

# 法条競合論一考

小 田 直 樹

はしがき

- 一 法条競合論の実践的意義
- 二 法の適用過程と法条競合論の役割
- 三 まとめ得ぬままに—司法改革と理論教育の行方—

はしがき

罪数論の位置づけ方には様々な意見があり、筆者自身の見解は固まっていない。一応、広義の罪数論は狭義の罪数論と犯罪競合論から成り、「犯罪の単複を論じる」前者は犯罪論に位置するのに対して、「犯罪が数個あるとされた場合の科刑上の扱いを論じる」後者は刑罰論（量刑論）に位置するという見方<sup>(1)</sup>でよいと思われる。犯罪競合論も犯罪論に位置づける見解<sup>(2)</sup>があるが、「数罪の法的性質と科刑上の扱いの関連性を考える」ために「便宜的」にそれが許される<sup>(3)</sup>としても、量刑事情は犯罪論で扱う「法的性質」には限られない以上、「科刑上の扱い」を語る視角は犯罪論を超えと言わざるをえないであろう。研究者の体系書が個別的な情状問題に踏み込むことは難し

---

(1) 山火正則「罪数論と犯罪論」現刑6巻7号(2004)31頁を参照。これによれば、「狭義の罪数論」の独自性を主張する見解が犯罪の本質論との関わりを重視して犯罪論に位置づけることを訴えるが、犯罪競合論を射程に含める見解が罪数論を刑罰論に位置づける傾向を示すことも理解できる。両者の相違を強調するものとしては、中山義房『大コンメンタール刑法第4巻[第2版]』(1999)169頁を参照。

いから、「犯罪競合」の叙述が包括一罪や科刑上一罪・併合罪の境界問題を扱うことになるとしても、つまり、結果的に「法的性質」と関係のある競合関係を語るに止まることが多いとしても、それは正に「便宜的」にそうなるのだと思われる。「科刑上の扱い」では量刑の準則をより精密化する議論が必要なのであり、実務との架橋を求められる今後の刑法学としては、応分の力をこの部分に注いで刑罰論の充実を期すべきであろう。とはいえ、そのような議論の準備はできておらず、本稿は、罪論数の入口を扱うに止まる。

本稿は、「犯罪競合」の一角を占める「不可罰的事後行為」に関する判例<sup>(4)</sup>を評釈する機会に、狭義の罪数論に位置づけられる法条競合（とりわけ吸収関係）と、その一罪性には異論もある（科刑上一罪と捉える見方も有力な）包括一罪（いわゆる吸収一罪）の関係について苦慮したこと、それと共に、このような問題の解決に正しい位置づけ方を与えるには、伝統的な枠組みの中に止まっていたのでは無理があり、「訴訟手続に基づいて実現されるべき実体法論理（への組み換え）」という発想が必要なのではないかという思いに至ったことに起因する<sup>(5)</sup>。以下では、「法条競合」の捉え方を縦系にし、また、実体法と訴訟法の架橋をめぐって、鈴木茂嗣教授の二元的な犯罪論体系の構想<sup>(6)</sup>に対する評価を横系にして、伝統的な実体法論理の描く世界を実務的判断に架橋するために何が必要かを考えてみたい。

---

(2) 林幹人「罪数論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論Ⅱ』（1990）269頁は、処断刑の相違を「実体的な根拠」から語るべきだとして、罪数論を刑罰論に位置づけることに批判的である。只木誠『罪数論の研究』（2004）257頁以下（初出は刑法40巻2号（2001）147頁以下）、270頁は犯罪論への位置づけを明言する。

(3) 山火・前掲（注（1））31頁。

(4) 最大判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁（いわゆる「横領物の横領」に関して、「不可罰的事後行為」の論理をとらず、その成立を認める判例変更を示した）。

(5) 拙稿「判批」判評550号（判時1870号）39頁以下、43頁を参照。

## 一 法条競合論の実践的意義

1 構成要件標準説<sup>(7)</sup> 狭義の罪数論, すなわち, 「犯罪の単複を論じる」基準が構成要件の充足を出発点とすることに異論はないように思われる。確かに, 「構成要件」だけで解決されるわけではなく, 結局は, その要素でありうる「意思・行為・結果・法益など一切の事情を総合的に判断しなければならない<sup>(8)</sup>」にしても, 罪刑法定主義を承認する限り, 犯罪が構成要件該当性で限界づけられることは争いようがない。その上で, 罪数の判断は, 論者が「構成要件」にいかなる意味を与えるかに依存することになる。刑法的な評価に用いられる枠(定型)としての性格には大方の了解があるものの, この枠に何を盛り込むかに様々な議論がある。構成要件標準説が「何も物語っていない」<sup>(9)</sup>とも評価される<sup>(9)</sup>のは, いわば, 枠を使うことに合意しても, どのような「枠」かにおよそ合意がなく, 何も決まらないに等しいからであろう。「構成要件」とは何か(その「充足」とはどういう状態か)という問いが構成要件標準説の抱える根本問題である。この問いに答えることは, 刑法学(とりわけ犯罪論)の体系構成を語ることであり, 場合によっては, 刑法全

---

(6) 鈴木茂嗣『刑法総論 [犯罪論]』(成文堂, 2001)は, 筆者が院生として指導して頂いた頃から, 教授が構想されていた<実体論と認定論の二元構造をもつ犯罪論体系>を具体化されたものである(以下では, 「鈴木・総論」で引用する)。

(7) 構成要件標準説とは, 小野清一郎「犯罪の単複と構成要件」『犯罪構成要件の理論』(1953) 333 頁以下(論文の初出は 1943 年)に由来する, 「構成要件を一回充足する事実あれば一罪であり, 二回充足する事実あれば二罪である」という命題を意味する。その歴史的意味・比較法的意味については, 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第 14 号(1966) 1 頁以下が詳しい。

(8) 中山・前掲書(注(1)) 171 頁。小野・前掲書(注(7)) 130 頁が既にそのスタンスであった。

(9) 平野龍一「罪数」法セミ 144 号(1968) 42 頁。平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975) 407 頁は「一罪」の多義性に応じた基準の相違を強調する。

体を語ることだと言っても過言でないほどの意味が伴う。だからこそ、研究者はこの問題を安易に処理できず、余りにも多くのことが語られる。ひとまず、「構成要件」に関する今日の一般的な理解<sup>(10)</sup>を前提として、罪数論への影響を考えてみると、次のように言えるであろう。

ひとまず、客観主義（行為主義）を前提とすべきだから、それは「行為」の類型と捉えられ、「意思」標準説はそのままでは採用し難い。それでも、「行為」の評価には刑法の目的に応じた制約が伴い、いずれにせよ、「行為」の単一性を根拠に一罪で処断する観念的競合の規定（54条1項前段）がある以上、その前提（反対解釈）として、「行為」標準説も主張し難い。そこで、「意思」や「行為」は犯罪競合論で重要でありうるに止まると捉えられる<sup>(11)</sup>。その結果、「構成要件」を形成する諸要素のうち、特に「結果」や「法益」が重視されることになるのは当然の流れだといえよう。

しかしながら、これらの点も「客観主義」や「行為」に共通理解があつてこそであり、実はそれが論争の種である<sup>(12)</sup>。すなわち、「行為」の構造分析から刑法的評価の制約を語る目的的行為論の体系（人的不法論・責任説）に対する態度決定が「構成要件」論に強く影響する。いわゆる新客観的違法論の主張によれば、「客観主義」は社会規範違反としての客観的な（一般人基準の）評価を要請する。一方で、事情認識は「行為」の性質を左右しうる、行為者（の立場におかれた一般人）に与えられた情報量の問題として切り離

---

(10) 例えば、曾根威彦・川端博「<<対談>>構成要件論の現代的課題」現刑6巻10号（2004）4頁以下を参照。以下で用いる、説明の言葉は、概ねこれに従う。

(11) 科刑上一罪の一罪性の理由付けで、反対動機を踏み越える「意思」の単一性が重要な基準とされる。「行為」の重要性については、下記注（13）を参照。

(12) 罪数論は刑罰論への架け橋であるために、教育刑主義を基調とする行刑実務の前提として、また、行為者の動機に強い関心を寄せる（社会意識と）裁判実務の実態から見て、「意思」も無視できない要素である。小野・前掲書（注（7））374頁は、著者が犯罪論において重視する「反道義性」に結びつく流れとして、東洋の刑法思想に独自の「主観主義」があることを指摘していた。

すべきでないから、「意思」の知的側面は「構成要件」に取り込むべきだと主張される。他方で、主観主義とは一線を画するにしても、社会的に、目的(動機)の実現過程を人の態度(人格の展開)として一体的に把握することを重視するのであれば、「行為」を自然的な動静で分断することには否定的になる。そこで、「構成要件」の下で一罪性を決めるとしても、いわゆる構成要件的故意(認識～実現意思)の限度では「意思」も標準になるし、一連の動静の包括評価では「行為」の把握が決定的な意味をもちうるわけである<sup>(13)</sup>。

加えて、「構成要件」にどんな機能を担わせるかは合目的性の問題でもある。例えば、罪刑法定主義が担う自由保障機能を絶対視するのなら、形式的な把握(行為類型説)で、刑法的評価の対象を特定することが望ましい。すると、一方で、法益は実質的な違法評価と密接不可分のものとして「構成要件」から切り離される可能性がある。「法益」標準説は構成要件標準説を超える、いわば「違法標準説」と位置づけられる。他方で、犯罪個別化機能を徹底するのなら、故意に関わる「意思」を「(責任)構成要件」に取り込む必要があるから、「意思」標準説も構成要件標準説の枠内で語られる。両者について、「構成要件」の理解を異にする立場から見れば、同じ標準が全く異なった位置づけを与えられる。すなわち、一方では、法益保護機能を重視して法益侵害の存否を精密に判断するために「構成要件」の実質化を推進す

---

(13) 最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁を契機に観念的競合にいう「一個の行為」の議論が活性化して、それが学界の罪数論を深化させた(刑法21巻2号の特集を参照)といわれる。歴史的な背景もあり(小野・前掲書(注(7))376頁を参照)、ドイツ刑法学の影響もあって、それが罪数論の核心に位置するようにも見える。只木・前掲書(注(2))257頁以下は、そこを起点にした「罪数論の現状」を示している。観念的競合の一罪性を違法責任減少説で語り、その基礎として意思の単一性(責任判断)を重視する結果、(だから犯罪論の枠内で)量刑論の前提となる実体法論理を純化(手続法上の効果と切断)すべきであり、実体法の評価機能(観念的競合の明示機能)を徹底するためにも、構成要件的な二重評価は許すべきだという。ここには、「評価」目的毎の罪数論の階層的(体系的)把握が認められる。

る立場（違法類型説～存在根拠説）なら、「法益」標準説は正に構成要件標準説であり、他方では、「構成要件」の客観化を前提にして主観的事情をその枠外に位置づける立場なら、「意思」標準説は「責任標準説」と名付ける方がよいことになる。かくして、刑法学における論理は交錯しうるから、「構成要件標準説」を主張していても、同床異夢の主張が相並んでいても何ら不思議でないのである<sup>(14)</sup>。

混迷を更に深刻にする要因として、実体法が扱う「実体」に関する考え方の相違もある。元来、実体法学は実在という意味での「実体」に関わる理論でありうる。このような認識なら、例えば、「一般的行為」論は実在たる行為（評価対象）の構造分析に純化した形で独自の地位を与えられ、「構成要件該当行為だけを問題とすればよい」とは言えず、限界要素の機能だけで行為を捉えるべきでない<sup>(15)</sup>。しかし、刑法学は規範それ自体を扱うのであり、ここでの「実体」は、「実体裁判」という言葉にも通じる、刑罰権の存否に関わる規範的命題の部分ともいえる。すると、「構成要件」の枠内に入り得ない「行為」を論じること（一般的行為論）は不毛であり、「構成要件該当行為だけを問題とすればよい」といえる<sup>(16)</sup>。要するに、実体とは、法の扱う対象事実（実在）なのか、法（法的判断）に現れる権利・義務の発生・消滅に関わる規範的（道義的）な命題（一般意思・社会意識）なのか、そこに見

(14) 研究者はこのような不確実さの中で刑法を語るのだが、「体系書」と呼ばれる（に値する）ものは、なぜそう考えるのかを前提で語っている。そこで、罪数論の研究が低調だったという評価は必ずしも正しくないであろう。構成要件標準説によれば、「構成要件」をめぐる議論は、全てが罪数決定の基準になりうるものであり、そのような議論は、やりすぎの観がある程に、活発になされてきたからである。

(15) 曾根＝川端・前掲（注（10））10頁で、曾根教授が「犯罪の実体、本質」を語ることが実体刑法の犯罪論とされる場合、この方向性にあると思われるため、「構成要件論」の前に「行為論」を位置づけることは了解できる。ところが、その「行為論」に「行為でないもの」とを峻別する働きを見出す（同11頁）のは、不整合の観を否認ないと思われる。

解のズレがある。ここに起因する曖昧さが罪数論に影響して、様々な言葉が生まれ出した結果、見取図を描き辛い事態に至っているように思われる。

すなわち、「実在」を語る立場なら、「構成要件」の枠を超えた「行為」が想定され、そこに注目した一罪評価の地平が開かれうるが、通説的であった後者の立場では、「構成要件標準説」を名乗りながら、一旦は無益だとした「一般的行為」に左右されうる包括的な一罪評価の地平を別に確保しなければならない。しかも、それを「構成要件」に関係づけた「命題」の形式で語る必要がある。ここで使われたのが、該当判断とは相違しうる、充足や内包・外延という言葉だと思われる<sup>(17)</sup>。つまり、「行為」把握が「構成要件該当性」の枠に縛られるために、「内包」で語れない一罪評価の問題を、「構成要件」の「外延」問題と位置づけて、「該当」しても「充足」しないという判断で説明することがその核心であったであろう。しかし、「該当」と「充足」の関係は不明確であり、「構成要件該当性」があり（阻却事由がなく）犯罪が成立する場合に、それでも「充足」しないというのは、犯罪の成否と罪数論の乖離を意味することになる<sup>(18)</sup>。とすれば、その時に、罪数の決定基

---

(16) 曾根＝川端・前掲（注（10））10頁で、川端教授が「犯罪の認定論」を意識して「実践的な意義」の観点で違法類型説（原則例外説）を主張される場合は、この方向性にあると言えよう。「犯罪の実体、本質」を直接に語るわけではなく、背景論理として扱うから、「違法性の本質論」の位置づけが曖昧になることは曾根教授の指摘の通りであろう。

(17) 「内包」と「外延」については、団藤重光『刑法綱要〔改訂版〕』（1979）430頁以下を参照。これらの用語に対する批判的分析は、村崎・前掲（注（7））14頁以下が詳しい。なお、団藤重光『刑法綱要〔第三版〕』（1991）435頁以下は、用語上の混乱を避けて、「内部的な該当性」と「外部的な包括性」に訂正されている。

(18) 「該当」と「充足」の関係について、虫明満『包括一罪の研究』（1992）12頁を参照。そこで、村崎・前掲（注（7））47頁は、「罪数は犯罪の成否を問題にするのではなくして、成立した犯罪をどのように数えるかを問題にする」という。虫明・前掲書24頁は、罪数は「成立する犯罪の数」だが、「犯罪成立要件を満たした後の段階で、初めて問題となる」という。これは「広義の罪数論」に関わる話のようである。

準が改めて問われざるを得ない。だからこそ、「罰条適用」の独立化（構成要件評価から区別された罰条評価）が語られることになるのだと思われる。

しかしながら、犯罪の成否は法令の適用でこそ理由付けられるとの見方もある<sup>(19)</sup>。実務との関係で語れば、そのような把握の方が素直であろう。それ故に、「罰条適用」過程を犯罪成否の判断から独立化させるのなら、「実体法論理」の枠内にその過程を組み入れて、そこでの理論の展開（変容の存否）を問題にする必要があるのではなかろうか。実体法学は「法令の適用」を、訴訟上の実践と見て、解析しないままで済ませる傾向が強かった。「実体」理解に応じて、「実在」そのものに眼を向ける<sup>(20)</sup>か、使われる「規範」そのものに眼を向けるかで、二極化するのが通常である。「実践」たる評価は、「実在」と「規範」の関係を発見する作業に過ぎず、そこで問われるのは手続の規制（訴訟法学の課題）だと捉えるからであろう。しかし、「法令の適用」は法解釈と判断を含む。この部分は単なる「手続」を超えるかもしれない。刑法学は理論を示して、その実践は専ら個々の法律家に委ねると言っていてよいか問題である<sup>(21)</sup>。理論と実務の架橋が求められる今日、「罰条適用」論の見取図を描くことは重要だと思われる。それこそが実務の現場だからである。従って、実体法学と訴訟法学が両方から越境した主張を展開しあい、この部分を埋めていくべきであろう。罪数論という視角で早くから「越境」を試みられたのが、鈴木茂嗣教授であった<sup>(22)</sup>。以下では、教授の主張を

---

(19) 罰条の「適用」があつてこそ「成立」を認められると明言するのが、町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（1990）409頁以下、414頁である。

(20) 林・前掲（注（2））284頁注（17）は、犯罪は「犯されたそのときに成立」し、「裁判所が『罪となるべき事実』として犯罪事実を認定した以上、刑罰法規が適用される前に」成立を認めてよいという。「実在」を語る実体法学者の視点を示すものと思われる。

(21) 司法改革で導入される裁判員制度の下では、この「法律家」の立場に素人の裁判員がおかれる状況になることを考える必要もあるだろう。



確認しながら検討を進めていくことにしたい。

2 本来の一罪と評価上一罪 通常<sup>(23)</sup>の理解では、構成要件標準説の下、複数の構成要件に該当するよう見えても、それらの相互関係から見て、片方で評価すれば足りるため、一罪しか成立しないのが法条競合であり、特別関係・補充関係・吸収関係及び択一関係の四種が考慮される。法条競合は本来の一罪であり、単純一罪に加えて、実体法上の一罪であることに根本的な異論は見られない。しかし、「該当」評価で考えれば、数罪が成立しうるとも言えるため、「成立」後の「数え方」で一罪になるとの把握もある<sup>(24)</sup>。加えて、吸収関係や択一関係はそれが法条競合であるかにも異論がある<sup>(25)</sup>。法条競合という思考が必要なことは確かでも、その射程や本質は未だ不明確である。

争いがないのは特別関係であり、横領罪(刑 252 条 1 項)と業務上横領罪(刑 253 条)の関係はこれにあたる<sup>(26)</sup>。二つの構成要件は文言上で重なり合い、特別法(優位法)たる業務上横領罪が成立する場合は、一般法(劣位法)

(22) 特に「罰条適用」論の独立化という構想は、鈴木茂嗣「罪数論」『現代刑法講座 3』(1979) 283 頁以下の影響が大きい。鈴木・総論の体系構成で罪数論が実体論(第 4 章)・認定論(第 5 章)の後(第 6 章)に位置しているのは、その反映であろう。

(23) 法条競合論の基本的文献として、村崎・前掲論文(注(7))、鈴木・前掲論文(注(22))、町野・前掲論文(注(19))、林・前掲論文(注(2))、虫明・前掲書(注(18)) (初出は、虫明満「法条競合と包括一罪(1-4・完)」香川法学 2 卷 1 号(1982) ~ 5 卷 2 号(1985)) の他、山火正則「法条競合の諸問題(1-2・完)」神奈川法学 7 卷 1 号(1971) 1 頁-2 号(1971) 13 頁がある(これらは、以下では著者名・頁数のみで引用する)。

(24) 注(18)を参照。林・前掲 275 頁は、「一個の事実、すなわち一個の意思・行為・結果に対して二個の犯罪が成立するが、一個の不法、責任内容しか存在しないために、一個の犯罪として処断される場合」と定義する。虫明 26 頁は、「行為の違法性、責任を問題にするまでもなく」というので、同 24 頁の記述と対比すると、法条競合に関する限り、「成立」以前に処理が決まる競合問題と捉えているようである。

(25) 鈴木 289 頁以下を参照。「包括」と区別される「交差」の関係として「択一関係」の独自性を認める立場として、平野・前掲書(注(9)) 411 頁、林 275 頁を参照。

たる横領罪は問題になりえないといわれる。すなわち、業務上横領罪の構成要件は横領罪の構成要素を全て含んでおり、その成立を認めるのなら、横領罪の評価も済ませたことになる。ここで両罪の成立を認めると、同一事実の二重評価になる。業務上横領罪のより重い法定刑は横領罪で処罰する意味（処罰価値）を当然に内包したものとして設定されている。それ故に、横領罪の規定を重ねて適用する余地はない、と<sup>(27)</sup>。

しかし、ここでの「成立」とはどんな意味だろうか。犯罪は構成要件該当行為が違法・有責であってこそ成立する。構成要件標準説が違法標準説や責任標準説でないことに意味をもつのなら、「構成要件」からの評価は「該当」判断と一致しそうである。そうなら、ここでの一罪評価は「成立」とは次元を異にした理由づけを要するであろう。すなわち、形式的な「該当」なら、一つの行為が業務上横領と横領の両者から評価できることに疑いはない。その上で、前者だけで足りるという判断が合理化されるとすれば、その背景は、形式論を超えた（少なくとも「違法類型説」の意味で実質化した「構成要件」概念による）次元での、両者の同時的な「充足」を拒否する判断が前提にあるからではなかろうか。

実際、同時的でない限り、劣位法にも「充足」を認めるのが通説だと思われる。客観的に業務上横領を犯しても、行為者に「業務上」の認識がない（抽象的事実の錯誤の）場合、通説は法定的符合説に従い横領罪の成立を認める。客観的に劣位法を排斥しうる優位法の該当事実があっても、劣位法は適用されうるのであり、このような判断は、法規上の形式的・一般的な関係が法令の適用上で貫徹されるわけではないことを示している<sup>(28)</sup>。また、特別関係の場合には、優位法の廃止後に劣位法の限度で処罰することも可能だと

---

(26) 鈴木・総論 248 頁，町野 426 頁，林 275 頁，虫明 61 頁。

(27) 村崎 49 頁は「可罰的違法内容」の包摂に重点をおく。虫明 48 頁以下は、処罰価値による競合論は減軽特別類型を説明できないとして、「二重評価」の回避を重視する。

される<sup>(29)</sup>。これらが罪刑法定主義に反しないというためには、もともと劣位法にも「該当」しており、優位法の「充足」が劣位法の「充足」を排斥するだけだと捉えておく方が無難であろう。問われるべきは、こうした排斥関係をどのような次元で語るかである。

法条競合が本来的一罪とされるのは、「法規上の形式的・一般的な」思考で、論理的に両立不能性が説明できると考えたからであろう。法条単一性 (Gesetzeinheit) という表現は、評価基準となる枠自体の排斥関係の故に、いずれにせよ一つの枠だけ使われるという認識を示している<sup>(30)</sup>。「命題」たる法規範の検討を課題としてきた伝統的な法学が裁判規範たる罰条の論理構造分析を重視したのは当然であり、ドイツの方法論を継受した刑法学がここを起点に展開されてきたことも了解する<sup>(31)</sup>。しかし、訴訟で現に「排斥関係」が生じるのは境界条件 (及びその認識) の存否に応じてであり、最終的にどちらの罰条が適用されるかは当該条件を認定できるかどうか依存する。「罰条」レベルで語ることは、ある条件があれば一方の罰条が、その条件がなければ他方の罰条が適用されるという一般論であり、具体的判断は事実が判明しないと決めようがない。そして、どんな「事実」が前提となるかは、

---

(28) もちろん、認識があつてこそ「該当」や「充足」になるのなら、抽象的事実の錯誤は優位法の「充足」が欠けて劣位法が適用される例である。問題が複雑なのは、減軽類型の場合であり、同意者 (認識欠如で同意を否定する余地もあるが) を同意の認識なく殺した場合に 199 条の構成要件を、同意を誤認して殺した場合に 202 条の構成要件を「充足」しているといえるのかである。同意者も「人」であることが前提なら特別関係だが、202 条を補充法と解する余地もある (下記注 (62) を参照)。

(29) 重い優位法の廃止につき、村崎 47 頁、町野 436 頁、林 276 頁を参照。軽い優位法の廃止には刑法 6 条の枠内で処罰を認めるか否 (免訴) かに争いがある。

(30) 町野 413 頁は、この点を強調して、法条競合を「単統一罪」と位置づける。平野龍一「法条競合と包括一罪」警研 64 巻 5 号 (1993) 4 頁の虫明説に対する批判も参照。

(31) 虫明説はそれが土台であろう。町野説 (平野説も?) は、むしろ「適用」あつてこそその「成立」という発想の影響が大きい。だから議論が噛み合わないように思われる。

検察官の訴訟運営に依存する。境界条件を検察官が呑み込むと（一罪の一部起訴）、優位法を適用すべき場合に劣位法が適用される事態も起こりうる。ここにおいて、規範の論理構造という形式的な「一般論」がどこまでの意味をもつのが問題である。

確かに、そのような「訴訟運営」は真実発見の理念に反するし、手続上の扱いで生じてくる例外的事態が実体法の理論を左右するわけではないというのが通常理解であろう。しかし、そのような起訴裁量を認めることは当事者主義の訴訟構造の選択に伴う当然の帰結であり、決して「例外的事態」ではない。その当否が訴訟で問題化しない限り具体的に見えてこないが、検察官の裁量行使は常になされている。検察官の主張・立証がない限り（裁判で該当事実が認定されない限り）、犯罪の成立が認められないことは全ての犯罪でそうである<sup>(32)</sup>。優位法と劣位法から生じる二つの罪名も、いずれにせよ主張・立証があつてこそ浮かび上がる。そこで、少なくとも、「法条競合」が直ちに訴訟に影響するわけではないし、せいぜい、検察官の裁量行使に対する制約として意味をもつに過ぎないと認識しておくべきではなからうか。裁判ではその裁量行使の当否を吟味する基準として顧慮されるに過ぎず、裁判官が実体法の理論を使って自身で「犯罪の数を数える」のは例外的な場合でしかない。（実体法学は何を語るべきかが先決問題だが）誰が何のために「犯罪の数を数える」ことになるか、その場面を想定した議論をすべきではなからうか。実体法学が今後も手続的な実現を度外視した概念構成の次元に止まっていてよいか問題であろう。「本来的一罪」という言葉は、それが法規上の形式的・一般的な関係でもともと全てが決まっているという趣旨で

---

(32) 我が国の刑事訴訟がアメリカ的な当事者主義の構造を受け入れて主張吟味型のものに転換した段階から、刑法に残るドイツ的な構造理解（「实在」論と「規範的命題」論への二極化）との間に生じたひずみ（実体法と手続法の矛盾関係）は避け難いものである。この「ひずみ」は裁判員制度の導入により、ますます拡大しそうである。

あるのなら、観念的に過ぎるように思われる。

該当と充足、内包と外延の区別が扱ってきた問題を、規範に基づく「認識」と「評価」の相違として表現して、認識上一罪としての単純一罪と、認識上数罪だが評価上一罪となる法条競合を対置されたのが鈴木教授であった<sup>(33)</sup>。裁決規範としての刑法が認識・評価の基準であることを直視して、そこから議論を説き起こす方針は正当なものであるだろう。それでこそ、現実の訴訟と関連させて、実体法と訴訟法の交錯を考える地平が開かれる。もちろん、実体法の理論を検察官が使うのであり、「法条競合」の内実は予め論じておくべきことである。理論の先行性は否定しない。しかし、根拠規定もない「競合」処理のルールは、まずはその必要性から考察すべきであり、それには、訴訟活動に関連づけて効果志向的に整理してみることも必要な作業であろう。検察官の主張・立証が「罪となるべき事実」を「認定」させるに達しなければ、それは（訴因で表明される）当該事実の構成要件的な「認識」を誤っていたということである。そこで、構成要件標準説が「認識上の一罪」に通じるのは、この意味において首肯できるように思われる<sup>(34)</sup>。

その上で、犯罪の「数え方」に由来する直接の帰結は、「一罪」が二つの罪名で訴追されれば不当な二重起訴となる点である。そのような起訴は、検察官による事態「評価」の誤りを意味している。検察官の活動を規制する意

(33) 鈴木・総論 244 頁。「該当」評価が「認識上の一罪」を、罰条評価が「評価上の一罪」をもたらし、それが 54 条 1 項の「罪名」だとされる。

(34) 教授は法条競合にも複数構成要件の「充足」を認め、「評価」基準を「法益侵害」の個数に求められる（鈴木・総論 247 頁）ので、虫明 21 頁は「該当・充足と罪数を切り離して考える」のなら「認識上の罪数……を区別する必要はない」とする。用語問題に過ぎないものの、その「認識」と「評価」が、刑法学の課題を「認識されるべき犯罪がいかなる『実体構造』（存在構造）を有すべきか」に設定し、「事実と評価の複合体」の「評価の構造を基礎づける事実の構造」を語る「実体論」とそれを踏まえた「認定論」という二元的体系構想（鈴木・総論 18 頁）に基づく用語であることを確認しておくべきであろう。

識で罪数を語るとすれば、事態を一つの罰条で把握すれば足りる場合が単純一罪であり、同一事実複数の罰条が検討対象となるものの、裁量を行使し、立証しうる（有罪判決を得る見込みのある）罪名を一つだけ選ぶべき場合が法条競合であろう。「構成要件」の「充足」判断（「外延」問題）の独自性は、実践的には、具体的事実を一つの罰条で評価する態度を超えて、それで評価し尽くせるか（他の罰条を重ねて使うべきか）を考察する態度にある<sup>(35)</sup>。そして、「他の罰条を重ねて使うべきか」という問いよりも、「他の罰条を使えるか」という問いが先行し、法条競合は正にこの点に関わるであろう。すなわち、「科刑上一罪」は、他の罰条を「使える」ことを前提に、複数の「充足」を確認しつつ、主要犯罪の法定刑の枠内で量刑上考慮すれば足りるとするのに対して、実践的な意味の「法条競合」は、ある罰条（A）を使うことを前提とすれば、他の罰条（B）を重ねて使えなくなる法条（罰条AB）間の関係と捉えられる<sup>(36)</sup>。「評価上一罪」という表現は、罰条Aで評価すれば、罰条Bを持ち出すことが禁じられるという刑法的評価の手續規制に及んでおり、ここに検察官の起訴裁量を制約する意味がある<sup>(37)</sup>。当事者主義の訴訟構造を徹底すれば、法令の適用が「実体」を離れていく危惧があり、司法改革

---

(35) この「考察」は、行為の処罰価値が一つの罰条を超えていると疑われる場合にこそ生じるから、その前提に罰条の想定する処罰価値（可罰的違法性）の認識（解釈）がある。それを語る言葉が「内包」問題であろう。行為の違法評価そのものではないが、罰条の包摂しうる不法内容の限界を考える作業（「構成要件」は「可罰的違法類型」になる）であり、「科刑」という政策的思考が影響する。

(36) 両者の間に、「重ねて使える」が、複数の「充足」を確認しないで済ませてよい場合とされているのが、平野・前掲書（注（9））412頁の「吸収一罪」である。それは「裁量の幅」としてどこまでを許容するかという問題でもあるように思われる。

(37) 鈴木茂嗣「観念的競合」刑法21巻2号（1976）123頁以下、124頁に「検事の訴追裁量のコントロール、分割起訴の抑制という観点」でアメリカ法でも「法条競合」が扱われるとの指摘がある。本稿の着想はここに起因するが、現状では追跡調査ができていない。

の動きはその方向（アメリカ化？）にある。そこで、このような、罰条相互の関係性を「手続規制」に連動させる思考が有益だと思われる。

3 規範論理と法解釈 特別法で評価する場合に一般法を重ねて使えない（その必要がない）点に異論はない。類似するのが明示的補充関係である。基本法（優位法）で評価する場合に重ねて補充法（劣位法）を使えない（その必要がない）のは、特別関係と表裏一体だとされる。例えば、建造物損壊罪（刑 260 条）が成立すれば、器物損壊罪（刑 261 条）を重ねて問う余地はない。形式的・一般的な規範の論理関係なら、これに異論はない<sup>(38)</sup>。しかし、例えば、建造物の中にあった動産と一緒に損壊した場合はどうか。建造物損壊の成立を認めても、個別財産の被害を別に評価すれば、動産被害に関して器物損壊を重ねて問う余地はあるだろう。補充関係が特別関係と同じ意味で「その必要がない」という判断に馴染むのは、競合する罰条の対象が一つの行為・一つの結果に尽きている場合であり、「規範の論理関係」は評価対象となる実在（行為～結果）の単一性を想定した判断である。確かに、法条競合をここに限定するのも一つの見方である。それなら、限界は明確であり、一罪性に疑いもない。しかし、これでは、「法条競合」を語る意味が大幅に減じられてしまうように思われる。

「建造物の中にあった動産」を別の客体とみるか否かは「建造物」という文言の解釈・適用の問題である。競合関係を「解釈」に立ち入らないで決められるのは、複数の法条が文言上も重畳する場合だけであり、そのような場合はほとんどない。おそらく、典型的な特別関係（その逆転たる明示的補充関係）だけであろう。そして、そのような場合なら、文言の重畳関係は、併

---

(38) もっとも、それは「建造物」が「物」に含まれる（基本法は補充法に包摂されうる）と見るからである。258 - 259 条との関係では、「電磁的記録」が媒体から離れる射程をもつに至ると、「物」の外延を超える。補充法が一般法に・基本法が特別法に相応するとは言えなくなり、そこには交差の関係（択一関係？）が登場する。従って、補充関係にあたるか否かが既に罰条の各論的な「解釈」に依存していると考えられる。

用を拒否する立法者意思の現れである以上、両者を同時に使う判断が出てくるとは考え難い。それこそが単統一罪と言ってよいほどの希有な事例<sup>(39)</sup>である。これを「法条競合」と名付けても、結論に異論のないものを選ぶだけであり、実践的には何の意味もない。「法条競合」を過度に制約した裏面で、「包括一罪」が不明確な総合判断の列挙になるのなら、「実践」の規制としてはかえって後退であろう。問われるべきは、罰条の相互関係から「法の適用」、つまり、法の使い方に制約となるルールが出てくるかである。だからこそ、法条競合は「評価」を実践するレベルで語るべきだと思われる。

明示的補充関係を示すとされる、刑法 261 条にいう「前三条に規定するもののほか」という文言は、取り敢えず、結果（客体の状態変化）評価の前提となる「客体」把握で意味をもつに過ぎない。この点は「前二条に規定する物以外」という建造物以外放火罪（刑 110 条）の文言も同様である。しかし、こちらの場合は、第一次的な法益が公共の安全であり、現住建造物放火罪（刑 108 条）や非現住建造物放火罪（刑 109 条）が成立すれば、「公共の安全」に対する侵害性の評価は尽くされるので、それらが優先することに異論がない。分岐点になりうるのは「結果」と「法益」の把握である。法条競合の前提に法益の同一性（法益侵害としての一個性）を見出すこと<sup>(40)</sup>は正当な理解だと思われる。従って、前者の場合は、建造物の損壊と動産の損壊を「法益」

---

(39) 刑法上の法益は重要であり、保護を徹底するため法が体系化された結果、ほとんどの場合に競合問題がある。形式的にも、罰条は章の中にあり、同一章内の別条と相互に競合しうる。人身保護は最も徹底しているため、予備・未遂・既遂、故意・過失（結果的加重犯）の相互関係はそのまま競合問題になる。暴力行為処罰法などの特別法との関係も問われる。人格的利益の侵害では、軽犯罪法に相応の補充類型があり、特別法（条例）との関係も（行政秩序違反という曖昧な実質論に満足しないのであれば）競合問題である。財産犯では、民事秩序との矛盾を避けて処罰は限定的であったが、「財産」という法益が曖昧なため、既に刑法典上で競合が問われ（だから「財産犯の体系」が争点になる。）、近時、経済法・消費者法の罰条も増えて、競合問題が増大している（だから「経済刑法」が議論を要する。）。



の上でどのように評価するかが問われるだろう。それ故にこそ、法条競合は個々の罰条における解釈問題にならざるを得ないというべきである<sup>(41)</sup>。

法益侵害という実質論に踏み込んでみると、複数の罰条は同一法益を様々な段階で保護している関係にあるし、法益相互が全く無関係なわけでもない。「評価」で使うためには、罰条の相互関係を整序しておくことが不可欠である。同一の法益を同一の意味で保護するような罰条の並存は二重処罰をもたらす立法の過誤である。別の罰条があれば、別の目的があると推定すべきである<sup>(42)</sup>。刑罰法規は、その目的（法益）を特定した上で、関係する他の法規との調整の中で、その保護の射程を限界づけるべきである。「法益保護」を語る意味は正にこのような基本思想にある。

しかし、その先の態度決定には論者毎の違いがある。法益リストを過度に限定すると、それに応じて、沢山の刑罰法規が同一法益の保護規範として重畳し、刑法秩序はかえって理屈の通らない混乱に陥るであろう。「危険」という概念を質や程度で区別することには限度があり、多様な規範の並存はそれだけで説明できるわけではない。法益の「抽象化」を拒否するために、個人の生命・身体・自由・財産が幾度も強調されるのだが、我々はそれだけで

---

(40) 鈴木・総論 247 頁は、「評価上一罪」の基準を「一法益侵害一罪」に求めている。村崎 18 頁，山火 (1) 42 頁，町野 420 頁など、それだけではないにしても、法益の同一性は重視されている。これに対して、虫明 45 頁以下は批判的である。

(41) 「法益侵害」の一言で全てが解決するわけではない。各論の教科書を見れば分かるように、法益に争いが無いのは殺人罪だけである。だから、総論的な枠組みを共有しても、「法益」の捉え方で全く違う事例判断にも至りうる。

(42) 犯罪を法益侵害と捉えるのであれば、刑罰法規の目的は「行政秩序の維持」では足りない。不明確な刑罰法規の乱立状態はそれ自体が問題であり、国家が法律を使いこなせていないこと（国民の自制心に頼るしかない体制不備の現れたる威嚇主義）、法治主義が実質をもっていないことの微表である。少なくとも、「行政」のどの部分をどんな「秩序」として描くのかを示して、刑法典との関係を整序すべきであり、それも不可能な刑罰法規なら削除すべきである。

完結するような原初的な秩序に住んでいるわけではなく、そこに基礎をもたない刑罰法規を全て削除できるわけではない。新たな刑罰法規が幾つも生まれている。その射程を見極めるには、他の刑罰法規との相互関係を考へて、多くの場合、正に新しい「法益」の精製される過程として考察すべきである。研究者は、各刑罰法規を合理的に意味づけるために、「法益」と「侵害」の内容の個別的な特定を追求する。「実践」では、それが罰条を選択する指針になる。実務家は、特定の罰条を選んで適用する際に、必要な限度で「解釈」を示す。「法益」と「侵害」の特徴づけは、その時に、「解釈」の理由となる。法条競合はこのような営為の中で語られるべきである。

そこで、法条競合を「解釈」の基礎として意識すべきだと思われる。すなわち、刑法の解釈には概ね三つの手法がある。第一は、文理解釈（文言解釈）であり、罪刑法定主義の下で類推解釈が禁止される刑法学では、これが常に原点である。第二は、目的論的解釈であり、刑罰法規の目的たる保護法益の探求と、それに基づく実質的解釈は、法益保護主義を基礎とする現代の刑法学では解釈作業の核心部分を成す。そして、第三は、体系的解釈であり、ここにおいて、謙抑主義に基づいて他の法規との関係調整が考えられる。これら三つはどれも必要であり、目的論的解釈が隆盛をきわめる実質主義の時代であり、同時に、刑罰法規の乱立状態が危惧される時代であるからこそ、文理解釈と体系的解釈の大切さを再確認すべきだと思われる。とりわけ、体系的解釈は、他法規の文言との対比にはじまり、追求する目的・そのための手段選択の対比も踏まえて、個々の罰条の射程を画する作業だから、解釈の総合化という意味をもつ。法条競合はここに関わるであろう。

すなわち、法条競合という思考の実践的意義は、具体的事例に即して、「評価」に使う罰条（規範）を選択するための、体系的思考を促す点にある。その中で、特別関係（と明示的補充関係）は「文理解釈」の手法を用いた・補充関係は「目的論的解釈」の手法を用いた関係調整として位置づけられる。検察官は、意識すると否とにかかわらず、これらの思考を駆使して基準とす

る規範を選んでいる。その上で、未だ「評価」が及んでいない部分をどう扱うかが問われることになる。ここに至って、当該「規範」が包摂する事態の限界をどこまで拡げるか、換言すれば、他の罰条を使わずに済ませてよいか否かという、起訴裁量の「実践」的な総合判断が問われる。ここに相応するのが、吸収関係～包括一罪～吸収一罪（狭義罪数論と犯罪競合論の境界）をめぐる議論であろう。この段階においても、決断は当該「規範」の「解釈」との相関関係でこそ決まる。そして、「解釈」の起点が「法益」だから、「法益」の同一性が重視される。「規範の論理関係」にこだわるのなら、実在（行為～結果）の単一性が前提である。これらで「法条競合」を限界づけるのなら、近時の見解が示すように、「吸収関係」は一罪を超える話になる。しかし、「法の適用」を「実践」する段階で起きることを視野におさめて、手続規制の在り方として考えるのなら、なお「法条競合」として語ってよい世界があるのではなかろうか。章を改めて、この点に踏み込んでみたい。

## 二 法の適用過程と法条競合論の役割

1 法適用過程の認識 伝統的な実体法学は一定の「論理」の上に成り立っていた。「事実」は発見（認定）するだけのものであり、法的に重要な「事実」が判明すれば、その性質に応じて法的意味・効果が自然に決まるという考え方である。すなわち、「法の適用」は、法（三段論法における「大前提」たる規範的命題）に見合う（「小前提」たる）事実が発見されることに等しく、それさえあれば（「結論」たる）法律効果は当然に出てくるとされていた。だからこそ、実体法学は、全事実が解明されたことを前提とする、いわば「神の目を見た」世界を描いてきた。全事実が解明されたならば…という仮定の下で、使われるべき「規範的命題」を精密化するための、すなわち、法的意味・効果を決めるのに、どんな「事実」が「重要」とされるべきかについての、議論をしてきたように思われる<sup>(43)</sup>。確かに、その語り口に多

様性があり、哲学・心理学・社会学などの知見を活かして「事実」の性質（実在）を論じるスタンスもあれば、実社会の問題に対する国民的要求の声を背景に政策論として意識的に「規範的命題」の改廃を論じるスタンスもある。しかし、いずれにせよ、現実の訴訟で、そのような「事実」が発見（認定）できるか否かという実践上の難点は度外視する傾向が強かった。それは訴訟法における「認定」ルールの設定によって対処すべき問題だと、つまり、自分の領域外で解決されうる問題だと、丸投げしてしまう態度であったと思われる<sup>(44)</sup>。

しかしながら、それでもよかったのは、「実体法論理」を理解した上で、訴訟法の手続規制にも精通した専門家としての法曹が、理論を手続内で使えるものに組み換えてきたからであろう。裁判員制度が導入され、そのような能力をもたない素人裁判員に「法の適用」が依存するとき、今まで通りのやり方を維持しうるのかが問題である。少なくとも、理論を平易なものにすることが求められるであろう。そのために、実体法が前提としてきた「論理」の視野を正に訴訟に参画する素人裁判員に届くところまで拡げておくことが、より精確に言えば、「実体」を語る理論を「実践」で使えるものに組み換える場所を設けておくことが必要となるのではないだろうか。

私見によれば、「法の適用」過程は実際には事実認定との相関関係に立つことが多い。規範的命題たる「法」からの解釈という具体化作業と、個別的

---

(43) 鈴木・総論 19 頁が実体論を「事実自明型」の議論とするのは、この趣旨であろう。

(44) 特に争われてきたのは、犯罪論における主観的要素の扱い方である。結果無価値論は、行為無価値論が（超過要素たる目的などに加え）故意・過失も構成要件に組み込むことを、内心態度に依存する不安定な構成だと批判する。しかしながら、違法論から主観的要素を閉め出しても、例えば、責任論で心理的責任論に基づいて非難可能な「意思」の実在を求め続けるのであれば、規範的責任論に基づいて専ら因果操縦に意味をもつ認識内容だけを問題とする立場との対比で、どちらが「不安定」かは一概に言えない。訴訟上の「認定」には、「意思」を論じる体系的位位置よりも、その要求の内実こそが問題であろう。

実在たる「事実」からの法律構成という抽象化作業による歩み寄りがあり、最終的に「あてはめ」という結合（等置）判断が可能となる段階に達するか否かで、「適用」の可否が決まるのだと思われる。実務家は両者の操作を融合的に行って判断を合理化するのであり、「実在」を発見しているだけではないし、既存の「命題」の知識だけで対処するわけではない。

刑事訴訟の場合、認定は「罪となるべき事実」に向かうのだが、ここでの「罪」が何を意味するかが「具体化」を要する解釈問題であり、ひとまず、これに「構成要件」という言葉をあてることができるだろう<sup>(45)</sup>。「罪となる」のは刑罰法規（罰条）があつてこそだから、国家刑罰権の発生を主張する検察官は、その前段（法律要件）部分に示された「犯罪類型」に該当することを主張・立証すべきことになる。実体法学が、その部分から、（可罰的違法）行為類型として抽出するのが「構成要件」であり、それは個々の罰条毎に主体・客体～実行行為～結果という要素の複合体として「具体化」されている。「事実」は、この複合体を目標とした「抽象化」を受けた形で主張され、その吟味を通じて「認定」される。訴訟において不可欠なのは、時間や場所のズレは重要でない・行為者の名前や地位は重要でない等、「実在」から詳細な事情が削ぎ落とされた「公訴事実」であり、特定の罰条に相応するレベルで訴因という法的な形式に「構成」されたものである<sup>(46)</sup>。それでこそ「適用」に至る「評価」は可能となる。

それでも、「事実」は吟味の段階でその個別性においても「評価」される。行為が危険か否か、因果経過に相当性があるか否かは、当該行為を取り巻く

(45) 鈴木・総論 17 頁は、従来の見解が「認定」を主張しながらも、「罪となるべき事実」について明確な位置づけを与えていないことを批判し、同 225 頁は（実体論での「犯罪類型」と区別して）「認定論」の枠内で「構成要件」概念を用いることを主張する。

(46) もちろん、手続的には当事者間の攻撃防御が尽くされることを要するから、それを可能とさせる程度の特定性（具体性）を維持しておくことが求められるが、それは「法の適用」過程で必要となる「認定」とは別個の要請に基づくものと思われる。

個別的な情況に依存するからである。実質化した実体法の理論は、そのような判断で法的意味・効果を分けるように「具体化」した。それは元来は刑法43条の「実行」や「遂げた」という言葉の解釈（具体化）から出てきたものである。危険でなければ「実行」と言えないとか、経過が相当でなければ「遂げた」と言えないとか、実体法学が判断基準と主張する下位の「規範的命題」を設定した。すると、これらを使って「行為」にその意味を認めてよいか否かが問われる。訴訟では、こうした「評価」を可能とするための、情況要素に関わるより詳細な認定が争われうる。そして、同様のことは、より「具体化」されたレベルにも起きる。通常の「規範的命題」に見合う認定ができなくても、それで即座に結論が決まるわけではない。事案の個別性に応じた「規範的命題」を追加する「解釈」が問われうるからである。例えば、既に死因を形成していた場合には十分に「危険」であったから、あるいは、被害者に対する地位関係の特殊性で後続の事象を「誘発」していたから、「実行」と「遂げた」を（相当性に見合う実質を）認めてよい、という形においてである<sup>(47)</sup>。かくして、「法の適用」は、法（判断基準）解釈と不即不離の手續過程を経ることでのみ可能となる判断だと思われる。

もちろん、この過程の全てが素人裁判員に依存するわけではない。解釈による具体化は、従来判例に従う限度では、裁判官が説示するであろうし、新しい「規範的命題」を要する場合も、検察官と弁護人がそれを争うのであり、裁判員・裁判官に求められるのは二つの主張の優劣を吟味することに止まるであろう。しかし、争点となる「規範的命題」が訴訟の場で具体的に示されるレベルに至らないと、「吟味」自体が不可能であり、その結果として「法の適用」が法感情の吐露に変質してしまう虞がある。だからこそ、検察

---

(47) 異論もありうるが、前者は最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁（大阪南港事件）の、後者は最決平成4年12月17日刑集46巻9号683頁（夜間潜水事件）の示した「規範的命題」である。

官と弁護人に「命題」を具体化・提案する能力が求められるし、裁判官には両当事者からは中立的な立場で適切な説示をできる能力が求められることになる。そこで、実体法の理論体系がこのような活動を支えるに足りるものとなっているか、実体法学の教育が真にこの能力を育成することに役立つものとなっているか、が問われるところである。

従来の実体法は多様な「実在」に対応する「規範的命題」の集積であった。実体法学は、その精密化と体系的整序を任務としてきたといえるだろう。しかし、訴訟では、「規範的命題」の当否は問題となる「事実」との関わりでこそ問われうるし、当該「事実」が訴訟の場に出てくるのは検察官の「法律構成」を通じてのことである。この点を直視すると、「実体法」も当事者の活動を基礎とした手続過程の中で精製されるときであり、その「論理」は当事者の個々の活動に及びうる視野をもつべきではなかろうか。そこで、その原点として、検察官が「法律構成」で「目標」とする「罰条」を選び出す基準が問題になるであろう。また、訴訟で「実在」と検察官の「法律構成」にズレのあることが判明すれば、他の「罰条」を（併せて）使うべきか否か（撤回させるべきか）を問い直すことが要請される。「選び出す基準」は、検察官における「法律構成」という活動の当否を（弁護人の批判に基づいて）審査すべき立場においても使われることになる。法条競合論はここにいう「選び出す基準」としての役割を担うものである。

検察官が「目標」とする「罰条」を選ぶ場合、具体的事実から離れた次元で「体系」として法を認識できればよいのなら、形式的・一般的な「規範の論理関係」だけで整序された基準リスト（マニュアル）が有用かも知れない。そのように考えるのなら、法条競合をこの世界に止めることも選択肢の一つである。しかし、これだけでは、その行く手に漠然とした「包括一罪」という「評価」の世界が残る。そこは、実定法の規制が十分でない、裁量の可能な世界である。自由度の高い世界だから検察官には好都合かも知れないが、全てが自由であってよいわけではない。実体法論理は規範的・政策的な合理

性を求める<sup>(48)</sup>から、その制約に応じた「基準」でなければならない。とすれば、文言から読み取れる論理関係を超えて、規範の目的を踏まえた検討に及ぶべきであり、「法益」という実質論に踏み込んだ「競合」の処理を組み込むべきだと思われる。

2 補充関係と吸収関係 既遂と未遂の関係は補充関係の代表例である。「法益」には違いがなく、ただ「充足」に必要なものが（それを「結果」と呼ぶか否かには議論があるが）「実害」と「危険」という形で程度において相違するだけだと理解されている<sup>(49)</sup>。例えば、甲が乙の腹部をナイフで刺し、大量の出血があった末に、乙が死亡したとする。ナイフで刺した段階や出血の段階は殺人未遂罪（刑 203 条）の構成要件に該当するが、乙の死亡で全体が殺人既遂罪（刑 199 条）にも該当し、基本法である後者を充足するため、未遂罪は充足に至らないと把握される。既遂に至る過程に「未遂」に見合う段階があっても、未遂は「遂げなかった」場合（43 条）に関わる補充法だから、既遂が成立すれば問題にならないわけである。それでは、甲が乙の腹部を二度刺していた場合はどうか。一度刺したが逃げられて再び探し出して刺した場合、また、「探し出し」たのが数日後のことであった場合など、具体的事例の詳細が違うと、どう判断すべきかも違ってくる。「法条競合」も「行為」の単一性で限界づけられると考えるか否かが問われることになる。

すなわち、法条競合を、文字通りの、「法条」における「競合」に限るのなら、単一の「実在（行為～結果）」が基礎でなければならない。ナイフで刺す行為が二回に及べば、それらの「競合」は既に一罪を超える余地がある。しかし、その場で二度刺した場合なら、「二度刺した」一つの行為で殺した

(48) 鈴木・総論 18 - 19 頁は、「実体論」が処罰の「正当化」を志向した「可罰的評価の構造」論に目を向けるものであり、同 32 頁以下は、広義の「可罰性」が規範的評価と可罰的評価の複合であることを示唆する。ここで「規範的・政策的な合理性」というのは、「規範的評価」と「可罰的評価」における「正当化」と同等である。

(49) 鈴木・総論 248 頁，村崎 76 頁，山火 (1) 49 頁，町野 426 頁，虫明 80 頁。



一罪というであろう。「行為」の単一性を語る基準が先決問題である。仮に観念的競合のそれが意味をもつのであれば、「法的評価をはなれ構成要件的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うける場合」か否か（最大判昭和49年5月29日）である。自然的観察で「二度刺した」ことが明らかでも、社会的見解で一個の「行為」といえる場合があり、問われるのは、一度「逃げられて」いたら二個か・「数日」を経ていたら二個か、という限界判断である<sup>(50)</sup>。

しかし、乙の生命という被害法益の単一性に着目して、一体的に扱う余地もあるのではないか。刑罰法規は法益保護を徹底するために重畳して組み上げられている。全てが適用されると、同一法益の被害を多重的に評価することになるから、法条競合で関係を調整すべきである。確かに、刑罰法規は、犯罪を個別化し明文で国家刑罰権を所定の場合に抑制する自由保障規範である<sup>(51)</sup>が、処罰は法益保護のためにあるから、国家刑罰権の発動を合理化する法益保護規範でもある。「形式的・一般的な」観点は、個別化機能の現れとして（自由保障のための）重畳処理に重要だが、具体的事例における実質的な（法益保護機能から見た合理性のための）重畳処理には及ばない。規範的な合理性のみならず、政策的な合理性が確認されるべきであろう。「法の適用」は「解釈」と不即不離であり、法益保護主義を前提にした刑罰法規の「内包」理解に法益の考慮は不可欠である。すると、その枠内で扱われる被害が想定され、過程に生じる中間結果をどう捉えるかが問われる。「外延」とは、このような意味で、実質論を基礎とした被害の包括評価の可否に関わり、ひとまずそれは「結果」概念の包摂可能性として「解釈」の問題になる。

(50) 鈴木・総論 248 頁の「発展犯」と同 253 頁の「反復犯」の境界問題である。虫明 46 頁は、「法益」を重視する見解に対して、両者の区別に理由がない点を批判するが、だから法益だけでは決まらないことを確認しておけばよいであろう。

(51) だからこそ、名宛人たる通常人（社会一般）の理解において、文言から行為規範を読み取りうるだけの「明確性」を備えるべきことも要請されている。

その上で、手続的には、検察官に事態「評価」としてどこまでの「法律構成」を許すかという問題である。

二度の刺突行為があった場合には、「自然的」に把握して、一度目が殺人未遂・二度目が殺人既遂とする「構成」と、「社会的見解」の下で、数日間の隔絶があったとしても、殺人既遂一罪とする「構成」の両者がありうる。評価対象たる実在（行為～結果）が単一でない限り、前者も二重評価ではない<sup>(52)</sup>が、法益侵害（実質）は単一で一連の目的（動機）実現過程と捉えれば、後者にも合理性はある。その発想に基づく処理を認めるのが実質的な法条競合としての「吸収関係」であろう。つまり、既遂と未遂は、形式的には（規範論理では）補充関係でありつつ、競合が実在的（自然的に複数）なら、吸収関係と捉えられるという二面性をもつことになる。そして、いわゆる「不可罰的事前行為」とされる、予備と未遂（～既遂）の関係が同様の扱いになるであろう。「実体論」の世界なら、法条競合は罰条相互の関係であり、「事実の共通性」を限界とする主張<sup>(53)</sup>も説得的である。問題は、「事実解明型」の「認定論」の世界で、検察官のそのような「構成」を拒否すべきなのか、仮に認めるといふのなら、それを「包括一罪」としなければならないか、という点である。数罪と考える「包括一罪」ならその後の訴訟に及ぶ影響も違ってくるが、訴訟法上の効果は取り敢えず度外視しよう<sup>(54)</sup>。すると、実体法の理論が起訴裁量の限界を画する場合にこれを拒否する必要はなく、その許容性を罰条の「解釈」に結び付けて整理しておく方がよいように思われる。その限界となるのは、「事実」の「社会的」な数え方である。

ところで、「吸収関係」が法益侵害という実質から見た「中間結果」の包括評価に根拠をもつのなら、「中間結果」をもたらす段階で殺意がなかった

---

(52) 虫明・前掲書 51 頁は、それ故に、法条競合の問題ではないとする。

(53) 町野 415 頁が明確である（多行為犯の罰条もあるから、行為の単一性ではない）。

(54) 村崎 76 頁が指摘するように、競合が多行為に及んでよいか否かの判断は、手続上の影響の考慮に依存していることが多いように思われる。

としても、同様の処理をしてよいであろう。つまり、一度目の刺突行為が傷害罪（刑 204 条）に止まるとき、「身体」と「生命」は法益として区別されるにしても、身体の実害は生命の危険と同等（以下）と見てよいから、やはり殺人罪一罪による「構成」が可能だと思われる。そこで、例えば、暴行後の暴行を手段とする犯罪（例えば強盗罪・強姦罪など）の場合も、前者は後者に吸収されると考えてよい。この場合には、形式的には（規範論理では）特別関係だが、「事実」における競合が実在的なら吸収関係と捉えられるという二面性をもつことになる。暴行を手段とする犯罪は、別の法益保護に及ぶ「特別法」であり、「暴行」という文言に基づく形式的な重畳性の背後に、常に、実質的な重畳性が伴っている。それが「事実」的にズレを示しても「社会的」な一体評価に馴染む限り、一罪で構わないからである。かくして、被害の多重的評価を避けるという発想が、法条競合の射程を大きく広げることになる。

これらに加えて、吸収関係の代表例とされてきたのは、殺害に伴う着衣損壊であった。法益の同一性を重視する見解は、生命と財産は別だから、「法条」の競合ではありえないとして、数罪の成立を認める<sup>(55)</sup>。しかし、「自然的」な観察でもそこに複数の「行為」は疑われる。だからこそ、論者も科刑上は一罪処理を認めるし、殺害に伴う派生的効果に止まる（随伴行為）として包括一罪（本来的一罪）と位置づける見方もある<sup>(56)</sup>。ここでは、人の死と着衣損壊を一体的に扱うか否か、「結果」評価が問われている。「自然的」に二つの被害とする「構成」も可能だが、「社会的」に一つの被害と「構成」することも不合理とまでは言えないだろう。訴訟上の事件処理で考える場合、着衣損壊が殺人の事実を超えるから、器物損壊罪での起訴を要するというべ

(55) 鈴木・総論 250 頁, 252 頁 (付随犯), 町野 423 頁, 林 278 頁, 虫明 101 頁

(56) 虫明 101 頁を参照。包括一罪に位置づけるのは、法条競合を規範論理の世界に限るからであり、「通常の事態」だから「評価」上は一罪で足りるというのである。

きだろうか。数罪説の論者がそれを求めているとは思えない。だとすれば、ここで器物損壊の「事実」を「呑む」こと自体を、裁量の枠内と認める論理を示すべきである。訴訟法は実体法の実現手段だといいつつながら、実体上の根拠なく自由な裁量を認めるべきではない。政策的判断の一言で済ませるのは、法律それ自体が政策実現手段であることの自覚の欠如を示すものである。着衣損壊が常に軽微なわけではない以上、絶対的な軽微性が理由になるわけでもない。それでも起訴裁量を許すのは、正に着衣損壊を殺人罪を超えた事実と「評価」する必要がないと考えるからであろう<sup>(57)</sup>。

その合理性は「社会的見解」に由来する。実体を「実在」とみる学者は、誠実であればある程、「事実」自体を語る次元に踏み止まる傾向を示す。しかし、訴訟（「認定論」の地平）は「評価」対象たる事実の社会的把握を無視できない。一連の「行為」を包括する可能性も、付随的な「結果」を包括する可能性も、この点で共通する。「法律構成」という「抽象化」の作業は、法律が社会規範の一翼を担うことに基づいて、「社会的見解」による把握を前提とするしかないからである。第一に、法（刑罰法規）は人が作ったものであり、神が決めたものではない。政策的にみて、法を合理化する（立法動機となった）事実も社会現象であった以上、「評価」はそこから離れるべきでない。第二に、法（刑罰法規）は人に向けられた規範であり、人は行為を「事実」の意味に従って操縦できるだけである。意味を与えるのは社会であり、人が操縦を求められるのは社会内の存在だからである。社会的把握を超えた「評価」は人の操縦が及び得ない部分の科学的分析に過ぎず、規範的に

---

(57) その成立を明示しなくてよい「吸収一罪」とする平野・前掲書（注（9））413頁も、明示を不要とする理由として、立法者も考慮に入れていたと考えてさしつかえない結果だという。実体法上での「数罪」にこだわりが残るのは、法益保護の思想を貫徹することに由来する「実体論」上の評価だからであろう。なお、山火（2）23頁は、器物損壊の「故意」を否定して、殺人罪だけで足りるとする。「意思」評価において、関係調整を図る趣旨ではないかと思われる。

無意味である。そして、第三に、法（刑罰法規）は人の使うものである。実体法学が訴訟を無視した（「実践」を実務家に丸投げした）認識の図式を描くだけなら、「理論と実務」の壁は崩せない。「実在」や「規範的命題」だけでなく、「法の適用」という「実践」場面における両者の相関関係を語るべきである以上、「事実」は関係者の共通言語の場で、すなわち、社会的把握を基礎として扱うべきである。被害者の衣服が流血に染まり効用を喪失したとしても、それが殺人と別に評価される「結果」かは疑わしい。客体たる「人」は着衣の状態にあるのが通常で、ナイフで刺すことは「殺害」の通常形態であろう。だから、流血による着衣損壊も通常の「結果」であり、重疊的な「評価」を求めるのは過剰だと思われる<sup>(58)</sup>。

なお、逮捕罪と監禁罪のように同一条文（刑 220 条）内の異なる行為態様でも重疊の問題が生じうるが、大小関係は決め難いし、継続犯という性質でもともと「結果」評価に幅があるので、「吸収」ではなく、「包括して」という言葉が使われてきた（狭義の包括一罪<sup>(59)</sup>）。財産犯における財物罪（一項）と利得罪（二項）の関係は、規範論理では補充関係でよいと思われるが、一つの欺罔行為で財物と利益を共に得たときは包括して一罪と扱われる。これらは、その核心が被害の一体評価にある点で共通の基盤に立つものといえるから、実体法上も一罪でよいのではなかろうか。「吸収関係」の場合は、罪名を異にする複数の罰条が前提となるから、完全法（全部法）と不完全法（部分法）という観点で整理される。これらの場合は同一罰条（一項と二項）で複数回の「充足」と見るか否かが問題になるが、「自然的」な複数事実の

---

(58) 法益侵害と結果を同視する見解は、法益の相違を「結果」解釈に直結させるのだが、「実体論」上の「人の死」が生命侵害でも、「法の適用」場面における「結果」の評価、すなわち、「認定論」上の「人の死」が生命侵害だけを扱うとは言えないように思われる。社会現象としての「人の死」は着衣損壊を包摂しうると考えてよいのではなかろうか。

(59) 収賄罪（刑 197 以下）における要求・約束・収受の関係はその一例である。

「結果」における「包括」評価が問われる点は同様である。そこで、訴訟において「吸収関係」が問題となった場合も、これらの場合と同様に、判決書きの扱いは「包括して」一罪と表現するのでよいと思われる。包括される事実が別の条文に関わる場合に「吸収される」というのに相応しいが、その評価が「結果」を単一のものとして扱うことに関わる限り、実体法上も数罪を意味しないと見てよいように思われる。

3 択一関係の意味 上述のように、「法条競合」が複数の犯罪の「成立」を前提とするか否かには争いがある。「成立」を前提とする見方ならば、結局は択一的にしか「成立」しない「択一関係」は「法条競合」の枠外におかれることになる。「実体論」の世界で語るのなら、それが正しい把握だと思われる。複数の法条は「競合」するわけではなく、何らかの境界条件の下で並んでいるだけである。境界条件の存否に応じて、一つの事実はどちらか片方の「構成要件」に「該当」するだけであり、複数の「該当」を前提とした「充足」判断の排他性が問われるわけではないからである。しかし、「境界条件」が解釈に依存することは他の法条競合と同じであるし、その存否で区別できるという「一般論」に止まる法条競合論では虚しい。「法の適用」があってこそ「成立」を語ることができ、法条競合論をそれに向けた「罰条」の選択を規制する指針として語るべきだとすると、「実体論」の世界に止まっているわけにはいかない。「法の適用」は「解釈」や「法律構成」と密接不可分であり、法条競合は刑法解釈の基盤となる思考を示すものだと考えるから、「択一関係」を仮象問題と切り捨てるわけにはいかない。

「択一関係」の独自性を認める見解として、特別関係や補充関係は包摂の関係を前提として論理構造で優位法が決まるのに対して、ここでは、交差の関係を前提に処罰の重さで優位法が決まるという説がある<sup>(60)</sup>。しかし、「包摂」や「交差」という性格づけ自体が、罰条解釈に基づいてのみ可能なことである<sup>(61)</sup>以上、「性格づけ」に決定的な意味を認められるとは思えない。まして、「特別関係」と「補充関係」のいずれであるかも、解釈で左右される

と考える<sup>(62)</sup>ので、立法者意思が明文化されている場合でない限り、いずれにせよ、優位法の決定が一義的に決まるわけではないであろう。加えて、上述のように、「適用」では、「特別関係」や「補充関係」にある法条（構成要件）間で「吸収関係」（「狭義包括一罪」に準じる包括関係）が生じうるようにも思われる。そこで、これらの「関係」自体が重要なわけではないと考えるべきであろう<sup>(63)</sup>。「一般論」に止まらない「法条競合」の世界は、「認定論」の地平における、「解釈」に体系的思考という手法による「規制」を及ぼすことで、「評価」基準に用いる「罰条」の選択を制約するルールとして総括する方が妥当であるように思われる。すなわち、「評価」という実践の場を考えて、「実体論」を超える世界で語るべきものだと思われる。

このような見方を前提とするのであれば、「択一関係」は法条競合に組み入れて論じるべきであろう。それどころか、それは「法条競合」の核心部分を端的に語る好例である。なぜなら、検察官の起訴裁量という場面で考えて

- 
- (60) 林 277 頁は、交差関係は「異なる立法目的を達成するために形成された二つの犯罪類型が、意図せずして重なり合う部分が生じてしまう場合」であり、「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」という。
- (61) 例えば、横領と背任は、物の保管が「他人のための事務」なら、横領は常に背任を伴うことになり、包摂関係（横領罪が特別法）になるが、その解釈を採らず、また、委託違背の処分のみでは背任罪にいう「財産上の損害」にならないと見れば、背任になり得ない横領があり、交差関係になるであろう。領得にせよ越権にせよ、「境界条件」の解釈が必要であり、包摂であれ交差であれ、それが適用の前提となる。
- (62) 同意殺（刑 202 条）は、同意者も「人」とであると捉えれば（町野 435 頁）、特別法たる減輕類型であるが、殺人罪の「人」は同意者を含まないと捉えれば（林 276 頁）、補充類型として位置づけられる。それでも、後者の場合に、もはや「包摂」でもないというのは、生命保護という「目的」の同一性から見て困難であろう。
- (63) 虫明 55 頁以下は、四つの関係を「法条競合の下位事例」ではなく、解釈基準と捉える Honig 説の延長線上で、これらは「抽象的な『関係』概念にすぎない」とする。私見もこれに近いが、その上で、罰条の論理関係・事実の共通性に拘泥するよりは、法条競合論の実践的意義を認めて、それを「解釈」に活かしていくべきだと考える。

みると、「択一関係」こそが「どちらの罰条を使うか」という選択の要請される関係なのであり、正に「罰条 A を使うと罰条 B が使えなくなる相互関係」を語るものだからである。このような現象が起訴段階にあるからこそ、それに応じた手続問題として、訴因の扱い方（例えば、「択一的記載」）が争点となる<sup>(64)</sup>し、いわゆる「択一的認定」の問題<sup>(65)</sup>もその延長線上で位置づけを与える必要があるように思われる。実体法学は、訴訟上の現実を切り離してしまうのではなく、正に「実体法」の実現過程として検討してみるべきであり、それが「実在」とか刑法の基本原則（という「規範的命題」）から逸脱することのないように、必要ならば、「裁量」を制約する手続規制のルールにまで展開しておくべきだと思うのである。

当事者主義の訴訟実務を機能させようとするれば、「実体法」からの制約は緩やかである方がよい。判例の態度は徐々にその方向を示しつつあるように思われる。「横領物の横領」を認めた判決<sup>(66)</sup>は、「不可罰的事後行為」を科刑上一罪たる「包括一罪（吸収一罪）」と捉えることを前提にしているとの評価が有力である<sup>(67)</sup>。それは、実体法上の「一罪」という枠がもたらす制約を外して、一連の行為のどこを横領として「構成」してもよいという、起訴裁

(64) 平良木登規男「罪数論と刑事訴訟法」現刑 6 巻 7 号 (2004) 38 頁以下は、科刑上一罪の訴因上の扱いを中心に論じている。実体法上一罪が一訴因であるのなら、「一罪」の決定基準が問われる法条競合（～包括一罪）は「訴因」問題を考える土俵になると思われる。

(65) 鈴木・総論 238 頁以下が、「認定論」の一角に「択一的認定」を位置づけたことを、どう評価すべきだろうか。そこに示された、肯定できる事例①（業務上横領と横領）は「特別関係」であり、疑うべき事例②（窃盗と盗品無償譲り受け）は法条競合を超える非両立性（本犯か否か）である（同様の話は、死体遺棄と保護責任者遺棄に及びうる）。教授は法条競合に関係づけて処理されており、私見はこの思考に共感する。そして、それ故に、法条競合論は「認定論」の枠内で扱うべきだと考える。

(66) 注 (4) を参照。

(67) 例えば、野村稔「判批」現刑 63 号 (2004) 77 頁、林幹人「横領物の横領」現刑 65 号 (2004) 88 頁。



量の幅を認める意味をもつ<sup>(68)</sup>。法条競合論を超えてしまうが、他の法規との関係調整という意味では、「刑法と民法の関係」が同様の問題を含んでいる。財産犯で民事法からの制約を外して、刑法独自の判断を可能にさせる論理<sup>(69)</sup>がそれである。財物の他人性や債権（請求権）の存否を刑法が独自に決めてよいのなら、起訴裁量は「民事法を無視できる」という自由を獲得する。それを放任してよいか問題であり、それを支えるような、いわゆる経済的財産説を過度に徹底することや、実定法からの規制が及び難い「包括一罪」の世界を拡げることが本当に正しい選択なのか<sup>(70)</sup>が問題だと思われる。

- 
- (68) この事件の場合、後行行為は先行行為と無関係ではなく、「実体法論理」としては、抵当権設定や借入金流用の全てが既に横領に当たり、土地処分は結果的な清算行為でしかなかったともいえる。領得意思の認定では、先行行為も重視されている。一方で後行行為の評価は先行行為と無関係に決まる（弁護側からの主張は審判の対象にしない）としつつ、他方で先行行為を有罪認定の判断資料に取り込む態度に問題はないだろうか。一連の複数の行為から特定の部分を取り出して、有罪判断を得られるように構成する自由を、検察官に無限定に与えてよいか問題であろう。
- (69) その全てが不当だというわけではないが、所持説への傾斜、「他人性」要件の緩和、「不法原因給付」の事例における処罰化が論じられてきたところであり、「通帳取得」に関わる最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁（この口座開設は無効だったのであるか？）や「誤振込」に関わる最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁（引出権があるのなら権利行為ではないのか？）は、更なる「独立化」の様相を示しているように思われる。
- (70) 「横領物の横領」事例の問題は、他人の財産を包括的・継続的に管理する者の場合は、先行した財産処分の失敗を埋め合わせるために新たな財産処分を積み重ねることも多く、それを客体の数に応じた・その時点の犯罪と捉えるのは「社会的見解」から不適切なことにあると思われる。理論が「個別財産侵害」という枠組みに制約するからこそ、検察官はそれに従って主張する。しかし、本来ならば、「包括的・継続的に管理する者」の横領を独自に評価しうる枠組みを構築して（業務上横領の「業務」はこのような集合犯的な場合だけだと解し、その以外への適用は否定する）、場合によっては（一回限りでも「業務」だというのなら）、特別背任罪に見合う特別横領罪の類型を新たに設けることで（反面で業務上横領の法定刑は引き下げる）、対処する方針をとることが正しいように思われる。

「横領物の横領」を訴訟の場における「択一的」な処理の可能性に止める議論<sup>(71)</sup>は、事実自明型の「実体法論理」からすれば奇妙なものであろう。しかし、それにより、横領罪には「信任関係違背」が不可欠なのだという「実体法」からの制約を維持しうるメリットもある<sup>(72)</sup>。「実体法論理」の世界を維持することよりも、訴訟が実体法の考える正当化（規範的・政策的な合理性）という限界を超えることのないように、監視の目を及ぼすことの方が重要であり、それを可能とさせる場の提供を前提として、訴訟の制約ルール（訴訟手続に基づいて実現されるべき実体法論理）を提案していく方が望ましいように思われる。鈴木教授のいう「認定論」の世界をそのような場と位置づけて、法条競合論をそこで展開することができないであろうか。

つまり、伝統的には、訴因で特定された公訴事実が正に「認定」された場合に、その上ではじめて「法の適用」に至るのであり、法条競合論はその段階においてこそ顧慮される、法適用者（裁判官）のための理論として構成されていたといえよう。しかし、当事者主義の訴訟構造の下では、「実在」を訴訟に正しく投影するためには、まずは、検察官の訴訟活動を「実体法」で制約すべきである。ところが、伝統的な「論理」は事実自明型の「実体論」に止まっており、刑法学は、処罰を正当化しうるだけの「事実」を抽出することに、あるいは、「事実」の重要性を評価する「規範的命題」を精密化することに傾斜していた。それ故に、少なくとも、「実体論」を「法の適用」場面に結びつける「論理」を追加すべきであり、それが「認定論」という地平を要求する。そこにおいて、理論と実務を架橋して、実体法の理論を訴訟

---

(71) 山口厚「判批」法教 278 号 39 頁を受けた、拙稿・前掲（注（5））197 頁の評価である。法条競合は「訴訟上の非両立関係」をもたらす点に本質的な意味があり、だとすれば、「不可罰的事後行為」論もその延長線上に位置する、と考えるわけである。

(72) 罰条適用の際に「境界条件」の厳密な認定を要求することこそが、実体法的な制約の帰結である。その意味で、「択一関係」にもその「制約」をもたらす特性はある。

(手続)に投影するために、いかなる思考態度(場合によってはルール)が必要かを語るべきであろう。

もっとも、教授においても、罪数論は「認定論」を超えるものと捉えられており、法条競合は(法益という実質も含めた)論理関係で考慮されるようである。しかし、罪数論は、「認定論」を超える(「認識」後の「罰条適用」における「評価」の)世界なのではなく、むしろ、「法の適用」が「解釈」と「構成」の両輪によってこそ現実化するものであることを前提として、「認定論」が同時に「評価」論につながり得るという自覚の下で、そこにおいて語るべきだと思われる。そして、法条競合論の成果は、その「解釈」に体系的思考の制約を及ぼす(だから、検察官における「罰条」選択を規制する)ルールとして位置づけるべきだと考えるのである<sup>(73)</sup>。

### 三 まとめ得ぬままに一司法改革と理論教育の行方一

法条の「形式的・一般的な」考察では競合処理は狭すぎると言うべきである。概念上の区別に拘泥すれば、形式論理の「法条競合」と、内実の不明確な(政策的な)実質論理の「包括一罪」が区別されるであろう。しかし、理論は「実践」の制約を志向すべきであり、まずは、起訴裁量の基準となる視点を提供すべきである。とすれば、法条競合も具体的な「実在」と「規範的命題」の相関関係となる「法の適用」場面で語られるべきである。

---

(73) 付言しておく、犯罪の競合処理は「認定論」上の段階的な振り分けになるように思われる。すなわち、法条競合論が「構成要件」の「解釈」による競合処理であり、帰結として認定できる(決して自明でない)のが単純一罪である。次に、「社会的見解」で一体でなくても、違法評価の一体性に注目するのが広義の包括一罪(違法吸収)であり、責任評価の一体性に注目するのが科刑上一罪である。実体法上の「罪数」は、このような判断過程で整序され、それを訴訟法にどう投影すべきかが、その意味に応じて、別個に検討されるべきであろう。

そこで、具体的な競合判断は、「実在」の把握と罰条の「解釈」に依存する。前者は、総論の問題であり、特に、「行為」と「構成要件」の関係の捉え方（事実と社会的意味の関係、「社会的見解」をどう扱うか）で立場が分かれる<sup>(74)</sup>。後者は、個々の犯罪の各論的な把握の相違である。これらが絡み合うので、競合処理のルールは明確な輪郭になり難いが、形式的・一般的な論理だけを強調するのではなく、総論上の議論・各論上の議論を選び分け・結び付けながら、「評価」の全体構造を示すことが理論の任務だと思われる。それでこそ、総論と各論の知識を融合する地平が開かれて<sup>(75)</sup>、「理論と実務」の壁を超え易くなるであろう。

「総論上の議論」は、罰条の特性を超えて、「構成要件該当性」と「法益侵害性」という一般化された言葉で構築されている。「各論上の議論」は、横領と業務上横領・殺人と殺人未遂・殺人と器物損壊というように、罪名（の内包）とそれらの相互関係（外延）という順序で進む。法条競合論は、これら両者の交錯領域として、具体的事実を顧慮しつつ、特別関係（一般法と特別法）・補充関係（基本法と補充法）などの言葉で両者をつなぐ。形式論理に基づく競合は、「構成要件」に注目すれば、「基本的構成要件と修正構成要件」という言葉で総括される関係である。もっとも、その「修正」の内実をどう捉えるかは、解釈に依存する面が大きいから、特別関係か補充関係かは一概に決まらなないと考えておくべきであろう<sup>(76)</sup>。また、「構成要件」は「法益侵害」という実質的な不法の種類でもある以上、罰条解釈は「法益」

---

(74) その相違で「法条競合」の射程も全く異なってくる。近時は、それを狭く捉えて、「包括一罪」を活用する方向を望ましいとする評価が一般的なのだが、私見は実定法に基づく制約が弱まることを後退とみた。少なくとも罰条「解釈」を要求する意味で、「法条競合」の方が「実践」の制約になりうるからである。

(75) この「地平」を開くことこそが、法科大学院の理論教育が目指すべきものだと思う。民事法教育では、それが「要件事実論」という言葉に収斂している。刑法学では、問題の性質が異なるが、罰条選択（と法律構成の相関）が問われる「法条競合」の世界は重視されてよいであろう。

把握に基づく「内包」の説明にならざるを得ない。すると、それが他の罰条との関係（外延）を左右する意味をもち、法益保護の完全性を基準とした実質的な競合関係（吸収関係）を考察すべきことになるように思われる。

現代の刑法学には、刑法の目的・機能を見据えた、政策科学としての思考を踏まえた語り口が必要である。観念的な体系的整合性だけで優劣を決する態度では不十分である。そこに法条競合としての「吸収関係」を顧慮すべき土台がある。また、刑法の機能として社会（人々）に対する行為規制（行為規範としての意味）も認める<sup>(77)</sup>のなら、その重畳性を検討する必要もある。法益侵害（保護規範違反）としては二罪評価が可能であっても、「社会的見解」に基づく科刑上一罪の判断がある。それは、複数の結果があっても、当該（目的追求過程）行為を「規制」する観点から単一のものとして捉えるからであろう。それならば、「法益」と「社会的見解」上で「結果」も単一と評価しうる場合は、そもそも二罪を認める必要がないように思われる。「吸収関係」に「自然的」な複数行為で・複数の罰条が関係する（実在的競合に近い）

(76) 単独犯と共犯の関係もここに含まれる。まず、制限的正犯概念は共犯規定を補充法と捉えることを意味するが、単独犯の外延問題に間接正犯や不真正不作為犯があり（解釈による補充法に近い）、それらの正犯評価が優先する。次に、共犯「解釈」の決定的相違は、一般法・基本法として〈心理的因果性による惹起構成要件〉という類型を想定するか否かにある。この想定に立つ因果共犯論（惹起説）は、教唆規定を基本法と見るのに等しく、共同正犯は特別法・従犯は補充法であろう。これに対して、「心理的因果性」を疑う立場もある。間接正犯や不真正不作為犯がもつ「正犯」の射程を参照して、その構造を内包した共同（相互利用補充）による一部実行型・共謀型の正犯が共同正犯だとすれば、それは「実行」に関する特別法である（犯罪共同説）。すると、「共同」がない部分は単独犯（一般法）で評価してよく、その上で、他者（正犯）の「実行」に対する寄与（誘発・促進）の関係を捉える（不法共犯論）のが、補充法（従属的共犯）たる教唆犯・従犯である、と。

(77) 「実体論」上これを違法段階で顧慮するかが、結果無価値論と行為無価値論の争点だが、責任論で意思決定機能を考える結果無価値論なら、「認定論」上に位置する罪数論でそれを考慮しても矛盾ではない。

事例も含まれるのは、このような「結果」の包括という思想に基づいている。同様の思想を一つの条文の包括評価に及ぼすと狭義の包括一罪であり、ここまでを実体法上の一罪としてよいと思われる。

そこで、「法条競合」の限界を画するのは、形式的・一般的な規範の論理構造ではなく、政策的合理性に関わる「法益」に基づく評価を前提とした上で、規範的（一般予防論との関わりでは政策的な）合理性に関わる「社会的見解」という常識的な判断だと思われる。このような視座に立つことは、「法条競合」を罰条による「評価」という「実践」の場面で語るためにも必要な態度であろう。法はその「適用」において人に使われる道具であり、「人」は、「適用」場面にどんな立場に関わるにしても、「社会的見解」という基盤の上でなければそれを了解できない。伝統的な実体法学は「実在」や「規範的命題」の純粹性にこだわってきたのだが、「実践」上の思考に基づく検察官の起訴裁量は認められてよいはずである。素人も参画する裁判員制度の下では、この「常識的な判断」の部分を理論に組み込むことで、無用な混乱を避ける方が望ましいように思われる。そして、その上で、（新たな理論教育によって十分な訓練を積み）提案能力に長けた検察官と弁護人の主張が展開され、裁判官の適切な説示に導かれて、真に必要な「規範的命題」が市民参加の法廷の場で吟味・精製されることこそが理想なのだとと思われる。