

## ドイツ刑事判例研究

### 謀殺罪と強盗致死罪との所為単一

山本光英

(StGB §§52, 53, 211, 251)

謀殺罪と強盗致死罪とは、それらが同一の被害者にかかわるときにも相互に所為単一が認められる

BGH, Beschl. v. 21. 1. 1992—1 StR 593/91

[NStZ 1992, 230]

#### 《事実の概要》

被告人らは、女性のタクシー運転手から目的地に着いたときに暴行を用いて財布を奪取するつもりでいた。この目的を達するため、被告人らは、傷害の故意で被害者の首を扼めた。被害者の激しい抵抗を排除することができなかったため、被告人らは、金員を奪取し得るようにするために被害者をナイフで殺害した。地方裁判所(LG)は、被告人らを謀殺罪と強盗致死罪、自動車運転者に対する強盗的攻撃罪、危険な傷害罪との所為単一(Tateinheit)を認めて、各々に対して少年刑9年と8年の有罪判決を下したが、量刑理由においては、謀殺罪と並んで3個の別個の犯罪構成要件——「その中の2個は重い不法内容をもつ (§ 251 StGB および § 316a StGB)」——が充足されているということが刑を加重するものとして考慮されている。

刑事部(Senat)は、被告人らの上告を棄却しようとしたが、それには連邦通常裁判所(BGH)の支配的な判例が妨げになると思われた。そこで、刑事部は

公判を停止し、第二、第三、第四刑事部に事案を提示して、対立する判例を堅持すべきか否かの質問を発してそれに対する回答を求めた。

### 《理由》

本刑事部は、第五刑事部の見解(BGHSt 35, 257, 258)に従いたいと思う。

1. 刑法251条の文言は、他との関連なしに考察するときには、さしあたり、故意による死の惹起は本条に包摂されないとすることに有利な証拠となることが明らかであるかのようにみえる。当該文言になんら解釈の余地がないならば、判決はこれに拘束されるであろう。しかし、それは実体とは異なる。法律の体系はこれとは異なる様相を呈している。

出発点となるべきは、刑法典の総則、および基本的であり、かつ、さしあたってまず、すべての各則規定に妥当性を有する——そこでは例外が予定されていようとも——総則規定である。かようにして、刑法18条は、原則的に、特別な所為結果のゆえに重い刑罰を科することができるのは、この結果について、行為者に「少なくとも過失(wenigstens Fahrlässigkeit)」の責めがある場合に限っている。故意もともにそれに含まれるということについては、連邦通常裁判所の判例がある(BGHSt 9, 135, 136; 19, 101, 106: 刑法18条の新規定によって、刑法旧56条——「少なくとも過失で」——に対して何も変更はない)。このことは、故意による所為遂行の可罰性は刑法15条から生じ、過失による所為の可罰性は個々の法規において規定されなければならない、という一般原則にも適合する。反対の推論により、刑法15条から、刑法がさらに過失行為に刑罰を科している場合には、故意行為もまた可罰的であることになる(LK-Schroeder 10. Aufl., § 18 Rn 10)。したがって、刑法15条の基本規範は、刑法18条により拡張されている(LK-Herdeggen aaO, § 251 Rn 12)。このことは、一般的に、刑法251条を適用する際に考慮されるべきである。刑法251条の意味における軽率性(Leichtfertigkeit)は、ただちに刑法18条の責任形式の段階関係にあてはまる(LK-Jähnke aaO, § 212 Rn 41)。刑法

18条の基本的要件(「少なくとも過失」)は、軽率性を要求する当該規定によって「重」過失(„groben“ Fahrlässigkeit)の段階へ高められたにすぎない。必ずしもすべての過失が重い法定刑を正当化するものではないが、しかし故意はそれによって排除されることはない(BGHSt 35, 257, 258)。それゆえ、「少なくとも」という文言を刑法251条に取り入れる必要はなかったのである(本質的に同旨のものとして、LK—Schroeder, LK—Herdegen, K—Jähnke—jew. aaO)。

このような帰結は、死の結果に特別な法定刑を結びつけている他の諸規定と比較することにより確証される。かようにして、刑法239条3項および221条3項は、刑法18条と関連づけてのみ適用可能なのである。それゆえ、自由剥奪ないし遺棄につき故意に惹起された殺人は(BGHSt 9, 135 ; 19, 101の考察のもとでは)両規定に含まれる。この場合、過失のより高い段階(軽率性)は要求されていない。立法者がこれを必要ないものとしたのは、おそらく基本行為が軽罪(Vergehen)であることに鑑みて法定刑が比較的軽いからであろうと思われる。しかし、それは、刑法251条における「軽率性」が事実上故意を排除するものではなく、過失を限定するということを示しているにすぎない。刑法239条3項および221条3項の場合には故意による死の惹起が構成要件を充足し、刑法251条——より重い犯罪——の場合にはそうではないとし、しかもこの場合には総則の基本原則をあてはめるべきではないということを証明しないのは納得し難いものと思われる。

このような関係で、刑法251条と同一の法定刑を含む刑法229条2項に注意すべきである。しかも、死の結果を過失によって惹起した場合にも故意によって惹起した場合にも、ともに刑法18条が適用される。なぜこの規定が故意をも含むべきであり、刑法251条がそうではないのかということは理解できない。ただ過失要件が異なって取り扱われているということが理解できるだけである。

2. 異なった責任形式が問題になっているから刑法251条の意味での軽率

性は故意を排除するという指摘は、納得のいくものではない。故意が立証できなかった場合には、過失の概念は受皿機能(Auffangfunktion)を有する(vgl. Laubenthal JR 1988, 334)。加えて、刑法18条における「少なくとも過失」という定式は、異なった責任形式が相互に段階関係にあることを示している(LK-Jähnke aaO)。

3. 従来の判例は、刑法典の評価基準を考慮したときには主張できないと思われる推論へ至る(同旨, LK-Herdegen Rn 14; LK-Jähnke; LK-Schäfer § 239 Rn 22—jew. aaO; Herzberg JuS 1976, 40, 43; S/S-Eser 24. Aufl., § 251 Rn 9; Paeffgen JZ 1989, 220, 221)。この場合、刑法251条の法定刑と刑法212条、213条による故意の殺人に対する法定刑との間の明らかな誤解を指摘することができる。本刑事部は、謀殺罪(とりわけ物欲による場合)とならんで刑法251条をも有罪判決に掲げる特別な実際の必要性は、なんら存しないものと思料する。他方、刑法251条、239条 a 3項、177条 3項等における故意の殺人のすべての場合において、謀殺罪要素が実現されるというのも適切ではない(たとえば、前掲の第五刑事部の事案で、殺意が証明された場合を参照)。しかし、刑法251条が「軽率性」という概念を用いたことによって故意を排除するか否かという問題は、刑法212条もしくは211条との間の、場合によっては生じ得る競合の問題と分断して判断することはできない。

Lackner(19. Aufl., § 251 Rn 4)によって提示された、刑法251条の法定刑を用いることによる遮断効(Sperrwirkung)は、類推の禁止と一致し得ない(LK-Herdegen aaO)。刑法211条の構成要件は、刑法177条 3項の故意の既遂になる場合、事情によっては当該所為の不法内容を汲み尽くしていないとするBGHSt 19, 101, 106からの論証も考慮されるべきである。同様のことが、当該規定と故殺罪との競合により一層あてはまる。

本刑事部は、死の結果が故意に惹起された場合に刑法251条が充足され得るか否かという問題と、当該規定が殺人犯罪(Tötungsdelikten)と如何なる関係にあるかという問題とは、別個に考察することはできないと考える。行為

者に死の結果に対する法定刑を科するためには「軽率性」が必要であるとする規定は全て、統一的に判断されなければならない。その相違を生じさせ得るのは何かということは、全く理解できない。

4. ここで述べられた法学的見解は、立法手続によっても疑問とされることはない……。

### 《研究》

1. ドイツ刑法は、1953年の第三次刑法改正法により、その第56条に、「法律が、行為の特別な結果により重い刑を科しているときには、この結果につきその者に少なくとも過失の責めを帰すことができるときにかぎり、この重い刑をもって正犯者または共犯者を処断する」<sup>1)</sup>として、結果的加重犯が成立するためには、基本行為と加重結果との間に因果関係があるだけでは足りず、さらに加重結果について行為者に「少なくとも過失(wenigstens Fahrlässigkeit)」があったことを必要とする旨規定したことであった。そして、この刑法旧56条は、現行法においてもそのまま踏襲され、刑法18条にその旨規定されているのである。加えて、1975年の改正刑法施行法により、刑法251条の所謂強盗致死罪その他の幾つかの結果的加重犯において、加重結果につき、さらに行為者に「軽率性(Leichtfertigkeit)」<sup>2)</sup>のあったことを要求するに至っ

1) この規定は、「前世紀の結果責任の遺物」と評されてきた結果的加重犯につき、責任主義を導入したものと評価することができる。

2) „Leichtfertigkeit“を「重過失」とする立場もある(丸山雅夫「結果的加重犯論」(成文堂、1990年)271頁参照)。たしかに、実質的にはこの語は重過失を意味するものと思われる。ただ、重過失には„grobe Fahrlässigkeit“という語がある。それゆえ、本稿では、„Leichtfertigkeit“は、「軽率性」と訳すことにしようと思う。

3) 結果的加重犯のうち、「軽率性」を要件とするものとして、強盗致死罪(251条)のほか、たとえば、児童に対する性的虐待致死罪(176条b)、強姦致死罪及び性的強要致死罪(178条)、恐喝の人身奪取致死罪(239条a 3項)、人質致死罪(239条b 2項)、航空交通及び船舶交通に対する攻撃致死罪(316条c 3項)などがある。

た<sup>3)</sup>。これにより、「軽率性」を要件に掲げる強盗致死罪等の結果的加重犯において、加重結果につき故意があった場合に、これを含むか否かという問題が生じ、これと関連して他罪との関係、所謂「結果的加重犯」の犯罪競合ということが問題になるのである。本決定の論点も、まさにこの点にある。

もっとも、1998年の第六次刑法改正法<sup>4)</sup>は、これらの結果的加重犯を規定する各則規定において、従来は「軽率に」とされていたものを「少なくとも軽率に(wenigstens leichtfertig)」と改正して、ドイツ刑法251条の強盗致死罪については、死亡結果について故意ある場合を含む旨規定した<sup>5)</sup>。本決定は、この改正法以前の事案であるが、これに関する議論は、わが国において、刑法240条に関して所謂「強盗殺人の擬律」ということで議論されている結果的加重犯における犯罪競合の問題を考えるうえで、依然として参考になるものと思われるので、以下検討しようと思う。

2. まず、ドイツ刑法251条<sup>6)</sup>が死亡結果につき行為者の「軽率性」を要件としていることから、同条が殺意のあった場合を含むか否かが問題となる。

学説においては、同条は「軽率性」のある場合だけを規定しているのであって、殺意のある場合を含まないとする所謂「排他性説(Exklusivitätslösung)」<sup>7)</sup>と、「軽率性」のある場合のみならず殺意のある場合をも含むとする所謂「競合説(Konkurrenzlösung)」<sup>8)</sup>とが対立している。

4) Vgl. Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil Nr. 75, S. 3386.

5) 註3) にあげた「軽率性」を要求するその他の結果的加重犯についても、1998年の第六次刑法改正法は、強盗致死罪と同様、すべて「少なくとも」という文言を新たに加えている。

6) 以下において刑法251条という場合、1998年の第六次刑法改正法以前の251条、すなわち「少なくとも軽率に」の「少なくとも」が規定されていなかったものをいうものとする。

7) Vgl. *Rudolphi*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, JZ 1988, 880; *Rengier*, Der Große Senat entscheidet: Exklusivitäts- oder Konkurrenzlösung?, StV 1992, 496; *Arzt*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, StV 1988, 57.

8) Vgl. *Laubenthal*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, JR 1988, 336; *Dreher-Tröndle*, StGB, 48. Aufl., 1997, §251 Rdn. 6; *Alwalt*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, NStZ 1989, 225; *Baumann-Weber*; Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, §16 III 1; *LK-Schroeder*, 10. Aufl., §18 Rdn. 25.

さて、殺意のある場合を含まないとする排他性説においては、強盗の際に死亡結果につき殺意があった場合は刑法251条は適用されないのであるから、この場合には、基本行為たる強盗罪と加重結果に対する殺人罪とを認め、両者の所為単一(Tateinheit)とすることになる。しかしながら、この見解は処断刑の点で均衡を失する。というのも、加重結果につき軽率性しか認められない場合には、刑法251条が適用され、10年以上または無期の自由刑となるのに対して、加重結果につき故意まであった場合には、死亡結果につき無期自由刑を科する謀殺罪(刑法211条)の成立が認められれば格別、故殺罪の成立しか認められない場合には故殺罪の法定刑が5年以上の有期自由刑であり、強盗罪が1年以上の有期自由刑(249条)、重い強盗罪も3年以上の有期自由刑(250条)であることから、死亡結果につき故意があった場合のほうが、軽率性しか認められない場合よりも、刑が軽くなるからである<sup>9)</sup>。もっとも、それゆえ、排他性説の論者の中には、科刑の点で、殺意のある場合には強盗致死罪の刑を下回ってはならないとする所謂「遮断効(Sperrwirkung)」を認める見解もみられるのであるが<sup>10)</sup>、この場合になにゆえ遮断効が認められるのか、その理由は明確にされてはいないばかりか、これは被告人に対して不利益な類推を禁止する基本法(GG)103条2項に反するとの批判が向けられている<sup>11)</sup>。本決定もこの点を指摘している。

これに対して、競合説は、結果的加重犯に関する総則規定たる刑法18条の

9) この「刑の不均衡」との批判は、わが国においても、刑法240条後段の適用を否定する見解に対して有力に主張されている。

10) Vgl. *Lackner*, StGB 19. Aufl., § 251 Rdn. 4; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 115. 排他性説においても、強盗罪とは別に、殺人の点につき、たとえば物欲からの謀殺罪(ドイツ刑法211条2項)の成立が認められれば「刑の不均衡」は生じないが、故殺罪(同212条)しか認められないときにはこれが生ずる。「遮断効」とは、この場合、強盗致死罪(251条)の刑の下限をもって、処断刑の下限としようというものである。

11) Vgl. z. B. *Alwalt*, a. a. O., S. 225f.; *LK-Herdeggen*, StGB 10. Aufl., § 251 Rdn. 12. 排他性説に立つ *Rudolphi* も、遮断効を認めることには、被告人に不利益な類推であるとして、これに反対している(Vgl. z. B. *Rudolphi*, Anmerkung zur Beschl. des BGH v. 15. 7. 1975—4 StR 201/75, JR 1976, S. 75)。

趣旨は個々の結果的加重犯を規定する各則規定にも及ぶ、ということ为基础とする。すなわち、刑法18条が「少なくとも過失」と規定していることから、文理上、過失のある場合だけでなく故意のある場合も結果的加重犯に含まれることになるのであり、この理は個々の結果的加重犯を定める各則規定にも及ぶとし、したがって、刑法18条の過失要件に関する「少なくとも過失」という趣旨は、各則規定の「軽率性」要件についても及ぶのであって、「少なくとも軽率性」と解すべきであるとされるのである<sup>12)</sup>。それゆえ、軽率性を要求する個々の結果的加重犯規定において、加重結果につき故意があった場合にも当該結果的加重犯規定が適用されるのであり、死亡結果につき故意があった場合、すなわち所謂強盗殺人の場合には、謀殺罪(刑法211条)または故殺罪(212条)のほか、刑法251条の強盗致死罪の適用が認められるのである。

3. ところで、以上の議論は、結果的加重犯、とりわけ強盗致死罪のような場合を真正結果的加重犯と解するか、それともこれを不真正結果的加重犯と解するかとの問題と関連する。ここで、真正結果的加重犯とは、故意の基本行為ともっぱら過失の結果惹起とが法律上結合しているものをいい、不真正結果的加重犯とは、一定の結果の発生が他の犯罪類型の刑を加重する付随事情とされているものであって、必ずしも基本犯の構成要件的结果として生じたことを要しないものをいうとされている<sup>13)</sup>。

したがって、既述の排他性説は、強盗致死罪を真正結果的加重犯と解するものであり、本罪を故意の強盗罪ともっぱら軽率性の認められる死亡結果の惹起とが法律上結合したものであって、死亡結果につき故意がある場合を含まないとするのである。

これに対して、競合説は、強盗致死罪を不真正結果的加重犯と解するものである。この競合説によれば、死亡結果の発生が基本犯たる強盗罪の刑を加

12) Vgl. z.B. *Rudolphi*, a.a.O., S. 75.

13) Vgl. Schönke/Schröder—Cramer, StGB 25. Aufl., 1997, §18 Rdn. 2.

重する付随事情であり、死亡結果は必ずしも基本犯たる強盗罪の構成要件的结果として生じたことは要せず、これとは別に殺意をもって死亡結果が惹起された場合を含むことになるのであって、それゆえ、死亡結果につき軽率性がある場合だけでなく、故意がある場合も結果的加重犯たる本罪に含まれるとするのである。そして、この競合説によるときには、強盗致死罪は死亡結果につき軽率性の認められる場合と殺意のある場合とをともに含むのであるから、軽率性があるだけで殺意のなかった場合には本罪のみを適用すれば足りるのに対して、殺意のある場合には、殺意のあったというその不法内容を汲み尽し、これを明確化することが必要であり、したがって、強盗致死罪と併せて殺人罪(謀殺罪または故殺罪)を適用し、両罪の所為単一を認める必要があるとされるのである<sup>14)</sup>。

4. ところで、所謂強盗殺人の場合に刑法251条を適用すべきか否かについては、判例に変遷がみられる。ライヒ裁判所(RG)は、競合説に立ち、特に重い強盗罪と故殺罪<sup>15)</sup>、または謀殺罪<sup>16)</sup>との所為単一を認めていたのであり、1941年9月4日の刑法改正法による謀殺罪に関する刑法211条の新設以来、謀殺罪(刑法211条)と併せて強盗致死罪(刑法251条)をも適用できるかという問題に関しても、判例は繰り返しこれを肯定してきた<sup>17)</sup>。連邦通常裁判所も当初はこれと同様に競合説の立場に立つものであった。たとえば、1956年5月8日の連邦通常裁判所第二刑事部判決は、「2人の共同正犯のうち一方は強盗謀殺を計画していたが、しかし他方は強盗の被害者の死を単に過失で惹起したにすぎない場合、ここで拒否された見解(排他性説のこと：筆者註)によれば、主犯は謀殺罪と単純強盗罪との所為単一となり、これに対して、単に過失で

14) Vgl. z.B. Schönke/Schröder – Eser, StGB 25. Aufl., 1997, § 251 Rdn. 9: noch vgl. Schröder, Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW 1956, S. 1739.

15) Vgl. RGSt 4, 289.

16) Vgl. RGSt 60, 51; 60, 163 [165]; 63, 105.

17) Vgl. OGHSt 1, 81 [86]; 1, 110 [112]; 1, 133 [138].

死に至らしめたにすぎない強盗犯人は、謀殺者のほうが強盗についてもより重い責任を負っているにもかかわらず、特に重い強盗罪のゆえに処罰されることになろう<sup>18)</sup>として、排他性説における「刑の不均衡」等を理由として、これを否定し、競合説の立場から強盗致死罪と謀殺罪との所為単一を認めていた。

しかしながら、その後、連邦通常裁判所は、以下のように述べて、強盗致死罪と謀殺罪との競合を否定し、競合説の立場を離れたのである。すなわち、1975年7月15日の連邦通常裁判所第四刑事部決定は、「陪審裁判所は、謀殺罪の共同正犯と特に重い強盗罪との所為単一を認め、被告人を旧規定の刑法211条、251条、47条、73条により有罪とした。……従前の刑法251条および同56条によれば、行為者が暴行を用いて他人の死を過失または故意で惹起した場合には、強盗致死罪の構成要件が認められた。それゆえ、謀殺罪と特に重い強盗罪との所為単一が可能であった(……)。刑法251条の新規定〔1975年の改正規定のこと(筆者註)〕の後には、強盗致死罪の構成要件は、人の死の軽率な惹起の場合にのみ充足される。軽率性と故意とは異なった責任形式である。それらは相互に排他的である。それゆえ、強盗致死罪はもはや故意の殺人犯罪(Tötungsdelikt)と所為単一として競合し得ない<sup>19)</sup>として、死亡結果に対する軽率性を要件とする刑法251条のもとでは競合説は採り得ず、排他性説を妥当とする立場に立ち至ったのである。

けれども、その後、連邦通常裁判所は、傍論ながら、再び、競合説を妥当とする立場を示唆していたのである。すなわち、1988年4月12日の連邦通常裁判所第五刑事部判決は、被告人らが、被害者(88歳の女性)宅において、被害者を縛り上げ、猿ぐつわを嚙ませ、電話コードを壁から引き抜き、現金および装飾品を奪い、被害者に配慮することなく立ち去ったところ、被害者は縄を解くことができず、猿ぐつわのために窒息死したという事案において、

---

18) BGHSt 9, 135.

19) BGHSt 26, 175.

死亡結果に対する軽率性を要求する刑法251条の新規定による強盗致死罪で被告人を11年の自由刑に処した陪審裁判所の判決を支持しつつ、傍論として、仮に被害者の死に対して被告人らに未必の故意があったとした場合につき、次のように説示している。すなわち、「上告趣意は、BGHSt 26, 175=JZ 1975, 642によって導入された判決を基礎とするものであり、不当である。この判決によれば、——刑法旧251条についての判例(BGHSt 9, 135)とは異なって——改正刑法施行法による刑法251条の新規定以来、強盗致死罪はもっぱら軽率な死亡結果の惹起の場合にまさに充足され、それゆえ、もはや故意の殺人犯罪と法律上競合することはないことになる。本刑事部は、従来このような見解に左袒していない。……立法者は、刑法18条において、一般に、結果的加重犯の場合、特別な結果は、故意か過失かを問わず、惹起され得る（少なくとも過失で）と定めたのである。刑法各則の規定なかで、行為者が特別な結果を『軽率に』惹起しなければならないということが要求されている場合には、そのことは、このような原則の放棄を意味するものではなく、ただ単純な過失から『重大な(grobe)』過失への可罰性の限界の引き上げを意味するにすぎない」<sup>20)</sup>というものである。

5. さて、本決定は、この連邦通常裁判所第五刑事部判決(BGHSt. 35, 257)に従うものである。まず、ドイツ刑法15条によれば、故意犯処罰が原則であり、過失犯処罰は法律に明文がある場合に限られるのであるから、結果的加重犯において加重結果につき「少なくとも過失」を要求する刑法18条は、この原則を拡張したものであるという。そして、「軽率性」までも要求する各則規定は、刑法18条が要求する結果的加重犯処罰のための下限を「重過失」という段階まで引き上げたにすぎず、これによって刑法18条の「少なくとも過失」において含まれている加重結果に対する故意が「軽率性」を規定する各則において排除されることはないというのである。次に、故意と過失とでは

---

20) BGHSt 35, 257.

責任形式が異なり、同一規定に含まれることはないとの主張に対して、過失概念は、故意が立証できなかった場合の「受皿機能(Auffangfunktion)」を有するとしたうえで、刑法18条は「少なくとも過失」と規定することにより、故意と過失という異なった責任形式が相互に段階関係にあることを示しているとし、さらに、排他性説による場合には「刑の不均衡」が生ずることを挙げている。このようにして、本決定は、競合説の立場に再び帰り、刑法251条の強盗致死罪の規定は殺意のある場合も含むとしたのである。

6. 以上のように、ドイツ連邦通常裁判所の判例は、刑法251条の強盗致死罪につき、死亡結果につき故意があった場合を含むかという問題に関して、従前はこれを含むという競合説の立場に立っていたものの、1975年の改正刑法施行法により、各則規定に加重結果につき行為者に「軽率性」が認められることを要件として以来、排他性説の如く、これを否定する立場に赴いたのである。これに対して、本決定は、再び競合説の立場に帰り、刑法251条のもとでも故意ある場合を含むと解し、1975年7月15日の連邦通常裁判所第四刑事部決定(BGHSt 26, 175)と異なる立場を示したのである。この点に、本決定の最大の意義がある。

既述のように、1998年の第六次刑法改正法により、刑法251条が改正され、本罪が成立するのは死亡結果につき行為者に「少なくとも軽率性(wenigstens Leichtfertigkeit)」が認められるときに限る旨改正されるに至った。これにより、ドイツ刑法251条に関する既述の「不愉快な問題領域は一掃され」<sup>21)</sup>たのであり、「本条は、判例が、これまで、それ自体非常に疑問があるが、しかし、実際には確かに正当な解釈という方法で承認してきたことを規定した」<sup>22)</sup>とされている。したがって、現在では、刑法251条は死亡結果につき故意ある場合を含むこととなっているのであり、1998年に改正された現行ドイツ

21) *Dencker*, *Dencker/ Struensee/ Nelles/ Stein*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, S. 15.

22) *Dencker*, a.a.O., S. 15.

刑法251条の法文上,すでに排他性説はその根拠を失ったものと解することができる。

とはいえ,本決定に至るドイツにおける結果的加重犯における犯罪競合に関する議論は,わが国における類似の問題を考察する際に,極めて参考になるものと思われる。それゆえ,本稿において検討した次第である。

(本学経済学部助教授 山本光英)

(2000年9月27日脱稿)