

親告罪における告訴の欠如と一罪の一部起訴

虫 明

満

目 次

- 一 はじめに
- 二 前提問題としての一罪の一部起訴
- 三 最高裁判例とそれをめぐる学説
- 四 罪数形態別の検討
 - 一 法条競合
 - 二 包括一罪
 - 三 科刑上一罪（観念的競合、牽連犯）
- 五 おわりに

一 はじめに

罪数論上、一罪として扱われるものの中には、単純一罪、法条競合、包括一罪、観念的競合、牽連犯というさまざまな形態がある。このうち、単純一罪以外の形態では、数個の構成要件に該当するにもかかわらず、一個の犯罪のみの成立が認められ（法条競合、包括一罪）、又は、数個の犯罪が成立するが一罪として処断される（観念的競合、牽連犯）。そこで、このような形態において、優位法（成立する犯罪、それによつて処断される犯罪）による処罰が、何らかの理由で不可能となる場合、劣位法（成立しない犯罪、それによつて処断されない犯罪）による処罰が可能となるかどうかという問題が生ずる。

本稿は、親告罪において告訴がないために優位法による処罰が不可能となる場合をとりあげ、この場合に、親告罪と一罪を構成する非親告罪たる劣位法による処罰が可能となるか、また、そもそもそのような劣位法による起訴自体が有効であるかどうかを考察しようとするものである。すなわち、ここでは、例えば、強姦罪の場合、強姦罪は暴行・脅迫罪を含んでおり、両者は法条競合となるが、強姦罪につき告訴のないとき、それに含まれる暴行・脅迫罪として起訴し処罰することができるか、また、単なる暴行・脅迫を加えた後で姦淫意思が生じ、強姦を行ったとき、暴行・脅迫罪と強姦罪は包括一罪となるが、強姦罪につき告訴のないとき、前に行われた暴行・脅迫罪で起訴し処罰することができるか、さらに、住居侵入後に強姦を行ったときは、住居侵入罪と強姦罪とは牽連犯となるが、強姦罪につき告訴のないとき、住居侵入罪として起訴し処罰することができるかというようなことが問題となる。

ところで、親告罪においては、告訴は訴訟条件であり、告訴なくして起訴されたときは公訴棄却の判決が言い渡さ

れる（刑訴法三三八条四号）。そして、ここでの問題は、親告罪についての告訴の欠如という訴訟障害が、それと一罪をなす他の非親告罪についての訴追に何らかの影響を及ぼすかどうかということとなる。⁽¹⁾ しかも、その場合、各罪数形態ごとに異なった取り扱いがなされるべきか否かが重要である。従って、ここでは、各罪数形態の罪数論上の意義と、親告罪における告訴の欠如という訴訟障害の意義という、両観点が参酌されなければならない。要するに、この問題は、実体法上の罪数概念が、訴訟法的取り扱いの場で如何なる役割を果たすかという問題であり、いわば罪数の訴訟法的効果の問題といってもよいであろう。

なお、告訴とは、犯罪の被害者その他一定の関係者が、捜査機関に対して犯罪事実を申告し犯人の訴追を求める意思表示をいう。⁽²⁾ また、親告罪を認める理由としては、主として、公訴を提起して被害事実を公にすることにより、かえって被害者の名誉、秘密を害し、被害者の不利益になるおそれがあること（例えば、強制猥褻罪、強姦罪、名誉毀損罪、秘密漏泄罪など）とか、被害が比較的軽微で被害者の意思を無視してまで公訴を提起する必要がないこと（例えば、器物損壊罪、過失傷害罪、親族相盗など）に求められている。⁽³⁾ そして、このような、一定の犯罪が親告罪とされる理由も、上述の問題を考える場合の重要な視点となるであろう。

ちなみに、ドイツにおいても、親告罪における告訴は訴訟条件⁽⁴⁾とされており、告訴の欠如するときは手続の打切り（Einstellung）がなされる（§§ 206a, 260 StPO）。また、親告罪を認める理由については、第一に、被害者の感情の考慮（例えば、誘惑の罪〔§ 182 StGB〕、侮辱罪〔§ 194 StGB〕、秘密漏泄罪〔§ 205 StGB〕、誘拐罪〔§ 238 StGB〕）、第二に、犯人と被害者の特別な人間関係の考慮（例えば、親族間の窃盗〔§ 247 StGB〕、親族間の詐欺〔§§ 263, 265a StGB〕、親族間の背任〔§ 266 StGB〕）、第三に、処罰の必要性が少な⁽⁵⁾こと（例えば、住居侵入罪〔§ 123 StGB〕、価値の少ない物の窃盗、横領〔§ 248a StGB〕、器物損壊罪〔§ 303 StGB〕）があげられる⁽⁶⁾。このように、親告罪

についても、ドイツの制度と我が国の制度とは基本的に通ずるものがあり、ここでも、ドイツでの議論が参考になると思われる。

- (1) 訴訟条件とは、犯罪成立要件とか客観的処罰条件といった実体法的なものではなく、単に訴追を許す条件であり、純粹に訴訟法的なものである。従って、訴訟条件の欠如という訴訟障害のある場合でも、実体法的には犯罪は成立しており、観念的刑罰権も発生しているのである。この点で、刑罰権の消滅に関係するものとみられる公訴時効の完成とは若干異なるところがある。なお、公訴時効の問題については、拙稿・「罪数と公訴時効の起算点」名古屋大学法政論集一二三三号（昭和六三年）二八九頁以下参照。
- (2) 鈴木茂嗣・刑事訴訟法（昭和五五年）六一頁。
- (3) 板倉宏・注釈刑法(2)のI（昭和四三年）七八頁、増井清彦・告訴・告発（昭和五六年）九頁。
- (4) 告訴の法的性格については、若干の異論もあるようであるが、告訴は不法ないし刑罰とは無関係のものとして、それは手続法に属するとするのが通説である。Vgl. Jähnke, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 39. Lieferung, 1985, S. 6.
- (5) Vgl. Jähnke, a.a.O., S. 4f. なお、第二のグループを第一のグループに編入するものとして、Schönke-Schröder (Stree), Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., S. 763.

二 前提問題としての一罪の一部起訴

親告罪において告訴のないとき、それと一罪の関係にある他の犯罪（非親告罪）で起訴し処罰することができるかという問題を考えようとするとき、その前提問題として、親告罪でない一般の犯罪について、そもそも一罪の一部起訴が認められるかどうかを検討しておく必要がある。というのは、そもそも一般的に、一罪の一部起訴が認められな

いのであれば、親告罪についても、それと一罪をなす犯罪事実の一部のみを起訴することは許されないこととなり、それによる処罰も不可能となるように思われるからである。そして、ここにいる一罪の一部起訴とは、例えば、強盗の事実に対して窃盗として起訴するように、客観的事実の一部のみをとりあげて起訴することである。このようなことは、検察官が立証の難易等を考慮して意図的に行うこともあるうし、また、検察官が客観的事実の全部として起訴した事実の審理中に、新たな事実が発見され、結果的に一部起訴となったという場合もあるであろう。いずれにしても、これらの場合に、そもそも検察官の起訴自体が適法・有効といえるのかが問題となり、さらにそれは、そのような事態に対して、裁判所が検察官に訴因変更をうながしたにもかかわらず、検察官がそれに応じないとき、裁判所は如何なる判断を下すべきかという問題にも連なるわけである。

このような、一般的意味における一罪の一部起訴については、それを認めるのが通説である。すなわち、現行法は当事者主義をたて前とし、訴因制度をとっているので、訴訟の対象をどのように構成するかは、原告である検察官にゆだねられているとされる⁽¹⁾ことから、検察官が一罪の一部のみを起訴することも許されるとされるのである⁽²⁾。従って、検察官の主張が実体と異なることが審理中に明らかとなったとしても、裁判所の訴因変更命令に形成力が認められない以上、裁判所は訴因のみについての判断を示せば足りることとなるのである⁽³⁾。こうして、具体的には、住居侵入後に窃盗を行ったという牽連犯の事案において窃盗のみを起訴し、強盗致傷の事実を強盗罪として起訴することも許され⁽⁴⁾、また、強盗を窃盗として起訴することも、既遂を未遂として起訴することも許されるとされている⁽⁵⁾。さらに、形式的には、強姦の事実に対して、暴行・脅迫罪で起訴することも可能となるであろう⁽⁶⁾。

これに対して、一罪の一部起訴は認められないとする見解もないではない。すなわち、岸元判事は、例えば、強盗傷人のような結合犯を単なる強盗として訴因を形成する場合、それでは実体的真実発見ということを無視して検察官

の恣意を許すことになりはしないかとして、一罪の一部起訴に疑問を呈するのである。⁽⁸⁾ また、宮崎教授は、この問題を公訴不可分の原則にかかわるものとされ、「公訴不可分の原則は単一科刑という実体法上の要請を満足させるために生じた手続法上の原則であり、本来は、一罪であるかぎり、これに対する公訴自体も不可分であるという原則を包含する⁽⁹⁾」という考え方から、「公訴不可分の原則は単に一罪の一部について公訴の提起があつた場合にその効力が他の部分に及ぶというのみでなく、その前に本来の一罪の場合は勿論科刑上の一罪の場合においても、公訴の提起はその全部についてなされることを要し、単に一部についてのみの起訴は許されない⁽¹⁰⁾」とされるのである。さらに、中武教授も、「現行法の下においても、当面の訴訟追行の目標を訴因に限定するということは認められるとしても、実体形成の限界は公訴事実の同一性の範囲にまでおよぶのであり、事件の単一性が訴訟の単位として自動的に觀念され、一個の事件の一部のみを訴訟の対象とすることはできず、もしかりに一部についてのみ公訴提起があつた場合には、訴因を變更して全体としての訴訟係属を認めるか、検察官が訴因の變更に応じない場合には、訴因の事実が存在しないものと認めて無罪を言い渡すべきである⁽¹¹⁾」とされ、内田教授が、「そもそも公訴事實は潜在的審判の対象であり、単一の公訴事實は、審判の範囲および既判力の範囲を決定するうえで重要なものであり、科刑上の一罪の場合を含めて、単一の公訴事實を分割して起訴することは原則として許されない⁽¹³⁾」とされるのも、同様の観点から出たものと思われる。このように、一罪の一部起訴は認められないとする見解は、その根拠を、主として、実体的眞実主義の要請及び公訴不可分の原則においているようである。

確かに、実体的眞実主義は、刑事訴訟における一つの重要な視点であり、一罪の一部起訴はこの実体的眞実主義の要請に反するであろう。しかし、現行法が訴因制度をとり入れている以上、審判の対象は訴因に限定され、裁判所は訴因を越えて判断することはできない。すなわち、刑事訴訟においては、検察官はその主張を訴因という形で提示し、

それをめぐる被告人と検察官の立証活動を基礎として、裁判所の判断が下されるのであり、これが現行法上の基本原則である当事者主義の内容である。この場合、訴因をいかに構成するかは、検察官にまかされているのであって、それが実体的真実と合致しないものであっても、そののみをもって不当であるとはいえないであろう。こうして、実体的真実主義の要請に反するという理由で、一罪の一部起訴は認められないとする見解は、支持できないこととなる。

一方、公訴不可分の原則とは、事件が単一である限り、公訴提起の効力は当然にその全部に及ぶというものであり、⁽¹⁴⁾ その結果、事件の一部だけについて判決があつた場合にも、その効力は当然に事件の全部に及ぶこととなる。⁽¹⁵⁾ そして、この観点から見ても、一罪の一部のみを起訴した場合、公訴事実の同一性の範囲内では訴因変更が認められ、一部についての判決の効力（一事不再理効）は全部に及ぶのであるから、一罪の一部起訴自体が公訴不可分の原則に反するものとすることもできないように思われる。宮崎教授は、公訴不可分の原則は一個の犯罪に対する単一科刑の要求から出てくるものであり、その本来の内容として、「一罪の一部についての起訴を許さずまた仮令一罪の一部についてのみ公訴が提起された場合にもその効力は一罪の全部に及ぶ⁽¹⁶⁾」という原則を導かれているが、その後段は当然のこととして、その前段のことまで要求されているかどうか疑問である。すなわち、一罪の一部起訴を認めても、他の部分についてさらに起訴を認めようとするものでなく、その一部についての判決の効力（一事不再理効）は他の部分にも及ぶことは当然のこととして認めるのであって、これにより単一科刑の要求は満たされているといつてよいのではなからうか。⁽¹⁷⁾

以上のように、訴因制度を前提とする以上、実体法上一罪が認められ、従つて公訴事実の単一性が認められるものであつても、訴因として形成しうるかぎり、その一部を起訴することは許されると解してよい。もっとも、訴因として形成しうるのは構成要件該当事実のみであるので、行為が一個の構成要件に該当するにすぎない単純一罪の場合に

は、その一部起訴ということはありえない。一方、実体法上一罪として扱われる、法条競合、包括一罪、観念的競合、牽連犯という罪数形態では、いずれも数個の構成要件に該当することが前提となっており、このような場合には、結局、構成要件に該当する数だけの訴因が形成されうることとなる⁽¹⁸⁾。従つて、例えば、住居侵入後に窃盜を行ったという牽連犯の事案において、窃盜罪のみで起訴することが許されるのはもちろん、数個の同種行為の反覆が包括一罪となる場合に、その一部の行為のみをとりあげて起訴することも可能であり、法条競合の事例としては、強盜致傷の事実を強盜として、強盜を窃盜として、既遂を未遂として起訴することも認められるであろう。

なお、最近の最高裁判例でも、一罪の一部起訴が認められている。すなわち、昭和五九年一月二七日の最高裁決定⁽¹⁹⁾では、公職選挙法上の交付罪（二二一条一項五号）と供与罪（同条項一号）とに關し、「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、檢察官は、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」としたのである。ここにおいて、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、判例は、交付・受交付罪は供与罪に「吸収」されるとしており、供与罪の一罪が成立すると考えられている⁽²⁰⁾。従つて、本決定は、そのような一罪の關係にある場合にも、その一部としての交付罪のみを起訴することは可能であるとしたものと解せられる。そして、私見によると、本件事案において乙の供与行為があつた場合には、甲については交付罪と共謀による供与罪との包括一罪が成立する⁽²¹⁾が、訴因としてはいずれでも形成しうるわけであるから、交付罪のみによる起訴も可能であるといわなければならない。結局、判旨は妥当である⁽²²⁾。

ところで、一般的に一罪の一部起訴は認められるとする見解の中には、一定の留保を付すものがある。すなわち、

石井判事は、一罪の一部起訴肯定説に立ちつつ、「実体的真実主義にとってたえられない極限的な一部起訴は、正義に反するものとして許されない⁽²³⁾」とされ、例えば、数回殴打して人を撲殺した事実があるのに最初の殴打だけを暴行罪として起訴し、かかる起訴をする特別の理由もないというような場合をあげ、このような限界を超えた一部起訴は、一種の公訴権濫用として、公訴が無効となる（刑訴法三三八条四号の公訴棄却の判決）とされるのである⁽²⁴⁾。また、石川教授も、「検察官の客観義務によって客観的に規制された訴追行為の適正によって担保されうる限度にとどまるべき⁽²⁵⁾」ものとされ、松尾教授は、例えば、檢察審査会の審査を免れるために犯罪の一部を名目的に起訴するような場合を、権限の濫用にわたるもので許されないとされている⁽²⁶⁾。そして、井戸田教授も、「これは起訴便宜主義適用の一面であるから、違法と認められない場合にかぎられる⁽²⁷⁾」とされるのである。もつとも、檢察官の起訴が権限の濫用とみられる場合には、その起訴は違法・無効となることは当然であろう。むしろ問題は、どのような場合に檢察官の権限の濫用となるかということである。そして、一罪の一部起訴については、それは原則的に許されるものであるから、これが権限の濫用となるのは、それによって他の刑事訴訟法上の原則と抵触することとなる場合ではなからうか⁽²⁸⁾。従って、一罪の一部起訴が如何なる場合に権限の濫用となるかは、それと抵触する諸原則ごとに個別的に考察する必要があると思われる。本稿の課題である、親告罪において告訴のないとき、それと一罪をなす他の非親告罪として起訴することができるかという問題も、その一環をなすものと考えられ、ここでは、親告罪における告訴の意義が重要な役割を果たすと思われる。

(1) 平野龍一・刑事訴訟法（昭和三三年）一四二頁、柏木千秋・刑事訴訟法（昭和四五年）二八六頁、田宮裕・刑事訴訟法Ⅰ（昭和五〇年）五七一頁、井戸田侃・刑事訴訟法要説2（昭和四二年）一七頁、井上正治・「告訴」刑事訴訟法演習（昭和三七年）四九頁、

石井一正・「二罪の一部起訴」 刑事法演習第I巻（昭和四九年）一一五頁、近藤太朗「犯罪事実の一部の起訴」 続刑事訴訟法「実例法学全集」（昭和五五年）一一六頁以下、佐藤道夫・註釈刑事訴訟法第二巻（昭和五一年）二八一頁、山火正則・「強姦罪について告訴がない場合に同罪の手段たる共同暴行のみを処罰することができるか」 法学三七巻一号（昭和四八年）二一四頁。

- (2) その他、一罪の一部起訴肯定説として、鈴木・前掲書九〇頁、松尾浩也・刑事訴訟法上（昭和五四年）一六六頁、横井大三・公訴刑訴裁判例ノート(3)（昭和四七年）一三六頁、柴田孝夫・註釈刑事訴訟法第三巻（昭和五三年）五二八頁、平場安治・「強姦罪について告訴がない場合同罪の手段たる共同暴行のみを處罰しうるか」 法学論叢五九巻一号（昭和二八年）八〇頁、高田義文・「強姦未遂罪の構成要件の一部分である脅迫にあたる行為を脅迫罪として起訴した場合の効力——訴因と訴訟条件及び審判の範囲」 警察研究二四巻二号（昭和二八年）七八頁、石川才顯・「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、交付罪で一部起訴することの可否、等」 判例評論三〇八号（判例時報二二三号）（昭和五九年）七一頁。

(3) なお、横井・前掲書一三六頁、石井・前掲論文一一五頁参照。

(4) 鈴木・前掲書九〇頁、田宮・前掲書五七一頁、井戸田・前掲書二〇頁注(2)。

(5) 平野・前掲書一四二頁、柏木・前掲書二八六頁、横井・前掲書一三六頁、井上・前掲論文四九頁。

(6) 柏木・前掲書二八六頁。

(7) 柏木・前掲書二八六頁、平場・前掲判例評釈八〇頁、高田(義)・前掲判例評釈七八頁。但し、強姦罪につき告訴の欠如する場合には、重要な問題が生ずる点は後述する。

(8) 岸盛一・刑事訴訟法要義（昭和三七年）五三頁。但し、単一の公訴事実の内容をなす事実のうちある部分を不問に付しても全体的法律評価に余り影響のない場合（例えば、窃盜の客体の数点のうち若干の財物を除外するとき）ならばそれも許されるとされている。なお、内田一郎・「公訴事実の一部起訴は適法か」 刑事訴訟法の争点（昭和五四年）一一五頁。

(9) 宮崎澄夫・「親告罪に関する訴訟上の諸問題」 刑事訴訟法講座（昭和三八年）一九〇頁。

(10) 宮崎・前掲論文一九二頁。但し、犯罪の情状の点や全部に対する起訴を不能ならしめるような事情の存するときは、例外として一部に対する起訴を許すものと解されている（同・一九〇頁）。

(11) 但し、中武靖夫・「刑訴2」 法学教室5（昭和三七年）二二三頁は、これを「公訴棄却」としていた。

(12) 中武靖夫・「訴追事実の選択」 演習刑事訴訟法（昭和四七年）一八九頁。

- (13) 内田・前掲論文一一五頁。
- (14) 高田卓爾・「公訴不可分の原則」刑事法講座第五卷（昭和二十九年）一〇六四頁、石井・前掲論文一一六頁、平場・前掲判例評釈八〇頁。
- (15) 高田（卓）・前掲論文一〇六五頁。
- (16) 宮崎・前掲論文一九二頁。
- (17) 石井・前掲論文一一八頁。
- (18) 平場・前掲判例評釈八一頁、石井・前掲論文一一七頁。
- (19) 最決昭和五九年一月二七日刑集三八卷一号一三六頁。
- (20) 最判（大）昭和四一年七月一三日刑集二〇卷六号六二三頁。なお、拙稿・「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——」香川法学七卷三・四号（昭和六三年）三七二頁以下参照。
- (21) 拙稿・前掲香川法学七卷三・四号三七六頁。
- (22) 石川・前掲判例評釈七二頁、小林充・「公職選挙法」注釈特別刑法第三卷（昭和五八年）二九二頁、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」法曹時報三七卷二号（昭和六〇年）二四九頁、古田佑紀・「公選法の供与罪が成立する疑いのある場合に交付罪で処罰することの可否」警察学論集三七卷一一号（昭和五九年）一五五頁以下。
- (23) 石井・前掲論文一一九頁。
- (24) 石井・前掲論文一二七頁注（14）。
- (25) 石川・前掲判例評釈七一頁。
- (26) 松尾・前掲書一六六頁。
- (27) 井戸田・前掲書二〇頁注（2）。
- (28) 石川・前掲判例評釈七一頁は、前掲の最決昭和五九年一月二七日が、検察官は、「立証の難易等諸般の事情を考慮して」一罪の一部を起訴することが許されるところに關して、それを検察官の一部起訴を認める基準と理解されている。しかし、「立証の難易等諸般の事情を考慮して」いても、一部起訴が他の刑事訴訟法上の諸原則と抵触することもありうるであろうから、それを一罪の一部起訴許容の基準と理解するのは困難であろう。なお、古田・前掲判例評釈一五六頁。

三 最高裁判例とそれをめぐる学説

親告罪において告訴のないとき、それと一罪を構成する他の犯罪で起訴し処罰することができるかという問題に関して、二つの相反する最高裁判決がある。これは、同一事件についての昭和二十七年七月一日の第二小法廷判決⁽¹⁾と昭和二十八年一月一六日の大法廷判決⁽²⁾である。これらはいずれも、暴力行為等処罰に関する法律一条のいわゆる共同暴行と、二人以上の者が共同して犯した強姦（いわゆる輪姦）⁽³⁾とに関するものであり、後者が親告罪とされていた時代のものである。

事案は、被告人等七名の者が共同して二名の婦女に暴行を加え、輪姦したと認められるものであり、当初提出された告訴が後に取り下げられたため、検察官は被告人等の共同暴行の点につき暴力行為等処罰に関する法律違反として起訴したというものである。第一審裁判所は、証拠にもとづき本件は本来強姦罪であると認定し、告訴の取消により公訴権が消滅したとして、公訴棄却の言い渡しをしたが、検察官控訴の結果、原審は暴力行為等処罰に関する法律違反として有罪判決を下している。これに対して、被告人の一部は上告せず、有罪判決が確定したが、一部の被告人によって上告がなされたわけである。

そこで、まず、昭和二十七年の第二小法廷判決は、「本件は苟くも公訴提起以前適法に告訴の取消があつたこと前説明のとおりである以上、之を強姦罪として公訴を提起し得ないことは勿論、強姦罪の構成要件中の一部の事実たる暴行行為のみを抽出して之が公訴を提起することも亦許されないとところといわねばならない」とし、原判決を破棄し、公訴を棄却したのである。その理由については、第一に、理論の面からの観察として、強姦罪は「暴行又は脅迫と姦淫

とが合一して構成される単一犯罪」であつて、このことは、「一人単独で犯した場合と数人共同で犯した場合との間に強姦罪としての成立要件において彼此差別を生ずる理は存」せず、「数人による共同暴行であつても、それが姦淫の手段であると認められる以上はたとえ暴行行為のみについて公訴が提起されても裁判所は当然強姦罪として審判すべきもの」であり、「強姦罪において告訴なき以上は之より暴行行為のみを抽出して公訴を提起すること」は許されないとされている。また、第二に、審判手続の実際上の面からの観察として、「仮に強姦罪につき暴行の事実のみにつき提起された公訴が適法とし且つ裁判所は暴行の所為についてのみ審判権があるものと仮定するも、裁判所が当該事案を審判するにはその犯罪の動機原因手段目的被害の状況程度等、当該犯罪の全般に亘り審判すべきものであるから、通例の場合強姦被害の事実は凡そ公けにせられるところとなり、その結果は前示強姦罪を親告罪とした法の目的、即ち強姦罪においては犯人を処罰するよりも被害者の意思感情名誉を尊重することを重しとした立法の趣旨は到底之を達成すること不可能に帰する」とされるのである。もつとも、これに対しては次のような藤田裁判官の少数意見が付されている。すなわち、「暴力行為等処罰法は、当時の集团的暴力行動の横行した社会状況に対応するため」に制定されたものであり、「同法によつて防護せられる法益は、単なる個人法益のみではなく公共に関する法益」であつて、本件のような強姦の手段たる暴行が右処罰法にふれる場合においても、「右処罰法違反の行為については、もはや被害者の個人的利益もしくは感情によつてその訴追すると否とを左右する余地のないものと解すべき」であり、「強姦罪が親告罪なるの故を以て、この処罰法違反の点までもその親告罪性を及ぼすと解することは右処罰法制定の趣旨に背反する」とするのである。そして、本件の場合、「右の暴行は単なる強姦罪の手段たるに止まらずそれと同時に国家が暴力行為等処罰法によつて防護せんとせる別個の法益を侵害するものであつて、この点において別個独立の犯罪が成立」し、「それがたとえ同時に強姦罪の手段たる関係に立つとしても、右暴力行為に関する罪は、それ自体として、その親告罪

性を否定すべき特別の理由がある」として、原判決の結論を是認している。

ともあれ、昭和二十七年の最高裁多数意見は、上述のように、被告人の一部の者に対する上告審において公訴棄却としたため、上告しなかった一部の被告人に対する有罪判決と抵触することとなり、これに対して、検事総長から、高裁の確定判決を破棄し被告人の公訴を棄却するとの判決を求めするために非常上告がなされ、それに対する判断として出されたのが昭和二十八年の大法廷判決である。そして、これによると、「暴力行為等処罰に関する法律第一条の違反行為は、同条所定の構成要件を充足するによつて成立する非親告罪であつて、その内容が数人共同して暴行をした場合でも必ずしも刑法一七七条前段の強姦罪の構成要素ではなく、まして、これと不可分の一体を為すものではない」とされ、昭和二十七年の第二小法廷判決とは全く反対に、原確定判決が是認されたのである。なお、ここでも補足意見と反対意見が付されているが、前者では昭和二十七年の第二小法廷判決の少数意見が引用され、後者ではその多数意見が引用されている。

このように、昭和二十七年判決と昭和二十八年大法廷判決とは、結論的に全く反対の判示をなしたわけであるが、それは、暴力行為等処罰に関する法律一条の共同暴行罪と強姦罪との罪数関係に関する認識の相違に基づいているように思われる。すなわち、昭和二十七年判決は、姦淫の手段として数人共同による暴行・脅迫が加えられた場合にも、強姦罪という単一犯罪が成立すると考えており、ここでは、共同暴行罪と強姦罪の罪数関係につき、法条競合ととらえられていたことがうかがえる。一方、昭和二十八年の大法廷判決は、共同暴行罪と強姦罪とを全く別の犯罪ととらえており、これによると、両罪の構成要件が充足されたときは、観念的競合となるものと考えられている。そして学説上も、両罪の罪数関係を法条競合と考える立場からは、昭和二十七年判決が支持され、両罪を観念的競合と考える立場からは、昭和二十八年の大法廷判決が支持される傾向にある。例えば、長島判事は、強姦罪・暴行罪・暴力行為等処罰法の三者

はいずれも法条競合の関係にあるとし、「強姦罪またはその未遂罪が成立するとき、暴行罪はもとより、暴力行為等処罰法違反罪も、強姦罪またはその未遂罪に吸収されて独立の存在を失う以上、暴行罪または暴力行為等処罰法の違反で起訴された場合であっても、裁判所の審判の対象となるのは強姦罪またはその未遂罪となる」ので、「強姦罪の告訴がない以上裁判所はこれらの公訴を棄却しなければならない」として、昭和二七年判決を支持する。⁽⁴⁾一方、小野博士は、暴力行為等処罰法一条の罪と強姦罪とは観念的競合の関係に立ち、観念的競合は本来数罪であることから、「その一について訴訟条件を欠くことは、他の一について適法な公訴を提起する妨げとなるものではない」として、昭和二八年の大法廷判決の立場を支持するのである。⁽⁵⁾

ところで、暴力行為等処罰二関スル法律は、大正末期の社会的・経済的不安を背景として頻発した各種の集团的暴力行為に対処するために制定されたものであり、その法益としては、単に個人的法益のみならず、社会の平穩という社会的法益も顧慮されたものとみてよい。⁽⁶⁾ただ、共同暴行罪等を規定した同法一条の罪については、法定刑等からみて、その社会的法益は軽微であり、それは、ほとんど個人的法益に対する附随的意味しか認められないものと考えられている。⁽⁷⁾従って、強姦の手段として行われた共同暴行が、暴力行為等処罰二関スル法律一条に該当するとしても、その法益が強姦罪の法益とは異なるという理由で、別個独立の犯罪の成立を認めるのは妥当でない。また、強姦罪における暴行・脅迫は、被害者の抗拒をいちじるしく困難にする程度のものであることが必要であるが、それを一人で行うか数人共同して行うかは、強姦行為の手段を異にするのみで、いずれも強姦罪の一態様にすぎない。すなわち、暴行が暴力行為法における共同暴行罪に該当するとしても、そのような暴行は、強姦罪すでに予定されているのであって、結局、両罪の関係は、法条競合となると考えてよい。⁽⁸⁾このように考えると、両者を観念的競合の関係にあるとすることから、昭和二八年大法廷判決を支持する見解は妥当とはいえない。一方、上述の場合に法条競合となると

考えたとしても、それは暴力行為法違反罪と強姦罪の両構成要件に該当するわけであるから、形式的にいえば、前者の罪のみによる起訴も可能であることは前節で考察した通りである。その場合、裁判所の審判の対象は、暴行罪又は暴力行為法違反罪に限定されるのであり、それらが非親告罪である以上、告訴なくして起訴することは可能である。従って、両罪の関係を法条競合ととらえることのみから、暴行行為について公訴が提起されれば、裁判所は強姦罪として審判すべきものであり、強姦罪につき告訴のない以上、暴行行為についての公訴は棄却されなければならない⁽¹³⁾として、昭和二七年判決を支持する見解も妥当とはいえない。

そこで、平場教授は、強姦罪の場合、強姦既遂罪のみでなく、その未遂罪も親告罪とされている点に着目し、「共同による強姦の未遂もまた強姦未遂罪として親告罪性を持つて以上、告訴なくして共同暴行罪として処罰することは、……刑法が強姦未遂罪を親告罪とした趣旨は事実上全く没却され、刑法の強姦未遂罪の親告罪性を迂回した脱法を許すこととなる⁽¹⁴⁾」として、結局、昭和二七年判決に賛成しておられる⁽¹⁵⁾。この見解は、この問題について、強姦罪が親告罪とされている趣旨が没却されないかどうかを判断の基準とするものであり、「共同暴行罪と強姦罪の関係が法条競合か想像的競合かの争いもこの問題についての決定的解決をあたえるものとも考えられない」ということを前提としており、「この関係が想像的競合であるとしても、それだから強姦罪の親告罪性は共同暴行の事実⁽¹⁶⁾に及ばないと法而上の一般原理から結論することもできない」とされるのである。そして、これは結局、一罪の一部起訴が他の制度（ここでは親告罪の制度）と抵触する場合に、如何なる限度でそれが許されるかという観点から問題が扱われているのであり、基本的に妥当な見解といつてよい。ただ、一部起訴が親告罪制度の趣旨に反しないかどうかという判断基準の適用によって、全ての罪数形態について同様な結論が得られるかどうかは問題であり、各罪数形態別の検討が要請される⁽¹⁷⁾ところである。

- (1) 最判昭和二十七年七月一日刑集六卷七号八九六頁。
- (2) 最判（大）昭和二十八年二月一六日刑集七卷一二号二五五〇頁。
- (3) なお、これらはいずれも旧刑訴法適用事件であり、また、いわゆる輪姦は、昭和三十三年に親告罪からはずされている（刑法一八〇条二項）。
- (4) 長島敦・刑法判例研究（昭和四一年）二〇〇頁。
- (5) 高橋勝好・「告訴の理論と実際」警察学論集二五卷四号（昭和三七年）一三九頁、木村亀二・「刑法雑筆」法律時報二五卷一号（昭和二十八年）六四頁以下、中武・前掲演習刑訴法一八八頁。
- (6) 小野清一郎・「強姦罪につき告訴の取消があつた場合における共同暴行の起訴は適法であるか」刑事判例評釈集第一四卷昭和二十七年（昭和三二年）一四八頁。
- (7) 小野清一郎ほか・改訂刑事訴訟法「ポケット註釈全書(3)」（昭和四一年）四五二頁、増井・前掲書六八頁、同・刑事訴訟法I「判例コンメンタール17」（昭和五二年）七〇四頁。なお、佐藤・前掲註釈刑訴法二八二頁は、この場合、「公共的秩序の維持という目的が被害者の意思の尊重に優先して働く結果、告訴の有無にかかわらずその手段たる行為のみを審判の対象として取り上げることが許される」とする。
- (8) 大塚仁・特別刑法（昭和三四年）七五頁、長島敦・「暴力行為等處罰に関する法律の罪」刑事法講座第七卷補卷（昭和二十八年）一六八一頁、内田文昭・「暴力行為等處罰ニ関スル法律」注釈特別刑法第二卷（昭和五七年）二二二頁。なお、池田克・「暴力行為等處罰法」現代法学全集第四卷（昭和三年）二七五頁以下参照。
- (9) 大塚・前掲書七五頁、長島・前掲刑事法講座一六八三頁、小西秀宣・「暴力行為等處罰に関する法律」判例刑法研究8（昭和五六年）二六五頁。但し、内田（文）・前掲注釈特別刑法二二二頁、池田・前掲現代法学全集二九七頁は、「個人的法益」のみをあげる。
- (10) 大塚・前掲書七六頁、長島・前掲刑事法講座一六九〇頁、小西・前掲論文二六五頁、二八一頁。
- (11) 昭和二十七年判決の少数意見及び昭和二十八年大法院判決参照。
- (12) 木村・前掲論文六五頁、長島・前掲刑法判例研究二〇〇頁。なお、山火・前掲判例評釈二二二頁。もつとも、多くの学説は、共同暴行罪が強姦罪に吸収されるとするが、これも法条競合と考えられているものといつてよい。大塚・前掲書八三頁、長島・前掲刑事法講座一六九一頁、小西・前掲論文二九六頁。但し、内田（文）・前掲注釈特別刑法二三五頁は、包括一罪の趣旨か。
- (13) 昭和二十七年判決における「理論の面からの観察」参照。

- (14) 平場・前掲判例評釈八四頁。
- (15) 昭和二七年判決における「審判手続の実際上の面からの観察」参照。なお、山火・前掲判例評釈二一四頁。
- (16) 平場・前掲判例評釈八四頁。
- (17) なお、昭和三三年法律一〇七号により、刑法一八〇条二項が追加され、共同暴行を手段とする強姦（いわゆる輪姦）は親告罪からはずされることとなった。そして、これにより、告訴がなくてもそれは強姦罪として処罰できることになり、最高裁で問題となったような事案は立法的に解決されたわけである。しかし、例えば、暴力行為等処罰法一条にいう兇器を示した暴行・脅迫と、強姦罪との関係については、現在でも同様の問題が生じうるであろう。内田（文）・前掲注釈特別刑法二三五頁。

四 罪数形態別の検討

一 法条競合

(1) ドイツにおける議論

法条競合の場合、優位法が親告罪で告訴のないとき、劣位法で処罰できるかという問題は、ドイツでは、法条競合の法的効果として議論されている。そして、特に、特別関係においては、優位法（特別法）に告訴のないときは、劣位法（一般法）によっても処罰されないとするのが通説であり、判例でもある。⁽¹⁾ すなわち、例えば、誘拐罪 (§§ 236, 237 StGB) におこつて告訴のないとき、それと法条競合（特別関係）の関係にある、自由剝奪の罪 (§ 239 StGB) 又は強要罪 (§ 240 StGB) としても処罰できないとされるのである。⁽³⁾⁽⁴⁾ これは、誘拐罪の訴追に告訴が必要とされるのは、単に、当該行為に誘拐罪の規定が適用されるか他の規定が適用されるかを被害者が決定すべきものと考えられるから

ではなく、そもそも行為を訴追するかどうか自体を被害者が決定すべきものと考えられるからである⁽⁵⁾ということによるようである。

それに対して、法条競合の特別関係の場合、親告罪たる優位法（特別法）について告訴のないときは、劣位法（一般法）で処罰できるとする見解もないではない⁽⁶⁾。とりわけ、ヤコブス⁽⁷⁾によると、特別犯における告訴の必要性が、行為全体の優遇に向けられるときは、告訴がなければ一般法で処罰することはできないが、告訴の必要性が、つけ加えられた不法部分にのみ向けられているときは、告訴の欠如によってこの部分のみが阻止されるとされている。そこで、例えば、誘拐罪（§§ 235～238 StGB）の場合、告訴の必要性は、誘拐によって自由剝奪又は強要に付加された不法部分にのみ向けられていることを理由に、告訴がなくても、自由剝奪の罪（§ 239 StGB）又は強要罪（§ 240 StGB）として可罰的であるとされるのである⁽⁸⁾。

そして、確かに、分析的にみると、ヤコブスのいうように、告訴の必要性が、つけ加えられた不法部分にのみ向けられているような犯罪もあるであろう。しかし、その場合でも、それ以外の部分についての訴追が、告訴の必要な部分に全く影響を及ぼさないといえるであろうか。すなわち、告訴とは端的にいうと、被害者等からの訴追を求める意思表示であり、親告罪は訴追について被害者等の意思を尊重しようとするものであるが、一罪の場合には、その一部のみを訴追しても、必然的に告訴の必要な部分に審理が及ぶ場合もありうるであろう。この場合、告訴なくしてそれを審理することは、それに告訴を必要とする親告罪制度の趣旨に反することになるのではなからうか。従って、結局、ここでは、親告罪に告訴が必要とされる理由が重要となるのであり、この問題については、それと関係づけて解決しようとする、通説の立場が基本的に支持できるように思われる。

もっとも、特別関係であっても、減輕的特別関係の場合は、優位法（特別法）につき告訴のないときは、劣位法（一

般法)で処罰することはできないとすることに異論はない。⁽⁹⁾ すなわち、例えば、窃盗罪の減輕構成要件としてのいわゆる困窮窃盗罪 (§ 248a a.F. StGB) において告訴のないときは、一般法たる窃盗罪 (§ 242 StGB) によって処罰できないとされるのである。⁽¹⁰⁾ そして、これは、そのようにしないと、法によって認められた優遇措置が無駄となってしまうからである。⁽¹¹⁾ しかし、確かに、そのように考えるべきであろうが、減輕構成要件が親告罪でなくても、立証の便宜等を考えて加重犯たる一般構成要件で処罰しようとすることは不合理であるといわなければならない。つまり、例えば、同意殺人罪の事例を、普通殺人罪で処罰することは明らかに妥当ではない。従って、親告罪たる減輕構成要件につき告訴のないときは、一般構成要件でも処罰できないというのは、告訴の欠如のためではなく、減輕的特別関係自体の作用によるものと考えるべきである。要するに、これは、親告罪における告訴の意味を考えるまでもなく解決しうる問題である。

一方、法条競合の補充関係の場合には、基本法について告訴のないときは、補充法が適用できるとされており、例えば、過失傷害罪につき告訴の欠如するときは、同時に行われた秩序違反のために、道路交通法 (§ 24 StVG) によって処罰できるとされるのである。⁽¹²⁾ もっとも、このような取り扱いが補充規定の意味であるとしても、両罪の関係が、真に法条競合といえるかどうか疑問であり、これを法条競合の場合の告訴の欠如の事例と同列に扱うこと自体に問題があるように思われる。⁽¹³⁾ また、警戒標識を破壊する行為が、告訴の欠如によって器物損壊罪 (§ 303 StGB) で訴追できないときは、警戒標識の破壊罪 (§ 145 II StGB) で処罰できるとされるが、⁽¹⁴⁾ この場合は、両罪が法条競合となっても、前者で処罰できないときは後者で処罰できることが明文で規定されているのであって、告訴の趣旨にかかわる問題とは異なるものといわなければならない。さらに、例えば、息子が両親の住居に侵入し、窃盗を行ったときは、親族間の窃盗罪 (§ 247 StGB) に対する告訴がなくても、住居侵入罪 (§ 123 StGB) 又は器物損壊罪 (§ 303 StGB) に

ついでに告訴があればそれで処罰することができる⁽¹⁵⁾。しかし、これは、侵入窃盗罪 (§ 243 I StGB) と住居侵入罪又は器物損壊罪が法条競合となることを前提としているが、これを法条競合とみること自体に疑問がある⁽¹⁶⁾。従って、これもここで挙げるべき適切な事例とは思われない。その他、例えば、自動車の無権限使用罪 (§ 248 b StGB) において、被害者が告訴をしないときは、ガソリンの窃盗としても処罰されないと解されている⁽¹⁷⁾。そして、それは、そのように解さないと告訴権者が訴追を望まない場合にも常に訴追しうることになり、法の趣旨にも反するのであり、また、告訴がないために窃盗として重く処罰されるのは不合理であるとされるからである⁽¹⁸⁾。しかし、自動車の無権限使用罪は、窃盗罪の減輕的特別犯と見るべきであり、前者につき告訴のないときは後者でも処罰できないというのは、告訴の趣旨にかかわる問題ではなく、減輕的特別関係自体的作用によるものであることは前にも述べた通りである。

以上のように、ドイツでの議論は、法条競合の場合、特別関係か補充関係かという区別、及び、加重構成要件か減輕構成要件かの区別が前提となっているようであるが、とり上げられている事例は、必ずしも法条競合の事例ではなかったり、真に告訴の欠如の問題ではないものが多い。しかし、ともかく、法条競合における優位法が親告罪で告訴のないとき、劣位法で処罰できるかという問題については、劣位法による処罰が、優位法に告訴を必要とされる趣旨に反しないかどうかという点が重要であり、これは結局、告訴の欠如が劣位法による処罰をも禁じているかどうかの問題である⁽²¹⁾ということがうかがえるであろう。

- (1) Vogler, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 5. Lieferung, 1978, S. 39; Mösl, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl., 4. Lieferung, 1970, S. 18; Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42. Aufl., 1985, S. 306; Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil 2, 6. Aufl., 1984, S. 391; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Allg. Teil, 11. Aufl.,

- 1969, S. 234.
- (2) RGSt., Bd. 19, S. 250 (S. 253) ; RGSt., Bd. 47, S. 385 (S. 388) ; JZ., 1971, S. 31 = MDR., 1970, S. 1032.
- (3) Vogler, a.a.O., S. 39 ; Mösl, a.a.O., S. 18 ; Maurach-Gössel-Zipf, a.a.O., S. 391 ; Welzel, a.a.O., S. 234 ; Baumann-Weber, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl., 1985, S. 666 ; Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 174 ; Vogler, Funktion und Grenzen der Gesetzeinheit, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 730 ; BGHSt., Bd. 19, S. 320 = NJW., 1964, S. 1380 ; BGHSt., Bd. 28, S. 18 (S. 19) ; MDR. (Holz), 1980, S. 455.
- (4) Schönke-Schröder (Stree), a.a.O., S. 571 は「減輕的特別関係の場合には一般構成要件は適用できないが、加重的特別関係の場合には一般構成要件が適用できぬこと」(Vgl. Benfer, Allgemeines Strafrecht, 1984, S. 169)「誘拐罪と自由剝奪の罪の関係を前者の例としてあげている。しかし、両罪の法定刑は同じであるので、それらは減輕的特別関係とはいえないのではなからうか。また、加重的特別関係の場合には、中止未遂のために優位法が適用できない事例があげられているが、これは告訴の欠如の場合とは若干異なる問題である。」
- (5) Vogler, Bockelmann-Fest., S. 730 ; BGHSt., Bd. 19, S. 320 = NJW., 1964, S. 1380 ; vgl. Geerds, a.a.O., S. 174. 反対 : Handel, NJW., 1964, S. 1733.
- (6) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S. 232 ; Jagusch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl., Bd. 1, 1957, S. 598 ; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 604 ; NJW., 1953, S. 37.
- (7) Jakobs, Strafrecht, Allg. Teil, 1983, S. 731.
- (8) Handel, a.a.O., S. 1733 も「誘拐罪についての告訴がないということは、被害者が他の法的観点からの処罰をも望まなかったという場合にはならないし、その場合全く処罰しないのは、刑事政策的に好ましいことではないとする。Vgl. JW., 1934, S. 2919.
- (9) Jagusch, a.a.O., S. 598 ; Geerds, a.a.O., S. 174 ; Jescheck, a.a.O., S. 604. 但し「イェシエックは、この誘拐罪と自由剝奪の罪の関係をあげているが、これは減輕的特別関係の事例とはいえない点につき、注(4)参照。」
- (10) その他「親族間の窃盗・横領 (§247 StGB) で告訴のないとき、窃盗罪 (§242 StGB) や横領罪 (§246 StGB) でも処罰できず、それは、そうしないと家族の平和の維持という告訴を必要とした目的が没却されるからである」とされている (Vogler, Bockelmann-Fest., S. 730 ; Baumann-Weber, a.a.O., S. 665) が、§247 StGB は「一定の場合に窃盗罪・横領罪の訴追に告訴を要する」とする規定であって、それらとは別の構成要件を設定したものではない。従って、ここでこれを例としてあげるのは妥当で

ない。

- (11) Geerds, a.a.O., S. 174.
- (12) Vogler, LK., S. 42; Mösl, a.a.O., S. 18.
- (13) 両罪は、観念的競合となるのではなからうか。
- (14) Schönke-Schröder (Stree), a.a.O., S. 572; Jagusch, a.a.O., S. 599.
- (15) Jescheck, a.a.O., S. 604; Schönke-Schröder (Stree), a.a.O., S. 572; Vogler, Bockelmann-Fest., S. 730.
- (16) これは、包括一罪とみるべき場合ではなからうか。この点につき、拙稿「法条競合と包括一罪(三)」香川法学四巻一号(昭和五九年)一二二頁以下参照。
- (17) Vogler, LK., S. 42; Mösl, a.a.O., S. 18; Schönke-Schröder (Stree), a.a.O., S. 572; Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl., 1981, S. 316; NJW., 1953, S. 37. 但し、Dreher, JZ., 1971, S. 32 及び、これを疑問をもち。
- (18) NJW., 1953, S. 37.
- (19) 拙稿・前掲「法条競合と包括一罪(三)」一二三頁。なお、Vogler, Bockelmann-Fest., S. 731 は、自動車の無権限使用の場合、そもそも窃盗罪の構成要件に該当しないが故に、告訴がなければガソリン・オイル等の窃盗罪としても処罰できないものとする。
- (20) Vgl. Vogler, LK., S. 39; Geerds, a.a.O., S. 175; BGHSt., Bd. 19, S. 188 (S. 190); BGHSt., Bd. 24, S. 262 (S. 266) = NJW., 1972, S. 262.
- (21) Vogler, Bockelmann-Fest., S. 730f.

(2) 我が国での議論

我が国では、この問題は、強姦罪において告訴のないとき、その一部をなす暴行・脅迫罪として起訴し、処罰することができるかという形で議論されている。そして、この問題の解決には、一般的に一罪の一部起訴が許されるかどうかに関する見解の相違が影響を及ぼすであろう。

すなわち、まず、一般論として、一罪の一部起訴は許されないとする見解によると、強姦罪において告訴のないときは、その一部たる暴行・脅迫罪で起訴することもできないこととなるように思われる。なぜなら、強姦罪の場合、暴行・脅迫と姦淫とが常に全体として一罪のみを構成するのであり、一罪の一部起訴を認めない見解は、実体法上の一罪は訴訟法上も一の不可分の単位として取り扱われなければならないとするからである。⁽¹⁾ところが、一般論として一罪の一部起訴を否定しながら、この場合は例外的に一部起訴が認められるとする見解もある。すなわち、宮崎教授は、公訴不可分の原則ないし単一科刑の原則から一罪の一部起訴に反対しつつ、告訴の欠缺の場合等、全体を起訴することが法律上許されないような場合には、一部を起訴を認め、しかも判決の効力を全体に及ぼすこと⁽²⁾によって単一科刑の要求をある限度において満足せしめることが相当であるとされるのである。⁽²⁾しかし、強姦罪において告訴のないとき、その一部をなす暴行・脅迫罪で訴追することは、一罪の一部起訴に他ならず、一般論として一罪の一部起訴を認めない見解によるならば、そのような起訴は許されないはずである。宮崎教授は、告訴の欠缺の場合等、全体を起訴することが法律上許されないような場合には、一部起訴は認められるとされるが、これは少なくとも論理的でないように思われる。また、そもそも、現行法上は訴因制度がとられており、一罪の一部起訴も原則として認められると考えるべきことは前に述べた通りであり、上述の見解の前提となっている、一罪の一部起訴は認められないという考え方自体、妥当なものとはいえない。

一方、告訴不可分の原則から、親告罪において告訴のないとき、その構成要件の一部をなす事実だけを切り離して非親告罪として起訴することは許されないとするものもある。⁽³⁾そして、ここでいう告訴不可分の原則とは、告訴の客観的不可分の原則を意味し、これは、一個の犯罪事実の一部について、告訴またはその取消があったときは、犯罪事実の全部について効力を生ずるというものである。ここから、強姦罪についての告訴があれば、その効力は、暴行・

脅迫行為と姦淫行為の両事実に及び、その取消の効力も両事実に及ぶこととなる。しかし、これは告訴がなされた場合に關するものであつて、ここでの問題は、告訴のない場合についてである。すなわち、告訴のない場合に一部起訴は許されないとする理由として、なされた告訴の効力の及ぶ範囲を決めるための原則である告訴の客観的不可分を持ち出すことには疑問がある⁽⁴⁾。また、強姦罪が親告罪であるからといって、告訴不可分の原則から、それに含まれる暴行・脅迫罪も親告罪となるわけではない。従つて、暴行・脅迫罪としての訴因を掲げるかぎり、たとえそれが強姦罪の一部であつても、親告罪となるわけではないので、告訴なくして訴追することは、告訴の客観的不可分の原則に反するわけではないであろう。こうして、告訴の客観的不可分の原則を根拠として、親告罪において告訴のないとき、その一部としての非親告罪で起訴することは許されないという結論を導くのは、なお無理があるように思われる。

さて、多くの学説は、一般的に一罪の一部起訴を認めつつ、強姦罪に告訴のないとき、その一部である暴行・脅迫罪として起訴することは、強姦罪を親告罪とした趣旨に反するが故に許されないとする⁽⁵⁾。また、下級審判例の中にも、「強姦罪は被害者の名誉を尊重するたて前から被害者等告訴権者の告訴を起訴の要件とする親告罪である」から、暴行が行われ、「すでに強姦に着手し被害者の反抗を抑圧する直接の暴行と見られるに至つた場合は強姦罪の構成要件の一部であるから之を強姦罪より切り離して他の罪名の下に起訴することは強姦罪を親告罪とした前記立法の趣旨より許されないものと解すべきである⁽⁶⁾」とするものがある⁽⁷⁾。そして、これらは、一罪の一部起訴の限界を、親告罪制度の趣旨が没却されないかどうかに求めている点で、妥当な方向を示しているといつてよい⁽⁸⁾。

そこで、ここにいう親告罪制度の趣旨とは一体何であるかが問題とされなければならない。この点につき、強姦罪の場合、暴行を姦淫という事実から全く切り離して審理することはできないから、暴行の事実だけを審理するつもりでも被害者の意思を無視する結果となつてしまうものがある⁽⁹⁾。これはおそらく、強姦罪が親告罪とされたのは、審理の

過程で被害者が姦淫されたという事実が明らかにされると、かえって被害者の名誉、感情を損うおそれがあるからであり、強姦罪の一部である暴行・脅迫罪として起訴したとしても、その審理の過程で、必然的に姦淫の事実にもふれざるをえないと考えられたものと思われる。しかし、これに対しては、強姦罪が親告罪とされた理由については同様の観点に立ちつつ、ここにおいて暴行・脅迫の事実だけを起訴しても、被害者の名誉を侵害することにはならないとし、強姦罪において告訴のないときは、暴行・脅迫罪として訴追することも可能であるとする見解もある⁽¹⁰⁾。そして、例えば、強姦罪を強要罪として訴追するときは、その審理の過程において必然的に姦淫の事実にもふれざるをえないであろうが、暴行・脅迫行為は姦淫の手段行為であるから、暴行・脅迫罪の審理に止まる限り、必然的に姦淫の事実が明らかになるとはいえないのではなからうか。すなわち、強姦罪が親告罪とされた理由が、被害者が姦淫されたという事実が明るみに出るという事に求める以上、告訴なくして暴行・脅迫罪として訴追することは、必ずしも強姦罪を親告罪とした趣旨に反するものとはいえないように思われる⁽¹¹⁾。

そこで、平場教授は、強姦罪では、強姦既遂罪のみでなく、強姦未遂罪も親告罪とされている（刑法一八〇条）ことから、法の立場では、被害者の姦淫を受けたという事実だけに着目してこれを親告罪としているのではなく、姦淫の意図のもとに暴行・脅迫を受けたという事実を公にすることが既に被害者の名誉・感情を著しく害するものと考えられているとし、告訴なくして暴行・脅迫罪として訴追することは、強姦未遂罪が親告罪とされた趣旨に反するとされている⁽¹²⁾。そして、確かに、暴行・脅迫罪としての審理の過程では、それが強姦の意図のもとに行われたということにふれざるをえないであろう。従って、この場合に、告訴なくして訴追することは、強姦未遂罪を親告罪とした趣旨に反するといわなければならない。こうして、強姦罪において告訴のないとき、あえて暴行・脅迫罪として起訴するのは、強姦未遂罪が親告罪とされている趣旨に反するが故に許されず、これは検察官の権限の濫用となる。また、非親告罪

としての暴行・脅迫罪の訴因で審理中に、それが強姦の手段行為であると判明した場合、裁判所は、告訴がなければ公訴棄却とすべきである。

ところで、法条競合の場合、高田教授は、「訴訟条件の欠缺により特別法による処罰が不可能だからという理由で一般法による処罰は禁じられるものと解すべきである」とされ、例えば、強姦罪において告訴のないときは強要罪によって処罰することはできないとされている。⁽¹³⁾そして、前述のように、強姦罪において告訴のないとき、確かに、強要罪で処罰するのは強姦既遂罪を親告罪とした趣旨に反するであろう。しかし、同じく法条競合となる場合であっても、暴行・脅迫罪で処罰することはその趣旨に反するものではないと思われる。強姦未遂罪も親告罪とされているが故に、暴行・脅迫罪で処罰することが不可能となるのである。このように、法条競合の場合、優位法が親告罪で告訴のないときは、すべての劣位法でも処罰できないというわけではない。法条競合の場合でも構成要件の数だけの訴因を形成することができるのであり、優位法が親告罪で告訴がなくても、原理的には一部起訴は可能なのであるが、ただ、それが親告罪の趣旨を没却するような場合には許されないものとなるのである。すなわち、一部起訴が許されなくなるのは、法条競合であるからではなく、それが親告罪の趣旨に反するからであり、⁽¹⁴⁾それを限度とするのである。

- (1) 中武・前掲法学教室二一三頁、同・前掲演習刑訴法一八八頁、同・注解刑事訴訟法中巻「全訂新版」（昭和五七年）八四九頁。なお、江里口清雄・「訴因と訴訟条件」刑事訴訟法（新版）「実例法学全集」（昭和五二年）一二三頁、内田（一）・前掲論文一一五頁。
- (2) 宮崎・前掲論文一九六頁。この場合、被害者の名譽は審理の範囲を訴因に限定することによって守られるとする。
- (3) 増井・前掲判例コンメンタール七〇四頁、小野ほか・前掲ポケット註釈四五二頁、齊藤壽郎・安村和雄・判例刑事訴訟法上巻（昭和三五年）九〇頁、植松正・刑事訴訟法教室（昭五五年）一一頁。
- (4) 佐藤・前掲注釈刑訴法二八一頁。

- (5) 田宮・前掲書五七一頁、鈴木・前掲書九〇頁、小西・前掲論文二九六頁、松尾前掲書一六六頁、平野・前掲書一四二頁、佐藤・前掲注釈刑法二八一頁以下。その他、否定説として、小野・前掲判例評釈一四八頁、増井・前掲告訴・告発六八頁、高橋・前掲論文一三九頁、青柳文雄・新訂刑事訴訟法通論(昭和三七年)一九三頁以下。
- (6) 札幌高判昭和二七年六月二五日高集五卷六号九九五頁。同旨、広島高判昭和二五年二月二六日高集三卷四号六九二頁、東京地判昭和三八年二月二一日下集五卷一一〇二号一一八四頁。
- (7) それに対して、名古屋高金沢支判昭和三〇年三月八日裁特二卷五号一一九頁は、「仮令本件暴行の所為が、強姦其の他別罪の手段であり、別罪の一部を構成するものであるとしても、元來刑事訴訟法は、檢察官に於て、訴追の都合上、斯かる一罪の一部分を獨立の犯罪行為として取上げ、専ら該部分のみを起訴状に掲げ、審判の対象を此の部分に局限することを禁止するものでない」としており、反対の立場を示しているようでもあるが、本件はそもそも強姦罪について告訴のない場合であるかどうかは明らかでない。
- (8) 但し、長島・前掲刑法判例研究二〇二頁は、このような実質論は考慮のほかにおいてよいとする。
- (9) 井上・前掲論文五〇頁。
- (10) 高田(義)・前掲判例評釈七八頁以下、柴田・前掲注釈刑法五二八頁以下。なお、柏木・前掲書二八六頁参照。
- (11) 高田(義)・前掲判例評釈七九頁、柴田・前掲注釈刑法五二八頁以下、宮崎・前掲論文一九六頁。但し、井上・前掲論文五〇頁、江里口・前掲論文一二三頁は、暴行を姦淫という事実から全く切り離して審理することはできないとする。
- (12) 平場・前掲判例評釈八二頁以下。同旨、山火・前掲判例評釈二一四頁以下、石井・前掲論文一二五頁。
- (13) 高田卓爾・注釈刑法(2)のII(昭和四四年)五五八頁。
- (14) Vogler, Bockelmann-Fest., S. 730; Geerds, a.a.O., S. 169f.

二 包括一罪

ドイツでは、包括一罪という罪数形態は存在しないが、数個の行為がありながら一罪の認められる形態として、連続犯(fortgesetztes Verbrechen)という概念がある。そして、親告罪たる数個の行為が連続犯となる場合には、告訴

は個別行為ごとに必要とされており、告訴のある個別行為のみが訴追しうるとされている⁽¹⁾。このことは、連続犯の場合には、連続犯を形成する数個の個別行為のうちの一部について告訴がなくても、他の部分について告訴があれば、その部分について一罪の一部起訴が可能であると考えられていることを示している⁽²⁾。

一方、我が国でも、法条競合の場合には、告訴なくして強姦罪の一部たる暴行・脅迫罪で起訴することは許されないとする見解も、包括一罪の場合には、告訴がなくてもその一部たる暴行・脅迫罪で起訴することも許されるとされているようである。すなわち、「その暴行・脅迫が強姦罪に着手する以前の予備的段階におけるものか、姦淫とは別個になされたものの場合」には、暴行・脅迫だけをとりあげて起訴できるとされるのである⁽³⁾。従って、例えば、単なる暴行・脅迫を加えた後で、姦淫の意思を生じ、さらに強姦行為を行った場合、前の暴行・脅迫罪と後の強姦罪とは包括一罪となると思われるが⁽⁴⁾、強姦罪について告訴がなくても、暴行・脅迫罪として起訴し処罰することができることとなるであろう。また、下級審判例の中にも、「強姦罪に着手する以前の予備的行為であれば強姦罪の一部とはならないからそれ自体独立して起訴の対象となり得ることが考えられる⁽⁵⁾」とするものもあるが、これも同趣旨に解してよいであろう。

ところで、ここでも、告訴なくして一罪の一部を起訴した場合、親告罪の趣旨に反しないかどうかを検討されなければならない。そして、前例の場合、暴行・脅迫行為と強姦行為とは別個の犯罪事実であるので、暴行・脅迫罪のみを起訴したとしても、必然的に強姦行為に審理が及ぶとはいえないであろう。従って、この場合、強姦罪につき告訴がなくても、暴行・脅迫罪として起訴することは、強姦罪ないし強姦未遂罪が親告罪とされている趣旨を没却することにはならないといわなければならない。ちなみに、そもそも包括一罪とは、数個の構成要件該当事実がありながら、一個の罰条によって一回的に評価できる場合であるが、包括一罪を構成する各事実は、それぞれが独自に可罰性を持

つた行為である。⁽⁶⁾従って、各個別行為に生じた特別の事情は、他の個別行為の取り扱いに影響を与えないものと考えてよい。すなわち、前例において、強姦罪につき告訴のないとき、それと包括一罪をなす暴行・脅迫罪として起訴し処罰することが可能であるというのは、包括一罪の罪数論上の意義から出る帰結であつて、この点で法条競合の場合とは異なるわけである。

なお、包括一罪の一部が親告罪で告訴のない場合について、次のような判例がある。すなわち、事案は、被告人が単独で強姦行為を行った後、他の者と輪姦行為に及んだというものであり、被害者からの告訴がないため、起訴状記載の公訴事実には被告人の単独の強姦行為は記載されていなかったにもかかわらず、第一審判決は、これを「罪となるべき事実」として認め、第二審判決も、量刑不当の主張に対する判断として、「同被告人は最初被害者を姦淫しただけでなく他の共犯者らの姦淫行為後再度姦淫行為に及んだと認められ」るから、その刑は他の共犯者よりも重かるべきであるとしたのである。これに対して、被告人は、審判の請求を受けない事実につき判決した違法があるとして上告したのであるが、最高裁は、⁽⁷⁾単独の姦淫行為については、「同被告人の他の共同被告人らとの共同の姦淫行為である犯罪事実に至る経過または情状として判示したものに過ぎない」として、上告を棄却したのである。但し、岩田裁判官は、反対意見において、被告人の単独強姦行為と他の者との共同強姦行為は包括一罪となるとし、「包括一罪の一部が親告罪であり、しかも告訴のない場合は、裁判所はこの告訴のない部分については審理判決することは許されない」のであつて、第一審、第二審は、告訴をもって論ずべき罪について、告訴なくしてこれを処断した違法があるとして
いる。

この判例では、一罪の一部起訴自体が問題とされているわけではないが、少なくとも、親告罪（単独強姦罪）と非親告罪（共同強姦罪）とが包括一罪となる場合、告訴がなくても後者として訴追することは許される⁽⁸⁾ということが前

提となっているように思われる。そして、それが認められるという点は前述した通りである。しかし、この場合、非親告罪の部分のみの審理が許されるのであって。親告罪が非親告罪となるわけでもなく、その部分は審理の対象からはずされなければならない。この意味において、岩田裁判官の反対意見が支持されるべきである。⁽⁹⁾

(1) Jähne, a.a.O. S. 21; Jescheck, a.a.O. S. 585; Vogler, LK. S. 29; Schönke-Schröder (Stree), a.a.O., S. 555; vgl. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1977, S. 561; Dreher-Tröndle, a.a.O., S. 533.

(2) 但し、告訴のないときは連続犯の個別行為自体になりえない (Mösl, a.a.O., S. 28) と考えるならば話は別である。しかし、親告罪における告訴は訴訟案件であり、告訴がなくても個別行為は犯罪成立要件を満たしており、そこに罪数観念は発生するのであって、告訴のない個別行為も、告訴のなされた個別行為とともに、連続犯として一罪たりうるものといふべきである。

(3) 山火・前掲判例評釈二一五頁。但し、青柳・前掲書一九四頁は、暴行・脅迫が強姦行為に接している場合はその起訴は許されないが、その前後にかなり隔った暴行・脅迫行為であれば許されるとする。

(4) 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)一三八頁参照。

(5) 札幌高判昭和二七年六月二五日高集五卷六号九九五頁。

(6) 拙稿・前掲「法条競合と包括一罪(四・完)」一〇九頁以下参照。

(7) 最決昭和四一年一月一〇日判例時報四六七号六三頁。

(8) 柴田・前掲注釈刑法五二八頁。

(9) 同旨・石井一正・「包括一罪と訴訟条件」刑事法演習第一卷(昭和四九年)一〇五頁、鈴木茂嗣・「罪数論」現代刑法講座第三卷三〇五頁、松尾浩也・「起訴状に記載されなかった強姦の事実の認定が、同一の機会における現場共同強姦罪の情状の判示として許容された事例」判例評論一〇二号(判例時報四八〇号)(昭和四二年)一〇頁。

三 科刑上一罪（観念的競合、牽連犯）

科刑上一罪とは、本来的には数罪が成立するが、科刑上は一罪として処断されるものをいう。このようなものとして、我が国では、観念的競合と牽連犯が認められている（刑法五四条）が、ドイツでは前者があるのみである（§52 StGB）。

まず、ドイツでは、観念的競合となる犯罪の一部が親告罪であり、告訴のないとき、他の非親告罪のみで訴追できるとされている。⁽¹⁾そして、例えば、誘拐罪の場合に、告訴がなければ自由剝奪の罪又は強要罪でも処罰することはできないとする見解も、誘拐において被害者が傷害を負ったときは、告訴がなくても傷害罪で処罰できるとされるのは、⁽²⁾両罪の関係が観念的競合と考えられるからであろう。⁽³⁾

一方、我が国の学説も、科刑上一罪において、一部が親告罪で告訴がないとき、非親告罪の部分について起訴することは可能であるとし、⁽⁴⁾特に、例えば、強姦罪について告訴がなくても、これと牽連犯の関係にある住居侵入罪だけを起訴することは許されるとする点については異論がない。⁽⁵⁾また、判例もこれを認めており、「強姦罪ハ所謂親告罪ニシテ住居侵入罪ハ非親告罪ナルカ故ニ前者ニ対シテハ告訴ナキ場合検事ハ前者ト後者トヲ分離シテ公訴権ヲ行使スヘク裁判所亦之ニ從テ審理裁判スヘキモノト解セサルヘカラス……牽連犯ノ一部ニ属スル非親告罪ノミヲ分離シテ審理スルモ違法ナリト云フヲ得ス」としている。⁽⁶⁾但し、観念的競合については若干の異論もある。すなわち、平場教授は、前述の共同暴行罪と強姦罪との関係について、両罪の「関係が想像的競合であるとしても、それだから強姦罪の親告罪性は共同暴行の事実には及ばないと法而上の一般原理から結論することもできない」とされ、強姦罪についての告訴なくして共同暴行罪として処罰することは、刑法が強姦未遂罪を親告罪とした趣旨に反するとされるのである。⁽⁸⁾これは、観念的競合は一個の行為による場合であるから、別罪であっても、一方の非親告罪についての審理は、他方の親

告罪にも及ばざるをえないという点を考慮したものと思われる。

さて、科刑上一罪とは、前述のように、本来的には数罪が成立する場合である。つまり、科刑上一罪となる個々の犯罪は、別個の犯罪である。そして、特に、牽連犯の場合は、別個の行為によるものであり、一方の犯罪の審理が、必然的に他方の犯罪に及ばざるをえないというものではない。従って、親告罪と非親告罪が牽連犯となり、告訴のないとき、非親告罪で訴追し処罰することは、親告罪の趣旨に反するものとはいえない。こうして、牽連犯の場合には、告訴なくして、非親告罪として訴追することの可能であることは容易に理解できる。一方、観念的競合の場合には、数罪ではあっても、一個の行為による場合であるから、一方の犯罪の訴追によって、他方の犯罪にまで審理が及ばざるをえないといえるかもしれない。しかし、観念的競合を構成する各犯罪は、別個の犯罪であって、一方が親告罪であるからといって、他方も親告罪となるわけではない。そして、別個の犯罪であるが故に、一方の犯罪にのみ審理を限定することも可能なのではなからうか。すなわち、親告罪と非親告罪とが観念的競合となり、告訴のないとき、非親告罪のみによる訴追によって、必然的に親告罪の審理もなされざるをえないわけではなく、従って、そのような訴追も許されるといってよい。このように、牽連犯も観念的競合も、科刑上一罪は、科刑上の取り扱いにおいて重きに従って処断され、その意味で一罪的取り扱いがなされるが、その他の取り扱いにおいてどのようなようになされるかについては、それぞれの観点から別個の考慮がなされてよいと思われる。

(1) Müsl. a.a.O., S. 28; vgl. Jahnke, a.a.O., S. 20; Rudolphi, a.a.O., S. 561; Dreher-Tröndle, a.a.O., S. 533.

(2) Vogler, Bockelmann-Fest., S. 730; Geerds, a.a.O., S. 174.

(3) RGSt., Bd. 18, S. 273 (S. 286); RGSt., Bd. 47, S. 385 (S. 388).

- (4) 内田(一)・前掲論文二一四頁、植松・前掲書一〇頁。
- (5) 江里口・前掲論文二二四頁、柴田・前掲注釈刑法五二八頁、植松・前掲書一〇頁。
- (6) 大判昭和七年五月一二日大集一一卷六二二頁。同旨・大判昭和一三年六月一四日大集一七卷四三三頁。なお、住居侵入罪と姦通罪につき、大判昭和一四年九月一三日法律新聞四四七〇号一〇頁、大判昭和一五年一〇月三一日法律新聞四六三六号一二頁。
- (7) これらの結論は、告訴不可分の原則とも抵触しないとされている。なぜなら、告訴不可分の原則は、科刑上一罪の場合は例外が認められており、一方が親告罪で他方が非親告罪で被害者を同じくするとき(例えば、住居に侵入して強姦した場合)、非親告罪に限定した告訴の効力は親告罪の部分には及ばないとされるからである。鈴木・前掲書六三三頁、平野・前掲書九〇頁、柏木・前掲書四四頁、高田(卓)・前掲注解刑法一九九頁、佐藤・前掲注釈刑法二八〇頁。
- (8) 平場・前掲判例評釈八四頁。

五 おわりに

法条競合、包括一罪、観念的競合、牽連犯は、いずれも数個の構成要件に該当するものでありながら、一罪として扱われる点で共通性がある。これらの場合、数個の構成要件に該当するということから、数個の訴因が形成されうる。そして、その点について検察官の処分権が認められ、それらの一罪の一部起訴も可能となる。しかし、それが許されるのは、刑事訴訟法上の他の諸原則と抵触しない範囲に限られ、他の原則と抵触する場合は、検察官の権限濫用となり、一部起訴は違法・無効となる。そこで、親告罪において告訴の欠如するとき、一罪の一部起訴が許されるかどうかという問題については、親告罪という制度の趣旨を没却しないかが重要な視点となる。すなわち、親告罪という制度の趣旨を没却しない限り一罪の一部起訴も可能であろうが、その趣旨を没却するような一部起訴は検察官の

権限の濫用として違法となるのである。そして、その判断は、具体的事案に即して行わざるをえないであろう。このような観点から、各罪数形態につき検討すると、まず、法条競合の場合には、親告罪において告訴のないとき、その一部の起訴を認めると、親告罪の趣旨を没却する場合が出てくる。それに対して、包括一罪、観念的競合、牽連犯の場合には、そのような一部起訴を認めても、親告罪の趣旨を没却するようなことはないと思われる。もっとも、観念的競合と牽連犯は、いわゆる科刑上一罪であり、本来的には数罪が成立しているのであるから、一方の犯罪に生じた事情は他方の犯罪の取り扱いに影響を及ぼさないということは容易に理解できるところである。それにしても、法条競合と包括一罪は、同じく本来的一罪の場合であるにもかかわらず、ここでは異なる取り扱いがなされるわけである。これは、法条競合が、一方の構成要件の中に、他方の構成要件も概念的に含まれているという関係において生ずるものであるのに対し、包括一罪は、個々の行為がそれぞれ独自の観点で可罰性をもちながら、一方の罰条による一回的評価が可能な場合であるという罪数形態上の相違からくるものと思われる。すなわち、法条競合の場合には、一方の構成要件に他方の構成要件が含まれているために、その一方に生じた事情が他方に影響を及ぼすことがありうるのに対し、包括一罪の場合には、一応別個の犯罪事実が存在するため、一方が他方に影響を及ぼすことがないわけである。これは要するに、実体法上の罪数概念の違いによって、訴訟法上の取り扱いも異なるということに他ならない。そして、法条競合と包括一罪は、往々にして混同して用いられるが、実際上の取り扱いの場において重要な相違が生ずるのであり、その区別は重要であるといわなければならない。