

タイトル	因果関係と客観的帰属（下）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学学園論集(146)：239-258
発行日	2010-12-25

因果関係と客観的帰属（下）

吉 田 敏 雄

はじめに

第一章 因果関係

1. 因果関係の意義
2. 因果関係理論
3. 合法則的条件説
4. 特別の状況
5. 古い因果関係論
6. 判例の動向 (以上前号)

第二章 客観的帰属（実質的不法帰属）

はじめに

ある特定の行為と生じた構成要件該当の不法結果との間に因果関係があるということを前提に、それでは当該結果を行為者に帰属できるか否かという規範的問題に答えられなければならない。刑法規範は結果それ自体を禁止することはできず、われわれの生きている時代の経験的認識からすると構成要件該当の不法結果を惹起しうる行為を禁止し、それを阻止しうる行為を命令できるだけである。したがって、発生した結果を行為者に帰属させるためには、まず、行為から一般的に構成要件該当の不法結果の発生が予見できなければならない。次に、刑法規範は一般的に結果を発生させる可能性のある行為をすべて禁止しているわけではない。刑法規範は許された危険（社会的相当性）を超える行為だけを禁止しているのである。このように、結果の帰属の前提には行為の帰属の問題があるのである。

本章は、客観的帰属論において等閑されてきたきらいのある行為の帰属、及び、伝統的客観的帰属論において焦点を合わされていた結果の帰属を論じ、同時に、客観的帰属論が因果関係の限定理論にとどまらない理論であることを論究する。

1. 理論的意義

a **沿革** 客観的帰属という思考は、19世紀後半の自然主義指向の因果思想に呪縛されていた時代に消えかかっていた。しかし、20世紀に入って、古典的犯罪概念から規範的犯罪概念へ、法実証主義的犯罪概念から社会学的犯罪概念への進展が見られ、この傾向を更に促進したのが不法を限定する「社会的相当性」の理論である。社会的相当性の理論は、行為に構成要件定型的当罰性が欠如している限り、犯罪概念における形式的法実証主義的基礎付けを否定したのである。このことが1960年代の客観的帰属論の蘇生に繋がったのである。客観的帰属は、今日、ドイツ語圏刑法学では多くの支持者を見出し⁽¹⁾、特に、オーストリアでは、学説のみならず、判例においても採用されている⁽²⁾。我が国では、客観的帰属理論は次第に有力になりつつあるものの⁽³⁾、相当「因果関係」説の修正という形での客観的帰属理論の部分的受容が支配的である。

b **犯罪概念における体系的位** 「客観的帰属」というのは構成要件該当性において負責修正を果たす中心的概念である。客観的帰属においては、形式論理的には客観的及び主観的に構成要件に該当すると判断された行為が実質的刑罰規範からも容認されない適用領域の範囲内にあるのか否かが問題とされる。したがって、客観的帰属は、それ自体が構成要件要素でなく、各不法類型の全体評価に基づき**価値関係的負責限定作用**を有するのみならず、構成要件の構成作用も有する⁽⁴⁾。客観的不法帰属というものは、方法論的に見ると、形式的に充足された構成要件を目的論的に縮減するのである。それは、刑罰規範の形式的適用を行為者のために本来的目的とされる適用領域に限定することを意味するのである⁽⁵⁾。

c **刑事政策的基礎付け** 客観的帰属論は**積極的特別・一般予防的法益保護**という刑事政策的思想を犯罪理論の上で構成要件に反映させた法形象である。法規範は、法益保護の観点から真剣に対処されるべき行為に対してのみ反作用すべきである。当該行為が構成要件に該当するか否かの判断に当たって、予防的**法益保護の観点**からは、規範の名宛人に、自分の行為を構成要件に照らして自ら規制できること、とりわけ、当該行為が一定の結果を発生させる社会的に重要な危険要素を含んでいること、これが行為に出る前に認識できるということが重要である。市民は、法規範によって、「内容的に正しい意欲」へ導かれるべきなのである。つまり、法規範は、危険な行為を妨げることで法益を保護するのである。「正しい」行為の準拠点は法共同体の社会準則(社会倫理)であり、これにしたがって法規範の行為期待も実現されるべきである。注意すべきは、日常的に行なわれている行為だからということではなく、社会倫理と相容れない行為とはいえないときに初めて、当該行為は表面的には規範に違反していても、不法の内実が欠如するということである(**法における寛容の精神**)。社会準則(社会倫理)を無視しないことが行為者に期待されるのである。したがって、行為者が社会準則(社会倫理)から逸脱したとき、当該行為及びその(偶然の仕業から区別された行為者自身に負責される)結果を自分自身に帰属させることができる。

行為者に「自責の念」が生じ、これが行為者の内的価値結合を生じさせ、規範の妥当性の確認・強化に繋がり、積極的特別予防的に作用する。積極的一般予防の観点でも、規範名宛人の総体としての市民が法規範の要求を事前に認識できること、法規範には社会準則（社会倫理）から規範的限定のあることが重要である。このことが犯罪防止を可能にし、犯罪の発生後には、動揺させられた価値妥当性意識を確認・強化することに繋がる。客観的帰属論は、構成要件該当性判断において自然科学的因果関係の存否等の形式的判断にとどまる形式的法実証主義とは対蹠的思考に基づくものである⁽⁶⁾。

2. 行為不法と結果不法

a **客観的帰属と因果関係の関係** 等価説による構成要件該当性の無限の広がりを抑制しようとしたのが、責任要素に位置づけられていた故意、過失である。その後、故意と過失は構成要件的不法を構成する要素と見られるようになり、したがって、故意犯では、主観的不法帰属が構成要件における負責修正として機能し、これに対応するのが、過失犯では注意違反行為における結果の客観的予見可能性であった。しかし、構成要件該当性を限定するにはこれでは十分でない、なぜなら、因果的行為であっても、それが社会秩序内にある限り、客観的に容認されるべきだということ認識されるようになったからである⁽⁷⁾。しかし、客観的帰属は伝統的に刑法の結果負責に関係し、客観的構成要件における因果関係検証に接続して行なわれ、事後的観点から行為との危険連関の存否を問う法形象と理解されてきた。したがって、前面に出てくるのは、限界のない等価説を抑えることにある。客観的帰属論の限界付けと任務は機能的、方法論的に明らかである。等価説が結果負責を自然主義的規準で基礎付けると、客観的帰属がこの負責を価値関係的に規範的基準によって限定する。したがって、「客観的結果帰属」とか「客観的構成要件への帰属」といった表現が用いられる⁽⁸⁾。そうすると、帰属の問題は、危険の存否が事前に判断されるのではなく、常に事後的に具体的結果の実現から答えられることになる。

b **行為の帰属と結果の帰属** しかし、帰属の概念をこのように狭く理解し、因果関係修正に縮減する必要はない。実際、客観的帰属はその間にこの結果関係性（自然主義的因果連鎖）から解放されたのである。現代刑法理論学は自然主義的結果帰属を制御する思想を行為不法にも及ぼす、つまり、そもそも結果に対する犯罪特殊の社会違反行為が存在するのか否かを問題とするのである。危険は行為から生ずるのであるから、既に原因となりうる行為自体が事前の観点から構成要件的结果に対する抽象的に見て法的に容認されない危険を創出しておらず、なお社会的に相当であるとき、当該行為の構成要件該当性は否定されるべきなのである。このことは単純行為犯にあっては当然の前提となっている。危険創出としての行為認定が事後に続く結果帰属の規範的礎石となる。要するに、客観的帰属とは先ず行為帰属でなければならない⁽⁹⁾。

行為に抽象的に内在する、法的に容認されない危険（行為不法）が、保護法益との関係で、刑罰規範の意義と目的に照らし、まさにこの具体的結果となって実現した（結果不法）という場合にのみ、形式的に構成要件に該当する結果が実質の意味でも不法と捉えられ、客観的不法帰属が可能となる。この包括的帰属論は、とりわけ過失犯理論によって発展し⁽¹⁰⁾、結果的加重犯にも応用され⁽¹¹⁾、現在では故意犯にも適用されるようになった。客観的帰属論は不真正不作為犯にも適用される⁽¹²⁾。不作為が犯罪類型それ自体によって前提とされる作為に等価であるか否かが問われる。等価値修正は、不法の実質的漸増概念として不法基礎付けの全体評価に基づいてしか説明できない⁽¹³⁾。

c 故意犯と客観的帰属 故意を責任に位置づける新古典的犯罪概念は、結果関係的客観的帰属論を支持することにより、自己の体系を放棄することなく、つまり、故意の存否の検証前に、因果関係を客観的帰属により限定できる。しかし、この立場は維持できない。因果関係が客観的帰属によって限定されなかった場合に初めて故意の存否が問題となるのではないからである。故意犯においては、客観的帰属は、因果関係の存在だけで認定できるものではなく、行為の容認されない危険、したがって、行為不法と関係する。行為不法は、外的行為だけでなく、具体的法益と関連した主観的意思、つまり、故意からなる。故意が行為に特定の結果への目的方向を与える。このことによって初めて、特定の法益への危険が認識でき、この危険が行為に規範的内実を与え、特別の保護目的からの目的論的縮減を可能にする。故意犯において故意が欠如すれば、行為の社会的内容を評価できない。換言すると、故意犯では、故意が存在して初めて、規範的帰属の問題が生ずる。故意が存在するだけで、行為が社会的不相当になるわけではない。故意は、社会的に容認された行為を社会違反にすることはできない。許容されるか否かは故意に依存するのではなく、故意が許容性に依存するのである。それ故、実質的不法判断に当たって、過失犯では過失が前提となるように、故意犯でも故意が前提となる。そうすると、「客観的帰属」という表現は、それが客観的構成要件の結果にのみ関係しているということの意味するのではなく、帰属が、客観的及び主観的に不法を基礎付けることに関して、客観的評価規準に従うということの意味するのである。故意自体はもとより評価に向けられているのではなく、専ら外的事象に関係している。したがって、客観的帰属は「**実質的不法帰属 (Materielle Unrechtszurechnung)**」と理解できるのである⁽¹⁴⁾。

d 過失犯と客観的帰属 過失犯では、行為不法の客観的帰属は、まず、行為の経験的危険（相当性連関）と規範的危険（危険連関）に関係する。この両者は客観的注意違反を構成する。しかし、主観的注意違反も過失犯の行為不法要素である。したがって、客観的帰属は客観的・主観的注意違反と一致する。結局、過失犯では、客観的帰属には、事後的視点からの具体的に生じた結果の帰属だけが独自の問題として残る。したがって、一般に、客観的帰属が「客観的結果帰属」と呼ばれることにもなる⁽¹⁵⁾。

e **不法の中和化の相互関係** 犯罪概念において、三通りの不法の中和化が可能である。その一は、客観的構成要件要素の限定的解釈（例えば、医療行為においては、自然主義的には「傷害」と云えるが、規範的にはその社会的有意義のために「傷害」とは云えない）であり、その二は、正当化事由であり、その三が、客観的帰属である。いずれの効果も不法の脱落である。客観的帰属では、危険創出とそれに対応する結果の現実化が、行為不法と結果不法の点で、規範的評価に服する。この客観的不法帰属は犯罪概念上は客観的構成要件要素の限定的解釈と正当化事由の中間に位置づけられる。正当化事由とは異なり、客観的不法帰属は抽象的事態に対する構成要件的禁止規範一般の妥当性に関わっている。客観的不法帰属が否定されると、はなから不法構成要件は実現されていないし、違法性も徴表されない。これに対して、正当化事由は構成要件的不法類型の充足、したがって又、一般的禁止の充足を前提としている。狭義的不法帰属の段階で、例外的に、禁止規範に対して、具体的個別事例において、特別の許容規範が対置されるかが問題となる。特別の許容規範は特別の利益のために一般的保護規範を後ずさりさせる働きを有する。例えば、正当防衛という正当化事由は殺人の禁止に変更を加えるものではない。こういった作為はそれ自体社会的相当ではないが、しかし、場合によって、許されうるのである⁽¹⁶⁾。

f **責任との関係** 客観的帰属の概念は責任への帰属から区別されねばならない。責任というのは、行為者の価値関係の心情及び動機、つまり、構成要件該当の（故意又は注意違反の）不法行為をするという内的衝動に関係し、法に誠実な意思形成の期待可能性という規準からの社会的帰属という独自の観点に従うのである⁽¹⁷⁾。

3. 帰属の段階

行為と具体的結果は、それぞれ、経験的理由又は純粋に規範的な理由から、実質的無価値判断が加えられる。経験的危険は相当性連関とも呼ばれ、狭義の規範的危険は一般に危険連関と呼ばれる。経験的危険と規範的危険は相互依存関係にあるが、個々の検証段階は基本的に独立して行なわれる⁽¹⁸⁾。

事物論理的には、常に、先ず行為不法が判断され（行為から未来を見る）、次いで、結果不法が判断されなければならない（事後に、結果から過去を見る）。危険の創出は危険の現実化に先行する。換言すると、結果というのはすべて行為に内在する危険に由来する。それ故、危険創出は、危険実現に先立って定まらねばならない規範的基盤である。行為不法が存在しないとき、結果不法は初めから存在し得ない⁽¹⁹⁾。

経験的危険と規範的危険の検証順位は互換可能である。実際には、経験的危険を先に検証するほうが簡便である。経験的危険の検証段階で大まかな篩い分けが行なわれ、規範的危険の段階で

禁止の社会的意味のより深い検討が為される。経験的危険が否定されると、規範的危険の検証対象が無くなる⁽²⁰⁾。

a) 行為不法

客観的帰属の入り口は行為である。行為不法と云えるためには、(目的指向の)行為が経験上刑法上重要な(類概念としての)結果を招来するのに適しているばかりか(経験的危険)、特定の規範的考慮から寛容が許されない(規範的危険)場合でなければならない。行為不法は経験的に危険な行為が規範的に容認されない場合に存在する。この二つの要素があいまって犯罪特定の行為不法を基礎付け、可罰的行為を他の社会的行為態様から境界付ける⁽²¹⁾。

aa) 経験的行為危険

行為が経験的に危険なのは、それが法益侵害への**抽象的適性**を有している場合である。結果の発生が一般的生活経験により事前の観点から客観的に予見可能であり、行為と予期される結果が相当性連関にあるか否かが問われる。自然主義的に見て行為に危険が内在している場合、つまり、行為者の立場にある第三者であっても認識しなかったと云えるとき、そして、事後的にようやく専門家によって明らかになったような危険は責任を基礎付けることはできない。経験的行為危険の判断時点は犯罪行為の終結時である。この時点で、如何なる結果が蓋然的に現にある情報状況から生じうるかが問われる。その際、具体的結果へ繋がる因果経路は無視される。ある現実の事象とここから思考上予期されうる作用との間の抽象的關係が問題となっていることをわきまえるなら、経験的危険性を相当性連関で説明できる(当該行為がある結果定型と「相当」連関にあるか?)⁽²²⁾。例えば、雷雨の近づいている状況下で、甲が雷に打たれて死ぬことを期待しながら乙を戸外に送り出し、実際に乙が雷に打たれて死亡したという場合、経験的行為危険は否定される⁽²³⁾。

行為者に特別の知識がある場合には、これも危険性予測の基礎となる。法益保護というのは危険な行為を禁止することによってしか実現できないのであり、客観的危険性の判断には行為者の特別の知識も考慮されざるを得ない。特別の知識のある者はその答責も高くなる。したがって、客観的帰属論というのは、実質的に不法を修正する際に主観的要素も考慮するが、客観的規準によって評価するのである⁽²⁴⁾。故意犯では、行為の経験的危険すら認められないとき、絶対的不能未遂として不可罰である⁽²⁵⁾。

bb) 規範的行為危険

行為が、事前の観点から結果発生への潜在的因果関係がある場合、実際に発生した結果とは関係なく、刑罰規範が防止しようとする一般的社会害悪性の程度にまでは客観的に達していないと云えるとき、当該(故意)行為は容認されない初期危険を有しているとはいえない⁽²⁶⁾。危険の伴

わない人の共同生活というのは考えられない現代社会においては、行為は、人の共同生活の一般に承認されている社会準則（社会倫理）によっても禁止されていると云えて初めて社会違反性が生ずるからである⁽²⁷⁾。このことは結果犯にも単純行為犯にも等しく妥当する。

行為者が経験的行為危険を創出しているにもかかわらず、規範的限界を遵守している限り、行為の帰属は否定される。危険が許容される（社会的容認）のは、許容規定に基づく（法定性）ことも、社会生活上の不文の社会準則（社会倫理）に基づく（正当性）こともある。前者の例としては、許容法定最高速度があり、これはそれ以下の速度を許容する。自動車運転それ自体が経験的に危険であることとは関係がない⁽²⁸⁾。後者の例としては、取引慣習、業務定型の行為、スポーツ等がある⁽²⁹⁾。患者の痛みを緩和するが、死の時期を早める間接的積極的安楽死もこの特殊の事例である⁽³⁰⁾。

故意行為に、客観的に社会的相当性が認められるとき、故意があるからと云ってそれだけで行為が社会的不相当になるわけではない。行為者は自分の行為が、実際には法的に禁止されていないのに、禁止されていると思っているにすぎず、空をつかんでいる（逆の禁止の錯誤）。これは幻覚犯と呼ばれる⁽³¹⁾。例えば、航空券を購入し、これを墜落事故死の目的で他人に譲渡し、実際にその他人の乗った飛行機が墜落したという場合、飛行機の墜落事故というのは統計的に極めて低いこと、飛行機交通の有用性に鑑み、航空券の譲渡行為に社会的相当性が認められるから、殺人行為すら存在しない。当該作為と結果の発生間に因果関係（等価説）はあるが、譲渡者には結果どころか、すでに行為の帰属ができない。但し、行為者に、社会的に容認されない非定型的危険性に関する特別の知識がある場合は、行為の帰属は可能である。例えば、航空券を購入した者が当該航空機に爆発物が仕掛けられていることを知っている場合である。行為の規範的帰属が否定されるとき、未遂の可罰性もない⁽³²⁾。

被害者の自発的自己危殆化・侵害への関与の場合も、規範的行為危険が否定される。これらの場合、関与者は結果を共惹起しているが、被害者は初めから自ら危険な行為を冒している。自ら避けることのできる危険を冒す者は基本的にそれを自ら負わねばならず、他人に転嫁してはならないという**自己答責**の原則からは、被害者自身が危険を引き受けているということは過失致死の不成立ばかりか、故意の自殺関与罪の成立にも重要な意味を有する。自発的自殺に関与する者は他殺行為の廉で帰属されることはない。自殺関与行為は、自殺関与罪という特別の規定が存在しない限り、不処罰にとどまる。逆に、被害者ではなく、行為者が支配している場合、事情は異なってくる。これは**同意のある他者危殆化**と呼ばれ、他殺行為で負責される（殺人罪、同意殺人罪、過失致死罪）⁽³³⁾。

法益主体のための**危険減少**も規範的行為危険の問題である。行為者(救助者)が、被害者に迫っている損害を完全には回避できないが、しかし、放置すれば重い損害が生ずるところ、それを回避するべく、軽い損害へそらす場合、例えば、頭部が殴られそうなのを肩の方にそらすといった場合とか、行為者(救助者)が、花瓶が破壊されそうな状況で、これを避けるべき、引っかき傷程度に抑えるような行動をとったという場合、かかる防御行為は軽い損害発生に対する社会的不相当の行為とは云えない。この行為を孤立させてみると、経験的に結果発生**の危険**がある。しかし、法益保護という視点で全体的に見れば、他の回避方法がないときに、切迫している法益侵害を減少させる行為を禁止するということは背理である。結果の発生は最初に法益侵害行為をした者の「**仕業**」である。医師(救助者)が末期の患者の命を医療措置により数日間延命させるといった場合も同様である。医師の治療行為と患者の死の間に因果関係(条件関係のみならず、「相当因果関係」もある)はある。数日間の延命措置が禁止されるなら、それは刑法の法益保護維持の任務と矛盾することになる⁽³⁴⁾。

但し、危険減少行為のすべてが行為帰属を否定されるというわけではない。危険減少行為が客観的帰属を否定されるのは、行為者がすでに起動されたないし被害者に向かっている因果連鎖を妨げる場合に限定されるのであって、行為者(救助者)が新しい、独自の因果系列を創出するとき、当該行為は客観的に帰属されるが、**緊急避難**により正当化される。例えば、行為者が、炎に包まれ、死にそうな子を燃えている建物の窓から下に投げ落としたところ、その子は助かったが、着地の際に怪我をしたという場合である⁽³⁵⁾。

b) 結果不法

刑罰規範の目的論的縮減は既遂犯では結果不法にも関係する⁽³⁶⁾。

客観的構成要件において自然主義的に検証された条件連関が、行為者の計画実現で計ると、経験的に一般的予見可能性の外にあるということがありうる(相当性連関)。さらに、行為に内在する規範的危険要因、又は規範的に支配的重さを有する事後的出来事が結果帰属を排除することもありうる(危険連関)。危険移転の表現として、方法の錯誤において具体化理論を基礎にして「外にある客体」における既遂責任の排除に繋がる評価も検証されねばならない。

結果帰属の前提要件は常に行為不法である。行為不法の欠如は故意犯の廉での可罰性を除去するが、結果の帰属では、行為者が既遂か未遂かどちらで責任されるかの問題が生ずる。客観的帰属は、行為から未来を見る(行為帰属)だけでなく、後から、作用から逆に過去を見る(結果帰属)のである⁽³⁷⁾。

aa) 経験的結果危険（相当性連関・因果経路の経験的検証）

結果帰属にとって重要なのは先ず因果経路の問題である。故意は規範的に帰属可能だが、故意行為によって具体的に招来された結果が、一般的生活経験から見た行為の危険領域から完全に外にあるとき（客観的予見可能性）、発生した結果の行為者への経験的帰属はできない。行為が結果と相当性連関にないのである。相当性連関の判断基底は事後的に定まる具体的因果経路である。規準は一般的経験認識、つまり、事前予測（経験的方法）である。因果経路が一般的生活経験から予見可能なことの範囲外にあるとき、この因果経路は事前予測にとり具体的結果に対して「不相当」である。相当性連関が欠如し、結果は帰属できない。行為者は場合によって未遂を負責される。過失犯では可罰性は脱落する。これに対して、因果経過がなお一般的に予見可能である場合、結果は帰属され、行為者は既遂を負責される。行為者に行為の非定型的危険性に関する特別の知識があるときも、負責限定は働かない⁽³⁸⁾。

例えば、行為者が泳げない被害者を溺死させるつもりで橋の上から川に突き落としたところ、被害者は橋げたに頭をぶつけて脳挫傷で死亡したという講壇事例の場合、突き落とすという行為と脳挫傷で死亡したこととの間に相当性連関は肯定され、結果の帰属は肯定される⁽³⁹⁾。行為者が被害者を槌で殴り殺そうとして殴ったが、行為者は血に飢えた状態から責任無能力になり、今度は斧で殴り殺したという場合、血みどろの未遂行為に初めから内在する危険性が実現したものと見ることができる⁽⁴⁰⁾。これに対して、拳銃で撃たれて瀕死の重傷を負った被害者が担架に乗せられていたとき、それを担いでいた看護師が心臓発作で倒れこんだため、担架肩から落ちて頸椎を折って死亡したとか、甲と乙が、相互に無関係に、それぞれ致死量に足りないが、合わさると致死量になる毒薬を丙の飲み物に混入させて死亡させたという場合（**重疊的因果関係**）、具体的結果の発生は偶然の仕業であって、行為者の仕業ではないので、行為と結果の相当性連関は否定される。甲も乙も殺人未遂にとどまる⁽⁴¹⁾。

同様に、被害者に特殊の体質が認められ場合、発生した結果を行為に帰属できない場合がある。[脳梅毒事件]（最判昭和25・3・31刑集4・3・469。傷害致死罪成立）、[心筋梗塞事件]（最決昭和36・11・21刑集15・10・1731。傷害致死罪成立）、[布団蒸し心臓疾患事件]（最判昭和46・6・17刑集25・4・567。強盗致死罪成立）、[未知の結核性病巣事件]（最決昭和49・7・5刑集28・5・194。傷害致死罪成立）において、最高裁判所はいずれも結果的加重犯の成立を認めたが、[脳梅毒事件]、「心筋梗塞事件」、[未知の結核性病巣事件]では、結果の帰属を否定するべきだった⁽⁴²⁾。

伝統的故意理論から「**ヴェーバーの概括的故意**」と呼ばれる状況も相当性連関の問題である。行為者が他人を殺そうとし、うまくいったと考えるが、実際には、犯跡隠蔽行為をしたときに知

らずに殺害結果を生じさせたという場合が問題となる。故意は結果発生の存否にのみ関係する。概括的故意に典型的な、行為者の事後の行為態様は、行為者の故意に影響を及ぼすのではなく、結果に繋がる具体的因果経路の一部、つまり、因果連鎖における中間項である。それ故、事後の行為が最初の行為の相当性連関の範囲内にあるのか否かが問題となる。犯跡隠蔽行為にあつては、これが肯定されのが普通であり、行為者に既遂が帰属される。しかし、類型的な、密接な行為連関が欠如しているとき、例えば、殺害したと誤信して「死体」を乗用車のトランクに入れて隠しに行く途中、被害者を交通事故で死させたしまったという場合、殺人未遂と過失致死罪が成立する⁽⁴³⁾。

bb) 規範的結果危険（危険連関）

行為と結果の間の危険連関は結果負責のもう一つの法形象である⁽⁴⁴⁾。結果が、相当性連関の中にある場合でも、禁止規範の価値関係的目的からしてその範囲外にあるとき、結果の帰属はできない。結果犯の行為不法は初期危険を結果の発生に対しては抽象的に、未来に対しては事前的に有しているが、結果の不法は実際に生じた作用の観点から具体的且つ事後的に判断される。結果帰属は行為と結果の帰属の終結点である。具体的結果の帰属ができなければ、行為の帰属だけが残り、未遂罪に問擬される⁽⁴⁵⁾。

規範的結果危険では、行為によって侵害された規範が防止しようとしているまさにその危険が実現されたか否かが問題となる。具体的に生じた法益侵害が規範の防止しようとしている法益と一致するという確認だけでは不十分である。むしろ、規範は保護法益に対する如何なる危険を妨げようとしているのかを、その意味と目的から、「特定して」確認し、これらの危険の一つが結果となって実現したことが確認されなければならない。侵害された規範が発生した結果と特別の価値関係的結合にない場合、危険連関は否定される⁽⁴⁶⁾。

この法形象の基本思想から、事後に被害者や第三者が特別の性質の態様で結果の招来へ寄与する因果経過においては、結果をもはや第一惹起者に帰属すべきでないという帰結が導かれる。特に、第一惹起者の危険領域と比較して、一定の重さをもたねばならない事後的危険領域が創出されることによって、刑法上の遡及が阻止され、第一惹起者に結果を帰属させることはできない⁽⁴⁷⁾。

行為者が事象を手放した後、**被害者自身**の行為により結果が発生した場合、被害者の行為に少なくとも重い過失がある、つまり、全くばかげているとき、事後的出来事により法益侵害の法的に無視できない性質の変化が生じていると云える⁽⁴⁸⁾。例えば、被害者が襲撃されて危うく生命を失うところだったが、その後、うつ状態から自殺をする場合である。犯行に内在する他殺は最終的

には自殺によって実現した。行為者には、なるほど、純粹に自然主義的及び心理学的視点からは、生命という法益を殲滅することに成功したと云えるが、しかし、規範的に結果を帰属させることはできない。

同様のことは、傷害行為の被害者が、まったく分別を欠いていて、医師の忠告に反して、必要な医療を拒否するといった場合にも妥当する。この場合、規範的理由から、被害者の**自己答責**に特別の意味が与えられる。自分の事柄に関して思慮が欠けているために、第一惹起者の行為危険が最終的結果から分離されるのである（**質的危険分離**）。例えば、刃物で刺された被害者が、収容先の病院で輸血を拒否したため死亡したという場合、この結果を帰属させることはできない⁽⁴⁹⁾。

被害者の行為が介在した事例として、[神水塗布事件]（大正12・7・14刑集2・658。悪化した傷害につき傷害罪成立）、[火傷事件]（大判昭和2・9・9刑集6・343。傷害致死罪成立）、[柔道整復師無免許医療事件]（最決昭和63・5・11刑集42・5・807。業務上過失致死罪成立）、[夜間潜水訓練事件]（最決平成4・12・17刑集46・9・683。業務上過失致死罪成立）、[高速道路進入事件]（最決平成15・7・16刑集57・5・950。傷害致死罪成立）、[治療拒否事件]（最決平成16・2・17刑集58・2・169。傷害致死罪成立）があるが、[神水塗布事件]と[治療拒否事件]では結果の帰属は否定されるべきだった⁽⁵⁰⁾。

行為者が事象を手放した後、具体的結果の発生が**第三者**の事後的行為によって共惹起された場合も、被害者自身の行為が介在した場合と同様に、行為と具体的結果の間の規範的危険連関が欠如する場合がある。まず、第三者の事後的行為が**故意犯**であるとき、結果の発生を第一惹起者に帰属させることはできない。しかし、このような場合は稀であると思われ、多くの場合、第一惹起者と発生した重い結果の間に相当性連関が認められないであろう。但し、第一惹起者が第三者の事後の介在行為を**誘発**したといえる場合、前者にも結果の発生を帰属させることができる。例えば、甲が丙を殺害の意図で至近距離から拳銃で胸を撃った後、加勢した乙がこれに誘発されて、のどがごろごろ鳴っている丙に「止めの一発」を与えたという場合、甲への結果の帰属は肯定される⁽⁵¹⁾。

よく起こる事例は第三者の介在行為に**過失**があるにすぎない場合である。第三者の介在行為に軽い過失がある場合、結果は依然として第一惹起者の危険領域にあるが、第三者の介在行為に重い過失があるとき、「第三者の介在行為は、発生した最終結果との関係で見ると、最終結果と第一惹起者の連関を全く背後に追いやるほどの重い生活経験上の重みを有する」ので、発生した結果は第三者の領域にあると云ってよからう。第三者の行為が作為でも不作為でも結論は異ならない。このような場合に、積極的一般予防の観点からも積極的特別予防の観点からも、重い結果の発生

を第一惹起者に帰属させる必要はない⁽⁵²⁾。

第三者（または被害者）の介在行為があつて、発生した重い結果を誰に帰属させるかが問題となる場合、一般に、この者の行為がなければ結果は発生しなかったという前提から出立している（量的危険分離）。しかし、第三者の事後的行為と最終結果の連関が不明確な場合もある。このような場合、第三者の重い過失の介在行為が無ければ具体的結果の発生はおそらく（蓋然的に）無かつたといえるとき、第三者に結果を帰属させることができる。第三者の介在行為が最終結果を創出した危険を、第一惹起者が最終結果を創出した危険とを比較すると、前者の方が社会心理的に圧倒していると云え、そうすると、第一惹起者へ結果を帰属することは適当でないといえよう⁽⁵³⁾。

第三者の行為が介入した場合につき、[不適切診療事件]（大判大正12・5・26刑集2・458）において、大審院は被告人に傷害致死罪の成立を認めたが、医師の診療の不適切の程度によっては結果の帰属が否定される事案だったといえる。[重症脳震盪事件]（大判昭和5・10・25刑集9・761）において、大審院は傷害致死罪の成立を認めたが、結果の帰属は否定されるべきだった。「アメリカ兵ひき逃げ事件」〔被告人は自動車の運転中自転車に乗っていた被害者をはねたが、同人が自動車の屋根に跳ね上げられたのに気づかず走行していたところ、同乗者がそれに気づき被害者を引きずり降ろし道路上に転落させ死亡させたが、死因となった頭部の傷害がはねたときに生じたのか、引きずり落とすときに生じたのか不明という事案〕において、最高裁判所（最決昭和42・10・24刑集21・8・111）は、正当にも業務上過失致死罪の成立を否定した。しかし、[大阪南港事件]〔甲は自分の飯場で乙の頭部等を数回殴打して内因性高血圧橋脳出血を起こさせ意識消失状態に陥らせた後、同人を大阪市南港所在の資材置場に運んで放置して立ち去ったところ、乙は数時間後に死亡したが、その間、何者かが資材置場で倒れていた乙の頭部を角材で数回殴打したため、乙の死期が幾分早められたという事案〕において、最高裁判所（最決平成2・11・20刑集44・8・837）は甲の傷害致死罪の成立を認めた⁽⁵⁴⁾。[高速道路停車追突事件]〔乗用車を運手していた被告人が、トレーラーの運転態度に腹を立てて、これを停車させ暴行を振り回し立ち去った後、トレーラーの運転手がエンジンキーを捜すなど発車に手間取っていたとき、他の車両がトレーラーに追突して、死傷を負わせたという事案〕において、最高裁判所（最決平成16・10・19・刑集58・7・645）は、被告人の過失行為自体に後続車の追突等に因る人身事故発生危険があること、危険な場所に自車を停止し続けたトレーラー運転手の行為は被告人の過失行為から誘発されたものとして、因果関係を肯定した。[トランク監禁致死事件]（最決平成16・10・19刑集58・7・645）において、最高裁判所は監禁致死罪の成立を認めたが、監禁罪の成立に止められるべきだった。

行為者の過失行為後、**同一行為者の故意行為**が介在するとき、例えば、過失運転で被害者を轢いた者が、事故目撃証言を恐れて被害者を故意で殺害するとき、この死の発生は故意行為にだけ帰属でき、過失行為には帰属できない。事故を引き起こした過失行為と具体的死を生じさせた故意行為の間に、因果関係は存在するけれども、危険連関が否定されるからである。したがって、同一の死という結果を過失と故意で二重に評価する事が避けられる⁽⁵⁵⁾。[熊撃ち事件]（最決昭和53・3・22 刑集 32・2・381）においては、業務上過失致傷罪と殺人罪の成立が認められた。

行為者の過失行為後、**同一行為者の別の過失行為**によって直接的に結果が発生した場合、第二過失行為が第一過失行為と密接に結びついていて、第二過失行為が第一過失行為の危険の実現と見られるか否かによって判断されるべきである。例えば、行為者が過失運転で怪我を負わせた被害者を適切な姿勢で横たえなかったため、被害者が窒息死したという場合、第一行為と結果の発生間の危険連関は肯定される。これに対して、過失運転で轢かれた被害者を自分の自動車に乗せて病院に行く途中、過失で事故を起こし同被害者を死なせたという場合、第一過失行為には傷害を帰属させ、第二過失行為に死を帰属させることができる⁽⁵⁶⁾。

方法の錯誤の場合においても、規範的結果帰属による責任限定が問題となる。既遂責任を否定する決定的根拠は心理学的に刻印された故意理論の外にある。方法の錯誤は純粹に評価的観点から捉えられねばならない。確かに、行為者は方法の錯誤において意思と仕業を充足している。例えば、殺人罪では、行為者はある他人を殺そうとし、現実にある別の他人を殺している。「ある」他人を殺したという点で、故意は類概念としての生命侵害に向けられている。しかし、殺人罪のような最高度に人格的な法益の場合、結果帰属の基準となるのは、類概念としての「人」という同種の法益概念（一般化客観説）ではなく、身体的に具体化された個別の人である。「生命」という法益は常に特定の人（「ある人」）において身体化されており、この人が専ら行為者の故意によって個別化される（個別化主観説）。最高度に人格的な法益の特別の尊重要求の故に、行為者に結果を帰属させることはできない。これに対して、物質的法益では類概念としての法益が問題となるのであるから、行為者には発生した結果について既遂罪を負責される⁽⁵⁷⁾。

仮定的**適法代替行為**と比較する危険増加の法形象は、故意犯では実際上は責任限定をもたらさない。云うまでもなく、故意犯において、適法代替行為というのは行為をしないということ、つまり、規範の訴えを遵守するところにあるのだから、いかなる実行された行為であっても、許されない危険増加があったといえるからである。この法形象の適用領域は過失犯にある。例えば、看護師が殺害の故意で、医師の処方した量の血清の代わりに、致死量の血清を患者に注射したが、患者の容態が急変していたために規定量の血清を注射しても、患者は死亡したという場合、行為者は殺人既遂罪に問われる⁽⁵⁸⁾。

注

- (1) *J. Wolter*, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, in: *E. Gimbernat, B. Schimemann u. J. Wolter* (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, 3 ff.
- (2) *R. Moos*, Objektive Zurechnung und sozialadäquates Verhalten bei wertneutraler Gehilfenschaft, in: Trechsel-Festschrift, 2002, 477 ff., 482 f. (邦訳, 吉田敏雄「価値中立的幫助における客観的帰属及び社会的相当の行動」北海学園大学『法学研究』第38巻第3号2002年・623頁以下); *C. Roxin*, Strafrecht. AT., 4. Aufl., 2006, § 11 Rn 46 FN 103.
 ヴェルツェルは, 1939年に, 法は, 故意犯においても, 構成要件該当性が形式的に充足されていても, たいしたことの無い危険を「社会的存在の日常的構成要素」として甘受すべきこと, 社会的相当性が「構成要件形成の内在的原理」であると論じて, 行為の負責限定原理を展開していたのである。
H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491 ff., 514 ff., 515, 517, 529.
- (3) 齋藤誠二「いわゆる客観的な帰属の理論をめぐって」警察研究49・8(1978年)3頁以下, 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』1984年, 同『刑法における客観的帰属の理論』1997年。高橋則夫『刑法総論』2010年・126頁以下。
- (4) *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 15.; *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, Vorbem zu § 2 Rn 58.; *ders.*, Strafrecht. AT., Bd. 1, 2008, 9. Kap Rn 2.
- (5) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 15.; *Steininger*, (Rn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 58.
- (6) *E. Steininger*, Sozialadäquanz und berufstypisches Handeln, 2005, 48 f.; *ders.* Einige Gedanken zu handlungsbezogenen Haftungsfragen beim Vorsatzdelikt, ÖJZ 2005, 825 ff., 832 f.; *ders.*, (Rn. 4), 9. Kap Rn 1.; *R. Moos*, Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht, in: *R. Leitner* (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1996, 85 ff., 87.; *G. Jakobs*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, 271 ff.
 これに対して, 西田典之『刑法総論』2006年・95頁以下は, ある結果を行為に帰属させるか否を決定するのは応報感情であること, これが因果関係論であること, 厳格な応報思想からは条件説が導かれるが, しかし, 「洗練された」応報思想からは, 刑罰による応報の感情を一定範囲に限定すべきであるから, 客観的帰属の判断においても, 経験則上稀有の危険や因果経過を考慮すべきでない」と論ずる。
- (7) *Moos*, (Fn. 6), 89.
- (8) *Roxin*, (Rn. 2), § 11 Rn 1, Rn 44 ff.; *D. Kienappel, F. Höpfel*, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 10 Rn 20「結果犯においては因果関係の問題(等価説の意味で)と負責問題は厳格に区別されるべきである。後者には, 学説・実務において結果の客観的帰属=客観的帰属可能性という概念が浸透した」。 *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 13. Kap Rn 1「行為と結果の間の結びつきが(行為への結果の)客観的帰属と呼ばれる」。山中敬一『刑法総論』[第2版]2008年・251頁「客観的帰属論は, 構成要件論において, 条件関係(因果関係)とその無限遡及の規範的限定に関する理論である」。
- (9) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 15.; *Steininger*, (Rn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 60. Vgl. *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, 9 ff., 56 ff. Vgl. *Theodor Lenckner, J. Eisele, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 13 ff Rn 92.
 トリフテラーは, 客観的注意違反(社会的不相当の危険性)が故意犯, 過失犯に共通の一般的帰属規準であり, これを「一般的客観的帰属」と呼び, これを前提に, これに続く具体的結果発生における危険の現実化を「特殊的客観的帰属」と呼んでいる。*O. Triffterer*, Österreichisches Strafrecht. AT.,

2. Aufl., 1985, 8. Kap Rn 82, 86 ff.

フリッシュ (Frisch, (Fn. 9), 22 ff, 66 f, 602) は、客観的帰属の重点は、故意の構成要件該当行為の領域にあり、結果の領域にはないとし、実際に生じた結果の帰属 (実現連関。55, 519, 526) については、適法な代替行為を除けば、特別の考慮は余計だと論ずる。これに対しては、そうなると、行為帰属が過重負担になり、実際、結果の発生が相当因果関係の外にあるとか、他人の行為が介入したとか云う場合、行為者は行為の危険を担うが、結果の危険を担わないことが指摘される。Moos, (Fn. 6), 95 FN 24.

(10) 参照、吉田敏雄『刑法理論の基礎』〔改訂版〕2007年・186頁以下。

ヒルシュは、故意犯において、客観的帰属の問題は実際には主観的構成要件の問題であるとして客観的帰属論に批判的態度をとるが、しかし、過失犯においては客観的帰属の準則を受け入れる。H. J. Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Köln-Festschrift, 1988, 399 ff.; ders., Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, Lampe-Festschrift, 2003, 515 ff. その他、客観的帰属論に批判的な論者として、E. Struensee, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, 97〔客観的帰属論は、『全客観的構成要件自体を切り裂き自らの中で溺れる渦巻きの効果』を展開しており、特に、体系に反して、故意と正当化の問題を、主観的構成要件と違法性の次元を先取りして扱っている〕。J. Baumann, U. Weber u. W. Mitsch, Strafrecht. AT., 11. Aufl., 2003, § 14 Rn 100〔帰属の限定はむしろ違法性と責任で行なわれるべき〕。

(11) オーストリアの学説・判例では、基本犯の故意行為がそこから過失で生じた結果のすべての負責を基礎付けるのではなく、故意行為であっても、行為負責は目的論的に限定される。事前の位置から、構成要件的結果定型にふさわしい注意違反が要求される。E. Steininger, (Fn. 6. Einige), 825 ff., 834 f. 15. Os 148/87 = JUS 1988/37, 23「加重の結果が過失で招来されたとして行為者に帰属されるのは、加重の結果が行為者に — その交通圏に属するそしてその特別の知識をもつ専門的知識を有する考察者の事前の視点から — 日常生活の経験から予見可能であった、つまり、行為に相当であり、したがって、行為者の冒した危険内にあった場合に基本的に限定される」。

(12) 参照、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造（刑法の基礎理論II）』2010年115頁以下。

(13) Moos, (Fn. 4), § 75 Rn 15.; Steininger, (Fn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 61.

(14) Moos, (Fn. 6), 96, 98.; ders., § 75 Rn 15.; Steininger, (Fn. 6. Einige), 833. ハルトマンは「規範的帰属可能性」という表現を用いる。A. Hartmann, Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?, ZStW 116 (2004), 585 ff., 592.

シュモラーは、未遂犯の負責問題に関連して、刑法的に重要な危険を有しない行為を独自に検証して客観的に注意違反がないものとして規範の範囲から除外すること、つまり、未遂では現実の因果経路が存在しないから、かかる負責問題も結果帰属と結びつけて検証することはできないと論じていた。K. Schmoller, Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte der strafrechtlichen Tatbestände, ÖJZ 1982, 449 ff., 487 ff., 491 mit FN 122.

ブルクシュタラーは、「帰属の前提」としての行為の検証に当たって「行為意思、つまり、故意を共に関連付け」て考察するが、社会的不相当の危険な行為は「結果帰属の前提であり、結果帰属の直接的要素ではない」と論ずるので、「帰属」という概念を実際の結果の発生にのみ関係付けている。M. Burgstaller, Normative Lehren der objektiven Zurechnung, JAP 1992/93, 136 ff., 139. しかし、この説では、実際のところ、帰属前提要件というのは帰属自体を意味している。

フックス (Fuchs, (Fn. 8)) は、行為が禁止されるのは、法益に対するその危険性にあること、危険性というのは、法益侵害を招来する行為の一般的適性であり、この行為属性は事前に判断され、具体的事例において法益侵害が実際に発生したことは無関係であること (10. Kap Rn 3), しかし、法秩序は法益に対する考えられうるすべての危険を禁止するということはできず、許された危険と許されない危険に分けざるを得ず、法益に対する許されない (社会的不相当の) 危険を創出する行為だけを違法とすること (10. Kap Rn 4), 故意犯では、社会的不相当の危険性は、結果に向けた事象の目

的操縦にあり、したがって、犯罪定型的不法は故意によってしか認定できないこと (11. Kap Rn 3), 結果犯では、現実に発生した結果は「行為者の仕業」でなければならず、したがって、結果無価値の帰属をとりもつ社会的に不当に危険な行為の効果でなければならず、行為と結果の間の結合が(結果の行為への)客観的帰属と呼ばれること、つまり、客観的帰属の意義は「結果無価値への関係」をとりもつことにあること (13. Kap Rn 1 f.), 故意の対象は社会的に不当に危険な行為としての属性を有する行為であるから、例えば、甲は、五匙分の砂糖を入れたコーヒーなら非常に丈夫な男でも殺せると考え、乙に実際にそうしたところ、乙が死んだが、それは、砂糖に致死性のバクテリアが付着していたことによるものだったという場合、甲の故意は「砂糖で毒殺する」、つまり、危険でない行為しか包含しておらず、社会的に不当に危険であるバクテリア投与に及んでいない、つまり、故意は存在せず、過失致死の可能性だけが残ると論ずる (14. Kap Rn 14)。

しかし、社会的相当性の存否という評価が故意の存否に影響を与えるというのは適切でない。それは違法性の意識にかかわる評価である。「故意自体は当然ながら自らの評価に向けられておらず、常に、外的事象にのみ向けられている」。Steininger, (Fn. 6. Sozialadäquanz), 43 FN 116.; Moos, (Fn. 4), § 75 Rn 15.

これに対して、トリフテラーは、客観的帰属というのは、広がりすぎる因果関係概念を限定すること、つまり、客観的構成要件を限定する役割を有していることを理由に、客観的帰属を故意の認定に先立たせる。Triffterer, (Fn. 9), 8. Kap Rn 85.

新古典学派刑法学からも、客観的帰属を結果関係の負責修正と捉えて、故意の認定の前に、因果関係(等価説)に続いて結果帰属を検証することで、自己の犯罪論体系を放棄することなく、目的論的に結果の帰属を限定している。Kienapfel/Höpfel, (Fn. 8), Z 10 Rn 20.

(15) R. Moos, Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement, in: Burgstaller-Festschrift, 2004, 128 f. (邦訳, 吉田敏雄「過失における不法要素としての主観的注意違反(上～下)」) 北海学園大学『法学研究』第41巻第2号2005年・347頁以下, 第41巻第3号2005年・521頁以下); ders., (Fn. 6), 98. 詳細は, 吉田(注10)186頁以下参照。

(16) Moos, (Fn. 6), 92.; ders., (Fn. 4), § 75 Rn 15.

(17) Moos, (Fn. 6), 91.

(18) Moos, (Fn. 4), § 75 Rn 15.

(19) Steininger, (Fn. 6. Sozialadäquanz), 46.; Moos, (Fn. 2), 485 f.; ders., (Fn. 6), 94.

(20) Moos, (Fn. 4), § 75 Rn 15.; M. Burgstaller, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2001, § 6 Rn 63.

(21) Steininger, (Fn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 64.

(22) Moos, (Fn. 4), § 75 Rn 17.; Steininger, (Fn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 65.; ders., (Fn. 6. Einige), 826.

(23) ヴェッセルス/ポイルケは、結果発生の危険性の程度が一般的生活危険を凌駕しているとはいえないほど低いことを理由に帰属を否定する。J. Wessels u. W. Beulke, Strafrecht. AT., 39. Aufl., 2009, § 6 Rn 183.

この事例について、岡野光雄『刑法における因果関係の理論』1977年・241頁は、条件説の立場から、実行行為性(「当該行為に対し一般に抱くいわば漠然とした危険性」)を否定する。結論は妥当であるが、ここには、条件説とは本来相容れない相当性の考えが考慮されている。これに対して、前田雅英『刑法総論講義』〔第4版〕2006年・184頁以下は、事故で死ぬことを願って新幹線に乗せたところ、第三者が仕掛けた爆弾で死んだ場合、いかに殺そうと強く念じても「殺意があった」とは云えず、客観的に実行行為性は認められるが、故意が欠けるために無罪となると論ずる。しかし、この事例は故意の存否以前の問題である。

(24) Moos, (Fn. 6), 98 f.; Steininger, (Fn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 69.; Roxin, (Fn. 2), § 11 Rn 56 f.

(25) Moos, (Fn. 4), § 75 Rn 17.

(26) Moos, (Fn. 4), § 75 Rn 16.

- (27) *Steininger*, (Fn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 73.
- (28) *Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 65 ff.; *Steininger*, (Fn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 74.; *Lenckner/Eisele*, (Fn. 9), Vorbem §§ 13 ff Rn 93.
- (29) *Steininger*, (Fn. 4), Vorbem zu § 2 Rn 76.
 故意犯における行為帰属を否定した判例として、15 Os 27, 28/96=OGH EvBl 1996/114〔イスラム又はユダヤの儀式に従って麻酔なしに屠殺用動物を屠殺するという行為は刑法第222条の動物虐待罪に当たらず、信仰・良心の自由という基本権の適用があり、それ故、非倫理的との評価を下すことはできない。伝統的な儀式に則った屠殺に「違法性を阻却する社会的相当行為を見ることができ」。本判決は、実質的不法概念から構成要件該当性を否定したものと理解されている〕。*Moos*, (Fn. 6), 93 Fn 19.
- (30) 参照、吉田・前掲書（注12）122頁以下。
- (31) *R. Moos*, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht, in: *R. Leitner* (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1998, 101 ff., 118.
- (32) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 16.; *Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 68.; *K. Kühl*, Strafrecht. AT., 6. Aufl., 2008, § 4 Rn 48.; *Steininger*, (Fn. 6. Einige), 828.
- (33) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 16.
- (34) *H.-J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum StGB, 1990, Vor § 1 Rn 58.; *Steininger*, (Fn. 6. Sozialadäquanz), 52 FN 151.; *ders.*, (Fn. 6. Einige), 827.; *Kühl*, (Fn. 32), § 4 Rn 54.
 ロクスイーン (*Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 53.) は、結果の帰属を否定する。保護法益の状態を悪化するのでなく、改善する行為を禁止するのは背理だというのがその理由である。同時に、この事例で、正当化の緊急避難を援用することはできないと論ずる。緊急避難を適用することになれば、危険減少を犯罪定型的法益侵害と見ることになるが、しかし、法益侵害が欠如しているというのがその理由である。
 危険減少の事例を推定的承諾で解決するのが、*Bamann/Weber/Mitsch*, (Fn. 10), § 14 Rn 66-69.
- (35) Vgl. *Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 54.; *Kühl*, (Fn. 32), § 4 Rn 55.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 23), § 6 Rn 195.; *Lenckner/Eisele*, (Fn. 8), Vorbem §§ 13 ff Rn 94.
- (36) OGH 14 Os 110/92=JBl 1994, 556 ff.〔客観的帰属による修正は故意犯においても学説・判例において一般的に認められている。「故意犯の分野では結果の客観的帰属は因果関係によって徴表される」から、基本的には検証される必要はない。「しかし、規範的帰属要請の欠如を窺わせる根拠のある特別の状況では、この要請を詳細に調べる必要がある」〕。
- (37) *Steininger*, (Fn. 4), 9. Kap Rn 19.; *Moos*, (Fn. 6), 94.
- (38) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 19.; *Steininger*, (Fn. 4), 9. Kap Rn 20; *Kühl*, (Fn. 32), § 4 Rn 61.; OGH 13 Os 150/83=JBl 1984, 326 ff.〔結果の客観的帰属の第一の前提要件は、「因果経過が通常経験の中にあるということである。因果経過が一般的生活経験の外にあるなら、結果の帰属は排除される」〕。
 行為と結果の間の相当性連関を問題にするのは、因果関係において等価説が相当因果関係説によって限定されるのと結論的には一致するのであるが、しかし、相当因果関係説はもはや因果関係論として理解されるのでなく、禁止規範の射程距離の規範的有意味性を問題とする答責の社会的帰属の理論として理解されるのである。*Moos*, (Fn. 2), 485.; *ders.*, (Fn. 6), 93.; *H.-H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. AT., 5. Aufl., 1996, § 28 III 2.; *F. Riklin*, Schweizerisches Strafrecht. AT., 2. Aufl., 2002, § 13 Rn 36.
- (39) *Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 70.
 RGSt 70, 258〔行為者が手斧で被害者を殴り殺そうとして殴ったが、被害者は傷口の細菌感染で死亡した〕。BGHSt 24, 213〔失神した被害者が嘔吐して、自分の胃内容物で死亡した〕。ロクスイーンはこれらの事例で結果の帰属を肯定する。
- (40) BGHSt 7, 325 [Blutrausch-Fall]。 *Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 70.; BGHSt 23, 133 [行為者は殺人未

遂行によって情動性健忘症のため責任無能力になり、この状態で、被害者を包丁で刺殺した]。

- (41) *Wessels/Beulke*, (Fn. 23), § 6 Rn 196. レンクナー/アイゼーレ (*Th. Lenckner, J. Eisele, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 13 ff Rn 83) は、更に進んで、自分の寄与分を補完する第三者の行為が客観的に予見可能あるいは実際に予見している場合であっても、答責原理からして未遂にとどまると論ずる。
- (42) フックス (*Fuchs*, (Fn. 8), 13. Kap Rn 39, Rn 41) は、被害者に特別の体質が認められる場合、例えば、交通事故の被害者が血友病者であったため死亡したが、健常者なら死ぬことはなかったと云える場合、道路交通法が防止しようとしている交通の危険が実現したのではなく、血友病者の(やや高まった)一般的生活危険が実現した、つまり、規範の保護目的違反が認められないという理由から、帰属を否定する。同旨, *Burgstaller*, (Fn. 20), § 6 Rn 71.
- ヴェーバーは、殴られた被害者が血友病者であったため死亡したという場合、行為者がこの特別の体質を予見できなかったとき、過失を否定する。*Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 10), § 14 Rn 25.
- ドゥットゲは、行為者に認識できない「被害者に特別の体質があるとき、一般的過失犯論の分野ではライヒ裁判所の時代から」、帰属できないことが認められていたと論ずる。*G. Duttge*, Rechtsprechungstübersicht zur (strafrechtlichen) Fahrlässigkeit, NStZ 2006, 266 ff., 273.
- (43) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 19.; *Steininger*, (Fn. 4), 9. Kap Rn 20.; *O. Triffterer*, Die Theorie der objektiven Zurechnung, Klug-Festschrift, 1983, 419 ff., 437 FN 72.
- (44) OGH 13 Os 150/83=JBl 1984, 326 ff. 「客観的結果帰属の第二の前提要件は危険連関である。……侵害の結果は、身体、生命を保護するための多様な規定から生じ、いかなる文明化された共同体秩序であってもその構成要素となり、したがって、誰にでも容易に認識できる違反された一般的注意規範が目的的に對抗すべきまさにその危険の実現として顕在化する」。
- (45) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 18.
- 危険連関は、自然科学的因果関係に続いて、規範の刑法的意味、目的から事象の重要性を検証する昔の重要性説 (*E. Mezger*, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, 122 f.) に相当する。この説を独自の法形象に発展させたのが客観的帰属論である。*Moos*, (Fn. 6), 93 f.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 38), § 28 III 3.; *Riklin*, (Fn. 38), § 13 Rn 42 f.
- (46) *Burgstaller*, (Fn. 20), § 6 Rn 65 f.
- (47) 従来、第三者の介在行為については、「第三者の介在行為が全く一般的生活経験の外にあり、この介在行為を計算できなかったのも無理はない場合、帰属連関の中断が考えられる」、相当性連関の問題として扱われてきた。*J. Wessels*, Strafrecht AT, 25. Aufl., 1995, Rn 166.
- (48) *Burgstaller*, (Fn. 20), § 6 Rn 72.
- (49) *Steininger*, (Fn. 4), 9. Kap Rn 21.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 23), § 6 Rn 187. 参照, 吉田 (注10) 191頁以下。
- (50) [腸間膜裂傷死事件] [無抵抗状態で床に横たわっていたユーゴスラヴィア国籍の被害者が、腹部を何度も激しく蹴りにされ小腸と腸間膜裂傷を受けるという重傷を負ったが、それから12時間以上たってから診察してもらった医師から生命に危うい状況にあること、すぐ手術を受ける必要のあることを教示されたが、何時間もかけて自動車ユーゴスラヴィアに戻り、数日後に手術を受けたが、助からなかった。被害者は、被告人の暴行によって腸が裂け、腹膜炎が生じ、それに基因する毒性ショックで死亡したという事案] において、オーストリアの最高法院 (EvBl 1987/142) は、相当性連関については、被告人の惹起した被害者の死が「普通の経験の完全に外」にあるか否かを問い、相当性連関を肯定した。危険連関については、「当該状況下で当人の状況におかれた合理的に考える人の誰にとってもおよそ理解できない」か否かが問われるべきだとして、例えば、「負傷者が、負傷に基因する生命に危うい状況、即座に医師の生命救助治療を受けない場合の予期できる結果を完全に知りながら、治療を受けない」場合がこれに当たること、さらに、第一惹起者への最終結果の帰属は、被害者自身の介在行為が無ければ、当該結果の発生しない「高度の蓋然性」があった場合に限定されるとして、傷

害致死罪の成立を認めた原審判決を破棄した。Vgl. *M. Burgstaller*, *Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit*, in: *Pallin-Festschrift*, 1989, 39 ff.

OLG Stuttgart NJW 1982, 295 [食物気管詰まらせ事件] [超過速度運転者によって轢かれた被害者が成功裏に手術を受けたが、手術後最初の食事を気管に詰まらせ気管支炎で死亡したという事案] につき、キュールは、被害者の死が、交通事故による傷害、その後の手術のために体力が弱っていたために生じたのか、一般的生活危険（食事を取るとき気管支を詰まらせることがある）に因るものなのかによって、客観的帰属の判断を下すべきであり、本事例のような場合、いずれにせよ相当性連関は肯定されるから、相当性規準では解決できないと論ずる。*Kühl*, (Fn. 32), § 4 Rn 35, 66.

(51) BGH NStZ 2001, 29.; *Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 70.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 23), § 6 Rn 164.

(52) *Burgstaller*, *Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst*, in: *Jescheck-Festschrift*, 1985, 357 ff., 363 ff. フックス (*Fuchs*, (Fn. 8), 13. Kap Rn 42) は、第三者の事後的行為に少なくとも重大な注意違反が認められる場合には、結果の帰属を否定する。例えば、自動車を運転していた甲が乙をはねて怪我をさせたが、乙は医療過誤で死亡したという場合、治療に当たった医師が、ある程度注意力のある医師なら犯さないような重大な過誤（顕著な且つ異常な注意違反）を犯したとき、甲に死亡の結果を帰属させることはできない。これに対して、治療医師が、「事態のあわただしさの中で」他の注意力のある医師でも犯しかねないまったく軽度の過誤を犯したという場合、甲に結果を帰属させることができると論ずる。

(53) *Burgstaller*, (Fn. 52), 370.; *Triffterer*, (Fn. 9), 8. Kap Rn 132.

(54) 第三者の故意の行為によって結果の発生が幾分か早められたという本事案につき、斉藤誠二 (*S. Saito*, *Die Zurechnung beim nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten*, *Roxin-Festschrift*, 2001, 261 ff., 264 f.) は傷害罪の成立しか認めるべきでないと論ずる。同「いわゆる『相当因果関係説の危機』についての管見」法学新報 103・2 = 3 (1997年) 755 頁以下。同旨、西田典之『刑法総論』2008年・101 頁。

しかし、因果関係の断絶の認められない本事例については、相当性連関の存在が肯定され、危険連関も肯定される可能性が残る。確かに、乙が甲によって加えられた傷害とは関係なく、つまり、丙の新たな、それだけで結果に影響を及ぼす致死の危険を創出したとき、甲にこの結果が帰属されることはなく、甲は傷害罪の成立にとどまる。しかし、甲が乙に加えた致死の傷害が、丙の暴行ではそもそも死の結果が生じないか、かなり後になってようやく死を生じさせるというような影響を残しているなら、甲の許されない危険が結果となって実現したのであるから、甲は傷害致死罪に問われる。乙は甲の暴行で死亡したからである。丙の殴打行為が乙の死亡時期を幾分か早めたとしても、甲の行為と乙の死亡の間に因果関係は存在し、乙の死は甲の危険行為によって実現されたことに変わりない。Vgl. *Roxin*, (Fn. 2), § 11 Rn 83.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 23), § 6 Rn 192.

山中（注 8）285 頁以下は、「第 1 次的危険の因果力が極めて大きく、第 2 次的危険がそれによって「圧倒」されてしまうような事例（危険修正事例）では、第 1 次的危険は、第 2 次的危険によって若干修正されたにすぎない。第 2 次的危険の『具体的影響力』ないし『寄与度』は小さく、新たな危険系列が開始されているともいえないので、危険実現は肯定される」と論ずる。

井田良『刑法総論の理論構造』2005年・58 頁以下は、[大阪南港事件] 見られるように、第三者の故意の行為が介在していて、それが偶然的で稀有・異常な場合、従来の相当因果関係説では適切な解決ができないこと、「行為の危険性が発生結果のなかに直接的に実現していると解される場合であれば、結果を行為に帰すことを正当化できる程度に、行為の危険が確認されたといえる」として、本事件最高裁判所決定を支持する。本説は実質的には客観的帰属論を取り入れたものであるが、自説を「法的因果関係」とか「結果帰属関係」と呼ぶ。

林幹人『刑法総論』[第 2 版] 2008年・131 頁, 137 頁も、相当因果関係説の立場から、相当性を広義（一般的・抽象的な結果発生の可能性）と狭義（具体的・現実的な結果発生の可能性）に分け、狭義の相当性を判断するに当たって、因果関係のある程度の抽象化をしなければならないこと、本事案

では、第三者の殺害行為というそれ自体としては予測不可能な事情が介在しているが、それは行為者の惹き起こした脳出血をわずかに拡大したにすぎないので、これは捨象してよいが、[アメリカ兵ひき逃げ事件]では、同乗者が引きずり落としたことによって頭部を打撲し、それが直接の原因となった可能性があり、これは捨象できないと論ずる。しかし、これは実質的には客観的帰属論が問題とする「危険連関」を論じている。

山口厚『刑法総論』〔第2版〕2007年・49頁以下、64頁は、因果関係は実行行為の客観的危険性が構成要件の結果へと現実化する過程（危険の現実化）であり、行為の危険性は行為時に存在した事情を基礎に客観的に判断されること、因果経過の経験的通常性自体には独自の意味はなく、それが欠ける場合でも、行為の危険性の結果への現実化が肯定されることがあることから、本事案においても、「第1現場での死因となる傷害を形成した暴行の危険性は重大であり、第2現場で介入した故意行為は幾分か死期を早める影響を与えるものにすぎなかった」と論ずるが、因果経過の経験的通常性自体に独自の意味を認めないのは適切でない。

ドイツの類似判例に、行為者（甲）が被害者（乙）を殺害の意図なく被害者宅において硬質ゴム製植で殴り、致命傷を負わせたところ、行為者は被害者が死んだものと誤信してその家の鍵を持って外に出たが、路上で自分の親戚の者（丙）に会い、被害者を殴り殺したと説明したが、丙はその話を信用せず、家の鍵を受け取って乙宅に行ったところ、乙が倒れているのを見て、死んでいるものと思い、自殺を装うために乙を戸の掛け金につるしたところ、丙は縊死した、しかし、殴られていたためいづれにせよ数時間後には死ぬはずだったという事案で、連邦通常裁判所（BGH NStZ 1992, 333）は、「傷害に内在する危険が致死の結果となって実現した」と云えなければならないと説示しながらも、傷害致死罪の成立を認めた。その理由は、①丙は甲のために行為をした、②乙はどの道死んだ、③因果経路も予見可能だったというところにある。しかし、これらのどの理由付けも批判された。ロクシーン（Roxin, (Fn. 2), § 11 Rn 81）によれば、①丙は甲と約束していたわけではないから、自分の独断的利益擁護行為を甲に帰属させることはできない。②乙はどの道数時間後には死んだというのは仮定の事象であって、ここから、現実の、全く別種の因果経路を甲に帰属させるという結論を導出することはできない。③因果経路が「如何なる生活蓋然性」にも矛盾しないというのは不当である。親族に会ったこと、起こったことの説明、それが信じがたいこと、鍵を渡したこと、被害者の状態からして全く無意味なつるし行為、これらは全くばかげた因果経路の結びつきであり、結果を甲の行為危険の実現したものとする見方はできない。

(55) *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, 124.; *H. Otto*, Grundkurs Strafrecht. AT., 7. Aufl., 2004, § 6 Rn 64.

(56) *Burgstaller*, (Fn. 55), 124 f.

(57) *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 18.

プッペは、方法の錯誤の事例を客観的帰属の問題と捉えるが、表象した客体と異なった客体が侵害された場合でも、侵害行為のずれが客観的帰属の範囲内にあるとき、既遂で処罰できると論ずる。*I. Puppe*, Zur Revision der Lehre vom „konkreten“ Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1 ff. しかし、そうなると、甲が乙を狙い射撃したが、隣にいた丙に当たって死亡させた場合、乙に対する殺人未遂が不問にされてしまうという問題が生ずる。

トリフテラーは、方法の錯誤の事例を故意の問題として捉え、故意というのはある特定の行為客体に向けて具体化されなければならないから、実際に侵害された行為客体に関しては故意がなく、上記の例では、甲に対する殺人未遂と乙に対する過失致死が成立すると論ずる。*Triffterer*, (Fn. 9), 8. Kap Rn 97.

(58) *Steininger*, (Fn. 4), 9. Kap Rn 21.; *Moos*, (Fn. 4), § 75 Rn 18. 参照, 吉田 (注10) 198頁以下。