

〈資 料〉

オーストリア犯罪論（２）

金 子 正 昭

は じ め に

第１章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

第１節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

第２節 基本的なシェーマ：故意作為犯の犯罪構成

(以上25巻3・4合併号)

第２章 刑法上の行為概念

I. 規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

1. 規範の名宛人としての人間
2. 結合点としての人的態度

II. 刑法上の行為概念の機能

III. 行為概念の内容

1. 人間の意思形成過程
2. 行為論
3. 具体的な「行為」若しくは「不作为」の概念
4. 犯罪構成における行為概念の意味

第３章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

I. 犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

1. 結果犯（実質犯）の場合
2. 挙動犯（形式犯）の場合
3. 研究の対象

II. 公式と学説

1. 個別化的因果關係説から一般化的な因果關係説へ
2. 自然法則的因果關係を確認するための公式
3. 因果關係説と帰属性説 [図表 3 (1)]

III. 具体的な行為と結果の結びつき

1. 因果關係
2. 客觀的帰属性 (以上本号)

第4章 故意—故意の概念、種類及び過失との限界 (以下次号)

第2章 刑法上の行為概念

I. 規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

1. 規範の名宛人としての人間

法には、人間の共同生活を規制する使命がある。したがって、法的な規範（禁止と命令）は、専ら人間（自然人（*natürliche Personen*））に向けられるのである。人間だけが法的規範を遵守させられるために、例えば、（中世の多くの規定と反対に）動物は処罰することができないのである。同じことは法人（*juristische personen*）にも当てはまる。法人は、規範の遵守に対して独立した意思衝動を通して自らの態度を決定する本質的な資格および動機形成の可能性（*Motivierbarkeit*）を欠くのである。しかし、法人に対しては常に自然人が行為するので、例えば、161条は「主要な従業員の答責性に関する一般規定」を含んでいるのである。

たとえ法人が自ら規範を遵守しないにせよ、それでもなお法人に刑法上の効果を科すことができるのである。何故かという、規範に違反するものとその違反者の責任に対して制裁が科されるものは同一人である必要はないからである。したがって、機関に対して言い渡された罰金刑の共同責任を法人に認めることも可能である。

刑法典には、法人に対する処罰は全く定められていない。それに対して、特別刑法や行政刑法においては、法人の責任は、自然人の答責性と並んで罰金刑や賠償 (Geldstrafen und Wertersatz) についても可能である (ノヴァコフスキー、ワルター＝マイヤー)。ただし、刑法典の例外なき継続性への制限が長続きするのかどうかは、環境刑法 (Umweltstrafrecht) および会社、団体及び企業の内部における懈怠 (Unterlassen) に対する答責性に関して問題があると思われる (トゥリフテラー、シューネマン)。

2. 結合点としての人的態度

法治国家的な考量から、純粋な心情刑法を拒否し、刑法上の検討対象の結合点として必ず外部に現れる具体的な態度だけを問題とすることになったのである。その場合、「現実界における人間的存在の表現 (Äußerung menschlichen Sein in der Wirklichkeit)」にかかわる問題でなければならない (マイホーファー)。すなわち、態度は態度者 (sich Verhaltenden) の「精神的心的人格」に由来しなければならないということである。

しかし、人間の知覚され得る態度すべてが人間存在の表現であるものではない。衝撃によって若しくは睡眠中にあるいはてんかんの発作によって行動するものの態度は、彼の人格の表明であるとはいえない。このことから明らかになる問題は、いかなる態様が「人間存在の表現」なのか、したがって、法的規範の違反として問題になるのか、また、いかなる態様が何時いかなる範囲においてそれ以外の事象経過から区別されるのは何によってかである。この問題が刑法上の行為概念を導くのである。

刑法上、「行為 (Handlung)」という名称の下では、人間存在の表現として現れ、したがって刑法上の検討するための結合点として問題になる態様だけが捉えられるのである。

II. 刑法上の行為概念の機能

1. I 以下で論及したことによれば、行為概念の段階で規範違反として一般に考慮すべきことは、人的態度のいかなる事象経過なのか、また人的態度のい

かなる現象なのかということを確認することである。すでにこの手がかりから判明することは、可罰性に対する結合点として最初から問題にならない現象に対して刑法上重要な行為の輪郭をはっきりさせる必要性である（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。この限界設定にあるのが行為概念の本質的な機能である。その場合、類型的なメルクマールを通して特徴づけられる事象経過や現象だけを捉えなければならない、という点で見解は一致している。ただし、人的表現のこのすべての形式に対して統一的な行為概念が存在するのかどうか、また、統一的な行為概念は具体的にはどのような性質のものなのか、例えば、統一的行為概念は構成要件の前に移されるのかあるいは特別に構成要件に関係づけられるのか、ということについては争いがある。

行為は刑法上検討するための結合点にすぎないのに、それに続くすべての犯罪メルクマールはこの行為をその刑法上の意味において再検討すべき観点の範囲を限定するということに、目を向けようとの非常な努力がなされている。この点で、論理的に考えれば、行為は構成要件該当性、違法性及び責任とは異なった段階に位置する（シルト）。

2. 刑法学上、数十年もの間、統一的な積極的行為概念を展開させようと努力したのである。統一的な積極的行為概念は、刑法上重要な態度のすべての現象形式（作為と不作為、故意的な態度と過失的な態度）を等しく正当に評価し、その上犯罪論全体の基本的な要素の機能を充足しなければならない。このような努力を払って、特にオーストリアでは、長い間、純粹に外部的な人的態度のすべてを刑法上の行為とすることで満足していた。すなわち、行為とは、「純粹に身体的にみて…有形的な態様（eine Weise des körperlichen Sichverhalten）」であった（フォルテン、ノヴァコフスキー）。

行為概念において人的態度の外部的なもの（ein äußeres）だけに結びつけてはならないというオーストリア以外の国々のあらゆる努力もまた、困難に直面した。すべての態様に等しく適用することのできる基準は何も見いだすことはできなかった。このことは、特に、存在論的な考察によれば、作為と不作為（positives Tun und Unterlassen）はまさに人的態度の相反する可能性を具体化するということに起因する。したがって、「外部的な態度（äußere Sich-Verhalten）」

以上の内容を有する上位概念 (Oberbegriff) は、少なくとも純粋な存在論的考察によれば、人的態度のこの二つの範疇に対して構成することはできないのである。

その上、その時々¹の犯罪の不法から切り離して考察する方法を目指して努力がなされるべきであったかどうか、迷っていたからである。例えば、むしろ特定の構成要件の検討段階においてはじめて、この構成要件に対して刑法上重要な行為が存在するかどうかについて述べるのが重要なんだ考えてもよかった。ここで主張する見解によれば、このことは、部分的には不作為犯に当てはまる。すなわち、不作為犯の場合、いかなる行為が行われなければならなかったのか、したがって、いかなる不作為が処罰され得るのかという問題は具体的な構成要件に関係するのである。

統一的な行為概念を得ようと努力する場合の様々な困難性は、行為は特に刑法に対して今日主に消極的に定義づけるに至ったのである。その場合、それを概念的に確定することは、考えられ得るすべての人的態様からまだ刑法上検討するための結合点が役にたたないものを除外するのに奉仕するだけである。すなわち、具体的な事案において、これらの態様が現れるのは、作為としてかあるいは不作為としてか、若しくは故意的な態度としてかあるいは過失的な態度としてか、ということは関係ないのである (イエシェック)。

Ⅲ. 行為概念の内容

人間の意思形成過程は、行為概念を確定するためにも重要性がないわけではない。したがって、刑法上の観点下で重要な要素は意思形成から引き出すべきである。同時に、そのような要素は、様々な学説やその都度学説が特徴的なものと考えた要素を相互に比較するのに役に立つ。

1. 人間の意思形成の過程について

1. 人間の意思形成過程は、(刑法の目的に対して簡易化され)、次のように現することができる。

推進力 (Impulse) に基づいて、すなわち外部的な動因あるいは内部的な動

因に基づいて、人間は何かある特定のものを行ったり行わなかったりするように動機づけられる可能性がある。それによって動機づけられた者は、いかなる方途で（いかなる手段によって）自らの目標表象を所為に移すことができるのかを考えることになる。しばしば直接的な方途では（あらゆる付随的な結果を避けては）実現することができないので、通常、目標表象を確定する場合にすでに積極的なものであれ消極的なものであれ付随結果をも同時に考えることになる。このプロセスは、たいてい行為者の内心における心的事象だけに限定されるのである。

手段を準備し形成された意思を所為に移す次の段階は、必然的に外部に現れる。それは作為や不作為に対して等しく当てはまる。なお、不作為は、「何もしていないこと（Untätigbleiben）」（「命じられたことをなさないこと（nicht das Gebotene tun）」）として外部的に現れる。

2. 刑法上の行為概念を構成するためには、この種の意味形成は、これによって「人間的行動（menschlichen Handeln）」の特殊性が示されるために、重要である。外部的な事象経過が人間の意思形成のプロセスに基づくときに限って、外部的な事象経過は「人間存在の表現」としてこの人間の人格の表明である。すなわち、このプロセスには、人間的なものの類型（das typische Menschliche）、つまり人間の行為の自由（die menschliche Handlungsfreiheit）がある。したがって、刑法上の判断は、人間の意思形成のプロセスに一般的に接近可能な事象経過だけに結びつけるのが賢明である。この形式で影響を及ぼす可能性が全く存在しないならば、法的な命令又は禁止に「違反する（übertreten）」こともない。したがって、意思に支配された態度又は意思に支配可能な態度だけが規範違反として問題になる（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、マウラッハ＝ツィップ、ブルクスター、トゥリフテラー、フォレッガー＝セリーニ）。

ただし、この「行為の自由」は、これを実際の決定論的な「意思の自由」（wirklichen indeterministischen Willensfreiheit）の意味で理解してはならない。むしろ、普通、人間が多く考えられ得る行為からある一つの行為を選択する自由であり、主観的にもこの選択の可能性を知っているという一般的な経

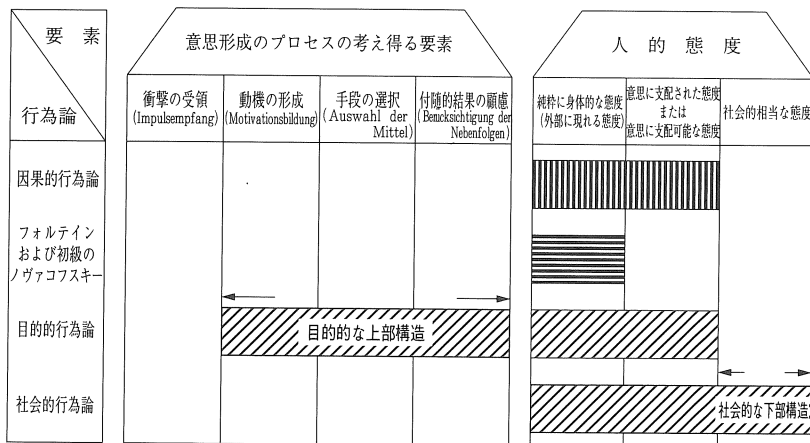
験知識を基礎とすることで十分である。

したがって、今日、刑法上の行為概念の構成は、人間の意思形成のプロセスに結びつかなければならない、ということで本質的には見解が一致している。しかし、さらに、部分的には意思形成のいかなる要素が刑法上の行為概念に対して重要なのか、また、例えば態度の社会的相当性のような補充的な基準もまた行為概念に数えられるのかどうかについては見解の相違がある。これらの異なった見解が行為論と呼ばれるのである。

2. 行為論

図表は意思形成の様々な要素並びに人的態度の様々な特性を示している。いろいろと線引きされたやや長い長方形は、個々の行為論に従って刑法上の行為に対する最低限度の前提条件を指示する。

図表 2 (1) 意思形成および行為の刑法上重要な要素



(1) 共通性と相違

図表 2(1)に含まれるすべての要素は、人的態度のあらゆるカテゴリー（すなわち、故意的な態度及び過失的な態度並びに作為と不作為）のなかに存在する。その点にすべての行為に対する共通の基礎がある。さらに、図表 2(1)は、

今日、外部に現れる意思に支配された態度あるいは意思支配可能な態度がすべての行為論によって一致して要求されている、ということ进行明らかにする。

(2) 個々の行為論

数多くの行為論から、因果的行為論あるいは自然主義的行為論、目的的行為論及び社会的行為論が強力に主張されている（詳細については、ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マウラッハ＝ツイツプ、イエシェック）。それと並んで、特に、アルトゥール・カウフマンが展開した、すべての行為論を入念に分析した後、四個の層からなる行為概念に達した人的行為論には興味をひかれる。ただし、オーストリアでは、人的行為論いかなる価値をも認められず、ここではあまりにも贅沢なものとして顧慮されていないだけである。

(1) 因果的あるいは自然主義的行為論は、行為の概念に対しては行為者の意思に支配されたか又は支配可能であった態度で足りるとする。何故かという、この前提条件が存在するならば、態度すなわち構成要件の実現は「行為者の意思によって惹起された」ものといえるからである。

その場合、行為概念に対して、意思は内容的に構成要件の実現に向けられていたということは重要でない。刑法上中立的な意思の活動（Betätigung）もまた行為概念を充足するのである。何故なら、その意思活動もまた構成要件を実現するからである。可罰性は、それ以降の犯罪メルクマール（構成要件該当性、違法性及び責任）の段階においてはじめて限定されるのである。このような出発点を顧慮して、この学説によれば、刑法上の行為が存在するかどうかは、一般的にすなわち特定の構成要件に関連することなく検討されるのである。

「因果的行為論」という名称は、人間の意思活動を生ぜしめるにすぎない機能を顧慮することから説明される。因果的行為論は、原則的には、場合によっては発生したであろう結果に対して構成要件に該当する態度の因果関係で区別するのである。ただし、マウラッハ＝ツイツプは、因果的行為論に対して結果は行為の構成要素であることから出発する。

(2) 目的的行為論は、意思支配又は意思支配の可能性というこれらの（すべての行為論に対して共通な）要素と並んでそれ以外のメルクマールをも認める。目的的行為論にとって、行為の本質を形成するのは、意思行為それ自体ではな

くて (Willensausübung als solche)、意思志向性 (Willensrichtung) である。行為目標を思想上先取りしているという意味での意思是、「目的的行為の柱石」である。目的的行為論によれば、あらゆる態度は、特定の目標に関連してのみ具体的な目的的活動として捉えられるのである。「目的的活動」としての行為の操縦は、例えば、手段や付随的效果を考量したり、危惧を克服したりするような様々な心的プロセスと不可分に結びついているのである。したがって、この精神的・心的局面に存する要素は、ここでもまた行為の「目的的な上部構造 (finaler Überbau)」として特徴づけられるのである。

刑法において、目的的行為論は、「刑法上の行為」として構成要件の実現に対して原因を与えたあらゆる意思活動で満足するのではなく、すでに行為概念に対して意思志向性と構成要件の実現との間の内容的な関連を要求することになる。この「目的性 (Finalität)」が確認される場合にはじめて、「刑法上の行為」が存在するという。これにより、行為概念は構成要件に依存したものになる。

ただし、意思内容と構成要件との関連は、直接には故意犯の場合だけである。ここで、目的性は故意と一致する。それに対して、過失犯の場合、構成要件の個々の要素に関してまさしくこの目的的な操縦が欠けている。ウェルツェルは、「最近の100年におけるドイツ刑法解釈論と目的的行為論」という論文のなかで、過失犯もまた目的的に操縦された行為を基礎とし、それにより目的性と故意を同一視するという一面的な考察方法に対して抗弁する旨を指摘した。このことを理由づけるために、ウェルツェルがあげているのは、故意犯のグループの場合には意思は直接構成要件の実現に向けられるのに、過失犯における意思内容と構成要件の関連は、手段を選択しかつ選択した手段を使用する場合に行為者は自ら考慮すべきであった特定の付随の結果を考慮しなかったという点にあるということである。したがって、刑法上の観点下ではその意思目標は明かである (例えば、時間に遅れないように急ぐ者) が、構成要件に関しては不注意に行われる (例えば、あまりにもスピードを出しすぎた走行による) 態度は、同じく「刑法上の行為」である。

(3) 社会的行為論は、すべての行為論に共通する要素を越えてさらに態度の社会的重要性 (Sozialerheblichkeit) を顧慮する (ノヴァコフスキー)。これを理由づけるために指摘されていることは、刑法は社会秩序の一部を達成するのに役に立つということである。態度が「社会的に重要なもの」として特徴づけられるのは、「態度が個人とその周囲の世界との関係であり、個人が影響を与えることによりこの関係にかかわりを持つ」場合である (イエシェック)。すなわち、社会的行為論は、刑法上重要な態様に対して「社会的な下部構造 (sozialen Unterbau)」を要求するのである。

(3) 自説 (Stellungnahme)

論じてきたそれぞれの行為論には長所と短所がある。ふさわしい行為概念を求める場合、長所をできるだけ結びつけ、短所を避けなければならない。

社会的行為論は、作為と不作為が存在論的には異なっているにもかかわらず、作為と不作為を統一的な行為概念に統合することに成功した。すなわち、刑法において、「……自然科学的な現象 (例えば、諸力の発揮) としてではなく、社会的な意味内容の担い手として」行為に関心を起こさせるのである (ノヴァコフスキー)。その場合、「社会的に重要な態度」という名称が上位概念として役に立つのである。さらに、この長所は、とちらかといえむしろ「因果的」行為概念を志向するのかあるいは「目的的」行為概念を志向するのかに左右されないのである。それに対して、「社会的に重要な態度」という概念をさらに内容的に強化できるかどうかが新たな問題点となるだけである。したがって、この行為概念に作為と不作為に対する上位概念を見いだすことだけに限定すべきであろう。

すでに、この学説の主張者は統一的な基準を全く見いだすことはできないという事実は、「社会的重要性」という概念を内容的に広範囲にわたって構成する場合に困難性を示す。「行為者の主観的な法律共同体への規範的な態度の期待 (normativen Verhaltenserwartungen der Rechtsgemeinschaft) を考慮して、事象の社会的な意味内容をその完全な客観的意味において捉える」試み

(ウェッセル)は、行為概念に過度の負担をかけている。それによって、客観的帰属性、社会的相当性あるいは故意のような後の犯罪要素はみずからの内容を奪われることになる。これを避けようとするならば、行為概念の段階で社会的重要性を検討することは、せいぜい「言葉の上で内容のない定め (verbale Leerformeln)」だけに限定するというように一般化することができる。概念を拡大解釈することは、人的態様のすべてを社会的に重要なものと考えることになり、その結果、この行為論が努力した追加的な成層機能 (zusätzliche Absichtungsfunktion) は、どっちみち効果を發揮することができなくなる。

目的的行为論の功績は、意思形成プロセスの進展を存在論的には適切にかつすべての行為論に比べて最も詳細に辿っているということである。さらに、目的的行为論が顧慮することは、法は存在論的な行為概念を目のあたりに見たならば、ともかくも存在論的な行為概念から出発せざるを得ないということである。ただし、目的的行为論の視座は、決して必然的なものではない。何故かという、事象を法的に評価する場合、存在論的な事象の特定の観点だけを法的に重要なものとして取り出すことは可能だからである (ノヴァコフスキー)。目的的行为論の短所は、特に、刑法上の行為が存在するのかどうかを一般的にではなくて、常に特定の構成要件に関してのみ検討しているという点にある。したがって、行為概念は自ら構成要件と関係のない性格を失い、それ故に、構成要件の前に位置する性格を失うのである。次に疑わしいのは、この行為論は故意的な態度と過失的な態度に対して統一的な行為概念を提示するのかどうかである。さらに、人間だけが目的性を達成するのに十分な能力を有するという目的的行为論の基本的なテーゼはすでに憂慮すべきものである。何故なら、例えば、猿やネズミのような知能のすぐれたホ乳類に関してこのテーゼは疑わしいように思われるからである。

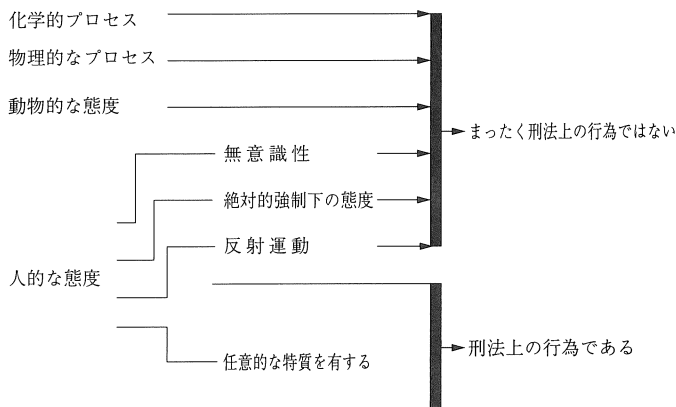
因果的あるいは自然主義的な行為概念が原則的には優れている。この行為概念は、(社会的行為論のように) 追加的な要件を通じて必要以上のものを行為概念に負わせたり又は (目的的行为論のように) 一般的に構成要件に関係づけたりすることなく、「意思による支配可能性 (Beherrschbarkeit durch den

Willen)」のなかで人的行為の特殊性を十分に認識するのである。この学説は、不作為犯の場合にのみ困難性に直面する。何故なら、不作為犯の場合、構成要件と関係のない行為概念は貫徹することができないからである。すなわち、特定の不作為は行為者の意思に支配されていたか支配可能なものであったのか、つまり行為者は要求された行為を行うことができたのかどうかは、具体的な情況のなかで一般にいかなる行為が期待されていたのかを確定する前に、解答を与えることはできないのである。しかし、この確定は必ず全く特定の構成要件に関してのみ行われるものであり、構成要件の実現はまさしく期待された行為を行うことによって回避されるはずである。

3. 具体的な「行為」若しくは「不作為」の概念

次に、「消極的行為概念 (negativeen Handlungsbegriff)」を厳密に規定するために、「人的存在の表明」を全く現さず、それ故に刑法上の判断を躊躇すべき事象経過を取りあげることになる。その場合、必要な限りで、作為犯 (Begehungsdelikte) と不作為犯 (Unterlassungsdelikte) を区別することになる。

図表 2 (2) 「刑法上の行為」の識別



わち化学的なプロセスと物理的なプロセス、動物的な態度と特定の人的態様を刑法上重要でないものとして選別することになる。

(1) それによれば、原則的には化学的なプロセスと物理的なプロセス並びに動物的な態度は刑法上の判断の対象外にある。

ただし、人間がそのようなプロセスあるいはそのような態度を始める場合、あるいは人間がそれらを「利用する」場合、これらと切り離された人間の態度が刑法に対する結合点として問題になる。このことは、例えば、勝手にうろつき回ったりあるいはさらにかみつく癖のある犬が人の体を傷つける場合に当てはまる。

(2) 同じく、無意識下の状態で (im Zutrand der Bewußtlosigkeit) 生じる人的態度は、刑法上の判断の外にある。意識のない者は、この状態で自分がどのような態度をとったのかに関係なく、作為犯も不作為犯も実現することはできない。何故かというと、彼の態度は人格の表明ではないからである。彼にはすでに一般的な行為能力が欠けている。その場合、この無意識が、例えば、睡眠、麻酔、てんかん性の発作によるのかあるいは特別の過度の完全酩酊 (besonders starken Vollrausch) によるのかはどうでもよい。

そのような完全酩酊は、11条の帰責能力だけでなく、すでに身体的態度を支配する能力を排除する場合に、例えば、ある人が酩酊によりガックリ倒れ、その際に花瓶を壊した場合に、示される。すなわち、行為能力を排除する酩酊状態を認めるための決定的な基準は、あらゆる精神的・身体的なコントロール並びに運動能力の的確な操縦を完全に排除する必要があるという点にある。例えば、催眠状態 (eine Hypnose) はすでに行為能力を排除するのかあるいは催眠術をかけられた者の帰責能力だけを排除するのか、ということもまたこの基準によるのである。

ただし、直接的に所為像を実現する場合に行為能力がないにもかかわらず、一定の前提条件の下では、当初の態度により所為像を実現したことで行為者が非難されるとき、やはり可罰性が問題になる場合がある。その場合には、原因

において自由な行為の形式 (eine Form der actio libera in causa) が存在する。けれども、この種の事案において、結合点は、行為能力のない状態における事象ではなく、関係者 (die betreffende Person) がまだ行為能力を持っていた場合に後の態度を始めた行為である。例えば、自分はぐっすり眠れないということを知っている母親が幼児と一緒に寝ていて、その睡眠中に自分の子供を窒息死させる場合、まさしく床につく時に落ち度のある行為を行ったという趣旨で母親は非難されるのである。同じことは、過労であるにもかかわらず、ドライバーがさらに運転を続け、その際に居眠りを始め、それがもとで走行車線からそれ歩行者を轢殺したという事案にも当てはまる。

(3) それに対して、抵抗がすでに身体的に不可能な程度の激しい暴力による人的態様 (絶対的強制 (vis absoluta) 下の人的態様) は、刑法上の行為では決していない。何故なら、人的な人格の表明という典型的なメルクマールが欠けているからである。人間の身体が「道具」として利用されたに過ぎない。絶対的強制下の態様を通して作為犯も不作為犯も実現することはできない。

絶対的強制は、例えば、ある人が他人から高価な花瓶を押しつけられる場合に存在する。それに対して、単なる催促的強制の場合 (bei bloßer vis compulsiva)、意思是、精神的なコントロールや操縦を排除しているのではなく、肉体的あるいは心的圧力を通じて影響を及ぼしているのである。しかし、被強制者 (der gezwungenen Person) は、少なくともまだ打開策の可能性がある。すなわち「暴力」は徹底したものではない。それ故に、催眠的強制下で行為する場合でさえ刑法上の行為が存在する。

ただし、絶対的強制の効果について、詳細には作為犯と不作為犯の区別が認められる。作為 (positive Tun) を検討する場合、必ずすべて特定された態度が取り出され、それに基づいて、この特別な態度が意思に支配されていたか支配可能なものであったか分析されるのである。この態度が正確に絶対的強制によるものであれば、作為犯でさえも問題にならない。

それに対して、不作為の領域については、そのように一般的に言うことはで

きない。すなわち、一定の不活動 (eine bestimmte Untätigkeit) が絶対的強制による場合、これを確定することによって関係者は別の行為を行うことができたのではないか、ということを排除しないのである。例えば、縛られていたために溺れかけている者を自ら湖から引き上げることができない者は、もしかすると第三者を呼んだり、救助するために彼の背後を漂流している丸太を示して溺れかけている者に向かって呼びかけることもできるのである。したがって、具体的な事案で、人が命じられた行為を行うことができたのかどうか、あるいは、絶対的強制によってその行為を行うことが妨げられていたのかどうかは、構成要件の前に位置する段階では行為の可能性を全面的に否認するために、決定することができないのである。したがって、作為に関して絶対的強制を検討する場合と異なって、不作為に関して絶対的強制を検討する場合には、一定の構成要件に関連して (すなわち、態度の構成要件該当性を分析する段階で) はじめて、刑法上の行為が存在するのかどうかに答えることができるのである。ただしこの絶対的強制が無意識性になれば別である。だから「不作為概念」は、絶対的強制に関して、構成要件に関係づけられているのである。

(4) 反射運動 (Reflexen) の場合、意識を介入させることなく、態様は外部から神経系統に作用する刺激によって引き起こされるのである。例えば、膝蓋骨の下部で曲げられた脚をトントンとたたく場合である。不活動もまた反射運動を通じて引き起こされる場合がある。例えば、驚愕による局部麻酔がこれである。反射運動によって引き起こされた態度は、それが作為犯であれ不作為犯であれ、可罰的なものとはいえない。何故なら、刑法上の作為は全く存在しないからである。

それに対して、衝動的な反応、激情的反応あるいは衝撃的反応 (Kurzschluß-, Affekt- oder Impulsreaktionen) は、刑法の意味での行為である。それらの反応については、神経系統における操縦ミスによってのみ反対象象のコントロール機能 (適法な態度選択する機能) が失われているのである。したがって、それらの反応は反射運動 (Reflexenbewegung) の概念によって把握してはならない

のである。ただし、特別に過度の激情的な反応は、11条の帰責能力を阻却することになる。

道路交通における驚愕反応を反射運動として位置づけるのかそれとも反応のミスとしてのみ位置づけるのかは、争いのあるところである。詳細について及び実証についてはコプケの交通刑法に対する反射運動の意義（ZVR 1971,289）を参照されたい。

例えば、歩いたり話したりするような自動化した、いわば「機械的な」態度は、同じく刑法上の行為の射程範囲から排除されるものではない。この態様の場合、長年の訓練によりまだ「無意識的」に反応したにすぎないにもかかわらず、頭脳の操縦機能が維持されているのである。その点で、それらの場合にも、少なくとも意思との間接的な関係が存在する。なる程、具体的な事案において意思は連結されていない。けれども態度はそのような操縦を受け入れやすいのではなかろうか。意思に支配可能な態度だからである（キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

反射運動のなかで行われた態度の効果について、（絶対的強制の場合と同様に）作為と不作為の区別が認められる。

一定の態様が、反射運動による場合、その態様は作為犯すべてに対して除外される。それ故に、一般的に行為性を欠いている。これに対して、反射運動の影響を受けている者は、同時に不作為犯を実現するものである。何故なら、反射運動は普通行為の可能性すべてを排除しないからである。しかし、反射運動が命じられた行態（die gebotene Handlungsweise）を妨げたのかどうかは、ある一定の構成要件に基づいて、いかなる行為が期待されたのかを確認する場合にはじめて答えることができるのである。したがって、このことは、一般的に構成要件の前に移されたものとしてではなく、具体的な構成要件の段階でのみ言い表されるものである。ただし、反射運動を通じて無意識の状態が引き起こされれば別である。それ故に、反射運動に関してもまた「不作為概念」は構成要件に関係するのである。

(5) 要約すると、消極的行為概念は、次のようになる。

刑法上の行為は、特定の態様が最初から作為犯すべてに対する結合点として除外されるときには存在しない。したがって、態様が無意識の状態にある場合、絶対的強制下にある場合あるいは反射運動に基づく場合、それらの態様は、常に刑法上の行為では決していない。

刑法上の不作為は、ある一定の時期における行為者の態度が最初から不作為犯すべてに対する結合点として除外されるとき、一般的に否定されるのである。これは、意識していなかったために「一般的な行為能力」が行為者に欠ける場合である。何故なら、その場合、行為者は問題になる時期に消極的な態度から (aus der Passivität) 勝手に現れ出ないことが一般的だからである。それに対して、絶対的強制下の態度あるいは反射運動による態度は、暴力若しくは反射運動によってまさに命じられた行為を行うことが不可能になっていたときにはじめて「不作為概念」から除外される。しかし、構成要件に関係づけられた行為能力のこの欠如は、ある一定の構成要件に関連してのみ検討することができる。その点で、不作為概念は構成要件に関係する。

4. 犯罪構成に対する行為概念の意味

重要な態度を最初から除外しないという唯一の機能をもつ消極的行為概念は、必ずしも犯罪構成におけるある一定の体系化を要するものではない。しかし、行為概念をめぐる長きにわたる議論が犯罪構成における決定的な変化をもたらしたために、また、とりわけ目的的行為論が必然的にある一定の体系化をもたらすために、ここでは、まだ次のことを指摘しておきたい。

目的的行為論によれば、刑法上の行為が存在するのかどうかの問題は、行為者の目標志向性もまた同時に考慮するときにはじめて、故意犯に対して決定できるのである。その点で、すでに故意を行為概念で検討することは一貫しているといえる。けれども、「フィナリスト達 (Finalisten)」は、大体故意を主観的構成要件に整序しているのである (客観的構成要件の後ではじめて検討することになる)。このことは、故意犯における目標表象は客観的構成要件のメル

クマールすべての実現に向けられねばならない、ということに基づく。しかし、そのように合致するのかどうかは、客観的構成要件がすでに確認されていたときには、非常に容易に解決することができる。それに対して、故意を責任要素それ自体と考えるならば、目的的行為論と両立し得ない。何故かというと、故意が概念的にみて行為に属するならば、故意は行為と同様に不法にも当てはまらなければならないからである。

それに対して、因果的行為論や社会的行為論は、その点に関して未決定である。因果的行為論や社会的行為論の場合、故意は行為の構成要素ではない。従って、因果的及び社会的行為論は、故意を構成要件に組み入れたり、責任に組み入れたりすることもできれば、責任だけに組み入れたりすることもできるのである。なる程因果的及び社会的行為論は、行為を客観的ものと主観的なもの（意思を通じた支配可能性によって特徴づけられたもの）に分けている。しかし、この「行為意思（Handlungswille）」は目標表象から独立している。行為意思は行為の恣意性（Willkürlichkeit）だけを意味するために、故意から厳格に区別されるのである。二つの行為論の主張者達は故意を構成要件で検討すると同時に人的不法論を主張するのが支配的である。オーストリアにおいてもまた、この見解が有力である。

第3章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

I. 犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

1. 行為と結果の結びつき（因果関係と客観的帰属性）に関する問題は、主として結果犯（実質犯）の場合に現れる。結果犯の場合、法定の所為像の規定によれば、行為からはっきりと一線を画することができ、この行為を越えて出現する結果が存在する。まさに行為と結果を切り離すことにより、ここでは、結果が「行為者の作品」と考えられるために、行為と結果の結びつきはどのような性質のものでなければならないのか、という問題が提起される。

2. 単純挙動犯(形式犯)(schlichten Tätigkeitsdelikte (Formaldelikte))の領域においてもまた因果関係は意義があるのかどうか、争いがある。単独正犯が存在するのか犯罪行為への数人の関与が存在するのかに従って実際に区別しなければならないために、一般的な解答を与えることはできない。

(1) 12条の「犯罪行為への数人の関与」の場合、所為像を最後に実現する直接実行者の行為は、所為に関与した直接実行者以外の者全員に対して一種の「結果」として現れる。したがって、この意味で、結果犯の場合だけでなく、挙動犯の場合もまた、規制正犯者や寄与正犯者(Bestimmungs- oder Beitrags-täter)が直接実行者の行為を誘発したか援助したために、規制正犯者あるいは寄与正犯者の行為が「結果」に対して「原因(kausal)」があったのかどうか、すなわち直接実行者の行為及びその行為に存する所為像の実現に対して「原因」があったのかどうか、検討しなければならない(リットラー、ノヴァコフスキー、シュモラー)。

ただし、関与行為と直接的な実行行為との間のこの因果関係は、統一的な基準を使って検討することではない。身体的な寄与(physischen Beitrag)が問題になる場合にはじめて、真正な自然法則的因果関係を検討すること(eine echte naturgesetzliche Kausalitätsprüfung)になる。これに対して、他人を規制したり心的な寄与の領域で自然法則的因果関係を検討することは、人間の精神(menschliche Psyche)に影響力を行使する範囲内で、判断の基礎となるはずの普遍妥当な自然法則はまったく証明できない、ということで挫折する。したがって、この領域で因果関係を検討する場合、一般的な経験知識に基づいて、直接実行者の行為は心的に誘発されたかあるいは援助されたということを確認することで十分である。

(2) 単独正犯の場合若しくは直接実行者の場合、挙動犯の領域では因果関係を独立して検討する必要はない。何故かというと、行動(Tätigkeit)を越えて結果の発生を必要とすることなく、行動を起こすことによって、すでに所為像は実現されるからである。したがって、上の(1)以下で述べた事例の状況

を別として、因果関係を検討することは結果犯だけである（キーナップフェル、ブルクスタラー、ノヴァコフスキー、マウラッハ＝ツィツプ、レンクナー、シェーケンケ＝シュレダー）。ただし、挙動犯の場合もまた「構成要件の充足」を「結果」と考えようとの見解が一部主張されている（マウラッハ＝ツィツプ、同旨としてバウマン＝ウェーバー）。「広い意味でのこの結果の産出もまた、回避可能な原因になるもの（vermeidbares Kausalwerden）として現れる」（ヤコブス、ウェルツェル）。

挙動犯の場合もまた、行為と構成要件の実現との間の関係を「因果関係」と呼ぶのかどうかは、自然法則的因果関係の概念に限定するのがいいのかどうか、あるいは因果関係の概念をもそれ以外の科学に含めるのがいいのかどうかに依存する。論理的な因果関係の概念を基礎とする場合（Aならば、必ずBになる）、すべての犯罪において、すなわち単純挙動犯の場合もまた、行為は構成要件の実現に対して原因となると思われる。何故かという、行為が存在しなければ、構成要件は実現されなかったといえるからである。これに対して、自然科学的因果関係は、本質的には必然的に時間的な連続性（eine zeitliches Nacheinander）を述べている（シュモラー）。挙動犯の場合、構成要件の実現は時間的に行為自体を分けることができないので、すでにその範囲において、この犯罪には自然科学的因果関係を欠いている。

（3）刑法において問題となるのは、自然科学的因果関係を検討する際の具体的な事案だけである。すなわち、特に、因果経過は中断することなく自然法則に覆われているのかどうかを問う場合である。以上の理由から、ここでは挙動犯における「因果関係」にこれ以上立ち入るつもりはない。したがって、この章の重点は、結果犯における自然科学的な因果関係及び客観的帰属性である。

ただし、法的評価として自然科学的な因果関係から区別される「客観的帰属性」の基準は、挙動犯の場合もまた独立した意味を獲得する。何故かという、法律的な評価は、自然科学的な因果関係のような時間的な連続性を必ずしも前提としていないからである。

II. 公式と学説

ある一定の行為とある一定の結果が結びつくのかどうかを検討し確認するために、様々な公式と学説が展開されている。

1. 個別化的因果関係説 (individualisierenden Kausalitätstheorien) から一般化的因果関係説 (generalisierenden Kausalitätstheorien) へ

出発点は、行為と結果との間の自然科学的な因果連関 (naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang) の問題は、法的なものであるだけでなく、ましてや刑法的なものだけであるわけがなく、まったく一般的な認識論的なものでもあるという考え方であった。したがって、本来的には、すでにこの認識論的な段階で哲学的な意味での原因 (Ursache) とこの原因性 (Ursächlichkeit) に対する (単なる) 条件を努めて切り離そうとしたのである。それと同時に、結果発生に対するすべての条件は等しく (あるいは少なくともすべての条件のうち多くの条件が) 原因と見なされるのかどうか、あるいは、その意味では、ある一定の種類の条件だけが問題になっていたのかどうか、という問題が提起された。答を引きだそうと努力する過程で、常にある条件だけが原因と考えられ、この原因は一般的なものではなく、その都度具体的な事案に関連してはじめて突きとめられるのだ、という見解が長い間支配していた (個別化的因果関係説)。

だから、例えば、1803年のオーストリア刑法では、謀殺に関する117条で、原因は必然的に結果をもたらした条件だけであるということが目標とされていた。それ以外の学説は、そのほかに存在する全条件の「平衡 (Gleichgewicht)」に介入すると同時に結果発生に対して「優位 (Übergewicht)」になる条件を強調した。すなわち、それ以外の学説は最も有効な条件を目指したり「因果連鎖の最も特異なものにして最も決定的な構成分子」を目指したりした。

リットラー自身、この「結果に対する諸条件からある特定の条件をその原因として強調する試み」すべてを、すでに1954年に「時代遅れ (abgetan)」であると呼んでいた。すなわち、いつのまにか一般的に考察することだけが十分な結論を引き出すという見解が主張されるに至ったのである。この認識を前提

とするすべての一般的な因果関係説に固有のものは、これまで以上にある特定の種類の唯一の条件に限定しない普遍的な考察 (verallgemeinernde Betrachtung) である。むしろ、この出発から、まったく一般的に全条件を等しく原因に定めるかあるいは諸条件から一般的な基準に従って数個の条件を選び出すことになる。

2. 自然法則的因果関係を確認するための諸公式

個別化的因果関係説及び一般化的因果関係説は、結果に対する「条件」に携わる。それ故に、両説は、(因果的な) 諸条件を確認する方法を身につけなければならない。そのために、自然科学に手をつけることになる。何故なら、その限りにおいて自然科学だけが正確な結論を提供することができるからである。結果に対する自然科学的な条件がいつ存在するかという問題に解答を与えるために、二つの公式(方法)が明らかにされている。

これらの公式あるいは方法が特定の因果関係説あるいは帰属性説と必ずしも結びつく必要はない。むしろ、両説はあらゆる学説の支持者によって適用されているのである。ただし、古い学説は伝統的にはどちらかといえば条件公式 (die *conditio-sine-qua-non-Formel*) をよく利用しているのに対し、新しい学説は、普通、法則的条件公式 (die *Formel der gesetzmäßigen Bedingung*) を好んでいる。

(1) 条件公式 (csqn公式) の本来的な規定によれば、行為は、結果が欠落することなしに、それを取り除いて考ええないときに (wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiel)、結果に対する条件と見なされる。この公式を適用する場合に、問題となる行為が消去されるので、この種の検討は消去手続あるいは消去方法 (Eliminationsverfahren oder Eliminationsmethode) とも呼ばれる (ノヴァコフスキー)。

この規定において、択一的因果関係や仮説的因果関係の諸事案を刑事政策的に満足すべく解決するのにふさわしくないこの公式は、性急に明確化された。したがって、今日、この公式を適用する場合には、構成要件に該当する結果だ

けを目指すものではない。むしろ、決定的なのは、その特殊な構成における具体的な結果である。すなわち、75条の意味での「誰かある人の死 (irgendein Tod)」だけでなく、特別に、例えば、1983年11月7日23時12分頃、ザルツブルクでの夕食時に青酸カリの混入物により血液循環機能拒絶 (Kreislaufversagen) により発生した死である。

例えば、この明確化された規定において、caqn公式は、次のようにいう。曰く、行為は、それが具体的な、すなわち場所、時並びに種類と方法により正確に特定された結果が欠落することなしに、それを除いて考ええないときに結果に対する原因とみなされると (同旨、ロイカウフ＝シュタイニンガー、シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、マイヤー＝ホーファー＝リーダー、フォレック＝セリーニ、リットラー、ブルクスタラー)。

(2) 法則的条件公式は、30年代のはじめにエンギッシュにより展開されたものである。構成要件に該当する結果は時間的には行為の後に続くのかどうか、また、その結果は行為と自然法則的に結びついているのかどうかということは、法則的条件公式を用いて検討することになる。その場合、自然法則的因果関係を肯定することは、相応する因果法則 (Kausalgesetze) は自然科学を通じた大前提としてすでに展開されているということを前提とする (一般化的因果関係)。かかる因果法則が存在することの出発点は、この因果法則を「自然科学者が決定的な射程範囲において一般的に承認した」ときである (ルドルフィー、レンクナー、シェンケ＝シュレーダー、アルミン・カウフマン)。

自然科学出身の法学者は、かかる大前提を引き受けなければならない。かかる大前提は、裁判官による自由心証 (freien Beweiswürdigung) を奪い取り自然科学的な理由からのみ疑念をはさむことになる。その場合、具体的な事案において、大前提は判断すべき事実関係に適用することができるのかどうかをさらに検討するだけである (具体的な因果関係)。

それ故に、裁判官は、一定量の青酸カリは、絶対的な確信をもってあらゆる人間を死に至らしめる、という鑑定人の鑑定 (Feststellungen des Sachverständigen)

を自然科学的な諸理由からのみ疑念をはさむことになる。

鑑定人が場合によってはさらに鑑定を続ける場合、例えば、具体的な事案において、死は青酸カリ中毒の結果として生じたといえる場合（具体的な因果関係）、これを区別しなければならない。自然科学的に証明可能な命題、例えば、毒物がすでに死を招いているというように、毒物が犠牲者の身体に蔓延しているという命題は、自然科学的な解釈を通じて（場合によっては次の鑑定人を召喚することによって）のみ論駁されることになる。それに対して、鑑定人の鑑定を基礎とする自然科学的に証明不可能な事実（Fakten）は、裁判官による自由心証に委ねられる。裁判所が、例えば、鑑定人は誤った行為時点あるいは結果時点を前提としていたという見解をとるならば、自由心証に基づき、鑑定人の鑑定と異なった結論になる可能性がある。

（3）法則的条件公式は、二つの理由からcsqn公式に優先する。

（1）csqn公式は、なる程納得ができ特に感銘深いものであるが、しかし、すでにその構想からして具体的な結果に対する行為の因果関係に関する固有の問題に答えることはできないのである。csqn公式は、なる程「csqnが存在するとき態度は原因となる」という命題を取得させるが、しかし、「そのために……csqnが存在するかどうかを確認する場合には何の役にもたたない」のである（ブルクスタラー、マウラッハ＝ツイツプ、マイワルト、シュモラー）。

すなわち、行為と結果の結びつきを特徴づける一般的に認められた自然科学的な大前提が知られているときにはじめて、そのように確認することができるのである。そのような大前提が存在しないならば、二つの公式のいずれによっても具体的な因果関係は確認されないのである。そのような諸事案において、法則的条件公式の長所は、法則的条件公式は固有の問題、すなわち現存する自然法則に関する問題をはっきりと誇示するという点にあるのに対し、csqn公式の場合、この洞察はこの公式に内在する「先行理解（Vorverständnis）」に關してのみ手に入れることになる。

csqn公式に関して提出された、この公式は不思議なほど長く「維持されて」

いて、今日でもまだ判例によって利用されているという考慮には文句のつけようがない。何故かというと、実務においてこの公式が広範囲にわたって利用されているということは、真正な因果関係の問題を裁判実務から除外することはできないし、また、この公式は問題点のない事案において実際に使用可能な指導的な解釈を意味する、ということに基づいているからである。

(2) csqn公式の次の弱点は、csqn公式はそれ自体その明確化した規定により二重の因果関係 (Doppelkausalität) (= 択一的因果関係、時折、重疊的因果関係 (Kumulative Kausalität) と呼ばれる) すなわち現実的な因果経過の特殊なケースにおいて、誤った結論に導く、という点にある (ブルクスタラー、ロйкаウフ=シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、シュモラー)。

例えば、処刑する場合に、死刑執行部隊の数発が同時に犠牲者の頭部に命中し、死を共同して引き起こし、この発砲のどれもがそれだけでも (auch allein) (同一の方法で) この結果を生ぜしたならば、結果 (その具体的な形態における結果自体) が欠落することなく、この発砲のどれも除いて考ええないのである。したがって、この種の事案においてcsqn公式を適用することは、究極的にいずれの発砲に関しても因果関係を肯定してはならないということになる。この種の結論を避けるために、csqn公式は、二重の因果関係の事案に対して、なる程択一的なものであるが、具体的な結果が欠落することなしに重疊的に除いて考ええない数個の条件のなかから条件ひとつ一つを原因と見なすというように、修正する必要がある。

シュモラーは、csqn公式のこの弱点を、csqn公式は因果関係の論理的なカテゴリー (AならばBであろう) と一致しない思考のカテゴリー (AでなければBでない) を描いているということに求めた。すなわち、BはAからだけでなく、それと同じようにXからも生じるならば、「AならばBであろう」という因果関係の命題はそれでもやはり正しいのである。これに対して、そのような場合に、「AでなければBではないだろう」という命題は、論理的には誤っている。何故なら、BはXからも生じる可能性があるからである。因果関係の命題に関するこの論理的な矛盾にはcsqn公式の固有の欠陥がある。

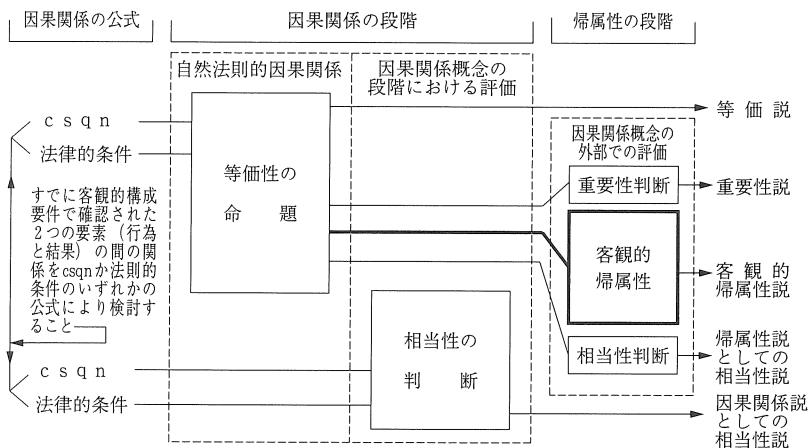
それに比べて、法則的条件公式は因果関係の本質を正しく描いているので、法則的条件公式は二重の因果関係の場合にも最初から全く正しい結論になる。何故かというと、例えば、頭部への数個の発砲が同時にかつ共同して死を引き起こした事案に対して、自然法則的因果関係は、発砲のひとつ一つを、まだ別の条件が死を引き起こしたのではないかということにより欠落しないからである。

したがって、因果関係を理解するための二つの公式を評価した結論として、通説は、行為と結果の結びつきを検討するために主張されている学説と関係なく、法則的条件公式がcsqn公式よりも適任であるということを保持しているのである。

3. 因果関係説と帰属性説

以上の二つの公式と平行して、多くの（一般的な）因果関係説や帰属性説が展開されている。それらは次の図式3(1)で対置される。

図表3(1)



(1) 等価説あるいは条件説 (die Äquivalenz- oder Bedingungstheorie)

因果関係説に関する学説のうち、等価説(=条件説)だけが純粋な自然科学的因果関係説である。何故かということ、行為と結果の間の連関(Zusammenhang)を検討する場合に、等価説だけは、余分な評価の基準を考慮することなく、因

果関係の要素だけで満足するからである。この説の決定的な命題は、次のようにいう。曰く、結果に対する全条件は価値的に等しい (gleichwertig)、すなわち「等価的 (äquivalent)」であると。この命題が学説にその名称を与えたのである (等価説については、ロイカウフ＝シュタイニンガー、リットラー、ノヴァコフスキー、フォレッガー＝セリーニ、マウラッハ＝ツィツプ)。

等価性という命題は、すべて原因となる条件を一般的には等しく評価するだけである。したがって、等価性という命題は、それが他の学説によって因果関係の段階あるいは帰属性の段階に生じるように、具体的な事案における因果関係の評価と考えるてはならない。その点で、等価性という命題は、ある何らかの評価基準を用いることなく、自然法則的因果関係を確認するかあるいはそれを拒否することだけで満足するのである。

(2) 相当性説 (die Adäquanztheorien)

当初の相当性説によれば、(法律的な因果関係の検討段階では) 行為と結果の間の自然科学的な因果関係を確認するだけではない。むしろ、一般的な生活経験に基づいてすなわちそのような結果を招来することが「一般的にみて」あるいは「典型的にみて」ふさわしい行為によって結果が引き起こされたときにはじめて存在する、相当原因 (eine adäquate Verursachung) を要求するのである。したがって、行為と結果の間の自然法則的な結びつきは、確認されるだけでなく、さらに法律的に評価されるのである。

その場合、指針 (die Richtung) は行為の時点で行為者が主観的に知っていた事情を前提とする。ただし、行為者が事実に関する知識を備えていたのかどうかという客観的な事前の観察者の判断 (das Urteil eines objektiven ex-ante-Beobachters, ausgestattet mit Tatsachenwissen des Täters) が問題である、という見解が有力であった。

相当性説は、因果関係の外部で責任を限定するためにまだいかなる解釈論的な手がかりをも認識されていなかった時期に展開されているので、法律的な評価は因果関係自体の領域にだけ根をおろすことができたのである。したがって、

因果関係の概念は、自然科学的な要素と法律的な要素に分けられたのである。

この分割によって、刑法の諸要請に合うように作られた特殊な法律的因果関係の概念を作ったのである。すなわち、「原因とは、相当な原因があるものである」と。それによって、結果に対してなんとか原因となるすべての行為を一等価説の場合と同じように一客観的に等価的なものとして理解してはならない、ということに辿りつかざるを得ない。だからむしろ、最初からすでに客観的構成要件で限定すべきであったのである。つまり、すべて原因となる行為のなから、まだ結果を引き起こした相当な行為だけを所為像の実現と考えなければならなかったのである。

オーストリア刑法学においては、相当性説が以前から主張されていたわけではない。相当性説は、オーストリア以外でもこの本来的な形式で主張されているわけではない。それに対して、民法では、相当性説が長い間支配しているのである。しかし、相当性説は、今日、民法において次第に疑われてきている。

刑法において、当初の相当性説は、因果関係の外部で責任を限定するという形で展開されていた。それによって、因果関係は、特殊な法律的基準から解放され、自然法則的な関係の単なる確認だけに限定されるのである。それに応じて、今日の相当性説は、まだ「客観的帰属性の範囲を限定する方法」としてのみ理解することができる（イエシェック）。その場合、生活経験に基づいて一般的に結果の招来にふさわしい行為の基準（ボッケルマン）、すなわち客観的帰属性に関する蓋然性の基準（イエシェック）が決定的なものとなる。すなわち、責任を限定することは因果関係の外で生ずるのである。その点で、この学説はその構造からして帰属性説と比較することができる。

（3）重要性説（die Relevanztheorien）

すでに1931年にメッツガーが基礎づけた当初の重要性説は、原因性（die Ursächlichkeit）の問題（csqn公式を用いて答えた問題）を結果の（客観的）帰属性の問題からはっきりと切り離した。当時「客観的帰属性という学説」はまだ存在しなかったために、重要性説は、内容的にはその解釈論的な範囲をす

でに越えていたにもかかわらず、概念的には因果関係説に加えられていた。

重要性説については、原因となるすべての条件のなかから、それを「意味に即して解釈する」場合に構成要件に当てはめられる条件だけを刑法上重要なものとするのである。それ以外の自然法則的条件について、重要性説は、なる程その因果関係を否認しないが、その刑法上の重要性を否認する。したがって重要性説は、確認された因果関係を刑法上の観点下で評価するのである。

構成要件の意味を顧慮することは、蓋然性の判断（一般的にふさわしいもの）だけを要求する相当性説から重要性説を区別する（イエチェック）。ただし、この二つの説は、すでにメッツガーがまさしく相当性を「刑法上の構成要件の本質的な構成要素」と考えたために、結論においてあまり違いはない（マウラッハ＝ツィップ）。

今日、重要性説はブライに受け継がれている。ブライもまた「因果的思考と責任思考の間を (zwischen dem Kausalgedanken und dem Haftungsgedanken)」分けている。その場合、責任の問題は、「専ら刑法上の観点に従って、すなわち個々の刑法上の構成要件のその時その時の意味に従って」答えることになる。構成要件の意味を突きとめるために、重要性判断は次の基準、例えば、規範の保護目的によって強化される。それによって、現代の重要性説は、少なくとも客観的帰属性説に接近するのである。それどころか、ブライによれば、両学説は一致するものである。しがたって、重要性説は、「帰属性説」という名称が台頭して以来、いまではもう帰属性説に加えてもよいことになる。

(4) 客観的帰属性説 (die Theorien der objektiven Zurechnung)

因果関係の観点と評価の観点を分割するこの傾向は、客観的帰属性という新たな学説の出発点及びその基礎に用いられる。それに応じて、行為と結果の関係は、因果関係の観点下並びに帰属性の観点下ではっきりと分けて検討されるのである。「主観的な帰属性」(故意及び責任)とは反対に、所為像の段階で重要なのは「客観的帰属性」だけである。因果関係 (die Kausalbeziehung) は、行為と結果の所為像に該当する結びつきと考えられるために、一連の広汎

な客観的基準を充足しなければならない。客観的帰属性は、行為者が故意に（又は過失で）かつ有責に行為したのかどうかということに手をつけずにおくのである。

因果関係の段階で、この学説はいかなる責任をも限定しないのである。むしろ、この学説は、因果関係の段階で行為と結果の間の自然法則的連関を確認するだけで満足するのである（csqn公式に従ってあるいは法則的条件に従って確認するだけである）。その場合、この学説は、等価説の主張者と同じように、第二の段階ですなわち客観的帰属性の段階で原因となるすべての条件を「等価的なもの」として認めるのである。したがって、この学説にとって因果関係は、第一の結合点として及びその結合点に基づいて検討すべき重点を構成する積極的な評価に役立つのである。何故かという、帰属性は因果関係の規範的な重なり（normative Überlagerung）として理解される、すなわち、「評価すべき事実」を事前に確認するなしに帰属させることはできないからである。

新しい「客観的帰属性説」においては、（当初の）重要性説の基準と比べて帰属性基準の数値は増加する。そのような基準として文献であげられているのは、客観的予見可能性（相当性連関）、規範の保護目的（危険連関）及び適法な態度を選択することに対する危険増加（結果の回避可能性）である。最近の傾向は、客観的注意違反（客観的義務違反）、社会的不相当性及び許された危険について顧慮することもまた客観的帰属性の全体的連関のなかに位置するということである。

（5）評価

描き出した4つの学説若しくは学説のグループの中では、客観的帰属性説が優れている。等価説は客観的構成要件を頻繁に肯定することになる。したがって、等価説は、今日、帰属性段階の基礎としてだけ正当化できると思われる。

この反論には、原因となるが、究極的には当罰的でない行為を選別するために、犯罪構成上後になって十分な「フィルター」が存在するという指摘をもってしても対処することができないのである。例えば、謀殺の相手方は致命傷を

負っていないが、医者の所へ行く途中、市街電車で轢かれたという場合、等価説によれば、謀殺者を既遂犯 (vollendete Tat) で処罰することはできないというのは困難である。この説に基づく、この場合に手本として示された帰属性問題を故意の領域に移すことによって、どうにか未遂犯の可罰性に限定することができるのである。だから、例えば、非定型的な因果経過 (atypische Kausilverlauf) は故意によって捉えられないということの論拠が示されるのである。それ故に、既遂犯の可罰性は、故意が欠けるために問題にならないのである。だがしかし、このように故意の要素に可罰性を限定することは、非定型的な事象経過に関して故意もまた例外的に行行為者が証明するときには、役に立たないのが普通である。

この困難性は、因果経過の非定型性をそれが体系にふさわしいように組み入れられるところで顧慮するとき、回避されるのである。すなわち、事象が法的に否認された危険の原因となるのかどうか、あるいはまさしくこの危険が実現されたのかどうかは、特定の人格に関係なく、また主観的な犯罪要素に関係なく答えられる運命にあった問題である。

相当性説と比べてみても、客観的帰属性説が優れているのである。たとえ相当性説が固有の帰属性段階を認めるにせよ、唯一の帰属性基準として相当性判断に拘束された問題が残存する。とりわけ「危険減少 (Risikoverminderung)」の事案、例えば、第三者が犠牲者の頭部に向けていた斧がある者がその者の腕に向きを変える事案は、相当性の基準だけでは十分に解決することはできないのである。何故かという、腕の侵害を招来する防衛行為の一般的な適性は、この種の事案では否定されないからである。

さらに、相当性の蓋然性判断は、まず第一に、「統計学的な (statistischen)」特性を持っているということである (シュモラー)。相当性に関する問題を一般化すると公式化することは、差異をもたらすことになる。「ピストルの発砲は、一般的に標的となった者 (Getroffenen) の死を招来するのに有効であるか」という問について、迷うことなく「はい」と答えるだろう。ただし、「ピストルの発砲は、一般的に肺炎により標的となった者の死を招来するのに

有効であるか」と問う場合、どちらかといえば否定することになるだろう。

重要性説は、帰属性説と比較していかなる利点をも示さない。

重要性説は、部分的にはどっちみち帰属性説に接近する。しかし、重要性説が一般的な基準として相当性判断に基づいて構成する限り、相当性説に対するのと同じ疑問が当てはまる。

客観的帰属性説の主張者は、帰属性基準の数値を高めることによってこの短所を回避しようとするのである。この評価の観点を通じて、非常に細かく分類することによって確実性を高めるのである。

具体的な問題点もまた、帰属性説によって事物法則的に解釈することができる。そのことは、特に、帰属性連関から切り離すことができる危険を減少させるべき行為（die risikovermindernden Handlungen）に当てはまる。

（5）オーストリアの通説

オーストリアにおける展開は、基本的には等価説が決定的な役割を果たしていた。その場合、以前からこの一般的に極端すぎると考えられた学説を制限しようとして努力しているのである。

因果関係は、判例・学説のなかでは相変わらず等価説の意味で判断されている。その場合、事案の意味や重大さに従ってcsqn公式あるいは法則的条件公式が用いられる（ノヴァコフスキー、ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース、トゥリフテラー）。

刑法典は、因果関係の解釈を判例・学説に委ねているのに対し、1974年12月31日まで効力を有した刑罰法規は、謀殺の可罰性に関する規定（刑罰法規134条）の範囲内で因果関係に関する明白な命題をもっていた。それによれば、謀殺の構成要件の実現は、結果が「被被害者の人的状態によってのみ生じた、あるいは単に行為が行われた偶然の事情によって生じた、あるいは、この中間原因（Zwischenursachen）が行為自体によって誘発されたという点で、さらに偶然につけ加わった中間原因によってのみ生じた」にせよ、認められていたのである。なる程、とりわけ古典学派（älteren lehre）は、この規定の後段を

等価説を限定するものと理解した(例えば、フォルテン)。しかし、通説及び判例は、刑罰法規134条に等価説をはっきりと法的に保証したのである。

しかし、初期の通説とは反対に、今日の通説によれば、客観的構成要件における行為と結果の結びつきを分析することは、因果関係を検討するだけでまだ終了したとはいえないのである。すなわち原因となる態度が行為者に「自動的に」客観的に帰属されるとはいえないのである。独立した帰属性段階において、原因として確認された行為は、結果が行為者の作品として行為者に客観的に帰属される方法で結果を引き起こしたのかどうかを客観的基準に基づいて分析しなければならないのである。その点で、オーストリアでは、今日、等価説を因果関係の問題に対する第一の検討段階として最もふさわしいとする客観的帰属性説が主張されている。

オーストリアの文献では、客観的帰属性説のこの具体的な構成が故意犯や過失犯に対しても主張されている(ノヴァコフスキー、ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、シュタイニンガー、モース、トゥリフテラー、ヘッペル、シュモラー、マイヤー＝ホーファー＝リーダー)。

判例では、因果関係の段階と帰属性の段階を二つに分割しようとすることは過失犯を基礎として展開された。

とりわけ最高裁判所は、特殊な違法性若しくは違法性連関を用いて結果の惹起に対する刑法上の答責性を限定したことによって、等価説の極端に広い概念を最初に緩和し、そして、次第に緩和していった。この種の限定は、ブルクスタラーによって正確に作り出され、体系化されたのである。年の経過とともに、今日、過失犯に対する判例においてはほぼ支配的に承認されている固有の帰属性段階が展開されているのである。

ただし、故意犯に関して、当該傾向は、判例(Judikatur)において長い間実証されなかった。それでもシュタイニンガーは、最高裁判所はこの方向を志向しているという見解を主張している。したがって、最高裁判所は、ごく最近下した決定のなかで、故意犯の場合もまたはっきりと客観的帰属性の基準を顧慮しているといえる。

Ⅲ. 具体的な行為と結果の結びつき

様々な公式と学説の描出と評価は、今日の通説のいう行為と結果の結びつきに関する刑法的な判断に対して、自然科学的な因果関係は法律的な責任問題から切り離されて客観的構成要件において検討すべきである、ということを明らかにした。それ故に、結果犯の場合すべて、行為と結果の所為像該当性を確認した後、この行為は結果を引き起こしたのかどうか、また、この結果を行為者の作品として行為者に客観的に帰属させる仕方では結果が生じたのかどうかを検討しなければならない。

すでにここでは、客観的帰属性は所為のあらゆる最終的な評価をも意味しないということを指摘した。客観的帰属性は、専ら刑法上の責任に対して極端に、広い自然科学的な因果関係の概念を限定するのに役立つだけである。それ故に、客観的帰属性は、可罰性を最終的に決定する万能薬 (Allheilmittel) を決して現すものではない。したがって、犯罪構成の解釈論的な基本構想は、帰属性基準を選択することによって損なわれるものではない。この構造は、一片の支柱 (Eckpfosten) をも犠牲にしてはならず、あるいは客観的帰属性の評価段階にその本来的な機能を移すことによって一片の支柱をも取り去ってはならない裁判官の専断 (richterliche Willkür) に対する防壁をなすのである。

1. 因果関係

(1) 総説

行為と結果の結びつきの第一の前提条件たる自然法則的因果関係は、等価説に従って、単純な事案ではcsqn公式に基づいて判断される。因果経過に関する一般的な確認は、自然法則的因果関係がすぐには分からないときにはじめて、例えば、具体的な事案において因果経過の中間段階もまた、一般的に遺漏なく自然法則的な結びつきが明らかになるために、辿らなければならないときにはじめて必要である。

この種の詳細な報告 (Detailangaben) は、特に、結果の招来に際して多数

人の共働が問題となっている場合に、必要である。例えば、Aがピストルを提供し、Bはそのピストルを用いてXを射殺したという場合、Aを検討する場合には、Bの態度にも言及しなければならない。なる程Aの行為の原因性については何一つ変わらない。けれども、このBの態度がなければAの行為とXの死との間の因果連関は確立することはできない。

すべての特別な情況もまた、法則的条件公式を利用すると満足すべき解釈を与えることができる。したがって、もっとよく理解するために若干の特殊な因果関係の問題を手本として取り上げてみたい。

(2) 二重の因果関係 (択一的な因果関係 (Doppelkausalität <alternative kausalität>))

二重の因果関係あるいは択一的な因果関係は、数個の条件が等しく原因となるときに存在する。すなわち数個の条件が同時に結果を導き、しかも数個の条件のそれぞれが他の条件に関係しなくてもこの具体的な結果に作用したという形式において存在するのである。そのような因果関係は、例えば、すでに上で言及した、何人かが射殺し、数発の銃弾が同時に犠牲者の頭部に命中したという事案において与えられる。

学説の一部は、この種の事案を「重疊的因果関係 (Kumulative Kausalität)」とも呼んでいる (ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、モース、イエシュック、ノル)。

しかし、ここでは、数個の条件がお互いに組み合わせられて具体的な結果を導いた事案との混同を避けるために、二重の因果関係あるいは択一的な因果関係という名称を選択する。

二重に因果関係の問題点は、本質的には、すでにcsqn公式を評価した機会に論及したところである。それによれば、二重の因果関係の事案において、個々の行為のすべてが等しく原因となるのである。

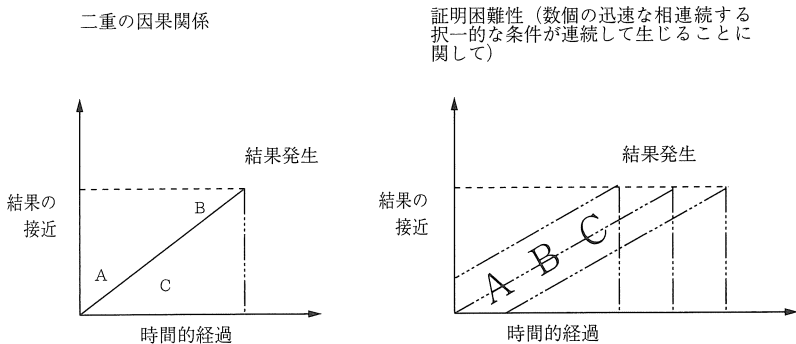
しかし、このことは、実際にすべての行為が共同して結果の発生に作用したときにはじめて当てはまるのである。例えば、上で構成した事例において、時

間的には相連続して数発が発砲された場合、後の方の発砲は行為者の死に対して一般的にはまだ原因があったといえるのかどうかははっきりしないのである。そのような事情において、どの発砲がまず最初になされたのか証明できないとすれば、疑わしきは被告人の利益において (*in dubio pro reo*)、どれに対しても因果関係を肯定することはできない。その場合、発砲する者は全員未遂犯で処罰されるだけである。ただし、この問題は、因果関係の問題でなく、評価の問題である。

もちろん、このような事案において、数人の協働 (*ein Zusammenwirken*) が、関与者各人は発砲以外にさらに少なくとも犠牲者の死に心的に寄与していたといえる場合、協働者全員に対して既遂犯での処罰の可否 (*eine Bestrafung wegen Vollendung*) が問題となる。何故かという、その場合、結果に対して各人は「原因」となったからである。ただ各人は直接的な実行行為を通じて (発砲を通じて) 共働したのかあるいは (心的な) 寄与を通じて共働したのか、ははっきりしない。

二重の因果関係の諸事案及び効果の序列 (*Wirkungsreihenfolge*) に関して証明困難な場合の事案は、次のように図示することができる。

図表 3 (2)



(3) 重量的因果関係

(1) ここでは、「重量的因果関係」あるいは「付加的な因果関係 (additive

Kausalität」(モース) という名称の下で、数個の条件が、(二重の因果関係の場合と同様に) それらの条件だけでは場所的、時間的及び方法的にも同一の結果を導くことができなかったというように協働する事案が整理される。むしろ、結果は一般的に発生したか、あるいは具体的な結果は、その特殊な形態のなかで重なり合って発生したり条件が積み重なって発生したりする。何故なら、この条件がお互いに組み合わせられて協力してはじめて結果を導くからである。

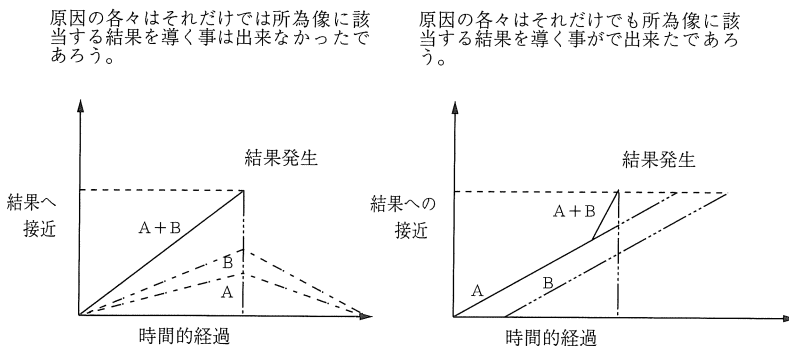
(2) 重疊的因果関係の場合、さまざまな事案の状況が存在する。

—それぞれの原因それだけでは所為像に該当する結果を招来することができなかった、数個の原因が積み重なる場合である。例えば、数人がお互いに関係なく致死量の半分ずつ犠牲者に毒を盛る場合である。

—さらに、それぞれの原因それだけでも所為像に該当する結果を招来することができたが、結果をその具体的な形態においてそれらの協働を通じてはじめて実現した、原因が積み重なる場合である。例えば、致死量の毒を数回与えて時間的に死を早めたという場合がその例である。

この二つの可能性は、次のように図示することができる。

図表3 (3)



詳細に考察すれば、二重の因果関係とは反対に、重疊的因果関係は事実の世界でさえも珍しい事象を示さない、ということがわかる。むしろ、あらゆる結果の発生は多数の条件に左右されるのである。この条件すべてが存在したためにはじめて、結果はその具体的な形態において発生することができたのである。

射殺による謀殺に対する条件は、例えば、次のことが考えられよう。銃器の製造、被害者を犯行現場に運ぶこと、被害者が行為者の手にある銃器を適時に見分けるのを防げた日光の照射、行為者が被害者に復讐を誓ったかなり以前の口論である。共通の、お互いに組み合わされて存在するもの、すなわちこの条件すべてが積み重ねられたものだけが具体的な死の発生を可能にしたのである。事故において積み重なる条件が不可抗力 (höherer Gewalt)、第三者の故意的なあるいは過失的な介在又は被害者自身の行為に存在する事案については、トゥリフテラーのOR AT 1, 41を参照されたい。

(3) 今日の通説によれば、積み重なって招来されたすべての事案において、個々の原因それぞれに対する因果関係を肯定することができる。何故かという、それぞれの原因は結果発生 of の具体的な構成に寄与しているからである。この結論は、さらに付け加わった原因はどのようなものであったのかに関係なく、すなわち不可抗力、第三者の故意的な介在等に関係なく当てはまるのである (ロイカウフ=シュタイニンガー、キーナップフェル、ルドルフィー、レンクナー、シェンケ=シュレダー)。数人が重疊的な原因を設定する場合、結果が発生したときには、原則上各人は既遂犯で処罰されることになる。

因果関係に関して、重疊的な惹起 (Verursachung) の事案においてはいかなる疑いも存在しないのに対し、特に、行為者が行為を行った後でさらに付け加わる後の行為者に対する原因が一般的な生活経験に基づいても予見不可能であったとき、客観的帰属性は存在しないことになる。

(4) 以上の規則と異なって、特に、オーストリア判例は、態度と結果との間に同一の結果に向けられた故意にしてかつ有責な第三者の行為が現れたとき、この態度は結果に対して原因とはならない、という見解を長い間主張していた。そのような第三者の態度は、因果連関を「中断する (unterbreche)」という。したがって、その点で、最初の行為者 (Ersthandelnden) に求償 (Regreß) してはならない。このことから、遡及禁止の原則 (Grundsatz des Regreßverbotes) が生じた。

フランクに源を発するこの理論は、特にリットラーやノヴァコフスキーが指

摘しているように、ドイツ連邦共和国の関与理論に基礎をおく限縮的正犯者概念の遠隔作用 (Fernwirkung) である。単なる教唆行為あるいは幫助行為はすでに彼らの側で構成要件を実現していないのは何故なのか、という問題を遡及禁止によって解明しようとしている。このことは、ドイツ連邦共和国の共犯体系において、教唆犯又は幫助犯の行為と構成要件の実現との間に必ず第三者すなわち主たる正犯者の故意的な行為が現れるために、実情とは異なる。それ故に、主たる正犯者だけがその時その時の構成要件を実現するといいつながら、他方で、共犯に関する規定は正犯に関する規定に比べて刑罰を拡張する作用 (strafausdehnende Wirkung) を持っているというのである。

オーストリアでは、すでに拡張的正犯者概念 (extensiver Täterbegriff) が12条の基礎となっているために、以上のような考え方は当てはまらないのである。12条によれば、共働者各人、すなわち規制正犯者も寄与正犯者も直接刑法各則の構成要件を実現するのである。

しかし、おまけに、たとえ限縮的正犯者概念を基礎とするにせよ、自然科学的因果関係はこの種の限縮に対して誤った基準になる。何故かというと、二つの出来事間の因果関係は、ある種の中間原因に左右されないからである。むしろ、中間原因は、それなしで結果は決して発生しなかったといえるために、因果連関を作り出すことに直接的に作用するからである。その点で、中断はまったく存在しないのである。

今日、「遡及禁止」の理論は、一般にはっきりと放棄されている (ノヴァコフスキー、ブルクスタラー、モース、マウラッハ=ツイツプ、キーナツプフェル)。したがって、通説は、重疊的な惹起のすべての事案において、個々の原因のそれぞれの因果関係は肯定すべきであるということを前提とする。遡及禁止理論の今日的な意義は、その理論によって捉えられる事案においてはあるいは結果の客観的帰属性を否認することになるかも知れない、という点にある。

(4) 仮説的な (とぎれとぎれの) 因果関係と追い越しの (中断する) 因果関係 (Hypothetische (abgebrochene) und überholende (abbrechende) Kausalität)

(1) 仮説的な因果関係の概念の下で、なる程いかなる方法であれ結果に影響を与えなかったが、特定の結果がすでに他の原因によっては招来されなかったといえるとき、確実性に境を接する蓋然性を伴って (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) 特定の結果 (Aの死) を招来したといえる事象経過すべてを捉えることができるのである。

その場合、ただ観念的にさらに追求された事象経過だけが仮説的なのである。現実に発生した因果経過は、「中断する因果関係 (abbrechende Kausalität)」と呼ばれる。その場合、結果が仮説的な経過の後よりも時間的に早く発生するとき、「追い越し (überholende)」の因果関係が存在する。これに対して、結果が仮説的な事象の後もまた (たとえ異なった方法であれ) 同じ時に発生したといえるとき、「追いついた (einholende)」因果関係が主張されている。あとあとまで残る仮説的な因果経過だけが抵触する原因すべては、「予備的な原因 (Reserveursachen)」と呼ばれる。何故かという、それらの原因は、結果が別の原因によって実際に招来されなかったといえるときにはじめて、結果を導いたといえるからである。今日の通説によれば、予備的な原因は、因果関係の領域ではなく、恐らく客観的帰属性の領域で重要となるのである。

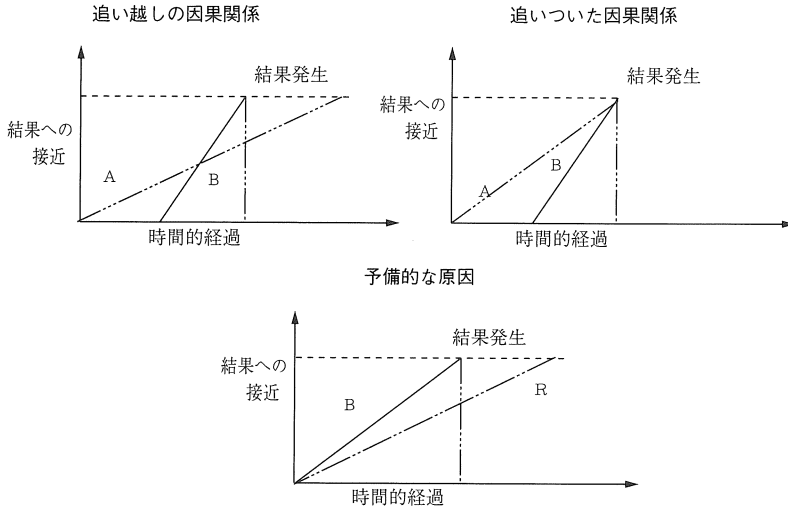
この種の事案の状況は、例えば、AがCに致死量の毒を盛ったが、まだ毒が作用し始める前にBがCを射殺したという場合である。自分の娘を殺害した者の処刑を認めた父親がそばで死刑執行人の手をこづき、自ら処刑装置 (Hinrichtungsmechanismus) を取り外したという事案も似たようなものである。仮説的なあるいは予備的な原因は、例えば、Cがほんの少し前にBから射殺されなかったならば、AはCに致死量の毒を盛ったであろうということが確実な場合である。

この種の事案において、現実的な因果経過は起きなかったといえるときに限って、仮説的な事象経過は原因になるといえよるために、多くの論者は、この限りにおいて「択一的な因果関係」をも主張する (例えば、ノヴァコフスキー)。しかし、この用語は、もしこの用語を用いなかったならば、数個の原因が実際の原因となったのであり、またそれぞれの原因もそれだけで同一の結果を招来したといえる事案の状況と混同する可能性があるために、選択すべきではなかつ

たのである。

仮設的な因果関係の諸事案は、視覚的には次のように現すことができる。

図表 3 (4)



(2) この種の事案を検討することは、因果関係の段階で、csqn公式の本来の規定を前提とするとき、ある一定の困難性をもたらした。すなわち、csqn公式によれば、結果を招来する行為の因果関係を否定しなければならない。何故かという、csqn公式は、所為像に該当する結果が欠落することなしに、それを取り除いては考ええないからである。その場合、結果は、確実性に境を接する蓋然性を伴って仮設的な因果系列を通じて発生したといえるからである。

方法、時期及び様相に従って全く具体的な結果（例えば、1982年、6月1日10時35分ころ作業中に青酸カリによって生じた結果）を顧慮するcsqn公式の新しい（修正された）規定によれば、この困難性を回避することができる。すなわち、少なくとも追い越し因果関係の諸事案は、ここで仮設的な結果の発生が後になってはじめて生じたといえるために、満足すべき解釈をおこなうことができるといえる（ロイカウフ＝シュタイニンガー）。しかし、結果が仮設的な

因果経過に従っても同じ時期に同じ方法で招来されたといえるとき、依然として困難性が存在する。ブルクスタラーによれば、ここで、csqn公式はその正確な形式においてもこれを拒否するのである。ただし、csqn公式を、例えば、誰かがある原因を設定したという事実もまた結果の招来という「様相」に数えるというように理解するならば、この公式は、追いついた因果関係の場合にも正しい結論になる。

仮設的因果関係のすべての事案のグループに対しては、法則的条件公式を基礎とするならば、いかなる困難性をも存在しない。この公式に従うと、追い越しの因果関係あるいは追いついた出来事は問題なく肯定することができる。それに対して、仮設的原因と結果との間のあらゆる自然法則的な結びつきは存在しない。したがって、中断する因果関係に対して原因を設定する者は、原則的には既遂犯で処罰されるが、仮設的な因果関係に対して原因を設定する者は、せいぜい未遂犯で処罰されるにすぎない。

ただし、この公式を因果関係を検討する段階で用いる場合もまた、すでに隣接した因果経過 (ein bereits angestoßener Kausalverlauf) が実際に仮設的なものであったのかどうか、あるいは、例えば、上の事例で、抵抗するかも知れないので、CはAによって事前に盛られた毒を通じてすでにかなり衰弱させられていたために、BはCを射殺することができたという場合、Aはそれでも結果の招来に関与しなかったのかどうか、ということを確認するときに困難性が頻繁に存在する。

2. 客観的帰属性

(1) 総説

行為と結果の間の自然法則的因果関係を確認した後、この結果は行為者の作品としても姿を現しているのかどうか (ウェツセル)、すなわち行為者の法的な答責性の範囲内にあるのかどうか (マウラッハ=ツィツプ) をまだ検討しなければならない。その場合、「偶然な展開に対する責任 (die Haftung für Zufallsentwicklungen) を適切に限定する」ために、すでに客観的構成要件に

において広範囲に及ぶ等価説を規範的に制限する必要がある、ということを前提とすることになる（ブルクスタラー）。

客観的構成要件が一括して充足されているかどうかを確認するためのこの評価は、今日、統一的に「客観的帰属性」と呼ばれている。この名称の背後にある基本的な考え方を、キーナップフェルは、次のような問題の中で適切に要約した。曰く、「行為者の（故意的な又は過失的な）態度が法的に許されない危険を創り出しているか、また、この危険は実際的にも発生した結果のなかに現実化しているか……」と（キーナップフェル、同旨、ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース、シュタイニンガー、マウラッハ＝ツィツプ、イエシェック、ルドルフィー、トゥリフテラー）。

通説によれば、客観的帰属性は故意犯と過失犯の両者において等しく検討されねばならない。

基本構想及び適用範囲に関するこの見解の一致を別として、客観的帰属性に関しては、まだ流動的なものが多い。（ウエツセル、キーナップフェル）。例えば、客観的帰属性の概念の射程範囲、特に、「客観的注意違反」もまた客観的帰属性の基準を現すのかどうかという問題は、まだ最終的に解明されていないのである。同じく、帰属性基準の数や正確な内容に関して及び個々の基準の相互関係に関して、文献と判例における見解は未だ全く一致していないのである。さらに、客観的帰属性の基準は故意犯と過失犯では一致しているのかどうか、未決定のままである。

将来的には、客観的帰属性の基本的な考え方及びその基準は、行為と結果の結びつき以外に刑法解釈論の特殊な領域に対してもまたいかなる範囲において利用することができるのか、という問題をも正確に検討する必要があるだろう。その点において、絶対的不能未遂と相対的不能未遂との間の識別問題だけでも参照すべく指示しておきたいし、また、2条の関与形式の区別問題をも参照するよう指示しておこう。

(1) 因果関係と客観的帰属性との関係について

通説は、客観的帰属性の基準を行為と結果の間の因果的な結びつきの規範的

評価に限定する。この視座によれば、客観的帰属性は、自然法則的因果関係を前提とし、それ故に、本質的には（wesensgemäß）結果犯に限定される。ただし、この見解は、客観的注意違反を客観的帰属性の基準と考えるとき、極端に狭すぎるように思われる。すなわち、そのような考察方法では、客観的帰属性には挙動犯の場合にも固有の意味があるのである。このことは、すでに通説に従った客観的注意違反は過失挙動犯の場合もまた検討すべきことを意味する。それと同じことを志向するのは、「可能性、蓋然性及び危険性」は結果犯の場合だけでなく挙動犯の場合にもまた役割を果たす場合がある、というフリッシュ（Frisch）の出發である。

例えば、盗品（eine gestohlene Sache）を買うものは、物の由来を客観的に認識可能であったときにはじめて、165条の客観的構成要件を充足する*）。それに応じて、他人の動産を奪取し、その他人性を客観的視座から認識することができたものだけが窃盗罪の客観的構成要件を充足したことになるのではない。生まれたときから離ればなれになり全く知り合うことのなかった二人の兄弟姉妹が性交を行ったとき、彼らは近親姦（Blutschande）の客観的構成要件を充足してはいない。これらすべての事案において、構成要件を実現するための客観的帰属性を欠いているのである。何故かというと、客観的な義務に違反するものだけが、客観的にみて不法として態度に帰属され得る、すなわち行為者に帰属され得るからである。ただし、通説によれば、これは過失犯に対しては当たり前のことであって、また結論からして当然のことである。

*第2版では、「エイズ感染者（mit Aids infizierten person）が性交することは、（エイズに）感染（しているという事実）がエイズ感染者に客観的に認識可能なものであったときにはじめて、179条の客観的構成要件を充足したものとなる」という設例に修正されている。

挙動犯の場合、このような検討（ついでにいうと、未遂犯の場合も同じ検討）は、一般的な客観的帰属性に関する問題にすぎない。これに対して、特別な客観的帰属性の検討は、必ず具体的な因果経過の評価を意味し、したがって、既遂の結果犯に限定されるのである。

ノヴァコフスキーによれば、不作為犯の場合もまた、単なる不作為はどのような種類の因果関係をも生じさせないので、基礎となる因果関係がなくても客観的帰属性を検討しなければならないことになる。それに対して、ここでは、不作為もまた自然法則的な原因となり得るというエンギッシュの見解を優れているとする。

(2) 客観的帰属性の評価内容（客観的構成要件だけかあるいは構成要件に該当する不法全体か）

通説によれば、客観的帰属性の本質は、事象の客観的な構成要件該当性に関連する事象の規範的な評価にある。それに対して、モースによれば、客観的帰属性が関係するのは、「客観的構成要件だけではない、それは構成要件全体を通じて捉えられた不法をも対象とするのである。……客観的帰属性は、責任の一身専属的な帰属性 (höchstpersönlichen Zurechnung der Schuld) とは反対に、普遍妥当な帰属性という意味で (iS von allgemeingültiger Zurechnung) 理解されているのである。」と。それによって、モースは、客観的帰属性に関して主観的構成要件をも顧慮の中に入れ、「客観的帰属性」の代わりに「不法帰属性 (Unrechtszurechnung)」を主張すべく提案している。この見解は、モースによれば、通説とは反対に、規範の保護領域を故意犯と過失犯にそれぞれ分けて決定する、ということから推論される。それ故に、彼の場合、客観的帰属性は主観的構成要件を前提とすることはできない。そうでなければ客観的帰属性に対する「責任の活動範囲 (Haftungsradius)」は未決定のままだからである。

ただし、このような見解をもって、モースは客観的帰属性の基準を拡大している。客観的帰属性は、なる程客観的帰属性なしに構成要件の違法な実現という意味でのいかなる不法をも存在しないという点で、不法全体に影響を与える。けれども客観的帰属性の本質と使命は、主観的構成要件と関係ない評価の基礎を提供する、という点にある。

すでに、この名称は、客観的基準に基づいてのみ帰せられねばならないということを示唆している。次に、故意犯と過失犯に対して別々に分けた基準によ

る場合、それ自体客観的帰属性が主観的構成要件の後ではじめて生ずべきだということに対する理由は何もない。客観的構成要件のメルクマールが即座にすべての犯罪類型に対して等しいわけではなく、ましてやすべての犯罪に等しいわけでは決していない。

とりわけ、故意的な規範の保護目的が行為者の故意を通じた構成要件の客体の具体化に関係すべきだというのは納得できない。その点で、モースとは反対に、故意は「行為者の主観的な選択に基づいて75条の客観的な保護領域」を限定しない。75条は「人間の生命だけを故意的な毀棄から保護しようとしているのではなくて、行為者が殺害しようとする他人の生命だけを」保護しようとしているのだ、というのは正しくない。75条は、80条と同じように、人間のあらゆる生命を保護しなければならないのである。規範の保護目的は抽象的な法益に対応するのであって、具体的な構成要件の客体に対応するのではない。したがって、保護目的については、法規の背後に存在するこの考え方が具体的な客体の危殆化あるいはその侵害において一般に当てはまるのかどうかだけが重要である。

ここで提出した疑問に対しては、通説が、すでに客観的帰属性に関して行為者の特別な知識（Sonderwissen）を顧慮に入れるために、客観的帰属性は即座に主観的な性格を示すことになるのではないかといっているのではない。何故かというと、この特別な知識は、主観的構成要件、特に故意から厳格に切り離されるからである。モースの次の、「故意は一般に結果発生に対して決定的な危険を前もって含みかつ認識させる」という論拠もまた、必然的に主観的構成要件を客観的帰属性の前で検討することになるのではない。何故かというと、厳密にいうと、故意は行為者が前提とする危険に対する基準ではなくて、行為者の（将来的な）行動に関する彼の表象だからである。しかし、このことは、ある種の「特別な知識」として解釈論的には主観的構成要件（故意）から区別され、例えば、過失犯の場合もまた存在するのである。

以上のことにより、モースの見解には従わない。客観的帰属性を主観的構成要件の充足に関係させようとしたならば、客観的帰属性の本質とその基本的な

考え方に矛盾することになる。何故かという、客観的帰属性は、極端に広範囲に及ぶ因果経過を、すなわち客観的構成要件を限定するのに奉仕するからである。その点で、通説のいう刑事政策的に満足できる結論を獲得するために、打撃の錯誤 (aberratio ictus) の諸事案もまた帰属性としてではなく、専ら故意の問題としてのみ解釈することが、問題を複雑なものにせず、また体系にマッチするものとなる。

(3)「客観的意注意違反 (objektiver Sorgfaltswidrigkeit)」と「客観的帰属性」の関係について

まったく一般的に過失犯で処罰するために、「客観的注意違反」が通説によって要求されている (ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタインINGER、モース)。判断すべき態度を検討する場合、まず最初に (行為の構成要件該当性の段階で)、この態度が客観的注意違背 (eine objektive Sorgfaltsverstoß) を現すのかどうかを調査することになる。その場合、結果犯では、さらに結果、因果関係及び客観的帰属性を確認しなければならない。

それに対して、ここでは、客観的義務違反 (=客観的注意違反=客観的注意違背) は客観的帰属性の支配的な概念 (übergreifende Begriff) に含まれているという見解が主張されている。これを理由づけるために、次のことが挙げられている。

一客観的注意違反は、過失の特殊な要素ではなく、一般的な要素であり、それ故に故意犯の場合もまた検討すべき犯罪要素である、という見解がどんどん主張されている (ノヴァコフスキー、イエシェック、ポーネルト、ゲッセル、ヘッペル、トゥリフテラー、シュモラー)。そこで、一般的な見解によれば、故意犯の場合、法的に許されない危険の創出 (die Schaffung einer rechtlich mißbilligten Gefahr) 及び直接的にはこの危険の実現に当てはまるものすべてを客観的帰属性に数えるのである。その場合、奇異な感じを与えるのは、「法的に許されない危険の創出」を判断すべき基準は、少なくとも本質的には過失犯における客観的注意違反に対して決定的なものである基準と一致することである。すなわち、とりわけ「社会的不相当な危険性」が創出された

とき、態度は客観的な注意に違反したものとなる（ブルクスター）。この理由から、従来通説は、過失犯の領域で客観的帰属性を検討する場合、「注意規定に違反してその回避を意図する危険を直接的に実現した」のかどうかを調査することに限定する。これに対して、過失犯における危険の創出は、客観的帰属性の段階で検討する必要はない。何故なら危険の創出はすでに客観的注意違反を確認することで肯定されているからである。

概念的に同種の要素をこのように区別して体系的に整序することは、体系内部での最大限の統一性を図るために是正されただろうか。故意犯に対しても過失犯に対しても等しく満足すべき結論は、危険の創出（許されない危険性）という意味での客観的注意違反の概念を二つの犯罪グループに適用し、そのように理解された概念を客観的帰属性に含めることによって獲得することができるのである。

—客観的注意違反は所為像に該当する行為に整序されるだけでなく、客観的帰属性の別のすべての基準と同様に、行為と結果の間の「結合要素（Verbindungselement）」をも現すということは、すでに客観的注意違反はある特定の結果に関係なく判断されるという事実を示す。むしろ、客観的注意違反は、必ず特定の所為像に該当する結果に関連して危険の創出としてのみ定義づけることができるのである（トゥリフテラー）。しかし、そこで行為と結果との間のこの関係を客観的な法律基準に基づいて評価する、犯罪構成における検討段階が客観的帰属性である。この客観的評価に対して固有の犯罪段階が構成されるならば、そのような評価がその内容を現す基準すべてがこの包括的な段階に整序されることになる。

—一般的な帰属性基準としての客観的な義務違反は、さらに解釈論的な解明にも役立つ。客観的帰属性という考え方が一般的な価値を認められてしまう前に、また、ごく希に故意犯の場合にも「客観的注意違反」の要素が主張されてしまう前に、客観的注意違反の基準と同様の使命が役立つはずの様々な法形態が展開されていた。そのような基準は、とりわけ「社会的不相当性（soziale Inadäquanz）」と「許されない危険（unerlaubte Risiko）」である。

客観的帰属性の基準として客観的義務違反を整序することは、社会的不相当性若しくは許されない危険を客観的注意違反の表現として捉え、それ故に、客観的帰属性の上位概念に整序することを可能とする。このようにして、故意犯の領域においてまだ未決定な体系化の問題は、単純な方法で解決されるのである。

—ただし、マイワルトは、客観的注意義務の侵害と客観的帰属性を厳格に切り離すことを支持する。患者が手術中に死亡するという医学の科学的基準にそって手術した医師 (die lege artis operierende Arzt) は、なる程 (許された危険の領域では) 注意に従って行動している。しかし、それでもなお死は「医師の作品」であろうか。すなわち、医師に客観的に帰属される場合がある。「何故か」といって、患者は、……例えば事故によって命を失ったのではない、ということ明白だからである」。客観的注意義務侵害 (許された危険) を客観的帰属性から切り離すのは、通説とは反対に、マイワルトが過失犯の場合に限って許された危険に意味を認める、ということを根拠とする。

(4)「因果経過に関する錯誤 (Irrtum über den Kausalverlauf)」

具体的な事案において、行為者が表象したのと異なった仕方 (異なった因果経過に関して) 結果が発生したとき、「因果経過に関する錯誤」を主張する。

そのような錯誤は、例えば、AがBを射殺しようとしたが、Bはすでにピストルを見て恐怖のあまり心不全で死亡した場合である。同じことは、Xが殺人の故意をもってYを射殺したが、Yは傷害を負わされただけで、病院に運ばれる途中はじめてあるいは病院で医学上の人為的なミスによりはじめて命を失ったという場合も当てはまる。

この種の事案において、通説は、因果経過が行為者の表象から逸脱したのが「本質的なものでなかった (unwesentlich)」ときにはじめて、既遂の故意犯を認める。理由づけるためにあげていることは、例えば、故意は「本質的な因果経過」に及ばなければならないということである。それに対して、因果経過が行為者の表象から「本質的に」逸脱した場合、実際に発生した因果経過に関して故意を欠くために既遂犯で処罰することはできないことになる (キーナップ

フェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、フックス、シュモラー)。

① ただし、文献では、そのような「因果経過に関する錯誤」は、次第に客観的帰属性の問題としてのみ捉えるようになっていく(ルドルフィー、ヴォルター、プッペ、モース、ブルクスタラー、トゥリフテラー、シュモラー、ノヴァコフスキー)。それによれば、因果経過に関して行為者の表象は問題でなく、むしろ行為者の行為を前提とする現実に発生した因果経過すなわち現実に発生した結果が客観的に帰属可能なものであるのかどうかだけが問題である。故意は構成要件に該当する結果だけに及ばなければならないのに対し、この結果がどのようにして発生したのかという方法には及ぶ必要はないのである(本質的な特性においてもまた及ぶ必要はないのである)。したがって、因果経過が客観的に帰属可能なものと評価されるならば、行為者が別の因果経過を表象したのかどうかに関係なく、所為像に該当する結果それ自体が行為者によって「意欲された (gewollt)」という点で、既遂の故意犯で処罰されるのである。しかし、現実的な因果経過を「非典型的な (atypisch)」すなわち客観的に帰属不可能なものと評価する場合、既遂犯で(さらに、行為者も表象と関係なく)処罰することはできないのが一般的である。

② 「因果経過に関する錯誤」の特別な事案は、打撃の錯誤 (aberratio ictus) である。AはBを標的にしたが、Bの側に居たC(命中させようと意欲しなかったC)に致命傷を与えたという場合である。AはCに対する謀殺既遂の責任を負うという旧い見解(リットラー、マラニウク)と反対に、今日の通説は、AはBに対する謀殺未遂及び過失殺人で処罰するべきであるというように解している(フォレグガー＝セリーニ、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ルドルフィー)。

今日の通説と反対に、プッペは、打撃の錯誤の諸事案もまた客観的帰属性の問題としてのみ考えるべきだということに賛成を表明している。そのことから、打撃の錯誤の事案は、たとえ別の所為の客体が表象された所為客体として侵害されたにせよ、攻撃行為から離れること (Abirrung der Angriffshandlung) が客観的帰属性の領域に含まれるとき、既遂で処罰すべきだという結論になっ

ている（これに賛同するものとして、ノヴァコフスキー）。けれども、この見解はすでに結論からして説得力がない。Xを標的としたところが誤ってYに命中させたものは、Yへの故意殺人の既遂犯で処罰されることになるが、本来ならそう考えるべきでない。すなわち、その場合、判決の言い渡しでは、Xへの謀殺未遂は一度も問題となっていないのである。したがってXへの謀殺未遂とYへの過失殺人を認める通説に従う。

最近、モースもまた、打撃の錯誤の事案を客観的帰属性により解釈しようとしている。しかし、通説の結論を維持する。

その場合、モースに対しては、発生した結果はなる程その時その時の過失犯の意味では客観的に帰属可能なものでなければならないが、しかし、他方で当該故意犯に関しては客観的帰属性の領域に属する必要はない、ということの是非問題が提出される。何故かという、そうでなければモースによれば、故意犯の既遂もまた確定するといえるからである。この結論を回避するために、モースは、過失犯における客観的帰属性の領域を競合する故意犯の場合よりも広く捉えなければならない。それに応じて、モースは、故意犯における「規模の保護目的」を過失犯の場合よりも狭く規定する。モースによれば、例えば、75条の謀殺規定は、「純客観的には生命だけを保護しているのではなく、行為者が殺害しようとする特定の人物だけを保護しているのである。故意は行為者の主観的な選択に基づいて75条の客観的な保護領域を限定する」のである。しかし、この構想には従わない。何故かという、打撃の錯誤の事案は、故意の問題としてのみ解釈されるからである。つまり、故意は特別に特定の構成要件の客体を具体化しなければならないので、実際に侵害された構成要件の客体に関して故意は存在しないのである。しかし、発生した結果に関して存在しない故意は、一方で関係のなかった構成要件の客体への未遂を理由とし、他方で実際に侵害した構成要件の客体への過失を理由にそれぞれ処罰することができるのかどうか問題となる、ということを可能ならしめる。

(2) 個々の帰属性の基準

個々の帰属性の基準の名称、数及び内容は、文献と判例において統一的に確立されていない。その場合、明確性の要請を保持するために、資料 (Materie) はそれがなければ不透明となる恐れがあるために、これらは学説と判例のために等しく必要であるといえよう。けれども、スペースの関係上、ここでは個々の帰属性基準をできる限り明快で記憶に残りやすい体系のなかで提出することにとどめたい。それ以外の課題は、個別的な研究論文に譲りたい。

これを体系化する場合、客観的帰属性は法的に否認された危険の招来 (Risikoherbeiführung) 及び直接的なこの危険の実現を前提とする、という上ですでに触れた簡単な公式から出発することになる。それによれば、客観的帰属性を二つに分けることが明らかになる。その場合、危険の招来という第一の観点は「一般的な客観的帰属性」と呼ばれ、危険の実現という第二の観点は「特別な客観的帰属性」と呼ばれる。この二分割は、原則上、故意犯と過失犯に等しく当てはまる。

一般的な客観的帰属性の内容について固有の概念を自由に使用することは、次のような考量から重要と思われる。

— 一般的な客観的帰属性は、過失の領域で「客観的注意違反」と呼ばれる基準と一致する。ただし、一般的な客観的帰属性の概念は、客観的注意違反と同じように、この基準は過失犯だけに限定されるという誤った推論 (Fehlschluß) に誘われない限りで、中立的なものである。

— さらに、一般的な客観的帰属性は、それだけが挙動犯の領域及び未遂犯の領域で検討されるために、特に強調する必要がある。すでに一般的な客観的帰属性を欠くあらゆる行為は、故意犯の領域では絶対的な不能未遂を意味し、それ故にすでに不可罰である。したがって、客観帰属性の範囲をこのように分割することによって、それ以外の範囲に対してもまた体系に即した解決策を提供する可能性があるのである。

(1) 一般的な客観的帰属性 (危険の招来) = 客観的注意違反

一般的な客観的帰属性の場合、構成要件実現の法的に否認された危険が行為者の態度に含まれていたのかどうか、検討する必要がある。

① 所為像に該当する結果の客観的な予見可能性

所為像の実現を客観的に予見することができたときにはじめて、危険の招来(Gefahrenherbeiführung)は法的に否認されたものとなる(ブルクスタラー、トゥリフテラー)。客観的予見可能性は、事後的に補うべき事前予測に基づいて(anhand einer nachträglich zu erstattenden ex-ante-Prognose)客観的な観察者の立場にたって突き止めなければならない(ブルクスタラー)。

結果犯の場合、客観的予見可能性は、所為像に関連した態度の危険性に現れる。その場合、所為像に該当する結果自体の客観的予見可能性だけが問題である。それに対して、具体的に発生した結果の客観的予見可能性を検討することは、特別な客観的帰属性に残されている。これに関して、エンギッシュは、「広い意味で……相当性」を主張する。その点で、客観的予見可能性を検討するには、抽象的な危険判断が必要である。挙動犯の場合、この客観的予見可能性は構成要件実現の危険だけに關係する。

② 社会的不相当性=許されざる危険(soziale Indäquanz=unerlaubtes Risiko)

(i) そのような基準の必要性について

実際、所為像の実現が客観的に予見可能な態様すべてが客観的な注意に違反したものと見なされるわけではない。このように広範囲に及ぶ要請は、なる程法益の保護に非常に役立つかも知れない。しかもその場合、多くの態様は義務に違反したものだといえるのであり、今日の日常生活ではその義務に違反した多くの態様なしではもはや考えられないのである。

ドライブや飛行機旅行のあらゆる場合、例えば、人に傷害を負わせあるいは死に至らしめるような事故は予見可能なものである。あらゆる事業家については、自ら活動を開始する場合に、自己の人的能力や就労意欲と関係なくすでに一般的な経済状態を変えることにより自分が後になって支払不能の状態になる可能性もあるということを予見することができるのである。

したがって、一般的な公的利益(öffentliche Interesse)は、人間生活を自由にダイナミックに形成することができるために、ある一定の範囲内で法益の危殆化を甘受すべきことを命じるのである。それ故に、この種の危険な態様が

「社会的相当性」若しくは「許された危険」の範囲を越えないかぎり、そのような危険な態様は刑法上の責任の外にあるのである。このことは、たとえ社会的相当なそれぞれの危険に含まれた抽象的な危殆化が例外的に一度でも侵害に至ったにせよ、当てはまるのである。

それ故に、一般的な客観的帰属性の第二の基準は、態度の社会的不相当性である。態度の社会的不相当性は、結果犯の場合、態度が許されざる危険を創り出したときに肯定しなければならない（ブルクスタラー、同旨として、キーナップフェル、モース）。

他人に特別に安いチャーター機による飛行をプレゼントするものは、墜落によってプレゼントされたものを殺害する「意図」をもって行ったにせよ、社会的相当な行為を行っているのである（エルボンケル事件（Erbonkel-Fall））。したがって、プレゼントしたものは、飛行機が墜落したにせよ、故意の殺人あるいは過失殺人で処罰されるいわれは全くない。交通に即応した態度をとるドライバーやスキーヤーもまた、たとえ彼らが偶発的な災難で「甘受した（abgefunden）」にせよ、社会的相当な行為を行っているのである。最近、モースは、「間接的な」安楽死（死にかかっている者の意思が妨げとならないとき、苦痛を和らげるための投薬によって死期を早めること）の限界部分にある事実の不可罰性もまた社会的相当性の基準によって解釈すべしと提案している。

(ii) 事例

判例によれば、車を持っている客に酒類を販売する行為（der Ausschank von Alkohol）は、「どうにかこうにか（gerade noch）」社会的相当な行為である。これに対して、識別が困難なほど酔ったドライバーにさらに酒類を販売したとき、社会的相当性の範囲を逸脱する（キーナップフェル、ノヴァコフスキー）。

客観的予見可能性と許された危険との関係は、最高裁判所の判決では、とりわけはっきりしている。それによれば、次のことが当てはまる。

スムーズな車の流れに対して二つの車線を自由に使用できないように車が置かれているとき、別の自動車のドライバーがブレーキを踏んだり回避行為をさ

せたり、また、「そのようにして爾余の交通関与者全員に対して一定の危険」が生じることは客観的に予見可能なものである。それにもかかわらず、たとえ二つの車線以外に空いていないにせよ、短時間の停車は社会的相当性の範囲内にある。危殆化は、「整然として、スムーズなかつ既存の技術的な可能性を正當に評価すべき車両の流れのために、立法者が甘受する」ことになる。

これに対して、駐車すること (Parken) は許された危険の外にある。「何故か」というと、普通、駐車することによって多数の交通関与者、事情によっては後続交通全体が短時間妨げられるだけでなく、既存の交通状況において一般的に通過することができるという点で、通過する場合にもどっちみち重要な時間 (für ins Gewicht fallende Zeiträume) 危険に曝されるからである」。

それ故に、同じように現存する客観的予見可能性の場合、車を停車することは、具体的な事件の特別な付随事情に従って、ある時は社会的相当なものになるが、今度は許された危険の外にあることになる。

(iii) 具体的な社会的相当性と許された危険

社会的相当性の概念は、まず最初に構成要件に整序し、後になって違法性に整序し、結局は再び構成要件に整序したウェルツェルに由来する。今日、態度の社会的相当性の問題は、有力説によれば、客観的構成要件に属する (ブルクスタラー、キーナップフェル、ノヴァコフスキー、マウラッハ=ツイツプ、イエシェック、レンクナー、シェーンケ=シュレダー)。ただ少数説は正当化事由として整序することを支持する (ロイカウフ=シュタイニンガー、フォレッガー=セリーニ)。

レーダーは、ここで主張する見解に同意して、社会的相当な危険と「客観的に命じられた注意」とを対等の立場に置くことを支持する。ただし、ここで主張する見解と違って、彼はこの社会的相当な危険を責任ではじめて検討する。しかし、この相違の原因は、当時全く一般的に過失を単なる責任形式と考えていたことにある。それにもかかわらず、客観的注意違反も含めてすべての過失要素は責任で検討されていたのである。

許された危険に関して、見解は今日もまだ分かれている。著者達のグループ

は、許された危険を正当化事由と考える（マウラッハ＝ツイツプ、モース、イエシュック、ロイカウフ＝シュタイニンガー、フォレッガー＝セリーニ）。その場合、この意味での許された危険の諸事案は、とりわけ危険な救助行為（die riskante Rettungshandlung）である。

許された危険を正当化事由として格付けすることは、納得のゆくものではない。それに対して、特に、危険な救助行為の事案は正当化する緊急避難あるいはそれ以外の正当化事由の規定に従っても解決することができると主張する。したがって、許された危険を社会的相当性と同一視し、客観的注意の遵守の中に埋没して消滅するという見解が優れている（キーナップフェル、ブルクスタラー、ノヴァコフスキー）。

そのうえ、キーナップフェルは、全く一般的に、「許された危険」の正当化事由は「正当化のカテゴリーの決定的な構造原理」を混乱させることになる、ということを指摘している。「認められている正当化事由と並んでそのような一般条項を許したならば、正当防衛、民法上の緊急避難及び超法規的緊急避難、逮捕権、懲罰権等々に対する余地はなにも残らないことになる。何故かというと、そのような一般条項は、最終的な結論において、許された危険を非独立的に構成するだけとなり、厳密に言えば必要のないものになるのではないか」と。

(iv) 境界設定

社会的相当性若しくは許された危険の限界部分を有力説にあるいはここで主張する見解にも基づいて同時に決定する客観的注意義務の範囲は、通説によれば、三つの異なったものに決定される（ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マウラッハ＝ツイツプ、レーダー）。

① 日常生活の特別に重要な領域では、客観的注意義務、すなわち社会的相当な態様の限界は既存の法規範から頻繁に生じる。その点で、社会的相当性は「法に合致するもの（Rechtskonformität）」とも呼ばれる（マウラッハ＝ツイツプ）。この領域は、上昇しつつ「合法化（Verrechtlichung）」することによって不変なものとなる。

最も重要な該当法規定は、道路交通法（Verkehrsrecht）及びそのなかでも

特に道路交通規則 (StVO) と車両に関する法規 (KFG) である。注意義務の限界を決定する大部分の広範な法規定の詳細な集大成をなしたのはロイカウフ＝シュタイニンガーである。諸法規や諸条例 (Gesetzen und Verordnungen) と並んで、個々の法的命題 (individuelle Rechtssätze)、とりわけ通達 (Bescheide) もまた注意義務を基礎づけるために問題になる。

通常、該当法規定を遵守する場合、注意違背 (ein Sorgfaltsverstoß) は問題とならない。ただし、このことは、その時その時の法規定において特別の事例状況をも含めて顧慮がなされていないという点で、当てはまらない (ブルクスタラー)。例えば、自分の工場の排気ガスによって付近の住民あるいは物に危害を加えるか又はさらに侵害を加えているということを見抜いている者は、この排気ガスの許容限度が明言される通達を参照するよう指示したことによって刑法上の責任を逃れることができるというものではない。

② 態度に関する要求が法的に決定されていないかぎり、事情によっては、客観的注意義務を突き止めるための交通規範あるいは社会規範が引用される場合がある、そのような規定は、文書で書き留められるかあるいはせいぜい口頭で伝達されるにすぎない。それらに共通するものは、法的な性質を欠いているということである。

これに該当するのは、とりわけスポーツ上の規定、内部的な服務規定、医術上の規定及び商業上の慣習や商慣習 (kaufmännische Usancen und Handelsbräuche) である。

③ 法規定や交通規範が存在しないかぎり、客観的注意義務若しくは社会的相当性の限界は裁判官が個々の事案において決定しなければならない。その場合、その限界づけに対する指針 (Orientierungshilfe) は、行為者の立場にたって規範的に形成された「典型的な形象 (Modellfigur)」と思われる態度である。すなわち、「法益の侵害の危険を認識したり無視したりするために、それが法的に保護された価値に妥当するよう義務づけられ、思慮深くかつ弁別のある人が行為者の立場にたてば費やすであろう注意」が決定的なものとなる。

この標準的な形象又は典型的な形象 (diese Maß- oder Modellfigur) を実

生活と異なったり実際と異なったりするように決定しないために、観念類型的な表象に基づいて統一的ではなく、行為者が所属する交際範囲 (Verkehrskreis) に基づいてその都度正確に規定しなければならない。すなわち、具体的な事案において、行為者は法秩序や社会秩序がドライバー、スキーヤー、自営業者、医師等々に要求しているような態度をとっていたのかどうかを問わなければならない (ブルクスタラー)。

注意に応じた態度と注意に違反した態度との間の限界部分については、とりわけ信頼の原則 (Vertrauensgrundsatz) が当てはまる。それによれば、自分以外の者が注意に違反した態度をとる可能性は、法益侵害を避けるためにこれを考慮に入れる必要はない。むしろ、爾余の法構成員もまた注意に即した態度、すなわち社会的相当な態度をとったということを誰でも信頼するのである。この信頼の原則は、道路交通法 3 条 (§ 3 StVO) で特別に表現されている。

行為者の交際範囲における個人としての立場を越えた行為者の特別な知識や特別な能力は、客観的注意義務を決定する場合に、どの程度これを考慮すべきかについては争いがある。キーナップフェルやロイカウフ＝シュタイニンガーは、両者は観念的な基準を典型的な形象に拡大することを擁護するのに対し、ブルクスタラーやプラッツグンマーは、行為者の特別な知識を客観的注意義務の基準を拡大するための対象にしようとはしていない。

同時に、命じられた注意の基準を決定する場合に特別な能力を考慮すべきかどうかというまだ争いのある問題だけの解釈は、この基準の内部で、具体的な事案においてそのような能力の傾注は社会的規範に基づいて命じられたものと思われるのかどうかに従って区別すべきであるという点にある。例えば、特にベテランのドライバーは、危機的状況においては、初心者よりもさらに右側車線にそって車を走行させねばならない。それに対して、注意に違反して走行するドライバーが事故を免れるために、プロのレーサーは危険な「動力滑走 (Power-slide)」を行うことを期待してはならない。しかし、まさしくこれらの実例は、行為者の交際範囲が局限されているのか (すなわち、ベテラン、平均人及び初心者にそれぞれ分けられているか) あるいはできるだけ広範囲に及ぶ

のかということに解釈というものがいかに左右されるかを示している。さらに、この出発点は、過失犯の場合には、そこで必ず別々に検討すべき期待可能性と一線が画されるということに注目しなければならない。

特別な知識は、行為者のすべての特別な知識や経験だけでなく、事故の将来的な態度に関する具体的な表象でもある。後の観点では、行為者がまだ一度も実行行為を設定したのではなく、ただ「実行に直接先行する行為」を設定した未遂犯を検討する場合に問題となる。

(2) 特別な客観的帰属性 (危険の実現)

既遂の結果犯の場合、一般的な客観的帰属性に続いて、まさしく行為者が招来した危険は具体的な結果に実現されているのかどうかを検討しなければならない。

一般的な客観的帰属性が特定の所為像に関連して行為の評価を現す（それ故に、挙動犯や未遂犯の場合も検討される）のに対して、特別な客観的帰属性の段階では、具体的な因果経過を評価することになる。それ故に、後者は結果犯に限定される。したがって、自然法則的な因果関係の確認は、特別な客観的帰属性だけに先行しなければならない。

① 具体的に発生した結果の予見可能性＝相当性関連 (Adäquanzzusammenhang)

態度に付着した危険自体は、それが結果発生を導くようなものであれば、その具体的なものも客観的に予見可能であったときにはじめて、実現されているのである (OGH JBI 1984, 326; ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース、シュタイニンガー、トゥリフテラー)。この特別は客観的予見可能性の段階での問題は、発生した因果経過は「非類型的な (atypisch)」ものではない、すなわち完全に一般的な経験知識の外にはないということである。オーストリア文献では、この基準について「相当性連関」という表現が主張されている (ブルクスタラー、キーナップフェル)。それ故に、エンギッシュは、「狭い意味での相当性」を主張する。これらの名称すべては「非類型的な因果経過の理論 (Lehre vom atypischen Kausalverlauf)」と関連がある (キーナップフェル)。

ただし、この領域で、用語にはすっかり満足しているわけではない。「結果の客観的予見可能性」という表現は、一般的な客観的帰属性の段階で検討すべき所為像に該当する結果の一般的な客観的予見可能性と混同することになりはしないだろうか。しかも「相当性連関」という名称は、はっきりさせるのに完全に役立つものではない。このことは、すでにエンギッシュによる狭い意味と広い意味に相当性を区別する可能性を示す。最後に、相当性連関の帰属性基準は因果関係説として理解された「相当性説」と混同される危険がある。

相当性連関の外部にあるのは、例えば、誰かが害にならない裂傷だけにより自らの出血性素因者 (Blutereigenschaft) であったために出血多量で死んだという場合、軽傷者が医者に行く途中市街電車にひかれた場合あるいは治療中の医師が全く異常な技術的なミスを犯した場合である。これに対して、一般的な経験知識の範囲内にあるのは、例えば、日常的な合併症 (gewöhnliche Komplikationen) (例えば、敗血症、心臓衰弱あるいは感染) あるいは頻繁に見られる医療上の技術的なミスである。

② 危険連関＝規範の保護目的 (Risikozusammenhang = Schutzzweck der Norm)

(i) 基本的な考え方

一般的な客観的帰属性の段階と同様に、特別な客観的帰属性の場合もまた客観的予見可能性の「どちらかといえばむしろ統計学的な (eher statistischen)」基準だけで間に合わせることはできないのである。むしろ、「定型的な」因果経過の場合でさえ客観的帰属性に対しては、さらに行為に付着した客観的注意違反が実際に結果発生に現れているということを要求しなければならない。行為と結果の結びつきのこの全く特別なものは、今日、ブルクスタラーを手本としてほぼ満場一致して「危険連関 (Risikozusammenhang)」を用いて表示されている (OGH JBI 1984, 326 ; ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マイエルホーファー＝レーダー、ノヴァコフスキー、トゥリフテラー)。

危険連関の基準は、オーストリアでは、まず最初に、とりわけ過失犯に関する判

例のなかで展開された。ただし、「違法性連関 (Rechtswidrigkeitszusammenhang)」という名称下で、また、違法性の範囲内で、本来的に検討されたのである。この点で、今日的には時代遅れの「固有の違法性 (spezifischen Rechtswidrigkeit) 理論」との関連が作り出されている。客観的帰属性説を採用しながらこの基準を構成要件に「前もって移して置く (Vorverlagerung)」にもかかわらず、「違法性連関」という表現は今日までとりわけ判例に維持されているのである。時折、「危険連関」という表現が特に過失犯の領域で広い意味で用いられている。その場合、危険連関という表現は、客観的帰属性の一つの基準を意味するのではなく、客観的帰属性と同一視されているのである。

(ii) 相当性連関 (Adäquanzzusammenhang) との関係

危険連関と並んで相当性連関が独自の意味をもつ (キーナップフェル) のか、あるいは理論的には危険連関の一部をなす (ブルクスタラー、ロイカウフ=シュタイニンガー) のか、争いがある。

確かに、「結果は、その発生があらゆる経験の範囲外にはないという点に限って有意的には抑制している注意規範を侵害して実現したもの (Verwirklichung des von der verletzten Sorgfaltsnorm bekämpften) と見なされる」という点でブルクスタラーは同意している。この点で、相当性連関を欠く事案において、危険連関の存在を主張すべきではなかった。ただし、それによって、危険連関と並んで相当性連関に独自の理論的な意味をもちや与えてはならないといっはならない。むしろ、相当性連関を肯定することは、危険連関が存在するための基本的な前提条件である。したがって、ブルクスタラーによれば、相当性連関は、「結果の客観的帰属可能性を検討する場合に、完全に非定型的な因果経過を最初から排除する第一の大ざっぱなフィルターとして」作用するのである。

すなわち、相当性連関について、危険連関の検討対象してもはや問題とならない諸事案がすでに排除されるのである。結果の発生は実際には「統計学的な」意味では全く考えられなかったとすれば、行為と結果との間の特殊な規範的結びつきはもはや問題とはならない。この点で、相当性連関と危険連関との間の

関係は一般的な客観的予見可能性と許されざる危険との間の関係と同じである。許されざる危険に関する規範的な考量もまた、少なくとも「統計学的な」一般客観的な予見可能性が存在したところに限って有効に適用される。

キーナプッフエルがあげている事例は、結果はなる程相当性連関の外部に存する、けれども危険連関の内部には存するというものである。この事例は、なる程相当性連関の欠如に関しては納得できる、けれども現存する危険連関に関しては納得できない。あるものが、車を運転中、心筋梗塞に陥るほど他人の傍若無人な追い越しの策動に憤慨するとき、非定型的な因果経過が存在していないだけでなく、まさに追い越しを禁止すること（das Überholverbot）が保護するはずの危険もまた実現されていないのである。たとえ「交通事故の被害者が医者に行く途中落ちてきた屋根がわらによって傷害を受けたとかあるいは射殺された」にせよ、道路交通規定に反する危険は実現されていないのである。

そこで、相当性連関の理論的な意味は、この種の事案において、因果経過の非定形性を指摘することが危険連関に関する複雑な考量よりも扱いやすくまたははっきりと結論を導くという点にある。そのことは、同じくキーナプッフエルがあげた事例、すなわち交通事故の軽傷者が自ら出血性素因者であるが故にのみ死亡したという事例にはっきり示されている。出血性素因者であることに基づく死亡は道路交通規定の保護目的の外部にあるということを説明するために、より詳細な法的説明を必要としたであろう。ここでは、非定型的な因果経過にかかわるということを確認の方が簡単である。

それ故に、相当性連関の基準を独立させることは、「実践的・教授法的な諸理由から合目的なもの」であるだけでなく、特定の諸事案においてもそれ以外の基準よりも正確で単純に正しい結論を導くことができるのである。しかし、これらすべての顧慮で、危険連関は相当性連関に基づいて構成され、相当性連関がすでに確認される諸事案においてのみ有効に肯定される、ということは少しも変わらない。

(iii) 「規範の保護目的」について

危険連関の場合、通説によれば、「規範の保護目的 (Schutzzweck der Norm)」

が問題である。

具体的な事案において、その規範の保護目的を突き止めなければならない規範はどういうものであるのかは、必ずしも一見して認識できるものではない。この点で、注意違反の程度が法規範あるいは成文の交通規範によって決定されている限り、いかなる困難性も存在しない。しかし、成文の注意規範が存在せず、それ故に注意違反それだけを決定する場合に裁判官が行為者の登場人物範囲から (aus dem Personenkreis) 観念的な「典型的な形象」に添わなければならないとき、この決定は問題がある。この事案において、注意規範は適用すべく刑罰規定それ自体から突き止めなければならない。すなわち、刑法上の構成要件に関して貴方の態度が一般的にみて客観的に帰属可能なものであるというような態度をとるな！この点で、注意規範を突き止める場合に「問題となっている犯罪の意味と目的もまた刑法の目的と同様に一般的に顧慮すべきである」という、一般的な注意規範が存在する。

なお、「規範の保護目的」は客観的帰属性を検討する場合だけは無視してもよい、というのが本質的である。それよりむしろ、規範の保護目的は、個々の所為像のメルクマールを理論的に解釈する段階で意味をもつのである。

だから、例えば、盗んだ標識板を通行に役立てるために車両に取り付けた (einverkehrstüchtiges Fahrzeug mit einer Kennzeichentafel versicht) 者が108条 (欺罔) の意味での「損害 (Schaden)」を引き起こしているのかどうか、という問題に答えるために、最高裁判所は、「標識に関する自動車運転手に関する法規 (KFG) の規定の (特殊な) 保護目的」を顧慮した。すなわち、具体的な事案においては、108条の損害概念の解釈だけが重要であるが、客観的帰属性の問題は重要ではない。ただし、この観点は必ずしも十分に区別されてははず、時には誤解されていたのである。

(iv) 個々の危険連関

危険連関という名称の正確な概念内容については、最高裁判所の次のような判決が手本となる。

夕暮れ時に、自動車とモーターバイクが交差点に接近した。モーターバイク

は自動車の進行方向に右折した。モーターバイクの運転手は優先権を無視して交差点に進入したために、それによって生じた衝突により彼は致命傷を負ったという場合である。

自動車の運転手はヘッドライトの減光ライトのスイッチを入れ、このライトで許された最高速度を越えて走行したものである。しかし、最高裁判所の判決によれば、「ヘッドライトの減光ライトによる可能な視界の速度を遵守することは、関与したドライバーがスイッチを入れた自動車の照明に基づいてどっちみちお互いに遠くから視認し得るとき、事故との違法性連関はまったく存在しない」と。ヘッドライトの減光ライトの視界で走行することは、円錐形のライトでの対象物が遅すぎないうちに見分けられるのではないかという目的だけを持っているので、例えば、自己の照明ですでに遠くから視認され得る車両を損傷するとき、この保護目的の外部にある。

行為と結果の間に、行為の時点までまだ全く具体的な根拠がなかった第三者の落度 (Fehlverhalten) が介在するときは必ず、危険関連を確認することは特に困難を伴う (そうでない場合には、この落ち度は即座に客観的帰属可能なものとなり、例えば、故意的な所為への過失共働になるだろう)。これらの諸事案においては、最初の発起者の危険の射程範囲 (Risikosphären des Erstverursachen) とその後でさらに生じた第三者の危険の射程範囲をどのようにしてそれぞれ識別するかが問題である (キーナツプフェル)。

第三者の落度に関して、判例は、全く統一的な観念を示していない (ブルクスタラー)。事故の後で事故現場に現れた第三者の落度によってより広範囲な損害が発生したという、いわゆる「後続事故 (Folgeunfällen)」の場合、判例は、最初の発起者が創出した危険状態だけが「危険増加的要素としてさらに存続する」限り、最初の発起者の態度と第三者の落度によって生じた次の損害との間にもまた危険連関を一般に肯定する傾向にある (OGH ZVR 1976/305 mA Melnizky ; OLG Wien ZVR 1980/171, 1977/225)。これに対して、事故現場に走行してくる救急自動車 (Rettungsfahrzeugen) の事故の場合、そのような危険関連は否認される (OGH in einem obiter dictum, JBI 1959, 164)。

さらに、初期の「遡及禁止」の理論と関連して、その間に現れた態度が同一の結果に向けられた第三者の故意的な行為に存在するとき、危険連関は否認される*)。

*この文章は、第2版では削除されている。

被害者が病院にいく途中交通事故により受けた結果がいかなる範囲で最初の発起者に帰属されるのかということについて、見解は一致していない。この事案でブルクスタラーとキーナップフェルは危険連関を一般に否認するのに対し、ロイカウフ＝シュタイニンガーはそれと異なった解釈を提案する。つまり、客観的帰属可能性は、救急自動車が「事件の緊急度により特に迅速に輸送しなければならなかった」とき、肯定されるべしという。

第三者の事後的な落度の場合に、第三者の故意的な落度あるいは重過失的な落度 (ein vorsätzliches oder grobe fahrlässiges Fehlverhalten) が存在するときに、最初の発起者への危険連関は必ず否認されるというブルクスタラーの提示して説明した提案は、一般的に承認されている。なる程重過失を単純な (leichten) (又は中程度の (oder von der mittleren)) 過失と一線を画することは、実際には、しばしば困難を伴っているはずである。これに関して、ブルクスタラーやキーナップフェルは、単純な過失と重過失 (leichter und grober Fahrlässigkeit) との一線を画するために、88条2項に関して作り出された「重大なる責任 (schweren Verschulden)」の概念の解釈を利用することができると一致して提案している**)。だから、少なくとも刑事政策的に満足すべき結論が獲得されているのである。

**第2版では、次のように改定されている。「重過失は単純な (又は中程度の) 過失と一線を画することは困難である。そのために、キーナップフェルとブルクスタラーは、88条2項に関して創り出された『重い責任』の概念を用いている。それに対して、最新の判例は、重過失や単純な (限縮的な) 過失と関係なく、『事後的な態度 (das Folgeverhalten) はまったく想像を絶するものであったかどうか』ということに焦点を合わせている」と。

第三者の事後的な落度が実際に影響を及ぼしたのかどうか、あるいは、結果

はどっちみち同一の範囲内では発生しなかったといえるのかどうか未決定のままである諸事案もまた問題点がある。ブルクスタラーは、結果が「事後的な落度なしには生じない公算があった」といえるとき、結果を最初の発起者に客観的に帰属させてはならないと提案した。そのことには、結論において賛成する。何故かという、その場合、結果がもはや最初の発起者の危険の射程範囲に属せず、それ故に、最初の発起者に客観的に帰属されないような危険の増加は事後的な落度にあるからである。

いわゆる事故の「後遺症 (Späلتfolgen)」もまた危険連関の外部にある。例えば、ずっと前のことであり、またその間にとうの昔に全治した傷害のためではあるが、それでもなお最初に発生したのが原因となって死に至った場合である。

③ 合法的態度の代置と比較した危険の増加 (Risikoerhöhung im Vergleich zurechtmäßigen Alternativeverhalten)

(i) 基本的な考え方

行為者が注意に即した態度をとったとしても、結果がその具体的な形成において発生したのであれば、注意に違反した行為に付着した危険は、具体的な事案では実現されなかったことになる。それ故に、結果は客観的に帰属可能なものではないのである。

ただし、すでに注意に違反した行為を通じて結果発生の危険が少なくとも明白に増加されたとき、注意に違反した行為者の態度に付着した危険の実現を主張することができるのである。

注意に違反した行為者の態度が合法的な態度の代置と比較して結果発生の危険を増加させたのかどうかを判断する場合、事後的な考察 (ex-post-Betrachtung) を前提としなければならない。

ロイカウフ＝スタイニンガーによれば、「結果発生の現実的な見込みが明白で誰に対しても分別をもってすれば全く本質的に増加している」ときにはじめて、危険増加が存在するという。しかし、この視座はあまりにも狭すぎる。むしろ、危険増加は、一般的な経験知識に基づいてはっきりと確認され得るとい

うことで十分である。(同旨、ブルクスター)。

ランフトは、危険増加の基準を不必要なものと考えている。彼は、個々の裁判実例に自らの見解の拠り所を求め、本質的には通説が危険連関の段階で検討する客観的帰属性に対してはそのような基準でやりくりすることができると信じている。しかし、それによって説かれた代用不能な削除部分 (die damit propagierteersatzlose Streichung) は、代替可能なものとは思われない。何故かという、この基準を用いて客観的帰属性が否認される事案すべては、二つの観点を危険連関の広い概念に当てはめようとしながざり、危険連関の基準によっても十分に解釈されるとはいえないからである*)。

*第2版では、次のように改定されている。「ランフトは通説が本質的に危険連関の段階で検討する客観的帰属性についてはそのような基準で間に合わせることができる、と信じている。しかい、そこで説かれた代用不能な削除部分 (damit propagiert ersatzlose Streichung) は正当化できないと思われる。何故なら、それによって二つの異なった視点が危険連関の広い概念に詰め込まれることになるからである。

(ii) 実例

判例から、次の諸事案は啓発的なものである。

被告人は制限速度60km/hの道路を80km/hで走行していたところ、車道に向かっている歩行者とぶつかったものである。鑑定人 (der Sachverständige) は、衝突の際の接触速度は76km/hであったと鑑定した。制限速度を遵守していたならば、接触速度は53km/hであったかも知れない。ウィーン高等裁判所 (das OLG Wien) (ZVR 1980/48) は、次のような理由をつけて危険増加を肯定した。曰く、「被告人が適法な態度をとっていたならば、すでに速度の差により、部分的には有効になされた接触する前の乗用車の減速により及びそれ自体短縮された運転停止距離により、結果が発生したという不利な見込みは相当に回避されたかも知れない」と。

トラック (ein LKW-Fahrer) が自転車を追いついたところ、定められた安全車間距離を守っていなかった。見分けがつかないほど泥酔した自転車に乗っ

ている者は、トラックのトレーラーが自分と並んだとき、転倒した。自転車に乗っている者は、トレーラーの後輪に巻き込まれ、命を失うはめになった。たとえトラックの運転手が安全車間距離を遵守していたとしても、自転車を操縦していた者はトレーラーの後輪に巻き込まれ、命を失ったかも知れない。この点で、いかなる危険増加も注意に違反した態度には存しない。

それ以外の事例については、キーナップフェルの ZVR 1977, 167 頁以下、及びブルクスターの過失犯 129 頁以下を参照されたい。ZVR 1975/121 若しくは 276 におけるインスブルク高等裁判所やウィーン高等裁判所の判決もまた関連する。

(iii) 「予備的惹起 (Reserverursachen) の意味

択一的因果関係の諸事案及び仮説的因果経過が正確には同一の時点で同一の方法で結果を招来したであろう仮説的因果関係を伴う諸事案もまた危険増加理論で十分に解釈されるだろう。二人の者が全く同時に被害者を射殺する場合、射手各人は結果発生の危険を少なくとも増加させたのである。同じことは、別の仮説的因果系列が同一の結果を招来したといえるとき、当てはまる。

(iv) 危険の減少

(i) と (ii) で確認されたことは、客観的帰属性は、(合法的態度の代置と比較して) 結果招来の危険が行為の注意違反によって増加されなかったとき、不可能になるということである。したがって、行為者の行為が結果招来の危険をさらに減少させたとき、客観的帰属性はますます排除される。

そのような危険の減少が存在するのは、例えば、B に対して背後からおので予想される致命的な一撃が加えられるのではないかと A が考える場合である。場合によっては、A は、飛び出して行って行為者の行く手を狂わせることができるが、それによって一撃を加えることは、あるいは方向転換されただけで阻止されないかも知れない、ということをはっきり認識しているのである。それにもかかわらず彼は飛び出していった。B は重症を負ったが、方向転換されなかった一撃によって本当に命を失うはめになったとしよう。この事案で、彼が甘受した重い傷害は A に客観的に帰属可能とはならない。

ただし、危険減少のこの範囲内で、正当化事由との限界、とりわけ正当化する緊急との限界はあいまいである。

(以下次号)