

# 客観的帰属論の故意犯への適用可能性

——Goeckenjan「Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung」を読む——

山本 高子

客観的帰属論の故意犯への適用可能性

- 一. はじめに
  - 二. Goeckenjan 「Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung」の内容
  - 三. 若干の検討
  - 四. おわりに
- 一. はじめに

客観的帰属論が、ドイツにおいて支配的見解であると評価されるようになって久しい。BGHにおいて問題となつた多数の事例をその適用領域に包摂し、あたかも「巨大なダイオウイカのように」その適用領域を拡大してきた。<sup>(1)</sup>ただ、近年拡大の勢いはかつてのようにはなく、客観的帰属論をめぐる議論は沈静化しつつあるように思

られる。行為者の行為により惹起された危険が結果において現実化したかという、いわゆる基本公式については、ほぼ疑いなくその必要性は認められており、それ以上の適用領域については、それぞれの論者の体系と関連して包摂されるか否か、検討される傾向にあるように思われる。

その一方で、二〇一七年に客観的帰属論を故意犯に適用することを限定的に展開する論稿が公刊された。<sup>(2)</sup> その検討の対象は、客観的帰属論の基本公式に遡り、客観的帰属論が問題とする「許されない危険の創出」類型である。ドイツにおいて、客観的帰属論は、主として過失犯を念頭に展開され、その上で、故意犯への適用が示唆されるという現状がある。<sup>(3)</sup> ただ、行為者のしわざとして結果を帰属できるかという主張について、過失犯で適用される基準が、故意犯において適用できない、あるいは限定的に適用されるべきであるということに対し、幾ばくかの疑問を禁じ得ない。故意犯と過失犯において同じように適用される基準が必要ではないだろうか。このような問題意識から、Goeckenjanの論稿を一通り概観した上で、若干の検討を試みたい。

## 二. Goeckenjan 「Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung」の内容

### 1. 客観的帰属論への評価（一頁～三二頁）

Goeckenjan は、客観的帰属論について、ドイツ刑法学界において広く展開され、外国の多くにおいても、大きな同意を得ていると評価しながらも、客観的帰属論には、六つの批判が提起されているとする。<sup>(4)</sup> それは、①帰属の基準を体系に矛盾する形で位置づけていること、②帰属の基準が不明確であり、過度に規範化されていること、③「客観的」な判断が不可能であること、④故意犯にあっては、客観的帰属は不必要であること、⑤帰属の

基準が機能障害に陥っていること、⑥事前判断と事後判断が交互に用いられることである。<sup>5)</sup>このような批判を念頭に、客観的帰属論を故意犯へ適用することが可能であるのか、順に検討されていくことになる。

検討の冒頭に、Goeckenjanは刑法解釈学の使命に遡る。法解釈学が、法規範と事実との間を仲介しようとする場合、法解釈学はその規定を解釈し、体系化する。実定化された規定の範疇においてその余地がある場合、解釈学の使命は、統一性のある方法でこれを果たすことである。そして、そのような充足を必要とする余地を、立法者は解釈学に対し、狭い意味での結果の帰属の領域に委ねたとする。<sup>6)</sup>態度と結果との間の連関を規範的に限定することをめぐり、明文での法規定は存在せず、その限りで立法者は、学界と実務に、構成要件の態度と構成要件の結果の発生との間の連関についての規定を限定的に示すとともに、刑法規範の骨組みを充足することを委ねたとするのである。<sup>7)</sup>ただ、実務においては、ためらいがちに客観的帰属論を受け入れていないにすぎない。なぜなら、その帰結を見通すことができず、ますます増大する複雑性のために、その実務における適用を避けているのである。それにもかかわらず、刑法学界において、客観的帰属論は支配的見解となつている。<sup>8)</sup>それゆえ、Goeckenjanは、この論稿において、客観的帰属論が論理的であるか、その結論が妥当であるのかを検討することにしたのである。なお、その際前提とされるのは、人間の態度を法的に評価するにあたり、規範的な要素と経験的な要素が組み合わせられるということである。<sup>9)</sup>そして、結果の帰属の問題に取り組むに際し、次の前提が認められなければならない。すなわち、人間は、その態度を操縦し、その作用を外界において、原則的に支配することができ、それゆえに、その行為から発生した結果に対して、答責性を有することである。<sup>10)</sup>

## 2. 定義(三二頁～六二頁)

検討の対象となるのは、客観的帰属論が使用する単語に対しても当然及ぶ。まず検討の対象とされるのは、「帰属」の対象である。通説的な理解によると、客観的帰属論は、因果的に惹起された結果に対する刑法上の負責を規範的に限定することに資するものであり、それゆえ、帰属の対象として刑法的な結果が前提とされる。すなわち、構成要件の結果の発生である。敷衍すると、そのつどの構成要件の記述に相応する、一定の外界における変化であり、行為者の態度からは区別されるものである。<sup>(11)</sup>これに対して、帰属の目標、すなわち帰属の名宛人については、法領域以外をも含めた検討がなされる。その結論として、構成要件の結果は、客観的構成要件に遡るのでもなく、原因や創始者として不法に遡るのでもない。<sup>(12)</sup>ある人物の刑法上の答責性が問題になる。人間の行為が前提とされるため、人物への帰属は、行為をめぐって仲介されることになる。<sup>(13)</sup>ただ、帰属の問題を検討する段階は、行為ではなく、客観的構成要件に位置づけられることになる。<sup>(14)</sup>これまでの検討をまとめると、客観的帰属論は、客観的構成要件の段階に位置づけられ、構成要件の結果を、ある人物、あるいはある人物の行為に帰属するものである。<sup>(15)</sup>

続いて検討されるのは、行為と結果である。まず、行為は、因果的行為論において定義されるように、意思により操縦される態度として理解される。<sup>(16)</sup>これに対して、結果は若干議論がなされる。結果の概念を規範的に確定することは、侵害犯において必要とされる。そして、結果とは、行為者の態度とは区別された、そのつどの構成要件の記述に相応した外界における一定の変化の発生と理解される。<sup>(16)</sup>

最後に、危険である。危険という概念は、ドイツにおいては、GefahrとRisikoとが二種類の単語が使用されることが多い。Risikoは、行為が結果へと至る不利益の可能性を意味し、Gefahrの下では、より直接的に具

体的な脅威と理解されるため、*Risiko*は、侵害の計算可能な蓋然性を意味するのに対し、*Gefahr*は、蓋然性の高さを示すものではない。また、*Risiko*は、一定の決定の主体によって引き受けられ、少なくとも影響を及ぼされるのに対し、*Gefahr*は、主体がさらされるものである。さらに、*Risiko*は、決定者の観点から定められる一方、*Gefahr*は、侵害が発生する場合に、その侵害が現実化する状況が特徴づけることになる。<sup>17)</sup>このような前提から、実際に客観的帰属論を展開するにあたって使用する場合には、行為者は、具体的な結果の蓋然性を原則的に厳密には限量化できないため、*Gefahr*の方が適切な用語ということになる。これに対し、行為者が結果の発生を支配し、目的とすることができたことを前提とすると、すなわち行為者が、侵害の蓋然性に影響を及ぼしたにちがいない場合には、*Risiko*が使用される。<sup>18)</sup>それゆえ、*Risiko*の概念が、客観的帰属論による使用に適していることになる。なぜなら、*Risiko*は、厳密には限量化可能ではないが、少なくとも法的重要性を決定づける程度で、行為者がその発生に影響を有する、一定の結果発生の可能性と定義されるからである。<sup>19)</sup>

### 3. これまでの客観的帰属論の展開（六三頁～一四九頁）

続いて、帰属に関する理論がこれまでどのような過程をたどってきたか、時代にそって検討される。検討は *Pufendorf* にまで遡る。*Pufendorf* は、人間の行為の自由を出発点とした。人間と行為の間の関係が自由に基づくものである場合、その人間に行為がその意思に左右されるものとして帰属される。この場合にのみ、その人物は、行為とその帰結の惹起者としてみなされる。帰属の基礎は、自由な意思に依存する、事象経過への作用可能性である。<sup>20)</sup>さらに、このような自由な意思に基づくとする考え方は、この後の論者にも見られる。例えば、*Wolf* は、行為者がその行為の結果に対して、答責的であるのは、行為者が、その結果の自由な原因としてみな

されるときであるにすぎないとし、行為者が、自由な原因であるかを問題とする、あらゆる道徳的評価を顧慮せずに判断される場合と、行為が行為者に帰属されるかを問題にする場合とを区別した。<sup>(21)</sup>ヘーゲルは、ある行為がその意思の表現である場合にのみ、ある人物にその行為は帰属されるにすぎないとした。<sup>(22)</sup>このようなかつての帰属論をまとめると、共通しているのは、かつての帰属論が、答責性の配分に対する基礎を人間の意思の自由に見出していたことである。<sup>(23)</sup>

これに対し、因果関係に焦点を向ける見解も展開された。ここでは、Glaserやv.Buriが挙げられ、これらは等価説として主張されたのである。行為と因果性という問題に関してこれらの立場は、当時展開されていた帰属論に対し、優位な地位に立つことになる。そしてこのことは、帰属という単語が、刑法解釈学の中心概念として意義を失うことにつながったのである。<sup>(24)</sup>ただ、等価説は、周知のごとく、条件について法的に重要か否かを区別する可能性をもたず、他の犯罪論体系において、それをを行うという欠点を有している。そのため、相当因果関係説が展開されることになる。ここでは、v.KriesやTraegerの相当説が挙げられる。最後に特筆されているのはMillerであり、彼の立場には、後に展開される客観的帰属論の中心的な要素が見出されるとされている。<sup>(25)</sup>

一九二〇年代以降、因果性に追加的に付け加えられるべき、価値的な基準が構築されるようになる。まず挙げられるのは、LarenzとHornigである。Hornigは、態度の客観的・目的可能性を中心においた。法的な命令と禁止の遵守は、常に人間の行為をめぐり仲介される。<sup>(26)</sup>また、Welzelは目的的行為論を展開したが、帰属の中心的な基準は故意にあり、その構想は主観的帰責として評価される。<sup>(27)</sup>その他にも、社会的相当性やEngischが説いたとされる危険の創出と結果における現実化、Mezgerの重要性を問題とする立場や、BGHの判断をきっかけに議論が展開された合法的択一的態度、危険増加理論、規範の保護目的など、現在展開されている客観的帰属論の基

準を個別に展開した立場が紹介されている。<sup>(28)</sup> さらに、Hardwig や Hruschka のような独自の帰属論についても言及されている。このような様々な観点を一緒にして、現在の客観的帰属論は展開されている。このような多様な立場を統一し、包括的な客観的帰属論を展開する試みは、一九七〇年ごろに、相互に独立して、多くの論者によって行われたのである。<sup>(29)</sup> 例えば、Jescheck、Roxin、Schafstein などである。このうち、Roxin は、Honig や Englisch、Welzel によって展開された客観的目的可能性、危険の現実化、社会的相当性の基準を、統一的に規範化された構想にまとめたのである。<sup>(30)</sup> そして、強く規範的な帰属の基準を担わせたことにより、新たな客観的帰属論は、客観的目的可能性に基づく観点を離れることになった。<sup>(31)</sup> また、客観的帰属論は、目的合理的刑法体系の中で、中心的な礎石を形成した。なぜなら、現実化された不法を認めることが、機能的もしくは刑事政策的基礎から説明されない場合には、客観的構成要件を認めることを制限する道を示したからである。<sup>(32)</sup> 客観的帰属論がもたらした本質的な基礎は、客観的帰属論が、潜在的に存在する刑法上の結果の負責についての価値的な限定の必要性を示し、内容的な基準と、犯罪行為の構造の内部にその余地を与えたことに見られる。<sup>(33)</sup> 以上の考察をまとめると、次のようになる。客観的帰属論は、いまや、行為者が刑法的な意味において、行為者によって引き起こされた結果に対し、責任を負うべきか否かという問題を取り扱っている。客観的帰属は、価値的カテゴリーへと発展し、当罰的でない事象経過、それは、自然科学的に理解された因果関係論により、なお構成要件に該当するとして包摂されるものであるが、そのような事象経過を客観的構成要件の段階から排除する。これについての判断は、刑法機能的な考慮、もしくは法政策的な考慮からなされる。<sup>(34)</sup>

このような現在展開されている客観的帰属論は、たいてい一定の事例グループに基づき叙述されているため、客観的構成要件の段階で帰属を阻却すると一致して、あるいは少なくとも圧倒的に認められているものについて

概観することは、可能である。まず、客観的帰属論の主張者は、因果関係の認定と客観的帰属の確定は、二つの相互に区別された本質の異なる検討段階においてなされることについて、広く一致している。発生した刑法上の結果を、純粹に因果的に引き起こしたことを確定することと比較して、客観的帰属の基準を検討することは、客観的構成要件の段階で、すでに可罰的な不法を限定することになり、そのことはその限りでは正当であると評価される<sup>(35)</sup>。客観的帰属論の承認とともに、客観的帰属が、過失犯にとっても、故意犯にとっても統一的に妥当する犯罪カテゴリーを形成し、帰属の基準が、故意犯にも適用されることが、認められることになる<sup>(36)</sup>。一般的な言葉で表現された客観的帰属論は、過失犯にとって重要であるとされるにすぎない一連の問題をも、その中に含んでいる。例えば、注意規範の保護目的の侵害や、合法的択一的態度の事例は、故意犯においては意味を有するものではない<sup>(37)</sup>。実際に、客観的帰属論の基本公式に目を向けると、帰属の基準に、可罰性を制限する機能を付与するにもかかわらず、客観的帰属の要件は、たいてい積極的な形式でまとめられる。具体的な結果の発生を引き起こした人物に、客観的構成要件における結果は、帰属されるにすぎない。まず、ある人物が、法的には認められない危険を創出し、あるいは高め、そして次に、この危険が具体的な結果において、現実化した場合である。このように積極的に規定される基本公式に対して、個々の事例群においては、帰属を阻却する形で理解されている<sup>(38)</sup>。客観的帰属論の主張者は、危険の存在を、客観的事後的予測から確定するとし、結果が、客観的な観察者にとって、事前の観点から予見可能であったかを問題とする。これに際し、追加的に、何らかの特別知識が、行為者の負担として顧慮されることになる。その上で、創出された危険が、具体的な結果の発生において実現したかどうかは、事後的な観点から考慮されるのである<sup>(39)</sup>。

ここで、再度、客観的帰属論を故意犯へ適用することに対する批判を挙げる。まず、帰属の基準を体系に矛盾



して位置づけていることである。<sup>(40)</sup> 客観的帰属論は、刑法体系上、正確には他の領域において位置づけられるべき多くの事例群を取り上げており、その問題領域は、ますます拡大しているとされる。それは、故意や違法性の先取りであるのみならず、体系的に置かれている問題の許されない移動であるという。第二に、客観的構成要件に不確かな基準を与え、過度に規範的な色彩を帯びているとする。<sup>(41)</sup> 客観的帰属論は、惹起された結果を客観的に帰属することが刑事政策的に意味があるかに、結果の帰属を向けているからである。第三に、故意犯の客観的構成要件において、純粹に客観的に判断することができるか、ということである。なぜなら、行為者の知識を評価の基礎とすることが不可欠と解されるからである。<sup>(42)</sup> 第四に、故意犯において、帰属の問題は、故意との関連において取り扱われることが、より適しているとの批判である。<sup>(43)</sup> 第五に、実体に反する帰結に至るとの批判である。<sup>(44)</sup> 可罰性を阻却することが、違法性段階において当該利益の評価の下でなされるべきこと、さらには可罰性を拡張することに至っているとも主張されている。最後に、客観的帰属論は、危険の創出や増加を事前の観点から判断し、結果における危険の現実化の判断を事後的な観点から評価しているとの批判である。<sup>(45)</sup>

#### 4. 客観的帰属論の個々の帰属を阻却するトポスの考察（一五一頁～二六八頁）

この後、帰属を阻却する類型が三つ挙げられ、考察が進められる。まず、行為者が確かに結果を故意に引き起こしたが、そもそも結果の発生に対し、法的に重要な危険を創出していない場合である。二つ目は、危険が是認されないのではなく、許されたものであった場合である。第三に、ある人が、危険を創出し、あるいは高めておらず、むしろすでに存在する危険を減少させた場合である。<sup>(46)</sup>

## ①危険の創出が欠落する場合

まず、基本公式からアプローチされる。事前的観点から重要な危険を創出したが、高めることなく、故意に結果を惹起したある人物に、なおざりにされるべきでない危険の程度にもかわならず、それでもなお発生した結果は、帰属されない。その結果、可罰性は、すでに客観的構成要件の段階で阻却される。実際に、このことは、そもそも主観的には結果の発生に向けられているが、客観的には結果の発生に関して、危険を創出しておらず、それにもかかわらず、結果に至っている態度方法が存在する点で、正当であるにすぎない。<sup>(47)</sup> 法的な観点においては、このような事情を刑法的に評価するとき、危険の創出というフィルターなしでは、ほとんど実体に即した結論を導くことはできないであろうという点でのみ妥当であるにすぎない。惹起された結果が、客観的に帰属されるか否かは、創出された危険の存在と程度に依存するということが、関連する事例の考察から看取される。<sup>(48)</sup>

ここで多くの論者により挙げられるのは、様々なバリエーションがあり、古くから用いられてきた落雷事例である。激しい雷雨の中、敵対者を森に散歩に行かせたが、その際、行為者は、落雷により、この敵対者が死亡することを望んでいて、まさにその通りになったというものである。これが後に、父親が子どもを雷雨の際に、森に散歩に行かせる場合や、相続人になっている叔父が、甥を雷雨の際に森に使いに出す場合、さらには、甥が金持ちの叔父の遺産を相続するために、鉄道旅行を勧めるといった事例に変化してきたのである。<sup>(49)</sup>

客観的帰属論によると、創出された危険が、わずかな、もしくは統計上証明できない程度であるため、惹起された結果の帰属が否定されることになる。これに対して、客観的帰属論に批判的な立場などから異なった解決が試みられている。ただ、これらの立場についても、可罰的ではないとの帰結には広く一致が存在する。むしろ、解釈論上の根拠づけに批判がなされているのである。

まず、因果関係を限定的に確定すること、すなわち、因果関係を否定する立場である<sup>(50)</sup>。しかし、この立場に対しても、仮にすでに因果判断の規範的構想に対し、方法論的観点から原則的に何一つ異議を唱えられないとしても、刑法上の結果を負責するために、経験的に理解された基準と特別に法的な基準とを区別する方が、実体に則していると指摘されている。

第二に、客観的目的可能性による解決である<sup>(51)</sup>。規範化されていない、価値から解放された客観的帰属論を展開しようとする試みである。ただ、この立場に対しても、納得はできないとされている。それは、客観的帰属論を規範化されない形で構想することは、実際には難しいためである。故意による結果の惹起は、操縦可能な結果の発生に至る行為を回避する義務に違反したということについての典型例だからである。さらに、この立場は、客観化された基準に照準を合わせているが、これも規範化につながる。行為者による実際の事象経過の操縦は、事象経過が、客観的な人間の意思により支配可能であることに対し、重要性を有するからである<sup>(52)</sup>。

第三に、未遂犯における「unmittelbare Ansetzen」の解釈により解決する立場である。結果の実現に向けられた行為を、はじめから否定するのである<sup>(53)</sup>。ただ、これに対しても、故意は既遂に至る能力のない所為に向けられた場合、未遂はすでに存在せず、未遂の時間的な開始は、重要でないのと批判される。

第四に、行為概念をめぐる解決である。落雷事例を、禁止されていない行為として評価するが、この立場は、非常にわずかな日常的な危険と結びつけられた活動は、はじめから禁止されていないとする。行為が、態度規範違反を正当化しない場合、それに基づく結果発生<sup>(54)</sup>の帰属は、もはや重要ではないが、態度規範違反を否定するにあたって、どの段階で可罰性を否定するのかという問題は残る。

第五に、構成要件に該当する態度として解決する立場である。ただ、この立場においても、行為者が危険の増

加を認識し、あるいは結果の惹起を目標として意図していたかに関わらせることになり、心情刑法へと陥る危険性が存在することを指摘する。また、構成要件に該当する態度の構成要素として是認められない危険の創出を検討することが、正犯性の問題より先行することにも、疑問を呈される<sup>(55)</sup>。

第六に、行為支配をめぐる解決である。落雷事例において、行為支配を否定するのである。ただ、この立場についても、実際には、答責領域の配分をめぐる議論に他ならないとされる<sup>(56)</sup>。この答責領域を配分とする立場を、支持するようである。ここで問題とされている事例の多くは、保護されている法益客体の侵害を、直接に引き起こしたのではなく、被害者の協働によって仲介されたものと評価できる。危険を認識し、それにもかかわらず自己決定した上で被害者が介入した場合に、自己答責性の観点は、ここで関心が向けられている危険の創出が欠落するというトポスの位置づけを変更するものである。このような答責性の観点を、客観的帰属論の支持者の多くは認めているが<sup>(57)</sup>、その際、危険の創出が欠落するという観点が正当性をもつかどうかは、検討されるべき事例が、自己答責性という介入する帰属の観点 (interventiver Zurechnungspunkt) によって処理された後で、検討される<sup>(58)</sup>。このような答責性の原理が問題とされる事例は、とりわけ因果的な事象に介入する人物が、誰かに大きく依存する<sup>(59)</sup>。すなわち、被害者が仲介する態度によって結果がもたらされるもの、第三者が介入することによって結果へと至るもの、被害者や行為者の介入なしに結果に導かれるものである。

まず、被害者の態度が仲介することによって、結果へと至る場合である。ここに落雷事例が含まれている。これは、故意犯においても、過失犯においても問題となる。とりわけ、故意犯においては、行為支配により、他人の自己侵害の誘因となった者の正犯性が決定される。被害者の答責性は、被害者が自己答責的に危険の価値を判断する状況にない場合、例えば未成年者であるといった場合や、重大な心身の障害に陥っている場合などには、

否定されることになる。あるいは、強要されたり、錯誤に陥っている場合にも、否定される。そして、被害者の自己答責的な決定に基づき、客観的帰属が否定されない場合に、危険の創出の欠落という観点で、その余地を認められる。次に、第三者の介入により初めて、結果がもたらされる場合である。この場合には、共犯論における問題が前面に押し出されるので、重要な危険の創出が欠落するという一般的な結果の帰属の阻却が問題となるのではない。<sup>(60)</sup>最後に、被害者や第三者の行為が介入することなしに結果へと至る場合である。当該結果の惹起を禁止するにあたり、態度が是認されないことについての徴表となる他の構成要件、例えば、被害者の処分の自由や支配領域の保護のために決定されている構成要件の実現と評価されうることもある。例えば、落雷事例の場合に住居侵入や器物損壊にあたる場合である。

これまでの考察からは、故意に結果がもたらされたが、事前の観点から評価したときに、結果にとつて有用な行為を客観的に帰属するためには、実際に評価されるべき創出された危険の程度の問題ではなく、もっぱらは認されないことという規範的な問題が重要だということになる。<sup>(61)</sup>

そこで、そのような是認されないかどうか、許されないかどうかという問題にアプローチする立場が、この後展開されることになる。その筆頭として、社会的相当性、あるいは許された危険というアプローチがある。<sup>(62)</sup>危険の創出が欠落すると解するのではなく、危険を創出することが、社会的に相当である、あるいは許された危険として評価されるとする。このような許された危険として評価するアプローチを、支配的な客観的帰属論を展開する論者も主張するが、この場合に、危険の創出が欠落する場合と、許された危険であるために、危険の創出が否定される場合の区別が明らかではないという批判がある。

さらに、故意の面からアプローチする立場も存在する。<sup>(63)</sup>すなわち、結果発生の具体的な可能性が欠落するとい

うものである。ただ、故意による解決を主張する論者の見解を厳密に検討すると、多くは、客観的帰属論の主張者が展開するものと内容としては同様の、客観的規範的基準を基礎に置いており、それを体系論において異なる段階に位置づけているにすぎないのである。<sup>(64)</sup>

このような検討をまとめると、<sup>(65)</sup>客観的帰属の内部において、全く異なったアプローチが展開されているということが分かる。そして、このような非常にわずかな、測定することができない危険を創出するという事例は、実務上ほとんど重要性はない。問題になる事例の多くは、被害者や第三者の協働により初めて結果へと至る事例である。このような場合に問題となるのは、答責領域の配分であり、結果の蓋然性の高さではない。そして、危険の創出が是認されないと評価されても、創出された危険が非常にわずかであったことが、それでもなお発生した結果に対する責任を妨げることになる。それゆえ、危険の創出が欠落する場合という客観的帰属論の第一段階は、純粹に価値的な公式に戻ることになる。ただ、ここにおいても、危険の創出が欠落する事例と許された危険、もしくは社会的に相当な事例を区別することができるのか、疑問が残ることになる。いずれにせよ明確なのは、規範的な観点に従って行われる可罰性の限定が正当である場合、その検討は、客観的構成要件においてなされるということである。

## ②許された危険

そこで、許された危険が次に検討される。再度、客観的帰属論の基本公式に立ち戻ると、構成要件の結果の客観的帰属は、その惹起者が、その態度により法的に是認されない危険を創出し、あるいは高め、この危険が具体的な結果において現実化したことを前提とする。それによると、危険が確かに創出され、あるいは高められ、結果において現実化した<sup>(66)</sup>が、この危険が是認されないものでない場合には、帰属されないことになる。この類型に

おいてたいい挙げられるのは、道路交通の場合である。さらには、航空機や船舶などの場合、大規模工業プロジェクトの実施などが挙げられる。このような場合に、客観的帰属論の主張者は、結果の帰属を否定するが、批判的な論者は、刑法上の判断の帰結に対してではなく、解釈論上の根拠づけや体系的な位置づけに対して批判を提起している。

まず、故意犯における許された危険の適用を限定的に解する立場がある<sup>(67)</sup>。もつばらその適用を過失犯に限定し、ただ限定的に故意犯に及ぼすというものである。中には、例外なく故意犯における許されない危険の適用を一切否定する立場もあり、故意の程度によって区別する立場もある。後者は、BGHがこの立場に親和的とされる<sup>(68)</sup>。さらに、故意犯においては、帰属の基準を厳格化する立場もある。いずれにしても、故意犯について、帰属を否定することを一律に拒絶する立場には、従うことはできない。なぜなら、注意に従って実施されている場合には、それを否定すると、政治的、経済的、技術的な進歩は望めないからである<sup>(69)</sup>。故意の程度により段階づける立場についても、その態度が許された危険を順守したものであるか、それともそれを逸脱したものであるかの判断は、客観的基準からなされるものであるため、妥当ではないとする<sup>(70)</sup>。

次に、客観的目的可能性による解決が検討される<sup>(71)</sup>。前述した危険の創出が欠落する場合のように、客観的目的可能性を決定的な基準とするのであるが、これについても、客観的目的可能性は、経験上推定的に決定されるカテゴリーであり、その背後に存在する決定的な規範的観点を覆い隠してしまうからだと批判される。それゆえ、目的可能性や支配可能性といった概念は、故意犯において、構成要件を限定する機能を有しないとされるのである<sup>(72)</sup>。

第三に、行為概念や、構成要件に該当する態度による解決がある<sup>(72)</sup>。ここにおいて、行為概念や構成要件に該当

する行為として検討する立場には、未遂の可罰性をも否定することができるという有利な点が指摘されている。

第四に、故意をめぐる解決がある。ただ、実際には、故意を問題にする立場であつても、客観的構成要件に存する評価が基礎にあると指摘されている。そして、この立場から客観的帰属論に対して批判を提起する論者は、危険の「許容性」について、明確性が欠けると批判する<sup>73</sup>。さらに、危険の創出を許容することを検討することに、独自の意義があるかとも指摘される。また、客観的帰属論が、ある態度が、許された危険を逸脱したものであり、構成要件の結果について禁止されたものとみなされるかどうかは、厳密にはその答えをもつて探究されるものであるため、循環論法に陥っているというのである。すなわち、全構成要件要素を検討した後で、一定の態度が構成要件上類型化された不法を実現したか、検討されるものであるとする。このような批判について、確かに、禁止された危険の創出ということについてみると、客観的帰属の段階におくことは、納得のいくものではない。危険の創出の検討は、客観的帰属論によると、ある態度が、刑罰を備えた禁止に違反したかを判断する中で、多くの足取りの中の一步にすぎないのである。許容されないこと、もしくは法的に是認されないことについての評価もまた、全構成要件の検討が終わった後で初めて妥当する判断を先取りするものである<sup>74</sup>。いずれにせよ、故意犯にあつては、許された危険の考慮は、限定される。なぜなら、故意に結果をもたらしたが、法的に是認されないものではない危険の創出は、帰属の問題としてほとんど実務上適用領域を有していないためである<sup>75</sup>。法的な評価の下で、許されたものとしてみなされ、それにもかかわらず、結果の発生へと至る故意による危険な態度方法という非常にわずかな領域が残されるにすぎない。構成要件の不法の積極的な前提として法的に是認されない危険の創出を義務的に検討することは、ほとんど意味がない。許された危険の創出という残された事例を構成要件の不法から除外するために、例外的に、消極的にのみそのような態度方法を構成要件の不法から除外する検討方法



が展開されるだけで十分である。それでは、このような例外をどのような内容により介入させるかであるが、ここで、許された危険と社会的に相当な態度が提案される。許された危険の方が、より適切な表現方法であると考えられている。

最後に、違法性をめぐる解決が挙げられる<sup>(76)</sup>。許された危険は、正当化事由の下で取り扱われることになる。これに対して、一定の危険な態度方法の許容性は、認められた社会的な有用性と態度の危険性の衡量に基づくものであると指摘される。

これらの検討をふまえてまとめると、帰属の基準としての許された危険の検討は、故意犯にあつては、過失犯におけるよりも非常にわずかな実務上の重要性を付与されるものにはすぎない。客観的帰属論における、基本公式の第一段階としての危険の創出の考慮にあつては、危険の程度ではない、許容されたものとしての法的な評価が重要であるにすぎない。ある態度が許されるか否かという問題は、経験的な量的観点から決定されるのではなく、規範的に決定されるものである。危険の創出が欠落するとの観点の下で議論される事例をまとめると、許された危険の様々な形式により、次のような区別がなされることになる。まず、大規模工業プロジェクトのように、その社会的な意義が非常に高く評価されるため、特別に規定された(前刑)法的な危険の限定を順守することで、許されるものとみなされる、危険な態度方法である。この場合、注意規則に違反する態度は、許容されない。それを無視する者も許容されない。次に、技術規範や技術規則のような非公式な危険の限定により、典型的な危険が阻止される領域がある。これらの原則は、創出された危険が許容されないことに対する徴表となる。最後に、日常的な社会的な接触と並行して現れ、特別な危険の限定の下にない危険が存在する。しかし、これらの領域は、個人の自由を広く制限することなしに回避することはできず、それゆえ許されないものではない。

## ③危険減少

最後に取り上げられるのは、危険減少の事例である。ここでも考察の出発点は、客観的帰属論の基本公式である。惹起者が、法的に重要な危険を創出し、あるいは高め、まさにこの危険が具体的な結果において現実化された場合に、構成要件の結果は、客観的に帰属されるにすぎない。そこから、具体的な構成要件の結果の惹起者が、法的に重要な危険を創出しておらず、もしくは高めておらず、むしろすでに存在する結果発生の危険を減少させた場合には、客観的帰属は否定されなければならないことになる。<sup>(78)</sup>このような危険減少の場合も、故意犯におけるよりも過失犯における場合の方が、実務的な親近性があると評価される。しばしば用いられる例は、殺人者が斧で被害者を殺害しようとしているところを通りかかった行為者が、頭にはなく、肩にあたるように仕向けるため、被害者に声をかけ、そちらを向いた被害者の肩に傷害を負わせた場合が挙げられる。このような場合も、客観的帰属論の主張者は、危険減少を禁止することは、法益の保護にとって資するものではないため、危険を減少させる行為によって発生した結果は、帰属されないとしている。ただ、さらに問題とされるのは、危険を減少させた場合ではなく、危険を置き換えた場合である。例えば、誘拐から身を守るために、被害者を監禁した場合である。このような場合には、推定的承諾、あるいは緊急避難の問題であるとされ、このような解決の二重性が、さらなる議論を産むことになる。<sup>(79)</sup>

このような帰属論の立場に対し、危険減少という概念それ自体への批判が提起される。<sup>(80)</sup>この立場は、危険減少という概念が、すでに誤解を招きやすいものであり、誤っているとす。危険を減少させることは、強制的に侵害の減少へ導かれるものではない。すなわち、結果発生の危険を事前の観点から考察して、減少させる行為は、必然的に結果において、よりよい状態に至るものではない。帰属を阻却することは、事前の観点から決定された

危険の減少によるのではなく、事後的に初めて評価されるべき法益にとつての行為者の行為の優位性によるのである。<sup>(81)</sup> それゆえ、客観的帰属論は、是認されない危険の創出を事前の観点から評価するという、その立場自体の前提に違反することになる。

第二に、構成要件に該当する態度による解決が展開される。<sup>(82)</sup> この立場は、危険減少も構成要件に該当する態度として問題にするのであるが、この立場においても、他の議論と同様に、危険減少と危険の置き換えの事例を区別することの困難性が立ちふさがる。それゆえ、この立場を主張するFrischは、危険を置き換えた場合だけでなく、危険減少自体も、正当化事由の観点の下で考察している。<sup>(83)</sup>

第三に、構成要件の結果の確定を検討する立場である。<sup>(84)</sup> この立場は、構成要件に該当する結果それ自体として検討し、結果を、法益にとつて不利益にその状態を変更することと定義する。この立場に対しても、構成要件の結果の確定、もしくは因果関係の確定に位置を変えただけであると指摘されている。<sup>(85)</sup>

第四に、代替原因の一般的な考慮により解決する立場が挙げられる。<sup>(86)</sup> 仮定的な代替原因を刑法的判断に際して考慮する立場である。この立場に対しては、すでに考慮する際に挙げられている事例の選別自体に問題があることが指摘され、危険概念を使用しない考察にも疑問が呈されている。<sup>(87)</sup>

第五に、Jacobsの考え方が示される。<sup>(88)</sup> (i)ここでは、構成要件の結果の惹起と、単なる構成要件的には重要でない付随事情をもたらすことは、規範の目的を考慮した規範的な考察が基礎に置かれるべきであるとする。

第六に、故意による解決である。<sup>(89)</sup> しかし、この立場に対しても、このような危険減少の事例を正確に考察すると、行為者が致命的な結果に対して、わずかな害悪を付加することについては甘受しており、相当な解決は可能ではないと指摘される。<sup>(90)</sup>

最後に違法性による解決が示される<sup>(91)</sup>。危険減少の事例と危険の置き換えの事例を厳格に区別することは、実務上可能ではないとされ、危険減少は、すでに客観的構成要件において、法益主体の意思を無視する危険性をはらむものである。それゆえ、承諾や推定的承諾により解決が図られるべきであるとされる。

以上の考察をまとめると、<sup>(92)</sup>危険の減少については、不法の阻却へと至る個々の事例に関連づけられた考慮が必要であるということになり、客観的構成要件において検討されるよりも、違法性の段階において、承諾や推定的承諾、正当化的緊急避難の問題として検討される立場が支持されることになる。

#### 5. 客観的帰属論への批判の評価（二六九頁～二八八頁）

ここで、再度客観的帰属論へ提起される批判が検討される。

まず、帰属の基準を、体系に矛盾する形で位置づけていることである。客観的帰属論は、刑法体系において実体に適した、他の段階において検討されるべき問題へと、その適用領域を拡大しているとす<sup>(93)</sup>。上述された三つのトポスの考察から導かれた結論に従って、批判への判断が示される。まず、危険の創出が欠落しているとされる類型である。これは、自己答責性の観点、並びに答責領域の配分により取り扱われる。故意犯においては、共犯をめぐる規定が適用される。危険の創出が欠落するという視点は、行為者の行為が直接結果の発生に至る場合に残されることになるが、これは、是認されないことという規範的な問題として扱われる。法的に是認されないことが決定的である場合、危険の創出が欠落する類型と、許された危険の類型は実際には全く区別されないことになる。これと異なり、許された危険の類型においては、刑法体系における正当なカテゴリーに位置づけられていると評価される。ここでは、社会的な有用性と危険が衡量されており、違法性の問題への介入は生じていない

とする。しかし、この許された危険の問題は、結果の帰属の問題ではなく、構成要件に該当する態度の確定に資するものであるとされる。それは、一定の行為を行う前に、それぞれの名宛人が、構成要件において要求されているものを認識可能でなければならぬからである。最後に、危険減少については、刑法体系上誤った位置づけを与えられているとの批判は、完全に正当である。ある態度が許されるか否かは、構成要件において類型化された不法を完全に検討してから初めて、違法性の段階でなされるものであるからである。

第二に、客観的構成要件に不明確な基準を与え、過度に規範的な色彩を帯びているとする批判である。<sup>(94)</sup> この批判は、一部は正当である。許された危険の創出に際し、客観的構成要件を阻却するために、法的な評価のみが決定的であるにすぎない。法的な評価の助けを借りて、許された危険を充足することは、刑法上の禁止の射程を、行為者の意思に基づいて決定する立場よりは、より適切なものである。

しかし、客観的帰属のカテゴリが、解釈論上自立するという危険は、実際に存在している。<sup>(95)</sup> 法的に是認されない危険を創出し、あるいはそれを高め、その危険が、結果において現実化した場合に客観的に帰属されるといふ公式は、積極的な検討の前提として、客観的帰属論に、独自の可罰性の前提を含ませることを提案する。現行法と乖離する危険が、全く現実のものであることは、客観的帰属の意義をめぐって刑法解釈論者が使用する非常に異なった言葉からも、明確である。客観的帰属のカテゴリを基礎に置く場合、刑法総論におけるいくつかの解釈論上のカテゴリの独自の重要性が疑われるのみならず、各論のさらなる領域、とりわけ、財産犯の領域が、不必要なものになることは明白である。

それゆえ、故意犯にあつては、法的に是認されない危険の創出の検討は、おのおのの構成要件の現実化の積極的な前提として理解されるのではなく、許された危険を構成要件を阻却するものとして、消極的に理解すること

に限定される。

第三に客観的判断の不可能性である。<sup>(96)</sup>客観的帰属論も、純粹に客観的に判断することはできない。なぜなら、行為者の認識を評価の基礎とすることが、不可欠であるためである。ただ、このような客観的構成要件において、主観的な要素を考慮することが、体系的に矛盾しているとの非難は、多くの客観的帰属論者からも反論されている。<sup>(97)</sup>このような議論に対して、これまでの検討をふまえて、Goetkenianの立場から、この批判への反論がなされる。<sup>(98)</sup>許された危険に、客観的構成要件を阻却する作用を付与する場合、許された危険を確定するに際し、主観的な要素とともに考慮することが、体系的に許容されるかということである。この場合に、Goetkenianは、許された危険を二つの類型に区分した。実際に、確定されるべき危険の要素とその許容性の規範的要素である。危険は、一定の認識された、あるいは認識しうる侵害発生の蓋然性の程度を特徴づける一方で、許容性は、法的な範疇の要件を参照する。許容性の判断は、もっぱら、客観的・評価的基準に基づくため、行為者の主観的な表象からの逸脱の問題は、その限りで役割を演じない。他方で、危険の判断にあつては、発生しうる結果の実際の認識可能性が重要であり、ここでは、いずれにせよ、特別知識が重要である。平均的な第三者は認識しなかつた特別に危険な事情を行為者が認識していた場合には、危険な態度となりうる。

故意の行為者にあつては、認識された結果発生の可能性が、許された危険においてすでに算定される、態度が結果に適しているとされる範疇をこえる場合、特別知識が問題になるにすぎない。<sup>(99)</sup>評価の基礎を確定するため、それ以上に主観的構成要件に留保された観点を先取りすることは、体系論上許容されるものと解されている。

第四に、故意犯において、客観的帰属が不必要であるとの指摘である。<sup>(10)</sup>これに対しては、客観的帰属の第一の検討段階の対象、すなわち法的に是認されない危険の創出、あるいは増加の確定は、故意犯にあつては、ほとん

ど重要ではないとするのである。このような客観的帰属論の第一の検討段階に疑念が持たれる場合、実務上重要な事例においては、通例、故意が欠落する。それゆえ、実務上、故意犯において、まず主観的要件が欠落するかが検討され、その後で、結果の客観的帰属が検討される。それゆえ、故意犯にあつては、純粹に実務上は、第一の検討段階は不必要なものと解される。

しかし、許された危険の要素は、故意犯にあつても重要な機能を付与される。<sup>(10)</sup>許された危険は、構成要件に該当する態度を確定するための基準となる。故意犯においては、例外的に許容されるとみなされる態度は、構成要件に該当する態度から消極的に阻却されるのである。

五つ目として、帰属の基準が機能障害に陥っているというものである。<sup>(11)</sup>これについては、危険減少の事例においては、正当なものと解される。なぜなら、行為者が、事前の観点から危険を減少させる行為を行った事例において、客観的構成要件の構成要素として一般的に帰属を阻却することは、そのつどの法益主体の自己決定権を無視する帰結に陥る可能性があるためである。これに対して、許された危険については、実体に反した帰結に至るという批判は、正当ではない。危険の創出が欠落する事例に関しては、機能障害ではなく、ただ不必要なものと評価される。

最後に、事前の観点と事後的な観点が交互に用いられることである。<sup>(12)</sup>確かに、客観的帰属論においては、危険の創出は、事前の観点から判断され、危険の現実化にあつては事後的な観点が使用されている。しかし、Goeckeljanは、Frischによつて展開される構成要件に該当する態度と結果の帰属に区分する立場を支持しているため、この批判はあたらないとしている。

## 6. 結論（二八九頁～三〇四頁）

最後に、客観的帰属のカテゴリーは、故意犯に関しては不必要なものを伴い、荷を積みすぎるものであり、許容されない方法で、体系的に他の類型に位置づけられている観点を受け入れていると結論づけられる。その上で、以下のような一〇のテーゼが示される。

① 一般的な概念として、帰属は、様々な事象を特徴づける。Gockenjan の論稿の最初に検討された、帰属という言葉が意味することが、ここでまとめられる。

② 客観的帰属の要素は、特殊に理解される。現在展開されている客観的帰属論は、価値的なカテゴリーへと発展し、当罰的でないと評価された事象経過を客観的構成要件の段階において、刑法の機能的な考慮、もしくは法政策的な考慮により選り出されるものである。しかし、客観的帰属論は、広い部分において、構成要件に該当する態度を正確に確定するために資する観点を受け入れている。

③ 故意犯において、帰属の問題は、優先して考察される法律上の共犯体系により評価される。危険の創出が欠落するという帰属のトポスの分析において、たいていの事例においては、行為者が構成要件の結果を直接引き起こしたのではなく、被害者の危険を高める態度により仲介されて、結果の発生に至っているものである。行為者の態度が、故意の結果犯の構成要件を充足するか否かについては、広く法律上規定された共犯規定により覆われる。ここでは、答責領域の配分が問題となっているのである。

④ 態度が許容されることに関して決定的なのは、危険の程度ではなく、価値的な評価である。被害者や第三者の態度が介入することなく、直接結果へと至る場合、客観的構成要件の実現にとつては、その是認されないことが問題となる。被害者の支配領域や自由に処理できる領域の保護に資する規定に違反することが、是認されない



という評価に至るにすぎない。そして、客観的帰属論の第一の検討段階は、故意犯にあつては、純粹に価値的な公式に依拠することになる。

⑤その残された適用領域において、客観的帰属論の第一の検討段階は、構成要件に該当する態度の理論となる。許された危険は、もっぱら態度規範を具体化する。行為者に、行為を実行する段階で、それは危険ではあるが、行為することを一定の方法で許容する。帰属を検討する第一段階は、構成要件に該当する態度に汲み尽くされる。構成要件により態度を操縦する機能は、規範の名宛人に、一定の行為の実行の前に、すでに、どのような態度が期待されているかを認識できることを要求する。事後的な観点から行われる、態度と結果発生との間の連関の評価は、結果帰属の理論の独自の適用領域である。

⑥構成要件に該当する態度の限定は、故意犯にあつても妥当する。許された態度は、構成要件に該当する態度を阻却する。許された態度は、故意犯にあつても適用領域を残される。

⑦許された危険を確定するための内容的な基準は、故意犯と過失犯において同一であり、ただ、実務上の重要性において区別される。危険は、侵害発生の認識された、あるいは認識しうる蓋然性の程度を特徴づけ、許容性は、法的な範疇の要件を参照する。過失犯にあつては、認識可能性は、特別な重要性を付与される。これに対して、故意犯においては、従属的な役割を演じるにすぎない。許された危険を確定するための基準は、客観的で価値的なものである。

⑧是認されない危険を設定したことについての積極的な認定は、故意犯にあつては、例外的に介入する許された危険の検討により、置き換えられる。故意に実行された態度が、結果発生に因果的に至る場合、法実務上は、絶対的な例外として、許されたものとみなされる。態度と結果との間の純粹な結びつきは、なお完全に重要性は

ない。なぜなら、因果関係は、十分な帰属の根拠を示していないからである。故意結果犯の構成要件を完全に実現することは、同時に法的に是認されない危険の創出を含むものである。この要素は、なお刑法上の負責にとつて、独自の根拠を有していないのである。その代わりに、故意に引き起こされ、社会的に有害なものと評価された客観的事象を刑法上帰属することとつての根拠は、このことが行為者によって予想されたことに存在する。その態度が、一定の結果をもたらすことを、行為者は認識しているため、行為者はこれを回避しうるのである。主観的要素をめぐって、行為者は事象を支配する。理論的には、故意既遂犯に関して、主観的構成要件の検討から開始される。故意犯に関して、許された危険の検討は、例外的に前もって考慮され、許されたものとみなされた態度を、客観的構成要件の不法の領域から排除することに限定される。

⑨ 危険減少は、客観的帰属の阻却の事例ではない。行為者が、事前の観点から危険を減少させる行為を行った事例を、客観的帰属の一般的な阻却事由とすることは、法益主体の自己決定権を無視することに至る。

⑩ 以上の考慮は、刑罰を備える態度規範の機能と一致する。刑法は、一方で、一定の保護されるべき利益を維持する利益と、他方で国民の自由の利益を衡量した結果としてみなされる態度規範を有している。この態度規範は、国民に対する操縦作用を発揮するため、その名宛人に対して、そのつどすでに一定の行為を実行する前に、何が要求されているかを示さなければならない。結果が発生した場合、刑法上の禁止に違反することが事後的に初めて認められることは、必要でない。過失構成要件については、注意規範に中心的な意義が付与される。一般的な行為の自由の利益において、きわめてわずかな危険の創出と予見可能でない事象経過の発生は、可罰性の領域から排除されなければならない。そうでないと、規範の名宛人に対し、期待可能でないほどの過度な要求となる。これに対して、故意犯に関しては、そのような過大な要求は存在しない。許された危険は、故意に結果を惹

起したことについて、原則的に充足された構成要件に該当する態度の例外としてみなされる。

### 三. 若干の検討

Goekentjan は、客観的帰属論が使用する言葉にまで検討を及ぼし、また、客観的帰属論が展開される歴史的な過程にも言及した上で、現在支配的な客観的帰属論の基本公式から、重要な下位区分として挙げられている、危険の創出が欠落する類型と、許された危険の類型、危険減少を主たる検討の対象としている。客観的帰属論が使用する言葉や客観的帰属論の展開の過程については、これまでも様々な論者により、分析や検討がなされてきた。<sup>(191)</sup> これまでの客観的帰属論の展開や使用する言葉については、本稿では中心的な論点とされていないので、深く検討はしない。

問題は、客観的帰属論の基本公式から導かれる、とりわけ危険の創出に関連した三つの類型である。このうち、危険減少の類型については、わたくしも客観的帰属論の範疇に包摂することは、妥当でないと考えているため、違法性の範疇で問題とすることが妥当であると解する。ただ、その理由づけについては、危険減少と危険の置き換えの事例を区別することが難しい、被害者の自己決定権を無視するといった刑法体系外の理由ではなく、行為者は、侵害を減少させるためとはいえ、被害者に侵害を与えることは認識しており、構成要件該当性を否定することは、難しいのではないかと考えるためである。

危険の創出が欠落する類型については、その結論は、かなり疑問である。順を追ってみていくことにする。まず、危険の創出が欠落する事例について、たいてい、被害者の行為が介在して結果が発生する場合や第三者

の行為が介入する場合が多いと指摘され、答責領域の配分の問題であるとされているのであるが、まずもってこれらの類型で使用される事例が、そのような介入事例であると早計することができるのであろうか。検討の対象に挙げられている事例は、落雷事例や鉄道旅行などを勧める事例などである。これらは、確かに、雷雨の中散歩に行く、あるいは鉄道旅行に行くという、被害者の自己決定が介在している。ただ、これらの事例は、被害者の行為が介入されるとして通常念頭に置かれる他の事例とは、大きく異なるのではないだろうか。例えば、日本において被害者の行為が介入した事例としてしばしば議論されているのは、高速道路進入事件である。<sup>(16)</sup>この事件では、行為者らが被害者に暴行を加え、その被害者が行為者らから逃れるために逃走し、高速道路に進入したというものであり、被害者の行動がどの程度結果発生に影響を与えたかが問題とされる。このような事例とは異なり、危険の創出が欠落する類型において問題とされているのは、そもそも行為者が、危険な行為すら行っていないと評価されるものではないだろうか。その事例の位置づけについて、若干の疑問を覚えるのである。

そして、答責領域の配分として処理をする、その解決方法にも疑問がある。介入事例として処理するのであれば、確かに答責領域の問題となろう。ただ、結局、答責領域の配分であるとするのであれば、それは、帰属論は全て答責領域の配分を問題とする理論として評価されるのではないかと思うのである。客観的帰属論の基本公式として挙げられる「行為者が、是認されない危険を創出し、その危険が結果において現実化した場合、その結果は、行為者の『しわざ』として帰属される」という文言が表すように、結果が、「行為者の『しわざ』としてみなされるかどうかを帰属論は問題としているのである。行為者の「しわざ」と評価されないのであれば、被害者が発生させたものか、すなわち被害者の「しわざ」として評価されるのか、第三者の介入により結果に至ったということであれば、第三者の「しわざ」として結論づけられる。このことは、誰にその結果を帰責させるかを問う、

まさに答責領域の配分であるといえよう。結局、答責領域とは、危険の創出のみならず、帰属論全体で問題となる観点なのである。

さらなる問題は、答責領域が行為者に認められても、すなわち是認されない危険と評価されても、危険の程度によっては危険の創出が欠落する場合があるとされる点である。危険の創出が欠落する類型を否定的に解するにもかかわらず、ここで最終的に構成要件を否定する可能性として残すのは、矛盾ではないか。また、二重の基準を用いるのであれば、判断手続は煩瑣にならないか、疑問である。

Goekenjan が、唯一故意犯への（限定的な）適用を認めた許された危険の類型にも、検討されるべき点は残されているように思われる。「許された」という文言の意味である。このとき、Goekenjan は、許された危険の類型として、違法性阻却の事例類型を念頭に置いているようである。この場合には、違法性を先取りして構成要件において問題としているとの批判が可能ではないだろうか。とりわけ、構成要件と違法性を区分する体系をとる場合には、なおいつそう考慮が必要であろう。違法性の範疇において問題になる要素を、構成要件の段階で問題とすることは、構成要件を違法性の範疇に包摂してしまう形の体系をとらない限り、難しいのではないだろうか。それゆえ、客観的帰属論の論者は、言葉こそ「許された」危険、あるいは「是認されない」危険といった言葉を用いるが、それは、違法性において問題とされるような許容という意味ではなく、刑罰を科すに値する行為として評価されるかという刑事政策的な考慮にすぎないのである。例えば、客観的帰属論の根拠を、明確に積極的一般予防に見出す Jakobs によると、規範への信頼を保護するために刑罰は正当化されるのであり、この規範の妥当性を侵害する態度が、社会的に相当でない、すなわち許されない態度として評価されるのである。<sup>(19)</sup> このような積極的一般予防の考え方が、客観的帰属論を基礎づけるために有用であると考えられるが、このような立場

が、構成要件段階における考慮としては妥当なところではないだろうか。

そして、この許された危険の類型を、構成要件に該当する態度に位置づけるが、構成要件を不法の類型化したものとして捉え、構成要件の解釈から導くのであれば、まだ各則の構成要件の解釈の問題とする余地も残される。しかし、このような解釈が、規範的な色彩が強くなりすぎるとはならないかとの懸念を払しょくするのは難しいように思われる。

最後に、故意犯における検討の順序についても、若干疑念がある。故意犯においては、行為者の認識や意図といった主観的要素が、構成要件において客観的要素よりも先に検討されるといふ。果たしてそうだろうか。あるいは、主観的要素によりある程度認定可能であるため、客観的要素は不要であるとも主張される。このようになると、刑法は、行為者の主観により適用範囲が決定されるものになりはしないだろうか。それでは、主観主義的な考え方とかなり親和的なものになる懸念が存在するように思われる。

以上のような検討により、Goeckeljan が考える故意犯における客観的帰属論の適用を制限する試みは、妥当ではないように思われる。「危険の創出」の類型に限っていえば、客観的帰属論が主張している類型、とりわけ危険の創出が欠落する類型と許されない危険の創出が欠落する類型は、有用な下位基準といえるものであり、どのような場合に、危険の創出が否定されるのかを示したものであるといえよう。たいてい実務上問題となるのは、危険が現実化したかを問う危険の実現類型であるが、危険の創出としてすら評価されないという可能性を有するものとして、積極的に評価できるだろう。

四・おわりに

近年、客観的帰属論への注目は、以前に比べてそれほど高くはない。すでに、本稿においても言及した基本公式（是認されない危険の創出とその現実化）については、それを支持する多数の論者によって受け入れられており、議論の焦点は、その下位区分として挙げられる事例に、どこまでの内容を包摂するかに移っており、現在でも議論が続いている問題として、B G Hの判断において散見される自己危殆化と同意に基づく他者危殆化の問題が、検討の対象とされることが多くなっている。<sup>10</sup>

また、日本においては、客観的帰属論の思考方法を採用入れたものと考えられる危険の現実化説が支持を広げており、判例においてもその考え方が受け入れられているとも評価されている。ただ、どのような危険が発生したときに、危険の創出と考えられ、それがどのようなときに現実化したといえるのか、より詳細な検討が必要であるようにも思われる。

その一端として、ドイツにおいて客観的帰属論の重要なファクターに検討の目を向け、故意犯への展開を疑問視する論稿を概観した次第である。Goeckenjanの論稿においては、危険の創出の類型が検討されているのみであり、危険の実現の類型については、別稿での検討が予定されているようである。わたくしは、Goeckenjanとは異なり、故意犯についても過失犯においても、客観的帰属論によりその連関を検討することが妥当であり、必要であると考えているが、それにはより一層の基準の明確化が必要であろう。他日を期したい。

## 注

- (1) Schünemann, Bernd, *Über die objektive Zurechnung*, GA, 1999, S.207.
- (2) Goeckenjan, Ingke, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2017.
- (3) なお、客観的帰属論が、それまでの議論において、過失犯では統一的正犯概念のような考え方がとられ、故意犯では異なるという矛盾を解決するために主張されたとの評価もある。安達光治「客観的帰属論の展開とその課題（一）」(2) (3) (4)「立命館法学第二六八号（二〇〇〇）一三八二頁、同第二六九号（二〇〇〇）二五二頁、同第二七〇号（二〇〇〇）二八九頁以下、同第二七三号（二〇〇一）一九〇七頁以下。
- (4) Goeckenjan, Ingke, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2017, S.1ff.
- (5) I.Goeckenjan, a.a.O., S.3ff.
- (6) I.Goeckenjan, a.a.O., S.22.
- (7) I.Goeckenjan, a.a.O., S.23.
- (8) I.Goeckenjan, a.a.O., S.24.
- (9) I.Goeckenjan, a.a.O., S.28.
- (10) I.Goeckenjan, a.a.O., S.30.
- (11) I.Goeckenjan, a.a.O., S.36.
- (12) I.Goeckenjan, a.a.O., S.45.
- (13) I.Goeckenjan, a.a.O., S.46.
- (14) I.Goeckenjan, a.a.O., S.47.
- (15) I.Goeckenjan, a.a.O., S.48.
- (16) I.Goeckenjan, a.a.O., S.53.
- (17) I.Goeckenjan, a.a.O., S.58.
- (18) I.Goeckenjan, a.a.O., S.58.
- (19) I.Goeckenjan, a.a.O., S.59.



客観的帰属論の故意犯への適用可能性

- (20) I.Goeckenjan, a.a.O., S.65.
- (21) I.Goeckenjan, a.a.O., S.66.
- (22) I.Goeckenjan, a.a.O., S.70.
- (23) I.Goeckenjan, a.a.O., S.71.
- (24) I.Goeckenjan, a.a.O., S.74.
- (25) I.Goeckenjan, a.a.O., S.82.
- (26) I.Goeckenjan, a.a.O., S.87.
- (27) I.Goeckenjan, a.a.O., S.89.
- (28) I.Goeckenjan, a.a.O., S.90ff.
- (29) I.Goeckenjan, a.a.O., S.106ff.
- (30) I.Goeckenjan, a.a.O., S.109.
- (31) I.Goeckenjan, a.a.O., S.110.
- (32) I.Goeckenjan, a.a.O., S.121.
- (33) I.Goeckenjan, a.a.O., S.121.
- (34) I.Goeckenjan, a.a.O., S.123.
- (35) I.Goeckenjan, a.a.O., S.129.
- (36) I.Goeckenjan, a.a.O., S.129.
- (37) I.Goeckenjan, a.a.O., S.130.
- (38) I.Goeckenjan, a.a.O., S.130ff.
- (39) I.Goeckenjan, a.a.O., S.131ff.
- (40) I.Goeckenjan, a.a.O., S.135.
- (41) I.Goeckenjan, a.a.O., S.141.
- (42) I.Goeckenjan, a.a.O., S.143.

- (43) I.Goeckenjan, a.a.O., S.144.
- (44) I.Goeckenjan, a.a.O., S.147.
- (45) I.Goeckenjan, a.a.O., S.149.
- (46) I.Goeckenjan, a.a.O., S.151.
- (47) I.Goeckenjan, a.a.O., S.153.
- (48) I.Goeckenjan, a.a.O., S.154.
- (49) I.Goeckenjan, a.a.O., S.154ff.
- (50) I.Goeckenjan, a.a.O., S.170.
- (51) I.Goeckenjan, a.a.O., S.171.
- (52) I.Goeckenjan, a.a.O., S.174ff.
- (53) I.Goeckenjan, a.a.O., S.177ff.
- (54) I.Goeckenjan, a.a.O., S.179.
- (55) I.Goeckenjan, a.a.O., S.181ff.
- (56) I.Goeckenjan, a.a.O., S.183.
- (57) ハリビダ' Englisch, FC/Schroeder, Otto, Rengier, Schünemann, Frisch, Jakobs, Roxin などが挙げられる。
- (58) I.Goeckenjan, a.a.O., S.187.
- (59) I.Goeckenjan, a.a.O., S.188ff.
- (60) I.Goeckenjan, a.a.O., S.190ff.
- (61) I.Goeckenjan, a.a.O., S.194.
- (62) I.Goeckenjan, a.a.O., S.194ff.
- (63) I.Goeckenjan, a.a.O., S.196ff.
- (64) I.Goeckenjan, a.a.O., S.205.
- (65) I.Goeckenjan, a.a.O., S.204ff.

客観的帰属論の故意犯への適用可能性

- (66) I.Goeckenjan, a.a.O., S.207.
- (67) I.Goeckenjan, a.a.O., S.212ff.
- (68) I.Goeckenjan, a.a.O., S.215.
- (69) I.Goeckenjan, a.a.O., S.224ff.
- (70) I.Goeckenjan, a.a.O., S.225.
- (71) I.Goeckenjan, a.a.O., S.225ff.
- (72) I.Goeckenjan, a.a.O., S.227ff.
- (73) I.Goeckenjan, a.a.O., S.231ff.
- (74) I.Goeckenjan, a.a.O., S.233.
- (75) I.Goeckenjan, a.a.O., S.234ff.
- (76) I.Goeckenjan, a.a.O., S.236.
- (77) I.Goeckenjan, a.a.O., S.242ff.
- (78) I.Goeckenjan, a.a.O., S.245.
- (79) I.Goeckenjan, a.a.O., S.248.
- (80) I.Goeckenjan, a.a.O., S.249.
- (81) I.Goeckenjan, a.a.O., S.251.
- (82) I.Goeckenjan, a.a.O., S.252.
- (83) I.Goeckenjan, a.a.O., S.253.
- (84) I.Goeckenjan, a.a.O., S.254.
- (85) I.Goeckenjan, a.a.O., S.255.
- (86) I.Goeckenjan, a.a.O., S.256.
- (87) I.Goeckenjan, a.a.O., S.259ff.
- (88) I.Goeckenjan, a.a.O., S.262.

- (89) I.Goeckenjan, a.a.O., S.263.
- (90) I.Goeckenjan, a.a.O., S.264.
- (91) I.Goeckenjan, a.a.O., S.265.
- (92) I.Goeckenjan, a.a.O., S.268.
- (93) I.Goeckenjan, a.a.O., S.269ff.
- (94) I.Goeckenjan, a.a.O., S.271ff.
- (95) I.Goeckenjan, a.a.O., S.272ff.
- (96) I.Goeckenjan, a.a.O., S.274ff.
- (97) ハリビダ<sup>6</sup> Schünemann, Fisch, Greco など<sup>7</sup>が挙げられる。
- (98) I.Goeckenjan, a.a.O., S.278ff.
- (99) I.Goeckenjan, a.a.O., S.280ff.
- (100) I.Goeckenjan, a.a.O., S.281.
- (101) I.Goeckenjan, a.a.O., S.282ff.
- (102) I.Goeckenjan, a.a.O., S.284.
- (103) I.Goeckenjan, a.a.O., S.285ff.
- (104) 例えば、マインツにおけるカント<sup>8</sup>、ヒブナー、Christoph, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004が、また日本におけるものとして、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』（成文堂、一九九七年）が挙げられる。
- (105) 最決平成一五年七月一六日刑集五七卷七号九五〇頁。
- (106) Vgl.B.Schünemann, a.a.O., S.214.
- (107) Jakobs, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1991.; ders, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012.
- (108) 比較的最近のカント<sup>9</sup>、Walter, Tonio, Die Lehre von der „eigenständlichen Fremdgefährdung“ und ihre Schwächen-eine Verteidigung der Rechtsprechung, NSZ, 2013.; Timpe, Gerhard, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, JR, 2014.; Roxin, Claus, Die einverständlichen Fremdgefährdung- eine

Diskussion ohne Ende?, GA, 2018.; Fahl, Christian, 30 Jahre und kein bisschen weiter-eigen verantwortliche Selbstgefähndung im Strafrecht, GA, 2018.

本稿が寄稿される亜細亜法学は、香川先生、土屋先生、中島先生の古稀に捧げられるものである。香川先生には、折に触れて、多くのご指導やお力添えを賜り、特に比較法研究の大切さを常に説いてくださっていた。土屋先生、中島先生には、実務的な視点をたくさんお教えいただいた。先生方から賜ったご学恩に報いるべく、今後も精進を重ねることをお誓い申し上げるとともに、先生方のご健康をお祈り申し上げ、拙稿を捧げさせていただきます。

\*なお、本稿脱稿後、Goeckenjan の論稿の紹介として、Schroeder, Friedrich-Christian, GA, 2018, S.549ff. に接した。

(本学法学部准教授)