

《ドイツ刑事判例研究》

保護を命じられた者の虐待罪と  
傷害致死罪との所為単一

山本光英

1. 反復継続した著しい苦痛若しくは苦悩の惹起という形態における刑法223条bにおける「苦痛を加えること (Quälen)」という構成要件要素は、典型的に複数の行為を前提とする。それゆえ、多数の個々の行為を一個の所為に包括するために、連続的所為若しくは評価の単一性といった法形象は必要としない。

2. 刑法223条bがこのような形態で犯されたときには、いずれにせよ、刑法226条との法条単一ではなく、所為単一が認められる。

BGH, Urt. v. 30.39. 1995—4 StR 768/94

[BGHSt 41, 113=NJW 1995, 2045=NStZ 1996, 35]

《事実の概要》

被告人Pは、自分の2人の子供、すなわち乳児と3歳になるかならぬかの娘Sの世話を重荷に感じていた。レバノン人で被告人の夫である相被告人Iは、昼間はずっと仕事に出掛け、夜と週末は家庭の外で自分の国の仲間と過ごしていたのであり、被告人は何ら手助けをしてもらうことがなかった。失望感と攻撃性を被告人はSに当り散らすことで晴らしていた。1992年の10月中旬頃から1993年の5月まで、被告人はSを虐待し、その虐待は次第に激しく、かつ、頻繁になり、しまいには毎日のように殴打し、足で踏みつけるようになった。被告人は、Sの下腹部と手足に向けられた殴打を平手で、さらに、スリッパあるいは棒といった物で行った。それによりSは鎖骨骨折、尺骨骨折ならびに多数の内出血を負った。相被告人Iは、当該虐待の際には居

合わせていなかった。Iは、数箇月間にわたり該家族の住居に滞在していたIの弟から聞いて個々の出来事は知っていた。Iは、「PはSの母親だ」と言って受け流していた。Iの弟がIに対してSの身体に青あざがあることを指摘したとき、IはPに、「出て行け」と要求した。しかし、家族から離れて行けというこの要求にPは従わなかった。「もう子供を虐待するな」という警告も、同じく、効き目がなかった。PがSを一度Iの目の前で散々殴打したとき、IはPを捕まえて、Pがさらに暴行を加えることを妨げた。1993年5月7日、被告人Pは、Iが留守のときにSの顔面を平手で激しく殴打し、Sは頭を配膳台に打ち付けて転倒した。Sには重い頭蓋骨脳挫傷が生じ、その結果、Sは数日後に死亡した。地方裁判所(LG)は、PおよびIを各々傷害致死罪のゆえに有罪とし、被告人Pを自由刑7年6月に処し、Iを自由刑4年6月に処した。

被告人らは、形式法違反および実体法違反を理由として上告した。Pの上告は棄却されたが、Iの上告は認められた。

#### 《理由》被告人Pの上告趣意

1. 被告人が、詳細な理由を示すことなく、原審の手續に異議を唱えた点については、上告を棄却する。というのは、それは刑事訴訟法344条2項2号に規定された形式に即したものではないからである。

実体法違反との異議を申し立てられた原判決を詳細に検討したところ、なら被告人が非難する法的瑕疵は認められない。

a) 地方裁判所(LG)が被告人Pに対し、傷害致死罪(刑法226条)の構成要件とならんで、苦痛を加える(Quälen)という行為形態における保護を命じられた者の虐待罪(刑法223条b)の構成要件も実現したとしたのは正当である。

b) 結論において、当該構成要件の範囲で、1992年10月中旬から1993年5月7日までの間の起訴状記載の所為期間における子供に対する虐待行為全体を一個の所為と評価したことも、同様に、正当である。刑法223条bの意味

における苦痛を加えることとは、長期間に亘る継続的ないし反復的な著しい苦痛（Schmerzen）若しくは苦悩（Leiden）の惹起を意味する（BGH, LM § 223b StGB Nr.3）。したがって、叙上の犯行形態においては、当該構成要件要素は、類型的に、多数の個々の行為を行うことによって実現される。反復継続によってはじめて、特別な不法内容が形造られる。それゆえ、多数の個々の拳動の共同を一個の所為と認めるためにはこの傷害の形態のもつ、連続行為（fortgesetzte Handlung）（BGHSt 40, 138 [164f] = NJW1994,163において示された）という法現象に立ち戻ることとも評価の単一性（Bewertungseinheit）も必要ではない。

c) しかしながら、地方裁判所が、保護を命じられた者による虐待罪が法条競合（Gesetzeskonkurrenz）のゆえに、傷害致死罪の背後に後退することには、法的な疑問がある。原審刑事部によって主張された法的見解は、連邦通常裁判所（BGH）によって関連して挙げられたライヒ裁判所（RG）の判例に即したものであるが、それによると、刑法223条bは——当該規定の各号に関して区別することなく——「単一の『傷害』のより重い犯行形態としての刑法226条違反の罪により吸収」されるというものである（BGHSt 4, 113, 117；RGSt 70, 357, 359；74, 309）。けれども、少なくとも本件において判断されるべきものと同様の事実関係にとって、これを堅持することはできない。

連邦通常裁判所の確定した判例によれば、法条単一（Gesetzeseinheit）が認められるのは、ある一個の行為の不法内容が文言上適用され得る数個の犯罪構成要件のうちの一つによって余すところなく汲み尽くされる場合に限られる。その一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——必ずしも不可欠でないにせよ、通常の——現象形態でなければならない（vgl. BGHSt 39, 100, 108 m.w.N.）。このことは、刑法223条b（苦痛を加えるという構成要件要素において）の刑法226条に対する関係にはあてはまらない。確かに、苦痛を加えることは、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、——苦痛を加える虐待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態から生ずるところの保護を命じられた者の虐待罪のもつ刑法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。当該所為の構成要件該当的に把握される全体的な不法を表現すべきであるという有罪宣告の明確化機能 (Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs) (BGHSt 31, 380 ; 39, 100, 108) は、本件では、もっぱら、刑法223条bと刑法226条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 (同旨, Hirsch, in LK 10. Aufl. § 223 b Rdn. 23 ; Stree, in Schönke/ Schröder, StGB 24. Aufl. § 223 b Rdn. 17 ; Vogler in FS für Bockelmann S. 722 ; aA Dreher/ Tröndle, StGB 47. Aufl. § 223 b Rdn. 15 ; Lackner, StGB 20. Aufl. § 223 b Rdn. 10)。

けれども、地方裁判所によって主張されたこれと反対の見解によって、被告人は不利益を受けてはいない。

d) 上告趣意の見解に対して、原審刑事部は、量刑の際に、行為の一部において傷害致死罪と重なり合い、数箇月に亘る子供の苦痛を被告人の責に考慮し得たのである。このことは、個々の虐待が——上告趣意が考えているように——法的に独立した行為であり、——既述のように——有罪判決を下された所為と観念的競合になる犯罪の構成要素ではないときにもあてはまる。責任の範囲を評価する際に、事実審裁判官は、本来の行為事象と直接的関係にはないが、それにもかかわらず所為の不法内容、行為者の人格および心情を推断するに適した諸事情を考慮に入れることができる (vgl. BGH, NStZ 1981, 99 ; MDR 1983, 984)。被告人の娘に対する絶え間ない攻撃的な、愛情のない態度から、被告人が子供の死に至る最終的な暴行行為を行う心情を窺知できることは明らかである。

原審刑事部が、刑法223条bの構成要件要素であり、刑法226条の構成要件

要素でもある傷害を二重に被告人の責に帰しているということは、判決理由からは窺われない（この点については、vgl. BGHSt 39, 100 [109] = NJW 1993, 1662）。地方裁判所が刑の量定の際にもっぱら故殺罪の場合にのみ考慮してよい観点から導き出したのではないかとする上告趣意によって主張された危惧は、同様に認められない。被告人はその子供を『意図しなかったにせよ故殺した』という判決理由において用いられた文言は、その種のことを認めるには十分ではない。

### 《研究》

1. ドイツ刑法旧223条b（現行法225条）<sup>1)</sup>は、保護を命じられた者の虐待罪を規定し、「18歳未満の者又は障害若しくは病気のため抗拒不能の者であって、①自己の保護若しくは監護の下にある者、若しくは、②自己の世帯に属する者、若しくは、③保護義務者から自己の支配に委ねられている者、若しくは、④雇用関係若しくは労務関係によって自己に従属する者に対し、苦痛を加え、若しくは著しく虐待した者、又は、これらの者のために配慮すべき義務を悪意をもって懈怠することにより、これらの者の健康を害した者は、6月以上5年以下の自由刑に処する」としていた。本条は、単純傷害罪の構成要件を必ずしも充足する必要のない行為態様としての「苦痛を与えること（Quälen）」を含むとともに、加重された傷害の事例としての「著しく虐待すること」と「悪意の保護義務懈怠」という行為態様を含んでいる。本罪が単純傷害罪に比して刑が加重されている理由は、この種の侵害に対して一般的に特に傷つきやすい者（未成年者および抗拒不能の者）、および行為者に対する一定の依存関係があるゆえに特に侵害可能であり、かつ保護を要する者

1) 本事案において問題になっているドイツ刑法旧223条b所定の保護を命じられた者の虐待罪は、1998年1月26日の第六次刑法改正法（1998年4月1日施行）においては225条に規定されている。新规定においては、刑罰が著しく引き上げられ（旧規定では6月以上5年以下の自由刑又は罰金とされていたものが、新规定では自由刑の上限が10年とされ、罰金刑は削除されている）、また、未遂の処罰規定が置かれている。

に対して傷害が向けられているという点にある<sup>2)</sup>。

さて、本事案は、「苦痛を加える」という形態の虐待罪が問題となったものである。ここにいう「苦痛を加える」という概念は、一般的に、類型的ではないにしても多くの場合、多数の個々の行為があってはじめて成り立つものであり、長期間に亘る継続的ないしは反復的な著しい苦痛若しくは苦悩の惹起を意味するものであって、ドイツ刑法211条（謀殺罪）における残酷（*grausam*）な犯行に対応するものであるとされ<sup>3)</sup>、また、通説によれば、苦痛は、必ずしも肉体的苦痛にかぎられず精神的苦痛でも足りるとされ<sup>4)</sup>、したがって、ドイツ刑法223条の単純傷害罪における傷害として客観化され得ないものによってもたらされた場合、たとえば暗い地下室に長期間継続的に監禁することによって子供を脅えさせる場合も充足されるとされている<sup>5)</sup>。

したがって、保護を命じられた者の苦痛を伴う虐待罪と単純傷害罪とは、必ずしも前者が後者の加重類型とはいえないといつてよいのである。

2. まず、本判決が、保護を命じられた者の苦痛を伴う虐待罪において複数の個々の虐待行為を一個の所為として評価したことは妥当である。というのも、虐待という行為自体、既述のように、長期間に亘る多数の継続的、反復的行為を予定したものだからであり、苦痛を反復継続して加える点に、この犯行形態の特別な不法内容が認められるからであって、それゆえ、個々の虐待行為を包括して一個の所為とすることに何ら問題はないからである。問題となるのは、保護を命じられた者の苦痛を伴う虐待罪と傷害致死罪との犯罪競合の処理如何の点である。

2) Vgl. *Horn*, in SK StGB, 7. Auf., § 225 Rdn. 2; *Paeffgen*, in NK § 225 II. 17 Rdn. 13.

3) Vgl. *Horn*, a. a. O., Rdn. 10; *Paeffgen*, a. a. O., Rdn. 15.

4) Vgl. *Paeffgen*, a. a. O., Rdn. 13; *Hirsch*, in LK § 223 (a.F.) Rdn. 12; *Schönke/Schröder* — *Stree*, StGB, § 223 b (a.F.) Rdn. 12.

5) Vgl. *Horn*, a. a. O., Rdn. 11.

3. ところで、ドイツ連邦通常裁判所は、最近約10年間の間に、「所為単一の明確化機能 (Klarstellungsfunktion der Tateinheit)」ないし「有罪宣告の明確化機能 (Klarstellungsfunktion des Schuldspruch)」という標語のもとに、結果的加重犯における犯罪競合につき、従前の諸判例を変更して、法条競合 (Gesetzeskonkurrenz) ないし法条単一 (Gesetzeseinheit) としていたものを所為単一として処理することを一連の判例で確立してきている。

たとえば、ドイツ連邦通常裁判所1992年1月21日第一刑事部決定<sup>6)</sup>は、強盗の際に殺意をもって被害者を殺害した場合の強盗致死罪と殺人罪との犯罪競合につき、強盗致死罪 (ドイツ刑法251条) には殺意のある場合を含まないとする所謂「排他性説 (Exklusivitätslösung)」を前提として強盗致死罪の成立を否定し、強盗罪と殺人罪 (謀殺罪または故殺罪) とを適用していた従前の判例を変更して、強盗致死罪には殺意のある場合も含むとする所謂「競合説 (Konkurrenzlösung)」に立ち、その上で、強盗致死罪と殺人罪との所為単一として処理しており、1992年10月20日大刑事部決定<sup>7)</sup>も同旨のことを認めている。すなわち、「連邦通常裁判所の判例によれば、法条単一が認められるのは、一個の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によって余すところなく把握される場合に限られる (BGHSt 25, 373; 31, 380)。当該判断にとって基準となるのは、行為者の侵害が向けられた法益および当該法規がその保護のために定立した構成要件である (BGHSt 11, 15, 17; 28, 11, 15)。ある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——必然的でないとはいえ、通常の——現象形態でなければならない (RGSt 60, 117, 122; BGHSt 11, 15, 17; 25, 373)。このような前提が刑法211条と同法251条においては充たされていないのであり、その結果、所為単一が認められる。その際、刑法251条は死亡に関して故意の犯行の際にも全体的に故意によって包括された客観的構成要件であるから (vgl. Hirsch GA

6) BGH NStZ 1992, 230. なお、本決定については、山本光英「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。

7) BGHSt 39, 100=JuS 1993, 1066=NJW 1993, 1147=NStZ 1993, 247.

1972, 65, 71 ; Dornseifer, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann 1989 S. 427, 428), 刑法211条の構成要件が刑法251条による領得の目的における暴行による奪取を把握していないという事情だけで、すでに所為単一を是認することが正当化されるか否かは、留保しておくことができる。いずれにせよ、刑法251条は、法条単一を認め、そして、そのことから生ずる謀殺罪と強盗罪もしくは重い強盗罪との所為単一ゆえの有罪判決を認めた場合には把握されない特殊な不法を含んでいるのである。刑法251条の規定は、特に重く危険な強盗が存在することによって特徴づけられている。同規定は——刑法226条と同様に——死亡結果の中に基本犯の実現に固有の構成要件的に特殊な危険が表れているときにのみ介入するのである (vgl. BGHSt 31, 96, 98 ; 33, 322, 323)。刑法211条と同法251条との間の所為単一を認めることは、それによって、故意に惹起された死がまさに強盗の結果であったこと、したがって、特に重く、かつ、危険な強盗が問題であったことを有罪宣告の中で明確にすることを可能にするのである」と。そこでは、明らかに、謀殺罪とは異質の強盗致死罪の特殊性、固有の危険性に着目し、その不法内容の明確化を図るために、所為単一が認められているのである。というのも、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する以上、単に強盗致死罪のみの成立を認めるだけでは、殺意のあったことが明確にならないからである。加えて、従前の判例のように強盗致死罪の成立を否定して強盗罪と殺人罪とを認めるのでは、殺人罪が謀殺罪である場合は格別、故殺罪にすぎないときには処断刑の下限が5年以上の自由刑となり、殺意がなく単に強盗致死罪である場合の刑の下限が7年以上の自由刑であることと比較して、殺意のあったときの方が殺意のなかったときよりも処断刑が軽くなるという所謂「刑の不均衡」を生ずることになるという点、また、なによりも、この場合、強盗の際に死亡結果が生じたことを明確化することができないという点が考慮されているのである。

もっとも、この場合には、強盗致死罪の刑の下限を下回ってはならないとする所謂「遮断効 (Sperrwirkung)」を認めることで刑の不均衡を回避しよう

とする一部の見解もみられる<sup>8)</sup>。しかしながら、これに対しては、被告人に不利益な類推解釈を禁止するドイツ基本法103条2項に違反するという批判<sup>9)</sup>のほか、そもそも強盗致死罪は殺意のある場合を含まないとしながら、同罪の刑の下限を下回ってはならないとするのは、強盗致死罪を適用しないというその前提と矛盾するという批判も可能であろう。

また、ドイツ連邦通常裁判所は、1998年9月24日第四刑事部判決<sup>10)</sup>において、故殺未遂罪と重い傷害罪との関係につき、傷害罪は故殺未遂罪に吸収されるとしていた従前の判例を変更して、両罪は所為単一とした。従前の判例においては、殺人の故意と傷害の故意とは両立し得ないとか、傷害は殺人の必然的な通過段階であり、通常の現象形態であるといった理由で、傷害罪は殺人罪に吸収されるとされていた。しかしながら、殺人既遂罪の場合には傷害罪の成立を認めることになんら意味は認められないが、殺人未遂罪の場合にはこれと事情が異なる。というのも、同じく殺人未遂罪といっても、傷害、とりわけ重大な傷害結果が生じたときには、これを判文上明確にしなければ被告人の行為の不法内容を明確化したことにならず、ひいては刑の量定の基礎となり得ないとも考えられるからである。傷害が殺人へ至る必然的な通過段階であり、通常の現象形態であるとしても、殺人未遂罪が必ずしも傷害結果を伴う場合だけではない以上、傷害結果が生じたときには、傷害罪との所為単一とすることで傷害結果を生ぜしめたことを明確化し、その不法内容を汲み尽くすことが必要となってくるのである。1998年9月24日判決は、以上のような「所為単一の明確化機能」、「有罪宣告の明確化機能」という観点のほか、「有罪宣告の満足機能 (Genugtuungsfunktion des Schuldspruch)」という観点も考慮して、故殺未遂罪と重い傷害罪との所為単一としているのである。

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

9) Vgl. Alwart, Anmerkung zur BGH, Urt. v. 12. 4. 1988—5 StR 661/87, NSStZ 1989, 225.

10) BGHSt 44, 196=NJW 1999, 69. 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所為単一」山口経済学雑誌49巻4号(平成13年)67頁以下参照。

さらに、ドイツ連邦通常裁判所2000年3月23日第四刑事部判決<sup>11)</sup>は、強盗の際、財物奪取には至らなかったが、暴行の結果、被害者に重傷を負わせ、数日後に死亡させたという事案につき、強盗未遂致死罪と傷害致死罪との成立を認め、両者を所為単一としている。ドイツにおいては、強盗致死未遂罪には、強盗の際殺意をもって被害者を殺害しようとしたが殺人の点が未遂に終わったという場合、すなわちわが国で所謂強盗殺人未遂罪という形態と、強盗の際被害者を（軽率に）死亡させたが財物奪取の点は未遂に終わったという形態とがある。本件の事案は後者の場合である。強盗致死未遂罪がこのように二通りあるならば、本件事案のように被害者を死亡させた場合には、強盗致死未遂罪のみを認めるだけでは、死亡結果が生じたのか否かは明確にはならない。それゆえ、被害者を（軽率に）死亡させたときには、強盗致死未遂罪の外、傷害致死罪の成立を認めることで被害者が死亡したこと、および、殺意のなかったことを明確化する必要が生ずることになるのである。

4. 本判決は、以上のような最近のドイツ連邦通常裁判所の判例の流れを形成するにあたって、その一翼を担ったものである。

ドイツ刑法旧223条bにおける保護を命じられた者の虐待罪においては、いくつかの行為態様がある。その1つとして、本事案におけるような「苦痛を加えること」を伴うという形態がある。この「苦痛を加えること」を伴う虐待という形態においては、一定期間継続する虐待が前提となる。本判決も、「1992年10月中旬から1993年5月7日まで」の公訴事実にかかる期間に行われた虐待を「一個の所為」であるとしている。「刑法223条bの意味における苦痛を加えることとは、比較的長期間継続的な、ないしは反復的な著しい苦痛ないし苦悩の惹起を意味する。したがって、叙上の犯行形態においては、当該構成要件要素は、典型的に、多数の行為を行うことによって実現される。反復継続があってはじめて、この傷害の形態のもつ特別な不法内容が形造ら

11) BGH NJW 2000, 1878. この判決については、山本光英「強盗未遂致死罪と傷害致死罪との所為単一」山口経済学雑誌49巻5号（平成13年）175頁以下参照。

れる。それゆえ、多数の個々の挙動の共同を全体として一個の所為と認めるためには、連続行為（fortgesetzte Handlung）という法形象へ立ち戻ることにも評価の単一性（Bewertungseinheit）も必要ではない」としている。

連邦通常裁判所の確立した判例によれば、「法条単一（Gesetzeseinheit）が認められるのは、一個の行為（Handlung）の不法内容が、文言上、適用されるべき複数の犯罪構成要件のうちの一つによって余すところなく汲み尽される場合に限られる。一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——必ずしも常に必然的ではないとはいえ、通常の——現象形態でなければならない（vgl. BGHSt 39, 100 [108] = NJW 1993, 1662 m. w. Nachw.）」保護を命じられた者による苦痛を伴う虐待罪（223条b）と傷害致死罪（226条）との間にこのような関係が認められるであろうか。本判決は、これを否定する。その理由を本判決は、「確かに苦痛は、傷害によって惹き起こされるのが通常である」とし、「行為者に対する被害者の依存的地位から生じ、他方で、——苦痛を加える虐待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態から生ずるところの保護を命じられた者の虐待のもつ刑法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。所為の構成要件該当的に把握される全体的な不法を表現すべきであるという有罪宣告の明確化機能（Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs）（BGHSt 31, 380；39, 100, 108）は、本件では、もっぱら、刑法223条bと刑法226条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」としている。

5. 結果的加重犯における犯罪競合の問題について、ドイツ連邦通常裁判所は、既述のように、近年、従来の諸判例を変更して、有罪宣告における「所為単一の明確化機能」との標語のもとに競合する犯罪の不法内容の相違に着目して、判文上これを明確化するために、従来法条競合としていたもの

を所為単一とする一連の判例を打ち出してきている。

本事案で問題になったドイツ刑法旧223条b所定の保護を命じられた者の虐待罪において「苦痛を加える」形態でのそれは、とりわけ肉体的暴行を反復継続する場合には、多くは傷害結果を生ぜしめるであろうから、その限りで、ドイツ刑法旧226条（現行法227条）所定の傷害致死罪とは重なり合うのである。旧226条が旧223条bの加重類型であり、旧223条bの不法内容を余すところなく汲み尽くすものであるなら、両者の間に法条競合の関係を認めて旧226条のみを適用すれば足りる。

しかしながら、既述のように、保護を命じられた者の虐待罪において、単純傷害罪に比してその刑が加重されている理由は、この種の侵害に対して一般的に特に傷つきやすい者（未成年者および抗拒不能の者）、および行為者に対する一定の依存関係があるゆえに特に侵害可能であり、かつ保護を要する者に対して傷害が向けられているという点にあるのであり<sup>12)</sup>、本判決が説示するように、「被害者を特に苦しめる傷害という形態から生ずるところの保護を命じられた者の虐待罪のもつ刑法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」のである。ドイツ刑法211条所定の残酷な方法による謀殺罪が、同212条所定の単なる故殺罪と比較して、死亡結果の故意の惹起という点では共通するものの、残酷な殺害方法という点において故殺罪を超える不法内容を有するのと同様に、苦痛を伴う保護を命じられた者の虐待罪は、単なる傷害罪とはその不法内容に差異がみられるのである。それゆえ、保護を命じられた者の苦痛を伴う虐待によって致死の結果を生ぜしめた場合には、その所為の不法内容を明確化するためには、単に傷害致死罪のみを適用するにとどまらず、併せて保護を命じられた者の苦痛を伴う虐待罪の適用を認める必要が生ずるのである。

本判決は、以上のことを認め、保護を命じられた者の苦痛を伴う虐待罪と傷害致死罪との所為単一を肯定したものである。それは、結果的加重犯にお

12) Vgl. Horn, in SK StGB, 7. Auf. § 225, Rdn. 2.

ける犯罪競合について、近年のドイツ連邦通常裁判所の判例の流れに沿ったものというべく、その判断は首肯し得るものといえよう。

なお、本稿は、山口大学経済学部鳳陽会の学術振興研究助成により収集した資料に基づくものである。ここに、鳳陽会に深甚なる謝意を表する次第である。