

《ドイツ刑事判例研究》

強盗未遂致死罪と傷害致死罪との所為単一

山本光英

(StGB 1998 § § 227, 251)

強盗未遂致死罪と傷害致死罪とは所為単一であり、法条競合ではない

BGH Urt. v. 23.3.2000—4 StR 650/99 (LG Schwerin)

[BGH NJW 2000, 1878]

《事実の概要》

被告人は、犯行当夜、被害者Sの居宅内において、Sの知人らと一緒に多量のアルコール類を飲んだ。真夜中頃になって、被告人だけがまだ起きていた。被告人は、もっと酒を飲みたかったが、もう酒は見当たらなかった。被告人は、Sが翌朝に残しておくために酒宴の終わりにシュナップス1壺を隠したことを思いだしたので、被告人はSを手拳で2回殴打して目を覚まさせた。被告人はSにその壺を出して渡すよう要求した。Sがこれを拒んだので、被告人は、Sに対し、さらに手拳で強く殴りつけ、腹部に足蹴りを加えた。その際、被告人はその要求を繰り返した。被告人は、Sが被告人の要求に応じないことがわかった時にはじめて、被害者を殴るのをやめた。Sは重傷を負い、その結果、数日後に死亡した。

地方裁判所 (LG) は、強盗的恐喝未遂致死罪の成立を認めて被告人を自由刑3年に処し、禁断治療施設への収容を命じた。検察官は、事実誤認に基づく上告によって、被告人が、所為単一的に犯された傷害致死罪のゆえに有罪とされなかったという点で、判決の有罪宣告 (Schuldspruch des Urteils) を非難した。その他、検察官は、地方裁判所がアルコールに起因する限定責任能力のゆえに刑法21条、49条により刑法251条の刑罰範囲を引き下げたことに

異議を唱えた。当該上告により、有罪宣告は変更された。爾余の点は棄却された。

《理由》

II. 1. 地方裁判所の見解に反して、その点で連邦検事総長によって申し立てられた上告が正当に異議を申し立てたように、被告人によって実現された傷害致死罪（刑法227条）の構成要件は、地方裁判所が正当に有罪を宣告した強盜的恐喝未遂罪には吸収されない。むしろ、両罪は、所為単一（Tateinheit）の関係にある。

a) 法条単一（Gesetzeseinheit）——そして所為単一ではない——は、確立した判例によれば、ある行為の不法内容が、文言上適用可能な数個の犯罪構成要件のうち1個によって、余すところなく把握される場合に認められる（BGHSt 39, 100 [108] = NStZ 1993, 247 = NJW 1993, 1147 ; BGHSt 41, 113 [115] = NJW 1995, 2045 = NStZ 1996, 35 L ; BGH, NJW 69 [70]）。その1個の犯罪構成要件によって保護された法益の侵害は、他の構成要件の——必然的ではないが、しかし通常の——現象形態でなければならない（BGH, NJW 1999, 69 [70]）。

b) このような原則によれば、判例および文献において是認されてきたように、強盜既遂致死罪と傷害致死罪とは所為単一の関係にはない（BGH, NJW 1965, 2116, unter Aufgabe früher Rspr. ; Eser, in : Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 251 Rdnr. 9 ; Günther, in : SK-StGB, Losebl. (43. Lfg.), § 251 Rdnr. 25 ; Herdegen, in : LK-StGB, 11. Aufl., § 251 Rdnr. 6 ; Maurach/Schroeder/Maiwald, StrafR BT, Teilbd. 1, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 34 ; Geilen, Jura 1979, 613 [614] ; Hruschka, GA 1967, 42 [51] ; Schröder, NJW 1956, 1737 [1738] ; Schünemann, JA 1980, 393 [397] ; Widmann, MDR 1966, 554 ; a. A. Kindhäuser, in : NK-StGB, Losebl. (6. Lfg.) , § 251 Rdnr. 21 ; Fuchs, NJW 1966, 868)。しかしながら、刑法251条の構成要件上の前提条件を充足する行為者は、必ずしも必然的に傷害をも犯したことを必要としない。

刑法251条は、1974年3月2日の改正刑法施行法による本条の改正以来、たとえば、強盗犯人が、強取を達成するために、生命または身体に対する現在の危険を示して脅迫し、これによって被害者が——興奮や驚愕によろうと、行為者が意欲しなかった銃の暴発のためであろうと——死亡した場合にも実現される。このような場合には、基本構成要件として刑法227条による有罪判決にとって結合点となり得る刑法223条による（故意の）傷害罪が欠けている。しかし、このことは、競合関係の決定にとって何ら意味を持たない。通常、——そして、このことは法条競合（Gesetzeskonkurrenz）を認めるに十分であるが——刑法251条の事例における被害者の死は、また、通常は故意の傷害でもあり、そして、死亡結果のゆえに刑法227条の前提条件を充足する強盗犯人によって（故意に）用いられた暴行の結果である。

故殺未遂罪と傷害（既遂）罪との競合（BGH, NJW 1999, 69）ないし保護を命ぜられた者による虐待罪と重い傷害罪との競合（BGH, NJW 1999, 72）に関する判例変更は、強盗既遂致死罪と傷害致死罪との間の競合関係の新しい評価になんらきっかけを与えるものではない。前記の判例においては、連邦通常裁判所（BGH）は、たしかに、——所為単一の明確化機能（Klarstellungsfunktion der Tateinheit）を比較的強く強調しつつ——既述の諸犯罪は、以前の判例において認められたものとは異なって、法条競合の関係ではなく、所為単一的に犯されたものであると判決している。しかし、その基礎となっている考慮は、強盗既遂致死罪と傷害致死罪との競合には転用され得ない。すなわち、「故殺未遂罪ゆえ」の有罪判決の中に、そのことはとりわけ重傷の場合に不法内容の評価にとって少なからず重要であり得るのであるが、行為者が被害者を殺人行為によって身体に傷害を与えたか否かは、決して表現されてはいない。考慮されている事例形態の異種性に鑑みても、殺人未遂が通常傷害既遂を含むということはできない。その点に関しては、被害者に命中し、身体に危害が加えられたという故殺未遂の増加した不法内容が有罪宣告の中に表現されるべきだとするならば、所為単一を認めることが必要である。これに対して、刑法251条も同法227条も死亡結果の発生を各々の基本

犯を加重する「結果」として前提にしている。刑法251条の構成要件を実現した者は、死亡結果を——既述のように——通常、故意の傷害である暴行行為によって惹起する。それに応じて、「強盗致死罪と傷害致死罪との所為単一」ゆえの被告人の有罪判決は、このことが「強盗致死罪」ゆえの有罪判決によって表されるよりもいっそう明確に特徴づけられることにはならないと思われる。

強盗既遂致死罪と傷害致死罪との間の所為単一を認めることは、BGHSt 39, 100 (108 ff.) = NStZ 1993, 247 = NJW 1993, 1147の大刑事部の判断からの帰結として必要とされているわけでもない。この決定によれば、刑法251条および同法211条の構成要件が充足されているときには、これらの犯罪は所為単一の関係にある。この判断は、したがって、本件で問題となっている刑法227条と同法251条との競合にとって、強盗犯人が被害者の死を故意に惹起した場合に当該判断が当てはまるという理由だけですでに証言能力 (Aussagekraft) がないのである。競合関係の大刑事部が行った評価に対する別の方法として法条競合を認めることを大刑事部が検討 (そして拒否) したかぎりでは、問題になったのは、刑法251条の吸収なのであり、生命または身体に対する犯罪の吸収ではないのである。

c) これに対して、——所為単一と法条競合との間の二者択一において所為単一を認める明白な傾向によって特徴づけられる最近の判例 (vgl. たとえば, BGHSt 39, 100[108] = NStZ 1993, 247 = NJW 1993, 1147 ; BGHSt 41, 113[115] = NJW 1995, 2045 = NStZ 1996, 35 L ; BGH, NJW 1999, 69) の帰結において——強盗未遂致死罪と同時に実現された傷害致死罪とは所為単一の関係にある。

所為単一を認めることによって、明確化の利益 (Klarstellungsinteresse) という観点が以前から言われている。「強盗未遂致死罪」の有罪宣告によって、財物奪取の既遂が欠ける強盗という基本犯が、単に未遂までしか進んでいないが、しかし、他人の死が強盗という基本犯の未遂によってすでに軽率に惹

起されているという、ここで与えられた事例形態（所謂結果的加重犯の未遂（erfolgsqualifizierter Versuch）, vgl. BGHSt 7, 37 [39] = NJW 1954, 1335 ; Eser, in : Schönke - Schröder, § 251 Rdnr. 7 ; Herdegen, in : LK - StGB, § 251 Rdnr. 15）と並んで、いわゆる未遂の結果的加重犯（versuchten Erfolgsqualifikation）という事例形態も把握される。未遂の結果的加重犯は、行為者が（場合によっては未必の）殺意をもって強制手段を用いたが、しかし、可能的あるいは確実だとみなされていた死亡結果が発生しなかったということによって特徴づけられる（Herdegen, in : LK - StGB, § 251 Rdnr. 15 ; Tröndle/Fischer, § 251 Rdnr. 4）。死亡結果の発生点について基本的に異なるこのような2種の強盗致死未遂罪があることに鑑みて、——本件のように——強盗未遂によって実際に他人が死亡した場合については、このような事情を明確化する判断形式の型が必要である。しかし必要とされる明確化は、そのような事態の際には傷害致死罪ゆえの所為単一の有罪判決が宣告されることによつてのみもたらされ得る。別の二者択一における刑法251条の未遂——結果的加重犯の未遂（Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts）——が問題になっているということは、有罪宣告の中では、場合によっては、行為者がその場合、謀殺未遂罪と強盗致死未遂罪との所為単一のゆえに有罪判決が下されるということによつて明らかになる。強盗致死未遂罪と傷害致死罪との所為単一を認めることは、考えられるすべての事例にとって、その所為の不法内容に適当な量刑を確保するということを視野に入れたときも、優れた解決策であることがわかる。刑法251条において科される刑罰を未遂の原則（刑法49条, 23条2項）によつて減輕する場合には、——刑法251条において選択的に科されている有期自由刑から出発して——2年以上11年3月以下の自由刑に及ぶ刑罰範囲が、刑法227条が傷害致死罪に対して予定している刑罰範囲（3年以上15年以下の自由刑）より低くなるであろう。このことは、たしかに、吸収された犯罪の遮断効（Sperrwirkung）（vgl. BGHSt 10, 312 [315] = NJW 1957, 1369）のゆえに、刑罰範囲の下限に関しては、生じないかもしれない。これに対して、個々の事例においてほぼ適当な11年3月以上

の刑罰を科す可能性は、もはやないことになろう。その可能性は、傷害致死罪ゆえの所為単一の有罪判決の場合にのみ開かれる。

2. 刑の宣告は維持し得る。

a) 本件においては、有罪宣告の変更は、刑の宣告についてなんら影響を与えない。

(以下省略)

《研究》

1. 本判決は、強盗の際、被害者を死に至らしめたが、強盗自体は未遂であったという事案につき、強盗未遂致死罪¹⁾と傷害致死罪との所為単一を認めたものである。

ドイツにおいて、強盗致死罪の未遂、すなわち、強盗致死未遂罪という場合、強盗致死罪を規定するドイツ刑法251条が、被害者の死亡結果につき故意のある場合を含むか否かの問題を如何に解するかによって、その形態が異なることになる。

まず、ドイツ刑法251条の強盗致死罪には死亡結果につき行為者に軽率性が認められる場合のみが含まれ、故意のある場合を含まないとする所謂「排他性説 (Exklusivitätslösung)」²⁾は、強盗致死罪を所謂「真正結果的加重犯 (echte erfolgsqualifizierten Delikte)」³⁾と解するものである。この立場によれ

1) 本稿においては、強盗の際、殺意のあった場合を強盗殺人罪、その場合で死亡結果が生じなかった場合を強盗殺人未遂罪とし、これに対して、殺意はなかったが死亡結果が生じ、財物も奪取した場合を強盗既遂致死罪、その場合で死亡結果は生じたが財物の奪取に至らなかった場合を強盗未遂致死罪と称することとする。したがって、強盗致死未遂罪は強盗未遂致死罪と(後述の競合説によるときは)強盗殺人未遂罪の形態を含み、強盗致死既遂罪は通常の強盗致死罪と(競合説によるときは)強盗殺人既遂罪の形態を含むことになる。

2) 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.

ば、結果的加重犯の未遂とは、加重結果は発生したが基本犯は未遂に終わったという場合をいう⁴⁾。これを強盗致死罪に例をとれば、強盗の際、被害者を死亡させたが、基本犯たる強盗は未遂に終わったという場合を指すことになる。排他性説の立場では、死亡結果につき故意があった場合には、強盗致死罪は適用できず、殺人罪（謀殺罪（刑法211条）または故殺罪（刑法212条））と強盗罪（刑法249条以下）が成立することになる。したがって、強盗の点が未遂であるならば、殺人罪と強盗未遂罪が成立することになる。他方、本件のように、死亡結果につき故意がない場合には、死亡結果につき行為者に軽率性が認められることを条件として⁵⁾、強盗未遂致死罪一罪が成立することになる。

これに対して、刑法251条の強盗致死罪には死亡結果につき故意がある場合も含むとする所謂「競合説（Konkurrenzlösung）」⁶⁾は、強盗致死罪を所謂「不真正結果的加重犯（*unechte erfolgsqualifizierten Delikte*）」⁷⁾と解する。

-
- 3) 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るであろう処罰の間隙を埋めるために規定されたもの」（vgl. *Schröder, Konkurrenz— Probleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten*, NJW 1956, S. 1738.）とか、「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」（vgl. *Schönke/Schröder— Cramer, StGB 25. Aufl., 1997, § 18 Rdn. 2.*）とされている。
 - 4) この場合をドイツでは、「結果的加重犯の未遂（*erfolgsqualifizierter Versuch*）」といている（Vgl. *Herdegen*, in: LK StGB 11. Aufl., 1994, § 251 Rdn. 15; *Kindhäuser*, in: NK StGB 2. Aufl., 1999, § 251 Rdn. 18.）。
 - 5) 死亡結果につき軽率性が認められないときは、強盗致死罪は成立せず、強盗未遂罪と傷害致死罪とが成立することになる。軽率性（*Leichtfertigkeit*）とは、重過失（*grobe Fahrlässigkeit*）とほぼ同義と考えてよい。この点については、山本光英「ドイツ刑法における強盗致死罪と犯罪競合」山口経済学雑誌49巻3号73頁註14参照。なお、1998年1月26日の第六次刑法改正法により、ドイツ刑法251条が強盗致死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」の責めがあるときに限る旨改正され、故意のある場合も含むと解されることから、「排他性説」は刑法251条の法文上その根拠を失ったものと解すことができよう。この点につき、山本光英・前掲87頁参照。
 - 6) 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; *Alwart*, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, NStZ 1989, 225.

競合説の立場では、強盗致死罪の未遂というとき、2種類のものが考えられる。一方は、軽率に死亡結果を生ぜしめたが強盗は未遂に終わったという場合、つまり、強盗未遂致死罪であり、他方は、強盗の点が既遂か未遂かを問わず、故意で死亡結果を生ぜしめようとしたが死亡結果は生じなかったという場合、つまり強盗殺人未遂罪⁸⁾である。この立場においては、死亡結果につき行為者に軽率性が認められるときだけではなく、故意があったときにも強盗致死罪が成立することになるから、強盗致死罪の成立を認めるだけでは、死亡結果につき軽率性が認められるだけなのか、それを超えて故意まであったのかが、判文上明らかにはならない。それゆえ、死亡結果につき故意があったときには、強盗致死罪の外に併せて殺人罪（謀殺罪または故殺罪）の成立を認め、両者の所為単一として処理することが必要となる。したがって、強盗致死罪の未遂という場合に、強盗の際、軽率に死亡結果を生ぜしめたが強盗は未遂に終わったというときには、単に強盗致死未遂罪の成立を認めるだけでは、死亡結果を惹起したという不法内容を明確化することはできないから、併せて傷害致死罪を認めることが必要となるのである。他方、死亡結果につき故意があったが死亡結果が生じなかったというときには、故意があったことを明確にするためには強盗（未遂または既遂）致死未遂罪と殺人罪未遂（謀殺未遂罪または故殺未遂罪）との成立を認めて、両者の所為単一とする必要があるということになる。

7) 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きもの」(vgl. Schröder, a.a.O., S. 1739) であるとか、「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」(vgl. Schönke/Schröder—Cramer, a.a.O., § 18 Rdn. 2) とされている。つまり、加重結果につき故意のある場合をも含むのである。

8) この場合はドイツでは、「未遂の結果的加重犯 (versuchte Erfolgsqualifizierung)」といわれている (Vgl. Herdegen, a.a.O., § 251 Rdn. 15; Kindhäuser, a.a.O., § 251 Rdn. 17.)。

2. しかしながら、以上のような強盗未遂致死罪と傷害致死罪ないし殺人未遂罪との関係に関する議論は、強盗既遂致死罪、すなわち、基本犯たる強盗も既遂であり、死亡結果も生じたという場合にはあてはまらない。死亡結果につき故意がなかった場合には、強盗致死既遂罪を認めることで、強盗の際、暴行によって死亡結果が惹起されたことが既に明確にされているので、外に傷害致死罪の成立を認めたとしても当該所為の不法内容がことさらに明確化されることにはならない。本判決も、強盗既遂致死罪と傷害致死罪との関係については、「通常、——そして、このことは法条競合 (Gesetzeskonkurrenz) を認めるに十分であるが——刑法251条の事例における被害者の死は、また、通常は故意の傷害でもあり、そして、死亡結果のゆえに刑法227条の前提条件を充足する強盗犯人によって (故意に) 用いられた暴行の結果である」とし、「刑法251条も同法227条も死亡結果の発生を各々の基本犯を加重する『結果』として前提にしている。刑法251条の構成要件を実現した者は、死亡結果を——既述のように——通常、故意の傷害である暴行行為によって惹起する。それに応じて、『強盗致死罪と傷害致死罪との所為単一』ゆえの被告人の有罪判決は、このことが『強盗致死罪』ゆえの有罪判決によって表されるよりもいっそう明確に特徴づけられることにはならないと思われる」として、傷害致死罪の不法内容は強盗致死罪の不法内容に含まれるのであり、不法内容の明確化という観点においても、傷害致死罪の成立を認めることに意味はない旨判示しているのである。この場合には、法条競合として強盗致死罪のみの成立を認めれば足りるのである。

ちなみに、死亡結果につき故意があった場合には、強盗致死罪の外に殺人罪の成立を認めることによって、殺人の点に故意があったという当該所為の不法内容が明確化される必要があることは既述のとおりである。

3. ところで、最近、ドイツにおいては、「所為単一の明確化機能 (Klarstellungsfunktion der Tateinheit)」とか、「有罪宣告の明確化機能 (Klarstellungsfunktion des Schuldspruch)」といった標語のもとに、種々の犯罪競合の問題

について判例を変更し、従前には法条競合 (Gesetzeskonkurrenz) (ないし法条単一 (Gesetzeseinheit)) として取り扱っていたのを改め、所為単一 (Tateinheit) を認める注目すべき一連の連邦通常裁判所の判例が出されている。たとえば、本判決も挙示しているように、保護を命ぜられた者による虐待罪と重い傷害罪 (傷害致死罪) との関係について、連邦通常裁判所1995年3月30日第四刑事部判決⁹⁾は、「確かに、苦痛 (Quälen) は、刑法226条の構成要件的前提でもある傷害によって惹き起こされるのが通常である。しかしながら、一方で、行為者に対する被害者の依存的立場から生じ、他方で、——苦痛および残酷な虐待という構成要件要素の場合には——被害者を特に苦しめる傷害という形から生ずるところの保護を命ぜられた者による虐待のもつ刑法223条を超える付加的な不法内容は、傷害致死罪の構成要件によって把握されていない。傷害致死罪の構成要件は、行為者と被害者との関係にも、傷害という犯行形態にも結びついておらず、もっぱら生じた死亡結果に結びついている。構成要件該当的に把握される全体的な所為の不法内容を表現すべきであるという有罪宣告の明確化機能 (BGHSt 31, 380 ; 39, 100, 108) は、本件では、もっぱら、刑法223条b (現行法225条：筆者註) と同法226条 (現行法227条：筆者註) との間に存在する所為単一を是認することによってのみ十分に顧慮される」として、両罪の不法内容の相違を示して所為単一を認めている。また、殺人未遂罪と危険な傷害罪について、従前においては、たとえば、連邦通常裁判所1994年10月12日第三刑事部判決¹⁰⁾が、所為単一を否定して謀殺未遂罪のみの成立を認めていたのに対して、連邦通常裁判所1998年9月24日第四刑事部判決¹¹⁾は、判例を変更して、「被害者が当該所為の際に受傷したときには、もっぱら殺人未遂罪だけの判決は、行為の不法内容を正しく評価するものではない。むしろ、本件において判断されるべき事実関係がとくに明白に示しているのは、結果の生じていない殺人 (未遂) の不法内容

9) Vgl. BGHSt 41, 113=NJW 1995, 2045=NSStZ 1996, 35.

10) Vgl. BGH NJW 1995, 79.

11) Vgl. BGHSt 44, 196=NJW 1999, 69. なお、この判決については、山本光英「殺人未遂罪と傷害既遂罪との間の所為単一」山口経済学雑誌49巻4号119頁以下参照。

は、——極めて重大な——健康障害をもたらした殺人未遂の不法内容とは決定的に異なるということである」とし、「傷害が殺人へ至る必然的な通過段階であること、および、それゆえ、殺意によって必然的にともどもに包括されるということ (BGHSt 16, 122, 123) は、すべての殺人未遂によって被害者が『必然的に』受傷するとはいえないということになんら変更をきたすものではない (……)。さらに、その場合に、——しかも、正当な被害者の利益およびそれと関係する有罪宣告の満足機能 (Genugtuungsfunktion des Schuldspruch) に関して——殺人を犯そうとして傷害既遂に至った場合に、その事情を有罪宣告の中に表現しないのは、適切ではない (……)」として、傷害結果が生じた場合にはその旨を有罪宣告の中に明確化するために、殺人未遂罪とは別に傷害既遂罪の成立を認め、両者の所為単一とすべきことを判示しているのである。

以上のような不法内容の明確化という観点からするドイツ連邦通常裁判所の判例の流れからすると、強盗致死未遂罪が強盗の点が未遂であった場合と殺人の点が未遂であった場合とをともに含むと解する以上、本件のように、強盗の際、強盗の点は未遂であったものの、被害者に死亡結果が生じた場合には、単に強盗致死未遂罪の成立を認めるだけでは、いずれの場合の未遂であるかが明確化されない。それゆえ、被害者に死亡結果が生じた場合には強盗致死未遂罪の外に傷害致死罪の成立も認め、両者の所為単一とすることで、死亡結果を生ぜしめたというその不法内容を明確化する必要があると考えられるのである。

4. なお、本判決は、所謂「遮断効 (Sperrwirkung)」に言及している。強盗致死罪 (刑法251条) の法定刑を前提として、これに未遂減輕を施すときには、ドイツ刑法49条1項により傷害致死罪 (現行ドイツ刑法227条) の法定刑より軽くなることあり得る。本件の場合、強盗未遂致死罪のみを認めて傷害致死罪は成立しないとした場合、単なる傷害致死罪の場合と比較して犯情の重い強盗の際の傷害致死の方が刑の下限が軽くなるという「刑の不均衡」

を生ずる。そこで、このような場合には、その処断刑は、軽い方の傷害致死罪の法定刑の下限を下回ってはならないとする「遮断効」を認めるべきとの主張がある¹²⁾。

しかしながら、この見解においては、軽い方の傷害致死罪は成立しないということを前提にしておきながら、その軽い方の傷害致死罪の法定刑の下限をもって処断刑の下限とするというのであるから、もともとその成立を否定した軽い方の犯罪に対する規定を実質的には適用しているのであり、その前提と矛盾すると思われる。また、このような遮断効を認めるということは、処断刑の下限を被告人の不利に引き上げるのであるから、被告人に不利益な類推を禁止するドイツ基本法103条2項に違反するものであるとする批判も存する¹³⁾。これに対して、軽い方の傷害致死罪の成立を認め、これと強盗未遂致死罪との所為単一とすることによってはじめて、処断刑の下限を傷害致死罪の法定刑の下限まで引き上げることが可能となるのであり、もって処断刑の適正化が図られるのである。それゆえ、処断刑の均衡という観点においても、強盗未遂致死罪と傷害致死罪との所為単一とすることに意義があるのである¹⁴⁾。

5. 以上のように、当該所為の不法内容の明確化、すなわち死亡結果を生ぜしめたことの明確化の点、および、処断刑の均衡の点を考慮して、本判決は、強盗の際に死亡結果を生ぜしめた場合につき、強盗未遂致死罪と傷害致死罪との所為単一を認めたものである。かような意味では、本判決は、「所為単一の明確化機能」、「有罪宣告の明確化機能」という標語のもとで、最近、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、ドイツ連邦通常裁

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

13) Vgl. *Alwart*, a.a.O., S. 225 f. なお、この点については、山本光英「ドイツ刑法における強盗致死罪と犯罪競合」山口経済学雑誌49巻3号82頁以下参照。

14) この点については、山本光英「ドイツ刑法における強盗致死罪と犯罪競合」山口経済学雑誌49巻3号81頁以下参照。

判所の判例において意識的に強調されているところの、判文上当該所為の不法内容を余すところなく明確化するという流れの一端を担うものであるといえるのであり、注目に値する判決といえよう。

(2001年8月7日稿)