

結果的加重犯の未遂について

Zum Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt

四條 北斗

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

2007年9月15日 受理

目次

1. はじめに
2. 我が国とドイツにおける結果的加重犯に関する差異
3. 未遂の結果加重
4. 結果加重的未遂
5. 検討
6. おわりに

1. はじめに

可罰的未遂の成否が問題になる場面の一つとして、結果的加重犯の未遂が挙げられる⁽¹⁾。我が国の議論においては、現行法上、結果的加重犯について未遂処罰が問題になる場合がほとんどないこともあり、あまり活発な議論がなされているわけではない。一方、ドイツでは現在でも、この結果的加重犯の未遂というテーマについて盛んに議論がなされている。もっとも我が国とドイツでは結果的加重犯および未遂犯についての法規定が異なるので安易な比較はできないが、そこでなされている議論は我が国の解釈論にとっても有益なものであると思われる。そこで、本稿では近時のドイツにける議論を検討しながら、結果

的加重犯の未遂という問題について検討を加える。

2. 我が国とドイツにおける結果的加重犯に関する差異

我が国の刑法典では、結果的加重犯は各論において個別的に規定されている。一般に、法規定に「よって」という文言が用いられている。その概念は、「結果的加重犯は、基本となる故意行為によって重い法益侵害の結果がもたらされた場合に、その重い『結果』を重視して刑が『加重』される犯罪類型」⁽²⁾であるとされる。

結果的加重犯をめぐっては、「何を根拠に基本犯の法定刑を基礎とした加重がなされるのか（なされてよいのか）という根本的な問題」⁽³⁾が存在する。この加重根拠について、周知のように、我が国の判例は、基本犯と結果との間に因果関係が存在する場合に広く結果的加重犯の成立を肯定してきたといえる。判例の立場に対しては、「基本犯と重い結果との外的結合に結果的加重犯の特質を見ることができるとしても、因果関係の存在だけで責任連関を必要とされない重い結果に基本犯

の法定刑を基礎とした加重を正当化する契機を見出すことはできない」⁽⁴⁾と批判がなされている。また、我が国の通説的見解は、責任主義の貫徹という観点から、因果関係があるというだけでは結果的加重犯の成立にとって十分ではなく、重い結果の発生について行為者の過失が存在しなければならないとしている。それによれば、結果的加重犯は、「故意犯と過失犯の複合的な形態の犯罪」として把握される⁽⁵⁾。しかしながら、基本犯と重い結果との単純な外的結合に着目するだけで、結果的加重犯に固有の不法内容の存在を認めないのであれば、基本犯である故意犯と重い結果を発生させた過失犯との観念的競合以上の刑を科すことを正当化する根拠は見出せないという批判⁽⁶⁾が妥当すると思われる。

一方、ドイツでは、総論に結果的加重犯に関する規定（ドイツ刑法 11 条 2 項、18 条）がおかれている。ドイツ刑法 11 条 2 項は、結果的加重犯は故意犯であると宣言している。この規定によって、「故意-過失結合の故意の部分に構成要件の不法の重点があり、過失の部分は脇役へとおしやられる」⁽⁷⁾ことになる。したがって、ドイツの支配的見解は、故意-過失結合を「基本犯を真の核心として、そして特別な結果を単に不法を追加的に特徴付けるものにすぎないとして統合する『意味の単一性』」⁽⁸⁾と理解するのである。また、ドイツ刑法 18 条は、結果的加重犯の場合に、故意の基本犯が重い結果を少なくとも過失により惹起すれば十分であることを明記している。さらに、各論における個々の規定において、「少なくとも過失により」あるいは「少なくとも軽率に」特別な結果が惹起されることが要求されている。後者の要件が規定されている場合、単なる過失ではなく、重大な過失がなければならない。

加重根拠については、ドイツでは、いわゆる危険性説が支配的見解となっている。それによれば、「結果的加重犯の法定刑の高さは、特別な結果に、基本犯に典型的に付随する危

険が実現した場合にだけ正当化される」ことになる⁽⁹⁾。結果的加重犯の法定刑が著しく重いことから、その法定刑の高さを正当化するためには、基本犯と重い結果との単なる因果的結合だけでは十分でなく、基本犯と重い結果との間に特殊危険実現連関（直接性連関）が存在しなければならないのである。この見解は我が国においても、近時、有力な支持者を見出している⁽¹⁰⁾。

3. 未遂の結果加重

(1) 概念定義

未 遂 的 結 果 加 重 (die versuchte Erfolgsqualifizierung) とは、「行為者の決意は特別な結果を含んでいるが、彼の行為が特別な結果を惹起しない」場合である⁽¹¹⁾。ドイツでは、未遂の結果加重は結果的加重犯の一つの可能な未遂であると認められている⁽¹²⁾。Kühlによれば、その理由は、「結果的加重犯の場合の特別な結果は、たしかに『少なくとも』過失によって、あるいは『少なくとも』軽率に惹起されなければならないが、『まずもって』故意に惹起されうる。故意に惹起されうる特別な結果、いわゆる加重結果は、『未遂』もなされうる」⁽¹³⁾ということに見出される。したがって、未遂的結果加重の成立するのは、特別な結果に関して故意がある場合のみとなろう⁽¹⁴⁾。

具体的事例として、行為者が被害者から金銭を奪うために鉄パイプで被害者の頭部を殴打し、その際に行為者が被害者を殺すことをあり得るとみなし、それを甘受していたが、何も生じなかったという場合⁽¹⁵⁾が挙げられる。ここでは、行為者は殴打によって、ドイツ刑法 249 条の意味における財物の強取のための被害者に対する暴行を行使し、その際に「死」という特別な結果に関して未必の故意をもっていたが、その特別な結果を発生させることはなかったのである。したがって、強盗致死の未遂が、異なる不法内容と高い刑罰威嚇を理由に、同時に実現された故意による

殺人罪（ドイツ刑法 211 条、212 条）の未遂と行為の単一性の関係（ドイツ刑法 52 条）にあるとされる⁽¹⁶⁾。競合の問題はあるが、強盗致死罪の未遂が認められるのである。

(2) 基本犯も未遂の場合

未遂的結果加重の場合に一般に議論のあるのは、基本犯が既遂されていなければならないのか、それとも未遂されただけでもよいのかということである。一般的に、基本犯は未遂で十分であるとされている⁽¹⁷⁾。Kühl は、「故意の基本犯—ドイツ刑法 251 条の場合はドイツ刑法 249 条の強盗—と同様に、『まずもって』故意に惹起されうる特別な結果もまた『未遂』されうるので、二つの『未遂』から、結果的加重犯の一つの可能な未遂が故意 故意結合という形態において現れる」⁽¹⁸⁾とする。したがって、上述の事例では、基本犯の強盗が未遂であっても、未遂的結果加重という現象形態において、強盗致死という結果的加重犯の一つの可能な未遂として認められるのである⁽¹⁹⁾。Roxin もまた、端的に、「未遂の場合には、（基本的構成要件もその一部である）構成要件のメルクマールは満たされている必要はない」⁽²⁰⁾として、基本犯が未遂の場合にも未遂的結果加重を認めている。

(3) 実行の着手時期

未遂的結果加重の場合の実行の着手時期について、Kühl は「基本犯の実現への決意は未遂的結果加重の場合、すでに特別な結果についての（未必の）故意を含んでいるのであり、基本犯の構成要件の実現への直接的な着手が両者—基本犯と特別な結果—の実現にドイツ刑法 22 条の意味で直接的に着手しているのである」⁽²¹⁾とする。また Hardtung も、「ドイツ刑法 22 条は行為に着目しており、それを文字通りに受け取れば、行為者は基本犯に着手すると同時に結果加重に着手しているのである。というのは、結果加重的構成要件は基本犯の行為以外の行為を記述してい

ないからである（むしろ、常に基本犯とそこから生じた特別な結果のみが記述されているのである）」⁽²²⁾としている。しかし、ドイツの判例および通説は、様々な状況における着手の直接性に関する決定を構成要件の結果への時間的切迫にも依拠させている。それに従えば、行為者は基本犯に直接的に着手するよりも遅く結果加重に直接的に着手しているとされる場合もありうることになる⁽²³⁾。

(4) 未遂的結果加重を否定する見解

ドイツ刑法 22 条および同 23 条における全ての前提が存在する場合にも、未遂的結果加重の可罰性に対して異論が唱えられることがある。まず、未遂的結果加重の可能性は概念的にあり得ないという見解がある。つまり、行為者が特別な結果を実現するのではなく、むしろ未遂したに過ぎないケースにおいて、そのような場合には基本犯と特別な結果の間の客観的な不法連関が欠けているという論拠によって、結果的加重犯の未遂の可罰性が否定されるのである⁽²⁴⁾。しかし、このような論証に対しては、その場合「あらゆる結果犯の未遂は不可罰でなければならない」という批判⁽²⁵⁾が妥当するように思われる。さらに、「ドイツ刑法 22 条に従えば実行に移された表象無価値（Vorstellungsunwert）が処罰されるのであり、客観的な行態無価値（Verhaltensunwert）が処罰されるわけではなく、既に全く結果無価値（Erfolgsunwert）は処罰されていないということ」が看過されている⁽²⁶⁾と Hardtung によって批判がなされている。

つぎに、未遂的結果加重に限らず、「結果的加重犯の未遂は存在し得ない」というテーゼが打ち立てられることがある。Gössel によれば、「ただ一つの行為（あるいはただ一つのメルクマール）に関してだけでも単なる過失で十分である場合には、その結合犯全体がもはや故意行為として扱われえない」⁽²⁷⁾とされる。つまり、「故意の行為要素と過失の結果要素をとまなう結果的加重犯は過失犯

である」⁽²⁸⁾ ことになる。したがって、一般的な見解とともに、過失犯の未遂は決意が欠けているために、とりわけ故意が欠如しているために、現行ドイツ刑法によれば不可罰であるということを前提に議論する場合、結果的加重犯の未遂もまた不可罰でなければならないことになろう。実際、Gössel は「過失結果を伴う結果的加重犯に（ドイツ刑法 24 条を含めて）未遂についての規定は適用できない」⁽²⁹⁾ としている。

このような Gössel のテーゼに対して決定的であるのは、ドイツ刑法 11 条 2 項の規定である。この規定に忠実に解釈するのであれば、故意-過失結合の意味の単一性は、「基本犯を真の核心として、そして特別な結果を単に不法を追加的に特徴付けるものにすぎないとして統合する『意味の単一性』として見てとることができる」⁽³⁰⁾ のであり、そのように理解するのがドイツの支配的見解である⁽³¹⁾。現行ドイツ刑法を念頭に置く場合、Gössel の見解は採りえないであろう⁽³²⁾。さらに、Hardtung によれば、より重要であるのは、過失犯は未遂がなされえないという支配的見解の理解が的を射ていないことであるとされる。つまり、「十分に、他人の死を『過失によって』、したがって注意義務に反した行為によって惹起するという表象（行為決意、故意）をもつことができ、そしてそれに直接的に着手することができる」⁽³³⁾ ともっとも、そのような表象をもっている以上、それにもかかわらず基本犯の実現に着手する場合、それと同時に重い結果を惹起することについての未必の故意を有しているといえると思われる。

4. 結果加重的未遂

(1) 概念定義

結果加重的未遂（der erfolgsqualifizierte Versuch）とは、「過失によって惹起された特別な結果がすでに基本犯の未遂によって生じる場合」である⁽³⁴⁾。この定義からも明ら

かであるが、結果加重的未遂の場合は、重い結果について故意のある場合は含まれない⁽³⁵⁾。

結果加重的未遂の例として、強盗を試みる者が、強盗のために行使した暴行によって軽率にも被害者の死を惹起するが、財物奪取には失敗するというケースが挙げられる⁽³⁶⁾。ドイツにおける判例および支配的見解によれば、この事例では結果的加重犯の未遂が認められ、「強盗致死未遂罪」（ドイツ刑法 251 条、22 条）になるとされる⁽³⁷⁾。したがって、その処罰はドイツ刑法 251 条の高い法定刑に基づき、同時にドイツ刑法 23 条 2 項によって刑の減軽の可能性が認められる。もっとも、未遂の結果加重とは違って、結果加重的未遂はそれの可罰性に関して根本的な疑念にさらされている。

また、第 6 次刑法改正法以降は若干の例外（特にドイツ刑法 221 条 3 項）を除いてほとんど問題にはならないが⁽³⁸⁾、基本犯の未遂が不可罰である場合に、結果加重的未遂が可罰的であるのかという問題がある。多くの見解が、重い結果はドイツ刑法 18 条によれば刑罰を高める効果をもち得るにすぎないという論拠で、これを否定している⁽³⁹⁾。

(2) 支配的見解

ドイツの支配的な見解によれば、「重要であるのは、当該犯罪の構造によれば、構成要件の類型的な危険性つまり加重を導入する契機になるものが、基本犯の構成要件的结果に基づいているのか、それとも既に構成要件的行为に基づいているのかということである」⁽⁴⁰⁾。つまり、基本犯と重い結果との危険実現連関を、「行為の危険性」との間に要求するのか、「結果の危険性」の間に要求するのが、結果加重的未遂の成否にとって重要なのである。ある結果的加重犯に関して、基本犯の結果と重い結果の間に危険実現連関が求められる場合、基本犯の結果に重い結果の発生にとっての「固有の危険」が備わっていなければならない、さらにそれが特別な結果に反映さ

れていなければならないのである⁽⁴¹⁾。この危険実現連関については個々の犯罪ごとに検討されるべきであり、結果加重的未遂の成否もまた個々の犯罪ごとに検討されることになる⁽⁴²⁾。

強盗致死（ドイツ刑法 251 条）の場合は、「（典型的に生命に関わる）暴行行為と死亡結果との間の危険実現連関は十分である」として、暴行行為が被害者の死亡に結びつく場合、結果加重的未遂が認められる⁽⁴³⁾。また、強制わいせつや強姦の場合（ドイツ刑法 178 条）も、「構成要件的最終結果は、典型的に生命の危険のあるものではなく、例外的にしか死に至ることはあり得ない。それに対して、構成要件的行為の場合、未遂段階で行う暴行の行使は、被害者の生命にとって本来的に危険である」⁽⁴⁴⁾ので結果加重的未遂が認められる。他方、基本犯の結果の危険性との間に危険実現連関が要求されるものとして、傷害致死（ドイツ刑法 227 条）⁽⁴⁵⁾や放火致死（ドイツ刑法 306 条 c）⁽⁴⁶⁾がある。これらの場合、結果加重的未遂は認められない。

（3）結果加重的未遂を否定する見解

Gössel は、過失犯の構造に基づいて、結果加重的未遂に対して根本的な疑念を提起している。既にみたように、Gössel によれば、「結果的加重犯は過失犯」であり、「過失結果を伴う結果的加重犯に（ドイツ刑法 24 条を含めて）未遂についての規定は適用できない」⁽⁴⁷⁾とされるのである。したがって、結果加重的未遂の場合にも、未遂の可能性は否定されることになる。しかし、既に述べたように、ドイツ刑法 11 条 2 項の規定は結果的加重犯を故意犯と宣言しているのであり、Gössel の見解は現行ドイツ刑法と相容れない。それ故、この見解は、現行ドイツ刑法の解釈・適用においては支持し得ないのである。

他方、Hardtung は、未遂論から結果加重的未遂という概念に疑念を提起している⁽⁴⁸⁾。

Hardtung は、支配的見解の解決は、基本法 103 条 2 項を理由に拒絶されるべきであるとする⁽⁴⁹⁾。彼によれば、「ドイツ刑法 251 条の未遂は、ドイツ刑法 22 条に従えば、完全な構成要件を実現する表象を前提にしている」のであるが、上述の事例では、行為者にはその表象がないのである⁽⁵⁰⁾。したがって、ドイツ刑法 251 条の未遂を肯定するためには、「行為についての彼の表象にしたがって故意の部分の実現に直接的に着手し、それによって過失の部分を実現する者もまた、ドイツ刑法 11 条 2 項の意味における犯罪行為を未遂しているのである。」⁽⁵¹⁾という法規定が必要であるとされる。しかし、ドイツ刑法 22 条には明らかにこのような文言は含まれていないのである。それ故、Hardtung は、この場合、基本犯の未遂しか存在せず、その基本犯の未遂が特別な結果を理由に結果的加重犯の法定刑から刑罰を加重されるとして、「重い結果を伴った基本犯の未遂」（der folgenschwere Versuch des Grunddelikts）とするのである⁽⁵²⁾。したがって、上述の事例では、「強盗未遂致死罪」（ドイツ刑法 249 条、22 条、251 条）になるという⁽⁵³⁾。その処罰はドイツ刑法 251 条の高い法定刑に基づき、同時にドイツ刑法 23 条 2 項による刑の減軽が認められることになる。Hardtung はこのような刑罰加重型解決の論拠を次のことに求める。即ち、「ドイツ刑法 23 条 2 項が未遂は既遂行為よりも軽く処罰されうとする場合、そこに同時に、未遂も既遂犯と同様に処罰されうという基本原則が存在するのである。したがって、ドイツ刑法 23 条 2 項は『未遂の刑罰は既遂行為の刑罰威嚇に従う』という原則を示しているのである」⁽⁵⁴⁾と。

この見解については、Kühl によって次のように批判がなされている。まず、「確かに、未遂はドイツ刑法 22 条によれば『行為』に関する故意（『表象』）を前提とするが、ドイツ刑法 22 条で問題であるのは未遂の定義ではなく、予備と未遂の区別に関する形式なのである」と⁽⁵⁵⁾。次に、「ドイツ刑法 22 条の『行

為』はあらゆる犯罪行為の基本形態としての既遂された故意の作為犯であって、故意-過失結合という形態にある真正結果的加重犯を立法者は念頭においていない」⁽⁵⁶⁾ である。Kühlによれば、故意-過失結合という形態にある真正結果的加重犯を、立法者はむしろドイツ刑法 11 条 2 項や同 18 条の場合に念頭においていたのであり、そこから結果加重的未遂も認められるのである⁽⁵⁷⁾。

また、Hardtung のいう「未遂の刑罰は既遂行為の刑罰威嚇に従う」という原則が正当であるとしても、結果加重型解決には疑問が残る。正当にも Hardtung の指摘するように、結果加重的未遂の場合には、行為者は重い結果について表象していないのであり、未遂の成立は基本犯の未遂にとどまるべきであろう。そうであるならば、「未遂の刑罰は既遂行為の刑罰威嚇に従う」という場合、その未遂行為が従う既遂行為の刑罰威嚇は、基本犯が既遂された場合の刑罰威嚇であるべきではなかろうか。法律要件と法律効果が、それぞれ異なる条文に依拠することは罪刑法定主義に反するのではなかろうか。

5. 検 討

ここまで、ドイツにおける近時の議論を参考に結果的加重犯の未遂について検討してきた。以下では、ここまでの議論をもとに、我が国の解釈論との関係で、若干の検討を加えることにする。

結果的加重犯の場合に未遂が問題になる現象形態として、未遂の結果加重と結果加重的未遂がある。まず、未遂の結果加重を可罰的未遂の一類型として認めるか否かについては、故意ある結果的加重犯という概念を認めるか否かが分水嶺になる。たしかに責任主義の要請からは、重い結果について「少なくとも」過失が必要であり、したがって重い結果について故意がある場合にも結果的加重犯の成立を認めうるであろう。しかし、この点については、我が国とドイツの法規定の違いに

注意しなければならない。我が国の刑法典には、ドイツ刑法 11 条 2 項および同 18 条のような規定はないのである。また、重い結果について故意のある場合には、重い結果を基本的構成要件とする犯罪を問題にすれば足りる。したがって、故意ある結果的加重犯という概念は認められない。もっとも、基本犯と重い結果との関係については、既に述べたように、重い結果について過失を要求するだけの通説の立場からでは、結果的加重犯の法定刑を十分に説明することはできないことから、さらに結果的加重犯に固有の不法内容を求め、重い結果の中に基本犯に類型的に付随する危険が実現したことをその加重根拠とする危険性説が基本的に妥当であると考ええる。

このような前提からは、未遂的結果加重が問題にされる場合、行為者は重い結果について故意を持っているのであるから、重い結果を基本的構成要件とする犯罪の未遂が問題になるにすぎないということになる。したがって、未遂的結果加重は可罰的未遂の一つの現象形態として認めることはできないのである。

つぎに、結果加重的未遂を可罰的未遂の一類型として認めるか否かは、我が国の現行法上も問題になり得る。そこで、まず問われることは、危険実現連関が、重い結果と基本犯の「行為の危険性」との間に要求されるのか、それとも重い結果と基本犯の「結果の危険性」との間に要求されるのかということである。前者の関係が要求される犯罪の場合には、基本犯が未遂にとどまっても、基本犯の行為と重い結果との間に危険実現連関が認められる場合には、結果的加重犯の既遂を認めることができると思われる。他方、後者の関係が要求される犯罪の場合、基本犯が未遂にとどまっている場合には、そもそも基本犯の結果が欠如しているので危険実現連関が存在していない。それ故、危険性説の立場からは危険実現連関の欠如する場合には結果的加重犯の成立はありえず、その未遂もまた否定されることになると思われる。

もっとも、危険実現連関を要求しない立場からは、このような論証に意味はない。しかし、そのような立場からも、結果加重的未遂はいずれにせよ否定されることになると思われる。なぜならば、結果加重的未遂が問題になる場合においては、正当にも Hardtung が指摘するように、行為者は重い結果について表象していないのである。我が国の通説は、未遂犯の場合に行為者に既遂犯の故意と同様の故意を要求している。したがって、行為者が故意を持っていない重い結果については、そもそも未遂の成立する余地はないのである。

また、この点について、私は未遂の処罰根拠を次のように考えている。即ち、未遂の処罰根拠は、当該行為が「既遂到達に向けられた既遂到達の危険性のある手段」といえる場合に認められるのである⁽⁵⁸⁾。その危険性の判断は、判断の基礎に行為時に行為者の認識していた事情をおき、一般人が既遂到達への危険感を抱くか否かを基準にしてなされるべきである⁽⁵⁹⁾。したがって、私見からも、未遂の成立には、行為時に行為者が既遂結果について表象（認識）しており、さらにその表象に基づく行為が既遂到達へと向けられていることが前提になる。つまり未遂の成立範囲は、行為時における行為者の表象をもとに画定されるのである。それ故、結果加重的未遂の場合、未遂の成立範囲は基本犯の未遂に限られることになる。したがって、結果加重的未遂もまた、可罰的未遂の一類型として認めることはできないのである。

最後に、我が国で結果的加重犯と未遂処罰が問題になる場面として、刑法 240 条後段について、結論を示しておく。上での検討から、刑法 240 条後段が結果的加重犯である強盗致死罪だけを規定しているものであるとすれば、刑法 243 条の規定が無意味になることから、刑法 240 条後段は結果的加重犯である強盗致死罪と故意犯である強盗殺人罪の両者を規定するものと解するべきである⁽⁶⁰⁾。そのうえで、刑法 243 条の適用は、故意犯であ

る強盗殺人罪に限るということになる。

6. おわりに

本稿では、ドイツにおける近時の議論を参考にしながら、結果的加重犯の未遂という問題について検討した。ここで導かれた結論は、未遂の結果加重も結果加重的未遂も認められないというものである。紙幅の都合もあり、各論の個々の規定への言及がなされていないなど不十分な点がのこる。また、本稿では実行の着手についても十分な検討をしていない。可罰的未遂の成立範囲の問題とは別に重要性を持っていると考える。これらは、今後さらに研究を重ねていきたいと思う。

注

- (1) 近時この論点について論じたものとして、佐伯和也「結果的加重犯の未遂—ドイツの議論を中心に—」関西大学法学論集第 56 巻 5・6 号（2007）153 頁以下、葛原力三「結果的加重犯と未遂」現代刑事法 5 巻 4 号（2003）57 頁以下、丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂、1990）291 頁以下。
- (2) 川端博『刑法総論講義第 2 版』（成文堂、2006）158 頁。
- (3) 丸山雅夫「結果的加重犯の加重根拠」刑法基本講座＜第 2 巻＞（法学書院、1994）126 頁。
- (4) 丸山・前掲論文 129 頁。
- (5) 川端・『総論』159 頁、野村稔『刑法総論補訂版』（成文堂、1998）173 頁、福田平『全訂刑法総論〔第三版増補〕』（有斐閣、2001）81 頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第三版〕』（有斐閣、1997）196 頁、堀内捷三『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣、2004）84 頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、2001）172 頁、曾根成彦『刑法総論〔第三版〕』（弘文堂、2000）79 頁、151 頁、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、2000）246 頁、大谷實『新版刑法講義総論』（成文堂、2000）222 頁など。
- (6) 参照、丸山・前掲論文 132 頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005）425 頁。
- (7) Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2005, § 17a Rn. 4.
- (8) Kühl, Der Versuch des

- erfolgsqualifizierten Delikts, in Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 200; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch 11. Auflage, 2003, § 8, Rn. 72, § 20, Rn. 5.
- (9) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 14; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005, § 34, Rn. 7; Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. § 8, Rn. 77; Zieschang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005, S. 102.
ドイツにおける加重根拠論の詳細は、丸山・前掲書 123 頁以下、内田浩「結果的加重犯の構造」(信山社、2005)、同・「結果的加重犯の構造とその成立要件」刑法雑誌第 44 巻第 3 号(2005)1 頁以下を参照。
- (10) 丸山・前掲論文 134 頁、同・「結果的加重犯の構造」現代刑事法 5 巻 4 号(2003) 42 頁以下、井田・前掲書 427 頁以下、山中敬一「刑法総論 I」(成文堂、1999) 166 頁、内田・前掲書、同・前掲論文 1 頁以下、佐伯和也「結果的加重犯における『基本犯』と『重い結果』との関係—傷害致死罪を中心に—」関西大学法学論集第 52 巻 3 号(2002) 528 頁以下、林陽一「結果的加重犯と因果関係」現代刑事法 5 巻 4 号(2003) 49 頁以下。
- (11) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 32.
- (12) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 33; Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. § 25, Rn. 33.
- (13) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 33.
- (14) Roxin は、未遂的結果加重の独立した可罰性に、二つの制限的な前提をおく。即ち、第一に、行為者は重い結果に関して過失ではなく故意に行為していなければならないということ、第二に、重い結果について故意が存在する場合にも、結果的加重犯が重い結果の故意による惹起を許容しなければならないということである(Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, § 29 Rn. 319)。後者について、ドイツ刑法 227 条(傷害致死)を挙げている。その場合、重い結果についての故意は殺人の故意であり、ドイツ刑法 211 条や同 212 条が補充関係から排他的に介入する(この点について、Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 34 も参照)。Zieschang も未遂的結果加重の場合は、過失の未遂が存在しないことから、重い結果に関して故意がなければならないとする(Zieschang, a. a. O. S. 118.)。
- (15) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 35.
- (16) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 35. 尚、Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. § 8, Rn. 73 も同様の事例を挙げ、ドイツ刑法 251 条の未遂を認めている。
- (17) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 35; Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 320; Hardtung, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 18 Rn. 66.
- (18) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 37.
- (19) Kühl, a. a. O. (Fn. 8), S. 195.
- (20) Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 320.
- (21) Kühl, a. a. O. (Fn. 7), § 17a Rn. 37.
- (22) Hardtung, a. a. O. § 18 Rn. 65.
- (23) vgl. Hardtung, a. a. O. § 18 Rn. 66.
- (24) vgl. Bacher, Versuch und Rücktritt vom Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt, 2000, S. 288ff.
- (25) Hardtung, Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002, S. 214; Kühl, a. a. O. (Fn. 8) S. 196.
- (26) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 67.
- (27) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil Teilband 2, 7. Auflage, 1989, § 43 Rn. 116.
- (28) Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. § 43 Rn. 117.
- (29) Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. § 43 Rn. 117.
- (30) Kühl, a. a. O. (Fn. 8) S. 200; Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. § 8, Rn. 72, § 20, Rn. 5.
- (31) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Auflage, 2004 § 18 Rn. 4.
- (32) Gössel 自身が「いわゆる故意—過失結合はドイツ刑法 11 条 2 項にもかかわらず、過失の犯罪行為としかみなされえない」とするように、彼の命題が法律と矛盾することを Gössel もまた認識している(Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. § 43 Rn. 115.)。しかし、Gössel はさらに、ドイツ刑法 11 条 2 項の違憲性を主張している(Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. § 14 Rn. 46)。
- (33) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 67.
- (34) Kühl, a. a. O. (Fn. 8) S. 199.
- (35) vgl. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Auflage, 2004, § 15 Rn. 59; Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 322.
- (36) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 72.
- (37) vgl. Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 74; Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. § 8, Rn. 73.

- (38) 第6次刑法改正法が結果的加重犯に与えた影響については、Küpper, Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 1999, S. 785ff.; Bussmann, Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem Sechsten Strafreformgesetz, GA 1999, S. 21ff.; さらに佐伯・前掲論文(注1) 153頁以下参照。
- (39) Kühl, a. a. O. (Fn. 8) S.191, 205; Lackner/Kühl, § 18 Rn. 11. これに対し結果加重的未遂を肯定するのは、Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. § 26, Rn. 11である。
- (40) Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 328; auch Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O. § 15 Rn. 60.
- (41) vgl. Kühl, a. a. O. (Fn. 8) S. 206.
- (42) Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O. § 15 Rn. 60.
- (43) Kühl, a. a. O. (Fn. 8) S. 206; Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 333; Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. § 8, Rn. 73.
- (44) Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 332.
- (45) Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 329.
- (46) Roxin, a. a. O. § 29 Rn. 331.
- (47) Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O. § 43 Rn. 117.
- (48) Hardtungの見解は、彼の教授資格請求論文である Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002で展開されているが、その主張は Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003で Hardtungが結果的加重犯の規定(ドイツ刑法18条)を注釈していることから、同書でも簡潔に知ることができる。本稿では、主に後者を参照した。
- (49) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 74.
- (50) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 74.
- (51) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 74.
- (52) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 75.
- (53) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 75.
- (54) Hardtung, a. a. O. (Fn. 17) § 18 Rn. 75.
- (55) Kühl, a. a. O. (Fn. 7) § 17a Rn. 43; ders., a. a. O. (Fn. 8) S. 203.
- (56) Kühl, a. a. O. (Fn. 7) § 17a Rn. 43; ders., a. a. O. (Fn. 8) S. 203.
- (57) Kühl, a. a. O. (Fn. 8) S. 203.
- (58) 四條北斗「未遂論における危険概念の客観的構成の限界について」桐蔭論叢第15号(2006) 141頁以下参照。
- (59) 四條・前掲論文 141頁以下参照。
- (60) 我が国の通説・判例の立場と一致する。

川端博『刑法各論講義』(成文堂、2007) 278頁、佐久間修『刑法各論』(成文堂、2006) 193頁、大塚仁『刑法概説(各論)』第3版増補版(有斐閣、2005) 229頁、西田典之『刑法各論』第3版(弘文堂、2005) 180頁、山口厚『刑法各論』増補版(有斐閣、2005) 142頁など参照。