
種 別： 論説

タイトル： かすがい現象についての一考察（1）

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 1-2 合併号（平成 25 年 11 月）153-194 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

かすがい現象についての一考察 (1)

青木 陽介

- 一 はじめに
 - (一) 最高裁平成 21 年 7 月 7 日第二小法廷決定
 - (i) 概要
 - (ii) 本決定の構造
 - (iii) 本決定の評釈における説明
 - (二) 全体についての科刑上一罪の成否
- 二 ドイツにおける議論
 - (一) 総説
 - (i) 所為単一の成立要件及び一つの行為の理解
 - (ii) 判例及び通説の見解
 - (iii) 判例及び通説の問題点
 - (二) 処断刑の形成方法に着目する見解
 - (i) 帝国裁判所 1911 年 1 月 7 日判決
 - (ii) ヤコプスの見解
 - (三) かすがいである X 罪を分断する試み：判例の場合
 - (i) 連邦通常裁判所 1967 年 2 月 17 日判決
 - (ii) 連邦通常裁判所 1989 年 3 月 16 日判決
 - (四) かすがいである X 罪を分断する試み：学説の場合
 - (i) ヴァーレの見解
 - (ii) プッペの見解
 - (iii) ヴェルレの見解 [以上、本号]
 - (iv) リッポルト及びエルプによる反論
 - (五) 一罪として扱うことの是非

- 三 日本における議論：観念的競合の場合
 - (一) 総説 ～ 中野次雄の見解
 - (二) 観念的競合の成立を否定する見解
 - (i) 山火正則の見解
 - (ii) 林幹人の見解
 - (三) 包括一罪の成立を否定する見解
 - (i) 山口厚の見解
 - (ii) 丸山雅夫の見解
 - (四) 若干の検討
 - (i) 一罪として処理する試み
 - (ii) 予想される批判
- 四 日本における議論：牽連犯の場合
 - (一) 総説
 - (二) 牽連犯の成立範囲を限定する見解
 - (i) 山火正則の見解
 - (ii) 山口厚の見解
 - (iii) 安村勉の見解
 - (iv) 朝山芳史の見解
 - (三) 併合罪の処理を先行させる見解
 - (四) 若干の検討
- 五 結語

一 はじめに

(一) 最高裁平成21年7月7日第二小法廷決定

(i) 概要

罪数論の特殊な問題の一つとして、かすがい現象（又はかすがい作用）の問題を挙げることができる。かすがい現象の問題とは、相互に併合罪の関係に立つA罪とB罪とが、それぞれX罪もしくはX罪を構成する X_1 罪・ X_2 罪・ X_3 罪…と科刑上一罪の関係に立つ場合に、X罪（ X_1 罪・ X_2 罪…）・A罪・B罪の全てを一罪として処断することが妥当であるか否か、という問題である⁽¹⁾。また、全体を一罪として扱うことを否定

し、いわゆるかすがい外し⁽²⁾を行う場合、その具体的方法も問題となる。

この論点についての従来の学説の見解は、多岐に分かれていると言える。当初、中野次雄⁽³⁾は一罪とすることは認めつつも、特殊な処断刑の形成方法を提案し、また、山火正則⁽⁴⁾は科刑上一罪の成立要件に立

- (1) 以下では、便宜上、本来併合罪の関係に立つ犯罪をA罪・B罪、かすがい作用を及ぼす犯罪をX罪、X罪を構成する部分的要素についてはX₁罪・X₂罪…と呼ぶことで統一する。また、かすがい現象はX罪・A罪・B罪の三罪の場合に限られるわけではなく、本稿では三罪の場合を念頭に置いて検討を行うこととする。

なお、一部では、X・A間及びX・B間の少なくとも一方が包括一罪である場合についても、かすがい現象の問題として把握するものも見られる（例えば、今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2012）439頁〔島田聡一郎執筆〕（以下では、今井他『総論』〔島田〕と表記。）、町野朔＝安村勉『特別刑法と罪数』上智法学論集39巻1号（1995）297頁）。しかしながら、このような場合、本来的に併合罪の関係に立つ犯罪が存在しない点において、通常のかすがい現象の場合とは事情を異にする。例えば、X・A間が科刑上一罪、X・B間が包括一罪である場合、確かに、A罪とB罪とは併合罪の関係に立つとも言えるが、これはあくまでも、X・B間の包括一罪の関係が否定されるか、あるいは一部起訴によりX罪を除いて起訴されるかのいずれかの場合に始めて言えることである。後者は訴訟法上の問題であり、また、前者も、端的に包括一罪を構成する犯罪が他の犯罪と観念的競合の関係に立つ場合に、包括一罪全体と当該他の犯罪との間の観念的競合の成否を問題にすれば足りる。これはやはり、通常のかすがい現象の問題とは異なると言わざるを得ない。なお、後述三（四）（i）参照。

- (2) なお、「かすがい外し」という表現は、一部起訴の文脈で、つまりX罪を除いてA罪・B罪のみを起訴する場合を指して用いられることもあるが、本稿では、実体法上X罪・A罪・B罪全体を一罪として扱わない手法の意味で用いる。
- (3) 中野次雄『刑事法と裁判の諸問題』（成文堂、1987）98頁以下（以下では、中野『諸問題』と表記。なお、初出は、同「併合罪と科刑上一罪との競合」刑法雑誌22巻3＝4号（1979）311頁以下参照。）参照。これを支持するものとして、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀（編）『大コンメンタール刑法（第2版）第4巻』（青林書院、1999）360頁以下〔中谷雄二郎執筆〕（以下では、大塚他『大コンメ』〔中谷〕と表記。）、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008）537頁（以下では、井田『講義総論』と表記。）、同『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005）465～466頁参照。
- 中野説の発想を訴訟法の論点にも及ぼすものとして、鈴木茂嗣『いわゆる『かすがい』理論について』法曹時報33巻8号（1981）1頁以下、同『刑法総論（第2版）』（成文堂、2011）290頁以下参照。
- (4) 山火正則『科刑上一罪について』刑法雑誌23巻1＝2号（1979）1頁以下（以下では、山火『科刑上一罪』と表記。）参照。

ち戻ったうえで、かすがい現象否定説を展開していた。その後も、かすがい現象に対して否定的な学説⁽⁵⁾は積み重ねられたものの、他方で、観念的競合の場合と牽連犯の場合とで結論を異にするもの⁽⁶⁾、かすがい現象に明示的に反対しない又は肯定的な見解⁽⁷⁾も見受けられる。その結果、「定説はない⁽⁸⁾」という状態になっている。

このような学説の状況とは対照的に、判例は「かすがい」という用語法を必ずしも使用していないものの、実質的にはこのような現象を古くから肯定している⁽⁹⁾。そして、近時もこのような流れに沿う判断を示

-
- (5) 例えば、丸山雅夫『いわゆる『かすがい現象』について(一)～(二・完)』警察研究64巻2号(1993)21頁以下、3号(1993)31頁以下、山口厚『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2007)382頁以下(以下では、山口『総論』と表記。)、林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1995)246頁以下(以下では、林(幹)『基礎理論』と表記。)、同『刑法総論(第2版)』(東京大学出版会、2008)461頁以下、伊藤彦=小林憲太郎=鎮目征樹=成瀬幸典=安田拓人『アクチュアル刑法総論』(弘文堂、2005)326頁〔伊藤彦執筆〕、立石二六『刑法総論(第3版)』(成文堂、2006)355頁以下、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010)404頁以下、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、2010)489頁(以下では、高橋『総論』と表記。)参照。
- (6) 大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀(編)『大コメンタール刑法(第2版)第4巻』(青林書院、1999)216頁以下〔中山善房執筆〕(以下では、大塚他『大コンメ』〔中山〕と表記。)、中山善房『観念的競合と牽連犯』西原春夫=宮澤浩一=阿部純二=板倉宏=大谷實=芝原邦爾(編)『判例刑法研究4』(有斐閣、1981)335頁以下(以下では、中山『観念的競合』と表記。)参照。結論的には、牽連犯の場合のみ、一罪としての処理を肯定する。
- (7) 今井他『総論』〔島田〕438頁以下、大谷實『刑法講義総論(新版第4版)』(成文堂、2012)497頁(以下では、大谷『総論』と表記。)、福田平『全訂刑法総論(第5版)』(有斐閣、2011)317頁、前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(東京大学出版会、2011)568頁、松宮孝明『刑法総論講義(第4版)』(成文堂、2009)336頁、大塚仁『刑法概説総論(第4版)』(有斐閣、2008)504頁以下、山中敬一『刑法総論(第2版)』(成文堂、2008)1009頁以下(以下では、山中『総論』と表記。)、浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂、2005)488頁、曾根威彦『刑法の重要問題総論(第2版)』(成文堂、2005)387頁、同『刑法総論(第4版)』(弘文堂、2008)284頁以下(以下では、曾根『総論』と表記。)、平野龍一『刑法総論II』(有斐閣、1975)430頁(以下では、平野『総論II』と表記。)参照。
- (8) 西田典之『刑法総論(第2版)』(弘文堂、2010)421頁参照。
- (9) 観念的競合の事案において肯定したものとして、大判大正14年5月26日刑集4巻342頁(集合犯である無免許古物商営業の罪と、その間十数回行われた贓物故買罪とは観念的競合の立つとして、全体を一罪としたもの)、大判昭和4年1月25日刑集8巻

している。例えば、最決平成 21 年 7 月 7 日刑集 63 卷 6 号 507 頁⁽¹⁰⁾は、以下のように判断した。

「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律 2 条 3 項にいう児童ポルノを、不特定又は多数の者に提供するとともに、不特定又は多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法 7 条 4 項の児童ポルノ提供罪と同条 5 項の同提供目的所持罪とは併合罪の関係にあると解される。しかし、児童ポルノである、かつ、刑法 175 条のわいせつ物

12 頁・大判昭和 5 年 12 月 23 日刑集 9 卷 939 頁（いずれの事案も、衆議院議員選挙法違反の無資格選挙運動罪と複数人への金銭の供与罪との観念的競合を肯定し、全体を一罪としたもの）、最判昭和 33 年 5 月 6 日刑集 12 卷 7 号 1297 頁（集合犯を構成する労働基準法違反の罪と、複数の職業安定法違反の罪とは観念的競合に立つとして、全体を一罪としたもの）、最判昭和 36 年 5 月 26 日刑集 15 卷 5 号 871 頁（包括一罪を構成する数個の戸別訪問の罪と、複数の事前運動並びに供与または供与の申込は観念的競合の関係に立つとして、全体を一罪としたもの）参照。

牽連犯の事案において肯定したものとして、大判明治 45 年 3 月 28 日刑録 18 輯 383 頁（一個の住居侵入罪が、一個の殺人罪と三個の殺人未遂罪とそれぞれ牽連犯の関係に立つとして、全体を一罪としたもの）、最決昭和 29 年 5 月 27 日刑集 8 卷 5 号 741 頁（一個の住居侵入罪が、三個の殺人罪とそれぞれ牽連犯の関係に立つとして、全体を一罪としたもの）参照。

他方で、かすがい現象を否定したと解されているものもある。最決昭和 26 年 8 月 9 日刑集 5 卷 9 号 1730 頁は、住居侵入後、一個の強盗行為の手段として、複数人に傷害を負わせた事案において、強盗傷人罪の併合罪とした。この事案は、牽連犯の場合にかすがい現象を否定したものと解しうる。

また、最判昭和 35 年 4 月 28 日刑集 14 卷 6 号 822 頁は、原審が公職選挙法違反の数個の事前運動の罪を包括一罪とし、これと同法違反の供与及び供与の申込の罪とは観念的競合の関係に立つとして、全体を一罪としたのに対し、個々の事前運動の罪は併合罪の関係に立つとしたものである。この事案は、かすがい現象を否定したというよりも、むしろその前提となる包括一罪を否定したのではないだろうか。

- (10) 評釈等として、鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 21 年度）』（法曹会、2013）186 頁以下（以下では、鹿野「判解」と表記。）、金尚均「判批」速報判例解説 Vol. 7 刑法 No. 4（2010）171 頁以下、仲道祐樹「判批」刑事法ジャーナル 22 号（2010）107 頁以下（以下では、仲道「判批」と表記。）、林美月子「判批」判例評論 635 号（2012）19 頁以下（以下では、林（美）「判批」と表記。）、只木誠「判批」論究ジュリスト 3 号（2012）225 頁以下（以下では、只木「判批」と表記。）参照。

である物を、他のわいせつ物である物も含め、不特定又は多数の者に販売して提供するとともに、不特定又は多数の者に販売して提供する目的で所持したという本件のような場合においては、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括して一罪を構成すると認められるところ、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供、同じくわいせつ物販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ社会的、自然的事象としては同一の行為であって観念的競合の関係に立つから、結局以上の全体が一罪となるものと解することが相当である。」

この事案の解説において、「本決定がいわゆるかすがい理論によったものと評価することには問題がある⁽¹¹⁾」との考えも示されている。その理由として、①「かすがい理論については批判も多いこと⁽¹²⁾」、②「『かすがい』という文言はこれまでの判例でも用いられておらず、本決定もかすがい理論を認めたという判示にはなっていないこと⁽¹³⁾」、③「本件は牽連犯によって一罪となる事案ではなく、もともと一罪と認められるわいせつ物頒布等罪の一部が児童ポルノ罪にも該当しているという事案であること⁽¹⁴⁾」が挙げられている。

しかしながら、①は本決定がかすがい作用を肯定したか否かとは関係ない外部事情であるし、②でいうように、確かにこれまでの判例は「かすがい」という文言を使用していないが、そのことと、判例がかすがい作用を肯定しているか否かは次元の違う問題である。そして、③はかすがい現象が牽連犯の場合に限り問題となるという不当前提に基づく論拠でしかない。実際にも、わいせつ物ではない児童ポルノを提供し、かつ、提供目的で所持した場合には併合罪となるにもかかわらず、児童ポ

(11) 鹿野「判解」201頁参照。

(12) 鹿野「判解」201頁参照。

(13) 鹿野「判解」201頁参照。

(14) 鹿野「判解」201頁参照。

ルノがわいせつ物でもあるが故に一罪として処断する本件の処理に対しては、かすがい作用が及んでいると言わざるを得ないように思われる⁽¹⁵⁾。

(ii) 本決定の構造

以上のようにしてかすがい現象を肯定し、一罪として扱うことに対しては、不当であるとの評価が下されることが少なくない。確かに、このような評価は、一見するところ説得的である。本決定は、児童ポルノ提供目的所持罪(A罪)と児童ポルノ提供罪(B罪)とは併合罪の關係に立つことを明言している⁽¹⁶⁾。それにもかかわらず、これにわいせつ物販売目的所持罪(X₁罪)とわいせつ物販売罪(X₂罪)の包括一罪という犯罪が付け加わることで(、しかも、これらが付け加わる場合に限り)、一罪としてかえって軽く扱われることは、妥当でないと感じられるからである。しかも、これが実定法上の根拠を有しない「いわば解釈上作り出された科刑上一罪⁽¹⁷⁾」に基づくのであれば、なおさら不当ということになりそうである。そして、このような不当という評価が生じる原因を、以下のような本決定の判示の構造の中に見出すことが可能と思われるのである。

まず、本決定は、X₁罪・X₂罪・A罪・B罪の「全体が一罪となる⁽¹⁸⁾」と述べるだけで、罪数論上のどのような一罪であるかを明言し

(15) 林(美)「判批」167頁参照。

(16) この点についての学説の評価は分かれている。児童ポルノ提供目的所持罪と児童ポルノ提供罪との關係を包括一罪と解するものとして、林(美)「判批」166頁参照。なお、仲道「判批」111頁も、「包括評価されると理解することも可能」と指摘する(これに反対するものとして、只木「判批」228頁以下参照)。確かに、両罪が包括一罪の關係に立つのであれば、全体を一罪とすることは容易であると思われる。しかし、そうであるとすると、相互に併合罪の關係に立つ犯罪が存在しなくなる以上、もはやかすがい現象の問題ではなくなるだろう。

(17) 川出敏裕「判批」西田典之=山口厚=佐伯仁志(編)『刑法判例百選Ⅰ総論(第6版)』(有斐閣、2008)212頁、山本和昭「判批」専修ロージャーナル3号(2008)1頁以下参照。

ていない。本決定では複数の犯罪全体の一罪性が問題となっているので、ここでいう「一罪」が単純一罪ではないことは明らかである。そうであるとする、残された選択肢は、包括一罪か科刑上一罪しかない。

次に、本決定で問題となった犯罪相互の關係に着目すると、 $X_1 \cdot A$ 間及び $X_2 \cdot B$ 間の關係はそれぞれ科刑上一罪、そして $X_1 \cdot X_2$ 間の關係は包括一罪であることが分かる。このように、一部の犯罪間において科刑上一罪の成立が認められているということは、問題となっている犯罪全体を包括一罪(混合的包括一罪⁽¹⁹⁾を含む)と解することはできないということだろう。以上のことからすると、全体を一罪とするのであれば、科刑上一罪とする他ないようである。

しかし、本決定文を見る限り、このような考え方が採られていないことが分かる。即ち、観念的競合に立つのは、あくまでも、「それぞれ社会的、自然的事象としては同一の行為⁽²⁰⁾」に基づく、 X_1 罪とA罪、そして X_2 罪とB罪である、というのである。つまり、本決定は、二つの科刑上一罪の關係が包括一罪によって連結しているという説明はするものの、全体がどのような意味で一罪であるのかについては、そもそも明らかにしていないと考えられる⁽²¹⁾。

そして、おそらく、このような科刑上一罪と包括一罪との複合的形態

(18) 刑集63巻6号510頁参照。

(19) 混合的包括一罪については、只木誠『罪数論の研究(補訂版)』(成文堂、2009)164頁以下(以下では、只木『罪数論』と表記。)、虫明満「いわゆる混合的包括一罪について」香川法学14巻3=4号(1995)117頁以下参照。包括一罪全般については、虫明満『包括一罪の研究』(成文堂、1992)参照。

(20) 刑集63巻6号510頁参照。

(21) 前掲註9で引用した最判昭和33年5月6日刑集12巻7号1297頁も、「社会的事実として観察するときは、一個の行為と認められる」のは、あくまでも個々の労働基準法違反の罪と職業安定法違反の罪との間においてであり、その上で、複数の労働基準法違反の罪が集合犯を構成し、それを「媒介として」全体が一罪になると説明している。

これに対し、最判昭和36年5月26日刑集15巻5号871頁は、「右戸別訪問は包括一罪であり、これと事前運動並びに供与又は供与の申込は一個の行為にして数個の罪名に触れる場合である」と述べており、「これ」が包括一罪を構成する個別訪問の罪を指しているのであれば、全体との關係で科刑上一罪を肯定していることになる。

とも呼ぶべきものが、学説を納得させるものではないのだろう。なぜなら、このような複合的形態という考え方を採る限り、何故 A・B 間の併合罪の関係だけが考慮されなくなるのかが、明らかでないからである。そして、この併合罪の関係を無視すべきではないと考える論者が、諸々のかすがい外しの方法を試みていると言える。

(iii) 本決定の評釈における説明

上記のとおり、本決定が一罪という結論を導くにあたり採った説明方法には、必ずしも満足できない点が見られた。それでは、この点は、本決定の結論に対して肯定的な立場をとる評釈において、どう扱われているのだろうか。例えば、仲道祐樹は、本決定の評釈において以下のように述べる。

「本件では、①児童ポルノ提供罪とわいせつ物販売罪が観念的競合に、②児童ポルノ提供目的所持罪とわいせつ物販売目的所持罪とが観念的競合に、③わいせつ物販売罪と同販売目的所持罪とが包括一罪となる結果、③をかすがいとして全体として一罪となる。⁽²²⁾」

これはまさに、本決定の枠組みと全く同一のものと理解できる。そうであるからこそ、このような説明では、全体がどのような意味で一罪であるのか及び何故併合罪の関係が考慮されなくなるのかという点についての説明が、完全に欠落していることになる。

次に、全体が一罪となることを説明するものとして、林美月子の見解を挙げるができる。論者は以下のように述べる。

「罪数は犯罪の法益侵害がどのようなものであるかだけでなく、責

(22) 仲道「判批」113頁参照。

任の個数によっても変わりうるものであり、法益侵害が複数であっても責任の個性によって一罪とされ得る。典型的には観念的競合はそのようなものである。包括一罪も一個の行為ではないものの、時間的、場所的に近接して行われた行為は責任によってまとめられると言える。かすがい作用の場合、本件で言うと、わいせつ物販売罪等の側面から見ると、犯意を継続して、営業的に行われたもので、包括一罪である。そして、その責任の包括性は観念的競合によって、一つの行為によって行われた児童ポルノ罪に間接的に及んでいる。そのため一罪としての実体法上、訴訟法上の処理が要請される。⁽²³⁾」

ここでは、「わいせつ物販売罪等の側面」における「責任の包括性は観念的競合によって」「児童ポルノ罪に間接的に及んでいる」と説明されている。もしこの記述が、観念的競合と包括一罪との連結を意味しているだけであれば、前述のことが妥当する。そうではなく、一罪としての処理を正当化するには包括一罪で問題となる「責任」と同様ないし類似のもので足りる、という趣旨であれば、詰まるところ（混合的）包括一罪の成否の議論と同じということになる。しかし、上記のとおり、 $X_1 \cdot A$ 間及び $X_2 \cdot B$ 間の観念的競合を肯定しておきながら、全体を包括評価することには無理があるだろう。

やはり、本決定の評釈においても、一罪とするための処理について満足できる説明はなされていないように思われる。

(二) 全体についての科刑上一罪の成否

それでは、この場面において、端的に全ての犯罪との関係で観念的競合を肯定できないのだろうか。換言すれば、かすがい現象を構成する犯罪全てを「一個の行為」に基づくものと解することはできないのだろうか

(23) 林(美)「判批」167頁以下参照。

か。もしこれが可能であれば、「理論的にも簡明であり、かつ、実務的にも取扱いが容易となる⁽²⁴⁾」。

しかしながら、一見する限り、これは困難である。なぜなら、本決定の事案では、「所持する」行為と「販売・提供する」行為という二つの行為が行われているからである。そして、最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁⁽²⁵⁾において、「刑法五四条一項前段にいう一個の行為とは、法的評価をはなれ構成要件の観点から捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとの評価をうける場合」である、と述べている以上、両者を包括する「一個の行為」概念は想定しにくい。

しかしながら、話はそう単純でない。なぜなら、自然的な意味で行為が「二個」あるからといって、そのことから直ちに「一個の行為」と解する可能性がなくなるわけではないからである。

中山善房⁽²⁶⁾は、以前、自然的観察・社会的見解により「一個の行為」という評価を受ける場合として、以下の二つの種類のことをできると指摘していた。まず、「一個の行為」とされるものの一つ目は、刺す・殴る等の自然的意味での行為として把握される場合であり、中山はこれを「一個の行為とみざるを得ない」場合と表現する⁽²⁷⁾。

(24) 大塚他『大コンメ』[中谷] 356頁参照。

(25) この判決は、継続犯である酒酔い運転の罪と業務上過失致死罪との観念的競合を否定し、併合罪とした。また、同日付の、最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号151頁は、無免許運転の罪と酒酔い運転の罪との関係を観念的競合とし、最大判昭和49年5月29日刑集28巻4号168頁は、無免許運転の罪と車両検査証の有効期間が満了した自動車運行の用に供した罪との関係を観念的競合とした。これらの判決については、平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(有斐閣、1981)201頁以下、鈴木茂嗣『観念的競合について』刑法雑誌21巻2号(1976)131頁以下参照。

(26) 中山善房『観念的競合における『一個の行為』について』刑法雑誌21巻2号(1976)147頁(以下では、中山『『一個の行為』と表記。)、大塚他『大コンメ』[中山]194頁以下参照。

(27) 中山『『一個の行為』』147頁、大塚他『大コンメ』[中山]195頁、中山『観念的競合』316頁参照。なお、同じ引用箇所において、「行為の『個別的単一性』が問題とされる場合であり、いわば『一個の行為』の『下限』を問題とする場合」とも表現されて

このような行為が「一個の行為」として把握されることに異論はないだろう。

他方で、中山によると、「一個の行為」はこのような場合に限られるわけではなく、「行為者の動態を個別的に観察すると、必ずしも『一個の行為』とはいい難いが、これを全体的に観察すれば、なお『一個の行為』として把えることができる場合⁽²⁸⁾」も「一個の行為とみてよい」と説明している⁽²⁹⁾。

そして、中山によると、包括一罪を構成する数個の行為も、以下の場合には「一個の行為」として扱われることになる。即ち、「継続犯の場合と同様の理由により、実行行為の合一性が認められるときは『一個の行為とみてよい』場合に⁽³⁰⁾」る、「数罪の各実行行為間において始期から終期までの合致すなわち合一性が認められ⁽³¹⁾」ればよい、というのである。

それでは、この場合に包括一罪が「一個の行為」とされるのは何故か。中山は、包括一罪は「継続犯の場合と同様」と述べているので、継続犯の場合の中山の説明を見ることとしよう。そこでは、こう記されている。「継続犯は、法益侵害の行為が継続するかぎり犯罪が成立し続けるものであり、もとより数個の行為が存在する場合であるから、行為の個別的単一性ではなく、専ら行為の全体的統一性が問題とされるのであって、とくに実行行為の合一性が認められるときは『一個の行為とみてよい』場合に⁽³²⁾」る、と。

いる。

(28) 中山「『一個の行為』」149頁、大塚他『大コンメ』〔中山〕195頁参照。

(29) 中山「『一個の行為』」149頁、大塚他『大コンメ』〔中山〕195頁、中山「観念的競合」320頁参照。なお、同じ引用箇所において「行為の『全体的統一性』が問題とされる場合であり、いわば『一個の行為』の『上限』を問題とする場合」とも表現されている。

(30) 中山「『一個の行為』」153頁参照。

(31) 中山「観念的競合」324頁参照。

(32) 中山「『一個の行為』」153頁参照。

確かに、実行行為の合一性が認められる場合、酒酔い運転の罪と無免許運転の罪との関係がそうであったように、数個の行為が存在する場合においても「一個の行為」との評価が成り立ち得る。この結論自体は、多くの学説により受け入れられているように思われる⁽³³⁾。包括一罪の場合も同様であり、例えば、 $X_1 \cdot X_2$ 及び $Y_1 \cdot Y_2$ のそれぞれが包括一罪を構成し、なおかつ $X_1 \cdot Y_1$ 及び $X_2 \cdot Y_2$ のそれぞれの間で観念的競合が成立する場合、Xの包括一罪とYの包括一罪とは「一個の行為」に基づくと評し得る。

しかしながら、包括一罪の場合、「実行行為の合一性が認められるとき」に「一個の行為」となる「理由」として、中山は、「もとより数個の行為が存在する場合であるから、…(中略一筆者註)…専ら行為の全体的統一性が問題とされる⁽³⁴⁾」としか述べていない。これだけでは、殆ど何も言っていないに等しい。

ここで一つの疑問が生じてくる。以上見たように、「一個の行為」が数個の行為により構成され得ることを認めるのであれば、なぜそれを「実行行為の合一性」が認められる場合に限定しなくてはならないのだろうか。そこで、先の設例を修正し、 Y_2 がそもそも存在しない場合について考えてみることにする。ここでは、包括一罪であるX罪を構成

(33) 今井他『総論』[島田] 428頁は、「これらの結論に対しては、異論はあまりない」と指摘する。その他、山口『総論』380頁、林(幹)『基礎理論』239頁以下、井田『講義総論』534頁註40)、山中『総論』992頁、曾根『総論』282頁、大谷『総論』488頁参照。

明示的に反対するものとして、高橋『総論』485頁参照。論者が反対する前提として、「観念的競合の場合の刑が『最も重い刑により処断する』ものとされ、併合罪の場合の刑が『加重』される理由は、行為者が、ある行為規範に違反する行為をしようとするとは必然的に他の行為規範にも違反してしまうという場合には、どちらか重い方の行為規範に違反するものとして処理するのが妥当であり、これに対して、ある行為規範に違反する行為をしようとする場合に、他の行為規範に違反することを避けようとするれば避けられたにもかかわらず避けなかった、という関係が認められる場合には、刑を加重するのが妥当である」との理解がある。しかし、このような見解に対しては、既に批判がなされている。山火「科刑上一罪」17～18頁参照。

(34) 大塚他『大コンメ』[中山] 153頁参照。

する X_1 罪と Y_1 罪との間で観念的競合が成立することに問題はないだろう⁽³⁵⁾。にもかかわらず、 $X_1 \cdot X_2 \cdot Y_1$ の全体を「一個の行為」と解することはおよそ認められないのだろうか。

確かに、後述するように⁽³⁶⁾、このような形態の観念的競合を明示的に否定する見解が、一部の論者⁽³⁷⁾により主張されている。しかし、そのような見解はいまだコンセンサスを得るに至ったものではない。

また、判例上、酒酔い運転の罪と業務上過失致死傷罪との間で観念的競合が否定されたことにより、上記の場合を「一個の行為」と解することが直ちに無理となるわけでもない。この判例の事案は、事故を惹起した時点において両罪が重なっている状況の下、観念的競合を肯定すべきか否かが争われているものである。それゆえ、 X_1 と Y_1 との間の観念的競合の成立を何ら問題なく肯定できる包括一罪の設例の場合とは事情が異なる。この限りでは、継続犯と包括一罪とでは問題状況が同じではない。この意味において、包括一罪は「継続犯の場合と同様」であることに基づき、「実行行為の合一性」の場合に限り「一個の行為」と解する中山の見解は、疑わしくなってくる。

以上のことからすると、なおこれらの点について検討する価値はありそうである。しかも、これらの点へどう答えるかにより、かすがい現象の問題の処理も左右することになるという意味で、これは重要な問題である。

そこで、本稿においては、かすがい現象の問題を題材としつつ、これらの問題について検討を行うこととする。具体的な検討順序は以下のとおりである。まず、包括一罪のような数個の自然的行為も、観念的競合における一つの行為になりうることを正面から認めるドイツにおける、かすがい現象をめぐる議論を参照することとする。その結果をふまえ、

(35) 大塚他『大コンメ』〔中谷〕316頁参照。

(36) 後掲三(二)(ii)参照。

(37) 林(幹)『基礎理論』241頁以下参照。

我が国において主張されている様々なかすがい外しの方法の是非について検討した後、私見を述べることにする。

二 ドイツにおける議論

(一) 総説

(i) 所為単一の成立要件及び一つの行為の理解

かすがい現象又は作用 (Klammerwirkung) の問題は、ドイツにおいても盛んに議論されてきた⁽³⁸⁾。ドイツにおいてこのような問題が生じるのは、以下の事情に由来する。

ドイツ刑法典は、複数の犯罪を実現した場合 (同一の犯罪を複数回実現した場合も含む。以下同じ。) を扱う規定として、以下のものを定めている。一つは 52 条⁽³⁹⁾ が定める所為単一 (Tateinheit) ・観念的競合

(38) Vgl., Klaus Geppert, Zur Rechtsfigur der „Tateinheit durch Verklammerung“, Jura 1997, 214ff.; Ralf Peters, Was bleibt von der „Idealkonkurrenz durch Klammerwirkung“?, JR 1993, 265ff.; Rainer Lippold, Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen, 1985 (im folgenden zitiert als „Lippold, Konkurrenz“); Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung, 1981 (im folgenden zitiert als „Werle, Konkurrenz“); ders., Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW 1980, 2671ff.; ders., Die Beteiligung an kriminellen Vereinigungen und das Problem der Klammerwirkung, JR 1979, 93ff.; Ingeborg Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979 (im folgenden zitiert als „Puppe, Idealkonkurrenz“), S. 199ff.; Gerald Grünwald, Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§129, 129a StGB, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979 (im folgenden zitiert als „Grünwald, FS-Bockelmann“), S. 737ff. (但し、主として訴訟法上の問題を扱っている。); Christian Schöneborn, Zum Problem der materiellrechtlichen und prozessualen Tateinheit durch „Verklammerung“, NJW 1974, 734f.; Eberhard Wahle, Die sogenannte „Handlungseinheit durch Klammerwirkung“, GA 1968, 97ff.; Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961 (im folgenden zitiert als „Geerds, Konkurrenz“), S. 280f.

(39) 旧法上は 73 条。なお、本稿二の議論においては、特に断らない限り、条文番号は全てドイツ刑法典上のものを指すものとする。

(Idealkonkurrenz)であり、一つの行為に基づき複数の犯罪を実現した場合に適用される。この場合、最も重い刑を定める犯罪の刑が適用される。他方で、複数の行為に基づき複数の犯罪を実現した場合、53条⁽⁴⁰⁾が定める所為複数(Tatmehrheit)・実在的競合(Realkonkurrenz)が適用される。この場合には総合刑が形成される。つまり、行為が一つであるか否かが、処遇を分ける分水嶺となっている⁽⁴¹⁾。

所為単一の典型的な事例としては、一つの銃撃行為により、謀殺罪と器物損壊罪の構成要件を実現する場合をあげることができる。ここでは、謀殺罪の構成要件を実現する行為(=銃撃行為)と器物損壊罪の構成要件を実現する行為(=銃撃行為)との間で同一性(Identität)が認められる。それゆえ、二つの構成要件は一つの行為に基づくことになる。

もっとも、複数の構成要件が実現された場合、所為単一を肯定するためには実行行為の同一性が認められなくてはならないと解すると、問題となっている構成要件が複数の自然的行為により実現される場合に、所為単一が成立する範囲は著しく制限されることになる。例えば、強盗罪のような結合犯において、暴行(又は脅迫)行為と強取行為の二つの自然的行為と同一性が認められる形での所為単一は考えにくい。むしろ、暴行行為により同時に他の犯罪も実現する、又は、強取行為に際して他の犯罪も実現する、というのが一般的である。それゆえ、所為単一の要件としては、実現された複数の犯罪の実行行為の間に、部分的な(teilweise)同一性が認められれば良いとされている⁽⁴²⁾。

(40) 旧法上は74条。

(41) これに対し、我が国における牽連犯の規定に相当するものは、ドイツの刑法典において規定されていない。

(42) Vgl., RGSt. 32, 137ff. (139f.); 52, 298ff. (300); 54, 288f. (289); 56, 58ff. (59); 66, 359ff. (362); BGHSt. 8, 243f. (244); 9, 10ff. (11); 10, 291ff. (294); 18, 29ff. (32f.); 22, 206ff. (208); 27, 66ff. (67); 33, 163ff. (165); 43, 317ff. (319) ドイツの学説もこれを支持する。Vgl., Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 60 Aufl., 2013 (im folgenden zitiert als „Fischer, StGB“), Vor § 52, Rdn. 25; Urs Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5 Aufl., 2013 (im folgenden zitiert als „Kindhäuser, LPK“), § 52, Rdn. 7; Bernd von Heintschel-Heinegg, in:

以上のことを、52条における「一つの行為」の観点から整理し直すと、「行為」には幾つかの種類があることになる⁽⁴³⁾。即ち、先の事例での銃撃行為のような、自然的意味での一つの行為（die Handlung im natürlichen Sinn）だけが一つの行為に該当するというわけではない。結合犯や継続犯のような構成要件的行為単一（die tatbestandliche Handlungseinheit）、そして、反復された構成要件実現である自然的行為単一（die natürliche Handlungseinheit）も、52条との関係では一つの行為として扱われる。また、連続犯（die fortgesetzte Handlung）も、かつては⁽⁴⁴⁾、このような「行

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2 Aufl., 2012 (im folgenden zitiert als „MK (Heintschel-Heinegg)“), § 52, Rdn. 86; Johannes Wessels / Werner Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42 Aufl., 2012 (im folgenden zitiert als „Wessels / Beulke, AT“), § 17, Rdn. 777; Rudolf Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4 Aufl., 2012 (im folgenden zitiert als „Rengier, AT“), § 56, Rdn. 50; Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 10 Aufl., 2012 (im folgenden zitiert als „Joecks, StGB“), § 52, Rdn. 2; Karl Lackner / Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27 Aufl. 2011 (im folgenden zitiert als „Lackner / Kühl, StGB“), § 52, Rdn. 4; Helmut Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5 Aufl., 2011 (im folgenden zitiert als „Frister, AT“), S. 446; Walter Stree / Detlev Sternberg-Lieben, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28 Aufl., 2010 (im folgenden zitiert als „Sch / Sch (Stree / Sternberg-Lieben)“), § 52, Rdn. 9; Ralf Eschelbach, in: Helmut Satzger / Bertram Schmitt / Gunter Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009 (im folgenden zitiert als „S / S / W (Eschelbach)“), § 52, Rdn. 52ff.; Georg Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 2009, § 11, Rdn. 52; Ruth Rissing- van Saan, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12 Aufl., 2006 (im folgenden zitiert als „LK (Rissing- van Saan)“), § 52, Rdn. 20; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003 (im folgenden zitiert als „Roxin, AT 2“), § 33, Rdn. 82ff.; Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5 Aufl., 1996 (im folgenden zitiert als „Jescheck / Weigend, AT“), S. 720f.; Reinhart Maurach / Karl Heinz Gössel / Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7 Aufl., 1989 (im folgenden zitiert als „Maurach / Gössel / Zipf, AT“), § 55, Rdn. 72; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl., 1969 (im folgenden zitiert als „Welzel, DStR“), S. 231; Günter Warda, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 81ff. (87)

- (43) Vgl., Roxin, AT 2, §33, Rdn. 17ff. u. 248ff.; Kindhäuser, LPK, Vor §§52-55, Rdn. 15ff.; Joecks, StGB, Vor §52, Rdn. 6ff.

これとは異なる分類を行う論者もあるが（zB, Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11 Aufl., 2003, §36, Rdn. 14ff.）、概念の整理の問題なので、本稿では特に立ち入らない。

- (44) 連邦通常裁判所は、連続犯という法的構成を否定するようになった。Vgl., BGHSt. 40, 138ff.

為」の一つとして整理されていた。

(ii) 判例及び通説の見解

このように、所為単一の要件として部分的同一性で満足し、「一つの行為」の中に、時間的に広がりのある行為が含まれることを肯定すると、時間的に広がりのある犯罪(X罪)が、それぞれX罪と部分的同一性を肯定しうる犯罪(A罪・B罪)との間でかすがい作用を及ぼすことになり、その結果、全体が一罪となる。

ドイツの判例は、原則としてこの結論を肯定してきた⁽⁴⁵⁾。他方で、本来的には実在的競合の関係に立つA罪・B罪がかすがい作用に基づき一罪となることの不都合に鑑み、かすがいであるX罪とA罪・B罪との間の法定刑の軽重に着目し、一定の場合にはかすがい外しを行っている。この場合、X・A間の所為単一とX・B間の所為単一との間で実在的競合となる。

具体的にどのような場合にかすがい外しを行うのかについて、ドイツの連邦通常裁判所の判例には変遷が見られる⁽⁴⁶⁾。まず、X罪の法定刑

(45) ドイツの判例の流れについては、中野『諸問題』102頁以下、山火「科刑上一罪」4頁以下、安村勉「かすがい作用」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)235頁以下(以下では、安村「かすがい」と表記。)、伊藤利明「ドイツの判例における『かすがい』理論」法学59巻5号(1995)117頁以下(以下では、伊藤(利)「『かすがい』理論」と表記。)参照。Vgl. auch, Geppert, Jura 1997, 214ff.; Peters, JR 1993, 266ff.

(46) なお、戦前の帝国裁判所の時代には、かすがい現象の問題について扱った判例も存在するが、法定刑の軽重に着目してかすがい外しを行うという視点は明確には見られない。当時の判例上、大きく分けると、二つの傾向が見られた。一つは、連続犯が問題となった事案において、所為単一の規定と実在的競合の規定をいわば複合的に適用したものである(Vgl., RGSt. 44, 223ff. この判決に言及するものとして、vgl., RGSt. 57, 189f.; 72, 193ff.)。もう一つは、実行行為の部分的同一性が所為単一を基礎づけるという考えを応用し、かすがい現象のように三つの犯罪が問題となる場合、X罪・A罪間及びX罪・B罪間に実行行為の同一性が認められることを理由に、端的に一罪として処理するものである(RGSt. 56, 329ff.; 60, 241ff.; 62, 427ff.; 66, 117ff.; 68, 216ff.)。

これらのうち、前者については後述する。また、後者については、全体を一罪とするという基本的立場を明らかにしているに過ぎないので、ここではこれ以上立ち入らな

が、A 罪及び B 罪の双方よりも軽い場合にはかすがい作用が明確に否定された⁽⁴⁷⁾。その理由として、A 罪・B 罪という犯罪を実現したにもかかわらず、これよりも法定刑の軽い X 罪を更に実現することで、全体が一罪となるのは不当である、と説明されている。

次に、X 罪の法定刑が A 罪・B 罪のいずれか一方よりも軽い場合については争いがあった。連邦通常裁判所は当初、X 罪の法定刑が A 罪よりも軽く、B 罪と同じである事案においても、かすがい外しを行っていたが⁽⁴⁸⁾、最終的には X 罪が双方よりも軽い場合に限り、かすがい作用が否定されることになった⁽⁴⁹⁾。逆に言うと、かすがいである X 罪が、少なくとも A 罪又は B 罪の一方との間で、おおよそ価値が同等である (annähernde Wertgleichheit) 場合に、かすがい作用が認められることになる⁽⁵⁰⁾。

い。

(47) Vgl., BGHSt. 1, 67ff.; 2, 246ff.

(48) Vgl., BGHSt. 3, 165ff.

(49) Vgl., BGHSt. 31, 29ff.; BGH NStZ 1993, 39f.

(50) 近年、連邦通常裁判所で問題になった事案として、以下のものがある。1992 年 10 月 22 日判決 (BGH NStZ 1993, 133f.) は、武器法 (WaffG) 違反の不法所持罪 (X 罪) による、それぞれ同法違反の不法携帯罪と所為単一の関係に立つ危険な身体傷害罪の未遂 (A 罪) と放銃未遂 (B 罪) との間のかすがい作用を否定した。1993 年 11 月 9 日判決 (BGHSt. 39, 390ff. = JR 1995, 71f. (Anmerkung: Friedrich Geerds)) は、売春斡旋罪 (X 罪) による、人身売買罪 (A 罪) と強姦罪又は死亡結果を伴う強姦罪 (B 罪) との間のかすがい作用を否定した。1994 年 9 月 28 日判決 (BGH NStZ 1995, 37f.) は、薬物規制法 (BtMG) 違反の不法所持罪 (X 罪) による、同法違反の複数の不法取引罪 (A 罪・B 罪) との間のかすがい作用を否定した。1996 年 5 月 17 日決定 (BGHSt. 42, 162ff.) は、薬物規制法違反の不法所持罪 (X 罪) による、同法違反の輸入罪 (A 罪) と売却罪 (B 罪) との間のかすがい作用を否定した。1997 年 10 月 22 日決定 (BGH NJW 1998, 619f. = JR 1998, 516ff. (Anmerkung: Helmut Satzger)) は、構成要件的行為単一を構成する複数の強盜的恐喝罪の未遂 (X 罪) による、複数の謀殺罪の未遂 (A 罪・B 罪) との間のかすがい作用を否定した。1999 年 4 月 14 日決定 (BGH NStZ 1999, 513f.) は、継続犯である武器法違反の不法所持罪 (X 罪) による、同法違反の不法取得罪 (A 罪) や不法携帯罪 (B 罪) との間のかすがい作用を肯定した。1999 年 9 月 15 日決定 (BGH NStZ 2000, 25.) は、構成要件的行為単一を構成する傷害罪 (X 罪) による、侮辱罪・犯罪行為への公然の煽動罪・恐喝未遂 (A 罪・B 罪…) との間のかすがい作用を肯定した。2004 年 10 月 28 日判決 (BGH JuS 2005, 383f. (Besprechung: Hans Kudlich) = NStZ 2005,

また、どのようにして犯罪の軽重を比較するかという点も問題となる
ところ、連邦通常裁判所は具体的な考察方法を探ることを明らかにした
た⁽⁵¹⁾。その結果、X罪が軽罪(Vergehen)で、他の犯罪が重罪
(Verbrechen)である場合⁽⁵²⁾や、X罪と他の犯罪との法定刑が同じであ
る場合⁽⁵³⁾においても、X罪の方が実質的に重いと評価されることによ
り、かすがい作用を肯定しうる場合が生じることとなった。

ドイツの通説⁽⁵⁴⁾も、その細部において判例と相違している場合があ
るものの⁽⁵⁵⁾、基本的にはこのような判例に従っていると言える。

(iii) 判例及び通説の問題点

しかしながら、このような判例の処理に対しては、以下のような問題
点が指摘されてきた。即ち、①かすがい作用を肯定することにより、
A・B間の併合罪の関係が考慮されず不当である⁽⁵⁶⁾、②X罪とA罪・

262f.)は、死亡結果を伴う強盜的恐喝罪の未遂(X罪)による、複数の謀殺罪(A罪・
B罪)との間のかすがい作用を否定した。2007年11月8日判決(BGH NStZ 2008,
209f.)は、継続犯である自由剥奪罪(X罪)による、強姦罪(A罪)・危険な身体傷害
罪(B罪)との間のかすがい作用を否定した。2009年8月14日判決(BGHSt. 54, 69ff.)
は、テロ団体への関与・支援の罪(X罪)と、複数の詐欺・詐欺未遂(A罪・B罪…)
との間のかすがい作用を肯定した。2009年11月19日決定(BGHSt. 54, 189ff.)は、構
成要件的行為単一を構成する付きまといの罪(X罪)による、脅迫罪(A罪)・侮辱罪
(B罪)との間のかすがい作用を肯定した。

(51) Vgl., BGHSt. 33, 4ff.; BGH NStZ 1993, 133f.; BGH JuS 2005, 383f.

(52) Vgl., BGHSt. 33, 4ff.

(53) Vgl., BGHSt. 42, 162ff.

(54) Vgl., Fischer, StGB, Vor §52, Rdn. 30ff.; Kindhäuser, LPK, §52, Rdn. 16ff.; Wessels / Beulke,
AT, §17, Rdn. 780.; Rengier, AT, §56, Rdn. 62ff.; Joecks, StGB, §52, Rdn. 4; Frister, AT, S.
446f.; Sch / Sch (Stree / Sternberg-Lieben), §52, Rdn. 14ff.; SSW (Eschelbach), §52, Rdn. 55;
LK (Rissing-van Saan), §52, Rdn. 28ff.; Walter Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3 Aufl.,
2005, §14, Rdn. 43; Jescheck / Weigend, AT, S. 721; Maurach / Gössel / Zipf, AT2, §55, Rdn.
74ff.; Welzel, DSiR, S. 232; Warda, JuS 1964, 81ff. (88); Geerds, Konkurrenz, S. 280f.

(55) 例えば、BGHSt. 3, 165ffを支持するものとして、vgl., Geerds, Konkurrenz, S. 281. また、
A罪・B罪のいずれか一方がX罪よりも重い場合にかすがい作用を否定するものとし
て、vgl., Jescheck / Weigend, AT, S. 721.

(56) Vgl., Roxin, AT 2, §33, Rdn. 108; MK (Heintschel-Heinegg), §52, Rdn. 103. なお、後掲註

B 罪の間の刑の軽重の関係により、かすがい作用が肯定されたり否定されたりすることの根拠が不明である⁽⁵⁷⁾、③かすがい外しを行う場合に、X・A 間と X・B 間の実在的競合とする処理は、X 罪を二重に評価しており妥当でない⁽⁵⁸⁾、と。

このうち、②は、我が国の議論との関係では、関連性が薄いように思われる。そもそも、我が国の学説において、法定刑の軽重により罪数評価が異なる、という見解はごく一部を除き主張されていない⁽⁵⁹⁾。そして、それは「科刑上の一罪となるかどうかは、これを構成する犯罪の法定刑とはかかわりなくそれとは別の点で決まるはずであって、その各法定刑の軽重は処断刑形成の段階に至ってはじめて問題となるにすぎない⁽⁶⁰⁾」という認識が、一般的に受け入れられているからであろう。そうであれば、本稿において、法定刑の軽重の点について、これ以上詳細に論じる必要はないだろう。

また、③についてであるが、確かに、かすがい外しを行うとしても二重評価は回避されなくてはならないだろう。しかし、我が国において、二重評価を行う形でかすがい外しは行われておらず、むしろ、かすがいを分断する手法が採られている⁽⁶¹⁾。それゆえ、この点についても、これ以上触れないこととする。

上記二つの点とは異なり、①の点は、我が国の議論との関係において

62) も参照。

(57) Vgl., Erich Samson / Hans - Ludwig Günther, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 24 Lfg., 6 Aufl., 1995, §52, Rdn. 19.; Roxin, AT 2, §33, Rdn. 108; MK (Heintschel- Heinegg), §52, Rdn. 103; Satzger, JR 1998, 519.; Wahle, GA 1968, 97ff. (106)

(58) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 61.; Wahle, GA 1968, 97ff. (106)

(59) 正田満三郎『刑法体系総論』(良書普及会、1979) 339 頁以下(以下では、正田『総論』と表記。)参照。なお、平野『総論Ⅱ』430 頁は、ドイツにおけるこのような扱いについて、「興味ある見解ではあるが、わが法のもとでも採用できるかは、なお検討の必要がある」と指摘していた。

(60) 中野『諸問題』117 頁参照。同旨、安村「かすがい」240 頁参照。また、正田『総論』344 頁以下註 12) においても、この点についての反論は見られない。

(61) 後掲三(三)参照。

も問題となる。この点について、プッペは以下のように述べ⁽⁶²⁾、かすがい作用に基づき一罪とすることは問題であると指摘する。

もし所為単一の要件として、実行行為の完全な同一性が必要という前提に立てば、X罪・A罪間及びX罪・B罪間でこの関係を充足していれば、A罪・B罪間でもこの関係を満たしていることになる。それゆえ、X罪・A罪・B罪の全てを一罪とすることに何ら問題はない⁽⁶³⁾。

しかし、実際には、所為単一の要件として実行行為の部分的同一性で良いとされている。となると、X罪・A罪間及びX罪・B罪間でこの関係を充足したとしても、必ずしもA罪・B罪間でこの関係を充足するわけではなくなる。つまり、ここでは推移的(transitiv)関係が成立していない。それにもかかわらず、かすがい現象はX罪・A罪・B罪の全体が一罪となることを肯定するものであり、これは不当である⁽⁶⁴⁾、と。

判例及び通説に従わない論者は、この①の点は看過しえないと考えているのだろう。これらの論者は、いずれも、かすがい外しを行うにあたり何らかの形で実在的競合の処理を介在させているからである。かすがい現象を構成する犯罪全体について一罪として処理するのであれば、この問題を解決しなくてはならない。しかし、その前に、判例及び通説に反対する見解⁽⁶⁵⁾が、かすがい現象の問題をどう処理しているのかにつ

(62) Vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 200f.; dies., in: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paefgen (hrsg), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, 3 Aufl., 2010 (im folgenden zitiert als „NK (Puppe)“), §52, Rdn. 41.; vgl. auch, Lippold, Konkurrenz, S. 18f.; Peters, JR 1993, 265ff. (265)

(63) Vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 200.

(64) Vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 201.

(65) 本文で紹介する見解以外のものとして、以下のものがある。まず、ロクシン(vgl., Roxin, AT 2, §33, Rdn. 108)はかすがい作用を放棄した方が良いと述べるものの、具体的にどのようにかすがい外しを行うのかについては明確に記述していない。

また、シュミットホイザー(vgl., Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 1975, S. 737)やルドルフ・シュミット(vgl., Rudolf Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), 43ff. (48))は、かすがい現象は否定す

いて、順次検討を行うこととし、その後⁽⁶⁶⁾、この批判の妥当性について言及することとする。

(二) 処断刑の形成方法に着目する見解

(i) 帝国裁判所 1911 年 1 月 7 日判決

最初に問題となるのが、かすがい現象が問題となる局面においては所為単一の関係と実在的競合の双方が含まれている点に着目し、その実態に従い処断刑を形成する見解である。これによると、A・B 間の実在的競合の処理が先行することになる。

この文脈で引用されることもあるのが、帝国裁判所 1911 年 1 月 7 日判決⁽⁶⁷⁾の事案である。事案は以下のとおりである。被告人は強盗を二回 (X₁罪・X₂罪) 実行したが、一回目の強盗の手段としての暴行により謀殺罪 (A 罪) を実現し、また、二回目の強盗の手段としての暴行により別の謀殺罪 (B 罪) を実現した。

このうち、X₁・A 間及び X₂・B 間はそれぞれ所為単一の関係に立つことが認められる。また、二度にわたる強盗罪 (X₁・X₂) は連続犯として一罪とされた。他方で、謀殺罪相互については、複数の法益を侵害するもので、連続犯とはしえなかった。このように、強盗罪との関係では一罪、謀殺罪との関係では数罪、という一種の矛盾した状況が生じることとなった。そのため、このような場合の事案全体の処理方法が問題となった。

帝国裁判所は、以下のように述べた⁽⁶⁸⁾。原審が、謀殺罪の実在的競

べきで、その場合に所為複数となるとは述べるものの、一体何と何の間で所為複数となるのかは明言していない。それゆえ、これらの見解を X 罪・A 罪・B 罪の所為複数として処理する見解 (Werle, Konkurrenz, S. 86ff. や中野『諸問題』107 頁はそう理解している) と言ってよいかは疑問である。実際にも、これらの見解は、刑の重さに関係なくかすがい作用を一律に否定するものとの理解もなされている (vgl., Grünwald, FS-Bockelmann, S. 744)。

(66) 後掲二 (五) 参照。

(67) Vgl., RGSt. 44, 223ff.

合という刑を科した点については、法律違反は見出せない。強盗罪との関係で肯定された所為の単一性が、事案全体との関係においても決定的でなくてはならないという要請は、法律の文言によっても、その精神によっても、正当化を見出し得ない。それに従えば、行為者がより多くの刑罰法規に違反したことにより、たとえ多数回であったとしても一つの刑罰法規にしか違反していない場合よりも、かえって軽く処罰される、という最終的には矛盾する結論へと行きかねない。

一方の関係で認められる連続犯が、他方の関係で認められる実在的競合との間で所為単一の関係に立つ場合、双方の犯罪群 (Verbrechensgruppen) との関係においても、所為単一についての (旧) 73 条の規定は適用可能である。それによると、本件では、複数の謀殺行為について刑を定める規定が適用される。しかし他方で、当該規定は、複数の独自の行為に対する科刑という法的形式 (rechtliche Form) において適用されるべきである⁽⁶⁹⁾、と。

本判決については、「A 罪と B 罪との実在的競合を認定することにより、刑法七四条を適用し、これに関する処断刑と X 罪の法定刑とを比較し、より重い科刑が可能となる条項を優先させることにより、刑法七三条を適用するという解釈を示している⁽⁷⁰⁾」〔原文における C・B の表記を、それぞれ B・X へと改めた—筆者註〕、との理解が示されている。

しかしながら、このように断定することには疑問がある。そもそも、帝国裁判所は、強盗の犯罪群と謀殺の犯罪群との間で 73 条を適用できるとは述べたものの、この 73 条の処理に先行させる形で 74 条の処理を行うとまでは言っていない。むしろ、73 条についての判示に引き続く形で、謀殺罪は実在的競合と同じ法的形式において適用されるべき、と述べている。このことからすると、73 条の処理を行う段階では、謀殺

(68) Vgl., RGSt. 44, 223ff. (229)

(69) Vgl., RGSt. 44, 223ff. (229f.)

(70) 伊藤 (利) 「『かすがい』理論」121 頁参照。

罪の通常の法定刑を念頭に置いていた余地も十分あるだろう。

実際にも、この事案は、X 罪を二重に評価した上で、X・A 間及び X・B 間の所為単一を肯定し、両者を実在的競合としたと見る可能性も指摘されている⁽⁷¹⁾。もしそうであれば、前述した判例・通説によるかすがい外しの方法と同じということになり、何ら目新しくはない。

また、この判決は、「きわめて特異な、相対的罪数観ともいべき見地に立った判例⁽⁷²⁾」、「一罪か数罪かのいずれかに割り切っているものではない⁽⁷³⁾」との理解も示されている。確かに、かすがい外しを行った後の罪数関係が不明瞭という意味においては、そうであるように思われる。しかし、それもあくまでも「罪数」についてであり、処断刑の形成との関係では、上記のとおりである。

以上のことからすると、この事案をもって、実在的競合の処理を先行させたものとするのは、およそ不可能とまでは言えないものの、かなり困難である。そこで次に、より明確な形でこのような考えを主張する、ヤコプスの見解を見ることとする。

(ii) ヤコプスの見解

現在においても、このような特殊な処断刑の形成を主張するのはヤコプスである⁽⁷⁴⁾。ヤコプスは、かすがい外しを行い実在的競合の処理を施そうとすると、以下のようなディレンマに陥らざるを得ないことを指摘する。即ち、X・A 間の所為単一及び X・B 間の所為単一との実在的競合とすれば、X 罪を二重に評価することになる。かといって、X 罪との所為単一の成立を A 罪・B 罪のいずれかに限定すれば、二つの所為単一の関係のうちの一つを無視することになってしまう⁽⁷⁵⁾、と。

(71) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 51.

(72) 中野『諸問題』104 頁参照。

(73) 中野『諸問題』103 頁参照。

(74) Vgl., Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993 (im folgenden zitiert als „Jakobs, AT“), §33, Rdn. 11f.

しかし、ヤコプスは、だからといって、かすがい現象を全面的に肯定し、全ての犯罪を所為単一とすることは、誤った、そして不必要な回避策 (ein falscher und unnötiger Ausweg) である⁽⁷⁶⁾、と述べる。何故「誤っている」のかと言えば、それは、A・B間の関係は本来所為単一でないにもかかわらず、これらの犯罪も含め全体を一罪としてしまうからである。また、以下のように処断刑を形成することで問題を回避できるため、全体を所為単一とすることは「不必要」ということにもなる。つまり、最初に、実在的競合の関係に立つ犯罪同士について、所為単一の関係に立つX罪について度外視した上で刑を確定し、その上で、所為単一の処理を行うべきだということである⁽⁷⁷⁾。

以上のようなヤコプスの見解は、明快ではあるものの、以下の点が問題となる。まず、全体を一罪とすることが本当に「誤っている」のかが問題となる。もっとも、これは先のプッペによる批判と同じ問題であるため、後でまとめて言及することとする。

次に、ヤコプスがいうディレンマを回避するために、本当に上記のように処断刑を形成しなければならないかが問題となる。かすがいとなる犯罪をX₁罪・X₂罪へと分断する方法により、X₁・A間の所為単一とX₂・B間の所為単一との実在的競合として処理するのであれば、A・B間の併合罪の関係は維持され、また、二つの所為単一の関係を一つに制限せずに済む。ヤコプスのディレンマを回避するために、何故この手法は使えないのだろうか。

この点についてのヤコプスの態度は不明である。可能性としては、本来一罪を構成するX罪をX₁罪・X₂罪へと分断し、相互に併合罪の関係に立つ、とする処理が「誤っている」ということも考えられる。

そこで次に、かすがいを分断する方法が「誤っている」か否かを検討

(75) Vgl., Jakobs, AT, § 33, Rdn. 11.

(76) Vgl., Jakobs, AT, § 33, Rdn. 12.

(77) Vgl., Jakobs, AT, § 33, Rdn. 12.

することとする。そして、もしこれが「誤っていない」のであれば、そのような方法を優先させるべきと思われる。なぜなら、ヤコプスの見解は、法律の体系的性 (die Systematik des Gesetzes) と整合的でない⁽⁷⁸⁾、という批判に表れているように、仮にヤコプスのような見解を採用することが不可能ではないにしても、あえてこのような体系的に難のある見解を採用すべき理由は見出し難いからである。

以下では、最初に判例がかすがいをどのように分断しているのかについて、検討を行うこととする。

(三) かすがいである X 罪を分断する試み：判例の場合

(i) 連邦通常裁判所 1967 年 2 月 17 日判決

ドイツの判例が、法定刑の軽重に着目してかすがい外しを行っている点については、前述した。他方で、このようなかすがい外し以外の方法で、全体が一罪となることを回避する事案も見受けられる。ここでは、それを採り上げることとする。

この文脈で引用されることが多いのが、連邦通常裁判所の 1967 年 2 月 17 日判決⁽⁷⁹⁾ である。事案は以下のとおりである⁽⁸⁰⁾。被告人は、酩酊した状態で自動車を運転していたところ、過失により二人の人を死傷させる事故を惹起した。被告人は、少なくとも被害者のうちの一人に対して事故を起こしたことを知ったにもかかわらず、事故現場から逃走した。

原審は、過失による交通における酩酊の罪 (316 条 2 項; X₁ 罪) と事故現場からの逃走の罪 (142 条; B 罪) の実在的競合とした⁽⁸¹⁾。なお、A 罪に相当する過失致死罪等については、仮に被告人が素面で注意深く

(78) Vgl., Frister, AT, S. 447.

(79) Vgl., BGHSt. 21, 203ff. この判決については、中野『諸問題』107 頁以下参照。

(80) Vgl., BGHSt. 21, 203ff. (203)

(81) Vgl., BGHSt. 21, 203ff. (203f.)

行動していたとしても回避しえなかった可能性があるとして、有罪とはされていない。

このような事案において、連邦通常裁判所は以下のように述べ、原審の判断を是認した⁽⁸²⁾。行為者が、たとえ事故後においても過失により316条を実現したとしても、そのことにより、事故前に認められる過失酩酊運転が法的に非独立な形で続行(eine rechtlich unselbständige Fortsetzung)するわけではない。事故前の継続犯は、事故の発生により終了する。被告人は、142条に基づき、事故現場における待機義務(Wartepflicht)が課されていたのであるから、この義務に反し更なる運転をした時点で、運転への新しい決意(ein neuer Fahrentschluß)が認められる。よって、本件では二つの酩酊運転罪が併存することになる。

更に、連邦通常裁判所はここでいう「新たな決意」について、以下のようにも述べた⁽⁸³⁾。継続犯が終了するか否かを判断するにあたり、行為者の外形的な振舞いが問題となるわけではない。事故現場における行為者の外部的な振舞いに照準を合わせた考察方法は、逃走するつもりのある者が運転を中断するか否かは、大抵は偶然に依拠している、ということを見過ごしている。逃走行為の法的評価にあたり決定的になりうるのは、行為者の内部的意図方向(innere Willensrichtung)のみである。行為者が停止した上で降車しようと、ごく短時間停止した上で車内から事故の結果を確認しようと、それとも、事故を知ったにもかかわらずそのまま停止せずに運転しようと、行為者の置かれている状況はいずれも同様のものである。それゆえ、いずれの場合においても、運転を続行するためには、新しいかつ独立した決意が必要となる。

この事案は、結論としてはX₁罪とB罪を実在的競合としたものであり、かすがいであるX罪の分断を直接問題にしたわけではない。しかし、その判示は、事故前の酩酊運転(X₁罪)と事故後の酩酊運転(X₂

(82) Vgl., BGHSt. 21, 203ff. (204)

(83) Vgl., BGHSt. 21, 203ff. (205)

罪) が分断されることを明確に示している⁽⁸⁴⁾。確かに、このような手法を採ることで、かすがい現象が問題となる事案を制限することは可能となる。

それでは、「新たな決意」に基づく継続犯の分断という手法は、どう評価すれば良いのだろうか。上記のとおり、裁判所は、外部的な事情ではなく行為者の内心に着目し、行為者の決意という要素を導き出した。しかし、このような心理的な基準によりかすがいを分断する手法には、自ずと限界があるだろう。例えば、行為者が事故に全く気付かず、そのまま運転を継続した場合について、この判決は特に言及していないが、おそらく事故の前後に亘って一つの継続犯と解さざるを得ないのだろう。確かに、行為者の内心に着目し、継続犯の分断を基礎付けたのであるから、このような場合を一つの継続犯とするのは説明としては一貫している。しかし、そうであるとすると、かすがいを分断できる局面は限られることになる。

他方で、事故の存在を知りさえすれば、その後の運転は新たな決意に基づくことになるという意味では、擬制的な要素を含んでいる。とりわけ、行為者が運転を停止しなくとも、後の運転は新たな決意に基づくことになる点で、このように言えるだろう。しかし、142条により課される待機義務に反していることとその後の運転が新たな決意に基づくことがどう関係するのかは、明らかではない。

以上見たように、本判決の基準により、二重評価の問題を回避しつつ、かすがい現象の問題を一部解消することが可能となったものの、その論拠は定かではない。他方で、連邦通常裁判所は、本判決における基準を他の継続犯へ及ぼすにあたり、規範的な要素を一層強めることになる。このことを明らかにしたのが、次で見る連邦通常裁判所の1989年判決の事案である⁽⁸⁵⁾。

(84) 類似の事案として、vgl., BGHSt. 23, 141ff. この判決については、伊藤(利)「『かすがい』理論」131頁以下も参照。

(ii) 連邦通常裁判所 1989年3月16日判決

連邦通常裁判所は、1982年5月26日決定⁽⁸⁶⁾において、武器の不法使用罪(X罪)のかすがい作用を認め、武器の不法取得罪(A罪)と故殺罪(B罪)とを一罪とすることを肯定していた。この事案は、B罪がX罪よりも重いにもかかわらず、X罪がA罪・B罪の双方よりも軽くない限りかすがい作用は否定されない、と述べたものである。これにより、かすがい作用の成立範囲は拡張されたが、他方で、その後の事案において、酩酊運転中の事故との関係で言及した、「新たな決意」に基づき継続犯が分断されるという考えを、継続犯である武器法(Waffengesetz)違反の罪においても採り入れることにより、連邦通常裁判所は制限的な態度を示すこととなった。このことを明らかにしたのが、連邦通常裁判所の1989年3月16日判決⁽⁸⁷⁾である。

本件の事案は以下の通りである⁽⁸⁸⁾。被告人は原審において、犯情の重い強盜の恐喝罪の未遂と過失傷害罪の所為単一により有罪とされた。ところで、被告人は前訴において、武器の不法所持及び携帯の所為単一により有罪とされており、当該武器は本件の犯罪を実行するにあたっても使用されていたという事情が存在した。それゆえ、前訴における武器法違反の罪と本件における犯罪とが所為単一の関係に立つことになり、その結果、本件の公訴提起は既に消耗(Verbrauch)されているのではないかが問題となった。

(85) なお、これ以前にも、上級地方裁判所の事案において(OLG Celle, JR 1982, 79f.)、交通事故の前後で継続犯が分断されることを説明するにあたり、本文で紹介した連邦通常裁判所の1967年判決のように行為者の内心に着目することなく、規範的な論拠を呈示しているものがある。即ち、行為者の置かれた状況の変化が、行為者に対して、新たな意思的決意をするよう動因(Anlaß)を与える、と述べることで、継続犯の分断が基礎づけられている。

(86) Vgl., BGHSt. 31, 29ff. この判決については、只木『罪数論』243頁、伊藤(利)「『かすがい』理論」129頁以下も参照。この判決と同様に、継続犯である武器法違反の罪の分断を否定したものと、OLG Hamm, JR 1986, 203ff. (Anmerkung: Ingeborg Puppe)

(87) Vgl., BGHSt. 36, 151ff. この判決については、只木『罪数論』244頁参照。

(88) Vgl., BGHSt. 36, 151ff. (151f.)

連邦通常裁判所は、以下のように述べ、前訴と後訴の犯罪は実体法上数罪の関係に立つとした上で、公訴提起の消耗を否定した⁽⁸⁹⁾。武器の所持及び携帯は、それに結びついた一般的に認められる危険性に着目して、刑が科されている。それゆえ、それらの可罰性は、行為者が武器を用いて他の犯罪を実行するつもりであることを要件としていないし、また、武器を他の犯罪活動に利用することを当初から意図していなかったとしても、排除されない。その限りでは、武器法違反の罪は、無免許運転の罪や酩酊運転の罪のような継続犯と類似している。これらは、通常他の犯罪と結びついておらず、その意味で、129条⁽⁹⁰⁾が規定する犯罪集団の形成の場合とは根本的に異なる。129条の犯罪においては、団体の目的に沿う犯罪を行う決意やその実行は、それにより継続犯を二つの部分に分割 (trennen) することを可能とする、決定的な断絶 (entscheidende Zäsur) を意味しない。これとは異なり、武器法違反の罪の場合、武器を他の犯罪行為で使用しようという行為者の決意は、少なくとも、当該犯罪が武器法違反の罪よりも重い (schwerer wiegen) 場合には、決定的な中断 (Einschnitt) を意味する。

また、以下のようにも続ける⁽⁹¹⁾。確かに、1982年決定の事案⁽⁹²⁾においては、武器の取得とその後の携帯との間で所為単一とされているが、それはその事案において、取得行為の後の新たな決意 (ein neuer Willensentschluß) が立証されていないからに過ぎない。両者は、武器の所持という点においては中断していないにもかかわらず、二つの独立した行為となりうる。このことは、本件においても同様であり、行為者が、武器を利用して (12条1項の意味における) 重罪を実行する決意を

(89) Vgl., BGHSt. 36, 151ff. (153)

(90) 129条は、犯罪団体の結成の罪について規定している (法務省大臣官房司法部 (編) 『ドイツ刑法典』(法曹会、2007) 97頁以下参照)。同罪については、vgl., BGHSt. 29, 288ff.

(91) Vgl., BGHSt. 36, 151ff. (153f.)

(92) Vgl., BGHSt. 31, 29ff.

した場合は、通常これにあたる、と⁽⁹³⁾。

本判決では、先の1967年判決と同様、新たな決意が認められることに基づき継続犯が分断されている。もっとも、1967年判決では、新たな決意は内心のものであることが明確にされていたのに対し、ここでは、武器を利用してより重い犯罪を実行することで、新たな決意が生じると説明されており、やや規範的な表現がなされている⁽⁹⁴⁾。

他方で、本判決は、1982年判決の事案で所為単一が肯定されたのは、新たな決意を認定できなかったから、と説明していることに鑑みると、ここでいう新たな決意は、重い犯罪を実行することにより常に肯定されるわけでもない⁽⁹⁵⁾。その意味で、後述する、他の犯罪の実現を理由にかすがいを分断する学説とは区別されることになる。

しかしながら、本判決においても、重い犯罪を実行することと継続犯を分断する新たな決意があることがどう関係するのかは必ずしも明らかでない。例えば、武器を所持している間に、それを強盗に利用したという場合を考えてみると、ここで新たな決意があるといっても、それは強盗の遂行との関係において認められるものでしかない。武器の所持を継続するか否かという観点からは、所持自体は中断していないので特段の決意はなされないという評価も十分成立する。むしろ、武器所持の可罰性が、その一般的な危険性に基づいて認められているのであれば、所持が続く間は継続犯が文字通り継続すると考える方が自然であろう。

結局のところ、1967年判決・1989年判決のいずれにせよ、判例の考えは、別の犯罪の実行という規範的な事情を、新たな決意の有無という行為者の内面的な要素の枠内で考慮しようとする点において、基本的に無理がある。これに対し、以下で見る一部の学説においては、かすがい

(93) 以上のような連邦通常裁判所の考えは、現在においても踏襲されている。Vgl., BGH JR 1995, 168ff. (Anmerkung: Volker Erb); BGH NStZ 2012, 452f.

(94) Vgl., Peters, JR 1993, 265ff. (269)

(95) 武器法違反の罪を分断することなく、強盗の恐喝との間で所為単一を肯定したものもある (vgl., BGH NStZ 1992, 276.)。

である X 罪の成立要件に着目することで、かすがいを分断するものが見られる。そこで次に、学説の動向について見ることにする。

(四) かすがいである X 罪を分断する試み：学説の場合

(i) ヴァーレの見解

比較的初期の段階でかすがい現象の問題の検討を行ったヴァーレは、かすがい現象が問題となるのは、時間的に広がりのある行為がかすがいとなる場合に限られるという事実に着目する⁽⁹⁶⁾。そのうえで、連続犯・多行為犯・継続犯の三つの場合に分けて、解決案を示している。

まず、X 罪が連続犯である場合、以下のように述べる⁽⁹⁷⁾。連続犯は「法的」な行為単一であるので、法・刑事政策的考慮 (rechts- und kriminalpolitische Erwägungen) により解消することが可能である。しかも、その際、このような構成の複雑性の程度 (das Maß an Kompliziertheit) も、考慮されるべきである。それゆえ、連続犯を構成する個別行為が A 罪と所為単一に、別の個別行為が B 罪と所為単一の関係に立つ場合、連続犯は解消 (auflösen) され、二つの所為単一の間の実在的競合となる。このような手法は、とりわけ、かすがいである犯罪の刑が最も軽い場合に、實際上効果的である、と。

これに対し、多行為犯の場合、ヴァーレは、観念的競合の成立要件にメスを入れることで、問題解決を図ろうとする⁽⁹⁸⁾。即ち、通説は、観念的競合の成立要件として、実行行為の部分的同一性で足りるとしているが、この基準の一般化 (Verallgemeinerung) や絶対化 (Verabsolutierung) には問題がある。観念的競合を肯定するためには、複数の犯罪が部分的に重なり合うだけでなく、自然的考察 (natürliche Betrachtung) に従い一

(96) Vgl., Wahle, GA 1968, 97ff. (108). なお、ヴァーレの見解については、中野『諸問題』108頁、山火「科刑上一罪」10頁註8参照。

(97) Vgl., Wahle, GA 1968, 97ff. (108f.)

(98) Vgl., Wahle, GA 1968, 97ff. (109f.)

つの行為とすべき場合でなくてはならない、というのである。

その上で、一つの強盗罪の過程で複数の謀殺罪が実行された場合⁽⁹⁹⁾については、以下のように述べる⁽¹⁰⁰⁾。強盗罪の重点 (Schwergewicht) は、たとえそれが暴行を伴って行われていようと、所有権への侵害や奪取の方にある。もし強盗罪が存在せず、脅迫罪と窃盗罪の規定による処罰に委ねられていたのなら、謀殺罪と窃盗罪との間で行為の単一性は肯定しえない。このことは、立法者が脅迫罪と窃盗罪とを結合させた場合においても、何ら変わらない。それゆえ、部分的同一性を肯定できる場合であっても、強盗罪は独立した犯罪として成立する、と。

最後に、継続犯の場合については、以下のように述べる⁽¹⁰¹⁾。継続犯は、連続犯の要素と多行為犯の要素とを共に含んでいる。つまり、構成要件の実現及び構成要件的结果の維持のために複数の意思活動 (mehrere Willensakte) が必要であるが、他方で、連続犯と同様、所為像 (Tatbild) は量的に変化しない。この場合も、自然的考察方法に従えば、容易に、複数の独立した行為であるのか、それとも全てを包括する行為単一であるのかは観念できる。それゆえ、かすがい作用に基づく行為単一は不要となる、と。

以上のヴァーレの主張のうち、連続犯との関係でその解消という観点を示している点は、かすがいを分断する手法の萌芽と見ることができ。しかし、ヴァーレの見解は、連続犯が解消される理由として、政策的な観点しか言及しておらず、これでは、何故連続犯が解消されるのかについての理論的説明にはならない。しかも、複雑性の程度も考慮されるというのであるから、やや便宜的な手法を採っていることは否めない。

また、ヴァーレは、多行為犯や継続犯が問題となる場合には、自然的

(99) ここで念頭に置かれているのは、RGSt. 44, 223ff. や BGHSt. 2, 246ff. の事案である。

(100) Vgl., Wahle, GA 1968, 97ff. (111)

(101) Vgl., Wahle, GA 1968, 97ff. (111)

考察方法に基づき⁽¹⁰²⁾、連続犯とは異なる結論を導いている。もっとも、ヴァーレは、継続犯と連続犯との性質の類似性に言及しているのであるから、継続犯については、たとえ形式的には「法的」な行為単一ではないものの、継続犯の解消という手法を採ることも十分可能であったように思われる。実際にも、継続犯の分断というのは、他の論者により試みられているのである。それにもかかわらず、ヴァーレはこれらについては分断という手法を採らなかったということは、複数の自然的行為が一罪を構成する場合に、それを安易に分解することはできないと考えていたと推測される。しかも、複数の自然的行為間の結びつきの強さ・度合は、継続犯と多行為犯とで同じということでもあるのだろう。

以上がヴァーレの見解の概要である。本稿における問題関心であるかすがい分断という観点からすると、ヴァーレの見解は、連続犯に限り、そして政策的な理由に基づき、かすがいを分断するものであった。これに対し、ヴァーレとは異なり、連続犯に限定することなく、理論的な理由に基づき、かすがいの分断を主張する見解も見られる。そこで以下では、このような見解を主張するプッペ及びヴェルレの主張を順次紹介することとする。

(ii) プッペの見解

プッペが判例及び通説に対して行っている批判については、前述した⁽¹⁰³⁾。その上で、プッペは、より論理的な解決方法として、先のヴァーレの場合と同様、かすがいを分断することが可能であると主張する⁽¹⁰⁴⁾。

(102) 批判的な見解として、vgl., Manfred Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, S. 70.

(103) 前掲二 (一) (iii) 参照。

(104) なお、プッペは、通説のように実行行為の部分的同一性を観念的競合の成立要件とすることに反対し、観念的競合の成立要件について独自の構想を提唱している（プッペの見解については、前掲書 (Puppe, Idealkonkurrenz) の他、vgl., ders., Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982, 143ff. その他、只木『罪数論』

まず、プッペは、かすがいである連続犯を構成する個別行為が同時に他の犯罪を実現した場合、もはや同種性 (Gleichartigkeit) の要件を満たさなくなるという⁽¹⁰⁵⁾。その他の構成要件の行為単一の場合⁽¹⁰⁶⁾、例えば、複数の殴打行為により傷害を惹起した場合も、同様である。

それでは、何故同種性の要件は満たされなくなるのだろうか。プッペは当初⁽¹⁰⁷⁾、その理由を明確にしていなかったが、その後、以下のような説明を行っている⁽¹⁰⁸⁾。即ち、構成要件的行為単一の要件として一般的に認められている同種性又は同価値性の要件が欠如するのは、構成要件的行為単一の成否が問題となっている当該構成要件の観点から見て、ある個別行為が他の個別行為と比較して異なる性格 (Charakter)・重要性 (Gewicht) を有する場合に限られるわけではない。ある個別行為が別のより重大な構成要件を実現する場合においてもこの要件は満たされなくなる、と。

また、プッペは、かすがいである X 罪が継続犯である場合においても、類似の処理を行うことができる、と述べる⁽¹⁰⁹⁾。継続犯は、それを

21 頁以下参照。)。即ち、所為単一の規定は二重評価の禁止を実現するために置かれた規定であるという前提の下、一つの行為により実現された複数の犯罪同士に不法類似性 (Unrechtsverwandtschaft) が肯定できる場合に、所為単一が成立する、と主張する。

これによると、これまで問題とされてきたかすがい現象の事案のうち、かすがいが継続犯である事案の多く (例えば、無免許運転とそれぞれ部分的に重なり合う複数の自動車窃盗の事案や、酩酊運転の間に事故を惹起する事案) は、複数の犯罪間の不法類似性を肯定できないため、所為単一はそもそも問題とならない (vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 216f.)。

プッペのこの構想の是非を含め、観念的競合の問題の全般的検討は別稿に委ねざるを得ない (プッペの構想に対する批判として、vgl., MK (Heintschel-Heinegg), §52, Rdn. 83; Roxin, AT, §33, Rdn. 72ff.)。いずれにせよ、プッペの構想においても、かすがい現象の問題が完全になくなるというわけではなく、実際、論者もこのことを認めているため (vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 210.)、これらの点についてはこれ以上立ち入らない。

(105) Vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 210.

(106) Vgl., Puppe, JR 1986, 207; NK (Puppe), §52, Rdn. 44.

(107) Vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 210.

(108) Vgl., Puppe, JR 1986, 207; NK (Puppe), §52, Rdn. 44.

(109) Vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 210f.; Puppe, JR 1986, 206f.; NK (Puppe), §52, Rdn. 44.

数個に分解したとしても、それぞれが依然として継続犯の構成要件を完全に充足するものであることに変わりはない。そこで、どの範囲の事象が継続犯の構成要件により一罪とされるのかが問題となる。これを決する基準として、従来、時間的持続性 (zeitliche Kontinuität) や決意の単一性 (Entschlußseinheit) だけが問題とされてきたが、プッペはこの点を疑問視する。即ち、刑法においては不法の属性 (Unrechtseigenschaft) が重要であるため、この点も継続犯の犯罪を確定するにあたり考慮される。その結果、問題となっている継続犯の個別行為が他の構成要件実現との間で不法単一 (Unrechtseinheit) を形成する場合には、このような構成要件実現により、継続犯の個別行為の不法の性格が変更されることになる。そうである以上、継続犯の分断は正当化される、というのである。

これに対し、多行為犯である強盗罪がかすがいとなり、複数の謀殺罪を結び付ける場合、プッペは全体が一罪となることを認める⁽¹¹⁰⁾。即ち、この場合、同一の物の強取を複数の謀殺の属性として理解することは、純論理的には可能である。しかし、こうすることで、強取という犯罪結果の要素を含む事実を二重に評価することになり、それは量刑上許されない、というのである。

以上のプッペの見解のうち、連続犯やその他の構成要件的行為単一との関係では、先のヴァーレとは異なり、その要件である同種性の欠如という観点からかすがいの分断を主張している点で特徴的である。しかし、同種性要件それ自体が一般的に承認されているからといって、そのことから直ちに、この要件の有無を判断するにあたり、他の犯罪の実現も考慮されることにはならないだろう。この点についてのプッペの更なる説明は、見られない。

次に、プッペは、継続犯との関係では、連続犯のように同種性要件が認められていないことを承認しつつも、類似の発想を及ぼし得ると主張

(110) Vgl., Puppe, Idealkonkurrenz, S. 215f.

していた。しかしながら、仮にプッペがいうように不法の属性が重要であるからといって、継続犯の成否を検討するにあたり、何故、本来継続犯の構成要件で考慮することが予定されておらず、むしろ、他の構成要件でカバーされる不法までも考慮する必要があるのかは、やはり明らかではない。しかも、プッペは多行為犯の場合には分断という手法を採っていないことからすると、継続犯と多行為犯とは、複数の自然的行為の間の結びつき具合は異なっていることになるが、同じ一罪であるにもかかわらず、このような区別が正当化されるのかは疑わしいように思われる。

以上概観したように、プッペの見解は、連続犯等における同種性要件に基づくかすがいの分断という発想を、継続犯にも及ぼすもの、とまとめることができる。もっとも、同種性を要件としていない継続犯に対しても、同種性要件により導かれる効果を及ぼすということは、理論的には無理強いしている感があると言える。これに対し、より一般的に、複数の自然的行為を一罪として評価するための要件に着目してかすがいの分断を主張するのが、次に見るヴェルレの見解である。

(iii) ヴェルレの見解

かすがい現象の問題について包括的な検討を行ったのは、ヴェルレである。ヴェルレは、帝国裁判所の判例⁽¹¹¹⁾、連邦通常裁判所の判例⁽¹¹²⁾、そして学説におけるかすがい外しの方法⁽¹¹³⁾のそれぞれにつき検討し、それらはいずれも理論的に難点があり、新たな解決案が必要であるとして、以下のように主張を展開する。

ヴェルレは、反復的な構成要件実現行為が自然的行為単一を構成するための要件に立ち返ったうえで、かすがい現象の問題を処理しようとする

(111) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 48ff.

(112) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 57ff.

(113) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 82ff.

る。即ち、複数の自然的行為が自然的行為単一を構成する理由として、構成要件に記述された法益侵害が量的に増加し (quantitativ steigern)、また、行為者の置かれた動機 (Motivation) や状況 (Situation) が単一であるから、と説明する⁽¹¹⁴⁾。換言すれば⁽¹¹⁵⁾、不法内容及び責任内容の同種性 (Gleichartigkeit) 又は同価値性 (Gleichwertigkeit) に基づき、行為単一は構成される。

その上で、かすがい現象については以下のように述べる⁽¹¹⁶⁾。かすがいである X 罪の個別行為 (X_1) が A 罪も実現した場合、伝統的には、まず $X_1 \cdot X_2 \dots$ 間の行為単一の成否について判断した後に、A 罪との所為単一を肯定するという順序で処理されてきた。しかし、これでは事象の法的性質 (die rechtliche Qualität) が A 罪により刻印されることが多々あるにもかかわらず、X 罪の行為単一の判断にあたり、A 罪に違反したという事実を薄めてしまい (ausblenden) 妥当でない。むしろ、 $X_1 \cdot X_2 \dots$ 間で行為単一が形成されるかを判断する段階で、A 罪の存在を考慮すべき、というのである。

複数の刑罰法規に違反する事象は、ただ一つの構成要件の観点から判断することはできない。事象の不法を記述するにあたり、同時に違反した刑罰法規も含めなくてはならない。また、行為者の置かれた状況の単一性も、観念的競合の関係に立つ A 罪を無視しては、適切に把握できない。行為者は、 X_1 罪と A 罪とを共に実現するか、それとも両者を控えるのかの二者択一を迫られている。二つの法律違反が含意 (Implikation) の関係にある以上、この決断を分割することはできない、と。

以上の考えによると、A 罪をも実現する X 罪の個別行為である X_1 罪は、純粹 (rein) に X 罪のみを実現している個別行為とは区別され、法

(114) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 105ff.

(115) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 171.

(116) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 171ff.

的に独立のものとして評価されることになる。その結果、例えば、 X_1 罪～ X_5 罪のうち、 X_2 罪がA罪を同時に実現し、 X_4 がB罪を同時に実現した場合は、以下のように処理される⁽¹¹⁷⁾。まず、同時に他の犯罪を実現していない X_1 罪・ X_3 罪・ X_5 罪は、 X_2 罪や X_4 罪の性質に関わらず、依然として行為単一を形成する。そして、この行為単一と、 X_2 罪とA罪の間の所為単一、 X_4 罪とB罪の間の所為単一の三つが、相互に実在的競合の関係に立つこととなる。

他方で、ヴェルレは⁽¹¹⁸⁾、観念的競合の関係に立つA罪の重さに着目することなく、一律に X_1 罪を行為単一から弾き出すことには反対する。なぜなら、A罪が、その重さにおいてX罪よりも非本質的に過ぎない場合、行為者は、A罪をも実現するからといって、別個の取り組みを行うことにはならないからである。この場合のA罪は取るに足りないものの (*quantité négligeable*⁽¹¹⁹⁾) であり、行為者の行ったことの不法内容を、ただ非本質的に刻印するに過ぎない。この場合、付け加わることになるA罪を考慮することで、 X_1 罪をも控えることを行為者に期待することはできない。このような行為の断片は、行為単一の中に含めるべきである、と。

この場合、A罪が新たな決断を要求するか否かを判断するにあたり重要なのは、行為者の表象ではなく、A罪の刑法上の重さである⁽¹²⁰⁾。A罪がX罪よりも重い場合、A罪が出来事の不法を刻印し、行為者は決意を行うにあたりA罪の違反を考慮しなくてはならない。同様のことは、A罪とX罪とが同じ重さである場合についても言える。A罪とX罪とが同等の刑法上の重要性を有している以上、専らX罪のみに違反

(117) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 174.

(118) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 174f.

(119) Werle, Konkurrenz, S. 175 und passim. では、*quantité négligeable* と綴られているが、おそらく誤記と思われるので、Werle, NJW 1980, 2671ff. (2676) に従い、本文のように記載した。

(120) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 175.

した場合は状況が異なるからである。

ヴェルレは、以上のようにしてかすがい現象の問題を解決した。しかも、この考えを、犯罪団体・テロ団体への関与や酩酊運転の罪といった特殊な継続犯がかすがいとなる場合だけでなく、連続犯⁽¹²¹⁾や構成要件的行為単一⁽¹²²⁾の場合にも及ぼしている。唯一、複数の行為が行われているにもかかわらず、既遂構成要件が一度しか充足されない場合に限り、分断は排除されている⁽¹²³⁾。例えば、二件の謀殺を手段として一つの奪取行為により強盗を実現した場合に、事象を二つの強盗行為へと分解することは不可能とされている。なぜなら、そうすることで、不法結果である所有権侵害及び占有侵害を二重に評価しかねないからである。

以上がヴェルレの見解の概要である。ヴェルレは、プツペが連続犯における同種性という要件を持ち出したのとは異なり、他の犯罪が観念的競合の関係に立つ場合には、行為単一を構成するために必要である不法及び責任の一体性が満たされなくなり、その結果、かすがいであるX罪が分断されると説明するものである。こうすることで、連続犯だけでなく、継続犯においても、かすがいが分断されることを説明することは容易となる。他方で、法定刑の軽重という観点をも取り込むことで、かすがいが無制限に分断されることも回避している。

それでは、ここまで紹介してきたプツペやヴェルレの見解は、妥当なもののだろうか。この点につき考えるにあたり、これらの見解に対して批判的な主張を展開する、リッポルト⁽¹²⁴⁾やエルプ⁽¹²⁵⁾の見解を見ることは有益であると考えられる。そこで、次に、リッポルトらによる反論の内容を見てみることにする。

(121) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 207ff.

(122) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 211ff.

(123) Vgl., Werle, Konkurrenz, S. 214ff.

(124) Vgl., Lippold, Konkurrenz, S. 37ff.

(125) Vgl., Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994, 265ff.

[未完]

(本学大学院博士後期課程)