

# 「包括的一罪」の研究 (二)

山 火 正 則

## 目 次

はじめに

第一章 ドイツにおける連続犯 (Das fortgesetzte Verbrechen) —とくにその理論の生成発展をめぐって

第一節 前史 (以上、第九卷二号)

第二節 バイエルン刑法典 (一八一三年) における連続犯 (第二一〇条) とこれをめぐる理論

第一款 バイエルン刑法典における連続犯 (以上、本号)

第二節 バイエルン刑法典 (一八一三年) における連続犯 (第二一〇条) とこれをめぐる理論

第一款 バイエルン刑法典における連続犯

一 連続犯が、意識的に体系的に分類されたのは、J・C・コッホにおいて、はじめてであろう。彼は、犯罪競合の現象形式を、詳細に分類した。これを図式的に示せば、つぎのとおりである。<sup>(1)</sup>

一 数個の犯罪が、同一の行為から生じたばあい || 同時的犯罪競合 (concursum delictorum simultaneous)

二 数個の犯罪が、別々の行為から生じたばあい || 継続的犯罪競合 (concursum delictorum succesivum)

- (一) 数個の犯罪が、異種の行為から生じたばあい || 客観的犯罪競合 (*concurus delictorum objectivus*)
- (二) 数個の犯罪が、数としては数個であるが、同種の行為から生じたばあい。

- i 同じ客体に対して反覆した犯罪 || 連続的犯罪競合 (*concurus delictorum continuatus*)
- ii 異なった客体に対して反覆した犯罪 || 反覆的犯罪競合 (*concurus delictorum reiteratus*)

J・C・コッホは、この犯罪競合の現象形態に応じて、科刑問題をつぎのように考えた。一については、最も重い刑だけ、二(一)と二(二) ii については、加重した刑、そして、二(二) i については、加重されない唯一の刑だけが、科されるという。そして、連続的犯罪競合について、一個の刑罰だけが科されるという根拠を、それが一個の犯罪とみなされる<sup>(2)</sup>ところにもとめている。これは、まさに後の連続犯を想起させるものである。<sup>(3)(4)</sup>要するに、彼によって明らかにされたものは、連続的犯罪競合が、数個の同種行為によって同じ客体に対して反覆された数個の犯罪であり、刑罰に関して、一個の犯罪と考えられる<sup>(5)</sup>ことである。

(一) Johannes Christoph Koch, *Institutiones iuris criminalis*, 9. Aufl., 1791, §24, §§158 a—164.

(二) J. C. Koch, a. a. O., §159 "In concursu delictorum continuato, unica tantum poena, ordinaria tamen, eague non exasperata imperatur. Habentur enim pro uno delicto."

(三) Friedrich Schaffstein, *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930, Neudruck, 1973, S. 219, Friedrich Geerds, *Zur Lehre vom der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, S. 42.

(四) この分類は、さうらたテナウ、デルなどに、現在用いられている競合論上の諸概念を想起させるものであった。すなわち、一は、観念的競合、二は、実在的競合、二(一)は、異種の実在的競合、二(二)は、同種の実在的競合を、Fritz Rathenau, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen mit besonderer Berücksichtigung seiner Geltung nach dem Reichsstrafgesetzbuch*, 1896, S. 24, Willhelm Höpfner, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, I. Bd., 1901, S. 56, F. Schaffstein, a. a. O., S. 219, Friedrich Doerr, *Das fortgesetzte Delikt*, *Beilage zu GS 71*, S. 18, F. Geerds, a. a. O., S. 41.

また、この分類は、普通法時代の刑法学者によって、多少変形されることはあっても、踏襲されていたといわれている (F. Geerds, a. a. O., S. 42)。この点を意識してのことか、シャフスタインは、J・C・コッホを近代競合論の創始者であると指摘している (F. Schaffstein, a. a. O. S. 219)。この評価を認容するものとして、Hellmuth Mayer, *Strafrecht*, 1953, S. 407, F. Geerds, a. a. O., S. 42, Mezger-Blei, *Strafrecht I*, 14, Aufl., 1970, S. 309. もともと、シャフスタインは、イタリア刑法学者が、J・C・コッホより二〇〇年前に競合に関する個々の型を示し、そのなかに彼の知らなかった「法条競合」の概念が存在していたという点において、J・C・コッホにまさるといえる。

(5) カロリナ法典支配下のドイツ普通法時代の代表的法学者であり、J・C・コッホに先だつカルプツォフの競合に関する理論は、イタリア法学以上にできるものではなかったといわれている。彼は、「犯罪の数だけの刑罰」の原則を断固として強調した。数個の犯罪にもかかわらず、一個の刑罰だけを科すことは、単なる例外としてのみ考慮していたにすぎなかったのである。その場合の例として、犯罪が同一の目的にむけられていたか、あるいは一気になら (uno impetu) 行われたばあい、「大なる刑は小なる刑を吸収する」という原則が適用されるべしというものがあったにすぎない (F. Rathenau, a. a. O., S. 24, F. Doerr, a. a. O., S. 17 による。Benedikt Carpov, *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium*, 1723 は参照しなかった)。このようなことは、すでにイタリア法学において意識されていたことであつた (本稿第一章第一節五、とくに注(5)参照)。これがそのままドイツ普通法学にもうけ入れられ、同じ犯罪が同じ客体に数回行われたばあいが、次第に分離し、J・C・コッホにいたつて、明確に競合の現象形式のひとつとして体系的に分類されたのであろう。

二 連続犯は、このようにして、他の競合の現象形式と明確に区別される実体をそなえるにいたつた。行為の客体をその中核にすえた、客観的側面だけの強調が、その特徴を示している。連続犯についてこのような理解は、多くの支持をうることになった。<sup>(1)</sup> その最も重大な支持者は、フォイエエルバッハである。彼は、犯罪競合の現象形式について、つぎのような分類を行った。<sup>(2)</sup>

- 一 同一の行為による異つた刑罰法規違反Ⅱ観念的ないし形式的競合
- 二 異なる行為による異つた刑罰法規違反Ⅱ客観的競合
- 三 異なる行為による同一刑罰法規違反Ⅱ主観的競合

(一) 同一の客体に行われたばあい＝連続犯

(二) 異った客体に行われたばあい＝反復犯

このフォイエルバッハの分類は、前掲したJ・C・コッホの分類と比較すると理解しうるように、それに基礎をおくものではあるが、つぎの点で異なるものを含むものであった。ここでは、客観的競合と主観的競合が観念的競合と並列した独立の競合形式とされているが、J・C・コッホの分類においては、ここにいう客観的競合と主観的競合が、継続的犯罪競合のなかに含まれるものとされていたことである。したがって、ここで主観的競合＝連続犯・反復犯が、現在の用語例によれば、異種の実在的競合とされるものから独立したものとして扱われていることに注意する必要がある。フォイエルバッハにおいては、連続犯を含む主観的競合が、他の競合形式とは、異質のものであると方向性が意識されていたようにも思われるからである。

しかし、いずれにしても、連続犯じたいの理解については、J・C・コッホとフォイエルバッハの間には、差異はみとめられない。このきわめて客観的に理解された連続犯概念は、フォイエルバッハの起草になる一八一三年五月六日バイエルン刑法典 (Bayerisches Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1813) のなかにとりいれられることになった。その第一一〇条は、つぎのように規定している。

「犯罪が同じ物または、同一の人に対して数回行われたときは、犯罪を連続的に行った異なった行為は、唯一の行為 (Tat) とみなされる。但し、刑の量定に当っては、……加重事由として顧慮される。」 (Wird ein Verbrechen an demselben Gegenstande oder an einer und derselben Person mehrmals begangen, so sind die verschiedenen das Verbrechen fortsetzenden Handlungen für eine einzige That zu rechnen, doch als beschwerender Umstand unter den Einschränkungen des Art. 95. bei Ausmessung der Strafe zu berücksichtigen.)

このような規定を刑法典のなかにとりいれることは、当時オルデンブルク刑法典がまったく同じ形式において、行っていたにすぎない<sup>(4)</sup>。他のラント刑法典において、とりいられることはなかった<sup>(5)</sup>。また、バイエルン刑法典も、その一八六一年法典においては、これを有していなかった。これは、連続犯についてのフォイエルバッハの客観的側面のみ強調が、当時はげしい論争をひきおこしたものであろうことを推測させるものである。バイエルン刑法典一一〇条は、連続犯をめぐる論争の出発点を示すことになったわけである。

(1) たゞ、Carl August Titmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 1822, S. 199, Julius Friedrich Heine, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836, S. 242 f. (§161), August Wilhelm Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts, 1846, S. 143 f. (§163)

なお、連続犯について、基本的には行為の客体を重視するが、意思的側面をも考慮する傾向が、当時すでに現われていた。グロールマンは、連続犯を「まず実在的または実質的競合として、同じ可罰的行為を同じ客体に対して数回反復したばあいであると考えた(Karl von Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl., 1818, S. 135 f. (§121))。しかし、さらに、犯罪が連続したばあいは、大なる可罰性を考慮しようとしているのである(Grolman, a. a. O., S. 135 (§121. a))。これは、連続犯が刑罰を加重されることなく一個の刑罰を科されるものとしたばあいに、連続犯に犯罪的決意の単一性を必要としたものと理解されるのである。ここでは参照しえなかつたが、グロールマンは、同書第二版(一八〇五年)に於いて、「同一の精神の興奮(Sinnesberauschung)から生じた」連続犯を一個の行為と考へていたのである(F. Rathenau, a. a. O., S. 25)。

(2) Paul Johann Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeiner in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847.

(3) Herausgeben von M. Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, I. Bd., 1858, I (以下に於いて引用するとき、本集と略す)。

(4) 一八一四年九月二〇日オルデンブルク刑法典(Strafgesetzbuch für die Herzoglich = Oldenburgischen Lande vom 10. September 1814) 一一五条「ある犯罪が、同じ物または同一の人に対して数回行われたときは、犯罪を連続した異った行為は、唯一個の行為(Tat)とみなされる。刑の量定にあたっては、……加重事由として顧慮される。」(Wird ein Verbrechen an demselben Gegenstande oder an einer und derselben Person mehrmals begangen, so sind die verschiedenen das Verbrechen fortsetzenden Handlungen für eine

einzigste That zu rechnen, doch als beschwerender Umstand unter den Einschränkungen des Art. 102. bei Ausmessung der

Strafe zu berücksichtigen.) Sammlung, I. Bd., II.

(5) ヲマウンシユウマイク、ノノヴァー、ノッセン、チューリンゲン各ラント刑法典においては、数個の異なった可罰的行為が、(1)同じ継続的關係において行われたばあい、(2)同じ決意の發展的遂行と考えられるばあい、(3)同一行為の部分または段階と考えられるばあいに連続犯がみとめられるとされていた。

一八四〇年七月一〇日ヴラウンシユウマイク刑法典 (Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig vom 10. Juli 1840) 五六条「異なった可罰的行為が、同じ刑罰法規の違反を行うものであり、かつそれが同じ継続的關係において行われるか、または同じ決意の發展的遂行、もしくは同一の行為の部分と考えられるときは、この異なった法律違反は、一個の犯罪としてのみ処罰される。」(Wenn die verschiedenen strafbaren Handlungen die Uebertretung desselben Strafgesetzes enthalten und entweder in Beziehung auf dasselbe dauernde Behältnis begangen oder als die fortschreitende Ausführung desselben Entschlusses oder endlich als die Bestandtheile einer und derselben That zu betrachten sind, so sind diese verschiedenen Gesetzesübertretungen nur als ein Verbrechen zu bestrafen.) Sammlung, I. Bd., V.

一八四〇年八月八日ノノヴァー刑法典 (Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840) 一〇六条「同種の連続した数個の可罰的行為が、ただ同一の犯罪的決意の發展的遂行とみなされ、または同じ継続的關係において行われ、もしくは同じ行為の部分、段階とだけ考えられるときは、個々の行為は、唯一の行為とのみみなされる。但し、この連続は、刑の量定にあたって、特別な加重事由「*Wesentlich*」(Wenn mehrere auf einander folgende strafbare Handlungen derselben Art entweder nur als fortschreitende Ausführung eines und desselben verbrecherischen Beschlusses anzusehen, oder in Beziehung auf das nämliche dauernde Verhältniß begangen, oder nur als Bestandtheile und Stufen einer und derselben That zu betrachten sind, so werden die einzelnen Handlungen zwar nur für eine einzige That gerechnet; es ist jedoch diese Fortsetzung bei Bestimmung der Strafe als ein besonderer Erschwerungsgrund zu berücksichtigen.) Sammlung, II. Bd., V 同 一一二条「前条の規定によつて処罰された連続した犯罪は、同じ刑罰法規に数回違反するものが、同じ継続的關係によつて犯されたばあひでも、みとめられる。」(Ein fortgesetztes, nach der Vorschrift des vorhergehenden Artikels zu bestrafendes Verbrechen wird auch dann angenommen, wenn die mehrfachen Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes in Bezug auf dasselbe fortdauernde Verhältniß verübt worden sind.) Sammlung.

II. Bd., VII.

一八四一年九月一七日ノッセン刑法典 (Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen Vom 17. September 1841) 一一一条「同

じ刑罰法規に数回違反することが、特定の犯罪にむけられた同じ決意の遂行として包括的に現われる行為によって行われたとき、また同じ過失行為の結果と考へるときは、同一の行為の部分または継続とみなされ、唯一の(連続的)犯罪として処罰される。そのばあい、刑の量定にあたっては、その継続とその数は、法律の範囲内において、加重事由として考へられる。」(Mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes durch Handlungen, welche zusammen als Ausführung des nämlichen, auf ein bestimmtes Verbrechen gerichteten Entschluß es erscheinen, ebenso mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes, welche als Folgen der nämlichen fahrlässigen Handlung zu betrachten sind, werden als Bestandtheile oder Fortsetzungen einer und derselben That angesehen und als ein einziges (fortgesetztes) Verbrechen bestraf, wobei jedoch die Fortsetzungen und deren Zahl als Erschwerungsgrund bei Zumessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen in Betracht kommen.)

チヤーリンゲン刑法典(s. g. thüring'sches Strafgesetzbuch)\*五一條「同じ犯罪が、犯罪者によつて、継続的關係において数回行われたとき、または同じ刑罰法規に数回違反することが、同じ決意の発展的遂行もしくは同一の行為の部分として現われたとき、数回行われた違反は、唯一の犯罪として処罰される。その連続とその数は、重く可罰性の事由として考へられる。」(Wurde von dem Verbrecher dasthalbe Verbrechen mehrfach in Beziehung auf ein dauerndes Verhältniß begangen, oder erscheinen die mehrfachen Uebertretungen desselben Strafgesetzes als fortschreitende Ausführung des nämlichen Entschlusses, oder als Bestandtheile einer und derselben That, so sind die mehrfachen Uebertretungen nur als ein einziges Verbrechen zu bestrafen, die Fortsetzungen desselben und ihre Zahl jedoch als Grund höherer Strafbarkeit zu betrachten.) (Sammlung, III Bd., X\* 51 條) 法の書(五) 1845 年 3 月 6 日。Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Sachsen = Weimar = Eisenach, die Herzogthümer Sachsen = Meiningen, Sachsen = Coburg = Gotha, Anhalt = Dessau und Köthen, und die Fürstenthümer Schwarzburg = Rudolstadt, Schwarzburg = Sondershausen und Reuß jüngere Linie.

バーデン刑法典は、特定の犯罪にむけられた同じ決意の遂行を要件とする。なお、過失の連続犯が規定されていることが、特徴的である。一八四五年五月六日、バーデン刑法典 (Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden vom 6. März 1845) 一八〇條「同じ刑罰法規に数回違反することが、特定の犯罪にむけられた同じ決意の遂行として包括的に現われる行為によって行われたとき、また同じ過失行為の結果と考へるときは、同一の行為の部分または継続とみなされ、唯一の(連続的)犯罪として処罰される。その継続とその数は、重く加罰性の事由として考へられる。但しその犯罪を規定した刑の上限を、絶対的といはざらぬ。」(Fortgesetzte Verbrechen.) Mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes durch Handlungen, welche zusammen als Ausführung des nämlichen, auf ein bestimmtes Verbrechen gerichteten Entschluß es erscheinen, und ebenso mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes,

welche als Folgen der nämlichen fahrlässigen Handlung zu betrachten sind, werden als Bestandtheile oder Fortsetzungen einer und derselben That angesehen und als ein einziges (fortgesetztes) Verbrechen bestraft, wobei zwar die Fortsetzungen und deren Zahl als Gründe erhöhter Strafbarkeit in Betracht kommen, jedoch das höchste Maß der auf das Verbrechen gesetzten Strafe niemals überschritten werden darf. 同 一八一一条「前条以外において、同じ刑罰法規に数回違反するものが、前 一八〇条の規定に於て処罰される連続的犯罪としてみとめられるのは、法律がこれを個別的に規定してゐるばかりである。」(Außer diesen Fällen können mehrfache Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes als ein fortgesetztes nach der Vorschrift des vorhergehenden §. 180. zu bestrafendes Verbrechen nur da angenommen werden, wo das Gesetz dies Besonderes verordnet.) Sammlung, II Bd., VIII 他 のラント刑法典においては、連続犯の要件を規定したものは、みあたらない。たとえば、一八三九年五月一日ヴェルテンヴェルク刑法典 (Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. März 1839) 一二二条は、連続犯のばあいには、唯一の犯罪として処罰されると規定しているにすぎない。「同じ種類の数個の可罰的行為が、一個の連続した犯罪としてだけ考えられるときは、個々の行為は包括して唯一の犯罪として処罰されるべきである。ただし、刑は、法規に規定された範囲内において加重され、必要があれば、法律上許容される補充に於て、<sup>(1)</sup> 加重される。」(Sind mehrere strafbare Handlungen derselben Art nur als Ein fortgesetztes Verbrechen zu betrachten, so sollen zwar die einzelnen Handlungen zusammen als ein einziges Verbrechen bestraft werden, jedoch so, daß die Strafe innerhalb der im Gesetze bestimmten Grenzen erhöht, und erforderlichen Falles durch gesetzlich erlaubte Zusätze <sup>(2)</sup> scharft wird.) Sammlung, I Bd., V.

三 フォイエルバッハの連続犯概念に、最初にしかも激しい批判を加えたのは、ミッテルマイアーである。それは、バイエルン刑法典一一〇条の削除を求めようなものであった。<sup>(1)</sup> たとえば、フォイエルバッハの連続犯概念に、<sup>(2)</sup> つぎのような具体的ばあいをあてはめ、批判する。A が二度にわたつてある酒倉から、ワインを窃取したばあい、第一行為と第二行為の中間において、その酒倉の所有者に変更があれば、A は二重に処罰され(すなわち反復犯)、変更がなければ、A は連続犯を犯したことになる。そこでこれでは、連続犯の成否は、酒倉の所有者の変更の有無という偶然的なものによって、決定されることになるというのである。偶然なものによって、A が寛大に処罰されたり、厳格に処罰されたりすることになるというのである。ミッテルマイアーは、フォイエルバッハに対する実質的な批判



を、それが帰責とか可罰性という根拠と関連なしに論じられているところにむけています。「同一の客体」だけを問題にし、何故に連続犯として一個の刑罰が科されるのかという理由が明らかではないと考えたのであろう。

そこで、ミッテルマイアーは、連続犯に関する最初の論文において、連続犯について、つぎのような展開を行った。連続犯とは、反復された「同種行為」が、「各々個別的な分離可能な行為ではあるが、これを独立したものとして法的に評価するのではなく、刑罰に関しては一個の犯罪としてしか考えざるをえないような一定の連関を有するばあいである<sup>(3)</sup>」と。そして、彼は、犯罪の性質に根拠をもつ連続犯と、犯罪の特殊な遂行に根拠をおく連続犯を考<sup>(4)</sup>えた<sup>(5)</sup>。ミッテルマイアーの連続犯に対する基本的見解が、顕著に現われるのは、前者のばあいより、後者のばあいであろう。連続犯と考える「一定の連関」を、一般的に考慮することになると思われるからである。そこでは、フォイエ<sup>(6)</sup>ルバッハが純粹に客観的な角度から、連続犯を考慮しているのに対して、すでに主観的なものを考慮しようとする萌芽がみとめられる。例えば、ミッテルマイアーは、作物のある畑から窃取し、つぎに隣の畑から窃取したばあい、その畑の所有者が異っていても、連続犯が成立するという。また、倉庫に侵入して、穀物の袋を窃取し、再び戻って別の穀物袋を窃取したばあい、第二の袋の穀物の所有者が異っていても、連続犯が成立するという。その理由をミッテルマイアーは、犯罪的行動の密接な連関性にもとめる。そして、そこでは窃盗犯人は、人というものを念頭においておらず、犯罪におちいりやすい状況に一回的であったのであり、彼の意図にしたがって、同一の分断されない行動として、唯一個の犯罪を行ったにすぎないという<sup>(6)</sup>。密接な連関性を考えるにあたって、主観的なものが影響をもつものであることが意識されているように思われる<sup>(7)</sup>。

(1) Carl Joseph Antsn Mittermaier, Ueber den Unterschied zwischen Fortgesetzten und wiederholten Verbrechen, Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. 2, 1818, S. 256.

(2) Mittermaier, a. a. O., S. 242ff.

(3) Mittermaier, a. a. O., S. 247.

ミッテルマイアーが連続犯の存否を「刑罰に関して」考慮していることに対して、ヘフナーは、方法論的に誤まりであると批判する。犯罪の本質から、犯罪の単一性の概念を展開し、そこで発見された犯罪の単一性の基準を具体的なものにあてはめて、連続犯の成否をたずねるべきであるというのである。Höpfer, a. a. O., S. 74.

(4) Mittermaier, a. a. O., S. 249.

(5) 犯罪の性質に根拠をもつ連続犯のばあいとして、ミッテルマイアーは、つぎの四つのばあいをあげている。(イ)ある犯罪を行うため、ある行為を手段として行い、それによって、不法な利益をえたり、他人を傷害したばあい、手段として行われたすべての行為は、連続犯である。例えば、商人が不正な秤を作らせ、これを一〇〇回使用したとしても、連続した詐欺罪にすぎない。(ロ)犯罪が特殊な信頼関係を侵害するものであるばあい、信頼関係の破壊から生じたすべての行為は、連続犯である。例えば、姦通がくりかえされたばあい、連続した姦通罪である。(ハ)法律が一定の関係を犯罪的なものであるとしているときに、この関係にある者が、これを利用し、数個の行為をこの関係の継続として行ったばあい、その数個の行為は、連続しているにすぎない。例えば、近親相姦について考えられる。(ニ)法律が、行為者に特別な誠実義務を負わせているが、犯罪を犯しやすいような関係にあるために、その犯罪を特別に扱っているばあい、誠実でない行為者がこの関係のなかで行ったすべての行為は、連続犯である。例えば、召使の窃盗のばあいである。Mittermaier, a. a. o., S. 251 ~ S. 254.

(6) Mittermaier, a. a. O., S. 255.

四 フォイエルバッハによる徹底した客観的な連続犯論が確立され、またそれに対するミッテルマイアーによる批判が展開されているなかで、連続犯の本質的特徴として主観的要素を強調する見解も、わずかであるが展開されていた。<sup>(1)</sup>

ヘンケは、犯罪の数を考えるにあたって、意思情緒とか欲求をその基礎におき、連続犯をつぎのようなばあいにみとめようとした。すなわち、まず犯罪行動が数回同一の対象にむけて行われたとしても、そのすべての行動の基礎に同じ目的があるばあいである。<sup>(2)</sup> つぎに人を殺すために、つぎつぎにくりかえして傷つけるばあいのように、同じ意思決定にもとづいて、より重い侵害を惹起するために、最初の現象のなかにすでに独立の犯罪を構成するような同一の

行動が、同じ人に対してくりかえし行われるようなばあいである。<sup>(3)</sup> さらに客体が異なっているとしても、同一の意思決定から生じた数個の活動がそれにむけられているばあいである。<sup>(4)</sup> ヘンケにおいては、目的、決意の単一性が連続犯の成否を決定する要素とされていることが理解される。主観的要素によってだけ、連続犯を考慮している。しかし、決意の単一性だけでは、連続犯の成否を犯人の思うがままにさせるものであり、<sup>(5)</sup> 余りにも広すぎて、それだけでは適當ではない要素であるという批判を、後にうけることになる。<sup>(6)</sup>

このほか、連続犯について、当時主観的要素を過度に強調したのは、ザンダーである。彼は、数個の同じ犯行は、ほとんどつねに同じ動機、同じ犯罪的傾向に起因するものであると考える。したがって、それは、外部的には異なるものではあっても、同一の内的動機に起因し、かつ同一の外的傾向をとった一個の刑法法規違反を示すものであり、それゆえに一個の犯罪であることを示すものであるという。<sup>(7)</sup> しかし、このザンダーの見解は、当時支持をうけることはできなかったようである。それだけではなく、具体的に到底妥当とは思われない結論をみちびくことになるために、後に正面から否定されることになった。同じ犯罪が、まったく異なる動機に起因することもあるし、またまったく異なる犯罪が、同じ動機に起因することもあるからである。<sup>(8)</sup>

(1) Henke, Handbuch des Kriminalrechts, 1823, S. 611f. 「ヘンケによると、数個の犯罪をみとめるためには、数個の活動 (Kraftäußerung) が存在するというだけでは不十分で、それぞれの活動の基礎に、個別的な違法意思情緒 (eine besondere rechtswidrige Stimmung des Willens) が存在していなければならないという。そしてさらに、犯人が同一の違法な欲求 (Begehren) の対象とするところのものは、同一の犯罪の客体としてのみ考えられるというのである。しかし、ヘフナーは、これに対して、犯罪は欲求によって行われるのではなく、行為によって行われると批判する。」 Höpfner, a. a. O., S. 81f., Anm. 19

(2) Henke, a. a. o., S. 612

(3) Henke, a. a. o., S. 613

(4) Henke, a. a. o., S. 613

- (5) Rathenau, a. a. O., S.29
  - (9) Doerr, a. a. o., S.27
  - (7) A. Sander, Betrachtungen über die Concurrenz der Verbrechen, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1836, S.382f.
  - (8) Doerr, a. a. O., S.27f. Anm.3
- これを具体的に、ラテナウは、おそろくいつも同じ動機を満足させたいと思う強姦犯人が、別々の人を強姦したばあい、異なった動機を満足させた者より可罰性が低いというのは、根拠がないという (Rathenau, a. a. O., S.29)。また、ヘフナーも、同じ犯罪—たとえば謀殺—が異なった動機に起因することも、異なった犯罪が同じ動機—たとえば貧欲—に起因することもありうるとして、ザンダーの見解は、明らかにまったく正しくないという (Höpfer, a. a. o., S. 76, Anm.6)。