

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

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

【目次】

はじめに

第1部 実体法的観点からの考察

第1章 「一連の行為」ないし『一連の行為』論』とは何か

- 第1 はじめに
- 第2 「一連の行為」概念の位置づけに関する2つの考え方
- 第3 評価対象説の検討
- 第4 評価態様説の提唱
- 第5 まとめ

第2章 「一連の行為」と因果関係

- 第1 はじめに
- 第2 全体的把握説の批判的検討
- 第3 私見

第3章 「一連の行為」と故意

- 第1 はじめに
- 第2 一連の故意説の再構成
- 第3 私見
- 第4 判例の検討
- 第5 まとめ

第4章 「一連の行為」と過剰防衛——いわゆる量的過剰について

- 第1 はじめに
- 第2 前段の行為の評価
- 第3 後段の行為の評価
- 第4 私見
- 第5 まとめ

第5章 「一連の行為」の途中における心神喪失

- 第1 はじめに
- 第2 原因において自由な行為
- 第3 実行行為開始後の心神喪失
- 第4 まとめ

第2部 手続法的観点からの考察

第6章 「審判対象は訴因である」ということの意味

- 第1 はじめに
- 第2 訴因外事実の考慮の全面的否定(?)
- 第3 訴因外事実を「判決」対象とすることと「審理」対象とすることの区別
- 第4 いかなる場合に訴因外の犯罪事実を「審理」対象とすることができるか
- 第5 訴因外の犯罪事実を「判決」対象とすることは許されないか
- 第6 まとめ

第7章 「一連の行為」の一部起訴

- 第1 はじめに
- 第2 いかなる場合に「衝突」が生じるか
- 第3 具体例の検討
- 第4 「衝突」が生じる場合の対応
- 第5 まとめ

第8章 いわゆる択一的認定——「一連の行為」と因果関係をめぐる議論を出発点に

- 第1 はじめに
- 第2 複数行為が科刑上一罪の関係にある場合
- 第3 複数行為が45条前段の併合罪の関係に立つ場合
- 第4 複数行為が45条後段の併合罪の関係に立つ場合
- 第5 複数行為が単純数罪の関係に立つ場合
- 第6 まとめ

おわりに

はじめに

第1 『一連の行為』論』の位置づけ

自然的・事実に観察すれば複数の行為と見ることができるといえるような人間の連続的な態度ないし挙動（たとえば、「3 発続けて殴った」といったもの。以下、本稿において「複数の行為」というときには、特にことわらない限り、こうした意味であるものとする）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（以下、こうした評価のあり方を「全体的評価」ないし「一体的評価」という。また、それとの対比において、個々の行為につき各別に評価を行うあり方を「分析的評価」ないし「分断的评价」という）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、比較的最近になってこの「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¹。その契機は、やはり、「一連の行為」という概念を用いて全体的評価により事案の処理を行ったいくつかの判例²が相次ぎ、大きな関心が寄せられたことであろう³（この議論が「実務先行型の論点」⁴と評される所以である）。

学説においては、伝統的に、「複数の行為が存在する場合は、一つひとつの行為が複数の構成要件に該当する事実であるならば、複数の構成要件該当性を認めた上で、罪数論で一罪にするか数罪にするかを判断するというのが大原則」⁵であって、「逆に、複数の行為を1個

¹ 学界においては、2005年の日本刑法学会第83回大会における分科会「行為・実行・帰属」（高橋則夫・島田聡一郎・石井徹哉・奥村正雄）が、その火付け役として位置づけられよう。その後も、日本刑法学会関西支部会2009年度冬季例会における共同研究「一連の行為をめぐる実体法と手続法の交錯」（小田直樹・深町晋也・大久保隆志）、2011年の日本刑法学会第89回大会におけるワークショップ「過剰防衛——一連の行為における違法評価——」（小田直樹・成瀬幸典・仲道祐樹）、2016年の日本刑法学会第94回大会におけるワークショップ『一連の行為』論』（成瀬幸典・松澤伸・小野晃正・筆者）など、学会においても継続的に取り上げられているテーマであり、枚挙に暇がないほど多くの関連論稿が発表されている。

² 松原芳博「いわゆる量的過剰防衛について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）42頁（注2）は、実行行為と責任能力との同時存在が問題となった長崎地判平成4年1月14日（判時1415号142頁）、実行行為と故意との同時存在が問題となった東京高判平成13年2月20日（判時1756号162頁）や最決平成16年3月22日（刑集58巻3号187頁）、過剰防衛の成否が問題となった最決平成20年6月25日（刑集62巻6号1859頁）や最決平成21年2月24日（刑集63巻2号1頁）を挙げる。

³ 松澤伸「いわゆる『一連の行為』への／からのアプローチ」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）135頁は、従来から「行為を一体化するとか、一連の行為として評価するといったこともいわれてきたが、そうした評価を行う基準については明確ではなく、いわば、直観的に行われてきたとあってよい。それが、最近のいくつかの最高裁判例の登場により、より理論的な形でその基準を議論すべきだという問題意識が生じた」とする。

⁴ 松原・前掲注2・42頁。

⁵ 大塚裕史『刑法総論の思考方法』（早稲田経営出版、第4版、2012年）345頁。

の行為、すなわち 1 個の構成要件該当事実とみて一連の行為と評価するのは例外的な場合
である⁶、という態度が支配的であったように思われる。その背景には、細密な分析的思
考を好しとする一般的な空気⁷と、「全体的考察によって、個別の重要な事実・視点が埋没す
ることにならないか、行為の一体的把握によって責任主義や『疑わしきは被告人の利益に』
の原則（利益原則）といった刑法上および刑事訴訟法上の基本原則が潜脱されることになら
ないか」⁸という実践的な意図とがあったのであろう。

しかし、実務における「一連の行為」の全体的評価の傾向は顕著であり⁹、学説もこれに
無関心でいることはできないという実際的な要請¹⁰に加えて、理論的に見ても、「人の行為
は、空間的のみならず時間的にも一定の環境・脈絡の中で社会的・法的意味を獲得する」¹¹
ものであるから、複数の行為が形成するコンテクストを無視して機械的な細分化を行う¹²
ことは、当を得た法的処理とはいえない。

要するに、全体的評価という「マクロ」の視点と分析的評価という「ミクロ」の視点のい
ずれかが正しいというものではなく（また、いずれが原則、いずれが例外といった序列があ
るわけでもなく）、両者を自在に切り替えながら、説得的な論拠と結論の妥当性を兼ね備え
た事案の処理を模索することが肝要なのである。『一連の行為』論はそうした営みとして

⁶ 大塚・前掲注 5・345 頁。

⁷ 松澤・前掲注 3・152 頁は、従来の『一連の行為』論においては「感覚的なとらえ方が主流」であり、「社会通念とか、常識的判断といったものが含まれている」と評した上で、「従来の理論刑法学は、分析的思考（ものごとを分けていけば本質に迫ることができるという近代科学的思考）を前提としており、こうした感覚的なものが含まれることについて、拒否感が示されることが多い」とする。

⁸ 松原・前掲注 2・42 頁。

⁹ たとえば、永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系（30）』（新日本法規出版、2000 年）は、『一連の行為』論における主要論点の 1 つであるいわゆる量的過剰のケース（詳細は第 4 章で述べる）に関して、「人の行動についてその刑事責任を過不足なくとらえるという観点からすると、前段の行為については犯行に至る経緯にすぎないとし、後段の行為についてのみ刑事責任を問うというのは、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には一つのエピソードとして存在する事態の取扱い方としては、違和感を感じずる向きもある」と述べている。実務においては、法的評価のフィルターを通して事件を眺めるのではなく、まずは事件をありのままに把握した上でその実態に適合するような法的評価の枠組みを考案しようとする志向が強いように思われる。そこでは、「一連の行為」に対する全体的評価が行われるのは自然なことであらう。

¹⁰ 法科大学院制度が発足し、「実務と理論の架橋」というスローガンが大々的に打ち出されるとともに、実務家と研究者が法科大学院における教育の場を中心として積極的に交流をもつようになったことで、特に、学説サイドにおける判例・実務への態度は大きく変わったように思われる。『一連の行為』論が学界において大きな盛り上がりを見せたこと
の背景として、前掲注 2 で挙げたような判例が続けて登場した時期と法科大学院制度が発足した時期とがほぼ重なっていたことが大きかったのではないだろうか。その意味で、
『一連の行為』論は、「法科大学院時代の論点」（高橋則夫「ロー制度が産んだ刑法の新論点」刑事法ジャーナル 44 号〔2015 年〕3 頁）ともいえるであらう。

¹¹ 松原・前掲注 2・42 頁。

¹² 分析的評価は一見すると精緻な「理論的」分析のように思われるが、そもそも、その前提となる行為の「細分化」という作業自体にいかなる「理論的」根拠があるのかは必ずしも明らかではない。したがって、分析的評価は「理論的」で全体的評価は「感覚的」である、というレッテル貼りには疑問がある。

位置づけることができよう。

第2 筆者の問題意識

筆者は、本稿において、実体法的側面と手続法的側面の2つの観点から『一連の行為論』にアプローチしたいと考えている。

1 実体法的側面

『一連の行為論』には、「総論」的部分と「各論」的部分がある（以下、カギカッコ付きで「総論」、「各論」と表記した場合は、以下に述べるような、『一連の行為論』におけるそれらを意味するものとする）。

まず、「各論」とは、複数の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、個々の具体的論点に関する議論のことである。たとえば、実行の着手、早すぎた結果の発生、量的過剰防衛、原因において自由な行為や実行行為開始後の心神喪失ないし耗弱といった犯罪論レベルの論点のほか、包括一罪や科刑上一罪（観念的競合、牽連犯）といった罪数論に関する問題¹³などがこれに含まれ得る。従来から、これらの個別の論点について、なぜ、また、いかなる判断基準ないし考慮要素に基づいて複数の行為が一体化されたり分断されたりするのか、という議論は存在した。また、『一連の行為論』が刑法学上の1つのカテゴリーとして認知されるようになった後も、多くの論稿は——それ以前に比べると、次に述べる「総論」的な視点を意識したものが増えたとはいえ——こうした「各論」的内容を中心にしていたといえるであろう。

これに対して、『一連の行為論』が学界で勃興した後、新たに生まれた——あるいは、自覚的に論じられるようになった——のが「総論」である。刑法学全般にわたって、複数の行為を全体的に評価すべきか分析的に評価すべきかが問題となるような論点は幅広く分布している。それらを総体として眺めていれば、『一連の行為論』には、単なる「各論」的議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う意義があるのではないか、というメタレベルの関心が生じることは自然な成り行きであったと思われる。本稿ではこうした関心に基づく議論を『一連の行為論』の「総論」と呼ぶことにする¹⁴。

本稿では、まず、「総論」について検討を加える。『一連の行為論』に関連する問題が

¹³ 一般に『一連の行為論』の文脈で取り上げられるのは犯罪論レベルの論点であることが多いが、複数の行為の取扱いという意味で、当然ながら罪数との連続性が認められるであろう。実際、罪数との関係を意識した『一連の行為論』関係の論稿も見られるところである。たとえば、川端博「正当防衛・過剰防衛と罪数論との関係」研修592号（1997年）、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」川端博ほか編著『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）234～235頁、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（二・完）」法学75巻6号（2011年）62～63頁など。

¹⁴ 「総論」として位置づけ得る代表的な先行研究として、『一連の行為論』が果たす機能という観点からのアプローチを試みる深町晋也『一連の行為論について——全体的考察の意義と限界——』立教法務研究3号（2010年）、行為概念の分析から出発して演繹的なアプローチを試みる仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）など。

ひとしく複数の行為の取扱いをその内容とするものである以上、それらの間にいかなる共通点も存在しないということはないであろう。しかし、それでは、「各論」的場面のすべてにおいて「なぜ、また、いかなる判断基準ないし考慮要素に基づいて全体的評価／分析的評価を行うのか」という問いに解答を与え得るオールマイティーの理論ないし原理があるのかといえ、少なくともこれまで行われてきた「各論」的議論の蓄積を見る限り、そこまでのものは見当たらないようである。はたして、『一連の行為』論において「総論」としての意味をもつものが存在するのであるか。この問いに答えるためには、われわれが「直観的に」¹⁵——さらにいえば、半ば無意識のうちに——「一連の行為」という概念を用いるとき、そこではどのような思考が行われているのかを改めて厳密に点検してみる必要がある。

次いで、「総論」に関する分析の成果をふまえて、「各論」の代表的な論点につき個別に考察を行う。そこでは、特に、個々の論点において「一連の行為」という概念が用いられ、そこから一定の帰結が導かれる際のメカニズムを理論的に解明するという点に重心を置く。ある論点において、なぜ、複数の行為を「一連の行為」として全体的に評価することができるのか。また、そこから一定の帰結が導かれることには、はたして論理的な必然性があるのか。そういった厳密な分析を経ることなしに「一連の行為」という概念を用いた処理を行っていたのでは、「直観的」思考にすぎないとの誹りを免れないだけでなく、具体的事実に対する適用（当てはめ）のレベルでも指針が与えられないため、実践上の困難を来すことにもなるであろう。

2 手続法的側面

また、（少なくとも学説においては）これまであまり行われてこなかったように思われるが¹⁶ ¹⁷、手続法的な観点からの分析も不可欠である。

実体法レベルの議論においては、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あることが暗黙裡に当然の前提とされている。そこに『一連の行為』論が成立する基礎がある。

ところが、実際の訴訟の場面における判断者たる裁判所にとっては、それは自明のもので

¹⁵ 松澤・前掲注3・135頁。

¹⁶ いわゆる『一連の行為』論に対し手続法的観点から多角的に検討を加えた貴重な先行研究として、大久保隆志『一連の行為』と訴訟的評価』刑法雑誌50巻1号（2010年）がある。本稿における手続法的側面からの考察は、この論稿に負うところが大きい。

¹⁷ 実務においては当然ながらこの問題が意識されてきたものと思われる。たとえば、量的過剰に関する議論を喚起した前掲平成20年最決の調査官解説では、いわゆる攻防対象論との関係が指摘されている（松田俊哉「判解『平成20年度最高裁判所判例解説刑事篇』〔法曹会、2012年〕514頁以下。ちなみに、前掲注16の論稿を著した大久保隆志も、検察官としての実務経験をもつ）。

また、個人的体験で恐縮ではあるが、筆者が司法修習を受けたのはちょうどこの最高裁決定が出た直後の時期であり、配属先の若手刑事裁判官チームと筆者ら司法修習生チームに分かれて量的過剰をテーマとする議論を行うという貴重な機会に恵まれた。その際、裁判官の間から、実体的には「一連の行為」として評価され得る複数の行為のうち一部だけを検察官が切り取って起訴した場合、どのように対処すべきか、という問題提起がなされたことを鮮明に記憶している。

はない。周知のとおり、現行刑訴法の下では、検察官に訴因の設定権限が与えられ、かつ、裁判所による審判の対象は訴因であるとされる¹⁸。つまり、裁判所は検察官の訴因設定に拘束されるのである。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適当と思われるような複数の行為のうち一部だけが訴因として切り取られた場合、裁判所は、訴因の制約の下で、はたしてそのような全体的評価を実現できるのか、という問題が生じる（訴因となっていない行為について当事者が主張しないため、そもそも裁判所がその存在を認識することさえない、という場合もあるが、ここでは、訴因となっていない行為の存在を当事者が何らかの形で主張・立証し、裁判所がそれを認定することが可能であるという状況を想定している）。

つまり、「審判対象は訴因である」というテーゼの理解如何によっては、実体法レベルで展開されている『一連の行為』論は、検察官の訴因設定権限というもっぱら手続法レベルの要素によって、実際の訴訟の場においてはまったく画餅に帰するということもあり得るのである。したがって、実体法レベルにおける『一連の行為』論の成果をふまえ、「審判対象は訴因である」というテーゼの意味をいま一度問い直す必要があるであろう。このような意味において、『一連の行為』論は、実体法と手続法の交錯領域としての意味をもつといえるのである。

現在、学界においては、一般に、実体法と手続法はそれぞれ独立した研究対象と目されており、両分野の研究成果が交わることはさほど多くないように思われる。しかし、実務においては、「ここまでは実体法理論の守備範囲で、ここからは手続法理論の守備範囲である」といった明確な線引きが存在するはずもなく、両者が常に有機的に関連せしめられながら事案の処理が行われているのが実際のところであると思われる。そうであるとすれば、「実務と理論の架橋」という大目標を実現するためのアプローチの1つとして、「実体法理論と手続法理論の架橋」が挙げられてよいであろう¹⁹。筆者は、本稿において、『一連の行為』論をそのための素材として（も）位置づけたいと考えている。

¹⁸ 松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、新版、1999年）174頁。

¹⁹ いずれか一方の分野を深く掘り下げるような（現在の学界の状況からすればオーソドックスな）研究の必要性はいうまでもない。しかし、同時に、そこから得られた成果をふまえて両分野の橋渡しを試みるような研究も必要であろう。

第1部 実体法的観点からの考察

第1部では、まず、そもそも「一連の行為」ないし『一連の行為』論とは何か、という、いわば総論的な考察を行い、この問いに対する筆者の基本的な立場を明らかにする(第1章)。

また、それを前提として、さらに、『一連の行為』論において取り上げられることの多い論点につき、いわば各論的な考察を行う。

具体的には、①同一行為者による複数行為から結果が発生したことは確実であるが、どの行為が結果の発生に寄与したのかを確定することができない、というケースを素材とする「一連の行為」と因果関係の問題(第2章)、②いわゆる早すぎた結果発生を素材とする「一連の行為」と故意の問題(第3章)、③いわゆる量的過剰を素材とする「一連の行為」と過剰防衛の問題(第4章)、④いわゆる原因において自由な行為や実行行為開始後の心神喪失のケースを素材とする「一連の行為」の途中における心神喪失の問題(第5章)がそれである。

第1章 「一連の行為」ないし『一連の行為』論』とは何か

第1 はじめに

本章では、『一連の行為』論』の「総論」について考察する。

複数行為を「一連の行為」として一体的に評価すべきか（全体的考察）、それとも、個別のないし分断的に評価すべきか（分析的考察）は、刑法学上のさまざまな場面で問題になることである。

いくつかその例を挙げてみよう。

たとえば、学界における『一連の行為』論』の盛り上がりの決定的契機になったと思われる最決平成16年3月22日（刑集58巻3号187頁。いわゆるクロロホルム事件）は、まず、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、その失神状態を利用して、被害者を港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第1行為〔※クロロホルムを吸引させる行為〕は第2行為〔※失神した被害者を車ごと海中に突き落とす行為〕を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、それ以外の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人の実行の着手があったものと解するのが相当である」と判示し、第1行為と第2行為が被告人らの犯行計画の下では密接な関連性を有していたこと——その意味で「一連の行為」といふべき関係にあること——などを理由に、第1行為の時点で殺人罪の実行の着手を認めた。また、第1行為の時点ですでに被害者が死亡していた可能性があり、それを前提とすればいわゆる早すぎた結果発生¹の場面となることをふまえて、さらに、「実行犯3名は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点で被害者が第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはない」と述べ、第1行為と第2行為が上記のような関係にあり、これらを「一連の殺人行為」と評価し得ることから、その全体を包摂するいわば「一連の故意」とでもいふべきものを観念する、という理論構成¹により、故意を肯定した²。

また、複数行為から成る過剰防衛³の成否に関して、最決平成20年6月25日（刑集62巻6号1859頁）は、「第1暴行により転倒した被害者が、被告人に対しさらなる侵害行為

¹ 平木正洋「判解」『平成16年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2007年）によれば、「本決定は、その判文（「一連の殺人行為」）からも明らかであるように、第1行為と第2行為を1個の実行行為と評価したもの」（175頁）であり、「第1行為によって被害者が死亡する可能性があるとの認識を有していなかったとはいえ、第1行為を開始する可能性があるとの認識を有していたことは明らかであり、殺人の故意としては、これで十分であると考えられる」（181頁）。

² 早すぎた結果発生¹の問題については、第3章で詳しく検討する。

³ 複数行為から成る過剰防衛³の問題については、第4章で詳しく検討する。

に出る可能性はなかったのであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、被害者による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言〔※「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか」というもの〕をした上で抵抗不能の状態にある被害者に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でない、とした。これに対して、最決平成21年2月24日（刑集63巻2号1頁）は、「被告人は、被害者が折り畳み机を被告人に向けて押し倒してきたのに対し、自己の身体を防衛するため、防衛の程度を超え、同机を被害者に向けて押し返した上、これにより転倒した同人の顔面を手で数回殴打する暴行を加えて、同人に本件傷害を負わせた」という原判決の認定に基づき、「被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当である」と述べた。これら2つの最高裁決定においては、結論は分かれたものの、いずれも、急迫不正の侵害に対応する形で始まった複数行為を一体的に評価することができるか、という観点から過剰防衛の成否が検討されている。

さらに、長崎地判平成4年1月14日（判時1415号142頁）は、実行行為を開始した時点では完全な責任能力を備えていたが、その後心神耗弱に陥った、というケース⁴で、「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は、心神耗弱状態において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなかったが、犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対して非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減輕すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法39条2項を適用すべきではないと解するのが相当である」とした。ここでは、断続的に行われた複数の暴行が「同一の機会に同一の意思の発動にでたもの」であることから一体的に把握され、「[一体的に把握された]その実行行為」の開始時において責任能力に問題がなかったことを根拠として、全体につき完全な罪責が肯定されているのである。

罪数に目を転じれば、包括一罪と併合罪の区別に関し、最決平成22年3月17日（刑集64巻2号111頁）は、「この犯行は、偽装の募金活動を主宰する被告人が、約2か月間にわたり、アルバイトとして雇用した事情を知らない多数の募金活動員を関西一円の通行人の多い場所に配置し、募金の趣旨を立看板で掲示させるとともに、募金箱を持たせて寄付を勧誘する発言を連呼させ、これに応じた通行人から現金をだまし取ったというものであって、

⁴ 実行行為開始後の心神喪失・耗弱の問題については、第5章で詳しく検討する。

個々の被害者ごとに区別して個別に欺罔行為を行うものではなく、不特定多数の通行人一般に対し、一括して、適宜の日、場所において、連日のように、同一内容の定型的な働き掛けを行って寄付を募るといった態様のものであり、かつ、被告人の1個の意思、企図に基づき継続して行われた活動であった」と述べた上、「これを一体のものと評価して包括一罪と解した原判断は是認できる」と結論した。また、刑法54条1項前段では、観念的競合に関して「1個の行為」という文言が用いられているところ、最大判昭和49年5月29日（刑集28巻4号114頁）はこれを「法的評価をはなれ構成要件の観点を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1個のものとの評価をうける場合をいうと解すべきである」という。罪数に関しては、その性質上、複数の行為を一体的に把握すべきか否かという視点が古くから意識されてきたものといえよう。

改めて振り返ってみると、このように、「一連の行為」という言葉自体が用いられるか否かは別として「複数行為につき全体的考察を行うか分析的考察を行うか」という思考が広範に行われていることがわかる。

いわゆる『一連の行為』論は、さしあたり、こうした議論の集合体であるということができよう。しかし、はたして、それだけであろうか。これほど多くの、かつ、多岐にわたる論点において——しかも、その中には、必ずしも、相互に論理的関連性があるとは考えられてこなかったようなものも含まれている——複数行為の全体的考察、すなわち、「一連の行為」としての評価が取り沙汰されるからには、事は「行為を分断するか統合するかという『行為の切り分け方』にかかわる問題、さらに広く言うと犯罪論全体における『分析的評価と統合的評価』という問題にかかわっている」⁵のであり、「それらが、全部この『一連の行為』論に集約されている」⁶ということになるのではないか。そして、『一連の行為』論は、刑法学全般にわたって大きな意義をもつ理論ないし原理たり得る——また、そうでなければならぬ——のではないか。

もっとも、こうした『一連の行為』論の位置づけに対しては疑問も呈されている。たとえば、ある論者は、「そもそも『一連の行為』論という主題化は適当か」⁷という問いを投げかけた上、『一連の行為』論の主要論点である早すぎた結果発生と量的過剰のケースを例にとって、それらは「その理論的位置を完全に異にしている。そして、そうであるとすれば、両者を『一連の行為』論という単一の表題のもとに括る意味はほぼない。つまり、これは余計な主題化だと思われる」⁸という。また、単に「意味がない」というにとどまらず、『一連の実行行為』を認めた途端に、違法性や責任評価にもかかわる……問題についても、一定の解釈論的帰結が導かれるというのは、やはり妥当ではないと思われる。これらの問題領域は刑法理論上、異なった観点から解決されるべき問題であり、『一連の実行行為』として評価できるか否かという統一的基準によって解決すべき問題ではない⁹、「これらの問題

⁵ 高橋則夫『一連の行為』論をめぐる諸問題」司法研修所論集125号（司法研修所、2016年）161頁。

⁶ 高橋・前掲注5・161頁。

⁷ 小林憲太郎「実行行為」法学教室415号（2015年）41頁。

⁸ 小林・前掲注7・41頁。

⁹ 橋爪隆「実行行為の意義について」法学教室424号（2016年）104頁。ここでは「一連

は（何らかの共通した側面があるとしても）異なる観点から個別に検討すべきである。全体を『一連の実行行為』をめぐる問題として位置づけることは、伝統的通説における実行行為概念がそうであったように、真に必要なとされる実質的考慮を形式論理の中に埋没させるものであり、適切なアプローチではないと思われる¹⁰とされ、さらには、『一連の行為』論は犯罪論に不当な結論しかもたらさないように思われる¹¹と評されることさえある。

おそらく、「各論」——すなわち、早すぎた結果発生とか複数行為から成る過剰防衛の成否とかいった個々の論点における、複数行為の評価に関する具体的な議論——の必要性を否定する者はないであろう。『一連の行為』論に対する毀誉褒貶を生じさせているのは、その「総論」の存在意義に関する認識の違いである。

さらにいえば、どの論点においても（刑法上の）「行為」の取扱いが問題になる以上、およそ「行為」というものに関する基本的な理解がそこにある程度反映されること自体は当然である（たとえば、因果的行為論を採る論者と目的的行為論を採る論者とでは、複数行為の評価を考える際にも自ずと着眼点は変わってこよう。もっとも、これは何も『一連の行為』論に限ったことではないが）。しかし、それだけのことなら、個々の論点を検討するに際し、その中で、行為という概念に関する基本的な理解をふまえた議論をすればよいだけのことであるから、あたかも、いわゆる「行為論」とは別に、『一連の行為』論 などという特別な理論が存在するかのようによことさら言い立てる必要はない¹²。ここでの問題は、そうしたレベルを超え、『一連の行為』論」というものに、何らかの独自の意義が認められるか、ということである。

『一連の行為』論における「総論」の存在意義の有無について考えるには、われわれが「一連の行為」という概念を用いる際に（無意識に？）行っている思考の内実を改めて分析することが不可欠であろう。本章ではこの課題に取り組むことにする。

第2 「一連の行為」概念の位置づけに関する2つの考え方

筆者の見るところ、こうした「総論」の存在意義に関する認識の違いは、「一連の行為」という概念の——より厳密に言えば、われわれが複数行為を「一連の行為」として一体的に把握する（あるいは、逆に、分断的に把握する）という作業の——位置づけに関する理解の違いに起因するものである。

これについては、大きく分けて2つの考え方がある。

の『実行』行為」という切り口からの指摘がなされているが、それに限らず、『一連の行為』論」全般に向けられたものと見てよいであろう。

¹⁰ 橋爪・前掲注9・105頁。

¹¹ 高山佳奈子「〔書評〕仲道祐樹著『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）を読んで」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』（成文堂、2014年）241頁。

¹² かつて平野龍一は、伝統的な行為論を「何のために議論しているのか分からない状態におちいつているとさえいえなくはない」と評した（平野龍一『刑法総論I』〔有斐閣、1972年〕105頁）。仮に『一連の行為』論」と呼ばれるものがこの程度の実体しかもたないものであるとすれば、平野のこの指摘は、現在の『一連の行為』論」にも妥当することになるかもしれない。

1 つめは、複数行為の一体化／分断という作業は、生の事実の中から、(一般的な理論的体系に従うならば) 構成要件該当性以下の評価(構成要件該当性・違法性〔阻却〕・有責性〔阻却〕)に加えて、罪数、量刑に関する評価。以下、このような意味で「構成要件該当性以下の評価」という語を用いる)の対象となるべきものを切り出す作業である、という考え方である(以下、こうした考え方を、「複数行為の一体化／分断という作業を構成要件該当性以下の評価の対象の選定作業と位置づける見解」という意味で、「評価対象説」と呼ぶことにする)。

すなわち、およそ犯罪は行為であるから、構成要件該当性以下の評価は行為を対象として行われるはずのものである。そして、評価を行うためには、それに先立って、評価の対象を確定しておくこと(以下、これを「行為特定」¹³と呼ぶことがある)が必要である。複数行為の一体化／分断という作業はその一環として位置づけられるのに対して、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、『一連の行為』論の「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¹⁴。

2 つめは、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の対象を特定するものではなく、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あり方、態様を表現したものであるにすぎない、という考え方である(以下、こうした考え方を、「複数行為の一体化／分断は構成要件該当性以下の評価の態様を表すにすぎないとする見解」という意味で、「評価態様説」と呼ぶ)。

¹³ 仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』(成文堂、2013年)の用語法に倣った。

¹⁴ なお、深町晋也『『一連の行為』論について』立教法務研究3号(2010年)は、『一連の行為』論が有する機能的意義の中核は、結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能(あるいは結果帰属の対象となる行為を拡張する機能)に存する。すなわち、第1行為のみから、あるいは第2行為のみから結果が生じたことが明らかとは言えず、第1行為と第2行為とが相俟って結果が発生したと評価せざるを得ない場合に、結果惹起の根拠となる行為として、第1行為及び第2行為からなる『一連の行為』であると記述し、『一連の行為』のどの段階で結果が惹起されたのかを明確に特定せずとも済ませるためにこそ、『一連の行為』論は機能するのである(118頁)。「第1行為のみから結果が惹起された」と記述し得る場合には、第1行為のみが構成要件該当性の判断の対象として切り取られるため、そもそも『一連の行為』論に言及する前提を欠くことになる。このような場合にまで『一連の行為』論を用いるのは過剰適用である(131頁)として、「一連の行為」という概念が(おそらくは判例において)現に営んでいる機能という観点から、『一連の行為』論の「総論」に存在意義を認めているように思われる。しかし、当然のことながら、ある理論が現に一定の機能を営んでいるということと、その理論が正当であること——したがって、その存在意義が理論的に肯定されること——とは、まったく別の話である。「一連の行為」という概念がその「各論」的場面において果たしている役割から出発して帰納的に『一連の行為』論の「総論」の導出を試みるというアプローチには大いに傾聴すべきものがあると思われるが、当該機能が理論的に正当化し得るものであることを論証する必要があるのではないだろうか(ちなみに、第2章で詳しく述べるが、筆者自身は、「一連の行為」という概念に深町が述べるような意味での「機能」を認めることは理論的に正当化できないと考えている)。

これによれば、複数行為の一体化／分断という作業は本質的に「各論」の中にこそ位置づけられるべきものであるから、(先述のとおり、「およそ『行為』に関する議論である以上、論者が拠って立つ『行為』観が、各論点に共通する最大公約数的な要素として一定の影響を及ぼす」という点を除けば)「総論」に独自の意義はない、という理解に至ることになるのである。

第3 評価対象説の検討

まずは、『一連の行為』論の「総論」に独自の意義を認める、評価対象説の検討から始めることにしよう。

1 評価対象説の基本コンセプト

すでに述べたように、評価対象説は、複数行為の一体化／分断という作業を、構成要件該当性以下の評価の対象を確定するものとして位置づける見解である。

そうした発想は、たとえば、以下のような記述において顕著である。曰く、「一般に、人の行った行為について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断するに当たっては、まず判断の対象となる『一個の行為』の内容を確定すべきであり、それが確定した後に、当該『一個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきものである」¹⁵。曰く、「犯罪の成否を検討する場合、最初に検討対象となる行為の外延が定まらなければ検討のしようがない」¹⁶。曰く、「行為の個数判断は、構成要件該当評価の対象となる行為を特定する作業であり、構成要件該当性判断そのものではなく、その前提にすぎない」¹⁷。また、実行行為という構成要件該当性レベルの概念によって行為特定を行ってきた従来の見解を批判する文脈で、「[法益侵害の危険性という行為の属性を基準として実行行為性を判断する見解においては]法益侵害の危険性を判断するにあたっては、その基点として行為を定める必要がある。それにもかかわらず、行為を特定する基準としてその行為が有する危険性を援用することは一種の循環論法であろう」¹⁸とか、「[法益侵害及びその危険という外界への作用の惹起を基準として実行行為性を判断する見解においては]条件公式の適用にあたっては、論理判断の前件としての『あれ』の確定が必要不可欠であるところ、この見解にはその基準が内在していない」¹⁹という指摘もなされている。

この見解からは、次の3つの帰結が導かれる。

第1に、行為の一体化／分断の作業は、構成要件該当性以下の評価そのものからは論理的に独立しており、かつ、それに先行するものとして理解されなければならない。したがって、この作業は、体系上、構成要件該当性の判断よりも前に位置づけられることになる²⁰(そ

¹⁵ 永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系(30)』(新日本法規出版、2000年)135頁。

¹⁶ 山崎耕史「判批」警察学論集64巻3号(2011年)157頁。

¹⁷ 大塚裕史『ロースクール演習刑法』(法学書院、第2版、2013年)81頁。

¹⁸ 仲道・前掲注13・75頁。

¹⁹ 仲道・前掲注13・71頁。

²⁰ (あくまで「評価そのもの」ではなく「評価対象の特定」であることを意識しつつ)構成要件該当性判断の冒頭でこの作業を行う(その意味で、いわゆる「裸の行為」論には与しない)、という考え方もあり得る。しかし、評価対象説のコンセプトをより鮮明なものとする

ここで扱われる行為とは、構成要件該当性以下の評価という「彩色」を経ない、いわば「生の行為」²¹である。

第2に、複数行為が一体的に把握された場合、それに対しては、その全体を均質に包摂する評価がなされなければならない（たとえば、急迫不正の侵害に対応する形で行われた第1暴行と、それが終了した後に行われた第2暴行——自然的・事実に観察すれば、急迫不正の侵害の有無を境としてそのように分けることのできるもの——が行為特定の段階で一体化される場合には、違法性ないし有責性の段階で、その全体が〔量的〕過剰防衛という評価を受けることになる）。逆に、複数行為が分断された場合には、それぞれが個別に評価を受けることになる（先の例で、第1暴行と第2暴行が行為特定の段階で分断される場合には、前者は正当防衛であり、後者は単なる犯罪行為とされるか、それ単体として過剰防衛とされる）。すなわち、評価の対象たる行為が「1個」であるなら、それに応じて評価の態様もまた「1個」でなければならず、評価の対象たる行為が「2個」であるなら、それに応じて評価の態様もまた「2個」となるのである（「行為の個数」と「評価の個数」の対応。イメージとしては、1つ1つの石ころ〔＝行為〕についてそれぞれ個別に塗るべき色〔＝評価〕を決めなければならず、かつ、1つの石ころは1つの色で塗らなければならない、ということである）。「量的過剰防衛の場合に即していえば、急迫不正の侵害に対する反撃が一連の行為であって刑法上『一個の行為』とみられるものであれば、そのような『一個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきことは、理の当然であるということになる。もとより最終的な判断に至る過程においては、『一個の行為』を構成する部分ごとに中間的な検討をすることは可能であるが、最終的には、そのような中間的な検討を踏まえた上で、『一個の行為』全体について一つの評価を下すべきものである」²²とされるのは、まさにこうした趣旨であると解される。

第3に——厳密にいえば、第2の点のさらなる帰結であるが——冒頭の行為特定の段階において複数行為が一体的に把握されるにせよ分断的に把握されるにせよ、その結論は、一貫して、その後の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。すなわち、最初に複数行為が一体的に把握された場合には、構成要件該当性以下の評価の過程で生じるすべての論点において行為が「1個」であることを前提とした判断を行わなければならない、分断的に把握された場合には、同じく、「2個（以上）」であることを前提とした判断を行わなければならない²³。したがって、たとえば、ある事案において、行為特定の段階で複数行

し、「行為は、そのまますぐに刑法の世界に立ち現れるものではない。それが構成要件該当性をもつばあいには、はじめて、刑法の世界に登場してくる」という伝統的理解（団藤重光『刑法綱要総論』〔創文社、3版、1990年〕139頁。本章にいう評価態様説は、まさにこうした理解である）との対比を際立たせるためには、本文で述べたような理解の方が望ましいであろう。

²¹ 和田真ほか「正当防衛について（上）」判例タイムズ1365号（2012年）50頁。

²² 永井・前掲注15・135頁。

²³ これに対して、後述するように、評価対象説の立場をとれば、こうした「拘束」は一切生じないことになる。高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価——複数行為における分断と統合の問題——」刑事法ジャーナル19号（2009年）40頁は、「一度ある段階〔※構成要件該当性・違法性・有責性といった、犯罪論体系上の思考の段階〕で〔複数

為が一体的に把握されたところ、構成要件該当性以下の評価を進めてゆくうちに、①(量的)過剰防衛の成否と②実行行為開始後の心神耗弱という「『一連の行為』」論に関係する2つの論点が存在することが判明した場合、そのいずれにおいても、行為は「1個」であることを前提とした判断が要請されることになるのである²⁴。

2 評価対象説の内部におけるヴァリエーション

以上が評価対象説の基本コンセプトであるが、なぜこのような理解に至るのかという点について、さらに2つの考え方があり得る。

(1) 「事実認定」としての一体化／分断？

1つは、評価対象を確定するための行為特定の作業、そして、その一環としての複数行為の一体化／分断は、評価対象たる「事実」を認定するものである、という考え方である²⁵。

こうした理解を前提とするなら、評価対象説の説くところは極めて容易に理解され得るであろう。——評価の対象は事実である。また、評価に先立って事実の認定が行われていなければならないし、構成要件該当性以下の評価は同一の事実を対象として行われるのであるから、ひとたびある事実が認定されたなら、それが一貫して構成要件該当性以下の評価を拘束することはあまりに当然のことである。

しかし、このような考え方は採り得ない。

複数行為の一体化／分断というのは、つまるところ、連続的に行われている人間の挙動ないし態度をどのような形で記述するかという問題である²⁶。まったく同じ事実を観察していても、観察者がどのような関心をもって臨んでいるかによって、記述の結果は異なるものに

行為が]統合・分断されたら、犯罪論上そのまま固定されるのか、あるいは、一度ある段階で統合・分断されても、他の段階でそれを逆転することもできるのかという点も問題となろう」として、この問題を明確に指摘した。また、仲道・前掲注13・225頁は、この問題を(犯罪論体系上異なる段階にまたがる議論というニュアンスで)「タテの問題」と、複数行為を一体化すべきか分断すべきかという問題を(ある特定の段階における議論というニュアンスで)「ヨコの問題」として明快に整理している。

²⁴ たとえば、仲道・前掲注13・40頁は、東京高判平成13年2月20日(判時1756号162頁。いわゆるベランダ転落死事件)を素材に、危険性の有無・程度によって実行行為性を判断する伝統的な見解が、行為者による複数行為(包丁で刺す行為、ベランダから逃げようとする被害者に掴みかかる行為など)を「1つの故意」に担われたものであるがゆえに「1つの行為」であるとするのを批判する文脈で、「行為性判断のレベルで別個のものと評価されたはずの行為が、なぜ1つの故意に基づく場合には、包括して1つの行為とすることが可能なのであろうか。……この見解の危険性判断は行為性の判断を前提としなければその判断公式が成り立たないのであるから、行為として別個のものが、危険性判断によって再び統合されるというのは奇妙なことである」と述べる。これは、評価対象説の立場における第3の帰結を表現したものと理解できよう。

²⁵ 小田直樹「共同研究にあたって——問題意識と若干のコメント」刑法雑誌50巻1号(2010年)71頁は、「手続法学には、そのような『一連』評価の位置づけを問いたい。それは事実認定だろうか？法的な判断なのだろうか」という問題提起を行っている。もっとも、「事実認定」という語が用いられてはいるが、おそらく、それは、証拠から一定の事実の存否を決するという本来の(狭い)意味での「事実認定」ではなく、証拠から認定された事実をいかなる「社会的エピソード」(永井・前掲注15・134頁の表現)として把握すべきかという、一種の評価(法適用)を意味するものと推測される。

²⁶ この点を詳細に述べたものとして、仲道・前掲注13の第2章。

なり得る（そして、関心のもちようが無限である以上、それに伴って、記述の結果もまた無限であり得る）。換言すれば、複数行為が一体化されるか分断されるかは、観察者の関心というフィルターを通すことなく、客観的・価値中立的に「決まっている」ものではない。

簡単な例を挙げよう。ここに、「足を上げ、いったん静止し、そこから弾みをつけるようにしてボールを投げる」というフォームの野球の投手がいるとする（本稿執筆時点の野球のルールでは、投手がひとたび本塁に向けて投球動作を起こした場合には、途中で停止することなくボールを投げなければならないものとされており、途中で停止した場合には俗に「2段モーション」と呼ばれる反則に当たる）。この投手がボールを投げる様子を、A・Bという2人の人物が同時に観察している。Aは、この投手が何回ボールを投げたかを数える役である。Bは、この投手が反則を犯すことなくボールを投げているかをチェックする役である。Aにとっては「この投手が何回ボールを投げたか」ということ（だけ）が関心事であるから、途中で静止していきようがまいが、足を上げてからボールが指先を離れるまでの動作は「ボールを1回投げた」という「1個」の行為として記述されるであろう。これに対して、Bにとっては「この投手は足を上げてからボールを放つまで停止することなく動作しているか」ということ（だけ）が関心事であるから、たとえ最終的にはボールを1回投げているだけであろうとも、途中でいったん静止している以上、それは「2個」の行為として記述されるであろう。そのいずれが「正しい」とか「誤っている」とかいうことは、論理的にあり得ない。

この例から明らかであるように、複数行為の一体化／分断は、純然たる「事実」の認定の問題とはいえないのである。

(2) 「評価」としての一体化／分断

「行為が一連か否かは、そのような行為の態様を前提とした『評価』の問題に過ぎないとも言える。……それは、端的にいえば、立証された『事実経過』を前提として、全体を1個と評価すべきか2個と評価すべきかという問題であ」²⁷る。

複数行為の一体化／分断が「事実」の認定ではなく「評価」であるとすれば、それは、客観的・価値中立的に「決まっている」ものではなく、一定の関心ないし視座に基づいて「決める」ものであるはずである²⁸。しかも、評価対象説の立場においては、それは、構成要件該当性以下の評価における関心ないし視座とは異なるものでなければならない（一致してしまえば評価態様説に至る）。

それでは、ここでいう関心・視座とは、いったいどのようなものなのだろうか。

この点、実務家の論考を中心として見受けられるのは、複数行為の一体化／分断は、構成

²⁷ 大久保隆志『「一連の行為」と訴訟的評価』刑法雑誌50巻1号（2010年）101頁。

²⁸ 夏目漱石の小説『夢十夜』（「第六夜」）には、仏師の運慶が木の仁王像を彫っているところを見た「自分」が「よくああ無造作に鑿を使って、思うような眉や鼻ができるものだな」と感心すると、傍にいた「若い男」が「なに、あれは眉や鼻を鑿で作るんじゃない。あの通りの眉や鼻が木の中に埋っているのを、鑿と槌の力で掘り出すまでだ。まるで土の中から石を彫り出すようなものだからけっして間違うはずはない」と答える、というシーンがある。複数行為の一体化／分断は「事実」として「決まっている」ものであるという発想は、木材の中に仁王像が埋まっているのを彫り出すにすぎない、という「若い男」の言葉に、他方、それはあくまで「評価」として「決める」ものであるという発想は、鑿や槌で思うままに仁王像を作り出すという「自分」の考えに通じるものである。

要件該当性以下の評価からは切り離された——その意味で、いわば、法的には無色透明の——「社会的エピソード」の汲み取りの問題である、という理解である。

たとえば、急迫不正の侵害に対して相当な反撃を行い（第1行為）、侵害終了後もさらに攻撃を継続した（第2行為）、というケースにおいて、前者を常に正当防衛、後者を常に単なる犯罪行為（あるいは、それ単体で過剰防衛）とする分析的評価は成り立ち得るし、現に学説上は有力である。これに対して、ある論者は、「人の行動についてその刑事責任を過不足なくとらえるという観点からすると、前段〔※第1行為〕については犯行に至る経緯にすぎないとし、後段〔※第2行為〕についてのみ刑事責任を問うというのは、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には一つのエピソードとして存在する事態の取扱い方としては、違和感を感じずる向きもあろう」²⁹と述べ、「刑事責任の問い方という実体法的な問題及び立証の実際という手続法的な問題を考慮すれば、短時間のうちに連続的に推移し、社会的には一つのエピソードとして存在する事態については、全体的評価をする手法が相当であるということになる」³⁰という。また、分析的評価は「事態が時の経過とともに正当防衛から過剰防衛へ、そして時には単なる犯罪行為へと転化していくという社会事象を、人為的に分断しすぎる傾向があって、同一の機会に連続して行われた行為を評価するための手法としては必ずしも合理的ではないように思われる」³¹との指摘もある。

こうした主張からは、現実の事件には（文字にこそなりにくい）「流れ」というものがあり、それは「現に起きたこと」としてありのまま素直に受け止めるべきであって、構成要件該当性以下の評価における関心ないし視座という人為的な「枠」に押し込めて変形させてはならない、という意識がうかがわれる。「社会的エピソード」、「社会事象」、あるいは「構成要件評価前の生の行為の特性」³²といった表現は、その端的なあらわれであろう³³。

刑法理論が現実の事件の処理を使命とするものである以上、こうした意識自体は正当なものであると思われる³⁴。しかし、もしそれが法的観点を完全に捨象した文字どおりの無色透明な「社会的エピソード」の把握を要求するものであるとすれば、無理というものであろう。ある事実を前にして、それを一体的に把握するか分断的に把握するかは、すでに述べた

²⁹ 永井・前掲注15・134頁。

³⁰ 永井・前掲注15・134～135頁。

³¹ 松田俊哉「判解」『平成20年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2012年）503頁。

³² 和田ほか・前掲注21・50頁。

³³ 観念的競合における「1個の行為」（刑法54条1項前段）の意義について、「法的評価をはなれ構成要件の観点を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1個のものとの評価を受ける場合をいう」とした最大判昭和49年5月29日（刑集28巻4号114頁）が連想されるところである。

³⁴ このような見解に対しては、「理論的分析を放棄した直観的处理である」などという批判があるかもしれない。だが、そもそも、われわれが「理論的」として現在用いている思考の枠組みが十全のものであるという保証がどこにもない以上（だからこそ日々議論が続けられているのであろう）、そうした既存の枠組みに基づく分析こそが正しく、それによらないものは「非理論的」である、といった傲慢な態度をとるべきではない。既存の枠組みでは十分に酌み尽くすことができない、しかし、刑法的評価の上で無視すべきでない事情があるのではないか——換言すれば、既存の枠組みの方にこそ何らかの不備があるのではないか——という疑問は、常に抱き続けているべきであろう。

とおり、判断者がどのような関心・視座をもってその事実に接するかによって左右される³⁵。そして、刑事事件の処理における関心・視座は、突き詰めてゆけば、何らかの法的な問題と無縁ではあり得ない。法律の専門家が刑事事件の処理を目的として事実と向き合うとき、彼は、(無意識のうちに?) さまざまな法的観点のフィルターを通して事実を眺めているであろう。そうすると、「社会的エピソード」としての一体性を考えるとはいっても、その実質は、一定の法的関心・視座に基づく評価が必要であることは認めつつも、それに——厳密に言えば、場面によっては明らかに妥当と思われないような帰結を導くことになる、既存の思考枠組みに——とられすぎないよう警戒しているか、あるいは、実際には法的観点のフィルターを通してのそれにそれを意識していない、ということに帰するように思われる。いずれにせよ、法的観点を完全に捨象した文字どおり無色透明の「社会的エピソード」というものを想定することは不可能ではないだろうか³⁶。

ここでいう「社会的エピソード」の把握という作業は、実際には、ある事案において一定の法的な論点(たとえば複数行為から成る過剰防衛の成否)が含まれていることを念頭に置きつつ、そうしたコンテクストに適合する形で——さらに言えば、実質的にはそうした論点に関する判断を先取りする形で——行われているのではないか、と思われるのである^{37 38}。

³⁵ たとえば、「被告人が被害者を続けざまに5発殴った」ということが証拠上認定されたとする。これは「事実」であって(もちろん、このような記述自体がすでに一定の「評価」を伴ったものである。ここでは、「通常はこうした形で記述されるような映像を、無心に眺めている」といったイメージをもっていたきたい。言語化のプロセスを経していない、目に映るものそのままが、「現に起きたこと」すなわち「事実」である)、まさにありのまま受け止めるべきものである。けれども、では、この5発の殴打を「5個」の行為として個別に評価の対象とするか、「1個」の行為として一体的に評価の対象とするか、ということになると、その結論はケース・バイ・ケースというほかはない。被告人が何の理由もなく被害者を殴った、というケースであれば、わざわざこれらを分析的に評価しようとは思わないであろう。この事件を1個の暴行罪として処理できることは明らかだからである。これに対して、被害者が「1発だけなら殴ってもよい」と承諾を与えていた場合はどうか。現に5発殴っているにもかかわらず、「短時間のうちに連続して行われた一連の暴行だから」という理由で「1個」の行為と把握し、その全体につき承諾が与えられていた——したがって、被告人は無罪である——とするだろうか。やはり、最初の1発については承諾があったが、残りの4発についてはそうではなかったという形で、分析的な見方をするであろう。

³⁶ 観念的競合の意義に関する前掲昭和49年最大判について、実務家の間からも、およそ構成要件を考慮せずに行為の評価を行うことはできないから、完全に法的観点を捨象するとの趣旨ではなかろう、との分析がなされている(小林充「罪数論の基本」現代刑事法6巻4号〔2004年〕46頁)ことが想起される。

³⁷ 永井・前掲注15・135頁は、「量的過剰防衛の場合に即していえば、急迫不正の侵害に対する反撃が一連の行為であって刑法上『一個の行為』とみられるのであれば、そのような『一個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきことは、理の当然である」(傍点は引用者)という。いささか言葉尻をとらえるようではあるが、ここからは、前構成要件段階において行われるはずの「社会的エピソード」の把握という作業が、実際には、量的過剰防衛の成否という(違法性ないし有责性段階の)具体的な論点に関する判断を先取りしたものであることがうかがわれるのではないか。

³⁸ 仲道・前掲注13・226頁における「法適用を見据えた事実認定」という表現は、こうしたニュアンスを込めたものと解される。

評価対象の確定作業としての複数行為の一体化／分断は、それが刑事事件の処理の一環として行われ、かつ、「評価」としての性格をもつ以上、一定の刑法的な関心・視座に基づいて行われるものであることを認めざるを得ない。その意味で、「行為の意味は多層性を持つものであるから、観察者の関心により一定の抽象化が必要となる。観察者の関心が、ある出来事が犯罪であるかという点に存するとすれば、刑法の観点からの抽象化は許容されることになる」³⁹との指摘は、正鵠を射たものといえよう（もとより、そこでいう「刑法の観点からの抽象化」が構成要件該当性以下の評価におけるそれと一致してしまえば、その実体は評価態様説にほかならない。評価対象説の理論構造を維持するためには、「刑法の観点からの抽象化」が、構成要件該当性以下の評価におけるそれとは異なる関心・視座に基づいてなされることが必要である⁴⁰）。

その上で、具体的にいかなる刑法的関心・視座に拠ってこの作業を行うかは人それぞれである（しかも、結論からいえば、筆者は評価対象説ではなく評価態様説に与する）から、この問題についてはこれ以上立ち入らず、評価対象説の理論構造そのものに対する批判的検討に移ることにしたい。

3 評価対象説への疑問

(1) 「評価」であることとの関係

すでに述べたように、複数行為の一体化／分断という作業は、「事実」の認定ではなく、それ自体として、一定の刑法的な関心・視座に基づく「評価」であるはずである。そして、評価対象説は、ひとたび前構成要件段階において複数行為の一体化／分断という「評価」（＝評価対象の確定）がなされたならば、その結果は、構成要件該当性以下における「評価」のすべてを拘束するという。

しかしながら、「評価」としての性格をもつ判断は、本質的に、そこで検討対象となっている問題に固有の、特定の関心・視座に基づいて行われるものである。換言すれば、ある問題（たとえば、「その投手はボールを何回投げたか?」、「その投手は2段モーションという反則を犯していないか?」という問題）に関する「評価」における関心・視座（たとえば、「ボールが指先から何回リリースされたか」、「途中で動作が停止していないか」というもの）は、その問題の専有物であって、他の問題に関する「評価」を規律するものではない。そうすると、「A」という問題に関する「評価」が「a」という関心・視座に基づいて行われ、「B」という問題に関する「評価」が「b」という関心・視座に基づいて行われるとき、「a」と「b」とは異なるがゆえに、前者に関する結論が後者に関する判断を拘束するということは——互いに異なる関心・視座に基づくものでありながら、何らかの（外在的な）理由により、前

³⁹ 仲道・前掲注13・93頁。

⁴⁰ この点、仲道・前掲注13・93頁は、「刑法が法益保護のために行為規範を提示するという機能を持つとすれば、行為規範に違反する意思、すなわち法益侵害を志向する行為意思が重要となるから、その個数・範囲で問責対象行為が特定されることになる」という指針を提示している（これが仲道の見解における『一連の行為』論の「総論」の核心ということになる）。もとより、何をもちて刑法の機能と解するか、また、このように考えた場合の具体的帰結は妥当なものであり得るか、などといった観点から議論はあり得るが、少なくとも、評価対象説としての理論構造自体は正しく維持されているように思われる。

者が後者の論理的前提をなすという関係が認められる場合を除いては——ないはずである。

繰り返しになるが、評価対象説は、「前構成要件段階における複数行為の一体化／分断はそれ自体として一定の刑法的な関心・視座に基づく『評価』である」としつつ、「そこでの結論が構成要件該当性以下の段階における『評価』のすべてを拘束する」とする。この2つのテーゼを両立させるためには、①前構成要件段階の行為特定における関心・視座と構成要件該当性以下の評価における関心・視座がすべて同一のものであること、又は、②それぞれが異なる関心・視座に基づくものであるにもかかわらず、何らかの理由により、前者が後者の論理的前提をなすという関係があること、のいずれかを論証する必要がある。

まず、①は、端的に言えば、複数行為の一体化／分断に関する判断が必要になるような刑法上のすべての問題につき、一貫して、同一の関心・視座に基づく処理が行われるということの意味する。しかし、それは明らかに無理であろう。刑法上のさまざまな問題には、それぞれに異なる固有の意義（いわば、問題ごとの「個性」）がある。それらは、その意義に照らしてふさわしい関心・視座に基づく処理を受けなければならない。そうすると、前構成要件段階の行為特定においていかなる関心・視座を設定するにせよ、それ（のみ）により構成要件該当性以下の評価のすべてを適切に処理するということは到底できないのである⁴¹。

このことは、同一の事案の中に「一連の行為」絡みの複数の論点が含まれるケースを考えてみれば、容易に理解されよう。

たとえば、「被告人は、ある日の午後2時ころに同居中の弟である被害者と口論になり、興奮した被害者が手拳で殴りかかってきたことから、身を守る意思に基づき、被害者を組み伏せた上、手近にあったビール瓶で同人の頭部を殴りつけた（第1暴行）。その後、被告人は酒を飲み始め、次第に酩酊の度を深めながら、徐々に、被害者に対する憤懣を募らせた。午後11時ころ、被告人は、被害者を殴って転倒させ、繰り返し足蹴にするなどの激しい暴行を加えて（第2暴行）、同人を死亡させた。裁判所は、①被告人には殺意はなかった、②第1暴行を単体としてみれば（質的）過剰防衛である⁴²、③第2暴行の時点で被告人は飲酒と興奮のため心神耗弱状態に陥っていた、と判断した」という事例について考えてみる。

⁴¹ 松澤伸「いわゆる『一連の行為』への／からのアプローチ」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）144頁が「構成要件レベルと違法性レベルでの基準が異なっているという事実は、そもそも行為とはなにかということを確認することによって一義的にその結論（基準）を導くことは無理であること、ひいては、行為論によってこの問題の解決を導くことは適切でないことを示している。構成要件レベルで問題とされる行為は『実行行為』であり、違法性レベルで問題とされる行為は『防衛行為』であって、行為論で論じられるところの、評価対象としての『行為』ではない」とするのは、けだし正当である。

⁴² 第1暴行が正当防衛の要件を充たすとすると、被告人には第1暴行の時点で違法行為を行うという意思がないことになる。そうすると、実行行為開始後の心神耗弱の論点との関係では、その時点における意思決定が（違法行為である）第2暴行をも貫く最終的意思決定であるという理論構成は困難になると思われる（この点については、日本刑法学会第94回大会のワークショップ『「一連の行為」論』において筆者が話題提供を行った際、フロアにおられた安田拓人会員〔京都大学〕及び徳永元会員〔九州大学〕からご指摘をいただいた。特に記して御礼申し上げます。また、同旨、吉川友規『「一連の行為」と承継的責任無能力』同志社法学69巻3号〔2017年〕348頁）。ここでは、そうした問題を避けるため、第1暴行自体がすでに（質的）過剰防衛という違法行為であるという事例を設定した。

この事例には、まず、(i) 上記①との関係で、第1暴行及び第2暴行の全体を1個の過剰防衛と解すべきか、それとも、第1暴行のみが過剰防衛であり、第2暴行は単なる犯罪行為であると解すべきか、という論点が含まれる(論点i)。また、(ii) 上記②との関係では、第2暴行の時点で心神耗弱状態に陥っていたことをどのように評価するか——すなわち、第1暴行については完全な罪責を問い得るが第2暴行については39条2項による刑の減軽が必要になるのか、それとも、第1暴行及び第2暴行を「一連の暴行」として一体的に把握することによりその全体につき完全な罪責を問い得るとする⁴³のか——という論点が生ずる(論点ii)。

評価対象説からは、まず、前構成要件段階において、何らかの関心・視座により、第1暴行と第2暴行の関係をどのように解すべきか、という行為特定の判断が行われる。そして、仮にそこで第1暴行・第2暴行の全体が一体的に把握されたならば、論点iについても論点iiについても、やはり、第1暴行・第2暴行の全体を一体的に把握し、したがって、その全体を包摂する均質な評価をなすべきであることになる。つまり、論点iに関しては第1暴行・第2暴行の全体が過剰防衛として36条2項による刑の減免の余地を認められ、論点iiに関しては第1暴行・第2暴行の全体につき完全な罪責を問うということになる。これに対して、前構成要件段階の行為特定において第1暴行と第2暴行が分断的に把握されたならば、論点iについても論点iiについても、やはり分断的な取扱いが求められる。したがって、論点iに関しては、第1暴行だけが過剰防衛として36条2項による刑の減免の余地を認められ、第2暴行についてはその余地は否定される。他方、論点iiに関しては、第1暴行については完全な罪責が認められるが、第2暴行については39条2項により刑の減軽がなされることになる。

行為特定の段階において一体化／分断のいずれの判断がなされるにせよ、こうした処理が適切であるとは思われない。論点iにおいて、全体を1個の過剰防衛と評価すべきか否かは、「防衛行為としての」一体性という関心・視座から判断されるべきであろう⁴⁴。これに対し、論点iiにおいて全体につき完全な罪責を問い得るか否かは、(上記の見解を前提とす

⁴³ こうした見解を主張するものとして、たとえば、中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『刑法の理論 中山研一先生古稀祝賀論文集』3巻(成文堂、1997年)225頁以下。なお、実行行為開始後の心神耗弱の事例において完全な罪責を問うために、これ以外の処理を提案する見解もある(たとえば、責任能力に問題のない第1暴行や第2暴行のみを実行行為として取り上げ、第2暴行は因果経過上の1コマに過ぎないと位置づける見解[山中敬一「判批」法学セミナー452号(1992年)134頁など])。それらを排除する趣旨ではないが、ここでは「『一連の行為』論」との関係でこの見解を取り上げることにした。

⁴⁴ たとえば、山口厚『刑法総論』(有斐閣、第3版、2016年)@@頁は、「急迫不正の侵害に対する、実質的に1個の意思決定に担われた、同一機会における同種の法益侵害行為を、一連の対抗行為と把握しうる限度において、過剰防衛を拡張的に解釈し、1個の行為と実質的に同視しうる一連の行為の全体が過剰防衛になる」とする。さらにいかなる要素をもって「防衛行為としての」一体性を根拠づけるかという議論はあり得るが(松澤・前掲注41・142頁は、「通説が決定的な要素としているのは、主観面の事情、すなわち、防衛の意思の継続性である」とする)、「防衛行為としての」一体性という関心・視座によるべきであるということ自体については、概ねコンセンサスが得られているように思われる。

る場合には) ひとたび実行行為を開始すれば『矢は弦を離れ』、実行行為はすべて行われるはずのもの⁴⁵であるという認識に基づき、第1暴行の開始時点における意思決定が第2暴行までを貫く「最終的意思決定」といえるか否か、という関心・視座から行われるべきものである。しかし、評価対象説においては、これらの両論点における関心・視座の違いは、行為特定段階における関心・視座によって塗りつぶされてしまうのである。こうした帰結は、理論的にも、また、結論の妥当性という点からも、承認しがたいのではないだろうか⁴⁶。

(2) 「評価対象の確定」という作業のもつ意味

それでは、②の点(前構成要件段階における複数行為の一体化/分断と、構成要件該当性以下の評価の段階におけるそれとは、それぞれ異なる関心・視座に基づくものであるけれども、何らかの理由により前者が後者の論理的前提をなすという関係がある、ということ)はどうか。

この点に関して、評価対象説の立場からは、複数行為の一体化/分断という作業は評価対象の確定——換言すれば、評価対象のありように関する判断——にはほかならないところ、評価対象のありようが評価のしかたを拘束することは当然であるから、前構成要件段階における複数行為の一体化/分断に関する「評価」は、構成要件該当性以下の「評価」の論理的前提をなすはずである、したがって、②は充足される、という主張があるかもしれない。

しかし、そもそも、構成要件該当性以下の評価に先立って、評価対象である行為のありようをあらかじめ確定しておくというプロセスが必要なのであるだろうか。

なるほど、犯罪は行為であるから、刑法的評価の対象は行為である。そして、評価をするためには、その対象をあらかじめ選び出しておくことが必要である。したがって、構成要件該当性以下の評価を行う前提として、生の事実の中から一定の行為を取り上げなくてはならないことは明らかである。だが、そのことは、前構成要件段階においてすでに評価対象たる行為のありようをただ1通りに確定しておかなければならない、ということまでを論理的に要請するものではない。

たとえば、「あなたはどの食べ物が好きですか?」という問いがある(当然のことながら、そこでは、「食べ物」とされるものが「(食べ物として)好き」という評価の対象であることが前提である)。われわれは、この世に存在するありとあらゆる食べ物の中から、自分が好

⁴⁵ 中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』(1997年、成文堂)209頁。

⁴⁶ 仲道・前掲注13は評価対象説の立場を採るものと解されるが、行為特定の段階では「法益侵害を志向する行為意思の個数が問責対象行為の個数となり、1つの行為意思が存在する範囲が問責対象行為の範囲となる」(77頁)としつつ、複数行為から成る過剰防衛の成否の問題に関しては、「防衛の意思に担われた部分と、もっぱら攻撃の意思に担われた部分とでは、防衛行為の有無という点で、36条適用の前提となる事実としての意味を異にする」(238頁)とする。つまり、前者においては「法益侵害を志向する行為意思」という関心・視座に、後者においては「防衛の意思」という関心・視座によるべきものとされているのである。これらは整合的に説明することができるのであろうか。論者は、「行為として別個のものが、危険性判断によって再び統合されるというのは奇妙なことである」(40頁)とも述べているため、行為特定の段階における一体化/分断の判断が、構成要件段階における実行行為の把握は拘束するけれども、違法性段階における防衛行為の把握に対しては拘束を及ぼさない、ということになりそうであるが、これは一貫しないようにも思われる。

きだと思ふものを選び出して——より厳密に言えば、ありとあらゆる食べ物を取り上げ、その1つ1つについて「自分はこれが好きか？」という判断を加える作業を経て——何らかの答えを出す。ここでは、すべての食べ物が「好き」か否かの評価の対象となり得るのであって、上記の問いに対し、「好きかどうかを検討する対象となる食べ物をあらかじめ1つだけに絞りこんでおかなければ、答えられない」などと考える者はいないであろう。

話の構造はこれとまったく同じである。純理論的には、「あなたは被告人のどの行為を処罰すべきだと思いますか？」という問いに対して、被告人が生まれてこのかた行ってきた、ありとあらゆる行為（たとえば、子供のころに釣りをしたという行為も、事件前夜にラーメンを食べたという行為も、もちろん、被害者の身体にナイフを突き刺したという行為も含まれ得る）を検討対象としてピックアップすることが可能である。われわれは、その無数の選択肢の中から何らかの行為を取り上げ⁴⁷、これに構成要件該当性以下の評価を行い、その行為を取り上げた場合の結論を確認するという作業を繰り返すことによって、最終的に「この行為を処罰すべきだと思います」という答えを見出す。それで十分なのである。

これに対して、前構成要件段階においてあらかじめ評価対象たる行為のありようをただ1通りに確定しておかなければならない、というのは、上記の問いに対し、「処罰すべきかどうかを検討するための対象となる行為をあらかじめ1つだけに絞り込んでおかなければ、答えられない」と考えることにほかならない。そのような作業は、最終的に処罰の対象とする行為を決定する上で、論理的に必要なプロセスではないのである。

評価対象説においては、「評価対象の確定」という言葉が過大な意味を担わしめられているように思われる。それは、観察者の関心・視座次第でいかなる形としても把握され得る、被告人のありとあらゆる行為の中から、とりあえず、今回、評価対象として検討してみるものを選び出す作業であるにすぎない（いったん検討の俎上に載せてみてうまくゆかなければ、次回は、また別の行為を評価対象として取り上げればよいだけのことである）。それを超えて、構成要件該当性以下の評価の対象とすべき行為をそれ以前の段階においてただ1通りに確定しておかなければならない（したがって、上記のように、「とりあえずある行為を取り上げて試してみたが、うまくゆかなかったので、また別の行為を取り上げてやり直し」ということはあり得ない）とするのは、不要のことである⁴⁸。

この点に関して、Kelmanのいうタイム・フレーム（time frame）という概念⁴⁹と、それに対するMooreの指摘⁵⁰が参考になる⁵¹。

⁴⁷ 評価対象説の論者は、この点をとらえて、行為特定のための独自の判断が必要であると主張するのである。しかし、その必要はないと思われる（この点については、後出第4を参照）。

⁴⁸ 評価対象説には、「評価対象の確定」と「評価そのもの」とは概念上区別されるものである、ということを明らかにした点において確かな意義が認められる。しかし、「評価対象の確定」ということに必要以上の内容を盛り込み、それを『一連の行為』論と結びつけたことには問題があったように思われる。

⁴⁹ See Mark Kelman, *Interpretive Construction in the Substantial Criminal Law*, 33 *Stan. L. Rev.* 591 (1981).

⁵⁰ See Michael S. Moore, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law* 35-37 (1993).

⁵¹ この議論に言及するテキストとして、Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*

タイム・フレームとは、われわれがある事案の処理を検討するとき、結果を直接に惹起したと考えられる行為を基点として、それ以前の行為ないし事情をどこまで幅広く考慮に入れるか、という、文字どおり「時間的な枠」の問題である。

たとえば、被告人が自動車の運転中に子供をはねて死なせてしまったが、彼にはてんかんの持病があり、子供に自動車を衝突させた時点では、てんかんの発作のため、自動車を制御することが不可能な状態にあった⁵²とする。この場合、自動車を衝突させたことは彼の任意の⁵³行為 (voluntary act) ⁵⁴とはいえないから、その時点のみを取り上げるならば——すなわち、「狭い」タイム・フレームを設定するならば——彼の罪責を問うことはできない。これに対して、てんかんの発作に襲われる可能性があることを知りながら自動車に乗ったこと、エンジンをかけたこと、運転を始めたこと、といった、それより前の時点をも取り込むならば——すなわち、「広い」タイム・フレームを設定するならば——彼の罪責を問う余地が生じることになる。このように、われわれは、タイム・フレームの設定という操作を介することによって、一定の解釈論上の理論構成を採った場合に生じ得る問題（ここでは、取り上げる行為次第では「任意の行為」という犯罪成立要件を充足できなくなるというもの）を免れているのであるが、そうした操作は「合理的とも不合理ともいいがたい (arational)」なものだ、というのである⁵⁵。

Kelman のこうした指摘は、「任意の行為」に該当するか否かという評価（犯罪の客観面たるアクトゥス・レウス [actus reus] の充足性の判断の冒頭で行われるもの）に先立ち、すでに、生の事実に対して一定の枠づけ作業（タイム・フレーミング）が行われている、という認識に基づくものである。

これに対して、Moore は次のように述べる。「もし刑法の事例において『タイム・フレーム』の選択というものがあるならば、そこに論理的な指針がないという点で、Kelman は正しい。しかし、そもそもそのような選択が存在するという前提を、彼はどこに見出したのであろうか？私の知る限り、刑法の初歩を教える真つ当な教師はみな、行為の要件を次のように教えるものである。すなわち、裁判所が、ビッグバンによって宇宙が始まってからその終わりを迎えるまでの間に何らかの被告人の行為を見出すことができ、それがその時点で要求される何らかのメンズ・レア (mens rea) を伴っていて、かつ、法的に禁止される状態〔の発生〕との間に因果関係を有するならば、被告人は、その事態について明らかに責任を負う、と。そこに『タイム・フレーム』の選択などは存在しない」⁵⁶。したがって、「[任意の行為という] この要件は、法的に禁じられた状態の惹起へと、法的に要求される形で（因

94-95 (6th ed. 2012).

⁵² People v. Decina, 138 N.E. 2d 799 (N.Y. 1956).

⁵³ voluntary の訳語については、ヨシュア・ドレスラー（星周一郎訳）『アメリカ刑法』（レクシスネクシス・ジャパン、2008年）129頁に倣った。

⁵⁴ わが国において「行為」性を認めるために意思によるコントロール可能性が要求されるのと同じように、アメリカにおいても、犯罪の客観面たるアクトゥス・レウス (actus reus) の1つの要素として、意思に基づく行為 (voluntary act) であることが要求されている。See generally Dressler, *supra* note 51, at 87-90.

⁵⁵ Kelman, *supra* note 49, at 594.

⁵⁶ Moore, *supra* note 50, at 35-36.

果関係と意図〔intentionality〕とによって) 結びつけられている限り、それがいつの時点のことであろうと、被告人による行為がありさえすればよい、ということの意味するにすぎない。『その時、被告人は〔任意の〕行為をしたのか?』と問うべき時点を最初に切り取る必要はないのである⁵⁷。——Moore のこの論述は、まさしく、本稿においてこれまで展開してきた評価対象説への批判に重なるものであり、正当といえよう。

このように考えると、評価対象説を採用する上での前提——構成要件該当性以下の評価を行うためには、それに先立って、評価対象とすべき行為をただ 1 通りに確定しておかねばならない、というもの——が失われることになる。したがって、構成要件該当性以下の評価とは別のところで複数行為の一体化／分断が行われ、それが構成要件該当性以下の評価を拘束するというのではない。

そもそもなぜ評価対象説のような発想が生まれたのであろうか。思うに、その理由として考えられるのは、行為というものに対する、いわば「固体」的イメージである。

われわれは、ほとんど無意識のうちに、社会事象の中における人間の行為を、泥の塊の中に埋もれた石ころのごとく「固体」的にイメージしているのではないだろうか。「評価に先立って評価対象たる行為を確定しておかねばならない」という評価対象説の発想は、たとえばいうなら、泥の塊(=事実関係)の中に埋もれた石ころ(=被告人の行為)をザル(=行為特定における関心・視座)⁵⁸を用いて取り出し、取り出された石ころに対して彩色作業を行う(=構成要件該当性以下の評価を行う)、というようなものである。石ころが 1 個か 2 個かは泥の塊の中からザルを用いて拾い上げた時点ですでに決まっているのであり、その後には変わることはない。したがって、取り出されたのが大きな石ころ 1 個であればその全体を 1 つの色で塗るべきであるし、小さな石ころ 2 個であれば、それぞれを個別に、かつ、それぞれにつき 1 つの色で塗るべきである、ということになる。それと同じように、前構成要件段階において行われた複数行為の一体化／分断の判断は評価対象のありよう(上の比喻でいえば、石ころが 1 個か 2 個かということ)を確定するものであるから、構成要件該当性以下の評価を拘束することになる、というわけである。しばしば見られる「1 個の行為」とか「2 個の行為」とかいった「行為の個数」に関する表現は、こうしたイメージと非常に親和的であるといえよう。

しかし、行為というものは、むしろ、「液体」的にイメージすべきであろうと思う。連続する人間の挙動・態度は、それ自体としては流れる水のようなものであり、そこに「1 個」とか「2 個」とかいった個数を観念することはできない。ただ、何らかの関心・視座に基づいて区切りを設けることにより、その限りにおいて、行為の一体化／分断という思考上の現象が生じるにすぎない。たとえば、川の流れの中で、上流から順に A、B、C、D の 4 地点があるとき、A 地点から D 地点までの 1000 メートルを「生物保護の必要がある」という理由から「禁漁区域」として区切り、さらに、その中に含まれる B 地点から C 地点までの 500 メートルを「流れが急で危険である」という理由で「遊泳禁止区域」として区切るとする。

⁵⁷ Moore, *supra* note 50, at 37.

⁵⁸ 一口にザルといっても、その「目」の大きさや形はさまざまである。それが、論者ごとに異なり得る、行為特定における関心・視座の内容に対応する。

元の川の流れ自体には1個ということも2個ということもない。しかし、「生物保護の必要性」という関心・視座に基づいてA地点からD地点までが区切られ、この川は、その限りにおいて、A地点まで、A地点からD地点まで、D地点以降という3個の区域に分かれる。また、「遊泳した場合の危険性」という関心・視座に基づいてB地点からC地点までが区切られ、この川は、やはりその限りにおいて、B地点まで、B地点からC地点まで、C地点以降という3個の区域に分かれる。どのような区切り方をするか、また、それによっていくつに区切られるかは、いかなる関心・視座に基づいて区切るかに依存するのであり、いったん何らかの関心・視座に基づいて区切ったからといって、それが別の関心・視座に基づく区切り方を拘束するということはない（生物保護の必要性が認められるからといって、遊泳に際して危険がないならば、遊泳禁止区域にする必要はない〔もちろん、遊泳によって生態系に悪影響が及ぶという場合は別である〕）のであるから、それぞれの関心・視座に基づいて、そのつど新たに区切りを行えばよいのである。これと同じように、ある事案において被告人が被害者を3発殴った⁵⁹というとき、たとえば、「複数行為から成る過剰防衛の成否」という論点に関しては1発目の殴打と2発目の殴打が一体的に把握され、3発目の殴打とは区分されるが、「実行行為開始後の心神耗弱」という論点に関しては1発目から3発目までがすべて一体的に把握される、といったことは当然にあり得る。それは、両論点においてそれぞれ関心・視座が異なり得ることによるのであり、何ら怪しむに足りないのである。

第4 評価態様説の提唱

1 評価態様説の骨子

以上の理由により、評価対象説を採ることはできない。複数行為の一体化／分断の位置づけに関しては、評価態様説が正当である。

すでに評価対象説に対する批判的検討の中で述べたところとの重複もあるが、改めて、評価態様説の骨子をまとめておきたい。

評価態様説において、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評価そのものである。論点ごとに、それぞれの論点を規律すべき法的な関心・視座に基づき、必要に応じて、複数行為が一体的に把握されたり（人口に膾炙した——しかし、すでに述べた「固体」的イメージを喚起しやすいため注意を要する——「1個の行為」という表現は、こうした事態を指している⁶⁰）分断的に把握されたりする（同じく、「2個（以上）の行為」と

⁵⁹ ここで「3発殴った」というのは、文字による表現のためやむを得ずそのように書いただけであり、「そもそも行為は3個である」という趣旨を含むものではないことにご注意いただきたい。構成要件的评价を加える前の生の事実それ自体は上の比喻でいえば川の流れそのものであり、これに関して「行為の個数」を論じることに意味はないのである。

⁶⁰ 山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号（2009年）82頁は、「たとえ『1個の行為と認めることができる』といっても、あくまでそのように評価（「認める」）できるというだけのことであって、そもそも文字通り物理的に『1個の行為』しかなく、したがって、およそ分割不可能だというわけではない。いかに行為の連続性・一体性を強調して、『1個の行為』として扱うことが実態に即しているといっても、所詮、そう『評価できる』というにすぎないのである」とする。ここで指摘されているとおり、「1個の行為」という言葉のイメージに引きずられないよう注意する必要があるだろう。

いう表現は、こうした事態を指している)。そして、ある論点における一体化／分断の判断が別の論点におけるそれを拘束することはない。論点ごとに関心・視座が異なる以上、それに応じて、一体化／分断の判断も変わってくることになるからである。「行為の個数は一体化の目的に応じて相対的なものであって、『1 個の行為』の範囲をそれ自体として確定することは不可能」⁶¹という指摘は、正鵠を射たものといえよう。

なお、評価対象説が正当にも指摘したとおり、「評価そのもの」と「評価対象」とは区別しなければならない。したがって、複数行為の一体化／分断という評価を行う前提として、その対象となる行為を生の事実の中から選び出しておく必要がある。しかし、すでに述べたように、純理論的には被告人の生まれてこのかた全ての行為が評価の対象となり得るのであって、そのうち特定の行為だけが「正しい」評価対象としてあらかじめ選び出されなければならない、というものではない。構成要件該当性→違法性→有責性という通説的な犯罪論体系を前提とするのであれば、構成要件に該当する行為だけが違法性や有責性の段階においても検討対象となるのであるから、とりあえず構成要件に該当しそうな行為の目星をつけ⁶²、生の事実の中からそれを取り出し、実際に構成要件該当性以下の評価を行ってみればよい。その回の試行において妥当と思われる結論が得られなければ、また別の行為を取り上げ、再度試行する。そうした作業の繰り返しの中で、いくつかの選択肢ないし候補が残るであろう。最終的には、その中から、最も妥当と思われるものを選び取るのである。

このような考え方に対しては、問責対象とすべき行為を理論的に 1 つに決めることができず、複数の——厳密に言えば、無限の——選択肢の中から恣意的な決定がなされることになるのではないか、という批判があるかもしれない⁶³。

しかし、はたして、問責対象とすべき行為を理論的にただ 1 つに確定するなどということが可能であろうか。筆者にはそうは思われない。繰り返し述べているように、行為の記述に関する答えは、理論上、無限に存在し得るはずだからである（実際、仮に評価対象説を採り、前構成要件段階において何らかの関心・視座に基づき生の事実の中から評価対象とすべき行為を選び出すとしても、そこでは、当該関心・視座から導き出される判断基準を生の事実に対してあてはめるという作業が必要になる。そうしたあてはめの結果としての行為記述に自ずと一定の幅が生ずることは避けられず、したがって、そこに唯一の「正解」を観念することはできないのである⁶⁴）。

⁶¹ 松原芳博『刑法総論』（成文堂、第 2 版、2017 年）@頁（※クロロホルム事件の箇所）。

⁶² 松澤・前掲注 41・151 頁は、この段階における作業を、『構成要件判断に留意を払いつつ判断される行為』、あるいは、端的に、『構成要件判断においてピックアップするのが自然な行為』程度」のものでよい、とする。

⁶³ 評価対象説の目的意識（の 1 つ）として、問責対象とすべき行為を理論的な基準によって確定しなければならない、というものがあつたように思われる（特に、仲道・前掲注 13 においてはそうした意識が顕著に表れている〔たとえば、31 頁、39 頁など〕）。

⁶⁴ たとえば、仲道・前掲注 13・77 頁は「法益侵害を志向する行為意思」の個数・範囲によって問責対象行為を特定するという基準を提示し、前掲平成 16 年最決（クロロホルム事件）の事案においては、クロロホルムを吸引させる行為のみが問責対象として取り上げられるという。ここで、（動かなくなった被害者を車ごと海中へ突き落とす行為を除外することが適切か否かはさておき）たとえば、被告人らが計画を立ててクロロホルムを用意し

また、そもそも、その必要性があるのかも疑問である。もちろん、処罰してはならないような行為を取り上げたり、処罰すべき行為を取りこぼしたりするようなことがあってはならない。しかし、相応の理論的根拠に基づいて妥当と思われる結論を導き得る範囲の中に複数の選択肢が存在するのであれば（論理的には常にそうした状態になるはずである）、そのうちいずれを採ってもよいのではないだろうか⁶⁵。それらはすべて「合格ライン」を越えた選択肢なのであるから、その中でさらなる絞り込みを行うことにさしたる意味があるとは思われない。

結局のところ、問責対象とすべき行為をただ 1 つに確定する理論を構築しなければならない、という意識は、刑法理論に対するいささか過剰な期待に発するものであるように思われる。われわれは適切かつ明快に「合格ライン」を提示することに専心すべきであり（専心せざるを得ず）、それは、もちろん、評価態様説においてもなされ得ることなのである⁶⁶。

2 具体的事例への適用

以上の理解を、「被告人は、ある日の午後 2 時ころに同居中の弟である被害者と口論になり、興奮した被害者が手拳で殴りかかってきたことから、身を守る意思に基づき、被害者を組み伏せた上、手近にあったビール瓶で同人の頭部を殴りつけた（第 1 暴行）。その後、被告人は酒を飲み始め、次第に酩酊の度を深めながら、徐々に、被害者に対する憤懣を募らせた。午後 11 時ころ、被告人は、被害者を殴って転倒させ、繰り返し足蹴にするなどの激しい暴行を加えて（第 2 暴行）、同人を死亡させた。裁判所は、①被告人には殺意はなかった、②第 1 暴行を単体としてみれば（質的）過剰防衛である、③第 2 暴行の時点で被告人は飲酒と興奮のため心神耗弱状態に陥っていた、と判断した」という前掲の事例にあてはめてみることにしよう。

本件では傷害致死罪の成否が問題になると考えられるから、同罪の構成要件に該当しそ

た行為や、被害者の車に自分たちの車を衝突させた行為などが取り上げられないのはなぜだろうか。「法益侵害を志向する行為意思」が基準になるならば、被害者の殺害を決意した時点以降の行為はすべて 1 個の問責対象行為として取り上げられることになるのではないだろうか（荒木泰貴『一連の行為』に関する一考察——早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として——」慶應法学 23 号〔2012 年〕340 頁は、「仲道准教授のように『法益侵害を志向する行為意思』に着目して『一連の行為』であるか否かを判断することには理由がある」としつつも、「しかし、それだけでは、予備行為も含めて『一連の行為』として故意既遂犯の成立を認めることになりかねない、と指摘する）。そうした前倒し自体の当否は別としても、「法益侵害を志向する行為意思」という基準のあてはめにおいて一定の幅が生じることは否定できないであろう。

⁶⁵ 実際の刑事訴訟の場において、これは、検察官の訴追裁量（訴因設定権限）という形であらわれる。

⁶⁶ 小林・前掲注 7・41～42 頁は、仲道・前掲注 13 において示された見解を取り上げた上で、「たしかに、従来の学説は行為特定基準の問題をおざなりにしすぎてきた。行為の一般的な定義をみたまふるまいのなかから、あわせて法益侵害結果の客観的・主観的帰属可能性——つまり、実行行為性——をみたまふものを選べというだけでは不親切にすぎるし、また、そのみをもとにして、たとえば、検察官が実際に訴因を構成しているとも思えない。その意味で、行為特定基準をもう少し理論的に明らかにせよという論者の要請は、至極正当なものである」としつつも、「しかし、……論者が実際に解決しようとする論点は、刑法体系においてそれぞれ独自の理論的位置を占めるものであって、上記の『不親切』を減らそう、なくそうという理論的努力とは関係がない」とする。

うな行為として生の事実の中から最初に選び出されるのは、直接的な死因を形成したと考えられる第2暴行であろう。しかし、第2暴行の時点では心神耗弱であったことから、この行為のみを取り上げたのでは39条2項による刑の減軽が必要になる。そこで、責任能力に問題のなかった第1暴行の時点における意思決定が第2暴行までを貫く最終的意思決定であったのではないか——そのように構成すれば第2暴行についても完全な罪責を問い得るのではないか——という観点から、第1暴行をも取り上げることになる⁶⁷。そうすると、さらに、急迫不正の侵害に対応して行われた（それ自体として質的過剰防衛に当たる）第1暴行と第2暴行が一体として過剰防衛に当たるのではないか、という問題が生じてくるのである。かくして、生の事実の中から第1暴行と第2暴行が評価対象として取り上げられ、同時に、この事案には、複数行為から成る過剰防衛の成否という論点と、実行行為開始後の心神耗弱という論点が含まれているという状況認識が完成する。

まず、構成要件段階においては、第1暴行と第2暴行は傷害致死罪の構成要件に該当する行為として一体的に把握されよう⁶⁸（なお、「構成要件段階における一体的把握」とは、つまるところ、「検討対象たる複数行為につき、ある構成要件の1回の適用によって包摂し得るものである（＝それらの行為が成立上ないし本来の一罪の範囲に収まっている）との評価を下す」ということにほかならず、それ以上の特別な法的意味をもつものではないことに注意を要する⁶⁹）。

⁶⁷ なお、詳しくは後述するが（第7章）、このような理論構成を行うために、第1行為までを実際に処罰の対象とする必要はない。この理論構成のポイントは、責任能力に問題のない時点における意思決定が（第1暴行のみならず）第2暴行に（も）対応するものである、ということであり、第1暴行自体を処罰することは必須ではないからである。そうした意味で、ある行為を生々の事実の中から「取り上げる」というとき、それ自体を処罰の対象とするのか、それとも、処罰の対象とすべき他の行為の評価に際して考慮するにとどまるのか、という点には留意しなければならない。

⁶⁸ もっとも、致命傷の形成に寄与していない第1行為までがなぜ（傷害罪ではなく）傷害致死罪の構成要件に該当するものとされ得るのかは1個の問題である。この点については第2章で詳しく述べる。

⁶⁹ 吉川・前掲注42・340頁が「構成要件段階における行為の一体性の問題は、同一の構成要件によってどこまでを包括して処断できるのかという問題である」とするのも同旨であろう。

たとえば、前掲平成16年最決（クロロホルム事件）の事案において、実行の着手時期や早すぎた結果発生の問題を論じる際に、クロロホルムを吸引させる行為と被害者を車ごと海中に突き落とす行為とが「実行行為として」1個であるか2個であるか、といった問題設定がなされることがある（おそらく、「構成要件段階における一体的把握」という表現は、複数行為が「実行行為として」1個である、という趣旨で用いられているのであろう）。しかし、まず、実行の着手時期に関していえば、問題は、クロロホルムを吸引させる行為の時点ですでに未遂犯として可罰的な程度の法益侵害の危険が認められるか否かということであるから、それが肯定されるなら、両行為を「1個」としようが「2個」としようが、クロロホルムを吸引させる行為の時点で実行の着手を認めることができるはずである。「1個の実行行為」という表現が、両行為が同一の犯行計画に基づき一連の流れの中で行われたものであるという——クロロホルムを吸引させる行為の時点で実行の着手を認めるために行われる——理論構成を視覚的にわかりやすく伝えるのに適しているというだけの話である。また、早すぎた結果発生との関係においては、後に詳しく述べるように（第3章）、たとえ両行為を「1個の実行行為」と呼んでみたところで、それにより、論理必然

次いで、違法性段階に進むと、第1暴行と第2暴行を全体として過剰防衛と評価すべきかが問題になる。もちろんその余地が論理的にまったく否定されるわけではないが、第1暴行と第2暴行が時間的にかなり離れていること、第2暴行の時点では被告人には防衛の意思ないしそれに類する心理状態はおおよそ認められないことなどからすると、これを否定するのが妥当であろう。そうすると、ここでは、第1暴行は（質的）過剰防衛、第2暴行は単なる違法行為であるという分析的評価が行われる。さらに、有責性段階へ移ると、第1暴行の時点における意思決定が第2暴行までを貫くものといえるかが問題となる。両暴行の動機が異なる（第1暴行は防衛の意思に基づくものであるが、第2暴行は専ら憤懣に基づくものである）ことを重視すれば、それらは異なる意思決定に基づいて行われたものであり、分析的評価をすべきであることになる。これに対して、いずれも被害者による急迫不正の侵害に端を発したものであること——その意味で、同一の契機に基づく1つの社会事象として理解可能であること——を重視すれば、それらが1個の意思決定に貫かれたものであるという全体的評価も成り立ち得るであろう。前者の立場によれば有責性段階では両暴行が分断され、後者の立場によれば一体的に把握されることになる。

このように、評価態様説においては、評価の段階ごとに同一の複数行為が一体化されたり

的に、クロロホルムを吸引させる行為の時点で故意既遂犯の成立を認めることができるようになるわけではない。その時点でただちに被害者を殺害する意思がないにもかかわらず、なぜ故意既遂犯とすることができるのかを、早すぎた結果発生という論点に固有の関心・視座に基づき、別途、実質的に説明する必要があるのである。「実行行為として」1個であるということが本文で述べたところを超えて何か特別な意味をもつかのような議論も散見されるが、それは、この概念を一種のブラックボックスとし、本来行うべき厳密な理論的分析を回避するものであって、妥当ではない。

分断されたりすることについて、何らの理論的支障もないのである⁷⁰ 71。

⁷⁰ 仲道・前掲注 13 は、「構成要件段階での一体化→違法性段階での分断」は認めつつ（238 頁）、「構成要件段階での分断→違法性段階での一体化」については、「構成要件段階で排除された事情を基礎に、当該構成要件に対する違法性阻却を否定することになる。これは、構成要件外の事情により、行為の違法性を肯定する論理であり、違法類型説の見地からは採用しえない」として、これを否定する（240 頁。すでに指摘したように〔前掲注 46〕、そもそも、評価対象説を採用すると解される仲道の立場においては前者さえ認められないことになるのではないかと、という疑問があるが、ここではその点はひとまず措く）。ここで想定されているのは、たとえば、第 1 行為が傷害罪、第 2 行為が暴行罪の構成要件に該当するとして、構成要件段階においては分断がなされたものの、違法性段階においては両行為が過剰防衛として一体的に把握されることがあるか、という問題である。しかし、そこでいう「構成要件外の事情」が防衛の意思を指すのだとすれば、むしろ、現に存在した「防衛の意思」という主観的事実がなぜ構成要件段階では評価の俎上から除外されるのかが問われねばならないであろう。

そこでは、おそらく、構成要件段階においては、（違法性段階に属するとされる）正当防衛に関係する「防衛の意思」という事情を考慮することは許されない、という「視野の限定」（井田良『刑法総論の理論構造』〔成文堂、2005 年〕129 頁）が行われている（高橋・前掲注 23・43 頁は、「行為・実行行為を、防衛の意思か攻撃の意思かによって分断する手法〔には〕……正当防衛の成否から構成要件該当性を判断するという犯罪論体系上の問題があるように思われる」とする）。しかし、防衛の意思は、行為の動機の一つである。たとえ動機が直接には構成要件該当事実に含まれない場合であっても、複数行為の評価が問題となるときには、構成要件段階においても、各行為がいかなる動機に基づいて行われたかが重要な意味をもつのではないだろうか（たとえば、生命保険金の詐取という犯行計画に基づいて行われた「クロロホルムを吸引させる行為」と「海中に突き落とす行為」が構成要件段階において一体的に把握されるのは、まさに、「生命保険金の詐取」という同一の動機に貫かれているからにほかならない）。それが正当防衛ないし過剰防衛という違法性段階の問題に「も」関係するものであるからといって、およそ構成要件段階における評価の俎上にすら乗せないというのは、奇妙なことであるように思われる。この点につき、和田真ほか・前掲注 21・50 頁は、「防衛の意思あるいは『対応の意思』という要素を重視して、行為の一体性を判断するというのは、一見、正当防衛の要件をもとに行為の個数を判断しているようにも見えるが、決してそうではない。それは、元々身を守ろうとして始まった行為がそのような行為の性質を維持しているのかによって一体（1 個）の行為かを決するということ」である、とする。評価対象説を前提とした論述であり、その点では賛成できないが、ここで述べられていること自体は、評価態様説における構成要件段階での評価にも当てはまるであろう。

なお、橋爪隆「正当防衛（3）——防衛行為の一体性の判断」警察学論集 69 巻 6 号

（2016 年）154 頁は、「構成要件段階での分断→違法性段階での一体化」という評価を行う余地を認めている。筆者もこれに賛成である。

⁷¹ 「構成要件段階で統合、違法性段階で分断」という処理が行われた場合、「構成要件該当性段階で一罪であったものが、違法性段階で併合罪になる」のか、という疑問が呈されている（遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌 50 巻 2 号〔2011 年〕318 頁）。これに対しては、構成要件段階で単純一罪とされたものが違法性段階で分断された場合、包括一罪として処理されるとの見解がある（松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・上巻』〔判例タイムズ社、2006 年〕143 頁、橋爪隆「防衛行為の一体性について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』〔有斐閣、2012 年〕105 頁）。しかし、構成要件段階であれ違法性段階であれ、向き合う事実は常に同一であり、ただ、そこに当てる「物差し」が論点ごとに異なり得るというにすぎない（前掲注 70 も参照）。また、構成要件該当性→違法性→有責性という通説的な犯罪論体系においては、違法

【補論】第3の立場？

筆者の理解によれば評価対象説とも評価態様説とも異なる見解⁷²が主張されているため、ここで言及しておきたい。

この見解によれば、まず、「時間的・場所的に連続して行われた一連の行為を全体として刑法的評価の対象とするためには、第一に、行為の主観面（行為者の意思・目的・計画等）と客観面（結果惹起に対する各行為の意義、各行為の時間的・場所的接着性、各行為が行われた客観的状況等）を資料として、社会通念に照らして判断した場合に、個々の行為の間に密接な事実的関連性が存在すると認められることが必要」⁷³である。それは、「一連の行為を全体として刑法的評価の対象とするためには、当該一連の行為が、社会的意味において、全体として一個のものと評価される事実的基盤を有していなければならない」⁷⁴からである（この判断を行うに際しては、「当該事案と関係する構成要件を手掛かりにする必要がある」⁷⁵ため、それは「純粋に前刑法的な問題ではなく、構成要件関連の問題である」⁷⁶けれども、「構成要件を手掛かりに、行為の社会的意味等を考えるという意味での関連性にすぎず…構成要件の観点から厳密に意味づけられるわけではない」⁷⁷という。ここでは、構成要件該当性以下の評価とは明確に区別された評価の段階が置かれている）。

しかしながら、こうした社会的意味での一体性が肯定されることは、複数行為につき「一連の行為」としての一体的評価を与えるための必要条件ではあるが、充分条件ではない。すなわち、上記のような「事実的関連性が肯定され、一連の行為が、社会的意味においては、全体として一個のものと評価された場合、次に、それが、ある刑法的問題〔※たとえば複数行為から成る過剰防衛の成否〕に関して要求される法実体を備えているか否かを検討する必要がある。これが認められなければ、社会的意味において一個の行為として扱いうる実体が認められたとしても、当該問題について、全体を一個のものとして扱うことはできない」⁷⁸のである⁷⁹。そして、前構成要件段階においては社会的意味での一体性が認められたが、

性段階は、構成要件該当性段階で推定された違法性を阻却ないし減殺するものである。そうであるとすれば、構成要件段階では何の問題もなく（単純）一罪とされたものが違法性段階では（数罪との境界を意識しつつ）辛うじて包括一罪とされるという処理は、論理的になし得ないはずであろう。構成要件段階の判断は、評価の対象となる事実に対して認め得る刑責の上限を画する作業であるから、そこで単純一罪と判断されたのであれば、後にその中で分断が行われようと、全体として単純一罪の枠をはみ出すことはないのである

（もっとも、単純一罪と包括一罪の境界やその区分の意義自体に曖昧なところがあり、表現の問題にすぎないという面もなきにしもあらずである。こうした見解が違法性段階における分断によって刑責が増加するという趣旨でさえなければ、筆者もあえてこれに異を唱えるものではない）。

⁷² 成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（二・完）」法学75巻6号（2011年）66頁以下。

⁷³ 成瀬・前掲注72・66頁。

⁷⁴ 成瀬・前掲注72・67頁。

⁷⁵ 成瀬・前掲注72・67頁。

⁷⁶ 成瀬・前掲注72・67頁。

⁷⁷ 成瀬・前掲注72・67頁。

⁷⁸ 成瀬・前掲注72・67頁。

⁷⁹ 同旨、豊田兼彦「判批」法学セミナー653号（2009年）123頁（「一連の防衛行為を一体的に捉えて1個の防衛行為として評価するためには、まずは法的評価を離れて自然的に

構成要件該当性以下の評価の段階に進み、特定の論点において分断が行われた場合には、「社会的意味での行為の把握段階……までは全体として把握された（全体的考察が行われた）行為が、ある段階で分断され、再び社会的意味での行為把握の段階に立ち戻って、個別的・分析的に刑法的評価の対象とされる（分析的考察が行われる）ことになる」⁸⁰。

この見解においては、前構成要件段階における社会的意味に基づく行為特定の結果（一体化か、分断か）が、その後、構成要件該当性以下の評価を拘束するとされてはいない。ここでは、社会的意味に基づく行為特定は、評価対象の確定ではなく、（構成要件該当性以下の評価に先行する、しかし、それと同列の）評価の1つのステップとして位置づけられているのである。この点で、評価対象説とは明らかに一線を画する。

むしろ、当初、前構成要件段階における社会的意味に基づく行為特定の段階で「1個」であると思われたものが、犯罪論の体系に沿って検討を進めていったところ、途中で「2個」であることが判明した場合、それは、「当該事案は『本来的に』分析的考察に依拠して処理すべき事案であるとの最終的な判断がなされたことを意味する」⁸¹ことから、後者の判断に従って前者の判断をやり直すことが要請される⁸²。すでに述べたように、構成要件該当性以下の評価から離れ、独立に、社会的意味に基づく行為特定という段階を設ける必要はない（また、仮にそうした段階を設けるとしても、そこでいかなる判断がなされるべきかが明らかでない）と思われるが、仮にそれを刑法的評価の1つのステップとして承認するとしても、評価態様説の理解からは、上記のような「やり直し」を行う必要はないであろう。社会的意味に基づく行為特定（この見解によれば、一体的評価をなし得る行為の範囲〔外枠〕を

観察し、社会的に見て全体を1個の行為と評価しうること（自然的一体性）が必要である」とした上、「その上で、さらに法的に見て1個の防衛行為と評価できること（法的一体性）が必要である」とする）、長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）234頁（「規範的评价には、その前提事実による拘束がある」とした上、「まずは法的评价を離れて自然的に観察し、社会的に見て全体を一個の行為と評価しうるという『自然的一体性』が前提となり、次に『法的评价』で犯罪の個数が定まる」とする）。

⁸⁰ 成瀬・前掲注72・67～68頁。なお、成瀬は、「刑法的評価の対象となる行為の特定の問題は、刑罰権の行使対象となる行為の特定の問題であることに照らすと、刑罰権の観点から、全体として一回の刑罰権の行使対象とされるべき実体を有した一連の行為は、本来的には、全体として刑法的評価の対象とされるべきだと考えられる」（成瀬・前掲注72・62頁）とも述べている。「一回の刑罰権の行使対象とされるべき実体を有した一連の行為」——通常理解に従えば、本来の一罪のみでなく、観念的競合や牽連犯といった科刑上一罪も含まれ得るため、相当に広いものとなり得るであろう——であれば「全体として刑法的評価の対象とされるべき」だということになると、①前構成要件段階における社会的意味に基づく行為特定は、つまるところ一罪性の肯否の判断に帰するのか（この点、長井・前掲注79・235頁は、単純一罪となるべき事実については「自然のおよび法的な一体性」が認められ、包括一罪となるべき事実については自然的な一体性が認められても法的评价としては分断されることがある、という）、②そこで一罪性が肯定された場合には、「一回の刑罰権の行使対象とされるべき実体」ありとして、構成要件該当性以下の評価をも拘束することになるのではないか（必要条件であると同時に、十分条件にもなるはずではないか）、といった疑問が挙げられよう。

⁸¹ 成瀬・前掲注72・68頁。

⁸² その意味で一種の「ブーメラン現象」といえよう。

画する作業という位置づけになるであろうか)と構成要件該当性以下の個別の論点に関する評価は、それぞれに異なる関心・視座に基づいて行われる——すなわち、それぞれに異なる意義を有し、異なる役割を担った——ものであって、一方における判断の結果が他方を拘束するという関係は原理的に存在しないはずだからである。この点において、この見解は、評価態様説とも区別されねばならない。

しかし、筆者の考えによれば、この見解には、「第3の見解」としての独立の意義は認められない。

まず、この見解は、前構成要件段階において、「構成要件関連的」な社会的意味という関心・視座に基づき、評価対象とすべき行為を選定しようとする。しかし、すでに述べたように、このプロセスは論理的に必要なものではない。本来は被告人が生まれてこの方行ってきたすべての行為を評価対象として検討すべきところ、明らかに犯罪の成否と無関係な——すなわち、およそ構成要件に該当しそうでない——ものまで逐一取り上げるのは時間の無駄であるから、あらかじめ構成要件該当性が認められそうなものに目星をつけてピックアップしてゆく、という思考経済上の問題があるにすぎない。

また、この見解は、たとえば、前構成要件段階において「1個の行為」とされたものが違法性段階では「2個の行為」とされた場合、その事案では実は「2個の行為」という行為把握こそが正しいことが判明したのであるから、前構成要件段階に立ち戻って「2個の行為」であることを前提とした「やり直し」を行うという。しかし、繰り返し述べてきたように、前構成要件段階における評価と違法性段階における評価とはそもそも関心・視座が異なる以上、後者が前者を拘束するという関係は認められない。したがって、このような「ブーメラン」を観念する必要はないのである（仮に「ブーメラン」を行うとしたら、たとえば、違法性段階では「2個」とされ、有責性段階では「1個」とされた場合、いずれを基準とするのか、という問題が生じよう〔逆の場合もまた然りである〕）。

このように考えると、この見解は、結局のところ、評価態様説に収斂されるべきものであると思われるのである。

第5 まとめ

本章では、『一連の行為』論の「総論」に（「各論」とは区別される）独自の意義が認められるか、という問題につき、複数行為の一体化／分断という作業がいかなる意味をもつか（いかなる位置づけを与えられるべきか）という視点からアプローチを試みた。

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ち、その対象たる行為のありようを確定するものである、とする見解（評価対象説）もある。評価対象説によると、複数行為の一体化／分断に関する議論には、構成要件該当性以下の評価の内部に含まれる個別の論点をめぐる議論とは論理的に区別される独自の意義が認められる。したがって、そこには、『一連の行為』論の「総論」が存在することになるのである。

しかし、複数行為の一体化／分断という作業がその性質上それ自体として（「事実」の認定ではなく）「評価」であること、また、構成要件該当性以下の評価に先立つ「評価対象の確定」には、同説が主張するほどの大きな意味はないことなどからすると、同説を採用する

ことはできない。

複数行為の一体化／分断は、構成要件該当性以下の個別の論点における評価のありようを意味するものと解すべきであり（評価態様説）、論点ごとに拠るべき関心・視座が異なり得る以上、それに応じて、一体化／分断の判断も異なり得る。こうした理解を前提とするならば、『一連の行為』論は、結局のところ、構成要件該当性以下の評価の内部における個別の論点をめぐる議論に解消される。したがって、「各論」的場面のすべてに通用する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。

しかし、本章で行った分析は、「各論」的場面をめぐる議論に共通して妥当する、いわば基本的な心構えをもたらすものではあり得るであろう（強いていえば、『一連の行為』論の「総論」とはそうしたものである）。次章以下では、評価態様説の理解を前提として、「各論」的場面の個別的な検討へと進むことにする。

第2章 「一連の行為」と因果関係

第1 はじめに

1 本章が想定する場面

ある行為者が、自然的・事実に観察すれば複数といえるような行為を行い、それによって一定の結果を生じさせたこと自体は確実であるが、すべての行為が結果の発生に寄与したのか、それとも、そのうち一部だけが寄与したのか（さらに、その場合、どの部分が寄与したのか）を、合理的な疑いを超えて証明することができない、という場合がある。

たとえば、「甲は、Vを3発続けて殴り、傷害を負わせた。ところが、3発すべてが傷害結果の発生に寄与したのか、そのうち一部だけが寄与したのか（さらに、その場合、何発目が寄与したのか）を、合理的な疑いを超えて確定することができない」というケースで、傷害罪の成立を認め得るであろうか。

この場合、それぞれの殴打行為を個別に見れば、どの1発をとっても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（以下、「利益原則」という）により、傷害結果との間に因果関係を認定することはできないのだから、暴行罪にとどまる、という考え方もないではない。しかし、それは妥当ではなかろう。後に詳しく述べるが（後出第3の2）、甲が自らの行為によって結果を生じさせたこと自体は認定できる以上、彼が結果の発生につきおよそ責任を免れる理由はないと考えられるからである。

そこで、3発の殴打行為を「一連の暴行」として一体化し、その「一連の暴行」と傷害結果との間に因果関係があることは確実であるから、3発全体が傷害罪に当たる、という説明をすることが考えられる²。

¹ 本章で「因果関係」の語を用いる場合には、特にことわらない限り、「ある行為がある結果の発生に対して因果的寄与を及ぼした」という事実的な関係を指すものとする。因果関係を「証明する」、「認定する」といった表現を用いるのも、そのためである。なお、この点に関して、酒井安行「不作為犯における因果関係と『疑わしきは被告人の利益に』——いわゆる『十中八九』決定を手がかりに——」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2014年）は、その構造上、上記の事実的な因果関係を有するものとはいえず、常に「期待される作為が行われたとすれば」という仮定的判断によらざるを得ない不作為犯の因果関係が、「事実」としての「証明」や「認定」の対象になるのか——したがって、事実認定のルールとされる利益原則の適用を受けるものであるのか——という観点から考察を行っており、参考になる（これに対して、利益原則は事実認定だけでなく法適用にも妥当するルールであるとするのは、村井敏邦「疑わしいときは被告人の利益に解釈すべし——刑法解釈における静と動」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討 下巻』〔有斐閣、1993年〕187～188頁）。

² 深町晋也『「一連の行為」論について——全体的考察の意義と限界——』立教法務研究3号（2010年）120頁は、『「一連の行為」論が有する機能的意義の中核は、結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能（あるいは結果帰属の対象となる行為を拡張する機能）に存する。すなわち、第1行為のみから、あるいは第2行為のみから結果が生じたことが明らかとは言えず、第1行為と第2行為とが相俟って結果が発生したと評価せざるを得ない場合に、結果惹起の根拠となる行為として、第1行為及び第2行為からなる『一連の行為』であると記述し、『「一連の行為」のどの段階で結果が惹起されたのかを明確に特定せずとも済ませるためにこそ、『「一連の行為」論は機能するのである』とする。ここで、「第1行為と第2行為とが相俟って結果が発生したと評価せざるを得ない場合」というのが、①

こうした処理を行ったものと思われる例として、名古屋高金沢支判平成3年7月18日(判時1403号125頁)が挙げられる。

事案は、「被告人は、路上で自転車に乗って信号待ちをしていた被害者の背後から近づき、自転車のカゴに入っていたバッグをひったくった。ところが、被害者がそれに気付いて被告人の腕をつかんだため、被告人は、バッグが奪還されることを防ぎ、また、逮捕を免れようとして、被害者の手をふりほどき(第1暴行)、路上に転倒させた。被告人は、バッグを持って自分の自動車に乗り込んだが、被害者がその前方に立ちふさがったため、自動車を発進、被害者に衝突させて(第2暴行)、再び路上に転倒させた。被害者は加療3週間の傷害を負ったが、それが、第1暴行により生じたのか第2暴行により生じたのか、あるいは、両暴行が相まって生じたのかは、確定できなかった」というものである。第1審(富山地判平成3年2月12日〔公刊物未登載。判示の内容は控訴審の判決文による])は、第1暴行は犯行抑圧に足りない程度の暴行、第2暴行は犯行抑圧に足る程度の暴行であると判断した上、第2暴行は事後強盗の実行行為としての暴行に当たるため、傷害結果が第2暴行から生じたものとするれば重い事後強盗致傷罪が成立することになり、被告人に不利益となる。したがって、傷害結果は第1暴行から生じたものと認定すべきであり、第1暴行は傷害罪、第2暴行は(先行するひったくり行為と合わせて)事後強盗罪となり、両者は併合罪の関係に立つ、とした。

これに対して、控訴審は、両暴行と傷害結果との関係、及び、両暴行の程度に関しては原審の判断を是認した上で、第1暴行と第2暴行は「前後一連の暴行」であるから、それらについて傷害罪が成立し、第2暴行については別に事後強盗罪が成立するところ、両罪は包括一罪として重い事後強盗罪の刑で処断される、としたのである。

ここで注目すべきは、第1暴行と第2暴行が全体として傷害罪に当たるとした控訴審判決の論理である。本件では、傷害結果が発生した原因は、被告人による一連の暴行以外には考えられない。しかし、傷害結果との間で、第1暴行と第2暴行がいずれも因果関係を有するのか、あるいは、いずれか一方のみが因果関係を有するにすぎないのかは確定できない。それでも、控訴審判決は、第1暴行と第2暴行が全体として傷害罪に当たるといっているのである。察するに、控訴審判決は、まず、第1暴行と第2暴行を合わせて「一連の暴行」と把握し、当該「一連の暴行」から傷害結果が生じたこと自体は確実なのであるから、「一連の暴行」全体と傷害結果との間に因果関係を肯定することができ、したがって、「一連の暴行」全体につき傷害罪が成立する、と考えたのではなかろうか。

この論理を一般化すると、次のようになるであろう。

「第1行為と第2行為が結果の発生に寄与したこと自体は認定できる場合」を指すのであれば、因果関係を認めるためにあえて「一連の行為」という概念を用いる必要性はそれほど大きくないと思われる。多くの場合、各行為につき個別に因果関係を肯定した上、最終的にそれらを一罪として包括的に処理することで同じ結論を導き得るからである。これに対して、②「第1行為・第2行為のうちいずれか一方しか結果の発生に寄与していない可能性があるが、それ以上の特定はできないため、結果の発生につき行為者に責任を問うためには、両行為が『相俟って』結果が発生したと評価せざるを得ない場合」を指すのだとすれば、深町のいう「結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能」は、まさに、本文で示したような処理を意味するものといえよう。

①まず、結果との関係を取りあえず度外視して行為のみに着目し、複数行為を「一連の実行行為」として一体化できるか、すなわち、複数行為がいずれも同一構成要件の実行行為に当たり、かつ、それらを当該構成要件の成立上ないし本来の一罪として評価することができるかを判断する。

②複数行為が「一連の実行行為」として一体化された場合、当該「一連の実行行為」が全体として結果の発生に寄与したといえるかを判断する。

③「一連の実行行為」が結果の発生に寄与したといえる場合には、当該「一連の実行行為」全体が——したがって、そこに含まれる複数行為のすべてが——結果との間に因果関係を有することになる。

このような考え方を、本章では、「複数行為を一体化し、その全体と結果との因果関係を問題にする見解」という意味で、「全体的把握説」と呼ぶことにする³。

2 本章の問題意識

全体的把握説の特徴は、実行行為の把握の場面で複数行為が「一連の実行行為」として一体化された場合、それを、因果関係の判断の場面においても不可分一体の評価対象として扱う（平たくいえば、実行行為の把握の場面で形成された「一連の実行行為」という行為のかたまりを、因果関係の判断の場面にもそのままスライドさせる）、という点にある。

このことは、複数行為が「一連の実行行為」とされた場合、たとえ、その中に、個別に見れば結果との間に因果関係を有しないかもしれない——したがって、利益原則によれば、因果関係を有しないとせざるを得ない——行為が含まれていても、いわば、それには目をつむって、全体につきまとめて因果関係を肯定する、ということの意味する⁴。

しかし、このような処理は、「一連の実行行為」という概念を介在させることによって、

³ 行為無価値論の立場からはこうした発想は自然なものとして受け入れられるが、結果無価値論の立場からはそもそもこうした発想が出てこないようにも思われる。なぜなら、結果無価値論は、結果との間に因果関係を認め得る行為をもって実行行為（ないし問責対象行為）とする考え方であり、論理的に因果関係の判断が先行するからである。

しかし、結果無価値論の立場を前提としても、因果関係の有無を判断する際には、どの行為と結果との結びつきを検討するのか、ということをおおきく決めておかねばならない。たとえば、「銃を2回発射したところ、1発目の弾丸が胸部に、2発目の弾丸が頭部にそれぞれ命中し、その両方が相まって被害者を死亡させた」という場合、死の結果の帰属先の「候補」として、1発目の発射行為と2発目の発射行為を別々に取り上げることも、2発の発射行為を一体として把握することも、論理的には可能であるから、そのいずれかを因果関係の有無の判断に先立ってあらかじめ選択しておく必要がある。つまり、そこには、因果関係の判断とは別に、それに先行して、行為そのものをどのような形で把握するか、という思考プロセスが介在するのであり（その上で、選択された行為把握の形を前提に、そこに結果が帰属され、実行行為〔ないし問責対象行為〕と認められることになる）、その限りでは行為無価値論の考え方と共通する部分が認められるのである。

そうであるとすれば、やはり、行為の把握は行為それ自体の性質に鑑みてこれを行うべきことになるから、結果無価値論の立場からも、全体的把握説に至ることは可能であると思われる。

⁴ 因果関係の基点としての「行為」をどのように把握するのか（「一連の行為」として一体的に評価するか、複数行為として分析的に評価するか）が因果関係の判断に影響を及ぼす、という問題意識は、すでに、深町・前掲注2のほか、仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）8頁でも提示されている。

「ない」はずの因果関係を「ある」ことにしているにすぎないのではないかと、そして、それは利益原則に反した「錬金術」なのではないか、という疑念を生じさせる。はたして、全体的把握説の論理には、利益原則との抵触という懸念を払拭できるだけの内実が備わっているのだろうか。これが本章における議論の出発点である。

3 本章の流れ

本章では、まず、上記の疑問から出発して、全体的把握説の論理構造を分析し、これを探り得ないことを明らかにする（後出第2）。

次に、全体的把握説に対する批判的検討をふまえつつ、私見を展開する（後出第3）。

なお、冒頭で提示したような複数行為と因果関係の問題は、複数行為が「一連の実行行為」とは評価されない場合、すなわち、それらが科刑上一罪の関係にある場合や併合罪の関係にある場合にも生じ得るところ、これらのケースにも私見を適用しようとする際には、訴訟法的な観点（いわゆる択一的認定の可否の問題）からの考察が不可欠となる。そこで、こうしたケースについては、「審判対象は訴因である」という現行刑訴法上の基本的テーゼに関する筆者の理解を明らかにした上（第6章）、改めて論じることとする（第8章）。

第2 全体的把握説の批判的検討

1 論理構造について

全体的把握説は、すでに述べたように、実行行為の把握の場面で複数行為が「一連の実行行為」として一体化された場合、それを、因果関係の判断の場面においても不可分一体の評価対象として扱うものである。

なぜこのように考えることができるのか。

第1に、「因果関係は『実行行為』と『結果』との結びつきである。したがって、実行行為の把握の場面で複数行為が『一連の実行行為』として一体化されたなら、因果関係の判断の場面でそれをまとめて『実行行為』の部分に代入するのは当然である」という、言葉の定義による形式的な説明があり得よう。

しかし、「因果関係は『実行行為』と『結果』との結びつきである」というテーゼは、「結果との間に因果関係を有し、それゆえ、結果の発生につき責任を問われる行為を『実行行為』（ないし問責対象行為）と呼ぶ」（結果無価値論的な説明）ということ、あるいは、「結果との間に因果関係を有し、それゆえ、結果の発生につき責任を問われる行為は、『実行行為』とされるにふさわしい性質をもったものでなければならない」（行為無価値論的な説明）ということの意味するにとどまる。このテーゼから、さらに進んで、「実行行為の把握の場面において複数行為が一体化されたなら、それをそのまま因果関係の判断の場面にもスライドさせてよい（あるいは、させなければならない）」という帰結まで引き出すのは、論理の飛躍であろう。

⁵ 橋爪隆は、いわゆるクロロホルム事件（最決平成16年3月22日〔刑集58巻3号187頁〕）の評釈で、「一連の実行行為」やそれを基準とした「一連の故意」といった説明を「厳密な理論的分析を回避するもの」とする（橋爪隆「判批」ジュリスト1321号〔2006年〕238頁）。本章の検討課題とは異なる場面であるが、「一連の実行行為」という概念のもつ危うさを指摘したものとして傾聴に値する。

第2に、実行行為の把握という作業は、それぞれの事案における「行為の個数」を探知ないし確定するものであるから、実行行為の把握の場面で「一連の実行行為」とされたということは、その事案では行為は「1個」であるということであり、したがって、他の場面においても——もちろん、因果関係の判断の場面においても——「行為は『1個』」という前提が貫徹されなければならない（換言すれば、実行行為の把握の場面における「行為の個数」の判断は、その事案の処理に関する限り、他の場面における「行為の個数」の判断をも拘束する）という説明が考えられる。

しかし、すでに第1章で述べたように、「行為の個数」という概念の実体はあくまで「評価」であって「事実」ではない。そして、「評価」である以上、「それぞれの場面における法的効果をにらみながら、そこでの実質的考慮を指針として、なされるべき」⁶なのであり、その指針となるべき関心・視座の違いに応じて、結論もまた異なり得るはずである。それゆえ、実行行為の把握の場面における「行為の個数」の判断が因果関係の判断の場面における「行為の個数」の判断を当然に拘束するとはいえない。全体的把握説の論理を維持するためには、これら2つの「場面における法的効果をにらみながら、そこでの実質的考慮を指針として」もなお、両場面における「行為の個数」の判断が必然的に一致することを明らかにしなければならないのである。

しかし、それは無理であろう。先述のとおり、実行行為の把握の場面で複数行為が「一連の実行行為」として一体化されるということは、「それらが同一の構成要件の実行行為に当たり、かつ、当該構成要件の成立上一罪として評価され得る」ということを意味するものと解される。他方、因果関係の判断の場面で複数行為が一体的に把握されるということは、「たとえその中に個別に見れば結果との間に因果関係を有しない（かもしれない）行為が含まれていても、それを考慮することなく、全体につき包括的に因果関係を肯定する」ということである。ここで、「ある構成要件の成立上一罪として評価される範囲においては、因果関係は包括的に判断されなければならない」というルールがあるわけではないから、両者の間に論理的な関連性は認められない⁷。たとえ実行行為の把握の場面では複数行為が「一連の実行行為」として一体的に把握されたとしても、因果関係の判断の場面では結果の発生に対する寄与の有無が個別に検討される余地があるのである⁸。したがって、やはり、両場面にお

⁶ 島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌45巻2号（2005年）231頁。

⁷ もちろん、「一連の実行行為」という概念を他の形で定義すれば、関連性が生じる余地はあろう。しかし、その試みは、結局のところ、「一連の実行行為＝1個の実行行為であるから、他の場面でも1個のものとして扱われなければならない」という、すでに批判の対象とした考え方に至るのではないかと思われる。

⁸ 特に、前掲のクロロホルム事件のように、複数行為を「一連の実行行為」と評価することはできても、各行為の間に相当程度の時間的・場所的懸隔があるような場合には、因果関係を個別に分析する必要を感じるのではないだろうか。実際、同事件では、被害者が第1行為（クロロホルムを吸引させる行為）によってすでに死亡していたのか、それとも、第2行為（車ごと海中に突き落とす行為）によって死亡したのかが確定できなかったため、最高裁は、故意の判断との関係で、利益原則に従い、第1行為により被害者はすでに死亡していたとの認定を前提とした解釈を示している。そこでは、実行行為の把握の場面では第1行為と第2行為を一体的に把握しつつ、因果関係の判断の場面では結果の発生への寄与の有無を個別に検討するというアプローチがとられているのである。

ける「行為の個数」の判断が必然的に一致することにはならない。

このように考えると、全体的把握説の論理的な正当性には疑問がある。

2 具体的帰結について

全体的把握説は、論理的に正当といいがたいだけでなく、以下に述べるように、その具体的帰結にも問題がある。

(1) 個々の行為と結果との因果関係の有無が確定される場合

これまで、複数行為のそれぞれと結果との間の因果関係が確定できないケースを念頭に置いて、全体的把握説につき検討を加えてきた。

これに対して、個々の行為と結果との因果関係が確定できるケースもあるであろう。たとえば、「被告人は、被害者を3発続けて殴った。1発目は顔面に、2発目、3発目は腹部に命中した。被害者は顔面に打撲傷を負った」という場合、問題とされている傷害結果が顔面の打撲傷のみであるとすれば、傷害結果の発生に寄与したのは1発目のみであり、2発目と3発目は無関係ということになる（以下、本章の冒頭で挙げたような、個々の行為と結果との因果関係の有無が確定できない場合を『不確定型』事案、ここで挙げたような、個々の行為と結果との因果関係の有無が確定できる場合を『確定型』事案と呼ぶ）。

ところが、全体的把握説を適用すると、この場合にも、3発の殴打行為すべてが傷害結果との間に因果関係を認められ、傷害罪に当たることになる。同説は、まずは結果との関係をいったん度外視し、行為の性質のみに着目して「一連の実行行為」といえるか否かを判断するものであって、「不確定型」事案であれ「確定型」事案であれ、同じ結論が導かれるはずだからである。

このように、個別に見れば因果関係が「ない」ことが明らかな行為についてまで、「一連の実行行為」として包摂することにより因果関係を認めるという処理には、すでに見た「不確定型」事案の場合以上に強い違和感が伴うであろう⁹ ¹⁰。全体的把握説は、おそらく、もっぱら「不確定型」事案を念頭に置くものと思われるが（「確定型」事案の場合には、結果との間に因果関係を有することが確実な行為のみを取り上げても結果発生について責任を問い得るため、あえて同説のような処理を行う必要性に乏しい）、論理的には、「確定型」事案にもまったく同様に妥当すべきものである。「確定型」事案において上記の結論を肯定することができないのであれば、「不確定型」事案においても、同説を採ることはできないことになる。

(2) 複数行為の一部のみに阻却事由等が付着している場合

⁹ 深町・前掲注2・120～121頁は、「当該法益侵害結果を惹起した行為を記述するために、第1行為のみ、あるいは第2行為のみを記述すれば足りる場合には、当該結果を惹起した第1行為、あるいは第2行為のみが構成要件該当性の判断の対象として切り取られることになり、そもそも『一連の行為』論に基づく全体的考察を行うべき基礎が存在しない」とする。

¹⁰ もちろん、すでに述べたとおり（前出第1の2）、因果関係が「ないかもしれない」場合にも結局は利益原則に従って「ない」と認定することになるのだから、論理的には「不確定型」事案と「確定型」事案はまったく同じである。ただ、「ないかもしれないが、あるかもしれない」場合と「ないことが明らかである」場合とでは感覚的な印象が異なり、後者の場合には全体的把握説への疑問がより強まるであろう。

ある複数行為が、構成要件段階においては「一連の実行行為」として一体化されたが、違法性・有責性段階まで検討を進めたところ、その一部にのみ犯罪成立阻却事由や刑の減免事由が付着していることが判明し、分析的な評価を受けることになる、という場面がある。そうした場合、全体的把握説の論理を貫くと、その帰結は是認しがたいものとなる。

このことを、いわゆる量的過剰に関する最決平成 20 年 6 月 25 日（刑集 62 巻 6 号 1859 頁）を例に説明しよう。

事案は、「被告人は、被害者から因縁をつけられ、暴行を受けたため、身を守るためにその顔面を 1 発殴り返した（第 1 行為）。すると、被害者は転倒し、地面に頭を打ちつけて動かなくなった。被告人は、憤激のあまり、被害者がすでに動かなくなっていることを認識しつつ、腹部を踏みつけるなどした（第 2 行為）。被害者は両行為によりそれぞれ傷害を負い、約 6 時間後に死亡した。死因は、第 1 行為から生じた頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血であった」というものである。最高裁は、第 1 行為と第 2 行為を全体として過剰防衛と評価することはできないとして、第 1 行為は正当防衛、第 2 行為は傷害罪であると判示した。

この事案では、本章の直接の検討対象である場面とは異なり、第 1 行為のみが致命傷の形成に寄与したことが確定できている。つまり、「確定型」事案である。しかし、先述のように、全体的把握説は「確定型」事案にも妥当すべきものであり、その場合の処理は次のようになるであろう。すなわち、——まず、構成要件段階では、第 1 行為と第 2 行為は共に傷害罪ないし傷害致死罪の実行行為としての暴行に当たる。また、ごく短時間のうちに連続して行われ、途中、防衛の意思が攻撃の意思に転化しているという事情こそあるものの、被害者による攻撃に端を発した一連の事象と見られるから、両行為の間に併合罪とするほどの隔絶があるとはいえない。したがって、両行為は「一連の実行行為」である。そうであるとすれば、「一連の実行行為」によって致命傷が形成されたことは確実なのであるから、第 1 行為・第 2 行為のいずれについても死の結果との間に因果関係を認め得ることになる。すなわち、両行為は、共に傷害罪致死罪の構成要件に該当する行為である（単に「暴行」として実行行為に当たるだけでなく、死の結果を帰属されるという意味での構成要件該当行為に当たる）。次に、違法性段階では、（最高裁の判断を前提とすれば）第 1 行為については正当防衛として適法だが、第 2 行為は傷害致死罪としての違法性を有することが確認される。それゆえ、結論として、第 1 行為は正当防衛として無罪、第 2 行為は傷害致死罪である——と。この結論は許容できるであろうか。

おそらく、全体的把握説を採る論者も、最高裁同様、第 2 行為は傷害罪にとどめるべきだと考えるであろう（また、仮に、この事案が、致命傷の形成に寄与したのが第 1 行為であるのか第 2 行為であるのか確定できない、という「不確定型」事案であったとすれば、利益原則に従い、やはり、第 1 行為のみが死の結果に寄与したものとするであろう）。この場合、なぜ、第 2 行為には死の結果が帰属されないのだろうか。それは、第 1 行為と第 2 行為が実行行為の把握の場面では「一連の実行行為」として一体化される関係にあるにもかかわらず、因果関係の判断の場面では、それらを個別の評価対象として扱うことを認めているからにはほかならない。そこでは、もはや、全体的把握説の論理は放棄されているのである。

3 小括

以上のように、全体的把握説は、その論理構造にも具体的帰結にも問題があり、採用することができない。

しかし、「不確定型」事案において、結果の発生につき行為者にはおよそ責任を問い得ないとするのは妥当でない、という同説の方向性自体は支持されるべきであろう。次には、同説に代わってこの要請を充たすべく、私見を述べることにしたい。

第3 私見

1 全体的把握説の再構成(?)

これまで全体的把握説に対して加えてきた批判は、同説が、「個別に見れば結果との間に因果関係を認められないはずの複数行為も、『一連の実行行為』として一体化することにより、その全体につき因果関係を認めることができる」とする見解であることを前提としたものであった。

これに対して、同説を次のように構成し直す余地があるかもしれない。

すなわち、——『一連の実行行為』を全体として見ればある結果との間に因果関係を肯定できる」ということは、『一連の実行行為』に含まれるすべての行為が因果関係を有している」ということではなく¹¹、『一連の実行行為』の中に、具体的にどれと特定することこそできないが、その結果との間に因果関係を有する部分が必ず含まれている」ということを意味するにとどまる。換言すれば、「一連の実行行為」は、それ自体が結果を帰属されるべき対象であるわけではなく、結果を帰属されるべき行為が含まれ得る「範囲」を示したものであるにすぎない——と。

そもそも、刑法学において、「行為」の最小単位というものを論理的に確定することは不可能である。たとえば、「1 発殴る」という（通常はそれ以上細分化することをしないであろうような）挙動であっても、観察の仕方次第では無限の細分化が可能となる。そうすると、「1 発だけ殴って怪我をさせた」という単純なケースであっても、その「1 発」を構成するすべての部分が傷害結果の発生に寄与したといえるのか、疑問が生じよう。腕を振り上げてから拳が被害者の身体に接触するまでの部分は、なるほど、傷害結果の発生に寄与したといってよいかもしれない。では、拳が被害者の身体を離れた後のフォロースルーの部分はどうか。傷害結果は拳の接触によって生じるのだから、その後のことは無関係だともいえるのではないか。

利益原則によれば、行為者の挙動ないし態度のうち、ある部分が真に結果の発生に寄与したといえるのが疑わしい場合、その部分は結果の発生に寄与したとは認定できないことになるはずである。そうすると、人間の挙動・態度を無限に細分化することができる以上、

¹¹ たとえば、ある人が、毒の混入されたコーヒーを飲んで死亡したとする。この事態を『毒入りコーヒー』を飲んだことで死亡した」と記述することは一応可能である。しかし、それは正確ではなかろう。死因はあくまで毒であってコーヒーではない。『毒入りコーヒー』を飲んで死亡した」という記述は、「コーヒーに混入された毒を飲んで死亡した」ことを意味するにすぎず、「毒とコーヒーがいずれも死因となった」ことを意味するわけではないのである。「毒入りコーヒー」を「一連の実行行為」とパラレルに考えると、本文で述べたところが理解されよう。

真に結果の発生に寄与したといえる部分を突き詰めてゆけば、論理的には、結果を帰属されるべき対象としての「行為」は無限に収縮してゆくことになるであろう。それがこの場面における利益原則の論理的帰結である。ただ、われわれの認識・表現の能力には限界があるから、それを正確に捕捉することはできない。せいぜい、「結果が帰属されるべき対象がこの中のどこかに含まれている」という形で、一定の幅のある範囲を画することをもって満足せざるを得ないのである。その意味で、結果との間に因果関係を有する行為を決するという作業は、本質的に、概括的・不特定のなものであることを免れ得ない。

しかし、たとえどれと特定することはできずとも、また、論理的には無限に収縮してゆくものであるとしても、そこに、結果との間に因果関係を有する行為が存在することは確実である。それゆえ、「1 発殴ったことが傷害結果との間に因果関係を有する」という表現は、厳密に言えば、「われわれの認識・表現能力のもとで『1 発殴った』と記述される行為者の挙動の中に、どの部分とは特定できないが、傷害結果の発生に寄与した行為が必ず含まれている」という趣旨で理解されるべきことになる。

この理は、自然的・事実に観察すれば複数といえるような行為が「一連の実行行為」として一体化される場合も同じである。行為者による「一連の実行行為」を全体として見れば結果の発生に寄与したことは間違いない、という場合、その「一連の実行行為」の中に、結果との間に因果関係を有する行為が含まれていることは確実である。ただ、それがどの部分であるのかが確定できない。それゆえ、『一連の実行行為』の中に、どれと特定することはできないが、結果との間に因果関係を有する行為が必ず含まれている」という趣旨で、『一連の実行行為』が結果との間に因果関係を有する」という表現をするのである¹²。

こうした理解によると、冒頭に挙げた「不確定型」事案は、次のように説明されることになる。すなわち、——3 発の殴打行為を「一連の暴行」として一体化し、それを 1 個の単位としてとらえるなら、なるほど、「一連の暴行」が傷害結果との間に因果関係を有すると記述することはできる。しかし、それは、そこに含まれる 3 発の殴打行為のすべてが傷害結果との間に因果関係をもつことを意味するわけではない。ただ、「一連の暴行」と記述される行為者の行為の中に、具体的にどの部分と特定することはできないが、傷害結果との間に因果関係を有する行為が必ず含まれている、というにすぎない。その意味で、ここでの「一連の暴行」は、それ自体が傷害結果を帰属されるべき対象であるわけではなく、あくまで、「この中に、傷害結果を帰属されるべき行為者の行為が含まれている」という「範囲」（以下、カギカッコ付きで「範囲」と表記する場合には、このような意味であるものとする）を画する概念であるにすぎない——と。全体的把握説をこのような形で再構成すれば、すでに

¹² あるいは、従来の実務・学説も、表現の仕方はともかく、実際にはこのように考えてきたのかもしれない。特に、判例は、因果関係の認定に際して相当に厳密な分析を行っており（最近のものに限っても、たとえば、前掲のクロロホルム事件決定、同じく量的過剰に関する平成 20 年決定、また、やはり過剰防衛に関する最決平成 21 年 2 月 24 日〔刑集 63 卷 2 号 1 頁〕、共犯者らによる一連の暴行の途中から参加した者が、いつの時点で発生したのか特定できない傷害結果につき責任を負うのかが問題となった最決平成 24 年 11 月 6 日〔刑集 66 卷 11 号 1281 頁〕など）、暗黙のうちに、筆者が「再構成」したような形の全体的把握説を採ってきたのではないかとも思われる。

批判を加えたような、「ない」はずの因果関係を「ある」ことにするという錬金術的な説明をする必要はない。

また、具体的帰結の点でも、先述のような問題は生じない。

まず、「確定型」事案において、たとえ、実行行為の把握の場面で3発の殴打行為全体が「一連の暴行」と評価されても、それによって、傷害結果の発生に寄与していないことが明らかかな2発目・3発目についてまで因果関係が認められることにはならない。傷害結果との間に因果関係を有する行為が含まれ得る「範囲」は、「1発目」と記述される行為者の挙動・態度に限定され、2発目・3発目はそこから除外されることになるからである。(なお、この場合、3発をまとめて「一連の暴行」とした上、それが「範囲」であると記述しても、誤りとはいえない。しかし、「不確定型」事案とは異なり、1発目のみが「範囲」たり得ることが認定できているのだから、さらに厳密・正確な記述が可能である〔前掲注11の「毒入りコーヒー」の比喩を想起されたい〕。そうであるならば、「訴因を明示するには、できる限り……罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない」とする刑訴法256条3項の趣旨に鑑み、1発目のみが「範囲」であるとして、犯罪事実の特定を図るべきことになるう)。

さらに、「一連の実行行為」とされる複数行為の一部にだけ阻却事由等が付着している場合の処理も、妥当なものとなる。再び、前掲の平成20年最決の事案を見てみよう。ここでは、第1行為のみが致命傷に形成に寄与したことが確定されているから、構成要件段階で、第1行為(として記述される行為者の挙動)の中に死の結果との間に因果関係を有する行為が含まれている、との判断がなされる。つまり、第1行為だけが「範囲」であって、第2行為はそこから除外される(暴行罪の構成要件に該当するにとどまる)。そして、違法性段階へ進むと、第1行為は正当防衛として違法性阻却されるから、その中に含まれているはずの、死の結果の発生に寄与した行為も違法性阻却され、第2行為のみが違法性を肯定される。したがって、結論としては、第2行為のみが暴行罪として処罰されることになる。

これに対して、仮に、この事案が、死因たる傷害が第1行為から生じたのか第2行為から生じたのか両者が相まって生じたのかが不明な「不確定型」事案であったとしよう。まず、構成要件段階では、第1行為と第2行為を合わせた「一連の実行行為」の中のどこかに死の結果の発生に寄与した部分が含まれているとの判断がなされる。つまり、「一連の実行行為」全体が「範囲」であるとされるのである。ところが、違法性段階へ進むと、第1行為は正当防衛として違法性阻却される。そうすると、利益原則に従って、違法性阻却される第1行為の中のどこかに死の結果の発生に寄与した部分が含まれている(つまり第1行為のみが「範囲」である)、という判断をすべきことになる。したがって、結局は、死の結果の発生に寄与した部分を含まない第2行為だけが違法性を認められ、暴行罪として処罰されるのである。

2 「その行為者の」行為に対する結果帰属という視点

大久保隆志は、「不確定型」事案に関して、「仮に、一方に起因すれば彼〔※引用者注：行為者〕に帰属するが他方に起因すれば帰属しないのであれば、択一的認定は許されない。しかし、そうではなく、いずれにしても彼に帰属するという最も重要な部分については疑いが

なく、そのいずれであるかが特定できないに過ぎない」¹³とした上、「彼が犯人であるとの揺るぎない確信に至ることができた以上、彼の行為は『人を殺した』という犯罪構成要件を完全に充足するのであって、そうであれば、構成要件内部の細目である因果の経過について詳細な認定がなくても、彼が殺人既遂の犯人であるという確信を揺るがすことはないように思われる」¹⁴（傍点引用者）という。

筆者もこれに賛成である。ある行為者の連続する挙動・態度のうち、「どの行為が」結果に寄与したかが特定できないからといって、ただちに、「その行為者（の行為）に」結果発生に対する責任を問えないということにはならない。犯罪の成否の判断が被告人に対する刑罰権行使の可否を検討するための前提作業であるならば、犯罪の成立要件としての因果関係も、究極的には、その被告人に結果の発生に対する責任を問うことができるか、換言すれば、結果発生を根拠としてその被告人に対し刑罰権を行使することができるか、という観点から判断されるべきものであって、行為と結果との結びつきの有無を細かく分析・説明することそれ自体が目的であるわけではない（ただし、当然ながら、刑罰権の行使に当たってはその可否だけでなく程度も問題になるから、すでに全体的把握説への批判として述べたように〔前出第2の1〕、一部でも結果の発生に寄与した部分を含んでおりさえすれば「一連の実行行為」全体に広く結果を帰属させてよい、ということにはならない。それは利益原則に反するであろう）。藤木英雄は、因果関係という概念を、「被害惹起が当該行為者のしわざであるという関係を、行為と結果との因果関係という。この関係が肯定されたとき、行為者は、『加害者』として、生ぜしめた害悪に対する刑事上の責任の有無についてさらに吟味を加えられることになるのである」¹⁵（傍点引用者）と説明しているが、このようなコンテキストにおいて見ると、示唆に富むものといえよう。

このことを、複数の行為者が関与するケースと、1人の行為者が複数の行為を行ったケースとを対比することで、より明らかにしたい。

たとえば、「甲は、Vを殺害しようと考え、Vが飲む予定のワインのグラスに致死量の毒薬Pを混入した（第1行為）。その後、乙が、甲とはまったく独立に、甲と同じことを行った（第2行為）。Vは毒薬Pの入ったワインを飲んで死亡した。毒薬Pは、致死量が体内に摂取された時点で人間を即死させる効用をもっている。Vは、ワインに混入されたもののうち、致死量の毒薬Pを体内に摂取した時点で即死したのであるが、それが、甲又は乙のいずれか一方が混入したのみであるのか、あるいは、両者が混入したものを一部ずつ含んでいるのかは、特定できない」という場合を考えてみよう。まず、第1・第2両行為が死の結果の発生に寄与した可能性もあるが、そうでない可能性も残されている以上、利益原則により、いずれか一方のみが死の結果に寄与したものと解することになるであろう。ここで、第1行為と第2行為はそれぞれ別の行為者によるものであるから、「いずれか一方が寄与した」として、不特定のままにしておくことはできない。しかし、いずれか一方に特定すれば、やはり利益原則との抵触が生じてしまう。第1行為のみが寄与したものであるとすれば、

¹³ 大久保隆志「『一連の行為』と訴訟的評価」刑法雑誌50巻1号（2010年）98頁。

¹⁴ 大久保・前掲注13・100頁。

¹⁵ 藤木英雄『刑法講義・総論〔オンデマンド版〕』（弘文堂、2003年）96頁。

甲は、乙による第2行為のみが結果に寄与した合理的な疑いがあると主張するであろうし、逆もまた然りといえるからである。したがって、結論としては、第1行為にも第2行為にも——つまり、甲にも乙にも——死の結果に対する責任を問うことはできない¹⁶。

これに対し、上記の例を改変して、「甲が、第1行為を行った後、念のため第2行為をも行った」とした場合どうか。利益原則により、第1・第2行為のいずれか一方のみが死の結果の発生に寄与したものと認定すべきことに変わりはない¹⁷。しかし、甲・乙両名が関与した場合は異なり、いずれの行為が寄与したのであれ、責任を負うのは甲である。そうであるとすれば、「いずれか一方が寄与した」と不特定のままにしておいても、一方が殺人未遂罪、他方が殺人既遂罪となり、両行為は殺人既遂罪一罪として包括的に処断される、という結論を導くことは可能である。

このように、同一の行為者が「一連の実行行為」と把握され得るような複数の行為をした場合、少なくともそのうち一部が結果の発生に寄与したことさえ認定できれば、それ以上の特定はできずとも、その行為者に結果の発生に対する責任を問うことは可能である。因果関係の判断としてはそれをもって足るというべきであろう¹⁸。

3 小括

以上の考察をふまえて、「不確定型」事案に関する私見をまとめておく。

まず、複数行為が「一連の実行行為」と把握され、当該「一連の実行行為」を全体として見れば結果の発生に寄与したことが確実であるといえても、ただちに、そこに含まれる複数行為のすべてが結果との間に因果関係を有することになるわけではない。しかし、少なくとも行為者の行為のうち一部が結果の発生に寄与したことは確実であるから、具体的にどの部分が寄与したのかが確定できなくても、彼が結果の発生について責任を免れることはない。因果関係の判断は、ある行為者につき結果の発生に対する責任を問い得るか否かを決す

¹⁶ 同時傷害の特例（207条）は、まさに、このことをふまえた「特例」である。

¹⁷ この点につき、共犯の場合との均衡という観点から疑問を呈する向きがあるかもしれない。すなわち、——甲・乙が共犯関係にある場合には、各人の行為と結果との間の因果関係をいちいち特定しなくても、両名ともに結果の発生につき当然に責任を負うことになるのだから（いわゆる「一部実行、全部責任」）、1人ですべての行為を行った場合にはなおさらそのように考えるべきではないか、後者の場合にだけそのような特定を要求するのは均衡を失するのではないかと。しかし、「自ら直接に手を下して生じさせたものでない結果については、共犯者の行為を通じて間接的に因果性を及ぼしたことを理由として初めて責任を問い得る（その意味で、あくまで個人責任であって団体責任ではない）」という通説的な理解を前提とすれば、共犯の場合であれ、本来は、自ら手を下したことで結果を生じさせたのか、共犯者を介して間接的に結果に寄与したのかが問題とされなければならないのではないだろうか（両者の間に犯情の違いによる量刑上の有利・不利があるとすれば、なおさらである）。そうであるとすれば、「共犯の場合には特定は不要」という前提自体に疑問が生じることになる。

¹⁸ 椎橋隆幸「択一的認定」荒木友雄編『刑事裁判実務大系第5巻 交通事故』（青林書院、1990年）295頁以下は、「同一行為者の連続する過失行為のうち、いずれかが結果との間に因果関係を有することは確実であるが、それ以上の特定はできない」というケースについて、「被告人の過失により、当該結果を引き起こしたことは確実であるのに、被害者が死亡したとか、目撃者がいない等の偶然の事情によって有罪・無罪が左右されてしまう」のは不当であるとする。筆者の理解と同じ方向性を示すものといえよう（ただし、椎橋が故意行為の場合にまで択一的認定を認める趣旨であるかは明らかではない）。

るためのものであり、それに必要な範囲を超えて、行為と結果との関係を究明するものではないからである。したがって、『一連の実行行為』のうち、どの部分とは特定できないが、いずれかの部分が結果の発生に寄与した」という一種の（概括的ないし不特定の）択一的認定に基づき、行為者に対し当該結果の発生について責任を問うことができる。

このように考えると、「一連の実行行為」の中には、結果との間に因果関係を有する部分とそうでない部分が区別できないままに併存することになる。そして、因果関係を有する部分は結果の帰属を要素とする犯罪に、そうでない部分は結果の帰属を要素としない犯罪にそれぞれ該当することとなり、両者は、結果の帰属を要素とする犯罪の罰条の1回の適用によって包括的に処断される。たとえば、前出の毒薬混入事例でいうと、第1行為及び第2行為のうちどこかに殺人既遂罪に当たる行為が含まれており、それ以外の部分は殺人未遂罪に当たることになるところ、その全体が殺人既遂罪一罪として包括的に評価されるのである。

第3章 「一連の行為」と故意

第1 はじめに

1 早すぎた結果発生と「一連の故意」

いわゆるクロロホルム事件において、最高裁は、「実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてV〔※引用者注：被害者〕を失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為〔※引用者注：被害者を自動車ごと海中へ突き落とす行為〕の前の時点でVが第1行為〔※引用者注：被害者にクロロホルムを吸引させる行為〕により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはな¹い、と述べ、殺人既遂罪の成立を認めた（最決平成16年3月22日〔刑集58巻3号187頁〕）。

この判示の理解については諸説あるが、調査官は、「本決定は、その判文（「一連の殺人行為」）からも明らかであるように、第1行為と第2行為を1個の実行行為と評価したもの¹であり、「第1行為によって被害者が死亡する可能性があったとの認識を有していなかったとはいえ、第1行為を開始した時点で、上記の一連の殺人行為（実行行為）により被害者を殺害するという意思を有していたことは明らかであり、殺人の故意としては、これで十分であると考えられる²と説明している。

この事件で、第1行為によりすでに被害者が死亡していたとすると³、いわゆる早すぎた結果発生の問題となる⁴。ここで、第1行為のみを対象とした故意を想定するなら、被告人らは第1行為自体により被害者を殺害するつもりはなかったのであるから、殺人（既遂）の故意を認めてよいのか、という疑問が生じ得る。しかし、最高裁は、第1行為と第2行為を全体として「1個の実行行為」と把握した上、被告人らが第1行為を開始する時点でそうした「1個の実行行為」により被害者を殺害する意思を有していたことを理由に、第1行為と第2行為を包括的に対象とする故意（本章では、以下、これを「一連の故意」と呼ぶ⁵）を觀念し、殺人既遂罪の成立を認めたものと思われる⁶（本章では、以下、早すぎた結果発生

¹ 平木正洋「判解」『平成16年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2007年）175頁。

² 平木・前掲注1・181頁。

³ 被害者がいつ死亡したかが不明とされているところ、少なくとも故意の判断に関しては第1行為によってすでに死亡していたとする方が被告人らに有利であるから、本決定もこうした認定を前提としたものと解される。

⁴ 本章では、行為者が第1行為（着手未遂の成立は認められるが、行為者の計画によればいまだ準備段階にとどまる行為）と第2行為（行為者の計画によれば直接的に法益侵害結果を惹起することになる行為）を経て結果を惹起しようと計画し、第1行為に及んだところ、予定より早くその時点で結果が生じてしまった、というケースを想定する。なお、以下で「第1行為」「第2行為」という場合は、特にことわらない限りこうした意味であることをご承知おきいただきたい。

⁵ この用語は、小野晃正「早すぎた結果発生と実行行為」阪大法学60巻1号（2010年）175頁からお借りした。

⁶ 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第4版、2008年）195頁も、本決定を、「被害者の死亡という構成要件的结果の発生に関して、第1行為と第2行為との密接な関連性から、両者を一体化した殺害行為についての構成要件の故意を認めたものといえよう」と分

の場合にこうした理論構成により故意既遂犯の成立を認める見解を「一連の故意説」と総称する)。

学説上も、同様の発想に基づくと思われる見解がある。たとえば、佐伯仁志は、「最終行為と前段階の行為が接着し密接に関連するものであれば、前段階の行為時に『一連の行為の認識』が認められ故意犯が成立しうる、ということではないであろうか」⁷とする。また、山口厚は、第1行為の時点では「行為者は結果惹起に必要な行為をなしたと考えていない以上、結果発生についての現実的認識・予見はいまだ認められ」⁸ないから、故意既遂犯の成立を認めることは疑問である、としつつ、「もっとも、当初の犯行計画に基づき予定され、密接な関係において行為者自身により遂行される一連の行為については、それらを実質的に一体のものとして把握することが可能な限りにおいて、そうした一連の行為を開始する段階ですでに故意を認め」⁹、故意既遂犯の成立を肯定することも不可能ではないのであり、その場合には、「実行行為の拡張に伴って、故意も拡張されることになる」¹⁰と説明している。これらの見解にいう「一連の行為の認識」や「実行行為の拡張に伴う故意の拡張」は、一連の故意のイメージを表現したものといえよう¹¹。

2 一連の故意説の意義

早すぎた結果発生の場合、第1行為のみを対象として故意の判断を行うと、着手未遂に当たる行為についての故意をどのように評価すべきか、という問題が生じる。実際、そのような故意でも既遂犯の成立を認めるに足る、とする見解¹²がある一方、いまだ着手未遂段階にとどまる第1行為は未遂犯の構成要件該当行為であるにすぎず、それを対象とする故意は未遂犯のそれにとどまる¹³、とか、(未遂犯と既遂犯とで実行行為に違いはないが)既遂犯の故意を認めるためには「止めを刺す」ことを認識していなければならない¹⁴、などとして、未遂説も有力に主張されているのである¹⁵。

析している。

⁷ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)280頁。

⁸ 山口厚『刑法総論』(有斐閣、第3版、2016年)@@頁。

⁹ 山口・前掲注8・@@頁。

¹⁰ 山口・前掲注8・@@頁。

¹¹ 実務家からも同旨の主張がなされている。たとえば、山元裕史「判批」警察学論集61巻8号(2008年)205頁は、「一連の行為の一部である第2行為によって殺害の結果が発生することを認識・認容している以上は、このような実行行為を開始した時点において、当該実行行為によって殺害という結果が発生することを認識・認容しているといえることになる」とする。

¹² 安田拓人「判批」『平成16年度重要判例解説』(有斐閣、2005年)158頁、西田典之『刑法総論』(弘文堂、第2版、2010年)229頁など。

¹³ 林幹人「早過ぎた結果の発生」判例時報1869号(2004年)6頁。

¹⁴ 高橋則夫『刑法総論』(成文堂、第3版、2016年)@@頁。

¹⁵ そのほか、理論構成はさまざまであるが、(少なくとも一定の場合には)未遂にとどめるべきであるとするものとして、町野朔「因果関係論と錯誤理論」北海学園大学法学研究29巻1号(1993年)229頁以下、宮川基「条件付故意について」法学63巻4号(1999年)70頁以下、西村秀二「早まった結果惹起について」富大経済論集46巻3号(2001年)115頁以下、石井徹哉「いわゆる早過ぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌15巻1・2号(2002年)30頁以下、清水晴生「実行行為性の認識に関する符合判断について」白鷗法学24号(2004年)58頁以下、山口厚「実行の着手と既遂」法学教室293

これに対し、一連の故意説によれば、こうした議論を経ずに故意既遂犯の成立を認めることができる。同説においては、「第1行為+第2行為という『1個の実行行為』により直接に結果を惹起する意思」としての一連の故意が認められ、たとえば、銃を1発だけ撃ってただちに人を殺そうとする場合と同じ処理が可能だからである。一連の故意説の意義は、このように、シンプルな理論構成により故意既遂犯という結論を導き得る点に求められる。

3 一連の故意説への疑問

もっとも、一連の故意説に対しては、責任主義との関係で疑問が生じ得る。

一般に、故意の有無は実行行為を開始する時点で判断すべきものとされる¹⁶。(実行)行為と故意の同時存在の原則である。すでに見たように、一連の故意説は、第1行為と第2行為をまとめて1個の実行行為と把握することを前提とするから、それに対応する一連の故意を認めても同時存在原則に反してはいないようにも思われる。実行行為と故意の「一対一」の対応関係が維持されており、かつ、実行行為の開始時点で故意が観念されている限り、同時存在の要請は充足されている、と考えるのである¹⁷。

しかし、こうした条件さえ備わっていればよいとすると、着手の時期が早まるに従って故意は「拡張」され、その内容は抽象化・希薄化する。特に、行為者の計画が重視され比較的早い段階で着手が認められる場合には、実質的に見て、単なる「犯意」や「犯行計画」と「故意」との境界は不明確になってゆくであろう¹⁸。そこには、「広範に実行行為をとらえながらも、故意を実行行為の認識として『一連の殺害行為』の認識という形で一般化したものとするため、客観的な行為・結果と責任との実質的な関連性が希薄化してしまい、処罰範囲が拡大することになる」¹⁹との懸念が生じる。

あるいは、一連の故意説の背景には、複数行為が(全体として1個の実行行為と把握されるほど)密接に結びついている場合、それらは「社会的に1つのエピソード」²⁰であるから、その全体を覆う1個の法的評価を与えなければならず、「第1行為に関する故意」とか「第2行為に関する故意」とかいった分析的な評価を行うべきではない、との発想があるのかもしれない。事案の構造に対する自然なイメージを法的評価にも反映させるべきであ

号(2005年)109頁以下、松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂、第5版、2017年)@@頁、松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現」同編『刑法の判例〔総論〕』(成文堂、2011年)184頁以下など。

¹⁶ 佐伯・前掲注7・248頁。

¹⁷ 山元・前掲注11・205頁。

¹⁸ 佐久間修「実行行為と故意の概念」法曹時報57巻12号(2005年)21頁は、「実行行為と故意の関係は、まさしく実行の着手から既遂に至る因果事象を、犯人の意思が全体として支配したことで足りる。すなわち、構成要件の故意とは、個々の身体活動を直接に動かす機械的意思ではなく、実行行為を含む因果的事象の契機となるべきものである」とする。しかし、故意が因果的事象を支配する契機であればよいとすると、その基点を実行の着手に求めることさえ不要になりはしないだろうか。松原・前掲注15・186頁の「その後引鉄を引いて殺害するという『目的』は、予備にも共通するものであって、既遂の故意を基礎付けるのに十分なものではない」との指摘が妥当と思われる。

¹⁹ 石井徹哉「判批」現代刑事法42号(2002年)93頁。同旨、清水・前掲注15・58頁。

²⁰ 永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系(30)』(新日本法規出版、2000年)134頁。

る、との志向は重要であるが、そのみでは、単なる感覚論と紙一重であり、「悪しき全体的考察」²¹に陥るおそれも否定しがたい。

いずれにせよ、一連の実行行為を想定できればそれに対応する形でただちに一連の故意を認めてよい、という形式的な思考には、にわかに賛同しがたい。「第1行為と第2行為を全体として1個の実行行為と把握できるか」という問題は、両行為をある構成要件の成立上一罪の範囲に収まるものとして包括的に評価できるか——換言すれば、第1行為の時点で実行の着手が認められ、かつ、第2行為に至るまでの経過を成立上一罪として包摂することができるか——という観点から、これに対して、「第1行為の時点で一連の故意を肯定できるか」という問題は、責任主義に抵触しない範囲でどこまで故意を「拡張」できるのか、という観点から、それぞれ独立に検討する必要があるのであって、両者は必ずしも直結ないし連動するものではないと思われるからである²²。

本章では、以下、一連の故意説の実質的根拠²³を模索し、それが責任主義に適うものであるのかを検討してゆく²⁴。

第2 一連の故意説の再構成

1 実行の着手と行為者における翻意可能性

一連の故意を認めるということは、第1行為の時点で、(第1行為のみならず)第2行為

²¹ 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(成文堂、2007年)62頁。

²² 自然的・事実に観察すれば1個の行為しかないと考えられる場面(たとえば、「銃を1発撃つ」という場面)においては、(責任評価の対象としての)意思決定は行為の開始時における1個のみと考えられるから、端的にその時点を故意判断の基準時とすればよく、特に問題は生じない。これに対し、自然的・事実に複数と見られる行為が実行行為としては1個と評価される場合、同時に意思決定も1個といってよいのが問題となり、故意判断の基準時を意識的に選定する必要が生じるのである。

²³ なお、実行の着手の段階を突破した者には既遂結果発生リスクを負わせるべきである、という「実質論」に基づいて一連の故意説を支持する向きもある(島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌45巻2号〔2005年〕234頁、中森喜彦「実行行為の概念について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 上巻』〔成文堂、2007年〕195頁以下など)。その背後には、人は外界の事象を完全に統御することができないから、行為と故意の同時存在を徹底して要求すると故意既遂犯としての妥当な処罰範囲を確保できなくなる、という価値判断が控えており、共感するところもある。しかし、そこではさらに、実行の着手の段階の突破という客観的要素が存在することによりなぜ結果について故意責任を問うことができるのか、その根拠が示される必要がある。さもなければ、一連の故意説は、「実行の着手の段階にまで至ったのだから、その先に起きたことについては故意既遂犯として処罰されても文句をいうな」という、生の処罰感情論に陥りかねない。

²⁴ 佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究63号(2004年)244頁は、一連の故意説につき、「実行の着手が認められる以上『一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げなかった』といえるのであり、一連の構成要件実現行為の開始時に故意が存在しているという意味で構成要件実現行為と故意が『同時存在』しているのだと通説が説明した場合、これを形式的な『同時存在の原則』違反だとして批判することはできないように思われるのである。したがって、通説の考え方が妥当であるかについては、このような行為の抽象化の限界を未遂の開始の有無に置くことに根拠があるのかという実質的な観点からの検討が必要であるように思われる」とする。「行為の抽象化」か「故意の抽象化」か、という視点の違いこそあるものの、筆者と同様の問題意識といえよう。

に関する故意をも肯定する、ということである。これを正当化できるかは、結局のところ、第2行為を対象とする故意の判断の基準時を早くも第1行為の時点に求めることができるか否かにかかっている。

故意とは、刑法の設定する行為規範に直面しながら、あえてそれを突破しようとする心理状態であるとされる。つまり、行為規範（違反）と故意とは、同一時点においてワンセットになるべきものである。そうであるとすれば、故意の判断の基準時は、どの時点で行為規範が向けられているかにより決せられるべきであり、それ以外の時点で故意を認めることは行為と故意の同時存在の原則に反することになる。

刑法は、行為者が法的に許されない危険を伴う行為に及ぼうとする際、そこに禁止又は命令を向け、その意思に働きかけることで、法益侵害結果の発生を回避しようとする²⁵。刑法の法益保護機能は、こうした行為者の行動コントロール、すなわち、犯罪行為の抑止によって発揮される。

刑法が「働きかけ」を行うためには、①法益保護のために必要があること、すなわち、行為者が法的に許されない危険を伴う行為に及ぼうとしていること（いわば抑止の必要性）に加え、②行為者の行動コントロールの可能性があること、すなわち、行為者が刑法の「働きかけ」に応じるであろうと合理的に期待できること（いわば抑止の可能性）が要求される。必要もないのにむやみに禁止・命令を向けることは刑法の謙抑性の観点から許されないし、仮に必要性が認められたとしても、行為者の行動コントロールの可能性が乏しい状態で「働きかけ」を行うことには意味がないからである。

そうであるとすると、刑法上、責任評価の対象とすべき意思決定とは、こうした「働きかけ」の対象にほかならない。それゆえ、抑止の必要性があることを前提として、さらに、刑法が「働きかけ」を行うべく介入するためのスペース（間隙）としての意思決定を観念することができるなら、そこで抑止の可能性が肯定され、行為者に対する禁止・命令が発動する——すなわち、行為規範が向けられる——のである。

こうした理解を前提に、改めて一連の故意説を分析してみよう。

実行の着手は、（陰謀や予備が処罰される、ごく限られた場合を除けば）可罰・不可罰の分水嶺である。実行の着手が肯定されるのは、犯行の流れの中でもかなり核心に近づいた段階であるといつてよい。そうすると、そのような段階まで進んでしまった者はまさに「ルビコンを渡り始めた」²⁶のであり、その後に翻意して犯行を中止することは期待しがたい²⁷、という見方が可能であろう²⁸。

²⁵ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）6頁。なお、こうした前提自体は、行為無価値論はもちろん、結果無価値論においても共有され得るであろう。この点につき、松原芳博「犯罪結果と刑法規範」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002年）331頁、西田・前掲注12・31頁及び127頁。

²⁶ 島田・前掲注23・234頁。

²⁷ なお、これは処罰規定による働きかけについての話である。中止未遂規定（43条ただし書き）による大きな「恩典」を伴う「働きかけ」なら「ルビコンを渡り始めた」者に対してもなお翻意を促すことができる、と考えることは十分に可能であろう。

²⁸ 山元・前掲注11・204頁が「自己の行為が予定されていたとしても、当初の行為によってその後に予定されている自己の行為が容易となり、それに及ぶことに対する特段の障害

第1行為の終了後はもはや翻意を期待できない、換言すれば、「働きかけ」を行う機会は第1行為の時点のみである、と考えるなら、刑法としては、第2行為によって惹起されることが予測される最終的な結果の発生を防止するために、第1行為の時点で、「第1行為及び第2行為をするなかれ」という行為規範を向けるほかはない。そして、故意の内容はその時点で向けられている行為規範の内容に対応するものであるから、行為者がこうした行為規範に直面しながらこれを突破した場合には、そこに、第1行為及び第2行為を行うという故意、すなわち、一連の故意を認めることができる。

2 一連の故意を認める場合の留意点

このような形で一連の故意説を基礎づける場合、次の点に留意する必要がある。

(1) 「早すぎない」結果発生の場合との対比

一連の故意説は、主として、早すぎた結果発生の場合で故意既遂犯の成立を認めるために主張されている。では、行為者の計画どおり第1行為と第2行為を経て初めて結果が惹起された場合はどうだろうか。

多くの論者は、第2行為のみを実行行為として取り上げ、その時点で、第2行為のみを対象として故意の有無を判断するであろう。しかし、実行の着手という「ルビコン」を渡ってしまった者がその後に翻意することは期待できない、と考える場合、こうした処理は不可能になる。なぜなら、第2行為の時点ではもはや行為者が「働きかけ」に応じることが期待できない以上、刑法がそこに行為規範を向けることはなく、したがって、故意を観念する前提を欠くからである²⁹。したがって、早すぎた結果発生の場合に一連の故意説を主張するのであれば、「早すぎない」結果発生の場合にも、第1行為と第2行為を全体として1個の実行行為と把握した上、第1行為の時点で一連の故意の有無を判断すべきことになる。

しかし、もともと、着手未遂という概念が認められ、未遂犯の処罰時期が定型的な構成要件該当行為の開始時点よりも前倒しされたのは、着手未遂段階と実行未遂段階の2度にわたってストップをかけることにより法益保護を厚からしめようとの意図からであったと解されるところ³⁰、一連の故意を認めるということは、着手の時点で1度だけ「働きかけ」を

もなく、当初の行為とその後の行為とが時間的場所的に近接していると言える場合には、自己の行為による規範的障害があるというよりも、むしろ当初の行為によって自己の行為に及ぶことが自動化、不可避化され……たと評価し得る場合も存するように解されるとするのは、こうしたイメージをよく表すものである。

²⁹ なお、これは、第1行為終了後の経過が行為者の予定どおりであった場合の話である。第1行為の時点で「行為者が計画どおりに行動したとすれば第2故意の時点で翻意することは期待しがたい」との予測がなされ、「第1行為及び第2行為をするなかれ」という行為規範が設定されたなら、その後の経過が予測どおりのものであった場合には、第2行為の時点で改めて行為規範が向けられることはない。なぜなら、そこで改めて行為規範を向けることは、第1行為の時点と第2行為の時点とで状況が変わっていないにもかかわらず、翻意可能性に関し矛盾した判断を行うことを意味するからである。一方、第1行為の終了後に当初の予定には織り込まれていなかった事態が発生した場合には、そこで改めて行為規範が向けられることがあり得る。前提状況が変わっている以上、翻意可能性につき異なる判断をしても矛盾ではないからである。

³⁰ 松原・前掲注15・187頁は、このことを、「未遂犯はあくまで例外的な処罰拡張事由であることからすれば、本来的な禁止規範は、直接結果惹起に向けられた(本来的)実行行

行う（「一発勝負」に賭ける）ということであるから、こうした趣旨は全うされなくなる。

(2) 行為者が現に翻意した場合の処理

早すぎた結果発生をめぐる議論においては、通常、結果の発生まで行為者が犯意を放棄していないケースが想定されているように思われる。では、第1行為の後に行為者が犯意を放棄したが、何らかの経緯で結果が発生してしまった、という場合はどうか。一連の故意説によれば、第1行為の時点で一連の故意が認められるのだから、第1行為と結果との間に因果関係が肯定される限り常に故意既遂犯が成立することになるだろうが、この結論に違和感はないだろうか³¹。

早すぎた結果発生の場合において、行為者がいまだ犯行を完遂したとはいえないにもかかわらず故意既遂犯の成立を認めるべきであるとする主張の背後には、行為者は望んだ結果を予定より少し早く得ただけであるのに、なぜ罪責を制限しなければならないのか、という素朴な感覚があるように思われる。もし上記の犯意放棄事例で故意既遂犯を成立させることに違和感があるとすれば、そこにはこうした感覚が妥当しないからであろう³²。

一連の故意を認めるべきか否かは行為者が第1行為に及ぼうとする時点で決すべきことであるから、その後の経過——第1行為からただちに結果が発生するか、翻意後に何らかの事情で結果が発生するか——は、これに影響を及ぼさなければならずである。逆にいえば、一連の故意を認めることは、（第1行為と結果との間に因果関係さえ認められれば）その後の経過にかかわらず故意既遂犯の成立を認めてよい、との価値判断を含んでいることになる。

第3 私見

これまでの考察から、一連の故意説の構造ないし意味と、その採用に伴い留意すべきポイントが明らかになった。以下ではこれらをふまえて私見を述べる。

1 実行の着手の位置づけ

そもそも、「実行の着手の段階を突破した者がその後に翻意することは期待できない」というテーゼは、常に妥当するものなのであろうか。

すでに述べたように、刑法は、法益の保護という目的のため、人の意思に働きかけることで法益侵害行為を抑止しようとするものである。そして、法益の保護を充実させようとするのであれば、「働きかけ」はできるだけ頻繁に行われなければならない³³。ひるがえって、第1行為の時点で一連の故意を認めるということは、その時点をもって刑法（そのうち処罰規定³⁴）による介入のラストチャンスとみなすこと、換言すれば、仮に行為者が第2行為にま

為の完了をもって突破されたと考えるべきではないだろうか」と表現する。

³¹ 林・前掲注13・6頁。

³² 一方、実行行為終了後に翻意したが中止行為に失敗して結果が発生した場合は、行為者がすでに犯行を完遂しているといえるため、（たとえ最終的には行為者の望まない結果が生じたといえるにしても）故意既遂犯の成立を認めることにそれほどの抵抗はないと思われる（実際、札幌地判平成19年8月31日〔LEX/DB28135425〕は、こうしたケースで故意既遂犯の成立を認めている）。

³³ 野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984年）は、犯罪の進行過程に応じて段階的に行為規範を設定し法益保護を図るという基本的立場を提示する。

³⁴ 実行の着手の一線が突破された後は中止未遂規定の守備範囲であり、刑法は決して法益

で至った場合には、彼が直接的な法益侵害行為に及ぶのを拱手傍観しているという事態の承認を意味する。それは、法益の保護という観点からは望ましいことではない。

このように考えると、上記のテーゼは安易に肯定されてはなるまい。翻意可能性の判断が刑法による介入の機会の肯否の判断と論理的に結びついていることを念頭に置いていなければならないのである。

実行の着手は、確かに、予備以前の段階に比べれば可罰・不可罰の分水嶺として重要な意義を有しているが、その反面、直接的な法益侵害行為である実行行為との関係ではなお「準備段階」にとどまっている³⁵。実行の着手に及ぶことは、「ルビコンを渡り始めた」ことにはなっても、「ルビコンを渡り切った」ことまでを意味するわけではない（着手未遂と実行未遂を区別するということは、いわば、ルビコンの「川幅」を観念することである）。いまだ準備段階にとどまる着手未遂の段階を突破した者も、法益侵害結果との関係で真に決定的な位置にある——それをしてしまえば、後はもう結果が発生してしまうという——実行未遂の段階のハードルの前に立てば、多かれ少なかれ、新たな、そしてこれまでよりも格段に強い心理的抵抗を感じると考えるのがむしろ自然ではなかろうか。

そうであるとすれば、刑法は、その機会をとらえて改めての「働きかけ」を行うことができなにかを慎重に検討すべきであろう。少なくとも、着手未遂の段階が突破されてしまえば常にその後の「働きかけ」を放棄するという態度をとるべきではないように思われる³⁶。

2 判断の指針

第1行為の時点で一連の故意を認め得るかは、その後、第2行為の時点で行為者が翻意することが合理的に期待できるか、という予測的判断にかかっている³⁷。そして、この判断は、実行の着手の有無という基準のみによって形式的・画一的になし得るものではない。なぜなら、すでに述べたとおり、実行の着手は、予備以前との関係では決定的な一線であると

保護を断念しているわけではない、と考えることはできる（前掲注27を参照）。しかし、処罰規定の作用が及ばないという点では、やはり法益保護の作用が弱まることを認めざるを得まい。処罰規定と中止未遂規定が共に作用する（犯行を継続すればより重く処罰されるが、犯行を中止すればそれ以上重く処罰されないだけでなく特別な「恩典」まで与えられる）状態こそ、法益保護に最も厚いのである。

³⁵ 山口・前掲注15・111頁は、この点を強調し、着手未遂は政策的に未遂の処罰時期を前倒ししたものであるにすぎず、これを構成要件該当行為（実行行為）の一部として扱うことはできない、とする。ここでは、着手未遂は、本来的には予備に近い性質のものとしてイメージされているといえよう。

³⁶ このように考えれば、第3の2(1)で指摘した問題につき一定の対応が可能になる。すなわち、刑法は、原則的には第1行為・第2行為のそれぞれの時点で「働きかけ」を行う「二段構え」の態勢をとるが、第2行為の時点における「働きかけ」がもはや無意味であると考えられるようなやむを得ない場合に限って「二段構え」を断念し、実行の着手の時点における「一発勝負」に臨む。これは、人の意思に働きかけることで法益の保護を図るという刑法の性格から帰結される限界であるといえよう。

³⁷ 小野・前掲注5・178頁は、第1行為と第2行為とを「一連の行為」として一体化し、それに対応する「一連の故意」を認めるためには、「違法評価の次元では、両行為に向けられる禁止・命令規範が実行の着手から終了まで同一であり、しかも、一体的に違反したと評価しうる場合でなければならない」とする。私見によれば、この判断の指針が翻意可能性であるということになる。

もいえる一方、実行の段階との関係ではいまだ準備段階にとどまるという二面的な性格をもっており、そのいずれを重視するかによって翻意可能性の判断が異なり得るが、いずれを重視すべきであるかを論理的に決することはできないからである。

結局のところ、翻意可能性の判断は、具体的な事実関係に応じて個別に行うほかはないであろう³⁸。その際に考慮すべきと思われる要素の具体例を以下に挙げる。

(1) 実行の着手に至るまでの経緯

行為者が実行の着手の時点で有している犯意が強固であればあるほど、その後に彼が翻意する可能性は低くなる。したがって、実行の着手に至るまでの経緯は、行為者が実行の着手の時点で有している犯意の強さをうかがわせる要素として考慮され得る。

(2) 実行の着手の時点における行為の態様

実行の着手の時点における行為の態様は、行為者がその時点で有している犯意の強さを端的に示すものとして考慮され得る。

実質的にはほとんど実行段階の一部と評価してよいほどに着手と実行とが密接している場合³⁹はもちろん、そうでなくとも、着手と評価される行為がそれ自体として一定以上の結果惹起の危険性を有していたり、その態様が社会通念に照らして著しく異常なものであったりと、それを行う際に強い心理的抵抗を伴うものである場合には、そのような行動に及んだ者は相当に強固な犯意を有していることがうかがわれ、その後の翻意可能性は低いと考えられる（この場合は、着手段階における心理的抵抗と実行段階の心理的抵抗の程度の差が縮まるため、翻意可能性の判断に関しては、着手と実行の区別がそれほど大きな意味をもたなくなるのである）。一方、着手こそ認められるものの、その時点の行為自体はそれほど危険でも異常でもない、という場合には、その後の翻意可能性が肯定され得る。

早すぎた結果発生の場合に故意既遂犯の成立を認めない見解に対しては、具体的事例における結論の不当性を指摘する形で批判がなされることがある。たとえば、行為者が被害者をピストルで撃ち、1発目を足に、2発目を腹に、3発目を頭に命中させて3発目で殺そうと計画したが、1発目が頭に当たって即死させた⁴⁰、とか、行為者が被害者の顔を連続して水につけ、徐々に衰弱させた上20回目で窒息死させようとしていたところ、5回目で長くつけすぎたため死なせてしまった⁴¹、などという事例で、行為者がたまたま結果発生までの間に自らの行為を留保していたがため故意既遂犯の罪責を免れるのは妥当でない、という

³⁸ 橋爪隆「判批」ジュリスト1321号（2006年）238頁も、早すぎた結果発生の場合で、実行の着手後における行為者の翻意可能性を考慮し、「第1行為段階で行為者が『なすべきことの大半を行った』と評価できるか否かという観点から、事案ごとに個別に」故意既遂犯の成否を判断するという方向性を示す（なお、橋爪は、「一連の実行行為」や「一連の故意」といった説明を「厳密な理論的分析を回避するもの」と批判した上、翻意可能性が低い場合には、第1行為のみを問責対象行為として取り上げ、第2行為は「因果経過の1コマ」と位置づけるという理論構成を採っており、その点では私見と異なる）。

³⁹ 理論的・観念的には、あらゆる場合に着手と実行を区別することができる（たとえば、「一挙動で銃を1発撃つ」という場合でさえ、銃を引き抜く、構える、狙いをつけるといった動作を「着手」、引き金を引く動作を「実行」として区別することは可能である）。

⁴⁰ 佐藤・前掲注24・241頁。

⁴¹ 佐藤・前掲注24・243頁。

のである。こうした批判の基礎には、「そこまでやって人を死に至らしめたら、殺人罪の責めを負うべきではないか」⁴²という素朴な感情がある。上記の事例のように、行為者が着手の時点ですでに危険かつ著しく異常な行動に及んでいる場合は、「そこまでやって」という印象が強まるため、故意既遂犯の成立を否定することへの抵抗がいつそう大きくなるのであろう。

この点、私見によれば、たとえただちに結果を惹起するつもりはなくとも、人の身体に向けて銃を撃つとか顔を水につけるとかいった行為は強い心理的抵抗を伴うと考えられるから、その後の翻意可能性は低いと評価され、一連の故意が認められる。このように、私見からは、「そこまでやって」と強く感じられるような事例の多くにつき、一連の故意の理論構成により故意既遂犯の成立を肯定することが可能なのである⁴³。

(3) 着手から実行までの時間的懸隔の程度

たとえ実行の着手の時点においては強固な犯意を有していても、着手から実行までに時間が空けば空くほど、行為者は、純粹に自発的に、又は、何らかの外部的要因によって、犯意を揺らがせる可能性が高くなる。そうすると、着手の時点における犯意がいざ実行の段階では弱まっており、行為者が刑法の「働きかけ」に応じて翻意する、という事態を期待する余地も生じよう。一方、着手から実行までの時間が短いほど、その間に行行為者の犯意が揺らぐ可能性は乏しくなるから、翻意可能性も否定されやすくなる。

(4) 犯行継続の障害となるべき事情の介在可能性

着手から実行までの間に犯行の継続を困難にする何らかの事情が介在する可能性が高い場合には、それに伴って行為者の犯意が揺らぐ可能性も高まるから、翻意可能性が肯定されやすくなる。一方、そうした可能性が低い場合は、翻意可能性は否定されやすくなる。

3 実行の着手の判断と故意の判断の関係

私見に対しては、実行の着手の判断と一連の故意の肯否の判断とが連動し、着手が認められれば常に一連の故意を肯定すべきことになるのではないかと、との疑問があり得る。すなわち、——着手が認められる根拠が結果発生への自動性ないし確実性であるとすれば、そこでは翻意可能性が乏しいことも考慮されているであろう。そうすると、着手を肯定する前提としてすでに翻意可能性が低く見積もられていることになるため、同時に一連の故意をも肯定すべきことになるのではないかと——と。

こうした連動が一定程度認められることは事実である。しかし、それは論理必然ではないし、實際上常にそうであるわけでもない。なぜなら、着手の判断において翻意可能性は数ある考慮要素の1つにすぎないのに対し、一連の故意の肯否はもっぱら翻意可能性の評価にかかっているからである。たとえば、クロロホルム事件において、第1行為に用いられたのが危険なクロロホルムではなく無害な睡眠薬であったとしよう。無害な睡眠薬を飲ませる行為に伴う心理的抵抗は相対的に小さいため、私見によれば、第2行為の時点における翻

⁴² 高森高德「判批」研修672号(2004年)136頁。

⁴³ このように解すれば、第3の2(2)で指摘した問題についてもある程度妥当な対応をなし得よう。すなわち、私見において一連の故意が認められるのは「そこまでやって」と強く感じられる場合が多く、たとえ後に翻意したとしても、故意既遂犯の罪責を問うことがさほど酷ではないと思われるのである。

意可能性が肯定され、一連の故意は否定される。一方、無害な睡眠薬であっても、それが被害者を確実に眠らせることのできるものであれば、被害者が抵抗できない状態を作出できるという意味ではクロロホルムと同じであるから、着手を認めることは可能であろう⁴⁴（実際、クロロホルム事件の調査官解説は、たとえ第1行為に用いられたのが人体に有害なクロロホルムではなく無害な睡眠薬であったとしても、それが被害者を確実に眠らせることのできるものなら、やはり第1行為の時点で着手が認められたであろう、とする⁴⁵）。

このように、私見において、実行の着手の判断と一連の故意の肯否の判断とが常に連動しているわけではない⁴⁶。

第4 判例の検討

以上の考察をもとに、代表的な判例に検討を加える。

1 クロロホルム事件（最決平成16年3月22日〔刑集58巻3号187頁〕）

冒頭で述べたように、最高裁は、第1行為と第2行為を全体として1個の実行行為と把握し⁴⁷、その全体を対象とする一連の故意を認めることで、殺人既遂罪の成立を肯定したものと考えられる。では、最高裁は、具体的な事実関係にかかわらず、着手が認められさえすれば常にその時点において一連の故意を認める、という立場を採っているのだろうか。

この点に関し、注目されるのは、「客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった」との事情が摘示されていることである。仮に被害者が第1行為によりただちに死亡していたとすると、実行行為性の判断としては、①被告人の計画を考慮し、第1行為には着手未遂としての危険性が認められるとする、又は、②第1行為にはそれ自体として（＝クロロホルムの薬効によって）ただちに死の結果を惹起する危険性があ

⁴⁴ 実行の着手の判断は基本的に客観的危険性を基準とするものであるから、その性質上、翻意可能性という主観的事情よりも他の客観的事情の方が重視されるのは自然なことであるともいえる。たとえば、判例が間接正犯型の離隔犯事案における着手時期につき被利用行為開始時説に立っており（大判大正7年11月16日〔刑録24輯1352頁〕）、学説からも支持されているのは、その端的な表れである。この場合、直接的な法益侵害行為を行う被利用者は規範的障害にはならないのであるから、翻意可能性は著しく低い。それでも着手が被利用行為の開始時点に求められるのは、切迫性等の客観的事情が重視されているためであろう。

⁴⁵ 平木・前掲注1・171頁。

⁴⁶ 荒木泰貴『「一連の行為」に関する一考察』慶應法学23号（2012年）は、私見と同様に刑法が法益保護のため段階的に行為規範を設定するとの理解を前提としつつ（323頁）、着手が認められるということは「行為者は法益侵害結果惹起の目的達成にあたって障害となるものを除去した」（326頁）ことを意味するから、行為者は第1行為の時点で（第2行為をも含めた）「本来的な禁止規範」を突破したということができ、故意既遂犯の成立を認め得る、とする（341頁）。ここでは、着手未遂の処罰根拠である結果発生への自動性・確実性が強調され、着手の時点における行為規範の最終性が導かれている。しかし、着手を認める上で、行為者の翻意が合理的に期待しがたいことまでを常に要求するのであればともかく、そうでなければ、法益保護の見地から、第2行為の時点で改めて行為規範を設定すべき場合があることを認めるべきではないだろうか。

⁴⁷ この点に疑問を呈するのは、林・前掲注13・5頁、奥村正雄「実行行為概念について」瀬川晃編『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011年）167頁、松原・前掲注15・187頁。

ったとする⁴⁸、という2つの選択肢があるところ、本決定は前者を採ったものと思われる⁴⁹。そうであるとすれば、上記の事情の摘示は、実行行為性の判断においては意味をもたないであろう。たとえ第1行為自体はおよそ人を死に至らしめる危険のないものであったとしても、行為者の計画に鑑み、第2行為に至るまでの経過が自動的・確実であると予測されるなら、第1行為の時点で実行の着手を認めることは可能だからである。そうすると、本決定があえてこの事情を摘示したのは、およそクロロホルムを吸引させる行為は一般論として「人を死に至らしめる危険性の相当高い行為」である、との認識の下、それが何らかの意味で故意の判断に影響を及ぼし得ると考えたためであろう⁵⁰。調査官は、この点につき、「本決定が、『客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。』と判示していることから明らかであるように、第2行為により被害者が死亡するという実行犯3名の因果の経過に関する認識と、第1行為により被害者が死亡したという実際の因果の経過との間の食い違い（因果関係の錯誤）は、実行犯3名の殺人の故意を阻却しなければならないような重大なものではなかったといえる」⁵¹とする。そうすると、逆に、第1行為自体の生命侵害の危険性が低い場合には、因果関係の錯誤として（既遂）故意を阻却する余地も残されているということになろう⁵²。

私見からも、①実行者らは、他人（被害者の妻）から依頼を受け、報酬欲しさに被害者の殺害を引き受けていたため、自分たちの一存で犯行を中止することはできなかったこと、②実行者が3名おり、各人が一存で犯行を中止することはできなかったこと、③実行者らは、車の内側からはドアを開けられないよう改造を施すという周到な準備を行っていること、④実行者らは、示談交渉を装って被害者に近づくため、被害者の車に自分たちの車を衝突させるという危険かつ異常な行動をとっていること、⑤着手が認められる時点で、クロロホルムを吸引させるという危険かつ異常な行動をとっていること、⑥着手に至った地点から実行を予定していた地点まではわずか2キロメートルであった（車での移動が予定されていたため、時間的ブランクはごくわずかであったといえる）ことなど、本決定が摘示した事情を総合すれば、この状況で実行者らが第2行為を前に翻意する可能性は乏しいと思われ、本決定と同じく、一連の故意の理論構成により殺人既遂罪の成立を認めることができる。

2 妄想ストーカー事件（名古屋高判平成19年2月16日〔判タ1247号342頁〕）

被告人は、路上にいる被害者の背後から低速で自動車を衝突させ（第1行為）、その動きを止めた上で包丁を突き刺し（第2行為）殺害する、という計画を立て、現に第1行為に及んだが、被害者がボンネットに跳ね上げられ路上に落下したのを見てにわかに後悔し、犯行を中止した。

⁴⁸ 吉川崇「判批」警察公論65号（2004年）112頁、福田平『刑法解釈学の諸問題』（有斐閣、2007年）82頁は、本件ではこうした形で実行行為性を評価すれば足る、とする。

⁴⁹ 平木・前掲注1・170～171頁。

⁵⁰ 平木・前掲注1・171頁。

⁵¹ 平木・前掲注1・181頁。

⁵² もっとも、實際上、こうした場合の多くは、たとえ何らかの経緯で第1行為から結果が生じて、因果関係を否定することにより、（故意を論じるまでもなく）未遂にとどめることが可能であろう。

原審⁵³は、「被告人が、車を時速約 20 キロメートルで走行させて被害者に衝突させる行為は、一般的にみるとそれ自体一定の危険性を有しており、運転者の意図、偶然の事情、被害者の予測しがたい急な行動などの事情により、場合によっては、被害者の生命を害しかねないことは否定できないが、本件の具体的状況を前提にする限り、その結果が生じることを当然に予見しなければならないほどのものであったとまではいえない。したがって、被告人が本件の行為を行ったという客観的事実のみからは、被告人に被害者の死の結果についての認識、認容があったと推認されるとはいえない」として、傷害罪の成立を認めるにとどめた。ここでは、実行行為の把握のレベルですでに第 1 行為と第 2 行為とが分離され、かつ、故意の判断においても、第 1 行為の時点では第 1 行為のみを対象として故意が検討されている点特徴的である。

これに対して、本判決は、原審の考え方を「一面的な見方というべきである」と批判した上、「被害者を殺害するために連続して行われるべき第 1 の行為と第 2 の行為との間に時間的場所的に近接性が認められ、第 1 の行為の時点で殺害の結果発生に至る客観的、現実的危険性が認められる場合、第 1 の行為自体において、殺害の結果が発生せず、被告人においても第 1 の行為自体での殺害の結果発生を意図していなくとも、第 1 の行為時に殺人の実行行為に着手したものと認めるのが相当であり、これは予定されていた第 2 の行為に及んでいないとしても、同様と考えられる」として、殺人未遂罪の成立を認めた。第 1 行為と第 2 行為は全体として 1 個の殺人の実行行為である、との評価を前提として、第 1 行為の時点で一連の故意を認めたものと解される。先に見たクロロホルム事件決定と同様の理論構成である（実際、同決定が引用されている）。

まず、原審の判断についてであるが、たとえ第 1 行為と第 2 行為とを「1 個の実行行為」と呼ばずとも、両者が行為者の計画の下で密接に関連していることから、第 1 行為の時点ですでに法益侵害の現実的危険が生じていると評価することは十分に可能である⁵⁴。そこでは、「行為者の計画に鑑み、第 2 行為との関係において」第 1 行為の意味を問う、というスタンスがとられる。原審のように、第 1 行為によってただちに結果が生じる可能性だけを検討することは、第 1 行為を事案の流れの中から完全に切り離すものであり、過度の分析的思考というべきであろう⁵⁵。

問題は、第 1 行為の時点で殺人の実行の着手が認められることを前提として、その時点で一連の故意を認め得るか、ということである。本判決は、行為者の計画を考慮した上で第 1 行為の危険性を判断しているにもかかわらず、故意について判示した項で、「本件では、被告人は四輪自動車を時速約 20 キロメートルで被害者の背後から衝突させているところ、この行為自体で被害者を死亡に至らせることがあることは経験則上明らかであり、このこ

⁵³ 名古屋地判平成 17 年 6 月 1 日（公刊物未登載。判決文を入手できなかったため、判例タイムズ 247 号〔2007 年〕及び山元・前掲注 11 を参照した）。

⁵⁴ 奥村・前掲注 47・167 頁は、クロロホルム事件に関してであるが、「『一連の行為』は関係のある一続きの行為であり、必ずしも 1 個の実行行為を意味するわけではない」とする。

⁵⁵ 山元・前掲注 11・204 頁も、「犯行計画や殺害の意欲を衝突行為の時点で何ら考慮しないことは、被告人の行為の実質的な危険性を見誤るものと解される」とする。

とを軽くみている原判断は相当ではない」と指摘している。クロロホルム事件最決に関して述べたように、行為者の計画を考慮して着手の判断を行うなら、第1行為自体により被害者を死亡させる可能性を考慮する必要はない。それにもかかわらず本判決があえてこのように述べたのは、「そこまでやって」しまった行為者に対しては、(本件では幸いに被告人が翻意したため結果は発生しなかったが)故意既遂犯として処罰されるリスクを負わせるべきである、との発想によるのではないか。逆にいえば、第1行為の態様如何によっては、一連の故意という理論構成が用いられなかった可能性も否定できないように思われる。

なお、私見からも、①被告人は、被害者を殺して自分も死のうとまで強く思いつめていたこと、②第1行為自体が相当に危険かつ異常なものであり(実際、被害者は加療約50日を要する頭部挫傷等の傷害を負っている)、通常は強い心理的抵抗を伴うと評価できること、③被告人は、被害者を路上に倒したらその場でただちに包丁で突き刺すつもりで準備をしていたこと、などの事情に鑑みれば、この状況で被告人が第2行為にまで至った場合にはそこで翻意する可能性は乏しいといえる⁵⁶から、一連の故意の理論構成により殺人の故意を認めることができる。

3 ベランダ転落死事件(東京高判平成13年2月20日〔判時1756号162頁〕)

被告人は、殺意をもって被害者の胸部を多数回にわたり包丁で突き刺したが(第1行為)、被害者が謝罪したため包丁を台所へ戻しにいった。ところが、被害者がベランダの手すりを伝って隣家へ逃げようとしたことから、これを室内に引き戻してガス中毒死させようと考え、手すり上にいる被害者につかみかかろうとした(第2行為)ところ、被害者が暴れてバランスを崩し、地上へ転落して死亡した。本判決は、この事案につき、「殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していた」と述べた。

本判決は、第1行為とガス中毒死させるための行為(実際には行われなかったが、被害者を部屋に連れ戻す行為とガスの元栓を開く行為から成るであろう)とを全体として1個の実行行為と把握した上、第2行為はガス中毒死させるための行為の不可欠の前提であり、かつ、室内へ連れ戻せば極めて容易にガス中毒死させることが可能になることから、これをガス中毒死させる行為の一部と見たものであろう。それゆえ、第1行為と第2行為は全体として1個の実行行為と把握されたのである。その上で、第1行為の時点において、その後の第2行為までを包摂する一連の故意を認めたものと解される。

本件では、クロロホルム事件や妄想ストーカー事件とは異なり、第1行為自体が直接的な法益侵害行為であるから、この時点で被告人に完全な殺意が認められることはいうまでもない。問題は、第1行為を終えた被告人が第2行為に至ろうとする時点で、改めて「働きかけ」を観念できるか、ということである。仮にその時点での「働きかけ」が可能であるとすれば、第1行為と第2行為以降とは切り離され、後者は(ガス中毒死させるという計画の中で、準備段階に相当する第2行為に実行の着手が認められることを前提とすれば)早

⁵⁶ 本件で被告人が翻意し犯行を中止したのは、第1行為の時点における刑法の予測には反する事態であったということになる。

すぎた結果発生の一場面として処理されるべきことになる⁵⁷。一方、そこでの「働きかけ」を断念するならば、本件における「働きかけ」の機会が第1行為の時点の1回のみであったのであり、その後の一連の行為はすべて、第1行為の開始時点における被害者殺害に向けた意思決定に駆動されたものであった（本判決の表現を借りれば、「被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続していた」）、ということになる。

本件では、第1行為自体が直接的な法益侵害行為（しかも、その態様は、馬乗りになって胸部を多数回執拗に突き刺すという極めて激しいものである）であり、それに伴う極めて強い心理的抵抗がすでに跳ね除けられているのであるから、特段の事情がなければその後の翻意可能性は認めがたい。この点、第1行為を終了し台所へ包丁を戻しにいった時点で、（抽象的な意味での）殺意は継続しているにせよ事態がいったん落ち着いており、翻意可能性が認められるのではないかということが問題となり得る。特に、本件の発端は被告人が被害者の不倫を疑ったことにあるところ、被告人が包丁を戻しにいったのは被害者が不倫の事実を認めたことによるものである点を重視すると、ある程度の冷静さを取り戻す余地があったと見ることも可能ではあろう。しかし、被告人が救命措置はおろか被害者の安否を気遣う行動さえとっていないことなどからすると、たとえ表面上は事態が落ち着いたように見えても（また、第1行為開始時におけるような爆発的な激情こそ収束していたとしても）、第1行為終了後の時点における犯意は依然として強固であったこと、ひいては、客観的に見ても犯意を揺らがせるような状況ではなかったことがうかがわれるのであり、やはり翻意可能性は乏しいといわざるを得ない⁵⁸。そうすると、このタイミングで改めての「働きかけ」を行っても、奏功は見込めないであろう。

私見によると、本件では、第1行為の開始時点における殺意がその後第2行為に至るまでの一連の行為すべてを駆動しているものと評価し、一連の故意の理論構成を用いて殺人既遂罪の成立を認めることになる。

第5 まとめ

本章では、「一連の実行行為」に対応する「一連の故意」を認めることが理論的にいかなる意味をもつのかを分析した上、①実行の着手の意義を行為者における翻意可能性という要素に結びつけることで一連の故意説に実質的な根拠を提供できること、②その場合には、一連の故意の肯否につき、着手の有無を基準とした画一的判断ではなく、具体的な事実関係に即した個別的判断が求められることを論じた⁵⁹。

⁵⁷ 石井・前掲注19は、第1行為と第2行為を包摂する1個の故意を認めるのでは「実質的に責任を基礎付けるのに十分ではない」（93頁）とした上、第1行為につき殺人未遂、第2行為につき傷害致死罪が成立し得るが、包括して殺人未遂罪一罪とし、死の結果については量刑において考慮すべきであるとする（95頁）。

⁵⁸ 前田雅英「実行行為の把握と故意」警察学論集63巻1号（2010年）157頁も、第1行為と第2行為の一体的把握は「ぎりぎりの判断」であるとしつつ、「掴みかかる行為の際の『殺意』は全く新たに生じたものとは評価し得ない」とする。

⁵⁹ なお、「一連の故意」が認められない場合——換言すれば、第1行為の時点では着手段階を突破する意思しか認められない場合——になお故意既遂犯の成立を認めるべきか、という最終的な問いは、厳密に言えば本章における議論の射程外であり、さらなる検討を要

すでに第 1 章及び第 2 章においても述べたとおり、自然的・事実はには複数といえる行為を「一連の行為」として一体的に把握するという手法には、「全体的考察」の名の下に思考過程をブラックボックス化するおそれが伴う。特に、責任主義——行為と責任の同時存在——との関係において、この点は十分に意識されなければならないであろう（同様の問題意識から、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・耗弱の問題につき第 5 章で考察を行う）。

する課題である。ただ、現時点では、すでに述べたように着手未遂の段階がいまだ本来的・最終的な規範突破とはいえないことに鑑みると、それに対応して、故意未遂犯の限度で罪責を問う（ただし、たとえばクロロホルム事件の場合、殺人未遂罪のほかに傷害致死罪が成立し得るため、包括して重い殺人未遂罪による処断がなされるが、死の結果を生じさせたことについては量刑の段階で考慮される）のが妥当ではないかと考えている。

第4章 「一連の行為」と過剰防衛——いわゆる量的過剰について

第1 はじめに

1 量的過剰をめぐる議論の概況

刑法 36 条 2 項は、正当防衛について定めた同条 1 項を受け、「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる」とする。いわゆる過剰防衛である。

近時、2 つの最高裁決定¹を契機として、複数行為から成る反撃をいかに評価すべきか、という議論が盛んに行われている。

そこでしばしば取り上げられるのが、いわゆる量的過剰の場面である。「甲は、V がいきなり素手で殴りかかってきたことから、身を守るため、とっさに自分も素手で殴り返した（第1行為）。V はそれによって転倒し、頭を打って立ち上がれなくなったが、甲は恐怖と動揺から、さらに V を殴り続けた（第2行為）」といったケースがそれに当たる。

ここでのポイントは、①第1行為自体はそれだけを切り取ってみれば正当防衛の要件を充たしていること、②第2行為の時点ではすでに急迫不正の侵害が終了しており、したがって、第2行為自体は、第1行為からの流れを考慮せずそれだけを切り取ってみれば単なる犯罪行為（以下、「過剰防衛の要件すら充たさない行為」という意味で、この語を用いる）にすぎないこと、である（以下、上記の事例に限らず、量的過剰の場面全般に関して、一連の反撃行為のうち、急迫不正の侵害の継続中に行われ、それ自体としては正当防衛の要件を充足する部分を「前段の行為」と、急迫不正の侵害が終了した後、それにもかかわらずさらに追加された部分を「後段の行為」と呼ぶ）^{2 3}。

量的過剰の場面には、上記の2つのポイントに対応して、2つの問題が含まれる⁴。

1つめは、前段の行為の評価である。この点につき、事実関係によっては前段の行為と後段の行為を一体として過剰防衛と評価し、前段の行為もまた違法であるとする見解（以下、この見解を「統合説」と呼ぶ）と、常に前段の行為と後段の行為を分析的に評価し、前段の

¹ 最決平成 20 年 6 月 25 日（刑集 62 卷 6 号 1859 頁）、最決平成 21 年 2 月 24 日（刑集 63 卷 2 号 1 頁）。

² 何をもち「量的過剰」と呼ぶべきかについては意見が分かれている。しかし、重要なのは、ある事象をどのように呼ぶかではなく、その事象がいかなる実体を有しており、いかなる法的評価を与えるのが適切であるかということであるから、本章では「量的過剰」という用語をめぐる対立には立ち入らず、（おそらくは多数の論者が採用していると思われる用語法に倣って）（i）急迫不正の侵害が存在している間に、単独で見れば正当防衛の要件を充たす反撃行為が行われ、（ii）急迫不正の侵害が終了した後、単独で見れば単なる犯罪行為に過ぎない反撃行為が追加された、というケースを総称して「量的過剰」と呼ぶことにする（したがって、たとえば、前掲平成 20 年最決の事案は本章でいう量的過剰であるが、前掲平成 21 年最決はこれに当たらないことになる）。

³ 本章で「量的過剰」という語を用いる場合には、前掲注 1 で示した要素をもつ生の社会的事象を指すにとどまり、それについて過剰防衛の成立が認められるという趣旨までは含まないことに注意されたい。

⁴ 松原芳博「いわゆる量的過剰について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017 年）45 頁以下。

行為は正当防衛として違法阻却されるとする見解（以下、この見解を「分断説」と呼ぶ）が対立する。リーディング・ケースとされる最判昭和34年2月5日（刑集13巻1号1頁）以来、統合説を採るのが「確立した判例の立場」⁵であるとされ、学説上もこれが通説的地位を占めるとされるが、分断説も有力に主張されている。

2つめは、後段の行為の評価である。統合説は、事実関係によっては後段の行為を過剰防衛（の一部）として刑の減免の余地を認める。これに対して、分断説は、常に後段の行為を単なる犯罪行為とするもの⁶（以下、この見解を「分断／過剰防衛否定説」と呼ぶ）と、事実関係によっては後段の行為のみを過剰防衛として刑の減免の余地を認めるもの⁷（以下、この見解を「分断／過剰防衛肯定説」と呼ぶ）に分かれる。

すなわち、量的過剰の場面において、1つめの問題については統合説と分断説全般が対立する一方、2つめの問題については統合説と分断／過剰防衛肯定説が同一陣営に属し、分断／過剰防衛否定説と対立する関係にあるのである。

2 本章の概要

本章では、『一連の行為』論的視点から量的過剰の問題にアプローチを試みる。

まずは、上記の1つめの問題、すなわち、前段の行為をも過剰防衛の一部として違法と評価すべきか（統合説）、前段の行為は正当防衛として違法阻却するか（分断説）、という点につき考察を行う。従来の議論に検討を加えた上で、統合説と分断説の対立が実は相対的なものであることを明らかにする（後出第2）。

次に、上記の2つめの問題、すなわち、後段の行為につき過剰防衛として刑の減免の余地を認めるべきか、それとも、これを単なる犯罪行為とすべきか、ということを考える。すでに述べたとおり、従来は、この問題につき、統合説及び分断／過剰防衛肯定説が前者の立場を、分断／過剰防衛否定説が後者の立場を採るものと位置づけられてきたように思われる。これに対し、本章では、1つめの問題に関する理解に基づき、統合説と分断／過剰防衛肯定説の対立は相対的なものにすぎないが、分断／過剰防衛肯定説はこれらと質的に一線を画する見解であるという整理を行う（後出第3）。

最後に、筆者が統合説を採用することを明らかにし、その際、統合説の内部でも見解が分かれていることから、統合説の本来あるべき形を示す。さらに、統合説を採った場合にいかなる要素を考慮して事案の処理を行うべきであるのかを検討する（後出第4）。

第2 前段の行為の評価

1 分断説の検討

前段の行為をどのように評価すべきであろうか。

分断説は、前段の行為をも過剰防衛の一部として違法と評価することに反対する。すなわち、それ自体としては正当防衛の要件を充たすはずの前段の行為が、後にたまたま後段の行

⁵ 安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）246頁。

⁶ たとえば、橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻2・3号（1998年）227頁以下。

⁷ たとえば、安田拓人「事後的過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）243頁以下。

為が追加されたからといって、事後的・遡及的に違法と評価されることはない、というのである⁸。

この批判は、前段の行為と後段の行為をそれぞれ個別に評価すべきであるという分断説の前提を採用することで初めて成り立つ。なぜなら、統合説を前提とするのであれば、そもそも、前段の行為の時点でそのみを対象とした評価が確定するというプロセスが観念されないのであり、前段の行為に対する評価が事後的・遡及的に変更されるということにはならないからである⁹。それゆえ、ここでは、前段の行為と後段の行為を一体的に把握すべきか分断的に把握すべきかが問われなければならない。

すでに第 1 章で明らかにしたとおり、複数行為を一体的に把握すべきか分断的に把握すべきかは、それが議論される場面に依拠して異なり得る法的な関心・視座に基づいて決せられるべき事柄であり、それ自体としてア・プリオリに決まるものではない。したがって、量的過剰の場面で前段の行為と後段の行為の関係をどのように把握すべきであるのかということも、過剰防衛の成立する範囲をいかに解すべきかという、この場面に固有の関心・視座に基づいて判断されなければならないであろう。

そうした観点から分断説の主張を見てみると、そもそもなぜ前段の行為と後段の行為が分断的に把握されるのか、その根拠は必ずしも明らかではない。1つの可能性として考えられるのは、自然的・事実に観察すれば複数といえるような行為についてはそれぞれを分析的に評価すべきである、という理解である¹⁰（たとえば、通常「2発殴る」と記述される挙動は、「1発殴る」という行為が2つ連続したものと認識することが可能であろう）。しかし、これは結局のところ視覚に依存した区分であるにすぎず、なぜそれが過剰防衛の成立範囲という問題に関して複数行為の一体化／分断の判断基準となるのか、という点に関する説明は困難である。

そもそも、典型的な質的過剰のケースにおいても、これをスーパースローの映像として観察するならば、「ナイフを取り出した時点」、「ナイフを構えた時点」、「ナイフの突き出し動作を開始した時点」、「ナイフの切っ先が相手の皮膚に触れた時点」、「ナイフが相手の心臓を貫いた時点」など、無限の細分化が可能なのであり¹¹、こうした場合であってさえ、「ここまでは正当防衛であるが、ここからは過剰である」という境界を観念することができるはずであろう。そうであるとすれば、典型的な質的過剰のケースといわゆる量的過剰のケースの間には連続性があり、その区分は相対的なものとならざるを得ない。しかし、分断／過剰防衛肯定説の論者も、こうした場合には、「ナイフを刺す」という行為の全体を過剰防衛として違法と評価するものと思われる。そこには、視覚的な区分による判断の曖昧さと限界が露呈しているのではないだろうか。

⁸ たとえば、橋田・前掲注 6・234 頁。

⁹ 仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）229 頁。

¹⁰ 分断説を採る多くの論者が、実は、無意識のうちにこうした理解を前提としているのではないかと思われる。

¹¹ 分断説を採った場合の行為の無限の細分化に対する懸念を示すのは、遠藤邦彦「量的過剰防衛」池田修ほか編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院、2014年）158 頁。

2 統合説の検討

他方で、統合説の側においても、前段の行為と後段の行為を一体的に把握してその全体を過剰防衛とすべき根拠が十分に示されてきたとはいえない。

まず、前段の行為と後段の行為が時間的・場所的に接着していることや行為態様が類似していること、同一の意思（後に述べるように、正当防衛の成立要件としてのいわゆる「防衛の意思」とは若干異なるものであるように思われる）に担われていることなどから、これらは1個の「社会的エピソード」、すなわち、1個の評価対象として扱うべきである、という説明がなされることがある¹²。

しかし、何をもって「社会的エピソード」の個数を決めるのかは明らかではなく、したがって、「社会的エピソード」の個数というものがなぜ過剰防衛の成立範囲を決する場面において判断基準となるのかも明らかではない（その意味では、先述のように視覚的な区分を基準とする場合と同じ問題を抱えることになる）。この見解は——たとえそれを意図したものではないにせよ——「社会的エピソード」というフレーズの下で複数行為の一体化／分断という思考過程をブラックボックス化しかねないものであり、支持できない。

また、分断説によった場合、ある結果が前段の行為と後段の行為のいずれから生じたのかが特定できないケースにおいては、利益原則により、正当防衛として違法阻却される前段の行為から当該結果が生じたものと認定すべきことになるが、それは妥当でない、として、そうした事態を避けるためには前段の行為をも含めて過剰防衛とすべきである、との主張もある¹³。

この見解は、すでに言及した視覚的な区分や「社会的エピソード」を基準とする見解とは異なり、一定の明確な目的意識に基づいて機能的観点から複数行為の一体化／分断を行おうとするものである点に特徴を有する。しかし、ここでは、その理論的正当性が問われなければならないであろう。

まず、行為無価値論の立場からすれば、そもそも、結果との関係を捨象し、行為自体の属性に鑑みて実行行為の把握がなされるのであるから、因果関係を肯定するために複数行為を一体化するという発想は完全に論理の順序が逆転したものとわざるを得ず、これを採り得ないことは明らかである。他方、結果無価値論の立場からすれば、結果との間に因果関係を有する行為が実行行為（ないし問責対象行為）とされる——すなわち、因果関係の判断が実行行為の判断に論理的に先行する——ことから、一見すると、上記のような論理を受容し得るようにも思われる。しかし、結果無価値論の立場においても、結果の帰属先としての行為をどのようなものとして把握するかは、結局のところ、因果関係の判断とは別に、かつ、それに先立って考えなければならない問題なのではないだろうか。たとえば、「銃を2回発射し、1発目の弾丸が胸部に、2発目の弾丸が頭部にそれぞれ命中して、その両方が相まって被害者を死亡させた」という場合、死の結果の帰属先の「候補」として、1発目の発射行

¹² 永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系（30）』（新日本法規出版、2000年）134頁。

¹³ たとえば、松田俊哉「判解」『平成20年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2012年）503頁。

為と2発目の発射行為を別々に取り上げることも、2発の発射行為を一体として把握することも、論理的には可能であるから、そのいずれかを因果関係の判断に先立ってあらかじめ選択しておく必要がある。つまり、そこには、因果関係の判断とは別に、それに先行して、行為そのものをどのような形で把握するか、という思考プロセスが介在するのであり（その上で、選択された行為把握の形を前提に、そこに結果が帰属され得る場合には、実行行為〔ないし問責対象行為〕と認められることになる）、その限りでは行為無価値論の考え方と共通する部分が認められる。そうであるとすれば、やはり、行為の把握は行為それ自体の性質に鑑みてこれを行うべきことになるから、因果関係を肯定するために行為の把握という作業の段階で調整を加えるということとはできないであろう。

このように考えると、上記の主張は結論の先取りにとどまっており、賛同することができない（なお、すでに第2章で述べたように、複数行為が何らかの法的な関心・視座に基づいて一体的に把握されたからといって、ただちに、その全体が結果との間に因果関係を肯定されることになるわけではない。「結論の先取り」の問題はひとまず措くにせよ、やはりこの主張には疑問がある）。

3 統合説と分断説の対立の相対性——行為規範による行為者の行動コントロールの可能性という観点から

ここで注目すべきは、行為規範による行為者の行動コントロールの可能性という観点から統合説を根拠づけようとする見解である。

すなわち、——統合説は、「先行する正当防衛の要件を備えている行為〔※本章にいう前段の行為〕までを含めて過剰防衛と評価しなければ、過剰結果の発生を抑止できない」¹⁴というところから出発すべきである。「複数の行為によって侵害を排除しようとする場合、行為者が適法に行動しようとするならば、行為者は侵害者の攻撃力に対応して、複数の行為の途中で反撃行為を相当な範囲に止めなくてはならない」¹⁵が、急迫不正の侵害にさらされるという緊急状態下においては、そのような形で自己の反撃行為を適宜コントロールすることは典型的に困難である。そして、「相当性の範囲を逸脱する過剰な反撃行為が行われる時点〔※本章でいう後段の行為の開始時点〕では、既に行行為者は自己の行為をコントロールすることが困難となっているのであるから、行為者に対して、その時点から反撃行為を相当性の範囲内に止めるよう動機付けることは難しいのである。反撃行為のコントロールが困難となった時点（ほとんどの場合、それは反撃行為の開始時点であろう）から、反撃行為が相当性の範囲の逸脱に至らないよう行為者に対して動機付けるしかない」¹⁶（傍点引用者）。そうであるならば、「侵害排除は、……行為者が行為のコントロールを取り戻すまでを単位として捉えられるべきである」¹⁷と。

急迫不正の侵害に対し反撃が開始されようとする時点で、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」という内容の行為規範（いわば「過剰防衛禁

14 日和田哲史「防衛行為の一体性について」上智法学論集 55 巻 2 号（2011 年）64 頁。

15 日和田・前掲注 14・63 頁。

16 日和田・前掲注 14・65 頁。

17 日和田・前掲注 14・65 頁。

止規範)を向ける。この行為規範が継続的に作用している範囲においては、それに適合する反撃行為もそうでない反撃行為も、同一の(=1個の)行為規範に対応するものとして、一体的な評価を受けることになる。したがって、当初から過剰な反撃が行われた場合はもちろん、途中から過剰にわたった場合であっても、それだけを切り取ってみれば正当防衛の要件を充たすことになる部分をも含め、その全体が過剰防衛として違法と評価される(この理は、急迫不正の侵害への対応がなされる場面全般に当てはまるものであり、典型的な質的過剰のケースであっても、いわゆる量的過剰のケースであっても、同じである)。上記の見解は、行為者の行動コントロールによる法益保護という観点から統合説を理論的に根拠づけようとするものであり、妥当な方向性を示すものと思われる。

問題は、反撃行為の開始時点において向けられるこうした行為規範が、どこまで継続的に作用するのか——換言すれば、どの時点から、当初の行為規範とは異なる、新たな行為規範が設定されることになるのか——ということである。

刑法は人の意思に働きかけて(=行為規範を向けて)その行動をコントロールしようとするものであるから、ある時点で「働きかけ」を行ってもそれに対する応答が合理的に見込めない場合には、その時点での「働きかけ」は断念せざるを得ない。したがって、上記の問題は、急迫不正の侵害にさらされるという特殊な状況の下において、刑法がどのタイミングで介入を図ることができるか、という問題として理解できる¹⁸。

たとえすでに急迫不正の侵害が終了しているとしても——その意味で、純客観的にはそれ以上の反撃が不要であるとしても——緊急状態下に置かれた行為者の精神状態の特殊性に鑑み、その時点で「(相手方はもはや急迫不正の侵害を行っていないのであるから)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設定しても効果が期待できないと考えられる場合には、なお、反撃行為の開始時点において向けられていた「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継続的に作用するものと解することができる。その場合には、先述のように、急迫不正の侵害が存在する時点で行われた行為とその終了後に引き続き行われた行為とが一体として過剰防衛とされ、違法と評価されることになる。

これに対して、急迫不正の侵害が終了し、かつ、行為者がある程度冷静さを回復し得るような状況に至った場合は、その時点で、「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の作用は終了し、「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範が設定されることになる。したがって、急迫不正の侵害が存在する時点で行われた行為は前者の行為規範に適合したものとして正当防衛とされるが、その終了

¹⁸ 刑法の(第一次的な)任務を行為規範の設定による法益の保護と理解し、刑法による介入の可能性に鑑みて複数行為の一体化/分断を考えるという基本的な発想自体は、すでに第3章(早すぎた結果発生)で述べ、また、後に第5章(原因において自由な行為/実行行為開始後の心神喪失)で述べる場所と同じである。しかし、このことは、刑法上のさまざまな論点における複数行為の一体化/分断の判断につき、統一的な基準が存在するという——それは、第1章で批判の対象とした評価対象説の発想である——を意味するわけではない。一口でいえば「刑法による介入の可能性」という抽象的な表現になるとしても、その判断のあり方は具体的な問題状況に応じて異なり得るし、また、それでよいように思われる。

後に引き続き行われた行為は後者の行為規範に違反するものとして単なる犯罪行為と評価されるのである。

統合説は、このような形で理解されるべきものであろう。

ところで、分断説の陣営に分類される論者の中に、「分析的評価を原則としても、一連の行為を1個の行為と評価すべき場合があることは否定できない」¹⁹ことを認めた上で、「一連の行為が密着しているため、事実上、各行為間に任意の中断の生ずる可能性が最初から乏しいような場合にも一連の行為を1個の行為と評価すべきである」²⁰が、「各行為間に任意に中断する可能性があった場合は、基本的に全体を1個の行為とすべきではない」²¹と説く者があることが注目される²²。

ここでいう「任意の中断」の可能性とは、(急迫不正の侵害の終了を前提として)「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範に向けた場合における応答の可能性にほかならない。つまり、この見解における基本的な判断枠組み自体はすでに述べたような統合説のそれとまったく同じものである。ただ、「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、同時に、「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タイミングをどこまで細かく見計らうか、という「あてはめ」の点に違いがあるにすぎない²³。

分断説といえども、行為の無限の細分化に対してはどこかで歯止めをかけざるを得ない。そして、その歯止めに理論的根拠を付与しようとするれば、この見解の説くところが妥当と思われる。そうであるとすれば、統合説と分断説の対立は、(見た目に反して)実際には相対的なものであるといえよう(その意味で、統合説はいわば「(複数行為の一体化に関して)緩やかな分断説」であり、分断説はいわば「(複数行為の一体化に関して)厳格な統合説」であるといってもよい)。

【補論】統合説に対する他の批判について

統合説に対する批判のうち最たるものは、上記のとおり、そのみを切り取ってみれば正当防衛の要件を充たすはずの前段の行為についてまで過剰防衛の一部として違法と評価す

¹⁹ 高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台法学 26 卷 2 号 (2013 年) 57 頁。

²⁰ 高橋・前掲注 19・57 頁。

²¹ 高橋・前掲注 19・57 頁。

²² 同旨、松原・前掲注 4・49 頁。

²³ 松原・前掲注 4・49 頁は、おそらくはこうした理解に基づき、「判例で広義の量的過剰が問題とされてきた事案は、そのような場合〔※引用者注：各行為間に新たな意思の介在可能性が認められないような、中断のない連続的行為の場合〕に当たらないであろう」とする。他方、統合説に拠るにしても、緊急状態下における特殊な心理状態からの脱却という観点から判断をすべきことになるから、「防衛の意思の継続性は、その性質上、非常に狭い範囲に限定されることになる……。過剰防衛という制度の性格上、量的過剰防衛は、侵害の急迫性が継続しているか、していないか微妙という、そのギリギリの限界線までしか認められないのである」(松澤伸「いわゆる『一連の行為』への／からのアプローチ」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』〔信山社、2017 年〕142 頁)との指摘があるように、前段の行為と後段の行為が一体的に把握される余地はそれほど広いものではないであろう。

べきではない、というものであるところ、これについては筆者なりの回答を示した。

ここでは、統合説に対する他の批判についても検討を加えておきたい。

第1は、前段の行為のみが重い結果との間に因果関係をもつという量的過剰の事案において、統合説によると、過剰防衛の成立を認めるならば前段の行為も違法行為の一部となるためその重い結果についても刑責を負うことになるが、過剰防衛の成立を否定するならば前段の行為は正当防衛として違法阻却されるため重い結果については刑責を負わないことになるところ、そのような理解は、(任意的ではあるものの) 刑の減免事由である過剰防衛が成立する場合の方がかえって刑責が重くなることを承認するものであって、不当である、というものである²⁴。

たとえば、前掲平成20年最決の事案では、前段の行為(被害者の顔面を殴打する行為)によって被害者が転倒して頭部を強く打ち、これによって致命傷が生じている一方、後段の行為(倒れた被害者の腹部を蹴る行為)は致命傷との間には因果関係をもたないとの認定がなされた。仮にこの事案で統合説を前提に過剰防衛の成立を認めれば傷害致死罪が成立するが、これを否定すれば傷害罪の限度にとどまる。そうすると、過剰防衛が成立するとはいえ罪名としては重い傷害致死罪となるし、また、量刑段階での調整を図るにしても、傷害罪であれば選択可能な罰金刑が傷害致死罪の場合は選択できない(極めて稀な刑の免除という方法によるほかない)といった問題も出てくる²⁵。

この批判は一見するとともにものように思われるが、比較の対象となる犯罪事実にズレがあることを看過している。統合説を前提とする場合、①過剰防衛の成立を認めるならば、違法行為と評価されるのは前段の行為+後段の行為である。これに対して、②過剰防衛の成立を否定するならば、違法行為と評価されるのは後段の行為のみである。①においては、確かに過剰防衛の成立は認められるものの、犯罪とされる事実は前段の行為の分だけ②の場合よりも多くなる。これに対して、②においては、確かに単なる犯罪行為ではあるが、犯罪と評価される事実は前段の行為の分だけ①の場合よりも少なくなる。そうすると、①と②を比べたとき、「質」においては①が弱い、「量」においては①が多くなるため、一概に①の刑責の方が②のそれよりも軽くあって然るべきである、とはいえなくなる。過剰防衛が成立する場合の方が刑責が軽くあるべきだ、というのは、比較される複数の犯罪事実の「量」が等しい場合に成り立つ議論であるところ(したがって、前段の行為+後段の行為が完全に単なる犯罪行為である場合と、それらが全体として過剰防衛とされる場合を比べるならば、後者の刑責がより軽いものであるべきだ、ということは可能である)、この場面ではその条件が具備されていない。したがって、上記の指摘は当たらないのである。

第2は、統合説は前段の行為と後段の行為が「1個の行為」であることを前提としているが、「1個の行為」であるといってもそれはあくまでそのような評価が可能であるということの意味するにすぎず、事物論理的に「1個の行為」しか存在しないということまでを意味するわけではないから、「1個の行為」であることを理由に、本来であれば可罰性を否定さ

²⁴ たとえば、島田聡一郎ほか『事例から刑法を考える』(有斐閣、第3版、2013年)393～394頁〔小林憲太郎執筆〕。

²⁵ 山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル15号(2009年)57頁。

れるはずの前段の行為についてまで違法と評価することはできないのではないか、というものである²⁶。

たとえば、「甲は V を 5 発殴った（厳密には、通常そのように記述される挙動を行った）が、V は最初の 1 発については殴られることに同意していた」という場合、5 発の殴打行為が暴行罪の単純一罪と評価されるとしても——その意味で「1 個の行為」と評価されるとしても——そのことによって V が承諾を与えていた 1 発目についてまで違法性が肯定されるわけではなく²⁷、また、「刑事訴訟法に基づく適法な逮捕・勾留が法定の逮捕・勾留期限を過ぎて違法なものとなった場合には、正当化される期間を除外した部分についてのみ逮捕監禁罪が成立」²⁸すると解すべきであり、その全体が逮捕監禁罪一罪として包摂され得るからといって、法定の期限内に行われていた身柄の拘束までが違法と評価されるわけではない、とされる。

すでに第 1 章で明らかにし、本章でもそれを前提として考察を進めてきたところであるが、筆者も、「1 個の行為」と通称されるものの実体が「事実」ではなく「評価」であるにすぎず、議論の文脈を離れてア・プリオリに「1 個の行為」であることを意味するわけではないし、「評価」である以上は問題となる場面ごとに「1 個の行為」とされるべき範囲は異なり得るのであるから、たとえ構成要件段階で「1 個の行為」とされても（＝ある構成要件の 1 回の適用でカバーできる範囲であるとされても）、それが違法性段階における判断を拘束するものではない、という点にはまったく賛成である。

しかし、少なくともすでに述べたような形で統合説を根拠づけるならば、それは、前段の行為と後段の行為がア・プリオリに「1 個の行為」であることを当然の前提としているのではなく、量的過剰の場面において過剰防衛の成立する範囲をどのように解すべきか、という具体的な議論の文脈に関連して、行為者の行動コントロールの可能性という関心・視座から前段の行為を過剰防衛の一部として違法と評価すべきことを述べているのであるから——そのことの当否について異論があり得ることは別として——こうした批判は当たらない。

なるほど、被害者の同意の例や法定の期限を超えた逮捕・勾留の例では、論者の指摘するとおり、同意や刑訴法の規定によって違法性が阻却される部分についてこれを違法と評価すべきではあるまい。それは、同意の場面においては「最初の 1 発の殴打（と、通常は記述される挙動）についてのみ V が同意している」ということが、また、逮捕・勾留の場面においては「規定の期限についてのみ刑訴法が許容している」ということが、違法性段階における複数行為の一体化／分断の判断に際して決定的な意味をもつからである。これに対し、量的過剰の場面における過剰防衛の成立範囲の問題に関しては、行為者の行動コントロールの可能性という関心・視座に依拠する場合、前段の行為のみを切り取れば正当防衛の要件を充たすということから、ただちに、その部分を違法阻却すべきであるという帰結が導かれるわけではない。要するに、同意の場面と逮捕・勾留の場面と量的過剰の場面では、それぞれ、複数行為の一体化／分断を判断する際に指針とすべき関心・視座が異なり得るのであ

²⁶ 山口厚「判批」刑事法ジャーナル 18 号（2009 年）82～83 頁。

²⁷ 山口・前掲注 26・82 頁。

²⁸ 松原・前掲注 4・49 頁。

るから、前二者を例にとってこの点に関する議論を一般化し、それを量的過剰の場面に当てはめることは、適切でないと思われるのである。

第3 後段の行為の評価

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、「行為者の行動コントロールの可能性」という観点から理解すべきものと思われる。

そして、そうした観点からは、統合説と分断／過剰防衛否定説の対立は相対的なレベルにとどまっているといえよう。

筆者の理解によれば、両説は、「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設定するタイミングをどの程度細かく見計らうか——すなわち、急迫不正の侵害が終了した後も一定の場合にはなお「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継続的に作用するものとするか（統合説）、それとも、急迫不正の侵害が終了したのであればそこで「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終了し、「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範に切り替わると考えるか（分断／過剰防衛否定説）——という「あてはめ」のレベルでは意見を異にしている。

しかし、「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た以上、それは単なる犯罪行為であって、過剰防衛、すなわち、「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」という特殊な行為規範に違反する特殊な類型——誤解を恐れずにいうならば、それは、〇〇罪の過剰防衛という「特殊な犯罪構成要件」である——ではあり得ない。したがって、それぞれの「あてはめ」に基づき、「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範が設定される段階に至ったと判断された場合には、それに違反する行為は単なる犯罪行為にすぎず、過剰防衛の成立を認める余地はない、と解する点では、軌を一にしている。その意味において、両説は、基本的な論理構造を共有しているといえるのである。

これに対して、分断／過剰防衛肯定説は、後段の行為の時点ではすでに「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範が向けられていることを認めつつ、なお、それに違反する行為を過剰防衛と評価する余地を認めるものであり、やや異質な存在といえる。そのため、先述のように行為者の行動コントロールの可能性という観点から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／分断という問題を考える場合、はたして、後段の行為のみについて過剰防衛の成立を認めるということが可能であるのか、疑問が生じ得るのである。

こうした理解は、過剰防衛について定めた36条2項を、いわば量刑に関する特則と位置づけることによって説明され得るであろう。すなわち、——「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、その行為は、犯罪論のレベルにおいては理由もなく他者の法益を侵害したものであるといわざるを得ない（過剰防衛という「特殊な犯罪構成要件」が存在するわけではない）。しかし、まったく一方的に被害者を攻撃した場合とは異なり、急迫不正の侵害に起因する流れの中、任意の中断可能性が認められるとはいえ、尋常

でない精神状態で後段の行為に及んだといえる場合には、量刑のレベルにおいて大いに斟酌すべき類型的な責任減少が認められる。36条2項は、裁判所に対し、そうした類型的な責任減少を一般的な量刑事情の中に埋没させることなく、特別の配慮を行うことを求める趣旨で設けられたものである、と²⁹。

もっとも、分断／過剰防衛肯定説に対しては、さらに、①36条2項は同条1項を受けた規定であって、過剰防衛が成立するには「やむを得ずにした行為」であること以外の要件をすべて満たしていなければならないから、急迫不正の侵害の終了後に行われた後段の行為につき過剰防衛の成立を認めることはできない³⁰ 31、②過剰防衛における刑の減免根拠を違法減少に求める場合、急迫不正の侵害の終了後に行われた後段の行為については違法減少を認めることができないから、過剰防衛は成立しない³²、といった批判があり得る。

しかし、これらはいずれも決定的なものとはいえない。

まず、①について、36条の文言からただちに分断／過剰防衛肯定説を否定することはできない。「急迫不正の侵害に対して」という文言は、必ずしも急迫不正の侵害との厳密な同時存在を求めるものではなく、時間的限界を逸脱した場合をも含むものとして——たとえば、「急迫不正の侵害への対応に端を発して」といった状況をも許容するものとして——読むことが可能と思われるからである³³。

むしろ、36条2項の沿革³⁴に照らせば、後段の行為を過剰防衛として扱うことは積極的に肯定されるべきであるようにさえ思われる。旧刑法（明治13年太政官布告36号）316条は、「身体財産ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乗シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラス但情状ニ因リ第三百十三条ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」と規定していた。このうち、「危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乗シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル」の部分が量的過剰の場面を指していることは明らかであり、旧刑法は後段の行為を過剰防衛（の一部？³⁵）と扱っていたのである。そして、現行刑法典の制定に際して過剰防衛に関する議論は特に行われず、

²⁹ この点については、分断／過剰防衛肯定説を採られる松原芳博教授（早稲田大学）から個人的にご教示をいただいた。特に記して御礼を申し上げる。

³⁰ たとえば、内田文昭『刑法概要中巻〔犯罪論（二）〕』（青林書院、1999年）112頁は、後段の行為は「正当防衛たりえないが故に、過剰防衛ともなりえない」とする。

³¹ なお、この批判は、急迫不正の侵害と同時存在していない後段の行為をも過剰防衛の一部としている点で、統合説に対しても向けられ得る。しかし、統合説を採るならば、前段の行為と後段の行為は一体的な反撃行為として把握されるのであるから、それはまさに「急迫不正の侵害に対し」「防衛の程度を超え」て行われたものということができるであろう（図式的に言えば、急迫不正の侵害は短めの〔＝前段の行為と同じ長さの〕矢印で、それに対する反撃行為は〔後段の行為の分だけ〕長めの1本の矢印で、並べて描かれることになる。反撃行為を表す長めの矢印は、全体として、「急迫不正の侵害に対して」行われたものといえよう）。

³² 橋田・前掲注6・229頁。

³³ 伊藤寧ほか『刑法教科書（上）』（嵯峨野書院、1992年）259頁以下〔葛原力三執筆〕。

³⁴ 成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（一）」法学74巻1号（2010年）1頁以下で詳細な紹介・分析が行われている。

³⁵ 前段の行為をも含めて過剰防衛とする趣旨であるのか（統合説）、後段の行為のみを過剰防衛とする趣旨であるのか（分断／過剰防衛肯定説）は明らかではない。

現行刑法の 36 条 2 項が旧刑法 316 条と趣旨を同じくするものであるとされていることからすれば、36 条 2 項は量的過剰の場面をも想定したものと解するのが自然であろう。

次に、②について、なるほど、後段の行為のみを取り上げた場合には違法減少を認めることができないため、過剰防衛における刑の減免根拠には違法減少が必須であると解するならば、分断／過剰防衛肯定説を採ることはできない³⁶ ³⁷。しかし、(少なくとも) 責任減少が認められれば過剰防衛における刑の減免を肯定する余地がある、との理解を前提とするのであれば、後段の行為につき過剰防衛の成立を認めることが可能であり、分断／過剰防衛肯定説を採用する余地が生まれることになる³⁸。つまり、この点に関する帰趣は、過剰防衛における刑の減免根拠の理解如何によることになるのである。

以上の検討より、行為者の行動コントロールの可能性という観点から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／分断という問題を考えると、分断／過剰防衛肯定説は成り立ち得るものといえよう。

第 4 私見

1 統合説の採用

前出第 2 及び第 3 で述べてきたところを整理すると、次のようになる。

まず、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、行為者の行動コントロールの可能性という観点から検討されるべきものである。

その場合、急迫不正の侵害が終了した時点で常に行為者における行動コントロールの回復を期待できる——したがって、その時点で常に「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範が向けられる——と解するのであれば、分断説に至る。これに対し、急迫不正の侵害が終了したからといって状況によっては行為者における行動コントロールの回復を期待しがたい場合もある——したがって、状況によっては、後段の行為の時点でもなお「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継続して作用する場合もある——と考えるのであれば、統合説を採ることになる。

³⁶ この点、36 条 2 項はあくまで任意的な刑の減免を規定するにとどまるから、過剰防衛の成否と刑の減免とは関連性をもたないのではないかと、という疑問があるかもしれない。しかし、過剰防衛の成立は刑の減免を検討するための前提条件であるから、過剰防衛が成立するという事は、そこに、(たとえ最終的には刑の減免に至らないとしても) 少なくとも刑の減免を検討するにふさわしい何らかの実体が存在するという事である。したがって、およそ刑の減免の根拠となり得るような要素が存在しない場合には、そもそも過剰防衛の成立もあり得ないというべきであろう。

³⁷ なお、遠藤・前掲注 11・148 頁は、後段の行為のみについて違法減少を肯定する趣旨であるようにも思われる。しかし、(結果無価値論を採るにせよ、行為無価値論を採るにせよ) 少なくとも違法性の実質を法益侵害ないしその危険と関連づけて理解し、したがって、違法阻却ないし違法減少の根拠を正の法益の保全ないしその可能性に求めるならば、急迫不正の侵害の終了後に行われた後段の行為について違法減少を認めることはできないであろう(防衛の意思等の法適合的な心理状態の存在をもって「心情有価値」とし、これを根拠に後段の行為について違法減少を認める余地もあろうが、前提となるそうした違法観自体に疑問がある)。

³⁸ 実際、分断／過剰防衛肯定説の論者は、責任減少が認められることを過剰防衛における刑の減免根拠と解している(たとえば、安田・前掲注 7・252～253 頁)。

そして、分断説を採り、後段の行為の時点では「およそ相手方を攻撃するなかれ」という新たな行為規範が向けられると考えた場合、さらに、36条2項は「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」という特殊な行為規範に違反した特殊な類型を規定したものであり、「およそ相手方を攻撃するなかれ」という行為規範が向けられている状況では同項を適用する余地はない、と解するのであれば、分断／過剰防衛否定説となる。これに対して、36条2項を量刑に関する特則として位置づけるのであれば、分断／過剰防衛肯定説に赴くことになる。

以上をふまえて、筆者は統合説を採用したい。

たしかに、急迫不正の侵害が終了したのであれば、その時点で反撃を止めることが望ましいし、また、それが可能な場合もあるであろう。しかし、裁判所が事後的に急迫不正の侵害の終了を認定するような事案の中にも、事件当時の現場にはなお殺伐とした空気が濃厚であり、行為者が頭を冷やして反撃を取り止めることが容易ではなかった、というケースは少なからず含まれていると思われる（そのことは、実際の裁判例において、量的過剰という事態が、典型的な質的過剰と同じように——もしかするとそれ以上に——しばしば見受けられることから推測されよう）。そうであるとすれば、急迫不正の侵害が終了した時点で常に行行為者が行動コントロールを回復したものとみなし、「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提示することは、時に、実態にそぐわない法的評価をもたらすことになるであろう。

このように考えると、上記のとおり理論的には分断説も十分に成り立ち得るが、実態に即した事案の処理を可能にするという点で、統合説に分があると思われるのである。

2 統合説のあるべき形

一口に統合説といっても、いくつかのヴァリエーションが存在する。

1 つめは、「複数行為について、全体として過剰防衛になると結論づけるとしても、正当防衛が成立すると区別した評価が可能である行為については、区別した評価が可能である以上、処罰の対象から除外されるべき」³⁹であるから、「重い結果が防衛手段の相当性をそなえた行為〔※引用者注：本稿にいう前段の行為〕から生じた場合（又は、それ以外の行為から生じたことが証明できない場合）には、そもそも重い結果に係る罪の成立を認めることはできない」⁴⁰とするものである。

この見解の特徴は、前段の行為をも過剰防衛とすることを認めつつ、なお、前段の行為がそれだけを切り取ってみれば正当防衛の要件を充たすことを重視し、前段の行為については違法と評価できない（したがって、もちろん、そこから生じた結果につき刑責を問うこともできない）、とするものである。

しかし、すでに述べたように行為者の行動コントロールの可能性という観点から量的過剰の場面を考えるなら、前段の行為は過剰防衛の一部としてれっきとした違法行為であることになる。また、その点はひとまず措くとしても、「過剰防衛ではあるが適法である」というカテゴリーを観念することが可能であるのか、疑問である（この見解に対しては「分断

³⁹ 山口・前掲注26・83頁。

⁴⁰ 山口・前掲注26・83頁。

説との差は紙一重」⁴¹との評があるが、その実質は分断／過剰防衛肯定説にほかならないように思われる。論者は「量的過剰防衛を肯定することと、第1暴行〔※引用者注：本稿にいう前段の行為〕と第2暴行〔※引用者注：本稿にいう後段の行為〕とを分割して個別に評価することとが矛盾するの否か」⁴²という問いを立て、「この二つのことは矛盾しない」⁴³とした上、「量的過剰防衛が第2行為についても成立するということは、第2暴行が第1暴行と一連一体のものとして行われることによって、第2暴行の時点ではすでに終了していた急迫不正の侵害に対する反撃行為として第2暴行も評価しうるというにすぎない」⁴⁴とする。このような理解においては、あえて前段の行為をも過剰防衛に含める必要はなく、分断／過剰防衛肯定説に至るのが合理的ではないだろうか⁴⁵。

2つめは、前段の行為が過剰防衛の一部であり、かつ、(1つめの見解とは異なり)違法であることを承認しつつ、量刑のレベルでは前段の行為が適法であることを考慮する、というものである。

前掲の平成21年最決は、「被告人は、被害者と口論になり、同人が机を自分に向けてひっくり返してきたため、それを押し返した(第1暴行)。被害者は押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になったが、被告人はさらに被害者の顔面を手拳で数回殴打した(第2暴行)。被害者は第1暴行によって傷害を負った」という事案において、第1暴行は正当防衛の要件を充たす適法な行為であるから、そこから生じた傷害結果について被告人が責任を負うことはなく、暴行罪が成立するにすぎない、という上告趣意に対し、「被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りるというべきである」と判示した。

第2暴行の時点で被害者による急迫不正の侵害が終了したとはされていない⁴⁶ため、本決

⁴¹ 橋田久「量的過剰防衛——最高裁平成20年6月25日第一小法廷決定を素材として——」刑事法ジャーナル16号(2009年)26頁。

⁴² 山口・前掲注26・84頁。

⁴³ 山口・前掲注26・84頁。

⁴⁴ 山口・前掲注26・84頁。

⁴⁵ この見解の論者は、「第1暴行〔※引用者注：本稿にいう前段の行為〕について正当防衛が成立する場合に限って考えると、第1暴行によって惹起された法益侵害に対応する分だけ、違法性の減少を認めることができる」とした上、「第1暴行については傷害致死罪(ただし、正当防衛となる)が成立し、第2暴行〔※引用者注：本稿にいう後段の行為〕については傷害罪が成立する事例で、両者を一体的に捉えて量的過剰防衛を認める場合、傷害致死に対応する違法性の減少を認めることになる。その結果、傷害致死罪ではなく、傷害罪として過剰防衛の成立を肯定すべきではないだろうか」とする(山口・前掲注26・57頁)。これに対しては、『第1暴行によって惹起された法益侵害に対応する』違法性の減少は、全体として傷害致死罪の構成要件に該当する一連の行為の罪責を傷害罪に縮減することによって既に評価され尽くしており、重ねて傷害罪の刑を減免する効果までは有しえないように思われる」との批判がなされている(松原・前掲注4・55頁)。

⁴⁶ 原判決(大阪高判平成20年10月14日〔刑集63巻2号15頁])は「第2暴行の時点においても、A〔※引用者注：被害者〕の急迫不正の侵害が終了したものとは認められない」としており、本決定もそれを前提としている。

定の事案は、本章にいう量的過剰の類型ではない。しかし、第1暴行——量的過剰の事案における前段の行為に相当する——の取扱いについては、量的過剰の場合と同じ議論が妥当するはずである。つまり、本決定の立場からすると、前段の行為をも過剰防衛の一部として違法と評価し、それのみによって生じた結果についても責任を問うという立場をとりつつ、量刑のレベルにおいては、前段の行為が正当防衛に当たることを「有利な情状」として考慮すべきである、ということになる⁴⁷。そこには、分断説と同様に、それ自体を切り取ってみれば正当防衛の要件を充たすはずの前段の行為を違法と評価することへの躊躇が看取される。

しかし、統合説を採るということは、前段の行為をも過剰防衛の一部として違法と評価するということであり、違法と評価した以上は、犯罪論のレベルにおいてはもちろん、量刑のレベルにおいても、それを貫徹すべきであろう。私見によれば、統合説からは、前段の行為のみによって結果が生じたのか否か、また、その結果がいかなるものであるかにかかわらず、前段の行為と後段の行為を一体的に評価すべき実体が備わっている限り、前段の行為をも違法と評価することを前提に刑責を問うべきである。前段の行為（ないしそこから生じた結果）について刑責を問うことを不当と感じるのであれば、端的に分断説に赴くべきではないだろうか⁴⁸。

以上の検討より、統合説は、行為者の行動コントロールという前述の観点に照らして、前段の行為と後段の行為を一体的に評価すべき実体が備わっているといえる場合には、前段の行為をも含めて過剰防衛＝違法行為と評価し、犯罪論レベルにおいてはもちろん、量刑のレベルにおいても、それを貫徹する立場として理解されるべきである。

3 考慮要素

⁴⁷ 本決定の調査官解説では、「本決定は、刑法36条2項に係る法理（解釈）を示したのではなく、事例判断の形を採っているが、これは、発生した重い結果がより深刻な事案、例えば、甲が乙に対し、防衛手段としての相当性が認められる第1暴行及び同相当性を欠く第2暴行を加えて乙を死亡させたという傷害致死の事案で、第2暴行は死因とは無関係であるといったときでも、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害致死罪の成立を認め、死亡の結果まで責任を負わせるべきかについては、なお異論があり得ることなどに配慮したものと推察される」（松田俊哉「判解」『平成21年度最高裁判所判例解説刑事篇』〔法曹会、2013年〕11頁）とされている。おそらくは前掲の平成20年最決の事案

（同最決は——おそらくは統合説の立場を前提としつつも——この事案においては結論として前段の行為と後段の行為を分断的に評価したため、こうした問題について論じる必要がなかった）が念頭に置かれているものと推測されるが、この記述は、統合説に基づいて一体的評価を行い傷害致死罪の過剰防衛とする場合には、罰金刑を科す余地がなくなるなど、後段の行為についてのみ暴行罪の成立を認める場合との均衡が著しく損なわれることがあり得る、という点に配慮したものである（ただし、一体的評価によって過剰防衛の成立を認める場合の刑責と分断的評価によって後段の行為を単なる犯罪行為とする場合の刑責を比べると、常に前者の方が軽くあらねばならない、とはいえないことは、すでに述べたとおりである）。この点については、量的過剰に関するリーディング・ケースとされる前掲昭和34年最判の調査官解説においても、仮に前段の行為から致命傷が生じていれば正当防衛が成立するとの記述がある（寺尾正二「判解」『昭和34年度最高裁判所判例解説刑事篇』〔法曹会、1968年〕8頁）。

⁴⁸ そもそも、量刑レベルにおいて「有利な情状として考慮する」といっても、具体的にどのような形で「考慮」すべきかが明らかでない、という問題もあろう。

統合説をこのような形で理解した場合、前段の行為と後段の行為の一体化／分断の判断はどのようにしてなされるべきか。

ここでのポイントは、前段の行為と後段の行為の間に、客観的にはすでに急迫不正の侵害が終了しているという状況を前提として、「およそ相手方を侵害するなかれ」という新たな行為規範を差し挟む余地があるか否か、換言すれば、仮にそのような行為規範が向けられたとしてそれが効果を発揮することが合理的に期待できるような状況であるか否か、ということである。

判例・学説上、前段の行為から後段の行為へと至る過程において、行為者の心理状態に連続性ないし共通性が認められることが重視される。それは、「単なる行為の一体性というよりも、防衛行為として一体的に評価できるかが重要」⁴⁹であり、「防衛行為の把握においては、『防衛するための行為』という意味は、行為者の意思が防衛効果という結果に向けられている場合に認められるのであるから、防衛の意思に担われ、これに統制・支配される範囲で、防衛行為の範囲を決定することになる」⁵⁰という理解や、過剰防衛における類型的な責任減少を認めるためには、「その行為〔※引用者注：後段の行為〕が先行する急迫不正の侵害に対応する意思に基づき起動されたものとしての性格をなお失っておらず、行為動機としての同一性・連続性が認められる限りで、防衛事象的性格が肯定される」⁵¹ことを要するといった理解に基づくものである（なお、しばしば「防衛の意思」の連続性といった表現が見られるが、これが〔防衛の意思必要説を採った場合における〕正当防衛の成立要件としてのいわゆる「防衛の意思」と一致するのかが否かは1個の問題である。「防衛の意思」の定義については議論があるが⁵²、いずれにしても、急迫不正の侵害を認識していることは大前提である。量的過剰の場面にこれを当てはめると、終始一貫して「防衛の意思」が認められるためには、客観的には急迫不正の侵害が終了しているにもかかわらず、行為者が侵害の継続を誤信していなければならないということになる。しかし、この場合、行為者は、自己の行為の過剰性を基礎づける事実の認識を欠いているのであるから、全体として一種の誤想〔過剰〕防衛であって、過失犯となるはずである⁵³。つまり、一般的な意味での「防衛の意思」を要求すると、量的過剰防衛はすべて過失犯であるということになる。しかし、判例も学説も、そうは考えていないであろう。実際、判例が量的過剰防衛を認めた事案の中には、行為者が侵害の終了を認識した上でなお攻撃を継続したケースがいくつも見られる。そこでは、明らかに、一般的な意味での「防衛の意思」は要求されていない。この点につき、「侵害の終了は認識しているが、専ら攻撃の意思というまでには至らない心理状態」と「専ら攻撃の

⁴⁹ 遠藤・前掲注11・155頁。

⁵⁰ 仲道・前掲注9・232頁。

⁵¹ 安田・前掲注7・258頁。安田自身は分断／過剰防衛肯定説を採るが、後段の行為をも過剰防衛と評価する上では、統合説においても概ね同様の理由づけを用いることができるであろう。

⁵² 判例は、「急迫不正の侵害の事実の認識」に加えて、「侵害に対応する意思」あるいは「侵害を避けようとする単純な心理状態」といった意識的要素を要求する立場であるとされている（安廣文夫「判解」『昭和60年度最高裁判所判例解説刑事篇』〔法曹会、1989年〕143頁）。

⁵³ 佐藤拓磨「量的過剰について」法学研究84巻9号（2011年）176頁。

意思」とを区別し、後者に至った場合はもはや量的過剰防衛を認めることはできない、という判断枠組が提示されている⁵⁴。これは、①行為者が侵害終了を認識したか否かを認定するのは困難であり、そうした微妙な認定の結果に過剰防衛の成否をかからしめることは望ましくない、という実際上の問題⁵⁵に加え、②緊急状態下で自己の行動を冷静に統御することは困難であり、侵害の終了を認識してしまえば常に量的過剰防衛の成立が否定されるのは行為者にとっていささか酷である、といった点に鑑みると、一定の妥当性を有するものといえるであろう⁵⁶。こうした理解を推し進めてゆくと、理論的には、前段の行為と後段の行為の時間的・場所的連続性や行為態様の類似性といった客観的な要素は、それ自体が独自に意味をもつというより、心理状態の連続性ないし共通性という要素を基礎づける間接事実的なものとして位置づけられることになるであろう⁵⁷。

先述のように、後段の行為の時点で「およそ相手方を侵害するなかれ」という新たな行為規範が提示された場合、それが効果を発揮することが合理的に期待できるか、という観点から判断をする立場においても、同様に考えることができよう。行為規範は人の心理に作用することでその行動をコントロールするものであり、後段の行為に及ぼうとする行為者の心理状態が前段の行為の時点から同一性・連続性を有するといえる場合、行為者の心理は行動コントロールの可能性を十分に回復した状態にあるとはいいがたいため、その段階で改めて「およそ相手方を侵害するなかれ」という新たな行為規範を提示したとしても、彼がそれに応じることは合理的に期待しがたいからである⁵⁸。

第5 まとめ

本章では、『一連の行為』論の主戦場の1つである量的過剰の問題を扱った。その骨子は以下のとおりである。

量的過剰の場面においては、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2つの問題がある。

まず、①の問題については、従来、統合説と分断説が対立するものとされてきた。しかし

⁵⁴ 遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌 50 巻 2 号（2011 年）317 頁。

⁵⁵ 遠藤・前掲注 54・308 頁。

⁵⁶ 学説においてもこうした理解は支持されている（たとえば、橋爪隆「防衛行為の一体性について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』〔有斐閣、2012 年〕100 頁）。

⁵⁷ こうした理解を明示するものとして、たとえば、遠藤・前掲注 11・155 頁。

⁵⁸ もっとも、違法と責任の区別を維持する（新）客観的違法論の立場からは、刑法が行為規範の名宛人として想定するのは、当該事案におけるまさにその行為者ではなく、同様の状況に置かれた通常一般人である。したがって、厳密に言えば、量的過剰の場面において刑法がいかなる形で行為規範を向けるか、という問題についても、「まさにその行為者がどのような心理状態であったか」ということではなく、「同様の状況に置かれた通常一般人であればどのような心理状態となるか」ということを基準として考えるのが筋であろう。その場合、「まさにその行為者がどのような心理状態であったか」ということは、それ自体が決定的な意味をもつのではなく、通常一般人を基準とした判断における目安として位置づけられることになると思われる。

ながら、前段の行為と後段の行為の一体化／分断の判断に際して「行為者の行動コントロールの可能性」という関心ないし視座に拠るのであれば、両説はその基本的な論理構造を共有しており、どのタイミングで行為者における行動コントロールの回復を期待できるか、換言すれば、どのタイミングで（客観的に急迫不正の侵害が終了していることを前提として）「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向けるか、という「あてはめ」のレベルで見解を異にしているにすぎない。

次に、②の問題については、理論的には統合説・分断説ともに成り立ち得る（なお、分断／過剰防衛肯定説においては、36条2項は量刑の特則として理解されるべきことになる）ところ、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われつ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。

第5章 「一連の行為」の途中における心神喪失

第1 はじめに

第3章では、いわゆる「早すぎた結果発生」の問題を素材として、複数行為を一体的に把握するという思考方法が行為と責任の同時存在の原則との関係で注意を要するものであることを述べた。

本章では、同様の問題意識に基づいて、いわゆる「原因において自由な行為」¹及び「実行行為開始後の心神喪失」を取り上げる²。これらは、いずれも、連続する複数行為の途中で行為者が心神喪失状態に陥り³、かつ、心神喪失状態下で行われた行為によって直接的に結果を惹起する、という場面である。したがって、直接的な結果惹起行為を実行行為として取り上げ、かつ、行為と責任の同時存在の原則を文字どおりに当てはめるなら、その行為につき罪責を問うことはできなくなる。

周知のとおり、こうした帰結を回避するためにさまざまな理論構成が考案されてきたのであるが、本稿全体の関心がもっぱら『一連の行為』論にあることから、本章では、そのうち、直接的な結果惹起行為とそれ以前に行われた行為とを「1個の行為」として一体的に把握することにより、直接的な結果惹起行為についても完全な罪責を問おうとする見解を主な検討対象とする⁴。

第2 原因において自由な行為

1 責任モデルの概要

原因において自由な行為とは、直接的な結果惹起行為（以下、「結果行為」という）の時点では心神喪失状態に陥っていたが、その原因となった行為（以下、「原因行為」という）の時点では責任能力が備わっていた、という場面である。たとえば、「甲は、Vを殺そうと決意したが、素面では怖くなって途中で止めてしまうのではないかと懸念し、景気づけに大量に飲酒した上、Vをナイフで刺し殺そうと計画した。甲は、大量に飲酒して（＝原因行為）心神喪失状態に陥り、計画どおり、Vをナイフで刺して（＝結果行為）殺害した」などという場合がその典型である。

¹ 「原因において自由な行為」という語は、①後に詳しく述べるような一定の事案類型を指す場合と、②それを処理するための解釈論上の手法を指す場合がある。本章では、特にことわらない限り、前者の意味でこの語を用いる。

² 安田拓人「実行行為開始後の責任能力低下について」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2016年）も、早すぎた結果発生の場合に関する検討から出発して、実行行為開始後の心神喪失・耗弱の場合へと論を進めている。

³ 本章の目的は、これらの問題を解決することそれ自体ではなく、『一連の行為』論の視点からこれらの問題に改めてアプローチし、『一連の行為』論について考える具体的契機の1つとすることにある。そこで、議論を簡明にするため、主に、心神喪失状態に陥った場合を念頭に置いて考察を進めることにする。

⁴ 『一連の行為』論的な視点から実行行為開始後の心神喪失ないし耗弱の問題にアプローチするものとして、特に、小野晃正「実行着手後の責任能力低下と行為分断の可否」刑法雑誌55巻2号（2016年）、吉川友規『一連の行為』と承継的責任無能力」同志社法学69巻3号（2017年）。

この場合、結果行為の時点では心神喪失状態なのであるから、それだけを切り取ってみれば39条1項により不可罰とならざるを得ない。しかし、特に、上記の事例のように、行為者があらかじめ立てた計画どおりに犯罪結果を実現した場合には、こうした帰結は健全な法感情に反すること甚だしい。

そこで、心神喪失状態下における結果行為のみを実行行為と位置づけつつも、原因行為と結果行為を全体として「1個の行為」と把握する見解⁵が主張される。本稿ではこうした見解を責任モデルと呼ぶことにする⁶。

責任モデルは、犯罪論上の責任の本質ないし責任評価の対象の確定から出発する。すなわち、通説とされる規範的責任論によれば、犯罪論上の責任は、ある行為に出ようとする意思決定に対する非難可能性として理解される。そうであるならば、責任能力は、実行行為に対応する意思決定の時点で備わっていればよいことになる⁷。

責任モデルによれば、実行行為すなわち結果行為に対応する意思決定は、早くも原因行為の時点に求められる。行為者がその時点ですでに結果行為に及ぶことを決意しており、その決意がそのまま実行に移されたなら、それは結果行為に及ぼうとする「最終的意思決定」⁸であるというのである。

このように考えると、実行行為たる結果行為と責任能力が同時存在していなくとも、責任主義には反しないことになる。

責任モデルの理論構成のポイントは、原因行為の時点における意思決定を結果行為に対応する「最終的意思決定」と評価することである。同説は、その際、原因行為と結果行為が全体として「1個の行為」とであると説明する⁹。すなわち、——原因行為と結果行為を「1個の行為」と把握できるなら、それに対応する意思決定もまた原因行為から結果行為へと至る一連の行為を包摂するものとなる。「行為」が拡張されれば、それに対応する「意思決定」もまた拡張される、というロジックである。そして、ある行為に対応する意思決定はその行為の開始時に行われるのであるから、上記の包摂的な「1個の行為」の開始時、すなわち、原因行為の時点における意思決定は、当該「1個の行為」全体についての「最終的意思決定」となる。そうであるならば、それは、「1個の行為」の中に含まれる結果行為との関係においても「最終的意思決定」たり得るではないか、と。

このように、責任モデルにおいては、原因行為と結果行為を「1個の行為」として一体的

⁵ 西原春夫「責任能力の存在時期」団藤重光ほか編『犯罪と刑罰 佐伯千仞博士還暦祝賀上巻』(有斐閣、1968年)。

⁶ 責任モデルという呼称は、広く、心神喪失状態下における結果行為のみを実行行為と位置づけ、何らかの理論構成によって完全な罪責を問おうとする見解全般を指すこともある。本文中で取り上げた見解以外にも、たとえば、禁反言ないし権利濫用の発想を用いる見解(丸山治『原因において自由な行為』小考)内田文昭先生古稀祝賀論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(青林書院、2002年)、違法性の意識の可能性に関する責任説の発想を応用し、結果行為時に責任能力を失っていたことについての非難可能性を問題とする見解(中空壽雅『責任能力と行為の同時存在の原則の意義について』刑法雑誌45巻3号〔2006年〕)などがある。

⁷ 西原・前掲注5・410頁。

⁸ 西原・前掲注5・412頁。

⁹ 西原・前掲注5・416頁。

に把握することにより、その全体を包摂する——したがって、実行行為たる結果行為とも対応する——「最終的意思決定」はすでに原因行為の時点でなされている、との理論構成が基礎づけられているのである¹⁰。

2 検討

筆者は、責任モデルの基本的発想、すなわち、犯罪論上の責任はある行為に及ぼうとする際、意思決定に対して向けられる否定的評価であるから、当該行為に対応する「最終的意思決定」の時点で責任能力があれば——たとえ当該行為と「最終的意思決定」とが同時存在していなくとも——罪責を問い得る、との考え方自体には賛同する。

問題は、原因において自由な行為という具体的場面で、原因行為の時点における意思決定が結果行為に対応する「最終的意思決定」といえるか、ということである。

結論からいえば、そのように考えることは困難である。

われわれの通常感覚は、「意思は凝然たる実態ではない。行為が当初の意思どおりに行われたという場合も、当初の心理状態がコンピューター・プログラムのように保存され、それによって行為が発生させられ続けたわけではない。行為が発生させる意思はまさに行為の瞬間のものであり、その時決定したものである」¹¹というものであろう。

殊に、原因において自由な行為の場合、原因行為はそれ自体としてはせいぜい予備段階であるにすぎないのに対し、結果行為は直接に結果を惹起し得る高度に危険なものであって、行為者の規範意識という点で後者の方が遥かにハードルが高いことは明らかである。したがって、たとえ原因行為の時点でいったんは犯意を固めても、いざ結果行為に及ぼうとする際には、改めての——そして、原因行為の時点におけるそれよりも困難な——意思決定が必要になると考えるべきであろう¹²。また、先に挙げた事例のように原因行為と結果行為とが時間的に離隔していることも、結果行為の時点で新たな意思決定が行われることを根拠づける。われわれは、通常、時間が空けばそれだけ物考える余裕を得られるからである。

このように、責任モデルの考え方は、少なくとも原因において自由な行為の場面においては、われわれの通常感覚から外れていると思われる（なお、責任モデルの論者は、しばしば、原因行為と結果行為が共に「同一の意思によって貫かれ」¹³している、といった表現を用いる。しかし、各行為の時点においてそれぞれ別個に意思決定がなされるが、結果的にそれらの内容が一致している、というケースも考えられるのであり、その場合にも意思が一貫し

¹⁰ なお、責任モデルは、一般に、結果行為のみを実行行為とするものと思われる（実行行為とここでいう包摂的な「1個の行為」とは区別されている）が、実際には原因行為と結果行為を合わせて1個の実行行為としている、との指摘もある（深町晋也「原因において自由な行為」西田典之ほか編『刑法の争点』〔有斐閣、2007年〕85頁）。しかし、そのいずれであっても本章における分析は妥当するであろう。

¹¹ 平川宗信「原因において自由な行為」中山研一ほか編『現代刑法講座（2）』（成文堂、1979年）283頁。

¹² 古田佑紀「判批」研修411号（1982年）58頁は、「予備から実行行為に移行するに際して、更に強い意思決定を要すると一般に考えられるとすれば、予備行為の時に完全な責任能力があったとして、目的とした犯罪の実行行為時における刑法39条の適用を排除することは困難である」とする。

¹³ 西原・前掲注5・416頁。

ているとはいえるであろう。それゆえ、このことは、原因行為の時点における意思決定の「最終」性をただちには根拠づけにくいことに注意を要する¹⁴⁾。

こうした理解を前提とすると、原因において自由な行為の場面に責任モデルの発想を適用して結果行為につき完全な罪責を認めることは困難であろう。

すでに第3章で述べたように、刑法は、人の意思に働きかけることでその行動をコントロールし、法益侵害という事態を回避しようとするものである。そこでは、行為者が法的に許されない危険な行為に及ぼうとしていること（＝抑止の必要性）と、「働きかけ」を行った場合に行為者がそれに応ずるであろうと合理的に期待できること（＝抑止の可能性）が必要になる。抑止の必要性と可能性が備わった状況で刑法は「働きかけ」を行い、それに対応する行為者側の意思決定が問題となるところ、そうした意味での意思決定の存在を認め得る時点において行為者が責任能力を欠いていれば、彼が客観的に規範を突破したことにつき非難を加えることはできないから、罪責を問えなくなるのである。

原因において自由な行為の場面についていえば、原因行為の時点における意思決定を結果行為との関係において「最終的意思決定」であるとするのは、刑法が、結果行為の時点においてはもはや「働きかけ」の機会がないものと考え、ひとたび原因行為がなされた後は早くも法益保護のための介入を断念して、結果行為が行われるのを手を拱いて傍観している、という状況の承認を意味する。しかし、すでに述べたように、通常、行為者は、結果行為に及ぼうとする際に改めての——そして、一連の行動過程の中で最も強い心理的抵抗を伴う——意思決定を行うであろう。そうであるとすれば、そこには、刑法が介入する機会が存在するのであり、抑止の可能性が肯定されるべきである。原因行為の時点をもって介入のラストチャンスと見ることは、法益保護の観点からは妥当とは思われない。

このように考えると、結果行為に対応する「最終的意思決定」は、やはり結果行為の時点でなされるものと解すべきである。

ここで注意すべきは、責任モデルが、「1個の行為」の拡張に伴って「意思決定」を抽象化している点である。

すでに述べたところからすれば、原因において自由な行為の場面では、責任評価の対象として問題とすべき意思決定が少なくとも2つ存在するはずである。しかるに、責任モデルにおいては、あたかも、原因行為と結果行為を「1個の行為」として一体的に把握しさえす

¹⁴ 小池信太郎「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選①総論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）75頁は、「完全責任能力の下での意思決定が具体的な行為に貫かれている限りで、完全な責任を問いうる」という「基準の運用」に関して、「意思決定が行為に『貫かれている』という表現は、現になされた行為に及ぶ意思が当初からなければならず、あるいは、当初の意思決定が最終的で、その後は主体的判断が介入してはならないかのような印象を与える。……しかし、それは過度の要求と思われる。行為に対する問責の構造に鑑みれば、行為全体が完全責任能力下の意思決定および行為に『基づいて』いると評価できればよい。とすれば、能力低下前に実行を開始して自己の行為を強く方向づけ、現にその方向の行為に及んでいれば十分である」とする。しかし、なぜ「基づいて」という程度のおそらく、それは、「起因して」という程度の意味しかもたないであろう——関係しか認められない場合であっても意思決定と実行行為の時系列上の分離が許容されるのか、その実質的根拠は必ずしも明らかではない。

れば、責任評価の対象たる意思決定もまた抽象化されて 1 個にまとめられるかのような説明がなされている。

しかし、そこには、責任主義との緊張関係を解消できるほどの明確な理論的根拠は認めがたい。そもそも、責任モデルが原因行為と結果行為を「1 個の行為」として把握するその作業が刑法上いかなる意味をもつものであるのかは明らかではなく、したがって、それがなぜ行為と責任の同時存在の原則との関係で責任評価の対象たる意思決定の抽象化をもたらし得るのかも定かではない¹⁵。もしそのようなロジックが無制約に通用するならば、論者が「1 個の行為」と呼びたい範囲で複数の行為を一体化し、それに伴って他の概念を自在に弛緩させることが可能になってしまう。行為責任主義の下、犯罪論上の多くの議論が「行為」概念を基軸として構築されていることに鑑みれば、その影響は看過しがたい。

原因において自由な行為の場面では、それが、責任評価の対象としての意思決定概念の抽象化を介して、責任主義の中核たる行為と責任の同時存在の原則¹⁶に対する脅威としてあらわれるのである。責任モデルが、「意思決定から予備行為以前の行為・予備行為・実行行為を経て結果惹起にいたる人間の態度が同一の意思に担われたものであるとき、これを行為と名づけ」¹⁷、「行為についての責任能力は当該行為への最終的意思決定のときにあればよい」¹⁸ため、「ある違法行為についての責任能力は、その違法行為を含むところの行為全体の開始時にあればよい」¹⁹とするなら、そこで責任能力と同時に存在している意思決定の実質は、いまだ「犯意」とか「犯行計画」とかいったレベルの漠然としたものであるにすぎない。このように抽象的な意思決定が、犯罪論上の責任評価の対象として十分なものといえるのかは、甚だ疑問である²⁰。責任モデルにおいては、「故意責任を肯定するため実質的基礎を提供している行為者の主観は原因行為時の犯行の決意に移ってしまっ」²¹おり、「本来、故意が犯罪成立要件として犯罪の可罰性を基礎づけるものとされるのに、実質的には行為意思が故意にかかわって基礎づけているとみることができるのである」²²との指摘が妥当するように思われる。

3 小括

¹⁵ この点については、早すぎた結果発生の場合で、一連の故意説が、複数行為を「1 個の実行行為」として一体化することにより、それに対応する包括的な「一連の故意」を肯定する場合と同様の問題が生じることになる（第 3 章）。

¹⁶ 責任モデルは、しばしば、「実行行為」と責任の同時存在を修正し、「行為」と責任の同時存在の限度で責任主義を維持していると説明される。しかし、本文で述べたように、原因行為と結果行為を包摂する抽象的な「行為」の開始時に責任能力が備わっているだけで真に責任主義の要請が充たされているかは疑問である。

¹⁷ 西原・前掲注 5・412 頁。

¹⁸ 西原・前掲注 5・412 頁。

¹⁹ 西原・前掲注 5・413 頁。

²⁰ 西原・前掲注 5・412～413 頁は、「一方においてある行為がある意思の実現とみられ、他方においてその意思決定が責任能力のある状態でなされたとすれば、たといその行為の途中で責任能力が失われても、その行為が自由な意思決定に担われている点では、行為の過程の一々が自由な意思決定によって指導された場合とまったく同様」であるとするが、その根拠は明らかではない。

²¹ 石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌 45 卷 2 号（2006 年）243 頁。

²² 石井・前掲注 21・244 頁。

このように考えると、責任モデルに基づき、原因において自由な行為の場面で結果行為について完全な罪責を問うことは、實際上ほとんど無理であると思われる。

同説の論者は、「行為の開始時に責任能力があればそのすべてについて責任能力あるものとしての責任を負いうる、というためには、問題となる違法行為が当初の意思決定に担われたものであることが必要であって、とくに故意犯の場合には、ほとんど責任無能力に陥ることが犯罪遂行の手段であったような場合にかぎられることになる」²³として、同説の適用場面を限定しようとする。しかし、「責任無能力に陥ることが犯罪遂行の手段であったような場合」であっても、結果行為に及ぶ際に改めて意思決定が行われることに変わりはないと思われるから、すでに指摘した問題が妥当するといわざるを得ないであろう。

第3 実行行為開始後の心神喪失

1 実行行為の開始をもって「最終的意思決定」とする見解の概要

実行行為の開始後に心神喪失に陥り、その状態で行った行為により一定の結果を発生させる、という場合があり得る。

たとえば、「甲は、午前11時ころから自宅で酒を飲み始め、妻Vと些細なことから口論になった。午後2時ころ、さらに飲酒を続け、次第に酩酊度を強めていた甲は、Vの態度に腹を立てて同人を殴打し（第1行為）、その後、数次にわたって殴る、蹴るの暴行を加えた（第2行為）。午後11時ころ、甲は、Vに対して暴行を加えている最中につまづいて頭を強打したことからいっそう激昂し、Vの背部等を踏みつけた上、肩叩き棒で頭部等を滅多打ちにした（第3行為）。Vは、第3行為により惹起された外傷性ショックによって間もなく死亡した。第3行為の時点で、甲は、飲酒の影響で心神喪失状態に陥っていた」というケース²⁴がそれに当たる。

この場合、直接的にVの死の結果を惹起した第3行為の時点では甲は心神喪失状態に陥っており、そこだけを切り取ってみれば39条1項を適用せざるを得ないから、第1行為及び第2行為を傷害罪一罪として処罰し得るととどまる。

しかし、「いったん着手すれば『矢は弦を離れ』、実行行為はすべて行われるはずのもの」²⁵であるから、複数の行為が「一連の実行行為」として一体的に把握される場合には、その開始時点における意思決定は当該実行行為群全体との関係で「最終的意思決定」とであると位置づけられるのであり、したがって、その時点で責任能力が備わっておりさえすれば、当該実行行為群の全体について完全な罪責を問い得る、とする見解²⁶がある。

²³ 西原・前掲注5・413～414頁。

²⁴ 長崎地判平成4年1月14日（判時1415号142頁）の事案を改変したものである。

²⁵ 中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第3版補訂版、1997年）209頁。

²⁶ たとえば、中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『刑法の理論 中山研一先生古稀祝賀論文集』3巻（成文堂、1997年）225頁以下。前掲平成4年長崎地判も、「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は、心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなかったが、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能

2 検討

この見解の論理構造は、すでに見た責任モデルのそれと同じである²⁷。したがって、この見解についても、「一連の実行行為」の開始時点における意思決定がはたしてその全体を包摂する「最終的意思決定」と評価できるものであるのか、ということを実質的に考える必要があるであろう。

再三にわたり述べているように、複数の実行行為が「一連の実行行為」として一体的に把握されるといっても、それは、当該「一連の実行行為」の開始時において実行の着手＝未遂犯としての可罰性が認められ、かつ、当該「一連の実行行為」の最終時点までがある構成要件（上記の事例でいえば傷害致死罪）の成立上一罪の範囲に収まっている、という意味をもつにすぎない。したがって、仮にある実行行為群が「一連の実行行為」と評価され得るからといって、そこからただちに、その開始時における意思決定が「一連の実行行為」の全体を包摂する「最終的意思決定」である、という帰結が導かれるわけではないのである²⁸。

こうした理解を前提とすると、上記の見解には疑問がある。

一口に「実行行為開始後の心身喪失（ないし耗弱）」といっても、大別して、①前掲の事例のごとく、散発的（行き当たりばったり）に「一連の実行行為」が行われた場合と、②当初から計画的に「一連の実行行為」が行われた場合とがある²⁹（もちろん、後者の場合の方がより「一連の実行行為」としての性格〔＝一罪性〕を認めやすいが、前者の場合にもこれを肯定し得ることは少なくないであろう）。

まず、①の場合には、——「一連の実行行為」性を否定すべきほどの断絶があるとはいえないにせよ——各行為をそのつど思いついて行っていると見るのが自然であって、「一連の実行行為」開始時における意思決定をもって「最終的意思決定」と位置づけることには無理があるように思われる³⁰。

性の減弱を認め、その刑を必要的に減軽すべき実質的根拠があるとはいいたい」として、この見解に親和性のある立場を示している。

²⁷ 中空壽雅「実行着手後の心神喪失・心神耗弱といわゆる『同時存在の原則』」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集』2巻（成文堂、1998年）251頁も、この見解と責任モデルの共通性を指摘する。

²⁸ 吉川・前掲注4・340頁も、「構成要件段階における行為の一体性の問題は、同一の構成要件によってどこまでを包括して処断できるのかという問題であるのに対して、責任段階における一体性の問題は、行為者の着手時点の意思決定の射程がどこまで及ぶのかという問題である」とする。

²⁹ 松原芳博「いわゆる量的過剰防衛について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）43頁は、「早すぎた構成要件の実現や実行の着手の領域でしばしば問題となる手段-目的型の『一連の行為』と、量的過剰防衛の領域でしばしば問題となる同種反復型の『一連の行為』とで、同一の基準が妥当するとは限らないであろう」という。本章で扱う場面を直接の対象とした記述ではないが、その趣旨は同様に妥当するであろう。

³⁰ 前掲平成4年長崎地判の事案では、①被告人は、長年連れ添った老妻である被害者に対し、当初、些細な口論をきっかけに素手で殴る程度の暴行を開始したにすぎず、その時点における暴行ないし傷害の意思がそれほど強固なものであったとは考えにくいこと、②約9時間の間に数次にわたる暴行が加えられているところ、各暴行群の間には1時間単位のブランクがある上、その途中、焼酎の配達員に被害者が金を払うなど、被告人・被害者とも落ち着いた状態に復した期間もあったと思われること、③被告人は、最終的には心神耗

これに対して、②の場合には、当初からの計画性がある分だけ、②に比べれば相対的に「最終的意思決定」としての性格を認めやすくなる³¹。また、原因において自由な行為のケースと比較すると、すでに着手の段階を突破していることから、「矢は弦を離れ」という見方もしやすくなるであろう。しかし、すでに早すぎた結果発生を素材として述べたように（第3章）、いまだ準備段階にとどまる着手の段階といよいよ手放しという実行の段階の間には「ルビコンの川幅」が観念され得るのであり、着手の段階を突破しておりさえすれば常にそこでの意思決定が「最終的意思決定」といえる、とすることには疑問が残る。「一連の実行行為」に及んだ動機の強さ、各行為間における時間的なブランクの程度、各行為の態様などの事情を考慮して、いつの時点における意思決定をもって「最終的意思決定」と評価すべきであるかを実質的に検討すべきであろう。

第4 まとめ

本章では、原因において自由な行為のケースと実行行為開始後の心神喪失のケースにおいて、完全責任能力時における意思決定をもって直接的な結果惹起行為をも包摂する「最終的意思決定」と位置づける見解を取り上げ、『一連の行為』論」的視点からこれを批判的に分析した。

すでに早すぎた結果発生を素材として述べた（第3章）ところであるが、複数行為を「一連の行為」ないし「一連の実行行為」として一体的に把握することに対応して責任評価の対象たる意思決定をも拡張する——いわば「一連の意思決定」とでもいうべきものを

弱状態に陥った上、被害者を肩叩き棒で滅多打ちにし、倒れた同人を足で踏みつけるなど極めて危険な暴行に及んでいるところ、そのような暴行を開始する直前に自分でつまづきガラス戸に頭をぶつけて激昂したという経緯があることに加え、それまでは素手で殴る程度の暴行であったものがこの段階に至って上記のごとく激烈なものへ変していることなどに鑑みると、被告人は、心神耗弱状態で被害者に対する極めて強い暴力的衝動に駆られ、新たな意思決定に基づいて最終段階の暴行に及んだものと見るのが自然であろう。そうであるとすれば、少なくとも最終段階の暴行については39条2項の適用を認めるべきであったように思われる。

この点につき、小野・前掲注4・281頁も、「酩酊犯や激情犯において先行行為と責任能力低下後の後行行為との間に著しい行為態様の変化がみられる場合、あるいは、先行行為と後行行為に手段＝目的関係が必然とまでいえない事後強盗や強盗強姦のような原因＝結果型結合犯の事案……では、先行行為と責任能力低下後の後行行為間に行為態様の変化が存在する。通常、原因＝結果型結合犯の場合、後行行為時に先行行為時とは異なる規範に直面することは明白である。そうであるとすれば、一つの意思決定にしたがった一個の行為とはいいい難く、その時点における責任能力状態を正當に評価する必要がある」とする。

³¹ 小野・前掲注4・280～281頁は、「いわゆる『クロロホルム殺人事件』のような計画犯や、先行行為と後行行為の間に手段＝目的関係がある結合犯において……、『実行着手後の責任能力低下』の状況がある場合、責任能力低下後の後行行為は、通常、主観的に責任能力低下前の意思決定に従い継続してなされている」ところ、「犯人の計画上、先行行為が犯罪結果を惹起する上で必要不可欠のものであり、先行行為を突破した以上、後行行為を実行する上でもはや支障が存在せず、またそうした認識をもって先行行為に出たのであれば、先行行為と後行行為は一体として捉えられる。この場合、後行行為時に責任能力が低下していたとしても、一つの意思決定に基づく一個の行為として先行行為時の責任非難を後行行為時にも承継させることができると考える」とする。

観念する——ことに対しては、(実行)行為と責任の同時存在をめぐる実質的な理論的分析の契機を失わせるおそれがあることに鑑み、慎重でなければならない。

上記の見解については、このような観点からの再点検が必要と思われる。

第2部 手続法的観点からの考察

第1部では、もっぱら実体法的な観点から『一連の行為』論の法的性質を考察し（第1章）、そこで得られた成果をいくつかの各論的場面に当てはめた（第2章～第5章）。

そこでは、複数行為のすべてが検討の俎上に乗せられ、これを全体的に評価すべきか分析的に評価すべきかが判断者に委ねられている、という状況が暗黙のうちに前提とされている。

しかし、実際の訴訟の場面では、こうした前提が常に維持されるとは限らない。周知のとおり、判例・通説は、現行刑訴法の下における審判対象は訴因であるとしている。そうすると、実体法的には「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起訴された場合、裁判所は、訴因の制約により、「一連の行為」に対して全体的評価を行う前提を失うことになるのではないかと、すなわち、『一連の行為』に全体的評価を与えるべきである」という実体法的要請が「審判対象は訴因である」という手続法的要請によって遮断されることになるのではないかと、という疑問が生じるのである。

刑事手続が刑罰権の適正な実現を目的として行われるものであるとすれば、こうした事態は許されない。しかし、他方、手続法には手続法に固有の——単に実体法の実現過程であるということを超えた——価値があるのであり、それを護持するためには実体法とのある程度の乖離もやむなし、と考えるのであれば、実体法レベルにおける『一連の行為』論は手続法レベルにおける訴因制度に敬讓すべきであるということになる。

この問題について考えるには、その前提として、そもそも、「審判対象は訴因である」というテーゼがいかなる意味をもつのか——換言すれば、訴因というものが裁判所に対してどのような形で制約を及ぼすのか——ということを明らかにしておく必要がある。そこで、第6章では、「審判対象は訴因である」というテーゼについて、改めて考察を行う。

次に、第7章では、第6章で得られた成果に基づき、複数行為の一部のみが起訴された場合において裁判所はどこまで「一連の行為」に対する全体的評価をなし得るのか、ということを検討する。

最後に、第8章では、すでに第2章で扱った「一連の行為」と因果関係の問題を再び取り上げ、『一連の行為』論的視点から、いわゆる択一的認定の問題へのアプローチを試みる。

第6章 「審判対象は訴因である」ということの意味

第1 はじめに

1 本章の目的

検察官には、訴因、すなわち「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」¹を設定する権限がある。そして、周知のとおり、判例・通説によれば、現行法の下では刑事訴訟における審判対象は訴因であり、裁判所の審理・判決に関する権限と責務は訴因に限定される²。

このように、「審判対象は訴因である」というテーゼ自体は広く共有されている。しかし、それがあまりに当然視されているためか、その内実が明確に言語化されることは案外に少ない。そして、そのことが、このテーゼに関連する議論——特に、訴因とそこに含まれない事実との関係が問われるような場面におけるもの——に若干の混乱を生じさせているようにも思われる。

そこで、本章では、いわゆる一罪の一部起訴の場면을主たる素材として、このテーゼの意味につき改めて考えてみたい。

2 「訴因外事実」という言葉の使い方について

本章では「訴因外事実」という言葉をしばしば用いる。しかし、この言葉は、あまり意識されないまま、以下の2通りの意味で用いられているように思われる。そこで、議論の混乱を避けるために、あらかじめ整理をしておきたい。

第1に、「訴因に対する判断に影響を及ぼさない（訴因と無関係な）事実」という意味でこの言葉が用いられる場合がある。これによると、訴因に対する判断に何らかの形で影響を及ぼすような事実であれば、それは、たとえ訴因の記載に含まれていなくとも「訴因外事実」ではない、ということになる。その基礎にあるのは、検察官が「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」につき処罰を求めているのであれば、そこには当然ながら犯罪成立阻却事由の不存在などにかかる主張も（黙示的に）含まれているはずであるから、そのすべてが広い意味での審判対象となる——したがって、それらを「訴因そのもの」と呼ぶべきであるかはともかくとして、少なくとも「訴因外事実」と呼ぶべきではない——との理解であると思われる。

たとえば、仮に、窃盗（正犯）との関係で盗品関与が不可罰的事後行為であるという解釈³を採るのであれば、「被告人が、盗品関与罪の訴因につき、訴因とされていない窃盗罪に当たる事実の存在を主張して無罪判決を求めた」というケースにおいて、窃盗罪に当たる事実は「訴因の犯罪成立を否定する事由なのだから『訴因外の実事』ではなく、むしろ『訴因内の事実』である」⁴と説明されるのがその例である（ここで「訴因」ではなく「訴因内の事実」という慎重な表現が用いられているのは、仮に窃盗の事実が「訴因」そのものであるとすれば、裁判所は、訴因変更を経ることなく、窃盗の事実について有罪判決をすることができることになってしまう、という考慮によるものと推測される）。

1 田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第7版、2017年）@@頁。

2 松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、新版、1999年）174頁。

3 たとえば、西田典之『刑法各論』（弘文堂、第6版、2012年）278頁。

4 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、第2版、2015年）177頁。

第2に、文字通り、「訴因として記載されていない事実」⁵という意味でこの言葉が用いられる場合もある。これによると、たとえ訴因に対する判断に何らかの形で影響を及ぼし得る事実であっても、訴因として記載されていないものであれば、それは「訴因外事実」である、ということになる。

たとえば、後に詳しく取り上げる最大判平成15年4月23日（刑集57巻4号467頁）は、いわゆる「横領後の横領」事案において、「犯罪の成否を決するに当たり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない。このような場合に、被告人に対し、訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは……訴因制度を採る訴訟手続の本旨に添わないものというべきである」と述べている。仮に本判決が第1の用語法を採っており、ここでいう「訴因外の事情」や「訴因外の犯罪事実」が訴因に対する判断におよそ影響を及ぼさない事実のみを指すのであれば、本判決は、「犯罪の成否を決するに当たり」訴因と無関係な事実を審理することはできない、とか、訴因と無関係な事実を主張・立証することで「訴因とされている事実について犯罪の成否を争う」ことはできない、といった、あえて論ずるまでもない、あまりに当然のことを述べたにすぎないことになる。それは不自然に過ぎる読み方であるから、ここでは、「訴因外の事情」や「訴因外の犯罪事実」という言葉は、広く「訴因として記載されていない事実」を指すものとして用いられていると見るべきであろう（もっとも、そうであるからこそ、後述するように、本判決の説明ぶりには若干の問題があるように思われるのであるが）。

また、こうした用語法に依拠する論稿も少なくない。曰く、「重要なのは、その訴因の判断のため必要で有用な訴因外の実事の主張立証を経て、なお、審判の対象であり、最終目標である訴因が、検察官により合理的な疑いを超えて立証されているか否かである」⁶。曰く、「被告人が、訴因に記載された犯罪事実の成立を否定するために訴因外の実事を主張した場合に、裁判所がその事実を審理の対象とすることは、それが、まさに訴因記載の犯罪事実の成否を判断するための審理である以上、何ら制限されるものではない」⁷。曰く、「訴因外の事情であれ、仮に、訴因とされた犯罪の成立に関係がある以上は、偶然によって裁判所の認知するところとなったものであろうとも考慮される必要があるはずである」⁸。また曰く、「暴行行為の存在そのものが争われているような事案では、暴行に至った経緯や動機、あるいは行為後の事情などといったものが、犯罪事実の成否を判断するうえで重要な間接事実となる可能性があります。そのような場合には、訴因外の事情に触れないで審理をするとい

⁵ もちろん、訴因は文字そのものではなく、検察官が訴追の対象として意図するところの犯罪事実であるから、検察官の訴追意思の合理的解釈を経て確定されるべきものである。したがって、「記載」という表現を用いたが、起訴状に掲記されたものと1字1句でも異なればただちにそれは「訴因外事実」となる、という趣旨ではない。

⁶ 菊池則明「被告人側が主張する訴因外犯罪事実の審理について」法学新報112巻1・2号（2005年）265頁。

⁷ 川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2007年）321頁。

⁸ 宇藤崇「訴訟における罪数論のあり方について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）710頁。

うことはほとんど不可能と思われま

「訴因外事実」という言葉の使い方が違っていても、おそらく、「審判対象は訴因である」というテーゼの本質的部分に関する理解は同じであろう。ただ、第1の用語法によった場合には、何をもって「訴因外事実」と呼ぶべきかが明確ではなくなり、議論に行き違いが生じるおそれがあること¹⁰、また、「訴因（そのもの）」と「訴因外事実」の他にそのどちらでもないカテゴリー（先に引用した論者の表現を借りれば「訴因内事実」）を指定する必要があり、概念の整理としてやや複雑になることから、本章では、第2の用語法に基づき、「訴因として記載されていない事実」という意味で「訴因外事実」という言葉を用いることにする。

第2 訴因外事実の考慮の全面的否定（？）

まず、1つの理論モデルとして、「審判対象は訴因である」というテーゼを、裁判所は、訴因に対する判断を行うに際して、およそ訴因外事実の存在を考慮に入れるべきではない、という意味に解する立場が想定され得る。

およそ訴因外事実の存在を考慮しないということは、法的には、裁判所の視界には訴因とされた事実だけが存在するということである。つまり、訴因とされた事実だけが裁判所にとっての「全部」である。したがって、一部起訴については、「そもそも一罪の一部が起訴されたと考えるべきではなく、そのような問題の取り上げ方自体が、現行法の基本構造に照らし適切でない」¹¹ということになる。

こうした理解からは、たとえば、親告罪である強姦罪につき告訴が得られなかったため、検察官が、強姦の事実のうち暴行の部分だけを暴行罪として起訴した、というケース（いわゆる親告罪の一部起訴。なお、平成29年6月16日に刑法の一部改正が行われ、強姦罪は強制性交等罪と改められた上、非親告罪化された。しかし、本章では、扱うテーマとの関係で、旧法を前提とした記述となっていることをご了承いただきたい）において、「検察官の訴因設定権限を徹底し一貫させれば、このような起訴を不適法とする理由はないとの帰結

⁹ 大澤裕＝今崎幸彦「検察官の訴因設定権と裁判所の審判範囲」法学教室336号（2008年）84頁〔今崎幸彦発言〕。

¹⁰ 本章の内容につき研究会等で報告をした際、第1の用語法に依拠される（あるいは、少なくとも第2の用語法を採られない）方々からご意見をいただく機会を得た。それによると、たとえば、正当防衛における「急迫不正の侵害」（刑法36条1項）に当たる事実が「訴因外事実」ではない、という点についてはほとんど理解の一致があったが、前出の窃盗と盗品関与の例における窃盗の事実の位置づけについては意見が分かれるようであった（なお、筆者自身は、いずれも訴因たる犯罪の成立を阻却する事由には違いないのであるから、これらにつき扱いを異にする理由はないと考えている）。

¹¹ 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）273頁。なお、酒巻は「一罪の一部起訴は原則として適法である」と述べており、例外的にそうした起訴が違法となる場合があることを認めているように思われる。したがって、本文で述べたような立場はあくまで想定し得る1つの理論モデルであり、それが酒巻自身の見解であるとする趣旨ではないことを付言しておく。

になろう。……一罪の一部起訴であるという実体的な観点から、裁判所が職権で、あるいは被告人側の主張により、訴因外の姦淫の事実や強姦の事実の有無を審理することを想定するのは、現行法の基本構造に反し不当であるとの議論が成り立ち得るであろう¹²とされる。また、こうしたケースについては、強姦罪を親告罪とした法の趣旨に照らし、違法な起訴として 338 条 4 号により公訴棄却すべきである、との見解¹³が有力であるが、これに対しても、「裁判所は訴追裁量権限の濫用を判断する限度で、訴因外の実体的事実関係の審理に立ち入らざるを得ないだろうから……起訴を不適法とする結論自体、疑問であろう¹⁴とされるのである。

しかし、はたして、「審判対象は訴因である」というテーゼは、ここまで極端な形で理解されるべきものであろうか。

たとえば、ごく単純な正当防衛のケースにおいて、「急迫不正の侵害」に当たる事実は当然ながら「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」としての訴因には含まれず、訴因外事実である。ここで、仮に裁判所がおよそ訴因外事実の存在を考慮できないとすると、「急迫不正の侵害」に当たる事実を訴因に対する判断の資料に取り込むことはできないのであるから、正当防衛の成立を認める余地はなくなってしまう。すなわち、刑法 36 条 1 項は、訴因の拘束力というもっぱら手続法的な事情によって死文化することになる¹⁵。しかしながら、刑法の実現過程を定めた刑訴法がこのような解釈を想定しているとはとても思われない。

したがって、「審判対象は訴因である」というテーゼを上記のように理解することはできないであろう。

第 3 訴因外事実を「判決」対象とすることと「審理」対象とすることの区別

これに対して、訴因外事実の取扱いを考える際には、「審判」対象と括ってしまうのではなく、これを「判決」対象にすることと「審理」対象にすることを区別すべきである、とする見解がある。

まず、一口に「審判」対象といっても、このうち、「判決は訴因の存否を判断するものである。その意味で判決の対象は訴因である。訴因について判決をせず、また、訴因以外の実事について判決をすることは不適法である」¹⁶（傍点原文）。

¹² 酒巻・前掲注 11・273 頁。

¹³ たとえば、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003 年）157 頁。

¹⁴ 酒巻・前掲注 11・273～274 頁。

¹⁵ 酒巻・前掲注 11・268 頁は、有罪・無罪の判断と量刑の判断を区別し、前者については訴因の拘束力が厳格に作用するが、後者に関しては訴因外事実も含めて広く裁判所の審理対象になり得る、という。しかし、正当防衛の例から明らかであるように、有罪・無罪の判断のレベルにおいてもすでに訴因外事実を考慮すべき場面はある。そもそも、有罪・無罪の判断→罪数処理→量刑というプロセスは、すべて、訴因に対する適正な刑罰権行使という共通の目的に向けられたものであり、統一的な理解の下に置かれるべきものなのではないだろうか。段階ごとに審判対象となし得る事実の範囲が異なるという理解は困難であるように思われる。

¹⁶ 柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、1970 年）284 頁。

他方で、「審理は判決のためになされるものであるから、審理の目的は訴因の存否である。……その意味で訴因は審理の対象である」¹⁷（傍点原文）。ただし、「訴因の存否を判断し、刑を量定するためには、簡潔な訴因の記載を超えて動機その他一切の関連した事実関係が審理されなければならない。訴因が審理の対象であるということは、審理が訴因として記載されている事実の範囲に限定されているという意味でないことはいうまでもない。……訴因が審理の対象であるということは、このような含みをもって理解されなくてはならない」¹⁸（傍点原文）。

すなわち、

①「判決」の対象は訴因そのものでなくてはならない。したがって、訴因外事実を「判決」対象に取り込むことは、「審理の請求を受けない事実について判決」をすることにほかならず、不告不理の原則（378条3号後段）に反する。

②「審理」の対象となるのは、訴因そのものだけではない。有罪・無罪のレベルにせよ、罪数のレベルにせよ、量刑のレベルにせよ、その他さまざまな手続法上の事柄（たとえば訴訟条件の有無）に関してであるにせよ、およそ訴因に対して適正な判断を行う上で必要ならば、訴因外事実もまた「審理」対象に含まれ得る¹⁹。ただし、「訴因の形式で……記載された公訴事実について意味があり関連する事項についてのみ、当事者には立証が許され、裁判所は審理ができる。この限界を超えて公判で審理することは許されない」²⁰という意味においてはなお、「審理」対象は訴因であるということが出来る。

このように考えると、訴因に対する適正な判断に必要な範囲で訴因外事実を「審理」すること、すなわち、当事者に当該訴因外事実に関する主張・立証を許し、かつ、認定が可能な場合にそれを訴因に対する判断に反映させることは、訴因対象説を採ることと矛盾しない²¹。これに対して、訴因外事実を「判決」対象とすること、すなわち、刑責の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（有罪判決の場合であれば、罪となるべき事実〔335条1項〕に含めること²²）は、訴因対象説と矛盾することになる（以下、特に「判決」、「審理」とカギカッコ付きで表記した場合は、こうした区別を念頭に置くものとする）。

¹⁷ 柏木・前掲注16・284頁。

¹⁸ 柏木・前掲注16・284～285頁。なお、同様に「判決」対象と「審理」対象の区別を主張するものとして、石丸俊彦『刑事訴訟法』（成文堂、1990年）190～191頁。

¹⁹ 中山隆夫「訴因の特定——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社、2002年）184頁は、「訴因事実の存否に関する証拠調の範囲は、その性質上、当然のことながら訴因事実の周辺にまで及ぶ……事実認定と量刑の段階が截然と区別されていないわが国の裁判実務では審理が訴因事実に限られるとは到底考えられず、訴因事実を超える動機、犯行に至る経緯等一切の関連した事実関係が審理されているのが実情である。また訴因事実自体が争われている場合であっても、例えば窃盗の事件で被告人がこれを赃物故買であると争い、あるいはこのように積極否認する場合でなくても証拠上被告人が赃物を所持しているときには、裁判所は、あくまで窃盗事実の存否の確認のためにはあるが赃物故買の可能性をも念頭において審理することになる」とする。

²⁰ 渥美東洋『刑事訴訟法〔新版補訂〕』（有斐閣、2001年）260頁。

²¹ この点につき同様の理解を示すものとして、たとえば、菊池・前掲注6・263頁、川出・前掲注7・321頁、宇藤・前掲注8・710頁など。

²² 有罪判決の場合に比べるとわかりにくいのが、もちろん、無罪判決や形式裁判の場合においても、ここでいう「判決」対象の存在は観念される。

おそらく、「審判対象は訴因である」というテーゼは、一般にこのような形で理解されているのではないかと推測される。

第4 いかなる場合に訴因外の犯罪事実を「審理」対象とすることができるか

1 基本的理解

こうした理解を前提とすると、一部起訴のケース、すなわち、ある訴因外事実がそれ自体として何らかの犯罪（の一部）に当たる場面においても、その事実が訴因に対する適正な判断にとって必要なものであれば、「審理」対象に取り込まれることになる²³。

問題は、いかなる場合に訴因外の犯罪事実を「審理」対象となし得るのか、ということである。

検察官が犯罪事実のうち一部だけを切り取って起訴しているにもかかわらず、他の部分までを「審理」対象に含めた上で訴因に対する判断を行うということは、その限りにおいて、裁判所が——「判決」対象に取り込む場合ほど直接的な形ではないにしても——当該場面における検察官の訴因設定に対し否定的な態度をとる（＝一部起訴を否定する²⁴）ことを意味する。

当事者主義的訴訟構造の下において、一般に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、訴因外の犯罪事実を「審理」対象に取り込むことなく、端的に訴因（のみ）に対する判断を行うのが、裁判所のとるべき原則的態度といえるかもしれない。しかし、検察官に無制限の裁量を与えられているわけではない以上、例外的ではあっても、個々の事案における具体的な訴因設定権限の行使が適切でないといわれることはあり得るはずである。そして、検察官が一部起訴を行っている状況で、裁判所が訴因外の犯罪事実の存在を考慮することなく訴因に対する判断を行うことにより、何らかの意味で適正とはいえない結果がもたらされる場合には、そこでの検察官の訴因設定は不適切なものといわざるを得ず、裁判所に対して拘束を及ぼす前提を欠くことになる²⁵。

このように考えると、そうした意味で検察官の訴因設定が不適切である場合には、訴因に対する適正な判断のため訴因外の犯罪事実の存在を考慮することが必要であり、かつ、許容されることになるから、当該訴因外の犯罪事実が「審理」対象に含められることになるのである²⁶。逆にいえば、訴因外の犯罪事実を「審理」対象に取り込む際には、検察官による訴

²³ 川出・前掲注7・321頁が述べるように、訴因外事実がそれ自体として犯罪（の一部）を構成するようなものであるからといって、この点に関し扱いに差を設けるべき理由はないであろう。

²⁴ 「一部起訴の可否」という形で議論がなされることが多いが、一口に「一部起訴を否定する」といっても、それは、必ずしも、違法な起訴として338条4号により公訴棄却することだけを意味するわけではないであろう（もちろん、そうした理解も成り立ち得るであろうが）。後に見るように、その具体的な態様、すなわち、一部起訴を否定する場合に裁判所がとることになる措置は、事案によって異なってよいものと思われる。

²⁵ 寺崎嘉博「いわゆる『一罪の一部起訴』について」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）636～637頁は、「一部起訴の許容根拠が審判対象設定権にあるならば、その制約もまた、審判対象設定権に求められよう」とする。

²⁶ 同様の理解を示すものとして、川出敏裕「訴因（1）」刑事法ジャーナル52号（2017年）67頁。

因設定が適切でないと考えられる理由を明らかにする必要があるであろう。

他方、訴因外の犯罪事実を「審理」対象から除外する場合にも、単に「検察官には訴因設定権限がある」と説明するだけでは十分ではない（後に触れるが、特に判例にはそうした傾向が見られるようにも思われる）。先述のように、一般論としては検察官に訴因設定権限があっても、個々の事案でその行使のあり方が適切といえないことはあり得るのであり、そうした場合には裁判所は訴因外の犯罪事実をも「審理」対象に含め得るからである。したがって、もしこれを否定するのであれば、「検察官には訴因設定権限がある」という一般論で済ませるのではなく、さらに、当該場面においてその権限が適切に行使されているといえる理由を実質的に説明する必要がある²⁷ ²⁸。

以下では、一部起訴の可否をめぐる議論において素材とされることの多い事例を取り上げ、こうした基本的理解の具体的帰結を明らかにする。

2 具体例の検討

(1) 親告罪の一部起訴のケース

たとえば、親告罪である強姦罪につき告訴が得られないため、検察官がその一部である暴行のみを暴行罪として起訴したとする。

こうしたケースについて、そのような起訴は実質的に考えれば強姦罪を親告罪とする法の趣旨を没却するものであるから不適法な起訴として公訴棄却すべきである、というすで見たと立場を前提とすると、訴因外の姦淫の事実は暴行罪としての起訴の適法性（訴訟条件の有無）に関係するものであるから、これを「審理」対象に含めるべきことになる²⁹。

²⁷ もとより、裁判所は検察官の訴因設定権限を十分に尊重すべきである、というのが基本的前提であるから、個々の場面における具体的な訴因設定の適否を判断する際にもそうした意識をもっていなければならないことは当然である。ただ、一般論として検察官に訴因設定権限が与えられていることと、個々の場面において訴因外の犯罪事実を「審理」対象から除外することとが論理的に直結するわけではない、ということには留意しなければならない。その意味で、佐藤隆文「犯罪事実の一部起訴」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、1998年）26頁が、親告罪の一部起訴の場面につき、「『検察官が一部起訴を選択することは、その訴追裁量権の範囲内であって、適法である』という一般論を前提とし、『親告罪の一部起訴は、裁量権の逸脱として例外的に違法となると解すべきか』という問題の立て方が正しいと思われる」とするのは妥当である。

²⁸ この点に関連して、「一部起訴が適法とされる場合には、裁判所の審理は、当然、当該訴因に制約される」（木谷明「判批」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』（有斐閣、1992年）101頁）という主張と「一部起訴が許容されることと、それ以外の犯罪事実の主張・立証を許さないことは必ずしも直接は結びつかない」（菊池・前掲注6・263頁）という主張とが対立的なものとして位置づけられている（古江・前掲注4・176～177頁）ことにつき一言しておきたい。そこでは、おそらく、前者の主張が「一般論として検察官には訴因設定権限がある→一部起訴も当然に許される→その場合、訴因外の犯罪事実の存在を考慮することはできない→ゆえに裁判所は訴因に制約される」というものとして理解されている。仮に前者の趣旨がそのようなものであれば、こうした整理は適切であろう。しかし、仮に前者の趣旨が「当該場面における訴因設定が適切である→一部起訴が適法とされる→裁判所は訴因外の犯罪事実を『審理』対象に含めるべきではない＝訴因に制約されることになる」というものであるならば、後者の主張との間に対立はないようにも思われる。

²⁹ 旧法下の事件であるが、被告人ら7名による輪姦が行われたものの、起訴前に被害者の

これに対し、仮に公訴棄却すべきであるとする、被告人が公開の法廷で姦淫の事実を主張・立証することを許さざるを得なくなり、それこそ親告罪の趣旨を損なう事態となる³⁰こと、また、すでに姦淫の事実が明らかにされてしまっており、被害者の名誉が害されている上に、暴行罪としてすら被告人を処罰することができなくなるため、極めて不合理である³¹ことなどの理由から、端的に訴因とされた暴行の存否のみを判断すべきである、とする見解もある。これによれば、姦淫の事実は暴行罪の訴因に対する判断に（少なくとも起訴の適法性という点では）関係しないことになるから、これを「審理」対象とすべきではない、ということになる³²。

(2) 不可罰的／共罰的行為のケース

ア 最決昭和 59 年 1 月 27 日（刑集 38 卷 1 号 136 頁）

衆議院議員選挙に立候補した被告人が秘書らに対し選挙人らに供与するための金銭を交付したとして交付罪（公選法 221 条 1 項 5 号）により起訴されたところ、被告人は、類似事案に関する判例（最大判昭和 41 年 7 月 13 日〔刑集 20 卷 6 号 623 頁〕³³、最判昭和 43

告訴が取り消されたため、検察官が暴行の部分のみを暴力行為等処罰法 1 条の「数人共同シテ」暴行を行った罪として起訴した（当時はまだ「2 人以上の者が現場において共同して犯した」強姦を非親告罪とする刑法 180 条 2 項が存在しなかった）という事案において、最判昭和 27 年 7 月 1 日（刑集 6 卷 7 号 896 頁）は、①実体法的には、強姦罪は「暴行又は脅迫と姦淫とが合一して構成される単一犯罪である」こと、②手続法的には、暴行罪のみが起訴されていても、「裁判所が当該事案を審判するにはその犯罪の動機原因手段目的被害の状況程度等、当該犯情の全般に亘り審判すべきものであるから、通例の場合強姦被害の事実は凡そ公けにせられるところとなり、その結果は前示強姦罪を親告罪とした法の目的、即ち強姦罪においては犯人を処罰するよりも被害者の意思感情名誉を尊重することを重しとした立法の趣旨は到底之を達成すること不可能に帰する」ことから、公訴棄却とした（さらに後掲注 32 も参照）。

³⁰ 佐藤・前掲注 27・27 頁。これに対して、緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、第 2 版、2017 年）189 頁は、「告訴を欠く親告罪の一部起訴を刑事手続上放置して親告罪の趣旨を失わせるよりも、一部起訴の不適法を宣言して公訴棄却をする方が、（当該被害者の名誉の点では不利益であっても）将来にわたって検察官の問題のある一部起訴を抑制し、親告罪の趣旨たる被害者意思の尊重を期待できる点で、妥当」であるとする。

³¹ 川出・前掲注 7・326～327 頁。

³² 川出・前掲注 7・327 頁。なお、最大判昭和 28 年 12 月 16 日（刑集 7 卷 12 号 2550 頁）は、昭和 27 年最判（前掲注 29）の後に非常上告がなされた（被告人の一部が上告しておらず、控訴審段階で有罪判決が確定していたところ、それは昭和 27 年最判の示した判断に反するというをその理由とする）のに対し、「検察官が、同法律〔※引用者注：暴力行為等処罰法〕第 1 条違反の公訴事実のみを、何等姦淫の点に触れずに、同条違反の罪として起訴した以上、裁判所は、その公訴事実の範囲を逸脱して、職権で親告罪である強姦罪の被害者が姦淫された点にまで審理を為し、その暴力行為は、起訴されていない該強姦罪の一構成要素であると認定し、しかも、当該強姦罪については告訴がないか又は告訴が取消されたとの理由をも明示して、公訴を棄却する旨の判決を為し、これを公表するがごときこと（そして、かくのごときは、却つて被害者の名誉を毀損し、強姦罪を親告罪とした趣旨を没却すること勿論である。）の許されないことというまでもない」と述べ、これを棄却している。

³³ 当初は交付罪のみが起訴されていたが、後に供与罪の予備的訴因が追加されたというケースで、交付罪は供与罪に「吸収され、別罪として問擬するをえなくなる」とした。

年 3 月 21 日〔刑集 22 卷 3 号 95 頁〕³⁴⁾を援用し、本件では交付した金銭が選挙人に供与されており、被告人には供与罪（同項 1 号）の共謀共同正犯も成立しているため、訴因とされた交付罪はこれに吸収され成立しない、と主張した。

本決定は、まず、被告人の援用する上記 2 つの判例について、「いずれも、交付罪のほか供与罪の訴因が掲げられていて、供与罪の成否につき裁判所の判断の機会があった事案に関するものであるところ、本件は、被告人が交付罪のみで起訴されていて供与罪の成否につき裁判所の判断の機会がない事案であるから、右各判例は、事案を異にし本件に適切でない（「判示①」とする）とした。その上で、訴因たる交付の事実が認められる場合、たとえ訴因外に供与の事実が存在する疑いがあっても、「検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、甲〔※引用者注：被告人〕を交付罪のみで起訴することが許されるのであって、このような場合、裁判所としては、訴因の制約のもとにおいて、甲についての交付罪の成否を判断すれば足り、訴因として掲げられていない乙との共謀による供与罪の成否につき審理したり、検察官に対し、右供与罪の訴因の追加・変更を促したりする義務はない」（「判示②」とする）と判示した。

まず、判示①について、仮にこれが、裁判所が訴因外における供与罪の成否に思いを致す事実上のきっかけがないという意味であるなら、明らかに不当であろう。たとえ訴因としての提示という形がとられていないにせよ、被告人側は訴因外の供与罪の存在を主張しているのであり、裁判所がこれを契機に供与罪の存否に関心を向けることは可能だからである³⁵⁾。また、訴因として上程されていないがゆえに（たとえ供与罪の存否という問題に気づいていても）法的には「審理」対象に含めることができないという趣旨であれば、すでに述べてきたように、訴因外事実であるというだけの理由で一律に「審理」対象から除外されるわけではない、との指摘が当たるであろう。

では、判示②はどうか。（供与を目的として交付された金銭等が実際に供与された場合における）供与罪と交付罪の関係につき本決定がいかなる立場をとるかは直接には判示されていない。しかし、被告人の援用にかかる 2 つの判例は供与罪が成立する場合には交付罪はそもそも成立しないという解釈を行ったものと解されるところ³⁶⁾、本決定もこれを前提と

³⁴⁾ 当初は交付罪のみが起訴されていたが、後に供与罪が追起訴されたというケースで、前出の昭和 41 年最大判を引用し、交付罪は供与罪に吸収され「その罪責を問うことはできない」ため、交付の訴因に対する原審の有罪判決は「有罪とすべからざるものを有罪とした」ものであるとした。

³⁵⁾ 高木俊夫「訴訟の場から見る不可罰的事後行為」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会編『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003 年）277 頁は、裁判所が訴因外事実を「まったく認知する機会がないことも少なくない」と指摘する。もちろんそのようなことも多いであろうが、少なくとも、訴因外事実を「審理」対象とすべきか否かが問題となるケースのほとんどは、被告人側の主張によってそうした事実が訴訟の場に上程されるものであろう。そうした場合、裁判所がそれに気づかないまま終わるということはあるに違いないから、この点は訴因外事実を「審理」対象から除外する理由にはならない。

³⁶⁾ 特に昭和 43 年最判は、供与の訴因については控訴審で無罪が確定した事案に関するものであるところ、それにもかかわらず交付罪としての処罰はできないとしていることから、そうした立場を採ったことが明らかといえよう（後藤昭「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 5 版〕』（有斐閣、1986 年）108～109 頁）。

しつつ、提示された訴因の点で「事案を異に」するため本件において交付罪の訴因につき有罪とすることができる、と述べたものと見るのが自然であろう。調査官解説によれば、本決定は、上記 2 判例の罪数解釈の妥当性には疑問を抱いており、訴因との関係という手続法レベルの議論を「彌縫策」³⁷として持ち出すことによって、実質的には「その判例としての射程を限定しようとした」³⁸ものであるという³⁹。逆にいえば、本決定は、交付罪の訴因につき有罪の結論を導くために手続法レベルの「彌縫策」が必要となるような実体法上の立場を採った——すなわち、上記 2 判例における罪数解釈を維持した——ものということになるであろう。

仮にそうだとすれば、判示②にも疑問がある。ここでは、訴因外の供与罪に当たる事実は、交付罪の訴因との関係で犯罪の成立を否定する事由となる。そして、「訴因の制約の下にあるといっても、裁判所が、実体法上犯罪として成立しないものについて有罪判断を下すことができるはずはない」⁴⁰——もしそのようなことができるとしたら、それは、訴因設定上の操作によってありもしない刑罰権を作出するという「錬金術」を承認することにはほかならない⁴¹——のであるから、いやしくも刑訴法が「刑罰法令を適正……に適用実現すること」を（も）目的として掲げている（1条）以上、いかなる理由があろうとも、訴因外の供与罪に当たる事実を「審理」対象から除外することは許されないはずである⁴²。

³⁷ 木谷明「判解」『昭和 59 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、1988 年）31 頁。

³⁸ 木谷・前掲注 37・25 頁。

³⁹ そのため、本決定は、「犯罪吸収か処罰吸収かということに即していえば、処罰吸収という考え方に近づいた」（岩瀬徹「判解」『昭和 61 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、1989 年）200 頁〔注 8〕）とか、「訴因論の形式を借りながら、暗黙のうちに実体法上の『吸収』関係についての解釈を変更した」（後藤・前掲注 36・109 頁）とも評される。

⁴⁰ 福崎伸一郎「判解」『平成 15 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2006 年）290 頁。

⁴¹ 伊東研祐「審判対象の設定と行為の社会的意味」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012 年）は、従来、一部起訴を許容してきた判例は、「審判対象（訴因）の置かれている社会的・法的コンテクストが大きな事実関係の全部の起訴のときと比べて実質的に変化していない場合である」（82 頁）とした上（この点については筆者の理解とやや異なる部分もある）、そこでは、「訴因がその中に位置づけられた事実関係・コンテクストがいわば前提ないし透過的な前景として捉えられているものと実質的に変わらないこと、位相を同じくすることが決定的に重要な意義を有する」のであり、「訴因がその中に位置づけられる事実関係・コンテクストの把握が事案（の性格ないし実体）に適合的であることが、審判対象の選択の前提条件として要求されることになる」（83 頁）という。仮に訴因たる交付の事実が訴因外の供与の事実との関係で不可罰的事後行為に当たるのであれば、交付の事実を訴因として提示することは「事案（の性格ないし実体）に適合的」でなく、「審判対象の選択の前提条件」を充たさないということになるだろう。

⁴² 木谷・前掲注 37・25 頁は、①訴因とされた交付罪よりも犯情の重い供与罪の成立を被告人側が主張するのは「常識的に考えて、いかにも奇妙」である、②その場合には検察官が供与の訴因を追加・変更することで供与罪として処罰されることになるから、いたずらに審理の長期化を招くだけで意味がない、と指摘する。本章の整理によれば、これらは、この場面において訴因外の供与罪に当たる事実を「審理」対象から除外するための理由として位置づけられよう。

本文で述べたように、実体法上無罪となるべき訴因を有罪とするような訴因設定は他の事情の如何を問わず許されないのではないかと、という点をひとまず措くとしても、これら

この点につき、「現実の訴訟において認定される事実を離れて実体法上の議論を行うことは無意味な話であり、実体法は訴訟法により罪責評価の対象として認定される事実を前提として初めてその適用がどうなるかが問題となる」⁴³ところ、「裁判所は検察官の設定した訴因の範囲の中で罪責評価の対象となる事実の認定を行うものであり、それを越えて広く罪責評価の対象となるべき事実を認定することは許されず、右の限度の中で認定した事実に対して実体法を適用すべきものと考えられる」⁴⁴との主張がある。これによれば、そもそも訴因外の供与罪に当たる事実は訴因の制約の下では「現実の訴訟において認定される事実」には含まれず、裁判所にとっては存在しないのと同じであるから、その存在を前提とした罪数解釈(交付罪の訴因が無罪になるというもの)はなし得ない、ということになるだろうか。

しかし、そこでは、「訴因に対する判断のため、訴因との関係で犯罪の成立を否定する事由となる——その意味では、たとえば、正当防衛における『急迫不正の侵害』と同じである——ところの訴因外の犯罪事実の存在を認定する」ということと、「訴因に対する判断とは無関係に訴因外の犯罪事実を認定する」ということの違いが、「訴因外の犯罪事実の認定」というフレーズに覆われて看過されているように思われる。訴因外の犯罪事実の取扱いに関する本章の理解からすれば、そもそも、「現実の訴訟において認定される事実」の範囲を画定する際に、訴因と訴因外事実(それ自体が犯罪〔の一部〕を構成する場合も含む)の関係についての実体法的な視点を排除することはできない。それをもふまえた上で、個々の場面における検察官の訴因設定が適切なものといえるかを検討すべきなのである。したがって、検察官の訴因設定権限は実体法上は無罪であるはずの事実を有罪にすることを可能にするものである、という価値判断を肯定するのではない限り、この場面で訴因外の供与罪に当たる事実を「審理」対象から除外する理由はない。

仮に本決定が上記のような罪数解釈を前提としているのであれば、訴因外の供与罪に当

の理由づけが合理的なものといえるかは疑問である。この場合、訴因外の供与罪に当たる事実は訴因たる交付罪との関係では犯罪の成立を否定する事由として位置づけられるから、被告人は、供与罪の成立を自ら証明する必要はなく、それが成立するのではないかという合理的な疑いを生じさせれば足りると思われる(この事案で検察官が重い供与罪の訴因を立てなかったのは、同罪につき合理的な疑いを超える程度の証明をなし得るとの確信をもてなかったためではなかろうか)。そうすると、少なくとも供与罪と交付罪のいずれか一方は成立するはずであるという、いわゆる択一的認定の可否が問われる状況が生ずる。この問題につき最高裁がいかなる立場を採るかは明らかではないが(択一的認定肯定説を採ったと解釈する余地のある判例として、最決昭和33年7月22日〔刑集12巻12号2712頁〕)、仮に通説的立場に従って択一的認定を否定するならば、供与罪・交付罪いずれについても無罪ということになる。そうであるとすれば、こうした状況を狙って訴因外の供与罪に当たる事実の存在(正確には、その合理的な疑い)を主張することには、被告人の立場からすれば十分な理由があるのである。木谷・前掲注37・25頁(注1)においてもこの点は意識されており、その上で、「かかる不合理な結論が是認される筈はないのであって、右の立論には、そのどこかに誤りがあるということになる」とされている。しかし、「誤りがある」か否かを検討すべきであるとすれば、それは、訴因外の供与罪に当たる事実を「審理」対象に含めるという点についてではなく、択一的認定を否定するという点についてではないだろうか(ちなみに、筆者自身は択一的認定を肯定する立場に与する。詳細は第8章を参照されたい)。

⁴³ 古田佑紀「判批」研修437号(1984年)47頁。

⁴⁴ 古田・前掲注43・49頁。

たる事実を「審理」対象に取り込むことで、交付罪の訴因については無罪とすべきであったように思われる⁴⁵。

イ 最大判平成 15 年 4 月 23 日（刑集 57 卷 4 号 467 頁）

被告人はある宗教法人の役員を務めていたが、委託を受けて管理していた同法人所有の土地につき、自己の経営する会社の資金等に充てるためほしいままに抵当権を設定し（以下、「抵当権設定行為」という）、その後、これを売却した（以下、「所有権移転行為」という）。抵当権設定行為についてはすでに業務上横領罪の公訴時効が完成していたため、検察官は、所有権移転行為のみを同罪で起訴した。被告人は、同種事案において後行の所有権移転行為を無罪とした判例⁴⁶を援用し、無罪を主張した。

本判決は、「売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定することができるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である」として、被告人の主張にかかる判例を変更した（「判示①」とする）。

その上で、「このように所有権移転行為について横領罪が成立する以上、先行する抵当権設定行為について横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転による横領罪との罪数評価のいかんにかかわらず、検察官は、事案の軽重、立証の難易等諸般の事情を考慮し、先行の抵当権設定行為ではなく、後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるものと解される。また、そのような公訴の提起を受けた裁判所は、所有権移転行為の点だけを審理の対象とすべきであり、犯罪の成否を決するに当たり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない」（「判示②」とする）のであり、「このような場合に、被告人に対し、訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは、訴因外の犯罪事実をめぐって、被告人が犯罪成立の証明を、検察官が犯罪不成立の証明を志向するなど、当事者双方に不自然な訴訟活動を行わせることにもなりかねず、訴因制度を採る訴訟手続の本旨に沿わないものというべきである」（「判示③」とする）と判示した。

判示②だけを切り取ってみれば、前出の昭和 59 年最決とほぼ同様である。調査官解説では、「訴因制度を採る我が国の刑事訴訟手続の下では、訴因として構成された事実だけが審理の対象であり、訴訟活動はその点をめぐる攻防だけに集中されるべきことが、改めて確認されたもので、訴訟における犯罪事実の認定は、訴因外の実体法上の罪数関係はひ

⁴⁵ 岩瀬徹「審理における当事者追行主義——訴因論を中心に」法学教室 389 号（2013 年）15 頁は、訴因外の供与罪に当たる事実を「審理」対象とすべきではないという本決定の判示が正当といえるか否かは、「共謀による供与と交付との関係……が、犯罪の成否ないし罪数判断において、どのように理解されるものかという点を抜きにしてこれを論ずることはできない」とした上、本決定が実質的にはいわゆる処罰吸収説（交付罪も独立に成立するが、供与罪として実際に処罰される場合には同罪による処罰でカバーされるという理解）に近づいたと考えることによって、本決定を説明する。裏を返せば、仮に本決定が本文で述べたような罪数解釈を前提としているなら、訴因外の供与罪に当たる事実の「審理」に関する判示は正当化できない、ということになる。

⁴⁶ 最判昭和 31 年 6 月 26 日（刑集 10 卷 6 号 874 頁）。

とまずおき、専ら訴因を対象として行われるべきことが、指針として明らかにされた」⁴⁷ (傍点引用者) と述べられているが、ここまで広く一般化してしまうと、訴因外の実事が訴因たる犯罪の成立阻却事由となるような罪数関係が認められる場合であってもそれを「ひとまずおき」、実体法上は無罪となるべき事実を有罪とせざるを得なくなる。

しかし、判示②の冒頭で「所有権移転行為について横領罪が成立する以上」とことわられているように、本件においては、罪数解釈に関する判例変更(判示①)が行われていることに留意しなければならない。仮に、訴因たる所有権移転行為が訴因外の抵当権設定行為との関係で不可罰的事後行為となるのであれば、昭和 59 年最決について述べたのと同じ理由により、抵当権設定行為を「審理」対象から外すことはできないであろう。だが、たとえ訴因外の抵当権設定行為につき業務上横領罪が成立しているとしてもそれが所有権移転行為における同罪の成立を妨げないのであれば、(少なくとも犯罪の成否という点においては) 訴因外の抵当権設定行為の存在は訴因に対する判断に影響を及ぼさない。それゆえ、「およそ訴因外事実を考慮する余地はない」という極端な立場を採らずとも⁴⁸、これを「審理」対象から除外すべきことになる。こうした限定的な前提の下においてのみ、本判決が訴因制度の本旨を理由として訴因外の抵当権設定行為を「審理」対象から除外したことを正当化できるであろう(そして、おそらくは、本判決の真意もそこにあるのではないかと推測される)⁴⁹。

もっとも、仮に本判決がそうした理解に立つならば、その説明ぶりにはいささか問題があるように思われる。

まず、判示②は、昭和 59 年最決同様、検察官が「事案の軽重、立証の難易等諸般の事情を考慮し」て後行の所有権移転行為のみを起訴したが最後、訴因外の犯罪事実との罪数関係の如何にかかわらず——訴因たる所有権移転行為につき犯罪が成立しなくなる場合も含め

⁴⁷ 福崎・前掲注 40・291 頁。

⁴⁸ 仮に本判決がこのような立場を採っているとすれば、そもそも、訴因外の抵当権設定行為の存在自体が考慮されないのであるから、たとえ所有権移転行為が不可罰的事後行為に当たるという従前の罪数解釈を前提とするにしても、業務上横領罪の成立を認めることができるはずである。本判決があえて罪数解釈に関する判例変更を行ったのは、こうした立場を採っていないことの証左といえるのではないだろうか(宇藤・前掲注 8・709 頁)。

⁴⁹ 最決平成 21 年 7 月 21 日(刑集 63 卷 6 号 762 頁)は、窃盗及び窃盗未遂の単独犯として起訴された被告人が、他に共謀共同正犯者が存在しているため単独犯としては処罰されない旨主張した事案について、「被告人 1 人の行為により犯罪構成要件のすべてが満たされた」と認められるときは、他に共謀共同正犯者が存在するとしてもその犯罪の成否は左右されないから、裁判所は訴因どおりに犯罪事実を認定することが許される」とした。刑法各本条を適用するためには、被告人が 1 人で刑法各本条の構成要件を実現していれば足り、共謀共同正犯者の不存在は要件とならない、という実体法レベルの解釈を前提とするのであれば、共謀共同正犯者の存在という訴因外事実は、被告人が 1 人で窃盗ないし窃盗未遂の構成要件を実現したという訴因——これを「単独犯」の訴因と表現すべきか否かはひとまず措くとして——の成否に影響を及ぼさないから、少なくともその限りにおいては、「審理」対象に含めるべきではないことになろう(なお、共謀共同正犯者が存在する場合には、[およそ共犯者が存在しないという意味での] 純然たる単独犯行の場合と比べて量刑が軽くなるのだとすれば、量刑との関係では共謀共同正犯者の存在が「審理」対象に含められることになるであろう)。この意味で、本決定は、平成 15 年最大判と同列に理解することができると思われる。

て——およそ訴因外の抵当権設定行為の存在を「審理」対象にすべきではない、と解しているかのような書きぶりになっている。しかし、すでに述べたように、これは妥当でない。訴因外の犯罪事実の存否が訴因たる犯罪の成否とは無関係であるがゆえに、本件においては訴因外事実を「審理」対象に含めるべきではない、という思考プロセスをより明確にすべきであったであろう。

また、判示③にも疑問がある。被告人が訴因外の犯罪事実の存在を、検察官がその不存在を主張するという表見上の「逆転現象」は、所有権移転行為を不可罰的事後行為と解する場合であっても——むしろ、そのような場合にこそ——起きるものである。それを禁じるというのであれば、繰り返しになるが、訴因制度は刑罰権の「錬金術」を許容するものとなりかねない。訴因について有利な判断を獲得するために訴因外の犯罪事実の主張が意味をもつのであれば、被告人がそれを行うことは現在の訴因に関する防御方法としては合理的なものであり、むしろ、訴因制度の本旨に適うとさえいえるのではないだろうか⁵⁰。判示③は、訴因につき業務上横領罪の成立を認めるという結論を導く上で不要であっただけでなく、訴因制度に関する理解を混乱させる要因ともなるものであり、妥当でない。

(3) 常習犯罪のケース

最判平成15年10月7日（刑集57巻9号1002頁）を取り上げる。

被告人は、すでに別件の窃盗（刑法235条の単純窃盗）につき有罪判決を受け、それが確定していた（以下、「前訴」という）ところ、当該判決が確定するよりも前に犯した別の窃盗についてさらに起訴された（以下、「後訴」という）。被告人は、類似事案に関する判例を援用し、前訴の窃盗と後訴の窃盗は実体法上は常習特殊窃盗（盗犯等防止法2条）として一罪を構成するものであるから、前訴確定判決の一事不再理効によって後訴は免訴とされるべきである、と主張した。

本判決は、次のように述べて、後訴に一事不再理効は及ばないとした。すなわち、——実体法上は常習特殊窃盗を構成し得る場合でも、そこに含まれる「各窃盗行為間に本来的な結び付きはな」く、「検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である」（「判示①」とする）。「思うに、(i) 現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判対象であると解されること、(ii) 犯罪の証明なしとする無罪判決も一事不再理効を有することに加え、(iii) 前記のような常習特殊窃盗罪の性質や (iv) 一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である」（「判示②」とする。なお、カッコで括ったローマ数字は、便宜上、引用者が付したものである）。「本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである」（「判示③」とする）。

⁵⁰ 菊池・前掲注6・264頁。

類似事案に関する先例としては、前訴訴因と後訴訴因が「単純窃盗／単純窃盗」のケースで後訴に一事不再理効が及ぶことを認めた高松高判昭和 59 年 1 月 24 日（判時 1136 号 158 頁）、「単純窃盗／常習窃盗」のケースで後訴に一事不再理効が及ぶことを認めた最判昭和 43 年 3 月 29 日（刑集 22 卷 3 号 153 頁）、「常習痴漢／単純痴漢」⁵¹のケースで後訴に一事不再理効が及ぶことを認めた最判平成 15 年 6 月 2 日（集刑 284 号 353 頁）がある（以下、たとえば「常習／単純」と表記したときは、前訴の訴因が常習罪、後訴の訴因が単純罪である場合を意味するものとする）。

本判決は、昭和 59 年高松高判を変更し、また、昭和 43 年最判について、「両訴因の記載の比較からのみでも……訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合」であって本件とは事案を異にする、とした。これらと平成 15 年 6 月最判を併せ考えれば、判例の立場は、前訴・後訴の訴因のうちいずれか一方が常習罪であれば、単純罪の訴因が実は常習罪の一部なのではないかという実体的判断に踏み込む、というものであるといえよう⁵²。

しかしながら、まず、判示②の（i）については、再三述べてきたように、審判対象が訴因であるからといって、ただちに、訴因外事実を「審理」対象に含めることが排斥されるわけではない⁵³。

次に、同（ii）について、本判決は、一事不再理効の及ぶ客観的範囲（公訴事実の単一性）を画する際、訴因に対する裁判所の（実体審理を遂げた上での、有罪・無罪というレベルにまで至る）「心証」を基準とすべきか、それとも、「訴因の記載のみ」を基準とすべきか、という 2 つの選択肢を想定し、無罪判決にも一事不再理効が認められる以上、前者の基準によるわけにはゆかない（無罪の事実について「罪」数を観念することはできない）から、後者の基準によるべきことになる、との理解を前提としているように思われる。なるほど、一事不再理効の趣旨が二重の危険の禁止に求められるならば⁵⁴、その射程を判断する際の基本的な視点は、「検察官が訴因という形で表現される犯罪の嫌疑を抱いたとして、どの範囲で同時処理が義務づけられるか」というものになるであろうから、そこでは、訴因に対する裁判所の「心証」ではなく、検察官の抱く嫌疑を表現したものとしての訴因が基準とならねばならない⁵⁵（だからこそ、無罪判決にも一事不再理効が認められる）。しかし、それは、訴因

⁵¹ 大阪府のいわゆる迷惑防止条例違反の罪である。

⁵² 多和田隆史「判解」『平成 15 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2006 年）469 頁。

⁵³ 昭和 43 年最判や平成 15 年 6 月最判は、単純罪の訴因が常習罪の一部であるという実体的判断に踏み込んでいる。しかし、たとえ別訴の訴因において常習性という事実が上程されていようとも、単純罪の訴因との関係では、それは訴因外の犯罪事実にはかならない（宇藤崇「判批」『平成 15 年度重要判例解説』〔有斐閣、2004 年〕204 頁）。仮に、本判決が、審判対象は訴因であるから訴因外事実を「審理」しないという立場を採ったものであるならば、これらの先例との整合性に疑問が生じよう。

⁵⁴ 最判昭和 25 年 9 月 25 日（刑集 4 卷 9 号 1805 頁）。

⁵⁵ 小島淳「判批」現代刑事法 6 卷 6 号（2004 年）93 頁が「一事不再理効を二重の危険に基づくものと捉え、被告人が危険に置かれたといえる範囲にその効力が及ぶと考える立場からすれば、ある行為が実体的に存在したものとして認定されたか否かではなく、被告人がいかなる範囲で危険に置かれたといえるかが問題となる」とするものも同様の趣旨か。

の記載を出発点として、そのような嫌疑を抱いた場合に同時処理をなすべき範囲を罪数という（一応の⁵⁶）基準によって判断する——すなわち、仮に検察官が訴因の形で主張するような事実が存在するとしたら、どの範囲の事実につき一罪としての同時処理が義務づけられるのかを検討する——というほどの意味であって、訴因の記載のみを基準としなければならない、ということまでが要請されるわけではないであろう⁵⁷。したがって、この点も、訴因外の犯罪事実の存在を「審理」対象から除外する理由とはならない。

さらに、判示③についても、すでに昭和 59 年最決に関して述べたように、訴因としての上程がないからといってただちに裁判所が訴因外事実の「審理」に立ち入る契機がなくなるわけではない⁵⁸。

結局のところ、本判決を含む判例の立場が正当化されるか否かは、常習罪の性質を考慮した上で（判示①及び判示②の（iii））、実体的には常習罪一罪を構成するような事実の一部を分割し、単純罪として起訴するような訴因設定を許容すべきか、という判断にかかっているといえよう⁵⁹。判示②の（iv）では、検察官に一罪の一部起訴が許されているということが理由として挙げられているが、すでに述べたように、そうした一般論にとどまらず、なぜこの場面でこのような形の一部起訴が許容されるのかを実質的に説明することが必要なのである。

仮に本件のような「単純／単純」のケースにおいても訴因外の常習性を「審理」対象に含め、後訴に一事不再理効が及ぶとすると、検察官は、事実上、1つの窃盗事件を認知した際には、窃盗の余罪につき徹底的に捜査を行った上で、余罪が発見された場合にはそれらを常習窃盗として起訴することを強いられる⁶⁰。これは捜査・訴追における非常に大きな負担で

⁵⁶ すでに指摘されているように（たとえば、中野目善則『二重危険の法理』〔中央大学出版部、2015年〕285頁以下）、一事不再理効の根拠を二重の危険の禁止に求めるならば、実体法上の罪数論と一事不再理効の及ぶ範囲とが論理必然的に結びつくわけではない。ただ、「社会的に一体の事実はできるだけ1回で処理しようとする手続法の理念と親近性を有する」こと、「罪数論が一見明確な基準を提供するようであり、これに代わる適切な基準がなさそうにおもわれる」ことから（古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムズ 535号〔1984年〕79頁）、さしあたり基準として用いられているのが現状といえよう。

⁵⁷ 上口裕「常習罪における一事不再理」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2007年）579頁も、訴因の記載のみによって単一性判断ができる場合もあるが、それは、「訴因記載の要素で単一性判断が可能となる場合があることを示すにとどまり、訴因のみを基準として単一性判断が可能かどうかは、訴訟条件にかかわる事実の性質によるだろう」とする。

⁵⁸ 長沼範良＝秋吉淳一郎「一事不再理効の範囲」法学教室 330号（2008年）109頁においては、単純罪の訴因のみからでも常習性をうかがい知ることのできる場合があるとされている〔秋吉淳一郎発言〕。

⁵⁹ このようなアプローチを明示するものとして、大澤裕「常習一罪と一事不再理効の効力——最判平成15年10月7日に関する覚書——」研修 685号（2005年）が示唆に富む。

⁶⁰ 井上宏「判批」警察学論集 55巻1号（2002年）189頁。常習罪を構成するパーツとしての単純罪は、互いに併合罪の関係にあり、しかも、常習性という被告人の主観的傾向のみによって結合させられているにすぎないため、「一罪」とはいつても、もともと同時処理の非常に困難な類型であることに留意すべきであろう（鈴木義男「判批」研修 345号〔1977年〕60頁。その点で、たとえば、暴行罪・脅迫罪と窃盗罪が客観的にも密接な関連性をもつものとして結合させられている強盗罪の場合とは、かなり趣を異にしている）。

ある。もちろん、一事不再理効の範囲は、「捜査・訴追の負担と、細分化された訴追によってその都度被告人とされ、さらに、各訴追に対応して複数回処罰されることの不利益を比較衡量」⁶¹して判断されるべきであるから、別訴提起による被告人の手続的負担という観点には留意しなければならない⁶²。ただ、そもそも常習罪という「加重類型」は、単純罪の併合罪という「基本類型」よりも重い処罰を可能にするために設けられているものであって⁶³、複数の単純罪を1度に処理することにより被告人の手続的負担を軽減することを要請する趣旨まで含むものではないであろう⁶⁴。そうであるとする、たまたま常習罪の規定が存在するからといって、常に1回の処理が——それも、一罪とはいえ、常習罪というより重い罪として——義務づけられるのは、妥当でないように思われる（被告人の手続的負担の点については、常習罪としての起訴が妥当かつ容易であるにもかかわらずあえて単純罪としての細切れの別訴提起を行ったなど明らかに不当な場合に限り、例外的に後訴を免訴とする——あるいは、あくまで単純罪の併合罪として扱うのであれば、被告人の同時審判の利益を害したもとして公訴棄却とする⁶⁵——余地を残すことで対応すべきではないだろうか⁶⁶。本

本判決の提示する一罪としての「結び付き」の強弱という観点は、こうした意味で考慮され得る。

⁶¹ 尾崎道明「判批」警察学論集 51 巻 8 号（1998 年）221 頁。

⁶² 岡田悦典「判批」法学セミナー 590 号（2004 年）123 頁は、この点を重視し、「この手続的発想が、本判例では表れていない」と批判する。なお、本件の第 1 審判決（東京地八王子支判平成 13 年 6 月 28 日）も、前訴・後訴を（実体的に見て常習窃盗一罪であるとするのではなく）単純窃盗の併合罪として扱うことを前提としてではあるが、「本件捜査の経緯等を検討すると、検察官は、確定裁判の相当以前から、被告人両名には多数の窃盗の余罪があることを察知しながら、余罪の捜査を進めることなく、捜査すべき事件を事実上放置していたことがうかがわれるのであって、本来は適正迅速な捜査を行って、同時審判を求めることにより、被告人らに不利益を蒙らせることを避けるべき責務があることが明らかであり、この点において、検察官側には厳しい反省が求められることを指摘せざるを得ない」と付言しており、控訴審判決（東京高判平成 14 年 3 月 15 日）も、「同時審判という被告人の利益を損なうものであることは否定できない」と述べている。

⁶³ 尾崎・前掲注 61・222 頁は、常習窃盗の規定は単純窃盗に関する「併合罪規定の特則」であるとする。

⁶⁴ 中野目・前掲注 56・190～191 頁。なお、中野目は、「単純／単純」という訴追だけでなく「常習／単純」という訴追をも許容するようであるが、前訴・後訴にかかる事実が実体的には常習罪一罪と見られる場合において、常習罪と単純罪の併合罪としての処断を求めるような訴追が許されるか、という（同時処理の難易という手続法レベルの問題とは別の、実体法レベルにおける）問題が生じよう。

⁶⁵ 川出敏裕「裁判の確定と一事不再理の効力」法学教室 245 号（2001 年）47 頁は、併合罪関係に立つ事実の間でも同時処理の可能性という観点から一事不再理効が及ぶことを認めるべき場合があるか、という議論に関して、「ここでの問題の本質は、検察官がことさらに罪名を小出しにして起訴を繰り返すことの不当性にあるわけであるから、それは、一事不再理効の範囲という観点からではなく、より個別の判断になじみやすい公訴権濫用論の枠組みの中で処理するのが妥当であろう」とする。

⁶⁶ この点につき、佐藤嘉彦「一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」同志社法学 56 巻 6 号（2005 年）545 頁は、①前訴の時点で常習罪一罪として起訴することは可能であったが、刑事政策的な配慮等からあえて単純罪で起訴した場合、②前訴の時点で常習罪一罪となる可能性は認識していたが、証拠収集に日時を要する等の問題があったため単純罪で起訴した場合を挙げ、①については禁反言の法理から、②については被告人の手続

判決が「基本的には」訴因の記載のみを基準とした判断をすべきであるとしているのは、あるいは、こうした場面を睨んで一定の例外を許容する趣旨を含むものであるのかもしれない⁶⁷。少なくとも、単純罪の別訴提起を一律に禁じることは、「被告人を不当に利する」⁶⁸ものであり、上記の利益衡量におけるバランスを欠くことになる。

また、科刑の点に目を転じると、「単純／単純」の場合、仮にそれらが併合罪として処断されても、実体的に許容される刑罰権の上限、すなわち、常習罪一罪として処罰する場合よりも刑が重くなることはないから、そのような起訴は不適切なものとはいえない。したがって、訴因外の常習性を「審理」対象に含めるべきではないことになる⁶⁹。これに対して、いずれか一方の訴因が常習罪である場合、そのような起訴は、実体的には常習罪一罪を構成する事実が常習罪と単純罪の併合罪として処断されるという事態をもたらしかねないという意味で、不適切なものである。そうした場合には、訴因外の常習性という事実を「審理」対象に含めるべきであろう⁷⁰。

このように、一部起訴の許容性という観点から実質的に考えてゆくと、前訴・後訴の訴因がいずれも単純罪の場合には訴因外の常習性を「審理」対象に含めず、いずれか一方が常習罪である場合にだけこれを「審理」対象とする判例の立場は、基本的に正当なものといえる⁷¹。

第5 訴因外の犯罪事実を「判決」対象とすることは許されないか

ここまで、訴因外の犯罪事実を「審理」対象に含めるべきか否かが問題となる場面について検討を進めてきた。しかし、状況次第では、訴因外の犯罪事実の存在を訴因に対する判断に反映させるために、当該事実を（「審理」対象とするにとどまらず）「判決」対象に含めざ

的負担の点から、「無条件に〔後訴に対する〕一事不再理効を否定することには躊躇がある」とする（もつとも、②に関しては、あまり厳格に同時処理を要求すると、本文で述べたように、捜査・起訴における過大な負担となることが懸念される）。

⁶⁷ 佐藤・前掲注 66・544 頁。

⁶⁸ 多和田・前掲注 52・479 頁。

⁶⁹ 大澤・前掲注 59・10 頁。

⁷⁰ 多和田・前掲注 52・478 頁。これは、実体的に許容される限度を超えた処罰をもたらすことになるという点において、実体的には無罪となるべき事実を有罪とするような訴因設定（昭和 59 年最決に関する記述を参照されたい）と同様である。

⁷¹ なお、実体裁判の判断内容の拘束力という観点から、判例と同じ結論に至る見解も主張されている（鈴木・前掲注 60・61 頁）。すなわち、前訴において単純罪の有罪判決が確定している場合、後訴においてそれが常習罪（の一部）であると認定することはできないから、前訴訴因と後訴訴因が実体的には常習罪一罪であることを理由として後訴を一事不再理効により遮断することはできない、とするのである。しかし、この論理に従うと、前訴で無罪判決が確定している場合には、およそ「罪」数を基準とした一事不再理効の判断をなし得なくなるのではないかと、との疑問が生ずる。すでに判示②（ii）に関して述べたところから、実体裁判の判断内容の拘束力の問題と一事不再理効の範囲の問題を結びつけることは、一事不再理効の根拠を二重の危険の禁止に求めることと整合しないように思われるのである（昭和 59 年高松高判が「後に起訴された事件について確定判決を経ているか否かということは……判決の罪名等その判断内容とは関係がなく、従って確定判決の効力を問題とする余地はない」とするのも同様の趣旨か。また、中野目・前掲注 56・175 頁以下も参照）。

るを得ないことがあるように思われる⁷²。それは不告不理の原則との関係で許されないのだろうか。

たとえば、被告人が他人の住居に侵入し、その内部で、居住者3名に対し、殺意を伴わず暴行を加えて死亡させたとする。いわゆる「かすがい作用」を肯定する⁷³場合、実体的には住居侵入罪を「かすがい」として3個の傷害致死罪を含む全体が科刑上一罪の関係に立つことになるが、検察官は、住居侵入罪を起訴せず、3個の傷害致死罪のみを併合罪として起訴した（いわゆる「かすがい外し」起訴）。この場合、裁判所は、検察官の訴因設定を尊重し、端的に併合罪として処断すべきか、それとも、実体的には「かすがい作用」の生じる場面であることから科刑上一罪として処断すべきか、という議論がある⁷⁴。この問題自体につきただちに筆者の態度を決定することはできないが、本章のテーマとの関係で、ここでは、後者の立場を採った場合を想定して議論を進めることにする⁷⁵。

この場合、「裁判所が、罪数判断のかぎりにおいて、明示的に訴因外の犯罪事実〔※引用者注：「かすがい」となる罪〕を認定し、全体を一罪として扱うべきであるということになる。これに対しては、起訴されていない犯罪事実を裁判所が認定する結果になるため、やはり訴因変更が必要であるとする見解もあるが、この場合は、訴因外の犯罪事実について被告人を有罪とし処罰するわけではないから、右の措置が訴因制度の趣旨に反することはないと考えられる」⁷⁶との見解がある。上記の例でいえば、「判決」対象となるのはあくまで3

⁷² ここではさしあたり後出の「かすがい外し」起訴の例のみを挙げるが、従来、実体法の領域で扱われてきた他のさまざまな論点にも、こうした場面は含まれている。それらの問題については第7章で扱う。

⁷³ たとえば、最判昭和29年5月27日（刑集8巻5号741頁。住居侵入罪と住居内で行われた3個の殺人罪が全体として科刑上一罪の関係に立つとした）。

⁷⁴ この事例で、「かすがい作用」を前提として科刑上一罪の処断刑を与えるならば、その上限は懲役20年である。これに対して、併合罪として処断するならば、上限は懲役30年である。3個の傷害致死罪が併合罪として扱われるならば、犯情その他の事情によっては量刑が懲役20年を超えることもあり得よう。こうした場合、科刑上一罪とすべきか併合罪とすべきかが現実的な意味をもってくる。なお、併合罪として処断しつつ、科刑上一罪の場合の限度で量刑を行えば足りる、とする見解も有力である（たとえば、香城敏磨「訴因制度の構造（中）」判例時報1238号〔1978年〕6頁）が、これに対しては、罪数評価と処断刑の実質的分離という理論的な問題が指摘されることになる。

⁷⁵ 「かすがい作用」に関しては、時間的・場所的に大きく離れた行為が科刑上一罪の範囲に取り込まれ、広く一事不再理効の射程に入ることから、検察官に対し非常に重い同時処理義務を課すことになる、という可能性も看過できない。「かすがい外し」起訴の目的としては、併合罪加重の獲得という実体法的な側面に加えて、一事不再理効の範囲を限定するという手続法的な側面も考えられよう。ただ、仮に、処断刑の点で被告人に不利益が及ぶことは——量刑段階での調整が可能であるとしても——実体的に許容される限度を超えた刑罰権の行使であって許されない、という前提に立つのであれば、たとえ同時処理の困難という手続的な事情があろうとも、「かすがい外し」起訴を許容することはできないことになる（それを認めるなら、究極的には、手続的な事情を理由として、実体的には無罪となるべき訴因を有罪とすることも肯定せざるを得なくなるであろう。それが不当であることはすでに述べたとおりである）。

⁷⁶ 川出・前掲注7・330頁。また、佐藤・前掲注66・539頁が「〔住居侵入罪の〕訴因を追加させる必要はない」とした上で、「裁判所が併合罪加重をするためには、併合罪であることが認められなければならないから、それが認められない可能性が生じた場合には、積

個の傷害致死罪の訴因のみであり、それらに対して適切な処断刑を与えるため、訴因外の住居侵入の事実を「審理」対象に含めれば足りる、との趣旨であろう。

しかし、(狭義の) 罪数処理というのは、複数の犯罪の成立が認められることを前提に、それら相互の関係を考慮して行うものであるから、その結果として与えられる処断刑は、罪数処理の対象となったすべての犯罪に対する評価を含んでいるはずのものである。先の例でいうと、3 個の傷害致死罪だけでは併合罪にしかならず、「かすがい」たる住居侵入罪まで含めて初めて科刑上一罪となるのであるから、科刑上一罪という処断刑を与えるには、住居侵入の事実をも「判決」対象に取り込むことが避けられないであろう⁷⁷ ⁷⁸ (仮に上記の見解のような処理が許されるとすると、たとえば、1 個の傷害だけが起訴されているが、余罪としてそれと併合罪の關係に立つ窃盗の存在が認定できる場合、裁判所は、窃盗を起訴させることなく、併合罪の処断刑の枠内で、訴因たる傷害の事実のみを対象に、量刑をなし得ることになる。このような処理が不告不理の原則に反することについては異論がないと思われる⁷⁹)。

それでは、裁判所がこのような理解に基づいて「かすがい」となる罪の追加を内容とする訴因変更命令を行ったが、検察官がこれに応じない場合、どうすればよいか。

1 つの方法として考えられるのは、338 条 4 号により違法な起訴として公訴棄却するというものである。すなわち、裁判所が訴因外の犯罪事実の存在を考慮するのは、「訴因設定の適法性を審査するためであって、その事実を訴因化するためではない。したがって、検察官の訴因設定が合理的でないことが明らかとなったのであれば、その旨を明らかにしたうえで、公訴棄却として手続を打ち切るべきであろう。真実に即した事実について再訴追をする

極的に一罪であることが認定されなくとも、併合罪加重をすることは許されないはずである。科刑上一罪となる可能性があれば、一罪の一部であることを前提として量刑をすれば足りよう」とするのと同旨か。

⁷⁷ 萩原太郎「訴因と罪数」川村澄夫ほか編『刑事実務ノート 2』(判例タイムズ社、1968 年) 67 頁は、「具体的な量刑が加重刑の部分に入り込むおそれが強い場合にのみ、裁判所に対し住居侵入の訴因の追加を求める義務を肯定し、その追加によって処断刑を一罪の限度に規制する方途を講ぜしめる」べきである、とする。これは、科刑上一罪として処断するには住居侵入の事実をも「判決」対象に取り込まざるを得ない、という理解を前提とした記述であろう。

⁷⁸ なお、このように解した場合には、住居侵入の点をも加味して量刑を行うことになるため(住居侵入の点を「判決」対象に取り込む以上、処断刑との關係においてのみこれを考慮し、量刑に関しては考慮に入れない、ということとはできない)、多くの場合には被告人にとってかえって不利益になるという問題が生じる。この点、萩原・前掲注 77・66 頁が提示するように、量刑が科刑上一罪の場合の処断刑の上限を超えるときにだけ住居侵入の点をも「判決」対象に取り込む、という処理も考えられる。ただ、量刑を睨んで罪数処理を行うというのは、思考の順序の逆転であるといわざるを得ない(その点で、同じ処断刑の形成に関する場合であっても、刑の任意的減免〔たとえば過剰防衛に関する刑法 36 条 2 項〕が規定されているとき、実際に減輕・免除を行うべきか否かが、最終的な量刑との關係において決せられるのとは異なる)。「かすがい外し」の処理については、そもそも、実体法レベルで「かすがい」作用を認めるべきか否かという点も含めて、さらに考察を進めてゆきたい。

⁷⁹ 不告不理の原則に反するか否かは、訴因外の犯罪事実を「判決」対象に取り込むか否かの問題であり、その結果として処断刑が重くなるか軽くなるかは無關係であろう。

かどうかは検察官の任務というべきである」⁸⁰。

この見解は、「検察官が不適切な訴因設定を行った場合に、裁判所が訴因外の犯罪事実の存在をおよそ考慮しないまま適正とはいえない判断を下すべきではない」という要請と、「裁判所が訴因外の犯罪事実を『判決』対象に取り込むことは不告不理の原則に反するため許されない」という要請を調和させようとする、穏健なものといえよう。

しかし、検察官に訴因設定権限が与えられていることの帰結として不告不理の原則というものが存在するのだとすれば、はたして、このような場面にも同原則による規制が作用するのか、という素朴な疑問が生じる。訴因外の犯罪事実を「判決」対象に取り込むべきか否かが問題となるのは、前提として、当該場面における検察官の訴因設定が不適切なものと考えられる場合である。すでに訴因外の犯罪事実を「審理」対象とする場合に関して述べたように（前出第4の1）、不適切な訴因設定は、それが不適切である限りにおいて、裁判所に対する拘束力をもたない。この理は、訴因外の犯罪事実を「審理」対象とする場合だけでなく、これを「判決」対象に取り込む場合にも妥当するはずである。そうであるとすれば、検察官の訴因設定が不適切であるという同じ前提に立ちつつ、訴因外の犯罪事実を「審理」対象とすることは許されるけれども「判決」対象に取り込むことは禁じられる、という形式的な区別を行うことには理由がないように思われる。

もちろん、訴因に対する適正な判断を行う上で必要がないのに、訴因外の犯罪事実を涉猟して「判決」対象を拡張するようなことは許されない。378条3号後段は、まさにそのような場面を想定したものであろう。これに対して、筆者がここで想定しているのは、あくまで、検察官が自ら設定した当初の訴因に対して適正な判断を下すために、必要やむを得ない手段として訴因外の犯罪事実を「判決」対象に取り込む場面である（つまり、訴因外の犯罪事実を「判決」対象に取り込むといっても、それはあくまで、当初の訴因に対する判断の一環として、である）。それは、従来、不告不理の原則に反するものとして典型的に想定されてきたような、訴因外の犯罪事実を処罰の対象とすること自体を目的としたケースとはまったく異なるものであることに注意を要する。

あるいは、上記の見解は、こうした考慮をふまえた上でなお、「検察官の訴因設定が裁判所を拘束しない」といっても、それは、裁判所が訴因設定に拘束された状態で判断を下す必要はない——あるいは、下すべきではない——という消極的な意味でしかなく、訴因外の犯罪事実に至るまで「判決」対象を拡張することができる、という積極的な意味をもち得るものではない、として、「判決」対象となるべき事実の選択を検察官の意思に委ねる立場を徹底するのかもしれない。

しかし、そこではさらに、公訴棄却という対応を選択することにより検察官に再訴の余地を残すことが妥当か、という問題も考慮されねばならないであろう。ここで想定されているのは、前訴において裁判所が（訴因外の犯罪事実をも訴因化することを内容とした）訴因変更命令を発したにもかかわらず、検察官がこれに応じなかったため、ついに公訴棄却に至った、という状況である。仮に検察官が再度の起訴を行うとなれば、それは、前訴における訴

⁸⁰ 田口守一「訴因と審判の範囲」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）131頁。

因変更命令の内容に即したものとなるであろう。このように矛盾した態度は、被告人における再度の手続的負担という犠牲を払ってまで、積極的に肯定すべきものとは思われない。

このように考えると、訴因に対する適正な判断を実現するため必要な場合には、その限りにおいて、訴因外の犯罪事実を「判決」対象に取り込むことを認めるべきである。

なお、そうした場合には、訴因変更命令につき形成力を肯定すべきであろう。

周知のように、訴因変更命令の形成力を認める見解⁸¹も一部で主張されているものの、判例⁸²・通説⁸³はこれを否定しており、その根拠は検察官の訴因設定権限に求められている⁸⁴。しかし、すでに述べたとおり、訴因外の犯罪事実を「判決」対象に取り込まざるを得ない場面があるとすれば、そこでは、検察官の訴因設定に裁判所に対する拘束力を認めるべきではない、との判断が先行しているはずである。そうであるとすれば、訴因変更命令の形成力を否定する理由が失われるであろう。

それでは、具体的に、いかなる場合に形成力を認めるべきか。従来の判例・通説がこの問題を論じる際には、暗黙裡に、検察官が実体的に許容される限度を下回るような刑罰権行使を求めているのに対し、裁判所がより重い刑罰権行使をもたらすような訴因変更命令を発する場面を想定してきたものと思われる。そこでは、基本的に、「もともと、不起訴裁量権が法認されているのであるから、起訴した場合に限り、実体的真実を貫徹しなければならないとする必然性はない」⁸⁵との指摘が基本的に妥当するであろうから⁸⁶、形成力が否定されてきたことにも十分な理由がある（もっとも、「実体的真実主義にとってたえられない極限的な一部起訴」⁸⁷が行われる可能性も皆無ではなく、そのような場合にまでなお形成力否定の態度を一貫させるべきであるかは、機会を改めて検討したい⁸⁸）。

これに対して、検察官の訴因設定が実体的に許容される限度を超えた刑罰権の行使をもたらすことになるような場面——その極致が、実体的には無罪となるべき訴因を有罪とすることになるような訴因設定が行われる場合である——においては、訴因設定上の操作に

⁸¹ たとえば、小林充「訴因と公訴事実」判例タイムズ 644 号（1987 年）13～14 頁、渥美・前掲注 20・318 頁など。

⁸² 最大判昭和 40 年 4 月 28 日（刑集 19 卷 3 号 270 頁）。

⁸³ たとえば、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958 年）137～138 頁。

⁸⁴ たとえば、香城敏磨「訴因制度の構造（下）」判例時報 1240 号（1987 年）6～7 頁は、「訴因変更命令は……新訴因に対する検察官の訴追意思を確認するための手段である」から、「その趣旨を超えて裁判所の訴追意思を貫徹するための手段たる性格を認めることは、検察官に対し訴追対象とする犯罪事実の選択と立証活動追行の権限を付与している法の根本的立場と調和しない」とする。

⁸⁵ 香城・前掲注 74・6 頁。

⁸⁶ もっとも、不起訴処分についても準起訴手続（262 条以下）や検察審査会による起訴議決（検察審査会法 41 条の 6）という例外が「法認されている」のであるから、これは絶対的な根拠とはいえない。

⁸⁷ 石井一正「一罪の一部起訴」判例タイムズ 274 号（1972 年）53 頁。ちなみに、石井が挙げるのは、人を数回殴打して死亡させているにもかかわらず、特に理由もなく 1 回目の殴打のみを暴行罪として起訴する、という例である（同 55 頁〔注 14〕）。

⁸⁸ 高木・前掲注 35・291 頁は、「証拠上明らかに認められるところに比してあまりに軽い内容の犯罪事実が訴因に構成されて公訴提起された場合」において、「いったんは判例で否定された訴因変更命令の形成力の例外的付与」の余地を議論すべきであるとする。

より「ない」はずの刑罰権を「ある」ことにするという「錬金術」を許容するのでない限り、訴因変更命令に形成力を認めるべきであろう。したがって、「かすがい外し」起訴の場面において、先述のように、併合罪として処断することはこうした観点から許されない、という前提に立つのであれば、住居侵入の事実を追加させる訴因変更命令には形成力を肯定すべきことになる⁸⁹。

第6 まとめ

本章の要点は以下のとおりである。

①「審判対象は訴因である」といっても、それは、訴因に対する判断に際し、およそ訴因外事実の存在を考慮してはならない、という意味ではない。

②訴因に対する判断に際して訴因外の犯罪事実の存在を考慮するということは、その場面における検察官の訴因設定に対して裁判所が否定的評価を行うことを意味する。したがって、その場合には、検察官の訴因設定が不適切であるという理由を示さなければならない。しかし、他方、訴因外の犯罪事実の存在を考慮しない場合にも、一般論として「検察官には訴因設定権限がある」とするだけでは足りず、「その場面における検察官の訴因設定が適切である」ことを説明する必要がある。

③訴因外の犯罪事実の存在を考慮する態様には、「審理」対象とする場合と「判決」対象とする場合の2パターンがある。従来、後者は不告不理の原則に反するため許されないとされてきたが、前提として、ある場面における検察官の訴因設定が不適切であるとされているならば、「審理」対象とするにとどまる場合と同様、裁判所がそれに拘束される理由はないはずである。そのため、そうした場合には、訴因に対する適正な判断を実現するため必要な限りにおいて訴因変更命令に形成力が付与され、訴因外の犯罪事実が「判決」対象に取り込まれることになる。

⁸⁹ 辻本典央「罪数論と手続法との交錯」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2007年）562頁も、被告人に有利な方向での訴因変更命令にすら形成力を否定することには疑問を呈する（ただし、辻本が着目するのは、「かすがい外し」起訴により一事不再理効の及ぶ範囲が狭められるという点である）。

第7章 「一連の行為」の一部起訴

第1 はじめに

実体法的には「一連の行為」として一体的に評価すべきである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ることがある（以下、こうした場合を『一連の行為』の一部起訴という）。

実体法の領域においては、検察官がいかなる訴因設定を行うかという問題を度外視して、関連する複数行為を一体的に評価すべきか分断的に評価すべきかを自らの立場に基づき自由に論じることができる¹。しかし、「審判対象は訴因である」というテーゼの下、訴訟における判断者たる裁判所は訴因の制約を受ける。そのため、「一連の行為」の一部起訴の場面において、裁判所は、訴因たる行為と訴因外の行為との関係を考慮し、それらを一体的に評価することができるのか、という問題が生ずる。

はたして、『一連の行為』に全体的評価を与えるべきである」という実体法的要請と「裁判所は訴因の制約に服するべきである」という手続法的要請とは、「一連の行為」の一部起訴の場面において衝突を起こすのであろうか²（以下、カギカッコ付きで「衝突」と表記した場合には、こうした状況を意味するものとする）。また、仮に「衝突」を起こすとしたら、裁判所はどのような対応をとるべきであろうか。本章では、前章までの考察をふまえて、実体法・手続法の両面からこの問題を考えてみたい³。

第2 いかなる場合に「衝突」が生じるか

1 訴因の制約の内実

この問題について検討するためには、「審判対象は訴因である」というテーゼの意味を明らかにしておく必要がある。すでに第6章で詳しく述べたところであるが、このテーゼに関する一般的（と思われる）理解を要約すれば、次のようになる。

前提として、訴因に対する判断に際し、およそ訴因外事実（ここでは、「訴因に含まれな

¹ この点を明確に指摘するものとして、古田佑紀「判批」研修437号（1984頁）47頁。実際の訴訟における裁判所が訴因の制約の下に置かれることとの対比でいえば、そうした制約を想定していない実体法領域の議論は、「検察官視点」のものであるといえようか。小田直樹『認定論』という構想について」広島法科大学院論集3号（2007年）252頁は、「私見は、全容解明を目標にしながら、生の事実（実在）に向き合って、『実体法理論』を使い、知り得た『全容』の中に『犯罪』を認定しようとする検察官の『行動』を想定している」とする。

² 訴因の制約により実際の訴訟における帰結が実体法理論において想定されるそれと乖離する可能性があることは、つとに意識されてきた問題である。たとえば、宇藤崇「訴訟における罪数論のあり方について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）705頁は、罪数論との関係で、この問題を「全体として観察すれば一罪であると評価できるような事実がありうるにもかかわらず、そこから検察官が切り取って起訴の対象とした事実を前提とする限り、そのような罪数評価には至りえないという場合、そこに生ずる歪みとどのように付き合うべきなのか」と表現する。

³ 実体法領域の「一連の行為」論に対し手続法的観点から多角的に分析を加えた先行研究として、大久保隆志「『一連の行為』と訴訟的評価」刑法雑誌50巻1号（2010年）がある。

い事実」⁴という意味でこの言葉を用いる)の存在を考慮してはならない、というわけではない。「審判対象は訴因である」というテーゼをそこまで極端な意味に解するなら、たとえば、被告人が正当防衛を主張した場合、「急迫不正の侵害」(刑法 36 条 1 項)に当たる事実は訴因外事実であるためこれを考慮することができず、実際の訴訟において正当防衛の成立する余地がないということになりかねない。しかし、刑法の実現を旨とする刑訴法の解釈として、このような立場は採り得ない。

ここで、一口に「審判」といっても、ある訴因外事実を「判決」の対象にすることと「審理」の対象にすることは区別されなければならない⁵(以下、カギカッコ付きで「判決」、「審理」と表記した場合は、こうした区別を念頭に置いたものであるとする)。

訴因外事実を「判決」対象とすること——すなわち、刑責評価や訴訟条件の有無等の判断の直接の対象とすること(有罪判決の場合であれば「罪となるべき事実」[刑訴法 335 条 1 項]として処罰対象に含めること)——は、不告不理の原則(刑訴法 378 条 3 号後段)に反するため許されない⁶。しかし、訴因に対する適正な判断を実現するため必要な限りにおいては、訴因外事実を「審理」対象とすること——すなわち、当事者に対してその事実の存否に関する主張・立証を許し、それが認定される場合には訴因に対する判断に反映させるが、「判決」対象には含めないということ——は許される。

2 「衝突」の生じる場面

「審判対象は訴因である」というテーゼをこのように理解した場合、本章にいう「衝突」が生じるのは以下の 2 つの場合である。

1 つめは、訴因たる行為と訴因外の行為に対し「一連の行為」としての全体的評価を与えるために、訴因外の行為をも「判決」対象に取り込む必要がある場合である。

2 つめは、全体的評価を実現するために訴因外の行為を「判決」対象にまで取り込む必要はなく、「審理」対象とすれば足りるが、何らかの手続法的な事情がその障害となり得る場合である。先述のように、訴因に対する適正な判断のため必要な限りで訴因外事実を「審理」対象とすることができるが、「訴因に対する適正な判断のため必要」といえるか否かは、個々の事案ごとに、実体法的な視点のみならず、手続法的な視点をもふまえて総合的に検討されねばならない(たとえば、「強姦罪につき告訴が得られないため、検察官はその一部のみを暴行罪として起訴した」というケースにおいて、そのような起訴は実質的にみて強姦罪を親告罪とした法の趣旨に反するものであるため刑訴法 338 条 4 号により公訴棄却すべきであ

⁴ 小島淳「一部起訴と裁判所の審判の範囲に関する一考察——検察官の『合理的裁量』と一事不再理効の客観的範囲の『関係』を中心に——」研修 773 号(2012 年)4 頁の用語法に倣った。

⁵ 柏木千秋『刑事訴訟法』(有斐閣、1970 年)284 頁、石丸俊彦『刑事訴訟法』(成文堂、1990 年)190~191 頁。また、同様の理解がうかがわれるものとして、たとえば、菊池則明「被告人側が主張する訴因外犯罪事実の審理について」法学新報 112 卷 1・2 号(2005 年)263 頁、川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂、2007 年)321 頁、宇藤・前掲注 2・710 頁など。

⁶ ただし、すでに第 6 章で述べ、本章でも後に触れるように、筆者自身は、一定の場合には訴因外事実を「判決」対象に取り込むことも認めるべきであると考えている。

る、とする見解⁷と、それでは被告人が公訴棄却を求めて訴因外の姦淫の事実を主張することを許さざるを得なくなり、かえって法の趣旨に反する事態を招くため、端的に暴行罪の訴因〔のみ〕に対して判断を行うべきである、とする見解⁸がある〔平成 29 年 6 月 16 日の刑法の一部改正以前の状況を前提とした議論である〕。後者においては、暴行罪の訴因が実体的には強姦罪の一部であるという判断——この場面における全体的評価——を行うことが親告罪制度の趣旨との関係で望ましくない事態をもたらす、という手続法的な事情をふまえ、訴因外の姦淫の事実が「審理」対象から除外されるのである。

したがって、「一連の行為」の一部起訴の場面においては、次のような思考過程を経ることになる。すなわち、①まず、訴因たる行為と訴因外の行為に対して全体的評価を行うために、訴因外の行為を「判決」対象に取り込むことを要するか、それとも、「審理」対象とすれば足りるかを判断しなければならない。後述するように、この点については、それぞれの場面における全体的評価が実体法レベルでいかなる意味をもつか、という理解の相違が影響を及ぼす。②次に、「判決」対象とすることを要する場合には不告不理の原則との関係で裁判所のとるべき対応を考える。また、「審理」対象とすれば足りる場合にも、それを妨げるような何らかの手続法的な事情がないかを検討する。

第 3 具体例の検討

1 因果関係が特定できないケース

(1) 素材とする事例

被告人は、路上にタバコの吸い殻を捨てたことを被害者に注意されて口論となり、その場を立ち去ろうとしたところ、被害者が腕をつかんで制止したため、これを振りほどこうとして転倒させた（第 1 行為）。被告人が自動車に乗り込むと、被害者はその前に立ちふさがった。そこで、被告人は自動車を発進させ、被害者に接触させた（第 2 行為）。被害者は加療 3 週間を要する傷害を負った⁹。

検察官は、第 2 行為のみを傷害罪として起訴した上、第 1 行為の存在を含めて上記の経緯を述べた。被告人は、第 2 行為と傷害結果は無関係であり、せいぜい暴行罪にとどまると主張した。裁判所は、確かに訴因とされた第 2 行為によって傷害結果が生じたとは断定できないが、第 1 行為もしくは第 2 行為のいずれか（またはその両方）によって傷害結果が生じたことは確実である、との心証を抱いた。

(2) 実体法レベルの議論

この事例では、第 1 行為と第 2 行為を個別に見た場合、いずれについても傷害結果との

⁷ たとえば、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003 年）157 頁。なお、ここで公訴棄却とされるのは、検察官の訴追裁量権限の濫用のためであって、告訴の欠如を理由とするのではない（酒巻匡『刑事訴訟法』〔有斐閣、2015 年〕273 頁）。したがって、訴因外の姦淫の事実は「審理」対象とされているにとどまり、「判決」対象に取り込まれているわけではない。

⁸ たとえば、佐藤隆文「犯罪事実の一部起訴」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、1998 年）27 頁。

⁹ 名古屋高金沢支判平成 3 年 7 月 18 日（判時 1403 号 125 頁）から着想を得た設例である。

因果関係（条件関係）を認定できない。しかし、少なくともいずれか一方が傷害結果を惹起したことは確実であるのに、およそ傷害結果につき責任を問えないのは不合理であるから、通常は、両行為を全体的に観察し、包括して傷害罪一罪として処罰するという処理がなされる。もっとも、厳密に考えれば、すでに第2章で述べたように、その理論構成には次の2通りがあり得よう。

ア A説¹⁰

第1行為と第2行為は全体として「一連の暴行」すなわち「1個の暴行」であるから、そのうちの部分が傷害結果の発生に寄与したかを厳密に特定する必要はなく、「1個の暴行」全体が——第1行為に当たる部分も、第2行為に当たる部分も——傷害結果を帰属される。それゆえ、全体が傷害罪一罪となる。

イ B説¹¹

第1行為と第2行為が「一連の暴行」であるといっても、それは、両行為が傷害罪ないし暴行罪の構成要件の1回の適用により包摂され得る、という意味であるにすぎない。したがって、両行為を「一連の暴行」と評価しても、それにより、その全体が当然に傷害結果との間の因果関係を肯定されるわけではない。ただ、少なくとも「一連の暴行」のうち一部が傷害結果との間に因果関係を有することは確実であるから、そこには、傷害罪に当たる部分と暴行罪にとどまる部分とが併存していることになる（同一訴因内における不特定のかつ択一的認定）。結論としては、暴行罪に当たる部分も含め、重い傷害罪一罪として処断すれば足りる。

(3) 訴因外の行為の扱い

ア A説から

A説においては、「一連の暴行」全体が、いわば、「どこを切っても傷害罪」の金太郎アメのようなイメージで理解される。

そうすると、第2行為のみが訴因とされており、それだけを見れば傷害罪との間に因果関係が認められないように思われても、訴因外の第1行為との関連性、すなわち、両行為が「一連の暴行」というべき関係にあり、かつ、傷害結果の原因が「一連の暴行」以外には考えられないという事情を考慮することによって、第2行為もまた傷害罪（の一部）であるという評価を与えることができる。そして、A説によれば、第1行為と第2行為はそれぞれが傷害罪に該当するのであるから、第2行為だけが訴因として切り取られていても、それ自体を傷害罪とすることは可能である。つまり、訴因たる第2行為を傷害罪とするために、訴因外の第1行為を「判決」対象に取り込む必要はなく、「審理」対象とすれば足りる。

また、こうした場合、検察官が第2行為のみを取り上げて起訴するとすれば、それは、第1行為に比して第2行為の悪質さが際立つこと、及び、通常は第2行為から傷害結果が発生したと考えられることによるであろう。そうであるとすれば、第2行為が傷害結果に寄与したことが直接的に認定されるのではなく、上記のように、訴因外の第1行為との関連性をふまえ、第2行為もまた傷害罪の一部であるという（やや回り道の）経過をたどって傷害

¹⁰ 第2章において「全体的把握説」として批判の対象とした見解である。

¹¹ 第2章において「全体的把握説」を再構成した私見として提示したものである。

罪の成立が肯定されることになったとしても、それが検察官の訴追意思に反するというこ
とはないと思われる。

このように、A説を前提とする場合には、訴因外の第1行為を「審理」対象とすることによ
って、全体的評価に基づき、訴因たる第2行為を傷害罪とすることができる。そこでは
「衝突」は生じない。

イ B説から

これに対して、B説によった場合、「一連の暴行」が傷害結果との間に因果関係を有する
といっても、それは、「一連の暴行」として括られる行為の中に、具体的にどの部分という
特定はできないものの、傷害結果との間に因果関係を有する部分が含まれている、という
意味であるにすぎず、(A説のように)そこに含まれる行為のすべてが因果関係を認められる
というわけではない。

そうすると、訴因に含まれない第1行為を「審理」対象とするだけでは、訴因たる第2行
為を傷害罪とすることはできない。なぜなら、第1行為を「審理」対象とすることで導かれ
得るのは、第1行為と第2行為が「一連の暴行」と評価すべき関係にあること、及び、「一
連の暴行」というところまで範囲を広げればその中に必ず傷害結果との間に因果関係を有
する部分が含まれている、ということだけであり、第2行為という、より狭い範囲では、そ
こに傷害結果との間に因果関係を有する部分が含まれていないのではないか、という合理
的な疑いが残ることになるからである。

この場合、傷害罪の成立を認めるためには、訴因外の第1行為をも「判決」対象に取り込
まざるを得ない。したがって、B説に立つと、この場面における全体的評価を実現するた
めには「衝突」が生じることになる。

2 量的過剰のケース

(1) 素材とする事例

被告人は弟である被害者と同居していたが、被害者はかねてから統合失調症のため入退
院を繰り返しており、被害妄想にかられてパイプ椅子で被告人を殴るなどしたことがあ
った。ある夜、被害者が、被告人が自分の物を盗んだなどと言って殴りかかってきたため、被
告人がこれを制止しようとしてもみ合いとなった。被害者は被告人を背負い投げしよう
として失敗し、毛足の長い絨毯の上へ両者とも前のめりに倒れて、被害者が下、被告人が上
になって折り重なった。被告人は、うつ伏せ状態の被害者の腰のあたりへ馬乗りにならな
が、同人が足を激しくばたつかせるなどして暴れたため、首の後ろを押さえ、顔面を絨毯に
押しつけた(以後、被害者が動かなくなるまでの押しつけ行為を「第1行為」という)。し
ばらくして被害者は動かなくなったが、被告人は夢中でその後も被害者の顔を押しつけ続
けた(被害者が動かなくなった後の押しつけ行為を「第2行為」という)。これにより被害
者は窒息死した¹²。

検察官は、第1行為は正当防衛に当たると考え、第2行為のみを傷害致死罪として起訴

¹² 札幌地判平成25年10月11日(裁判所ウェブサイト)をモデルとした設例である。本
判決の評釈として、堀田周吾「判批」刑事法ジャーナル40号(2014年。ただし、主とし
て被告人の検面調書の信用性評価等につき論じたものである)。

した。これに対し、被告人は、①第2行為の時点でもなお急迫不正の侵害は継続しており第2行為も正当防衛に当たる、②仮に急迫不正の侵害が終了していたとしても、第1行為と第2行為は一体として過剰防衛であり、第2行為について刑の免除を認めるべきであると主張した。裁判所は、被告人の主張②が正当であるとの心証を抱いた¹³ ¹⁴。

(2) 実体法レベルの議論

すでに第4章で述べたように、判例は、量的過剰の事案において、侵害継続中の反撃行為と侵害終了後の反撃行為の時間的・場所的接着性、行為態様の同質性、防衛の意思が一貫しているか否かといった事情を考慮した上、事実関係次第で、一連の行為を一体として過剰防衛とすることを認める（統合説）。もっとも、そこでいう「一体として」の意味については、次の2通りの理解があり得るように思われる。

ア A説¹⁵

まず、「一体として」とは、評価対象としての一体性を意味する、との理解があり得る。

たとえば、「一般に、人の行った行為について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断するに当たっては、まず判断の対象となる『一個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきものである。量的過剰防衛の場合に即していえば、急迫不正の侵害に対する反撃が一連の行為であって刑法上『一個の行為』とみられるものであれば、そのような『一個の行為』全体について構成要件該当性や違法性阻却事由の有無等を判断すべきことは、理の当然であるということになる。もとより最終的な判断に至る過程においては『一個の行為』を構成する部分ごとに中間的な検討をすることは可能であるが、最終的には、そのような中間的な検討を踏まえた上で、『一個の行為』全体について一つの評価を下すべきものである」¹⁶とされる。

構成要件該当性・違法性・有責性といった犯罪論的评价を行うには、その前提として、被告人の挙動・態度の中から、評価の対象とすべき行為を選び出しておかねばならない。それは、体系的に、(犯罪論的评价に先行するという意味で)前構成要件段階に位置づけられるべき作業である。そして、いわば評価対象としての単位である「1個の行為」に対しては、その全体を包摂する「1個の評価」を与えなければならない、「1個の行為」の内部でさらに分析的な評価を行うことはできない。したがって、前構成要件段階において「1個の行為」として選び出された被告人の態度・挙動は、犯罪論的评价の全段階で常に「1個の行為」として扱われ、「1個の評価」の対象となる。こうした評価対象としての不可分一体性が、ここでいう「一体として」の意味である¹⁷。

¹³ 実際の訴訟では、急迫不正の侵害は被害者が動かなくなった後も継続していたものと判断され、第2行為についても正当防衛の成立が認められた。

¹⁴ 過剰防衛として刑の免除がなされた例は少ないが、量的過剰と思われる事案で刑の免除を認めたものとして、京都地判昭和53年12月21日(判タ402号153頁)。

¹⁵ 第1章で取り上げた評価対象説の考え方である。

¹⁶ 永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系(30)』(新日本法規出版、2000年)135頁。

¹⁷ このような理解の基礎にあるのは、おそらく、評価対象となる(生の)社会的事実、細切れの状態バラバラに散らばっているのではなく、一定の「エピソード」を形成した状態で存在しているのであるから、そうした「エピソード」のありように即した評価を与

この見解によると、量的過剰の事案で、第1行為から第2行為へと至る流れが「『勢い余って』行われたという感じ」¹⁸であり、「1個のエピソード」とすべき事実関係である場合には、両行為は「1個の行為」すなわち不可分一体の評価対象として扱われなければならないから、違法性（ないし有責性）の段階では、「一体として」量的過剰防衛と評価されることになるのである。

イ B説¹⁹

これに対して、「一体として」というのは、評価のあり方としての一体性を意味する、との理解もあり得る。

すなわち、まず、被告人の行為が「1個」であるか「2個（以上）」であるかは、事実のレベルで先験的に決まっているのではなく、評価を経て決めることである。また、「1個」あるいは「2個（以上）」と決めるといっても、それは、たとえば、いくつかの小さな粘土玉を捏ね合わせて1個の大きな粘土玉にしたり、逆に、大きな1個の粘土玉をちぎっていくつかの小さな粘土玉に分けたりするようなイメージで、検討対象である行為の状態そのものが形成ないし変化させることを意味するわけではない。事実としての人間の挙動・態度それ自体には「1個」ということも「2個（以上）」ということもない——少なくとも、刑法的評価の上でそれを決める必要はない——のである。「『1個』と決める」というのは、検討対象である行為の全体につき一様に均質な法的意味を付与するという評価のあり方（たとえば、第1行為と第2行為を全体として量的過剰防衛とする評価）を、「『2個（以上）』と決める」というのは、検討対象である行為の各部分について異なる法的意味を付与するという評価のあり方（たとえば、第1行為を正当防衛、第2行為を単なる犯罪行為とする評価）を、それぞれ視覚的にイメージしやすい——しかし、同時に、誤解を招きやすくもある——形で表現しているにすぎない。

こうした理解によると、量的過剰のケースにおいて、仮に第1行為と第2行為を「一体として」過剰防衛と評価するにしても、それは、両行為が評価対象として不可分一体の存在であることまでを意味するわけではない、ということになる。

(3) 訴因外の行為の扱い

ア A説から

A説において、第1行為と第2行為を一体として過剰防衛と評価する場合、両行為が評価対象として不可分一体のものであることが前提となる。そうすると、そもそも、第2行為だけを切り取って起訴し、また、第2行為のみを対象に判決をすることができるのか、という疑問が生ずる。実体法上の評価対象として不可分一体のものであるならば、手続法上の訴追対象ないし審判対象としても不可分一体のものとして扱うことが要請されるのではないか、とも思われるからである。

えなければ、「人の行動についてその刑事責任を過不足なくとらえる」ことはできない、との発想であろうと思われる（永井・前掲注16・134頁）。

¹⁸ 松田俊哉「判解」『平成20年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2012年）513頁。

¹⁹ 第1章で取り上げた評価態様説の考え方である。

素材とした事例のモデルである札幌地判平成 25 年 10 月 11 日は、「被害者の背部に馬乗りになり、その後頸部を手で押さえるという行為を、被害者が動いているかどうかにより 2 つに分断することは、法的評価を離れ、社会的にみても、あまりに不自然である。したがって、本件では、被害者の抵抗が続いている間から 1 個の行為があると扱うほかはない。その上で、検察官が 1 個の行為の一部のみを起訴することができるかどうかが問題となるが、そのような分割起訴を許すと、検察官が、被害者の抵抗が続いている間のもを含めて起訴した場合には過剰防衛が成立する可能性があるのに、被害者の抵抗が終わった後の部分だけを起訴すれば、正当防衛状況が終了しているとして、過剰防衛すら成立し得ない可能性があることとなり、不合理である。したがって、このような場合には、検察官の訴追裁量は働かないと解される。そうすると、分断できない行為を分断してなされた本件公訴提起には違法があるのではないかとの疑いも生じるが、起訴状の公訴事実には、1 個の行為の一部しか明示していないとしても、行為が不可分である以上、1 個の行為全体が審判の対象になると解すべきであり、そのように解しても、当事者の攻撃防御に問題が生じない場合には、公訴提起に違法があるとしても、その違法は、公訴棄却を要するものではないと解することができる。本件においては、正当防衛の成否が争点とされ、被害者の抵抗が続いている間の馬乗り及び後頸部の押さえつけのみならず、それ以前の被告人及び被害者の行為も十分な攻撃防御の対象となっているので、当裁判所は、本件について公訴棄却はしない」（下線は引用者）と述べた。

注目すべきは、本判決が、被害者が動かなくなる前後の行為が「1 個の行為」であるということから、「行為が不可分である以上、1 個の行為全体が審判の対象になる」という帰結を導いている点である。そこでは、実体法レベルにおける行為の把握に関する判断と、手続法レベルにおける審判対象の画定の判断が連動させられており、A 説の考え方が濃厚に表れているように思われる。そこに論理的必然性があるかについては議論の余地もあろうが、社会的事実としての強い一体性を強調するのであれば、こうした理解に至ることは自然であるといえよう²⁰。

このように考えた場合、素材とした事例において、裁判所が訴因外の第 1 行為と訴因とされた第 2 行為を一体として量的過剰防衛とするためには、その前提として、両行為を「1 個の行為」すなわち「1 個の審判対象」と把握すべきことになる。そうすると、過剰防衛として刑の免除の判決をしようとするれば、訴因外の第 1 行為をも「判決」対象に含めざるを得ないはずである。しかし、それは不告不理の原則に抵触し、「衝突」を生じさせる。

イ B 説から

B 説によれば、第 1 行為と第 2 行為を「一体として」量的過剰防衛と評価するといっ

²⁰ 一罪の一部起訴の可否が論じられる際、「一罪性が極めて強固な罪を無理矢理分解する結果となる一部起訴（例えば、一撃のもと瞬時に人を殺害した場合であるのに、死に至るまでのわずかな時間の傷害の事実を摘出して、殺人未遂又は傷害罪により起訴する場合）も許されないと解すべきである」（木谷明「判批」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 6 版〕』〔有斐閣、1992 年〕101 頁）といったように、（単に一罪であるというだけでなく）社会的事実としての凝縮の度合いが非常に高い場合にはこれを分割すべきではない、との主張が見られる。発想としては本文で述べたところと通ずるものであろう。

も、それは、両行為が不可分一体の1個の存在であるということの意味しない。ただ、両行為の関連性を考慮すれば、全体が量的過剰防衛に当たるというにすぎないのである。したがって、第2行為のみが起訴された場合にも、訴因外の第1行為を「審理」対象に含めることにより、訴因たる第2行為のみを「判決」対象として、過剰防衛（に当たる行為の一部）という評価を下すことができる。

ここで、仮に訴因外の第1行為を「審理」対象に含めないとする、訴因たる第2行為は、実体的には過剰防衛として刑の減軽ないし免除を受け得るはずであるのに、その可能性を奪われる。この場合、あるいは、酌量減軽を行った上、量刑のレベルで実質的な調整を行えば足りるのではないか、との疑問があるかもしれない。しかし、「審理」対象にすら含めないということは、第1行為は裁判所にとって存在しないのと同じであるから、これを理由とした酌量減軽ないし量刑はできないはずである。また、（実際には稀であろうが）免除が相当と考えられる場合には、もちろん、量刑レベルでの調整はおよそ不可能である。このように考えると、第1行為を「審理」対象から除外することは、実体的に許容される限度を超えた刑罰権の行使をもたらすものであり、「ない」はずの刑罰権を「ある」ことにする錬金術のようなものであるから、いやしくも刑事訴訟法が「刑罰法令を適正……に適用実現すること」を（も）目的とする（1条）以上、仮にこれを「審理」対象に含めることで何らかの手続法的な問題が生じるとしても——そのような事情はおそらく存在しないと思われるが——許されないであろう²¹。

このように考えると、B説を前提とした場合、この場面で「衝突」は生じない。

3 実行行為開始後の心神耗弱のケース

(1) 素材とする事例

被告人は、朝から自宅で焼酎を飲んでおり、午後2時ころ、妻である被害者と口論になった。腹を立てた被告人は、被害者の顔面を殴るなどの暴行を加えた（第1行為）。その後、数次にわたり同様の暴行が続いたが（第2行為）、午後11時ころ、被告人は、暴行の最中につまづいて頭を強く打ったことから激昂し、倒れている被害者の背中などを強く足蹴にした上、肩叩き棒で頭部等を滅多打ちにした（第3行為）。被害者は外傷性ショックにより死亡した。

検察官は直接の死因となった第3行為のみを傷害致死罪で起訴したが²²、被告人は、第3行為の時点では多量の飲酒の影響で心神耗弱状態であったため、刑法39条2項により刑を減軽すべきであると主張した。裁判所は、確かに被告人は第3行為の時点では心神耗弱状態であったが、第1～第3行為は「同一の機会に同一の意思の発動にでたもので……被告人は、心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題は

²¹ 平成25年札幌地判が（結論としては正当防衛の成立を認めて無罪としたにもかかわらず）あえて過剰防衛の場合に言及したのは、こうした趣旨であると思われる。

²² この事例は、長崎地判平成4年1月14日（判時1415号142頁）をモデルとしたものである。実際の訴訟で検察官がどの行為を起訴していたのかは明らかではないが、罪となるべき事実としては一連の暴行のすべてが摘示されていること、責任能力に問題のある事案であったことを考えると、検察官はすべての暴行を訴因として提示していたのではないかと推測される。

なかったが、犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎない」²³から、第1～第3行為を一連の実行行為として把握することにより、第3行為についても完全な罪責を問うことができると考えた。

(2) 実体法レベルの議論

いわゆる（実行）行為と責任の同時存在の原則を徹底すれば、第3行為の時点で心神耗弱状態である以上、刑の減輕をしなければならないにも思われる。しかし、すでに第5章で見たように、第1～第3行為が「同一の機会に同一の意思の発動にでたもの」であり、その意味で「一連の実行行為」として一体的に把握できるものであるなら、その開始時点、すなわち第1行為の時点で責任能力が備わっていれば、「一連の実行行為」全体につき——したがって、そこに含まれる第3行為についても——完全な罪責を問い得る、とする見解が有力である。

その論拠は次のようなものである。すなわち、——刑法上の責任非難の対象は外形的な挙動ないし態度ではなくそれに対応する意思決定であるところ、「いったん着手すれば『矢は弦を離れ』、実行行為はすべて行われるはずのもの」²⁴であるから、「一連の実行行為」の開始時点における意思決定は、「一連の実行行為」全体に対応する最終的な意思決定であるといえる²⁵。そうすると、その時点で責任能力が備わっていたならば、「一連の実行行為」全体について完全な罪責を肯定することができるはずである——と。

こうした理解によると、仮に訴因として第3行為のみを取り上げるとしても、それに対応する最終的な意思決定（＝責任非難の対象）は、第1行為の時点におけるそれであることになる。つまり、ごく大雑把に言えば、犯罪の客観面と主観面が時系列上分離することになるのである。

(3) 訴因外の行為の扱い

検察官がある行為を実行行為として起訴しているとき、通常は、まさにその行為の時点における意思決定が責任非難の対象、すなわち、訴因のうち主観面にかかる事実として想定される²⁶。そうすると、素材とした事例において第3行為のみが起訴されている場合、第1行為の時点における意思決定は訴因外事実であるという位置づけになろう。

上記の見解によれば、第3行為につき傷害致死罪としての完全な罪責を問うためには、

²³ 平成4年長崎地判の判示より抜粋。

²⁴ 中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第3版補訂版、1997年）209頁。

²⁵ 筆者自身がこのような理解に疑問をもっていることについては、第5章を参照。

²⁶ 通常、公訴事実の記載は、（実行）行為と責任の同時存在の原則を前提としてなされるものと思われる（たとえば、司法研修所編『平成19年度版 刑事判決書起案の手引』（法曹会、2007年）102頁では、殺意の記載に関して、「初めから明確な殺人の決意をもって行為した場合には、『殺害しようとして決意し』、『殺害しようとして企て』というように判示することが多く、この場合は故意の存在はおのずから明白であるから、改めて行為時に死の結果の予見のあったことを記載する必要はないが、そうでない場合は、たとえば、『殺意をもって』、『死亡するに至るかもしれないことを認識しながら、あえて』のように適当な表現で判示する必要がある」とする）。主観面について特段の記載がない場合には、実行行為とされた行為の時点における主観面が訴因を構成しているものと考えられることになろう。

訴因外事実である第 1 行為の時点における意思決定を「判決」対象として取り込まなければならぬ。したがって、そこでは「衝突」が生じることになるのである²⁷。

第 4 「衝突」が生じる場合の対応

以上の分析により、「一連の行為」に対する全体的評価が実体法レベルでいかなる意味をもつかということが、訴因外の行為の手続法上の扱いに影響し得る——ひいては、「衝突」の有無を左右し得る——ことが明らかになった。

それでは、全体的評価を行うために「衝突」が生じる場合、裁判所はどのように対応すればよいのだろうか。

詳しくはすでに第 6 章で述べたが、これは、結局のところ、検察官の訴因設定権限をどこまで尊重すべきか、という議論に帰着する問題である。たとえ実体法レベルでは全体的評価への要請があっても、手続法的な事情をも総合的に勘案した上、当該場面における「一連の行為」の一部起訴が検察官の訴追裁量の範囲内にあるといえれば、裁判所としては、全体的評価を断念し、訴因とされた行為につき分析的評価を行うことで満足せざるを得ない。これに対して、そうした訴因設定が不適切なものであるならば、裁判所がこれに拘束される理由もないということになる。

こうした観点から、本章で検討対象とした場面のうち、「衝突」が生じると思われるものについて考えてみよう。

まず、①因果関係が特定できないケースにおいて B 説を採った場合（第 3 の 1 (3) イ）及び②実行行為開始後の心神耗弱のケース（同 3 (3)）は、実体的には全体的評価を行うことでより重い刑責を認めることが可能であるところ、現訴因のままではより軽い刑責にとどまる、というパターンである。これに対し、③量的過剰のケースにおいて A 説を採った場合（第 3 の 2 (3) ア）は、実体的には全体的評価を行うことでより軽い刑責にとどめるべきところ、現訴因のままではそれを超えた刑責を認めざるを得なくなる、というパターンである。いずれの場合も、裁判所は、まず求釈明ないし訴因変更の勧告を行い、(①や②のケースでは実際上考えにくいことではあるが) 検察官が自発的に訴因変更を行わない場合には訴因変更命令を発することも検討する必要があるだろう。

仮に訴因変更命令が発せられたとして、検察官がこれに従わない場合にはどうすべきか。

①・②のケースでは、検察官は、実体的に許容される限度内での刑罰権行使（傷害罪となり得るところを暴行罪、傷害致死罪として完全な罪責を認め得るところを刑法 39 条 2 項による減軽）を求めていることになる。こうした場合には、「もともと、不起訴裁量権が法認されているのであるから、起訴した場合に限り、実体的真実を貫徹しなければならないとす

²⁷ このほか、責任能力に問題のない時点で行われた第 1・第 2 行為のみを実行行為として取り上げ、心神耗弱状態下における第 3 行為を因果経過上の 1 コマとして位置づける見解（たとえば、山中敬一「判批」法学セミナー452号〔1992年〕134頁）もある。その場合、素材とした事例で傷害致死罪としての完全な罪責を問うには、訴因外の第 1・第 2 行為を実行行為として——すなわち、「判決」対象として——取り上げる（そして、第 3 行為は因果経過上の 1 コマとする）必要があるから、「衝突」が生じることになる。

る必然性はない」²⁸との指摘が基本的に妥当するため、裁判所は、原則として、端的に訴因たる行為につき分析的評価を行わざるを得まい（もっとも、「実体的真実主義にとってたえられない極限的な一部起訴」²⁹が行われる可能性も皆無ではなく、実際、訴因を「変更すれば有罪であることが明らかであり、しかもその罪が相当重大であるときには、例外的に、検察官に対し、訴因変更手続を促し、またはこれを命ずべき義務がある」とした判例³⁰もあることに鑑みると、このような場合、裁判所が常に分析的評価に甘んじるべきであるかについては、議論の余地があろう）。

一方、③のケースでは、検察官は、実体的に許容される限度を超えた刑罰権行使（過剰防衛として刑の免除の対象となり得るところを単なる犯罪行為とするもの）を求めていることになる。これは、「ない」はずの刑罰権を「ある」ことにする不適切な訴因設定であるから、裁判所はこれに拘束されないと考えるべきである。

この場合、裁判所は、違法な起訴として 338 条 4 号により公訴棄却とすべきか、それとも、訴因外の行為を「判決」対象に取り込むことで全体的評価を実現すべきか、という選択を迫られる³¹。

前者は、「裁判所が訴因外事実の審理に立ち入ったのは、訴因設定の適法性を審査するためであって、その事実を訴因化するためではない。……真実に即した事実について再訴迫するかどうかは検察官の任務というべきである」³²とされるように、「判決」対象となるべき事実の選定を検察官に委ねる立場を徹底しようとするものである。しかし、検察官は、前訴であくまで訴因変更を拒んだために公訴棄却となったのであり、被告人に再度の応訴の負担を課してまで、前訴における訴因変更命令の内容に即した再訴の余地を認めるのは公平でないと思われる。

そもそも、検察官の訴因設定が不適切である場合、その限度において、検察官の訴因設定権限を根拠とする不告不理の原則による規制は作用しないのではないだろうか。そうであるとすれば、裁判所は、（訴因とは関係のない犯罪事実自体を積極的に処罰するためではなく）もともとの訴因に対し適正な判断を下すための必要やむを得ない手段として、訴因外の行為をも「判決」対象に取り込み、全体的評価を実現することができると解すべきであり、そうした場合には、訴因変更命令に形成力を認めるべきであろう³³。

²⁸ 香城敏磨「訴因制度の構造（中）」判例時報 1238 号（1987 年）6 頁。

²⁹ 石井一正「一罪の一部起訴」判例タイムズ 274 号（1972 年）53 頁。

³⁰ 最大判昭和 40 年 4 月 28 日（刑集 19 卷 3 号 270 頁）。

³¹ 訴因の解釈による対応という方法も考えられるが（そうした例として、大阪地判平成 25 年 3 月 22 日〔判タ 1413 号 386 頁〕がある。本判決の評釈として、江藤隆之「検察官の釈明と訴因の設定」桃山法学 26 号〔2017 年〕）、検察官が一部起訴の意思を明示しているような場合には難しいであろう。

³² 田口守一「訴因と審判の範囲」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013 年）131 頁。

³³ 前掲の平成 25 年札幌地判は、訴因変更の手続をとることなく、（無罪判決であるため目立たないが）訴因外の第 1 行為をも「判決」対象に取り込んだようである。しかし、訴因変更命令に形成力を付与するという強制的な形であるにせよ、訴訟の主題は訴因の形で判決に先立って明らかにしておくべきではないだろうか。

第5 まとめ

本章では、実体法領域における『一連の行為』論の成果をふまえ、訴因の制約下に置かれる裁判所の視点に立って、「一連の行為」の一部起訴が行われた場合における問題を考察した。

特に注意すべきは、「複数行為につき全体的評価を与える」ということの実体法レベルにおける理解の如何が、「一連の行為」の一部起訴が行われた場合、その手続法上の取扱いに大きな影響を及ぼし得るということである。

本章では『一連の行為』論に関連する典型的な論点をいくつか扱ったにとどまるが、その過程で明らかになったように、実体法レベルの議論が手続法上の帰趨を左右し得るということについては、意識しておく必要がある。

第8章 いわゆる択一的認定——「一連の行為」と因果関係をめぐる議論を出発点に

第1 はじめに

すでに第2章において、「同一行為者による複数行為が結果を発生させたことは確実であるが、そのうちの行為が結果の発生に寄与したのかが特定できない」というケース（「不確定型」事案）では、『一連の実行行為』のうち、どの部分とは特定できないが、いずれかの部分が結果の発生に寄与した」という一種の（概括的ないし不特定の）択一的認定に基づき、行為者に対し当該結果の発生について責任を問うことができる、との私見を明らかにした。

ここでは、複数行為が「一連の実行行為」として一体化され得る場合、すなわち、それらがいずれも同一の構成要件の実行行為に当たり、かつ、当該構成要件の成立上一罪として包摂され得る場合を念頭に置いていた。

しかし、複数行為がそれぞれ異なる構成要件に該当するため、成立上数罪（科刑上一罪や併合罪）の関係に立つ場合であっても、同様の問題は生じ得る。そして、いわゆる一訴因一罪の原則（1個の訴因の内容として盛り込めるのは、成立上一罪の範囲に含まれる事実に限られる、というもの）を前提とすると、こうした場合には、各行為がそれぞれ別個の訴因を構成することになる。したがって、この場面に上記の私見を当てはめれば、異なる訴因をまたぐ択一的認定¹（以下、単に「択一的認定」というときにはこのような場合を指すものとする）が必要となる。

通説的見解は択一的認定を否定しており²（以下、択一的認定を認めない見解を「否定説」という）、それによれば、複数行為がそれぞれ異なる構成要件にまたがる場合、上記の私見は、択一的認定は許されないというもっぱら手続法的な事情によって適用できないことになる。しかし、たとえ複数行為が異なる構成要件にまたがる場合であっても、行為者が自ら

¹ しばしば、『異なる構成要件間に』またがる択一的認定の可否」という形での問題設定がなされる。罪刑法定主義との関係ではそれで足りるであろうが、審判対象が訴因であるという通説的理解との関係では、「択一的に認定される両事実が同一の構成要件の範囲内か否かは、択一的認定の可否を判断する際の決定的なメルクマールではなく、むしろ、両事実が異なる訴因間にまたがるのが問題である」（川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル6号〔2007年〕126頁。同旨、古江頼隆「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』〔有斐閣、2011年〕203頁）といえよう。たとえば、過失犯において、検討対象である注意義務の内容が変われば、たとえそれらが同一構成要件の内部に包摂され得る場合であっても訴因変更を要する、という立場（最判昭和46年6月22日〔刑集25巻4号588頁〕）を前提とすれば、「同一構成要件内ではあるが、異なる訴因間にまたがる」択一的認定という場面が出てくることになる。椎橋隆幸「択一的認定」荒木友雄編『刑事裁判実務大系第5巻 交通事故』（青林書院、1990年）297頁は、こうした場面につき、同一構成要件内部での択一的認定であるから罪刑法定主義違反であるとの批判は当たらず許される、とする。この結論自体には賛成であるが、さらに、「異なる訴因間に」またがる択一的認定であることから生ずる、訴因対象説との緊張関係についても検討を加える必要がある。

² たとえば、松尾浩也「いわゆる不特定の認定について」平野龍一ほか編『実例法学全集刑事訴訟法』（青林書院新社、新版、1977年）475頁。また、否定説によった裁判例として、大阪地判昭和46年9月9日（判タ272号309頁）などがある。

の行為によって結果を生じさせたことに変わりはなく、したがって、彼が結果発生につき罪責を免れるのは不当ではないか、とも思われる（実務家を中心に、択一的認定を認める見解も有力である³。以下、これを「肯定説」と呼ぶ）。

本章では、こうした問題意識から出発して、択一的認定の問題につき考える。

第2 複数行為が科刑上一罪の関係にある場合

1 問題提起

たとえば、「暴力団員の甲は、『組から抜けたことへの制裁として V を痛めつけてこい』という幹部の指示を受け、深夜、帰宅途中の V を人気のない場所で待ち伏せして、その頭部等を木刀で激しく殴打した（第1行為）。すると、V が組や甲自身を口汚く罵ったため、甲は、逆上して殺意を生じ、倒れている V に馬乗りになって首を絞めた（第2行為）。V はやがて動かなくなり、死亡した。ところが、V の死因が頭部を殴打されたことによる脳の損傷であるのか、それとも、首を絞められたことによる窒息であるのか、あるいは両行為が相まって死亡に至らしめたのか、特定することができない」というケースについて考えてみたい。

この場合、第1行為は傷害の故意で、第2行為は殺人の故意で行われているから、両行為を（傷害罪又は殺人罪のいずれかの構成要件の実行行為という意味で）「一連の実行行為」として一体化することはできない。しかし、すでに述べた私見によれば、甲が自らの行為によって V の死の結果を生じさせたことは確実であるから、甲がその結果に対する責任をまったく負わないということはないはずである。利益原則に従って、第1行為は傷害致死罪、第2行為は殺人未遂罪とされた上、両者は科刑上一罪として⁴重い殺人未遂罪の刑により処断されることになる。

ただし、この事例が訴訟の場にあらわれた場面を想定すると、ただちにこのようにいい切ることはできない。私見は、上記の処理の過程において、利益原則により、まず、「第1行為又は第2行為のいずれか一方のみが死の結果の発生に寄与した」という認定を行ってい

³ たとえば、中野次雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第5版〕』（有斐閣、1986年）など。また、肯定説によった裁判例として、札幌高判昭和61年3月24日（高刑集39巻1号8頁）などがある。なお、最高裁の立場は明らかではない（最決昭和33年7月22日〔刑集12巻12号2712頁〕は、「被告人が焼酎を密造したことは確かであるが、それが甲類か乙類かを確定することができない」という酒税法違反の事案において、罰金額の算定上その確定が必要であれば、被告人に有利となるよう、乙類として取り扱うことを妨げるものではない、としている。これについては、①甲類であれ乙類であれひとしく酒税法54条1項の適用を受けるのだから同一構成要件内部での択一的認定を行ったにすぎない、という理解、②甲類か乙類かが罰金額の算定に際をもたらず〔酒税法54条3項〕以上、実質的には異なる構成要件間にまたがる択一的認定であるが、(i) 甲類の密造と乙類の密造は同質の犯罪で大小関係にあるところ、「小」に当たる乙類の事実を認定したものであるから、肯定説を採ったとまではいえない、という理解、(ii) 肯定説の立場を採ったものである、という理解があり得よう）。

⁴ ここで、両者を包括一罪と解するにしても、その性質が成立上一罪であるのか科刑上一罪であるのかについては議論があり得よう。しかし、本章の目的は罪数に関する議論そのものではないから、ここでは、仮に、両者が科刑上一罪としての包括一罪に当たる、という理解を前提として考察を進めることにする。

る。これはいわゆる択一的認定である。そして、第1行為は傷害罪、第2行為は殺人罪の実行行為であるから、一訴因一罪の原則によれば、両行為はそれぞれ別個の訴因を構成する。そうすると、私見は、異なる構成要件間にまたがり、かつ、異なる訴因間にまたがる択一的認定によって、上記の結論を導いていることになる。

択一的認定の可否をめぐるのは刑訴法学上の議論があり、否定説が通説的地位を占めている。そこで、以下では、論述の便宜のため、「甲は、除雪作業中にショベル・ローダでVを轢いてしまった。雪の上に横たわって動かないVを発見した甲は、Vがすでに死んでいるのかまだ生きていたのかはわからないが、いずれにしてもこのままではまずいと考え、交通事故を装い、Vの身体を国道の脇に捨てた（「遺棄行為」という。なお、この時点で、甲は、殺人罪・死体遺棄罪の両方につき未必の故意を有していたものとする）。検察官は、当初、殺人罪で甲を起訴したが、遺棄行為の時点でVが生きていたことを証明できない可能性がある」と判断し、予備的訴因として死体遺棄罪を追加した。裁判所は、遺棄行為の時点におけるVの生死につき、いずれとも確信がもてない、との心証を形成した」という、この問題に関してしばしば取り上げられる事例（以下、「遺棄事例」という）⁵を素材に、択一的認定の可否につき考察を行う。

2 択一的認定の可否

(1) 本章で扱う「択一的認定」の意義

まず、一口に「択一的認定」といっても、その中には、「明示的」択一的認定（遺棄事例でいえば、「生きていた、又は、死んでいた」という認定に基づき、①死体遺棄罪の成立を認めるか、あるいは、②両罪の罰条を併記した上、軽い死体遺棄罪の限度で処罰するもの）と、「秘められた」⁶又は「一義的」⁷択一的認定（遺棄事例でいえば、被告人に有利となるよう「死んでいた」という事実を認定し、死体遺棄罪の成立を認めるもの）とが含まれる⁸。

このうち、「明示的」択一的認定は、そもそも、あらかじめ法定された犯罪の構成要件に当たる事実を認定することなく犯罪の成立を認めるものであるから、実質的には裁判所が新たな構成要件を創設しており、罪刑法定主義に反する、との批判⁹を免れ得まい。また、

⁵ 前掲の昭和61年札幌高判の事案を改変したものである。

⁶ 米田泰邦「判批」判例時報679号（1972年）145頁。

⁷ 中野・前掲注3・206頁。なお、「秘められた」という表現には、それ自体として択一的認定に対する否定的なニュアンスが含まれているようにも感じられるため、否定説・肯定説を公平に検討の俎上に載せるといふ趣旨から、ここでは、「一義的」択一的認定という表現を用いることにする。

⁸ この点につき、東京高判平成4年10月14日（高刑集45巻3号66頁）が参考になる。本判決は、「被告人が1人で強盗を実行したことは確実であるが、それが、共犯者との共謀に基づくものであるのか、共犯者が存在しない単独犯であるのかが確定できない」という事案で、①異なる構成要件間にまたがる択一的認定を行うのであれば「一義的」択一的認定の方法によらねばならないが、②本件では、強盗罪という同一の構成要件につき単独犯という基本形式に当たるか共同正犯という修正形式に当たるかが問題となるにすぎないから、「単独で、又は共犯者と共謀の上」との形で罪となるべき事実を認定する——すなわち、「明示的」択一的認定を行う——ことも許されるし、むしろ、その方が、裁判所の心証を忠実に表現できるという点で「明確性に優る」とする（ただし、量刑は被告人にとって有利な共同正犯のそれによるべきであるという）。

⁹ 鈴木茂嗣「判批」『平成13年度重要判例解説』（有斐閣、2001年）196頁。

そもそも、構成要件該当事実さえ確定しない状態で具体的に量刑をすることはできないという問題もあろう。そこで、本章では、以下、「一義的」択一的認定のみを対象として検討を行う。

(2) 従来の議論の概観

次に、択一的認定の可否をめぐる従来の議論を簡単にまとめておく。

ア 否定説の主張

否定説は、犯罪事実の証明は、①訴因ごとに、②合理的な疑いを超えるレベルで行われなければならない、という理解に基づくものである。

すなわち、——刑訴法 333 条 1 項は、有罪判決をするには、「被告事件について犯罪の証明があった」ことが必要であると定める。まず、現行法上、審判対象は訴因であるとするのが通説的見解である（訴因対象説）ところ、これを前提とすれば、「被告事件」とは訴因を意味するものと解される¹⁰（上記①）。また、「犯罪の証明」とは、構成要件該当事実が存在すること（及び犯罪成立阻却事由が存在しないこと）につき合理的な疑いを超える程度の証明をすることをいう（上記②）。したがって、ある訴因につき有罪判決をするには、当該訴因にかかる犯罪事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されなければならない——と。

遺棄事例でいえば、殺人罪に当たる事実と死体遺棄罪に当たる事実とでは訴因を異にするから、各訴因につき有罪とするには、それぞれに当たる事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されなければならない。ところが、殺人罪に当たる「生きていた」という事実も、死体遺棄罪に当たる「死んでいた」という事実も、共に、合理的な疑いを超えて証明されてはいない。それゆえ、いずれの訴因についても無罪とせざるを得ない、ということになる¹¹。

イ 肯定説の主張

肯定説は、事実認定は各訴因に共通して統一的行われなければならない¹²、かつ、被告人にとって不利益な事実の存在につき合理的な疑いを超える証明がなされない場合には、利益原則によってその事実の不存在が擬制される¹³、とする。

¹⁰ なお、この点に関する判例の態度は必ずしも明らかではない。刑訴法 378 条 3 号の「事件」に関してではあるが、「事件」＝訴因と解しているように思われるものとして、最判昭和 25 年 6 月 8 日（刑集 4 卷 6 号 972 頁）、最判昭和 29 年 8 月 20 日（刑集 8 卷 8 号 1249 頁）。これに対し、「事件」＝公訴事実の同一性の範囲にある事実と解しているように思われるものとして、最決昭和 32 年 7 月 19 日（刑集 11 卷 7 号 2006 頁）、最判昭和 36 年 6 月 13 日（刑集 15 卷 6 号 961 頁）。

¹¹ なお、たとえ遺棄行為の時点では被害者がまだ生きていたとしても、最終的には死亡するに至ったのであるから、その経過を全体として見れば「死体を遺棄した」と評価することができ、因果関係の錯誤の一種としての「遅すぎた結果発生」として、いずれにしても死体遺棄罪の成立を認め得る、との見解もある（町野朔『犯罪各論の現在』〔有斐閣、1996 年〕74～75 頁）。

¹² 中野・前掲注 3・207 頁は、「同時になされる裁判所の実事判断が統一的なものであるべき以上、……甲事実との関係では一定の事実をないとしながら、次の乙事実との関係ではそれがあるかもしれないと考えることは分裂的思考にほかならない」とする。

¹³ 中野・前掲注 3・207 頁は、「『疑わしきは』の原則は自然的な事実認定に修正を施して、『あるかないかわからない』という認定を『ない』とするもの」であるという。また、佐藤文哉「判批」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 6 版〕』（有斐閣、1992 年）185 頁も、「もともと右の原則〔※引用者注：利益原則〕には、証明のできなかつた事実は

遺棄事例でいえば、「遺棄行為の時点における被害者の状態」につき、殺人罪の訴因との関係でも死体遺棄罪の訴因との関係でも、統一的な判断が行われなければならない。したがって、もちろん、殺人罪の訴因との関係で「死んでいた」としつつ、死体遺棄罪の訴因との関係で「生きていた」とすることは、矛盾した認定であって許されない。また、裁判における事実認定はある事実の存否をいずれかに決するものであって、(「存否いずれでもない」という状態が論理的にあり得ないことは当然であるが) 事実認定の結論として「存否いずれとも断定できない」ということはあり得ない。もちろん、裁判所の生の心証の上では、「存否いずれとも断定できない」ということがあり得る。しかし、その場合にも、いずれかに結論を決めなければならない。そこで、利益原則が、「被告人にとって不利益な事実の存在につき合理的な疑いを超える証明がない場合には、これを認定してはならない」というルール¹⁴としてのみならず、「当該事実の不存在を認定しなければならない」というルールとしても機能する¹⁵。すなわち、利益原則による「擬制」である(なお、「擬制」という言葉には、「本当はありもしないものを、あるかのごとく扱う」というネガティブなイメージが付きまとい、その語感のゆえに肯定説に対する悪印象を生じさせるおそれもあるため、必ずしも適切でないように思われる。そこで、以下、肯定説の主張にかかる利益原則の上記のような作用を、佐々木正輝の言葉を借りて、「利益原則による(事実認定の)整序」¹⁶と呼ぶことにする)。

こうした理解によると、遺棄事例では、裁判所の生の心証としては「生きていたとも死んでいたとも断定できない」という状態であるが、殺人罪の訴因との関係では「死んでいた」とし、死体遺棄罪の訴因との関係では「生きていた」とするという矛盾した認定を行うことが許されないのはもちろん、両方の訴因につき「生きていたとも死んでいたとも断定できない」という判断に基づいて無罪とすることもできないから、被告人にとって有利となるよう、軽い死体遺棄罪に当たる「死んでいた」という事実が認定され、死体遺棄罪の訴因についてのみ有罪とされることになる。

(3) 検討

ア 議論の焦点

事実認定とは、過去の事実を証拠によって再現する作業である¹⁷。そして、事実は常に1つである。したがって、複数の訴因が同時に提示されている場合にも、それぞれの訴因ごと

存在しないものと扱うべきであるという擬制が入っている」とする。

¹⁴ 厳密に言えば、「疑わしきは被告人の利益に」、すなわち、いわゆる i.d.p.r. (in dubio pro reo) 原則と、どのレベルの証明をすれば「疑わし」さを払拭できるのか、という基準を示した p.b.r.d. (proof beyond a reasonable doubt) 原則は、別物である(寺崎嘉博『刑事訴訟法』〔成文堂、第3版、2013年〕378頁)。その意味では用語としての正確性を欠くが、ここでは、論述の便宜上、両原則をいわば合成したルールを指して「利益原則」と呼ぶことを許されたい。

¹⁵ 佐々木正輝「択一的認定」田口守一ほか編『判例演習刑事訴訟法』(成文堂、2004年)329頁は、利益原則は、「単に有罪判決を阻止するだけでは足りず、事実認定の法則としても機能する必要がある」のであり、同原則の「今日的意義は、むしろ、事実認定を整序する法則としての側面により重要性を見出すことができるものと思われる」という。

¹⁶ 佐々木・前掲注5・329頁。

¹⁷ 田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂、第7版、2017年) @頁。

に別々の事実の存在を観念するのではなく¹⁸、各訴因間に共通する「1つの事実」の存在を想定すべきことになる。この点は否定説も肯定説も同じ——少なくとも、そうあるべき——であろう。

ただ、その「1つの事実」がどのようなものであるかにつき、裁判所が「どちらとも断定できない」という心証を形成した場合には、両説の主張は分かれる。否定説は、利益原則による整序を認めないため、「どちらとも断定できない」という心証からは「どちらとも認定できない（≠どちらでもない）」という結論が導かれるし、それを各訴因に当てはめれば、いずれも無罪とせざるを得ない、とする。一方、肯定説は、「どちらとも断定できない」というのは、裁判所の心証としてはあり得ても、事実認定の結果ではあり得ないとして、利益原則による整序を介在させ、被告人にとってより有利な形で一定の事実を確定するのである。

このように整理すると、両説の対立は、「利益原則に整序機能を認めるべきか」という一点に集約されるものと思われる。そこで、次に、この点につき考察を加える。

イ 利益原則に事実認定の整序機能を認めるべきか

利益原則に整序機能を認めようとする場合、次の2つの説明が考えられよう。

1つめは、刑事訴訟は「事案の真相を明らかに」することを目的とするものであるから（刑法1条）、そこでの事実認定は、常に、ある事実の存否をいずれかに確定するものでな

¹⁸ あるいは、訴因対象説から出発して、訴訟は審判対象たる訴因を「単位」として行われ、訴因ごとに完結するものであるから、訴因ごとに別々の事実を観念するのは当然のことである、との帰結を導く論者もあるかもしれない。極端ないい方をすれば、ここでは、訴因ごとに別々の世界が存在し、それらはいわばパラレルワールドのようなもので、互いに交わることはない、と考えられるのである。これによると、遺棄事例において、殺人罪の訴因という「世界」では被害者は死んでいたが、死体遺棄罪の訴因という「世界」では被害者は生きていた、という判断をすることさえ可能となる。それらは、そもそも別の「世界」で起きた出来事である以上、およそ矛盾ということがあり得ないからである。ただ、少なくとも現行法の解釈として、そのような立場は採り得ないであろう。なぜなら、現行法は、複数の訴因につきいずれも有罪の判断がなされ、それらの関係を評価しなければならぬ場面をも当然に想定していると解されるからである。たとえば、ごくシンプルに、住居侵入の訴因と窃盗の訴因で起訴がなされ、ともに有罪になったとする。両者は一般に牽連犯とされる。ここで、両者が牽連犯であるということは、「住居に侵入した」という事実と「財物を窃取した」という事実とが手段・結果の関係にあることを意味するが、そのような評価は、「被告人が、窃盗目的で住居に侵入し、侵入後に窃盗を行った」という一連の事実が同一の「世界」で行われたと考えるからこそ可能なものである。これに対し、両事実がそれぞれ別の「世界」の出来事であるとすれば、このような評価はおよそ不可能となるはずであろう（なお、もちろん、犯罪の成否の判断のレベルでは訴因ごとに別々の事実の存在を観念し、罪数や量刑の判断のレベルでは各訴因に共通する「1つの事実」の存在を想定するということはできない。そのような事態を認めれば、犯罪の成否の判断に際して対象とされた事実と罪数・量刑の判断に際して対象とされた事実の間に断絶が生じ、犯罪の成立と罪数・量刑の結びつきが失われてしまう）。択一的認定が問題となる場面で両訴因を共に無罪とする文脈であれば、両訴因の関係を全体として評価するという作業は必要ないから、こうした問題は顕在化しない。しかし、訴因と事実認定のあり方をどのように理解すべきかは、刑事訴訟のすべての場面に共通する事柄であるはずである。そうであるとすれば、やはり、上記のような理解は（択一的認定が問題となる場面でも）採り得ないであろう。

ればならない、という説明である。すなわち、——審理を尽くした結果、裁判所が、ある事実の存否について「どちらとも断定できない」という心証を抱くことは当然にあり得る。この場合、裁判所の心証のみに基づいて事実認定を行うことはもはや不可能である。しかし、事実の存否は常にいずれかに確定されなければならない。そこで、利益原則が介入し、被告人に有利な形で当該事実の存否を確定させることを命ずる。これにより——もちろん、それが実体的真実と合致しているとは限らないが——裁判所は一定の事実を認定し、その限りで「事案の真相を明らかに」するという役割を果たしたといえる——と。

2 つめは、刑事裁判といえども事件の処理を目的とするものであることに変わりはないのであるから、事件の処理のため必要な場合にのみ、その限りで、利益原則による整序がなされることになる、という説明である。すなわち、——裁判所が「どちらとも断定できない」という心証を抱いた場合、つまり、心証上は「真偽不明」である場合、それをそのまま放置しては「判断不能」の状態に陥り、事件の処理が果たせなくなる場面がある。これを回避し、裁判所の紛争解決機能を全うさせるための法技術として、利益原則に整序機能が認められるのである¹⁹——と。

第2の説明が妥当であろう。「法制度としての刑事訴訟の目的は刑罰という法的効果を生じさせることの可否を決することであり、その前提となる事実認定が重要であることは当然であるとしても、事実認定自体が自己目的とされるわけではな²⁰く、事件の処理を離れた純粋な事実関係の究明は、やはり、紛争処理機関としての裁判所の役割を超えらるからである²¹。

そうすると、利益原則に整序機能を認め、事実の存否をいずれかに確定しなければならないのは、あくまで、事件の処理、すなわち、「国家が被告人に対して刑罰権を有するか、有するとしたらそれはどの程度のものであるのか」を判断するために必要な限度においてのみである、ということになる²²（仮にこのような意味での整序機能すら認めないとすれば、

¹⁹ 「刑事訴訟における挙証責任論は、グローバルな意味であまねく承認された利益原則ないし無罪の推定論の裏がえしである」（田宮裕『刑事訴訟法』〔有斐閣、新版、1996年〕301頁）とされるが、逆もまた然りであり、利益原則は刑事訴訟における挙証責任論のあらわれである、ということもできよう。

²⁰ 古田佑紀「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（有斐閣、2005年）199頁。

²¹ 裁判所法3条は「法律上の争訟を裁判」することを裁判所の権限として定めるが、そこにはこうした趣旨も含まれるものと解される。長尾一紘『日本国憲法』（世界思想社、第3版、2003年）433頁は、刑事訴訟の「法律上の争訟」性につき、「刑事訴訟においては、当該事案における国の刑罰権の有無が具体的に確定される。……これが『具体的な法律関係の存否に関する争い』であることは明らかである」とする。逆にいえば、「当該事案における国の刑罰権の有無（ないし程度）を具体的に確定する」ために必要な範囲を超えた事実の究明は、裁判所の権限たる「法律上の争訟」の処理には含まれないものといえよう。

²² 佐々木・前掲注15・328頁は、「裁判所の実事認定の構造上、存否不明の事実をあえてそのいずれかに決定したうえでそこから先の判断に進むことによって、ようやく有罪・無罪の判断や量刑にたどり着ける場合が少なからずある」とした上、「現実の裁判において、裁判官が検察官の掲げた立証命題に沿って事実認定を積み上げてゆくに際し、先にi.d.p.r.原則により不存在とされた事実は後においても不存在とされ続けるのでなければ、一つの裁判体として統一的整合的な事実判断を果たし得ず、事件の合理的な解決を導くことがで

一定の場合には刑事訴訟の紛争解決機能を放棄せざるを得なくなるが、それは無理であろう²³。たとえば、ある事件で、被告人が犯人であるか否か（犯人性）が争点になっており、裁判所は、「被告人が犯人であるとも犯人でないとも断定できない」という心証を抱いたとする。被告人を有罪とするには、もちろん、「被告人が犯人であること」が合理的な疑いを超えて証明されなければならないのであるから、彼を有罪とすることはできない。そして、有罪でなければ無罪なのである——「黒」でさえなければ、「白」であれ「灰色」であれ、有罪とするための要件を充たさないという一点を理由に無罪となる——から、ここでは、「被告人が犯人であること」が認定できないとなった時点で無罪とすることができ、それをもって事件の処理は全うされたといえる。「被告人が犯人でないこと」まで積極的に認定する必要はなく、また、そうすべきでもないのである²⁴。

このように考えると、「あらゆる場面で常に利益原則に整序機能を認めるべきか、認めざるべきか」という問いの立て方は適切ではなく、「問題となっている場面は、利益原則に整序機能を認めるべき場面か、そうではないのか」という形で議論がなされるべきであろう。

以上の検討をふまえて、択一的認定の可否に関する私見を述べる。

ウ 私見

筆者は、利益原則に整序機能が認められるのは事件の処理のため必要な限度においてのみである、との前提（前出イ）に立った上で、肯定説に賛成する²⁵。

択一的認定が問題となる場面では、被告人が、あらかじめ法定されたいずれかの犯罪に当

きない」として、利益原則に整序機能を認める必要を説く（同旨、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』8巻〔青林書院、第2版、2011年〕86頁〔中谷雄二郎執筆〕）。しかし、「存否不明の事実をあえてそのいずれかに決定したうえでそこから先の判断に進むことによって、ようやく有罪・無罪の判断や量刑にたどり着ける場合」が存在するのであれば、その場合にだけ整序機能を認めれば足りるのではないだろうか。

²³ 中野目善則「判批」『平成10年度重要判例解説』（有斐閣、1999年）194頁は、『疑わしきは被告人の利益に』という原則は、刑事裁判における事実認定に関しては、『合理的な疑いを容れない程度の有罪立証』を意味するものと解することができるのであり、「この原則は、証明された事実を前提に適用されるのであり、事実認定上の不明確さを扱うものではない」とする。これは、刑事裁判において、一定の事実の存否を確定しなければ事件の処理ができない場面などはおよそ存在しない（それゆえ、利益原則の整序機能などなくとも、「判断不能」という事態は生じ得ない）、という趣旨であろうか。それとも、そのような場面があるとしたら、裁判所は、「判断不能」としてそれ以上の関与を断念すべきである、という趣旨であろうか。

²⁴ なお、この点については、「無罪推定（the presumption of innocence）の原則によって、被告人は、無実（innocence）と推定されているのであって、『合理的な疑いを超える』まで有罪が証明されなければ、そのまま『無実』のものとして扱われなければならない。『犯人の疑いがある者』として扱われてはならないのである。さらにいえば、無罪推定原則は、無罪判決を受けた者を『無実のものともみなさなければならないこと』あるいは『無実のものとして扱われなければならないこと』まで要請していると考えべきである。無罪判決の理由において、I.d.p.r.原則の適用という形式を利用することは、無罪推定原則に反する」との見解もある（内山安夫「In dubio pro reo 原則再論」東海法学 29号〔2003年〕159頁）。

²⁵ 必ずしも明らかではないが、従来の肯定説は、利益原則には状況の如何を問わず常に整序機能が認められる、との理解であったようにも思われる。仮にそうであるならば、私見は、従来の肯定説とは一線を画するものであることになる。

たる行為をしたこと、すなわち、各訴因に共通して想定されるべき「1つの事実」が、「被告人は犯罪を行った」というものであることが、合理的な疑いを超えて証明されている。国家は、およそ犯罪に対しては刑罰権を有する。そして、「刑事訴訟における事実認定は、それに基づき刑罰という効果を発生させることが法的に正当と認められるものでなければならないが、それを超えるものではない」²⁶。したがって、ここでは、国家が被告人に対して刑罰権を有することそれ自体は確定している。換言すれば、被告人がおよそ無罪であるという選択肢は、証拠上すでに排斥されているのである。

ところが、裁判所の心証上は、被告人が具体的にどの犯罪に当たる行為をしたのかということが確定できていない。そのため、(すでに抽象的にはその存在が確認された) 刑罰権の行使のしかたが決まらず、それゆえに処罰をすることができない——ただし、それは、「被告人に対しておよそ刑罰権を有しないから処罰することができない」ということとはまったくレベルの異なる話である。証拠上、被告人がおよそ犯罪を行っていないという合理的な疑いが残る場合とは、この点で決定的に異なっている——という状態に陥ってしまう。つまり、この場合、裁判所の心証のみに事実認定を委ねたのでは、事件の処理を全うすることができないのである(犯人性の例〔前出イ〕とは異なり、「およそ無罪」という選択肢が存在しないため、「どちらとも断定できない」という結論では、事件の処理に至らない)。そこで、肯定説の説くように、利益原則による整序が行われることになる。

遺棄事例でいえば、殺人罪の訴因と死体遺棄罪の訴因の両方につき共通して想定されるべき「1つの事実」が、「被告人は、殺人罪に当たる行為をしたか、又は、死体遺棄罪に当たる行為をした」というものであること、換言すれば、それが、「被告人はおよそ犯罪を行ってはいない」というものでないことまでは合理的な疑いを超えて証明できているのであるから、「およそ無罪」という選択肢は存在しない。ただ、遺棄行為の時点で被害者が生きていたのか死んでいたのかにつき裁判所が確信を抱いていないため、そのままでは、殺人罪としての処罰をなすべきか、死体遺棄罪としての処罰をなすべきかが決まらず、実際に処罰をすることはできない。そこで、利益原則による整序を介して被告人により有利な「死んでいた」という事実が認定され、それが殺人罪の訴因にも死体遺棄罪の訴因にも当てはめられた結果、後者についてのみ有罪とされることになるのである²⁷。

なお、すでに挙げた遺棄事例のように、択一的認定にかかる事実を内容とする訴因がすべて掲げられている(「生きていた」という事実に関して殺人罪の〔本位的〕訴因が、「死んで

²⁶ 古田・前掲注 20・199 頁。

²⁷ なお、こうした理解に対しては、『どの犯罪に当たるのか』が『刑罰権の行使のしかた』の問題であるとすれば、罪名ではなく刑の種類ないし量が重要になるはずである。そうすると、遺棄事例においては、『生きていたのか死んでいたのかはわからないが、ともかく、被告人に有利になるよう、3年以下の懲役(死体遺棄罪の法定刑)という枠を選択した上、その範囲で処罰を行う』とすれば十分であり、あえて『死んでいた』という事実を確定する必要はないのではないか」という疑問があるかもしれない。しかし、処断刑の「枠」の中で具体的に宣告刑を決めるためには、「生体を遺棄して殺害した」のか「死体を遺棄した」のかを確定しなければならないであろう(「刑罰権の行使のしかた」とは、もとより、究極的には宣告刑の決定を意味する)。それゆえ、私見においても、利益原則による整序を介して「死んでいた」という事実を認定することまでが要求されるのである。

いた」という事実に関して死体遺棄罪の〔予備的〕訴因が掲げられている) 場合には、上記のとおり択一的認定を経て軽い罪の訴因につき有罪判決をすることに問題はないと思われるが、いずれか一方の訴因のみが掲げられている場合、すなわち、①重い罪の訴因のみが掲げられている場合や、②軽い罪の訴因のみが掲げられている場合には、どうすべきか。

まず、重い罪の訴因のみが掲げられている場合には、たとえ択一的認定によって軽い罪に当たる事実が認定される場合であっても、現に軽い罪の訴因が掲げられていない以上、軽い罪についてただちに有罪判決をすることはできない(いわゆる縮小認定によって軽い罪につき有罪判決をなし得る場合は別である)。検察官に対して求釈明ないし訴因変更の勧告(場合によっては訴因変更命令)を行い、軽い罪の訴因を追加させた上で、同訴因につき有罪判決をすべきことになる。

これに対して、軽い罪の訴因のみが掲げられている場合、利益原則の適用に際して重い罪による処罰の可能性を考慮に入れるためには、純実体的に重い罪に当たる事実の存在可能性があるというだけでは足りず、仮に重い罪に当たる事実が認定されたとすれば、検察官はその罪によって訴追を行う意思を有していることが必要であると解される。ある罪につき実際に処罰を行うためには、検察官がその罪を訴追するという手続を踏まねばならない。そうすると、ある罪について処罰の可能性があると考えるためには、検察官がその罪を訴追する意思を有していることを要する。重い罪につき検察官が訴追意思を有していないにもかかわらず、純実体的にその罪が成立する可能性があるという一事をもって、「いずれにしても重い罪又は軽い罪によって処罰され得る」という理由から択一的認定を行い、軽い罪の訴因に対して有罪判決を行うとすれば、それは、重い罪との関係では、実質的に、不告不理の原則の趣旨に反する事態といわねばならない。したがって、現実にはほとんど考えがたいことであるが、たとえば遺棄事例において、仮に、「生きていた」という事実が認定されたとしてもなお検察官が殺人罪での訴追意思を有しておらず、あくまで死体遺棄罪による処罰のみを求めるとしたら、それにもかかわらず殺人罪としての処罰の可能性を考慮し、「いずれにしても殺人罪又は死体遺棄罪で処罰され得る」という理由で択一的認定に基づき死体遺棄罪の訴因について有罪判決を行うことは許されないことになる。裁判所は、択一的認定を行う前提として、仮に「生きていた」という事実の存在が認定されれば殺人罪で訴追する意思があることを、検察官に確認すべきである(実際に殺人罪で処罰するわけではないため、殺人罪の訴因を追加させるまでの必要はないであろう)²⁸。

²⁸ 遺棄事例のモデルである前掲の昭和 61 年札幌高判の事案では、被告人は、遺棄行為の時点で被害者はすでに死亡したものと認識しており、殺人罪や保護責任者遺棄(致死)罪の故意を認め得る状況ではなかった。したがって、この事案では、仮に「生きていた」との事実が認定されたとしても、殺人罪や保護責任者遺棄致死罪が成立する可能性はなく、重過失致死罪が成立し得るにとどまる。札幌高裁もそのように考え、重過失致死罪と死体遺棄罪を比較し、後者の方が被告人に有利であるとした上、「死んでいた」との事実を認定して死体遺棄罪につき有罪としているのである。もっとも、この事案では、重過失致死罪の訴因は予備的にも提示されていないようである。審理の経過は明らかではないが、仮に札幌高裁が、検察官に対して、「生きていた」との事実が認定された場合には重過失致死罪による訴追意思があることを確認する措置をとることなく上記のような択一的認定を行い、死体遺棄罪の訴因について有罪判決を行ったのであれば、それは、本文で述べ

エ 予想される疑問とそれに対する回答

最後に、肯定説（私見）に対して予想される疑問と、それに対する回答を示す。

(ア) 罪刑法定主義違反ではないか

i 疑問

択一的認定が問題となる場面では、確かに、「いずれかの犯罪に当たる事実が存在したこと」までは合理的な疑いを超えて証明されているが、「どの犯罪に当たる事実が存在したのか」についてはそのような証明はなされていない。有罪とするには個々の構成要件に該当する事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されなければならないのであるから、このような状況では、いずれの犯罪についても成立要件は充足されていないはずである。それでも軽い罪について有罪とするのであれば、それは、裁判所が、軽い罪の成立要件を改変しているか、あるいは、実質的に、「いずれかの罪に当たる事実が存在したこと」を要件とする新たな構成要件を作出しているにひとしく、いずれにしても罪刑法定主義に反するのではないか。

ii 回答

この疑問は、「有罪とするには、個々の構成要件に該当する事実の存在がそれぞれに合理的な疑いを超えて証明され、裁判所が確信を抱かなければならない」という前提に基づいている。しかし、筆者の理解によれば、それは正確ではない。厳密には、「有罪とするには、個々の構成要件に該当する事実が認定されなければならない」のである（それができないのに有罪とすれば、罪刑法定主義違反である。それゆえ、すでに述べたように、「明示的」択一的認定は許されない）。

両者の間にズレが生じるのは、まさに、利益原則による整序が行われる場面があるからである。ある事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されたなら、もちろん、その事実の存在が認定される。しかし、そうでなくとも、先述の私見を前提とすれば、利益原則による整序を経て一定の事実の存在が認定されることがあるのである。つまり、「認定」というゴールに至るには、①合理的な疑いを超える証明というルートと、②利益原則による整序というルートがあるが、最終的に「認定」に至ったなら、どちらのルートを経由したのかは問われない。有罪とするのに必要なのはゴールとしての「認定」であり、プロセスとしての「合理的な疑いを超える証明」ではないのである（もちろん、こうした「認定」を可能にするだけの前提状況の存在については、合理的な疑いを超える証明が必要である）²⁹。

私見によれば、択一的認定が問題となる場面では、上記②のルートで軽い罪に当たる事実の存在が「認定」される（遺棄事例でいえば、軽い死体遺棄罪に当たる「死んでいた」という事実が「認定」される）のであるから、罪刑法定主義に反するとの批判は当たらない。

(イ) 訴因対象説と矛盾するのではないか

i 疑問

たところから妥当でないと思われる。

²⁹ 寺崎嘉博「択一的事実認定」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣、2002年）201頁は、「生と死の事実が（同じ蓋然性で）択一的に存在するのに、なぜ死の事実が認定できるのか、疑問である」とする。この問いに対しては、②のルートによる「認定」が答えになるのではないか。

私見は、一方の訴因の成否を判断する際、当該訴因との関係では訴因外事実（この用語の意味については、第6章第1の2を参照）に当たる他方の訴因にかかる事実の存在可能性をも考慮し（つまり、両方の訴因にかかる事実の存在を同時に検討の俎上に載せ）、そこから、「およそ無罪」という選択肢は存在しないとの前提を導いた上、利益原則による整序を介した認定を認める。遺棄事例でいうと、殺人罪の訴因について検討する場合、利益原則による整序を行う前提として「生きていた、又は、死んでいた」とするためには、同訴因との関係では訴因外事実当たる死体遺棄罪の訴因にかかる事実（「死んでいた」という事実）の存在可能性をも考慮する必要がある（逆もまた然り）。しかし、審判対象が個々の訴因であるとすれば、裁判所は、ある訴因の成否を判断するに際して、審判対象に含まれない訴因外事実を考慮することはできないのではないか。そうであるとすれば、私見は訴因対象説と矛盾する。

また、仮に訴因の評価に際して訴因外事実を考慮に入れることができるとしても、訴因対象説を前提とするのであれば、訴因ごとに、それぞれ、犯罪事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されなければならないはずである（それは、すでに（ア）で検討された罪刑法定主義という実体法レベルの要請とは異なる、手続法レベルの要請である）。択一的認定が問題になる場面では、いずれの訴因についてもそのような証明ができていない以上、すべて無罪とすべきではないか。私見は「およそ無罪」という選択肢が存在しないことを前提として利益原則の整序機能を認めるが、それは、訴因対象説のこうした理解と矛盾する。

ii 回答

1 つめの疑問に対しては、すでに第6章で述べたとおり、「審判対象は訴因である」というテーゼは、このように、訴因の評価に際して訴因外事実の存在を考慮することを一切否定するものではない、と答えることができよう。「審判対象は訴因である」といっても、それは、「裁判所が、まったく訴因外の事情を考慮してはならないということの意味しない。むしろ、訴因外の事情であれ、仮に、訴因とされた犯罪の成立に関係がある以上は……考慮される必要がある」³⁰のである。

次に、2 つめの疑問について、「訴因ごとに、それぞれ、犯罪事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されなければならない」という理解は、はたして、訴因対象説の論理的な帰結なのであろうか。

「審判対象は訴因である」というテーゼを第6章で述べたような意味に解するなら、訴因対象説を採ったからといって、ただちに、「訴因ごとに、それぞれ、犯罪事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されなければならない」ということになるわけではない。刑訴法333条1項にいう「犯罪の証明」を、「当該訴因にかかる事実の存在そのものを、合理的な疑いを超えて証明すること」ではなく、「そのような事実の存在を（利益原則による整序による場合も含めて）認定するに足る証明をすること」と解釈する——すなわち、（ア）で述べた②のルートによる有罪の判断を許容する——ことは可能と思われるのである。

³⁰ 宇藤崇「訴訟における罪数論のあり方について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）710頁。

そうであるとすれば、私見は、訴因対象説と矛盾するものではない³¹。

(ウ)「結論の先取り」ではないか

i 疑問

私見は、まず重い罪の訴因から検討を始め、重い罪に当たる事実の存在につき合理的な疑いを超える証明がないとして、利益原則による整序を介し、軽い罪に当たる事実の存在を認定する。しかし、論理的には、逆に、軽い罪の訴因から検討を始めることも可能であるところ、その場合には、利益原則により、重い罪に当たる事実の存在が認定されることになってしまう。私見が重い罪の訴因から検討を行うのは、択一的認定が問題になる場面では軽い罪の成立を認めてよいはずである、という結論を先取りしているからにはほかならないのではないか³²。

ii 回答

確かに、従来の肯定説の中には、「まず重い罪の訴因から検討を始める」という説明をしているように思われるものがある³³。

しかし、そもそも、私見の論理においては、どちらの訴因を先に検討するかによって結論が異なる、という事態は生じ得ない（この点は、実は従来の肯定説にあっても同じではないかと考えられる）。私見は、まず、両方の訴因にかかる事実の存在可能性を同時に検討の俎上に載せ、その状態で、利益原則による整序を介し、被告人にとってより有利な事実（両訴因に共通する「1つの事実」）を認定する。そして、その結果を両訴因に当てはめ、結論を導く。たとえば、遺棄事例では、（重い）殺人罪の訴因について検討をする場合であれ、（軽い）死体遺棄罪の訴因について検討をする場合であれ、「遺棄行為の時点で、被害者は、『生きていた』又は『死んでいた』のいずれかである」と考え、その状態で、利益原則による整序を介して、「死んでいた」という「1つの事実」を認定する。この結果を両訴因に当てはめ、殺人罪の訴因は無罪、死体遺棄罪の訴因は有罪とするのである。

あるいは、先に「1つの事実」を確定した上でそれを両訴因に当てはめるという考え方こ

³¹ 『疑わしきは』原則も、端的に、犯罪の要件を充足する事実が証明不十分である場合には、その犯罪で有罪とすることを許さない働きをすれば足りる」のであるから、利益原則に整序機能を認める必要はない、という趣旨の指摘がある（大澤裕「刑事訴訟における『択一的認定』(4・完)」法学協会雑誌 113 卷 5 号〔1996 年〕757 頁）。その背後には、「訴因ごとに、それぞれ、犯罪事実の存在が合理的な疑いを超えて証明されなければならない」という理解があるものと思われる。しかし、本文で述べたところからすれば、「その犯罪で有罪とすることを許さない働きをすれば足りる」のはなぜであるのかが問われなければならないであろう。

この点につき、上田正和「択一的認定について」大宮ローレビュー2号（2006年）14頁は、前掲の昭和61年札幌高判を肯定的に評価し、「死体遺棄罪の成立を認めず、無罪とすべきであるという反対説〔※引用者注：本章でいう否定説〕は、死体遺棄罪という訴因、保護責任者遺棄罪という訴因を、それぞれ単体として見ることにとられすぎており、過大とも言える当事者主義の強調によって、正しい事実認定のあり方を見失っている」とする。筆者も同感である。

³² 大澤・前掲注 31・759 頁（注 15）。

³³ たとえば、佐藤・前掲注 13・185 頁は、択一的認定を認めた前掲昭和 61 年札幌高判につき、「問題となり得る罪の軽重を比較し、まず重い罪の側から判断すべきことを指摘していると思われ」る、と分析した上、これに賛同する。

そが「結論の先取り」なのだ、という指摘があるかもしれない。しかし、これまで述べてきたような筆者の理解からすれば、そうした意味での「結論の先取り」が許されない理由はない——むしろ、そうでなければならない——ように思われるのである。

3 小括

私見は択一的認定を肯定するものであり³⁴、その骨子は以下のとおりである。

①まず、事実認定は過去の事実を認識・再現する作業であるから、複数の訴因間においてそれぞれ別々の事実が観念されるわけではなく、それらに共通する 1 つの事実の存在が想定される。

②次に、利益原則には、事件の処理のため必要な限度で、裁判所に一定の事実の認定を命ずる作用がある（利益原則における事実認定の整序機能）。

③択一的認定が問題になる場面では、被告人がいずれかの罪を犯したこと＝国家が被告人に対して刑罰権を有すること自体は合理的な疑いを超えて証明されているから、「およそ無罪」という選択肢はあり得ない。そこで、いずれの罪により処罰すべきか＝刑罰権の行使のしかたを決するために、利益原則の整序機能が作用する（肯定説）。

④いずれの訴因の評価に際しても、両訴因にかかる事実の存在可能性が同時に検討の俎上に載せられるため、どちらの訴因から検討をしても結論は変わらない。

⑤利益原則による整序を介して択一的認定を行い、軽い罪の訴因につき有罪判決をするためには、不告不理の原則との関係上、択一的認定にかかる事実のすべてにつき検察官が訴追意思を有していることが確認される必要がある（特に、実際に有罪判決の対象となる軽い罪については、訴因として掲げられていなければならない）。

こうした理解を前提とすると、前掲の暴力団による制裁の事例は、次のように処理されることになる。

まず、(i) 第 1 行為が傷害致死罪、第 2 行為が殺人未遂罪で起訴されている場合には、検察官への求釈明により、仮に第 2 行為によって死因が形成されたことが認定され得るならば殺人既遂罪として訴追する意思があることを確認した上で³⁵、第 1 行為により死因が形成されたものとして、傷害致死罪につき有罪とすることができる。また、(ii) 第 1 行為が傷害罪、第 2 行為が殺人既遂罪で起訴されている場合には、第 1 行為につき傷害致死罪へ

³⁴ これまで、択一的認定の可否が問題になる典型例として遺棄事例を素材としてきた。この点、同事例のように、両事実が論理的な択一関係にある場合には択一的認定を肯定しつつ、両事実が論理的には択一的関係になく、証拠上、第 3 の可能性が存在しないことが合理的な疑いを超えて証明されているにとどまる場合（心証上の択一的関係の場合）については、択一的認定が許されるか否かは「事案による」として留保を付す見解がある（たとえば、佐藤・前掲注 13・185 頁）。しかし、第 3 の可能性が存在しないことが真に合理的な疑いを超えて証明されているなら、論理的択一的関係の場合と同じに扱ってよいはずである。したがって、遺棄事例を念頭に置いて述べてきたところは、心証上の択一的関係の場合にも妥当する（もとより、真にそのような証明がなされているか否かの判断には十分に慎重でなければならない。上記の見解は、「現実問題としての心証の曖昧化」〔鈴木・前掲注 9・196 頁〕ということ懸念して、心証上の択一的関係の場合には留保を付しているものと思われる）。

³⁵ この措置を経ないと、殺人「既遂」罪としての処罰の可能性を考慮に入れて利益原則を適用することができない。

の訴因変更を経た上で³⁶、同様の処理を行うことができる。

第3 複数行為が45条前段の併合罪の関係に立つ場合

1 問題提起

次に、45条前段の併合罪の関係に立つ複数行為のうち、どの行為が結果との間に因果関係を有するのかが確定できない、という場合について考えてみよう。

その一例として、東京高判昭和63年5月31日（判時1277号166頁）を挙げる。

事案は、「被告人は、前方の安全を確認するのを怠って自動車を発進させ、泥酔して路上に寝ていた被害者を自車の底部と路面の間に巻き込んで走行し（第1行為）、重傷を負わせた。被告人は、走行中、車輪が滑るような感じを覚えたため、いったん停車したが、さらに運転を継続した（第2行為）。最終的に被害者は死亡したが、死因となった傷害がどの時点で生じたものであるのかが確定できなかった」というものである。検察官は、第1行為と第2行為を併せて業務上過失致死罪で起訴したところ、原審（東京地判昭和62年10月29日〔判例集等未登載〕）は、被告人は、発車に際しての前方確認の義務を怠り、被害者を「自車の底部と路面との間に巻き込んだ上……引きずりながら走行し、同人〔※引用者注：被害者〕に骨盤骨折等の傷害を負わせ、よって、……同人を骨盤骨折及びこれに伴う後腹膜下出血により死亡させたものである」として、第1行為・第2行為を併せて1個の業務上過失致死罪の成立を認めた³⁷。

これに対し、東京高裁は、被告人は第2行為に際しては傷害の故意を有していたと認定した上、「被告人の最初の発進時からバス停留所到達時までの間の行為〔※引用者注：第1行為〕は業務上過失傷害罪を、同所の発進時から振り落とし行為終了時までの間の行為〔※引用者注：第2行為〕は傷害罪をそれぞれ構成し、両者は併合罪の関係にあるものというべきである」と判示し、検察官が第2行為を傷害罪ないし傷害致死罪としては起訴していなかったことから、第1行為についてのみ業務上過失傷害罪の成立を認めたのである。

この事案で、第1行為は、直接に死因を生じさせたか、又は、第2行為を介して死因を生じさせたかであり、いずれにしても死の結果との間に条件関係を有するものと認められる。ただ、仮に、①第1行為によって死因が形成されたとすれば業務上過失致死罪と傷害罪が成立するのに対し、②第2行為によって死因が形成されたとすれば業務上過失傷害罪（被告人自身による故意の第2行為が介在するため、判例³⁸の立場に従えば、第1行為と死の結果との間の相当因果関係が否定されることになると思われる）と傷害致死罪が成立するが、そのいずれであるのかは確定できない、という状況である。

³⁶ この措置を経ないと、「致死」の部分につき不告不理の原則に反することになる。

³⁷ 検察官の訴因設定及び原審の判断については、控訴審判決にまとめられたところを参照した。

³⁸ 最決昭和53年3月22日（刑集32巻2号381頁。いわゆる熊撃ち事件）は、「被告人は、被害者を熊であると誤認し、これに発砲して（第1行為）瀕死の重傷を負わせた。その後、被害者がひどく苦しむのを見て、どうせ助からないのであればいっそ一思いに楽にしてやろうと考え、今度は故意に発砲して（第2行為）殺害した」という事案において、過失による第1行為は業務上過失傷害罪、故意による第2行為は殺人罪であり、両者は併合罪の関係に立つ、と判示した。

第1行為と第2行為が併合罪の関係に立つという解釈を前提とするならば、これは、併合罪関係に立つ複数行為の間における因果関係の択一的認定の可否が問題になる場面であるといえる。そして、東京高裁は、すでに見たように、第1行為は業務上過失傷害罪、第2行為は傷害罪であり、それらが併合罪の関係に立つ、との実体法的判断を示しているから、この場面における択一的認定を許さなかったということになる³⁹。

さて、すでに見たように、異なる訴因間にまたがる択一的認定の可否については議論があるのであるが、これを肯定する見解も、択一的認定が許されるのはそれぞれの訴因が公訴事実の同一性の範囲内にある場合のみである、とする⁴⁰。

しかし、たとえ複数行為が併合罪の関係にあろうとも、行為者が自らの行為によって一定の結果を発生させたことが確実である、という状況に変わりはないのであるから、彼に結果発生についての責任を問うべきではないのだろうか。公訴事実の同一性の範囲を超えた択一的認定を否定するのであれば、そこには、こうした実体法的な価値観を訴訟上実現することを断念するだけの根拠が必要となるはずである。

筆者の知る限りでは、公訴事実の同一性の範囲を超えた択一的認定を否定する論者から、その理由につき詳しい説明はなされていない。おそらく、そのような択一的認定が許されないのは自明のことと考えられているためであろう。しかし、筆者はそこに疑問を感じる。そこで、以下では、公訴事実の同一性の範囲を超えた択一的認定の可否について考えてみることにする。

2 公訴事実の同一性の範囲を超えた択一的認定の可否

(1) 従来の議論の検討

ア 不告不理の原則との関係

この点につき、「択一的認定は、両事実が公訴事実の同一性の範囲内にある限り許される。公訴事実の同一性の範囲外にある事実は、予備的ないし択一的にも訴因とすることができない（刑訴法 256 条 4 項・312 条 1 項参照）のであるから、不告不理の原則上、裁判所がこれを択一的に認定する余地はないからである」⁴¹とする見解がある。

仮に、この指摘が、「公訴事実の同一性の範囲内にはない事実の間における択一的認定は、常に、不告不理の原則に反するため許されない」という趣旨であるとすれば、正確ではない

³⁹ 三井誠「概括的認定・択一的認定(3)」法学教室 215号(1998年)102頁は、本判決について、「択一的認定を否定したのではなく、第2の行為〔傷害〕が訴因として構成されていなかったから、第1の行為〔業務上過失傷害〕に致死結果を結びつけることをしなかった〔すなわち、第2の行為が訴追されている場合については語っていない〕と解する方が妥当かもしれない」との理解を示す。しかし、本判決は、第2行為が傷害罪ないし傷害致死罪としては起訴されていないにもかかわらず、あえて、第1行為は業務上過失傷害罪、第2行為は傷害罪であり、両者は併合罪の関係に立つ、との実体法的判断を示している。このことからすると、やはり、本判決は、訴因設定の如何にかかわらず、併合罪関係に立つ複数行為の間においては因果関係の択一的認定は許されない、との立場を採ったものとするべきではないだろうか。

⁴⁰ たとえば、中野・前掲注3・206頁、小林充「択一的事実認定」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、1979年)238頁、戸倉三郎「いわゆる不特定の認定」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、1998年)193~194頁。

⁴¹ 戸倉・前掲注40・193~194頁。

と思われる。たとえば、「検察官が（軽い罪に当たる）A 事実を起訴している。裁判所は、A 事実の存在につき確信を抱くには至らなかったが、A 事実と公訴事実の同一性の範囲内にはなく、かつ、択一的関係にある（重い罪に当たる）B 事実の存在も疑われ、A・B いずれかであることについては合理的な疑いを超える証明がなされている、との心証を形成した。そこで、検察官に対して求釈明を行い、仮に B 事実が認定されるとすれば B 事実を訴追する意思があることを確認した上で、択一的認定に基づき、A 事実の訴因につき有罪判決をした」という場合、裁判所は、あくまで、検察官が起訴した A 事実につき有罪判決をしているのであり、それが不告不理の原則に反するとはいえないのではないかと。

むしろ、ここでの問題は、裁判所が、択一的認定を行う前提として、訴因として提示されていない B 事実の存在可能性を考慮することができるか、という点にある（あるいは、上記の見解の趣旨もそこにあるのかもしれない）。

すでに述べた私見からすれば、たとえ B 事実が訴因として提示されていなくても、実際に B 事実につき有罪判決をするわけではないから、検察官が B 事実について訴追の意思を有していることが確認できれば、その存在可能性を考慮することは可能である。

前掲の昭和 63 年東京高判の事案でいえば、裁判所は、訴因として提示されていない、第 1 行為から死因たる傷害が形成された可能性（すなわち、業務上過失致死罪となる可能性）を考慮することが許される（業務上過失傷害罪としてではあるが第 1 行為が起訴の対象となっているのであるから、こうした可能性を事実上認識することは十分に可能であろう）。そこで、裁判所は、検察官に、業務上過失傷害罪の訴因を業務上過失致死罪のそれに変更させた上、被告人に有利となるよう第 1 行為によって死因たる傷害が形成されたものと認定し、同罪の成立を認めることができよう。他方、傷害致死罪の訴因については、——通常は検察官が自主的に傷害罪へと訴因変更するであろうが——傷害罪の限度でのみ有罪とすることになる。これに対して、逆に、検察官が、第 1 行為を業務上過失致死罪、第 2 行為を傷害罪で起訴している場合には、仮に死因たる傷害が第 2 行為により形成されたとすれば傷害致死罪として訴追する意思があることを確認した上で、第 1 行為につき業務上過失致死罪、第 2 行為につき傷害罪の成立を認めるべきことになる⁴²。

こうした場合、裁判所は、公訴事実の同一性の範囲を超えて因果関係の択一的認定を行っているが、あくまで検察官の提示した訴因に対する判断を行っているのであり、不告不理の原則に反するとはいえないように思われる。

イ その他

また、「択一関係の存在は、数個の公訴事実間にも認められないわけではない」としつつも、「公訴事実、検察官の主張である訴因の限界を画するとともに、被告人は最大限その

⁴² 死の結果につき二重評価を避けるという観点から、通常は、第 1 行為を業務上過失「致死」罪、第 2 行為を傷害「致死」罪として起訴することはないと思われる。しかし、そうした起訴がおよそ許されないというわけでもないように思われる。検察官がそのような形で訴因を提示した上、死の結果につき二重評価を求める趣旨ではなく択一的認定を求める趣旨であることを自ら進んで釈明する、という措置をとることも認められてよいのではないだろうか。それを受けた裁判所は、検察官のそうした訴追意思を尊重し、択一的認定を経て、業務上過失致死罪と傷害罪の併合罪として処断することになる。

範囲内でのみ防禦を考えればよく、またそれは一事不再理効の効力の及ぶ範囲でもある。数個の公訴事実について択一的認定を認めることは、右の公訴事実の範囲を超える認定を許すことになり、公訴事実の右のような性格ないし機能にかんがみ許されないというべきである」⁴³との指摘もある。

その趣旨は、刑事訴訟においては1個の公訴事実=1個の刑罰権の対象=1個の手続上の単位であり、それぞれの公訴事実ごとに手続は独立・完結しているのであるから、複数の公訴事実の間にまたがる統一的な判断を要請する択一的認定は許されない、というものであろうか。ここでは、さしあたりそうした理解を前提に検討を加えることにする。

刑事訴訟におけるさまざまな判断は、この世界における過去の出来事を対象として行われるものである。たとえそれらが法的には公訴事実の同一性の範囲内にない——したがって、刑訴法上は別個の「事件」である——とされる場合であっても、もともとの社会的事実としては1つのストーリーである、ということは当然にあり得る（前掲の昭和63年東京高判の事案などは、その一典型といえよう）。そうであるとすれば、複数の公訴事実の間においても、できる限り統一的な判断がなされるべきことになろう。

この点、刑訴法313条1項は、裁判所は弁論の併合をすることができる」と規定しているにとどまるが、実際には、原則として弁論の併合をなすべきものとされる⁴⁴。その理由として、いわゆる併合の利益や訴訟経済と並んで挙げられるのが、ほかでもなく、関連事件の間における統一的な審理・判断の必要性である。このことは、上記の要請が重く受け止められ、かつ、その実現のための努力が払われていることの証左といえるのではないだろうか⁴⁵。

このように考えると、少なくとも、複数の訴因が公訴事実の同一性の範囲内にないという一事をもって、ただちに、その間における択一的認定を否定することはできないと思われるのである。

(2) 私見

以上、公訴事実の同一性の範囲を超える択一的認定が許されない理由として従来挙げられてきた（と思われる）ところについて検討してきたが、筆者はこれを許容することができるものとする。

そうした理解を前提として、前掲の昭和63年東京高判の事案につき考えてみたい。

実際には、検察官は、第1行為と第2行為を併せて「一連の過失」と把握し、1個の業務上過失致死罪の訴因として起訴していたようであるが、仮に、第1行為を業務上過失傷害罪、第2行為を傷害致死罪として併合起訴していたとしよう。この場合、被告人に有利となるよう、第1行為から死因となった傷害が発生したという形で択一的認定が行われ、第1行

⁴³ 小林・前掲注40・238頁。

⁴⁴ なお、同項も、併合に伴って生じ得る種々のデメリットを考慮した結果として義務的とまではしなかったにすぎず、統一的な判断の要請を軽視しているわけではないであろう。

⁴⁵ たとえば、西田眞基「裁判員裁判における客観的併合を巡る諸問題」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』3巻（立花書房、2011年）は、併合罪関係にある複数の事実であっても、「社会的実体として1個とみられる事件」であれば、事実認定・法適用・量刑の各場面との関係において併合審理が必要になるとする（西田は、これらを総合して「真相の解明」という表現を用いる）。

為は業務上過失致死罪、第 2 行為は傷害罪であり、両者は併合罪として処断されるべきことになる⁴⁶。これに対して、第 1 行為を業務上過失傷害罪、第 2 行為を傷害致死罪として起訴していたとすれば、第 1 行為につき業務上傷害致死罪への訴因変更を行った上、同じ処理を行うことになるろう。

第 4 複数行為が 45 条後段の併合罪の関係に立つ場合

1 問題提起

実際にはあまりないことかもしれないが、各行為の間の時間的な隔たりが大きい場合などには、まず一方の行為について起訴がなされ、それに対する判決が確定し、その後、他方の行為について起訴がなされるということも考えられる。このように、複数行為が 45 条後段の併合罪の関係に立つ場合において、因果関係の択一的認定の可否につきどのように考えるべきか⁴⁷。

2 検討

ここでは、次の 2 つのパターンが考えられる⁴⁸。

まず、①前訴で重い罪に当たる行為が起訴され、後訴で軽い罪に当たる行為が起訴されるというパターンである。たとえば、「甲は、ある日、車の運転中、不注意で V をはねて（第 1 行為）負傷させた。数か月後、甲は、事故については V にも不注意があったのに自分だけが加害者として世間から非難されるのは不公平であると逆恨みし、V に暴行を加えた（第 2 行為）。その後しばらくして V は死亡した。甲は第 2 行為につき傷害致死罪で起訴されたが（前訴）、裁判所は、死因となった傷害がすでに第 1 行為の時点で形成されていたのか、第 2 行為によって新たに生じたのか、両者が相まっただけのことであるのか、確定できない、という心証を抱いた。第 2 行為についての有罪判決（後で述べるように、傷害罪とすべきか傷害致死罪とすべきかが問題になり得る）が確定した後、改めて、第 1 行為につき業務上過失傷害罪（前訴判決が傷害致死罪であった場合）又は業務上過失致死罪（前訴判決が傷害罪であった場合）による起訴がなされた（後訴）」という場合がこれに当たる。

逆に、②前訴で軽い罪に当たる行為が起訴され、後訴で重い罪に当たる行為が起訴される

⁴⁶ 三井・前掲注 39・102 頁も、昭和 63 年東京高判の事案につき、「過失と故意の違いはあれ、第 1〔※引用者注：第 1 行為〕と第 2〔※引用者注：第 2 行為〕はいずれも人の生命・身体に対する X〔※引用者注：被告人〕の加害行為であり、いずれかが死因であることは疑いないから、『疑わしきは被告人の利益に』原則を適用し、致死の結果につき刑責・犯情の軽い第 1 行為との因果関係を認定し、業務上過失致死罪と傷害罪の併合罪を成立させることは可能ではなかろうか」とする。

⁴⁷ もちろん、前訴裁判所による事実認定が後訴裁判所のそれを拘束するわけではないから、たとえ前訴裁判所が択一的認定の可能な状況であるという心証を抱いても、後訴裁判所が同じ心証を形成するに至らなければ、後訴裁判所は自らの心証に従って事実認定を行い、それに基づく判断をすべきことになる。以下の記述は、前訴裁判所と後訴裁判所が同様の事実を認定したことを前提とするものである。

⁴⁸ なお、ここでの議論は、2 つのパターンのいずれにおいても、複数行為が存在すること、及び、因果関係の択一的認定が問題となる場面であることを、前訴裁判所が何らかの形で認識していることを前提としている（そうでなければ、そもそも、前訴の時点で択一的認定の可否を検討する状況にはなり得ない）。

というパターンもあり得る。たとえば、「甲は、ある日、Vに暴行を加えて（第1行為）負傷させた。数か月後、甲は、車の運転中、たまたま、不注意でVをはねて（第2行為）負傷させた。その後しばらくしてVは死亡した。甲は第2行為につき業務上過失致死罪で起訴されたが（前訴）、裁判所は、死因となった傷害がすでに第1行為の時点で形成されていたのか、第2行為によって新たに生じたのか、両者が相まつのことであるのか、確定できない、との心証を抱いた。第2行為についての有罪判決（後で述べるように、業務上過失傷害罪とすべきか業務上過失致死罪とすべきかが問題になり得る）が確定した後、改めて、第1行為につき傷害罪（前訴判決が業務上過失致死罪であった場合）又は傷害致死罪（前訴判決が業務上過失傷害罪であった場合）による起訴がなされた（後訴）」という場合がこれに当たる。

まず、①のパターンについて述べる。私見の理解によれば、前訴の段階で、「第1行為又は第2行為から死因となった傷害が生じたことは確実である」との判断に基づき、択一的認定を行うことが可能である。したがって、前訴裁判所は、被告人に有利となるよう、第1行為から直接に死因となった傷害が生じたとの認定を行い、それに基づいて、第2行為につき傷害罪の限度で有罪判決をすべきことになるろう。そして、後に第1行為が業務上過失致死罪で起訴された場合には、同罪の成立を認めることができる⁴⁹。

次に、②のパターンについて考えてみる。私見の理解によれば、前訴裁判所は、検察官に求釈明を行い、仮に第1行為から死因たる傷害が生じたとの認定が行われれば傷害致死罪として起訴する意思があることを確認した上で、択一的認定を行い、業務上過失致死罪で有罪とすることができる。後訴で第1行為が起訴された場合に傷害罪にとどめるべきことはもちろんである（そもそも、死の結果についての二重評価を前提とした傷害致死罪での起訴がなされることは考えにくい）。

第5 複数行為が単純数罪の関係に立つ場合

たとえば、「甲は、ある日、車の運転中に、過失によりVをはねて（第1行為）負傷させた。そこで、甲は業務上過失傷害罪で起訴され（前訴）、同罪につき有罪判決が確定した。その後、甲は、事故についてはVにも落ち度があったにもかかわらず自分だけが責任を問われたのは不公平であると逆恨みをし、Vを待ち伏せて暴行を加えた（第2行為）。しばらく

⁴⁹ 拙稿『「一連の行為」と因果関係（3）・完——実体法と手続法の交錯領域の1つとして——』早稲田大学大学院法研論集154号（2015年）148頁ではこの場合につき業務上過失傷害罪の成立が認められるにとどまるとしていた。これは、すでに前訴において第2行為につき傷害罪の有罪判決が確定しているため、後訴の時点では、死の結果との間に因果関係を有するのは第2行為のみである、という認定こそが被告人に最も有利になる（そのように認定しても、前訴の確定判決を変更し、第2行為につき事後的に傷害致死罪の刑責を問うことはできない）と考えたものである。しかし、すでに述べてきた私見の理解からは、後訴裁判所は、第1行為から第2行為へと至る全体の経過をふまえ、第1行為のみが結果の発生に寄与したとの認定を行うべきことになるから、後訴において第1行為につき業務上過失致死罪の成立を認めることは可能である。旧稿の記述は、前訴と後訴の間で事実認定に関する「分裂的思考」（中野・前掲注3・207頁）を要求するものであり、私見の立場からは不徹底なものであったため、この点については見解を改める。

くしてVは死亡し、甲は傷害致死罪で起訴されたが（後訴）、裁判所は、死因となった傷害が第1行為によりすでに形成されていたものであるのか、その後の第2行為により新たに形成されたものであるのか、両者が相まつのことであるのか、確定できない、との心証を抱いた」というケースについて考えてみよう。

私見によれば後訴裁判所は因果関係の択一的認定を行うことが可能な状況であり、利益原則に従って、第1行為から死因たる傷害が形成されたものと認定することになる。しかし、第1行為についてはすでに業務上過失傷害罪とする確定判決があり、これを覆すことはできない。そうすると、結論としては、第1行為は業務上過失傷害罪（すでに前訴判決で確定）、第2行為は傷害罪としての処罰にとどめざるを得ない⁵⁰。

これに対し、上記のケースとは逆に、第1行為が故意の傷害、第2行為が過失による傷害である場合——たとえば、「甲は、ある日、Vに暴行を加えて（第1行為）負傷させ、傷害罪で起訴されて（前訴）、同罪の有罪判決が確定した。数か月後、甲は、車の運転中に不注意でVをはね（第2行為）、Vはしばらく後に死亡した。甲は第2行為につき業務上過失致死罪で起訴されたが（後訴）、裁判所は、死因となった傷害が実はすでに第1行為の時点で形成されていたのか、第2行為によって新たに生じたのか、両者が相まつのことであるのか、確定できない、との心証を抱いた」という場合——もあり得る。この場合は、私見の理解からは、後訴においては択一的認定により業務上傷害致死罪の成立を認めることができよう⁵¹。

第6 まとめ

本章では、「一連の行為」と因果関係の問題を素材に、いわゆる択一的認定の問題につき考察を行ってきた。

その過程で、因果関係の判断に関する実体法レベルの議論が、択一的認定を否定するという手続法レベルの態度決定によって、実際の訴訟の場では遮断される可能性があることが明らかになった。

もとより、それが真にやむを得ないことであるならば、実体法レベルにおける議論の訴訟における実現は断念せざるを得ないであろう。しかし、従来の手続法領域における議論を見ても、実体法的視点からの要請がどこまで切実なものとして受け止められてきたのか、いささか疑問である。

⁵⁰ なお、この場合、前訴の時点ではそもそもVの死という事実は存在せず、「致死」の点につき起訴・審理の可能性がないのであるから、この点に関する限り、一事不再理効の根拠とされる二重の危険はない、ともいえる（田宮・前掲注19・454頁は、これを「危険の『残照』（危険に包摂される附随部分）」にすぎない、と表現する）。そこで、仮にいわゆる追加訴訟の制度を設け、「致死」の点についてのみ後訴において改めて審理することを認めるのであれば（平野龍一『刑事訴訟法』〔有斐閣、1958年〕283頁、田宮・前掲注19・455頁は、こうした制度を設けることは憲法39条に違反しないとする）、全体として「第1行為から死因たる傷害が生じた」という択一的認定を行うことが可能になるため、甲に（傷害罪の刑責に加えて）業務上過失致死罪に相応する刑責を問うことができよう。

⁵¹ 拙稿・前掲注49・150頁では、この点につき、業務上過失傷害罪の成立を認め得るにとどまるとしていたが、注49で述べたのと同様の理由により、見解を改める。

手続法サイドにおいても実体法レベルの議論に対する意識は必要であり、『一連の行為』論は、そのための1つの契機を提供するものであると思われる。

おわりに

以上、いわゆる「一連の行為」ないし「『一連の行為』論」につき、実体法と手続法の両面から分析を加えてきた。

冒頭で示したテーマないしアプローチの性格上やむを得ないことではあるが、いささか手を広げすぎたきらいがあり、個々の具体的問題に関する検討が甚だ不十分なものとどまったことは否めない。また、「『一連の行為』論」的視点から取り組むべき問題を多く積み残してもいる¹。

ただ、強いていえば、使い勝手はよいもののそれだけにブラックボックス化しがちでもある「一連の行為」という概念につきややマクロな視点から整理を加えたこと、また、「『一連の行為』論」が有する多方面への発展の契機的一端を示したことが、本稿のささやかな成果である。

その意味で、本稿は、「『一連の行為』論」研究の端緒であるにすぎない。今後さらに考察を続けてゆきたい。

¹ 特に、いわゆる段階的過失論や罪数論は、やはり手続法との関連性を意識しつつ取り組むべき重要な課題である。

参考文献一覧

本稿で引用したもののみ。

なお、重複する場合もそのつど記載している。

【「はじめに」関係】

- ・松原芳博「いわゆる量的過剰防衛について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）
- ・松澤伸「いわゆる『一連の行為』への／からのアプローチ」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）
- ・大塚裕史『刑法総論の思考方法』（早稲田経営出版、第4版、2012年）
- ・永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系（30）』（新日本法規出版、2000年）
- ・高橋則夫「ロー制度が産んだ刑法の新論点」刑事法ジャーナル44号（2015年）
- ・川端博「正当防衛・過剰防衛と罪数論との関係」研修592号（1997年）
- ・長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的評価」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）
- ・成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（二・完）」法学75巻6号（2011年）
- ・深町晋也『『一連の行為』論について——全体的考察の意義と限界——』立教法務研究3号（2010年）
- ・仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）
- ・大久保隆志『『一連の行為』と訴訟的評価』刑法雑誌50巻1号（2010年）
- ・松田俊哉「判解」『平成20年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2012年）
- ・松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、新版、1999年）

【第1章関係】

- ・平木正洋「判解」『平成16年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2007年）
- ・高橋則夫『『一連の行為』論をめぐる諸問題』司法研修所論集125号（司法研修所、2016年）
- ・小林憲太郎「実行行為」法学教室415号（2015年）
- ・橋爪隆「実行行為の意義について」法学教室424号（2016年）
- ・高山佳奈子「〔書評〕仲道祐樹著『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）を読んで」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑦』（成文堂、2014年）
- ・平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）
- ・仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）
- ・深町晋也『『一連の行為』論について——全体的考察の意義と限界——』立教法務研究3号（2010年）

- ・永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系（30）』（新日本法規出版、2000年）
- ・山崎耕史「判批」警察学論集 64 卷 3 号（2011 年）
- ・大塚裕史『ロースクール演習刑法』（法学書院、第 2 版、2013 年）
- ・団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第 3 版、1990 年）
- ・和田真ほか「正当防衛について（上）」判例タイムズ 1365 号（2012 年）
- ・高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価——複数行為における分断と統合の問題——」刑事法ジャーナル 19 号
- ・小田直樹「共同研究にあたって——問題意識と若干のコメント」刑法雑誌 50 卷 1 号（2010 年）
- ・大久保隆志「『一連の行為』と訴訟的評価」刑法雑誌 50 卷 1 号（2010 年）
- ・松田俊哉「判解」『平成 20 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2012 年）
- ・小林充「罪数論の基本」現代刑事法 6 卷 4 号（2004 年）
- ・松澤伸「いわゆる『一連の行為』への／からのアプローチ」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017 年）
- ・吉川友規「『一連の行為』と承継的責任無能力」同志社法学 69 卷 3 号（2017 年）
- ・中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『刑法の理論 中山研一先生古稀祝賀論文集』3 卷（成文堂、1997 年）
- ・山中敬一「判批」法学セミナー 452 号（1992 年）
- ・山口厚『刑法総論』（有斐閣、第 3 版、2016 年）
- ・中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第 3 版補訂版、1997 年）
- ・Mark Kelman, *Interpretive Construction in the Substantial Criminal Law*, 33 Stan. L. Rev. 591 (1981)
- ・Michael S. Moore, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law* (1993)
- ・Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (6th ed. 2012)
- ・山口厚「判批」刑事法ジャーナル 18 号（2009 年）
- ・松原芳博『刑法総論』（成文堂、第 2 版、2017 年）
- ・荒木泰貴「『一連の行為』に関する一考察——早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として——」慶應法学 23 号（2012 年）
- ・井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005 年）
- ・橋爪隆「正当防衛（3）——防衛行為の一体性の判断」警察学論集 69 卷 6 号（2016 年）
- ・遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌 50 卷 2 号（2011 年）
- ・松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・上巻』（判例タイムズ社、2006 年）
- ・橋爪隆「防衛行為の一体性について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012 年）

- ・成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（二・完）」法学 75 卷 6 号（2011 年）
- ・豊田兼彦「判批」法学セミナー 653 号（2009 年）
- ・長井圓「過剰防衛の一体的評価と分断的评价」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010 年）

【第 2 章関係】

- ・酒井安行「不作為犯における因果関係と『疑わしきは被告人の利益に』——いわゆる『十中八九』決定を手がかりに——」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集』上巻（成文堂、2014 年）
- ・村井敏邦「疑わしいときは被告人の利益に解釈すべし——刑法解釈における静と動」福田雅章『刑事法学の総合的検討』下巻（有斐閣、1993 年）
- ・深町晋也「『一連の行為』論について——全体的考察の意義と限界——」立教法務研究 3 号（2010 年）
- ・仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013 年）
- ・橋爪隆「判批」ジュリスト 1321 号（2006 年）
- ・島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌 45 卷 2 号（2005 年）
- ・大久保隆志「『一連の行為』と訴訟的評価」刑法雑誌 50 卷 1 号（2010 年）
- ・藤木英雄『刑法講義・総論〔オンデマンド版〕』（弘文堂、2003 年）
- ・椎橋隆幸「択一的認定」荒木友雄編『刑事裁判実務大系第 5 巻 交通事故』（青林書院、1990 年）

【第 3 章関係】

- ・平木正洋「判解」『平成 16 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2007 年）
- ・小野晃正「早すぎた結果発生と実行行為」阪大法学 60 卷 1 号（2010 年）
- ・大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第 4 版、2008 年）
- ・佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013 年）
- ・山口厚『刑法総論』（有斐閣、第 3 版、2016 年）
- ・山元裕史「判批」警察学論集 61 卷 8 号（2008 年）
- ・安田拓人「判批」『平成 16 年度重要判例解説』（有斐閣、2005 年）
- ・西田典之『刑法総論』（弘文堂、第 2 版、2010 年）
- ・林幹人「早すぎた結果の発生」判例時報 1869 号（2004 年）
- ・高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第 3 版、2016 年）
- ・町野朔「因果関係論と錯誤理論」北海学園大学法学研究 29 卷 1 号（1993 年）
- ・宮川基「条件付故意について」法学 63 卷 4 号（1999 年）
- ・西村秀二「早まった結果惹起について」富大経済論集 46 卷 3 号（2001 年）
- ・石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌 15 卷 1・2 号（2002 年）
- ・清水晴生「実行行為性の認識に関する符合判断について」白鷗法学 24 号（2004 年）

- ・山口厚「実行の着手と既遂」法学教室 293 号（2005 年）
- ・松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第 5 版、2017 年）
- ・松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現」同編『刑法の判例〔総論〕』（成文堂、2011 年）
- ・佐久間修「実行行為と故意の概念」法曹時報 57 卷 12 号（2005 年）
- ・石井徹哉「判批」現代刑事法 42 号（2002 年）
- ・永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系（30）』（新日本法規出版、2000 年）
- ・高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007 年）
- ・島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌 45 卷 2 号（2005 年）
- ・中森喜彦「実行行為の概念について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』上巻（成文堂、2007 年）
- ・佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究 63 号（2004 年）
- ・井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008 年）
- ・松原芳博「犯罪結果と刑法規範」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002 年）
- ・野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984 年）
- ・橋爪隆「判批」ジュリスト 1321 号（2006 年）
- ・高森高德「判批」研修 672 号（2004 年）
- ・荒木泰貴「『一連の行為』に関する一考察——早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として——」慶應法学 23 号（2012 年）
- ・奥村正雄「実行行為概念について」瀬川晃編『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011 年）
- ・吉川崇「判批」警察公論 65 号（2004 年）
- ・福田平『刑法解釈学の諸問題』（有斐閣、2007 年）
- ・前田雅英「実行行為の把握と故意」警察学論集 63 卷 1 号（2010 年）

【第 4 章関係】

- ・松原芳博「いわゆる量的過剰について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017 年）
- ・安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌 35 卷 2 号（1996 年）
- ・橋田久「外延的過剰防衛」産大法学 32 卷 2・3 号（1998 年）
- ・安田拓人「事後的過剰防衛について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010 年）
- ・仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013 年）
- ・遠藤邦彦「量的過剰防衛」池田修ほか編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院、2014 年）
- ・永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系（30）』（新日本法規出版、2000 年）

年)

- ・松田俊哉「判解」『平成 20 年度最高裁判所判例解説刑事篇』(法曹会、2012 年)
- ・日和田哲史「防衛行為の一体性について」上智法学論集 55 卷 2 号 (2011 年)
- ・高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台法学 26 卷 2 号 (2013 年)
- ・松澤伸「いわゆる『一連の行為』への／からのアプローチ」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』(信山社、2017 年)
- ・島田聡一郎ほか『事例から刑法を考える』(有斐閣、第 3 版、2013 年)
- ・山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル 15 号 (2009 年)
- ・山口厚「判批」刑事法ジャーナル 18 号 (2009 年)
- ・内田文昭『刑法概要中巻〔犯罪論(二)〕』(青林書院、1999 年)
- ・伊藤寧ほか『刑法教科書(上)』(嗟峨野書院、1992 年)
- ・成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(一)」法学 74 卷 1 号 (2010 年)
- ・橋田久「量的過剰防衛——最高裁平成 20 年 6 月 25 日第一小法廷決定を素材として——」刑事法ジャーナル 16 号 (2009 年)
- ・松田俊哉「判解」『平成 21 年度最高裁判所判例解説刑事篇』(法曹会、2013 年)
- ・寺尾正二「判解」『昭和 34 年度最高裁判所判例解説刑事篇』(法曹会、1968 年)
- ・安廣文夫「判解」『昭和 60 年度最高裁判所判例解説刑事篇』(法曹会、1989 年)
- ・佐藤拓磨「量的過剰について」法学研究 84 卷 9 号 (2011 年)
- ・遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌 50 卷 2 号 (2011 年)
- ・橋爪隆「防衛行為の一体性について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012 年)

【第 5 章関係】

- ・安田拓人「実行行為開始後の責任能力低下について」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2016 年)
- ・小野晃正「実行着手後の責任能力低下と行為分断の可否」刑法雑誌 55 卷 2 号 (2016 年)
- ・吉川友規『『一連の行為』と承継的責任無能力』同志社法学 69 卷 3 号 (2017 年)
- ・西原春夫「責任能力の存在時期」団藤重光ほか編『犯罪と刑罰 佐伯千仞博士還暦祝賀上巻』(有斐閣、1968 年)
- ・丸山治『原因において自由な行為』小考 内田文昭先生古稀祝賀論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(青林書院、2002 年)
- ・中空壽雅『責任能力と行為の同時存在の原則の意義について』刑法雑誌 45 卷 3 号 (2006 年)
- ・深町晋也「原因において自由な行為」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007 年)
- ・平川宗信「原因において自由な行為」中山研一ほか編『現代刑法講座(2)』(成文堂、1979 年)
- ・古田佑紀「判批」研修 411 号 (1982 年)
- ・小池信太郎「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選①総論〔第 7 版〕』(有斐閣、2014 年)

- ・石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌 45 卷 2 号（2006 年）
- ・中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第 3 版補訂版、1997 年）
- ・中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『刑法の理論 中山研一先生古稀祝賀論文集』3 卷（成文堂、1997 年）
- ・中空壽雅「実行着手後の心神喪失・心神耗弱といわゆる『同時存在の原則』」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集』2 卷（成文堂、1998 年）
- ・松原芳博「いわゆる量的過剰防衛について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017 年）

【第 6 章関係】

- ・田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第 7 版、2017 年）
- ・松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、新版、1999 年）
- ・西田典之『刑法各論』（弘文堂、第 6 版、2012 年）
- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、第 2 版、2015 年）
- ・菊池則明「被告人側が主張する訴因外犯罪事実の審理について」法学新報 112 卷 1・2 号（2005 年）
- ・川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2007 年）
- ・宇藤崇「訴訟における罪数論のあり方について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012 年）
- ・大澤裕＝今崎幸彦「検察官の訴因設定権と裁判所の審判範囲」法学教室 336 号（2008 年）
- ・酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015 年）
- ・三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003 年）
- ・柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、1970 年）
- ・石丸俊彦『刑事訴訟法』（成文堂、1990 年）
- ・中山隆夫「訴因の特定——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社、2002 年）
- ・渥美東洋『刑事訴訟法〔新版補訂〕』（有斐閣、2001 年）
- ・寺崎嘉博「いわゆる『一罪の一部起訴』について」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015 年）
- ・佐藤隆文「犯罪事実の一部起訴」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、1998 年）
- ・木谷明「判批」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 6 版〕』（有斐閣、1992 年）
- ・緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、第 2 版、2017 年）
- ・高木俊夫「訴訟の場から見る不可罰的事後行為」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会編『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003 年）
- ・後藤昭「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 5 版〕』（有斐閣、1986 年）
- ・木谷明「判解」『昭和 59 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、1988 年）

- ・岩瀬徹「判解」『昭和 61 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、1989 年）
- ・福崎伸一郎「判解」『平成 15 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2006 年）
- ・伊東研祐「審判対象の設定と行為の社会的意味」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012 年）
- ・古田佑紀「判批」研修 437 号（1984 年）
- ・岩瀬徹「審判における当事者追行主義——訴因論を中心に」法学教室 389 号（2013 年）
- ・多和田隆史「判解」『平成 15 年度最高裁判所判例解説刑事篇』（法曹会、2006 年）
- ・宇藤崇「判批」『平成 15 年度重要判例解説』（有斐閣、2004 年）
- ・小島淳「判批」現代刑事法 6 巻 6 号（2004 年）
- ・中野目善則『二重危険の法理』（中央大学出版部、2015 年）
- ・古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムズ 535 号（1984 年）
- ・上口裕「常習罪における一事不再理」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』下巻（成文堂、2007 年）
- ・長沼範良＝秋吉淳一郎「一事不再理効の範囲」法学教室 330 号（2008 年）
- ・大澤裕「常習一罪と一事不再理効の効力——最判平成 15 年 10 月 7 日に関する覚書——」研修 685 号（2005 年）
- ・井上宏「判批」警察学論集 55 巻 1 号（2002 年）
- ・鈴木義男「判批」研修 345 号（1977 年）
- ・尾崎道明「判批」警察学論集 51 巻 8 号（1998 年）
- ・岡田悦典「判批」法学セミナー 590 号（2004 年）
- ・川出敏裕「裁判の確定と一事不再理の効力」法学教室 245 号（2001 年）
- ・佐藤嘉彦「一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」同志社法学 56 巻 6 号（2005 年）
- ・香城敏磨「訴因制度の構造（中）」判例時報 1238 号（1978 年）
- ・萩原太郎「訴因と罪数」川村澄夫ほか編『刑事実務ノート 2』（判例タイムズ社、1968 年）
- ・田口守一「訴因と審判の範囲」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013 年）
- ・小林充「訴因と公訴事実」判例タイムズ 644 号（1987 年）
- ・平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958 年）
- ・香城敏磨「訴因制度の構造（下）」判例時報 1240 号（1987 年）
- ・石井一正「一罪の一部起訴」判例タイムズ 274 号（1972 年）
- ・辻本典央「罪数論と手続法との交錯」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』下巻（成文堂、2007 年）

【第 7 章関係】

- ・古田佑紀「判批」研修 437 号（1984 頁）
- ・小田直樹『「認定論」という構想について』広島法科大学院論集 3 号（2007 年）
- ・宇藤崇「訴訟における罪数論のあり方について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012 年）

- ・大久保隆志『『一連の行為』と訴訟的評価』刑法雑誌 50 卷 1 号 (2010 年)
- ・小島淳「一部起訴と裁判所の審判の範囲に関する一考察——検察官の『合理的裁量』と一事不再理効の客観的範囲の『関係』を中心に——」研修 773 号 (2012 年)
- ・柏木千秋『刑事訴訟法』(有斐閣、1970 年)
- ・石丸俊彦『刑事訴訟法』(成文堂、1990 年)
- ・菊池則明「被告人側が主張する訴因外犯罪事実の審理について」法学新報 112 卷 1・2 号 (2005 年)
- ・川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』下巻 (成文堂、2007 年)
- ・三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣、2003 年)
- ・佐藤隆文「犯罪事実の一部起訴」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』(青林書院、1998 年)
- ・堀田周吾「判批」刑事法ジャーナル 40 号 (2014 年)
- ・永井敏雄「量的過剰防衛」龍岡資晃編『現代裁判法大系 (30)』(新日本法規出版、2000 年)
- ・松田俊哉「判解」『平成 20 年度最高裁判所判例解説刑事篇』(法曹会、2012 年)
- ・木谷明「判批」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 6 版〕』(有斐閣、1992 年)
- ・中野次雄『刑法総論概要』(成文堂、第 3 版補訂版、1997 年)
- ・司法研修所編『平成 19 年度版 刑事判決書起案の手引』(法曹会、2007 年)
- ・山中敬一「判批」法学セミナー 452 号 (1992 年)
- ・香城敏磨「訴因制度の構造 (中)」判例時報 1238 号 (1987 年)
- ・石井一正「一罪の一部起訴」判例タイムズ 274 号 (1972 年)
- ・江藤隆之「検察官の釈明と訴因の設定」桃山法学 26 号 (2017 年)
- ・田口守一「訴因と審判の範囲」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013 年)

【第 8 章関係】

- ・川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル 6 号 (2007 年)
- ・古江頼隆「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 9 版〕』(有斐閣、2011 年)
- ・椎橋隆幸「択一的認定」荒木友雄編『刑事裁判実務大系第 5 巻 交通事故』(青林書院、1990 年)
- ・松尾浩也「いわゆる不特定の認定について」平野龍一ほか編『実例法学全集 刑事訴訟法』(青林書院新社、新版、1977 年)
- ・中野次雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 5 版〕』(有斐閣、1986 年)
- ・米田泰邦「判批」判例時報 679 号 (1972 年)
- ・鈴木茂嗣「判批」『平成 13 年度重要判例解説』(有斐閣、2001 年)
- ・町野朔『犯罪各論の現在』(有斐閣、1996 年)
- ・佐藤文哉「判批」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第 6 版〕』(有斐閣、1992 年)
- ・寺崎嘉博『刑事訴訟法』(成文堂、第 3 版、2013 年)

- ・佐々木正輝「択一的認定」田口守一ほか編『判例演習刑事訴訟法』(成文堂、2004年)
- ・田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂、第7版、2017年)
- ・田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、新版、1996年)
- ・古田佑紀「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』(有斐閣、2005年)
- ・長尾一紘『日本国憲法』(世界思想社、第3版、2003年)
- ・河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』8巻(青林書院、第2版、2011年)
- ・中野目善則「判批」『平成10年度重要判例解説』(有斐閣、1999年)
- ・内山安夫「In dubio pro reo 原則再論」東海法学29号(2003年)
- ・寺崎嘉博「択一的事実認定」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣、2002年)
- ・宇藤崇「訴訟における罪数論のあり方について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012年)
- ・大澤裕「刑事訴訟における『択一的認定』(4・完)」法学協会雑誌113巻5号(1996年)
- ・上田正和「択一的認定について」大宮ローレビュー2号(2006年)
- ・三井誠「概括的認定・択一的認定(3)」法学教室215号(1998年)
- ・小林充「択一的事実認定」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、1979年)
- ・戸倉三郎「いわゆる不特定の認定」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、1998年)
- ・西田眞基「裁判員裁判における客観的併合を巡る諸問題」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』3巻(立花書房、2011年)
- ・平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)