



Title	犯罪論における『一連の行為』に関する研究
Author(s)	小野, 晃正
Citation	大阪大学, 2012, 博士論文
Version Type	
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/60064">https://hdl.handle.net/11094/60064</a>
rights	
Note	著者からインターネット公開の許諾が得られていないため、論文の要旨のみを公開しています。全文のご利用をご希望の場合は、<a href=" <a href="https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed">https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed</a> ">大阪大学の博士論文について</a>をご参照ください。

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

氏 名	小 野 覧 正
博士の専攻分野の名称	博士（法学）
学 位 記 番 号	第 25696 号
学 位 授 与 年 月 日	平成 24 年 9 月 25 日
学 位 授 与 の 要 件	学位規則第 4 条第 1 項該当 法学研究科法学・政治学専攻
学 位 論 文 名	犯罪論における『一連の行為』に関する研究
論 文 審 査 委 員	(主査) 教授 佐久間 修 (副査) 教授 島岡 まな 准教授 重井 輝忠

## 論 文 内 容 の 要 旨

1 複数の行為を介して犯罪結果を惹起したにもかかわらず、判例上、全体的に考察すれば「一連の行為（一個の行為）」から当該結果が発生したと評価されることがある。このような判例は、構成要件該当性、違法性、責任及び罪数などが争点となる犯罪論の各段階で見られる。しかし、従来の判例ないし伝統的学説は、こうした犯罪論の各段階の違いを十分に踏まえることなく、「全体的に考察すれば一個（一連）の行為とみることができる」という一言をもって済ませてきた。こうした判例等の姿勢は、自然的に見れば「複数」存在する「行為」が、なぜ刑法上「一個の行為」に包括することができるのかについて、実のところ何も説明していないに等しい。

複数の行為を、そのまま分けて罪責を検討するか、あるいは、統合的に「一個の行為」として罪責を検討するかという問題は、適用する罰条に影響を与えるものである以上、構成要件論、違法論、責任論及び罪数論などの違いを明確に意識した上で、各段階に応じた「一連の行為」とみるための具体的基準とその根拠を提示する必要性は極めて高い。

本研究は、こうした従来の伝統的見解や判例の姿勢を顧みつつ、ドイツ刑法学との比較を通じて、犯罪成立までの各段階の相違を見極めた上で、「複数の行為」を「一個の行為」とみるため判断基準を提示することを目的とする。

2 第 1 章では、構成要件段階における「一連の行為」を検討する。「早すぎた結果発生」を素材に、構成要件段階における「一連の（実行）行為」の意義を検討した。

「早すぎた結果発生」とは、犯行計画上、準備的な第一行為を経た後、第二行為により構成要件的結果を惹起しようとしたところ、すでに第一行為の段階で当該結果が生じてしまった場合をいう。犯人の認識上、第一行為は「準備的な」行為にもかかわらず、これまでの学説は暗黙裏に第一行為を実行行為とした上で、主觀的な因果経過の錯誤の問題とみてきた。

しかし、本稿は、これを実行行為の射程の問題として捉え、近時様々な批判にさらされてきた通説的な実行行為概念を基調に、客觀的には危険の同質性、主觀的には故意の一貫性を基準として導き、着手から結果惹起までの行為を分断することなく一個の実行行為とみる見解を正当とした。

3 第 2 章では、違法段階における「一連の行為」の検討に移る。ここでは、構成要件該当性的判断で「一連の行為」とされた事実が、違法性判断の段階で正当防衛と過剰防衛の両側面を有する場合、改めて正当防衛と過剰防衛行為を分断しうるかについて検討を加えた。

こうした問題は、判例が防衛行為の統合と分断の実質的根拠を明示していないため、学説からそもそも行為の個数の判断を犯罪論体系との段階で行うかについて、様々な理論構成が提示されてきた。

しかし、正当防衛では、条文の文言を前提に正当化根拠を考慮しつつ、その成立範囲を定めることが重要であるのと同様に、過剰防衛においても、刑の減免根拠を考慮しつつ、その成立範囲を定める必要がある。

そこで、本稿は、違法性判断の前提が構成要件該当事実である以上、一つの違法・責任減少が認められる限り、一個の一体的防衛行為を認めて過剰防衛として処理する結論を導いた。

4 さらに、第 3 章では、責任段階における「一連の行為」の検討に移る。ここでは、いわゆる「承継的責任無能力」の問題、すなわち、実行に着手した後に、病的酩酊や激情などの意識障害により責任無能力となった状態で、さらに行行為を続行して当初の故意を実現した場合、責任能力の有無に応じて、行為を二つに分けて取り扱るべきかについて考察した論説である。

ここでは、こうした実行行為の範囲の問題と並んで、責任の問題として、実行行為の途中で責任能力が低下し、その状態で犯罪結果を実現した場合、実行着手時の責任能力に基づく非難が、そのまま既遂責任に承継されるのかという刑法三九条の適用をめぐる解決困難な問題が生じる。そこで、この問題が最初に取り上げられたドイツ刑法における学説と判例を沿革順に検討し、それぞれの考え方の差異を明らかにした。

また、とりわけ、日本の判例と学説を沿革順に検討した後、「承継的責任無能力」をめぐる構成要件該当性と責任論の問題について、私見を論じた。

私見では、行為態様の点で反復継続性が認められ、その危険性も同質であれば、客觀的に「一個の行為」である。また、主觀面においても、行為態様の反復継続性から、責任能力低下後の行為が責任能力低下前の行為時の意思決定に従ったものと認められれば、その時点における意思内容も行為開始時の表象ないし認容が同一である以上、新たな意思決定があったといえないとから、主觀的にも一個の故意が認められるという結論を導いた。

他方、責任は、こうして確定された構成要件的事実をもとに、行為の違法性を認識し、実行行為を行うことを思いとどまることができたのに、あえて犯行に出ることに対する事前的な法的非難可能性に関する判断である。したがって、刑法 39 条の適用を判断するには、実行を開始した際の責任能力状態を考慮すればよいとした。

5 最後に、第 4 章では、罪数の理解と関連する「一連の行為」の検討に移る。ここでは、経済犯罪の一類型である街頭募金詐欺の罪数につき、併合罪ではなく包括一罪が成立するとした最初の最高裁決定に関して検討を加えた。

従来の判例及び学説は、被害者の異なる財産が侵害された場合、管理権が同一である場合を除き、被害法益の單一性に欠けるため、その罪数処理を併合罪としてきた。しかし、こうした処理をすると街頭募金の場合、被害者の募金はすぐに混和するため、被害額及び被害者をするのが困難となり、立件の障壁となる。

本稿は、本件事案が情を知らないアルバイトを道具として用いた間接正犯類型であることに着目し、首謀者が街頭募金方法や金員の回収・運搬方法を指示した点で、行為の一体的評価が可能であるとして、本件事案でも詐欺罪の包括一罪を肯定しようと結論付けた。

## 論 文 審 査 の 結 果 の 要 旨

1 本論文は、犯罪構成要件に該当する複数の行為をめぐって、刑法上「一個の行為」に包括するのか、または、そのままの状態で分割して検討すべきかを、構成要件論、違法論、責任論および罪数論の見地から考察したものである。犯罪論体系のいずれの局面においても、従来の伝統的見解や過去の判例の流れを踏まえつつ、ドイツ刑法学における議論と対比することで、「複数の行為」を「一個の行為」と捉えるための統一した判断基準を提示しようとしており、手堅い研究態度に貫かれていく。

2 第 1 章では、構成要件該当性における「早すぎた結果発生」の事例を素材として、「一連の（実行）行為」の意義を検討している。「早すぎた結果発生」とは、当該行為者の犯行計画上、事後に予

定された第2行為で最終結果を惹起しようとしたにもかかわらず、準備（または予備）段階の第1行為により既遂結果が生じてしまった場合であり、従来は、客観面と主觀面のズレを捉えて、因果経過の錯誤として処理されてきた。しかし、本論文では、正面から実行行為それ自体の問題と位置づけた上で、客観的な危険の同質性と主觀的な故意の一貫性を基準として、第1行為および最終結果の惹起行為を分断することなく、一個の実行行為とみるべきことを詳細に根拠づけている。

この点で、従来の多数説が、「全体的に考察すれば、一個（一連）の行為とみることができる」という説明にとどまっていたのに対し、なぜ刑法上「一個の行為」に包括できるかについて、理論上の分析と新たな視座を提供したものといえる。

3 第2章では、違法段階における「一連の行為」を取り扱っており、構成要件該当性の段階で「一連の行為」と認められたものが、その後の違法判断で正当防衛と過剰防衛の両性質を具有するに至った場合、これらを分けて評価できるのかが論じられている。具体的には、当初の正当防衛から進んで過剰防衛に転じたとき、いかなる基準で分割するのか、ひいては、どこまで時間的過剰（量的過剰防衛）の概念を認めるのかという問題でもある。その際、過剰防衛を実質的な見地から捉えることで、たとえ外見上複数の行為にみえた場合にも、違法減少と責任減少が承継されるとき、防衛行為の一体性が維持されるという。その上で、過剰防衛の減免根拠と関連させつつ、行為時を基準として、急迫不正の侵害を対抗する一個の防衛行為と認めうる場合があるとしている。他方、防衛行為者が攻撃の終了を知らなかった場合には、正当化事情の錯認として処理されるという。

こうした見解は、従来の諸学説を踏まえつつ、判例の流れにも配慮したものといえるが、最終的には、防衛意思の継続性が行為の一体性を基礎付けるならば、もっぱら主觀面に依拠する理由・根拠について疑問が残るところである。また、行為時を基準とした事前判断に置き換えるとしても、なお考慮すべき客觀的要素が明らかになっていないという批判が妥当するであろう。

4 さらに、第3章では、責任段階における「一連の行為」について、実行途中の責任能力低下を検討している。いわゆる「承継の責任無能力」の問題をめぐっては、実行着手時の責任能力を前提とした非難可能性（責任）が、そのまま既遂犯としての責任に承継されるのか、それとも、責任能力の変化に応じて犯罪行為を二つに分割すべきかという困難な問題に直面する。しかし、本論文では、行為態様において反復継続性が認められ、その危険性も同質のものであるとき、客觀的に「一個の行為」とみられるとした上で、主觀面においても、責任能力が低下した後の犯行が、責任能力がなくなる以前の意思決定に従ったものであれば、刑法39条を適用することなく、実行開始時の責任能力を前提としつつ、その後の逸脱（責任能力の低下）は量刑事情とすればよいと結論付けている。

5 最終章では、詐欺罪の罪数論にも関連させて、複数の行為が継続・反復された場合の「一連の行為」が論じられている。具体的には、街頭募金詐欺の事例について、包括一罪の成立を認めた最高裁決定を取り上げて、従来の学説・判例が、単一の被害法益でない以上、ただちに併合罪としてきた罪数処理に疑問を提起しつつ、街頭募金詐欺のように詐取された募金がすぐに混和するのみならず、被害金額や被害者を特定するのが困難になるという本件事案の特殊性に加えて、情を知らない多数のアルバイトを道具とした点に着目し、背後の首謀者による行為の一体的評価が可能であるとして、包括一罪性を根拠付けたものである。

6 以上、本論文は、従来の学説・判例が、複数行為の一体性と分割処理の当否を、上述したテーマごとに論じてきたのに対して、犯罪論上の段階的差異にも留意しつつ、統一的な判断基準を提起しようとした点で、現在の学界水準からみても、犯罪論の進展に資するものであり、そのことは、同一のテーマを取り上げた多数の学術論文により、本論文が主要文献として引用・紹介される点からも明らかである。以上、本論文には、なお表現上の未熟さや不十分な省察が散見されるものの、学位（法学）を授与するに足りる内容であると判断できる。