

スペイン語圏の刑法における客観的帰属論

山本高子

目次

- 一. はじめに
- 二. スペインにおける客観的帰属論
- 三. コロンビアにおける客観的帰属論
- 四. おわりに

一. はじめに

一九六〇年代後半に、ドイツ刑法学界において再び主張され、一躍通説的地位を占めるに至った客観的帰属論は、日本においても次第に支持者を得、様々な論者による根拠づけ、理論構成が行われている。殊に、大阪南港事件以降に示された一連の因果関係に関する最高裁判所の判断は、それまで通説的地位を確固たるものとしてい

た相当因果関係説を動揺させ、相当因果関係説の危機と呼ばれる状況をもたらした。また、近年判断が示された最高裁判所の因果関係をめぐる理論構成は、客観的帰属論に類似したものであるとの評価も見られる。これらのことが誘因となり、客観的帰属論が、高い評価を得るに至ったのである。

このようなわが国の状況に対して、スペインや中南米においては、すでに客観的帰属論が学説による支持を得ており、支配的であると評価されている。⁽¹⁾このような状況にあるスペインや中南米の刑法における客観的帰属論の内容やその位置づけを概観することを通じて、我が国においても支持を拡大している客観的帰属論の方向性を探ることとしたい。本稿においては、筆者が入手することができた文献を中心に、スペインとコロンビアの客観的帰属論を対象とする。

二．スペインにおける客観的帰属論

1. 総説

スペインにおいて展開されている客観的帰属論は、ドイツの代表的な見解を継受することにより、その理論的基礎を得てきた。ただ、ホーニツヒラに遡る客観的帰属論の初期の段階において、すでに類似した立場が主張されていたことも指摘されている。本章においては、スペイン刑法における客観的帰属論の全体的な流れを概観した上で、代表的な論者の客観的帰属論を検討することとする。

行為と結果との間に因果関係が存在すること、並びに、結果を惹起する行為を行った行為者に対して、結果を客観的に帰属することは、結果犯において、結果を惹起したことを理由として課される責任を要求するための最

小限の要件である^②。まず、行為者の行為と結果との間に因果関係が存在するか否かが検討される。因果関係を確定するために主張される理論として、等価説と相当因果関係説が存在する。因果関係が確定された後、客観的帰属が検討される。客観的帰属は、法的な基礎を与えるものであり、ただ自然的観点からのみ因果関係を確定するのではないということを意図するものである。スペインにおいて多く引用されているドイツの論者は、ロクシンとヤコブスである。ロクシンの客観的帰属論は、制限的なものとして評価され、危険の創出と危険増加原理、並びに規範の保護範囲の理論によって構成される。

ロクシンの客観的帰属論は、自然的因果関係を確定した上で、因果的行為を行ったある人物へ結果を帰属することを許容するために、さらなる追加的要素が検討される。そこで、ある行為者の行為が引き起こした結果は、その行為が、法的に是認されない危険を惹起し、類型的な結果において現実化した場合、客観的に帰属可能であると評価されることになる。

基本的には、因果関係は、等価説の意味としての因果性と、客観的帰属から確定される。まず、行為と結果との間に自然的な因果関係が存在するか否かが判断される。次に、客観的帰属を肯定するための要件として、主体の積極的行為が、法的に是認されない危険を引き起こしたこと、是認されない危険が結果において現実化したこと、結果が規範の保護目的によって包摂されることという三要件が要求される。これは、規範的要素として問題とされるものである。

また、Eugenio Raúl Zaffaroni は、ロクシンの客観的帰属の基準を、危険の増加であると評価した上で、行為者の行為が、法益に対して許された危険により包摂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、行為者によって引き起こされた結果は、客観的構成要件に帰属可能であるが、危険の惹起やその影響が、

構成要件の射程に包摂されない場合には、客観的に帰属されないとして、ロクシンの客観的帰属論に従った立場を展開している。⁽³⁾

ロクシンの客観的帰属論に親和的な論者は、客観的帰属を肯定しない事例として、結果において現実化する危険を行為者が創出しなかった場合、行為者が自動的に結果に導かれる危険を減少させた場合、結果が規範の保護領域の範疇に包摂されない場合を挙げている。これらの類型は、いずれもドイツにおいてロクシンが展開している客観的帰属論と同様のものである。

これに対して、ヤコプスの客観的帰属論は、拡張的なものと評価され、その中には許された危険と信頼の原則、遡及禁止、被害者の管轄が包摂される。ヤコプスの客観的帰属論を支持する論者は、ヤコプスが根拠づけた組織化や管轄理論を支持するものである。

2. Gimbernat Ordeig の立場

Gimbernat Ordeig は、スペインにおいて、その初期の段階から客観的帰属論を展開していた論者と評価されている。ドイツにおいて、H. マイヤーが、ホーニツヒの客観的帰属論をうけて、客観的帰属論を展開していた一九五〇年代に、H. マイヤーの立場と類似した立場を主張していた。Gimbernat Ordeig は、予見不可能な因果経過の問題を、当時優勢であった因果関係の問題として把握すること、すなわち等価説の立場からアプローチすることによって行為論において問題とすることは、体系的に誤っていると指摘する。引き起こされた結果が予見できない場合には、行為論において検討されるのではなく、不法構成要件を阻却することが許容されるべきである⁽⁴⁾と主張するのである。これは、因果性ではなく、規範的観点からのみ可能となるのである。予見不可能な結

果へと至る原因となった行為は、類型的なものとして評価されないのみならず、たとえその行為が危険な行為であっても、許された危険の範疇に包摂されるものと解されるのである。しかるべき措置を講じないこと、すなわち、結果を回避するべき行為をとらないことは、過失犯だけではなく、故意犯においても典型的な不法の要素である。⁵⁾類型的な結果を引き起こすことに加えて、構成要件は、発生した結果が、まさに規範が阻止しようとしたものであることを要求するのである。⁶⁾

Gimbernat Ordeig は、予見不可能な結果を行為者に帰属させることを否定するために、規範的観点から限定を試みる帰属論を展開した。そのために、過失犯のみならず、故意犯に対しても予見可能性を基礎として、結果回避義務を課したのである。それ以上に、現代の客観的帰属論へ関連する規範の保護領域の思考も展開されていたことは、特筆すべき特徴であろう。

3. Mir Puig の立場

(1) Mir Puig によると、スペインにおいて多数言及されている客観的帰属論の立場は、ロクシン、ヤコブス、ルシユカのもものが多く、これらの論者の客観的帰属論に関する論稿は、スペイン語にも翻訳がされていることが示されている。

(2) 客観的帰属論は、帰属されるか否かを決定するにあたって、慎重な人間にとって予見可能であったものに限定する。⁷⁾ スペイン語において帰属や帰責という意味をあらわすのは *imputación* という語であるが、この *imputación* が有している本来の意味は、構成要件においてあらかじめ規定された法益の侵害や法益の危殆化を、主体に対して帰するための必要条件を表現するものである。これは、発生した侵害や危殆化と行為者との間に存

在する関係を確定するために必要とされるものである。⁽⁸⁾ この客観的帰属と主観的帰責は、構成要件の領域に限定されるのではなく、正当化事由の不存在を確認するためにも適用されるべきであるとされる。⁽⁹⁾ 構成要件における客観的帰属の理解は、構成要件の結果を、行為者のしわざとしてその行為と結びつけることを許容する一定の關係が存在することを理由として、結果へと至る行為と結びつけることを許容する。⁽¹⁰⁾ 第一の客観的帰属の基準は、構成要件の結果と行為との間に危険連関が要求されることである。第一基準の客観的帰属は、一定の危険連関の要求に限定される。危険が最小限である事例、許された危険が欠如している事例においては、危険連関を認めることが可能であるが、社会的相当性と侵害が軽微である事例では、事実の有害性が欠けるため、危険連関には包摂されないこととなる。続いて、第二の基準として、責任の範囲を確定することにより、主体間での行為を帰属する領域を配分することが必要になる。このとき、危険連関だけでなく、所有しているという關係が必要となる。⁽¹¹⁾ 第二基準の客観的帰属は、介入した主体間の帰属を分配するために適用される。また、正犯と共犯の結びつきの決定、被害者への帰属も同様に、第二基準の客観的帰属でなされる。帰属というのは、主体へ帰することである。⁽¹²⁾ (3) 客観的帰属論について以下で敷衍する。客観的帰属の基礎になるのは、事前的観点から判断された危険な行為である。⁽¹⁴⁾ 結果と危険な行為との間には帰属連関が存在しなければならぬ。⁽¹⁵⁾ 作為犯においては、客観的帰属論が必要とされる。このとき問題とされる客観的帰属とは、①法的に是認されない危険の創出と、②それが結果において現実化したことの二つの要件である。特に、時間的に隔離した結果の発生が必要とされる犯罪においては、等価説によって因果關係が欠落する場合は常に、客観的帰属が阻却されることになる。⁽¹⁶⁾ ①と②の要件は、様々な意味をもつ。まず、客観的構成要件の一部への行為の帰属、続いて、厳密な意味での結果の帰属である。⁽¹⁷⁾ 危険の創出は事前判断でなされ、行為無価値が問題となる。これは、禁止規範に關係する。⁽¹⁸⁾ これに対して、結果にお

ける現実化については、事後判断でなされ、結果無価値が問題となる。これは、制裁規範の領域の問題である。⁽¹⁹⁾

法的には是認されない危険の創出は、事前判断で構成要件的に重要な危険を創出したとして評価されることが必要である。⁽²⁰⁾ここで問題となるのは、危険減少の類型と危険が一定程度に達していないとされる類型、社会的に相当な危険の類型である。まず、危険減少は、結果を共に引き起こす行為が、同一の法益において、他の危険を回避する意味を有する場合、客観的帰属を認める新たな危険を創出したのではないと解される。⁽²¹⁾また、危険が一定程度に達していないとされる類型においては、結果を引き起こすための十分な危険が存在するか否かを判断するために、相当因果関係説と同様の基準が用いられる。慎重な人物の観点から、行為の時点において（事前判断）、行為者が有していた特別な知識を含めて判断される。⁽²²⁾社会的に相当な危険に関しては、スポーツや交通、工業などが挙げられ、ここでは、構成要件的に重要な危険か否かが問題とされる。危険が許容されると評価されることにより、客観的帰属が阻却される場合には、構成要件の領域をこえ、正当化事由の不存在が想定されることになる。⁽²³⁾

結果の客観的帰属をめぐることは、行為に内在する危険が現実化したことが必要になる。それゆえ、因果関係と、行為と結果との間に危険連関が存在することが必要である。⁽²⁴⁾この領域で問題となるのは、かつて因果関係の中断として問題となった事例であるが、事後的に被害者や第三者の行為が予見不可能な態様において介入した場合が検討される。⁽²⁵⁾ここでは、特に結果が規範の保護領域に包摂されることが要求される。⁽²⁶⁾

このような客観的帰属論の射程に関して、Mir Puig は、結果犯において、行為と結果との間に存在する結びつきの問題全てに拡大されるべきであると述べている。⁽²⁷⁾客観的帰属とは、客観的構成要件の実現を実質的な実行行為へと法的に帰属することを許容する判断として理解される。⁽²⁸⁾この客観的帰属論は、正犯の類型に拡大して適

用されることが期待される。なぜなら、正犯の構成要件においても、事実が行為者自身のしわざとして主体へ帰属可能であることを要求するからである。⁽²⁹⁾

なお、Mir Puig の刑法体系を概観すると、基本的な柱は不法 (antijuricidad) と、有責性 (culpabilidad) である。不法は、刑罰法規との客観的矛盾であり、有責性は、不法な事実の責任ある主体への人的な帰責可能性である。⁽³⁰⁾ 可罰的な不法は、刑罰構成要件と正当化事由の欠如から構成される。有責性である人的な帰責可能性は、規範違反の人的側面である。⁽³¹⁾ 可罰的な不法は、正当化事由を欠如した刑罰構成要件の実現であり、まず、構成要件が検討され、続いて、正当化事由の欠如が問題となる。⁽³²⁾ 構成要件は、可罰的不法から独立した要素ではなく、可罰的不法の実在根拠である。価値中立ではなく、刑罰的に重要なものとされる。⁽³³⁾

4. 検討

スペインにおいて展開されている客観的帰属論は、前述したとおり、ドイツにおいて主張されている客観的帰属論を継受したものであると評価できるだろう。現在、スペインにおいて、行為者の行為から発生した結果として評価されるか否かをめぐっては、因果関係を確定した上で、客観的帰属論により、発生した結果が行為者のしわざとして評価されるかが問われ、制限が試みられているものといえる。スペインにおいては、ロクシンの客観的帰属論を支持する立場が優勢であるように見うけられる。これに対して、ヤコブスの客観的帰属論を支持する論者も散見されるが、ヤコブス自身の著作をスペイン語に翻訳したものが存在しているため、引用されることも多いようである。なお、ルシユカについては、翻訳は存在したものの、支持する論者はあまり見られなかった。

しかし、現在、スペインにおいて展開されている客観的帰属論は、ドイツにおいて主張されている客観的帰属

論を継受したものであるとはいえ、かつてより客観的帰属の観点から行為者の責任を限定する試みがなされてきた。Gimbernat Ordeigの立場は、ドイツにおいてH. マイヤーが、ホーニツヒの客観的帰属論を受けて、客観的帰属論を主張していた同時期に、類似した立場を展開していたものである。そして、この初期の客観的帰属論は、現在のように行為者が生じさせた危険性を、規範的価値的に衡量するものであったのではなく、行為者が予見不可能であった結果を、考察から除外する試みであったように評価できるだろう。その上、注意義務を故意犯と過失犯の双方に要求し、規範の保護領域に包摂されるかを検討する思考は、現在展開されている客観的帰属論の萌芽として評価できる。

ただ、近年主張されている客観的帰属論は、ドイツで展開されているものと同様に、危険を重視して帰属を判断するものであるということが出来る。これは、行為者が創出した危険と、介入した第三者や被害者による危険とを比較衡量し、いずれの危険が結果において現実化したかを問うものである。最終的に正犯領域への展開が模索されていることが、このことを表している。ここでは、行為者が因果経過を支配していたか、あるいは第三者や被害者の介入が予見可能であったかといった観点はほとんど顧慮されていないと述べても過言ではないだろう。さらに、被害者が答責的に因果経過に介入したか否かについても、ほとんど考慮されず、行為者と被害者のいずれの行為が創出した危険が結果に現実化したかが、規範的な観点から考察される。

また、刑法体系との関係を考察すると、Mir Puigは、可罰的な不法と有責性という二分体系を採っている。スペインにおける他の論者も、このように二分体系を採っている論者が散見される。さらに、Mir Puigは、構成要件をこの不法の範疇におさめる見解を支持しており、構成要件は、不法の实在根拠であると述べている。構成要件を不法の中におさめ、不法の实在根拠とする見解では、客観的帰属論が展開する「許されない危険」といっ

た価値的要素を考察の対象とすることができるだろう。構成要件を不法の实在根拠とする見解では、個別的・具体的な考察が可能になる。事例を類型化し、いずれの事例類型に包摂されるかを個別的に考察する客観的帰属論の思考方法に適合するのではないだろうか。

最後に、Mir Puig が企図する客観的帰属論の射程の拡大について付言したい。この傾向は、ドイツにおける客観的帰属論の傾向と近接しており、客観的帰属論が支持を得るに従って、その適用領域は、正当化事由や正犯領域へと拡大している。客観面の確定として、「許されない危険の創出」と「危険の現実化」を問い、それに包摂されるかによって正当化事由や正犯領域を画するのは、客観的帰属論の本来の姿とは異なるように思われる。客観的帰属論の有用性を發揮するためにも、現段階では因果関係の確定にとどめるべきであると思われる。

三. コロンビアにおける客観的帰属論

1. Reyes Alerado の見解

(1) コロンビアの客観的帰属論については、Reyes Alerado の著作を検討する⁽³⁴⁾。コロンビアにおいては、ゲリラが政府要人等を誘拐し、あるいは人質にとり立てこもるといった事件が頻発している。人質を救出するために、警察官が誘拐犯人に発砲したところ、誤って人質を殺害してしまった場合、この警察官に人質の死亡という発生した結果の帰属を否定することができるかが、議論の対象となっている。

(2) 刑法が関心を有する行為は、社会的関係に対して生じる期待を果たさない行為である⁽³⁵⁾。刑法上の責任の基礎は、各々の個人の管轄領域に基礎づけられるものである⁽³⁶⁾。不法は、ただ人間の行為にのみ関心を有するが、こ

ここでは、一定形式の態度が想定する役割の担い手としての人間が念頭におかれている⁽³⁷⁾。法的に是認されない危険を創出し、この危険が結果において現実化した場合、結果は、個人に客観的に帰属可能である。法的に是認されない危険の創出と、この危険が結果において現実化したことが要件となる⁽³⁸⁾。これは、純粹に自然的な意味ではなく、規範に違反することと考えられ、自然主義的考察や目的論的考察の間隙を埋めるため、価値的考察である客観的帰属論が展開されている⁽³⁹⁾。それゆえ、客観的帰属論は、刑法体系の価値的コンセプトにおいて意味を有することになる⁽⁴⁰⁾。客観的帰属論は、各論上のあらゆる種類の犯罪に適用され、結果犯や危険犯、あるいは故意犯や過失犯、作為犯や不作為犯、既遂犯や未遂犯にも適用される⁽⁴¹⁾。客観的帰属論においては、意図 (*intencionalidad*) が必要となる。客観的帰属により、刑法にとって関心を有する結果が選出され、一定の人物のしわざとして非難可能なものと判断される⁽⁴²⁾。客観的帰属は、出来事とその出来事を意欲した者との間の結びつきを確定するものとして展開され、ある人の「しわざ」と評価するものである⁽⁴³⁾。

(3) 法的に是認されない危険の創出に関しては、まず、その基礎づけがなされる。この基礎づけにあたっては、社会的相当性と許された危険が問題となる。社会的相当性は、ヴェルツェルにより展開されたものであるが、当初は金持ちのおじ事例に適用され⁽⁴⁵⁾、限定された範囲において展開されるにすぎなかったが、徐々にその射程が拡大されていると指摘されている。さらに、刑法体系上どこに位置づけられるのか明確でない、理論的基礎づけが欠けている、異なった解釈で解決が可能であるとの批判がなされ、刑法規範の解釈へ委ねるべきであるとの立場が示されている⁽⁴⁶⁾。社会統制のメカニズムとしての刑法は、一定の社会的関係の保護のみを要求するにすぎないのであり、非難されるべき方法で行われた社会的期待を果たさない態度の表明と評価されるべき態度方法が処罰の対象となるとされ、このように解釈する場合には、社会的相当性の考え方も包摂されるとするのである⁽⁴⁷⁾。社

会的相当性とは異なり、是認されない危険の創出の基礎にあるのは、許された危険である。許された行為であるか、あるいは、是認されない行為であるかを評価するにあたっては、行為者の意図は関連しない。許された危険は、不法の要素として、過失犯にも故意犯にも認められる。⁽⁴⁸⁾許された危険は、客観的帰属の要素であり、その内容は、客観的帰属論に依存する。許された危険は、不法を阻却する客観的帰属の要素であり、これに対し、社会的相当性や注意義務は、体系上独立した地位をもたないものであるとされる。⁽⁴⁹⁾

(4) 次に、是認されない危険を確定することが必要となる。前述した許された危険が、法的に是認されない危険の創出の基礎として置かれることになるが、是認されない危険とは何かが問題となる。是認されない危険の確定のために、いくつかの基準や事例が検討される。

まず、超規範的解決と規範的解決が試みられる。超規範的解決の手段として、利益衡量と相当因果関係説が採用した「慎重な人間」という概念が使用される。利益衡量に際して使用される基準は、社会的に通例の行為、社会的に有用な行為、社会的に必要な行為である。⁽⁵⁰⁾また、慎重な人間という概念は、平均人の知識を付与された観念の人間が想定され、行為者の有していた特別な知識も加味される。⁽⁵¹⁾規範的解決の手段としての社会的態度の規制は、その社会の中で是認されない危険を構成する類型から決定することを意味する。是認されないという判断は、基本的に各々の社会が一致した方法、そして結果的に社会の構成員が教育をうけた形式に依存する。⁽⁵²⁾危険であるか、あるいは法的に是認されたものではないかを決定するためには、個人が、結果を回避するために可能であったことではなく、それを阻止するためになすべきであったことが決定されることが必要である。これは、社会的な態度の期待に基因する地位の存在により基礎づけられる。⁽⁵³⁾危険が許容されるか、禁止されるかを評価するにあたっては、展開されるべきであった仮定的行為と、実際に展開された行為を比較することによりなされる。⁽⁵⁴⁾

危険が是認されるか否かの評価は、事前の評価を要求することとなる。ただし、事後的な評価ももちろん必要と解される。⁽⁵⁵⁾

続いて、信頼の原則が用いられる。信頼の原則による制限は、行為者の保障的地位から生じる。⁽⁵⁶⁾ 信頼の原則を適用することにより、行為者と被害者、第三者の管轄領域の問題が、検討されることとなる。⁽⁵⁷⁾

第三に、危険の内的変化の事例である。火事の際に、家具を回転させ、反対の方向から焼損させたような事例においては、各々の人物が、その主体が展開している管轄領域から、ある態度に対する期待の内容が考慮される。⁽⁵⁸⁾

最後に、危険の変化の事例として、以下五つの下位区分がある。①危険の増加や②結果の加速、③同意、④承諾、⑤自身の危険な行為の問題である。①危険の増加の問題では、許された危険をこえる危険を危険の増加とするだけでなく、すでに存在する是認されない危険を悪化させるものも含むとされる。⁽⁵⁹⁾ 法的に是認されないとして危険が評価されるか否かは、危険の増加や減少に左右されるのではなく、社会的な態度の期待を果たさない行為から生じる危険が、是認されないと評価できる態様で行為者が行為したことに基因するかに依存する。⁽⁶⁰⁾ この危険の増加の問題は、是認されない危険の問題として考える立場と、危険の現実化と評価する立場との間で対立がある。

また、②結果の加速については、かつては、結果の加速は因果性の問題とされ、結果に対して因果的であると考えられてきた。⁽⁶¹⁾ 危険が是認されないものとする考え方を基礎とすると、禁止される性格は、社会的な態度を実行しないことに左右される。これには、加速するものだけでなく、遅らせるものも含まれ、⁽⁶²⁾ 法的に是認されない危険の創出と考えられるか否かの問題とされる。

さらに、③同意の問題がある。同意とは、構成要件を阻却する性格を有するものである。利益の担い手の意思を欠き、あるいは意思に反して行った場合には、同意は有効とされない。ただ、後述する承諾の一般原則とは異

なり、利益の担い手の能力は不可欠の要素ではなく、同意の明示は、行為の開始の時点で存在すれば十分であるとされる。⁽⁶⁴⁾なお、客観的帰属の問題として考える場合には、法的に是認されない危険を創出したのではないと評価されることになる。⁽⁶⁵⁾

同意と区別して④承諾の問題もある。承諾は、構成要件阻却事由と正当化事由の性格を有する。構成要件阻却事由は、社会的な行為と評価され、態度の期待を果たさないものではないとされ、法的に是認されない危険を創出したのではないとされる。⁽⁶⁷⁾正当化事由と評価される場合、利益衡量により判断され、行為者の個別・特別な事情が態度の許容へと導くことになる。⁽⁶⁸⁾

最後に挙げられるのが、⑤自身の危険な行動である。これは、同意や承諾が、故意に侵害を受け入れた場合であるのに対して、過失で侵害が引き起こされた場合のことである。⁽⁶⁹⁾これも管轄領域の問題として取扱われるが、特に利益の担い手が、侵害を回避する関係にあったか否かが問われることになる。⁽⁷⁰⁾

(5) 法的に是認されない危険の創出に関しては、詳細として、製造物責任、自己危険を促進し、可能にし、それに関与すること、スポーツ、被害者の特異体質が挙げられる。製造物責任に対しては、その使用が社会にとって危険である製品を流通に置くことだけでなく、後に流通に置いた製品の危険性を認識したが、市場から回収しないことも、法的に是認されない危険を創出したことになる。自己危険を促進し、可能にし、それに関与することに関しては、社会的役割に由来する管轄領域が問題となるとされ、自己危険にある被害者が危険を設定したのか、あるいは、第三者が危険を設定したのかによって異なる評価がなされる。被害者と行為者のいずれが優越的知識を有していたかといった点は重要ではなく、誰が、一定の侵害結果を回避するために、保障的地位にあったかが重要な要素となる。⁽⁷²⁾スポーツの場合には、ルールに則って行われた場合、許された危険の問題

とされる⁽⁷³⁾。被害者の特異体質については、血友病事例のような場合が挙げられるが、因果関係を認めた上で、規範的観点から客観的帰属の領域に位置づける見解が妥当であるとされ、行為者の行為は法的に是認されない危険を創出したのではないと評価される（危険の創出の問題とする）か、あるいは、法的に是認されない危険を創出したにもかかわらず、結果において現実化したのではないと評価される（危険の現実化の問題とする）か、いずれかであるとされる⁽⁷⁶⁾。

（6）続いて、危険の現実化の問題が検討される。法的に是認されない危険という判断は、事前判断でなされるが、法的に是認されない危険が、刑法上重要な結果において現実化したか否かの判断は、事後的に評価される⁽⁷⁶⁾。まず、規範の保護目的の観点が検討されるが、規範の保護目的という原理は、スペインの判例において問題となった事例を評価するにあたって、規範の保護目的という考え方を使用して否定する論者もあれば、規範の保護目的を用いて肯定する論者も存在することから、規範の保護目的という内容空虚な公式は、不要であり、客観的帰属論において何らかの有用性を付与するものではないとされる⁽⁷⁹⁾。

危険の現実化を検討するに際しては、いくつかの基準が提唱されている。まず、仮定的因果経過の問題がある。仮定的因果経過を置き換えて現実が発生した因果経過を検討する立場に対しては、そのような考察方法を受容することは難しいとされ、仮定的因果経過を置きかえる立場に含まれる予見可能性を判断に取り入れ、不相当な因果関係を否定する立場についても、予見可能性判断を組み入れることは、誤っているように思われると主張される⁽⁸¹⁾。合法的因果関係についても、妥当でないと解され、ドイツにおいて多くの論者が展開している、刑法と適合した択一的行為の考え方についても、行為者の行為を消去したときに、同様の結果が、蓋然性と隣接した可能性により発生した場合には、是認されない危険は結果において現実化したとはいえないとされ、客観的帰属も否

定されることになるが、これには、保護客体の状況を悪化させるもののみが処罰されるにすぎないと解する増大原理や、規範の保護目的と刑法と適合した択一的行為を組み合わせる立場、残存危険の抽象化を試みる立場、危険が回避不可能な場合には許された危険と解する危険原理、危険増加原理などが検討に挙げられる。⁽⁸⁸⁾ いずれの場合も、仮定的因果経過を検討するには十分ではないとされ、仮定的因果経過は、因果法則を得るための補助手段としての道具であるとされる。⁽⁸⁹⁾ 客観的帰属は、結果において危険が現実化したか否かではなく、行為者が、その行為によって法的に是認されない危険を創出したかに左右される。危険が是認されないかを決定するために使用される態度の期待は、一般的な因果性が存在することを基礎とするものである。これは、仮定的因果経過を考慮することにより得られるものであり、それゆえ仮定的な因果経過は補助手段として使用されるものである。⁽⁹⁰⁾

仮定的因果経過の考慮を否定する立場に対して、現実の因果経過を検討対象とする立場も存在する。危険の現実化を決定するために、回避可能性、操縦可能性、支配可能性、予測可能性の問題が取り上げられるが、まず、侵害を解明することが重要となる。刑法的観点から、一定の行為者のしわざとして法的に重要な結果が認められた場合、あるいは、その行為によって、結果において現実化する法的に是認されない危険を創出した場合、刑法の意味における結果は、行為者に帰属される。⁽⁹¹⁾ 危険の現実化を分析するためには、行為者によって創出された法的に是認されない危険により、結果を説明することができるかを決定する必要がある。発生した結果が、是認されない危険が現実化したものではないか、あるいは、結果を説明することを可能にする危険が是認されないものであるが、結果に至る危険が、第三者や被害者によって創出された場合が考えられる。⁽⁹²⁾ 是認されない危険を創出する行為を考慮に入らずに、刑法上重要な結果を説明することが不可能である場合には、結果において現実化される法的に是認されない危険を、行為者が創出したと認められる。刑法上重要な結果が、行為者が創出した危険

に関連する情報を考慮することなしに説明することが可能である場合、行為者の態度が法的に是認されない危険を創出したにもかかわらず、刑法上重要な結果において現実化したのではないと評価される。⁽⁹⁵⁾ この方法により、仮定的因果経過の使用に左右されることなく、刑法上重要な結果が、法的に是認されない危険の現実化として評価されるかを決定することができる。⁽⁹⁴⁾ 侵害の解明のために必要な情報とは、経験や知識に求められる。⁽⁹⁵⁾ 刑法が関心を有する結果を引き起こす出来事に寄与する様々な要素を分析することは、客観的帰属を使用することにより、行為と法的に重要な結果が、当該人物の「しわざ」として考慮されうることを規範的に決定する試みとして、不可欠なのである。⁽⁹⁶⁾ 結果の発生に至るまでに多数の人物が関与した場合、侵害を回避するための管轄の問題として考えられる。⁽⁹⁷⁾ 客観的帰属論は、多様な基準の総和ではなく、法的に是認されない危険の創出と、この危険が刑法上重要な結果において現実化したことという二つの要素の分析と理解にあるのである。⁽⁹⁸⁾

(7) 以上が危険の現実化の要素についての総説部分である。詳細の問題として以下のような類型が存在する。まず、持続的な侵害の問題がある。このとき、新たに発生した結果は、生活の一般的な危険の具体化にすぎないとされる。⁽⁹⁹⁾ 一時的な侵害に対しては、薬剤師事例が挙げられるが、事例を具体的に分析し、是認されない危険の創出といえるか否かを判断することになる。⁽¹⁰⁰⁾ ショックによる侵害に対しては、最終的な結果（神経麻痺など）を説明する事情が、法的に是認されない危険を創出する行為ではないと考えられる。⁽¹⁰¹⁾

遡及禁止の問題は、現在、客観的帰属の問題と正犯性の問題とされている。⁽¹⁰²⁾ 多様な社会的役割に由来する態度の期待の存在は、法的観点から、あらゆる者が、一定の有害な結果に対して保障人的地位を有していると言及することを許容する。その行為を実行したことに對して刑罰を賦課することを許容する理由は、社会的態度の期待を果たさないことに由来するものである。それゆえに、保障人的地位の存在は、遡及禁止を基礎づけるために役

立つものである⁽¹⁰⁾。管轄領域や保障人的地位、遡及禁止を基礎づけるものは、ある人物が結果を回避するために管轄を有していたことである⁽¹⁰⁾。

事後的な誤った態度が介入した場合、例えば、結果が、被害者や第三者の不注意な介入や故意の介入の帰結として突然発生した場合、第一行為者への帰属は否定される⁽¹⁰⁾。最終結果が、被害者の重大なミス、意欲的な行為により発生したものである場合、結果の第一行為者への帰属は否定される。発生した結果が軽微か重大かは、最終結果が回避されたであろう可能性の程度で判断される⁽¹⁰⁾。また、第三者の誤った態度が介入した場合として、故意の事後的な態度と、不注意での事後的な態度とが区別される。このとき、正しい解決は、客観的帰属論の相当な適用によってのみ得られる。これは、具体的状況において創出された、法的に是認されない危険を決定することによって開始され、この是認されない危険に内在する何かが結果において現実化したか、あるいは許されない危険の産物であるかの分析により確定される⁽¹⁰⁾。結果が、第一行為者に客観的に帰属されうるか、不注意に行為する第三者に帰属されるかを決定する正しい方法は、二つの法的に是認されない危険のいずれが、結果において現実化したかを分析することによって決定される⁽¹⁰⁾。救助のための危険な行為に関しては、自由に危険へ直面したか、あるいは、法的義務による行為であるかに左右されるが、救助の可能性と救助者に対する侵害の可能性を衡量することになる⁽¹⁰⁾。

危険減少に関しては、客観的帰属の存在を否定することはできない。なぜなら、危険を減少させる行為は、是認されない危険の創出であるためである。結果において現実化したか否かを判断するにあたっては、危険性が欠落すると判断される⁽¹⁰⁾。

救助者の行為の中断の事例、特に治療中止の事例においては、解決の方法は、客観的帰属論の正しい適用に左

右される。なぜなら、法的に是認されない危険が第一行為者の行為に由来するか、救助者がその行為を中断することによって創出されたかを決定することが可能であるためである。⁽¹⁴⁾このとき、重要性を有するのは、患者の意思である。刑法は、社会的態度の期待から生じる態度を果たさないことに関心があり、刑罰的な責任を負うのは、社会的な役割の尊重に由来する社会的義務に違反する行為を行う者である。⁽¹⁵⁾救助行為の中断は、管轄領域（組織化の集合）の存在に基づいて創設される。⁽¹⁶⁾人工生命維持装置が、患者の組織化の集合の一部として考えられるか、あるいは、この装置が、他の組織化（医師あるいは第三者）の集合の一部として評価できるかに左右される。⁽¹⁷⁾刑法は、他人の組織化の集合に介入することによって、社会的に重要なものに変化するために、各々の人物が、その組織化の集合を放棄するところに関心をもつ。⁽¹⁸⁾

重畳的因果関係の場合には、専門家によって、いずれの毒から被害者の死が発生したかが解明されないうとき、二つの是認されない危険のいずれもが死の結果において現実化したとはいえないと評価され、殺人未遂という結論に至る。⁽¹⁹⁾

最後に、因果経過の錯誤の事例においては、故意の問題として検討する立場も存在するが、客観的構成要件の問題として評価され、客観的帰属論の範疇で検討されることになる。⁽²⁰⁾

2. 検討

Reyes Awerato の客観的帰属論においては、ヤコブスの理論の多大なる影響が看取される。⁽²¹⁾客観的帰属論の内容を一瞥すると、様々な要素が、客観的帰属を検討するために考慮の対象とされている。客観的帰属論の基礎づけとして、危険の創出に軸がおかれ、許された危険がその基礎におかれてはいるものの、信頼の原則、同意、承

諾などが構成要件段階で考察の対象に含められる。それは、ヤコブスの理論において、とりわけ犯罪論が、帰属論として展開されているために、帰属されるか否かという問題が主たる関心事であるためである。しかし、この立場については、あまりに多くの要素を構成要件の中に包摂しているのではないかという懸念が生じる。如何なる構成要件論を採るかという点に左右されるが、いずれにせよ、構成要件段階で具体的考察が必要な要素が多数加味されているように思われる。

このヤコブスの客観的帰属論を援用する Reyes Alerado の客観的帰属論における重要な要素は、管轄領域である。行為者の行為や創出させた危険は、行為者の管轄領域と評価され、それに対する被害者の管轄領域や第三者の管轄領域が比較衡量される。この管轄領域の検討にあつては、第三者や被害者の答責性についても関心が向けられるものの、それは一要素にすぎず、誰が創出した危険が結果において現実化したかが主たる関心事となる。なお、客観的帰属論により帰属を限定する前段階として、行為を限定する試みがなされていることが指摘できる。「社会的な期待を果たさない態度」という基準により、因果関係や客観的帰属を限定する以前に、行為を制限することから開始される。この「社会的な期待を果たさない態度」という基準は、社会的行為論と類似した基準と考えられる。行為を、純自然的な観点から把握するのではなく、規範的評価的観点から判断することにより、刑法上判断の対象となる行為を、より限定的に把握することが可能となる。ただ、行為論の段階で「社会的な期待を果たさない態度」という要素を加味するのか、あるいは客観的帰属の要素であるのかについては、詳細な言及はなく、体系上の位置づけが明確でない。行為論で問題とする場合には、行為と客観的帰属という二つの側面から、同じような社会的観点から限定が試みられることになるが、このような限定の試みが有用であるかについては、疑義なしとはしない。¹⁰⁾

四．おわりに

本稿においては、客観的帰属論が有力に展開されているスペイン語圏の刑法における客観的帰属論、とりわけ、スペインとコロンビアの客観的帰属論について言及し、検討してきた。スペインにおいてもコロンビアにおいても、客観的帰属論は、ドイツの客観的帰属論を継受する形で展開されている。スペインにおいては、ロクシンやヤコブスの著作が翻訳されており、あるいは、度々実施される共同研究や講演を通して、密接な関係が見られる。そのため、現在展開されている客観的帰属論は、ドイツにおいて展開されているように、危険を衡量することに よって、行為者や介入した第三者、被害者のいずれのしわざとして帰属されるか否かを検討する立場が支持を得ている。そして、この傾向は、日本における客観的帰属論においても同様である。

ただ、わたくしは、客観的帰属の問題を検討するにあたっては、行為者が因果経過に対してどの程度支配を有していたかという側面を加味して考察することが必要であるように感じている。行為者の創出させた危険と介入した第三者や被害者の危険を比較衡量して結果の帰属を考える立場は、結果責任を肯定する立場につながるものではないだろうか。詳細に関しては他日を期したいと考えるが、客観的帰属が、結果発生に対する行為者の支配力や推及力の存否を問うものであると解するならば、⁽¹⁰⁾行為者がその結果に対して支配・操縦しえたかという要素を加味する必要があるように思われる。

- (1) C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2006, S. 374, Rdn. 50. なお、ホルトガルにおいとも、客観的帰属論は支那法學の「罪刑法定主義」を Vgl. Paulo de Sousa Mendes, Was dürfen wir vom Kriterium der Risikoverringerung erwarten? Ein Beitrag zur Kritik der Theorie der objektiven Zurechnung, GA, 2011, S. 561, Ann. 15.
- (2) Luis Alegria, *Derecho Penal, Parte General*, p. 128.
- (3) Eugenio Raul Zaffaroni, *Manual de Derecho penal, Parte General*, 2010.
- (4) Gimbernat Ordeig, *Deliktos Cualificados*, 1957, p. 86.
- (5) Gimbernat Ordeig, *Ibid*, p. 155.
- (6) Gimbernat Ordeig, *Ibid*, p. 140.
- (7) Mir Puig, *Significado y Alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, RECPC 05-05 (2003), p. 6.
- (8) Mir Puig, *Ibid*, p. 10.
- (9) Mir Puig, *Ibid*, p. 13.
- (10) Mir Puig, *Ibid*, p. 14.
- (11) Mir Puig, *Ibid*, p. 17.
- (12) Mir Puig, *Ibid*, p. 18.
- (13) Mir Puig, *Ibid*, p. 18.
- (14) Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 9. ed., 2011, p. 246.
- (15) Mir Puig, *Ibid*, p. 247.
- (16) Mir Puig, *Ibid*, p. 260.
- (17) Mir Puig, *Ibid*, p. 260.
- (18) Mir Puig, *Ibid*, p. 260.
- (19) Mir Puig, *Ibid*, p. 260.
- (20) Mir Puig, *Ibid*, p. 260.

- (21) Mir Puig, *Ibid.*, p. 260.
- (22) Mir Puig, *Ibid.*, p. 261.
- (23) Mir Puig, *Ibid.*, p. 262.
- (24) Mir Puig, *Ibid.*, p. 263.
- (25) Mir Puig, *Ibid.*, p. 263.
- (26) Mir Puig, *Ibid.*, p. 264.
- (27) Mir Puig, *Ibid.*, p. 264.
- (28) Mir Puig, *Ibid.*, p. 264.
- (29) Mir Puig, *Ibid.*, p. 264.
- (30) Mir Puig, *Ibid.*, p. 138.
- (31) Mir Puig, *Ibid.*, p. 139.
- (32) Mir Puig, *Ibid.*, p. 148.
- (33) Mir Puig, *Ibid.*, p. 158.
- (34) Reyes Alverado, *imputación objetiva*, 3. ed., 2005.
- (35) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 67.
- (36) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 66.
- (37) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 71.
- (38) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 78.
- (39) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 78.
- (40) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 79.
- (41) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 84.
- (42) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 80.
- (43) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 80.

- (44) H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 492ff. in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 141ff.; ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55ff
- (45) ある甥が、お金持ちのおじから財産を相続しようと、そのおじが落雷に遭って死亡することを願い、雷雨の中、高い木が茂っている森に出かけるよう勧めるという事例や、航空機が墜落することを願い、航空機旅行を勧めるという事例がある。
- (46) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 94.
- (47) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 94.
- (48) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 100.
- (49) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 100.
- (50) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 114.
- (51) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 115.
- (52) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 121.
- (53) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 122.
- (54) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 122.
- (55) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 145.
- (56) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 155.
- (57) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 155.
- (58) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 164.
- (59) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 166.
- (60) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 167.
- (61) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 168.
- (62) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 170.
- (63) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 170.

- (64) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 171.
- (65) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 171.
- (66) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 173.
- (67) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 173.
- (68) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 173.
- (69) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 174.
- (70) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 174.
- (71) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 178.
- (72) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 184.
- (73) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 193.
- (74) 血友病事例とは、被害者にナイフで切りかかり、軽傷を与えたところ、被害者が血友病に罹患していたため、出血多量で死亡した事例である。
- (75) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 198.
- (76) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 211.
- (77) Silva Sanchez, *Limites en la responsabilidad por imprudencia. La Ley* (1984-4), 1984, p.1045.
- (78) Luzon Peña, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales*, *Derecho penal de la circulación*, 1985, p. 104.
- (79) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 225.
- (80) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 232.
- (81) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 237.
- (82) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 240.
- (83) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 243.
- (84) E. Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1992, S. 100ff.

- (58) J. Krimpelmann, Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten: Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek, 1985, S. 331ff.
- (59) W. Frisch, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 547.
- (59) W. Küper, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt: Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 274ff.
- (88) C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2006, S. 392ff., Rdn. 86ff.
- (89) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 271.
- (90) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 273.
- (91) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 290.
- (92) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 291.
- (93) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 291.
- (94) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 291.
- (95) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 292.
- (96) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 293.
- (97) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 301.
- (98) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 301.
- (99) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 316.
- (100) 薬剤師事例とは「薬剤師が、五歳の子供をもつ母親の求めに応じて、ビタミン剤を販売したところ、それを摂取した子供がビタミン中毒で死亡したというものである。」
- (101) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 324.
- (102) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 330.
- (103) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 331.
- (104) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 346.

- (105) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 348.
(106) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 350.
(107) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 352.
(108) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 365.
(109) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 368.
(110) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 381.
(111) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 381.
(112) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 387.
(113) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 392.
(114) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 393.
(115) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 394.
(116) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 393.
(117) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 400.
(118) Reyes Alverado, *Ibid.*, p. 407.
(119) この点に関しては、ロタシンが南米においてはヤコブスの客観的帰属論の影響が大きいことを指摘している。Vgl. C. Roxin, *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik im Deutschland*, GA, 2011, S. 688.
(120) 社会的行為論と客観的帰属論の關係については、拙稿「社会的行為論と客観的帰属論」法学新報第一一六卷第九一〇号(二〇一〇)三〇五頁以下参照。
(121) 立石二六『刑法総論〔第三版〕』(成文堂、二〇〇八)七五頁。