



# 刑法54条1項における「法定刑」の比較と 明治期の判例(4)

専 田 泰 孝

はじめに

- I 数罪俱発と「一ノ重キニ從テ處斷ス」(以上35巻1 = 2号)
- II 「想像上ノ數罪俱發」と「相牽連スル犯罪」(以上35巻3 = 4号)
- III 大判明治42年3月25日と「一箇ノ罪」
  - 1 文書偽造罪と偽造文書行使罪の関係をめぐる判例
  - 2 刑法54条1項と加重減輕の関係をめぐる判例(大正期まで1号、昭和期以降本号)
- IV 「一罪トシテ之ヲ處斷ス」と「科刑上一罪」

おわりに

## 2 刑法54条1項と加重減輕の関係をめぐる判例(承前)

このように、法定刑の比較という立場は、大正期からすでに定着の兆しをみせていたが、刑法54条1項に関しては、昭和期以降もその立場を前提とする判例が積み重ねられていくことになる。たとえば、大判昭和5年11月22日刑集9巻823頁(1930年)は、建造物損壊罪、住居侵入罪、強盜殺人罪、放火罪の4つに同項後段を適用し、最も重い強盜殺人罪の刑に從うとした上で、同罪の法定刑から死刑を選択した原判決を支持している。この法令適用をみると、死刑を選択するという刑種の選択が、最も重い刑を判断したあとに行われている。したがって、これも、刑の輕重を判断する段階では、刑種を選択する前の法定刑を比較しているということになるわけである。

前記の判例が取り扱った事案は、被告人が、夜間、窃盜の目的で被害者方建造物の土壁に穴をあけ、その住居に侵入したというものであつ

た。被告人は、被害者の住居内で金銭を捜索中に強盗殺人を決意し、被害者が目を覚まして起き上がろうとしたところを殺害した。その結果、被告人は、意図したとおり被害者が所有していた金銭等を奪うことができたが、それだけでなく、犯跡を隠滅するために火を放って他人所有の建造物を焼損し、またその同じ放火によって被害者の死体を損壊した。原判決は、この事案で、建造物損壊罪、住居侵入罪、窃盗未遂罪、強盗殺人罪、非現住建造物放火罪、死体損壊罪の成立を認め、そのうち窃盗未遂罪と強盗殺人罪を連続犯として強盗殺人罪の刑に従うとし、さらに、放火罪と死体損壊罪を観念的競合として放火罪の刑に従うとする判断を示した。その上で、原判決は、建造物損壊罪と住居侵入罪、強盗殺人罪の3つを牽連犯、住居侵入罪と放火罪も牽連犯とし、最終的には、強盗殺人罪の刑に従うとした。

しかし、弁護人は、原判決の説明だと強盗殺人罪と放火罪の関係が明らかにならないとし、結論を出すために必要な適用規定が一部挙げられていないと主張した<sup>(231)</sup>。おそらくこれは、原判決が牽連犯だから強盗殺人罪の刑に従うとした点を、建造物損壊罪、住居侵入罪、強盗殺人罪の3つに関する判断と理解したからであろう。原判決の説明によると、窃盗未遂罪は連続犯として強盗殺人罪の刑に従うことになっているし、死体損壊罪は観念的競合として放火罪の刑に従うことになっているから、考える必要があるのは、残りの4つである。このうち建造物損壊罪、住居侵入罪、強盗殺人罪の3つが牽連犯だとすると、そのなかでは強盗殺人罪が最も重いということになるが、住居侵入罪と放火罪も牽連犯だとすると、そのなかでは放火罪が最も重いことから、前記の強盗殺

---

(231) 「第一點原審判決法律理由(七七九頁)ニ於テ結局最モ重キ強盗殺人ノ刑ニ從ヒ同條所定ノ死刑ヲ選擇シテ被告人ヲ處斷スヘクトアルモ如何ナル規定ニ基キテ結局以下ノ結論ヲ生スルモノナリヤ或ハ刑法第五十四條第五十五條ニ因ルモノナルヤ或ハ刑法第四十五條ニ基クモノナリヤ或ハ同判決ニ認定シタル放火ノ事實ニ付テハ法律ヲ適用セサル擬律ニ陥リタルモノナリヤ之ヲ明ニスルコトヲ得サルハ畢竟(ひっきょう)適當ナル適用法律ヲ示ササル不法アルモノト信スルノ外前科ニ付全然判斷ヲ缺(か)ケル違法アリト思料ス」(= 弁護人市原統の上告趣意書第1点)。

人罪とこの放火罪の関係を明らかにしないのは、法令適用の説明が充分でないということの意味している。このような主張に対し、前記の判例は、建造物損壊罪、住居侵入罪、強盗殺人罪のあいだにも、住居侵入罪と放火罪のあいだにも手段・結果の関係があるから、結局、刑法54条1項後段により最も重い強盗殺人罪の刑に従うというのは、誤りでないとした。すなわち、住居侵入罪を「かすがい」として、前記の4つが4罪で牽連犯になるということである。そうすると、当然、4罪の法定刑を比較して最も重い強盗殺人罪の法定刑に従うということにならざるを得ない。そして、この法定刑中の死刑を選択したに過ぎないのだから、原判決の説明には何も問題がないということになるわけである<sup>(232)</sup>。

さらに、この事案では、弁護人が、原判決の法令適用に再犯加重の判断が含まれていないことも違法だと主張したが<sup>(233)</sup>、前記の判例は、これも原判決を支持した。この事案では、強盗殺人罪以外の犯罪について有期懲役の再犯加重を行うべきでないということである。すなわち、もしもこれが狭義の併合罪であれば、たとえ強盗殺人罪については死刑を選択するとしても、他の罪については、それぞれ有期懲役に再犯加重を行ってから、それらの刑を併合しなければならない。しかし、この事案の強盗殺人罪と他の3罪は、4罪で牽連犯になり、「結局一罪タル關係ニ在ルヲ以テ」刑法54条1項によりその刑が強盗殺人罪の法定刑である

(232) 「因テ按スルニ住居侵入ハ強盜若ハ放火ニ對シ通常用キラルヘキ手段ナルヲ以テ住居ニ侵入シテ強盜若ハ放火ヲ爲シタル場合ニハ右住居侵入ハ強盜若ハ放火ニ對シ刑法第五十四條ニ所謂手段結果ノ關係アルモノトス原判決ノ認メタル事實ト其ノ法律適用トヲ對照シテ閱スルニ竊盜未遂ト強盜殺人トハ連續犯トシテ刑法第五十五條第十條ニ依リ重キ強盜殺人罪ノ刑ニ從ヒ放火ト死體損壞トハ一箇ノ行爲ニシテ二箇ノ罪名ニ觸ルルヲ以テ同法第五十四條第一項前段第十條ニ依リ重キ放火罪ノ刑ニ從ヒ建造物損壞住居侵入及強盜殺人トノ間竝(ならびに)住居侵入及放火トノ間ニハ夫々(それぞれ)手段結果ノ關係アルヲ以テ同法第五十四條第一項後段第十條ニ依リ結局最も重キ右強盜殺人罪ノ刑ニ從ヒ同條所定ノ死刑ヲ選擇シテ被告人ヲ處斷シタルハ擬律上正當ナリ」(=要旨)。

(233) 前記注<sup>(231)</sup>参照。最後の「前科ニ付全然判断ヲ缺ケル違法アリト思料ス」と述べている部分である。

「死刑又ハ無期ノ懲役」になる。そうすると、その後に行われる法令適用で<sup>(234)</sup> 有期懲役が問題になる余地はないから、有期懲役を前提にしている再犯加重も当然行われ<sup>(234)</sup> ない。それで結局、原判決が放火罪について再犯加重を行うという判断を示さなかつた点にも、問題がないことになるわけである<sup>(234)</sup>。ただ、この場合、法令適用の過程で有期懲役が問題になる余地がないというのは、最初に法定刑を比較して、牽連犯の刑を、強盗殺人罪の法定刑である「死刑又ハ無期ノ懲役」としたからそうなったということに過ぎない。したがって、この場合に再犯加重が必要でないという判断も、法定刑の比較という立場の産物にほかならない<sup>(235)</sup>。

あるいは、大判昭和8年7月1日刑集12巻1029頁(1933年)も、町会議員選挙に関わる2つの犯罪に刑法54条1項前段を適用し、その最も重い刑に従うとした上で、それに続けて刑種の選択を行った。そして、同項を適用した際に重い刑とされた罪が<sup>(235)</sup> 幫助犯だったことから、前記の判例は、そのあとさらに<sup>(235)</sup> 従犯減輕も行うべきだとしている。

前記の判例が取り扱った事案は、町会議員選挙の立会人であった被告人が、詐偽の方法をもって投票をなす者を黙認したというものであった。すなわち、被告人吉元榮保ら数名は、昭和7年7月1日に施行された沖縄県国頭郡(くにがみぐん)名護町の町会議員選挙で、当日不在のため投票できない選挙人の氏名を詐称して投票を行うことを企てた。選挙当日は、この共謀に基づいて、数名が詐偽投票を行ったが、前記町会議員選挙の投票立会人であった被告人宜保吉仲は、不正投票の監視中に、

(234) 「若シ夫(そ)レ死刑若ハ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ罪以外ノ之ヨリ輕キ他ノ犯罪ニシテ之ト併合罪ノ關係ニアルトキハ前科ニ付刑法累犯ノ規定ヲ適用スヘキモノナルモ本件放火罪ト強盗殺人トハ住居侵入罪トノ關係上結局一罪タル關係ニ在ルヲ以テ刑法第五十四條ヲ適用シ定メタル最重ノ刑ハ死刑又ハ無期ノ懲役ニ當ル結果同法第五十六條ノ趣旨ニ從ヒ累犯ノ法條ヲ適用スヘカラサル場合ニ至リタルモノトス論旨理由ナシ」(=要旨)。

(235) 前記注(207)で引用した大判明治45年3月28日の判旨をみると、「牽聯罪」では、重い罪の刑で<sup>(235)</sup> 処断すべき「一罪ヲ構成」するから、軽い罪は「獨立シテ累犯加重ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス」と述べている。本文の判例が、(強盗殺人罪よりも軽い)放火罪について再犯加重を否定するのも、これと共通と考えることができるだろう。

選挙人東江新榮と同比嘉正吉がいずれも再度投票したのを発見しながら、選挙立会人の義務を怠ってその投票を黙認し、よって両名が詐偽投票を行うのを容易ならしめた。当時、町村制(明治44年法律第69号)37条<sup>(236)</sup>によって町会議員選挙に準用されていた衆議院議員選挙法(大正14年法律第47号。以下、単に「衆議院議員選挙法」という)127条2項は、「氏名ヲ詐稱シ其ノ他詐僞ノ方法ヲ以テ投票ヲ爲シタル者」を2年以下の禁錮または千円以下の罰金に処すると定めていた。一方、同じく町会議員選挙に準用されていた同128条は、「立會人正當ノ事故ナクシテ本法ニ定メタル義務ヲ缺(か)クトキ」その立会人を100円以下の罰金に処すると定めていた。被告人吉元の所為は、もちろん詐偽投票の罪を構成するが、問題は、被告人宜保の所為である。同人は、もともと立会人だったわけだから、立会人の義務に違背した罪については正犯であるが、詐偽投票は自ら行ったわけではなく、他人が行うのを黙認してそれを容易ならしめたに過ぎないから、詐偽投票の罪については幫助犯にしかならない<sup>(237)</sup>。しかし、当該事案の原判決は、被告人宜保を処断する際に従犯減輕を行わなかった。原判決は、前記の2罪を観念的競合とし、衆議院

<sup>(236)</sup> 「本法又ハ本法ニ基キテ發スル勅令ニ依リ設置スル議會ノ議員ノ選舉ニ付テハ衆議院議員選舉ニ關スル罰則ヲ準用ス」。なお、大正10年法律第59号によって削除されたため、この時点で、町村制(明治44年法律第69号)37条には2項(=「前項ノ罰則中選舉人ニ關スル規定ハ第二十四條ノ代人ニ之ヲ準用ス」)が存在しない。

<sup>(237)</sup> 原判決認定の事実によると、被告人吉元榮保は、この町会議員選挙における候補者であったが、本文で述べた詐偽投票の共謀は、その被告人吉元が訴外大城陽一とともに、選挙運動中の昭和7年6月30日、向町字屋部の比嘉榮之方において、同人「等」および他の候補者に対する賛同者「數名」と共謀し、詐偽投票を企てたというものであった。そして、選挙当日は、被告人吉元が、前記の訴外大城を通じて「數名」の選挙人に事情を説明し、それらの者に詐偽投票を行わせたという。このように、原判決認定の事実をみると、詐偽投票の共謀に加わった者が具体的に誰か判然としない部分もないわけではないが、それでも、被告人宜保吉仲の名は、そこに挙がっていない。したがって、詐偽投票を黙認したという同人の所為は、前記の共謀に基づいて行われたものでないと考えなければならない。

議員選挙法127条2項の刑に従うとして同項が定める2年以下の禁錮を選択したが、刑の減輕を行わず、そのまま処断したわけである<sup>(238)</sup>。

そこで、被告人宜保は、正犯である東江が罰金80円、比嘉が罰金60円に処せられたことを挙げ、自分の所為は従犯にしかならないのだから、これらの刑に照らして減輕すべきだと主張した。これに対し、前記の判例は、従犯減輕を正犯の法定刑に照らして減輕する趣旨とし、宣告刑に照らして減輕すべきだという主張には理由がないとする判断を示したが、従犯の刑は正犯の刑に照らして減輕すべきだから、原判決が刑の減輕を行わなかったのは失当であると述べ、原判決の被告人宜保に関する部分を破棄した。前記の判例によると、観念的競合の関係にある数罪のなかに従犯が含まれているというときは、まず「法定刑ヲ以テ比照ノ標準ト爲シ」刑の輕重を定めなければならない。また、刑を比較した結果、

---

(238) 前記注<sup>(237)</sup>でも述べたように、被告人吉元榮保は、訴外大城陽一を通じて数名の選挙人に詐偽投票を行わせた。また、被告人宜保吉仲は、詐偽投票を黙認したが、それは、東江が詐偽投票を行うのと、比嘉が詐偽投票を行うのをそれぞれ黙認したというものであった。被告人兩名が行ったこれらの所為は、いずれも連続犯とされたため、原判決では、これらに刑法55条が適用されている。本文の説明では、その点を省略しているが、原判決の法令適用は次のとおりである。「法律ニ照スニ被告人榮保ノ判示所爲ハ町村制第三十七條衆議院議員選挙法第二百二十七條第二項刑法第五十五條ニ各該當シ被告人吉仲ノ判示所爲ハ町村制第三十七條衆議院議員選挙法第二百二十七條第二項第二百二十八條刑法第六十二條第五十五條ニ各該當スルトコロ右ハ一個ノ所爲ニシテ二個ノ罪名ニ觸ルルモノナルヲ以テ刑法第五十四條第一項前段第十條ニヨリ重キ町村制第三十七條衆議院議員選挙法第二百二十七條第二項ニ定メタル刑ニ從フヘキヲ以テ被告人兩名ニ對シ禁錮刑ヲ選擇シ其ノ刑期範圍内ニ於テ各主文ノ刑ヲ量定處斷スヘク尙刑法第二十一條ヲ適用シ各未決勾留日數中榮保ニ對シ四十日吉仲ニ對シ三十日ヲ各本刑ニ算入スヘキモノトス」。これをみると、「被告人吉仲ノ判示所爲」が「刑法第六十二條」に該当すると述べているにもかかわらず、「被告人兩名ニ對シ禁錮刑ヲ選擇」したあと、被告人宜保吉仲との関係で行うべき従犯減輕を行わないまま、「其ノ刑期範圍内ニ於テ各主文ノ刑ヲ量定處斷」していることがわかる。原判決は、被告人兩名の所為に関する法令適用をこのように説明して、吉元榮保を禁錮3月、宜保吉仲を禁錮2月に処した。

従犯となるべき罪の法定刑が重いということであれば、「其ノ刑ニ付選擇ヲ爲シタル上従犯ノ減輕ヲ爲シ」その範囲で処断しなければならない<sup>(239)</sup>。前記の判例は、このように、刑法54条1項が適用されるとしても、その最も重い刑とされる罪が従犯であれば、従犯減輕を行うべきだとする判断を示し、当該事案においても、原判決認定の事実を前提にして、次のような法令適用を明らかにした。すなわち、被告人宜保の所為中、詐偽投票の幫助は衆議院議員選挙法127条2項と刑法62条1項に該当し、立会人の義務違背は衆議院議員選挙法128条に該当するが、これは、1個の行為で数個の罪名に触れる場合であるから、刑法54条1項前段により、重い詐偽投票幫助の罪について定めた刑に従う。そして、同罪の刑から2年以下の禁錮を選択し、刑法63条によって減輕する。そうすると、処断刑は半月以上1年以下の禁錮になるわけであるが、前記の判例は、結局、その範囲内で同人を禁錮2月に処している<sup>(240)</sup>。

(239) 「然レトモ従犯ニ對スル刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕スヘキモノナルヲ以テ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ニ於テ其ノ中従犯ニ該當スルモノアルトキハ先ツ従犯ノ成立スル各本條ノ罪ノ法定刑ヲ以テ比照ノ標準ト爲シ刑法第五十四條第一項前段第十條ヲ適用シ右従犯ノ罪ノ法定刑ヲ重シトスルトキハ其ノ刑ニ付選擇ヲ爲シタル上従犯ノ減輕ヲ爲シ其ノ刑ノ範囲内ニテ處斷スヘキモノトス然ルニ原判決ニ依レハ被告人吉仲カ東江新築外一人ニ於テ不在選舉人ノ氏名ヲ詐稱シテ不正投票ヲ爲シタル行爲ヲ幫助シタル事實ヲ認定シナカラ其ノ法律適用ノ部分ニ於テ被告人吉仲ノ判示所爲ハ町村制第三十七條衆議院議員選挙法第二百二十七條第二項第二百二十八條刑法第六十二條第五十五條ニ各該當スルところ右ハ一個ノ所爲ニシテ二個ノ罪名ニ觸ルルモノナルヲ以テ刑法第五十四條第一項前段第十條ニヨリ重キ町村制第三十七條衆議院議員選挙法第二百二十七條第二項ニ定メタル刑ニ從フヘキヲ以テ禁錮刑ヲ選擇シ其ノ刑期範囲内ニ於テ主文ノ刑ヲ量定處斷スル旨説示シ刑法第六十三條第六十八條ヲ適用セス漫然町村制第三十七條衆議院議員選挙法第二百二十七條第二項ニ定メタル刑ニ依リ處斷シタルハ前叙ノ理由ニ依リ失當タルヲ免レサルモノニシテ原判決ハ其ノ認定シタル事實ニ對スル法律ノ適用ヲ誤リタル違法アリ被告人吉仲ノ此ノ點ニ關スル論旨ハ結局其ノ理由アルニ歸(き)ス」(=要旨第2)。

(240) 本文の判例は、被告人吉元榮保の上告を棄却したが、本文でも述べたように、被告人宜保吉仲の上告を容れ、原判決の同人に関する部分を破棄し

すでに紹介した大判大正2年2月3日は、未遂減輕を行うべき事案で、減輕前の刑を比較すべきだという判断を示し、その理由を、障害未遂の減輕が任意的だからと説明した。一方、ここで取り上げた大判昭和8年7月1日は、必要的減輕でもそれが同じであることを明らかにしたわけであるが、その理由は、法定刑を比較しなければならないからということになっている。

さらに、その後も、大判昭和9年7月23日新聞3762号13頁(1934年)が、刑種の選択を行わずに刑法54条1項を適用した原判決を支持している。これは、たとえ法定刑に選択刑が含まれていたとしても、刑種の選択を行わずに法定刑をそのまま比較するということであり、法定刑に選択刑が含まれているときは、選択刑中の重いものをその比較に用いるということである。

原判決によると、被告人は、高知県の農林技手として同県内務部耕地課長等の指揮を受け、耕地整理<sup>(241)</sup>を施行する土地の実地測量や工事設計、予算編成、組合員<sup>(242)</sup>に対する指導等の職務を管掌していたが、前記課長の命令を受け、昭和5年8月ごろから、梅久保耕地整理組合と大井平耕地整理組合の主任技術者となった。そして、その職務を担当して

---

た。当該事案では、同人が選挙人2名による詐偽投票を黙認したことから、本文の判例でも、立会人の義務違背は連続犯とされ、刑法55条が適用されている。本文の説明では、その点を省略しているが、判例の原文は次のとおりである。「仍(よっ)テ原判決認定ノ事實ヲ法律ニ照スニ被告人宜保吉仲ノ所爲中詐偽投票幫助ノ點ハ町村制第三十七條衆議院議員選舉法第二百二十七條第二項刑法第六十二條第一項ニ該當シ立會人ノ義務違背ノ點ハ町村制第三十七條衆議院議員選舉法第二百二十八條刑法第五十五條ニ該當スルコロ以上ハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルル場合ナルヲ以テ刑法第五十四條第一項前段第十條ニ則(のつ)リ重キ東江新築ニ對スル右詐偽投票幫助ノ罪ニ付定メタル刑ニ從ヒ禁錮刑ヲ選擇シ刑法第六十三條第六十八條第三號ニ則リ其ノ刑ヲ減輕シタル刑期範圍内ニ於テ同被告人ヲ禁錮二月ニ處シ刑法第二十一條ニ依リ同被告人ノ未決勾留日數中三十日ヲ本刑ニ算入スヘキモノトス」。これによると、本文の判例は、前記のように、原判決を破棄したが、しかし、判決主文は、(未決勾留日数の本刑算入も含め)原判決とまったく変わらなかつたということになる。

いたとき、被告人は、不正に過大な設計見積調査書<sup>(243)</sup>を作成するよう請託を受け、それも含めた職務上の便宜に対する謝礼として、数回にわたり両組合の関係者から酒食の饗応を受けた。しかも、被告人は、前記のように饗応を受けた結果、金額を不当に高く計上した設計見積調査書を実際に作成し、上司に提出した<sup>(244)</sup>。

---

(241) 耕地整理法(明治42年法律第30号。以下、単に「耕地整理法」という)1条によると、同法にいう耕地整理には、土地の農業上の利用を増進する目的で行われる土地の交換、分合(ぶんごう)、開墾、地目変更などのほか、道路、堤塘(ていとう)、畦畔(けいはん)、溝渠(こうきょ)、溜池等の変更廃置、これに伴う灌漑(かんがい)排水の工事、それらのために必要となる工作物の設置など、さまざまな内容が含まれていた。

(242) 耕地整理法41条1項によると、耕地整理を施行するため必要があるときは耕地整理組合を設立することができることとされ、同2項によると、この耕地整理組合は法人とすると定められていた。

(243) もともと耕地整理法3条1項本文によると、耕地整理を施行しようとするときは、設計書を作って地方長官の認可を受けることになっていたが、当時の高知県令によると、この設計書は、県が整理施行地の現況等を事前に調査し、それに基づいて作成することになっていた。これによると、まず県が設計書を申請者に交付し、申請者はこの設計書を提出して地方長官に耕地整理施行の認可を申請するということになるが、本文の判例によると、このような手続になっているのは、耕地整理の地方に及ぼす利害が重大だからだという。すなわち、耕地整理の可否を慎重に判断しなければならないから、あらかじめ県が自ら調査するようにしてあるということであるが、本文の判例で問題になったのは、この設計書の基礎資料として作成される設計見積調査書である。本文の判例によると、設計書そのものは(農林技手でなく)県が作成すべき文書であるが、工事の設計や経費の予算編成は、この設計書を作成するために必要な調査として農林技手の職責中に包含される。その調査の結果作成される設計見積調査書は、もちろん設計書を作成するための基礎資料になるわけであるが、設計書と別個独立に作成される公文書であり、したがって、農林技手である被告人が職務上作成すべき文書であるという(=弁護士川崎齋一郎、同山口貞昌の上告趣意書第7点に対する判断)。

(244) 本件の公訴には、このように内容虚偽の設計見積調査書を提出し、それによって2つの組合に必要な以上の金額を詐取せしめたという事実も含まれ

原判決は、この事案で、無印虚偽公文書作成罪(=3年以下の懲役または罰金)と、無印虚偽公文書行使罪(=3年以下の懲役または罰金)が成立するとし、それらを牽連犯とした。原判決は、このように牽連犯を認めただ上で、その「兩罪」と加重収賄罪<sup>(245)</sup>(=当時は1年以上10年以下の懲役)がそれぞれ観念的競合になるとする判断を示したという<sup>(246)</sup>。これを前提にすると、刑法54条1項後段および同項前段を適用するということになるが<sup>(247)</sup>、その際、原判決は、無印虚偽公文書作成罪と無印虚偽公文書行使罪について刑種の選択を行わないまま、重い加重収賄罪の刑に従うとした。この法令適用に対し、上告趣意は、法定刑に選択刑が含まれている2罪について、刑種の選択を行ったあとでなければ、加重収賄罪

---

ていたが、第一審判決は、無印虚偽公文書作成、無印虚偽公文書行使、詐欺取財を証明不十分とし、賄賂收受しか認めなかった。そこで、検察官と被告人の双方が控訴したところ、原判決も、詐欺取財は認めなかったが、賄賂收受のほかは無印虚偽公文書作成と無印虚偽公文書行使を認めた。

<sup>(245)</sup> なお、昭和16年法律第61号による改正前は、加重収賄罪が刑法197条1項後段で処罰されていた。当時の同項を引用すると、「公務員又ハ仲裁人其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス因テ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス」である。

<sup>(246)</sup> 本文の判例が判決理由のなかで述べたところによると、原判決は「公文書偽造ノ罪」「偽造公文書行使ノ罪」「加重収賄ノ罪」のいずれにも「第五十五條」を適用している。後記注<sup>(249)</sup>参照。したがって、原判決は、無印虚偽公文書作成罪、無印虚偽公文書行使罪、加重収賄罪のいずれも連続犯とし、無印虚偽公文書作成罪の連続犯と、無印虚偽公文書行使罪の連続犯を牽連犯、その「兩罪」と加重収賄罪の連続犯を観念的競合としたわけである。しかし、本文では、このうちの各犯罪が連続犯とされた部分を省略して説明している。

<sup>(247)</sup> この点、東京高判昭和41年3月10日高刑19卷3号253頁(1966年)は、類似の事案(=判示第一)で、まず有印虚偽公文書作成罪と有印虚偽公文書行使罪が加重収賄罪と観念的競合になるとし、その上で有印虚偽公文書作成罪と有印虚偽公文書行使罪が牽連犯になるとして、刑法54条1項前段および同項後段を適用している。したがって、本文の原判決とは、順序が逆ということになる。また、その上告審判決である最判昭和43年9月25日刑集22

の刑と比較して軽重を定めることができないと主張した<sup>(248)</sup>。

しかし、前記の判例は、刑法54条1項によりその最も重い刑をもって処断する場合、「各罪名ニ於ケル法定刑ヲ標準トシテ」軽重を比較すべきと述べた上で、法定刑が選択刑を含んでいるときは、「其ノ重キ刑ヲ

---

卷9号871頁(1968年)は、追徴金額の判断に誤りがあるとして、原判決を破棄し、自判したが、その際の法令適用では、有印虚偽公文書作成罪と有印虚偽公文書行使罪が加重収賄罪と観念的競合になるとし、同項前段を適用しているに過ぎない。すなわち、それと別に牽連犯を認め、同項後段を適用するという事は行わなかったわけである。

(248) 前記注(244)で説明したように、第一審判決は、被告人を収賄罪で有罪としたが、賄賂收受と無印虚偽公文書作成、無印虚偽公文書行使、詐欺取財が「想像上ノ數罪」として起訴されたことを理由に、収賄罪以外の罪が無罪である旨を判決主文で言い渡さなかった。これに対して、検察官と被告人の双方から控訴があり、原判決が無印虚偽公文書作成と無印虚偽公文書行使を認めたことから、賄賂收受も、単純収賄罪でなく、加重収賄罪になった。このため、上告審では、弁護人が、原判決を不利益変更の禁止に反すると主張した。すなわち、第一審判決で有罪となった収賄罪については、検察官の控訴がなく、被告人しか控訴していないはずであるのに、原判決がこれを被告人に不利益なものへと変更したから、違法だということである。しかし、本文の判例は、第一審判決が「想像上ノ數罪」として無罪の部分にも独立に無罪を言い渡さなかった以上、検察官の控訴は、「想像上ノ數罪」となるべき数罪の全体に及ぶとして、この主張を退けた(=弁護人川崎齋一郎、同山口貞昌の上告趣意書第6点に対する判断)。一方、刑法54条1項における刑の比較に関しては、本文で述べたように、刑種の選択を要するか否かが争われた。この点に関する弁護人の上告趣意は次のとおりである。「第八點原判決ハ公文書偽造行使罪ニ付刑法第一百五十八條第一項第百五十六條及第一百五十五條第三項收賄罪ニ付同法第九十七條第一項後段ヲ各適用シ右ハ一個ノ行爲カ二個ノ罪名ニ觸ルル場合ナリトシテ同法第五十五條第五十四條後段前段第十條ニ依リ重キ加重收賄罪ノ刑ニ從ヒ處断スヘキ旨説示セリ然レトモ刑法第一百五十五條第三項ノ刑罰ハ懲役又ハ罰金ノ選擇刑ナルヲ以テ本件事案ニ付其ノ何レノ刑ヲ當行適用スヘキカラ選擇斷定シタル後ニアラサレハ之ヲ刑法第九十七條第一項後段ノ刑ト比較シテ輕重ヲ定メ得ヘキモノニアラス原判決ノ如上判示ニハ擬律ノ違法アリト謂ハサルヘカラス」(=弁護人川崎齋一郎、同山口貞昌の上告趣意書第8点)。

以テ之カ比較ニ供スヘク」、そうだとすると、同項を適用しているあいだは刑種の選択を行う余地がないとする。したがって、法定刑が選択刑を含んでいる2罪について刑種の選択を行わなかったとしても、特に問題はない。すなわち、それらの法定刑に含まれる選択刑のうち重い有期懲役と加重収賄罪の刑を比較し、重い加重収賄罪の刑に従ったのだから、原判決の法令適用に誤りはないというのである<sup>(249)</sup>。

以上のように、大審院の判例は、前記の☆大判大正3年11月10日がその立場を明確にしてから、大正期、昭和期と、まったく動いていない。もちろん法定刑の比較を明言するもの以外にも、刑種の選択を行うことなく刑の軽重を定めるべきだと述べるもの、実際に刑を比較してから刑種の選択を行ってみせるもの、軽い罪については再犯加重を行うべきでないとするものと、その表現方法はさまざまであるが、これらはいず

---

(249) 「刑法第五十四條第一項ニ依リ最重ノ刑ヲ以テ處斷スル場合ハ各罪名ニ於ケル法定刑ヲ標準トシテ輕重ヲ比較スヘキモノナレハ法定刑ニシテ選擇刑ノ存スルモノニ存リテハ其ノ重キ刑ヲ以テ之カ比較ニ供スヘク其ノ間選擇ノ餘地ヲ存セス從テ原判決カ刑法第百五十六條第百五十五條第三項第五十五條ノ公文書偽造ノ罪ト同法第百五十八條第一項第百五十六條第百五十五條第三項第五十五條ノ偽造公文書行使ノ罪ト手段結果ノ關係ニアリ且右兩罪ト同法第百九十七條第一項後段第五十五條ノ加重收賄ノ罪ト夫々一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノトナシ同法第五十四條第一項後段前段第十條ニ依リ刑ノ輕重ヲ比較スルニ當リ前示公文書偽造ノ罪及偽造公文書行使ノ罪ニ付定メラレタル選擇刑ニ付特ニ選擇ヲ爲スコトナク其ノ重キ刑タル懲役刑ト右加重收賄罪ノ刑トヲ比較シ重キ加重收賄罪ノ刑ニ從ヒ其ノ刑期範圍内ニ於テ被告人ヲ懲役一年ニ處シタルハ正當ニシテ何等所論ノ如キ擬律錯誤存スルコトナシ論旨ハ理由ナキモノトス」(= 弁護士川崎齋一郎、同山口貞昌の上告趣意書第8点に対する判断)。なお、前記の引用の「從テ」以下では、原判決の法令適用が説明されており、原文では、無印虚偽公文書行使罪について述べている部分が、「同法第百五十六條第百五十五條第三項第五十五條ノ偽造公文書行使ノ罪」となっていたが、前記の引用では、最初の「同法」と「第百五十六條」のあいだに「第百五十八條第一項」を追加した(= この点は、上告趣意をみても、原判決が「公文書偽造行使罪」に刑法158条1項、同156条および同155条3項を適用したと述べている。前記注<sup>(248)</sup>で引用した弁護士川崎齋一郎、同山口貞昌の上告趣意書第8点参照)。

れも実質的には同じ判断を繰り返しているに過ぎない。刑法54条1項を適用するときは、数罪の法定刑を比較し、その数罪のうちの最も重い法定刑で処断するという判断である。

そして、この、法定刑を比較するという立場は、敗戦を経て最高裁になってからも、変わることなく引き継がれていく。刑法54条1項における「其最モ重キ刑」の意義が争われた事案で、法定刑の比較という立場を改めて確認したのは、最判昭和23年4月8日刑集2巻4号307頁(1948年)である。そこで議論されたのは、食糧管理法(昭和17年法律第40号。昭和22年法律第247号による改正前のもの。以下、単に「食糧管理法」という)31条の罪と、物価統制令(昭和21年勅令第118号。昭和21年勅令第382号と昭和22年勅令第133号により改正されたもの。以下、単に「物価統制令」という)33条の罪に刑法54条1項前段を適用するとき、同項における「其最モ重キ刑」をどのように理解すべきかということであった。

原判決によると、被告人は、法定の除外事由がないのに、営利の目的で継続した犯意のもと、生産者3名から、うるち玄米およびうるち精米を買い受け、買受資格のない者に対し、うるち精米を売り渡したが、この買い受けと売り渡しは、いずれも、その価格が物価庁長官の定めた統制額を超過していた<sup>(250)</sup>。原判決は、このうち買い受けを食糧管理法31条の罪(=生産者等から買い受ける行為等の禁止に違反する罪)、売り渡しも同条の罪(=譲渡の相手方等を制限する命令に違反する罪)<sup>(251)</sup>、統制額超

(250) 原判決によると、被告人の行為は、買い受けが昭和22年5月20日ごろから同月27日ごろまでのあいだ、売り渡しが同月27日に行われたという。本文で説明したように、物価統制令は昭和21年勅令第382号と昭和22年勅令第133号によって改正されたが、前者は昭和21年8月12日、後者は昭和22年4月16日に公布され、いずれも公布の日から施行された。一方、食糧管理法も昭和22年法律第247号によって改正され、この改正も公布の日から施行されたが、これが公布されたのは同年12月30日であった。

(251) 食糧管理法31条は、同9条と同10条に違反する行為を処罰していたが、本文の判例が取り扱った事案では、買い受けも売り渡しも同9条に違反する行為として処罰されている。同31条と同9条をそれぞれ引用すると、前者が「第九條又ハ第十條ノ規定ニ依ル命令ニ違反シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五萬圓以下ノ罰金ニ處ス」、後者が「政府ハ特ニ必要アリト認ムルト

過の売買をいずれも物価統制令33条の罪(=統制額を超える契約等の禁止に違反する罪)<sup>(252)</sup>に該当するとした上で、売買と価格違反は1個の行為

キハ勅令ノ定ムル所ニ依リ主要食糧ノ配給、加工、製造、讓渡其ノ他ノ處分、使用、消費、保管及移動ニ關シ必要ナル命令ヲ爲スコトヲ得」である。また、同9条にいう「勅令ノ定ムル所」は、買い受けが食糧管理法施行令(昭和17年勅令第592号。昭和18年勅令第766号と昭和20年勅令第673号により改正されたもの)10条の2、売り渡しと同10条である。これも引用すると、同10条の2が「市町村農業會、販賣組合、農業倉庫業者其ノ他命令ヲ以テ定ムル者以外ノ者ハ米麥(べいばく)ノ生産者又ハ土地ニ付權利ヲ有シ小作料トシテ之ヲ受クル者ヨリ其ノ生産シ又ハ小作料トシテ受ケタル米麥ヲ買受ケ又ハ販賣ノ委託ヲ受クルコトヲ得ズ但シ農林大臣ノ指定シタル場合ハ此ノ限ニ存ラズ」、同10条が「農林大臣ハ食糧管理法第九條ノ規定ニ基キ第七條、前條若ハ第十條ノ五又ハ同法第三條第一項ノ規定ニ依リ賣渡又ハ販賣ノ委託ヲ爲スベキ場合ヲ除クノ外米麥ヲ所有スル者ニ對シ其ノ者ノ行フ米麥ノ讓渡ニ關シ其ノ相手方又ハ時期ヲ制限スルコトヲ得」である。なお、被告人の行為当時、食糧管理法31条の法定刑が10年以下の懲役または5万円以下の罰金であったことは、前記のとおりであるが、その後は、前記注<sup>(250)</sup>で説明した昭和22年法律第247号によりこれが改められ、罰金の多額が10万円に引き上げられた。

<sup>(252)</sup> 物価統制令33条は、同3条と同9条に違反する行為を処罰していたが、本文の判例が取り扱った事案では、買い受け時と売り渡し時いずれの価格違反も同3条に違反する行為として処罰されている。同33条と同3条をそれぞれ引用すると、同33条柱書が「左ノ各號ノ一ニ該當スル者ハ十年以下ノ懲役又ハ十萬圓以下ノ罰金ニ處ス但シ違反ニ係ル價格等ノ金額ト統制額ニ依ル價格等ノ金額トノ差額又ハ之ニ相當スル金額ノ三倍ガ十萬圓ヲ超ユルトキハ罰金ハ當該差額又ハ金額ノ三倍以下トス」、同1号が「第三條ノ規定ニ違反シタル者」、同2号が「第九條ノ規定ニ違反シタル者」、同3条1項が「價格等ニ付第四條乃至第七條ニ規定スル統制額アルトキハ價格等ハ其ノ統制額ヲ超エテ之ヲ契約シ、支拂ヒ又ハ受領スルコトヲ得ズ但シ第七條第一項ニ規定スル統制額ニ係ル場合ヲ除クノ外閣令ノ定ムル所ニ依リ價格等ノ支拂者又ハ受領者ニ於テ物價廳長官ノ許可ヲ受ケタル場合ニ於テハ此ノ限ニ存ラズ」、同2項が「價格等ニ對スル給付ノ爲サルル地區ニ於ケル統制額ト他ノ地區ニ於ケル當該價格等ノ統制額トガ異ル場合ニ於テハ當該給付ニ付テハ内閣總理大臣別段ノ定ヲ爲シタル場合ヲ除クノ外當該給付ノ爲サルル地區ニ於ケル統制額ヲ以テ前項ノ場合ニ於ケル統制額トス」であ

で2個の罪名に触れ、買い受けと売り渡しは連続犯であるとして、刑法54条1項と同55条を適用した。この同55条は、現在すでに削除されているが、いわゆる連続犯の処断を定めたものであり、これによると、「連續シタル數個ノ行爲」で「同一ノ罪名ニ觸ルル」ものは「一罪トシテ」処断される。それゆえ、(連続して行われ、いずれも食糧管理法31条の罪にあたる)買い受けと売り渡しは、1罪として処断される。同様に、(連続して行われ、いずれも物価統制令33条の罪にあたる)買い受け時の価格違反と売り渡し時の価格違反も、1罪として処断される。そして、この売買と価格違反は、1個の行為で2個の罪名に触れるわけであるから、食糧管理法31条の罪と物価統制令33条の罪に対しては、刑法54条1項を適用しなければならない。

これらの処罰規定のうち、食糧管理法31条の法定刑は10年以下の懲役または5万円以下の罰金であったが、物価統制令33条本文の法定刑は10年以下の懲役または10万円以下の罰金であった<sup>(253)</sup>。この2つは、罰金

---

る。なお、同33条柱書で「當額差額」となっていたところは、官報だけでなく御署名原本でもそのようになっていたが、「當該差額」に改めた(=物価統制令は現在でも効力を有しているが、現行の同33条柱書では、この部分が「当該差額」となっている。また、国立公文書館が公開している公文類聚(こうぶんるいしゅう)を調査すると、物価統制令の施行後約5か月でこれを改正した昭和21年勅令第382号の原議書には手書きの文書で物価統制令の全文が付されているが、それをみると、この部分は「當該差額」となっている。そのあと同33条を改正した昭和24年政令第36号の原議書にも改正前の同条を記載した手書きの文書が付されているが、それをみても、この部分は「当該差額」となっている。このように、物価統制令施行直後の公文書で、「該」と表記する資料を前提にしていると思われる例が複数存在することから、本稿は、原文の「當額差額」を誤字と判断した)。

<sup>(253)</sup> しかも、物価統制令33条ただし書は、違反に係る価格と統制額による価格の差額を3倍した金額が10万円を超える場合、その差額を3倍した金額を罰金の多額とすると定めていた。前記注<sup>(252)</sup>参照。したがって、同条本文であれば、法定刑の罰金は10万円以下であるが、同条ただし書が適用されれば、罰金の多額に絶対的な限界はないということになる。なお、食糧管理法31条の懲役と罰金は、選択刑であるが、同33条が、それらを併科することもできると定めていた。ただ、これは、物価統制令33条も同じで、同

の多額に差があるから、そこまで視野に入れればその金額によって後者を重いと考えることもできるが、原判決<sup>(254)</sup>は、罰金の金額でなく犯情によって前者を重いとし、前者に従って処断した<sup>(255)</sup>。この原判決に対し、弁護人は、選択刑である罰金が重い後者に従って処断すべきだと主張したが、前記の判例は、併科刑や選択刑が含まれている刑の比較に関し、いわゆる重点的対照主義によるべきだとする判断を示した。もともと刑法施行法3条3項は、刑法6条が求めている行為時法と裁判時法の対照を主眼として制定されたものであるが、この刑法施行法3条3項を、併科刑や選択刑が含まれている刑の比較に関し一般的に定めたものとするわけである<sup>(256)</sup>。このような理解によると、当該事案でも、一

---

条の懲役と罰金は、同36条(=昭和22年勅令第133号による改正前の同35条に対応する規定)が、それらを併科することもできると定めていた。

<sup>(254)</sup> 広島高判年月日不詳集集〔参〕2巻4号315頁。

<sup>(255)</sup> 原判決は、このように犯情を考慮し「食糧管理法違反罪の刑」を重いとした上で、これに食糧管理法33条(=前記注<sup>(253)</sup>参照)を適用して刑を併科することとし、被告人を懲役6月および罰金1,500円に処した。

<sup>(256)</sup> 「ところが、ここに特に注視すべきは、刑法施行法第三條の規定の存在である。同條第三項においては『一罪ニ付、二個以上ノ主刑ヲ併科ス可キトキ、又ハ二個以上ノ主刑中其一個ヲ科ス可キトキハ、其中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲ス可シ。』と明定している。この規定は、おそらく刑法施行前に犯した舊刑法の罪につき、刑法施行後裁判をなす場合に、『犯罪後ノ法律ニ因リ刑ヲ變更アリタルトキハ、其ノ輕キモノヲ適用ス』とある刑法第六條の規定の運用上、常に新舊刑法の法定刑の輕重を比較對照する必要性に基き、これを主眼として制定せられたものではあろうが、それと同時に、『一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸レ、又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ、其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス』とある刑法第五十四條第一項の規定の運用上、法定刑の輕重を比較對照する必要がある場合にも、前記施行法の規定は少くともその規定の精神適用を見るものと解すべきである。けだし、同條項は、併科刑、又は選擇刑の場合に、刑の輕重を定むるための對照手續を規定したものであり、その表現は廣く一般的であつて特に新舊刑法の刑の對照のみに限定したものではないからである。又同條項は、刑法施行法であるという點から、その内容は性質上經過的規定に過ぎないと説く者があるかも知れないが、これは當らない。

方が10年以下の懲役または5万円以下の罰金、他方が10年以下の懲役または10万円以下の罰金であるが、有期懲役と罰金では有期懲役が重いから、罰金は考慮せず、有期懲役だけを比較して刑の軽重を定めなければならない。そうすると、両者はともに10年以下の懲役だから、刑法10条1項や同2項を適用しても差があるということとはできない。その結果、原判決が犯情によって食糧管理法31条の罪を重いとしたのも、違法でないということになるわけである。

前記の判例によると、重点的対照主義というのは、併科刑や選択刑が含まれている(法定)刑を比較する際に、そのなかの重い刑のみを比較する立場のことである。そして、重い刑だけでなくそれ以外の刑種も含めた刑全体を比較する立場を、前記の判例は全体的対照主義と呼んでいる<sup>(257)</sup>。ただ、選択刑が含まれている法定刑を比較する際に、まず重い刑を比較するのは、どちらの立場でも変わらない。全体的対照主義といっても、初めから重い刑以外の刑種まで考慮するわけではなく、まずは選択刑中の重い刑を比較するわけである。また、この重い刑を比較する段階で刑法10条1項と同2項を適用するのも同じである。たとえば、ある罪の法定刑である死刑または無期懲役と、別の罪の法定刑である有期懲役または罰金を比較する必要があるとすると、両者の選択刑中重い

---

必ずしも常に施行法中の總ての規定が、性質上當然經過的規定であるとは言い得ない。施行法中の規定で、當然本法中に置かるべきものも往々現實に存するからである。例えば、民法施行法第四條、第五條、商法施行法第一一七條、商法中改正法律施行法第三條のごときは、その適例であると言えることができる。要するに、刑法施行法第三條第三項の規定は、一般的に併科刑又は選擇刑の場合に、刑の輕重を定める重點的對照方法を規定したものと解すべきである。これは一に運用上の簡明と便宜に主眼を置いて重點的に定められたものと見るべきであらう」。

<sup>(257)</sup> 本文の判例は、併科刑や選擇刑を含んでいる法定刑の比較基準が刑法10条に直接規定されているわけでないということをまず指摘し、「そこで同條の解釋としては、(一)併科刑又は選擇刑の場合には、その中にて重い刑のみについて對照をすべきであるという考え方と、(二)二個以上の主刑の全體について對照をすべきであるという考え方が生ずるのである。前者はいわば重點的對照主義であり、後者は全體的對照主義である」という。

のは前者が死刑、後者が有期懲役だから、この死刑と有期懲役に同1項を適用して刑の軽重を定める。あるいは、10年以下の懲役または罰金と、5年以下の懲役または罰金を比較しなければならないとしても、選択刑中重いのは両者とも有期懲役であるから、両者の有期懲役に同2項を適用して刑の軽重を定める。重点的対照主義であればこれは当然であるが、全体的対照主義だとしても、ここまでは共通ということである。

それに対して、この重い刑同士を比較する段階で、刑法10条3項を適用することまで認めるかという部分になると、2つの立場は同じでない。すなわち、重点的対照主義は、ここで同項を適用して犯情により軽重を定めることを認めるが、全体的対照主義は、それを認めない<sup>(258)</sup>。しかし、選択刑を含んでいる法定刑の比較で、最初に重い刑を比較するという部分は、全体的対照主義も否定していないわけだから、その比較に同1項や同2項を適用するのであれば、同3項も適用できると考えるのが素直であろう。そうすると、最初の重い刑同士の比較で刑の軽重が定まらないことは、およそあり得ないから、その重い刑以外の刑を比較する必要もない。最初に重い刑を比較し、そこで同条を、同3項まで適用すると考えると、法定刑に選択刑が含まれていたとしても、その比較は最初の重い刑同士を比較する段階で完結してしまうから、刑法施行法3条3項を持ち出すまでもなく、重点的対照主義になるわけである<sup>(259)</sup>。

このように考えると、刑法10条の解釈として重点的対照主義を導くこともできるが、いま説明したように、これは、最初の重い刑を比較する段階で同3項も適用するから重点的対照主義になるということである。そして、この、同項を適用するという判断がどこから生じてきたかを問うと、それは、同1項と同2項を適用するから同3項も適用するという

---

(258) 本文の判例は、前記注<sup>(257)</sup>で引用した説明に続けて、次のように述べている。「今本件の場合を例にとれば、前説では、軽い罰金刑を度外視して重い懲役刑のみについて対照すべきであり、その懲役は長期も短期も同じであるから、刑法第一〇條第三項に従い犯情により刑の軽重を定むべきこととなる。これに反して後説では、懲役が長期も短期も同じであるから、さらに罰金の法定刑をまず多額につき対照して多額一〇萬円の物價統制令違反罪の刑を重いとし、これをもつて處斷すべきこととなる」。

ことに過ぎない。ほかの規定にあわせ、ただ機械的に適用しているだけであって、それ以上の話ではないわけである。しかし、この部分を考えようという局面で同条の趣旨を掘り下げてみると、それと異なる解釈も可能かもしれない。たとえば、同条の規定をみると、同1項は異なる刑種のとき、同2項は同じ刑種のときに適用できるが、同3項は、同種の刑がその量においても同じであるときに限って適用できることになっている。それゆえ、同項は、同1項や同2項を適用してその軽重に差がなかったときにしか適用できないと考えられるが、逆からいうと、これは、個別具体的な犯情を考慮する前に、刑の種類や法律上の刑期・金額で刑の軽重を判断しなければならないということである。そうだとすると、刑の軽重を定めるにあたっては、より形式的に判断できる刑の種類や法律上の刑期・金額を優先的に考慮するというのが、同条の趣旨だと理解せざるを得ない。また、仮にこれが、1個の主刑同士を比較する事案なら、同1項や同2項を適用して差がないという状況では、犯情を考慮する以外に刑の軽重を定める方法がない。1個の主刑同士を比較してそのような状況になったとすれば、もはやそこでは同3項を適用せざるを得ないわけであるが、これが、1個の主刑同士でなく、選択刑として複数の主刑が含まれている法定刑を比較する事案であれば、そうとは限らない。たとえ最初の重い刑同士を比較する段階でそのような状況になったとしても、法定刑に含まれている他の主刑を比較すれば、同1項や同2項を適用して刑の軽重を定める余地があるからである。このように、個別具体的な犯情よりも優先すべき比較基準の適用可能性が残されているのであれば、前述した同条の趣旨からは、同3項を適用するより

---

(259) 本文の判例には、齋藤悠輔裁判官の少数意見が付されている。法廷意見もこの少数意見も、重点的対照主義を是とするのは同じであるが、法廷意見は、少数意見に関連して、次のように述べている。「刑法第一〇條の解釋として直ちに併科刑又は選擇刑の場合において、その中で重い刑のみについて對照すべきであると主張する齋藤裁判官の説にはたやすく賛同することができない」。同裁判官の少数意見でも、刑法施行法3条3項が理由に挙げられてはいるが、法廷意見の指摘によると、この少数意見は、刑法10條の解釋として直ちに重点的対照主義を導く内容ということになる。

もさきに、他の選択刑を比較すべきと考えることになるだろう。

もともと刑法10条は、1個の主刑同士を比較する基準しか示しておらず、複数の主刑が組み合わせられている刑を比較することは予定していない。たとえば、有期懲役と罰金の比較に同1項を適用できるのは、同9条が両者を区別しているからである。また、10年以下の懲役と5年以下の懲役を「同種の刑」だとして同10条2項を適用できるのは、同9条が両者を区別していないからである。このように、同10条による刑の比較は、同9条の定める分類に基づいて行われなければならない<sup>(260)</sup>。しかし、その同9条は、選択刑を含んでいる法定刑のような複数の主刑が組み合わせられている刑を挙げていないから、一方が有期懲役または罰金、他方が単なる有期懲役となると、同10条1項を適用すべきか同2項を適用すべきか判断するのは不可能である。もちろんこれは、一方が有期懲役または罰金、他方が単なる罰金でも変わらない。いずれにして

---

(260) 厳密にいうと、刑法10条1項ただし書で定められている内容はその例外で、これにあてはまれば、同項本文を適用するか同2項を適用するかを同9条の分類に基づいて考える必要はない。それだけでなく、この同10条1項ただし書があれば、無期懲役の方が有期懲役より重いというの也比较的容易に説明できる。すなわち、無期懲役の方が無期禁錮より重く、無期禁錮の方が有期懲役より重いことから、無期懲役の方が有期懲役より重いということである。なお、この同10条1項ただし書は、令和4年法律第67号による改正で削除されたため、改正刑法で無期拘禁刑の方が有期拘禁刑より重いというのは、これと別の形で説明しなければならない。まず、同46条2項や同47条、同56条1項、同2項、同68条2号、同3号などが両者を区別していることからすると、改正刑法上も、無期拘禁刑と有期拘禁刑は異なる種類の主刑と考えられる(=これらの規定が「刑種」の選択を行うべき場面でこの2つを区別していることからすると、この2つを同種の刑とみることは難しいと思われる)。そうすると、無期拘禁刑と有期拘禁刑に同10条2項を適用することはできないが、同14条1項や同68条2号が前者を減輕するときは後者になるという関係を想定していることからすると、改正刑法上の位置付けとしても、やはり前者の方が後者より重いと考えざるを得ない。このように、令和4年法律第67号による前記の改正が施行されれば、そのあとは、無期拘禁刑の方が有期拘禁刑より重いというの、刑法10条でなく、関連する諸規定から導き出される解釈になるとと思われる。

も、同条は、同9条の分類に基づいて比較の基準を定めているから、そこに挙げられていない刑を与えられると、他の刑と比較してその軽重を判断することができないわけである<sup>(261)</sup>。

たしかに、選択刑が含まれている法定刑全体を、(刑法9条に挙げられている主刑と同じように)1個の主刑と考えれば、同10条2項のように、上限だけでなく下限も比較しなければならないと説明する余地があるかもしれない。選択刑が含まれている法定刑でも、そのうちの重い刑を上限、軽い刑を下限とする1個の主刑とみなしてしまうわけである。前記の判例は、判旨のなかで、同条の解釈として全体的対照主義も可能であるということを認めており、これは、一見するとそのような理解と読めなくもない<sup>(262)</sup>。しかし、もともと同2項の解釈としては、そのような

(261) 本文の判例も、「一つの併科刑を他の併科刑、選擇刑若しくは單獨刑と對照する場合又は一つの選擇刑を他の選擇刑、併科刑若しくは單獨刑と對照する場合」、いかなる方法によるべきかという問題に関して、刑法10条は「直接的な規定をしていない」ことを認めている。

(262) 「思うに、(い)刑法第一〇條第一項本文においては、刑の輕重を刑種を標準として定めているが、これは一應の標準であつて無期禁錮は禁錮ではあるが有期懲役より重いとせられ又有期懲役の長期の二倍を超える長期を有する有期禁錮は、禁錮ではあるが有期懲役より重いとせられている。すなわち、刑の輕重を定めるには、刑の種類のみによるばかりでなく、刑の量もまた考慮に入れられていることが十分窺い知られるのである。又(ろ)同條第二項によれば、同種の自由刑については長期の長いものを重いとし、長期の同じものは短期の長いものを重いとせられている。すなわち、自由刑の輕重を定めるには、重い長期のみによる重點主義ばかりでなく、短期もまた考慮の中に取り入れられ、刑全體として對照せられている。(は)同様に、同種の金刑についても多額の多いものを重いとし、多額の同じものは寡額の多いものを重いとせられている。すなわち、金刑の輕重を定めるには、重い多額のみによる重點主義ばかりでなく、寡額もまた考慮の中に取り入れられ、この場合も刑全體として對照せられている。従つて刑法第一〇條がかくのごとく刑の輕重を定めるに單獨刑全體として比較對照する主義に立つているところから推理すれば併科刑又は選擇刑の場合においても同様にまずその中の重い刑について對照し、重い刑が全く同じであるならば、さらに順次軽い刑について對照すべきであるとする全體的對照説が

理解を否定するのが判例の立場である<sup>(263)</sup>。それだけでなく、前記の判例がいう全体的対照主義は、そのような理解とだいぶ距離がある。なぜなら、判例がいう全体的対照主義は、軽い刑の上限を考慮するものだからである。もしもいま述べたように、選択刑が含まれている法定刑を全体で1個の主刑と考えるのであれば、その上限は、やはり重い刑の上限かもしれないが、そうだとすると、下限は軽い刑の下限でなければならない。たとえば、前記の判例が取り扱った事案で比較の対象になった刑は、一方が10年以下の懲役または5万円以下の罰金、他方が10年以下の懲役または10万円以下の罰金である。これらは、有期懲役の比較に同項を適用したとしても差があるということではできないから、刑の下限を比較しようとする、ここでは、罰金の(多額でなく)寡額を比較しなければならない。有期懲役または罰金という刑の下限は、罰金の寡額だから、刑の軽重を定めるのに刑の下限を比較する必要があるとしても、罰金の多額を比較すべきという要請は一切出てこない。そして、当該事案で比較される法定刑は、罰金の多額が違うだけで寡額は同じだから、両者は、結局、軽重に差がないと考えざるを得ない。それにもかかわら

---

刑法第一〇條の解釋としてはむしろ常識的であり、合理的であり、動かぬところであると言わねばならぬ」。

(263) 大判明治43年4月11日・前掲注(7)参照。この判例が取り扱った事案では、現行刑法6条に基づいて旧刑法292条の謀殺罪と現行刑法199条の殺人罪を比較しなければならなかったが、この判例は、2つのうち現行刑法199条の法定刑を、次のように説明している。「且ツ夫レ刑法第百九十九條ニ於ケル二箇以上ノ主刑ハ其間ニ輕重ノ差アリト雖モ全然刑ノ種類ヲ異ニスルカ故ニ最モ重キ刑ヲ以テ最上限トナシ最モ輕キ刑ヲ以テ最下限トナシタル一箇ノ刑ノ範圍ヲ構成スルモノト謂フヲ得ス然ラハ原判決ニ於テ前示法條ト舊刑法第二百九十二條トヲ對照スル場合ニ刑法第十條第二項後段ニ依リテ刑ノ輕重ヲ判定セサリシハ當然ナリ」(=被告人加藤鈴太郎弁護士高木益太郎の上告趣意書(三)に対する判断)。前記のように、この判旨は、同6条に基づいて刑を比較する際のものであるが、それでも、「最モ重キ刑ヲ以テ最上限トナシ最モ輕キ刑ヲ以テ最下限トナシタル一箇ノ刑ノ範圍ヲ構成スルモノト謂フヲ得ス」というのは、選択刑が含まれている法定刑に同10条2項のような考え方が通用しないということだと捉えるべきであろう。

ず、前記の判例は、全体的対照主義によると、罰金の多額が多い刑を重いとし、その刑で処断することになるという<sup>(264)</sup>。そうだとすると、前記の判例がいう全体的対照主義は、いま述べた(法定刑全体を1個の主刑とみなす)理解と基本的に異なるものと考えなければならない。

たとえ全体的対照主義の可能性を認めるとしても、いま述べた理解のように法定刑全体を1個の主刑と考える必要はない。選択刑相互間で刑の種類がまったく異なるため、それ全体を1個の主刑と考えることができないとしても、その法定刑に重い刑以外の選択刑が含まれていること自体は否定できない。また、最初の重い刑同士を比較する段階で、刑の種類や法律上の刑期・金額が同じだったとしても、それ以外の選択刑に目を向ければ、刑法10条1項や同2項で刑の軽重を定める余地は残されている。それゆえ、前述した同条の趣旨からは、個別具体的な犯情を考慮するよりさきに、その選択刑を比較しなければならない。もともと同条は、同1項や同2項で軽重を定めることができる限り同3項の適用を認めないというものだから、ここでも同1項と同2項の適用を優先しなければならない。その結果、同条の解釈としては、重い刑以外の選択刑も比較する全体的対照主義が合理的という判断になるわけである。

そうすると、刑法10条には、2通りの解釈があるということになる。すなわち、最初の重い刑同士を比較する段階で、同条を同3項まで機械的に適用すれば、重点的対照主義になる。これによると、重点的対照主義は、同条から導かれる当然の帰結に過ぎないということになり、この帰結を導くために刑法施行法3条3項を挙げる必要はない。これに対して、刑法10条の趣旨を追究すれば、全体的対照主義になり、この解釈によると、重点的対照主義は、同条から導くことができない。そして、それだからこそ、前記の判例は、刑法施行法3条3項を援用しなかったと考えられる。もともと刑法10条の趣旨からすれば、全体的対照主義によるべきであるが、それにもかかわらず刑法施行法3条3項は、それを曲げて重点的対照主義によることにしている。その狙いは、運用上の簡明と便宜であり、そのために刑法10条3項の機械的な適用を

---

(264) 前記注(258)参照。

認めたのが、刑法施行法3条3項だというわけである<sup>(265)</sup>。

このように、前記の判例が論じているのは、主に重点的対照主義と全体的対照主義のいずれを是とするかという問題である。そして、前記の判例が、刑法施行法3条3項を理由に挙げて重点的対照主義によるべきだと述べたことは、ここまで説明してきたとおりである。しかし、前記の判例は、この問題を論じるにさき立ち、刑法54条1項を適用する場合の、比較すべき刑についても判断を示し、議論の前提にしている。すなわち、「刑法第五四條第一項において、一個の行爲にして數個の罪名に觸れるときは、その最も重き刑をもつて處斷する旨を規定している重き刑という意味は、刑を抽象的に比較對照して數個の罪名に科せられた數個の法定刑の中最も重い法定刑を指すものであつて、具體的に判斷せられるいわゆる處斷刑の輕重によるべきものでないことは明かである」。この判旨によると、同項にいう「其最も重き刑」は、最も重い法定刑を指しており、「其最も重き刑」を定めるためには、刑を抽象的に比較對照しなければならない。したがって、法定刑を比較しなければならないということになる。この意味で、これも、法定刑の比較という立場を確認した判例の1つと考えることができるわけである。

あるいは、最判昭和28年4月14日刑集7巻4号850頁(1953年)も、刑法54条1項における「其最も重き刑」の意義が争われた事案で、法定刑の比較という立場を確認した判例である。ここで問題になったのは、公務執行妨害罪と傷害罪に同項前段を適用するとき、同項における「其最も重き刑」をどのように判断すべきかということであった。

上告趣意によると、被告人は、日本国有鉄道(=現在のJR東日本)駒込駅北口において、無切符で改札口を通過することを、同駅で勤務していた被害者に注意された。しかし、被告人は、これに憤慨し、被害者の顔面を手拳で殴打する等の暴行を加えて全治約1週間の打撲傷を負わせたという。当時の日本国有鉄道は、公法上の法人であったが、その職員は、日本国有鉄道法(昭和23年法律第256号)34条1項で、法令により公務に従事する者とみなされていた。したがって、その職員が職務を執行す

---

(265) 前記注(256)に引用した判旨の最後の2文を参照。

るにあたり、これに対して暴行を加えたのであれば、公務執行妨害罪が成立する。そして、その暴行により被害者の身体を傷害したのであれば、被害者に対する傷害罪も成立するから、公務執行妨害罪と傷害罪の観念的競合ということになるわけである。

そうすると、当該事案では、公務執行妨害罪と傷害罪が成立するわけであるが、両者の法定刑は、公務執行妨害罪が(当時)3年以下の懲役または禁錮、傷害罪が(当時)10年以下の懲役または罰金もしくは科料であった。したがって、法定刑を比較するのであれば、傷害罪を重いと考える必要があるが、その選択刑をみると、公務執行妨害罪では、罰金以下の軽い刑が許されていないのに対し、傷害罪では、それが可能である。このような状況のもと、第一審判決は、傷害罪の刑に従って処断し、被告人を(公務執行妨害罪の法定刑では許されていない)罰金に処した<sup>(266)</sup>。さらに当該事案では、原判決もこれを是認したため、検察官が上告し、傷害罪の刑に従って処断するといっても、公務執行妨害罪の法定刑で認められた軽い刑を下回る刑まで許すべきではないと主張した<sup>(267)</sup>。

<sup>(266)</sup> 第一審判決は、被告人を罰金2万円に処した。当時、傷害罪の法定刑に選択刑として含まれていた罰金の多額は、500円だったが、罰金等臨時措置法(昭和23年法律第251号。昭和47年法律第61号による改正前のもの)3条1項1号で50倍に引き上げられて2万5千円になっていた。ただ、後記注<sup>(274)</sup>で説明するように、当該事案では、公務執行妨害罪と傷害罪のほかにも余罪がある。そして、検察官の上告趣意によると、第一審判決の罰金2万円というのは、この余罪についてのものも含めた金額のようである。

<sup>(267)</sup> 「刑法第九十五条の公務執行妨害罪の刑は三年以下の懲役又は禁錮であつて罰金の刑は定められていない。従つて禁錮一月以下に下すことはできないのである。然るにその公務執行妨害の行為がその度を越して相手に傷害を与えると罰金又は科料に処し得るとなすのが原判決の結論なのである。かかる結論は果して正しいと云い得るであろうか。刑法第五十四条を知らない一般国民は百人が百人、否と云うであろう。刑法第五十四条を知つて法律家は二派に分れるであろうが、原判決を支持する側のものといえどもそれは法律の適用上やむを得ないものであつてこれは一つの矛盾であると感じざるを得ないであろう。原判決の如く解することが許されるならば、一つの公務執行妨害の行為に対しては自由刑を科し、これにより大きい傷害の行為が加われば罰金刑を科し得るとなすことになるのである。即ち、

そして、前記の判例がこの上告趣意を容れ、第一審判決と原判決を破棄したというのが、当該事案の顛末であるが、その際に判例が示した判断は、次のようなものであった。「刑法五四条一項前段の一個の行為にして数個の罪名に触れる場合において、『其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス』と定めているのは、その数個の罪名中もつとも重い刑を定めている法条によつて処断するという趣旨と共に、他の法条の最下限の刑よりも軽く処断することはできないという趣旨を含むと解するを相当とする」。

いわゆる可罰的違法性論には、違法性の質を問うものと違法性の量を問うものがあるが、違法性の量を問う可罰的違法性論は、法的効果の内容からその要件である違法性の内容・程度を画定する目的論的解釈だといわれている。可罰的違法性論をこのように説明する文献によると、「当該構成要件が規定する法益侵害・危険が惹起されても、それが軽微であり、当該犯罪について定められた法定刑で処罰するにはあたらぬ程度の違法性しか認められない場合には、犯罪の成立は否定される<sup>(268)</sup>」。法益侵害や危険が軽微な事案で、それを理由にした酌量減軽が許されないわけではないし、刑の減軽を行えば、法定刑より軽い刑で処罰することも可能だから、たとえ法定刑で処罰するにあたらぬ程度の違法性しかなかったとしても、それだけで犯罪の成立を否定すべきとはいえない。ただ、それでも、当該犯罪に対するものとして刑法上可能な刑の最下限でなお重すぎるといふ場合は、やはり犯罪の成立を否定すべきであろう。刑法上可能な刑の最下限にも値しないとすれば、それは、

---

刑事責任が軽ければ重い刑を、刑事責任が重くなれば軽い刑を科す結果となるのであつて、かかる法律解釈程不可解極まるものはない。原判決を是認する法律家も原判決の如く法律を解釈するについて内心矛盾を感じざるを得ないであろうことは、これらの法律家が明々白々たる条理を無視しては法規の解釈も適用もあり得ないという法律解釈の大原則を身につけているからであろう。(原文改行)かくの如く原判決の結論が何人の心裡にも矛盾と不合理を感じしめる事実こそは、原判決が法律の解釈適用を誤つたことを物語っていると謂わざるを得ないのである」(=東京高等検察庁検事長佐藤博の上告受理申立理由第二(1))。

(268) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016〔平成28〕年・有斐閣)191頁。

違法性の程度が処罰規定の想定を下回るということである。そして、犯罪の処罰規定は、行為に一定程度の違法性があることを想定してそれを犯罪としているのだから、処罰規定の想定に達しない程度の違法性しかないとすれば、もはやそれは、その処罰規定が処罰しようとしている犯罪でない。さらにいえば、これは、違法性だけでなく非難可能性でも同じように理解することができる。違法性が軽微な事案だけでなく非難可能性が乏しい事案でも、当該犯罪に対するものとして刑法上可能な最下限の刑が重すぎると考えられるのであれば、犯罪の要素が処罰規定の想定を下回るとして、犯罪の成立を否定すべきだということである<sup>(269)</sup>。

たしかに、量刑上考慮すべき事情は違法性と非難可能性だけでない。たとえば、行為後の情状は、違法性や非難可能性のような犯罪の要素に還元できないが、そのようなものでも刑を軽くする方向に作用することはある。しかし、それでも軽い量刑には限界がある。仮に法定刑中最も軽い刑が禁錮であれば、その禁錮を減輕したものが最下限であって、執行猶予を付けることはできるとしても、それを罰金に下げることが許されない。逆からいうと、法定刑中最も軽い刑が禁錮の犯罪類型は、犯罪の要素に還元できない事情を最大限考慮しても罰金に下げられない程度の違法性と非難可能性を備えていなければならない。そうだとすると、(当時の)公務執行妨害罪は、法定刑中最も軽い刑が禁錮だったわけだけ

---

(269) 一般的な理解によると、刑法上の可罰的責任を肯定するには、行為の非難可能性が刑罰という強力な手段を必要とするほど強いものでなければならない(=たとえば、曾根威彦『刑法原論』(2016〔平成28〕年・成文堂)292-293頁など)。このように、犯罪の成立には一定程度以上の非難可能性がなければならないとされているが、仮にその理由が刑罰という手段の強力さにあるのだとすれば、その要求は刑罰の重さ次第で変化することになると思われる。罰金も選択できる犯罪類型なら罰金相当の非難可能性で足りるが、禁錮以上の刑しか許されない犯罪類型なら禁錮以上の刑を必要とするほど強い非難可能性がなければならない。非難可能性の程度がそれに満たないというのであれば、その犯罪は成立しない。本文では、山口・前掲注<sup>(268)</sup>191頁のいう法的効果の内容から要件の内容・程度を画定する目的論的解釈を違法性にあてはめたが、この手法は、非難可能性にも同じようにあてはめることができるわけである。

ら、判例の事案でも、被告人の行為が罰金にしか値しないという場合は、最初から同罪の成立を否定すべきであろう<sup>(270)</sup>。被告人の行為が罰金にしか値しないのであれば、犯罪の要素が(当時の)公務執行妨害罪を成立させるほどのものでなかったということになるし、そのように考えて同罪の成立を否定していたとすれば、当該事案では傷害罪しか成立しないのだから、第一審判決や原判決のように罰金を選択してもそれが問題になることはなかったと思われる<sup>(271)</sup>。一方、もしもそうではなく、

---

(270) 公務執行妨害罪の法定刑は、平成18年法律第36号で改正され、罰金を選択できるようになったが、眞田寿彦=安永健次「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」ジュリスト1318号(2006〔平成18〕年)70頁によると、この改正の趣旨は、次のとおりである。公務執行妨害罪の検挙事案には、「例えば、酔余、あるいは感情の行き違い等から警察官に暴行を加えたものの、すぐに制圧・検挙されるといった比較的影響の大きくない事案」もみられる。そして、そのなかには、相応の刑罰を科し、同種事犯の再発を防止することが必要だと考えられるのに、「同罪の法定刑が自由刑に限られていることから、現実には、起訴をすべきか否かの判断に困難を伴うもの」が少なくない。「このような問題点にかんがみ、事案に対応した適正な処分・科刑の実現を図るため」罰金を選択できるようにした。これによると、前記の改正は、自由刑を科すほどの行為でない場合を、起訴して処罰できるように法定刑の幅を広げたものということになる。ただ、それまでそのような場合を処罰できなかったからこそ、立法措置でそれを改めなければならなかったわけであり、同罪が成立するなら処罰できない理由は何もないから、それまでそのような場合を処罰できなかったというのは、そのような場合に同罪が成立しなかったということであろう。当時は、自由刑を科すほどの行為でない場合、初めから同罪が成立しなかった。その成立範囲を拡張して処罰できるようにするためには(当該事案から50年以上を経てようやく行われた)前記の改正を待たなければならなかったわけである。

(271) 眞田=安永・前掲注<sup>(270)</sup>70頁によると、当時は、公務執行妨害罪として検挙された事案でも、自由刑を科すほどの行為でない場合、検察官が「その公務性を捨象して、暴行罪や脅迫罪等により罰金刑を求める」ことがあったという。仮にそのような場合でも公務執行妨害罪として起訴されてしまったとすれば、そのときは、裁判所が「暴行罪や脅迫罪等」の限度で有罪とする以外にないだろう。すなわち、公務執行妨害罪については犯罪の成立を否定して、当該事案にふさわしい罰金を言い渡すということである。

当該事案で公務執行妨害罪の成立を肯定すべきと考えるのであれば、それは、刑を軽くする事情を最大限考慮しても禁錮以上の刑に処すべき違法性及び非難可能性があるということなのだから、その上で罰金を選択するのが矛盾とされるのは、むしろ当然であろう。このような観点からみると、罰金以下の軽い刑が刑法上不可能だった(当時の)公務執行妨害罪を成立させておいて罰金を選択するという話には、根本的なところで無理があり、第一審判決と原判決は、もともと論理的に破綻していたのだから、それが正されるのはやむを得なかったと考えることができる。

いずれにしても、前記の判例は、第一審判決や原判決のような軽い処断を許さないとした判断で知られている。さきほど引用した判旨でいうと、その後半で述べられた「他の法条の最下限の刑よりも軽く処断することはできない」である。これが示されたことで、刑法54条1項がいう「其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」の内容に新たな制限が加わった<sup>(272)</sup>。上

---

(272) これに対して、名古屋高判昭和28年7月28日高刑6巻9号1217頁(1953年)と東京高判昭和35年4月19日高刑13巻3号255頁(1960年)は、狭義の併合罪に刑法47条を適用する際、有期懲役の短期を併合罪中の短期が最も長いものによるとした判例である。そして、このように有期懲役で短期を短期が最も長いものによるというのは、他の法条の最下限よりも軽く処断できないというのと同じことだから、これらは、本文の判例に似た側面を有している。ただ、それでも、これらと本文の判例に違いがないわけではない。たとえば、A罪の法定刑が1年以上15年以下の懲役、B罪の法定刑が1年以上10年以下の懲役だとする。また、この2罪のうちB罪には法律上の減輕事由があるとしよう。仮にこの2罪が狭義の併合罪であれば、B罪については刑の減輕を行った上で同条を適用することになる。そうすると、有期懲役の短期は6月になるが、情状次第では酌量減輕も可能だから、処断刑の下限は懲役3月である。一方、科刑上一罪であれば、これが懲役6月である。同54条1項を適用する際に法定刑を比較しなければならぬとすると、A罪の法定刑である1年以上15年以下の懲役が「其最モ重キ刑」であるが、本文の判例によると、「他の法条の最下限の刑」よりも軽く処断することはできないから、B罪の法定刑が最下限とする懲役1年を下回ることができない。さらに、この事案ではA罪の法定刑が「其最モ重キ刑」なのだから、A罪に法律上の減輕事由がなければ、刑を減輕するにしても酌量減輕しかできない。その結果、裁判所が被告人に懲役4月を言い渡そ

告趣意との関係からみても、前記の判例で重要なのがここであることは疑いようがない。しかし、本稿で注目しなければならないのは、判旨前半の「その数個の罪名中もつとも重い刑を定めている法条によつて処断する」である。もともとこれは、前記の判例で新たに加えられた判断の前提として述べられていることであるが、その中身は、すでに紹介した☆大判大正3年11月10日<sup>(273)</sup>と同じであり、したがって、これも、同項を適用するときは法定刑を比較するというところにほかならない。すなわち、前記の判例も、法定刑の比較という従来立場を維持し、それを判断の前提にすることをそのような形で宣言しているわけである<sup>(274)</sup>。

---

うと考えたとしても、狭義の併合罪ならそれが許されるが、科刑上一罪になるとそれが許されない。本文の判例がここまで見越してその判断を示したかは明らかでないが、同項における法定刑の比較は、このようなところでも結論に影響を与えるということである。

<sup>(273)</sup> 刑法54条1項がその最も重い刑により処断すると規定したのは、「其數箇ノ罪名中最も重キ刑ヲ規定セル法條」を適用して処断すべきという趣旨だと述べた判例である。前記注<sup>(215)</sup>参照。これが法定刑の比較と結局変わらないということに関しては、本誌37巻1号(2022〔令和4〕年)80-81頁参照。

<sup>(274)</sup> 本文の判例は、第一審判決と原判決を破棄したが、その上で自判し、当該事案に対する法令適用を明らかにしている。それによると、当該事案では、公務執行妨害罪と傷害罪のほか、外国人登録令(昭和22年勅令第207号。以下、単に「外国人登録令」という)違反の罪も成立し、公務執行妨害罪と傷害罪の観念的競合は、この外国人登録令違反の罪と狭義の併合罪になるとされている。本文の説明では、その点を省略しているが、判例の原文は、次のとおりである。「第一審判決がその挙示の証拠によつて確定した判示事実を法律に照すと、判示第一の事実中、公務執行妨害の点は刑法九五条一項に、傷害の点は同法二〇四条罰金等臨時措置法二条三条一項一号に、判示第二の事実外外国人登録令一三条五号一〇条罰金等臨時措置法二条一項四条一項、外国人登録法附則三項に各該当するところ右公務執行妨害と傷害は一個の行為で数個の罪名に触れる場合であるから刑法五四条一項前段一〇条により重い傷害罪の刑に従い以上は同法四五条前段の併合罪であるから傷害罪については、所定刑中懲役刑を又外国人登録令違反の罪については所定刑中罰金刑をそれぞれ選択した上刑法四八条一項本文に従い所定期刑並びに罰金額の各範囲内で懲役三月及び罰金八〇〇〇円を量定してこれを併科し、但しその情状に鑑み同法二五条を適用して本裁判確定の日か

しかも、これは、その約4年後の最判昭和32年2月14日刑集11巻2号715頁(1957年)で同じように確認されている。この判例が取り扱ったのも、さきほどの判例と同じ、公務執行妨害罪と傷害罪が観念的競合になる事案である。すなわち、被告人白樫歳一、同仙葉徹、同橋政夫の3名は、まず互いに意を通じ、共同して丸田徳宝に暴行を加え、これにより同人に対し傷害を負わせた(=判示第一)。さらに、そこへ駆け付けた警視庁巡査・星川喜助、同小泉武重、同春日勝美が、被告人3名を巡査派出所まで同行し、取り調べをしようとする、被告人3名は、共謀の上、被告人白樫において星川と春日に、被告人仙葉において星川に、被告人橋において小泉に暴行を加え、もって3巡査の公務の執行を妨害するとともに、春日に対し傷害を負わせた(=判示第二)。

第一審判決<sup>(275)</sup>は、被告人3名とも、判示第一で傷害罪、判示第二では公務執行妨害罪と傷害罪の成立を認め、このうち判示第二の2罪に刑法54条1項前段を適用して「重い傷害罪の刑に従い」処断すべきとしたが、判示第一、判示第二とも、被告人白樫に対しては有期懲役、同仙葉と同橋に対しては罰金を選択し、判示第一と判示第二を狭義の併合罪として処理した。これにより、第一審判決は、被告人白樫を懲役8月(執行猶予2年)、同仙葉と同橋を罰金2万円に処したわけであるが、このうち、被告人仙葉と同橋に対して判示第二の観念的競合で罰金を選択したというのは、さきほど紹介した最判昭和28年4月14日の原判決と同様、公務執行妨害罪の法定刑で認められた軽い刑を下回る量刑である。

---

ら二年間右懲役刑の執行を猶予することとし、なお同法一八条により右罰金を完納することができないときは金二〇〇円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置し、訴訟費用は刑訴一八一条一項に則り被告人にその全部を負担せしめるべきものとする」。これをみると、まず公務執行妨害罪、傷害罪、外国人登録令違反の罪が認められ、次に「右公務執行妨害と傷害」は「一個の行為で数個の罪名に触れる場合である」として「刑法五四条一項前段」が適用されている。その結果、「重い傷害罪の刑」に従うという判断になり、その上で、「傷害罪については、所定刑中懲役刑」を選択するという事になっている。逆からいうと、刑法54条1項による刑の比較は、刑種を選択する前の法定刑をもとに行われているわけである。

(275) 東京地判昭和28年5月30日刑集〔参〕11巻2号723頁。

ただ、この判例の事案では、さきほどの事案と異なり、原判決<sup>(276)</sup>がこれを破棄した。原判決は、判示第一、判示第二とも、被告人仙葉と同橋に対し有期懲役を選択した上で、これらを狭義の併合罪とし、兩名をいずれも懲役8月(執行猶予2年)に処したわけである<sup>(277)</sup>。

そして、判例は、この原判決を、さきほどの最判昭和28年4月14日に従い第一審判決を是正したとして支持したが、その判旨をみると、さきほどの判例とほぼ同じ内容になっている。すなわち、「本件で問題になっている刑法五四条一項前段が、『一個ノ行為ニシテ数個ノ罪名ニ触レ』るときは、『其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス』と規定しているのは、その数個の罪名中もつとも重い刑を定めている法条によつて処断するという趣旨を含むと共に、該法条の下限の刑が他の法条の下限の刑より軽い場合には、各本条の中もつとも重い下限の刑よりも軽く処断することはできないという趣旨を含むものと解するのが相当であり合理的である」。

ここで引用した判旨のうち、「その数個の罪名中もつとも重い刑を定

---

(276) 東京高判昭和29年6月30日刑集〔参〕11巻2号725頁。

(277) 原判決は、第一審判決がこの兩名を罰金に処したことに關し、次のように述べた。「刑法第五十四条第一項前段の一個の行為にして数個の罪名に触れる場合に於て『其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス』と定めているのはその数個の罪名中もつとも重い刑を定めている法条によつて処断するという趣旨と共に他の法条の最下限の刑よりも軽く処断することはできないこと即ち数個の罪について刑を定めるには各法条中の法定刑の最上限も最下限も共に重い刑の範囲内において処断すべきものとする趣旨であることは既に最高裁判所の判例(昭和二七年(あ)第六六四号昭和二八年四月一四日最高裁第三小法廷判決)とすところである。然るに第一審判決が判示第二につき公務執行妨害の罪と傷害の罪とを刑法第五十四条第一項前段の一所為数法の關係にあるものとして処断するに當り重い刑を定めた傷害の罪の法条によつて処断したのは正当であるが公務執行妨害の刑が三年以下の懲役又は禁錮と定められ罰金の定めがないのかかわらず傷害の罪につき定められた罰金刑を選択しその範囲内でその定めがあるのに従つて被告人兩名を各罰金二万円に処したのは刑法第五十四条第一項の解釈を誤つた違法がある。従つて論旨は理由があり第一審判決は破棄を免れない」(なお、原文で「原判決」となっていたところは、2か所とも「第一審判決」に改めた。また、「違法がある、従つて」となっていたところも、「違法がある。従つて」に改めた)。

めている法条によつて処断する」というのが、法定刑の比較を意味していることは、すでに述べたとおりである。したがって、この判例も、法定刑の比較という立場を、重ねて表明したものと考えることができる。

そのほか、近時の判例では、名古屋高金沢支判平成26年3月18日刑集〔参〕74巻7号753頁(2014年)が、法定刑に含まれている罰金をめぐり、法定刑の軽重にかかわらず、多額が多いものによるべきだとする判断を示しているが、これもやはり法定刑の比較という立場を前提にしたものである。この判例が取り扱ったのは、被告人が被害者の住居に侵入して同人に暴行を加えたという事案であるが、原判決は、住居侵入罪と暴行罪の成立を認めた上で、これらを牽連犯とした。両者の法定刑は、住居侵入罪が3年以下の懲役または10万円以下の罰金、暴行罪が2年以下の懲役もしくは30万円以下の罰金または拘留もしくは科料であり、法定刑を比較すると前者が重い、そのなかの罰金を比較すると後者が重いという関係にある。この状況で、原判決は、それぞれの法定刑を比較し、重い住居侵入罪の刑で処断するとして同罪の法定刑から罰金を選択したが、さらにここで、罰金の多額についても同罪のそれによるべきだとした。このように考えると、暴行罪の法定刑に30万円以下の罰金が含まれていても、当該事案では10万円を超える罰金を言い渡すことができない。実際、原判決は、被告人をその上限にあたる罰金10万円に処したわけであるが、これに対して、検察官が控訴し、当該事案でも、罰金の多額については暴行罪のそれによるべきだと主張した。この控訴に応じて判例は原判決を破棄し、被告人を罰金20万円に処したが、その際の説示は次のとおりである。「数罪が科刑上一罪の関係にある場合、刑法54条1項は、『その最も重い刑により処断する』としている。そして、最も重い刑を定めるに当たっては、数罪の法定刑を対照してその刑の軽重を定めることになるが、選択刑が定められている数罪の比較対照方法については、各罪の重い刑種のみを取り出して比較対照し、処断刑を決定することになる(重点的対照主義。最高裁昭和23年4月8日第一小法廷判決・刑集2巻4号307頁参照)ところ、この場合に、その重い罪及び軽い罪のいずれにも選択刑として罰金刑の定めがあり、軽い罪の罰金刑の多額の方が重い罪の罰金刑の多額よりも多いときは、罰金刑の多額は軽い罪の

それによるべきものと解するのが相当である」。

これは、数罪の法定刑からそれぞれ罰金を選択した上で、罰金の多額が多い暴行罪の刑によるということではなく、法定刑を比較し、法定刑が重い住居侵入罪の刑によるとした上で、その法定刑から罰金を選択する場合の多額については、罰金の多額が多いものによるということである<sup>(278)</sup>。前記の最判昭和23年4月8日は、法定刑の比較という立場を当然の前提とした上で、法定刑に選択刑が含まれているときは重点的対照主義でその軽重を判断すべきだとしたが、この名古屋高金沢支判平成26年3月18日は、前記の最判昭和23年4月8日に従って住居侵入罪の刑を重いとしつつ、その法定刑から罰金を選択した場合の多額については、金額の多いものによることが許されていると考えたわけである<sup>(279)</sup>。したがって、この高裁判例が、あくまで住居侵入罪の刑を重とし、暴行罪の刑を重いと判断しなかったのは、法定刑を比較するという判例の立場が依然として変わっていないことの現れといえる。

そして、最判令和2年10月1日刑集74巻7号721頁(2020年)も、いま

---

(278) 本文の判例が示した法令適用は、次のとおりである。「原判決が適法に認定した罪となるべき事実に法令を適用すると、被告人の原判示所為のうち、住居侵入の点は刑法130条前段に、暴行の点は同法208条にそれぞれ該当するが、この住居侵入と暴行との間には手段結果の関係があるので、同法54条1項後段、10条により1罪として重い住居侵入罪の刑(ただし、罰金刑の多額については暴行罪の刑のそれによる。)で処断することとし、所定刑中罰金刑を選択し、その所定金額の範囲内で、わいせつな行為をする目的で被害者宅に侵入して暴行に及んだという本件の動機・経緯、犯行態様、被害結果や被告人のためにくむべき事情等の一切の情状を考慮して、被告人を罰金20万円に処し、その罰金を完納することができないときは、同法18条により金5000円を1日に換算した期間被告人を労役場に留置することとし、原審及び当審における訴訟費用は、刑事訴訟法181条1項ただし書を適用して被告人に負担させないこととして、主文のとおり判決する」。

(279) 「原判決が確定した判例・実務とする重点的対照主義は、刑の軽重を定めるについて、刑法10条、刑法施行法3条3項を適用しなければならないとするものであるが、軽い罪との関係において、選択刑である罰金刑の上限の扱いまで直接示しているとはいえず、上記のような修正ないし補充を排除しているとはまではいえない」。

紹介した高裁判例の考え方を支持し、罰金の多額を軽い罪のそれによることは、従来の判例に抵触しないと述べている。この判例が取り扱ったのは、被告人と共謀した共犯者が、盗撮目的でパチンコ店の女子トイレに侵入し、小型カメラを設置して用便中の女性を撮影したという事案であるが、第一審判決<sup>(280)</sup>は、当該事案で、建造物侵入罪と埼玉県迷惑行為防止条例(昭和38年埼玉県条例第47号。以下、単に「埼玉県迷惑行為防止条例」という)違反の罪<sup>(281)</sup>を認め、それらを牽連犯とした。両者の法定刑は、建造物侵入罪が3年以下の懲役または10万円以下の罰金、埼玉県迷惑行為防止条例違反の罪が(当時)6月以下の懲役または50万円以下の罰金であり、法定刑を比較すると前者が重い、そのなかの罰金を比較すると後者が重いという関係は、さきほどと変わらない。また、当該事案では、第一審の検察官が罰金40万円を求刑し、第一審の弁護人も罰金10万円が相当であると弁論した。これによると、当該事案では、双方とも被告人を有期懲役に処すべきだと考えていなかったことになるが、それでも第一審判決は、重い建造物侵入罪の刑で処断すると述べて、被告人を懲役2月(執行猶予3年)に処した。当該事案では、第一審の検察官が、さきほど紹介した名古屋高金沢支判平成26年3月18日を挙げて、罰金であれば50万円まで可能と主張したが、第一審判決は、これを排斥し、建造物侵入罪の法定刑である3年以下の懲役または10万円以下の罰金の範囲で刑を定めるべきだという判断を示した。このように考えると、罰金10万円が軽すぎるという事案では、有期懲役を選択するし

---

(280) さいたま簡判平成30年2月15日刑集〔参〕74巻7号742頁(2018年)。

(281) 令和2年埼玉県条例第54号による改正前の埼玉県迷惑行為防止条例では、この種の行為を禁止する規定が同2条4項、その違反を処罰する規定が同12条2項1号であった。それぞれ引用すると、同2条4項が「何人も、公共の場所又は公共の乗物において、他人に対し、身体に直接若しくは衣服の上から触れ、衣服で隠されている下着等を無断で撮影する等人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような卑わいな言動をしてはならない」、同12条2項柱書が「次の各号のいずれかに該当する者は、六月以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する」、同1号が「第二条第四項の規定に違反した者」である(なお、原文に付されていたルビは省略した)。

かない。実際、第一審判決は、「初犯であるから、建造物侵入罪について罰金刑の選択も考え得る」と述べつつ、「初犯であっても、その情状が建造物侵入罪の規定する罰金10万円を超えると判断されるならば、懲役刑の選択しかあり得ない」とし、犯情の重さを指摘して有期懲役を選択している。さらに、当該事案では、原判決<sup>(282)</sup>も、第一審判決を支持し、被告人側の控訴を棄却した。原審の弁護士は、同じ2罪の牽連犯とされた被告人の共犯者が(被告人の第一審と)別の裁判所で罰金20万円に処せられたことを挙げ、被告人に限って10万円を超える罰金が理論的に不可能だというのは、不公平であると主張したが、原判決は、その指摘を受けてなお、「同裁判所が刑法54条1項の解釈適用を誤った結果にすぎず、所論は採用できない」といい切って、控訴趣意の主張を退けた。

これに対し、その上告審判決である最判令和2年10月1日は、すでに述べたとおり、第一審判決で排斥された名古屋高金沢支判平成26年3月18日の考え方を支持した。「所論引用の金沢支部判決は正当であり、これを変更する必要は認められない」というのである<sup>(283)</sup>。ただ、この最高裁判例は、それだけでなく、そのような判断が従来判例に抵触しないということも確認している。引用すると、「昭和23年判例は、併科刑又は選択刑の定めがある場合の法定刑を対照して、その軽重を定めるについては、刑法10条のほか、複数の主刑中の重い刑のみについて対照をなすべき旨を定めた刑法施行法3条3項をも適用しなければならないとするもので、本件のような科刑上一罪の事案において重い罪及び軽い罪のいずれにも選択刑として罰金刑の定めがある場合の罰金刑の多額につ

---

(282) 東京高判平成30年5月24日刑集〔参〕74巻7号747頁(2018年)。

(283) 本文の最高裁判例は、この種の事案における罰金の多額について、次のように述べる。「本件のように、数罪が科刑上一罪の関係にある場合において、各罪の主刑のうち重い刑種の刑のみを取り出して軽重を比較対照した際の重い罪及び軽い罪のいずれにも選択刑として罰金刑の定めがあり、軽い罪の罰金刑の多額の方が重い罪の罰金刑の多額よりも多いときは、刑法54条1項の規定の趣旨等に鑑み、罰金刑の多額は軽い罪のそれによるべきものと解するのが相当である」(=要旨)。本文で引用したのは、段落を改めて「そうすると」で始まる、その次の文章である。

いてまで判示するものではなく、軽い罪のそれによることを否定する趣旨とも解されない」。これは、逆からいうと、この判例が罰金の多額について判断を示した時点でも、「昭和23年判例」の立場が、なお維持されているということである。判旨のいう「昭和23年判例」は、もちろん最判昭和23年4月8日のことであるから、この最判令和2年10月1日が「昭和23年判例」に抵触しないというのは、昭和23年に確認された法定刑の比較が、判例の立場として、いまだ変わらず通用し続けているということの意味する。それが依然として判例の立場だからこそ、それに抵触しないということを説明しなければならないわけである。

このように、法定刑を比較するという立場は、最高裁になってからも繰り返し示され<sup>(284)</sup>、これは、変更されることなく現在に至っている。もちろん、その量刑にあたっては最も重い下限の刑を下回る処断が許されなくなったし、選択刑中の罰金は多額が最も多いものの多額によることが可能になったから、現在はそれらも判例の立場に含まれるというべきであるが、それでも法定刑の比較は、それらの判例が前提とするところであり、その点に関しては、少しの動揺もみられない。刑種の選択や加重減軽を行わない法定刑を比較して刑の軽重を判断するという最高裁の考え方は、1948〔昭和23〕年から現在に至るまで一貫しているわけである。そして、この流れをさらに遡ると、それは、現行刑法施行後のかなり早い時期からそうだったと考えられる。また、それがそこから何も

(284) 初期の下級審判例では、高松高判昭和26年7月12日判特17号28頁(1951年)と名古屋高判昭和30年5月31日高刑特2巻11号553頁(1955年)が、いずれも、刑種の選択を行った上で刑法54条1項を適用した原判決に違法があるとする。東京高判昭和38年3月20日東高時報14巻3号44頁(1963年)も、同項を適用して刑の軽重を比較するときは、法定刑を標準としてこれを定めるのが当然であるとし、刑種の選択を行った上で同項を適用した原判決は、法令の適用を誤ったと述べている。あるいは、東京高判昭和55年12月2日判時1019号133頁(1980年)も、刑種の選択を行った上で同項を適用した原判決に誤りがあるという。なお、名古屋高判昭和29年12月25日高刑特1巻13号751頁(1954年)は、併合罪となるべき数罪の一部に同項を適用すべきものがある場合、まず同項を適用し、そのあと(狭義の)併合罪の規定を適用すべきであるとしている。

変わっていないのも、さきほど確認したとおりである。現行刑法施行後、この点に関する判例の立場が明確になったのは、1914〔大正3〕年11月と考えられるから、それが現在でも維持されているとすると、法定刑の比較が必要だとする大審院の判断は、結局100年以上もわが国の実務を支配してきたということになる。

現行刑法の施行は1908〔明治41〕年10月1日であるが、前記の☆大判大正3年11月10日が法定刑の比較という立場を示したのは、1914年11月のことである。したがって、その間、約6年1か月ということになる。ここまでみてきたとおり、それ以降は、判例の流れに変化がないわけだから、この6年1か月に注目して法定刑の比較という流れをたどっていくと、同54条1項の適用を受ける数罪について、それぞれ再犯加重を行うことは許されないとした前記の△大判明治42年3月25日が、大きな転換点となっていることがわかる。すなわち、前記の判例は、大審院自身がそれまで行ってきた法令適用を大きく改めている。○大判明治42年1月22日や□大判明治42年3月11日が、未遂減軽を行った上で同項を適用していたのを、前記の△大判明治42年3月25日が、根本から変えたというのは、すでに説明したとおりである。

それだけでなく、前記の判例は、法定刑の比較へと至るその後の流れも大筋で方向付けたと考えることができる。たしかに、前記の判例を前提にしても、刑種の選択は、「結合」前の数罪それぞれについて行うと考える余地がないわけではない。もともと刑種の選択は、法定刑に選択刑が含まれているときに行われるが、これは、再犯加重の前に行われなければならないから<sup>(285)</sup>、前記の△大判明治42年3月25日がいうように、

---

(285) 刑法57条をみると、再犯加重は「再犯」の刑を加重するものとなっている。そして、同56条1項や同2項をみると、「再犯」とするには、行為者を(その犯した罪について)有期懲役に処することが必要である。したがって、法定刑に有期懲役以外の選択刑が含まれているときは、さきに刑種の選択を行って行為者を有期懲役に処するという形にしておかないと、再犯加重を行うことができない。同1項に関しては、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻』(2013〔平成25〕年・青林書院)432頁〔安東章〕、同2項に関しては、同433頁参照。

再犯加重の段階で「一箇ノ罪」になっていなければならないとしても、刑種の選択に関する限りそれと異なると考えることが、論理的に不可能なわけではない。しかし、たとえ論理的には不可能でないとしても、その後の判例をみると、前記の判例が、わざわざ加重減軽と区別し、刑種の選択に限って数罪のままそれを行うよう求める趣旨とは考え難い。

まず、前記の△大判明治42年3月25日であるが、これは、さきほど引用したように、現行刑法54条1項が適用されると、数罪が「一箇ノ罪」になり、そのなかの最も重い刑が同罪の「本刑」になると説明している<sup>(286)</sup>。この「本刑」が意味するところについては若干検討を要するが、仮にこれが法定刑のことだとすると、最も重い刑の判断が法定刑の段階ですでに終わっているということになるから、前記の判例は、法定刑の比較を前提にしていると考えざるを得ない。このことを念頭においた上でその後の判例であるが、前記の判例と時期が近い順にみていくと、その1つあとに紹介した大判明治42年4月23日は、同項を適用する場合、各法条における「法定刑」の軽重を標準とすべきと明言している<sup>(287)</sup>。この判例は、大審院第1刑事部によるものであるが、さらに、その約3か月後には、大判明治42年7月8日刑録15輯987頁(1909年)が、同項を最も重い「法定刑」で処断する趣旨の規定と説示している<sup>(288)</sup>。この大判明

<sup>(286)</sup> 前記注<sup>(193)</sup>参照。

<sup>(287)</sup> 有印私文書偽造罪、偽造有印私文書行使罪、無印私文書偽造罪、偽造無印私文書行使罪、公正証書原本不実記載罪、詐欺取財未遂罪に刑法54条1項を適用し、偽造有印私文書行使罪の刑を最も重いとして処断した原判決を法令適用の誤りとした判例である。前記注<sup>(203)</sup>参照。この判例は、詐欺取財罪の刑を最も重いとして、原判決の法令適用を否定するが、その際、同項で刑の軽重を定めるには、「法定刑ノ軽重ヲ以テ標準ト爲スヘキモノ」と述べている(=弁護人近藤孝吉の上告趣意書第2点に対する判断)。

<sup>(288)</sup> 訴状等の書類に貼用された収入印紙を剥ぎ取って収入印紙を窃取するとともに、収入印紙が貼られていた書類もその剥ぎ取る行為によって毀棄したという事案で、旧刑法を適用すると窃盗罪と官文書毀棄罪の数罪併発になるとした原判決を支持した判例である。本誌35巻3=4号(2021〔令和3〕年)62頁参照。この判例は、旧刑法を適用すると数罪併発になるとするその判旨のなかで、現行刑法54条1項にも言及しているが、それによると、同

治42年7月8日が取り扱った事案で直接争われたのは、被告人の行為に旧刑法100条を適用することの可否であり、前述した現行刑法54条1項に関する説示も、そのなかで述べられたものに過ぎない。したがって、それは、同項を適用する場合に比較すべき刑が何なのかを問われて前記のように述べたというものでないし、当該事案で同項を適用する場合の処理として刑種の選択や加重減軽を経る前の法定刑を比較してみせたというものでもない。その意味で、同項に関する判例として正面から取り上げるには、やや物足りないが、しかし、これは、△大判明治42年3月25日と同じ大審院第2刑事部による判例である。そうだとすると、その説示から△大判明治42年3月25日の内容を補うことは可能であろう<sup>(289)</sup>。

前記のように、△大判明治42年3月25日は、刑法54条1項を適用する場合、数罪を結合して「一箇ノ罪」とし、そのなかの最も重い刑を同罪の「本刑」とすると説明している。そして、たしかに前記の判例は、「本刑」が法定刑を意味すると述べているわけでないし、「本刑」という文言自体は法定刑以外の意味で用いられることもある(たとえば、同21条は、未決勾留日数の本刑算入を認めているが、その際の「本刑」が法定刑でないことは、明らかである)。しかし、当時の文献にも「本刑」を法定刑の意味で用いているものがあること<sup>(290)</sup>、大判明治42年4月23日が同54条1項に関して「法定刑」の軽重を標準とすべきと述べていること、大判明治42年7月8日も同項に関して最も重い「法定刑」で処断する趣旨と述べていることを踏まえると、前記の説明は、法定刑を比較して最も

---

項は「各其罪名ニ對スル法定刑ノ中其最モ重キモノヲ以テ處斷スヘキ旨ヲ示シタル」規定である(=判旨第2点)。

<sup>(289)</sup> 金光良純編『大審院刑事判決抄録第三十二卷』、同『第三十三卷』、同『第三十四卷』、同『第三十五卷』(いずれも1929〔昭和4〕年・法曹會)に収録されている大審院刑事部裁判長及部員氏名表をみると、それぞれ明治41年11月から明治42年2月まで、同年3月から4月まで、同年5月、同年6月から8月までの期間における大審院刑事部の構成員を確認することができるが、このうち、同年3月から4月までの一覧と、同年6月から8月までの一覧をみると、大審院第2刑事部の構成員は完全に同じである。

<sup>(290)</sup> 小疇傳『大審院判例ト新刑法』(1908〔明治41〕年・清水書店)60頁。

重いものをその「一箇ノ罪」の法定刑にするという意味だったと考えられる。すなわち、その後の判例が「法定刑」を標準にするとか最も重い「法定刑」で処断すると述べているのは、前記の△大判明治42年3月25日によって、法定刑の比較がもはや既定路線になっていたことの痕跡にほかならない。それらは、△大判明治42年3月25日が、法定刑の比較を前提にしていたことの動かぬ証拠だというわけである。

たしかに、前記の△大判明治42年3月25日は、刑種の選択に何も触れていない。それどころか、当時の判例には、刑種の選択を行ってから刑を比較するというものさえ存在する。1つは、すでに紹介した大判明治45年3月28日<sup>(291)</sup>であるが、実をいうと、そのような判例はこれだけではない。筆者に確認できた範囲に限っても、これに類する判例には、次のようなものがある。まず、一番古いのは、大判明治43年2月15日刑録16輯236頁(1910年)であって、これは、数罪の法定刑から選択した有期懲役同士を比較したというものである。被告人2名は、車内で乗客の紙入れをすり取ったところ、乗り合わせた巡査に発見され、その逮捕を免れるため暴行を加えて同巡査に傷害を負わせた。前記の判例は、この事案で、公務執行妨害罪と強盗致傷罪の成立を認め、これらを観念的競合としたが、公務執行妨害罪について有期懲役、強盗致傷罪についても有期懲役を選択した上で、強盗致傷罪の刑を最も重いとした<sup>(292)</sup>。これが2

(291) 被告人が、住居に侵入して1個の殺人既遂と3個の殺人未遂を重ねたという事案で、殺人既遂罪について死刑、3個の殺人未遂罪についてそれぞれ有期懲役、住居侵入罪についても有期懲役を選択し、この住居侵入罪、殺人既遂罪、3個の殺人未遂罪に刑法54条1項後段を適用して、殺人既遂罪の刑を最も重いとした判例である。前記注<sup>(208)</sup>参照。

(292) 「乃(すなわ)ち原判決ノ認メタル事實ヲ法律ニ照スニ被告喜三郎カ巡査ノ職務ヲ執行スルニ當リ之ニ暴行ヲ加ヘタル點ハ刑法第九十五條第一項ニ該當スルヲ以テ懲役刑ヲ選擇シ其竊盜ヲ犯シタル際巡査ノ逮捕ヲ免レンカ爲メ暴行ヲナシテ之ヲ傷シタル點即チ強盜人ヲ傷シタル點ハ同法第二百三十八條第二百四十條前段ニ該當スルヲ以テ有期懲役刑ヲ選擇スヘク然ルニ右ハ一箇ノ行爲ニシテ二箇ノ罪名ニ觸ルルモノナルヲ以テ同法第五十四條第一項ニ依リ其最モ重キ後二者ニ對スル刑ヲ以テ處斷スヘク再犯ニ係ルヲ以テ刑法施行法第十二條第一項第七條第一項第一號第二條ニ依リ刑法第五十六

つ目だとすると、3つ目は、大判明治43年5月24日刑録16輯922頁(1910年)である。これは、数罪の法定刑から選択した死刑同士を比較した判例と考えることができる。被告人らは、強盗を実行したあと、殺意をもって(姓不詳)嘉十郎、同人の妻・いせ、その子・庄太郎を次々と殺害した。前記の判例は、強盗犯人が(強盗の機会に)殺意をもって人を殺すと、強盗殺人罪でなく、強盗致死罪と殺人罪の2罪が成立するという判断を示し<sup>(293)</sup>、当該事案では、3名に対する強盗致死罪と殺人罪をそれぞれ観念的競合としたが、(6罪とも)死刑を選択し、その上で、刑法54条1項を適用して(少なくとも庄太郎に対する関係では)殺人罪の死刑を最も重いとした<sup>(294)</sup>。さらに4つ目は、大判明治44年12月21日刑録17輯

---

條第一項第五十七條ヲ準用シ同法第十四條ノ制限内ニ於テ累犯ノ加重ヲ爲シ其刑期範圍内ニ於テ被告ヲ十年ノ懲役ニ處スヘク差押物件ハ沒收ニ係ラサルヲ以テ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ所有者ニ還付シ公訴裁判費用中第一審公判ニ於ケル證人曾我平次ニ給與セシ日當金三十錢ハ刑事訴訟法第二百一一條第一項ニ依リ被告ニ負擔セシメ其他ハ右同條項及刑法施行法第六十七條ニ依リ被告ヲシテ相被告吉次郎ト連帶負擔セシムヘキモノトス。

<sup>(293)</sup> 当時はこれが判例の立場であった。前記注<sup>(227)</sup>参照。

<sup>(294)</sup> 本文の判例は、このように強盗致死罪と殺人罪の観念的競合とする立場をとり、それらの法定刑から死刑を選択した上で刑法54条1項を適用したが、実をいうと、この段階では、刑を比較していずれの死刑を重いとしたのかが明らかになっていない。ただ、3名に対する3個の観念的競合を最終的に狭義の併合罪とする段階で、庄太郎に対する殺人罪に科すべき死刑をもって処断するという説明になっている。したがって、少なくとも同人に対する関係では、強盗致死罪の死刑よりも殺人罪の死刑を重いと判断したことがわかる。原文は次のとおりである。「因テ原院ノ認メタル事實ヲ法律ニ照スニ被告カ嘉十郎外二名ヲ殺シタル各所爲ハ刑法第九十九條ニ其強盜ヲ爲シテ嘉十郎外二名ヲ死ニ致シタル各所爲ハ同第二百四十條後段ニ該當シ死刑ヲ選擇ス可ク何レモ一箇ノ行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸ルルモノナルヲ以テ同第五十四條ニ依リ尚ホ併合罪ナルヲ以テ同第十條第三項第四十六條第一項ニ依リ庄太郎ニ對スル殺人罪ニ科ス可キ死刑ヲ以テ處斷シ押収品中豫第六十號第六十一號第六十二號ノ各日本刀及豫第三號ノ麻繩ハ被告ノ所有ニシテ犯罪ノ用ニ供シ又ハ供セントシタル物件ナルヲ以テ刑法第十九條第一項第二號ニ依リ之ヲ沒收シ豫第二十六號第二十七號第五十五號

2273頁(1911年)で、これも、数罪の法定刑から選択した有期懲役同士を比較した判例ということができる。被告人尾崎與吉は、その長男・被告人要助を見張りに立たせ、尾崎善吉(=被告人尾崎與吉の実弟)とその妻・キヨの住居に侵入して2人とも殺そうとした。この事案で、前記の判例は、住居侵入罪と2個の殺人未遂罪を牽連犯としたが、住居侵入罪について有期懲役、2個の殺人未遂罪についてもそれぞれ有期懲役を選択した上で、尾崎善吉に対する殺人未遂罪の刑を最も重いとした<sup>(295)</sup>。

このように、刑種の選択を行ってから刑法54条1項を適用し刑を比較する判例は、大判明治45年3月28日だけでない。したがって、判例の立場を理解する上では、これらをどのように位置付けるべきかということを考えなければならない。しかし、仮に前記の△大判明治42年3月25日が法定刑の比較(実は)前提にしていたとすると、さきほど挙げた4つは、その前提を変更したということになるが、いずれの判決理由にも、それを検討した様子がみられない。すなわち、その判決理由には、刑種の選択を経た刑の比較に何か意味がある旨を示す説明がまったく含まれていない。また、さきほど挙げた4つは、刑種を選択してから刑を比較したわけであるが、だからといって軽重の判断が法定刑を比較した場合と逆になったということはない。これが名古屋高金沢支判平成26年3月

---

第五十六號ノ物件ヲ除ク其他ノ押收品ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ各差出人ニ還付シ公訴裁判費用ハ刑法施行法第六十七條ニ依リ主文第四項ノ如ク連帶負擔セシム可キモノトス」。

<sup>(295)</sup> 「依テ原判決ノ認メタル事實ヲ法律ニ照スニ家宅侵入ハ刑法第三百十條ニ善吉キヨニ對スル各殺人未遂ハ各刑法第九十九條第二百三條ニ該當シ家宅侵入ハ各殺人未遂ニ對スル手段ナルヲ以テ同法第五十四條第一項後段第十條ヲ適用シ被告與吉要助ハ上叙犯罪ノ共同實行正犯ナルヲ以テ同法第六十條ヲ適用シ家宅侵入ニ關シテハ懲役刑ヲ選擇シ善吉キヨニ對スル各殺人未遂ニ關シテ有期ノ懲役刑ヲ選擇シ被告兩名ニ對シテハ何レモ最モ重キ善吉殺害未遂ノ罪名ニ對スル刑ヲ科スヘキニ依リ與吉ヲ懲役十四年ニ要助ヲ懲役七年ニ處シ押收物件ハ刑事訴訟法第二百二條ニ從ヒ各差出人ニ還付シ公訴裁判費用ハ刑法施行法第六十七條ニ依リ被告兩名ヲシテ連帶負擔セシムヘキモノトス」(原文で「被告與吉要吉」となっていたところは、「被告與吉要助」に改めた)。

18日や最判令和2年10月1日の事案であれば、そのような逆転が生じ得るが、さきほど挙げた4つは、いずれも結論として、法定刑が重い罪の刑を重い刑としている<sup>(296)</sup>。さらにいうと、それらの判例のあとには、☆大判大正3年11月10日が、何の説明もなく法定刑の比較という立場を明らかにしている。もしも△大判明治42年3月25日や、それに連なる判例がいくつか登場したあとで、刑種の選択をめぐって何か意識的な方針転換があったのだとすれば、☆大判大正3年11月10日は、その方針転換を再びもとに戻す判断ということになるが、これには、その理由を説明する部分が何も含まれていない。このように、判例の内容や前後の状況を積み重ねていくと、当時の判例が刑種の選択を行ってから刑を比較していることには、特に意味があったわけでないと考えても、それほど問題があるようには思われない。

もともと刑種の選択を行う前の法定刑を比較するという場合は、それに応じた比較の基準がなければならない。☆大判大正3年11月10日は、その基準が重点的対照主義であることを明らかにしたが、このように基準が定まっていれば、法定刑に選択刑が含まれているときでも法定刑を比較すべきだといえる。しかし、その基準が統一できていなければ、法定刑の比較という方針を貫くことができない。その基準が定まっていなければ、法定刑に選択刑が含まれているときには法定刑を比較できないからである<sup>(297)</sup>。前記の☆大判大正3年11月10日でその基準が示される

---

<sup>(296)</sup> 強盗致死罪と殺人罪の法定刑を比較すると、強盗致死罪では死刑と無期懲役しかないが、殺人罪では有期懲役に処することができる。ただ、判例が法定刑を比較する際に用いている基準をあてはめると、有期懲役の可能性があることは軽重の判断に関係ないから、当該事案で殺人罪の犯情が重ければ、殺人罪の法定刑を「其最モ重キ刑」と考えざるを得ない。したがって、本文で紹介した大判明治43年5月24日(=3つ目)は、強盗致死罪と殺人罪の刑を比較し、殺人罪の刑を重いとしたものと考えられるが、それでも法定刑が重い罪の刑を重い刑としたことには変わりない。

<sup>(297)</sup> もちろん、その基準が定まっていなければ、法定刑に併科刑が含まれているときにも法定刑を比較できないが、現行刑法の法定刑は、選択刑が含まれているものの方が圧倒的に多いから、実際上は、選択刑が含まれている法定刑を比較するのが、喫緊の課題ということになったと思われる。

までの一時期、判例が何の説明もなく刑種の選択を経た刑を比較していたのは、このような事情によると考えられる。すなわち、それは、刑種の選択を経た刑の比較に何か意味を認めていたということではなく、基準に関するコンセンサスが間に合わなかったためやむを得ずそうしていたに過ぎない。それに意味を認めていたわけではないのだから、その意味を説明しなかったというのも何ら不思議なことではない。この時期の判例は、法定刑の比較という当初の方針と齟齬がある対応をとっていたようにみえるが、それは問題解決までの一時的な対応に過ぎず、法定刑の比較という△大判明治42年3月25日の方針は、実のところこの時期にあってもまったく揺らいでいなかったというわけである<sup>(298)</sup>。

たしかに、前記の△大判明治42年3月25日のあとも、刑種の選択を行ってから刑を比較する判例があったことは否定できない。しかし、前記のとおり、その部分にあまり意味はないとすると、△大判明治42年3月25日で(実は)前提にされていた法定刑の比較がそこで一度途絶えたと考えることはできない。むしろそれは、枯れることなく根を伸ばし続けていたと理解すべきであり、最終的には、それが判例の立場になったといえることができる。一時期、刑種の選択をめぐる多少混乱はあったが、前記のように、これも当初の方針を損なうようなものだったわけではない。その後、比較の基準が定まったために混乱の原因もなくなって、密かに根付いていたものが花開いた。それが、さきほど紹介した☆大判大正3年11月10日であり、この判例は、みえないところで縷々受

<sup>(298)</sup> 前記注(3)で紹介したように、法定刑の比較を支持する文献のなかには、刑法施行法3条3項をその理由として挙げるものがある。この規定が、法定刑の比較という立場を前提にしない限り、法定刑の比較という立場の理由にならないことは、すでに本文で説明したとおりであるが(=本誌35巻1=2号(2020〔令和2〕年)3-6頁参照)、もしもこの時期の判例に、本文で述べたような事情があったのだとすれば、判例の立場を支持する文献が同項を理由に挙げるのは、ある程度理解できなくもない。実は法定刑を比較する立場なのに、比較の基準が定まっていなかったことで、何年もそれを曲げざるを得ない事態に陥った。そのような事情があったために、同項の重点的対照主義は、それがないと法定刑の比較という立場自体が成り立たないこの立場の生命線として、強く意識されるようになったわけである。

け継がれていた法定刑の比較を、可視化したに過ぎない。

そして、このような理解によると、法定刑を比較して刑法54条1項の処理を行うとする判例の流れは、前記の△大判明治42年3月25日に源があるといえることができる。もちろん、その判例の立場が明確になるのは、約5年8か月後の☆大判大正3年11月10日であるが、そうだとすると、そこへ至る流れの源は、やはり前記の△大判明治42年3月25日にあると考えられるわけである<sup>(299)</sup>。

さきほど引用したように、前記の△大判明治42年3月25日は、刑法54条1項が適用されると、「一箇ノ罪」になると述べる。そして、このこととの関係で連想されるのは、一時期盛んだった罪数の標準をめぐる議論である。しかし、結論からいうと、前記の判例がいう「一箇ノ罪」は、罪数の標準をめぐるかつての議論とあまり関係ないと考えられる。

すなわち、現行刑法の施行後、戦前から戦後しばらくまでの一時期には、罪数の標準をめぐり、結果標準説<sup>(300)</sup>、行為標準説<sup>(301)</sup>、意思標準

---

(299) 単純に判例の流れを追うと、法定刑の比較という立場が明確になったのは☆大判大正3年11月10日、それが定着していわゆる確定判例になったのは、おそらく昭和期に入ってからということになるが、本文で述べたように、△大判明治42年3月25日以降の判例が法定刑の比較という方針で実はまとまっていたと考えれば、早ければその翌月に法定刑の比較を明言した大判明治42年4月23日、遅くとも判例の立場を明確にした☆大判大正3年11月10日のころには、実質的に判例の立場が動かし難いものになっていたとみることができる。すなわち、動揺していたのは法定刑の比較にどのような基準を用いるかという問題への対応であって、刑法54条1項を適用するときに法定刑を比較するという方針自体は、この問題が解決される前からすでに固まっていたと考えることができる。したがって、法定刑の比較という判例の立場は、現行刑法の施行から半年余り、あるいは長く見積もってもわずか数年で事実上確立していたといえるわけである。

(300) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(1938〔昭和13〕年・文友堂書店)338-340頁、宮本英脩『刑法大綱』(1932〔昭和7〕年・弘文堂書房)208-210頁。

(301) 草野豹一郎「放火罪の本質に就て」「放火罪と其の個數」「公益罪と其の個數を定むる標準に就て」同『刑事判例研究第一卷』(1934〔昭和9〕年・巖松堂書店)388-402頁。なお、同391頁によると、行為標準説とは、犯罪の単複を「被害法益の単一なりや否やと云ふことと、意思決定の単一なりや

説<sup>(302)</sup>、構成要件標準説<sup>(303)</sup>などが主張され、それらのあいだで激しい争いがあったことが知られている。そのような議論のなかで、観念的競合や牽連犯についても、数罪と考える理解<sup>(304)</sup>と1罪と考える理解<sup>(305)</sup>の対立があった。しかし、この対立で1罪というのは、本来の一罪のことである。この理解によると、観念的競合や牽連犯は、刑法54条1項の定めを待つまでもなく当然に1罪であり、同項は、観念的競合や牽連犯が1罪であることを確認する注意規定に過ぎない<sup>(306)</sup>。このように考えると、同項が適用される場合は、単なる1罪であるから、「科刑上一罪」という概念は必要ない<sup>(307)</sup>。これをいまの感覚でいうと、殺人既遂罪が成立

---

否やと云ふことに因て」決する立場である。一方、泉二・前掲注(3)564-565頁も、犯罪の個数を理論上より観察すれば「意思責任及ヒ法益侵害ノ結果ヲ標準トシテ」決定することができるという立場であるが、同562-564頁は、むしろ行為標準説を批判し、1行為でも数罪を構成し得ると明言する。このように、行為標準説というのは多義的で、草野・391頁の立場を行為標準説と呼ぶことには異論の余地もあるが、本文の記述は単に当時の議論を振り返るものであるため、ここでは同書の呼び方に従ってその立場を行為標準説と呼ぶことにした。

(302) 牧野英一『重訂日本刑法上巻〔重訂第64版〕』(1939〔昭和14〕年・有斐閣)539-546頁。

(303) 小野清一郎「犯罪の重複と構成要件」佐伯千仞編『現代刑事法學の諸問題』(1943〔昭和18〕年・弘文堂書房)251-257頁および同331頁。

(304) 小野・前掲注<sup>(303)</sup>257-258頁、同297-298頁および同341頁、草野・前掲注<sup>(301)</sup>392-393頁、瀧川・前掲注<sup>(300)</sup>343頁および同351頁、泉二・前掲注(3)564-566頁および同572頁など。

(305) 牧野・前掲注<sup>(302)</sup>501-502頁。

(306) たとえば、牧野・前掲注<sup>(302)</sup>542-546頁は、「單一ナル決意ニ出ツル行為」であれば1罪とすべきであるとした上で、ただ、犯意は常に行為によって表現されるものであるから、意思の単一性も行為によって表現されるとし、刑法が特に第54条の規定を設けた理由も、同一の行為であるとか牽連関係があるというときに「決意ノ單一カ行為ニ依リテ表現セラレタルモノト爲シタルモノ」だと考えている。

(307) 牧野・前掲注<sup>(302)</sup>501頁は、観念的競合と牽連犯を「一罪」と説明する。「犯罪ハ、時トシテ、單數ナリヤ複數ナリヤニ關シテ疑ヲ生スヘシ」。「第五十四條ハ想像的競合及牽連犯ニ關シテ之ヲ明言スルコトナシ。然レトモ、判

するときは重ねて殺人予備罪が成立するわけでないという規定があるようなものである<sup>(308)</sup>。今日の我々からみると、その規定が適用される場合、それは、理論上当然に1罪なのであって<sup>(309)</sup>、別に「科刑上一罪」ということはない。そして、観念的競合や牽連犯を1罪と考える当時の理解によると、刑法54条1項が適用される範囲は、理論上本来の一罪として許容できる範囲に限られなければならない。これも前述した架空の規定で説明すると、たとえば、殺人既遂罪と殺人予備罪であっても被害者が別人のときは、それでもなお殺人予備罪が成立しないといえるかを

---

例ハ之ヲ一罪ト解シ、學説亦一般ニ之ヲ認ム」。さらに、この段落の最後には注が付されており、そのうち同502頁注(9)には、次のような記述がある。

「宮本教授ハ本位的一罪及處分的一罪トイフコトヲ主張セラル。第五四條第五五條ノ場合ハ所謂處分的一罪ニ屬スルナリ」。「尙、小野教授モ亦同様ノ見地ニ立タルモノト解スヘシ」。これらの記述をみると、観念的競合や牽連犯を本来的一罪と理解する立場からは、これをただ「一罪」とするだけで足り、「處分的一罪」はもちろん、「本位的一罪」という概念さえ必要ないということがわかる。

<sup>(308)</sup> 旧刑法では、いわゆる住居侵入窃盗のときに、同368条の(加重された)窃盗罪が成立して、家宅侵入罪は独立に犯罪を構成しないと考えられていたが、牧野・前掲注<sup>(302)</sup>518-519頁は、これを「吸収犯」と呼ぶ。そして、この観念は、法律の規定により論理的に推度(すいたく)されるものだが、犯罪の性質に対する我々の日常の見解上一方が他方に包含されると認められるものにも拡張されるべきであり、「現行刑法ノ解釋トシテモ、竊盜ノ方法タル住居侵入ハ竊盜ニ吸収セラルルモノト解スルヲ妥當ト信ス」という。さらに、現行刑法のもので、判例が、このような事案を住居侵入罪と窃盗罪の牽連犯としている点は、「予輩ト見解ヲ異ニス」というが、その違いに関しては、各本条の規定の精神において、すでにその牽連関係が予定されているものと解される限り、総則の規定である刑法54条1項後段が適用されないということであるとし、そのなかで、「予輩ノ意味ニ於ケル吸収犯ハ其ノ本質ニ於テ牽連犯ト趣ヲ異ニスル所ナシ」と述べている。

<sup>(309)</sup> たとえば、松原・前掲注<sup>(172)</sup>518頁は、「未遂罪・既遂罪に吸収される」各種予備罪を、現在では共罰的事前行為と呼ぶのが一般だとし、その上で、同523頁は、(その共罰的事前行為を含む)「以上の単純一罪および包括一罪」が、1個の刑罰規定(=罰条)に包摂可能な事態として「本来的一罪」ないし「成立上一罪」となると述べている。

検討しなければならない。仮にそれでも殺人予備罪は独立に成立しないと考えるのであれば、前述した架空の規定を適用できるし、被害者が異なる以上別罪を構成すると考えるのであれば、その規定は適用できないということになる。観念的競合や牽連犯を、罪数の標準に照らし(理論上も)1罪になるとする理解によると、刑法54条1項の解釈論が、このように、本来の一罪の範囲と対応するものになるわけである<sup>(310)</sup>。

一方、判例は、刑法54条1項に関する限り、数罪の成立を前提にしている。前記のように、現行刑法施行直後は、文書偽造と偽造文書行使が両方行われたとき、偽造文書行使罪しか成立しないというのが判例の立場であったが、判例は、ここで、同項の適用を否定していた。これに対し、その立場を改めた大判明治42年2月23日は、文書偽造罪と偽造文書行使罪の成立を肯定したが、その上で、この2罪について、同項の適用を認めるに至った。たしかにかつては、観念的競合や牽連犯を理論上当然に1罪とする理解もみられた。そのような理解の当否が、一時期、罪数論の主要な争点だったことは間違いない。しかし、もしも現行刑法施行当時の判例がそのような理解を前提にしていたのだとすれば、ここでも、偽造罪・行使罪という「各箇獨立シタル二箇ノ犯罪<sup>(311)</sup>」に同項を適用するという結論にはならないと思われる。それにもかかわらず、判例は、前記のように同項の適用を認めている<sup>(312)</sup>。そうだとすると、前記の△大判明治42年3月25日が「一箇ノ罪」というのは、観念的競合や牽連犯そのものを1罪と考えるということでない。それが「一箇ノ罪」

(310) 牧野・前掲注(302)540頁注(2)は、「犯罪ノ單複ヲ定ムル標準ヲ論スルニ方(あた)り、第五四條第五五條ノ規定ヲ基礎トシテ之ヲ考フル立場ト、別ニ自己ノ立場ヲ定メ、第五四條第五五條ノ規定ヲ以テ便宜上ノモノニ過キスト爲ス立場トヲ區別スルコトヲ得ヘシ。余輩ハ前者ニ依ル」とする。実際、同512-513頁は、牽連犯の要件も、「犯人ノ主觀ニ就キテ之ヲ論シ、犯人カ手段結果ノ關係ヲ以テ相牽連セシメタルコトヲ要シ且之ヲ以テ足ルモノト解ス」としているが、同517頁注(4)は、そのように考える理由をそこに記すという文脈で、「後出『犯罪ノ個數ヲ區別スル標準』の該当箇所(=「第五三九頁以下」)を参照するよう求めている。

(311) 前記注(163)参照。

(312) 前記注(165)参照。

になるというのは、あくまで同項を適用した結果、そのようになるということに過ぎないと思われる。すなわち、前記の判例が述べているのは、理論上数罪である観念的競合や牽連犯に同項を適用すると、(同項の効果によって数罪が結合され)「一箇ノ罪」になるということではない。(同項の適用を受ける前の)観念的競合や牽連犯自体を(理論上当然に)1罪と理解しているわけではないということである。

たとえば、大判明治42年7月8日刑録15輯987頁(1909年)は、訴状等の書類に貼用された収入印紙を剥ぎ取って収入印紙を窃取するとともに、収入印紙が貼られていた書類の方も、その剥ぎ取る行為によって毀棄したという事案で、現行刑法を前提にすると、(窃盗罪と公用文書毀棄罪の)観念的競合になるとしながら、旧刑法を前提にすると、窃盗罪と官文書毀棄罪の数罪俱発になるとする。その説明によると、旧刑法には現行刑法54条1項に対応する規定が存在しないから、旧刑法を適用するときはそれぞれ犯罪を成立させるべきであり、「共ニ合シテ之ヲ一罪ト見ルヘキモノニアラス<sup>(313)</sup>」。ただ、このように、対応する規定がないから数罪というのは、逆からいうと、現行刑法54条1項が、本来は数罪(俱発)となるべきものを「共ニ合シテ之ヲ一罪ト見ル」規定だということである。したがって、この説明からは、同項がもともと数罪であるものを結合して「一罪」にするという理解を読み取ることができる。さらに、大判明治45年5月23日刑録18輯658頁(1912年)は、住居侵入罪と窃盗罪がそれぞれ成立すると判断した事案で、住居侵入の行為と窃盗行為を「牽連ノ一罪」とした原判決を支持している。この判例が取り扱った事案では、上告趣意が、住居侵入罪について、単なる住居侵入の意思でそれを実行した場合に成立するものだと主張した。これは、始めから窃盗を行う目的で住居に侵入した場合、窃盗のために行われた住居侵入が窃盗罪の一部になるから、独立に犯罪を構成しないということであるが<sup>(314)</sup>、この判例は、そのような場合でも窃盗罪と別に住居侵入罪が成

(313) 「刑法第五十四條第一項ノ如キ規定ハ舊刑法ニハ存セサルヲ以テ斯(かか)ル場合ニ於ケル舊刑法ノ適用ニ付テハ各罪名毎ニ各別箇ノ犯罪アリト爲スヘク共ニ合シテ之ヲ一罪ト見ルヘキモノニアラス」(=判旨第2点)。

(314) 「第四點原判決ハ上告人ハ中島善太郎方家人ノ不在ニ乗シ其室内ニ忍ヒ入

立するという判断を示し、「故ニ」原判決が前記の事案で住居侵入と窃盗を「牽連ノ一罪」と認めたのは正当であるとする<sup>(315)</sup>。このように、住居侵入罪と窃盗罪がそれぞれ成立すると述べてわざわざ上告趣意を退けているにもかかわらず、その住居侵入罪と窃盗罪が「牽連ノ一罪」だというのは、やはり同項が数罪を結合して「一罪」にするとということであろう。むしろ数罪成立するが「故ニ」住居侵入罪と窃盗罪は同項によって結合され、「牽連ノ一罪」になるというわけである<sup>(316)</sup>。これらの判例

---

リ金銭竝ニ物品ヲ竊盜シタルモノト認メ住居侵入罪及竊盜罪ノ競合ナリトシ處斷セラレタルモ右ハ誤謬ニシテ單一ノ竊盜罪アルノミト信ス凡(およ)ソ住居侵入罪ハ單純ニ人ノ住居ニ侵入スルコト及其故意アルニ依リテ成立シ始メヨリ竊盜ヲ爲スノ目的ヲ以テ住居ニ侵入スルハ即チ竊盜ナル犯罪行爲實行ノ進行中ニ在ルモノニシテ其場合ニ於ケル侵入ハ飽クマテ竊盜ナル犯罪ノ一部ニ屬シ住居侵入罪ニ於ケル侵入トハ全然其觀念ヲ異ニス若シ然ラストセンカ竊盜ノ目的ヲ以テ住居ニ侵入シタル際家人ノ覺醒スル所トナリ目的ヲ遂ケスシテ犯人カ直ニ立去リタル場合ニ於テハ之ヲ住居侵入罪ナリト爲ササル可ラサルニ至リ竊盜未遂ト住居侵入トノ區別ヲ爲スニ苦マスンハアラス其不當ナルコト贅説(ぜいせつ)ヲ要セス原判決ハ擬律錯誤ノ失當アリ)(=弁護人横山鑛太郎の公訴上告趣意書第4点)。

(315) 「家宅侵入ノ行爲カ盜罪ノ要素ヲ爲スモノナランカ其行爲ハ盜罪中ニ包容セラレ別ニ犯罪ヲ爲ササル可シト雖モ盜罪ヲ犯スニハ必スシモ家宅ニ侵入スルヲ要セス家宅ニ侵入スルハ盜罪遂行ノ手段ニ外ナラサレハ盜罪ノ既遂タルト未遂タルトヲ問ハス別ニ家宅侵入罪ヲ構成スルコト論ヲ埃(ま)タス故ニ原院カ本件家宅侵入ノ行爲ト竊盜行爲トヲ牽連ノ一罪ナリト認メタルハ正當ニシテ本論旨モ亦理由ナシ)(=判旨第4点)。

(316) なお、本文の判例ほど明確とはいえないが、△大判明治42年3月25日と時期が近いものなかにも、これと似た判例は存在する。すなわち、大判明治42年4月30日・前掲注<sup>(14)</sup>が取り扱った事案では、被告人佐藤廣作、同峰尾伴次郎の2名が、原審相被告人峰尾健太郎、第一審相被告人串田喜之助と相謀り、峰尾元次郎名義の委任状を偽造した。そして、被告人らは、この委任状を公証人役場に提出し、連帯借用公正証書の原本を作成させ、この原本を公証人役場に備え付けさせた。被告人らは、これにより詐欺取財を行ったわけであるが、原判決が、委任状の偽造を有印私文書偽造罪、公正証書原本の作成を公正証書原本不実記載罪としたことから、弁護人は、公正証書原本不実記載罪の成立を争った。もともと当該事案で被告人らが

で示された説明から判断しても、前記の△大判明治42年3月25日が「一箇ノ罪」と述べているのは、あくまで同項を適用した結果として、数罪が結合され、「一箇ノ罪」になるという趣旨だと考えられる<sup>(317)</sup>。

偽造した峰尾元次郎名義の委任状は、尾崎倉吉から金140円を連帯して借用することと、その公正証書を作成すること等を、原審相被告人峰尾健太郎に委任するというものであった。そこで、「元次郎ノ代理資格ヲ冒(おか)シテ作成シタル連帯借用公正証書原本ハ元次郎名義ノ委任状偽造行使ノ結果ニシテ別ニ犯罪ヲ構成スヘキモノニ非ス」と主張したわけである。この上告趣意に対し、前記の判例は、「法益ノ侵害ヲ異ニスルノミナラス各一ノ罪名ニ觸ルル」ことを理由に挙げて、公正証書原本不実記載罪の成立を認めたと原判決を支持した(=被告人佐藤廣作弁護士花井卓藏の上告趣意書第1点に対する判断)。その際、判例は、両者が別罪を構成すると明言しているわけではなく、原判決が委任状の偽造行使に刑法159条1項、公正証書原本の作成に同157条1項を適用したのは誤りでないと述べているに過ぎないが、これは、上告趣意が1罪しか成立しないと主張しているのを退ける内容であるし、両者を包括して同159条1項と同157条1項を適用するのでなく、各所為にそれぞれ処罰規定を適用するのだから、各所為に関してそれぞれ犯罪が成立するということだろう。しかし、前記の判例は、その上で、委任状偽造と公正証書原本不実記載、詐欺取財を含む各所為に手段・結果の関係があるとして、それらに同54条1項(後段)を適用している。これによると、当該事案の有印私文書偽造罪と公正証書原本不実記載罪は、それぞれ処罰規定の適用を受けて成立する独立の犯罪ではあるが、それでもこの2つは牽連犯になるわけである。

(317) 団藤重光編『注釈刑法(2)-II 総則(3)』(1969〔昭和44〕年・有斐閣)617頁〔高田卓爾〕も、大判明治42年10月21日刑録15輯1426頁(1909年)と大判大正4年2月15日刑録21輯98頁(1915年)が、観念的競合を「本来の1罪と解するがごとき表現」を用いているとした上で、「しかし、これらの判例が、実体法上の1罪と科刑上の1罪とをはずつきり区別してあえて前者だとする趣旨であつたかどうかは疑問があるように思われる」と述べている。また、草野豹一郎「非親告罪と親告罪との牽連犯」同『刑事判例研究第五卷』(1940〔昭和15〕年・巖松堂書店)136-137頁も、「由来牽連犯の一罪なりや、數罪なりや、に付ては議論の存する所であり、判例は單純一罪説を採つて居るものの如く解せられて居るが、仔細に考察するならば、必しもさうではないのである」とした上で、大判大正3年5月23日刑録20輯1024頁(1914年)と大判大正12年12月5日刑集2巻922頁(1923年)を挙げ、「判例は決して刑

刑法50条は、ある罪について確定裁判があったにもかかわらず、あとになってその罪と狭義の併合罪となるべき余罪が発覚したという場合、裁判所がそれをどのように取り扱うべきか定めている。すなわち、狭義の併合罪は数罪であるから、一部の罪について確定裁判があっても、その効力は余罪に及ばない。したがって、余罪については、確定裁判と別に審理し、さらに処断する。一方、同51条は、そのようにして言い渡される刑の、執行に対して制限を設けている。現在は、口語化されている上、同1項と同2項に分けられているが、現行刑法定制当時の同条ただし書を引用すると、「死刑ヲ執行ス可キトキハ没収ヲ除ク外他ノ刑ヲ執行セス」「無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ執行ス可キトキハ罰金、科料及ヒ没収ヲ除ク外他ノ刑ヲ執行セス」「有期ノ懲役又ハ禁錮ノ執行ハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノニ超ユルコトヲ得ス<sup>(318)</sup>」。現在もそうであるが、もともと同46条以下、同49条までの規定

---

法第五十四條の規定せる想像的競合又は牽連犯に付て之を單純一罪と同一視して居るものではないと謂はなければならぬ」と結論付けている。しかも、草野・137-138頁は、大判昭和13年6月14日刑集17卷433頁(1938年)が、牽連犯でも1罪に準じて処罰するに過ぎないと述べていることに対し、もともとそれが判例の立場だといわれていることを指摘した上で、その判旨を換言し、「本質的には數罪であるといふことを前提として、ただ處斷上一罪として取扱ふといふこと」だとする。

(318) 平成7年法律第91号により改正された(現在の)刑法51条1項と同2項をそれぞれ引用すると、同1項が「併合罪について二個以上の裁判があったときは、その刑を併せて執行する。ただし、死刑を執行すべきときは、没収を除き、他の刑を執行せず、無期の懲役又は禁錮を執行すべきときは、罰金、科料及び没収を除き、他の刑を執行しない」、同2項が「前項の場合における有期の懲役又は禁錮の執行は、その最も重い罪について定めた刑の長期にその二分の一を加えたものを超えることができない」。改正前は、このうち同2項の部分が、同1項ただし書の最後に書かれており、改正後の同1項ただし書と同2項は、すべて同条ただし書であったが、口語化されただけで、内容に変化はない。なお、改正前の同条ただし書は、無期の懲役または禁錮を執行すべきときの罰金と科料のあいだに読点がある以外、文章が最初から最後まで切れ目なく続いている規定であるが、本文では、読みやすくするため、これを3つに分割して引用している。

には、狭義の併合罪を処断する方法が(刑種の違いに応じて)細かく定められていた。また、これも現在と同じであるが、それらの規定はすべて、併合罪となるべき数罪が同時に審理されることを前提にしたものであった。そうだとすると、前記の同51条ただし書は、同時に審理されなかった場合でも、できるだけ結果が同じになるよう刑の執行を制限し、その趣旨を執行段階で貫こうというものだと考えられる<sup>(319)</sup>。

しかし、刑法上そのような定めがあるのは、狭義の併合罪だけであり、観念的競合や牽連犯との関係では、これと同じ機能を担う規定がない。すなわち、確定裁判のあとになって余罪が発覚したという場合に、刑法50条を適用してその余罪をさらに処断するのであれば、観念的競合や牽連犯との関係では、有期の懲役または禁錮の執行に対し、「其最モ重キ刑」を「超ユルコトヲ得ス」と定めておかなければならないが、実際にはそのような規定が存在しない。そして、この観念的競合や牽連犯でも、確定裁判後に発覚した余罪をさらに処断するのであれば、それぞれ独立に言い渡された刑の執行を制限しなくてよいと考えることはできない。その制限がないと、数個の裁判で「其最モ重キ刑」を実質的に超えて処罰するということが可能になってしまうから、同54条1項がそれらの罪についてわざわざ吸収主義を採用した意味が失われてしまう<sup>(320)</sup>。それにもかかわらずその執行を制限する規定が存在しないわけだから、この刑法は、観念的競合と牽連犯に関する限り、確定裁判後に余罪が発

---

<sup>(319)</sup> 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻』(2013〔平成25〕年・青林書院)282頁〔安井久治〕参照。

<sup>(320)</sup> たとえば、狭義の併合罪となるべき数罪に刑法47条を適用すると、実際の宣告刑が「其最モ重キ刑」を超えなかったとしても、それはもはや吸収主義でない。吸収主義の要請を満たすためには、「其最モ重キ刑」を超える可能性が最初から排除されていなければならない。量刑次第で「其最モ重キ刑」を超える可能性があれば、それだけでその処断は吸収主義でない。したがって、本文の場合も、「其最モ重キ刑」を実質的に超える可能性があるとするれば、それだけで吸収主義の潜脱と考える必要がある。執行を制限しなくても、実際の宣告刑がすべて軽ければ、処罰は「其最モ重キ刑」を実質的に超えないかもしれないが、それでも量刑次第でその可能性があった以上、吸収主義を採用した意味はすでに失われているということである。

覚してもそれが別途訴追されるような状況を想定していないと理解せざるを得ない。また、余罪の別途訴追を許しておいて、それが実際に行われる状況を想定していないということはあり得ないから、もしもその状況を想定していないのだとすれば、それは、刑法が余罪の別途訴追をそもそも許していないからだと考えなければならない。ここから、観念的競合や牽連犯に関しては、確定裁判後に発覚した余罪の訴追が許されないという解釈が生じてくる。確定裁判後に発覚した余罪について刑の執行を制限する規定が存在しないのは、刑法が余罪の訴追を許していないことの現れにほかならないと考えるわけである。

仮にこの解釈を前提にしてよいのであれば、それは、観念的競合や牽連犯の関係にある数罪が全体で1罪というのとあまり変わらない。刑法が余罪の訴追を許していないとすれば、確定裁判の効力が、いまだ訴追されていない余罪にも及んで別途の訴追を許さないというのと同じことになるからである。たしかに狭義の併合罪でも、数罪がともに訴追された場合は、一部の罪について言い渡された裁判の効力が他の罪にも及ぶということがある。現行刑事訴訟法の解釈論では、併合審理を経た数罪の一部について、裁判所が判断を遺脱し、その裁判が上訴審で破棄されることなく確定してしまうと、判断遺脱の罪について再度訴追することは許されないと考えられている<sup>(321)</sup>。しかし、いまここで述べているのは、そのような、数罪がともに訴追された場合でなく、余罪が訴追されなかった場合である。この場合は、数罪の一部について裁判が確定しても、その裁判の効力が余罪に及ばない(=刑法50条が、さらに処断すると定めているのは、まさしくこの点を明らかにしたものと考えられる)。したがって、この場合に、数罪でも別途の訴追を許さないということは、本来ならあり得ない。それにもかかわらず確定裁判の効力がいまだ訴追されていない余罪にも及ぶというのは、少なくともこの側面に関する限り、数罪を全体で1罪として取り扱っているということだと考えざるを得ない。観念的競合や牽連犯は、数罪であるにしても、刑法50条を適用する上では、1罪と同じ取り扱いを受けるということである。

---

(321) 前記注(150)参照。

もともと刑法54条1項は、それ自体「其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」と定めていたに過ぎず、「一罪」として処断するとか「一箇ノ罪」になるということは一切述べていない。それだけでなく、同項に関する提案理由をみても、そのような説明は存在しない。すなわち、提案理由をみても、観念的競合や牽連犯に関しては、「其罪名中最モ重キ刑ヲ科スルコトトシ特ニ吸收主義ヲ採リタルモノナリ」と述べられているだけで、「一罪」として処断するとか「一箇ノ罪」になるということは、どこにも書かれていない<sup>(322)</sup>。それにもかかわらず前記の△大判明治42年3月25日が「一箇ノ罪」という解釈に至ったのは、いまここで述べたように、余罪の訴追が排除されていると考えられるからであろう。単に「其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」だけであれば、旧刑法100条1項の数罪俱発と変わらないのだから、「一箇ノ罪」になると考える理由はない。しかし、旧刑法の数罪俱発であれば、前記Ⅱ2で説明したとおり、一部の罪について確定裁判があっても余罪の訴追が可能である<sup>(323)</sup>。これに対して、観念的競合や牽連犯では、いまここで述べたとおり、余罪の訴追を許さず、確定裁判の効力を全体に及ぼすことになっている。そのため、現行刑法54条1項が「其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス」と定めているのは、旧刑法100条1項と異なり、数罪を結合して「一箇ノ罪」にすることまでその内容に含んでいると考えたわけである<sup>(324)</sup>。

このように、前記の△大判明治42年3月25日が「一箇ノ罪」になるとするのは、数罪の成立を前提にした上で、刑法54条1項を適用することによってその数罪を結合し、「一箇ノ罪」にするという趣旨と捉えるべきである。ただ、そうだとすると、その数罪をどのようにして結合するかということになると、まだ議論の余地が残されている。それは理論上当然に1罪というわけではなく、あくまで人為的に結合された「一箇ノ罪」なのだから、それを結合する方法が理論上当然にこうでなければならぬということはない。しかも、現行刑法施行当時認められていた旧刑法

---

<sup>(322)</sup> 松尾・前掲注(48)2151-2152頁参照。

<sup>(323)</sup> 前記注(148)参照。

<sup>(324)</sup> 大判明治42年10月21日・前掲注(317)。

上の結合一罪を考えると、同じように数罪を結合して「一箇ノ罪」にするといっても、それには2通りの理解があり得る。

1つは、旧刑法368条のように考える理解である。前記のように、同条は、「門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ犯シタル者」を6月以上5年以下の重禁錮に処すると定めていたが、これによると、家宅侵入罪と、同366条の(単純な)窃盗罪は、結合されて「一箇ノ罪」になる<sup>(325)</sup>。これは、今日の我々が理解するところである。強盗罪のような1罪と考えることができる。もともとそれは、当該規定がなくても理論上当然に1罪というものでない。本来は数罪であるものが当該規定によって結合され、その結果1罪になるわけである。しかし、それだけでなく、この規定によると、結合されて合成される1罪は、本来の一罪と変わらないものになる。その意味で、これは、完璧な1罪を合成する規定といえる。すなわち、その合成される1罪は、初めから「一箇ノ罪」であって、再犯加重も法律上の減軽も(もちろん刑種の選択も)1回しかあり得ない。たとえ(刑種の選択や)加重減軽を行うにしても、そこでは、その対象となるべき犯罪の法定刑が最初から1個しかない。この固い結合一罪では、その1罪に対する1個の法定刑について(刑種の選択や)加重減軽を行うということしか許されないから、数罪に対する数個の法定刑について(刑種の選択や)加重減軽をそれぞれ行うということとはできない。したがって、この同368条を、当時の家宅侵入罪と(単純な)窃盗罪に似た関係といえる数罪のあいだで、すべて適用できるように一般化し、新設したのが現行刑法54条1項(後段)だとするならば、この規定を適用するとき、数罪に対する数個の法定刑についてそれぞれ(刑種の選択や)加重減軽を行うのは誤りだということになる。

もう1つは、旧刑法390条2項のように考える理解である<sup>(326)</sup>。すなわ

<sup>(325)</sup> 井上正一・前掲注(10)698頁。

<sup>(326)</sup> 大判明治41年3月5日・前掲注(121)は、抵当権設定登記の委任状と同申請書を偽造行使したという事案で、旧刑法210条1項の権利義務証書偽造行使罪が2個成立するとした原判決を支持した判例であるが、その際、およそ別個の法益侵害は独立の犯罪を構成するという罪数判断の一般的な基準を明らかにした上で、さらに「刑法第三百九十條第二百六條ニ於ケルカ如ク

ち、同項は、詐欺取財罪を処罰していた同1項を受ける形で、「因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者」を「偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」と定めていたが、各種文書の偽造行使罪と詐欺取財罪にそれぞれ法定刑があること自体は否定せず、それぞれ加重減軽を行い、その刑を比較して、「一箇ノ罪」にする(旧刑法では、文書偽造行使罪の法定刑にも、詐欺取財罪の法定刑にも、選択刑が含まれていなかったが、仮に刑種の選択が必要であれば、それぞれ刑種を選択し、加重減軽を行った上で、それを比較して結合するという事になったであろう)。それゆえ、この規定によって合成される1罪は、前記の同368条によって合成される1罪ほど固くない。同390条2項は、数罪を前提にした(刑種の選択や)加重減軽を許した上で、その数罪を結合して1罪にする。合成される1罪がこのような緩い結合一罪であれば、(刑種の選択や)加重減軽を個別に行った上でその「重キニ從テ」処断することは、「一箇ノ罪」という観念に矛盾しない。最初こそ数個の罪であるが、それでも、最終的には「一箇ノ罪」になっているからである<sup>(327)</sup>。そして、この同390条2項を、当時

---

法律カ特別規定ヲ以テ之ヲ連結シ單一罪ト爲ササル限り」これを1罪として処分することはできないと説明している。この判例は「刑法第三百九十條」としか述べていないが、同1項は詐欺取財罪の処罰規定であるから、これが同2項を指すことは明らかであろう。同項は、本来数罪となるべき数個の法益侵害を「單一罪」にする特別の規定だということである(また、この判例が「刑法第三百九十條」とともに挙げて「第二百六條」も、当時は、旧刑法390条2項と同じように「實質上ノ一罪」を認める趣旨と解釈されていた規定である。前記注<sup>(143)</sup>参照)。これによると、当時は、同項も(同206条も)、数罪を結合して「一箇ノ罪」にする規定と考えられていたということになる。

<sup>(327)</sup> 前記注<sup>(326)</sup>で説明したように、当時は、旧刑法390条2項も、数罪を結合して「一箇ノ罪」にする特別の規定と考えられていた。そうだとすると、大判明治42年4月30日・前掲注<sup>(144)</sup>の上告審では、弁護人が、同項の適用を受ける所為を、学説・判例上いわゆる「結合的一罪」と呼んでいるが、これも、そのような1罪と考えてよいだろう。特別の規定で数罪を結合して合成される「一箇ノ罪」ということである。前記注<sup>(144)</sup>で説明したように、この判例の事案では、原判決が、①私印盗用、②本人証明願書偽造行使、③委任状偽造行使、④公正証書偽造行使、⑤詐欺取財のうち、③から⑤ま

の文書偽造行使罪と詐欺取財罪に似た関係といえる数罪のあいだで、すべて適用できるように一般化し、新設したのが現行刑法54条1項(後段)だとすると、この規定を適用するとき、数罪に対する数個の法定刑についてそれぞれ(刑種の選択や)加重減軽を行ったとしても、それには問題がないということになる。

もちろん前記の△大判明治42年3月25日は、「一箇ノ罪」を理由にしてこのような再犯加重を否定しているのだから、その「一箇ノ罪」が第1の理解をモデルにしていることは明らかである。しかし、ここで考えなければならないのは、それがなぜかということである。

この点、前記の△大判明治42年3月25日は、「一箇ノ罪ニ對シ數回累犯ノ適用ヲ爲スヘカラサルコト勿論ナレハ」と述べている。しかし、判例が、旧刑法時代にどのような法令適用を行ってきたかを考えれば、この説明を直ちに受け入れることは難しいのでないかと思われる。たとえば、前記Ⅱ2で取り上げた●大判明治36年4月10日は、理論上現行刑法のものとは何も変わらない再犯加重を、法律の規定で結合される前の数罪についてそれぞれ行っている<sup>(328)</sup>。そうだとすると、この判例をそのままにしておいて、現行刑法54条1項でそれが許されない理由を自明と考えることはできないだろう。

---

での所為に同項を適用した。これに対し、弁護人は、②から⑤までの所為を、同項の「結合的一罪」とし、②本人証明願書偽造行使に同項を適用しなかった原判決は違法だと主張した。このような指摘を受けて、判例は原判決を破棄したが(=判旨第5点)、その上で、まず④公正証書偽造行使について酌量減軽を行い、次いで②から⑤までの所為に同項を適用して重い④公正証書偽造行使の所為に従うとし、さらに(①私印盗用との関係で)同100条1項と同3項を適用して重い④公正証書偽造行使の所為に従い処断すると述べた。これをみると、この判例は、②から⑤までの所為が、当時の学説・判例上いわゆる「結合的一罪」であるという場合に、その一部である④公正証書偽造行使の所為について酌量減軽を行った上で、同390条2項を適用したことがわかる。当時、同項との関係で用いられていた「結合的一罪」の概念は、その一部をなす各犯罪について個別に加重減軽を行うことを排除するものでなかったというわけである。

(328) 前記注<sup>(136)</sup>参照。

たとえ「一箇ノ罪」に対し「數回」再犯加重を行うことはできないという前提を共有するにしても、結合前の数罪についてそれを行うことがこの前提に抵触するわけではない。前記のように、旧刑法時代の判例は、数罪のそれぞれについて再犯加重を行うことを認めているが、このようにいったんは再犯加重を「數回」行う形になったとしても、そのあと旧刑法390条2項で刑を一本化すれば、1つを超える再犯加重はその段階で必ず削り落とされる。そうすると、同項の適用を受ける数罪が結合されて1罪になるころには、再犯加重の方も1回行われたところしか残っていないわけだから、同項による処理は、「一箇ノ罪」に1回の再犯加重という前提と何も矛盾しない。

しかも、数罪をこのように処理してそれを「實質上ノ一罪」と説明するというのは、旧刑法時代に大審院が自ら行ってきたことである。したがって、当時は、第2の理解を「一箇ノ罪」に含めることに対しても、それほど違和感がなかったと考えるべきであろう<sup>(329)</sup>。たしかに現在の我々からみれば、そのような「一箇ノ罪」は(ほかに例がないから)奇異に感じられるかもしれないが、しかし、当時は、そのような1罪も広く認められていたわけだから、それほどの心理的抵抗はなかったと思われる。そして、そうだとすると、現行刑法54条1項との関係で、そのような解釈が許されないというためには、それなりの説明が必要になる。前記のように、△大判明治42年3月25日はその説明を「勿論」で片付けて

(329) たとえば、牧野・前掲注<sup>(302)</sup>499頁は、結合犯の概念を、次のように説明している。「數種ノ行爲ヲ合一シテ之ヲ一罪ト解スルモノナリ」。さらに、同499頁は、強盜殺人罪を結合犯の例に挙げた上で、「之ヲ稱シテ又實質上ノ一罪ト爲ス」とも述べている。これによると、「實質上ノ一罪」が結合犯と同義であった時代も存在していたと考えることができる。同499頁にいう「實質上ノ一罪」と、本文で引き合いに出している「實質上ノ一罪」の関係は不明であるが、少なくとも「數種ノ行爲ヲ合一シテ之ヲ一罪ト解スル」というだけであれば、旧刑法368条の(加重された)窃盜罪と、同390条2項の解釈論で認められていた「實質上ノ一罪」は、いずれもその範囲内にあるとみることができる。すなわち、前述した結合犯の定義が仮に文字通りだとすれば、両者は、いずれも同じく結合犯(=「實質上ノ一罪」)であって、ただ、結合の程度が異なるだけだということになるわけである。

いるが、当時、その説明がそれで済むほど状況が整っていたかということを見ると、前記の判例が行った説明には疑問が残る。

それだけでなく、現行刑法54条1項は、その規定の形式でいうなら、旧刑法390条2項寄りである。もともと前記のように、「實質上ノ一罪」は判例の認める1罪だったわけだから、さらにその根拠規定の形式まで似ているということになれば、当時の大審院としては、むしろ第2の理解へと傾くのが自然であろう。実際、前記の○大判明治42年1月22日や□大判明治42年3月11日は、現行刑法54条1項を適用するにあたり、法定刑でなく、刑種の選択と法律上の減輕を行った刑を比較して、その最も重い刑により処断している<sup>(330)</sup>。そうだとすると、それらの直後に登場した△大判明治42年3月25日が、この立場を捨て、あえて第1の理解によることにしたというのは、やはり若干唐突の感を否めない。

しかし、これはおそらく、本稿が、何か大事なピースを見落としているからであろう。それゆえ、次からは、これまでよりも少し視野を広げて、この問題を考えてみることにしたい。(未完)

---

<sup>(330)</sup> 前記注<sup>(186)</sup>および前記注<sup>(188)</sup>参照。