
種 別： 論説

タイトル： 包括一罪の主観的要件についての一考察（2）

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 63 卷 2 号（令和 1 年 9 月）61-96 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

包括一罪の主観的要件についての一考察(2)

青木 陽介

- 一 はじめに
 - (1) 総説
 - (2) 最高裁平成 26 年 3 月 17 日第一小法廷決定
 - (i) 事案の紹介
 - (ii) 過去の判例との比較
 - (3) 学説における説明
 - (i) 橋爪隆及び亀井源太郎の見解
 - (ii) 若干の検討
 - (iii) その他の問題点
 - (iv) 予想される批判
 - (v) 虫明満の見解
 - (vi) 検討の方向性
- 二 ドイツにおける議論
 - (1) 総説
 - (i) 罪数論の全体像
 - (ii) 検討に際しての留意点
 - (iii) 自然的行為単一の成立要件
 - (iv) 時間的・場所的近接性
 - (2) 判例の動向①：反復型の場合
 - (i) 連邦通常裁判所 1951 年 5 月 18 日判決
 - (ii) 連邦通常裁判所 1969 年 1 月 21 日判決
 - (3) 判例の動向②：漸次型の場合
 - (i) 連邦通常裁判所 1953 年 3 月 27 日判決
 - (a) 事案の紹介
 - (b) 1953 年判決の評価
 - (ii) 連邦通常裁判所 1983 年 9 月 21 日判決
 - (a) 事案の紹介

- (b) 1983年判決の評価〔以上、63巻1号〕
 - (iii) 連邦通常裁判所1992年11月25日判決
 - (a) 事案の紹介
 - (b) 「③：単一の目標の追求」の機能
 - (iv) 連邦通常裁判所1990年5月16日判決
 - (a) 事案の紹介
 - (b) 「②：同種の行為意思」の機能
 - (4) 学説の動向
 - (i) ビンディングの見解
 - (a) 概要
 - (b) 若干の検討
 - (c) 類似の見解：ホーニツヒ
 - (ii) バールの見解
 - (a) 概要①：反復型の場合
 - (b) 概要②-1：漸次型の場合の一般論
 - (c) 概要②-2：漸次型の場合の例外
 - (d) 若干の検討
 - (iii) マイヴァルトの見解
 - (a) 概要①：反復型の場合
 - (b) 概要②-1：漸次型の場合の一般論
 - (c) 概要②-2：漸次型の場合の具体的な基準
 - (d) 若干の検討
 - (e) 類似の見解：ロクシン
 - (iv) キントホイザーの見解
 - (a) 概要①：規範に違反する行為の構造
 - (b) 概要②：主観的要素の具体的な内容
 - (c) 若干の検討
 - (5) 小括
 - (i) ドイツの議論を参照する価値
 - (ii) 時間的・場所的近接性について
 - (iii) 主観的要件について〔以上、本号〕
- 三 日本における議論
- (1) 主観面の一体性についての検討
 - (i) 主観面の一体性についての私見①
 - (a) 必要性
 - (b) 予想される批判①：体系的な観点より
 - (c) 予想される批判②：主観的違法要素との関係

- (ii) 主観面の一体性についての私見②
 - (a) 具体的な基準
 - (b) 予想される批判：最高裁昭和 31 年判決との関係
 - (c) 奈良俊夫の見解
- (iii) 時間的・場所的近接性
 - (a) 必要性
 - (b) 要件内に組み込む方法
 - (c) 予想される批判：大審院昭和 13 年判決との関係
 - (d) 大審院昭和 13 年判決の評価
 - (e) 機会の同一性との関係
- (2) 傷害罪及び傷害致死罪の包括一罪の場合
 - (i) 最高裁平成 26 年決定
 - (a) 意思の継続？
 - (b) 時間的・場所的近接性
 - (ii) 福岡地裁平成 29 年 11 月 22 日判決
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
 - (c) 訴因外の事情の考慮？
 - (iii) 横浜地裁平成 10 年 10 月 13 日判決
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
- (3) その他の犯罪の場合
 - (i) 仙台高裁平成 29 年 12 月 20 日判決：器物損壊罪
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
 - (ii) 名古屋高裁平成 18 年 2 月 20 日判決：窃盗罪
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討
 - (iii) 札幌地裁小樽支部平成 29 年 12 月 13 日判決：監護者性交等罪
 - (a) 事案の概要
 - (b) 若干の検討

四 結語

二 ドイツにおける議論

(3) 判例の動向②：漸次型の場合

(iii) 連邦通常裁判所 1992年11月25日判決

(a) 事案の概要

1983年判決⁽¹⁾の後、「③：単一の目標の追求」という基準に従って自然的行為単一の成立を肯定したと評価できるのが、連邦通常裁判所 1992年11月25日判決⁽²⁾である。

事実関係は、以下のとおりである⁽³⁾。被告人は、店の金庫から金銭を奪う意図の下、強盗を実行したが、売り主である被害者 K が通行人に対して助けを求め続けているため、自分の計画が遂行不可能であることを知った。そこで、被告人は計画を放棄し、代わりに、失敗に終わった強盗未遂について更なる目撃者に気付かれることを阻止し、また、被告人に不利な証言を行うであろう被害者を排除 (ausschalten) するため、被害者を殺害することを決意した (entschloß)。被告人は、携帯していたナイフで K を二度刺した。K はまだ生きていたが、突如顧客 B が現場に介入してきたため、このままでは売り主が死亡するまで刺し続けることはできないということに、被告人は気付いた。被告人は、K から一旦離れ、B を三度にわたって刺した。その間、K は助けを求めつつ、店のドアのところへと辿りついた。被告人は、被害者がドアを開け、それにより通行人に確実に見られることを危惧し、これを阻止するため、再度 K の方へ向かった。そして、被告人は決意を新たに („beschloß erneut“)、被害者を殺害するため、ナイフを背中に刺した。被告人はその後逃亡したが、実は K はまだ生きており、後に救出された。

このような事案につき、原審⁽⁴⁾は、加重強盗の未遂の他に、最初の K を

(1) 前掲二(3)(ii)(a)の議論を参照。

(2) Vgl., BGH NStZ 1993, 234f.

(3) Vgl., BGH NStZ 1993, 234f. (234)

(4) Vgl., BGH NStZ 1993, 234f. (234)

二度刺す行為、途中での B を三度刺す行為、及び最後の K の背中を刺す行為のそれぞれにつき、謀殺未遂の成立を認め、全体を実在的競合として処理した。これに対し、連邦通常裁判所は、自然的行為単一の成立要件について一般論を述べた上で、以下のように述べ、K への二回に渡る行為の間で自然的行為単一の成立を認めた⁽⁵⁾。

即ち、確かに、K 殺害の目標 (Ziel) をもって実行された侵害は、被告人が B を襲撃したことによって、中断 (unterbrechen) している⁽⁶⁾。しかしながら、この中断は、それによって K に向けられた侵害行為間の密接な連関が疑わしいものにならない程の、ほんの僅か (von kurzer Dauer) のものである。K が証人となることを排除するため、また、通行人に気付かれることを阻止するため、K を殺害するという二つの個別行為を支配していた目標 (das beherrschende Ziel) は、侵害行為の性質や出来事の全体の状況を通じて、結合させる要素 (verbindendes Element) として明白になっている。それによると、単に被告人の表象の中だけでなく、第三者の視点や客観的な考察によっても、二つ目の攻撃は一つ目の連続 (Fortsetzung) となり、両者は単一性 (Einheit) を形成することになる。

被告人は、B が介入した時点では K を更に刺すつもりであった。それゆえ、被告人に不利な証言を行う証人を殺害によって排除しよう („beseitigen“) との目標は、いまだ達成されていないと被告人は考えていた⁽⁷⁾。つまり、殺害の未遂はまだ終了しておらず、また、所為の決意 (der Tatentschluß) はまだ放棄 (aufgeben) されていなかった。このような状況において、K に対する殺害の意図での新たな襲撃は、被告人が新たに抱いた所為の決意を実現したとはではなく、既に進展中ではあるものの、単に不可避的に中断することとなった企てを終了させるつもりであったことを意味する、と⁽⁸⁾。

(5) Vgl., BGH NStZ 1993, 234f. (234f.)

(6) Vgl., BGH NStZ 1993, 234f. (234)

(7) Vgl., BGH NStZ 1993, 234f. (234f.)

(8) 以上とは別に、B に対する謀殺未遂 (さらには先行する強盗未遂) については、K に対する謀殺未遂との間で自然的行為単一は成立しないと判示されている。というのも、B に対する攻撃は、独立した、変更された所為状況 (veränderte Tatsituation) に基づき、新たに抱いた所為の決意に基づくからである。Vgl., BGH NStZ 1993, 234f. (235)

(b) 「③：単一の目標の追求」の機能

以上のように、この1992年判決は、被告人がKに対する犯行を一旦中断し、その後それを再開したケースにおいて、前後の行為を共通して支配している被告人の目標に着目することで、自然的行為単一における主観的要件が肯定されている。「③：単一の目標の追求」という基準を、構成要件外の目標の単一性と呼ぶ学説⁽⁹⁾もあるが、まさにそのような目標における共通性が、本件における主観面の一体性を基礎づけていることになる。また、犯行を一旦中断後の再開、というこの事案の経過は、1983年判決によって「③：単一の目標の追求」に分類されている1953年判決の事案⁽¹⁰⁾と類似しているが、この1992年判決のような判断枠組みに依拠することで、主観的要件の枠内で議論しつつ、自然的行為単一の成立を認めることが可能となる⁽¹¹⁾。

もっとも、本判決は、被告人の決意が完全に放棄されたわけではなく、単に中断したに過ぎないとも述べている。それゆえ、この1992年判決の事案も「④：単一の決意」の枠内で説明可能なのではないか、また、1983年判決の事案と結論が異なっているのは、まさに新たな決意の有無によるからではないか、との疑問も予想されるところである。

しかしながら、当初の決意を放棄したのか、それとも一時的な中断に過ぎないのかの判断はかなり微妙である⁽¹²⁾。それゆえ、犯行が一旦中断する事案において、常にそれが一時的な中断に過ぎないと評価される保障はない。そして、決意を放棄したと評価される事案においては、「①：単一の決意」を基準とする限り主観面の一体性を肯定できないのに対し、「③：単一の目標の追求」に着目することで、これを容易に肯定することができる。このよ

(9) Vgl., Jürgen Wolter, *Natürliche Handlungseinheit, normative Sinnlichkeit und Gesamtgeschehen*, StV 1986, 315ff. (320)

(10) 前掲二(3)(i)(a)の議論を参照。

(11) 推測であるが、1953年判決は、結論としては自然的行為単一の成立を認めることが妥当と考えたものの、単一の決意の事案ではないことが明らかであったため、主観的要件に言及することなく、言うならば苦肉の策として客観的要件による判断を行ったのかもしれない。

(12) 複数の行為に基づいて複数の犯罪が成立する場合、それぞれの行為を実行することとの関係でも決意は存在するので、これも本文で述べた判断を困難にする事情の一つと言える。

うに、③の基準は、行為者が何らかの理由により犯行を一旦中断した事案をカバーする機能を担っている。もっとも、「①：単一の決意」が認められる場合、中断等がないというだけであり、先の1969年判決⁽¹³⁾においてもそうであったように、その目標や動機の単一性は事実上認められることが多いだろう。その意味で、①も事実上③の基準を内在させているのであり、①と③を内容的に異質のものとして捉える必要はないだろう。

(iv) 連邦通常裁判所 1990年5月16日判決

(a) 事案の概要

①と③を以上のように整理する場合、残された「②：同種の行為意思」はどう理解すれば良いだろうか。ドイツの判例の紹介の最後に、前記1983年判決が言及していた②の内容を簡単に確認することにしたい。同判決は、この②に該当する事案として1966年11月18日判決⁽¹⁴⁾を挙げている。しかしながら、この事案では、窃盗、強盗未遂、傷害、強盗的恐喝未遂、自由剥奪、強盗的恐喝既遂という異種の犯罪間における所為単一の成否が問題となっているので⁽¹⁵⁾、本稿との関係では、あまり参考にはならない⁽¹⁶⁾。むしろ、所為単一ではなく一罪として処理することとの関係で②を問題にした事案として、連邦通常裁判所1990年5月16日判決⁽¹⁷⁾を挙げることができる⁽¹⁸⁾。

(13) 前掲二 (2) (ii) の議論を参照。

(14) Vgl., BGH NJW 1967, 60f.

(15) 連邦通常裁判所は、被告人の行為は、いずれも被害者が携帯していた金銭をわが物にするという目的 (Zweck) で実行されているので、同種の行為意思 (gleichgearteter Handlungswillen) に担われている、と判示した。Vgl., BGH NJW 1967, 60f. (61)

(16) 前掲二 (1) (ii) の議論を参照。

(17) Vgl., BGH NStZ 1990, 490f.

(18) 実際、ゾヴァダは1990年判決を②の事案として分類・引用している (Vgl., Christoph Sowada, Probleme der natürliche Handlungseinheit, Jura 1995, 245ff. (251))。なお、これ以外にも、ヴォルター (Vgl., Wolter, StV 1986, 315ff. (320)) は、1984年8月22日判決 (BGH StV 1985, 13f.) の事案を②に分類している。この事案では、被告人が商店から物を持ち出し、追ってきたレジ係に暴行を加えた加重強盗的窃盗に該当する行為と、その後一旦財物を取り返され、それが別の人に手渡された後、同人に対して実行された加重強盗的恐喝に該当する行為の罪数が問題となった。この事案では、所為単一との関係で

事案関係をやや簡略化して述べると、以下のとおりとなる⁽¹⁹⁾。被告人は、自身の窮状から脱するため、共犯者Pと共に、自分の夫を殺害することにした。犯行日の夜、まず、被害者が寝ているところ、Pが被害者を斧で攻撃した。それによって被害者は目を覚ましたが、その後もPは攻撃し、また、被告人も木の板で被害者を攻撃した。その結果、被害者は身動きせず地面に横たわっていたので、被告人らは被害者が死亡したとの確信を得た。しかしながら、被害者はまだ生きており、一旦Pが家から出た後に、被告人はそのことに気づいた。そして、被告人はPを再度呼び戻し、被害者がまだ生きていることを伝えた。被告人らにとって、自分達が開始した犯行を終了させなくてはならないことは明白であった。そこで、当初の攻撃より30分以上経過した時点で、Pは新たに(erneut)斧を手にとり、被害者に対して更なる攻撃を加え、それによって被害者は死亡させた。連邦通常裁判所は以下のように判示し、1件の謀殺のみを認めた原判決⁽²⁰⁾を是認した。

被害者への最初の斧での攻撃と最終的に死亡結果を導いた後行の斧での攻撃の間に時間的間隔があるものの、自然的行為単一の成立要件は充足されている⁽²¹⁾。被告人らは、当初得た確信とは異なり、被害者が第一の攻撃によって死亡していなかったことを確認した後、その他の点では変更されていない状況(unveränderte Situation)一犯行はまだ発覚していない—において、開始した所為を完結(vollenden)させようと、また、被害者を第一行為と同一の武器の使用により殺害しようと、決意した(entschlossen)のである。このような事案関係においては、被告人の夫を殺害するという単一の目標(einheitliche Ziele)に資する、同種の行為意思(ein gleichartiger Handlungswillen)に担われた被告人らの振舞いの全体を、自然的な考察により単一の出来事として評価すべきである、と。

自然的行為単一の成否が問題となったが、連邦通常裁判所は、被告人は、財物を最終的に手に入れようとの意思を出来事の全体の間、放棄していないので、自然的行為単一の主観的要件は満たされると判示した。

(19) Vgl., BGH NStZ 1990, 490f. (490f.)

(20) Vgl., BGH NStZ 1990, 490f. (490)

(21) Vgl., BGH NStZ 1990, 490f. (491)

(b) 「②：同種の行為意思」の機能

以上のように、ここでは、最初の攻撃によって被害者が死亡したと勘違いした被告人らが、新たに決意した上で殺害を実行した事案において、「同種の行為意思」という主観的要素に着目することで、自然的行為単一の成立が認められている。つまり、ここで問題となっている事案の経過は、先に論じた「③：単一の目標の追求」が問題となった事案の場合と同じである。というのも、③が問題となった事案においても、一定の事情により犯行が中断し、その後新たな決意が介在したケースにおいて、主観的要件を満たしているか否かが争点であったからである⁽²²⁾。

このような②と③の類似性は、ここで紹介した1990判決の判決文自体からも読み取ることができる。1990年判決は、「同種の行為意思」に基づく複数の行為が「単一の目標」に資すると判示しており、まさにこのような目標が存在するからこそ、行為意思が同種であると評価されているとも考えられる。そうすると、結局のところ、本件において「②：同種の行為意思」が担っている機能は、「③：単一の目標の追求」と基本的に異ならないように思われる⁽²³⁾。つまり、「①：単一の決意」という枠組みでは処理しづらい事

(22) 前掲二(3)(iii)(b)の議論を参照。

(23) もっとも、「②：同種の行為意思」や「③：単一の目標の追求」に分類される事例数は絶対的に少ないため、断定的な判断は避けたい。なお、本文中で紹介した判例以外にも目を向けると、「②：同種の行為意思」という基準を「①：単一の決意」と併用する事案も見られる。

連邦通常裁判所1969年1月10日判決(BGH VRS 36, 354ff.)は、被告人による一連の自動車の運転との関係で成立する、1：道路交通への危険な侵害の罪、2：危険傷害罪及び3：事故現場からの逃走罪の罪数について、1と2の間で観念的競合の成立を認め、それらと3とは実在的競合として処理した。連邦通常裁判所は、過去の判例において「①：単一の決意」が基準となっている場合、「②：同種の行為意思」であることが前提となっているのであり(先に紹介した1956年判決(前掲二(3)(i)(b)の議論を参照。)においても、殺害意思という意味でこれを満たしていると例示する。)、単に複数の犯罪を実行しようとの「①：単一の決意」のみでは自然的行為単一は認められない、本件では複数の全く異なる振舞いが問題となっているので(前半は歩行者のグループへの衝突、後半は犯行に成功した後の立ち去り。)、本件では自然的行為単一は否定される、と判示している(この事案は、拙稿「混合的包括一罪についての一考察」上智法学論集59巻3号(2016)120頁以下においても簡単に紹介している。なお、連邦通常裁判所は上記のように判示しているので、この事案を引用した上で、自然的行為単一の成立に必

案、つまり、何らかの理由に基づく犯行の中断があり、「単一の決意」とは言い難い事案においても、主観面の一体性を肯定することが可能となっている。

いずれにせよ、以上の判例の概観から分かることは、「②：同種の行為意思」や「③：単一の目標の追求」という基準がこのような機能を担っている以上、「①：単一の決意」を自然的行為単一の主観的要件として絶対視する、ないし一人歩きさせる必要はない、ということである。他方で、判例の立場では、②や③も併用することによって妥当な事案の解決が図られていると言えるものの、併用という手法を採る以上、自然的行為単一の主観的要件の基準としては、やや便宜的な印象を受けざるを得ない⁽²⁴⁾。むしろ、これらの複数の基準を統合する視点が必要となる。そこで以下では、この点についての知見を得るため、ドイツの学説を参照することとする。

(4) 学説の動向

(i) ビンディングの見解

(a) 概要

次に、ドイツの学説の動向を概観することにする。これまで見てきたよう

要な「決意の単一性とは、同性質の行為意思 (gleicharteter Handlungswille) [中略—筆者註] でありとされている」(堀内捷三=町野朔=西田典之(編)『判例によるドイツ刑法(総論)』(良書普及会、1987) 231頁 [安村勉執筆] (以下では、『判例によるドイツ刑法』[安村]と表記。)参照。)と説明するのは、やや不正確ではないだろうか。

このように、種類の異なる犯罪の間で自然的行為単一の成否が問題となる場合、「②：同種の行為意思」という主観的要素は、自然的行為単一の成立を否定する方向で作用することになる。自然的行為単一の主観的要件の3つのヴァリエーションについて判示した1983年判決の事案においても、危険傷害行為から放殺未遂行為へと移行したことを理由に、「②：同種の行為意思」が否定されている (Vgl., BGH StV 1984, 71f. (72))。ヴォルターも、「②：同種の行為意思」が否定される例として、1983年判決の事案に沿う形で、傷害から殺害への移行の場合を挙げる (Vgl., Wolter, StV 1986, 315ff. (320))。

- (24) なお、判例の中には、1997年11月19日判決 (BGHSt. 43, 312ff. (315)) や2000年2月11日判決 (BGHSt. 46, 6ff. (12)) のように、自然的行為単一の要件として、「同一の意思方向 (dieselbe Willensrichtung) という意味で単一の意思に基づくこと」が必要と述べるものも存在するが、これまで本文で紹介してきた三つの基準とどのような関係に立つのか、判決文上は定かでない。

に、判例においては「①：単一の決意」を基準とするものが主流をなしているが⁽²⁵⁾、学説においても、古くから同様の主張がなされている。具体的には、ビンディングの見解を挙げることができる。

ビンディング⁽²⁶⁾は、犯行⁽²⁷⁾の単一 (Deliktseinheit) としての連続犯⁽²⁸⁾は二つの基本形式において考えられると述べた上で、現在の議論における反復型と漸次型に相当するものについて検討を加えている。このうち、後者の類型を肯定する上での記述⁽²⁹⁾は簡素なものにとどまっているのに対し、前者については、以下のように論じている。

即ち、単一の犯罪の既遂は、その犯罪をそれぞれ縮小化させた規模で実現する複数の行為によっても構成され得る。そして、それらを単一のものとして結合させるのは、量的に広がり得る結果の単一性 (die Einheit des quantitativ erstreckbaren Erfolges) と決意の単一性 (die Einheit des Entschlusses) である⁽³⁰⁾。この決意は特定の範囲で侵害を惹起させようとするものであり、それを徐々に実現するものとして現れるのが、個々の行為の総体である。このことより必然的に、二つ目の行為が、最初から一つ目のものを進展させようとするものであること、よって一つ目に立脚するものでなくてはならない。犯罪を新たに開始しようとするのでは、不十分である。

個々の行為間の中断 (Pausen) の大きさは、それが故意 (Vorsatz) が単一にとどまっていることに反対する論拠とならない限り、重要ではない⁽³¹⁾。

(25) 前掲二 (3) (ii) (b) の議論を参照。

(26) Vgl., Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885 (im folgenden zitiert als „Binding, Handbuch“), S. 544ff.

(27) ビンディングは、犯行 (Delikt) と犯罪 (Verbrechen) を区別している (Vgl., Binding, Handbuch, S. 503.)。日本語訳は、富田敬一「ビンディングの規範論」国士館法学 2 号 (1970) 69 頁以下に従った。文献によっては、不法 (Delikt) と犯罪 (Verbrechen) と訳すものもある (小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂、2007) 73 頁註 112 参照。)

(28) ビンディングは、用語の上では連続犯 (fortgesetztes Verbrechen) と呼んでいるため (Vgl., Binding, Handbuch, S.540.)、一見すると本稿の内容とは関係ないようにも見えるが、実際には現在の自然的行為単一に相当するものが扱われている。

(29) Vgl., Binding, Handbuch, S. 544.

(30) Vgl., Binding, Handbuch, S. 544.

(31) Vgl., Binding, Handbuch, S. 545.

これに対し、故意が一部現実化した後で放棄(aufgeben)され、その後、行為者によって、既に侵害された法益に対する行為が再開された場合、行為者の振舞いは、原則として犯行の単一の領域から離れ、競合(Konkurrenz)が開始する。二つ目の行為は、一つ目に基づくものではなく、二つ目の第一行為である。例えば、毒殺未遂を持続的に試みた後、同情に基づきそれを差し控えることにしたが、しばらくした後(nach einiger Zeit)に非情になり新たな侵害へと至った場合や、行為者が、自身の敵に対して加えた傷害を十分なものとして一旦は判断したものの、一晩の間(über Nacht)に新たに激情が生まれ、これにより追加の攻撃へと行為者が駆り立てられた場合などである、と。

他方で、ペンディングは、ここで問題となる事例の中には、直観(Anschauung)が論拠(Argument)に勝利するものもあると言う。そして、その例として、冒頭⁽³²⁾で紹介した【事例1】のオリジナル⁽³³⁾を挙げる⁽³⁴⁾。ペンディングによると、このような事例では意思の放棄(Willensaufgabe)は最終的(definitiv)なものではないと思われるのであり、我々には、故意が二個であることの証拠を調べなくてはならない、と感じられない。そのため、依然として犯行の単一として認められることになる。

(b) 若干の検討

以上のように、ペンディングは、反復型との関係で、結果の単一性と決意の単一性が必要との枠組みを前提にした上で、主観面の一体性の基準として判例と同様の主張を行っている。そして、その基準に忠実に、決意が途中で放棄された場合、その後の行為は独立して評価されることが認められている。もっとも、【事例1】のオリジナルを解決する際は、この基準ではなく

(32) 前掲一(2)(ii)の議論を参照。

(33) 記述が離れているので、再掲すると以下のとおりである(Vgl., Binding, Handbuch, S. 545.)。„Wenn der Urheber einer Misshandlung diese als abgeschlossen ansieht, sich nun von dem Misshandelten wendet, gleich darauf die seinerzeit von diesem erlittene Beschimpfung nochmals durchempfndet und nun noch ein paar Jagdhiebe zugiebt, …“

(34) Vgl., Binding, Handbuch, S. 545.

「直観」の方が優先する旨明言している。このような形で例外を認めざるを得ない以上、ペンディングの説明は、理論的な見地から成功しているとはいえない⁽³⁵⁾。

他方で、ペンディングはそのような事例では意思の放棄が最終的なものではないとも述べるので、これによって、決意の単一性に類するものが認められる、と位置付けることも可能なのかもしれない。もっとも、意思や決意の放棄が最終的なものであるか否かを、ペンディングが本当に主観面のみに基づいて判断するつもりであるのか、疑わしい。実際、ペンディングが一罪とすべきと考える【事例 1】のオリジナルでは、第二行為は「即座に (gleich darauf)」行われているという特徴が見られるのに対し、決意の単一性が否定される事例においては、「しばらくした後 (nach einiger Zeit)」や「一晩の間 (über Nacht)」という間隔が存在している。つまり、【事例 1】のオリジナルの方が、行為相互がより近接しており、それだからこそ、「直観」的に単一と理解し易いとも言える。そうだとすると、ペンディング自身の記述⁽³⁶⁾とは反するが、このような時間的な近接性の差が結論に影響を及ぼしている可能性があり⁽³⁷⁾、決意の単一性という基準で全てを解決することの難しさを示している。

(c) 類似の見解：ホーニツヒ

以上のようなペンディングの見解と同様の難点は、他の学説においても見られる。例えば、ホーニツヒ⁽³⁸⁾は、ペンディングと同様⁽³⁹⁾、決意の数によ

(35) ヤコプスも、ペンディングの見解は非法律的な直観が有利になるよう譲歩している、と指摘する。Vgl., Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 1993 (im folgenden zitiert als „Jakobs, AT“), § 32 Rdn. 9 Fn. 10.

(36) Vgl., Binding, Handbuch, S. 565.

(37) マイヴァルトは、ペンディングや(本文にて後述する)ホーニツヒの見解において、行為が時間的に接近している事実から決意の単一性が推定 (Vermutung) されていると指摘する。Vgl., Manfred Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964 (im folgenden zitiert als „Maiwald, Handlungseinheit“), S. 76.

(38) Vgl., Richard Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925 (im folgenden zitiert als „Honig, Handlungseinheit“), S. 69ff.

(39) ただし、ホーニツヒは、ペンディングとは異なり、結果の単一性を行為の単複の基準

って、行為の単複を決定すべきと主張している⁽⁴⁰⁾。そして、ホーニツヒは、乱暴者(Raufbold)が被害者と会う度に傷害行為を行うことを決心した場合⁽⁴¹⁾や、記念碑を冒瀆する者(Denkmalsschänder)が、記念碑の前を通る度に、その損壊を反復することを企てた場合⁽⁴²⁾という事例を挙げ、これらの事例では、行為者は単一的意思(Willen)や故意(Vorsatz)によって支配されているものの、このような故意の完全な実現のためには複数の決意(Entschlüsse)が必要である、と述べる⁽⁴³⁾。これに該当するのは、故意を単一の行動(unus actu)ではなく、時間的に離れた活動によって実現する場合であり、その際、動機(Motive)と反対動機(Gegenmotive)は改めて有効となり、動機づけプロセス(Motivationsprozeß)は新たに完結へと導かれなくてはならない。それにより、意思又は故意と、その実行である行為の間には、決意が介在することになる。

そして、どれだけの決意が必要であるかを確定するためには、我々は行為者に問うのではなく、心理学(Psychologie)の法則に従って具体的な事象より必要な決意の数を判断することになる、と続ける⁽⁴⁴⁾。その際、個々の犯罪の性質も考慮される。その結果、一部の犯罪では新たな決意なしに反復することは不可能であるのに対し⁽⁴⁵⁾、その他の犯罪では反復の方法、換言すれば具体的状況に決意の数が依存することになる。具体的には、傷害罪や器物損壊罪においては、複数の意思活動相互の時間的な中断(zeitliche Unterbrechung)により、新たな決意が不可欠となる⁽⁴⁶⁾、と⁽⁴⁷⁾。

とすることには反対する。Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 80.

(40) Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 81.

(41) Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 80.

(42) Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 80f.

(43) Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 82.

(44) Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 82.

(45) 具体例として、強姦(Notzucht)・姦通(Ehebruch)・放火(Brandstiftung)が挙げられている。

(46) Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 83.

(47) なお、ホーニツヒは、未遂と既遂の間でも、決意の数が重要であるとし、また、二つの行為相互の時間的間隔より、新たな決意が必要であるか否かを判断すべきと述べる。

Vgl., Honig, Handlungseinheit, S. 77.

以上のように、ホーニッヒの見解も、決意の単一性という基準からスタートしながらも、最終的には反復する行為相互の時間的間隔という客観的要素に着目して判断を行っていることになる⁽⁴⁸⁾。結局のところ、単一の決意という基準のみで全ての事案を解決することができないことを示している。他方で、いずれの見解も、決意という主観的要素とは別に、時間的な間隔という客観的要素を取り入れることの必要性を暗黙の裡に示している、という見方をすることもできる。ただし、それを取り入れるのであれば、単一の決意という要件内でうまく調和させる必要がある。

ところで、ホーニッヒの見解は、新たな決意が生じる際の説明として、動機・反対動機や動機付けのプロセスという点にも言及していた。学説の中には、決意ではなく、これらの点に焦点を当てる見解も見受けられる。以下では、そのような主張の内容を確認することにする。

(ii) バールの見解

(a) 概要①：反復型の場合

時系列的には前後することになるが、ホーニッヒの見解の中で見られた反対動機という点に着目する見解として、バールの見解⁽⁴⁹⁾を挙げるができる。

バールは、どのような条件の下、複数の意思活動が単一の犯罪として扱われるかについて論じる中で⁽⁵⁰⁾、反復型に相当する事案の罪数処理として、

(48) その他、行為相互の時間的間隔に着目する見解として、ザウアー (Vgl., Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 490) を挙げるができる。なお、ゲールズ (Vgl., Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 287ff.) も、自然的行為単一の主観的要件として単一の意思が必要であるとしつつも、後続の行為が即座に行われれば行われるほど、単一の意思は容易に肯定し得るとも述べていることからすると、その判断の際には行為相互の密接性も考慮するようである。マイヴァルト (Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 76 Fn 62.) は、ゲールズの見解は明確でないと指摘している。

(49) Vgl., Carl Ludwig von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band 3, 1909 (im folgenden zitiert als „Bar, Gesetz u. Schuld“), S. 560ff. なお、バールは先に漸次型について論じた後で反復型について記述しているが、説明の便宜上、本稿では反復型の方を先に紹介する。

(50) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 560.

以下のように一般論を述べる。即ち、厳密には複数の意思活動を区別可能で、また、それぞれが構成要件を実現する場合であっても、結果が単一⁽⁵¹⁾のものとして現れる場合には、実在的競合が否定されるべきである、と⁽⁵²⁾。

そして、バールは以下のように敷衍する。ここでは、結果が単一のものとしてのみ知覚可能 (fühlfar) でなくてはならない以上、行為の一体性 (Einheit der Handlung) を基礎付けるにあたり重要となるのは、個々の活動の連続性 (Kontinuität) や次から次へと続くこと (rasche Folge) である⁽⁵³⁾。同一人に対して連続して表明された多数の侮辱の言葉は、同一人に対して連続でなされた暴行と同様、全体の作用 (Gesamtwirkung) との関係で知覚可能である。これに対し、連続せず生じた反復は、単一の犯罪としての軽い評価を要求しえない。なぜなら、この場合、複数の意思的活動の途中で、倫理的反対動機 (ethische Gegenmotiv) を形成することができるからである。ここでの連続性という概念が流動的なものであることは、確かに否定することはできない。もっとも、経験心理学 (Erfahrungspsychologie) が、何が決定的かを語るべきなのであり、また、その際、実行された犯罪の性質 (die Natur des begangenen Delikts) も考慮に入れるべきである。例えば、一連の侮辱行為と比較すると、窃盗が反復して実行される場合、より長い時間が許容される。

他方で、たとえ極めて近接する場合であっても、種類の異なる犯罪が実行された場合、行為の単一を基礎付けることはおよそできない⁽⁵⁴⁾。なぜなら、犯罪の異種性によって別個の倫理的反対動機が考慮され、それゆえ行為の性格も複数の方法によって当罰的であると示されるからである、と。

(b) 概要②-1: 漸次型の場合の一般論

以上の反復型についての説明とは別に、バールは、幾つかの区別可能な意

(51) バールは結果が単一であることを議論の前提にしているが、ここでは同一人に対して複数の侮辱の言葉を浴びせる場合や同一人を複数回殴る場合といった事例が念頭に置かれており (Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 565.)、文字通り結果が単一というわけではない。

(52) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 565.

(53) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 565f.

(54) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 566.

思活動によって、徐々に構成要件を実現した場合に、実在的競合になるか、との問題を提起し⁽⁵⁵⁾、漸次型についても検討を行っている。

パールの理解によると、この問題については、客観的・物理的な結果によって、もしくは個別行為の連続性や行為者の表象（ないしは後二者の組み合わせ）によって、アプリアリに決断することはできない。しかしながら複数の未遂の後に結果を実現させた A を、単一の意味活動によってこれに成功した B よりも重く処罰することは原理的に適切かを問われると、そのような原則的な区別は不適切であることが即座に導かれる、と述べる⁽⁵⁶⁾。それは、以下の理由に基づく。

即ち、ある者が単一の行為で自己の目標に達した場合、彼が、活動の開始前に全てを厳密に熟慮した (*alles genau überlegen*) からこそ成功したに過ぎないことが多い。そして、このような厳密な熟慮では、このような熟慮なしに多数の行為を行う場合と同様の、倫理的反対動機 (*ethische Gegenmotive*) の考慮が可能となる。勿論、状況によっては、結果に到達するために多数の行為を行ったことが、より高い可罰性を基礎づけることもある。しかし、このような高い可罰性は、量刑の範囲内にて制限されなくてはならない。それゆえ、ある罰条が刑罰の全体を結果への到達へと依存させている場合、このような結果が単一の意味的活動によるか、それとも複数のものによるかは、原則として関係しない、と⁽⁵⁷⁾。

(c) 概要②- 2：漸次型の場合の例外

以上のように、漸次型の場合、原則として一罪として扱われることになるが、パールは以下の点で例外を認める⁽⁵⁸⁾。まず、未遂の中にすでに別の犯罪の既遂の構成要件が含まれている場合、一般的な経験心理学 (*allgemeine Erfahrungspsychologie*) に従い、一つ目の結果の最中に、倫理的反対動機を形成する時間 (*Zeit*) が存在したのか否かのみが重要となる。例えば、殺害行

(55) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 562f.

(56) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 563.

(57) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 563.

(58) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 564.

為の未遂の中に傷害の既遂が含まれている場合⁽⁵⁹⁾であれば、殺害行為が未遂の後即座に(rasch)なされれば、故殺や謀殺の既遂という単一の犯罪のみを実現したことになる。これに対し、5月1日に銃撃で殺害を試みるものの傷害を負わせるにとどまり、その後、5月10日に更なる銃撃で殺害したという場合、疑問の余地なく、傷害及び謀殺の刑に値する。勿論、最初の行為との関係で認められる殺害の未遂は、その後の殺害の既遂に吸収される。

また、更なる例外として、パールは以下の点に言及する⁽⁶⁰⁾。即ち、複数の意思的活動が順次なされる中で、深刻な倫理的警告(tiefgreifende ethische Abmahnung)を通常含む出来事によって、行為者の注意が惹かれる場合である。このような警告は、行為者が犯罪の結果への到達に対して特別に強いエネルギーを有している場合のみ、作用しないものである。具体的には、容易に処罰へと導き得る発覚(Entdeckung)や、調査・捜査の開始(Einleitung einer Untersuchung)が挙げられる。このような出来事が発生した後は、行為の単一性を刑法上維持することはできない。

もっとも、このような場合であっても、行為者は結果に対して向けられている意図(Absicht)を維持することはできる⁽⁶¹⁾。そして、このような場合に犯罪の意思が特別の強度を有していることに鑑みると、上記の出来事によって犯罪の意図を一旦放棄することになったものの、その後都合の良いチャンスが発生した等の理由で再度上記意図へと回帰した場合と比べて、緩和して処罰することは許されない。このことからすると、刑法上の判断として、犯罪の単一性が依拠するのは、決意の維持や単一性(das Festhalten (die Einheitlichkeit) des Entschlusses)ではないということになる。

(d) 若干の検討

(59) もっとも、このケースでは、第一行為による傷害と第二行為による故殺・謀殺の罪数処理が問題となっているのであるから、未遂・既遂間の罪数処理を問題にする漸次型とは、事情が異なっている点に注意する必要があるだろう。この点については、1983年判決について述べたこと(前掲二(3)(ii)(b))も参照。

(60) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 564.

(61) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 565.

以上のように、バールの見解においては、反復型と漸次型を通じて、決意の単一性ではなく反対動機を形成することが可能であったか否かが、行為の一体性を判断するためのポイントになっている。このようなバールの見解に対しても、幾つかの指摘が可能と思われる。

まず、反復型（さらには漸次型との関係での一つ目の例外）との関係では、以下の点が問題となる。即ち、論者によると、行為が連続した場合に一体性は肯定されることになるので、改めて反対動機を形成することが可能となるのはそうではない場合、つまり複数の行為間に時間的間隔が存在する場合ということになる。

しかしながら、本来、反対動機それ自体は行為相互の時間的な近接性の程度に関係なく、行為を実行する度に形成することが可能なはずであり、かつ性質上すべきものはずである。勿論、そのような形で反対動機の内容を理解すると、行為が反復する毎に常に反対動機を形成することができる、と考えることになり、結果的に反復型で行為が一体となるケースが存在しなくなってしまふ。それゆえ、バールのように反対動機を基準にするとしても、それは上記とは異なる意味で、即ち、よりマスの視点から問題を把握する必要があることになる。しかしながら、バールの主張の中にそのような視点を見出し難く、先のベンディングやホーニッヒの見解⁽⁶²⁾と同様、やはり時間的な観点を援用しているに過ぎない⁽⁶³⁾。

次に、漸次型との関係では、バールは行為相互の時間的間隔によって判断せず、むしろ単一の行為で既遂に至ったケースと反対動機という点で同等であるため、漸次型を実在的競合とすべきではないと主張していた⁽⁶⁴⁾。しかしながら、このようなバランス論が成り立つのは、厳密に言えば、複数の行為によって、いわば首尾良く犯罪の既遂に到達した場合に限られるはずである。これに対し、例えば、第一行為で未遂が成立するものの、その後の行為で再度未遂を経由して既遂へ到達した場合については、未遂が複数存在する

(62) 前掲二 (4) (i) (a) ~ (c) の議論を参照。

(63) 先に紹介したホーニッヒの見解 (前掲二 (4) (i) (c) の議論を参照。) も反対動機に言及しているため、同様の指摘が妥当する。

(64) Vgl., Bar, Gesetz u. Schuld, S. 565.

以上、事案の内容次第では未遂が別個に評価されてもおかしくないだろう。

また、漸次型との関係では、二つ目の例外として、反対動機ではなく深刻な倫理的警告という観点を持ち出している点が特徴的である。そして、このような観点は、特定の事象・出来事との関係でのみ問題となるものであり、個々の行為との関係で問題となる反対動機とは異なる視点を提示するものとして、理解することができる。もっとも、そうであれば、この点にダイレクトに焦点を当てて、犯罪が単一であるか否かを判断すれば良いのではないかと、とも考えられる。さらに、深刻な倫理的警告が問題となる局面が、パールが言及するケースに限定されるか否かも、別途問題となる。これに該当する局面をあまり限定しすぎると、それが発生しない漸次型の事案においては、広い範囲で一罪との結論を導くことになるからである。

パールの見解に対しては以上のような疑問があるものの、反対動機は一般的に責任との関係で問題となるものであるため、このような反対動機に着目する理解は、責任との関係でこの問題を捉える見解へと通じることになる。そこで次に、この点を明確に意識した上で主張を展開する、マイヴァルトの見解を参照することとする。

(iii) マイヴァルトの見解

(a) 概要①：反復型の場合

マイヴァルトは1964年に公開した著書⁽⁶⁵⁾において自然的行為単一全般について検討を行っているが、その成立要件との関係では、以下のように論じている。まず、反復型が問題となる場合、自然的行為単一が成立するか否かは、以下の二つの観点から判断される。一つは規範的(normativ)な側面⁽⁶⁶⁾、つまり法益面に着目したものである。即ち、法益保護の機能を担っている法秩序にとって、単一の構成要件を概念上反復して実現することは、

(65) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 13ff. ; vgl. auch, Manfred Maiwald, Die Feststellung Tatmehrheitlicher Deliktsbegehung, NJW 1978, 300ff. マイヴァルトの見解の紹介として、只木誠「犯罪の単複」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 15号 I - 2 (1986) 163頁参照。

(66) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 73f.

法益侵害の単なる量的増加 (eine bloß quantitative Steigerung) を意味するに過ぎない。これは、より多くの不法ではあるものの、それぞれが独自の重要性を有することにはならない、と⁽⁶⁷⁾。

本稿との関係で重要となるのが二つ目の方であり、マイヴァルトは人的 (personal) な側面⁽⁶⁸⁾と呼んでいる。即ち、構成要件を実現する個々の行為が非独立となる又は重要性を失うのは、他の個別行為と法的な評価において同等に扱われるからだけでなく、行為者が同価値の行為を、単一かつ同一の具体的状況 (einer und derselben konkreten Situation) において実行したからである。その限りで、動機づけのプロセス (Motivationsprozeß) が重要となる。これは、所為の時点で行為者が置かれている状況を通じて呼び起されるものである。例えば、窃盗が何度もひったくりを行ったとしても、行為者の「悪しき意思 („böse Wille“) はたった一度だけ「確証 („bewähren“)」されれば十分である。動機づけの状態は、全体の事象を通じて同一又はほぼ同一である、と⁽⁶⁹⁾。

このマイヴァルトの見解のように、自然的行為単一の成立を認めるにあたって心理的 (psychisch) な要素も重要ということになると、継続的な行為の決意 (ein fortbestehender Handlungsentwurf) まで要求すべきか否かが問題となる⁽⁷⁰⁾。この点について、前掲⁽⁷¹⁾の【事例 1】のオリジナル⁽⁷²⁾に言及した上で、ペンディング等の見解⁽⁷³⁾においては行為が時間的に近接している場合に、決意の単一性が仮定ないし推定されていると指摘する。そして、このことは、個々の行為が時間的に連続して実行された場合、たとえその間に新たな行為決意があったとしても、単一の行為となることを示唆しているとした上で、マイヴァルトは、これを上記の責任の観点より説明する。即ち、構

(67) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 74. これは、我が国の包括一罪の議論における法益侵害の一体性に相応するものと理解できる。

(68) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 75.

(69) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 75.

(70) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 75f.

(71) 前掲一 (2) (ii) の議論を参照。

(72) 前掲註 33 参照。

(73) 前掲註 37 及び 48 参照。

成要件が概念上複数回実現されたとしても、個々の行為が一つの状況に由来する単一の動機づけの状態の表明である場合、独立した重要性 (selbständiges Gewicht) が否定されることになる。つまり、行為者の一回の拒絶の表明としての心理的連関は、それ自体複数回にわたって現実化した行為の決意よりも優位する、と⁽⁷⁴⁾。

(b) 概要②-1: 漸次型の場合の一般論

以上のようなマイヴァルトの考えは、漸次型の場合⁽⁷⁵⁾においても同様に妥当する。もっとも、漸次型との関係では、先の二つの観点のうちの人的な側面がより重視されている。マイヴァルトは以下のように述べる。

漸次型の場合、犯罪結果の量的な増加に過ぎないとの思考に基づく、個別行為の同価値性という観点は、役割を果たさない⁽⁷⁶⁾。というのも、あらゆる漸次型の本質は、行為者が異なる段階を経て一つの結果に近づくという点にあるからである。例えば、謀殺の行為者は、まず武器を購入し、待ち伏せし、狙いを定め、その後に撃つが、これらの行為は追求された結果との関係でのみ、同種 (gleichartig) 又は同価値 (gleichwertig) と判断される。そして、この結果との関係では、常にそうなる。ということは、個別行為の同価値性という規範的要素に着目しても、行為単一の成否は明らかにならない⁽⁷⁷⁾。

バルは、深刻な倫理的警告が介在する場合、規範的⁽⁷⁸⁾には単一であるにもかかわらず、行為が複数であることを認めていた。つまり、人的 (personal) な基準によってのみ、行為単一の成否の根拠を示すことができること

(74) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 76.

(75) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 85ff.

(76) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 88.

(77) もっとも、漸次型の場合であっても、未遂や既遂となる個々の行為の被害者が異なれば法益侵害の一体性に疑義が生じる。このことは、先に紹介した1992年判決においても示されている(前掲註8参照)。それゆえ、漸次型の場合、規範的な側面が問題とならないと述べるのは、少々言い過ぎだろう。むしろ、通例、同一被害者に対する場合が議論の念頭に置かれているので、法益侵害の一体性は事実上問題とならないことが多いという説明の方が適切ではないだろうか。

(78) 「規範的」という用語は、「法益面では」という意味で用いられている。上記(a)の議論を参照。

になる⁽⁷⁹⁾。ここで重要となるのは、責任の観点からの評価的な考察 (eine wertende Betrachtung von Schuldgesichtspunkt) である。

反復型と同様に、構成要件を実現する一連の個別行為を非独立のものとするのは一旦抱いた犯罪の決意の持続ではなく、単一かつ同一の所為の状況 (Tatsituation) におけるそれらの行為の実現である⁽⁸⁰⁾。たとえ繰り返し新たな決意を抱いたとしても、行為の全体の経過が単一かつ同一の動機づけの状態の現れであれば、それに基づく行為は独立した重要性を有しない。動機づけの状態が単一でなくなるのは、具体的な所為の状況の境目 (Schwelle) を超えた場合、つまり、個別行為間に内部的な連関 (innere Zusammenhang) が存在しない場合である。責任との関係では、窃盗が既に伸ばしている手を一旦引込め、次の瞬間に手を伸ばして窃取しようと、窃取が一掴みで発生しようと、決定的な相違はない。前者の途中で決意の放棄が介在したとしても、同じである、と。

(c) 概要②-2: 漸次型の場合の具体的な基準

このように理解した場合、次に問題となるのが、どの要素がここでいう単一の所為状況を構成するかである。この点について、マイヴァルトは以下のように述べる⁽⁸¹⁾。まず、未遂と既遂の間の時間的な間隔 (Abstand) それだけでは、所為の状況を変更し得ない。例えば、行為者が被害者に対して毎日毒を与え、一年後に被害者が死亡した場合でも、行為相互の一日という間隔は行為単一の成立を妨げない⁽⁸²⁾。これは、単一の動機づけの状態が継続していることを示す徴候 (Indiz) でしかないからであり、評価は動機づけの状態の方に結び付けるべきである。そうであるならば、漸次型の領域において動機づけのプロセスを決定的に支配している行為者の目的についての表象

(79) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 88f.

(80) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 90.

(81) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 90f.

(82) 日本の感覚だと、この程度の間隔はそれほど大きく感じられないかもしれないが、ドイツの議論では、かなり厳格な形で時間的・場所的近接性が要求されている。この点につき、前掲二 (1) (iv) の議論を参照。

(Zwecksvorstellung)に鑑みると、反復型の場合よりも広い範囲で行為単一の成立を認めるべきことになる。他方で、行為の決意の事実上の継続も重要ではないから、上記の例にて、ある特定の日に、例えば罪の意識が生じたことから投毒行為を控え、そして次の日に故意を新たにして (mit neu gefaßtem Vorsatz) 再開したとしてもよい⁽⁸³⁾。

これに対し、犯罪結果を追求する一連の行為が、継続する故意 (fortstehender Vorsatz) に導かれたものである場合、原則として (in der Regel) 動機づけの状態も同一である⁽⁸⁴⁾。これが「阻害 („gestört“)」されるのは、行為者にとって新たな「きっかけ („Anstoß“)」とならざるを得ないような出来事が発生した場合に限られる。例えば、先行する未遂が失敗に終わり、犯行の方法を新たに考え尽くして、その後既遂になった場合である、と。

マイヴァルトは、自身の主張が、先に紹介したバールの見解に一定程度類似するものであることを認める⁽⁸⁵⁾。それゆえ、未遂と既遂の間に「倫理的な警告」が生じれば、行為は複数になる。もっとも、これが認められるケースは、バールが主張するように、法の外部的な強制力が行為者に対して自制的シグナル (Haltesignal) を与えた場合に限定されるわけではない。外部的な状況によって自己の計画を直接的な形で更に追求することが阻害され、それゆえ、禁止の障壁 (die Barriere des Verbots) を改めて飛び越えなくてはならない場合であれば、十分である。このような説明に基づき、1953年判決の事案では、犯行が発覚⁽⁸⁶⁾していないものの、行為者に対して倫理的警告が生じているため、同判決の結論に従うべきでない⁽⁸⁷⁾と理解されている。

(d) 若干の検討

(83) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 90f. ビンディングのように決意を基準にする場合、この事例では行為が複数になると指摘する (Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 91 Fn. 113)。

(84) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 91.

(85) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 91.

(86) バールの見解では、犯行の発覚の点が重視されていた。前掲二 (4) (ii) (c) の議論を参照。

(87) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 91 Fn. 114.

以上のように、マイヴァルトの見解は、行為者が複数の行為を実行した場合、それが単一かつ同一の状況に基づく動機づけのプロセスであるか否かを基準に、行為の単複を判断するものである。しかも、この基準は個々の行為を実行する際の決意とは明確に区別されており、先のバールの見解が、反対動機という要素を採り入れつつも、個々の行為との関係で問題となる反対動機との区別が不明確であったことと比較すると、より優れた説明と言える。これは、マイヴァルトが、自然的行為単一の成立要件として、法益侵害の側面とは別に人的な側面をも問題にした上で、そこでは責任内容 (Schuldgehalt) ⁽⁸⁸⁾ が考慮されるという視点を明確にしているからこそと考えられる。

また、マイヴァルトの見解では、時間的な間隔はあくまでも単一の動機づけの状態が継続していたか否かを判断するための徴候に過ぎない。この点は、一見すると、時間的・場所的近接性を主観面の一体性の判断資料として位置付ける我が国における見解 ⁽⁸⁹⁾ と親和的である。もっとも、マイヴァルトの基準は、動機づけのプロセスという心理的なものに純化されているわけではなく、単一かつ同一の状況であることも前提となっている。ということは、時間的な (、さらには場所的な) 観点は、實際上、単一の状況であることの判断の内部に組み込まれていると考えることができる。実際、マイヴァルトが例として挙げる時間的な間隔が開く事案では、行為の単一性が否定されている。その意味で、このマイヴァルトの見解は、時間的・場所的近接性を組み込みつつ、人的な側面の判断を行うものとして評価できるのではないだろうか。

他方で、倫理的警告が生じることで行為が複数となる場合が具体的にどのようなケースであるかは、幾つかの例示によってバールよりも拡張する意図であることは分かるが、その限界は明確ではない。マイヴァルトは、禁止の障壁を改めて飛び越えなくてはならない場合と述べるが、このような説明も、やや抽象的な表現であり、一歩間違えると、新たな決意の存在を理由に

(88) Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 76f.

(89) 前掲一 (3) (iv) の議論を参照。

自然的行為単一性を否定する見解と変わらなくなる危険性がある。

(c) 類似の見解：ロクシン

いずれにせよ、以上のような動機づけ (Motivation) に着目するマイヴァルトの見解は、ドイツの学説⁽⁹⁰⁾の中で一定の支持を得ていると言える⁽⁹¹⁾。例えば、ロクシンは、端的にマイヴァルトの見解を引用した上で、以下ののように、類似の主張を行っている。

自然的行為単一の成立を認めるため、所為の全体にわたって継続した単一の意味 (ein einheitlicher Wille) が必要であるか否かが問題となる⁽⁹²⁾。そして、ペンディングの事例⁽⁹³⁾のように、単一の意味であることが認められない場合であっても、マイヴァルトが主張するように、一つの状況によって呼び起される単一の動機づけの状態であることで十分である。なぜなら、個別

(90) Vgl., Helmut Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2018, S. 480 (ただし、反復型のみ。この点につき、拙稿「包括一罪の主観的要件についての一考察 (1)」上智法学論集 63巻1号(2019) 69頁註71 (以下では、拙稿「主観的要件 (1)」と表記。) 参照。); Detlev Sternberg-Lieben/Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl., 2019, Vor § 52ff. Rdn. 17 u. 18; Christian Jäger, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Aufl., 2016, Vor § 52 Rdn. 22 (ただし、反復型のみ。); BGH StV 2013, 382ff. (Anmerkung: Matthias Wachter) (385) (ただし、同旨の見解として、ロクシンやマイヴァルトの他にキントホイザーの見解を引用しているが、主張の内容は異なると思われる。); Georg Steinberg/Andrea Bergmann, *Über den Umgang mit den »Konkurrenzen« in der Strafrechtsklausur*, Jura 2009, 905ff. (907) (ただし、漸次型の場合に限る。反復型については、同一の主観的基礎 (故意/過失) に基づくことで足りると述べる。); Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 2, 2003 (im folgenden zitiert als „Roxin, AT“), § 33 Rdn. 35; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 712f.; Gerhard Werle, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, 1981 (im folgenden zitiert als „Werle, Konkurrenz“), S. 105ff. (ただし、行為者の置かれている状況や動機付けの状況の単一性という要件についても、各構成要件における不法の記述に依拠している、とも述べる。); BGH NStZ 1997, 276.

(91) 連続犯の主観的要件との関係で、類似の表現を用いる見解として、vgl., Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 226. これを紹介する文献として、虫明満『包括一罪の研究』(成文堂、1992) 132頁以下 (以下では、虫明『包括一罪』と表記。) 参照。

(92) Vgl., Roxin, AT, § 33 Rdn. 35.

(93) 前掲註33参照。

の行為を評価単一 (Bewertungseinheit) の構成要素とするためには、心理的連関 (ein psychischer Zusammenhang) が存在する必要があるが、このような連関は、たとえ多数の決意が存在したとしても、状況 (Situation) ・きっかけ (Anlaß) ・目標 (Ziel) の同一性 (Gleichheit) が認められれば、見出すことができるからである。確かに、単一の意味 (ein einheitlicher Wille) の存在は自然的行為単一の心理的要素にとって原則 (Regel) 的なものではあるが、決して不可欠なものではない、と。

このようなロクシンの見解においては、様々な主観的な要素が択一的に言及されているのが特徴的である。様々な要素を並べるこのような手法は、あるいは、便宜的に過ぎると評価されるのかもしれない。しかしながら、ロクシンが言及する個々の要素は、決意や反対動機のように、個々の行為との関係でも問題となるものから区別されたものであり、なおかつ、責任の観点から一体的な評価が妥当する場合の下位基準を我々に示していると評価できる。

(iv) キントホイザーの見解

(a) 概要①：規範に違反する行為の構造

最後に、上記のマイヴァルトらの見解に反対する論者の主張を参照することにする。このようなものとして、意思の単一性・連続性を必要とする見解を挙げることができる。例えば、キントホイザーは以下のように論じる⁽⁹⁴⁾。

キントホイザーは、複数の行為を単一のものとして評価する基準を明らかにするためには、規範に違反する行為の構造一般に目を向けることが有益であると述べる⁽⁹⁵⁾。それによると、構成要件を充足することは、立法上の価

(94) ただし、キントホイザーが近時執筆したコンメンタール (Vgl., Urs Kindhäuser, Strafrechtsgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 7 Aufl., 2017, Vor § § 52-55 Rdn. 18) や教科書 (Vgl., ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8 Aufl., 2017 (im folgenden zitiert als „Kindhäuser, AT“), S. 399) では、自然的行為単一の主観的要件として、単一の動機づけの状況に基づくことが必要と記述されている。その上で、教科書 (Vgl., Kindhäuser, AT, S. 399) の方では、それが認められる場合として、連邦通常裁判所 1983 年判決 (前掲二 (3) (ii) (a) の議論を参照。) が示した主観的要件についての 3 つのヴァリエーションが下位基準として示されている。

値の衡量に反するのであり、不法(Unrecht)となる。不法は法益の悪化によって生じることになるが、法益侵害それ自体だけでは不法とはならない⁽⁹⁶⁾。法益侵害を、構成要件に記述された要件の下、発起者(Urheber)に帰責することができて、始めて不法が存在することになる。法益侵害が行為の産物(Ergebnis)であれば、これに該当することになる。行為は、変更の惹起と同義ではなく、惹起だけでは答責性や発起者であることを基礎付けない。行為者が行為による法益侵害について答責的であるのは、行為者が出来事を事実とは反対に影響を与えることが可能である場合、換言すれば、行為者が規範に従って行為できる場合である。規範がその充足のため前提としている行為は、志向的(intentional)な構造を持つ。名宛人は、不作為又は作為によって、規範特有の法益侵害を回避もしくは阻害すべきである。

これに対して、規範違反は、行為者が法益侵害を意欲していたことを前提としていない⁽⁹⁷⁾。これは、構成要件が不法を特徴づけるに際し、明示的に意欲された法益侵害であることを要求する場合にのみ、重要となる。一般的に、帰責を基礎づける行為は、行為者が認識しつつ(kognitiv)、自己の作為または不作為によって法益侵害を惹起する、または回避しないつもりでいることによって特徴づけられるに過ぎない。というのも、もし行為者がこのような目的・手段連関を知らないのならば、彼は出来事を規範に沿う形で現実とは異なるように操縦することはできないからである。

(b) 概要②：主観的要素の具体的な内容

以上のような理解に基づき、キントホイザーは、行為規範への違反が一個であるか複数であるかが問題となる場合、つまり、自然的行為単一の成否について、以下のように述べる。即ち、複数の行為を単一の規範違反(Normverletzung)と評価するためには、個々の構成要件の行為に帰責される法益侵害を、全体的損害(Gesamtschaden)へと「加算」(„addieren“)できることが必要となる⁽⁹⁸⁾。これは、法益侵害を強化することができる場合であ

(95) Vgl., Urs Kindhäuser, Normverstoß und natürliche Handlungseinheit, JuS 1985, 100ff. (101)

(96) Vgl., Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (102)

(97) Vgl., Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (102)

る。ただ、これだけで単一の規範違反とすることはできず、別途、行為者の個別の行為を主観的にも客観的にも内部的に一体のものと評価すべきか、また、それがどの程度であるかも問題になる。

そして、単一の規範違反として評価するために必要な主観的な要件については、以下のように述べる⁽⁹⁹⁾。行為者が自己の行為と結び付ける表象 (Vorstellungen) は、規範違反の判断にとって構成的 (konstitutiv) である以上、反復した構成要件的行為を一つの規範違反の表明として評価することができるのは、行為者も自己の行為の連続性 (Kontinuität) について認識 (im Bewußtsein) した上でそれを行った場合に限られる⁽¹⁰⁰⁾。その意味で、判例において必要とされている主観的な結合 (subjektive Verklammerung) という基準は、不可欠なものである。行為の主観的な持続性 (Konsistenz) は、行為者から見て個別の行為を隔離させることができない場合、つまり、特定の状況において自己の行為に課された期待を、複数回に渡って満たさなかった、との想定させる非難 (Vorwurf) を行為者が受け入れないであろう場合に認められるべきである。よって、規範違反の主観的な持続性を認定するために、行為者が継続して実行するとの認識の下、規範に違反したことを要求すべきである。これに対し、行為者の意欲 (Wollen) は重要ではない、と。

また、判例が言及する主観的要件についての三つの基準⁽¹⁰¹⁾のそれぞれに対して、以下のように批判する⁽¹⁰²⁾。まず、「②：同種の行為意思」との関係では、例えば多数の窃盗行為が連続する場合、この犯罪で必要とされている意図 (Absicht) それ自体が同種の意思的な構造を有している以上、犯罪の実行の単複を区別することは、行為が連続していることの認識によってのみ可能となる。次に、「①：単一の決意」との基準は、行為者が自己の決意を一貫して実行に移したことまで意味するものではない。行為者は、たとえ結末が当初の願望に相応するものであったとしても、多数の新たな決定 (neue

(98) Vgl., Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (103)

(99) Vgl., Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (103)

(100) Vgl., Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (103)

(101) 前掲二 (3) (ii) の議論を参照。

(102) Vgl., Kindhäuser, JuS 1985, 100ff. (103)

Entscheidungen) を、場合によっては続けざまに、下すことができるからである。最後に、「③：単一の目標の追求」という基準も、行為の主観的連続性を前提にしていない。このことは、行為者が一度または数度の失敗に基づき、目標のさらなる追求のためには新たに決断 (erneut entscheiden) しなくてはならない場合に、とりわけ明白である、と。

(c) 若干の検討

以上のように、キントホイザーは自然的行為単一の主観的要件について、行為が規範に違反する際の構造に着目することを通じて、(意欲ではなく) 認識の連続性が必要との結論を導いている。また、判例の基準に対して批判的であることから分かるように、主観的要件のハードルを高く設定するものと言える。そして、主張の細部での相違はともかく、このような連続性が必要であるとする見解は、他の学説においても見受けられる⁽¹⁰³⁾。

例えば、ヤコプスも、主観面の一体性を認めるためには、当初より一連の行為を実行する予定であったこと、又は、遅くとも先行の行為の実行中に後行の行為を決心したことが必要であるとの立場を採る⁽¹⁰⁴⁾。そして、このような要件の必要性は、帰責 (Zurechnung) において所為の主観的側面を考慮することの結果である、とヤコプスは述べる。その上で、同一の動機づけに基いていれば足りるとするマイヴァルトの見解に対して、たとえそのすぐ後で同じ状態に基づき新たな行為意思が生じるとしても、行為意思の欠落 (der Fortfall des Handlungswillens) によって犯罪が終了 (enden) することを、これらの見解は無視している⁽¹⁰⁵⁾、と批判している。また、ビンディングの事例に類似する例を挙げ、その場合には主観面の一体性が否定されると明言している⁽¹⁰⁶⁾。

以上の見解は、主観的要素の連続性を理論的に一貫させた形で要求するも

(103) Vgl., Bernd von Heintschel-Heinegg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3 Aufl.

2016, § 52 Rdn. 57 ; Jakobs, AT, § 32 Rdn. 6.

(104) Vgl., Jakobs, AT, § 32 Rdn. 8.

(105) Vgl., Jakobs, AT, § 32 Rdn. 9.

(106) Vgl., Jakobs, AT, § 32 Rdn. 9.

のと評価することができる。これらの見解は、ビンディングやホーニツヒの見解⁽¹⁰⁷⁾のように、一般論としては単一の決意が必要であるとしながらも、その認定においては客観的要素を重視していたのとは、対照的である。もっとも、キントホイザーらの説明も、必ずしも成功していないと思われる。

ここで紹介した見解は、それぞれ規範への違反や帰責の構造という点が主張のポイントになっている。しかしながら、これらの点が本来問題になるのは、個々の行為につき犯罪が成否するか否かを検討する局面においてである。これに対し、自然的行為単一は、このような行為の集合体を行為単一として把握する局面で問題になるのであり、それが肯定されることで結果的に自然的意味における一個の行為と同様に扱われることになる。ということは、上記の規範への違反等の視点は、自然的行為単一を構成する個々の行為との関係で織り込まれているはずであり、行為単一を認めるための基準という局面において、再度採り上げる必要はないだろう。とりわけ、自然的行為単一の議論を構成要件の段階ではなく⁽¹⁰⁸⁾、罪数論に位置付ける場合⁽¹⁰⁹⁾には、このように理解すべきではないか。

以上のように考えるのであれば、これらの見解のように、自然的行為単一の主観的要件として意思等の主観的要素の連続性や継続性を要求することは、過度の要求ということになるだろう。また、ドイツの議論では、別途時間的・場所的近接性をタイトな形で要求することが前提となっているので⁽¹¹⁰⁾、仮に論者らのように主観的要件を厳格に要求しなくとも、そのことによって直ちに自然的行為単一の成立範囲が著しく拡張するわけではなく、時間的・場所的近接性が一定の歯止めになっていると理解できる。逆に言う

(107) 前掲二 (4) (i) の議論を参照。

(108) なお、反復型や漸次型を構成要件の段階で検討すべきと述べる文献 (vgl., Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48 Aufl., 2018, S. 456) も存在する。

(109) 自然的行為単一の議論の体系的な位置付けとの関係で、以下の文献も参考になる。Vgl., Steinberg/Bergmann, Jura 2009, 905ff. (905f.) ; Klaus Tiedemann, Grundzüge der Konkurrenzlehre, JuS 1987, L17ff. (L17) ; Friedrich-Christian Schroeder, Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungen, Jura 1980, 240ff.

(110) 前掲二 (1) (iv) の議論を参照。

と、時間的・場所的近接性を要求しないまま、主観的要素を緩和することの危険性が暗に示されているとも言える。

(5) 小括

(i) ドイツの議論を参照する価値

ここまで紹介してきたドイツの議論は、我が国の包括一罪の議論との関係で、多くを示唆するものと思われる。もっとも、このような理解に対しては、以下のような疑問や批判も予想される。即ち、ドイツの自然的行為単一は、とりわけ反復型においては、時間的・場所的近接性がかなり厳格に要求されていた⁽¹¹¹⁾。そのため、このような議論は我が国における接続犯との関係でのみ、参照する価値があるに過ぎないのではないか。反対に、現在の判例で問題となることが多い連続的包括一罪との関係では、むしろ、かつてドイツの判例が承認していた連続犯の議論を参照した方が有益ではないか⁽¹¹²⁾、と。

しかしながら、たとえ純粋に時間的・場所的な観点から比較すると、我が国における連続的包括一罪がドイツにおける連続犯に相当するからといって、そのことから直ちに、ドイツの連続犯の議論を参照すべき、との結論を導くのは早計である。まず、以前はともかく、現在はドイツの判例自身が連続犯を基本的に否定しているのであり⁽¹¹³⁾、この事実自体が、ドイツにお

(111) 前掲二(1)(iv)の議論を参照。

(112) 実際にも包括一罪の検討を行っている過去の業績は、ドイツにおける連続犯の議論を参照している。例えば、佐伯仁志「連続的包括一罪について」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会(編)『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題第1巻』(立花書房、2011)41頁以下、虫明『包括一罪』118頁以下、山火正則「ドイツにおける連続犯について」神奈川法学8巻1号(1972)2頁以下参照。

(113) 拙稿「主観的要件(1)」71頁註82参照。なお、ゲッペルト(Vgl., Klaus Geppert, Zur straf- und strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur der „fortgesetzten Handlung“, NStZ 1996, 57ff. (60f.))は、従来連続犯として処理されてきた事案では、連続犯廃止後は自然的行為単一の成立を認めることができると述べる。その場合、従来連続犯として処理されてきた事案である以上、自然的行為単一の成立に必要な時間的近接性が欠如していることになるが、この点については決意の単一性を厳格に要求することで、埋め合わせることができる、と主張する。ただし、これは特別な場合に限られ、連続犯の事案全てを自然的行為単一の成立を認めることで解決

る連続犯の議論を安易に参照することに対して、警鐘を鳴らしていると考えられる。

また、ドイツにおける連続犯は、実体法上の観点から基礎付けられていたというよりも、手続法上ないしは実務上の便宜を考慮して認められていたとの指摘⁽¹¹⁴⁾も無視すべきではない。これに対し、我が国においては、手続法等の事情に基づいて実体法上の罪数の成立範囲を考えるべきではないという真逆の主張もなされている⁽¹¹⁵⁾。この点においても、ドイツにおける連続犯と日本における(連続的)包括一罪の間には温度差がある。

それでは、ドイツにおける自然的行為単一の議論はどうだろうか。ドイツでは、自然的行為単一の成立範囲が、上記のような実務的な観点からではなく、純粹に実体法上の議論として展開されている。また、学説の中には、自然的行為単一の「自然的」というネーミングとの関係で、行為単一の成否の判断は各構成要件を基準になされるべき⁽¹¹⁶⁾、と主張するものもある。そして、それらの見解によると、行為単一の成立範囲の限界は各構成要件が定めべきものである以上⁽¹¹⁷⁾、むしろ構成要件的行為単一の一種として位置付

しようとしているわけではない。むしろ、論者は、自然的行為単一を安易に拡張することに対して警告している。

(114) Vgl., Ruth Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2006, Vor § 52 Rdn. 60; Klaus Geppert, Die „fortgesetzte Tat“ in Spiegel jungerer Rechtsprechung und neuer Literatur, Jura 1993, 649ff. (650) また、虫明満「ドイツにおける連続犯の解体」香川法学 15巻2号(1995)142頁も参照。

(115) 例えば、只木誠「包括一罪の現状と課題」刑事法ジャーナル 48号(2016)10頁は、「訴訟法上の必要性から直截に実体法上の罪数判断が導かれてはならない」と指摘する。その他、同「罪数論・競合論・明示機能・量刑規範」安廣文夫(編)『裁判員裁判時代の刑事裁判』(成文堂、2015)451頁、辻本典央「科刑上一罪の処断刑」近畿大学法学 58巻4号(2011)49頁以下も参照。

これに対し、橋爪隆「包括一罪の意義について」法学教室 419号(2015)114頁は、訴訟法上の必要性によって罪数判断が影響を受ける場面があることを正面から認める。この主張については、拙稿「被害者が複数に及ぶ場合の包括一罪の成否(2・完)」上智法学論集 62巻1=2号(2018)61頁以下参照。

(116) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 105.

(117) 念のために述べると、自然的行為単一というネーミングを維持する論者も、自然的行為単一の成立範囲を決定するのは各構成要件であると理解している。Vgl., Maiwald, Handlungseinheit, S. 77.

けるべきということになる⁽¹¹⁸⁾。これもまさに、自然的行為単一を巡る議論が、一罪となる範囲を検討するものであることを示している。このような観点からも、日本における包括一罪との基本的な共通性を読み取ることができる。

(ii) 時間的・場所的近接性について

それでは、ドイツにおける自然的行為単一と日本の連続的包括一罪の間に存在する時間的・場所的近接性の差については、どう理解すれば良いのだろうか。

確かに、両者の間に近接性の許容度という点において、相当の開きがあることは否定しえない⁽¹¹⁹⁾。しかしながら、このような事実を問題視する必要はないだろう。どの程度の幅を許容するかについての実務的な感覚の差が、日本とドイツの間であっても何らおかしいことではないからである。

また、ドイツにおいても、連続犯が廃止された後、かつて連続犯として処理されていた事案の一部は、時間的・場所的近接性を緩和することを通じて自然的行為単一の成立を認めることができる⁽¹²⁰⁾、との主張も見られる。この点も、日本とドイツの間での時間的・場所的近接性の相違を相対化させるものと理解できる。

むしろ、時間的・場所的近接性との観点でドイツの議論から読み取るべきなのは、程度の差ではなく、客観的な要素の一つとしてこれが必要である、という点ではないだろうか。即ち、他の要件を認定する際の単なる間接事実や補助線として扱うべきでなく⁽¹²¹⁾、むしろ、要件の一つとしての必要性を示

(118) 以上につき、『判例によるドイツ刑法』〔安村〕234頁も参照。

(119) 前掲二(1)(iv)の議論を参照。

(120) Vgl., Geppert, NSiZ 1996, 57ff. (60)

(121) なお、ドイツにおいても、時間的・場所的近接性は犯罪によりその程度が異なっており、それゆえ、この要素は認識根拠(Erkenntnisgrund)ではなく認識手段(Erkenntnismittel)に過ぎないとし、前掲一(3)(iv)で紹介した我が国の見解と同様に、近接性を判断資料と位置付ける見解が主張されている(Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 101.)。しかし、この点も自然的行為単一において必要とされる時間的・場所的近接性の程度は、各構成要件によって異なっていると理解すれば足りるのであり、それを超えて、必須のものではないとまで述べる必要はないだろう。

している。確かに、ドイツでは行為単一の成否が問題となっているので、時間的・場所的接近性という行為相互の關係に着目した客観的要素を導入し易いのかも。しかしながら、本来であれば個別の犯罪が成立してもおかしくない複数の行為を包括評価するのであるから、それらが一定程度接近していることを前提として要求することは自然と考えられる。それゆえ、このような名称が付されていない我が国の包括一罪の議論との關係でも、採り入れることを検討すべきと思われる。

(iii) 主観的要件について

さらに、ドイツの議論においては、自然的行為単一の主観的要件をどのように理解するかについて、かなりのヴァリエーションが存在した。そこでの議論は、連続犯の主観的要件についての議論、即ち、包括的故意と連続的故意のいずれが妥当か⁽¹²²⁾、というものよりも、内容が充実していた。

まず、判例では、「①：単一の決意」・「②：同種の行為意思」・「③：単一の目標の追求」という3つのいずれかが認められる場合に主観的要件は充足されていたが⁽¹²³⁾、その中でも①の事案が多く見られた⁽¹²⁴⁾。このことから、決意（や犯意）が単一であることを重視すべきではないか、と考えることもできる。しかし、ドイツの議論においても、犯行が一旦中断する事案との關係で、この①を常に要求することは、実際問題として不都合をきたすことを示していた。だからこそ、②や③も併用されていたのである。このことからすると、決意や犯意という要素のみを基準にすることは難しいと言える。

さらに、以上のような判例の状況と比較すると、学説の方からは、主観的要件をより統一的に把握しようという傾向を読み取ることができた。学説を

(122) なお、連続犯との關係でも、虫明『包括一罪』130頁以下は、この二つの基準とは別に、責任の同質性を要求する客観説を紹介している。ただし、時期的には古い文献が多く引用されており、その中で一番新しいものがメツガーの教科書（Vgl., Edmund Mezger, Strafrecht, 3 Aufl., 1949, S.466f.）である。もともと、客観説を責任の同質性を要求する見解として理解することについては、やや疑問がある。この点につき、後掲三（1）（ii）（a）の議論を参照。

(123) 前掲二（3）（ii）以下の議論を参照。

(124) 拙稿「主観的要件（1）」85頁註143参照。

大別すると、判例の①と表現の上で類似する見解と、反対動機や動機付けのプロセスに着目する見解に分けることができる。もっとも、前者の見解が説明に成功していない点については、これまで見てきた通りである。ペンディングは、一定の事例において「直観」に依拠して妥当な結論を導いていたし、ホーニツヒも、実際には客観的な基準によって判断していた⁽¹²⁵⁾。さらに、判例よりも主観的要件を厳格に捉え、規範論や帰責の構造との関係でその基礎付けを試みる見解も存在したが、自然的行為単一の議論の体系的な位置付けを併せて考慮すると、疑問を抱かざるを得ないものであった⁽¹²⁶⁾。

これらとは異なり、決意ではなく動機づけに着目する見解は、本稿で検討を行っている平成26年決定と表現の上で類似性を見出すことができるものでもあり、注目に値する。とりわけ、マイヴァルトの見解は、自然的行為単一において責任の観点からの一体性が必要とした上で、動機づけのプロセスの共通性を基準としていた⁽¹²⁷⁾。このような理解によって、判例の枠組みにおいては欠如していた、複数の基準を統合する視点が示されたことになる。具体的な事案の解決との関係でも、たとえ決意それ自体が複数存在する事案であっても、一回の非難で足りることもあるので、直ちに責任の一体性は否定されないことになる。また、マイヴァルトの見解を支持しつつ、それを敷衍するロクシンの見解⁽¹²⁸⁾も、状況・きっかけ・目標といった要素を挙げることで、具体的にどのような主観的要素に着目すべきかを示すものと評価できる。

[未完]

(清和大学法学部非常勤講師)

(125) 前掲二(4)(i)の議論を参照。

(126) 前掲二(4)(iv)の議論を参照。

(127) 前掲二(4)(iii)(a)～(d)の議論を参照。

(128) 前掲二(4)(iii)(e)の議論を参照。