

早稲田大学博士論文概要書

刑法におけるいわゆる「一連の行為」論
——実体法と手続法の交錯領域として——

滝谷英幸

第1 筆者の問題意識

自然的・事実に観察すれば複数の行為といえるような人間の連続的な挙動ないし態度につき、これを「一連の行為」と呼んで一体的に取り扱うことは、刑法学の世界において古くから行われてきた。

ところが、近時、いくつかの判例の登場を契機として、この「一連の行為」という概念がにわかにクローズアップされ、これを1つの独立した問題領域として扱う『一連の行為』論と呼ばれる議論が生じるに至った。本稿は、この『一連の行為』論につき、以下のとおり、実体法と手続法の両面から考察を行うものである。

1 実体法的側面

複数行為に対して全体的評価を与えるか分析的評価を与えるかが問題となるような場面は、刑法学の全般において広く見られる（たとえば、実行の着手、早すぎた結果発生、量的過剰、原因において自由な行為や実行行為開始後の心神喪失・耗弱、罪数〔包括一罪や科刑上一罪〕などがそれに当たる）。これらの場面において、なぜ、また、どのような形で複数行為が一体化されたり分断されたりするのか、という議論は従来から存在した。これらはいわば『一連の行為』論の「各論」である。

これに対して、特に『一連の行為』論が学界において勃興した後、『一連の行為』論には、単なる「各論」の集合体であることを超え、それらを統合する1つの根本的な視点ないし理論といった意義もあるのではないか、というメタレベルの関心がもたれるようになった。いわば『一連の行為』論の「総論」である。

本稿では、われわれが「一連の行為」という概念を用いて複数行為を一体化したり分断したりする際の思考プロセスを厳密に点検し、そこに「総論」と呼べるだけの実体が存在するのか否かを検討する（第1章）。また、そこでの検討の成果をふまえて、「各論」に属するいくつかの主要論点につき分析を加える（第2～5章）。

2 手続法的側面

実体法レベルでは、複数の行為が存在すること、及び、それらに全体的評価を与えるか分析的評価を与えるかは論者の立場次第で自由であることが暗黙裡に前提とされており、そこに『一連の行為』論の成立の基礎がある。

しかし、実際の訴訟の場における判断者である裁判所にとって、それは必ずしも当然のことではない。判例・通説は「審判対象は訴因である」との理解を採っており、裁判所は検察官の設定した訴因によって拘束される。そうすると、実体的には「一連の行為」として全体的評価を与えることが妥当と思われるような複数行為のうち一部だけが切り取られて起訴された場合、裁判所は、訴因の制約下であって、はたしてそのような全体的評価を実現することができるのか、という疑問が生じるのである。その意味で、『一連の行為』論は、実体法と手続法の交錯領域として位置づけられよう。

この問題を考えるにあたって、まず、「審判対象は訴因である」というテーゼの意味を問い直し（第6章）、さらに、「一連の行為」の一部起訴がなされた場面について、実体法・手続法の両方の視点をふまえた分析を加える（第7～8章）。

第2 本稿の概要

以下に各章の概要を示す。

1 第1章の概要

『「一連の行為」論』には「総論」としての意義があるのか、それとも単に「各論」の集合であるにすぎないのか。筆者の見るところ、この点に関する認識の違いは、われわれが複数行為を一体化したり分断したりする作業の位置づけに関する理解の違いに起因するものである。

まず、複数行為の一体化／分断という作業は、生の事実の中から、（通説的な犯罪論体系に関する理解に従うならば）構成要件該当性以下の評価の対象となるべきものを切り出す作業である、という考え方があり（これを「評価対象説」と呼ぶ）。評価を行うためにはその対象をあらかじめ確定しておくことが必要であり、複数行為の一体化／分断という作業はその一環である。これに対して、個々の論点に関する具体的な議論はすべて構成要件該当性以下の評価の内部で行われるものである。したがって、「総論」は「各論」の前提として、かつ、それとは論理的に独立した意義を有するものとして理解されなければならない——というのがその理由である。評価対象説によれば、①複数行為の一体化／分断という作業は構成要件該当性以下の評価に先立って行われなければならない、②複数行為が一体的に把握された場合には、その全体を包摂する均質な評価が与えられなければならない、③ひとたび一体化／分断に関する判断が行われたなら、その結論は構成要件該当性以下の評価のすべてを拘束することになる、ということになる。

これに対して、複数行為の一体化／分断という作業は、構成要件該当性以下の個々の論点において行われる評価そのものであり、「一体化」とか「分断」とかいうのも、1つ1つの場面における評価の態様を表現したものであるにすぎない、という考え方があり（これを「評価態様説」と呼ぶ）。評価態様説においては、この作業は本質的に「各論」の内部に位置づけられるべきものであるから、「総論」に独自の意義はないことになる。また、いったんある場面において複数行為の一体化／分断の判断が行われたとしても、その結論が他の場面における判断を拘束することはないとされる。

筆者は、以下の理由により、評価態様説が正当であると考えている。

複数行為の一体化／分断という作業の性格は、（証拠から一定の事実の存否を判断するという意味での）事実認定ではなく、評価である。そして、評価である以上、判断者がいかなる関心・視座をもって接するかにより、結論は異なり得るはずである。そうであるとすれば、複数行為の一体化／分断が問題となる刑法上のすべての場面をまったく同じ関心・視座によって処理するという極端な立場を採るのでない限り（それは無理であろう）、それぞれの場面における判断は、場面ごとの関心・視座に応じて異なり得るはずである。したがって、評価対象説がいかなる形で「評価対象」の確定を行うにせよ、そこで得られた結

論が構成要件該当性以下のすべての場面を一律に拘束するというのではない。

また、評価に先立って評価対象を選定する必要があることは確かであるが、そのことは、構成要件該当性以下の評価に先立ち、検討対象とすべき行為をあらかじめただ1通りに確定しておかなければならない、ということまでを意味するものではない。理論的には被告人の生まれてこのかたすべての行為があらゆる形で検討対象となり得るところ、その中から、相応の理論的根拠に基づき妥当な結論を導き得るものを選び出すべく、試行を重ねるほかはないのである（唯一の「正解」を決めることなどはおよそ不可能であり、「合格ライン」を超えたものであれば可とせざるを得ない）。

このように考えると、評価態様説が正当であり、「『一連の行為』論」に（少なくとも、すべての場面において統一的な判断基準を提供する「理論」という意味での）「総論」は存在しないことになる。

2 第2章の概要

たとえば、「被告人は被害者を2発続けて殴り、傷害を負わせた。傷害の原因は被告人の殴打行為以外にないが、2発すべてが傷害を発生させたのか、いずれか1発が傷害を発生させたのか不明である」という場合、2発の殴打行為を「一連の暴行」とし、その全体を傷害罪とする処理が通常であろう。

しかし、複数行為を「一連の実行行為」として一体的に把握できるか否かは、それらがある犯罪構成要件（上の例では傷害罪）の1回の適用により包摂され得る関係にあるか、という法的関心ないし視座によって決まるものであるから、複数行為を「一連の実行行為」と評価したからといって、そのうち、結果との間に因果関係を有することを合理的な疑いを超えて証明できていない部分までが、因果関係を認められることにはならない（それを認めれば利益原則に反するであろう）。上記の処理は、厳密に言えば、「一連の暴行全体が傷害結果を帰属される」のではなく、「一連の暴行のうち、どの部分と特定することはできないが傷害罪に当たる部分が存在し（因果関係の概括的ないし不特定のな択一的認定）、暴行罪にとどまる他の部分と合わせて、傷害罪一罪として処断される」ということを意味するものと理解すべきである。

3 第3章の概要

判例・通説は、いわゆるクロロホルム事件最高裁決定に見られるように、「早すぎた結果発生」の問題につき、①まず、（客観的にはそれ自体により直接に結果を惹起しているが）行為者の計画によればいまだ実行の着手の段階にとどまる行為（以下、「第1行為」という。クロロホルム事件でいえば、クロロホルムを吸引させる行為）と直接的に結果を惹起する行為（以下、「第2行為」という。クロロホルム事件でいえば、車ごと海に突き落とす行為）とを全体として「一連・一個の実行行為」と把握し、②行為者はそうした「一連・一個の実行行為」によって結果を惹起しようとして意図していたのであるから、「一連・一個の実行行為」に対応する形で、いわば、「一連の故意」とでもいうべきものが認められると解する。これにより、第1行為の時点ですでに既遂犯として完全な罪責を問うに足る故意の存在を肯定するのである。

しかし、実行行為の把握の段階で第1行為と第2行為とを「一連・一個の実行行為」と

解したからといって、ただちに、故意の判断の段階においても、それに対応して「一連の故意」を認めるべきことになるわけではない（上記①と②は論理的に連動するものではない）。故意の判断の段階においては、責任主義——ここでは実行行為と故意の同時存在——の要請に鑑みて、独自の検討がなされるべきである。

故意は行為規範の命じるところにあえて反しようとする心理状態であるから、ある時点における故意の有無ないし範囲は、その時点における行為規範の内容に対応する。刑法は、通常、第1行為の時点では、「第1行為をするな」という行為規範のみを向ける。「第2行為をするな」という行為規範は、第2行為をしようとする時点で、改めて向ければよいからである。この場合、第1行為の時点では、「第1行為をするな」という行為規範に反する意思決定、いわば、着手の故意しか認められないことになり、（ただちに結果を惹起しようという最終的意思決定としての）実行の故意までは認められない。換言すれば、「一連の故意」を想定することはできない。しかし、第1行為と第2行為が極めて密接な関係にあり、第1行為終了後、第2行為の前に改めて「第2行為をするな」という行為規範を向けても、もはや行為者の翻意が期待できないと予測される場合には、第1行為の時点で、「第1及び第2行為をするな」という（複合的な）行為規範を向ける必要がある。この場合には、第1行為の時点で、「第1及び第2行為をする」という故意、すなわち「一連の故意」が想定できることになるのである。このように、第1行為の時点で「一連の故意」を認め得るか否かは、第2行為の時点における翻意可能性についての予測的判断によって決まることになる。

「一連の故意」を認めるということは、通常であれば（第1行為の時点と第2行為の時点の）少なくとも2度にわたって働きかけを行うべきところ、（第1行為の時点のみの）「1発勝負」を試みるということであるから、法益保護という観点からは慎重でなければならない。

4 第4章の概要

急迫不正の侵害が存在している間に単独でみれば正当防衛の要件を充たす反撃行為が行われ（前段の行為）、その後、急迫不正の侵害が終了したにもかかわらず、さらに反撃行為が継続された（後段の行為）、という場面（いわゆる量的過剰）がある。

そこでは、①（それのみを切り取ってみれば正当防衛の要件を充たす）前段の行為を過剰防衛の一部として違法と評価できるか、②（それのみを切り取ってみれば急迫不正の侵害と同時存在していない）後段の行為を過剰防衛と評価できるか、ということが問題になり得る。

まず、①の問題について、量的過剰の場面における前段の行為と後段の行為の一体化／分断の問題は、緊急状態下における異常な精神状態に陥った行為者が、急迫不正の侵害が終了した時点において、自らの行動コントロールの可能性を回復することが合理的に期待できるか——それが期待できるのであれば、刑法は、「正の法益を保全するため反撃してもよいが、過剰にわたるなかれ」という当初の行為規範を終了させ、「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範を差し向けることになるが、期待できないのであれば、前者の行為規範が引き続き作用することになる——という観点から検討されるべきである。

ここで、客観的には急迫不正の侵害が終了していても、行為者が行動コントロールを回復することが見込めない状況もあり得る、と考えるのであれば、「正の法益を保全するため反撃してもよいが、過剰にわたるなかれ」という当初の行為規範が急迫不正の侵害の終了後も継続的に作用することになるため、前段の行為と後段の行為は1個の行為規範に違反する1個の事態として一体的に把握され、前段の行為も含めて、全体として過剰防衛と評価されることになる（統合説）。これに対して、急迫不正の侵害が終了している以上、行為者は冷静になってそれ以上の反撃を取り止めることができるはずである、と考えるのであれば、「正の法益を保全するため反撃してもよいが、過剰にわたるなかれ」という当初の行為規範は急迫不正の侵害が去った時点で終了していることになり、前段の行為はこれに適合しているため、正当防衛として無罪となる（分断説）。

次に、②の問題については、統合説を採れば後段の行為も含めて過剰防衛とされることになるが、分断説を採った場合、これを単なる犯罪行為と評価するか（分断／過剰防衛否定説）、過剰防衛と評価するか（分断／過剰防衛肯定説）、という分岐が生ずる。「およそ相手方を攻撃するなかれ」という行為規範に違反している以上、過剰防衛の成立する余地はないとも解し得るが、36条2項を量刑に関する特則として位置づければ、なお同項の適用を認めることは可能と思われる。

以上のように、統合説・分断説（さらに、後段の行為に関する過剰防衛否定説／肯定説）ともに理論的には十分に成り立ち得るものと思われるが、客観的には急迫不正の侵害が終了していても、行為者がただちに行動コントロールを回復することが期待できる場合ばかりではないと考えられることから、統合説が妥当である。

なお、統合説内部においても対立があるが、同説においては、前段の行為は過剰防衛というれっきとした違法行為であるから、そこから発生した結果を帰属できることはもちろん、量刑上も、前段の行為のみを切り取ってみれば正当防衛の要件を充たすということにつき特段の配慮をする必要はない。

5 第5章の概要

複数行為を「一連の（実行）」行為として一体的に把握するという思考法は、行為と責任の同時存在の原則との間に緊張関係を生じさせる。ここでは、『「一連の行為」論』的な関心にに基づき、原因において自由な行為及び実行行為開始後の心神喪失の場面において、結果行為（のみ）を実行行為としつつも、それに対応する「最終的意思決定」が責任能力に問題のない時点で行われていることを根拠として完全な罪責を問おうとする見解を検討の俎上に乗せる。

第3章で示した理解によれば、結果行為に対応する「最終的意思決定」が（結果行為に及ぼうとするまさにその時点ではなく）責任能力に問題のない時点において早くも認められるか否かという問題は、刑法がどのタイミングでどのような行為規範を向けるかという問題と結びついていることに注意を要する。

通常、結果行為に及ぶ時点では一連の流れの中で最も強い心理的抵抗を感じるものであるから、刑法は法益保護の観点からその時点をとらえて新たに行為規範を提示するものと解すべきであり、そこに行為規範を向ける対象としての意思決定を観念することになる。

したがって、その時点で責任能力がなければ、結果行為については39条1行為により無罪とせざるを得ない。結果行為に対応する「最終的意思決定」がそれ以前の段階に前倒しされるとするのは、例外的な場合である。

このような理解からは、原因において自由な行為の場面で原因行為の時点に「最終的意思決定」を認めることはほぼ不可能であるし、実行行為開始後の心神喪失の場面でも、単に実行行為が開始されたという一事をもってその時点に結果行為までを包摂する「最終的意思決定」を認めることはできない。

6 第6章の概要

わが国の判例・通説は、刑事訴訟における審判対象は訴因であるとする。

まず、このテーゼは、裁判所は、訴因に対する判断に際し、訴因外事実（訴因＝犯罪の構成要件にあてはめて法律的に構成された具体的事実に含まれない事実）の存在を一切考慮してはならない、ということの意味しない。そこまで極端な意味に解すると、たとえば、正当防衛における急迫不正の侵害の存在を考慮することができなくなり、正当防衛の成立する余地がなくなる、といったことになりかねないからである。

このテーゼに関する一般的な理解は、おそらく、訴因外事実を①「判決」対象にすること（＝刑責評価や訴訟条件の有無等に関する判断の直接の対象とすること）と②「審理」対象にすること（＝「判決」対象とはしないが、訴因外事実の存在を訴因に対する評価に反映させること）を区別した上、前者は不告不理の原則に反するため許されないが、後者は訴因に対する評価のため必要であれば許される、というものであると思われる。

いわゆる一罪の一部起訴の場合、すなわち、検察官がある犯罪事実の一部のみを切り取って起訴している場合において、それにもかかわらず、裁判所が訴因外の犯罪事実の存在を考慮することは、一見すると、「審判対象は訴因である」というテーゼに反するようにも思われる。現行法が基調とする当事者主義的訴訟構造の下、検察官には訴因設定権限があり、裁判所はそれに拘束されるからである。しかし、検察官の訴因設定権限も無制限ではなく、それが個々の具体的場面で不適切に行使された場合（その最も極端な例が、訴因外の犯罪事実との関係で、実体法上、訴因が無罪となるべき場合である。こうした場合に訴因外の犯罪事実の存在を考慮できないとすれば、それは、実体法的にはありもしない刑罰権を訴因設定上の捜査によって作り出すという刑罰権の「錬金術」を認めることになってしまう）には、裁判所がこれに拘束される理由はない。したがって、検察官の訴因設定が不適切であると考えられる場合には、裁判所は、訴因外の犯罪事実の存在をふまえ、訴因に対する評価を行うべきである。したがって、上記②の態度は正当である。

もっとも、この理は、上記①の場合にも当てはまる。不告不理の原則の根拠が検察官の訴因設定権限に求められるなら、その権限が適正に行使されていない場合、不告不理の原則が裁判所を拘束する理由が失われるはずだからである。したがって、裁判所は、検察官が任意の訴因変更に応じない場合には訴因変更命令を発することで訴因外の犯罪事実を「判決」対象に取り込むことができ、かつ、その命令には形成力を認めるべきである。

7 第7章の概要

「審判対象は訴因である」というテーゼに関して第6章で述べた私見をふまえ、①因果

関係の確定ができないケース（第2章）、②量的過剰のケース（第4章）、③実行行為開始後の心神耗弱のケース（第5章）のそれぞれにつき、「一連の行為」の一部のみが起訴された場合における処理について考察した。

まず、因果関係の確定ができないケースにおいて、因果関係の概括的ないし不特定の択一的認定により結果の発生について罪責を問い得るとする私見を前提とすると、「一連の行為」のうち起訴されていない部分から結果が発生したという合理的な疑いが残る以上、訴因となっている行為については結果を帰属させることができない。そのため、この場面において「一連の行為」の全体的評価により結果の帰属を認めるためには、起訴されていない行為をも「判決」対象に取り込む必要がある。

次に、量的過剰のケースで後段の行為のみが起訴されているとき、前段の行為と後段の行為は実体法上不可分一体の評価対象であり、それゆえに全体が過剰防衛として評価されるという立場を採る場合には、手続法上もこれを分割して起訴ないし判決の対象とすることはできないという理解に至り得るため、訴因となっている後段の行為を過剰防衛と評価するためには、前段の行為をも「判決」対象に取り込まざるを得なくなる。

また、実行行為開始後の心神耗弱のケースで心神耗弱下の結果行為のみが起訴されているとき、結果行為に対応する「最終的意思決定」が責任能力に問題のない時点で認められるという立場を採る場合には、訴因に含まれていないと解される「最終的意思決定」を「判決」対象に取り込まなければ、完全な罪責を問うことはできない。

このように、「一連の行為」を一体的ないし全体的に評価するということが実体法レベルでいかなる意味をもつか、ということが、「一連の行為」の一部起訴がなされた場面における取扱いにも影響を及ぼすことになる。

8 第8章の概要

すでに第2章で「一連の行為」と因果関係の問題について述べたが、複数行為が成立上数罪の関係にあり、したがって、それぞれ別個の訴因を構成する場合にも同様の問題は生じ得る。こうした場合に私見を適用し、因果関係の択一的かつ不特定認定を行えば、それは、訴因をまたぐ択一的認定となる。従来の刑訴法学の通説はこれを否定してきた。その根拠は、「審判対象は訴因である」という前提の下では、ある訴因を有罪とするには当該訴因にかかる事実の存在それ自体が合理的な疑いを超えて証明されなければならない、という点にある。しかし、そうした理解は必然ではなく、むしろ、訴因対象説の過剰適用というべきものである。複数の訴因のうちいずれかに当たる事実が存在することは確実であり、ただ、いずれであるのかが合理的な疑いを超えて証明できない、という場合、（いずれの罪であるかは別として）刑罰権が存在すること自体は証明できており、「およそ無罪」という選択肢はその時点で消滅する。しかし、裁判所の心証だけでは、それ以上、いずれの罪に当たるとも決しがたい。そこで、真偽不明による判断不能を避けるための法技術（刑事訴訟における立証責任の概念のあらわれ）としての利益原則が用いられ、軽い罪に当たる事実の存在が擬制される（＝利益原則における事実認定の整序機能）のである。これにより、軽い罪の訴因につき有罪判決をすることが可能となる。

このように解すれば、複数行為が成立上数罪の関係にある場合でも、因果関係の択一的

認定をなし得ることになる。また、状況によるが、この理は、複数の訴因が公訴事実の同一性の範囲内に収まっていない場合にも妥当し得る。