

# 「一連の行為」論について

## ——全体的考察の意義と限界——

深 町 晋 也

- I 問題の所在
- II 構成要件段階における「一連の行為」
- III 違法阻却段階における「一連の行為」
- IV 責任阻却段階における「一連の行為」
- V 「一連の行為」の意義と限界
- VI おわりに

### I 問題の所在

わが国の判例・裁判例において、結果発生との関係で複数の行為<sup>1)</sup>が問題となる場合に、そうした複数の行為を「一連の行為」と把握しつつ、全体的な考察を行うという議論手法は古くから存在していた<sup>2)</sup>が、こうした議論手法について学説が積極的に検討を加えるようになったのは、むしろ比較的最近になってからである。こうした積極的な検討を促したのは、ベランダ転落事件<sup>3)</sup>、クロロホルム事件<sup>4)</sup>などの一連の判例・裁判例であり、また、いわゆる量的過剰・質的過剰をめぐる一連の判例・裁判例<sup>5)</sup>もまた、こうした検討の対象とさ

1) そもそも、複数の行為として把握すべきか否かが問題となるが、ここでは取り敢えず、自然的な観察によれば1個の行為とは見られない場合を指すことにする。但し、判例・裁判例においては、「一連の行為」となるか否かが判断されるべき第1暴行、第2暴行につき、そもそも第1暴行あるいは第2暴行それぞれ自体が複数の行為から成り立っているような場合もあり（例えば、東京地判平成6・7・15判タ891号264頁）、実際には行為記述の問題はより複雑である。

2) 例えば、量的過剰をめぐる議論につき、最判昭和34・2・5刑集13巻1号1頁参照。

3) 東京高判平成13・2・20判時1756号162頁（以下、ベランダ転落事件判決と呼ぶ）。

4) 最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁（以下、クロロホルム事件決定と呼ぶ）。

れている。しかし、学説においては、判例・裁判例の議論手法それ自体を緻密に分析するというよりは、専ら学説の関心に基づいて批判的に検討を加えるものが多いように思われる。もちろん、学説による判例の批判的検討の重要性<sup>6)</sup>を否定するものではないが、その前提として、判例・裁判例がいかなる意図に基づいて「一連の行為」論に依拠しているのかを、問題となる局面ごとに緻密に分析し、そうした議論手法の意義及び限界を示すことが、まづもって学説には要求されているように思われる<sup>7)</sup>。

このような観点から、「一連の行為」に基づく全体的考察という概念が判例・裁判例においていかなる局面において用いられているか<sup>8)</sup>を概観すると、大まかに言って3つの類型に分けられる。第1に、複数の行為から法益侵害結果が発生したような場合に、「一連の行為」と法益侵害結果との因果関係が肯定されるか否かという局面<sup>9)</sup>（構成要件段階における「一連の行為」）がある。第2に、量的過剰事例あるいは継続犯において、「一連の行為」から生じた結果について全体として過剰防衛あるいは違法とする局面<sup>10)</sup>（違法阻却段階における「一連の行為」）がある。第3に、原因において自由な行為の事例において、「一連の行為」から生じた結果について全体として責任を問う局面<sup>11)</sup>（責任阻

5) 最決平成20・6・25刑集62巻6号1859頁（以下、平成20年決定と呼ぶ）、最決平成21・2・24刑集63巻2号1頁（以下、平成21年決定と呼ぶ）。

6) こうした観点から特に重要なものとして、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（2007年）に掲載された諸論文、特に第1章、第3章、第5章、第7章、第8章を参照。

7) したがって、本稿は、学説の議論を網羅的に検討するといった方法を採用しない。学説の引用についても最低限に留めていることを予めご了解戴きたい。

8) このような視点から「一連の行為」論について検討するものとして、島田聡一郎「実行為という概念について」刑法雑誌45巻2号（2006年）60頁以下参照。

9) ベランダ転落事件判決がこれに当たる。なお、「一連の行為」よりはやや広いように見えるものの、実際には同様の議論をしている判例として、最決平成16・10・19刑集58巻7号645頁（以下、トレラー事件決定と呼ぶ）も参照。

10) 過剰防衛に関しては、平成20年決定や平成21年決定がこれに当たる。継続犯に関しては、最決平成17・11・8刑集59巻9号1449頁（以下、平成17年決定と呼ぶ）がこれに当たる。

11) 大阪地判昭和58・3・18判時1086号158頁や東京高判平成6・7・12判時1518号148頁がこれに当たる。

却段階における「一連の行為」がある。本稿では以下、これらの各局面において、「一連の行為」論がいかなる意義・機能を有しているのかを分析し、更に、そのような意義・機能を認めるべき理論的根拠があるかを論じることにする。

## Ⅱ 構成要件段階における「一連の行為」

### 1 「一連の行為」が問題となる判例・裁判例の分析

(1) 「一連の行為」論を検討する上で、まず採り上げなければならないのは、ベランダ転落事件であろう。本件の事実の概要は以下の通りである。被告人Xは、出刃包丁で被害者A女の胸部付近を数回刺突した後、A女がベランダに飛出し逃げて行ったので後を追いつけ、ベランダの手すり伝いに隣室へ逃げ込もうとしているA女を見て、部屋の中に連れ戻してガス中毒死させるという気持ちから、A女の腕を掴もうとして手を伸ばしたところ、同女がベランダから転落して死亡した。東京高裁は、「Xの犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その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A女を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していた」と認定しつつ、「ベランダの手すり上にいるA女を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいえない」が、本件においては、Xとしては、A女を掴まえ、X方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、A女としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどしてXから逃れようとしたものであるとし、「刺突行為からA女を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、Xには具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、A女を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない」と判示して、かかる一連の行為と死亡結果との間の因果関係を肯定し、殺人既遂罪の成立を認めた。

東京高裁の採用したロジックは、以下の2点に集約されよう。すなわち、①第2行為は、「ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為」として「殺害行為の一部」であるとしており、ガス中毒死させるために掴まえる行為であるからこそそれ自体も殺害行為の一部であり、したがって、第2行為の時点においても殺意が認められるとの判断を示している。そして、②A女を刺突する行為(第1行為)とA女を掴まえようとする行為(第2行為)とを「一連の行為」と見ることができるかを判断している。このような判断を支える上で重要な点は、刺し殺す→出血死させる→ガス中毒死させるという形で、殺害方法は変わりつつも「殺意が継続」しているか否かである。このロジックにおいては、①の判断が肯定されて初めて、②の判断が肯定されるという関係にある。

しかし、このようなロジックには以下のような疑問が生じる。すなわち、東京高裁は、連れ戻しのためにA女を掴まえようとする行為自体を単独に評価すると、一般的には殺人罪の実行行為とは言い難いとしているが、他方で、前述の①の判断を肯定している以上、第2行為の時点で殺意があることは否定できない。とすると、A女を掴まえる行為自体を殺人の実行行為と認めることも不可能ではないように思われる<sup>12)</sup>。それにも拘らず、東京高裁は、刺突行為とA女を掴まえる行為とを「一連の行為」と見た上で、こうした一連の行為と死亡結果との因果関係の存否を判断している。これはなぜであろうか。この疑問に答えるためには、2つの問いに答える必要があろう。すなわち、①'そもそも前述の①の判断がなぜ肯定されるのであろうか。すなわち、掴まえる行為自体で死の結果を生じさせようとは思っていないにも拘らず、殺人の故意を認めることができるのかが問題となる。これは、学説においては「早すぎた構成要件実現」として論じられてきた問題領域である。次に、②'殺人の故意が第2行為において認められるとした場合、なぜ第1行為と共に「一連の行為」と記

12) 例えば、手すりから引き離して突き落とすつもりで掴まえようとしたところ、A女が逃げようとして手すりから誤って転落死したような事例であれば、因果関係の錯誤は問題となるにしろ、掴まえる行為を殺人罪の実行行為とすることにはさほど異論は生じないであろう。岡野光雄・平成13年度重要判例解説(2002年)149頁以下も参照。

述される必要があるのが問題となる。これは要するに、なぜ第2行為のみでは殺人罪の実行行為として十分だとは理解されていないのかという問題である。この2つの問題を巡っては、ベランダ転落事件判決の後に示された最高裁の判断が重要となるので、以下検討を加える。

(2) まず、前述の①'の問題を巡っては、クロロホルム事件決定の検討が必要となる。本件の事実の概要は以下の通りである。被告人Xは、被害者Aの妻がAを事故死に見せかけて殺害し生命保険金を詐取したいと考えてAの殺害を依頼したのを引き受けて、更に実行犯3人を仲間に加えた。Xは、実行犯3名の乗った自動車をAの運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装ってAを自車に誘い込み、クロロホルムを使ってAを失神させた上、近くの港から海に転落させてでき死させることにした。実行犯3名は、路上において、計画どおり、示談交渉を装ってAを自車の助手席に誘い入れた。午後9時30分ころ、実行犯の一人が、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをAの背後からその鼻口部に押し当て、もう一人もその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてAを昏倒させた（以下、この行為を「第1行為」という）。その後、実行犯3名は、Aを約2km離れた港まで運んだが、Xを呼び寄せた上でAを海中に転落させることにし、Xが到着した午後11時30分ころ、X及び実行犯3名は、ぐったりとして動かないAをA使用車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（以下、この行為を「第2行為」という）。Aの死因は、でき水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できない。Aは、第2行為の前の時点で、第1行為により死亡していた可能性がある。X及び実行犯3名は、第1行為自体によってAが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、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。

最高裁は、以上の事実関係の下、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上、その失神状態を利用して、A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行為は第2

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、第1行為に成功した場合、それ以降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近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罪の実行の着手があった」(要旨1)として、更に、「また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてA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A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(要旨2)から、殺人既遂が成立するとした。

最高裁のロジックは、第1行為の時点で「実行の着手」を認めることができれば、たとえ第1行為から直接的に結果が惹起された場合であっても殺人既遂が成立するというものであり、実行行為から結果が発生すれば(因果関係の錯誤の問題は残るものの基本的に)故意既遂犯を認める伝統的通説の立場<sup>13)</sup>と軌を一にするものとも考えられる<sup>14)</sup>。しかし、仮に伝統的通説が、実行行為から結果が生じた以上、基本的に行為者の主観面はもはや考慮しないというのであれば、必ずしも最高裁のロジックとは一致しないものと考えられる。最高裁はあくまでも要旨1を前提として要旨2を示しており<sup>15)</sup>、要旨2において直ちに「一連の殺人行為」に言及することができるのは、要旨1において既に第1行為と第2行為との密接な関連性に言及しているからに他ならない。とすれば、要旨2において問題となっている行為者の主観面とは、単に自己の行為によるAの死亡結果を認識していることではなく、「(要旨1で論じたような第1行為と第2行為との密接な関連性を前提として判断される)一連の殺人行為によってA

13) 安田拓人・平成16年度重要判例解説(2005年)158頁参照。

14) 山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』(2008年)85頁以下、橋爪隆・ジュリスト1321号(2006年)237頁、島田聡一郎「早すぎた結果発生」刑法の争点(2007年)66頁、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)235頁。

15) 橋爪・前掲注14)235頁。

を死なせること」である。こうした主観面が「殺人の故意として欠けるところはな」と判断されているのであるから、問題の核心は、なぜこのような主観面であれば殺人の故意として十分なのか、に他ならない<sup>16)</sup>。更に明確に言えば、行為者が第2行為を留保しているような事例であっても、「一連の実行行為」の認識さえあれば故意を認めることができるとすれば、なぜこのような認識で足りるのが問題となる。この点は後に検討することにした。

(3) 次に、②'の問題を巡っては、トレーラー事件決定の検討が必要となる<sup>17)</sup>。本件の事実の概要は以下の通りである。被告人Xは、自動車を運転し、片側3車線の高速道路を走行していたが、大型トレーラーを運転して同方向に向かっていたAの運転態度に立腹し、A車を停止させてAに文句を言って謝罪させようと考え、パッシング、ウィンカーの点滅、幅寄せなどをしてAに停止するよう求めた。これに対し、Aは、当初は争いを回避しようとしていたものの、Xが執ように停止を求めてくるので、相手から話を聞こうと考えるに至り、X車の減速に合わせて減速し、午前6時ころ、Xが追越車線である第3通行帯に自車を停止させると、X車の後方約5.5メートル地点に車を停止させた（なお、当時は夜明け前で、現場付近は照明設備のない暗い場所であり、相応の交通量があった）。Xは、A車まで歩いて行き、A車の運転席ドア付近で怒鳴り、Aが運転席ドアを少し開けたところ、ドアを更に開けてステップに上がり、エンジンキーに手を伸ばしたり、Aの顔面を手拳で殴打したりしたため、Aはエンジンキーを取り上げられることを恐れ、キーボックスから抜いてズボンのポケットに入れた。さらにXは、Aを運転席から引きずり出してAの腰部等を足蹴りするなどした。Xが上記暴行を加えていた午前6時7分ころ、現場付近道路の第3通行帯を進行していたB運転の自動車及びC運転の自動車は、それぞれA車を避けようとして第2通行帯に車線変更したが、C車がB車に追突したので、C車は第3通行帯の被告人車の前方約17.4メートルの地点に、B車はC

16) したがって、問題はあくまでも故意の有無に存する。島田・前掲注14) 66頁参照。

17) トレーラー事件決定については、既に深町晋也・ジュリスト1347号（2007年）78頁以下で検討を加えており、そこに参考文献も示してあるので参照されたい。

車の前方約4.9メートルの地点に、それぞれ停止した。C車から同乗者Dらが降りてきたので、Xは暴行を止めて携帯電話で知人に電話をかけ、Aは自車に戻った。それから、XはDらに近づいて声を掛け、A車に共に歩いていったが、Aは、Dらを被告人の仲間と思い、Dらから声を掛けられても無言で運転席に座っていた。Xが午前6時17、18分ごろに現場から立ち去った後、Aは自車を発進させようとしたものの、エンジンキーが見付からなかったため、Xに投棄されたものと誤信して、Dらと共に付近を捜したが、結局自分のズボンのポケットに入っていたのを発見して、エンジンを始動させた。しかし、前方にB車及びC車が停止していたため、自車を第3通行帯で十分に加速して安全に発進させるには進路を空けてもらう必要があると考え、自車から降りてC車に向かって歩き始めた午前6時25分ごろ、A車後部に、同通行帯を進行してきた自動車と衝突し、同車の運転手及び同乗者3名が死亡し、同乗者1名が全治約3か月の重傷を負った。

最高裁は、以上の事実関係の下、「Aに文句を言い謝罪させるため、夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯上に自車及びA車を停止させたというXの本件過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたというべきである。そして、本件事故は、Xの上記過失行為の後、Aが、自らエンジンキーをズボンのポケットに入れたことを失念し周囲を捜すなどして、X車が本件現場を走り去ってから7、8分後まで、危険な本件現場に自車を停止させ続けたことなど、少なからぬ他人の行動等が介在して発生したものであるが、それらはXの上記過失行為及びこれと密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたものであったといえる。そうすると、Xの過失行為と被害者らの死傷との間には因果関係があるというべきである」と判示した。

従来から最高裁は、被害者や第三者の不適切な行為が介在した場合でも、それが行為者の行為によって「誘発」された場合にはなお因果関係を認めているが<sup>18)</sup>、本決定においては、行為者の行為として想定されているのが、「夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯上に自車及びA車を停止させたというXの本件

過失行為」（第1行為）のみならず、「これと密接に関連してされた一連の暴行等」（第2行為）も含まれている。すなわち、第1行為のみならず、それと密接に関連する第2行為まで考慮して初めて、「誘発」する行為として認めることができるかと判断している。ここでは必ずしも「一連の行為」という概念は用いられてはいないものの、実質的には、本決定は、「自転車及びA車を停止させて（第1行為）その状態を継続させた（第2行為）一連の行為」が過失行為であると理解しているものと思われる<sup>19)</sup>。しかし、このような理解を採用するのであれば、いわゆる直近過失論からすれば第2行為こそが結果発生に直近する過失として、第2行為のみを過失行為として認めれば十分とも思われる。すなわち、本件では、Xが現場を立ち去った後もAがなお現場に留まっていたからこそ当該事故が起きて被害者が死傷したのだとすれば、Aが現場に留まり続ける状況を作り出した第2行為こそが過失行為であるとも構成し得る<sup>20)</sup>。それにも拘らず本決定がこうした構成を採用しないのはなぜであろうか。結論から述べると、本件においてAの不適切な行為を「誘発」した行為を記述するためには、第2行為のみでも第1行為のみでも不十分であり、第1行為及び第2行為が合わさって初めて可能となると解されているからである。すなわち、Aがなぜ高速道路の第3通行帯に自転車を停め続けたかと言えば、第1行為によりAの心理に圧迫的な影響を与えた後、更に第2行為によって圧迫的影響を与え続けたからである。この両者の影響が相俟って初めて、Aの不適切な行動が「誘

18) 最決平成4・12・17刑集46巻9号683頁（いわゆる夜間潜水事件）。これに関しては、既に深町晋也・ジュリスト1182号（2000年）97頁以下で検討を加えている。

19) このような判断を正面から行わなかったのは、第2行為がAに対する暴行という故意行為であったからであろう。しかし、本件で問題となる過失はあくまでも死傷した被害者に対するものであって、Aに対するものではない（島田・前掲注8）73頁参照）以上、一連の過失行為として構成することの妨げにはならない。

20) このような構成を採用すると、第2行為がそれ自体としては暴行という故意行為であるため、判例が採用するとされるいわゆる（抽象的）法定的符合説のロジックからすれば、傷害致死罪が成立する可能性がなくもない（松宮孝明・判時1934号〔判評571号〕214頁）。しかし、このような帰結を回避しようとしたと解するよりは、そもそも第2行為のみを独立に取り出す視点そのものが存在しなかったのだと理解すべきであろう。

発」されたと記述することが可能となるため、本決定は実質的に「一連の行為」論を採用したのだと解するべきであろう。

また、ベランダ転落事件においても同様の説明が妥当する。すなわち、被害者がベランダから転落したのは、被告人が掴まえようとしたからでもあるが、そもそも被害者が被告人から逃げようと心理的に圧迫された（更には身体に重傷を負った）からこそこうした事態が生じたのであって、それを記述するためには、被告人の刺突行為にも言及する必要がある。以上のように解すれば、ベランダ転落事件判決が、第1行為と第2行為とを「一連の行為」と捉えたことも十分に理解できる。

このような、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）は、しかしながら従来の判例・裁判例においても既に認められていた。例えば、被害者が被告人から「暴行」（第1行為）されるだけでなく、その後逃げ出したところを「追跡」（第2行為）され、その結果として被害者が不適切な行動を取り、死傷結果が生じたようないわゆる「追跡事例」においては、傷害（致死）罪の成立を判断するに当たり、被告人の暴行行為のみならず、その後の追跡行為についても言及した上で死傷結果との因果関係が判断されている<sup>21)</sup>。追跡行為それ自体を傷害（致死）罪における実行行為と見ることは通常は困難である<sup>22)</sup>ことからすれば、第2行為をそれ自体として実行行為と理解することが可能であるトレーラー事件よりも更に結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能が認められているとも言える<sup>23)</sup>。

しかし、一旦このような「拡大適用」を認めると、その歯止めをいかに設定するかが問題となる。この点を考察する上で重要な判例を次に検討することにする。

21) こうした裁判例については、深町・前掲注17) 80頁参照。

22) 追跡行為自体を暴行と認めたものとしては東京高判平成16・12・1判時1920号154頁があるが、この事案では、被告人は自動車で高速度を出して被害者を追跡し、幅寄せ行為や進路妨害行為を繰り返している。

## 2 「一連の行為」論の拡大適用

(1) 結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能が更に拡大適用されているものとして特に挙げなければならないのは、強姦・強制わいせつ致死傷（刑法 181 条）を巡る判例・裁判例である。近時、この問題に関して最高裁の判断<sup>24)</sup>が示された。本件の事実の概要は以下の通りである。被告人 X は、深夜、被害者 A 宅に侵入し、就寝中の A が熟睡のため心神喪失状態であることに乗じ、その下着の上から陰部を手指でもてあそび、もって、人の心神喪失に乗じてわいせつな行為をしたが、これに気付いて覚せいした A が、X に対し、「お前、だれやねん。」などと強い口調で問いただすとともに、X 着用の T シャツ背部を両手でつかんだところ、被告人は、その場から逃走するため、被害者を引きずったり、自己の上半身を左右に激しくひねるなどし、その結果、A に対し、右中指挫創、右足第 1 趾挫創の傷害を負わせた。

最高裁は、以上の事実関係の下、「被告人は、被害者が覚せいし、被告人の T シャツをつかむなどしたことによって、わいせつな行為を行う意思を喪失した後に、その場から逃走するため、被害者に対して暴行を加えたものであるが、被告人のこのような暴行は、上記準強制わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた上記被害者の傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する」と判示した。

以上の最高裁の判断のうち、刑法 181 条の実行行為である準強制わいせつ行為（第 1 行為）に「随伴する」行為としての（すなわち、それ自体としては刑法 181 条の実行行為とは言えない）暴行行為（第 2 行為）から生じた致傷結果につ

---

23) 更に言えば、こうした機能を認める以上は、伝統的通説が理解するような意味での実行行為論に拘泥することはもはや不可能であるとも言える。というのは、実行行為以外の行為をも含んだ形で「結果を惹起する行為」を記述せざるを得ないからである。もちろん、「追跡事例」においてもこうした機能を認めず、あくまでも「追跡」行為は介在事情に過ぎないと言うのであれば理論的には一貫するが、従来、学説の側からそこまで徹底した主張は殆どなされていなかったのは、こうした機能を否定することが困難であることを示しているように思われる。

24) 最決平成 20・1・22 刑集 62 卷 1 号 1 頁。

いても刑法181条の成立を認めるという点は、古くから判例において認められているものである。既に大判明治44・6・29刑録17輯1330頁は、被告人が姦淫しようと被害者を押し倒してその上に乗り掛かったところ、被害者が大声を出して掴みかかってくるなどして激しく抵抗したため、被告人は被害者の手を引っ搔いて被害者が手を離れた隙に逃走した事案において、「結果が必ずしも猥褻姦淫の行為自体若くは猥褻姦淫罪の手段たる暴行脅迫の行為に因りて発生することを要せず」とし、「死傷を惹起したる行為が猥褻姦淫罪に随伴するに於ては其目的が犯罪を遂行する為めなると又犯罪を免るためなるとを問うところなし」と判示し、その後の判例・裁判例も基本的にこの判断に従っている<sup>25)</sup>。こうした判例・裁判例は、第1行為に随伴する第2行為から生じた死傷結果についても刑法181条の成立を認めることで、結果惹起の根拠となるべき行為を拡張していると見ることができる。もちろん、ここでは第2行為のみから結果が生じているのであるが、第2行為のみでは刑法181条の成立を基礎付けることができないため、第1行為との随伴性を根拠として、いわば「拡張された一連の行為」から結果が生じたものと考えている<sup>26)</sup>のだと思われる。

(2) しかし、このような「拡大適用」は、これまでに検討してきた判例と比べてもやや異質な点を含んでいるように思われる。第1に、構成要件段階において、これまでの判例が「一連の行為」に言及しているのは、基本的には第1行為と第2行為とが相俟って結果が発生しているような事案である。第1行為のみ、あるいは第2行為のみで結果惹起を根拠付けることが可能であれば、そ

25) 近時では、電車内で強制わいせつ行為を終了した後、車外に逃走して逮捕を免れる目的で、暴行を加えた結果、被害者に傷害を負わせた事案について、強制わいせつ致傷罪の成立を認めた東京高判平成12・2・21判時1740号107頁参照(但し、この事案の第1審は強制わいせつ致傷罪の成立を否定し、強制わいせつ罪と傷害罪の併合罪としている)。

26) 大阪高判昭和62・3・19判時1236号156頁では、姦淫行為が既遂に達した後に被害者から後頭部を強打される抵抗を受けたという事案で、「その際被告人が既に姦淫の意思を喪失して専ら逃走を容易にしようとの意思であったにすぎないとしても、時間的及び場所的關係において、それに先立つ姦淫目的の暴行脅迫と接着して行われているのであって、逃走のための行為として通常随伴する行為の關係にあるとみられ、これらを一体として当該姦淫の犯罪行為が成立するとみるべき」としている。

れのみを取り出して評価すべきとも言え、こうした局面においてまで「一連の行為」論に依拠するのはいわば過剰適用ではないかが問題となる。第2に、これまでの判例が「一連の行為」に言及しているのは、第1行為と第2行為とが同一の犯意に裏打ちされているような事案である。しかし、「随伴する行為」として認められるためには、必ずしもこうした犯意の同一性は要求されていないように思われる。というのは、前出最決平成20・1・22の事案のように、姦淫・わいせつ意思を放棄して逃走意思が生じた事案であってなお「随伴する行為」とされているからである。こうした「拡大適用」の可否を決するためには、そもそも「一連の行為」論をどのような根拠で、どの範囲で認めるべきかについての検討が不可欠である。この点は後に検討することにしたい。

### Ⅲ 違法阻却段階における「一連の行為」

#### 1 過剰防衛における「一連の行為」

(1) 過剰防衛において、「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法が特に妥当するとされてきたのは、いわゆる量的過剰の事案についてである。量的過剰とは、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、侵害が終了した後もなお反撃を行ったという場合であり、当初の反撃は正当防衛（あるいは過剰防衛）なのに対して、侵害終了後の反撃は完全な犯罪であるとも思えるところ、両者を全体的に考察して1個の過剰防衛を成立させるというものである。例えば、前出最判昭和34・2・5は、喧嘩の仲裁をされたことに腹を立てた被害者が自宅を訪ねてきて、置いてあった屋根鉋で攻撃を仕掛けてきたため、被告人は鉋で被害者の頭部に一撃を加え、被害者が転倒した後に更に鉋で3、4回にわたり頭部を切りつけて殺害したという事案において、「被告人の本件一連の行為は、それ自体が全体として、その際の状況に照らして、刑法36条1項にいわゆる『已むことを得ざるに出てたる行為』とはいえないのであって、却って同条2項にいわゆる「防衛の程度を超えたる行為」に該るとして、これを有罪とした原審の判断は正当である」と判示した。

ここで、原審は、第1審が当初の反撃につき刑法36条1項を、被害者が転

倒した後の反撃につき盗犯等防止法1条2項をそれぞれ適用して被告人を無罪としたのに対して、本件反撃は全体として1個の過剰防衛であるとしたのであるから、むしろ被告人を処罰する方向の議論として「一連の行為」論に基づく全体的考察という手法を用いたことになる。しかし、基本的には、侵害終了後の反撃行為をも含めて過剰防衛と評価しようという点がメリットとして評価されたため、学説においてもかかる議論手法は受け容れられて来た。そして、学説においては、急迫不正の侵害終了後の反撃行為をも含めて過剰防衛と評価しようの根拠につき、過剰防衛の本質論ないし刑の減免根拠論から検討を加えるという方向に進んでいったのである<sup>27)</sup>。

(2) しかし、判例・裁判例においては、そもそも量的過剰の事案に限って「一連の行為」論を用いるという発想はなかったように思われる。すなわち、主として量的過剰の事例を念頭に置きつつ、過剰防衛の本質論という観点からアプローチをしてきた学説は、最初から判例・裁判例とはずれたところで議論をしていたのである<sup>28)</sup>。例えば、過剰避難についてではあるが、東京高判昭和57・11・29刑月14巻11=12号804頁は、酒乱の弟からの攻撃を避けるために被告人が酒気帯びで自動車を運転した事案につき、橋を渡って市街地に入った後は、弟車両の追跡を確かめることが不可能ではなく、適当な場所で運転をやめて電話連絡などの方法で警察の助けを求めることが不可能ではなかったとして、「被告人の一連の避難行為が一部過剰なものを含むことは否定できない」が、本件行為を分断してその刑責を決するのは妥当ではなく、「全体としての刑責の有無を決すべき」とし、「自己の生命、身体に対する現在の危難を避けるためにやむを得ず行なったものではあるが、その程度を超えた」と判示している。この事案では、橋を渡って市街地に入った後についてもなお「現在の危難」は存在するとされており、したがって量的過剰の事案ではない<sup>29)</sup>。

27) 例えば、西田典之『刑法総論』(2006年)167頁を参照。

28) この点については、V3(3)参照。但し、古い判例においては、むしろ過剰防衛の本質論ないし刑の減免根拠論からのアプローチに親和的と見られるものが、量的過剰の事例について存在する。大判大正14・12・15法律新聞2524号5頁参照。

しかしながら、なお「一連の避難行為」として全体的考察を行うという議論手法が採用されているのである。

量的過剰の事案でなくとも「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法を採用することを明らかにした判例が、以下に述べる最判平成9・6・16刑集51巻5号435頁<sup>30)</sup>である。本件の事実の概要は以下の通りである。被告人Xは、文化住宅の一室に居住していたものであり、別室に居住する被害者Aと日ごろから折り合いが悪かったところ、ある日、共同便所で小用を足していた際、突然背後からAに鉄パイプで頭部を一回殴打された。続けて鉄パイプを振りかぶったAに対し、Xは、それを取り上げようとしてつかみ掛かり、Aともみ合いとなり、Aから鉄パイプを取り上げたが、Aが両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで1回殴打した（第1暴行）。そして、再度もみ合いになって、AがXから鉄パイプを取り戻し、それを振り上げてXを殴打しようとしたため、Xは、1階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。Xは、階段上の踊り場まで至った際、背後で風を切る気配がしたので振り返ったところ、Aは、転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていた。しかし、Aがなおも鉄パイプを手握っているのを見て、Xは、Aに近づいてその左足を持ち上げ、Aを手すりの外側に追い落とし、その結果、Aは、手すり上端から約4メートル下のコンクリート道路上に転落した（第2暴行）。Aは、Xの一連の暴行により、入院加療約3ヶ月を要する頭部打撲挫創、腰椎圧迫骨折等の傷害を負った。

最高裁は、以上の事実関係の下、「被告人がAに対しその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及んだ当時、同人の急迫不正の侵害及び被告人の防衛の意思はいずれも存していたと認めるのが相当である」としつつ、「Aの被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を1回殴打した上、引き続きそ

29) 但し、法益侵害行為によらない回避手段が存在するという意味では、単に補充性を欠く場合とは異なり、量的過剰に位置づけることも不可能ではないであろう。曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（2008年）106頁〔鈴木優典〕参照。

30) 以下、平成9年判決と呼ぶ。

れで殴り掛かろうとしたというものであり、Aが手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人のAに対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約4メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一步間違えばAの死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプでAの頭部を1回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない」として、1個の過剰防衛が成立すると判示した。この事案では、第1暴行について正当防衛、第2暴行について過剰防衛が成立すると解した方がむしろ被告人にとっては有利になるとと思われる。ところ、最高裁はそのような場合であっても「一連の行為」論に基づく全体的考察という手法を採用したのである。

このような議論手法をより具体的に説明すると以下のようなになる。すなわち、過剰防衛の局面における「一連の行為」論においては、構成要件段階で既に認められた、結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能の裏面として、「一連の行為」から結果が発生したと記述すれば足りることになり（すなわち、「一連の行為」のうちどの段階で結果が惹起されたかを明確に特定しないで済ませることが許容され）、したがって、「一連の行為」の一部に完全に正当化される行為があるとしても、その行為から結果が生じたとは特定されていない以上、「一連の行為」の全体が正当化されない限り、なお、発生した結果との関係で「一連の行為」を全体として違法な行為として扱うことが出来るという機能が認められているのである。

(3) こうした、被告人に有利となるか不利となるかを問わず、「一連の行為」論に依拠するという態度を徹底させたのが、次に検討する平成21年決定<sup>31)</sup>である。本件の事実の概要は以下の通りである。覚せい剤取締法違反の罪で起訴され、拘置所に勾留されていた被告人Xは、同拘置所内の居室において、同室の被害者AがXに向けて折り畳み机を押し倒してきたため、Xはその反撃とし

---

31) 前掲・注5) 参照。

て本件机を押し返し（第1暴行）、更に本件机に当たって押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になったAに対し、その顔面を手けんで数回殴打した（第2暴行）が、生じた傷害と直接の因果関係を有するのは第1暴行のみであった。最高裁は、以上の事実関係の下、「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。

平成21年決定は、平成20年決定<sup>32)</sup>と同様に、「同一の防衛の意思」の存否が「一連の行為」として全体的考察を行うことができるか否かを決定する要素として重要となることを示しつつ<sup>33)</sup>、第1暴行から傷害結果が生じた場合であっても、第2暴行と「一連の行為」として評価しつつ、全体的考察により1個の過剰防衛が成立するとしている。ここで、平成21年決定は、第1暴行それ自体について正当防衛が成立するか否かを明言していないが、全体的考察を行う場合にはこうした考慮は一切不要だとする趣旨ではないであろう。というのは、「本件傷害は、違法性のない第1暴行によって生じたものであるから、第2暴行が防衛手段としての相当性の範囲を逸脱していたとしても、過剰防衛による傷害罪が成立する余地はなく、暴行罪が成立するに過ぎない」旨の上告趣意に対して、「所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りる」と判示しているからである。すなわち、「有利な情状」として考慮するためには、第1暴行により生じた傷害について正当防衛が成立するか否かについても検討する必要がある、本件の事情からすれば、第1暴行について生じた傷害についてのみを単独に評価する限り、正当防衛として完全に違法性が阻却される余地が十分にあると言うべきであろう。とすると、平成21年決定は、それ自体としては正当防衛が成立する可能性のある第1暴行と、それ自体として過剰防衛となる第2暴行とを全体的に評価し、専ら第1暴行から生じた傷害結果を理由

32) 前掲・注5) 参照。

33) 「一連の行為」の判断基準や理論的根拠の検討は、後述Vを参照。

として1個の傷害罪の成立を認め、それに対して過剰防衛を適用していることになる。

しかし、このような帰結は、「一連の行為」論に基づき全体的考察を行っている従来の判例・裁判例とはやや異質である。例えば、平成9年判決においては、(正当防衛が成立するであろう)第1暴行から生じた傷害(頭部打撲挫創)と比べても、(過剰防衛が成立する)第2暴行から生じた傷害(腰椎骨折)の方が重大であることが窺われる。また、下級審裁判例においても、①被害者が被告人の顔面を殴るなどしてきたため、被告人が被害者の顔面を強く殴打して床にしりもちをつかせたが(第1行為)、更に被害者が攻撃を続行する動作をしたことから、被害者の顔面を足で蹴り、更にその顔面や腹部等を蹴るなどして(第2行為)被害者を死亡させた事案<sup>34)</sup>、②被害者が突然鉄棒で殴りかかってきたため、被告人が被害者を投げ倒して鉄棒を奪い、被害者の頭部に一撃を加えたが(第1行為)、なおも被害者がひるまず立ち上がって立ち向かってきたため、更に鉄棒で頭部を複数回殴打し、倒れた被害者を複数回殴打した(第2行為)ことによって加療6週間の傷害を負わせた事案<sup>35)</sup>、③被害者に馬乗りになって電気アイロンで殴打されたため、被告人が垂れ下がっていたアイロンのコードで被害者の首を絞め(第1行為)、被害者が倒れた後も更にコードで首を絞めて(第2行為)殺害した事案<sup>36)</sup>、④被害者2名が被告人の自宅に突然侵入して来て攻撃をして来たため、このままでは自分が殺害されると思ってその腹部などを刺し(第1行為)、その後両名が倒れた後に更に背部、胸部、腹部等を多数回刺突して(第2行為)殺害した事案<sup>37)</sup>など<sup>38)</sup>はいずれも、第2行為

34) 東京高判昭和55・11・12判時1023号134頁。

35) 大阪高判昭和58・10・21判時1113号142頁。

36) 京都地判昭和57・2・17判時1048号176頁。

37) 東京地判平成12・8・29判時1811号154頁。なお、本判決では、両行為を1個の殺人行為と評価するに当たり、「両方の刺突行為の回数、時間的長さ、態様は、多少の違いはあるものの、質的あるいは量的に明らかに差があるものではない」し、「両刺突行為の被害者死亡という結果に対する寄与の程度を比較してみても、(中略)明らかに後者が勝っているとはいえず、むしろ両者すなわち、倒れ込み以前になされた刺突行為が相当程度寄与している」ことを挙げている。

が結果発生に相当程度寄与している事案である。こうした判例・裁判例の事案と比較すると、平成 21 年決定は、「一連の行為」論をいわば過剰適用しているのではないかと疑念が生じる。すなわち、構成要件段階で問題となったのと同様に、違法阻却段階においても「過剰適用」の問題が生じていると見る事ができよう。とすれば、こうした「過剰適用」の可否を決するためには、そもそも「一連の行為」論をどのような根拠で、どの範囲で認めるべきかについての検討が不可欠である。この点は後に検討することにした。

## 2 継続犯における「一連の行為」

(1) 継続犯において、「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法を採用していると思われるのが、平成 17 年決定<sup>39)</sup>である。本件の事実の概要は以下の通りである。被告人 X は、かねて激しい反目状態にあった男性 A とのけんか抗争等に備える目的で、本件刃物（刃体の長さ約 11cm のはさみの片刃を加工して作製した刃物）をその運転する自動車のダッシュボード内に入れておき、A 運転の四輪駆動車に意図的に衝突されて自車が転覆した際、護身用に本件刃物をダッシュボードから取り出してズボンのポケットに入れて自車からはい出し、ゴルフクラブを所持した A と怒鳴り合う状態になったところ、その場にいた警察官や通行人らにより引き離され、通行人が本件刃物を X のズボンのポケットから取り出して警察官に渡したことから、警察官によりその場で本件刃物の不法携帯の容疑で現行犯人逮捕されたものである（なお、検察官は警察官が本件刃物を現認した時点における本件刃物の携帯を訴因としている）。以上の事実関係の下、最高裁は、「被告人が自動車のダッシュボード内に本件刃物を入れておいたことは不法な刃物の携帯というべきであり、その後本件刃物を護身用にポケットに移し替えて携帯したとしても、それは不法な刃物の携帯の一部と評価するのが相当であるから、本件訴因記載時点における被告人の携帯行為

38) 更に、東京高判平成 6・5・31 判時 1534 号 141 頁、富山地判平成 11・11・25 判タ 1050 号 278 頁も参照。

39) 前掲・注 10) 参照。なお、平成 17 年決定については、既に深町晋也・ジュリスト 1374 号 (2009) 104 頁以下で検討を加えており、そこに参考文献も示してあるので参照されたい。

について、違法性が阻却される余地はないと解すべきであり、原審の判断は結論において正当である。」と判示した。

平成17年決定は、原審が訴因とされた時点における携帯行為につき正当防衛の成否を検討している<sup>40)</sup>のとは対照的に、そのような検討を経ることなく、本件携帯行為に先立つ、自動車のダッシュボード内における携帯行為が不法な携帯行為であり、本件携帯行為も不法な携帯の一部と評価されるとの理由により、「違法性が阻却される余地はない」として不法携帯罪の成立を認めている<sup>41)</sup>。このような平成17年決定の趣旨をやや乱暴に一般化すると、「継続する不法な携帯行為の一部で正当防衛に当たる場面があった場合であっても、その部分を含めて携帯行為の違法性は阻却されない」とする理解を採用したものと思われる<sup>42)</sup>。その限りでは、正に「一連の行為」論に基づく全体的考察と軌を一にする理解と言える。

しかし、このようなロジックを採用することにはなお問題がある。既に批判されているように<sup>43)</sup>、このようなロジックを多少抽象化して、「継続する不法な（すなわち『正当な理由』のない）携帯行為の一部で『正当な理由』がある場面であっても、その部分を含めて携帯行為の違法性は阻却されない」と考えるのであれば、例えば、美容師が、同僚Aの才能に嫉妬したためにAの腕を怪我させようと美容室に置いてあった自己の鉋を取り出して内ポケットに入れたものの、しばらく機会をうかがっているうちに反省し、より腕を磨くために家で練習しようと思い、鉋を携帯したまま帰宅したような事例について、当初の携帯行為が「正当な理由」がないからといって、反省して家で練習しようとして鉋を持ち帰るための携帯行為についてまで、「正当な理由」がないとして違法性阻却の余地を否定することになりかねないが、その結論は必ずしも妥当ではないように思われる。

40) ちなみに、原審においては自招防衛を理由として（急迫性が欠如するために）正当防衛が成立しないとした。

41) したがって、原審の判断は「結論において」正当であると判示している。

42) 多和田隆史・法曹時報60巻5号（2008年）264頁参照。

43) 深町・前掲注39）106頁。

(2) 但し、このようなロジックは、「一連の携帯行為のうち、一部に違法な携帯行為が介在した場合には、全体として不法な携帯行為として処理する」という趣旨までも含んだものとは直ちには言えない。すなわち、当初は適法に開始された携帯が、後に違法な携帯となったからと言って、当初の携帯まで含めて全体として違法となるとまでは直ちには言えない<sup>44)</sup>。その限りでは、平成 17 年決定のロジックは、「一連の行為」論に基づく全体的考察とは一線を画しているようにも思われる。

しかし、上述のような趣旨がおよそ排斥されると断定するのもまた困難である。というのは、既に検討したように、過剰防衛に関する平成 21 年決定は、それ自体としては正当防衛が成立する可能性のある第 1 暴行と、それ自体として過剰防衛となる第 2 暴行とを全体的に評価し、専ら第 1 暴行から生じた傷害結果を理由として 1 個の傷害罪の成立を認め、それに対して過剰防衛を適用しており、このような全体的考察を継続犯の場合に推し及ぼさない保障はないからである。例えば、同じく継続犯である監禁罪において、当初の監禁行為については正当防衛が成立するが、その後の監禁行為については過剰防衛が成立する場合に、被害者が当初の監禁行為を理由として死亡したような事例を想定すると、平成 21 年決定のロジックからすれば、一連の監禁行為から死亡結果が生じたとして全体として 1 個の監禁致死罪が成立し、それに対して過剰防衛が適用されるという帰結に至るように思われる。とすれば、被害者が死亡しなかった場合においても、一連の監禁行為につき全体として 1 個の監禁罪が成立するとの帰結に至る可能性は十分想定し得るのである。しかし、このような帰結は、ただでさえ問題のある平成 17 年決定を、より問題の大きいものにしてしまうであろう。

(3) 以上のように、継続犯の場合には、「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法を採用すると、他の局面と比べてもより問題があるように思われる。その理由を端的に言えば、継続犯の場合には、第 1 行為と第 2 行為と

---

44) 深町・前掲注 39) 107 頁参照。

が相俟って結果が生じるといった事態が基本的には想定されず、当該行為ごとにそれぞれ結果が生じるからである。もちろん、例えば監禁罪では、「1年に渉る監禁」という結果は、「1年に渉る一連の監禁行為」によってもたらされたものだとも言えるが、そのような場合でも「1年に渉る監禁」という結果は対応する監禁行為との関係では任意に分断可能であって、決して一連の行為が「相俟って」結果が生じたわけではない。実際、平成17年決定の事案においては、あくまでも訴因として掲げられているのは警察官が刃物を現認した時点における携帯についてのみであり、このような切り取り方が可能であること自体、「一連の行為」論が前提としているような全体的考察になじまないことを示しているものと言えよう。

#### IV 責任阻却段階における「一連の行為」

##### 1 犯行途中に心神喪失・心神耗弱状態に陥った場合と「一連の行為」

(1) 責任阻却段階における「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法を採用する裁判例としては、大阪地判昭和58・3・18判時1086号158頁がある<sup>45)</sup>。本件の事実の概要は以下の通りである。被告人Xは、被害者A他数名と焼酎を飲み交わしていた際、BがXに何らの断りもなくCに焼酎を振舞ったことからBと口論となったが、AがBの肩を持って口論に口出ししたことにより激昂し、Aの頭部、顔面、胸部や腹部に対する暴行を行い、金網フェンス付近に転倒したAに更に暴行を加え(犯行前半部分)、その後、Aを路上に引きず

45) なお、東京高判昭和54・5・15判時937号123頁も、殺人の実行行為の途中で被告人が心神耗弱状態に陥った場合に、①責任能力に問題のない状態(犯行前半部分)で重大な加害行為に及んだこと、②以後の実行行為(犯行後半部分)が当初の殺意の継続発展として、かつ前半部分と同じ態様の加害行為を反復継続したこと、③被告人が陥った情動性朦朧状態を引き起こした精神的興奮状態は被告人が自招したこと、を挙げて「被告人に対して非難可能性の減弱を認めるべき実質的根拠」が薄弱であるとして39条2項の適用を否定し、被告人の心神耗弱の事実は量刑上の事実として斟酌されるに留まるとする。ここでは、全体的考察という概念は直接には援用されていないものの、考慮されている要素に着目すると、大阪地裁昭和58年判決と同様、「一連の行為」論に基づく全体的考察に依拠しているものと思われる。

り廻し、その顔面及び胸腹部などを殴打足蹴にするなどの暴行を加え（犯行後半部分）、Aを死亡させたが、Xは犯行後半部分の時点では酒の酔いのために錯乱状態に陥った可能性がある。以上の事実関係の下、大阪地裁は、「被告人は、本件犯行に着手した時点においてはもとより、犯行の前半部分にあたる、金網のフェンス付近に転倒した被害者に暴行を加えた段階においては、その責任能力に疑いはなかったものであるところ、その段階において被害者に加えた暴行は、優に致死の結果をもたらしうるものと認められるうえ、その後の被告人の錯乱状態は、被告人自らの飲酒及びそれに先き立つ暴行等の行動によって招かれたものであり、かつ、右状態で行われた暴行は、前段階におけるそれと態様を異にするものでもないから、本件における被告人の暴行は、その全部を一体として評価すべきであり、仮りに犯行の後半部分において、被告人がその責任能力に何らかの影響を及ぼすべき精神状態に陥っていたとしても、刑法39条1項又は2項は適用されない」と判示した。

大阪地裁昭和58年判決は、①犯行前半部分での暴行が優に致死の結果をもたらしうるものであること、②犯行後半部分の暴行は前半部分の暴行と態様を異にしないこと、③犯行後半部分の錯乱状態は被告人自らの飲酒及び犯行前半部分での暴行等によって自招されたものであること、を挙げて本件における被告人の暴行は「その全部を一体として評価すべき」としており、「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法を採用しつつ、「一連の行為」の途中に心神喪失・心神耗弱状態での行為が介在したとしても、全体として責任を阻却しないという判断を示しているものと思われる。ここで、①及び②の要素は、犯行前半部分での暴行と犯行後半部分での暴行とが相俟って被害者の死亡結果を惹起したということを基礎付けるものであり、これまで検討したように、「一連の行為」論が典型的に想定している局面である。これに対して、③の要素は、心神喪失・心神耗弱状態の「自招性」を要求するものであるが、③の要素が「一連の行為」論とどのような関係に立つのかは必ずしも判然としない。

(2) このような観点からは、以下に検討する長崎地判平成4・1・14判時1415号142頁は極めて示唆的である。簡易保険の生存剰余金の受け取りを巡

って被告人が被害者と口論になり、被告人は飲酒をしながら被害者に暴行を加え(第1行為)、更にその後に強度の暴行を加えて(第2行為)被害者を死亡させたという事案で、長崎地裁は、犯行の中核的な行為(第2行為)を行った時期には被告人は心神耗弱状態にあったことを認めつつ、本件犯行は、①同一の機会に同一の意思の発動に出たもので、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こと、②犯行開始後に更に自ら飲酒を継続したために実行行為の途中で心神耗弱状態に陥ったこと、を挙げて、「被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減軽すべき実質的根拠があるとは言いがたい」として39条2項の適用を否定し、被告人の心神耗弱の事実は量刑上斟酌すべき事情に過ぎないとした。

ここで、①の要素は事実上、「一連の実行行為」に言及するものであり、ここでもまた、大阪地裁昭和58年判決と同様、「一連の行為」論に基づく全体的考察に依拠しているものと思われる。但し、長崎地裁平成4年判決では、第2行為が致命傷を与えた行為であると認定されており、大阪地裁昭和58年判決の事案などとは異なり、第1行為と第2行為とが相俟って結果を発生させたという点がやや弱いことは否めない<sup>46)</sup>。そこで、②の要素を要求することで、いわば第2行為と第1行為との結びつきの強さを補足し、結果惹起の理由となる行為につき、第2行為のみならず第1行為をも考慮すべきと判断したものと評価することができよう。すなわち、自招性は、第1行為と第2行為との結びつきの強さ、したがって結果惹起の根拠となるべき行為として第1行為をも含めて考えることを基礎付ける一要素となるものと理解すべきであろう。

## 2 継続犯における「一連の行為」

(1) 継続犯において、実質的に「一連の行為」に基づく全体的考察という議論手法を採用していると見られるのが、大阪高判昭和56・9・30高刑集34巻3号385頁である。被告人は、昭和52年12月19日午後9時半すぎに、自宅から警察署に向かい走行中のパトカー内において、覚せい剤を所持したと

46) 曾根威彦・判時1430号(判評405号)197頁参照。

して起訴され<sup>47)</sup>、原審では完全責任能力が認められたが、大阪高裁は、「犯行日時である昭和52年12月19日午後9時半すぎころは少なくとも心神耗弱状態にあり、原判決は相当でないが、被告人は覚せい剤の使用残量を継続して所持する意思のもとに所持をはじめたものであり、責任能力があった当時の犯意が継続実現されたものといえる」として、刑法39条の適用を否定した。

ここでは、明示的には「一連の行為」論に言及してはいないものの、「継続して所持する意思」に言及しつつ、本件訴因における所持は、「責任能力があった当時の犯意が継続実現されたもの」としているところから、「一連の所持」の一部に心神喪失・心神耗弱に基づく所持が介在していたとしても、全体として責任を問う趣旨であると考えられる<sup>48)</sup>。

(2) しかし、既に論じたように<sup>49)</sup>、継続犯において「一連の行為」論に言及しつつ全体的考察という議論手法を採用することは、必ずしも妥当ではない。むしろ、この局面では、「一連の行為」論に依拠せずとも問題は解決可能である。すなわち、そもそも継続犯においては、その「成立」と「継続」とでは、必ずしも同様の主観的要件が課されているわけではない。例えば、判例においては、薬物などの所持罪を巡って、所持の「成立」の有無を判断するに際して

47) ちなみに、自己使用罪でも起訴されている。

48) これに対して、より継続犯の特殊性を正面に出して、かかる全体的考察を行うものとして、東京高判平成6・7・12判時1518号148頁参照。本判決は、「覚せい剤の所持は、いわゆる継続犯であって、訴因には一定時点のものとして掲げられたときは、罪となるべき事実としても、訴因に掲げられた時点におけるものとして認定されることになるものの、法的評価としてはその所持が続いていると認められる限り、全体にわたって考慮することを要するものと考えられる。すなわち、覚せい剤の所持は継続している間各別の時点で別罪を構成するものではなく、ある時点について裁判を経たときは、他の時点における所持にも既判力が及び、再度起訴することもできなくなるのであるから、本件におけるように、覚せい剤を所持した者が責任能力を有するかどうかについては、所持が継続していると認められる間全体にわたって考えなければならない」として、「本件所持を全体として実質的にみると、新宿警察署においては被告人が精神的に混乱を来し、錯乱状態を呈していることを考慮しても、被告人は、本件所持に当たり心神喪失の状態になかったことはもとより心神耗弱の状態にもなかったと考えられる」と判示している。

49) Ⅲ2(3)参照。

は故意の存在が厳格に要求されるのに対して、所持の「継続」の有無を判断するに際しては、必ずしもそのような態度は採られていない<sup>50)</sup>。このような理解を責任能力においても推し及ぼすとなると、所持の「成立」の段階では責任能力の有無を厳格に判断すべきなのに対して、所持の「継続」の段階では、そのような判断は不要ということになる。こうしたロジックは、あくまでも所持罪、ひいては継続犯の特殊性に由来するものであって、必ずしも「一連の行為」論を採用しなければ解決不能というわけではない。以上のように理解すると、責任阻却段階においても、継続犯の場合には「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法を採用することは妥当ではなく、またその必要もないことになる。

## V 「一連の行為」の意義と限界

### 1 「一連の行為」論の機能的意義

(1) これまでに検討してきたことから明らかなように、「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。

このような議論手法について、そもそも構成要件段階での「一連の行為」論を否定する議論もあり得るが、その趣旨を徹底することは不可能であろう。II 1(3)で検討したように、従来から「追跡事例」においては、暴行行為のみなら

50) いわゆる「忘却事例」を巡る判例においては、こうした区別が認められている。この点については、深町晋也・ジュリスト1252号(2003年)185頁以下で既に検討を加えているので、参考文献も含めて参照されたい。

ず、その後の追跡行為をも含めた形で法益侵害結果との因果関係を検討してきたのであり、こうした議論手法には特に異論はなかったのである。もちろん、このような事例においても、追跡行為は因果経過の介在事情に過ぎないと解することは可能であるが、そのように解したとしても、結局は介在事情としての追跡行為は当初の暴行行為と関連するものとして考慮したうえで因果関係の存否を判断するのであるから、「一連の行為」論を採用するのと結論においては全く異なる<sup>51)</sup>。

(2) これに対して、違法阻却段階での「一連の行為」論すなわち、「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しなくて済むということの裏返しとして、「一連の行為」の一部に完全に正当化される行為があるとしても、なお全体として違法な行為として処理するという機能については、特に平成 21 年決定を契機として、近時強い批判が向けられている<sup>52)</sup>。もちろん、従来から、量的過剰の事例を巡っては、行為によって生じた結果について違法阻却・違法減少が認められるかが問題である以上、個々の結果ごとにその成否を検討すべきであって、「一連の行為」として全体的に考察するのは妥当ではないとの批判がなされている<sup>53)</sup>が、その問題性がとりわけ顕在化したのは、やはり平成 21 年決定においてであろう。

しかし、後に検討するように、平成 21 年決定は、「一連の行為」論を過剰適

---

51) この点については、深町・前掲注 17) 82 頁参照。いわゆる行為規範・制裁規範の区別を重視する立場から、第 2 行為を実行行為と判断するか、それとも介在事情と判断するかでは規範論的に全く異なるとする批判はあり得る。このような立場からだと、第 2 行為を実行行為と解する場合には行為規範に属する（したがって事前判断に服する）のに対して、第 2 行為を介在事情と解場合には制裁規範に属する（したがって事後判断に服する）ことになる（高橋・前掲注 6）104 頁以下）。しかし、このような規範論的な分析を行うとしても、本文のように解するのであれば、結論に差異は生じないであろう。

52) 山口厚・刑事法ジャーナル 18 号（2009 年）80 頁以下。

53) 山本輝之・刑法判例百選Ⅰ総論〔第 6 版〕（2008 年）63 頁、同・平成 20 年度重要判例解説（2009 年）177 頁、橋田久・刑事法ジャーナル 16 号（2009 年）26 頁以下、林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（2008 年）202 頁以下。なお、平成 9 年判決との関係で、橋爪隆・ジュリスト 1154 号（1999 年）136 頁も参照。

用した点こそが問題であり、第1行為と第2行為とが相俟って結果を生じさせたような事例についてまで、「一連の行為」論に基づく全体的考察を否定して、分断的思考を徹底させるのは不当であろう。というのは、こうした場合についてまで分断的思考を徹底させるのであれば、例えば、第1暴行については正当防衛が成立し得るが第2暴行については過剰防衛になるといった場合で、法益侵害結果は両方の暴行が相俟って生じたような事例においては、「疑わしきは被告人の利益に」原則に従い、およそ法益侵害結果についての帰責ができないことになる<sup>54)</sup>からである。もちろん、このように割り切った判断を行う<sup>55)</sup>ことも理論的に不可能ではないが、そのように割り切るのであれば、例えば、個別の行為の侵害性は低いため、それ自体として見ると防衛手段としての相当性を備えていると言えなくもないが、そうした行為が集積すると相当性を逸脱するような事例<sup>56)</sup>や、あるいは、被告人の複数の行為のうちの一部であっても正当防衛が成立し得ると判断される事例であっても、なお同様の「割り切り」を行う必要がある。要するに、分断的思考を採用する場合には、無限の行為の分断が可能になり、そのような行為のうちの一つでも正当防衛が成立すると判断できる場合には、「疑わしきは被告人の利益に」原則が適用されることになりかねないのである。したがって、分断的思考を徹底することにはやはり問題がある。

## 2 「一連の行為」論の前提条件

(1) 以上の検討から、「一連の行為」論が有する、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）については、これを認めるべきであるが、第1行為と第2行為とが「一連の行為」か否かを判断する前提として、そもそも当該法益侵害結果を惹起した行為を記述するために、「一連の行為」に依拠する必要があるか否かの判断が先行することになる。逆に言えば、当該法益侵害結果を惹起した行為を記述するた

54) 松田俊哉・ジュリスト1385号(2009年)115頁。

55) 林幹人・判時2038号(2009年)18頁。

56) 山口・前掲注52)82頁。

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ことになる。このような観点からは、専ら第1行為のみから結果が生じたと言わざるを得ない過剰防衛に関する平成21年決定や、専ら第2行為のみから結果が生じたと言わざるを得ない強制わいせつ致傷に関する前出最決平成20・1・22は、大きな問題を含むことになる。

(2) まず、平成21年決定についてであるが、本決定の事案では、法益侵害結果として記述された傷害は、専ら第1行為のみが惹起している<sup>57)</sup>。因果の流れに沿って考えてみると、これは、第1行為によって傷害結果が生じ、その後第2行為が行われたことになり、第2行為はそもそも傷害罪の構成要件の中に包摂されないものである。これに対して、本決定は、第1行為から傷害結果が生じ、それが正当防衛として適法化されるということは、「有利な情状として考慮すれば足りる」としているが、このように情状として考慮するだけで足りると言えるのであろうか。

第1に、情状として考慮するというだけでは、罪名の持つスティグマが軽視され過ぎていると言わざるを得ない<sup>58)</sup>。すなわち、本来ならば、傷害罪とし

---

57) これに対して、平成9年判決の事案においては、法益侵害結果として記述された傷害は、第1行為によるものと第2行為によるものとの両方が含まれているため、「一連の行為」論の前提条件を充足していることになる。しかし、このことは、法益侵害結果の記述の仕方次第で大きな差異が生じることを意味し、それ自体として重大な問題である。例えば、平成21年決定においても、第2行為により些細な傷害が生じてさえいれば、第1行為によって生じた傷害と併せて「傷害結果」として記述することが可能になり、したがって「一連の行為」論の前提条件を充足してしまうことになる。このような事態を防止するためには、鑑定などを活用することで、法益侵害結果の記述を可能な限り明確化することを要求すべきであろう。それにも拘らず、なお明確にならない場合に初めて、法益侵害結果を包括的に記述することが許容されると解するべきである。以上の観点からすると、平成9年判決においても、第2行為による傷害の方がより重大であったと考えられる事案のために顕在化しなかったものの、なお第1行為による傷害（頭部打撲挫創）と第2行為による傷害（腰椎圧迫骨折）とを明確に区別した形で記述し得たのではないかとの疑問が残る。

て記述されるべき法益侵害は適法化されており、行為者は専ら第2行為を理由として、すなわち暴行罪を理由として処罰されるべきところ、傷害罪で処罰されるというのはやはり妥当とはいいがたい。

しかし、より深刻なのは第2の点、すなわち、「有利な情状として考慮すれば足りる」と言えない場合をどのように考えるかという点である。例えば、本決定の事案において、仮に第1行為によって被害者が死亡した場合を考えると、本決定のロジックに従う限り、1個の傷害致死罪が成立し、それに対して過剰防衛が適用されることになる<sup>59)</sup>が、傷害致死罪の法定刑は3年以上の懲役であり、たとえ減軽をしても暴行罪の法定刑の上限(2年)に極めて接近することになり、本件の第2行為程度の暴行罪の法定刑としては明らかに不当であろう<sup>60)</sup>。そこで、傷害致死罪の場合には本決定の射程外であるという理解<sup>61)</sup>が出てくることになるが、本決定が依拠するような「一連の行為」論の理解からは、傷害致死罪のみを別異に取り扱う論理は出てこないものと思われる<sup>62)</sup>。

以上の検討から、「有利な情状として考慮する」だけでは、本決定の帰結が有する不当さを除去することはできないことは明らかである。とすれば、やはり本決定のような事案においては、そもそも「一連の行為」論に基づく全体的考察を行う前提条件が存在しないとして、「一連の行為」論に依拠してはならないと考えるべきである<sup>63)</sup>。

(3) 次に、前出最決平成20・1・22についてであるが、法益侵害結果が専ら

58) 山口・前掲注52) 81頁。

59) なお、このような場合には、第1の点である罪名のスティグマの問題もより顕在化する。

60) かといって、このような場合に常に刑の免除を認めるとすれば、これまた不当である。

61) 松田・前掲注54) 115頁は、本決定があくまで事例判断の形式を採用したのは、傷害致死罪の場合には「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」とする。

62) もちろん、本決定の読み方としては、「有利な情状として考慮すれば足りる」とある以上は、「有利な情状として考慮しても足りない場合には別異に解する余地がある」という趣旨を読み込むことは不可能ではないし、むしろそのように本決定の射程を限定することには実務上大きな意義を認めることができるであろう。しかし、ここで論じているのは、そのような解釈を支えるべき根拠が本決定の依拠するロジックにおいて存在するのか、という点である。

第1行為のみから生じた場合とは異なり、専ら第2行為のみから生じた場合には、直ちには第2行為のみが構成要件該当性の判断対象になるとは限らない。すなわち、結果が専ら第2行為から生じたとしても、なお第1行為をも含めた形で記述しなければならない場合が想定し得るのである。それは要するに、結果を惹起したのは確かに第2行為であるとしても、そのような第2行為を基礎付けているのが第1行為であるような場合である。原因において自由な行為は、正しくそのような事例であると言えよう<sup>64)</sup>。このように解すると、本決定のような「一連の行為」の「拡大適用」の可否は、「一連の行為」論の前提条件で論ずるべきではなく、第1行為と第2行為とを「一連の行為」として見ることができるかという点において論じるべきであろう。

### 3 「一連の行為」の判断要素とその根拠

(1) 第1行為と第2行為とが「一連の行為」か否かを判断する際に、従来から判例・裁判例において挙げられてきた判断要素は、大まかに分けると主観的要素と客観的要素とに分けられる<sup>65)</sup>。

主観的要素としては、ベランダ転落事件判決が述べるように、故意が継続していることが挙げられる。過剰防衛を巡る下級審裁判例においても、こうした犯意ないし故意の連続性・同一性に言及するものがあり<sup>66)</sup>、原因において自由な行為を巡る下級審裁判例においても同様のものが多い<sup>67)</sup>。これに対して、近時の過剰防衛を巡る判例・裁判例は、必ずしも犯意ないし故意の連続性・同一性を重視していないように見える。このような議論の先鞭をつけたのは平成20年決定<sup>68)</sup>である。平成20年決定の事実の概要は、以下の通りである。被告

63) 平成21年決定については、更に、深町晋也・平成21年度重要判例解説（2010年）掲載予定の評釈も参照。

64) IV 1(2)参照。

65) この点につき、橋田・前掲注53) 22頁以下参照。

66) 前掲・注37) 東京地判平成12・8・29。

67) 前掲・注45) 東京高判昭和54・5・15、長崎地判平成4・1・14判時1415号142頁、大阪高判昭和56・9・30高刑集34巻3号385頁。

68) 前掲・注5) 参照。

人Xは、いきなり被害者Aから殴り掛かれ、更にフェンスに押さえつけられたりなどした。そこでXは、Aの顔面を1回殴打したところ、Aがアルミ製灰皿を投げ付けて来たため、灰皿を避けつつAの顔面を殴打すると、Aは後頭部を地面に打ち付けて動かなくなった(第1暴行)。そして、Xは、憤激の余り、動かなくなって倒れているAに対して、その状況を十分に認識しながら、「俺を甘く見ているな。俺に勝てるつもりでいるのか。」などと言い、Aの腹部等を足げにしたり、踏みつけたりするなどの暴行を加えた(第2暴行)。その後Aは死亡したが、その死因となる傷害は第1暴行によって生じたものであった。平成20年決定は、以上の事実関係の下、「両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、A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、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にあるA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」ため、「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く、正当防衛に当たる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もない」と判示した。すなわち、主観的要素としては、防衛の意思の有無が重視され、更に、その後の平成21年決定では、同一の防衛の意思に基づく行為である点が重視されて「一連の行為」である旨認められている<sup>69)</sup>。

このような近時の傾向は、一見すると従来の判断要素とは全く異なるものを要求しているようにも見える<sup>70)</sup>。しかし、結論から言えば、そのような理解は必ずしも妥当ではない。というのは、平成20年決定において「防衛の意思」の不存在を基礎付けているのは、「急迫不正の侵害の不存在」の認識であり、これは完全な犯罪性の認識そのものに他ならないからである。「急迫不正の侵

69) 更に近時の下級審裁判例として、松山地判平成21・7・24 公刊物未登載(LEX/DB 25441299)も参照。

70) 橋田・前掲注53) 28頁参照。特に、前掲・注37) 東京地判平成12・8・29では、第2行為の時点で防衛の意思を喪失した場合であっても、なお同一の確定的殺意に基づいていたことを理由に挙げて、「1個の行為」と認めている。

害」を認識している場合には完全な犯罪性の認識は存在しない（せいぜい過剰防衛の認識にとどまる）のに対して、「急迫不正の侵害の不存在」を認識している場合には完全な犯罪性の認識が存在するのであり、平成 20 年決定の事案においては、「完全な犯罪性の認識が存在しない状態から完全な犯罪性の認識が存在する状態に変化した」すなわち同一の犯意を有しないために「一連の行為」に言及することができず、逆に平成 21 年決定の事案においては、「完全な犯罪性の認識が存在しない状態のままである」すなわち同一の犯意を有するために「一連の行為」に言及することができるに過ぎない<sup>71)</sup>。このような理解によれば、近時の判例が考慮している主観的要素は、正当防衛の成否において防衛の意思を必要とするか否かの対立とは無関係に決せられることになる。

そして、このような犯意の同一性がなぜ「一連の行為」を基礎付けるのかと言えば、それが「同一の行為意思」<sup>72)</sup>あるいは「同一の意思決定」<sup>73)</sup>によって担われていると評価できるからであろう。「同一の行為意思」あるいは「同一の意思決定」によって行為が担われている場合には、自然的観察に従えば 2 つ

71) このような「完全な犯罪性の認識が存在しない状態」とは正当防衛の認識がある場合や過剰防衛の認識がある場合に他ならないとすれば、過剰防衛において「一連の行為」か否かを判断する際には、構成要件段階における判断とは異なり、違法阻却事由をも考慮せざるを得ない（すなわち、「一連の行為」か否かにつき専ら構成要件レベルの問題であるとすることはできず、違法阻却段階における「一連の行為」においては、違法阻却段階における独自の要素を考慮せざるを得ない）との批判も考えられる。確かに、正当防衛規定や過剰防衛規定があるからこそ、正当防衛に該当する事実や過剰防衛に該当する事実を認識した行為者の主観面につき、「完全な犯罪性の認識が存在しない状態」に言及し得るということは否定できない。しかし、例えば、誤想防衛において犯罪的認識としての故意が阻却されると解するのであれば、その行為は故意に担われた行為ではない以上、当該故意犯における「一連の行為」として判断されるべき基礎を欠くと解することは十分に可能である。要するに、構成要件段階において「一連の行為」と判断されるために必要な主観的認識に還元される限りにおいて、違法阻却事由が考慮されているに過ぎないのである。なお、注 75) も参照。

72) 仲道祐樹「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早稲田法学会誌 59 巻 2 号（2009）440 頁以下、高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル 19 号（2009 年）41 頁。

73) 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』（2007 年）135 頁。

(あるいはそれ以上)の行為と見られる場合であっても、第2行為は第1行為にとって阻害的な性質<sup>74)</sup>を有することはなく、むしろ第2行為は第1行為と結び付けられる。すなわち、かかる要素は、行為を結びつける(基礎付け)要素と理解することができる<sup>75)</sup>。

(2) これに対して、客観的要素として従来判例・裁判例で挙げられてきた要素は、時間的場所的接着性や行為態様の同一性<sup>76)</sup>である。しかし、平成20年決定では、「時間的、場所的には連続している」としつつも両暴行を分断して把握しており、時間的場所的接着性は必ずしも「一連の行為」を基礎付ける要素としては理解されていないように思われる。また、平成20年決定は、両

---

74) 通常の因果経過においては、自己の第2行為であっても第三者の行為と同様に、第1行為にとっては結果帰属を阻害する方向に作用する。こうした阻害性を除去する(すなわち、第2行為を第1行為に織り込み済みのものとする)機能を有するのが、「同一の行為意思」あるいは「同一の意思決定」である。深町晋也「原因において自由な行為」刑法の争点(2007年)85頁も参照。

75) 但し、「同一の行為意思」あるいは「同一の意思決定」の具体的内容についてのより厳密な分析は今後の検討に委ねざるを得ない。なお、故意犯のみならず、過失犯においても「一連の行為」に言及することは可能である以上、「一連の行為」の判断要素として故意が必須の要素であると解することはできないが、他方で、故意行為と非故意行為とを併せて当該故意犯における「一連の行為」とすることは困難であろう(但し、前出の「忘却事例」や原因において自由な行為の事例の一部においては、厳密に言えば故意行為と非故意行為との「一連の行為」が認められているようにも思われる)。また、例えば第1行為は保護責任者遺棄罪の故意、第2行為は殺人罪の故意のように異なった構成要件の故意行為が問題となる場合には、(両構成要件が重なり合う)保護責任者遺棄罪の限度で「一連の行為」を認めることは可能であっても、殺人罪の「一連の行為」を認めることはできない(いわゆるシャクティ事件に関する最決平成17・7・4刑集59巻6号403頁参照)。このように考えると、故意の有無は、それ自体としては「一連の行為」の判断要素ではないが、新たな故意を有することが新たな意思決定と判断される場合や、今まで有していた故意を喪失することにより同一の意思決定に担われていないと判断される場合には、「一連の行為」に言及できなくなる(その意味では、故意犯においては故意が「一連の行為」の判断要素になる場合が殆どであろう)と解することが可能であろう。

76) 前掲注36)・京都地判昭和57・2・17、前掲注35)・大阪高判昭和58・10・21、前掲注1)・東京地判平成6・7・15、前掲注38)・富山地判平成11・11・25、前掲注45)・東京高判昭和54・5・15、前掲注11)・大阪地判昭和58・3・18、前掲注25)・東京高判平成12・2・21参照。

行為を分断して把握する理由の1つに、「相当に激しい態様の第2暴行に及んでいる」ことを挙げており、行為態様が著しく異なるような場合には、両行為が分断される方向に働くことが認められていると言える。更に、平成21年決定では、もはや時間的場所的接着性に言及することなく、防衛の意思の同一性を理由として「一連の行為」であることを肯定している。とすると、時間的場所的接着性や行為態様の同一性は、積極的に「一連の行為」を基礎付ける要素であるというよりは、むしろ時間的場所的に余りに離隔した場合や行為態様が余りにも異なる場合には、「一連の行為」であることを認めることに消極的に働く（限界確定）要素に過ぎないと解するべきであろう。

(3) 更に、過剰防衛における全体的考察を巡っては、以上の客観的要素に加えて、急迫不正の侵害の継続性をも要求すべきかが問題となる。この点につき、一罪性を判断するに際しては違法の個数をも問題とせざるを得ず、したがって、急迫不正の侵害の有無・程度といった行為の違法性を決定する事情を無視して、単に行為の意思・態様のみに着目して行為の一体性を判断することには疑問があるとする見解もある<sup>77)</sup>。確かに、平成20年決定は明示的に「侵害の継続性」の不存在にも言及しつつ両行為を分断し、平成21年決定においても、「急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり」と言及されているところからすれば、近時の判例においては、過剰防衛における「一連の行為」の判断要素の1つに「侵害の継続性」が要求されていると解することにも一理ある。しかし、①従来から判例・裁判例においては、量的過剰の事例であるか否かを問わずに「一連の行為」論に基づく全体的考察という議論手法を採用してきたことからすれば、客観的に「侵害の継続性」が存在しない限りは「一連の行為」論に依拠し得ないとは理解していないものと思われる<sup>78)</sup>。また、②平成21年決定について言えば、急迫不正の侵害に「対する」行為として「一連一体」のものだとしているところからすれば、被告人が急迫不正の侵害を認識しつつそれに対応する行為として行っていればそれで足りると思われる。すなわち、防衛の意

77) 林・前掲注55) 18頁。

78) 橋田・前掲注53) 28頁。

思を有しているか否かが決定的であると思われる。

なお、学説は従来、「一連の行為」の判断要素を過剰防衛の刑の減免根拠論と関連させて論じてきた<sup>79)</sup>が、既に検討したように、これは必ずしも判例・裁判例のあり方とは対応しない。例えば、過剰防衛の刑の減免根拠論において責任減少の要素を考慮する見解からは、第2暴行が恐怖・驚愕などの心理的異常状態において第1の暴行に連続して行われたことが必要となるとされる<sup>80)</sup>が、量的過剰を巡る近時の判例は、こうした心理的異常状態におよそ言及することなく、防衛の意思の同一性に着目して「一連の行為」の成否を判断する。防衛の意思がない場合には責任減少の基礎もない<sup>81)</sup>と解することは可能であっても、防衛の意思があれば常に責任減少が生じるような心理的異常状態にあるとは言えない以上、防衛の意思の同一性を要求する趣旨を責任減少の観点から基礎付けることは困難であろう<sup>82)</sup>。また、違法減少の要素を考慮する見解からは、急迫不正の侵害が継続していない限り第2行為については違法減少はあり得ず、したがって量的過剰の局面では「一連の行為」論に言及し得ない<sup>83)</sup>とされたりするが、第1行為と第2行為とが「一連の行為」と見られる場合には、違法減少に言及すること自体は可能である<sup>84)</sup>。しかし、それはあくまでも「一連の行為」と見られるからこそ違法減少に言及し得るに過ぎず、違法減少に言及し得るような場合に「一連の行為」と判断できるという思考枠組みを採用しているわけではない。要するに、「一連の行為」と判断し得るか

79) 山口厚・刑事法ジャーナル15号(2009年)56頁以下、橋田・前掲注53)24頁以下、林・前掲注55)17頁、川端博・判時2048号(判評608号)168頁以下参照。

80) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986年)348頁。

81) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(1975年)247頁以下。

82) 更に言えば、責任減少説の趣旨を徹底すれば、「一連の行為」とは見られない場合であっても、第2行為の時点で責任が減少していれば過剰防衛規定を適用ないし準用しても構わないはずであろう。

83) 橋田・前掲注53)25頁。

84) 例えば、第1暴行の違法性が5、第2暴行の違法性が5で、第1暴行については正当防衛が成立して違法阻却されるとすると、両行為が一連の行為である限りにおいて、本来ならば10の違法性を有する行為が5の違法性しか有していないことになるため、なお違法減少に言及し得る。

否かは、過剰防衛の刑の減免根拠論とは基本的には無関係である。

むしろ、判例の判断枠組みは、①「一連の行為」と言えるか否かを判断した後に、②そのような「一連の行為」に対して全体として過剰防衛として評価するか否かを判断するというものである<sup>85)</sup>。このような判断枠組みからすれば、「一連の行為」であると判断された後に、全体として過剰防衛として評価しないと判断するということが十分にあり得るのであり<sup>86)</sup>、判例の判断枠組みにおいては、過剰防衛の刑の減免根拠論は②の局面でのみ意味を持つと理解すべきであろう。

#### 4 「一連の行為」論の適用とその限界

(1) 以上の検討を踏まえて、本稿において残された問題を検討する。まず検討すべきなのは、クロロホルム事件についてである。既に検討したように、クロロホルム事件における問題は、行為者が第2行為を留保しているような事例であっても、「一連の実行行為」の認識さえあれば故意を認めることができる とすれば、なぜこのような認識で足りるのかという点である。

この点については、「一連の行為」が、第2行為の有する結果帰属を阻害する性質を除去するものだとすることを考えれば解決可能である。そもそも、第2行為を留保している場合に、故意として十分ではないと思われる理由は、行為者が第2行為を留保することで、第2行為の阻害的性質をも認識し、「第1行為のみでは結果は生じない」あるいは「まだなすべきことを行っていない」という認識を有するからである<sup>87)</sup>。とすれば、「一連の行為」であると認識する場合には、第2行為がもはやこうした阻害的性質を有しないことを認識していることに他ならず、「(一連の行為の一部である)第1行為に取り掛かれれば結果が発生する」との認識に至っていることになる<sup>88)</sup>。以上のように解すれば、クロロホルム事件において故意が肯定されたことについては十分に理由がある。

85) 成瀬幸典・判例セレクト 2008 (2009 年) 29 頁も参照。

86) 前掲注 1)・東京地判平成 6・7・15 参照。

87) 橋爪・前掲注 14) 238 頁、島田・前掲注 14) 67 頁参照。

88) 山口・前掲注 73) 217 頁。

(2) 次に、強制わいせつ致傷に関する前出最決平成20・1・22について考察を加えると、かかる「一連の行為」論の「拡張」の可否を決するのは、準強制わいせつ行為と逃走の際の暴行との間に犯意の同一性が認められるか否かである。ここで、当初のわいせつ意思が形を変えて逃走意思になったのだとして、行為意思の同一性あるいは意思決定の同一性が存在するとする理解もあり得なくはない<sup>89)</sup>。しかし、強制わいせつ罪において、当該犯罪性を基礎付けるものはわいせつ意思に他ならないとすると、そうしたわいせつ意思に基づく行為であれば<sup>90)</sup>、なお行為意思の同一性あるいは意思決定の同一性に言及し得るとしても、「わいせつな行為を行う意思を喪失」したとの認定に基づいて、なおかかる同一性を肯定することは困難であろう。この点、わいせつ意思を有している間に被害者に抵抗されたためにわいせつ意思を喪失した場合<sup>91)</sup>には、わいせつ意思が自然に消滅した場合<sup>92)</sup>とは異なり、いわばわいせつ意思が被害者の抵抗を理由として逃走意思に変化したに過ぎず、当該対象者に対する意

89) 三浦透・ジュリスト1366号(2008年)152頁以下参照。ちなみに、このような理解からすれば、本件において、逃走しようとした被告人に取りすがった被害者A女及びその息子Bのうち、なぜA女の負傷については強制わいせつ致傷罪が成立するのに、Bの負傷については傷害罪しか成立しないのかを説明することが可能となる。判例における「随伴する」という概念が、「よくありがちな事態」を意味するに過ぎないと考えるのであれば(要するに、因果関係の問題として捉えるのであれば)、Bの負傷についても強制わいせつ致傷罪が成立することになりかねない(しかも、181条1項は、2項と異なっていて「人」を死傷させたことで足りるため、少なくとも条文の文言上は制約がかからないとも言える)が、わいせつ意思が形を変えて逃走意思になったことを要求するのであれば、当初のわいせつ意思の対象者(すなわちA女)以外については強制わいせつ致傷罪が成立しないと説明することができるのである。なお、中空壽雅・平成20年度重要判例解説(2009年)185頁も参照。

90) 強制わいせつの相手方が現場から逃げ出したために、これを追跡するような事例では、追跡行為も正しくわいせつ意思に基づく行為であるために、「一連の行為」として取り扱うことが許容される。

91) 前出大判明治44・6・29や前出最決平成20・1・22はこのような事案である。

92) 例えば、強制わいせつ行為により自分の欲望を満足させ、現場から立ち去ろうとした際に被害者に気づかれたために負傷させたような場合である。前掲注25)・東京高判平成12・2・21は、わいせつ意思が消滅した後に被害者に腕を掴まれた事案であり、この類型に属する。

思としては連続しており、したがってなお行為意思の同一性あるいは意思決定の同一性を認める余地があるのかもしれないが、なお検討を要する問題であり、結論を留保せざるを得ない。

## Ⅵ おわりに

本稿の結論をまとめると、以下のようになる。

- ① 「一連の行為」論の意義は、結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能（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」であると記述する機能である。そして、このような機能の裏面として、「一連の行為」のうちどの段階で結果が惹起されたかを明確に特定しないで済ませることが許容される。このような機能は、違法阻却段階においては、「一連の行為」の一部に完全に正当化される行為があるとしても、その行為から結果が生じたとは特定されていない以上、「一連の行為」の全体が正当化されない限り、なお、発生した結果との関係で「一連の行為」を全体として違法な行為として扱うことができるという機能として作用する。責任阻却段階においても同様である。
- ② 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り、したがって平成21年決定は妥当ではない。
- ③ 「一連の行為」か否かの判断要素としては、主観的要素すなわち「行為意思の同一性」あるいは「意思決定の同一性」が中核となる。このような要素は、第2行為が結果帰属の上で有する阻害性を除去し、第1行為と第2行為とを結びつける機能を有する。

- ④ 過剰防衛における「一連の行為」論についても、③は妥当する。すなわち、「一連の行為」か否かの判断は、そのような「一連の行為」に過剰防衛としての効果を付与すべきか否かという判断とは別個になされる。したがって、過剰防衛の刑の減免根拠論に依拠して「一連の行為」の存否を論じることは妥当ではない。
- ⑤ 「一連の行為から結果を生じさせる」認識があれば、故意の内容としては十分である。
- ⑥ 「随伴する行為」か否かの判断基準は、同一の行為意思あるいは意思決定に担われた行為と言えるか否かである。

なお、本稿においては、罪数論の問題や、各論上の問題、例えば殺害後の財物奪取<sup>93)</sup>といった、「一連の行為」が問題となり得る様々な問題領域については検討を加えていないが、これらの諸問題については今後の課題とせざるを得ない。

---

93) 例えば、殺害後3日乃至8日経過した場合であっても1項強盗罪の成立を肯定したものとして、東京高判昭和60・4・24判タ577号91頁、殺害後25時間経過した場合であっても（かつ、松山で殺害して東京の被害者宅で財物を奪取した場合であっても）1項強盗罪の成立を肯定したものとして、東京高判昭和57・1・21刑月14巻1＝2号1頁。