

[紹介]

Friedrich-Christian Schroeder

Der Britz als Mordinstrument Eine Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft, 2009

謀殺の手段としての落雷 150年間にわたる刑法学の外観 (付録：客観的帰属論の創世記)

本 間 一 也

【本書の概要】*

ドイツ刑法学が150年にわたりかかわってきた設例のひとつを用いて、この間の刑法学の発展を示してみたい。

* 原文の見出しにしたがって概要を順次紹介する。()内は原文で使用されている部分、[]内は紹介者が補足した部分である。また、“またはイタリックの部分は「 」に変更した。さらに、脚註は、原則として原文にしたがっているが、必要に応じて一部補足している(その部分は[]で記載してある)。なお、便宜上、本文に記載された内容を脚注のなかで紹介したところがある。また、明らかな数字等の間違いについては訂正し、記載漏れの文献名等を補充した。

I. Occidere – causam mortis praestare

1865年に、当時〔以下同〕Rostock大学教授であったHugo Böhlauがある論文の中で、ある者が、「激しい雷雨のなか、落雷に遭って死ぬことを期待して自己の敵対者を森に散歩に行かせた〔ところ、実際に落雷に遭って彼が死亡した〕」という設例を記述した¹。この落雷事例を通じてBöhlauはHeidelberg大学のErnst Imanuel Bekkerに加勢しようとした。Bekkerは、「何度も穀物倉庫に窃盗に入られた農夫が侵入者の足下を狙って同庫内に設置した、ドアと連動した〕自動発砲装置〔猟銃〕により、〔同農夫が威嚇目的でその旨を村中に伝えていたにもかかわらず〕侵入窃盗犯が〔散弾に当たって出血多量で〕死亡した事案につき、〔正当防衛が成立しない場合の〕同農夫の行為の不処罰性を民事法の不能条件理論によって基礎づけようとしていた²。

Böhlauは、ローマの法学者が、Lex Aquilia〔アクィリア法〕に関して確立した、occidere〔直接手をくだして殺害すること〕とcausam mortis praestare〔間接的に人の死を惹起すること〕の区別に着目して、次のように論じた。すなわち、被害者の死亡との間にcausam mortisな関係を設定した者は、それだけでは未だ謀殺者ではない。causam mortis praestareを被害者に用いること〔Applikation〕が〔被害者の死亡結果を発生させるうえで〕必然的なものである場合、occidereとなる。行為の結果が必然であるのは結果が法則に条件づけられている場合である。法則に基づき通例生じうることだけが人の行為によって惹起し得る。法則により必然的ではない結果、たとえば、ある者を雷雨のなか森に行かせ落雷によって死ぬ危険にさらした結果として生じる死を意図することは確かに可能である

1 Occidere und causam mortis praestare, in: Goldammer's Archiv für Preußisches Strafrecht, Bd.13 (1865), S. 472ff.

2 Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 604ff.

が、そうした結果を「惹起する」ことはできない。

Böhlauのこうした見解は、雷雨事例における行為者の行為の不可罰性を現代的に理由づけた初めてのものである。

II. *Conditio sine qua non*

ほぼ同時期に、ライヒ裁判所判事Maximilian v. Buriは、当時通説的見解であった条件と原因とを区別する見解に反対して、全条件は等価であるとする理論〔条件説〕を展開した。彼の理論によれば、原因とは、取り除いて考えると当該結果も無くなってしまう（当該結果と*conditio sine qua non*の関係にある）あらゆる条件である³。こうした理論によれば、雷雨事例では、〔行為者の行為と〕発生した死亡結果との間に因果関係は存在する。なぜなら、行為者が、敵対するその人物を雷雨の中、その森に散歩に行かせなかったならば、彼は落雷に遭うことも無かったであろうといえるからである。

III. 生活上の通常性〔*Die Regel des Lebens*〕

Breslau大学教授であったCarl Ludwig von Barは、v. Buriの上記見解を批判し、原因と条件とを区別する通説の立場から、次のような見解を展開した⁴。すなわち、そうでなければ「通常通り経過する」と考えられる日常生活の現象が「別な」経過をたどることになった条件と考えられる限り、ある者〔の行為〕は、その現象の法的な意味での原因であるという見解を

3 Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; ders., Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885.

4 Die Lehre Causalzusammenhänge im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871, S. 11.

展開した。こうした「日常生活の通常性」という基準を用いて、彼は、Böhlauの雷雨事例につき、行為者が、他人〔被害者〕を特に危険な場所に行くようにし向けたのでないかぎり、謀殺罪の成立を認めることはできないとした⁵。また、v. Barは、当時－1871年－としてはきわめてモダンな事例、すなわち、ある者が殺害の意図で他人に対して鉄道旅行を勧めて、実際に被害者が鉄道事故に遭って死亡したという事例を付加している⁶。

それからまもなく、München大学教授 Augst Geyerが、v. Barの見解を次のように批判した⁷。すなわち、「日常生活の通常性」に対応しないのは、行為ではなく常に故意だけなのである。諸事情がきわめて希な形で重なることを計算に入れてある結果を惹起しようとした者も、その結果の発生に対しては責任を負うべきである。〔雷雨事例においても、〕われわれは、謀殺罪が〔行為者に〕帰属されるべきであることに疑いを持っていない。

IV. 故意の欠如

v. Buriは、〔上記のように、雷雨事例において、行為者の行為と結果との〕因果関係〔条件関係〕を肯定するものの、行為者の故意を否定している⁸。彼によれば、故意とは、－単なる願望や期待とは異なり－当該行為が〔当該結果発生にとって〕有用なものであること〔Tauglichkeit〕を意識することであるからである。Bonn大学教授であったHugo Hälschnerも、雷雨事例に現実性をもたせるべく、同事例を、ある者が「雷に打たれることを願って、雷雨のなか他人をある木の下に立つようにし向けた」という

5 A.a.O. S. 15, 86ff.

6 A.a.O. S. 20 Anm.4.

7 Rezension, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 14. Band, 1872, S. 161ff., 170ff.

8 Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 15f.

ように修正したうえで、この場合、行為者に故意が欠けるとした⁹。

Wien大学のHeinrich Lammaschは、雷雨事例を、ある者が謀殺の意図で他人に致命傷を与えたところ、被害者が〔死亡する前に〕落雷に遭って死亡したという事例に修正したうえで、被害者が襲撃された時点でその場所で寝ていた場合には因果関係を否定し、被害者が襲撃されて負傷したことから落雷の場所にとどまった場合には、因果関係を肯定しつつ、後者の場合にv. Buriと同様、結果との「意思連関〔Willenszusammenhang〕」を否定している¹⁰。

V. 「相当な」惹起の欠如

Freiburg大学の物理学者Johannes v. Kriesが1886年に「相当な惹起」の理論を展開した¹¹。v. Kriesによれば、一般的な法感情は、刑法的帰属にとって具体的結果を惹起したということでは満足せず、当該行為態様が一定の結果を惹起する一般的な適性を有していることを要求する。そして自己の理論を基礎づけるために、彼は、次のような雷雨事例を作り出した。すなわち、ある御者が道を間違えて走行していたところ、同馬車内の一人の客が落雷に遭って死亡した。この場合、彼によれば、〔御者による結果の〕惹起は存在するが、道を間違えた御者の行為により損害発生の可能性

9 Das gemeine deutschen Strafrecht systematische dargestellt, Erster Band, 1881, S. 287.

10 Handlung und Erfolg. Ein Beitrag zur Lehre vom Causalzusammenhange, in: Grünhut's Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. IX (1882), S. 221ff.

11 Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, in: Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, 12. Jahrg. (1888), S. 179ff., 287ff., 393ff.; Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, in: ZStW Bd.9 (1889), S. 528ff.

は高められなかったし、その行為態様自体は、当該結果を惹起するのに一般的に適性を有するものではなかった。

VI. 予測可能性の欠如

1900年に、Halle大学の私講師Moritz Liepmannは、相当性説は異常な〔因果経過を意識的に利用した〕結果惹起を犯罪として把握することができないという批判に答えるべく、相当性という基準に代えて予測可能性〔Berechenbarkeit〕を強調した¹²。その際、彼は、「〔行為と結果との〕異常な結びつきが問題となるとしても、現実となったことがらは現実となる可能性をもっていなければならないのと同様に、〔過去に起ったことがあることから〕現実に計算に入れていたことがらもそれが現実となった場合には、たとえ異常な経過をたどって現実となったとしても予測可能性のあるものの領域に属する」とした。このテーゼは詭弁であるとして、最も著名な刑法学者であったStraßburg大学のMax Ernst Mayerの強烈な批判を招くことになった¹³。Mayerは、雷雨事例について、しかも、それを使用人を無きものにしようとした農民の事例に修正したうえで、「起こりうることは現実のものとなるが、農民が計算に入れていたことは、〔一般人に〕予測可能なことがらの領域には決して属さない」と述べている。

VII. 雷雨の夢

1900年に、Tübingen大学の民法学者Max Rümelinは、Aが、落雷に

12 Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe, 1900, S. 73.

13 Bemerkungen zu Liepmanns Erörterungen über die Kausalität im Strafrecht. Ein Beitrag zur Erfassung des Problems, in: ZStW Bd.20 (1900), S. 545ff., 549f.

遭ってBが死ぬことを夢想して、雷雨のなかある場所にBを行かせたという〔落雷事例を修正した〕事例において、偶然にもAの期待通りのことが生じBが死亡した場合、相当性説における相当性を否定した¹⁴。

1902年に、Lübeckの司法修習生であったGustav Radbruchは、この事例を彼のBerlin大学博士学位論文のなかで次のように劇的に脚色した¹⁵。すなわち、「ある者が、自分の息子と一緒に森に出かけたところ息子が落雷に遭って死ぬ夢をみた際、この夢が正夢となると信じ込み、それ故、災厄を確実に予見していた。翌日、その夢のことは忘れてしまい、雷雨のなか息子とともに森に出かけたところ、息子が偶然にも落雷に遭って死亡した。父親は、前日にみた夢を思い出し、自己の軽率さをひどく後悔し、息子を過失で死なせてしまったことを理由とする処罰を求めた」。Radbruchによれば、この場合、父親が考慮しなかった災厄が生ずる見込みは、存在論のおよび法則論的知識に基づくものではないことから、主観的〔個別的〕予見可能性が否定され、父親の過失が否定されることになる。Radbruchは、さらに上記事例を修正し、夢の内容を信じた父親が息子を殺害するために、雷雨のなか息子と一緒に森に散歩に出かけたところ、実際に息子が落雷に遭って死亡した場合には、単なる予感故意を基礎づけることはできないとしている。

こうした夢事例は、明らかな形で国際的な広がりを見せた。なぜなら、その後1911年に、Münster大学教授であったRosenfeldが、(鉄道事故という形に修正された〔次のような〕) 夢事例をノルウェーのAndreas UrbyeのPraktiske Opgaver i Strafferet' (1905) から引用したとしている¹⁶からである。〔すなわち、正夢を見ることのできる能力があると自覚

14 Straf- und Civilrecht, in: Archiv für die Civilistische Praxis, Bd.90 (1900), S. 227.

15 Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, S. 362f.

16 Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, in: ZStW Bd.32 (1911), S. 482f.

していたAが、ある火曜日の夜、おじBが次の金曜日に列車でノルウェーのDrammenに旅行した際に列車事故で死亡する夢をみた。Aは、遺言によりBの相続人に指名されていたことから、Bが列車事故で死亡することを確信して、Bに対して次の金曜日に列車でDrammenに旅行するように勧めた。Bはその勧めにしたがい実際に列車に乗車したところ、同列車の脱線事故が発生して死亡した。同事故は、解雇された元線路巡回員Cが、自己を解雇した元上司で同列車を利用するDに仕返しするために線路に置き石したことが原因であった。]

VIII. 相続動機

1903年に、Praha大学の私講師 Augst Mirička は、v. Bar の見解（上記Ⅲ参照）、すなわち、雷雨事例の行為者の行為の可罰性は行為者が被害者を特別に危険な場所に連れ出した場合にのみ存在するという見解に与し、雷雨事例における危険の増加を問題にできるのは、被害者が連れて行かれた場所における比較的大きな危険と、一般的な危険との相違が、科学および経験の立場から、異常に大きな危険が認められる程度のものであった場合だけであるとしている。その際、Mirička は、行為者の意図につき、被害者の遺産を相続するものであるとしたうえで、行為者が被害者を小高い丘の上に一本だけ生えている高木あるいは避雷針のある場所に行かせたという例を挙げている¹⁷。事例のこうした〔動機面に関する〕脚色は、その後の展開にとって先例となったといえる。

それから1年後、Marburg大学教授であったLudwig Traegerがこの事例を取り上げ、10歳の甥の近親者として彼が死亡した場合に相続人となるAが、甥が落雷に遭って死ぬことを望んで、彼を雷雨のなか1本の高木

17 Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, S. 140ff., 176.

が生えた丘に行かせたところ、実際に甥が落雷に遭って死亡したというように修正した¹⁸。

こうした設例では、おじが甥の相続人となるというような、社会経済学的にはあまり現実的ではないものとなっている。Traegerは、甥が10歳であり、雷雨についてあまり経験的知識がないということに明らかに着目したものである。また、Traegerは、一人の農夫が、ある犯罪の実情を知りすぎていることから疎ましくなった使用人を落雷に遭わせて死亡させる意図で森に行かせたというMax Ernst Mayerの設例（上記Ⅳ参照）をも採用している¹⁹。彼によれば、〔事例の解決にとって〕相当性説だけが有益である。Traegerは、Radbruchの設例〔上記Ⅶ参照〕にも言及し、次のように述べている。すなわち、この場合、行為者に故意も過失も欠けるものではない。しかし、射撃の知識のない者が、きわめて離れた場所にいる者〔ライバル〕を〔射撃に卓越した者でも当たることは期待できないという意味で〕蓋然性に反して射殺するという夢を見て、こうした結果が現実が発生した場合、行為者は、確かに謀殺罪を理由に処罰されることになる。しかし、雷雨事例は、この事例とは異なり、結果発生の可能性、すなわち、客観的な蓋然性が全く高められたわけでもないし、少なくとも格別な形で高められたわけでもない。われわれは雷雨のなかではいたるところで落雷に遭う危険にさらされるし、落雷に遭う危険が森のなかでは実際にいくぶん大きいといえるとしても、日常生活においてこうした事実を経験上考慮に入れることはない。これに対して、離れた場所にいる者に発砲する場合、〔認識可能な諸条件を前提とすると〕結果発生の可能性は高められるし、そもそもそうした危険が初めて基礎づけられるのである。

当時のドイツ刑法学の泰斗の一人であったBerlin大学のJosef Kohler

18 Der Kausalbegriff im Strafr- und Zivilrecht, 1904 (2.Abdruck 1929), S. 8, 76.

19 A.a.O. S. 168ff.

は、雷雨事例を、ある者が、継母が落雷に遭って死亡してほしいという心からの願望および遠慮がちな期待に基づき彼女を森に行かせたところ、その願望・期待が現実になった場合、という周知の継母事例に修正した。そのうえで、彼は、こうした事例において因果関係の相当性を否定するTraegerの見解を批判し、「この場合、息子の行為を無罪とする適切な理由は、むしろ、行為者が……結果の発生を単にありうると予見していたにすぎない場合には当該結果の発生に対して責任を負う必要がないということである」としている²⁰。

それから直ぐに、Traegerの著書は、Halle大学の私講師であり、その20年後にBonn大学教授として新しい体系を基礎づけることになったAlexander Graf zu Dohnaによって書評がなされるに至った²¹。Dohnaによれば、他人が落雷に遭って死ぬことを何人も意欲できないから故意が欠けることになる。

IX. 地下水

1909年に、〔Münster大学の〕民事法の教授であったPaul Krückmannが、独自の論拠に基づき雷雨事例における行為者の行為と結果との因果関係を否定した²²。彼によれば、まさに講壇事例である雷雨事例の一般的な前提が誤りであり、「森で落雷に遭う危険性は、平地の場合よりも大きくなく、他の場所よりも地下水との絶縁がより悪い状態の場所だけでそうし

20 Über den Kausalbegriff, in: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd.51 (1904), S. 327ff.

21 Monatschrift für Kriminologie, 2.Jahrgang, 1905/06, S. 425ff.

22 Verschuldensaufrechnung, Gefährdunksaufrechnung und Deliktstfähigkeit, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd.55 (1909), S. 1ff., 41ff.; ders., Das juristische Kausalproblem als Problem der passendsten Fiktion, in: ZStW Bd.37 (1916), S. 353ff., 361f.

た危険が大きくなるのである。樹木は、それがきわめて高く、したがって湿度が高く、地下水への導管となっているというのでないかぎり、雷を引きつけるわけではない。Krückmannは、あらゆる因果性の前提を「動き」〔Bewegung〕に求め、いわゆる他人の動き〔Fremdbewegung〕を利用したといえるのは、他人の動きがある者の動きにより支配され、したがって〔結果の発生に関して〕一定程度の予測可能性、蓋然性が存在する場合だけであるとしている。〔雷雨事例の場合、こうした可能性ないし蓋然性が欠けるといえる。〕

X. 小説とドラマ

その後、小説やドラマで扱われるべきものであって実践的意義を欠くとして、雷雨事例それ自体への批判が徐々に強まることになった²³。

XI. 規範〔の保護〕目的を挫折させる可能性の増加としての法規範違反性

1912年に、Tübingen大学の私講師であったMax Ludwig Müllerは、条件説と相当性説との間の論争を、条件説の意味における因果性と並んで、行為態様のいわゆる「法規範違反性」を要求することによって解決しようと試みた²⁴。彼によれば、規範違反となる行為態様は、当該規範に設定された〔保護〕目的が挫折する客観的可能性を高める行為態様である。

23 Vgl. v.Bar, Gesetz und Schuld, Bd. II, 1907, S. 201; Pomp, Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 134, 1911, S. 72.

24 Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenser-satzrecht, 1912, S. 27ff., 58f.

Miričkaの見解（上記Ⅷ参照）²⁵と同様、彼は、危殆化の程度と並んで危殆化する目的および当該行為の目的の重要性を〔規範違反性の判断〕基準としている。彼によれば、規範〔定立〕によって追求する目的が重要であればあるほど、そして行為によって追求される目的の有益性が少なれば少ないほど、行為を規範違反とするのに必要な危殆化の程度はそれだけわずかなもので足りることになる。雷雨事例において、〔雷雨のなか森に向かうという〕甥に与えられた任務の目的が〔その〕行為〔に伴う〕ミニマルな危殆化を正当化する場合には、おじの行為につき〔甥の殺害を意図して行ったものであっても〕法規範〔殺害禁止〕違反性が欠けることになる。したがって、Traegerの〔修正した〕雷雨事例は、確実な問題解決を行ううえで明確性が欠ける事例であり²⁶、法学者が自分好みの論証を行うことのできる事例でもある。もっとも、Müllerは、被害者が死ぬ可能性をわずかかでも増加させたような場合、すなわち、確かにわずかではあるが、考慮に値する危殆化が生じた場合、たとえば、おじが甥に、高台に行きそこで最も高い木の下にいるように命じたような場合、〔落雷の危険が一般的に高められたことを前提として〕おじの行為につき法規範違反性を肯定しようとするものである²⁷。

25 〔Miričkaは、侵害の可能性のある行為が許容される程度は、当該行為の目的の社会的適合性の程度、危殆化される法益の価値、法益侵害の可能性の程度および範囲との相関関係によって決まるとしたうえで、「当該行為の目的がより社会的であり、当該行為により危殆化される法益の価値がより小さく、さらに予想される侵害の範囲がより小さければ、許容される侵害可能性の程度はそれだけ一層大きくなる」としている。a.a.O. (Fn.17) S. 153.]

26 A.a.O. (Fn.24) S. 37ff., 59 Anm.1.

27 A.a.O. (Fn.24) S. 39f., 59 Anm.1.

XII. 〔勧められて〕鉄道を利用した被相続人であるおば

1914年に、Karl Bindingは、次のように論じた²⁸。2つの講壇事例、すなわち、ある者が激しい雷雨のなか、敵対する者を落雷に遭って死ぬことを期待して1本のもみの木の下に横たえたという事例、および相続人である甥が被相続人であるおばに事故〔で死ぬこと〕を期待して鉄道の利用を勧めた事例という2つの講壇事例が考えられる。両事例において行為者の期待通りの結果が発生した場合、疑いなく、第一事例では当該行為の因果関係が肯定され第二事例では否定されることになるだろう。

Bindingは、従来の雷雨事例を大きく修正してしまっている。雷雨事例は、またもや相続問題から解放された。「もみの木の下に横たえた」という部分は、Mirička（上記Ⅷ参照）の論述と同様、行為者が被害者に暴力を振る舞ったことを意味している。相続問題は、鉄道事例の方に移され、「相続人である」おじが、「被相続人のおば」に変えられてしまっている。従来の事例では、行為者としてのおじであったが、被害者としてのおばに変更されており、事例が実生活により近いものとなっている²⁹。

XIII. 故意をめぐる論争

たいていの論者は、v. BuriやHälschner（上記Ⅴ参照）がそうであったように、c.s.q.n.理論〔条件説〕〔により因果関係の存在〕を承認したうえで雷雨事例の不可罰性を行為者の故意が欠けることに求めようとした。当時

28 Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, 2.Aufl., 2.Band, 1.Hälfte, 1914, S. 475, Fn.4.

29 Schünemannは、このことについて「皮肉なことに」と述べている（Über die objektive Zurechnung, in: GA 1999, S. 207ff., 210 Anm.15）が、その趣旨は明らかではない。

は、故意の本質が意思に存在するのか、それとも結果の表象に存在するのかについて激しい論争が行われていた。意思説の支持者は、雷雨事例において行為者に願望しか認められないとして意思の存在を否定した³⁰。また、Rosenfeldは、表象説によれば行為者の故意を肯定せざるを得ない〔事例〕として、雷雨事例を同説に対する批判の論拠として用いた³¹が、表象説の支持者も、本事例において、〔行為者の認識内容は単なる願望にすぎないとして〕故意の要素としての認識ないし予見を否定したのであった³²。

こうした見解に対しては、すでに1905年にMoritz Liepmann（上記VI参照）が、故意は、客観的に実現されたことがらの行為者の意識への反映、すなわち客観的な因果関係の主観的予測であることから、条件説に基づき因果関係を肯定する者は、〔実現事実について〕故意を否定することはできないと批判した³³。これに対して、Gießen大学私講師であったKarl Engischが正当にも次のように反論した³⁴。すなわち、意図〔Absicht〕という故意の形式は、単なる認識に尽きるものではなく、因果関係の単なる認識を超える、行為者とその所為との情緒の関係も含んでいるのである、と。〔故意につき〕行為による結果発生の確実性の認識あるいは少なくとも高度の蓋然性の認識を要求するReinachの見解³⁵は、行き過ぎであった。Hans Tarnowskiは、故意について、危険性の認識が必要であり、雷雨事例では、こうした危険性が〔行為者の行為によって〕高められていないと

30 Z.B. Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, 1909, S. 105f.; Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1931, S. 127, 339.

31 A.a.O. (Fn.16) S. 482.

32 Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., 1931, § 59 IX 2. (ただし、上記鉄道旅行を勧めた事例について論じている。)

33 Zur Lehre von der „Adäquaten Verursachung“ in: GA Bd.52 (1905), S. 326ff.

34 Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 156f.

35 Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht, 1905, S. 18, 46, 53ff.

した³⁶。これに対してEngischは、営林署の職員－おじおよび農夫から、その間に、営林署の職員と修正された！－が、落雷から保護された事務所にいた部下を森に行かせた場合、結果発生の危険はまさに基礎づけられたとしている³⁷。結局、〔彼によれば、〕問題の解決は、〔雷雨事例につき行為者の故意を否定するとすれば〕すでにRadbruch（上記Ⅶ参照）が指摘しているように、〔故意の内容として必要な、危険性の認識を基礎づける〕「蓋然性判断の心理学的実現」が欠けることに求めることができる³⁸。

Engischは、さらに、Rümelin-Radbruchの設例（上記Ⅶ参照）に言及し、この場合、行為者の行為態様は、結果を発生させる手段としてはおよそ不適格であることを理由に法規上禁止されないことから、故意は否定されるべきであるとしている³⁹。

36 Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, S. 156, 173ff., 207ff. [Schroederは、上記のように述べて脚註でこのように引用している。しかし、引用部分には、その論拠となる明示的な論述は見あたらない。むしろ、Tarnowskiは、故意の内容として、単なる「危険性」の認識ではなく、「相当性、すなわち結果発生の可能性のわずかな増加」の認識を要するとしている（S. 161, 227.）。また、その実現に影響を与えることのできることでだけ故意の対象となりうるという前提から雷雨事例について故意を否定する見解に対しても、Tarnowskiは、たとえば、上記Miričkaの修正事例が示しているように、雷という自然力を殺害の手段として利用すること自体は可能であるとして批判している（S. 165ff.）。さらに、Tarnowskiは、他の事例との関係では、行為の危険性について言及しているものの、雷雨事例との関係では、Schroederが述べるような危険性の評価を明言してはいない。]

37 A.a.O. (Fn.34) S. 161. [もっとも、Engischは、Schroederの論述とは異なり、Tarnowskiが雷雨事例につき行為者の行為が危険性を高めていないと主張すると推測したうえで、こうした批判を行っているのである。]

38 A.a.O. (Fn.34) S. 162f. vgl. Radbruch, a.a.O. (Fn.15), S. 363.

39 A.a.O. (Fn.34) S. 167ff. [Engischは、こうした設例を、「行為者が迷信的信念に取りつかれてしまったが故に結果発生の蓋然性を意識している場合である」としたうえで、次のように論じている。すなわち、「心理学的には殺意が存在するものの、行為者は、自己の行為態様が、違法な結果を惹起する

XIV. 「客観的帰属」の否定

1927年に、Karl Larenzは、Göttingen大学に提出されたその博士学位論文においてHegelの帰属論を基礎として、因果関係に代えて「客観的帰属」、すなわち、当該事象が、行為者の固有の所為〔die eigene Tat〕であるのか、それとも偶然なのかを問題にした⁴⁰。彼によれば、〔意思は、一定の目的を設定し、それを実現すること、すなわち、因果経過に一定の方向性を与えて当該目的を実現するという能力を通じて自然的な事象を支配する。したがって、因果的な判断ではなく、目的的な判断である帰属にとって〕決定的に重要なのは、自然的な事象の支配の可能性、すなわち〔現実に行為者が認識・意欲していた意思内容それ自体だけでなく、意思の対象としてあり得たという意味で〕意思内容の可能性としての客観的な目的である。〔所為は意思が自己実現したものであり、帰属は、当該所為が行為者の意思に基づくものであることの判断である。こうした見解によれば、Larenz自身が明言しているわけではないものの〕雷雨事例については客観的帰属が欠けることになろう⁴¹。

それからまもなく、Göttingen大学教授であったRichard HonigがLarenzの見解を支持した。彼は、- Max Ludwig Müller（上記XI参照）の見解と同様- 因果関係と「並んで」〔独自の判断として〕「客観的帰属」の判断〔すなわち、当該因果関係の法秩序に対する重要性という規範的問

にはおよそ不適格であることから法規上禁止されないにもかかわらず、目的達成の手段とみなしていることを理由に故意を否定すべきである。換言すれば、……故意は、当該所為に現実に存在する危険性をその内容としなければならず、したがって、故意は、Radbruchのいわゆる「論理的蓋然性判断が心理学的に現実化したもの」でなければならないのである。〕としている。〕

40 Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „Juristischen Kausalität“, 1927, S. 61f., 68, 81ff.

41 A.a.O. (Fn.40) S. 62.

題を法秩序自体が与える諸基準にしたがって検討すべき判断]を要求した⁴²。Krückmann（上記Ⅹ参照）およびLarenzの「支配および支配可能性」という表現を受け継ぎ、彼は、〔行為者の意思活動が自然的事象に介入し、自ら設定した目的を実現したという意味で〕目的的に設定されたと考えられうる結果だけが帰属可能であるとした⁴³。Honigによれば、常に、きわめて異常な経過でも事実上の経過に着目すべきであり、雷雨事例における行為者は、この時期の雷雨がその丘に現れ落雷が起こるという〔ことを予測できたという〕場合であれば、雷雨という自然の猛威を利用したといえることになる⁴⁴。

XV. 合法則的条件

1931年に、Karl Engischは、従来から主張されてきた*conditio-sise-qua-non*公式は、因果関係〔条件関係〕の存在をすでに前提としているとして批判し、むしろ因果関係が存在するのは、当該〔具体的〕結果が〔時間的に後続する、外界における変化・変更として現れ〕当該行為態様と自然法則的に結びついていた場合であるとする、いわゆる合法則的条件公式を主張した⁴⁵。

ここには、本稿冒頭で言及したHugo Böhlau（上記Ⅰ参照）の議論の驚くべき反復を見出すことができる。Engischは、雷雨事例においてそうし

42 Kausalität und objektive Zurechnung, in: Frank-FG, Bd.1, 1930, S. 174ff., 179f.

43 A.a.O. (Fn.42) S. 184.

44 A.a.O. (Fn.33) S. 186. [なお、Schroederによれば、Honigはユダヤ人であったことから戦時中やがて直ぐに連合王国に亡命したのに対して、Larenzは、Kiel大学に招聘され、そこでナチス的ないわゆる「Kiel学派」の形成に寄与したのであった。]

45 Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 13ff., 21.

た合法則性を否定してはいないが、それに加えて必要な要件である相当性を〔行為者の行為に結果発生の一定の蓋然性が欠けることを理由に〕否定している⁴⁶。

XVI. 「行為支配」の欠如

Hermann Brunsは、従来、責任に対して用いられてきた⁴⁷行為支配〔Tatherrschaft〕という概念を構成要件において展開し、正犯性の基準を〔当該行為態様に最初から内在すべき〕行為支配の可能性に求め、雷雨事例につき、落雷を通じて人を殺すことはできないと主張した⁴⁸。

XVII. 殺人の「観念像」〔Vorstellungsbild des Tötens〕の不存在

1936年に、Hellmuth Mayerは、殺人や傷害罪のような刑罰規定は、一定の観念像を基礎としているという前提から、被相続人のおじに鉄道利用を勧めること、雷雨のなか気がすまないおじを森に散歩に出かけるようにすることは、殺人の観念像に合致するものではないと主張した⁴⁹。

46 A.a.O. (Fn.35) S. 49f. すでに、ders., aa.O. (Fn.34) S. 151, 156ff.

47 Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStW Bd.36 (1915), S. 19ff., 184ff., 216.

48 Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, S. 72f. [Brunnsによれば、ある結果がある者に正犯行為として帰属され得るのは、当該行為が現に発生したような結果を惹起するのに一般的に適性を有していた場合だけであり、客観的事象を一般化した形で考察することを通じて人の行為支配の可能性が測られる。]

49 Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 208ff., 212.ただし、ders., Strafrecht, 1953, S. 134f.では、事故死を願って鉄道旅行を勧めたところ被害者が実際に事故死したという事例につき、行為の要素として〔平均的な人の意思にとっていわば予測可能な結果、すなわちその発生が全く非蓋然的ではなかった結果が必要であるという前提から求められる〕当該結果の意思への

Traegerが修正した「相続人となりうる」おじは、Bindingにより被相続人の「おば」という形で修正され、さらに最終的には上記のように、「被相続人のおじ」に修正された。これ以降、〔雷雨事例は〕「相続人のおじ事例および雷雨事例」と呼ばれるようになった。

XVIII. 「社会的相当性〔Sozialadäquanz〕」の欠如

1939年に、Göttingen大学教授であったHans Welzelは、「相当にはかげた事例」、すなわち、被相続人であるおじに甥がその事故死を願って鉄道利用をすすめたところ実際に鉄道事故でおじが死亡した場合、甥は罪を犯したかという事例問題に言及した際、〔機能的に観て、国民の共同生活の、歴史的に形成された秩序の枠内にあると評価される行為に付与される〕「社会的相当性」という概念による、事案の新たな解釈学的解決をもたらした⁵⁰。彼によれば、鉄道旅行に出ることを勧めることは社会的に相当な行為であり、行為の不法性が否定される⁵¹。Welzelは、被相続人のおじを鉄道旅行に出るよう勧めた甥の行為という事例を、彼の教科書の最終版までは〔一貫して〕社会的相当性の事例として扱っているものの、雷雨事例に関してだけは、この事例を初めて扱った1960年公刊の同第7版からは、行為者の故意を否定し〔この立場は同最終版である11版まで継続し〕て

帰属可能性が欠けるとしている。

50 Studien zum System des Strafrechts, in: ZStW Bd.58 (1939), S. 491ff., 517.

51 A.a.O. (Fn.50) S. 517; ders., Das Deutsche Strafrecht, 2.Aufl., 1949, S. 361ff. bis zur 11.Aufl., 1969, S. 56.同旨の見解として、vgl. Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, in: JZ 1958, S. 388ff., 390; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, 1973, S. 124. Dagegen Krauß, Erfolgsuuewert ud Handlungsunwert im Unrecht, in: ZStW Bd.76 (1964), S. 19ff., 46.

いる⁵²。なお、社会的相当性という概念の創出は、今日において、彼の目的的行為論よりも高く評価されている⁵³。

XIX. 多様な見解〔Diverses〕

Engischは、1944年に上記鉄道旅行事例に言及し、この場合、Honig(上記XIV参照)の用いた「客観的目的設定性」が認められないとしている⁵⁴。また、こうした事例では、Bruns(上記XVI参照)が用いた「行為支配」が欠けるという観点から、行為者の行為性を否定する見解も主張された⁵⁵。

Hardwigは、〔雷雨事例において〕帰属の前提としての〔事象の〕コントロール行為〔Steuerungsakt〕の存在を否定した⁵⁶。

52 Sacher, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre von Straftatbestand*, 2006, S. 45. [Sacherは、同頁の脚註34において、上記両事例を構造的に同一であるにも関わらず異なった処理をするWelzelの見解には矛盾があると指摘している。]

53 Vgl. Reyes, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, in: *ZStW Bd.105* (1993), S. 108ff.; Meliá, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz*, in: *GA 1995*, S. 179ff.; Schünemann, aa.O. (Fn.29) S. 207ff., 211.

54 *Der finale Handlungsbegriff*, in: *Probleme der Strafrechtserneuerung (Kohlrausch-FS)*, 1944, S. 141ff., 169 Anm.93 [なお、Schroederによれば、ここでEngischは、Honigの論文に全く言及していないが、これは当時ユダヤ人の著者の文献を引用することが禁止されていたことによる。]

55 Lange, *Literaturbericht Strafrecht Allgemeiner Teil*, in: *ZStW Bd.63* (1951), S. 471. vgl. Gallas, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Dtsch.Beiträge zum VII.Intern. Strafrechtskongreß in Athen 1957, Sonderheft ZStW*, 1957, S. 3ff., 17; Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, in: *ZStW Bd.74* (1962), S. 98.

56 *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, S. 151.

XX. 正犯性の否定

私自身は、相続人のおじ事例および雷雨事例において、行為者は、被害者をして自己危殆化させたにすぎず、したがって正犯が存在しないと指摘した⁵⁷。こうした見解によれば、行為者が優越する経験的知識、たとえば、一定の森の区画では何回か人が落雷に遭って死亡しているという知識をもっていた場合に、正犯性を認めることが可能となる。同様の見解は Harro Otto によっても主張されている⁵⁸。もともと、彼は、－やはり Hardwig（上記 XIX 参照）の見解から明らかに示唆を受け－「事象のコントロール可能性」という基準を用いて、雷雨事例に関しては、〔被害者が危険性を認識していない子どもの場合は格別〕危険性を認識したうえで雷雨のなか森へ行った被害者の自由な意思決定が介入したとして、行為者につきこうした可能性を否定した。その際、彼は、雷雨事例を〔AがBに多

57 Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1964, S. 93f. なお、すでに類似の見解を主張していたものとして、vgl. Rutkowsky, Die psychisch vermittelte Kausalität. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Sozialadäquat, in: NJW 1952, S. 606ff., 608, ders., Buchbesprechungen, in: NJW 1961, S. 1153 [いずれも、自殺教唆類型との同質性という観点から論じている]; Hirsch, a.a.O (Fn.55) S. 78ff., 100. [鉄道事故事例につき、自己危殆化の教唆として行為者の構成要件該当性を否定]; Klug, Sozialadäquanz und Sozialkongruenz im Strafrecht, in: Schmidt-FS, 1961, S. 249ff., 263. [社会的重要性が欠けることから社会倫理的に許容されるという意味での行為の「社会的適合性」[Sozialkongruenz] 概念のもとで、被害者が自を道具とする間接正犯であるという観点から行為者の行為の構成要件該当性を否定することができるとしている]

58 Kausaldiagnose und Erfolgsszurechnung im Strafrecht, in: Maurach-FS, 1972, S. 91ff., 99f.; ders., Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, in: NJW 1980, S. 417ff., 419. [もともと、ここでは、行為に存在するリスクの「法的重要性」が欠けることを帰属否定の根拠としている。] vgl. Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 531.

額の報酬を与えて一通の手紙を雷雨のなか荒野を通り、草木の無い丘陵を越えた隣村まで運ぶように誘ったという〕使者の事例としてロマンチックに脚色した。

XXI. 「講壇事例」

1973年に、相続人のおじ事例および雷雨事例への批判は頂点に達した。犯罪学者であるHerbert Jägerは、この事例につき、「行為者によって実際に犯されたのではなく、刑法学者らにより案出されたきわめて奇妙な犯罪である」と述べた⁵⁹。

XXII. 客観的帰属論のリバイバル

70年代の終わりに、20年代に展開された客観的帰属論（上記XIV）が再生した。その際、雷雨事例および被相続人のおじ事例に再び特別な情熱をもって関心が向けられることになった。たとえば、Wesselsは、雷雨事例について、農夫が「妻」を雷雨のなか畑に行かせたというように修正したうえで、Larenzの見解（上記XV参照）と同様、農夫の所為は一定の人の意思の仕業〔Werk〕ではないとして「客観的帰属」を否定した⁶⁰。Göttingen大学教授であったClaus Roxinは、Honigの見解（上記XV参照）を基礎に、〔客観的帰属の要件として〕法的に重要な〔法益侵害の〕危険の創出を要求した⁶¹。Roxinによれば、雷雨事例の場合も、飛行機旅行〔を

59 Glosse über Lehrbuchkriminalität, in: MschrKrim, 1973, S. 300ff.

60 Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970, S. 39. [Wesselsは、帰属が否定される理由を当該結果の発生が支配し得ず、予測し得ない自然力の作用に基づくことに求めている。] vgl. Ebert, Kausalität und objektive Zurechnung, in: Jura 1979, S. 561ff., 569.

61 Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Honig-FS,

勧めたところ搭乗した飛行機の墜落により被害者が死亡したという〕事例でも〔行為者の行為に〕このような意味での危険が欠ける。こうした見解はその後、多くの論者によって支持された⁶²。その際、雷雨事例は、ふたたび被相続人のおじに関係づけられ、一定の用語上の混乱が生じた。その間 Roxin は、飛行機旅行事例を彼の独自性の高い客観的帰属論において許された危険の事例と考えた⁶³。また、Roxin は、その後、Honig の理論をさらに展開するにあたり、Honig の客観的な目的設定性の基礎には、「人の意思による支配可能性」という基準が存在すると指摘した⁶⁴。こうしたすでに Larenz により用いられ（上記XV参照）-のちに（Hardwig と Otto : 上記XIX、XX参照により）「コントロール可能性」という基準に引き継がれることになった-基準は、その後、多くの論者により、雷雨事例の解決にとって決定的な基準とされるようになった⁶⁵。

1970, S. 133ff., 135, 136f. 現在では、Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.Aufl., 2006, § 10 Rdn.38, § 11 Rdn.55. [ただし、§ 10 Fn.77では、法的に重要な危険を創出した場合であっても、被害者がその危険を認識しながら行動した限りにおいて、行為者の行為は被害者の不可罰である自己危殆化を誘発したことから不可罰ということになることが指摘されている。]

62 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 1978, S. 231; Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgzurechnung – zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt-, in: ZStW Bd.89 (1977), S. 649ff., 666.Fn.79.

63 A.a.O. (Fn.61) § 11 Rdn.68.

64 A.a.O. (Fn.61) S. 135.

65 Vgl.Eser/Burckhardt, Juristischer Studienkurs, Strafrecht I, Schwerpunkt. Allgemeine Verbrechenselemente, 4.Aufl., 1992, Nr.4 A 62; Wolter, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem. Zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 269ff., 283, 290: ders., Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Straf-

もっとも、一部の論者は、別な基準を用いて客観的帰属にこの事例を位置づけるのを否定したり、少なくとも修正したりしている⁶⁶。

Baumann/Weber⁶⁷およびHilgendorf⁶⁸は、本事例につき、行為者の行為と結果との因果関係を否定した。彼らによれば、因果性では、その内容が法秩序の諸要求に応じて決定されるべき法学的概念が問題となる。極端に異

rechtssystem, in: Bausteine des europäischen Strafrechts (Coimbra-Symposium für Claus Roxin), 1995, S. 3ff., 21, 27.; ders., Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, in: Gimbernat (u.s.w.) (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 3ff., 8. (ここでは、[生活上の一般的危険の創出という見出しのもとで、現代社会の経験則に基づく]客観的目的設定性[Bezweckbarkeit]の欠如と関連づけて論じられている); Kühl, Starecht, Allg. Teil, 6. Aufl., 2008, § 4 Rdn.76f.; Krey, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1, Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2.Aufl., 2004, Rdn. 290; Wessels/Weulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38.Aufl., 2008, Rdn.183.

66 たとえば、Wolterは行為〔不法〕性〔Handlungsunrecht〕を否定している(Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem, 1981, S. 79 Fn.56〔行為不法の構成要素としての〕法学的平穩状態〔Rechtfrieden〕の妨害が欠けることを理由に行為不法性を否定)。Kühlによれば、[法的に許されない危険創出とその実現という]客観的帰属の基本形式に付加される基準が問題となる。a.a.O. (Fn.65) § 4 Rdn.76f. KreyおよびWessels/Weulke (a.a.O. (Fn.65))によれば、付加的基準として、[客観的予見可能性の欠如および]自己の危険に基づく行為が問題となる。さらに、Kühlは、こうした付加的基準を、飛行機旅行事例の場合の独自の基準として認めている(a.a.O. (Fn.65) Rdn.83ff., 92. [もっとも、Kühlによれば、行為者が、たとえば当該飛行機に時限爆弾が仕掛けられていることを知っていた場合のように、「優越した専門的知識」を有していた場合には、こうした被害者の自己の危険に基づく行為という基準は妥当せず、他者危殆化〔Fremdgefährdung〕の問題となる])。

67 Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11.Aufl., 2003, § 14 Rdn.45.

68 Der „gesetzmäßige Zusammenhang“ im Sinne der modernen Kausallehre, in: Jura 1995, S. 514ff., 521.

常な経過は、したがって、法的な意味での因果性とはみなされない。両者は、客観的帰属論には明らかに反対の立場である。

客観的帰属理論に反対の立場を特に強く表明したのは、Köln大学教授で、Welzelの門下生であったHans Joachim Hirschであった。雷雨事例につき、彼は、上記のように、1962年に－私と同様－自己危殆化に対する不可罰的な教唆を認め、「行為支配」を否定した（上記XIX参照）後、〔行為者の認識内容は単なる願望であって事象をコントロールする意思ではないとして〕故意を否定するに至った⁶⁹。しかし、故意の欠如を〔行為者の行為の〕不可罰性の理由とすることは、適切にも批判された⁷⁰。

また、私や他の論者によって主張されている「被害者」の自由な責任に基づく自己危殆化を理由とする可罰性の欠如という見解〔上記XX参照〕に対しても、〔自己責任に基づき自己危殆化の意思決定ができない〕精神疾患に罹患した被相続人のおじを雷雨のなか散歩に行くようにしむけた場合でも可罰性は排除されなければならないという批判が提起された⁷¹。その直後、Hirschは、行為者の故意を否定するというそれまでの立場から離れ、殺害行為の直接的な開始が欠け（行為支配が欠け）るとして、殺害行為の客観的側面を否定するに至った⁷²が、これは、36年間で3回目の見

69 Die Entwicklung des Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Köln-FS, 1988, S. 399ff., 405.

70 Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, in: Arimin Kaufmann-GS, 1989, S. 237ff., 241; Wolter, aa.O. (Fn.65: Menschenrechte) S. 27. [Roxinによれば、故意が否定されるのは、行為者の実現しようとしたことがらですでに客観的に構成要件に該当しないという理由からだけである。この場合の故意は、法的に重要でないことがらに向けられた、迷信犯〔Wahndelikt〕の疑似故意に対応する。故意を否定するうえで決定的なのは、犯罪の客観面なのである。WolterもRoxinの見解に全面的に賛同している。]

71 Roxin, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, in: Klug-FS, Bd.2. 1983, S. 311, Fn.44. [Roxinは、したがって危険創出の欠如を理由に結果の帰属を否定する見解の方が優っているとしている。]

72 Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Lenckner-FS, 1998, S. 119ff.

解の修正である。

XXIII. 落雷とエイズ

1987年に、Freiburg大学教授だったBernd Schünemannが、Aids感染者がそのことを秘してパートナーと性病予防策を講じた安全な性行為を行ったにもかかわらず相手をAidsに感染させた行為の可罰性について、雷雨事例を引き合いに出して論じた⁷³。彼によれば、甥が雷雨のなか被相続人のおじを円錐形の山頂にある1本の木に縛りつけたとしても（この事例は、1903年に示されたMirička〔上記Ⅷ参照〕の事例を想起させる！）殺人未遂または既遂を認めるうえで、被害者を雷雨にさらされるむき出しの状態においたことが〔法的に〕何らかの危険創出を意味するということが十分である。1994年に、Schünemannは、台湾でのシンポジウムにおいて雷雨事例をとりあげ⁷⁴、東アジアの刑法学においてもこの事例をポピュ

122f., 135. [Hirschは、改説の理由として、①被害者が危険性を認識していない場合あるいは年齢上の理由から自己責任を問えない場合等がありうることから、被害者の自己責任に基づく自己危殆化という基準では限界があること、②故意が否定されるという従来の理由づけは、すでに存在する客観面で欠けている部分が主観面に反映されていることを意味するものであるから、故意を否定することは現実的ではないことを挙げている。そのうえでHirschは、次のように述べている。すなわち、「行為者」は、確かに被害者の死を望んだが、その因果的な寄与は、具体的な殺害結果との関係ではいまだ殺害行為の開始ではなかった。なぜなら、殺害行為といえるためには、行為者の行為が当該因果的事象を支配したことが必要であるからである。具体的な結果の発生が行為者のコントロールの範囲外に存在する偶然に委ねられていた場合、当該結果の実現に向けられた行為は当初から存在しないのである。]

73 Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung – Eine Zwischenbilanz, in: Schünemann/Pfeiffer (Hrsg.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, S. 373ff., 488. vgl. auch ders., a.a.O. (Fn. 29) S. 207ff., 220.

74 Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht, in: Cheng Chi Law Revue, Vol.50 (1994), S. 259ff., 294. [なお、Schünemannは、故意犯と

ラーなものにした。

XXIV. 正犯としての被相続人のおじ

雷雨事例の歴史は、未だ終わってはいない。最近でも若い研究者が、その博士学位論文のなかでこの事例と取り組んでいる⁷⁵。もっとも、この事例のもつ社会的内容に対して若い世代の者は、ショッキングな無理解を示している。なぜなら、被相続人のおじが甥を丘に行かせる内容に変えられてしまっているからである。われわれは、上記のように、もともと Traeger が、おじがその甥を殺害しようとした事例を挙げ、Binding が、その事例から被相続人のおばの事例を創り出し、Hellmuth Mayer が最終的に被相続人のおじに変えたということを想起する。なお、論者によれば、雷雨事例では、〔通常〕当該具体的経験則が存在しないことから、行為者は雷を〔そして厳密には、歩く速さなど被害者の行動をも〕コントロールできない〔ことを理由に結果の客観的帰属が否定されることになる〕⁷⁶。

XXV. まとめ

私は、ここで被相続人のおじ事例ないし雷雨事例の最終的解決策を提示しようとするものではない。上記のように、私の見解では、この場合、行

過失犯の場合に要求される危険増加の程度が異なるという前提から、雷雨事例における故意犯と過失犯の場合の処理に差異があることを指摘している。]

75 Hübner, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004, S. 52, 259, 264, 274ff.

76 Hübner, aa.O. (Fn.75) S. 277, 282. [もっとも、Hübnerは、たとえば行為者が落雷の場所や時期について特別な知識を有していた場合には、結果の発生に対して当該行為が客観的な目的設定性が認められることから、結果の客観的帰属が認められることになるとしている。]

為者に正犯性が欠けることになる。なぜなら、被害者は、自己責任に基づく行為を行うように説得されたにすぎないからである。他人を雷雨のなか〔丘の〕高木に縛りつけた〔ところ落雷に遭って被害者が死亡した〕場合には、きわめて遠い場所から発砲して〔被害者に弾が当たったという〕全く異常な経過により結果が発生した場合と同様に私は行為者の可罰性を肯定するものである⁷⁷。私は、本書のなかで、刑法学の歴史を概観し、同一の事例に対して常に研究者の弛まぬ批判的精神がいかにか新しい解決策を展開してきたのかを示したいと考えたのである。注目すべきなのは、上記事例がその古典的な段階に到達するまでいかに長い間用いられたかということである。いくつかの段階を通じて（敵対する者を散歩にいかせる－相続の意図－相続権限のあるおじ－被相続人のおば）最終的に「被相続人のおじ事例」が生まれたが、この事例は、残念ながら、鉄道〔または飛行機〕旅行事例に修正され、雷雨事例はわずかに、使用人、営林署職員あるいは妻と〔いった登場人物と〕ともに痕跡をとどめるにいたってしまった。

法律学に対する言語の意義も明らかとなった。法理論の通用性は、その明白な表現に決定的に依存していることは明らかである。「相当性」、「法規範違反性」、「支配可能性」、「目的設定性」、「社会的相当性」、「行為支配」、「客観的帰属」、「危険増加」など－これらすべての魅力的な表現は、雷雨事例に対して用いられ、あるいは雷雨事例のために考案されたものであり、理論史のうえでは、こうした表現に立ち帰ることが再三にわたり行なわれてきたのである。

77 Schroeder, in: LK, 11. Aufl., 1994, § 16 Rdn.76.

付録：客観的帰属論の創世記*

1950年代および60年代では全刑法学的議論の対象はほとんど目的的行為論に向けられ、それから40年あまりを経た今日、その基本的意義においても注目度においても目的的行為論にとって代わったのは客観的帰属論である。この理論がいかにしてその大きな影響力を獲得することになったのかを検討することは、有益であるように思われる。その際、この理論には、長い間に基礎づけられた解釈学的発展の複数の潮流が流れ込んだものであることが示されることになる。

I. 帰属という概念の生成と発展

「帰属〔Zurechnung〕」という概念は、ラテン語の「imputatio」という概念の訳語である。この概念は、1672年に法学者のSamuel Pfenndorfによって導入され¹、その後刑法学にも受け入れられると、やがて刑法学のほぼすべての問題を吸収することになった。その結果、帰属という概念の範囲内で、とくに「imputatio facti」と「imputatio juris」が区別されることになった〔が、その意味内容は論者により異なるものであった〕。「客観的帰属」という概念を1803年に初めて使用したL. Harscher von Almendingenは、「内面的な」、すなわち「道徳的帰属」と対立する意味で「外部的な帰属」、すなわち「事実の帰属」という意味でこの概念を使用した²。

* Andoulakis-FS, 2003, S. 651-669に掲載された同名論文に加筆・修正したものである。

1 De iure naturae et gentium libri octo, 1672, I.c.9；その要約として De officio hominis et civis iuxta legem naturalem, 1673, I.c.1.

2 Darstellung der rechtlichen Imputation, 1803, S. 31ff.

II. 19世紀における没落

19世紀になると、帰属という概念は刑法解釈学から急速に消え去ることとなった。その背景には、2つの解釈学的潮流が存在した。1つは、帰属という概念が、「責任〔Schuld〕」という概念に置き換えられるようになったという潮流である³。第二の潮流は、Hegelの法哲学を刑法学に応用しようとする試みであり、ここでは、行為が犯罪行為の構成における中心となり、帰属という概念を吸収してしまった⁴。

III. 犯罪行為を結果の惹起として解釈すること

やがて、刑法総論の問題領域がますます拡大し、刑法各論の問題が刑法総論の問題領域へと移される⁵ことにより、因果関係という要件は、犯罪行為の一般的な要件とされるようになった。その結果、あらゆる犯罪行為は、同時に、結果の惹起という事象として把握されることになった⁶。こうした展開は、その後、逆に、構成要件的结果の惹起は、すべからく構成要件の充足を意味する必要があるという要求へと至った。したがって、実際に謀殺を行った者を産んだ者〔両親〕も謀殺罪の客観的構成要件を充足す

3 Z.B. Feuerbach, Lehrbuch des gemein in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1801 (11.Aufl., 1832), § 84.

4 Vgl. Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, S. 86; von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 36ff.

5 Schroeder, Die Anziehungskraft vorgelagerter Gliederungselemente, in: Roxin-FS, 2001, S. 33ff., 43.

6 Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, S. 76; Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 2.

るといふことになるのであった⁷。

IV. 相当性説

1886年に、物理学者v. Kriesは、「相当な惹起」理論〔相当性説〕を展開し⁸、その後、急速に広まることとなった。その際、明らかにされたことは、〔相当性説では、〕等価説による因果性の確認とは異なり、惹起を規範的、評価的に考察することが問題となるということであった。条件説を支持する通説およびライヒ裁判所刑事部は、これに対して、その不明確性を批判した。

V. 危険創出および危険実現としての禁止違反（M. L. Müller 1912）

1912年に、Max Ludwig Müllerは、次のように論じた⁹。すなわち、禁止規範は結果の惹起ではなく、禁止規範に特徴づけられた結果発生の可能性を高める行為態様だけを禁止することができる。〔規範的評価を前提とする〕相当因果関係論は、因果論としては誤りであり、この理論は、実際には、客観的法規範違反論である。さらに彼は、v. Kriesの危険に対する考え方を禁止〔規範〕違反の問題に取り入れ、「結果の有責な惹起」の要

7 L.Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, in: ZStW Bd.49 (1929), S. 39ff., 41.; Eb.Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, in: Frank-FG, Bd. II, 1930, S. 106ff., 119.Fn.1.

8 Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, in: Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd.12 (1888), S. 179ff., 287ff., 393ff.; Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, in: ZStW Bd.9 (1889), S. 528ff.

9 Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. 1912, S. 22ff.

件として、「当該行為態様が法規範違反と評価される理由となる危険が当該結果に実現したこと」を要求した¹⁰。

VI. 因果関係の規範的な代替概念としての帰属（Kelsen 1910）

Hans Kelsenは、従来、因果性原理が自然科学に対して果してきたことを法律学に対して果す諸要素を規範的に結びつけるものとして帰属という概念を展開した¹¹。

VII. 1927年以降に展開された、客観的な合目的性としての「客観的帰属」

1927年に、Karl Larenzは、Hegelの帰属論を論じ、これに基づき法における因果関係の優位性を批判した¹²。彼によれば、因果関係は、固有の所為と偶然的な事象とを区別することができない。Larenzは、因果関係という概念に代えて、ある事象が当該主体の所為かどうかを判断するものとして、「客観的帰属」という概念を提案した¹³。彼によれば、意思の対象としてありえたものが帰属されなければならない¹⁴。Larenzは、この場合、

10 A.a.O. (Fn.9) S. 57f.

11 Hauptproblemen der Staatslehre, 1910, S. 72ff. Kelsenの見解に関しては、vgl. Hardwig, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, S. 107ff.; Koriath, Grundlagen des strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 146ff.; Renzikowski, Der Begriff der „Zurechnung“ in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsen, in: Alexy u.a. (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, 2002, S. 253ff.

12 Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 60ff.

13 A.a.O. (Fn.12) S. 51, 60.

14 A.a.O. (Fn.12) S. 63, 68.

因果経過の可能性が問題なのではなく、因果経過の支配が問題なのであると論じている¹⁵。彼によれば、相当な惹起理論は、実際には、帰属論なのである¹⁶。

こうした見解に、その後、Richard Honigがしたがった¹⁷。彼によれば、因果性の判断に加えて、独自の判断として客観的帰属の判断が必要である¹⁸。しかしHonigは、〔Larenzとは異なり〕このことを法哲学的思考によってではなく、「人の意思活動の目的論的特色」および一般的な法理論の諸原則、すなわち法は命令と禁止を通じて、その人の力が及ぶ領域に属する行為態様を要求するという原則により基礎づけた¹⁹。また、彼は、Larenzの見解とは決定的に異なる主張を行っている。すなわち、Honigによれば、客観的な合目的性の判断においては、〔事案が〕一般化されるべきではなく、当該事案の具体的な部分に着目しなければならない²⁰。Honigは、客観的帰属の問題を構成要件該当性の問題とすることによって、客観的帰属概念が決定的に広まるきっかけを作ったのであった。

1936年に、Hellmuth Mayerも、Larenzにしたがい因果性という概念を批判し、客観的帰属という概念だけを用いた²¹。

15 A.a.O. (Fn.12) S. 68. vgl. Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 112ff.

16 A.a.O. (Fn.12) S. 81ff. [Larenzは、相当因果関係説につき、①結果発生の形式的な可能性の存在がなぜ結果の帰属を基礎づけるのか、②どの程度の蓋然性が「一般的に当該結果の発生を促進する諸事情」といえるのか、③このような意味で「相当な」作用だけがなぜ当該行為に帰属されることになるのか、いずれも明らかではないとしながらも、同理論を人の意思に因果経過の支配的原理を見出す客観的帰属論として再構成することを提案している。]

17 Kausalität und objektive Zurechnung, in: Frank-FG, Bd.1, 1930, S. 174ff.

18 A.a.O. (Fn.17) S. 179, 182.

19 A.a.O. (Fn.17) S. 183ff.

20 A.a.O. (Fn.17) S. 185f.

21 Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 217ff., 219. [Mayerによれば、「当該結果が、〔当該行為から〕合理的に予測できる範囲外になかった場

VIII. Welzelの「目的論的な意味連関」(1931年)

Hans Welzelは、Honigの見解に基づき因果性ドグマの支配に対して批判を行ない、さらに当時の最新の心理学の知見に基づき、因果性と並び因果鎖を自らの意思によりコントロールしながらその実現過程に介入することのできる新たな種類の事象経過構造、すなわち、心理的な活動の意味－目的性〔当該結果と行為者の意思決定との間の「目的論的な意味連関」〕が重要であることを指摘した²²。この場合、「実在の事象における深層的、存在論的相違が問題となる」にもかかわらず、Welzelは、Larenzの用語法と完全に一致させるようになった。すなわち、彼によれば、当該結果は、その原因の単なる因果的作用とはまったく異なる方法で当該主体に属することになり、結果の実現は主体の固有の所為〔に基づくもの〕である²³。こうした関係が存在する限りで、当該事象は、当該主体に固有の所為として帰属される。すなわち、「固有の所為または行為としてある主体に属し、こうした意味で客観的に帰属可能なのは、構成要件上確定される結果のうち、行為者によって目的に適った形で〔sinnhaft〕設定された結果、またはその阻止が予見可能であり、目的に適った形で設定可能であった結果のすべてである」²⁴。ただし、Welzelは、Larenzの「優れた論述」を「最終的な結論」において一致するものとして認めていたにすぎない。なぜなら、Welzelによれば、彼は、先験哲学を基礎としていたのに対して、形而上

合にはつねに帰属可能である」。また、Mayerは、後に「客観的帰属(imputatio facti)」という見出しのもとで「行為者の立場に置かれた一般人が当該事象の経過を意思により支配する可能性を有していた場合、当該結果は、惹起者として〔行為者の〕意思に帰属されることになる。」と述べている。
ders., Strafrecht, 1953, S. 131]

22 Kausalität und Handlung, in: ZStW Bd.51 (1931), S. 703ff. (=ders., Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie, 1975, S. 7ff.)

23 A.a.O. (Fn.22) S. 20.

24 A.a.O. (Fn.22) S. 20f.

学的な負担がLarenzの見解〔の意義〕を減じているからである²⁵。Welzelは、1935年には、目的的行為論へと関心を移している²⁶。なお、1954に、彼の門下生である Armin Kaufmannが目的的行為論を法規範の性質に基づき基礎づけた²⁷ ことにより、Honigの上記見解との広範な一致が達成されることとなった。

25 A.a.O. (Fn.22) S. 20 Anm.30.

26 Naturlismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, 1935 (ders., a. O. Abhandlungen (Fn.22), S. 79ff.; ders., Studien zum System des Strafrechts, in: ZStW Bd.58 (1939), S. 491ff. Welzelは、後者の論文のなかで、相続人のおじを鉄道旅行に勧める事例および〔ある者を殺害する意思で森のなかに毒性の強い〕ペラドンナを植栽する事例を「社会的に相当」〔な行為〕であるとして「不法概念」から排除している (S. 517)。「社会的相当性」とは、Welzelによれば、共同社会生活がその歴史的に産み出した秩序にしたがってその時々に行われるあらゆる活動、〔換言すれば、〕民族の歴史的に形成された社会生活の秩序の範囲内で行われるあらゆる活動を意味する (S. 517, 558)。こうした点に客観的帰属論の先駆者としての意義を認めようとする試み (Meliá, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, in: GA 1995, S. 179ff.; Schünemann, Über die objektive Zurechnung, in: GA 1999, S. 207ff., 211.) には誇張があるように思われる。わずかに Jescheckだけがその後社会的相当性論を客観的帰属論に組み入れている (後記XIII参照)。なお、Welzel自身は、相続人のおじ事例では故意を否定することになり (Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 66)、それ以外では1952年 (Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl.) 以降、社会的相当性を慣習に基づき正当化事由とみなしている。

27 Lebindiges und Totes in Bindings Nnormentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954, S. 46ff. 後に、Welzelもこれを受け入れている (Das Deutsche Strafrecht, a.a.O. (Fn.26) S. 37.)。

IX. 危険実現とリスクの比較（Engisch 1931年）

1931年に、Karl Engischは、雷雨事例と因果経過の逸脱の問題を解決するためにM. L. Müllerの見解（上記V参照）を広く受け入れ、相当性を因果性と並んで必要とされる蓋然性、すなわち結果発生の危険性と特徴づけ、さらにMüllerにより展開された、「行為態様の規範違反性を特徴づける危険の実現」（上記V参照）、換言すれば、当該行為を禁止されたものと特徴づける「特殊な」危険の実現というメルクマールを明確なものとした²⁸。Engischは、こうした内容に「違法性連関」〔Rechtswidrigkeitszusammenhang〕という概念を用いている²⁹。こうした考え方は、長い間注目されることはなかった。しかも、Engischは、HonigおよびLarenzの帰属論が因果性、構成要件該当性、違法性を区別することなく用いているとして、彼らの見解と一致させて帰属論を展開することを明らかに拒否していたのである³⁰。

X. 1950年代

1945年にドイツ帝国が崩壊した後、Welzelの目的的行為論はその凱旋行進を開始した。

1962年に、Claus Roxinは、過失犯における注意〔義務〕違反性と結果との関係を検討するにあたり、かつて「Engischによって用いられ、その後は支持されることもなかった危険実現というメルクマール」に立ち返った。彼はその際、被告人の行為態様と許された危険とを比較し、当該行為が結果発生の可能性〔Chance〕を高めた場合に「構成要件を充足する義

28 A.a.O. (Fn.6), S. 41ff., 61ff.

29 A.a.O. (Fn.6), S. 61, 67.

30 A.a.O. (Fn.6), S. 59 Anm.1.

務違反」〔tatbestandserfüllende Pflichtverletzung〕を肯定することを提案した³¹。Roxinは、こうした解決策を「危険増加原理」と称した。ただし、彼は、この問題では「客観的帰属」という表現は用いていない。

XI. 規範の保護目的論

すでに早い時期から民事法学説では、損害賠償義務に関して、－明らかにM. L. Müllerの見解(上記V参照)を基礎として－当該規定が保護しようとする危険が損害の発生に実現したことが要求された。民事法学は、ここから、損害賠償責任を基礎づける規範の保護目的および保護範囲〔Schutzumfang〕の理論を一般的に展開した。その基礎を築いた者の一人がErnst v. Caemmererであった³²。

1965年に、Jescheckは、過失犯の事案に対して、規範の保護範囲〔Schutzbereich〕の理論を引き合いに出し、これとの関係で「客観的帰属」という用語を用い、結果の予見可能性をもそのなかに含めて理解した³³。彼は、その例として、－v. Caemmererと同様－運転免許証の有効期限が切れた運転者または規則に違反してアルコールを運搬していた運転者が〔無過失で歩行者を轢くという〕交通事故を惹起した事例を挙げて〔この場合に発生した結果は行為者の違反した規範の保護範囲外にあるとして〕いる。Jescheckによれば、従来、判例上〔結果の予見可能性が否定されたり、〕相当性説が適用されてきた事案では、行為者が違反した規範の保護目的等規範的な考察が決定的なのである³⁴。

31 Pflichtwidrigkeit und Erfolg beim fahrlässigen Delikten, in: ZStW Bd.74. (1962), S. 411ff., 430ff.

32 Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956, S. 13, 15.

33 Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965, S. 17.

34 A.a.O. (Fn.33), S. 18f.

1969年に、Roxinの門下生であるHans-Joachim Rudolphiが、過失犯における結果発生と注意義務違反との関係に対して、「洗練された」純粋に規範的「帰属基準」として、民事法において展開された規範の保護目的論を採用することを提案した³⁵。

XII. 現代の客観的帰属論の生成（1969年／1970年）

1969年から1970年にかけて、多くの論者の中で相互に独立して、広範にわたり内容が一致する形で客観的帰属論が急速に展開された。

1. 寄せ集め理論 [kompilatorische Lehren]

a) Jescheckは、客観的帰属につき、当初はLarenzの見解を基礎として、ある事象が一定の人の「所為」とみなされるべきかどうかという判断として理解した³⁶。次いで、彼は、Engischの見解を引用して、客観的帰属には、当該結果に対して十分に危険な条件を設定すること必要であり、帰属が正当化されるのは、当該行為に内在する特殊な危険が当該結果に実現した場合だけであるとした³⁷。また、Jescheckによれば、「客観的帰属をさらに限定する可能性」を提供するのは、Welzelの社会的相当性論（上記Ⅷ参照）である³⁸。

b) Wesselsも、客観的帰属論が重要性説 [Relevanztheorie] に基づくという理解を前提としつつも、客観的帰属判断を要求した³⁹。

35 Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie, in: JuS 1969, S. 549ff.

36 Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969, S. 188.

37 A.a.O. (Fn.36) S. 193f.

38 A.a.O. (Fn.36) S. 194.

39 Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970, S. 32ff., 107ff.

2. 危険創出とその実現としての客観的帰属

a) 1970年に、Schmidhäuserは、因果関係というメルクマールを「客観的帰属」というメルクマールに完全に置き換えている⁴⁰。彼によれば、客観的帰属は、行為の危険性の実現、すなわち行為によって創出された危険性が結果へと実現した場合〔に認められる〕。不作為も、その法益侵害が当該結果に実現した場合にのみ帰属可能である⁴¹。彼の見解は、LarenzおよびH. Mayerの見解に近く、不作為を含めている点でとくに後者の見解に近い。

b) Schaffsteinは、被相続人のおじ事例〔Erbonkelfall〕の解決に際し、〔Honigにいわゆる〕「客観的目的設定性」とは、洞察力のある観察者の立場から事後的に予測する場合、当該行為態様による具体的結果発生の蓋然性が少なからざる程度高められたということを意味する〔という立場から〕、「客観的目的設定性」とは、刑法的領域においては危険増加という客観的帰属原理にほかならないと主張した⁴²。

c) Claus Roxinは、客観的帰属論を統一した原理によって基礎づけようと試み、Honigの「人の意思による支配可能性」〔概念〕の規範的な分析を通じて、客観的帰属の基礎を、法的に重要な危険の創出に見出した⁴³。そのため、結果犯に対して、因果のドグマから完全に解放された一般的帰属論を展開することが可能となった。Roxinによれば、危険原理は以下の下位事例に分けられる。

- (1) 危険減少 Roxinは「危険増加原理」（上記X参照）とパラレル性を示唆する概念として「危険減少」〔Risikoverringering〕という

40 Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 1970, 8/54ff.

41 A.a.O. (Fn.40) 8/57, 16/71.

42 Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in: Honig-FS, 1970, S. 169ff., 170.

43 Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Honig-FS, 1970, S. 133 ff.

概念を産み出した。Roxinによれば、「危険減少」行為は、行為者に「構成要件該当行為」として帰属することはできない⁴⁴。

- (2) 雷雨事例、因果経過の逸脱、〔溢水に対するバケツの水を撒く行為のように〕構成要件的行為として重要性がない事例、幫助の因果性、不作為犯における予備と未遂との区別といった下位事例を含む法的に重要な危険の創出または不創出
- (3) 許された危険の増加と不増加（注意にかなった行為を行ったとしても〔同一の〕結果発生〔が生じたと仮定できる場合〕）
- (4) 保護目的連関、二次的損害発生事例（ショック死事例）、損害阻止の試みの妨害事例〔Schadensverursachung bei Schadensabwendungsversuchen〕という下位事例を含む規範の保護範囲〔の問題〕は、いくぶん乱暴ではあるが「危険原理」に統合された⁴⁵。規範の保護目的の欠如という観点から解決すべき事例については、RoxinはJescheckの挙げている上記事例はいずれも〔「発生した結果と規範の保護目的との関係が欠ける事例であることが明らか」〕であるとして〕これを認めず、自転車のライトを点けずに運転したこと、前方を走行していた自転車運転者が対向車に轢かれて死亡した事例〔RG 63, 392.〕だけをそうした事例として認めている⁴⁶。

以上のように、10個を下らない数の解釈学的問題状況が客観的帰属概念のもとで論じられ、同時に、こうした問題状況に対して1個の感銘的なシステムが展開されたのである。

「法的に重要な危険」、「許された危険」という概念と結びつけられたこ

44 A.a.O. (Fn.43) S. 136. 詳細に関しては、vgl. Schroeder, Die so genannte Risikoverringerung, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente. Kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum. 60. Geburtstag, 2005, S. 151ff.

45 A.a.O. (Fn.43) S. 141.

46 A.a.O. (Fn.43) S. 141.

とにより、危険という概念は魅力的な概念に置き換えられただけでなく、LarenzおよびWelzelの見解から離れ、Honigの見解(上記Ⅶ参照)を発展させて、危険概念には、法的評価の問題がより強く関係づけられることになったのである。

Roxinは、自らが展開した客観的帰属論を目的的行為論への戦闘宣言〔でもある〕としても自覚していた。彼によれば、行為論では、重点が、存在論的領域から規範的領域へと移されなければならず、目的性〔die Finalität〕は、実質的に規定される作為または不作為に必要な構成要素ではない⁴⁷。LarenzとHonigは、客観的帰属概念において(因果性に代えて)帰属概念を強調した(上記Ⅶ参照)のに対して、Roxinにあっては、重点が「客観的」という言葉に移されたのである。

1973年に、Roxinは、自損〔Selbstschädigungen〕の過失による惹起、合意に基づく危殆化〔die Gefährdung mit Einverständnis〕⁴⁸、後続被害を伴う継続的損害〔Dauerschäden mit Spätfolgen〕の惹起および他人の責めに基づく後続的損害〔Folgeschäden〕発生事例という新たな問題事例群を規範の保護目的を侵害していない事例群として客観的帰属論の対象に含めている⁴⁹。また、Roxinは、Jescheckが挙げた上記事例、すなわち、運転免許証の有効期限が切れた運転者または規則に違反してアルコールを運搬していた運転者が〔無過失で歩行者を轢くという〕交通事故を惹起した事例をいまや危険増加が欠如している事例群に位置づけている⁵⁰。

47 A.a.O. (Fn.43) S. 133, 145ff.

48 「einverständliche Fremdgefährdung」という表現は誤解を与える〔ことから適切ではない〕。

49 Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikt, in: Gallas-FS, 1973, S. 241ff.

50 A.a.O. (Fn.49) S. 242.

客観的帰属（が欠ける場合）の体系

Roxin 1970/73	Rudolphi 1975
1. 危険減少	1. 危険減少
2. 法的に重要な危険の不創出	2. 仮定的因果経過
a) 雷雨事例	3. 法的に否認される危険の不創出
b) 因果経過の逸脱	a) 雷雨事例
c) 行為の重要性の欠如	b) 規範の保護目的（因果経過の逸脱）
d) 幫助の因果性の欠如	4. 義務違反連関の欠如
e) 不作為犯における未遂の限界	5. 規範の保護範囲の欠如
3. 許された危険の不増加	a) 他人の故意行為の非故意による誘発
4. 規範の保護範囲の欠如	b) 過失に基づく二次的損害に対する負責
a) 自転車乗り事件	c) 二次的被害、特に後続損害
b) 二次的被害、特にショック事例	d) ショック事例
c) 後続損害を伴う継続的損害	e) 他人の自己危殆化の促進
d) 自損および自己危殆化の過失に基づく惹起	
e) 合意に基づく他者危殆化	

1975年に、Rudolphiは、客観的帰属に関する包括的論述を行った⁵¹。彼によれば、人の行為態様により惹起された不法結果が客観的に帰属可能なのは、当該行為態様が当該結果発生の法的に否認される危険を創出し、こうした危険が具体的に当該結果を惹起した事象に事実上も実現した場合だけである。Rudolphiは、Roxinが指摘した事例群に加えて、故意犯における仮定的因果経過という事例群をも付加している。また、法的に否認される危険の実現および義務違反の因果性は、かつては規範の保護範囲の問題

51 In: SK, Bd.1, 1975, Vor § 1, Rdn.57ff.

領域に位置づけられていた（上記IX参照）が、いまやそこから除外されている。彼は、規範の保護範囲の問題領域に属する事例を各則の問題として理解している⁵²。

XIII. その後の展開

1975年に、Jescheckは、Rudolphiと同様、Roxinの法的に重要な危険の創出という公式を法的に否認される危険の創出とその実現という公式に修正した⁵³。さらに、Jescheckは、「危険減少」事例を客観的帰属が欠ける事例として受け継いだのである⁵⁴。Roxinの批判をうけ、Jescheckは、規範の保護範囲論についても故意犯にも妥当する客観的帰属の一般的な限定が問題となることを認めている⁵⁵。

それからすぐに、Harro Ottoは、Engisch、Roxin、Schaffsteinの見解を受け継ぎ、「帰属の根拠」を構成要件的に保護された法益に対する危険の創出または増加に求め、そこから危険の実現としての法益侵害が独立して生ずるものと考えた⁵⁶。Ottoによれば、この場合、客観的帰属という唯一の原理が問題となるのではない。[事象の]「コントロール可能性」〔das Steuerungsmöglichkeit〕という独自の原理が重要である。危険増加原理とコントロール可能性原理とは、機能的に相互に関連するが、それぞれ独自の原理である。コントロール可能性は、予見可能性と並んで第三者または行為者自身による意識的行為による「帰属連関の中断」事例を含むもの

52 A.a.O. (Fn.51) Vor § 1, Rdn.71.

53 Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 213.

54 A.a.O. (Fn.53) S. 215.

55 A.a.O. (Fn.53) S. 441f.

56 Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Maurach-FS, 1972, S. 91ff., 101.

である⁵⁷。雷雨事例について、Ottoは、被害者による自由な意思決定を通じて帰属連関が中断するとしている⁵⁸。

Theodor Lencknerは、客観的帰属論を広範囲にわたり受け入れた⁵⁹。彼は、こうした〔客観的帰属〕概念に、5つの事例群、すなわち、法的に重要な危険の惹起が欠ける事例（雷雨事例、〔近親者が死亡したという虚偽の知らせをして被害者に心臓発作を惹起させた〕ショック事例）、危険減少事例、自然的因果性〔Naturkausalität〕を単に修正したにすぎない事例〔複線の両線路ともに崖崩れで土砂が堆積し機関車の運転手Bが列車をもちや適時には停止させることができない状態で遮断されていたにもかかわらず、Aが転轍器を操作して列車の進行線路を右側から隣の左側線路に変えて走行させたところ、同機関車が同線路にも堆積していた土砂に乗り上げ脱線転覆してBが死亡したというような事例〕、注意義務にかなった行動をとったとしても結果が発生したと考えられる事例、規範の保護目的の範囲外にある事例を位置づけている。

1976年に、Stratenwerthは、旧版で用いていた因果関係の章を「客観的帰属」〔の章〕に置き換えた⁶⁰。彼によれば、結果の発生が行為者に帰属されるのは、行為者が〔結果発生〕危険を創出ないし増加させ、それが当該結果に実現した場合だけである⁶¹。もっとも、彼は、ここでは相当性説、危険の減少事例、〔川で溺れている者にAが浮き輪を投げて救助しようとするのをBが妨害したような〕救助的因果経過への介入事例だけを論じているが、創出された危険または高められた危険の法的否認という要

57 A.a.O. (Fn.56), S. 91ff., 101. Anm.34.なお、すでにHardwigがこうした事象のコントロール可能性原理を強調していた (a.a.O. (Fn.11) S. 137ff.)。

58 A.a.O. (Fn.58) S. 99.; ders., Grundkurs Strafrecht, 1976, S. 72ff.

59 In: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 18.Aufl., 1976, Vorbem. §§13ff., Rdn.95ff.

60 Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat, 2.Aufl., 1976, Rdn.208ff.

61 A.a.O. (Fn.60) Rdn.209.

件は、彼によれば、「その目的からすると」〔zweckmäßigerweise〕客観的帰属の問題ではなく、違法性において初めて論じられるべき問題である⁶²。なお、Stratenwerthは、作為と不作為の区別も客観的帰属の基準により、すなわち、危険の惹起、増加あるいはその回避という基準により解決できるとしている⁶³。

Heinz Zipfも、上記Rudolphiの見解に基づき、人の行為態様により惹起された不法結果が客観的に帰属可能なのは、当該行為態様が当該結果発生 of 法的に否認される危険を創出し、こうした危険が事実上も当該結果を具体的に惹起した事象に現実化した場合だけであるとした⁶⁴。さらに、Zipfは、最終的に発生した結果が行為者の法的に重要な答責性領域〔Verantwortungsbereich〕に属するかどうかを検討されるべきであり、非典型的な因果経過をたどって結果が発生した場合には、こうした要件が欠けることになるとしている⁶⁵。

1978年に公刊された教科書の第3版において、Jescheckは、新たに「客観的帰属に関する最近の理論」という項目を付け加えた⁶⁶。彼は、こうした客観的帰属論のもとで、7つの事例群、すなわち、危険減少事例、仮定的因果経過事例、法的に否認される危険の欠如事例としての雷雨事例および被相続人のおじ事例、規範の保護範囲の侵害の欠如事例（〔たとえば、謀殺行為の被害者が病院に搬送される途中で救急車の事故により死亡したような〕異常な因果経過の事例、〔たとえば、被害者が搬送された病院医師による医療過誤で死亡したような〕他人の落度による結果の惹起、または、〔BGHSt 24, 342のように〕他人の〔自己責任に基づく〕自損行為の促

62 A.a.O. (Fn.60) Rdn.224.

63 A.a.O. (Fn.60) Rdn.976.

64 Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 5.Aufl., 1977, S. 268.

65 [A.a.O. (Fn.64) S. 267f.]

66 Lehrbuch des Strafrechts., Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 1978, S. 230ff.

進事例、〔たとえば、放火された家屋内に取り残されている者を救助しようと試みる場合のように、危険な〕救助行為による自損の誘発事例⁶⁷⁾、過失犯における〔行為者の注意義務違反行為に代えて〕適法な代替行為を実行していたと仮定した場合でも同一の結果が発生したであろうと考えられる事例、被害者の特異体質に基づく結果の発生事例、結果的加重犯における当該結果発生の直接性が認められる〔すなわち、基本犯に内在した特殊な危険が当該結果に実現した〕という事例である。なお、Jescheckは、保守的なコンメンタールであるLeipziger Kommentarにおいても、こうした論述を行っている⁶⁸⁾。

Jakobsは、1983年に公開された教科書において、刑法の総論全体を「帰属論」と称している⁶⁹⁾。Jakobsによれば、客観的帰属というより広い概念は、2つの根源に基づいている⁷⁰⁾。すなわち、第一に、〔Niklas Luhmannの意味における、社会的接触に際して市民が〕予期〔に基づいて行動するという構造〕を安定化させて、その予期を裏切らないこと〔die Erwartenssicherheit〕を保障するという刑法の目的に基づいている（〔こうした規制目的から社会的に相当な行為態様は、不法として帰属可能な行為態様の範囲から除外されることになり、〕許された危険、信頼の原則、保障人の地位に基づく作為犯においていわば遡及禁止が問題となり結果の帰属が

67 〔Jescheckは、この事例については結果の客観的帰属を肯定する。a.a.O. (Fn.66) S. 232.〕

68 In: LK, 10.Aufl., 1979, Vor 13, Rn.59ff.ただし、Jescheckは、ここでは「仮定的因果経過の事例群」を客観的帰属が問題となる事例群から排除している。彼によれば、こうした事例は、合法則的条件という因果法則により解決されるからである。vgl. ders., Vor 13, Rn.51.

69 Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1983.

70 A.a.O. (Fn.69) S. 163; ders., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.Aufl., 1991, S. 184f.

否定される事例⁷¹は社会的相当性の思考を基礎としたものである)。第二に、結果犯〔という刑法上一般的な規制形式〕に対する機能に基づいている（〔こうした規制形式では既遂の要件として、行為者が許されない形で創出した危険が当該結果に実現したことが必要であり、その前提条件は〕規範目的連関〔、すなわち〕危険の競合〔の問題に関連づけて論じられる〕)。最後に、Jakobsは、〔同意の一般的な諸原則が各則の具体的犯罪記述内容により修正されるという特徴をもつ〕合意〔Einverständnis〕が存在する場合、構成要件該当性を阻却する同意〔Einwilligung〕が存在する場合、自己の危険に基づく行為〔Handeln auf eigene Gefahr〕の各場合における「帰属の排除」〔の問題〕をもここ〔結果の客観的帰属〕で扱っている⁷²。

Wolterは、1977年の時点では〔打撃の錯誤事例（die aberratio ictus）は、行為者の認識とは異なった行為客体に結果が発生した事例であり、客観的帰属の問題として扱うべき因果経過の逸脱の本来の事例ではないとして〕否定していた⁷³。しかし、彼は、1983年から1984年にかけて、打撃の錯誤事例を〔因果経過の逸脱事例の特別な類型としたうえで、故意行為への〕客観的帰属の問題として扱っている⁷⁴。打撃の錯誤が、従来、相当因果関係説により客観的帰属の事例とみなされてきた因果経過の逸脱の下位事例である限り、こうした改説は当然のことであった。他方〔こうした問題と

71 A.a.O. (Fn.69) S. 178ff.; ders., a.a.O. (Fn.70) S. 214ff.

72 A.a.O. (Fn.69) S. 197ff.; ders., a.a.O. (Fn.70) S. 238ff.

73 Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, in: ZStW Bd.89 (1977), S. 649ff., 650 Anm.5

74 Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung“ in: Leferenz-FS, 1983, S. 545ff., 552; ders., Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht. –Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingung, in: Schünemann (Hrg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103ff., 131.

の関連〕では、〔結果が発生した異なった行為客体について、行為者に〕未必の故意が存在した、因果経過の逸脱の特殊な事例⁷⁵が問題となっているのである。

XIV. 結論

現代の客観的帰属論は、以上のように、数十年にもわたる理論的展開の産物なのである⁷⁶。

もっとも、客観的帰属〔の問題領域〕に位置づける問題の内容・程度は〔論者により〕異なっている。しかも同一の論者でもその見解を変更したりしている。その意味で、客観的帰属の内部的体系および対象問題領域の位置づけには、不確実な部分が存在していたのである。

以上

75 BGHSt 34, 53, 55; BGH NJW 1993, 210, 211.

76 [Schünemann (a.a.O. [Fn.26]) S. 212は、Honigの祝賀論文集に対するRoxinの寄稿(a.a.O. [Fn.43] S. 133ff.)が「客観的帰属論の誕生と位置づけられる」と礼賛しているのはあまりにも短絡的である。]

【解説】

〔著者紹介〕

本書は、ドイツ連邦共和国Regensburg大学教授Friedrich-Christian Schroederが、2004年9月30日に行った「Der Britz als Mordinstrument」と題する退任講演を基礎とした本編と、Andoulakis-FS, 2003, S. 651-669に掲載された「Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung」というタイトルの論文に加筆・修正した付録から構成されている。

著者のSchroederは、わが国においても著名な研究者の一人であり、あらためて紹介するまでもないとも思われるが、最近記された興味深い自叙伝的な論述¹に基づき、若干詳しく紹介したい。

Schroederは、1936年7月14日にMecklenburgのGüstrowで、職業軍人であった父親と専業主婦であった母親との間に生まれる。やがて、戦禍を逃れて引っ越したRügenの農場で労働に従事していたロシア人の戦時捕虜たちとの交流を通じ、彼は、彼らから強い感銘を受けることになった²。1945年初頭、ソビエト軍侵攻が迫ったことから、SchroederはLübeckまで逃れた。故郷を失った悲しみと戦後におけるドイツ国の東西分断が、東欧および東ドイツに対する彼のその後の関心を決定づけたのであった³。

大学への進学にあたり、Schroederが専攻分野を最終的に法律学に決めたのは、他の分野のように将来の職業を拘束するものではないという理由からであった。大学は、母方の例に倣ってBonnに行くことにし、1955年

1 Aus Grüstoff ist der Herr Schroeder, in: Hilgendorf (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, S. 501ff. 本書は、過去50年間にわたるドイツ語圏刑法学および刑法史の展開過程を20世紀の代表的な刑法学者21名による自叙伝形式の論述によって明らかにしようとした興味深い著作である。

2 A.a.O. (Fn.1) S. 501.

3 A.a.O. (Fn.1) S. 502.

夏学期に入学して初めて聴講した講義はWelzelのものであった。Schroederは、その行為論により多くの批判を受けていたWelzelにシンパシーを感じ、何回かの授業後に彼と面談した際、当時感じたままに「あなたの行為論は未遂犯の説明にも適している」と彼に告げた⁴。Welzelは、次の講義において次のように述べた。「すでに18回講義を行っているが、常に新たな示唆を受けている。数日前にある若い同僚が、私の教科書の該当箇所にも未遂犯を付加すべきことを指摘してくれた」と。これが、きわめて不十分ながらも、Schroederの刑法学者としての履歴のスタートであった⁵。

Schroederは、ギムナジウム時代から蓄積したロシアに関する優れた知見により同年の冬学期から3学期間ベルリン自由大学東欧研究所の奨学金を受けることになった。その後彼は、ソビエト法の研究書⁶を著していたRainhard Maurachに会いにMünchenに向かった。Maurachと面談した際、Schroederは、彼に自分の東欧法に関する知見と研究能力を示すために、何か研究課題を完成させて提出したい旨を願い出たところ、Maurachは「立法論としてのソビエト社会主義連邦共和国刑法」というテーマを与えてくれた⁷。

Schroederは、やがて研究成果をまとめてMaurachのもとに送った後、Münchenに居を移した。MaurachはSchroederの提出した研究課題を彼の研究所の叢書の1つに加えてくれた。この結果、Schroederは、21歳にして初めて公刊物を得ることになった⁸。やがて、Maurachは彼を東欧法研究所の研究者として任用したことから、Schroederは、ソビエト法研究に

4 A.a.O. (Fn.1) S. 502.

5 A.a.O. (Fn.1) S. 503.

6 Handbuch der Sowjetverfassung, 1955.

7 A.a.O. (Fn.1) S. 503.

8 Das Strafrecht der UdSSR de lege ferenda, 1958.

没頭するようになった⁹。彼は、Hermann Bleiの後任助手に採用されてからは、Maurachの刑法総論および同各論の教科書の改訂作業に関与するとともに、東欧法研究所の活動もMaurachに代わって講演を行うなどした¹⁰。その後、Schroederは、Engisch主催の正犯と共犯に関するゼミで、間接正犯の理由づけに関して従来とは異なる理由づけが可能ではないかということに気づいたことから、この問題を扱って博士学位請求論文として提出した¹¹。同論文は1962年にMaurachとEngischから「秀」と評価され学位が認められたが、不幸なことに、直後にRoxinの教授資格取得論文¹²が公刊された。もっとも、Schroederにとって嬉しいことに、BGHが数十年の時を経て彼の見解に着目して好意的な思考を展開した¹³ことに加えて、ほぼ同時期に間接正犯の問題につき独創的な見解を主張したRoxinが後にSchroederの見解との統合を試みた¹⁴。さらに、Schroederによれば、博士論文作成過程で感じたことは学説史が当該問題の理解にとってきわめて重要であり、同様のことは立法に対しても妥当する。このことは、

9 A.a.O. (Fn.1) S. 504.

10 A.a.O. (Fn.1) S. 505.

11 後に、Der Täter hinter dem Täter. Ein Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965として公刊された。

12 Täterschaft und Tatherrschaft, 1963.

13 BGHSt 40, 218 [236f.] 本件は、旧東ドイツ(ドイツ民主共和国)の国境警備兵[いわゆる「壁の射手」]に不法出国者を射殺するように命じた共産党幹部であった被告人らの罪責が問題となったものである。BGHは、被告人らに間接正犯を認めるにあたり、Schroederの見解、すなわち、背後者が「直接行為者が当該行為の実行を通常無条件に受け入れる状態にあることを利用した」ことをその論拠としている。vgl. Schroeder, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis. Zugleich Besprechungsaufsatz zum Urteil des BGH v.26.7.94-5StR 98/94-, in: JR 1995, S. 177ff.; ders., Tatbereitschaft gegen Fungibilität, in: ZIS 2009, S. 569ff.

14 Roxin, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: Schroeder-FS, 2006, S. 387ff.

Schroederの後の研究にも重要な関心事となった¹⁵。「国家保護法」をテーマとした教授資格請求論文は1968年に完成し、その2年後に公刊された¹⁶。

Schroederは、教授資格を取得してわずか3週間後にRegensburg大学に正教授として招聘された¹⁷。Schroederは、その後は他大学からの招聘要請¹⁸を拒否し、新設大学のRegensburg大学にとどまり、同地で刑法、刑事訴訟法に関する研究はもとより、東欧法研究、1532年に制定されたカロリナ刑事法典〔Constitutio Criminalis Carolina〕の法史学的研究¹⁹に加えて、スポーツと法、性刑法〔Sexualstrafrecht〕等の新しい研究分野を開発するなど、数多くの優れた成果を公表している²⁰。

Schroederによれば、刑法の基本的な諸問題についてはこれまで自制してきたのであって、彼にとっては、むしろ新たな解釈学的問題の発見ないしは忘れ去られた問題の再発見が刺激的なテーマであった。こうしたテーマとしては、択一的構成要件要素の錯誤〔Irrtum über Tatbestandsalternativen〕²¹、〔生命や財産のように点的な攻撃客体ではなく、物や人の身体のように〕多面的攻撃客体〔gloßflächige Angriffsobjekte〕に対する故意の逸脱²²、新しい

15 A.a.O. (Fn.1) S. 506.

16 Der Schutz von Staat und seine Verfassung im Strafrecht: Eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, 1970.

17 A.a.O. (Fn.1) S. 508.

18 Kiel (1972), Hamburg (1977), Tübingen (1988)

19 A.a.O. (Fn.1) S. 514.

20 Vgl. Verzeichnis der Schriften von Friedrich-Christian Schroeder, in: Schroeder-FS (a.a.O. [Fn.14]) S. 909ff.

21 Vgl. z.B. Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, in: GA 1979, S. 321ff.

22 Vgl. z.B. § 16 Rn.11, in: LK 11.Aufl., 1994. こうした問題領域に属するのは、たとえば、器物損壊の意思で他人の住宅の窓ガラスを割ろうと投石したところ、投げた石が窓ガラスではなく同住宅の壁に埋め込まれたマリア像に当たって同像を壊した場合、他人の財産の侵害という点で、具体的符合説の立

タイプの故意犯〔Absichtsdelikt〕²³、過失犯の構造²⁴、謀殺罪要件の基本的考え方²⁵、器物損壊罪における状態変更説〔Zustandsveränderungstheorie〕²⁶、反対給付の強要と恐喝罪²⁷、3種類の強要罪²⁸、文書偽造罪における間接正犯²⁹、唯一の財産犯（297条〔輸送禁制品による船舶等の危殆化罪〕）³⁰、被写体保護としてのボルノ頒布等の禁止³¹である。

Schroederの最近の関心の対象は、目的的行為論にとって代わった客観的帰属論のもつ価値である。彼にとって特に魅力的だったのはその解釈論の発生史、すなわち現在論争の対象となっている理論構造がいかなる発端から展開されてきたのかについて明確にすることであった。本書は、まさに彼のこうした関心から生まれたものである³²。

場からも故意の符合を認めることができるが、窓ガラスとマリア像という財物の個性に着目すると具体的符合説からは故意の符合を認めることができないのではないかという問題である。

23 Vgl. z.B. Neuartige Absichtsdelikte, in: Lenckner-FS, 1998, S. 333ff.

24 Vgl. z.B. Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, in: JZ 1989, S. 776ff.

25 Vgl. z.B. Grundgedanken der Mordmerkmale, in: JuS 1984, S. 275ff.

26 Vgl. z.B. Zur Sachbeschädigung durch Plakatieren und Beschmieren, in: JR 1987, S. 359ff., 1988, S. 363ff.

27 Vgl. z.B. Nötigung und Erpressung durch Forderung von Gegenleistungen? in: JZ 1983, S. 284ff.

28 Vgl. z.B. Die drei Arten der Nötigung, in: Gössel-FS, 2002, S. 415ff.

29 Vgl. z.B. Die Herbeiführung einer Unterschrift durch Täuschung oder Zwang, in: GA 1974, S. 225ff.

30 Vgl. z.B. Das einzige Eigentumsdelikt, in: ZRP 1978, S. 12ff.

31 Vgl. z.B. Polnographieverbot als Darrstellerschutz?, in: ZRP 1990, S. 299ff.

32 なお、本書の簡潔な紹介として、vgl. Hettinger, Schrifttum, in: GA2010, S. 407ff.

〔わが国の状況〕

Schroederが、本書本編で叙述した問題状況³³に関して、ドイツ刑法学の強い影響を受けてきたわが国においても基本的に同様の理論的展開と混沌状況が存在する。もっとも、わが国における議論の理論的な枠組みには、上記ドイツの場合とは若干異なるものがみられる。ここでは、こうした理論状況に深く立ち入る余裕はないが、その概要を、本書本編の叙述に対応させて、主として時系列的な観点を基礎として、確認しておきたい。

まず、わが国で上記雷雨事例ないし（相続人が被相続人に鉄道ないし飛行機旅行を勧めた）旅行事例（以下「旅行事例」という。）につき比較的早い時期から言及したのは、勝本勘三郎であった。彼は、「例へハ甲者汽車ノ衝突ニヨリテ乙者ヲ殺サント欲シ金ヲ與ヘテ東京ニ旅行セシメタルニ甲者ノ希望セシカ如ク汽車衝突シテ乙者死亡シタル場合——甲者乙者ヲ落雷ニヨリテ殺サント欲シ晴天一點ノ雲ナキ日ニ乙者ヲ外出セシメタルニ驟雨俄ニ至リ乙者落雷ノ爲メ死亡シタル場合——甲者丙者ヲ殺サント欲シ乙者ノ射術ニ巧ミナルヲ賞揚シ其妙技ヲ試ミンコトヲ勸メ丙者頭上ニ戴ケル菓實ヲ射ラシメタルニ甲者ノ希望スルカ如ク乙者過テ丙者ヲ射殺シタル場合……適當條件説ニヨレハ乙若クハ丙死亡ノ原因ハ偶然ノ條件ニヨルカ故ニ甲者ハ無罪タルヘキモ條件原因説ニヨルトキハ因果ノ關係アルト同時ニ乙又ハ丙ヲ殺サントノ意思アルカ故ニ責任條件ニ於テモ何等缺クル所ナク

33 本書付録部分に対応するわが国の理論状況については割愛する。さしあたり、山中『刑法における客観的帰属の理論』（1997年）1頁以下、Yamanaka, Die Lehre von der objektiven Zurechnung in japanischen Strafrechtswissenschaft, in: ders., Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft, 2012, S. 147ff. 安達「客観的帰属論の展開とその課題（四・完）」立命館法学273号（2000年）87頁以下、同「客観的帰属論—犯罪体系論という視点から—」川端ほか編『理論刑法学1』（2008年）50頁以下、葛原「客観的帰属論の現在」現代刑事法26号（2001年）74頁以下、曾根『刑法における結果帰属の理論』（2012年）250頁以下参照。

殺人已遂ヲ以テ論セサルヘカラサル結果ヲ生シ常識ニ反スルノ嫌アリ、或ハ條件原因論者ノ或ル者ハ此場合ニ於テ因果ノ關係ハ之レアリト雖モ、故意ナキカ故ニ無罪トセサルヘカラス蓋シ本場合ニ於テハ犯人ハ單ニ希望ヲ有スルノミ希望ハ故意ニ非スト云フ者アリト雖モ希望ハ故意ノ中尤モ程度ノ高キモノ、若シ之レヲシモ尚ホ故意ニ非ストセハ故意ナキニ至ルヘキカ故ニ誤レルモノトス³⁴として、十分な理由づけには欠けるものの、相当因果関係説の立場から、殺人罪の成立を否定した。

次いで、牧野英一も、旅行事例を修正した事例を取り上げ、次のように述べている。すなわち、「甲あり、乙の死を希望し之に世界旅行を勧めた。乙はその旅行の途に上つたが、不幸にも、ヨーロッパの某市において自動車事故のために死んだ。甲は、かねて、かくのごときを期してゐたのである、としよう。かやうな場合に、單に論理的な條件關係といふことを考へるに止まるならば、甲が乙に對して旅行を勧めた行爲と乙の死との間には、その前者なかりせばその後者なかりしなるべしといふ關係があるわけになるのである。しかし、果たしてそこに因果關係を認めてしかるべきであらうか。……右の設例に少しばかりの變更を加へ、乙は、甲の豫期に反して、無事に世界旅行を終へ、歸朝したとせよ。それは、果たして未遂罪とせられるべきであらうか。わたくしは、この場合において、それは不能犯をもつて論ぜられるべきものと考へる。何となれば、世界旅行といふことは、社會心理上、今日では危険を包藏するものではないからである。……かやうな場合には、かやうな行爲をもつて犯罪の實行の着手と爲すことはできないのである。……その事故が発生したとしても、それは、世界旅行を勧めた行爲の危険性に基づくとはいひ得ないものと考へねばならぬ。わたくしは、わたくしの危険關係説とされる考へ方が、かやうな場合に一種の意味を持ち得るものなることを信ずるのである。」³⁵と。ここで

34 勝本『刑法の理論及び政策』（1925年）119-120頁。

35 牧野『刑法研究第八卷』（1939年）438-439頁。

は、「危険関係説」の立場からという違いはあるものの、殺人既遂罪のみならず未遂罪の成立をも否定している点で注目に値する。もっとも、こうした見解、とくに「危険関係説」を採用する牧野の見解においては、因果関係論と未遂犯論（実行の着手論）との関係が必ずしも明らかではなかったが、後に牧野はこの点について次のように述べている。すなわち、「因果関係は、行為と結果との関係上、社会が行為に対して危険を感じるかどうかによってこれを定めるべきである。」³⁶としたうえで、旅行事例につき、「われわれとしては、世界旅行においてかような事故の危険を当然のものとして感じているのでない。従って、かような場合においては、世界旅行を勧めたことと自動車事故に因る死亡との間に成立すべき因果関係はこれを否定すべきである。但し、かような場合には、因果関係を論ずる前に、かような世界旅行を勧めることが、不能犯を以って論ぜられるべきものであることを考えねばならぬ。そこには、因果関係がないと論ずるまでもなく、実行行為がないのである」³⁷。

さらに、佐伯千仞も、「落雷による死亡を豫想しつゝ、下男を森に行かしめる主人、汽船の沈没による溺死を豫想しつゝ、旅行に出ることを勧めた友人……等も、彼等の豫想し又は怖れたる結果が生じた以上は、それ等の原因を與へたものではあるのである。唯然しそれ等は相當的條件でないから、法的には意味がないといふまでである。」³⁸として、相当因果関係説の立場からの事案処理を主張している。佐伯の見解で重視すべきなのは、因果関係（条件関係）論と因果関係に対する法的評価の問題とが厳格に区別され、相当因果関係論を因果関係論ではなく、「法的評價の基準の理論」³⁹であるとして、まさに上記客観的帰属論と共通する基本的な考え方が前提

36 牧野『刑法総論上巻〔全訂版〕』（1958年）384頁。

37 牧野・前掲書（註36）385-386頁。

38 佐伯『刑法総論』（1944年）149頁。

39 佐伯・前掲書（註38）149頁。こうした立場は、その後も維持されている。佐伯『四訂刑法講義（総論）』（1981年）152頁以下参照。

とされている点である。

戦後の理論的展開において注目されるのは、莊子邦雄の見解である。莊子は、旅行事例につき、「このばあいには、人間の意思によって支配する範囲を越えて結果が発生したと考えるべきである。社会において日常生活に通常使用する手段は、この手段の普通の用法にしたがって利用したときには、死という結果を招く相当原因をそなえたもの、危険性をはらんだ手段として考えることはできない。」⁴⁰として、相当因果関係説の立場から問題を処理しようとしている。しかし、「人間の意思による支配」に着目して「行為連関の重要性」を判断しようとする莊子⁴¹の見解⁴¹は、まさに上記Larenzの帰属論⁴²を彷彿させる。しかし、莊子は、「人間の意思による支配」という基準を「予測可能性」という基準に置き換えてしまっており⁴³、従来の「因果関係論」のパラダイムにとどまっている⁴⁴。

次いで、平野龍一も、雷雨事例につき、当初は、「行為者の故意の内容どおりに進行したが、なお結果について責任を問う難い場合」であり、「(客観的に)相当因果関係がない」として結論を提示するだけにとどめていた⁴⁵。しかし平野は、その後は、旅行事例を修正し、故意の問題として処理すべき事例がありうることを指摘するに至っている⁴⁶。

40 莊子『刑法総論』(1969年)249頁。

41 莊子・前掲書(註40)243頁以下参照。

42 本書本編「XIV」参照。

43 莊子・前掲書(註40)248頁。もっとも、莊子は、「行為者の行為の支配力」という表現も用いており、「行為連関の重要性」の判断基準は明らかではない。

44 莊子は、その後も雷雨事例につき、「法感情に反する結論を回避するためには、構成要件上の行為の特別な客観的要素として相当性を認める相当因果関係説を用いなければならない」として、相当因果関係論による処理を主張している。莊子『刑法総論新版』(1981年)121頁、同『刑法総論〔第三版〕』(1996年)128頁参照。

45 平野『刑法総論I』(1972年)139頁、142頁。

46 平野『犯罪論の諸問題(上)総論』(1981年)41頁は、「爆弾がしかけて

次いで、条件説を支持する立場から、岡野光雄は、旅行事例および雷雨事例につき、「かかる行為は実行行為性を有しない。かりにブーリー流に刑法上の因果関係を肯定したとしても、このような例外的な条件関係の発生を予測した場合……故意はこれを否定すべきである。……ただし、飛行機あるいは列車に爆発物の仕かけてあることを知っていた場合や、落雷の危険性の高い時に金具等を運びさせて使いにやったような場合には、殺人罪の成立を肯定することが可能である。」⁴⁷としている。岡野は、因果関係論ではなく、故意論による処理を提案している上記 v. Buri の立場⁴⁸を肯定しつつも、むしろ実行行為性を否定することによる事案処理を主張しているだけでなく、雷雨事例につき殺人既遂罪が成立する場合があります得ることを肯定している点で注目される。もっとも、岡野の主張には、故意の否定についても、実行行為性の否定についても、明確な論拠が欠けている。

これに対して、町野朔は、相当因果関係説を支持する立場から、上記 Radburch の見解⁴⁹に言及したうえで、「子供を森の中に連れて行く行為は、父親の内心のいかにかわからず、すでに子供の死という法益侵害についての客観的危険性がなく、違法な実行行為とはいえない……設例の場合には既遂はもちろん、未遂も成立していないのである。」⁵⁰として、実行行為性の否定による処理を主張した。もっとも、町野は、未遂犯成立要件とし

あることを知って、被害者をその飛行機に乗らせたときは、殺人として処罰される。そして、ただ飛行機というものは落ちることもあるから、と思って飛行機に乗らせたところ、その飛行機に爆弾がしかけてあった場合にも因果関係は肯定せざるをえない。ただし故意がないということではある。この場合、行為者の表象の中にある因果関係は、相当因果関係といえるようなものではないからである。」としている。

47 岡野『刑法における因果関係の理論』（1977年）240-241頁。なお、岡野『刑法要説総論第2版』（2009年）64頁参照。

48 本書本編「XIII」参照。

49 本書本編「VII」参照。

50 町野『犯罪論の展開 I』（1989年）210頁。

ての危険性を「結果としての危険」として理解したうえで、(相当)因果関係の起点としての行為の危険性とは区別されなければならないという前提⁵¹から、後に理由づけを修正した。すなわち、町野は、未遂犯も成立しない理由を「遅くとも落雷があったときはAの生命に対する危険は生じているのである。この場合、殺人未遂も成立していないのは、Aを森に行かせる行為と、Aの生命に対して生じた危険との間の因果経過が異常であり、両者の間の相当因果関係が否定されるからである」⁵²ことに加えて、「行為から危険に至る因果経過に関する行為者の認識内容が相当因果でない以上、未遂犯に必要な故意を肯定することはできない。」⁵³ことに求めるに至った。しかしそうなると、因果関係論の起点を「実行行為」に求める町野の立場⁵⁴とどのように整合することになるのかという疑問が生じよう⁵⁵。町野は、後に、雷雨事例とそのヴァリエーションとを対比させながら、次のように説明する。すなわち、「相当因果関係がない場合のなかには、未遂犯は成立している場合と、それも成立しない場合とがある。……森のなかで重傷を与えたあとで落雷によって被害者が死亡した例が前者であり(殺人未遂)、被害者を森に行かせたところ落雷で彼が死亡した例が後者である(殺人未遂も成立していない)。後者の場合を相当因果関係のうちの『広義の相当性』が欠ける場合、前者を『狭義の相当性』が欠ける場合という。もっとも、いずれの場合も、落雷による死の惹起という因果経過が行為者に支配不能であったという点では同じであり、両者の相当性

51 山口「因果関係論」芝原ほか編『刑法理論の現代的展開総論I』(1988年)57頁以下参照。

52 町野・前掲書(註50)229頁。

53 町野・前掲書(註50)234頁。

54 町野・前掲書(註50)197頁では、「実行行為以前の行為から結果が発生したときは、因果関係論を論ずるまでもなく、構成要件該当性が否定される。」としている。

55 なお、町野の実行行為概念および判断基準に対する批判的検討として、山中・前掲書(註33)73頁以下参照。

の内容が異なっているわけではない……広義の相当性が欠ける場合に未遂犯が成立していないのは、未遂犯成立要件としての構成要件該当事実発生
の危険という『結果』も、行為との間に相当因果関係がないからである。
具体的にいえば、森のなかでの落雷がもたらした生命の危険は、客観的に
は殺人未遂を成立せしめうる危険ではあるが、行為との間に相当因果関係
がなく、未遂犯が成立していないのである。これに対して、森のなかで殴
られ重傷を受けたことによる生命の危険については、行為との間に相当因
果関係があるから、そこで未遂犯は成立している。しかし、その危険がた
だちに被害者の死へと現実化したのではなく、相当因果関係の範囲外の落
雷による生命の危険が死へと至ったのであり、それは行為に帰責しえない
から、既遂犯は成立しない。これが狭義の相当性の欠ける場合である」⁵⁶。
しかし、被害者を森に行かせる「行為」が、町野が因果関係の起点とする
「正犯行為（構成要件該当行為）」⁵⁷であるとする理由は依然として明らか
ではない。

次いで、前田雅英も雷雨事例、旅行事例等につき、行為者の行為の実行
行為性を否定することにより未遂犯の成立を回避しようとしている。前田
は、当初、こうした事案において行為者の実行行為性⁵⁸が否定される理論
的根拠につき、上記町野の見解と類似した説明をしていたが⁵⁹、最終的に

56 町野『刑法総論講義案Ⅰ〔第二版〕』（1995年）167頁。

57 町野・前掲書（註56）121頁、152頁参照。

58 前田『刑法総論講義』（1988年）156頁は、雷雨事例につき、「社会的行為論者は『森に行け』と言うのは社会的に重要な行為ではないから殺人罪にはならないとするのである」とするが、上記Schroederの論述には、こうした解決方法についての指摘は見当たらない。なお、社会的行為論と客観的帰属論との関係については、山本「社会的行為論と客観的帰属論」中央大学法学新報116巻9=10号（2010年）319頁以下参照。

59 前田『可罰的違法性の研究』（1982年）330頁、335頁註（46）参照。もっとも本書の論述は簡略なものであったが、後に前田『刑法の基礎総論』（1993年）90-91頁は、「遺産欲しさに事故死を願って嫌がるおじを新幹線に乗せた

は、上記H・Mayerの初期の見解⁶⁰のように、実行行為の「類型性」に理論的根拠を求めるに至っている⁶¹。

次いで、林幹人も、雷雨事例につき、行為者の実行行為性を否定しようとする。しかし、従来の見解とは異なり、林はその理論的根拠を結果発生の危険性と行為の社会的有用性との比較衡量に求めている。林によれば、「たとえばピストルで正当な理由がないのに人を狙って撃つような場合には、人までの距離がきわめて遠く、あたる可能性がほとんどなくても、現実にあたって死亡したような場合には、処罰は行われるべきだということである。それは、そのような場合ならば、そのような行為は将来にわたって、およそなすべきではないといいうるからである。そのような場合を処罰しても、人々の行動の自由を不当に制限することにはならない。そうだとすれば、処罰しない場合というのは、単にきわめて小さい可能性としてしか予測し得ないというだけでなく、行為の社会的有用性と衡量してもなお許されない程度に危険性が高度のものとしては予測し得ない場合だとい

甥(相続人)の行為は殺人行為に該当しない。それは……死の発生の可能性のない(ないしは極度に低い)行為だからである……。……たまたま新幹線に脱線事故が発生し、おじが死亡した場合でも、殺人罪はもちろん、殺人未遂罪にも問うべきでないといえよう。この場合は、新幹線に乗せた後、一定の時点で死の危険性が発生し、さらには死の結果まで生じたが、その危険性と結果は甥の殺人行為から生じたとはいえない(その意味では乗せた行為に実行行為性はない)と考えられている」としている。しかし、この説明においては、実行行為の内実およびその判断基準が曖昧である。なお、前田の実行行為概念および判断基準の問題点に関する批判的検討として、山中・前掲書(註33)66頁以下参照。

60 本書本編「XVII」参照。

61 前田『刑法総論講義 [第5版]』(2011年)110-111頁(さらに117)は、『『殺す』行為とは、たまたま死の結果を生ぜしめた行為のすべてを含むのではなく、典型的に人の死を導くような行為でなければならない。』としたうえで、旅行事例の行為者の行為は『『殺す行為』とはいえない』とする。なお、同『刑法総論講義 [第6版]』(2015年)76頁以下参照。

うことになるであろう。雷事例が処罰されるべきでないのも、実には、行為の有用性との衡量の結果として、将来にわたってそのような行為が禁止されるべきではないからなのである」⁶²。したがって、因果関係の起点を「実行行為」に求める林の立場からは、結論として、「条件関係以前に、実行行為性が否定されるべき」⁶³ことになる。

これに対して、こうした見解⁶⁴の前提とされる「実行行為」概念の「解

62 林「相当因果関係と一般予防」上智法学論集40巻4号(1997年)28-29頁(射撃事例との比較は、上記Traegerの見解(本書本編「Ⅶ」参照)を想起させる)。井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)47頁も同様に「実行行為とは、社会生活上一般に許容されている以上のリスクにさらすことを内容とする。これに対し、……社会生活上一般に許容されているリスク、すなわち『一般的生活危険』にさらすことを刑法は禁止することができない。……飛行機旅行をさせること……は、……一定のリスクを伴うものであるが、それだからといって、『故意』があったとき殺人罪や傷害罪の実行行為性をみとめることはできない」とする。これに対して、辰井「〔判例研究〕不適切な医療の介入と因果関係」上智法学論集43巻1号(1999年)163頁以下は、「雷の発生を予測した上で人を森に行かせるという行為は、やはり差し控えられるべきものであると思われる。このような行為を禁止しても、行動の自由を不当に制限することにはならない。」としている。さらに、同『因果関係論』(2006年)72頁参照。こうした見解は、上記Geyerの見解(本書本編「Ⅲ」参照)を想起させる。

63 林・前掲論文(註62)30頁。さらに同『刑法総論[第2版]』(2008年)133頁参照。

64 「実行行為性」を否定する見解は、その理論的根拠に相違はあるにせよ、わが国では多数説といえよう。たとえば、曾根『刑法における実行・危険・錯誤』(1991年)69頁、同・前掲書(註33)135-136頁、内田『刑法概要上巻』(1995年)367頁、浅田『刑法総論[補正版]』(2007年)138頁、大谷『刑法講義総論新版第4版』(2012年)201頁、佐伯「因果関係論」山口ほか『理論刑法学の最前線』(2001年)10頁、同『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)61頁など。なお、振津「刑法における因果関係の意義」阿部ほか編『刑法基本講座第2巻構成要件論-錯誤・過失を含む』(1994年)123頁註38も同旨か。

積概念」としての有用性に疑問を呈する立場⁶⁵から、高山佳奈子は、次のように説明する。「『雷事例』は相当説のような考え方により処理せざるを得ないのではないかと思われる。なぜなら、森に行くことが家の中にいるよりも危険なことは明らかであるから、危険の創出はあるし、また実行行為性を否定するのは結論の先取りだからである」⁶⁶。また、「犯罪成立要件としては『行為』があれば足り、『実行行為』は不要である。……『雷事例』のように、『実行行為』性がいないために構成要件に該当しないといわれる事例は、実は相当因果関係の判断を取り込んでいるにすぎない」⁶⁷。高山は、相当因果関係による処罰を一般予防論の観点から基礎づけようとする上記林の見解に基づき、相当性判断を「因果経過の利用可能性」という基準によって行おうとすることから、結局、雷雨事例を「因果経過が不相当な場合」としている⁶⁸。

山口厚も、「構成要件的结果への因果関係の起点となる行為は無限定ではなく、構成要件的结果を惹起する客観的な危険性が認められる行為でなければならない」⁶⁹としながらも、雷雨事例につき、高山と同様、「実行行為と構成要件的结果との間に事実的な因果関係が認められても、結果が極めて異常な経過をたどって生じたような場合」として位置づけている⁷⁰。しかし、雷雨事例における「森に行くようにいう行為」に「構成要件的结果を惹起する客観的な危険性」⁷¹が認められるとする理由は、上記高山のいう「危険の創出」の刑法的意義と同様明らかではない。

65 すでに、山口厚『問題探求刑法総論』（1998年）2頁以下参照。

66 高山「死因と因果関係」成城法学63号（2000年）190頁註13。

67 高山「相当因果関係」山口編『クローズアップ刑法総論』（2003年）13頁。

68 高山・前掲論文（註67）25頁以下参照。

69 山口『刑法総論 [第2版]』（2007年）50頁。

70 山口・前掲書（註69）57-58頁。なお、同『刑法』（2005年）以降、雷雨事例が削除されている（同『刑法第3版』（2015年）30頁以下参照）。

71 山口『刑法第2版』（2011年）30頁では、「現実的危険性」という表現に変わっている。

さらに、辰井聡子も、「行為者による因果経過の意思的支配可能性」という異なる基準⁷²からではあるが、因果経過の相当性を原則的に否定することにより雷雨事例を処理する立場を主張している⁷³。

これに対して、時系列的には前後するものの、以上のような相当因果関係論または実行行為論とは異なる理論的な枠組みからの議論も存在する。たとえば、上記Roxinの客観的帰属論⁷⁴を支持する立場⁷⁵から、山中敬一は、雷雨事例および旅行事例につき、「直接的危険創出連関」⁷⁶を否定することによる処理を主張している⁷⁷。

また、鈴木茂嗣は、雷雨事例につき、「許された危険行為として理解すべきであろう。単に因果関係の限定であれば、強制的に森へ追いやったような場合にも責任は問い得ないことになるといえよう。これは妥当か。強制ではなく、森へ行くよう勧誘し、その決断を相手方に委ねる行為が許さ

72 辰井・前掲書（註62）113頁以下、同「因果関係論－解題と拾遺－」川端ほか編・前掲書（註33）1頁以下参照。こうした基準自体は、上記Larenzの見解（本書本編「XIV」参照）を想起させる。

73 辰井・前掲書（註62）123-124頁参照。例外については、同書75頁参照。

74 本書本編「XVII」参照。

75 山中・前掲書（註33）1頁以下参照。

76 山中『刑法総論〔第2版〕』（2008年）281頁以下によれば、「危険創出連関とは、当該行為が構成要件的结果に対して許されざる危険を創出したと行為の時点で判断されるような行為と結果の連関」を意味し、「一般的な構成要件的结果に対する事前的な行為の危険性を問うもの」であって、実行行為を意味するものではない。危険創出連関は、「行為客体に対して第三者の行為を介在させずに直接に作用する①直接的危険創出連関の事例群と、行為者による行為は、それ自体としては、危険状況を創出したにすぎず、危険創出と判断されるためには、第三者ないし被害者の行為の介在をあらかじめ考慮に入れざるをえないという②危険状況創出連関の事例群に分けることができる」。

77 山中・前掲書（註33）434頁。さらに、同・前掲書（註76）282頁も、上記事例につき、「それによって特殊な危険が高められておらず、社会相当な行為であるので危険創出連関は否定される」とする。なお、伊藤ほか『刑法教科書総論（上）』（1992年）158頁以下（松生執筆）参照。

れるにすぎないのではないか。そこには、被害者の自己決定（自己責任）の要素が絡んでいるように思われる。」⁷⁸として、早い時期から上記 Schroeder の見解⁷⁹を彷彿させる独自の見解を主張していたのが注目される。もっとも、鈴木の見解には、Schroeder の見解とは異なり、正犯性という観点からの検討は欠けていた。

これに対して、鈴木左斗志は、正犯性は行為者自身の行為の「結果に対する寄与度（影響力の大きさ）」によって判断されるという前提⁸⁰から、雷雨事例につき、次のように述べて行為者の行為の正犯性を否定している⁸¹。すなわち、「『落雷の瞬間に、まさにその落雷地点にいること』は被害者自身の行動によって決定されている。もちろん、家の中から森へ向かわせたという点では、行為者の行為が被害者の上記行動……に一定の寄与・影響を与えていることは否定できない。しかし、一般的な事例状況を前提にしていえば、このような寄与・影響は、正犯性を基礎づけるほどに決定的なものとはいえない」と⁸²。

78 鈴木「相当因果関係と客観的帰属」芝原ほか編『松尾浩也先生古希祝賀論文集上巻』（1998年）168頁。

79 本書本編「XX」参照。

80 鈴木「刑法における結果帰責判断の構造－犯罪論の機能的考察－」学習院大学法学会雑誌38巻1号（2002年）265頁以下。

81 鈴木・前掲論文（註80）290頁。

82 もっとも、鈴木はこれに続けて、例外として、次のように述べる。すなわち、「たとえば、雷雨の日に被害者を森に連れて行き、木に縛りつけて身動きできないようにしたところ、落雷の直撃を受けて被害者が死亡した、という事例の場合には、結果に対する行為者の行為の寄与・影響は重大であり、正犯性が認められる。しかし、この事例の場合には、たとえ行為者が落雷による被害者の死を意図していたとしても、故意を認めることができない（この点は上掲の雷雨事例の場合も同じ）」。（同頁）。しかし、故意を否定する論拠の問題性は措くとしても、落雷自体をコントロールできないにもかかわらず、正犯性を認める理由が明らかではない。そして、鈴木は、最終的に「行為者の行為が、実際に発生した内容・態様の、正犯性を基礎づける『結果に対する寄与度（影響力の大きさ）』を持つことの蓋然性」の低さを問題にし、

次いで、林陽一は、因果関係の要件を「構成要件レベルにおける『外枠』として、『当該行為と当該結果の間に、客観的に、人の支配可能性を基礎づける法則性が存在するか』を判断するもの」⁸³とする立場⁸⁴から、「飛行機が墜落に至るメカニズム……に関する法則性を認識して、墜落が予想される飛行機に被害者を搭乗させるという形で『飛行機事故による死亡』という結果を支配することは人間にはできないと考えられるから、結果帰責の前提条件が存在しない……。雷雨事例においても、同様の理由で因果関係が否定される。……ここでの問題は、従来の理論が考えたように『行為の危険性が低い』ことに着目して解決されるわけではないのである。』⁸⁵としている。

最後に、小林憲太郎は、「合法則的条件関係」という概念を用いて「相当因果関係の概念を再構成する」という立場⁸⁶から、『雷雨事例』では、既存の科学法則に包摂可能な、換言すれば行為から通常の因果経過を経て結果が発生したといえるような事案記述がおよそ不可能であるから、合法則的条件関係は否定されよう。」としている⁸⁷。この見解は、雷雨事例を初めて論じた上記Böhlauの見解⁸⁸を想起させる点できわめて興味深い。

「この点は上掲の雷雨事例・木に縛りつけた事例の場合も同じ」とする（同291頁）が、こうした意味での蓋然性が犯罪の成立要件の中でどのように位置づけられることになるのかという疑問がさらに生じる。

83 林『刑法における因果関係理論』（2000年）232頁。

84 林・前掲書（註83）244頁によれば、「その判断方法は、(1)『行為と結果との間に合法則的条件関係が存在するか』という判断と、(2)『行為から結果に至る具体的経過において、(A) 単独でも結果を発生させ得る程度に危険な事情が存在し、かつ、(B) その事情がもつ危険性に対して行為が影響を与えないようなものであるか』（このような要素を……『一般的危険』という）という、二段階から成る」。

85 林・前掲書（註83）294頁。

86 小林『因果関係と客観的帰属』（2003年）197頁以下参照。

87 小林・前掲書（註86）213頁。

88 本書本編「I」参照。

〔若干のコメント〕

Schroederは、本書の冒頭で次のように述べている。すなわち、「刑法学は、単に立法の体系化と解釈のための諸テーゼと諸理論から構成されるだけではない。刑法学は、ある事例を作り出すことによりその諸理論を適用し、競合する諸理論をもたらし、あるいは対立する理論間で相互に論破しようとする。こうした設例のいくつかは不朽であり、――見して――実生活とかけ離れたものであればあるほどそれだけいっそう不朽のものとなる」⁸⁹と。雷雨事例は、この意味においてまさに不朽の設例である。本書は、読者が、この事例をもとにドイツ刑法学がおよそ150年にわたり営んできた理論的深化の過程を時空を超えてタイムトリップできる点で大きな意義がある。150年以上経て、客観的帰属論が通説となっている現在⁹⁰においても、ドイツ刑法学においては、本書が示すように、雷雨事例の結論を導く理論的根拠に関して定説は未だ存在せず、行為者の主観内容とは無関係に行為の危険性およびその法的意義に着目する見解⁹¹に加えて、故意を否定する見解⁹²、客観的帰属判断における社会的相当性という基準の再

89 Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument. Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft, 2009, S. 7.

90 もっとも、「客観的」という表現の意義、とくに人的不法論との関係をめぐっては、従来から争いがある。ここで詳述することはできないが、さしあたり vgl. Guanarteme Sánchez Lázaro, Zur Zurechnung des Erfolgs — Prolegomena einer personalen Zurechnungslehre, in: ZStW 126 (2014) S. 277ff.

91 Vgl. Frisch, Objektive Zurechnung des Erfolgs. Entwicklung, Grundlinie und offene Fragen der Lehre von Erfolgsszurechnung, in: JuS 2011, S. 117ff.

92 Schumann/Schumann, Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?, in: Küpper-FS, 2007, S. 543ff., 551f.; Kindhäuser, Die subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, in: GA 2007, S. 447ff., 466.なお、Roxinも、不能犯の可罰性について論じた際、雷雨事例において「『行為者』

評価を示唆する見解⁹³、行為の危険性に加えて被害者の行為（自由意思・自己責任に基づく自己危殆化）にも着目する見解⁹⁴など多様な見解が依然として主張されている。

これに対して、雷雨事例をめぐる議論の歩みが100年にも満たないものの、わが国でも、上記のように、類似の理論状況が存在する。もっとも、わが国では、雷雨事例のもつ意義に関して、ドイツにおける理論状況とはその出発点において異なっているように思われる。すなわち、雷雨事例は、本書が指摘しているように、本来、特定の因果関係論の論破をめざして設けられた事例ではなかったにもかかわらず、わが国では「条件説の難点」⁹⁵を明らかにする事例としての意義に囚われて、「因果関係論」というきわめて限定された問題領域を主要な舞台として議論がなされてきたよう

が表象していた危険の程度が、客観的帰属に必要な程度に達していなかった」ことから故意が欠けるとして、被害者が落雷により死亡しなかった場合には、未遂犯も成立しないとしている（Roxin, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, in: Jung-FS, 2007, S. 829ff., 838.）。

93 Vgl. Otto, Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, in: Amelung-FS 2009, S. 225ff., 235ff.（本論文に関しては、鈴木ほか訳「ハロー・オットー解釈原理としての社会的相当性」比較法雑誌46巻1号〔2012年〕91頁以下参照）；Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Sozialadäquanz, in: JuS 2011, S. 311ff., 312.

94 Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.Aufl., 2012, § 4 Rn.97; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44.Aufl., 2014, Rn.183（ただし、Rn.184では、旅行事例につき、「許された危険」または「社会的相当性」の問題として処理する立場が示されている。); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2014, § 13 Rn.53.なお、客観的帰属論を否定する立場から Zieschang (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2014, Rn.90.) は、被害者の自由意思・自己責任に基づく行為であることから、行為者には、正犯性に必要な行為支配が欠け、また、被害者のこうした行為への加功には、正犯行為が欠けることから、行為者の行為は、共犯としても処罰できないとしている。

95 たとえば、平野・前掲書（註45）139頁。さらに、内藤『刑法講義総論（上）』（1983年）264頁、福田『全訂刑法総論〔第5版〕』（2011年）103-104頁など参照。

に思われる。

しかしながら、雷雨事例は、本書に示された理論状況から明らかなように、ドイツにおける議論においては、単に特定の因果関係論の理論的およびその適用上の問題点を明らかにしたことにとどまらず、むしろ因果的犯罪概念を基礎とした当時の通説的な犯罪論に内在する問題点を顕在化させた⁹⁶ことにその大きな意義がある。上記のように、Schroederが、「相当性」、「法規範違反性」、「支配可能性」、「目的設定性」、「社会的相当性」、「行為支配」、「客観的帰属」、「危険増加」など—これらすべての魅力的な表現は、雷雨事例に対して用いられ、あるいは雷雨事例のために考案されたものであるとしている⁹⁷のも、まさに雷雨事例が、因果的犯罪概念を基礎とした犯罪論から、いわば「規範的犯罪論」へと推移する大きなインパクトを与えたことを物語っているといえよう。

本書は、6年ほど前に公刊されたものではあるが、現在においてもその理論的ならびに法史的意義⁹⁸を失っていないと思われることから、ここに紹介したしだいである⁹⁹。

96 Vgl. Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2.Aufl., 2013, § 23 Rn.68.

97 本書本編「XXV」参照。

98 こうした観点からの本書の書評として、vgl. Köbler, in: ZRG GA 128 (2011) : Naucke, in: JoJZG 2011, S. 24-26.

99 本書の付録部分の内容は、とりわけ山中・前掲書(註33)280頁以下によってわが国でも知られているところである。しかし、付録部分の内容は、本編の内容と密接に関連しているだけでなく、初出論文に加筆・修正を施したものとなっていること、さらに、従来十分な根拠を示すことなくなされていた理論的なプライオリティに対するSchünemannらの評価(たとえば、Welzelの社会的相当性論と客観的帰属論との関係、Roxinの業績に対する客観的帰属論の法史的的位置づけ等)を修正している部分があるなどの理由からあえて紹介することにした。なお、本書の紹介は、本来、5年前に行う予定であったが、紹介者の急病等の事情により、遅れてしまったものである。