

資 料

客観的帰属論をめぐる議論の現状と その問題性について

ヴォルフガング・フリッシュ
岡上雅美訳

- I 客観的帰属論の概念についての諸理解
- II 客観的帰属論の承認と目的的行為論の側からの批判について
- III 客観的帰属論の本来的な問題性
- IV 帰属の思想を固持する諸々の背景
- V 帰属の思想、刑罰論および犯罪行為の理解

〈要約〉

本稿は、客観的帰属論について、見極めもつかなくなった議論を整理しようとするものである。本稿は、最初に、現在主張されている客観的帰属論のもっとも重要な諸理解を紹介する（後述 I）。この基礎に基づいて、議論の中心に位置する規範的な結果帰属の理論を認める立場を検討し、目的的行為論者によってなされた批判に取り組む（後述 II）。この帰属論に内在する、しかしまた、客観的帰属論の他のヴァリエーションにも内在する本来的な欠陥は次の点にあると考えられる。すなわち、これらの理論は、法的自由の射程および他者との関係における法的な自由の逸脱（したがって、刑法体系的には、構成要件上禁じられた態度）の問題とは実際には何であるかを、外界変動の帰属の問題として取り扱うものである（後述 III）。法的な態度命令の違反と本来の帰属とをこのように混同することは——帰属思想の理由を迫体験しうるにもかかわらず（後述 IV）——結局は甘受しえないが、それは両者の問題領域には異なった諸原則が妥当するからであり、外界変動の帰属という問題の出発点が、法違反としての犯罪行為という基本的理解とも調和し難いからである（後述 V）。

* * *

客観的帰属論についてほど、ここ30年間に多く書かれた、刑法総論の解釈論的テーマはおそらくないであろう⁽¹⁾。盛んに論じられてきたこの関心事は、とりわけ細部において確かにいくらか解明され深化した。しかし同時に、このことから——残念なことに——このテーマへの新たな参入も困難になってしまった。さまざまな形で投げかけられ、自説を表明した多くの論文が、議論状況を複雑にし、概観しえなくしているのである。いわゆる客観的帰属論には熱心な支持者もいれば、この理論の決定的な拒否も見受けられる。その間に、その位置価値と主張内容の点でしばしば位置づけを行うのが困難な、細かく分かれる多くの立場がある。判例は、その他のことについては解明に資することも多いのだが、ドイツでは、これまで断片的にのみこのテーマに加わってきた。したがって、判例の見解全体は、完全に一義的であるわけではないし、少なくとも解釈を必要とする。

もちろん、客観的帰属の理論の問題について1つの像を与えようとする努力が困難となっているのは、諸論文が溢れるほど出され、混乱の原因となっていることと、さまざまな見解が幅広く多様化していることばかりによるのではない。さらに努力を困難にさせるように働いているのは、別の2つの事情である。1つは、客観的帰属という上位概念の下に、まさに多様な一連の問題状況が語られているということである。他方は、客観的帰属について、明らかにまたまったくさまざまな理解があるということである。したがって、客観的帰属についての議論状況を把握し、独自に理解しようとする者は、まず初めに、客

(1) この分野に関する文献を包括的に掲げるものとして、1980年までは、*Wolter*, Objektive und personale Zurechnung などが、1981年ないし1987/88年までの時期については、*Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988がある。その後の時期については、とくに次の詳細な——それぞれはもちろんまったく異なった方向にある——モノグラフィー *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, insbes. S. 267 ff., 320 ff.; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Puppe*, Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht, 2000 および *Degener*, »Die Lehre vom Schutzzweck der Norm« und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001 並びに *Hirsch*, Lenckner-Festschrift, 1998, S. 119 ff.; *Jakobs*, Hirsch-Festschrift, 1999, S. 45 ff., および *Schünemann* GA 1999, 207 ff. の諸論文を参照。

観的帰属の全議論において役割を演じるさまざまな理解と構想とを明らかにしておかなければならない⁽²⁾。この点が明らかにされて初めて、これに賛成する立場およびこれを拒否する立場のそれぞれをより正確に位置づけるのであり、客観的帰属論がどのような議論状況にあり、その理論がどの程度認められるかについての実際に適切な理解が生じてくる。このような基礎に基づいて初めて、新たな混乱を作り出すだけでは終わらない独自の立場決定が可能となるのである。

I 客観的帰属論の概念についての諸理解

1 ホーニツヒの客観的帰属論——現代の支持者

客観的帰属のカテゴリーをめぐる最近の刑法上の議論の出発点となるのは、1930年のホーニツヒの論文である⁽³⁾。この論文の中で、ホーニツヒは、多くの構成要件の中で役割を演じている、行為と結果との関係を相当に (adäquat) 決定することを問題とした。行為と結果との関係が、条件説では適切に記述されないということは、学説では、とくに、因果経過がまったく異常な場合を挙げることでいっそう明らかに認められていた。修正原理として、故意または過失ではじめてこれを考えるのは、つまり、当時の理解によれば犯罪論体系上故意および過失が属するものとされていた責任においてはじめて問題の解決を模索するというのは、同じく不十分であると考えられた。このような背景において、学説の大多数は、構成要件の段階ですでに、特定の因果経過とりわけ異常な因果経過を取り除くことを考えることのできる、より限定的な因果関係概念が望ましいと考えた。周知のように、これがとくに (因果経過の予見可能性を要求する) 相当因果関係説の立場であった⁽⁴⁾。

(2) これについて詳細は、*Koriath* (Fn 1), insbes. S. 98 ff., 330 ff., 404 ff., 538 ff. を参照。*Hardwig*, *Die Zurechnung*. 1957, S. 11 ff.; *Küpper*, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, S. 83 ff., および *Köhler*, *Hirsch-Festschrift*, S. 65 ff. には歴史的概観がある。

(3) *Honig*, *Frank-Festgabe I*, 1930, S. 174 ff.

(4) これについては、例えば、*Köhler*, *Deutsches Strafrecht AT*, 1917, S. 199; *v. Hippel*, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 2, 1930, S. 143 ff. 並びに——議論をまとめ、さらに前進させた——*Engisch*, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, insbes. S. 41 ff. を参照。

ホーニツヒは、この立場をこえて——方法論的な側面において——重要な一歩を踏み出した。ホーニツヒが疑いを持ったのは、行為と結果との構成要件上との関係を因果関係の存在論的カテゴリーをもって適切に把握しようとされている点である。法においては、そしてまた刑法上の構成要件においても、ホーニツヒの見解によれば、——その限りでは、ラレンツ⁽⁵⁾における帰属についての一般的考察と関連して——別のことを問題としている。すなわち、ここで関心の対象となるのは、その結果をある者の仕業として考えることができる（そして、それゆえにこの者に帰属させることができる）ということである。しかし、人（Person）について特徴的なのは、人はその意思を通じて外界を形成することができるということだという。この意味で「形成された」ものとして考えられるのは、そもそも因果経過を操縦しようとする意思の発現の結果、したがって、このような意味において「目的的に設定された」ものとするのできる結果のみである、と⁽⁶⁾。そのような結果だけが客観的に帰属可能なのであり、因果の偶然の産物である結果は帰属可能ではないというのである。なお、客観的目的可能性（*Bezweckbarkeit*）が欠ける「相続人事例（*Erbonkel-Fall*）」は、今日、何度も例示のために用いられているものであるが、すでにホーニツヒもまた例として用いている⁽⁷⁾。

ホーニツヒが変えた問題の見方を、結果の客観的帰属の理論についての最近の多くの発現形態はその基礎においている⁽⁸⁾。その主張者達もまた、行為と結果との間の関係は、因果概念のみでは適切に記述できないという見解であり、その際に明示的にホーニツヒを援用している⁽⁹⁾。問題状況および基本的な問題の見方におけるこのような一致は、もちろん大まかにいって、ホーニツヒの（客観的）結果帰属の理論と、最近の客観的帰属論とが一致する唯一の点でもある。大きな相違は——とくにマイヴァルト⁽¹⁰⁾が示したように——このよう

(5) *Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

(6) *Honig*, Frank-Festgabe I, S. 184, 188.

(7) *Honig*, Frank-Festgabe I, S. 186 (weit. Beisp. S. 176 f. und 186 f.).

(8) 古い刑法学説における平行性については、例えば、*Naucke* ZStW 76 (1964), 424 f., 428 f.

(9) 多くを挙げることはしないが、*Roxin*, *Honig-Festschrift*, 1970, S. 133 ff.; *Jeschek*, LK, 11. Aufl. 1993, vor § 13 Rn 64 m.w.N. in Fn 92; *Schmidhäuser*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl. 1975, 8/49 を参照。

(10) *Maiwald*, *Miyazawa-Festschrift*, 1995, S. 465 ff.

な共通の出発点と基本的アプローチを超えたところにある⁽¹¹⁾。最近の帰属論は、結果の帰属を、結果の客観的な目的可能性という前法的なカテゴリーよりもずっと多くの事柄に依存させている。そこにおいては、たくさんの補足的な他の法的基準が役割を演じている⁽¹²⁾。これにより、客観的な目的可能性の基準だけを用いればその客観的帰属の可能性を肯定しえた一連の結果は、最近の学説では、帰属し得ない結果とされている⁽¹³⁾。これは同時に、客観的帰属論への批判を評価する際にもまた、細分化が必要であるということを端的に意味する。つまり、ある異論は、いっそう強固に規範的な内容を持った最近の客観的帰属の諸理論にはあてはまるとしても、とくにマイヴァルトがその適切さを精力的に擁護している古い見解には、決して当てはまらないのである⁽¹⁴⁾。

2 客観的な結果帰属についての最近の諸理論： 結果帰属が法に特有の基準に依存すること

客観的帰属というカテゴリーに賛成する最近の支持者の中心にある問題は、——確かに一様に——どのような要件の下に生じた結果を行為者に負わせることができるかということである。しかし、この点においてホーニツヒでは、前法的な要因のみが、より正確に言えば、法によって考慮されるべき事象が役割を演じているのに対し、現在では、法に特有の基準が前面に押し出されている。これは、偶然ではない。むしろ次の点にその理由がある。すなわち、客観的帰属の理論では、現在、ホーニツヒ説におけるよりもずっと限定的なものが示されるべきであるということである。ホーニツヒによれば、結果がおおよそ（前法的な意味で）行為者の仕業であると考えられるか否かが問題であった。たとえそれが適切であるとしても、補足的な法的考慮を理由として結果が不法でないと性質決定されるべきことがありえた。これに対して、最近の帰属論によれば、——いずれにせよ、万が一にありうる正当化事由という留保を残しつ

(11) とくにホーニツヒ説とロクシン説との違いについて詳しくは、*Frisch, Roxin-Festschrift*, 2001, S. 213 ff.

(12) 例えば、是認されない危険の創設、危険減少その他の諸側面がこれである。詳細は、後述2。

(13) これについて、個々の点については *Maiwald, Miyazawa-Festschrift*, S. 468 ff.; *Frisch, Roxin-Festschrift* S. 214 ff. を参照。

(14) *Köhler, Strafrecht AT*, 1997 S. 143 ff. においても、個人的帰責の側面において、客観的帰属の枠内における支配可能性の諸側面が重要な役割を演じている。

つ、基本的な性質決定を問題とする限りにおいて——この後者の問題すなわち結果の不法な性格がすでに決定的に問題である⁽¹⁵⁾。これは、帰属の基準に反映されることになる。現在では、本来、法的な基準が支配的である。行為者は、生じた結果を（不法として）その者に帰属すべき場合に、そのような結果発生の（結果発生の客観的な目的可能性をおそらく含んでいるが、それを大きく超えている⁽¹⁶⁾）是認されない危険を創出したのでなければならず、さらにその危険を実現したのでなければならない⁽¹⁷⁾。さらに、客観的な関係をそのように理解すると、ホーニツヒおよび彼の帰属論の最近の支持者におけるのはまったく異なったものが示されることになるということは、容易に理解しうる。彼らによれば、法にとって基本的に何らの役割も演じえない経過を除外する以上のことは何も問題ではない。現在では、このように限界づけられた経過の内部で、さらに、その中のどれが基本的に——すなわち、正当化事由の介入を別にして——不法であり、何が不法でないかを決定することに尽力されている。要約すると；客観的帰属論は、生じた結果の不法な性格について、万が一にありうる正当化事由を留保しながら完結する基本的な言明を行うべき理論となったのである。

このような、多少なりとも明確に表現された基本的理解によれば、まず第1に、行為者によって因果的に惹起された（そして、客観的に目的とされうる）結果は、行為者がその発生の危険を高めることなく逆に減少させた場合には、行為者に帰属することはできない⁽¹⁸⁾。危険を減少させたり、すでに危険にさ

(15) これらの諸見解と構成要件を不法類型と見る見解が有力化したこととの関係は、ここでは詳細に立ち入ることはできない。しかし、この関係は自明である。

(16) この関係は、完全には明らかでない。*Roxin*, *Honig-Festschrift*, S. 135 f. は、例えば、客観的目的可能性を法的に重要な危険と置き換えることでホーニツヒをもっぱら精密化することを考えた。

(17) 例えば、*Roxin*, *Strafrecht AT I*, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn 39 ff.; *Rudolphi*, *SK-StGB*, 7. Aufl. 1999, vor § 1 Rn 57 ff.; *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl. 1991, 7/35 ff., 78 ff.; *Kühl*, *Strafrecht AT*, 4. Aufl. 2002, § 4 Rn 43 ff.; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht AT*, 6. Aufl. 2000, § 6 Rn 45 ff.; *NK-Puppe*, 2. Aufl. (3. 10.1998), vor § 13 Rn 142 ff., 183 ff.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, *StGB*, 26. Aufl. 2001, vor § 13 Rn 92 ff.; *Stratenwerth*, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl. 2000, § 8 Rn 26 ff., 34 ff.; *Wessels/Beulke*, *Strafrecht AT*, 33. Aufl. 2003, Rn 179 を参照。さらに詳細は、*Frisch* (Fn 1), S. 18 ff., 33 ff. における文献を参照。

(18) 客観的な結果帰属を除外するものとしての危険現象の諸事例については、例えば、*Roxin*, *Honig-Festschrift*, S. 136; *Schönke/Schröder/Lenckner* (Fn

らされた結果を小さなものにしたりにすることを、法秩序が合理的に禁止することはありえないのだから、(作為の領域では)(不法結果としての)生じた結果を行為者に負わせるだけの根拠に欠ける。同じことが妥当するのは、なるほどこのような危険減少とはいえないが、事後的な観点からは、後の結果発生の可能性への何らかの根拠もない場合である——とりわけ昔の学説がさかんに取り組んでいた、異常な因果経過の場合におけるように⁽¹⁹⁾。しかしたとえ、生活上の経験からいえば、一定の行為が特定の結果の発生に至りうるとしても、それがなお、一定の危険減少を条件として、行為の有用性のために甘受されなければならないことがある⁽²⁰⁾。そのような、是認されないとはいえない危険創出から結果の発生に至ったとき、客観的帰属論の基本的な言明によれば、それが単に一般的に許容される危険の実現にすぎない場合には、同様に、行為者に結果を帰属することはできない。さらに、ある者の行為に引き続いて答責的な被害者自身の行為を通じてはじめて結果が発生し、全事象が被害者自身の答責的な自己危殆化である場合にも、(不法としての)結果の帰属に基づいた是認されない危険創出が欠けるということになる⁽²¹⁾。もちろん、ここですでに、客観的帰属論の内部ですら、いくつかの点——例えば自己答責性の基準⁽²²⁾——において争いがある。さらに激しく争われているのは、自己答責的な第三者のさらなる行為を通じてはじめて結果が被害者に生じた場合に、どのような条件の下に、行為者に結果を帰属できるかの問題である。これらの事例⁽²³⁾は、

17), vor § 13 Rn 94; *Stratenwerth*, AT, § 8 Rn 28; 詳細は、*Lee*, Objektive Zurechnung des Erfolgs bei bloßer Risikoverminderung oder Risikomodifikation, 2001; 批判として、*Samson*, Lüderssen-Festschrift, 2002, S. 587, 594 ff., 598 を参照。

(19) これについては、例えば、*Rudolphi*, SK-StGB, vor § 1 Rn 62 および *Wolter* (Fn 1), S. 29, 91 f., 224; *ders.*, in: Schünemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1995, S. 22 ff, 27 ff. を参照。

(20) そして、なお残る危険は、その場合、一般的な生活危険または許容される残存危険であると考えられる。例えば、*Rudolphi und Wolter* (Fn 19) を参照。

(21) 自己危殆化の状況について、より詳細には *Frisch* NStZ 1992, 1 ff., 62 ff.; *Jakobs*, AT, 7/125 ff.; *Puppe* Jura 1998, 28 ff.; *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1992 S. 7 ff. 並びに (包括的に) 直に公刊される教授資格論文 *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 4. Teil [訳注—同書は2005年にすでに公刊された。]; 合意による他者危殆化と客観的帰属については、*Hellmann*, Roxin-Festschrift, S. 271 ff.

(22) 例えば、*Frisch* (Fn 1), S. 162 ff. およびそこで掲げられた諸文献を参照。

かつてはしばしば遡及禁止に依拠して処理されてきたが、その解決は、具体的予見可能性や危険増加のような標語から始まり、生じた経過の操縦可能性および目的可能性の問題、信頼の原則または社会的相当性を経て、犯罪的な第三者の態度に向けた態度の特定の意味連関における帰属にまで至っている⁽²⁴⁾。

是認されない危険創出というこの周辺領域を離れ、是認されない危険の実現というトposに注目して初めて、基盤がより確固たるものとなる。最近の帰属論の主張者の見解によれば、(例えば、病院への途中で交通事故が生じた結果として、撃たれた被害者が死亡した場合のように⁽²⁵⁾) 行為者が創出した是認されない危険(例えば、発砲による死亡の危険)ではなく、これと結びついた許された付随危険、とくに一般的生活危険が実現した場合には、結果の客観的帰属について第2の[是認されない危険の実現という]必要条件が明らかに欠落する。このような事例において、是認されない危険創出が、特定の危険創出の防止に向けられた規範(例えば、道路交通法の規範)の違反に存在する限りで、このような単なる付随危険が実現した場合(例えば、速度違反の運転により傷害を負った被害者が、病院の火事で死亡した場合)には、この経過は違反した規範の保護目的の外にあるとされ、それゆえ結果が帰属されない⁽²⁶⁾。もちろん、ここで個別の事例においては次のような争いがある。どのような経過がなお特定の構成要件の保護目的に属するのか、いつ、ある事象が行為者の創出した危険の実現として考えられるか、そして、いつそのようなものとしては考えられなくなるのかである。例えば、第三者の落ち度が特定の危険の回避と関連した場合についてである⁽²⁷⁾。細部についてこのような論争があるという

(23) 遡及禁止を借りたこの処理とその基礎づけについては、*Naucke*, ZStW 76 (1964), 409 ff.; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, S. 259 ff.

(24) 詳細には、*Frisch* (Fn 1), S. 231 ff.; *Rudolphi*, SK-StGB, vor § 1 Rn 78 f. で掲げられた諸文献を参照。全体について、*Weigend*, Nishihara-Festschrift, 1998, S. 197 ff.; *Frisch*, Lüderssen-Festschrift, S. 539 ff., 544 ff. および *Saito*, Roxin-Festschrift, S. 261 ff.

(25) 類似の事例がすでに *Honig*, Frank-Festgabe I, S. 176 f. にある。

(26) 例えば、*Roxin*, AT I, § 11 Rn 72 ff.; *Schünemann* JA 1975, 715 ff.; *Puppe* Jura 1997, 624 ff. (事例の多義性のために批判的な留保をつけて) ; 「規範の保護目的の理論」に対する批判として、*Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 190 ff., 並びに、包括的な同名の *Degener* (Fn 1), passim. のモノグラフィーを参照。

(27) これについては、*Burgstaller*, Jescheck-Festschrift, 1985, S. 357 ff. を参照。

ことから、客観的帰属論の（支持者には）基本的な見解の一致があるということはいえないだろう。

最後に、実務上重要な、危険実現条項という第2の適用領域に関してもまた一致が存在する——すなわち、行為者の態度が法に適っていたとしても、結果が同じく生じていたならば、生じた結果は行為者に帰属できないであろうということである⁽²⁸⁾。医師が規則に適った (*lege artis*) 行為を行っていたとしても、患者の死亡が——検視を行ってはいじめて明らかとなった身体的欠陥を理由として⁽²⁹⁾——同じく生じていたならば、すなわち正しい態度を通じても回避しえなかったならば、瑕疵ある態度は、明らかに結果の発生にとっては意味がない。それにより、ここでもまさに、瑕疵ある態度と生じた結果との間の特殊な（実現）連関に欠けるのである。最近の帰属論の内部で、もちろん、このような基本的事実についてのみ見解の一致がある。これに対して、かなりの論争があるのは——しばしば起こるように——法に適った態度をとったとしても、結果の発生が回避しえたか否かが不明である場合である。おそらく通説的といえる見解は、このような事情では結果の帰属を否定するが、それは、この場合、発生した結果が、是認されない危険創出に帰すると確定できないからである。これは、（義務違反の因果性がない、または、違法連関がないという言い方の下で）とくに判例の見解でもある⁽³⁰⁾。これに対して、有力な反対説——いわゆる危険増加の理論——は、このような回避可能性が不明である事例において、行為者が自らの態度を通じて、結果発生の危険を高めたことが明らかでありさえすれば、結果を帰属させようとするものである⁽³¹⁾。

(28) 例えば、*Roxin*, AT I, § 11 Rn 67 ff.; *Jakobs*, AT 7/78; NK-Puppe, vor § 13 Rn 183 ff., 189; 補足として *Frisch* (Fn 1), S. 529 ff. これについて詳細は、*Küper*, Lackner-Festschrift, 1987, S. 247 ff., und *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991.

(29) BGHSt 21, 59 の事例およびこれについて *Puppe* Jura 1997, 517 を参照。

(30) 例えば、BGHSt 11, 1, 7; 21, 59, 60 f.; BGH StV 1985, 229 m. Anm. *Schünemann*. 学説からは、例えば、*Jakobs*, AT, 7/98 ff.; *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn 177 ff., 179/179a; 詳細は、*Frisch* (Fn 1), S. 537 ff. における文献; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 128 ff. 詳細には、そして「義務違反の因果関係」についての基本的な確認という意味において、*Toepel* (Fn 26), S. 96 ff., 134 ff.

(31) 例えば、*Roxin* ZStW 74 (1962), 411 ff.; *Rudolphi*, SK-StGB, vor § 1 Rn 65 ff.; *Schünemann* JA 1975, 647 ff. (挙動犯の領域についてののみ); *Stratenwerth*,

3 広義の客観的帰属

これまで記してきた客観的帰属の2つの発現形態は、——アプローチの仕方と客観的帰属の基準において重大な相違はあるものの——次の1点では一致している。すなわち、それらによれば、客観的帰属というトポスは、テーマとしては特定の犯罪類型についてのまったく特定の問題と結び付けられるということである——すなわち、結果犯において、行為者の行為と結果発生との間で必要とされる連関が問題となる。このような一致は、同時に、これまで明らかにされてきた客観的帰属の諸理解とテーマ一覧を、帰属論についてのずっと包括的な理解およびそこに位置づけられる客観的帰属論から区別する。このようなより包括的な帰属論によれば、客観的帰属論を結果犯における行為と結果との間の連関と同視することは——一部の学説から、明示的に不満が述べられているように⁽³²⁾——問題の縮小である。最近の帰属論のこれらの主張者たちによれば、旧来の自然法的アプローチとヘーゲル哲学に結びついて、むしろ重要なのは、特定の事象をこれについて答責的な惹起者である人に帰属させる問題として、犯罪行為を理解し、定義づけるということである。

このような帰属モデルは、20世紀において繰り返し提示されてきた⁽³³⁾。最近の議論の出発点となっているのは、法哲学者で民法学者であるラレンツの「ヘーゲルの帰属論」と「客観的帰属の概念」に関する著作であろう⁽³⁴⁾。1950年代に、ハルトヴィッヒの教授資格論文が、帰属の問題として完全に独立させて犯罪行為を理解することを提示した。その教授資格論文は、違法性への帰属と責任への帰属を基本的に区別し、このような体系において伝統的な犯罪行為の要件を考察したものである⁽³⁵⁾。同様の思考は、後にルシュカ（および彼の

AT, § 8 Rn 36 f. さらに、*Frisch* (Fn 30)における諸文献を参照。危険増加の理論に対する批判として、*Samson*, *Lüderssen-Festschrift*, S. 587, 589 ff., 598; *Toepel* (Fn 26), S. 153 ff, 171 f.; 限定を加えつつ肯定するものとして、*Puppe*, *Roxin-Festschrift*, S. 287 1 E, 295, 301 ff.

(32) 例えば、*Hruschka*, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, S. 2 (Fn 3); *Reyes* *ZStW* 105 (1993), 108, 128; *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S. 2 Fn 8 を参照。

(33) 旧来の帰属理論については、*Küpper* (Fn 2), S. 83 ff. 並びに *Lesch* (Fn 32), S. 25 ff., 57 ff., 99 ff. における概観を参照。

(34) *Larenz* (Fn 5), insbes. S. 60 ff.

(35) *Hardwig*, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, S.

弟子のイエルデン)に見られる。ルシュカは、客観的帰属および主観的帰属の両概念が、すでに19世紀の初頭に、犯罪行為を理解するための基本的思考方法として用いられていたことを指摘した。ルシュカ自身は、自らの体系において、(身体の動きの)帰属の問題を行為として、このような行為を批判する要件を規則違反として(違法として)、第1段階のこのような帰属の上に立つ(第2の)帰属を責任へと区別していた⁽³⁶⁾。結果の客観的帰属のより狭い領域を明らかに超えているのは、ヴォルターにおいてもである。ヴォルターは、現在のところ、結果のみならず、態度の客観的および人的帰属について語っている⁽³⁷⁾。他の論者は、まったく似たようなやり方で、とりわけ正犯および共犯のさまざまな形態を帰属の類型として捉えている⁽³⁸⁾。教科書における学説の領域では、このような帰属の包括的概念は、ヤコブスにおいてもっとも明らかな記述が見られる。彼は、犯罪成立要件の伝統的な理論全体を帰属の理論として記述している。

もちろん、このような帰属の包括的な捉え方に関しても、その客観的な部分が存在する⁽³⁹⁾。もちろん、何がこの客観的部分に属するかという名称の問題は、すでに述べた狭義の帰属概念の場合よりも困難である。これは、そのような包括的な帰属概念の主張者の中に、その中心的な概念の下位に「客観的」および「主観的」とは異なった基準によって区分している者がいるということのみに起因するのではない。また、何が客観的かについてさまざまな理解があることもまた看過し得ない。ともかく、これらを考慮しても、行為と結果との間

111 ff. を参照。古くは *H. Mayer*, *Strafrecht AT*, 1953, S. 101, 131, 210: 行為への帰属(客観的帰属)および責任への帰属(主観的帰属)をも参照。

(36) *Hruschka* (Fn 32), S. 3 ff., 36 ff.; *ders.* *ZStW* 96 (1984), 672 ff.; *ders.*, *Rechtstheorie* 22 (1991), 452 f. を参照。*Joerden*, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, S. 31 ff. und *Köhler*, *Hirsch-Festschrift*, S. 65 ff., 69 ff. をも参照。

(37) ヴォルターの著作のタイトルをすでに参照。*Wolter*, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981. *Reyes ZStW* 105 (1993), 108, 128 ff., 133 をも参照。彼は、客観的帰属を明らかに挙動犯にも拡大している。

(38) 例えば, *Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 293 ff. また, *Jakobs*, *Hirsch-Festschrift*, S. 49 を参照。*Maiwald*, *Miyazawa-Festschrift*, S. 480 における示唆をも参照。

(39) *Reyes ZStW* 105 (1993), 108, 128 f. および *Lesch* (Fn 32), S. 210 ff. をも参照。

の特別な関係という以上に、一定の問題をこれらの包括的な帰属の理解（の少なくともいくつか）の意味における客観的帰属の問題であると性格づけることができるであろう。このことはとくに、ある特定の態度が、およそ（支配可能な態度という意味での）行為として把握されうるか否かの問題について妥当する。例えば、ある特定の態度が、法益の担い手の要求（またはその承諾）に帰因する場合、このような状態になった法益侵害は、（規範的に）行為者ではなく、法益の担い手自身に負わせることができるという⁽⁴⁰⁾。さらに進んで、レッシュは、「刑罰によって否定されるべき規範違反」を決定するものはすべて客観的帰属のテーマであると特徴づけた。これには、例えば、いわゆる帰属能力も含まれることになる⁽⁴¹⁾。

II 客観的帰属論の承認と目的的行為論の側からの批判について

概念についてのさまざまな理解の相違をこれまで略述してきたが、この概念理解の相違は、まさに客観的帰属論の承認、これに対して提起された異論、およびこれらの異論の正当性についての適切な像を描き出そうとする場合にも意味がある。

1 論争および批判の本来の中心点； （法的に）限定された狭義の客観的帰属論

実際に、客観的帰属論を承認し、貫徹させるか、それとも適用しないのかについての言明並びにこの理論に対して提起された異論についての言明は、すでに述べた概念的理解のすべてに一樣にあてはまるものでは決してない。そのような言明においては、客観的帰属論の中でも、行為と結果との特別な客観的連関をテーマに限定し、その限りで（例えば、客観的に是認されない危険の創出および発生した結果におけるこのような危険の実現のような）まさに特定の法的要件を定立する（上述の I. 2 で取り扱った）発現形態のみを念頭にお

(40) 例えば、*Jakobs*, AT, S. 238 (7/vor 104) を参照：同意、構成要件該当性を阻却する承諾および自己責任に基づく行為の場合に帰属を排除する。S. 350 (11/3) をも参照：正当防衛、防御的緊急避難および数多くの公務における被害者の組織としての態度の結果に対する被害者の保障的義務。

(41) *Lesch* (Fn 32), S. 210, 213 ff.

いていることが多い。

例えば、客観的帰属論に対するアルミン・カウフマンの厳しい批判にそのことは非常に明らかである。そして、カウフマン自身がこのことを強調している⁽⁴²⁾。彼が強固に異論を唱えたのは、（是認されない危険の実現という意味における）行為と結果との間の客観的に十分な関係が存在するか否かをこのようにして確認するには、とりわけ故意犯の領域では、故意の問題の前に行われるべき危険の判断と評価が必要であり、そしてまた可能であるということに対してである。アルミン・カウフマンは、客観的帰属論のこの中核部分は不適切で余分なものだと考えた。これに対して、彼は、広義における帰属論（上述 I. 3）に含められる諸要件（例えば、行為、責任、不作為犯における保証人的地位の必要性など）が相当だとされていることについては、原則的かつ一般的に異論を唱えることは考えていない。なぜならば、これらは、全体として、彼もまた、相当であり正しいと考える重要な要件だからである。もっともここでは、広く承認されたこれらの重要な要件を一般的な帰属論の対象としてテーマ化することに意味があるか、あるとすればどの程度か、これは役に立つというよりはむしろミスリーディングではないかについて争いがある。

まったく同様のことが、なおホーニツヒが考えており、現在では、とくにマイヴァルトが、唯一正しいとして擁護している、結果の客観的帰属という狭義の概念（上述 I. 1）に向けて妥当する。またこの限りでテーマとして扱われている、客観的目的可能性、当該経過の形象可能性または支配可能性の必要性もまた、客観的帰属論に対する最近の攻撃においては、ほとんど考えられていないであろう⁽⁴³⁾。なぜならば、客観的帰属論の批判者たち、とくに目的的行為論の陣営からの批判者たちは、まったく異常な因果経過の場合において、または、第三者を通じて結果が発生した特定の場合に可罰性を否定するときに、結局、この要件を用いている。彼らは、これらの要件を他のカテゴリーへと組み入れたに過ぎない。例えば、異常な経過の場合には、それが支配不可能であったことを考慮して、実現意思または行為を否定し、あるいは第三者の介入の事例では、行為支配を否定する場合である⁽⁴⁴⁾。したがって、ここでは争いは、

(42) Kaufmann, Jescheck-Festschrift, S. 251, 252 f. und 270（もちろんそこでは、広い一般的な事柄は問題ではないという側面の下で）を参照。

(43) もちろん、Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 129 を参照。

(44) 例えば、Hirsch, Lenckner-Festschrift, S. 131 ff., insbes. S. 139 ff; ders., LK (Fn 9), vor § 32 Rn 32; Küpper (Fn 2), S. 92 f.（とくに、脚注 67 を参照）

具体的な諸要件を客観的帰属論的な用語で呼ぶか、それともそれを特定の（例えば、主観的な）表現で表すかのどちらが優位に値するかの問題に縮小される⁽⁴⁵⁾。

要約すると：客観的帰属論の承認および貫徹についての言明およびこの理論に対する批判の対象は、とくに、客観的帰属論の中でも1つの発現形態、すなわち、これらの用語の下で行為と結果との間にある特別連関をテーマとし、そこにおいて（結果における〔法的に〕是認されない危険創出の実現のように）法特有の前提、したがって規範的な結果帰属論を前提とする発現形態である。確かに、他の発現形態も存在し、また認められる。しかしながら、——おそらくはそれらがもっぱら用語上の変形かまたは一般に承認されている要件を別の装いで表現するものであると性格づけられるにすぎないために——それらには、（その承認の問題という形でまたは断固たる批判の形では）特別な注意は向けられていない。もちろん、——批判的な——関心の中心にある、法的に限定された（規範的な）結果帰属理論においても、一方では本題の議論、内容的な承認および批判と、他方では単なる用語上の異論および相違とは区別されるべきである。

2 （法的に限定された）客観的（結果）帰属論の承認と貫徹に関する現在の状況

まず、これは客観的帰属の理論もしくはそれによって主張される諸要件がどの程度まで承認されるかという問題である。ここでは、故意犯と過失犯の間で区別をするのがよいだろう。

過失犯の領域においては、客観的帰属論の基本的前提が実際に広く承認されている。相違は、主として用語上の形態にある（そして同じことが過失犯の領域における客観的帰属論の考慮に対する批判にも妥当する）。行為者の側の是認されない危険創出を問題とする者もいれば、なるほど過失犯理論の伝統的な用語法を用いて、行為者の注意義務に違反した態度を要求する者もいる⁽⁴⁶⁾。しかし、注意義務に違反した態度をさらに詳しく記述すれば、直ちに明らかと

99を参照。

(45) この問題について詳細には、*Frisch*, *Roxin-Festschrift*, S. 228 f. を参照。また、*Jakobs*, *Hirsch-Festschrift*, S. 47 f. をも参照。

(46) とくに判例、それと並んで客観的帰属論への批判者である。例えば、*Küpper* (Fn 2), S. 100 f.

なるのは、この注意義務に違反した態度においても、他人の法益に対するものはや甘受されえない危険の創出が要件とされているということである⁽⁴⁷⁾。危険と結果との間の特有の連関を、結果がまさに是認されない危険の実現であり、構成要件の保護範囲にあるということによって記述するか否か、またはその点で違法連関または義務違反連関と呼ぶか否かは、したがって、単に用語上の違いにすぎない⁽⁴⁸⁾。核心においては、一般に広く一致がある⁽⁴⁹⁾。帰属可能性が欠ける下位類型もまた、初期には混乱したが、その後、その間一般に、とりわけ判例においても、承認されるようになった。例えば、被害者自身の答責的な自己危殆化の場合（例えば、薬物を摂取した場合⁽⁵⁰⁾）には、結果の帰属可能性がないとされる。もっとも、帰属論の思考枠組における、より正確な体系的な位置づけは、ここでは（判例によっては）今なお完全に成しとげられているわけではない⁽⁵¹⁾。（例えば、法に適った代替的態度をとっていたとしても結果が発生したかについて疑いがある場合のように）どの場に争いの所在があるかは、客観的帰属論およびその承認または非承認とはおよそ関係がない。客観的

-
- (47) 目的的行為論の創始者であるヴェルツェルも——客観的帰属論に対する批判はとりわけ彼に由来するが——注意義務違反の文脈において、すでに「危険」および「適度の危険を超えること」ということを言っていた。*Welzel* (Fn 43), S. 132 f. を参照。また別の問題は、是認されない危険の創出のような基準は、過失犯の文脈においてそれだけですでに行為不法の十分な輪郭づけを可能にするかである（これについて批判的なものとして *Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitdelikten*, 2001, S. 108 ff., 127 ff.）。これ（もちろん注意義務違反についても妥当する）を否定し、具体化のためのさらに別の基準を必要だと考える（これについては、*Duttge*, S. 275 ff., 279 ff., 373 ff., 451 ff. 彼は、正当にも「誘引」というメルクマールを強調する）場合でも、このことは、概念の変更可能性と（その場合には、それをさらに具体化する基準と結びついた）トポイとしてのその利用可能性を変えるものではない。
- (48) （帰属論への批判者として）*Küpper* (Fn 2), 5. 100, 108 がこれを行ったように。もちろん、彼はこの同一性を自身でも考えている。BGHSt 11, 1, 7 は、——同じ意味で——義務違反の因果性を問題としている。
- (49) もちろん、帰属の基礎としての単なる危険増加に対する批判に関しては、異なったことが妥当する。*Küpper* (Fn 2), S. 100 ff. を参照。しかし、その限りで客観的帰属論内部でも争いがある。以下の本文を参照。
- (50) これについては、とくに BGHSt 32,262 ff. を参照。判例における客観的帰属のさらなる「取り入れ」については、*Frisch, Roxin-Festschrift*, S. 218 f. を参照。
- (51) これについて詳細は、*Frisch* (Fn 1), S. 2 ff. を参照。

帰属論の主張者の陣営においてもこれについて論争がある（そしてまた、それが発展する前にすでに論争があった）ということで、これはまさに明らかとなる。

故意犯の場合には、状況はいくらか異なっているように思われる。故意犯の場合には、客観的帰属論の項目から導かれる要件について——例えば、是認されない危険創出がない、または、とくに確定された客観的に是認されない危険の実現が欠けるというように——可罰性を否定する決定を模索するのはあまり実益がない。したがって、客観的帰属論は、とくに判例において、従来、もっぱら過失犯の領域についてののみ認められ、故意犯の領域では認められなかったということがいわれる⁽⁵²⁾。私の見解によれば、これは、もっぱら故意犯の領域で、学説上、帰属論に対して用語上の批判を行うのみならず、ここでまたすでに（不適切で余分なものとして）その具体的要件をも否定する一連の見解があるという限りでのみ正しい⁽⁵³⁾。これに対して、判例が問題となる限りでは、判例が何も語っていないということを過剰に解釈すべきではない。判例が何も語っていないという理由は、おそらく一般的には、判例が態度決定をするきっかけがなかったということにあるのである。相続人事例ないし雷事例のような諸事例は、なるほど多く用いられる講壇事例であるが、裁判ではまったく意味がない。——主観面における証明が裁判上はまったく困難であることを度外視しても——誰がこのような奇妙であり成功の見込めない方法で敵を殺そうとするだろうか。そして、他の者を侵害しようとする者は、通常、道路交通や飛行の許された残存危険を用いることはないだろう。現実の故意行為者は、許された危険を明らかに超えた有効な手段を利用するものである⁽⁵⁴⁾（そして、そ

(52) 例えば、*Wessels/Beulke*, AT, Rn 181 を参照。

(53) 例えば、ヒルシュ、アルミン・カウフマン、シュトルエンゼー、キュッパーおよびその他の者である（これについてなお詳細には、後述 3. を参照）。

(54) このことは、BGH による判決の出された次のような事例にも妥当する。外見上は交通規範上正しい態度、すなわち、信号が黄色になって驚いてブレーキを踏んだことによる衝突事故が引き起こされたという事例である（BGH NJW 1999, 3132; これについては *Freund* JuS 2000, 754 ff. およびそこに掲げられた諸文献を参照。*Rath*, *Gesinnungsstrafrecht*, 2002, S. 3 ff., 47 ff.）このような衝突事故を引き起こした者を § 315 b StGB により処罰するのは、是認されない危険が欠けるのに処罰するのではない（反対 *Rath* aaO.）。なぜならば、道路交通全体を支配する相互的配慮の命令および侵害禁止を考慮して、個別事例においては、正しい態度が、普通は（基準化された）道路交通法上正しい態度からの逸脱にも存在することがある。そして、交通関与者が侵害の可

これから帰属論のこの要件は、通常、特別な考慮を必要としないほどに明らかに充足される)。しかし、実際に社会的に相当な危険のみを用いることを目的とした(証明可能な)事例が出てきたならば、それは、通常はすでに広く連邦通常裁判所の諸判決に立ち入る前に処理される——というのは、関与者は、このような行為が刑法の問題とするのになじまないという(適切な)感情をもつからである(これは結局反証というよりもむしろ帰属論特有とはいえない確認である)。言い換えれば、実務上重要となるのは、故意犯の領域においては、実は、通常、是認されない危険は否定し得ず、または少なくとも行為者が是認されない危険から出発し(その場合には不能未遂となる)、したがって、是認されない危険創出の問題であることが、実際の議論を要しないような事案に限られる。このような状況において、もっとも実在しそうなのはおそらく次のような事例である。すなわち、過失犯の領域でもその危険の是認が明らかではない危険が役割を演じ、考えられる危険を行為者が完全に把握し、真剣に受け止めていた場合に、判例が故意犯の領域について客観的帰属に関する明確な態度決定を強いられるような事案である。例えば、ある者が自己答責的な者に薬物を渡し、その場合に服用量が致死量に達するという正しく考えられる危険を真剣に受け止めていた(そして、死を甘受した)ような事案が考えられる。法実務的には、もちろん、このような事例も故意の領域から即座に除外されることになろう。なぜならば、通常、故意を証明することが非常に困難だからである(あるいは、一定の意思的な要求が存在しないために故意をおよそ否定しうるからである)。このような事案の法実務的な処理は、したがって、通常、過失犯の領域において行われる。

能性に至る全事象を把握していたときには、この(逸脱した)態度(したがって、ここではさらに運転すること)は、道路交通関与者によって——いずれにせよ、侵害禁止を考慮して——法的にも期待され(これについては、脚注64の文献をも参照)、状況において実際には外見上でのみ道路交通法上正しい態度への固執は、いつでもありうる正しい態度にもかかわらず、正しく是認されない危険の(意識された)創出である(同旨 *Freund* aaO., 757f.)。加害目的は、この関連で(例えば、§ 303 StGBにおいて)理由づけの関係についてはまったく必要ではない。これは、§ 315 b StGBの枠内における特有の交通敵対性の理由づけについてのみ必要とされる(これについては *Freund* aaO., 758 f.)。

3 客観的帰属論に対する目的的行為論からの批判

もちろん客観的帰属論に対しては実際に批判が存在する。客観的帰属論およびその要件は、とりわけ目的的行為論の主張者からの断固とした拒否に出会った。彼らは主に3つの異論を提起した⁽⁵⁵⁾。第1に、客観的帰属論とその要件は余分であるという異論である。過失犯の領域においては、是認されない危険の創出や発生した結果における危険の実現という要件はなくてもよいというのである。ここでは、問題解決のためには態度の注意義務違反や違法性連関のような伝統的なカテゴリーで十分であるという⁽⁵⁶⁾。また故意犯の領域では、実現意思としての故意を介してまたは行為支配と行為力 (Tatmacht) のような行為者基準を介して限界づけを行うことができるという⁽⁵⁷⁾。客観的帰属論は、目的的行為論者の見方によれば、もちろん余分なだけではない。客観的帰属論は、——これが第2の異論である——是認されない危険という概念が高度に規範的であるためにあまり明確ではなく、したがって危険だというのである⁽⁵⁸⁾。そして——第3に——危険創出が是認されないものであるという問題が、純粹に客観的判断であるとされるという意味で、客観的帰属はまったく有意義には貫徹しえないというのである⁽⁵⁹⁾。例えば、ブレーキの壊れた車を譲

(55) さらに異論 (例えば、構成要件と違法性の混同という批判) については、*Frisch*, Roxin-Festschrift, S. 219, 224 f. を参照。最近、*Samson*, Lüderssen-Festschrift, S. 587, 594, 598は、》事前に存在した基本的危険の事例《について危険増加は機能しないという異論を提起した。*Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 42 ff. および *Toepel* (Fn 26), S. 146 ff., 171 f. においても、危険および危険実現の場合におけるアプローチについて留保する。

(56) これについては、例えば *Hirsch*, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 406; *ders.*, Lenckner-Festschrift, S. 127; *Küpper* (Fn 2), S. 100 ff. を参照。また、*Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, S. 261 並びに *Toepel* (Fn 26), S. 146 f., 171 f. をも参照。

(57) *Hirsch*, Köln-Festschrift, S. 404 f.; *Küpper* (Fn 2), S. 92 ff. を参照。しかし、制限的なものとして、後に *Hirsch*, Lenckner-Festschrift, S. 131 ff., insbes. S. 139 ff. ヒルシュにおける理由づけの変化については、*Jakobs*, Hirsch-Festschrift, S. 46 f. をも参照。

(58) 例えば、とくに *Küpper* (Fn 2), S. 93 ff, 100 ff.

(59) 例えば、*Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift, S. 261, 266; *Struensee* GA 1987, 97, 99 f., 105 f.; *Hirsch*, Köln-Festschrift, S. 405, 406 を参照。肯定的なものとして、*Koriath* (Fn 1), S. 534 ff. また、*Arzt*, Schlüchter-Gedächtnis-

渡するという一個同一の行為が——譲渡した者が欠陥を知っているか否かによって——禁止されたり禁止されなかったりするのだと。

このような異論の中でも、客観的帰属とその客観的要件は余分だという異論には決着がついている⁽⁶⁰⁾。客観的帰属論の反対者もまた、客観的なフィルターをなしに済ませることはできないのは明らかである。彼らは、「是認されない危険」および「結果における是認されない危険の実現」とはいわないだけであって、「注意義務の違反」、「違法連関」および「行為力」という言い方はするのであり、または主観的な反映の形でこれらの基準を用いている⁽⁶¹⁾。もっとも不適切な客観的基準を用いているという批判は、客観的なフィルターが余分であるという批判ではなく、したがって正当であるかもしれない。しかし、この方向に向けられる、帰属論のカテゴリーが過度に規範的であり、危険なほど不明確であるという批判もまた説得的ではない。「是認されない危険の創出」は、——逆に——行為力という存在論的な曖昧な基準よりも、法的な基準をずっと明確に表現する。そして、注意義務違反に比べて、この要件は、故意犯についても過失犯についても、今は未決定だとしても、なお十分に具体的に重要な事柄を特徴づけるという利点がある⁽⁶²⁾。この特徴づけを十分に規範的な基準によって行うことは、もっぱら正しい基準である場合には何ら欠点ではない。しかし、以下のことはほとんど疑い得ないであろう。つまり、特定の結果への是認されない危険の創出と発生した結果における危険の実現は、少なくともこの結果について、ある者を答責的となしうるようにするために、真剣には争いえない必要条件だということである⁽⁶³⁾。

これにより、危険創出が是認されるか否かの問題は純粹に客観的には判断されえないのだから、少なくとも客観的帰属の「客観性」というのは適切でない

nisschrift, 2002, S. 163, 165 をも参照。

(60) 以下について、より詳しくは *Frisch*, *Roxin-Festschrift*, S. 221, 227 ff. を参照。

(61) 例えば、故意の基準としての「実現意思」の枠内において。例えば *Hirsch*, *Köln-Festschrift*, S. 404 f.; *Küpper* (Fn 2), S. 92 ff. を参照。

(62) これについて詳しくは、*Frisch*, *Roxin-Festschrift*, S. 221 f., 226 f., 229 f. を参照。大筋において一致しているものとして *Jakobs*, *Hirsch-Festschrift*, S. 50 f., 54 (行為は、危険の種類に依存し、規範的に限界づけられるとする)。

(63) この要件を基礎づけるものとして詳細には、*Frisch*, *Roxin-Festschrift*, S. 222 ff. およびそこに掲げられている諸文献を参照。とくに *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (Fn 1) におけるこれに関する一節をも参照。

という批判が残る⁽⁶⁴⁾。この点で正しいのは、行為を行う者が危険に関する事情を知っているときに、危険に関連するすべての事情を基礎にいと危険な態度の不是認性は当然だということである。このような事情においては、原則として、態度を正すことを期待できるし、それに反する態度は是認されない危険創出として禁止しうる。しかし、客観的帰属論の批判者が、そのことから、これがもはや「客観的に」是認されない危険だとはいえないと結論づけるのであれば、それは誤りである。危険に関連する事情は客観的に存在するのであり、危険判断を行う基準は客観的性質をもつものである。危険に関連する事情を認識していれば、この（客観的に存在する）事情に注意を払うようにその者に期待し、これにより、是認されない危険の問題においてその事情を考慮し、その者がそうしなかった態度を客観的に危険で是認されないと性質決定することが正しいと思われる限りでのみ、特定の事情の認識という形での主観性は実際には役割を演じるのである⁽⁶⁵⁾。しかし、危険に関連する特定の事情の認識が、その限りで重要となるにすぎないだけでなくもっとも重要となるわけではない。その者が知らなかったが、それを正しく認識していれば、その役割を知っていたはずの事情もまた、態度が客観的に是認されないかの問題の枠内でむしろ、危険創出の側面の下で規範的に重要となる⁽⁶⁶⁾。したがって、客観的帰属論の批判者が、是認されない危険の問題を、行為者の故意に依存するものだとし、その限りで明確でないという外観を作り出そうとするのであれば、それもまた誤りである（そして、その限りで明確ならば、もはや何らの解答も要しないだろう）。要約すると：客観的帰属に対する目的的行為論者による批判は賛同に値しない。是認されない客観的な危険創出と結果におけるこの危険の実現は、結果犯の不法についてのまったく有意義かつ正当な要件である。

(64) これについてはとくに *Armin Kaufmann*, *Jescheck-Festschrift*, S. 265 ff.; *Struensee GA* 1987, 97 ff. を参照。客観的帰属の主観的側面《について最近では、*Arzt, Schlüchter-Gedächtnisschrift*, S. 163, 165. を参照。

(65) これについておよびこれとともにその限りで検討の技術として必要とされる、行為者の知識と経験を取り込むことについて詳細には、すでに *Frisch*, in: *Wolter/Freund* (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, S. 183 ff.; 主観的なものを取り込むという意味で *Jakobs, Hirsch-Festschrift*, S. 60.

(66) その者が以前に経験し、その行為の時点では考慮していなかったが考慮すべきであった事情である。 *Frisch, Roxin-Festschrift*, S. 230 f. を参照。

III 客観的帰属論の本来的な問題性

以上のことにもかわらず、客観的帰属論に疑問がないわけではない。なぜならば、客観的帰属論は、いくつかの問題を、本来は結果帰属の問題ではないのにそのようなものにしてしまっているからである。このことは、規範的に限定された客観的な結果帰属の理論についてのみならず——いくらか重点の置き方を異にしつつ——ここで紹介した客観的帰属の他の理解にも妥当する。

1 規範化的な結果帰属の理論において法的な態度命令と結果帰属が互いに境界を超え、混同されていること

行為と結びついた是認されない危険創出という要件は、決して第1次的には帰属の要件ではない。(危険減少の事例においてもっとも明らかなように)これが欠ける場合には、実は(それが法益を危殆化しうることを考慮に入れて)禁止された態度がすでに欠けているのである⁽⁶⁷⁾。ある(特定の)是認されない危険もしくは危険性と態度との結びつきは、この意味で結果犯の構成要件該当態度のメルクマールであり⁽⁶⁸⁾、したがって、これに欠けるならば、同時に結果既遂犯において要件とされる態度に欠けるのである。もちろんこれにより、この態度の帰結として生じる結果を行為者に帰属する可能性もなくなる。しかし、これは不法としての結果の帰属が、結果を根拠づける不法な態度を前提とするからこそそうなるのである⁽⁶⁹⁾。したがって、結果帰属のレベルに

(67) これについて補足するものとして、*Frisch*, Roxin-Festschrift, S. 232 f. における例示を参照。

(68) これについて詳細は、*Frisch* (Fn 1), S. 33 ff., 36 ff., 59 ff., 70 ff.; また、すでに *Engisch* (Fn 4), S. 53 をも参照。同旨として、*Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl. 1991, 3/99; 4/61, 64; *Freund*, Strafrecht AT, 1998, § 2 Rn 13 ff, 72 ff.; *Murmann* (Fn 21), 4. Teil II.; *NK-Puppe*, vor § 13 Rn 143, 155, 164; *Rath* (Fn 54), S. 48 Fn 67; *Zielinski*, AK-StGB, 1990, Rn 75 ff. *Rudolphi*, SK-StGB, vor § 1 Rn 57 a. E., 62; *Kuhlen*, Roxin-Festschrift, S. 337 f. Fn 42-44, および *Samson*, Grünwald-Festschrift, 1999, S. 585, 594 f., 606 をも参照。危険の不是認性と結果帰属との違いという意味では、現在では、*Jakobs*, Hirsch-Festschrift, S. 53 をも参照。

(69) *Roxin*, Strafrecht AT I, § 11 Rn 46 における、それ自体明確なこの連関とそれ自体理屈の通らない反対の論証との混同について詳細は、*Frisch*, Roxin-Festschrift, S. 233 ff. を参照。

において、態度の構成要件該当性がなくなるという付随効果のみが問題である。以上のことを明らかに認めることは、ある態度が構成要件的に把握された危険創出であると性格づけられるか否かの問題が（例えば、未遂の領域において）結果がまったく発生しないとしても提起されるという理由からすでに重要である⁽⁷⁰⁾。ここでは、結果帰属の問題は明らかにこれ以上機能しない。しかしおそらく、行為者は（少なくとも彼の表象によれば）（客観的に是認し得ない）危険を創出したのだから、行為者が構成要件上禁止された態度を行ったか、あるいはそれに着手したかには、関心が向けられる。

もちろん、構成要件に該当する態度に負担を負わせる形で、結果帰属を拡大させるという異論は、もっとも重要な異論というわけではない。客観的帰属論は、結果帰属のすべてを取り込むのであれば、なお深い意味において、さまざまな問題の立て方と問題の諸層を混同するものである。ある態度が、それと結びつく危険創出のために是認されるのか否かは、およそ帰属の問題ではない。これは、法的に認められる自由の射程と限界（および自由の尊重と逸脱）の問題に関連する。法的な自由の射程と限界の問題は、帰属の問題に思想上先んじている⁽⁷¹⁾。例えば、人がなおまったく行為を行わなかったために帰属の問題がまったく関心の対象とならないときにも、この法的な自由の射程と限界の問題を提起し、それについて議論することができる。他者の法益と帰属に鑑みた自由の射程と限界は、もちろん理論的にさまざまな対象であるだけではない。それらを混同しないということは、実務上の理由からも要請される。なぜならば、両者にはまったく異なった問題の立て方と諸原則が妥当するからである。帰属の枠内で関心がもたれる問題とは、ある態度の操縦可能性や法に適った態度による特定の結果の回避可能性のような問題である⁽⁷²⁾。なぜならば、この

(70) 反対, *Schünemann* GA 1999, 216. 彼は、不当にも「無駄な争い」といっている。

(71) 詳細は, *Frisch*, *Roxin-Festschrift*, S. 235 ff. 帰属と「行為評価」のための基準としての法との違いという意味において *Hruschka* (Fn 32), S. 30 ff. をも参照。*Jakobs*, *Hirsch-Festschrift* は、客観的帰属論を規範解釈の問題、したがって、例えば、殺人罪に包摂される行為者の行為の問題であるというが (S. 59 f.), このような観点から、事実上、私の見方によればあまり大きく異なるものではない。もちろん、是認されない危険の創出は、発生した結果を前提としない。したがって、私には、その点で、構成要件が要件とする態度の側面（構成要件該当的態度）が問題であるように思われる。

(72) 帰属のさらなる問題については, *Frisch*, *Roxin-Festschrift*, S. 235 f.

よな要件の下でのみ、およそ態度や結果を帰属させることができるからである。個人の自由の射程と限界の問題は、まったく別の認識による関心によって導かれる。それによれば、問題となるのは、個人の自由を他者の自由（および法益）と共に一般的な法律によればすべての関係者にとって（したがって立場が変わっても）受け入れることのできる関係へともたらすことである。その点で尊重されるべき諸原則は、個人の平等、自由と財の重要性、自由と財を維持するために特定の自由の制限が適切かつ必要であること、答責的な権利者自身による保護措置が期待しうる可能性などである。したがって（結果の）帰属の問題およびある態度が是認されず不正であるかの問題において、さまざまな解決諸原則と共に、非常にさまざまな問題の立て方が問題である⁽⁷³⁾。そこから、すべてを帰属の問題にすることは混乱を招く以上に、法実務的にも危険である。刑法において帰属の問題は、是認されない不法な態度の存在を前提とするということによっても、このことは何ら変わらない。このような不法としての外界の事象の帰属という論理的な要件は、古くから、どのような行為態様が正しく、どのようなものが正しくないかの問題を（客観的）帰属の問題にはしてこなかった⁽⁷⁴⁾。

したがって、結果帰属の理論の意味は、（規範化的な結果の）帰属論の主張者が主張するよりも実際にはずっと小さい。行為者の態度がそれにふさわしい特有の危険のために、その都度関心の向けられる結果犯の典型的に禁じられた態度であると考えられる場合にはじめて、本来の意味における結果の帰属の問題が提起される。それに続く問題は、生じた結果がこの危険を創出する態度と規範的に必要な関係にあるかということであり、これが、実際には帰属の問題である。あるいは少なくとも、そのようなものとして有意義に議論されうる。ここでは、帰属論の解決諸原則もあてはまる。例えば、法に合った代替の態度の場合に結果帰属が否定されることは、結果発生が法に合った態度によっても回避不可能であったことから根拠づけられる。（法に合った態度による）結果発生回避の可能性は、帰属の考慮の解決方法からの典型的で実際上説得的な基

(73) 判断時点の側面にもまた相違がある。態度命令（およびそれに方向づけられた「構成要件該当的態度」）を輪郭づける際には、事前判断が基礎におかれ、これに対して、因果性および危険実現は、事後的観点から判断される。*Frisch* (Fn 1), S. 4 ff., 71 f., 519 f. およびそこに掲げられた諸文献を参照。

(74) そしてまた、「帰属の問題の枠内における補助概念（例えば、*Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 43 f.）」として性格決定することは、刑法における法および法違反の意味を正しく捉えていない。

準である。もちろん注意すべきは、帰属の視点自体へと装うことがここでは必然ではないということである。法に適った代替的態度を通じても回避不可能な結果はすでに、実際には不法な結果ではないとか、違法な態度がその限りで規範的に見れば結果を伴わなかったということもできるだろう⁽⁷⁵⁾。

2 脱規範化された結果帰属の問題性について

規範的に限定された結果帰属の理論について上で述べたことは、まったく同じく、結果帰属について結果の客観的な目的可能性（または、結果に至る経過の支配可能性または操縦可能性など⁽⁷⁶⁾）のような基準で十分だとし、これを超える規範的な考慮を部分的には意識的に結果帰属の問題から排除するような結果帰属論にも関係する⁽⁷⁷⁾。

（人の意思表示による）結果の客観的目的可能性という基準も、第1には、態度を特徴づける基準である。それと共に、結果が目的とされうるということは、態度に固有である⁽⁷⁸⁾。法的な文脈においては、この場合、この客観的な目的可能性が、特定の結果を回避するために特定の行為を禁止するための（最低限の）要件である。結果の発生が、それぞれの態度による結果の発生がまったくの偶然である場合ではなく、この結果が行為の遂行によっておよそ目的とされる場合にのみ、結果を回避するために態度を禁止し、したがって、このような理由から自由を制限することは、通常、論じるに値する（それと共に適法化しうる）ように思われる⁽⁷⁹⁾。もちろん、特定の行為により結果をこのように目的とすることが可能か否かということは、狭義の結果帰属のための帰結である。考慮される行為では、結果を目的としえない場合には、この結果は、行

(75) おそらくは *Freund*, AT, § 2 Rn 46 ff., § 5 Rn 65, 67 の意味において。

(76) 例えば, *Köhler*, AT (Fn 14), S. 143 ff.; *Otto*, AT, § 6 Rn 8, 43 ff. を参照。重要な基準としての支配可能性が客観的帰属論の反対者によっても (!) 基準として援用されていることについては、脚注43以下および脚注61以下の文献を参照。

(77) (*Honig* [上述 1. 1.] に依い) 最近の文献からは例えば, *Maiwald*, *Miyazawa-Festschrift*, S. 476 ff., 481 が行っているように。

(78) *Honig*, *Frank-Festgabe I*, S. 183 f., 188 をも参照：人の態度の法的重要性をいう。

(79) そうでなければ、行為の可能性を大幅に制限することになろう。しかし、少なくとも承認する価値のある利益が特定の行為の遂行に存する場合には、これは耐えがたいことであろう。これについて詳細は, *Frisch* (Fn 1), S. 72 およびそこで掲げた諸文献を参照。 *Welzel* (Fn 43), S. 132 をも参照。

為者には帰属されない。しかし、法にとっては、このことが帰結されるのは、客観的に目的としえない結果が前法的な、法によってただ受け継がれたにすぎない意味において、行為者の「仕業ではない⁽⁸⁰⁾」ということからではない。このことは、法的な文脈においてはむしろ（禁じることができないという理由から）法的に禁じられてはいない態度の帰結である結果は、不法結果にもならないということから明らかとなる。客観的に根拠づけることのできる行為無価値の欠如がもつこのような第一の意味は、結果発生欠如を理由に結果帰属の問題が提起されない事案においても、未遂の可罰性を排除するという形で作用する。要約すると：ここでもまた、問題の解決が、すでに態度の不法の領域に存することが看過されている。ある特定の態度を通じては結果が目的としえない場合、その態度は結果の回避という理由から（通常は）禁止されえず、したがって、行為者は（その限りで）その法的自由の枠内で行動しているということから（不法としての）結果帰属の可能性が欠けることは（そこから同時に生じる）副次的効果にすぎない。その限りで、客観的帰属のテーマとして、結果が客観的に目的としうるか否かを掲げる客観的な結果帰属の理論の1つの発現形態には、付随的に規範化的なより広い結果帰属論と同じく基本的な疑念がある。第1に——帰属を仲介する——行為者の他人に対する法的関係（およびその行為者の態度によるその変化）を考慮に入れるのではなく、それは、直接の介入において（前法的な基準により）外界の変動につながる行為者の態度をテーマとする。

もちろん、規範化的な帰属論を基準に判断すれば、さらなる疑念が加わる。客観的な目的可能性の基準は曖昧で、具体化を必要とするのみならず、この意味ではもともと2次的な基準にすぎない。この基準は、より詳細に検討すれば、実務上、利用しにくいことが明らかである——いずれにせよ（客観的帰属論のこのような発現形態の主張者の関心に相応して）規範的なものへの先取を避けようとし⁽⁸¹⁾、単なる結合を理由づけだと考えない場合には。要約すると：いつ、ある結果が人間の意思表現の「目的として設定された」結果だと

(80) もちろん例えば、*Maiwald*, *Miyazawa-Festschrift*, S. 468 f. そしておそらく *Otto* (Fn 17), § 6 Rn 8 f., 43 f. も。そのような見方においては、どのようにして、概念として比較的曖昧な解釈が、行為者の「仕業」または「仕業ではないこと」（「偶然」）として法的な結びつきを獲得するべきかの問題がなお未解決のまま残されている。

(81) 例えば、*Maiwald*, *Miyazawa-Festschrift*, S. 465 ff., 476 ff., 481 が明言する。

「考えられうるか⁽⁸²⁾」は、まったく自明かつ（それゆえ）明快では決してない⁽⁸³⁾。それはむしろ、すでに基本的な点において、具体化を必要とする。同じことが、特定の結果発生を、行為者により操縦されまたは彼の行為力もしくは支配可能性の所産であると性質決定することについて妥当する⁽⁸⁴⁾。その場合、事実上、客観的な目的可能性（または行為力もしくは操縦）といった公式の背景には、特定の結果を引き起こす（または惹起する）行為の一定の性質（意思表示）がある⁽⁸⁵⁾。その行為が、（結果につながる）因果経過を引き起こす一定の性質を持つということから、当該結果が目的として設定された、態度の結果であると（行為者の行為力または操縦の所産であると）考えることができる。もちろん、「結果惹起に向けた態度の適性」というトポスもまた、なおあまりに不正確である。適性とは、まず第一にそして明確に、別の条件が付け加わった場合に特定の結果に至るといふ、経験的な法則性により存在する可能性以上のものを意味するわけでは決してない。（例えば、相続人事例のように⁽⁸⁶⁾）その限りで客観的な目的可能性の（欠如という）基準を超えて除外されるべき事例においてもまた態度でそのような（弱い）適性をもつ。基準が、それに与えようとされた選別除外の機能をもつとされる場合には、したがって、それと共に適性のようなもの（例えば、そのような経過にいたるといふ一定の蓋然性）が考えられなければならない。この最後の決定的な場において、ここで取り扱ったアプローチは、目下のところ残念ながらあまりにわずかのとししか提供していない。どのような特別な適性または可能性が存在しなければならないのかについて、より正確に述べるのではなく、「仕業」または「操縦」と「偶然」のような）具象的な対比または（相続人事例または類似の事例への言及のように）（一般的な）法感情に合わせた事例が見られる。これは、正確な法適用の指針としてはあまりに不十分である。

この場で、何ら正確なことが「出てくる」わけではないということにはもち

(82) 例えば、*Honig*, Frank-Festgabe I, S. 184, 188 における問題提起の特徴である。

(83) すでに *Hegler*, Frank-Festgabe I, S. 286 を参照。

(84) 前掲脚注 8 および 14 の諸文献を参照。

(85) *Larenz* (Fn 5) において非常に明らかである。ラレンツが、「相当な惹起の理論」について横の結合 (*Querverbindung*) (および一定の蓋然性の必要性) を示す場合には (S. 81ff., 84), ホーニツヒがこれに結びつく。*Hegler*, Frank-Festgabe I, S. 286 をも参照。

(86) ここでもまた、一定の事情（船の沈没、落雷）が付け加わる場合に、結果発生の可能性が生じる。事情の付け加わりは、ただありそうもないだけである。

ろん理由がある。いずれにせよ、法特有の考慮から帰属をなお解放しておこうとする帰属論の主張者においては、純粹に存在論的なまたは人知学的な（あるいはまた経験的な）レベルで、ある事象を取り入れたり除外したりすることはできないのは当然である。なぜならば、その代わりにすでに、法的な決定が問われているからである（そして、少なくとも部分的に規範的考慮から帰属を切り離そうとする考え方が誤った直感であることが、これにより明らかとなる）。法的考慮が放棄し得ない理由は、この場でもすでに（したがって、どのような適性または可能性が帰属のためにもはや十分ではないのか、したがって少なくとも何が要求されるべきなのか、という問題において）、結果の法的に重要な帰属の以前に、次のような問題、すなわち、その態度に結びついた適性または可能性に鑑みて、その態度が基本的に禁じられているのか、もしくは禁じることができるのかの問題ということであり、したがって、それ自体が、さまざまな法原則を基づいて解決しうる問題である。態度に伴う適性または可能性が、規範特有の考慮から（例えば、禁止をしたとしても、危険をあまり伴わない多数の行為態様が禁じられるにすぎないであろうし、このことで法的な自由を是認し得ないほど制限することになろうという理由から）このような行為態様の禁止にははじめから向いていなく、たとえそのように行為した者が「悪い目的」を追求したとしても法的には何ら変わる場合がない場合は⁽⁸⁷⁾、法の枠内にとどまっている者にそれにもかかわらず生じた結果を帰属することには、あまり意味がないばかりでなく、法的な文脈においてはまさに誤解につながるだろう⁽⁸⁸⁾。被害者自身または第三者を通じてはじめて引き起こされた結果の発生についての答責性の問題においても、前法的に答えられる問題提起が重要なのではなく、このような行為態様が法的基準から明らかとなる特定の要件（例えば、被害者の自己答責性、他人の犯罪行為を可能にすることに向けた態度の意味連関が欠けること）のもとで自由の逸脱がないということから、帰属が欠けるということになる。逆に、態度が法的な自由の領域を越え、それ故

(87) これはもちろん（故意犯の領域について）再度、特別な、しかしいずれにせよ法的考慮により決せられるべき問題である。これについては、例えば、*Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 90 ff., insbes. 92; *ders.* (Fn 1), S. 46, 122 f., 256 f., 283 ff.; *Rath* (Fn 54), S. 22 ff., 65 f.; *Kühl*, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001, S. 41.

(88) もちろん相続人事例のような事例において、ここで批判された見解の主張者が行わないことである。しかし、（行為者の誤った仕業という）彼らの前法的な理由づけは核心をつくものではない。

に他人において結果が発生した場合には、自由を逸脱した者にこれを帰属することができる。要約すると；ここでもまた、法的な態度命令によって路線が定められるのであり、法的考慮を含まない元来の（結果）帰属の輪郭を描こうとする試みは、せいぜい、結果帰属の理論の衣をまとめて法的な態度命令の一部を書き換えるだけの夢物語である。

3 「大」帰属についての帰結

しかしまた、前述の考察を背景にして批判的に考えられるべきであるのは、犯罪行為の所与の事実の全確定を帰属の問題であると称するような帰属の構想である⁽⁸⁹⁾。確かに、そのような構想は最近（脱規範化された結果帰属の理論に対して）表明された、一定の問題提起の規範的内容を誤認しているという異論にはさらされることはなく、そのもっとも有力な主張者は、犯罪行為の個別の要件の規範的な内容を特別なほどに強調している⁽⁹⁰⁾。しかし、いわゆる大帰属論およびそれにより客観的帰属に（内容的に）付け加えられたもの⁽⁹¹⁾は、規範的に限定された結果帰属の理論に対して提起されるべき基本的疑念に出会う。さらに、疑念は、ここで次の点においていっそう強まる。

ここでもまた——少なくともこれらの構想の一部の見解においては⁽⁹²⁾——第一次的には、法的な態度命令の内容の問題であるところの問題を直ちに帰属の問題として取り扱っている。実際、これはそれどころか、結果帰属の規範的な理論におけるよりもなお広範囲において現れる。（それが危険を含むという理由から）態度が原則的に是認されないかどうかの問題を超えて、この構想のうちのいくつかにおいては⁽⁹³⁾、態度命令のその他の内容も帰属の問題として現れている。同意の場合を初めとして、正当防衛および緊急避難を通じて、公務に至るまで⁽⁹⁴⁾。実際に、これと共に、刑法上の帰属とはさしあたりは関係ないが——法秩序の他の領域にとっても意味のある⁽⁹⁵⁾——法的関係の内容、

(89) この構想の主張者および文献は、上述 I. 3.

(90) このことは、とくにヤコプスに妥当する。

(91) この点については、補足として上述 I. 3. を参照。

(92) もちろん *Hruschka* (Fn 32) によるものではない。ルシュカは、行為としての帰属および責任への行為の帰属と、規則違反（法違反）としての行為の批判とを厳しく区別していた。

(93) 例えば、ヤコプスにおいて。

(94) 前掲脚注40の諸文献を参照。

(95) 例えば、損害賠償請求、公権力の介入などについて。

法的な自由の射程と限界に関わる問題が、直ちに帰属の問題にされている。この自由の保障および自由の制限が、（それに相応しまたは反する態度において）帰属についての決定にとって意味があるのであり、（例えば、承諾の事例または、緊急状態における態度の事例によって一定の法益侵害または社会生活の妨害が誰に負担させられるべきかが〔確実に〕問題となる場合には）帰属の問題を提起する理由があるということによっても、この問題の扱い方が不適切であるということには何ら変わりがない。帰属の問題にとって法および法的関係の形象が意味を持つからといって、これ（ら）がなお帰属の問題になるわけではない。

それにもかかわらず、体系的な独善性は重要ではない。問題提起の多様性と適切な位置づけは、むしろ双方の問題領域について——すでに述べたように——まったく異なった解決の諸原則が妥当するという理由から、まさに強調されるべきなのである。法的関係の形象および法的構成にとって、帰属の諸原則は基準を（少なくとも、第1次的には）提供しない。ここではむしろ、個人の自由を他者の自由および一般人の利益との、正しく、法的に承認しうる関係へともたすように努めることが指針を与える。この指針を具体化する一連の諸原則および基準と共にこの指針を用いて——すでに規範化的な結果帰属の理論との関係で強調されたように——それが危険を内包するために特定の法益との関係において原則として（すなわち例えば介入する例外を留保しながら）禁じられる行為態様を制限することができるだけではない。被害者の同意のような制度においても、第1次的に帰属が問題となるのではなく、（とくに同意を与えた者の）一定の自己発展の利益がそれ自体存在する禁止を相対化することにより、そしてそれと共に法的な承認により、どの程度まで考慮されるべきかということである⁽⁹⁶⁾。緊急権の枠内で関心の対象となるのは、どの程度まで、一般的にすなわち相互交換的に存在し、法的に承認されるべき、他者の法益と自由の尊重を要求することによる法益侵害の危険に対処するという必要性を肯定することができるかなどである。適切性、必要性および一定の比例性は、ここではとくに状況に応じて特別に具体化されるべき基準である。このように生じる法的な輪郭付けが、そこで帰属の問題においてもまた尊重されるべきであるということは、なるほど正しいが、だからといって、ありうる帰属の問題の前に現れる、完全に独自の考慮を帰属の問題として行うということを正当化するわけではない。そして、（例えば、許容文を構成する枠内で固有の組織の態

(96) これについて詳細は、*Murmann* (Fn 21), 4. Teil II. 2 を参照。

度の結果について〔限定された〕保証義務の形で、自ら招いた緊急状態を考慮する場合のように⁽⁹⁷⁾ 法的構成の枠内で時折ではあるが帰属の考慮が一定の役割を演じるという事情もまた、これを正当化するわけではない⁽⁹⁸⁾。

上に述べたことと共に争われるべきではないのは、「大」帰属理論が視野に入れている、より広い領域においても、帰属の問題として議論することに完全に意味があるように思われる問題が提起されているということである。それも、ここでは取り扱わない主観的帰属（故意、過失などへの帰属）の領域の外部的においても。そこで、例えば、患者が包括的な説明を受けていたとしても同意を与えていたであろうという場合には、不十分な説明を理由として同意が有効でないにもかかわらず、手術を行った医師には、手術の途中における身体への傷害の結果は（不法な結果としては）帰属されないということは正しいように思われる⁽⁹⁹⁾。しかし、このような問題を帰属の問題として分類することは、可能であるが（もちろん同時に必然的ではないが⁽¹⁰⁰⁾）、例えば、同意の有効性要件およびその限界ならびに具体的事案におけるその遵守の問題は、長らく、帰属の問題にはされてこなかったのである。

IV 帰属の思想を固持する諸々の背景

通説が、法的関係と法的態度命令の内容の問題を、この関係を容易に理解しうるにもかかわらず帰属の問題としてテーマとして取り上げ——これに関する批判にもかかわらず——この考察方法を固持することになった理由は何なのかという問題が残る。ここではおそらく複数の側面が競合しているだろう。この考察方法は、疑いなくある特定の事象（ある結果しかまたはある態度）の帰属

(97) このことは、*Jakobs*, AT, 11/3 が適切にも強調している。

(98) なぜならば、ここでもまた、（窮地にある保証人自身に帰属しうる緊急状態または衝突状況を確認した後に）解決のための諸原則は、再び法構成のその他の諸原則である。付加的な法を承認することが、このような事例において緊急事態を解除するために必要かつ適切であるか否か、どの程度そうなのかなど。

(99) 例えば、BGH NSTZ 1996, 35 m. Anm. *Ulsenheimer* NSTZ 1996, 132 を参照。正当化事由の領域における客観的結果帰属の理論についてのこの展開について詳細は、とくに *Kuhlen*, *Roxin-Festschrift*, S. 336, 340, 343 および *ders.*, *Müller-Dietz-Festschrift*, 2001, S. 436, 438 ff. これについて、*Puppe*, 同書 S. 764 ff.

(100) ここでもまた、法律によって要件とされている結果の不法な性質自体を否定することが、上述の1.a.E. で述べたことの意味においてむしろ可能であろう。

の問題は刑法の基本問題の線上にあり、苦もなくこの問題に合致されうることから、非常に優位に取り扱われていたし、今も取り扱われている。ある事象を理由にして、ある者に刑法上の責任を追及し、有罪の言渡しと有効な制裁という形で、それについてその者に責任があるとするということは、明らかに、この事象が（法の基準によれば）その者に帰属されるということ、すなわち周知の分類を背景にして客観的に帰属されうるということを前提とする。ある者に帰属できない事柄について、彼に責任を負わせることは、最初から不当であると考えられる⁽¹⁰¹⁾。まさにこの基本的な——ほとんどトートロジーである——連関のために、一定の（古くから利用可能な解釈学上の道具を借りても解決するのが端的に困難な）問題と限界事例を解決する場合にも、この問題提起を用いることはおそらく当然であったし、今もなお当然なのである。

このようなやり方は、それが2つの見過ごすことのできないさらなる長所があるだけに、いっそう魅力的に（そして、それを維持することには意味があると）思われるに違いない。1つには、（ある特定の事象の）帰属の問題として、犯罪行為を検討することは、古くからの哲学的伝統と結びつけることができる。それによれば、犯罪行為は、（もっぱら）複数の帰属要件を満たす事象であった。これは、包括的な帰属論の主張者が、とくに維持しようとする考察方法である。他方、帰属というトポスは、それまで妥当していた（フォン・リストとペーリングに遡る）犯罪論体系を大きく変えることなく、従来の基準では、とくに「行為—結果—因果性」という満足のいく形では解決されえなかった一定の未解決の問題事例の実質的議論を可能にした（し、現在でも可能にしている）。犯罪行為として明らかに不適切な一定の事例詳を除外するためにもっぱら結果の帰属可能性の問題という意味において、いずれにせよ、存在する因果性を拡大する必要があった。さらなる議論の基礎を作り出すために、そのような観点を通じて、2つの問題の立て方（すなわち、ある態度が是認されない危険創出であるかという問題と、この危険創出と結果との連関の問題）が、1つのトポスの下で議論されるということは、いずれにせよ、（例えば、そのときまで全くテーマとされてこなかった構成要件該当行為のカテゴリーという形で⁽¹⁰²⁾）適切な体系的な是認されない危険の創出という「収納場所」を分離

(101) 客観的帰属と正義の概念との相互的結びつきを、*Naucke ZStW* 76 (1964), 425 も指摘する。

(102) ホーニッヒの説はこの意味で完全に承認することができるだろうにもかかわらず。*Frank-Festgabe I*, S. 195 を参照。そこでは、ホーニッヒは、*Eb. シュ*

する際に現れる難点よりもむしろ、甘受しうる小さな欠点であるように思われる。

ここまで概略してきた理由は、帰属論への取り入れを感覚的に共感しうるものと思わせる。また、帰属論に功績があったということは——過去においても現在でも⁽¹⁰³⁾——争うことはできない。他方で、このような共感しうる理由と功績があるからといってもちろん、法的な態度命令の内部に混入があることや、態度命令からの逸脱の確定をその限界と帰属の問題（および帰属の議論）へと移すことについては、決して永続的な正当化をしうるものではない。いつかまた、筋が通り、多くの貢献をもたらす展開が、体系の中で適切にもたらされなければならない、問題の立て方の多様性と解決のための諸原則は——すでに誤解を避けるために——互いに区別され、考慮されなければならない。したがって、すでにある事例では、まず、帰属と全く無関係なことではなく、——是認されない危険創出によって——法からの端的な逸脱（法違反）が、独自のカテゴリー例えば構成要件に該当する態度のカテゴリーを通じて考慮されなければならない。

V 帰属の思想、刑罰論および犯罪行為の理解

以上述べてきたことは、帰属の諸相を強調する反対方向の考察方法が、刑罰理論による犯罪論と見過ごしえない緊張関係にある場合に一層あてはまる。有罪の言渡しと刑罰でもって反作用を加えられるのは、単に法益侵害または法益の危殆化ではない。それはむしろ、犯罪行為に存在する法違反⁽¹⁰⁴⁾であり、再

ミットが主張する、付加的な帰属の制限という理解に反論し、「構成要件に該当しない意思の確認」が問題であることを強調する。

- (103) 古い帰責論の功績についてはとくに *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auf. 1965, S. 163 ff. を参照。とくにプーフェンドルフについて, *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, S. 84 ff. を参照。フォイエルバッハの帰属論については, *Eb. Schmidt*, aaO., S. 244 ff. および Köhler, in: Gröschner/Haney (Hrsg.), Die Bedeutung P.J.A. Feuerbachs für die Gegenwart, ARSP-Beiheft 87, 67 ff. 最近の客観的（結果）帰属論の功績は、とくに自己答責的な自己危殆化の単なる実現または自己答責的な第三者の法益侵害行為を除外したことにある。
- (104) これについて詳細は, *Frisch* (Fn 65), S. 135, 146 ff.; *ders.*, Müller-Dietz-Festschrift, S. 253 f., *Jakobs*, AT, 1/19; *ders.* (Fn 74), S. 33 f.; *Köhler* (Fn 14), S. 47 ff., 580 f.; *ders.*, Hirsch-Festschrift, S. 68, 69, 73; *Lesch* (Fn 32), S. 184 ff., 190 ff., 203 f., 210 ff.; *Seelmann*, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, 1995, S. 66 ff.; *E. A. Wolff* ZStW 97 (1985), 786, 820 f.; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 161 ff.

び（そして、しばしばそれだけで⁽¹⁰⁵⁾）まず（刑法で保護される）法秩序からの乖離である。しかし、そのような法違反を認めることにとっても、帰属可能性が要件となる。問題とされる態度は、行為として帰属可能で、行為者にとって法秩序に方向づけられることによって回避可能であったのでなければならない。しかし、これは、ただ甘受されるべき、そして、そうでなければ裁判上の通常事例で充足される一般的な条件である。（刑法上重要な）ある法違反の本来の出発点および放棄できない基盤となるのは、法的な態度命令からの態度の逸脱である⁽¹⁰⁶⁾。法違反の程度も、決定的にそこからのみ決定される（どの規範に違反したか、違反の程度は態様がどのようなものかなど）。

このような見方は、適切に形成された刑法体系を考慮に入れなければならない。それも、何が犯罪行為の本来の中核であり、出発点なのか、したがって、法からの逸脱とそれと共にそれに与えられる重要性を作り出す（おそらくまず最初に確保されるべき）法的要求とその態度を比べることによる。したがって、ある事象を犯罪行為として適切に評価する思考上の出発点となるべきなのは、ある態度が構成要件的に把握して法的な態度命令からの逸脱であるかどうかという問題を形成することである。事情によっては、法的な態度命令自身の内容についてすら激しい争いが必要とされている⁽¹⁰⁷⁾。これは、純粋な拳動犯および態度に関連する結果犯について妥当するのみならず——これはもっとも自明なことに実務上適用されているが⁽¹⁰⁸⁾——、詳細な態度の記述のない結果犯、したがって原則的に把握される構成要件の行為が裁判官によって始めて具体化されるような犯罪についても妥当する。さまざまな態様の帰属の考慮は、事物論理的にはおよそ、態度が純粋に外部的に、（構成要件上把握される）法違反の基準を充足する場合に始めて要請される。このことは、まさに結果犯に

(105) すなわち単純未遂の事案において。

(106) 適切にも、*Freund*, AT は、個別問題に至るまで首尾一貫性をもってこのアプローチを追及している（例えば——行為規範違反と構成要件に該当する態度の結果について——§ 1 Rn 5 ff., § 2 passim, § 5 Rn 14 ff., 61 ff.）。またすでに、*Frisch* (Fn 87), S. 59 ff., 74 ff., 118 ff.; *ders.* (Fn 1), S. 33 ff. をも参照。

(107) 例えば、禁じられた他者危殆化と、自己答責的な自己危殆化の禁じられていない実現との間の区別、禁じられた幫助といわゆる中立的な幫助の区別（これについては、*Frisch*, *Lüderssen-Festschrift*, S. 539 ff.）などにおけるのと同様である。

(108) 詐欺の枠内における欺罔、背任における財産管理義務の侵害などの具体化におけるのと同様である。

における結果帰属の問題にも妥当する。この問題は、体系的には、例えばこの犯罪類型の中心問題および出発点となる問題を構成するものではなく、法から逸脱し、構成要件で捉えられた態度の確定に引き続いて初めて提起され、行為が既遂行為として特別に重要な法違反となるように、生じた結果をも不法として行為者に負担させることができるかの問題のみに関係する問題である⁽¹⁰⁹⁾。そうではなく、結果犯の結果の帰属を結果犯の基本問題とし、または、帰属をおよそ全刑法のキーポイントとなる概念とする見解は、この関係を歪曲しているのである。

* * *

〔解題〕

ここに訳したのは、Goldammer' Archiv für Strafrecht 2003, S. 719 ff. に掲載されたヴォルフガング・フリッシュ教授（フライブルク大学）の論文“Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”である。本稿は、2002年に韓国で行われた講演原稿を基にしている。

客観的帰属の理論は、ロクシンがホーニッヒ祝賀記念論文集において復活させ、ドイツで目覚しい展開を遂げたが、わが国においても、これを正面から認める見解はもちろんのこと、相当因果関係の名称を残しつつも実質的には客観的帰属論の基準を取り入れる見解にとってもまた、ドイツにおける客観的帰属論の現状を紹介することには意義があるように思われる。フリッシュ教授が、冒頭で指摘するように、客観的帰属論は定義の問題および射程の問題、そしてその根底にある哲学および方法論の相違が実に多様であるために、全体像が見渡しにくくなっている。本稿は、わが国においても議論の前提の整理としても有益である。わが国においても議論は、経験則ないし（客観的予見可能性）のみで相当性判断を行おうとする当初の相当因果関係説を維持する立場はすでに放棄されていると見てよいように思われ、さらにその先の段階、すなわち客

(109) これについて詳細は、Frisch, Spindel-Festschrift, 1992, S. 396 f. および理由づけと争点についてはそこに掲げられた諸文献を参照。Dencker, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, S. 441, 451 f.; Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 96 ff., 100 f.; Samson, Grünwald-Festschrift, S. 585 ff., 600 ff.

観的帰属論の内部における争いに移行している。客観的帰属の性格（前法的判断か、法的ないし規範的判断か）およびその射程（行為と結果の関係か、結果犯のみか、それとも全刑法体系の帰属——「大」帰属と呼ばれている——か）や規範化の方法についての諸議論ならびにそれらに対するフリッシュ教授の立場および各論拠は、わが国でも、今後の議論の展開にとって重要であり、示唆的である。