

客観的帰属論否認論

——ツィーシャング『刑法総論〔第2版〕』の検討——
Verleugnungstheorie der Lehre von der objektiven Zurechnung :
„Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.“ von Frank Zieschang¹⁾

山 本 高 子*

目 次

- I はじめに
- II ツィーシャング『刑法総論〔第2版〕』の内容
- III 検 討
 - 1. ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論
 - 2. 客観的帰属論に対する評価
 - 3. 具体的な類型における解決方法
- IV おわりに

I はじめに

客観的帰属論は、ドイツにおいて支配的の見解へと至っている。この客観的帰属論に反対する論者は、ごく少数であるともいわれている²⁾。客観的

* 嘱託研究所員・亜細亜大学専任講師

1) 本稿は、2011年11月26日に行われた第33回ドイツ刑事判例研究会における報告をもとに執筆されたものである。

2) 以前は、客観的帰属論に対して明示的に否定的な態度を示していたのは、目的的行為論者のみともいわれていた。Vgl. H. J. Hirsch, Zur Lehre von der objektiven

帰属論の受容には、程度の差があるとはいえ、基本的な定義は認めた上で、個別具体的な事例においてどこまでその射程を及ぼすかについて議論が行われており、近年その射程は拡大する傾向にあるように解される。

このような状況において、2009年にツィーシャングが、客観的帰属論を否認する立場を明示した。ツィーシャングは、客観的帰属論の問題性を指摘し、客観的帰属論により解決が可能であるとして有利に取り扱われる事例類型を挙げ、その類型を客観的帰属論を否認する立場から解決する方法を提示することを試みている。

そこで、本稿においては、2009年に刊行されたツィーシャングの『刑法総論〔第2版〕』を参照、検討することを通じて、客観的帰属論を否認する立場からの事例の解決方法と客観的帰属論による事例の解決方法を比較・検討した上で、いずれが妥当であるのか、考察することを試みる。

II ツィーシャング『刑法総論〔第2版〕』の内容

すでに因果関係についての叙述に関連して説明されたが、等価説の本質的な欠点は、その広範さにある³⁾。明らかなように、条件公式によると、行為者の両親、祖父母、曾祖父母なども結果に対して因果的である。そこで、客観的帰属論は、すでに客観的構成要件の段階で制限をなし、一定の事例群に際し、客観的構成要件を否定するのに役立つものである。

その際、客観的帰属については、因果関係論が問題になるのではない。

Zurechnung : Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 119. 現在、客観的帰属論に否定的な態度を示しているのは、H. J. Hirsch, a.a.O., S. 119ff. に挙げられている論者の他に、本稿で採り上げる F. Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009., S. 33ff.; J. Baumann / U. Weber / W. Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 14, Rdn. 51ff. ; E. Hilgendorf, Wozu brauchen wir die „objektive Zurechnung“? Skeptische Überlegungen am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung : Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S. 33ff. がある。

3) 以下の叙述は、F. Zieschang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, S. 33ff. の翻訳である。

むしろ、等価説により因果関係が決定され、それに引き続いてはじめて、場合によっては帰属の観点から、客観的構成要件が排除されないかどうか論議される。

個別にこの理論の内容に立ち入る前に、客観的帰属論は、異論のないものではないということが強調されなければならない。確かに、この法形象は、現在に至っては、学説における支配的な見解により、構成要件を制限するために導入された。しかし、この理論に対してもまた、依然としてこの理論があまりに漠然としたものであるとの非難が起こっている。さらに、客観的帰属が否定されるといわれる事例群が、この法形象の援用なしでも正当に解決されうるであろう。同様に、判例は、これまで客観的帰属論に親和的ではない。

私見：明確化が不十分であるという非難に関しては、確かに客観的帰属論の範疇において個々の事例群が展開されてきたので、その限りでは一定の明確化が果たされてきたといえる。それでもなお、基本法第103条第2項の背景からこの理論に疑念が生じる。それゆえ、その結果が行為者に「そのしわざとして帰属可能であるか」どうかという問題は、きわめて純然たる評価的観点に依存する。そのような一般条項をめぐることは、そのつど直観的に正しいと思われる決定が常に事後的に正当化されうる。しかし、それとともに、個別の問題にとっては、初めから十分な明確性を伴って、何が禁止され、何が禁止されないかということが、確定しているわけではない。加えて、後述する事例群は、この法形象を援用しなくても、厳密に法律の見地から包摂することで、解決可能である。それゆえ、客観的帰属論は不必要であり、しかもその上有害でさえある。なぜなら、客観的帰属論は、事例を法律的に明確に再検討するという基盤を見放し、行為者の処罰に向けた反応をより人的な評価に依存させるからである。それゆえ、客観的帰属論は、拒絶されるべきである。

試験答案においては、事情がそれに対する誘因となっている限りにおいて、客観的帰属論に言及しなければならない。もし帰属可能性が存在する場合、この理論を支持するか否かについて決定する必要はない。客観的帰

属論の支持者と反対者が具体的な事例において異なった帰結へと至る場合にのみ、意見の対立は論じられ、決定されなければならない。

さて、客観的帰属論は、内容的に何をいっているのだろうか。一般的にこの理論の命題は、下記の特徴的な文章にまとめられる。

行為者の行為と結びつけられた是認されない危険が、構成要件に該当する結果において現実化した場合にのみ、その行為者に結果は客観的に帰属可能である。その行為者にその結果が「そのしわざとして」帰属可能であるかどうかの問題である。

その際、全く一般的に維持される公式が問題となることが分かる。しかしながら、これは、ただこの理論の支持者たちにより、個別の事例群において具体化される出発点である。いまやこれに言及しなければならない。

a) 一般的な生活上の危険

事例：Aは彼の金持ちのおじOに遠方へ旅行するための航空機のチケットを贈った。ひそかにAは、航空機が墜落し、Oが死亡することを望んでいた。そして、その希望は現実のものにもなった。技術的な欠陥に基づいて航空機は墜落し、それに際して、Oは死亡した。Aは刑法第212条により可罰的か。

この古典的な事例は、客観的帰属の否定される典型例といわれている。Aは確かに、チケットを贈ることにより、具体的な形態における結果に対して原因となったのであるが、Aは航空機のチケットを贈ることに伴い、是認されない危険を創出したのではなく、その結果、結果はAにそのしわざとして帰属可能ではないとされる。一般的な生活上の危険が現実化したといわれる。

この理論を支持しない場合、この事例はいかに解決されるべきであるか熟慮する。Aは、確かにOに航空機のチケットを贈ったのであるが、航空機に乗るという自由意思で自己答責的なOの決定が実現された点が考慮されるべきである。Oは、一般的にフライトと結びつけられた危険の認識の下で、強制されることなく、航空機に搭乗した。それゆえ、Aとの関係において、Oの自由で答責的な自己危殆化が存在し、Aはここでは刑法第25

条第1項前段の意味における犯罪行為をそれ自身で、実行していないという帰結に至る。むしろ、おそらく、Oの自己答責的な自己危殆化への可罰的でない共犯が問題になる(刑法第26条、第27条の意味における共犯にとって必要な正犯行為が欠落する)。確かに、自己答責的な自己危殆化の観点は、客観的帰属論の支持者により、客観的帰属の下におさめられる事例群として挙げられるが、実際、直接刑法第25条以下から生じる結論が問題となる。自己答責的な自己危殆化に際しては、行為者が犯罪行為をそれ自身で行うことという刑法第25条第1項前段の要件が欠落する。Oが、——例えば高齢に起因する精神状態に基づいて——自由で答責的な決定へと至ることができない場合、この事例は同様に刑法第25条を通じて、すなわち、ここでも同じく、刑法第25条の意味において、Aにより支配された事象が問題となるのではないという観点を通じて、解決可能である。

b) 非典型的な因果経過

非典型的な因果経過の状況は、すでに因果関係との関連において論じられた。例えば、そこで叙述された、Aにナイフで刺されたことにより、傷害を負ったOが、病院に搬送される際に、航空機が墜落してきたことにより死亡したというような諸事例が問題となる。

客観的帰属論の支持者たちは、この状況において、Aにより設定された是認されない危険が、構成要件に該当する結果において現実化していないことを認めるとされる。それとともに、客観的帰属とそれにより客観的構成要件が否定されるという。Aの処罰は故殺未遂にとどまる。

これに対し、客観的帰属の反対者たちは、客観的構成要件該当性を肯定する。それゆえに、これらの見解は異なった帰結に至るので、試験答案においては、客観的帰属の法形象を支持するか否かを議論しなければならない。客観的帰属の法形象を拒絶する場合、客観的構成要件は存在する。しかしながら、客観的な事象経過に関するAの故意は、否定されなければならない。ここでは、同様に未遂の可罰性が認められるにとどまる。

c) 危険減少

客観的帰属が否定されるといわれているさらなる事例群として、「危険

減少」という状況が挙げられる。

これに対して引用される典型的な例は、以下のような事例である。BがハンマーでOの頭を殴打しようと身構えていた。AはBに向かって飛びかかり、その結果、殴打がそれ、Oはただ腕に傷害を負うにとどまった。Aに関しては、客観的帰属は否定されるといわれる。なぜなら、Aは法的に是認されない危険を創出していないからであるとされるのである。

しかし、客観的帰属を使用しなくても、この事例は解決可能である。確かにAは傷害に対し、共に原因であるが、Aにこれに関する故意が欠落するのが通例である。過失行為を理由とする可罰性は、注意義務違反が欠落するため、否定されるのである。そのことを別としても、行為者は、そのような事例において、正当化緊急避難に関する刑法第34条に従って正当化される。したがって、客観的帰属の形象は必要ない。

d) 規範の保護目的

規範の保護目的の観点も、「客観的帰属」の表題のもと論じられる。行為者がある法益を侵害した場合、侵害された規範がそもそも法益の保護に資するかどうか検討される。

事例：Aがヴェルツブルクにおいて、赤信号を無視した。2時間後、アシャッフエンブルクにおいて、彼にとって回避不可能であり、あらゆる注意義務の要求を遵守していた際に、Aの車の前に子供が飛び出してきて、死亡させた。Aがヴェルツブルクにおいて、赤信号を遵守していれば、彼はより遅い時点ではじめてアシャッフエンブルクにいたであろうし、その結果、子どもは彼にひかれなかったであろう。

議論が行われる限りでは、赤信号の遵守は、赤信号が配置されている具体的な交通領域において、ただ交通関与者の保護に役立つとされる。Aはその違反により、その子どもに対して重大な危険を創出したのではないといわれる。

「規範の保護目的」の概念に対していわれるのは、それとともに、さらなる不明確な要素が検討にもちこまれるということである。しかし、この概念を援用しなくても、この事例は解決に導かれうる。すなわち、殺され

た子どもに関して、注意義務に違反した態度が欠落するのである。過失犯について要求される注意義務違反は、常に当該具体的に侵害された法益客体に関して検討されなければならない。すなわち、ヴェルツブルクにおける違反は、特定の危険領域において存在する法益客体に関して、注意義務に違反したものであるが、アシャッフエンブルクにおける子どもに関してではないのである。

e) 社会的に相当な態度

社会的に相当な態度は、構成要件上の規範の適用領域から除外されるべきであるとの見解が、一部では主張される。ここでは、刑法第331条による公務員の処罰が考慮される、公務員へのクリスマスプレゼントのような事例が問題となる。

「社会的相当性」の概念は、輪郭のはっきりしないものであり、それとともに必要である明確さが十分ではないということは容易に理解できる。したがって、5ユーロがクリスマスプレゼントとして社会的に相当か、場合によってはなお50ユーロも社会的に相当であるか疑問に思う。むしろ、このような諸事例は、そのつどの構成要件のもとへ厳密に包摂することを通して解決されるべきである。それゆえ、個別の事例それ自体においては、刑法第331条の意味におけるゆるやかな不法の一致さえ欠け、その他の点では、刑法第331条第3項が顧慮されるべきである。しかし、社会的相当性の観点だけでは、可罰性を排除するために十分ではない。

f) 被害者の自由で答責的な自己侵害、自己危殆化

客観的帰属論の支持者たちは同様に、この法形象に、自由で答責的な自己侵害と自己危殆化の状況を包摂する。

事例：AはOの希望に応じて生命をおびやかす性質をもった毒を調達し、Oは自身でそれを摂取し、死亡した。AはOにフリークライミングセンターへ行くことを提案した。Oは攀登壁から転落し、致命傷を負った。

客観的帰属論の支持者たちは、これらの諸事例において、構成要件の結果は自己答責性原理により帰属されないとすることが許容されるとする。

しかし、この結論に至るために、客観的帰属論の援用は必要ない。(A

が毒を調達し、それでOが自殺する)第1の事例において、Aは最終的な時点において、事象を支配していない。Oは、毒を自分で摂取し、それについて自由に答責的に決定し、その結果、Aは直接正犯でも間接正犯でもない。つまり、おそらく考慮されるのは、Oの所為へのAの共犯、特に刑法第27条による幫助である。しかし、共犯は、常に故意の違法な正犯行為を前提とする。Oはそのような故意で違法な行為を行わなければならなかっただろう。ただ、殺人罪は他人の殺害を前提とし、その結果、Oの態度は構成要件に該当しない。結局、共犯適格な正犯行為が欠落し、Aは可罰的ではない。

第2の事例においては、刑法第222条によるAの可罰性が考慮される。この際、すでに、フリークライミングセンターへ行くことを提案することそれ自体、過失の非難を正当化しうるかが問題となる。いずれにせよ考慮されるべきは、攀登壁を登るという自己答責的な決心をする、Oの自由で答責的な自己危殆化が存在していることである。その限りで、自由な答責的な自己侵害に際して、可罰性を否定するような所為の寄与は、ますます、単なる自由で答責的な自己危殆化へ関与するに際して、刑罰を引き起こしえないということが妥当する。このことは、帰属が欠落することをもって特徴づけられうることもありうるが、それ以上のものは、何も得られない。反対に、決定的な観点は、むしろ覆い隠される。

g) 因果経過への第三者の介入

最後に事象経過への第三者の介入のグループに言及しなければならない。

これについての事例は、すでに因果関係についての考察の範疇で挙げられたものである。AはOに致死量の毒を与えた。Oを毒殺の苦しみから免れさせるために、BはOを射殺した。

今日、AがOの死に対して因果的であることは認められている。このことはすでに因果関係との関連において論じられた。しかし、客観的帰属が否定されるかは、争われている。介入に際し、帰属の否定を考慮することが一部では主張されるが、第三者の態度が、典型的な方法で、ここで肯定

されうるであろう最初の危険の中において創設される場合、例外的に、帰属は肯定されるといわれる。さらにこの問題は、過失犯を考慮する際に立ち戻る。

しかし、この事例は、この検討が明らかにするものよりも、より負担をかけ、不明瞭にする観点（最初の危険）を援用する必要なくして解決されうる。主観的構成要件の問題、すなわち因果経過からの本質的な逸脱による問題である。思慮分別に従って、もはやそれを考慮にいれられない、一般的な生活経験をはるかにこえるところに、客観的事象が存在している場合、故意は否定される。Bの自己答責的な介入に対して如何なるよりどころも存在しない場合、Aの故意は否定され、未遂の可罰性が問われるにとどまる。

III 検 討

1. ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論

ツィーシャングは、客観的帰属の問題を論じるにあたって、ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論に関する叙述に依拠している。ここで、客観的帰属論を否認するツィーシャングの立場を検討する前に、ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論に関する記述に言及しておきたい。

ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論によると、原因連関の存在は、2段階で検討される。まず、行為と結果との間の因果関係である。これは、経験的問題として取扱われる。それに引き続いて、結果の客観的帰属の問題が検討される。具体的に発生した結果が、現実に行為者のしわざとして帰属されるかが問題となり、これは規範的基準により検討される。この考察の基礎には、等価説がある⁴⁾。

深刻な制裁を伴った刑法にとっては、社会侵害的な結果が、人間に可能であること（Menschenmögliche）を考慮した上で、行為者にそのしわざ

4) J. Wessels/W. Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl., 2011, S. 57, Rdn. 154ff.

として帰属されることが許容されるかが問題とされるべきであると考えられる⁵⁾。帰属の基準として、人間に可能であること(Menschenmögliche)という基準が使用され、等価説の無限適及性を修正するために、客観的帰属論は展開されてきた。ここでは、どのような結果を、構成要件の不法に組み入れるかが問題とされる⁶⁾。

客観的帰属論をめぐるのは、様々な相違が存在するにもかかわらず、提案されている帰属の基準は類似したものであるため、基本公式を提示し、これを一定の事例群に関連して具体化することは、可能である。客観的帰属論の基本公式は、「行為者が、構成要件に該当する結果において現実化する、法的に重大な危険を創出した場合、結果は客観的に帰属可能である」というものである⁷⁾。ここでは、危険が創出されたかという観点と、創出された危険が構成要件に該当する結果において現実化したかという観点が問題となる。法的に重大な危険が創出されたか否かをめぐっては、①侵害された行為規範の保護目的、②一般的な生活上の危険と許された危険の射程、③被害者の自由で答責的な自己侵害・自己危殆化、④第三者の自己答責的な介入、⑤危険減少が挙げられる⁸⁾。危険の創出が肯定された場合、創出された危険が構成要件に該当する結果において表出し、現実化したかどうかが問題となる。この場合として、⑥非典型的な因果経過、⑦特に過失犯に際しての義務違反連関が問題となる⁹⁾。

まず、①侵害された行為規範の保護目的が挙げられる。法的に重大な危険の創出とは、危険が法的に是認されないものであることを意味する。危険が法的に是認されないものであるか否かをめぐっては、規範の保護目的に照準が合わせられ、検討されることになる¹⁰⁾。次に、②一般的な生活上

5) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 64, Rdn. 176.

6) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 64, Rdn. 177ff.

7) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 65, Rdn. 179.

8) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 65, Rdn. 179.

9) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 65, Rdn. 179.

10) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 66, Rdn. 182.

の危険と許された危険の射程の問題である。この場合、発生した危険の程度が、非常にわずかであって、一般的な生活上の危険をこえていない場合、危険の創出は否定される。遠く隔たった条件の設定と、因果経過の支配が不可能であった場合が挙げられる¹¹⁾。③被害者の自由で答責的な自己侵害・自己危殆化の類型においては、自己答責性原理が働き、異なった答責領域を区別することを可能にする¹²⁾。この類型では、自己答責的な自己危殆化と合意に基づく他者危殆化の区別が問題となるが、誰が事象を支配していたかという、正犯と共犯の区別に関する基準が重要な意義を有することとなる¹³⁾。④第三者の自己答責的な介入に際しては、誰の答責領域において結果が発生したかが問題とされ、第三者が、新たに独立して結果に向けられたものであり、単独で結果において現実化する危険を、完全に答責的に創出した場合、第1行為者の答責性は、原則として否定される。例外的に客観的帰属が肯定されるのは、行為者が、第三者の故意行為や過失行為からの保護に資する規定に違反することにより法的に重大な危険を創出したが、第三者の態度が、最初の危険と結びつけられているため、最初の危険の中において創設されたと考えられる場合である¹⁴⁾。危険の創出が問題とされる最後の類型である、⑤危険減少においては、法的に是認されない危険の創出が欠落するとされ、ただ、その介入により、具体的に被害者に差し迫った危険を阻止したが、その際、新たに法的に重大な危険を創出した場合には、異なった取扱いがされると述べられている¹⁵⁾。

危険の現実化の類型においては、特に、⑥非典型的な因果経過の類型において、行為者が具体的な結果の発生の危険を、法的に測定可能な方法で増加させた場合、行為者により創出された危険が現実化したとされる¹⁶⁾。

11) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 67, Rdn. 183.

12) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 67, Rdn. 185.

13) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 70, Rdn. 190.

14) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 72, Rdn. 192.

15) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 73ff., Rdn. 194ff.

16) J. Wessels/W. Beulke, a.a.O., S. 75, Rdn. 196.

ツィーシャングの体系書において言及されている客観的帰属論は、ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論が引用されている部分が多い。それゆえ、ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論に依拠しているものであると評価できるであろう。ヴェッセルス／ボイルケにより試みられた類型化は、客観的帰属論を支持する論者により、類型区分や表現が異なる部分も存在しているが、大部分ではこのような類型化で一致が見られているものと評価できるものと思われる。個別具体的な類型化においては、客観的帰属論を支持している論者により多様な立場が展開されていると批判されるところ、このヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論にあつては、簡潔な類型化により明確な区分がされているものと評価される。

2. 客観的帰属論に対する評価

まず、客観的帰属論全体に対する評価について検討する。ツィーシャングは、客観的帰属論それ自体に対して、批判を試みている。その論調は厳しいものであり、「不必要であり、しかもその上有害でさえある」との表現も見られる。客観的帰属論に対しては、その内容が漠然としたものであり、十分に明確化されていないとの批判が、まず目に入るだろう。この批判は、客観的帰属論に批判的である論者の多くから提起されるものである。これには、ツィーシャング自身も述べているように、個別具体的な事例を通じて、一定の明確化は図られてきたと評価されている。しかし、一般的に客観的帰属論が提示する、「行為者の行為と結びつけられた是認されない危険が、構成要件に該当する結果において現実化した場合にのみ、その行為者に結果は客観的に帰属可能である」、あるいは、「その行為者にその結果が、そのしわざとして帰属可能であるかどうかが問題である」という一般的な命題は、それのみではさらなる解釈の必要な文言であるとの批判を免れないであろう。どの程度の危険を創出した場合に処罰されるのか、あるいはその危険が現実化した場合とはどのような場合であるのかについては、客観的帰属論を支持する論者が提示する事例類型を参照せずには説明できないものである。また、危険の創出と危険の実現の両類型において

は、個別具体的な事例を参照したとしても、帰属が肯定されるか否かという問題は、規範的観点を介入させず、評価をすることは可能ではない。

この客観的帰属論が明確でないとの批判よりも厳しい批判は、「直観的に正しいと思われる決定が常に事後的に正当化される」というものである。この批判は、罪刑法定主義の明確性の原則などから導かれるものである。この批判に関しては、わたくしも、近年の客観的帰属論の適用範囲の拡大に対して、同じような懸念を持っている。特に、因果経過に第三者の行為が介入した場合や被害者の自己侵害・自己危殆化の事例に関してである。行為者の行為を評価するにあたって、事後的に妥当であると考えられるような結論が導かれ、あるいは結論が先取りされた上で正当化される可能性が存在するように思われる。後述するように、客観的帰属論を支持する論者により使用される基準、すなわち行為者の行為が、どの程度被害者にとって致命的であったかといった問題や被害者の自己答責性といった観点は、評価的観点に依存するのではないだろうか。客観的帰属論が提示する一般命題のみでは、どのような場合に帰属が否定され、反対に帰属が肯定されるのが明確ではなく、それゆえに、事例ごとの場当たりのな解決方法が導かれるのではないかと批判が妥当するように思われる。

そして、「客観的帰属論は、事例を法律的に明確に再検討するという基盤を見放し、行為者の処罰に向けた反応をより人的な評価に依存させる」とも述べられている。この批判の前半部分は、マイヴァルドが述べた「スーパーカテゴリー (Superkategorie)」¹⁷⁾という表現に集約されるものと思われる。客観的帰属論がその適用範囲を拡大し、刑法体系のあらゆる領域において介入する上位概念として使用されることになれば、必然的に、これまで試みられてきた刑法解釈学は、客観的帰属論に取って代わられることになる。ただ、このような適用領域の拡大や、客観的帰属論が「スーパーカテゴリー (Superkategorie)」に至っている状態は、適切な状態ではないであろう。また、この批判の後半部分、「人的な評価に依存させる」という

17) M. Maiwald, Die Lehre von objektiven Zurechnung im deutschen Strafrecht, 2000 (北九州大学講演原稿), S. 10.

批判に対しては、客観的帰属論が行為無価値論の優勢なドイツにおいて支配的であることを、客観的帰属論の受容に積極的でない理由として挙げる論者がいることを看過できないであろう¹⁸⁾。客観的帰属論は、「許されない危険」や「是認されない危険」といった表現を使用するため、行為無価値的な色彩が強くと指摘されている。ただ、行為無価値的な色彩が強いため、人的な評価に依存されるというのは、必然的な関係ではないと思われる。

しかし、ツィーシャングのように、客観的帰属論を採らないとしても、客観的構成要件を制限するための何らかの客観的な基準が必要なのではなかろうか。ツィーシャングは、等価説を採り、その上で、因果関係を制限するために、主観的構成要件における故意の問題として解決を試みている。この方法は、等価説のみで条件関係を確定し、そのみで因果関係を認める論者の多くが主張するものである。ただ、このように客観面での制限の試みを放棄し、主観的構成要件の範囲内で解決を図るという方法は、果たして妥当であり、可能なのであろうか。第三者の行為が介入した事例や、非典型的な因果経過をたどって結果が発生した場合に、主観的構成要件による解決が試みられることになるであろうが、いずれの事例類型にあっても、主観的構成要件における故意の問題として解決することは、困難であるように思われる。詳細は、以下具体的な類型における解決方法を論じる際に譲るが、行為者が結果に対する故意を有している場合、故意の問題として捉えると、行為者の可罰性を否定することはできないのではあるまいか。客観的帰属論を選択しないとしても、客観的側面からの制限の試みが必要であるように解される。

3. 具体的な類型における解決方法

a) 一般的な生活上の危険

ここでは、金持ちのおじ事例が挙げられ、検討されている。客観的帰属論を支持する論者は、ヴェッセルス／ボイルケの客観的帰属論と同様に、

18) 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版会, 2011) 186頁注16参照。

是認されない危険を創出したのではなく、危険の創出が否定されるとし、帰属を阻却する1類型と考えている¹⁹⁾。

これに対して、ツィーシャングは、ドイツ刑法第25条の共犯の問題として考えている。上述した金持ちのおじ事例に際しては、行為者が犯罪行為をそれ自身で行うことという刑法第25条第1項前段の要件が欠落するとされる。この類型に関しては、ツィーシャングも、客観的帰属論を支持する論者と同様に、客観的構成要件の問題として解決を試みることとなる。

しかし、わたくしは、一般的な生活上の危険の類型は、客観的帰属論の範疇におさめるべき問題ではなく、曾根威彦教授が指摘されているように、実行行為論により解決を図ることが妥当であるように思われる²⁰⁾。わたくしは、実行の着手を結果発生の実質的危険が切迫した時点をもって認める実質的客観説の立場を支持しているが²¹⁾、実質的客観説の立場からすると、金持ちのおじ事例のように、航空機のチケットを贈る行為は、たとえ、航空機の墜落によりおじが死亡することを、おいが望んでいたとしても、殺人の結果発生の実質的危険が存在する実行行為とはいえないものと考えられる。それゆえ、客観的帰属論による解決や、ツィーシャングのように共犯論により解決を図る立場とは異なる方法を採用することになる。

b) 非典型的な因果経過

ここでも客観的帰属論を支持する論者は、客観的帰属を否定する1つの

19) 特に体系書における叙述を中心に見ると、一般的な生活上の危険における類型に際して帰属を否定する論者は、H. Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2009, S. 108, Rdn. 5, S. 113, Rdn. 21.; W. Gropp, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2005, S. 157, Rdn. 43; H. H. Jescheck / T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 287; K. Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2008, S. 46, Rdn. 62; R. Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2010, S. 52ff., Rdn. 51ff.; C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., 2006, S. 377ff., Rdn. 55ff. がある。

20) 曾根威彦「客観的帰属論の体系論的考察—ロクシンの見解を中心として—」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』(成文堂, 1998) 70頁。

21) 立石二六『刑法総論〔第3版〕』(成文堂, 2008) 265頁。

類型と考えている²²⁾。その論者のほとんどは、危険が現実化していないと考える立場を採っている。

これに対して、ツィーシャングは、客観的帰属の問題、換言すると、客観的構成要件の問題として包摂することを拒絶する。ここでは、客観的帰属論と異なり、客観的構成要件該当性は認めた上で、主観的構成要件を問題とする。ツィーシャングによると、この類型は、主観的構成要件に属する故意の問題として考えられることになり、結論としては、未遂の可罰性が肯定されるにとどまることになる。

ここで、後述する検討に資するため、ツィーシャングの故意に関する記述を参照する²³⁾。ツィーシャングは、故意の対象を客観的構成要件要素の全てを認識した上で、故意を客観的構成要件の実現のための意思であるとしている。故意の対象は、正犯性、行為、結果、因果関係と多岐にわたる。

この類型をめぐっては、ツィーシャングや客観的帰属論に否定的な立場を主張する論者が展開するように、故意を否定することが可能であるのかについて、疑問が残るように思われる。非典型的な因果経過の問題として引用される救急車事例や病院火災事例において、行為者が殺人の故意をもって被害者に切りかかり、被害者が救急車で病院に運ばれる途中、交通事故に遭い死亡した場合、あるいは、病院の火災で死亡した場合、行為者に殺人の故意を否定するのは、困難ではないだろうか。主観的構成要件要素である故意の問題とする場合、行為者が故意を有していた場合には、故意を否定することはできないのではないか、疑念が残る。

また、故意を否定した場合に、未遂と解される点についても、疑義なしとはできないように思われる。ツィーシャングの故意に関する記述を参照した限り、故意は、結果も包括している必要がある。それゆえ、故意が結

22) Vgl. H. Frister, a.a.O., S. 114, Rdn. 22 ; V. Krey, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3.Aufl., 2008, S. 107, Rdn. 298 ; K. Kühl, a.a.O., S.46, Rdn. 61 ; R.Rengier, a.a.O., S. 85ff., Rdn. 62ff. ; C. Roxin, a.a.O., S. 384ff., Rdn.69がある。

23) 以下の記述は、F. Zieschang, a.a.O., S. 37.

果に及んでいないため、結果に対する故意を阻却し、未遂にとどまるとの結論に至るものと思われる。しかし、結果に対する故意が及んでいないと考へ、故意が及んでいる部分において故意を認め、未遂にとどめるのであれば、故意が及んでいない結果の部分は、場合によっては過失の責任を負うことになるのではないだろうか。

したがって、非典型的な因果経過の類型においては、主観的構成要件要素により解決を図る方法よりも、客観的帰属を問題とする立場の方が妥当であるように思われる。

c) 危険減少

客観的帰属論により帰属が否定される類型に、危険減少の事例も包摂される²⁴⁾。客観的帰属の範疇に危険減少の事例をおさめることについては、客観的帰属論を支持する論者の多くがこれを認めるものである。

これに対して、ツィーシャングは、危険減少の類型は、主観的構成要件としての故意や過失によって解決を図る、あるいはドイツ刑法第34条の正当化緊急避難の問題であると解している。

この危険減少の類型に関しては、客観的帰属論の範疇におさめるべき問題ではないと考へる。ツィーシャングが指摘するように、他の刑法体系上の要素により解決を試みるのが妥当であるように思われる。ツィーシャングが提示した解決方法として、故意の問題として解する、換言すると、行為者には、被害者の傷害に対する故意が存在しないとする方法がまず考へられることになるであろう。他にも、推定的承諾の問題として解決する、敷衍すると、被害者が事情を知れば、行為に対して承諾を与えたであろうと推定される場合には、違法性が阻却されるものと解する方法が挙げられるのではないだろうか。そして、これらの解決方法の方が、より妥当であるように思われる。

24) Vgl. W. Gropp, a.a.O., S. 157, Rdn. 45 ; H. H. Jescheck / T. Weigend, a.a.O., S. 287 ; U. Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, S. 92ff., Rdn. 14ff. ; K. Kühl, a.a.O., S. 43, Rdn. 53 ; R. Rengier, a.a.O., S. 83ff., Rdn. 56ff. ; C. Roxin, a.a.O., S. 375ff., Rdn. 53ff.

d) 規範の保護目的

規範の保護目的を客観的帰属の基準として採用する論者も多く存在する²⁵⁾。客観的帰属を考える際、特に危険の現実化を検討するにあたって、規範の保護目的は重要な基準となる。過失犯の場合には、当該規定が当該法益の保護に資するかどうかを検討の対象となる。

客観的帰属論に否定的であるツィーシャングは、規範の保護目的も採用することはない。過失犯の場合には、具体的に侵害された法益客体に対する注意義務違反を考慮することになる。

規範の保護目的に関しては、それを解釈の基準として導入するか否か、あるいは、その内容に関しても議論の深化が待たれるものであり、流動的な基準であることは否めない。規範の保護目的を解明する段階で、様々な価値基準が取り込まれ、結局のところ、発生した結果は、法益の保護に資する規範の保護目的に包摂されるという結論が導かれるのではないかとの懸念が残るように思われる。ツィーシャングが客観的帰属論に対する評価を示していた部分で述べていたように、事後的に正しいと解される決定が正当化されうる手段となるのではないだろうか。規範の保護目的に関する結論が成熟していない現段階では、規範の保護目的を解釈の基準として採用することは妥当ではないであろう。議論が深化し、規範の保護目的を多数の論者が一致して認める場合には、その規範の保護目的として、解釈の基準に援用することも可能となるように思われる。

e) 社会的に相当な態度

社会的に相当な態度を構成要件の阻却に使用するの、グロップである²⁶⁾。グロップは、社会的に相当な態度は、違法性の段階で考慮にいれられるものではなく、すでに構成要件の段階で考慮されるべきであるとする。

25) 規範の保護目的を客観的帰属の基準として採用する論者として、W.Gropp, a.a.O., S. 157, Rdn. 44 ; H. H. Jescheck / T. Weigend, a.a.O., S. 288 ; U. Kindhäuser, a.a.O., S. 95, Rdn. 20ff. ; K.Kühl, a.a.O., S. 50, Rdn. 74 ; R.Rengier, a.a.O., S. 88ff, Rdn. 75ff. ; C. Roxin, a.a.O., S. 390ff, Rdn. 84ff が挙げられる。

26) W. Gropp, a.a.O., S. 251, Rdn. 227ff.

そして、社会的に相当な態度として評価された場合、当該行為は構成要件に該当しないと考えるのである。

ツィーシャングは、漠然とした基準であるということを理由に、社会的に相当な態度という基準は採用せず、各々の構成要件の解釈に委ねるべきものであるとする。ここで挙げられた公務員へのプレゼントという事例においては、ドイツ刑法第331条の解釈により結論が導かれる。

わたくしは、社会的に相当な態度、あるいは社会的相当性という概念は、違法性段階で問題にするべきものであると考える。社会的相当性というのは、価値的な要素を含んでおり、社会的相当性が認められるか否かは、具体的事例において異なるものであると思われる。評価的側面を有する社会的相当性という概念は、具体的価値的性格を有する違法性段階で問題にするべきであろう。

f) 自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化

自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化に客観的帰属論を援用する論者も多数存在する²⁷⁾。特に、自己答責性原理が客観的帰属の基準として重要な役割を演じることになる。この自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化の類型は、近年、客観的帰属論が新たな適用領域として、包摂することを試みているものであり、徐々に支持者を得ているものである。

これに対して、ツィーシャングは、このような自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化の事例においては、行為者に事象の支配が存在しないと主張する。正犯と共犯を区別する基準として用いられる、事象の支配という基準により、被害者が事象を支配していたのか、それとも行為者が

27) Vgl. H. Frister, a.a.O., S. 111ff., Rdn. 15ff.; W. Gropp, a.a.O., S. 158ff., Rdn. 46ff.; H. H. Jescheck / T. Weigend, a.a.O., S. 288; V. Krey, a.a.O., S. 115ff., Rdn. 313ff.; U. Kindhäuser, a.a.O., S. 95ff., Rdn. 22ff.; K. Kühl, a.a.O., S. 54ff., Rdn. 83ff.; R. Maurach / H. Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Aufl., 1992, S. 258ff., Rdn. 58; H. Otto, Grundkurs Strefrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, S. 68ff., Rdn. 60ff.; R. Rengier, a.a.O., S. 89ff., Rdn. 77ff. ; C. Roxin, a.a.O., S. 401ff., Rdn. 107ff.

事象を支配していたのかを判別させるのである。

わたくしは、自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化の類型においては、客観的帰属論に包摂する立場も、正犯と共犯の区別における基準を適用する立場も、いずれも妥当ではないものと考えている。自由で答責的な被害者の自己侵害や自己危殆化の問題は、行為者の行為とともに、被害者も事象に関与している点が重要となる。そして、被害者がどの程度事象に関与していたかは、個別具体的な事例により異なるものである。それゆえ、この自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化の問題も、前述した社会的相当性の類型と同様に、構成要件段階ではなく、違法性段階で問題にするべきものであると考える²⁸⁾。

g) 因果経過への第三者の介入

この類型においても、客観的帰属論の支持者は、客観的構成要件の段階で限定することを試みる²⁹⁾。第1行為者の設定した危険から結果が発生したとして、客観的帰属が否定されるか否かは、論者により評価が異なるものも存在する。

28) 自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化の問題や自己危殆化と合意に基づく他者危殆化の区別に関する私見について、詳しくは、拙稿「自己危殆化と合意に基づく他者危殆化—2008年11月20日のBGH判決を素材として—」比較法雑誌第44巻第1号(2010)101頁以下を参照。

29) Vgl. H. Frister, a.a.O., S. 110ff., Rdn. 10ff.; W. Gropp, a.a.O., S. 158ff., Rdn. 46ff.; V. Krey, a.a.O., S. 107ff., Rdn. 298ff.; K. Kühn, a.a.O., S. 48ff., Rdn. 68ff.; R. Maurach /H. Zipf, a.a.O., S. 259f., Rdn. 66; H. Otto, a.a.O., S. 67ff., Rdn. 56ff.; R. Rengier, a.a.O., S. 91ff., Rdn. 87ff.; C. Roxin, a.a.O., S. 389ff., Rdn. 79ff. ヴェツセルス/ポイルケの客観的帰属論と同様に、行為者が設定した最初の危険の中において、第三者が危険を発生させた場合、第1行為者の帰属を肯定すると考える、または第1行為者の設定した危険と第三者の発生させた危険を衡量すると考える、評価的な観点から考察する立場が多数であるが、オッターは、事象の操縦可能性といった要素から、行為者と第三者の答責領域を区別する立場を採っている。また、客観的帰属論に親和的であるキントホイザーは、第三者が事象経過に介入した事例を、故意の問題として捉えている。Vgl. U. Kindhäuser, a.a.O., S. 102ff., Rdn. 45ff.

これに対して、ツィーシャングは、事象経過へ第三者が介入した場合であっても、非典型的な因果経過の場合と同様に、故意の問題として捉える。第三者が介入した場合には、行為者の故意が阻却され、未遂の可罰性が残ると解するのである。

この因果経過への第三者の介入の類型は、ツィーシャングも指摘しているように、因果経過の錯誤の類型と類似するように考えられるが、因果経過の錯誤に関しても、ツィーシャングは故意の問題として捉えている。例えば、殺人の故意で暴行を加えたところ、被害者がぐったりしたので、死亡したと見え、証拠隠滅を図るため、川に投げ込んだところ、被害者は溺死したという事例が挙げられる。この事例において、ツィーシャングは、被害者に殺人の故意をもって暴行を加えたという点について、故意の未遂であると考え、川に投げ込み、溺死させた行為については、過失致死と解している³⁰⁾。この場合には、第1行為に故意が及び、第2行為には故意が及ばないと考えるので、第2行為から発生した結果については故意を否定し、過失という結論に至るのである。

非典型的な因果経過の類型においても言及したが、故意の問題と解する場合、行為者が殺人の故意を有していた際には、故意を否定することは難しいのではないだろうか。ツィーシャングが提示した故意による解決方法は、故意が結果に対して及んでいないため、未遂の可罰性しか認められないことになるものと思われるが、解決の方法としては、客観的構成要件の範疇におさめる方が、容易に理解されるものと解される。これに対して、因果経過の錯誤として解する場合には、「一般的な生活経験」という基準が示されるが、この基準は、相当因果関係説に類似した客観的基準が使用されている。こちらの方法がより妥当ではないだろうか。

第三者の行為が介入した場合については、客観的帰属の問題として解するべきであると思われる。故意の問題と解した場合、妥当な結論を導くことができないだろう。

30) F. Zieschang, a.a.O., S. 46.

IV おわりに

ツィーシャングが提起した客観的帰属論に対する批判と、具体的な類型における解決方法は、客観的帰属論が支配的であるドイツの学界に一石を投じる効果があるものと評価できるだろう。ただ、ツィーシャングが類型化した7つの類型のうち、a) 一般的な生活上の危険、c) 危険減少、d) 規範の保護目的、e) 社会的に相当な態度、f) 自由で答責的な被害者の自己侵害、自己危殆化の5類型については、ツィーシャングが指摘したように、客観的帰属論を援用しなくても解決が可能であり、またその方がより妥当な結論が導かれるように思われる。これに対して、b) 非典型的な因果経過、g) 因果経過への第三者の介入の2類型については、主観的構成要件による解決よりも、客観的な側面からの限定を試みる立場の方が妥当であるものと解される。客観的帰属論を援用しないとしても、等価説で認められた因果関係を限定するために、客観的な側面からの基準が模索されるべきであるように思われる。

ツィーシャングの体系書における記述は、ドイツにおいて支配的であり、日本においても徐々に支持を得ている客観的帰属論の問題点を明らかにするものであると同時に、客観的帰属論の内容を検討するための示唆に富むものであるものと考えられる。特に、拡大する客観的帰属論の適用領域に適切な枠組みを与えるためにも、客観的帰属論を批判する論者の提言として、一考に値するものと評価できるであろう。さらに、客観的帰属論が有力化しているわが国においても、どこまで客観的帰属論を受容するか考慮する際の指針となるように思われる。このような客観的帰属論に批判的な論者の見解も参考に、客観的帰属論をより一層明確していく必要があるだろう。

2011年12月18日 脱稿