

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年)(2)
(*Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015*)

金 尚均

玄 守道 (監訳)

目 次

第1部 導入

§1 犯罪 - 刑法 - 刑法学 - 社会的正当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定 - 実質的内容 - 構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容

(以上、本号)

C. 構造

D. 複習のために

§3 刑法の諸原理

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動（いわゆる故意結果犯）

§4 構成要件該当性

§5 違法性と正当化事由

§6 有責性と責任 - 責任阻却事由 - 免責事由

§7 特別な法効果の条件と障害

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§8 犯行の特別な結果による加重（結果的加重犯）

§9 未遂と中止未遂（中止犯） - 可罰的予備行為 - 行為による悔悟

§10 関与

§11 不作為

§12 過失

第4部 錯誤論

§13 錯誤

第5部 競合論と刑法上の制裁

§14 法条單一（*Gesetzeseinheit*） - 所為の單一性（*Tateinheit*）（§52） - 所為

の複数性 (Tatmehrheit) (§§ 53-55)

§ 15 刑法上の制裁

細目次

§ 2 可罰的行為：形式的規定 - 実質的内容 - 構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容

I. 「精神的」抽象的 (刑) 法益の侵害としての可罰的行為

II. 現に法律で記述された無価値の実現としての可罰的行為

1. 無価値の記述としての刑罰法規

a) 客観面 (事態無価値)

b) 主観面 (人的無価値)：行為者の表象 (認識と意欲)、意図、動機

2. 法律で記述された無価値の実現の具体化された段階としての重罪と軽罪 (二分法)

a) 「犯罪」概念の二義性

b) 狭義の犯罪と軽罪

c) 重罪と軽罪を区別する実践的意味

d) 標準的な限界づけの基準

3. 基本犯、減輕類型、加重類型——独立犯罪類型

a) 基本犯、減輕類型、加重類型

b) 独立に法律で記述された変形としての独立犯罪類型

4. 通常例

III. 法律で記述された無価値の違法な実現としての可罰的行為

IV. 法律で記述された違法な無価値の有責的な実現としての可罰的行為

(以上、本号)

C. 構造

D. 復習のために

§ 2 可罰的行為：形式的規定 - 実質的内容 - 構造

[1] § 1では、犯罪 (Kriminalität) への応答としての刑法が社会においてどのように現れ、知覚されるのか、ということが示された。そこで、さらなる考察の主要テーマ、すなわち犯罪行為、より正確には可罰的行為 (龍法 '16) 49-2, 384 (602)

に目を向けていく。

〔2〕 リーディングケース 2

陰湿事例—BGHSt 30, 105 - GSSt 1/81 vom 19. Mai 1981. 「1978年1月、Sahap S. は被告人である甥の住居に侵入し、甥の妻に拳銃を突き付けて婚姻外の性交渉を強要した。この強姦によって、被告人の妻は、自らに性的暴行をしたおじがいるために、被告人とは心が離れていった。彼女は被告人とのこれまでうまくいっていた結婚生活から決別しようとした。1978年10月になってはじめて、彼女は被告人に対し自らの身に起こったことを打ち明けた。

〔3〕 被告人は、自身のおじと同様にトルコ国籍だが、狼狽し絶望に暮れて泣きだし、復讐をすることを彼女に伝えた。しかしながら、被告人はおじにその後問い詰めることはしなかった。被告人の妻は、自らに加えられた恥辱のため、1979年2月の終わりに3回自殺を試みた。1979年3月3日の午前、Sahap S. と被告人は道端で遭遇した。被告人は残りの借金の返済を求めた。そうすると、Sahap S. は自らによって行われた強姦を自慢し、被告人も性行為をしており、被告人も殺されろという旨を述べた。被告人は立ち去るよう言われた。Sahap S. は、被告人に対して紙に包まれた拳銃ないしは拳銃と同じように作用する別の物をその顔面に突き付け、その際、お前は家に帰れ、『あと二週間か、それとも二日か二時間』の猶予だと述べたとされる。

〔4〕 被告人は自宅で状況を熟考した。被告人は、Sahap S. が被告人自身および妻にとって負担となっており、おじが被告人自身と妻の名誉を甚だしく侵害したことを思い浮かべた。被告人はおじを殺害することを決意した。被告人は自動拳銃を携帯し、自身の妻に「今日が最後の日だ。おじに会えたらおじを殺す。」と打ち明けた。そこから、おじが来ると予測された、そして事実現れた飲食店に向向いた。Sa-

hap S. は 3 人のトルコ人仲間とカードで遊んでいた。被告人はおじに姿を見せ、カウンターについた。被告人はおじがカード遊びに夢中になっていることに気がつき、Sahap S. が自身に「何らの攻撃も加えられない」と予期していると認識した。これは被告人にとって「またとないチャンス」であった。被告人は拳銃の引き金を引き、14発から16発の弾をおじに発射し、おじは死亡した。

[5] 陪審裁判所は、被告人に謀殺罪のかどで終身自由刑を言い渡した。そこでは、被告人が Sahap S. を陰湿に殺害し、刑法211条2項第2事例群第1様式〔謀殺罪における陰湿に人を殺した者（以下〔 〕は訳者注）〕により終身自由刑が科される犯行を遂行したと認定された。」

[6] 犯罪行為が存在するとの陪審法廷の認定は二つの観点、すなわち形式的観点（A）と実質的観点（B）に基づいている。

A. 形式的規定

[7] 形式的に見れば、ある犯罪行為は一つの行為であり、その行為は、法学的・方法論の意味で（これについての詳細は§3の欄外番号23以下）構成要件を、すなわち、その法律効果が刑罰にあるところの法律上の規定の諸条件を充足している。従って、ある態度が可罰的・行為となるのは、その態度が法律上の規定の諸条件を充足しているためではなく、その法規の法律効果が「刑罰」となっているが故になのである。

[8] もちろん、行為者は、詳細な考察においては法律上の諸条件に違反しておらず、むしろ——行為者が相応に行動することによって、例えば他者を殺害するこ

とによって——法律上の諸条件を充足している。これにより、「汝、殺すなかれ」という規範に違反しており、その規範の上に、処罰の対象となる行為態様の記述——ここでは刑法212条〔故殺罪〕——が構築されている。

[9] 具体的事例において可罰的と記述される態度の実現が、例えば行為者に責任非難が向けられないために、処罰され得ないということは、可罰的行為としての性格を何らも変更しない。それというのも、事情によってはあり得る——責任から独立した——改善・保安処分による刑罰の代替は、まずもって行為者関係的なものであり、行為の性格を変更するものではないからである。

[10] リーディングケース2の考察

おじの殺害は、国内の法律——ここでは刑法211条〔謀殺罪〕——において記述され、刑罰で威嚇された「謀殺罪」等々の犯罪を、被告人が陰湿に行動した場合には、充足している。支配的見解によれば、陰湿性が認められるのは、行為者が、被害者が何も知らずに無抵抗な状態にあることを認識して利用した場合である。この何も知らない状態とは、被害者が行為者の攻撃を認識していなかった場合である。おじは行為者の攻撃を考慮に入れていなかったのも、おじは何も知らない状態であった。この何も知らない状態に基づいて、おじは攻撃への防衛措置を何もとらなかったものであり、無抵抗な状態であった。それ故、支配的見解によれば、おじの殺害は陰湿に実現された、という帰結に至ることになる。そこから、行為者には「終身自由刑」の法律効果が当てはまることになる。

B. 実質的内容

[11] 可罰的行為の実質的内容は、どのような利益が行為の実現へのリアクションとしての刑罰による威嚇を通じて特別に保護されるべきであるのかに、まずもって依拠している。例えば、生命、身体、自由、財産に関する自由処分可能性、そして、紛争を定められた方法で平穩に解決できることがこの利益に属することには、幅広い一致が見られる。これらが保護に値するということが、当該利益の危殆化および／あるいは侵害の場合についての刑罰威嚇を正統化し、この利益はいわゆる法益となる。自身の物に関する自由処分可能性は、「財産」という個人法益となり、紛争を定められた方法で平穩に解決できることは、「司法」という公共的法益となる。

I. 「精神的」抽象的（刑）法益の侵害としての可罰的行為

[12] 可罰的行為の実質的内容は法益の侵害に存在するという確信にもかかわらず（あるいはまさにそのために？）、法益の概念を巡っては激しい議論が行われている。

[13] 一方では、どのような価値ある状態が法益であるかを立法者が表明しても良いのかという問いが問題となっている。すなわち、立法者はむしろ生命や身体、自由のような承認された価値ある状態についてだけを写実主義的に（*naturalistisch*）引き出さなくてはならないのかどうか（立法批判的法益概念）、あるいは、立法者も法益を設定、つまり「創出」しても良いのかどうか、その場合、例えば道徳形成や感情、個々の人間の尊厳ないし人類の尊厳のようなものが刑法を通じて保護されるべき法益として設定されて良いのかどうか（実証主義的法益概念）が問題となっている。

[14] 他方で、ある状態を価値あるものとして承認することは、その状態を法益として整序することにとっての必要条件に過ぎず、それとは反対に

十分条件とはならない。それというのも、例えば生命は争う余地なく刑法上の法益であるにもかかわらず、あらゆる生命の終結——例えば寝台での老衰による死亡——は刑法上の関心ではないからである。むしろ、明示的に法的に保護に置くことも必要となる。すなわち、基本法103条2項の「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし」という原理に鑑みれば（これについての詳細は、§3の欄外番号3以下、18以下）、どのような事情の下で価値ある状態の侵害が可罰的となるべきかについての立法者による成文化は必要である。

[15] 次の場合のように、未遂の遂行が結果的に外界に何らの変更もたらさなかったにもかかわらず、（不能）未遂の可罰性の説明（そのもの）の正当性について何ら疑いが示されていないということから、法益についてさらなる知見を得ることができる。すなわち、殺害計画が、拳銃の弾が装填されていない、あるいは、弾が被害者に当たらずにかすめていったために、失敗に終わったというような事情の場合である。しかし、この場合、価値ある状態の具体的な物理的実態、つまり法益の概念に結びつけられる攻撃客体がまずもって問題になり得ず、むしろ、既に価値評価の「精神化された」抽象的形態で十分である。そのため、法益は尊重要求となる。その侵害は尊重の無視や軽視に存在し、それ故に、攻撃客体の毀損は全く条件とはなっていない。この尊重軽視の可罰性は、尊重の軽視が犯罪構成要件に記述される態様で生じている、ないしは直接的に生じるべきところで始まる。その際、あらゆる法益侵害が可罰的とはならないが、あらゆる可罰性は法益の侵害、すなわち価値ある状態を承認することの拒否を経て正当化されなければならない。その承認の義務づけは、例えば刑法212条における可罰的行為の記述にとっての基礎としての殺害の禁止といった、犯罪構成要件の背後に存する諸規範から明らかとなる。それにより、犯罪行為の実質的内容は、刑法上保護される法益の不承認に、つまり刑罰法規を支えている規範の妥当要求の否認にある。

[16] ヤコブス (Jakobs) は、犯罪行為を形作る法益をその機能から、すなわち、刑法の文言の背後にある規範は、その規範がその都度の犯罪行為者によって疑問にさらされた場合でも、妥当していることを示すという任務から、定義する。それによれば、価値ある刑法益に関わるのは「本質的規範的予期の違背の強度」である。その場合、可罰的行為の内容はその都度の規範的予期の違背となるだろう。

[17] しかし、その際、法益を通じて表される、それぞれの規範の妥当要求に対しては、まさに刑法という手段によって尊重が創出されても良いということになるが、比例性の観点の下では、さらに二つの条件が必要となる。すなわち、一点目に、固有の社会的重要性の妥当要求、つまり放棄不可能な諸価値が扱われなければならない。二点目に、刑罰という峻厳な道具は——その効果を前提とすれば——、それ以外のより峻厳でない手段では態度への干渉をもちや支え続けられない場合に、はじめて投入されて良いのである（刑法の補充性）。

Ⅱ. 現に法律で記述された無価値の実現としての可罰的行為

[18] 刑罰法規の成文化を通じて立法者が確立するのは、どのような諸条件の下で、立法者が規範の妥当を、規範妥当の不尊重と軽視の表明が拒否の烙印づけを必要とする程に、放棄不可能なものとみなすかということである。行為態様が記述されることによって、その回避を通じて無価値（損害の切迫と発生）の実現が阻止されるべきことになり、精神化された法益の「実質化」が行われる。

1. 無価値の記述としての刑罰法規

[19] 刑法典の総則の補完的法規と併せて、各則の刑罰法規への無価値を実現する行為の記述は、それぞれの法益侵害にとっての具体的根拠として、
(龍法 '16) 49-2, 390 (608)

可罰的行為の実質的内容の基礎を形成する。無価値はその特色を事態から、すなわち外界の変動の惹起（例えば人の死、刑212条）から、あるいは行為自体（例えばアルコールにより運転技術が制限されているのにもかかわらず行う自動車の運転、316条）から獲得し得る（a）。しかし、行為者の明白となった意思や態度からも導出され得る（b）。

a) 客観面（事態無価値）

[20] 客観的な行為事情の全体は、所為の事態無価値（*Sachverhaltsunwert*）を形成する。既遂となるのに外界の変動の実現を条件とする犯罪行為においては（結果犯）、事態無価値はこの「変化無価値（*Veränderungsunwert*）」を含む。危険な態度だけで刑罰が科される犯罪構成要件においては（挙動犯）、事態無価値は態度無価値（*Verhaltensunwert*）に尽きている。要求された態度の危険性の性質に応じて、具体的危険犯と抽象的危険犯に区別される。典型的抽象的危険犯は、刑法316条「交通における酩酊罪」である。

[21] 事例2.1

アルコール飲料を飲んで運転が不可能な状況にあるにもかかわらず、乗り物を運転した者は、刑法316条により道路交通における酩酊のかどで、1年以下の自由刑または罰金刑に処せられ得る。具体的な第三者の危殆化は不要である。それというのも、立法者は、酩酊した自動車運転者の道路交通への関与が既に抽象的に、その他の事情からは独立して、その創出が当罰的である程に耐え難い危険であるということから出発しているからである。

[22] 酩酊運転に基づいて、他の交通関与者の具体的危険が生じた場合には、いわゆる具体的危険犯として、刑法315条c第1項第1号a「道路交

通の危殆化罪の一行為態様] が適用可能であり、本条項は、具体的に発生した危険のために、5年以下の自由刑または罰金刑を予定している。

[23] 具体的危険犯、なおさらに抽象的危険犯の創出は、争いのあるところである。なぜなら、それらの創出は可罰性を、次のような領域に前置化しているからである。すなわち、——例えば単純所持のように——未遂段階で存在するような攻撃の客体の直接的危殆化がさらに前置化されるところの領域である。

[24] 危険犯の構造化と具体化に取り組んだのがツィーシャンク (Zieschang) である。ツィーシャンクは他の論者に対して、抽象的危険犯を刑事法から削除することおよび具体的な危殆化に関しては状況の支配可能性を要求することを説得的な論拠でもって提言した。

[25] 犯罪行為の未遂も——殺害の意思で発射された弾丸がその目標に当たらなかった——事態無価値を示している。事態無価値は、表象された犯罪行為を直接的に開始していること、そして、外界の変動を除けば表象された犯罪行為のその他の部分が実現していることにある。

b) 主観面 (人的無価値) : 行為者の表象 (認識と意欲)、意図、動機

[26] 所為の側面に基づく事態無価値に対応するのが、行為者の側面に基づく、人的無価値 (personaler Unwert)、すなわち、行為者の表象 (認識と意欲)、意図そして動機である。人的要素に数えられるのは、故意と並んで、心情要素であり、例えば謀殺罪における下劣な動機 (刑211条2項第1群) や道路交通の危殆化罪における無配慮 (刑315条c第1項2号)、刑法90条a [国家とその象徴物に対する誹謗罪] や130条3号 [民衆扇動罪。現行規定では同条1項2号第2選択肢]、225条 [保護を委ねられた者に対する虐待罪] における悪意である。上述の諸要素は「真正な」心情要素としてもっぱら所為遂行の非難可能性に、それとともに所為の有責性に関わる、という有力説には賛同できない。なぜなら、上述の要素もまた所 (龍法 '16) 49-2, 392 (610)

為の無価値に影響を及ぼすからである（詳細は§4の欄外番号4および§4の欄外番号110以下）。

[27] 事態無価値と同様に、人的無価値も可罰的行為の無価値のみを構成するわけではない。なぜなら、人的無価値は心情刑法になりかねないからである。それ故、人的無価値の諸要素は事態無価値を補完するものである。例えば、刑法260条の盗品等に関する罪（Hehlerei）における業としてという要素は、個々の行為者を通じて実現される無価値の構成要素である。刑法28条〔特別な一身の要素に関する規定〕における特殊な一身的行為者関係の要素も無価値要素となり得る。例えば、謀殺罪における隠蔽の意図がそうである。

2. 法定された無価値の実現の具体化された段階としての重罪と軽罪（二分法）

[28] 可罰的行為の実質的内容は、その実現に対して多かれ少なかれ重大な法律効果を伴った制裁が賦課されるということを通じて、明らかにされ得る。ドイツの刑事立法者は、刑罰威嚇の高低の等級を用いて、法律で記述された無価値実現の二つの段階、すなわち重罪（Verbrechen）と軽罪（Vergehen）という区別を確立することによって、この手法を採用した。その際、「犯罪（Verbrechen）」という概念は二重の意味を持つ。

a) 「犯罪」概念の二義性

[29] 「犯罪」という表現は、まずもって——不正確だが——犯行の重さとは独立して、犯罪行為のあらゆる態様を特徴づけるものとして用いられる（「広義の犯罪概念」）。この意味で——不正確だが——犯罪構造、犯罪論、犯罪概念が語られている。従って、本書では「広義の犯罪」という表現を避け、その限りで「可罰的行為（strafbare Handlung）」あるいは「犯罪行為（Straftat）」と表現している。

b) 狭義の犯罪と軽罪

[30] もっとも、刑法典およびより広い刑法に関する諸法律は、「重罪」と「軽罪」の概念を、特殊狭い意味で用いている。刑法12条1項によれば、犯罪行為は、それが「刑の下限として1年以上の自由刑」が科される場合にのみ、重罪となる。重罪からは、あまり重くない犯罪行為として軽罪が区別されるが、軽罪は「刑の下限として重罪よりも短い自由刑または罰金刑が定められている」(刑法12条2項) 犯罪行為である。重罪(刑法12条1項)と軽罪(刑法12条2項)への可罰的行為の区分を犯罪行為の二分法と呼ぶ。

[31] 1974年の刑法施行法(EGStGB)まで、軽罪と並んでさらに特に軽い犯罪行為の第三分類が存在した。緊急状態での些細な価値の盗難(Entwendung)ないし横領(緊急盗難、旧刑248条a)のような、いわゆる違警罪(Übertretungen)である。刑法施行法によって、このような違警罪は軽罪に格上げされたか(緊急盗難は現在は248条aにおいて告訴を要する軽罪として位置づけられている)、あるいは秩序違反行為に格下げされたかのどちらかである。

c) 重罪と軽罪を区別する実践的意味

[32] 重罪ないし軽罪としての犯罪行為の整序は、事例の検討や判断の実践において重要な役割を果たしているという帰結に結びつけられている。

[33] ・未遂の可罰性

未遂が可罰的になるのは、常に重罪の場合だけである。これに対して、軽罪においては明文規定を必要とする(刑法23条1項)。

[34] 事例2.2

故殺罪(刑法212条、重罪)の未遂は常に可罰的だが、これに対して窃盗罪(刑法242条、軽罪)の未遂は、刑法242条2項が未遂の可罰性を

明文で規定しているが故にのみ可罰的となる。

[35] ・関与の未遂

刑法30条に規定される関与の未遂は、重罪への関与の未遂としてのみ可罰的である。

[36] ・事物管轄

裁判所構成法（GVG）25条によれば、区裁判所における裁判官の事物管轄は、刑事裁判官（単独裁判官）としては、軽罪について判決を下すことに限られている。これに対して、地裁の刑事部は、判決を下す第一審の裁判所としては、原則的に全ての重罪に対して管轄を有している（裁判所構成法74条1項第1文）。

[37] ・起訴便宜主義

刑訴法153条および153条aは、起訴便宜主義的理由により、手続きが軽罪を対象としているときには、軽微な犯罪の訴追を行わないことを、あるいは賦課や遵守事項を付することで手続きを打ち切ることを可能にしている。

[38] ・略式命令

手続きの対象が軽罪である場合にのみ、刑訴法407条により、検察官は書面による略式命令を通じて、公判を経ることなく、略式命令申立書にて犯行の法律効果を確定することが許容されている。

d) 標準的な限界づけの基準

[39] 重罪ないし軽罪としての犯罪行為の整序は、刑法12条1項および2項において規定されており、既に簡単ながら前述した（b）。それによると、最初の基準は、それぞれの犯罪構成要件の法効果として法定されている刑の下限である。この基準は、重罪においては、1年以上の自由刑であることを要する。刑の下限が1年以下の自由刑であるまたは罰金刑が科さ

れる場合には、軽罪となる。従って、刑法典は、重罪と位置づけるか軽罪と位置づけるかを確定する際に抽象的方法を優先している。

[40] 刑法12条3項によれば、刑の加重または減軽は、総則規定により予定されている場合（例えば、未遂（刑23条2項）や従犯（刑27条2項）における刑の減軽）、まずもって区分をする際に考慮されないままである。

[41] 事例2.3

強盗罪（刑249条、重罪）の従犯は、刑法49条1項3号「減軽の方法に関する規定」と関連した刑法27条2項により法定刑の下限が1年から3月に減軽されるにもかかわらず、重罪のままである。

[42] もっとも、刑法12条3項によれば、重罪か軽罪かの区分の際に、[犯情の] 特に重い事案もしくはあまり重くない事案における刑の加重ないし減軽も、考慮されないままである。この規定は文字通り受け取られ、刑罰法規のなかで加重・減軽が規定されている全ての箇所に関連づけられている。例えば、刑法253条4項「恐喝罪における（犯情の）特に重い事案」ないし刑法226条3項「[(犯情の) 重い傷害罪のなかのあまり重くない事案]」においてそのように扱われる。恐喝の特に重い事案は、法定刑が1年以上の自由刑であるにもかかわらず、軽罪にとどまる。なぜなら、刑法253条1項「恐喝罪」（刑の下限が1月）が軽罪であるからである。重大傷害のあまり重くない事案は、法定刑が6月以上5年以下の自由刑であると規定されているにもかかわらず、刑法226条1項「[(犯情の) 重い傷害罪（重大傷害罪）]」は法定刑が1年以上10年以下の自由刑とされている（重罪）が故に、重罪のままである。「特に重い事案」ないし「あまり重くない事案」という表現に基づいてのみなされる、刑罰枠の修正（Strafrahmenverschiebung）は刑法12条3項により考慮されないままであるので、つまり、刑罰枠の一般的決定が重要であるので、この点で「一般的考察方（龍法 '16）49-2, 396（614）

法」と呼ばれる。従って、包括すれば、刑法12条から明らかになるのは「一般的・抽象的考察方法」である。

[43] むろん、いわゆる明記されていない減軽または加重についてだけが、刑法12条3項で関連づけられていない。立法者が構成要件の要素という形式で定めるやいなや、減軽または加重が生じた場合に問題となっているのは、もはや刑法12条3項ではなく、刑法12条1項や2項により重罪ないし軽罪と整序される、独立の構成要件である。そのため、例えば、刑法226条1項における重大な傷害や刑法226条2項〔同条1項にある結果を意図的または事情を知りながら生じさせた場合の加重〕における特に重い傷害は、（軽罪である刑223条〔傷害罪〕とは異なり）重罪となる。

3. 基本犯、減軽類型、加重類型

——独立犯罪類型（*delictum sui generis*）

[44] 可罰的行為の実質的内容は、より重いものあるいはあまり重くないものとして表される要素が挙げられるという態様でも、記述され得る。その場合、基本となる犯罪行為（*Grundstraftat*）（基本犯（*Grunddelikt*））と比較して、減軽類型や加重類型と呼ばれる。

a) 基本犯、減軽類型、加重類型

[45] 刑罰法規のグループ分けのなかで、その要素がそれ以外の刑罰法規全てにおいて同様に含まれているところのものが、基本となる犯罪行為（いわゆる基本犯）を形成する。グループのある刑罰法規が付加的な無価値性を高める諸要素を含んでいるとき、引き上げられた法定刑と結びつけられる加重類型が存在している。加重類型は、結果「1」を伴う基本犯より結果「2」が生じるという態様でも発生し得る（いわゆる結果的加重犯である。これについての詳細は§8）。これに対して、諸要素が無価値性を減軽する性格を有するときには、その実現の際に引き下げられた法定刑が

規定される、減軽類型が存在している。例えば、身体の完全性に対する犯罪行為のなかでは、刑法223条（傷害罪）が基本犯である。危険な傷害罪（刑224条）、保護を委ねられた者に対する虐待罪（刑225条）は、しかしまた重い傷害罪（刑226条）や傷害致死罪（刑227条）も、加重類型を形成している。これに対して、身体の完全性に対する犯罪行為においては、減軽類型は存在しない。これと異なるのが、妊娠中絶罪〔218条〕における法状況である。ここでは、刑法218条1項1文が基本犯であり、他方で、妊婦が犯罪行為を実現した場合には刑法218条3項により減軽類型となる。

[46] 基本犯、加重類型、減軽類型という「構造」は、補充的な規定が当該構造の構成要素全てに関連づけられるという帰結に至る。刑法247条〔親族相盗例〕における告訴の必要性は、窃盗罪の全ての形態に妥当する。すなわち、刑法242条における基本犯にとつてだけでなく、刑法244条〔持凶器窃盗・集団窃盗・住居侵入窃盗の罪〕や244条a〔犯情の重い集団窃盗罪〕における加重類型にとつても、告訴の必要性が妥当するのである。とかく加重類型／減軽類型が特殊な一身的行為者関係の諸要素に基づく場合、これらの類型は、その諸要素が存在している人についてのみ、加重／減軽の効果が及ぶ（刑28条2項を参照。これについての詳細は、§10の欄外番号239以下）。

[47] 事例の検討においては、原理的に最初に、基本犯により可罰性を検証することが推奨される。これが認められ得る場合にはじめて、加重類型ないし減軽類型が検証される。このやり方は、余計な考察を回避することを可能にしている。

b) 独立に法律で記述された変形としての独立犯罪類型

[48] 法律で記述された加重ないし減軽類型のように、独立犯罪類型も「見かけ上の基本犯」の要素全てを含んでいる。けれども、同じ犯罪行為グループに属してはならず、むしろ独立の犯罪グループに属している。変
(龍法 '16) 49-2, 398 (616)

形の独立性は、例えば、それぞれ実現された無価値が、外界の変動が同一であるにもかかわらず比較することができない場合に、直接的に理解可能となる。このことが妥当するのは、例えば故意による所為の遂行と過失による所為の遂行の間の関係である。AがBを故意で死亡させたのか過失で死亡させたのかは、結果からは重要ではない。この点で、人的無価値の観点の下では、全く異なる事情が存在する。これによれば、故殺罪（刑212条）は刑法222条の過失致死罪の加重類型ではない。

[49] しかし、多くの場合、独立犯罪類型としての評価はそれほど明白に現れてくるわけではない。例えば、支配的見解は強盗罪（刑249条）を窃盗罪（刑242条）との関係で、親族に対する強盗において刑法247条（告訴の必要性）が適用されないことから、独立犯罪類型と位置づけている。収賄罪（刑332条）は利益收受罪（刑331条）に対して独立していると理解されるが、偽証罪（刑154条）は、宣誓せずに行う虚偽の陳述罪（刑153条）に対して独立犯罪類型であるとはされていない。

[50] 刑法211条の謀殺罪を故殺罪（刑212条）との関係で位置づけることは、ほとんど「信念の問題」になってしまった。判例が、連邦通常裁判所の決定（BGH 2 StR 296/51 BGHSt 1, 370）以来、謀殺罪は故殺の独立変形（独立犯罪類型）であることを承認している一方で、学説は刑法212条が基本犯であり、刑法211条は加重類型であるということを前是にしている。謀殺メルクマールにおいて特殊な一身的行為者關係的諸要素が問題となっている限りで、判例によれば、その諸要素は刑法28条1項の意味での可罰性を根拠づける要素に位置づけられている。これに対して、学説は、正当にもここでは刑法28条2項の意味での独立の加重類型を想定している。刑法28条1項ないし2項が示しているのは、複数人の関与〔広義の共犯〕の場合に独立犯罪類型として位置づけるのかそれとも加重類型として位置づけるのかは、法律効果の点で相当な違いが出てくる（これについての詳細は、§ 10 の欄外番号246以下）。

[51] 事例の検討にとってこの問題が意義を有するのは、独立犯罪類型だけが検討の対象であり、これを含んだその他の刑罰法規では独立に検討されない限りのことである。

[52] 例えば、強盗のかどで可罰性が問題となっている場合、刑法249条の枠内で、強盗罪だけに関連する諸要素（人に対する暴行、身体もしくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫）と並んで、不法領得の意思での他人の動産の奪取（窃盗罪のメルクマール）や暴行または害悪を加える旨の脅迫を用いること（強要罪のメルクマール）もまた検討される。不正確ではあるが、強盗の手段として強要が生じており、そこから強盗罪の刑罰法規も充たしているということについて確定するために、最初に窃盗罪と強要罪の検討を行うことになるう。

[53] 独立犯罪類型の構成要素が異なる時点で実現される場合には、事情は異なる。強盜的窃盗罪（刑252条）[事後強盜罪類似]においては、窃盗罪の正犯が犯行の際に現場で見つかり、盗品の占有を保持するために強盗の手段を用いたかどうかは、行為者が窃盗を先行する犯行として行っていたことが事前に確定される場合にはじめて、肯定されるのである。

4. 通常例

[54] 立法者が「特に重い」事案に関して、……の場合は「通常」特に重い事案であると説明する場合に、通常例（Regelbeispiele）が存在する。通常例の説示法の具体例は、窃盗の特に重い事案の規定である刑法243条である。

[55] 予定されている法律効果がそこでは強制的に発生する、明文にない特に重い事案ないし加重類型（上述の欄外番号42以下、45を見よ）とは異なり、通常例は徴表作用（*Indizwirkung*）だけを広げている。これは、具体的適用において、裁判官が通常例が存在する場合に、詳細な根拠づけを（龍法 '16）49-2, 400（618）

行うことなく特に重い事案を認めることができる、ということの意味する。けれども、典型的でない事案においては、裁判官は、一方では通常例が存在するにもかかわらずこの特に重い事案を否定することができ、他方では通常例が存在しないにもかかわらず特に重い事案を肯定することができる。後者の場合にのみ、裁判官は、何故規定から外れているのかを説得的に根拠づけなければならないのである。

[56] なかでも、この典型的でない事案は批判にさらされている。主要な異論は、典型的でない事案が内容的に定められておらず、立法者ではなく裁判官がケースバイケースでその条件を確定するが故に、その限りで可罰性が基本法103条の意味で「法律で定め」られていないという点にある。構成要件的不法と量刑についての憲法違反的混淆が行われていることになる。これに対して、支配的見解は、通常例を可罰性の条件ではなく、量刑を明確に規定したものともみなしている。もっとも、この点で、刑法46条[量刑の一般原則]に規定された一般的量刑基準は、典型的でない事案にとっても十分なものである。それに加えて、量刑はいずれにせよ裁判官の専門領域であって立法者のそれではないとされる。

[57] もちろん、この論証の形式的性格に気がつかなくてはならない。それというのも、あるメルクマールが構成要件該当性の加重的要素ないし減輕的要素として整序されるか、あるいは量刑に嵌めこまれるかは、小さなステップに過ぎないからである。そのため、立法者は、第六次刑法改正法において、住居侵入窃盗を刑法243条の旧規定における通常例の領域から取り除き、刑法244条1項3号に加重類型として挿入したのである。従って、実際は、量刑基準として位置づけることを理由とするだけでは、犯罪行為者から基本法103条2項の罪刑法定主義の保障が取りあげられることを説明することは困難である。従って、広まりつつある見解は、正当にも、行為者の責任の決定が疑わしい限りで、通常例のなかで挙げられたメルクマールに構成要件該当性の諸要素（「構成要件該当性の準要素（Quasi-Elemente）」）を認めることができる、ということの意味する。

ment)」)の性格を付与することを要求している。それにより、憲法適合的で、法律なければ刑罰なしの原理に方向づけられた制限的な通常例の解釈が必要となる。この見解は、通常例が存在しないにもかかわらず特に重い事案を非典型的に肯定することを排除する。刑事手続きに関しても、通常例を訴訟的に如何に構成要件の諸要素と評価するかについて熟考がなされている。

[58] 付言すれば、支配的見解も通常例のメルクマールを刑法の一般理論に鑑み、根本ではいずれにせよ構成要件の諸要素のように扱っている、ということが考慮されるべきであろう。例えば、通常例の基礎にある事情は、関与者がそれを認識している場合にのみ、帰属され得る。

[59] 支配的見解により通常例を量刑の徴表として理解する者は、事例の検討において、通常例を有責性と関連して量刑の段階で検討しなければならなくなる。これに対して、通常例が「構成要件該当性の準要素」として扱われるならば、構成要件該当性の枠内で語られなくてはならないだろう。しかし、加重類型や減輕類型においては、ここでも、「基本犯」の可罰性が肯定された後で、通常例が検討されることによって、この問題を回避することが推奨される。

[60] 通常例と並んで、法定の加重類型による可罰性もさらに問題となる場合、通常例の検討は、加重類型を通じて開かれた刑罰枠が通常例の刑罰枠を超えるときには、その意味を失う。ここでは、加重類型の検討と関連して、確かに通常例も存在するが、加重された刑罰枠が介入する結果もはや役割を失うという端的な論述が推奨される。

[61] 例えば、行為者が事務所に侵入して行う持凶器窃盗が議論になっている場合、まず刑法242条が検討され、それとの関連で刑法244条1項1号aが検討されることになる。その場合、それ自体で刑法243条1項1号における通常例も存在するが〔法定刑が3月以上10年以下の自由刑〕、刑法244条〔法定刑が6月以上10年以下の自由刑〕による可罰性に鑑みて刑法

243条により開かれた刑罰枠についてはもはや役割を失う、と端的に論述することになる。

[62] 通常例の存在する犯罪行為への関与は、関与者を通じての通常例の実現を前提としない。けれども、細分化されることになる。

[63] 特に危険な犯行遂行に通常例が結びつく場合、通常例の効果は、通常例の実現を認識している全ての関与者に及ぶ。これに対して、例えば職業的な犯行遂行（例えば、刑243条1項2文3号〔(犯情の) 特に重い窃盗の事案の通常例として挙げられている業としての窃盗〕を参照）のような、一身専属的加重事由は、関与者においては、刑法28条2項に類似して、それ自体で存在しなければならない。通常例の実現の未遂や通常例に関わる錯誤の問題は、後に（§9の欄外番号96以下並びに§13の欄外番号121で）考察される。

Ⅲ. 法律で記述された無価値の違法な実現としての可罰的行為

[64] 可罰的となるためには、法律で記述された無価値の実現が違法でなければならない。このことは、この無価値の実現が法秩序全体と矛盾する場合に問題となる。行為者の行為が法律で記述された無価値の実現に対応することは、しかし、法秩序全体とそれが矛盾するかに関してはまだ何も述べていない。それというのも、法律で記述された無価値が実現されているにもかかわらず、行為が適法である（正当化事由、詳細は§5）状況が存在するからである。これが妥当するのは、例えば正当防衛の事案である（刑32条、詳細は§5の欄外番号122以下）。ここでは、行為者は、第三者による違法な攻撃にさらされており、攻撃がそれ以外の方法では防衛され得ない場合、事情によっては第三者を殺害しても良い。それ故、無価値の実現が法秩序全体と矛盾すること（違法性）は、正当化事由が介入しない場合にはじめて確定され得るのである。

IV. 法律で記述された違法な無価値の有責的な実現としての可罰的行為

[65] 刑罰論の枠内では（上記 § 1 の欄外番号168以下を参照）、刑罰がその目的を達成し得るのは、行為者をその行為につき非難できる場合だけであるということが存在していた。従って、可罰的行為は、法定の無価値の違法な実現を超えてさらに、行為者が有責的に行為した（詳細は § 6 の欄外番号 3 以下における有責性についてを参照）ことを前提としている。

[中村悠人 訳]