

# 危険実現連関論の展開(三・完)

山 中 敬 一

## 目 次

- 一. はじめに
- 二. 直接的危険への介入類型
- 三. 間接的危険への介入類型
  - (1) 間接的危険の事例類型の特徴
  - (2) 潜在的危険源介入類型(以上四六卷二号)
  - (3) 内部誘発危険介入類型
  - (4) 不合理行動介入類型
  - (5) 帰属基準の総括(以上四六卷三号)
- 四. 状況的危険への介入類型(第二次的危険の第一次的危険への介入)(以上四六卷四・五・六合併号)
- 五. 規範的・自己答責的行動介入類型(以上本号)
- 六. むすび

## 五・規範的・自己答責的行動介入類型

### (1) 規範的・自己答責的行動類型の特徴

間接的危険ないし状況的危険に対して、それに外部誘発されながら、第三者ないし被害者、または行為者が、被害法益に対する影響を明白に意識しつつ介入し、または、法秩序の命ずるところに従って介入し、それによってその第三者もしくは被害者が被害を受ける事例がこれに属する。この場合、いわば、介入者は、その介入によって、被害者の範囲ないし被害者の被害をより確実にすることを知っており、それが、心理的にのみならず規範的にも結果発生につながる不合理な決断であると評価している。このような規範的評価にもとづく決断は、危険実現連関を「中断」するといつてよい。間接的危険の大きさは、このような人の任意の判断による行為の介入にとっては、ほとんど意味をもたないと思われる。

このような自己答責的行為の介入の類型と、第一の事故現場を目撃し、あるいは、知らせを聞いて、精神的ショックを受け、傷害ないし死亡の結果が発生する事案の類型とは、本来、帰属否定の基本思想が異なるがゆえに、同一の場所で論じられないものである。しかしながら、このようなショックも、人間の心理的・精神的なものを媒介して発生する被害である。発生した新たな被害の発生危険の圧倒的部分が、介入した人の個人的な心理的メカニズムや規範的判断に依存している場合、当該結果に関する「答責性」は、これらの介入者が負うべきであろう。

ここでは、基本的に、遡及禁止論 (Lehre vom Regreßverbot) が、帰属限定の根拠となっている。<sup>(1)</sup> 遡及禁止は、たんなる過失により行為した第一の行為者は、故意的にあるいは意図的に損害を惹起した第二の行為者とならんで、

損害発生過程に対する「支配」をもつものではないということによって根拠づけられる。事象経過の操縦可能性によって根拠づけられる帰属連関は、背後者が、危険を完全な射程において意識している第三者によって事象の支配から排除されたとき、中断されるというのである。<sup>(2)</sup>しかし、プッペによれば、第一の行為者が、過失犯の場合、もともと、因果経過に対する「支配」をもつものではなく、故意犯のみが、そのような支配をもつのであるから、このような根拠づけは不当である。<sup>(3)</sup>

自己答責性原理 (Selbstverantwortungsprinzip) も、このような帰属限定原理の一つとされている。自己答責性原理とは、法益の担い手が、その法益を危険から守ることにつき優先的管轄権を有するという原理である。しかし、ここでは、もう少し広く、法益の担い手がその法益に対してもつ管轄権のみを意味するのではなく、他人の法益に介入する場合をも含めて理解することにする。すなわち、第一次的危険に対して、自己の介入行為の結果や効果、射程につき明確に意識しながら介入する者は、その介入以後に生じた結果に対して責任を負うべきであるとする原理をいうのである。

この自己答責的行動の介入事例においては、事実的な危険作用の継続よりも、自己答責的行動の規範的な危険「中断」の方が帰属基準としては重要である。先取りして言うならば、一般に、規範の保護目的の理論は、ここにおいて帰属判断の指針として重要な意味をもつといえる。

## (2) 第二次損害の危険の介入類型

近親者の死亡または傷害を目撃したり、後でその報告を受けたときに、第三者が被るショック損害の客観的帰属は、

刑法においては一般的に否定されている。<sup>(4)</sup>その理由は、生命と健康の保護を目的とする刑法上の行為規範の保護の任務は、精神的動揺の身体的作用に対しては、直接の被害者以外の者を保護することにはないからである。プッペによれば、「純粋に心理的に惹起された健康侵害を身体の侵害として処罰することを厭うという理由は、心理的法則の妥当性を固く信じるにもかかわらず、身体と精神のそのような相互作用については、それを傷害の原因と判断するには、あまりにも知識が限定されている点にある」という。<sup>(5)</sup>

民事判例においても、ショック損害に対する賠償は、無制限に認められているわけではなく、まず、「人の範囲」によって限定されている。<sup>(6)</sup>

【126】 テュービンゲン地裁一九六七年一月二九日判決 (NJW 1968, 1187)

【事実】 一六歳の原告は、同年齡の友達Wと規則通り車道の左端を歩いていた。背後から乗用車が近づき、部分的に歩道に乗り上げ、Wに車の泥除けがかすり、風圧で飛ばされて、即死した。原告は、その友達の事故死の直接の経験と自らの生命の危険の意識によって神経ショックを被ったと主張して、慰謝料を請求した。原告の控訴は認められなかった。

【判旨】 「そのような(相当)因果関係は、判例においては、一般に近親者が被害者の事故をともに経験し、または報告を受けて神経ショックやその他の健康侵害を受けたときに、認められる。ここには神経ショックによって生じた近親者の直接の結果が存在する。それはただ第一の被害者の事故によって惹起されているだけである」。しかし、判例においては、相当因果関係が承認されるのは、近親者の場合にかぎられている。本件において、主張された原告の精神的障害が、ただ彼女の友達の死を通じて感じられた苦痛に遡るだけであるならば、上で示した原則から慰謝料が認められることはありえない。ここでは、しかし、心理的障害は、直接の自己の生命の危険の経験や、それを後に意識したことによって惹き起こされているともいえる。ただ、その場合には、民法八四七条ではその請求は正当化されない。

しかし、裁判所は、「近親者」かどうかという「人の範囲」によって形式的にショック損害の賠償責任の有無を判断しているわけではなく、実質的な考察を行っている。

【127】 フランクフルト地裁一九六九年三月二八日判決 (NJW 1969, 2286)

【事実】 ある夜、被告人は、酔っぱらって自動車を運転し、ジグザグ運転をしながら通りを走り、制御できずに、手をつないで歩いていた女性Aとその婚約者である男性の連れBのいる歩道に乗り上げ、連れの男性を巻き込んで引きずった。女性は、辛うじて難を逃れた。Bは腕などに重傷を負い、死亡したが、女性は、それを見てショックを受け、大学病院で神経科の治療を受けなければならなかった。その後も、神経障害は続いた。女性から賠償請求がなされた。

【判旨】 「まず、健康侵害が被告の行為によって惹起されたことが必要であるが、この場合はそうだと言うことができる。事故の経過によって惹起された因果の連鎖に関するかぎりでは、この問いには、疑問はない。原告の相当因果関係は、これが、連れの死亡による強い神経的圧迫によって生じたかぎりでも、存在する。つまり、その連れが交通事故によって殺された女性が、これによって、精神的健康侵害の程度に達するような神経ショックを受けることは、決して経験(相当因果関係)の外にあるのではない」。判例は、従来、確かに近親の侵害のみを責任設定の要件事実として認めてきた。しかし、それはあまりにも狭すぎる。……「原告がその連れと婚約していたかどうかということは、そもそも問題にならない。人間の殺害について報告を受けたことが、他人に健康侵害を惹起するのに適しているのは、近親が問題である場合だけでも言いうるかもしれない。しかし、ここでは、人間の殺害の報告による神経ショックの事案が問題ではなく、他人の殺害を直接に経験しなければならなかったことから生じる結果が問題なのである。心理的に媒介された因果関係が承認されることは、民法八三三一条一項の文言からそれ自体自明の結果である」。

ショック損害に関するリーディングケースとなったのは、一九七一年の連邦裁判所の判決である。

【128】連邦裁判所一九七一年五月一日判決 (BGHZ 56, 163=NJW 1971, 1883)

【事実】原告の夫が被告の車に衝突して死亡したが、原告は、夫の突然の死亡の連絡を受けて、重い精神的ショックを受け、今日もなお継続していると主張し、労働不能となったことにより、慰謝料を請求した。

【判旨】近親者の死亡事故に関する連絡による精神的動揺(ショック損害)は、それが確かに医的に把握しうる作用をもつが、近親者が死亡連絡に際して経験上さらされるような健康侵害を越えるものではない場合には、事故の惹起者に対する損害賠償請求権を根拠づけるものではない。民法八二三条一項の保護目的は、その種類と重大性によりこの枠を越えた健康侵害のみをカバーするものである。

このようにして、連邦裁判所は、ショック損害に関する損害賠償を否定するものではないが、これを制限している。法秩序は、ショックの被害者には「最低限度の抵抗力」はもっていることを要求しているのである。<sup>7)</sup>

刑事法においては、ショック損害については、原則的に、たとえ予見可能性の範囲内の事象であるとしても、危険実現連関は否定されるべきであろう。刑法上の殺人罪や過失傷害・致死罪の構成要件の保護目的は、当該事故の被害者自身以外の者の精神的動揺が身体的に影響することに對しても保護するところまでに及ぶものではないからである。<sup>8)</sup>

### (3) 自己答責性原理の意義

危険実現連関は、物理的・社会的な因果的連関のみを意味するのではなく、危険に対する規範的評価をも意味することは、すでに指摘した。たんに物理的な因果力や一般的生活危険あるいは事象の経験的通常性のみならず、事象連

関に対する「規範的な評価」が、危険実現連関の判断に重要な役割を果たすのである。それは、とくに、介入者の「自己答責的行為」や「法的義務履行行為」ないし「意識的な規範違反行為」がある場合に妥当する。もちろん、このような規範的評価も、事実的危険力の作用に全く影響されないわけではないが、危険実現連関論において、部分的にはそれを凌駕する意味をもちうる。間接的危険段階においても状況的危険段階においても、原則として、このようなモメントの介入によって、介入者の「答責性領域」に属する結果とみられる事象については、第一次的危険創出者の行為には帰属できないというべきである。

このような「第三者の答責性領域」に帰属されるべき結果について、その危険実現連関を否定する類型については、とくにこれを狭義の「規範の保護目的」という帰属基準が指導理念として妥当する問題領域であるということができると。なお、ロクシンは、これを「許された危険によって覆われた危険の実現によって原則として客観的構成要件への帰属が与えられる」が、「構成要件の射程、つまり、構成要件規範の保護目的が、発生した種類の結果を把捉せず、構成要件がその種の事象を防止するように規定されていないことで帰属が否定される」ものとして位置づけている。しかし、私見によれば、狭義における規範の保護目的の理論は、危険実現連関論の部分領域を表す帰属基準として理解すべきだと思われる。<sup>(10)</sup>したがって、「第三者の答責性領域」の問題領域については、危険実現連関は肯定されるが、規範の保護目的は否定されるというのではなく、危険実現連関も保護目的連関も否定されるのである。

(a) 個人の自己答責性の概念

第三者の答責性領域 (Verantwortungsbereich) に属する事象であることによって第一次的危険の帰属連関が中断される根拠として、前述のように、「個人の自己答責性」の原理が重要である。とくに状況的危険の段階においては、

創出された危険を適正に認識し、場合によってはその結果と付随的效果をも認識・認容しつつ「自己答責的に」その危険を引き受けた者の決断は、「共犯」とならないかぎり、刑法は、その責任を遡及させないものとしているのであり、このような刑法上の規範的評価は、帰属論にも推し及ぼされるべきである。このような考え方は、新しいものではなく、「因果関係の中断」論や「遡及禁止」論がすでに考慮していたものである。<sup>11</sup> このような考え方は、「法秩序が人間の答責性をその基礎にしている」ということ、また、「あらゆる人間は原則として責任ある法仲間」として取り扱われるべきであるという法原理に遡るものとされる。<sup>12</sup> シューマンによれば、「他人の自己答責性の原理の第一のそのして自明の帰結は、個々人の答責性の範囲は、原則として自己の行為に限定され、特別の事情のもとでのみ、他人のそれをも含むという点に存在する」というものである。<sup>13</sup> それは、また、人は「原則として自己の行為に対してのみ責任を負う」のであって、他人の行為に対しては責任を負わないか、例外的にのみ責任を負うという原理を表すとも言われている。<sup>14</sup> この「自己答責性」原理の概念の意味や機能の理解については、見解の相違がある。

(ア) ヴアルターの自己答責性概念

ヴァルターによれば、<sup>15</sup> それは、自己決定的行為の意味における法益の担い手の責任を意味する「積極的行為答責性」と、発生した結果に対する規範的な「単独の答責性」の二つの意味に用いられる。前者は、被害者の任意の同意がある場合には、被害者がその責任を負うという原理である。帰属論にとってはもとより後者の意味における自己答責性が重要である。この後者の問題にとっては、もともと遡及禁止論や因果関係の中断論が、正犯と共犯の区別のための理論的基礎として唱えられたように、<sup>16</sup> 「自己答責性原理」が、そもそも「結果帰属」を排除する原理なのか、「正犯性」を排除する原理なのかについては、問題を残していることについて注意を喚起しておく。<sup>17</sup>



(イ) フィートラーの自己答責性概念

フィートラーは、『承諾による他者危殆化の可罰性について』という著書において、「被害者学的原理」からその意義を説明しようとする<sup>(18)</sup>。フィートラーは、シューネマンによって公式化されたこの原理を、「社会的有害性を防止するための国家の究極の手段としての処罰は、被害者が保護に値せず、保護を必要としない場合には、投入されない」という原理であると理解する。これによって、被害者が、危険を完全に知見しながらその状況に身を置いたとき、保護に値せず、必要ともしないのである。フィートラーは、自己答責性の原理は、基本法の間像に含まれているというのであるが、これを批判するツァスチックによれば、それが、「被害者学的原理」が導かれているその演繹連関については明らかにされていない<sup>(20)</sup>。

(ウ) シューマンの自己答責性概念

次に、シューマンの「法原理」としての自己答責性の根拠づけがある。シューマンは、法秩序が人間が自己決定の能力をもつという人間像から出発しているとするとするなら、そこから「その個人に法によって割り当てられた答責性の範囲を原則的に限界づけること」ができるが、その限界づけは、「行為と構成要件該当の結果の間の因果経過が、他人によって——それが、被害者によってであれ第三者によってであれ——媒介されるときに、意味をもつ」という<sup>(21)</sup>。この他人も、原則的に自由で答責的に行為する者とみなされるのであって、その他人の行為とその結果は、原則として、その他人の答責性の範囲内に含まれ、第一の行為者の範囲内に含まれるのではないからである。そこでの指導理念は、次のような考え方である。すなわち、法秩序が人間の答責性をその基礎に置くということは、個人に割り当てられた答責性の範囲とそれに含まれた行為義務は、原則として、人は、他人が第三者または自分自身に対して注意深く行動

するように責任をもつ必要がないという点に限界をもつことをも明らかとするのである。<sup>(22)</sup>

(E) ツアスチックの自己答責性概念

さらに、ツアスチックは、法原理としての「自己答責性」を次のように根拠づける。<sup>(23)</sup> まず、「自己答責性」の概念は、その法的意味としては「刑法上の不法」の概念と関係する。ツアスチックによれば、まず、自己答責性とは、理性的に自己決定できる人間の能力であり、その自由を意味する。<sup>(24)</sup> 重要なのは、ここで、個人の自由は、他人との関係に包括されることである。つまり、他人も、自己と同様に、自由をもつのであり、このような他人との関係の中で、個人の自由は存在するのである。そして、他の法的人格は、自由な、自己答責的な法的人格として一般に法律において尊重されなければならない。<sup>(25)</sup> 次に、「不法と自己答責性」については、自己侵害は不法ではないということが認められなければならないという。それは、他人との関係を前提としないからである。しかし、実際的には、自殺や自傷行為に対しても、他人が「関与」するのが通常である。ここでは、一つの侵害結果がいわば二つの「行為の中心」に遡及するという状態が成立している。例えば、ある者が毒を用意し、他の者がそれを飲むという事案を想定しよう。そこで、このような場合にどのように、それぞれの答責性の範囲を割り振るかが問題となる。これについては、ツアスチック自身のその見解の要約を掲げておこう。<sup>(26)</sup>

「他人に振りかかった不法は、その他人が自らの力で責任をもてないような態様で侵害されることによって特徴づけられる。故意による不法は、その場合、行為者によって意識的に進行させられた、具体的な他人の自由の抑圧である。過失による不法とは、行為者がその危険を合義務的行為によって支配できたにもかかわらず、他人の具体的な自由を偶然的な存在へと低下させることを意味する。……被害者の側からみれば、そのような事象につ

き共同作用したさまざまな行為が認定されうる。ここでは、『意識的自己侵害』と『意識的自己危殆化』がその性質上区別される。①被害者が、自己の法益を侵害する行為の結果を知りつつ行為に着手し、その結果を意欲していたときには、意識的自己侵害が存在する。この場合、被害者自身が、意思と行為と結果を統一させている。

この統一をもたらしたことにより、原則として、その侵害事象に対する他人の責任は締め出される。他人の答責性は、自己侵害者が体質的な理由から事象の意味を正しく評価できず、または、他人の意思の欠缺（錯誤・強制）が決断の自己答責性を侵害するときにはじめて、問題となる。『意識的自己侵害の事案において過失正犯が存在するのは、局外者「行為者」がそのミスを知り、それに加えて、自己侵害を考慮して義務違反を犯したときのみである。』②意識的自己危殆化が存在するのは、被害者が、最終的に発生した結果を自己の行為の可能な結果として予見しているが、それにもかかわらず危険に自らをさらし、または回避しなかったときである。このような事案における他人の過失の不法は、発生した侵害が、被害者ではなく、局外者が、その法益を偶然に委ねたことに依存しているときにのみ、根拠づけられる。……他人の故意的不法は、このような事案では、行為者が侵害につながる事象を支配しているときにのみ存在する。それは、彼の行為計画に、被害者の知識ないし意思が劣っていることを利用するとき、とくに被害者が自分がさらされていると信じている偶然が実際には侵害の高蓋然性をもつものとその他人が知っているときにのみ存在する<sup>(27)</sup>（傍点引用者）。

このツァスチックの自己答責性概念の根拠づけは、すでに、その概念が客観的帰属論において果たすべき機能の分析にまで及んでいる。自己答責性の概念も、結果発生までをも意識した「意識的自己侵害」の場合と、結果発生の場合にまでは意識が及んでいる「意識的自己危殆化」の場合、さらに、背後者が、介在者の自己侵害を意識していたか

どうかなどのモメントによって、帰属基準として果たすべき役割が変化しうる。

(b) 個人の自己答責性原理

以上で検討したように、ドイツにおいては、帰属論の中における「自己答責性」の概念の内容と根拠づけおよび機能について、学説がさまざまな説明を行っている。ここでは、これらを参考に、危険実現連関論における「自己答責性」概念の機能について類型化と分析を行っておこう。

まず、自己答責性概念が、帰属論において果たす機能は、危険創出行為の類型に応じて異なりうる。<sup>(29)</sup> 第一に、①危険創出行為の後に、直接的危険段階を経て、間接的危険および状況的危険の段階に達したときに、自己答責的行為が介入する類型がある。例えば、顔を傷害された被害者の女性が将来に絶望して自殺したというような事例群がこれに当たる。この類型には、もとより、被害者の自己答責的行為のほか、第三者の自己答責的行為の介入の場合もこれに属する。第二に、②危険状況創出行為と同時に、または、その後に、被害者ないし第三者の自己答責的行為が介入する類型がある。例えば、猟銃を飲食店に実弾を込めて飾っていたところ、喧嘩の際にある客がそれで相手を殺傷したというような事例群は、危険状況創出行為の後に介入したという類型に属する。被害者の自己答責的行為の介入が、行為者の危険状況創出行為と同時にに行われる事例群に属するのは、後出のドイツの「オートバイ競争事件」【139】やエイズ感染事例のような、いわゆる「承諾にもとづく他人の危殆化」の事例群である。

この両類型のうち、前者の類型においては、過失犯における共犯は、問題とならないが、後者の類型における事後的に介入する類型については、過失によって危険状況を創出した者に、過失による教唆ないし幫助が成立しないかどうかは、過失共犯をどのように構想するかによるといえる。このような共犯論のからみから、この後者の事例群に関

する帰属基準は、前者のそれに比べて複雑である。ここでは、例えば、第三者の「故意行為」が介入する事例といえども、必ずしも、「遡及禁止」原則が妥当するかどうかが問題となる。故意による教唆の場合、正犯者の故意行為が介入しても、結果に対して共犯としての責任を負い、また、例えば、正犯が客体の錯誤を侵した場合に、方法の錯誤として具体的符合説により、教唆者に過失犯の成立を認めるならば、故意の正犯に対する過失犯の成立も考えうるからである。

次に、介入する自己答責的行為の主体に応じて、原則的に、①被害者、②第三者、③行為者のそれに分けることができる。さらに、被害者の自己答責的行為は、その「結果」ないし「危険」に対する認識に応じて、①意識的自己侵害の事案と、②意識的自己危殆化（危険）の事案に分けることができる。前者の事例としては、前述の被害者の自殺であり、後者の事例としては、放火に際しての被害者の救出のために火の中に飛び込んで死亡した救助者の行為が挙げられる。これに対して、第三者ないし行為者自身の自己答責的行為の場合には、自己答責的行為というためには、結果の発生について意識している必要がある。また、第三者の自己答責的行為は、重傷を負った交通事故の被害者たる子供の輸血を拒否した両親の自己答責的行為のように、それ自身が「規範違反」かどうか問題となる事例群もあるが、ほとんどの場合、故意による「規範違反行為」である。

### (c) 法秩序の自己答責性原理

個人の自己答責性の原理とならんで重要なもう一つの原理は、「法秩序の自己答責性」の原理である。<sup>(30)</sup>これは、私の造語であるが、創出された危険の効果が持続している間に、法秩序の要請に答える形で、規範によって「誘発」されて危険に介入した場合には、そのような介入行為が「過失的」態様によって行われた場合にも、その結果について

は原則として法秩序が自己答責的にその責任を負担すべきであるという考え方をいう。これは、第一行為者によって創出された危険がもたらす「不法な危険状況」が、法秩序のその危険への介入によっていわば「正当化」されると考えることもできよう。また、法秩序は、たとえ、その介入の基礎をなす誘発が、第一行為者によって惹き起こされたものであったとしても、その独自の判断で介入した行為者の「過失」によって惹き起こされた結果を、第一行為者に「転嫁」してはならないのである。<sup>(31)</sup>

(d) 自己答責的規範違反原理

既述のように、第一原理である「個人の自己答責性」の原理の派生原理として、第一行為者によって創出された危険が少なくとも間接的危険段階に至り、「物理的切迫危険」ではないかぎり、そのような危険の射程を正しく認識しながら、規範違反行為によってその危険に介入し、結果の発生に至らしめた者は、その結果に対して自己答責的に責任を負うのであって、第一次的危険創出者に、その責任を遡及させることはできないという原理が導かれる。これを「自己答責的規範違反原理」と呼ぶことにしよう。この原理は、第三者の適法行為に対する「信頼の原則」として帰属基準に挙げられることがあるが、信頼の原則は、プッペの言葉によると過失犯における「注意義務の成立自体」の問題<sup>(32)</sup>、つまり、危険創出連関の問題であって、危険実現連関においては、その本質は、「自己答責的規範違反行為」は、それ自体でそのもたらす結果に対する責任を負うべきだという考え方にあるべきである。

この「自己答責的規範違反行為」の概念については、①それが、第三者の介入類型を念頭に置いたものであること、②結果の発生に対する認識・認容のない過失的規範違反行為の介入は除かれることが重要である。したがって、その内実としては、第三者の故意行為の介入の事案が予定されている。

このように、ここで考察する類型は、このような①「個人の自己答責性」原理、②「法秩序の自己答責性」の原理、および③「自己答責的規範違反行為」の原理によって、原則として危険実現連関が規範的観点から中断される事案である。

#### (4) 自己答責的行為の介入類型

##### (a) 意識的自己侵害行為の介入類型

被害者が完全に危険状況および自己の行為の射程・効果を意識しながら、自由な意思決定により第二次的危険の招来を甘受する決断をなした場合には、危険実現連関は中断される。この問題領域は、ドイツにおいては、「任意な自己危殆化への共犯」(Teilnahme freiwilliger Selbstgefährdung)、「答責性の領域」(Verantwortungsbereich)、「自己答責性原理」(Eigenverantwortlichkeitsprinzip)などといった概念によって帰属を限定する基準が論じられている領域である。<sup>33)</sup>

状況的危険が継続している状況における意識的自己侵害の決断にもとづく行為の介入は、危険実現連関を中断する。その行為の介入によって規範的に新たに評価されるべき「新たな危険」が設定されたのであり、その答責性領域は、その任意な決意にもとづく介入行為者に属することになるからである。

##### (ア) 救助の任意的拒否の類型

事故の被害者が、救助の手が差し伸べられているのに、それを「危険を完全に意識して」拒否した場合には、危険実現連関は否定される。例えば、交通事故の被害者が、宗教上の理由で、「輸血」を拒否したために死亡したという

事案がそうである。この場合、傷害罪での処罰はともかく、傷害致死罪の成立はない。なぜならば、被害者が、自らの完全に危険を意識した決断によって、死の危険に自らをさらしたのであり、そこまでで行為者による創出危険の範囲が終わり、危険実現が否定されるからである。しかし、危険実現連関が否定されるのは、創出危険が、直接的危険段階ではなく、間接的危険(ないし場合によっては、状況的危険)にある場合である。

【129】 川崎エホバの証人輸血拒否事件

【事実】 一九八五年六月六日に、川崎市において、一〇歳の少年が自転車に乗っていたところ、ダンプカーに接触・転倒し、両足を轢過され、骨折した。救急病院で手当てを受けたが、両親がエホバの証人の信者であり、医師団からの強い説得にもかかわらず、宗教上の理由から輸血を拒否したため、少年は手術を受けることができず、事故の四時間半後、出血性ショックにより死亡した。

【判旨】 ダンプカーの運転手は、業務上過失致死で書類送検され、略式裁判の結果、罰金一五万円に処せられた。

この事件では、輸血をすれば確実に助かっていたかどうかは断言できない事例であったとされている。したがって、この事件では、第一次的な直接的危険の段階ないし間接的危険段階にあったものと思われる。直接的危険段階においては、輸血拒否は、意味をもたないが、間接的危険段階にあり、輸血によって救助可能であったとすれば、このような完全に発生する結果についての認識をもちつつ、宗教上の理由でこれをあえて拒否する場合には、死亡結果に対する答責性領域は、行為者を離れるものというべきであろう。本件の場合、被害者の少年に代わって、両親の宗教によって、輸血が拒否されているが、このような代理権限を両親がもつかどうかは別にして、そこから発した危険は、両親が負うべきであって、第一次的危険の惹起者ではない。一〇歳の少年本人が輸血を拒否した場合には、その意思



表示がそもそも有効かどうかが疑問であるが、これにもとづいてもし医師が輸血を行わなかったとすれば、この場合も、少なくとも行為者に結果を帰属すべきではないであろう。なお、昭和六〇年三月に富山県において生じた【130】富山エホバの証人輸血拒否事件では、交通事故後、病院に収容された五四歳の女性が、医師から説得されたにもかかわらず、信仰上の理由で輸血を拒否したため、四時間後に死亡したという事案においては、富山地検は、運転者らを業務上過失傷害罪で略式起訴したとされている。<sup>(35)</sup>

(イ) 被害者の自殺の介入類型

第一次的危険の結果は、軽傷にすぎなかったにもかかわらず、その傷のことを気に病んで自殺したという場合、あるいは身体的な影響の結果自殺したという場合も、<sup>(36)</sup>間接的危険ないし状況的危険に対する意識的自己侵害行為の介入の類型であり、通例、危険実現連関は中断される。

【131】 連邦裁判所一九五二年四月三〇日判決（未公開）<sup>(37)</sup>

【事實】 親衛隊員達がある共産党員である学生（S）を恣意的に拘禁した。Sは、とくに、ある警備兵（W）によって繰り返して虐待された。同様に警備の責任者であった被告人（A）は、暴行の目的で、鋤の柄を探すのを手伝った。Sは死亡した。Sは、自ら首を吊った可能性があった。暴行により、Sには、自殺が唯一の逃げ道だと思われたような絶望的な状況に陥らされていたからである。

【判旨】 連邦裁判所は、Aを過失致死の幫助で有罪とした原審の判決を確認した。

この事例では、正犯が、殺意をもっていただけなら、二二二条の故殺の間接正犯の事例であったらうといわれている。<sup>(38)</sup>殺意がない場合には、致死結果を予見しなければならず、二二二条の過失致死罪であったとされる。二三九条の自由

剝奪致死罪が成立するかどうかは、死亡結果が基本構成要件の保護範囲内にあるかどうか、つまり、不自由な自殺がまさに基本犯から生じた危険を實現したものでどうかによる。Sは、いまだ続く現在の危険から逃れようと「自由」な自殺へと追い立てられたのだから、この危険の實現は肯定されるものと思われる。

この事例は、肉体的苦痛が自殺へと駆り立てた事例であり、危険實現連関の肯定は容易である。心理的苦痛から自殺に至った事案については、ライヒスゲリヒトの判例がある。

【132】ライヒスゲリヒト一九四四年七月一〇日判決 (RG DR 1945, 22) がそうである。ここでは、被告人Sの妻Eは、脳炎を患い、運動能力にも障害があり、情緒不安定で、一定の世話が必要であった。Sは、妻が病院に入院中に、Nと知り合い、性的関係に陥ったが、その後、家政婦として家に入れて、妻の世話をさせようとした。Eは、家事のためのお金も渡されず、食事も別にとり、Sは、Nの夫から、姦通により離婚を申し立てられると、恥もせずEの面前で、離婚訴訟について話し合った。ある日、ついにEは、自殺した。Eが、夫の態度に堪えがたくなって、首を吊ったことは明らかであるという。この事案に対して、ライヒスゲリヒトは、二三三条b (保護を命じられた者に対する虐待) と二二六条 (傷害致死) を肯定した。

「自己答責的侵害行為」の介入の類型は、その後、「自殺に対する共犯」の可罰性の問題として論じられた<sup>39)</sup>。それによって、「共犯論」の観点からこの問題が論じられるようになったのである。すでに、ライヒスゲリヒトは、自殺に対する共犯を、構成要件に該当する正犯行為が存在しないので、これに対する関与は不可罰であると述べて、罰せられないとした (RGSt 70, 313)。もちろん、ここでは、「自己答責性」の原理ではなく、構成要件不該当であることが、共犯の責任の否定の根拠とされている。しかし、もちろんその根拠だけでは十分でなく、たとえば間接正犯の理

論を援用して、関与者を正犯と構成する方法もないではない。これが採られなかったのは、実質的に、このような事案においては、自殺者が行動の中心であって、関与者は、局外者であるという実質的な根拠から、関与者の不可罰性が根拠づけられていたからである (BGH NJW 1960, 1821)。いわゆる共犯の論拠は、根拠づけが行われた結果を示すのみであって、根拠づけの一部をなすものではない。<sup>(4)</sup>

まず、ここでは、医者が患者の自殺に対して故意によって幫助した場合に、不可罰であるとされた事例を紹介しておこう。

【133】 ミュンヘン上級ラント裁判所一九八七年七月三一日判決 (ハッケタール事件 II NJW 1987, 2940)

【事実】 医師ハッケタール (Hacketaal) は、顔面に腫瘍ができ、別の医師に治療を受けていた女性 E が絶望的になり、自殺の願望をもちたのに対して、シアン化カリウムを準備し、診療室でそれを E に手渡した。ハッケタールは、嘱託にもとづく殺人の容疑で起訴され、他の協力した医師もその幫助で起訴された。タウンシュタイン・ラント裁判所は、決定により公判開始を拒否した。

【判旨】 嘱託殺人を犯したという十分な嫌疑は存在しない。「現行法によれば、自己答責的に意欲され実現された自殺は、殺人罪の構成要件を充足しない。したがって、動機の純粹性を考慮することなく、たんにそれに関与した者は、教唆または幫助として処罰されえない」。不可罰な自殺幫助と可罰的な嘱託殺人とを区別するにあたっては、「誰が死につながる事実を事実上支配したかのみが重要である」。自殺者が「死に至るまでその運命に対する自由な決断をもち続けていたなら、他人の協力を得たとしても自殺したのである」。判例のこの基準によれば、直接実行正犯は認められない。E は、自らの手で、生命を放棄する行為を行ったのである。自らの手で自殺しても、自殺者が事象を支配する背後者の自由のない道具として行動したときには、殺人罪となる。それによれば、間接正犯におけるそのような殺人は、自殺者が自己答責的に行為しなかったときに存在する。

この判決に典型的に現れているように、自殺に対する教唆・幫助は、自殺者が自らの行為に対する「支配」をもっているかぎり、ドイツにおいては不可罰である。これは、「自己答責性」の原理から、共犯的形態における「自己危殆化」への関与を不可罰としたものである。

自殺者に、過失によってピストルを提供した者は、自殺に対する故意の教唆・幫助が不可罰とされている法制度のもとでは、過失犯として処罰されてはならないであろう。それは、法秩序の価値矛盾だからである。次に挙げる判例は、このような「自己危殆化」の原理により、自殺行為を過失によって促進し、容易にした者を不可罰とした周知の判例であり、以後の自己答責性に関する判例のリーディング・ケースとなったものである。

【134】連邦裁判所一九七二年五月一六日判決 (BGHSt 24, 342)

【事実】 深い仲にあった被告人Xと女性Sは、Sの乗用車でドライブを行った。その際、Sは、一緒にレストランを訪れ、アルコール類を飲んだ後、被告人の職務用ピストルで自殺した。陪審裁判所は、Sの死に対して過失のあった被告人の行為は、彼が、Sがしばしば突然に抑圧を感じ陰鬱になるのを意識し、しかも今までも何回か自殺未遂を行っているのを意識しながら、ピストルの弾丸を抜くことなく、レストランを訪れたことに求めている。約五時間から五時間半レストランにおいてアルコール類を飲んで来た。ドライブを続けた後、休憩をとったときに、被告人が気づかないうちにSは計器盤の横のケースからピストルを取り出し、自らを撃って死亡した。上級ラント裁判所は、無罪とした。

【判旨】 本法廷は、上級ラント裁判所の法の見解に与する。幫助の故意で自殺者の死亡を共同惹起した者は、処罰されない。なぜならば、自殺は犯罪ではないからである。その際、幫助者が自殺者の死亡に至るだろうと意識し、またはそれでも仕方がないとは認していたことは、幫助の故意である。すでにこのことが、過失によってのみ自殺者の死亡に対する原因を設定した者を処罰することを、正義という根拠から禁止する。

このようにして、この判例によって、自殺に対する過失幫助は、不可罰であるという原則が成立したのである。

そのほか、強姦罪などの性犯罪の被害者が、精神的苦痛から自殺した場合に、「致死」について帰属が認められるかが問題となる。わが国では、学説の対立があるが、因果関係を否定するのが一般的である。<sup>(41)</sup>

(ウ) 意識的自己危殆化行為の介入類型

自らの行動のもたらす「危険」は完全に意識されていたが、「結果」の発生については、発生することはないと誤信し、または発生を未必的に認識していた場合にも、結果の第一の行為者への帰属は否定されるべきである。

このような類型に属する事例として、ドイツのライヒスゲリヒトには、次のような判例がある。

【135】 ライヒスゲリヒト一八八一年二月三日判決 (RGSt 5: 202)

【事実】 被告人Xは、工場を営んでいた小屋が火事になったとき、そこで働いていた一四歳のAは、いったん小屋から救助されたが、長靴を取り出そうとしてもう一度引き返して、煙に巻かれて窒息死した。

【判旨】 「被告人の過失によって惹起された小屋の焼失とAの死亡との間の直接の因果関係は、認定される。死亡は、火災によって、つまり、最後に展開した自然力、すなわち炎と煙の直接の作用によって、直接に惹起された。ここでは、Aが燃え盛る家をすでに出て、もう一度、取って返したときに、焼死しないし窒息死したということは重要ではない。Aは、もちろん、中間原因たる小屋への引き返しに影響を与え、それによって火事による死亡が発生することになった。引き返したことがそれ自体は、しかし、被告人の過失によって惹き起こされた火事によって誘発されている。それは、Aに属する小屋に残された物をとろうとして生じた。したがって、Aが引き返していなければ、Aの死亡もなかったのだから、火事と死亡との間の最終的な直接の因果関係はなくなる。」

この判例は、条件説に従っている。いったん燃え盛る家を出ているのであるから、直接的危険はいったん収束に向

かったことを意味している。したがって、Aの生命の危険がいったん安全化されたのであるから、残っているのは、いまだ家が燃えているという状況的危険のみである。一般的には、このような状況のもとで、危険を意識して、あるいは少なくとも重大な過失によって、Aが自らの意思で、燃え盛る小屋に引き戻るといふ自己危殆化を行った場合には、帰属連関は中断されるものというべきであろう。しかし、本件では、一四歳の子供の行為が問題となっている。ここでは、そもそも刑事責任年齢に達していたとしても、十分な危険に対する判断能力にも問題がある場合であり、被害者が、いったん難を逃れながら、「被害者の不合理な行動」によってふたたび危険状況に身をさらしたのであるから、この事例は、むしろ、「不合理な行動」の介入事例として取り扱われるべきであろう。

(b) 意識的自己危殆化行為の介入類型のドイツにおける展開

(ア) ドイツの判例の展開

ドイツの判例は、すでに、プロイセン王立最高法院 (preußisch Königlich Obertribunal) の時代に、過失犯における「被害者の行為」の役割の問題を取り扱った。ここでは、被害者の重大な過失が問題となったが、裁判所は、「行為者と被害者の過失の割合を衡量して」、「行為者の過失の優越性」から、有罪を導いている。例えば、立ち入りの権限のないものが、十分に安全措施を講じられていないビール蔵に立ち入り転落した場合、その者に対するビール酒造業者の過失責任を根拠づけた。<sup>(42)</sup>

すでにライヒスゲリヒトの【136】メメル河事件 (RGSt. 57, 172)<sup>(43)</sup> において「自己危殆化」および「承諾にもとづく他人の危殆化」に対する関与の問題に取り組んだ。嵐の日に、船頭が二人の客を渡し船で渡したが、「二人は、成人の理解力のある大人であって、その乗船が危険なことを完全に、被告人と同程度に知っていた」がゆえに、自己侵害

を行ったのであって、船頭には監護義務はなかったというのである。<sup>(44)</sup> この判決は、問題を「過失責任」論の内部で取り扱っている。「危険な行為のあらゆる実行が、すでにそれ自体として、それに内在している危険性のゆえに、義務違反を含むというものではない。むしろ、それは事情に応じて合義務的な、または義務によって要請されていなかったがゆえに義務に「反することもないものでありうる」。いわば、この判例は、成人の自己危殆化行為につき、船頭の監督過失の存在を否定したのである。その後の判例において、問題を「過失侵害における同意」の問題として構成し、不可罰を主張した上告を棄却したものがある。一九二五年の【137】モーターバイク事件 (RG JW 1925, 2250) がそれである。後の被害者Pが、後の被告人である一八歳になったばかりで、運転免許を持っていないAの運転するバイクに同乗させてもらった際、Pはブレーキが故障していたことは知らなかったが、Aは発車の直前にこのことに気づいた。後にバイクが転倒し、Pが死亡した。この事案で、ライヒスゲリヒトは、被殺者の同意は原則として意味をもたないとして、この義務は絶対的なものであるから、被告人はその企てを注意深く実行するという義務から解放されえないとする。一般的には、ライヒスゲリヒトは、被害者の「共同責任」(Mitschulden)を考慮しなかった。それは、もっぱら「因果関係」の枠内でこの問題を取り扱ったからである。判例の中には、「予見可能性」という主観的要件によってこれを制限したものもある。当時、学説で強力に主張された「遡及禁止論」は、判例においては、抑制的にのみ認められたといえよう。<sup>(45)</sup>

連邦裁判所は、自己危殆化の問題をさまざまな角度から論じた。まず、一九五三年の【138】喧嘩事件 (Schlägerei-Fall: BGHSt 4, 88) においては、「生命の危殆化に対する同意」による正当化は、一般に考慮されないものと論じた。事案は、被害者Dが被告人に喧嘩を挑発したが、その後、Dは、被告人に殴られ死亡した。過失致死罪につき、連邦

裁判所は、「特別の条件」のもとで、行為の義務違反性は、何者かが一定の危険を明確に意識して甘受し、行為者がその一般的注意義務を果たしたとき、否定されるものとしたのであるが、ここでは、この問題を過失犯における「注意義務」の問題として捉えている。判例においては、酔っぱらい運転に危険を承諾して同乗するという事案が一つのグループをなしているが、現在でも引用される周知の事例は、酩酊者と賭をしてオートバイで競争したが、その相手が事故で死亡したという事案である。周知の事例は、一九五五年の【139】オートバイ競争事件（Wettfahrt-Fall: BGHSt 7, 112）である。連邦裁判所は、この事案につき過失致死罪で有罪を言い渡した。この中で、連邦裁判所は、死亡者の「自己危殆化」に言及した。それは、死亡者は危殆化を認容していたが、「その同意は、殺人行為にとって法的効果をもたない」というだけのものであった（BGHSt 7, 112）。その後、後に検討する【158】天然痘の医師事件（BGHSt 7, 112）において牧師による傷害に対する同意は、同意は将来の行為についてのみなされうると述べて、この理論構成を否定した。

さて、連邦裁判所が、「意識的自己危殆化」を同意と無関係な問題と認識したことによって、判例の「転機」となったのは、<sup>(46)</sup>薬物中毒の患者に（ジェットリウムという）薬物を処方した医師の行為について、患者が医師の明示的な処方<sup>(46)</sup>に反して、禁断症状の状態において自己危殆化を意識しつつ、その薬物を静脈注射したという一九七八年七月一八日のいわゆる【140】ジェットリウム事件判決<sup>(47)</sup>おごつてである（BGH JfR 1979, 429 m. Anm. Hirsch）。この判決の中では、この問題を「同意」の問題ではなく、「別の違法性の問題に位置づけ」られ、「自己危殆化した者の自由な、そして答責的な行動が自己危殆化を可能とした者に帰属されえない」という一般的帰結は、連邦裁判所の第五部の前出【134】警官の職務用ピストルによる自殺関与事件（BGHSt 24, 342）の判例<sup>(47)</sup>から導かれるのかどうかについては留



保されている。ここでは、むしろ、「過失によって自殺者の死亡を惹起した者は不可罰である」という命題は行き過ぎであるとしたのである。医者は、患者に対して、回避可能な危険にさらさないという保障人的義務を負うという。

この事案は、したがって、「医師と患者の関係」という特殊な保障人的地位関係にある場合を問題として、この問題に取り組んだのであって、まさしく、帰属論の問題については、留保されているのである。<sup>(48)</sup> 其の後の【14】ツエレ上級ラント裁判所の判例 (OLG Celle MDR 1980, 74) は、ヘロインを交付した者の過失致死責任について、連邦裁判所の判例を引用して、ヘロインを自ら注射した者による危険の知見は、ヘロイン交付者の過失致死責任を排除しないということから出発し、「因果性」、「義務違反性」および「予見可能性」をその理論的根拠とした。

その後、問題の中心に躍り出たのが、「エイズ感染者」との性交による「危険な傷害」の成否の問題である。ここでは、「自己危殆化」ないし「承諾にもとづく他人の危殆化」が、危険創出のときにすでに行われる点に特色があるといえよう。

#### (イ) 事例の類型化

上述の判例には、二つの類型が含まれている。それは、①第一次的危険の創出の後に、意識的自己危殆化行為が介入する類型と②第一次的危険創出行為と同時に、被害者の自己危殆化行為が共働する類型である。第一類型は、「意識のないし故意的自己危殆化」の類型であり、事後的介入類型である。第二類型は、「承諾にもとづく他人の危殆化」の事例であって、被害者は、同時的に行為者の危険創出行為に介入する同時的介入類型である。この場合、被害者は、自らを故意に危殆化したのではなく、「危険を意識しつつ他人によって自己を危殆化した」と言われている。<sup>(49)</sup>

これに関するロクシンの区別基準は、介入する第二次的危険に対する「支配」が、行為者にあるのか、被害者にあ

るのかによる區別である。しかし、この區別基準は、これら二類型の構造的相違点を見誤るものである。ロクシンは、AとBとが、兩名ともに酩酊していたが、責任無能力には至っていなかったという状態で、オートバイ競争を行なった際、Bが、自らの過失で事故を起こし、死亡したという前出の【39】オートバイ競争事件(BGHSt 7, 112)について、これを「自己危殆化」の事例たる第一類型に入れている。しかし、この事例は、危険創出行為と被害者の介入危険行為とが「同時」に行われている事例であって、われわれの先の基準からは、「承諾にもとづく他人の危殆化」(第二類型)の事例である。確かに「自己危殆化」の類型においては、被害者が結果への因果を「支配」しているが、それは、すでに行為者の第一次的危険創出行為が「終了」しているからである。これに対して、「承諾にもとづく他人の危殆化」の類型においては、他人が因果経過を「支配」している。これは、「同時的支配」を意味する。この支配は、自車に同乗させる事案のような物理的支配にかぎられない。オートバイ競争においても、競争することによって、被害者の行為を遠隔的に、「同時的に支配」しているのである。このようにして、ロクシンの區別基準をこのように「遠隔的支配」を含めて考えたとすると、オートバイ競争の事例も、行為者が「支配」をもつのであるから、「承諾にもとづく他人による危殆化」の事例群に含められるべきものであった。さもなければ、後に例に挙げる「エイズ感染の事例」も、そもそも「感染するような危険な契機」を作るかどうかは、被害者が「支配」しているのであるから、「自己危殆化」の例に含められるべきであらう。もちろん、このことは、「支配概念」の不明確化に導くことになる。

むしろ、前述のように、この二つの類型の區別は、危険創出行為の後の事後的な「自己危殆化行為」の介入か、危険創出行為と同時に被害者の介入かによるべきなのである。学説の中では、この基準によりながら、後者の類型を

も、「自己危殆化」と呼ぼうとするものがある<sup>(50)</sup>。しかし、この見解は、行為者が処罰されるべき類型を「自己危殆化」と呼び、処罰されるべきでない類型を「他人による危殆化」と呼ぼうとするものであるから、ここでの典型的区別概念とは別の用法である。

(i) 自己危殆化行為の介入類型

自己危殆化行為が介入する事案においては、まず、麻薬の交付・販売者の責任の範囲については、それを受領した者が、それを吸飲ないし注射したため死亡したという事例群において、判例がその立場を変遷させながら、一定の理論を樹立していったことが確認されるべきである。

当初、連邦裁判所は、このような事案について、麻薬交付者の過失責任を認めていた。ヘロインを被告人から買った者が、注射してすぐに死亡したという事案について、ラント裁判所が過失を否定したのに対して、連邦裁判所は、次のようにいう。

【142】連邦裁判所一九八一年四月二八日判決 (NSZ 1981, 350)

【判旨】「刑事裁判所の考察は、麻薬の交付による過失致死の問題の判断にとつて重要なそのほかの観点をも看過している。

ヘロイン販売者は、ヘロインの販売と交付によるヘロイン中毒者の死亡を惹起した場合、刑法三二二条の意味における過失を認めるには、通常、麻薬の購入者が注射を知っているか、予測できたなら、また、交付された物の危険性について意識しているか、……知りえたならば十分である」。

この判決について、シューネマンは、行為と結果の間に因果関係があり、行為者によって結果の予見可能性があれば過失犯として可罰的だという古い過失体系の枠内にとどまったものだと批判する<sup>(51)</sup>。このような体系は、

すでにエンギッシュの一九三〇年の研究によって克服されているのである。このような体系認識からすれば、判例が、結果の帰属のために因果関係や危険増加論を越えて、「行為と結果の保護目的連関」をも要求することによって過失責任を限定する現代の帰属論を論じていないのは当然である。このような新しい帰属論は学説においては広く認められてきているが、保護目的思想の具体化については、論争されている問題も多い。とくに、「他人の自己侵害または自己危殆化に対する過失の関与」の不可罰性については、学説において争われているが、判例は、このような議論と対決すべきであった。このようにして、シュエネマンはこの判決の「理論的論証の不十分な点」を指摘したのである。その一年後に出た判決においても、連邦裁判所の態度に変更はなかった。むしろ、明確に、自己危殆化の観点における検討を必要なしと論じている。

【143】 連邦裁判所一九八二年一〇月二八日判決 (NSZ 1983, 72)

【事実】 被告人は、高度に濃縮されたヘロインを入手し、Bに販売した。ヘロイン中毒者Pは、被告人にヘロインを売ってほしいと頼んだが、そのとき、持ち合わせがなかったので、Bが前日被告人から買ったヘロインを分けてやると言った。Bの住居まで三人で向かい、被告人は、強いものなので注意するように述べたが、BとPが注射した後、Pが死亡した。

【判旨】 「そのような禁止された致死的結果をとまなうヘロイン交付の事案において、意識的自己危険化の観点が、刑法二二条の適用を妨げるものではないことは、本法廷は、繰り返し判示した。この判例は学説において批判されているが、本件につき学説による疑念と詳しく対決する必要を認めない」。

次の判例によって、ようやく連邦裁判所は、自己危殆化の原理を考慮する方向に方向転換した。

【144】 連邦裁判所一九八四年二月一四日判決 (BGHSt 32, 262=NSZ 1984, 410=NJW 1984, 1469=MDR 1984, 503=JZ

【事実】 被告人Xは、ハードな薬物をやっていることで有名なHと会って、Hがヘロインをもっているが、注射器がないと述べたので、使い捨ての注射器を三本手に入れ、飲食店のトイレで、スプーンの上で三個の「百回ヒット」(Hundert-Hit)を煮沸して、Xは一本、Hは二本「煮沸したブツ」を注射した。その後、XとHは、意識不明に陥った。客が二人を見つけ、救急車を呼んだ。医者がやって来たとき、Hはすでに死亡していた。注射が呼吸停止と心臓循環障害を招いたのであった。

少年裁判所は、XがHの死亡の原因をなした(因果性)という。そして、Hが「軽く酩酊していたこと」は、予見可能だった(予見可能性)のであり、事象経過は予見しえたから、過失致死罪が成立するとした。

【判旨】 因果性と予見可能性に関する事実審の裁判官の考察は、法的考察に決定的な観点に関係するものではない。そのような観点とは、被告人が、彼の友人の故意による自己危殆化に関与したが、その自己危殆化はその友人が自ら望んだものであったという点にある。このような関与によって彼が、Hの死亡にとって原因となった奇与をなしたとしても、そして、その行為の因果性を予見できたとしても、過失致死罪で可罰的にはならないのである。その根拠は、次の考察にある。自己答責的に意欲され、実現された自殺または自傷行為は、殺人または傷害の構成要件に当てはまらない。したがって、それに関与した者も可罰的ではない。自殺または自傷行為に導く自己侵害者の自己答責的な行為を過失によって誘発し、可能にし、または促進した者は、故意による誘発、可能化、または促進の場合に、可罰的とされないのならば、可罰的ではありえない。このことは、結果が発生しようとして、しないにもかかわらず、しかし、関与者が、自殺者・自傷行為者より多い、特別の知識をもっている場合は別である。(その根拠は次の考察にある、その詳しい考察は以下の通りである)

(1) 自己答責的に意欲され、実現された自殺ないし自己傷害は、致死罪または致傷罪の構成要件に当たらない。自己損傷者の自殺ないし自己傷害につながる自己答責的な行為を、過失によって誘発し、可能にし、または促進した者は、彼が、故意の誘発、可能化または促進の場合において可罰的なものとならないならば、可罰的ではない。その者が、義務違反的に予見可能な(また

は予見された) 結果に対する条件を設定したがゆえに、過失致死または傷害として処罰されるとしたら、そのような処罰は、責任形式の段階的關係に反する。そこには、評価矛盾が存在する。

(2) 自己答責的に望まれ、行われた自己危殆化は、致傷罪または致死罪の構成要件に当たらない。その際、危殆化と意識的にかわった当該危険は実現したのか(行為者が自傷したかまたは自殺したか) または、「結果」は発生しなかったのかはどのようによい。たんに自己答責的に望まれ実現された自己危殆化を(過失的・故意的に)誘発し、可能化し、または促進した者は、構成要件該当的でなく、したがって可罰的ではない出来事である事象に関与したのである。

(3) 被告人は、ただ、材料の所持者の意識的な自己危殆化(および自己傷害)を可能にしたにすぎない。認定されたところからは、彼が危険をその友人よりはよく認識していたということに対する手がかりはない。Hが自己答責的に振る舞ったかどうかは、疑わしい。しかし、この問題についてのこれ以上の認定はもはや不可能であった。したがって、それは被告人に有利に肯定されなければならない。

(4) 麻醉剤法が、この法律の中に書かれた構成要件を充たす行為によって自己答責的に意欲され実現された自己危殆化を誘発し可能化し促進する行為を、刑罰によって威嚇しているという事実は、法的判断に影響しない。そのような刑罰威嚇の存在からは、それが妥当する構成要件の範囲においては、その「結果」が自己答責的に意欲され実行された自己危殆化の実現であるときにも、「関与者」の過失致死罪による有罪が問題となるということは、演繹されえない。過失致死の観点のもとに構成要件該当的でない事象は、「関与者」が、他の構成要件によれば可罰的であるような寄与をなしたがゆえに、構成要件該当的になるということはありえない。

この判決は、自己危殆化原理と本格的に取り組み、その後の指導命題となった「自己危殆化原理」による帰属否定基準を「公式化」した。そして、結論的にも、意識的自己危殆化の場合の行為者の責任を明確に否定している。<sup>(52)</sup>

しかし、その後の判例において、連邦裁判所は、「不作為犯的構成」を持ち出して、ふたたび、麻薬の交付者の過失責任を肯定しようとした。次の判例が、意識不明に陥った後、不作為犯が問題になることはありうることを示している。

【145】連邦裁判所一九八四年六月二七日判決 (BGH NSZ 1984, 452=StrV 1985, 56)

【事実】 Pは、先にアルコールを飲んでしたが、Gの住居で、被告人らとハシシユのジョイントを飲み、さらに、錠剤を飲んでた。被告人はPがヘロインの経験があるが、常に飲んでるわけではないと知っていた。二三時ころ、Pは意識不明に陥った。頬を叩いたり、頭に冷水を浴びせたりした後、Gは、医者を呼ぼうとしたが、被告人は、危険ではなく、ハシシユの効果で眠っているだけだと判断し、これに反対した。翌朝、Pは、呼吸麻痺と意識不明から生じた肺炎が急激に悪化し心臓麻痺で死亡した。ラント裁判所は、不救助罪で有罪とした。

【判旨】 被告人は、過失致死罪にも問われるべきである。もとより、刑事裁判所が、被告人が死亡者にヘロイン混合剤を吸飲のために与えた点では、過失致死罪を否定したことは問題がない。(このことは、前掲の判決が示している)。ラント裁判所の誤謬は、Pが意識不明に陥った後の被告人の態度を、(過失) 致死罪の観点のもとで検討してはいない点である。まず、考慮されるべきは、被告人が刑法二三条により、Pの死亡の危険を回避するべき義務を負っているということである。ヘロインを義務に違反して交付したことによって被害者の意識不明によって生じる危険状況を事実的に発生させたからである。被告人の作為義務は、被告人が最初被害者の了解のもとに自己危殆化を可能にしたということによって影響されない。それが不可罰であることは、危険が明白に実現した時点での保障人的地位を根拠づけることを妨げない。それどころか、被告人はGが医者を呼ぼうとしたのを止めている。それが作為正犯か教唆かはここでは問わない。

これに対しては、シュトレーの評釈があるが、とくに連邦裁判所の「不作為犯的構成」に対するシュトレーの批判

は説得力があるように思われる。以下で、このシュトレーの批判を検討しておこう。

シュトレーによると、連邦裁判所は、危険状況が発生した後、自己危殆化に関与した者には、差し迫った侵害、すなわち死の危険を防止すべき義務が生じるとし、その根拠を、先行の危険な行為（危険な先行行為）から法的義務が生ずるということに求めたが、このテーゼは疑問である。確かに先行行為による保障人的義務が根拠づけられるかどうか、危険惹起行為そのものが可罰的であるかどうか、依拠しているわけではない。ただ有害結果の発生に近接する危険が、義務違反的行為によって創出されなければならないだけである。その関係は、たんに因果関係ではなく、「規範的關係」が必要である。すなわち、「作為すべしとする法義務は、以後の事象を防止する規定に反する義務違反からのみ惹起される。そのような事象に対する責任が義務違反を行った行為者に負わせられるのは、その先行行為が、まさにその義務において抑制されるべき事柄に向かって進行して行くときにのみであり、そして、したがって、切迫する結果に対する保護に役立つ規範の範囲内にあるときにのみである」<sup>54</sup>。この抽象的説明は、分かりにくいので、シュトレーの挙げる例で具体化しよう。侵入窃盜の物音で目覚めた居住者が、地下室の様子を見ようと忍び寄ったときにつまずき、階段を落下し、重傷を負ったが、窃盜犯が救助しなかったために後に死亡した。窃盜犯は侵入窃盜を行ったために義務違反的に行動している。しかし、殺人罪の責任を負うことはない。窃盜犯の義務違反は、他人を身体と生命の危険にさらすことの禁止と関係しないからである。居住者は、その死につながった危険行為を自己の答責性において行ったのである。その行為は、その答責性の領域にのみ位置づけられ、先行行為から、侵入窃盜者の保障人的地位は発生しないのである。この考え方を考慮して、本件を考察すると、薬物の使用による自己答責的な自己危殆化によってその危殆化に対する答責性は、薬物使用者に移行し、薬物提供者はそれ以降の事象に対する答



責性から逃れたのである。薬物使用者に答責性が移行したことにより、薬物使用によって発生した危険状況に対する薬物提供者の答責性はなくなった。しかし、先行行為による保障人的地位は、危険状況に答責的な者にのみ課してよいのである。

シュトレーが論証したように、危険な先行行為が保障人的義務を発生させるのは、たんに先行行為が「義務違反」的行為であるというだけではなく、結果発生に対して保護すべき目的をもった義務違反でなければならぬ。結果帰属において、自己危殆化原理によって危険実現連関を否定されている先行行為の「危険創出」が、不作為犯としての結果帰属にはなお意味をもつということはあってはならない。

以上のように、シュトレーの説得的な批判にもかかわらず、連邦裁判所は、次の判例でも、ふたたび、先の不作為犯的構成を採用している。

【146】連邦裁判所一九八四年一月九日判決 (BGH NSZ 1985, 319 m. Anm. v. Roxin)

【判旨】ヘロインの交付は、殺人罪、とくに過失致死罪を意味しない。Oの死亡は、自己答責的に意欲された自己危殆化に依存している。Oによって意識的に、とくにこれにとって決定的な事情をすべて知った上で赴かれた危険が実現したのである。

これに対して、Oが倒れた後死亡するまでの期間における被告人の行為は別の評価を受けるべきである。被告人は、Oが倒れ、意識不明に陥った後すぐに医者を呼ばなければならなかったであろう。被告人にとっては、客観的に必要で主観的にも期待可能な注意を払っておれば、すぐに医者を呼ばなければ、Oが死亡するかもしれないことは予見可能であった。医者の救助を呼ばなかったことも、Oの死亡に対する原因である。Oが意識不明になった後、すぐに医者を呼んでいたならば、いずれにせよOは助かっていたであろう。

このようにして、裁判所は、不作為による過失致死罪を肯定した。この判決は、明らかに、前記の【145】の判例に従い、先の「百回ヒット事件」判決【144】の線から離れたといえる。しかし、ロクシン<sup>(55)</sup>やフュンフジン<sup>(56)</sup>が批判するようには、この判例は不当である。なぜならば、被告人がその行為によって危険を惹起したがゆえに、先行行為から結果回避義務が発生したのでなければならぬが、この判決によれば、判決の明確な認定により、危険状況の惹起は被告人には帰属されないとされていながら、その帰属できない惹起を、結果回避義務の根拠としているのである。意識的自己危殆化により、不可罰とされたものを、不作為犯に迂回することによって取り消す刑事政策的根拠は存在しないといふべきである。<sup>(57)</sup>

しかし、次の判例は、先の判例に戻り、不作為犯的構成を採用しなかった。

【147】連邦裁判所一九八四年八月七日判決 (BGH NSZ 1985, 25)

【事実】 一五歳になるGとMは、自転車旅行の帰りに、ボーデン湖のほとりの薬物を使用する場所として知られた場所で露営した。彼らが焚き火をしていると、幾人かの土地の若者が集まってきたが、その中に被告人がいた。話の中で、ちようせんあさがおの茶 (Sechapeltee) を煮て飲むと幻覚作用があることから、それを作って一緒に飲むということになった。一八歳の被告人は、その作用を知っていたので、その作用を説明し、「一杯以上は飲むな」と指示したが、Gは、その警告に逆らって二杯飲み、さらに鍋に残っていたものを飲んだ。被告人には、それを阻止する可能性はなかった。彼らには、飲んだ後すぐに幻覚症状や欠落現象が生じたが、Gは、よりひどい状態でボーデン湖に行き、溺死した。Mは、何回も転倒し、Oは、湖に胸までつかって震えた。被告人は、M、Oに対する故意の傷害罪、およびGに対する傷害致死罪で起訴された。ラント裁判所は、被告人を無罪とした。

【判旨】 事実審裁判官は、本法院の一九八四年二月一四日の判旨に従った。それによれば、自殺や自傷は、それらが自由に自

自己答責的に意欲され、実現された場合、殺人や傷害の構成要件を充足しない。自己侵害者の自己答責的な行為を故意または過失によって援助した者は、正犯の不在のゆえに可罰的ではない。同じことは、自己答責的に意欲され、……実現された自己危殆化の事案にも当てはまる。その危殆化に意識的に身をさらした危険が実現したか、または、危殆化された者が、損害は発生しないことを望んだか、そう信頼したかはどうでもよい。自己危殆化の行為を促進した第三者の可罰性は、優越する知識によって自己危殆化した者よりも危険につきよりよく承知していた場合に生じる。

少年達が、任意にその茶を飲んだことは明らかである。また、少年達は、その茶の身体的侵害作用を認容していた。その範囲での危険に関する一五歳の少年の行為は自己答責的だとみなされうる。

自己答責的行為の酩酊状態を越える効果、つまり、自己侵害の酩酊状態で行われた行為は、関与者の誰によっても予見されていなかったし、考慮にも入れられていなかった。被告人が、MやO、または死亡したGよりも危険をよく承知していたとはいえない。

保障人的地位の問題についてはここでは論じない。被告人が、その促進的な寄与をなしたとき、保障人的地位にはなかった。それは、確かに、危険状況を共同惹起したことによって根拠づけられるかもしれない。しかし、その予見できない効果が生じた時点では、被告人はその酩酊のために作為も危険の防止行為も行うことは不可能であった。

本判決では、不作為犯的構成を、「危険状況の共同惹起」の時点まで遡って認めることを拒否しているが、正当である。これは、私見において、「状況的危険」における不作為犯構成は、不可能であるという理論的帰結と一致する結論である。

【148】連邦裁判所一九九〇年九月二五日判決 (BHGS<sup>t</sup> 37, 179) においては、「麻醉剤法の規定の保護目的は、自己答責性の原理、したがって、意識的自己危殆化の原則の制限を要求する」と述べ、死亡の結果が発生した場合、これ

を刑の加重事由として考慮することは許されるものとする。<sup>(58)</sup>

(ii) 承諾にもとづく他人の危殆化の種類

前述のように、この類型は、行為者の危険創出行為の時に同時に、被害者の将来の危険に対する「承諾」が存在する事例群である。その意味では、事後に、被害者の第二次的な自己危殆化行為が介入する第一類型とは本質的に異なる。この類型は、過失犯において、「危険」に対する「同意」が問題になる事案である。しかし、結果犯においては、「結果」に対する同意がなければ、結果を正当化することはできない。<sup>(59)</sup>先に紹介したように、ドイツの判例は、この問題を別の方法で解決しようとする。それは、行為者による「注意義務侵害」を否定するという方法である。「何人かが、一定の危険を明らかに認識して認容し、行為者がその一般的注意義務を満たしたとき」、注意義務違反はないというのである (BGHSt 4, 93)。しかし、これに対しては、「一般的注意義務は、一切の一般的に許された危険を越える行為者の行為の危険性のゆえに、もちろん、侵害されている」のであるから、注意義務違反を否定できないとする批判がある。<sup>(60)</sup>

この類型は、先の「自己危殆化」類型と実質的にどう異なるのであろうか。ロクシンによると、事象の操縦力において、自己危殆化を行った者の方が、他人によって危殆化された者より、事象に対して多くの寄与をなしているから、この二類型は同等ではない。同等性は、次の二つの前提のもとで確保される。①損害は、介入された危険の結果であって、付け加わった別のミスの結果であってはならない。②危険にさらされた者(被害者)は、共通の行為に対して、危険に陥れた者(行為者)と同じ責任を負わなければならない。その代わりに、危険にさらされた者(被害者)は、危険を、危険に陥れた者(行為者)が大目にみるのと同程度まで大目にみなければならない。この前提が存在す

るなら、その者は、危険を「引き受けた」のである。<sup>(6)</sup>

しかし、この二つの類型は、結果の「支配力」に相違があるのではない。それは、すでに既存のものとなった創出危険を意識しつつ、これに介入するか、将来の危険状況に対して危険創出行為を「共同」して行うかという事例の構造に差があるのである。後者の類型においても、行為者の行為による「危険創出」は否定できない。後者の類型の特徴は、その危険創出行為そのものに被害者が関与している点にある。したがって、この類型は、間接的危険段階や状況的危険段階における介入事例ではなく、直接的危険の創出段階にすでに介入している特殊な事例類型に属するのである。それゆえに、例えば、軽微な傷害については、被害者がその危険のみならず、「結果」の発生をも認容している場合には、過失犯における「同意」の構成も可能である。結果に対する黙示の（推断的な）同意もない場合には、客観的帰属論における処理が必要である。その場合、危険創出段階において被害者が、いわば「共同正犯的に」事象の形成に対して、すなわち、結果の発生に対して関与しているという点が重要である。そのような危険な行為への承諾による共同的危険創出行為から、自らに損害結果が生じたとしても、被害者は、その結果に対して、行為者にそれを帰属させることはできないのである。

例えば、同乗者が、運転者に対して、スピードを上げるように強いて、制限速度に違反させ、そのために事故を生させ、同乗者が負傷したという事例において、同乗者は、すでに運転者の危険創出行為に関与しており、その結果を行為者に帰属させることはできないのである。

ドイツの判例において、この類型の行為が問題となったのは、「エイズ患者」との性的交渉をもった者に対するエイズ患者の責任の問題である。まず、「エイズ患者」との同性愛性交が、意識的な自己危殆化に当たるかについては、

次の判例がある。

【149】連邦裁判所一九八八年一月四日判決 (BGHS, 36, 1=Jus 1989, 761=NJW 1989, 781=NSZ 1989, 114)<sup>(23)</sup>

【事実】 被告人は、アメリカ人男性であったが、エイズ・テストを受けた結果、HIV感染が認められ、医師は、ホモ行為をも含めてコンドームを使わない性交によって相手に感染させる危険があることを説明した。その後、被告人は、少なくとも三回、同性愛関係をもった。ただし、感染したことは証明されていない。ラント裁判所は、被告人を「危険な傷害の未遂」で有罪とした。

【判旨】 危険な傷害の故意は認められる。ラント裁判所は、「被告人の可罰性は、いわゆる許された危険の観点のもとでも、自己答責的に意欲され、実現された相手方の自己危殆化の観点からも、なくなることはない」としたが、正当である。

被告人の行為は、「自己危険にもとづく行為」の観点のもとでも、相手方によって意識的に赴かれた危険の観点のもとでも不可罰にとどまるものではない。最近の判例——とくに共同して麻薬を吸飲する際の死亡事故に関する——が、HIV患者との性交にこの法原則をそもそも適用できるのかは、ここで決定するを要しない。いずれにせよ、行為者の可罰性は、「優越する知識」によって自ら危険にさらす者よりは危険をよりよく理解できたときにはじまるのである。相手方は、行為者が感染していることについて情報を与えられていないのであるから、感染していることを知っている行為者の知識は、これに当たる。感染について具体的危険を認識していなかった被害者が、いわゆる「危険グループ」に属する人との性交を行うことを計算していたときにも、事情は異ならない。彼は、そのような場合にも刑法上の保護を要求できる。同性愛者や売春婦は、エイズに対して非常に敏感であるといわれている。「このような根拠からも、相手方は、原則として「このような人物は」誰もその感染を知らながらこれを隠して、自分と性的関係をもたないことを信頼してよ」。]

エイズ感染に関する上級審の第二の判例は、バイエルン最高裁のものである。この判決では、感染者の責任が否定

された。

【150】 バイエルン最高裁一九八九年九月一五日判決 (BGH NJW 1990, 131 ; JR 1990, 473)

【事実】 被告人は、医者から自分がエイズに感染していることを告げられた。その際、性交による感染の可能性やその効果などについても詳しく指示された。被告人は、その後、一六歳の女子高生Hと付き合い、性交の前にエイズ感染の危険性、その死に至る可能性について話し合い、被告人ははじめ防護法を用いない性交を拒否したが、ついにこれを許した。Hには、感染の結果は認められなかった。陪審裁判所は、危険な傷害の未遂の罪につき無罪とした。ラント裁判所も、一審を支持した。

【判旨】 「HIV感染を知って証人と防護措置なしに性交を行った被告人は、危険な傷害罪の未遂の構成要件を実現するものではない。その理由は、彼は、自己答責的に意欲され、実現された証人の自己危殆化に共働したにすぎないからである」。

その一九八八年一月四日の判決において、連邦裁判所は、もちろん、自身によって自己答責的に意欲され、実現された自己危殆化のために展開された法原則が、エイズ感染者との性的交渉に適用できるかどうかについては、開かれたままにした。「本廷は、この法原則は、本件において、エイズ感染者との性的交渉にも適用できるとい見解を採る。というのは、ラント裁判所によって行われた事実認定によると、被告人は、自己答責的に意欲され実現された自己危殆化に関与したにすぎず、承諾にもとづく他人の危殆化の事例が与えられたわけではないからである。自己危殆化は、何人かが、自己危殆化行為に着手し、またはすでに存在する危険に赴いたときに存在する」(傍点引用者)。これに反して、承諾にもとづく他人による危殆化は、何人かが、他人によって迫り来る危殆化に、危険を完全に意識して自らをさらしたとき、したがって、行為者が単独で法益の危殆化を導く事象に対する行為支配を行い、「被害者」がたんに危険な行為者の行為の作用に自らをさらし、その結果、彼の運命が最終的に「行為者」の掌中にあるときに、認められる。

本件においては、「それぞれ承諾して行われた性交にあつては、両当事者は事象を共同で支配している」。たとえ、被告人が、

証人とならんで行為支配の共同の担い手であるということから出発するとしても、このことは、被告人が、自己答責的に意欲された自己危殆化にのみ共同作用したという認定に、妨げとなるものではない。「被害者とならんでさらに事象に必然的に共同関与する者が行為支配の共同の担い手であるとしても、その危殆化は—意欲された自己危殆化として—被害者の答責性の範囲に帰属されるべきである」。

この判例は、まさしく先に紹介したロクシンの分類法に従って、本件の事例を「自己危殆化」の類型に位置づける。その場合、事象の「支配」は、被害者にあることになる。それによって、ヘロイン事例によって展開された判例の帰属基準を適用しようとするのである。また、われわれが先に見たように、本件の事案に、「共同正犯」的性質を認めている。そして、共同の行為支配であっても、被害者の「支配」が認められるから、帰属を否定できるとするのである。しかし、興味深いのは、このエイズ事例を、ロクシン自身は、「承諾にもとづく他人による危殆化」の類型に属せしめていることである。ロクシンは、次のようにいう。「このような事案は、しばしば感染者がその相手方の自己危殆化に関与したという観点から取り扱われている。しかし、危殆化は、もっぱら感染者から由来し、相手方は、この危殆化にさらされたにすぎないのであるから、承諾にもとづく他人の危殆化が問題となる。それは、何人かが麻薬を自分に注射させた事例と比較できる」(傍点引用者)。この見解は、ヘルゲルトによっても唱えられている<sup>(63)</sup>。しかし、このロクシンやヘルゲルトの説明には論理と基準のすり替えがある。ロクシンが、「自己危殆化」の例であるとしたオートバイによる競争の事例では、「危殆化」は誰に由来するのであるか。少なくとも、被告人(行為者)が、競争を行ったからこそ「危殆化」が生じたのであって、この事例について危殆化は、たとえ最終的責任が被害者にあるとしても、「もっぱら」被害者に由来するとはいえないであろう。他方、エイズ事例は、危殆化は、病原菌を行為者



がもっているのであるから、確かに「行為者に由来して」いる。しかし、危殆化とは、被害者の危殆化でなければならぬ。この被害者の危殆化は、被害者の共同の危険な危険創出行為（性交）によってはじめて生じたのである<sup>(65)</sup>。したがって、被害者の「支配」も認められる。このようにして、ロクシンの基準は、十分な根拠をもって判例により、「自己危殆化」に含められ、「承諾にもとづく他人による危殆化」とする必然性はないのである。これはとりもなおさず、ロクシンの区別基準が不明確であるということに由来する。

この事件を評釈したデリングも、「いわば共同正犯的な危険設定の事案でも、客観的事象経過の後に自己危殆化が与えられている。このような自己危殆化は、被害者自身が直接に危険を根拠づける行為に対する支配も行使したときに存在する」として、自己危殆化の事例であるとする。しかし、同時に、「証人（被害者）は危険を直接に自己の行為によって創出した」ともいう<sup>(66)</sup>。この叙述は、矛盾している。「客観的事象経過の後」の自己危殆化と、「自己の行為による危険の創出」（性交）のときの「自己危殆化」は、後者があれば前者が当然存在すると考えなければ両立しえない命題である。いずれにせよ、デリングにとっては、自己危殆化の事例は、不可罰に導くという大前提があつて、自己危殆化の事例であるとしたという願望が、論理の背後に隠されており、それが論理を曇らせているのである<sup>(67)</sup>。

私見によれば、本件は、「承諾にもとづく他人の危殆化」の類型の事例である。なぜなら、危険創出行為後の介入ではなく、危険創出行為の際の同時的介入の例だからである。確かにこの場合、危険創出後の因果経過に対する「支配」がない場合もありうる。しかし、ここでは最終的「支配」の有無が危険実現連関の中断に意味をもつのではなく、危険創出行為段階からの「共同の危険支配」が、帰属を否定するのである。被害者が、危険創出段階で、その創出に関与したことが、そこから生じた結果に対する答責性の範囲を被害者の範囲にとどめるよう作用するのである。

傷害罪についての他人の危殆化の事案については、その根拠は、次のように考えることができる。共同正犯においては、互いに、他方の結果に対する責任は、もちろん、他方を通じて結果を惹起し、それが客観的に帰属されうること求められる。「共同の危険支配」の事例においては、行為者の責任は、被害者の行為寄与を通じて、結果に及ぶことができる。しかし、行為者に責任を媒介する被害者の行為寄与は、不可罰な「自傷行為」である。<sup>68</sup>ここで、被害者は、完全に自らの行為の危険性を認識し自己答責的に振舞っているため、行為者の「道具」ではなく、また、可罰的な行為を行っているわけではないので、可罰的違法性もない行為であり、共犯も成立しない事例である。このような場合には、行為者の責任は、被害者の自己答責的な行為の介在によって中断されるのである。この意味においてバイエルン最高裁のこの部分の論証は支持できるものと考ええる。<sup>69</sup>

このエイズ感染事件は、危険な傷害罪の事案であることも、この「承諾にもとづく他人の危殆化」の事案の危険実現連関を否定する根拠である。この類型の場合、もちろん、「過失犯における同意」の理論によっても解決できないわけではないが、重大な傷害については、「同意」の有効性に疑義がありうるため、上のような理論構成は、同意論を事実上補完する意味をもつであろう。また、とくに、日本刑法においては、自殺関与罪（二〇二条）の処罰規定が存在するので、殺人が問題となる場合には、共同正犯であるがゆえの不可罰性は論証できないことになろう。

#### (5) 第三者の故意行為の介入類型

ここで採り上げるのは、「自己答責的規範違反」行為の介入の類型である。具体的に言うと、それは、第三者の故意行為が介入する事案である。前述のように、この類型には、危険創出行為後の介入類型と危険状況創出行為後の介

入の類型の二つがある。ここで、理論上、とくに問題なのは、圧倒的に、後者の類型であり、「過失共犯」が問題になりうる類型である。ドイツにおいては、故意犯に対する過失の共犯の成立は、一般的に否定されている。しかし、理論的には、問題にならないわけではない。これに対して、わが国においては、前者の、過失犯の実行後に、故意行為が介入する事案について問題とされている。

(a) ドイツにおける判例

まず、ドイツの判例に現れた危険状況創出行為後の「故意行為」の介入の事案を<sup>(70)</sup>検討しておこう。

【51】ライヒスゲリヒト一九二七年六月一四日判決 (RGSt 61, 318) (屋根裏部屋火災事件)

【事実】 被告人兩名は、彼らの所有する工場の屋根裏に部屋を作り、M一家を住まわせていたところ、原因不明の倉庫の失火があった際、建築法に違反して作られた屋根裏部屋から逃げることができず、Mらが焼け死んだ。

【判旨】 被告人の行為は、焼死という結果の原因である。上告理由は、いわゆる因果関係の中断を主張する。なぜなら、責任能力のある第三者の行為によって、介入原因が設定され、それがなかったならば結果が発生していなかったからである。そのような行為を、認識しうる危険にもかかわらず、自己の危険において、危険な家に住み続けたM一家の行為に認めるのである。しかし、火事がたとえ故意によって発生させられたものであったとしても、また、行為者がある際、殺人の故意で行為していたとしても、被告人によって設定された因果経過はこのような第三者の故意行為によって中断されるものではない。なぜならば、このような場合でも、被告人によって設定された原因は、違法な結果の発生、つまりM一家の死亡の発生に作用するからである。ここでは、結果の予見可能性という主観的要件が重要である。注意を払っておれば、結果は予見できたといえるから、予見可能性は肯定される。

このように、ライヒスゲリヒトは、故意行為の介入について一般的に「遡及禁止」を認めたのではなく、むしろ、

「予見可能性」が肯定されるものとしたのであった。同じく、状況的危険創出行為後への介入の事例に当たる次の判例にも、この「予見可能性」基準が用いられている。

【152】ライヒスゲリヒト一九三〇年一〇月二日判決（RGSt 64, 316）（嬰兒殺事件）

【事実】 被告人は、二二歳の未婚の娘の母親であったが、娘が、出産した直後の嬰兒を殺害したとき、家を離れて馬小屋に行った。陪審裁判所は、娘を嬰兒殺（二二七条）で、母親を過失致死罪（二二二条）で有罪と判示した。

【判旨】 母親は、第一次的に子供の生命を維持する義務を果たさなかったとき、これを第二次的に果たす義務を負う。もし被告人がそばについておれば、娘は嬰兒を殺すことはなかったであろう。また、被告人は、その不作為の結果を予見していた。被告人は、故意による殺人が介在するから、因果関係の中断であると主張した。

「もちろん、学説においては、自由に意識的に、結果の惹起に向けられた条件の先行条件は、刑事裁判官によって考慮されるべき原因の圏内から除外されるものであり、そのような先行条件を設定した者は、共犯の要件を満たさざり共犯としてのみ責任を問われうるといふ見解が唱えられている。ライヒスゲリヒトは、しかし、先行行為への遡及の禁止を認めなかった。ライヒスゲリヒトは、まず、被害者自身の事後の行為が致死結果の発生に本質的に寄与した事実を有罪とした判決において、行為者によってもたらされた傷害との死の因果結合は、それゆえ考慮されなければならないと判示した。ここで、ライヒスゲリヒトは、多くの因果系列において相前後して関係し、したがって相互に依存し合っている条件を刑法上すべて考慮することのあまりにも厳しいことの代償として、予見可能性の要件を認める。この原則は、後にライヒスゲリヒトで維持され、さらに展開されて、先行条件への遡及は、第三者によって過失で設定されたときにも、また、第三者が自由に意識的に違法な結果に作用したときにも、その余地があるとされた。遡及禁止を否定することが不当な結論を導くということを、事例に即して説明しようと試みられるに当たっては、予見可能性の要件という予防措置が、適切に考慮に入れられているわけではなく、しばしば稀有で特殊な事象が事例

として利用される。生活は、これに比べて、もっと単純に営まれる事象であることを多数示しているものであり、そのような事象が、社会事情の中で繰り返し生起し人間の営みを生み出すのである。それらに即して、遡及禁止論の有用性をもっと信頼のかけられるように検討されるべきであり、そのことは、その理論が、判例にとり有害であることを示している。

このようにして、ライヒスゲリヒトは、遡及禁止論を「有害な」ものとして、「予見可能性」があれば、過失責任を肯定できるものとするのである。<sup>(7)</sup> 次の判例においても、状況的危険創出後の故意行為の介入が問題となっているが、「遡及禁止論」が基本的に拒否されている。

【153】 ライヒスゲリヒト一九三〇年二月一七日判決 (RGSt. 64, 370) (毒殺事件)

【事実】 Wは、彼の妻を毒殺した。Mは、毒薬を入手し、Wに渡した。Mは、謀殺の共犯として起訴されたが、陪審裁判所で無罪とされた。

【判旨】 MはWの行為に故意で関与したものではない。また、Mは、Wがその妻を殺害することを予測していたともいえない。しかし、原審は、Mの過失を検討してはいない。

まず、因果関係は、存在することは疑いがない。しかし、それが「中断」しないかが問題である。従来の判例では、本件のように「故意行為」が介入した事案ではなく、「過失行為」が介入した事案が扱われた。RG 61, 318 (151) 屋根裏部屋火災事件は、まさに故意行為の介入の場合にも、行為者の違法な結果への共同作用を肯定したが、これは、本件でも確認される。

「過失行為は、このような競合の場合にも、最終的結果の一条件として、この結果に対する一つの原因である。反対のことは、過失行為に付け加えられた故意行為が、今や結果がもはや過失行為に遡及させられないというような場合にのみ、妥当する。法律が例外を規定していない場合にはどこでも、無制限に有罪とされるべきである。したがって、故意行為について、刑法四八条および四九条において行われた規定からは、学説においてしばしば引用される反対の結論は正当化されない。上述の二つの規定

の枠内でのみ『遡及禁止』の妥当性が認められる。すなわち、それらの規定とは、それ自体としては疑いもなく存在する因果関係にもかかわらず、教唆者および補助者が、他人の行為への共犯者として問題とされうる場合に關する法的規定である」。

【154】連邦裁判所一九五三年一月三日判決 (BGH MDR 1954, 150) (強制收容所逃走者射殺事件)

【事実】 強制收容所の看守Aが、囚人Bを虐待したが、さらに虐待を受けるのを逃れるため、Bは、逃走したが、Aに追跡され、歩哨線に入った。警備兵は、誰何することもなく、Bを射殺した。

【判旨】 「Aの行為と、歩哨の射撃によって生じたBの死亡との間には、歩哨線に逃げ込むというその決意が新たな因果連鎖を招いたのだから、因果関係がないという見解は誤りである。被害者の故意的行為は、それが結果がそもそも行為者の行為に遡及しえないときのみ、因果関係を排除する(……)。本件の事案においては、Aの行為を取り除いて考えると、必ず、歩哨線に入るといふBの決意が欠落することになる。したがって、Aの暴行と致死結果との間には因果関係が存在する。しかし、二二六条の刑の加重は、故意による傷害そのものが、すなわち、人間の身体にもたらされる直接の影響が被害者の死亡を惹起したとすることを前提とする。この種の虐待を、AはBに与えたのではない。むしろ、Aの死亡を惹起した歩哨の行為が、外部から認識できるようなさらなる傷害と関係するのである」。

本判決では、条件関係の存在を認めながら、結果的加重犯においては、基本的行為による「直接の身体への影響」から被害者の死が惹起されなければならないという理由で、加重結果の帰属を否定したのである。次の判例は、結果的加重犯の事例であるにもかかわらず、条件説によって因果関係を肯定する。前に引用したが、ここでもう一度引用しておこう。

【53】連邦裁判所一九六四年七月一日判決 (BGHSr 19, 382)

【事実】 被告人は、ある少女Rをトラックに監禁して走行したが、少女は、そこから落下し、路上に頭をぶつけて、脳に損傷

を負い、死亡した。監禁致死罪の成否が問題となった。

【判旨】 Rが、自ら車から飛び下りたか、望まずして転落したのかは、決定的な問題ではない。そのいずれの場合であっても、彼女の死亡は、自由の剝奪によって惹起されたのである。惹起の概念は、ここでは、一般に結果の惹起につき、刑事判例によって唱えられているものと異ならない（条件説）。したがって、死亡は、被害者が、逃走しようとする試みに際して、直接的に致死的傷害を負った場合でも、自由剝奪によって惹起されたのである。自由剝奪なくしては、本件において死亡は発生していなかったからである。

本判決は、条件説によって因果関係を認定し、自由剝奪行為そのものではなく、直接の行為としては、逃走行為によって結果が惹起された場合であっても、結果の帰属を肯定したものであるが、危険実現連関論からは、被害者の行為が心理的準強制下にあり、自己答責的行為とはいえない点が重要である。

(b) ドイツにおける学説

ドイツにおいては、故意によって完全に責任のある第三者によって実現された不法結果が、この故意行為を非故意的に可能ならしめた背後者にも客観的に帰属されうるかどうかは、争われている。<sup>(72)</sup> この問題については、原則的に、遡及禁止論によって、人間にはその行為の支配可能な結果は帰属されうるが、過失によって可能化された故意行為にはまさにそれが欠けているという根拠から、帰属は否定されている。

しかし、これに対しては、他人の故意行為の支配は原則的には全く可能なことだから、不法結果を故意行為者にも、背後者にも客観的に帰属することは排除できないとする見解がある。このような見解を展開しているのが、オットーである。<sup>(73)</sup> オットーによれば、正犯でない過失共犯の形態も存在するとされ、問題はその区別基準である。「正犯」の

答責性領域を他人の答責性領域から区分することが重要である。結果がある人にそのしわざとして帰属するために必要なのは、事実的・規範的連関であるが、この連関は、行為者による事象の操縦可能性によって根拠づけられる。その操縦可能性のもとにある事象に対してのみ、行為者は答責的なのである。次に、操縦可能性の対象としては、刑法上の行為規範の対象が、結果の惹起のみならず、結果の発生に実現した危険の根拠づけられない増加であるとし、結果は、その人が結果を根拠づけまたは増加したときのみ、ある人にその人のしわざとして、帰属しうるとする。<sup>(74)</sup>ここから決定的な問題は、「具体的な、構成要件該当の結果を惹起する事象経過が、いまだ、それを防止するために、法的行為規範がすでに危険の創出を禁止しているものに属しているかどうかである」とする。しかし、このような原理を具体化することが問題であるが、ここでは、遡及禁止原理が重要であり、故意行為の介入する場合は、原則として、「帰属連関の中断」<sup>(75)</sup>であるということが出来る。なぜなら、第一の行為者の行為を自己答責的な危険根拠づけないし増加に対する前提として利用した第二の行為者は、それによって第一の行為者がそのもともとの行為にもとづいてもはや答責的でない状況を創出したからである。しかし、実際には、それぞれの答責性領域は、個々の命令・禁止規範の解釈によって求められなければならないのである。

このことは、ルードルフィによっても同様に考えられている。ルードルフィによれば、帰属について決定的なのは、たんに、背後者がその行為をもって義務違反的に、他人の故意行為による結果惹起の危険を創出したか、それが最終的に結果発生に実現したかである。したがって、問題は、第一の行為者が、それぞれ考察にのぼる過失構成要件に従って他人の故意行為を可能ならしめ促進することをやめるように義務づけられていたかどうか、どの程度義務づけられていたかに集中する。<sup>(76)</sup>したがって、この問題の解決は、個々の特別の犯罪構成要件に含まれた義務要件の分析に



よってのみ獲得されうる。そこから第一の行為者の可罰性に関する問題は、一般的な解答は不可能であり、したがって、一般的な遡及禁止かそれとも第一行為者の原則的責任を肯定するかの二者択一は、区別的考察に道を譲らなければならぬというのである。

この問題の解決の出発点は、原則として人は、自分自身の行為に対してのみ責任を負うのであって、第三者の行為に対してではないということであり、したがって原則的に、その共同体の構成員が適法に振る舞い、それに対する具体的な手がかりが与えられた場合にのみ、第三者の犯罪行為を予測しなければならぬという原則を作り上げることである。しかし、間接的な惹起者の責任は、その者が彼自身によって間接的に惹起された損害結果を回避すべき保障人として義務づけられていた場合には肯定されるべきである。

(c) わが国の判例

わが国の判例において、創出された危険が、いったん準平常化されたようにみえるが、継続作用しているときに、その後、第三者の故意行為が介入した事実としては、前出の【89】の殴打の後川に投げ込んだが、岸に上がったときに、第三者に故意でふたたび川に投げ込まれ溺死したという事案があるが、この事案は、状況的危険段階への介入の事案である。危険創出行為が終了した後に、間接的危険段階において故意による介入行為があった場合の「相当因果関係」の問題と取り組んだのが、昭和四二年の「米兵轢き逃げ事件」に関する最高裁の決定である。この事案は、危険創出行為後の故意行為の介入の類型に属する。

【155】 最決昭和四二年一〇月二四日刑集二二卷八号一一一六頁（米兵轢き逃げ事件）

【事実】 被告人は、普通乗用車を運転中、過失により自転車に乗っていた被害者Aを跳ね飛ばし、Aは被告人の運転する自動

車の屋根に跳ね上げられ、意識を喪失したが、被告人はこれに気づかずそのまま運転を続けて疾走するうち、衝突地点から四キロメートル隔てた地点で、自動車に同乗していたBが、これに気づき、時速約一〇キロメートルで走っている自動車の屋上から被害者の身体を逆さまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させ、打撲にもとづく脳クモ膜下出血などによって死亡させた。

【決定要旨】「同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるといふがごときことは、経験上、普通、予想しえられるところではなく、…このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであると到底いえない」。

本決定は、わが国において、最高裁がはじめて相当因果関係説を採用し、その事案ではその存在を否定したものであるとして、相当因果関係説に関する戦後の議論の切っかけとなった周知の決定である。とくにこの事案については、経験上の通常性の判断を「一こま一こまの連続性」を判断することによるという学説がこれによって展開されたことも周知である。しかし、この決定は、上の引用からも明らかなように、「同乗者の予想外の行為」の介在に着目しているのである。それは、文中明言されてはいないが、同乗者の「故意」行為の介入によって「経験上予想」されないものだとしているのである。この判例が、「経験上予想」可能かどうかという「相当因果関係説」を思わせる表現を用いたことよって、学説においては、この決定が相当因果関係説を採用したものと評価されることになった。しかし、モザイク的に帰属基準を積み重ねていくという方法論を採っている判例の立場からは、相当因果関係説よりもっと大きな帰属論の枠組みの中に位置づける方が誤りがないといえよう。ここで展開された危険実現連関論によれば、本決定は、間接的危険段階において、「他人の故意行為」が介入した場合には、帰属連関が中断されるという

帰属基準を適用したものとすることができる。

(6) 行為者自身の故意行為の介入類型

わが国の判例には、過失による行為者の第一の危険行為に行為者自身の「故意行為」が介入した事案がある。行為者自身の故意行為の介入の特殊性は、第一行為が過失なので、第二行為が予め計画されている場合はほとんどありえないと思われるが、第二行為は、第一行為の行為事情の中で、外面的にも行為者の内面においても、第一行為を「誘発」する可能性があることであり、とくに、動機連関においては、「経験上の通常性」を欠くとは言い切れない点にある。次の決定は、第一の過失行為の結果に対する「因果関係」を否定する。

【156】 最一小決昭和五三年三月二二日刑集三二卷二号三八一頁（熊撃ち誤射事件）

【事実】 Xは、AおよびBとともに熊を撃つ目的で山林に入った。それぞれ熊を探して別の道を行ったが、発見できなかった。Aを誘って帰ろうとしたが、Aが見つからなかった。途中で、山小屋の中から物音がするのを聞き、そのなかに熊が潜んでいるものと思つて、Aの黒い影を見て猟銃を発射し、Aの下腹部などに命中させた。この銃創によりAの断末魔の苦痛の様子を見て、むしろAを殺害して早く楽にさせその場から逃走しようとして、一メートルの至近距離から銃弾一発を発射して死亡させた。

検察官は、第一の行為は業務上過失致死罪であると主張したが、第一審は、第二の行為によって「第一の所為による因果の進行はこれにより断絶したものと評価せざるを得ず、結局被告人の判示第一の所為は業務上過失致傷を構成するにとどまる」とした。第二審は、「第三発目の銃弾による銃創の部位にも微量の失血があり、死期を早からしめた」とし、「被告人の過失による傷害の結果が発生し、致死の結果が生じない時点で、被告人の殺人の故意による実行行為が開始され、既に生じていた傷

害のほか、新たな傷害が加えられて死亡の結果を生じたもの」として、第一の行為は、過失傷害にとどまり、第二の行為は、殺人既遂であって、両者は、併合罪の關係にあるとした。

【決定要旨】「本件業務上過失傷害罪と殺人罪とは責任条件を異にする關係上併合罪の關係にあるものと解すべきである、とした原審の罪数判断は、その理由に首肯しえないところがあるが、結論においては正当である」。

本事案について、第一行為たる過失行為と結果との間には、「因果關係」を欠くというのが判例であるが、条件説の意味における因果關係が存在することはいうまでもなく、したがって、決定のいう因果關係の「断絶」という概念は、条件説の意味においてはではない。危険実現連関の存否については、ヴェーバーの概括的故意の事例における自己の「過失行為」の介在と同じく、自己の「故意行為」の介入は、稀有で異常な動機連関を意味するものではない。第一の過失行為の危険は、第二の故意行為を通じて結果に実現しているというべきである。ただし、この結果の発生は、第二の故意行為の結果によって罪数論上すでに評価されているので、第一の過失致死罪は、包括一罪として、第二の故意既遂罪においてのみ評価される。決定が、併合罪としたのは不当である。<sup>(79)</sup>

(7) 他人の自己答責的・義務的救助行為の介入類型

(a) 自己答責的救助行為の介入類型

この事例群の基本的構造は、次のような事例によって特徴づけることができる。つまり、行為者が、義務に反して、ある法益に対する危険を創出し、それによって第三者が危険な救助行為を行うよう動機づけたことによって、第三者の意識的な自己危殆化の高い可能性を作り出したというものである。<sup>(80)</sup> 例えば、Xが故意または過失によって住居に放

火したところ、家人または財産を救おうとした救助者が被害を被ったといった事案がそうである。次の事案では、任意に隔離病棟の患者と接触した病院牧師の傷害結果に対して、天然痘にかかった医者の行為が帰属されるかどうか取り扱われた。

【157】連邦裁判所一九六二年七月一〇日判決 (BGH 17, 359) (天然痘の医師事件)

【事実】 医師Xは、一九五八年にインドとセイロンへの調査旅行から天然痘にかかって帰国した。Xは、その病気の種類について明らかではなかったにもかかわらず、健康状態を検査することなく、大学病院の勤務についた。Xは、直接または間接に、患者や、医師にその病気を感染させた。病院の牧師も、隔離病棟の患者のもとに赴いたときに、感染した。一人の医師と一人の患者がその病気で死亡した。

ラント裁判所は、被告人Xを二件の過失致死および一五件の過失傷害で有罪とした。

【判旨】 「連邦検事の見解とは違って、自由意思で患者の世話をするために、隔離病棟に赴いた病院牧師に対する過失傷害によって被告人を有罪とする点にも法的疑問はない。刑法二二六条aは、過失傷害にも適用がある。しかし、この規定は、ここでは問題にならない。医師と病院の職員が天然痘にかかったかぎりは、彼らには、刑法二二六条aの適用は、考察にのぼりえない。なぜならば、彼らは、天然痘にかかった者を世話したことにより、法的義務を果たしたのであって、したがって、その行為を、ありうる感染に対する任意の法的に重要な同意と説明することは考慮の余地がありえないからである。しかし、そこから、いまだ、隔離病棟に赴き、そこで病者を精神的に世話するという牧師の決意は、牧師の天然痘の発病にもつながったその実行を、その意思により、確かに精神的世話の責任を負うが、地裁がいうように、「任意」に振る舞ったがゆえに、刑法二二六条aの意味における同意であると説明されるといふ帰結にはならない。……同意は、必然的に、目前の、将来の第三者の行為に関係しなければならぬ。したがって、いづれにせよ、牧師の行為に、彼がそのために隔離病棟に赴いた患者の将来の作為または不作為に

対する同意をみいだすことは考えうるかもしれない。しかし、牧師が隔離病棟を訪れたときにはすでに終了していた被告人の過失行為にも、この「同意」を及ぼさせることは問題ではない。

この判例は、過失犯に対する「同意」の問題として本問を解決しようとしている。その意味では確かに判決のいうように、被告人の行為はすで行われてしまっており、過去の行為に対する同意は問題にならない。しかし、結果帰属の問題として本問を捉えるとき、行為者への結果帰属にとっては、この自己危殆化に対する「同意」は、意味をもちうるであろう。これは、意識的に創出された危険に救助するために自己答責的に赴く事例に数えることができるからである。

近年、この第一の危険が惹起された後の、救助者の救助行為の企てが、その死亡につながった典型的な事案が、判例に現れた。<sup>82)</sup>

【158】連邦裁判所一九九三年九月八日判決 (BGHSr 39, 322) (弟救助死亡事件)

【事実】 ある夜、Hの家で、三〇人ほどの客が相当量のアルコールを飲んでいたが、客の一人であった被告人は、二階の寝室で着物に放火し、建物を焼損しようとした。被告人が一階の客の中に紛れ込んだとき、二階には、客Kと、H夫妻の一二歳の息子がいた。火の回りは早く、多量の煙を発生させた。子供は、屋根づたいに逃げたが、Kは、一酸化炭素中毒のため後に死亡した。家の所有者の二三歳になる息子Mは、放火があったとき、家の外にいて、アルコールを飲んでしたが、火の出ているのに気づき、二階から何らの物ないし彼の一二歳の弟を救助しようとして、家の中に飛び込み、二階の廊下で一酸化炭素中毒のために倒れて、死亡した。原審は、Kの死につき刑法三〇七条一号のとくに重い放火を適用し、Mの死については、過失致死罪を適用し、三〇七条一号の適用は、被害者が放火のときその建物の中に居なかったので、認めなかった。

【判旨】 ラント裁判所は、放火がMの死亡の発生に対して原因であり、被告人にはこの結果が予見可能であったということか

ら出發するが、正当である。その死亡は、被告人に帰属せられる。

確かにM自身は、燃えている二階に救助しようと飛び込むその決意によって、被告人の放火とやらんで自分の死の後の發生に對する付加的原因を創出した。しかし、彼の救助行為の「任意性」により、故意による放火と後の死亡との間の因果關係は、中断されたのではない。Mは、放火なしには危険な状況に身をさらさなかつたであらう。法的意味における原因は、そのほかに他の原因が結果の惹起に寄与したときも、その意義を失わないということとは承認されている。因果關係は、後の事象が、当初の條件の繼續作用を除去し、それ自体で、新たな因果系列の開始のもとに惹起したときにのみ、否定せられる。

被告人は、その知見と能力から、彼の行為が救助しようとする者の死亡を招くであろうと認識することができたことは明らかである。その際、彼がその行為の結果を事細かに予見しえたことは必要でない。

死亡の帰属は、いわゆる意識的、自己危殆化に関する、判例と学説によって展開された原則の観点のもとにおいて否定されるわけではない。その原則によれば、結果が、意識的な、自己答責的に意欲され実現された自己危殆化の結果であり、その第三者の共同作用が、自己危殆化のたんなる誘發または促進に尽きたものであつた場合には、結果侵害、すなわち、人の死は、その原因を与えた第三者には帰属されないとされる。

被害者の意識的、自己危殆化のゆえの不処罰の原則の限定は、とくに行為者がその不法行為によって、意識的、自己危殆化の切迫した可能性を、彼が、被害者の共同作用と承諾なしに被害者ないし彼に近しい者の法益に対する著しい危険を根拠づけ、それによつてこれに対して危険な救助行為に向かおうとする明白な動機を創出したことによつて、創出したときにとくに必要である。

このこのような状況において自らを危険にさらす人々を刑法上の規定の保護範囲に含めることが適切である。救助行為が成功した場合には、結果回避は、行為者に有利に作用するように、不成功に終わった場合には、行為者はそれに対して責任を負わなければならない。はじめから意味のない、または明らかに不釣り合いな企てというべき救助の試みが問題である場合には、異なるかもしれない。ここでは、そのような試みが問題ではない。後の被害者の行動に対する動因が何であつたかは、重要ではない。決

定的なのは、Mが、いずれにせよ燃え盛る家屋の二階へと、救助の意思をもって赴いたこと、認定された以前の時点で、彼の行為が期待され、救助が客観的に必要であったことである。救助行為は、明白に不合理ではない。

この判例においては、まず、行為者の第一次的危険が、自己危殆化のたんなる「誘発」ないし「促進」であった場合には、行為者に結果は帰属されえないという判例の命題を掲げる。そして、積極的に帰属が肯定されうるための具体的基準として、①被害者または彼と緊密な関係にある人々の著しい危険を根拠つけたこと、②それによって救助行為へと動かす明白な動機が創出されたことを挙げている。そして、最後に、③救助行為が「明白に不合理ではない」ことである。そして、明白に不合理ではないというためには、救助者の行為が期待されていたこと、および救助が客観的に必要であったことが要求される。

この判例によると、したがって、救助事例において、帰属が排除されるのは、①救助行動が完全に結果の発生を意図したものであった場合、および、救助行為に出ることが期待されるものではなく、②救助行為が明白に不合理だった場合である。

このような判例の見解が正しいのかどうかを学説の検討によりながら検証しよう。

#### (b) ドイツの学説

この問題の解決については、ドイツにおいて学説が分かれている。通説は、救助者が作為義務を負っている場合、行為者が救助者を救助義務を根拠づける事態を創出したことによって自己危殆化に強制したという理由で結果帰属を肯定する。<sup>(83)</sup> 学説の一部は、救助義務がない場合でも、危殆化の程度をも含めて対立する法益の衡量によって、救助目的の追求の方が、自己危殆化よりも高く評価されることになった場合にも、この責任を及ぼそうとする。<sup>(84)</sup> 他方、有力



説は、このような事案については、帰属を否定する<sup>(85)</sup>。この説の主唱者であるロクシンは、救助義務がない場合には、救助者は、自由意思で任意に危険に飛び込むのであり、救助義務がある場合には、法秩序によってそれが課せられているのであり、法秩序は、そこから生じた責任を危険創出者に転嫁することは許されないというのである<sup>(86)</sup>。さらに、これを、結果帰属の問題ではなく構成要件該当行為の問題とみるフリッシュは、この問題について次のように述べる。フリッシュによれば、「結果帰属は、この種の構成要件該当行為の所与の帰結以上のものではない」。上のような事例においては、救助者の傷害ないし死亡を放火行為に帰属できるかどうかの問題ではなく、「決定的な問題は、むしろ、ある側面で問題なく放火犯の意味において構成要件該当行為として評価される行為が、他の次元でなお、構成要件該当行為、つまり、救助者との関係で傷害罪ないし致死罪の意味における構成要件該当行為を示すかどうかなのである<sup>(87)</sup>」。

次に、このフリッシュの解決法を検討しよう。フリッシュによると、問題解決のための決定的な基準は、このような事案において放火行為などによって潜在的な救助者に対する——否認されるべき——危険がどの程度創出されたかである。それが否認されるべきだとされるのは、そうする以外には潜在的救助者の法益の保護は保障されえないからであり、また、しかるべき行為態様を禁止し処罰することが、そのような危険とそこから展開する結果を防止するための適切で相当な手段とも考えられるからである。フリッシュによれば、このような「当該の危険創出を否認し処罰することによって、刑法上の保護の適性、必要性または相当性<sup>(88)</sup>」が、否認されるべき危険創出の存否の判断の基準である。フリッシュは、結論的には、これらの事案につき、構成要件該当行為、すなわち、結果帰属を肯定する。これを、フリッシュは、まず、「救助義務者」の場合と「任意の救助者」の場合に分けて考察する。救助義務者について

は、危険創出が否認されるべきことの「必要性」と「相当性」を肯定する<sup>(89)</sup>。フリッシュによれば、救助義務を負った者を保護することは「必要」である。また、救助義務者にそのような危険に誘った第一の危険創出者は、もともと不法行為的な行為を行ったのであり、その結果である救助者の保護のために処罰したとしても、行動の自由の侵害は問題にならず、また、刑罰の投入とそれによって保護されるべき利益の不均衡も問題にはならないがゆえに、「相当」でもある<sup>(90)</sup>。次に、救助義務を負わない者の場合の危険創出の否認については、「社会は、危険であっても合理的な救助行為の実行に高い関心を抱いており、その行為を社会倫理的に価値が高いものと評価している」<sup>(91)</sup>のであり、「したがって、危険な救助行為の必要性をとまなう状況を創出することは、その義務を負わない人々の危険な救助行為というそのようにして創出された危険に関しても、原則として、……構成要件該当的で否認される危険創出とみなされているのである」<sup>(92)</sup>。

このフリッシュの見解は、すでに第五章で批判したように、この問題を構成要件該当行為の問題として捉えるその出発点において疑問がある。このような問題の捉え方によって、フリッシュは、この問題を「危険創出が否認される」べきものかどうかという観点において考察している。この考察方法は、あくまで事前的・予防的考察方法であり、行為無価値論的アプローチである。このような事前的危険創出の段階では、抽象的な人の死亡という結果に対する危険の創出が問題であり、これは、放火事例においても、天然痘医師事件においても肯定される。結果帰属論の考え方は、この問題は、危険実現連関の問題として捉えられるべきであり、そこで、救助行為の刑事法的保護の「適性」「必要性」「相当性」が問われるべきなのである。確かに、救助者の救助行為の介在の帰属の事例を、その救助行為の介入の「日常生活経験上の通常性」のみで判断することはできない。救助行為に出る救助者の法的義務や動機連

関あるいは救助の危険の程度、救助行為の必要性などの事実的・規範的観点からの考量が不可欠である。そして、発生した法益侵害の結果の防止のための刑事処罰の必要性や相当性も、広い意味の規範的保護目的の理論の枠内で考慮されるべきである。しかし、まず、事前予防の観点から、また、救助者の保護の名目のみで、結果帰属を判断することはできない。なぜなら、刑法の任務は、法益侵害ないしその危険のもたらした規範的・社会的葛藤状態の鎮静化のためであり、また、救助者の保護は、第一次的には、刑法の目的ではなく、民法などの他の法分野の任務だからである。また、刑事処罰の必要性・相当性は、大部分、まさに、帰属判断の結果であり、保護目的論も、指導理念としてはともかく、具体的には、危険判断によって得られた結論の微調整の役割しか果たさないのが通常である。

先の連邦裁判所の判例の評釈において、ゾヴァグは、原則的に判例の結論を支持しつつ、救助行為の介入事例の帰属問題の解決につき、四つのテーゼを掲げる<sup>(93)</sup>。まず、彼の解決の帰結を要約的に示している部分を抜き書きしておく。「救助事例の帰属は、救助者がその行為によってそれと結びついた危険にもかかわらず社会的に望ましい目的を追求する場合、(比較的問題なく(テーゼ一から三)。重大な自己の不注意な救助行為という限界に至るまでのそれ以上の帰属(テーゼ四)が認められるのは、被害者が、まさに、特殊な第一次の危険に關してもその行為へと誘発されたと感じたときである。逆に、帰属は、何人かが(例えばぶざけて)自らを第一次の危険の作用に、自己の責任においてさらしたときには、被害者の行為を予見できるにもかかわらず、排除される。ただし、被害者が、(共同体を代表する)救助者として反応し、または彼の行為が、第一次的行為によって創出され、まさにその人格に關係する弱い状況に対する追体験可能な反応を表すがゆえに、特別の理解に値する場合は別である」<sup>(94)</sup>。

〔第一のテーゼ〕 救助行為の着手に対する法律上の義務が存在するかぎり、原則として帰属可能性は肯定される。

〔第二のテーゼ〕 救助者によって追求された維持の利益が、刑法三四条に依拠する観察において救助の意図と結びついた危険を本質的に上回るとき、帰属は肯定される。

〔第三のテーゼ〕 救助のチャンスと救助の危険が均衡を保っている事案では、帰属可能とみなされなければならない。このことは、とくに、救助者が具体的な生命の危険から他人を救助するためには、その命を具体的に危険にさらすとき、妥当する。

〔第四のテーゼ〕 救助行為を切っかけとして被った損害の帰属可能性は、被害者の行為が重大な過失に対応する義務侵害であるとされるときにはじめて、阻却される。

### (c) 私見

この問題は、あくまで危険実現連関の問題として解決されるべきである。状況的危険は、第一の危険創出者によって惹き起こされ、それ自体としては、第二次的危険に派生・発展していくものではなく、そこに「救助行為」という法的義務ないし任意の判断による第三者の行動の介入がなければ、この第三の被害も発生していないものである。したがって、危険範囲の観点からは、救助者の傷害ないし死亡という結果は、創出危険に対する救助者の「介入」によつてはじめて生じた結果である。このような事実的危険状況において、危険実現連関の判断は、救助行為の「介入」の事實的・規範的判断にかかっているといえることができる。まず、事實的観点からは、救助者の救助行為の「介入の蓋然性」が問題となる。それは、救助者の救助に対する動機連関や社会的システム、法義務などの諸要素から成り立つ。この観点からは、救助者の動機への「強制」の程度が重要な意味をもつ。したがって、創出危険の態様と程度によつては、救助者の狼狽や不合理な行動が予測できる場合もありうる。この「強制」的關係が、危険実現の肯定

につながる場合もありうることは否定できない。しかし、例えば、消防士が、消火作業中に、ホースの操作を誤って手に擦り傷を負う蓋然性が高いといっても、その傷害結果は、いわば消防士の「一般的生活危険」の枠内の出来事であり、この傷害結果を放火者に負わせることはできないのであって、蓋然性が、危険実現連関の判断のすべてではない。さらに、救助者が、完全に合理的に救助行為に付随する危険を予測し、救助行為を行った場合には、このような意識的自己危殆化は、危険創出者の危険の範囲を限定する意味をもった規範的判断要素であると解すべきであろう。

(d) 義務的行為の介入類型

以上のように、救助行為が、あくまで自発的に、自己答責的に行われる場合と異なり、救助が法的に義務づけられている場合がある。このような事例類型については、介入の蓋然性ないし「強制」の観点からは、帰属肯定の可能性が高くなるが、逆に、規範的観点からは、法秩序が、救助を命じているのであるから、合理的な判断にもとづいて義務を履行しているかぎり、原則として、法秩序は、自らの命令にもとづく救助行為に由来する危険の結果を、危険創出者に遡及させることはできないというべきである。これは、先に述べた「法秩序の自己答責性」の原理にもとづく帰結である。

わが国の判例につき、この見解を適用しておこう。

【159】名古屋地判昭和五六年六月三〇日刑裁月報一三卷六〳七号四六七頁、判時一〇二〇号一四三頁（警察官ガス自殺未遂者救出過失事件）

【事実の概要】 Xは、自殺の目的で居室を密閉し都市ガスを室内に放出させた。隣室に居住する男性からガス漏れの音がするとの届出を受けた派出所のA巡查部長とB巡查の両名は、本署の指令担当のC巡查部長に報告し、「ガスだから注意して処理に

当れ」との指示を受けた後、Xの居室に急行し、玄関ドアを開けようとしたが施錠されていたので、管理人からマスターキーを借り受け、扉を開けたが、チェーンロックがかかっており、ドアは少ししか開かなかった。このとき、B巡査は玄関外壁に設けられたガスの元栓を閉めたので、ガスの漏出は止まった。A巡査部長が、無線で本署と交信して指示を受けている間に、B巡査がチェーンにベンチを差し込んでこじ開けようとしていると、チェーンがはずれたので、ガスの充満している室内に入ったところ、奥の部屋でベッドに横たわっているXを発見したので救出しようとしたが、室内が暗くてよく見えないため、とっさに目前にぶら下がっている蛍光灯のひもを引っ張ったところ、点滅器の接点から放電火花が発生し、同室内に充満していた都市ガスに引火、爆発して、A巡査部長、B巡査、隣人Dが火傷を負った。

【判旨】「同巡査の行動は確かに警察官として軽卒であり重大ではあるけれども、一刻も早く人命を救助するために都市ガスの充満した室内に率先して挺身突入し、ベッドに倒れている被告人を発見するやこれを速やかに救出しようと没頭していた状況下において、日出前の時刻で室内が暗いため、たまたま目前にぶらさがっていた蛍光灯のひもを瞬間的に引張って通電させてしまったものであつて、かかる急迫した緊急事態の下において冷静を欠き、人命救助を急ぐあまり、このような行動に出ることは、それが警察官の場合であつても、ありうることであり、通常予想される因果関係の展開の中に含まれることであつて、全く予想外の意外な出来事とまでは、いえないと考えられる。のみならず、右過失行為は、被告人のガス漏出行為と全く無関係に独立して介入されたものではなく、まさに被告人のガス漏出行為によつて誘発され、被告人の救出行動中に惹起されたものである点にかんがみると、これにより因果関係は中断されたものとみるのは相当でなく、被告人のガス漏出行為と本件結果との間にはなお法律上の因果関係があるといわねばならない」。

本件における創出された危険は、ガス爆発の危険性については、いまだガスが居室に充満しており、直接的に継続しているともいえる。しかし、被害結果との関係では、被害者達の救助活動によってはじめて、具体的結果の発生の

危険が根拠づけられたのであり、その意味では、状況的危険に対する救助者の介入行為の事案であるといえよう。判決は、この不注意な警察官の救助行動を「通常予想される因果関係の展開」の中に含められるものとして、因果関係は中断されず、「法律上の因果関係」は存在するという。その際、救助行動が、創出された第一次的危険によって「誘発」されたものであることも、論拠としている。これを事実上の蓋然性を問題とする「危険範囲」の問題として捉えた場合には、判決の論旨は妥当なものといえよう。しかし、このような観点のみから本件にアプローチすることは不十分である。規範目的連関の観点からは、救助者で第二次的危険の直接の設定者であるB巡査は、このような場合の職業上の訓練を受けた警察官であり、本部からもA巡査部長からも注意を受けており、さらに、B巡査に続いて室内に入った隣人のDが、「電気をつけたら危ないで」と言っていたことなどから、このような救助者の重大な不注意は、規範的に、第二次的危険の発生を第一次的危険の実現を中断するものと解すべきであろうと思われる。

このような救助事例に関する考察は、法的義務にもとづいて警察官が、創出された第一次的危険を平常化した事案にも推し及ぼすことができる。ここでは、ドイツの連邦裁判所のいわゆる「尾灯事件」<sup>(95)</sup>を採り上げよう。

【160】連邦裁判所一九五三年一〇月一日判決 (BGHSI. 4, 360) (尾灯事件)

【事実】 被告人Xは、まだ暗く雨が降り霏の立ち込めたある早朝、左の尾灯、ブレーキ・ライトなどが故障したトレーラーを運転していたが、アウトバーンに入るバイパス道路でパトカーに追い越され、停車を命じられた。後方から来る車両の安全を図るべく警察官が赤い携帯用電灯を車道に置いた。被告人は、過料を払うため、次のガソリンスタンドまで走るように命じられた。パトカーが後方の安全を図るためトレーラーの後ろから走る予定であったが、その前に、警察官が、携帯用電灯を車道から取り去った。その後すぐに、トラックが後方から近づいてきたが、その運転手は、トレーラーを駐車中のオートバイだと思っていた

のであった。衝突の結果、トラックの同乗者が死亡した。刑事裁判所は因果関係は存在するが、責任がないという結論に達した。というのは、警察官は、被告人に停車を命じて携帯用電灯を車道に置いたことによって、後続の車両に対する安全化を引き受けたからである。

【判旨】「因果関係を認める条件は、もちろん、特定の結果にとって原因として設定された条件が現実にも結果の発生まで継続作用し、現に共同原因となったことである。後の出来事がこの継続作用を除去し、それ自体で新たな原因系列を開いて、結果を惹起した場合には、否定されなければならない。本件は、しかし、このような事案ではない。警察官が、まず、赤い懐中電灯によって交通の安全を図ったことによって、被告人によって設定された条件の効果は、一時的にのみ、阻害されたにすぎない。それは、最終的に排除されたのではなく、いつでも、被告人の意思とは無関係にふたたび完全に効果をもつものである」（傍点引用者）。

次に、責任の問題については、原審の判断とは逆に、予見可能性を肯定する。これについては、すでに別稿<sup>(96)</sup>で詳述したので、ここでは要点を紹介しよう。「被告人は、パトカーが自分を規定違反的に交通に参加したことによって停車を命じ、それによって衝突の危険が増大されることも予測しなければならなかった。事故の事実上の経過は決して一切の蓋然性の外にあるのではない。それは、この種の展開に対する一定の蓋然性に対応したものであった」。「警察官は、まず、結果に対して中間原因を設定したのではなく、逆にこの結果に対する安全策を施したのである。この安全策が早く取り払われすぎたことは被告人を免責しない。……違法な結果に反対作用する結果が発生するであろうことを、被告人は信頼してはならなかった。……被告人は、全く逆に、先に行われた、その交通を危険ならしめるその行為にもとづいて特別の注意義務を負わせられ続けているのである」。

本決定は、因果関係と予見可能性の問題を区別して論じ、結論的にいずれの存在をも肯定した。因果関係については、「新たな因果系列を開いた」かどうか、その有無の基準とされているが、これは、原因説にもとづくものとい



えよう。予見可能性については、警察官の介入を「中間原因」ではなく、「安全策を講じたもの」としている点が重要である。つまり、ここでは、危険創出は、被告人の行為によって設定され、それが継続作用して、衝突および死亡の結果につながっているのであって、警察官の「安全策」を講じる行為は、その効果を一時的に減じたものによらず、それが除去された時点でふたたび、因果の進行がはじまったとみなしているのである。そのような経過については、被告人は、予見可能だったのであり、警察官の「安全策」を信頼してはならないのである。

確かに、警察官の介入を度外視しても、被害者のトラックの衝突は存在したであろうといえるかもしれない。この点で、被害者の救助行為という任意の行為の介入がなければ、そもそも被害者に結果が発生していない先の救助事例とは構造的に異なるといえよう。しかし、規範的な観点から、警察官のこの安全化的介入を評価すれば、尾灯の故障にもかかわらず道路上を走行するという危険創出は、この法的根拠をもつ警察官の安全化によって、この創出された危険は「平常化」され、その危険の範囲は、警察官の介入の前で終わっているといえるべきである。「警察がいったん交通安全を引き受けた後には、その後の事象は、警察の答責性領域に入る」<sup>97</sup>のであり、運転手には帰属されえないのである。また、道路上で尾灯を点灯する義務の目的は、警察官の不注意による結果の発生までを防止する目的をもたないといえるべきであろう。

このようにして、危険実現のための帰属基準としては、法的義務にもとづく義務行為の介在がないことが挙げられる。このような「答責性領域」という帰属基準の根本思想につき、ロクシンは、次のように説明する。「このような事案における帰属拒却の根拠は一定の職業に就いている者は、その権限の範囲内で、局外者がそれに干渉する必要がないように危険源を除去し、監視するという責任をもつ。そのような権限を付与することからする刑事政策的に有意

義な帰結は、第一の惹起者には、その職業上の義務者の侵害行為によって惹起された結果につき責任を負わせないということである」。このロクシンの説明は、部分的には正当である。

しかし、ロクシンの「答責性領域論」は、ここで採り上げた類型に限定されない包括的なものである。それは、過失で火事を惹起した家屋所有者やプールの監視人の、救助に出勤した消防隊員や救助しようとした水泳者の死亡に対する責任の問題を論じる「救助事例」にとどまらず、事故後に介入した「医師の医療過誤」の類型にまで及ぶ<sup>(98)</sup>。ここでは、ロクシンは、フリッシュの見解を採用する。「医師の…行為が行為者によって創出された危険を押し退けたか、それともその実現を回避しなかったか」によって区別するといっているのである。「というのは、被害者が、彼に加えられた侵害によってではなく、医師のミスによって付け加えられた危険によって死亡した場合、医師は、元来の危険を、もっぱらその答責性領域に属する他の危険によって代替した『押し退けた』からである。医師が軽微な過失で行為したか、重大な過失で行為したかにかかわらず、それは第一の惹起者に決して帰属されえない」<sup>(99)</sup>。

しかし、このロクシンによる「法律上の義務にもとづく介入」事例に関する「答責性領域論」の拡大は不当である。答責性領域論の本来の適用領域は、第一次的危険の直接の行為客体から、危険が、他の行為客体に転化する事案につき、法律上の義務にもとづいて第一次的危険の救助のために介入する事案に限定されていたはずである。それは、救助者の任意の自己危殆化的な行為の場合に、「個人の意識的な自己危殆化」行為が帰属連関を中断しないかどうかという問題であったのを、救助の動機につき、「法秩序の自己危殆化」命令に従って、義務者が介入するという問題と捉えたことにより特徴づけられたのである。これに対して、医療過誤の介入事案は、第一次的危険の被害者に、医師のミスにより第二次的危険が加わる場合である。この場合には、たんに、職業上の介入が、「制度化」されているだ

けであって、自己危殆化の下位事例に位置づけることはできず、したがって、「法秩序の自己危殆化」の類型には当てはまらないというべきである。ロクシンの「答責性領域論」は、この帰属基準の出発点を歪曲するものであり、不当である。

#### (8) 残存危険への介入類型

##### (a) 危険社会における帰属

ここでは、いわゆる後続損害 (Folgeschaden) が、今日の経験的知識からは、長い年月の後にも、何らかの影響を残しているが、第一次的危険そのものは、完全に平常化していると思われるような条件下で、いわゆる「後発損害」(Spätschaden) が発生した場合の結果帰属が問題である。このような「残存危険」(Resisiko) の段階における後発損害の帰属問題は、今日のいわゆる「危険社会」<sup>(10)</sup> においては、その意義を増すものと思われる。今日のシステム化、ネットワーク化された社会においては、因果関係は、一方では、かなりの長期的展望において大筋において見通せるようになってきたが、その反面、個別具体的には、そのメカニズムと過程が複雑になり、予測の困難性は、以前より増している。そのほか、科学・技術や、医学の発達によって、病気と原因の間の因果法則も解明が進んできたが、他方では、大雑把な原因の追求はできても、その発病のメカニズムと条件が明かにはなっていない病気も多い。例えば、エイズは、その一つであるが、感染すれば発病するとはかぎらず、発病は、一〇年から一五年の長期間を経た後という場合もある。刑法学における「予見可能性」の概念は、このような社会の中にあつては、最も内容の多義的な概念となっているのであり、その中で、その概念に頼ってきた「相当因果関係説」が、安定した言明力を失ってきた

のである。「後発損害」についても、予見可能性の有無については、一定しない。ロクシンは、片足をなくする事故から二〇年後に死亡した事例につき、「予見可能性」を肯定するが、<sup>(10)</sup>具体的な予見可能性が存在するかどうかは疑問である。現代社会は、放射能、薬害、オゾン層の破壊などの環境破壊、地震による建造物の倒壊事故など一定の事象の発生を大雑把には予測できるが、個別具体的に予測できないという事故が極めて多いといつてよい。「残存危険」への介入類型は、このような危険社会における「客観的帰属」論の側面をももっている。

(b) 後発損害の帰属の視座

このような後発損害の帰属の問題は、まず、ロクシンによって提起された。例えば、交通事故で足を骨折した者が、手術によりその足を切断しなければならなくなったが、足の傷が完全に治癒した後、ほぼ二〇年経って、日常生活の中で、足がなくなっていたために、第二次的な損害、すなわち、例えば、山道でバランスを失って谷底に転落し、死亡した場合に、その死亡の結果を第一次的行為者の行為に客観的に帰属されるべきかどうかが問題となる。このような後発損害の帰属について、ロクシンは、「後発損害の中に第一の事故によって創出された危険が確かに実現されているが、被害者が事故の後に通常人より大きな生活上の危険は、すでに事故の後の刑事訴訟の際の量刑において考慮されており、したがって、そのような後発損害は、改めて刑事上の処罰をもたらすものではない」とする。<sup>(11)</sup>ここでは、規範の保護目的論によって、規範的側面から、帰属の否定の結論が導かれている。

次に、シューネマンは、エイズ患者が、他人に感染させた場合につき、殺人罪の適用は、故意の次元においては、なく、すでに客観的構成要件の次元において否定されるとし、傷害罪のみが残るとする。<sup>(12)</sup>「その経過が個別的には、行為者にも、社会にも、予見不可能であり、とくに行為者によるその都度の支配を逃れている後発損害を、刑法上の

帰属連関から排除するということは過失犯の理論において決して新しいものではない」。このような、予見不可能性と個別的に支配不可能であるがゆえに、帰属連関を否定するという論拠以外に、シューネマンは、傷害致死罪による処罰については、エイズの発病による死亡が何年も先のことであるので、死亡が確定するまで、裁判の決着がみられないことなるのは不都合であり、それゆえに、過失犯の領域における後発損害の場合の保護目的連関の中断の理論によって、帰属を否定すべきであり、また、第二に、エイズについては、「致死」罪ではなく、この事例に適した「抽象的・具体的危険犯」の構成要件の設置による立法的対処が望ましいがゆえに、帰属連関を否定すべきだとする。このようなエイズ感染事例においては、許されざる危険の実現のその他の点では妥当する前提が与えられているとするならば、それにもかかわらず、帰属を放棄する根拠は、被害者の方が、その損害減少義務を十分果たさなかった点、あるいは、第一次的侵害が治癒された点にあるわけではない。第一次的侵害によって高められた後発損害の危険は、それによって被害者だけに一般的生活危険として負担させられるのである。プッペによれば、ここでは、結果帰属を必要的に放棄する根拠は、ただそれが裁判上実行不可能な点にあるにすぎない<sup>(四)</sup>。その実行に対する訴上の手段、つまり、刑事訴訟における一種の追起訴によって確定力を破るという訴訟上の手段を新設することは可能ではあろうが、やってみる価値があるというわけのものではない。民事訴訟と異なり、刑事訴訟においては、国家によって行為者になされるべき非難の内容と程度を何年もの間、中途半端にとどめておくわけにはいかない。このような実際の根拠から、このような事案については、違法に惹起された、そして、最終的な結果の実現をみるまでの後発損害の危険を、行為者に負担させることで十分としなければならぬ。しかし、たんなる危険結果の帰属で十分だとすることが、その根拠ではなく、後に生じた侵害結果を刑法上考慮することは實際上不可能であることの結果であるにすぎない。

(16)

このようにして、残存危険類型への第二次的危険の介入の事例は、規範的判断、さらには、犯罪処理制度の機能や、刑事政策的判断をも考慮した帰属基準によって、帰属の有無が判断されている点に特徴がある。この分野の考察は、いまだ、例示的な試論にとどまっているが、先に述べたように、現代「危険社会」においては、今後ますます重要性を増すことになろう。

(1) 遡及禁止論は、ノランタによって根拠づけられた (Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl., 1926, S. 16.) それでは、「自由な、そして意識的な(故意的・過失的に)結果の惹起に向けられたある条件の先行条件が、原因ではない。そのような先行条件を設定した者は、共犯者としてのみ可罰的であり、しかも、もちろん、共犯の条件が整った場合のみである」とされた。このような遡及禁止論は、条件説の前提に矛盾するとして一般に、拒否された。すなわち、ライヒスタケリートの判例 (RGSt 61, 318; 64, 370) によつて、採用できなくなつてゐる。条件は、存在するかしないかである。この「中断」われわれは、このようにして、遡及禁止論は、vgl. Roxin, Bemerkungen zum Regressverbot, Festschrift für Tröndle, 1989, S. 177 ff.; Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 518 ff.)。この「遡及禁止論は、ランズ、ナウケ、ヴェルブ、キーターらによつて帰属論を基礎とするものとつて現代に蘇つた。Vgl. Lampe, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 (1959) S. 611 ff.; Naucke, Über das Regressverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), S. 409; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 274 ff.; Harro Otto, Kausald diagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Festschrift für Maurach, 1972, S. 91 f. この「遡及禁止論は、帰属の一般原理とならうと思われ。

- (2) Otto, Festschrift für Maurach, S. 99 f.
- (3) Puppe, Nomos Kommentar Vor § 13 Rdnr. 226.
- (4) Rudolphi, SK Vor § 1, Rdnr. 78.
- (5) Puppe, a.a.O., Vor § 1 Rdnr. 233.

- (6) Lang, Normzweck und Duty of Care, 1983, S. 143 ff.
- (7) Lang, aa.O., S. 145. なお、人間のショック損害ではなく、動物がパニックに陥る事案についても、すでに銀狐事件や馬のパニック事件（山中・法学論集四四巻六号六七頁以下参照）においてドイツの民事判例が取り組んできた。最近の判例（Urtel v. 2. 7. 1991）としては、農場の側の道路で、車の衝突事故があり、その衝突音によって、豚がパニックに陥り、数頭の豚が死亡したという事案に対して、農場主から運転者に対して損害賠償を請求したというものである（BGH JZ 1992, 95）。その判決の一部を紹介する。「保護目的に方向づけられた責任法（Haftungrecht）の限定は、ここでは、被告が原告の豚小屋における衝突音により発生した損害に対して責任をもつ必要がない、ということを示す。なぜならば、本損害事件においては、まず、原告が、豚を道路交通がもたらすような騒音に、とくに敏感になるような条件、また、動物達の間で、どこで生じたような損害に至りうるようなパニック反応につながるような条件のもとで飼育していたことによって自ら創出した危険が実現したからである」。Roxinは「被害者が自ら設定した危険が実現した」場合には、保護目的の外にもるところである。なお、この判例については、vgl. Wolfgang Köck, Kausalität und Zurechnung im Haftungsrecht. Klassische und moderne Problemkonstellationen, in: Weyrna Lübke (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1994, S. 17, Anm. 41.)。
- (8) Roxin, Strafrecht AT 2. Aufl. Bd. 1, § 24 Rd. 43.
- (9) Roxin, aa.O., § 11 Rn. 85 S. 321.
- (10) 一時期、保護目的論を、危険実現連関論をさらに限定する理論として構想していた（山中『刑事法入門』（初版）（一九九四年）一八一頁参照）が、これを危険実現連関論の大きな枠組みの中に取り込んで、とくに、「人」の自己危殆的、自己答責的、乃至義務的介入の場合に、前面に出てくる帰属基準と捉えることにした。
- (11) Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 2.
- (12) Schumann, aa.O., S. 4.
- (13) Schumann, aa.O., S. 6.
- (14) Susanne Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991, S. 80.

- (15) Walther, aa.O., S. 96.
- (16) Vgl. Walther, aa.O., S. 86.
- (17) Vgl. Walther, aa.O., S. 110 ff.
- (18) Ralf-Peter Fiedler, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdführung, 1990, S. 121 ff.
- (19) Fiedler, aa.O., S. 145 ff.
- (20) Rainer Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 10 ff.
- (21) Schumann, aa.O., S. 1.
- (22) Schumann, aa.O., S. 4 f.
- (23) Zaczyk, aa.O., S. 18 ff.
- (24) Zaczyk, aa.O., S. 19 ff.
- (25) Zaczyk, aa.O., S. 26.
- (26) Zaczyk, aa.O., S. 63 ff.
- (27) Zaczyk, aa.O., S. 65.
- (28) Maria Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 84. M・K・マイヤーは、この著書において、とくに被害者の錯誤にもとづく自己侵害があった場合の間接正犯の根拠づけを行ったが、その際、個人の自由と自己答責性の問題を考察の出発点とする。マイヤーは、「自由を「行為の自由」と「意思の自由」の二つの側面に区別したが、この分析は興味深い。行為の自由とは外部的自由であり、行為を実現する自由である。この概念と「自律性」の概念は、その中核において一致する。これに対して、意思の自由とは、人間が、自然存在として意欲しなければならないこと以外のことを意欲する人間の能力である (Meyer, aa.O., S. 82)。意思の自由とは、「自然の事物が、法則に従って作用する」のに対して、「理性的存在のみが、法則の表象に従って行為する能力をもつ」のである。
- (29) フリッシュは、法益侵害行為の類型を具体化するに当たって、「介入事情」を基準にして、三つの基本類型に分ける。①自然的因果関係を媒介して結果を惹起する行為、②被害者自身の行為を媒介して結果を惹起する行為、③第三者の行為を通じて法益侵害に至る行為、がそれである。しかし、この類型化においては、とくに②と③の区別については、答責性の範囲



の確定にとつては共通の部分もあり、むしろ、介入主体の区別のみではなく、その介入の危険類型をも考慮すべきである。その意味では、ここで呈示した、危険状況創出行為への(同時的ないし事後的)介入か、危険創出後の間接的危険ないし状況的危険への介入かは、基本的な類型化基準である。なお、後に、フリッシュは、この観点に沿つて区別している。Vgl. Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht, NSZ 1992, S. 3.

(30) Vgl. Schumann, aa.O., S. 29.

(31) Vgl. Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 2. Aufl., § 11 Rd. 94. (S. 325 f.)

(32) Puppe, ZStW 99, S. 611.

(33) この問題を論じた文献は、数えきれないほどである。すでに引用している「シューマン」「ハイトラー」「ヴァルター」「シヤスティック」の著書のほか、著書として、vgl. Roland Derksen, Handeln auf eigene Gefahr, 1992. があり、その他、論文多数。とくに自殺関与との関係については、vgl. Roxin, Die Mitwirkung beim Suizid-ein Tötungsdelikt?, Festschrift für Dreher, 1977, S. 331 ff.; Herzberg, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985, S. 131 ff.; 177 ff.; 265 ff.; 336 ff.; ders., Straffreies Töten bei Eigenverantwortlichkeit des Opfers?, NSZ 1989, S. 559ff.; Neumann, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers“, JA 1987, S. 244 ff. その他「一般的に」Otto, Eigenverantwortliche, Selbstschädigung und-gefährdung sowie eigenständige Fremdschädigung und-gefährdung, Festschrift für Tröndle, 1989, S. 157 ff.; Frisch, NSZ 1992, S. 1ff., 62 ff.; Dieter Dolling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, S. 71 ff. スイスの文献として、Andreas Donatsch, Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 105 (1988), S. 361 ff.

(34) 山田卓生「信仰上の輸血拒否と医療」ジュリスト八四三号九一頁。エホバの証人の輸血拒否の問題関する文献として、橋本雄太郎・中谷瑾子「患者の治療拒否をめぐる法律問題——『エホバの証人』の信者による輸血拒否事件を契機として——」判例タイムズ五六九号八頁以下、木内道祥「『エホバの証人』と輸血拒否——自己決定権の新しい局面——」自由と正義二四巻七号三九頁以下、加藤久雄「医事刑法入門」(一九九六年)四四頁以下参照。

(35) 橋本・中谷・前掲判タ五六九号八頁、一七頁参照。

(36) このように、心理的苦痛からの自殺の場合と身体的苦痛による自殺の場合とを一応区別するものとして、Rengier, aa.O.,

S. 191 ff.

- (37) りげにこうじせ、vgl. Rengier, aa.O., S. 192.
- (38) Rengier, aa.O., S. 193.
- (39) Zaczyk, aa.O., S. 6.
- (40) Zaczyk, aa.O., S. 7.
- (41) 大塚仁『刑法各論』〔上巻〕〔改訂版・一九八四年〕二五〇頁、大谷實『刑法講義各論』〔第四版補訂版〕(一九九五年)一九頁など通説。なお、最決昭和三八・四・一八刑集一七巻三号二四八頁においては、「実質的には強姦未遂にも等しい」事例において被害者が後に自殺したが、自殺の敢行は、「被告人の本件犯行を契機としてたらされた結果である」という事実は否定し得ない」としながら、その点につき立件されなかったため、不法監禁罪に処している。
- (42) Vgl. Roland Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1992, S. 142 ff.
- (43) 々の判決にこうじせ、山中「過失犯における被害者の同意——その序論的考察——」『現代の刑事法学』(平場安治博士還暦祝賀) (上) (一九七七年) 三三四頁以下参照。
- (44) Otto, *Jura* 1984, S. 537 f.
- (45) Derksen, aa.O., S. 147.
- (46) Vgl. Zaczyk, aa.O., S. 8.
- (47) Vgl. Spindel, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung*, JuS 1974, S. 749 ff.
- (48) Vgl. Schünemann, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln? - Besprechung des Urteils des BGH, NStZ* 1981, 350, in: *NStZ* 1982, 61. ショーネマンは「保障人的地位がなるのではないか」という。
- (49) Roxin, aa.O., § 11 Rn. 98, (S. 328).
- (50) Dölling, JR 1990, S. 475.
- (51) Schünemann, *NStZ* 1982, 61.
- (52) 評釈にこうじ、Roxin, *NStZ* 1984, S. 411. なお、ロクシンは「ここで許された危険の実現を否定するものではなく、刑法二二〇条、二二三条の「保護目的」が故意の答責的な自己危険化に共同作用した場合に、客観的帰属を否定するものとする。

これに対して、ヴェーバーは、麻酔刑法の規定（一九九条一項一号、三号および六号）により、保護範囲に含まれるものとし、故意犯を過失で誘発、促進した者が不可罰ならば、過失で過失犯を誘発、促進した者は、なおさら、不可罰だという推論も、短絡的に行なうべき批判こそ（Ulrich Weber, Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung im Betäubungsmittelstrafrecht, Festschrift für Spendel, 1992, S. 374 ff.）。

- (53) Walter Stree, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, Jus 1985, S. 179 ff.
- (54) Stree, Jus 1985, S. 183 ff.
- (55) Roxin, NSiZ 1985, S. 320.
- (56) Fünfsinn, StrV 1985, S. 58.
- (57) Roxin, NSiZ 1985, S. 321.
- (58) 上の判決について JZ 1991, 571 m. Anm. v. Rudolphi.
- (59) 山中・前掲（注43）三三二頁以下参照。
- (60) Roxin, Strafrecht, AT Bd. 1, 2. Aufl., § 11, Rn. 100 (S. 329).
- (61) Roxin, aa.O., § 11 Rn. 100 (S. 329).
- (62) 評釈と批判 Vgl. Frisch, Jus 1990, S. 362 ff.
- (63) Roxin, aa.O., § 11 Rn. 101 (S. 330).
- (64) Roland Helgerth, Aids - Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, NSiZ 1988, S. 261 ff. 判例が、エイズ感染事例において「共同の支配」を認める理由は、誰に「支配」があるかを基準にするかぎり、被害者に支配があるというためには、行為者にも被害者にも支配があるというほかないからである。しかし、「承諾にもとづく他人の危殆化」の事例のもとでの出発事例は、行為者の運転する自動車などに被害者が同乗するという事案であった。ここでは、事象の「支配」は、行為者（運転者）にあることは明白である。しかし、オートバイ競争事例やエイズ感染事例においては、これを「他人の危殆化」の事例だということのために、いわば「遠隔的支配」という擬制をせざるをえないのである。また、共同支配という概念を持ち出すことによつて、どちがとも説明しうることになったのであるが、それはとりもなおさずはじめの「支配」基準が不当であったことを意味する。「支配」が誰にあるかではなく、行為者の危険創出行為に同時的に関与したか、それとも、創

出された危険に事後的に関与したか否、この両類型の区別基準としたとき、類型の意義は明確になる。共同支配については、*vgl. Cornelius Pritwitz, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, S. 431 ff.*

(5) この見解を採る者として、Heimer Hugger, HIV-Übertagung als mitherrschafliche Beteiligung an fremder Selbstverletzung - BayObLG, NJW 1990, 131, in: Jus 1990, S. 974.

(6) Dölling, JR 1990, S. 475.

(6) 44号 *vgl. Otto, Festschrift für Tröndle, S. 170.*

(68) この点については *vgl. Hugger, Jus 1990, S. 976 f.* ただし、フッカーは、共同正犯の従属性の理論によって説明する。

(69) Hugger, Jus 1990, S. 975 において賛成する。

(70) *Vgl. Walther, a.a.O., S. 71 ff.*

(71) *Vgl. Walther, a.a.O., S. 72.*

(72) Rudolfphi, SK Vor § 1, Rdnr. 72.

(73) Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spendel, S. 271 ff.

(74) Otto, a.a.O., S. 279.

(75) オットーは「これは「共同正犯」具体例を挙げて説明する (Otto, Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht, Jura 1992, S. 98 ff.)

(76) Rudolfphi, SK Vor § 1 Rdnr. 72.

(77) この事件に関する判例評釈として、海老原震一『最高裁判例解説』(昭和四二年度)二八〇頁以下、同・ジュリスト三八七号九〇頁以下、大塚仁・判例評論一一七号四六頁以下(『刑法論集一』(一九七六年)一一二四頁以下)、町野朔・警察研究四一卷二二号一〇九頁以下、石原明・法学論叢八三巻四号八七頁以下、岡野光雄・早稲田社会科学研究五巻一〇七頁以下、中山研一・刑法判例百選(新版)二四頁以下、名和鐵郎・刑法判例百選I(総論)(第三版)三〇頁以下、川崎一夫『判例刑法研究』一六五頁以下。なお、井上祐司『行為無価値と過失犯論』(一九七三年)一六五頁以下参照。

(78) 判例評釈として、磯辺衛『最高裁判例解説』(昭和五三年度)一一三頁以下、伊藤栄樹・警察学論集二九巻一号一五八頁以下、山火正則・警察研究五五巻二二八二頁以下、山中・刑法判例百選I(総論)(第三版)二八頁以下。

- (79) 山中・前掲(注78)二九頁参照。そのほか、過失犯と故意犯の「観念的競合」の可能性を示唆したが、しかし、故意犯の実行の段階での広義の「過失行為」の継続を考へるより、包括一罪とする方がベターであると考ええる。
- (80) Frisch, aa.O., S. 472.
- (81) 本件(天然痘医師事件)と言及した文脈として、Rudolphi, Jus 1969, S. 557; Roxin, Festschrift für Gallas, S. 248; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 493; Walther, aa.O., S. 11; Derksen, aa.O., S. 159.
- (82) 本件譯文として、Christoph Sowada, Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primäräter ausgelösten Rettungsfällen, JZ 1994, S. 663 ff.
- (83) Frisch, aa.O., S. 473.
- (84) Rudolphi, SK Vor § 1, Rdnr. 81; ders., Jus 1969, 556 f.; Frisch, aa.O., S. 483 ff., 485.
- (85) Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Honig, S. 142. (Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 123 ff. 134 ff.); ders., Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für Gallas, S. 246 ff.; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 112 ff.
- (86) Roxin, Festschrift für Gallas, 1973, S. 247.
- (87) Frisch, aa.O., S. 474.
- (88) Frisch, aa.O., S. 474.
- (89) Frisch, aa.O., S. 478.
- (90) Frisch, aa.O., S. 479.
- (91) Frisch, aa.O., S. 484.
- (92) Frisch, aa.O., S. 485.
- (93) Sowada, JZ 1994, S. 665 ff.
- (94) Sowada, JZ 1994, S. 667
- (95) この事件の判例評釈として、Vgl. Hartung, NJW 1954, 41. 42 ff. Vgl. Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 63 ff. として、「新たに開かれた効果」かどうかが基準となる( S. 67)。

- (96) 山中「過失犯における因果経過の予見可能性について」(1)法学論集一九卷一八〇頁以下。
- (97) Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 2. Aufl., § 11, Rn. 104 (S. 332).
- (98) Roxin, aa.O., § 11, Rn. 108 (S. 334).
- (99) Roxin, aa.O., § 11, Rn. 109 (S. 334 f.).
- (100) Vgl. Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 7 ff.
- (101) Roxin, Festschrift für Gallas, S. 253. 山中「客観的帰属論の理論史的考察」(2)法学論集四五卷一四四頁参照。なお、この問題については、Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 44 ff (S. 904 f.).
- (102) Roxin, aa.O., § 24 Rdnr. 44 (S. 905).
- (103) Schünemann, Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, in: Schünemann (Hrsg.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, S. 483.
- (104) Puppe, Nomos Kommentar § 13 Rdnr. 236.
- (105) Puppe, Nomos Kommentar § 13 Rdnr. 236.

六 ち す び

(1) 客観的帰属論の犯罪体系における意義

最後に、客観的帰属論の犯罪体系における意義について考察しておこう。ここでは、まず、客観的帰属論は、目的合理主義的・機能論的犯罪体系において最もよく機能するものであるということを再度確認しておきたい。それは、確かに範疇論的な因果的思考を全く排除するわけではない。<sup>(1)</sup>しかし、それを基礎にしつつ、結果帰属の問題について、犯罪体系の目的・機能からどのように構想すれば、合理的であるかを指針として体系化するものである。

ドイツにおいては、客観的帰属論について、従来、正犯論・共犯論ないし行為論によって論じられてきたものを不

明確に一つ概念のもとに包摂しているだけにすぎないとする批判がある<sup>(2)</sup>。しかし、一般的には、客観的帰属論は、構成要件論に位置づけられている。ただ、ドイツにおける学説の中には、「誰に一定の結果がその違法なしわざとして帰属されるべきか」を問い、客観的帰属論が、結果帰属の枠組みを飛び越えて、結果帰属を結果実現の不法の問題と結び付けられることがある<sup>(3)</sup>。それによれば、結果の帰属の問題ではなく、「不法構成要件の実現」の問題が立てられるものと解され、結果帰属から不法結果帰属に問題が移行させられているというのである<sup>(4)</sup>。このような本来、因果関係という事実的な関係から発生した客観的帰属論が、あまりにも規範化することに対しては、ドイツにおいても、とくに目的的行為論者からの強い批判がある<sup>(5)</sup>。

もちろん、構成要件該当性が違法類型であるかぎり、その要件の一つである客観的帰属判断も、違法評価と全く切り離すわけにはいかない。しかも、客観的帰属は、事実的判断であると同時に規範的判断でもある。しかし、それは、生の違法評価と直結するわけではない。それは、あくまでも、違法評価の対象となる「結果と行為との関係」についてその対象を限定する理論である。「不法」かどうかは、葛藤状況における全法秩序からする全体的評価を経て決定されるのであるから<sup>(6)</sup>、その評価の前提的枠組みを決定する客観的帰属論を「不法結果帰属論」であるということはできず、その必要もない。それは、全く規範的判断と無関係であるとはいえないというだけのことである。このようなドイツの客観的帰属論の中の過度に規範主義的な見解に対しては、距離を置かなければならない<sup>(7)</sup>。

## (2) 客観的帰属論と予見可能性および答責性の分配

客観的帰属論は、当初は、客観的目的可能性を指針とする理論であり、人格、自由、意思といった概念から構想さ

れたものであった。その側面は、現在にも名残をとどめている。客観的帰属論の中核を、「結果に実現した危険が根拠づけられ高められたときに、ある結果がその人のしわざとしてその人 (Person) に帰属される」<sup>8)</sup>ものと特徴づけるのもその名残である。現在でも、行為の「操縦可能性」の原理が、結果帰属においては中心的な意味をもつとするオートーの説明にそれが典型的に表れている。<sup>9)</sup>「意思の限界が刑事責任の限界をも画する」というのである。しかし、私見によれば、この側面は、確かに重要な側面であるが、現在では、問題はむしろ、別の側面に移行しているように思われる。その客観的目的可能性ないし予見可能性あるいは操縦可能性の側面は、「危険創出連関」論において重要な意義をもつが、「危険実現連関」論においては、それを大きな指針としつつも、「危険」概念を中心とする事実的・規範的な帰属の本質の問題がより前面に出てきているのである。危険創出連関論の役割は、国民に対する自由の保障機能を明確にし、罪刑法定主義の行為規範的側面を強調することである。ここでは、結果の帰属は、客観的目的可能性などの枠内にとどめることが直接要請される。しかし、人の行動がシステム化され、複雑に交錯し合っている現代社会においては、予見可能性の範囲が、当該の行為者の「答責性の範囲」であるとするとだけの単線的範疇論的論証では、十分ではない。

このような単線的範疇論的考察方法の歪みは、実は、すでにわが国の、過失犯論や相当因果関係説の「危機」現象の中に現れてきている。過失犯論が、予見可能性の概念の分析に、許された危険 (危険の分配) や信頼の原則を加え、それが、実際には危険増加論や規範の保護目的の理論という結果帰属の問題であるという指摘もすでに二〇年も前から行われてきている。<sup>10)</sup> 相当因果関係説の危機は、萌芽的には、すでに昭和四二年の米兵轢き逃げ事件【155】を契機とするわが国の議論の中ではじまっております、柔道整復師事件【74】や夜間潜水事件【113】をめぐって、実務的思考が、



実際には客観的帰属論的思考とよりマッチすると指摘され、その理論的枠組みにおいても、現在、その判断基底と判断構造の明確な形式が、実質的な危険性の考慮によって打ち破られ、実質的には、客観的帰属論への移行を進めつつある。この動向は、わが国では、一部の学説によって、「因果経過の相当性」(狭義の相当性)の問題として「実質的帰属基準」に関する論議が採り上げられていることに示されるように、「予見可能性」と「経験的通常性」の概念用具のみでは処理仕切れない問題であることが自覚されはじめていたのである。<sup>(11)</sup>

危険実現連関の問題は、煎じ詰めれば、刑法が制裁(処罰)の必要性の有無と範囲の観点を指針として、生じた結果に対する「答責性」をどのように分配するのが妥当かという規範的問題を取り扱うものである。その答責性の分配は、危険概念による類型化と広い意味での規範の保護目的の考慮によって行われる。すでに論じてきたように、とくに人の不合理な行動やシステム社会の中の社会的反応行動の介入の場合、あるいは自己答責的な行為の介入の場合には、このような結果につながる危険への寄与度によって「答責性の範囲」が決定されるのである。これは、最終的には、社会的統合を目指す処罰の適正を図るために、法益侵害への答責性をいかに適正に行うかという問題に帰着する。このように、危険創出連関論という行為規範を前提とする「答責性」の限界論と危険実現連関論という制裁規範の前提条件を画する「答責性」限定論とが組み合わせられて、違法判断の対象となる構成要件の結果惹起の範囲を確定するのが、客観的帰属論の任務である。この規範構造論について、若干の詳論を加えよう。

### (3) 行為規範と制裁規範に関するドイツの学説

ドイツでは、規範論がふたたび脚光を浴びている。<sup>(12)</sup>その出発点は、「行為規範」と「制裁規範」の区別である。行

為規範とは、制裁規範に論理的に先行するものであって、どのような行為が正当か、禁止されているか、許されているなどを、国民に示す規範である。これに対して、制裁規範は、刑法典の各則に定められているように、行為が一定の要件を満たしたときに法律効果として一定の制裁が科せられることを定めた規範である。<sup>(13)</sup> 法的に正当な行為の基準である行為規範を否定したとき、制裁規範による責任の対象となる。<sup>(14)</sup> この両者の規範は、論理的にも目的論的にも峻別されるべきものとされている。行為規範は、禁止された行為が有害なもの（法益侵害的なもの）であることによつて正当化されるのに対して、制裁規範は、制裁の付加が行為に対する反動として相応しいことによつて正当化されなければならない。<sup>(15)</sup> 行為規範は、行為の指針となるものであるから、行為の前に作用し、将来、行為者が何をすべきかすべきでないかを示すものでなければならぬ。これに対して制裁規範は、回顧的に解釈される。それは、過去に存在し、完結した規範違反の処理について規定する。したがつて、規範の名宛人も、両者において異なる。<sup>(16)</sup> このように、刑法規範は、二つの規範から成るとするのが、通説である。これに対しては、刑法は、「一定の個人に、他人に対して制裁としての強制行為を行う授權規範である」とし、刑法の名宛人は、法幹部の機関であつて、国民ではないとする立場も唱えられているが、少数説である。<sup>(17)</sup>

しかし、行為規範違反と制裁規範の意味理解については根本的な理解において見解が分かれている。例えば、行為規範違反が、事前的判断か事後的判断につき対立がある。そして、それは、行為規範の射程が、行為なのか、結果惹起なのかに及ぶ。

一つは、ビンディングの見解によりつつ、構成要件の規範を、侵害惹起の禁止と解する。すなわち、「他人の死（傷害）を惹起するな」というのが行為規範の内容であるとす。<sup>(18)</sup> そして、ビンディングに反して、規範違反＝構成

要件該當的行為は、有意的である必要はなく、また、任意の行為である必要もないとする。それは、規範を「客観的に理解するのである。その判断は、事後的である。<sup>(19)</sup>

これに対して、もう一方の見解は、規範は、人がそれに従うことができずはじめて、意味をもつと解する。規範は、事前的に行為に指針を与えるように作用しなければならないというのである。したがって、侵害惹起禁止ないし侵害回避命令は、意味のある規範ではない。この立場は、とくにフリッシュによって鋭く根拠づけられた。彼によれば、今日では、侵害の惹起が構成要件該當の規範違反行為の中核ではなく、「客観的に否認された危険の創出」がそれであるというのである。<sup>(21)</sup>それがあつたかどうかには、事前判断が重要である。これに反して、結果発生への危険の現実化は、制裁規範侵害の「制裁構想に特有の補充的な要件」であるというのである。<sup>(22)</sup>

前者の立場からは、後者の立場に対して、結果惹起禁止は、行為に指針を与えるように作用するものと反論される。すなわち、事前的には、行為があるべきでないことを、つまり、構成要件該當結果に対して原因となるべきでないことを確認する。ただ、この時点では、具体的な行為が結果を惹起するかどうか、「侵害にとって重要かどうか」は分らない。この立場からは、「一定の行為による結果の惹起は、行為規範（違反）の中核であり」、行為の質は、回避可能性といった観点を考慮した上で判断される、制裁規範（違反）の中核である。<sup>(23)</sup>つまり、制裁を科されるためには、行為規範違反だけではなく、その規範がその行為者の行為にとって拘束を与える理由にならなかつたことを明確すること、つまり、故意や過失によって、義務違反を行ったことを示さなければならないのである。これは、義務違反は、事前的な判断であり、制裁規範の前提なのである。<sup>(24)</sup>この立場からは、客観的帰属論は、範疇的に誤りとされるとされる。むしろ回避可能性の問題として取り扱うのである。<sup>(25)</sup>

このようにして、行為規範と制裁規範の内容の理解について、この二つの立場は、真っ向から対立している。前者は、行為無価値論的見解であり、後者は結果無価値論的見解といってもよいであろう。しかし、このような対応関係のみが唯一のものではないと考えるので、ここでは、前者の見解を、「危険行為禁止規範説」、後者の見解を「侵害行為禁止規範説」と名づけることにしよう。

#### (4) 行為規範と制裁規範に関する考察

確かに、客観的帰属論の説明には、「危険行為禁止規範説」が、「侵害行為禁止規範説」よりも適しているように思われる。事前禁止を目的とする行為規範の対象は、危険(創出)行為であって、「侵害行為」では遅すぎるのであり、結果の発生の帰属問題たる「危険実現」の問題は、制裁規範の前提にすぎないともいえるからである。この説の問題点は、刑法理論の構成をむしろ行為規範論に重点を置いて行おうとする点にある。

他方では、侵害行為禁止規範説は、行為規範違反が、法益保護が失敗に帰したといえる侵害(危殆化)の発生をもつてはじめて生じるとする点で正当である。結果犯においては、結果の発生を待つてはじめて「規範を破った」といえるからである。この説は、<sup>(26)</sup>しかし、その上で、制裁規範違反は、行為者の主観などの「義務違反」の確認をもつてはじめて発生するものとする。本説においては、したがって、行為規範と制裁規範の区別は、危険創出行為と結果との間の関係を問う客観的帰属論にとっては重要な観点を提供せず、むしろ、客観的規範違反と主観的義務違反という犯罪的行為の評価の二つの側面の分析にとって有効な視座を提供するものといえる。

犯罪の実現段階に則して規範の機能を考察するならば、行為規範が最も重要な意味をもつのは、具体的な状況を前

提とせず、一般的に、国民一般に対して「人を殺すな」といった行為規範を樹立する場合である。これによって、事前的な一般予防機能が果たされることになる。しかし、行為規範の重要な機能は、特定の行為者が、一定の犯罪行為を行うかどうかを判断するに当たって、行為規範に従って行動するよう行動を統制し犯罪を事前予防する機能である。けれども、行為者が、結果的に侵害行為禁止規範に違反する蓋然性の高い「危険創出行為」を行った段階では、すでに「危険行為禁止規範」そのものは破られており、結果の発生は、その行為の危険性と事後の介在事情に応じて、偶然なし必然であるといつてよい。そこには、すでに事前予防のための「行為」規範がはたらく余地はないのである。しかし、これによっていまだ、その危険行為防止規範違反に対して、刑法上の「制裁」が発動されるわけではない。制裁規範と結びつくという意味における「侵害行為禁止規範」はいまだ「破られて」はいないのである。侵害行為禁止規範違反のためには、具体的危険ないし結果の発生が必要である。この侵害行為禁止規範違反は、「制裁規範」の発動条件であるが、それは、国民に対する「行為規範」として直接、国民にはたらくかけないわけではない。むしろ、危険行為禁止規範の根拠を提供するものである。危険行為禁止規範違反は、「行為無価値」を意味するが、それは、制裁規範発動の条件としては、直接的な意味をもたない。<sup>(27)</sup>したがって、制裁規範は、危険行為禁止規範違反が侵害行為禁止規範違反につながった場合にのみ、「行為規範の妥当力」を維持する<sup>(28)</sup>ために発動されるのである。

刑法は、制裁規範の発動条件として、結果犯については、結果の発生、未遂を処罰する場合には少なくともその具体的危険を要求している。その際、客観的帰属論は、結果犯における既遂に対する制裁の発動条件を論ずるものである。<sup>(29)</sup>

まず、行為規範は、制裁発動の前提として何らの役割を果たさないわけではない。なぜならば、それは、罪刑法定

主義を体现するものとして、国民に行為の指針を与え、国民に予測可能性を保障することによって、国民の自由を守るものだからである。したがって、次のように言うことができる。危険行為禁止規範違反たる「危険創出」があっただけでは、制裁規範違反はない。それは、いわば「侵害行為規範」を動揺させ、危殆化させただけである。しかし、禁止行為規範違反たる危険創出は、制裁規範の発動の一つの前提である。その危険創出が、結果に実現したという場合にはじめて、制裁規範に違反したといえるのである。換言すれば、それは、侵害行為禁止規範説の意味における行為規範違反があったことを意味する。

それでは、いつこの意味における「侵害行為禁止規範違反」があったといえるか。この問いに答えるのが、「客観的帰属論」である。一般的にいうならば、それは、結果犯においては、行為が結果を発生させたときであるが、それは、事後的に「行為規範違反」たる創出危険が、結果に実現したと認定されるときに認められる。

#### (5) 客観的帰属論における犯罪の事後処理機能

もし、刑罰の機能が、一般予防と特別予防にあるとするならば、危険創出連関の存在のみによって、刑罰を科することは、その機能に反しない。例えば、一般国民にとつて、結果を実現するための手段として、そのような行為が「利用可能性」がある場合にのみ処罰するのだというのであれば、危険創出連関が存在するということは、「利用可能性」があるということだからである。<sup>(30)</sup> また、特別予防の観点から、危険創出行為を行った者には、結果発生のある程度具体的な予見可能性があったのであるから、再度の犯行を予防するためには、制裁を科する必要があるといえる。国民に予測可能性を保障し、また、一般予防・特別予防を図るには、「危険創出連関」のみで、事後に発生した結果

に対する責任を負わせても不合理とはいき切れないものと思われる。

客観的帰属論において「危険実現連関」を必要とする実質的根拠は、先に述べたように、一定の法益侵害事象に複雑に作用する人の行為寄与について、事実的・規範的観点から、その「答責性」を分配し、行為者の答責性の範囲を画することが、適正処罰の要請から必要であるという点にある。それは、もちろん、恣意的な規範的判断ではなく、危険に対する経験的判断によって、一般人と行為者にとって説得力のある範囲の結果の帰属でなければならないという要請、そしてまた、憲法を頂点とするわが国の法秩序が置く価値を規範的に考慮しうる範疇——例えば、「自己答責性」というドイツで展開された概念は、わが国でも、「個人の自己責任」という近代国家における普遍的範疇である——を用いて判断されなければならない。このようにして、犯罪の事後処理としての処罰の前提としての構成要件該当性を限界づけるとともに、危険実現連関論の意義があるといえよう。

#### (6) 相当因果関係説から客観的帰属の理論へ

刑法の学説においては、すでに戦前から相当因果関係説は一世を風靡した。しかし、実務は、この考え方に影響は受けたが、それと同時に、因果関係の「中断論」、「唯一・直接原因不要説」、「誘発」基準など独自の帰属基準を展開してきた。これらは、学説によって、条件説を採るものとして片づけられてきたが、実際上は、実務の帰属判断に重要な役割を果たしたのであって、実務家が、相当因果関係説は実務的ではないと言い切るようにまでなっている。本書では、このような実務において展開されてきた範疇には、客観的帰属にとって有用なものが含まれていることが少なくないことを示し、それを含めて、体系的に整理し、類型化を図って帰属基準の受け皿としての指針を与えること

すると、それが客観的帰属論であると説いてきた。いわば、客観的帰属論は、実務的な発想を体系化し、理論に昇華させることを試みたものであるということもできる。最近の「修正された相当因果関係説」は、このような客観的帰属論の実質的内容を、相当因果関係説の形式の中に盛り込もうとするものであるが、本稿の論証から分かるように、それは因習と惰性にとりつかれ、概念と内容の明確性を喪失させ、混乱に導くだけの、実務的にも講学上も、また、学問的にも全く意味のない彌縫策的妥協であって、目算なき戦略であるにすぎない。<sup>(32)</sup> 内なる必要に迫られて変貌を遂げてきた理論が、旧来の外皮を破って、今や、新たな外皮のもとで正しく認識されることを望んでいるのであり、学問の世界において自己欺瞞的な保守主義には将来はないといつてよい。相当因果関係説はすでにその歴史的使命を終えたのである。

- (1) 条件説の意味における因果関係は、客観的帰属論の基礎となっている。この意味の因果関係の概念の中にも、「結果」の規定方法の点で、すでにある程度、規範的な評価が入り込まざるをえない(山中『刑法における因果関係と帰属』一四〇頁以下参照)が、原則的には、それは、合法的な条件といえるかどうかという事実的な判断である。したがって、客観的帰属論は、その基礎としての「因果関係」(条件関係)と、それを限定する理論である狭義の客観的帰属論から成り立つ。
- (2) Küpper, Grenzen der normativisierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 92 f.
- (3) Vgl. Otto, Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht, Jura 1992, S. 91. 例えは、フリッシュの帰属論(構成要件該当行為論)が、「行為不法の理論」(Vgl. Frisch, a.a.O., S. 50.) である。
- (4) Vgl. Otto, Jura 1992, S. 97. オッターが、「結果帰属」ではなく「不法結果帰属」だとして、Vgl. Frisch, a.a.O., S. 24 ff. 参照せよ。
- (5) 客観的帰属論の規範主義的側面を批判するものとして、キューバーの前掲書を見よ。また、Vgl. auch Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 403 ff. ソンピが、「明確な概念形成と体系化に代えて不明確な一般的概念」が用いられる



うになっていると批判されている (S. 407)。しかし、キューパー、ヒルシュの主張は、雷雨事例は、故意の問題で、過失犯における危険増加は、注意義務論で、結果的加重犯は、「特有の危険」の理論で、解決できるというものであるが、これに対する反論として、すでに、ロクンシン (山中訳)「客観的帰属論」法学論集四四卷三号二六四頁以下、とくに二七八頁以下ノモス六号 (一九九五年) 二二二頁以下、とくに二三〇頁以下参照。

さらに、条件説を採る論者からも、相当因果関係説および客観的帰属論が、客観的構成要件概念を「規範化」するものであるとの批判がある。むしろ、回避可能性の概念や違法性連関 (義務違反連関) の概念により、「違法性」の段階で処理すべきであろう (vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 10. Aufl., 1995, S. 243 ff.)。

(6) 山中『刑事法入門』〔改訂版〕一七三頁参照。

(7) Maiwald, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, *Kuhre* (Hrsg.), *Festschrift für Miyazawa*, 1995, S. 474 ff., S. 481.

(8) Vgl. Otto, *Jura* 1992, S. 97.

(9) Vgl. Otto, *Jura* 1992, S. 91.

(10) 山中・前掲書 (注一) 一頁以下、「過失構造論」二〇二頁以下参照。また、Yamanaka, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, *ZStW* 102, S. 928 ff.

(11) もっと言えば、事実的因果経過の原因説的評価も帰属のための重要な要素ではあるが、それがすべてではなく。規範的観点からの類型化的評価も重要な意味をもつ。したがって、帰属論を事実的「因果関係」論の中で構想する見解 (林陽一「相当因果関係説の批判的検討」法学教室一八五号二五頁) には賛成しがたい。なお、原因説的な方向を目指すとする見解として、内田浩「わが国における最近の相当因果関係説の動向」成蹊大学法学政治学研究一五号四八頁以下参照。

(12) 著者、コンメンタールの規範論 (Binding, Die Normen und ihre Überbreitung Bd. 1) が周知である。現在の規範論のコンメンタールの規範論と言及するのは、Joachim Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 21; Hafke, Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm, in: Schünemann/Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, S. 90 ff.

(13) Vogel, a.a.O., S. 27.

- (14) Vgl. Urs Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 13; Vogel, aa.O., S. 28.
- (15) Vogel, aa.O., S. 29.
- (16) Haffke, aa.O., S. 92.
- (17) Vgl. Schmidhäuser, *Strafrecht AT* (Studienbuch) 2. Aufl., 1984, 3/10 ff.; ders., JZ 1989, S. 417 ff.
- (18) Vgl. Vogel, aa.O., S. 50.
- (19) Vgl. Vogel, aa.O., S. 49.
- (20) Vgl. Schönke/Schröder/Lenkner, *StGB Vorbem. §§ 13 ff. Rdnr. 54*. 「行為無価値に存在する不法の個人的な構成要素は、それぞれの構成要件の基礎となつてゐる行為規範の種類から、そして、そこから生じる違法性の本質から明らかになる」と云ふ。Vogel, aa.O., S. 53 f.
- (21) Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, S. 71 f.
- (22) Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, S. 516.
- (23) Vogel, aa.O., S. 55.
- (24) Vogel, aa.O., S. 24.
- (25) Vogel, aa.O., S. 60 f.
- (26) Vogel, aa.O., S. 24.
- (27) 行為無価値な行為が不法とは、「制裁」とは無関係の、たんなる「危険行為禁止規範違反」を意味するのだから、それは、刑罰法規違反とは直接の関係はない。ただ、それが事後的に結果と危険実現連関に立つときのみ、そのよう危険創出行為を刑罰の付加される対象に取り込むことになるというだけの間接的な関係に立つ。
- (28) Vgl. Georg Freund, *Der Zurechnungsgedanke im Strafrecht*, GA 1995, S. 7. など vgl. auch ders., *Erfolgsdelikt und Un-terlassen*, 1992, S. 51 ff.
- (29) わが国では、ドイツにおいて客観的帰属論を行為無価値的な違法法観の上に組み立てられたことに対する警戒(林陽一・法学教室一八五号二三頁、なお、山口厚「相当因果関係と客観的帰属」法学教室一七六号六七頁)が根強い。しかし、山口教授が指摘されるように、「将来の議論の方向としては、客観的帰属論の拒否ではなく、帰属基準自体の実質的検討が要請さ

れる」のみならず、さらに、本稿において行ってきたように、客観的帰属論の結果無価値を基調とする立場からの規範論的再構成が、行為無価値論と客観的帰属論の論理必然的關係といった誤解を正すことになる。なお、木村光江「相当因果関係論から客観的帰属論へ？」研修五六六号三頁以下においては、「理論そのものは『行為無価値的な考え方』とは言い切れない」とこの点を正しく評価している（九頁）。

(30) 最近、わが国では、相当因果関係における狭義の相当性の意義について、これを一般予防の見地から、「利用可能性」があるときに、一般人が、そのような因果経過を一般的に「利用できる」のを予防するために、それを刑罰の対象とするという論拠が挙げられている（町野『刑法総論』〔講義案〕Ⅰ（一九九〇年）一五七頁以下、山口「因果関係」『刑法理論の現代的展開』〔総論〕Ⅰ（一九八八年）五九頁以下、同・法学教室一七六号六六頁、林陽一・法学教室一八五号二五頁、これに対する批判として、井田良「因果関係の『相当性』に関する一試論」法学研究六四卷二号二八頁〔注57〕（同・『犯罪論の現在と目的的行為論』一〇四頁以下〔注57〕）。しかし、「相当因果関係説」ないし「因果関係説」を一般予防の観点からのみ根拠づけるのは、刑法の自由主義的機能を侵害するものであって、極めて危険な考え方である。一般予防の効率を上げるには、事前的な「危険創出」（広義の相当性）のみで、制裁を発動する方がベターであり、したがって、一般予防は、理論上、広義の相当性とより親近性をもつ。木村・前掲論文九頁は、「狭義の相当性は、実は『一般人を基準とした行為時の相当性判断』にはなじまない面を多く含んでいる」としているが、このことから、「一般予防」と狭義の相当性のみを相当因果関係の内容とする見解とは矛盾することが示されている。

(31) そのような試みの一つとして、本章において、曾根説（法学教室一八五号一〇頁参照）を検討した。

(32) 山口・法学教室二七六号六七頁は、「客観的帰属論の枠組みは十分支持しうるもの」という。また、木村・前掲論文一〇頁は、「相当因果関係論は客観的帰属論と呼ぶ方がわかりやすいことは確かである」という。ただし、「広義の相当性」を「実行為性に統一されるべき」とする点では、すでに別の論者の説について批判したように、疑問がある。