

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年) (11)

(Walter Gropf, 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—社会的相当性 (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、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理 (以上、49巻4号)

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

A. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値） (以上、50巻1号)

B. 構成要件該当性の主観的要素（人的無価値） (以上、50巻3号)

§5 違法性と正当化事由

A. 構成要件該当性、違法性、正当化

B. 個別の正当化

I. 承諾の表明 (以上、50巻4号)

II. 正当防衛（刑32条）とその他の防御権（民229条、同859条1項及び2項）
(以上、50巻1号)

III. 正当化緊急避難（刑34条、民228、904条）

IV. 正当化される義務の衝突

V. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務権限と強制権限による正当化

VI. 軍事上の命令と職務上の命令（指示）

VII. 教育権

VII. 許された危険

IX. 社会的相当性は正当化事由となるか？

X. 各正当化事情の競合

C. 復習のために (以上、51巻3号)

§ 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 (以上、51巻4号)

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§ 8 特別な行為結果による加重（結果的加重犯） (以上、本号)

§ 9 未遂と中止行為（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（Gesetzeinheit）—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

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§ 8 特別な行為結果による加重（結果的加重犯）

A. 構造

B. 刑罰枠拡張の正当性

C. 基本犯と加重結果との間の特殊な危険連関

D. 加重結果の「少なくとも過失での」惹起

E. 複数人の関与

F. 特別な結果により加重される犯罪行為にのっての構成図式——227条を例に

G. 復習のために

文献

第3部 可罰的行為のさらなる現象形態

〔1〕 これまで行ってきた可罰的行為の体系と構造についての考察はすべ

て、行為者が法律で記述された外界の変動を故意で惹起する犯罪行為の形態に結びつけられていた（故意作為犯の既遂）。

〔2〕 事例 8.1

AはBを殺害することを企図してBに向けて拳銃を発射した。Bは銃撃により死亡した。

〔3〕 AはBを故意で殺害、すなわち、外界の変動としてのBの死を惹起した。この変動は、刑法212条〔故殺罪。以下、〔 〕は訳者注〕の構成要件に該当する諸要素を生じさせてもおり、従って犯行が既遂に至っている。Aは作為により外界の変動を惹起したため、作為による犯罪行為（作為犯）と呼ばれる。

〔4〕 もっとも、可罰的行為は、まったく異なる現象でも生じ得る。例えば、行為者が外界の変動を作為によって惹起するのではなく、むしろ、行為者が構成要件該当の変動の阻止をしなないということも、あり得るのである。さらに、この変動が認識されかつ意図的ではなく、むしろ不注意、つまり過失によってのみ惹起されるということも生じ得る。構成要件に該当する諸要素の実現に可罰的態度が存在するのでは全くなく、むしろ、構成要件該当的行為への援助を提供するないしその行為へと唆すことに可罰的態度が存在することもあり得る。この場合、可罰的行為は狭義の共犯の形式である。最後に、ある犯罪行為においては、構成要件に該当する外界の変動が抜け落ち得る。それというのも、未遂のかどでの可罰性が問われるからである。

〔5〕 上述の事態はすべて、「可罰的行為の現象形態」という特徴の下で把握される。

〔6〕 全ての可罰的行為の現象形態は、構成要件該当性、違法性、責任という三段階体系に従う。けれども、より緻密に考察すれば、この検証段階

における特殊性が認識され得るのであって、我々は今からそれを検討していきたい。

〔7〕 まず、「理論上難解だが実務上重要な結果犯の特別なグループ」、つまり特別な行為結果によって加重される可罰的行為（いわゆる「結果的加重犯」）の現象形態における可罰的行為の条件が考察されることになる。

§8 特別な行為結果による加重（結果的加重犯）

〔6〕 リーディングケース8

〔原典自体が欄外番号6から始まっており、参照の際の整合性を図るためそのままにしている。〕

やぐらの足場事件（BGH 2 StR 226/82 BGHSt 31, 96 ff.）被告人Aは、1980年11月13日に〔市営病院〕Wの傍の森でやぐらの足場を倒したが、そのやぐらには、その叔父で後に死亡するDが狩猟をするために座っていた。足場の座部と森の地面との距離は約3.5mであった。Dは落下し、それによって右の踝を骨折した。「この損傷は市営病院Wで治療され、金属製のネジと金属製の留め具で固定された。1980年12月2日にDは病院から退院した。その際にも、それ以前にも、Dにとって血を液化させる手段は存在しなかったし、自宅で安静にすべきとの指示も与えられなかった。後治療も行われなかった。被害者はほぼもっぱら自宅で寝たきりの状態であった。1980年12月19日にDは急性の呼吸困難に陥り、市営病院Wに搬送されたが、Dはついその翌日には死亡した。死亡原因は——検死が明らかにしたように——肺動脈塞栓症および左右の肺の下葉に起こった肺炎の両方が作用した結果生じた、心臓の血液循環不全であった。塞栓症と肺炎は、傷害が原因でより長い期間病床にあったことに基づいていた。このことから、死者には、心臓及び血液循環システムについての老齢に由来する消耗が認

められた。」

Aは刑法227条により傷害致死罪のかどで可罰的な行為を行ったのか。

A. 構造

〔7〕 特別な行為結果によって加重される可罰的行為（結果的加重可罰的行為）は基本犯と加重結果（外界における変動）から成り立っている。例えば、刑法227条における基本犯は、刑法223条ないし226条〔傷害罪、危険な傷害、保護を委ねられた者に対する虐待、犯情の重い傷害〕による身体傷害である。加重された外界の変動は、被害者の死にあり、少なくとも刑法18条によって過失により惹起されているのでなければならない。そこから、特別な行為結果により加重される可罰的行為においては、まず故意と過失の結合が問題となっており、それを立法者は刑法11条2項において故意犯に位置づけ、そこから原理的に故意犯のルールで扱われている。したがって、特別な結果によって加重された犯罪の未遂も承認されている（詳細は第9章欄外番号90以下）。通常は——刑法227条におけるように——既に構成要件該当的な「外界の変動」の実現は基本犯にとってそれ自体でみられるように一つの犯罪（刑法223条ないし226条）であって、過失の部分は刑罰加重的に作用する（いわゆる非本来的な故意と過失の結合）。しかし、過失の部分が故意の構成要素に鑑みて刑罰を基礎づける形で作用する（いわゆる本来的な故意と過失の結合）こともあり得る。例えば、著しい交通違反をし、無謀に優先交通権を無視することは、それによって少なくとも過失で他人の身体もしくは生命または重要な価値を有する他人の財物が危険にさらされている場合にはじめて可罰的である（刑法315条c第1項2号a〔道路交通の危殆化罪での優先通行権の不尊重〕、同3項1号〔第1項の場合で過失により危険を生じさせたとき〕）。

B. 刑罰枠拡張の正当性

〔8〕 故意で実現された基本犯と過失で惹起された結果の所為単一的（第14章欄外番号46以下）遂行との比較では、特別な結果により加重される犯罪行為の方が相当に重く処罰される。例えば、死亡結果を伴う傷害（刑法227条）が予定しているのは、

〔9〕 事例 8.2（ヴァージョン a）

AはBの腹部を傷害の故意で銃撃したが、銃創によりBは死亡した。

〔10〕 3年以上15年以下の自由刑という刑罰枠である。これに対して、それ以外の態様で傷害（例えば刑法224条1項2号）と過失致死（222条）が一つの行為で実現される場合、

〔11〕 事例 8.2（ヴァージョン b）

ヴァージョン a の場合で、弾がBの身体を貫通し、Bの後ろに隠れていたCを侵害して死亡させた。

〔12〕 刑罰枠は、刑法52条2項1文〔同一の行為が数個の刑罰法規に違反した場合に最も重い刑により処断する〕により同224条から取り出されることになる。それ故、刑罰枠は6年以上10年以下となる。法政策上、刑罰枠のこのような引き上げは、平等原理の観点の下で正当にも批判が投げかけられている。この批判には、所為の当罰性につき程度が高められているということを示唆する事情を的確に述べることで対応されている。立法論としては、一貫して、少なくとも重い結果の軽率な惹起を要求することが考えられている。既に現在では、加重結果においてまさに故意の基本犯に備わっている特殊で、特に容易に想起される危険が実現され、行為者がそれに応じたりリスクを認識し得るものであったというところにまで制限をす

ることが追及されている。

C. 基本犯と加重結果との間の特殊な危険連関

〔13〕 1871年ライヒ刑法典では、特別な結果により加重される可罰的行為の刑の引き上げは、特別な結果の惹起にのみ結び付けられていた。けれども、このことは、例えば重い結果が故意行為の特殊な危険性に因るのではなく、むしろ結果が偶然で一度も予見可能ではないという事情であった場合、例えばいわゆる顔面殴打事例（前述第4章リーディングケース4）のような場合に、過度に重い刑罰に至る。これへの対策のために、刑法18条（旧56条）は1953年8月4日の第3次刑法一部改正法により、高められた刑は、行為者がその結果を少なくとも過失で惹起した場合にのみ行為者に科されるというものと改正された。

〔14〕 今日では学説は、少なくとも、特別な結果により加重される可罰的行為の適用領域は刑法18条以外には可能な限り限定されたままであるべきという点で一致している。しかしながら、可罰性を限界づけている、不法や責任を高める諸事情が個別に存在すべきかという問いに関しては、一致を得ていない。

〔15〕 学説の一部は、刑法18条の「行為の重い結果」の文言を、基本犯の外界の変動（「結果」）が加重結果（特別な結果）にとっての基礎を形成しなければならないというように解釈している（いわゆる致命傷テーゼ）。それによれば、被害者の死は侵害の致死性に基づかなければならない。

〔16〕 また別の学説は、このようなアプローチを狭すぎるとして、基本犯全体（*gesamte Grundstraf Tat*）の実現の特殊な危険性に結びつける。その際、基本犯実現の特殊な危険性と加重結果（特別な結果）との間の連関もまた、そして既に、責任を構成する要素になっている。判例も、さしあたりむしろ不明確な形で期待可能性と予見可能性を基本犯の実現と特別な結果の間を結合するものとして要求しているが、今や根拠が疑わしく、一部

で激しく批判されている帰結を、つまり、加重結果においてまさに基本犯の特殊な危険性を形成する危険が実現されているということを要求している。

〔17〕 リーディングケース 8 について

リーディングケース 8 は、判例がその際に基本犯の一般的危険性に焦点を当てているということを示している。すなわち、事実審としての地方裁判所が D の死は専らないし少なくとも圧倒的に加えられた傷害に固有の危険に起因することに疑問を呈した一方で、連邦通常裁判所はこの連関を受容している。それというのも、基本犯のなかでの「傷害」概念は、傷害結果に至った行為者の行為をも包括しているとされるからである。事実的事象の経過が身体傷害や死亡結果を相互に結びつけて存在しており、例えば不幸な偶然の異常な連鎖におけるようにあらゆる生活上の蓋然性の外に存在しているのではない場合には、被害者の死において、既に傷害行為に備わっている危険が実現したといい得るであろう。このことは、そのような危険がまず発生した侵害結果それ自体にはまだ表れていなかった場合にも妥当する。このリーディングケースでは、被告人は、自身がその叔父を傷害するためにやぐらの足場を倒したことによって、被害所にとって死の出発点となるリスクをはらんだ行為を行っているという事情がある。被害者の生命にとっての危険が死への出発点において表れていたことになる。まず惹起された侵害（踝の骨折）がそれ自体で生命を脅かすものとして現れてきたわけではないということは、このことを何らも変更しない。被害者の死は、あらゆる生活上の蓋然性の外に存在しているのではない事象経過に基づいて発生している。踝関節の骨折が被害者の病床に伏す状態をより長期にさせているということは、異常なものではない。それ故に、地方裁判所は、被告人が傷害行為それ自体の実行において、

つまり傷害結果の発生の前に、自身の行為が被害者の死へと進んでいくものとなることを予見していたかどうか、あるいは少なくとも予見し得たかどうかを検証しなければならなかった。

〔18〕 従って、連邦通常裁判所は、再び審理を行うよう地方裁判所に事件を差戻した。

〔19〕 この判決は、正当にも、落下の一般的危険ではなく医者の不適切な行動が被害者を死に至らしめたという点に鑑み、批判にさらされている。それというのも、既に基本犯の危険性に着眼しようとするならば、行為の特別な結果においても現実化している具体的な危険性が存在しなければならないはずだからである。しかし、落下の特別な危険性は、被害者の死に現れてはいない。これが意味するのは、刑法18条の前提条件以外に特別な結果により加重される刑罰法規から可罰性を導くことは、基本犯の行為者にとって特別な外界の変動が行為者の仕業として客観的に帰属可能でもある場合にのみ可能である、ということである。

〔20〕 もっとも、重い結果における——その行為にせよそこから生じる外界の変動にせよ——基本犯の特殊な危険の現実化の考慮は、いくつかの事例群でのみ行われているに過ぎず、十分な明確性をもって体系が認識され得るわけではない。従って、行為の特別な結果により加重される犯罪行為の帰属の条件への完結した答えを公式化することは、ほとんど不可能であろう。

〔21〕 例えば、BGH 3 StR 66/98 NJW 1998, 3361によれば、死亡結果を伴う強盗の惹起（刑法251条〔死亡結果を伴う強盗〕、22条〔未遂に関する規定〕）は、被害者の死を惹起する行為がなるほどはや奪取との目的的な結びつきには存在しないが、強盗の未遂にとって固有の特別な危険性が死亡結果に現実化しているほどに、強盗の事象と密接に結びついている場合にも、存在していることになる。

〔22〕 上述の判決は、基本犯が未遂にとどまる場合にも特別な結果により加重される可罰的行為の可能性が承認されている（特別な結果により加重される（「結果的加重」）未遂）ことから、認められている。この、そして更なる、特別な結果により加重される可罰的行為における未遂の位置づけは、中止の問題も含めて、未遂についての考察の対象である（第9章欄外番号90以下及び155以下）。

D. 加重結果の「少なくとも過失での」惹起

〔23〕 基本犯との加重結果の連関に関して、不法を高める諸事情、特に危険の高まりないし注意義務違反（詳細は第12章欄外番号28以下、121以下）が故意の基本犯の遂行に通常既に存在しているということが考慮されることになる。それに応じて、特別な結果により加重される犯罪行為においては、検討が特別な結果の予見可能性にたいい関連づけられる。さらに、一部では、正当にも、責任原理に鑑みて行為者には基本犯に内在する特別な危険に関して故意が、また加重的外界の変動（第2結果）との連関に関して具体的予見可能性が存在しなければならない、ということが要求される。

〔24〕 加重結果に関して、刑法18条は、行為者に少なくとも過失が負責されなければならないと規定している。刑法18条は、1953年8月4日の法律（連邦官報 I 735頁）により挿入された旧56条に遡る。それまで実務は、条件関係の意味での、行為と加重的外界の変動との間の単なる因果関係で十分としていたが、旧56条は刑法上の答責性の制限への学説の要求を満たしていた。

〔25〕 法律が特別な行為結果の軽率な惹起を前提とする点で——立法者はこれを用いることが増えている——、特別な結果に関連する危険の高さないし注意義務違反が強められたことが要求されることになる。

〔26〕 行為者による加重結果の故意の惹起でも、刑法18条が「少なくとも（龍法 '19）52-2, 220 (618)

も」過失を要求しているが故に、特別な結果により加重される犯罪行為の条件を充たしている。

E. 複数人の関与

〔27〕 複数人が基本犯の実現に関与している場合、18条の文言によれば、特別な結果により加重される犯罪行為の刑の引き上げは、重い結果に関して少なくとも過失で行為を為した者だけに当てはまる。例えば、正犯者にとっては被害者の死が予見可能であったが、教唆者には予見不可能であったならば、正犯者は刑法227条により可罰的であり、それに対して教唆者は刑法223条、26条により可罰的である。それと反対の事例であったならば、正犯者は刑法223条により、教唆者は刑法227条、26条により可罰的である。従って、関与形式は基本犯への協働に従い、重い結果にとっての関与者の責任は専らその者の過失により行われる。

F. 特別な結果により加重される犯罪行為にとっての構成図式—— 227条を例に〔原典ではE. であるが訂正している。〕

〔28〕 I. 構成要件該当性

1. 基本犯、刑法223条ないし226条

—— 客観的要素（事態無価値）

—— 行為

—— 外界の変動（結果）等々

—— 因果関係

—— 基本犯実現のあるいはそれにより惹起された外界の変動の（争いあり）加重結果についての特殊な危険性

—— 主観的要素（人的無価値）

—— 全ての（争いあり）客観的要素に関する故意

2. 特別な結果

- 客観的要素（事態無価値）
 - 加重的外界の変動の発生（刑法227条では死）
 - 因果関係と客観的帰属
 - 基本犯から特殊な危険性が（個別に一この点は争いあり）重い結果に実現したこと
- 主観的要素（人的無価値）
 - 重い結果に関して少なくとも過失があること（刑法18条）

Ⅱ. 違法性

Ⅲ. 有責性

- 責任能力
- 故意責任→基本犯
- 故意責任／過失責任→特別な結果
- 責任阻却事由の不存在
- 違法性の意識

G. 復習のために〔原典ではF. であるが訂正している。〕

確認問題

1. 特別な結果により加重される犯罪行為は、何から構成されているのか。（欄外番号7以下）
2. 特別な結果により加重される犯罪行為が、故意により実現される基本犯と過失により惹起される結果の所為単一的遂行と比較して、極めて重く処罰されるということは、どのように正当化が試みられてきているのか？（欄外番号8以下）
3. いわゆる致命傷テーゼとは何か？（欄外番号15以下）
4. 行為者による加重結果の故意の惹起も特別な結果により加重され

る犯罪行為の条件を充たしているのか？（欄外番号26）

5. 特別な結果は基本犯とどのようにして結び付けられていなければならないのか？（欄外番号23以下）

〔中村 悠人〕

文献

- Duttge* Zum Begriff des erfolgsqualifizierten Delikts, FS für Herzberg 2008, S. 309 ff.
- Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT), 5. Aufl. 1996
- Köhler, Chr.* Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt am Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB), 2000
- Kudlich* Die Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt, JA 2000, 511 ff.
- Kühl* Das erfolgsqualifizierte Delikt (Teil I) : Das vollendete erfolgsqualifizierte Delikt, Jura 2002, 810 ff.
- Küpper* Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982
- Küpper* Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 111(1999), 785 ff.
- NK-StGB-Bearbeiter = *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Gesamtredaktion), Nomos-Kommentar zum StGB, 4. Aufl, 2013
- Otto* Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre (GK-AT), 6. Aufl., 2000
- Paeffgen* Die erfolgsqualifizierten Delikte – eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe? JZ 1989, 220 ff.
- Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986
- Roxin* Strafrecht, Allgemeiner Teil Band 1 (AT 1), 4. Aufl. 2006
- Schroeder, F.-Chr.* Verborgene Probleme der erfolgsqualifizierten Delikte, FS für Lüderssen 2002, S. 599 ff.
- SK-Bearbeiter = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Grundwerk mit 136. Ergänzungslieferung, von *Rudolphi, Horn, Samson* (Stand: Oktober 2012)
- Sowada* Das sog. „Unmittelbarkeits“-Erfordernis als zentrales Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, Jura 1994, 643 ff.

翻 訳

Wessels/Beulke/Satzger Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 43. Aufl. 2013

Wolter Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, 168 ff.