

ドイツにおける連続犯について

山 火 正 則

はじめに

一 連続犯の要件

二 連続犯と既判力

むすび

はじめに

わが国の刑法はその第五五条に連続犯の規定をもっていた。しかし、昭和二三年に削除された。しかし、実務は従来連続犯と考えられていたものをただちに併合罪とすることに不便を感じるにいたった。⁽¹⁾このばあい、いわゆる接続犯の概念の拡張によって問題の解決をはかることも可能であろう。しかし、いずれにせよそのばあいの要件などについて、明確な形で解決されることが望ましい。しかし、問題は実体法、訴訟法の分野と複雑に交錯する。従来のような連続犯をみとめるべきかどうか。みとめるとしてどのような形においてか。にわかに結論できない問題である。⁽²⁾本稿

はこのような問題の解決への一つの予備的作業である。ドイツにおける連続犯の成立要件を概観し、それと既判力の関係についてどのような見解が存在しているかをみようとするとするものである。⁽³⁾

(1) これについて、小野清一郎・「連続犯と包括一罪」 刑罰の本質について・その他 昭和三十年 三〇五頁、佐伯千仞・「連続犯」 刑事法の理論と現実(一) 昭和二十六年 三一九頁、団藤重光・刑法綱要総論 昭和三十三年 三四四頁注(二〇)

(2) ちなみに、改正刑法準備草案七一条においては「包括一罪」としてこの種の規定をおくことがはかられていた。しかし、法制審議会刑事法特別部会の審議の過程の中で削除された。

(3) もちろん、ドイツにおける連続犯がわが国における連続犯と同じものなのか、いわゆる接続犯とよばれているものと同じものなのかという問題にもなる。

一 連続犯の要件

「犯罪の数だけの刑罰」というのがそれまでの原則であった。中世イタリア法学はあるばあい、この原則から生じる不合理な結論を回避するために例外を考慮した。⁽¹⁾その後ドイツにおいてその態度が立法化されるにいたった。一八一三年のフォイエルバッハの起草になるバイエルン刑法典一一〇条である。⁽²⁾しかし、連続犯に関する法律上の規定はその後各ラント刑法典に若干みいだされるにすぎない。⁽³⁾現行刑法典にはその規定はない。

しかし、ドイツにおける実務は明文の規定がないからといって、連続犯の概念を否定することはできなかった。もちろん、「犯罪の数だけの刑罰」の原則の不合理な結論を回避するためだけではない。現在においてはもっと実務的な便宜も考慮されているようである。⁽⁴⁾いずれにせよ、連続犯についての明文の規定がないため、その要件については判例学説にゆだねざるをえない。

- (1) 行為者が同じ女性と数回性的交渉をおこなったばあい「犯罪の数だけの刑罰」を科さなかった。Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1. Bd., 1901, S. 30ff. 41, Doerr, Das fortgesetzte Delikt, Beilageft zu GS 81, 1908, S. 12f., Buchholz, Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, StrAbh, Heft 413, 1940, S. 11ff., Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 494, 534

なお、連続犯の歴史的展開については、他の機会に詳細におこなう予定である。

- (2) つぎのように、規定されていた。「ある犯罪が同じ客体または同一人に対して数回行なわれたときは、その犯罪を連続しておこなった数個の行為は唯一の行為 (That) とされる。」Höpfner, a. a. O., S. 61, Anm. 1, Doerr, a. a. O., S. 20, Buchholz, a. a. O., S. 14 による。なお、佐伯・前掲論文 三二三頁

- (3) Hippel, a. a. O., S. 534 Anm. 6, 佐伯・前掲論文

なお、ドイツの改正草案に連続犯の規定がもちこまれたことがあった。しかし、きわめて簡潔な形においてであった。

一九一三年刑法委員会草案四四条・ある人間の数個の行為が連続的な可罰的行為を形成するときは、刑罰は可罰的な活動の範囲を考慮して量定される

一九一九年草案三七条・ある人間の数個の行為が連続犯を形成するときは、刑罰は可罰的な活動の範囲を考慮して量定される

いずれも、Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1920 による。一九三五／三六年草案（六三条）にも連続犯の規定があるといわれている (Niese, Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlicher Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz?, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Bd., S. 162). しかし、直接参照できなかった。ただ、当時進行していた刑法改正の作業のなかで、連続犯の法律上の定義として、つぎのことが採択されたことはみとめられる。「同一の構成要件を反覆して実現するは、統一目的の決意に基いて行はるるにあらざれば、刑法に所謂一個の犯罪を成さず」(F. Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht (Allgemeiner Teil), 1935 司法資料二三四号 三六五頁の訳による)。

なお、ニーゼは連続犯を特別に規定する必要はないという (Niese, a. a. O., S. 162)。イエシホック、フォールの見解も参照。Niederschriften, 2. Bd., Anhang, S. 165, 168.

(4) H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 408 ドイツ大審院判例もいう。判決において、まずおのおのの犯行について個々の刑罰が確定され、つぎに刑法七四条にしたがつてこれらの数個の刑罰から、併合刑が形成されなければならないとすれば、それは負担であつて必要なかつなんとなく奇妙な作業のようにおもわれるであらう (RG 70-243) と、なお BGH 5-136 しかし、このような実際的な理由から必要とされた連続犯の概念に対しては批判もつよい。プライザーは連続犯をみとめることの短所は刑事司法にとつてにないきれないという。Preisner, Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartigen Handlungen, Einzelstrafen für verschiedenartige Handlungen einer Mehrheit, ZStw 71, S. 383

ルドルフ・シュミットはいう。連続犯は刑法七四条を回避するために作られた擬制以外の何物でもない。このような擬制は報復をうけるのがつねである。連続犯のばあい、不可能なことの擬制が要求され、したがつてこの構造はわが国の現在の競合法における最大の苦悩であると。Rudolf Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStw 73, S. 60 f.

シュミットホイザーはいう。連続犯をみとめることの訴訟法上与える長所は一般に人がみとめているよりは少ない。連続犯の形象は、それが合理的判決にとつて長所よりも短所をもたらすので、否定されるべきであると。Schmidhäuser, Strafrecht AT, 1970, S. 582, 584

連続犯の成立要件については展望しえないような争いがあるといわれている⁽¹⁾。一八七九年にブリーは連続犯理論の状況についてほとんど満足のいかないものとのべていた。⁽²⁾この状況がいまだにつづいているわけである。しかし、客観的な要件については本質的な対立はないといえるようである。主観的な要件については判例を中心とする見解とそれに反対の見解が対立する。

(1) Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1761, S. 300

(2) Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879, S. 19

〔客観的な要件〕 客観的な要件としては行為の同種性というものを総括的に考えることができる。そこで、まず同じ

構成要件を数回くりかえして実現することが要件とされる。しかし、行為の同種性が問題とされ、同一性が問題とされるわけではない。⁽¹⁾したがって、同じ構成要件といったばあいでも、それが同一の条文というものを意味するのではない。ヒッペルはいう。同じ構成要件、正確には基本的構成要件の充足が基礎である。⁽²⁾基本的構成要件と加重・減輕構成要件の間にも連続犯を予定することは可能である。⁽³⁾たとえば、判例は単純窃盗(ドイツ刑法(二四二条))と重い窃盗(同(二四)条)、⁽⁴⁾軽い傷害(同(二三二条))と危険な傷害(同(二三二条)a)、⁽⁵⁾宣誓しないでする偽りの供述(同(三一五)条)と偽りの宣誓、⁽⁶⁾(同(三一五)条)、⁽⁷⁾単純収賄(同(三一一条))と重い収賄(同(三一一条))などの間に連続犯をみとめている。これに対し、窃盗と強盜的恐喝(同(二五五)条)または強盜の間には連続犯を否定している。⁽⁸⁾

- (1) Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925, S. 109
- (2) Hippel, a. a. O., S. 541
- (3) M. E. Mayer は反対する。このばあい、行為は法律上重要である一点において、異なる種類のものであるという。
M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 168
- (4) RG 53—263
- (5) RG 57—81 平手打ちと鞭打ちについて、刑法二三三条aと二三三条を同じ構成要件の異なつた行為形式にすぎないという。
- (6) BGH 8—302 なお参照。BGH 1—380, 2—233
- (7) BGH, NJW 1959, S. 108
- (8) BGH, NJW 1968, S. 1292

同じ構成要件をくりかえして実現することが要件であるとすれば、当然法益の単一性というものが前提されている

といえよう。これが要件であるとするについては問題ない。しかし、附随的問題について検討しておくことが必要である。法益の単一性があるかどうかの問題はとくに同じ法益について、その保持者が異なっているばあい⁽¹⁾に生じる。一般的には法益の単一性は否定されていない。たとえば、窃盗犯人または詐欺犯人が異なった人の財産を侵害したり、後見人が異なった被後見人の財産を侵害したばあいである⁽²⁾。あるいは、商人が他人の商品名を使用して異なった権利者の営業を侵害したばあいである⁽³⁾。原則として、法益の具体的単一性は要件とされない。観念的単一性が要件とされるわけである。M・E・マイアー⁽⁴⁾はいう。法益の具体的単一性を要件とすること、したがって、数個の行為のおのおのが同一人または同じ利益を侵害したことを重要であると考えerことは誤まりであると⁽⁵⁾。

しかし、判例は恐喝のばあい、これと異なる扱いをした。数個の行為によって、数人に対して恐喝したばあい、連続犯を否定した。恐喝のばあいの侵害は財産にもむけられているが、自由に対してもむけられていることを根拠とした。一身専属的法益が問題だというわけである⁽⁶⁾。このように、一身専属的法益にむけられたばあいは具体的な法益の単一性が要件とされている。当然のことである。数人の婦女に対する墮胎行為⁽⁷⁾、数人の殺人のばあい連続犯はみとめられない。生命、身体、自由、名誉という法益はそれをもつ人間においてのみ侵害されるものである。人格そのものとともに存在していると考えられ、その中においてくみつくされ、それによって限定されるという点に連続犯をみとめない根拠がある⁽⁸⁾。ホーニツヒ⁽⁹⁾はいう。この根拠は否定することができないものであって、それにつけ加える何物も必要ない。異なった人間の同種の一身専属的法益を単一性へ包括することはできないということは我々の文化観念によって与えられるものであって、それはまったく望ましい明確さで特色づけられていると⁽¹⁰⁾。

しかし、具体的法益の単一性を要件とすることは社会的法益、国家的法益のばあいにも要件とされているようである⁽¹¹⁾。たとえば、異なる男とのわいせつ行為⁽¹²⁾、異なった一四才未満の者に対するわいせつ行為の誘惑、営業的男子間の

わいせつ行為⁽¹²⁾、数人の公務員に対する贈賄⁽¹³⁾、異なった人に対する供述の喝取⁽¹⁴⁾（ドイツ刑法三四三条「公務員が取調に際し、手段を用い、または用いさせたとき」）について、連続犯は否定されている。もっとも、社会的法益に対する侵害のばあいでも、侵害客体としての個々の価値が全体的社会に対して後退したと考えられるばあい、連続性がみとめられることもある⁽¹⁵⁾。たとえば、ドイツ刑法一八三条のわいせつ行為によって公然と憤激の念を生じさせる行為について連続犯がみとめられた⁽¹⁶⁾。

このように、ドイツにおいては法益の単一性が連続犯の要件とされ、さらにその具体的単一性と抽象的単一性とが区別して論じられている。しかし、どのような法益について具体的単一性が要件とされ、あるいは抽象的単一性が要件とされるかの基準は明らかにされていない。論者によってはいちおうその根拠があげられていることもある。しかし、理論的にはかならずしも一貫した説明がなされているとはいえないようである。具体的問題にそくして直感的に連続犯の成否を問題にし、その後で法益の単一性を問題にしているのではないかとさえおもわれるのである。連続犯の成立要件として法益の単一性を考えるばあい、このような区別をおこなうことについて反省する必要があるのではないだろうか⁽¹⁷⁾。とくに、財産犯のばあい抽象的単一性で十分とすることについて。

なお、一身専属的法益などの侵害のばあいであっても、それが同じ侵害客体、同一人にむけられているときは連続犯の成立はみとめられている⁽¹⁸⁾。

(1) Honig, a. a. O., S. 111

(2) RG 43—134

(3) M. E. Mayer, a. a. O., S. 169

これについてはいろいろな表現がおこなわれている。「抽象的に同じ法益」(Honig, a. a. O., S. 111)「一般的利益」

「社会の観念的価値」(Geerds, a. a. O., S. 303) などである。

- (4) BGH, NJW 1954, S. 483
 - (5) RG 26—78, 59—98, 68—14, 70—243
 - (6) RG 70—245
 - (7) RG 27—19, 43—134, 49—66
 - (8) Honig, a. a. O., S. 112
 - (9) Geerds, a. a. O., S. 304, Maurach, a. a. O., S. 633
 - (10) RG 70—284
 - (11) RG 70—243, BGH 2—167
 - (12) RG 72—257
 - (13) RG 72—175
 - (14) BGH, NJW 1953, S. 1034
 - (15) Maurach, a. a. O., S. 633
 - (16) RG 75—207
- なお、オーストリアのノヴァコウスキーはここで問題となる人間について法律は個人として評価するのではなく、公衆の一員、代表者として評価するという。Nowakowski, Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechen. mege, 1950, S. 23
- (17) ヴェルツェルは法益の単一性を要件としていない。つぎのようについて。後の個別行為は同じ違法内容の単なる拡大をもたらすものでなければならぬ (Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 10. Aufl., 1967, S. 221) と。しかし、違法内容という概念は不明瞭である。これを基準とするはあい、連続犯の成否が恣意的になる可能性がつよい。法益の単一性をまったく無視してしまうのは妥当でない。
- (18) RG 10—53, 18—317, 31—150, 44—223, 53—274, 70—213, 70—282

ところで、行為形式の同種性は具体的な事件の状況を考慮しなければ最終的には決定できない。フランクは「同一の機会の利用」という要件を考⁽²⁾える。行為の同種性の要件をより具体化した指標として理解することができる。ザウアーが「類似の機会の利用」というのも同じであ⁽³⁾ろう。しかし、これに関連して論じるシェンケルシュレーダーには疑問をおぼえる。つぎのようにいう。行為者が何を窃取したのか、いかなる目的で行為したのかは重要でない。そして、具体的に窃取のための道具の窃取、それを使用しての侵入、ならびに新たな窃取によってえたものを運搬するための道具の窃取の間に連続連関をみとめ⁽⁴⁾る。この具体的問題に対する結論じたいについても、まったく疑問がないわけではない。しかし、それ以上に、行為者が何を窃取したのか、いかなる目的で行為したのかは重要でないとする点に、その根拠をもとめることに疑問が生じる。具体的問題の結論をみとめるとしても、それは同一機会の利用、または類似した機会の利用という角度から、判断すべきであ⁽⁵⁾ろう。

シェンケルシュレーダーのように考えれば、具体的問題に対し、奇妙な結論をとらざるをえないこともありえよう。たとえば、窃盗罪の構成要件に該当したばあい、行為者がまず遊興のために金銭を窃取し、つぎに生計のために食料品を窃取し、最後に美術愛好者として絵画を窃取したばあいである。シェンケルシュレーダーは連続犯をみとめるのであ⁽⁵⁾ろうか。しかし、連続犯を予定することはできないであ⁽⁵⁾ろう。

- (1) Geerds, a. a. O., S. 306
- (2) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 74V2g
註 47 Honig, a. a. O., S. 137
- (3) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S. 237
- (4) Schönke-Schröder, StGB, 15. Aufl., 22 vorbem., 1970, § 73

(5) Geerds, a. a. O., S. 306

行為形式の同種性をみとめるためには、各個別行為の間に一定の時間的場所的連関がなければならぬ⁽¹⁾。この要件は抽象的な形において定めることはできない⁽²⁾。具体的な状況を考慮して定められなければならない⁽³⁾。しかし、この要件は独立のものとして、ことさらに考えるまでもないであろう。前述した同一の機会の利用という要件のもとにおいて考慮すれば足りるものとおもわれる。

(1) Maurach, a. a. O., S. 633, Schönke-Schröder, a. a. O., 22 vorbem. § 73, Geerds, a. a. O., S. 307 なお、

時間的連関だけを考慮するものとして、Hippel, a. a. O., S. 541, Mezger, a. a. O., S. 467
M・E・マイアーは「行為の相関性」という表現をする。M. E. Mayer, a. a. O., S. 169 その実体は時間的場所的連関である。

ドウエルは行為の時間的連続は連続犯の単一性にとって重要でないとしている。Doerr, a. a. O., S. 173

(2) ヒッペルは時間的連関についていう。ここで数字によって指示することはもちろんできないことであると。Hippel, a. a. O., S. 541 Anm. 6 なお、M. E. Mayer, a. a. O., S. 169

(3) Geerds, a. a. O., S. 307 ここでゲールズは場所的連関について、大物のホテル詐欺師のばあいは家ごとに移って窃盗の機会をみつけるいわゆる空巢ねらいのばあいよりその範囲は大きいという例をあげている。

またシュミットホイザーは本来的な行為の単一性が存在するほどには密接でなく、独立の個別行為が存在するほどには広くないという。Schmidhäuser, a. a. O., S. 583

〔主観的要件〕 判例と一部の学説は包括的故意 (Gesamtvorsatz) を連続犯の主観的要件とする⁽¹⁾。包括的故意とは判例によるとつぎのようなものである。最初の部分行為を実現する以前に、あるいはおそくともその時点において、

諸部分の総体を将来形成していくものの本質的なものとして含んでいるような性質をそなえているものである。しかし、それは数個の行為の事後の経過をあらかじめ詳細に含んでいる必要はない。侵害法益、その保持者、行為の場所、時間、行為のおおよその方法が問題とされるかぎりにおいて、それを含んでいればよい。⁽²⁾したがって、包括的故意は確定的なものではない。確定的なものを要求すれば、包括的故意は存在しえないという考慮からである。⁽³⁾しかし、犯罪をおこなうという一般的決意 (allgemeiner Entschluss) では十分でないといわれている。たとえば、数個の欺罔行為を連続犯として包括するためには、故意が最初から別々の財産侵害の全体にむけられていなければならぬ。できるだけ多く一定種類の詐欺行為をおこなうという一般的に含まれた決意では十分でないといっているのである。⁽⁴⁾

- (1) RG 15—23, 22—275, 44—392, 51—305, 66—236, 67—392, 70—51, 72—211, 75—207, BGH—313, 2—167, 8—35, 15—268, 16—124, Doerr, a. a. O., S. 93ff., Schlosky, Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen, ZStw 61, S. 260 f., H. Mayer, a. a. O., S. 409, Jagusch, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8. Aufl., 1957, B III 2 f. aa. vorbem. § 73, Geerds, a. a. O., S. 308ff., Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1969, S. 475
- (2) BGH 1—313, 15—268, 16—124
- (3) H. Mayer, a. a. O., S. 409
- (4) RG 44—392

このような判例を中心とした包括的故意必要説に対し、学説の多くは批判的である。⁽¹⁾ペーリングは、「包括的故意」は法律上重要でないものとして否定されるべきだとい⁽²⁾う。包括的故意を否定する根拠として二つの方向を考えることができる。その第一は包括的故意の存在が数個の行為を法的に一個の犯罪として包括することによって、刑罰を軽くする理由とはならないというものである。M・E・マイアーはいう。故意の単一であることによって、明らかに犯罪

的決意の力が強められている。それは個別的行為を包括することによってむしろまれている軽く判断するということが適當ではないであろうというほどである。⁽³⁾メツガーも同じ方向から包括的故意を連続犯の要件とすることに反対する。軽く処罰する必要性が連続犯をみとめる唯一の動機ではないとしても、これをみとめる事実上の効果は刑法七四条の意味における数個の独立した行為をみとめるばあいよりも原則として軽く処罰することである。しかし、行為者が現実、たとえばその眼前にあらわれた機会ごとに、子供を刑法一七六条一項三号として強姦しようとする単一的故意を最初からもっていたとすれば、このような故意は刑罰を軽くする根拠ではなく、重くする根拠であろうとい⁽⁴⁾う。包括的故意をもった行為に対し、一個の犯罪として評価することは不公平であるということであろう。その意味において、シェンケル・シュレーダーは卒直にいう。判例は不公平にも、しばしばあらわれる誘惑にかてなかつた機会的犯人に比べて、計画的犯人に特権を与えていると。⁽⁵⁾さらに、マウラッハはいう。重い責任は重い刑罰を欲するとい⁽⁶⁾う原則は連続犯の誤まった構造によってそこなわれてはならないと。

最初から包括的に故意をもっていなければならぬとする見解は、以上のような批判を甘受しなければならないだろう。しかし、バウマンはこれに対し反論する。このような議論は何の役にもたたない。再び誘惑にかてなかつた者は再び行為責任を負う。一度行為をおこなうことを決意した者は一度だけ責任を負うと。⁽⁶⁾たしかに、一般的にはバウマンのいうとおりである。しかし、包括的故意のばあい、一度行為をおこなうことを決意した、と考えるだけで済まされるのであろうか。連続犯のばあい、たとえ包括的故意の存在をみとめたとしても、個別行為をおこなうにさいして、そのつど行為をする決意はされているであらう。バウマンの反論は説得的でないようにおもわれる。

包括的故意を連続犯の要件であるとすることを否定する第二の根拠は、それが現実には存在しえないというものである。⁽⁸⁾

- (1) 包括的故意を連続犯の要件とするかどうかについて具体的結論に差が生じる顯著なばあいには、過失について連続犯をみとめるかどうかである。
- (2) Beling, a. a. O., S. 372
- (3) M. E. Mayer, a. a. O., S. 170 以下は故意の単一 (Einheitlichkeit des Vorsatzes) という用語が用いられている。しかし、これは現在一般に包括的故意といわれているものと同じものである。M・E・マイヤーはそのもとにあらゆる個別行為を含む決意と理解するにしても、連続にむけられる決意と理解するにしても、それは必要でないという。Doerr, a. a. O., S. 89 も意思 (故意) の単一という表現を用いている。以前はしばしば包括的故意のことを単一的故意とよんで来たようである。Vgl., Geerds, a. a. O., S. 309 Anm. 365
- (4) Mezger, a. a. O., S. 466, Vgl., R. Schmitt, a. a. O., S. 61
- (5) Schönke—Schröder, a. a. O., § 73 Vorbem. 29
- (6) Maurach, a. a. O., S. 631
- (7) Baumann, a. a. O., S. 573
- (8) Hippel, a. a. O., S. 542, Mezger, a. a. O., S. 466, Maurach, a. a. O., S. 631, R. Schmitt, a. a. O., S. 61

このように、包括的故意に対しては学説によるつよい批判がある。しかし、包括的故意を連続犯の要件とする見解の中には、連続犯を客観的要件のみによつては一罪へ包括しえないという思想が含まれているのではないだろうか。まったく個々のに独立した意思の実現としての個々のに独立した行為を一つのものへ包括することは困難であるからである。なんらかの意味において、個別行為の連関性の認識が存在しなければ、連続犯として一個の犯罪に包括することはできないのであろうか。連続犯も、それを一個の「犯罪」として考えるかぎり、行為者の意思を実現したものとして把握しなければならないからである。包括的故意を否定する論者は主観的要件についてどのように考えているのであろうか。それをみることにしよう。⁽¹⁾

たとえば、ヒッペルは「責任の同種性」を要件とする。そして、この責任の同種性は客観的に同種の事情に直面して、行為者が同じ決意をもつばあい⁽²⁾に存在するという。包括的故意を否定する論者は、本質的にこれと同じ要件を考えている。マウラッハは連続犯の主観的要件として、同じ事情または本質的に同じ事情が動機づけの作用をもつときに、行為者が同じ行為の決意または類似の行為の決意を継続する (erneuen) ⁽³⁾ ことであるという。そして、連続犯にとって特徴的なのは行為意思の継続であると考え、これを「連続した心理的線 (die, fortlaufende psychologische Linie)」⁽⁴⁾ ともよんでいる。意思の継続を連続犯の主観的要件と考えている。この実体はシェンケルシュレーダーの連続的故意 (Fortsetzungsvorsatz) という概念に集約されているとみて、さしつかえないであろう。その内容は、おのの後の決意が先行した決意の連続として生じる、ということである。これが連続犯の主観的要件として十分であるという理由は、個々の決意が連続した精神的線 (eine fortlaufende psychische Linie) を形作るというところにも⁽⁵⁾ とめられている。包括的故意のように、最初から将来にわたる個々の部分的行為にむけられた故意を必要としない。相互に前後して生じた個別行為間の意思の継続または連続を契機として統一されたものを構成しようとする。もちろん、この意思の継続も客観的要件との対応のうゑに判断されるものであって、単にこの主観的要件だけの存在ということとは考えられないであろう。

わが国の改正刑法準備草案七一条は包括的一罪の主観的要件として、「意思の継続」をあげていた。これは理由書においても十分な説明がなされておらず、かならずしも明確な概念ではない。しかし、ドイツにおける連続的故意概念にきわめて近いものとして理解することができるであろう。

(1) 主観的要件をまったく考慮しないものもある。Honig, z. a. O., S. 137, Mezger, a. a. O., S. 467
メツガーは純粹客観説という分類をおこない、みずからをもそれに属させる。しかし、そこに含まれているアルフェル

ト・ヒッペル、リスト・シュミット、フランクなどは純粹に客觀的要件だけを考慮しているとはいえない。なんらかの形で主觀的なものをも考慮している。Vgl. Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1922, S. 231 ff., Hippel, a. a. O., S. 542, Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 352, Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 74 V2C

- シエンケル・シュレーダーも純粹客觀説という分類をおこなっている。しかし、メンガーのばあいと異なる。連続犯の主觀的要件として、責任の同種性を必要とするものをも含めて用いている。Schönke-Schröder, a. a. O., § 73 Vorbem. 34
- (2) Hippel, a. a. O., S. 542
 - (3) Maurach, a. a. O., S. 631
 - (4) Maurach, a. a. O., S. 633
 - (5) Schönke-Schröder, a. a. O., § 73 Vorbem. 29

二 連続犯と既判力

ある現象について、連続犯として判決されると、既判力との関係について、つぎのような原則が生じる。連続して生じた犯罪を理由として下された有罪判決は、それが既判力をもてば、この有罪判決以前におこなわれ、この連続連関に属するすべての個別行為を処理したことになる。判決を下した裁判所がそのすべての個別行為を考慮したかどうか、それを知っていたかどうか、それについての認識をうる機会をもっていたかどうかは関係ない。⁽¹⁾ところが、この原則はつぎのようなばあいに深刻な問題に直面する。たとえば、四ヶ月間にわたって五台の自転車の窃取を理由に、窃盗罪の連続犯として有罪判決を受けた被告人が、この期間内に五台ではなく五〇あるいは一五〇台の自転車を窃取していたことが、後日明らかになったばあいである。有罪判決の既判力がすべての窃取行為にまで及ぶかが問題となる。それが可能であるとする結論が疑わしいとすることから、連続犯の一罪性と訴訟法上の扱いの関係が論じられる。⁽²⁾

これについて、三つの型の議論が展開されている。連邦通常裁判所、ゲールズ、マンの見解がこれである。以下にこれをみていくことにしたい。⁽³⁾

(1) RG 44—398, 47—397, 51—253, 54—333, 66—45

(2) Maurach, a. a. O., S. 634

(3) 現在ドイツでおこなわれている議論を整理すれば、この三つの型に分けることができるとおもう。そこで、この三つの型の議論を純化して理解するために、これらの論理展開の中に引用される他の理論はできるだけ省略することにした。

まず、連邦通常裁判所のこの種の問題に対する処理の仕方からみることにしよう。⁽¹⁾

事実はつぎのとおりである。参審裁判所は被告人の一九五七年一月一四日から二一日までの間の六個の行為について、連続犯として認定した。その内容、(一)自動車のバッテリーの窃盗、(二)一枚のナンバープレートの窃盗、(三)自動車の窃盗未遂、(四)―(六)乗用車の窃盗。後に、地方裁判所刑事法廷はこの(四)―(六)の三個の窃盗行為について、附随的に、つぎのような事実を認定した。被告人はこの窃取した自動車を共犯者と共に

(A) 一九五七年一月一四日夜Oへ窃盗をしにくくするために使用、

(B) 同一五日夜Hへ窃盗をしにくくために使用、

(C) 同二日夜Tへ窃盗をしにくくために使用

(ところで、この手続における判決の客体はO・H・Tでおこなわれた事務所への合鍵窃盗だけである)

(D) 被告人と共犯者が一九五七年一月二日夜、道路上に駐車中の乗用車を窃取して、H、Gへ泥棒旅行をし、そこで事務所への侵入窃盗と破壊窃盗をおこなった。

(E) この二人は一九五七年二月二八日夜カリタス館に侵入、破壊窃盗をなし、略奪物輸送のため、乗用車を奪取、使用後返却した。

(この二個の行為は参審裁判所の訴訟の客体ではなかった。) このばあい、上告理由は(A)から(E)までについて公訴は消耗したと考えた。参審裁判所が連続犯とした有罪判決が、地方裁判所の訴訟の客体である(D)、(E)にまでその既判力を及ぼすことができるかどうか問題になったわけである。

これについて、まず連邦通常裁判所はつぎのように一般論を展開する。連続犯を理由とした有効な判決がすべてのばあいに、連続犯のうちで手続の客体とされていない個別行為についても及ぶという法理は、ここでは貫徹されない。この法理は判決が連続犯について確定した時間内に被告人の犯したすべての同種の可罰的行為について、公訴が消耗されたとただちにみなさなければならないということの意味するものではない。新たな手続の客体である可罰的な諸行為について、公訴が消耗されているかどうかについて、新しい手続の裁判官は判断しなければならない。そのばあい、この裁判官はこれらの可罰的な行為について、独立にすなわち有効な判決の認定と評価とは独立に、つぎのことを調査・判断すべきである。これらの可罰的諸行為がすでに有効に判決された連続犯のうちの個別行為であるということを立証するために、実体刑法にしたがえばそなわっていないなければならないあらゆる外部的内部的要件が存在しているかどうかについてである。

かくして、連邦通常裁判所はここで包括的故意の存在を確認すべきであるというのである。すなわち、新しい手続の裁判官は被告人が包括的故意をもっているかどうか、またばあいによってはこの包括的故意が新たな手続において判決すべき可罰的行為をも含むものであるかどうかを、独立に調査・判断しなければならない。以前になされた判決が、誤って包括的故意を認定したというのであれば、前述した法理を適用する余地はない。

さて、それでは本件のばあい参審裁判所の認定した(四)―(六)の各自動車窃盗間に包括的故意があるかどうかが問題となる。連邦通常裁判所は連続犯の主観的要件のところで述べたような包括的故意の概念を踏襲し、つぎのようにいう。参審裁判所は包括的故意を被告人がそれを使用し、それをすてきしておくために、他人の車を不確定な件数において領得する目的を最初からもっていたという点にみとめていた。これは連続犯の概念が要件としている包括的故意ではない。また、地方裁判所の認定した事実の中にも、被告人が意図した自動車窃盗について最初から詳細な表象をもっていたかどうかについて、いかなる手がかりもない。したがって、自動車窃盗相互間の連続連関はない。

このようにして、連邦通常裁判所は参審裁判所の訴訟の客体であった(四)―(六)についての連続犯を否定した。(四)―(六)の連続連関を否定することによって、地方裁判所の訴訟の客体への連続連関の契機をまず否定したわけである。

ところで、さらに連邦通常裁判所は(四)―(六)と(B)―(D)の間の連続連関を他の角度からも検討し、それを否定する。⁽²⁾つぎのようにいう。これまでおこなった認定は、被告人が(四)―(六)の行為をおこなうに先だって、または少なくともその行為の時に、その盗取した自動車を、その行為の場所との往復のために使用しておこなった窃盗をも含む包括的故意を有していたという可能性は未定のままである。しかし、そのような包括的故意があっても、個々の自動車窃盗とその時々により盗んだ自動車を使用した窃盗とが連続犯であるということのみとめることをただちには正当化しないであろうと。

ここで、連邦通常裁判所は連続犯概念の客観的要件である行為の同種性をあげる。そして、この要件は本件のばあいにみたされていないとする。すなわち、被告人が共犯者と共におこなった(B)―(D)の各行為は自家用車の窃盗とは対照的に、商店において、金銭、繊維、電気器具、食料品、嗜好品その他の物を奪取するために共同した共同窃盗であった。このようにして、行為の同種性が存在していないとするのである。

連邦通常裁判所は、参審裁判所の有罪判決によって、(A)―(E)までの行為が公訴権を消耗されていないと考えた。これは判決の既判力作用を過度に拡張するという望ましくない結果を制限しようとする連邦通常裁判所の一連の判断であるとされている。⁽³⁾ その論理は連続犯の成立要件を吟味することにより、それを厳格に適用することにあった。

(1) BGH 15-268

(2) (四)―(六)と(B)―(D)の間に観念的競合の関係があるか。それが存在すれば、(四)―(六)に対する判決によって、(B)―(D)の公訴は消耗されている。このような角度からの論点も、この判決の中にふくまれている。これについて、本稿では省略する。とくに、この判決の二七二頁参照。

(3) Peters, JZ 1961, S. 427

連邦通常裁判所は連続犯の要件を厳格に考えることによって、既判力がひろく及ぶことに制限をくわえようとした。その基礎にあるものは、連続犯として判決がくだされたばあい、その既判力作用はいまだ明かでない他の部分行為にまで及ぶという思想である。いいかえれば、連続犯はつねに単一のものであるという思想である。ところで、この判決の評釈の中で、ペーテルスは連続犯は現実に(単に技術的法的ではなく)どんなばあいにも単一であるかどうかということが、まさに重要な問題であるとして、つぎのようにいう。決定的なことは先の判決が事件の中心的内容、すなわちその企ての要点を含んでいるかどうかという問題である。⁽¹⁾ このような問題意識のもとに、さらに内容をつけくわえたのがゲールズであるといえよう。⁽²⁾

(1) Peters, JZ 1961, S. 427 なお、ペーテルスはその教科書において、連続犯と既判力の関係についてつぎのように明言している。連続犯は実体的には単一であることを意味するとしても、手続法的には分離可能である。有効な判決は新たな起訴と新たな判決に対立しないと(Peters, Strafprozess, 1966, S. 442)。後に紹介するマンと同意。

ゲールズはいう。連続犯について、その訴訟上の意義を評価しすぎるべきでない。この概念は刑事訴訟における既判力にとって重要なものではないと⁽¹⁾。そして、訴訟の客体を公訴において示されている行為だけに限定する。したがって、連続犯のばあいでも、その判決の既判力は知られている個別行為だけに限定される⁽²⁾。ゲールズはこのことを詳細に断言的にいう。連続的行為のうち、知られていなかったもので、しかも不法内容にとって本質的に重要な個別行動について、既判力は否定されるべきである。それを理由とした新たな手続は許されると考えるべきである。そして、それが実際に遂行されるかどうかは起訴便宜主義の問題である⁽³⁾。

つぎに、ゲールズはこのような結論の正当性を明らかにする。まず、知られていない部分行為を理由とする新たに許される刑事訴訟の遂行がその行為の特殊な不法内容と起訴便宜主義に依存するものであることが、処罰命令のばあいに相当異なった刑が予期されるようなときに、既判力の原則にもとづきながら例外を許す、ということ的前提とする。そして、このことからゲールズの主張する原則をみちびく。すなわち、知られていない個別行為のばあい、特殊な不法内容によって新たな手続がつねに許される。ただし、相当異なった刑が予期されるばあいにだけである⁽⁴⁾。

ゲールズの見解の基礎は訴訟の客体というものは当該手続において判断されるべき事態をこえては決して及びえないところにある⁽⁵⁾。したがって、連続犯が実体法上一罪であっても、訴訟法上はそれに左右されないという結論をとることになる⁽⁶⁾。すなわち、ゲールズは連続的な行為の中の個別行為は訴訟法上独立のものであって、新たな刑事訴訟の客体となりうる⁽⁷⁾と考えるのである。知られていない連続的行為の部分行為の既判力は否定される。

- (1) Geerds, a. a. O., S. 414
- (2) Geerds, a. a. O., S. 415

同前' Preiser, Aufspaltung der Sammelstrafat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStw 58, S. 752f. のようにいう。連続犯のばあいも、おのおのの個別行為は刑罰法規の完全な構成要件を充足している。したがって、各個別行為は刑法の意味において、独立の行為 (Tat) と考えられる。判決の客体はつねに公訴と開始決定において指適され、または裁判所によって認識され、判決の客体にしようと考えられた集合犯 (Sammelstrafat) の個別行為だけである。したがって、判決の既判力は最初の手続において指適されず、または論じられていない個別行為についての後日の刑事訴追に対立するものではないと。プライザーは Sammelstrafat のもとに Kollektivdelikt と連続犯の両者を含めて考えている。Preiser, a. a. O., S. 52

- (3) Geerds, a. a. O., S. 415 この引用箇所の後半は "und eine neues Strafverfahren wegen derselben für unzulässig zu erachten (ist)" となっている。したがって、「新たな手続は許されないと考えるべき」となるはずである。しかし、ゲールズの全体の論旨からいって、これは印刷上のミスとおもわれる。
- (4) Geerds, a. a. O., S. 415f.
- (5) Geerds, a. a. O., S. 419 これに反対するものとして Kleinknecht, StPO, 29. Aufl., 1970, § 264・2・4)
- (6) Geerds, a. a. O., S. 419 なお、四一四頁注九八四でつぎのようにいう。裁判所は実在的競合のばあいと内じように処理すべきであり、付加的に連続連関を調査すべきであると。
- (7) Geerds, a. a. O., S. 420

ゲールズは訴訟の客体を限定することによって、問題の解決をはかろうとした。これに対し、連続犯のばあい、手続法上これを分離できると端的に結論するのはマンである。マンは判例などがこのような結論にいたらない理由をつぎの点にもとめる。刑法二六四条の Tat が刑法七三、七四条の意味における行為 (Handlung) であり、連続犯は唯一のかかる行為を意味する⁽¹⁾と考える点に。この結果、連続犯は刑法上も唯一の Tat と考えることになる。マンは

これに対する再検討が必要であるとし、理論展開をおこなう。

(1) Dietrich u. Ulrich Mann, Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung, ZStw 75, S. 251f., 256

まず、マンは Tat と行為の概念は異なる法領域に属し、まったく異なった目的をみたすものであるとすることから出発する⁽¹⁾。すなわち、Tat 概念は刑法に由来するものであり、刑法一五五条（審問および裁判の範囲）、二六四条（判決の客体）の規定の中にみいだされる。さらに、この概念はドイツ連邦共和国基本法一〇三条（一事不再理の原則）によって引用されているところのものである。そこで、マンはこの規定の基礎になっているものについていう。すなわち、ある特定の生の断面が裁判所の完全な審理をうけるべきであるという思想である。マンは Tat のものに、ある特定の生の断面 (factum) を理解すべきであって、特定の犯罪構成要件 (crimen) だけを理解すべきでない⁽¹⁾と考えるのである。したがって、法律は起訴状をもって記載された Tat と起訴状をもって帰責せしめられた者について、裁判官に独立に活動する権利と義務を与えることになる。⁽¹⁾（刑法一五五条）。さらに、裁判官は検察官によってその評価がどのようになされても、Tat の事実的法的評価についてひろく拘束をうけることはないことになる⁽¹⁾（刑法一五二条二項）。このことから、マンは裁判所が公訴の変更をおこなうことができるということを導く。そして、このひろい審理義務から生じる公訴変更の権限の背後にあるものが公訴消耗 (Strafklageverbrauch) であるという。すなわち、最初に判決する裁判官がその Tat を評価することが可能であり、またそのようにしなければならなかったという意味において、公訴は消耗されていると考えるわけである。

ところで、つぎにマンはこのような公訴を変更する権限と公訴消耗の関係が意味をもつのは裁判所の審理義務が現実的審理可能性と対応しているばあいだけであるという。しかし、審理の対象となるのは Tat である。したがっ

て、つぎに Tat と現実の審理可能性の関係をどのように考えるかということが問題となる。これについて、マンはいう。現実的審理可能性は Tat 概念を現実的な形成物として認識されうる一つの生の断面をもつものであると限定するばあいだけに存在すると。すなわち、これに対して、Tat 概念を多くの生の事象を含むものとして規定すると、審理義務の基礎をなす審理可能性はフィクションになるというのである。そして、このフィクション性がもっともよくあらわれる例として連続犯のばあいを指適し、連邦通常裁判所の判決をあげる。⁽³⁾これは多くの個別行為のうち、重要な部分だけが検察官によって取り調べられたばあいである。このばあい、裁判官には公判において取り調べられた個別行為を迅速に論じること以外何物も残されてはいない。そのときに、さらに若干の他の部分行為が明らかになるかもしれない。しかし、全体としての連続犯が発見されないことはまぬがれないことである。そこで、マンは検察官に知られていない個別行為についてまで係属中の手続において、一諸に判決することはいかなる実際の意味をも失ってしまっていると考える。すなわち、連続的行為のかくされた部分は審理の客体としてはフィクションにすぎないというわけである。

そこで、マンはつぎのようことになる。裁判所の審理義務がフィクションとしての審理可能性に基礎をおくべきであるとすることは法律の意味に合致しうるとは考えられない。刑事訴訟というものは Tat をその全体的刑法的意味において把握する可能性を裁判官に与えるかぎりにおいてのみ、その目的にかなうものとなると。そこで、Tat 概念を現実的に審理可能なものとして構成しなければならなくなる。その Tat 概念はどのようなものであろうか。マンはつぎのように定義する。Tat は自然的観察をおこなうばあいにあらわれるような単一の生の事件 (ein einheitlicher Lebensvorgang) である。

マンはこのように Tat 概念を構成した結果、これが刑法上の行為と異なるものであるという。そして、この Tat 概

念を連続犯に適用すると、全体としての連続犯が一個の Tat ではなく、個々の部分的行動が一個の Tat なのであるという。訴訟上の Tat 概念が依拠するところの自然的觀察が各々の個別行為の中に独立の単一的生の事象をみるということを理由とする。このようにして、マンによると、自然的觀察にもとづくばあい、連続犯は必然的にその個別的部分に分離するという結論をとることになる。連続犯の各部分行動が刑法二六四条の意味における一個の Tat であり、したがって基本法一〇三条三項の意味における Tat でもあるというわけである。

(1) Dietrich u. Ulrich Mann, a. a. O., S. 256—258

(2) Dietrich u. Ulrich Mann, a. a. O., S. 256, Anm. 22

(3) BGH 6—122, (=JZ 1954, S. 805)

マンは Tat 概念を分析することによって、連続犯のばあいにその各部分を手続上分離することができることを予定した。そこでさらに、そうすることが法的に一体可能なことなのかどうか、あるいは連続犯を刑法上と刑法上において同じものとして扱う必要があるのかどうか論じられることになる。マンは連続犯の各部分を手続上分離すること⁽¹⁾が法的に可能であると考え、その根拠をきこう。

一般的に連続犯はその発生と形成を合目的性と正義という考慮に負うている。連続犯のばあい、自然的行為数個を単純で正当な処罰を可能なものにするために、法的に一つのものへと包括する。マンはその理論の正当性をまさにこの点にもとめている。すなわち、いう。このような形での単一性は別の観点—たとえば既判力—のもとにおいて再びその自然的な行為の数個に分轄されうると。そして、さらにこれを展開している。処罰の分野において、数個のそれじたい独立した構成要件の実現を一定の要件のもとで、一個の犯行へと包括することが正しいと考えられている。し

かし、それと同時に数個の行為が単一性を形成し、単一のものとして扱われるべきなのかどうか、そうであるとしてそれはいつなのかという問題は最終的に解決されていない。この問題はそれぞれの分野において、別々に解答されるものである。したがって、マンの結論は刑罰形成の観点のもとで正当なことが、他のばあいにもそうである必要はないということになる。それぞれの考察の対象の意味と目的だけが、これを解決することができるというわけである。このようにして、連続犯は基本的に分離可能なものであって、すべてのばあいに単一なものとして扱われなければならないというわけではないのである。⁽²⁾

(1) Dietrich u. Ulrich Mann, a. a. O., S. 258—260

(2) なお、判例もこの認識を敬遠していたわけではないとして、つぎの判例を引用している。「連続連関は思想的には数個の Tat と同様に考えられる一個の事件を単一性へと包括するものである。これは思考必然性のゆえに生じるものではない。正当と思われ、自然的な観察にかなうかぎりにおいて、ある問題（たとえば、時刻、個別刑または併合刑の形成、既判力の範囲）を妥当な方法で解決し、また余りにも多くの個別行為を訴訟法上扱うことから生じてくるある難点をさけるために生じるものである。このようにして生じた観念的な単一性を他の観点において、多数のものとして考えることは思想的にまったく可能なことなのである。」BGH 5—138

また、マンは連続犯を訴訟法上分離できることをハーンからのつぎの引用によっても根拠づけようとする。「刑法二二四条aは委員会の見解によると、実際上の理由からせひにと託されたものである。たとえば、数個の窃盗または横領または詐欺についての審理において、審理の結果、被告人が責任を負わされる違反行為のほかに、なお一個の窃盗をしていたり、同じ信頼関係においてなお一個の横領をしていたり、同じ被害者に対する同一の欺罔にもとづくなお一個の詐欺をしていたということが疑もなく確認されたときに、もし判決がこの新たな違反行為にまで及ぶということが絶対にあつてはならないというのであれば、それは不必要な錯雑さへといたるであろうというのである。」Hahn, Materialien zur Strafprozessordnung, 2. Abteilung, S. 1565 (おそろく、これは正確には Hahn, Die gesamten Materialien zur Straf-

prozeßordnung, 1880/81 であるとおもわれるが、直接参照確認することはできなかった。Dietrich u. Ulrich Mann, a. a. O., S. 261 における引用をそのまま使用した。）なお、ここで刑法二二四条とは公判において公訴を別の行為にまで及ぼすことをみとめる現行刑法二六六条にあたるものである。マンはこのハーンからの引用によって、立法者は連続犯の各部分行為を独立の Tat としていたと考えている。

(3) わが国においても、包括一罪を訴訟上分離することができるという見解をとるものもある。最判昭和三十一年八月三日刑集一〇巻八号一二〇二頁、麻薬取締法違反被告事件をめぐってである。

菱木長義氏はつぎのようにのべておられた。行為が現実には多数である場合に強いてこれを単一の行為又は所為と考えようとするのは無用な努力と考える（警察研究二九巻一二号一〇三頁）と。田宮教授はこれと方向は同じくしながらも、つぎのように制限的にのべておられる。既判力を限縮することはできないが、時効の場合のように、被告人に利益な方向には、ちょうど、科刑上一罪中の親告罪と非親告罪のように、各行為ごとに分断することが理論上不可能ではないと思われる。包括一罪の場合は、単純一罪と違って、各行為は一個で十分構成要件を充足するが、それが数個反復されても、一括評価するといふだけのことだからである（ジュリスト臨時増刊一九六四年一〇月号刑法判例百選九五頁）と。既判力との関係では分離をみとめず、被告人に有利な方向においての分離をみとめる点に注目すべきである。

連続的行為の知られていなかった部分について、それが犯罪として重大であるようなばあい、新たな手続をみとめることができるかどうか。行為者に特権を与えてもよいものかどうか。このような連続犯と既判力の関係について、三つの考え方をみてきた。いずれも、行為者に特権を与えてはならない、新たな手続をみとめるべきであるという方向におもむこうとする点において、共通である。問題解決の出発点、姿勢という点に差異がみとめられた。

マンは連続犯は実体法上法的に一個といえるものであっても、手続法的には、これを各個別行為に分離することを可能であるとした。実体法上、手続法上の扱いをまったく区別すべしというわりきり方をしたわけである。連続犯が実質的に数罪であって、法的に一個にまとめあげられているにすぎないという点だけを考えれば、これも一個の見解

である。しかし、連続犯が法的に一罪とされたのは種々の要件をそなえることによって、一個の統一体として考えることができるからである。統一体として可能なものと考えられたものを、手続法的にふたたび分離するというのは、あまりにも便宜的すぎるようにおもわれるのである。それが既判力との関係のうえに展開されたものであり、被告人に分離された行為について新たな手続をみとめようとする結論をめざすものであることをおもえば、なおのことである。理論的にはまったくとりえない見解ではないことをみとめつつも、ただちにマンにくみすることに不安をおぼえる。

ゲールズは訴訟の客体を制限することによって、問題の解決をはかろうとした。連続犯の知られていない部分は訴訟の客体ではない。知られていない部分は新たな手続の客体となる。それを実際におこなうかどうかは起訴便宜主義にもとづくものである。このように考えた。この見解の基礎にあるものは、訴訟の客体は当該手続において判断されるべき事態をこえて及びえないと考える点にあった。ゲールズ理論は一見明瞭である。訴訟の客体が当該手続において判断されるべき事態をこえて及びえないことは当然である。しかし、問題はまさにここにある。連続犯のばあい、知られていない部分も、その統一体の中に含まれていると考えられる。連続犯のばあい、当該手続において判断されるべき事態とは何かが問題となる。ゲールズはこの問題に答えていない。結論だけを急いでいる。しかし、いずれにせよ、ゲールズが訴訟の客体を限定することによって、問題の解決をはかろうとすることは、結果的にはマンと同じく、連続犯を手続法的に分離することを意味するにほかならない。

ところで連続犯は一定の要件をそなえたばあい、実質的には数罪であるものを一個のものへと包括したものである。一個の犯罪と考えてさしつかえないというのである。とすれば、連続犯として包括することができにもかかわらず、たまたま知られていなかったという理由で、その部分を連続犯から分離するというのは矛盾なのではないだろうか。最初から、すべての部分行為が知られていれば、それが包括され、連続犯として一個のものに包括される可能

性はあった。しかし、たまたま知られていなかった部分があったので、それは連続犯として包括することができない。これでは実体法が連続犯という概念を考えた意味が失われてしまう。もちろん、その知られていなかった部分ですでに判決された行為と連続犯の關係にたないというのであれば、新たな手続が可能なのは当然である。それは実体法上の連続犯の要件をそなえていないからである。

このようにして、わたくしは連邦通常裁判所の見解に親近感をおぼえる。連続犯をしっかりと統一体としてつくりあげるといふ角度から、問題の解決にあたるべきである。一個のものとして考えることができるかどうかを慎重に判断し、それが肯定されたならば、単に便宜的にこれを分離させるべきでない。その意味において、連続犯の問題は実体法に固有のものであると考えることもできる。

むすび

わが国においても、包括的一罪をみとめることの必要性は否定されていないといえよう。しかし、それを立法化することについては種々の困難がつきまとう。本稿では、明文の規定をもたないが、實際上の必要から連続犯概念をみとめているドイツの状況を概観した。しかし、その明文の規定をもったバイエルン刑法典などの各ラント刑法典以来、古くから連続犯に親しんできたはずのドイツにおいても、これについて、一致した結論に到達していないことを認識した。とくに、その主観的成立要件について、あるいは既判力との關係について。わが国における包括的一罪についても、容易にこれを論じることのできない種々の難点がふくまれていることを痛感するだけである。その必要性から、結論をいそぐことはできない。この問題に関する史的展開なども詳細に検討することによって、この理論の深化をはかることを約して本稿をとじることにしたい。