

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——

丸 山 雅 夫

はじめに

供与共謀者間における(受)交付罪の成否

供与罪と(受)交付罪との関係

(1) 供与された部分と(受)交付罪

(2) 未供与部分と(受)交付罪

むすびにかえて

はじめに

選挙の公正を害する典型とも言える行為は選挙人を買収して一定候補への投票を依頼するものであるが、最高裁大法廷は、昭和41年に、買収共謀者(共謀共同正犯)の間で買収資金が(受)交付された後にその一部が共謀通りに供与されたという事案に対し、注目すべき判断を示した。すなわち、「旧衆議院議員選挙法112条1項5号ならびにこれを承継した公職選挙法221条1項5号にそれぞれ交付および受交付の行為を処罰する旨規定しているのは、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、もっ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ほかならないものと解されるのである。したがって、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って、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ものといわなければならない」として、供与共謀者間における（受）交付罪の成立を否定してきた従来の判例を変更したうえで、「なお、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（供与等の申込、約束がなされ、又は次の交付もしくはその申込、約束がなされたときを含む）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ものと解するのが相当である。そして、右の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45条の併合罪の関係に立つものと解すべきである」としている¹⁾。本判決によって、①供与罪の共謀共同正犯者間における供与資金等の授受行為も（受）交付罪として独立に評価されうるものであることが確認され、（受）交付と供与の関係についても、②供与に至った部分については（受）交付行為が供与罪に「吸収され」、③一部のみが供与された場合には、（受）交付を吸収した供与罪と残りの部分についての（受）交付罪とが併合罪になることが、明らかにされたのである。もっとも、本判決によってこの種の事案をめぐるすべての問題が解決されてしまったわけでもない。たとえば、②については、「吸収」とすることの意味内容は必ずしも自明のものではないし、③についても、後に見るように、併合罪とすることの適否については異論がある。また、「この判例変更は、実務の混

1) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号623頁（但し、供与共謀者間における買収資金等の授受を（受）交付罪として独立に評価することはできないとする下村裁判官の詳細な反対意見がある）。

乱を解消するためにむしろ遅きに過ぎたきらいさえ感じられる」と評される²⁾ ①の点についてさえ、従来の判例が共謀共同正犯理論を援用して(受)交付罪の成立を否定していたことの是非等に関して言及すべき余地は若干ながら残されているのである。

このような状況を踏まえて、以下において、供与罪の共謀共同正犯者間の(受)交付行為の取り扱いについて従来の判例とそれに対する学説の対応を検討したうえで、供与罪と交付罪との罪数関係について検討していくことにする。

供与共謀者間における(受)交付罪の成否

1 買収目的をもってする金銭もしくは物品の授受を(受)交付罪として処罰する規定は、昭和9年6月23日の改正によって旧衆議院議員選挙法112条1項5号に新設されたものが(法律49号)現行の公職選挙法221条1項5号に引き継がれたものである。その立法理由は、選挙の公正さを確保しその腐敗を防ぐためには、選挙人等を直接買収する供与行為を処罰するだけでは充分ではなく³⁾、他人を買収する目的でその資金等を交付する段階での行為それ自体をも処罰する必要がある、と考えられた点に求めることができる⁴⁾。ところが、こうして供与罪の前段階とも言うべき(受)交付罪の処罰が立法によって確立さ

2) 西川潔・最高裁判所判例解説刑事篇昭和41年度135頁。

3) しかも、当時の判例は、供与罪の成立についてかなり厳格な立場をとっていた。たとえば、大判大正元年10月22日刑録18輯1300頁は、「衆議院議員選挙法第87条ノ規定タルヤ金銭其他ノ利益ヲ香餌トシテ不正ノ投票ヲ獲得スルヲ禁スル趣旨ニ出ツルヲ以テ同条第1号ニ所謂選挙運動者ニ對スル金銭ノ供與トハ選挙運動ノ報酬トシテ選挙運動者ニ金銭ヲ供與スルヲ云フモノナルコト明ナリ左レハ選挙運動者ニ投票買収費ヲ寄託スルカ如キハ寄託ヲ受ケタル運動者自身ニ於テ何等利益ヲ得ル所ナケレハ選挙運動ノ報酬トシテ選挙運動者ニ金銭ヲ供與シタルモノト云フヘカラサル」としている。さらに、大判昭和8年10月30日法律新聞3671号7頁、大判昭和9年4月16日刑集13巻485頁、参照。なお、大判昭和9年4月16日に対しては、(受)交付罪の新設について実質的な考慮を払っていない点で不当だとする批判があるが(谷口正孝「共謀者間の金員授受——選挙犯罪における——」ジュリスト297号(昭和39年)92頁、正田満三郎「買収資金の交付と供与——交付・受交付罪の予備犯性について」同・犯罪論或問(昭和44年)156頁)、本判決は(受)交付罪新設直前のものである。

4) 浦辺衛＝林修・選挙犯罪(総合判例研究叢書刑法(23)、昭和39年)37頁、小林充

れた直後から、判例は、いわゆる共同意思主体説にもとづく共謀共同正犯理論を根拠として、供与共謀者間には（受）交付罪が成立しないとの立場を明確に表明し始めたのである⁵⁾。

2 供与共謀者間における金銭等の授受が（受）交付罪を成立させるものでないことを認めた最初の判例は、大判昭和12年6月22日刑集16巻983頁であった。それは、立候補者の当選を図るべく甲が乙に供与資金を交付して乙が各供与した事案に対して、「案スルニ凡ソ共同正犯ハ本来其ノ共同ノ犯罪ニ付テハ法律上同身一體ノ関係ニ在ルモノト看做サルヘク甲乙共謀ノ上選挙運動者ニ選挙運動ノ報酬トシテ金員ヲ供與シタル場合ニ其ノ金員ハ實際甲カ支出シテ乙ニ交付シ乙ヲシテ選挙運動者ニ供與セシメタルモノナリトスルモ其ノ供與ハ當然甲乙両名ノ共同行為ト認メラルヘキカ故ニ甲カ右ノ金員ヲ乙ニ交付シタルハ畢竟共犯者相互ノ内部関係ニ於ケル供與資金ノ授受若ハ供與ヲ為スニ至ルヘキ一階梯タル行為ニ過キスト解スヘク從テ甲乙間ニ為サレタル該金員ノ授受行為ヲ以テ……交付罪ヲ構成スルモノト謂フヲ得サルモノトス」と判示している。すなわち、本判決は、甲乙間に供与罪についての共謀共同正犯が成立することを前提として⁶⁾、甲乙間の（受）交付は単に共同正犯の内部関係における準備的行為にすぎないことを根拠としているのである。そして、このような理由づけは、その表現において若干の相違を見せながらも、実質においては、同一人が金庫

「公職選挙法」伊藤＝小野＝莊子編・注釈特別刑法第3巻（昭和58年）269頁、参照。

- 5) 判例のこのような対応について、西川調査官は、「その時期が改正立法の後数年を出ていないだけに、立法に対する判例の理論的抵抗として注目すべきできごとであった」とされている。西川・前掲解説134頁。
- 6) この点については、「凡ソ共同正犯ノ本質ハ二人以上ノ者一心同體ノ如ク互ニ相倚リ相援ケテ各自ノ犯意ヲ共同的ニ實現シ以テ特定ノ犯罪ヲ實行スルニ在リ共同者カ皆既成ノ事實ニ對シ全責任ヲ負担セサルヘカラサル理由茲ニ存ス若シ夫レ其ノ共同實現ノ手段ニ至リテハ必スシモ一律ニ非ス或ハ俱ニ手ヲ下シテ犯意ヲ遂行スルコトアリ或ハ又共ニ謀議ヲ凝シタル上其ノ一部ノ者ニ於テ之カ遂行ノ衝ニ當ルコトアリ其ノ態様同シカラスト雖二者均シク協心協力ノ作用タルニ於テ其ノ価値異ナルトコロナシ從テ其ノ孰レノ場合ニ於テモ共同正犯ノ関係ヲ認ムヘキヲ以テ原則ナリトス」として共同意思主体説にもとづく共謀共同正犯理論を確立した大連判昭和11年5月28日刑集15巻715頁の影響を認めることができよう。

から金を引き出すのと同じ行為ないしは同一人が手足を使って金員の場所的移転をするのと同じ行為として、あるいは単独正犯の場合に金員が右手から左手に移るのと同じ行為として理解されていくことになった⁷⁾。しかも、その後の判例の展開のなかで、「共同正犯の内部関係における準備的行為」を理由とする「供与共謀者間の授受行為は（受）交付罪を成立させない」という一般論は、次第にその適用範囲が拡張されていき、乙による供与が一部分にとどまった場合⁸⁾、さらには乙による供与が全くなされることなしに終わった場合⁹⁾をもカバーするようになっていったのである。

3 このような判例の立場に対しては、主としてその結論の不合理さとの関係で批判が加えられることになった¹⁰⁾。それは、買収をしようとしている者の間の話し合いが共謀共同正犯を肯定しうるほどの段階に達していない場合にだけ（受）交付罪が成立し、両者の間の関係が緊密で謀議が明瞭かつ詳細であればあるほど（受）交付罪の成立が肯定しにくくなる点についての批判である。

7) 浦辺衛「供与罪の共謀者間における金員の授受——選挙犯罪判例研究——」判例評論95号（判例時報456号）8頁，谷口・前掲論文96頁，参照。

8) たとえば，本判決直後の大判昭和12年7月9日刑集16巻1195頁は，本判決と同様の理由で（受）交付罪の成立を否定したうえで，「此ノ論結ハ共謀者中右供與資金ヲ受領シタル者ニ於テ其ノ金員ノ一部ヲ未タ他ノ選挙運動者ニ供與セス偶之ヲ自己ノ手許ニ保留シ又ハ他ノ趣旨ニ使用シタル場合ニ於テモ亦異ナル所アルヘキ理由ナシ」としている。結論同旨，名古屋高判昭和29年9月14日高刑裁判特報1巻7号288頁（理由づけは不明），福岡高宮崎支判昭和31年9月21日高刑集9巻9号968頁，名古屋高判昭和31年12月5日高刑裁判特報3巻24号1204頁（結論的には共謀の存在が否定されているため，一般論としてのみ同旨）。

9) 東京高判昭和28年6月20日高刑集6巻8号963頁は，甲乙が買収を共謀して甲から乙に資金が交付されたが供与に至らず，結局甲の弟に返還されたという事案について，「右金員の授受は共謀による買収実現の為にする共謀者内部の關係に於ける準備行為の分担に外ならずと認むべく……いわゆる交付罪の成立をも認むべからず，何等の罪をも構成しないものと解すべきである」としている。

10) 谷口・前掲論文91頁，西川・前掲解説134頁，田村達美「公職選挙法221条1項1号の供与等を共謀した共犯者間の金銭または物品の授受行為について——最高裁昭和41年7月13日大法院判決——」捜査研究16巻2号（昭和42年）46頁，正田・前掲論文156頁，松本時夫・刑事判例評釈集第30巻昭和43年度（昭和49年）29頁，小林充・刑事判例評釈集第28巻昭和41年度（昭和54年）145頁，同・注釈特別刑法第3巻272頁以下，等参照。

すなわち、判例の立場を一貫するならば、買収についての謀議が詳細になされていればいるほど選挙の公正さを害する危険性が高いにもかかわらず（受）交付罪としては処罰することができず、逆に、謀議が粗雑で選挙の公正さを害する危険性がそれほど高くない場合には（受）交付罪として処罰される、という不合理を生じることになるのである。もっとも、供与罪について共謀共同正犯が成立するのであれば、その前段階とも言える（受）交付罪の成立をわざわざ認める必要もないと考えられるから、このような不合理は必ずしも致命的と言えるほどのものではない。しかし、すでに見たように、判例は、共謀通りの供与が実現した事案ばかりではなく、一部供与にとどまった事案や共謀にもとづいて（受）交付がなされたが供与にまでは至ることなく終った事案にまで、その一般論の適用範囲を拡大していたのである。したがって、共謀通りの供与にまでは至らずに（受）交付段階でとどまった事案に「供与共謀者間における金銭等の授受は（受）交付罪を成立させるものではない」との一般論が及ぼされることになった結果として、現実には供与が行なわれなかった場合には買収について一切の処罰から免れるという可能性すら生じることになったのである。このため、複数の行為者の間で供与について何らかの話し合いがなされていた事案にあっては、「一般の場合と逆に、弁護人が共謀の認定について緩やかであることを主張し、検察官がその成立範囲の狭いことを主張するという現象が起きる」との指摘がなされていた¹¹⁾。しかも、買収事犯が多くは供与先や供与金額等についての共謀の存在する場合がむしろ通常の形態であるために、実務におけるディレンマは大きなものがあつたようである。

このように、昭和12年の大審院判決に指導された判例理論は、買収資金が選挙人等に移転する以前の段階で検挙、摘発しようとした（受）交付罪の立法趣旨を没却してしまったばかりではなく、「共謀による金員等の授受者仲間の治外法権確立へと発展する」¹²⁾ことにすらなってしまったのである。

11) 松本・前掲評釈29頁。さらに、鬼塚賢太郎・最高裁判所判例解説刑事篇昭和43年度101頁。

12) 正田・前掲論文156頁。

4 そこで、判例と学説において、ふたつの方向でこのような不合理な結論を回避するための努力がなされることになった。ひとつは、従来の判例理論に従いながら、共謀共同正犯の成立要件を厳格に解することによって（受）交付罪の成立範囲を広げていこうとするものであり、若干の下級審判例の中に見い出すことができる。そして、もうひとつは、（受）交付罪の立法趣旨を尊重することによって、共謀者間の授受行為についても（受）交付罪の成立を端的に認めていこうとする立場である。

前者の立場として、たとえば大阪高判昭和41年6月14日は¹³⁾、甲が乙に資金を交付し乙が丙に供与した事案について、「右甲、乙の丙に対する供与罪の共同正犯が肯定されるためには甲、乙間においてその授受された金員についてこれが単に地区選挙人又は選挙運動者に対する買収資金として使用されるものであるというだけの意思連絡があるだけでは不足金員供与の相手方、金額、供与時期、方法等について両者の間に謀議の成立することが必要であると解すべきである。もしそうでないと、交付者受交付者間に授受された金員の趣旨が買収金であることの相互認識を要件とする交付罪、受交付罪に該当する行為は大部分の場合に供与の共謀が認められることになり、それは共謀者間の金員の授受に過ぎないという説に従えば交付、受交付の各罪の成立が認められないことになる。（受交付者が金員を更に他に供与した場合は供与罪として処罰できるが、受交付者が他に供与するに至らなかつた場合は処罰できない不都合な結果にもなる）」としている¹⁴⁾。たしかに、このような立場は、確立された判例理論への抵触を回避するためのものとして理解しえないものではないが、他方で、共謀共同正犯の成立を比較的緩やかに認めてきた判例の流れと調和しないものでもあ

13) 本判決は、最一小判昭和43年3月21日刑集22巻3号95頁の第2次控訴審判決である。

14) 同旨として、最大判昭和41年7月13日の第一審判決である松江地木次支判昭和39年4月2日。なお、同様の下級審判例が他にもいくつかあるようであるが（谷口正孝・判例評論87号（判例時報431号）24頁、石橋浩二「買収資金交付者処罰の系譜——判例を中心として——」司法研修所創立20周年記念論文集第3巻（刑事編）（昭和42年）224頁以下、参照）、確認しえなかった。

る。共謀の認定について厳格な立場をとるいわゆる練馬事件判決も¹⁵⁾、『『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議が行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない』としている。また、選挙の買収事犯についても、最一小判昭和37年12月27日裁判集刑145号733頁は、練馬事件判決に言及しながら、「当裁判所判決にいうところの謀議とは、当該犯罪の内容がくまなく決定されていることを要すとの謂ではなく、その犯罪内容の骨子が特定されなければならない且つそれを以て足るという趣旨と解すべきであり、従つてこれを原判示供与罪に即して言えば、一定範囲の選挙人又は選挙運動者に対して投票又は投票とりまとめ方を依頼する趣旨で金銭を供与するという謀議さえ整つておれば、その供与の相手方となるべき具体的人物、配布金額、金員調達的手段等細部の点まで協議されることを必要とする意味ではない』としているのである。しかも、共謀の認定を厳格にしていこうとする方向は、このような最高裁判例の流れに抵触するばかりではなく、共謀共同正犯理論によって共同正犯の成立範囲を拡張しようとしてきた判例理論を、その結論の当否は別として、「一種のパラドックス」¹⁶⁾に陥れることにすらなる。したがって、共謀を厳格に認定することによって（受）交付罪の成立範囲を広げていこうとする試みは、他の大多数の判例においては受け入れられることなく終つたのである。

これに対して、一部の学説は、共同意思主体説にもとづく共謀共同正犯理論を援用する論理構成を批判することによって、共謀者間の（受）交付罪の成立を端的に認めようとしている。すなわち、従来の判例理論は、結論の不合理性もさることながら、その論理構成においてふたつの点で批判を免れえないものでもあったのである。第1は、共謀者間の授受行為を同一犯罪主体の内部的な準備行為として構成した点である。たしかに、単一の行為者が供与資金を準備

15) 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

16) 谷口・判例評論87号25頁。

することは、自己の金庫から金員を引き出す行為ないしは金員が右手から左手に単に移動しただけのものとして理解することが容易である。しかし、人格の異なる複数の共犯者相互間で金員の授受が行なわれた場合をただちにそれと同視することはできない。なぜなら、共犯者相互間における金員授受の場合こそは個人による供与資金の準備の場合以上に現実の買収行為に発展する危険性が一段と高いと考えられるからであり¹⁷⁾、(受)交付罪の立法理由もまさにそのような事案を念頭に置いたものであったと言いうるからである。この点で、従来の判例理論は、共同意思主体内部の準備的行為と個人における準備的行為とを十分な理由づけなしにただちに同視するという誤りを犯していた、と言うことができよう。第2は、共謀共同正犯による理由づけを現実には供与がなされなかった部分(事案)にまで及ぼしてしまった点である。従来の判例は、供与罪の共謀共同正犯が成立している事案だけではなしに、現実には供与がなされたとすれば供与罪の共謀共同正犯が認められることになるような事案をもカバーしていた。しかし、共同意思主体説の提唱にかかる共謀共同正犯理論は、そもそも、犯罪の共謀に加担しただけで実行行為自体は分担しなかった者を実行行為分担者とともに共同正犯として処罰するためのものであったはずである。したがって、共謀共同正犯を肯定するためには、共謀が存在していたことは勿論、少なくとも共謀者のうちの一人が共謀にもとづいて実際に実行行為を行なったことが要件とされなければならない。そうだとすれば、現実には供与に至らなかった部分については、それが一部であれ全部であれ、供与罪の共謀共同正犯が成立するはずはなく、したがって共謀共同正犯の成立を前提とする(受)交付罪の不成立という論理は決して出てくることがなかったはずである。それにもかかわらず、供与に至らなかった部分についてまで共謀共同正犯理論を援用することによって(受)交付罪の成立を否定する判例は、共謀共同正犯理論の適用範囲を不当に拡張するものであり、本来理由としないものを理由としていると

17) 小林・刑事判例評釈集第28巻144頁、同・注釈特別刑法第3巻271頁以下、参照。さらに、谷口・ジュリスト297号95頁以下、浦辺・判例評論95号10頁、参照。

言わざるをえない¹⁸⁾。

5 このような学説による批判は、判例にも少なからず影響を与え¹⁹⁾、最大判昭和41年7月13日に至ってその趣旨が実現されることとなった。しかし、従来の判例理論の最大の誤りは、(受)交付罪不成立の根拠として共謀共同正犯理論を援用したことそれ自体にあったのではないか、と思われる。

(受)交付罪の立法理由が選挙の公正を確保するために供与の前段階における金銭等の授受を処罰しようとするににあった点からすれば、同一主体によ

18) なお、谷口・ジュリスト297号95頁。

19) 特に、東京高判昭和40年3月31日下刑集7巻3号291頁が「交付罪、受交付罪は……選挙人又は選挙運動者に対する供与資金等の授受交付が、かの買収罪の中心ともいふべき供与、受供与罪に発展し、若しくは、同罪の発生を誘発する危険が極めて大いところから、これを未然に防止するため供与罪、受供与罪の準備的前段階的行為としてのかかる金員等の授受を、特に、独立の犯罪類型として法定し、これを処罰しようとしたものである。従つて……供与を共謀した者の間における金員等の交付、受交付を、金員等の供与実行のためにする単なる準備的行動に外ならないことを理由として交付罪、受交付罪の成立を否定することは、まさに、かかる準備的行為それじたいを処罰しようとする交付罪、受交付罪制定の趣旨に明らかに矛盾するものといわなければならない」とし、「両当事者間に供与の謀議が成立し、供与資金等の授受が行われた場合であつても、未だその供与資金等が現実第三者に供与されない段階において、右両当事者間の関係を、供与罪のいわゆる共謀共同正犯として法律上一心同体の関係にあるものとして構成し、それを前提としてこの場合をも同一人格主体者のする金員等の単なる移動に過ぎないものと解するが如きは、もともと共謀共同正犯理論からするも支持し難いところというべきである。蓋し、共謀共同正犯論にいう一心同体という共同意思主体説も共謀者の一員が供与の実行行為に出て供与罪の成立する場合に、初めてこの供与罪の実行行為をした者とその実行行為をしない者について供与罪の共同正犯を認めるための理論であり、共謀者の一員について供与罪の実行行為がない以上、ここでかの一心同体という共同意思主体説の如きを援いてくる理由がないからである」としたうえで、「供与を共謀した者の間における供与資金等の授受は、それが未だ供与罪にまでいたらない限り、共謀者間において行われたことの故を以つて不問に付すべきではなく、それが供与資金等の寄託、受寄託として交付罪、受交付罪の構成要件を充足する以上、やはり独立して……交付罪、受交付罪をもつて処罰するのが相当である」としている点が注目される。結論同旨、仙台高判昭和30年7月5日高刑裁判特報2巻13号689頁、仙台高判昭和30年9月13日高刑裁判特報2巻18号947頁、東京高判昭和39年6月16日判例時報394号81頁。なお、東京高判昭和26年10月30日高刑集4巻12号1630頁は、「少くとも現実に選挙人に供与された部分に関しては」(受)交付罪が成立しないとしていることからこれらの一連の判例の流れに属するものと考えられるが、その判文中に昭和12年の2件の大審院判決を引用していることからそれを従来の判例の流れに属するものと見る立場もある(たとえば、石橋・前掲論文219頁)。

って（受）交付行為と供与行為とが行なわれた事案は（単独正犯，実行共同正犯，共謀共同正犯のいずれの場合も想定しうる），供与罪と（受）交付罪との関係をどのようなものとして見るかという罪数の問題として処理すべきものであった，と言えよう。したがって，（受）交付はなされたが供与に至ることなく終った事案や一部のみが供与されたにとどまった事案においては，供与されなかった部分を（受）交付罪として独立して評価しうるとする結論は当然のものである。また，（受）交付金員のすべてが供与された場合に（受）交付罪が成立しないとする結論も，供与罪によって（受）交付行為の部分が評価し尽されているという点に求められるべきであろう。もっとも，（受）交付行為は，供与行為への発展過程における前段階的行為としての側面（罪数論的側面）を持つと同時に供与金員の準備のための行為としての側面（事実的側面）を持つものである。したがって，従来の判例理論が「共犯者相互間の内部関係における準備的行為」として後者の側面を強調しがちであったことも理解しえないわけではない。また，この種の事案のリーディングケースである大判昭和12年6月22日の前年に共謀共同正犯理論を確立した連合部判決が出されていたことやこの種の事案の多くが共謀共同正犯によるものであることなどを考えると，供与罪と（受）交付罪の罪数の問題が共謀共同正犯に固有の問題であるかのように扱われていたのも，無理からぬ面があったと言えよう。しかし，この問題は，本来的には，共謀共同正犯とは無関係に罪数論において処理されるべきものである。この意味で，共謀共同正犯が成立する事案であるとする弁護人の主張をしりぞけたうえで「交付，受交付罪は，供与罪等の準備行為としての危険犯たるところに行為の違法性が認められるものであるから……〔供与等の〕目的をもって選挙運動者に金銭若しくは物品を交付した時に成立するものであるが，更に受交付者が交付者の意を体し，選挙人らに供与又は饗応接待すれば……さきの授受（交付および受交付罪）はこれに吸収され別罪を構成しないものと解すべきである」とする大阪高判昭和39年11月24日下刑集6巻11・12号1203頁に，正しい方向を見い出すことができる²⁰⁾。また，最大判昭和41年7月

20) 西川調査官は，本判決を従来の判例理論への抵触を慎重に回避したものとされている。

13日が（受）交付罪は供与罪に「吸収」されるとするの、同様の前提に立っての判示と見ることができるのである。

供与罪と（受）交付罪との関係

最大判昭和41年7月13日は、（受）交付罪と供与罪とが「吸収」関係にあるとするが、その内容や範囲について明確に判示しているわけではない。また、訴訟法的な問題とのからみで出されたその後の判決などとの関わりもあり、両罪の関係についてはいまだ一致した見解を見い出すに至っていない。では、この両罪の関係はどのようなものとして理解するのが妥当なのであろうか。

（1） 供与された部分と（受）交付罪

1 （受）交付された金員が当初の予定通り供与に至った場合の取り扱いとして、供与罪のみの成立を認めて（受）交付罪の成立は認めないとする点では、広い一致が見られる²¹⁾。しかし、そのような結論を導くための論理、すなわち供与罪と（受）交付罪との関係をどのようなものとしてとらえるのかという点については、いくつかの異なった立場がある。その代表的なものとして、法条競合説²²⁾、いわゆる犯罪吸収説²³⁾、包括一罪説²⁴⁾、いわゆる処罰吸収説²⁵⁾や責任吸収説²⁶⁾を挙げることができる。もっとも、これらの立場は必ずしも常に対立する関係にあるわけではなく、法条競合説と犯罪吸収説はいずれも未遂（予備）が既遂に吸収されるのと同様の形態での吸収関係を考えている点でその実質に

るが（西川・前掲解説135頁）、むしろ本判決のような方向こそが本来の筋道であったように思われる。

21) もっとも、両者を併合罪と考えることも可能である。事実、（受）交付罪の立法趣旨を強調することによって、「すべての場合について……常に交付罪と供与罪とが併合罪関係に立つと解するのがより理論的であり、立法者の意思にも合致するのではあるまいか」との指摘（松本・前掲評釈34頁）がある。

22) 浦辺・判例評論95号11頁、西川・前掲解説136頁（殺人罪と被害者の着衣に関する器物毀棄罪との間にあるような全部規定が部分規定を吸収する場合と同視している）、横井大三「訴因が交付罪の場合における供与罪の認定」研修246号（昭和43年）66頁以下（補充関係と見ている）、堀田力「交付・受交付と供与の関係」警察学論集24巻3号（昭和46年）34頁、37頁（吸収関係ないしは不可罰的事前行為に類似す

において共通するものであるし、包括一罪説と処罰吸収説も供与罪として処罰することで（受）交付行為をさらに処罰するまでの必要はなくなるとの立場をとる点で親近性を持ったものである。したがって、ごく大ざっぱに言うならば、問題は、（受）交付罪と供与罪との関係を犯罪吸収的なもの（論理的吸収関係）と見るか処罰吸収的なもの（価値的吸収関係）と見るかということであり、あるいは両罪の関係を本来的一罪に近いものと見るか科刑上一罪に近いものと見るかということである、と規定することもできるであろう。

2 供与資金等の（受）交付行為が供与行為の前段階に位置するものであり、（受）交付罪の規定がそのような前段階的行為を特に処罰しようとして設けられたものであることからすれば、それは、（受）交付罪を供与罪の未遂的段階と理解することによって前者が後者に吸収されるとする考え方（法条競合説ないしは犯罪吸収説の立場）と結びつきやすいものであると言ってよい。大審院も、共謀共同正犯が争われるようなものでない事案においては、（受）交付罪の新設直後から、未遂・既遂吸収的な考え方をうかがわせるような表現を用いて、供与に至った部分の（受）交付行為が供与罪に吸収されることを明らかにしていた。たとえば、大判昭和12年3月5日刑集16巻236頁は、甲から買収を依頼されて資金の交付を受けた乙が複数の選挙人に分割供与した事案について、

るものと見ている）。

- 23) 香川達夫・包括的一罪（総合判例研究叢書刑法（13）、昭和34年）309頁以下、安村和雄・最高裁判所判例解説刑事篇昭和45年度448頁、小林・刑事判例評釈集第28巻146頁、同・注釈特別刑法第3巻290頁、大野恒太郎「供与を共謀した者の間における交付・受交付と共謀に基づく供与の関係——宇野亨派選挙違反事件上告審決定——」捜査研究34巻11号（昭和60年）24頁。
- 24) 美濃部達吉・選挙法詳説（昭和23年）222頁、浦辺＝林・前掲書59頁以下、浦辺衛「交付・受交付と供与との関係——最高裁第一小法廷昭43・3・21判決について——」法律のひろば21巻6号（昭和43年）32頁、山火正則「特別刑法と犯罪の個数」注釈特別刑法第1巻（昭和60年）565頁、同「買収共謀にもとづく供与と事後的交付の罪数関係——最一小決昭和61・7・17」ジュリスト874号（昭和61年）73頁。
- 25) 谷口正孝・判例評論118号（判例時報531号）47頁、石川才顕・判例評論308号（判例時報1123号）70頁。
- 26) 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38巻11号（昭和41年）86頁（実質的には、牽連犯と見ている）。

「金員ノ交付ヲ受ケタル者カ更ニ其ノ金員ヲ供與シタル場合ニ在リテハ金員ノ供與（「交付」の誤記であろう＝筆者注）ヲ受ケタル點ハ是唯供與行為ヘノ一階梯若ハ一過程ニ過キサルカ故ニ成立シタル金員供與罪中ニ當然吸収セラレ別罪ヲ構成セサルモノト解セサルヘカラス」としている²⁷⁾。また、最三小決昭和30年12月13日判例時報68号28頁も、「交付を受けた運動者がその金品を選挙人に供与して買収したときは供与罪のみが成立し、受交付罪はこれに吸収される」として、理由は明示しないまでも、大審院判決の結論を是認しているのである。同様の傾向は、「（受）交付行為は供与罪への一過程にすぎない」といった理由を援用するものと必ずしも明確な理由を示さないものとの違いはあるけれども、一連の下級審判例の流れの中にも見い出される。また、下級審判例においては、「供与に至った部分の（受）交付行為は供与罪に吸収される」という結論が、一般論として、共謀共同正犯が認められた事案と共謀共同正犯とは無関係な事案のいずれにおいても承認されているのである²⁸⁾。そして、最大判昭和41年7月13日の言う「吸収」関係も、一般には、法条競合ないしは犯罪吸収の意味に理解されていると言うことができよう²⁹⁾。

3 ところが、その後2件の最高裁決定（最一小決昭和59年1月27日刑集38巻1号136頁、最一小決昭和61年7月17日刑集40巻5号397頁）が出るに及んで、両罪の関係を法条競合ないしは犯罪吸収と見ることが困難と思われるような状況が生じてきた。昭和59年決定において、最高裁は、共謀にもとづいて（受）交付された買収資金が現実に供与されている疑いがあったにもかかわらず検察官が交付罪のみで起訴した事案について、「選挙運動者たる乙に対し、甲

27) 結論同旨、大判昭和13年3月4日刑集17巻154頁、大判昭和13年3月16日法律新聞4267号17頁。

28) 共謀共同正犯が認められた事案として、名古屋高判昭和29年9月14日、仙台高判昭和30年7月5日、仙台高判昭和30年9月13日、東京高判昭和39年6月16日。共謀共同正犯と無関係な事案として、仙台高判昭和28年4月22日高刑判決特報35号22頁、仙台高判昭和28年5月15日高刑判決特報35号28頁、東京高判昭和28年6月13日高刑集6巻7号839頁、広島高判昭和29年4月23日高刑判決特報31号55頁、仙台高判昭和30年10月25日高刑裁判特報2巻20号1064頁、大阪高判昭和39年11月24日。

29) 鬼塚・前掲解説109頁参照。

が公職選挙法221条1項1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」と判示している。また、昭和61年決定は、甲が資金を調達して乙が供与するとの共謀が成立していたところ、甲からの資金交付が遅れたために乙が自己の金員を一時立替えて共謀通りの供与を行なった翌日甲から乙に資金が交付されたという事案について、「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」として昭和41年の大法廷判決を引用したうえで、「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……交付の罪は……供与の罪に吸収されると解するのが相当である」としている。

昭和59年決定は、判例違反を主張する上告趣意に対して、「所論引用の各判例は、いずれも、交付罪のほかに供与罪の訴因が掲げられていて、供与罪の成否につき裁判所の判断の機会があつた事案に関するものであるところ、本件は、被告人が交付罪のみで起訴されていて供与罪の成否につき裁判所の判断の機会がない事案であるから、右各判例は、事案を異にし本件に適切でな」としているところからも明らかなように、(受)交付罪と供与罪との罪数関係について判示したものではない³⁰⁾。しかし、供与罪の成立が相当程度疑われる場合にも実務上の便宜から受交付罪だけで起訴することが許されるとする立場は、供与罪と交付罪とをそれぞれ本来独立したものとして評価してよいとする考え方に結びつくものである。したがって、このような立場は、「吸収」関係を論理的吸収の意味でとらえる法条競合説ないしは犯罪吸収説からは出て来にくいもので

30) なお、木谷明「時の判例」ジュリスト811号(昭和59年)65頁、同「最高裁判所判例解説」法曹時報37巻2号(昭和60年)251頁、大野・前掲論文22頁、参照。

あり、両者の関係を価値的吸収としてとらえる包括一罪説ないしは処罰吸収説と親しみやすいものであると言えよう³¹⁾。また、昭和61年決定は、(受)交付と供与の先後関係が逆転した場合について、それは「偶々」そうなたただけのことであって、(受)交付が供与に至った場合と「実質的な差」がないとするものである。しかし、両者を論理的吸収関係と見る立場からこのような結論がただちに出て来うるかは疑問である³²⁾。なぜなら、(受)交付罪と供与罪との間の吸収関係を未遂と既遂の間に認められるのと同じ意味での吸収関係と考えるならば、行為が未遂段階を経て既遂段階に至ったことが吸収を認めるための前提であり、したがってそれぞれの行為の間の時間的先後関係は無視しえないはずのものだからである³³⁾。特に、本決定の射程が、交付約束なしに共謀供与が先行し、後に共謀者間で交付があった場合などにも及んでいく可能性のあることを考えると、なおさらである。その意味では、谷口裁判官が本決定の意見において、「本件の場合、前記最高裁大法廷判決にかかる事件と異なり、供与を共謀した者の間における金銭の授受があり、その授受を受けた者から供与という共謀目的の実現に発展した場合ではない……後に行われた交付罪が前に完了した共謀による供与罪に吸収されると解するのはどのような論理によるものか、私は了解できないのである」とされているのも、当然の指摘であると言えることができる。

そもそも、(受)交付罪と供与罪との間にある発展的關係を未遂と既遂の間にあるのと同じ論理的な発展関係と見ることは、必ずしも自明の結論とされるものではない。第1に、供与罪は必ずしも常に(受)交付罪を通過するものではないことを指摘しうる。たしかに、買収事犯の多くは共同正犯によるものであり、供与についての事前の共謀にもとづいて(受)交付から供与へと至る場合であることは否定できないが、(受)交付という段階を経ることなしに選挙人

31) 事実、古田検事は、「本決定は犯罪吸収説を実質的に否定したもの」として理解されている。古田佑紀「公選法の供与罪の疑いがある場合に交付罪で起訴することの可否」研修437号(昭和59年)50頁(注3)。

32) なお、真鍋毅「公職選挙法221条における供与の罪と交付の罪との罪数」ジュリスト臨時増刊昭和61年度重要判例解説(昭和62年)155頁。

33) 岩瀬徹「時の判例」ジュリスト874号(昭和61年)76頁。

に直接供与する行為も問題なく供与罪を成立させるものである。むしろ、当初の供与罪は、そのような事態を想定したものであったと言えよう。他方、未遂が既遂に吸収されるのは、当該行為が未遂段階を経て既遂に至ったために論理的に未遂犯の成立が排斥されるからである。したがって、供与罪が必ずしも常に（受）交付行為を経ることを予定していないものである以上、両者の関係を未遂と既遂の間に認められるような吸収関係と見る必然性はないことになる³⁴⁾。第2に、（受）交付罪と供与罪の法定刑がいずれも同一（3年以下の懲役若しくは禁錮又は20万円以下の罰金）であることを指摘しうる。両罪の法定刑が同一であるということは、法益侵害の点から見て両罪が同程度に違法なものと考えられており、その意味で論理的関係としてはむしろ並列的な行為と理解されているとすることができる。すなわち、（受）交付罪と供与罪との関係は、法益侵害の面では同レベルのものとしての並列的關係にありながら、その内部において事実的な発展関係をも有するものであると見るのであり得るのである。そして、最大判昭和41年7月13日が必ずしも論理的な発展関係にない「次の交付もしくはその申込、約束」が前の（受）交付を吸収しうるとする点も、このように考えることによって無理なく理解することができる。したがって、両者の関係は、未遂と既遂の間に見られるような論理的発展関係よりも、贈収賄罪における賄賂の要求・約束・收受の間に認められるのと同様の事実的発展関係に近いものであると言えよう。

4 このように考えてくると、（受）交付された金員等が供与に至った場合の罪数関係は、賄賂を要求し約束して收受した事案などと同様に、価値的吸

34) たとえば、大判昭和10年10月23日刑集14巻1052頁は、「公務員其ノ職務ニ関シ賄賂ヲ要求シ約束シ又ハ之ヲ收受スルトキハ其ノ要求約束又ハ收受ノ各行為カ日時場所ヲ異ニシテ行ハレ且賄賂ノ種類ニ異同アルトキト雖此等各行為相互間ノ關係ハ一ハ他ヲ吸収スヘキ性質ノモノニ非スシテ各行為ハ夫々可罰性ヲ保持シツツ瀆職行為ヲ進展スルモノナルカ故ニ斯カル行為ハ之ヲ包括的ニ觀察シテ一箇ノ賄賂罪ヲ以テ處断スヘク」としている。さらに、選挙の買収事犯における同旨の判例として、大判大正2年12月13日刑録19輯1426頁（饗応を約束して投票依頼をしたうえで饗応した事案）、大判大正4年9月22日刑録21輯1332頁（買収金員の供与申込を受けたうえで受供与した事案）、大阪高判昭和28年12月12日高刑判決特報28号70頁（利益要求をしたうえで金員を受供与した事案）。

収関係としての包括一罪（いわゆる狭義の包括一罪），ないしは厳密さを欠くうらみはあるが処罰吸収関係としてとらえることができる。もっとも，収賄における賄賂の要求・約束・收受がそれぞれ同一の項（刑法197条1項）に規定されているのに対して，供与と（受）交付は号を分けて規定されている（公職選挙法221条1項1号，5号）ことからすれば，ただちに両者が同一の関係にあるとまでは言うことができないかもしれない。しかし，賄賂の要求・約束・收受は，賄賂要求罪，賄賂約束罪，賄賂收受罪というそれぞれ独立した構成要件を同一の項に規定しただけのものであり，その点では（受）交付罪と供与罪との間の関係と異なるところはない。したがって，このような立法技術としての条文の体裁の相違は，それぞれの関係を狭義の包括一罪と見ることのさまたげになるほどのものではないと言えよう。

（受）交付罪と供与罪の関係が狭義の包括一罪とされるのであれば，それは，昭和59年決定および昭和61年決定の結論とも調和しうるものである。包括一罪が一般に本来的一罪よりは科刑上一罪に近い性質を持つものであることからすれば³⁵⁾，昭和59年決定の結論は，当然のものであると言いうる。また，供与行為と交付行為との先後関係が逆転した場合も，すでに供与行為が行なわれて供与罪が成立している以上，重ねて交付罪で処罰する必要はないと考えることができるのである³⁶⁾。そして，このような結論は，（受）交付罪と供与罪の法益をいずれも選挙の公正という同一のものとして理解するところから出てくるものなのである。

（2） 未供与部分と（受）交付罪

1 （受）交付された金員の一部のみが供与され，残りの部分が受交付者の

35) 平野龍一・刑法総論Ⅱ（昭和50年）409頁以下，413頁，鈴木茂嗣「罪数論」中山＝西原＝藤木＝宮沢編・現代刑法講座第3巻（昭和54年）284頁，山火正則「包括的一罪」西原＝宮沢＝阿部＝板倉＝大谷＝芝原編・判例刑法研究第4巻（昭和56年）271頁以下，内田文昭・改訂刑法Ⅰ（総論）（昭和61年）346頁以下，参照。

36) ただ，判示方法としては，「（受）交付罪が供与罪に吸収される」とするのは正確でなく，「（受）交付罪と供与罪がそれぞれ成立する」ことを認めただけで，包括一罪として処断するのが妥当である。

手許に保留された場合の罪数関係については、どのように考えるべきなのであろうか。

論理的にはいくつかの可能性を想定しうるが、次のような点を検討することで充分であろう。第1は、未供与の部分（受）交付罪として独立に評価しうるかどうかが、という点である。そして、第2に、未供与部分（受）交付罪として独立に評価しうるとの立場をとった場合に、供与された部分と未供与部分とを併合罪として刑罰加重するのか、それとも包括一罪やいわゆる処罰吸収として刑罰加重することなしに処断するのか、という点である。

2 未供与部分（受）交付罪として独立に評価することができないとする立場は、共謀共同正犯者間の（受）交付罪を不成立とし、しかもその論理を一部供与の事案に及ぼしていた判例の中に明確に見い出すことができる³⁷⁾。しかし、そのような一連の判例がその結論と理由づけのいずれにおいても支持しがたいものであることについては、すでに明らかにした。他方、学説においては、明確な理由づけをもってこのような立場を主張する見解は見当たらないようである。たとえば、一部供与と全部供与とを問わずに「責任吸収関係」が生じるとされる正田裁判官（当時）の見解も、その実質は、科刑上一罪としての牽連犯を認めるものである³⁸⁾。また、谷口裁判官（当時）は、「交付、受交付が一個の行為でなされたものである以上、交付を受けた金員のうち、一部を供与し、一部を受交付者の手許に保留した場合でも、全体として一個の供与罪として処罰すべきであろう」として、不可罰的事前行為としての吸収関係を考えておられたことがあったが³⁹⁾、その後、包括一罪説に改説されている⁴⁰⁾。

もっとも、供与罪と（受）交付罪との関係を犯罪吸収と見る立場からすれば、供与されなかった部分も含めて全体を供与罪が吸収しうるとする方が論理としては一貫している、との指摘もある⁴¹⁾。たしかに、犯罪吸収説が本来の一罪の

37) 大判昭和12年7月9日、名古屋高判昭和29年9月14日、福岡高宮崎支判昭和31年9月21日。なお、東京高判昭和28年6月20日。

38) 正田・法律時報38巻11号86頁以下参照。

39) 谷口・ジュリスト297号97頁。

40) 谷口・判例評論87号26頁。

41) 石田和外・刑事判例評釈集第1巻昭和13年度（昭和16年）76頁、香川・前掲書310

関係にあるものとして両罪を理解するものであることを強調するならば、供与を目ざしてなされた（受）交付が分割されることはありえず、したがって未供与部分の（受）交付行為も独立して評価することはできない、ということもできるであろう。しかし、そのような方向は、必ずしも犯罪吸収説の論理必然的な結論ではないと思われる。なぜなら、犯罪吸収説からすれば、未供与部分については吸収する母体が存在していないためそもそも吸収関係が問題になることはありえない、と考えることもできるからである。最大判昭和41年7月13日が「交付又は受交付にかかる金銭又は物品のうち……受交付者の手裡に保留された……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」るとするもの、このような考え方を前提にしているからだと思われる⁴²⁾。また、このような考え方の背景には、おそらく、（受）交付金のごく一部のみが供与され残りの大部分は供与されることなく終った場合に全部吸収を認めてしまうことへの割り切れなさ（たとえば、10分の1の部分の供与された場合には、1が10を吸収するということになる）といったことなども考慮されているのであろう。

未供与部分に対応する（受）交付行為を独立して評価しうるとする点は、当初、未供与部分についての没収、追徴を肯定する判例において間接的に認められていた。たとえば、大判昭和13年3月4日は、供与罪と（受）交付罪とが吸収関係にあるとする一般論に立ちながら、「金員受交付ノ所為カ金員供與罪中ニ吸収セラレ擬律上単ニ供與罪ニ関スル法條ノ適用ヲ為スニ止マル場合ト雖右

頁、正田・犯罪論或問158頁。

42) また、最二小決昭和45年11月20日刑集24巻12号1647頁（最一小判昭和43年3月21日の再上告審決定）が、買収資金の交付後にその一部が受交付者の手許で他の金員と混同した後に予定通りの供与がなされた事案について、「なお、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」とするもの、このような考え方の延長線上で理解しうるものである。なお、鬼塚・前掲解説111頁。

受交付ノ所為ヲ罪ト為ラスト為スモノニ非サレハ……交付ヲ受ケタル金員ノ一部ニシテ同人ノ手裡ニ保留セラレタル前示金59圓50銭ハ……交付ヲ受ケタル利益ニ該當スト謂ハサルヘカラス」として、交付者に返還された未供与部分の金員に対して、没収、追徴をなしうるとしていた⁴³⁾。その後、未供与部分に対応する（受）交付行為について（受）交付罪が成立することとなり、問題は、供与された部分（当該部分に対応する（受）交付罪を評価し尽した形で成立している供与罪）と未供与に終わった部分（当該部分に対応する（受）交付罪）との間の罪数関係へと移ったのである。

3 供与された部分と未供与に終わった部分の罪数関係について、判例は、併合罪とするもの⁴⁴⁾と包括一罪とするもの⁴⁵⁾とにわかれている。しかし、いずれの立場も、（受）交付行為を独立して評価しうるとするにとどまり、刑罰加重をすべきか（併合罪）否か（包括一罪）という点についての積極的な理由づけは見られない。他方、学説においては、それぞれの理由づけをもって、併合罪説⁴⁶⁾と包括一罪説⁴⁷⁾とが主張されている⁴⁸⁾。

併合罪説の論拠は、次の2点に要約することができる。第1は、（受）交付

43) 結論同旨、仙台高判昭和30年10月25日。

44) 東京高判昭和28年6月13日、最大判昭和41年7月13日。また、結論が明示されていないがおそらく併合罪と見ていられるものとして、仙台高判昭和30年7月5日、名古屋高判昭和31年12月5日、最三小決昭和30年12月13日。

45) 仙台高判昭和30年9月13日、東京高判昭和40年3月31日。

46) 西川・前掲解説137頁以下、横井・前掲論文68頁、安村・前掲解説448頁以下、堀田・前掲論文35頁。

47) 浦辺衛「選挙犯罪に関する重要判例」ジュリスト173号（昭和34年）39頁、同・法律のひろば21巻6号31頁以下、浦辺＝林・前掲書59頁以下、山火・注釈特別刑法第1巻565頁、同・ジュリスト874号71頁以下。なお、一般的には併合罪説をとりながら、最一小決昭和61年7月17日につき包括一罪説をとるものとして、中義勝・判例評論340号（判例時報1227号）69頁以下。

48) さらに、折衷的なものとして、未供与部分を生じた原因に着目して、①（受）交付時に予定されていた相手方の全部に供与されたが金額が一部にとどまった場合と②予定されていた相手方の一部だけへの供与にとどまったために残額が生じた場合とに区別し、前者を包括一罪とし後者を併合罪とする立場があるが（小林・刑事判例評釈集第28巻147頁以下、同・注釈特別刑法第3巻293頁以下）、実質的には併合罪説と同じ内容のものである。

罪の立法趣旨に着目するものである。すなわち、それは、(受)交付罪が供与罪の前段階的行為を独立して処罰するために立法されたものであることからすれば、供与に至った部分については供与罪をもって評価することが可能であるが、未供与部分を供与罪として評価することはできず、その限りで供与罪から独立した可罰性を(受)交付罪に認めうる、とするものである。また、第2は、未供与に終った部分は供与された部分とは別に予定されていた供与のための金員と見られることから、すでに供与がなされた部分とは別個の犯罪として把握することができる、とするものである。すなわち、それは、供与行為自体を数個に分割しうるとの前提に立って、供与に至った部分(供与罪)と未供与に終った部分((受)交付罪)とを別個の犯罪として理解するものである、と言えよう。

しかし、このような論拠には支持しがたいものがある。それは、供与罪と(受)交付罪との関係を法条競合ないしは犯罪吸収として理解する立場から主として併合罪説が主張されていることによる。まず、第1の論拠に対しては、未供与に終った部分について(受)交付行為を吸収すべき母体が存在しないことを理由にそれを独立して評価すべきだとする一般的前提は理解しうる。しかし、このことがただちに供与された部分と未供与部分との間に併合罪を認めるという結論をもたらすものではない。そもそも、法条競合や犯罪吸収という考え方が論理的吸収関係を意味するものであることからすれば、供与罪と(受)交付罪の関係は、本来的一罪として理解されることになる。そうだとすれば、未供与部分に対応する(受)交付行為を独立に評価しうると言っても、それは、言わば観念的なものでしかなく、供与された部分と分割された意味での独立性までも主張しうるものではないのである。また、このこととの関係で、第2の論拠にも疑問を禁じえない。たしかに、供与された部分と未供与の部分が存在することは、供与の相手方が異なることを予想させるものであり、その限りで供与行為や(受)交付行為を量的に分割しうるものと見ることもできないわけではない。しかし、そうだとすれば、このような論理は、(受)交付金員が複数の相手方に対して全額供与された場合にも一貫されるべきものである。ところが、いわゆる犯罪吸収説は、複数の相手方に対して全額供与された場合には、相手

方の数に応じた供与罪がそれぞれの（受）交付行為を吸収しうるとするわけではなく、一個の供与罪が一個の（受）交付行為を吸収するとしているようである。すなわち、この立場は、全部供与の場合には（受）交付行為を分割しえないとの結論をとり、一部供与の場合には（受）交付行為を分割可能なものとして取り扱うことになる。しかし、このように考えると、一括供与ないしは全部供与された事案（供与罪のみが成立）と一部供与の段階で摘発された事案（供与罪と（受）交付罪の併合罪として加重処罰）との間の処断刑に不均衡を生じることになる。

このように、併合罪説の難点は、供与された部分と未供与部分とを分割して後者に対応する（受）交付行為の独立的な可罰性を強調した点にあった、と言えよう。これに対して、包括一罪説は、このような意味での（受）交付行為の独立性を主張するものではない。包括一罪説の主張する（受）交付行為の独立性は、供与罪と（受）交付罪との関係を価値的吸収関係すなわち科刑上一罪に類似するものとして理解するところからもたらされるものである。したがって、この立場は、供与されたものが全部であると一部であることを問うことなしに同様の結論をとることになる。すなわち、全部供与の事案においては、すでに見たように、本来的には並列関係にある供与罪と（受）交付罪とが選挙の公正という同一の法益侵害に向けての事実的發展関係を有することから包括的に評価される。一方、一部供与の事案においては、供与罪に発展した部分（事実的發展関係）と供与罪に発展するはずであった部分（観念的發展関係とでも言えようか）とが全体として一個の（受）交付行為によって実行されており、しかもそのいずれもが選挙の公正という同一の法益侵害に向けられたものであることから、包括的に評価しうると考えられるのである。そして、このような結論にとって重要なことは、包括一罪説は「吸収」ということを主張するものではないという点である。すなわち、10分の1の部分だけが供与に発展した場合にも、包括一罪説は、1の供与罪が10の（受）交付罪を吸収して供与罪のみが成立するとしているのではなく、1の供与罪と10の（受）交付罪との成立を認めただけで両者を包括的に評価しようとするものなのである⁴⁹⁾。

以上のように考えるならば、全部供与の場合だけでなく、一部供与にとどまった事案についても、包括一罪として処断することで充分であると言うことができよう。しかも、判例は、この種のものと同様の事案、すなわち牙保目的で赃物を運搬した後にその一部のみを牙保した事案⁵⁰⁾や密造酒を製造する目的で醪を製造した後にその一部分についてのみ目的を達成した事案等⁵¹⁾についても、比較的広範に包括一罪の成立を認めているのである。

むすびにかえて

これまで、主として公職選挙法上の供与罪と（受）交付罪について、判例に現われた事案を中心として、供与共謀者間における（受）交付罪の成否および供与罪と（受）交付罪との罪数関係を検討してきた。ここでの検討によって、現時点で一応次の2点を確認しえたと言ってよいであろう。第1は、本稿で取り扱ったふたつの問題は、一見それぞれ全く別の次元に存在するもののようには考えられながら、供与共謀者間における（受）交付罪の成否という問題は実質的には供与罪と（受）交付罪の間における罪数問題に還元されるべき性質のものである、という点である。第2は、供与罪と（受）交付罪との罪数関係は、

49) 供与罪と（受）交付罪とはいずれも法定刑が同一であるから問題がないが、一般には、包括評価の対象となる条文をすべて摘示したうえで、そのうちの最も重い法定刑を基準として処断することになる。

50) 最三小決昭和32年4月16日刑集11巻4号1366頁は、赃物である映写機4台を牙保目的で運搬した後に2台を牙保した事案について、「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すべきである」としている。

51) たとえば、最二小判昭和28年10月23日判例タイムズ35号47頁は、焼酎密造の意思で醪を製造した後に一部焼酎を製造した段階で発覚した事案について、「まさに包括して一個の旧酒税法60条1項の罪と認めるべきものである。蓋し被告人の判示所為は政府の免許を受けないで、焼酎製造の単一の意思をもって、その過程として判示醪を造りその一部を同一日時場所において継続して二回に亘り蒸溜し焼酎の密造を遂げたが残部は蒸溜する前に発覚したというのであるから、その各個の蒸溜行為及び残存醪の未蒸溜の状態をそれぞれ独立した処罰の対象となる所為と認めるべきではないのである」としている。同旨、福岡高判昭和27年3月8日高刑判決特報19号70頁、仙台高判昭和27年4月12日高刑判決特報22号119頁、東京高判昭和27年7月28日高刑判決特報34号128頁、名古屋高判昭和30年7月19日高刑裁判特報2巻16・17号817頁、東京高判昭和31年11月7日東高刑時報7巻11号411頁。

(受) 交付された金員の全部が供与された場合と一部の供与にとどまった場合とを問わずに包括一罪として処断することで充分だと考えられる、という点である。

しかし、特に第2の点については、包括一罪と考えることで従来の判例に現われた事案を一応説明することができるにしても、最大判昭和41年7月13日以後の最高裁判例が依然として「吸収」という表現を使用することによって両者の関係を犯罪吸収的なものとして理解する立場を維持しているように思われる点など、必ずしも包括一罪説に有利でない状況も存在している。ただ、この点については、一連の最高裁判例の言う「吸収」の意味内容が必ずしも明らかでないとの指摘もなされている⁵²⁾。したがって、この点は、今後の判例の積み重ねの中で明確にされていかなければならない性質のものである。その意味で、この問題の解決は、将来に委ねられた側面を持つものであると言えよう。

52) たとえば、正田・法律時報38巻11号86頁、横井・前掲論文66頁以下、大野・前掲論文22頁、木谷・法曹時報37巻2号251頁、真鍋・前掲解説155頁。