

ドイツ刑法における Leichtfertigkeit の要件[※]

丸山雅夫

目次

- I はじめに
- II Leichtfertigkeit を要件とする犯罪類型
- III 一般的概念としての Leichtfertigkeit
- IV 結果的加重犯と Leichtfertigkeit
 - (1) 結果的加重犯の成立要件としての Leichtfertigkeit
 - (2) 重い結果の故意的実現と Leichtfertigkeit
- V むすびにかえて

I はじめに

現行西ドイツ刑法は、「行為の特別な結果に対する加重刑」という見出しのもとに、結果的加重犯に関する一般規定を置いている（18条）。すなわち、それは、「法律が行為の特別な結果に加重刑を規定している場合には、正犯者または共犯者がこの結果について少なくとも過失（wenigstens Fahrlässigkeit）の責めを負わされる場合に限り、それらの者に対して加重刑を科する」と規定して、結果的加重犯成立のための主観的要件として最低限「過失」が存在しなければならないとする趣旨を明らかにしているのである。他方、比較的最近の傾向として、各則における個々の結果的加重犯規定のなかに重い結果の発生について行為者の「軽率（Leichtfertigkeit）¹⁾」を要求するものが散見されるようになってきている。たとえば、251条の強盗致死罪は、「行為者が強盗（249条、

※本稿は昭和61年度文部省科学研究費奨励研究（A）にもとづく研究の一部である。

- 1) Leichtfertigkeit は、我が国では一般に「軽率」と訳されているので（たとえば、法務大臣官房司法法制調査部編・ドイツ刑法典（宮沢浩一訳，昭和57年）等），本稿でもそれらに従っておく。なお，以下では，適宜，「軽率」と Leichtfertigkeit（L. と略記する）のいずれかを用いることにする。

250条)によって軽率に (leichtfertig) 他人の死をひき起したときは、その刑は無期自由刑または10年以上の自由刑とする」と規定している。このように、西ドイツ刑法においては、ある種の結果的加重犯の成立について、総則では「少なくとも過失」の存在を要求し、各則では「軽率」を要求するといった特殊な状況が生じているのである。しかも、西ドイツ刑法は、L. についての定義規定を置かず、²⁾ L. の解釈および「少なくとも過失」とする18条とL. との関係をもつら判例と学説とに委ねているのである。

そこで、このような状況を踏まえたうえで、以下において、西ドイツの判例と学説を参考に、主として結果的加重犯とL. との関わりについて考察していくことにする。もっとも、西ドイツの現行刑法上L. を要件とする犯罪類型は、必ずしも結果的加重犯だけに限られているわけではない。したがって、考察の一環として、L. を要件とする犯罪類型を概観し、さらにそれとの関係で一般的概念としてのL. がどのようなものとして理解されているのかについても見ておくことにする。

2) 刑法改正作業の過程においては、過失およびL. についての定義規定の制定も提案されたが(1962年草案18条)、ある概念を法律によって固定させることは犯罪論の将来的発展を阻害することになると同時に学説の役割を立法が肩代りすることになるとの理由から、それは、他の一連の定義規定とともに、刑法改正特別委員会において削除された。Vgl. Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucksache V/4095, S. 7ff. さらに、J. Baumann u. a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, A. T., 2. Aufl., 1969, S. 57. 内藤謙・刑法改正と犯罪論(上)(昭和49年)62頁、同・西ドイツ新刑法の成立(昭和52年)51頁以下。

なお、1962年草案18条は、次の通りである。

18条(過失および軽率)

- ① 過失で行為する者とは、事情および人的関係によって義務づけられ且つそれについて可能な注意を怠り、それ故に自己が法定構成要件を実現することを認識しない者をいう。
- ② 自己が法定構成要件を実現することがありうると考えるにもかかわらず、義務に違反し且つ非難すべき態様で、それが実現しないことを信頼して行為する者もまた、過失で行為する者である。
- ③ 軽率に行為する者とは、重大な過失により (grob fahrlässig) 行為する者をいう。

II *Leichtfertigkeit* を要件とする犯罪類型

現行西ドイツ刑法中 *L.* を構成要件要素とする条文は多岐にわたるが、おおよそ次の 6 類型に大別することができる。

結果的加重犯の類型として、児童に対する性的濫用罪における死の軽率な惹起 (176条 4 項)、強姦罪における死の軽率な惹起 (177条 3 項)、性的強要罪における死の軽率な惹起 (178条 3 項)、恐喝的な人身奪取罪における死の軽率な惹起 (239条 a 2 項)、人質罪における死の軽率な惹起 (239条 b 2 項)、強盗罪における死の軽率な惹起 (251条)、航空交通に対する攻撃罪における死の軽率な惹起 (316条 c 2 項)、がある。

量刑事由としての「特に重い場合 (*besonders schwere Fälle*)」を条文上例示する (*Regelbeispiel*) 類型として、墮胎罪における妊婦の死の危険もしくは重大な健康障害の危険の軽率な惹起 (218条 2 項 2 号)、核エネルギーによる爆発招来罪における死の軽率な惹起 (310条 b 3 項)、爆発物の爆発招来罪における死の軽率な惹起 (311条 3 項)、放射線の濫用罪における死の軽率な惹起 (311条 a 3 項)、瑕疵ある核技術施設の建設罪における死の軽率な惹起 (311条 e 3 項)、重い環境危胎罪における死もしくは重傷害の軽率な惹起 (330条 4 項 2 号)、がある。

故意的ないしは知情的実現を原則とする犯罪の処罰範囲を拡張する類型として、国家機密漏示罪における職務上知りえた国家機密の軽率な漏示 (97条 2 項)、安全を危胎化する模写罪における危険の軽率な惹起 (109条 g 4 項)、計画された犯罪の不通告罪における軽率な不通告 (138条 3 項)、補助金詐欺罪におけるある種の欺罔行為の軽率な実行 (264条 3 項)、破産罪における破産行為にもとづく債務超過もしくは支払不能状態の軽率な惹起 (283条 4 項 2 号) およびある種の破産行為の過失的実行にもとづく債務超過もしくは支払不能状態の「少なくとも」軽率な惹起 (同 5 項 2 号)、無実の者に対する執行罪における執行の軽率な実行 (345条 2 項)、がある。

国家的法益に対する犯罪の客体等に *L.* を要件とする犯罪を列挙する類型と

して、犯罪を内容とする脅迫により公の平穩を阻害する罪における脅迫手段としての239条 a, 239条 b (126条1項4号), 251条 (同5号), 310条 b 3項, 311条3項, 311条 a 3項, 316条 c・2項 (同6号), 計画された犯罪の不通告罪における通告対象としての239条 a, 239条 b (138条1項7号), 251条 (同8号), 310条 b 3項, 311条3項, 311条 a 3項, 316条 c (同9号), がある。

総則規定で L. を要件とするものとして、没収規定においてある種の事態に「少なくとも」軽率に寄与した客体に対象を拡張するもの (74条 a 1号), および没収の補償規定の除外例としてある種の事態に「少なくとも」軽率に寄与した第三者を規定するもの (74条 f 2項1号), がある。

さらに、刑法典以外の刑罰法規における典型的な類型として、軍刑法 (Wehrstrafgesetz) における命令に対する軽率な不服従 (21条), 麻醉剤法 (Betäubungsmittelgesetz) における麻薬の無免許譲渡にもとづく死の軽率な惹起 (30条1項3号), を挙げることができる。

Ⅲ 一般的概念としての Leichtfertigkeit

以上の犯罪類型の概観からも明らかなように、現行西ドイツ刑法は、それぞれ異なった性格や内容を持つ犯罪類型において L. という同一の要件を規定している。そこで、まず最初に、L. が一般的概念としてどのように理解されているのかを明らかにしておく必要がある。

1 一般的な形で言うならば、L. を過失の一種として理解し、しかもその重い態様のものとして把握する点で、判例と学説の双方において広い一致が見られる。判例においては、たとえば、軽率になされた誣告 (旧164条5項) の事案に対して「L. は通常の過失 (gewöhnliche Fahrlässigkeit) ではなしに、重大な過失 (grobe F.) と同置される」とするライヒ裁判所の判例³⁾をはじめとして、それぞれの表現に若干の相違は見られるものの、⁴⁾ L. を重い態様の過失と理解する点については異論がない。また、学説においても、判例と同様

3) RGSt. 71, 34 (37).

に、L. を grobe F. とする立場、⁵⁾ gesteigerte F. とする立場、⁶⁾高められた形式ないしは程度の過失とする立場、⁷⁾注意義務違反の程度の高いものとする立場、⁸⁾など表現の仕方ではいくつかの立場にわかれているが、その内容を重大

- 4) grobe F. とするものとして、RGSt. 71, 174; BGHSt. 14, 240; BGH bei Dallinger MDR 1956, 396 (いずれも、旧164条5項の事案), BGHSt. 20, 315 (旧軍刑法21条, 47条の事案), BayOb LGNJW 1959, 734 (旧軍刑法21条, 43条の事案) hohe Grad von F. とするものとして、BGHNJW 1985, 690 (麻醉剤法30条1項3号の事案) . in grobem Maße fahrlässig verschuldet とするものとして、BGH bei Dallinger MDR 1975, 543 (251条の事案) . gesteigerte Form der F. とするものとして、OLGHamburg NStZ1984, 218 (264条3項の事案) . starker Grad von F. とするものとして、OLG Köln MDR 1977, 66; OLG Hamm NStZ 1983, 459 (いずれも、345条2項の事案)
- 5) E. Kohlraush/R. Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, § 138 VIII; Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1978- (以下, LK と略記), § 109g (F.-Chr. Schroeder) Rdn. 12; § 218 (B. Jähnke) Rdn. 63; § 264 (K. Tiedemann) Rdn. 102; § 345 (H.-H. Jescheck) Rdn. 7; A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 22. Aufl., 1985 (以下, S/S と略記), § 15 (P. Cramer) Rdn. 103, 203; § 218 (A. Eser) Rdn. 44; § 311 (P. Cramer) Rdn. 16; E. Dreher/H. Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42. Aufl., 1985 (以下, D/T と略記), § 109g Rdn. 4; E. Dreher, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12, 1960, S. 105; W. Gallas, ebenda, S. 137; H. Lohmeyer, Was ist „leichtfertig“ i. S. des § 402RABgO? NJW 1960, S. 1799; W. Hassemer, Rechtsprechungsübersicht, JuS 1975, S. 815.
- 6) S/S, § 251 (A. Eser) Rdn. 6; B. Schünemann, Raub und Erpressung (2. Teil), JA1980, S. 396.
- 7) gesteigerte Form der F. とするものとして, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下, SK と略記), Bd. 2, B. T., 3. Aufl., 1982-, § 264 (E. Samson) Rdn. 91; A. Müller = Emmert/B. Maier, Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1976, S. 1661. gesteigerter Grad von F. とするものとして, LK, § 138 (E.-W. Hanack) Rdn. 63; § 316c (K. Rüdth) Rdn. 33; S/S, § 138 (P. Cramer) Rdn. 25; § 176 (T. Lenckner) Rdn. 16. gesteigerter Grad der F. とするものとして, SK, Bd. 2, § 138 (H.-J. Rudolphi) Rdn. 24; S/S, § 239a (A. Eser) Rdn. 31. erhöhter Grad von F. とするものとして, LK, § 311 (H. Wolff) Rdn. 11; D/T, § 15 Rdn. 20; H. Müller-Dietz, Anmerkung, NStZ 1983, S. 460. hoher Grad von F. とするものとして, LK, § 251 (G. Herdegen) Rdn. 8.
- 8) in besonderer Weise gesteigerte Sorgfaltspflichtswidrigkeit とするものとして, SK, Bd. 2, § 97 (H.-J. Rudolphi) Rdn. 9. gesteigertes Maß an S. とするものとして, SK, Bd. 2, § 251 (E. Samson) Rdn. 9. besonders grobe, offensichtliche Verletzung elementarer Sorgfaltspflichten とするものとして, R. Maurach/K. H. Gössel/H. Zipf, Strafrecht, A. T., Tb. 2, 6. Aufl., 1984, S. 71f.

な過失として理解する点では完全に一致しているのである。⁹⁾

また、このような判例、学説においては、しばしば L. を民法上の重過失 (grobe F.) に相応するものであると指摘する点が特徴的なものである。このような傾向は、たとえば、「L. は……民法上の重過失に相応するようなものとして理解されるべきである」¹⁰⁾とする表現に明白に示されている。しかし、L. と民法上の重過失との同置は、具体的な事案の判断にまで及んでいるものでないことに注意しなければならない。すなわち、民法上の重過失が義務の客観的側面に重きを置いて判断されるものである¹¹⁾ことを考慮したためか、刑法上の L. の認定については、その判断基準および基盤として、行為者の主観的認識と能力および行為者が実際に置かれていた具体的状況が重視されなければならない、とされているのである。^{12), 13)}したがって、刑法上の概念としての L. は、その内容を言い表わすために民法上の grobe F. という表現を便宜上借用しているだけであって、概念それ自体が民法上の重過失に置き換えられているわけではないのである。

ところで、L. を重大な過失ないしは重い態様の過失とするだけでは単に表

9) Vgl. J. Tenckhoff, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW Bd. 88 [1976], S. 898.

10) OLG Hamburg NStZ 1984, 218 (219). さらに, LK, § 264 Rdn. 102; SK, Bd. 2, § 251 Rdn. 9; § 264 Rdn. 91; S/S, § 15 Rdn. 203; D/T, § 15 Rdn. 20; R. Maurach/K. H. Gössel/H. Zipf, a. a. O., S. 72; W. Hassemer, a. a. O., S. 815; A. Müller = Emmert/B. Maier, a. a. O., S. 1661 usw.

11) たとえば, BGHZ17, 191(199) は, 「簡便かつ容易になしうる思慮を怠った場合や, すべての人が知っているべく要求されていることに注意を払わなかった場合」に重過失を肯定している。同旨, RGZ141, 129; 163, 106; BGHZ10, 14; 10. 69.

12) たとえば, L. を grob fahrlässiges Handeln と定義する1962年草案は客観的注意義務違反と主観的非難可能性の双方を重視する形で L. を wesentlich gesteigerte F. と表現しているし (E 1962, Begründung, S. 132), 注3) ~10) に引用した判例, 学説も, おおむね, 判断基準としての主観的側面が重視されるべきであることを明示している。

13) 実際, BGHSt. 20, 315 は, 練兵場に向けての実弾射撃訓練を指導していた被告人が安全規則を遵守しなかったために死傷者が出たという事案に対して, 実務経験の乏しさといった行為者の主観的事情等を理由として (S. 324, 327), L. の非難を否定している。さらに, ヘロインの譲渡にもとづく死について L. が否定された事案として, BGHNJW1985, 690.

現を言い換えているだけであり、その内容が明らかにされているとは言い難い。¹⁴⁾そこで、次にその内容の解明が図られなければならないわけであるが、この点について論じた論稿はそれほど多くないのが現状であり、ふたつの方向でこの点への言及がなされているにすぎない。

2 L. 概念を明らかにしようとするひとつの方向は、結果に対する認識の有無との関係で L. をとらえようとするものである。端的に言えば、それは、L. を認識ある過失と同視することによって、心理的側面で故意に隣接するものとして L. を理解しようとする立場である。

この方向は、たとえば、租税刑法上の L. を「故意と隣接する過失」と定義づけたうえで、結果に対する認識の有無を基準として L. の存否を判断している連邦通常裁判所の判例¹⁵⁾に見い出される。また、この判例を支持するローマイヤー¹⁶⁾や、「認識なき過失に L. を認めることは、自分で発生させた危険を認識しない愚か者を、危険を認識しながらそれが現実化しないだろうと思っているような皮相的な者と同程度ないしはそれ以上に重く非難することになり」不合理であるとするアルツ、¹⁷⁾他人を侵害する危険性を知りながら石を屋根から投げ落すような場合に L. が肯定されるとするマイヴァルト¹⁸⁾や、316 条 c 2 項等との関係で「心理的なショックにもとづく心臓病患者の死の事例においては、主観的領域における L. が特に意味を持つてくる。このような事例では、行為者が被害者の心臓病を知っていたか否かによって区別がなされるべきである」とするキュッパ¹⁹⁾にも、若干ながら同様の傾向がうかがわれる。

他方、この立場に対しては、認識の有無によって過失を区別することと L. 概念とは直接には関係がないとする立場から、多くの批判が加えられている。

14) Vgl. LK, § 16 (F.-Chr. Schroeder) Rdn. 211.

15) BGHDSStZ(B)1959, 499.

16) H. Lohmeyer, a. a. O., S. 1799.

17) G. Arzt, Leichtfertigkeit und recklessness, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, S. 128.

18) M. Maiwald, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, S. 268f.

19) G. Küpper, Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982, S. 32.

すなわち、それらは、認識ある過失と L. とを同視することは概念の混同である、²⁰⁾ L. を予見可能性との関係だけで理解することは結果の回避可能性を無視することになる、²¹⁾ 現行法が認識ある過失と認識なき過失との間に当罰性の差異を認めておらずその評価を解釈に委ねていることからすれば、認識なき過失の場合に L. が肯定されることもありうるはずである、²²⁾ 認識ある過失が必ずしも常に認識なき過失よりも不法内容や責任内容において大きいというわけではないから、重い態様の過失としての L. をただちに認識ある過失と同視するわけにはいかない、²³⁾ などとするものである。たしかに、これらの指摘を待つまでもなく、結果発生について遠くにある予見困難な危険性をも認識している注意深い行為者と、結果発生について近くにある予見容易な危険性にすら思いをいたさない不注意な行為者とを比べることからだけでも明らかなように、重い態様の過失としての L. をただちに認識ある過失と同視することには問題がある、と言えよう。さらに、この点については、刑法の改正作業の過程における議論のなかで、結果的加重犯の L. について両者を同視することが明示的に否定されていた事実が想起されてよいであろう。²⁴⁾

もっとも、認識ある過失と L. とを同視する立場の人々も、それを一貫するつもりはないようである。と言うのは、ローマイヤーの主張は租税刑法の分野に意識的に限定してのものであるし、²⁵⁾ アルツらも、別の箇所では、認識なき

20) BGHDSStZ (B) 1959, 351 は、「認識ある過失のみが L. 概念を充足するかのよう理解される解釈は正しくない。L. は、特に程度の高い過失を意味する」として、両者を明確に区別している。同旨、BGH bei Dallinger MDR 1973, 728. マウラッハも、同様に、BGHDSStZ (B) 1959, 499 が両者を同視することを批判している。Vgl. R. Maurach, Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, Festschrift für E. Heinitz, 1972, S. 416f.

21) J. Tenckhoff, a. a. O., S. 906; LK, § 251 Rdn. 9.

22) H. J. Hirsch, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA1972, S. 73; R. Maurach, a. a. O., S. 416f.; J. Tenckhoff, a. a. O., S. 900; D/T, § 15 Rdn. 20.

23) J. Tenckhoff, a. a. O., S. 900f.

24) Vgl. K. Lackner, Niederschriften, Bd. 5. 1958, S. 53; ders., Bd. 6, 1958, S. 146 f.; ders., Bd. 12, S. 137; E. Dreher, Bd. 6, S. 147; ders., Bd. 12, S. 105, 136; H. Welzel, Bd. 12, S. 136; W. Gallas, Bd. 12, S. 137.

25) H. Lohmeyer, a. a. O., S. 1798.

過失について L. が想定されうることを多かれ少なかれ認めているからである。²⁶⁾したがって、結果に対する認識の有無との関係で言うならば、L. は、実際には認識ある過失と重なり合うことが多いとは言えようが、²⁷⁾論理的には認識ある過失と認識なき過失の双方について考えることのできるものなのである。²⁸⁾

3 もうひとつの方向は、L. と故意とを規範的な側面で同視する（同一に取り扱う）ことができるのではないかとする立場であり、ハルの立法論に明確に示されている。

ハルは、回避可能な禁止の錯誤に対する故意説と責任説との帰結をいずれも虚構に支えられたものであると批判したうえで、妥当な帰結をもたらすものとして、「過失的な行態」に対して故意犯と同一の刑罰を適用すべきカテゴリーを提唱し、それを L. と名づけている。²⁹⁾すなわち、彼によれば、L. は、本質的には過失犯に属するものでありながら、規範的な側面で故意犯と同一に取り扱われるべき「行状の落度 (Mangel an Haltung)」として理解されているのである。³⁰⁾このような故意と同一の非難に値する過失を認めることの根拠は、①故意と過失の区別は根本的なものでもなければ本来的なものでもなく、将来的にはなくしていくことのできるものである、②故意と過失の差は質的なものではなく、単に量的なものにすぎない、③刑法体系上確実なのは偶然と故意とが両極にあるということだけであり、その間は故意（黒色）、認識なき過失（灰

26) M. Maiwald, a. a. O., S. 259, 260f.; G. Arzt, a. a. O., S. 127ff.

27) この点の指摘として、BT-Drucks. VI/2722, S. 2; P. Bockelmann, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967, S. 217; G. Arzt, a. a. O., S. 128; LK, § 16 Rdn. 210.

28) テンコフは、認識ある過失の態様における L. を「無思慮 (Leichtsinn)」とし、認識なき過失の態様における L. を「無関心 (Gleichgültigkeit)」としている。J. Tenckhoff, a. a. O., S. 902. また、アルツは、L. をふたつの段階に分け、下位の L. をアメリカ法上の重大な認識なき過失 (criminal negligence) に対応させ、上位の L. を重大な認識ある過失 (recklessness) に対応させている。G. Arzt, a. a. O., S. 142.

29) Vgl. K. A. Hall, Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda, Festschrift für Ed. Mezger, 1954, S. 229ff., 234ff.

30) K. A. Hall, a. a. O., S. 248.

色), 偶然 (白色) にかけて様々な色調が漠然と多義的に存在している, というハル独特の認識に求められている。³¹⁾そして, 故意と同一非難に値する L. の実例として, 行政取締法規ないしは特別刑法に同様の傾向が見い出されることや旧164条5項, 現行138条3項を指摘し,³²⁾さらにこのような L. を導入することの効用として, ①赃物性の軽率な不認識を処罰することによって, 赃物罪における推定的な証明規定が不要になる, ②名誉毀損罪に不法要素としての L. を導入することで正当化事由の扱いが簡便になる, ③故意の無謀運転等 (旧315条 a) と過失の無謀運転等 (旧316条) との間に従来存在していた処罰の間隙が L. を導入することで解消される,³³⁾ことを挙げているのである。このようにして, ハルは, 実際上の妥当な運用を目ざすとの立場から, 「法律が故意的実行と過失的実行のいずれをも処罰している場合には, 軽率な実行を特に故意的実行と同じく処罰することができる。その際, 刑罰は, 未遂の処罰に関する規定によって減輕することができる」との規定の採用を提案しているのである。³⁴⁾

ハルの見解は急進的な立法論でもあり, 故意と過失との関係の理解が特異なものであることなどから, それに対する賛同者を見い出しえてはいない。そればかりでなく, 彼の見解に対しては, 従来の刑法体系を崩壊させることになりはしないかという懸念や,³⁵⁾メツガーに依拠して「行状の落度」を強調することが行状責任を認めることにつながるのではないかとの疑問³⁶⁾が投げかけられているのである。

4 以上見てきたように, L. 概念を明らかにする方向としては, 心理的側

31) Vgl. K. A. Hall, a. a. O., S. 240f.

32) ausgesprochene L. と名づけている。K. A. Hall, a. a. O., S. 241f., 244f.

33) versteckte L. と名づけている。K. A. Hall, a. a. O., S. 242ff.

34) K. A. Hall, a. a. O., S. 245f. さらに, 禁止の錯誤について, 59条 b 2 項として, 「行為者が彼に期待される良心の緊張をすれば自己の行為の不法性を当然知ることができたにもかかわらず, 軽率にそれを認識しなかった場合には, 故意的実行の故をもって処罰することができる。その際, 刑罰は, 未遂の処罰に関する規定によって減輕することができる」との規定を提案している。K. A. Hall, a. a. O., S. 246.

35) Vgl. M. Maiwald, a. a. O., S. 261.

面ないしは規範的側面で故意に近いとする立場のいずれにも賛同者がほとんどいないというのが現状である。おそらく、それは、一般的概念としての L. についての議論が必ずしも深まっていないという点にもひとつの原因があるのだと思われる。しかし、注釈書等において L. が肯定される事案として指摘されている例を見てみると、多かれ少なかれ、行為者の態度としての落度が重視されている、と言ってよいようである。それらによれば、L. の肯定される事例として、結果的加重犯類型については、ひどい暴行を加えたり、重傷の被害者を放置して立ち去る場合 (251条)³⁷⁾、死の発生の切迫した可能性を軽はずみに無視した場合 (316条 c),³⁸⁾ 量刑事由の類型については、不適切な治療行為や不十分なアフター・ケアの場合 (218条 2 項 2 号),³⁹⁾ 処罰の拡張類型については、封印物を開けたまま放置したり、書類カバンを置き忘れたり、原本作成に使用した複写物の廃棄を怠った場合 (97条 2 項),⁴⁰⁾ 告発状の発送を忘却したり権限のない部署に対して告発をした場合 (138条 3 項),⁴¹⁾ 全幅の信頼の置けない従業員や経験の浅い従業員の作成した申告書を自ら検討することなしにそのまま提出した場合 (264条 3 項),⁴²⁾ ほんのちょっと注意をすれば気づくはずの執行要件の不存在を見過した場合 (345条 2 項),⁴³⁾ などが挙げられている。これらの事例は、多くの場合、平均的な行為者であれば結果発生を容易に予見しうるものばかりである。それにもかかわらずその可能性を慢然と無視してしまった点が非難されるのであるから、それは、多少なりとも行為者の態度としての落度を問題にせざるをえないことになる。したがって、これらの個別的事案との関係で言うならば、L. は行為者の非難すべき態度を主観的な責任要

36) Vgl. M. Maiwald, a. a. O., S. 262.

37) S/S, § 251 Rdn. 6.

38) LK, § 316c Rdn. 33.

39) LK, § 218Rdn. 63; S/S, § 218Rdn. 44.

40) SK, Bd. 2, § 97Rdn. 9; S/S, § 97 (W. Stree) Rdn. 14; D/T, § 97 Rdn. 4.

41) LK, § 138 Rdn. 22, 26, 27, 32; SK, Bd. 2, § 138 (H.-J. Rudolphi) Rdn. 24; S/S, § 138 Rdn. 25; D/T, § 138 Rdn. 21.

42) LK, § 264 Rdn. 102; S/S, § 264 (T. Lenckner) Rdn. 64. なお, OLG Hamburg NStZ 1984, 218.

43) LK, § 345 Rdn. 7. なお, OLG Hamm NStZ 1983, 459.

素の中に見ていることになるのである。⁴⁴⁾

これまでのところからすれば、一般的概念としての L. はその解明を意図した個別的な議論は必ずしも盛んではないが、行為者の態度としての落度に着目した重大な過失とする点で一定の了解が得られている、とすることができるであろう。

IV 結果的加重犯と Leichtfertigkeit

(1) 結果的加重犯の成立要件としての Leichtfertigkeit

一般的概念としての L. を意識的に取り扱った論稿があまりないのに対して、結果的加重犯の類型における L. については、マウラッハとマイヴァルトがその解明を目ざした論稿を公にしている。

1 マウラッハは、従来の判例、学説が L. を民法上の重過失に相応するものとしたうえで基本的な注意義務の重大かつ明白な侵害として理解してきたことは、L. 構成要件が報告義務や確認義務、記帳義務などの侵害を構成要件的行為としている点からは必然的なものでもあったとしながら、そのような一般的な L. 概念は結果的加重犯の L. 概念を解明するためにはほとんど役に立たないとして、区別的な考察の必要性を強調している。^{45), 46)} すなわち、彼は、239条 a, 239条 b, および316条 c の構成要件は従来 L. が問題とされた事案と異なり、「仮定的な攻撃者に被誘拐者や人質ないしは旅客の生命を保護する義務を課しそれによって L. を根拠づけることは、生命に対する攻撃を不作為

44) Vgl. J. Tenckhoff, a. a. O., S. 901. テンコフによれば、L. という概念は、一般的な言語用法においても、性的なだらしなさ (geschlechtlich haltlos) やそそっかしさ (vorschnell), 無分別さ (unbesonnen) といった人間の挙動の否定的評価とより強く結びつくものである、とされている。J. Tenckhoff, a. a. O., S. 908.

45) R. Maurach, a. a. O., S. 415f.

46) L. 概念がすべての類型について同一ではないとの認識は、264条3項を推定による処罰規定と解する立場 (K. Tiedemann, Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, ZStW Bd. 87 [1975], S. 276; A. Müller = Emmert/B. Maier, a. a. O., S. 1661; LK, § 264 Rdn. 101; G. Arzt, a. a. O., S. 122) にもうかがうことができる。また、1962年草案が L. の事案として3種類のものを予定していたのも (後出)、L. 概念が必ずしも常に同一ではないとの認識を持っていたためではないかと思われる。

犯に読み替えることになって不合理である」との理解を背景にしているのである。⁴⁷⁾ そのうえで、彼は、結果的加重犯における L. を 315 条 c の「無謀さ (*Rücksichtslosigkeit*)」に最も近い概念としてとらえ、さらに R. の内容を「はなはだしい態様における人命の軽視」と理解し、動機の不法性と行為の無法性との相関が「はなはだしい態様」の人命の軽視をもたらすとしているのである。したがって、マウラッハにおいては、行為者が利己的な動機から無法な方法によって被害者を死に致した場合に L. が肯定されることになる。⁴⁸⁾

マウラッハの見解は、「誘拐者やハイジャッカーがその行為の前に人に危険が及ぶかもしれないとの計算をする可能性も確かにある。しかし、実際に発生する多くの事案は、そのような冷静な計算がなかったにもかかわらず人命が失われるような場合である。しかも、このような事案を行為者の責任に帰すべきことも、また疑いようのない事実である」との叙述からうかがわれるように、これらの事案の当罰性の高さに支えられたものである。したがって、このような事案に対する帰責は、L. を重大な過失として理解しながらも、「注意義務違反を理由とするものではない」とされているのである。⁴⁹⁾

2 マイヴァルトは、他の人々と同様に一般的概念としての L. を重い態様の過失として理解する点を背景としたうえで、⁵⁰⁾ 1962 年草案が念頭に置いていた L. の事案を検討している。1962 年草案は L. の事案として、①重大な不注意によって (*in grober Achtlosigkeit*) 構成要件の実現を認識しない場合、②認識した可能性を軽はずみな無思慮によって (*in frivoler Rücksichtslosigkeit*) 無視した場合、③特に真面目に遵守すべき義務を侵害した場合、の 3 態様を予定しているが、⁵¹⁾ マイヴァルトによれば、①は知的能力の緊張を欠いた

47) R. Maurach, a. a. O., S. 416.

48) Vgl. R. Maurach, a. a. O., S. 417.

49) R. Maurach, a. a. O., S. 416.

50) マイヴァルトは、過失的挙動の高められた無価値の範疇 (*Kategorie gesteigerten Unwerts von fahrlässigem Verhalten*) に属するものとして L. をとらえている。M. Maiwald, a. a. O., S. 262.

51) E 1962, Begründung, S. 132.

という意味における義務違反としての L. であり、②は行為の手段と目的とに着目した L. で、目的の無価値と法益の価値およびそれに対する危険の程度との不調和から判断されるもの、③は価値の高い法益を侵害することに対する高められた非難としての L. とされている。そして、結果的加重犯における L. は、frivole Rücksichtslosigkeit に相応するとされている。すなわち、彼によれば、結果的加重犯においては、利己的な目的の達成を図ったことによる他人の法益の危殆化がその法益の価値の高さとの関係で、注意深い一般人を基準とした時に f.R. と判断される場合に、成立要件としての L. が充足される、と考えられているのである。⁵²⁾

マイヴァルトの見解は、目的の無価値性と法益の価値およびそれに対する侵害の危険性の不調和からもたらされる f.R. を L. とする点で、動機の不法性と手段の無法性との相関関係からもたらされる R. を L. とするマウラッハの見解と類似している。ただ、マウラッハの見解においては L. の要素として動機の不法性を考えることについて必ずしも積極的な理由づけがなされていなかったのに対し、マイヴァルトがいわゆる危険性説的な立場において結果的加重犯を理解することで目的の無価値性をも L. の要素として取り込もうとしている点は、その当否は別にして注目されてよい。すなわち、彼は、重い結果発生に対する基本犯の類型的な危険性が結果的加重犯の特性であるとしたうえで、基本構成要件を実現する故意が重い結果についての過失を包含するという故意・過失の結合（一体不可分のものとしての両者の密着）が L. を基礎づけるとし、重い結果に対する予見可能な危険性を内在させる違法な目的の追求（基本犯の実行）がただちに f.R.(L.) をもたらす、としているのである。⁵³⁾そして、具体的には、たとえば強盗致死罪においては、否定的に評価される目的（被害者の財物の奪取）との関係で、強盗という犯罪に類型化された法益の危殆化（被害

52) Vgl. M. Maiwald, a. a. O., S. 259ff. しかも、このような L. は、故意犯である謀殺罪の「残忍さ」(211条2項)や交通危険罪の「交通秩序に大きく違反した無謀な態度」(315条c1項2号)などと共通の基盤にある、とされている。M. Maiwald, a. a. O., S. 262f.

53) M. Maiwald, a. a. O., S. 269.

者の人命に対する切迫した危険)が容易に f.R.(L.)と認定されている。⁵⁴⁾しかも、マイヴァルトの見解においては、マウラッハと異なり、一般人に要求される人命尊重義務が基本犯を実行する行為者に対しても要求されている点からして、⁵⁵⁾比較的広範に L. が肯定されることになると思われる。

3 マウラッハとマイヴァルトが結果的加重犯における L. 概念の解明を旨とした点は評価されてよいが、その内容には疑問がないわけではない。それは、彼らの見解によれば、L. による結果的加重犯の成立範囲の限定ということがほとんどできなくなるのではないかと、という疑問である。彼らの主張するように、動機ないしは目的の不法性が L. の認定にとって重要であるとしても、結果的加重犯の場合には、基本犯を実行することが違法な目的の追求とされることになるから、動機(目的)の不法性は L. の認定にあたってなかば自動的に肯定されることになりはしないだろうか。⁵⁶⁾しかも、このような傾向は、行為の無法性といった要件を導入したとしても充分には解消することができないであろう。なぜなら、L. を要件とする結果的加重犯においては、たとえば強盗致死罪における財物の奪取とそのための暴行、脅迫との関係に見られるように、目的の不法性と行為の無法性とはすでに基本犯の構成要件要素として記述されているからである。したがって、L. の認定を目的と手段との関係において行

54) M. Maiwald, a. a. O., S. 260.

55) 彼は、誘拐者等に被害者の生命保持義務を認めることは結果的加重犯を不作為犯に変化させることになり不合理であるとするマウラッハに対して、「そのような義務を誘拐者に認めることは、心理学的には相当でないと言いうるかもしれないが、やはり明らかに肯定すべきである。なぜなら、人間という観点からすべての者に共通に妥当する身体の不可侵という命題は、ある者がそれを無視するべく決心していたからといって、存在それ自体が消滅してしまうというわけではないからである」として、不法目的を追求する者にも人命尊重義務は妥当するとしている。M. Maiwald, a. a. O., S. 268.

56) この点から、L. には発生した結果の重大さに目を奪われる危険性が内在していることを指摘するものとして、W. Hänle, Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten, 1970, S. 23; G. Küpper, a. a. O., S. 31. 他方では、テンコフが、L. 認定における目的の不法性の重視は、基本犯においてすでに否定的に評価されている目的の無価値性を重い結果との関係で再度否定的に評価することになり、「構成要件要素の二重評価の禁止」に抵触する、とも批判している。Vgl. J. Tenckhoff, a. a. O., S. 910f.

なおうとする限り（特にマウラッハの見解）、それは結果的加重犯の成立範囲を限定する機能を喪失していると言わざるをえないであろう。⁵⁷⁾ そうだとすれば、それは最終的な結果発生についての予見可能性のみを問題とする過失の認定⁵⁸⁾と実際の判断としては異ならないことになり、わざわざ各則でL.を結果的加重犯の成立要件とするまでのことはなかった、ということにもなる。⁵⁹⁾ もっとも、このようなL.の限定機能の喪失という事態は、いわゆる危険性説的な立場に立つことによって回避することも可能である。なぜなら、基本犯の中にある重い結果発生についての類型的な危険性に対する認識可能性と回避可能性とをL.の内容とするならば、その限りで、「死という最終的な結果は予見しえたはずである」とする広範な認定に限定を加えることができるからである。この点で、マイヴァルトの見解は、このような限定を意識したものと見られなくもない。しかし、マイヴァルト自身は全く逆の意味で基本犯に内在する類型的な危険性に言及している点を注意しなければならない。と言うのは、マイヴァルトは、基本犯に重い結果発生についての類型的な危険性が内在しているのであるから、基本犯に着手することからただちにf.R.(L.)が肯定され、その点にこそ結果的加重犯がL.を要件とすることの実際上の意味がある、と考えているからである。⁶⁰⁾ この点において、マイヴァルトの見解は、基本犯の実行の中に発生した重い結果についての注意義務違反をただちに見るといって、一部の危険性説に見られたと同じ誤りに陥っている、と言うことができよう。⁶¹⁾

4 18条という一般規定が存在するにもかかわらずある種の結果的加重犯に

57) Vgl. G. Arzt, a. a. O., S. 129; LK, § 251 Rdn. 9; SK, Bd. 2, § 251 Rdn. 9.

58) Vgl. P. Baldus, Niederschriften, Bd. 5, S. 48.

59) この点につき、ヴォルターは、L.というのは「versari in re illicitaの原則を単に主観化しただけのものでしかないと同時に、かつてのdolus indirectusを背後の戸口から忍び込ませている」としている。J. Wolter, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 169.

60) Vgl. M. Maiwald, a. a. O., S. 260, 268.

61) このような側面に着目して危険性説を批判するものとして、川崎一夫「結果的加重犯」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮沢浩一編・現代刑法講座第3巻（昭和54年）97頁以下、香川達夫「結果的加重犯と共犯」〔ゼミナール〕刑法の解釈（昭和60年）255頁。

ついて各則で L. を要件としているのは、「少なくとも過失」とする以上に責任主義との強い調和を図ったものである、と一般に理解されている。⁶²⁾このような理解は、現行18条に至るまでの立法史が結果的加重犯と責任主義とのより強い調和を求めるためのものであったことから、支持しうるものである。そうであれば、L. の具体的判断に際しても、その趣旨が生かされるような運用がなされるべきであろう。また、L. を要件とする結果的加重犯に対しては、法定刑の苛酷さに対する批判を L. の導入で回避しようとしたものである、との指摘もなされている。⁶³⁾このような指摘が正しいものかどうかは別としても、L. を厳密に認定していくことは、このような指摘に対するひとつの解釈論上の対応にはなるであろう。

もっとも、239条 a, 239条 b, 316条 cに限って言うならば、それらは他の結果的加重犯とは別の考慮にもとづいて立法されたと考えることもできる。⁶⁴⁾しかし、このように考えるにしても、そのことがただちに重大な過失としての L. の認定を緩和してしまうことにつながるわけではない。また、他の結果的加重犯と別の考慮が働いているにせよ、これらが結果的加重犯の類型として立

62) Vgl. A. Müller = Emmert/B. Maier, Erpresserischer Menschenraub und Geiselnahme—zu den §§ 239a, 239b StGB neuer Fassung—, MDR1972, S. 98; G. Bohlinger, Bemerkungen zum Zwölften Strafrechtsänderungsgesetz (12. StrÄG), JZ1972, S. 232; K. Kunath, Zur Einführung eines einheitlichen Straftatbestandes gegen „Luftpiraterie“ durch das Elfte Strafrechtsänderungsgesetz vom 16. Dezember 1971, JZ1972, S. 201; H. Blei, Die durch leichtfertige Todesverursachung qualifizierten Delikte: Klausurenprobleme auf der Grundlage von BGHMDR 1975, 854 (4StR 201/75), JA 1975, S. 730; M. Maiwald, a. a. O., S. 270; J. Tenckhoff, a. a. O., S. 910; LK, § 18 (F.-Chr. Schroeder) Rdn. 10, 25; S/S, § 18 (P. Cramer) Rdn. 3; D/T, § 18 Rdn. 5.

63) G. Bohlinger, a. a. O., S. 232; J. Wolter, a. a. O., S. 169; C. Lorenzen, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981, S. 54f.

64) たとえば、ボーリンガーは、239条 a 2項について、「行為者が財産的利益を得るために非常にしばしば被害者の生命を賭けることがあるという犯罪学的経験にもとづいた」条文であるとしている。G. Bohlinger, a. a. O., S. 231. さらに、vgl. K. Kunath, a. a. O., S. 199ff.; U. Hansen, Tatbild, Tatbestandsfassung und Tatbestandsauslegung beim erpresserischen Menschenraub (§ 239a StGB), GA 1974, S. 353ff.

法されているのは、他の結果的加重犯に共通する性質が重視されたからであるとも言う。したがって、L. を要件とする結果的加重犯においても、「少なくとも過失」を要件とする結果的加重犯におけると同様に、その特有の構造に着目した検討が出発点とされるべきである。⁶⁵⁾そして、そのうえで、責任主義とのより強い調和を達成するための要件としてL. を解釈していかなければならないであろう。その意味で、L. の認定の厳密さを弛緩させる可能性を持つマウラッハやマイヴァルトの見解には賛同できないのである。

5 最後に、結果的加重犯の構造との関係でL. 概念に言及するヴォルターの見解に触れておこう。

ヴォルターは、重い結果発生についての固有の危険性が実現した場合に結果的加重犯としての処罰が可能であるとの前提から出発し、さらにL. を要件とする結果的加重犯について、①苛酷な法定刑は依然として改善されることなく残されている、②226条2項に見られるような減輕事由としての「特に重くない場合」を予定していない、③特に危険な故意にもとづく基本犯の場合にL. がいわば自動的に認定される傾向がある、ことを指摘したうえで、その成否が厳格に判断されなければならないことを強調している。⁶⁶⁾そして、そのような厳格な判断の基準としてL. が活用されるべきであるとの認識から、他のL. 類型とは異なる、結果的加重犯に独特のL. 概念を提唱しているのである。彼によれば、そのようなL. は、結果的加重犯の成否判断の客観面と主観面の双方について考えられるものであり、基本犯と重い結果との間に要求される「直接性 (Unmittelbarkeit)」が客観的L. として機能し、結果発生の危険性に対する行為者の「無関心 (Gleichgültigkeit)」が主観的L. として機能する、とされている。⁶⁷⁾

このようなヴォルターの見解は、マウラッハやマイヴァルトの見解がもつば

65) 結果的加重犯に特有の一般的構造については、拙稿「結果的加重犯の構造」上智法学論集23巻1号(昭和54年)187頁以下、同「結果的加重犯の構造論的検討」(刑法雑誌掲載予定)参照。

66) Vgl. J. Wolter, a. a. O., S. 168f.

67) J. Wolter, a. a. O., S. 177.

ら主観的な側面で L. を考えていたことや、彼らの見解が比較的容易に L. を認定する方向で運用される危険性を内在させていたことと比べて、客観的 L. という概念を導入して結果的加重犯の成立範囲を限定しようとしている点が特徴的である。ただ、彼の見解に対しては、直接性と客観的 L. とを同置したことによって、あらゆるものが L. 概念の中に取り込まれることで L. 概念が不明確になったり、L. に過大の期待がかけられることになりはしないかという危惧がある。また、直接性を客観的 L. として判断していくことは、L. を要件とする結果的加重犯については理解しえなくもないが、従来のような「少なくとも過失」を要件とする結果的加重犯との関係でどのように考えればよいかという疑問もある。と言うのは、L. を重大な過失として理解し、しかもそれを「直接性」と同置することは、逆に、「少なくとも過失」を要件とする結果的加重犯類型において、客観的成立要件として従来確立されてきた「直接性」の要件⁶⁸⁾を緩和することにつながりはしないか、という危惧があるからである。⁶⁹⁾もともと、ヴォルターの見解は、彼が立法論として「傷害によって軽率に（直接的かつ無思慮ないしは重大な不注意で）被害者の死を惹起した者は、6月から10年までの自由刑に処す」との傷害致死罪の規定を提案しているところからすれば、⁷⁰⁾すべての結果的加重犯に L. を導入すべきだとの立法論を背景とするものであると見ることもできる。その限りで彼の見解は傾聴すべきものであるが、「少なくとも過失」を要件とする結果的加重犯が半数以上を占めている現行法との関係で言うならば、固有の危険性の実現の有無を客観的に認定するための要件としての直接性と重い態様の過失とされている L. とはやは

68) 結果的加重犯の客観的要件としての「直接性」については、拙稿「結果的加重犯と直接性原理(上)・(下)」警察研究54巻12号(昭和58年)55頁以下、55巻1号(昭和59年)41頁以下、参照。

69) 実際に「直接性」の要件を不要とするかに見られる判例(BGHSt.31, 96)が現われていることに注意すべきである。Vgl. G. Küpper, Anmerkung, JA 1983, S. 229f.; I. Puppe, Anmerkung, NStZ 1983, S. 22ff.; H. J. Hirsch, Anmerkung, JR 1983, S. 79ff.; M. Maiwald, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte—BGHSt. 31, 96, JuS 1984, S. 443ff.

70) J. Wolter, a. a. O., S. 178.

り区別して判断の方がよい、と言えよう。⁷¹⁾

(2) 重い結果の故意的実現と *Leichtfertigkeit*

ある種の結果的加重犯が成立要件として L. を導入したことは、L. の認定や判断との関係では今のところそれほど深刻な問題を生じさせてはいないが、重い結果とされている事実（被害者の死）が故意的に実現された場合をどのように取り扱うべきかという点で判例の実質的な変更をもたらし、それとの関係で見解の対立を生じさせている。問題は、L. を要件とする結果的加重犯において被害者が殺害された場合に、殺人犯罪の条文（211条、212条）のみを適用すべきか、それとも結果的加重犯の成立を認めたとえでそれと殺人犯罪との競合を認めるべきか、という点にある。また、この問題は、このような事案に18条の適用を認めるかどうかの問題でもあり、さらには故意ある結果的加重犯という概念を認めるかどうかの問題でもある。

1 結果的加重犯の成立要件が一律に「少なくとも過失」とされていた時期にあっては、この問題はそれぞれの結果的加重犯の特性との関係で区別的に判断されており、その点においての対立はほとんどなかったと言ってよい。当時の結果的加重犯は、重い結果が故意的に発生させられた場合に殺人犯罪や傷害犯罪の成立を認めることだけでその不法内容をカバーすることができるか否かという観点から、カバー可能なものと不能なものとのふたつに区別されていた。そして、前者は傷害致死罪に代表されるとされ、後者は強姦致死罪や強盗致死罪、放火致死罪のように複合行為的な（*zweiaktig*）基本犯にもとづくものが典型とされていたのである。^{72), 73)}特に、強盗致死罪と強姦致死罪についての判例においては、それらと殺人犯罪との観念的競合を認めるのが確立さ

71) ガイレンによれば、L. 認定の出発点は行為者によって発生させられた危険性それ自体が標準（平均）を超えるものであったかどうかに求められなければならない、とされている。Vgl. G. Geilen, Raub und Erpressung, Jura 1979, S. 557.

72) シュレーダーは、前者を真正結果的加重犯と名づけ、後者を不真正結果的加重犯と名づけている。H. Schröder, Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW 1956, S. 1737ff. 以下では便宜上、この区別を用いる。

73) 学説の詳細については、拙稿「結果的加重犯における競合問題(-)」警察研究56巻7号（昭和60年）33頁以下参照。

れた立場であった。たとえば、旧56条制定直後の連邦通常裁判所は、強盗が被害者を殺害した事案に対して、「1953年以前の法的状況が56条によって変化させられたとすることは、この規定の文言から承認することができない。のみならず、重い結果が故意的に実現された場合を他の構成要件によって評価するなどということは全く考えられない」として、⁷⁴⁾強盗致死罪と殺人犯罪との間に観念的競合を認めてきた、旧56条制定以前の判例⁷⁵⁾を引き継いでいた。また、強姦の実行に際して被害者を未必の故意で殺害した事案に対する判決も、前述の BGHSt. 9, 135を引用したうえで、「行為者が性的衝動を満足するための行為に際して実現した謀殺は、当該殺害行為が同時に176条、177条、178条のいずれかのメルクマールを常に充足するというを必然的ないしは原則的な前提とするものではない。したがって、謀殺罪による非難だけでは、このような事案の行為の無価値内容を評価し尽くすことはできないのである」として、^{75a)}強姦致死罪が不真正結果的加重犯であることを認めていたのである。

その後、L.を要件とする結果的加重犯の出現に伴って、判例のこのような立場は実質的に変更されることとなった。たとえば、強盗が被害者を殺害した事案に対する判決は、「旧251条と旧56条の文言のもとでは、行為者が加えた暴行によって他人の死が過失的ないしは故意的に惹起させられた場合に強盗致死罪の構成要件が充足されるとされていた……しかし、新しい251条の文言によれば、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。軽率と故意とは異なった責任形式であり、両者は相互に排斥し合うものである。したがって、強盗致死罪と故意の殺人犯罪とが観念的競合になるなどということとはありえないのである」と判示し、⁷⁶⁾強姦犯人が被害者を殺害した事案に対する決定は、「第4次刑法改正法（1973年11月23日、BGBl I 1725）によって

74) BGHSt. 9, 135 (136f.)

75) 故殺罪との観念的競合を認めるものとして、RGSt. 4, 287. 謀殺罪との観念的競合を認めるものとして、RGSt. 60, 53; 60, 163; 63, 101usw.

75 a) BGHSt. 19, 101 (106).

76) BGHSt. 26, 175 (強調部分は、原文ではイタリック体である)。同旨、BGHNStZ 1984, 453.

強姦致死罪の構成要件が変更されてからは、当該犯罪と謀殺罪との観念的競合は……不可能になった。1975年制定の177条3項の文言は、改正以前の178条の(旧56条と結びついた)表現と異なり、死の結果の故意的な惹起の事案には本条の適用を拒んでいる。なぜなら、新規定は、死の軽率な惹起の事案だけに適用を限定しているからである……したがって、当裁判所は、当該事案の責任判断について、(謀殺罪との観念的競合の態様において)被告人を177条3項の重罪ではなしに177条1項の重罪によって有罪とするべく判例を変更したのである」と判示している。⁷⁷⁾これらの判例に対して、学説は、後に見るように賛否両論に分かれ、対立的な状況にある。ただ、判例について言うならば、これらの判例の出現によって、不法内容の評価にもとづいた真正結果的加重犯と不真正結果的加重犯という従来の区別のほかに、L.を要件とすることにもとづく真正結果的加重犯というカテゴリーが認められることになったのである。

2 L.の導入によって重い結果の故意的実現は結果的加重犯概念から排斥されるとする立場(以下、「排斥説」と呼ぶ)は、その場合も結果的加重犯概念に含まれるとする立場(以下、「包含説」と呼ぶ)によって批判されている。⁷⁸⁾包含説が批判の直接的論拠としているところは、故意的実現の場合にも18条が適用されるはずであるとする点と、故意的実現を結果的加重犯概念から排斥すると通常の場合との間に法定刑の不均衡が生じることになるとする点であるが、その背後にはおそらく、真正・不真正の区別は不法内容の評価によってな

77) BGH bei Dallinger MDR 1976, 15 (強調部分は、原文ではイタリック体である)。

78) 同様の問題は、結果的加重犯類型以外でL.を要件とする犯罪類型においても生じうるものである。しかし、それらにあっても、処罰を拡張する類型では、故意的実現の場合は基本的犯罪行為として処罰されるためL.条文の適用は当然ないことになるし、逆に、126条、138条、283条5項2号などは、条文の体裁上故意的実現にもL.条文が適用されると解さなければならないものである。比較的問題になるのは量刑事由の類型であるが、そこでも、故意的実現の場合に「特に重い場合」の一態様とされる「記述されない特に重い場合(unbenannter besonders schwere Fall)」を認めることによって、問題は實際上回避されている。Vgl. G. Meyer = Gerhards, Subjektive Gefahrmomente, „Schuldform“ der Regelbeispiele und Begriff der „besonderen Folge“ (§ 18StGB)—BGHSt. 26, 176, JuS 1976, S. 231f.; LK, § 218 Rdn. 61, 63; SK, Bd. 2, § 218 (H.-J. Rudolphi) Rdn. 22, 23; S/S, § 330 (P. Cramer) Rdn. 42; D/T, § 126 Rdn. 5; § 218 Rdn. 16; § 310b Rdn. 7.

されるべきであるとする従来からの不変の認識があるように思われる。

L. を要件とする結果的加重犯にも18条の適用があるのかという点について、包含説は、責任主義との調和という実質的観点から18条の適用を肯定している。すなわち、包含説によれば、L. を要件としたことは責任主義とのより強い調和を目ざしたものであるから、それは責任の最低限を単純過失からL. に引き上げるものであり、その限りでのみ18条は修正を受けると考えられているのである。⁷⁹⁾したがって、L. の導入は責任の上限については何らの修正をもたらすものではなく、その点では18条の適用は排斥されないとされることになる。そのため、重い結果の「軽率な (*leichtfertig*)」惹起という表現は、包含説によって、「少なくとも軽率な (*wenigstens leichtfertig*)」惹起と読み替えられているのである。⁸⁰⁾そして、このような実質的考慮にもとづく解釈を支えているのが、18条の「少なくとも過失」という文言はあらゆる種類の過失を予定しているとする理解や、⁸¹⁾各則が「軽率に」とだけ規定しているのは18条という一般規定の存在の故に「少なくとも」の表現が省略されただけのことであるとする理解⁸²⁾なのである。

故意的実現の場合を結果的加重犯概念から排斥すると通常の場合との間に法定的の不均衡を生ずることになるという点は、「少なくとも過失」を要件とする結果的加重犯類型において不真正結果的加重犯の存在を認めるための主要な論拠であったが、包含説は、L. を導入することによってもこのような事態は全く解消されていないことを指摘している。すなわち、故意的実現の場合を結果的加重犯概念から排斥すると、その場合には殺人犯罪のみが成立することになるため、謀殺罪の要件が充足されない限り、故意的実現の場合に適用される

79) Vgl. H. Blei, a. a. O., S. 730; LK, § 251 Rdn. 12; S/S, § 18 Rdn. 3; D/T, § 18 Rdn. 5.

80) 理由を明示せずと同様の結論を採るものとして、G. Geilen, a. a. O., S. 558; S/S, § 176 Rdn. 16, 25; § 239a Rdn. 31, 47; § 239b (A. Eser) Rdn. 21, 22; § 251 Rdn. 6, 9; § 316c (P. Cramer) Rdn. 33; D/T, § 176 Rdn. 16; § 178 Rdn. 9, 10; § 239b Rdn. 6, 7; § 251 Rdn. 2, 6; § 316c Rdn. 13.

81) LK, § 251 Rdn. 12.

82) B. Schünemann, a. a. O., S. 396.

法定刑（故殺罪のそれ）の方がL.による実現の場合に適用される法定刑（結果的加重犯のそれ）よりも軽くなるという事態が生じるのである。⁸³⁾ 故殺罪の法定刑（5年以上15年以下）を考えると、176条、177条、178条との関係では格別問題がないが、239条a、239条b、251条、316条cとの関係では上限（無期）と下限（10年）のいずれにおいても不合理な状態が明らかに生じてくる。⁸⁴⁾ そこで、このような不均衡状態を回避するために、包含説は、従来の不真正結果的加重犯におけると同様に、故意的実現をも結果的加重犯概念に含めたうえで、それと殺人犯罪との観念的競合によって処断すべきだと主張しているのである。

18条の適用を認めることと法定刑の不均衡の回避ということが包含説の主たる論拠であるが、さらにそれらを補足する論拠として、故意とL.とが異なった責任形式であるとしても両者は必ずしも相互に排斥し合うものではないとの理解や、⁸⁵⁾ 謀殺罪の要件を充足しないような故意的実現の事案を無視しえないとする刑事政策的、目的論的考察の必要性などが、⁸⁶⁾ 指摘されている。

3 他方、排斥説の直接的な論拠となっているのは、判例が明示的に述べているのと同様に、L.の導入によって故意的実現の事案への18条の適用が排斥されるとする点である。法定刑の不均衡の問題は、包含説の提示した疑問に対する回避策を示すことによって、それが間接的な論拠とされているだけである。

L.を要件とする結果的加重犯に18条の適用がないとする理由づけは、「L.概念を重い結果に結びつけている構成要件では——〔旧〕56条と相応するような——『少なくとも』L.ではなしに、L.だけが要件とされている点に注意すべきである。『行為によって人の死が軽率に惹起された……』というのが、そのような条文の典型的文言である。したがって、行為の実行に際して故意的

83) Vgl. H. Blei, a. a. O., S. 730; R. D. Herzberg, Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS 1976, S. 43; S/S, § 18 Rdn. 3.

84) さらに、拙稿「結果的加重犯と法定刑(上)——ローレンツェンの見解を中心として」警察研究57巻1号(昭和61年)22頁以下参照。

85) LK, § 251 Rdn. 13, 14.

86) B. Schünemann, a. a. O., S. 396.

に人の死を惹起した者が結果的加重犯の条文で処罰されえないことはたしかである」とするマイヴァルトの見解に明らかなように、⁸⁷⁾ 条文の体裁という形式的な点に求められている。すなわち、排斥説は、「少なくとも」という文言の不存在は主観的要件を L. に限定する趣旨を示すものであり、それ故に幅のある規定の仕方をしている18条の適用が否定される、と考えているのである。^{88), 89)} したがって、排斥説においては、故意的実現の場合に結果的加重犯の条文は適用される余地がなく、当該事案は基本犯とされている犯罪と殺人犯罪との観念的競合によって処断されることになる。

故意的実現を排斥することによって通常の事案との間に生ずる法定刑の不均衡については、故意的実現の場合には同時に謀殺罪の要件も充足されるから實際上問題は生じないとする楽観論⁹⁰⁾を別にすれば、排斥説に立つ人々も十分な認識を持っている。⁹¹⁾ ただ、包含説がこのような不均衡をただちに正当化しえない不合理なものと考えているのに対し、排斥説は運用（処断刑）の場面で不合理さは十分に回避することができるので、法定刑の不均衡はそれほど深刻でないと考えているのである。排斥説は、結果的加重犯に対して規定されている法定刑の下限と同一の刑罰に遮断効果（Sperrwirkung）を認めることによって、このような不合理さは回避されるとしている。それによれば、故意的実現が謀殺罪の要件を充足しない場合、本来であれば基本犯と故殺罪との観念的競合によって処断されることで L. による実現の類型における法定刑との間に不均衡を生じることになるが、結果的加重犯の法定刑の下限と同一の刑罰に遮断効果を認めることによって、故殺罪の法定刑の下限が実質的に引き上げられた

87) M. Maiwald, GA 1974, S. 270 ([] 内は引用者)。

88) Vgl. R. Maurach, a. a. O., S. 415; J. Tenckhoff, a. a. O., S. 913; K. Ulsenheimer, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, S. 418; SK, Bd. 2, § 178 (E. Horn) Rdn. 21.

89) 理由を明示せずに同様の結論を採るものとして、LK, 9. Aufl., 1974-, § 56 (F.-Chr. Schroeder) Rdn. 17; W. Hassemer, a. a. O., S. 815; H.-J. Rudolphi, Anmerkung, JR 1976, S. 74; G. Arzt, a. a. O., S. 122f.; SK, Bd. 1, A. T., 3. Aufl., 1984, § 18 (H.-J. Rudolphi) Rdn. 9.

90) SK, Bd. 2, § 251 Rdn. 10, 13.

91) H.-J. Rudolphi, JR 1976, S. 74; J. Tenckhoff, a. a. O., S. 913.

のと同じように運用されることになる。たとえば、強盗が被害者を殺害したけれども謀殺罪の要件を充足しない場合には、故殺罪の下限（5年）が強盗致死罪の下限（10年）に修正運用されるわけである。このようにして、排斥説によれば、法定刑の間に存在する不均衡は処断刑（量刑）で実質的に修正することが可能なので、「実務に現われるあつれきは、〔包含説が声高に言うほどには〕多数でもなければ重大でもない」と考えられているのである。^{92),93)}ただ、このような排斥説の考え方は、現行法に存在する法定刑の不均衡を放置したままでよいとするものでは決してなく、⁹⁴⁾運用上それを回避しようとする次善の策である⁹⁵⁾ということは注意しておかなければならないであろう。

4 以上のような包含説と排斥説の主張に対し、若干の検討をしておこう。

まず、L.を要件とする結果的加重犯に対して一般規定としての18条の適用があるかどうかという点については、条文ないしは理由書等に明確な手がかり

92) J. Tenckhoff, a. a. O., S. 920 ([]内は引用者)。さらに、エーザーも、排斥説に立ちながら、「251条に明示されている法律的な不法評価を量刑の場面で考慮することが、このことによって否定されるわけではない」として、量刑における妥当な運用を主張している。A. Eser, Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung seit BGH-GS St. 1/81 bis Ende Juni 1983, NStZ 1984, S. 57.

93) 我が国で同様の考え方をとられるのが小暮教授である。教授は、たとえば強盗が被害者を殺害した事案に対して、「構成要件の定型〔殺人〕の内部に、合理的な範囲で、より細分化された定型としての〈小定型〉〔強盗殺人〕を考え、それに対応して、法定刑〔死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役〕の内部に、定型的な刑罰の枠〔死刑又ハ無期懲役〕を予定する」として、強盗罪と殺人罪との観念的競合説に内在していた刑の不均衡は表見的なものにすぎない、とされている。小暮得雄「〈小定型〉序考」刑法と科学（植松博士還暦祝賀）法律編（昭和46年）103頁、同「刑の権衡論について」北海道大学法学論集14巻1号（昭和38年）62頁以下（[]内は引用者）。

94) 排斥説においても、この点は、「故意的な殺害結果の発生と軽率な結果発生との法定刑を比較してそこに大きな溝があることが確認され、その限りにおいて法定刑の見直しが迫られている」とされ（M. Maiwald, a. a. O., S. 270）、「立法者は、しばしば要求されているように、L.を要件とする結果的加重犯の刑の下限の引き下げを決意す」べきであるとされているように（J. Tenckhoff, a. a. O., S. 922）、重大な立法的課題であることが認識されている。

95) たとえば、テンコフは、「過渡的な段階にあっては、実務は、あらゆる不調和にあまり神経質にならずに現行法とともに生きなくてはならない。要請されている改正は、非本質的なものとして片づけるわけにはいかないものであるが、提唱されている遮断効果を認めることで当面は達成されよう」として、排斥説の考え方が必ずしも根本的な解決でないことを認めている。J. Tenckhoff, a. a. O., S. 922.

は見い出せないようである。このことは、包含説と排斥説のいずれもがL.を要件とする結果的加重犯の立法過程を検討した後に、前者が故意ある結果的加重犯を肯定する点に立法者意思を求め、⁹⁶⁾後者は逆にそれを否定する点に立法者意思を求めている⁹⁷⁾ことからもうかがわれる。この点では、「立法者が、故意的な死の実現を排斥していなかった従来の法状況に背を向けて、〔L.を要件として採用することによって〕18条の適用範囲をせばめようとしたか否かは、理由書等からは明らかでない」とするヘルツベルクの指摘を、⁹⁸⁾議論は一步も出ていないのである。したがって、各則の条文に「少なくとも」という文言が欠けていることについての相違した理解もまた、水かけ論に終る可能性をもっていると言わなければならない。ただ、このような混乱状態を招いた原因の一半は、立法者にも帰せられなければならないように思われる。そもそも、1962年草案は、重い結果の過失的実現の場合だけに結果的加重犯の成立を限定し(22条)、⁹⁹⁾さらに、L.についての定義規定(18条3項)を置いたうえで、いくつかの結果的加重犯規定において個別にL.を要件とすることによって22条を修正する(責任の下限を引き上げる)という立場を採っていたのである。この意味で1962年草案は一貫した体系のものであったが、その後の総則の全面改正の段階で、故意ある結果的加重犯を許容する事案(224条、239条3項)が想定されたこととの関係で旧56条と同様の「少なくとも過失」の文言が復活し、¹⁰⁰⁾L.についての定義規定も削除されることになった。¹⁰¹⁾ところが、各則の個別改正においてはL.要件が残され、そのために、1962年草案に見られた体系的な一貫性が現行法で部分的に崩れるという事態が生じたのである。しかも、現

96) たとえば、H. Blei, Anmerkung, JA 1976, S. 248; D/T, § 18 Rdn. 5.

97) たとえば、J. Tenckhoff, a. a. O., S. 920.

98) R. D. Herzberg, a. a. O., S. 43 Anm. 32) ([] 内は引用者).

99) この規定は、1960年草案22条にならぬ、故意ある結果的加重犯を否定することによって、未遂、共犯、罪数等について生じるであろう問題点を積極的に回避しようとの意図に出たものである。Vgl. E1960, Begründung, S. 128f.; E1962, Begründung, S. 136f. なお、同様の規定は、刑法改正代案においても16条3項として提案されている。Vgl. J. Baumann u. a., a. a. O., S. 54f.

100) Vgl. BT-Drucks. V/4095, S. 10.

101), 102) 前掲注 2) 参照。

行18条とL.との関係についても、必ずしも解釈論的な手がかりが立法者によって示されているわけではない。もっとも、ある事態についての解釈を固定してしまうような立法は避けるべきであるとの立法態度からすれば、¹⁰²⁾このような混乱状態をただちに「立法の過誤」にもとづくものとまで言い切ってしまうことはできないかもしれない。しかし、立法者がこの点について大きな解釈論的課題を残したことも否定できない事実なのである。

次に、法定刑の不均衡の点については、排斥説の主張する回避策（量刑による妥当な運用）は必ずしも説得的でないと言わなければならない。まず、故意的実現の場合には同時に謀殺罪の要件も充足されるので実際上の問題は生じないとする楽観論に対しては、そのような事案が大部分であるとしても、故殺罪の評価しか受けえない事案を無視することはできないということを指摘するだけで足りよう。¹⁰³⁾次に、結果的加重犯の法定刑の下限と同一の刑罰に遮断効果を認めるという点についても、いくつかの疑問がある。第一に、それは、基準となる刑罰がなぜ結果的加重犯の法定刑の下限と同一でなければならないのかという疑問である。換言すれば、故意ある結果的加重犯を否定しながらこのような形で遮断効果を認めることは、実際には結果的加重犯の法定刑を利用することと同じであり、その限りでは結果的加重犯との間に観念的競合を認めることと異ならないのではないかという疑問である。¹⁰⁴⁾第二は、遮断効果を認めることは、行為者に不利益な方向で法定刑を変更（類推）することになりはしないかという疑問である。¹⁰⁵⁾また、責任主義との実質的な調和という観点から一応これらの点を不問に付すとしても、故殺罪の法定刑の上限との関係では問題は依然として残されたままになっている。なぜなら、故殺罪の上限が15年でし

103)この点で、RGSt. 4, 287が故殺罪としての評価を受ける事案であったことが想起される。

104)我が国の多数説は、故意ある結果的加重犯を否定しながら殺人罪と結果的加重犯規定との観念的競合を認めることで、科刑の妥当性を優先させ、論理的整合性を後退させている。前掲拙稿・警察研究56巻7号40頁以下参照。

105) H. Blei, a. a. O., S. 248; LK, § 251 Rdn. 14. なお、この点は排斥説の人々によっても明確に認識されているが、それに対する説得的な言及は見られない。Vgl. H.-J. Rudolphi, a. a. O., S. 74f.; J. Tenckhoff, a. a. O., S. 915f.

かないことから、239条 a などの無期を上限とする L. 要件の結果的加重犯との不均衡は残されてしまうからである。ところが、このような上限の不均衡については、排斥説はその回避策に言及していない。したがって、この点をどのように回避するつもりなのかというのが第三の疑問である。以上の点からすれば、法定刑との関係で言う限り、排斥説よりは包含説の方が説得的であるように思われる。もっとも、排斥説のこのような説得性の乏しさは、およそ一般に故意ある結果的加重犯というものがあろうのかという一般的問題を前提とすることなしに、L. を要件とする結果的加重犯に問題の対象を限定していたことに由来すると考えられる。と言うのは、排斥説は、一般的な真正、不真正の区別について論じることなしに、L. を要件とするものに故意ある結果的加重犯を否定するという立場を採ったために、本来ならば前者との関係で根本的に論じられなければならない法定刑の問題が十分に論じられず、不都合な点を回避するという消極的な解決を示すことで満足せざるをえなかったからである。したがって、L. を要件とする結果的加重犯の故意的実現をどのように取り扱うべきかという問題は、不法内容の評価という基準に支えられてきた真正、不真正の区別について、L. を要件とすることでそのような不法内容の評価に変化が生じるのかという観点から、根本的に検討されなければならないと考えられるのである。

V むすびにかえて

これまで、主として結果的加重犯との関わりを念頭に置きながら、西ドイツにおける L. をめぐる議論について紹介してきた。しかし、すでに指摘したように、L. をめぐる議論は、一定の明確な結論を引き出しうるほどに深められているわけではない。そこで、以下に若干の感想めいたまとめを示すことで、本稿のむすびにかえたいと思う。

まず、一般的概念としての L. については、それを重大な過失と理解する点で広い一致が見られるが、ふたつの点でより以上の検討が望まれる。ひとつは、単純過失と L. とを区別するための基準の提示ということである。この点は、

両者の区別は不確かな推定的考量による以外にはないとする指摘¹⁰⁶⁾にどう答えるかという問題でもある。重大な過失と単純過失という定義で概念的な区別は一応達成されていると言ってよいが、具体的な場面でいかに両者を区別するかという点は依然として残されているのである。ふたつめは、個々の犯罪類型との関係でL.の内容をどのように把握すべきかという点である。特に、一方で結果的加重犯類型におけるように責任主義とのより強い調和を旨とすることとの関係でL.が導入されており、他方では故意的実行を基本類型としながらその処罰範囲を拡張するための要件としてL.が導入されているように、それぞれの犯罪類型のL.に異なった役割が期待されているという現行法の状況を見ると、この点の解明も重大な課題として残されていると言えよう。

結果的加重犯との関係でもL.は、ふたつの点で検討課題をもたらしている。ひとつは、L.を要件とすることで結果的加重犯の構造的理解に何らかの影響があるのかという点である。と言うのは、マウラッハやマイヴァルトのように具体的認定を緩和するような方向でL.をとらえるならば、結果的加重犯の成否のより厳密な判断を客観的要件としての「直接性」等に期待しなければならない事態が出現することも考えられるし、客観的L.という概念を認めるヴォルターのような立場を採るならば、「少なくとも過失」を要件とする結果的加重犯の客観的側面との関わりを新たに問題にしなければならないことになるからである。ふたつめは、故意ある結果的加重犯概念を認めるべきか否かの点に関わる。そして、この点においては、すでに指摘しておいたように、真正、不真正を区別する基準としての不法内容の評価とL.との関わりが問われているのである。

このように見てくると、西ドイツにおけるL.の要件は、結果的加重犯類型とその他の類型とを問わず、今後に多くの問題点を留保したものであると言うことができるであろう。¹⁰⁷⁾

106) H.-H. Jescheck, Niederschriften, Bd. 5, S. 53, 65; H. Welzel, Bd. 6, S. 147.

107) この点からすれば、テンコフが結果的加重犯について、重大な過失としてのL.を導入することで「立法者は、結果的加重犯の適用範囲の限定に完全に成功している」と評価するのは(J. Tenckhoff, a. a. O., S. 912), 早計だと思われる。