

Title	量刑における構成要件外結果の客観的範囲について
Sub Title	Objektive Grenzen außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung...
Author	小池, 信太郎(Koike, Shintaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2007
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.19- 87
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0019

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

量刑における構成要件外結果の客観的範囲について

小池 信太郎

- I. はじめに
- II. ドイツの判例の展開
- III. 構成要件（規範）の保護範囲論とその正当性
- IV. 保護範囲論の具体的適用——類型化による検討
- V. 結びに代えて

I. はじめに

本稿は、量刑において、「犯情」の一部をなす事情として考慮されるべき「構成要件外結果」の客観的範囲について、ドイツおよびわが国の判例・学説を参照しつつ、理論量刑学の見地から考察するものである¹⁾。

1) このテーマに触れた研究者の論考として、久岡康成「犯罪の嫌疑と刑の量定」立命館法学 95 号（1971）78 頁以下、阿部純二「刑事責任と量刑の基準」福田平＝大塚仁編『刑法総論Ⅱ』（1982）101 頁、同「量刑論の現状と展望」現代刑事法 21 号（2001）8 頁、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・完）」法学研究 55 卷 10 号（1982）67 頁以下、11 号（1982）34 頁以下、12 号（1982）81 頁以下、56 卷 1 号（1983）62 頁以下、2 号（1983）60 頁以下、同「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究（慶應義塾大学）69 卷 2 号（1996）302 - 303 頁、同「量刑理論と量刑事情」現代刑事法 21 号（2001）39 - 40 頁、川崎一夫『体系的量刑論』（1991）113 頁以下、岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（2・完）」早稲田法学 69 卷 1 号（1993）22 頁以下、53 頁以下、城下裕二「求刑・量刑をめぐる理論的課題」季刊刑事弁護 1 号（1995）98 頁以下、同「量刑事情の意義と限界」現代刑事法 21 号（2001）29 頁、浅田和茂「量刑基準」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（2005）28 - 29 頁、鈴木茂嗣「犯罪論と量刑論」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（2005）19 頁、本庄武「危険運転致死傷罪の量刑」交通法科学研究会『危険運転致死傷罪の総合的研究』（2005）205 - 206 頁など。

わが国の量刑実務は、刑の重さを第1次的に方向づけるのは、犯情(犯罪行為自体に関する情状)であるという理解に立っている。いわゆる量刑相場は、犯情の重さを基本とし、特別予防などの刑事政策的考慮に関する情状は、その中で考慮されるにすぎない。わが国の量刑学説、およびそれに強い影響を与えているドイツの量刑論でも、犯行の重大性に応じた刑(責任刑)を基礎としつつ、その観点から許容しうる範囲内で予防的考慮を加味する見解が通説である²⁾。そして、この犯情ないし犯行の重大性を構成する事情として、犯行の「結果」の程度が重要な地位を占めることは、ほぼ例外なく認められている³⁾。

ここでいう「結果」について、ドイツでは、構成要件的结果と構成要件外結果を分けるのが通例であるが、まず、構成要件的结果が考慮されるのは「言うまでもない」⁴⁾ こととされる。犯情ないし犯行の重大性にとって構成的意義を有するのは当該犯行の不法の程度であるが⁵⁾、構成要件的结果は、当該犯罪の保護法益に対する侵害および危殆化の程度に影響するものとして、関連性が認められるからである^{6) 7)}。したがって、たとえば、身体犯における傷害や財産犯における客体の価値ないし財産上の利益侵害の程度⁸⁾、監禁罪における自由

2) 以上につき、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(1)」慶應法学6号(2006)12頁以下、およびそこに引用された文献を参照。

3) 実務家の論考として、原田國男『量刑判断の実際〔増補版〕』(2004)8頁、岡田雄一「量刑——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続II』(2002)487頁など。量刑学説として、阿部・前掲注(1)「刑事責任と量刑の基準」101頁、井田・前掲注(1)「覚書」302頁、川崎・前掲注(1)113頁以下、城下・前掲注(1)「量刑事情の意義と限界」29頁、浅田・前掲注(1)28-29頁など。

4) Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99, 1987, S.752.

5) それについては、小池「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)」(慶應法学8号掲載予定)第3章第3節3(4)、第4節、およびそこに引用される文献を参照。

6) Vgl. Gerhard Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3.Aufl., 2001, Rn.316f.; René Bloy, Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung, ZStW 107, 1995, S.579f. (ほぼ同内容の講演の邦訳として、高橋則夫訳・東洋法学39巻2号〔1996〕219頁以下); Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2.Aufl., 2006, S.169, 174.

剥奪の期間⁹⁾、強姦罪や強制わいせつ罪においておこなわれた性的行為の内容(性的自由への侵害の程度)^{10) 11)}、薬物犯罪における薬物の量やその危険性¹²⁾などを、犯情の重さに影響する情状として扱うことは、(二重評価禁止原則に反しない限りで¹³⁾) 問題なく是認される¹⁴⁾。

ただ、注意を要するのは、平等原則の見地から、構成要件的结果の「程度」の区別が許されない場合があることである。典型的には、生命に対する罪において、「客体の価値」に応じて結果の程度に差をつけることは許されない。わが国では、現在でも、量刑理由において、被害者が若年であったことや、誠実かつ健気に夢に向かって努力していた途上であったことなどへの言及がみら

-
- 7) これに対して、いわゆる行為無価値一元論の帰結として、行為と切り離された結果を量刑不法の構成要素から除外する見解(それについては、小池・前掲注(5)第3章第4節3(1)、およびそこに引用される文献を参照)によれば、異なった説明が必要になる。その立場から本稿のテーマを検討するものとして、Eckhard Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7.Aufl., 2001, § 46, Rn.103ff.; Mark Deiters, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, 1999, S.53ff. なお、違法二元論の見地から、結果を過度に重視すること戒めるのは、Franz Streng, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Bd.1, 2.Aufl., 2005, § 46, Rn.57.
- 8) Reinhart Maurach/ Karl Heinz Gössel/ Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7.Aufl., 1989, § 63, Rn.30; Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.888 (邦訳として、西原春夫監訳『ドイツ刑法総論』[1999]); Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.317f.; Gönter Gribbohm, in: Burkhard Jähnke u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar, 11.Aufl., 1994, § 46, Rn.146; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.169f.; Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.579f. usw. わが国では、井田・前掲注(1)「覚書」302頁、川崎・前掲注(1)115頁。
- 9) Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.26.
- 10) 強制わいせつ行為の内容として、または強姦に伴って、オーラルセックスやアナルセックスのように被害者をとくに貶める行為を強いた場合には、量刑加重的に考慮されてよい(Vgl. BGH NJW 1999, 1041)。また、性的自由ないし自己決定の内容には、妊娠・性病感染のリスク負担をめぐるそれも含まれるから、強姦の際にコンドームをつけずに膣内へと射精したことは、不法構成的な量刑事情として考慮されうる(Vgl. BGH 37, 153)。

れる¹⁵⁾。しかし、それらが実質的な量刑事情を示す趣旨であるならば、やはり許容できない。これはドイツでは「量刑理論の初期からの認識」¹⁶⁾とすら

-
- 11) なお、木村光江「強姦罪の理解の変化」法曹時報 55 巻 9 号 (2003) 1 頁以下は、強姦罪の保護法益を性的自由とする通説的理解が、「明示的な抵抗がなかった以上和姦である」という不当な解釈に結びついたとして、それらの罪を「性的暴行罪」として理解することを提唱する。しかし、保護法益と安易な同意認定の間に論理的関係はないし、「性的暴行罪」の保護法益の内容をいかに理解するのかは必ずしも明らかにされていない。また、斉藤豊治「ジェンダーと刑罰論」法律時報 78 巻 3 号 (2006) 53 - 54 頁は、従来の多数説が性的自由を「誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかをみずから決定する…積極的な性的自己決定」として理解してきたと述べてこれを批判し、保護法益を、侵害からの消極的自由等をも含めた性的人格権 (により裏打ちされた性自体ないしその安全) と再定義することを提唱する (同「性暴力犯罪の保護法益」斉藤 = 青井秀夫編『セクシュアリティと法』〔2006〕231 - 233 頁も参照)。しかし、そもそも多数説が、「望まないときには強制されない、拒否するための消極的自由」(谷田川知恵「性的自由の保護と強姦処罰規定」法学政治学論究〔慶應義塾大学〕46 号〔2000〕522 頁参照) を除外ないし軽視する趣旨であったとは思われない。
- 12) Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.317f.; Gribbohm, a.a.O. Anm. (8), Rn.146; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.170. なお、井上薫『刑事公判の実際』(1998) 74 頁以下、同「覚せい剤の含有量と量刑」捜査研究 569 号 (1999) 66 頁以下は、覚せい剤事犯において、不純物を含む覚せい剤全体の量を基準とする実務慣行を批判し、純物質の量を基準とすべきことを主張する。
- 13) 二重評価禁止原則 (ドイツ刑法 46 条 3 項参照) から、たとえば傷害の発生や姦淫を強いたこと自体を、傷害罪や強姦罪の他の事例と比べて刑を重くする事情とすることは許されない。しかし、この原則がそのような最低限の内容を超えてどこまで妥当するか明らかではなく、たとえば「コンドームをつけない膣内への射精事例」についても、加重的考慮は二重評価にあたるという——おそらく不当な——見解も主張されている (Vgl. Ulfrid Neumann, StV 1991, S.256ff.; Edda WeBlau, StV 1991, S.259ff.; Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.62; Christian Fahl, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S.138ff.; Tatjana Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S.236)。二重評価禁止の妥当範囲については、量刑における法定刑の役割をめぐる検討を経ずに確定できないことから (村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判例タイムズ 1189 号〔2005〕30 - 31 頁、原田「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル 1 号〔2005〕53 頁、61 頁注 17 など参照)、量刑事情の実体法的関連性を論じる本稿では、検討を控える。

いわれる圧倒的通説である¹⁷⁾。最近でも、連邦通常裁判所1995年9月13日判決 (BGH NSStZ 1996, 129) は、「まだ将来のある2人の罪なき子供の死を惹起したことの刑罰加重的な考慮は、法律上の誤りを免れない。……被害者の年齢を、被告人に不利に考慮してはならない。なぜなら、生命の刑法的保護は、価値の段階化を基本的に許容しないからである」として、このことを確認してい

-
- 14) もっとも、結果の程度を、何を基準 (尺度) として評価するのかについては、議論が少ない。この点に関して注目されるのが、アンドリュウ・フォン・ヒルシュとニルス・ヤーレボグの「生活水準」理論である。それは、犯罪行為による被害の重さを、それが人間のいかなるレベルの「生活水準」を侵害するか——正確には、一定の「生活の質」に到達するために典型的一般的に必要なとされる物質的・非物質的なりソースを奪うか——によって測定するものである (Andrew von Hirsch/ Nils Jareborg, Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis, Oxford Journal of Legal Studies, vol.11, no.1, 1991, pp.1 - 38. [紹介として、奈良俊夫「量刑基準と『生活水準』」研修586号 (1997) 8頁以下]。最近では、Von Hirsch, Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Frisch u.a. (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S.66ff. この理論をベースに、被害者の個別事情が常軌を逸している場合に修正するのは、Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.226ff., insbesondere, S.242ff.)。
- 15) たとえば、東京高判平成17年3月29日判時1891号166頁の量刑判断における、被害者の経歴、性格、夢の実現に向けての努力の内容等への言及 (171頁) を参照。
- 16) B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.170.
- 17) Walter Stree, in: Adolf Schönke/ Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.Aufl., 2006, § 46, Rn.20; Friedrich-Christian Schroeder, NJW 1974, S.250f.; Hans-Jürgen Bruns, JR 1980, S.76. Horn, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.100; Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.26, 30; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.318; Gribbohm, a.a.O. Anm. (8), § 46, Rn.147. 裁判例として、本文に挙げるもののほか、OLG Bayern NJW 1974, 250; OLG Frankfurt JR 1980, 76. usw. わが国では、井田・前掲注 (1)「基礎的考察 (2)」53 - 54頁、「同 (5)」74頁、川崎・前掲注 (1) 115 - 116頁、小林憲太郎「判批」刑事法ジャーナル2号 (2006) 94頁。もっとも、本稿IV. 3. (3) 第2の議論をも参照。
- 18) なお、この判決は、「1人だけではなく、2人の人間の殺害の場合の責任・不法内容は、より重い」という考慮を正当としている。殺害された被害者の人数を「結果の程度」に関連づけることは許容できよう (Vgl. Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.318. いわゆる永山事件最高裁判決に代表されるわが国の実務について、岡田・

る¹⁸⁾。性犯罪において、「被害者が売春婦であった」という事情を、侵害された性的自由の価値との関係で考慮すべきでないことも¹⁹⁾、同様の理由に基づく。

このように構成要件的結果は、その「程度」が観念されうる限りで、犯情を構成する量刑事情と認められる。ところが、犯罪をめぐる被害の実態にかんがみれば、「結果」は法律上の構成要件要素としてのそれに尽きるものではない²⁰⁾。たとえば、「商店を営むAが、もはや期限を守った支払いが不可能であることを秘して、取引先Bに大量の商品を納入させた。その後Aは倒産し、支払いをまったく受けられなくなったBも倒産に追い込まれ、精神を病んでピストル自殺した。Bの妻もそのショックでノイローゼになり、流産した」という設例²¹⁾において、詐欺罪の構成要件的結果はBの商品の喪失であり、財産的損害——Bの請求権の評価のマイナス——の程度も商品交付時のそれに制約される。Bの倒産、精神病、およびピストル自殺、ならびにBの妻のノイローゼおよび流産といった結果は、構成要件外の事情である²²⁾。他にも、交通違反の運転により乙に傷害を与えた業務上過失致傷および道路交通法違反に伴って著しい財産的損害が生じた場合²³⁾、騙し取った車を運転中に交通事故を起こし大破させた場合²⁴⁾、無実の被告人Yの刑事裁判でXが偽証した結果、実体に反する有罪判決が下され、Yが受刑による自由の剥奪を余儀なくされた場

前掲注 (3) 487 頁参照)。生命の量的比較は不可能としてこれに批判的な見解もあるが(井田・前掲注 (1)「基礎的考察 (2)」53 頁。Vgl. auch Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.26)、平等原則は、「すべての人を等価値として扱う」ことを要請するものと解せば十分であって、「あらゆる比較を許さない」とまで考える必要はない。

19) Vgl. Stree, a.a.O. Anm. (17), § 46, Rn.20; 井田・前掲注 (1)「基礎的考察 (5・完)」73 頁。

20) Vgl. B-D. Meier, StV 2003, S.442.

21) Vgl. Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.321.22) Vgl. Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.321.

23) II. で紹介する判例③参照。

24) II. で紹介する判例②参照。

合²⁵⁾ など、構成要件外結果²⁶⁾ は、少し想像力を逞しくすればいくらでも考える。それらが犯情事実の一部をなすのかについて、従来わが国では、あえて言えば肯定するのが一般的であったと思われるが²⁷⁾、必ずしも自覚的には検討されてこなかった。それに対して、ドイツには、この問題をめぐり相当の議論の蓄積があり、判例も多く存在する。それを参照するわが国の量刑学説²⁸⁾ の影響もあって、ごく最近では、実務家からも、構成要件外結果をめぐる慎重な検討の必要性が指摘されるようになってきている²⁹⁾。今日、「量刑分野にお

25) Vgl. Frisch, Die » verschuldeten « Auswirkungen der Tat, GA 1972, S.327.; Horn, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.107.

26) 構成要件外結果の意義、すなわち構成要件の結果との区別基準については、①形式的基準（「当該犯罪の構成要件要素であるか否か」）か実質的基準（「当該犯罪の不法を段階づけるか否か」）か、および、②純客観的基準か主観を含めた基準か（故意犯において、客観的構成要件該当性があるが、故意が及んでいない結果をいずれに分配するか）の2点において、論者により理解の相違がある（Vgl. Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.325f., Fn.30; ders., a.a.O. Anm. (4), S.755f.; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.317, 321; Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.580ff.; 井田・前掲注(1)「基礎的考察(4)」63頁以下、川崎・前掲注(1)114頁）。本稿のテーマにかかわるのは①の問題であるが、それについてここでは、多数説とともに、形式的基準を前提に議論を進めることとする。

27) たとえば、松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第6巻 刑事手続Ⅱ』（1982）156頁、小田健司「裁判所からみた情状と量刑」自由と正義29巻6号（1978）38頁、小林充ほか「座談会・『量刑判断の実際』と量刑理論」法律時報76巻4号（2004）84頁〔小林発言〕、原田・前掲注(3)8頁（初出、「量刑基準と量刑事情」司法研修所論集99号〔1997〕145頁以下）など参照。量刑学説として、阿部・前掲注(1)「刑事責任と量刑の基準」101頁、川崎・前掲注(1)117頁など。

28) 前掲注(1)で挙げた、井田、岡上、城下などの論考を参照。

29) 原田・前掲注(1)68頁（初出、「量刑判断の実際」司法研修所論集101号〔1999〕35頁以下）、349 - 350頁（初出、「裁判員制度における量刑判断」現代刑事法61号〔2004〕47頁以下）、遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討【第3回】」判例タイムズ1186号（2005）38頁。小林ほか・前掲注(27)84頁〔原田発言〕および岡田・前掲注(3)487頁は、構成要件外結果を行為責任の要素として考慮することを否定する（批判として、勝丸充啓「量刑——検察の立場から」三井ほか編『新刑事手続Ⅱ』（2002）494頁）。

ける学説と実務との共同作業」の重要性が強調されており³⁰⁾、「裁判官が当座もっているような量刑問題についても適切な解答が得られるような量刑理論の対応」を期待する実務に対して³¹⁾、「学説の側は、投げられたボールを投げ返す責務がある³²⁾とも言われる。このことを真剣に受け止めるならば、構成要件外結果というテーマについて、ドイツの最近までの議論をフォローしつつ理論的考察を加える作業には、少なからぬ意義が感じられよう。

そこで以下では、上記テーマについて、①ドイツの判例を概観し（Ⅱ）、②学説上の通説である「構成要件（規範）の保護範囲論」の正当性を検証し（Ⅲ）、さらに、③判例・学説が扱ってきた諸事例の類型化を通じて、理論の具体例への適用を検討することとする（Ⅳ）。なお、構成要件外結果の範囲に関しては、客観的な限定基準のみならず、主観的な帰責基準——故意を要するか、過失（予見可能性）で足りるか、それすら不要か——という問題もある。しかし本稿は、理論的に先行すべき³³⁾前者の問題を対象とし、後者の検討は別の機会に譲る。

Ⅱ. ドイツの判例の展開

1. 1980年代まで

ドイツの戦後の量刑判例の、構成要件外結果の客観的範囲をめぐる態度は、学説における「構成要件（規範）の保護範囲論」を意識し始めた1990年代以降とそれ以前で大きく二分されうる。そこでまず、1980年代までの主要判例をみ

30) 原田「量刑理論と量刑実務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集 上巻』（2006）298頁以下。遠藤「量刑判断過程の総論的検討【第1回】」「同【第4回】」判例タイムズ1183号（2005）8頁、1187号（2005）47頁以下も参照。

31) 原田・前掲注（30）299頁。

32) 井田「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集113号（2005）206頁。

33) Vgl. Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.342; ders, a.a.O. Anm. (4), S.752f; Bruns, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988, S.51; Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.583; 井田・前掲注（1）「基礎的考察（1）」86 - 87頁。

ておこう。この時期の判例は、結果の主観的帰責基準に関しては、——1960年代末からドイツ刑法に導入された一般的量刑規定（現46条）の影響もあり——予見可能性を明確に要請するという進歩を遂げた³⁴⁾。しかし、客観的なレベルでの限定は、まだあまり意識されていない³⁵⁾。

①連邦通常裁判所1957年4月8日決定（BGH 10, 259=JZ 1958, 173=MDR 1957, 691）³⁶⁾

トラック運転手である被告人Aは、ある夜、15歳の少女Cがヒッチハイクしてきたので、彼女を乗せた。森の中の人気のない場所での停車中、AはCと性的に親密になろうと試みたが拒絶されると、「降りなければ警察に連れて行くぞ」と言って下車を強要した。Cの下車後、Aは、ゆっくり車を発進させ、「近くの道の途中に食堂があるぞ」と大声で忠告した。そして少し進んだところで、Cを振り返るためにブレーキをかけたところ、突然悲鳴が聞こえた。Cは牽引車とトレーラーの連結器に座っており、急な停止によって転落したのである。AはCを病院に連れて行ったが、彼女は数時間後に死亡した。連邦通常裁判所刑事大法廷は、強要罪で有罪となった被告人の量刑において、「(1) 犯罪行為に由来する一般的な構成要件外の危険状況……および、(2) そこから実際に発生したが、具体的態様においては行為者に予見不可能であった被害結果が、刑罰加重的に帰属されうるか」〔括弧数字筆者〕³⁷⁾を問題とし、(1)の問題に関

34) Vgl. Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.322; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.175.

35) Vgl. Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.324. もっとも、1960年代の判例にも、構成要件（規範）の保護範囲論につながりうる判示を含むもの（後掲判例③）が見られた。また、保護範囲の外にある結果については、予見可能性のより厳格な認定が要求されてきたという指摘もある（Werner Beulke/ S Schröder, NStZ 1991, S.395; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.324. 例証として、後掲判例⑧⑨）。

36) 知りえた評釈として、Hellmuth von Weber, MDR 1957, S.693f.; Ernst Heinitz, JZ 1958, S.175ff. Vgl. auch Bruns, Strafzumessungsrecht, 2.Aufl., 1974, S.413ff.; 井田・前掲注(1)「基礎的考察(2)」58頁以下、「同(3)」98頁以下。

37) BGH 10, 262.

して³⁸⁾、次のように判示した。「行為者の違法な行為によって有責に惹起された、法律上の構成要件に関係しない、不特定の有害結果がさらに生じる危険を、量刑上、行為者に帰属することは可能である。……刑罰法規は、法によって否認されている特定の結果を阻止することに奉仕するのみならず、一般人を、その違反に通常伴う不特定の危険からも保護すべきものなのである」³⁹⁾。

この引用部分から明らかであるように、本決定は、犯行に起因する不特定の危険を量刑上考慮できるという立場を示しているが、それに対しては、当時、ヘルムート・フォン・ウェーバーが、本来可罰的でない法益侵害を、量刑を通じて「間接処罰」してしまうとの危惧を示していた⁴⁰⁾。しかし、刑罰規定の捕捉する侵害の客観的範囲を自覚的には制約しない傾向は、その後もしばらく続く。

②連邦通常裁判所1958年6月12日判決 (BGH VRS 15, 112)

被告人Xは、レンタカー業を営むEから、当日19時まで返却すると嘘をついて、車の引渡しを受けた。しかしXは、その車を何日も乗り回したうえ、飲酒運転をして交通事故を起こし、車を大破させてしまった。Xは、車を修理に出したが、修理代を支払わなかった。Eも支払いをしないので、車はまだ工場にある。この事例について、本判決は、Xの事故により、Eが今日まで車をレンタカー営業に使用することができないことに起因する経済的損害は、詐欺罪

38) 本決定は、(2)の問題に関して、責任主義が(修正された形で)構成要件外結果の主観的帰責基準にも及ぼされることを示したことでとくに注目された判例である (Vgl. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.Aufl., 1985, S.159f.; 井田・前掲注(1)「基礎的考察(2)」58頁以下)。ただ本稿では、テーマとの関係上、その点に関連する部分は引用していない。

39) BGH 10, 263.

40) Von Weber, a.a.O. Anm. (36), S.693. Vgl. auch Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.320, 342f.; ders., a.a.O. Anm. (4), S.751f.; Bruns, a.a.O. Anm. (36), S.413ff.; ders., a.a.O. Anm. (38), S.159ff.; Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.584f.; 井田・前掲注(1)「基礎的考察(2)」60頁、「同(3)」86頁、「同(4)」73頁など。

の構成要件要素としての財産的損害にはあたらないとしながら、量刑に関して次のように判示した。「この観点の量刑上の評価には、法的な疑問は提起されえない。量刑において、地方裁判所は、犯行によって生じた構成要件外結果をも考慮できるのである。……車の損壊は、生活経験の外にはなく、それゆえに、車の借主には予見可能であった……。この前提条件の下では、後続被害を刑罰加重的に考慮することが可能であった」⁴¹⁾。

③連邦通常裁判所1961年4月21日判決 (BGH VRS 21, 45)

被告人は飲酒運転により事故を起こし、ミニバイクの運転者である被害者を死亡させた過失致死罪、および酩酊運転による過失道路交通危険化罪で有罪とされた。その量刑に関して、本判決は、「道路交通危険化罪が侵害犯ではないとしても、やはり刑の重さにおいては……酩酊運転が結局死亡結果を伴う交通事故につながったという事情も考慮される」、「被告人がミニバイクの運転手の『死亡と並んで』2台の自家用車に生じさせた非常に重い物損を刑罰加重的に考慮することは許される。ここで……たとえば刑法……の規定が危険化構成要件のみに刑罰を予告しているということは妨げにならない。危険化を超える犯行の不法内容をも、刑の量定にあたって考慮することが実質的な正義に適合する。なぜなら、交通危険化に対する刑罰規定は、まさにそれによって保護されている法益の侵害を防ぐべきものだからである」⁴²⁾などと判示した。この最後の引用部分では、後述の「構成要件（規範）の保護範囲論」にもつながりうる判示がなされていることが、この時期の判例としては注目される。

同時期の同種の判例として、③- (2) 連邦通常裁判所1961年9月29日判決 (BGH VRS 21, 335) がある。この判決は、トラック運転手が交通事故で対向車の運転手を死亡させた事件について、「行為者が交通違反の行為によって、有責に別の法益を侵害したという事情をも、過失致死罪の刑の量定にあたって考

41) BGH VRS 12, 114.

42) BGH VRS 21, 46.

慮するというのが、——共に違反された——道路交通規則（StVO）の規定（49条）を支える性質からして……自然である。それゆえ……過失致死罪の量刑にあたって、行為者が交通違反の行為によって同時に重い物損を有責に惹起したことをも、刑罰加重的に用いてよい」⁴³⁾としたものである。

④連邦通常裁判所1966年11月18日判決（BGH NJW 1967, 60）

売春婦とその夫が、客に対して強盜的恐喝罪等を犯した事例で、「住居内においてわいせつな行為がおこなわれたことによって引き起こされた、——法的観察の下における——子供の風俗的福祉の一般的な危殆化を、……被告人らの責任を高める事情として評価してよい」⁴⁴⁾などと判示した。

⑤連邦通常裁判所1980年9月17日判決（BGH 29, 319）

被告人らは、ドイツ連邦銀行の職員として、流通不能になった紙幣の抜き取りと無効化の作業に従事していた。彼らは、1974年から翌年にかけて、穴が開いており焼却の予定されている紙幣を持ち出して、合計2,200,000マルクを盗んだ。この事例で本判決は、窃盜罪の「特に重い事態」(ドイツ刑法243条)を認める理由の1つとして、「行為者らが公職にあり、盗まれた物にはその公職者としての資格においてアクセス可能であったということ」⁴⁵⁾を挙げ、その説明の中で、次のように述べた。「窃盜の特に重い事態の存否の評価にあたっては、被害者がどの程度に害されたかも重要である。しかし、まさに本件では、経済的に測定可能な被害のみならず、とくに、通貨の番人としてのドイツ連邦銀行の清廉潔白性に対する一般人の信頼が、職員のかかる『セルフサービス』によって持続的に害されなければならなくなったことに注目すべきである」⁴⁶⁾。

43) BGH VRS 21, 336f.

44) BGH NJW 1967, 61.

45) BGH 29, 322.

46) BGH 29, 323.

⑥連邦通常裁判所1982年8月20日判決（BGH NStZ 1983, 20）

日刊紙の記者である被告人らは、凶悪犯の嫌疑がかけられていたK少年の写真を盗み、または盗犯から譲り受けて、「B」紙上において「バンパイア」としてセンセーショナルに公表した。原審は、窃盗罪または盗品関与罪の量刑理由として、被告人らは市民に容易に被害を与えうる「第4の権力」たるマスコミに籍を置く者として、清潔なジャーナリズムについての高度の責任を負うにもかかわらず、無責任な方法で犯罪ジャーナリズムを実践したことで、マスコミへの信用を害したのみならず、K少年に重い精神的侵害による被害を与えたことに言及した。本判決は、次のように、原審の量刑を是認した。「被告人が警察のかけた嫌疑の正しさについてきちんとした調査を放棄した……ことを考慮してよい。……『思慮のなさ』の非難は、法的には文句がつけられない。とりわけ……被告人らにとっても予見可能だった人格侵害の程度にかんがみてもそうである。さらに、写真の掲載は訴訟参加人（Nebenkläger）〔=K〕にそのような被害を生じさせるものではないという上告人の見解も不当である。……報道によって、彼の外見は……読者に知れ渡った。彼は、当時の『B』紙読者が自分を『バンパイア』として再認識することを覚悟しなければならなかった」⁴⁷⁾。

⑦連邦通常裁判所1984年8月28日判決（BGH NStZ 1985, 161）

女性被害者に対する殺人事件の量刑において、「被告人の犯行の結果は、彼が夫からは妻を、12歳の子供からは母親を奪ったがゆえに重大である」とした原審の判断は、刑法46条2項にしたがって、犯行の有責な影響を被告人の不利に斟酌したものであり、また、「その際、構成要件の結果の発生それ自体を量刑上考慮したのではなく、犯行が被害者の周囲の人々（Menschliche Umgebung）に及ぼした帰結を評価し、法律上の……構成要件の外の質的特殊

47) さらに本判決は、被害の詳細について特別な認定がなされていないという被告人らの主張に対して、「この種の侵害は本件のような異常な事例では自明であるから、付加的認定を要しない」と反論している。

性に着目したものである」から、それが二重評価禁止に触れることもないとした。

本判決を引用する同趣旨の判例として、⑦－（２）連邦通常裁判所1993年3月17日判決（BGH NStZ 1993, 385）は、「被告人が犯行によって被害者の2人の子供から母親を奪ったこと、ならびに、殺害が2人の被害者にとって異常に大きな身体的および精神的苦痛を伴っていたことの両者を考慮することに、法律上の誤りはない」と判示している。また、⑦－（３）連邦通常裁判所1993年5月4日決定（BGH StV 1993, 420）は、小さな子供の母親である被害者の殺害の事例で、「被告人は被害者を知らなかったのであり、彼は23歳の女性……に子供がいるということを前提とする必要はなかった」として、おそらく予見可能性の否定によって、当該結果の考慮を否定する結論を導いている。

⑧連邦通常裁判所1985年5月15日判決（BGH NStZ 1985, 453 = NStZ 1986, 85）⁴⁸⁾

被告人は強盜的恐喝罪を犯したが、かつての同僚Eに嫌疑がかかり、Eは警察で被疑者として何度も取り調べられた。その結果、Eは新たな職を得るのが困難になり、公判時に至るまで、強い神経ストレスに悩まされている。この事例で、原審は、被告人がEを苦境に陥れたことを、量刑加重的に考慮した。本判決は、次のように判示して、量刑の瑕疵を理由に原判決を破棄した。「上述の結果は、たしかに、被告人の犯行によって……引き起こされた。しかしそれは、刑法46条2項の意味での『犯行の有責な影響』ではない。それが認められるのは、結果が行為者によって少なくとも予見可能であり、彼に非難が可能であった場合に限られる。地方裁判所は、その点についての認定をしていない」⁴⁹⁾。

本判決では、他人に犯罪の嫌疑がかかったことによる迷惑な影響について、予見可能性の認定がないとして、結論的にはその考慮が否定された。しかし、

48) 知りえた評釈として、Ulrich Berz, NStZ 1986, S.86f.

その前提として、犯行との因果関係がある結果の客観的関連性の範囲に何らかの制約がありうるということは、とくに意識されていない⁵⁰⁾。

⑨連邦通常裁判所1986年11月11日決定 (BGH StV 1987, 100)

強姦未遂の被害者が、事件後の精神状態が原因で自殺(未遂)を企て、さらに夫と離別した事例で、この事情を量刑加重的に考慮した原判決を、「判決理由は、被告人がこの尋常でない影響を予見し認容していたか、またはそれが彼にとって少なくとも予見可能であったか、どの程度そうであったかを十分に認識させるものではない。刑の加重……が許されるのは、そのような〔=予見可能性についての十分な認定がなされた〕場合のみである」として、破棄した。

この判例でも、被害者への影響の考慮が、予見可能性の証明の欠如を理由として否定されている⁵¹⁾。しかし前提として、それが強姦(未遂)罪において客観的に帰属可能な量刑事情であるのかは、問題とはされていない。

2. 1990年代以降

以上のように、ドイツの量刑判例は、長きにわたって、構成要件外結果の客観的な限定を自覚的には問題にしないできた。しかし、後述するように、1970年代以降、違反された規範(実現された構成要件)の保護範囲にある結果か否かを問題とする「構成要件(規範)の保護範囲論」が、学説において定着していった⁵²⁾。すると、1990年代以降、この理論とのつながりを意識させる判例が目立つようになる。

49) BGH NStZ 1985, 453. さらに、「その量刑上の考慮は、被告人が犯行直後に出頭して自白をしなかったことを非難することに帰着してしまう。それを刑罰加重的に考慮するのは、被告人は犯行の発覚へと義務づけられないという原則に反する」とも付け加えている。

50) Vgl. Berz, a.a.O. Anm. (48), S.87.

51) Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.325 は、強姦罪ではその種の結果は常に予見可能としてこれに反対する。

52) 後掲Ⅲ. 1. 参照。

⑩連邦通常裁判所1990年9月25日判決 (BGH 37, 179 = JZ 1991, 571 = MDR 1991, 75 = NJW 1991, 307 = NStZ 1991, 392 = StV 1992, 272) ⁵³⁾

被告人は、第3者を通じて、ヘロイン中毒者であるAにヘロインを売却したところ、Aはそれを使用して中毒死した。また、Aと一緒に、Bら3名もそのヘロインを使用し、意識を失って倒れた。この事例につき、原審は、(i) 刑法の過失致死罪 (222条)、(ii) 麻薬法〔薬物取締法〕(Betäubungsmittelgesetz; BtMG)の麻薬交付等致死罪 (30条1項3号⁵⁴⁾)、および (iii) 麻薬交付等罪 (29条1項1文1号⁵⁵⁾)の「特に重い事態」としての複数人の健康危殆化 (29条3項2号⁵⁶⁾)の適用を、「被害者の自己答責的な自己危殆化」を理由に否定して⁵⁷⁾、(iv) 麻薬取引罪・同交付罪 (29条1項1文1号)の成立のみを認め、Aの死亡とBらの健康の危殆化を、刑法46条2項の量刑事情として扱った。

連邦通常裁判所第4刑事部は、次のように、この原審の理由づけには反対、結論には賛成する判断を示した。「麻薬法の諸規定の領域において、麻薬法30

53) 知りえた評釈として、Hans-Joachim Rudolphi, JZ 1991, S.572ff.; Beulke/Schröder, a.a.O. Anm. (35), S.393ff.; Ralf Hohmann, MDR 1991, S.1117f.; Winfried Hassemer, JuS 1991, S.515; Cornelius Nestler-Tremel, StV 1992, S.273ff. Vgl. auch Harro Otto, Die Bedeutung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung im Rahmen der Delikte gegen überindividuelle Rechtsgüter, Jura 1991, S.443ff. わが国でこの判例に触れた文献として、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(1997) 739頁、島田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(2003) 132頁。

54) 「麻薬を交付し、他人に投与し、若しくは直接の使用に委ね、それによって軽率に他人の死を惹き起こした者は、2年以上の自由刑に処する」(法文・法定刑は2006年6月現在。以下同じ)。

55) 「麻薬を許可なく栽培、製造、及び取引し、又はこれを取引することなく輸入、輸出、譲渡、交付、その他市場に出す、買い取る、若しくは他の方法で調達した者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する」。

56) 「特に重い事態においては、刑を1年以上の自由刑とする。特に重い事態は、通常、次の場合である。2. 行為者が、1項1文1号…に規定された行為のいずれかにより、複数の人間の健康を危殆化した場合」。

57) それについては、後述の補足説明を参照。

条1項3号や同法29条3項2号のように、麻薬の使用による人の死亡や健康侵害の危険が重罰の根拠になっている場合や、また、本件のように、まったく一般的に、かかる結果の刑罰加重的な評価が問題になっている場合には、意識的自己危殆化というルールに、行為者の責任を制限する意義を認めることはできない。麻薬法の諸規定の別種の保護目的……が、意識的自己危殆化の原則の……根拠である自己責任の原理の制限を要請する。麻薬法の刑罰規範の保護利益は、刑法211条〔謀殺〕、212条〔故殺〕、222条〔過失致死〕、223条〔身体傷害〕以下のように、もっぱら、または第1次的に、個人の生命や健康であるわけではない。むしろ、とくに強力な薬物の広範囲における消費、およびそれ由来する個人の健康侵害から一般人に生じる被害を予防すべきものである（「国民の健康」という保護利益）。この複雑かつ普遍的で、個人の自由にならない法益への抽象的な危険性ゆえに、麻薬の……取扱いが処罰される。そして、その行為遂行が危険であるとの評価にあたって、自己危殆化の観点は、思考必然的に、織り込み済みである。なぜなら、阻止されるべき消費は、まったく原則的に、自己危殆化であるからである。したがって、この観点は規範を制限するために用いられえない。そのことは、保護利益への抽象的危険性が……人が使用の結果死に至り、または健康を害したということに具体化された場合にも変わらない。麻薬法30条1項3号、同法29条3項2号の規制内容からわかるのは、……自己危殆化の観点が、麻薬の消費から生じる重大な結果の客観的帰属を妨げないということが、立法者の実定的決断にかなうということである」⁵⁸⁾。

この判例の意義については、補足説明が必要であろう。わが国でも知られて

58) BGH 37, 181ff. 本文の引用部分に続けて、「地方裁判所が自己危殆化の原則を、麻薬法29条3項2号の検討にあたって用いたのは、このように不当であるとしても、その…要件を結論的に否定したことは、健康侵害の危険は明らかに…被告人の故意によって包摂されていなかったから、正当である。しかしそこから、重大な影響を、麻薬法29条1項…の法定刑の内部で、刑の重さの量定に際し加重的に考慮してはならないとまではいえない。麻薬法29条3項2号におけるルールは、その種の犯行結果を、そこに記述された特別の要件でしか…影響させられないということまで意味しない」と判示している。

いるように、ドイツでは、殺人や傷害の罪の領域において、「被害者の自己答責的な自己危殆化への関与」を不処罰とする原則が、学説・判例上、確立している。指導的判例である連邦通常裁判所1984年2月14日判決 (BGH 32, 262) は、被告人が麻薬常用者Vに、ヘロインを使用するための注射器を渡したところ、Vはそれを使用して中毒死したという事案について、「自己答責的に意図され……遂行された自己危殆化は、危殆化とともに意識的に引き受けられた危険が現実化した……か、『結果』不発生に終わったかにかかわらず、身体傷害または殺人の罪の構成要件に該当しない。自己答責的に意図され、実行された自己危殆化を（故意または過失で）誘致し、可能にし、または促進したにすぎない者は——殺害または身体傷害の罪が問題となっている限り——、構成要件にあたらざる可罰的でない事象に関与したものである」⁵⁹⁾として過失致死罪の成立を否定したのである^{60) 61)}。本件1990年判決で問題になったのは、このような「自己答責的な自己危殆化への関与」を不処罰とする原則が、刑法の過失致死罪 (222条) のみならず、(ア) 麻薬法の麻薬交付等致死罪 (30条1項3号) や (イ) 麻薬交付等罪の「特に重い事態」としての複数人の健康危殆化 (29条3項2号)

59) BGH 32, 264f.

60) 被害者の自己危殆化への関与をめぐるドイツの議論について、現在ではたとえば、Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., § 11, Rn.107ff. わが国では、山中・前掲注 (53) 720頁以下、林陽一『刑法における因果関係理論』(2000) 181頁以下、松宮孝明『「被害者の自己答責性」と過失正犯』同『過失犯論の現代的課題』(2004) 245頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004) 240頁以下、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号 (2000) 127頁以下、小林 (憲)『因果関係と客観的帰属』(2003) 61頁以下、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題 (1) - (4・完)」立命館法学 268号 (1999) 112頁以下、269号 (2000) 280頁以下、270号 (2000) 35頁以下、273号 (2000) 87頁以下、島田・前掲注 (53) 126頁以下など。

61) なお、被害者の自己危殆化への関与を不処罰とする原則は、関与方法が、注射器の交付ではなく、——それ自体麻薬法により可罰的な——麻薬そのものの交付であったとしても、同じように妥当することが、判例において確認されている。Vgl. Rudolphi, a.a.O. Anm. (53), S.572.; BGH NSTz 1985, 319f.; BGH NSTz 2001, 20.

の適用、さらには、(ウ)被害者の死亡等を、麻薬交付等罪(29条1項)の「犯行の影響」として量刑加重的に考慮することをも妨げるのか、であった。従来
の学説では、とくに上記(ア)を念頭に置いて、これを積極に解する見解——
Xが甲に麻薬を交付し、甲がそれを使用して自己答責的に死亡した場合、Xは
麻薬交付罪の限度で責任を負う——が有力であった(本件1990年判決の原審もそ
れを前提としている)⁶²⁾。しかし、本件1990年判決は、上記引用部分の冒頭で、
(ア)ないし(ウ)の問題について、自己答責性原則による刑事責任の限定は
働かないということを明言して、従来の多数説とは反対の立場をとったのであ
る⁶³⁾。

その理由として、本件1990年判決が強調したのが、刑法上の過失致死罪等と
は区別された「麻薬法の保護目的」にほかならない。ここで前提知識として、
上記自己答責性原則の確立に対して強い影響力を持った、クラウス・ロクシン
が客観的帰属論の一環として主張した「構成要件の射程範囲(構成要件規範の
保護目的)」論をみておく必要がある⁶⁴⁾。いま問題となっている事例にひきつ
けて説明すれば、それは次のような議論である。ドイツ刑法には、わが国でい

62) それが「麻薬法の学説における一致した通説」とされる(Vgl. Beulke/
Schröder, a.a.O. Anm. (35), S.393; Rudolphi, a.a.O. Anm. (53), S.573)。かか
る見解として、Harald Hans Körner, BtMG, 5.Aufl., 2001, § 30, Rn.61; Hohmann,
a.a.O. Anm. (53), S.1117f.; Nestler-Tremel, a.a.O. Anm. (53), S.273ff.; Horn, a.a.O.
Anm. (7), § 46, Rn.109.のほか、注(69)(Roxin)、注(72)(Renzikowski;
Hardtung)、注(75)(Hoyer)に挙げる文献など。なお、金尚均「麻薬刑法の展
開(3・完)」龍谷法学37巻3号(2004)150頁以下、および同「違法薬物の少量
自己使用についての可罰性」季刊刑事弁護44号(2005)176頁をも参照。

63) 判例を支持するものとして、Rudolphi, a.a.O. Anm. (53), S.573; Beulke/
Schröder, a.a.O. Anm. (35), S.393; Otto, a.a.O. Anm. (53), S.444; Schäfer,
a.a.O. Anm. (6), Rn.325; Jescheck/ Weigend, a.a.O. Anm. (8), S.888; Kristian
Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 25.Aufl., 2004, § 46, Rn.34; Herbert Tröndle/
Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53.Aufl., 2006, § 46, Rn.35.
さらに、注(75)に挙げる文献(Hergerth)。

64) それについては、注(66)および注(68)で触れる批判の詳細なども含め、注(60)
に挙げた諸文献を参照。

う自殺関与罪にあたる規定は存在しない⁶⁵⁾。たとえば、「自殺したいから麻薬をくれ」と乙がせがむので、Yがそれに応じたところ、乙は予定通りこれを大量に使用して中毒死したという場合、Yに刑法典上の犯罪は成立しない。このように、「自己侵害への故意による関与」が不可罰であるというならば、「自己危殆化への故意・過失による関与」、たとえば、Zが、「気持ちよくなりたいから死の危険を冒すのもいとわない」とせがむ丙に麻薬を渡したところ、丙はこれを使用して死亡した場合には、なおさら殺人・過失致死での処罰を肯定できない。自己「危殆化」への関与は、自己「侵害」へのそれよりも、被害者に対する侵害性において「小さい」からである⁶⁶⁾。傷害が問題になる場合についても、同様のことがいえる⁶⁷⁾。そしてこの結論は、殺人・過失致死の構成要件の保護目的はあくまで「他害禁止」を内容とするものであって、被害者の自己答責的な自己危殆化への関与事例はその射程範囲外であるということから説明される⁶⁸⁾。本件1990年判決のポイントは、この「構成要件の射程範囲（構成要件規範の保護目的）」が、——理論の提唱者であるロクシンの立場とは反対に⁶⁹⁾——刑法上の過失致死罪と麻薬法上の犯罪で相互に異なっていると解すること

65) ドイツ刑法 216 条（要求による殺人）が、「被殺者の明示的かつ真摯な要求から殺害を決意するに至った者は、6 月以上 5 年以下の自由刑に処する」とするが、わが国の刑法 202 条前段（自殺教唆・幫助）にあたる規定はない。

66) この論理については、自己侵害では被害者が侵害結果を認容しているのに対し、自己危殆化の場合にはなお結果が発生しないことを期待している以上、前者より後者の方が侵害性において「大きい」とはいえないという批判がある。

67) すなわち、自傷（自己侵害）への関与が不可罰である以上、それよりも侵害性において軽い、傷害を負う危険のある行為をすること（自己危殆化）への関与も不可罰でなければならないという論理である。

68) この説明についても、「結論の言い換えにすぎない」との批判がある。

69) ロクシン自身は、「222 条〔過失致死〕の意味での致死は否定するが、麻薬法の意味ではこれを肯定するなどというのは、ほとんどナンセンスである」と述べて保護範囲の区別を否定し、自己答責性原則の麻薬法犯罪への適用を積極的に解する見解——麻薬使用者が自己答責的に行動する能力を欠いている場合にのみ、交付者に致死罪等を適用する——を支持している（Roxin, a.a.O. Anm. (60), § 11, Rn.112）。

で、麻薬法の領域では自己答責性原則による刑事責任の限定は働かないということを明言した点にある。すなわち、麻薬法上の犯罪規定の保護目的は、「薬物の広範囲における消費、およびそれに由来する個人の健康侵害から一般人に生じる被害」を阻止するという意味での「国民の健康」の保持であり、これはそもそも個人が自由に処分できないものである⁷⁰⁾。また、阻止されるべき麻薬消費が、「まったく原則的に、自己危殆化である」以上、被害者の死亡や傷害が自己答責的なものであったことは、すでに麻薬法上の犯罪規定の定立にあたって織り込み済みである。したがって、その観点は同法の可罰性を制限する方向では働かないというのが、立法者意思にもかなう⁷¹⁾ というわけである。

この判例については、自己答責性原則が麻薬法の加重的構成要件の「成立」を妨げないとした点が最も注目され、その判断は、連邦通常裁判所2000年4月11日判決 (BGH JR 2001, 246 = NStZ 2001, 205) でも踏襲されている⁷²⁾。ただ、薬物の交付等による「致死」を規定した構成要件をもたないわが国の法状況を前提とする場合には、この判例を、少し視点を変えてみていく必要がある。本稿の文脈においてとくに重要なのは、1990年判決が、麻薬取引罪・交付罪の量刑において、麻薬使用者の死亡および健康危殆化の結果を「犯行の影響」(ドイツ刑法46条2項)として扱うことの正当性をも、上記考慮の射程内で論じていることである。それによって、「連邦通常裁判所は、犯行のいかなる影響が刑法46条2項によって刑罰加重的に考慮されうるのかについて、違反された規範の保護目的が決定的でなければならないことに対する支持を、——麻薬法の

70) それゆえ、判例を支持する見解では、麻薬使用者の死亡等は、個人法益の侵害としてではなく、「普遍的法益としての国民の健康の危殆化またはそれに対する侵害の強化」(Rudolphi, a.a.O. Anm. (53), S.574)、「行為者が麻薬取引によって…生じさせた危険の大きさの徴表」(Otto, a.a.O. Anm. (53), S.444) と評価される。「自己答責的な自己危殆化であっても、それ自体として社会を害する」(Otto, a.a.O.) ことが、処罰根拠の実質をなすと考えられているのである。

71) これが歴史的な立法者意思であったかについては、判例に好意的な見解からも疑問が出されている (Otto, a.a.O. Anm. (53), S.444)。

72) 知りえた評釈として、Joachim Renzikowski, JR 2001, S.248ff.; Bernhard Hardtung, NStZ 2001, S.206ff.

領域についてはあるが——はじめて表明した」⁷³⁾ という評価が可能になる。本稿が、自己答責性原則による刑事責任限定論それ自体をテーマとするものではないにもかかわらず、1990年判決を詳しく採り上げたのは、そこに理由がある。もっとも、この判例は、量刑における構成要件(規範)の保護範囲論の適用場面としては、「典型的」とは言えない。もともとこの理論は、因果関係と予見可能性の要求のみでは広がりすぎる構成要件外結果の範囲を「限定」することを任務とする。過失致死罪の保護範囲にない死亡結果も、麻薬交付罪の保護範囲には取り込めるとして、その帰属可能性を「拡張」することになった1990年判決の処理は、この理論の「応用的」な適用場面に属するのである。「連邦通常裁判所が……麻薬法以外の、とりわけ一定の犯行結果が刑法46条2項によって刑罰加重的に評価されるべきではない場合にも、一貫してこの基準を意識するかどうか」に注目する展望⁷⁴⁾ は、量刑判例の理論的深化の途上における1990年判決の位置づけをよく言い表しているといえよう。

なお、同種事案につき、⑩－(2) 連邦通常裁判所1992年7月1日判決 (BGH JR 1993, 418 = NSTZ 1992, 489 = StV 1993, 128) ⁷⁵⁾ は、「被告人は、たしかに、過失致死罪(刑法222条)で有罪とされていない。しかしそれによって……麻薬犯罪の量刑において、被告人が……受領者の死を過失的に惹起したことを刑の加重理由とすることは妨げられない。それは、麻薬交付による犯行の影響(刑法46条2項)である。……〔自己答責的な自己危殆化の〕原則は、麻薬法においては、その諸規定の保護目的によって制約される」と述べて、1990年判決を踏襲している。また、事案は異なるが、同種問題を扱った判例として、⑩－(3) 連邦通常裁判所1997年9月2日決定 (BGH NSTZ 1998, 39) がある。これは、被告人によって放火を唆された者が、実行にあたって火災に巻き込まれて死亡し

73) Beulke/ Schröder, a.a.O. Anm.(35), S.394f. Vgl. auch Bloy, a.a.O. Anm.(6), S.586, Fn.31; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.442.

74) Beulke/ Schröder, a.a.O. Anm. (35), S.394f.

75) 知りえた評釈として、Roland Hergert, JR 1993, S.419ff. (判旨賛成); Andreas Hoyer, StV 1993, S.128ff. (判旨反対)

たという事例で、自己答責的な自己危殆化の原則により過失致死罪の成立が妨げられるか否かの判断をするまでもなく⁷⁶⁾、この死亡結果を、「犯行の影響」として被告人の量刑上考慮できるとの判断を示したものである。

⑪連邦通常裁判所1993年3月16日決定 (BGH NStZ 1993, 337 = StV 1993, 358)

原審は、亡命志願者としてドイツに滞留を許されていた被告人らが、7件の集団窃盗罪および同未遂罪を犯した事件の量刑事情の1つとして、被告人らの犯行が、亡命志願者グループの信用の失墜に寄与し、それが実際に政治的迫害を受けてドイツに亡命を求めている者にも事実上不利に働くことについての責任に言及した。連邦通常裁判所第4刑事部は、上記量刑判断に疑問があるとして、次のように判示した。「地方裁判所によって認められた信用失墜は、その本質的原因が、住民のある部分で頭角を現している——被告人に責任を問えない——外国人敵視ならびに〔善良な亡命志願者とそうでない者を〕区別する心構えの欠如にある……のかが明らかでない。刑法46条2項は、全ての亡命志願者の……信用失墜という不利益を、刑罰加重的に考慮することを、犯行結果と犯行との間に必要とされるつながりの欠如ゆえにいずれにせよ許容しない。「もっとも、……犯行本体の範囲外にある結果も、基本的に量刑加重事由として考慮されうる。しかしその要件は、この影響が犯行態様 (Tatbild) を特徴づけ、責任の重さの評価に影響する……ことである。さらに、その違反が行為者に問責される刑法規範の保護範囲にある結果でなければならない (参照、SKStGB-Horn § 46 Rn 109; Frisch ZStW 99 (1987), 751, 754)。本件では、その両者が欠ける。……信用失墜という結果は、犯行の重さとは関係ないし、その責任評価を高める態度へのいかなる推論も許さない。それはまた、刑法典の財物罪

76) 放火された家の住人が自ら家の中に入り死傷したことについて、放火者に過失致死傷罪が問われる事例類型と自己答責性原則の関係について、Roxin, a.a.O. Anm. (60), § 11, Rn.116f. 具体的事情に着目して自己答責性原則の適用を否定した判例として、BGH 39, 322. それについては、Roxin, a.a.O.のほか、山中・前掲注 (60) 757 頁以下、塩谷・前掲注 (60) 259 頁以下などを参照。

(Eigentumsdelikte) の保護範囲には含まれない」⁷⁷⁾。

本決定は、理由づけを重疊的に用いているものの、構成要件(規範)の保護範囲論を、量刑事情の範囲を限定するという「典型的」な局面で、しかも代表的学説を引用しつつ適用した点で、画期的なものであった。元連邦通常裁判所判事であるゲルハルト・シェーファーの手にかかる、量刑実務に影響力のある手引書は、これを判例の「転換」⁷⁸⁾と位置づけたうえで、「他の刑事部もこれに従うのか、規範の保護範囲に捕捉される結果をどの程度のものとするのかについての判断が待たれる」との展望を示している。

ところが、次にみるように、この判例は、まだ確立したものにはなっていない。その後の連邦通常裁判所の判例は、第4刑事部の示した学説への明示的接近に完全には追従しておらず、これに正面から反対するものすら見られる。

⑫連邦通常裁判所2000年7月19日判決 (BGH NStZ 2001, 87 = StV 2001, 228)

2児の母親である被告人は、家族の経済状況などからさらなる子供を欲していなかったため、新たな子供の妊娠と出産を夫に隠し、その誕生2日後に、その子を寝袋に入れ、洗濯物の山をかぶせて窒息死させた。この子供の殺害について、故殺罪で有罪判決をした原審は、量刑理由として、被告人が長期の拘禁刑 (Haftstrafe) を受けることになるがゆえに、その犯行当時10歳と6歳の子供は、その重要な生育段階の間、母親に傍にいてもらえなくなることなどに言及した。本判決 (第2刑事部) はこれを疑問とし、次のように判示した。「被告人に対する長期の拘禁刑の考慮は、行為責任を特徴づけるのにふさわしくない事情を問題にしている。この考慮はまた、——一種の循環論法によって——被告人への……不利益な帰結を、さらなる拘禁刑の延長に結びつけるものである」⁷⁹⁾。

77) BGH NStZ 1993, 337f.

78) Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.324. Vgl. auch Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.586, Fn.31.

79) BGH NStZ 2001, 88.

この判例は、結論において、構成要件（規範）の保護範囲論におそらく一致しよう⁸⁰⁾。ただ、その明示的な援用を避けており、第4刑事部の立場に対して自らをどのように位置づけているのか、必ずしも明らかではない。

⑬連邦通常裁判所2001年4月25日決定（BGH NJW 2001, 2983=StV 2002, 75）⁸¹⁾

被告人Xは、親族である被害少女Mに、繰り返し性的暴行を働いた。そのことを知ったMの父親は、Xと会談したが、彼がこれを認め謝罪しなかったため、告訴した。しかし、父親以外の親戚はMを信じず、むしろ嘘つき扱いし、罵った。学校の仲間も同じであった。彼女は精神治療を受けるようになり、今のところ回復の見通しはない。本決定（第1刑事部）は、被害者が親族内および社会で孤立したことを量刑上考慮した原審を支持し、次のように判示した。「本件で、地方裁判所刑事部は、正当にも、犯行によって直接に生じた……精神的結果……のみならず、親族内で嫌疑が知れ渡ったことによって発生し、……告訴によって強められたMに対する社会的結果に着目した。性犯罪では、被害者の精神的結果に、犯行の手続法的な取扱い……から生じる侵害も付け加わるのが通常である」。Mの孤立という「事情は、本件では、刑法46条2項により、被告人に帰属可能な結果として刑罰加重的に考慮されうる。というのも、本件で、自白をしなかったこと……が責められているというわけではない。……そうではなくて、犯行が知れ渡ることにより必然的に生じた……影響についての責任が問われているのである。この影響は、関係者の……手続への参加が、被告人が争い、または黙秘したから必要になったのか、自白があっても必要だったのかにかかわらない」⁸²⁾。

80) Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.59 は、本件事情は被告人に対する代替的処罰にあたるから、むしろ軽減事情たりえたとの評価を前提に、「間接的な犯行結果の考慮が、規範の保護目的と矛盾しないものに限定されなければならないということの重要さが、この例に即して明らかになる」と述べている。

81) 知りえた評釈として、Gereon Wolters, StV 2002, S.76

82) BGH NJW 2001, 2983f.

この判例も、本件結果が性犯罪の保護範囲にあるのかを問題にしているのか定かではない。これを「規範の保護範囲論から離れている」⁸³⁾とする評釈もあるが、性犯罪の特質にかんがみれば、本件における二次被害はその捕捉すべき範囲内とみることも可能であり⁸⁴⁾、評価は分かれうるところであろう。

⑭連邦通常裁判所2002年7月4日決定（BGH NStZ 2002, 645=StV 2003, 442）⁸⁵⁾

被告人（男性）は、窃盗、横領、詐欺および文書偽造で有罪となったが、原審はその量刑で、3人の被害者（女性）が、一連の犯行によって著しい精神的被害を受けたことを考慮した。犯行にあたって、被告人は、被害者らの信頼と好意を悪用して、彼女たちの一部には継続的な交際、さらに結婚さえ約束し、1つの事件では仕事まで辞めさせ、また彼女たちの小切手用紙をせしめ、偽造し、自分の買い物支払いや換金に使うなどしたのである。本決定（第3刑事部）は、「このような事実状況では、被告人は、被害者らの……精神的侵害（財産への影響の周りにある失望、絶望、不安）をも考慮に入れなければならない。それらは予見可能であるから、刑法46条2項の意味での犯行の有責な影響として考慮できる」として、原審の量刑判断を支持したうえで、構成要件外結果をめぐる一般論に関して、次のように判示した。「この諸結果が、その違反が被告人の問責対象となる刑法規範の保護範囲にあるか否か（参照、Schäfer, Die Praxis der Strafzumessung, 3.A., Rdnr.321ff. それは、BGHR StGB 46 2 Tatauswirkungen 6 [=前掲判例①]）の、裁判を支えるものではない考慮の参照を指示している）は、重要でない。当刑事部は、そのような、量刑を窮屈にする刑法46条2項の解釈に

83) Wolters, a.a.O. Anm. (81), S.77. そこでは、あらゆる構成要件が、犯行の訴追によって引き起こされる諸結果からの保護をも意図しているとするのでは、保護範囲の概念は「虚無に帰する」と主張されている。

84) Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.58

85) 知りえた評釈として、B-D.Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443f.

疑問を持っている。当刑事部は、可罰的行為と直接関係がなく、犯行本体の範囲外にある結果について、それに対する予見可能性という限界づけ基準でなお十分だと解する」。

これまで見てきたように、連邦通常裁判所第2刑事部（判例⑫）と第1刑事部（判例⑬）は、第4刑事部の1993年決定（判例⑪）によって採用された構成要件（規範）の保護範囲論に言及していないが、少なくとも、これに反対する態度を示しているわけではなかった。しかし、第3刑事部（本決定）は、結果が構成要件（規範）の保護範囲にあるか否かは重要ではないと明言し、またそれは1993年決定（判例⑪）でも裁判を支えるものではなかったという評価を示して、前述のシェーファー連邦通常裁判所元判事の見解に正面から反対したのである。これに対しては、構成要件（規範）の保護範囲論を支持するベルントーディーター・マイアーから、理由づけが非常に「そっけない」⁸⁶⁾、「量刑におけるあらゆる柔軟さを保持するために、意義の少ない……拡大可能な基準〔=予見可能性〕に後退したのであれば、短絡的に過ぎる」⁸⁷⁾、「第3刑事部は、刑法46条2項の解釈をめぐる論争の一方に悩みなく味方し、量刑法のさらなる発展には尽力しなかった」⁸⁸⁾といった批判が加えられている⁸⁹⁾。

Ⅲ. 構成要件（規範）の保護範囲論とその正当性

1. 概説

上述のように、構成要件外結果の範囲をめぐる連邦通常裁判所の判例は不安定な状況にあるが、そこで焦点となっているのは、学説の唱える「構成要件

86) B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443.

87) B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443.

88) B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.444.

89) なお、マイアーは、精神的被害も財産犯の保護範囲に含まれるという立場に好意的であり、その意味で、この判例の結論に反対するものではないようである (B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443)。

〔規範〕の保護範囲論」⁹⁰⁾に対してどのような態度をとるかである。この理論は、量刑における構成要件外結果を、当該構成要件の保護範囲内にあるものに限定する考え方をいう。それによれば、結果、すなわち犯行によって因果的に惹起された利益侵害は、当該構成要件がその利益の保護をも目的としている場合に限り、犯情ないし犯行の重大性を構成する量刑事情としての客観的関連性が認められる。前述した、「商店を営むAが、もはや期限を守った支払いが不可能であることを秘して、取引先Bに大量の商品を納入させた。その後Aは倒産し、支払いをまったく受けられなくなったBも倒産に追い込まれ、精神を病んでピストル自殺した。Bの妻もそのショックでノイローゼになり、流産した」という設例⁹¹⁾に関し、たとえば財産犯の保護範囲は財産的侵害に限られ

90) 一般的には、「規範」の保護範囲論と称されるが、本稿では「構成要件」または「構成要件 (規範)」の保護範囲という語を用いる。それは、ロクシンによる、「注意規範の保護目的論」と「構成要件 (規範) の射程範囲 (保護目的) 論」の区別に由来する。彼によれば、両者はともに結果の客観的帰属を制約する理論である。前者 (注意規範保護目的論) は、発生結果の防止は特定の具体的注意規範 (注意義務) によって目指されていたものではなかったという評価に基づいて、帰属を否定する理論をいい、たとえば、無灯火で走行していたYが歩行者を轢き殺してしまったところ、やはり無灯火で走行していた後続車Xが灯火してさえいえば衝突は生じなかったであろう場合に、「無灯火走行禁止の注意義務は、自車の事故防止を目的とする」ことを理由に、Xの過失犯成立を否定する結論を導く。これに対して、後者 (構成要件の射程範囲論) は、発生結果の防止はそもそも当該構成要件の定立によって目指されていたものではなかったという一般的・包括的な評価に基づいて、帰属を否定する理論をいい、たとえば、自殺の惹起は他害禁止を内容とする殺人罪・過失致死罪の射程範囲外だ、というように用いられる。前者は、「許されない危険の実現」が欠如する一場合であるが、後者はそれには収まらない規範的基準とされる (Roxin, aa.O. Anm. (60), § 11, Rn.87, 106. 安達・前掲注 (60) 「客観的帰属論の展開とその課題 (3)」33頁以下の紹介が分かり易い。なお、山中・前掲注 (53) 713頁も参照)。量刑論における「保護範囲論」は、捕捉される利益侵害の属性を、構成要件単位で問題にするから (z.B. Schäfer, aa.O. Anm. (6), Rn.325f.)、ロクシンのいう「構成要件の射程範囲論」と連続性がある (Ⅱ. の判例⑩へのコメントをも参照)。したがって、具体的な注意規範と混同されやすい「規範」ではなく、「構成要件」または「構成要件 (規範)」の用語を用いることにした。

るという（比較的狭い）解釈を採用した場合には、Bの倒産までは考慮しうるが、その後のBの自殺やその妻の流産は、因果関係と予見可能性が肯定されても、客観的関連性が認められないということになる⁹²⁾。この理論は、1970年代前半のヴォルフガング・フリッシュの論文⁹³⁾で初めてまとまった形で主張されたが、その後ハンス・ユルゲン・ブルンスらの支持も得て⁹⁴⁾、現在では、ドイツの量刑学説における通説となっている^{95) 96)}。

本稿は、結論的にはこの理論を支持し、それを将来の量刑実務において役立てていくことを希望するものである。しかし、わが国において、この理論をめぐる態度決定を明らかにしている論者はかなり少数である。それは、判断資料となるべき議論が十分でないことに起因するものであろう⁹⁷⁾。そこで、以下

91) Vgl. Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.321.

92) Vgl. Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.323, 325f.

93) Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.321ff.

94) Bruns, a.a.O. Anm. (36), S.424; ders., a.a.O. Anm. (38), S.165; ders., a.a.O. Anm. (33), S.51.

95) 注(93)および注(94)に挙げた文献のほか、Horn, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.109; Tröndle/ Fischer, a.a.O. Anm. (63), § 46, Rn.34; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.324ff.; Jescheck/ Weigend, a.a.O. Anm. (8), S.888; Kühn, a.a.O. Anm. (63), § 46, Rn.34; Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.58; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.176; Berz, a.a.O. Anm. (48), S.86; Beulke/ Schröder, a.a.O. Anm. (35), S.395; Wolters, a.a.O. Anm. (81), S.77. 保護範囲から「かけ離れた」結果は排除すべきとするのは、Stree, a.a.O. Anm. (17), § 46, Rn.19f.

保護範囲論の論理そのものには反対しないが、その範囲を通説よりも厳格に解するアプローチとして、Ingeborg Puppe, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, in: FS-Spendel, 1992, S.454ff. (紹介として、浅田『刑事責任能力の研究 下巻』〔1999〕389頁以下); Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.585ff.; Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.255ff. わが国では、井田・前掲注(1)「基礎的考察(2)」49頁、「同(4)」72頁以下、「同(5)」61頁以下、城下・前掲注(1)「求刑・量刑をめぐる理論的課題」99頁、浅田・前掲注(1)28-29頁など。批判として、遠藤・前掲注(29)38頁。

96) これに対し、構成要件(規範)の保護範囲論による帰属の限定に懐疑的なのは、Gribbohm, a.a.O. Anm. (8), § 46, Rn.143; Ulrich Franke, in: Wolfgang Joecks/ Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 2003, § 46, Rn.37. Vgl. auch Deiters, a.a.O. Anm. (7), S.56.

では、この理論が実務および学説に受け入れられうるポテンシャルを持ったものであることを明らかにすべく、その実践的および理論的な正当性について検証することとする。

2. 因果関係論による限定の可否

II. で紹介した判例の中で、現在のドイツの学説の多くが、構成要件外結果の考慮を否定すると思われる事例として、(1) 売春婦である被告人らによる恐喝の量刑で、その前提となるわいせつ行為が住居内でおこなわれたことにより、被告人の子供の風俗的福祉が害された事例(判例④)、(2) 被告人の犯行の嫌疑が元同僚にかかり、彼が取調べを受けるなどして強い神経ストレスに陥った事例(判例⑧)、(3) 亡命志願者である被告人らによる集団窃盗罪の量刑で、亡命志願者全体に対する信用の失墜などが生じたとされた事例(判例⑪)が挙げられる⁹⁸⁾。また、(4) 被告人が愛人との旅行中に交通事故を起こし、それがきっかけとなって愛人の存在が発覚し、被告人の妻が神経衰弱に陥ったという設例も同様だろう⁹⁹⁾。このような、犯罪行為それ自体の性質との関連性がきわめて薄い不都合な影響が問題になっている場面を目の当たりにしても、結果帰属の限定に関心を示さないのであれば、量刑事情はほとんど「言った者勝ち」といえるほどに拡大しかねない。

では、これらの事例における妥当な帰属制限は、「構成要件の保護範囲」を用いないと不可能なものだろうか。ドイツでは、量刑事情の客観的限定とし

97) なお、この理論のわが国への導入をめぐる問題点を指摘するのは、岡上・前掲注(1) 26頁注35、53 - 54頁。

98) 近時の文献で知りえた限りで、これらの事例における結果の考慮を明示的に肯定するものはなかった。否定するものとして、(1) について、Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.344f.; Bruns, a.a.O. Anm. (38), S.165; Horn, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.109; Maurach/ Gösse/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.35; Gribbohm, a.a.O. Anm. (8), § 46, Rn.149. (2) について、Berz, a.a.O. Anm. (48), S.86; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.326. (3) について、Horn, a.a.O. Rn.109; Schäfer, a.a.O., Rn.326.; Gribbohm, a.a.O., Rn.143; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.176.

99) Vgl. Maurach/ Gösse/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.35.

て¹⁰⁰⁾、行為との因果関係(条件関係)の存在を要求することに争いはない¹⁰¹⁾。たとえば、上記(2)の事例に関して、連邦通常裁判所第4刑事部(判例⑩)は、亡命志願者の信用失墜が被告人の犯行によるものか、住民内で頭角をあらわしている外国人的視の風潮等によるものかが明らかでなく、犯行結果と行為のつながりが欠けていることにも言及しており、要するに因果関係の証明がないという趣旨に理解できる。また、保護範囲論への賛否がはっきりしないハインツ・ツィップが、結果は犯行をきっかけに生じた影響ではなく、犯行そのものの影響でなければならぬとして、上記(1)および(4)の事例における結果の考慮を否定しているのも¹⁰²⁾、この文脈に位置づけうるかもしれない¹⁰³⁾。

しかしながら、因果関係論による限定が真に可能であるのは、上記(1)の売春婦による恐喝事例くらいである。この事例では、子供の風俗的福祉は、住居内におけるわいせつ行為によってすでに悪化しているのであって、その後の恐喝行為は、この結果との事実的なつながりを欠く¹⁰⁴⁾。これに対して、上記

100) 本稿のテーマ上、主観的基準については立ち入らない。ただ、いずれにせよ主観面による十分な限定は不可能である。たとえば、犯罪を遂行するにあたって、犯人は捜査が無実の者に及ぶことを(予見可能であるどころか)むしろ歓迎しているのが普通であるし(Vgl. Berz, a.a.O. Anm. (48), S.86)、亡命志願者の外国人は、自分が犯罪者になれば、同様の境遇にいる人々への風当たりが強くなることを予見可能であろう(Vgl. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443)。

101) BGH 37, 179(「犯行の『影響』に対する因果関係に疑いがないことは、すでに概念上…第1の前提条件である」); Gribbohm, a.a.O. Anm. (8), Rn.142; B-D Meier, a.a.O. Anm. (6), S.174f. したがって、ABが共謀せずそれぞれXを殺そうとしたが、Bの攻撃のみがヒットしてXが死亡した場合、この死亡結果は、Aの量刑で考慮されてはならない(井田・前掲注(1)「基礎的考察(2)」60-61頁参照)。

102) Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.35. 同旨、川崎・前掲注(1) 120頁。

103) もっとも、自説が構成要件(規範)の保護範囲論と「結論的に」一致することを認める部分もあり(Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.40f.)、これと別の基準を用いる意図はないのかもしれない。

104) もっとも、事例を修正し、恐喝行為時に子供が居合わせたことによる影響を問題にすれば、条件関係の存在は否定しがたい(Vgl. Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.345, Fn.120)。

(2) ないし (4) の諸事例では、行為と結果の事実的つながりを否定できない。上記 (3) の亡命志願者事例での条件関係の証明要求についても、判例の事案ではそれが不十分であったというだけで、根本的な解決たりえない。ツイップの「犯行そのものの影響か否か」という基準も、行為と結果の事実的つながりを否定できない上記 (4) の愛人事例で帰属を否定できるものとして用いようとすれば、もう少し具体化された下位基準ないし適用方針が必要であるが、それは論者によっては示されていない。いわゆる相当因果関係を問題とするにしても¹⁰⁵⁾、上記諸事例における結果は、そのような立場・状況にある者がそのような行為を遂行すれば往々にして生じるものであり、——いわゆる救急車事例や病院火災事例と同レベルで——因果経過が経験的に稀有・異常とまではいえないだろう。このようにみてくると、因果関係論によって、構成要件外結果の過度の拡大を回避することは困難と思われる。実践的に妥当な帰属範囲を追求しようとするれば、因果関係以外の何らかの客観的限定基準が求められざるをえないのである。

3. 構成要件（規範）の保護範囲論の理論的根拠

(1) 結果的加重犯からのアプローチ

以上のように、因果関係論のみによる限定では結論の妥当性が保てないが、それだけでは、「構成要件（規範）の保護範囲」を限定基準として用いることの説明にならない。問題は、その理論的根拠をいかに考えるかである。

構成要件（規範）の保護範囲論を初めてまとまった形で主張したフリッシュは、当初、主たる関心が、一定の犯行結果の主観的帰責要件として故意が不要であることの論証にあったこともあり¹⁰⁶⁾、「結果的加重犯から借用されたアプ

105) 久岡・前掲注 (1) 84 - 85 頁、岡上・前掲注 (1) 53 - 54 頁参照。それに対して、東京高判昭和 45 年 4 月 16 日判タ 251 号 272 頁は、相当因果関係の欠如を理由に強盜致死罪の成立を否定しながら、犯情評価にあたっては、「現に被告人の暴行により…被害者が急性心臓死したことは、否定できない」としている。

106) Vgl. Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.330.

107) Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.343.

ローチ」¹⁰⁷⁾を展開した。彼は、1950年代にディートリヒ・エーラーが提唱したいわゆる危険性説¹⁰⁸⁾に依拠した結果的加重犯の構造論¹⁰⁹⁾を量刑論にあてはめて、①構成要件の実現によって、当該構成要件では捕捉されていない侵害が生じる類型的な危険状態が作出され、②その類型的危険の現実化として、すなわち上記危険の範囲内で侵害結果が発生したこと、③上記危険およびその実現に対する「保護防壁」をも築くことが、当該構成要件の規定の意義と目的であるといえることが、(故意の及ばない)侵害結果の考慮要件であると主張した¹¹⁰⁾。

しかし、結果的加重犯に関する危険性説の当否はともかく、少なくとも、構成要件外結果により量刑が加重される局面を、加重結果の発生により法定刑が加重される結果的加重犯と平行に捉えるアプローチは、適切でない。というのは、結果的加重犯の構造論がとくに問題とされたのは、それらの法定刑が、基本犯の法定刑と加重結果に対する過失犯の法定刑を合算したものよりも著しく重いことから¹¹¹⁾、かかる法定刑を利用するためには、「基本犯に、重い結果についての過失犯を加算した以上の犯罪実体」¹¹²⁾を想定する必要があると考えられたことによる。しかし、量刑上の構成要件外結果の考慮は、そのような特別の加重に結びつくわけではなく、当該構成要件の法定刑の範囲内で、

108) Dietrich Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69, 1957, S.512ff. わが国でこれを基本的に支持するのは、丸山雅夫『結果的加重犯論』(1990)182頁以下、井田「結果的加重犯における結果帰属の限界についての覚書」法学研究(慶應義塾大学)60巻2号(1987)237頁以下、内田浩『結果的加重犯の構造』(2005)101頁以下など。

109) Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.331ff. 丸山・前掲注(108)145頁、内田・前掲注(108)133頁も参照。

110) Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.333. もっとも、彼はその直後の記述で、「行為によって相当に発生する危険から防護する意思が、法律から読み取れるのが原則である」以上、③は實際上独立した意義をもたないとしている。この点に対する批判として、Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.586.

111) 詳しくは、丸山・前掲注(108)49頁以下参照。

112) 井田『刑法総論の理論構造』(2005)425頁。

構成要件外結果を生じさせたことをもそれなりに評価することが問題になっているにすぎない。そこでは、「構成要件の結果の惹起に、構成要件外結果をも惹起したことを加算した以上の犯罪実体」を想定する必要はないのである。にもかかわらず、この場面に危険性説の趣旨を及ぼすのは、過大な要求である¹¹³⁾。

(2) 犯罪論における客観的帰属論の反映

犯罪論における限定基準の借用ないし反映を考えるならば、よりふさわしいのは、結果の行為への帰属可能性を一般的に論じる客観的帰属論であろう¹¹⁴⁾。周知のように、近時のドイツでは、因果関係(条件関係)が認められることを前提に、結果を行為へと客観的に帰属できるか否かを、「許されない危険の創出とその実現」を中心とする様々な規範的基準によって検討するアプローチが支配的となっており、総称的に客観的帰属論と呼ばれている¹¹⁵⁾。その一環として、ロクシンは、「構成要件の射程範囲、すなわち構成要件規範(つまり殺人、傷害……禁止など)の保護目的が、発生した種類の結果を含んでおらず、構成要件がその種の事象を阻止するために規定されていないがゆえに……場合によっては帰属が否定されうるという見解が、ますます定着している」¹¹⁶⁾と述べて、自己答責的な自己危殆化による致死への関与について過失致死罪が成立しないことなどが、その適用例であるとしている¹¹⁷⁾。このような客観的帰属論

113) Vgl. Streng, a.a.O. Anm. (7), Rn.60. なお、構成要件外結果の考慮を否定する結論をとる立場から、結果的加重犯論からの論証を批判するものとして、Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.584f., 590.

114) フリッシュが結果的加重犯の構造論の借用によって導いた上記3要件も、現在の視点からみれば、客観的帰属論が一般的な帰属要件として論じているところと同様のものといえる。

115) わが国でも、多くの論者によって紹介・検討されている。最近の代表的なものとして、山中・前掲注(53)、林(陽)・前掲注(60)153頁以下、小林(憲)・前掲注(60)75頁以下、150頁以下、安達・前掲注(60)など。

116) Roxin, a.a.O. Anm. (60), § 11, Rn.106.

117) Roxin, a.a.O. Anm. (60), § 11, Rn.107ff.

が定着した1980年代になると、かつては結果的加重犯からのアナロジーに軸足を置いていたフリッシュは、次のように論じた。「たしかに因果的に惹起されたが、しかし帰属不可能な結果は……不法とは評価されえないということは、最近の犯罪論ではなじみである。それに実践的意義があるのは……いわゆる規範の保護範囲の外にある結果の場合である。この意味で帰属可能な構成要件の結果、つまり規範の保護目的にカバーされた結果についてのみ……責任問題が生じる。このことすべてが、いわゆる構成要件外結果にも同じようにあてはまる。……構成要件外結果として承認されうるのは、構成要件の行為に帰属可能な結果のみであって、その理由は構成要件の結果の場合と同じである。つまり、規範がまさにその結果の発生をも防止しようとしており、その意味で結果が規範の保護範囲内にあるからにはほかならない」¹¹⁸⁾。また、ウルリッヒ・ベルツも、「——量刑の枠内では——あらゆる構成要件の結果について責任を問われなければならないというのでは、構成要件の分野で現代的な帰属論がもたらした成果を、量刑レベルでは無視することになる。前者で生産的である考え方は、後者でも利用可能である」¹¹⁹⁾と述べている。これらの論述では、構成要件外結果をめぐる構成要件（規範）の保護範囲論が、犯罪論における客観的帰属論の反映であるという理解が示されている¹²⁰⁾。

118) Frisch, a.a.O. Anm. (4), S.753f.

119) Berz, a.a.O. Anm. (48), S.86.

120) 同様の理解を示すものとして、Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.578; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.443. Vgl. auch Beulke/ Schröder, a.a.O. Anm. (35), S.393ff.; Jescheck/ Weigend, a.a.O. Anm. (8), S.888.

121) 事例への適用数という意味では、構成要件の保護範囲論の主たるフィールドはむしろ量刑論にある。犯罪の成否の場面では、はじめから法文に明記された形式的属性を有する結果のみが帰属の「候補」とされるので（窃盗罪の成否の判断にあたって、「被害者が傷害を負ったこと」の帰属の可否を論じる者はいない）、保護範囲論による限定は、被害者の自殺や自己答責的な死亡のように、実質的属性（発生態様）において通常と異なる結果が生じた例外的場合にしか表面化しない。それに対し、量刑ではあらゆる結果が一応の「候補」とされるので、それがすでに形式的属性において保護範囲内にあるといえるかを逐一検討する必要がある、この理論が「忙しく働く」ことになるのである。

かかる理解は、犯罪論と量刑論の連続性を強調する立場からは、受け入れやすいものであろう。また、犯行結果の客観的帰属をめぐる規範的基準としての構成要件（規範）の保護範囲論が、犯罪成否のレベルと量刑レベルを「股にかけて」機能すると考えることは¹²¹⁾、麻薬を交付させた者がそれを使用して死亡した事例¹²²⁾などで、妥当な結論を導きうる。もっとも、わが国の学説・実務の説得を目標とする限り、この理論による構成要件外結果の限定が「犯罪論における客観的帰属論の反映である」と言うだけでは弱いだろう。わが国では一般的に、ドイツ流の客観的帰属論を「ワンセットで丸呑みする」ことに対する警戒が強いからである¹²³⁾。重要なのは、客観的帰属論の内容を構成する各規範的基準が、それぞれの実質的根拠（および帰結）に照らして正当視されるかであって、その点の検討こそが求められている¹²⁴⁾。

（3）「間接処罰」の回避

犯罪論における客観的帰属論の文脈では、構成要件規範の保護範囲にない結果について帰属が否定されるのは当然と思われることからか、保護範囲論の実質的根拠は、一般的な形では示されていない。ある属性の結果が構成要件（規範）の保護範囲にないとの個別的解释の理由は検討されるものの、保護範囲論そのものの論拠については議論がないように見受けられるのである。この理論が、それ自体としては「事例類型ごとに……さまざまな規範的考慮に基づいて保護の有無を定めるべきであるという枠組設定の主張」にすぎず、「『保護範囲』の語によって実質的な解釈が示され得るわけではない」¹²⁵⁾と言われるゆえんであろう。しかし、犯罪論と異なり、結果帰属範囲に何らかの制約を加えよう

122) II. の判例⑩に対するコメントを参照。

123) 井田・前掲注（112）63頁、佐伯仁志「因果関係論」山口ほか『理論刑法学の最前線』（1999）27 - 29頁など参照。

124) 注（123）に挙げた文献のほか、山口『問題探究 刑法総論』（1998）28 - 30頁、町野朔「客観的帰属論」『ジュリスト増刊 刑法の争点 [第3版]』（2000）25頁など参照。

125) 林（陽）・前掲注（60）181頁。林幹人『刑法総論』（2000）145 - 146頁も参照。

とする発想自体にまだコンセンサスがない量刑論をも含めて議論を展開する場合、個別の解釈に至る前に、なぜそのような枠組みで議論をするべきなのかを示す必要があるだろう。そして私見によれば、それを示唆するのは、量刑論における「間接処罰」の問題性をめぐる議論¹²⁶⁾にほかならない。

間接処罰とは、「構成要件の実現を……『てこ (Krücke)』にして、本来可罰的でない……結果の惹起を処罰する」¹²⁷⁾ことをいい、構成要件外結果の考慮にはそのおそれが伴うとされる。たとえば、①暴行の被害者に（「傷害」にあたらない）精神的ショックを与えたこと、②詐取した自動車を過失によって損壊したこと、③麻薬交付によって使用者の（自己答責性ゆえに過失致死罪を成立させない¹²⁸⁾）死亡結果を招いたことを、それぞれ暴行罪（①）、詐欺罪（②）、麻薬交付罪（③）の量刑で考慮するとすれば、独立した処罰規定のない、一般的な精神的ショックの付与（①）、過失による器物損壊（②）、被害者の自己答責的な死の惹起への過失関与（③）を、実現した構成要件（の量刑）を通じて「間接的に」処罰することになってしまい、罪刑法定主義の見地から問題があるというのである¹²⁹⁾。そして、この問題に対する理論的処方箋の役割を担うのが、構成要件（規範）の保護範囲論にほかならない。すなわち、当該構成要件が、当該犯罪の成立要件とはされていない一定の結果発生危険を摘み取ることを

126) それについて、注（40）に挙げた文献を参照。

127) Bruns, a.a.O. Anm. (38), S.165. Vgl. auch ders., a.a.O. Anm. (36), S.424.

128) わが国では、自己答責性による処罰範囲の限定それ自体に異論があるところかもしれない。ただ少なくとも、麻薬依存により判断力が失われていない者が、使用量によっては急性中毒死の危険もあることを十分に認識しつつ、その交付を強く懇願したような場合には、やむなくこれに応じた行為者に過失致死罪は成立しないということは是認してよいように思われる。

129) 井田・前掲注（1）「基礎的考察（2）」40頁、「同（3）」86頁。Vgl. auch Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.585. なお、佐伯「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985）59頁は、錯誤による同意の有効性をめぐる法益関係の錯誤説の論拠として、構成要件の保護法益と無関係な利益について欺く行為を罰すれば、「刑法が罪刑法定主義に基づいて各構成要件…の保護法益を相互に区別している趣旨」に反するとする。これも、「間接処罰」と罪刑法定主義の緊張関係を問題にするものである。

もその(少なくとも2次的な)目的としており、それらの結果惹起の処罰をも予定していると言える限りで結果を考慮することで、「間接処罰」の批判を回避できるというわけである¹³⁰⁾。たとえば、麻薬交付による死の惹起の量刑上の考慮に関する、ローランド・ヘルゲルトの次の論述が明快である。「[この場合に] 間接処罰の批判をふりかざすことはできない。……麻薬の交付による死の惹起は、[過失致死罪や麻薬交付致死罪の] 構成要件該当性がないとはいえ、『中立的な』事情と同じではなく、刑法的に関連性のある不法だからである。……本件で適用される麻薬法29条1項1号[麻薬交付罪]の規範は、間接的に、薬物被害者の死亡という構成要件外結果の回避にも役立つ。……麻薬の交付による死の惹起は、(高められた) 刑法的不法を示しているのである」^{131) 132)}。

(4) 結果帰属と罪刑法定主義——民主主義的要請か、自由主義的要請か

このように、構成要件の保護範囲論の理論的根拠は、「直接処罰」性の確保による罪刑法定主義の実質化にある。ただ、ここでいう「罪刑法定主義」は、いかなる意味で問題とされているのだろうか。わが国の学説の大勢によれば、現代における罪刑法定主義は、(i) 何を犯罪としどのように処罰するのかは国民が立法を通じて決定しなければならず、行政や司法はそれに従属するという三権分立ないし民主主義的要請(広義の法律主義)、および、(ii) 国民の行動の自由を保障するために、処罰をめぐる予測可能性を確保しなければならないという自由主義的要請に基づくものとされる¹³³⁾。そして最近では、成文法

130) Frisch, aa.O. Anm. (25), S.342; Bruns, aa.O. Anm. (36), S.424; ders., aa.O. Anm. (38), S.165. 批判的なのは、井田・前掲注(1)「基礎的考察(2)」49-50頁。

131) Helgerth, aa.O. Anm. (75), S.421.

132) なお、「間接処罰」の疑問と構成要件の保護範囲論によるその解消という図式は、理論上、量刑においてのみ妥当するわけではない。前述したように、ドイツの判例では、麻薬の交付による致死事例において、過失致死罪を成立させない自己答責的な死亡結果が、麻薬法上の麻薬交付「致死」罪を成立させうることが認められている。ここでも、「過失致死罪との関係で不処罰とされたはずの結果を、麻薬法により間接的に処罰するものではないか」という疑問と、保護範囲論によるその解消という図式が妥当するのである。

主義、狭義の法律主義、類推解釈の禁止、絶対的不定刑の禁止、遡及処罰の禁止、明確性の原則といった派生原理も、この2つの要請の一方または双方と結びつけられて説明される¹³⁴⁾ ¹³⁵⁾。そうすると確認を要するのは、この2つの要請と「構成要件の保護範囲論」がどのような理論的關係にあるのか、ということである。

結論から言えば、上記(i)の民主主義的な要請が、「刑法の断片性」と不可分に結びつく形で、「構成要件の保護範囲論」に理論的基盤を提供していると考えられる¹³⁶⁾。処罰対象は、行政や司法が独自にはなく、国民自身が立法を通じた選択によって決定しなければならないという要請を貫徹するためには、立法的に決定された処罰根拠に実質的に基づかない処罰を、厳に否定しなければならない。そうだとすれば、構成要件がある結果の発生を事前予防および事後的な応報的評価の対象としていない、すなわち保護範囲に置いていないことを認めながら、その結果を実質的な処罰根拠として援用することは、その

133) 平野龍一『刑法総論 I』(1972) 64 頁以下、福田『全訂刑法総論 [第 4 版]』(2004) 24 頁以下、内藤謙『刑法講義総論 (上)』(1983) 19 頁以下、大谷實『新版刑法講義総論 [追補版]』(2004) 55 頁以下、林 (幹)・前掲注 (125) 51 頁以下、山口『刑法総論 補訂版』(2005) 9 頁以下、佐伯「類推解釈の可否と限界」現代刑事法 31 号 (2001) 34 頁以下など多数。同「罪刑法定主義」法学教室 284 号 (2004) 48 頁以下は、これに「刑罰権行使の公正さの確保」を付け加える。

134) 注 (133) に引用した諸文献を参照。

135) さらに、近時においては、いわゆる実体的デュー・プロセス論を反映して、本文にも挙げた明確性の原則のほか、刑罰法規の内容の適性さ、および罪刑の均衡も加えられる。もっとも、後 2 者は、伝統的な罪刑法定主義とは異なった趣旨に基づくことから、別個のカテゴリーに位置づけるのが明快である (佐伯・前掲注 (133) 「罪刑法定主義」47 頁参照)。

136) 井田・前掲注 (1) 「基礎的考察 (3)」86 頁は、「それぞれの刑罰法規は、一定の『守備範囲』を有し、それを通じて評価し得る事実の範囲に限界を持っているという、平凡だがしばしば見逃される原理」に、「量刑における罪刑法定主義の意味」があるとす。Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.585 は、量刑における「犯行の有責な影響」という一般条項は、「刑を加重する慣習法によって、刑法の断片的性格が部分的にかいくぐられる」おそれを伴っており、そのようなことはドイツ基本法 103 条 2 項の法律主義と相容れないとする。

ような思考形式自体において排斥される。これは、刑罰法規の類推解釈が、立法者が処罰を予定していない行為であることを前提としながら処罰を認める論理形式自体において（広義の）法律主義に反するから——実質的には国民の予測可能性を害しない場合であっても——許されないこと¹³⁷⁾とパラレルである。このような理解に対して、それならば、「あらゆる構成要件は、あらゆる結果を保護範囲に収めている」との一般的解釈を唱え、またはそのように解釈できる量刑規定¹³⁸⁾を作りさえすれば問題は解消し、構成要件外結果を無限定に考慮してよくなるのか、という疑問が沸くかもしれない¹³⁹⁾。しかし、罪刑法定主義の民主主義的要請と不可分に結びつく「刑法の断片性」がそれを妨げる。たとえば、「他人に著しい迷惑をかけた者は、2年以下の懲役に処する」とだけ規定する法律は、——明確性の原則ひいては自由主義的要請に反することは別論としても——処罰対象の立法的選択を要求する民主主義的要請とも相容れない。それでは処罰対象が「選択」されたことにならないからである。このように、上記民主主義的要請は、つねに処罰根拠の「個別具体的な」立法的選択を要求し¹⁴⁰⁾、その意味で刑法の「断片性」と本質的に結びついている¹⁴¹⁾。「あらゆる構成要件は、あらゆる結果を保護範囲に収めている」という解釈は、上

137) 佐伯・前掲注(133)「類推解釈」37頁、「罪刑法定主義」51頁。町野『刑法総論講義案Ⅰ〔第2版〕』(1995)72頁、山口・前掲注(133)14頁も参照。

138) ドイツでは、刑法(現)46条2項の導入の際、量刑上考慮される結果は構成要件の結果に限られないということを示すために、犯行の「結果(Erfolg)」ではなく「諸影響(Auswirkungen)」という表現が用いられ、実際にもそのような解釈が定着している(Bruns, a.a.O. Anm. (38), S.151; Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm.(8), § 63, Rn.24; Schäfer, a.a.O. Anm.(6), Rn.316; B-D. Meier, a.a.O. Anm.(6), S.174)。この条項を「あらゆる構成要件外結果を考慮できる」というように解釈することは、文理解釈としては不可能ではないだろう。

139) Frisch, a.a.O. Anm. (4), S.753f. は、46条2項がある以上、法律主義違反の問題は生じないとしている。

140) 行政機関の命令への罰則の委任は「個別具体的」でなければならず、白紙委任は「(狭義の)法律主義」に反するとされるのはその反映である(佐伯・前掲注(133)「類推解釈の可否と限界」35頁、山口・前掲注(133)11頁など参照)。

141) 内藤・前掲注(133)56頁も参照。

記要請の本質的部分を危うくするものとして許容できないのである。それゆえ、構成要件の保護範囲自体に限定がないとする解釈（または立法）に基づいて、構成要件外結果を無限定に認める方向性¹⁴²⁾は、考慮の外に置かれる。

他方、構成要件の保護範囲に着目した帰属の限定論を、上記（ii）の自由主義的要請と結びつけることは、説得力を持ちえない。というのは、構成要件の結果にせよ構成要件外結果にせよ、その帰属の可否が問題になりうるのは、すでに違法な実行行為の遂行が認定される場合に限られる以上¹⁴³⁾、処罰の予測可能性の確保による行動の自由の保障という観点も、もはや問題になりえないからである。これに対しては、結果の帰属によって当該行為にはより重い法定刑・処断刑が向けられ、または犯情のより重い行為としての量刑評価を受けることになる以上、その点に関する自由保障を問題にする余地がある、と反論されるかもしれない。しかし、刑法は国民に対し、そのような「重い罪なら犯さないが軽い罪なら犯す」という自由を保護する必要はない¹⁴⁴⁾。自分のおこなっている行為が刑法上の違法行為として禁止されているか否かについての予測が可能であれば、自由保障としては十分である。また、量刑論に限定していえば、犯行結果の考慮が予測可能性の要請を充たさなければならないならば、刑を根拠づける方向で考慮されるその他の量刑事情——たとえば行為態様——についても同じことが妥当するはずである。しかし、それらの事情の加重的考慮

142) 1957年のドイツ連邦通常裁判所大法廷決定（Ⅱ.の判例①）は、「刑罰法規は、…特定の結果を阻止することに奉仕するのみならず、一般人を、その違反に通常伴う不特定の危険からも保護する」ものとする。これを素直に読めば、「構成要件の保護範囲外の結果も考慮する」ものではなく、「あらゆる結果を、構成要件の保護範囲内にあるものとして考慮する」ものと理解されよう。

143) なお、当該罪に未遂処罰規定があるか否かは、ここでは重要でない。未遂が不可罰である罪（たとえば器物損壊罪や過失犯）でも、刑法は国民一般に対して、まずは当該犯罪の実行行為の遂行を禁止しているのであって、その限りで不可罰の未遂行為も刑法上違法である。結果が付け加わり不法が加重される場合に限って処罰規定を設けるか否かは、「処罰に値する違法性の質と量」をめぐる立法的決断の問題に過ぎないのであって、それによって未遂にとどまった行為が「違法か否か」が左右されることはないのである。

が罪刑法定主義違反だという主張は、少なくとも、構成要件が包括的で、また量刑事情の一般規定を持たないわが国の刑法の下では非現実的であろう¹⁴⁵⁾。

以上のように、犯罪論と量刑論にまたがって犯行結果の帰属可能性を制約する「構成要件（規範）の保護範囲論」は、罪刑法定主義を支える民主主義的要請、すなわち、処罰の実質的根拠は裁判所が独自に決するのではなく、国民自身が立法を通じて選択しなければならず、しかもそれは個別具体的・断片的なものでなければならないという考慮から導かれる。当該構成要件が保護対象とする利益の侵害を根拠とする「直接処罰」を維持することではじめて、実質的な処罰根拠が、国民の立法的選択の範囲に限定されることになり、上記要請に応えることができるのである。

Ⅳ. 保護範囲論の具体的適用——類型化による検討

1. 序

Ⅲ. で基礎づけられた見解に従い、実行行為から因果的に生じた構成要件外の利益侵害（結果）を犯情事実に取り込めるか否かを、その利益が当該構成要件（規範）の保護範囲に含まれているか否かに依存させることによって、ただちに諸事例における具体的結論が導かれるわけではない。前述のように、構成要件の保護範囲論は、それ自体としては「枠組設定の主張」にすぎず、一義

144) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999）297頁。なお、このように考える場合にも、犯行後の法改正によって法定刑が加重された場合に、犯行時の法定刑では科せなかった重い刑を科すことは、「公正さ」を欠き許されないと解すべきである（平野・前掲注（133）68頁、山口・前掲注（133）15頁、佐伯・前掲注（133）「罪刑法定主義」48 - 49頁）。そのようなことを可能すれば、世間の注目を集めた事件が発生した際、その事件の被告人を「狙い撃ち」するための法改正がなされるおそれがあるからである（いわゆる東名高速飲酒追突事件や新潟女性監禁事件を想起されたい）。

145) 井田・前掲注（1）「基礎的考察（1）」96頁注115、「同（4）」65頁、城下・前掲注（1）「量刑事情の意義と限界」29頁参照。

的な解決基準を提供するものではない。それゆえ、各刑罰法規の個別的な解釈による補充が不可欠である¹⁴⁶⁾。もっとも、同種事例につき、裁判所によって異なった結論が導かれるのが日常茶飯事であるという事態を招けば、量刑理論の存在価値も疑われかねない。そこで、安定した運用を可能にすべく、ある程度の指針とともに、代表的事例に対する適用例を示す必要があるように思われる。以下、断片的なものにならざるをえないが、順を追って具体的に検討していこう。

2. 本来的な保護法益に対する侵害の「深化」

(1) 危険犯における危険の実現

構成要件の保護範囲内にあるとの評価を下すことが比較的容易であるのは、行為・結果を構成要件該当らしめている属性としての危険が、構成要件外結果へと実現する類型である。その典型は、危険犯の構成要件において、その危険の現実化とみられる被害結果が生じた場合である。この場合の構成要件外結果は、当該刑罰法規の本来的な——刑法各論で論じられているような——保護法益に対する侵害を「深化」させるものであるから、当該犯罪の不法内容との関連性をそれほど抵抗なく認めうる。保護範囲論の主流の論者のみならず¹⁴⁷⁾、量刑における構成要件的な制約を厳格に解し、量刑事情の非構成要件的事情への拡大に消極的な論者も、この場合における結果の考慮を認めている¹⁴⁸⁾。「まさにこの種の法益侵害をとくに強く防止することに、危険犯の創設によって可

146) Frisch, a.a.O. Anm. (4), S.754; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.325; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443. usw. 批判的言及として、井田・前掲注 (1)「基礎的考察 (2)」49頁、Puppe, a.a.O. Anm. (95), S.454. かかる困難さがあるからといって、保護範囲論の有用性は否定されない。各犯罪の本来的な保護法益についても、論者により見解が分かれることが少なくないが、だからといって保護法益論が無意味だということにならないのと同じである。

147) Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.334f.; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.325.

148) Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.587; Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.258. 井田・前掲注 (1)「基礎的考察 (5・完)」75 - 77頁も参照。

罰性の前倒しがなされることの意義がある」¹⁴⁹⁾ 以上、それらが構成要件の保護範囲に含まれることは当然とすらいえよう。具体例としては、放火罪などの公共危険犯において、現実生じた人の生命、身体、または財産に対する侵害結果が挙げられる¹⁵⁰⁾。わが国の判例では、最決昭和31年12月22日刑集10巻12号1667頁が、火薬類取締法（21、59条）の火薬類所持罪に関して、「火薬類取締法……により火薬類の所持を禁止……するのは、火薬類による災害を防止し公共の安全を確保するためであるから、……被告人が火薬類を所持しこれを譲渡しなかつたならばその直後に災害が発生しなかつたものであると認められる事情の存する場合に、その火薬類により発生した災害の結果〔火薬の爆発による7名死亡、付近建物の全半壊などの惨事〕を所持罪の量刑の一事情として参酌することを認めている¹⁵¹⁾。Ⅱ. で紹介したドイツの判例③では、酩酊運転による過失道路交通危殆化罪の量刑で、死亡事故と2台の自動車への重大な物損の惹起が加重的に考慮されたが¹⁵²⁾、その理由として、「交通危殆化に対する刑罰規定は、まさにそれによって保護されている法益の侵害を防ぐべきものだからである」という、構成要件の保護範囲論につながる判示がなされていた。わが国の量刑実務も、道路交通法上の無免許運転罪（道路交通法64、117条）および酒気帯び運転罪（同法65、117条）に伴い人身・物損事故を起こしたことを、悪犯情として考慮しているとされるが¹⁵³⁾、道交法犯罪の保護目的（同法1条参照）からして正当である¹⁵⁴⁾。薬物犯罪において末端の使用者に生じた有害な

149) Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.587.

150) さらに、近隣住民に与えた不安や混乱もそれらの犯罪の保護法益に関連しうることについて、水島和男「犯罪の社会的影響と量刑」判例タイムズ1206号（2006）32頁、安田拓人「コメント・水島和男『犯罪の社会的影響と量刑』について」同43頁を参照。

151) 爆発物取締罰則2条の爆発物使用未遂罪（と殺人予備）の量刑事情として、付近にいた者の負傷と空港設備の物損の考慮を認めた東京高判昭和44年4月16日高刑集22巻2号168頁も参照。

152) 賛成する学説として、Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.334f.; Bruns, a.a.O. Anm. (38), S.163f.; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.325.; Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.258, Fn.228.

諸帰結（健康悪化や死亡）についても、II. で紹介した判例⑩の論証を支持できる。すなわち、有害な諸帰結を防止することこそが薬物規制の最終目標であり、薬物の各種取扱いの禁止はそれへの到達を未然に防止するための危険犯にほかならないのであるから、実際に生じた有害な諸帰結が薬物規制の保護範囲内にあることは明らかである。他にも、無実の被告人Yの刑事裁判でXが偽証した結果、実体に反する有罪判決が下された場合についても、同様の位置づけが可能と思われる^{155) 156)}。

153) 原田・前掲注(3) 9頁。高松高判昭和27年3月29日高刑集5巻3号442頁参照。ただし、あくまで構成要件外結果であるから、犯情の中で占める「比重」は相対的に小さい。たとえばA罪に付随してB罪の要件でもある構成要件外結果が生じたが、B罪は起訴されていないという場合に、当該結果が過度に重視されれば、あたかも未起訴の余罪であるB罪そのものが処罰されているかの様相を呈することになるから、注意が必要である（加藤光康「起訴外の事実と証拠調べ」大阪刑事実務研究会編『刑事公判の諸問題』〔1989〕465頁参照）。大阪高判昭和40年5月8日判タ179号142頁は、無免許運転によって死亡事故を生じさせた事例について、事故という「起訴されていない事実をとらえて主要な量刑事情として考慮することは失当」としている。

154) 危険運転致死傷罪（刑法208条の2）は、実質的に道交法違反を含むものである以上、同様に解され、重大な物損を伴ったことは犯情事実の一部とみてよい。これに対して、業務上過失致死傷罪（211条1項前段）については、同罪を個人的法益に対する侵害犯としてのみ理解する一般の見解に従う限り、物損をこのカテゴリーに入れるのは困難である。後述の「副次的保護利益」に対する侵害として考慮できるかが問題となりえよう。

155) 構成要件外結果の考慮に消極的な論者も、(ア) 実体に反する有罪判決の限度では、その不法関連性を認める（井田・前掲注(1)「基礎的考察(5・完)」76-77頁、Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.587)。それを越えて、(イ) 受刑による自由剥奪といった当事者への帰結までを保護範囲に含めるかについては、積極説（Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.334f.; ders., a.a.O. Anm. (4), S.754）と消極説（Horn, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.109; Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.594）が対立している。

156) これに対し、渡邊卓也『電腦空間における刑事的規制』（2006）54頁以下は、わいせつ物公然陳列罪などの抽象的危険犯に関し、構成要件の「結果」たる抽象的危険の発生と区別された既遂後の「影響」は、「刑法の評価の枠外の事情である」（66頁）とする。この主張の射程が量刑事情の制約にも及ぶならば、制限的に過ぎよう。

ところで、上記の諸事例をみれば明らかであるように、構成要件外結果は、犯行から直接ではなく、被害者や第3者の行為を介して発生する場合は、構成要件の結果の場合に比べて多い。薬物交付による使用者の死亡事例¹⁵⁷⁾、あるいは、放火された家の住民がペットを救い出すために炎のなかに飛び入り焼死した事例¹⁵⁸⁾などがまさにそうである¹⁵⁹⁾。それらの事例においては、最終結果が他人の答責領域にあるという事情を考慮して、結果惹起を独立に捕捉する殺傷犯などの成立が否定されるということも、場合によっては想定できる。しかし、Ⅱ. の判例⑩に関するコメントにおいて述べたように、かかる場合にも当該結果を薬物交付や放火の罪の犯情事実として帰属することまでは妨げられないと解すべきである。それらの危険犯の処罰には、そのような自己答責的（であるが望ましくない）自己危殆化行為がおこなわれうる状況の作出を未然に防ぐという意義も含まれており、そうだとすれば、被害者の死が自己答責的なものであることが当該結果の帰属を否定する理由にはならないからである¹⁶⁰⁾。このように、事実的には全く同一の因果経過を介して発生した結果でも、罪種によって帰属が認められたり、認められなかったりすることを理論的に説明できることが、構成要件の保護範囲論の1つの特徴といえるのである。

（2）侵害犯に内包される危険の現実化

行為・結果を構成要件該当たらしめている属性としての危険が構成要件外結

157) Ⅱ. の判例⑩、および⑩－（2）の事案。

158) Ⅱ. の判例⑩－（3）の事案は若干特殊なので、より典型的な例を挙げた。

159) 火薬類所持罪に関する上記最高裁決定の事案でも、火薬類の爆発は、被告人から火薬類を譲り受けた第3者の不注意によるものであった。昭和31年決定の弁護人の上告趣意は、原審が、犯行との間に刑法上の因果関係が認められない被害結果を含めて犯情を評価したことを非難している。

160) まさに自殺関与罪（刑法202条前段）において、被害者の死が自己答責的なものであることが結果帰属を否定する理由にならないのと同じである。同罪は、自己答責的であるがいずれにせよ——パターンリスティックな観点または国家・社会の利益の見地から——望ましくない自殺行為がなされうる状況の作出を処罰根拠とするもので、自殺による死を当然に保護範囲に含む。

果へと実現する関係が認められるのは、明確に危険犯として規定されている罪ばかりではない。侵害犯か危険犯かは、保護対象たる利益の内容をいかに捉えるかによって相対的であるから¹⁶¹⁾、個人的法益に対する侵害犯として規定されている罪においても、それを実質的に理解すれば、「危険犯における危険の実現」とパラレルな構造を見出すことができる場合がある。

第1は、身体、自由、または財産といった法益に対する罪において、その法益の保持に依存している被害者の一定の活動ないし利益が阻害された場合である。すなわち、法益は、被害者の一定の目的を実現するための「手段としての価値」においても、保護の対象となっている。とすると、それらの罪における構成要件的侵害の程度を左右する「傷害」の程度、「移動の自由」の重要性、あるいは「財物」の価値を評価するにあたっては、被害者が当該侵害によって具体的にどのような活動ないし利益を阻害されるのか、がすでに考慮されざるをえない¹⁶²⁾。たとえば、美貌の女優の顔面に傷をつけること、資格試験直前の受験生を逮捕・監禁すること、持病の発作を抑える薬を携帯している者からその薬を盗むこと、公開されればプライバシーが大きく傷つけられる日記を盗むこと¹⁶³⁾、締め切り直前の小説の原稿データの入ったノートパソコンを破壊することなどは、すでに構成要件的な法益侵害の程度において加重的に評価されるだろう^{164) 165)}。とすると、これらの侵害犯は、被害者の様々な活動目的を阻害する「危険」を内包し、それをも処罰根拠とする「危険犯」の実質を

161) 井田「危険犯の理論」山口ほか『理論刑法学の最前線』（1999）178頁参照。

162) 井田・前掲注（1）「基礎的考察（5・完）」69頁以下。山口「『法益関係の錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集111号（2004）103 - 105頁も参照。

163) 「財物」性の認定に際しては、消極的価値（悪用されないよう手元に置く価値）も考慮される（山口『刑法各論 補訂版』（2005）174頁など参照）。

164) 井田・前掲注（1）「基礎的考察（5・完）」70 - 71頁参照。法益侵害結果は客観的・典型的に評価されるべきことを強調するヘルンレも、例外的に被害者の特殊事情が考慮されるべき場合があることを認め、「職業を営むにあたっての身体的前提条件の破壊」を傷害の程度の評価に際して考慮する（Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.223ff, 243）。

併せ持っているとは解されることになる。そして、このような理解を前提とするならば、顔を傷つけられた女優が廃業せざるをえなくなった場合、逮捕・監禁された受験生が資格試験に失敗した場合、薬を盗まれた者が直後に起きた発作を止められずに健康を害した場合、盗まれた日記が公開された場合¹⁶⁶⁾、原稿データの入ったパソコンを破壊された者が小説を完成できなかった場合には、上記(1)の「危険犯における危険の実現」とパラレルな構造を見出すことが可能である。したがって、それらの結果は、それぞれ傷害罪、逮捕・監禁罪、窃盗罪、器物損壊罪の構成要件の保護範囲に属し、量刑不法を増大させるものと解しうるのである¹⁶⁷⁾。ドイツの有力な学説は、傷害を受けた被害者が稼働できなくなったこと¹⁶⁸⁾、財産犯の被害者が営んでいた事業が破綻したこと¹⁶⁹⁾の構成要件外結果としての考慮を認めるが、その結論は以上のような論理によって基礎づけうる。

これに対して、上記諸結果は第1次的被害(構成要件的结果)の評価のためにすでに考慮されているから、独立の意義を有しないという、本稿とはまった

165) なお、これらの特殊事情の考慮にあたっては、阻害されうる活動の、被害者本人の生活にとっての客観的重要性——生計を支えるものか、副業的なものか、趣味にとどまるか、単なる暇つぶしか——が重要であり、本文の例で言えば、女優・作家の人気・名声の程度や当該資格試験の難易度などは問題にならないというべきだろう。個人の活動の「貴賤」に応じて刑法的保護の程度を差別するのは、平等原則の観点から疑問があるからである。

166) II. の判例⑥(日刊紙の記者が、凶悪犯の嫌疑がかけられていた少年からその写真を盗むなどし、「バンパイア」として公表した)が類似のケースである。

167) Vgl. Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.337. 反対、Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.589 (窃盗罪に関して、所有権は生命や健康を保護するものではないとする)。

168) Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm.(8), § 63, Rn.27. なお、ドイツ刑法 226 条は、視力、聴力、発話能力、生殖能力を失わせ、または身体の重要部分を使用不能にするなどの傷害を、法定刑の加重事由としている。

169) Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.337; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.325. Vgl. auch NK-Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.58; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.174

170) Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.251f., 258. Vgl. auch dies., Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität, in: Frisch u.a. (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S.106f.

く逆方向の見解¹⁷⁰⁾もある。しかし、構成要件的结果に内包される活動阻害の「危険」と、実際に生じた活動阻害「結果」は区別されなければならない。構成要件的结果に内包される活動阻害の「危険」は、あくまで可能性に過ぎないのであって、実際には活動が阻害されない場合——奇跡的な手術の成功により女優の顔に傷跡が残らなかった、特例的に時間外受験が認められた、持病の発作がたまたま生じなかった、日記が公開されなかった、ハードディスクからのデータ抽出に成功し執筆を続けられた——もありうる¹⁷¹⁾。「危険」レベルで考慮されていることを理由に、「結果」を評価してはならないとするならば、「危険犯における危険の実現」の事例においても同様に考えなければならない¹⁷²⁾どころか、そもそも危険犯と侵害犯、未遂犯と既遂犯の法定刑を区別する現行法の態度にそぐわないといわなければならない。

第2に、窃盗罪等の財物領得罪を犯した行為者による、盗品の保持・利用・費消・毀棄¹⁷³⁾についても、上述したところと同様の位置づけが可能であると思われる。その理解のためには、財物領得罪の構造、ことにその解釈上の成立要件として、「権利者を排除して、他人の物を自己の所有物のように扱う意思」(権利者排除意思)が判例¹⁷⁴⁾・通説によって要求されていることの趣旨¹⁷⁵⁾を確認することが出発点となる。すなわち、窃盗罪に代表される財物領得罪の禁止目的は、占有侵害の防止それ自体ではなく、それを通じて所有者等による財物の利用が一定程度以上に阻害されることの防止にある。しかし、それをス

171) そのような可能性が事実上ない場合には、「危険」と「結果」が同時に認定されることになるが、両者が論理的に別物であることに変わりはない。

172) しかし、Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.258 は、前述 (1) の場合には、侵害結果の考慮を肯定している。

173) 騙し取った車を運転中に事故で損壊した事例 (Ⅱ. の判例②)、盗んできた高価なワインを飲み干してしまった事例、盗んだ絵画を売却しようとしたが買い手を見つけられなかったので破いて捨ててしまった事例などが考えられる。ドイツの学説で、騙取した車の事故による損壊事例について考慮を認める判例に賛成するのは、Stree, a.a.O. Anm. (17), § 46, Rn.19; Bruns, a.a.O. Anm. (38), S.164; LK-Gribbohm, a.a.O. Anm. (8), § 46, Rn.149.

174) 最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁など。

トレートに反映して、一定程度以上の利用阻害が現に生じるまで窃盗罪等が既遂にならないとするのでは、既遂時期が遅くなり過ぎ、規制方法として必ずしも適切ではない。そこで、行為者の主観を判断資料とすることで、奪取後におこなわれるであろう利用阻害行為の程度（およびその行為が実際になされる蓋然性）を占有取得時において確認できるようにした要件が、「権利者排除意思」にほかならない。このような理解の下では、窃盗罪等の財物領得罪は、占有取得後に、行為者自身によって盗品の利用阻害行為がおこなわれる「危険」を内包し、それをも処罰根拠とする「危険犯」の実質を併せ持っていることになる¹⁷⁶⁾。そしてそうだとすれば、窃盗犯人等の行為によって、現に盗品の利用阻害が生じた場合、上記(1)の「危険犯における危険の実現」とパラレルな構造を見出すことが可能である。すなわち、その利用阻害の程度（期間と内容）に応じて、量刑不法の増大が認められると解されるのである^{177) 178)}。このようにして、窃盗犯人等による盗品利用の阻害——その極限としての盗品の破

175) それについては、大谷『新版刑法講義各論 [追補版]』(2002) 196 頁以下、中森喜彦「不法領得の意思」阿部ほか編『刑法基本講座 第5巻 財産犯論』(1993) 90 頁、西田典之『刑法各論 [第3版]』(2005) 143 頁以下、山中『刑法各論 I』(2004) 254 頁以下、林(幹)『刑法各論』(1999) 200 頁以下、山口・前掲注(163) 196 頁以下、松宮『刑法各論講義』(2006) 200 頁など。本稿は、排除意思の趣旨を、奪取後の利用阻害行為の量刑事情としての考慮に結びつける鈴木左斗志「横領物の横領と共罰の事後行為」判例タイムズ 1207 号(2006) 51 - 52 頁を、とくに参考にした。これに対し、主観的超過要素としての排除意思を不要とするのは、大塚『刑法概説(各論) [第3版増補版]』(2005) 201 頁、曾根威彦『刑法各論 [第3版補正3版]』(2006) 126 - 127 頁、川端博『刑法各論概要 第3版』(2003) 128 頁、前田雅英『刑法各論講義 [第3版]』(1999) 160 - 162 頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論(第2版)』(2002) 205 - 207 頁など。

176) 排除意思を不要とする見解においても、財物領得罪の客観的違法内容を所有権侵害(利用阻害)の危険に求め、排除意思にあたるものを「故意」として要求するのであれば(中山研一『刑法概説 II [第4版]』[2005] 129 頁、曾根『刑法の重要問題 [各論] 第2版』[2006] 142 - 144 頁。伊東・前掲注(175) 207 頁、内田幸隆「財産犯における領得概念(1)」奈良法学会雑誌 17 巻 1 = 2 号 [2004] 74 - 76、78 - 81 頁も参照)、領得罪を一種の危険犯として把握することになるのであるから、以下の説明が同様に妥当する。

壊¹⁷⁹⁾——が、構成要件の保護範囲にあることが基礎づけられるならば、かりに破壊が不注意によるものであったとしても、「現行法上、過失による器物の損壊は罪とはされていない」¹⁸⁰⁾ ことを問題にする必要はない。盗品の利用阻害がそれ自体として窃盗罪等の不法評価に服するものである以上、「間接処罰」の問題はここでは生じないのである。

これに対して、量刑学説では、領得罪に「危険犯」的な構造を見出しうる場合があることを承認しつつも、それを限定する見解¹⁸¹⁾ も主張される。詐取した車の事故による損壊の考慮は、行為者が——無免許であることやスタント・逃走に使用することを秘して契約するなどして——安全運転をする適性や意思について欺罔していた場合に限るというのである。しかし、領得罪における利用阻害行為の内容としては、盗品の毀棄のみならず、その価値を保持したまま権利者の利用を阻害し続ける行為も当然含まれるのであるから、かかる限定には合理的理由がないといわざるをえない。

3. 副次的な保護利益に対する侵害

(1) 副次的な保護利益を承認することの是非

以上のような、行為・結果を構成要件該当らしめている危険の実現としての構成要件外結果については、構成要件の保護範囲にあることを説明するのは

177) 排除意思不要説からの説明として、内田・前掲注(176) 80 - 81 頁(既遂は「中間結果」であり、その後の所有権侵害状態の継続・悪化も窃盗罪の違法評価に服するとする)。

178) これに対して、井田・前掲注(1)「基礎的考察(4)」75 頁は、窃盗罪の保護法益は、財物奪取により侵害され尽くしており、事後の事情により不法が増大することはありえないとする。しかしこれは、——論者の理解とは異なって——財物罪の保護法益に関する純粋占有説(占有の背後にある実質的利益におよそ関心を持たないような考え方)とのみ整合的であろう。

179) 盗品の破壊は、被害者の財物利用を永久に不可能ならしめるものであるから、まさに最悪の利用阻害行為である。

180) 井田・前掲注(1)「基礎的考察(2)」39 頁。

181) Frisch, a.a.O. Anm. (25), S.336f.; Puppe, a.a.O. Anm. (95), S.462.

比較的容易であった。それらの結果は、当該構成要件の本来的な——刑法各論で論じられるような——保護法益に対する侵害の「深化」を示すものにはかならないから、当該構成要件によって防止が目指されているとの評価にあまり抵抗がないのである。犯情事実として考慮されうる構成要件外結果をその範囲に限定するのも1つの考え方であり、それによって、量刑事情の限界は相当程度に明確化されよう。しかし、犯罪はしばしば、構成要件的行為・結果そのものの属性とは異なる危険を伴い、本来的な保護法益とは異なる利益に対する侵害結果を惹起する。たとえば、人にナイフで切りつけられれば、噴出した血が被害者の身に着けていた高価な衣服や持ち物に付着して、それらが台無しになってしまうこともあるだろうし、強姦罪などの性犯罪——もともと、それに限られない——の被害者は、立ち直ることの困難な精神的ショックを受けることも少なくない。それらの利益侵害を保護範囲内にあるものとして説明するためには、構成要件の本来的な保護法益の外に、「副次的な保護利益」を想定することが必要であり、それに対しては、井田良ヤルネ・ブロイらにより強い疑念が示されている。「不法判断においてその判断基底を（構成要件結果発生までの）実行行為時の事情に限定することが罪刑法定主義・行為主義の帰結である¹⁸²⁾、また、「構成要件の実現との結びつきだけを根拠に……可罰的でない不法を処罰することの正当性の問題は、解決され〔ない〕¹⁸³⁾」というのである。しかし、量刑における犯行結果を構成要件的结果発生までの事情に限定するのであれば、「危険犯における危険の実現」も考慮できないことにもなりかねないし、問題となりうる諸結果が「可罰的でない」ことを前提とするのも、結論の先取りである。1つの構成要件が1つの利益しか保護してはならないと言う理由はない。また、前述のように、構成要件の保護範囲論による限定の目的は、量刑事情に関する国民の予測可能性を確保することにはないのであるから、犯行不

182) 井田・前掲注(1)「基礎的考察(4)」75頁。同74頁は、副次的な保護法益論を「余りに便宜的」で「限界において不明確」だとする。松原芳博「被害者保護と『厳格化』」法律時報75巻2号(2003)21頁も参照。

183) Bloy, a.a.O. Anm. (6), S.589.

法の基底を条文に明定されたものに限定しなければならない理由もない。とすれば、構成要件が、犯行により常に危殆化・侵害される本来的な保護法益と並んで、場合によっては危殆化・侵害されうる「副次的な保護利益」を有しているとの解釈が、少なくとも原理的なレベルで妨げられることはないと考えられるのである。そのことを前提として、結論の妥当性というメリットと、処罰範囲の不明確化——それに起因する、裁判所による恣意的な運用のおそれ——というデメリットを衡量した結果、ドイツの主流の学説が実質的に「副次的利益」を認める選択をしていることは¹⁸⁴⁾、支持しうるのではないだろうか。他方で、構成要件外の事情が犯行の違法性の程度に影響することを否定する井田も、それを、犯行の「当罰性」にかかわる「不法・責任に劣化する二次的な判断要素として考慮することは、刑罰法規の保護目的に背反するものではない」として、いわゆる責任刑の幅の枠内で考慮することを認めている¹⁸⁵⁾。しかし、それならば実質はほとんど変わらないし¹⁸⁶⁾、そのようなアプローチによって、「一般情状としてであれば、何でも考慮できる」という風潮に加担すべきではない。むしろ、構成要件外の利益を危殆化する行為態様およびそれらの利益に対する侵害結果を量刑加重的に考慮することの実質的な目的が、そのような行為態様をより強く抑止すること、および当該具体的被害に対する応報的評価を明らか

184) 一般論のレベルで比較的明瞭に述べられているのは、たとえば Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.58 (「量刑では、間接的にのみ保護されている利益の侵害もまた関連性があるものとして評価されなければならない」)、B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443 (「規範の保護目的を、刑法規範によって、全然疑いもなく、中心的に保護されているとされる形式的な法的地位にのみ見出すことで満足してはならない」)である。

185) 井田・前掲注(1)「基礎的考察(5・完)」75頁、「覚書」303頁、「量刑理論と量刑事情」40頁。Bloy, aa.O. Anm. (6), S.595f.も、精神的被害について、「法益関係の考察方法によって簡単に排除することは明らかに誤っている」として、それを「全く別のカテゴリー」で取り扱うとしている。

186) なお、違法要素に位置づけたからといって、構成要件外結果を構成要件の結果と同等の比重で考慮しなければならないとの理解にはつながらない。むしろ、あくまで構成要件外結果である以上、犯行の違法評価の中でその占めるべき比重は相対的に小さなものである(前掲注(153)参照)。

にすることを通じた利益保護にあるのだとすれば、その体系的な位置づけは、刑罰目的を反映した不法論にあるというべきである¹⁸⁷⁾。そこで以下では、副次的な保護利益の侵害も構成要件の保護範囲内にありうるという理解を前提として、具体例を検討する。

(2) 保護範囲内にあると解される結果

まず、個人的法益に対する罪に伴い被害者に加えられる——本来の保護法益への侵害とは区別される——付随的侵害は、それが類型的に生じるものである限り、保護範囲内にあるとしてよいだろう。暴行や傷害など、暴力的手段による犯罪においては、身体の安全という本来の保護法益に対する「危険性の概念には収まりきれない犯行の残忍性も当然に考慮の対象になる」¹⁸⁸⁾とされるが、これは、それらの罪が副次的な違法評価の対象として、暴行に伴う肉体的・精神的な苦痛をも評価の対象に含めていると解することではじめて正当化できる¹⁸⁹⁾。わが国の裁判例には、傷害に伴う被害者の眼鏡の損壊について、「通常的行為態様による傷害に随伴するものとして評価できる」などとして、器物損壊罪の成立を認めるまでもなく、傷害罪の量刑上考慮できるとしたものもある¹⁹⁰⁾。この種のケースで、「そのような侵害が重い罪の実行に通常伴うものであることなどの点から……立法者も重い罪の法定刑を定めるにあたって、これらの事情も考慮に入れていたと考えてさしつかえない」¹⁹¹⁾というのであれば、

187) ①刑罰目的論→②量刑不法論→③犯行の重大性を構成する量刑事情論という結合関係（および①②の実質的内容）については、小池・前掲注（5）第3章第3節3（4）、および第4節参照。

188) 遠藤・前掲注（29）39頁。

189) なお、ドイツでは、「残酷に」人を殺した場合などに、謀殺罪として重い法定刑が向けられているが（刑法211条）、この謀殺要素については違法性の加重により説明する見解が一般的である（小池「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学1号〔2004〕288-289頁注272に引用された文献を参照）。

190) 東京地判平成7年1月31日判時1559号152頁。ナイフで人を刺し殺すにあたって衣服を貫いたような場合についても同様であろう。

191) 平野『刑法総論Ⅱ』（1975）413頁。

それはまさに、付随的侵害を当該罪の保護範囲に含める解釈論上の決断を意味している¹⁹²⁾。

この文脈でとくに言及しておかなければならないのが、最近の犯罪被害者保護の思潮の中でとりわけ関心を呼んでいる「被害感情」であろう。量刑実務では被害感情の強さは日常的に考慮されており、最近はその重視によって量刑水準が上昇しているとの認識が一般的である。ただ、この量刑事情の理論的意義については従来正面から議論されてこなかったように思われ、その体系的位置づけおよび実質的内容について、理解をクリアにする必要がある¹⁹³⁾。

まず前提として、犯罪被害者には「犯人に復讐する権利」はないということを確認しなければならない¹⁹⁴⁾。それゆえ、犯人に報復的に苦痛を味わせてやりたいという意味での「処罰感情」、端的に言えば「復讐感情」の満足それ自体を刑罰目的に組み込み、量刑事情としての被害感情の内実をそのようなものとして把えるアプローチには賛成できない。かかる感情を抱くことが人間心理としてむしろ通常のものであるとしても、それを叶えることは国家の刑罰制度の目的ではないからである¹⁹⁵⁾。ちなみにドイツでは、ある裁判例¹⁹⁶⁾が、「被

192) 井田・前掲注(112) 457頁も参照。

193) 原田「実務の視点からみた交通犯罪」刑法雑誌44巻3号(2005)124-126頁、井田・前掲注(32)232頁、本庄・前掲注(1)204-205頁など参照。

194) 刑罰を被害者の復讐権の代理行使として把える立場に対する批判として、最近ではたとえば、松原・前掲注(182)22頁、斉藤豊治「被害者と量刑」季刊刑事弁護45号(2006)149-150頁、佐伯「犯罪被害者等基本計画について」罪と罰43巻2号(2006)6-7頁、本庄・前掲注(1)205頁などを参照。

195) なお、復讐感情ないし処罰感情そのものを量刑事情として考慮することの問題点として、それが、①被害者個人の性格(原田・前掲注(3)142頁、井田・前掲注(32)232頁、遠藤・前掲注(29)47頁、本庄・前掲注(1)205頁など参照)や②犯行後の対応の不適切さ(原田・前掲注(3)142頁、遠藤・前掲注(29)47頁など参照)に依存するという実践的な不都合性が指摘される。しかし、後述する「精神的被害」についても(さらに言えば構成要件の結果についてすら)そのような場合がないわけではない。復讐感情の正面からの考慮が排斥されるのは、究極的には、「復讐に国家が加担すべきではない」という価値判断に依拠するものであり、その実践的な不都合性は本質的な理由ではない。

害者の精神的満足 (immaterielle Genugtuung)』は原則的に独立の量刑事情ではないとしつつ、結婚詐欺の犯人が、被害者の愛情を濫用して経済的に完全に奪いつくしたのみならず、事後に「君を永遠に食わせていくことなんてできない」と言って被害者をあざ笑ったという事態に至っては、例外を認めうるとしたことがある。しかし、そのような見解に対して、判例評釈等はいずれも——少なくとも、誤解を招くものとして——批判的であった¹⁹⁷⁾。

そこで、現在のわが国の量刑論において有力になっているのが、「被害感情」を、「精神的な被害」として把握し、犯情事実たる構成要件外結果として位置づけるアプローチである。原田國男は、「量刑においては、個々の被害感情の強さそのものを重視すべきではなく、犯罪被害の結果生じた被害者側の客観的な……影響を量刑の基礎として採り入れるのが相当である。……激しい被害感情を持っていること自体ではなく、被害を受けたことにより、平素の生活にどのような身体的、精神的、経済的あるいは社会的な支障が生じているかを問題とすべきである。……精神的な被害も客観的事実として考慮の対象に含まれる。……犯行再現への恐怖やPTSDの症状等に関する情報は、重要である」¹⁹⁸⁾などと述べつつ、このように客観的に捉えられた被害状況を、構成要件外結果に位置づけた¹⁹⁹⁾。また、本庄武も被害感情について、「要は法益の侵害において感情の侵害がどこまで予定されているかの問題であり、生命・身体を侵害する

196) HansOLG Hamburg NStZ 1989, 226.

197) Vgl. Thomas Hillenkamp StV 1989, S.533; Weigend, JR 1990, S.29f.; Walter Grasnig, JZ 1990, S.705ff.; Horn, aa.O. Anm. (7) , § 46, Rn.100.

198) 原田・前掲注 (3) 145 - 146 頁。これに批判的なのは、内田博文「危険運転致死傷罪の解釈」交通法科学研究会『危険運転致死傷罪の総合的研究』(2005) 103 頁。

199) 原田・前掲注 (193) 124 頁。井田・前掲注 (32) 232 頁、本庄・前掲注 (1) 205 頁も参照。佐伯・前掲注 (194) 12 頁も、「被告人の責任に応じた適正な処罰」のために、精神的被害を含めた被害の実態を考慮する必要があるとの認識を示す。ドイツの量刑学説で、保護範囲論に好意的な立場から、とくに罪種を限定しないで精神的被害を構成要件外結果に位置づけるのは、Stree, aa.O. Anm. (17) , § 46, Rn.19.; B-D Meier, aa.O. Anm. (20) , S.443. など。

罪において被害者……の感情も副次的な法益として保護されているといえないわけではない。……そうすると、被害感情のうち当該法益の侵害に類型的に付随せず、行為者に客観的・主観的に帰属不可能なものについては、量刑の基礎から除外され……また被害感情が副次的法益であることとの関係で、それを過大に考慮すべきではない²⁰⁰⁾と述べている。犯罪被害者の受ける精神的被害に対する刑事司法の関心が十分でなかったことが反省されている現在、少なくとも暴行・脅迫によって個人に恐怖という体験を強いる犯罪類型の保護範囲が、被害者の感情の領域にも及ぶことは認めてよいと思われる²⁰¹⁾。ただ繰り返しになるが、ここでいう「被害感情」はあくまで犯行による精神的被害（精神的なダメージ、苦痛）であって、被害者の復讐感情・処罰感情（犯人に報復的な害悪を加えたいという感情）を、理論的装いのみを新たにして再登場させること²⁰²⁾があってはならない²⁰³⁾。

このような精神的被害の構成要件外結果としての考慮について、とりわけ性

200) 本庄・前掲注(1) 206頁。

201) 福岡高判平成12年5月9日判時1728号159頁は、PTSDによる傷害罪の成立を医師の診断が不十分であるなどとして否定する文脈においてはあがあるが、次のように、暴行罪の構成要件が、それ自体として傷害には至らない精神的被害を量刑事情として考慮することを予定している旨を論じた。「ある程度のストレス状態になること、すなわち、憤りや強い被害感情、恐怖心等から、興奮しやすい状態、不眠状態、心理的に不安定な状態になるといった程度に…とどまる疑いが残る場合には、仮にそれが厳密には傷害の概念それ自体に当てはまる程度のものといえる場合においても、それはそれぞれの犯罪の本来の構成要件自体にそのような結果がある程度予想されていて、それがいわばその中に織り込み済みになっていると解する余地があり、…その程度に照らして…暴行罪の場合にも…その情状として量刑上考慮するのを相当とする場合がある」。小倉正三「心的外傷後ストレス障害（PTSD）と傷害罪の成立」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集上巻』（2006）363頁も参照。

202) 川崎・前掲注(1) 117頁は、「被害者などの報復的感情を緩和することは…刑罰目的とはいえないが、報復的感情の惹起を結果構成要素のなかに加えることは許される」とする（同158頁も参照。Vgl. auch Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.28）。

犯罪の分野では、反対は少ないだろう。性暴力に伴う被害の実態²⁰⁴⁾を少しでも認識するならば、それも当然のことと思える。ドイツの量刑学説も、「保護法益は性的自己決定であり、その侵害は、通常、精神的な動揺へと導くものである」²⁰⁵⁾などとしてこれを積極的に解するのが一般である²⁰⁶⁾。「人が性的羞恥心を抱くような事項についての自己決定の自由が保護法益の内容としての性的

203) 量刑実務では、被害者らが嚴重処罰を求めている場合、そのことが被告人に不利な事情として言及される。しかしそれは、犯行に起因する(精神的被害をも含んだ)具体的な被害状況が認定されたことを前提に、「かかる状況からすれば、被害者が嚴重処罰を求めているのも当然である」という、いわばリップサービス(ないし事件の総括)の文脈でなされる限りにおいてのみ是認できることである。裁判例にも、そのようにも理解できるものが少なくない(たとえば、いわゆるスーパーフリー事件に関する東京地判平成16年11月2日判タ1168号99頁[104-106頁]。なお、最近の検察の試みに関する、國田武二郎ほか「座談会・裁判員制度で量刑実務はどのようになるのか」季刊刑事弁護44号[2005]23頁[國田発言]をも参照)。これに対して、被害者が宥恕して寛大処分を求めている場合には軽減的に作用する以上、嚴重処罰を求めていること自体に意味がないとは言えないのではないか、という疑問があるかもしれない。しかし、被害者が寛大処分を求める事例で刑を軽くするのが相当なのは、行為者側が被害者への精神的・経済的補償に努めたことを評価できる限りにおいてであり、単なる気まぐれや特殊な価値観等に基づいて宥恕していることを重視すべきではない。嚴重処罰を求める／求めない感情それ自体が重要ではないということは、犯行をきっかけに「すべてがどうでもよくなった」被害者が、被告人の処罰におよそ興味を示さなくなったようなケースを想起すれば明らかであろう。

204) それについては、宮地尚子「性暴力とPTSD」ジュリスト1237号(2003)156頁以下(とくに165頁以下)、およびそこに引用された文献を参照。

205) Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.325.

206) Vgl. Jescheck/ Weigend, a.a.O. Anm. (8), S.888; Tröndle/ Fischer, a.a.O. Anm. (63), § 46, Rn.34; Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.58. それに対し、ヘルンレは、強姦は著しい屈辱から来る継続的な被害結果を類型的にもたらしうるものであるから、個々の被害者に生じた具体的影響とは無関係に重く評価される旨を主張する(Hörnle, a.a.O. Anm. (170), Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität, S.106f.)。性犯罪の重大性に対する従来の評価を反省することは確かに必要であり、また個別事例における精神的被害の程度を法廷で明らかにすることを回避したいという実践的意図も理解できるが(宮地・前掲注(204)169頁参照)、それでも、深刻な精神的被害「結果」が立証された場合とそうでな

自由と解すべき」²⁰⁷⁾とされていることなどに照らせば、性犯罪における精神的被害を、本来的な保護法益侵害の延長ないしその「深化」の一場合として捉えることがむしろ適切とすらいえよう。また、この精神的被害は、いわゆる二次被害として、刑事司法過程の内外で顕在化し、または強められることが容易に想定されるが、性犯罪にあたる行為は、そのような二次被害が——とくに、その犯罪を適正に処罰しようとする場合には——かなりの確率で生じることを前提に、それらをひっくるめて防止するために禁止されていると解するのが相

い場合を同じように——しかも、おそらくは立証された場合の水準に合わせて——処罰しようとするのは、嫌疑刑的な量刑にほかならずは認できない。検察官は、量刑事情としての精神的被害についてどの程度踏み込んだ立証をするかについて、被害者の意向・状況を十分に汲み、量刑加重のメリットよりも二次被害のデメリットの方が大きいと判断すれば、精神的被害「結果」の主張立証を断念せざるをえないだろう。

207) 山口・前掲注(163) 102頁。

208) II. の判例⑬を参照。わが国の裁判例では、前述のスーパーフリー事件判決が、犯行後に、「しっかりしてくれる」「俺たち無理やりじゃないよね」「何のことか分からない」「酔っ払いすぎ」などと侮辱的な言葉を浴びせられた被害女性の心境に言及している。

209) ただし、二次被害が証人尋問から生じた場合、それが被告人の刑事訴訟法上の正当な権利行使——事実関係を黙秘し、被害者の供述調書を不同意としたこと——に起因しうることから、被告人の防御権との関係で訴訟法的に問題となりえよう (Vgl. Wolters, aa.O. Anm. (81), S.76)。本稿では、その問題には立ち入らない。

210) 被害者が完全な精神錯乱状態に陥っていたなど、不任意の自殺、すなわち法的には「自殺」と評価されない場合には、死亡結果の客観的帰属を妨げる事情はない。よって、結果に対する過失(予見可能性)が認定できる限りで、強姦致死罪または少なくとも過失致死罪が成立するから、死亡結果を犯情として評価できることに異論の余地はない。しかし、被害者が精神的に追いつめられていたからといって、直ちに自殺の任意性が否定されるわけではない(林〔幹〕「相当因果関係と一般予防」上智法学論集40巻4号〔1997〕44頁、同・前掲注(125)145-146頁、小林〔憲〕「追いつめられた被害者」立教法学67号〔2005〕91、101頁など参照。なお、林〔幹〕「相当因果関係の新動向」法曹時報57巻11号〔2005〕17頁は、この事例類型で任意性を否定する余地を広める可能性を示唆する)。ここでの検討対象は、自殺した被害者が精神的に追いつめられてはいたものの、なお任意性は否定されず、法的にも「自殺」と評価される場合である。

当である。したがって、性犯罪の精神的被害は、犯行から直接に生じたものに限らず、その実体法的関連性を肯定できるというべきである^{208) 209)}。

ところで、性犯罪による精神的被害に関連して、強姦された被害者がそれを苦にして(任意に²¹⁰⁾)自殺したという事例類型の評価に、——試論的なものではあるが——言及しておこう。この場合、まず、死亡結果の客観的帰属が認められるか否かが問題となり、そこでは、強姦致死罪が、被害者の任意ないし自己答責的な自殺行為をも予定し、その防止をも保護目的に取り込んでいるかが問われる。性犯罪の被害者の陥る特有の心理状態に着目してこれを肯定する解釈もありえないわけではなく²¹¹⁾、それによれば、主観的要件の充足が認められる限りで、死亡結果の犯情としての考慮に問題はない。もっとも、かかる解釈を積極的に主張するには、同罪の成否が問題となる他の事例類型との比較検討や、性犯罪被害者の実態をめぐる実証的知見の拡充などが必要と思われ、本稿にはまだその準備はない。そこで、被害者の自殺事例では強姦致死罪は成立しないと解する現在の通説にしたがうならば、客観的な帰属が否定されている死亡結果は、不法構成的な「犯情」からは除外されると考えざるをえない²¹²⁾。もっとも、そのように解する場合にも、自殺を企てたという事実を、被害者が受けた「精神的被害の程度」を推認する一資料として扱うことは可能であろう²¹³⁾。かかる理解による場合、——死亡結果それ自体を不法要素として考慮する場合と異なり——自殺がたまたま未遂に終わったか否かは、刑の重さに影

211) これに対し、過失致死罪の成立可能性は否定される。殺人罪とは別に独立して自殺関与罪を規定する現行刑法において、過失致死罪が「過失自殺関与」を保護範囲に含むものとして規定されたとの解釈にはかなり無理があろう。

212) 井田・前掲注(1)「覚書」303頁、前掲注(32)213頁、小林ほか・前掲注(27)84頁[原田発言]、島田「判研」ジュリスト1310号(2006)175頁など参照。

213) 島田・前掲注(212)175頁参照。井田・前掲注(1)「覚書」303頁は、被害者の自殺を、「行為の危険性や残忍性」を推認させる一事情として斟酌できるとする。そのような場合もないとはいえないが、むしろ、被害者の受けた精神的被害の大きさと関連性がより密接である。

214) II. の判例⑨の事案は、自殺が未遂に終わったものであった。

響しないことになると思われる²¹⁴⁾。

次に、以上のような暴力的犯罪や性犯罪の分野に対して、暴行・脅迫を手段としない財産犯の領域では、精神的被害が構成要件の保護範囲内にあると解してよいか否か、有力な論者の間に意見の対立がある。とりわけ詐欺罪に関して、シェーファー元連邦通常裁判所判事は、倒産した被害者が自殺した事例における精神的結果は、性犯罪の場合とは異なって、構成要件（規範）の保護範囲には含まれないとの見解を示している²¹⁵⁾。またⅡ. で紹介した判例⑭も、結婚詐欺の事案で、「財産への侵害の周りにある失望、絶望、不安」という精神的侵害を考慮するにあたって、それが構成要件（規範）の保護範囲にあるか否かは重要でないことをわざわざ確認しており、保護範囲を問題とするならば逆の結論に至るとの認識を前提にしていると言えなくもない²¹⁶⁾。これに対して、精神的被害をも、財産犯の保護範囲内に含めて考える方向性にも、有力な量刑学説による好意的な言及がある²¹⁷⁾。詐欺罪について言えば、それが欺罔を手段とする犯罪であり、被害者に「騙された」「信頼を裏切られた」という屈辱的な思いが伴うことは容易に想定されることから、精神的被害をその保護範囲から除外する必要はないだろう。また窃盗罪についても、侵入盗²¹⁸⁾やひったくりの事案を想定すれば、被害者が気味の悪さや恐怖に起因する精神的ダメージを受けることは典型的に予想されるのであり、一律に精神的被害を

215) Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.326.

216) Vgl. B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443. なお, Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.58 は、結婚詐欺の精神的被害は「将来の人生のパートナーシップへの期待が失われたこと」によるものである限りで、財産犯の保護範囲に含まれないとする。

217) B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443.

218) 住居侵入罪がともに起訴されていれば、自己のプライバシー領域への侵入による精神的被害を考慮しうるのは比較的容易に認められよう（ドイツの住居侵入窃盗罪〔刑法 244 条 1 項 3 号〕の量刑に関して、Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.325; Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.320f.; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (20), S.443 などを参照）。ここで問題となるのは、住居侵入部分が起訴されていない場合に、侵入盗という行為態様による精神的被害を考慮できるかである。

除外することは実態にそぐわない解釈といわざるをえない。

(3) 保護範囲の外にあると解される結果

以上に対して、構成要件の保護範囲内にあると解すべきではない犯行結果として、次のような類型を考えることができる。

まず第1に、各構成要件について認めうる「副次的な」保護利益は、その価値において本来的な保護法益を下回る「従」たるものでなければならない。たとえば強要罪でいえば、被害者の意思活動（ないし行動）の自由を保護法益とする同罪が、はるかに重要性の高い被害者の生命を「付随的に」保護していると解することには無理がある。それゆえ、強いられる行為の内容自体に死傷の危険が伴うような場合を除いて²¹⁹⁾、強要を契機に生じた死傷結果を構成要件外結果として考慮するのは疑問であり、トラックの停車中に下車を強要されたヒッチハイカーである被害者が、下車後連結器に腰掛けていたところ、発進後のブレーキにより転落死した事例をめぐるⅡ. の判例①の結論には賛成できない²²⁰⁾。現行法は、生命のように価値の高い法益であるほど、行為態様を限定せず、また法益の具体的な侵害に至るかなり前の段階からの処罰を認めるなど、包括的な保護を図っているのであり、そのような広い網にすら引っかけられない侵害をなお処罰するのは、原則として、合理的な解釈態度とはいえないのである²²¹⁾。窃盗の被害者が、犯人を追跡中に転倒して負った傷害は、窃盗罪

219) その場合には、「侵害犯に内包される危険の現実化」（前掲Ⅳ. 2. (2)）として、死傷結果を考慮できる。なお、危険性や意思抑圧の程度によっては、端的に生命・身体に対する罪が成立しうることは当然である。

220) Ⅰ. の判例①の事案で、死亡結果の構成要件外結果としての考慮を認めるのは、Bruns, a.a.O. Anm. (38), S.164. 構成要件（規範）の保護範囲外であるとしてこれに反対するのは、Jescheck/ Weigend, a.a.O. Anm. (8), S.888.

221) 個人的法益に対する他害犯を成立させない死亡結果等をも保護範囲に含めることが、本来的な保護法益の理解からして合理的といえる構成要件の場合は、例外にあたる。麻薬交付を受けた使用者の中毒死や放火された住居に救助目的で立ち入った者の焼死の例がそれにあたる（Ⅱ. の判例⑩、⑩- (2) および (3) についてのコメント参照）。

の構成要件（規範）の保護範囲とは関連しないとされるのも²²²⁾、同じ理由から説明されよう。

第2に、殺人罪などの生命犯において、殺害された被害者の遺族などに生じた影響を考慮しうるかという問題がある。I. で論じたように、あらゆる人の生命は等価値と考えなければならない以上、「社会的に重要な役割を担っている人物を殺害した」といったことを、生命犯の構成要件的结果の程度に関連づけることは不可能である。ただ、ドイツの判例・通説は、殺害された被害者の価値の差別化を拒絶する一方で、「犯行が被害者の周囲の人々（Menschliche Umgebung）に及ぼした影響」²²³⁾を構成要件外結果として考慮することは、それとは別問題であり許されるという立場をとっている²²⁴⁾。

このような立場については、「周囲の人々」の範囲をいかに設定するかという実際上の困難性²²⁵⁾をひとまず措くとしても、より原理的なレベルで疑念がある。たしかに、被害者の生命の価値を考慮して構成要件的结果の程度を段階化することと、被害者の周囲の人々の受けた精神的な被害などを構成要件外結果として評価することは、形式的には、別の事柄かもしれない。しかし、実質的には、そうは言えない²²⁶⁾。次のような事例を考えてみよう。ともに独身で、

222) Vgl. Stree, a.a.O. Anm. (17), § 46, Rn.19.

223) OLG Bayern NJW 1954, 1211.

224) 注(17)に挙げた裁判例、II. で紹介した判例⑦のほか、学説として、Stree, a.a.O. Anm. (17), § 46, Rn.19; Bruns, a.a.O. Anm. (17), S.76; Horn, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.100; Schäfer, a.a.O. Anm. (6), Rn.318, 325; Gribbohm, a.a.O. Anm. (8), § 46, Rn.147; Streng, a.a.O. Anm. (7), § 46, Rn.59; B-D. Meier, a.a.O. Anm. (6), S.176. など参照。わが国でも、たとえば永山事件最高裁判決（最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁）で、連続殺人の犯行が「遺族らを悲嘆の淵におとし入れた」ことに言及されるなど、被害者の家族への影響の考慮は当然と考えられているようである。学説として、鈴木（茂）・前掲注（1）19頁、本庄・前掲注（1）206頁など。

225) 多くの文献では遺族が念頭に置かれているようであるが、会社の同僚などを含むもの（Stree, a.a.O. Anm. (17), § 46, Rn.19; Bruns, a.a.O. Anm. (17), S.76）もある。

実家に同居しているA(25歳)とB(23歳)の兄弟がたまたま一緒にいたところ、通り魔に殺害された。Aは、誠実な人格で、家業をよく手伝い、いまや一家の大黒柱となりつつあったので、彼の死は一家の生計にとって大きな打撃であったし、両親はひどい悲しみに明け暮れた。Bは、覚せい剤に手を出すなどして執行猶予中の身であるにもかかわらず、チンピラのような生活を続けており、たまに家に帰れば両親やAに遊ぶ金をせびり、嫌な顔をすると容赦なく暴力を振るうなど、手のつけられない状態であった。それゆえ、彼の死は一家の生計にとってはむしろプラスであったし、両親は彼がいなくなってくれて心底ほっとした。この事例で、「被害者の家族が受けた経済的・精神的被害」を量刑上考慮すれば、Aの殺害は、Bの殺害よりも重く評価されることになる。しかしこれでは、AとBの能力的・人格的価値に対する両親の「選り好み」を法が追認することになり、やはり平等原則からして問題であろう。一般化して言えば、第三者への経済的・精神的侵害を構成要件外結果として考慮することは、当該第三者の被害者への経済的依存の度合いやその者の抱いていた被害者への好意の程度を介して、被害者の能力的・人格的価値を量刑不法の程度に間接的に反映させることにほかならない。それを許容すれば、生命の価値の平等は、「空虚な謳い文句」に成り下がるであろう。

たしかに、「個人の生命には、周囲の人々の精神的・経済的利益が依存していることが少なくない」²²⁷⁾ という社会的実態をふまえるならば、殺人罪など

226) 井田・前掲注(32) 232頁は、「家族のいる被害者と、ホームレスで誰も身寄りのない被害者の場合とで刑を違ったものとするすれば、それは生命の価値は等しいとする平等原則とどう調和するのか」と述べる。同・前掲注(1)「基礎的考察(5・完)」74頁、80頁注68、松原・前掲注(182) 21頁も参照。

227) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法 第2版 第10巻 [第193条～第208条の3]』(2006) 347頁 [金築誠志]。香城敏磨「交通事件における量刑の特質」判例タイムズ 262号(1971)や豊田健「交通事故事件における量刑」荒木友雄編『刑事裁判実務大系第5巻 交通事故』(1990)は、生命・身体犯の被害には、被害者の担う経済的・社会的・精神的価値の侵害が含まれるという理解に立ち、被害者の年齢に応じて被害結果の程度が異なることを認める。

生命犯の規定によって、被害者個人の利益のみならず、家族や知人に代表される第三者の利益も（少なくとも副次的に）保護されているという理解には一定の魅力がある²²⁸⁾。しかし、第三者への侵害の程度を「生の現実」に即して評価し、量刑不法に反映させることは、上述のような規範的な問題を抱えることになる²²⁹⁾。それを回避するためには、次のように考えるしかないであろう。すなわち、あらゆる人の殺害は、その周囲の者を含む社会全体にとって等しく「この上なく悲しい出来事」であるという擬制²³⁰⁾的な評価を前提として、そのような意味での社会的利益への侵害をも含めて「生命」という法益の重要性を評価するのである。殺人罪などの構成要件外結果から——個別具体的に評価された——第三者に対する付随的侵害を排除する解釈は、以上のような法益理解とあいまって、はじめて説得力を獲得することになるであろう²³¹⁾。

第3に、犯罪行為（およびその発覚）は、犯行の被害者とはまったく無関係の、とりわけ行為者の陣営に属する者や行為者の所属するグループ・団体などに「迷惑な影響」を生じさせることが、経験的事実の問題としては決して稀ではない。しかし、そのような影響を各構成要件の保護範囲に含めることには、——職権濫用罪や収賄罪のような特殊な構成要件は別として——大いに疑問がある。かかる影響は、各犯罪行為や保護法益の性質とはほとんど無関係に生じるもので

228) 量刑論とは異なる文脈であるが、深町・前掲注(60)126頁、林(幹)・前掲注(175)29-30頁なども参照。反対、Hörnle, a.a.O. Anm. (13), S.259.

229) なお、同じ事情を「当罰性」で考慮することとしても（井田・前掲注(1)「基礎的考察(5・完)」75頁）、その実質は変わらない（前掲Ⅳ. 3. (1)参照）。

230) この「擬制」は、平等原則から規範的に要求されると考えられる。

231) なお、理論的には、これは生命に対する罪においてのみ問題になるわけではない。たとえば傷害罪の場合にも、重篤な後遺症を負った被害者が労働不能になり、家族の収入源が断たれたような場合、「家族の経済的困窮」を、それ自体として考慮することは、被害者の身体の価値を、第三者にとっての有用性によって評価することにつながるから、否定すべきである。しかしこの場合、後遺症によって労働不能になったことを、被害者本人——被害者が家族のために働き続ける意思を有していた限りで——に対する構成要件外結果として把握できる。それゆえ、生命犯以外の場合には、この問題は表面化しないのである。

あり、それを量刑不法の構成要素として認めてしまえば²³²⁾、構成要件ごとに個別的に保護範囲を定めていこうという理論の核心部分が危うくなるからである。Ⅱ. で紹介した判例でいえば、連邦銀行の職員が焼却予定紙幣を持ち出したことにより、「通貨の番人としてのドイツ連邦銀行の清廉潔白性に対する一般人の信頼」が害された事例（判例⑥）²³³⁾、犯行の嫌疑が犯人の元同僚に及んだ事例（判例⑧）、亡命志願者である外国人が窃盗を働いたことにより、亡命志願者全体の信用が失墜した事例（判例⑩）、犯人の長期の受刑により、まだ小さな犯人の子供が親に傍にいてもらえなくなった事例（判例⑫）は、このカテゴリーに属する²³⁴⁾。子供がいる場で恐喝行為をしたことによりその風俗的福祉が危殆化した場合や、不倫旅行中に交通事故を起こしたことによりそれが発覚し、配偶者が激しい精神的ショックを受けた場合も、同様である。わが国の最近の裁判例では、いわゆるスーパーフリー事件に関する東京地判平成16年11月2日判タ1168号99頁が、「名の通った大学に在籍している学生らで構成され、一時は一流大学から公認されていたサークルにおいて、本件のような常軌を逸した悪質な犯罪行為が常習的に行われていたという事実が発覚して……関係各大学や大学生一般への信頼も大きく損なわれた」ことに言及している。しかし、これが実質的な量刑事情を示すものであれば、行き過ぎであろう。強姦罪の規定は被害者個人の性的自由（ひいては人としての尊厳）を保護するものであり、犯人の所属する大学の評判を保護するものではありえない。

第4に、上記第3の点とも重なるが、本稿のこれまでの検討をふまえるならば、犯行の「社会的影響」、すなわち、①残虐な犯行や複数人の殺害によって「社会一般の健全な法感情を害し」、②「空き巣から強盗、強姦、殺人等に至る

232) 一定の職業的地位から、当該種類の犯行に出ないことへの社会的期待が強い場合には、狭義の責任（軽減）の程度においてその事情が考慮される可能性はあるかもしれない。ただ、本稿の射程外なので検討を控えたい。

233) この事例は、犯行被害者と行為者の所属する団体がたまたま一致しているが、そこで着目されているのは後者の側面である。

234) 前掲注（98）を再び参照。

まで、同一地域において……犯行を繰り返したことから、地域に不安を生じさせ」、さらには、③「防犯体制の強化……など具体的負担」を強いたことなどを、当該犯罪類型の個別的な保護対象を考慮することなく、犯情を構成する量刑事情に位置づけること²³⁵⁾は、否定されなければならない。無限定で漠然とし過ぎているそれらの事情の考慮は、刑法の断片性に配慮して、構成要件ごとに個別にその保護範囲を確認していこうとするアプローチを完全に崩壊させるからである。それを正面から認めるならば、犯罪の処罰根拠は、特定の利益侵害ではなく、およそ「世間をお騒がせしたこと」に求められることになってしまう²³⁶⁾。わが国の学説が総じてこの量刑事情に冷淡であるのも²³⁷⁾、きわめて納得がいくことである。将来、量刑事情として「結果及び社会的影響」を明記する改正刑法草案48条2項のような規定が導入されたとしても、「社会的影響」

235) 水島・前掲注(150)28-33頁。原田・前掲注(3)18頁(初出、1997年)など、従来からの実務の一般の見解と思われる。永山事件最高裁判決(最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁)も、犯行が「全国的に『連続射殺魔』事件として大きな社会不安を招いた」ことに触れている。学説として、川崎・前掲注(1)116-117頁など。ドイツでは、このような枠組みでの議論が少ないが、Bruns, a.a.O. Anm. (38), S.153f.が、法の権威を揺さぶったという「観念的」結果を、Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. Anm. (8), § 63, Rn.27.が、連続した犯行による一般人の不安を、それぞれ犯行結果の1つに位置づけている。

236) この点に関し、最近の裁判例では、大阪高判平成14年11月26日判時1807号155頁が興味深い。同判決は、中学校教師である被告人が、援助交際目的で知り合った複数の女子中学生に対して強盗や監禁致死に及んだ事案につき、犯行が「社会に与えた衝撃…殊に、学校教育の現場におけるそれが深刻なものであったことは、想像するに難くない。したがって、その分、被告人に対する世人の非難が激しくなるのは当然のことである」としながら、「その非難は多分に社会的・道義的な色合いの濃いものであって、刑事責任として考えてみると、そこには必ずと一定の限度がある」として、懲役12年の求刑に対して6年を言い渡した原審の量刑が軽すぎるとはいえないとした。

237) 阿部・前掲注(1)「刑事責任と量刑の基準」101頁、同「量刑論の現状と展望」8頁、浅田・前掲注(1)41頁、城下・前掲注(1)「求刑・量刑をめぐる理論的課題」98-99頁、「量刑事情の意義と限界」30-31頁、安田・前掲注(150)44-46頁など。Vgl. auch Puppe, a.a.O. Anm. (95), S.466f.

は、構成要件の保護範囲内にある構成要件外結果を指す概念として理解されるべきである。

V. 結びに代えて

本稿では、量刑において、犯情の一部をなす事情として考慮されるべき「構成要件外結果」の客観的範囲について、ドイツおよびわが国の学説・判例を参照しながら考察した。そこで筆者は、一般論として、①犯行結果の客観的帰属を、犯罪論と量刑論にまたがって限定する「構成要件（規範）の保護範囲論」が、基本的な制約原理として妥当すべきこと、②この理論は、事実的には同一の因果経過を辿って発生した結果について、罪種によって帰属の可否を区別できるものとして理解されること、③各構成要件の保護範囲（不法評価の対象）は、それぞれの本来的な——刑法各論で論じられるような——保護法益の危殆化・侵害（さらにその「深化」）のみならず、その周辺にある「副次的な利益」の危殆化・侵害にも及ぶことなどを主張した。他方で、④量刑判例・学説が扱ってきたものを中心とする事例群——断片的なものではあるが——について、類型化による検討を通じて、具体的結論を提示することを試みた。個別的な論証や結論の当否については多くの異論が予想されるが、読者において、このテーマが理論的見地からの整理・検討を要するものであること、またそれが不可能ではないことが実感されたのであれば、最低限の目的は果たされたといえる。

ところで、関連性の認められる構成要件外結果が立証されたとして、果たしてどの程度量刑に影響するのかという、実際の審理のあり方を考えるうえで無視できない問題に、ここで触れておこう。程度問題であるので確たることは言えないが、あくまで構成要件外の結果である以上、その位置づけは、構成要件的结果に対して「従」たるものであって、不法評価すなわち実質的な処罰根拠における「比重」はあまり大きいものと考えべきではない²³⁸⁾。構成要件外

238) 前掲注（153）参照。

結果が「犯情」に位置づけられ、犯行の重大性に応じた刑の幅自体を動かしているものだとしても²³⁹⁾、とくに重大なもの(またはいくつかの中程度のものの集積)によってはじめて、主観的要件との兼ね合いも考慮したうえで、「1ランク程度」²⁴⁰⁾の刑の加重が可能になると解すべきである。それゆえ、立証されても宣告刑に有意な変動を及ぼさないような軽微な事情については、実体的関連性が肯定できるとしても、積極的に審理する必要はない。また、軽微とはいえな事情についても、審理を及ぼすべきか否かは、重要性の程度と審理をめぐる関係者の負担等を総合衡量して判断しなければならないだろう。しかし、その詳細は、まだ筆者の考察の及ぶところではない。それを含む未検討の関連問題は、将来の課題として積み残すことにして、本稿の結びに代えることとした。

[2006年9月22日脱稿]

【追記】 脱稿後に、本稿と同じテーマを扱った実務家による研究である、伊藤寿「構成要件の結果以外の実質的被害の発生と量刑」判例タイムズ1217号(2006)45頁以下(同53頁以下に、高山佳奈子によるコメントが掲載されている)に接した。

239) これに対して、井田・前掲注(1)「基礎的考察(5・完)」82-83頁参照。

240) 原田・前掲注(3)141、199頁など参照。