

## 《ドイツ刑事判例研究》

## 殺人未遂罪と傷害既遂罪との所為単一

山本光英

殺人未遂罪と競合する故意の傷害罪は、殺人未遂罪に吸収されるのではなく、所為単一である (BGHSt 16, 122 ; 21, 265 ; 22, 248 を変更する)

BGH, Urt. v. 24. 9. 1998—4 StR 272/98

[BGHSt 44,196 = NJW 1999,69]

## 《事実の概要》

少年刑事部の認定によれば、犯行当時、酩酊していた被告人らは、ちょうど車道から被告人らに近づきつつあり、肩にリュックサックを掛けていた面識のない18歳の被害者Mを襲うことを咄嗟に決意した。Bが被害者を背後から抱きすくめ、上腕部を抱え込んでいる間に、Sがリュックサックを奪った。その後、被告人らのうちの一方が、被害者に対して現金を出すよう要求した。その後の経過において、Sは、—Bもそれを知っていたが—行為当日の夕方携帯していた所謂アーミーナイフで、Bの面前において、殺人の未必の故意で被害者をその上体部分に向けて数回刺突した。その際、そのうちの1回の刺突が胸郭を切断し、それにより左肺翼の崩壊を生ぜしめた。地方裁判所(LG)は、Bも被害者の死を予想していたということについては、確信をもつに至り得なかった。被害者は、当該攻撃により転倒し、そこで被害者は「とりわけ頭部を踏み付けられ」た。その際、被告人らのうちの一方が、「死ね。この野郎」と言った。地方裁判所は、被告人らのどちらが、被害者を踏みつけたか、どちらが既述の言葉を発したかを確定することができなかった。被告人らは、結局、被害者を茂みに放置し、その場を立ち去った。リュックサッ

クの中には現金は入っていなかったが、Bは、被害者の身分証明書の入った札入れとレオドラントスプレーを取り出した。リュックサックそのものは、その後、Sが投げ捨てた。内臓の損傷により、被害者には、差し迫った生命の危険が生じた。しかし、緊急手術により被害者は一命を取り留めた。

地方裁判所は、被告人Sに対して「重い強盗罪と故殺未遂罪との所為単一、さらに危険な傷害罪との所為単一」のゆえに、そして、被告人Bに対して重い強盗罪と危険な傷害罪との所為単一のゆえに、それぞれ有罪判決を下した。この判決に対して、被告人Sと、被告人Bに対する判断に不服を唱えて検察官が、連邦通常裁判所 (BGH) にそれぞれ上告した。

## 《理由》

### II. 被告人Sの上告

.....

4. 原審判決が、被告人Sを故殺未遂罪と危険な傷害罪との所為単一で有罪とした点においても異論の余地はない。

しかしながら、従来、連邦通常裁判所のすべての刑事部の判例は、殺人既遂罪のみならず「単なる」殺人未遂罪も、それと競合する刑法旧233条、233条 a および224条の意味における故意の傷害 (既遂) 罪を「排除する」としてきた (BGHSt 16, 122; 21, 265; 22, 248)。これらの判決は、爾今、変更される。

a) 法条単一 (Gesetzeseinheit) が認められるのは、連邦通常裁判所大刑事部が、BGHSt 39, 100, 108の判決において確立したように、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の1個によって余すところなく把握される場合に限られる。しかしながら、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有罪判決は、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。

b) それゆえ、傷害既遂罪は、(単なる)殺人未遂罪によって排除されることはない。むしろ、所為単一の明確化機能 (Klarstellungsfunktion der Tateinheit) から (Stree in Schönke/ Schröder, StGB 25. Aufl. § 52 Rdn. 2), 傷害既遂罪も所為単一的に実現されたものとして有罪宣告の中に表現されることが必要である (Eser in Schönke/ Schröder, aaO § 212 Rdn. 23; Tröndle, StGB 48. Aufl. § 211 Rdn. 16; 疑問を残しつつも, Lackner/ Kühl, StGB 22. Aufl. § 212 Rdn. 9; 異論として, Horn in SK StGB 5. Aufl. § 212 Rdn. 32; 全体に言及したものとして, Maatz NSTZ 1995, 209 など文献多数)。一方において殺人の故意と、他方において傷害の故意とが概念上すでに排斥し合う場合にのみこれと事情が異なるということは、従前、ライヒ裁判所が是認したとおりである (RGSt 61, 375)。しかしながら、かかる見解は、遅くともBGHSt 16, 122, 123 の判決以来、克服されている。

c) それゆえ、競合関係についての従来判例に従うことができるのは、故殺未遂罪の罪責を負う者が、これに加えて、その所為の中に必然的に存する傷害のゆえにも有罪判決を下されるべき実体的理由が、その所為の法的無価値および倫理的無価値が殺人罪ゆえの有罪判決によって完全に把握 (されている) (がゆえに)、なんら (存し) ないことが適切に認められる場合 (BGHSt 22, 248/249) にかぎられるものと思われる。しかし、けっしてそのような事情にはない。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 (vgl. die Fallbeispiel bei Maatz aaO S. 211)。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 (vgl. Schröder JZ 1967, 709=Anm. zu BGHSt 21, 265)。

d) 爾余の点では、すでに従来判例は矛盾をきたしていた。連邦通常裁判所は、従来、殺人未遂罪は刑法旧223条、223条 a および224条 (=第六次刑法改正法の規定における223条、224条および226条1項) の意味における故意の傷害罪を排除するという見解を主張していた一方で、意図的な重い傷害罪(刑法旧225条=新226条2項; BGHSt 22, 248 においては、なお留保されていたが、しかし、現在では、BGHR StGB § 225 Konkurrenzen 2) との競合および傷害致死罪(刑法旧226条=新227条; これについては、BGHSt 35, 305, 307/308) との競合、さらに苦痛を与えるという方法による保護を命ぜられた者による虐待罪(刑法旧223条 b 1項=新225条1項; これについては、BGHR StGB § 223b Konkurrenzen 2, 加えて、故殺既遂罪の事案について; 保護を命ぜられた者による虐待罪と傷害致死罪との所為単一を認めたものとして、BGHSt 41, 113, 115f.) との競合の場合に所為単一を肯定している。しかも、有罪宣告の明確化機能を顧慮していることを明示してである。すべての故意の傷害罪に対する関係でこれが妥当すべきでないとする理由は、なんら存しない。

殺人未遂罪と重い傷害罪(刑法旧224条=新226条1項) との関係で所為単一を肯定することは、—BGHSt 22, 248, 249 の判決において刑法旧56条(新18条) の規定を視野に入れて明示されたように—「行為者が意図した殺人の際に必要とされ、かつ、期待可能な注意を彼が怠った」という非難をなすことにもならない。重い傷害罪ゆえ(も)の有罪判決の中に含まれる「少なくとも」過失で行為した(刑法18条) という非難が妥当するのは、殺人行為にではなく、もっぱら特別な傷害結果の惹起についてである。この点に、なんら矛盾は存しない。所為単一的に競合する諸犯罪の場合にも、行為者の責任は、実現された犯罪構成要件すべてに対して別個に確定されるべきである。その際、行為者は確かに被害者の死を惹起することを意欲したことと、しかし行為に耐えて生き延びた被害者に身体的な加重結果が生ずる可能性を表象しておらず、それゆえ、そのかぎりでは故意ではなく、単に過失で行為したということとは、ただちに、相互に両立しうるのである。

e) 殺人未遂罪と傷害既遂罪との所為単一を認めることは、責任内容には触れないままである。というのも、責任内容は、競合関係の決定とは無関係に量定されるからである (vgl. BGHR StGB 211 Abs. 1 Konkurrenzen 1 m.w.N.)。所為単一を認めることが、被告人の不利に「二重評価」になるものではないことには、なんら特別な理由づけを要しない。行為者に対して、構成要件的に部分的に重なり合う範囲内での不法の責めを負わすことができるのはただ1度だけであることは、自明のことである (BGHSt—GSSt—39, 100, 109)。それゆえ、殺人未遂罪と競合して実現された傷害罪を有罪宣告の中に加えることになんら妨げとなるものはない。とりわけ、事実審裁判官は、所為の責任を負うべき効果をいずれにしても量刑の際に考慮しなければならず (BGHSt 22, 248, 249)、そして、したがって、傷害とその他の所為結果の重さを刑罰加重的に考慮に入れることは、刑法46条3項の二重評価の禁止によって妨げられることはないのである。

f) 連邦通常裁判所の他の刑事部は、裁判所構成法 (GVG) 132条3項第1文および第3文による本刑事部の照会に対し、各刑事部は本刑事部と反対の判例をもはや維持しないことを明らかにしている。

## 《研究》

1. 本判決は、故殺未遂罪 (ドイツ刑法212条, 23条1項) と重い傷害罪 (刑法224条) との犯罪競合について、法条競合として傷害罪の点は故殺未遂罪に吸収されるとしていた従来のドイツ連邦通常裁判所の判例を変更して、両者は所為単一の関係にあるとしたものである。

従来、連邦通常裁判所の判例は、後述するように、謀殺罪と故殺罪<sup>1)</sup>との如何を問わず、また、既遂と未遂の如何を問わず、重い殺人の故意で行為するときは、謀殺 (未遂) 罪または故殺 (未遂) 罪の成立を認めれば足り、外に傷害罪の成立を認める必要はないものとしてきた。軽い傷害の故意は、殺

1) 謀殺罪と故殺罪との区別については、山本光英「ドイツ謀殺罪研究」尚学社 (1998年) 17項以下参照。

人の故意に吸収されるということ、および、傷害は殺人の必然的な通過段階に過ぎないというのがその主な理由である。

しかしながら、謀殺行為または故殺行為により殺人の結果は生じなかったが、傷害の結果が生じたという場合、判文上、謀殺未遂罪または故殺未遂罪の成立のみを認めただけでは、傷害の結果を生ぜしめたという当該行為の不法内容を余すところなく汲み尽し、これを明確化したことにはならない。すなわち、謀殺未遂罪といい故殺未遂罪といっても、なんら傷害の結果を生じなかった場合と重大な傷害の結果を生じた場合とでは、その不法内容において大きく異なるのであり、これを判文上明確化することが必要と考えられるのである。それゆえ、傷害の結果が生じたときには、謀殺未遂罪または故殺未遂罪の外に傷害罪の成立をも認め、両者を所為単一とすることによって、判文上、傷害結果が生じていることを明確化しようというのである。

2. ところで、謀殺罪または故殺罪が既遂罪に達した場合には、当然、傷害の結果もこれに吸収され、謀殺罪または故殺罪のみが成立することに異論はないであろう<sup>2)</sup>。すなわち、この場合には、傷害は殺人の必然的な通過段階であるということができ、また、傷害の故意は殺人の故意に含まれるということができるのであって、謀殺罪または故殺罪の外に傷害罪の成立を認めても、当該所為の不法内容の明確化になんら資するところはないからである。それゆえ、謀殺罪ないし故殺罪の成立のみを認めれば足り、外に傷害罪の成立を認める必要はないということになる。このことは、当初、傷害の故意で行為をしていたが、未必的に故殺の故意を生じ、結果として被害者を死亡させたという場合にもあてはまるのであり、この場合にも、故殺既遂罪のみの

---

2) ライヒ裁判所1926年2月18日第二刑事部判決 (RGSt 60, 117, 122) は、「法条単一 (Gesetzeseinheit) が認められるのは、数個の刑罰法規が同一の構成要件に該り、1個の法規が1個の概念メルクマールを含むか、それとも数個の概念メルクマールをより狭い限界および特別な形態において含むかということによってのみ区別される場合である。ある犯罪行為は、それが他の犯罪行為の必然的な現象形態ではないとはいえ、通常の現象形態である場合には、1個の犯罪行為である」としている。

成立を認めれば足りるのである。これに対して、謀殺ないし故殺を犯すにあたり、傷害結果を生じたものの死亡結果を生ずるに至らなかったときには、事情が異なる。謀殺未遂罪または故殺未遂罪と傷害罪との所為単一を認めて、傷害結果を惹起したことを明確化する必要が生ずるのである。

3. さて、このような謀殺未遂罪または故殺未遂罪と傷害罪との所為単一を認める見解は、従来、学説上有力な支持者があったが<sup>3)</sup>、判例はこれを否定してきた。

たとえば、古く、ライヒ裁判所1927年9月26日第三刑事部判決<sup>4)</sup>は、「故殺未遂罪と故意の傷害罪とは所為単一的に競合するか？」との問題について、「本刑事部は、以下の理由により、上記の問題を否定的に解する。殺人は、健康の毀損によるものとは異なるものが考えられているわけではない (RGSt Bd. 44, S. 321 [323])。外部的構成要件において、一方において、故殺既遂罪と刑法226条〔傷害致死罪：筆者註〕に対する犯罪との間で、他方において、—そもそも身体の傷害が生じている限りで—故殺未遂罪と刑法223条, 223条 a, 224条, 225条〔すべて傷害罪に関する規定：筆者註〕に対する違反行為との間には何ら相違は存しない。故意の方向に相違があるにすぎない。殺人のために用いられた故意の身体傷害は、それゆえ、刑法211条以下の観点のもとでのみ判断されるのであって、刑法223条以下の観点で判断されるのではない (RGSt aaO)。それゆえ、故意の健康の毀損 (刑法223条) は、それが殺人の意思で生ぜしめられたのではないときにのみ、それとして法的に考慮に入れられる。それとともに、身体傷害の故意は、現行刑法の意味において、殺さないという意思を含む。したがって、故殺未遂罪と傷害罪との間の所為単一は、法的には考えられない。というのも、行為者の故意は、被害者を殺すことを目指すと同時に、殺さずもっぱら健康を毀損することを目指すこと

3) Vgl. Schönke/Schröder—Eser, StGB 25. Aufl., § 212 Rdn. 23; Tröndle, StGB 48. Aufl., § 212 Rdn. 16; Lackner/Kühl, StGB 22. Aufl., § 212 Rdn. 9; Maatz, NStZ 1995, 210 ff.

4) RGSt 61, 375.

はできないからである。とりわけ、さらに、傷害の直接的な故意は殺人の未必の故意とは相容れない。行為者が、殺さないという意思を有していた場合には、行為者は殺人の結果をさらに未必的に容認 (einverstanden) することはできない。しかし、行為者が殺人の結果を容認していたならば—殺人の未必の故意—それ自体止目すべき単なる傷害の故意は存在しないのである」として、故意の面において殺人の故意と傷害の故意とは並存し得ないのであり、傷害結果が殺人の故意で惹起されたのではない場合は格別、殺人の故意が認められるときには傷害の故意は成立しないとしていたのである。

これに対して、連邦通常裁判所1961年6月28日第二刑事部判決<sup>5)</sup>は、既述のライヒ裁判所1927年9月26日第三刑事部判決とは異なって、殺人の故意と傷害の故意とは並存し得るとはしたものの、殺人罪と傷害罪とは所為単一ではなく法条競合の関係にあるとして、次のように判示している。すなわち、「確かに殺人の故意は常に傷害の故意と結びついている。しかしながら、そのことは、殺人犯罪 (Tötungsdelikt) と傷害犯罪 (Körperverletzungsdelikt)<sup>6)</sup> との間の法的関係が所為単一と評価されなければならないということの意味するものではない。むしろ、……、傷害犯罪のいっそう強度の形式としての殺人犯罪は、排他的に当該所為の罪責を加重させるものを含んでいるのであり、その結果、刑法211条以下の適用が可能であるときには、傷害罪は所謂副次的犯罪 (subsidiäres Delikt) として吸収される。たとえば、行為者が殺人の遂行を自ら放棄したがゆえに、このような可能性が欠ける場合には、—当初排除された—法律が適用される。したがって、行為者は、傷害が既遂である以上、傷害罪のゆえに処罰されるべきである」というものである。

もっとも、右の判決は殺人の未必の故意であった場合については触れるところはなかった。この点、連邦通常裁判所1967年6月30日第四刑事部判決<sup>7)</sup>

5) BGHSt 16, 122, 123f.

6) ここで、殺人犯罪というのは、謀殺罪、故殺罪など、およそ人を殺す犯罪を総称するものであり、傷害犯罪というのは、傷害罪、重い傷害罪、危険な傷害罪など、人を傷害する犯罪を総称するものである。

7) BGHSt 21, 265, 266f.



は、被告人が確定的な傷害の故意と殺人の未必の故意で被害者をナイフで刺したという事案につき、謀殺未遂罪と重い強盗罪および危険な傷害罪との所為単一を認めた原審陪審裁判所の判決を破棄して、既述の連邦通常裁判所1961年6月28日第二刑事部判決を踏襲しつつ、「この判決は、ともかく、行為者が殺人の確定的故意で行為した場合にあてはまる。行為者が確定的に身体の傷害を意欲したが、単に殺人を未必的に意欲した場合にもこの法命題が妥当するのか否か、あるいは、そのような場合に、ライヒ裁判所がその従前の判例(RGSt 25, 321)において是認したように、所為単一が認められるか否かは、そこでは、留保されていた。しかしながら、謀殺罪または故殺罪と傷害罪との間に法条競合と所為単一のいずれが認められるかという問題は、両者の場合に同一に答えられなければならない。未必の故意は確定的故意と法的には同一である。殺人の故意は傷害の故意を常に必然的に含むという命題は、確定的な殺人の故意にとってと同様に、殺人の未必の故意にとってもあてはまる。未必の故意による謀殺罪または故殺罪の既遂または未遂の責めを負う者に、さらにこれに加えて、その所為の中に必然的に存する傷害罪ゆえに有罪判決を下す実体的必要性はなんら存しない」としている。

さらに、連邦通常裁判所1968年10月8日第五刑事部判決<sup>8)</sup>は、犯行当時15歳であった被告人が、殺人の故意で、4ないし5メートルの距離から父親に発砲したところ、その銃弾は、こめかみおよび眼球を貫通し、鼻根部に達し、父親は一命を取り留めたが左眼を喪失したという事案について、被告人が単に故殺未遂罪ゆえにのみ有罪判決が下されるときには、片眼の視力の喪失が有罪宣告の中に表現されないことになり、当該所為の不法内容は汲み尽くされないとする連邦検事総長の上告趣意を却け、故殺未遂罪と重い傷害罪との競合については故殺未遂罪のみの成立を認めるとして、次のように判示している。「すなわち、刑法224条は、刑法56条により、行為者がこの結果を過失で惹起したときにのみより重い刑を科し得るような所為の結果に着目している。そのような過失を認めることは、行為者が意図した殺人の際に必要とさ

8) BGHSt 22, 248, 249.

れ、かつ、期待可能な注意を彼が怠ったという非難をなすことになる。このことになんらの意味もない。とりわけここでは所為単一を認めることによって刑罰の範囲に変更をきたすものではないからである。刑罰の範囲の内部で、当該所為に帰せしめられる結果は、いずれにせよ量刑の際に（あるいは、本件のように、少年法17条の要件に関する問題の際に）考慮することができ、そして考慮しなければならない」としている。すなわち、本判決は、傷害結果が生じたときには、そのことは刑の量定の際に考慮されればよいのであって、殺人未遂罪とは別に傷害罪の成立を認める必要はないとするのである。

4. しかしながら、最近、ドイツでは、学説上のみならず、判例上も、「所為単一の明確化機能」ということが盛んに主張されている。行為者の行為の不法内容を余すところなく十分に汲み尽し、これを判文上明確に示すことが必要であり、そのために、数個の犯罪が競合する場合、従来、法条競合とされていたものについても、そうすることでは当該所為の不法内容を十分に汲み尽くせない場合には、これを所為単一として当該行為の不法内容を明確化することが必要であるというのである。

このことは、結果的加重犯における犯罪競合においても、事情は変わらない<sup>9)</sup>。

たとえば、連邦通常裁判所1988年7月27日第三刑事部判決<sup>10)</sup>は、謀殺未遂罪と傷害致死罪との所為単一を認めている。すなわち、傷害の故意でネクタイで被害者の首を絞めた後、共犯者が謀殺の故意で被害者の首を手で扼し、被害者は死亡したが、被害者の死亡が被告人による最初のネクタイでの絞扼によって生じたものか、後に共犯者が謀殺の故意で被害者の首を手で扼した行為によって生じたものか判明しなかったという事案につき、被告人の行為に関して「当該死が被害者に対する行為者の傷害の故意に担われた作用の結

9) ドイツにおける結果的加重犯、とくに強盗致死罪における犯罪競合については、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71項以下参照。

10) BGHSt 35, 305.

果なのか、それとも殺人の故意に担われた作用の結果なのかが明らかではないときには、『疑わしきは被告人に有利に (in Zweifel für den Angeklagten)』の原則を適用して、後行行為は死を惹起していないということが前提とされなければならない」としたうえで、被告人の行為の際に、後の共犯者の行為は被告人に予見可能であったことを認定して、これを傷害致死罪とし、これと共犯者の実行した謀殺未遂罪との成立を認め<sup>11)</sup>、これらを所為単一としているのである。

また、連邦通常裁判所1992年1月21日第一刑事部決定<sup>12)</sup>は、暴行を用いて女性のタクシー運転者から財布を強奪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したが、被害者が激しく抵抗したので、被害者をナイフで刺殺したという事案につき、刑法251条の強盗致死罪は殺意のある場合も含むとしたうえで、強盗致死罪と謀殺罪との所為単一を認めている。

そして、連邦通常裁判所1992年10月20日大刑事部決定<sup>13)</sup>は、謀殺罪と強盗致死罪との関係について、それまでの判例および学説における議論を総合的に検討し、本稿との関係ではとくに以下のように判示して、両罪の所為単一を認めたのである。すなわち、「連邦通常裁判所の判例によれば、法条単一が存在するのは、1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

11) 判文上、事実関係が明確ではないが、被告人が傷害の故意でネクタイで被害者の首を絞めた後に、共犯者が謀殺の故意で被害者の首を扼め、さらに被告人が被害者の首を扼めたことで被害者は死亡したが、いつの時点で被害者が死亡したか判明しなかったというのであろう。「疑わしきは被告人の利益に (in dubio pro reo)」の原則により、被告人については軽い傷害の故意での行為により死亡したものとされ、共犯者については被告人の右行為により死亡したものとして、謀殺罪は未遂とされたものと思われる。

12) Vgl. BGH NSTZ 1992, 230. なお、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。

13) Vgl. BGHSt 39, 100=JuS 1993, 1066=NJW 1993, 1147=NSTZ 1993, 247.

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 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別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意識して、所為単一が認められているのである。

さらに、連邦通常裁判所は、保護を命ぜられた者による虐待罪と傷害致死罪との関係についても、所為単一の明確化に言及して、両罪の所為の単一を認めている。すなわち、連邦通常裁判所1995年3月30日第四刑事部判決<sup>14)</sup>がこれである。本事案は、夫の手助けもなく、自分の子供である乳児と3歳になるかならぬかの娘Sの2人の世話を重荷に感じていた被告人は、娘Sに当たり散らし、暴行を繰り返していたところ、1992年の10月中旬頃から1993年の5

14) BGHSt 41, 113, 115 f.=NJW 1995, 2045=NStZ 1996, 35.

月まで、娘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、子供の下腹部と手足を平手で、さらに、スリッパあるいは棒といった物で殴打した。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。虐待をやめるように夫に警告されたが、1993年5月7日、被告人は、夫が留守のときに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というものである。本事案につき、本判決は、地方裁判所が、被告人を傷害致死罪（刑法226条）と保護を命ぜられた者による児童の虐待罪（刑法223条b）のゆえに有罪とし、自由刑7年6月の刑に処した（なお、地方裁判所は、夫に対しても不作為による傷害致死罪として、自由刑4年6月に処している）ことに対してなされた被告人の上告を棄却して、次のように判示している。すなわち、「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—被害者に特に苦痛を与え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は把握されていない。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。構成要件に該当するものとして把握される全体的な所為の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」というものである。

5. もっとも、謀殺未遂罪と傷害罪との関係については、最近においても、

15) BGH NJW 1995, 79.

連邦通常裁判所1994年10月12日第三刑事部判決<sup>15)</sup>が、両者の所為単一を否定していた。本事案は、被告人は、以前愛人であった被害者とよりを戻そうとしたが被害者がこれに応じなかったことから、被害者の居宅内において被害者が睡眠中に襲いかかり、最初は首を扼し、キスすることで窒息させようとしたものの、被害者の抵抗でこれに失敗したので、被告人は手拳で暴行を加えた後、同女の首をゴムベルトで絞めようとしたという事案である。本事案につき、地方裁判所が、被告人を—背信的に犯された—謀殺未遂罪と危険な傷害罪との所為単一として自由刑6年に処したのに対して、本判決は、両罪の所為単一を否定し、謀殺未遂罪のみの成立を認めていたのである。すなわち、「連邦通常裁判所の確定した判例によれば、刑法223条、同法223条 a による傷害罪は、原則的に、同一の行為によって犯された殺人罪に吸収されるものであり、しかも、『単なる』殺人未遂罪に対する関係でも同様とされている (vgl. BGHSt 16, 122 ff. ; 21, 265 ff. ; 22, 248 ff. ……)。その際、理由づけのために、とりわけ傷害が殺人にとっての『必然的な通過段階』であるということが指摘されるかぎりで (…), そのことは、傷害罪が排除されるのは、それが死の惹起のために確定的に必要な場合に限られるということ、そして、殺人のために確定的に必要な程度を超えるあらゆる暴行は、所為単一的に犯された傷害罪として法的に独立した意味をもつということの意味するものではない。法条単一を認めるためには、いずれにせよ、それ自体刑法223条、同223条 a の構成要件を充足する暴行が、自然的な行為単一性 (natürliche Handlungseinheit) という意味において、殺人 (未遂) と直接の行為関係にあること、および、その暴行が、本件において十分に認定されたように、本来の殺人行為の準備となり、これを容易にすることになったということである」。

6. 以上のように、ドイツ判例においては、最近、被告人の所為の不法内容を余すところなく明確にするという観点から、「所為単一の明確化機能」ということが標榜されているのであるが、殺人罪と傷害罪との関係については、

連邦通常裁判所1961年6月28日第二刑事部判決，連邦通常裁判所1967年6月30日第四刑事部判決，連邦通常裁判所1968年10月8日第五刑事部判決，連邦通常裁判所1994年10月12日第三刑事部判決などにおいて，従来，法条単一とされ，所為単一の関係にはないとされていたのである。

これに対して，本判決は，「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有罪判決は，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態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，「それゆえ，傷害既遂罪は，（単なる）殺人未遂罪によって排除されない。むしろ，所為単一の明確化機能（Klarstellungsfunktion der Tateinheit）から（……），傷害既遂罪も所為単一的に実現されたものとして有罪宣告の中に表現されることが必要である（……）」とし，そして，「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もどにも包括されるということは（……），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—殺人を試行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，同じく殺人未遂罪であっても，傷害結果の有無により当該所為の不法内容に相違をきたすこと，それゆえ，有罪宣告の中にその旨を明確に表現することの必要を説き，「有罪宣告の満足機能」という点からも殺人未遂罪と傷害罪との所為単一を認めることに意義を見出しているのである。犯罪競合，とりわけ結果的加重犯の犯罪競合に関する最近のドイツ判例の流れに沿うものといえよう。

7. 思うに，この「所為単一による不法内容の明確化」という観点は，結果的加重犯における犯罪競合の処理において，意義をもつものといえる。た

たとえば、強盗の際に殺意をもって被害者を殺したという所謂「強盗殺人の擬律」の問題を考えると、強盗致死罪は殺意のある場合を含まないとし、殺人罪と強盗罪との成立を認めることは、強盗の際に殺人が行われたこと、殺人の基本には強盗があったことを明確にしたものとはいえない。他方、強盗致死罪が殺意のある場合も含むとして、強盗致死罪一罪を認めるのは、殺意があったことを明確にしていけないことになる。そこで、強盗致死罪と殺人罪との成立を認め、これらの所為単一とすることが必要となってくるのである。既述の連邦通常裁判所1992年1月21日第一刑事部決定<sup>16)</sup>、1992年10月20日大刑事部判決<sup>17)</sup>は、すでに、このことを認めているのである。

かようにして、「所為単一の明確化機能」、「有罪宣告の明確化」という観点からは、犯罪競合に関し、今後少なからず影響を与えるものであり、わが国における同様の議論についても考慮されるべきことではないかと思われる。極めて注目すべき観点であると思われる。

ちなみに、本判決の後、連邦通常裁判所2000年3月23日第四刑事部判決<sup>18)</sup>は、財物奪取に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、両者は法条競合ではなく、所為単一である旨判示している。「所為単一の明確化機能」を考えるうえで、なお、参考になる判決と思われる。

(2001年6月12日稿)

---

16) この決定については、註10を参照。

17) BGHSt 39, 100.

18) BGH NJW 2000, 1878.