

公職選挙法上の交付・受交付罪と供与罪との罪数関係

——最高裁判例における犯罪の「吸収」概念の検討——

虫 明 満

目 次

- 一 はじめに
- 二 交付・受交付罪と供与罪の基本的罪数関係
- 三 交付・受交付罪と供与罪の罪数関係が問題となる諸事例
- 四 最高裁判例における犯罪の「吸収」の意味
- 五 おわりに

一 はじめに

罪数論における「吸収関係 (Konsumtion)」という概念は、学説上必ずしも明確なものではない。それにもかかわらず、判例では、数個の事実が一罪となる場合に、一方の犯罪が他方の犯罪に「吸収」されるといわれることも少なくない。その一例として、公選法上の交付・受交付罪と供与罪との罪数関係に関する最高裁判例をあげることができ。すなわち、供与の共謀者間で供与資金が授受され、その後供与が実行された場合には、先の交付・受交付罪は後の(共謀による)供与罪に「吸収」されるとするのが、昭和四十一年の最高裁大法廷判決⁽¹⁾以来の確立した判例となっているのである。もともと、この大法廷判決の趣旨がどこまで及ぶかについては、具体的事例を通して争われるところであり、それが昭和四三年の最高裁判決⁽²⁾及び昭和四五年の最高裁決定⁽³⁾として現われている。そして、これらの判例の意義については、学説上解釈の分かれるところである。このような状況のもとで、最近の最高裁判例⁽⁴⁾において、先に共謀による供与が実行された後で、供与資金が交付されたという事案について、交付罪は供与罪に「吸収」されるとするものが現われた。これは、新たな事例において犯罪の「吸収」を認めたものであり、ここでも昭和四十一年の大法廷判決との関係が問題となる。そして、これを契機に、現在、学説上の「吸収関係」概念の再検討がますます要請されているともいえよう。そこで本稿は、公選法上の交付・受交付罪と供与罪との罪数関係に関する上述の最高裁判例を検討することによって、判例のいう犯罪の「吸収」概念の是非について考察し、あわせて両者の罪数関係は如何にとらえられるべきかを明らかにしようとするものである。

- (1) 最判(大) 昭和四一年七月一三日刑集二〇卷六号六二三頁。
- (2) 最判昭和四三年三月二一日刑集二二卷三号九五頁。
- (3) 最決昭和四五年一月二〇日刑集二四卷一二号一六四七頁。
- (4) 最決昭和六一年七月一七日刑集四〇卷五号三九七頁。

二 交付・受交付罪と供与罪の基本的罪数関係

一 公選法二二一条一項一号は、「当選を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもつて選挙人又は選挙運動者に対し金銭、物品その他の財産上の利益若しくは公私の職務の供与」をしたときを処罰し、同五号は、「第一号……に掲げる行為をさせる目的をもつて選挙運動者に対し金銭若しくは物品の交付」をし又は「選挙運動者とその交付を受け」たときを処罰する。前者が供与罪であり、後者が交付・受交付罪である。そして、両者の区別は、供与が、相手方の所得に帰せしめる意思で金品等の財産上の利益を授受することをいうのに対し、交付は、相手方に寄託する目的で金銭又は物品の所持を移転することをいう点にある。⁽¹⁾このような交付・受交付行為の後で供与行為が行われた場合に、両者の罪数関係が問題となるが、そもそも供与の共謀者間における金銭の授受は、交付・受交付罪を構成するかどうかにつき議論があるので、まずこの点を検討する必要がある。もし、その場合に交付・受交付罪は成立しえないのであれば、供与罪との罪数問題は生じないからである。

ところで、交付・受交付行為は、昭和九年の旧衆議院議員選挙法の一部改正以来処罰されるようになり、それが現

在の公選法に引きつがれているのあるが、それまでは処罰されなかったわけである。しかし、直接相手方を買収するものでなくても、他人を買収させる目的でそれに要する金品を交付することは、やはり選挙の公明を傷つけその腐敗を招く行為であるとの理由から、供与罪とは別に独立の構成要件として処罰されるようになったのである。⁽²⁾ 一方、交付が行われる場合は、相手方である受交付者との間に供与の相手方、金品の額等について相互了解が存し、したがって供与罪の共謀が成立しているとみられることが多い。⁽³⁾ そして、このような供与の共謀者間の金銭の授受については、判例は長い間交付・受交付罪の成立を否定してきたのである。その理由について、判例は、共同正犯は本来其の共同の犯罪に付ては法律上「同身一体」の関係にあるとし、交付は、「共犯者相互ノ内部関係ニ於ケル供与資金ノ授受若ハ供与ヲ為スニ至ルヘキ一階梯タル行為に過キス」とし、⁽⁴⁾ 「共謀者内部ノ関係ニ於ケル金員供与実行ノ為ニスル準備的行動ニ外ナラサル」として⁽⁵⁾ いる。これは要するに、判例特有の共謀共同正犯理論（共同意思主体説）によって、共謀者間の金銭の授受は、共謀者の内部におけるいわば右手から左手に金銭が移動したにすぎないと解されたようである。しかも、その結論は、戦後の多くの高裁判例にも引きつがれたのである。⁽⁶⁾

とはいえ、共謀者間の金銭の授受につき、交付・受交付罪は成立しないと考えると、共謀にかかる買収が実現せず、供与等の罪責を問うことができない場合には、交付・受交付の当事者は一切処罰を免れることになり、たまたま買収の共謀を伴わない交付・受交付が処罰されるのと比較して著しく権衡を失するであろう。⁽⁷⁾ また、交付・受交付として起訴された者は、授受金品を更に他の第三者に供与する共謀をなしていたと弁解することにより、無罪への途が開けることになり不合理である。⁽⁸⁾ そして、このような不合理を意識してか、戦後の高裁判例の中には、供与の共謀者間の金銭の授受についても交付・受交付罪の成立を認めるものが現われるようになる。⁽⁹⁾ そこで、最高裁は、昭和四一年の大法院判決⁽¹⁰⁾において、大審院以来の判例を変更し、供与の共謀者間の金銭授受についても交付・受交付罪の成立すべ

きことを判示し、この論争に終止符を打ったのである。すなわち、最高裁は、公選法において交付・受交付の行為を処罰する趣旨について、「いわゆる買収を目的としてその資金等を交付し又はその交付を受ける行為が、それ自体選挙の腐敗を招く根源をなすものであるから、かかる腐敗の根源を速かに除去するため、買収にいたる前段階の交付および受交付の行為を独立して処罰の対象とし、もつて公職の選挙における不正の防止を一層実効あらしめようとする法意にはかならない」とし、「交付又は受交付の行為がいわゆる買収にいたるための準備的行為であり、また買収を共謀した者の相互間における内部的な行為であるからといつて、その可罰性を否定することは、特にこれらの行為を処罰する旨の規定を設けた立法の趣旨に反する⁽¹⁾」とするのである。

判例における共謀共同正犯論に問題のある点はともかくとして、供与の共謀者間の金銭の授受であっても、相手方に寄託する目的で金銭の所持を移転することには変わりはなく、これが交付・受交付罪の構成要件に該当する行為であることは否定できない。また、それを不可罰とすると、前述のような不合理が生ずるのであり、買収にいたる前段階の行為を独立して処罰しようとする立法趣旨にも反することは明らかである。従って、供与の共謀者間の金銭の授受は、交付・受交付罪を構成すると解すべきであり、この点に関する最高裁大法廷判決は妥当である。

(1) 大判昭和十二年二月一五日刑集一六卷一四九頁、小林充・「公職選挙法」注釈特別刑法第三卷(昭和五八年)二二六頁、二六八頁、浦辺衛林修・「選挙犯罪」総合判例研究叢書刑法(2)(昭和三九年)一一頁。

(2) 小林・前掲「公選法」二六九頁、浦辺林・前掲「選挙犯罪」三七頁。

(3) 小林充・「公職選挙法二二一条一項一号の供与等を共謀した者の間における金銭又は物品の授受と同条項五号の交付又は受交付の罪の成否、等」警察研究四八巻二号(昭和五二年)五八頁、堀田力・「交付・受交付と供与の関係」警察学論集二四巻三号(昭和四六年)三〇頁。

- (4) 大判昭和十二年六月二二日刑集一六卷九八三頁。
- (5) 大判昭和十二年七月九日刑集一六卷一一九五頁。
- (6) 東京高判昭和二十六年一〇月三〇日高集四卷一二号一六三〇頁、東京高判昭和二十八年六月二〇日高集六卷八号九六三頁、名古屋高判昭和二十九年九月一四日裁特一卷七号二八八頁、福岡高宮崎支判昭和三十一年九月二一日高集九卷九号九六八頁、名古屋高判昭和三十一年二月五日裁特三卷二四号一二〇四頁。
- (7) 西川潔・「公職選挙法第三二条第一項第一号の供与等を共謀した者の間における金銭又は物品の授受と同条項第五号の交付又は受交付の罪の成否、等」最高裁判所判例解説刑事篇昭和四十一年度(昭和四二年)一三四頁。なお、松本時夫・「公職選挙法に定める金銭供与の罪に関する共同謀議、等」警察研究四四卷一号(昭和四八年)八七頁参照。
- (8) 小林・前掲判例評釈五九頁。なお、谷口正孝・「共謀者間の金員授受」ジュリスト二九七号(昭和三九年)九三頁、同・「供与罪の共謀者間における金員の授受と交付・受交付罪の成否、等」判例時報四三二号(判例評論八七号)(昭和四一年)八三頁参照。
- (9) 仙台高判昭和三〇年九月一三日裁特二卷一八号九四七頁、仙台高判昭和三〇年一〇月二五日裁特二卷二〇号一〇六四頁、東京高判昭和三九年六月一六日高集一七卷五号四五五頁、大阪高判昭和三九年一月二四日下集六卷一一二二号二〇三頁、東京高判昭和四〇年三月三一日下集七卷三号二九一頁、広島高松江支判昭和四〇年六月二八日高集一八卷四号四三三頁。
- (10) 最判(大)昭和四一年七月一三日刑集二〇卷六号六二三頁。
- (11) なお、この点については、下村裁判官の反対意見が付されている。

二 供与の共謀者間の金銭の授受が交付・受交付罪を構成すると考えるなら、その後¹⁾に供与が実行されたとき、両者の罪数関係はどのように考えるべきであろうか。この点に関して、前掲昭和四一年の最高裁大法廷判決は、交付・受交付罪は供与罪に「吸収」される¹⁾とする。すなわち、「供与等いわゆる買収を共謀した者の間において、その買収を目的とする金銭又は物品を授受する行為が、交付又は受交付の罪を構成するのに妨げないものであることは叙上のとおりであるが、この場合にも、その共謀にかかる供与等の目的行為が行われたとき……には、一旦成立した交付又は

受交付の罪は後の供与等の罪に吸収され、別罪として問擬するをえなくなる」とするのである。しかし、交付・受交付罪は「一旦成立」しているにかかわらず、供与罪に「吸収」されて「別罪として問擬するをえなくなる」とは如何なる意味であるかは、必ずしも明らかではない。すなわち、この場合、交付・受交付罪は実際に成立しているのか成立していないのか。また、交付・受交付行為と供与行為は、結局、供与罪の一罪としてのみ処罰されるのであるが、これは罪数論上如何なる形態の一罪を意味するのか。そして、現に、この大法院判決における「吸収」の意義については理解が分かれており、これは法条競合における吸収関係を認めたものと解するものもあれば、これは科刑上一罪の性質を強く付与されたものであり、少なくとも、本来の一罪の一種である法条競合とは異質のものを含んでいるとする見解⁽³⁾も出されているのである。

一方、買収資金の交付・受交付罪と供与罪との罪数関係については、学説上、法条競合説、包括一罪説、牽連犯説、併合罪説に分かれる。すなわち、前掲昭和四一年大法院判決と同じく、交付・受交付罪は供与罪に「吸収」されるとする見解は、前者が後者の準備的行為であり、後者を処罰すれば前者を処罰しようとする法の目的は達せられるとし、これは、予備・未遂・既遂といういわゆる不可罰的事前行為ないし殺人と着衣の損壊の場合と同様、法条競合の吸収関係であると考えているようである⁽⁴⁾。また、包括一罪説は、「買収共謀者間において、金品の交付・受交付が行われ、受交付者とその金品を他に供与した場合、数個の行為が選挙の公明・適正という同一の法益にむけられ、密接な関係において行われた一連の行為であることを根拠として、狭義の包括的一罪を認め、目的とされた供与罪の刑で処断すれば足りる⁽⁵⁾」とする。それに対して、牽連犯説は、共謀者間の買収資金の授受は、その段階において常に交付罪・受交付罪として成立し、かつ進んで第三者への供与の実行行為に着手すれば、さらに供与罪が成立するが、重い供与罪の責任の追求によって、軽い交付罪または受交付罪の責任を追求する実践的意義が失われると解しているようである⁽⁶⁾。

さらに、併合罪説は、交付罪と供与罪の場合、後の段階の行為が必ずしも前の段階の行為を予定するものではなく、法益の侵害ないしその危険が別に考えられるものとして、前の段階の行為が後の段階の行為で評価し尽されることはないとし、別罪の成立を認めるのである。⁽⁷⁾そして、このような学説の対立は、もちろん、供与罪に対する交付・受交付罪の意義、すなわち、交付・受交付行為は供与行為とは別個独立の法益侵害であるかどうかという点に関するところの相違に基づくものであるが、さらに、罪数概念自体における学説上の混乱ないし不明確性にも一因があると思われる。

さて、以上のように、供与の共謀者間で金銭の授受がなされた後、供与が実行された場合、交付・受交付罪は供与罪に「吸収」されるとするのが判例であり多数説でもある。そして、一般に、一方の犯罪が一方の犯罪に「吸収」されるというとき、罪数論上は、従来、法条競合の吸収関係にとらえてきた。これは、全部法と部分法の関係とか完全法と不完全法の関係において認められるとされ、一方の行為の処罰によって他の行為も共に償われている場合であるともいわれ、いわゆる不可罰的事前||事後行為及び随伴行為がその代表例とされるものである。⁽⁸⁾しかし、これが如何なる理由で一罪とされ、如何なる範囲で認められるかは、必ずしも明らかではない。もともと、この場合、法条競合の一つの現象形式として、本来の一罪としてとらえられてきたことは確実である。ところが、最近では、法条競合ではなく、包括一罪の一種として「吸収一罪」という概念が用いられるようになった。そして、「吸収一罪とは、軽い罪が重い罪の刑に吸収され、重い罪の罰条だけで処断する場合」⁽⁹⁾とされるのである。これは、「吸収一罪」の場合には刑が吸収されるのであり、本来の一罪ではなく、科刑上一罪としてとらえられていることを意味している。⁽¹⁰⁾しかも、これによつて、ますます「吸収」という言葉の意味が混乱することとなり、今や、「吸収」関係は、単に併合罪ではないことを示すにすぎない概念となつてしまつたといつてよい。また、翻つて考えるとき、例えば、暴行・脅迫を手段と

する財物奪取は強盗罪となるが、この場合、暴行・脅迫罪は強盗罪に「吸収」されるのであって、これは法条競合の事例である。一方、単なる暴行・脅迫を加えた後で財物奪取の意思を生じ、財物を奪取した場合、全体として強盗罪の一罪とされ、この場合も暴行・脅迫罪は強盗罪に「吸収」されるといえるが、これは包括一罪の事例である。⁽¹¹⁾ さらに、同時にA・B兩名に対して強盗罪を行った場合、Aに対する強盗罪とBに対する強盗罪との二罪が成立し、両者は観念的競合となると思われるが、この場合、刑法五四条一項によつていずれか一方の強盗罪の刑で処断されるのであって、ここでも他方の強盗罪はそれに「吸収」されるといってよい。このように、一方の犯罪が他方の犯罪に「吸収」される場合には、法条競合、包括一罪、観念的競合等が含まれるのであって、単に「吸収」されるというのみでは、当該事例が罪数論上どの場合に当たるかは一向に明らかとならない。この意味においても、「吸収関係」ないし犯罪の「吸収」という言葉はきわめて不明確であり、いたずらに概念を混乱させるのみである。従つて、むしろこのような言葉は用いない方がよいと思われる。罪数論上は、法条競合か包括一罪か観念的競合かが重要なのである。この点、昭和四一年大法院判決が、交付・受交付罪と供与罪の罪数関係につき、前者が後者に「吸収」されるとするのは妥当とはいえない。

では、交付・受交付罪と供与罪の罪数関係はどのように考えるべきであろうか。この場合、交付・受交付行為と供与行為という全く別の行為が問題となつてゐる。従つて、ここで二つの犯罪の成立を認めても、同一事実に対する二重評価となることはなく、私見によると、この場合法条競合とはなりえない。⁽¹³⁾ しかし、交付行為と供与行為は、いずれも公選法二二一条一項に規定された、買収行為の一態様である。すなわち、これらは、厳密には構成要件を異にするが、同一構成要件に準ずるものと考えてよい。しかも、交付は供与を目的とした金銭の授与であるから、交付と供与は相互に手段・目的の関係にあるといつてよい。さらに、供与の共謀者間で金銭の授受がなされ、その後共謀通

り供与が実行された場合には、選挙の公正という買収罪に共通の侵害法益は単一とみてよい。以上のことから、結局、この場合、相互に手段・目的の関係にある二つの行為が一連のものとして行われたのであって、違法内容の一体性及び責任内容の一体性が認められ、従って、供与罪の罰条によって交付・受交付行為も評価しうると考えてよい。⁽¹⁴⁾そして、これは、例えば、賄賂の要求・約束・收受や人の逮捕・監禁等の場合と同じく、いわゆる狭義の包括一罪⁽¹⁵⁾といふべきものである。なお、この場合、供与罪のみの成立が認められるのであって、本来の一罪の場合である。⁽¹⁶⁾この点で、交付・受交付罪と供与罪の二つの犯罪の成立を認める牽連犯説及び併合罪説は妥当でない。⁽¹⁷⁾

(1) 共謀者間の金銭の授受も交付・受交付罪を構成するとした前掲の戦後の高裁判例も、交付・受交付罪は供与罪に「吸収」されると解していたようである。

(2) 西川・前掲判例解説一三六頁。

(3) 山火正則・「買収共謀にもとづく供与と事後的交付の罪数関係」ジュリスト八七四号（昭和六一年）七二頁。

(4) 浦辺衛・「供与罪の共謀者間における金員の授受」判例時報四五六号（判例評論九五号）（昭和四一年）一〇一頁、同・「交付・受交付と供与の関係」法律のひろば二二卷六号（昭和四三年）三一頁、西川・前掲判例解説一三六頁、小林・前掲「公選法」二九二頁、同・前掲判例評釈六一頁、谷口正孝・「公職選挙法に定める金銭供与の罪に関する共同謀議、等」判例時報五三二号（判例評論一一八号）（昭和四三年）一四五頁、同・前掲ジュリ二九七号九七頁、堀田・前掲論文三七頁。

(5) 山火・前掲ジュリ八七四号七三頁。なお、美濃部達吉・選挙法詳説（昭和二三年）二二二頁参照。

(6) 正田満三郎・「共謀者間における投票買収資金の授受と交付・受交付罪の成立」法律時報三八卷一一号（昭和四一年）八五頁以下。なお、正田教授は、このような関係を責任吸収の関係と呼ばれている。

(7) 青柳文雄・「公職選挙法に定める金銭供与の罪に関する共同謀議、等」法学研究四四卷五号（昭和四六年）一一七頁、松本・前掲判例研究九二頁。但し、松本判事は、理論的には併合罪と解するが、従来の長い判例の流れとの関係上、交付供与の包括的一罪とみるのが相当とする。

- (8) 法条競合の吸収関係については、拙稿・「法条競合と包括一罪(三)」香川法学四卷一号(昭和五九年)一〇三頁以下参照。
- (9) 平野龍一・刑法総論II(昭和五〇年)四二二頁。
- (10) 拙稿・「法条競合と包括一罪(四・完)」香川法学五卷二号(昭和六〇年)一一二頁参照。
- (11) 拙稿・「強盗罪と接統犯的吸収一罪」名古屋大学法政論集八三号(昭和五五年)一一二頁以下参照。
- (12) 最判昭和二十二年一月二十九日刑集二卷三六頁。
- (13) 私見によると、法条競合は、数個の構成要件該当性があるが、数個の犯罪の成立を認めると、二重評価となってしまう場合に認められる。この点につき、拙稿・「法条競合と包括一罪(二)」香川法学二卷二号(昭和五八年)一一二頁以下参照。
- (14) 私見によると、包括一罪は、数個の構成要件該当性があり、数個の犯罪の成立を認めても二重評価とならない場合に、行為の違法内容の一体性及び責任内容の一体性が認められるため、一個の罰条によって一回的に評価しうるときに認められる。この点につき、拙稿・前掲「法条競合と包括一罪(四・完)」一〇八頁以下参照。
- (15) 狭義の包括一罪については、拙稿・前掲「法条競合と包括一罪(四・完)」一二七頁以下参照。
- (16) 山火教授は、この場合を同じく狭義の包括一罪とされるが、包括一罪はそもそも本来の一罪ではなく、科刑上一罪とされるのは疑問である。山火・前掲ジュリ八七四号七三頁。罪数はそもそも、構成要件該当性・違法性・責任の存在が認められた事実につき、何個の罰条による何回の評価が必要かということであり、包括一罪は、一個の罰条によって一回的评价の可能な場合であって、本来の一罪の場合である。なお、拙稿・「法条競合と包括一罪(二)」香川法学二卷一号(昭和五七年)一〇八頁以下参照。
- (17) 一個の罰条によって一回的に評価しきれないときに本来の数罪が成立し、そのような場合として、観念的競合及び牽連犯という科刑上一罪の場合と、併合罪の場合がある。なお、拙稿・前掲「法条競合と包括一罪(二)」一一一頁参照。

三 交付・受交付罪と供与罪の罪数関係が問題となる諸事例

一 受交付金銭の一部供与

供与の共謀者間で授受された金銭の全てが供与された場合には、交付・受交付罪と供与罪の包括一罪となるべきことは前節で述べた通りであるが、授受された金銭の一部のみが供与され、残りは受交付者の手元に保留された場合はどうであろうか。この点に関する従来の判例は三説に分かれていた。すなわち、受交付金銭の一部のみが供与された場合も、全部が供与された場合と同様、交付・受交付罪は供与罪に吸収されるとするもの⁽¹⁾（全部吸収説）、供与された部分については供与罪に吸収されるが、受交付者の手中にとどまった部分については独立して交付・受交付罪が成立し、供与罪と併合罪の関係に立つとするもの⁽²⁾（一部吸収説）、交付・受交付罪と供与罪とが包括して供与罪の一罪となるとするもの⁽³⁾（包括一罪説）である。それに対して、前掲昭和四一年の最高裁大法院判決は、一部吸収説をとるべきことを明示し、判例の統一をはかったのである。すなわち、「交付又は受交付にかかる金銭又は物品のうち、一部分のみについて後の供与等の行為が行われた場合には、その部分については交付又は受交付の罪は後の供与等の罪に吸収され、後者の罪に問擬しうるにとどまるが、受交付者の手裡に保留されたその余の部分については、交付および受交付の罪は吸収されることなく残り、右供与等の罪と交付又は受交付の罪とは、刑法四五条の併合罪の関係に立つものと解すべきである」とするのである。一方、この点に関する学説は区々に分かれ、一部吸収説⁽⁵⁾、包括一罪説⁽⁶⁾の他に、全部供与された場合も一部供与された場合も交付・受交付罪と供与罪との併合罪であるとする併合罪説⁽⁷⁾、同じくいずれの場合も責任吸収の関係を生ずるとする牽連犯説⁽⁸⁾、包括一罪となる場合と併合罪となる場合があるとする二分説⁽⁹⁾が

唱えられている。

ところで、上述のように、昭和四一年の最高裁大法廷判決は、一部吸収説を支持したが、これは、一部受交付者の手もとに残留した分は、すでに実現した供与等とは別個の供与等に供することが予定されていたものであるから、受交付金銭等が分割された段階において、すでに犯罪は複数化していたからといわれている⁽¹⁰⁾。しかし、これによると、受交付金銭の全部が供与された場合には、交付・受交付罪は供与罪に吸収され、供与罪の一罪が成立するとどまるが、受交付金銭の一部のみが供与された場合には、交付・受交付罪と供与罪との併合罪となり、刑の権衡を失する⁽¹¹⁾ことは明らかである。従つて、このような形で、取り扱いを異にする見解は妥当でない。それに対して、全部吸収説は、受交付金銭の全部が供与された場合も一部のみが供与された場合も、いずれも供与罪の一罪が成立する点で、刑の権衡を失することはない。しかし、ここでも、交付・受交付罪が供与罪に「吸収」されるという罪数論的意義は全く明らかではない。この場合も、単に「吸収」されるというのは妥当でなく、罪数論上如何なる形態の一罪が成立するかが明らかにならなければならない。

さて、受交付金銭の一部のみが供与された場合も、存在するのは交付・受交付行為と供与行為であり、交付・受交付罪と供与罪の罪数関係が問題となる点は、受交付金銭の全部が供与された場合と変わらない。そして、交付・受交付行為と供与行為は、いずれも公選法二二一条一項に規定された、買収行為の一態様であり、受交付金銭の一部のみが供与された場合でも、交付行為は供与を目的として行われるのであつて、しかも、選挙の公正という侵害法益も単一であるといつてよい。従つて、この場合も、相互に手段・目的の関係にある二つの行為が、一連のものとして行われており、違法内容の一体性及び責任内容の一体性が認められ、供与罪の罰条によつて交付・受交付行為も評価しうると考えられる。すなわち、ここでも、(狭義の)包括一罪として、供与罪の一罪が成立すると考えるべきであり、ま

た、それ故に、交付・受交付罪と供与罪の二つの犯罪の成立を認める併合罪説及び牽連犯説も妥当とはいえない。もつとも、このような包括一罪説に対しては、「後の供与等の罪がさらに数罪に分かれる場合に、残留分に関する交付又は受交付の罪が後の数罪のいずれと……包括一罪に立つのか明らかにしえないし、そのすべてと……包括一罪の関係に立つとすることは、分割された受交付金銭等の性質上合理的でない⁽¹³⁾」と批判される。しかし、ここでも、罪数が問題となるのは、交付・受交付行為と供与行為であつて、「一部供与・一部保留」ということは重要ではないと解すべきである⁽¹⁴⁾。なお、二分説は、交付・受交付当時予定されていた一名ないし数名の者全部に供与がなされたが、その額が交付・受交付にかかる金銭の一部にとどまった場合は包括して供与罪のみが成立するが、交付・受交付当時数名の者に対する供与が予定されていたが、実際にはその一部の者に対する供与のみが行われたためその額が交付・受交付にかかる金銭の一部にとどまったときは併合罪と解するものである⁽¹⁵⁾。しかし、前述のように、ここで問題となるのは、交付・受交付行為と供与行為なのであつて、予定されていた者全部に供与がなされたかどうかも重要でなく、このような区別をするのも妥当でない⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。

- (1) 大判昭和十三年三月四日刑集一七卷一五四頁、東京高判昭和三十一年七月一四日裁特三卷一六号七七七頁。
- (2) 最決昭和三〇年一月一三日判例時報六八号二八頁、東京高判昭和二十八年六月一三日高集六卷七号八三九頁、名古屋高判昭和三十一年一月五日裁特三卷二四号一二〇四頁、広島高松江支判昭和四〇年六月二八日高集一八卷四号四三三頁。
- (3) 仙台高判昭和三〇年九月一三日裁特二卷一八号九四七頁、東京高判昭和四〇年三月三二日下集七卷三号二九一九頁。
- (4) 事案は、簡略化すると、供与の共謀者間で供与資金として三万円が授受された後、数名に対して合計二万七千円が供与又は交付され、残りの三千円が手もとに保留されたというものである。
- (5) 中義勝・「選挙運動者に対する金銭供与の共謀者間における供与資金の交付約束が供与の実行直後に履行された場合の供与の罪と

- 交付の罪との関係」判例時報二二二七号(判例評論三四〇号)(昭和六二年)二一六頁。
- (6) 浦辺・林・前掲「選挙犯罪」六〇頁、浦辺・前掲法律のひろば三三三頁、谷口・前掲判例時報四三一号八四頁、同・前掲ジュリ二九七号九七頁、山火正則・「特別刑法と犯罪の個数」注釈特別刑法第一巻総論編(昭和六〇年)五六五頁。
- (7) 堀田・前掲論文三五頁、松本・前掲判例研究九二頁。
- (8) 正田・前掲論文八七頁。
- (9) 小林・前掲「公選法」二九三頁以下。
- (10) 西川・前掲判例解説一三八頁。
- (11) 浦辺・前掲法律のひろば三一頁、山火・前掲注釈特別刑法五六三頁。なお、松本・前掲判例研究九二頁参照。
- (12) 谷口・浦辺両判事は、受交付金銭の全部の供与は供与罪に「吸収」されるとするが、一部供与の場合は包括一罪とされており、全部供与の場合と一部供与の場合は異なるものとみているようである。
- (13) 西川・前掲判例解説一三七頁。
- (14) 山火教授も、問題は、現実に行われた受交付行為と供与行為との関係であり、受交付金品の「一部供与・一部保留」という事実は、重要でないのであって、受交付者の手もとに一部保留された金品の受交付は、供与した金品の受交付とともに、受交付罪として、すでに評価済みのことであり、これとは別個に、あらためて、受交付罪として評価しなおす必要はないとされるが、全くその通りである。山火・前掲注釈特別刑法五六四頁。
- (15) 小林・前掲「公選法」二九三頁以下、同・前掲判例評釈六二頁以下。
- (16) なお、堀田・前掲論文四一頁(注9)参照。
- (17) ちなみに、赃物罪に関する同種の事案については、最高裁も包括一罪説をとっている。すなわち、最決昭和三二年四月一六日刑集一一巻四号一三六六頁は、赃物である映写機四台を運搬した後、二台のみ牙保した場合につき、「被告人の右行為はこれを包括的に観察して赃物運搬牙保罪の包括一罪として処断さるべきである」とし、赃物運搬罪と赃物牙保罪の二罪が成立するとした原判決を誤まりとするのである。なお、寺尾正二・「赃物牙保の目的で赃物を運搬しその一部を牙保するにとどまった場合の罪数」最高裁判所判例解説刑事篇昭和三十二年(昭和三七年)二三三頁以下、山火・前掲注釈特別刑法五六二頁以下参照。

二 受交付金銭と他の金銭の混同

受交付金銭の全部が供与された場合は、交付・受交付罪は供与罪に吸収されるが、受交付金銭の一部のみが供与された場合は、交付・受交付罪と供与罪の併合罪となるのが判例であるが、いずれの場合も供与罪の包括一罪と解すべきことは上述の通りである。では、受交付金銭の全部を供与したのであるが、その一部が自己の所持金と混同して、どの金銭がどの供与にあてられたか特定できない場合はどうであろうか。これに関して、昭和四五年の最高裁決定⁽¹⁾は、供与罪の他に交付罪の成立を認める。すなわち、「買収を共謀した者相互の間で買収を目的とする金員の交付、受交付が行なわれた場合において、供与に使用された交付金の残金が受交付者の手もとで他の金員と混同を生じた後、供与に使用されたとしても、右の混同のため右残金からだれに、いつ、いくらずつ供与されたか供与罪として特定できないときは、右残金については、供与罪に吸収されることなく、交付罪を構成するものと解するのが相当である」とするのである。そして、この決定の趣旨に関して、「同一交付金に関する限り」、供与の罪が行われるにつれて、交付・受交付の罪の責任はその限度で供与の罪に吸収されて、交付・受交付の罪の責任は問われなくなるに過ぎないことを示すものであり、「交付者に対し共謀による供与等の責任を問いうるためには、買収共謀者間における交付・受交付に用いられた金員によつて受交付者による供与等が行なわれることが必要だ(金員の同一性)」と解するものがある⁽²⁾。従つて、ここでは、交付・受交付にかかる金銭と供与された金銭との同一性がなければ、交付・受交付罪は供与罪に「吸収」されることはないとするのが判例の趣旨であるのか、また、そのような金員の同一性がなければ供与罪の一罪となりえないのかということが問題となるのである。

しかし、右昭和四五年の最高裁決定は、「混同のため右残金からだれに、いつ、いくらずつ供与されたか供与罪として特定できない」ことを理由に、交付罪の成立を認めているのであつて、さらに、交付・受交付罪が供与罪に「吸収」

されるためには、金員の同一性が必要であることを示したものと解するのは、うがちすぎの感がある。⁽³⁾そして、前掲昭和四一年の最高裁大法廷判決が、受交付金銭の一部供与につき、供与された部分と供与されなかった部分とをあくまで区別し、前者の部分のみ供与罪に「吸収」されるとしたことからすると、最高裁が、どの交付・受交付がどの供与に対応するのかが特定されなければ供与罪に「吸収」されるとはいえないとするのも理解できるところである。⁽⁴⁾この意味において、昭和四五年の最高裁決定の結論は、昭和四一年の最高裁大法廷判決の趣旨にそつたものと解してよいであろう。

もつとも、受交付金銭が他の金銭と混同を生じた後で供与行為が行われたとしても、そこに存在するのは交付・受交付行為と供与行為であり、この点は混同を生じなかった場合と何ら変わるところはない。ここでの罪数関係は、単にこのような交付・受交付行為と供与行為が問題となるのであって、混同を生じたかどうかは重要でないといわなければならない。従つて、両者が一連のものとして行われている限り、供与罪の包括一罪が成立すると解すべきである。ただ、供与行為が数回行われ、数個の供与罪が成立する場合には、交付・受交付罪はどの供与罪と包括一罪となるかが多少問題となるであろう。しかし、この点は、交付・受交付罪と第一の供与罪とが包括一罪となり、それとそれ以後の供与罪とが併合罪となると考えれば足りるであろう。⁽⁵⁾

(1) 最決昭和四五年一月二〇日刑集二四卷二二号一六四七頁。なお、これは、後述の昭和四三年の最高裁判決と同事件であるが、事は、簡略化すると、被告人が選挙運動者Tと投票の買収を共謀し、事前運動としてTに対しその資金を交付し、Tはこの受交付金がある程度選挙人らに供与ないし交付したのち、残った金を自分の所持金と混同したうえ悉く供与に使用したというものである。

(2) 安村和雄・「選挙に関し買収を共謀した者相互間の授受金員が他の金員と混同した場合における交付罪の成否」最高裁判所判例解

説刑事篇昭和四十五年度（昭和四六年）四四九頁。なお、堀田・前掲論文三九頁参照。

(3) 山火・前掲ジュリ八七四号七二頁以下、岩瀬徹・「選挙運動者に対する金銭供与の共謀者間における供与資金の交付約束が供与の
実行直後に履行された場合の供与の罪と交付の罪との関係」ジュリスト八七四号（昭和六一年）七六頁。

(4) 西川・前掲判例解説一三七頁参照。

(5) 山火・前掲注釈特別刑法五六四頁。

三 供与実行後の交付・受交付

これまで検討してきた事例は、供与の共謀者間で金銭の授受がなされた後で、供与が実行された場合に関するものであったが、交付・受交付行為と供与行為が時間的に逆転し、供与が実行された後で交付・受交付行為が行われた場合はどのように考えるべきであろうか。この点、最高裁は、昭和六一年の決定で、選挙運動者に対する金銭供与の共謀者間における供与資金の交付約束が、供与の実行直後に履行された場合に関し、交付・受交付罪の供与罪への「吸収」を認めたのである。⁽¹⁾すなわち、その多数意見は、「供与の目的であらかじめ共謀者間で金員の交付が行われ、その後共謀にかかる供与が行われた場合について、交付の罪は、後の供与の罪に吸収されるというのが当裁判所の判例……であるところ、本件は、これと事実関係を異にはしているものの、供与の共謀者間でその手段として買収資金の交付が約束され、偶々供与直後にその交付約束が履行されたにすぎない場合であるから、その間に、実質的な差があるとは認め難い。したがって、本件についても、……被告人のSに対する交付の罪は、……両名共謀によるNほか三名に対する供与の罪に吸収されると解するのが相当」として、これを併合罪とした原判決は法令の適用を誤ったものとするのである。もつとも、これに対しては、右両罪が一罪として処断されるという点については賛成するが、交付罪が供与罪に吸収されると考えることについては多数意見と見解を異にするという、谷口裁判官の意見が付されている。

そして、谷口裁判官は、本件の場合には前記昭和四十一年の最高裁大法廷判決の事例と異なるのであって、「後者の共謀による供与罪を構成する行為と前者の交付罪を構成する行為とは別個独立の行為であつて、前者の交付罪が後者の共謀による供与罪に吸収されるという関係にはないが、両者の関係を実質的にみた場合、この二つの行為は事実上密接に関連した行為であることは明らかであるから、両罪を各別に科刑の対象としてとらえ併合罪として処断することは相当でなく、右事実上の一体性を理由として包括一罪として律すべきもの」とされている。

このように、多数意見は、供与の実行直後に交付約束が履行された場合は、交付後に供与が実行されたという昭和四十一年の最高裁大法廷判決の事案と実質的に差はないとするのであるが、本件において両罪の併合罪を認める原判決は、その点の理解を異にするようである。すなわち、原判決は、「投票買収の共謀に基づいて、共謀者の一人が、自己の所持金をもつて供与を実行した後に、他の共謀者が、供与の実行者に対し、供与額相当の現金を交付する場合は、交付金と供与金との間に同一性がなく、また交付が供与の準備行為でもないのであるから、供与の目的であらかじめ共謀者間に金員の交付がなされ、受交付者がその受交付金を受供与者に供与した場合は事情を異にし、後になされた交付の罪は、その前になされた供与の罪に吸収されないものと解するのが相当」とするのである。そして、これは、要するに、本件では、交付金と供与金との間に同一性がなく、及び、交付が供与の準備行為でもないことを理由に、両罪の併合罪を認めるものと思われる。しかし、前節で述べたように、昭和四五年の最高裁決定は、必ずしも交付金と供与金の同一性がなければ交付罪が供与罪に吸収されないとする趣旨とも解せられず、それは昭和四十一年の最高裁大法廷判決の趣旨にもそつたものと解せられる。従つて、本件の場合に、交付金と供与金が異なる点が併合罪説を決定づけるものと考えるのは妥当でない⁽²⁾。また、交付が供与の準備行為となっていない点についても、本件では、結果的に交付が供与の準備行為とならなかつただけで、交付自体は供与の準備行為として行われているのである。従

つて、これも併合罪説を決定づけるものとみるのは十分でないように思われる。⁽³⁾むしろ、共謀通りの金額の供与がなされ、それに対応する交付が特定できているのであるから、多数意見が、交付罪は供与罪に吸収されるとするもの、昭和四一年の大法廷判決及び昭和四五年の決定の趣旨にそつたものと理解してよいであろう。

もつとも、本件においても、多数意見は、交付罪が供与罪に「吸収」されるとするが、これが妥当でないことはいうまでもない。本件の場合も、存在するのは供与行為と交付行為であつて、両者の罪数関係が問題となるのである。そして、ここでは、供与行為の後で交付行為が行われている点に問題があるのであるが、行為者の共謀内容としては、交付された金員を供与するというものであり、それが実際にはたまたま逆転したにすぎない。すなわち、この場合も、交付行為と供与行為は、手段・目的の關係に立つ一連のものとして行われたのである。従つてこのような場合にも、行為の違法内容の一体性、及び、責任内容の一体性を認めることができるのであつて、(狭義の)包括一罪として供与罪のみの成立を認めるべきである。⁽⁴⁾このことはまた、両罪の成立を認める併合罪説の妥当でないことを示している。

なお、谷口裁判官は、本件の場合、私見と同じく包括一罪と解しておられるが、⁽⁵⁾「交付行為は、共謀による供与行為とは別に交付行為として交付罪が成立し、前の共謀による供与罪とは別罪を構成する」とされている。これは包括一罪が本来の一罪でなく、科刑上一罪と考えられていることを示すものではなからうか。しかし、前述のように、罪数は、罰条による評価の問題であり、ここでも、供与罪の罰条によつて交付行為も評価できることから一罪が認められるのであつて、本来の一罪の成立する場合であるといわなければならない。

(1) 最決昭和六一年七月一七日刑集四〇巻五号三九七頁。なお、事案の概要は次のごときものである。被告人Xは、Sと共謀の上、昭和五五年六月一五日ころ、Nほか三名に対し、M候補のため選挙運動をすることの報酬として一〇万円を供与する旨約した。そし

て、XとSとの間では、右買収資金一〇万円をXにおいて選挙対策本部の方から調達してSに交付することにし、それができないときは二人で半額ずつ負担することとした。しかし、Sは同月一九日ころになってもXから連絡がなかったことから、右Nらとの約束を守るために、自己において立て替えることとし、Xに知らせることなく、一〇万円を用意して、同日ころ、Nほか三名に対し、前記の趣旨で右一〇万円を手渡しして供与した。その後Xは、同月二〇日ころ、Sに対し、前記の趣旨でNほか三名に供与すべきものとして、一〇万円を交付した。

(2) 山火・前掲ジュリ八七四号七二頁、岩瀬・前掲ジュリ八七四号七六頁。

(3) 山火・前掲ジュリ八七四号七二頁、岩瀬・前掲ジュリ八七四号七六頁。

(4) 山火・前掲ジュリ八七四号七三頁、中・前掲判例評釈二一六頁。

(5) なお、谷口裁判官は、昭和四一年の大法廷判決の事案の場合、「あたかも犯罪行為一般が予備、未遂、既遂と段階的に発展し、行為が既遂に達すれば、その前段階的行為としての予備、未遂の罪は既遂の罪に吸収され、別罪を構成しないという法理と同一の論理操作のうえに立つ」とし、本件の場合にはこれと異なるという理解を示している。ここから、昭和四一年大法廷判決の事案の場合には、犯罪の「吸収」を認めつつ、本件の場合には、包括一罪と解するようである。しかし、いずれの場合も、交付行為と供与行為が存在し、両者の罪数関係が問題となり、それらは手段・目的の關係に立つ一連のものとして行われているのであって、両場合に罪数関係を異にすると考えるのは妥当でない。ちなみに、私見によると、予備罪と既遂罪は包括一罪と解すべきであり、この点は谷口裁判官と見解を異にする。この点につき、拙稿・前掲「法条競合と包括一罪(三)」九一頁参照。

四 最高裁判例における犯罪の「吸収」の意味

さて、上述のように、供与の共謀者間で金銭の授受がなされ、その後供与が実行された場合、交付・受交付罪は供与罪に「吸収」されるとするのが最高裁の確立した判例となっているが、その罪数論的意義以外にも、この「吸収」

の意味については理解が分かれている。すなわち、この「吸収」を「成立の吸収」と解するか「処罰の吸収」と解するかという議論である。なお、ここにいう「成立の吸収」とは、訴訟手続上、供与罪の成立が認められた場合に交付罪がこれに吸収されてその罪責を問いえなくなることを意味するのに対し、「処罰の吸収」とは、供与罪が処罰されてはじめて交付罪はこれに吸収されてその罪責は問いえなことを意味するとされるのである。⁽¹⁾ また、それらに加えて、「犯罪の吸収」として、実体法的に供与行為が行われれば交付罪は供与罪に吸収されるという意味の概念を持ち出すものもある。⁽²⁾ そして、このような、「吸収」の意味についての理解の相違は、例えば、供与の共謀者間で金銭の授受がなされ供与が実行されたという事例において、何らかの事情で供与罪として処罰できないとき、交付罪として処罰できるかという問題に影響を及ぼす。⁽³⁾ すなわち、「成立の吸収」説ないし「犯罪の吸収」説によるならば、この場合、供与行為の存在が認められる以上⁽⁴⁾ 交付罪として処罰することはできないであろうが、「処罰の吸収」説によるならば、供与罪は処罰できないわけであるから交付罪として処罰できることとなるであろう。

この点に関して、昭和四三年の最高裁判決は、⁽⁵⁾ 供与罪が処罰できないときは、交付罪も処罰できないとする。これは、被告人がTに対し、合計二九五万八千円を買収資金として交付し、Tはそこから数回にわたって数名に対して合計一三〇万円を供与したという事案につき、原審では、被告人とTの共謀による供与は無罪、被告人からTへの交付罪は有罪が認められ、被告人は有罪部分についてのみ上告したが、検察官は無罪部分について上告しなかったというものである。⁽⁶⁾ そして、最高裁多数意見は、被告人とTとの共謀による供与の部分については、「既に無罪の判決が確定したものととして今や被告人に対しその罪責を問うべきものではない」とし、「被告人の上告申立により当審の審理の対象となつている被告人のTに対する各金員交付の事実についても、……その目的とした供与の行為および次の交付の行為が現に行なわれたことが認められる以上、その供与罪もしくは次の交付罪に吸収されるはずの部分については、

被告人に対しその罪責を問うことはできない」とするのである。もつとも、これに対しては、交付罪として処罰できるとする、長部裁判官の反対意見が付されている。すなわち、長部裁判官は、昭和四十一年の最高裁大法廷判決が交付・受交付罪は共謀による供与罪に「吸収」されるとする趣旨は、「その共謀にかかる供与又は第二次交付の事実が犯罪事実として判決において認定され、各該当罰条の罪に問擬されるべきことを前提としているのであつて、単に証拠資料によつて右共謀にかかる供与等の事実が認定しうるというだけで、ただちにこの法理が適用されるとしたものと解すべきではない」とし、「右判例が用いている吸収なる用語の意義は、成立の認められる二つの罪責に基づき当該行為者を処罰すべき段階にいたつたことを前提としたうえで、その一方をもつて処罰すれば他方の処罰は当然これに包摂されるとする趣旨のものと理解すべきであつて、吸収の母体となるべき行為の処罰がなされない場合においても、なおここにいうところの吸収の問題を生ずるとするがごとき解釈は、とうてい右判旨の予想しないところといわなければならぬ」とするのである。

なお、この昭和四三年の最高裁判決の事案の場合、原判決が出されたのは昭和四十一年の最高裁大法廷判決が出される直前であつた関係で、複雑な様相を呈している。すなわち、検察官は、交付罪と供与罪を併合罪と考えたのか、当初の交付罪としての起訴に対して、供与罪については訴因の追加によらず、追起訴しており、その関係もあつて、裁判所は、理由中で判断すれば足りた無罪判断を主文で言い渡し、その点が検察官の上告なしに確定したといふのである。⁽⁷⁾そして、このような場合、共謀による供与罪についての無罪判決は確定したと考へてよいのか、また、もし確定したとすれば、その確定判決の既判力は交付罪にも及ぶかどうかという、刑事訴訟法上の困難な問題が生じており、⁽⁸⁾これらの点については学説上大いに争われるところである。⁽⁹⁾しかし、このような訴訟法上の困難な問題については、一応措くとして、ここでは、交付罪と供与罪との実体法的関係にのみ着目して検討してみたい。そして、これにつ

ては、前述のように、昭和四三年の最高裁判決多数意見は、供与行為が「現に行なわれたことが認められる以上」交付罪はそれに吸収されると考えており、いわゆる「成立の吸収」説ないし「犯罪の吸収」説をとっているのに対し、長部裁判官の反対意見は、「その一方をもつて処罰すれば他方の処罰は当然これに包摂されるとする趣旨」に理解しており、吸収の母体となるべき行為の処罰がなされない場合には吸収の問題は生じないとするものであって、いわゆる「処罰の吸収」説によっていると考えられる⁽¹⁰⁾。しかも、この点については、「成立の吸収」説を妥当とする見解と、「処罰の吸収」説を妥当とする見解⁽¹¹⁾とに分かれている。

しかし、このように、「吸収」の意味が何通りにも解せられること自体に問題がある。これは、判例のいう犯罪の「吸収」という概念自体不明確であることの証拠であり、その不合理性が露呈されたことに他ならない。また、それは、罪数概念自体の理解不足によるものともいつてよい。すなわち、ここでは交付罪と供与罪が罪数論上如何なる関係に立つかということが重要なのであって、供与罪が何らかの理由で処罰できないときに交付罪として処罰できるかという問題は、一定の罪数関係から生ずる当然の法的効果として考えれば足りると思われる。判例のいう「吸収」概念が「成立の吸収」ないし「犯罪の吸収」を意味するのか、あるいは「処罰の吸収」を意味するのかという議論は、いわば本末転倒であつて、交付罪と供与罪が一罪となるのであれば、罪数論上如何なる形態の一罪であるかが確定されれば、それは自ずと明らかになるものと思われる。

ところで、そもそも罪数とは成立する犯罪の数の問題であるが、これは、構成要件に該当し違法で有責な行為についてのみ問題となる。すなわち、行為が構成要件に該当せず、又は、違法性ないし責任のない場合には、その段階で犯罪は成立しないのであり、このようなものはそもそも罪数判断の対象となりえないわけである。従つて、例えば、供与の共謀者間で金銭の授受がなされた後で供与が実行された場合、共謀による供与罪が構成要件該当性の欠如ない

し、違法性・責任が欠如する場合には、これはそもそも罪数判断の対象とはならず、存在するのは交付・受交付行為のみである。そして、これが犯罪成立要件を満たす限り、処罰できるのは当然である。従って、供与罪が何らかの理由で処罰できないときといっても、それが、犯罪成立要件を満たさないという理由で処罰できないときには、両者の罪数関係はそもそも問題とならないのであって、交付罪で処罰できるといっても、それは一定の罪数概念の法的効果によるものでない点をまず確認する必要がある⁽¹³⁾。

一方、供与の共謀者間で金銭の授受がなされ、その後供与が実行された場合、交付・受交付罪と供与罪は包括一罪となると解すべきことは前に述べた通りである。そして、これは、交付・受交付罪の構成要件に該当する違法で有責な行為と、供与罪の構成要件に該当する違法で有責な行為との存在を前提として、供与罪の罰条によって全てを一回的に評価できるという意味である。すなわち、この場合、供与罪の一罪が成立するわけであるが、これによって交付・受交付行為の可罰性が失われるわけではない。それぞれが可罰性をもった行為でありながら、⁽¹⁴⁾ 供与罪としての処罰によって交付・受交付行為も共に処罰されていると考えるとよい。従って、このような関係にある二つの行為について、一方の行為が何らかの理由⁽¹⁵⁾で処罰できないときは、他方の行為で処罰しうるのは当然である。⁽¹⁶⁾ そして、これは結局、前述の「処罰の吸収」説の考え方に他ならない。もつとも、これは、「処罰の吸収」説が妥当というのではなく、包括一罪の場合の当然の法的効果としてこのようになることである。それに対して、「成立の吸収」説ないし「犯罪の吸収」説は、供与罪の存在が認められる限り、⁽¹⁷⁾ 交付行為は不可罰となるとする考え方であって、これは包括一罪の意味するところではなく、この場合は妥当でない。そこで、昭和四三年の最高裁判決の事案の場合、共謀による供与行為に関する無罪判決の効力がどこまで及ぶかという訴訟法上の重要な問題があるが、もしこの場合を、何らかの訴訟障害によって供与罪が処罰できない場合と同視できるならば、⁽¹⁸⁾ 交付行為について処罰できると考えるべきである。

すなわち、それは処罰できないとした多数意見は妥当でなく、その処罰を可能とする長部裁判官の反対意見が妥当であつたということになる。

- (1) 谷口・前掲判例時報五三一号一四四頁、小林・前掲「公選法」二九二頁、堀田・前掲論文三五頁、安村・前掲判例解説四五六頁（注一）、鬼塚賢太郎・「公職選挙法に定める金銭供与の罪に関する共同謀議、等」最高裁判所判例解説刑事篇昭和四十三年度（昭和四四年）一〇九頁。
- (2) 堀田・前掲論文三五頁、安村・前掲判例解説四五六頁（注一）。
- (3) なお、谷口・前掲判例時報五三一号一四五頁、安村・前掲判例解説四五六頁（注一）参照。
- (4) 「成立の吸収」説と「犯罪の吸収」説の違いは、前者が訴訟手続上供与行為の存在が認められるときを問題とするのに対し、後者は訴訟手続を捨象して純粋に実体法上供与行為の存在が認められるときを問題とする点にあるようである。
- (5) 最判昭和四三年三月二一日刑集二二卷三九五頁。なお、これは前掲昭和四五年の最高裁決定と同事件である。
- (6) この事件は、実際には、訴訟の経過が特異であつたため、問題が複雑なものとなっている。それを略記すると以下のようになる。すなわち、第一次第一審では、被告人はTに対する交付の事実で起訴され、これが有罪とされた。ところが、第一次控訴審では、Tが供与した部分については被告人とTとの間に共謀のあつたことが証拠上窺われ、もしそうだとすると交付罪は供与罪に吸収され、供与罪のみ成立することとなるとして原判決を破棄、差戻した。そして、差戻後、検察官は、Tの供与について被告人がこれを共謀してなしたとして追起訴した。これに対して、第二次第一審は、共謀による供与罪について被告人はTとの間の共謀が証明されないとして無罪とし、被告人のTに対する交付罪としてのみ有罪とした。これについては、有罪部分につき弁護人から、無罪部分につき検察官からそれぞれ控訴が申し立てられたが、第二次控訴審は双方の控訴を棄却した。そして、さらに被告人はその有罪部分に対して上告を申立てたが、検察官は無罪部分に対して上告を申立てなかつたというものである。
- (7) なお、青柳・前掲判例評釈一一七頁参照。
- (8) 鬼塚・前掲判例解説一〇四頁、谷口・前掲判例時報五三一号一四四頁。
- (9) この問題は、下級審がA・B両事実を併合罪と考え、Aを有罪、Bを無罪として、それぞれ主文で言い渡した場合、被告人がAの

- 有罪部分について一部上訴をしたが、上級審がA・B両事実を一罪とみた場合の処理はどのようにすべきかという形で議論され、いわゆる馬の判例(最判昭和三四年一月一日刑集一三卷一三三号三一九五頁)が引きあいに出される。なお、これについては、鬼塚・前掲判例解説一〇四頁以下、松本・前掲判例研究八八頁以下、正田満三郎・「公訴事実同一性の判断と訴因および訴因複合の機能(3)」判例時報五四二号(昭和四四年)八頁以下、中野次雄・「上訴一般」刑事訴訟法演習(昭和三七年)一七三頁以下参照。
- (10) 鬼塚・前掲判例解説一〇九頁、堀田・前掲論文三六頁、安村・前掲判例解説四五六頁(注一)、小林・前掲「公選法」二九一頁。
- (11) 小林・前掲「公選法」二九二頁、堀田・前掲論文三八頁。
- (12) 谷口・前掲判例時報五三一号一四五頁。なお、東京高判昭和四二年一月二九日判例時報五一六号七八頁参照。
- (13) なお、谷口・前掲判例時報五三一号一四五頁、安村・前掲判例解説四五六頁(注一)参照。
- (14) 山火・前掲注釈特別刑法五六五頁。
- (15) 例えば、訴訟障害によって処罰できないとき。
- (16) この場合、罪数の観念自体は存在するわけであり、これは一罪の一部のみが有罪とされることに他ならない。なお、不可罰的事後行為の場合にも同様の現象が生ずる。この点については、拙稿・「不可罰的事後行為の法的性格」香川法学五巻四号(昭和六一年)二一頁以下参照。
- (17) ある行為の存在が認められるかどうかは、訴訟手続を経てはじめて確認されるのであって、それを抜きにしては考えられない。この意味において、訴訟手続を捨象した観念としての「犯罪の吸収」という概念はそもそも無意味であるといわなければならない。なお、安村・前掲判例解説四五六頁(注一)参照。
- (18) この場合、交付罪と供与罪は本来の一罪であることから、供与罪についての無罪判決の既判力が交付罪にも及ぶと解するなら、交付罪として処罰できないのは当然であって、これは別問題である。

五 おわりに

交付・受交付罪と供与罪との関係に関連して、さらに、昭和五九年の最高裁決定⁽¹⁾が出されている。これは、供与の共謀者間で金銭の授受がなされた後で供与が実行されたという基本的事例に関して、交付罪としてのみ起訴することが許されるかという問題で、これを肯定したものである。すなわち、「選挙運動者たる乙に対し、甲が公職選挙法二二一条一項一号所定の目的をもつて金銭等を交付したと認められるときは、たとえ、甲乙間で右金銭等を第三者に供与することの共謀があり乙が右共謀の趣旨に従いこれを第三者に供与した疑いがあつたとしても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、甲を交付罪のみで起訴することが許される」とするのである。そして、この決定の趣旨は、前掲の昭和四三年の最高裁判決の多数意見を徹底すると、「交付罪で起訴された被告人が、受交付者との供与の共謀及びその実行行為の存在を主張したときは、裁判所は、訴因とされていない供与罪の成否についてまで審理し、同罪の成立につき消極の判断に達した場合でなければ、交付罪により被告人を処罰することはできないという議論も成立する余地がある⁽²⁾」ことから、それを否定したものと解せられる。しかし、前述のように、昭和四三年最高裁判決の多数意見の考え方は妥当でないものであり、また、このような問題が生ずるのも、要するに、判例のいう「吸収」概念が不明確であり、妥当でないからである。私見によると、この場合、交付行為と供与行為は包括一罪となるのであり、交付罪としてのみの起訴は、包括一罪の一部起訴ということに他ならない。従つて、そこには、包括一罪の一部起訴が許されるかという、純粹に訴訟法的问题があるだけである。そして、これも、包括一罪がどのような形態の一罪であるかを考えればおのずと明らかになる問題であり、包括一罪の一つの訴訟法的効果と考えれば足りるであろう。し

かし、この訴訟法的问题については別稿に譲ることとする。

(1) 最決昭和五九年一月二七日刑集三八卷一号一三六頁。

(2) 木谷明・「交付された金銭等が交付者との共謀の趣旨に従い受交付者から第三者に供与された疑いがある場合と交付罪による起訴の可否、等」ジュリスト八一号(昭和五九年)六五頁。

(追記) 脱稿後、丸山雅夫・「罪数論の一側面——選挙犯罪における供与罪と(受)交付罪に関する判例を中心として——」商学討究三八卷二号(昭和六二年)二七頁以下に接した。