

《研究ノート》

観念的競合の明示機能について

——不真正結果的加重犯の競合問題を素材として——

只 木 誠

序

第一章 ドイツにおける観念的競合の明示機能について

- 一 連邦通常裁判所大刑事部1992年10月20日決定
- 二 従来の学説・判例
- 三 本決定の意義とわが国の罪数論への示唆

第二章 わが国における明示機能の射程

- 一 観念的競合と二重評価および明示機能
- 二 具体的事例の検討

結

序

強盗犯人が殺意をもって人を殺害した場合の擬律について、判例・通説は、刑法240条後段の強盗致死罪一罪を適用すれば足りるとする。その一方で、被害者を殺害する目的で強姦し、死の結果を生ぜしめた場合には、181条の強姦致死罪と199条の殺人罪との観念的競合と解するのが有力であり、この見解も、傷害の故意の場合には、181条のみを適用すべきとしている。さらに、126条3項の車船顛覆致死罪についても、殺人の故意があった場合については、車船顛覆致死罪のみの成立を認め、殺人が未遂にとどまったときは車船顛覆罪と殺人未遂罪との観念的競合になるとする見解と、車船顛覆致死罪と殺人罪との観念的競合とする見解と、車船顛覆罪と殺人罪または殺人未遂罪との観念的競合を認める見解に分かれる。たしかに、強盗の場合には、殺して物をとるという形

態が十分に予想され、また、240条後段および126条3項はその法定刑が死刑または無期懲役ときわめて重いという点で181条の場合とは事情を異にしており、同一に論じえない。さらに、240条後段と126条3項では、後者に未遂規定がない点で、両者の解釈にあたっては別個の考慮を必要とするともいえよう。ただ、これらの罪について故意ある結果的加重犯を認め¹⁾、重い結果につき故意で行為した事例を統一的に解釈しようとする試みは無意味ではなく、そのためには新たなアプローチが必要となってくる。

また、219条の遺棄致死傷罪についていえば、有力説によれば、傷害の故意がある場合には傷害罪、傷害の故意がなければ遺棄致死傷罪として傷害の罪に比して重きにしながら処断されることになる。このような処理は必ずしも法感情に沿うものではないとすれば、どのような解決策が提示しうるかも問われるところである。

ところで、結果的加重犯の競合問題を論ずるにあたって、解釈の結論を左右する要素の一つは、二重評価の問題である。わが国においては二重評価は可能ながざり回避すべきであるとする見解が有力であり²⁾、この考えが少なからず競合理論に影響を及ぼしていることはたしかである。ただ、二重評価の禁止といっても、いかなる要素をどの範囲において二重に評価してはならないのかについてはいまだ十分に明らかにされてはおらず、また、わが国においても、一定の範囲内では行為ないし結果の二重評価がなされているのが現状である³⁾。

- 1) 結果的加重犯に重い結果につき故意ある場合も含めるかについては、争いがある。わが現行法においても、傷害罪のように、重い結果につき故意がある場合にも当該犯罪が成立する犯罪類型が認められている。この点については、丸山雅夫『結果的加重犯論』255頁参照。また、結果的加重犯と責任主義、結果的加重犯の法定刑および不法内容については、丸山(雅)・前掲書参照。
- 2) 平野博士(平野龍一「結果的加重犯について」『犯罪論の諸問題(上)』112頁)は、結果的加重犯として可罰的評価を受けた上に、故意犯としての可罰的評価を受けるという二重の可罰的評価を受けるということになるので、二重評価は回避すべきであるとの基本的立場に立ち、強盗致死傷、強姦致死傷、列車顛覆(破壊)致死と死という重い結果についての故意犯との観念的競合は認めるべきでなく、また、そのように解しても實際上刑の不均衡はないという。
- 3) 虫明教授(虫明満『包括一罪の研究』62頁)は、同一基本構成要件に対する二つの加重構成要件が競合する、たとえば強盗致死罪と尊属傷害致死罪とが競合した場合、主体が強盗であるという点は強盗致死罪でしか評価できず、客体が尊属である

この点も今後検討されるべき課題となっているのである。

このような問題意識をもった場合、最近のドイツの議論はこれらの問題について一つの意義のある素材を提供するものである。ドイツにおいては、観念的競合の明示機能を活かして、すなわち、重い結果について故意犯の場合をも含むところのいわゆる不真正結果的加重犯について、重い結果が故意に惹起された場合にこの事情を明示するために、結果的加重犯と重い結果についての故意犯との観念的競合を認めるべきであるという主張が有力となりつつあった。そのようななかで、1992年の連邦通常裁判所大刑事部決定は、強盗致死罪は重い結果について故意のある場合をも含むか、含むとした場合故意犯である殺人罪との観念的競合は認められるかにつき各刑事部に争いのあったところ、いずれもこれを肯定して判例上この問題に決着をつけたが、そこでは明示機能についても言及されているのである。

そこで、本稿は、この判例を紹介するとともに、不真正結果的加重犯論を素材に上述のいくつかの問題について考察を加えようとするものである。ただ、本稿は、いわゆる不真正結果的加重犯の競合問題を論じることそれ自体を目的とするものではない。すでに別稿においては、罪数論と量刑論、観念的競合規定と量刑論の関係に触れてきたが⁴⁾、本稿は、そこで論じることができなかった点、とりわけ観念的競合規定と二重評価および観念的競合の明示機能について若干の紹介・検討をなそうとするものであり、そのためにいわゆる不真正結果的加重犯の問題を取り上げることにしたものである。

以下においては、1992年判例とその意義を紹介し、明示機能とはなにかを概観し、あわせてこの問題についてのドイツの議論はどのようにわが刑法の解釈に参照されうるかに検討を加えて、試論を提示してみたい。

という点は、尊属傷害致死罪でしか評価しえないことから、両者による評価は二重評価になるわけではなく、したがって観念的競合を認めるべきでなしとし、この点を法条競合と区別するメルクマルとする。なお、結論において同旨であるのは、山火正則「法条競合の諸問題(1)」神奈川法学7巻1号35頁、村崎精一「刑法における法条競合論」金沢大学法文学部論集法学篇14 50頁。

4) 拙稿「観念的競合の一罪性とその根拠」法学新報95巻5=6号163頁、同「混合的包括一罪論の前提」本誌37号99頁。

第一章 ドイツにおける観念的競合の明示機能について

一 連邦通常裁判所大刑事部1992年10月20日決定⁵⁾

1 事実の概要

事実の概要は、大要以下の通りである。被告人ら（少年）は、タクシーを降りるに際して、運転手（女性）から財布を強取しようと考え、傷害の故意で彼女の首を締めた。彼女は抵抗したところ、被告人らは、ナイフで彼女を殺害しその現金を奪取したというものである。LG (München II) は、被告人らにつき、謀殺罪ならびにそれと所為単一（観念的競合）の関係にある強盗致死罪、自動車運転者に対する強盗的な攻撃罪、危険な傷害罪の廉で、9年と8年の少年刑 (Jugendstrafe) の有罪判決を言い渡し、量刑にあたって、謀殺罪のほかにも三個の犯罪構成要件が充足されていることが加重的に考慮された。

連邦通常裁判所第1刑事部⁶⁾は、以下に示すような理由で、前記原審判決を支持したが、原判決の示した刑法251条（強盗致死罪）と211条（謀殺罪）との所為単一が認められるかについては、BGH の各刑事部において判断が分かれており、第2、第3および第4刑事部は消極に、第5刑事部は積極に解しており、さらに本件第1刑事部決定以後も第4刑事部だけはその見解を維持していたので、第1刑事部は大刑事部に「謀殺罪と傷害致死罪とは、それらが同一の被害者にかかるときでも、互いに所為単一の関係に立ちうるか」という法律問題の判断を仰いだ。

第1刑事部が、第5刑事部(BGHSt 35 257〔258〕)の見解に与し、強盗致死罪と謀殺罪とは観念的競合となりうるとするその根拠は、第一に、18条(結果的加重犯規定—行為の特別な結果に対する比較的重い罪—旧56条)が、原則として行為者が重い結果に関して「少なくとも過失」があるときにかぎり発生した重い

5) 拙稿・比較法雑誌26巻3号63頁、27巻3号43頁参照。

6) BGH, Beschl. v. 21.1.1992-1 StR 593/91. NStZ 1992 230; 1992 490 = NJW 1992 2903。

結果について責めを負うと規定しているが、故意もその場合に含まれること、また、15条（故意行為と過失行為）から、法律が過失行為を処罰していさえすれば故意行為も可罰的であるということが、251条の解釈・適用にあたっても考慮されるべきであること、そして、このような帰結は、重い結果として死を規定している他の結果的加重犯規定に照らしても裏付けられること、そして、強盗致死罪と謀殺罪との観念的競合を認めない従来判例の結論は、刑の権衡を失っており、刑法典の評価基準という点からして妥当でないことである。

2 連邦通常裁判所大刑事部決定⁷⁾

さて、このような推移の結果、連邦通常裁判所大刑事部は、大要次のように判断して、第1刑事部の判断を支持し、第4刑事部の判断(BGHSt 26 175)を退け、結論として、(1)251条は、故意による殺害の場合も含む、(2)251条は、211条と所為単一の関係に立ちうる。しかし、死の結果のかかる惹起は、被告人に責を負わせるにつき二重に評価されてはならない、とした。

(1) 251条は、故意による結果の惹起を含むか

(イ) 体系的解釈

ドイツ刑法251条の文言によれば、右構成要件は、被害者の死が軽率に惹き起こされた場合に充足されるとしており、これ以外の責任形式は掲げられていない。このことは、右構成要件は故意によっても行われうるということに反する(vgl. Rudolphi, JR 1976 74, Anm. zu BGHSt 26 175 und JZ 1988 880, Anm. zu BGHSt 35 257; Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 101)。しかし、他方、刑法典の各則の規定は総則の規定と無関係には適用されえない。この点で総則は、251条もそのひとつである結果的加重犯につき、18条に規定をおいているが、それによれば行為の特別な結果を理由とする重い刑は、この結果に関して行為者に「少なくとも過

7) BGH, Beschl. v. 20.10.1992-1 GSSt 1/92 (LG München II) (Ergangen auf Vorlagebeschl. des 1. Strafsenats des BGH). NSStZ 1993 338 = NJW 1993 1662.

失」の責めを負わせるときにかぎり科せられうるのである。それには原則上故意も含まれることを連邦通常裁判所は判示した (BGHSt 9 135[136];BGHSt 19 101[106]. 18条の新規定によって旧56条―「少なくとも過失」―については、何も変更されていない)。ただ、18条はすべての結果的加重犯の構成要件に適用されうるか、251条について適用は可能かが争われたのである。かくして、とりわけ第4刑事部(BGHSt 26 175)は、251条は18条の特別規定であることから、251条の新規定によれば強盗致死罪の構成要件は人の死が軽率に惹き起こされたときにかぎり充足されるということを導いたのである(vgl. § 316a I StGB;ebenso Rudolphi,JR 1976 74)。しかし、刑法各則中に特別の規定がある場合には、18条の規定はすべて適用不可能であるというようなこの見解には従えない。むしろ総則は共通規定であって、類に依じてすべての種類の犯罪行為にあてはまるところの、行為の要件および行為の効果(Tatfolge)についての一般的な原則を含んでいる (Eser,in:Schönke-Schröder,StGB,24.Aufl.,Vorb.§ 1 Rdnr.7)。それゆえ、18条ははじめから排除されるべきではない (Montenbruck,Strafrahen und Strafzumessung,1983,S.204)。

251条にいうところの軽率さは、18条における責任形式との段階関係 (Stufenverhältnis) にある (Jänke,in:LK-10.Aufl., § 212 Rdn.41)。18条の基本的要請 (「少なくとも過失 (が存すること)」) が、「軽率さ」を要求する規定によって、ただ「重」過失の段階へ引き上げられたにすぎないのである。すべての過失がより重い法定刑 (刑罰威嚇) を正当化するものではないとしても、故意はこのことによってはじめから排除されているのではないのである (BGHSt 35 257 [258])。251条にいうところの「軽率さ」は、異なった責任形式であるからといって、故意を排除してはならない。というのも故意の証明が不可能な場合、過失の概念が受け皿としての機能を有するからである (vgl.Laubenthal, JR 1988 334)。それにくわえ、18条によれば、故意・過失という責任形式が段階関係にあることが前提とされている (Jänke,in:LK, § 212 Rdn.41)。最後に、18条を251条に適用することは許されない類推である (so Rengier,a.a.O., S.113) との異議も、決定的ではない。というのも、総則規定を各則規定に適用することは原則上刑法典の体系にかなっているからである (Paeffgen,in:AK-

StGB, § 18 Rdn.86)。

(ロ) 歴史的解釈

体系的解釈に関しては、18条の成立史を理由とする疑念が生じうるかもしれないが、これも根拠はない。たしかに、1962年の刑法改正草案によれば (E 1962 BT-Dr IV/650), 18条の要件としては、「過失」があることであった (vgl.auch die Begr.BT-Dr IV/650,SS.136 362) し、連邦司法省の見解も同様であった (Niederschriften,5.Wahlper.,S.1633)。しかし、各則全体が改正されたわけではなく、239条や224条のように重い結果が故意に行われうる構成要件も依然として規定されていたので、その後の審議において (89.Sitzung vom 30.11.1967,143.Sitzung vom 21.3.1969,Niederschriften,5.Wahlper.,S.1777 und 3159), 18条に「少なくとも」という文言が挿入されたのであった。また、239条 a 2項 (恐喝的な人身奪取にあつての軽率になされた死の惹起) の無期自由刑については、特別委員会議録によれば、軽率なおよび故意による殺害の事例に限られるとの説明がなされ (vom 14.10.1971-BT-Dr VI/2722,S.3), さらには、新規定である126条 (1項5号 (公の平穩を害するに適した方法で強盗若くは強盜的恐喝をもって脅迫する罪) および6号 (一定の犯罪における公共に危険な重罪等をもって脅迫する罪)) が、(とりわけ) 251条および316条 c (航空交通に対する攻撃) の犯罪をもってする脅迫は可罰的であると定めており、これは、立法者が、(単に) 軽率に結果を発生させることをもってする脅迫を念頭においたということとはありえないのであって (vgl.auch Dreher-Tröndle,StGB,45.Aufl., § 126 Rdn.5;v.Bubnoff,in:LK,10.Aufl., § 126 Rdn.4), ここには、251条は故意による殺害をも含んでいるということから出発していることが示されている。

くわえて、当初251条は、刑罰として10年以上の自由刑を定めている。このような法定刑は、責任の観点からいえば、単に軽率さからの惹起ということとのみ一致するよう思われる。これに対して、現行251条は無期自由刑をも法定している。とすると、結果的加重犯に対する制裁としての無期自由刑 (vgl.B VerfGE 45 187 [254]) を科すには、死を惹き起こしたことに単なる軽率さが

あることでは足りないことを意味する (vgl. Lorenzen, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981, S.107; Paeffgen, JZ 1989 221[223])。このような発生史における齟齬は、結局のところ、歴史的立法者の意思のみからは、この規定を解釈するについての確実な結論を導くことはできないということを明らかにするものである。

(ハ) 刑の権衡論

以上の諸点にくわえ、従来の判例に対する決定的疑念は、それに依拠すると主張しえないような評価矛盾に陥ってしまう (vgl. Herdegen, in: LK, 10. Aufl., § 251 Rdn.14) ことから生じる。

軽率に被害者の死を惹き起こした強盗の刑は下限10年の自由刑と上限無期の自由刑であり、他方、この強盗が殺人に関して(条件付きであれ)故意に行爲し、謀殺の要件にあたらない場合には、212条(故殺罪)、249条(単純強盗罪)または250条(重い強盗罪)、52条により著しく軽い(213条(故殺の比較的重くない事態)の適用にあってはなおさら軽い)処断刑が生じることになり、これは許されるべくもない。一方、251条については、故意行爲には常に、物欲、犯罪行爲を可能としましたは隠蔽すること、下劣な動機といった謀殺の要件が存しているという(so Rengier, a.a.O., S.112; ähnl. Montenbruck, Strafraumen und Strafzumessung, 1983, S.203) 反論は唱えることはできない。強盗および殺害に関して故意に行爲しつつ、しかし、211条が充足されていない事例は存するからである(vgl. Geilen, Jura 1979 558)。また、Lackner(StGB 19. Aufl., § 251 Rdn.4)によって提案された解決策は、251条は、そのような事例では、212条に対して251条の刑の下限を下まわることはできないというような遮断機能(ないし枠設定機能(Sperrwirlung))を生ぜしめるというものであるが、これに対しては、正当にも、故意による殺人罪とは同時に適用されることのなかった251条が、しかし、再び適用されることになり、これは行爲者に不利益となる許されない類推であるという反論が存するのである(vgl. Montenbruck, a.a.O., S.203; Rudolphi, JR 1976 74; vgl. auch Paeffgen, JZ 1989 223; 「実在的排除関係にあっては、一方の法定刑の範囲は他のそれについて何もし

うことはない)。

さらに、251条は故意による重い結果を含まないという排除法理説によるならば、行為者が被害者の殺害に関して(条件付き)故意で行為したのか過失で(軽率に)行為したのかにつき疑義が残る事例を十分に解決することはできない。証明が不十分な場合には、次のようにならざるをえないであろう。すなわち、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、行為者には251条に関して212条に関しても有利にしなければならないので、行為者は249条または250条で処罰されうるのみであり(vgl.Herdegen,in:LK, § 251 Rdn.14;Paeffgen, JZ 1989 223), 単なる軽率さが認められる者よりも不当にも優遇されることになる。この結論は、正犯者が被害者の死を単に軽率に惹き起こし、しかし教唆者は死という結果について故意で行為した事例においても、放置しがたい結論に至ることになる(Laubenthal, JR 1988 336)。

(2) 謀殺罪と強盗致死罪とは観念的競合になるか

211条の構成要件と251条の構成要件が充足されたならば、それらは所為単一(観念的競合)の関係に立つのであって、法条単一(法条競合)ではない。BGHの判例によれば、法条単一が存在するのは、ただ、一個の行為の不法内容が、適用されうる複数の刑罰法規の一つによって汲み尽くされる場合だけである(BGHSt 25 373)。判断の基準は被害法益であり、構成要件である(BGHSt 11 25[17];BGHSt 28 11[15])。このような前提は、211条と251条においては満たされておらず、その結果所為単一が存する。いずれにせよ、251条には、法条単一として211条一罪を認める場合や強盗罪または重い強盗罪と謀殺罪の所為単一を認める場合には把握されない特殊な不法が含まれている。251条の規定を特徴づけるのは、特に重くかつ危険な強盗が存在するということである。これは-226条(傷害致死罪)と同じく-死という結果の中に基本犯の実現に固有な、構成要件の特殊な危険が内在している場合のみ、あてはまるのである(vgl.BGHSt 31 96[98];BGHSt 33 322[323])。211条と251条との間に所為単一を認めることは、したがって、故意に惹き起こされた死はまさに強盗の結果であった、それゆえ特別に重くかつ危険な強盗であったことを有罪判決

において明らかに示すこと（明示）を可能とするのである。

他方において所為単一は、実現された構成要件の部分的一致によって特徴づけられる（BGHSt 27 66[67]）。構成要件が重なり合うかぎり、重なり合いの範囲にある不法は一回だけ被告人に負わされうるのである。強盗致死罪と謀殺罪との併発にあっては、死の惹起に存する不法は、すでに211条による有罪判決の対象である。そのかぎりですら所為単一を認めることはただ明示の意義を有するにすぎない。ただ、法条競合ではなく、所為単一であるので、強盗行為の特別な危険性は、行為者に不利益に評価されてよい。

二 従来の学説・判例

1 ドイツ刑法は、その18条で「法律が、行為の特別な結果に、より重い刑を結び付けているときは、この結果に関してその者に少なくとも過失の責めを負わせるときに限り、この重い刑をもつて正犯者または共犯者を処断する」として、結果的加重犯の成立要件を定める⁸⁾。ところで、ドイツにおいて結果的加重犯（221条3項（遺棄致死罪）、224条（重い傷害罪）、226条（傷害致死罪）、229条2項（毒害致死傷罪）、239条2項（自由剥奪致傷罪）、3項（自由剥奪致死罪）、307条（特に重い放火）、309条（失火罪、同致死罪）、312条（生命に危険な溢水の招来、同致死罪）、314条（過失による溢水の招来、同致死罪）、318条2項（重要設備の侵害致死傷罪）、319条（公共に危険な毒物混入致死罪）、320条（過失による公共危険致死罪など）とは、故意ないし過失（309条、314条、320条）によって行われた基本行為が、その行為による一定の重い結果—通常は傷害や死—を惹起した場合に刑を加重される犯罪であると理解されており⁹⁾、これらの結果的加重犯は、真正結果的加重犯と不真正結果的加重犯とに分けら

8) 条文の訳出については、宮澤浩一訳『ドイツ刑法典』参照。なお、本稿で紹介した判例・学説を含めて、日本とドイツの結果的加重犯の競合問題についての詳細については、丸山（雅）・前掲書266頁以下、同「ドイツ刑法におけるLeichtfertigkeitの要件」小樽商科大学商学討究37巻1・2・3号440頁参照。

9) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., 1991, § 18, Rdn. 2; Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht, AT., 4. Aufl. 1988, S. 656.

れる。真正結果的加重犯とは、たとえば226条の傷害致死罪のように、故意による基本行為と過失による（故意は含まない）重い結果の惹起との複合体であり、わが国で通常いふところの結果的加重犯に相当する。これに対して、不真正結果的加重犯とは、一定の重い結果の発生が他の犯罪類型の加重的付随状況とされる犯罪をいい、ここでは重い結果は、まさに基本犯の行為構成要件の結果から生じなければならないといったことは必要ではない。たとえば307条1号（特に重い一死という結果を伴った一放火罪）の構成要件は、行為者が過失により死という重い結果を惹起した場合に限らず、故意による惹起の場合にも充足されるのである。したがってこの類型では、構成要件は放火と故意または過失による殺人の複合体であるとされる。

2 真正結果的加重犯の刑は¹⁰⁾、故意行為とそこに含まれている過失行為に対する単一の刑であるので（故意行為と過失行為の複合体¹¹⁾）、それと過失犯との観念的競合は考えられない。というのも、行為者は重い結果を過失により惹起しているゆえにその責任を負わされているからである。また、ここでは、故意による殺人罪や傷害罪との観念的競合も考えられない。たとえば、221条3項（遺棄致死罪）に関していえば、行為者が死の結果発生に関して条件付きであれ故意をもって行為した場合には、謀殺罪あるいは故殺罪が成立するのであって、遺棄（致死）罪は成立しないのである（ただ、遺棄致傷罪に関していえば傷害罪との所為単一は認められる¹²⁾）。また、226条の傷害致死罪と212条の故殺罪とに関していえば¹³⁾、OGH 1 363のように、両者の関係を実在的競合であるとするものもあるが、しかし、一般には、故意による死の惹起に対する責任は、このような結果的加重犯の領域における結果の惹起に対する責任を排

10) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, a.a.O., § 18, Rdn. 6.

11) Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 72; Jescheck, a.a.O., S. 209.

12) RG 68 407; BGHSt 4 117; Jänke, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK), 10. Aufl., 1978, § 221 Rdn. 26; Schönke/Schröder/Eser, a.a.O., § 221, Rdn. 11, 14; Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch, 45. Aufl., 1991, § 221, Rdn. 11.

13) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., § 226, Rdn. 11; Dreher-Tröndle, a.a.O., § 226, Rdn. 7.

除するとされて、重い結果に対する故意がある場合には、その故意犯だけが成立すると解されている。

これに対して一定の付随状況の発生によって基本行為を加重している不真正結果的加重犯は、基本構成要件（たとえば307条1号では放火罪）と故意または過失による重い結果の惹起（たとえば人の死）との複合体であるので、加重構成要件（特に重い一人の死を伴った放火罪）との観念的競合を認めることによって、その加重構成要件の実現が故意によるものであるか過失によるものかを明らかにしなければならないとする考えが有力である¹⁴⁾。これを「観念的競合の明示機能（Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz）」と呼ぶ¹⁵⁾。すなわち、この不真正結果的加重犯では、重い結果に対する故意犯という一個の構成要件によっては発生結果の違法内容を十分に評価し尽くすことができず、したがって複数の構成要件によってはじめて不法の全体像が把握される場合であるといえることができる。かくして、たとえば、307条1号の特に重い放火罪と211条の謀殺罪あるいは222条の過失致死罪との間には、観念的競合が認められる。また、177条3項の強姦致死罪は¹⁶⁾ 222条、226条の傷害致死罪を吸収するが、211条以下の罪とは観念的競合が認められうるとされている。

3 251条の強盗致死罪に関しては¹⁷⁾、その罪と222条の過失致死罪および226条の傷害致死罪とでは、死という結果の二重評価を避けるために法条競合とされ251条のみ成立することについては異論はない。さて、本件で問題となった251条の強盗致死罪が死という重い結果を「軽率（Leichtfertigkeit）＝重過失」

14) Schönke/Schröder/Cramer, a.a.O., § 18, Rdn. 6; Jescheck, a.a.O., S. 656. Vgl. Schroeder, LK, a.a.O., § 18 Rdn. 43; BGH NJW 65 2411 (NJW 66 868 m. Anm. Fuchs); Hruschka, GA 67 48. Vgl. Schröder, Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW 1956, S. 1737 ff. 自由剥奪致死に関しては、Schönke/Schröder/Eser, a.a.O., § 239, Rdn. 17; Dreher-Tröndle, a.a.O., § 239, Rdn. 11.

15) Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., § 52, Rdn. 2; Jescheck, a.a.O., SS. 652, 656; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), 5. Aufl., 1992, vor § 52 Rdn. 61, § 52 Rdn. 2.

16) Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner, a.a.O., § 177, Rdn. 16.

17) Vgl. Schönke/Schröder/Eser, a.a.O., § 251, Rdn. 9.

に¹⁸⁾ 惹き起こしたことを要件としているところ、それ以外に、「故意で」死を惹き起こした場合も含まれるかについては争いがある。第1説は、これを肯定して、さらに、行為の重い結果惹起の故意的性質を明らかにするため、強盜致死罪と殺人罪（謀殺・故殺罪）との所為単一（観念的競合）を認める（競合法理説¹⁹⁾）。これに対して、第2説は、211条以下の故意による殺人罪に対して、251条の「軽率さ」を理由とする構成要件的排他性を認め、重い結果を故意に惹起した場合には強盜致死罪の適用を排除し、したがって強盜罪（単純・重い強盜罪）と殺人罪（謀殺・故殺罪）の観念的競合が成立するとする（排除法理説²⁰⁾）。

排除法理説は、251条が条文上「軽率に」死を惹き起こすことを要件としている以上、刑法211条の謀殺罪とは排他的関係にあることをその論拠とする。これが、後述の1975年7月15日のBGH第4刑事部および、強盜致死罪との関係で同旨の判断を示した1975年7月16日のBGH第4刑事部の立場である。すなわち、刑法典総則中の結果的加重犯に関する新旧規定に変更がないにもかかわらず、各則の251条あるいは177条3項の強盜致死罪においては、旧規定において要件とされていなかった「軽率に」という重過失の要件が新規定に挿入された以上、これらの犯罪の成立には重い結果に対する故意がないことを必要とするというのである。

また、上述した第1刑事部の判断に対して、近時、さらに排除法理説から再反論を加えたのは、Lagodnyである²¹⁾。Lagodnyは、第一に、強盜に際して故意によって死の結果を発生させた事例で、211条が否定され212条が認められる事例は例外であり（利他的強盜の事例）、また、「軽率な」殺害により加重される事例は必ずしも統一的に解されなくともよいこと²²⁾、第二に、観念的に競

18) Vgl. Roxin, Strafrecht, AT., Bd. 1, 1992, § 10, Rdn. 109.

19) RGSt 63 105; BGHSt 9 135; Dreher-Tröndle, a. a. O., § 251, Rdn. 6; Herdengen, LK, § 251, Rdn. 11 ff., 19; Herzberg, JuS 76 43; Hruschka, GA 67 50.

20) Vgl. BGHSt 26 175; Rudolphi, JR 76 74（これに対する批判として、Blei, JA 76 248）; BGH NSTZ 84 454; NSTZ/E 84 57; Maurach/Scroeder, Strafrecht, B. T., Tb. 1, S. 361; Samson, SK, a. a. O., § 251, Rdn. 10.

21) Lagodny, NSTZ 1992 490.

22) 同じく無期自由刑または10年以上の自由刑を法定刑とする316条cの航空交通に対

合する軽い犯罪を刑を加重する方向で考慮することが許されるのは、それが重い犯罪とは独自の不法を有する場合だからであることについては、一般に承認されているところ²³⁾、211条が故意による251条の事例においてほとんど否定されないとするならば、上述の関係は認められず、したがって、競合法理によると量刑において重大な評価矛盾が生じること、第三に、それゆえ、欠点のより少ない次善の策として、法の文言に忠実な排除法理を支持すべきであり、この問題の解決は立法によって図られるべきであるとするのである。

これに対して、競合法理説は、第一に、異なった責任形式ゆえに、251条にいう「軽率さ」は故意を排除するという主張は、故意の証明が不可能な場合、過失の概念が受け皿としての機能を有する以上決定的ではないこと、18条の「少なくとも過失（が存すること）」という定式化は異なった責任形式が互いに一つの段階関係にあることを示していること、251条は不真正結果的加重犯であるところ²⁴⁾、「軽率さ」という文言は最小限度の責任形式を要件としているにすぎず、これは18条の結果的加重犯の「単純過失」という要件を引き上げているだけであること²⁵⁾、第二に、239条3項の自由剥奪致死罪には、条文上「軽率に」という重過失の要件がなく、したがって18条により「過失」が要件とされているにすぎないのに、この犯罪にあっては故意による死の結果の惹起までもが含まれ（所為単一）るとされていること、また、251条と同様の法定

する攻撃と251条とでも、前者は後者よりも、211条と併発することが少なく、また、316条cと責任の程度に関して同様の規定を有する176条4項、177条3項および178条3項は、刑の下限が5年であることを例示する。Vgl. Laufhütte, LK, § 176 Rdn 29.

23) 補充関係と同様、刑を加重する状況がすでに主たる犯罪の要素の一部でなく、その法定刑を共同決定していないならば、排除される法律が刑を加重する方向で考慮されうるとされている。Jescheck, a.a.O., S. 671; Vogler, a.a.O., S. vor § 52 Rdn. 117; Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 465ff.; RG HR 1939 471; vgl. RGSt 63 423 [424]; 26 312 [314]。Brunsは、この場合「付加的な量刑事実の存在が常に問題となる」という。

24) Vgl. Schröder, a.a.O., S. 1737; Schönke/Schröder/Cramer, a.a.O., § 18 Rdn. 2.

25) Dreher-Tröndle, a.a.O., § 18, Rdn. 5. Vgl. Geilen, Jura 79 557ff., 614; Schünemann, JA 1980 396; Wessels, Strafrecht, B. T., Tb2, 1992, S. 87. なお、「軽率さ」に制限することへの批判として、BGHSt 35 258 = NStZ 89 225; Arzt, StV 89 57; Laubenthal, JR 88 355; Rudolphi, JZ 88 880.

刑を有している229条2項の毒害致死（傷）罪も、故意による死の結果の惹起を含むとされていること、第三に、刑の権衡論、すなわち、強盗の際に故意で死の結果を惹起したすべての場合が211条の（とりわけ物欲からの）謀殺罪に当たるわけではない以上²⁶⁾、排除法理説によると、軽率に死の結果を惹き起こした場合には251条により無期自由刑または10年以上の自由刑で処断され、故意による場合には、251条に該当せず、さらには211条にも当たらないとすると、212条の故殺罪によって5年以上の自由刑か、あるいは213条（故殺の比較的軽くない事態）によって6月以上5年以下の自由刑で処断されることになり、明らかに刑の権衡を失すること、および「軽率さ」を要件とする規定はすべて統一的に判断されねばならないことなどを批判する。

なお、折衷的な見解として、Lackner は²⁷⁾、故意によって死の結果が惹き起こされた場合212条を適用しつつ、しかし、251条をもとに法定刑の枠を設定し（遮断効果 Sperrwirkung）、251条の定める刑の下限を下回ることを回避しようとする。

4 強盗致死罪ないし強姦致死罪と殺人罪との間の競合（罪数）につき、判断したものとしては、次のような判例がある²⁸⁾。

226条の傷害致死罪と殺人罪との間に所為単一を認めた1956年4月12日のBGH判決（BGHSt 9 135）は排除法理説を批判して、「言葉の理解からすると、行為者がその『結果を少なくとも過失によって惹起した』場合となっているところ、この『少なくとも』という文言で示される責任に関する上限は、結果を包摂する故意といえることができる。RG は、確立した判例で、強盗の被害者の死が初めから意欲されていた場合には、謀殺罪と特に重い強盗罪（強盗致死傷罪）との所為単一を認めてきた（RGSt 60 51;163[165];63 101[105]）。また、1941年9月4日の法律による211条（謀殺罪）の新規定の後も211条の適用とな

26) 後述、BGHSt 19 101[106]参照。

27) Vgl. Lackner, Strafgesetzbuch, 20. Aufl., 1993, § 251 Rnd. 4. Vgl. Tenckhoff, ZStW 88 897[914]. 詳細は、丸山（雅）・前掲「ドイツ刑法における Leichtfertigkeit の要件」455頁参照。

28) 詳細は、拙稿・比較法雑誌26巻3号67頁参照。

らんでなお251条の適用の余地があるか否かという問題につき、判例は繰り返し肯定してきた(vgl.OGHSt 1 81[86];110[112];133[138])。旧56条によって、それまでの法状態に変更をきたすものではない」とした。

また、強姦致死罪と殺人罪に関して所為単一を認めた1963年9月17日のBGH判決(BGHSt 19 101)は、「(旧)178条は、死という結果が故意に惹起されたとしても適用される。RGは、『結果的加重犯の』構成要件においては、重い結果の単なる惹起だけで十分であるとしていた旧法においても、178条の強姦致死罪と殺人罪(RG JW 1933 2059)、強盗致死罪と謀殺罪(RGSt 60 163; 63 101)は所為単一的に併発しうるとしてきた。1941年9月4日の法律による211条の新規定も、1953年8月4日の第3次刑法改正法の規定に(旧)56条が盛り込まれたことも、以上のことに実質上なんら変更を加えるものではない。とりわけ(旧)56条を理由として、加重刑が特別な(「少なくとも過失によって」惹起された)結果に結びついた刑罰法規にあっては同一結果の故意による惹起に対する法定刑が優先するのである、と解することはできない(vgl.謀殺罪と特に重い強盗罪との併発という同様の問題については、RGSt 9 135)。性欲を満足させるために殺人を行う形態での謀殺は、それによって同時に(旧)176条、(旧)177条、(旧)178条の要素が実現されるということを必然的に前提とするものでもなく、通常そうであるわけでもない。それゆえ、謀殺を理由とする有罪判決は、本件のような諸事例における所為の不法内容を充分評価し尽くしているわけではない」とした。

さらに、251条の強盗致死罪と212条の故殺罪との所為単一を認めた1988年4月12日判決(BGHSt 35 257 258)は、上告趣旨が、強盗致死は死の「軽率な」惹起の場合にだけ充足され、故意による殺人罪とはしたがって所為単一の関係に立たないとするBGHSt 26 175の判例に依拠したのに対して、傍論において、「立法者は18条において、結果的加重犯では特別な結果は故意によっても過失によっても惹起されうること(少なくとも過失によること)を一般的に定めている。刑法の各則の規定で、行為者は右結果を『軽率に』惹起しなければならないということを要件としているからといって、それは以上のような原則に従わないことを意味するものではなく、可罰性の最下限を単純過

失から『重』過失へ引き上げているにすぎないのである。これに反する見解は、とりわけ Herdegen が指摘するように (in LK 10.Aufl. § 251 Rdn.14), 耐え難い評価矛盾に陥るのである」としたのである。

以上の判例に対して、強盜致死罪ないし強姦致死罪と殺人罪は所為単一の関係に立たないとする判例としては、次のような判例がある。

まず、強盜致死罪との関係では、1975年7月15日BGH決定 (BGHSt 26 175) は、次のように判示した。旧251条と旧56条とによれば、強盜致死罪は行為者が他人の死を過失によりあるいは故意に惹起した場合に認められた。したがって謀殺罪と特に重い強盜との間に所為単一を認めることができた。しかし、「新251条によれば、強盜致死罪の構成要件は他人の死を軽率に惹起した場合にのみ充足されるのである。軽率さと故意とは異なる責任形式である。両者は互いに排斥しあうものである。したがって強盜致死罪はもはや故意による殺人罪と所為単一として併発することは不可能である (vgl. Lackner, StGB 9. Aufl., § 251 Anm. 4; aA Dreher, StGB 35. Aufl. § 251 Anm. 4; BGH, Beschl. v. 16. 7. 1975-2 / StR 264/75; BGH, NStZ 1984 453 454; BGHR StGB § 251 Konkurrenzen 1)」と。

次に、強姦致死罪との関係で、1975年7月16日 BGH 決定 (BGH bei Dallinger MRD 1976 15) は、「(1973年) 第4次刑法改正法による177条3項 (強姦致死罪) の構成要件が変更された後、本罪 (強姦致死罪) は、211条 (謀殺罪) と所為単一的に併発しえなくなった。右変更前の規定の (旧56条と結びついた) 178条 (旧強姦致死罪) と異なり、1975年刑法177条3項の文言は、死という結果を故意に惹起した事例については本条の適用を認めないのである。というのも、新規定は、死を軽率に惹起した事例に制限しているからである (vgl. hierzu auch den Entwurf eines StGB E 1962 mit Begründung, BT-Drucks. IV/650 S.362)。したがって、被告人は (謀殺罪と所為単一にある) 177条3項の重罪ではなく (謀殺罪と所為単一にある) 1975年刑法177条1項の強姦罪の重罪で有罪とされなければならない (2 StR 264/75, Beschl. v. 16. 7. 1975)」と判示したのである。

三 本決定の意義とわが国の罪数論への示唆

ドイツ刑法251条の強盜致死罪と211条以下の殺人罪の競合につき、過去の判例では、旧251条に責任形式に関する特段の定めがなく、結果的加重犯について規定する旧56条に「少なくとも過失」という文言があったことから、これを根拠に、両罪の間に所為単一が認められてきた（競合法理説）。ところが、新251条に「軽率に」という文言が加えられたのにもない、その後の判例では、「軽率に」と故意は別個のものであり、251条は重い結果を故意に惹き起こした場合には充足されず、両者は所為単一とはならないと解するに至った（排除法理説）。連邦通常裁判所の判断のかかる混乱を統一するため本件大刑事部決定は、職権をもって競合法理説に立つ旨を判示し、従来の混乱に終止符を打った点に本件の意義があり、今後不真正結果的加重犯の競合問題の解釈に少なからず影響を及ぼすであろう。

以上の1992年大刑事部決定は、殺意のある場合にも251条の成立を認め、251条と211条との関係を観念的競合としたが、その結論を導くにあたって示された根拠は、いくつかの点において、わが国のこの問題を考えるにあたって、あるいはわが国の罪数論を論じるに際して有用であると思われる。

それは、第一に、刑の権衡論である。251条（強盜致死罪）は、死という重い結果を発生させたことに「軽率さ」、すなわち重過失を要求し、法定刑は無期または10年以上の自由刑としている。そこで、強盜犯人が故意で被害者を殺害し財物を奪取した場合、かりに251条が故意による殺害を含まないとすると、211条（謀殺罪）、212条（故殺罪）、または213条（故殺の比較的軽くない事態）と249条（単純強盜罪）または250条（重い強盜罪）との観念的競合となる。たしかに、この場合211条の要件が満たされれば、211条の法定刑は251条の法定刑と同じであるため、刑の権衡を失することはないが、211条の要件を備えず、212条または214条と249条または250条の観念的競合とするならば、軽率に結果を惹き起こした場合よりも故意に結果を惹起した場合の方が刑が軽いという不都合が生じることになる。この点は、わが国の議論に通じるのであり、大刑事

部は、この刑の不権衡に十分に配慮したのである²⁹⁾。

第二に、学説上ではこれまでも観念的競合の一つの機能として認められてきた「明示機能」を、判旨において確認した点にある。すなわち、観念的競合の明示機能を理由として不真正結果的加重犯については殺人罪や過失致死罪との所為単一を認めるのが学説上一般であるところ、本決定は、同じく不真正結果的加重犯とされる251条にもその趣旨を徹底させ、251条と211条の二罪の成立を肯定しつつ両者の関係についてはこれを所為単一とすることで、同旨の学説を追認したのである。

観念的競合の明示機能とは、Jescheck によれば³⁰⁾、一方では、一個の行為を種々の刑罰法規の観点で、他方では、一個の行為を種々の同種の行為客体の侵害という観点で評価し尽くすことであり、たとえば、重い結果が故意によっても過失によっても実現されうる不真正結果的加重犯にあっては、重い結果が故意に惹起されたか、過失によるものかを明示するために、故意の構成要件、ないし過失の構成要件との観念的競合が認められなければならない。307条1号（一人の死を惹き起こした一特に重い放火）、239条（自由剥奪致死罪）がこれにあたるとする。Stree は³¹⁾、観念的競合にある所為を理由とした有罪判決によって、犯罪行為の範囲を、すなわちいくつの犯罪構成要件が実現され、あるいは行為者は一個の構成要件をどれだけ充足したのかを明示する機能であるとする。したがって、結果的加重犯の未遂の場合、既遂の基本構成要件が観念的競合の関係にあることが判決主文（Tenor）に示され、たとえば、強姦未遂罪（177条、23条）と178条（性的強要罪）の既遂行為は観念的競合として判断され、殺人未遂と身体傷害罪の既遂との間の観念的競合が認められなければならない。というのも、さもないければ、被害者は単に危殆化されたのか、現に傷害されたのか明らかにされないからであるという。Samson によれば³²⁾、観

29) ドイツで不真正結果的加重犯を認めるのはもっぱら刑の権衡への配慮であるとするのが一般的な見方である。平野・前掲「結果的加重犯について」112頁、丸山（雅）・前掲書270頁。たしかに不真正結果的加重犯は今後の立法的課題であるが、現状では競合法理説に沿って解釈するのも一つの方策ではあるまいか。

30) Jescheck, a. a. O., S. 652.

31) Stree, a. a. O., § 52 Rdn. 2.

32) Samson, SK, a. a. O., vor § 52 Rdn. 61, § 52 Rdn. 2.

念的競合にあるすべての構成要件は判決主文において明示され、所為の全不法内容、全責任内容が確認されなければならず、この明示機能が法条競合と区別される点であるとする。そしてたとえば、250条と251条という二つの加重構成要件が充足された場合、法条競合と解する立場もあるが³³⁾、250条も充足されているということを明らかにすることが必要であるから、観念的競合を認めるべきであるという見解が有力である³⁴⁾。

本決定は、211条と不真正結果的加重犯と解された251条との観念的競合を認めることで「故意に惹き起こされた死はまさに強盗の結果であり、したがって特別に重くかつ危険な強盗であったことを有罪判決において明示することができる」とした。同時に法条単一の成否の検討も行われ、結論として否定されている。本決定によれば、法条単一が認められるのは一方の行為の不法内容が他の刑罰法規によって汲み尽くされる場合だけであるところ、251条は、211条にはない特殊な不法（死を伴う特に重く危険な強盗）を内包しているから、211条と251条はこのような関係にないというのである。行為者の行った所為の不法内容については可能なかぎり刑罰法規によって評価し尽くすべきであるとする点は、すでに上述 BGHSt 19 101においても明確に説示されている。そこでは、性欲を満足させるために謀殺することは、必然的に176条（児童の性的乱用罪）、177条（強姦罪）の構成要件要素を実現するわけではない以上、謀殺罪を理由とする有罪判決は、176条、177条の罪をも充足した行為の不法内容を十分評価し尽くすことはできないので、観念的競合を認めなければならないとされたのである。本決定がいう、判決主文において（したがってわが国では法令の適用において）実現された構成要件を示さなければならないとする点も注目に値する³⁵⁾。

第三に、判旨の最後で、強盗致死罪と謀殺罪との観念的競合が認められたと

33) BGHSt 21 183; BGH MDR 1951 274; Welzel, a. a. O., S. 361.

34) Stree, a. a. O., vor § 52 Rdn. 111.

35) なお、丸山（雅）教授（丸山（雅）・前掲書285頁）は、不真正結果的加重犯の競合論に関して、「それは重い結果とされている事実を二重に評価することになるという点で重大な疑問がある」とする。なお、ドイツの判例・学説は、その可否は別として、後述のように観念的競合としての二重評価自体が許されないという立場を採っていない。

しても、これらの構成要件が重なる範囲にある死の結果は、一回だけ被告人に帰責されるのであり、二重に評価されてはならないとされているが、この点も重要である。というのは、わが国では強盗致死罪と殺人罪との観念的競合を認めた場合、死という結果を二重に評価することになるとの批判が加えられるのが一般であるところ、ドイツでは観念的競合を認めても「二重に評価されてはならない」とされており、これは、観念的競合を認めたからといって必ずしも二重評価にはあたらないという理解を前提としているからである³⁶⁾。このように、二重評価についての理解をドイツとわが国において異にするのは、第一に、二重評価の意味の違いに由来する。ドイツ刑法46条3項は、「すでに法律上の構成要件の要素となっている事情は、これを（刑の量定にあたり刑を加重する方向にも、刑を減輕する方向にも）考慮してはならない」と規定する。これは、その構成要件の要素は立法者が法定刑を定めるにあたってすでに考慮しているからであり、たとえば過失致死罪において、行為者の軽率な行為が人の死を惹き起こしたという事情は、行為者にとって不利に評価されてはならないということである³⁷⁾。したがって、死という結果を観念的競合という形態で二重に認めることは二重評価に反することではないのである。第二に、ドイツでは観念的競合は一罪と解されているのに対し、わが国の多数説はこれを数罪として理解することによるのであろう^{38) 39)}。

36) ただし、上述のごとく、251条と222条または226条とが観念的競合ではなく法条競合とすべきであるとする理由は、二重評価の回避にあるようであるので、この点は必ずしも明確とはいえない。

37) Jescheck, a. a. O., S. 788, RG 57 379. ドイツ刑法46条3項の「二重評価の禁止」条項については、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)～(5)」法学研究55巻10号～56巻2号、林美月子「量刑における二重評価の禁止」神奈川法学26巻1号135頁。

38) しかし、観念的競合の数罪性を強調することは適切ではない。拙稿・前掲「混合包括一罪論の前提」107頁。

39) このほか、本決定の判示で注目すべき点としては、18条が「少なくとも過失」を要件としているがこれは故意を含むものであること、251条の「軽率さ」は過失の要件を単純過失から重過失へ引き上げてはいるもののこれは故意を排除する趣旨ではないこと、この規定の経緯に照らせば251条の強盗致死罪の無期自由刑は過失による死の惹起に対する制裁としては重すぎると判断していること、251条にあって死の惹

第二章 わが国における明示機能の射程

一 観念的競合と二重評価および明示機能

観念的競合の明示機能には、ある犯罪行為を複数の構成要件によって評価し尽くすという機能と、これにくわえ、ドイツの判例・学説が示すように、たとえばわが刑法240条後段と199条とを観念的競合とすることで、一方の構成要件的行為の特徴、すなわち不真正結果的加重犯（たとえば強盗致死罪）において重い結果を故意または過失によって惹き起こしたことを明確にするという機能とがある。

1 まず、前者の機能に属するのは、身代金目的誘拐罪と隈褻・結婚目的誘拐罪、公然隈褻罪と強制隈褻罪、公務執行妨害罪と傷害罪との観念的競合の事例である。罪質を異にするとか法益を異にするとかを理由に観念的競合の認められている場合である。この明示機能という点からすると、特別公務員暴行陵虐罪と強制隈褻罪・強姦罪は、観念的競合とすべきである⁴⁰⁾。

また、たとえば、遺棄致死罪に関して、被遺棄者・要保護者の生命・身体に危害の伴うことを認識して行為した場合、殺人罪または傷害罪が成立すると解するのが一般であるところ⁴¹⁾、傷害の結果に認識なければ、傷害の罪に比して重きにしがって処断され、その認識があれば傷害罪で処断されるというのは、法感情に合致しないおそれがある。殺人の故意の場合は単純に殺人罪を適用すべきであるが、傷害の故意を有するときには、単純遺棄罪または保護責任

起が故意によるものか過失によるものか不明の場合の処理を考慮していること、Lackner のいわゆる遮断効果を採らないことを明言していることなどを挙げることでできよう。

40) 通説もそのように解しているが、判例は前者のみを適用している。

41) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』193頁、木村亀二『刑法各論』48頁、福田平『刑法各論』164頁、大塚仁『刑法概説各論』64頁、同・団藤編『注釈刑法(5)』223頁、前田雅英『刑法各論講義』87頁、大判大4年2月10日刑録21輯90頁。なお、大谷實『刑法講義各論』77頁。

者遺棄罪と傷害罪との観念的競合（または牽連犯）をもって論ずるべきとする見解は、このような配慮に基づくものと思われる。ドイツでは、したがって、殺人の故意ある遺棄（致死）罪については、殺人罪（謀殺罪、故殺罪）のみが成立するが、傷害の故意ある遺棄致傷罪については、観念的競合とされるのである。傷害の結果が過失ではなく故意に惹起されたことを明示するためであろう。

しかし、わが国では、観念的競合を認めるにあたって二重評価は許されないといわれている。だが、二重評価が許されないとすれば、一般に学説上観念的競合とされている、上述の身代金拐取罪と猥褻・結婚目的誘拐罪、公然猥褻罪と強制猥褻罪、公務執行妨害罪と傷害罪において、誘拐、猥褻、暴行の限度で二重評価がなされていることから、観念的競合は認められないことになる⁴²⁾。そのほか、他人のためにその事務を処理する者が、本人を欺罔して財物を交付させたときに、背任罪と詐欺罪との観念的競合を認める見解に立った場合⁴³⁾、あるいは不正電磁的記録供用罪と電子計算機業務妨害罪および不实電磁的記録作出利得罪との観念的競合を認める場合、あるいは公務員が、職務に関し、恐喝の方法を用いて、相手方から財物を交付させたときに、恐喝罪と収賄罪との観念的競合を認める場合などについても事情は同じである^{44) 45)}。したがって、許されないのは、量刑において同一要素を二重に考慮すること（ドイツにおけ

42) 井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察(1)～(4)」法学研究58巻9号～58巻12号、とりわけ58巻12号58頁以下参照。

43) 判例は、背任罪は詐欺罪に吸収されると解する。大判大3年12月22日刑録20輯2596頁、最2判昭28年5月8日刑集7巻5号965頁。

44) さらに、明示機能からすると、殺人の故意で逮捕監禁して死亡させた場合には、殺人罪と逮捕監禁罪との観念的競合とすることも考えられると思われる。

45) 殺人とその過程で衣服の損壊が生じた場合、観念的競合を認めることは二重評価になるという説が有力である（たとえば、鈴木茂嗣「罪数論」中山ほか編『現代刑法講座(3)』285頁）。殺人罪は衣服の損壊までを予定しているという通常随伴性、ないし殺人罪に対する器物損壊罪の輕微性がその理由である。これに対して、山火教授（山火正則「包括的一罪」西原ほか編『判例刑法研究(4)』272頁）は、法条競合説はもちろんのこと、吸収一罪説に対しても器物損壊の罪が殺人罪に「吸収される」とする実体手法上の理由について、理解できない」として、観念的競合を認めるべきであると主張する。両者の法益の差異、器物損壊の被害法益が必ずしも刑法的評価を不必要とするほど輕微であるとはいえないこと、通常随伴性はこの場合に限らないこと、そして明示機能からして、観念的競合とすべきであると考えらる。

るいわゆる二重評価の禁止）であって、必ずしも二つの要素を観念的競合として認めること自体ではないのである。すなわち、観念的競合を認めることによって罰条の適用の二重評価がなされても、それ自体が許されないのではなく、量刑において構成要件が重なる範囲にある構成要件要素、たとえば死の結果のかかる惹起が、二重に被告人に不利に帰責され、その意味で二重評価がされることが許されないのだともいえるのである⁴⁶⁾。

そして、このような観念的競合についての基本的な理解はわが国においても特異なものではない。強盗殺人の事案に、殺人罪の規定をも適用することについて、「いわば死という社会的見解上単一の結果であっても、それが結果的加重犯の処罰規定だけでは充分評価しえないのであれば、その評価しえない部分について別個に199条で評価することは法律上可能であり、そこにまた観念的競合の存在理由が見出され、決して二重評価をしているわけではない」とする見解は⁴⁷⁾、その一つであろう。また、事実の錯誤と故意の個数につき、数故意犯説は、「人を殺す」という事実的故意で人を死亡させあるいはその危険を生じさせた以上、その不法は客体の数に関係なく故意犯の範疇に属すべきものであり、構成要件該当性（犯罪の成否）においては故意の個数による制限をうけないとし⁴⁸⁾、「一罪の意味をもってしたのに数罪の成立をみとめることは不当

46) 一個の結果を併合罪として二重に評価することができないのは、当然である。したがって、過失によって通行人を轢き倒し、被害者をそのまま放置したところ、被害者が側溝内に転落し溺死した事例につき、保護責任者遺棄致死罪と業務上過失致死罪との併合罪（浦和地判昭36年5月12日下刑集3巻5＝6号464頁）ではなく、業務上過失致傷罪との併合罪とすべきである（東京高判昭37年6月21日高刑集15巻6号422頁）。なお、共同正犯の錯誤、たとえば甲が殺人の故意で、乙が傷害の故意で共同して丙に切りかかり死亡させた場合に、甲には傷害致死罪の共同正犯のほかに殺人罪が成立するとするのが判例・通説であり（最1決昭54年4月13日刑集33巻3号179頁）、また、作成権者である公務員と作成権限のない公務員とが共同して虚偽公文書を作成した場合の共犯者の擬律について（作成権者の行為は当然に虚偽公文書作成罪にあたる）、作成権限を有しない公務員には、虚偽公文書作成罪の教唆犯または従犯と公文書偽造罪との観念的競合となると解されているが（大塚仁『刑法概説各論』459頁など）、このような一種の二重評価についても今後検討されるべきであろう。

47) 香川達夫『結果的加重犯の本質』222頁。

48) 中野次雄「方法の錯誤といわゆる故意の個数」『団藤古稀(2)』206頁以下、214頁

だという批判があるが、観念的競合を科刑上一罪としているのは、このような趣旨をも含むものと考えるべきである⁴⁹⁾と考える。そして、これはつぎのような見解に敷衍される。「故意の個数」は、故意責任の程度・量の問題であり、「責任の量に対応する刑罰」という責任主義の要請上、成立した数罪を一罪に準じたいわゆる科刑上一罪（観念的競合）とし、分割できないようにする必要があり、さらに、刑の量定にあつては、一個の故意犯の刑以上の刑を量定することは許されないとすべきである。観念的競合の規定は、可罰的評価の重複がある場合であり、併合罪よりは少ない、しかし、（競合している罪のなかの）もっとも重い罪に対するよりも重い可罰的評価の量を要求する規定であるとする見解である⁵⁰⁾。そしてこれもやはり、観念的競合として構成要件要素を重複評価すること自体が禁止されているとみるのではなく、ただ、量刑において同一要素を重ねて評価することが禁止されていると解する立場に与するものである。また、「観念的競合の規定を違法評価に関係する量刑事情の重複評価を回避するものとして理解」し、「一応は数個の故意犯の成立を肯定しておきながら、観念的競合の関係を認め、量刑の場面で重複評価を回避」すべきであるとする見解⁵¹⁾も同様の思考に基づくものであろう。

2 次に、ドイツにおける固有の意味における観念的競合の明示機能という働きも、わが刑法240条後段に関して、死という結果の発生が故意によるものか過失によるものであるのかは量刑の際に斟酌されるべきである以上、重要な意義を有する。

ところで、競合論（罪数論）の実体法上の意義の一つは、量刑規範を明らか

以下。中森教授（『刑法判例百選Ⅰ総論』91頁）も、「法定的符合説をとりながら故意の個数を顧慮するのは疑問であると思われる」とする。なお、井田・前掲「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察」、斎藤信治「事実の錯誤」芝原ほか編『刑法理論の現代的展開Ⅱ』1頁、西田典之「事実の錯誤」『考える刑法』131頁参照。

49) 団藤重光『刑法綱要総論』304頁。これに対しては、平野龍一「具体的法定的符合説」『犯罪論の諸問題（上）』71頁。

50) 中野・前掲論文215頁。

51) 井田・前掲「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察」（4）61頁。なお、次の注参照。

にすることであるところ⁵²⁾、たとえば、強盗致死罪において死という結果を故意に惹起したという事実を量刑において考慮するとするならば、その前提として、量刑資料の対象となるところの右事実、原理上はやはり量刑資料とするに足る実体を有した、違法と責任評価がなされたものでなければならず、犯罪成立要件を満たしていることが必須となる。たしかに、強盗殺人罪の場合、行為者に殺意があったという事情は、殺人罪との観念的競合を認めないわが国にあっては、判決の理由のなかでは述べられるであろうが⁵³⁾、罰条の適用上は明確ではないのであるから、ドイツのように法令の適用にあたってこれを明記すべきことになる。余罪を実質的には処罰する趣旨で量刑の資料とすることが許されないのと同様に⁵⁴⁾、犯罪構成要件を充足していない行為を量刑資料とすることはできないからである。このような量刑論と競合論との有機的連関は、ドイツにおいてよくみられるところである。先の刑法改正において、刑事手続の簡素化をもたらすとして単一刑の導入が検討されながらも、それは、不法・責任の程度を独立に評価すべきであるとする責任刑法の原則に反するものであり、個々の所為の評価が行われなければ被告人の防禦にも支障をきたすとして、結局総合刑主義が採用されたこと、学説において、観念的競合の場合には、総合刑の範囲で、軽い法律を刑を加重する方向で考慮することは許されているが、それは、観念的競合によって基礎づけられている所為の不法内容の増加は、有罪判決においても斟酌されてよいからであるとしてされていることなどは、その例である。

このようにわが国においても、観念的競合の明示機能は量刑において重要な役割を果たしうるものであり、かつ観念的競合としての二重評価が禁止されないとするならば、明示機能を考慮することは解釈論上意義があることであり、とりわけ不真正結果的加重犯の競合論の領域においては新たな解釈の指針とすることも可能となってくるのである。

52) 拙稿・前掲「混合的包括一罪論の前提」109頁。

53) 平野・前掲「結果的加重犯について」114頁。

54) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁、最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁、最近では大阪高判平成3年11月14日判例タイムズ795号274頁。

二 具体的事例の検討

それでは、わが国において重い結果について故意ある場合が特に問題となっている若干の例について検討し⁵⁵⁾、明示機能を踏まえた解決策を試論として提示してみよう。

第一に、傷害、殺人の故意をもって姦淫し、傷害、殺人の結果を生じた場合の擬律について考えてみよう。

181条に殺意、ないし傷害の故意のある場合をも含むかについては、これを肯定する見解と否定する見解の間に基本的な対立がある⁵⁶⁾。第一説は、肯定説に立ち、181条一罪の成立を認めるものであり、第二説は、やはり肯定説に立ち、181条と199条との観念的競合とし⁵⁷⁾、ただ、傷害の故意の場合には、181条一罪で処断すれば足りると解しており⁵⁸⁾、第三説は、否定説の立場から、181条と199条、または204条との観念的競合とする立場であり⁵⁹⁾、第四説は、同じく否定説の立場から、177条と199条、あるいは177条と204条との観念的競合とするものであり⁶⁰⁾、ただ、傷害の故意の場合については、181条の適条とする

55) 故意ある結果的加重犯を認めるか否かについては、丸山（雅）・前掲書255頁、276頁参照。丸山（雅）教授は、この問題についての種々の解決策を紹介し、検討を加え、結論として重い結果に故意ある場合には通常の故意犯が成立し、結果的加重犯は重い結果の過失の実現にかぎり、ただ、通常の故意犯では不法内容を評価し尽くすことのできない基本犯の部分の犯罪の成立を認め、両者の競合として解決していくべきで、この問題は、統一的解釈を含めて立法に委ねる問題であるとする。

56) 前田・前掲書129頁参照。

57) 小野清一郎他『刑法（ポケット注釈全書）』381頁、団藤重光『刑法綱要各論』494頁、平野龍一『刑法概説』181頁（前掲「結果的加重犯について」115頁は殺人罪と強姦罪との観念的競合）、藤木英雄『刑法講義各論』174頁。

58) 団藤・前掲書494頁、中山研一『刑法各論』136頁。

59) 結論において、同旨、最1判昭31年10月25日刑集10巻10号1455頁、小野・前掲書140頁、香川達夫『刑法講義各論』279頁。前田教授（前田・前掲書130頁）によると前掲昭和31年判例と小野清一郎『新訂刑法講義各論』140頁はこれに属するとするが、亀山検事（亀山継夫『大コンメンタール刑法(7)』95頁）は、右判例は第二説に属するとする。

60) 札幌地判昭和47年7月19日判時619号104頁、滝川春雄＝竹内正『刑法各論講義』98頁、大塚・前掲書104頁、岡野光雄『刑法要説各論』50頁、曾根威彦『刑法各論』65頁（曾根教授は、「181条の刑が重いのは結果が致死の場合を考慮したためであって、致傷の結果にとどまる場合は、強姦罪の刑の限度（懲役15年）にとどめるべき

説もある⁶¹⁾。

第一説の論拠は、181条は重い結果につき故意を有する場合をも含み、そうである以上、さらに傷害罪は殺人罪の成立まで認める必要はないというものである。第二説と第三説または181条に重い結果に故意ある場合を含むか否かで見解を異にするが、結論には大差はなく、その論拠は、傷害の故意がある場合に181条の成立を認めないで強姦罪と傷害罪との観念的競合とするならば、刑は結局強姦罪のそれ（2年以上の有期徒刑）となり、過失による傷害の場合（無期または3年以上の刑）に比して著しく刑の権衡を害するものであるという点にあり、そのなかで傷害の故意の場合に181条のみを適用する説は、強制猥褻罪・強姦罪と傷害との結びつきは通例であり、したがって、故意のある結果的加重犯を認める以上さらに傷害罪を認める必要はないことであると説く。他方、殺人の故意がある場合の処理に関しては、181条の成立に限るならば、単なる殺人よりも軽く処断されることを理由とする。第四説の根拠は、181条は結果的加重犯であり、そうである以上重い結果に対して故意がある場合には本罪の成立を否定すべきであり、したがって、強制猥褻罪・強姦罪と傷害罪・殺人罪との観念的競合とする。そして、このように解しても刑の不均衡はないというのである⁶²⁾。

通説は、第二説に立つのであるが、これに対しては、致死の場合と致傷の場合とで扱いを異にし、殺害を二重に評価するという難点が指摘されているほか⁶³⁾、「本条に故意あるばあいを含ませながら、なお殺意のあるばあい、科刑の均衡に対する配慮のためか、199条との観念的競合を認めようとするのは適切でない」ともいわれている^{64) 65)}。

であろう」とする。しかし、致傷の結果が発生してもしなくても法定刑の上限が同じであるとするのは疑問である）、177条と199条に関して、同旨、平野・前掲「結果的加重犯について」112頁。

61) 柏木千秋『刑法各論』316頁、西原春夫『犯罪各論』177頁、澤登俊雄『刑法概論』213頁、内田文昭『刑法各論』168頁、前田・前掲書132頁、大谷・前掲書120頁、中森、前掲書69頁。

62) 平野・前掲「結果的加重犯について」116頁。

63) 前田・前掲書131頁、中森・前掲書69頁。

64) 香川達夫・団藤編『注釈刑法(4)』317頁。

65) なお、第三説に対する批判としては、強姦致死傷罪は致傷の結果に故意ある場合

判例としては、最1判昭和31年10月25日（刑集10巻10号1455頁）は、殺意を有し、暴行をもって婦女を姦淫し、よって死に致した所為は、強姦致死罪および殺人罪にあたるとし、また、最1判昭和36年8月17日（刑集15巻7号1244頁）は、婦女を殺害したうえ強姦する目的で暴行を加えその婦女を死亡させ、その直後姦淫したときは、殺人罪と強姦致死罪の観念的競合であるとした一審判決を支持した⁶⁶⁾。そして、このような解釈は大審院時代以来判例が一貫して採るところである。明示機能の点からは、被害者の死は行為者の殺人の故意行為によって惹起されたことを示すべきであり、先の第二説に対する批判は、そのかぎりでは、決定的な批判とならず、したがって、判例のこのような処理もまた正当であるといえよう。

試論を示せば、まず、結果的加重犯である強姦致傷罪に故意による傷害や殺人は含まれないと解した場合、傷害の故意をもって姦淫し、傷害を負わせた場合には、強姦罪と傷害罪との観念的競合とすべきであり、また、殺人の故意をもって姦淫し、死亡させた場合には、強姦罪と殺人罪との観念的競合とすべきである。しかし、181条には故意によらない致傷や致死のほか故意による傷害や殺人も含まれると解した場合、観念的競合の明示機能を重視すれば⁶⁷⁾、殺人の故意をもって姦淫し、死亡させた場合には、強姦致死罪と殺人罪の観念的競合とすべきことになる。強盗傷人罪と強盗殺人罪では、法定刑をまったく異にするのであり、両者の区別は重要であるが、他方、強盗あるいは強姦犯人が被害者を故意で殺害したのか、過失により死に致したのかという点も、犯情を測る上で、すなわち量刑上、それに劣らず重要であると思われるからである。

第二に、刑法126条3項は、車船覆没致死罪を規定するが、致死の結果につ

を含まないとしながら、重い結果に故意ある場合に181条を適用することは両立しないということである。

66) もっとも、本件では、姦淫行為が被害者死亡の後に行われてもこれを包括して強姦致死罪と解することができるかが争われたのであった。弁護人は、上告趣意において、殺人罪一罪が適用される場合と、殺人罪、強姦致死罪、強姦罪との三罪についての法条が適用された場合とでは、その情状において異なり、ひいては量刑に影響することは明らかであると主張した。

67) 傷害の故意を持って姦淫し、傷害を負わせた場合には、強姦致傷罪と傷害罪との観念的競合となろうか。

いて予見があった場合の擬律について、第一説は、車船顛覆致死罪のみの成立を認め、殺人が未遂にとどまったときは、126条3項には未遂処罰規定がないので、刑の権衡上、車船顛覆罪と殺人未遂罪との観念的競合になるとし⁶⁸⁾、第二説は、殺意のない場合に車船顛覆致死罪が認められることから、刑の権衡上、車船顛覆致死罪と殺人罪との観念的競合とし⁶⁹⁾、第三説は、車船顛覆罪と殺人罪または殺人未遂罪との観念的競合を認めるとする⁷⁰⁾。第一説は、故意のある結果的加重犯を認めるもので、240条の一般的解釈と対応するが、この説には、240条とは規定の体裁を異にし、殺人の未遂と既遂で法律の適用を異にするという批判があり、第二説は、適条の統一という点で優れているが、この説には、かりにその立場が126条には故意を含まないと解する立場であるとする、この点に矛盾があり⁷¹⁾、あるいは故意行為を一方では結果的加重犯として評価し他方では故意犯(殺人罪)として評価するのは矛盾である⁷²⁾、あるいは本罪の重い法定刑を考慮しないという批判があり⁷³⁾、第三説は、結果的加重犯は重い結果に対する故意のない場合と解する見解からすると合理的であるが、この説には、殺人の故意ある場合には刑の下限が3年以上、故意なき場合には刑の下限が無期となってしまう刑の権衡を失するという批判がある。第一説に加えられた、既遂と未遂の適条が不統一であるという批判に対しては、

68) 泉二新熊『日本刑法論各論』183頁、滝川幸辰『刑法各論』232頁、木村亀二『刑法各論』201頁、江家義男『刑法講義各論』108頁、斉藤金作『刑法各論講義』100頁、宮内裕『新訂刑法各論講義』244頁、中山・前掲書407頁、下村康正『刑法各論』182頁、内田・前掲書486頁、大谷・前掲書・348頁、岡野・前掲書193頁、中森・前掲書219頁、曾根・前掲書213頁、前田・前掲書407頁。

69) 牧野英一『刑法各論(上)』112頁、小野・前掲書84頁、草野豹一郎『刑法要論』219頁、団藤・前掲書232頁、植松正『刑法概論Ⅱ』128頁、香川・前掲『刑法講義各論』184頁、藤木・前掲書115頁、渡邊一弘『大コンメンタール刑法(5)』218頁、大判大7年11月25日刑録24輯1425頁、東京高判昭45年8月11日高判集23巻3号524頁(最1判昭46年4月22日刑集25巻3号530頁の原判決)。

70) 柏木・前掲書215頁、滝川=竹内・前掲書278頁、大塚・前掲書391頁。なお、大塚教授は、量刑にあたって、結果的加重犯としての車船顛覆致死罪の法定刑と対比しつつ、合理的な判断がなされるべきであるとする。ドイツでいわれるところの、遮断効果を認めるものである。

71) 前田・前掲書407頁。

72) 高田卓爾・団藤編『注釈刑法(3)』221頁参照。

73) 大谷・前掲書384頁。

「死の結果が生じた場合も、殺人罪は成立しているが、致死罪に吸収され、結果が生じなかったときは、吸収されないから観念的競合になる」という反論が提起されている⁷⁴⁾。ただ、不真正結果的加重犯を肯定し、殺人罪が致死罪に吸収されるとするならば、未遂罪もそれに吸収されるとすべきではあるまいか。ここでも、観念的競合の明示機能という点から、また、適条の不統一を回避でき、刑の権衡という点からも、車船顛覆致死罪は死の結果を故意に惹起させた場合をも含むとすること、すなわち故意のある結果的加重犯を認め、その上で殺人罪（殺人未遂罪）との観念的競合となるとすべきである。

第三に、強盗犯人が、故意に人を殺した場合の取扱いについては、第一説は、240条後段のみを適用すれば足りるとし⁷⁵⁾、第二説は、強盗致死罪と殺人罪との観念的競合であるとし⁷⁶⁾、第三説は、強盗罪と殺人罪との観念的競合と解する⁷⁷⁾。第一説は、強盗の機会の殺傷は刑事学的に希な事態ではなく、また、文理上「因て」という文言が用いられていないこと、および243条の規定を根拠にし、第二説は、故意のある場合とない場合とは本質的に異なるから、240条が、これらを併せて規定した趣旨と見ることはできないことを根拠とするが、この説に対しては、本条に故意犯を含まないと解する点、および、死という結果を二重に評価する点に批判があり、第三説は、法文に忠実で理論的には一貫していると評される反面、刑の権衡を欠くとの批判がある⁷⁸⁾。たしかに、第一説の論拠は支持しうるのであるが、結果に対して故意のある場合と過失の場合とで罰条の適用を同じくする点に難がある。そこで、この問題に関しても、観念的競合の明示機能という側面からすると、結果に対して故意のある場合とない場合とを区別するべきであり、したがって、理由づけは異にする

74) 平野・前掲「結果的加重犯について」117頁。

75) 通説。大連判大11年12月22日刑集1巻815頁、大判昭8年11月30日刑集12巻2177頁、最2判昭23年6月12日刑集2巻7号676頁、最判昭32年8月1日刑集11巻8号2065頁、最3判昭33年6月24日刑集12巻10号2301頁。

76) 小野・前掲書244頁、滝川・前掲書132頁、井上正治『刑法各論』132頁、大判明43年10月27日刑録16輯1764頁、大判大4年2月26日刑録21輯164頁。

77) 大場茂馬『刑法各論（上）』616頁、滝川＝竹内・前掲書183頁。

78) 改正刑法は、強盗致死傷罪(327条)と強盗殺人罪(328条)とを別個の条文に規定して、解決をはかった。

が、第二説をもって妥当と解すべきである。そして、この説に対する二重評価を理由とする批判に対しては、観念的競合として結果を二重に評価すること自体は許されないことではないという上述の反論が可能であろう。

結

競合論（罪数論）、したがって観念的競合規定の趣旨に関わる議論は、量刑論と密接に結びついている。すでに、別稿において、観念的競合および罪数と量刑論について、また、観念的競合と二重評価、観念的競合の明示機能についても触れてきたが、本稿は、改めてこの問題についての若干の検討をなすことで、観念的競合論と量刑論の連関を示すことを意図したものである。そして、その素材として主として不真正結果的加重犯論を取り上げ、ドイツの議論を参照して、明示機能、二重評価を検討し、翻って、わが国のこの領域における議論にどのような解釈論上の示唆をもたらすものかにつき、試論を提示した。

ドイツの判例・通説は、観念的競合の明示機能を認める。これは、行為者の行った犯罪事実を刑罰法規によって可能なかぎり評価し尽くす機能であり、たとえば、不真正結果的加重犯（わが刑法240条後段の強盗致死罪）を例にとれば、故意犯（殺人罪）との観念的競合を認めることで重い結果が故意によって惹き起こされたのであり、過失によるものではないことを示すという機能であり、そのほか、たとえば、殺人は未遂にとどまったが重傷を負わせた場合、殺人未遂と身体傷害の既遂（強姦未遂罪と性的強要罪の既遂を認める場合も同様）を認めることで、殺人は未遂にとどまったが、被害者は単に危殆化されたのではなく、現に傷害されたことを罰条の適用において明示する機能である。そしてこのような明示機能のために必要とされた複数の刑罰法規による評価は、量刑論に反映することになる。しかも、かりに同一結果を観念的競合という形態で複数の刑罰法規で評価しても、それは必ずしも許されない二重評価ではないとされているのである。

このようなドイツの議論は、わが国の競合論にも有益であると考ええる。従来、二重評価は許されないとしながら、現状では観念的競合という形態での二

重評価は行われており、あるいは二重評価的な考慮もなされている。したがって、検討し明らかにされなければならないのは、許されないのはどのような場合であるのかということである。

上述のごとく、本稿は、不真正結果的加重犯の競合論そのものを論じるものではなく、その問題の具体的な解決を提示することを意図するものでもない。もちろん、不真正結果的加重犯の重い結果について故意のある場合を統一的に解釈する可能性を探ることは意義があることに違いない。しかし、結果的加重犯とその重い結果に対する故意犯との観念的競合を認めようとするならば、なお、故意ある結果的加重犯は論理的に可能か、このような処理は二重評価とはならないかについてのさらなる検討が必要となるであろうし、あるいはすでに述べた、法定刑、未遂犯規定の存否などをも考慮した考察も要求されることであろう⁷⁹⁾。ドイツでのこの問題の趨勢が、わが国の同じ問題に一石を投じる素材を提供するものとして意義を有することはあっても、それはドイツにおける固有の状況を基礎においたものであることはもちろんであり、また、この領域ではもっぱら明示機能だけが重要視されるべきものであるとすることもできない。それにもかかわらず、不真正結果的加重犯の競合論に明示機能という側面から検討をくわえたのは、競合論（罪数論）、とりわけ観念的競合論の量刑で果たしうる役割を模索して、量刑論の基礎として競合論を位置づける作業の一つとしたいと考えたからであった。

79) 丸山（雅）・前掲書276頁