慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 因果関係の「相当性」に関する一試論 |
| Sub Title | Zum Begriff der Adäquanz beim adäquaten Kausalzusammenhang im Strafrecht |
| Author | 井田, 良(Ida, Makoto) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1991 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.11 (1991. 11) ,p.1- 32 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19911128-0001 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 因果関係の「相当性」に関する一試論

井田　良

一　問題の所在
二　相当性判断における一般的・類型的考察方法
三　「狭義の相当性」の判断構造とその問題点
四　相当因果関係説と客観的帰属の理論
五　おわりに

## 一　問題の所在

わが国の刑法学の因果関係論においては、従来から、いわゆる相当因果関係説（＝相当性説）が通説であった。ところが、現在では、まさに「相当因果関係説の危機」とでも呼び得る状況が生じている。相当性判断の基準と方法に向けられた有力な批判のうち、とりわけ重要なものは、相当因果関係説においては、行為と結果とを結ぶ具体的な因果経過そのもの、すなわち「狭義の相当性」[1]に関する判断基準が不明確であり、またその判断方法も適切でないとする

批判である。批判のきっかけとなったのは、いわゆる「米兵ひき逃げ事件」に関する最高裁決定[2]であり、その後、狭義の相当性の判断構造に関してかなり立ち入った分析[3]が加えられるようになった。さらに近時に至って、従来の相当因果関係説を批判し、より妥当な判断基準の提案を試みようとする見解が増えつつあり、そのなかには、詳細な検討なしにすませることのできない重要な主張も含まれている[4]。他方、相当因果関係説の故郷であるドイツにおいては、条件説に代わって「客観的帰属の理論 Lehre von der objektiven Zurechnung」[5]が通説化し、わが国の相当因果関係説が問題としてきたのと同種の事例について、別個の論理を用いてこれを解決しようとしている。相当因果関係説との厳密な比較検討を必要とする状況が生じてきているのである。

さらに、最近、最高裁は、狭義の相当性の問題との関係できわめて興味深い事案に関する法律判断を迫られるに至った[6]。それは、被告人の暴行により、死因となった傷害が形成された後、被害者が何者かによってさらに角材で殴打され、幾分か死期が早められる形で死亡したという事案[7]についてであり、最高裁第三小法廷は、次のような職権判断を示した。すなわち、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である」というのである。たしかに、従来からの判例の流れにかんがみれば、その結論は当然のものであったといえよう。しかし、興味深いのは、この決定の事案が、従来の相当因果関係説の「盲点」をつくものであり、その判断構造の不明確さを如実に示すものであるように思われることである[8]。現に、本最高裁決定に関し、そのような不明確性ゆえに、これまで判例が相当因果関係説を明示的に採用するに至っていないことにも理由があるとする、実務サイドからの辛辣な批判が出され[9]、また、「本件の事案は、相当因果関係説による説明が実務的でもなく、理論的に説得的でもない典型的なケースである」とする厳しい指摘が行われている[10]。

もちろん、本稿は、相当因果関係説のはらむ問題点のすべてに解答を与えようとするものではない。右のような問題状況を踏まえて、相当因果関係説に加えられた最近のさまざまな批判を検討し、またこれまで曖昧な部分が残っていた狭義の相当性（そのなかでも特に、実行行為自体がすでに高度に危険であり、しかもその後の具体的な因果経過も相当性の範囲を逸脱するような場合）の判断構造を分析した上で、判断基準の精密化を模索し、さらには今後行われるべき研究の方向を見きわめようとするものである。

## 二　相当性判断における一般的・類型的考察方法

(1)　相当因果関係説の特徴は、その「一般的・類型的考察方法」にあるといわれる。学説史上、この点において相当因果関係説は、それが提唱された頃のドイツで有力に主張されていた「個別化説 individualisierende Theorien」の諸見解（原因説とも呼ばれる）と区別される。すなわち、個別化説が、個々の事例において、行為（＝条件）が結果との関係で有する具体的寄与の度合に注目するのに対し、相当因果関係説は、行為と結果との間に一般化・類型化の可能な関係が存在するかどうか（すなわち、そのような行為からそのような結果が発生することが経験上予測し得るかどうか）を問題とするのである。

しかしながら、批判者によると、まさにこの「一般的・類型的考察方法」こそが、従来の相当因果関係説の欠陥であるという。すなわち、従来の相当因果関係説の判断方法によると、実行行為の危険性を抽象的に確定することはできても、現実の因果の流れを具体的・個別的に観察して、結果発生に及ぼした行為の因果的作用ないし寄与の度合と態様を厳密に分析することはできないというのである。[11] すでに、井上祐司は、従来の相当因果関係説のように、行為の時点における予測可能性を基準として判断基底を画定し、それにもとづいて行為の危険性判断の形で相当性を問う

ことは、行為後の因果経過の具体的な流れを捨象し、因果経過をそれ自体として緻密に分析することを不可能にするものだという強い批判を加えていた。[12] 最近の批判者のなかで、山中敬一は、相当因果関係説によると、事後の介入事情、たとえば第三者による暴行の介入の「相当性・異常性（予見可能性）そのものが前面に出て、その暴行の程度や、その因果経過への介入の強弱、それが被告人の行為から『誘発』されたものか、などはすべて予見可能性判断に還元されてしまい、意味をもたなくなる」[13] とさえ断定する。

(2) なるほど、もし相当因果関係説が右に批判されるような学説であったとすれば、それは最初から支持に値しないものといわざるを得ないであろう。しかし、本当に、相当因果関係説は、因果経過の具体的・個別的観察を排除する見解として主張されてきたのであろうか。

たしかに、相当因果関係説は、蓋然性ないし（客観的）可能性の判断を中核とする学説として提唱されたのであり、その判断方法は、不能犯についての具体的危険説のそれと共通することにも示されているように、行為の危険性の有無と程度を判断するのに特に適している。相当因果関係説は、実行行為そのものはそれほど危険でなかった場合に、それにもかかわらず発生した結果の帰属を否定するための理論として有効であるといえよう。そして、現に、具体的な因果経過のいかんを捨象して、そのような行為が行われるならばおよそ「同種の」結果が発生することが経験上通常であるかどうかの判断をもって相当性判断とする理解も見られるのである。それによれば、相当因果関係説は、因果経過の具体的な分析をしないで、行為そのものの一般的な危険性のみを抽象的に判定する見解として把握されることになる。「米兵ひき逃げ事件」の控訴審判決で、東京高裁は、このような判断方法を用い、同乗者が被害者を故意にひきずり降ろす行為自体はかなり偶然的な介入事情と考えられるにもかかわらず、「被告人の自動車の衝突による叙上の如き衝撃が被害者の死を招来することあるべきは経験則上当然予想し得られるところである」として、被告人が自動車を被害者に衝突させたことと、被害者の死亡の結果との間の因果関係を肯定した。[14] また、学説における相当

因果関係説の支持者のなかにも、介入事実がなかったとすればおよそ同種の結果（たとえば、およそ死亡の結果）が確実に発生していた状況にある以上、結果帰属を肯定してよい、と主張する者がある。[15] このような理解によるとき、結果発生の態様は極度に抽象化して観察され、実行行為が同種の結果を発生させる危険性をもつ以上は相当因果関係が肯定されることになるのである。

しかしながら、もともと相当因果関係説は、条件説によるとき具体的な因果の経過が稀有・異常なものであったときにも結果帰属が肯定されてしまうことを批判して主張されたのであり、右に述べたような理解が一般的なものであったとは考えられない。すでに、ヒッペルは、相当性判断の方法に関し、現実に生じた具体的な因果経過を前提として、これと予想し得た因果経過とを「比較」しなければならない、としていた。[16] すなわち、相当因果関係説とは、事案における具体的な因果経過の進行を「判断の対象」として、行為の時点に立って一定の判断資料をもとに考えたとき、そのような具体的な経過をたどってそのような態様の結果に至ることが経験上予想し得る範囲内のものであるかどうかを判断する見解だったのである。[17] このような理解にもとづく相当性判断においては、事後の介入事情が結果発生に対しいかなる寄与をなしたか（たとえば、それが死因の形成にどのような影響を与えたか）なども考慮した上で、そのような経過をたどって結果発生に至ることが相当かどうかが判断されるのである。たとえば、「制限速度を超え時速八〇キロメートルで疾走して来た自動車にはねられ重傷を負った被害者が、病院へ運ばれたが、その病院が放火によって火事となり、被害者が脱出し得ず焼死したという事例」[18] についていえば、行為時を基準として画された一定の判断資料を前提として考えたとき、行為後の因果の流れの具体的な経過の全体が経験上予想し得る範囲内のものであるかどうかが問われ、おそらく相当性が否定されるのである。[19] すでに今世紀の初頭に相当因果関係説についての詳細な批判的検討を行ったラートブルフは、相当因果関係説においては、どの程度まで因果経過および結果の態様を「一般化・抽象化」した上でその経験的通常性を判断すべきかが明らかでないという批判を加えたが、具体的な因果経過を

捨象して行為の危険性の判断に還元することが相当因果関係説の本旨にそわないことを認めていたし、ラートブルフが引用する論者もすべてそのような理解はとっていなかった。[20] わたくしの知るかぎり、現在に至るまでのドイツの学説も、結果に至る具体的な因果経過の相当性を判断するものとして相当因果関係説を理解してきたし、[21] またわが国の学説にとってもそれが当然の前提であったように思われる。[22]

たしかに、ラートブルフが述べたように（そして後に詳しく検討するように）、相当因果関係説の立場から、ある程度まで因果経過および結果発生の態様を抽象化することは不可避である。しかし、この「抽象化」は、具体的な因果経過および結果発生の態様の一部に、行為の時点においては予測不可能な事実が含まれている場合に、それにもかかわらず、因果経過の相当性を肯定することを意味するだけである。それは、最初から具体的な因果経過を捨象し、結果発生に及ぼした、行為の個別的因果作用を顧慮しないということではまったくない。要するに、相当性判断の対象となるのは、条件関係によって結ばれた具体的な因果経過なのであり、このような現実の因果経過をありのままの形で観察した上で、それが一定の判断資料を前提とする「客観的事後予測」により、経験上およそ稀有の出来事の繋がりであったのかどうかが判定されるのである。[23] このようにして、相当因果関係説が実行行為の危険性を抽象的に確定するのみで、結果発生に及ぼした、行為の具体的な因果作用を厳密に分析することを怠るものであるとする前記の批判は当たらないように思われるのである。

## 三　「狭義の相当性」の判断構造とその問題点

### 1　結果の具体化・抽象化

(1)　前述のように（前出二(2)参照）、もともと相当因果関係説は、実行行為そのものの危険性は低かったが、それに

もかかわらず因果の進行の過程でおよそ予測不可能な事情が介在したため偶然的に結果が発生した場合にその結果の帰属を否定するための理論として特に有効であった。これに対し、実行行為それ自体がすでに高度に危険であり、しかも、その後の具体的な因果経過も相当性の範囲を逸脱する場合の判断に関しては、相当因果関係説は曖昧なものをもっていたのである。[24] たしかに、狭義の相当性が問題となる事例のなかには、行為そのものは必ずしもそれほど危険ではなかった場合（ただし、通常予想される医師などによる適切な治療があるかぎりは結果発生の危険がない場合や、被害者の不注意な態度がないかぎりは危険でない場合をも含む）または行為の高度の危険性が何らかの事情により消滅した場合で、それにもかかわらず、因果経過が経験上稀有なものであったために偶然的に結果が発生した場合も含まれる。しかし、この種の事例については、――もちろん後述のような規範的・実質的原理の導入による、「相当性」ないし「予見可能性」の判断基準の精緻化は必要であるとしても――判断方法に根本的な不明確性は認められないように思われる。そこで、以下においては、相当因果関係説によるとき、すでに行為それ自体が高度に危険でありそのままでも結果が発生していたであろうと考えられる場合に、具体的な因果経過の不相当性・異常性が結果帰属の判断にどのような影響を与えるかの問題について、若干の検討を加えてみたい。

狭義の相当性に疑いが生ずる場合とは、一言でいえば、事後に何者かの行為（行為者か被害者か第三者の行為）が介入し、または自然現象が介在したため、さらには、すでに行為時に何らかの認識不可能な事情が存在したために、結果に至る過程が経験的に通常とはいえず、結果発生の具体的態様が、行為時においておよそ予測不可能な場合である。そのなかでも、大きく次の二つの場合を区別することができるように思われる。[25] すなわち、①因果経過の一部に予見不可能な部分があるとしても、実行行為の高度の危険そのものは具体的結果として直接に実現したと見うる場合と、②実行行為は高度に危険であったとしても、結局、それがただ具体的な結果発生の一条件を与えたにすぎない場合である。傷害を通して死亡結果が発生した場合を例にとると、右のそれぞれは次のような事例として具体化できる。

すなわち、①実行行為により死因となった傷害が形成されたが（したがって、因果経過がそのまま通常に進行したとしても結果が確実に発生していたであろうと考えられるが）、予測不可能な事情が介在して傷害の致命的な作用が促進され、死期が早められる形で被害者が死亡した場合と、②実行行為自体は高度に危険であったが（したがって、因果経過がそのまま通常に進行したとしても結果が確実に発生していたであろうと考えられるが）、その危険が結果として実現する以前に、まったく偶然的な介在事情によって生じた別の傷害が死因となって結果が発生した場合である。たとえば、冒頭に紹介した平成二年一一月二〇日の最高裁決定の事案[26]はまさに右の①の場合であり、また、昭和四二年一〇月二四日の最高裁決定の事案[27]で、もし最初の衝突の時点で死因（＝脳出血）が形成されていたとすれば同じである。これに対して、②の場合とは、たとえば、甲がAに致命傷となるような重傷を与えたところ、Aが病院に運ばれる途中で交通事故により死亡したとか、甲がAを高層ビルの屋上から突き落としたところ、隣のビルの窓から無関係の乙が落下中のAを射殺したというような場合[28]である。もちろん、右の①と②のいずれの場合にあたるのかが必ずしも明らかでない事例は考えられる。たとえば、甲が被害者Aを殺害しようとして毒を盛ったが、もし直ちに解毒剤が注射されたならば確実に生命が救われる状況であったにもかかわらず、乙が（甲とは無関係に）殺意をもって解毒剤の注射を妨害したというような事例である。この事例においては、甲の行為の高度の危険はそのまま実現しており、一見すると、右の①の場合にあたるようにも思われる[29]。しかしながら、もしそのまま事態が進展すれば、解毒剤の注射によってAの生命が確実に救われるという状況にあったとすれば（たとえば、乙が治療にあたった医師であり、故意で解毒剤を注射しなかったような場合を考えればはっきりとしよう）、乙により引き受けられ、乙のみに帰属されるべき別個の危険が結果として実現したと評価することができる[30]。したがって、これを②の場合として取り扱うべきであると考えられるのである。

(2) 相当因果関係説を狭く厳格に理解して、つねに因果経過と結果発生の具体的態様のかなり詳細な点まで含めて考えた上で[31]、それが行為時を基準として経験的に通常（＝一般的に予測可能）と判断されないかぎり因果関係を肯定で

きないとすれば、右の①と②のいずれの場合においても、相当性は否定されることになるであろう。[32] これが、相当因果関係説による場合の第一の解決の仕方である。

しかし、①の場合に因果関係を否定することは実際的に妥当とは思われない。[33] 相当因果関係説を右のように理解して、たとえば、行為者が傷害の目的で用いたナイフに付着していた極めて珍しい黴菌のために被害者が死亡したというような事例について、その黴菌による感染は稀有のことであったという理由で、折衷的相当因果関係説の立場から、直ちに因果関係を否定することは不当ではないだろうか。そのように汚れたナイフで重傷を与えるならば何らかの黴菌が入って死亡に至ることもあるであろうという一般的な予見可能性があるときには相当性を肯定すべき場合も考えられるであろう。[34] また、右の①の場合で極端な事例を考えれば、普通の人にとっても十分に致命傷となる重傷を被害者に加えたが、被害者の特殊な病気のために体内において通常とは異なる病理学的機序を通して普通より早く死亡したというときに、折衷的相当因果関係説の立場から因果関係を否定するという結論は不当であろう。[35] この事例で因果関係を否定すれば、それは、特殊の病気をもつ人については、刑法規範による保護を、通常人と比べて弱めることになってしまうのである。

そうだとすれば、狭義の相当性の判断においては、ある程度まで因果経過および結果発生の態様を「抽象化」し、具体的な介在事情を度外視した上で、その経験的通常性を判断せざるを得ないということになる。[36] しかも、このような操作は奇異なものではない。過失犯の要件である予見可能性についてでさえ、具体的な因果経過の詳細な点までが予見可能であることを要せず、「抽象化」の必要性が肯定されているのである。もちろん、いかなる限度で「抽象化」を認めるかの判断には不明確さが伴うことは否定できないが、[37] 抽象化を、①の場合のように死因が同一であると見られる範囲内では許容すると考えることは可能である。これが、相当因果関係説による場合の第二の解決方法である。これによれば、右の①の場合には相当性が肯定されるが、②の場合には相当性が認められないという結論になる。[38] も

とより、はたして当初の傷害のみが死因を形成したかどうかが不明な場合、とりわけ、実行行為の因果的作用と介入事情による影響とが重畳的にはたらいて結果が発生したことは明らかになったが、行為者の実行行為のみによって致命的な作用が生じ、したがって当該の死因が形成されたのかどうかが明らかにならなかった場合には、②の場合として扱われ、介入事情が予見可能なものでなかったかぎり因果関係を否定するという結論を導くことになるであろう。[39] たとえば、いわゆる択一的競合の場合についていえば、仮に条件関係を肯定する見解を採ったとしても（または、結果の態様の具体化により条件関係が肯定される場合であったとしても）、当該の行為の効果のみによって死因が形成されたことが証明されないかぎりは、少なくとも相当因果関係は否定されるという結論になるのである。[40]

注目すべきことは、右のような形で、因果経過および結果発生の態様の「一定限度の抽象化」を認めるにあたり、相当因果関係説の立場から、抽象化の程度に関して一義的な判断基準が得られる訳ではないということである。従来の相当因果関係説の欠陥は何よりもこういうところに露呈される。すなわち、「相当性」とか「経験的通常性」とか「予見可能性」とかいうことからは、個別事例において、結果帰属の根拠と限界とを実質的・規範的に明らかにするための手がかりがまったく得られないのである。後述するように、ドイツにおいて相当因果関係説の不十分な点を克服する形で客観的帰属の理論が通説化した根本的な理由はここにある。われわれは、相当因果関係説を維持するとしても、相当性判断の内容を「補完」する形で、個々の事例類型ごとに、結果帰属の実質的・規範的根拠を解明していかなくてはならないのである。一例を挙げよう。行為者が被害者を殺そうとして猛毒の入った菓子を渡したところ、被害者がこれを咽喉につまらせて窒息死したという場合、[41] 相当因果関係説によれば、因果経過が不相当であり経験上稀有だという理由で法的因果関係が否定されるであろう。しかし、結果の帰属が否定されるより実質的な・規範的な根拠が何かをさらに問うとすれば、客観的帰属論の主張者がいうように、行為の高度の（許されない）危険は窒息死の結果のなかには実現しておらず、むしろ窒息死の結果として実現したのは、社会生活上それを生じさせることがふつ

うに許される危険（＝社会生活上、さまざまな機会に食物を他人に提供することに伴うわずかなリスク）であって、それは結果帰属を基礎づけるものではない、という説明[42]しかなし得ないのではないだろうか。

ここでは、われわれがいま問題としている①および②の類型の事例に関して、右のような結果帰属の実質的根拠を探ってみたい。何よりもまず、なぜ既遂行為について未遂と比べてより重い違法評価が加えられるかの理由にさかのぼって考えなくてはならないであろう。そして、ここでも出発点は（行為）規範論である[43]。判断基底の問題に関しいかなる見解を採るかにかかわりなく、もし相当因果関係説に立脚して行為の時点を基準とする一般人の予見可能性の限度内に結果帰属の範囲を限定することに妥当性が認められるとすれば、その根拠は（行為）規範論ないし人的違法論以外のどこにも求められないであろう[44]。いうまでもなく、刑法規範の対象は行為のみであって、それとは切り離された結果の発生・不発生それ自体は刑法規範による禁止の対象とはなりえない。しかし、規範は、およそ犯意をもって行動することを直ちに禁止するものではなく、法益侵害結果を発生させる具体的危険性をもつ行為のみを禁止しようとするのである[45]。そして、規範違反行為がもつ、この危険性（＝行為者により認識されたか、または一般人にとって認識可能であった危険性）が結果として実現したとき、いいかえれば、事後的な結果の発生によって実行行為の高度の危険性がまさに確証されたとき[46]には、その行為には規範違反性（＝行為無価値性）の評価に加えて、結果を生じさせたことを理由とする当罰性の観点からする重い法的評価（＝結果無価値性）が付け加わると考えられる[47]。この意味において、たとえば、甲がAに重傷を与え、Aが病院に運ばれる途中で交通事故により死亡したという場合においては、甲の行為について既遂行為としての「不法」を認めることはできないのである。他方において、行為者が結果発生の過程を完全に支配（厳密な意味で beherrschen）することは不可能であり、またそれは既遂処罰の要件にもなり得ない[48]。行為者が、結果の発生を出来事の成り行きにまかせるという形で事象を「手放し」、因果過程の大筋が予見可能な範囲内で結果が発生した場合でも既遂の評価に値する。その意味で、因果の過程の詳細に至るまでが行為の時点で予見可能で

あったことを要求することは行き過ぎなのであり、因果過程の一部に予見不可能な部分があったとしても、ただちに結果帰属を否定する理由にはならない。相当因果関係の要求は、もし明らかに偶然的な展開と称すべき、不相当な「行為と結果との繋がり」を処罰の対象とすれば、結局、単なる規範違反性と危険の発生のみを根拠として、既遂として処罰することに帰するから、これを回避するためであって、行為の現実的危険性が結果の発生によって確証されたものと認めてよい場合のみに既遂不法を限定するためにほかならない。このように考えてくると、問題の真のありかは右のような実質的・規範論的評価にあり、結局、①の場合のように、行為の危険性が結果に直接に実現し、行為の危険性が結果発生により確証されたといい得るときは、具体的な結果発生の態様の詳細が予見可能でなくとも、結果帰属を正当化できる程度に、行為が具体的結果の発生に本質的に寄与したと評価することが可能となるように思われる。

(3) ところが、相当因果関係説を支持する論者のなかには、さらにすすんで、結果発生の態様の「抽象化」に限界を設けず、介入事実がなかったとすれば同種の結果（たとえば、およそ死亡の結果）が確実に発生していた状況にある以上は因果関係を肯定してよいとする見解を主張する者がある。[49] これが、相当因果関係説による場合の第三の解決の方法である。この見解によれば、右の①の場合のみでなく、右の②の場合、たとえば、甲がAに致命傷となるような重傷を与えたところ、Aが病院に運ばれる途中で交通事故により死亡したとか、甲がAを高層ビルの屋上から突き落としたところ、隣のビルの窓から無関係の乙が落下中のAを射殺したというような場合についても相当因果関係が肯定されるのである。たしかに、被害者の死亡の具体的態様いかんは構成要件的に重要でないことから、そこまで抽象化するのが理論的であるかも知れない。[50] また、そもそも相当因果関係説の立場から、どの程度まで因果経過および結果発生の態様を抽象化した上で、その経験的通常性を判断すべきかについて一義的な基準は存在しないことから、むしろ、コントロールできないような高度の危険に被害者をさらすことが本質的だとすることも不可能ではない。ドイ

ツにおいて過失犯につき主張されている、いわゆる「危険増加説」[51]の根底にはこのような発想があるのかも知れない。

しかしながら、論者が挙げている右の事例において結果の発生が確実だという判断は、しょせん推測でしかあり得ず、単なる危険の発生を根拠に結果犯として処罰することを認めるものだとする批判[52]は避けがたいであろう。また、論者のように考えるならば、右の事例と、「因果関係の断絶」の場合として因果関係が否定される事例との間の区別にも理由がないことになるだろう。なぜなら、偶然的な介入事実がなければ確実に結果は発生していたという点で、両者の間に実質的な相違はないからである。[53]このようにして、結果の態様の無限定な抽象化は認められてはならないように思われる。論者みずから挙げる右の二つの事例においては、行為のもつ危険が具体的結果として実現したとはいえず、[54]行為は結果の発生に一条件を与えたにすぎないし、しかも、当該の介入事情はおよそ予見不可能である。とりわけ第三者の故意行為の介入は、その具体的な手がかりがないかぎり、第三者に専属的に帰属されるべきものなのであり、[55]また因果過程としての「制御（コントロール）可能性 Steuerbarkeit」[56]ないし「利用可能性」[57]の範囲外にある。既遂犯として処罰するためには、高度の危険に被害者をさらしたというだけでは十分でなく、結果帰属を正当化できる程度に、行為が具体的結果の発生に寄与したことが確定されなくてはならない。したがって、実行行為が結果発生に一条件を与えたにすぎない場合は、少なくとも、介在事情と結果発生の具体的な態様についての予見可能性が肯定されない以上は、結果の帰属は認めるべきではないように思われるのである。

## 2　判断基底の問題

従来から、相当因果関係説の内部において、はたしてどの範囲の事情を基礎として相当性の判断を行うかという「判断基底」の問題をめぐり、折衷説と客観説とが対立してきた。折衷的相当因果関係説に対しては、行為者の主観的な認識事情を考慮して因果関係の有無を決する点において本来客観的であるべき因果関係の本質に反するという批

判があり、客観的相当因果関係説に対しては、それが余りにも広く（＝条件説と変わりがないほど）結果帰属を認めるものだという批判[58]が加えられている[59]。もっとも、その客観的相当因果関係説も、故意論・過失論において結果に対する責任を適正な範囲に制限しようとするのであるから、この点の見解の対立は、主として、実質的な問題解決を離れた、体系論の見地からの論争にほかならなかったといえよう。

そうだとすると、これまで、余りにこの判断基底の問題が重視されすぎた嫌いがあるように思われる。いわゆる「因果関係」論において本質的に重要な問題とは何かといえば、ドイツの客観的帰属論が主張するように、当該の結果を、刑法上、その「人」の「しわざ」としてその行為に帰属すべき結果と性格づけるべきかどうかという規範的問題[60]である。いいかえれば、それは、当該の結果を行為に帰属し、この「行為と結果との結合体」を「不法 Unrecht」として刑罰的非難の対象、すなわち問責の対象とすることができるかどうか、したがって、その行為を既遂不法と認めるのか、それとも未遂不法にとどまると考えるのかという、まさに違法評価そのものの問題にほかならないのである[61]。前述したように（前出1(2)参照）、限界的な事例においては、行為を既遂として重い違法評価を与えることが妥当であるかどうかという実質的な評価を度外視しては解答を与えることができない[62]。このような結果帰属の問題は、体系的には、違法性の基礎づけの問題であり、不法構成要件の問題なのである。

判断基底の範囲を重視する従来のアプローチの不毛性は、次のことを考えればよりはっきりとする。将来、結果的加重犯の重い結果については、「予見可能性」がその帰責要件とされるに至ったとしよう（改正刑法草案二二条参照）。しかし、たとえ、そのときでも、もし行為者の行為がきわめて危険であって、行為そのもので重い結果を生じさせる十分な危険性をもっていたが、しかし結果が発生するまでの経過においておよそ予見できない事情（たとえば、被害者の隠された宿痾など）が介在して結果が発生したようなときに、はたして結果について刑事責任を肯定できるかどうかが問題となり得るのである。前述したところから明らかなように（前出1参照）、実行行為自体が高度に危険であると

きには、具体的な因果経過の一部が予見不可能であったからといって直ちに結果帰属を否定することはできない。それを因果関係の問題として考えるにせよ、過失における予見可能性の問題として考えるにせよ、一定限度においては結果発生の態様の「抽象化」が認められる可能性があるからである。この問題は、現行法の解釈論として、結果的加重犯の重い結果について過失ないし予見可能性を要求する通説にとっては、現在においてもすでに解答を要する問題なのである。[63] そればかりか、同様のことは、通常の故意犯の場合において、普通の人にとっても致命傷となるような重傷を加えたが、被害者の特殊な病気のために体内において通常とは異なる経過をたどって普通より早く死亡したというような事例で問題となり得る。これらすべての場合において、折衷的相当因果関係説のように因果関係の問題として論ずるか、客観的相当因果関係説のように因果関係は肯定した上で主観的な（違法または責任）要件の存否の問題とするかは、体系論的な位置づけの問題にすぎない。むしろ重要なのは、この場合における結果の帰属がなぜ肯定されるか、またはなぜ否定されるかの実質的・価値論的根拠である。そうだとすれば、ここでは、被害者側の特殊事情が一般人にも予見不可能なのであるから、それを度外視し捨象したとしても、それでも発生結果の帰属が可能であるかどうかが正面から問題とされなければならないのである。本稿で示したような基準によれば（前出1参照）、通常人たる被害者でも死に至ることが相当であるような致命的な傷害が現実に加えられた場合には、予見不可能な被害者の病気が死期を早める作用をもったにすぎないと考えられるかぎり、結果の帰属は認められることになるだろう。また、たとえば、まったく健康な人なら死亡するに至らない程度の傷害を与えた場合であっても、その年齢の高齢者にはその種の隠れた心臓疾患ないしそれに準ずる機能障害があることも稀有でないとされる場合には、たとえ具体的な病種がきわめて稀なものであったとしても、傷害を契機としてその心臓病が原因で生じた死亡の結果についての結果帰属が直ちに否定される必然性はないことになる。[64] もちろん、過度の抽象化と仮定的な判断は避けられなければならないが、一定程度においてそれが許されなければならないことも否定できない。ここでは、加えられた暴行の強度と、

その種の疾患ないし障害が見られる可能性とを考慮した上で、その程度が既遂処罰を正当化するほどのものであるかどうかの実質的判断により結果帰属の可否が決定されざるを得ないのである。

### 3　行為時を基準とする予見可能性の要否

従来の相当因果関係説の判断枠組みそのものを変更ないし放棄する方向での最近の主張によれば、結果発生に及ぼした行為の事実的因果作用を具体的に分析し、それが結果まで及んでおり、介在事情は当初の行為のもつ危険を増大・促進・助長させた程度にとどまるか、それとも、介在事情が当初の行為の因果作用を凌駕し自己の危険を実現したのかを因果経過の判断基準とすべきだという。[65]

このような基準は、前述の①の事例（前出1(1)参照）、すなわち、行為の危険が直接に結果として実現したと評価し得る場合については、本稿と同じ結論に到達する。問題となるのは②の事例の解決である。論者によれば、建築許可を受けずに防災上危険な部屋を増築した大工の行為と、第三者の放火による住人の死亡の結果との間にも、因果関係が肯定され得るという。[66]また、右の基準によれば、たとえば、昭和五年一〇月二五日の大審院判決の事案のように、被告人の暴行により重い傷害を負った被害者が、さらに第三者により故意に川の中に投げ込まれ、当初の暴行によって受けた傷害のため反射機能を喪失したため溺死するに至ったという場合[67]でも、第三者の行為は当初の危険を結果に媒介したにすぎず、当初の行為の因果的作用を凌駕し自己の危険を実現したということはできないので、結果帰属が肯定されることになろう。しかしながら、これらの事例においては、本稿の立場から見ると、行為が具体的結果の発生に一条件を与えているにすぎず、具体的因果経過の予見可能性を要件としないで結果帰属を肯定することはやはり妥当でないように思われる。[68]

ここで、「一般的生活危険」という基準[69]を用いるとしても同じである。論者は、「因果関係判断の重点は、競合原因

のもつ結果発生の危険性が、行為者の行為によって増減させられその影響を結果に媒介する特殊な危険であるのか、それとも増減なき一般的生活危険であってかえって右の作用を呑みこんでしまうものなのか、に置きうることになると思われる」とする。[70] したがって、その行為により被害者が「一般的生活危険」にとどまらない特殊の危険にさらされた場合には結果帰属が肯定されるが、単独で結果を発生させる能力がある「一般的生活危険」が他にある場合には結果帰属が否定されるのである。しかし、このように考えたとしても、介入事情がそれ自体としては単独ではふつう結果を惹起する能力がない場合には、行為が結果に事実的影響力を有するかぎり、因果関係が肯定されることとなり、結局、具体的な態様の結果発生の予見可能性なしに、行為の危険性の確認のみで結果帰属を肯定することになってしまうように思われる。たとえば、傷害を受けて足が不自由になった被害者が、数年後に遭遇した火事に際して、足が不自由なために逃げ遅れて死亡したという場合においても相当因果関係が肯定されるという結論になろう[71]（しかも、その火事が何者かによる放火にもとづくものであったとしても変わらない）が、これは妥当ではなかろう。[72]

このようにして、もし右のような判断基準、すなわち介在事情が当初の行為のもつ危険を増大・促進・助長させた程度にとどまるか、それとも介在事情が当初の行為の因果作用を凌駕し自己の危険を実現したのかという基準、ないし、行為者が創出した「特殊の危険」が実現したのか、それとも「一般的生活危険」が実現したのかという基準を導入するとしても、行為の時点を基準とする[73]因果経過の経験的通常性・一般的予測可能性という相当因果関係説の判断枠組み（そして、相当性判断を具体化し補完する実質的・規範的原理）をおよそ不要とするのであればやはり問題といわなければならない。換言すれば、右の基準のなかに見られる諸概念は、せいぜい相当性判断の枠組みの内部において、結果帰属の判断をより精緻なものとするための一つの道具概念として考慮されるにとどまるというべきである。

## 四　相当因果関係説と客観的帰属の理論

因果関係の相当性の問題が、自然的・没価値的な事実関係の確定の問題ではなく、刑法的な規範的評価の問題であることは、従来の相当因果関係説もこれを意識していたし、とくに重要性説[74]がこの点を自覚的に主張していた。したがって、ドイツにおいて客観的帰属論が通説化したことは、この理論が、単にこれまで相当因果関係説が「因果関係」の問題としてきたことが実は「結果帰属」という規範的評価の問題であることを明確にしたということのみによっては説明できないであろう。[75]

ところで、客観的帰属の理論を通説化させるにあたっておそらく最も重要な寄与をなしたロクシンによれば、この理論は、相当因果関係説の内容をより理論的で精緻なものとし、またさまざまな個別の原理によって結果帰属の判断基準を補うことによって相当因果関係説を大幅に発展させたものだという。[76]たしかに、相当因果関係説と現在の客観的帰属論との間には多くの共通点・重複部分がある。すなわち、客観的帰属論によれば、行為が（法的に許されない）具体的な危険を生み出し、かつ、その危険が当該の結果として現実化した場合にのみ結果帰属が肯定されるが、[77]これは、かつて広義の相当性と狭義の相当性として実質的に分析された相当性判断の基本的枠組み[78]と同じである。そして、現在の客観的帰属論の主張者の多くは、相当性の判断を結果帰属判断の一部として内部に取り込んでいるのである。[79]たとえば、シューネマンは、過失犯における結果帰属の関係を、①事実的連関（＝条件関係）、②相当性連関、③危険連関、④保護目的連関の四つの段階にまとめている。[80]また、ブルクシュタラーは、行為が結果惹起の危険をもち、かつ因果経過が相当であることを「相当性連関」と呼び、これと「危険（実現）連関」とを合わせて結果帰属判断の内容とする。[81]思えば、相当因果関係説の基礎にあったのは、一口にいえば、行為の時点からは一般的に予測不可能な結果（いいかえれば、人が客観的に目的となし得ない結果）[82]を行為に帰属させないという思想であった。このような基本的な思

想それ自体は、現在においても正当といわざるを得ず、客観的帰属論の一内容としても受け入れられているのである。わが国に近時見られる見解について、それがおよそ予見不可能な態様で発生した結果の帰属をも肯定することにより、相当性判断の枠組み自体を壊そうとする点で支持し得ないことはすでに述べた通りである（前出三3参照）。

問題は、「相当性」の基準がそれ自体ではきわめて不明確なものだということである。たとえば、どの程度の一般的可能性が存在すれば「相当」といえるのであろうか。[83] また、そもそも、ここでは違法評価の範囲と限界が問題となっているのに、それを単なる事実的な可能性ないし経験的な通常性という没価値的な基準によって決することが可能なのであろうか。[84] さらに、結果帰属を予見可能性という基準のみで限定するのでは、なお広きに失する場合があるのではないか。人間の能力・可能性の限界というギリギリのところではじめて結果帰属を否定するのではなく、むしろ、それ以前のいわば「規範的な領域」で結果帰属の外枠を画定するための努力をすべきではないのか。[85] このようにして、相当性の基準をより精緻なものとし、予見可能性以上に結果帰属の範囲を限定することが要求されていたのである。そして、そのためには、本稿の分析が示したように（前出三1参照）、個々の事例類型ごとに結果帰属を正当化するための規範的・実質的な根拠が解明されることが必要であった。ここに、ドイツにおいて、客観的帰属論が、事例から出発する問題的（topisch）考察方法[86]と結びついて有力化したことの背景がある。[87] それは、予見可能性という基準の規範的な根拠を解明し、かつその判断方法を厳密なものとするための一つの原理としての「信頼の原則」が、客観的帰属論の内容をなす個別の原理にとってのモデルであったことからも理解できる。なるほど、客観的帰属の理論において議論されている様々な事例のなかには、体系的にみて、従来は因果関係論とは別個の問題の一環として取り扱われており、必ずしも客観的帰属という新たなカテゴリーのなかで解決される必要がないと思われるものも含まれている。従来の体系の内部における判断基準を精緻なものとするかわりに、新たな、しかも漠然としたカテゴリーを導入することの必要性を疑う論者がいることも不思議なことではない。[88] しかしながら、このような「非体系性」は、結果帰属

の実質的・価値論的根拠を明らかにするということとの関係ではむしろ強みとなっているのである。

## 五　おわりに

本論文は、相当因果関係説を「その危機から救い出す」ための一つの試論を展開したものである。ここまで縷々述べてきたように、相当因果関係説が最初から具体的な因果経過を捨象し、結果発生に及ぼした行為の因果的作用を顧慮しない学説だとする批判は当たらないとしても、この説が、狭義の相当性の判断において不明確な部分を残していたことは事実である。私見によれば、狭義の相当性の判断基準をより精緻なものとするためには、結果帰属が規範的評価（さらにいえば違法評価）の問題であることをはっきりと認識し、類型化された事例ごとにおける結果帰属の実質的・価値論的根拠を解明するよりほかはない。[89] 何よりもこの点において、従来の相当因果関係説には不十分なところが認められる。そして、このような欠陥を補充するためには、ドイツにおける客観的帰属の理論は参考となる内容をもっているように思われるのである。本稿は、以上のような基本的発想にもとづき、とくにこれまで曖昧な部分が残っていた事例類型（すなわち、実行行為自体がすでに高度に危険であり、しかもその後の具体的な因果経過も相当性の範囲を逸脱するような場合）を取り上げて、相当性の判断基準を具体化することを試みたものである。

もちろん、本稿の基本的発想および方法の正当性を裏づけるためには、結果帰属をめぐる個々の具体的な（類型化された）事例の解決のために、右のようなアプローチが有効なものであることを実証する必要がある。まさに刑法における相当因果関係説の命運は、今後、学説がそれに成功するか否かにかかっているように思われる。

（1）Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 61. なお、エンギッシュは、「広

義の相当性」は既遂犯ばかりでなく未遂犯についても問題となる「実行行為性」の問題であるとした。Engisch, a. a. O., S. 58 ff. もっとも、未遂犯についても「未遂結果の帰属」を問題としなければならないと考えれば、「広義の相当性」と「未遂犯の成立要件としての危険」とを同一視できないことになろう。この点について、山口厚「因果関係論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・刑法Ⅰ』（一九八七年）五六頁、町野朔『犯罪論の展開Ⅰ』（一九八九年）二二九頁以下参照。また、広義の相当性と実行行為性（＝未遂行為の危険性）そのものとの間にも微妙なずれの生ずる可能性はある。なぜなら、広義の相当性は、およそ行為が発生結果と同種の結果を生じさせる危険性をもったかどうかの問題であるのに対して、故意未遂犯の危険性は、行為が行為者の意図した態様の結果を生じさせる危険をもったかどうかの問題だからである。

(2) 最決昭和四二年一〇月二四日刑集二一巻八号一一一六頁。これは、被告人が不注意な運転により自動車を被害者に衝突させ、その車の屋根の上にはねあげられた被害者が、車の同乗者によりひきずり降ろされて路上に転落し死亡するに至ったが、死因となった傷害が当初の衝突にもとづくものであるかどうかが不明であったという事案について、「右のように同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというがごときことは、経験上、普通、予想しえられるところではなく、ことに、本件においては、被害者の死因となった頭部の傷害が最初の被告人の自動車との衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいというのであって、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであるとは到底いえない」として、被告人の行為と死亡結果との間の刑法上の因果関係を否定したものである。

(3) 当時の研究として、井上祐司『行為無価値と過失犯論』（一九七三年）一六五頁以下、岡野光雄『刑法における因果関係の理論』（一九七七年）一五一頁以下、一七七頁以下などが代表的である。

(4) 相当因果関係説に関する、最近のもっとも包括的で重要な研究は、林陽一「刑法における相当因果関係（一）～（四・完）」法学協会雑誌一〇三巻七号（一九八六年）～一〇四巻一号（一九八七年）である。

(5) 理論状況を批判的に検討した最近の包括的なモノグラフィーとして、Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988 があり、ドイツの文献もそこに詳細である。客観的帰属論のわが国における紹介として、斉藤誠二「いわゆる客観的な帰属の理論をめぐって」警察研究四九巻八号（一九七八年）三頁以下、植田博『因果関係論』の再構成」九大法学三七号（一九七八年）八八頁以下などがあり、詳細な批判的検討として、林陽一「刑法における相当因果関係（三）」法学協会雑誌一〇三巻一一号二二頁以下がある。

(6) 最決平成二年一一月二〇日判例時報一三六八号一五三頁、判例タイムズ七四四号八四頁。

(7) 本件事実の詳細は次の通りである。被告人は、昭和五六年一月一五日午後八時ころから午後九時ころまでの間、三重県内の飯場において、洗面器や皮バンドで被害者の頭部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた結果、恐怖心による心理的圧迫等によって、被害者の血圧を上昇させ、内因性高血圧性橋脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた後、同人を大阪市内の資材置場まで自動車で運搬し、午後一〇時四〇分ころ、同所に放置して立ち去った。うつ伏せの状態で倒れていた被害者は、生存中さらに何者かによって角材で頭頂部を数回殴打され、翌日未明、内因性高血圧性橋脳出血により死亡するに至った。被害者の死因となった脳出血は、被告人の当初の暴行により形成されたものであり、資材置場での何者かによる暴行は、すでに発生していた右脳出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えるものであった。原審の大阪高裁は、被告人の暴行により、すでに死因となるに十分な程度の内因性高血圧性橋脳出血が惹起され、それのみによって近接した時間内に被害者が死に至ったものと認められ、被告人の暴行と被害者の死亡との間に因果関係が存することは明らかである、として傷害致死罪の成立を肯定し、これに対し、資材置場での角材による殴打は、死因の惹起自体には関わりがないから、被害者の死亡との間に因果関係を有しない、としたのであった。

(8) 本決定に関する私見の概要は、井田「第三者の暴行によって被害者の死期が早められた場合の因果関係」法学教室一二八号（＝一九九一年五月号）九〇頁に示した。本決定についての解説として、そのほか、大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」ジュリスト九七四号（一九九一年）五八頁以下、曽根威彦「第三者の行為の介在と因果関係の成否」法学セミナー四三七号（一九九一年）一二二頁、山中敬一「第三者により加えられた暴行の介入と傷害致死罪の因果関係」『平成二年度重要判例解説』（一九九一年）一四二頁以下、伊東研祐「死亡結果発生時期を幾分か早める第三者の暴行が介在した場合でも、当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」判例評論三九一号（一九九一年）六〇頁（＝判例時報一三八八号二二二頁）以下がある。

(9) 大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」（前掲注8）五九頁。

(10) 山中「第三者により加えられた暴行の介入と傷害致死罪の因果関係」（前掲注8）一四二頁。

(11) 林陽一「刑法における相当因果関係」法学協会雑誌一〇三巻九号一四七頁以下、同一〇四巻一号九六頁以下、曽根『刑法における実行・危険・錯誤』（一九九一年）四三頁以下、大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」（前掲注8）五九頁参照。同様に、Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil,

2. Aufl. 1991, 7/34. S. 197f. も、因果経過の具体的・個別的な分析と、一般的・類型化的な蓋然性判断とは相容れないとする。これに対し、この批判を理解できないとするのは、Theodor Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl. 1988, Rdn. 88 vor §§ 13 ff.; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, S. 257 Fußn. 37 である。

(12) 井上『行為無価値と過失犯論』(前掲注3) 一七三頁以下、一八四頁以下、一九〇頁、二二七頁以下、同『因果関係と刑事過失』(一九七九年) 二五頁以下、同「行為後の事情と相当性説」法政研究五一巻一号 (一九八五年) 七頁以下参照。なお、中山研一『刑法総論』(一九八二年) 一七九頁以下、山中『刑法における因果関係と帰属』(一九八四年) 二三〇頁以下、内藤謙『刑法講義総論 (上)』(一九八三年) 二八二頁以下、曽根『刑法における実行・危険・錯誤』(前掲注11) 四三頁もこの批判に同調する。

(13) 山中「第三者により加えられた暴行の介入と傷害致死罪の因果関係」(前掲注8) 一四三頁。同『刑法における因果関係と帰属』(前掲注12) 二三〇頁以下、三一二頁以下も参照。

(14) 東京高判昭和四一年一〇月二六日刑集二一巻八号一一二六頁。この論理を不当とするのは、海老原震一『最高裁判所判例解説刑事篇昭和四十二年度』(一九六八年) 二八六頁。学説において条件説を支持する岡野は、相当因果関係説を東京高裁と同じように理解した上で、これを批判している。岡野『刑法における因果関係の理論』(前掲注3) 一五九頁以下、二〇三頁以下参照。ちなみに、最高裁のいくつかの判例においても、行為が高度に危険とされれば因果関係が肯定されるとするかのような判示が見られる。この点について、町野『犯罪論の展開 I』(前掲注1) 二四五頁以下参照。

(15) 平野龍一『犯罪論の諸問題 (上) 総論』(一九八一年) 四二頁。同旨の見解については、後出注49参照。

(16) Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Band, 1930, S. 147 f.; ders., Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 98.

(17) この点で、西原春夫「行為後の介入事情と相当因果関係」研修四〇〇号 (一九八一年) 一五頁以下、同「刑法における因果関係〔総論〕」法学セミナー三二二号 (一九八一年) 一二頁以下、同『刑法総論』(一九七七年) 一〇一頁以下の分析はきわめて正確である。なお、野村稔『刑法総論』(一九九〇年) 一三〇頁も西原と同旨である。

(18) 山中『刑法における因果関係と帰属』(前掲注12) 二三一頁。この事例に関して山中が例示しているような相当性判断の理解は、いずれも通常の理解には一致しないように思われる。

(19) もっとも、本文に述べたように理解するとしても、結果の不発生に導く方向での介入事情があった場合については、それが稀有・異常なものであったとしても、ただちに因果関係を否定する結論を導くことはできない。たとえば、山の中で、甲が

殺意をもって被害者Aの腹部を刺し、そのままそこに放置したとする。放置された被害者は当然そのまま死に至るところであったが、その近くに偶然にヘリコプターが墜落したことから、救援隊に奇跡的に発見され、病院に運びこまれたものの、何らかの事情によって結局死亡したとしよう。このような場合、ヘリコプターの遭難があり救援隊によって偶然に発見された、という経験的におよそ通常でない事情が介入したからといって、ただちに因果経過の相当性を否定できないであろう。他方、その事情を捨象して、行為自体がきわめて危険だったということからただちに相当性を肯定することもできないのである。ここにおいては、相当性の判断が刑法上の結果帰属の判断であること、より厳密にいえば、具体的な因果経過の予測可能性の判断が、行為の結果発生への寄与の本質的重大性を示す一つの（しかし有力な）徴憑にしか過ぎないことがきわめて明白であるように思われる。

(20) Gustav Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, S. 15 ff. 参照。なお、内田文昭『刑法における過失共働の理論』（一九七三年）一一八頁以下も参照。

(21) たとえば、Engisch, Kausalität（前掲注1）S. 41 ff., 60 ff.; Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl. 1987, S. 243; Manfred Burgstaller, Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Festschrift für Jescheck, Erster Halbband, 1985, S. 361 f.; Jescheck, Lehrbuch（前掲注11）S. 257; Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 240 ff. などを見よ。また、内田『刑法における過失共働の理論』（前掲注20）一一八頁以下も参照。

(22) 注17に引用した文献のほか、たとえば、中野次雄（平野龍一編）『自習刑法35問』（一九六五年）四二頁以下、藤木英雄『新版刑法演習講座』（一九七〇年）二一頁以下、阿部純二「他人の行為の介入と因果関係(2)」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ総論（第二版）』（一九八四年）四六頁、内田『改訂刑法Ⅰ（総論）』（一九八六年）一五一頁、福田平＝大塚仁（大塚発言）『対談刑法総論（上）』（一九八六年）七六頁以下、斎藤信治「被害者の行為と因果関係」平野ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第三版）』（一九九一年）二七頁など参照。なお、町野『犯罪論の展開Ⅰ』（前掲注1）一七三頁、二一五頁以下、二三九頁以下、二四五頁以下も見よ。

(23) v. Hippel, Deutsches Strafrecht（前掲注16）S. 147 f., 149; ders., Lehrbuch（前掲注16）S. 98 参照。西原「行為後の介入事情と相当因果関係」（前掲注17）一五頁以下、同「刑法における因果関係〔総論〕」（前掲注17）一二頁以下も見よ。

(24) この問題に関する簡単な考察として、井田・法学教室九二号（一九八八年）一二二頁、および同「第三者の暴行によって被害者の死期が早められた場合の因果関係」（前掲注8）九〇頁参照。

(25) なお、大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」(前掲注8)五九頁の分類も参照。

(26) 前出注6、7参照。

(27) 前出注2参照。

(28) 平野『犯罪論の諸問題(上)』(前掲注15)四二頁参照。

(29) たとえば、Hans-Joachim Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, S. 556; ders., in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I. Allgemeiner Teil, 5. Aufl 1990 (Stand: 13. Lieferung), Rdn. 74 vor §1 は、この種の事例(ただし、第一行為が過失行為で、医師が故意で被害者の治療をしなかった場合)について、第一行為者の行為の危険が実現したことを認め、結果帰属を肯定する。正当にも、林陽一「刑法における相当因果関係(三)」法学協会雑誌一〇三巻一一号五九頁は、これを妥当でないとする。しかし、最近の文献のなかで、Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten (前掲注5) S. 432 f. も、ルドルフィに賛成する。

(30) なお、Harro Otto, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972. S. 99 ff. も参照。

(31) 因果経過および結果発生の態様を完全に(たとえば、被害者の髪型、服装、靴の色などをも含めて)具体化してその経験的通常性を問うことは法的にはまったく無意味である。

(32) ①のような場合に相当因果関係を否定することを明言するのは、中野『自習刑法35問』(前掲注22)四二頁以下。

(33) 町野『犯罪論の展開I』(前掲注1)二三八頁、同『刑法総論〔講義案〕I』(一九九〇年)一六四頁参照。また、岡野『刑法における因果関係の理論』(前掲注3)二〇四頁も参照。

(34) Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 582.

(35) Jakobs, Strafrecht (前掲注11) 7/34, S. 198 u. 7/85, S. 231 の事例も参照。また、いわゆる択一的競合の事例で、結果の態様を具体的・個別的に把握することによって条件関係を肯定し得る場合があるとされるが(内藤『刑法講義総論(上)』〔前掲注12〕二五五頁以下、福田『全訂刑法総論』〔一九八四年〕九八頁注(二)、大塚『刑法概説(総論)』〔改訂版・一九八六年〕一七一頁、前田雅英『刑法総論講義』〔一九八八年〕二〇〇頁、曽根『刑法における実行・危険・錯誤』〔前掲注11〕三六頁など)、そのような具体的態様の結果の発生が経験上通常かどうかを問題とするならば、相当因果関係は否定されざるを得

ないことになろう。しかし、それは、論者の意図にそう結論ではなかろう。

(36) この問題点は、すでにラートブルフの研究においてきわめて明確に意識されていた。Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung（前掲注20）S. 15 ff. 参照。なお、Schünemann, Moderne Tendenzen（前掲注34）S. 582 も参照。わが国の文献のなかでは、次注37に掲げるものを見よ。なお、西原「刑法における因果関係〔総論〕」（前掲注17）は、はっきりと、「現実の因果経過は、少なくとも本質的部分に関しては相当性判断の対象とならねばならない」とする。前田『刑法総論講義』（前掲注35）二一一頁は、狭義の相当性の有無は、「㋑行為に存する結果発生の確率の大小、㋺介在事情の異常性の大小、㋩介在事情の結果への寄与の大小によって決定される。介在事情が行為時に予測可能か否かのみで判断すべきではない」とし、「一般人が通常予見不可能な因果経過であっても、認識した結果が生じた場合には相当因果関係は認められる場合が考え得る」とする。

(37) 井上『行為無価値と過失犯論』（前掲注3）二〇五頁以下、二二六頁、岡野『刑法における因果関係の理論』（前掲注3）一三二頁以下、一五七頁以下、二〇二頁以下、同〔大塚ほか編〕『大コンメンタール刑法第二巻』（一九八九年）一一三頁以下、林陽一「刑法における相当因果関係」法学協会雑誌一〇三巻七号三頁、同九号一五五頁参照。

(38) 結論において同旨、井上「行為後の事情と相当性説」（前掲注12）一四頁以下、二九頁以下、とくに三三頁以下参照。ちなみに、最決昭和五三年三月二二日刑集三二巻二号三八一頁の事案でも、第一の行為（過失）によって、被害者を間もなく死亡させるに至る死因が形成され、第二の行為（故意）によってその死期が早められたにすぎないのであるから、第一行為と死亡結果との間に相当因果関係を肯定することができよう。山中「行為者の行為の介在と因果関係」平野ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第三版）』（一九九一年）二九頁も相当因果関係を肯定するが、その根拠は、第二行為が予測可能であったというところに求める。

(39) なお、町野『犯罪論の展開Ⅰ』（前掲注1）二四一頁参照。

(40) この点に関し、吉岡一男「条件関係における択一的競合について」法学論叢一二六巻四・五・六号（一九九〇年）一六七頁以下の分析を参照。

(41) Jakobs, Strafrecht（前掲注11）7/86, S. 231 参照。

(42) Lenckner, in: Schönke/Schröder（前掲注11）Rdn. 96 vor §§ 13 ff.; Rudolphi, in: SK（前掲注29）Rdn. 63 vor § 1 など。詳しくは、Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten（前掲注5）S. 386 ff. 参照。

(43) （行為）規範論を基礎に、結果帰属の根拠と限界を論じたものとして、Richard Honig, Kausalität und objektive Zurechnung,

in: Festgabe für Reinhard von Frank, 1930, S. 183 ff., insb. 187 f. がある。なお、Hans Welzel, Kausalität und Handlung (1931), in: ders, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 7 ff., insb. 19 ff. も参照。

(44) 井田「違法性における結果無価値と行為無価値（二・完）」本誌六三巻一一号（一九九〇年）七二頁。なお、Schünemann, Moderne Tendenzen（前掲注34）S. 582; Jürgen Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, GA 1977, S. 257; Udo Ebert/Kristian Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, S. 569 f. も参照。

(45) この点について、井田「違法性における結果無価値と行為無価値（二・完）」（前掲注44）六三頁、そして八〇頁注（53）参照。

(46) 中野『刑法総論概要』（第二版・一九八八年）一〇九頁参照。

(47) この点について、井田「違法性における結果無価値と行為無価値（一）」本誌六三巻一〇号（一九九〇年）二三頁参照。詳しくは、Ida, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, 1991, S. 80 ff., insb. 85 f. 参照。

(48) この点で、Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Festschrift für Herbert Tröndle, 1989, S. 182 は正当である。

(49) 平野『犯罪論の諸問題（上）』（前掲注15）四二頁、同『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一四六頁。林幹人『刑法の現代的課題』（一九九一年）六〇頁以下も、この結論を認める。なお、藤木『新版刑法演習講座』（前掲注22）二二頁以下、柏木千秋『刑法総論』（一九八二年）一五一頁注（一〇）も参照。

(50) Engisch, Kausalität（前掲注1）S. 54 f. 参照。もちろん、エンギッシュは、狭義の相当性については結果発生の具体的態様をも考慮する。Engisch, a. a. O., S. 60 ff. 参照。

(51) 危険増加説については、Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 147 ff., insb. S. 168 ff. 参照。その後の議論の概観として、Schünemann, Moderne Tendenzen（前掲注34）S. 582 ff., 647 ff.; Ellen Schlüchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1977, S. 106 ff.; Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung（前掲注44）S. 571 ff.; Rudolphi, in: SK（前掲注29）Rdn. 65 ff. vor §1; Jakobs, Strafrecht（前掲注11）7/98 ff., S. 235 ff.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten（前掲注5）S. 537 ff. など参照。わが国の文献として、山中『刑法における因果関係と帰属』（前掲注12）四九頁以下、二八六頁以下、林陽一「刑法における相当因果関係（三）」法学協会雑誌一〇三巻一一号二九頁以下、本間一也「過失犯における結果の客観的帰属（二）」北大法学論集四一巻一号（一九九〇年）七三頁以下などが詳しい。

(52) 井上「行為後の事情と相当性説」（前掲注12）一四頁以下、林陽一「刑法における相当因果関係（二）」法学協会雑誌一〇三巻九号一五五頁、同「被害者側の療養方法の過誤が介在した場合の因果関係」法学教室九七号（一九八八年）八五頁、井

田・法学教室九二号（前掲注24）一二二頁、曽根『刑法における実行・危険・錯誤』（前掲注11）三九頁、五二頁を参照。町野『犯罪論の展開Ⅰ』（前掲注1）二四七頁も、平野説に反対する。

(53) 井田・法学教室九二号（前掲注24）一二二頁。

(54) Jakobs, Strafrecht（前掲注41）の事例も参照。

(55) 過失犯における結果帰属に関してであるが、Roxin, Regreßverbot（前掲注48）S. 186 f. 参照。

(56) Otto, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht（前掲注30）S. 96 ff.; Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung（前掲注44）S. 569 f.

(57) 町野『刑法総論〔講義案〕Ⅰ』（前掲注33）一五七頁以下、一六五頁以下。もちろん、第三者の故意行為が「利用不可能」であるのは、それを予想させる特別の事情がない場合に限られる。第三者の故意行為が介入するであろうことを知り得る状況では、それが十分に「利用可能」であることは明らかである。したがって、ここでも判断基底の制限が前提となるのであって、「第三者の故意行為は利用不可能であるから、そのような事実は判断基底に含まれない」とするのは循環論法にほかならない。なお、次注（58）も参照。

(58) 私見によっても、客観的相当因果関係説のように、行為の時点にすでに存在するすべての事情を考慮するならば、結果帰属の範囲はまったく無限定となる。客観的相当因果関係説を提唱したリューメリンでさえ、たとえば、傷害を負った被害者が、鉄道で医師のところに赴く途中で、橋が崩れ落ちるという事故に遭遇して死亡したというような場合に、傷害行為の時点で橋がすでに弱くなっていたのであれば、相当因果関係が認められざるを得ないとして、客観的相当因果関係説をとるときには一定の「修正」が必要であることを認めていた。Max Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, AcP Bd. 90, 1900, S. 299 ff.（この点について、林陽一「刑法における相当因果関係（二）」法学協会雑誌一〇三巻九号一三〇頁）。また、中義勝『講述犯罪総論』（一九八〇年）七九頁の批判も見よ。なお、井田・法学教室九二号（前掲注24）一二二頁で検討した事例(b)も参照。客観的相当因果関係説については、すでにラートブルフの批判が徹底的である。Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung（前掲注20）S. 21 ff., 41 ff. 参照。ちなみに、町野『犯罪論の展開Ⅰ』（前掲注1）二三一頁以下、二四六頁以下、同『刑法総論〔講義案〕Ⅰ』（前掲注33）一五八頁以下は、仮にその事実を知ったなら一般人が結果の発生に利用できるような事実が判断の基礎であるとする。しかし、それによって結果帰属の範囲を適正に限定できるかどうか疑問である（たとえば、事後に介入する第三者の故意行為も、それが確実に行われることがわかっていれば十分に利用可能である）。また、一般予防を根拠に結果帰属の範囲を限定しようとするのであれば、一般人が行為時において認識し得た

事情（および行為者が認識していた特殊事情）のみに判断基底を制限する方が合理的である。

(59) 判断基底の問題をめぐる議論の状況については、内藤『刑法講義総論（上）』（前掲注12）二六八頁以下、林陽一「刑法における相当因果関係（二）」法学協会雑誌一〇三巻九号一二九頁以下、岡野『大コンメンタール刑法第二巻』（前掲注37）一〇三頁以下が詳しい。

(60) たとえば、Jescheck, Lehrbuch（前掲注11）S. 249 f. 参照。

(61) 正当にも、すでに「相当性」を違法性の問題としていたのは、Engisch, Kausalität（前掲注1）S. 52 ff., 58 ff., 61 ff.

(62) 本文のように考えると、結果帰属の判断と過失犯における注意義務違反の判断はかなりの部分で重なり合うことを認めざるを得ない。したがって、過失結果犯の構成要件該当性判断は、結果帰属の判断に解消することさえ不可能ではないといえよう。しかしながら、過失犯の規範違反性の判断に特有の根拠から過失犯の成立が否定される場合は考えられなくはない。

(63) 岡野『刑法における因果関係の理論』（前掲注3）二一四頁は、条件説を支持しつつ、「責任主義の原理から過失を必要とした場合でも、どのような形で過失の有無を判断するかということ、換言すれば、どの程度結果を抽象化しうるかという問題は残っている」とするが、同書にこの点についての詳しい検討は見られない。

(64) この点について、井上『因果関係と刑事過失』（前掲注12）三〇頁も参照。

(65) 林陽一「刑法における相当因果関係（四・完）」法学協会雑誌一〇四巻一号七三頁以下、九六頁以下、同「第三者の行為の介入と因果関係(2)」平野ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第三版）』（一九九一年）三二頁以下。また、曽根『刑法における実行・危険・錯誤』（前掲注11）四三頁以下、同「第三者の行為の介在と因果関係の成否」（前掲注8）一二二頁もこれに近い。

(66) 林陽一「刑法における相当因果関係（二）」法学協会雑誌一〇三巻九号一二四頁注（76）。

(67) 大判昭和五年一〇月二五日刑集九巻七六一頁は、この事案につき因果関係を肯定した。

(68) 正当にも、大審院判決の事案について、相当因果関係を否定すべきだとするのは、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（一九七四年）一五九頁、西原「刑法における因果関係〔総論〕」（前掲注17）七頁、町野『刑法総論〔講義案〕Ⅰ』（前掲注33）一六七頁。

(69) 林陽一「刑法における相当因果関係（四・完）」法学協会雑誌一〇四巻一号一〇〇頁以下参照。

(70) 林陽一「刑法における相当因果関係（四・完）」法学協会雑誌一〇四巻一号一〇五頁。

(71) なお、曽根『刑法における実行・危険・錯誤』（前掲注11）四三頁以下参照。

(72) Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm（前掲注29）S. 555 は、このような場合について、被害者に落

度があったかどうかを結果帰属の判断基準とするが、理由のある区別だとは思われない。正当にも、Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlassigen Delikten, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 255 f. は、被害者に落度がなかった場合にも結果帰属を否定する。なお、その後、ルドルフィも見解を改めた。Rudolphi, in: SK（前掲注29）Rdn. 77 vor § 1.

(73) この点について、山口「因果関係論」（前掲注1）六一頁参照。

(74) 重要性説については、とくに、岡野『刑法における因果関係の理論』（前掲注3）七五頁以下に詳しい。

(75) 現在の客観的帰属論のルーツといわれる Honig, Kausalität und objektive Zurechnung（前掲注43）S. 174 ff. はこの点を強調していた。

(76) Roxin, Finalität und objektive Zurechnung（前掲注21）S. 241 f. また、Jescheck, Lehrbuch（前掲注11）S. 257; Maurach/Zipf, Strafrecht（前掲注21）S. 244; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten（前掲注5）S. 17 ff. にも同趣旨の記述がある。

(77) たとえば、Roxin, Zum Schutzzweck der Norm（前掲注72）S. 241 ff.; Jescheck, Lehrbuch（前掲注11）S. 257 f.; Otto, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht（前掲注30）S. 101, 105; Lenckner, in: Schönke/Schröder（前掲注11）Rdn. 92 ff. vor §§ 13 ff.; Rudolphi, in: SK（前掲注29）Rdn. 57 ff. vor § 1; Jakobs, Strafrecht（前掲注11）S. 200 ff., 222 ff.; Eduard Dreher/Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45. Aufl. 1991, Rdn. 17 vor § 13 など。詳しくは、Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten（前掲注5）、わが国の文献のなかでは特に、林陽一「刑法における相当因果関係(三)」法学協会雑誌一〇三巻一一号二四頁以下を見よ。わが国における主張者としては、山中『刑法における因果関係と帰属』（前掲注12）二九一頁以下。

(78) 「相当性」を危険の惹起（広義の相当性）と危険の実現（狭義の相当性）とに分けて実質的に分析したのは、いうまでもなく、Engisch, Kausalität（前掲注1）S. 41 ff. である。なお、Jescheck, Lehrbuch（前掲注11）S. 256 も参照。わが国では、とくに、井上『行為無価値と過失犯論』（前掲注3）一四八頁以下、一五五頁以下、一八五頁以下、二二四頁以下、町野『犯罪論の展開 I』（前掲注1）一〇五頁以下、二一〇頁以下、中「概括的故意事例についての一考察」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』（一九八四年）一八四頁以下、曽根『刑法総論』（一九八七年）七八頁、同『刑法における実行・危険・錯誤』（前掲注11）三七頁以下、五二頁以下、六八頁以下、前田『刑法総論講義』（前掲注35）二〇九頁以下など。

(79) 後出80、81に掲げる論者のほか、Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie（前掲注44）S. 261 f., 264 ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht（前掲注21）S. 242, 244, 248; Jescheck, Lehrbuch（前掲注11）S. 256 ff.; Rudolphi, in: SK（前掲注29）Rdn.

55, 57 vor § 1; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten (前掲注5) S. 18 Fußn. 52 など。

(80) Schünemann, Moderne Tendenzen (前掲注34) S. 578 ff.

(81) Burgstaller, Erfolgszurechnung (前掲注21) S. 360 ff.

(82) Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie (前掲注44) S. 272 (そのほかの文献もそこに詳しい)。

(83) この問題点も、Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung (前掲注20) S. 12 ff. において鋭く提起されていた。また、Engisch, Kausalität (前掲注1) S. 44, 45 f.; Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt (1964). in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 142; Hans Walder, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93. Jg, 1977, S. 145 ff.; Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie (前掲注44) S. 261 も参照。「相当性」の意味内容に関する詳細な分析として、林陽一「刑法における相当因果関係 (二)」法学協会雑誌一〇三巻九号一三四頁以下が示唆に富む。

(84) たとえば、Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt (前掲注83) S. 143; Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm (前掲注29) S. 551 f.; ders., in: SK (前掲注29) Rdn. 55 vor § 1; Lenckner, in: Schönke/Schröder (前掲注11) Rdn. 88 vor §§ 13 ff.; Jakobs, Strafrecht (前掲注11) 7/34, S. 198 u. 7/35, S. 200; Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie (前掲注44) S. 261 参照。

(85) たとえば、Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme (前掲注51) S. 126 ff., insb. 127 f., 133 ff.; ders., Zum Schutzzweck der Norm (前掲注72) S. 243 ff. などで扱われている事例は、結果発生の相当性ないし予見可能性が否定できないにもかかわらず、規範的・実質的根拠により結果帰属がなされない事例として捉えられている。なお、井田「結果的加重犯における結果帰属の限界についての覚書」本誌六〇巻二号(一九八七年)二五〇頁以下は、結果的加重犯について、重い結果が発生する予見可能性を肯定できても、結果的加重犯の成立を否定しなければならない場合があることを説き、その根拠と判断基準を明らかにしようとしたものである。

(86) 刑法における「問題的思考」の意義と限界については、井田・法学教室一〇二号(一九八九年)八三頁および Ida, Die heutige japanische Diskussion (前掲注47) S. 53 ff. (文献もそこに詳しく引用した)。また、最近の批判的研究として、関哲夫「いわゆる機能主義刑法学について (2)」国士舘法学二三号(一九九一年)八八頁以下も参照。

(87) もう一つの問題として、理論構成としての過度の「主観化」の傾向に対する反省もあったといえよう。たとえば、飛行機が落ちて事故死することを期待して、ある人に海外旅行を勧め、現実に飛行機が墜落してその人が死亡したという講壇事例において、従来のドイツの通説によれば、主観的構成要件としての故意が欠けるとされるのである。ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

「ヴェルツェル以降の西ドイツ刑法学（上）」ジュリスト九三四号（一九八九年）一二一頁およびそこに引用された文献を参照。これに対して、客観的帰属の理論によれば、法的に重要な（許されない）危険を惹起していないことから、すでに客観的構成要件が充足されないことになる。このように、客観的帰属論は、主観面でなくすでに客観面において犯罪の成立を否定しようとする傾向をもっているのである。この点について、Roxin, Finalität und objektive Zurechnung（前掲注21）S. 237 ff. 参照。なお、Ida, Die heutige japanische Diskussion（前掲注47）S. 89 Fußn. 374 も見よ。

(88) Hirsch, Der „unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, in: Festschrift für Dietrich Oehler, 1985, S. 128 Fußn. 55; ヒルシュ「ヴェルツェル以降の西ドイツ刑法学（上）」（前掲注87）一二〇頁以下参照。林陽一「刑法における相当因果関係（III）」法学協会雑誌一〇三巻一一号二二頁以下に見られる、客観的帰属論に対する否定的評価も、理由の一部はその点にある。

(89) この点において、わたくしは、町野『犯罪論の展開 I』（前掲注1）一〇六頁、二一七頁以下、二五四頁以下と基本的見解を同じくする。