慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(二) : 西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として
Sub Title	Über die verschuldeten Auswirkungen der Tat als Strafzumessungstatsachen (2) : unter besonderer Berücksichtigung der Auseinandersetzungen in der BRD
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.11 (1982. 11) ,p.34- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19821128-0034

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.

量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（二）

——西ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として——

井田良

一　はじめに
二　問題の所在
㈠　量刑事情の法的性格について
㈡　量刑事情の範囲について
㈢　小括……以上第一回（五五巻一〇号）
三　量刑事情の錯誤に関する西ドイツの学説と判例
㈠　学説の批判的検討
(1)　多数説
(2)　二分説
(3)　全ての事情について故意を要求する見解
㈡　西ドイツの判例に現われた諸事例
(1)　構成要件的事情たる行為の結果に関する判例
(2)　非構成要件的事情たる行為の結果に関する判例
(3)　まとめ……以上第二回（本号）
四　非構成要件的事情の帰責根拠に関する諸見解の検討
㈠　問題の所在—再論—
㈡　犯罪競合による解決
㈢　構成要件あるいは行為概念による量刑事情の限定
㈣　「危険状態」そのものを量刑事情とする立場
㈤　刑罰の Ob と Wie の区別——量刑にのみ妥当する帰責原理に依拠する解決……以上第三回
五　問題解決の試み
㈠　構成要件的事情（＝不法関係事実）とその錯誤
㈡　非構成要件的事情とその主観的帰責要件
(1)　非構成要件的事情の法的性格……以上第四回
(2)　刑罰法規の保護客体と非構成要件的量刑事情の範囲
六　総括……以上第五回・完

三　量刑事情の錯誤に関する西ドイツの学説と判例

責任主義の原則が量刑についても妥当すること、そして、それとともに、量刑事情に関して錯誤の問題が生じ得ることについては前述した。[1] 本章では、量刑事情の錯誤に関する西ドイツの学説と判例を紹介し、併せて批判的な検討を加えることにしたい。

(1)　前出二(一)(3)参照。

(一)　学説の批判的検討

(1)　多数説

①　見解の大要　西ドイツの多数説は、行為から生じた諸結果を量刑事情として考慮するためには、その予見可能性が肯定されれば充分だとしている。[2] 西ドイツ刑法四六条二項は、特に考慮されるべき量刑事情として、行為から生じた「責めに帰すべき」諸結果（die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat）を掲げているが、[3] 多数説によれば、行為から生じた諸結果について行為者の過失が肯定されれば常に――従つて故意犯の場合であつても――主観的な帰責要件を充たすことになる。

この多数説が解釈論上の根拠とするのは、結果的加重犯に関する刑法一八条である。同条は、重い結果につき少なくとも過失のあつた場合に限つて加重刑が科され得ることを規定するが、このような、いわば法律上の刑の加重に関する立法者の基本的見解は、裁判官による刑の量定に際しても原則的に妥当しなければならないというのである。すなわち、シュペンデルの言うように、「法律上の刑の加重事由について妥当することは、裁判官による刑の加重事由についてもまた適切」だと

されるのである。[4] ランクーヒンリクセンによれば、行為の結果が特別に設けられた結果的加重犯の構成要件において規定されているのか、通常の法定刑の枠内での量刑に際して考慮されるのかは、帰責要件の問題にとつて本質的な相違ではなく、いずれの場合にも、実質的には、（広い意味での）量刑に際して刑を重くする方向で行為の諸結果を考慮することが問題となつているのに他ならない。つまり、結果的加重犯の構成要件を設けて一定の結果の発生を理由に加重刑を科すか、その結果を量刑事情として通常の法定刑の枠内で裁判官が考慮するのに任せるかは、立法技術の相違に過ぎず、「立法者の選択する技術的方法如何の問題が帰責の原理に影響する訳はない」のである。[5]

（2）第一次刑法改正法（一九七〇年施行）により導入された旧一三条の二項及び第二次刑法改正法（一九七五年施行）による現行四六条二項について、*Schafheutle*, Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, 1966, S.353 ; *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969, S. 90 f., 100 ff., 204 f.; *Horstkotte*, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60StGB), JZ 1970, S. 125 ; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S. 846 f.; *Koffka*, Leipziger Kommentar(LK), 9. Aufl., 1971, §13 Rn. 44 f.; *Spendel*, Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, ZStW Bd. 83, 1971, S. 214 ff.; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 796 ; *Zipf* in : Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1978, S. 435 ff. (=ders. Die Strafzumessung, 1977, S. 30 ff.); *G. Hirsch*, LK, 10. Aufl., 1979, §46 Rn. 57; *Dreher/Tröndle*, StGB, 40. Aufl., 1981, §46 Rn. 23 など。また、*Arzt*, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, S. 520 も参照。旧一三条導入以前の文献のうち、*Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld, SchwZStr. 65. Jg., 1950, S. 316 (=ders. Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 147); *Koffka*,Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden StGB?, JR 1955, S. 323 r. Sp.; *Jagusch*, Die Praxis der Strafzumessung, 1956, S. 24 f. (= ders. LK, 8. Aufl., S. 110 f.); *Lang-Hinrichsen*, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei Strafzumessung, GA 1957, S. 5 f., 13 ; *Heinitz*, JZ 1958, S. 176; *Spendel*, Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 1964, S. 1764; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 81 などがこの見解を採る。

（3）この規定自体に疑問なのは、*Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil., 8. Aufl., 1977, S. 665.

（4）*Spendel*, Die Begründung des richterlichen Strafmaßes (前出注2) S. 1764 l. Sp.; ders. Zur Entwicklung der Strafzumessugslehre (前出注2) S. 215. 同旨、*Koffka*, LK (前出注2) § 13 Rn. 45.

(5) Vgl. *Lang-Hinrichsen*, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung（前出注2）S. 5 f. ゆえ、*Baumann*, Kritische Gedanken der Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW Bd. 70, 1958, S. 238 も参照。

② 考　　察　　多数説の見解は、元来、判例を中心とする結果責任主義的傾向[6]に抗して主張されて来たものであつた。こうした学説史的意義を没却してはならないが、それにもかかわらず、この見解には、多くの問題点があることを否定できない。

(a)まず、多数説に対する批判は、この見解が結果的加重犯に関するドイツ刑法一八条を量刑事情について類推適用しようとする点に向けられる。

刑法一八条がそれ自体有力な批判にさらされていること[7]は別論としても、例外規定として設けられている同条の趣旨を量刑事情の原則的な帰責基準として一般化することは許されないと言わなければならない[8]。立法者がどの程度結果的加重犯の構成要件を設けるかは、ランクーヒンリクセンの言うように立法技術の問題にとどまるものでは決してない。結果的加重犯の構成要件が設けられているのは、基本犯の実行が重い結果を惹起する一般的な危険性を伴う場合に限られている[9]。例えば、傷害行為など、経験則上しばしば死の結果を生じさせる定型的な危険性を有する行為から死の結果が生ずる事例についてのみ結果的加重犯の構成要件が設けられており、詐欺や侮辱が原因となつて被害者の死の結果が生ずるような例外的な場合をたとえ想定し得るとしても、それは独立の結果的加重犯の構成要件において規定されてはいないのである[10]。その意味で、結果的加重犯における基本犯と重い結果は、合わせて「統一体」をなすほどの結合関係にあるとも言われる[11]。このように、結果的加重犯の基本思想の適用範囲は極めて制限されたものであり、これを、行為から生じた諸結果を量刑事情として考慮する場合の全てに一般的に適用することは許されない[12]。その場合、結果的加重犯の例にならつて大幅な刑の加重を認め

るとすれば、実際的にも不当である。このように、刑法一八条、従つて結果的加重犯の存在は、多数説の解釈論的根拠とはなり得ないのである。

また、構成要件的結果の量的評価が問題となる場合（例えば、窃盗における被害額の大小）、その事情が違法性の程度に影響することに疑いはない。[13] 被害の程度が著しい場合を独自の加重構成要件としたときに立法者が相応する故意を要求したであろうかという仮定的な問い[14]に対して一義的な解答を与えることは不可能だとしても、故意犯である限り、違法性を高める事情については行為者の具体的認識を要求するのが原則であるように思われる。[15] このような原則は、西ドイツ刑法一五条、一六条（そして、わが刑法の三八条）の規定の趣旨に含まれていると解されるのであり、明文の規定なくその例外を認めるためには余程の理論的な根拠が明らかにされなければならない。[16] そして、多数説の挙げる論拠は、いずれも不充分だと思われるのである。

(b)多数説の欠陥は、具体的事例に即して見るとき、より明らかなものとなる。

例えば、画廊から、高価なレンブラントの絵を、それと知らずに安価な――従つて、容易に換金できる――絵と考えて盗み出した行為者は、多数説によれば、客体の真の価値が認識可能であつた限り、認識した通りの安価な絵を盗んだ場合よりも重く処罰され得るのである。[17] 同様のことは、コフカが挙げている例についても妥当しよう。すなわち、銀行に対する詐欺の関与者が、他の行為者の当初より予定した重大な被害金額について認識を欠いていたという場合である。[18]

しかしながら、これらの事例において、何故、認識の及んでいない行為事情を、量刑において刑を加重する方向で考慮し得るのかは明らかではない。シュペンデルによれば、行為者に問い得る「過失」の責任が刑を加重し得る根拠であり、右の「レンブラント窃盗」の事例の場合、行為者の認識を上回る客観的事情が行為を全体として重大なものとし、加重処罰を基

礎づけるというのである。[19] しかし、この見解には、理論的に納得し難いところが少なくない。前述したように、刑罰を基礎づけるのは不法のみであり、責任判断は限定機能しか持ち得ない。[20] それが正しいとすれば、シュペンデルの見解による限り、右の事例で加重処罰を基礎づけるのは「過失不法」だと言うことになる。故意犯たる窃盗罪において、過失の不法が刑を基礎づけ得るとすることは果たして理論的に可能であろうか。[21]「量刑を通しての罪刑法定主義の空洞化」の非難[22]がここでは行き過ぎだとしても、右のシュペンデルの見解に理論的な難点のあることは否定し難いのである。

(c)多数説の理論的難点は、量刑において非構成要件的事情まで考慮に入れるとき、[23] さらに倍加するように思われる。いわば、一つの犯罪を「きつかけ」として、犯行の途中・前後における何らかの——刑罰法規には明定されていない——「悪しき結果の惹起」を間接的に処罰する危険が生ずるのである。[24]

例えば、執拗な恐喝行為によつて被害者が自殺へと追いやられた場合、[25] 恐喝罪の他に過失致死罪（さらには殺人罪）の成立を認めることは通常の場合困難であろうし、妥当でもない。[26] しかし、何故、このような——それ自体「非犯罪的な」——結果を量刑において考慮し得るのかは理論的に明らかではない。恐喝罪の構成要件は、財産及び財産処分に関する意思決定の自由を保護しているのであり、人間の生命を保護の対象とするのではない。[27]「刑法上の不法」の存在を肯定するためには、およそ何らかの刑罰法規によつて保護されている利益が害されたと言うだけでは足りないのであり、[28] 右の事例の場合、過失致死罪として独立に処罰し得ないのなら、当該死亡の結果自体を量刑において考慮することもまた許されないと言わなければならない。[29]

また、行為者が、詐取した車を、過失により惹起した事故で損壊した場合、詐欺罪の量刑において、刑を重くする方向でこの損壊の結果を考慮し得るかの問題[30]も解決が容易ではない。現行法上、過失による器物の損壊は罪とされてはいないのであ

るから、これを量刑において考慮することは、やはり罪刑法定主義の原則から見て問題があるようにも思われる。確かに、詐欺によつて生じた損害が客体の損傷によつて高められた[31]と言い得るかも知れない。しかし、詐欺罪の保護法益は――それを本権と捉えるにせよ、占有と解するにせよ――詐取によつて侵害され尽くしている。すなわち、占有ばかりでなく、財物を自由に使用・収益・処分する事実上の利益は、行為によつて被害者から決定的に奪われているのである[32]。法益侵害の程度が高められたとか、侵害された法益がさらに一層侵害されたとか言うことは、言葉の用い方としても適切でないように思われる。要するに、ここでは、従来ある諸概念では適切に把握できない問題が生じていると言わなければならない。

さらに、行為者が幼い子供を殺害し、その母親がショックにより強度の神経障害を被つたとしよう。このような事例の場合、当該結果の発生が経験上不相当なものと言い切れるかどうか疑問がある。具体的事例に即して見たとき、結果の（自然的）予見可能性は否定し難いように思われる。しかし、ここで母親に対する過失傷害罪の成立を認めるのは妥当でない。ロクシンとともに、刑罰法規の保護目的を直接的な法益侵害結果の発生防止に制限し、右の事例においては、過失傷害罪の成立を否定するのが適切であるように思われる[33]。それにもかかわらず、もし殺人罪の量刑にあたつて母親に対する影響を――非構成要件的事情として――考慮し、刑を重くするとすれば、右のような帰責の制限も無意味なものとなろう。犯罪論の枠内でのみ自足的に取り扱うことでは不充分な問題の一例がここに存在するのである。

ところで、右に述べたような「間接処罰」に対する理論的な疑問も、刑罰の Wie の場面において Ob の場面とは異なつた原理が妥当することを前提とすれば氷解することになろう。すなわち、量刑の場面においては、刑罰法規に規定された「不法」と無関係の非犯罪的結果も刑の加重を基礎づけ得るし、主観的帰責要件についても必ずしも犯罪の成否の場面と同じことが妥当する訳ではない――従つて、故意犯の場合でも、過失あるいはさらに緩和された帰責基準により刑の加重を基礎づけ得る――のを論証できれば、多数説の右のような理論的難点は一挙に解決されることになる。果たして、それが可能で

あろうか。この問いは、刑罰の Ob と Wie に関する「二元主義 (Dualimus)」の可否という刑罰理論の基本問題に触れるものであり、後に詳しく検討することにしたい。[34]

(6) 後出三(一)(2)参照。

(7) 例えば、*Blume*, Erfolgsstrafrecht heute?, NJW 1965, S. 1261; *Backmann*, Gefahr als "besondere Folge der Tat" i. s. der erfolgsqualifizierten Delikte? MDR 1976, S. 972 f. (いずれも、結果の発生・不発生が、大抵の場合、偶然の事情に基因することを論拠とする)。また、*Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 240 ff. も参照。

(8) *Stree* in : Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 21. Aufl., 1982, § 46 Rn. 27 参照 (もつとも、後出の二分説に対する批判)。

(9) *Oehler*, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW Bd. 69, 1957, S, 513 ff. ; *H. J. Hirsch*, Zur Problematik des erfolgsqualifizirten Delikts, GA 1972, S. 71 など。

(10) *Egon Schneider*, §56 und die Strafrechtsreform, JR 1955, S. 415; *Oehler* (前出注9) S. 514 f.; *Arthur Kaufmann* (前出注7) S. 243 ; *Wolter*, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 169, l. Sp.

(11) 例えば、ゲッセル (井田訳)「結果的加重犯の共犯についての解釈論的考察」法学研究五五巻四号〔一九八二年〕八七頁以下参照。

(12) Vgl. *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat, GA 1972, S. 328.

(13) *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 65 ff.; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit ZStW Bd. 64, 1952, S. 277 f.; *H. Schröder*, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Festschrift für Mezger, 1954, S. 426; *Koffka*, Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden StGB? (前出注2) S.323 l. Sp.; *Noll*, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW Bd. 68, 1956, S. 181 ff.; *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat (前出注12) S. 343; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl, 1974, S. 394 など。

(14) これを肯定するのは、*Stree* in : Schönke/Schröder (前出注8) §46 Rn. 26; *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S. 237.

(15) *H. Schröder*, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung (前出注13) S. 423.; *Cramer* in : Schönke/Schröder (前出注8) §15 Rn. 35. また、*Müller-Dietz* (前出注2) S. 72 も参照。この点について、詳しくは、後出五(一)(3)参照。

(16) 刑法一八条の「例外的性格」について、*Backmann* (前出注7) S. 974参照。

(17) 例えば、*Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 215 f. (もつとも、シュペンデルは、当時、認識可能性を要件としてはいなかつた。この点については、*Spendel*, Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre〔前出注2〕S. 214 f. 参照); *Zipf*, Die Strafmaßrevision (前出注2)

S. 101 ; *Zipf* in : Maurach/Gössel/Zipf（前出注2）S. 440(= ders. Die Strafzumessung〔前出注2〕S. 35 f.)。

ちなみに、多数説のように考えるならば、ヘルッベルクが提起した「構成要件の量的錯誤」の問題も生じないことになろう。例えば、AがBに偽つて第三者所有の高価なカンディンスキーの絵を無価値な「がらくた」と信じこませて損壊させたような場合である（*Herzberg*, Grenzfälle zur Lehre von Täterschäft und Teilnahme, JuS 1974, S.375)。ヘルッベルク、ロクシン、クラーマーなどは、ここで「正犯者の背後の正犯」を認め、Aを器物損壊罪の正犯とする（*Herzberg*, S. 375; *Roxin*, Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter", Festschrift für Lange, 1976, S. 184 ff.; *Cramer* in : Schönke/Schröder〔前出注8〕§ 25 Rn. 22)。

(18) *Koffka*, LK（前出注2）§ 13 Rn. 45.

(19) *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß（前出注17）S. 215 f.

(20) 前出二(一)(2)(ｲ)参照。

(21) Vgl. *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 341（「異なった種類の不法との『加算的』結合」）

(22) 量刑における「犯行後の事情」の考慮に関連して、*Baumann*, Das Verhalten des Täters nach der Tat, NJW 1962, S. 1798.

(23) 前出二(一)(3)注116に掲げた文献を参照。

(24) 「間接処罰」については、前出二(一)(1)注73に掲げた文献を参照。

(25) *Warda*, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre (4. Teil), Jura 1979, S.288.

(26) 事例のような場合、結果の予見可能性を否定するよりも、過失致死罪の規範の保護目的の外にあるとすべきだろう（vgl. *Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für Gallas, 1973, S. 243 ff.)。もつとも、このような帰責の制限も、量刑において、刑を重くする方向で当該事情を考慮し、実際上「併せて処罰する」ことにすれば無意味なものとなる。同じことは、すぐ後に述べる「幼児殺し」の事例についても妥当する。

(27) 強要罪について、*v. Weber*, MDR 1957, S. 693. 反対、*Warda*（前出注25）S. 289（恐喝罪の構成要件の根底にある禁止規範は、事例におけるような死亡の結果の阻止をも目的とするものだとする)。なお、*Koffka*, LK（前出注2）§ 13 Rn. 43（「刑罰法規が、構成要件に規定されていない損害を阻止し、除去し、補塡することを目的としている場合、その損害の程度は疑いなく量刑において考慮し得る」)。

(28) Vgl. *Baumann*, Das Verhalten des Täters nach der Tat（前出注22）S. 1793.

(29) Vgl. *Zipf*, Die Strafmaßrevision（前出注2）S. 90.

(30) BGH VRS 15, 112〔114〕はこれを肯定した（もつとも、本判決は、被告人がレンタカーを当日中に返す約束をしながら数日間乗り回し、その間に事故を起こした事案に関するものである）が不当である。私見については、後出五(二)(2)(3)(ロ)参照。

(31) 例えば、*Koffka*, LK（前出注2）§ 13 Rn. 44 ; *G. Hirsch*, LK（前出注2）§ 46 Rn. 55. また、*Zipf*, Die Strafmaßrevision（前出注2）S. 237;

Hertz, Das Verhalten des Täters nach der Tat, 1973, S. 69 も参照。

(32) 注30に掲げた連邦裁判所の判例でさえ、事故の結果が構成要件要素たる「財産的損害」に含まれないことを明らかにしている。

(33) Vgl. *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: ders. Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 133 f.; dens. Zum Schutzzweck der Norm (前出注26) S. 256 f.

(34) 後出四(五)参照。

(2) 二分説

① 見解の大要　量刑事情の錯誤に関する近時の諸見解は、二分説とでも呼ぶべき傾向を示している。すなわち、当該結果が構成要件該当行為に伴う類型的な危険の現実化したものである場合には――結果が構成要件的事情であるか、非構成要件的事情に属するかにかかわりなく――その予見可能性をもつて主観的帰責要件としては充分とし、それ以外の場合には具体的認識まで要求するのである。(35)

なお、特にわれわれの注目を引くのは、これらの見解が、何故、非構成要件的事情たる行為結果の発生によつて「不法」の程度・分量が影響を受けるのかの根拠を明らかにしようとしているところである。以下に詳しい紹介を試みる所以である。

右のような二分説の構想を、法理論的な考察を基礎として詳細に展開したのは、フリッシュ(36)であり、その見解は、ブルンスをはじめとして有力な賛同者を見出すに至つた。(37) フリッシュの見解の骨子は、次のように要約できよう。

本問題は、行為から生じた全ての結果についてドイツ刑法一六条の原則を適用して故意を要求するか、あるいは、一八条を類推して過失を要件とするにとどめるか、という単純な二者択一によつては解決することができない。そうではなくて、それぞれの規定の根底

にある基本原理の適用範囲を明らかにし、故意の要求される事情と過失で充分とされる事情とに二分するのが適切である。法律は、刑法一八条において、一定の構造をもつた事例につき、責任主義の要請を具体化した基本的な価値判断を表明しているのであつて、それは直接に一八条が適用される事例に限らず、構造的に類似した諸事例についても適用されてしかるべきである。

結果的加重犯の構成要件が設けられているのは、故意の基本犯の実行により一定の法益に対する類型的な危険が生じ、そこから重い結果が惹起されることがあるという経験的認識に立脚している。「機能的」観点から見ると、基本犯の根底にある規範は、単に行為者によつて認識された範囲の法益侵害を防止する意味を持つばかりでなく、基本犯から生じ得る重い結果発生の類型的な危険の予防を目指す「保護規範」としての機能を営む。そこで、基本犯を実行することにより、より重い結果を過失で惹起した者は、基本犯から生ずる、なお一層の法益侵害の危険を防止すべき「付加的な義務」に違反したことによつて「より程度の重い不法」を犯したことになる。このような結果的加重犯に関する基本的な認識が妥当する限度で、刑法一八条の趣旨は量刑事情にも適用し得る。従つて、当該行為結果が、一定の犯罪を実行するに伴つて行為の招来した危険の実現による場合には、その主観的帰責要件として過失で充分であり、その他の場合には、当該結果につき刑法一六条により故意が要求されなければならない。

こうして、フリッシュによれば、次の諸事例については、刑法一八条の趣旨に従つて、過失を肯定できれば、刑を重くする方向で当該結果を考慮し得る。強要行為から被害者の死亡の結果が生じた場合[38]、詐取した車を過失により損壊した場合[39]、道路交通に対する危険を生じさせると共に過失により人の死亡や著しい財産的損害を惹起した場合（刑法二二二条、三一五条a[40]）、刑法二二四条（重い傷害の罪）に掲げられている程度には至らない聴力の障害を惹起した場合（刑法二二三条）、偽証により特別の結果（関係者の自由の拘束など）を生じさせた場合、器物損壊や放火において損害が行為者の予想を上回つた場合などである。これに対して、戦時中に重い傷害を被つていた被害者に傷害を与えた場合[41]、贓物罪の行為者が、贓物である高価な宝石を安価なイミテーションと誤信した場合[42]、前に掲げた「レンブラント窃盗」の事例[43]およびコフカの挙げている銀行に対する詐欺の事例[44]については、当該結果に対して故意が要求されなければならない。それでは、これらの事例について、何故、結果に対する予見可能性が存在するだけでは不充分なのであろうか。フリッシュによれば、右の諸事例において、行

為者は、重い結果発生の危険を基礎づける諸事情を認識してはいない。従つて、より重い結果の発生を防止しようとする保護規範の提訴（Appell）機能も充分には働かないのであり、現実に重い結果を発生させた場合に「付加的な義務」に違反し「より重い不法」を犯したとも言い得ないのである。また、例えば、法律は、より価値の高い客体を盗む可能性があるが故に、ある財物の窃盗を禁ずるものではない。その場合に重い結果を惹起する危険の原因は、客観的な状況ではなく、行為者の誤つた認識であり、そのような誤解を妨げることは刑罰法規の保護目的には含まれない、と言うのである。(45)

かつて、ブルンスは、構成要件的事情たる行為結果については故意を要求し、非構成要件的事情たる結果については過失の存在で充分とする二分説を提唱し、(46) ウェッセルスの賛成も得たのであつた。(47) しかし、その後、ブルンスは、この区別が「全ての事例について満足すべき結論をもたらすものではない」とするフリッシュの批判を受け入れ、「犯罪論と量刑の体系の調和をもたらし、判例の態度を理論的に矛盾なく説明できる」フリッシュによる新しい二分説に従うに至つた。(48)

ブルンスの改説の理由は、次のようなものである。すなわち、例えば、西ドイツ刑法二二三条の（単純）傷害罪において、刑法二二四条（重い傷害の罪）に掲げられているのに至らない程度の聴力の障害を過失により惹起した場合、その結果は構成要件的事情であり、旧説に従えば「故意」の及んでいない限り量刑で考慮し得ないことになるが、それは結果的加重犯たる傷害致死罪（二二六条）との均衡上耐え難い、と言うのである。(49)

イェシェックも、フリッシュの二分説に従う。イェシェックによれば、全ての客観的な量刑事情について故意を要求するのが原則である。それは、犯罪行為から生じた諸結果を量刑事情として考慮する場合でも同様である。と言うのは、もし、立法者がこれらの諸結果を構成要件要素として規定したならば、同じく故意を要求したであろうからである。しかしなが

ら、例外的に、実行行為に伴う類型的な危険が実現した場合の侵害結果については、刑法一八条の趣旨を類推して過失が肯定されることで帰責要件として充分だと言うべきである。何故なら、「立法者がこうした重い結果を構成要件要素として規定したなら、刑法一八条の趣旨が適用されるべきであろうから」だと言うのである。(50)

同様に、ワルダも二分説に賛成する。ワルダによれば、「構成要件的不法の量的評価」に関する事情（＝構成要件的事情）に属する行為結果（例えば、詐欺・背任における財産的損害の多寡や窃盗・横領における所有権侵害の程度）については、原則として故意が要件とされなければならない。と言うのは、刑法一五条、一六条によって、原則として故意による法益の侵害のみが可罰的とされており、これらの規定の趣旨に従えば、故意犯については侵害の「重さ」も単に故意によって実現された程度においてのみ帰責され得るに過ぎないからである。しかしながら、行為の結果が実行行為に類型的に伴う危険が現実化したものである場合には、刑法一八条の趣旨を類推する方がより説得的だ、と言うのである。(51)

さらに、ホルンは、独自の立場から二分説を詳細に基礎づけたが、その見解は、結論的にはフリッシュのそれに極めて近いものとなつている。ホルンの関心は、構成要件該当行為の違法性が特別の結果を「有責に」惹起することにより影響され得ることを明らかにするのに向けられた。その見解の大要は、以下の通りである。(52)

構成要件的結果の質的・量的態様については故意が要求されなければならない。例えば、裕福な者から窃盗をするつもりで、実際は、被害者が貧しい年金生活者であつた場合、窃盗の不法の程度は、行為者の認識に従つて定められる。しかしながら、故意犯において、構成要件充足後にはじめて生じた結果がどのような場合に行為の不法を高め得るのかは、基礎的な考察に遡つてはじめて解明し得る。まず、行為の不法が量的にどの程度であるかは、当該行為と法益の侵害とがどのように関係するかによつて定められる。そして、立法者が、一定の行為の禁止によつて、常に特定の法益の保護のみを目指していると考えてはならない。例えば、道交法の大抵の規範は、死亡や傷害の結果そして財産的損害など様々な利益を防止するために設けられている。従つて、刑罰法規によつて副次的に保護されていると解せられる法益を注意義務に反して侵害する行為は、実体的に規範違反（従つて、違法）と見做されねばならない――たと

え、その副次的法益のみに対する侵害を孤立的に捉えてみれば可罰性が否定されるとしても。そのような行為の不法は、副次的に保護される法益と「直接的に関係しない」行為（例えば、偽証によつて、他人の自由剝奪の結果を惹起したが、その認識可能性が否定される場合）よりも高い程度のものと考えられなければならないのである。

(35) *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 321 ff.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.（前出注13）S. 423; ders. Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Festschrift für Welzel, 1974, S. 754; ders. Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980, S. 136 ff.; *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts（前出注14）S. 237, 710; *Warda*（前出注25）S. 289. また、*Horn* in: Systematischer Kommentar zum StGB (SK), Band 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981, §46 Rn. 63 ff. もこれに近い。さらに、*Backmann*（前出注7）S. 976 も、侵害結果の発生に限定して二分説に賛成するもののようである。

(36) *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 321 ff. bes. S. 330 ff.

(37) 前出注35に掲げる諸文献を参照。

(38) BGHSt 10, 259（もつとも、本事案では、結果に対する具体的な予見可能性は否定された）. 後出三(二)(2)参照。

(39) BGH VRS 15, 112〔114〕（もつとも、フリッシュは、このような結果を無限定に考慮し得るとするのではない。この点につき、後出注63を参照）本判例については、後出三(二)(2)参照。

(40) BGH VRS 21, 45〔46〕など。後出三(二)(2)参照。

(41) BGH MDR 1966, 26. 後出三(二)(1)参照。

(42) BGH MDR 1969, 533（vgl. *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.〔前出注13〕S. 424）. 後出三(二)(1)参照。

(43) 前出三(一)(1)②(b)参照。

(44) 前出三(一)(1)②(b)参照。

(45) Vgl. *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 337 ff.

(46) *Bruns*, Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1967, S. 374.

(47) *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle", Festschrift für Maurach, 1972, S. 301.

(48) *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.（前出注13）S. 423 ff.; ders. Leitfaden（前出注35）S. 136 ff.

(49) Vgl. *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.（前出注13）S. 423. なお、*Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 329, 334参照。もつとも、わが刑法上、傷害罪は暴行罪の結果的加重犯であるとされていることからして、ブルンスの旧説を維持しても、当該重い結果の帰責については過失で足りるとするのが可能であることに注意しなければならない。

(50) *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts（前出注14）S. 237, 710.

(51) *Warda*（前出注25）S. 289.
(52) *Horn* in: SK（前出注35）§ 46 Rn. 63 ff.

② 考察　しかしながら、右のような二分説もまた批判的検討に耐え得るものではない。

(a)たしかに、フリッシュが、行為から生じた諸結果、特に非構成要件的事情たる諸結果は、その惹起が「刑法的不法」の実行、換言すれば刑法上の義務の違反として把握し得る限りにおいて、量刑事情として考慮し得るとする点[53]については賛成することができよう。また、立法者が結果的加重犯の構成要件によつて一種の付加的な義務を規定し、その違反が基本犯の不法を高め得るとすることも承認できる。その意味で、結果的加重犯の基本犯の根底には、それ以上の法益侵害を防止することを目的とする「保護規範[54]」が存在すると言うことも可能である。換言すれば、「立法者が、故意の基本犯の実行を、他の何らかの法益侵害との関係で非常に危険だと考えたがゆえに、基本犯によるこうした危険の実現を、基本犯と共に一つの独立した構成要件において規定したのだ、とすれば、結果的加重犯における基本犯の根底にある規範は、同時に、結果構成要件において保護される法益の保護をも目指すものなのであり、このようにして、立法者は『重い結果との関連における客観的な注意義務』をも規定している[55]」のである。

しかしながら、結果的加重犯のように立法者の意図が明示的な規定によつて表明されている場合と量刑事情の場合とは事態が全く異なると思われる。前述のように、結果的加重犯の設けられているのは、基本犯とされる犯罪が一般的・類型的に見て重い結果を生ずる危険性を有する場合であり[56]、二分説が問題にする事例とはたかだか「構造が類似している」に過ぎないのである。適用される事例の「構造的な類似性」のみで――規定形式の上でも、規定の内容の上でも例外規定である――刑法一八条の類推が根拠づけられるかどうかには疑問があると言わなければならない。

従つて、何故、故意犯において過失による不法が刑量に影響し得るかの問題は、二分説によつても充分には答えられていないことになる。フリッシュは、『犯罪論における諸帰結をそのまま量刑に適用することはできない。さもなければ、構成要件的に明示されていない「不法」を量刑において考慮することは、最初から不可能であろう』[57]とする。しかし、この関係において刑罰のObとWieの場面でどのような構造的な相違が存するかについて全く明らかにしていないのである。

これに対して、立法者が当該規範の定立によつて如何なる法益の保護を目指しているのかを明らかにしようとするホルンの見解は、より説得的だと言える。しかし、その論拠の説明は余りにも簡潔であり、量刑の場面においてのみ意味を持つ(副次的な)保護法益を想定することも便宜的に過ぎるように思われる。

(b)二分説の理論的難点は、何よりも、非構成要件的事情たる行為結果をどの範囲において考慮し得るかの「限界」が明らかではないことである。フリッシュは、「実行行為から生ずる、何らかの法益に対する相当な危険を防止しようとする立法者の意図が、原則として刑罰法規から導き得る」[58]とするが、これは明らかに無限定に過ぎると言わなければならない。フリッシュの挙げている「行為の結果が当該刑法規範の『保護領域』に属すること」という基準[59]も、決してその内容が明確ではない。フリッシュの見解によれば、実際上、実行行為と当該結果との間に相当因果関係が肯定されれば、量刑事情として刑を重くする方向で考慮し得ることになろう。[60]それは、量刑事情の「構成要件的制約」を否定するものであり、賛成できない。さらに、刑の量定において当該事情にどの程度の重要性を認め得るかの問題にもフリッシュは触れていないが、結果的加重犯に関する刑法一八条を類推するところから見て――不当にも――かなりの程度の刑の加重を許容するものと推測される。要するに、二分説は、非構成要件的事情たる行為結果の考慮し得る限界を明らかにしてはいないのである。同様の趣旨の批判は、ホルンの見解にも妥当すると言わなければならない。

また、ブルンスの言うように、二分説が「間接処罰」の危険を完全に回避し得ているかについても疑問がある。たしかに、フリッシュは、薬局店員が不注意な酸の取り扱いによつて顧客に火傷を与え、同時に、その高価な毛皮のコートに著しい損傷を与えたという設例について、――正当にも――過失傷害罪の量刑にあたり過失の器物損壊の結果を考慮することは許されないとしている。[62] しかし、前出の詐取した車を過失の事故で損傷した事例については、過失による器物損壊の結果も詐欺罪の量刑で考慮し得るとするのである。[63] いずれの結果もそれ自体は非犯罪的結果であり、両事例を異なつて取り扱う理論的根拠は明らかでないように思われる。

(c)二分説の決定的な難点は、具体的な事例の取り扱いにおいて明らかになる。

フリッシュは、放火罪において行為者が予期した以上の範囲を焼燬した場合や、ある工場労働者が、復讐心から、ある夜、高価な機械の一部を破壊したところ、次の日故障した機械の作動によつて行為者の予期しなかつた著しい損傷が生じたという場合について、結果の予見可能性が存在したことで充分とするが、[64] これらの場合と、戦時中に重い損傷を被っていた被害者に傷害を与えたような場合や[65]「レンブラント窃盗」の事例、贓物罪において高価な宝石をイミテーションと誤信した場合などとを区別して取り扱う理由は全く見出せない。右の全ての事例において、行為者は客体の性質について不正確な認識を持つている。行為者の立場から――従つて、ex ante に――見れば、最初から客体の性状について錯誤しようが、予期しない被害の拡大により重い結果が生じようが全く同一であり、原理的な区別を基礎づけ得るとは思われない。換言すれば、これらが、同じ構成要件的事情として、行為の違法性の程度に影響する事実（＝不法関係事実）である限り、差別的な取り扱いは合理的に理由づけられないのである。

(53) 特に、*Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 343参照。

(54) 保護規範（Schutznorm）については、特に、*Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 162 ff.; *Ebert/Kühl*, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, S. 234 f. 参照。

(55) ゲッセル（井田訳）「結果的加重犯の共犯についての解釈論的考察」（前出注11）一〇二頁。

(56) 前出三(一)(1)②(a)参照。

(57) Vgl. *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 341.

(58) Vgl. *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 333.

(59) Vgl. *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 333.

(60) *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 335 は、刑法規範の保護目的が、特に因果経過に関する一般的な経験知識から明らかになる、としている。

(61) *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.（前出注13）S. 424.

(62) *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 345. また、Fußnote 120 も参照（子供の面前で恐喝を行なうことによる「子供への悪影響」を恐喝罪の量刑で直接に考慮することは許されないとする）。

(63) *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 327, 337（もつとも、限定的であつて、行為者が自己の運転適性について欺罔した場合にのみ、当該結果を考慮し得るとする。しかし、このような限定は余りに理論的だと言わなければならない）。

(64) *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 327.

(65) もつとも、フリッシュによれば、当該損傷が原因となつて行為者の予期しない重い結果が生じたような場合には、損傷について予見可能性があることで足りるようである（*Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat〔前出注12〕S. 339）。しかし、そのような区別が理由のあるものには思われない。

(3) 全ての事情について故意を要求する見解

① 見解の大要　多数説の見解にも二分説にも反対して、ホルスト・シュレーダーは、全ての量刑事情に故意を要求する。構成要件要素は「あらかじめ考慮されている量刑事情」に過ぎず[66]、量刑事情も「個別具体的な行為要素」に他ならないとする基本的立場から、行為の違法性に影響する全ての量刑事情について故意を要求することが「責任主義の帰結」だとするのである[67]。また、立法者が、もし当該事情を加重・減軽の特別構成要件において規定したなら、当然に故意を要求したで

あろうから、量刑に際しての裁判官の考慮においても、やはり故意が要求されなければならないとするのである。[68]

② 考察　立法者が、当該量刑事情を独立の加重・減軽構成要件において規定した場合に、故意を要求したであろうかどの仮定的な問いに一義的な解答を与えることは不可能であり、いずれの見解の論拠ともなし難い。[69] もつとも、うか、シュレーダーが、全ての違法性に関する事実（従つて、構成要件的事情）について故意を要求しなければならないとした点は理論的に正しいと言わなければならない。そこで、問題は、非構成要件的事情の取り扱い如何に存する。行為の結果が違法性の強弱に影響するから主観的帰責要件として故意が要求されると言うのなら、[70] まず、非構成要件的事情たる行為の結果が不法に影響することが論証されなければならない。しかし、この問題に、シュレーダーは全く口を閉ざしているのである。

(66) *H. Schröder*, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung（前出注13）S. 421, 426.

(67) *H. Schröder*, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung（前出注13）S. 423 f.; *Schönke/Schröder*, StGB, Kommentar, 17. Aufl., 1974, § 13 Rn. 25. 同旨、*Stree* in: Schönke/Schröder（前出注8）§ 46 Rn. 26.

(68) *Schönke/Schröder*（前出注67）§ 13 Rn.25; *Stree* in: Schönke/Schröder（前出注8）§ 46 Rn.26.

(69) シュレーダーに反対するものに、*Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 327 がある。なお、*Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts（前出注14）S. 237.

(70) Vgl. *Cramer* in: Schönke/Schröder（前出注8）§ 15 Rn. 35.

(二) 西ドイツの判例に現われた諸事例

西ドイツにおいては、本問題に関し、有名な一九五七年四月八日の連邦裁判所刑事大法廷決定（BGHSt 10, 259）をはじめ数多くの判例が存在するが、その立場は必ずしも理論的に一貫していないようにも思われ、分析は容易でない。ここでは、便宜上、構成要件的事情たる行為の結果に関する判例と非構成要件的事情たる行為の結果に関する判例とに分類して概観

し、問題の所在を明らかにすることにしたい。[71]

(71) この点に関する判例の分類は必ずしも厳密でない。構成要件的事情と非構成要件的事情の区別については、後出五(一)(1)において詳しく検討する。なお、判例の検索にあたつては、主として、*Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. (前出注13) S. 398 ff. を参照した。

(1) 構成要件的事情たる行為の結果に関する判例

構成要件的事情、とりわけ構成要件的結果の量的評価に関する事情、例えば、事故における死傷者の数と傷害の程度[72]、名誉毀損の被害者が特に公人として活躍する者であつたという事情[73]、財産罪における財物の価値・損害の多寡[74]、性犯罪による児童に対する精神的悪影響の「危険」[75]、事故後逃走罪（現在、西ドイツ刑法一四二条）の前提となる事故の重大性[76]などは、問題なく刑量に影響する事情として考慮されている。これらの事情が構成要件要素の量的評価に関する事情であつて、行為の違法性に決定的な影響を及ぼすことを考えれば、重要な量刑事情とされることも文句なく肯定されよう。

しかしながら、ここにおいても、理論的な問題点が全く存在しない訳ではない。それは、量刑に固有の解釈論が未だ充分に展開されておらず、適切な諸概念が整備されていない点に基因すると解される。

まず、多数の死者が被害者であるような場合に、何故、被害者が一人である場合に比べて刑を重くすることが可能なのであろうか。傷害については、法律自身が一人に対する傷害よりも複数者の傷害を重く評価していると解され得ない訳ではない。しかしながら、人間の生命という法益については、差別的な量的評価・比較衡量を不可能とする見解が有力である。[77] 緊急避難における法益衡量についても、一人の生命を犠牲にして複数者の生命を救う行為の違法阻却を認めることには反対が多い。[78] とすれば、複数の人間が死亡した場合に通常より重く罰する根拠は、法益侵害の重大さでは有り得ないことになる。

同様の問題は、殺人罪の被害者が「若く、希望にみちた」少年（一二歳）であつて、しかも両親にとつて唯一の子供であつた場合[79]や被害者が多くの子供を持つ父親であつた場合[80]についても生ずる。人間の生命という法益が量的な評価を許さない

とするならば、右のような事情を考慮して刑量に差異を設けることは、いわば「生命の価値」を理由とする（逆）差別的取り扱いに他ならないと言う批判も可能となろう。[81]

このようにして、「法益の侵害のみが不法を基礎づけ得る」とする命題が基本的に正しいとしても、量刑における法益概念の機能は、なお掘り下げた検討を必要とする。例えば、詐欺罪などの財産罪によつて被害者の財政的な生活基盤が著しく脅かされた場合に刑を重く量定することが許されるとする判例があるが、[82]これを法益侵害の程度の重大性によつて理論的に説明し得るかどうか、従来明らかにされていないと思われる。ここでは、当該財物が具体的な被害者に対して有する個別的・主観的な意味内容が、法益概念の射程に含まれることを理由づけることが必要とされよう。

さて、いずれにしても、右に述べたことから、――理論的に未解決の論点の存在することは否定できないものの――構成要件的事情たる行為結果を量刑において考慮し得るとするのが西ドイツの判例の立場であることが理解されよう。それでは、その主観的帰責要件についてはどうであろうか。

この点が正面から問題とされた事例は、必ずしも多くはない。しかし、連邦裁判所の判例について見る限り、故意犯については主観的帰責要件として行為者の「認識」が要求されているように思われる。例えば、傷害罪の被害者が戦争中に重い損傷を被つていたという場合について、連邦裁判所は、こうした事情を考慮するためには行為者が当該損傷について認識していたことが必要であるとした。[83]また、贓物罪において、行為者が当該贓物を著しく高価なものであると認識していなければ、刑を重くする方向で、生じた損害の重大性を考慮することはできないとした連邦裁判所判例がある。[84]さらに、詐欺罪の共犯者（従犯）が財産的損害の程度について充分な認識を欠いていた場合について、正犯者の招来した（重大な）結果を行為者が認識していたときにのみ刑の加重は可能となる、とした最近の連邦裁判所の判決[85]も注目されよう。

これらは、二分説及びH・シュレーダーの見解によれば肯定される結論であり、それが行為の違法性に重大な影響を与える――しかも、例外的な――事情である限り、行為者の認識を要件とする連邦裁判所の態度は支持し得るように思われる。

ちなみに、右のような判例の傾向は、原則的（加重）事例[86]として規定されている事情についても同様である。例えば、わが国の公務執行妨害罪に相当する刑法一一三条の行為により「被攻撃者を死亡もしくは重い傷害の危険に陥れたとき」には原則として加重刑が科される（同条二項二号）が、連邦裁判所の判例によれば、それは生じた危険について少なくとも未必的故意が存在した場合に限られるのである。[87]

(72) RG HRR (Höchstrichterliche Rechtsprechung) 1941, Nr. 527; BGH VRS 12, 205〔207 f.〕; 21, 356〔359〕; 23, 228〔231〕; BGH NJW 1953, 36 (Nr. 22) など。もつとも、交通事故の被害者の数は行為者の落度と関係のない「偶然」によつて影響されることが多いのを理由に、こうした結果の重大性を量刑にあたつて過度に評価することを禁ずる趣旨の判例もあることが注目される (BGH VRS 13, 24〔26〕; 14, 282〔285〕)。

(73) RG JW 1933, 1414 r. Sp.

(74) RG HRR 1940, Nr. 1214（詐欺罪）; RGSt 69, 240〔241〕（詐欺罪）; RGSt 73, 172（背任罪）; OLG Köln, NJW 1958, 2078〔2079〕(Nr. 24)（税法違反事件）; BGH MDR 1969, 533（贓物罪）; BGH MDR 1978, 623（詐欺罪）など。

(75) BGH GA 1958, 213. 逆に、被害者が幼すぎて（六歳の少女）行為の意味を理解し得なかつた場合について、被害者が特に幼かつたという事情を考慮し得ないとしたものに、BGH MDR 1969, 193 がある。

(76) OLG Köln VRS 4, 419（もつとも、責任の程度が重いことを理由にする）; BGHSt 12, 253〔257 f.〕.

(77) 例えば、*Spendel*, Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, Festschrift für Engisch, 1969, S. 516 m. w. Nachw. また、殺人罪の不法には程度を付し得ないとするのは、Lange, LK, 9. Aufl., 1970, § 211 Rn. 3.

(78) 例えば、*Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl., 1977, S. 400 m. w. Nachw.

(79) BayObLG NJW 1954, 1211 f. (Nr. 29).

(80) OGH (Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone) 2, 98〔103〕.

(81) 例えば、OLGSt (Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf-und Strafverfahrensrecht) Frankfurt/M., Beschluß vom 20. 9. 1979, § 46 StGB, S. 24 f. は、正当にも、過失致死罪の量刑において「被害者の若さ」だけを理由として刑を重くすることは許されないとしている。その他、同旨の裁判例として、OLG Koblenz VRS 48, 180〔182〕; BayObLG NJW 1974, 250 などがある。学説として、*Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.（前出注13）S. 508 ff.; *Stree* in: Schönke/Schröder（前出注8）§ 46 Rn. 20; *Dreher/Tröndle*, StGB（前出注2）

§46 Rn. 33; *Zipf* in: Maurach/Gössel/Zipf（前出注2）S. 435（=ders. Die Strafzumessung〔前出注2〕S. 30）など参照。

(82) RG HRR 1940 Nr. 1214. なお、*Baumann*, Strafrecht（前出注3）S. 665 の掲げる例も参照。

(83) BGH MDR 1966, 26. もつとも、当該損傷を原因として、行為者が予期したよりも重い結果を生じたのかどうかは不明である。

(84) BGH MDR 1969, 533.

(85) BGH MDR 1978, 623.

(86) 原則的（加重）事例については、前出二(一)(1)参照。

(87) BGH MDR 1975, 21; BGHSt 26, 176〔180 ff.〕（ただし、危険の発生は結果ではないから結果的加重犯に関する刑法一八条を類推し得ない、というのがその論拠である）など。本問題については、*Backmann*（前出注7）MDR 1976, S. 969 ff. が詳しい。
ちなみに、右の後者の判例は、当該（過失による）危険を同項一号（〝犯行に際して使用するために、凶器を携帯したとき〟）の量刑において考慮し得るとしている（BGHSt 26, 182）。

(2) 非構成要件的事情たる行為の結果に関する判例

判例は、わずかの例外を除いて[88]、構成要件的事情と非構成要件的事情の区別を認めてはおらず、その問題性を意識した判示もして来てはいない。しかし、一応、非構成要件的事情に属すると見られる行為結果として、過失致死罪の実行により同時に惹起した著しい財産的損害（交通事故[89]）、強要行為から生じた被害者の死亡の結果[90]、「姦通」を手段として侮辱が行なわれた場合の「姦通したという事情」[91]、自宅で売春していた被告人が代金の請求に際して強盗的恐喝罪（刑法二五五条）を行なつた場合において、売春による被告人の子供への悪影響[92]、過失の事故により詐取した車に加わつた著しい損壊[93]、詐欺罪の実行に際して被告人である少女を性交に誘惑したという事情[94]、性犯罪（児童との猥褻行為）において被害者がすでに性的に「乱れた」少女だつたという事情[95]、偽証（正確には、宣誓に代わる偽りの保証＝刑法一五六条）により生じた結果[96]などが量刑事情として考慮されている。これに対して、強制猥褻罪及び（危険な）傷害罪の量刑において、被害者が売春婦だつたという事情を考慮して刑を軽くすることは許されないとした判例がある[97]。前述した、殺人罪の被害者たる少年が両親にとつて唯一の子供だ

つたという事情[98]や被害者が多くの子供を持つ父親だつたと言う事情[99]は、当該事情を客体自体の性質と捉えれば構成要件的事情に属することになろうが、遺族に対する影響を非構成要件的事情と捉えることもできる。

さて、右のうちで、例えば、被告人の売春による子供への悪影響を問題にした連邦裁判所判決には反対の見解が多い。当該悪影響は恐喝行為の結果ではなく、刑罰法規の適用されない売春の作用であり、強盗的恐喝罪の保護機能は、行為とは無関係な第三者に対する悪影響の防止にまで及ぶものではないと言うのである。[100] けだし正当であろう。また、過失致死罪の量刑において財産的損害を問題とすることにも有力な反対がある。過失による器物損壊は不可罰であり、[101] それは過失致死罪の構成要件によつてカバーされる類型的事情ではない[102]と言うのがその理由である。これも妥当と言わなければならない。なお、強要行為から生じた被害者の死亡の結果に関する大法廷決定の問題性については、すぐ後に詳述することにしたい。

非構成要件的事情に関する主観的帰責基準の問題について見れば、一九七〇年に施行された第一次刑法改正法により、考慮されるべき量刑事情として「行為から生じた、責めに帰すべき諸結果」が明文に規定される以前、とりわけ強要行為から被害者の死亡の結果が生じた事例に関する連邦裁判所大法廷決定（BGHSt 10, 259）の出される以前には、行為者の責任とは無関係に量刑事情の帰責を肯定する傾向が強かつたと言えよう。

ライヒ裁判所の判例の中には、単なる量刑事由については――それが構成要件的事情か非構成要件的事情かを区別せず――詳細な点まで「故意」の及ぶ必要がないとしたものが多い。[103] 例えば、ライヒ裁判所一九三三年三月二日判決は、[104] 為替管理法違反の行為の量刑にあたつて、同法施行後の一般的な経済状況の悪化を理由に刑を加重することは許されるが、当該事情を行為者が認識している必要はないと判示した。[105] また、嬰児殺（刑法二一七条）にあたり母親が「自分は絶望的な状況にある」と誤信した場合について、ライヒ裁判所は、量刑事情は行為者の認識と無関係に考慮されるべきであり、母親の誤信の

ゆえに軽い刑が量定されるべきでないとした。[106] さらに、性犯罪（児童との猥褻行為）の被害者がすでに性的に「乱れた」少女であつたという事情は、行為者の認識に関わりなく刑を軽くする方向で考慮し得るとした判決も存在する。[107]

反対の趣旨の窺える判決も若干存在するものの、[108] ライヒ裁判所の立場は、主観的帰責要件については構成要件要素と量刑事情とを厳格に区別し、量刑事情に関する行為者の有責性を問題とはしないものであつたと言える。[109]

同様の傾向は、連邦裁判所の判例にも受け継がれた。量刑の基準に関する指導的先例とされた連邦裁判所一九五二年九月三〇日判決（BGHSt 3, 179）は、ライヒ裁判所の判決[110]に従い、量刑の基礎として、「侵害された法秩序に対する行為の意味」と「行為者の個人的な責任の程度」と言う「二つの観点」を挙げた。この判決は、行為の重さ、従つて不法の程度を行為者の責任とは無関係に考慮し得るとする趣旨にも読めるために、[111] 量刑に関する判例の結果主義的傾向を確認する意味を持ち、[112] 当時の学説の中にも判例の立場を支持する見解が多く見られたのである。[113]

量刑の分野における責任主義の意味をはじめて正面から問題としたのは、前頁に触れた連邦裁判所の一九五七年四月八日の刑事大法廷決定（BGHSt 10, 259）であつた。この判例は、本問題に関するリーディングケースと見做され、後の判例にも大きな影響を与えた。事件の概要は、次の通りである。

> 被告人は、家出したと言う少女を乗せて貨物トラックを運転し、人気のない森に来たところで同女を誘惑しようとしたが拒絶された。そこで、被告人は、同女を「強要して」トラックから降ろし、ゆつくりと車を走らせはじめた。同女は、降車後、トラックとトラックの牽引していた車との間の連結器に腰を下ろしていたが、被告人がトラックを止めた拍子に転落、後ろの車に轢かれて死亡した。被害者の具体的な死亡の結果についての予見可能性は否定された。

この事例につき、連邦裁判所は、大要次のように判示して、当該結果を強要罪の量刑において刑を重くする方向で考慮し得ることを認めた。

ここでの問題は、第一に構成要件に規定されてはいないが犯罪行為により有責に惹起された危険状態を量刑において考慮し得るか、第二に、当該危険状態から生じた、具体的には予見不可能な侵害結果も刑を重くするために行為者に帰責することが許されるか、である。

まず、責任思想は、原則として、量刑をも支配するものでなければならない。従つて、行為者が如何とも為し得なかつた行為結果を行為者に帰責することは許されない。しかし、行為者が違法行為によつて有責に惹起した危険は、法律上の構成要件に規定されていない不特定な侵害結果に対するものであつても行為者に帰責することが可能である。そこで、構成要件的結果の実現に伴う、他の法益に対する危殆化を行為者が認識し、あるいはそれが行為者に認識可能であつた場合には、右のような一般的な「危険状態」を招来したことについて行為者を非難することが可能である。刑罰法規は、法によつて禁止された特定の結果の発生の防止だけではなく、通常の場合その結果の招来と結びついている「不特定の危険」から国民を守ることをも目指しているのである。

次に、危険を孕んだ状態を有責に招来した者は、そこから何らかの結果が生じたときに、当該結果について責任を問われてよい。それは、責任主義に反するものではない。量刑の場面における帰責要件は、犯罪論におけるそれと必ずしも同じである必要はない。犯罪の成否に関しては、その性質上、より厳格な帰責要件が要求されなければならないからである。右のような結果が量刑において考慮されないならば、責任主義の目的、すなわち法違反者に責任に相応する刑を科するという目的が達成されないことになろう。

何よりも、本決定が「責任思想は、原則として量刑にも妥当する」として、「責任主義への接近」を示し[114]、従来の判例の結果主義的傾向に一応の終止符を打つた歴史的な意義は評価されなければならない。量刑においても、もはや無限定な結果の帰責は許されなくなつたのである。もつとも、本決定は、多くの理論的問題も提起した。

まず、判旨が、実行行為に通常の場合伴う不特定の「危険」の防止は刑罰法規の目的とするところであり、従つて、そのような危険の招来は量刑事情として考慮され得るとして、非構成要件的事情の帰責される根拠を明らかにした点は注目される。もつとも、「実行行為に通常の場合伴う危険」と言うのは余りにも不特定に過ぎ、具体的な場面での相当因果関係が肯定される限り、全ての行為結果を——しかも、構成要件的結果と同等の比重で——量刑事情として考慮し得るとするのは妥

当ではない。[115] 個々の構成要件は、単に特定の法益のみを保護しているのである。特に、フォン・ウェーバーは、本決定に対する判例批評の中で、量刑を通しての「間接処罰」の危険性を指摘した。強要罪は、意思決定の自由を保護しており、人の生命を保護の対象とはしていない、と言うのである。[116] たしかに、死亡の結果については、本来過失致死罪その他の刑罰法規の適用が予定されており、それが不可能であるなら、[117] 偶々実現されていた刑罰法規によりその結果を「併せて処罰する」ことは許されない。本決定が、このような「間接処罰」の危険を孕むものであることは、否定しようがないように思われる。

次に、本判例が「有責に危険状態を惹起した者は、そこから生ずる結果を理由として、その具体的な予見可能性が否定される場合にも重い刑を科され得る」としたところは、多くの論者により、結果責任の思想であり、既に克服されたカノン法上の *versari in re illicita* の原則を現代に復活させるものとの強い批判を受けた。[118] これらの批判は、いずれも正鵠を得たものと言わなければならない。もつとも、量刑事情の帰責についてまで詳細な点の具体的認識（あるいは、具体的な認識の可能性）を要求することが妥当かどうかの疑問もあり、特に、本判例が刑罰の Ob の場面と Wie の場面とで異なつた主観的帰責要件が妥当するとした点には――それに反対するにせよ、賛成するにせよ――重要な意味が認められると思われる。[119]

この決定は、その後の連邦裁判所の判例にもしばしば引用されている。行為者が有責に惹起した一般的な「危険状態」を量刑において刑を重くする方向で考慮し得ることは、連邦裁判所一九五八年一月一六日判決でも確認された。[120] また、交通事故の事案につき、道交法の存在を理由に、過失致死罪の量刑にあたり、同時に惹起した著しい財産的損害を考慮し得るとした一九六一年九月二九日判決も、非構成要件的事情を正面から勘案したものとして注目に値する。[121] さらに、右大法廷決定にならつて「危険状態」から生じた具体的な結果を――行為者の責任が否定されるにもかかわらず――考慮し得るとした判決もある。すなわち、二人が時間的に前後して被害者に暴行を加え死に致した場合、共同正犯関係が否定されたときでも、最初に暴行を開始した行為者は、有責に「危険状態」を惹起したのであり、従つて量刑においては被害者が死亡した結果につ

いてまで帰責され得るとしたのである。[122] 別の判例においては、有責に惹起したのではない死の結果も刑法二二三条b（保護を命じられた者の虐待）の罪による量刑において考慮し得るとされ、[123] また、行為者の認識しなかつた行為の「残虐性」も普通殺人罪（二一二条）の量刑において考慮し得るとされた。[124]

もつとも、連邦裁判所一九五八年六月一二日判決は、酩酊状態で惹起した事故により詐取した車を著しく損壊した事例について、このような「非構成要件的結果」は「生活経験の埒内にあり行為者により予見可能であつた」以上、詐欺罪の量刑において刑を重くする方向で考慮し得る、[125] としている。詐欺行為の時点での結果の予見可能性を要求するものであるか明らかではなく、具体的に予見可能な結果のみを考慮し得る趣旨であるかも不明であるが、問題の所在を意識した判決として注目し得ると思われる。[126]

問題は、大法廷決定の先例としての意義が、第一次刑法改正法（一九七〇年施行）により行為結果の帰責には「有責性（Verschuldetheit）」が要求されるようになつたことで失われたかどうかである。同一の規定を設けていた一九五八年、一九六〇年そして一九六二年草案の理由書には、むしろ本判例の先例としての意義を尊重する叙述が見られる。[127] すなわち、これらの理由書は、「新規定が、行為者に予見し得た危険であつて、それ自体は予見不可能な結果を招来した危険を考慮することを妨げるものではない」とする。しかし、それが、予見不可能な結果まで行為者に帰責し得ることを承認する趣旨であるのか、「危険状態」そのものを量刑事情として考慮することは可能であるが、そこから生じた予見不可能な結果をそのまま刑を重くする方向で考慮することは許されないとするものであるのかは明らかではない。[128] いずれにしても、刑法改正後、大法廷決定の射程内の事例に関する判例はわずかであり、[129] 連邦裁判所が刑法改正後も大法廷決定を維持するかどうかは、将来の判例に待たねばならない問題である。

(88) Vgl. BGHSt 10, 259〔262 ff.〕; BGH VRS 15, 112〔114〕.

(89) BGH VRS 21, 335〔336 f.〕. その他、交通事件で、過失致死罪など生命・身体に対する罪と道路交通の安全に対する罪とが観念的競合になった場合に、量刑において道路交通に対する「危険」あるいは財産的損害を考慮し得るとしたものに、BGH VRS 12, 185〔188〕; 13, 24〔26〕; 13, 125〔128〕; 13, 204〔207〕; 14, 282〔285〕; 21, 45〔46 f.〕; 22, 273〔274〕. 反対、Hamm VRS 15, 45〔46〕.

(90) BGHSt 10, 259.

(91) RGSt 77, 181〔183〕.

(92) BGH NJW 1967, 60〔61〕(Nr. 24).

(93) BGH VRS 15, 112〔114〕.

(94) RG DR (Deutsches Recht) 1944, 443 r. Sp. (「量刑においては、当該刑罰法規によって直接保護されている法益に関係しない行為者の目的や行為の結果も考慮しなければならない」)

(95) RG JW 1939, 752 l. Sp. ただし、このような事情は、実は、行為の違法性に影響する事情と言えよう。

(96) OLG Düsseldorf NJW 1949, 913 (もっとも、事件・判旨の詳細は明らかでない)。

(97) BGH MDR 1971, 895.

(98) BayObLG NJW 1954, 1211 f. (Nr. 29).

(99) OGH 2, 98〔103〕.

(100) *Koffka*, LK (前出注2) § 13 Rn. 43; *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat (前出注12) S. 344 f.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. (前出注13) S. 425 ; *Zipf* in: Maurach/Gössel/Zipf (前出注2) S. 437 f. (=ders. Die Strafzumessung〔前出注2〕S. 33); *Horn* in SK (前出注35) § 46 Rn. 71 など。

(101) *Schönke*, StGB, Kommentar, 6. Aufl., 1952, Ⅶ 3 a) zu § 222.

(102) *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß (前出注17) S. 232; ders. Die Begründung des richterlichen Strafmaßes (前出注2) S. 1763 r. Sp.

(103) RG v. 11. 1. 1926 3D 480/25 (vgl. *Pohle*, Revision und neues Strafrecht, 1930, S. 117, Nr. 71); RG HRR 1935 Nr. 983 ; RG JW 1936, 1677 r. Sp.; RG JW 1937, 3217 l. Sp.; RG JW 1938, 504 r. Sp.; RG DR 1943, 139〔140〕. など。

(104) 決定であるかも知れない。

(105) RG JW 1933, 1131.

(106) RG JW 1931, 147 r. Sp. もっとも、事案は、責任減少事由の錯誤に関するものと解され、問題の質を異にする。

(107) RG JW 1939, 752.

(108) RG HRR 1935 Nr. 1278. その他、RG JW 1936, 3457〔3458〕; RG HRR 1941 Nr. 527. 参照。これらの判決については、また、*Laug-Hinrichsen*, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung (前出注2) S. 2 f. も参照。

(109) Vgl. *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2.Aufl. (前出注13) S. 411.

(110) RGSt 58, 106〔108 f.〕.

(111) この点について、例えば、*Lang-Hinrichsen*, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung (前出注2) S.1 f., 3 f.

(112) この連邦裁判所判決を、量刑においては行為者の有責性と独立に不法の重さを考慮し得る趣旨に解した、その後の判決として、連邦裁判所一九五五年四月五日判決 (2 StR 400/54) と同一九五五年六月一〇日判決 (2 StR 104/55) がある (*Lang-Hinrichsen*, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung〔前出注2〕S. 4 に拠る)。

(113) 例えば、*Hellmuth Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 362 (「法意識の非合理的な要請に相応」); *Sauer*, Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßnahmen, ZStW Bd. 65, 1953, S. 455 f.; ders. Probleme der richterlichen Strafzumessung, GA 1957, S. 131; ders. Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 258, 263; *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß (前出注17) S. 215 ff. (もっとも、Die Begründung des richterlichen Strafmaßes〔前出注2〕S. 1764 1. Sp. において予見可能性を要求するに至った点については、Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre〔前出注2〕S. 214 f.)。なお、*Baumann*, Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte (前出注5) S. 237.

(114) Vgl. *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. (前出注13) S. 418.

(115) なお、「危険状態」自体を量刑事情として考慮する見解の可否については、後出四四において詳しく論ずることにする。

(116) *v. Weaer*, MDR 1957 (前出注27) S. 693. なお、*Lekschas*, Ein Schritt zur Vernichtung des Schuldprinzips im westdeutschen Strafrecht, Staat und Recht, 6. Jahrgang, 1957, S. 1283 ff., 1289 f. また、*Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. (前出注13) S. 414 も参照。

(117) もっとも、過失致死罪で処罰することも可能であったとするのは、*Jescheck*, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, GA 1959, S. 71.

(118) 例えば、*v. Weber*, MDR 1957 (前出注27) S. 694; *Lekschas* (前出注116) S. 1286 ff.; *Heinitz*, JZ 1958 (前出注2) S. 176; *Lang-Hinrichsen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW Bd. 73, 1961, S. 214 ff.; *Spendel*, Die Begründung des richterlichen Strafmaßes (前出注2) S. 1764 1. Sp.; *Zipf*, Die Strafmaßrevision (前出注2) S. 89 f.; *Dreher / Tröndle*, StGB (前出注2) § 46 Rn. 23; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip (前出注7) S. 257 f. なお。ちなみに、versari in re illicita の原則とは、禁じられたことを行なう者は、その際に生じた偶然的な結果についても責任を負わねばならないとするカノン法上の原則を言う。Vgl. *Löffler*, Die Schuldformen des Straf-

rechts, 1895, S. 136 ff.〔139〕.

本決定に賛成するのは、*Salm*, Zur Rechtsprechung des BGH über den strafbefreienden Irrtum, ZStW Bd. 69, 1957, S. 579 (Fußn. 94-3); *Busch*, LM Nr. 33 zu § 267 Abs. 3 StPO; *Schweikert*, Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?, ZStW Bd. 70, 1958, S. 397 ff.（もつとも、行為と結果の間に相当因果関係が存在することを要件とする。vgl. S. 399）。なお、*Jescheck*, Die Rechtsprechung des BGH（前出注11）S. 71 参照。

(119) 賛成するのは、*Heinitz*, JZ 1958（前出注2）S. 176 l. Sp.; *Dallinger*, MDR 1968, S. 895 r. Sp. 疑問を留保するのは、*Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip（前出注7）S. 258. この点については、後出四(四)において詳しく検討する。

(120) BGHSt 26, 176〔182〕. また、BGH VRS 14, 282〔285〕（もつとも、判旨は、当該刑罰法規の保護対象に属することの明らかな法益〔道路交通の安全〕に対する「危険状態」に関するものであり、問題は少ない。その他、BGHSt 3, 175〔178〕; BGH VRS 13, 24〔26〕など参照）。

(121) BGH VRS 21, 335〔336 f.〕本件の場合に、著しい財産的損害を、過失致死罪の量刑において重く考慮した点については批判がある。前出注101、102参照。さらに、後出四(一)(2)参照。

(122) BGH MDR 1958, 15（ちなみに、刑法二二七条〔殴り合いくの関与〕の要件も充足されていなかつたようである）. なお、完全酩酊罪（Vollrausch＝西ドイツ刑法三二三条a）に関する BGHSt 16, 124〔127〕; 23, 375〔376 f.〕も参照（完全酩酊罪と責任主義をめぐつては多くの議論があるが、本稿の問題との直接的な関連は薄いため、ここでは度外視することにする）。

(123) BGH 5 StR 329/61 (vgl. *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.〔前出注13〕S. 411).

(124) BGH MDR 1968, 895.

(125) BGH VRS 15, 112〔114〕. なお、大法廷決定に反対する趣旨の裁判例として、LG Berlin MDR 1965, 678 f. がある。

(126) 前出三(一)(1)(2)(c)参照。

(127) Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches mit Begründung, 1958 S. 63 l. Sp.; Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, S. 172; Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (mit Begründung)-Bundestagsvorlage-, S. 182 l. Sp.

(128) これらの草案によつて、大法廷決定が否定されたとするのは、*Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.（前出注13）S. 419; *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat（前出注12）S. 324. 特に、一九五九年草案について、*Schwalm*, Der Stand der Strafrechtsreform, MDR 1959, S. 799 r. Sp.

(129) Vgl. *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl.（前出注13）S. 420 (BGH 4 StR 358/70 は、大決廷決定に依拠して、詐欺により被害者が特に大きい不利益を被つた場合、行為者が被害者の経済状況を個々的に認識していなかつたとしても、重く処罰することが可能だとしたと言う).

(3) まとめ

西ドイツの判例が、本問題に対し、理論的に一貫した態度を採つているかどうかは、必ずしも明らかでない。例外的な判示は見られるにせよ、おおよそ、構成要件的事情に関しては行為者の認識を要求し、非構成要件的事情については――刑法改正後の判例はわずかであるから、確言は避けなければならないが――行為者の認識・不認識を問わずに帰責するのが現在の判例の態度であるように思われる。それは、ブルンスがかつて主張した(古い)二分説の立場にほぼ相応する。なお、非構成要件的事情の範囲を積極的に限定しようとする問題意識は、判例の中には全く見られないと言つてよい。