

# 結果の規定における比較の対象について

濱本 千恵子

## Comparison in the description of results

Chieko HAMAMOTO

**Abstract :** How should we grasp the actions and results in criminal law? The generally accepted theory of causation, we describe the results in as much detail as possible, but there is a problem "circular reasoning" with this theory. We should consider that the description of the results as "nachteilige Veränderung an einem Rechtsgutobjekt".

### 1. はじめに

Aの行為により、Xが死亡した。Xの死という結果の「原因」はAの行為である。当然のことのように聞こえるが、しかし刑法上、「Aの行為が結果発生の原因である」と言えるか否か、その判断は決して容易ではない。たとえば監禁・暴行の被害者が、加害者の隙をついて監禁場所から逃げ出したが、恐怖のあまり判断を誤り高速道路に飛び出してしまう、走行中の自動車にはねられて死亡したという場合<sup>(1)</sup>、被害者の死という結果の「原因」は、どこにあるのか。自動車の運転中に、スピード違反や信号無視をして歩行者をはねたが、しかしこれらの違反行為がなくとも事故は発生したであろう、という場合、自動車の運転手が行った違反行為は、歩行者の負傷に対する「原因」と言えるであろうか<sup>(2)</sup>。そもそも刑法が扱うべき「行為」と「結果」とは何か、そして両者の間にどのような関係が存在すれば、原因と結果を結びつけることができるのか。いわゆる刑法における因果関係論は、長らく刑法学における紛争的となってきた。

因果関係に関する議論のうち、「結果」をどのように把握すべきかという問題について、わが国、そしてわが国の刑法理論に多大な影響を与えたドイツにおいて、少なくとも因果関係論（条件関係論）における「結果」は、事実に・具体的に把握すべきとする具体的結果観が通説的である。しかし、両国における具体的結果観の内容は、必ずしも一致しているとは言い難い。たとえばロクシンが「被害者に延命治療を施した医師の行為」について、延命治療の結果として被害者の生存時間が伸びた場合であっても、「被害者の死」と条件関係を肯定したように<sup>(3)</sup>、ドイツでは条件関係をかなり広範に認め、後に客観的帰属論によって行為と結果との関係を否定

する傾向が強い。このような立場は、結果発生にかかわるあらゆる事情が全て同等の価値を持つという等価説により忠実であるともいえよう。これに対してわが国では、発生する結果の程度をより軽微な性質のものへと変更する、いわゆる結果の良変更、及び結果減少にかかわる行為について、そもそも条件関係が問題とされるのをほとんど目にしない。その理由について、一般には「行為が実行行為性に欠けるため」等と説明されることが多いが、厳格な説明を欠いているように思われる。このように、具体的結果に変更を加える行為の扱いについて、すでにわが国とドイツで見解が分かれているし、そもそも具体的結果観に立つ論者にしても、結果記述が詳細であればあるほど良いと考えているわけではない。「ある出来事、もしくは事情を完全に記述することは原理的な理由で不可能である<sup>(4)</sup>」がゆえに、彼らは必然的に、あらゆる事情の内から一定の事情のみを選択した「不完全」かつ「意味なし」事情の記述を目指さねばならないのである。

### 2. 結果を「法益（客体）の状態悪化」と把握す

#### る見解に関する検討

##### (1) 従来の結果観に対するプッペの批判

上述のように、因果関係論における結果の規定については具体的結果観が通説となっているが、抽象的結果や具体的結果という結果の規定方法それ自体に異を唱える見解も存在する。通説的な結果規定の方法について、たとえばインゲボルク・プッペ<sup>(5)</sup>は、結果の規定それ自体に、結果発生に関与した事情を取り込むことは単なる結論の先取り、循環論法であるとして厳しく批判した。ここで簡単に、プッペによる具体的結果観に対する批判を確認しておこう。

第一に、結果発生までに複数の事情が関与するようなケー

(西暦 2021 年 1 月 19 日受理)

\*和文著者所属 一般科

スにおいて、「行為なければ結果なし」という考えに基づいて条件関係の有無を判断する c.s.q.n.公式を使用した場合、「行為なくとも（代替原因があるため）結果有り」となるため行為と結果との間の条件関係が否定される。同時に、「代替原因なくとも（行為があるため）結果有り」ともいえるため、複数の原因的行為が存在する場合に、結局は結果と因果関係を肯定しうる行為が存在しない（どの行為についても因果関係が否定される）、という結論に至る。具体的結果観は、このような結論を回避するために必要とされた。すなわち、結果発生 の時間や態様に僅かでも影響を与えたなら、この影響を結果の記述に取り込むことで、特定の行為と結果との間に因果関係を肯定しうるのである。しかしプツペによれば、このような結論を回避するための手段は「原因と結果の一般的に認識された規定が導く結論に異議を唱える」ために行われる、いわば直感的な判断である。しかも、「与えられた結果記述における何らかの細部について、行為者が必要条件を設定した場合」に、直感的判断に基づいて結果を具体化することで、些細な条件を設定した行為者に対して「すべての結果」が帰属されうることの理由、及びその正当化根拠は示されていない<sup>6)</sup>。つまり、この結論回避においては、因果関係を肯定したい、あるいは肯定すべき、という恣意的な直感が先行し、特に根拠もないままに恣意的な結果の具体化がおこなわれている、というのである。因果関係のみで犯罪が成立するわけではないが、しかし些細な行為と結果との間の条件関係を肯定することで、処罰の可能性は後々まで残される。また、合法則的条件公式、すなわち特定の行為から結果発生に至る法則性が認められ、そして実際に行われた行為がこの法則性に包摂される場合に条件関係を肯定する見解に立とうとも、結果発生と一定の法則関係に包摂されうる原因が複数存在する場合に、やはり代替原因排除のために結果の具体化が必要とされており、プツペによる上記の指摘を免れることはできない。「具体的結果に何が相応しいか、そしてその結果はどのように決定されるべきであるかは、具体的結果の理論が世に出てから今まで、ほとんど検討されてこなかった<sup>7)</sup>」のである。

第二に、結果規定に際して、我々は「完全な事実」を記述できるという前提から開始するが、このような考えは誤りである。この批判は、具体的結果観のみならず抽象的结果観にも当てはまる。双方の結果観は、因果関係に関する議論の当初から、すでに「具体的な」結果記述が設定されていることを前提としている。しかしプツペによれば、「我々に対して『事実』が最初に完全に示されるということは、双方の理論に共通した誤謬<sup>8)</sup>」であって、これは方法論的な誤りである。また、完全な事実を前提として、そこから結果発生 の命題、すなわち一つの因果経過を切り取る際には、いくら些細な事情であろうとも、それが現実のものである限り、具体的な結果の構成部分に含まれうる。たとえば、結果を「青いシャツを着用した行為者による殺害」と規定すれば、殺人犯が行為時に着用していた青いシャツを、その殺人犯に貸し与えた人

物について、原因性を問うることになるのである<sup>9)</sup>。このことからまた、従来の結果観における自己撞着性が証明されるであろう。

第三に、とりわけドイツにおける具体的結果観からは、因果論において行為と結果との因果性（条件関係）を広範に認めたところで、その後の帰属論において更に可罰性の範囲が絞り込まれることになると考えられている。このような立場においては、「客観的帰属論の通例的な叙述において、因果性に関する純然たる事実の問題及び全くの自然科学的問題と、客観的帰属に関する純粹に規範的問題との間に対立が構成され、「その際に第二の問題と第一の問題は全く無関係のものとして扱われる」<sup>10)</sup>。しかしプツペによれば、客観的帰属の問題もまた「行為と結果との間の因果連関に関する具体的な決定」に基づかねばならず、「事実的内容に欠ける規範と評価は全くの無意味」である。それゆえ、「因果性に関する表現が無内容な循環論に尽きる限り、客観的帰属論もまた、更に無意味な慣用語の直感的な適用以上のものを生み出しえない」<sup>11)</sup>。我が国においても、客観的帰属論を取り入れるか、相当因果関係説を維持するかはさておき、まずは「そもそも何が法益侵害として帰属されるべきか、そしてしたがって何が因果的説明を必要とするのか」を確定し、それを結果として記述する必要がある。

## (2) 比較の対象

では、具体的結果観を批判する見解は、再び抽象的结果規定へと回帰すべきと主張するのかと言え、そうではない。これらの見解は、結果を「法益客体の、ある一定の状態」として捉えるのではなく、これを「法益客体の状態の変化」として把握しようとするのである。法益または法益客体が不利益に変更された、あるいは法益の状態が悪化した、という場合には、当該法益客体の状態に、現実的な（外界）変動が生じたこと、そしてその変動が「悪化」であったことを確認せねばならない。当然、悪化の確認を行うためには、当該法益客体の現在の状態を、何らかの別の状態と比較する必要がある。ここでは、大きく分けて二つのアプローチが考えられよう。一つは仮定的経過における法益（客体）状態を比較対象としたアプローチであり、今一つは単純に行為前後の法益（客体）状態、あるいは最終的な「外界変動」前後の法益状態を比較するアプローチである。因果関係論における結果を法益（客体）の不利益変更として把握する見解は複数存在するが、いずれのアプローチを、どのような根拠に基づいて選択するかは論者によって異なっている。

### ①法益の状態を仮定的経過における法益と比較する見解

第一のアプローチは、「行為がなければどうなっていたか」という仮定的経過における法益状態を比較対象とする。一般的に、因果関係論において仮定的経過判断が論じられるのは、結果規定の段階ではなく条件関係判断の段階である。「その行為がなければ、その結果は生じなかったであろう」

という場合に条件関係を肯定する **c.s.q.n.** 公式を使用するならば、公式の性質上、仮定的経過の考察は必須となる。ただし、いわゆる「代替原因」が存在する事案において **c.s.q.n.** 公式は望ましい結論を得ることができず、それゆえに当該公式を支持する論者の多くは、現実の経過から行為を差し引いて架空の事象経過を構築する際には、公式にいくつかの修正を試みる。具体的結果観がこの修正の1つであることはすでに述べたが、結果を詳細に規定してもなお行為と代替原因を区別しえない場合には、仮定的経過において「現実化していないいかなる事情も付け加えてはならない」という修正を適用する<sup>(12)</sup>。このような修正に関する検討は別稿に譲るが、少なくともわが国における通説的見解は、行為と結果との間の因果関係が、代替原因の存在によって否定されるという結論に肯首しないと言える。その一方でいわゆる論理的結合説は、条件関係を事実関係ではなく仮定的・論理的結合関係として捉え、このような仮定的・論理的結びつきは **c.s.q.n.** 公式の適用によって示されると考える。それゆえ論理的結合説によれば、公式を適用した結果として行為と結果との間の条件関係が否定されることは、まさに当該公式の有する「刑事責任限定機能」が働いた結果であり<sup>(13)</sup>、この結論を修正する必要はないという。論理的結合説は、行為の持つ結果回避可能性を検討することこそが条件関係判断の要であると考えていると言えよう。

このように、通常は条件関係判断の段階で検討される仮定的経過の判断を、結果規定それ自体に取り込むのが第一のアプローチである。この立場においては、**c.s.q.n.** 公式に立つ見解、とりわけ論理的結合説と同様に、「行為なければ」何が生じたか、という架空の事象経過を新たに構築する必要がある。行為を取り除いた後の仮定的判断方法については、第一のアプローチと論理的結合説でほとんど相違はなかろう。ただし、論理的結合説は仮定的判断を因果関係の問題に位置づけるので、「結果」は所与のものとして論じる必要がある。代替原因が存在するケースにおいては、行為と結果との間の結びつきが否定されることになる。それに対し、第一のアプローチにおいては、仮定的経過との比較において、法益に不利益変更が生じないことが判明すれば、「結果」それ自体が消失するという点が非常に特徴的である。このアプローチにおいては、「現実発生した損害」と「刑法上の結果」とは、必ずしも同義ではない。現実の損害について、それが仮定的経過におけるよりも法益の状態を不利益に変更されたものであることが確認されて初めて、いわば当該損害が「刑法上の結果」に格上げされるのである。

単なる客観的損害と刑法上の結果とを区別する見解は、ドイツの客観的帰属論における結果規定と類似しているともいえる。つまり、ドイツでは因果性判断の後に客観的帰属が論じられるが、すでに述べたとおり、前者においては具体的結果観を採用し、後者においては「その種の結果」という、いわば一定のカテゴリーに分類された結果を扱うという構造が、意識されずとも一般的に受け入れられているのである。

しかし客観的帰属論の立場から主張される「二つの結果概念」と、ここで指摘すべき「二つの結果概念」は、その意味内容が異なるようにも思われる。確認のために、単なる客観的損害と刑法上の結果という二つの結果概念を明確に区別して論じる見解を確認しておこう。

#### i) ザムゾンの見解

ザムゾン<sup>(14)</sup>は、「不利益」の比較対象を「行為がなかった場合の法益の仮定的状態」に求める。彼は、従来の因果論が「論理的に矛盾のない因果概念の定義」を求めることに終始していると指摘し、いわゆる「帰属論」には結果無価値のみならず行為無価値の観点も含まれていると主張する。帰属論、あるいは因果関係論において、従来の等価説<sup>(15)</sup>の立場からは、「結果がどのような前提の下で、帰属可能な行為の結末と見なされるか」という問題設定がなされてきた。しかし行為無価値的観点から重要なのは、「結果が行為者に帰属可能かどうか」ではなく、むしろ「行為者に、当該行為を禁止することが有意であるか、あるいは単に可能であるにすぎないのか」<sup>(16)</sup>という点である。そして行為の禁止が有意であるか否かは、それが法益の保護にとって効果的であるかどうかにかかっている。しかしとりわけ、たとえば転輸事例<sup>(17)</sup>や警告事例<sup>(18)</sup>をはじめとした代替原因が存在する事例において、通説的見解のように仮定的事情の考慮を拒絶し、因果性を肯定したうえで帰属を否定するならば<sup>(19)</sup>、各構成要件に基づく規範の目的は「行為客体の侵害を防止するという任務のみを有するのではない。規範はむしろ、法益の状態を悪化させる行為ではなく、単に行為客体へ介入する行為をも網羅する」<sup>(20)</sup>ことになる。つまりザムゾンは、仮定的経過の排除が、結局は刑法に法益保護機能を越えた何らかの「拡大された」機能を認めることになるとして、通説的立場を批判するのである。このようにザムゾンは、刑法規範の目的が法益の保護にあること、この目的を維持するためには行為を禁止することによって法益を保護しうるかどうか、つまり行為の結果回避可能性を論じる必要があることを指摘する。刑法各構成要件の目的が法益保護にあり、帰属の基準として「効果的な法益保護」を用いるならば、帰属が問題とされるべき「結果」もまた、法益保護の観点に基づいて規定されることになる。

では法益保護の観点から結果を規定するには、どうすればよいか。彼は故意殺人のケースを例に挙げ、「全ての人が死亡することはまさに確実である」が故に、「法が殺人の禁止を掲げるとしても、それにより人の死が一括して防止されるわけではなく、どのみち発生した死の時点と、禁止された行為がなされない場合よりも早く死が発生するような方法で早死を禁止しうるに過ぎない」<sup>(21)</sup>と主張する。そして「殺人罪の結果が生命短縮として解釈されるなら」、「死が実際に発生した時点は、仮定的な、単なる思想上の時点でありうる他の死亡時刻と比較されねばならず、この仮定的な死亡時刻を確定するために、「正犯行為の代わりに死を惹起したと思われる代替原因が考慮されねばならない」。ただし、

人の「生命」が問題となる殺人罪においてはその悪化を「時間の短縮」として一元的に扱うのが、例えば器物損壊罪等では、器物そのものの破壊に加え、破損の程度や所有者の自由な処分時間の短縮といったように、「複数の視点から法益侵害の数量化が可能である」<sup>(22)</sup>。「短縮」という基準は不利益変更の一面に過ぎず、ザムゾンは、現実の法益侵害と仮定的経過との比較による「不利益」判断を、一般的に「強化原理」と名付けている<sup>(23)</sup>。

ザムゾンは、このような強化原理が「支配的見解に比べて刑事責任をかなり制限する」と考える<sup>(24)</sup>。たとえば先述の転轍手事例において、乗客が死亡したか否かは、転轍手が路線を切り替えたか否かは無関係である。しかしこの事例で、転轍手の原因性を肯定した上で超法規的緊急避難によってその行為を正当化しようとしても、「行為者が、構成要件該当結果を意図した因果連鎖に変更を加えるなら、正当化は、彼が行為客体の状況を改善し、そのうえ惹起された侵害がより大きな損害をかむすための唯一の方法であった場合にしか影響」せず、「元々の法益侵害に対して修正を加えるような他のあらゆる諸事例について、正当化は問題とならない」<sup>(25)</sup>。それゆえ、乗客の「定められた死」につき、死に場所の変更という修正を加えたに過ぎない転轍手について正当化は認められない、という。他方で、故殺の構成要件該当結果が生命短縮として定義されるなら、転轍手事例において転轍手には何らの行為禁止も該当しない。警告事例においても同様の結論が導かれるであろう。警告により被害者の傷害結果に差異が生じたとしても、「他の方法では回避することのできない現在の危難の中で」、「他の者から危難を回避するため」、つまりたとえば、被害者の死という危難を傷害によって回避し、あるいは頭部の傷害を肩への傷害に回避するために警告者が当該警告行為に出たのであれば、正当化、あるいは免責の緊急避難が認められるであろう。しかし警告者が、被害者を突き飛ばす、行為者の腕を引くなど他の方法を取ることで、結果はより軽微なものとなった、あるいは結果を完全に回避したであろう、という場合には、緊急避難による正当化は認められない。しかも、警告者が仮に警告しなければ、彼は単なる救助懈怠の責を負うに過ぎない。「被害者は警告が無くとも死亡したであろうという事実を考慮しないなら」、警告者は警告によって被害者の法益状態を僅かながらも改善したにもかかわらず、「警告によって、救助懈怠に基づく軽微な処罰から故殺による嚴重な処罰へと、自身の立場を悪くするのである」<sup>(26)</sup>。更に、緊急避難による解決は、「行為者によってなされた因果連鎖の修正が、元々の法益侵害の減少を惹き起こす場合のみ使用可能である」。それゆえ、行為者が火災に際して部屋の中の家具の向きを変えた結果、家具が右側ではなく左側から焼損したという場合、緊急避難による正当化を認めようとする立場からは、行為者は家具の焼損について責任を負わねばならない。右側から燃えるはずの家具を左側から燃えさせる場合に、家具の方向転換とその焼損との間に因果関係を肯定するなら、当該行為による

「保全利益が侵害利益を著しく超える」とはいえず、したがって行為者は「違法に行為した」のである。

このような不合理な結論を回避するため、ザムゾンは、「行為がなかった場合」の仮定的経過と現実の経過を比較して、「保護客体の悪化」が認められる場合にのみ、構成要件該当結果を肯定する。行為が存在しなかった元々の経過において、同一結果の発生が確実な場合には、行為者に対する行為の禁止命令は、行為客体にとって何ら有利にはならず、それゆえに行為客体を保護しえない。彼によれば、「効果的な法益保護」が見込めない以上、その禁止命令を行為者に科すことは、決して有意なこととはいえないのである。

なお、ザムゾンが仮定的経過の考慮に際して「代替原因」と「代替行為者」とを区別している、という点には注意を要する。確かに原則的には上述の強化原理が適用されるが、仮定的に考慮される事情が単なる自然現象としての代替原因ではなく、法規範が適法行為をアピールすべき「人」の行為であった場合、彼は自身の強化原理を例外的に緩和し、結果発生を肯定している<sup>(27)</sup>。

ザムゾンがこの例外を認めるのは、行為者の行為に代わって結果を発生させるであろう事情が、「現実化していない代替行為者の行為」の場合である。では、代替原因と代替行為者、更には代替行為の現実化の有無を区別する根拠は、どこに求められるのであろうか。彼の考える区別の基準は、簡単に言えば「法規範による適法行為をアピールの可能性」であると言えよう。自然現象としての代替原因や、既に現実化してしまった代替行為について、法は「適法に行為せよ」と命じることではできず、その場合には行為者に対しても、同様のアピールをすることはできない。なぜならいずれにしても結果は発生したのであり、行為者にだけ不作為義務を課すことは法益保護の観点から無意味なのである。しかし代替行為が現実化しておらず、法規範が未だ代替行為者に適法行為をアピールしうる可能性が残されているなら、行為者にも代替行為者にも不作為義務を課しうるのであり、そしてこの双方の義務が履行されれば、法益保護は達成されるのである。このような場合に、それにも関わらず行為者「のみ」が実行に着手した以上、行為者には当該結果が帰属される、というのである。後者のケースでは「行為者が、代替行為者の計画した行動を引き受ける必要はない」ことから、ザムゾンはこの強化原理の修正を「引受原理」と称している<sup>(28)</sup>。

## ii) カーロの見解

カーロ<sup>(29)</sup>もまた、結果規定に際して仮定的経過における事情を考慮し、法益状態の悪化を把握すべきと考える。彼は、法益概念を社会共同体における間主観的な関係に求める<sup>(30)</sup>。彼は行為者の意思と結果が、刑事不法において別個の要素として扱われていることを批判し、両者の関係が『元来の包括的な責任概念』の関係において、一般的な倫理的理解と一致するように「決定されるべきだと主張する。結果と意思とが、責任の現実性を共同して根拠付けるべきであり、「そし

て現実としての責任は行為と関連付けられた意思責任として理解されるので、実現された法益侵害性は、必然的に、責任の根拠として、ある主体の人格的な意思と関連せねばならない<sup>(31)</sup>。つまり、結果は行為者の意思、及び当該意思を外界に表現する行為と関連して決定される。このような立場からすれば、不法な侵害と、単に外面的な状態の不利益変更(客観的侵害)とは区別を要することになるという。

そもそもカーロによれば、国家や法的秩序において重要な諸々の価値は、法・あるいは法益主体を基準としており、この主体は他の主体に対して己を尊重するよう要求する。主体の尊重とはすなわち、社会共同体における主体の自立(Selbständigkeit)、あるいは主体の人格的自由、自律的決定の尊重であり、このような主体の自立は、他者と何らかの関わり合いを有するような、経験的世界における行動を介して実現される。しかし同時に主体は、経験的世界における行動、たとえば他者の生命、肉体の不損傷、財産などと関連するような行動を介して、他の主体を侵害することもできる。社会共同体における主体は、己の自立を要求するだけでなく、己と同様に主体である他者の自立をも相関的に尊重しなければならない。「他者に対して、その意思能力に基づいて、自由を可能にする領域の、回避可能な不利益変更あるいは客観的侵害を行わないことによって」、「他者の自己答責的・人格的な自己発展のための領域」、すなわち他者の生命、身体、財産等を尊重しなければならない<sup>(32)</sup>。このような尊重を実践することによって、行為主体間での相互承認の関係が経験的世界において構築されるのであり、そして刑法を含む実定法はこの関係を基礎としている。したがって、「刑法上禁止された行動と、その行動と関連する変更が、理性的主体としての相互承認の、間主観的な基本的関係の損傷として示される限りでのみ、刑法規範が根拠付けられる」<sup>(33)</sup>。それゆえに「刑法は、もっぱら法益主体の間主観的關係における自立の実現にとって、相互に重要であるような行動(法益侵害)、すなわち「他者の自立の侵害(fremder Selbständigkeit)」<sup>(34)</sup>のみを把握すべきである<sup>(35)</sup>。

このように、カーロは刑法上の結果を社会共同体における他者の自立侵害、あるいは相互承認関係の破壊として把握し、その規定に際しては「被害者に損害が生じたか」という視点だけでなく、「他者の自立を実現するために、行為者に何ができたか」という点を考慮する。では、他者の自立侵害(法益侵害)と単なる客観的侵害とは如何にして区別されるのであろうか。カーロによれば、他者による尊重要求を侵害するのは、「不適法な行動(侵害的な強制介入)に見舞われた法人格それ自体の、提示された諸々の実存条件が、その法人格の自由を堅固にするものとして理解される」場合に限られる、という。カーロの記述はやや難解であるが、つまりは行為者の行為がなければ他者の自由が保障されたこと、すなわち、事象経過が「法益主体の実存を、単に客観的に損なっただけではなく、因果法則や法的な法則に基づいてあらかじめ構成された現実性と比較して具体的に悪化したこと」<sup>(36)</sup>

によって双方が区別される、ということであろう。そうであれば、カーロは、法益の状態が不利益に変更されたか否かを検討する際の比較対象として仮定的経過を要求し、その比較によって「仮定的経過よりも現実の事象における法益状態の方が悪化した」と確認されれば、それは法益侵害であり、確認されなければ単なる客観的侵害と見なすのである。

以上で、「法益の状態悪化・不利益変更」の有無の判断に際して、行為が存在しなかった場合の仮定的経過を比較対象とする見解について概観した。いずれの説においても、程度の差はあれ、結果規定において「行為者側の事情」や行為無価値が考慮され、あるいは「行為者が行為を控えることで結果を回避しえたか」という結果回避可能性の問題が扱われていることが判明した。

不利益変更としての結果を客観的帰属論において扱うザムゾン及びカーロの見解は、確かに、一般的に客観的帰属論が主張するような、「その種の結果」を考慮の対象とするものではない。両者ともに刑法規範の目的は何か、という非常に基本的な問いから開始して、独自の結果規定を構築していると言える。しかし、因果関係論は、行為と結果という事実に対して展開されるべきではなかろうか。理論を展開するための基礎となるべき事実について、規範的な評価を全面的に取り入れる必要がどこまであるのか、疑問である。ドイツにおける通説の見解のように、事実を確定したのちに当該事実に対して評価を行うという段階を踏むことは、決して無意味ではない。特に結果規定の段階で規範的な判断を行うということは、規範的評価を行う対象を確定する以前に、その評価にかかわる考察を前倒ししているだけのようにも思われる。さらに、因果関係論における結果規定を結果回避可能性と同視するなら、そこで主張される結果規定は「結果に至る因果経過を含んだもの」である。つまり、結果発生に至る経緯を確定しなければ、「その行為がなかったならば何が生じたか」という仮定的経過も確定しえないはずである。結局のところ、これらの見解に対しては具体的結果観に対すると同様、「結論の先取りである」という批判は免れないであろう。「状態悪化」有無の判断に際して、仮定的経過をその対象とすることはできない。

## ②行為以前の法益状態と比較する見解

以上の見解とはやや異なる立場を示すのがプッペである。彼女は、因果関係論において仮定的経過判断の排除に力を注いでおり、結果の比較の対象としても仮定的経過判断を持ち出すことに否定的である。先に指摘した第二のアプローチである「行為が行われるより以前の法益客体の状態と、行為後の法益客体の状態を比較する」手法がここで展開されることになる。彼女の考える「行為以前の法益状態との比較」が、具体的に何を意味するのかを確認しておきたい。

プッペは、先に確認したとおり、具体的結果観を「結論の先取り」、すなわち因果関係を肯定したい行為にかかわる事

情を結果規定に取り込む可能性を有する理論であると批判した。彼女によれば、素人が法律家に対して「刑法上重要な結果とは何か」と尋ねる場合、そこで法律家には「本性的に (von Natur aus) 所与のものである具体的形態」、すなわち事実の羅列を示すことが期待されるのではなく、「刑法における各構成要件を示し、その構成要件において結果がどのように記述されているかを説明すること」が期待される<sup>(37)</sup>。そして結果規定に際しては、第一に刑法が定める各構成要件を基準とし、当該構成要件において記述される結果記述を分析すれば、そこではたとえば「人の死」や「物の破損」、「財産の減少」といったように、「法益客体」に生じた「不利益な変更」が結果の内容として記述されていることが判明するであろう。それゆえ彼女は、「その時々で保護される法益の意味における、法益客体の不利益変更 (nachteilige Veränderung an einem Rechtsgutobjekt)」として結果を規定する<sup>(38)</sup>。

しかし、抽象的結果観も具体的結果観も、結果規定に際して構成要件が重要な規準となる、ということに異論はなからう。では、これらの結果観とプッペの主張する結果規定には如何なる相違が存在するのか。従来の結果観は、「完全なる事実」から一定の事実を切り取るという形でなされてきた。この切り取りに際して、結果規定それ自体に如何なる事情を含みうるかという点が争われてきたのであるが、いずれの結果観も、結果を固定的、あるいは静的に把握しているように見受けられる。完全かつ無制限の事実の中から、いわば因果経過まで考慮したうえで、結果発生に関与した事情を含んだ状態で結果を固定するのである。このような結果の固定が、結局のところは結論の先取りに陥ることにつながるのである。これらの見解に対して、プッペの主張する結果規定は、結果を「変化・変更」として、つまり動的に把握しているといえる。結果それ自体を変更として捉えるなら、結果の記述もまた変化が生じたこと、たとえば「生きていた人が死んだ」と述べるに留まるであろう。そうであれば、この記述に際して行為者の主観や、他者が予定していた代替行為等が考慮されることはない。それらの事情は、結果が規定された後に、必要であれば因果関係の中身の問題、つまり「結果(発生)を説明する事情」として扱われ、あるいは責任等、刑法理論の異なる段階で論じられることになる。

先述のように、結果を「(不利益) 変更」として把握する立場は、プッペ以外にも見受けられる。彼女の結果規定に特徴的なのは、法益「客体」を変更の対象として明記する点であろう。プッペが「客体の変更」についてどこまで明確に意識しているかは定かでないが、結果を法益客体の不利益変更と捉えた場合、客体の存在、あるいは行為が行われるより以前の開始状況を前提として結果を把握しうる、という利点があると思われる。人が生存していることや器物が存在することは、殺人や器物損壊の構成要件の結果の発生にとって必須の要件である。上述のように、具体的結果観における「構成要件上重要であるか否か」という基準によっては、被害者

を生んだ親や被害者に延命措置を施した医師、あるいは花瓶を製造した陶芸家の存在を、結果規定に取り込むべきか否かについて、区別することができない。しかしプッペの結果規定方法において問題となるのは、「法益客体に生じた不利益変更」である。当該不利益変更の有無を判断する際に重要なのは、「なぜ不利益変更が生じたのか」であって、「なぜ法益客体が存在するのか」ではない。つまり、未だ生存している人間や花瓶といった「そこに存在するもの」の状態が変更されたか否かを問う場合に、「なぜこの人間が生存しているのか」、「なぜこの花瓶が存在するのか」といった事情を説明する必要はない。

更に、生じた変更が「不利益」であるか否かの判断を、問題となる(犯罪)行為が存在しなかった場合ではなく、当該行為が行われた前後で比較検討するならば、行為から遡って「子供を生まなければ」「花瓶を作らなければ」等の事情が問題とされるような、愚かな事態を回避しうる。法益客体の存在は構成要件に該当する不法結果の構成部分ではなく、したがってそれは、不法帰属が問題となる場合に、そもそも因果的説明を要する事情に属さない<sup>(39)</sup>。法益客体の存在それ自体を所与のものとして前提とするのであれば、被害者の親やかつて被害者の生命を救助した医師、花瓶を製作した陶芸家などは、結果規定から除外されることになる。

ところで、結果を「不利益変更」と解した場合には、いくつかの疑問が生じる。第一に、「不利益」か否かの判断には、規範的評価が必要なのではないか。結果を単なる事実の羅列として記述するのではなく、その記述に際しては、記述に含まれるものとそうでないものを区別せねばならない。結果を法益客体の不利益変更と捉えるなら、当該記述に含まれるのは、単なる外界の変更ではなく、法益客体の経験した「不利益な」変更だということになる。そうであれば、我々は必然的に、「何が法益客体にとっての不利益なのか」という評価的・規範的概念を、事案ごとに扱わねばならないであろう。法益客体にとって変更が不利益であったか否かは客体ごとに異なるため、全ての法益客体について、共通の基盤に基づいて「不利益」の有無が判断されるわけではないのである。しかし当然のことながら、このような評価概念に対しては「構成要件上何が重要であるかは明らかでない」という、具体的結果観に対すると同様の批判がなされるであろう。

ここでプッペは、結果記述に受け入れられる事情が「規範的に」正当化されねばならないことを認めるのであるが、しかしこのことは、「個々の結果記述のすべてが評価を表さねばならない、ということの意味するのではない」<sup>(40)</sup>という。彼女によれば、結果概念の規範化は、法適用者によってなされるのではない。「立法者は、この変更を特別な表現で記述することによって、処罰に際してどのような不利益変更が惹起されてはならないか、という点に関する価値判断を法適用者から奪い取った」のであり、「この立法者による結果記述の『具体化』は、刑法上重要なある結果の記述にとって重要な、唯一のものである」。つまり、我々の世界に生じた外界

変動のうち、刑法上重要な結果は、すでに立法者によって、刑法各構成要件において規範化されているのである。法適用者は、この規範を解釈せねばならないが、「規範の解釈が肝要であるがゆえに規範的考慮が必要であることは、この解釈の結論が全く記述的であることを何ら変更しない」<sup>(41)</sup>。そうであれば、刑法各構成要件から正当化しうる結果記述は、せいぜい「人の死」や「物の破損」に留まるであろう。このように、プッペは「刑法各構成要件が規範的であること」と「結果を規範的に記述すること」は区別しようと考えるのである。

しかし、彼女の見解についてはさらなる疑問が生じるであろう。刑法各構成要件から導かれる「人の死」や「物の破損」という結果記述は、従来でも例を見ないほど極端な抽象的結果規定なのではないか。ドイツにおいて抽象的結果観は、具体的結果観からの批判にさらされ、その結果規定方法を維持しえなかったことは周知のとおりであるが、プッペはこのような極端に簡潔な結果規定を行うことで、抽象的結果観に回帰するのであろうか。この点について彼女は、「各構成要件に『定数』を当てはめる」ことで、現実とのすり合わせを行うとする。彼女によれば、「構成要件自体はまさに、その時々々の結果の類型、いわゆる『抽象的結果』を記述するにすぎない。我々は、各構成要件を、特にあらゆる一般概念のように不完全な命題、いわゆる『関数命題 (Satzfunktion)』と解することができる」<sup>(42)</sup>。つまり、数学の計算において、数式の  $x$  や  $y$  に定数を当てはめて答えを導き出すように、結果記述においても、構成要件という不完全な命題に現実の事情を当てはめて、完全な記述を導くのである。先の例で言えば、構成要件から導かれる「人の死」に、「被害者」という現実の事情を当てはめることができよう。このように、現実の事情によって「構成要件を補充することにより、完全かつ真である命題」が獲得される。従来の結果観が主張してきたように、はじめに完全なる具体的結果が我々の前に示されるのではなく、そもそも刑法上の結果それ自体が、我々の一定の概念を基盤としなければ形成し得ないのであって、そしてこの基盤は、各構成要件という形で、立法者によって刑法典の中に示されているのである。

### 3. おわりに

従来から、ドイツにおける因果関係、また日本における条件関係は事実的な連関として把握するのが一般的であった。それゆえに、結果の規定についても、より事実在即していると考えられた具体的結果観が通説的地位を占めたのである。このように、条件関係(因果関係)を事実的連関として把握する見解は、結果惹起を重視し、「行為のせい」で結果が発生したことを確認することこそが条件関係論の役割だと考えているように思われる。このことは、わが国において *c.s.q.n.* 公式を採用する通説の見解が、同時に「仮定的事情の付け加え禁止」という修正公式を肯定してきたことから伺えよう。ここで、行為と結果との間にどのような関係があ

れば結果発生が「行為のせい」といえるのかについては、議論の分かれるところであるが、少なくともその「関係」を問う際に、結果それ自体として主眼が置かれるべきは「当該法益客体」、すなわち被害者側の事情である。結果としての被害者側の事情に、行為としての行為者側の事情が事実的関係を有していたかを確認するのが条件関係判断であり、そのような事実的関係を前提として、更に違法性や責任の有無といった検討が加えられるのである。

また、法益保護に役立つ命令規範のみを考慮するとしても、「まもなく死ぬ定めにある者」を殺害する行為者に対して、当該命令規範が役立たないとはいえないのではないか。少なくとも、命令規範を遵守することによって、「行為者自身が結果を発生させること」は回避しえなくてはならない。さもなければ、被害者は「いずれ死亡するのだから」という理由で行為者の殺害行為を甘受せねばならないことになる。被害者がいずれ死亡したであろうという仮定的判断と、行為者が被害者の死を惹起した、という現実的な判断は明確に区別されねばならない。従来から指摘されるとおり、結果惹起の肯定が、即座に刑罰を根拠付けるわけではないのである。

上述の検討から明らかなように、「不利益変更」の比較対象として仮定的事情を考慮する見解は、刑法の行為規範性、あるいは行為無価値といった観点が、結果規定に必要と見なしている。しかし法益が不利益に変更されたか否か、という問いに回答する際には、あくまで当該法益の側からみて不利益であったか否かが考慮されるべきである。事実として(客観的に)法益が侵害された、という点が確認された上で、行為者の結果惹起行為が許されないものであったか、それが回避可能であったか、といった「行為者側の事情」が順次検討され、その最終的な結論として行為者に結果が帰責されるか否かを判断することは、方法論的にも正しいのではなかろうか。それゆえ、「仮に当該行為がなかったならば」という想定は、少なくとも結果規定の段階では排除され、行為前後での法益客体の状況を確認する、というアプローチを採るべきであろう。

<sup>(1)</sup> 最決平成 15.7.16. 刑集 第 57 卷 7 号 950 頁。

<sup>(2)</sup> 因果関係論において「合義務的代替行為の事例」等と呼ばれるケースである。

<sup>(3)</sup> ロクシンはこのようなケースで因果性を肯定するが、その後の帰属段階で「行為者の行為によってリスク減少が生じた場合には、帰属は除外される」とする。 *Claus Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, In: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen 1970.*

<sup>(4)</sup> *Eric Hilgendorf, Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“, GA 1995, S.515.*

<sup>(5)</sup> *Ingeborg Puppe, Die Erfolgzurechnung im Strafrecht, Baden-Baden 2000.*

<sup>(6)</sup> *Ingeborg Puppe, Der Erfolg und eine kausale*

Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 1980, S.871.

- (7) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(6)) S.871.  
 (8) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(6)) S.872.  
 (9) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.11-13.  
 (10) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.30.  
 (11) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.15.  
 (12) 「付け加え禁止説」等と呼ばれる修正である。  
 (13) 町野朔「犯罪論の展開 I」(有斐閣、1989) 116 頁。  
 (14) *Erich Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht; Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main 1972.  
 (15) *v. Buri* によって主張された見解であり、結果発生に関与したあらゆる事情はすべて等しく結果の「原因」であるとする。  
 (16) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.19.  
 (17) 転轍手事例とは、複線の区間で汽車が走行中、もともと汽車が通る予定であった区間が山崩れで遮断されており、汽車が土砂に衝突して粉々になるであろう、という緊急の状況において、A がとっさに転轍機を切り替え、その結果汽車は左の路線から右側の路線へと進路を変更されたが、しかし右側の路線もまた同様に山崩れによって遮断されていたため、乗客 X は右側の路線で死亡した、という架空の事例である。この場合、仮に A が汽車の乗客を殺害しようと意図して汽車の進路を変更させたとしても、「いずれにしても(左側の路線の山崩れによって)乗客は死亡した」と言える。そのため、この事例に未修正の c.s.q.n. 公式を適用すれば「A の行為なくとも汽車の乗客の死亡あり」となり、A の行為と結果との因果性は否定される。ザムゾンとは、転轍手事例の他にも代替原因が存在し、かつ通説的見解においては「適切な」結論を導くことができない複数の事例を挙げている。  
 (18) 警告事例とは、B が X に殴りかかろうとしていることに気づいた A が、とっさに大声で警告を発し、その声に気づいた X が振り返ったため、B による攻撃が X の後頭部ではなく側頭部に命中した、という架空の事例である。殴打される場所が変わることによって X の死期が早まる場合や、反対に死期が引き延ばされる場合、X が死亡ではなく負傷する場合

など、いくつかのバリエーションが考えられる。

- (19) ドイツの支配的な見解では、等価説に基づき因果性を広く肯定し、その後の検討段階で、行為に結果が帰属される範囲を絞り込む。しかし、たとえばエンギッシュが事例によっては代替原因を考慮する必要があることを認め、そして特に詳細な考察を加えることもなく、代替原因の存在を理由に違法性あるいは責任阻却という結論を導くことについて、ザムゾンはそのような阻却を行う根拠は見出されない、と主張する。*Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.86.  
 (20) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.96.  
 (21) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.98.  
 (22) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.98.  
 (23) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.97.  
 (24) わが国における論理的結合説は、仮定的事情の存在を「刑事責任限定」に役立つと考える点でザムゾンの立場に近いと言えよう。  
 (25) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.101.  
 (26) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.86ff.  
 (27) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.125ff.  
 (28) *Samson*, a.a.O.(Anm.(14)) S.141.  
 (29) *Michael Kahlo*, *Probleme des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1990.  
 (30) *Kahlo*, a.a.O.(Anm.(29)) S.136.  
 (31) *Kahlo*, a.a.O.(Anm.(29)) S.132.  
 (32) *Kahlo*, a.a.O.(Anm.(29)) S.141.  
 (33) *Kahlo*, a.a.O.(Anm.(29)) S.136.  
 (34) *Kahlo*, a.a.O.(Anm.(29)) S.136.  
 (35) *Kahlo*, a.a.O.(Anm.(29)) S.141.  
 (36) *Kahlo*, a.a.O.(Anm.(29)) S.143.  
 (37) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.16-17.  
 (38) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.17.  
 (39) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.18.  
 (40) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.18.  
 (41) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(5)) S.18ff.  
 (42) *Puppe*, a.a.O.(Anm.(6)) S. 879.