

ヴァルター・グロップ『刑法総論』（第4版、2015年）（5）
（Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015）

金 尚均

玄 守道（監訳）

目 次

第1部 導入

§1 犯罪 - 刑法 - 刑法学 - 社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定 - 実質的内容 - 構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理

A. 法治国家原理の形式的構成要素としての法律主義（基本法103条2項＝刑法1条）

B. 法治国家原理の実体的形成としての責任原理

C. 法治国家原理のさらなる形成 (以上、49巻4号)

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動（いわゆる故意結果犯）

§4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値） (以上、本号)

§5 違法性と正当化事由

§6 有責性と責任 - 責任阻却事由 - 免責事由

§7 特別な法効果の条件と障害

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§8 犯行の特別な結果による加重（結果的加重犯）

§9 未遂と中止行為（中止犯） - 可罰的予備行為 - 行為による悔悟

§10 関与

§11 不作為

§ 12 過失

第 4 部 錯誤論

§ 13 錯誤

第 5 部 競合論と刑法上の制裁

§ 14 法条單一 (Gesetzeinheit) - 所為の單一性 (Tateinheit) (§ 52) - 所為の複數性 (Tatmehrheit) (§§ 53-55)

§ 15 刑法上の制裁

細目次

第 2 部 可罰的行為論

現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動（いわゆる故意結果犯）

§ 4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値）

I. 人（行為主体）の行為

1. 自然人

2. 法人および団体

a) 現行法における可罰性の欠如

b) 立法論としての可罰性に関する考察

II. 犯罪行為およびその他の行為様式

III. 法律の規定に対応する外界の変動（結果）

IV. （法益とは区別される）行為客体に対する作用

V. 行為と外界の変動との間の因果関係－因果関係理論

1. 等価説－あればこれなし（conditio sine qua non）：

a) 「断絶された」因果関係

b) 「追い越された」因果関係

c) 択一的因果関係

d) 重疊的因果関係

e) 代替原因の非重要性

2. 合法則的条件公式

3. 相当因果関係説

4. 重要性説

VI. 客観的帰属

1. 法的に重要な危険の欠如

2. 危険連関の欠如（規範の保護目的の欠如）

3. 危険減少？

4. 義務違反連関の欠如（合法的な代替態度）

5. 第三者への帰属の転移（自己答責的な自己危殆化および自己侵害；遡及禁止）

第2部 可罰的行為論

現象形態：故意によって惹起された外界の変動（いわゆる故意の結果犯）

〔1〕 第2章の欄外番号〔以下では、Rn.〕109以下、114以下では、「媒介的な」行為概念にとっての基礎として、次のような可罰的行為の基本構造が明らかにされた。

I. 構成要件該当性

〔2〕 故意による外界の変動を理由に可罰的とするためには、行為が構成要件該当的である、すなわち、法律の規定に記述された、刑罰が科されるとする無価値の実現に対応していなければならない。

〔3〕・構成要件該当性の客観的要素（事態無価値）として必要とされるのは

—意思的な身体的態度（作為または不作為）の意味における人の行為が

—法律の規定に該当する外界における変動（結果）を

—惹起しかつ行為者に対しその犯行として

—帰属

できることである。

〔4〕・構成要件該当性の主観的要素（人的無価値）として、行為者は、法律の規定に記された態度を

—故意に実現しかつその際、場合によっては書かれている

—特別な人的メルクマール（心情メルクマール）を有していなければならない。

Ⅱ. 違法性

〔5〕 そのような構成要件該当行為は、それが違法である場合にのみ可罰的である。これは、事態無価値および人的無価値の実現を——可罰的であるとの法律の記載にもかかわらず——適法なものとする事由が存在しない場合にいえることである。

上記のⅠおよびⅡが肯定される場合に、可罰的な不法が実現されている。

Ⅲ. 有責性

〔6〕 可罰的とするためには、行為者が違法な行為を有責に（＝非難可能に）実現していなければならない。このことは、次のことについて行為者を非難することができる場合で、

- 自己の態度が違法なものであることを意識しているか、少なくとも知ることができ（違法性ないしは不法の〔少なくとも潜在的な〕意識）、
- それにもかかわらず、認識的かつ意思的に規定に違反したこと（故意）について

かつ行為者が

- 責任能力を有し、かつ
- 特別な人的メルクマール（心情メルクマール）を有しており、かつ
- 行為者の人格における特別な事情に基づき、不法の実現を当罰的なものとはしない事由（免責事由、刑罰阻却事由）が存在しない

場合にいえる。

〔7〕 Ⅳ. Ⅰ～Ⅲに記載した可罰的行為の構造の外部で、立法者は、刑事政策的理由から、以下のような特別な法的効果の要件およびその障害を、

法律上は当罰的なものとして記述された行為について定式化する可能性を留保している。

〔8〕・可罰性の客観的条件：たとえば、名誉毀損罪（刑186条）において、主張された名誉毀損の事実が立証されないこと。これが欠ける場合、違法かつ有責な犯罪の遂行にもかかわらず、刑罰を科すことはできない。

〔9〕・人的または客観的刑罰阻却事由：たとえば、未遂の妊娠中絶の不処罰事由（刑218条4項）としての、未遂を実行したのが妊婦自身であること。これが存在する場合、行為者を可罰的とすることはできない。

第2部では、上のⅠ～Ⅳに記載された可罰的行為の諸要素を、第4章から第7章において詳細に解説することとする。

§4 構成要件該当性

〔1〕 リーディングケース4

連邦通常裁判所〔以下、BGH〕第2刑事部 391/51 BGHSt 1, 332（顔面殴打事件）：Bが日曜日の午前に軽く一杯飲むために屋外レストランで座っていると、周遊旅行者Dが向かいに席を取ってきた。2人は親しくなり、神や世界のことについて議論し出した。しかし、すぐに議論は熱を帯びてしまった。Dが言い返せなくなったとき、彼は右の平手でBの左頬を強く殴打した。Bは最初、硬直して座ったまま動かなかったが、すぐに身体が右側に傾き、椅子から崩れ落ちた。その際、Bの財布が上着のポケットから滑り出し、地面に落ちた。Dは自身に対し生じた金を得る機会を利して、息苦しそうにあえいで地面に

横たわっているBの財布を手に取り、周囲に気づかれないように姿をくらました。

身動きをしないまま地面に横たわっていたBは、数分後にレストランの従業員に発見された。しかしながら、呼ばれてきた救急医は、彼の死を確認することしかできなかった。解剖により、BはDの殴打により脳震盪を起こし、それが軟脳膜の静脈の破裂とそれによる即時の死につながったことが分かった。

DはBの死につき可罰的とされるか？

〔2〕 可罰性を基礎づける行為の無価値実現は、行為者が構成要件該当性の必要なすべての要素を実現する場合にのみ存在する。今日支配的に主張される可罰的行為の媒介的構成によると（前出第2章 Rn. 114 以下および第4章前注 Rn. 2～6）、故意の可罰的行為は、構成要件該当性の客観的要素（A）と主観的要素（B）に区別される。

A. 構成要件該当性の客観的要素（事態無価値）

〔3〕 可罰的行為の事態無価値は、ある者が行為主体（Ⅰ）として行為し（Ⅱ）、それにより外界の変動（Ⅲ）を、事情によっては行為客体（Ⅳ）に対する影響を通じて、次のような態様で惹起する（Ⅴ）、すなわちこのような変動がその人に自身の仕業として帰属され（Ⅵ）得るような態様で惹起することに存する。

I. 人（行為主体）の行為

1. 自然人

〔4〕 行為主体は人間でなければならず（「者」）、すなわち「男性の行為者（Täter）」か「女性の行為者（Täterin）」でなければならないが、その際、行為主体が男性か女性かということは、通常は重要でない。しかし、（龍法 '17）50-1, 494（494）

事情によっては、行為者でありうるためには、行為者が一定の特質を有することが必要な場合もある。

〔5〕 このことはまず、特定の身分に基づく犯罪行為（身分犯）の場合にいえることであり、そこでは一定の特質を有する人だけを行為主体とすることができる。たとえば、公務員ないしは公の業務につき特に義務を負っている者や、裁判官ないしは仲裁人だけが、利益収受罪（刑331条1項、2項）または収賄罪（刑332条）の正犯たりうる。公務における身体傷害罪（刑340条1項）も、公務員だけが犯しうる犯罪である。

〔6〕 いわゆる自らの手による犯罪行為〔自手犯〕は、特定の形態の行為遂行を必要とする。そこでは、構成要件該当態度を一身において行う者だけが行為主体たりうる。それゆえ、供述犯罪の正犯者たりうるのは自ら陳述する者のみであり（刑153条、154条1項参照）、道路交通の危殆化罪の正犯者たりうるのは、自ら車両を運転する者のみであって（刑315条c第1項、3項）、このことは、間接正犯（第10章 Rn.99 以下参照）および共同正犯（第10章 Rn.168 以下参照）という関与形態を排除する。

2. 法人 (Juristische Personen) および団体 (Personen Vereinigungen)

a) 現行法における可罰性の欠如

〔7〕 現行ドイツ刑法によると、犯罪行為の行為者は自然人のみしかありえない。法人および団体は、刑法的意味において行為能力がないので、ドイツ刑法は法人の可罰性を知らない。というのも、法人や団体は、（いまなお）支配的な見解によると自然的意志を形成することができないからである。通常理解では、それらの代表者の態度も、それらを非難しうるものとはならないので、刑事罰はそれらに対しては、機能とそれゆえに意味も発揮し得ない。したがって、団体に代わってその代表者を答責的とすることにならざるを得ないが、そこでは、団体の処罰を基礎づける特質が、刑14条により、代表者に投影されることになる。

〔8〕 しかしながら、法人と団体の、犯罪行為の行為者となることについての無能力性は、法人や団体の名においてなされる自然人の違反行為の効果として、非刑法的制裁を賦課することを排除するものではない。秩序違反法30条1項によると、法人および団体に対する過料（Geldbußen）は、その組織の犯罪ないしは秩序違反行為の独自の法的效果として、法人ないしは団体に対して課される義務に、組織の行為によって違反した場合に、賦課することができる。秩序違反法29条および29条 a 第2項によって、法人および団体に対し没収（Einziehung）および追徴（Verfall）を課することもできる。少なくとも事実上は、制裁欲求と制裁の実務が存在することは、腐敗対策の領域におけるいわゆる「ブラックリスト」の存在が示している。すなわち、わいろ罪を犯したと認められる、ないしはその十分な嫌疑のある企業は、いくつかの連邦州においては、公契約の参加者から排除される。

〔9〕 法人および団体に対する過料の賦課が承認される場合、このことは、法人の制裁法的な行為能力の承認を根本的に前提としていることになる。というのも、秩序違反行為は、秩序違反の行為者に行為能力が要求されないという点では、犯罪行為と区別されないからである。むしろ、秩序違反を刑事罰から区別するのは、社会倫理的否認の欠如である。その場合、秩序違反法においては行為能力は想定されえないが、それは刑法では否定されない。したがって、法人および団体も刑法上、行為能力を有するという帰結にならねばならない。

〔10〕 国際的には、法人の可罰性の導入に向けたはっきりとした流れが認められるが、国際的、超国家的な規則が、刑法的な企業制裁の導入を強制的に命じるということはなからう。ヨーロッパ連合の法においては、企業に対する過料が不可欠の制裁手段としてある。とりわけ競争法の領域では、過料構成要件の導入に関する EU 評議会の権限と、過料の賦課に関する EU 委員会のそれが大きな意義を有している。

b) 立法論としての可罰性に関する考察

〔11〕 それゆえ、ドイツ刑法についても、懐疑的な意見とともに、どのようにすれば将来、法人および団体それ自体に刑罰を科することができるかに関する注目すべき考察が存在する。いわゆる帰属モデルは、秩序違反法30条の構造に着目し、個別行為者の責任を一定の基準に従って団体に対し自己の責任として帰属させる。いわゆる処分モデルは、刑法の二元主義を引き合いに出す。企業（Unternehmen）には責任能力が欠けるために処罰については断念し、その代わりに、法人に対して新たに創設されるべき処分の賦課を予定する。

〔12〕 最も広まっているのが、原初的団体責任モデルである。人間について展開されてきた（刑）法解釈学の諸概念は、修正なしには企業に転用できないので、それらは企業に合わせて修正される。そのような「個人刑法の帰属カテゴリーの機能的類推的転用」の帰結は、特殊な企業「行為」と企業「責任」、企業「贖罪」を伴う特殊な「企業責任解釈学」であろう。このような考察が夢想的なものではなく、すでに現実によって先取りされていることは、原油による海岸の汚染、有毒物質による河川の汚染、地域全体の放射能汚染についての、石油、化学、エネルギーのコンツェルンの免「責」が示している。原初的団体責任のモデルによると、団体に対する「刑罰」は古典的な刑事罰ではなく、刑事法における独立した法効果である。「処罰」の根拠は、第三者の損害に直接つながる違反行為ではなく、そのような行為に先行する、企業構成員の規範適合的態度に対する必要な配慮の懈怠である。それによると、団体は、秩序に従って注意義務を遵守していれば発生しなかった第三者の法益危殆化が現実化した場合にのみ、処罰することができる。団体に対しては、団体刑を科すことによって、不十分な企業哲学ないしは欠陥のある組織構造の意味での正しさの欠如について、非難が向けられることになる。

Ⅱ. 犯罪行為およびその他の行為様式

〔13〕 行為主体は、意思に担われて行為していなければならない、このことは、すべての行為概念によって、非行為と区別するための基準として要求される（第2章 Rn. 69 以下参照）。犯罪行為は、その場合、各則および特別刑法の規定において記述されるような、作為または不作為に存する。

〔14〕 犯罪行為は、あらゆる処罰規定において一目ですぐに把握できるわけではない。それは、たとえば、窃盗罪（刑242条1項）の場合には奪取（*Wegnahme*）に、横領罪（刑246条1項）の場合には領得（*Zueignung*）に、詐欺罪（刑263条1項）の場合には被害者の欺罔（*Täuschung*）に存する。犯罪行為は、たとえば秘密機関の諜報活動の遂行（*Ausüben*）のように、複数の要素からなる場合もある（刑99条1項1号）。犯罪行為を識別することは、構成要件該当行為がいまだ準備されているだけなのか、未遂となったのか、すでに既遂となったのかということが、とりわけその実現にかかっているので、特に重要である。

〔15〕 処罰規定によっては、犯罪行為に、その他の行為様式（*Tatmodalität*）が付け加わることがある。たとえば、住居侵入罪（刑123条1項）では、侵入行為（*Eindringen*）に、他人の住居（*Wohnung*）、営業場所（*Geschäftsräume*）または囲いのされた土地（*befriedetes Besitztum*）という場所的要素が加わる。時間的要素も、記述された可罰的行為の実現の際に、重要であることがある。たとえば、強盜的窃盗罪（刑252条）では、行為者が窃盗の際に「犯行現場に居合わせ」たことが必要である。その他の処罰規定には、行為者が一定の犯行手段を講じるかないしは講じるつもりであることに着目するものがある。たとえば、刑244条1項3号（住居侵入窃盗罪）における合鍵（*falscher Schlüssel*）がそれである。

〔16〕 構成要件該当性の客観的要素に属しないものに、犯罪地（刑9条）および犯行時間がある。というのも、これらは犯罪行為の要件をなす（龍法 '17）50-1, 498（498）

ものではなく、犯罪行為がドイツの官庁によって（なお）訴追することが許されるか、またどのようにして許されるかという問題に関するものだからである。

Ⅲ. 法律の規定に対応する外界の変動（結果）

〔17〕 法律の規定に対応する外界の変動は、通常、「結果」と呼ばれる。この呼称は、2つの理由から、幾分か立ち入った説明が必要である。

〔18〕 まず第一に、「結果」概念は、日常用語ではポジティブに「捉えられる（besetzt）」。たとえば、「そのサッカーチームは勝利した。」とか、「その女子法学生は、優秀な成績で卒業した。」といった具合である。それゆえ、法律家でない者は、法律家がたとえば人間の死を犯行の結果と呼ぶと驚くものである。専門用語と日常用語のこのような分離は、「外界の変動」のような中立的な表現によって、正確さを損なうことなく解消することができる。

〔19〕 第二に、外界のあらゆる変動が、犯罪行為の法律上の「結果」であるというわけではない。たとえば、詐欺の外形的犯行形象（das äußere Tatbild）は、「欺罔－錯誤－財産処分－財産的損害」という因果連鎖からなる。これらの連鎖のパーツの一つ一つが、通常は、外界の変動を伴う。しかし、損害の意味における「結果」をなすのは、財産的損害だけである。これが起こらない限り、詐欺は未遂にとどまる。それゆえ、詐欺未遂罪における事態無価値は、たとえば、外界の変動としての「結果を伴わない」欺罔にある。したがって、以下の叙述では、通常の場合には、「外界の変動」と呼ぶことにする。法律に規定に記述された類型的な損害をいうときにのみ、「結果」という呼称を用いることもある。

〔20〕 法律の規定が、外界の変動として、類型的な望ましくない状態の惹起を記述することがありうる（いわゆる結果犯）。たとえば、故殺罪

(刑212条1項、2項)における人の死、器物損壊罪(刑303条1項)における物の実質に対する侵害(Eingriff)ないしは利用可能性の制限、詐欺罪(刑263条)における財産的損害、堕胎罪(刑218条1項、3項)における母体内での胎児の死または生命の保続可能性のない早産の惹起などである。その状態の発生についての時間的限界は存在しない。建物に30年後に崩壊をもたらす設計者の計算ミスも、刑222条の処罰規定を充足する。

〔21〕 しかし、たとえば刑227条に規定される傷害致死罪の場合のように、外界の変動(結果)からさらなる事態(Folge)の発生が必要な処罰規定も存在する。刑227条の内部における基本犯は、刑223条から226条の身体傷害罪である。加重結果は、さらなる状態としての被害者の死の惹起にある。加重結果は、刑18条により、少なくとも過失により惹起されたものでなければならない(結果的加重犯についての詳細は、第8章で後述する)。

〔22〕 最後に、外界の変動は、単純な挙動(Tätigkeit)に存することもありうる(挙動犯)。たとえば、密猟罪(刑292条1項)における待ち伏せや刑316条における運転不可能な状態での乗り物の運転といった行為様式である。

IV. (法益とは区別される) 行為客体に対する作用

〔23〕 少なからぬ処罰規定が、行為者の行為が特定の対象に向けられていることを前提としている(行為客体)。器物損壊罪(刑303条)の行為客体は他人の物であり、身体傷害では人の身体であり、不真正文書の作成の形式における文書偽造罪(刑267条1項第1選択肢)では、改変され物的に固定された観念の表示である。

〔24〕 行為客体と区別されるのは、行為者が犯罪の遂行に用いる行為道具ないしは行為手段である。合鍵による窃盗(刑242条1項、243条1項1

号）では、それは不正に作られた鍵であり、法的取引における欺罔のための偽造・変造文書の行使罪（刑267条1項第3選択肢）では、偽造文書は行為道具であるのに対し、被欺罔者は行為客体である。

〔25〕最後に、行為客体は法律上保護される法益と混同されてもならない。遺憾ながら、実際には「行為客体ないしは攻撃客体」のことがいわれているのに、「法益」といってしまうことが少なからずある。法益は、処罰規定を充填し正当化する価値の呼び声（Wertanruf）と尊重要求である（詳細は前述第2章 Rn.12以下）。たとえば、窃盗では、攻撃客体は他人の動産たる物であるのに対し、法益は、物に対し欲することを行うことが許される権利としての所有である。

〔26〕いくつかの刑罰法規は、保護された行為客体が特定の性質を有していなければならないことを要求する。たとえば、刑225条（保護を命じられた者に対する虐待）の行為客体は、単なる人ではなく、18歳未満の者または障がいもしくは疾病のために扶助の必要な者であり、窃盗の行為客体は動産の意味における物というだけでなく、他人の所有に属している動産である。

〔27〕たとえば、道路交通の危殆化罪（刑316条）のように、行為客体を必要としない処罰規定も存在する。

リーディングケース4では

〔28〕リーディングケース4では、身体傷害罪について、犯罪行為は平手による殴打である。行為主体はあらゆる人としてのDであり、行為客体は被害者Bである。外界における損害的変動は、故意により引き起こされたBの健康侵害に、加重結果は、その点でDの過失を前提とすることができる場合には、Bの死にある。

〔29〕財布の持ち去りに関しては、犯罪行為は、奪取すなわちBの占有侵害にある。行為主体はこの場合も、あらゆる人としてのDであろうし、

行為客体は他人の動産としての財布であろう。外界における損害的変動は、Dによる新たな占有の開始にある。

V. 行為と外界の変動との間の因果関係——因果関係理論

〔30〕 リーディングケース4において、DがBの死について答責的とされるべきならば、我々にとってまさにDを引き合いに出すきっかけとなるDの態度とBの死との間に特別な関係が存在しなければならない。このような特別な関係はまずもって、DがBの死の原因を設定したこと、すなわち彼がBの死にとって因果的となったことにある。ある者を外界における侵害的変動の発生について答責的とするための根拠としての因果関係は、差し当りは明確で単純である。もっとも、詳細にみていくと2つの問題が生じる。

〔31〕 一つは、因果関係とは何であるかを我々は知らないことである。

事例 4.1

AがBの飲み物に青酸化合物を入れ、Bがそれを飲んだ後に死亡したという場合、Bの死が青酸化合物の作用によって引き起こされたことを我々に語るのは、我々の日常経験だけである。というのも、我々は、これまでに一定量の青酸化合物を摂取したすべての人間が死亡したということを知っているからである。なぜそうなのかということは、我々には知られないままである。たしかに、化学者は、Bの代謝活動の中で毒が粘膜に触れることにより、死につながる特定の事象が起こったと、我々に説明することができるかもしれない。しかし、そのような言明も、それ自身は経験知に基づいている。それは、因果的事象の「本質」に関しては、いかなる答えも与えない。

〔32〕 しかし、行為者が外界における侵害的変動について答責的とされうるために、経験知によって基礎づけられた因果のつながりは、さらなる特性を示さなければならないのか、また場合によってはどのような特性を示さなければならないのかについてさえ、見解の対立がある。ここで示された不確かさは、それぞれの因果関係理論の対象である。

1. 等価説——あれなければこれなし（*conditio sine qua non*）：

仮定的消去の帰結としての因果関係

〔33〕 その名称に即して——ラテン語の*aequus* = 等しい（*gleich*）；*valere* = 価値がある（*gelten*）——等価 - 理論は、外界の変動に寄与したすべての要因は等価であると主張する。その帰結は、外界の変動なしに（*sine qua*）生じることのない（*non*）あらゆる条件は、原因的（*ursächlich*）である——あれなければこれなし（*conditio sine qua non*）——というものである。

〔34〕 等価説は、今日なお——いくつかの正当な批判があるにもかかわらず——通説および判例のすべての帰属理論の基礎である。公式によって示すなら、それは以下のことを意味する。

〔35〕▶ 外界の変動ないしは結果がその具体的態様において欠落することなしに取り除いて考えることのできないあらゆる行為は、因果的である——いわゆる「あれなければこれなし」の公式である。

〔36〕 等価説は、世界におけるすべての空間的・時間的事象は、因果的に説明可能であるという、自然科学的に方向づけられた観念を基礎としている。それゆえ、等価説は無限の原因連鎖につながる。たとえば、Sがオートバイで歩行者をはねてけがを負わせたという場合、Sだけでなく、彼の両親も、その両親も、その両親の両親も、その両親の両親の両親も

……この事故について因果的である。

〔37〕 このような無際限さにもかかわらず、等価説は、今日まで一貫して、外界の変動の帰属についての根拠とされてきた。このことは、同説が、外界の変動の帰属にとって必要なことの最小限を示すという限りにおいて、正当性を有する。すなわち、等価的な因果性は、外界における構成要件該当的な変動の刑法的帰属についての必要条件である。ただし、それは十分条件ではない。このことは、VI. 節 Rn. 89 以下で示す、等価的因果性の限定に関する多くの考察が示している。

〔38〕 等価 - 理論の強みは、あれなければこれなしという公式の扱いやすさであり、弱点は、そのような公式も因果関係を本来的に証明するものではなく、それを前提としてしまっていることである。というのも、コンディティオ公式は、リーディングケース 4 において、外界における侵害的変動——B の死——が欠落することなしに、平手での殴打を取り除いて考えることができないという結論を導くことがないからである。むしろ、日常経験は我々に、B は、D が彼に殴打を見舞わなかったとしたら、たしかに生きていたであろうということを教える。それゆえ、コンディティオ公式の適用は、我々が自身の経験に基づいて、問題となる態度がなかった場合に、出来事がどのように推移したかを想定するという理由でのみ可能なのである。このようにして、我々の日常経験を手掛かりに、外界におけるこのような変動を同様に惹起し得たであろう事象経過を仮定的に消去した結果、問題となる態度がだけがなお、最終的に原因として残ることになる。

リーディングケース 4 では

〔39〕 リーディングケース 4 において平手での殴打を原因として取り除いたとして、たとえば、高血圧によって惹起された卒中発作も、B の脳における静脈の破断を引き起こすことがありうる。また、あるいは、B の頭が激しく動かされたことも、致死的な結果をもたらしたかもしれないであ

ろう。さらに、Bの脳内の出血によってはじめて彼の死が引き起こされたのではなく、Dの殴打の着手の前にすでに直接に発生した興奮が心停止につながったということも考えうるであろう。しかし、我々の日常経験は我々に、そのような代替的な原因は極めて非蓋然的であるので、我々は、Bの死という形式での外界の侵害的変動が発生することなしに、Dによる殴打を取り除いて考えることはできないという結論に至るのである。

〔40〕 コンディティオ公式の仮定的消去法としての本性は、問題となる原因連関に関しあまり明確でないような事例において特に明白となる。

〔41〕 事例 4.2

皮スプレー事件（BGH 第2刑事部 549/89 BGHSt 37, 106）：„Erdal“ という会社によって販売されていた皮スプレーを靴の洗浄のために使用していた者の何名かに、スプレーの使用後30分以内に一時的な肺の障害が生じた。それでもなお、„Erdal“ 社の取締役たちは、まずはこのスプレーを市場から取り去るという決断をしなかった。

〔42〕 事例 4.3

木材防腐剤事件（BGH 第2刑事部 221/94 BGHSt 41, 206）：F社の取締役たちは、木材防腐剤を、この薬剤に長期間曝された者が様々な疾病の徴候を示していたにもかかわらず、販売し続け、ないしはすでに販売された木材防腐剤の使用を阻止しなかった。

〔43〕 皮スプレー事件では、BGH は因果関係を認めた。なぜなら、他の要因がなかったので、裁判所は「代替排除の方法」によって、当該疾病は皮スプレーによってのみ引き起こされ得たとの確信に至ったからである。

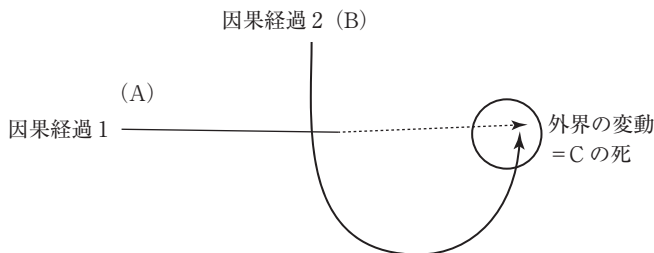
〔44〕 木材防腐剤事件においても、BGHは、因果関係は存在するもの

と認めた。因果関係が自然科学的に証明可能でなかったとしても、裁判官は、木材防腐剤の一般的な有毒性に鑑み、自然科学的認識およびその他の間接事実の全体的評価により、木材防腐剤による協働惹起 (*Mitverursachung*) を疑いなく証明することができるとされる。

〔45〕 しかし、「あれなければこれなし」の公式は、仮定的消去のための「思考公式」としても、最初の手続にすぎない。この公式には、特殊化 (a、b、d) と修正 (c、e) が必要である。

a) 「断絶された」因果関係

〔46〕 「断絶された」因果関係の事例では、行為者の態度と外界の変動との間の因果連関は欠如する。それゆえ、変動は行為者には帰属され得ない (図1)。



〔47〕 図1 「断絶された」因果関係

〔48〕 事例 4.4

エージェント事例：エージェント A は、敵方エージェント C と街場のカフェで出会った。彼は目にも止まらない速さで、C のコーヒーに致死量の毒薬を入れた。そして、C はそれを飲んだ。その毒が致死的な作用を発揮する前に、C は背後から B に射殺された。

C の死は A によって因果的に惹起されていないが、その結論は、コン (龍法 '17) 50-1, 506 (506)

ディティオ公式でも導き出すことができる。というのも、Aが毒を盛ったことは、外界における変動（Cの死）が欠落することなしに、取り除いて考えることができるからである。それゆえ、Aは殺人未遂罪でのみ可罰的である。

〔49〕 事例 4.5

テールランプ事件（BGH 第3刑事部 854/52 BGHSt 4, 360）：テールランプ事件では、因果連関の中断がBGHによって議論され、——結論において正当に——それは否定された。

〔50〕 被告人Aは暗闇の中でトレーラー・トラックを運転していたが、そのトレーラー部には左側のテールランプ、ブレーキランプおよび後部反射板がついていなかった。後方から来る自動車の安全のために、警察は赤色に光る懐中電灯を車道上に置いた。被告人は反則金を支払う義務があるとの警告を受けた後、彼は次のガソリンスタンドまで運転するよう指示された。警察のパトロール隊は、その場所までトレーラー・トラックの後ろを走り、護衛するつもりであった。トレーラーが発進する前であったのに、警官は懐中電灯を路上から取り去ってしまった。その直後に、背後から別のトラックが接近したが、その運転者は被告人のトレーラーをオートバイが停車しているものと勘違いした。わずか25mの距離になってはじめて、彼はトレーラーの輪郭を認識したが、衝突はもはや阻止できなかった。この事故で、トラックの同乗者が致死的な傷害を負った。

〔51〕 BGHは、正当にもAの態度の同乗者の死に対する原因性を肯定した。なぜなら、照明装置が壊れた状態で運転することは、同乗者の死が欠落することなしに取り除いて考えることができないからである。

b) 「追い越された」因果関係

〔52〕 事例 4.6

事例は、最初の部分は事例 4.4 で紹介したエージェント事例に対応するものである。しかし、A によってコーヒーに入れられた毒が C に対し作用し始める前に、同じテーブルに座っていたエージェント B がコーヒーに入れた即効性の毒で C が死亡した。裁判所によって囑託された鑑定人は、公判で、毒の相互的な影響は排除することができると述べた。

〔53〕 追い越された因果関係の場合も、コンディティオ公式は機能する。なぜなら、ここでも、A による毒の投入は、外界の変動（C の死）が欠落することなしに、取り除いて考えることができるといえるからである。それゆえ、A は、殺人未遂罪についてのみ責任を負うにすぎない。

〔54〕 追い越された因果関係は、断絶された因果関係の下位事例である。すなわち、追い越しをする事象により断絶された因果関係である（図 2）。

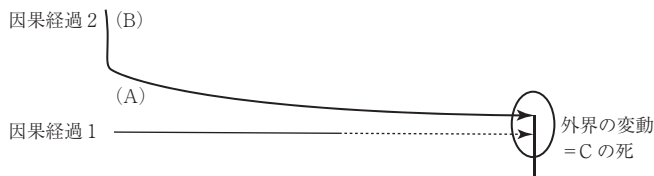


図 2 「追い越された」因果関係

〔55〕 c) 択一的因果関係

〔56〕 事例 4.7

マフィア事例：マフィアのボス A と B が、マフィアの捜査官 F の自

動車の下に、互いに知ることなしに、爆弾を仕掛けたが、それは、それぞれが自動車を吹き飛ばしてFの死をもたらすのに十分なものであった。Aに雇われた者は運転席の下に、Bに雇われた者はガソリントankの近くに爆弾を仕掛けた。両雇われ人とも、爆弾がエンジンの起動によって爆発するように起爆装置を仕組んでいた。Fが自分の車に乗り込み、エンジンキーを動かしたとき、彼は激しい爆発により死亡した。

〔57〕 この（多分に創作的なものであることを認めなければならない）事例において、Aの爆弾もBの爆弾も、両者ともそれだけで同じ時点でFを死なせていたであろうから、Fの死が欠落することなしに取り除いて考えることができてしまう〔A、Bいずれかの爆弾がなかったと仮定しても、他方の爆弾のためにFは死んでいたと認められる—翻訳者注〕。コンディティオ公式の基本形式は、択一的因果関係の場合に原因性を根拠づけることはできないので、この基本形式は補充される。それは、次のようなものである。

〔58〕▶ 択一的には、外界の変動ないしは「結果」が欠落することなしに取り除いて考えることができるのに対し、重疊的には取り除いて考えることができない複数の行為のうちのそれぞれが、原因となる。

〔59〕 これによると、Fの死（事例4.7）については、Aの行為もBの行為も因果的である。

〔60〕 択一的因果関係の事例が、そもそも承認されうるかは問題である。というのも、通常は、複数の行為の競合が外界の変動の惹起にも作用することが前提とされなければならないからである。たとえば、事例4.7では、

仕掛けられた爆薬の全体量の爆発が、Fの死をごくわずかに早めたということが出来る。しかし、その場合、それぞれの行為は、すでにコンディティオ公式の基本公式により重疊的に因果的である。これによると、この文脈で取り上げられる諸事例も、択一的因果関係ではなく、重疊的因果関係のケースである。

d) 重疊的因果関係

〔61〕 重疊的因果関係とは、複数の行為のうちいずれも、外界における変動が欠落することなしに取り除いて考えることができない場合である。

〔62〕 事例 4.8

AとBが互いに独立にCのお茶に毒を入れた。Cはそれを飲んで死亡した。いずれも単独では、毒の量はCの死を惹起するのに十分なものではなかった。

〔63〕 重疊的因果関係の領域においても、限界づけの問題が存在することは、次の事例が示している。

〔64〕 事例 4.9

フライパン事件 (BGH 第 1 刑事部 291/66 NJW 1966, 1823) : 被告人Fは継父Vの後頭部を、重いフライパンで背後から少なくとも3回、力いっぱい殴った。継父は最初の一撃ですでに床に崩れ落ちていた。Fが警察に電話するために走り去った間に、母親Mが少なくとも1回フライパンでVを打ちのめした。Fが電話から戻ってきたとき、彼女は——まだ息のあった——自分の継父の顔をさらに「少なくとも1回」フライパンで強く殴った。その後、Vは死亡した。

〔65〕 陪審裁判所は、Mを故殺罪で、Fを謀殺罪で有罪とした。F

の上告に対し、BGH は判決を破棄差戻とした。BGH は理由の中でとりわけ、Fに有利に、母親が複数回殴打したことが前提とされなければならないと述べた。このような証拠状況においては、Mの殴打が被害者の死を早め得たこと、すなわち、被害者の死は、その原因をFの行為にではなく、Mの殴打に有していた可能性が開かれたままである。この可能性は、たしかに、Fが最初の殴打のほかに最後の一撃も加えているので、あまりないものではあるが、完全に排除できるわけではない。その場合、疑わしきは被告人の利益に、の原則が妥当するとされた。

〔66〕 BGH の判断が、批判を受けないのは不当である。というのも、「あれなければこれなし」の意味では、Fによる被害者の後頭部への3回の殴打は、被害者の死が欠落することなしに取り除いて考えることができないからである。Mも、Fの殴打がなければ、殴打していなかったかもしれない。すなわち、たとえ、Fの殴打が被害者の死をもたらしのに十分なものではなかったと認められるとしても、それは、Mの殴打と相まって死を惹起したのである。重畳的因果関係は、行為寄与のこのような「累積（Anhäufung）」を意味する。

〔67〕 ただし、Vの死はFに帰属されうるものであるかという問題は、これとは別である。Fに有利に、死の惹起に対する彼女の犯行寄与が十分なのではなく、Mの介在は、現実には生じた因果経過の、想定された因果経過からの逸脱を意味する（詳細は、後述 Rn.125）ことが前提とされなければならないとするならば、それは否定されるであろう。

e) 代替原因の非重要性

〔68〕 コンディティオ公式は、外界における構成要件該当的変動が欠落することなしに、行為を取り除いて考えることはできないことを前提とし

ている。このことは、いわゆる「代替原因」を付け加えて考えること、すなわち仮定的因果経過に基づき因果関係を否定することは許されないことを意味する。

〔69〕 事例 4.10

死刑執行人が、致命的な一撃を加えようと首切り刀を振り上げる前に、死刑囚は一人の憤激した観衆によって刺殺された。死刑囚は、その後すぐに殺害されることになっていたにもかかわらず、観衆の態度は死刑囚の死にとって原因となる。というのも、コンディティオ公式によると、観衆の態度を取り除いて考えることだけが許されるのであり、死刑執行人の態度を付け加えて考えることは許されないからである。

〔70〕 代替原因の除外は、通説のように、具体的形態での外界の変動の欠落に着目する場合には、自明である（前記 Rn. 35 参照）。というのも、ナイフによる死は首切り刀によるそれとは異なるからである。

〔71〕 これに対し、救助的な因果経過の阻止の場合、仮定的因果経過を付け加えて考えることは、例外的に許される。

〔72〕 事例 4.11

看護婦 A は、患者 P のために、強心剤の入った生命維持のための注射を準備して置いていた。P の恋敵である B は、その注射を食塩水の入った注射とすり替えた。A は、P にそれを注射し、P はすぐに死亡した。

〔73〕 ここで、食塩水の注射を行ったことを取り除いて考える場合、外界における侵害的変動は欠落しない。P のための生命維持の注射を付け加（龍法 '17）50-1, 512（512）

えて考えることは、〔それは仮定的な事情であるので——翻訳者挿入〕許されないからである。しかし、ここでは、救助的な因果経過が阻止された場合に、コンディティオ公式を制限するために、例外を認める。このような例外の本質的根拠は、不作為犯における「疑似因果関係」にあるが、これはいずれにせよ、外界における侵害的変動の阻止に必要であった行為が遂行されていれば生じていた因果経過を付け加えて考える場合にのみ、機能するものである（これについての詳細は、第11章 Rn. 161 以下）。

2. 合法則的条件公式

〔74〕 合法則的条件の公式も、同様に、すべての要因の等価性を前提とする。しかし、この公式は、仮定的消去の技法——それは、日常経験により他の態度は問題とならないことから、ある態度が原因となるということになる——を、等価説の全体的推論を、合法則的条件の可能な限り細かい連鎖に置き換えることによって、免れている。これによると、ある行為は、その行為と合法則的に結合しており、構成要件に該当するものとされる、時間的に後続する外界における変動がこれに結びついている場合に因果的である。

リーディングケース 4 では

〔75〕 リーディングケース 4 において、殴打の原因性は、例えば次のように根拠づけられる。Dの手がBの左側頭部に当たることにより、Bの頭部は激しく揺れて右側に傾いた。脳の不活性のために、今度は左側に傾いた。右側の脳で引張応力（Zugbelastung）が高まった。その結果、脳髄膜に裂け目ができた。そこから出血し……心停止とそれに続く脳の機能停止により死に至った。

〔76〕 もっとも、ここでは同時に、時間的に後続する外界の変動の結合は、仮定的消去を何回も行うことと何か異なることがあるのかという問い

が提起される。「あれなければこれなし」という形式の等価説における「大なる未知のもの」が、これを多数の小なる未知のものに置き換えることで、既知のものとなるわけではない。

〔77〕 それゆえ、合法則的条件説が、因果関係の本性に関し、「あれなければこれなし」説より多くの情報を与えることができないのであれば、この説は等価説の部分領域を占めるにすぎない。択一的因果関係の諸事例（前記 1c を参照）において、合法則的条件公式は、あらかじめ考究された事象経過の内部での合法則性にのみ着目するので、正当な結論に直接至る。「取り除いて考えることができない条件」の切り詰め、すなわち仮定的な「飛躍」の縮小の場合の誤った結論の危険はより小さなものとなるので、狙われた結論はより確かなものともなる。

〔78〕 しかし、合法則的条件説は、「あれなければこれなし」の公式と、外界の変動の惹起が行為者に帰属できるかということについての必要条件を示すのみであるという点で、共通している。十分な帰属公式というには、この説は、あまりに帰属範囲が広すぎる。

3. 相当因果関係説

〔79〕 相当因果関係説の関心は、「あれなければこれなし」の公式による無限の惹起の連鎖を、支配可能な部分に分けることである。それゆえ、相当因果関係説によると、ある行為は、それが一般的かつ経験適合的に、変動をもたらすのに適したものである場合にのみ、外界の変動の原因とみなされる。すなわち、一般的生活経験に照らして変動をもたらすことができる態度だけが、因果的であるとされる。

〔80〕 相当因果関係説は、予見可能ではなく、行為者にとって不法ではなく不運であるような変動を、因果関係から排除するという利点を有している。それゆえ、民事の不法行為法ではなじみの公式でもある。

〔81〕 しかしながら、相当因果関係説は、規範的な帰属についての思考（龍法 '17）50-1, 514（514）

公式であるところ、これを存在論的な形を有する因果理論として理解しようとするなら、相当因果関係説を誤解することになる。というのも、予見可能性が欠けることによる帰属阻却は、因果関係を欠落させるものではなく、むしろ、予見不可能な因果関係は、刑法的帰属可能性の基礎であるべきではないという、評価の帰結だからである。しかし、その場合、相当因果関係説も、そのような予見可能性が認められるかどうか、どのような場合に認められるかという問題に答えることはできない。

リーディングケース4では

〔82〕 リーディングケース4において、相当性の公式によると、特定されない諸事情が脳出血の想定できる可能性を指示していた場合、Dを殴打の致死的结果について答責的とすることは、ほとんどできない。

4. 重要性説

相当因果関係説と異なり、重要性説においては、因果関係という存在のカテゴリーと、外界の変動を帰するという当為のカテゴリーの区別を行う。コンディティオ公式の意味において、変動が欠落することなしに取り除いて考えることができないあらゆる条件は、外界の変動にとって因果的である。しかし、変動およびその惹起の種類は、一般的に適した、すなわち、構成要件的に重要な条件によってもたらされた場合にのみ、構成要件該当的なものとされる。

リーディングケース4では

〔84〕 リーディングケース4において、重要性公式は、相当性公式と同じ結論に至るであろう。しかし、この公式は、事情によっては、因果関係を否定するのではなく、顔面の殴打の一般的な適性が欠けるために、外界における侵害的変動の帰属を否定するであろう。

VI. 客観的帰属

〔85〕 重要性説による因果関係と規範的帰属との意識的な区別は、客観的帰属論に引き継がれた。この理論は、行為者と構成要件該当的な外界における変動との間の特別な関係を規範的に根拠づけ、形成しようとする。特別な関係にとっての基礎、すなわち必要条件是、コンディティオ公式である。しかし、結果の帰属にとっては、最も広い意味でリスク支配可能性の概念の下にある、さらなる要因が付け加わらねばならない。そのような考察は、今日よく支持されている客観的帰属論に、その形が見出された。

〔86〕 客観的帰属論は、重要性説の完成版 (*Komplettierung*) を示している。というのも、重要性説と同様、客観的帰属論は、「あれなければこれなし」の公式を、因果関係の指標として、かつ帰属 - 原則として前提とし、同時にこれを、客観的な帰属 - 阻却によってさらに限定を図るからである。開かれた体系の枠組においては、因果的なつながりの存在にもかかわらず、外界の変動の帰属が説得性の観点から否定される事例群が形成される。

〔87〕 積極的に表現するなら、帰属にとって、保護される行為客体の、外界における構成要件該当的な変動に現実化する法的に重要な危殆化が前提とされる。しかし、等価説の視点からみると、客観的帰属論は、不 - 帰属の理論である。これに対応し、客観的帰属の事例群は、広範に、消極的な判断に分類される事例群を示す。これらを介して、ある行為は、それが保護された攻撃客体に対する法的に禁じられた危険を創出し、その危険が外界における構成要件該当的な侵害的変動に現実化した場合にのみ、帰属可能であるという指導思想がもたらされる。

〔88〕 そのような帰属が「客観的」であるのは、それが行為者の側の事情とは無関係に、すでに構成要件該当性の客観的要素の範囲で帰属を阻却することができるという理由による。当然ながら、主観的帰属論もあり得

るが、それは「事象経過の不知」として錯誤論に位置づけられるもので、判例でもそのように扱われている（後述 Rn. 119 および第13章 Rn. 133 以下を参照）。この場合、そのような主観的帰属の規範的領域は、かかる錯誤が考慮されるかに関して決定するところに存在する。結論において、客観的帰属と主観的帰属は区別されない。もっとも、主観的帰属論の適用領域が大幅に限定されたものであるかは、客観的帰属の否定がすべて、主観的なパラレルを示すわけではないので、疑われなければならない。たとえば、危険連関の欠如による帰属阻却（すぐ後に Rn. 91 以下で解説）は、主観的帰属の阻却としては定式化されない。

1. 法的に重要な危険の欠如

〔89〕 等価的な因果関係があるにもかかわらず、外界の変動は、関与者が法的に重要でなく、一般的生活危険を超えるものではない危険を變動に対して創出する場合、帰属されない。具体的には、予見可能でなく、支配可能でなく、非典型的である因果経過がこの事例群に位置づけられるが、これは、上述した（V 4）重要性説によっても阻却されるものである。

〔90〕 事例 4.12

飛行機旅行事例：甥Nが、自分の被相続人である叔父Oに、頻繁に飛行機旅行に行くよう勧めていた。なぜなら、彼は、飛行機が墜落することにより、即座に相続財産を手にすることを望んでいたからである。3回目のフライトで、飛行機が実際に墜落し、Oは命を落とした。

2. 危険連関の欠如（規範の保護目的の欠如）

〔91〕 客観的帰属の排斥を結果として伴う危険連関の欠如は、行為者が、侵害された態度規範の保護範囲の外側にある、すなわち、対応する注意規範が阻止を目的としている危険がまったく現実化していない、外界の変動

を惹起した場合に認められる。

〔92〕 事例4.13

救急車事故事例：自転車に乗っていたRが交通事故で足を骨折した。病院への搬送の際に、救急車を運転していた隊員が心筋梗塞のために自動車の制動を失った。救急車は道路脇の斜面を転落し、Rは致死的な傷害を負った。

〔93〕 この事例で、救急車の事故は、その阻止が身体傷害の規定の目的ではない危険である。

3. 危険減少？

〔94〕 この事例群には、行為者が、第三者によって起動された当罰的な外界の変動を弱めるか、時間的に後ろにずらすことで、そのような変動が、弱められ、ないしは遅れた現実となることについて因果的であるような諸事例が位置づけられる（いわゆる「そらし」事例と「振り替え」事例（sog. „Ablenkungs“ und „Umschiebungs“- Fälle））。

〔95〕 事例 4.14

Tは、Oの頭を鉄の棒で反動をつけて殴打することで、Oを殺害するつもりであった。極限の瞬間に、Aが鉄の棒をOの肩へとそらした。これにより、Oは肩に傷害を負った。この場合、たしかにAは肩の傷害について原因となっている。しかし、Aは自己の行為によって、より危険な頭部の傷害を回避しているので、この外界の変動は、彼に帰属されない。

〔96〕 キントホイザー（Kindhäuser）は、客観的帰属を用いて無価値（龍法 '17）50-1, 518（518）

実現を阻却することによる、危険減少事例の不可罰の基礎づけに対し、説得的な論拠をもって異論を唱えている。すなわち、外界における弱められた変動は、一貫して行為者に帰属可能であるとする。しかし、彼の行為は、外界における差し迫ったより重い変動の回避を理由に、正当化される。同一人の複数の利益が問題となる場合、被害者の自律は、その者の選好を考慮することを必要とする。その場合、正当化は、推定的承諾のルールによることになると思われる。

4. 義務違反連関の欠如（合法的な代替態度）

〔97〕 義務違反連関の欠如に基づく客観的帰属の阻却は、過失犯においては、外界の変動が、義務に従った態度をとっていたとしても発生していたという場合に認められる。なぜなら、その場合、変動は「過失によって」（刑222条参照）惹起されたものではないからである。

〔98〕 事例 4.15

自転車乗り事件（BGH 第4刑事部 354/57 BGHSt 11, 1（これについての詳細は、後述第12章））：トレーラーの運転手Lは、必要な側方間隔を確保することなく、自転車乗りRを追い越した。追い越しに際し、Rが左側によろけ、トレーラーに巻き込まれて死亡した。鑑定人は、Rは斟酌しており、そのため、規定された側方間隔を守っていたとしても、彼は巻き込まれたことは排除できないと証言した。

〔99〕 ここでは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が妥当する。しかし、義務にしたがった態度をとっていた場合でも、外界における同様の変動となるという、単なる思考上の可能性では、外界の変動が、命じられた行為を遂行していた場合には生じなかったことについての合理的な疑いを払拭するのに十分ではない。むしろ、同様の変動となる可能性が、「特

定の事実に基づき、反対の確信が確実性に境を接する蓋然性をもって合理的に排除されるほどに、濃厚なもので」なければならない。

〔100〕 これに対し、否定されるべき、いわゆる危険増加論によると、帰属にとっては、行為者が自己の態度によって外界の変動の危険を高めたことで十分であるとされるが、これは、事例 4.15 において、側面間隔を維持しなかった場合にいえることであろう。

5. 第三者への帰属の転移（自己答責的な自己危殆化および自己侵害；遡及禁止）

〔101〕 最後に、外界の変動の帰属は、変動の惹起が、故意にまたは危険状況を認識した上で自ら帰属可能に行為する者の自由な介在により、その効果において凌駕される場合に、阻却される。もっとも、これによって第一行為の因果関係が断絶するわけではなく、むしろ、第三者ないしは被害者の態度に遡る帰属によって覆されるのである。それゆえ、第一惹起者によってではなく、第三者または被害者によって惹起された危険が現実化しているのである。

〔102〕 そのような事例群は、特に、外界の変動を惹起したのが、被害者の自由かつ完全答責的な態度である場合（自己侵害事例）に意味を有し、このことは争われていない。

〔103〕 事例 4.16

ヘロイン注射器事件（BGH 第一刑事部 808/83 BGHSt 32, 262（これについての詳細は、第12章 Rn. 108 も参照）：Aはヘロインを持っていたが、注射器を持っていなかった。そこで、被告人Bが彼のために注射器を用意し、その際、彼に対し、このヘロインは純粋なもので、摂取は特に危険であるとの注意を与えた。この警告にもかかわらず、Aは多量のヘロインを自らに注射し、死に至った。

ここでは、BにAの死を帰属することはできない。なぜなら、その死は自己答責的な自己侵害だからである。

〔104〕 もっとも、自己答責的な自己危殆化および自己侵害といえることができるのは、自己を侵害する者が本質的な事情を知っており、「行為支配」を有している場合のみである。このことは、彼が他者侵害者を欺罔することによっても起こり得る。それゆえ、「ヘロイン事例」[BGHSt 49, 34—翻訳者注]では逆に、不可罰となる行為支配は、ヘロインが第三者によって中毒者に投与される場合に、中毒者がそれと結びつく危険を認識し、甘受していても否定される。この場合には、同意だけが問題となる。

〔105〕 「自己侵害」が、他者侵害者によって設定された、取るに足らないものではない危険の甘受によってしか回避されない場合、もはや決断の自由ということとはできない。

〔106〕 しかしながら、故意にまたは危険状況を認識した上で、自ら帰属可能に行為する者の自由な介在は、他者侵害の事例においても、帰属を阻却することがある（いわゆる遡及禁止事例）。

〔107〕 事例 4.17

AはBを殺害しようとした。しかし、彼が放った弾丸は、Bの身体をかすめただけであった。Bは、頭部に重い外傷を負い、病院に行った。そこで彼は、敵対するCに見つかり、Cは一看護師を装って一彼に致死量の毒薬を注射した。たしかに、AはBの死にとって因果的である。しかし、Cによる故殺の形式でのBの死は、もはやAの仕業ではなく、それゆえAに帰属することができない外界の変動である。

〔108〕 通説によると、「遡及禁止」の理論は、客観的帰属の欠如の事例群としては、予見可能な第三者の自己答責的な犯罪遂行ないしは認識可能

な犯行傾向（erkennbare Tatgeneigtheit）が、第一惹起者を少なくとも過失による負責から解放し得ない限りで否定される。

〔109〕 自己答責的で構成要件に該当する第三者の態度の惹起の他の場合と同様、第三者の態度の帰属は、ここでも、第一惹起者が第三者の態度を誘発したか、あるいは少なくとも違法かつ有責に招来した（herbeiführen）かに依存するであろう。その場合、自己答責的な第三者の態度は、それが自己の犯行の一部にすぎないので、彼の責任負担を免除することにもなり得ない。もっとも、その場合、第三者の行為が予見可能ではなく、また支配可能でもない事例 4.12 のような諸事例だけが、帰属の外側にとどまる。これらは、法的に重要な危険が欠ける事例群とは区別されない。

（安達光治）