

ドイツ刑法における強盗致死罪と犯罪競合

山 本 光 英

序 論

わが国において、刑法240条後段所定の強盗致死罪の解釈に関し、これが殺意ある場合を含むか否かの問題は、今なお議論のあるところである。かつて大審院判例は、刑法240条後段の前身である旧刑法380条について、本条は殺意のある場合と殺意のない場合とをともに含むと解していたのであり¹⁾、現行刑法施行後もこの立場を維持し、殺意のある場合には刑法240条後段のみを適用していた²⁾。しかし、その後、判例はその立場を変更し、刑法240条後段は殺意のある場合を含まず、したがって死亡結果につき殺意があるときには強盗罪と殺人罪との観念的競合と解するに至ったのであり³⁾、この立場は、その後の判例においても繰り返され、当時の確定した判例となっていたのである⁴⁾。しかしながら、その後、さらに一転して、判例は、刑法240条後段は強盗罪と殺人罪との結合犯、または強盗罪と傷害致死罪との結合犯であり、したがって、殺意のある場合を含むと解し、強盗犯人が殺意をもって被害者を殺した場合には、刑法240条後段のみを適用し、外に刑法199条の殺人罪の規定を適用することは不要であると解する立場に戻り⁵⁾、最高裁もこの立場を踏襲し、現在、不動のものとなっている⁶⁾。すなわち、この場合に、強盗罪と

1) たとえば、大判明38.3.30刑録11.374。

2) たとえば、大判明42.6.8刑録15.728。

3) 大判明43.5.31刑録16.1012。

4) たとえば、大判大4.2.26刑録21.164。

5) 大連判大11.12.22刑集1.815。

殺人罪との観念的競合と解するときには処断刑の下限が懲役5年ということになり(刑法54条1項前段)、死亡結果につき殺意のなかったときには刑法240条後段が適用されて処断刑の下限が無期懲役となることと比較して刑の均衡を失することになるのであり⁷⁾、他方、この刑の不均衡を回避しようとして強盗致死罪と殺人罪との観念的競合と解するときには、一個の死の結果を二重に評価することになって⁸⁾、いずれにおいても妥当でなく、結局、刑法240条後段は殺意のある場合も含むと解しつつ、これのみを適用することをもって足りると解されているのである⁹⁾。

他方、ドイツにおいても、強盗致死罪をめぐるわが国の議論と類似の議論がみられるのであるが、しかし、わが国とドイツとでは結果的加重犯に関する規定に相違があることから、結果的加重犯の構造、とりわけ基本行為と加重結果との関係に関しても理解の相違がある。すなわち、わが国においては、結果的加重犯に関する総則規定をもたないことから、通説は、基本行為と加重結果との間に因果関係があるばかりではなく、加重結果につき過失または予見可能性がなければならぬとするのに対して¹⁰⁾、判例は基本行為と加重結果との間に因果関係があれば足りると解している¹¹⁾。これに対して、ドイツでは、1953年8月4日の第三次刑法一部改正法¹²⁾により、総則規定たる刑法56条において、「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、この結果につき行為者に少なくとも過失の責めを帰する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」と規定して、結

6) たとえば、最判昭32.8.1刑集11.8.2065。

7) たとえば、大塚仁『刑法概説(各論)』第3版(有斐閣・1996)229頁等参照。

8) たとえば、大塚仁・前掲書228頁以下等参照。

9) たとえば、大塚仁・前掲書229頁等参照。

10) たとえば、団藤重光『刑法綱要各論』第3版(創文社・1990)312頁、西原春夫『刑法総論』(成文堂・1977)187頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂・1975)93頁、200頁等参照。

11) たとえば、大判昭3.4.6刑集7.2911、最一判昭26.9.20刑集5.10.1937、最三判昭32.2.26刑集11.2.906。

12) Vgl. BGBI. I. S. 735.

果的加重犯が成立するためには加重結果につき行為者に「少なくとも過失 (wenigstens Fahrlässigkeit)」がなければならないとされ、このことは現行ドイツ刑法18条にもそのまま踏襲されている。加えて、1975年1月1日に発効した1974年3月2日の改正刑法施行法19条128号¹³⁾により、刑法251条のいわゆる強盗致死罪の規定を含めて、いくつかの結果的加重犯に関し、各則規定において、加重結果につき「軽率性 (Leichtfertigkeit)」¹⁴⁾がなければならない旨規定するに至っているのである。

このように結果的加重犯に関する規定において、たしかに、わが国とドイツとでは、その様相を異にしている。しかしながら、ドイツにおいて加重結果につき故意があった場合の適条如何について用いられる議論ないし論拠については、わが国のそれと極めて近いものがあり、既述のわが国における刑法240条後段に関する所謂「強盗殺人の擬律」等の問題を考える際に大いに参考になるものがあると思われる。それゆえ、本稿においては、ドイツ刑法におけるいわゆる「結果的加重犯と犯罪競合」という問題のうち、就中、「強盗致死罪と犯罪競合」について考察しようと思う。

13) Vgl. BGBI. I, S. 469.

14) „Leichtfertigkeit“ を「重過失」としている立場もある(丸山雅夫「結果的加重犯論」(成文堂・1990年))。たしかに、この語は、「わずかな程度の注意を払うことですでに結果の回避に足りると思われるということの意味する、程度の高い形態の過失」(Kindhäuser, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1999, § 251 Rdn. 13) と解されているから、実質的には「重過失」を意味するものと思われる。Günther は、「改正刑法施行法は、刑法251条の科刑が重いことについての責任適合性に対する憲法上の疑問(……)を顧慮して、1975年1月1日に刑法251条につき、初めて„Leichtfertigkeit“というメルクマールを導入し、それによって刑法18条(旧56条)の過失要件を一段と厳しくした。それゆえ、leichtfertig は、grob fahrlässig を意味する」(vgl. Günther, SK-StGB 43. Lfg., 5. Aufl., 1998, § 251 Rnd. 18) としている(同旨、Kindhäuser, a.a.O., § 251 Rnd. 13; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., 1999, § 251 Rnd. 2)。ただ、重過失には „grobe Fahrlässigkeit“ という語があるので、本稿では、„Leichtfertigkeit“ は「軽率性」と訳すことにする。

本 論

1. ドイツ刑法旧56条導入以前について

結果的加重犯は、長い間、「結果責任の遺物」といわれてきた。しかし、最近では、結果的加重犯はそれ固有の不法内容を有するものであり、けっして「結果責任の遺物」ではないという認識が、とくにドイツにおいて有力となってきている。すなわち、結果的加重犯には、故意による基本行為に固有の加重結果発生危険があり、この危険が加重結果の中に実現された場合には、これが単なる基本行為のみの場合と比較して不法を高めるというものである¹⁵⁾。換言すれば、結果的加重犯は基本行為と加重結果との単なる寄せ集めではなく、これらの間には密接な関係があるのであって、結果的加重犯においては基本行為それ自体に加重結果を惹起する類型的危険があり、かかる危険が加重結果の惹起の中に実現された場合には、結果的加重犯に固有の不法が認められるというものである。

ところで、もし、結果的加重犯が「結果責任の遺物」とするならば、加重結果につき、基本行為との間に因果関係がありさえすれば結果的加重犯が成立するということになる。というのも、加重結果に対する行為者の主観的関係の如何は問われないからである。このとき、仮に加重結果につき行為者に故意あるいは過失があった場合、結果的加重犯の成立を認めるだけでは当該行為のもつ不法内容、とりわけ加重結果に対する行為者の主観的関係についての刑法的評価として不十分であるとの謗りを免れない。というのも、結果的加重犯を「結果責任の遺物」と解する以上、結果的加重犯は加重結果に対する行為者の主観的関係を何ら評価したものではないことになるからである。もっとも、結果的加重犯を「結果責任の遺物」とするのであるから、加重結果に対する行為者の主観的関係、その不法内容は、もともと何ら問題

15) 丸山雅夫・前掲書・4頁以下、123頁以下、山本光英「結果的加重犯の不法内容」法学新報97巻3・4号245頁以下等参照。

にならないともいえる。しかしながら、あえて、加重結果についてその不法内容、とりわけ行為者の主観的關係を明確にしようとするなら、結果的加重犯の外に加重結果につき故意犯あるいは過失犯の成立を認め、これらと結果的加重犯との観念的競合と解するほかはない。強盗致死罪を例にとれば、強盗に際して被害者を過失で死に致らしめたとき、あるいは殺意をもって殺したときには、強盗致死罪と過失致死罪、あるいは強盗致死罪と殺人罪との観念的競合ということにならなければならない¹⁶⁾。

もっとも、これについては、以下の如き批判が考えられる。すなわち、第一に、強盗致死罪と過失致死罪との観念的競合とする場合、一個の死亡結果を二重に評価することになるという点であり、第二に、強盗致死罪と殺人罪との観念的競合と解するときは、既述の「二重評価」との批判のほか、さらに一個の死の結果につき、一方では強盗「致死」罪として殺意のないものと評価しつつ、他方で「殺人」罪として殺意のあるものと評価するという「評価の矛盾」が生ずるといふ点である。

ともあれ、以上のように、ドイツにおいては、1953年8月4日の第三次刑法一部改正法による刑法旧56条（現行法18条）の導入前においては、結果的加重犯の外に、加重結果に対する行為者の主観的關係を明確化する必要があるとした場合には、当該結果的加重犯とは別に加重結果に対する過失犯あるいは故意犯の成立を認めることに意味があったのである。

2. ドイツ刑法旧56条導入以後について

1953年8月4日の第三次刑法一部改正法による刑法旧56条の導入以後、既述の議論はその姿を一新することになる。同条は、責任主義(Schuldprinzip)の観点の下で、結果的加重犯が成立するためには加重結果につき行為者に「少なくとも過失」を要するに至ったのである。もっとも、同条の導入に

16) Vgl. Schröder, Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW 1956, S. 1737.

より結果的加重犯において加重結果につき故意ある場合を含むとされたことに対しては、当時、懐疑的態度を示す見解も少なからず存在した。すなわち、結果的加重犯概念の不当な拡大が危惧されること、未遂や共犯の問題処理に困難を生ぜしめることになるといったことがその理由とされていたのである¹⁷⁾。ともあれ、この刑法旧56条の導入がまさに結果的加重犯における犯罪競合の問題に重大な影響を与えることとなったのである。

刑法旧56条において加重結果につき行為者に「少なくとも過失」が必要とされたことにより、加重結果につき因果関係があるだけで過失がなかった場合には結果的加重犯が成立しないことは勿論であるが、結果的加重犯が成立するときには加重結果につき行為者に故意または少なくとも過失があったことを意味する。したがって、仮に加重結果につき行為者に過失があった場合、そのことは結果的加重犯の成立が認められることで既に刑法的に評価されているのであるから、あらためて外に加重結果に対する過失犯の競合を認める必要はないものとなる。これに対して、加重結果につき行為者に故意があった場合、当該結果的加重犯が加重結果につき故意のある場合を含むか否かの問題が重要となってくる。すなわち、当該結果的加重犯が「真正結果的加重犯 (echte erfolgsqualifizierte Delikte)」か「不真正結果的加重犯 (unechte erfolgsqualifizierte Delikte)」かとの問題である。

ところで、*Schröder*によれば、真正結果的加重犯とは、「行為者が結果を故意に惹起したのではない場合にも行為者の責めに帰せしめるため、そして、そうすることで、そうしなければ生じ得るであろう処罰の欠缺を埋めるために規定されたもの」¹⁸⁾であり、これに対して、不真正結果的加重犯とは、「本来、結果の惹起が有罪判決の基礎をなすのではなく、故意に行われた基本構成要件に加重的な付随事情のゆえにとくに重いものという刻印が押されるべ

17) Vgl. *Hruschka*, Konkurrenzfragen bei der sog. Erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1967, 42, S. 43ff.; *Hirsch*, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, 65; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 72.

18) *Schröder*, a.a.O., S. 1738.

きであるもの¹⁹⁾をいうとされ、*Cramer*によれば、真正結果的加重犯とは、「故意の基本行為ともつばら過失の結果惹起とが法律上結合しているもの²⁰⁾をいい、これに対して、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、結果は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²¹⁾をいうとされている²²⁾。換言すると、真正結果的加重犯とは、基本行為は故意、加重結果は過失によるものであるのに対して、不真正結果的加重犯とは、その他に、基本行為は過失、加重結果も過失による場合と、基本行為は故意、加重結果も故意による場合とを含むものをいうのであり、本稿との関係で端的にいうと、真正結果的加重犯は、加重結果につき故意がある場合を含まないのに対して、不真正結果的加重犯は故意のある場合を含むものと理解することができる。

たとえば、強盗致死罪の場合を例にとると、強盗致死罪(刑法251条)を真正結果的加重犯と解するか、それとも不真正結果的加重犯と解するかによって犯罪競合の問題の解決に相違が生ずるのである。すなわち、強盗致死罪を加重結果につき故意のある場合を含まない真正結果的加重犯と解する場合には、死亡結果につき行為者に過失があったときにのみ強盗致死罪が成立することになる。したがって、死亡結果につき過失がなかったときには強盗致死罪は成立しないことは勿論のこと、死亡結果につき行為者に故意があったときにも強盗致死罪の規定を適用することはできない。そこで、死亡結果につき故意があった場合には、殺人罪と強盗罪との所為単一とせざるを得ない。

19) *Schröder*, a.a.O., S. 1739.

20) *Schönke/Schröder-Cramer*, StGB 25.Aufl., 1997, § 18 Rdn. 2.

21) *Schönke/Schröder-Cramer*, a.a.O., § 18 Rdn. 2.

22) ここに、1998年6月23日の第六次刑法改正法後の現行ドイツ刑法典における通常の(加重結果につき軽率性を要件としていない)結果的加重犯の規定を示すと、遺棄致死罪(221条3項)、重い傷害罪(226条)、傷害致死罪(227条)、毒害致死傷罪(229条2項)、自由の剥奪致傷罪(239条3項)、自由の剥奪致死罪(239条4項)、放火致死罪(306条c)、溢水致死罪(313条)などがある。

しかし、そうすると、「刑の不均衡」の問題が生じてくる。すなわち、死亡結果につき過失しかなかったときには強盗致死罪となり、ドイツ刑法251条により無期または10年以上の自由刑であるのに対して、死亡結果につき故意があったときには強盗罪と殺人罪（謀殺罪（刑法211条）または故殺罪（刑法212条））との所為単一となり、殺人罪が謀殺罪であるときは法定刑が絶対的無期自由刑であることから、強盗致死罪の成立を認めるときと比較して処断刑には格別の不均衡は生じないが、故殺罪のときには法定刑が5年以上の自由刑であり、そして、強盗罪が法定刑を1年以上の自由刑とする単純強盗罪（刑法249条1項）ではなく重い強盗罪（刑法250条1項）であったとしても、法定刑の下限は3年（刑法249条1項）または5年（同条2項）であり、結局この場合の処断刑は3年以上または5年以上の自由刑ということになって、死亡結果につき故意があったときより過失のときのほうが刑が重くなるのである。そこで、強盗致死罪は死亡結果につき過失がある場合だけでなく、故意がある場合をも含む不真正結果的加重犯であると解する立場が登場することになる。

この立場は、さらに、二者の立場に分かれる。一方は、強盗致死罪は死亡結果につき故意のある場合、すなわち所謂強盗殺人を含むと解するものであるから、本罪の外、格別に他罪の成立を認める必要はなく、犯罪競合の問題は生じてこないとする立場である。わが国において、所謂強盗殺人につき刑法240条後段のみ適用すれば足りるとする判例は、結論においてこの立場に立つものといえる²³⁾。しかしながら、強盗致死罪が故意ある場合をも含むとした

23) もっとも、判例の立場は、240条後段を強盗罪と殺人罪との結合犯、または強盗罪と傷害致死罪との結合犯と解して、行為者に殺意があった場合でも、単に240条後段だけを適用すれば足り、殺人罪の規定を併せ適用する必要はないとしているのであって（大塚仁・前掲書228頁等参照）、強盗殺人の擬律については、判例は、結果的加重犯と無関係に「罪数の問題」として処理するものであると言うこともできよう（丸山雅夫・前掲書260頁参照）。ただ、これを刑法240条後段の結果的加重犯の性質という観点からみると、結局、240条後段は死亡結果につき故意があった場合をも含むとしている点において、判例は、240条後段を不真正結果的加重犯と解しているといつてよいと思われる。

場合、本罪には死亡結果につき故意のない場合と故意のある場合との双方を含むのであるから、故意のある場合に単に強盗致死罪を適用するだけでは、死亡結果につき故意があったということ、すなわち死亡結果に対する行為者の主観的關係、その不法内容を明確化することはできない。それゆえ、この場合には、強盗致死罪と併せて殺人罪の成立を認める必要が生ずるのである。これに対しては、「二重評価」および「評価の矛盾」という批判が向けられることは既述の通りである。

3. 「軽率性」要件の導入以後について

さて、1975年3月2日の改正刑法施行法以来、ドイツ刑法典は、新たに、いくつかの結果的加重犯に関して、これが成立するためには加重結果につき「軽率性(Leichtfertigkeit)」を必要とする旨各則に規定するに至った。たとえば、児童に対する性的虐待致死罪(刑法176条b)、強姦致死罪および性的強要致死罪(刑法178条)、恐喝的人身奪取致死罪(刑法239条a 3項)、人質致死罪(刑法239条b 2項)、強盗致死罪(刑法251条)、航空交通および船舶交通に対する攻撃致死罪(刑法316条c 3項)などである。ここでも、また、既述の議論がそのままあてはまる。すなわち、ドイツ刑法251条の強盗致死罪を例にとれば、本条も「軽率性」要件を導入したことから、死亡結果につき行為者に過失がないとき、あるいは単純過失は認められるが軽率性までは認められないときには強盗致死罪の成立は認められず、また、死亡結果につき行為者に軽率性が認められるときは本条のみが適用されることは明らかであるが、死亡結果につき故意があった場合の擬律が問題になるのである。

この点については、ドイツ刑法251条は加重結果につき軽率性が認められる場合のみを規定したものであり、死亡結果につき故意がある場合を含まないとする立場と、死亡結果に軽率性が認められる場合のみならず、故意がある場合もこれを含むとする立場とがある。前者は「排他性説(Exklusivitätslösung)」²⁴⁾と呼ばれ、後者は「競合説(Konkurrenzlösung)」²⁵⁾と呼ばれている。排他性説においては、ドイツ刑法251条は死亡結果につき軽率性があった

場合にのみ成立する真正結果的加重犯を規定したものと解されるのであり、これに対して、競合説においては、同条を加重結果につき故意があった場合をも含む不真正結果的加重犯と解するのである。

ところで、真正結果的加重犯と不真正結果的加重犯とは、とくに加重結果が故意に惹起された場合につき、その不法内容、とりわけ加重結果に対する行為者の主観的関係をどのように明確化するかということによって区別されるといってよい。たとえば、真正結果的加重犯の典型例とされる傷害致死罪は、死亡結果につき故意があったときには、謀殺罪または故殺罪の成立によってその不法内容、とりわけ加重結果に対する行為者の主観的関係は明確化されることになるのであり、加重結果に対する故意犯の成立を認めることで当該行為の不法内容を刑法的に充分評価し得ることになる。そもそも、死亡結果につき故意がある場合は殺人罪なのであって、傷害致死罪を認める余地はなく、これを認めることは、故意概念に混乱をきたすことになろう。したがって、故意ある傷害致死罪というものを想定することはできないのであって、死亡結果につき行為者に過失がある場合だけを傷害致死罪とすることで足りるのである。それゆえ、傷害致死罪は真正結果的加重犯なのであり、このような真正結果的加重犯の場合、加重結果につき故意があったときには、直截に加重結果に対する故意犯のみの成立を認めれば足りることになるのである。すなわち、真正結果的加重犯の場合、加重結果につき故意があったときには、加重結果についての故意犯を認めることでその不法内容は十分に汲み尽くされるのであり、結果的加重犯の成立を認めたとしても、その不法内容を格別に明確化したことにはならないのであって、それゆえ、故意ある結果

24) Vgl. *Rudolphi*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, JZ 1988, 880; *ders.*, Anmerkung zur BGH, Beschl. 15. 7. 1975, JR 1976, 73; *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.

25) Vgl. *Laubenthal*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988, JR 1988, 336; *Dreher—Tröndle*, StGB 48. Aufl., 1997, § 251 Rdn. 6; *Alwart*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, NStZ 1989, 225.

的加重犯を認めることに意味はないのである。

これに対して、不真正結果的加重犯の典型例とされる強盗致死罪の場合、死亡結果につき故意があったときに、死亡結果に対して謀殺罪または故殺罪を認めるだけでは、基本行為が強盗であったという不法内容の刑法的評価を欠くこととなり、他方、このときに強盗致死罪という結果的加重犯を認めるだけならば、死亡結果につき行為者に故意があったことを明確化し、その不法内容を十分に評価したとはいえないのである。それゆえ、死亡結果に対する不法内容、行為者の主観的關係を明確化しようとする立場からは、この種の結果的加重犯の場合、加重結果につき故意があったときも結果的加重犯に含まれるとしたうえで、故意ある結果的加重犯と加重結果に対する故意犯の成立を認め、両者の所為単一として処断する必要が生ずるのである。

さて、ドイツ刑法251条が死亡結果につき行為者に軽率性のあったことを要件とすることから、死亡結果につき無過失または単なる過失が認められるにすぎないときには、強盗致死罪は成立しないのであり、死亡結果につき行為者に軽率性が認められるときにはじめて強盗致死罪が成立することになる。問題となるのは、死亡結果につき行為者に故意があった場合の擬律である。

この点、排他性説によれば、既述のように、ドイツ刑法251条は、死亡結果につき行為者に軽率性が認められるときにのみ成立するものと解されるのであるから、死亡結果につき故意がある場合には本条を適用することはできないのであり、基本行為たる強盗罪と殺人罪との所為単一になると解することになる。これに対して、競合説によれば、ドイツ刑法251条の規定は死亡結果につき故意のある場合を含むと解するのであるから、刑法251条が適用されるとともに、死亡結果に対する行為者の主観的關係を明確化するために殺人罪の規定をも併せて適用し、両者の所為単一と解することになるのである。

両者に対する批判がいかなるものかは、既述のことから明らかであろう。すなわち、排他性説に対しては、死亡結果につき行為者に軽率性があるときには強盗致死罪一罪として無期自由刑または10年以上の自由刑が科されるのに対して、死亡結果につき軽率性を超えて故意まであったときには強盗罪と

殺人罪との所為単一となり、強盜の点が單純強盜の場合は1年以上の自由刑(刑法249条1項)、重い強盜の場合は5年以上の自由刑(刑法250条1項)であり、殺人の点が絶対的無期自由刑を科している謀殺罪(刑法211条)である場合は格別、これが故殺罪であるときにはその法定刑が5年以上の自由刑(刑法212条1項)であることから、死亡結果につき故意のなかったときのほうが故意のあったときに比較して刑が重くなるという「刑の不均衡」を生ずるとの批判であり、他方、競合説に対しては、一方で強盜致死罪を適用することで死亡結果につき故意のないものと評価しつつ、他方で殺人罪を適用することで死亡結果を故意によるものと評価するという「評価の矛盾」をきたしているという批判、および一個の死亡結果を「二重評価」しているという批判である。

もっとも、排他性説においては、既述の「刑の不均衡」との批判を避けるため、死亡結果につき故意があった場合には、死亡結果につき故意のない結果的加重犯の刑を下回ってはならないとする所謂「遮断効 (Sperrwirkung)」を認める見解もある²⁶⁾。ここで、「遮断効」というのは、たとえば強盜殺人の場合、強盜罪と謀殺罪または故殺罪との観念的競合としたうえで、とくに強盜致死罪よりも法定刑の軽い故殺罪の場合には、殺意のあったほうが刑罰が軽くなるという矛盾を回避するために、強盜致死罪の刑の下限をもって、処断刑の下限とするということであって、遮断効を認めなければ、強盜罪の下限が1年(刑法249条1項)、重い強盜罪でも3年(刑法250条1項)あるいは5年(刑法250条2項)であり、故殺罪は5年以上の自由刑とされていることから、強盜罪と故殺罪の観念的競合としたときには、処断刑の下限が5年となるべきところ、「刑の不均衡」を避けるため、刑法251条は10年以上または無期の自由刑を科していることから、遮断効を認めて、処断刑の下限を10年にしようというものである²⁷⁾。しかし、この遮断効を認める見解に対しては、

26) Vgl. Lackner, StGB, 20. Aufl., 1993, § 251 Rdn. 4; Tenckhoff, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 1988, S. 912 ff.

その論拠が明確ではないという批判のほか、遮断効によって刑の下限が引き上げられることになるから、被告人に対して不利益な類推を禁止する基本法103条2項に違反する疑いがあるとする批判が向けられている²⁸⁾。思うに、排他性説は、死亡結果につき故意がある場合には強盗致死罪の規定を適用できないとしながら、刑の下限を強盗致死罪の刑の下限とするのであるから、結局、その適用を否定した強盗致死罪の規定を実質的には適用しているのであって、いわば玄関で拒否した強盗致死罪の適用を裏口から招き入れていると言ってもよいのであって、強盗致死罪は死亡結果につき故意がある場合を含まないとする排他性説の前提と矛盾をきたしているとの批判も可能であろう。

4. ドイツ判例の動向

さて、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、ドイツ判例には変遷がみられる。かつて、ライヒ裁判所 (RG) は、競合説に立ち、特に重い強盗罪 (強盗致死罪の意：筆者註) と故殺罪²⁹⁾または謀殺罪³⁰⁾との所為単一を認めていたのであり、ナチス政権下の1941年9月4日の帝国刑法改正法³¹⁾による謀殺罪に関する刑法211条の改正³²⁾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、判例は繰り返しこれを肯定してきた³³⁾。たとえば、連邦通常裁判所1956年5月8日第二刑事部判決は、「2人の共同正犯のうち一方は強盗謀殺を計画し

27) Vgl. Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 115.

28) Vgl. Alwart, a.a.O., S. 225 f.

29) Vgl. RGSt 4, 289.

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

31) Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuch vom 4. 9. 1941, RGBl. S. 549.

32) この改正規定の意味については、山本光英「ドイツ謀殺罪研究」尚学社 (1998年) 218頁以下参照。

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

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、単に過失で死に至らしめたにすぎない強盗犯人は、謀殺者の方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（強盗致死罪の意：筆者註）のゆえに処罰されることになろう³⁴⁾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、連邦通常裁判所第四刑事部は、以下のように判示して、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、連邦通常裁判所1975年7月15日第四刑事部決定は、「陪審裁判所は、被告人を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、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条および同法56条によれば、行為者が用いた暴行によって他人の死が過失または故意で惹起された場合には、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（強盗致死罪：筆者註）との所為単一が可能であった（……）。刑法251条の新規定の後には、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）と所為単一的に競合し得ない³⁵⁾として、新たに死亡結果に対する軽率性を要件とした1975年3月2日の改正刑法施行法による刑法251条の新規定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変更したのである。

けれども、その後、連邦通常裁判所第五刑事部は、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、連邦通常裁判所

34) BGHSt 9, 135.

35) BGHSt 26, 175.

1988年4月12日第五刑事部判決は、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ついて、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する被告人らの未必の故意があったとした場合につき、次のように判示している。すなわち、「上告趣意は、不当にもBGHSt 26, 175=JZ 1975, 642（既述の連邦裁判所1975年7月15日第四刑事部判決の意：筆者註）によって導入された判決を基礎とするものである。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、一般的に、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、（少なくとも過失で）惹起され得ると定めたのである。刑法各則の規定のなかで、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）』過失へという可罰性の限界の引き上げを意味するにすぎない』³⁶⁾というものである。

さらに、連邦通常裁判所1992年1月21日第一刑事部決定³⁷⁾は、目的地に着いたときに暴行を用いて女性のタクシー運転手から財布を奪取することを企てた被告人らが、傷害の故意で被害者の首を扼めたが、被害者が激しく抵抗し

36) BGHSt 35, 257.

37) BGH, Beschl. v. 21. 1. 1992-1 StR 593/91, NStZ 1992, 230. 本決定については、山本光英「ドイツ刑事判例研究 謀殺罪と強盗致死罪との所為単一」山口経済学雑誌48巻6号（平成12年）159頁以下参照。

たので、被害者をナイフで刺殺したという事案につき、既述の連邦通常裁判所第五刑事部判決 (BGHSt 35, 257) に従い、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し、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」の中に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したうえで、故意と過失とは責任形式が異なり、同一規定に含まれることはないとの排他性説の主張に対して、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、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「刑の不権衡」を生ずることを挙げて、競合説の立場に立ち、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ているのである。そして、さらに、これらの判例を受けて、連邦通常裁判所1992年10月20日大刑事部決定は、既述の連邦通常裁判所1992年1月21日第一刑事部決定等において示された理由を掲げて、刑法251条は死亡結果の故意による惹起の場合を含むとし、刑法251条の強盗致死罪と刑法211条の謀殺罪との所為単一を認めるに至っているのである³⁸⁾。

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、各則規定において加重結果につき行為者に「軽率性」の認められることが要件とされたことから、連邦通常裁判所1975年7月15日第四刑事部決定 (BGHSt 26, 175) の如く、排他性説の立場に立ち、これを否定する立場

38) BGHSt 39, 100.

に赴いていたところ、連邦裁判所1992年1月21日第一刑事部決定、さらに連邦通常裁判所1992年10月20日大刑事部決定は、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、連邦通常裁判所1975年7月15日第四刑事部決定 (BGHSt 26, 175) を変更しているのである。

5. 1998年の第六次ドイツ刑法改正の意義

既述のように、1998年1月26日の第六次刑法改正法³⁹⁾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)」の責めがあるときに限る旨規定されるに至った。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」⁴⁰⁾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」⁴¹⁾とされ、「少なくとも」という語が入れられたのは、「刑法18条に則って、当該所為が故意でも犯すことができることを明確にするため」⁴²⁾であり、また、これによって、「刑法251条は軽率な犯行態様に限定される独立した犯罪であるとする旧251条に関して主張された見解(排他性説のこと：筆者註)は根拠を失ったのである」⁴³⁾とされている。したがって、現行法上、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、「少なくとも過失で」と改正された刑法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。

39) Vgl. BGBl. I, S.164 ff.

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

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

42) *Kindhäuser*, a. a. O., §251, Rdn. 1.

43) *Kindhäuser*, a. a. O., §251, Rdn. 15.

結びにかえて

以上のように、死亡結果につき故意のある所謂「強盗殺人」について、ドイツでは、強盗殺人罪（刑法251条）と謀殺罪（刑法211条）または故殺罪（刑法212条）との所為単一を認めるのであるが、最近において、主としてその理由とするところは、既述の競合説において主張されるように、「所為単一の明確化機能（Klarstellungsfunktion der Tateinheit）」という標語をもって主張されるところのものである。強盗致死罪の規定を不真正結果的加重犯と解し、死亡結果につき故意のある場合も含むとして、強盗致死罪の規定のみを適用すれば足りるとする見解は、たしかに、死亡結果につき故意がなかった場合と比較したときの「刑の不均衡」を回避することはできる。しかしながら、強盗致死罪の規定が死亡結果につき軽率性があつた場合のみならず、故意があつた場合も含むというのであれば、故意があつた場合につき強盗致死罪の規定だけを適用した場合には、故意があつたことを適用罰条の上で明確化することはできない。それゆえ、強盗致死罪の外に、併せて謀殺罪または故殺罪を認めて、所為単一とする必要があるのである。

ドイツにおいては、近年、とくに、このような「所為単一の明確化機能」あるいは「有罪宣告の明確化機能（Klarstellungsfunktion des Schldspruch）」ということが、とりわけ、結果的加重犯における犯罪競合の問題に関して有力に主張されている。連邦通常裁判所の判例においても、最近、故殺未遂罪と傷害既遂罪とにつき、法条競合としていた従来⁴⁴⁾の判例を変更して、所為単一を認めた判決が出されている。すなわち、連邦通常裁判所1998年9月24日第四刑事部判決は、「傷害は殺人へ至る必然的な通過段階をなし、それゆえ、また殺意によつても必然的に包摂されている（BGHSt 16, 122, 123）」ということは、必ずしもすべての殺人未遂によつて被害者が『必然的に』受傷するわけではないことに、なんら変更を加えるものではない（……）。しかし、そ

44) Vgl. BGHSt 16, 122; 21, 265; 22, 248; NJW 1995, 79.

の場合、——しかも、正当な被害者の利益、そしてそれと関係する有罪判決の満足機能 (Genugtuungsfunktion des Schuldspruch) に関しても——殺人未遂の際に傷害が既遂に至っている場合に、このような事情を有罪宣告に明示しないことは適切ではない (……)]⁴⁵⁾として、故殺未遂罪が成立する場合でも、傷害結果を惹起したときには、外に傷害既遂罪の成立をも認めて、両者の所為単一とすることにより、傷害結果が惹起された事実を有罪宣告の中に明確化する必要がある旨説示しているのである⁴⁶⁾。

かようにして、他の結果的加重犯とも関連して、強盗致死罪の犯罪競合に関して、その不法内容を汲み尽くし、そしてこれを明確化する必要から、ドイツでは、「所為単一の明確化機能」という標語のもとに、強盗致死罪と殺人罪との所為単一を認めることが判例および学説上有力となってきたのである。1998年1月26日の第六次刑法改正法により強盗致死罪に関するドイツ刑法251条が「少なくとも軽率に」と改正され、死亡結果につき故意がある場合も含むことを明らかにしたのも、このような判例および学説の傾向を考慮に入れた結果であろうと推測される。

思うに、結果的加重犯は、けっして「結果責任の遺物」ではなく、基本行為に加重結果を惹起する類型的危険を有するものである。他方、加重結果に対して、単に因果関係があるだけではなく、行為者の主観的關係（通常は過失）が認められることが必要である。まさに、このことが結果的加重犯が加重結果の惹起のゆえに、基本行為による基本犯と比較して著しく刑が加重される理由となっているのであり、この点が結果的加重犯の固有の不法内容の一端をなしているのである。それゆえ、結果的加重犯においては、とくに、加重結果に対する行為者の主観的關係、その不法内容を明確化する必要があるのである。所謂強盗殺人の場合、強盗致死罪は殺意のある場合を含まない

45) BGHSt 44, 196 = BGH NJW 1999, 69.

46) その他、保護を命ぜられた者による児童の虐待罪と傷害致死罪とにつき、両罪の不法内容の相異に着目しつつ、所為単一の明確化機能に言及して、所為単一を認めたものがある (vgl. BGHSt 41, 113, 115 f.; NJW 1995, 2045; NStZ 1996, 35 L.)。

と解する立場からは、強盗罪と殺人罪との所為単一とすることになるが、しかし、この場合、基本行為たる強盗に固有の死亡結果の惹起という不法内容を十分に汲み尽くし、これを刑法的に評価したものとは言い得ない。他方、強盗致死罪には殺意のある場合が含まれると解しつつ、強盗致死罪のみの成立を認めることも、強盗致死罪が殺意のある場合とこれがない場合とをともに含むと解する以上、強盗致死罪の成立を認めただけでは殺意のあったことが明確化され得ないので妥当でない。結果的加重犯が、本来、原則的に故意の基本犯と過失による加重結果の惹起との結合犯と解され、強盗致死罪のように加重結果につき故意があった場合に「刑の不均衡」が生ずる場合にのみ、加重結果につき故意がある場合をも含むとされるのであるから、加重結果につき故意がなかった場合は格別、これがある場合には、外に殺人罪の成立を認めて、加重結果に対する行為者の主観的關係、その不法内容を判文上明確化する必要があるのである。

たしかに、強盗致死罪と殺人罪との所為単一を認めることに対しては、「二重評価」や「評価の矛盾」といった批判が向けられる。しかしながら、刑の不均衡を避けること、加重結果の惹起によって著しく刑が加重される結果的加重犯に固有の不法内容を明確化すること、就中、後者のことのほうが、「二重評価」や「評価の矛盾」という欠陥を甘受することより優るのではなからうか。

従来、強盗致死罪と殺人罪との成立を認める見解は、主として強盗罪と殺人罪との成立を認める見解から生ずる「刑の不均衡」を是正するために主張されてきたように思う。この「刑の不均衡」は、本来、強盗致死罪のように、最高刑で臨み、加重結果につき故意のある場合を規定していなかったことから生ずるものである。わが国の改正刑法草案が規定するように、強盗致死罪（327条）とは別に、強盗殺人罪（328条）の規定を設け、前者（無期又は10年以上の懲役）より後者（死刑または無期懲役）の法定刑を重くするならば、「刑の不均衡」の問題は生ずることはなく、この点についての犯罪競合の問題も生ずることはないのである。かつて、強盗致死罪と殺人罪との観念的競

合とすることに好意的であられた丸山雅夫教授が、他の結果的加重犯との関係から統一的解決が困難であること、「二重評価」は許されないことを理由として、この立場を離れられ、故意ある結果的加重犯を認める見解を改められて、「結果的加重犯という概念およびその成立は、重い結果の過失的実現の場合に限るとすべきである」⁴⁷⁾とされて、「通常の故意犯（殺傷罪）の成立を認めたいうえで、それによっては不法内容を評価し尽くすことのできない基本犯の部分の犯罪の成立を認め、両者の競合として（多くの場合は観念的競合となるだろうが、併合罪となる場合のあることも否定できない）解決していくべきである」と考える⁴⁸⁾とされつつ、もはや解釈論の問題ではないとされ、その終局的な解決を立法論に委ねられたことは⁴⁹⁾、誠に無理からぬことであると思われる。

たしかに、加重結果に対する故意犯の法定刑より結果的加重犯のそれを軽く規定することが立法論上は妥当だと思われる。しかしながら、あくまで現行法の解釈という次元で考察するときには、やはり、既述のように、結果的加重犯の固有の不法内容があるということ、そしてこの結果的加重犯の不法内容を明確化するということが、それが結果的加重犯の固有の性質に由来する以上、重要であると思われる。そして、それによって、「刑の不均衡」も避けることができるのである。

かようにして、ドイツ刑法における結果的加重犯と犯罪競合の問題に関する動向、とりわけ「不法内容の明確化」の要請は、わが国の判例・通説が所謂「強盗殺人」に関して、強盗致死罪に関する刑法240条後段のみを適用すれば足りるとしている点につき、再び議論を呼び起こす一つの重要な契機となるのではないかと思われる。

(2001年3月27日脱稿)

47) 丸山雅夫「結果的加重犯論」成文堂（1990年）286頁。

48) 丸山雅夫・前掲書・287頁。

49) 丸山雅夫・前掲書・287頁。