『二重評価』と表記。))、同「罰条による評価」高橋則夫ほか(編)『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2014) 1 頁以下、同『罪数論の研究(補訂版)』(成文堂、2009) 184 頁以下、同『罪数論』法学教室 371 号(2011) 26 頁以下参照。)。論者の主張を支持するか否かにより法条競合が認められる範囲は異なってくるが、この見解によると、「一つの爆弾による二人の殺害と、著者(上記論者のこと一筆者註)が 240 条後段と 199 条の観念的競合を認めようとする強盗犯人による一人の殺害」という、「一罪性の濃淡のかなり違う類型」が同じ観念的競合の中に位置づけられることになる、と指摘されている(松原芳博『罪数論は何のためにあるのか』川端博ほか(編)『理論刑法学の探究③』(成文堂、2010) 217 頁(以下では、松原『何のために』と表記。)参照。)。また、上記論者が参照するドイツの議論では、我が国の科刑上一罪に相当するものとして、ドイツ刑法 52 条の所為単一(Tateinheit)の規定しかないため、上記のような解釈方法も採りやすいのに対し、日本の場合、54 条 1 項が観念的競合とは別に牽連犯を規定しているため、観念的競合の中に「一罪性の濃淡のかなり違う類型」を含めることで、観念的競合と牽連犯の相互の性質が異なることになりかねない、という問題が生じるおそれもある。もともと、この点については観念的競合も含めた考察が必要なため、詳細な検討は別稿に委ねる。

(5) 町野『法条競合』411 頁(二重評価との違いについては、同 420 頁参照。)、松原『総論』516 頁、伊藤『法条競合』307 頁参照。

うか。論者により若干の相違があるが、伝統的には、法条競合の下位類型として以下のものが挙げられていた。即ち、①：特別関係（一つの構成要件がもう一つの構成要件を包摂し、両者間に一般法・特別法の関係が認められる場合）、②：補充関係（一つの構成要件を充足しない場合に限りもう一つの構成要件が適用され、両者間に基本法・補充法の関係が認められる場合）、③：択一関係（二つの構成要件が相互に排他的・非両立の関係に立つ場合）、④：吸収関係（主たる構成要件が、従たる構成要件が規定する法益侵害を吸収する場合。随伴行為や不可罰の事後行為などが含まれる。）、⑤：交差関係⁽⁶⁾（二つの構成要件間に包摂関係はないものの、一部において重なり合いが認められる場合）が言及されていた。

もっとも、以上のうち、③：択一関係においては、問題となる二つの構成要件が排他的な関係に立つため、両方の構成要件が同時に適用可能となる事態は生じない。それゆえ、法条競合の問題は生じない、との指摘がなされている⁽⁷⁾。また、④：吸収関係に位置づけられる随伴行為や不可罰の事後行為については、それぞれ複数の結果が発生している以上、法条競合ではなく包括一罪で扱うべきとの主張もみられる⁽⁸⁾。

これに対し、①：特別関係や②：補充関係については、これらが法条競合に含まれることに対する異論は見られない。しかしながら、個別にどの事案が①や②に含まれるのかについては、相違も見られる⁽⁹⁾。

(6) ⑤：交差関係を択一関係と呼ぶことも多いが（例えば、高橋『総論』558頁、山口『総論』394頁、松宮『総論』331頁、平野『最終巻』38頁註2参照。）、③：択一関係と名称が重複して若干紛らわしいため、本稿では交差関係と表記する。

(7) 山口『総論』394頁、伊藤『法条競合』315頁、鈴木『罪数論』289頁（ただし、⑤：交差関係を含めて択一関係と呼んでいる。）参照。

(8) 例えば、虫明『包括一罪』105頁以下参照。もっとも、いわゆる随伴行為については、包括一罪ではなく観念的競合として扱うべきと思われる。この点につき、拙著『包括一罪の研究』（成文堂、2021）18頁以下（以下では、拙著『包括一罪』と表記。）参照。

(9) なお、学説の中には、特別関係等の法条競合の下位類型は、法条競合以外の罪数形態においても問題となる、と指摘するものが見受けられる（虫明『包括一罪』57頁参照。論者は、特別関係等の関係は、「あらゆる種類の罪数形態をとりうるものといわなければならない」、「この意味で、単なる抽象的な『関係』概念にすぎないのではなからうか」と述べる。）。例えば、一個の爆弾で行為者の尊属である被害者Aとそうではない被害者Bの両名を殺害した場合、尊属殺人罪（旧200条）と殺人罪（199条）の観念的競合が

(2) 最高裁令和3年決定

ところで、近時、最高裁において法条競合に関する事案が問題となった。既に周知の事案ではあるが、最決令和3年6月23日⁽¹⁰⁾の概要は、以下のとおりである。

即ち、原審が認定した事実によると、被告人らは、計3回にわたり、水増しした工事費用等の見積金額を記載した書類を提出する等して、保育所の整備費に係る助成金の交付を申請し、その金額が正当である旨誤信した被害者に助成決定させ、助成金の概算交付金として預金口座に振込入金させた。

上記事実につき、被告人は詐欺罪で起訴されたが、弁護人は詐欺罪の特別

成立する。この場合も、2つの構成要件の間には包摂関係＝特別関係が認められる、ということになる。

しかしながら、法条競合の議論を離れて、抽象的な形で構成要件間の関係を把握することに、特段の意味はないだろう（鈴木「罪数論」288頁も参照。）。なぜなら、特別関係等の下位類型の整理をしているのは、あくまでもそれにより、同一の犯罪事実につき重複して成立しているように見える複数の構成要件のうち、どれが優先するのかの手がかりとして行っているからである（鈴木「罪数論」288頁参照。）。これに対し、別個の犯罪事実に対して、それぞれ別の構成要件に該当するのであれば、端的に、両方の構成要件を適用した上で、観念的競合・牽連犯・併合罪のそれぞれの成立要件に従い、処断されることになる。その際に、2つの構成要件が抽象的にどのような関係に立つかを、考慮する必要はないだろう。

- (10) 刑集75巻7号641頁。解説等として、内藤恵美子「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（令和3年度）』（法曹会、2024）149頁以下（以下では、内藤「判解」と表記。）、富川雅満「判批」ジュリ1589号（2023）158頁以下（以下では、富川「判批」と表記。）、水落伸介「判批」法学新報130巻3=4号（2023）205頁以下（以下では、水落「判批」と表記。）、田山聡美「判批」『令和3年度重要判例解説』（有斐閣、2022）137頁以下（以下では、田山「判批」と表記。）、小野上真也「判批」刑事法ジャーナル72号（2022）149頁以下（以下では、小野上「判批」と表記。）、関善貴「判批」研修884号（2022）15頁以下（以下では、関「判批」と表記。）、河津博史「判批」銀行法務21882号（2022）125頁（同「判批」銀行法務21874号（2021）70頁も参照。）、田中淳也「判批」警察公論76巻12号（2021）87頁以下（以下では、田中「判批」と表記。）参照。

また、本決定を題材にした論稿として、生田勝義「補助金等不正受交付罪と詐欺罪に見る法的関係の相対性」立命館法学407号（2023）1頁以下（以下では、生田「補助金等不正受交付罪」と表記。）参照。なお、論者の見解については、同「詐欺罪と法的関係の相対性（序説）」立命館法学375=376号（2017）22頁以下（以下では、生田「詐欺罪」と表記。）も参照。

規定である補助金等不正受交付罪が適用されるので、詐欺罪は成立しない旨争った。しかしながら、第一審⁽¹¹⁾および原審⁽¹²⁾は、この主張を斥けて詐欺罪の成立を認めた。これに対し、被告人が上告したところ、最高裁は以下のように判示した。

「なお、被告人が人を欺いて補助金等又は間接補助金等(補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律2条1項、4項)の交付を受けた旨の事実について詐欺罪で公訴が提起された場合、被告人の当該行為が同法29条1項違反の罪に該当するとしても、裁判所は当該事実について刑法246条1項を適用することができるかと解するのが相当である。これと同旨の原判断は、正当として是認できる。⁽¹³⁾」

上記の最高裁の判示からも明らかなように、本件被告人の行為は、246条の詐欺罪だけでなく、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律(以下では、「補助金等適正化法」と呼ぶ。)29条に規定する補助金等不正受交付罪⁽¹⁴⁾にも該当するものであった。同罪は、偽りその他の不正の手段により、補助金等の交付を受けた場合に成立し、5年以下の拘禁刑若しくは100万円以下の罰金、又はその併科となる⁽¹⁵⁾。つまり、詐欺罪と補助金等不正受交付罪の法定刑を比較すると、上限は詐欺罪の方が重いことになる。

本件で問題となった、補助金等不正受交付罪と詐欺罪が競合した場合の罪数処理については、従前より議論がなされてきた⁽¹⁶⁾。当初は、補助金等不

(11) 松山地判令和2年3月6日刑集75巻7号649頁参照。

(12) 高松高判令和2年10月8日刑集75巻7号659頁参照。

(13) 刑集75巻7号642頁参照。

(14) 補助金等適正化法については、伊藤渉「補助金の不正受交付及び関連行為に対する処罰」山口厚ほか(編)『高橋則夫先生古稀祝賀論文集下巻』(成文堂、2022)559頁以下(以下では、伊藤「補助金の不正受交付」と表記。)、斉藤豊治ほか(編)『新経済刑法入門(第3版)』(成文堂、2020)351頁以下〔松宮孝明執筆〕(以下では、斉藤ほか「経済刑法」〔松宮〕と表記。)、安原美穂「いわゆる補助金適正化法について」法曹時報7巻10号(1955)1頁以下(以下では、安原「補助金適正化法」と表記。)参照。

(15) 同罪については、伊藤「補助金の不正受交付」563頁以下参照。

(16) 佐伯仁志「補助金の不正受給と詐欺罪の関係について」研修700号(2006)71頁以下

正受交付罪を詐欺罪の特別規定と解する見解、つまり補助金等不正受交付罪が優先するという見解が有力であった⁽¹⁷⁾。しかしながら、このような理解に対して、現在、数々の批判がなされている。例えば、両罪の構成要件間には特別規定の前提となる包摂関係が認められない⁽¹⁸⁾、さらには、地方公共団体の補助金を騙し取る場合に詐欺罪が成立するため⁽¹⁹⁾、国の補助金を騙し取る場合に限り、軽い補助金等不正受交付罪で処理することはアンバランスである等の批判⁽²⁰⁾がなされてきた。その結果、現在は両罪の関係を交差関係として理解する見解⁽²¹⁾が有力である。

また、この問題についての最高裁の明確な判断は従来なされていなかったが⁽²²⁾、今般の最高裁の判示も、このような学説の流れと軌を一にするもの

(以下では、佐伯「補助金の不正受給」と表記。)、伊藤涉「公法上の財産をめぐる不正行為に対する詐欺罪の適用」『中山研一先生古稀祝賀論文集第2巻 経済と刑法』(成文堂、1997) 293頁以下(以下では、伊藤「公法上の財産」と表記。))参照。比較的最近の文献として、星周一郎『現代社会と実質的刑事法論』(成文堂、2023) 121頁以下および155頁以下(以下では、星『現代社会』と表記。)が詳しい。

- (17) 圓山慶二「補助金等不正受交付罪と詐欺罪の関係」研修620号(2000) 116頁、伊藤「公法上の財産」316頁(ただし、論者の現在の見解は異なっているようである。後掲註21参照。)、安原「補助金適正化法」19頁参照。

裁判例として、秋田地判昭和39年5月13日下刑集6巻5=6号655頁参照。ただし、この裁判例の射程については、富川「判批」159頁、小野上「判批」154頁参照。

- (18) もっとも、補助金等不正受交付罪が特別規定として詐欺罪に優先するという結論を導くために、両罪間の包摂関係が必須であるかについては、異論もありえるだろう。

- (19) 最判昭和31年4月17日裁判集刑事113号341頁参照。

- (20) 特別規定説に対する批判は、様々な論者によりなされている。関「判批」23頁以下、佐伯「補助金の不正受給」73頁以下、富川「判批」160頁以下、小野上「判批」152頁、北島孝久「判批」警察学論集54巻8号(2001) 222頁(以下では、北島「判批」と表記。)参照。補助金等不正受交付罪につき特別規定説を明確に否定する趣旨の裁判例として、徳島地判平成15年1月16日LEX/DB28085370(古谷伸彦「国から交付された補助金のうちの未使用分の返還を欺罔行為によって免れた事案を2項詐欺罪で起訴し、有罪判決を得た事例」研修698号(2006) 87頁以下(以下では、古谷「事例」と表記。))にて紹介されている。)参照。

- (21) 関「判批」26頁、伊藤「補助金の不正受交付」573頁、田中「判批」95頁、佐伯「補助金の不正受給」82頁参照。

- (22) 過去の事案として、最決昭和41年2月3日判時438号6頁(評釈として、沢登俊雄「判批」平野龍一ほか(編)『刑法判例百選Ⅰ総論(第2版)』(有斐閣、1984) 20頁以下、鴨良弼「判批」判例評論91号(判例時報444号) 129頁以下参照。)参照。この事

と言えるだろう。最高裁は、交差関係という用語は明確に使用していないものの、特別関係説が否定されたことは明白であろう⁽²³⁾。

上記以外にも、両罪の関係を補充関係⁽²⁴⁾、もしくは、法条競合ではなく科刑上一罪である観念的競合として理解・示唆する見解⁽²⁵⁾、さらには、補

案では、補助金等適正化法施行前になされた補助金の不正受給の共謀に基づき、共犯者らが同法施行後に実際に補助金の不正受給を行った事案につき、補助金等不正受交付罪の成立が認められた。刑罰不遡及の禁止に反しないとの判断を示すにあたり、「検察官は立証の有無難易等の点を考慮し或は訴因を前者〔詐欺罪のここと一筆者註〕とし或はこれを後者〔補助金等不正受交付罪のここと一筆者註〕の罪として起訴することあるべく、本件については後者の起訴をしたまで」と判示していたが、両罪の罪数処理について、正面から判断した事案ではなかった。富川「判批」160頁は、「訴追裁量の有無やそもそも両罪の関係性の判断を示したものは思われない」と述べる。さらに、生田「詐欺罪」55頁も、先例とならない旨論じている(同旨、水落「判批」210頁)。

なお、星『現代社会』177頁は、上記判示を「特別関係説からは説明が困難な判示である」旨指摘しているのに対し、伊藤「補助金の不正受交付」570頁は、この判例も特別規定説の立場を前提に説明できると述べる(論者は、この判例を刑罰法令不遡及の原則に反しないと理解するためには、特別規定説として理解する必要があると考えているようである。伊藤涉「公法上の財産」296頁参照)。さらに、北島「判批」223頁は「実質的には補充規定説に近い考え方によっていると解することも可能」と説明しており、論者により評価が分かれている。

令和3年最高裁決定以前の裁判例として、東京地判平成30年10月1日LEX/DB25561679(この事案については、加藤和輝「判批」警察公論74巻7号(2019)83頁以下参照)、福島地判令和元年5月10日LEX/DB25563206、大阪地判令和2年2月19日判例時報2462号64頁(評釈として、小野上真也「判批」刑事法ジャーナル69号(2021)235頁以下参照)参照。

- (23) 星『現代社会』180頁以下、富川「判批」161頁、水落「判批」213頁、田山「判批」138頁、田中「判批」94頁は、特別規定説および補充関係説が否定されたと、また、小野上「判批」156頁は、特別規定説が否定され、補充関係説も令和3年決定とは親和的でないと指摘する。これに対し、関「判批」26頁は、特別規定説が否定されたことは肯定するが、それ以外については慎重な立場を示す。
- (24) 齊藤ほか『経済刑法』[松宮]353頁(ただし、詐欺罪と補助金等不正受交付罪の競合を否定する可能性についても言及する)、古谷「事例」92頁、北島「判批」222頁参照。
- (25) 小野上「判批」156頁、関「判批」26頁以下、只木「二重評価」353頁註40参照。もつとも、保護法益が異ならないのであれば(富川「判批」162頁、水落「判批」214頁、伊藤「補助金の不正受交付」572頁、北島「判批」222頁、圓山「補助金等不正受交付罪」115頁、安原「補助金適正化法」19頁参照)、観念的競合として理解する必要はないだろう。大阪地判令和2年2月19日判時2462号64頁、星『現代社会』184頁および古谷「事例」92頁は、両罪の保護法益の相違に言及しているが、補助金等不正受交付罪の保護法益自体の検討は本稿では行わない。

助金の交付・執行の法律関係が公法関係であることを根拠に、不正受交付事案には詐欺罪が適用されないと論じる見解⁽²⁶⁾もあるが、少数説にとどまっている。

(3) 問題点の提示

上記の最高裁の結論は、交差関係に関する従来議論の内容とも一致する。例えば、従前、横領罪と背任罪の関係について多くの議論がなされ、両罪を区別する基準を示すべく、様々な見解が主張されてきた⁽²⁷⁾。しかしながら、現在は、以下のような理解が有力である。

なお、以上に関連し、学説の中には、補助金等不正受交付罪が「国家的法益を侵害する側面もある」(佐伯「補助金の不正受給」81頁参照。)ことに鑑み、両罪の関係を「(観念的競合類似の)包括一罪」(同81頁。)として処理する可能性についても示唆されている。しかしながら、一般的な包括一罪とは異なる、単一の行為の場合の「(観念的競合類似の)包括一罪」というものが本当に必要かについては、疑わしい。

仮に、両罪の罰条を適用する必要がある程度に、保護法益の相違が存在するのであれば、端的に、観念的競合の成立を認めれば足りるだろう。また、その程度に至らないのであれば、片方の罰条で処理すれば問題はない(少なくとも、包括一罪であったとしても、観念的競合に類似するわけではない)。上記のような包括一罪を認める必要があると主張する論者は、その実例として108条と109条の関係に言及するが(小林充「包括的一罪について」判例時報1724号(2000)7頁参照。)、この場合も、「主たる法益である公共の危険に対する侵害の結果は一個生じているに過ぎない」(同7頁参照。)のであれば、108条一罪の成立を認めれば足りる(西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論(第7版)』(弘文堂、2018)324頁(以下では、西田(橋爪)『各論』と表記。)、山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣、2010)376頁(以下では、山口『各論』と表記。))参照。判例として、大判昭和8年4月25日刑集12巻482頁参照。)。なお、観念的競合類似の包括一罪という考えに対する批判として、星『現代社会』184頁以下も参照。

(26) 生田「補助金等不正受交付罪」21頁以下参照。

(27) 従来議論については、照沼亮介「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論(第8版)』(有斐閣、2020)138頁以下(以下では、照沼「判批」と表記。)、品田智史「不正融資と背任罪」法学教室393号(2013)75頁以下(以下では、品田「不正融資」と表記。)、佐伯仁志「背任罪」法学教室378号(2012)111頁以下(以下では、佐伯「背任罪」と表記。)、小林充「横領罪と背任罪との関係」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題第1巻』(立花書房、2011)223頁以下(以下では、小林「横領罪と背任罪」と表記。)、内田幸隆「横領罪と背任罪との区別」法学教室359号(2010)38頁以下、平野『最終巻』34頁以下、林幹人「財産犯の保護法益」(東京大学出版会、1984)243頁以下(以下では、林「保護法益」と表記。)参照。

まず、横領罪と背任罪のうちの片方がもう一方を完全に包摂しているわけではなく、むしろ、両罪は交差する円の関係に立つと理解されている⁽²⁸⁾。それゆえ、事案次第で、横領罪のみが成立する場合、背任罪のみが成立する場合、横領罪と背任罪の双方が成立する場合の3つに分かれることになる。これらのうち、両罪の区別が問題となるのは、あくまでも双方の成立要件が満たされている場合に限られ⁽²⁹⁾、通常はより重い法定刑を規定する横領罪の成否を先に検討すれば足りる、と⁽³⁰⁾。

もっとも、法定刑が相対的に軽い背任罪も犯罪として成立していないわけではないため、横領罪の代わりに、軽い背任罪で訴追することも特段問題ではない⁽³¹⁾。つまり、同一の犯罪事実につき、横領罪・背任罪の両罪の適用は許されないが、どちらか一方の成立を認めるのであれば、問題はないということになる。そして、このような結論は、冒頭にて言及した、二重評価(・処罰)を回避するという法条競合の趣旨とも合致する。適用する法律を片方に制限すれば、それが重い方であっても、軽い方であっても、二重評価(・処罰)を回避できるからである。

ところで、前述⁽³²⁾のとおり、法条競合の一類型として特別関係を含めることにつき、特に問題はないとされてきた。しかしながら、同じく法条競合の下位類型でありつつも、交差関係について上記で述べた事柄は、特別関係との関係では、いわば片面的に承認されているに過ぎない。つまり、特別関係と交差関係の間で、法条競合の内部での処理の仕方に不一致が生じていることになる。

(28) 小林「横領罪と背任罪」224頁、平野『最終巻』35頁、林『保護法益』244頁以下参照。

(29) 照沼「判批」138頁参照。

(30) 照沼「判批」139頁、平野『最終巻』38頁註2、林『保護法益』259頁参照。ただし、小林「横領罪と背任罪」226頁以下は、刑法施行法3条3項が規定する重点的対照主義を根拠に、必ずしも横領罪が背任罪よりも重いとは言えないと指摘する。もっとも、判例により多々修正がなされている重点的対照主義を、法条競合との関係においても採用すべき必然性はないと思われる。

(31) 山口『総論』397頁、品田「不正融資」77頁、佐伯「補助金の不正受給」81頁、同「背任罪」112頁参照。

(32) 前掲1(1)の議論を参照。

まず、加重特別関係の場合、特に問題は生じない。例えば、冒頭で言及した業務上横領罪と横領罪の両罪が問題となる場合、より重い法定刑を定める業務上横領罪の方が、通常は特別法として優先することになる。もっとも、何らかの事情により優先する業務上横領罪が適用できない場合、一般法である単純横領罪の方を適用しても問題ないとされている。これは、先に交差関係について論じたことと一致する。

これに対し、減軽特別関係、例えば殺人罪（199条）と同意殺人罪（202条⁽³³⁾）との関係では、以下のように解されている。即ち、同意殺人罪の構成要件は、殺人罪の構成要件に「同意あり」という構成要件要素を付加した殺人罪の特別法であり、同意の存在を理由に特別法である同意殺人罪の方が軽く処罰されている、この減軽特別関係については、特別法である同意殺人罪を適用できない場合であっても、法定刑がより重い一般法である殺人罪の適用は許されない、と明確に主張されている⁽³⁴⁾。

以上のように、同じ特別関係であるにもかかわらず、加重か減軽かにより異なる結論が導かれている。いずれも、法条競合の中の同一類型であるにもかかわらず、なぜこのような違いが生じるのだろうか。従来の学説を参照する限り、この点は特段問題視されていないようであるが、むしろ、同じ法条競合の一類型である以上、交差関係を含め、統一的な扱いが望まれるのではないだろうか。

以上述べたことを整理すると、

A：法条競合の全ての類型において劣後する刑罰法規の適用を認めること

B：減軽特別関係を法条競合の一類型として承認すること

は両立しないということが分かる。もっとも、従来の議論を参照する限り、法条競合の一類型として特別関係は問題なく認められていたのであり、このことは、減軽特別関係であっても同様である⁽³⁵⁾。その意味で、上記Bの方

(33) 同条は囑託殺人罪と同意（承諾）殺人罪の両者を規定しているが、便宜上、本稿では直接引用する箇所を除き、同意殺人罪と表記する。

(34) 山口『総論』397頁参照。

(35) ただし、一部では、減軽特別関係に言及しない教科書・体系書も見受けられる。例えば、松原『総論』515頁以下参照。

は問題ないと解されていた。そこで、従前の学説は上記Aを否定ないし修正することで、減軽特別関係の場合に不合理な結論が生じないようにしてきたのである⁽³⁶⁾。

しかしながら、このような処理は、果たして自明なのだろうか。法条競合は、問題となる犯罪行為が複数の犯罪の構成要件に該当する場合に、はじめで問題となるものであった。ということは、減軽特別関係の場合も、一般法に相当する殺人罪の構成要件に該当しているはずである。そうであれば、「殺人罪の構成要件に該当しているものの、その適用はおよそ許されない」とは、どういう意味なのだろうか。むしろ、およそ適用が許されないのであれば、そのような構成要件該当性に意味は存在するのだろうか。さらに言えば、そもそも本当にその犯罪構成要件に該当していると言えるのだろうか。少なくとも、そのような疑いは拭い去ることができない。その意味で、上記Bは、必ずしも盤石な理解ではないと思われるのである。

本稿では、以上のような問題関心に従い、減軽特別関係を中心に、法条競合について若干の検討を試みる。そこで、以下2で法条競合の基本的な構造を確認した上で、その理解に基づき、3で減軽特別関係について、4で補充関係について、本稿の立場を明らかにしたい。最後に、5において、法条競合を統一的に理解するための視座を提示したい。

2. 法条競合の基本的な構造

(1) 複数の刑罰法規の適用可能性

本稿における主たる関心事は、法条競合の中での減軽特別関係の位置付けであるが、法条競合が問題となっている以上、まずは法条競合の基本構造を改めて確認することが有益と思われる。繰り返しになるが、法条競合は、複数の構成要件に該当し、それゆえ複数の刑罰法規が適用可能であるものの、最終的にはそのうちの1つの刑罰法規のみが適用される場合であった。この

(36) 山口『総論』397頁参照。

定義の内容をさらに敷衍する必要がある。

まず、上記の説明では複数の刑罰法規のうちの1つが「適用」されると表現したが、この点についての個々の学説の表現方法は異なっている。例えば、複数の刑罰法規（または構成要件）に該当し、そのうち1つが成立する、または、複数の犯罪が成立し、そのうち1つが適用される、など異なる表現もありうるところである⁽³⁷⁾。

しかしながら、法条競合も罪数論上の一形態⁽³⁸⁾である以上、適用可能な複数の刑罰法規のそれぞれとの関係で、犯罪の基本的な成立要件（構成要件該当性・違法性・有責性）を満たしていることが前提となる⁽³⁹⁾。さもなければ、問題となる複数の犯罪のうちの1つしか成立していないことになり、罪数処理の問題がそもそも生じないからである。その意味で、構成要件該当性が認められる刑罰法規は、ひとまず適用可能性があると言える。その上で、何かしらの法条競合の基準に従い1つの刑罰法規のみが適用される、つまり、観念的競合のように複数の刑罰法規が適用されるわけではない、ということになる。

そもそも、構成要件の「該当・充足」と「成立」といった区別が問題となるのは、罪数の基準につき構成要件基準説に依拠するからであろう⁽⁴⁰⁾。つまり、構成要件に「該当」する数により一罪と数罪を区別するとすると、法条競合のように、複数の構成要件に「該当」する場合、一罪として処理でき

(37) 例えば、松原『総論』516頁（複数の構成要件に該当するが、適用は片方の構成要件と表現する。）、高橋『総論』557頁（1つの構成要件に該当することで、他の構成要件が当然排除される場合、と述べる。）、井田『講義総論』581頁以下（複数の犯罪の構成要件該当性が肯定され、犯罪として成立しているが、片方のみが適用されると説明する。）参照。

(38) 罪数論の犯罪論体系上の位置付けについては、松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社、2019）30頁及び244頁、拙著『包括一罪』25頁註80参照。

(39) ドイツにおいて、法条競合で競合している全ての法律の違反（Verletzung）が認められると指摘する見解として、vgl., Theo Vogler, Funktion und Grenzen der Gesetzeseseinheit, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 719f.; Rudolf Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), 43ff. (45)

(40) 構成要件基準説に依拠する場合、法条競合や包括一罪の説明が困難となると指摘するものとして、山火「法条競合（二）」57頁以下参照。

ないことになってしまう⁽⁴¹⁾。しかし、単一の犯罪事実しか存在しない場合に数罪とすることは、やはり適切ではない。このような不都合を避けるために、構成要件への「該当」とは区別される「成立」という表現がなされているのだろう。もっとも、構成要件基準説に依拠する場合であっても、一罪か数罪かを分けるのは、最終的に単一の構成要件で評価されるか、それとも複数の構成要件により評価されるかという観点であろう⁽⁴²⁾。この場合、構成要件に「該当」するものを複数まとめて、1つの構成要件により「評価」することになるが、各構成要件で一罪としうる範囲には量的な幅が存在する以上、このことは何らおかしくないはずである。以上の点が共有されているのであれば、あとは用語法の違いに留まると整理できる。

(2) 同一の犯罪事実についての重複

次に、法条競合において、何を対象に複数の構成要件の適用可能性が問題となっているのかを確認する必要がある。この点につき、相互に非両立の関係に立つ択一関係の場合には、複数の構成要件が同時に適用されないので法条競合とならない、と指摘されていることから分かるように、法条競合で問題となる2つの構成要件は、あくまでも同一の犯罪事実についてそれぞれ該当する必要がある。二重評価や二重処罰の禁止・回避という説明も、何を対象に二重評価が発生しているのかを問題にしなくてはならないので、当然このことを前提にしているだろう⁽⁴³⁾。また、法益の同一性に着目した見解⁽⁴⁴⁾も、結局は同じであろう。構成要件は、法益毎に個別化され、個々の

(41) 同様の問題は、包括一罪の場合にも生じる。包括一罪を構成する個々の犯罪行為が、構成要件に「該当」するからである。なお、構成要件基準説について詳しく検討したものととして、村崎「法条競合論」2頁以下参照。

(42) 平野『最終巻』9頁も参照。

(43) 山口『総論』393頁(一個の法益侵害の事実であることを前提にしている。)、町野「法条競合論」415頁(犯罪が実質的に一個でなくてはならないと述べる。)。なお、法条競合に限定したものではないが、同一の法益侵害について複数の刑罰法規を適用することは許されないと主張する見解として、十河太朗「二重評価の禁止について」井上正仁ほか(編)『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012)366頁以下、城下裕二『量刑理論の現代的課題(増補版)』(成文堂、2009)41頁参照。

(44) 山火「法条競合(一)」45頁参照。また、鈴木「罪数論」287頁は、「構成要件該当の

法益侵害・危殆化との関係で適用されるので、法益が同一であれば、同一の犯罪事実について構成要件の重複が発生していると理解できるからである。

もっとも、文字通り法益の同一性に着目する場合、複数の異なる行為が同一の法益を侵害する場合においても、法条競合を認める余地が出てくる⁽⁴⁵⁾。例えば、行為者 X が被害者 A の殺害を試みたが失敗し、別の機会に改めて殺害を実行し、それにより A が死亡したという場合、最初の殺人未遂では被害者 A の生命が、また後の殺人未遂・既遂でも同じ被害者 A の生命が客体となっている。そのため、法益の同一性に着目しつつ、法条競合において行為の一個性を必須としないのであれば、この例も法条競合の一事例として処理されることになるだろう。

しかしながら、複数の行為により同一の法益を侵害する場合に一罪となるか否かは、むしろ包括一罪の成否という形で議論する方が適切と思われる。最終的な結論が法条競合か包括一罪かであれば、同じ一罪であるため⁽⁴⁶⁾、一見すると大して異ならないようにも見える。しかしながら、包括一罪の成否という形で議論するのであれば、その成立が否定される場合、併合罪となる。このような結論は、法条競合の枠内で議論する限り導かれまいだろうが、事案の内容に関わらず、全て無条件に法条競合(＝一罪)と処理することは、やはり妥当ではない⁽⁴⁷⁾。

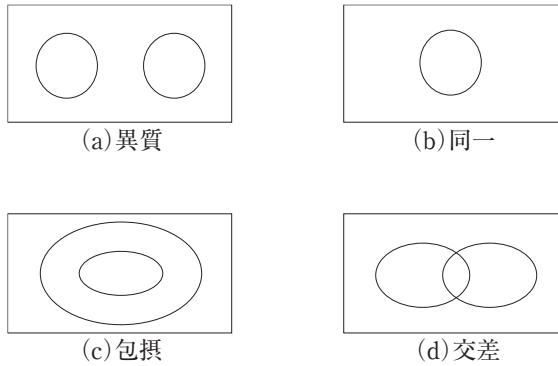
数個の行為が、同一の法益を侵害するにすぎず、これを数罪とすれば、法益侵害という観点からの二重評価とならざるをえない」場合に法条競合が成立すると説明しており、法益の同一性に着目する見解と二重評価を基準とする見解が、端的に統合されていると解することができる。

(45) 予備・未遂・既遂間や、侵害犯と危険犯の間での法条競合については、山火「法条競合(一)」49頁以下参照。

(46) 包括一罪が本来の一罪である点については、拙著『包括一罪』15頁以下参照。

(47) ただし、予備・未遂・既遂の間で法条競合を認めつつも、あくまでも単一の機会における予備・未遂・既遂に限り法条競合として処理するのであれば、本文で述べた批判はある程度回避できる。もっとも、その場合の単一の機会における予備～既遂の行為も、厳密には単一の行為ではなく、それよりも膨らみのある行為の集まりとなるだろう(特に、予備を含める場合)。そうであれば、文字通り単一の行為の場合、即ち、既遂の直前に不可避免的に発生する未遂については、法条競合で処理することで問題はないが、それ以外の場合については、やはり包括一罪の枠内で議論する方が簡明と思われる。

図1



(3) 構成要件の重なり合い

さらに、構成要件の重なり合いの仕方について、ここで改めて確認しておく。法条競合では、1つの犯罪事実について複数の構成要件に該当することになるので、ここで問題となる構成要件の観点から見ると、それら相互間において重なり合いが生じることになる。

そして、構成要件を円で図示するならば、2つの構成要件の関係としては以下の4つに整理できるだろう。即ち、(a) 異質、(b) 同一、(c) 包摂、(d) 交差である(図1参照。)。周知のように、これは、ドイツにおいてクルーク⁽⁴⁸⁾が示した4つの論理的な関係と同じである。

このうち、(b) 同一は2つの構成要件が全く同じである場合に生じるものである。日本国内の刑法に限れば⁽⁴⁹⁾、明らかな立法上の不備を除き、このような事態はおよそ生じないだろう。また、(a) 異質の場合、2つの構成要件間に重なり合いは一切生じないので、やはりここでも法条競合はおよそ問

(48) Vgl., Ulrich Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956), 399ff. (403ff.) クルークは、(a) Heterogenität、(b) Identität、(c) Subordination、(d) Interferenzと整理している。

(49) クルークは、国際刑法との関係で、同一の関係が問題となると指摘していた。Vgl., Klug, ZStW 68, 399ff. (404)

題とならない。結局、構成要件の重なり合いの仕方としては、(c) 包摂と (d) 交差の2種類しか存在しないことになる。

ところで、上記の重なり合いは、構成要件の内包と外延⁽⁵⁰⁾、それぞれとの関係で考えることができる⁽⁵¹⁾。例えば、尊属殺人罪(旧200条)は殺人罪の全ての構成要件要素の他に、プラスアルファで尊属という要素も含んでいるので、尊属殺人罪の方が概念が広く、殺人罪を示す円はそれに包摂されることになる。これが内包による説明である。

これに対し、殺人罪の構成要件は尊属という要素を含まないため、被害者が尊属であろうとなかろうと、人の殺害を広く捕捉するが、尊属殺人罪はあくまでも尊属を殺害した場合に限り成立する。つまり、殺人罪の方が概念が広く、尊属殺人を示す円はこれに包摂されることになる。こちらが外延による説明である。

両者の相違は、着目する観点の違いに由来するものである。実質的には同じことを、違う観点から論じているだけである。とりわけ、特別関係で問題となる構成要件間では、上記の説明が示しているように、どちらの説明でも良さそうに見える。もともと、学説では、内包による説明方法の方が優れていると述べる論者も見受けられる⁽⁵²⁾。しかし、交差関係の事案も視野に入るのであれば、むしろ、外延による説明の方が分かりやすいように思われる。

例えば、未成年者拐取罪(224条)と営利目的拐取罪(225条)は交差関係の一種として説明されている⁽⁵³⁾。両罪の構成要件は、前者が未成年者を客

(50) 内包と外延という用語について、刑法学では本来の意味とは異なる形で使用されることもある(例えば、団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、1990)435頁参照。このような使用方法については、山火「法条競合(二)」59頁以下、鈴木「罪数論」285頁、村崎「法条競合論」14頁以下参照。)。本文では、本来の意味で使用している。

(51) 山火「法条競合(一)」26頁参照。

(52) 山火「法条競合(一)」26頁参照。

(53) 例えば、松原『総論』516頁、山口『総論』396頁参照。これに対し、虫明『包括一罪』109頁は特別関係と解する。しかし、未成年者以外を客体とする営利目的拐取の場合に営利目的拐取罪の成立を認め、営利目的なく未成年を客体とする拐取の場合に未成年者拐取罪の成立を認めるのであれば、特別関係とならないように思われる。

さらに、大塚ほか『大コンメ』196頁〔中山〕は、未成年者を営利目的で拐取した場

体とする点、および後者が営利目的で実行される点において相違しているが、拐取罪の基本的部分においては共通している。つまり、内包における部分的な重なり合いが、明確に認められる。そして、未成年者を営利目的で拐取すれば両罪が成立するので、その限りでは外延においても重なり合いが生じていることになる。交差関係のうち、このような場合であれば、上記の尊属殺人と殺人の場合のように、内包と外延のいずれで説明してもそれほど異ならない。

他方で、現在の学説の議論を参照する限り、横領罪と背任罪の関係を交差関係の一種と理解する見解が有力であった⁽⁵⁴⁾。両罪を比較すると、個々の構成要件要素において、共通するものは殆どない。もちろん、講学上刑法総論で議論する故意・因果関係などは、両罪で共通している。しかしながら、各論の枠内で議論される構成要件要素については、共通性が乏しい。このように、共通する要素が一見少なそうな両罪ではあるが、それでも同一行為が領得行為に該当し、なおかつ任務違背行為にも該当しうる⁽⁵⁵⁾。これは、同一行為を横領行為にあたるか、背任行為にあたるかという異なる側面から評価しているので、何らおかしくない。

上記の2つの例からも分かるように、同じく法条競合が認められる場合であっても、交差関係における内包での重なり合いには程度の差がある。ただし、法条競合が問題となるのは、前記(2)で見たように、同一の犯罪事実について2つの犯罪が重複して成立する場合に限られるのである。その意味で、外延における重なり合いに着目する方が簡明である。

例えば、構成要件要素間に包摂関係があるように見える場合であっても、その要素とは別に非両立の構成要件要素(A罪:a、B罪:非a)が含まれている、ということも考えられる。この場合、内包での共通性は存在するた

合、営利目的拐取罪のみが成立すると解すべき(、それゆえ交差関係を認める実益はない)、と主張する。確かに、通常は論者が主張するように、重い営利目的拐取罪で処理されることになるだろうが、同罪による立証が困難な場合もあり得るため、未成年者拐取罪の成立それ自体まで否定する必要はないように思われる。

(54) 前掲1(3)の議論を参照。

(55) 平野『最終巻』35頁における図、小林「横領罪と背任罪」224頁における図も参照。

め、表面的には類似の犯罪に見える。しかしながら、外延上での重なり合いが生じないケースである以上、法条競合と解すべきではないだろう。

3. 減軽特別関係の検討

(1) 総説

以上の法条競合の基本的な理解を踏まえ、以下では改めて、①：特別関係について内容を確認することとする。

特別関係は、問題となっている2つの構成要件間に一般法・特別法の関係が認められる場合であった。そして、冒頭で紹介した横領罪と業務上横領罪の関係のように、一般法である横領罪の構成要件に「業務上」という構成要件要素を付加した上で、加重して処罰している場合が加重特別関係である。これとは反対に、殺人罪と同意殺人罪の関係のように、一般法である殺人罪の構成要件に「同意あり」という構成要件要素を付加した上で、減軽して処罰している場合は減軽特別関係と呼ばれている。いずれの場合も、後者の構成要件は前者の構成要件に一定の要素を付加する形で作られているため、外延において、前者の構成要件が後者の構成要件を包摂していることになる。加重か減軽かで方向性は真逆だが、両者の構造上、基本的には相違がない。

しかしながら、劣後する一般法に着目すると、両者は異なる扱いがなされていることが分かる。即ち、加重特別関係の場合、検察官は立証の難易等を考慮して、優先する業務上横領罪ではなく、劣後する横領罪で起訴しても問題ないとされている。これに対し、減軽特別関係の場合、事情は異なる。同意殺人罪における同意の立証が困難である場合、殺人罪で起訴することは許容されない⁽⁵⁶⁾。それどころか、学説上、むしろ逆の説明もみられる。即ち、「殺人罪で起訴されて同意の有無が真偽不明な場合には、同意殺人罪で処罰することが⁽⁵⁷⁾可能である、と。この主張の当否はともかく⁽⁵⁸⁾、減軽特別

(56) 山口『総論』397頁参照。

(57) 今井ほか『総論』〔島田〕421頁参照。

(58) 後掲3(4)(ii)の議論を参照。

関係が問題となる事案において、法定刑がより重い一般法の適用を許容すると、あえて法定刑を軽くして規定した減輕構成要件の存在意義が、その限りで失われてしまうことは確かである。それゆえ、殺人罪での起訴を認めない結論の妥当性は、否定できないように見える。

(2) ドイツにおける議論

(i) 概要

以上述べたことは、ドイツ刑法の罪数論⁽⁵⁹⁾においても同様に認められている。まず、ドイツ刑法上の罪数に関する基本的条文は、以下のとおりである。

即ち、ドイツ刑法典は、52条において、単一の行為に基づき複数の刑罰法規⁽⁶⁰⁾に違反した場合を所為単一(Tateinheit)・観念的競合(Idealkonkurrenz)と規定し、53条において、複数の行為に基づき複数の刑罰法規に違反した場合を所為複数(Tatmehrheit)・実在的競合(Realkonkurrenz)と規定している。もっとも、いずれの場合も、複数の刑罰法規への違反が必要となるため、一見すると複数の刑罰法規の適用が可能であるが、そのうちの一方の適用で足りる場合は、所為単一と所為複数のいずれにも該当しないことになる。法条競合は、まさにこのような場合をカバーするための罪数形態である。つまり、法条競合は、片方の構成要件により事象の不法(・責任)の内容が完全にカバーされる場合に成立する、と説明されている⁽⁶¹⁾。

(59) ドイツ刑法における罪数の全体像については、仲道祐樹「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑事法ジャーナル48号(2016)17頁以下(以下では、仲道「ドイツにおける罪数論」と表記。)参照。ドイツにおける法条競合の議論、とりわけ1990年代までの議論については、既に先行業績において紹介されているため、本稿において網羅的に紹介することはしない。ドイツ刑法を参照する文献として、前掲註1記載の虫明『包括一罪』、町野「法条競合論」、山火「法条競合(一)・(二)」、村崎「法条競合論」参照。比較的最近、法条競合について論じたドイツ語文献として、vgl., Ingeborg Puppe, Was ist Gesetzeskonkurrenz?, JuS 2016, 961ff.; Tonio Walter, Zur Lehre von den Konkurrenzen: die Gesetzeskonkurrenz, JA 2005, 468ff.

(60) 同一の刑罰法規に複数回違反する場合も含む。所為複数・実在的競合の場合も同様である。

ドイツの法条競合をめぐる議論の特徴として、上記の所為単一と所為複数のそれぞれに対応する形で、行為が単一の場合と複数の場合とで分けて議論されることもある⁽⁶²⁾。もっとも、行為が複数の場合の法条競合として論じられているのは、共罰的事前・事後行為についてであり、我が国ではこれを包括一罪の一類型として位置づける見解⁽⁶³⁾が有力である。それゆえ、本稿では、行為が複数の場合の法条競合論について、これ以上立ち入らない。

それでは、行為が単一の場合の法条競合として、どのようなものがあるのだろうか。この点、我が国の議論と類似しており、特別関係 (Spezialität)・補充関係 (Subsidiarität)・吸収関係 (Konsumtion) について言及されるのが一般的である⁽⁶⁴⁾。また、③：択一関係、即ち排他関係 (Exklusivität) が除外される根拠は、日本と同じである⁽⁶⁵⁾。

これらのうち、特別関係については、かつてホーニツヒ⁽⁶⁶⁾が示した定義に従った説明がなされている。即ち、ある構成要件が別の構成要件の全ての要素を含んでいて、それに加えて、1個以上の特別の要素を含んでいる場合⁽⁶⁷⁾、両構成要件間に特別関係が存在することになる。この場合、前者が

(61) Vgl., Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11 Aufl., 2024 (im folgenden zitiert als „Kindhäuser/Zimmermann, AT“), S. 419; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53 Aufl., 2023 (im folgenden zitiert als „Wessels/Beulke/Satzger, AT“), S. 453; Helmut Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10 Aufl., 2023 (im folgenden zitiert als „Frister, AT“), S. 492; Ruth Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 13 Aufl., 2020 (im folgenden zitiert als „Rissing-van Saan, in: LK“), Vor § 52 Rdn. 107; Detlev Sternberg-Lieben/Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30 Aufl., 2019 (im folgenden zitiert als „Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB“), Vor § 52ff. Rdn. 102; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003 (im folgenden zitiert als „Roxin, AT“), § 33 Rdn. 170.

(62) Wessels/Beulke/Satzger, AT, S. 453. 仲道「ドイツにおける罪数論」25頁以下も参照。

(63) 例えば、虫明『包括一罪』96頁以下参照。

(64) Vgl., Kindhäuser/Zimmermann, AT, S. 419; Wessels/Beulke/Satzger, AT, S. 453ff.; Frister, AT, S. 492; Rissing-van Saan, in: LK, Vor § 52 Rdn. 110f.; Kristian Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8 Aufl., 2017 (im folgenden zitiert als „Kühl, AT“), S. 926ff.; Roxin, AT, § 33 Rdn. 175.

(65) Vgl., Rissing-van Saan, in: LK, Vor § 52 Rdn. 112; Kühl, AT, S. 926.

(66) Vgl., Richard Honig, Strafloße Vor- und Nachtat, 1927, S. 113.

(67) Vgl., Kindhäuser/Zimmermann, AT, S. 420; Rissing-van Saan, in: LK, Vor § 52 Rdn. 119;

特別法、後者が一般法となり、特別法の構成要件が優先して適用されることになる。これは内包に着目した説明であるが⁽⁶⁸⁾、特別法の構成要件が一般法の構成要件の全ての要素を含んでいるので、特別法の構成要件に該当する場合、必然的に一般法の構成要件にも該当することになる⁽⁶⁹⁾。

(ii) いわゆる遮断効について

ドイツの議論を参照すると、特別関係の場合の一般法について、遮断効(Sperrwirkung)が認められていることが分かる⁽⁷⁰⁾。ここでいう遮断効とは、一般法の法定刑の下限が、優先する特別法の法定刑の下限よりも重い場合、量刑に際し劣後法の法定刑の下限を下回することは許されない、というものである。これは、特別関係のうち、加重特別関係の場合を念頭に置いた議論である。遮断効と呼ぶかどうかはさておき、我が国の議論においても、同様の主張は見受けられる⁽⁷¹⁾。

さらに、以上とは別に、減輕特別関係(privilegierende Spezialität)が問題となる場合、優先する特別法の遮断効(eine Sperrwirkung des vorrangigen Delikts)も存在すると指摘されている⁽⁷²⁾。一般的には、特別関係における特別法を適用できない事情が存在する場合、劣後する一般法の適用が許されると解されているが、減輕特別関係が問題となる場合、それは許されない、というのが、ここでの遮断効の内容である。

Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönte/Schröder, StGB, Vor § 52ff. Rdn. 105 ; Kühl, AT, S. 926 ; Roxin, AT, § 33 Rdn. 177.

(68) 山火「法条競合(一)」26頁参照。

(69) Vgl., Wessels/Beulke/Satzger, AT, S. 453.

(70) Vgl., Kindhäuser/Zimmermann, AT, S. 419 ; Rissing-van Saan, in: LK, Vor § 52 Rdn. 113 ; Kühl, AT, S. 926.

(71) 例えば、町野「法条競合論」432頁以下は、このことに言及しつつも、「現行法にはこのような解釈〔排除された劣位法の法定刑を考慮して適用される優位法の法定刑を修正すること―筆者註〕を必要とするものは、さしあたり見当たらないようである」と述べる。なお、従来の我が国の議論では、主として減輕事由が競合する場合もしくは同一の基本犯についての減輕事由と加重事由が競合する場合について、より軽い減輕構成要件による遮断効が認められる点について紹介がなされてきた(虫明『包括一罪』67頁、山火「法条競合(一)」37頁以下、村崎「法条競合論」52頁参照。)

(72) Vgl., Rissing-van Saan, in: LK, Vor § 52 Rdn. 140 ; Frister, AT, S. 493 ; Kühl, AT, S. 927.

以上のような減軽特別関係の場合の遮断効は、ドイツの判例においても同様に認められている⁽⁷³⁾。例えば、連邦通常裁判所 2003 年 12 月 11 日判決⁽⁷⁴⁾の事案では、被告人が、被害者から頼まれて被害者の腕にヘロインを注射したところ、被害者の酩酊状態も相まって同人が死亡した。キール地方裁判所は、ドイツ刑法 227 条の傷害致死罪（3 年以上の自由刑を規定。）の成立を認めたのに対し、被告人が上告した。

連邦通常裁判所は、その際、傷害致死罪と薬物投与により軽率 (leichtfertig) に死を惹起する行為を処罰する麻薬法 (BtMG) 30 条 1 項 3 号（2 年以上の自由刑を規定。）の罪数関係について、判断を行った。具体的には、麻薬法上の上記規定が、傷害致死罪の減軽規定となるかが問題となった。連邦通常裁判所は、減軽関係について一般論を判示する際、一般法にあたる犯罪へ立ち戻ること (Rückgriff) は排除される⁽⁷⁵⁾、と述べた。もっとも、結論的には、麻薬法の上記規定に該当するあらゆる場合において、傷害致死罪の構成要件が満たされるわけではない、との理由に基づき、当該規定は減軽規定にあたらないとされた。

減軽特別関係についての同様の一般論は、その後の連邦通常裁判所の判例でも見られる。連邦通常裁判所 2009 年 4 月 29 日判決⁽⁷⁶⁾においても、上記の 2003 年判決で問題となった麻薬法 30 条 1 項 3 号の規定する犯罪が、222 条の過失致死罪との関係で減軽規定となるのか否かが判断された。そもそも過失致死罪の法定刑は 5 年以下の自由刑ということもあり、2003 年判決の事案と同様、否定的に解されているが、その際に同様の一般論が展開されて

(73) なお、判例上、加重特別関係との関係では、特別構成要件を適用できない事情が存在する場合、一般法の適用は許される旨、従来より判示されている。例えば、連邦通常裁判所 1964 年 1 月 14 日判決 (BGHSt. 19, 188ff. (190)) は、引渡し (Auslieferung) との関係で、重い犯罪である公務における文書偽造罪 (348 条 2 項) を適用できない事情がある場合に、文書偽造罪 (267 条) の適用が許されると判示した。また、連邦通常裁判所 1981 年 10 月 15 日判決 (BGHSt. 30, 235f. (236)) は、重い犯罪である自由剥奪罪 (239 条) の未遂に該当する行為が行われたが、同罪の未遂が処罰されていない場合 (当時。現在は未遂も可罰的である。) に、脅迫罪 (240 条) の適用が許されると判示した。

(74) Vgl., BGHSt. 49, 34ff.

(75) Vgl., BGHSt. 49, 34ff. (37)

(76) Vgl., BGHSt. 53, 288ff.

いる⁽⁷⁷⁾。

(iii) 遮断効を認めることの是非

しかしながら、減軽特別関係において特別法の遮断効を認めることにより、以下の点で問題が生じることになる。即ち、減軽特別関係を含め、法条競合は、複数の構成要件間に外延上の重なり合いがある場合に、初めて問題となるものであったが⁽⁷⁸⁾、一般法の適用を否定することで、一般法の構成要件に該当するという事実を、実際問題として骨抜きにしているのである。

減軽特別関係の場合、一般的には、内包における包摂関係が認められると解されている。そのため、特別法の構成要件に該当する場合の一般法の構成要件該当性、さらには一般法と特別法の重なり合いは、一見する限り否定することが困難である。しかしながら、同意殺人罪を例に説明すると、被害者の同意がある事案において、通常の殺人罪の適用を認める結論が受け入れ難いのであれば、遮断効をいわば事後的に認めることで調整するのではなく、端的に、そのような事態は殺人罪の構成要件から除外されていると考える方が自然である。遮断効を認める見解も、これを認めているからには、他のケースと同じような意味で、一般法が成立しているわけではないことを事実上認めていることになる。他方で、内包における特別関係の存在を否定できないため、一般法の構成要件該当性を否定できない、との錯覚に陥っているのではないだろうか。しかしながら、先にも指摘したように⁽⁷⁹⁾、2つの構成要件が、内包における特別関係とは別に、非両立の要素をそれぞれ含んでいるのであれば、外延における重なり合いは一切生じないはずである。以上のように考えるのであれば、殺人罪と同意殺人罪の構成要件は、同意の有無により区別され、相互に排他的関係に立つことになる。

ただし、外延上のイメージとして、前掲【図1】上の(a)異質のように捉えると、実態からは少し離れることになりかねない。現行の刑法典は、同意殺人罪の規定を設けているが、仮に規定が存在しないのであれば、同意殺

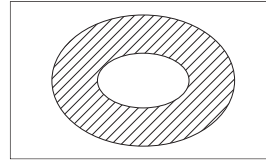
(77) Vgl., BGHSt. 53, 288ff. (293)

(78) 前掲2(3)の議論を参照。

(79) 前掲2(3)の議論を参照。

人罪によりカバーされる事案も殺人罪の規定によりカバーされることになるだろう。その意味で、同意殺人罪の外延を示す円は、殺人罪の外延を示す円の内側に存在すると考えられる。先に図示した (c) 包摂と異なるのは、外側の殺人罪の円が、同意殺人罪の円と重複する

図 2



範囲では、適用対象から外れている点である。つまり、比喩的には、殺人罪の構成要件は、中心に穴の開いたドーナツの形をしていることになる（【図 2】参照。外側の斜線部分が殺人罪。）。このように、(a) 異質ではあるが、(c) 包摂と外延の関係が表面的に類似しているからこそ、多くの論者が、構成要件間の包摂を前提とした特別関係として理解しているのだろう。しかしながら、一般法の外延を示す円の中心に穴が開いているのであれば、2つの構成要件の重なり合いは存在しないため、法条競合とはならない。

理論的に考えてみても、同意殺人罪が殺人罪より軽く処罰される根拠を、被害者の同意の存在に基づく違法性の減少として理解するのであれば⁽⁸⁰⁾、不法の少ない同意殺人罪が成立する場合、全く同じ事案との関係で、不法がより多い殺人罪も成立する余地はない⁽⁸¹⁾。加重特別関係の場合、大（特別法）が小（一般法）を兼ねることができるが、減軽特別関係では逆になるので、小（特別法）は大（一般法）を兼ねることができない。我が国では、従来このような見解⁽⁸²⁾は異説と目されていたように思われるが、支持されるべきように思われる。

なお、以上の説明は、同意殺人罪と殺人罪の関係を例に論じたものであるが、減軽特別関係と位置付けられる他の犯罪との関係でも、同じことが妥当

(80) この問題について本稿では詳しく立ち入らない。法益侵害性が軽微であること、または減少していることを指摘するものとして、西田（橋爪）『各論』15頁、山口『各論』12頁参照。

(81) 仮に責任が減少すると考えた場合であっても、事情は同じである。当該事案で責任が減少することで同意殺人罪が成立するのであれば、それよりも責任が加重されている通常の殺人罪が成立することはないだろう。

(82) 林『基礎理論』224頁（ただし、同『総論』452頁以下においては、この点の記述が削除されている。）、村崎「法条競合論」49頁以下参照。

する⁽⁸³⁾。小は大を兼ねることができない、という点は、減軽特別関係が問題となる場合、常に妥当するからである。それゆえ、減軽特別関係というのは、厳密には存在しえないことになる。むろん、より軽い法定刑を有する特別法が、立法者の意思に基づき事後的に創設されることで、一般法に相当する既存の規定との間で、相互に成立範囲が重複することは考えられる。しかし、この場合も、より軽い特別法が制定されることで、両罪が重複する範囲で、そしてその限りで、一般法の成立自体も否定するというのが、立法者の意思の理解として合理的だろう。そうでない限り、より軽く処罰するという立法の目的が達成されないからである。それゆえ、特別法の制定によっても、構成要件の重複を前提とする減軽特別関係は生じない、ということになる。

(iv) 予想される批判

以上のような説明に対しては、通説も遮断効を認める(=一般法の適用を否定する)形で帳尻合わせをするため、結論的にはそれほど相違しないにもかかわらず、強い批判が予想される。以下では、想定される批判に対して、若干の反論を試みたい。

まず、殺人罪の構成要件上、「同意なく」等の文言が明示されていないにもかかわらず、殺人罪の構成要件をこのように解釈することはできるのか、という(やや形式的な)批判が考えられる。しかしながら、あらゆる犯罪との関係で、構成要件要素がすべて条文上明示されているわけではない。それゆえ、この点は決定的ではないだろう。

また、殺人罪と同意殺人罪の間で重なり合いが認められなくとも、依然として両構成要件の内包において包摂関係が認められ⁽⁸⁴⁾、それゆえ、特別関係として位置付けることができるのではないかと、との反論も考えられる。しかしながら、特別関係に限らず、法条競合が問題となるのは、同一の犯罪事

(83) 我が国では、森林法197条が規定する森林窃盗罪が、窃盗罪の減軽特別関係と説明されることが多いが(山火「法条競合(一)」29頁以下参照)、本文において同意殺人罪との関係で論じたことが、そのまま妥当する。

(84) 山火「法条競合(一)」27頁以下参照。

実に対して複数の刑罰法規を適用できる場合であった。それゆえ、この点が否定されるのであれば、それ以上立ち入ることなく、法条競合はもはや問題とならないはずである。しかも、このような一般論は、択一関係との関係では問題なく承認されている。そうであるからこそ、択一関係を法条競合の下位類型として認めない見解が有力化しているのである⁽⁸⁵⁾。構成要件間の外延における重なり合いが存在しないことを理由に択一関係を法条競合の一類型として否定しつつ、構成要件間の重なり合いのない特別関係を承認するのは、矛盾以外の何物でもないだろう。

上記の点以外では、本稿のように殺人罪に「同意なく」という要素を含めることで、「同意傷害も一律に傷害罪（刑法二〇四条）の構成要件に該当しないとまでするつもりであろうか⁽⁸⁶⁾」という疑問も提起されている。批判の趣旨は必ずしも明確ではないが、おそらく、殺人罪の構成要件に「同意なく」という要素を含めることで、傷害罪においても「同意なく」という構成要件要素を同じように含めることになり、そうなると現行法上同意傷害罪の規定が存在しない以上、処罰範囲における間隙が生じかねない、という趣旨と推測される。

しかし、このような理解は必然的ではない。というのも、傷害罪との関係では、「同意あり」の場合を捕捉する構成要件がもともと存在しない以上、たとえ本稿のような殺人罪の理解を採った場合であっても、傷害罪との関係では、「同意なし」の場合だけでなく「同意あり」の場合も同罪の構成要件でカバーされていると考えることができるからである。このような考え方は、何らおかしくないだろう。

さらに、同意殺人罪を殺人罪の減輕特別関係と捉えない見解に対しては、刑の廃止の場合の問題点が指摘されている。即ち、同意殺人罪が廃止された後に同意殺人の事案が発生した場合、刑の廃止後は免訴にせざるを得ない、との批判がなされている⁽⁸⁷⁾。しかしながら、仮に同意殺人罪の規定が現実

(85) 前掲註7参照。

(86) 町野「法条競合論」439頁註99参照。

(87) 例えば、山火「法条競合（一）」28頁以下は、このような結論を正面から認める村崎「法条競合論」50頁を批判する。また、町野「法条競合論」435頁以下も、減輕特別関係

に廃止され、その際の立法者の意思が、「今後は同意殺人罪の事案を処罰しない」という趣旨であれば、そのような事案で免訴とされても、何ら問題はないだろう。このことは、犯罪事実自体が刑の廃止前に発生した場合であっても、やはり同じである。

これに対し、立法者の意思が、同意殺人罪の規定廃止後は、「同意殺人の事案を通常の殺人罪で処罰する」という趣旨であれば、廃止後に同意殺人の事案が発生した場合も、また、同意殺人の事案発生後に刑が廃止された場合も、刑法6条に従い、軽い同意殺人罪の規定で処理することが考えられるだろう。このような結論は、同意殺人罪を殺人罪の減軽特別関係として認めなくとも⁽⁸⁸⁾、導くことが可能であるため、この結論の正当性を根拠に、減軽特別関係を基礎付けることはできないだろう。

(3) 加重関係と減軽関係の競合？

(i) 本稿の理解に基づく場合

以上のような本稿の理解に基づく場合、同じ基本犯の加重関係と減軽関係が競合する事案は、どのように処理されるのだろうか。この点につき、かつて議論された、同意を得て尊属関係に立つ被害者を殺害した事案、即ち、殺人罪と加重特別関係に立つ尊属殺人罪と、殺人罪と減軽特別関係に立つ同意殺人罪が競合する事案を題材に、考えることとしたい。

通常の殺人罪の構成要件は、本稿の理解によると、「同意なく」という構成要件要素を含むものとして理解すべきであった。そのため、「同意あり」の要素を含む同意殺人罪の構成要件とは排他的な関係に立つ。尊属殺人罪の方は、殺人罪の構成要件に「尊属」という要素を付加した構成要件であるが、「同意なく」「尊属」を殺害した場合と、「同意あり」で「尊属」を殺害した場合の両者の場合に適用されるのか、それとも前者の場合のみに適用されるのか、一見すると明らかではない⁽⁸⁹⁾。

を肯定する立場に基づき、免訴という結論を導く見解を批判している。

(88) 減軽特別類型として認めることが必要と解するものとして、山火「法条競合(一)」29頁以下参照。

しかしながら、仮に、「同意あり」で「尊属」を殺害した場合にも尊属殺人罪は適用されるが、同意がある場合の規定である同意殺人罪が通常は優先すると考えると、例外的なケースでは、尊属殺人罪の適用を許容せざるを得なくなる。このことは、とりわけ尊属殺人罪が規定する重い法定刑（とりわけ、その下限の重さ）に鑑みると、およそ正当化されないだろう⁽⁹⁰⁾。それゆえ、同意殺人罪と通常の殺人罪の棲み分けを認める以上、同意殺人罪と尊属殺人も同じように棲み分けがなされていると考えるのが自然である。つまり、尊属殺人罪の構成要件も、「尊属」を「同意なく」殺害した場合に適用される構成要件、それゆえ通常の殺人罪のみを加重した構成要件として理解すべきことになる。これに対し、202条は「同意あり」で、行為者との続柄を問わず、被害者を殺す場合に適用される構成要件として理解されることになる。

(ii) 従来の学説の検証

上記の主張のうち、結論部分については、以下で見る学説により従前より主張されていたものである。もっとも、同じ結論を導くにあたり、異なる論拠を提示しているので、その内容を確認することとする。

まず、山火説によると、加重構成要件と減軽構成要件が競合する場合、「たんに一方が他方に対して適用できるかどうかを個別的に判断する以外ない。ばあいによっては、加重法を減軽法に適用できるばあいもあるだろうし、その逆のばあいもあるだろう⁽⁹¹⁾」とし、減軽法が優先すると考えるド

(89) 後者の場合のみに尊属殺人罪が適用されるという理解は、実際問題として採り難いだろう。

(90) 同意がある場合の規定が別途存在しない傷害致死罪との関係では、尊属に対する同意傷害による致死事案は、尊属傷害致死罪（旧205条2項）の規定によりカバーされるだろう。それゆえ、同意がある殺人の事案であるからといって、尊属殺人罪の規定からアプリアリに排除されるという思考方法を採用わけではない。しかしながら、やはり、同意がある事案において、尊属殺人罪の適用を認めることはできないだろう。というのも、尊属という属性に基づく刑の加重の性質がどのようなものであれ、同意の存在による刑の減軽分を帳消しにした上で、尊属殺人罪の重い法定刑まで正当化することはできないからである。

(91) 山火「法条競合（一）」37頁参照。

イツの学説が、批判的に検討されている。

これに対し、虫明は、「これ〔山火説のこと—筆者註〕によると、例えば、尊属殺人罪と嘱託・承諾殺人罪が競合した場合、すなわち、嘱託・承諾を得て尊属を殺害した場合には、嘱託・承諾殺人罪の規定が、尊属殺人罪にも適用できるという形で議論され、結局、この場合は刑法二〇二条のみが適用されることになる。しかし、この事例においても、尊属殺人罪と嘱託・承諾殺人罪の両構成要件該当性が認められる⁽⁹²⁾」と批判する。その上で、「刑法二〇二条は、いわば尊属に対する嘱託・承諾殺人罪をも規定したものと解釈できる⁽⁹³⁾」ので、202条で処理できる、との結論が示されている。

しかしながら、両見解については、以下の指摘が可能である。まず、山火説において、虫明が論じるように、文字通り「嘱託・承諾殺人罪の規定が、尊属殺人罪にも適用できるという形で議論され⁽⁹⁴⁾」ることになるのだろうか。もしそうであれば、その趣旨はやや不明瞭である。というのも、刑法の規定は特定の事案に対して適用できるか否かという形で問題となるのであり、ある規定が他の規定に対して直接適用されることはないからである。正確には、同意殺人罪の規定を、同意を得て尊属を殺害した事案に適用できるか否かを問題にすれば足りるだろう。

それでは、虫明説が全く問題がないのかというと、そうではない。この説のように、2つの構成要件該当性を肯定することは、前述した本稿の立場による限り、妥当ではない。ただし、この見解に対しては、別の批判もなされている。

即ち、町野によると、「嘱託殺人罪の構成要件には尊属殺人罪も含まれている⁽⁹⁵⁾」と解する虫明説に対して、「尊属でない者の嘱託を受けてこれを殺しても嘱託殺人罪〔中略—筆者註〕なのであるから、『尊属』〔中略—筆者註〕が〔中略—筆者註〕犯罪の構成要件要素でないことは明らかである⁽⁹⁶⁾」

(92) 虫明『包括一罪』68頁参照。

(93) 虫明『包括一罪』69頁参照。

(94) 虫明『包括一罪』68頁参照。

(95) 町野「法条競合論」418頁参照。

(96) 町野「法条競合論」418頁以下参照。

との指摘がなされている。しかしながら、この批判が適切とは思われない。というのも、「同意あり」の「尊属」殺害の事案が同意殺人罪の規定によりカバーされるのは、同罪が「尊属」であるか否か問わず、「同意あり」の殺害事案をカバーするからに他ならない。それゆえ、同意殺人罪の構成要件要素に「尊属」という要素が含まれていなくとも、特に問題はないだろう。

最後に、町野の説明それ自体にも問題があると言える。論者は、同意ありの規定が存在する殺人の場合のみ、減輕規定が優先するとの結論を導くにあたり、「被殺者の承諾による法益の要保護性の減少（不法減少）が第一次的に考慮され、後者〔202条のこと―筆者註〕が適用されることになる。このような事情がない場合には、被害者の尊属性という責任加重要素を有する刑罰法規（刑法二〇〇条・二〇五条二項・二一八条二項・二二〇条二項）が、それを持たない刑罰法規（刑法一九九条・二〇五条一項・二一八条一項・二二〇条一項）に対して優位法となる⁽⁹⁷⁾」と説明する。しかしながら、同意を得て被害者を殺す場合に不法が減少しているのであれば、減輕規定と加重規定の優劣を論じる以前に、不法の減少を考慮していない尊属殺人罪⁽⁹⁸⁾や通常の殺人罪の構成要件には、そもそも該当しないと考える方が自然であろう⁽⁹⁹⁾。

結局のところ、減輕規定と加重規定が競合する場合、まず、本当に両者とも同一規定との間で特別関係に立つのかについて、精査が必要となる。もっとも、前掲（2）の議論で示したように、減輕規定については、基本的には特別関係が否定されることになる。従来の見解は、内包における包摂関係の

(97) 町野「法条競合論」426頁参照。町野説を基本的に支持する見解として、山口『総論』398頁参照。

(98) 論者は、責任加重要素を有すると説明している。

(99) なお、町野説を基本的に支持する山口『総論』398頁は、「違法加重類型と責任減輕類型が競合する場合」、「犯罪は責任の限度で成立するという理解」に基づき、「責任減輕類型の罰条が優先適用される」と述べる。最終的には、論者は、「結局、減輕類型の罰条が優先適用される」ことを認めているのである。そうであれば、違法減輕類型が問題となる場合も、違法性に関する罰条が優先しているのではなく、減輕を規定する罰条が優先しているように思われる。

存在を根拠に、上記の点の確認を疎かにしていた疑いがある。その結果、減輕規定と加重規定の競合の場合の処理を、必要以上に複雑にしているように思われる。

(4) 同意殺人罪は一般法か？

(i) 同意殺人罪を一般法と解する見解

法条競合の文脈とはやや異なるが、錯誤論との関係においても、同意殺人罪と通常の殺人罪の関係の理解は争われている。即ち、いわゆる法定的符合説⁽¹⁰⁰⁾に立ち、構成要件の重なり合いが認められる範囲で故意犯が成立するとの理解に基づいた上で、同意殺人罪について以下のような理解が示されている。

即ち、「囑託もしくは承諾の存在は殺人行為の違法性を減少させる要素であり、その法益侵害性を根拠付けているわけではない。むしろ通常の殺人罪において、囑託・承諾が欠けていることがその違法性を加重しているといえるのである。このような理解からは、いわば条文の文言を反転させて、殺人罪の構成要件の内容は『その囑託を受けずかつその承諾を得ずに』殺害する行為であり、他方、202条の同意殺人罪は囑託・承諾の存否にかかわらず、いずれにせよ人を殺害した場合に成立するという解釈を採用する余地がある(囑託・承諾を欠く場合には加重類型である殺人罪が優先的に成立することになる)⁽¹⁰¹⁾」、と。

このように理解することで、より軽い同意殺人罪の限度で両罪は形式的に符合することになる⁽¹⁰²⁾。それゆえ、法定的符合説の立場からは、被害者の同意が実際にはないものの、行為者があると誤信して殺害した事案におい

(100) 法定的符合説については、山口『総論』219頁以下などを参照。

(101) 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣、2020)161頁以下(以下では、橋爪『悩みどころ』と表記。)参照。同旨、松宮孝明『先端刑法総論』(日本評論社、2019)119頁、同「みせかけの構成要件要素と刑法38条2項」立命館法学327-328号(2009)866頁以下、安達光治「演習」法学教室526号(2024)97頁参照。なお、今井ほか『総論』420頁〔島田〕も参照。

(102) 橋爪『悩みどころ』162頁参照。

て、同意殺人罪の限度で故意を容易に認めることができる。裁判例においても、名古屋地裁平成7年6月6日判決⁽¹⁰³⁾は、そのような事案において、38条2項に依拠しつつ同意殺人罪の成立を認めている⁽¹⁰⁴⁾。

(ii) 若干の検討

しかしながら、同意殺人罪を上記のような形で理解することについては、以下の点で支持できない。まず、上記の主張のうち、通常の殺人罪を、「同意なく」殺害するという要素を含んだ犯罪として理解すべきである点については、本稿も同じ立場を採るので、問題はない。他方で、上記の見解とは異なり、同意殺人罪の方は、あくまでも「同意あり」の場合に限り成立する犯罪として理解するほかにないように思われる。なぜなら、同意殺人罪について上記の見解は、錯誤論の処理との関係で主張されているものではあるが、同意殺人罪を同意の有無にかかわらず成立する一般法として理解すると、同意がまったく問題とならない通常の殺人の事案においても、同意殺人罪が成立している以上、検察官は同意殺人罪で起訴してもよいという結論を承認せざるを得なくなるからである。しかし、このような結論が妥当であるとは思われない。

この点に関し、確かに、一部の学説により、「殺人罪で起訴されて同意の有無が真偽不明の場合には、同意殺人罪で処罰すること⁽¹⁰⁵⁾」が許される、との主張もなされている。むしろ、具体的な訴訟において同意の有無が争われており、審理の結果その有無が真偽不明であれば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、被告人に有利となる形で同意殺人罪の成立を認めるべきである。この限りでは、論者の指摘は妥当と言える。しかしながら、これはあくまでも「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用した結果を示しているに過ぎない。そうではない場合、例えば、同意が存在しないことが明

(103) 判時1541号144頁参照。

(104) 逆の事案、即ち、被害者の同意が存在するにもかかわらず、被告人がないと誤信して被害者を殺害した場合については、只木「二重評価」351頁以下、松原『総論』263頁註42参照。

(105) 今井ほか『総論』421頁〔島田〕参照。

らかな殺人の事案において、同意殺人罪の成立を認めることは、当該事案に対する適切な法的評価という観点からしても、妥当ではないだろう。

もっとも、以上のような本稿による批判に対しては、同意殺人罪を一般法とする理解は、あくまでも錯誤論との関係で、構成要件間の重なり合いを肯定するためになされているに過ぎない、との再反論も考えられる。仮にそうであれば、同意のない事案で同意殺人罪が適用されるという結論は、錯誤論の処理以外では一切生じないことになる。しかしながら、錯誤論の処理との関係で両罪の関係を修正しておきながら、両罪の成立範囲という意味で、構成要件の外延を変更しないことが本当に可能であるのか、疑わしい。むしろ、錯誤論の解決のため上記のような結論を導くのであれば、錯誤論の枠内でおさまる解決方法を模索する必要があるだろう。

そもそも、法定的符合説の立場に立ちつつ、構成要件間の形式的な重なり合いを必須としない見解⁽¹⁰⁶⁾も学説上有力に主張されている。そうであれば、このような難のある修正を施さずとも、重なり合いを肯定できるのであり、むしろ、そのような方向性が妥当であろう⁽¹⁰⁷⁾。

(iii) 論理的操作による特別法・一般法の決定について

ところで、上記のような同意殺人罪を一般法として理解する見解は、見方を変えれば、何が一般法であり、何が特別法であるのかは自明ではない、という点を示しているとも言える。

例えば、構成要件要素 a を含めない犯罪 X と含める犯罪 Y が存在する場合、①：犯罪 X を一般法と見て、構成要件要素 a を付加した犯罪 Y を特別法と見ることができる。しかし、それ以外の見方も可能である。②：構成要件要素 a を不要とする犯罪 X と構成要件要素 a を必要とする犯罪 Y が排他

(106) 松原『総論』266頁以下、橋爪『悩みどころ』162頁以下、山口『総論』236頁以下参照。これに対し、形式的な重なり合いを重視する見解として、浅田『総論』333頁、松宮『総論』193頁以下参照。

(107) 本稿のように、同意殺人罪と通常の殺人罪を排他的関係と理解する場合であっても、両罪の内包の大部分(非両立の要素以外)では共通性が存在するため、実質的な符合を認めることはできるだろう。

的な関係に立つと見ることもできる。さらに、③：構成要件要素 a を必要とする場合と不要とする場合の両方をカバーする犯罪 Y の方を一般法と見て、構成要件要素 a を含めない犯罪 X の方をむしろ特別法と解することも可能である。

このように、特定の構成要件要素を必要とする構成要件と不要とする構成要件が問題となる場合、それらの構成要件の関係につき、上記3つの見方が可能ということになる。論理的な操作をすれば、いずれも可能ではあるが、各論者が自由に選択すればよい、というものではないだろう。特別法である Y 罪が成立する場合に、一般法である X 罪も成立するのであれば①に、逆に、特別法である X 罪が成立する場合に、一般法である Y 罪が成立するのであれば③に、そして、上記のいずれでもなければ②となる。以上の決定の仕方は、同一の犯罪事実に対する複数の刑罰法規の適用可能性を前提とする法条競合の特徴に沿うものと考えられる。

このような観点から同意殺人罪と殺人罪の関係を見ると、両罪間で一般法・特別法の間接関係を認めつつ、重なり合う範囲で両罪の成立を認めるという法条競合の特徴を維持する限り、同意が存在する事案にもかかわらず殺人罪の適用を許容する、もしくは同意が全く問題とならない事案において同意殺人罪の適用を認める、といういずれも難のある結論を承認せざるを得なくなるのである。このことは、両罪の外延上、包摂関係が存在しないことを、そして実は、内包上も包摂関係が存在しないことを、まさに示していると言える。以上のことから、やはり、両罪は同意の有無により成立範囲の棲み分けがなされていると解すべきである。

4. 補充関係の検討

(1) 総説

令和3年決定で問題となった補助金等不正受交付罪と詐欺罪の関係について、従前より、一部の学説は補充関係として理解していた⁽¹⁰⁸⁾。このような理解によれば、両罪が競合する場合、法定刑の重い詐欺罪が基本法となり優

先して適用され、補充法である補助金等不正受交付罪は、詐欺罪が成立しない場合に限り適用されることになる⁽¹⁰⁹⁾。

この見解に対しては、両罪の関係を上記のように理解することで、詐欺罪の成立を認めることができた事案を、補助金等不正受交付罪で処理していた「これまでの実務の運用が誤ったものとして否定されてしまう⁽¹¹⁰⁾」、という難点が指摘されていた。また、そもそも、この見解に依拠する論者は、その論拠を詳しく述べていたわけでもなかった⁽¹¹¹⁾。いずれにせよ、令和3年決定により、補充関係説という理解も否定されたとの見方が有力である⁽¹¹²⁾。

ところで、両罪が補充関係に立ち、詐欺罪が優先的に適用されるのであれば、重なり合う範囲内において、補助金等不正受交付罪はおおよそ適用の余地がないのだろうか。確かに、学説の中にも、補充関係と解することで、「訴追裁量の余地を見出し難い⁽¹¹³⁾」と指摘するものも見受けられる。

他方で、この点について疑問を抱かせるような主張も、実は従来からなされてきたところである。即ち、たとえ両罪の関係を補充関係と理解した場合であっても、補充法である補助金等不正受交付罪で起訴された場合、同罪で有罪判決を出すことになるので、詐欺罪が優先するので補助金等不正受交付罪は成立しない、との判断が示されることはない⁽¹¹⁴⁾、と主張されていた。

ここでは、詐欺罪が優先するとしながらも、劣後法である補助金等不正受交付罪の適用も完全に除外されていないことになる。つまり、加重特別関係

(108) 前掲註24参照。

(109) 小野上「判批」153頁も、「『偽り』による不正受交付罪の成立が事実上なくなり、『その他不正の手段』による不正受交付罪の成立しか認められないことになる」と指摘する。

(110) 佐伯「補助金の不正受給」81頁参照。

(111) 北島「判批」221頁以下は、特別規定説・観念的競合説の問題点をそれぞれ指摘するにとどまり、補充規定説を積極的に立論しているわけではない。また、古谷「事例」90頁以下は、特別規定説によると、補助金の返還を免れる事案において、二項詐欺罪を適用できなくなることを問題視しているが、補充規定説に依拠しない限り、二項詐欺罪を適用できないというわけでもない。

(112) 富川「判批」161頁、田山「判批」138頁、田中「判批」94頁参照。これに対し、関「判批」31頁註10は、「本決定と補充規定説との関係は、自明ではない」と指摘する。

(113) 小野上「判批」156頁参照。同旨、水落「判批」213頁。

(114) 関「判批」31頁註10参照。

が問題となる場合に、一般法を適用できることと同じことが認められていることになる。そして、このような考えは、前述⁽¹¹⁵⁾した法条競合の前提、すなわち、同一の犯罪事実について、複数の構成要件に該当するという点とも整合性を有する。仮に、このような理解が正しいのであれば、詐欺罪の成立が認められる事案において、補充法である補助金等不正受交付罪で処理されていたのだとしても、実務上も誤りではない、と言えそうである。

以上示したような補充関係説についての理解の相違を踏まえると、補充関係の性質や特徴について、改めて考えることが必要と思われる⁽¹¹⁶⁾。本稿は、詐欺罪と補助金等不正受交付罪の関係を補充関係と解する見解に与するわけではないが、以下で若干の検討を試みたい。

(2) 明示的な補充関係と黙示的な補充関係

補充関係については、特別関係を逆から把握したものにはすぎないという理解も示されている⁽¹¹⁷⁾。つまり、補充法が基本法を包摂しており、基本法が適用されない場合に、補充法が適用されることになる。このような理解は、実質的には、加重特別関係と何ら異ならない。もっとも、このように補充関係を把握する場合であっても、厳密には以下の2つのパターンが考えられる。

1つ目は、補充法にあたる犯罪が、基本法の適用範囲の周辺部分のみをカバーしている場合である。つまり、補充法がいわば外堀を埋めているが、基本法の外延を示す円の内側部分では、補充法の成立が否定されることになる。この場合、先に3(2)(iii)で示した【図2】と同じ関係に立つため、法条競合の一事例と理解する必要はない。結局は、基本法と補充法の間で棲み分けがなされており、同一の犯罪事実に対して2つの構成要件が同時に適用されることはないからである。

(115) 前掲2(2)の議論を参照。

(116) なお、予備・未遂・既遂間を補充関係と理解することについては、前掲2(2)の議論を参照。

(117) 山口『総論』394頁、浅田『総論』491頁(「その内実には違いはない」)、松原『総論』516頁(「補充関係は特別関係に還元することができる」)参照。

例えば、刑法典上の明示的な補充関係として、「前二条に規定する物以外の物を焼損」した場合に成立する110条の建造物等以外放火罪⁽¹¹⁸⁾⁽¹¹⁹⁾や、「前三条に規定するもののほか」を損壊した場合に成立する261条の器物損壊罪に言及する見解が一般的である⁽¹²⁰⁾。しかしながら、これらの犯罪では客体による棲み分けがなされているのであり、108条や109条の客体に該当する場合には110条は適用されず、また、258条から260条の客体に該当するのであれば261条は適用されない。このことは、110条や261条の文言上、明白であると思われ、法条競合は問題とならないはずである⁽¹²¹⁾。

これに対し、2つ目として、加重特別関係における一般法と同様、補充法である犯罪が、外堀の部分だけでなく、基本法である犯罪の適用範囲も含めて成立するというケースも考えられる。この場合、基本法が成立する範囲では補充法も成立しており、その範囲内では法条競合の一場面として位置づけることができる。もっとも、これは先に説明した加重特別関係を逆から見たものに過ぎないので、特別関係とは区別された独自の類型として位置づける意義は乏しいだろう。

また、補充関係の中には、上記で言及した明示的な補充関係とは別に、黙示的な補充関係も存在する。もっとも、黙示的な補充類型との関係でも、基本的には同じことが妥当するだろう。黙示的であり条文上は明示されていないので、解釈の結果として導く必要があるが、ある犯罪が別の犯罪の補充法にあたるという場合、以下の2つのいずれかに該当することになる。即ち、外堀を埋めているだけで、両罪間に重複が存在しない場合、あるいは、重なり合いが存在するものの、実質的には特別関係と同じ場合、のいずれかであ

(118) 109条2項及び110条では公共の危険の発生が必要だが、108条及び109条1項では不要である。それゆえ、客体以外の点でも相違点が認められるが、その点はこの点では措くこととする。

(119) 学説の中には、109条が108条の補充規定である旨、指摘するものも見受けられる(松原『総論』516頁参照)。しかしながら、109条の客体の方が108条の客体より狭いため、外延上、109条が108条を包摂することはないように思われる。

(120) 浅田『総論』491頁、高橋『総論』558頁、井田『総論』582頁註16、山口『総論』395頁(前者のみ言及。)、松宮『総論』331頁(前者のみ言及。)、山中『総論』1050頁(前者のみ言及。)、大塚ほか『大コンメ』194頁[中山]、町野『法条競合論』424頁参照。

(121) 同旨、虫明『包括一罪』77頁(二重評価の生じる余地はないと述べる。)参照。

る。

例えば、155条の公文書偽造罪との関係で、159条の私文書偽造罪は補充法となる、との指摘が一部の学説によりなされている⁽¹²²⁾。しかしながら、仮に、このような主張が上記のうちの後者、即ち、基本法の成立範囲において両罪の重複を認めることを意味しているのであれば、妥当ではない。明らかに公文書の偽造が問題となる事案において、私文書偽造罪での起訴、さらには処罰を認める結論が妥当とは思われないからである。むしろ、私文書偽造罪には、公文書偽造罪にはない客体の制限が設けられているのであり⁽¹²³⁾、その点も加味すると、両罪の適用範囲の重複を認めるよりも、客体による棲み分けがなされていると考える方が自然ではないだろうか。

(3) 交差関係に立つ補充関係？

上記(2)における説明は、基本法と補充法との関係を包摂関係として、もしくは包摂関係に類似した排他的関係として理解することを前提としていた⁽¹²⁴⁾。ところで、先のクルークの見解⁽¹²⁵⁾が示していたように、構成要件の外延における重なり合いとして、包摂関係の他に交差関係も存在した。我が国では、必ずしも一般的ではないが⁽¹²⁶⁾、ドイツでは、補充関係の場合の構成要件の重なり合いの仕方は、交差関係であると説明されている⁽¹²⁷⁾。それでは、交差関係に立つ犯罪間の補充関係について、どのように理解すれば

(122) 山口『総論』395頁、伊藤「法条競合」314頁参照。

(123) 例えば、井田良『講義刑法学・各論(第3版)』(有斐閣、2023)516頁参照。これに対し、私文書と同様の限定を公文書にも認めるべきと主張するものとして、西田(橋爪)『各論』377頁、山口『各論』429頁および441頁参照。

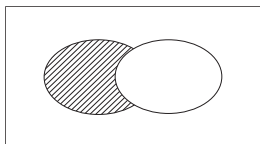
(124) ただし、放火罪相互の関係については、前掲註118参照。

(125) 前掲2(3)の議論を参照。

(126) 我が国の一部の学説は、詐欺罪と補助金等不正受交付罪の関係について、「同罪〔補助金等不正受交付罪のこと—筆者註〕が詐欺罪を完全に包摂する関係にない」(星『現代社会』143頁以下参照。)ことを理由に、補充関係と解することができないと主張している。しかしながら、なぜ補充関係を認める上で構成要件間の包摂関係が必須なのか、定かではない。これに対し、山中『総論』1050頁は、「補充関係の論理構造は、包含関係ではなく、交錯(交差)関係である。」と明確に述べ、「未成年者誘拐罪と営利誘拐罪は、補充関係の一つである」(同1049頁参照。)と理解する。

(127) Vgl., Rissing-van Saan, in: LK, Vor § 52 Rdn. 144 Fn. 492; Roxin, AT, § 33 Rdn. 190.

図3



よいのだろうか。

2つの構成要件が交差関係に立ち、一部で重なり合い、その範囲内で単に重い方の犯罪が基本法となるというのであれば⁽¹²⁸⁾、それは本稿が交差関係⁽¹²⁹⁾という呼び名で扱っているものと同じである。交差関係において、劣後する法の適用も認められているのと同じように、基本法の代わりに補充法を適用するという結論を導くこともできる。

以上とは異なり、2つの構成要件が交差関係の形で重なり合うように見えるが、その範囲では基本法のみが成立し、補充法の方は実は成立していない、ということも考えられる。このように両罪を把握した場合、基本法の外延は完全な円の形を示しているが、補充法の外延を示す円は、完全な円から、2つの構成要件が重なり合う部分を控除したもの、すなわち、円の一部が欠けている状態となる(【図3】参照。左が補充法。)。このように理解するのであれば、本稿が交差関係と呼ぶものとは異なる関係が存在することになる。その意味で独自の存在と言えるが、このように把握する以上、構成要件間の重なり合いは生じないため、やはり法条競合とはならない。

ところで、詐欺罪と補助金等不正受交付罪の罪数関係について検討する際、「ただし、刑法に正条あるときは、刑法による」旨の規定⁽¹³⁰⁾が補助金等不正受交付罪との関係で置かれていないことを、どのように理解するかが

(128) これに対し、補充関係に立つ犯罪のうち、基本法にあたる犯罪の法定刑の方が軽いということはあり得るのだろうか。そもそも、法定刑がより重い補充法が、基本法を「補充」しているという表現には違和感がある。仮に存在するとしても、軽い基本法が成立する以上、法定刑の重い補充法が重なり合うということは認められないだろう。これを認めると、減輕特別関係の場合と同じ問題が生じるからである。

(129) ただし、論者によっては択一関係と呼んでいることについては、前掲註6参照。

(130) 生活保護法85条や国民年金法111条などの規定には、このような但書が置かれている。なお、星『現代社会』182頁は、このような但書が置かれている犯罪についても、詐欺罪を完全に包摂する関係が認められないことを根拠に、補充関係と理解する見解に対して難色を示している。しかしながら、両罪の構成要件間が交差関係に立ちつつ、重なり合う部分については補充関係が成立するとの理解もあり得るだろう。この点につき、前掲註126も参照。

問題となる。両罪を特別関係と理解する見解は、このような規定が存在しないことを自説の根拠とするのに対し⁽¹³¹⁾、このような規定がなくとも、個々の罰則の解釈により、補充関係が基礎づけられることもある⁽¹³²⁾と指摘されている。

先にも述べたように⁽¹³³⁾、両罪の構成要件間で完全な包摂関係は存在しないので、補充関係を認める場合であっても、構成要件の重なり合いとして交差関係を前提にした上で認めることになる。そうであれば、これまで論じてきたことが示しているように、補充関係と言いつつも、実質的に択一関係に解消される、あるいは、詐欺罪と重なる範囲で補助金等不正受交付罪の成立それ自体が否定される、のいずれかとなる。

もっとも、後者を採ると、補助金等不正受交付罪は詐欺罪における欺罔行為以外の手段を行った場合に限り成立することになり、その意味で、成立範囲が大きく縮小することになる。それに伴い、補助金等不正受交付罪のみに規定されている罰金刑や両罰規定が一切適用できなくなるという不都合が生じることにも鑑みると、仮に補充関係説を採る場合であっても、前者のように解すべきであろう。結局、このように考える場合であっても、結論としては択一関係として理解する見解と軌を一にすることになる。

5. 結語

本稿で論じたことをまとめると、以下のとおりである。従来の学説は、減輕特別関係を法条競合の一類型として位置付けること⁽¹³⁴⁾について、問題はないと理解していた。しかしながら、減輕特別関係が問題となる場合、2つの構成要件の外延上、重なり合いを認めることはできない。重なり合いがな

(131) 安原「補助金適正化法」19頁以下参照。

(132) 佐伯「補助金の不正受給」76頁参照。具体例として、軽犯罪法1条31号の罪と業務妨害罪の関係、鉄道営業法29条1号の無賃乗車の罪と詐欺罪の関係が言及されている。なお、後者については、星『現代社会』170頁以下も参照。

(133) 前掲1(2)の議論を参照。

(134) 前掲1(3)におけるB参照。

い以上、法条競合が生じることはない。逆に、重なり合いを認めると、より重い一般法の構成要件による処罰を認めることになり、その限りで、減輕構成要件を規定した立法者の意思が無視されることになる。以上のことから、減輕特別関係は、実は法条競合の一類型ではないということになる。つまり、特別関係については、特別法の構成要件が、一般法の刑を加重する場合に限り、法条競合が認められることになる⁽¹³⁵⁾。

また、補充関係の事例についても、実質的に特別関係に解消できるもの、もしくは特別関係と類似しているものの、重なり合いが生じないもの⁽¹³⁶⁾、あるいは、交差関係に解消できるもの、もしくは交差関係と類似しているものの重なり合いが生じないもの⁽¹³⁷⁾、のいずれかが存在するに過ぎなかった。その意味で、補充関係を法条競合論の議論の中で独自に採り上げる意義は見出しがたい。

それでは、なぜ、補充関係につき、このようなことが生じるのだろうか。それは、2つの構成要件の重なり合いの仕方としては、先に【図1】⁽¹³⁸⁾で示したように包摂関係か交差関係の2つしかありえず、特別関係が包摂関係に、(紛らわしいが)本稿が交差関係と呼んでいるものが交差関係に、それぞれ対応しているからである。構成要件の重なり合いとして2種類しかないにもかかわらず、法条競合の下位類型として3つ設定するとすると、そのうちの1つは行き場所がなくなることになる。それが、補充関係である。結局、補充関係も、構成要件の重なり合いが生じていることを否定できないのであれば、上記のいずれかに解消するほかない。そうでないのであれば、そもそも構成要件間の重なり合いが存在しないということになる。

ところで、特別関係、すなわち2つの構成要件が一般法と特別法の関係に立つ場合、「特別法が一般法に優先する (lex specialis derogate legi generali)」と理解されてきた。このような一般的な法命題は、一見すると否定する余地がないものである⁽¹³⁹⁾。しかしながら、構成要件間の論理関係⁽¹⁴⁰⁾のみに着目

(135) 前掲3(2)(iii)の議論を参照。

(136) 前掲4(2)の議論を参照。

(137) 前掲4(3)の議論を参照。

(138) 前掲2(3)の議論を参照。

すること、換言すれば、論理関係それ自体を一人歩きさせることは適切ではない。というのも、そうすることにより、法条競合として位置づけるべきではない減軽特別関係についても、加重特別関係と同じく、法条競合に位置づけられるという誤解を招くおそれがあるからである。また、同意殺人罪を一般法とみる見解⁽¹⁴¹⁾が存在したことからも分かるように、何が一般法か・特別法かは、条文の論理操作によって一定程度は変更可能である。その意味で、特別法が優先するといっても、実はそう明確ではなく、そのように述べるだけでは、不十分である。

それでは、加重特別関係の關係に立つ横領罪と業務上横領罪が競合するとき、または殺人罪と旧尊属殺人罪が競合するとき、なぜ後者が優先するのだろうか。それは、行為者が行った犯罪行為が両者に該当するのであれば、後者を適用しない限り、行為者が実行した犯罪行為の不法・責任を十分に評価できないからだろう。行為者が業務上横領行為を行った場合、その行為に対して単純横領罪を適用しただけであれば、その行為が「業務上」実行されたという要素は評価されないことになる。同じく、行為者が尊属を殺害した場合に通常の殺人罪を適用すると、被害者が「尊属」であるという属性が犯罪行為の評価から抜け落ちることになる。このような事態は、「業務上」・「尊属」という要素を立証できないという事情が存在する場合に、そのように処理されるのであれば差し支えない。しかし、そのような事情が存在しない通常の場合、行為者が実行した行為を余すところなく評価することが要請される。それゆえ、通常は業務上横領罪や旧尊属殺人罪が優先することになる。

そして、以上のような、加重特別関係の場合に特別法である規定が優先する理由は、実は、交差関係の場合にも同様に妥当するのではないだろうか。従来は、例えば、横領罪と背任罪の両者が成立する場合、通常はより重い横

(139) 山口『総論』397頁は、「当然のこと」と指摘する。その他、浅田『総論』491頁、高橋『総論』558頁も参照。

(140) 例えば、井田『総論』582頁は、「特別関係と補充関係は、いずれも適用可能な複数の法規の間の論理的な関係によって1つの法規の適用が優先し、他が排斥される場合である」〔強調は筆者による一註〕と指摘する。その他、浅田『総論』491頁、松宮『総論』330頁及び332頁参照。

(141) 前掲3(4)の議論を参照。

領罪で処理すれば足りるとされていた⁽¹⁴²⁾。しかし、なぜ法定刑が重い方であればよいのかは、明らかではない。

学説では、「軽い方の罪で処断するだけでは、重い犯罪類型を実現していることを評価し尽くしえない一方、重い方の罪で処断すれば、軽い犯罪類型を実現していることを評価し尽くしうる⁽¹⁴³⁾」という説明もなされている。しかし、交差関係では、構成要件間に包摂関係が存在するわけではないので、重い方の罪による処断が軽い方を「評価し尽くしうる」ことはないだろう。もっとも、この点については以下のように説明が可能である。即ち、交差関係で問題となる両罪の成立要件にはズレがある(=内包での重なり合いは薄い⁽¹⁴⁴⁾)ため、ここでは、同一の犯罪事実をいわば別の角度から評価していることとなる。比喩的には、一方で円錐を真上から見て円として把握し、他方で真横から見て三角形として把握していることになる。この場合、どちらで把握した場合であっても、円錐の全体を把握することはできない。しかしながら、より重い法定刑を規定している横領罪は、行為者が行った実行行為の不法・責任を(横領罪と背任罪の法定刑の相違は小さいため、僅かではあるが)背任罪よりも広い範囲で評価していることになる。それゆえ、法定刑が重い横領罪で評価する方が、通常は望ましいということになる。

現在の我が国において、交差関係で問題となる構成要件間にズレがある以上、両罪とも適用して観念的競合として処理し、それにより行為者の実行した犯罪を余すところなく評価すべきであるという見解⁽¹⁴⁵⁾は、広い支持を得ているとは言えない状況である。しかし、観念的競合ではなく法条競合の交差関係として処理する場合であっても、行為者の犯罪行為を、(構成要件間にズレがあるので余すところではないが)どちらの構成要件が、より重い法定刑を基礎づけるという意味でより広い範囲で評価しているのか、という視点を持つことは必要と思われる。

(142) 前掲註30参照。

(143) 林『基礎理論』224頁、同『総論』453頁参照。

(144) 前掲2(3)の議論を参照。

(145) 前掲註4参照。これを認めると、交差関係は法条競合の中で存在しなくなることが指摘されている。松原「何のため」218頁参照。

以上のような本稿の理解が適切であるならば、特別関係と交差関係は、2つの構成要件の重なり合いの仕方が違うという点以外、全く同じということになる。これは、両者が法条競合という1つの罪数形態の中の下位類型である以上、きわめて自然な理解であろう。従来の学説は、減輕特別関係という、法条競合としては存在しえないものを法条競合の中に含めてしまったため、自ら法条競合の統一的理解を放棄してきたと言える。しかし、このような処理が妥当でないことについては、たびたび指摘したとおりである。

ところで、本稿ではあえて交差関係という用語法を使用したのが、周知のように、横領罪と背任罪の関係や未成年者拐取罪と営利目的拐取罪の関係については、択一関係という用語も多用されていた⁽¹⁴⁶⁾。本稿は、他の論者の用語法を否定することまで、主張しているわけではない。もっとも、ここでいう択一関係とは、2つの構成要件の重なり合いを部分的に肯定した上でのものである以上、排他的という意味以外で使われていることになる。ということとは、行為者の実行行為との関係で、「両方の構成要件に該当するが、どちらか一方（通常は重い方）のみで処理する」という意味になるのだろうか。もし仮にそうであれば、このことは、択一関係（＝交差関係）だけでなく、法条競合に属するすべてのケースについて妥当する事柄ではないだろうか⁽¹⁴⁷⁾。その意味で、本稿において交差関係と呼んでいるものに限り択一関係と呼ぶこと自体、ある意味ミスリーディングではないだろうか。

法条競合は、同一の犯罪事実に対して、複数の犯罪の構成要件該当性が認められる場合に問題となる。構成要件の重なり合いの仕方として、包摂関係もしくは交差関係の2パターンがあり、二重評価を回避するという目的のも

(146) 前掲註6参照。

(147) 令和3年決定の評釈の中には、詐欺罪と補助金等不正受交付罪の罪数関係を、法条競合ではなく観念的競合と理解してこそ、検察官の訴追裁量権が理論的に基礎づけられるというものも見られる（小野上「判批」156頁参照。）。確かに、論者も指摘するように、法条競合において一罪とする根拠と、検察官の訴追裁量権とは次元の異なる問題として、位置づけるべきである。それゆえ、交差関係の場合も、検察官が起訴しない限り、その一罪性が確定していないというわけではない。本文で述べたように、重い方の犯罪の適用が、犯罪事実の適切な評価という観点から望ましいのである。むろん、このような場合において、検察官が訴追裁量権を行使して、軽い方の犯罪を起訴することも許される。

と、重なる範囲内では択一的な適用が認められることになる。行為者が実行した犯罪事実を、余すところなく又はなるべく広い範囲で評価することが要請されるため、より重い方の一罪で処理するのが基本となる。あくまでも基本がそうであるため、例外的な事情が存在する場合、法定刑が軽い方の犯罪で起訴することも否定されない。以上は、法条競合の全ての場合に妥当する。

法条競合については、刑法総論の体系書や教科書で言及されていても、詳細に論じられることは少ない。本稿が法条競合についての議論を喚起するのであれば、望外の喜びである。

(本学法学部客員研究員)