

クラウス・ロクシン 『刑法総論』 第一卷（第一版） [六]

松原 久利

第十一節 客観的構成要件への帰属

文献・省略

客観的構成要件への帰属は、構成要件が行為者の行為に場所および時間により区別された外界の結果を要求する場合にのみ、総則の問題である (§10, Rn. 102 参照)。住居侵入罪（二二三条）あるいは偽証罪（二五四条）のような単純挙動犯の場合は、客観的構成要件への帰属は、各則において取り扱われるべき各々の特別な構成要件要素への当てはめに尽きる。これに対して、結果犯の場合は、行為客体の（例えば二一二条、二二三条における人間の、あるいは三〇三条における物の）侵害が被告人の仕業として彼に帰属することができるか否かは、総則に従って決定すべきであ

る。帰属できなければ、被告人は法律の意味において殺人、傷害、損壊等をしなかったのである。作為犯の場合、行為者が結果を惹起しなかったときは、このような客観的帰属は初めから不可能である。例えば、特定の薬品が、それで治療された患者に生じた身体の損傷の原因であったことが立証できない場合は、薬品の製造者が患者を傷害したと認めることもできない。したがって、因果関係の理論は（少なくともここでまず論じるべき作為犯の場合）、客観的構成要件へのあらゆる帰属の基礎である。構成要件の充足の第一の要件は、常に行為者が結果を惹起した事である。しかし、他に記述された構成要件要素が存在する場合は、かつて考えられていたように、構成要件の結果に対する行為の因果関係によつては、なお客観的構成要件は充足されるわけではない。例えば、たしかに行為者は結果を惹起したが、この惹起がまったくの偶然に基づく場合にも、帰属はなしえない。A が B を説得してマジョルカへ飛行機旅行させ、B が墜落した場合、たしかに A は提案により B の死を惹起したのであるが、それでも彼は B を殺害したのではない。事象は予測できない偶然として現れ、したがって A に自己の仕業として帰属させることはできないからである。以下に見るように、偶然と並んで、客観的構成要件への帰属を阻却しうる理由は他にも存在する。

この結果から、客観的構成要件への帰属は、二つの連続する段階で行われなければならないことが明らかになる。第一の段階（A）では、因果関係の理論を論じるべきである。次に、第二段階（B）では、その他の帰属の要件を扱わなければならない。

A 因果関係の理論

I 因果概念の自然科学的および哲学的問題性について

周知のように、因果関係は、自然科学および哲学において激しい争いのあるテーマである。原子の領域における波動および粒子現象を研究する量子物理学は、（ハイゼンベルクの研究に従って）原子における事象は因果的に決定されているのではなく、蓋然性の言明を許容するにとどまる統計学的法則に従うという、今日圧倒的に承認されている仮定に至った。さらにアインシュタインの相対性理論は、時間における現象の因果的連続の観念は、きわめて限定された次元においてのみ有意義であることを示した。しかし、このことは、法律家が伝統的な因果性の概念について研究することができるといふ点では、まったく異ならない。なぜなら、素粒子の領域における単なる統計学上の法則の効力は、法律家が関わり合っている日常生活の世界において、我々は實際上絶対的な確実さで因果的法則性を信頼できるといふことを妨げるものではないからである。また他方で、相対性理論は、宇宙的次元における思考の場合にのみ伝統的な因果の観念を適用できないものにするのに対して、限定された法の領域においては、因果法則が至る結論を測定可能なほどに変更できるものではないからである。

法律の世界の現象を因果法則に従って判断してよいということ为前提としても、依然として不明確さは残る。因果性が存在の範疇であるのか、あるいはカントが意図したように、単なる我々の理解の思考形式であるのかについては

議論の余地がある。現代の認識論は、カントに反して、因果性を一定の合法則性に従う経験的な現象であると考え、通常は「原因」および「作用」の概念を避け、むしろ因果性を連続して生じる結論の予測可能性あるいは説明可能性として理解する。すなわち、因果性において「作用する」のは何か、またこれはどのようにして起こるのかを、これまで我々は解明してこなかった。したがって、法律家が、特定の人間の行為が法的に重要な結果の「原因」であるのか否かという素朴な問題を提起する場合、そこに多くの不明確な前提がある。しかし、この一般化した用語も、実際の法適用にとっては無害である。なぜなら、すべての裁判官は、測定可能な「影響力」ではなく、その発見のために自然科学の知見を指示した合法則性を確定しなければならないことを知っているからである。

II 等価説（条件説）

判例および通説は、原因関係の確定のために等価説を採用する。通説・判例は、ほとんど具体的結果が欠けなければならないものとは考えられない結果の条件はすべて原因と解すべきであるという公式を用いる (*artefactum*)。したがって、*condicio sine qua non*、すなわち、それがなければ結果は発生しなかったであろう条件は、すべて原因として認められる。例えば、酒に酔った自動車運転者が自己の自動車を操縦できず、反対車線に入って、そこで対向車と衝突した場合、アルコール摂取はこの事故の原因である。つまり、これがないと考えれば、自動車運転者は正しい車線を進行し続け、事故は発生しなかったであろう。しかし、事故の被害者もまた原因である。なぜなら、彼の自動車運転がなかったと考えれば、同様に事故にはならなかったであろうからである。同じ公式によれば、両自動車の製造者も原因である。さらに両自動車の走行のいずれかの誘因となった第三者、具体的事象に影響のあった他の多くの事情（例えば街

路樹やエンジンの発明）も原因である。したがって、すべての結果の無数の条件の下では選択はなされない。むしろ全条件は等価（すなわち同価値）と解されるのであり、等価説の名称はこの同価値判断に負う。

等価説は、その前法的・哲学的・自然科学的意味における因果概念を基礎に置くということは、一般に認められている。歴史的には、様々な法的評価基準に基づいて条件から選択しようとした個別化的因果論に反対して主張されてきたという限りで、これは正当である。個別化説によれば、例えば、有効な条件、人間の行為による最終的条件、あるいは（阻害条件とは反対に）促進条件のみが法的意味における原因として認められるべきことになる。これらの理論は今日ではもはや主張されてはいない。その区別自体が論理的に貫徹できないことが明らかになり、法的評価の範疇が初めて結びつけられるべき外面的帰責の範囲(Haftungsbereich)の境界を示すのには役に立たない多くの法的予選(Vorentscheidung)に、因果関係の確定が負っているからである。しかし他方で、原因が他の多くの条件との共同作用においてのみ結果を惹起するとしても、等価説にとって原因は結果の条件の総体ではなく、個々の条件のすべてにあるという限りで、等価説も同様に哲学的用語とは異なる法的理論である。したがって、等価説は、すべての部分的原因を独自の原因として取り扱う。法律学においては全条件の総体ではなく、特定の人間の行為と結果との関係を確定することが重要であるために、このように取り扱うのである。

ユリウス・グラザー(Julius Glaser)は、等価説の最初の主張者とされ、すでに一八五八年に次のように述べていた。

「因果関係の検討のためには：確実な手がかりが存在する。事件の総体からいわゆる創始者がいないものと考えようとした場合に、それにもかかわらず結果が発生し、それにもかかわらず中間原因の一連の結果が依然として同一であることが示されれば、行為およびその結果をこの人間の活動に帰することができないことは明らかである。これに

対して、この人間を事件の現場からいないと考えれば結果は発生し得なかった、あるいはまったく別の形で結果は発生したに違いないということが示されれば、完全に結果は彼の活動の作用として言明してよい。

しかし、等価説のより深遠な根拠はブリー (Maximilian v. Buri) に帰せられる。後の帝国裁判所判事 (Reichsgerichtsrat) としてのその影響力の下で、等価説は始めから判例においても貫徹された。まず RGSt 1, 373 において採用され、そして確立していく。その際、最初は「取り去って考える (Hinwegdenken)」の公式は利用されなかったが、*condicio sine qua non* の思想は様々に用いられた。これは一九一〇年の RGSt 44, 137 (139) において初めて現れる。すなわち、「傷害致死が存在するのは、同時に致死結果が排除されなければ、身体傷害を除いては考えられない場合のみである」。それ以後、これは多くの判例において用いられてきた。

連邦通常裁判所も、刑法において等価説を継受し、これを一貫して用いている。すでに BGHSt 1, 332 において「身体傷害が被害者の死亡を惹起したか否かの問題は、条件説に従って判断すべきである」と述べる (要旨)。これによれば、「刑法上重要な結果の原因は、結果が欠けるのでなければそれを除いては考えられない条件のすべてである」。これ以後、この公式は異論なく用いられている。

時には例外が見られる。BGHSt 11, 17 がそうである。「責任主義が支配する刑法では、原因と結果との関係の問題に答えるためには、特定の現象の自然科学的な結びつきでは足りない。人間の行動を評価する考察方法にとっては、むしろ法的評価基準に従って条件が結果にとって重要だったか否かが本質的である」。これは個別化的因果論 (Rn. 6) への回帰のように思われるが、等価説の放棄を意味するのではなく、因果関係と他の帰属の観点の混同に基づきにくい。このような混同は他にも見られる (例えば BGHSt 21, 61 参照)。交通犯罪の場合、「交通違反行為の原因性の検討は、具体的な重大な交通状態の発生によって初めて行わなければならない」(BGHSt. 24, 34; BGH VRS 20 (1961),

129, 131; 23(1962), 369, 370; 24(1963), 124, 126; 25(1963), 262; 33(1967), 61) とう命題も不当である。このような場合には、重要なのは事故の惹起者の原因性ではなく、彼の行為の帰属可能性である (Rn. 65 参照)。

今日、学説においては、作為犯の場合の行為と結果との間の因果関係は、たとえ客観的構成要件への帰属にとって十分条件でない場合でも、必要条件であるという意味において、等価説は圧倒的に承認されている。因果関係は、それだけで客観的構成要件の充足を決定するのではなく、他の帰属基準がさらに加わらなければならない (Rn. 36 ff. 参照) ことが承認されて以来、等価説により開かれる帰責の範囲の異常な広さ一例えば本説によれば行為者の両親や先祖も、この行われた行為のすべてにとつて因果的である一に對して、以前しばしば加えられた批判は、本質的に重要性を失った。作為犯の場合の因果関係は、刑法上の帰責の最外枠にとどまるが、そのようなものとして不可欠でもある。

これに對して、伝統的な条件説の公式は批判的再検討に耐えられない。メツガー (Mezger) が、条件説を「機能しないわけではない条件関係の確定手段」と名付けたにもかかわらず、現実には条件説は因果関係の確定には何ら貢献しない。例えば、妊娠中の睡眠薬「コンテルガン (Contergan)」の服用が、その後生まれた子どもの奇形を惹起したか否かを知らうとする場合 (LG Aachen JZ 1971, 510 の事件がそうである)、睡眠薬の服用をなかつたものと考え、その場合に結果が発生しなかつたであろうか否かを問うことは何ら役に立たない。その睡眠薬が奇形の原因であるか否かを知っている場合にのみ、この問題に答えることができる。しかし、これを知っていれば、問いは不要である。要するに、Hinwegdenken の公式は、すでにこの公式により初めて確定されるべきものを前提とする。

また、等価説の公式は役に立たないだけでなく、誤りを招く場合がある。特に、一定の仮定的因果関係や択一的因果関係の場合に、このことが妥当する。例えば、ある者が、戦争において不法な銃殺を行ったことを非難され、彼が拒絶した場合には他の者が同じ方法で銃殺を実施したであろうと主張した場合、彼の行為がないと考えても、結果が

欠落することはない。しかし、当然彼の行為の因果関係は欠けるものではない。これに反対しようとすれば、第二の兵士の仮定的行為も原因ではなかったのであるから、被害者の死亡は原因なく生じたという不合理な結論になろう。同様のことは、A と B が無関係に相互に C のコーヒーに毒物を注ぐという、択一的因果関係の講壇事例に妥当する。毒物で C が死亡したが、すでに A あるいは B により与えられた量だけで、まったく同一の態様で死亡を惹起したであろうという場合、両者のうちのいずれの行為がないと考えても、結果が欠落することはない。したがって、発生した死亡にとつての因果性は欠けることになり、A、B は殺人未遂を理由としてしか処罰することはできないであろう。しかし、その毒物が現実には有効である限り、両者ともに C の死亡を惹起したのであり、殺人既遂で処罰すべきであるというのが正当である（詳細は Rn. 21）。

シュペンデル (Spindel) は、仮定的原因の消去により、等価公式の弱点を取り除こうとする。彼によれば、「ある行為がなければ—その場合に残されており、実際にも顕在化した事情だけを考慮して—具体的な結果は発生しなかったであろうという場合に、その行為は因果的と認められる」。しかし、択一的因果関係の場合（毒薬事例において）、この公式は助けにはならない。それぞれ他方の毒薬は現実に存在していたからである。たしかに、仮定的原因（銃殺事例）の場合には、この公式は正当な結論に至る。第一の兵士の射殺がないと考え、第二の兵士の仮定的行為を付け加えて考えなければ、結果は欠落したであろうからである。しかし、何が起こったであろうかを問うのではなく、その代わりに「実際に顕在化した事情」を標準とするのであれば、現実には公式は放棄されている。その場合、他の方法で、行為者が現実の原因であったか否かを検討しなければならない。

したがって、学説においては、今日ではエンギツシュ (Engisch) に遡る「合法的条件」の公式が広く支持されている。イエシエック (Jeschek) による最も的確な形式では、この公式は、「ある行為に時間的に後続する外界における変

化が、その行為と合法則的に結合しており、構成要件該当結果として示されるか否か」によつて、因果関係の存在を判断する。たしかに、この公式も、現実の因果関係の確定の場合には役に立たない。この公式は、合法則的関係の存在については何も語つてはいないからである。しかし、この公式には、それを隠さないという長所がある。因果関係は、それが疑わしい場合には、何らかの公式によつてではなく、常に正確な自然科学的方法（主に実験）によつてのみ立証されうる。しかし、（銃殺事例や毒物事例のように）因果性に疑いのない場合は、合法則的条件の公式はこれを明らかに認識させ、判断者を誤らせることはない。

因果関係の客観的・自然科学的立証が欠ける場合、裁判官の主観的な確信による自由な証拠評価の方法で、これを代替してはならない。これに対して、ある製品が健康侵害を惹起したことが確定し、ただ、どの物質が侵害を引き起こしたかが未解明にとどまる場合は、因果関係は存在する。

III 等価説の個別的問題

既述の意味において等価説を理解すれば、因果関係の確定にあつての主要な困難は、要求される合法則的関係の確認にある。これは狭義においては法的問題ではないから、その際裁判官は場合によつては鑑定人を利用しなければならない。これに対して、等価説の適用にあつて生じる法的問題は背後に退く。それが、まさに本質的にその普及に貢献した比較的容易な処理可能性であつた。しかし、部分的に他の因果論との論争の際にある役割を果たしてきた若干の問題は、検討が必要であらう。

1 合法的關係の確認にあたっては、結果に至るすべての連結部分を含めて、完全に具体的な形態における結果を基準とすべきであること（具体化的等価説）は、今日広く承認されている。そこから、因果關係にとつては、あらゆる結果の修正で足りるといふことになる。瀕死の者を殺害する者も、より正確にはその生命を短縮しない場合でも、その死亡を（具体的な種類と態様において）惹起したのである。たとえ医師が自己の行為により患者の回避不可能な死亡を遅らせた場合でも、等価説の意味において、医師はその死亡にとつての条件を設定したのである。この死亡の惹起を彼に帰属すべきであるか否かは（当然否定すべき）別の問題である（Rn. 43 参照）。因果關係は第一の帰属の要件にとどまり、唯一の要件ではないのである。同様に、自己の行為（Tatbeitrag）により、他人が陶器の花瓶につけた亀裂を大きくし、あるいは変化させたにすぎない者は、器物損壊を惹起したものである。この原則は、一般に判例においても承認されている。しかし、BGH NJW 1966, 1823 は誤りである。他人の打撃が死亡に共に作用し、おそらく死亡を促進したであろうという理由から、致命的な打撃は原因とすべきではない。事象の修正は、構成要件要素の実現の時間と場所と同様に、種類と態様にとつて重要でない場合にのみ因果的ではない。したがって、後に他人が壊す花瓶に色を塗る者は、器物損壊の惹起者ではない。たしかに色を塗った花瓶の破壊と、色を塗ってない花瓶の破壊との間には相違はある。しかし、法律上（三〇三条）要求される器物損壊の結果にとつて、行為客体の彩色はまったく重要ではないからである（例えば裝飾が花瓶のもろさを高めたであろうという場合にのみ異なるであろう）。

たしかに、最後に掲げた重要性の観点には、評価的要素が潜んでいる。そこから、プッペ（Puppe）は、結果概念の徹底的な規範化という結論を引き出す。彼女は、「法益にとつて有害な」状態の変更のみを結果として認めようとする。「起点となる状況（ausgangssituation）」も「因果關係から抽出されるべきこととなる。「後の盗品を盗まれた者に売却した者が、その具体的な窃盜の結果の原因でないのは、後の職務犯罪の犯人を公務員に任命した者が、後の職務犯罪

の原因でないのと同様である」。ここに等価説の課題があり、個別化説のような法的因果概念への回帰がある（Rn. 6 参照）。こうして、規範的帰属論の大部分が因果概念に持ち込まれる。これは合目的ではない。たとえば法的であっても、因果性の理論は、非常に複雑な現代の帰属論の原理を支えることはできず、その展開を妨げることになるからである。因果関係と帰属との区別は、性急に再び放棄すべきではない理論的な成果である。ここではヤコブス（Jakobs）のいうように、「因果問題としての帰責問題の、この定式化の長所は明らかではない」。

2 作為犯の場合、あらゆる仮定的因果経過は、原則として因果関係への影響はない（若干の限定については、Rn. 30 参照）。したがって、ある者が「第三帝国」の期間中に、被害者の死亡で終わる強制収容所への収容を指示したために殺人罪で起訴された場合、そうでなければ他の者が収容を指示したであろうという理由でその因果関係を否定することはできない（BGHSt 2, 20）。追突事故によって他人を傷害した者は、「第三者の行為によっても同様の結果が惹起されたであろうということにより、その因果関係が問題にされることはないであろう」（BGHSt 30, 228）。

通常、伝統的な「取り去って考える（Hinwegdenken）」の公式によっても、この結論に到達することはできる。行為者の行為を取り去って考えた場合、たしかに結果は同様ではあるが、まったく同一の具体的性質および態様では発生しなかったからである。また、Cは毆打目的でAに棒を渡したが、そうでなければDが渡していたであろうという、エンギツシュが作った設例のように、たとえ結果およびその外面的な作用形式がまったく同一であった場合でも、したがって、被告人（ここではC）の行為を取り去って考えると、常に同じ結果が発生するであろうとしても、合法則的条件の公式によれば、これはCの因果関係をいささかも変更するものではない（Rn. 12 参照）。

3 択一的因果関係(Rn. 12)の場合も、もっぱら合法的條件の公式に従って解決すべきである。AとBがそれぞれ独立して、Cにそれ自体致死量の毒物をコーヒーに注ぐという前述の例では、化学的分析により、双方の有毒物質がCの死亡に寄与したことが立証されれば、双方とも殺人既遂にとつて因果的である。これに対して、Bの物質が有効になり得る前にAが用いた毒物がCの死亡を惹起したことが明らかになった場合は、Bは殺人未遂にとどまる。ただ毒物が有効になったことが示されるにとどまり、それがAによるものかBによるものかが事後的に確定できない場合は、疑わしきは被告人の利益にの原則に従つて、双方とも未遂を理由として処罰すべきである。

「取り去つて考える(Hinwegdenken)」の公式は、このような場合に役に立たず、ただ解決を困難にするのみであることは前述した(Rn. 12f.)したがつて、これらの場合のために、改良された「消去公式」が形成された。「複数の条件のうち、たしかに択一的ではあるが、累積的に取り去つて考えると結果が欠落することになる条件は、すべて結果の原因である」。たしかに、この公式は、個々の寄与を取り去つて考えるのとは異なり、両行為者を既遂を理由として処罰することを可能にする。しかし、一方の寄与がおよそ有効にならなかつた場合にも、この公式はこの結論になるであろう。したがつて、未遂処罰が生じるとどまるであろう。こうして、この公式は本来の消去公式より良いとはいえず、一つの欠陥を別の欠陥により代替するにとどまる。

4 条件関係の異常性は、因果関係に影響を及ぼさない。AがBを散歩に誘い、そこでBがCに轢かれ死亡した場合は、Aがこの経過を予見できなかったとしても、CおよびB自身と同様に、AはBの死亡にとつて因果的である。ある者が他人を傷害し、その被害者が病院で麻酔のために(RGS 29, 218)、医師の医療過誤のために、あるいは病院の火災のために死亡した場合、それにもかかわらず加害者は死亡にとつて因果的である。同様のことは、他人に平手打

ちを加え、ただまったく不幸な事情の連鎖のために被害者が死亡した場合にも妥当する(BGHSt 1, 333)。結果にとつての「決定的な」原因が被害者自身の体質あるいは責任にあるということは、第三者の因果関係については何の変化も生じさせない。したがって、被害者が血友病患者であることが予見できないために(RGSt 54, 349)、あるいは脊柱硬化症であったために(BGH, LMJ, § 222 Nr. 1)、軽い傷害を加えただけで死亡した場合も、行為者は因果的である。あるいはオートバイレースをしていて、競争相手自身の不注意により、相手が事故で死亡した場合も、行為者は因果的である(BGHSt 7, 112)。たしかに、このような場合、帰責可能性が欠け、したがって可罰性が欠ける(Rn. 87 参照)。しかし、これは因果関係の問題ではない。

5 行為と結果との間に第三者の故意行為が介入することによつても、因果性は「中断」されない。以前の「遡及禁止」論は、これを主張した。故意犯に時間的に先行する条件への遡及は、(教唆および幫助に関する特別規定は別として)禁止されるべきである。すなわち、因果関係は、第三者の故意行為により中断される。この理論は、今日では、せいぜい帰属連関の中断の意味でなお主張されているにとどまる(詳細は、§ 24, Rn. 27 ff. 参照)。合法的関係は存在するかしないかであつて、中断されることはないからである。判例は、この理論を一貫して否定してきた。まず RGSt 61, 318—土木管理局の許可を受けずに、火災の危険のある屋根裏の住居(Dachwohnung)を建築した者は、火災が第三者により故意に放火されたことによる場合であつても、後の火災で死亡した居住者の死亡にとつて因果的である。死亡あるいは少なくともその具体的な種類および態様は、屋根裏の住居の状態により、(共に)条件づけられたからである。RGSt 64, 370 も明白に否定する。恋人が男友達に毒物を手渡し、彼がそれで妻を殺害した場合、恋人がその使用目的を知らなかった場合でも、彼女はその死亡を惹起したものである。RGSt 63, 316; 77, 17 も同様である。BGH

は、これらの判例を継承した…墮胎行為の結果として乳児が分娩期に先立って出生し、殺害された場合、故意の殺人にもかかわらず、墮胎は結果の原因である(BGHSt 10, 291)。装填された拳銃を放置したままにする者は、他人がそれで自殺した場合、故意による自殺にもかかわらず、因果的である(BGHSt 24, 342)。

過失による中間原因は、なおのこと因果関係には影響を及ぼさない。芝居を見に来た人が劇場のクロークにコートを渡し、装填した拳銃をポケットに入れたままにしている、棧敷席の案内係が外に落ちた拳銃を冗談で他人に押しつけた場合、芝居を見に来た人は案内係と同様に結果の原因である(RGSt 34, 91)。同様のことは、傷害の結果、被害者の過失行為によつて(RGSt 6, 249; 22, 173) 初め死した場合にも妥当する(Rn. 23 参照)。BGHSt 4, 360 も示唆に富む…トラックの照明を付けないままにしておいた者は、警察官が不注意からすでに取り付けた警告灯を事前に再び取り外した場合でも、衝突した自動車運転者の死亡の原因である(この場合の帰属問題については、Rn. 104 参照)。

これに対して、創設された因果の連鎖がもはや作用せず、結果と合法的関係にないという形で、第二の因果の連鎖により「中断され」、「取って代わられる」場合は、因果関係はない。A が B に毒入りの料理を出し、その致死作用は翌日初めて発生することになっていたが、B は同日に交通事故で死亡した場合、A は B の死亡にとって因果的ではなくなった。毒物混入は B の死亡に何ら影響を及ぼさなかったからである。したがって、A は殺人未遂によってのみ処罰できる。B がまず不快の兆候のために医者に行き、その途中で事故により死亡した場合には、異なるであろう。この場合、A により創設された因果の連鎖は具体的な死亡の事情に作用したのであり、A は原因であろう。この死亡の惹起を殺人として A に帰属すべきであるか否かは、ここでも別問題である(Rn. 59)。帝国裁判所は、誤った証言が他の理由から不当な判決の結論に影響を及ぼさなかったという事案(RGSt 69, 44, 47) におつて、「因果連鎖の断絶」として基準となる原則を明確に述べた…「原因関係を認めるための前提は、当然、特定の結果に向けられた本来の行

為が、現実的にも結果発生に至るまで作用し続けたこと、したがって現実に原因であったこと、例えば同一の結果に向けられた後の事象がこの継続作用を排除し、判断されるべき行為とは無関係に新たな原因連鎖を開いて結果を惹起したのではないということである」。たしかに、行為者は偽証については既遂で処罰できるが、彼の証言と訴訟の相手方の財産上の損害との間には因果関係が存在しないから、訴訟詐欺については未遂で処罰されうるにとどまる。

6 最後に、合法則的關係が他人の心理により接続される場合にも、因果関係は欠落しない。たしかに、人間の意思自由は因果法則的必然性とは相容れないのであるから、因果原理は条件関係における心理的要因の挿入で挫折すると主張されることもある。教唆および精神的幫助の場合、遡及禁止の事例(Rd. 24f.)あるいは錯誤による被欺罔者の詐欺被害の接続(Vermittlung)(二六三条)におけると同様に、また心理的反応により惹起された事故の場合でも、因果原理は合法則的關係を阻却することにならうし、法律学における因果概念の利用可能性全体が問われることにならう。しかし、当然通説はこのような批判には従わない。いずれにせよ決定論にとつては、心理的領域における因果法則の妥当性は疑いない。また非決定論者も、行為者には他の決定も可能であったという理由で、他人の助言や外面的事情による決意の惹起を否定しないであろう。具体的には、決意は様々な要因によつて動機づけられてきたからである。条件づける要因の下で自由として表象される行為者の意思が共に関与してきたということは、(様々な事情の共同作用と同様に)因果関係を排除しない。

心理的因果関係の場合、条件関係の確定は原則としても他の場合と同様の方法で行われる。BGH(E 13, 15)が、「外面的性質における原因関係を判断する原則を…人間の内面における精神的事象に転用することは」許されないと考えているとすれば、これは正当ではない。まさに、その基礎にある事象がこのことを示す…被疑者を尋問した司法修習

生が、すぐに返済できるとの主張により、この被疑者から貸付金をだまし取った。尋問された者は、後から、この偽りがなくてもお金を交付したであろうと明言した。すでに裁判所職員を財政難から救うことができる可能性は、彼を十分に動機づけたであろう。B G H は、詐欺と損害との間に因果性を認めた。尋問された者は、具体的に司法修習生の偽りを信頼し、これにより消費貸借の承認を決定したであろうからである。「現実の意思形成の経過は、その代わり別の経過が発生したであろうか、発生しなかったかということにより、…その存在を失うことはない」。たしかにこの解決は、判例における通常の *Hinwegdenken* の公式では達成することは困難ではあるが、合法的関係の確定にとつての仮定的因果経過の非重要性について認められていること (Rn. 12, 16) に完全に対応する。たしかに、尋問された者が、裁判所職員に親切であろうと考えて、始めからお金を交付する気になっていた場合には、因果関係は欠落するであろう。これは事実審によりさらに解明されなければならないであろう。

7 等価説にとつて最もやっかいな場合は、(実際には稀な) 救助的因果経過の妨害状況である。行為者は、水中で漂っている者まで行くべき救命ボートや犬を引き留める。そうでなければ救助されたであろう被害者は溺れた。あるいは、ある者が他人を救助できる薬を使用できなくなる。火災を消火したであろう消火ホースを切断する。これらの場合に、行為者によつて阻止された因果経過が、確実性に境を接する蓋然性をもつて、構成要件該当結果を防止したであろうという場合には、行為者は作為犯既遂の犯人として処罰されなければならないということについては一致が存在する。しかし、問題なのは、いかにして行為者の因果関係を基礎づけることができるかである。因果関係を動的な、結果を惹起する「作用力 (*Wirkkraft*)」と理解すれば、因果関係は欠落する。前述の例において、原因は水であり、火災あるいは火のみである。他方、人間の行為は、現実の因果経過においては生じておらず、潜在的な障害を取り除

いたにすぎないであろう。しばしばこのような論拠から、因果原理は一般的に役に立たないことが導き出される。

しかし、このような「形而上学的な」因果概念は、法の因果概念ではない（Rn. 4 参照）。法の因果概念は、事象の場合、法則的な連続によって基礎づけられる。ここではこれは欠落しない。救助的事象の妨害は、一般的な法則によれば、これが結果を回避したであろうというのと同様に、合法的に基礎づけられるからである。そうでない場合には、行為者は、こうして正確に考慮された計画を結果へと導くことはできないであろう。たしかに、この状況は、他のすべての行為の因果関係の場合と比較して、その確定のためには仮定的因果経過に、行為者が行動しなかった場合に行われたであろう救助に遡らなければならぬという特殊性がある。しかし、これは反証を意味するものではなく、ただ現実の事象関係は仮定的因果経過によって置き換えられてはならない（Rn. 19）という原則の精密化を意味するにすぎない。ここでは行為者の行為は、それが無いものとして考えられた因果経過によって置き換えられるのではなく、ただ補充されるにすぎないからである。たしかに、この補充の範囲で、全仮定的事情を考慮すべきである。したがって、例えば行為者が、「いずれにせよ瀕死のBへ向けての飛行中に熱の作用により破壊されたであろう」人命を救助する血清をこぼす場合は、行為者は因果的ではない。

IV 相当性説と重要性説

学説においては、長い間、等価説と並んで相当性説が主張されてきた。その創始者は、フライブルグの論理学者であり医師であるクリース（v. Kries）（一八五三—一九二八）である。彼の理論によれば、構成要件該当結果を惹起する一般的な傾向を有する行為のみが原因であり、これに対して、偶然結果を引き起こした条件は法的には重要ではない。こ

の理論は、私法においては判例にも大きな影響を及ぼしたが、刑法においては学説に支持者を見出したにとどまり、また、かつては結果的加重犯の場合に責任を限定するためにしばしば利用された。一九五三年までは、加重された刑罰を科すためには単なる加重結果の惹起で足りるとされていたために(§ 10, Rn. 12) 参照)、相当性の基準の助けによって、少なくとも予見できずに行為者の責任もなく加重結果を惹起した条件を除外することができた。また他には、相当性説は、望まれていた全く異常な条件関係の除去を許容する。本説は、犯罪者の先祖は犯罪者が行った行為にとつて刑法上因果的ではないことを認めることができることにより、等価説の無限への退却を回避する(他方、等価説の支持者は、以前はここでは故意・過失の否定を通してのみ免責することができると信じていた)。また本説は、「ありそうもない」因果経過の除外を許容するから、例えば事故を惹起し、被害者が病院の火災により死亡した場合、事故の惹起者はおもはやくこの結果にとつて因果的と解することはできないことになる(他方、通説は、等価説の立場から、かつては同様の結論に達するためには、具体的因果経過の予見可能性を故意・過失の構成要素として判断しなければならぬと考えていた)。

相当性説は、数十年の間に精密化・洗練されてきた。今日では、条件が結果発生の可能性を少なからず高めた場合、その行為がそのような結果をもたらすことがありそうにないとはいえない場合に、条件が相当である(すなわち結果にとつて相当である)ということを前提としている。どのような観点から相当性判断を行うべきか(事前?、事後?、行為者の立場から?、あるいは第三者の立場から?、どのような認識の基礎に基づいて?)という長い間争いのある問題は、今日ではいわゆる客観的—事後的予測の意味で明らかにされている。すなわち、裁判官は、事後的に(したがって訴訟において)当該領域の明敏な人間の認識、さらに行為者の特別な認識を利用できる、行為以前に判断する客観的な観察者の立場に立つて考えなければならない。したがって、AがBを旅行に誘い、その飛行機が爆弾テロに

より墜落した場合、通常AはBの死亡にとって相当な条件を設定したのではない。明敏な平均的観察者であれば、飛行以前には、このような事象は全く異常と認めるであろうからである。たしかに、Aがその飛行機に爆弾テロが計画されていることを知っていた場合は、事情が異なる。この特別な認識が明敏な判断者に加えられるのであるから、旅行は非常に危険であると判断するであろう。したがって、Aは相当な条件を設定したのであり、場合によっては故意による殺人を理由として処罰されうる。

相当性説は正当な願望を追求する。しかし、本説は、その支持者が本来考えていたように、因果論ではなく、帰属論である。すなわち、本説は、どのような場合に、ある事情が結果にとって因果的であるのかを語らず、どのような因果的事情が法的に重要であり、行為者に帰属しうるかという問題に対して答えようとする。相当でない因果経過の場合、因果関係の阻却というか帰属の阻却というかは、純粹に用語上の問題ではない。因果関係および相当な因果関係の組み入れ(Ineinsetzen)は、二つの連続して構成される思考方法が問題となるという認識を隠蔽するものだからである。まず合法的な条件関係を確定し、次にこの関係が構成要件的に重要であるか否かを検討すべきである。したがって、相当性説は、本説の支持者の自己理解に対応するように、等価説に対する対案ではなく、むしろその補足である。今日では本説の支持者も、通常この意味で本説を理解している。

また、因果経過の相当性により帰属の問題が解決されると理解するとすれば、相当性説は帰属論としても不十分である。その作用領域は、本質的に異常な因果経過の場合の帰属の阻却に限定されるからである(Rn. 23)。しかし、特定の仮定的因果経過に関しては、医師による生命を延長する死亡の惹起(Rn. 17)から、以前の遡及禁止論の事例群に至るまで、相当な条件関係は直ちに肯定すべきであるが、それでも帰属可能性は否定すべきである多くの他の状況が存在する(詳細は、Rn. 43, 68, 85 ff.)。したがって、相当性原理はたしかに重要ではあるが、一般的な帰属論の一つの構

成要素にとどまる。相当性原理はそこに吸収され、独立した理論の範囲で特別な取り扱いは不要である。

相当性説が因果論ではなく帰属論であるということは、すでに、かつて特にメツガー(Metzger)が認識しており、彼によっていわゆる重要性説(Relevanztheorie)の基礎となった。「それによれば、刑法においても条件説が唯一の可能な因果論である。これに対して、相当性説は帰責論であって、一般的にいえば法的重要性の理論である」。メツガーは、どのような因果関係が重要であるのかを、相当性の原則によってのみならず、法律上の構成要件の意味に即した解釈によっても確定しようとした。これは、因果関係の検討に続く独立の帰属論の要求を含み、その限りでまったく正当である。メツガーは、彼の重要性説を一般的な帰属論にまで仕上げることを怠ったにとどまる。したがって、重要性説は、相当性説と同様に包括的な帰属構想の先駆者として、ここに名を残しうる。

B 客観的構成要件へのその他の帰属

I 侵害犯

1 序論

古い理論は、行為者の行為の結果にとつての因果関係により、客観的構成要件は充足されることを前提としていた。処罰が不当と思われる場合、故意の作為犯のときは、故意の否定によって処罰を免れさせようとした。「ある者が、他人が落雷によって死亡することを願って、彼を雷雨の森へと送り出す」という「しばしば用いられる例」がヴェルツェ

ル (Welzel) にも見られる。あらゆる蓋然性に反して、現実はこの結果が発生した場合、相当性説によれば、助言者の原因性は疑い得ない。これにより客観的構成要件が充足されたと考えると、故意の否定によってしか処罰を回避することはできない。ヴェルツェルも、背後者に希望・願望はあるが、事象に対して現実の影響を及ぼそうとする故意に必要な強い意思が存在しないと考えることにより、故意を否定する。しかし、これは説得的な根拠ではない。行為者が、客観的に生じさせたことを、主観的に正確に意欲したことは争い得ないからである。計画と現実の結果は、相互に対応しているのである。それにもかかわらず処罰は正当でないと考えれば、それはまず第一に、客観的な事象の偶然性にある。ただ純粹に偶然による死亡の惹起は、すでに客観的に法的意味における殺人として判断されないという理由で、それを目指した故意は殺人の故意ではなく、処罰されないことに向けられているのである。

A が殺人の故意で B を銃で撃ち、B は軽い傷害を被ったにとどまったが、B が治療のために病院に行き、そこで火災のために死亡したという講壇事例においても同様である。このような状況の場合、殺人未遂が認められるにとどまることについては一致がある。しかし、判例・通説が、故意は具体的な因果経過に及ばなければならぬから、故意が欠けるということと根拠づける場合、問題は再び不当にも主観的側面に移される。病院の火災による死亡は、すでに客観的に A の仕業として判断することはできず、行為の完成は故意の欠如で失敗するわけではないからである。いづれにせよ、肯定されるべき未遂は、殺人の故意を前提とするのであるから、具体的な殺人の結果について故意を否定できるのは、生じたような死亡の惹起が、構成要件の意味での「殺人」とは解されない場合のみである。これは客観的帰属の問題であって、故意の問題ではない。

したがって、（可能な帰属の外面的限界としての）惹起から構成要件的行為を、例えば死亡の惹起から法的に重要な殺人行為を形成する事情を示すことは、客観的構成要件への帰属の任務である。このような殺人行為を主観的構成要

件に帰属することができるか、したがって故意によるものであるか否かは、その後に (§12 において) 初めて論じられるべきである。一九世紀後半に、自然科学に方向づけられた因果思想の呪縛の中で衰退した帰属論は、今世紀の六〇年以降に初めて復活した。そのために、その結論はなお不確実であり、判例はこれを受け入れていない。しかし、学説においては、客観的構成要件への帰属は、二つの相前後して構成される原理に基づいて行われるという見解が、ますます浸透している。

(a) 行為者により惹起された結果が客観的構成要件に帰属できるのは、行為者の行為が、行為客体に対して許された危険によりカバーされない危険を創出し、この結果が具体的な結果においても実現した場合のみである。例えば、*Rn. 36* で触れた落雷の事例においては、森へ送り出すことは法的に重要な殺人の危険を創出するものではないから、二二二条の意味での殺人は欠落する。病院の火災の例では、行為者の射撃は、たしかに許されない被害者の殺人の危険を生じさせるが、銃創から生じる危険は、病院の火災においては実現されてはいないから、結果は殺人既遂として行為者に帰属することはできない。危険の創出がなければ不処罰となるのに対して、構成要件に該当する法益侵害における危険の現実化の欠如は既遂の欠落となるにとどまり、場合によっては未遂の刑が科せられる場合がありうる。

(b) 結果が行為者により創出された危険の現実化として示される場合は、通常帰属可能であるから、客観的構成要件は充足される。しかし、構成要件の射程範囲が、このような危険およびその影響の防止を含まない場合は、例外的に帰属は欠落しうる。例えば、A が B をヒマラヤ登山に誘い、A が予見したように、B が遭難して死亡した場合、A は B の死亡を惹起したのみならず、A によって惹起された危険は、B の死亡において現実化した。それにもかかわら

ず、Aは可罰的な殺人行為を行ったのではない。現行法によれば、自殺の指示さえも不処罰であるとすれば、ここで問題となる単なる自己危殆化の指示は、なおのこと不処罰でなければならぬ。したがって、二二二条、二二三条、二二〇条の射程範囲は、故意による自己危殆化には及ばないのであるから、結果を発議者に帰属させることはできない。こうして、客観的構成要件への帰属は、行為者により創出され、構成要件の射程範囲内で許された危険によつてはカバーされない危険の現実化を前提とすると要約することができる。この評価は、以下で詳説すべきであろう。

フリッシュュ(W. Frisch)は、包括的なモノグラフである「*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*」において、その著作の表題に相応して、通説が従う取り扱いは異なり、「構成要件該当行為」と「結果の帰属」とを区別する。それによれば、行為者が否認された危険を創出したかどうか、また構成要件の射程範囲はどこまで及ぶかは、結果帰属の問題ではなく、構成要件該当行為の問題である。これに対して、帰属論に属するのは、「もつぱら構成要件該当行為を基礎づける否認された危険と結果発生との間の因果関係、および実現化関係のみである」。この区別にあたって、結局常に結果の帰属あるいは非帰属が問題になるということは考慮されない。惹起者が始めから適切に行為していた場合は、結果は彼には帰属されない。同様に、因果経過が特別に異常であった場合も帰属されない。さらに、ここで主張された見解の立場からは、行為無価値と結果無価値とは相互に分ちがたく結びついている。という事情(詳細は、§ 10, Rn. 96 ff. 参照)が、「構成要件該当行為」と「結果の帰属」との区別の難点を示している。死亡の結果およびその帰属がなければ、殺人行為および「構成要件該当行為」は存在しない(せいぜい殺人未遂行為であるが、これも未遂結果を前提とする)。フリッシュュの行った区別は、他の点では、具体的な問題解決にとつて重要な意義はない。さらに、ラミレス(Bustos Ramirez)は、客観的帰属は「構成要件該当性の段階では許されず、むしろその体系的地位は違法性にある」と説明する。しかし、彼は、その際に「ある状況を構成要件に位置づける基準とし

て」のみであるとしても、本書 Rn. 13 で掲げた帰属の基準は「明らかに有効である」と考える。

2 許されない危険の創出

(a) 危険減少の場合の帰属の阻却

行為者が、被害者にすでに存在している危険を減少させ、行為客体の状況を改善するという形で因果経過を修正する場合は、初めから危険の創出、したがって帰属可能性が欠落する。危険な態様で他人の頭めがけて飛んでいく石を見て、たしかにその石を無害にすることはできないが、より危険の少ない身体の部分へと方向をそらすことはできる者は、その因果関係にもかかわらず、自己の措置により患者の不可避の死亡を先に延ばすことのできる医師(Rn. 17)ほどには身体傷害を行うものではない。希ではないこの種の場合、相当性説(Rn. 31-32)でも解決することはできない。結果を修正する因果経過は、行為者には充分予見することができ、しばしば意図さえされているからである。しかし、保護された法益の状態を悪化させるのではなく、改善する行為を禁止することは不合理であろうから、結果帰属は否定しなければならぬ。たしかに、伝統的な理論によれば、危険減少の場合は、正当化的緊急避難(三四条)を認めることにより、違法性の観点から解決することができよう。しかし、これは、まず危険減少を犯罪類型的な法益侵害と解することが前提とされようが、まさにそれが欠落するのである。こうして、危険減少の場合における帰属の阻却も急速に浸透してきた。

たしかに、存在する危険を、その実現が結果的に本来の危険ほどには行為者にとって有害ではない他の危険と取り替える場合には、事情が異なる。例えば、燃えている家の窓から子供を投げ、これにより重大な傷害を負わせたが、

この方法で子供を焼死から救助する。あるいは、他人に釈明できずに彼を監禁したが、これは事態が事態のために、彼を「交渉から引き上げ」、誘拐から守るためには他の手段がなかったからであった場合。ここでは、行為者は構成要件実現として帰属すべき犯罪類型的な行為を実現する。しかし、推定的同意あるいは三四条により正当化されうる。当然、同一の危険の減少と、他の危険との交換との区別は、個々の場合においては困難な場合がある。しかし、これにより区別の原理が問題とされることはない。この困難さは、あらゆる所に存在する犯罪類型と例外、構成要件と違法性の区別の問題と同じものである。

(b) 危険の創出がない場合の帰属の阻却

さらに、行為者が、たしかに法益侵害の危険を減少させなかったが、法的に重要な形で危険を増加させなかった場合には、客観的構成要件への帰属は否定すべきである。前述の落雷事例(RPG)がここに属する。その他、大都市での散歩、階段登り、水浴、山登り等の通常の法的に重要でない日常活動への勧誘もそうである。たとえこのような行為態様が、希な例外状況において事故に至る場合があるとしても、これと結びついた社会的に相当な、ごくわずかな危険は、法により問題とはされず、これにより生じた結果惹起は、初めから帰属できないのである。社会的に通常で一般的に危険でない行為の惹起は禁止することはできないのであるから、このような行為が例外的に法益侵害の原因となった場合でも、犯罪類型的な殺人行為は欠落する。すでに存在する危険が測定可能な程度に増加しない場合も、同様のことが妥当する。したがって、ダムを決壊させる洪水に水槽の水をぶちまける者は、溢水(三二三条)により可罰的となるかという古い講壇事例は、たしかに(極端にわずかではあれ)、結果の修正のために因果性は肯定されようが、いずれにせよこの行為は、溢水の惹起として三二三条の構成要件に帰属させることはできないという意味で解決

すべきである。この処罰規定が防止しようとする危険は、そのようなわずかな水量の添加によっては増加しないからである。

危険創出ないし増加の帰属原理は、本質的に相当性説(Rn. 31 ff.)およびすでに何十年も前にラレンツ(Larenz)やホーニツヒ(Honis)により展開された客観的目的可能性の原理に相当する。法律上保護された法益を重要な形で危殆化しない行為は、偶然に結果を招きうるにすぎないから、目的をもって結果を惹起することはできない。したがって、相当性説の場合に認められた形式における客観的・事後的予測(Rn. 32)も、危険創出の問題を判断する立場に当てはまる。すなわち、重要なのは、明敏な観察者なら、行為以前に(事前に)当該行為を危険であるないし危険を増加させると考えたか否かである。その際ここでも、観察者は、場合によっては具体的行為者の特別な認識を備えるべきである(Rn. 32 参照)。こうして、他人に散歩を勧め、その際に途中で謀殺者が待ち伏せていることを知っている場合は、当然危険創出を肯定すべきであり、散歩者が殺害されれば、謀殺(二二一条)あるいは故殺(二二二条)を理由とする可罰性が生じる。(直接の行為者が計画をたくらんだ助言者と連携していない場合は、両者ともに独立の殺人罪の同時犯として可罰的である。)

許されない危険創出の判断にあたって生じる実際上の問題は、特に故意によらない行為の場合に生じる。したがって、これは過失犯との関係で詳細に論じることとする(§ 24, Rn. 14 ff.)。

(c) 危険創出と仮定的因果経過

最近非常に注目されている問題は、危険創出あるいは増加の判断にあたって、仮定的因果経過を考慮すべきであるか、またどの程度考慮すべきであるかという問題である。周知のように、作為犯の場合、仮定的因果経過は通常因果

関係にとつて重要ではない(Rn. 19, 30)。しかし、このことは、仮定的因果経過に帰属を阻却する作用を認めることを妨げるものではないであろう。この領域においては、なお多くが不明確である。しかし、少なくとも最も重要な場合については一致が存在する。違法な構成要件実現の帰属は、行為者が中止すれば代わりの行為者が用意できていて、その行為を引き継いだであろうという理由で阻却することはできないのである(引受原理(Ubernahmeprinzip))。

したがって、戦争における違法な射殺の場合は、帰属の観点からも(因果関係については、Rn. 19 参照)、拒否すれば他の者が射殺したであろうという指摘によって、行為者を免責することはできない。財物を盗む者は、そうでなければ当該状況において疑いなく他の者が財物を奪つて、いずれにせよ所有者は財物を失つたであろうということを用することはできない。これは、他の者が法秩序に違反する用意をしていたという理由で、法秩序はその禁止を撤回することはできないという、目的論的に必然的な思想から生じる。そうでなければ、一人の行為を決意した者の代わりに複数の者が存在していたというだけで処罰されないという、明らかに不合理な結論となる。したがって、このような場合には、いずれにせよ構成要件的保护客体が失われたであろうから、行為者によってさらに危殆化されえないうという根拠で、危険増加を否定してはならない。実現された結果は、もっぱら行為者によって創出された危険の現実化である。また前述の理由から、規範的観点からは、これだけを考慮すればよい。故意行為者と同様に、過失行為者も、彼により惹起された法益侵害は、自分が結果を発生させなければ、他の者の過失行為により生じていたであろうということを主張することはできない(BGHSt 30, 228; Rn. 19 参照)。

これはすべて、代替行為者が適法に行爲したであろうという場合にも妥当しなければならない。したがって、所有者自身が切り倒そうと思っていた他人の樹木を切り倒す者、あるいは伝染病警察上の理由から、いずれにせよ屠殺しなければならなかったであろう雌牛を殺害する者は、依然として器物損壊を理由として可罰的である。同様に、周知

の講壇事例において、(死刑の有効性の下で)私人として死刑執行人を押しつけて、彼に代わって電気椅子を作動させる者は、故殺を理由として有罪とすべきである。立法者が、構成要件該当行為を特定の者あるいは職務担当者にのみ許容している場合は、他の者に対する禁止が削減されることなく維持されるときにのみ、この限定を貫徹することができるからである。法律上の権限の規制に反して、警察官には裁判官による逮捕状に基づいて逮捕する権限があるというだけで、他の者が処罰されないで「逮捕」してよいとすれば、耐えがたい状況にならざるをえないであろう。正当防衛状況において、そうでなければ他の者が行ったであろう防衛行為を行った者は、依然として不処罰である場合は、この原則の例外ではない。ここでは、代替行為者が有していたであろうのと同じの正当化事由(緊急救助)が、行為者に有利に作用するからである。

これに対して、行為者が単に自然的因果関係を修正したにとどまり、被害者の状況をまったく悪化させない場合は、帰属は阻却される。サムゾン(Sanson)は、次の事例を作った：

Fは鉄道動力車で複線区間を走行していたが、そこは山崩れのためにFがもはや適切な時期には制動できず、岩に衝突するような形で遮断されていた。Aは、同じ山崩れにより遮断されたレールを動力車が右から左へと迂回するようポイントを切り換え、Fはここで死亡した。

このような状況の場合、人間による代替原因の考慮を排除する理由は認められない(Rn. 48-50)。危険減少の場合(Rn. 43)、いずれにせよ仮定的因果経過が帰属にとって重要となるのであるから、自然的因果性の修正は、それによって被害が大きくなり、あるいは時間的に早まり、強化される場合にのみ帰属すべきである(強化原理)ということに有力な根拠を提供する。法益保護の観点からは、被害者が左側のレールで死亡したか右側のレールで死亡したかは重要ではなく、行為者とは関わりなく宿命的な経過が進行する事情の単なる修正は、社会的評価からすれば独立の殺人

とは思われないからである。行為者が、被害者の介入により、さらに侵害を加えようとした（例えば被害者の死亡を促進し、あるいは傷害を大きくする）場合、無害な結果の修正にとどまったときは、場合によっては未遂の可罰性が残る。この解決は、人間を出発点とする因果経過が、その支配領域を離れる場合にも転用することができる。したがって、被害者の身体の別の部分ではあるが、同じ強さで、侵害を増大させることなく命中するように、投擲兵器の方向を変えた者は、同様に処罰されないか、あるいは傷害を悪化させようとした場合は、二二三条 a の未遂を理由としてのみ可罰的である。

他方、自然的因果関係を単に修正するにとどまらず、例えば山崩れの事例 (Rn. 51) の被害者を、致命的な衝突の瞬間に射殺するというように、独自の行為により自然的因果関係を取り替える場合には、帰属の阻却に対しては疑問がある。このような場合にも、たしかに実際上の意味はほとんどないが、被害者の状態は悪化されなかつたのであるから、しばしば帰属は否定される。しかし、人間の行為による自然的因果関係の代替は、独自の侵害行為としての単なる修正とは異なるように思われる。そして、法秩序は、明確な正当化事由が妨げない場合には、法益侵害は可罰的であるという原理を維持すべきである。死ぬべき運命にある者を、その死亡の瞬間に殺害することが、おそらく処罰されないとするれば、殺人の禁制が簡単に侵害されることになる。法秩序はこれを甘受すべきではないであろう。

こうして、仮定的因果経過は、ときには危険の惹起および構成要件への帰属に関する判断に影響を及ぼすが (Rn. 43, 51)、大部分は無関係のままである (Rn. 48-50, 52) ということが示される。これは、危険創出の概念における矛盾を意味するものではない。何が法的に重要な危険であるかは、論理学あるいは自然科学の問題ではなく、刑事政策的評価の問題だからである。ここから前述の区別に至る。

アルトウール・カウフマン (Arthur Kaufmann) は、私法上の損害賠償判例に従って、刑法上の帰属にとつての仮定

的因果経過の意義に関して、独自の異なった見解を展開した。彼のテーゼは、「犯罪的結果を惹起する行為者の行為が、この時点で同一の結果を惹起する発展段階が、すでに行為者の違法な行為とは無関係に人知のおよぶ限りで結果発生が予想できた程度に達していた行為客体に向けられる場合は、行為の結果無価値したがって不法構成要件の一部が欠落する」というものである。この結果無価値の欠落により、過失犯の場合は不処罰となり、故意犯の場合は（残存する行為無価値を理由として）未遂処罰ということになる。しかし、この構想は否定すべきである。これによれば、例えば瀕死の患者を過失によって殺しても処罰されなくてよいことになり—医師や病院職員などのような注意義務に重要な効果があったとしても—、また故意による殺人さえも未遂として処罰できるところにとどまることになる。これは、どのような短時間の生命をも保護し、したがって、どのような事情であっても、少なくとも生命の短縮を処罰しなければならぬという原則に反する。

(d) 許された危険の場合における帰属の阻却

行為者が法的に重要な危険を創出した場合であっても、許された危険が問題となる場合には、帰属が阻却される。許された危険の概念は、様々な関係において用いられる。しかし、その意義および体系的地位に関しては、まったく不明確である。この概念は、一部では、許された危険は完全にあるいは広く社会的相当性と同視され、この法制度から一時的な承認をすぐに奪い去った論争(詳細は、§ 10, Rn. 33 ff.)に苦しめられる。また一部では、社会的相当性とは区別され、注意違反の行為における同意の場合のために、あるいは共通の構造として種々の正当化事由のために用いられる。しばしば故意犯の場合には、許された危険にもまったく意義が認められず、過失犯の場合の正当化事由としてのみ承認される。「この場合、たしかに許された危険の概念の背後には、ふたたび一般的な正当化原理に還元される、

種々の事例群が潜んでいる」。しかし、許された危険の場合が、承認された正当化事由の範囲で解決できるとすれば、この概念は独立の法制度としては必要ないのであるから、その完全な否定は当然である。

ここでは、許された危険とは、法的に重要な危険を創出する行為ではあるが、一般的に（個々の場合とは無関係に！）許されており、したがって正当化事由とは異なり、すでに客観的構成要件への帰属を阻却する行為と理解すべきである。許された危険の典型は、すべての道路交通規則を遵守した自動車運転である。自動車交通が、生命、健康および財物にとつて重大な危険となることは否定できない。事故統計は、それが否定できないことを示している。それにもかかわらず、圧倒的な公共の福祉の利益がそれを要請するという理由から、立法者は、（一定の注意の規制の範囲内で）自動車交通を許容する。しかし、緊急避難（三四条）の場合とは異なり、ここでは、対立する利益の重要性、危険の切迫性等に依りて、そのつど異なつた結論になりうる具体的な場合における利益衡量は必要ではない。むしろ、自動車運転の許容は、（すべての交通法規を遵守すれば）すでに犯罪類型を生じさせない包括的な衡量に基づく。したがって、個々の場合において高い利益を追求するのではなくても（例えば単なる退屈から行われても）、あるいは否認すべき目的に用いられるのであつてさえも（例えば犯罪の準備）、自動車運転は許容されているのであるから、このような行為に対する正当化事由原則に基づく衡量は行われてはならないであろう。許された危険の遵守は、客観的構成要件への帰属を妨げるのであるから、すべての交通規則の遵守にもかかわらず生じた法益侵害の惹起は、構成要件の行為ではない。このことは、過失犯にも故意犯にも同様に妥当する。したがって、Bが交通に適した注意を遵守していたにもかかわらずAと衝突し、Aが死亡した場合、たしかにBはAの死亡を惹起したのであるが、二二二条、二二二条の意味において殺害したのではない。許された危険の超過が危険を創出して初めて、その実現が結果を構成要件の行為として帰属可能にする。

公共交通（航空・鉄道・船舶交通も）、工業企業の経営（特に危険な施設）、危険なスポーツ、医療水準の範囲内の医師の治療行為などは、すべて許された危険の領域に属する。許された危険と、およそ重要でない危険が創出される場合（Ruffin）との区別は、必ずしも容易ではない。これは、特にこの法解釈上構築された概念の理論的精製が、なお初期段階にあるからである。危険創出の欠如および許された危険の範囲内での惹起は、客観的構成要件の充足を妨げるのであるから、このような不明確性および流動的推移に実際上の効果はない。いずれにせよ、重要な根拠は、交通、工業施設の経営、スポーツ等に通常存在する注意規則の定立である。安全予防措置の基進化は、法的に重要な危険の存在を証明するからである。

許された危険の範囲内における原因経過の誘発も、構成要件が欠落する。したがって、A が、飛行機が墜落してほしいと願って、B を飛行機旅行に誘うという周知の講壇事例では、すでに二二条の客観的構成要件は充足されていない。同様のことは、他人に危険な職業やスポーツ種目を行うことを動機づけるという、より現実的な場合にも妥当する。その際、たとえ邪悪な意図を追求するとしても、これを法的に（例えば殺人未遂として）理解することはできない。

3 許されない危険の実現

(a) 危険実現の欠如の場合の帰属の阻却

客観的構成要件への帰属は、まさに行為者によって創出された許されない危険が、結果において実現されたことを前提とする。したがって、まず、行為者が保護された法益に対する危険を創出したが、結果はその危険の作用として

ではなく、それとの偶然的な関係において発生したにすぎない場合には、帰属は阻却される。特に、故意犯はまだ未遂段階にとどまるが、予見できない因果経過のために結果が発生した場合が、ここに属する。殺人未遂の被害者が、射撃自体ではなく病院の火災で死亡したという前述の例(Rn. 37, 39)が、一つの例を提供する。すでにエンギツシュは、「危険の実現を、因果性と並んで書かれざる構成要件要素として位置づける」ことを提案していた。したがって、冒頭の例では、たしかに行為者は被害者の生命に対する危険を創出し、その死亡を惹起した。しかし、結果は創出された危険の実現を示してはおらず、行為者は殺人未遂行為を行ったのであって、殺人既遂行為を行ったのではないのであるから、この結果を行為者に帰属することはできない。これは、伝統的な見解のように、故意の問題ではなく(Rn. 35 参照)、客観的構成要件の充足の問題である。危険実現の検討は、現実に発生した行為経過が、行為者の行為の終了後に行われる第二の危険判断と比較できるようになされる。こうして、例では、行為者の発砲が法的に測定できる形で焼死の危険を高めたか否かが問われる。したがって、その際には、第一の危険判断と同一の基準を適用すべきである。この問いは否定すべきである―病院での滞在は、火災事故の被害者になる重要な危険を基礎づけない―から、危険実現および結果帰属を否定すべきである。

逆にそこから、未遂行為が、続く因果経過の危険を法的に重要な形で高め、結果が未遂によって創出された危険の相当な現実化である場合には、因果の逸脱は重要ではなく、結果は帰属すべきであるということになる。泳げない者を溺死させるために、高い橋から水中に投げようとしたが、橋脚の土台に衝突して首の骨を折ったという周知の事例がそうである。この危険は、始めから橋からの落下と結びついていた。したがって、結果は偶然ではないから、因果の逸脱にもかかわらず、殺人既遂として帰属すべきである。同様のことは、他人を手斧で殺害しようとしたが、手斧の一撃ではなく、それによって引き起こされた創傷感染のために死亡した場合(RGSt 24, 213)にも妥当する。感染死

亡においても、手斧の一撃によって創出された危険が現実化する。したがって、結果は謀殺者の仕業である。血の酩酊事件 (BGHS 7, 325) では、行為者は、被害者をハンマーで殺害しようとしたが、最初の致命傷ではないハンマーの一撃により血の酩酊状態になり、責任無能力となつて、その状態で今度は被害者を手斧で殴り殺した。ここでも、始めから殺人未遂行為に示されていた危険が実現されたにすぎない (同旨、BGHS 23, 133) すでに被害者の傷害以前に、謀殺未遂により責任能力を否定すべき激情性記憶喪失となり、この状態で行為者は被害者をナイフの一突きにより殺害した)。

行為者により創出された危険が実現されたかどうかという問題の判断については、個々の場合には微妙な検討が必要な場合がある。例えば、薬剤師の過失によって引き起こされたビタミン中毒で入院し、そこで病院の責任ではない (Rn. 108 ff. 参照) インフルエンザの感染のために死亡した場合、結果の帰属は、感染死亡が中毒に条件づけられた患者の側の衰弱の結果であるかどうかにかかっている。これが肯定された場合、薬剤師により創出された危険が実現されたのであり、彼は過失致死を理由として処罰されるべきである。これに対して、「ビタミン中毒」による衰弱とは無関係に「インフルエンザのために死亡した場合には、最初の惹起者には過失傷害が存在するにとどまる (同旨、OLG Köln a. a. O.)。人工的に栄養を与えられなければならない事故の被害者が、回復期に食物を飲み込んで死亡した場合も、同様の検討を行うべきである (OLG Stuttgart NJW 1982, 295)。

客観的構成要件への帰属が、危険実現に基づいて行われなければならないとすれば、たしかに主観的構成要件への帰属それ自体はまだ決定されてはならない。客観的構成要件の充足は、単なる過失による結果惹起の可能性も残しているからである。しかし、通常主観的構成要件への帰属も、構成要件の充足のためには、故意によって創出された危険の実現以上のことは要求しないのであるから (これに関する詳細および例外については、§ 12, Rn. 139 ff.) Rn. 60 で掲

げた例では、故意による殺人既遂を理由として処罰すべきである。

(b) 許されない危険の実現の欠如の場合の帰属の阻却

許された危険の場合には、客観的構成要件への帰属は、許容限界の逸脱および許されない危険の創出を前提とする。また通常の危険創出の場合には、既遂はさらに危険の実現を必要とするのと同様に、許されない危険の場合、結果の帰属可能性は、加えて結果に許されない危険が実現されたことを要件とする。これが欠落する場合には、個別的には、またふたたび様々な段階が生じる。

比較的単純な例は、許された危険の逸脱が、具体的形態において結果にまったく影響を及ぼさない場合である。

例 (RGSt 63, 211 の修正)：刷毛工場の工場長は、中国の山羊の毛を、定められているように殺菌消毒せずに従業員に渡した。四人の従業員が炭疽熱かん菌に感染し死亡した。後の調査により、ヨーロッパで従来知られていなかったかん菌に対しては、定められた殺菌消毒手段は効果がないことが判明した。

この場合、事前判断では、行為者は殺菌消毒の懈怠により大きな危険を創出したが、後に判明するように、これは実現されなかった。これに結果を帰属させるとすれば、義務の履行が役に立たないであろう義務違反のために処罰することになる。平等原則 (Gleichheitssatz) がこれを禁止する。経過が、許された危険を遵守した場合に発生するであろう経過に完全に一致する場合は、結果帰属も異なった取り扱いをしてはならない。したがって、工場経営者が殺人の故意を有していたとしても、未遂を理由として処罰されるにとどまる。容易に推測される単なる過失の場合は、不処罰となる。

別の事態の場合、たしかに許された危険を逸脱する義務違反は、結果にとって因果的ではあるが、結果発生の危険

は逸脱によつては高められなかった。

例・行為者は許容された最高速度を超過したが、すぐにまた定められた速度を守った。そして自動車の背後から突然車の前に飛び出した子供を轢いた。事故は、客観的には彼には回避不可能である。

このような状況の場合、事故は（許された）自動車運転それ自体によつてのみならず、まさに最高速度超過によつても惹起された。それがなければ、子供の道路横断時に自動車はその場にいなかったであろうし、何も起こらなかったであろうからである。それにもかかわらず、ここでも速度超過に内在する特別の危険は実現されてはいない。スピードの出しすぎの運転によつては、再び法に従つた運転方法の場合に事故になる危険は少しも高められないからである。同様に、自動車は潜在的な事故現場をすでに過ぎているのであるから、これにより後の轢過は回避されうる。命令は、速度超過に対して、特定の時間に特定の場所で自動車が走行することを妨げようとするものではない。したがつて、禁止された危険の発生は、ただ偶然に事故に至つたにすぎないから、結果の帰属は阻却される。そのために、判例がこのような事案を解決しようとして用いる特殊な因果関係の認定(Rn. 9 参照)は必要ない。

許されない分解修理経過の場合、分解修理する者にとつて認識できない材料の欠陥のために、自動車の車輪が壊れることによつて事故が発生した場合にも、同様のことが妥当する(BGHSt 12, 79)。この経過においては、禁止された分解修理に存在する危険ではなく、自動車運転者にとつては偶然的事情が実現されたからである。正しい運転方法をしていても、いつ車輪が壊れるかもしれないし、いつ事故が起こるかもしれないのである。

許された危険の逸脱が、たしかに具体的な結果にとつて、まったく重要ではないとはいえないが、経過が非典型的であるために、もはや禁止された危険の実現と理解することができない場合がしばしばある。

例・他人が被害者を誤つて追い越したために(OLG Stuttgart VRS 18 [1960], 356) あるいは軽い追突事故のため

2) (OLG Karlsruhe Jus 1977, 52) '心臓麻痺で死亡する。'

恐怖から心臓麻痺になる危険は、他人の誤った運転行為により、ごく僅かとはいえ高められる。しかし、この増加は、結果を帰属可能と考えさせるにはあまりにも乏しい。交通規則の目的は、精神的な侵害ではなく、むしろ直接的な侵害を防止することである。この危険が実現されていないから、行為者を、たしかに場合によっては道路交通に対する危害行為罪(三一五条c)、あるいは器物損壊罪(三〇三条)では処罰できるが、殺人罪で処罰することはできない。

(c) 注意規範の保護目的によりカバーされない結果の場合の帰属の阻却

最後に、許された危険の逸脱が、後に発生するような経過の危険を初めから明らかに高めたが、それにもかかわらず結果帰属を行ってはならない場合も存在する。

例 1 (RGSt 63, 392) : 二人が暗闇の中を無灯火の自転車と相前後して走行する。前の自転車が、無灯火のために対向する自転車と衝突する。後ろの自転車が灯火装置を付けているだけで、事故は回避できたであろう。

例 2 (BGHSt 21, 59) (修正) : 歯科医が女性に全身麻酔をして二本の臼歯を抜き、女性は心不全で死亡する。彼女は事前に「多少心臓が悪い」と歯科医に伝えたにもかかわらず、彼は慎重に内科医を呼ぶことを怠った。たしかに、内科医の検査では心臓疾患は発見されなかったであろうということが認められる。しかし、いずれにせよ内科医の検査により引き起こされた延引のために、より後に死亡したであろう。

ここでは、内科医を呼ばないことが侵害の危険を少なくとも時間的に早めることは初めから認識できたのと同様に、二人による禁止された無灯火の自転車の運転は、前の自転車が事故を起こす危険を著しく高めた。それにもかかわら

ず、結果帰属は不合理であると思われる。灯火命令の目的は、直接自分の自転車から生じる事故の回避にあるのであって、他人の自転車が照らされて、第三者との衝突が防止されることにはないからである。同様に、内科医を呼ぶ義務は、侵害の延引をもたらし、それにより患者の生命を少なくとも短期間延ばすという目的に資するものではない。したがって、逸脱された注意の命令が予防しようとした危険は実現されておらず、そのために結果を帰属することはできない。

このように、許されない危険の実現 (Rn. 63ff.) と、因果経過の相当性ないし予見可能性にのみかかっている一般の危険の実現 (Rn. 59ff.) とは事情が異なる。たしかに、許されない危険の実現の問題にとつても、注意違反の行為が因果的作用を有していたか (Rn. 64)、またこの作用が危険を増加させたか (Rn. 65f.)、あるいは増加が重要な程度に達しているか (Rn. 67) は重要である。しかし、因果経過が許されない危険と相当な関係にある場合でも (Rn. 68f.)、このような結果の防止が保護目的ではなく、注意義務の保護の反映にすぎない場合には (Rn. 68f.)、なお結果の帰属は阻却される。

特に、許されない危険の実現の欠如、あるいは「危険連関」の欠如の事例群については、規範の保護目的は、結果発生の具体的な種類を含まないとさえいえる。殺菌消毒命令の目的は、役に立たない使用を要求するものではなく (Rn. 64)、速度制限の目的は、特定の道路の場所から自動車を遠ざけておくことにあるのではない (Rn. 65) からである。ただ、許されない危険の実現に当たっては、常に許された危険を限定する注意規範 (灯火命令、専門医の診察の義務等) の保護目的が重要なのであって、犯罪構成要件の保護目的が重要なのではないということを知らなければならぬ。これに対して、構成要件の保護目的による帰属阻却の本来の場合には、構成要件規範 (殺人・傷害・損壊禁止等) が、特定の行為態様および作用を初めから含まない場合である。それらは、本書では「構成要件の射程範囲」の

観点から論じられ(Rn. 85 ff.)、大部分の叙述のように、すでに注意命令の保護目的が発生した結果をカバーしないために、帰属が阻却される場合と混同すべきではない。

(d) 適法な代替行為と危険増加理論

ほとんど危険思想との関係で議論された戦後の問題は、適法な代替行為により、確実にはなく、蓋然性にあるいはおそらく結果が防止されたであろうという場合に、結果を帰属させるべきであるかという問題に関するものである。

例(BGHSt. II, 1)：トラック運転者が自転車に乗っている人を轢き、その際に、七五センチメートルまで自転車に近づくことにより、必要な側面距離を守らなかった。轢過経過の間、酒に酔っていた自転車運転者は、アルコールに基づく短絡反応の結果として、自転車を左に向きを変えたために、トレーラーの後輪に轢かれた。交通規則に従って、充分な側面距離を守っていた場合であっても、事故は蓋然的に(修正・おそらく)発生していたであろうということが認定された。

すでに(Rn. 64)取り扱った問題が、適法な代替行為が確実に同一の結果に至るであろう場合には帰属は阻却されるということを示している。許された危険の逸脱は、現実の事象経過において実現されていないからである。これに対して、例では、本書で主張された見解によれば、正しい運転行為は、たしかに確実にはないが、おそらく自転車運転者の生命を救助したであろうし、側面距離の不遵守による許された危険の逸脱は、法的に重要な形で死亡事故の機会を増加させたのであるから、帰属が必要である。

これは以下の考慮に基づく。必要な距離の遵守にもかかわらず、自転車運転者は死亡したであろうという場合、この経過においても轢過に存在する危険は実現されたであろう。しかし、立法者は、その許容により運転者からこの危

險を取り除いたのであるから、結果を帰属させることはできないであろう。これに対して、行為者が許された危険を逸脱し、轢過に存在する危険の作用として結果を発生させた場合は、禁止された危険の現実化として帰属可能である。ここでも行為者から危険を取り除き、彼を処罰しないための契機は存在しない。許容できる危険の外枠は、法律上の安全距離により画されるからである。この危険の増加はすべて、行為者を通じて結果を生じさせる。

筆者が構築した「危険増加の理論」は、学説において支持者の数を増してきている。これに対して、判例および学説の一部の結論は異なる。BGH (BGHSt 11, 1) は、「交通違反行為は、交通法規に従った行為であれば結果は生じなかつたであろうことが確実である場合にのみ、有害結果にとつての原因として認めてよい」とする。そうでなければ、学説においても主張されているように、許されない危険が実現されたことは確実ではなく、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従つて、行為者は無罪とされなければならない。危険を許された部分と許されない部分とに分裂させてはならず、すべてについて個別に危険の実現を確定する必要があるから、これは不当である。行為者が許された危険を逸脱し、これによりまさに許容される危険をさらに増加させた場合、全体として禁止された危険そのものを創出するのである。結果が発生する場合も、この全体として禁止された危険が実現されるのである。この点についてはまったく疑いはないのであるから、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に適用領域はない。

危険を許された量と禁止された量とに区別し、それぞれ個別に因果関係の立証を要求してはならないということは、許されない危険が実現されたか否かという問題にとつても重要である、注意規範の保護目的から必然的に生じる (Rn. 69-71)。注意規範の遵守が、たしかに法益保護の機会を明らかに高めるが、必ずしも絶対確実に保障するというわけではない場合にも、また、まさにその場合にこそ、立法者は注意規範の遵守を要求しなければならないからである。例えば、医療上必要であることが示された危険な手術の場合に、外科医が重大な医療過誤によつて患者を死亡させた

場合、反対説によれば、医療水準に従って実施された手術の場合でも、死亡結果の可能性が否定できなかったのだから、不処罰とせざるを得ないであろう。これは、まさに重大な注意が必要な場合に、すべての注意の要求の放棄を意味することになる。

「疑わしきは被告人の利益に」の原則と並んで、危険増加論に反対して提起される第二の論拠は、法律に反して、結果犯を危険犯に変更するというものである。客観的構成要件への結果の帰属は、常に行為者によって創出された危殆化によってのみ伝えられるのであるから、これは不当である。侵害犯と危険犯との相違は、侵害犯の場合の許されない危険は、構成要件的な侵害結果において実現されるのに対して、危険犯の場合は、様々な要求に応じて決定されるべき危殆化結果においてのみ現実化されるというところにのみ存在する。しかし、危険の増加が存在する適法な代替行為の場合には、禁止された危険は構成要件的な侵害結果に表れるということは既述した。

危険の増加が存在するか否かは、危険の現実化と同様に、事後的に判断すべきである。したがって、自転車運転者の酒酔い、正確な距離、トラックの速度のように、事後的に明らかになる事情のすべてを考慮しなければならぬ。次に、これらの事態を基礎におく際には、許された危険の遵守が自転車運転者にとつての危険を減少させたか、すなわち、その生命救助の機会を高めたか否かを検討すべきである。この場合に、危険増加は、規範的基準に従って判断すべきである。すなわち「事前に定式化された規範は、事後の認識に基づいてもなお有意義な、結果の危険を減少させる禁止として承認できるのか（この場合は結果帰属）、あるいは新たな認識水準から、具体的には不能あるいは少なくとも実行不可能と思われるのか（この場合は結果帰属されない）を検討すべきである」。たしかに、この規範的考察方法の場合には、現実の行為と仮定的行為との「自然主義的―統計学的」比較の結論が考慮されよう。

危険増加論の支持者の間でも、禁止された行為が、許された危険を遵守した場合よりも大きな危険を創出したかど

うかが確定できない場合には、どのように判断すべきかという問題については争いがある。ここでは、ほとんどの危険増加論の支持者も、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を利用し、その適用の結果、危険増加および結果帰属も否定しようとする。しかし、これに対しては、法秩序には、おそらく注意規定を遵守した場合に存在する危険を越えるであろう行為をすら許容する理由はないということに留意すべきである。医師が、医療法を無視して、承認されていない治療法を用いたために、患者が死亡した場合を考えてみよう。医療法を遵守していれば、患者にとっての危険は蓋然的に著しく減少したであろうこと、医療法を遵守した場合の危険の減少は、たしかに確実には確定できないことが後に判明した場合に、なぜ結果を彼に帰属すべきではないのか。注意規定の無視が、確実には確定できないに、あるいはおそらく被害者にとつての危険を高めた場合にも、注意規定を考慮する必要がある。しかし、この争いは、危険増加論自体にはなく、これを特定の局限化された事例群に適用した場合に、結果帰属に至るかどうかという問題に関連するにとどまることに注意しなければならない。

適法な代替行為の場合は、仮定的因果経過が帰属にとつて重要となる状況(Rp.63)と類似する。しかし、これは、現実に用意されたものではなく、比較目的のために考え出されたものであり、規範的な危険増加判断の役に立つ仮定的因果経過が重要である(Rp.77)という点で異なる。危険増加の事例は、実際にはほとんど過失犯に関するものである。しかし、示された故意犯のための帰属原則は、理論的には同一の有効性を有する。例えば、山羊の毛事件(Rp.64)において、工場長が、気に入くわれない職員を排除するために、殺菌消毒を意図的に怠った場合には、事後的に危険増加の欠如が認定されれば、殺人未遂を理由として処罰できるとどまるであろう。他方、トラック運転者が、死亡事故を誘発するために、自転車運転者に近づきすぎた場合には、危険増加が認定されれば、殺人既遂の責任を負うべきであろう。

従来、ドイツの判例においては、危険増加論は認められてこなかった。したがって、判例の原則によれば、慎重に行為しても同一の結果が発生した可能性さえ存在すれば、過失侵害犯の公訴については無罪としなければならない。しかし、実際には、他の理由から、危険増加論に従った解決の出現が迫られている。例えば、山羊の毛事件(RGSt 63, 211; Rn. 64)において、現実には、事態は、定められた殺菌消毒により従業員は蓋然的に救助されたであろうというものであった。ただ、これが確実には認定できなかったにすぎない。すると、殺菌消毒の懈怠は本質的な危険増加をもたらしたのであるから、ここで主張された見解によれば、雇用主は過失致死を理由として処罰されなければならない。これに対して、BGH判例によると、無罪とされなければならないことになる(Rn. 74)。しかし、当時RGは、「有責な行為が先行していなくても侵害事象が発生したであろうということに、確実性あるいは確実性に境を接する蓋然性が存在する場合」にのみ、行為者の行為の原因性を排除すべきであるという理由から、有罪とした(RGSt 63, 214)。これは、因果の検討の範囲では挙証責任の転換として維持できないものであるが、結論においては正当な危険増加論の適用に帰する。

BGH判例においても、しばしば他の理由から、帰属を支える観点は危険増加にあるということが隠されている。歯科医事件(BGHSt 21, 59; Rn. 68)においては、内科医を呼ぶことにより、患者の死亡は、確実にはなくとも、蓋然的に回避されたであろうというものであった。この観点が、歯科医の過失致死を理由とする有罪を支えたのである。危険増加の思想の助けによる結果帰属の唯一の正当な理由が禁止されていたというだけで、裁判所は、注意規範の保護目的によっては裏付けられていない、したがって誤った論拠に依拠したということが想像できる。同様のことは腹膜炎事件に妥当する。そこでは、誤った予測のために、生命を救助する手術を怠った。ここでBGHが、「外科手術をすれば：患者は確実性に境を接する蓋然性をもって、およそ一日生き延びたであろうし、およそ延命の高度の蓋

然性が存在する」(a. a. O. 219)と言った場合、一日の延命というあやしい基準により、正しい医療措置をすれば完全な生命維持の機会が本質的に高められたであろうという、BGHにとっても最も重要な観点は、ほとんど隠されていない。

いわゆる原動機付自転車事件(BGHSt 24, 31)において、行為者は、「相当なアルコール摂取の後」(一・九%)、それ自体なお適法な時速一〇〇—一二〇キロメートルで連邦道を走行していたところ、突然三〇—四〇メートル離れて原動機付自転車が自動車の前を走ってきた。行為者は、もはや適切な時期に自己の自動車を止めることはできず、自動車は原動機付自転車を巻き込み、運転者は死亡した。行為者が酔っていない状態であったとしても、おそらく事故を回避することはできなかったであろう。行為者は酒に酔った状態のために、「酒に酔っていない状態であればなお適切であったであろう」速度で運転してはならないという理由で、BGHは過失致死罪(二二二条)を理由として有罪とした。むしろ行為者は、酒に酔った状態でも「交通における自己の義務を履行できる」ように、低速で走行しなければならなかったのである(BGHSt 24, 35)。当然の理由は批判された。自動車運転者が絶対的に運転不適格(判例)によれば、一・一%で不適格)である場合には、彼にとってなお適正な速度は存在しないからである。さらに、酒酔いが運転行為および事故経過に影響を及ぼさなかったことが確実であるとすれば、行為者は無罪とされなければならないであろう(Rn. 64 参照)。その場合には、許されない危険の実現が欠けるからである。しかし、現実には、酒に酔っていない運転者の方が、より優れた反応能力のために、困難な交通状況を克服する見込みがはるかに大きいことは当然であった。したがって、行為者は、一基本的にはBGHもそう考えたのであるが、酒に酔った状態で時速一〇〇—一二〇キロメートルで運転した場合、酒に酔っていない運転者でも創出したであろう(なお許された)危険を著しく高めたのであり、それ故に今度は禁止された危険の実現から生じた結果は彼に帰属されるべきである。こうして、判例

においても、誤った根拠の背後から、危険増加論の正当な結論が現れるのである。

(e) 危険増加論と保護目的論との結合について

危険増加論の支持者と反対者との間で、「第三の勢力」が形成されてきた。これは、個別的には様々な修正型があるが、適法な代替行為を基準とするのではなく、「具体的な結果に実現された危険について行為者が答責的である」か否かを基準とする。クリュンペルマン(Krümpelmann)は、「義務と被害者の保護請求との間の規範的一致に基づく帰属」を基準とする。これによれば、例えば自転車運転者事件(Ra. 73)では、定められた追い越し距離が「自転車運転者の典型的な誤った反応の埋め合わせ」に用いられる。しかし、認識できない酒に酔った自転車運転者の保護の必要性に適合するようには調整されない。「認識できない酩酊の場合、特別な危険にさらされていることは、…もはや義務の目的とは一致せず」、したがって安全距離を遵守した場合の、より大きな延命の機会は、クリュンペルマンにとっては「反射効果」にすぎず、距離規制の目的に役立つものではないから、トラック運転者を有罪としてはならない。同様にラント(Rant)にとつても、「義務に従った行為者の行為という仮定的な状況が…決定的なのではなく、落ち度のない被害者の状況という通常の場合が決定的である。…具体的結果が、酒に酔っていない自転車運転者のためにトラック運転者が回避しなければならなかった結果の危険に含まれる(unterfall)場合には、具体的に発生した結果は帰属すべきである」。しかし、例えば、酒に酔っていない自転車運転者が、驚いて類型的に右側に自転車車を引く張ることが判明した場合、自転車車を左側に引く張った酩酊者の死亡については、たとえ酒に酔った自転車運転者は高度の蓋然性をもって、必要な側面距離を遵守するトラックの車輪の下に入り込まなかったであろうということが認定されたとしても、トラック運転者は答責的ではない。ヤコブス(Jakobs)にとつては、再び比較可能な形式において、法益が、許されな

い行為の「故に」侵害されるのか、あるいはただ許されない行為の「機会に」侵害されるにすぎないのかが重要となる。

これらの見解はすべて、実際には、本書でも承認される (Rt. 68 ff.) 注意命令の保護目的の理論の、様々に強調された表れである。しかし、この観点は、危険増加論に取って代わるものではなく、これを補充するにすぎず、危険増加論に組み入れられなければならない。例えば、A が運転免許証なしで運転し、正しい運転方法にもかかわらず事故に巻き込まれた場合、禁止された運転は、事故の危険を高めた(ないしはそもそも初めて創出した)。しかし、規則通りの運転の結果を防止することが運転禁止の目的ではないから、危険増加にもかかわらず、帰属はなされないままでなければならぬ。ただ保護の反射が存在するにすぎないのである。自転車運転者事件においても、先行する危険増加の確定の後に、すべての帰属要件が残っていないから、なお、さらに距離規制も結果をカバーしているか否かを考慮することは正当である。たしかに、この保護目的の連関は、前述の論者等とは異なり、肯定すべきである。まったく落ち度のない「理想的な運転者」はほとんど存在しないのであるから、定められた一一・五メートルの距離は、すべての自転車運転者(若者・老人、酒に酔っていない者・酒に酔っている者、健常者・病人、慎重な者・臆病な者、自信のある者・自信のない者)にとつて、衝突の危険を最小限にすべきものであるということを前提とすべきである。「良い」自転車運転者の場合には、「悪い」、適切な反応能力において障害のある自転車運転者の場合よりもはるかにうまく行くということは、それぞれの可能性の範囲内で距離規制がすべてを保護すべきであるという点では異ならない。したがって、それを逸脱すれば、酩酊に条件づけられた被害者の反応も、規制の保護目的に含まれている。

許された危険によつてはカバーされない危険の実現により、通常は客観的構成要件への帰属は与えられる。しかし、個々の場合においては、構成要件の射程範囲、構成要件の規範（殺人・傷害・損壊禁止等）が発生した種類の結果を含まないために、また構成要件がそのような事象を防止するために規定されていないために、帰属させることができないう場合があるという見解がますます広まっている。この問題は、特に過失犯の場合に役割を果たす。自己の創出した危険により、許された危険に保護されて行為することなく、故意に法益侵害を惹起した場合は、そのような行為から保護することは、通常構成要件の使命であるからである。しかし、例外なくそうであるわけではない。故意の行為者の場合、特に三つの事例群が役割を果たす。この場合は、別のことが妥当する。すなわち、故意による自己危殆化の場合の共同作用（4 (a)）、合意に基づく他人の危殆化（4 (b)）、および他人の答責領域への結果の帰属（4 (c)）が問題となる。ショック症状および後遺症（Schock- und Folgeschäden）の事例群は、過失犯との関連において初めて取り扱われる（§ 24, Rn. 42 ff.）。

(a) 故意による自己危殆化の場合の共同作用

ある者が、通常よりはるかに危険な行為に他人を誘い、あるいは共同する。例えば、AがBに割れやすい氷の海の横断を勧める。そこで不注意で危険をまったく無視したBが死亡した場合、Aは—その意図にしたがつて—過失致死あるいは殺人の責任を負うべきであるかという問題が生じる。法律の基礎にある評価によれば、これは否定すべきである。ドイツ法によれば、自殺すなわち故意による自殺あるいは自傷行為への関与は、原則として処罰されないのであるから、故意による自己危殆化への共同作用も、同様に可罰的ではありえない。より多くのもの（自傷行為）を処罰されることなく惹起できるとすれば、より少ないもの（自己危殆化）は、なおさら処罰されることなく生じさせて

よいのでなければならぬからである。殺人禁止の保護目的は、この場合をカバーしていない。すなわち、構成要件の射程範囲は、このような結果には及ばない。たしかに、判例は、以前に、故意による同一の事象の惹起が処罰されない場合に、過失による惹起を処罰することは不合理であるという正当な理由で、過失による自殺の惹起を不処罰としたが(BGHSt 24, 342)、「この思想は、長い間同様の事情である傷害と危殆化との関係には転用されなかった。

例(BGHSt 7, 112)：AとBはオートバイレースを行った。両者とも酒を飲んではいたが、完全に責任能力はあった。Bは、レースの際に自己の落ち度のために事故で死亡した。

BGHは、「予見可能かつ回避可能な結果を義務に違反して惹起した」という理由で、Aを過失致死罪で有罪とした(a. a. O., 114)。すでに「周りでは二人にビールが賭けられていた(a. a. O., 115)」というような不合理なレースへの関与は、一般的な交通の危険を明らかに逸脱し、後の事象において実現された危険を創出したという点では、これは正当である。しかし、故意による自己危殆化への共同作用が存在し、Bは、なお存在する完全責任能力の故に、その危険を明らかに無視したのであるから、存在する危険の実現にもかかわらず、結果は規範の保護領域には属さず、帰属させることはできない。BGHが、自己危殆化の共同の場合の「義務違反性」およびその可罰性を「事件の事情」(a. a. O., 115)に従属させる場合、可罰性は、もはや法律上の評価基準によつてではなく、裁判官の個別的な判断によつて決定されることになるが、これは許されない。すでにAは二二二条、二二二条の客観的構成要件を充足しなかつたのであるから、レースの相手方の死亡事故を始めから甘受していたとしても、同様に処罰されない。この「故意」は、構成要件を欠く行為に向けられていたのであるから、可罰性を基礎づけることはできないであろう。

例(BGHSt 17, 359)：医師Aは、インド旅行から天然痘に罹つて帰り、非常に疲れ切っていると感じていたにもかかわらず、診察を受けることなく自己の病院の勤務に就いた。相当数の医師および患者が感染し、天然痘に罹患した。

病院の牧師も病気にかかったが、彼は危険を知って自由意思で隔離病棟に入った。

ここでも、あらゆる場合にAによって創出された、許されない危険が実現されたことは明らかである。したがって、知らずに感染した者に関して、当然彼は過失傷害あるいは過失致死罪で処罰された。しかし、病院の牧師の場合には事情が異なる。彼は故意に自己の決意から自己を危険化したのであるから、そこから生じる結果をAに帰属してはならないからである。この自己危険化の高潔な動機により、このことが変わるわけではない。逆に、自己の献身によりAを刑罰に陥れることを恐れなければならなかった場合にのみ、牧師の良心の不利益となりうる。それにもかかわらず、ここでもBGHは処罰した。BGHは、ただ牧師の傷害への同意が存在したか否かだけを検討し、同意は将来の作為あるいは不作為にのみ関係づけられ、過去の作為・不作為には関係づけられえないという理由で、これを否定した。しかし、ここで重要なのは同意の問題ではない。牧師はAの傷害行為に同意したのではなく、自己の行為により、すでに存在し、その可能な結果が殺人罪の保護目的には含まれない危険に身をさらしたのである。

例・AはBに自己使用のためにヘロインを譲渡した。その危険性については二人ともに知っていた。Bはその麻薬を注射して死亡した。

すでに中毒性薬物(Suchtmitteln)の譲渡は、麻薬法二九条、三〇条により、重く処罰される。したがって、Aは社会的にもはや容認されない危険を創出し、これが死亡結果において実現された。実際には重要な意義のあるこの種の状況の場合にも、判例は、自己危険化の思想を考慮することなく、過失致死を理由とする可罰性を肯定してきた。BGH NSfZ 1981, 350は、判旨において、次のように述べた。「ヘロインの引き渡しによりヘロイン依存者の死亡を惹起した者は、薬物依存者が麻薬を注射することを知っており、あるいは予想しなければならぬ場合、また引き渡された麻薬の危険性を知っており、あるいは知り得た場合には、過失致死の罪を犯すものである」。次に、特にシューネマン

(Schünemann)の批判の影響を受けて、BGHSt 32, 262 は、センセーショナルな判例変更を行い、このような場合の客観的構成要件への帰属を否定した。「自己の責任で意図され、実現された自己危殆化は、危殆化により意識して冒された危険が現実化した場合には、傷害罪あるいは殺人罪の構成要件には属さない。単にこのような自己危殆化を誘発し、可能にし、促進したにとどまる者は、傷害罪あるいは殺人罪を理由として可罰的とはならない」。それ以来、この判例は、数多くの BGH 判例により確認されてきたのであるから、対立する古い判例(BGHSt 7, 112; 17, 359 も)は、過去のものと理解しなければならない。

たしかに、新しい判例の正当な端緒(Ausgangspunkt)は、必ずしも常に貫徹されるわけではない。すなわち BGHSt 32, 264 は、「自己責任で行為する者の自傷行為に積極的に(故意または過失で)関与する者に、自傷行為者の生命・身体に対する保障義務が課せられている場合に、どのように考えるか」という問題を未解決のままにした。こうして BGHJR 1979, 429 は、医師が禁断療法の範囲内で麻薬を患者に処方し、患者が服用量過多の注射により死亡した場合に、医師を過失致死罪で有罪とした。結論において判決は正当であろう。薬物依存の消費者は責任無能力であり、したがって答責的な判断を下すことができなかつたことが示されているからである。しかし、BGH が行ったように、判断能力が認められれば、処方する者の医師の資格のために、消費者の死亡を彼に帰属させることはできない。医師は、患者を病気から守らなければならないのであって、自己危殆化から守る必要はないからである。患者が処方された薬品(睡眠薬であれ)の乱用により自らを傷つけることは、実際上排除することはできない。医師がこれに対して責任を負わなければならないとすれば、医師は常に片足を刑務所に突っ込んでいることになる。

BGH が多くの判決において、たしかに答責的な自己危殆化への積極的共同の不処罰を容認するが、消費者が意識不明になった時に麻薬供給者が医師を呼ばなかつたという限りで、麻薬供給者を不作為による過失致死罪で処罰する

場合、これにも賛成できない。麻薬供給者が消費者の危険状態を帰属できない方法で惹起した場合は、二二二条の観点からは重要でないこの惹起からは、不作為責任の作用を伴う結果回避義務を導き出すことはできないからである。これにより、答責的な自己危険化に共同する者の無罪が再び取り消されることになるからである。三二三条cおよび麻薬法二九条に基づく処罰は、刑事政策的観点からも、まったく十分である。

これに対して、新しい判例が、自ら危険化する者が共同者と同程度に危険を無視する場合にのみ、答責的な自己危険化への共同を帰属させない場合、これは正当である。発議者あるいは促進者が、「被害者が自己の決意の射程範囲を見通していない」ことを認識している場合は(BGH NStZ 1986, 266)もはや被害者の意思によってはカバーされていない危険を創出しており、したがってその実現は共同者に帰属すべきである。

危険化する者が、たしかに責任無能力ではないが、二一条の適用に従って、著しく責任能力が減少している場合にも、他人の自己危険化への共同の帰属は排除されるかという問題は、完全に解明されているわけではない。ここでは、次のことを区別しなければならない。自ら危険化する者が危険をまったく無視する場合、および制御能力だけが低下している場合は、共同者は不処罰にとどまるのでなければならない。自ら危険化する者は、決定も困難であるとはいえ、なお自己の決意の支配者であるからである。これに対して、弁識能力が低下しているために、もはや危険を正しく判断しない場合は、Rn. 92で示した基準にしたがって、結果は第三者に帰属すべきである。

前記で展開された原則は、任意の救助者が事故にあう状況にも妥当する。Aが登山あるいは水難事故にあり、Bが救助しようとして死亡した場合、救助の努力が三二三条cにより命じられた重大でない危険を逸脱したときは、救助者の死亡あるいは傷害において実現された危険を惹起したものである。それにもかかわらず、Aは刑法上過失致死（あるいは殺人）を理由として答責的ではない。第一の事故は、常に任意の自己危険化の惹起にすぎないからである。こ

れに対して、私法上の判例に従う見解は、救助の努力が自己危殆化と合理的な関係にあつた場合には、第一の惹起者に結果を帰属させようとする。「重大な不注意でかつ軽率」である救助行為のみが、第一の惹起者の責任とすべきである。法的義務なく危険に身をさらす者は、それによって他人に刑法上の効果を負わせるべきではないからであり、これは自己の決意にほとんど影響を及ぼし得ないのであるからなおさらである。誠実な救助者は、救助により彼が助けようとしている者を可罰性の危険にさらすという意識により、ただ重荷を感じるだけであろう。また、どのような救助行為がなお(程度の差こそあれ)「合理的」であるのかに關する判断は、すでに明確性の原則のために、可罰性をそれに結びつけるべきではないほどの多くの計量不能に依存している。民法二五四条により規制される私法上の損害賠償が問題となる場合には、問題状況(Interesenslage)はまったく異なる。救助者の金銭上の補償は、多くの場合には正當かつ適正であるのに対して、被救助者の処罰の必要性は存在しないからである。

作為義務のある救助者の場合には、問題状況が異なる。第一の惹起者(例えば火災や交通妨害の惹起者)に、消防士や介入する警察官にその職務行為から生じる結果を刑法上帰属させることができるか否かは、任意の自己危殆化という基準によって判断することはできない。このような場合を構成要件の射程範囲から外そうとすれば、結果は他人の答責領域に属する(これについて詳細は、Rn. 104ff.)ということによってしか基礎づけることはできない。

最後に、傷害の被害者が、危険を完全に意識して、なお可能な救助の受け入れを拒否する場合も、結果帰属は否定すべきである。したがって、交通事故で A が B を傷害し、B が宗教的理由から救助のための輸血を拒否したために、事故の結果として死亡した場合、A は過失致死罪(二二二条)ではなく身体傷害でのみ処罰すべきである。B は自己の決意から死亡の確実性あるいは危険に身をさらしたからである。ここでも帰属の阻却は、過失行為にも故意行為にも同様に妥當する。A が B を政治的理由から暗殺しようとしたが、軽い傷害を与えたにとどまり、殉教者として死ぬ

ためにあらゆる救助を退け、そのために出血多量で死亡した場合、Aは殺人未遂でのみ処罰すべきであり、このような経過が予見可能であったか否かは重要ではない。Bは自己の責任において自分の死亡について決断したのであるから、Aによる死亡の惹起は、二二一条、二二二条の保護目的には含まれないのである。

被害者が、例えば適切に行動することができないことにより、過失により自己を傷害し、あるいは死亡する場合は、負傷者が少なくとも意識して自己の行為と結びついた危険を冒す限りでのみ、ここで論じた関係に属する。これに対して、被害者が自己の不注意な行為の可能な結果を判断しない限り、故意による自己危殆化の観点から帰属を阻却することはできない。その限りで、結果が被害者の答責領域に属する場合（これについては、Rn.11）にのみ、行為者を免責することができる。

他人の故意による自己危殆化の共同の場合の帰属の阻却は、すでに古い「遡及禁止」論が第一の惹起者の因果関係を否定しようとした(Rn.2)事例群からの重要な部分を含む。この理論は、因果の問題ではなく帰属の問題を提起し、この形式において正当な核心を有していたことは、現在では認められている。たしかに、なお過失犯の場合に(§24, Rn.27ff.)示されるように、必ずしもすべての他人の故意による介入が帰属関係を遮断するわけではないが(例えば、他人の故意犯を過失により可能にすることは可罰的でありうる)、故意による自己危殆化の場合には、結果の帰属不可能性は遡及禁止により正当に捉えられる。

(b) 合意に基づく他人の危殆化

なおそれほど解明されてはいないこの事例群は、自分自身を故意に危殆化するのではなく、危険を意識して他人により危険にさらされる状況に関するものである。

例 1 (RGSt 57,172) : 天候が嵐の時に、乗客が渡し船の船頭にメールに渡ししてしまおうとする。船頭は思いとどまるよう助言し、危険を示す。乗客は希望を言い張り、船頭は危険を冒し、船は転覆し、乗客は溺死する。

例 2 : 同乗者が、時間に間に合うように到着したために、運転者に禁止された速度超過をするようにせき立てる。スピードの出しすぎの結果、事故に遭い、同乗者は死亡する。

例 3 : アルコール摂取のために運転能力のない自動車保有者が、明確な依頼に基づいて、パーティー参加者を自己の自動車に同乗させる。同乗者は、運転者の酩酊により生じた事故で死亡する。

このような場合は、現代の交通においては無数にある。通説は、おそらく判例も後の被害者の同意という法解釈上構築された概念により、これを解決しようとする(他方、民事判例は、BGHZ 34, 355 以来、この構成を放棄した)。しかし、これは実用的な方法ではない。結果への同意は、単なる傷害であっても存在することは希である。危険に身をさらす者は、幸運な結果を信頼しがちだからである。したがって、単なる危険化への同意が不法を阻却できるのは、結果も本質的な不法の構成要素ではない場合のみであろう(これについて詳細は、§ 10, Rn. 96ff)。殺人の場合、二二六条の法思想は、同意の有効性を妨げるということがこれに加わる(BGHSt 4, 88, 93)。

それにもかかわらず、判例は、過失行為の場合、「何人かが明確に認識して一定の危険を甘受し、行為者が一般的な注意義務を果たした場合は」(BGHSt 4, 93)、すでに行為者による注意義務違反を否定することにより、他の方策を確保していた。このような考慮により、すでに RG はメール事件(例 1)において無罪とした。これは、BGHSt 7, 115 (ここで掲げた自己危険化への共同および同意に基づく他人の危険化の事例群に共通する)において、このような状況の場合の義務違反は「事件の事情に左右され」、その場合に特に「明確に認識された危険を冒す、完全に答責的な者の同意、不注意の程度、危険の大きさ、冒険の契機および目的を考慮しなければならない」というように具体化された。

さらに判例は、個々の事件の考慮に際して、危険な冒険が明確な法的禁止に違反する場合には、いずれにせよ注意義務違反が存在するというところから出発する。この結果、例2および3では、それぞれ結果が帰属され、運転者は過失致死で処罰されることになる。速度超過の運転および酩酊状態での運転は、明らかな法的禁止に違反するからである。

しかし、この解決方法も説得的ではない。一般的な注意義務は、一般に許された危険を逸脱する行為者の行為の危険性のために、常に違反されているからである。また、判断が広く個々の事件の事情に、したがって事実審裁判官の裁量に依存することになれば、それは明確性の原則とは相容れない。結局、例2および3において、被害者自身が彼を見舞った事故の惹起者であるにもかかわらず、処罰すべきであるということでは満足できない。したがって、ここでも正しい問題は、構成要件は、その保護目的によれば、合意に基づく他人の危殆化をどの程度含むかということである。法律の基礎にある評価によれば、合意に基づく他人の危殆化が、あらゆる観点から自己危殆化と同置される場合には、構成要件には含まれない。このような同置を一般的に行うことはできない。危殆化される者は、危険を自己の能力から統制しようとすることができる自己を危殆化する者以上に、事象に身を委ねているからである。しかし、二つの要件の下で、同置は相当であると思われる。すなわち、損害は冒された危険の結果でなければならず、これに加えられるべきではない他人の過ちの結果であってはならない。また、危殆化された者は、共同行為について危殆化する者と同一の責任を負わなければならない。そのためには、自己危殆化の場合と同様に、危殆化された者は危殆化する者と同程度に危険を見通さなければならない。この要件が存在すれば、彼は危険を「引き受けた」のである。その場合、三つの例のすべてにおいて、「乗客」が危険を完全な範囲で知っており、意識して惹起した限りで、結果の帰属は阻却されよう。これに対して、運転者が、正当な理由からためらっている客を説得する場合や、危険を客に隠し、あるいは些事に見せかける場合、事故が冒された危険とは無関係な運転の誤りに基づく場合には、帰属は行われな

ればならないであろう。自動車の例において、第三者の傷害や死亡は、すべて行為者に帰属すべきことは当然であろう。

合意に基づく他人の危殆化の領域においては、エイズの危険を伴う性的接触を行うというような、特に現実的な場合をも位置づけなければならないであろう。この場合は、しばしば感染者が相手方の自己危殆化に関与するという観点から取り扱われる。しかし、危殆化はもっぱら感染者に由来し、相手方はただこれに身をさらすにとどまるのであるから、問題となるのは合意に基づく他人の危殆化であり、これはちょうど他人に麻薬を注射してもらった場合と比較できる。Rn. 100 で展開された見解によれば、これは両当事者が感染の危険について説明されており、共同してその行為の責任を負う場合は、このような性的接触は（無防備の性交の場合にも）不処罰であることを意味する。これに対して、無防備の性的接触の場合に感染を黙っていた場合や、これまで感染しておらず、いやがる相手方に危険な性交渉に応じるようにせがむ場合にも、結果はエイズ患者に帰属すべきである。

たしかに、合意に基づく他人の危殆化という法解釈上の概念に独自の意義を認めるとしても、それが帰属にいかなる影響を及ぼすかについては激しい対立がある。シュエネマンは、合意に基づく他人の危殆化を自己危殆化と同様に取り扱おうとし、結局、区別は不要とする。ラックナー(Lackner)は、自己危殆化との区別は「自殺と囑託殺人との区別のために展開された原則」に従うと考える。これは利用可能な区別の基準ではあるが、帰属の基準は未解決のままである。デーリング(Dölling)は、合意に基づく他人の危殆化の場合に、「同意により表される被害者の自律性の価値、および行為によって追求される目的の価値が、生命の危殆化に存在する無価値を凌駕する場合」にのみ、第一の惹起者への帰属を阻却しようとする。その結果、冒頭の三つの例(Rn. 98)すべてにおいて、可罰的となる。なぜなら、デーリングは、メール事件(RGSt 57, 172)においても、乗客が急いでいることを、より高次の価値としては認めないか

らである。例えば「臨終の床にある危篤の父親の見舞いが問題となつてゐる」場合にのみ、船頭は不処罰とすべきこととなる。ヘルゲルト(Helgerth)は、デーリングの解決をエイズ事例に転用し、その場合に、合意に基づく他人の危殆化は、充分な説明を受けた相手方の場合でも、「通常夫婦間の生活共同体の範囲内でのみ」帰属を阻却するという結論に至る。性欲の充足の目的だけでは、生命の危殆化と比較して、より高次の価値ではない。デーリング、ヘルゲルトの解決は、被害者を駆り立てる目的設定の「価値」に立ち戻ることによつて、その自律的な決定の問題を道徳的観点により取り替えるものである。これには賛成できない。なぜなら、問題となるのは自己危殆化との同置であり、この場合に重要なのは危殆化する者の答責的な意思であつて、その目的設定の「価値」ではないからである。

個々の点については、合意に基づく他人の危殆化という法解釈上の概念は、なお理論的な浸透が待たれる。しかし、構成要件の射程範囲という観点からこれを理解することには、従来もつぱら過失論において議論されてきたこれらの場合を、客観的構成要件への帰属の一般理論に位置づけ、故意の場合についても実り多いものにする事ができるといふ長所がある。すなわち、多くの状況において—實際上重要なエイズ事例においても—、侵害結果に関して未必の「故意」さえ存在するであろう。しかし、客観的構成要件への帰属が阻却される限り、不処罰の点では何も変わらなうであろう。

(c) 他人の答責領域への配分

最後に、構成要件の保護目的は、結果の防止が他人の答責領域に属するような結果はもはや含まない。

例(BGHSt 4, 360)：Aは暗闇でトラックを運転していたが、後部が無灯火であつた。彼はパトロール隊に止められ、料金支払い義務のある警告を受けた。後続の自動車に対する安全のために、警察官の一人が道路に赤色電灯を置いた。

警察は、Aに次のガソリンスタンドまで行くように指示した。パトロールカーは、後からついて無灯火のトラックを保護しようとした。Aが発信する前に、警察官は道路から電灯を取り去った。そのために無灯火のトラックは別のトラックに衝突され、同乗者が死亡した。

BGHは、Aによる過失致死を認めた。当然因果関係は肯定される(CFES)。BGHが考えたように、この因果経過の予見可能性、相当性および結果実現をも認めるべきであるか否かについては、非常に問題がある。しかし、それが重要なのではない。たとえ生活経験によれば、警察官も過ちを犯すということを前提とするとしても、だからといって市民はその警察官の行為を監視する必要はない。警察がいったん交通の安全を引き受けた以上、続く事象は警察の答責領域に属するから、もはやAに帰属することはできない。構成要件の射程範囲は、もはや引き続き事象を含まないのである。

答責領域の理論は、理論的にはなお十分には仕上げられてはいないために、この点について確立し一般に承認された言明をすることはできない。これらの場合における帰属阻却の根拠は、特定の職業に従事する者は、その資格の範囲内で、第三者が干渉してはならないような方法で、事象の源の処理および監視の管轄権を有するところにある。しかし、職務従事者の侵害行為により惹起される結果から第一の惹起者を免責することは、刑事政策的には有意義な、このような権限配分の帰結である。これが実際上の意義を有するのは、特に消防士、山岳遭難—水難対策組織、警察官、場合によっては兵士によって行われるような危険制圧に従事する活動についてである。より重要なのは、医師による医療過誤の結果を、第一の惹起者に帰属させることができるか否かという問題である。

過失により火災を発生させた家主、遠足で十分生徒を監督しなかった女性教師は、救助措置の際に消防士や水難対策泳者が死亡した場合に、過失致死を理由として処罰すべきであろうか。許されない危険が結果において実現され、

このような結果を構成要件の射程範囲に含まないとする根拠はないという理由から、通説はこれを認める。しかし、これを認めるべきでないとするには、有力な根拠が認められる。第一に、義務に応じて命じられた者の範囲内にある救助行為を、自己危殆化の観点から第一の惹起者に結果を帰属させてはならない、義務を超えた任意の危険(Ru. 96)から区別することはほとんどできない。第二に、職業上の危険は、自由な意思決定に基づいて職業に就くことにより引き受けられ(例外・防衛義務の場合)、職業に従事する者は、ほとんど彼が冒す危険に対して報酬が支払われているのであるから、広い意味では、職業上の危険は任意である。第三に、故意による放火の場合でさえ、救助者の死亡を特に重大な場合として掲げていない三〇七条一号は、むしろこのような結果を帰属させないことを示している。ここで立法者が、類型的で帰属可能な危険実現を見出し出したとすれば、なぜこれらの場合が結果的加重犯として取り扱われなかったのかは理解できないからである。第四に、刑事政策的理由が、救助者の事故の帰属に反対する。失火者が、消防士の殺人の責任を負わされることをも考慮しなければならぬとすれば、この考慮のために消防士を呼ばないことがありうる。また、山に登った徒歩旅行者が、場合によっては呼んだ救助隊員の過失致死で可罰的であるとすれば、彼が独力で―しばしば死亡結果を伴って―無理な下山の危険を冒すことの方を好むことは容易に想像できる。法秩序は、このような展開を要求すべきではない。

問題は、救助事例をも超える。警察官が困難な犯人追跡の際に自動車事故を起こした場合に、現実に入入者を過失致死で処罰すべきであろうか。そうであるとすれば、追跡されている犯人が、さらに処罰される危険を冒したくないれば、彼は自ら警察に出頭しなければならぬ。しかし、このような義務は、誰も自己の処罰に貢献する必要はないという一般的な法原則と相容れないであろう。したがって、このような類型的な職業活動の危険も、職業従事者の答責領域に配分すべきであり、第三者には帰属させるべきではないであろう。

この領域において、もつとも困難で未解決の事例群は、第一の行為者により負傷を負ったにとどまる被害者が、医師の誤った行為により死亡した場合である。多くの見解は、軽度の並の医療過誤の場合には、患者の死亡を（病状の悪化をも）第一の惹起者に帰属させようとする。これを予想しなければならぬからである。これに対して、重大な医療過誤は第一の惹起者を免責すべきである。ルドルフイ(Rudolph)は、医師の積極的な行為による過誤については、信賴の原則に基づき、およそ責任を負う必要はないという見解を主張する。これに対して、結果が、医師が必要な治療措置を怠ったことに基づく場合には、第一の惹起者に結果を帰属すべきである。この場合、「まさに第一の行為者によつて創出され、第二の損害においても現実化された違法な危殆化」だからである。第三の見解によれば、医療過誤により影響を受けた結果において、傷害により創出された「典型的危険(Modeligehahr)」、それと類型的に結びついた危険が実現されたか否かが重要である。この場合には、医師の重大な過失の場合でも、第一の惹起者に帰属がなされる。これに対して、医師による誤った行為が、麻酔の誤りのように、類型的な傷害の危険の外にある場合には、あらゆる帰属を阻却すべきである。

後二者の見解を組み合わせて、まず「医師による：行為が行為者により創出された危険を排除するか、あるいはその実現を防止しないか」に基づいて区別することが正当である。なぜなら、被害者が、彼に加えられた傷害のためではなく、医師の過ちにより付け加えられた危険のために初めて死亡する場合には、医師は他人による当初の危険を取り替え（排除し）たのであり、これはもっぱら彼の答責領域にあるからである。医師の行為が軽過失であったか重過失であったかにかかわりなく、第一の惹起者に帰属することはできない。したがって、事故の惹起者は、「手術中に出血多量による死亡に至る誤った切開が行われた場合、症状に適応せず(kontraindiziert)、そのために死亡する何らかの薬物が投与された場合、麻酔の誤りのために不可逆的な心停止となったなどの場合」、過失致死の責任を負わな

い。無害な傷害でも、個別的には医師による誤った措置により死亡に至る場合があり得るのであるから、ここであらゆる帰属を阻却することは正当である。医師は決定的な誤りを犯すかもしれないというだけで、それ自体致命的な健康侵害ではない傷害の附加に、帰属可能な死亡の危険の創出を認めようとするれば、すでに医師を呼ぶことを過失と解さざるを得ないであろう。当然これは不当であろう。

また、医師が治療しなかった、あるいは不十分な治療であったために、被害者が彼に加えられた傷害で死亡する場合に、第一の惹起者に結果を帰属することは、ルドルフイ、ヤコブス、シューネマン、W・フリツシュによって一定の相違はあるが主張された見解とは異なり、妥当ではない。むしろここでは、医師の重大な過失の場合に、第一の惹起者への帰属を否定しようとする見解の方が有用である。傷害の致死経過を阻止することができなかった医師の過失が、重大性の限界以下であった場合には、たしかに死亡はもつぱら医師の答責領域にあるということとはできないであろう。二つの同程度の過失行為が同時発生し、両者ともに結果において実現されているからである。したがって、両者とも過失致死罪で処罰することは正当である。これに対して、通常容易に治療されるべき傷害が、もつぱら医師の重大な過失のために死亡に至った場合には、医師の誤った行為は、「刑事政策的に、さらに最初の犯罪の行為者にも帰属すべき理由が存在しない程に優位に立つ。これは、一般予防的観点からも特別予防的観点からも妥当する」。この刑罰目的の判断が決定的な影響を及ぼすべきであろう。

同様のことは、被害者自身が故意によらない誤った行為によって、死亡あるいは損害の悪化を惹起した場合にも妥当すべきであろう。傷害にはまだ表れてはいない結果が問題となる（被害者が犯した薬の取り違いのために死亡した）場合は、その結果はもつぱら被害者の答責領域に属する。これに対して、すでに表れている結果（死亡に至る傷害）の場合は、そのようにいえるのは、結果発生が被害者の著しく不適切な行為の場合、例えば危険な徴候にもかかわらず

ず医師を呼ばなかったことに基づく場合のみである。たしかに、他の場合（例えば事故の発生の場合）には、被害者の著しい共同過失は、必ずしも第一の惹起者の過失処罰を排除しない。しかし、事故は突然の出来事であるのに対して、事後の誤った行為の場合は、十分な考慮の可能性が存在する。ここでは被害者の著しい軽率を第一の惹起者の責任とすることは妥当ではないであろう。

(d) その他の場合

構成要件の射程範囲（保護目的）の問題は、その他の事例群にとっても有用となる。例えば、ショック症状（自らが犯罪によって打撃を加えられたのではない者の、精神的に伝えられた健康侵害）や、後遺症（例えば以前の傷害による障害者の後の交通事故）も帰属してはならないであろう。しかし、このような場合は過失犯の場合にのみ役割を果たすものであり、したがってそこで論じることとする（§24, Rn. 42 ff. 参照）。

II 危険犯

文献…（省略）

帰属の問題は、侵害犯の場合だけでなく、危険犯の場合にも生じる。現代の立法において、その数はますます増加しているが、その研究はなお初期の段階である。また、個々の構成要件によって様々な危険の種類・程度が要求されており、その分析は各論の範囲でのみ行うことができる。それにもかかわらず、ここでは少なくとも概観しておくべ

きであろう。

1 具体的危険犯

具体的危険犯 (§ 10, Rn. 123 参照) は、具体的な場合において当該構成要件により保護される客体に対する現実的な危険が発生したことを要求する (例えば三一〇条 a、三一一条以下、三一二条〜三一五条 c)。実際上もつとも重要な場合は、道路交通の危殆化 (三一五条 c) であり、この場合、そこで示された危険な運転態様以外に、さらにそれによって「他人の身体もしくは生命または重大な価値を有する他人の物が危殆化される」ことが要求されている。このような具体的危険犯は結果犯である。すなわち、本質的に異なる帰属の基準によってではなく、それぞれの構成要件の危殆化結果が侵害結果の代わりをすることによって、前述した侵害犯から区別される。したがって、侵害犯の場合と同様に、まず相当で許されない侵害の危険の意味での具体的な「結果危険」が創出されたのでなければならぬ。この危険は、すでに展開された客観的・事後的予測 (従って *ex ante*; Rn. 32 参照) による帰属基準により確認すべきである。結果危険が欠落すれば、事実上の危険が発生する場合でも、行為を帰属することはできない。結果危険が肯定できる場合、この危険が、「具体的危険結果」を示し、他の場合と同様に、すべての事後的に知られた事情を含まなければならぬ結果において実現されたのでなければならぬ。

この具体的な危険結果がどのように創出され、認定されるべきかについては、従来それほど明らかにされてこなかった。判例においては、「危険」の概念は「正確に科学的に明確に規定する」ことはできず、「主として事実的性格であつて、法的性格ではない」とされる (BGHSt 18, 272)。別の所では、具体的危険の概念は「一般的に妥当するのではなく、個々の事件の特別の事情に応じてのみ特定可能である」と言われる (BGHSt 22, 432)。いずれにせよ、膨大な判例から、

二つの一般的に承認された具体的危険の要件を取り出すことができる。第一に、行為客体が存在し、危険化する者の作用領域に入らなければならない。第二に、帰責される行為が、行為客体の相当な (naheliegend) 侵害の危険を創出したのでなければならない。例えば、「山頂直前で著しい不注意から追い越したために」、確実に対向車と衝突したに違いなかったが、たまたま対向車線には近づいてくる自動車がいなかったという場合は、具体的な行為客体が欠落する。このような場合、たしかに行為者は著しい過失で行為するものではあるが、具体的な危険化が欠けるのである。これに対して、行為客体が行為者の行為の作用領域に入る場合、以前は、必要な危険化の強度は、「損害の発生がその不生より蓋然的であった」状況を要求する (BGHSt 8, 31; 13, 70-RG 判例に従う) というように、様々に規定されてきた。後に BGH は、百分率計算 (例えば五一パーセントの蓋然性なら具体的危険を肯定し、四九パーセントなら否定する) を基準とすべきではなく、「遠く離れている危険」では足りず、「個々の場合において判断されるべき相当な危険」を要求すべきであるというように、この公式を解釈した (BGHSt 18, 272 f.; 22, 344 ff.; 26, 179)。

この解決の弱点は、「相当な危険」あるいは侵害の「蓋然性」の判断のために裁判官の生活経験のみを指示し、したがって客観的な基準を提示することができないところにある。ここで学説の精密化の努力が尽くされる。ホルン (Horn) によって創設された「自然科学的危険結果理論」は、周知の因果的法則性によれば事情は行為客体の侵害に至つたに違いないであろうが、自然科学的には説明のできない理由からのみ (「奇跡的に」、不可解な偶然に基づいて) 侵害が発生しなかった場合に、具体的な危険を認める。しかし、これでは具体的な危険の概念は狭すぎる。なぜなら、十分に正確に調査しさえすれば、すべては自然科学的に説明可能だからである。さらに、このような自然科学的判断の結論は、必ずしも常に納得できるわけではない。例えば、ホルンの山頂事例 (Ra. 115) において、対向車との衝突が回避不可能であつて、結局突風が対向車をわきへ押しやることよつてのみ回避されるという場合、なぜ、このよう

な突風の発生およびその作用が後に自然科学的に説明できるというだけで、具体的危険が否定されるべきであるのか理解できない。

したがって、「規範的危険結果理論」が好ましい。これはシュエネマンによつて推進されるものであるが、判例においてもその萌芽がみられる。この理論は、侵害結果がただ偶然に発生しなかった場合には、具体的危険が存在することを前提とする。その限りではホルンと類似する。しかし、ホルンとは異なり、偶然を自然科学的に説明不可能としてではなく、結果の発生を信頼できない事情として規定する。したがって、「危険にさらされた者の特別な器用さ、あるいは他の事情との支配できない幸運な重なり合いに基づく」救助原因はすべて、具体的危険犯の帰責を阻却しない。山頂事例 (Rn. 115c) においては、不注意に追いついた者は、通常的能力をはるかに上回る芸術的な運転技術、あるいは突風により対向車が助かった場合でも、三一五条Cに基づいて処罰すべきである。BGHがしばしば、「例えば危険にさらされた者が危険を予感ないし知覚したために保護措置を講じることによつて突然の変化が現れない場合は、直接切迫した事故を示す」危険を要求する場合には、同様の方向にある。危険を法益の「切迫した危険」と理解するデムート (Demuth) は、シュエネマンと同様の態度をとる。彼の理論によれば、「損害が通常の前防措置によつて確実に回避できる時点を超えた場合に」、この危険が発生する。

ヴォルター (Wolter) は、さらに「修正された規範的危険結果理論」を展開し、これに基づいて、すべての「救助の機会を開く事情」、したがって例えば危険にさらされた者の事故を容易に回避する熟練した運転能力も、具体的危険を阻却すべきであるとする。このようにいえるのは、運転の名手にとつても無謀で、多くの幸運な事情の重なり合いによつてのみ、好結果となる回避操作だけが結果回避を約束する場合にのみである。このような修正は検討すべきである。しかし、修正は規範的に支えとなる非信頼の必要性 (Nicht-Vertrauen-Dürfen) の思想を相対化するということが、

その難点を示している。潜在的な被害者の特別な器用さは、行為者にとっては他の特別な幸運な事情と同様に予見できない。ヴォルターと同様にキンドホイザー(Kindhäuser)は、「損害回避のために適切に事象に介入することができない場合」、「損害の重大性が適切に保護され得ない場合」に、具体的危険を認める。彼にとつても、危険にさらされた者の極端かつ予見できない能力を危険から除くことが、具体的危険を否定する根拠である。オステンドルフ(Ostendorff)も、「危殆化経過の支配不可能性」を基準とする場合には、同様の方向にある。

2 抽象的危険犯

抽象的危険犯とは、類型的に危険な行為がそれ自体が処罰され、具体的場合に危殆化結果が発生することは必要でない場合である (§ 10, Rn. 123 参照)。したがって、具体的な危険および侵害の防止は、立法者の動機にとどまり、その存在は構成要件の前提ではない。こうして、すでに器物損壊効果が三〇五条に含まれている建造物放火は、三〇六条で特に重く処罰される犯罪として規定されている。これは、立法者が放火から生じうる人の生命に対する危険を防止しようとするためである。しかし、個々の場合に生命の危険が排除されている場合でも、規定の文言は充足される。そうすると、抽象的危険犯は責任主義に抵触する可能性がある。例えば、三〇六条が防止しようとする危険がおよそ発生し得なかつた場合、その重い刑罰は、いかにして責任有りとして説明することができるか。この問題の解決にあつても、抽象的危険犯の理論的な浸透の場合と同様に、学問的議論はなお一般的に承認された結論には至っていない。しかし、異なつた問題のある様々な事例群は区別しなければならぬことが認識されてきた。

(a) 古典的な抽象的危険犯

三〇六条がその典型と考えてよいこの事例群の場合、今日、学説においては、これが責任主義に合致しなければならぬことは承認されている。しかし、必要な限定のあり方については争いがある。シュレーダー(Schröder)は、構成要件が特定の具体化された客体の保護に役立ち、個々の場合にそれが現実には危険にさらされたか否かが確実に認定できる場合には、「危険でないことの反証」を認めることを提案した。しかし、これは貫徹できない。なぜなら、明確な立証結果の場合に有罪とすることは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反するからである。立法者の動機がその保護である客体が、現実には危殆化されたという立証を裁判所に要求しようとすれば、抽象的危険犯を具体的危険犯に変えることになる。クラマー(Cramer)は、抽象的危険を「具体的危険の蓋然性」として規定しようとした。しかし、これも、より軽いおよび特定困難な強度の具体的危険に帰するにすぎないであろう。

特に、ホルンおよびブレイム(Breim)によって展開された考え方は、最も説得的である。この考え方は、可罰性を、過失犯の意味での注意違反（したがって「危険結果」の必要のない「結果危険」）に従属させ、したがって、抽象的危険犯は、結果のない過失構成要件を示すことになるものである。シューネマンは、この端緒を、重要なものは客観的注意違反ではなく、主観的注意違反であり、したがって抽象的危険犯は、（場合によっては不能な）過失未遂として規定すべきであるというように修正した。これによると、必要な予防措置は、客観的にもすべての事情を考慮すれば危険の排除のために十分であるかもしれないが、すでに行為者が主観的に自己の目から見て必要な予防措置を無視した場合には、可罰性が生じることになる。これには賛成できる。「これはまさになお責任に応じたものであり、責任主義をおろそかにする立法的決定にもっとも近いからである」。

前述の諸見解は、個々の点では相違はあるが、抽象的危険犯の目的を法益保護に見出し、したがって例えば三〇六条二号および三一六条は、構成要件には直接表現されていなくても、抽象的に危殆化された者の身体および生命を保

護しようとするものであるという点では一致する。これに対して、キントホイザーは、抽象的危険犯は法益を保護するのではなく、「安全」を保障すべきであるとの見解を主張する。安全とは、「十分に配慮されているという、法的に保障された状態」であり、「利益の処分の際の安心(Sorglosigkeit)」であるのに対して、法益侵害は不法にとつても責任非難にとつても「基準点」ではない。したがって、例えば、三〇六条二号は、「放火による危殆化の恐れなく当該場所滞留する可能性」を保護する。この立場から、キントホイザーは、抽象的危険犯を注意違反に還元することにはなじみ得ない。「安全を放火の際の慎重および誠実に還元することは、建造物の居住者には、ほとんど望まれた安心を伝えるものではない」。

この構想の有用性は、さらに検討する必要がある。しかし、筆者には、安心および不安のなさは、脅かされた法益保護によつてのみたらされうるのであるから、これは抽象的危険犯の構成要件の本来の目的であり、「安全」の招来は、他のすべての構成要件と同様に、一前置された一法益保護の随伴現象および結果にすぎないと思われる。他の点では、キントホイザーの見解は、これを一貫して貫徹すれば、抽象的危険犯を注意違反として説明する理論と、彼が考えるほどは異ならないであろう。なぜなら、例えば、行為者が自己の住居には誰も滞留していないと確信していたために、一仮に起こるとして一、確実に自己の住居はせいぜい三〇六条二号で火をつけられることを知っている場合、彼には個人的な安全の感情において侵害されたと思ひこむ契機は存在せず、したがって限定的な構成要件解釈の問題は、この見解の立場からも依然として存在するからである。

BGH (E 26, 121) は、このような限定の正当性について、なお最終的な態度決定はしていないが、これを受け入れる用意があることが示されている。しかし、三〇六条二号の場合における抽象的危殆化の否定のための要件は、「現実の状況によれば、人の生命の危殆化が完全に排除されていること」および行為者が「絶対に信頼できる完璧な措置によつ

て」それを確認したこととされる(a. a. O., S. 124f.)。自己のホテルの放火の前に、すべての滞在者および宿泊客を外に出し、さらに行為の直前に建物の周りを夜に巡回したということは、十分な安全措置ではない。BGH NStZ 1982, 420は、この判例を継承し、同様に、大きな「見通しの利かない建造物」に放火することは「一般的に危険」であると考える。したがって、「被告人が人に対する具体的な危険を回避するために努力したことは、法的に重要ではない」。

(b) 基準行動(Massenhandlungen)（特に道路交通における）

このグループの古典的な事例は、交通における酩酊(三一六条)である。ここでは、事態によって(例えば人通りのない地域で)危険がまったく排除されていた場合でも、可罰性を認めるべきである。これは、一般予防的(「学習理論的」)根拠から明らかになる。そうでなければ、立法者によって求められた特定の行為態様(ここでは酒に酔った状態での自動車運転)のタブー化は危殆化されよう。

(c) 「精神化された中間的法益(Zwischenrechtsgut)」を伴う犯罪

ここでは、贈収賄や供述犯罪(三三一条以下、一五三条以下)のような犯罪類型が問題となる。職務執行の廉潔性への国民の信頼(三三一条以下の法益)および裁判所による真実発見(一五三条以下の法益)は、具体的な場合に対応する構成要件に包摂されるべき行為により危殆化される必要はない。もちろん、これは、処罰の点では(Rn. 125と同様の理由から)まったく異なり得ない。行為無価値だけが可罰性を支える。三三一条以下における軽微な寄付や一五三条以下における重要でない偽りのように、保護法益を抽象的にも侵害しない最小限の違反のみが(§ 10, Rn. 40参照)、制限的解釈方法により、除かれる場合があるにとどまる。

(d) 抽象的適性犯罪(Eignungsdelikte)

シュレーダーによって「抽象的具体的危険犯」として議論に導入されたこの犯罪グループは、例えば旧一八六条、三〇八条で明らかにされる。この場合、法律には詳細に示されていない一定の危険化要素が存在する。一八六条においては、主張が軽蔑されたり低く評価されるのに適したものとされ、三〇八条においては、放火する対象を延焼に適したものとしている。この適性要素は、裁判官の解釈によって特定されなければならない。もちろん、抽象的危険犯が問題となっているという点では何ら異ならない。具体的な危険結果が発生する必要がある。三〇八条の場合は、「風や天候」のように具体的危険化にとって重要な事情が、法律の規定(「その性質および位置から見て適している」)によって明確に排除さえされている。抽象的危険犯の構成要件の限定は、古典的な抽象的危険犯(Rn. 120 ff.)の基準と同様の観点に基づいて行われなければならないであろう。

他方、「適性」の要素を用いる構成要件の中には、具体的危険犯として理解しなければならないようなものもある。例えば、一三〇条、一六六条が、「公の平穩を害するに」「適した」行為を要求する場合、そのためには公の平穩という構成要件の危険化を要求しなければならないであろう。これらおよびその他の構成要件の細部にわたる分析は、各論の叙述においてのみ行うことができる。

(まつばら ひさとし・本学法学部専任講師)