

# 琉球大学学術リポジトリ

## 客観的帰属論の批判的考察

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-08-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 青木, 孝之, Aoki, Takayuki メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1569">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1569</a>

## 客観的帰属論の批判的考察

青 木 孝 之

- 一 はじめに
- 二 山中理論を基礎づける規範論
  - 1 客観的帰属論の原型
  - 2 危険無価値の概念について
- 三 山中教授の危険創出連関論
  - 1 危険創出連関論の基本構造
  - 2 危険創出連関論の展開
    - (一) 直接的危険創出行為
      - (1) 高められた危険
      - (2) 許されざる危険創出行為
      - (3) 認識可能な客観的危険創出行為
    - (二) 危険状況創出行為
      - (1) 狭義の危険状況創出行為類型
      - (2) 危険状況促進行為類型
      - (3) 危険状態拡大源設定行為類型
- 四 山中教授の危険実現連関論
  - 1 類型化の基本的視点
  - 2 危険実現連関論の基本構造
  - 3 危険実現連関論の展開
    - (一) 直接的危険への介入類型
      - (1) 外部誘発危険介入類型

- (2) 内部誘発的危険介入類型
- (二) 間接的危険への介入類型
  - (1) 外部誘発的危険介入類型
  - (2) 内部誘発的危険介入類型
  - (3) 不合理行動介入類型
  - (4) 潜在的危険源介入類型
- (三) 状況的危険への介入類型
  - (1) 自然事象・社会制度的反応行動の介入類型
  - (2) 人の不合理行動の介入類型
- (四) 規範的・自己答責的行動介入類型
  - (1) 第二次損害の危険の介入類型
  - (2) 自己答責的行為の介入類型
  - (3) 第三者の故意行為の介入類型
  - (4) 行為者自身の故意行為の介入類型
  - (5) 他人の自己答責的・義務的救助行為の介入類型
  - (6) 残存危険への介入類型

## 五 批判的考察

- 1 方法論に対する疑問
- 2 規範論に対する疑問
- 3 類型論に対する疑問

## 六 帰属基準整理の方向性

## 七 終わりに

## 一 はじめに

いわゆる大阪南港事件最高裁決定（最三小決平成二年一一月一二日刑集四四

卷八号八三七頁)を直接のきっかけに、「相当因果関係論の危機」<sup>(註1)</sup>が叫ばれて久しい。

その間、山中敬一教授は、大著「刑法における客観的帰属の理論」(一九九七年)を世に問い、従来の通説である相当因果関係論に対し、「経験上の通常性」という基準の曖昧さを厳しく批判した上で、明確で具体的・実質的な結果帰属基準定立のためには、既にドイツで通説的地位を獲得している「客観的帰属論」への移行が必要であると、強力な論陣を張った<sup>(註2)</sup>。

客観的帰属論自体は、以前からわが国に紹介されていたが<sup>(註3)</sup>、「危機」と呼ばれる状況の中、相当因果関係論内部での見直し・修正の動きが進んだことも相まって、何人かの論者から、客観的帰属論に対する好意的な評価が示された<sup>(註4)</sup>。しかし、その一方で、帰属基準を細分化する同理論の実用性・有用性に対する疑問や、そもそも同理論の体系的な位置づけに対する疑問などから、その採用について懐疑的な意見も、まだまだ少なくない<sup>(註5)</sup>。このような学説の状況につき、山中教授は、客観的帰属論は「少数説ながら市民権を得るようになってきた」ものの、「いまだその理論そのものに対する理解も十分でな

<sup>(註1)</sup> 井田良「因果関係の『相当性』に関する一試論」・同「犯罪論の現在と目的的行為論」(一九九五年)七九頁以下(初出：法学研究六四巻(一九九一年)一一号一頁以下)

<sup>(註2)</sup> 本文に掲示した、山中敬一「刑法における客観的帰属の理論」(以下、「山中・客観的帰属の理論」と略記する)(一九九七年)九五頁以下。

<sup>(註3)</sup> 山中・客観的帰属の理論に所収された初期の各論考のほか、斉藤誠二「いわゆる客観的な帰属の理論をめぐる」警察研究四九巻八号(一九七八年)三頁以下、下村康正「ドイツ刑法学に於けるいわゆる客観的帰属の理論」法学新報七九巻九号一頁以下。

<sup>(註4)</sup> 松生光正ほか(共著)「刑法教科書総論(上)」(一九九四年)一五八頁以下、振津隆行「刑法における因果関係の意義」(「刑法基本講座・第二巻」(一九九四年)所収)、山口厚「問題探求刑法総論」(一九九八年)二八頁以下、木村光江「相当因果関係論から客観的帰属論へ?」研修五六六号三頁以下、斉藤信治「刑法総論[第三版]」(一九九八年)など。

<sup>(註5)</sup> 大塚仁「刑法概説(総論)[第三版]」(一九九七年)一七八頁、大谷實「刑法講義総論[第四版補訂版]」(一九九六年)一七四頁、板倉宏「新訂刑法総論」(一九九八年)一二一頁以下、前田雅英「刑法総論講義[第三版]」(一九九八年)一八五頁以下など。

く、また、「相当因果関係説からの批判も始ま」っており、「真にわが国の刑法学に根づくための試練の時期を迎えている」と述べておられる<sup>(註6)</sup>。

客観的帰属論は、実行行為論、因果関係論、違法論及び過失犯論と交錯する性質を持った法原理や、細分化された帰属基準の集合体というべきものであって、相当因果関係論の単なる代替理論にとどまらない性質を内包している<sup>(註7)</sup>。また、一口に客観的帰属論と言っても、母国ドイツにおいても、またわが国においても、論者によりその内容には様々なバリエーションがある<sup>(註8)</sup>。他方、これに反論する立場にあるわが国の相当因果関係論に目を向けても、その内部に折衷説と客観説の対立を残したまま、論者ごとに具体的基準定立の試みがなされてきたのは、周知のとおりである<sup>(註9)</sup>。したがって、問題の本質は、「客観的帰属論か、相当因果関係論か」と二者択一的に単純化できる性質のものではない<sup>(註10)</sup>。

<sup>(註6)</sup> 山中敬一「わが国における客観的帰属論の展望」現代刑事法四号（一九九八年八月）四頁以下。

<sup>(註7)</sup> 曾根威彦教授は、その論考「客観的帰属論の体系論的考察—ロクシンの見解を中心に—」（以下、「曾根・体系論的考察」と略記する。）西原春夫先生古稀祝賀論文集・第一巻（一九九八年）六五頁以下において、客観的帰属論が、実行行為論、因果関係論、違法論及び過失犯論にまたがる性質を持ったものであることを、明らかにしておられる。

<sup>(註8)</sup> 山中・客観的帰属の理論二八〇頁以下。

<sup>(註9)</sup> 例えば、前田雅英教授は、かねてから、基本的に客観説が妥当であるとした上で、いわゆる狭義の相当性につき、①実行行為に存する結果発生の確率の大小、②介入事情の異常性の大小、③介入事情の結果への寄与の大小の3点を総合考慮して、結果を実行行為に帰属せしめるか否かを判断すべきだと主張しておられた（同「刑法総論講義」[第三版]（一九九八年）一七九頁以下）。

<sup>(註10)</sup> 山口厚「問題探求刑法総論」（一九九八年）二八頁以下（前出注4）は、客観的帰属論に好意的な立場から、相当因果関係説の基本的な枠組みを維持しつつも、「客観的帰属論の帰属基準の枠組み自体は十分採用することが可能」であり、「拒絶ではなく」、「実質的検討が要請される」としている。

これに対し、前田雅英「刑法総論講義」[第三版]（一九九八年）（前出注9）一八五頁は、「狭義の相当性判断は、行為時の相当性判断を中心としてきた相当因果関係論より、客観的帰属論として説明する方が理論的であるが」と一定の理解を示しつつも、「相当因果関係という概念が浸透しているわが国では、……相当性判断の実質化を図るのが最も合理的であろう」としている。

いずれの見解も、客観的帰属論と相当因果関係論が、単純な二律背反の関係に立つものではないことを前提にしているといえよう。

本稿においては、そのことを留保した上で、幾つかの優れた論考<sup>(註11)</sup>に導かれつつ、実務的な観点も交えて、わが国における「ミスター客観的帰属論」というべき山中教授の提唱する見解を整理し、若干の考察を試みてみたい。

## 二 山中理論を基礎づける規範論

### 1 客観的帰属論の原型

前述のとおり、論者によってバリエーションはあるものの、母国ドイツにおける客観的帰属論は、まず、結果との間に条件関係のある行為が法的に許されない危険を創出したかを判断し（危険創出連関）、次いで、当該危険が構成要件の予定する結果に具体的に実現したかを判断して（危険実現連関）、帰責の有無を決することを概ね共通の枠組みとする<sup>(註12)</sup>。この枠組みにおいては、「法的に許されない危険を創出したか」というすぐれて規範的な評価の判断方法を巡って類型化の試みがなされる。それとともに、このような危険の創出が肯定された場合、これを当該行為に帰属せしめるか否かの判断のため、例えば、因果の流れに介在した事情が危険を増加させる方向に働いたか否か、当該介在事情が当該構成要件に組み込まれた規範の保護範囲内にあったか否かなどを、

<sup>(註11)</sup> 主なものとして、① 曾根・体系論的考察（前出注7）、② 曾根威彦「客観的帰属論の規範論的考察」（以下、「曾根・規範論的考察」と略記する。）早稲田法学七四巻四号（一九九九年）一五七頁以下、③ 曾根威彦「客観的帰属論の類型論的考察—山中教授の危険実現連関を中心として—」（以下、「曾根・類型論的考察」と略記する。）宮澤浩一先生古稀祝賀論文集・第二巻（二〇〇〇年）一九二頁以下、④ 林陽一「わが国における客観的帰属論—最近の展開をめぐって」（以下、「林・わが国における客観的帰属論」と略記する。）千葉大学法学論集一三巻一号（一九九八）二二三頁以下が、ある。

<sup>(註12)</sup> 相当因果関係論の枠組みになぞらえていえば、危険創出連関がいわゆる判断基底（あるいは「広義の相当性」）の問題に、危険実現連関が因果の相当性（同じく「狭義の相当性」）の問題に概ね対応するものとイメージして、間違いではなさそうである。川端博・前田雅英・伊東研佑・山口厚「徹底討論・刑法理論の展望」（二〇〇〇年）九頁以下及び三〇頁以下参照。

分析的に検討していくことになる<sup>(註13)</sup>。

わが国における従来からの通説である相当因果関係の一般的な枠組みは、複数存在する危険要因をどこまで判断資料に取り入れるかを判断基底のレベルで画定した上、それを前提に、行為から結果に至る因果の流れが経験則上通常なものといえるかどうかを判断し、結果の行為に対する帰属を決するというものであった<sup>(註14)</sup>。これと対比すると、客観的帰属論が提示する、様々な帰属原理を組み合わせて類型ごとに帰属の可否を決していく手法は、その具体性・類型性・実質性において、優れたものを持っていた。

ただ、同理論は、行為規範違反を違法の実質とみる傾向の強いドイツ流の違法性論を基盤に論じられてきたので、結果無価値を重視する論者からは、規範的色彩の強い行為無価値的なものである旨の批判も向けられていた<sup>(註15)</sup>。

## 2 危険無価値の概念について

山中教授は、客観的帰属論が行為無価値的傾向を持つとの前記の批判につき、まず、ドイツの客観的帰属論の背景にも多様な不法論・犯罪体系論理解がある<sup>(註16)</sup>ことを前提に、個別的に考えなければならない問題であるとする。その上で、行為無価値及び結果無価値の他に「危険無価値」という独特の不法概念を設定することにより、結果無価値論から客観的帰属論が展開できると主張する<sup>(註17)</sup>。

<sup>(註13)</sup> ドイツ及びオーストリアにおける学説及び判例については、山中・客観的帰属の理論の第四章「客観的帰属論の理論史的考察」二八〇頁以下に詳述されている。なお、本文の記述は、いわばモデルとしての一般的な枠組みを描写したものであって、特定の学説に関するものではない。

<sup>(註14)</sup> 山中・客観的帰属の理論二四頁以下

<sup>(註15)</sup> ロクシンの見解に批判的なものとして、例えば、曾根・規範論的考察（前出注11）一七七～一七八頁。

<sup>(註16)</sup> ドイツの各論者の規範論については、山中・客観的帰属の理論三八四頁以下及び曾根・規範論的考察（前出注11）一五八頁～一七八頁。

<sup>(註17)</sup> 山中・客観的帰属の理論四二九頁

同教授の主張の詳細は、次のようなものである。行為規範は確かに第一次的には法益保護の観点から定立されているが、制裁規範（評価規範）とは無関係に予防的な行動をとるようにも作用し得るものだから、法益保護との関連は必ずしも必然的ではない。そうだとすると、具体的に発生した法益侵害結果とは無関係な（したがって、評価規範に違反したとは評価し得ない）危険創出行為も存在し得るはずであり、行為規範と評価規範は本来別個のものである。結果犯においては、結果発生防止のための評価規範が基礎となっており、その基礎に立った上で、それを前傾化し、結果発生を招きかねない行為に働きかけるために行為規範が置かれているにすぎない。すなわち、結果犯においては、まず結果発生防止のために評価規範があり、結果が発生した場合に評価規範違反（結果無価値）が生じる。客観的帰属は、この結果をもたらした行為の範囲を画定するためのものである。ただ、評価規範は、人の行為に対しては間接的に作用するものでしかなく、行動の制御に直接働きかけるのは、評価規範を背後にしのばせた、いわば出先機関としての行為規範である。しかし、行為規範は、上述の意味であくまで二次的なものでしかなく、行為規範違反が生じた場合でも、原則として、評価規範は背後にとどまったままで、結果無価値が基礎付けられることはない。ただし、結果が発生しなくても、危険が創出された場合には、その時点で行為無価値が存在するのはもちろんのこと、評価規範も出動準備の態勢に入り、一応の無価値判断が行われて、結果無価値の推定を働かせる「危険無価値」の状態が出発する。この「危険無価値」の判断は、あくまで事前的判断であり、推定されるに過ぎないものであるが、創出された危険が具体的な危険状態に至った場合には、評価規範が事後的にそのことを判断し、未遂処罰を基礎付ける「危険状態無価値」（危殆化無価値）の存在が確認される。また、創出された危険が結果に実現した場合には、「結果無価値」の評価が確定され、それが行為に帰属されることになる。このような規範構造の下では、行為無価値は、形式犯においては行為規範違反と同時に評価規範違反の対象と

なるが、結果犯や具体的危険犯においては行為規範違反ではあっても評価規範違反ではあり得ない。従来行為無価値と呼ばれていたものの一部は、ここでは「危険無価値」として評価されることになるが、これとて最終的な結果無価値（評価規範違反）と直接の関係はない。以上のような規範論を採用することによって、行為無価値論の桎梏から脱却し、結果無価値論の立場から客観的帰属論を展開することが可能になるのである<sup>(註18)</sup>。

山中教授は、上記のような独特の規範論に基づき、事實的・經驗的基準と規範的基準を併用し、幾つかの指導的な原理の下にさらに下位基準を設定して、細分化された類型ごとに帰属を決する精緻で複雑な体系を構築する。その全体は膨大な分量に及び、具体的な帰属基準をすべて紹介することはできないが、本稿が目的とする考察に必要な限度で、次章で危険創出連関論の概要を示し、次々章で危険実現連関論の概要を示すことにする<sup>(註19)</sup>。

### 三 山中教授の危険創出連関論

#### 1 危険創出連関論の基本構造

同教授は、まず危険創出連関について、行為自体の持つ危険性に着目し、① 法益侵害の結果が典型的に生じ得る直接的な危険を発生させる行為（直接的危険創出行為）と、② 直接的な危険を生じるわけではないが、別の介在事情

---

<sup>(註18)</sup> この段落全体につき、山中・客観的帰属の理論四二六～四二九頁

<sup>(註19)</sup> 山中教授の理論として本稿に記載されたものは、山中・客観的帰属の理論の記述に基づき、筆者の責任において要約したものである。できる限り原文を損なわないよう記述したつもりであるが、もし不正確な点や誤解に基づく点があるならば、それは筆者の非力に由来するものである。

なお、林・わが国における客観的帰属論（前出注11）二二三頁以下は、山中教授の展開する類型論と帰属基準を、図表を用いて分かりやすく整理した上で論じている。併せて参照されたい。

(特に第三者の介入行為)を誘発して、法益侵害結果が生じかねない危険を発生させる行為(危険状況創出行為)とに大別する<sup>(註20)</sup>。

その上で、次項で詳しくみるとおり、前者を(a)高められた危険、(b)許されざる危険創出行為及び(c)認識可能な客観的危険創出行為の三類型に分類する。また、後者を(d)狭義の危険状況創出行為類型、(e)危険状況促進行為類型及び(f)危険状態拡大源設定行為類型の三類型に分類する。

## 2 危険創出連関論の展開

### (一) 直接的危険創出行為

殴打、危険な器具・武具の使用、無謀な高速度運転、毒薬投与等の典型的な法益侵害行為がこれに属する。直接的危険創出行為には、被害者めがけて至近距離から銃を放つ場合のように、差し迫った危険状態を惹起する場合があります。その一方で、毒薬を送付する場合のように、時間的・空間的には結果発生との間に隔たりがあるが、因果的には強い結びつきを持っている場合も考えられる<sup>(註21)</sup>。

#### (1) 「高められた」危険<sup>(註22)</sup>

故意行為・過失行為を問わず、直接的危険創出が肯定されるためには、当該行為によって法益侵害結果発生の危険が「高められた」ことが必要である。一般には、日常生活の上で社会的に相当とみなされる通常の行為は、特別に危険を高める行為ではないので、直接的危険創出を伴わない行為といてよい。同教授によれば、落雷による死を願って雷雨の日に森に行かせる事例や、飛行機事故による死を願って飛行機旅行を勧める事例は、「高められた」危険が存在せず、危険創出が否定されることになる。

<sup>(註20)</sup> 山中・客観的帰属の理論四三三～四三四頁

<sup>(註21)</sup> 山中・客観的帰属の理論四三四頁

<sup>(註22)</sup> この項の記述につき、山中・客観的帰属の理論四三四頁

(2) 「許されざる」危険創出行為<sup>(註23)</sup>

自動車を高速度運転する行為は、死亡事故発生の危険を創出する行為と言わざるを得ないが、制限時速内の走行であって、かつ他の安全運転義務も尽くしている場合は、法的に許された危険創出行為とすることができる。この例から分かるとおり、ある程度の危険を伴う行為が前提とされ、そのための行動準則が定められている場合に、危険創出が肯定されるためには、当該危険創出が法的に「許されざる」ものであることを要する。

なお、「高められた」危険類型と「許されざる」危険創出行為類型の区別は、必ずしも容易ではないが、大雑把な基準としては、行為それ自体がそもそも法規制の対象とならない日常的行為である場合には前者の問題、立法者による利益衡量の結果、特に許された危険行為と考えられる場合には後者の問題と、位置づけることができる。

(3) 「認識可能な」客観的危険創出行為<sup>(註24)</sup>

例えば、野原でキャッチボールをしていて、Aの投げたボールが、たまたま埋められていた爆弾の信管に当たって爆弾が爆発し、キャッチボールの相手方Bが死亡した事例を考えてみる。この場合、キャッチボールの方法について、一般的な注意義務の他に行動準則があるわけではないから、「許されざる」危険創出行為類型とは、明らかに異なる。また、純粹客観的に見れば、爆弾がその場所に存在する以上、Aの行為により危険発生の危険が高められたといわざるを得ないが、爆弾の存在は一般人には認識不可能であるから、この場合の「高められた」危険は、客観的には存在するものの、認識不可能なものである。

このように、行為そのものの外見上の危険性は低いですが、当該行為時にすでに存在した事情の介在によってはじめて結果が発生した場合、介在事情の存在が一般人にとって認識不可能なものであれば、原則として危険創出は否定される。

<sup>(註23)</sup> この項の記述につき、山中・客観的帰属の理論四三四～四三五頁

<sup>(註24)</sup> この項の記述につき、山中・客観的帰属の理論四三六～四三七頁

これに対し、行為者が介在事情の存在を特に知っていた場合は、「認識可能な」客観的危険創出行為類型として、外見上危険性が低く見える当該行為によって直接的な危険が創出されたものとして、危険創出が肯定されることになる。

## (二) 危険状況創出行為

直接的な危険の創出には至らないが、行為者が、事後的に被害者や第三者の行為が介入することが予想される危険な状況を創出したことをもって、客観的帰属が肯定されるのが危険状況創出行為の類型である。例えば、市街地にため池を掘った者が、池の周りの壊れた柵をそのまま放置したため、そこから子供が入って池に転落し、溺死した事例<sup>(125)</sup>があるとす。この事例における行為者の放置行為が、危険状況創出行為の一例である。

この類型においては、創出された危険は間接的なものなので、帰属が肯定されるためには、規範違反的な行為であることが要求される<sup>(126)</sup>。

### (1) 狭義の危険状況創出行為類型<sup>(127)</sup>

上記のため池事例のように、危険状況の創出によっては、いまだ具体的危険が生じたとはいえないが、その後被害者の行為などが介入することによって、具体的危険が現実化した場合が、この類型に属する。この類型は、もともと他人の身体・生命に対する危険が予想される物・施設に関する管理責任が問題となる事例群に由来するものであり、その意味で、不作為犯論における保障人的地位を基礎付ける根拠の1つである管理義務類型と重なる面がある。しかし、管理義務類型が、危険源が法益に対する具体的危険状況を発生させた場合にも問題となるのに対し、危険状況創出行為類型は、かかる具体的危険状況発生以前に限られる点で、完全に一致するものではない。すなわち、すでに具体的危

<sup>(125)</sup> 東京高判昭和六二年四月七日・判例タイムズ六五二号二六〇頁参照。

<sup>(126)</sup> 山中・客観的帰属の理論四三七頁

<sup>(127)</sup> この項の記述につき、山中・客観的帰属の理論四三八～四四〇頁。

険が生じた場合には不作為犯の問題となるが、それ以前の段階においては、危険状況創出行為の問題であり、不作為犯ではなく作為犯の問題となりえるのである。

危険状況創出の有無がとくに問題になるのは、第一行為者が一定の危険状況を創出した後、第三者ないし被害者の故意または過失が介在し、結果の発生に至る事例群においてである。第一行為者の故意行為に第二行為者が過失的態様で関与した場合は、次の類型で検討するように、結果の帰属が肯定されるのは、すでに存在した一定の危険状況を介在事情が促進した場合に限定されるであろう。これに対し、第一行為者の過失行為に第二行為者が過失的態様で関与した場合には、理論的には、まず第一の過失行為における危険創出の有無が問われなければならない。しかし、その判断は容易でないことがありえるので、そのような場合には、帰属の有無は、危険実現連関の判断に委ねられることになる。

## （2）危険状況促進行為類型<sup>(1220)</sup>

危険状況がすでにかなり明白となっており、行為者の介入行為によって、その危険状況が本質的に促進された場合は、危険状況促進行為類型として危険創出が肯定される。この類型においては、すでに存在する危険状況から、特定の第三者の故意行為・過失行為ないし被害者の行為が介入する蓋然性がかなり明確であり、この点において、それがいまだ明白かつ特定の予測できず、一般的な蓋然性にとどまる狭義の危険状況創出行為の事例群と異なる。

ところで、ロクシンは、第一の危険な行為に故意行為が介入して結果が発生した場合、第一の過失行為者に結果の帰属が認められるかという問題につき、「明白な犯行に至る流れの促進」を結果帰属の基準としており、この事例群を危険実現連関に位置づけているものと考えられる。しかしながら、彼が典型例

---

<sup>(1220)</sup> この項の記述につき、山中・客観的帰属の理論四四〇～四四三頁。

として挙げる、他人が故意行為の手段・道具として利用する物を不注意に管理した事例は、そもそも、行為時にある程度の危険状況が存在することを前提にし、これがさらに促進されたかどうかという形で問題にすべきである。例えば、自殺しようとして、戸棚に鍵をかけずに毒薬を入れておいた行為は、危険創出を行ったものといえるが、たまたま立ち寄った居酒屋の隅に猟銃を立てかけておいた猟師の行為は、危険状況促進行為でない限り、そもそも危険創出が否定されるべきである。彼は、危険創出を問題とすべき事案を、危険実現が問題となる事案と混同する誤謬を犯しているのである。

### (3) 危険状態拡大源設定行為類型

川治プリンスホテル火災事件最高裁決定<sup>(注29)</sup>の事例においては、ホテルの実質的経営者たる取締役は、消防計画を作成し、避難誘導訓練を実施すべき注意義務及び防火戸・防火区画を設置すべき義務が認定された。当該取締役は、これらの義務に違反することによって、火災が発生する危険状況それ自体を創出したのではなく、むしろ、別の原因によって火災が発生して具体的危険状態に至ったときに、被害拡大を防止するために機能すべきシステムとして、欠陥のある防災システムを構築してしまったとみることができる。このような欠陥のあるシステムを構築する行為は、いわば「危険状態拡大源」を設定する行為であって、上記の事例のように、法規上の安全義務に違反し、具体的な危険状況が発生した場合に、当該危険状況を拡大するような危険の源泉を設定する行為は、「危険状態拡大源設定行為」として類型化される<sup>(注30)</sup>。

<sup>(注29)</sup> 最一小決平成二年一月一六日・刑集四四卷八号七四四頁

<sup>(注30)</sup> 山中・客観的帰属の理論四四七～四四八頁

## 四 山中教授の危険実現連関論

危険創出連関において危険創出が肯定された場合は、続いて、創出された危険が最終的に発生した結果の中に実現したか否かが、危険実現連関において判断されることになる。

### 1 類型化の基本的視点

山中教授は、次のように説く。危険実現判断においては、危険創出判断によって確定された「第一次的に創出された危険」が結果に実現されたかどうかを問う判断がその中心であり、このような判断を行うという目的からは、第一次的危険の性質（例えば、第一次的危険が、それ自体危険として「大」か「小」か）がまず問われるべきことはいうまでもない。しかし、帰属が問題になる事案が、第一次的危険の展開途中に別の第二次的危険が介入して結果に至る特徴をもっていることからすれば、第一次的危険の性質は、それ自体としては意味を持たず、むしろ第二次的危険との相関関係の中でのみ意味を持つものであることは自明の理である。このような観点からすれば、当該第一次的危険がどのように生成し、どのような消長をたどったか、そして、その消長過程のどの段階で第二次的危険が介入したかが、基礎的視点となりえる。すなわち、第二次的危険が、第一次的危険に由来する結果惹起の危険がいまだ高度のものである間に介入したのか、すでに平常化に向かった後に介入したのか、あるいは、条件関係は否定できないものの、ほとんど鎮静化した後に介入したのか、第一義的な意味を持つ（ただし、危険創出における2つの大きなタイプのうち、危険状況創出類型については、第一次的危険がすでに準平準化した段階において、とくに「人の行為」の介入をまって具体的危険状態が発生せしめられるので、上記のような危険段階論は、そのままでは妥当しない。）<sup>(註31)</sup>。

次に、創出された第一次的危険の展開過程において、結果に至るまでの間に、

どのような形態で第二次的危険が介入するかに着目して、第二次的危険の類型化が行われるべきである。この類型化は、危険の実現ないし因果の相当性が問題となる事案の総合的分析によって得られるものであるが、従来の議論にみられたように、例えば、第二次的危険が第三者の故意行為によって介入したものであるか、被害者の過失行為によって介入したものであるか、あるいは、生活の中で一般的に生じうる危険であったかなどと、これまで実際に問題となった、あるいは観念的に想定された類型を単に列挙して分析するものではない。社会事象としての危険創出行為が、危険発生の後いかなる経過をたどるか、あるいはどのような危険がどのような動因のもとに介入するかを、帰納的かつ演繹的に考察するものである<sup>(132)</sup>。

上述したところから、帰属基準は、各事例群の類型に応じて具体的なファクターを分析しながら多角的に展開されることになる。その際の指針は、危険概念と規範射程論である。危険概念は、なるべく因果的・物理的な観点から形成されるべきであるが、人間社会が自然的な事実からのみ構成されるものでない以上、人の行動の動機連関や意味、ないし社会システムなどを考慮しなければ、危険性に関する判断は不可能である。その一方で、規範射程論といえども、規範から演繹的に導出される価値評価にとどまることはできず、因果的に介入する個々の事実の意味の確定にあたっては侵入せざるを得ない。例えば人の行動が介入した場合において、それが法的義務に基づく行為なのか、あるいは任意の自己危殆化なのか、事実としての行動に対する規範的評価を抜きにして、帰属判断にとっての重要性を判断することはできないのである。以上のことから、

<sup>(131)</sup> 山中・客観的帰属の理論四八八～四九〇頁、四九四～四九五頁。

なお、本文括弧書き内の「とくに『人の行為』の介入をまって具体的危険状態が発生せしめられるので」との部分につき、山中教授は、注を付して、「なぜなら、自然現象の介入については、客観的確率に基づく『高められた危険』の事例として処理されるからである。」と述べておられる(同書五〇八頁・注(91))。

<sup>(132)</sup> 山中・客観的帰属の理論四九〇頁

危険実現連関論における実際の帰属判断は、事實的・経験的判断を中心とする帰属基準と、目的的・規範的判断を中心とする帰属基準を、事案に応じて組み合わせる用いることになる<sup>(註33)</sup>。

## 2 危険実現連関論の基本構造

上述のような考察に基づき、山中教授は、まず、第一次的危険として発生した危険がどのような段階にあるのかという点に着目し、①直接的危険類型、②間接的危険類型、③状況的危険類型、④残存危険類型の区別を大雑把な帰属基準の一部として掲げる。その上で、介入事象の性格である、⑤外部誘発的危険であるか、⑥内部誘発的危険であるかの区別、さらには、介入事象の種類としての、⑦自然事象か、⑧社会的異常事象か、⑨一般的生活危険か、⑩救助システムの不作動ないし誤作動の介入か、⑪人の行動の介入かも、帰属基準の一部であるとする。同教授によれば、人の行動は規範によって意味づけられることが多いから、とりわけ人の行動が介入した類型においては、その介入事情の規範的意味が重要である。したがって、とくにこの類型において、目的的・規範的判断を中心とする帰属基準が意味を持つという<sup>(註34)</sup>。ただし、上述したところは、あくまで「類型化の基礎カテゴリー」であって、具体的な帰属基準展開のための準備作業にすぎない<sup>(註35)</sup>。同教授が実際に展開する危険実現連関論は、詳細かつ膨大なものであって、数段階に枝分かれした分類作業の結果、そこに掲げられた具体的な類型は、全部で六〇以上に及ぶ<sup>(註36)</sup>。ここでは、三段階までの細分化の限度にとどめ、同教授の危険実現連関論の基本構造を概観してみよう。

<sup>(註33)</sup> 山中・客観的帰属の理論五〇六～五〇七頁

<sup>(註34)</sup> 山中・客観的帰属の理論五〇七頁

<sup>(註35)</sup> 山中・客観的帰属の理論五〇八頁

<sup>(註36)</sup> 林・わが国における客観的帰属理論（前出注11）二二九～二四五頁の各図表を参照されたい。

「山中・客観的帰属の理論」第七章（同書五〇九頁以下）によれば、直接的危険創出類型で論じられた上記四つの危険段階（上記①～④）のうち、直接的危険類型、間接的危険類型及び状況的危険類型の三類型に<sup>(137)</sup>、危険段階の考え方とは異なる角度から類型化された「規範的・自己答責的行動介入類型」（後記3（四）で詳しくとりあげる）を加えた合計四つの類型が、まず大項目として立てられる。

直接的危険類型（上記①）は、外部で誘発された危険が介入した類型（外部誘発的危険介入類型・同⑤）か、あるいは、第一次的危険の内部で誘発された危険が介入した類型（内部誘発的危険介入類型・同⑥）かによって二分される。前者は、第一次的危険が第二次的危険によって修正されたに過ぎないか（危険修正）、新たな具体的結果の発生に向けて転換されたか（危険転換）によって、さらに二分される。また、後者は、介入事象の種類（同⑦以下参照）によって、自然事象介入類型、日常生活危険介入類型、社会制度的反応行動介入類型及び潜在的危険源介入類型の四つに、さらに分けられる<sup>(138)</sup>。

間接的危険類型は、外部誘発的危険介入類型（上記⑤）及び内部誘発的危険介入類型（同⑥）に、不合理行動介入類型と潜在的危険源介入類型を加えた四つの類型に、まず分けられる。外部誘発的危険介入類型は、直接的危険類型の場合と同様に、危険修正か、危険転換であるかによって二分される。内部誘発的危険介入類型は、介入事情の性質・態様や第一次的危険との関係等によって、

<sup>(137)</sup> 残存危険類型は、創出された第一次的危険が展開していく過程を考える上では、独立した類型としての意味を与えられているが（山中・客観的帰属の理論四九七頁の図参照）、実際の危険実現判断においては、独立した項目として扱われていない。山中教授によれば、残存危険類型とは、創出された直接的危険が平常化・鎮静化した後に、行為客体に残存している効果のゆえに結果が発生した場合のことで、例えば、片足を失った被害者が、一〇年後に足がないことによって転倒して死亡した事案がこれにあたる。この類型では、予見可能性の有無に関わらず、規範的観点から帰属が否定されるのが通常であるという（同書四九七頁）。

<sup>(138)</sup> 山中・客観的帰属の理論五一〇頁以下。なお、林・わが国における客観的帰属理論（前出注11）二三九頁の表3参照。

物理的変転危険介入類型、病状変転的危険介入類型及び社会制度的反応行動介入類型の三つに分けられる。不合理行動介入類型は、介入事情の性質・態様によって、準反射的行動の介入類型、物理的・心理的準強制行動介入類型（追跡・逃走事例）、被害者の準自発的行動介入類型、被害者の過失行為の介入類型及び第三者の過失行動の介入類型の五つに分けられる。最後に、潜在的危険源介入類型は、危険源の性質によって、行為事情内在的危険源類型と行為客体内在的危険源類型に二分される<sup>(註39)</sup>。

状況的危険類型は、まず、自然事象・社会制度的反応行動の介入類型と人の不合理行動の介入類型に大きく二分され、後者は、さらに、被害者の不合理行動介入類型、第三者の不合理行動・過失行為の介入類型、行為者の行為の介入類型及び危険状況創出行為への介入類型の四つに分けられる<sup>(註40)</sup>。

規範的・自己答責的行動介入類型は、第二次損害の危険の介入類型、自己答責的行為の介入類型、第三者の故意行為の介入類型、行為者自身の故意行為の介入類型、他人の自己答責的・義務的救助行為の介入類型及び残存危険への介入類型の六つに、まず分けられる。自己答責的行為の介入類型は、意識的自己侵害行為の介入類型と意識的自己危殆化行為の介入類型に二分される。第三者の故意行為の介入類型も、危険創出行為後の介入類型と危険状況創出行為後の介入類型（過失共犯が問題になりうる類型）に二分される。さらに、他人の自

<sup>(註39)</sup> 山中・客観的帰属の理論五三二頁以下。なお、林・わが国における客観的帰属理論（前出注11）二四〇～二四一頁の表4参照。

<sup>(註40)</sup> 山中・客観的帰属の理論六三四頁以下。なお、林・わが国における客観的帰属理論（前出注11）二四二～二四三頁の表5参照。

ちなみに、山中教授によれば、被害者の不合理行動介入類型、第三者の不合理行動・過失行為の介入類型及び行為者の行為の介入類型は、創出された直接危険が準平常化し、そのみでは結果発生力を失った状況的危険段階に、人が事後的に不合理な行動をもって介入する事例群に属し、他方、危険状況創出行為類型は、同時的ないし事後的な人の不合理行動の介入がなければ、危険創出行為かどうか判断できないような危険状況創出行為に、実際に人の不合理行動が介入した事例群に属するという（山中・客観的帰属の理論七〇〇頁）。この点については、本文の後記4（三）（2）で詳しくみることになる。

己答責的・義務的救助行為の介入類型にも、自己答責的救助行為の介入類型と法義務的行為の介入類型の二類型がある<sup>(註41)</sup>。

### 3 危険実現連関論の展開

本項では、前項で示した基本構造を敷衍して、山中教授の展開する危険実現連関論を、やや詳しくみることにする。

#### (一) 直接的危険への介入類型

創出された危険が、当該結果の発生に対して直接の大きな結果惹起力を持ち、通常の因果経過の流れがそのまま進行すれば、その危険から生じ得る典型的な結果に至るはずの経過に別の第二次的危険が介入したため、予想外の具体的結果が発生した場合が、この類型に属する<sup>(註42)</sup>。

##### (1) 外部誘発危険介入類型<sup>(註43)</sup>

介入する第二次的危険の危険源となる重要部分が、創出された第一次的危険によって内部的に誘発されたものではなく、外部で誘発されたものであった場合には、第一次的危険と第二次的危険の寄与度、すなわち、いずれの危険が結果発生に決定的な動因を与えたかによって危険実現の有無が判断される。

##### (ア) 直接的危険修正の事例

第一次的危険の物理的危険力が極めて大きく、介入した第二次的危険が第一次的危険の継続を遮断して新たな危険系列を開始するに至らず、第一次的危険にいわば圧倒され、飲み込まれてしまったと評価できる場合は、介入事情の異常性を問題にすることなく、直接的危険創出行為に対する結果の帰属が肯定される。これが、直接的危険修正の事例である。いわゆる大阪南港事件最高裁決

<sup>(註41)</sup> この段落につき、山中・客観的帰属の理論七〇八頁以下。なお、林・わが国における客観的帰属理論（前出注11）二四四～二四五頁の表6参照。

<sup>(註42)</sup> 山中・客観的帰属の理論五一〇～五一二頁。

<sup>(註43)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論五一二～五一八頁。

定（最三小決平成二年一月二〇日・刑集四四卷八号八三七頁）の事案<sup>(註44)</sup>も、この事例群に属する。

#### （イ）直接的危険転換の事例

第一次的危険がほぼ必然的に予定された具体的結果に向かって経過しているところ、介入した二次的危険が、それとは別個の新たな具体的結果への結果惹起力を与え、上記経過を別方向に転換させた場合は、危険実現連関が否定されることが多い。これが直接的危険転換の事例である。

#### （2）内部誘発的危険介入類型<sup>(註45)</sup>

直接的危険への介入類型ではあるが、介入した二次的危険の危険源の動因の主要部分が、第一次的危険の内部にあり、いわば内部で誘発されたものであった場合は、この類型に属する。この類型においては、一般に、二次的危険が、第一次危険に付随する経験上通常な危険であるか否かが重要な意味を持つ。実際の帰属判断基準は、介入危険の種類により、さらに細かく分かれる。

#### （ア）自然事象介入類型

例えば、堤防の上で他人をナイフで突き刺したところ、重傷を負った被害者が川に落ち溺死した場合においては、当該行為の具体的状況から二次的危険が経験上通常生じ得るものといえ、第一次的危険の創出時に結果発生に対する支配可能性が肯定できる。このような場合は、危険実現連関が肯定される。

<sup>(註44)</sup> 裁判所が認定した事実関係の概要は、以下のようなものである。被告人Xは、某日午後八時から九時ころまでの間、自己の営む飯場（三重県）において、被害者Vに対し、洗面器の底や皮バンドでその頭部等を殴打するなどの暴行を加え、その結果、恐怖心による心理的圧迫等によってVの血圧を上昇させ、内因性高血圧性橋脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた。その後、Xは、Vを大阪市住之江区南港所在の建材会社の資材置場まで自動車で運搬し、同日午後一〇時四〇分ころ同所に放置して立ち去ったところ、Vは、翌未明に内因性高血圧性橋脳出血により死亡した。Vは、Xに放置された後、この資材置場にうつ伏せの状態で倒れていたものであるが、その生存中、何者かによってその頭頂部を角材で数回殴打されていた。この暴行は、既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血を拡大させ、幾分か死期を早める影響を与えたものであった。

<sup>(註45)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論五一頁、五一八～五二九頁。

これに対し、雷雨の日に、堤防の上で他人を突き刺して逃走しようとしたところ、突き刺さったナイフに落雷があって、被害者が死亡した場合には、経験上の通常性が否定され、危険支配可能性があったとはいえないから、危険実現連関が否定される。

(イ) 日常生活危険介入類型

創出された直接的危険に誘発されて第二次的危険が介入するが、それが、その創出危険特有の危険とはいえず、どこにでもある日常生活上の危険だという場合がある。交通事故で被害者に瀕死の重傷を負わせたが、被害者が、救急車で病院に運ばれる途中に新たな交通事故で死亡した事例や、カプセル入りの毒薬を他人に飲ませたところ、そのカプセルが溶ける前に、カプセルを喉に詰めて窒息してしまった事例が、そうである。

このような日常生活危険介入類型においては、第一次的危険が、当該日常生活危険の発生に対して一定の蓋然的な因果力を与えたが、その日常生活危険が他人の帰属範囲にも属するべきものであって、他人にも分担されるべき危険であること、あるいは、直接的危険がなくても一般的に被害者が遭遇しえた危険であることを理由に、危険実現が否定される。

(ウ) 社会制度的反応行動介入類型

例えば、人工呼吸器取り外し事件（大阪地判平成五年七月九日・判例時報一四七三号一五六頁）の事案<sup>(註46)</sup>のように、第一次的危険に内在する要因に誘発

---

<sup>(註46)</sup> 事案の概要は以下のようなものである。被告人Xが、被害者の眉間部を右手拳骨で一回殴りつけたところ、被害者が眉間部打撲傷を負い、それによる脳機能傷害ないし頭部外傷によるびまん性脳損傷の結果、脳死状態に陥った。脳死判定の結果、脳死であることが確定されたが、その後、被害者の妻らが人工呼吸器の取り外しを承諾し、医師が同呼吸器を取り外した結果、被害者の心臓が停止した。

山中教授によれば、医師による人工呼吸器の取り外しによって、第一次的危険を圧倒する条件が設定されたかのようにも思えるが、この取り外し行為そのものが、第一次的危険により内部誘発されたものであるから、第一次的危険が、第二次的危険によって転換されたものとはいえないという（山中・客観的帰属の理論五二四～五二五頁）。

されて、被害者の側からではなく、社会の反応の側から、第二次的危険が介入することがある。社会制度的反応は予期しうる自体であり、社会における通常の反応であるから、このような反応を経過しても、危険実現連関が中断されるわけではない。

#### （エ）潜在的危険源介入類型

直接的危険段階の類型においても、創出された第一次的危険によって、潜在的な危険源の危険が誘発され、顕在化する場合がある。例えば、被害者を高いビルから突き落としたところ、ちょうど下の道路に止まっていたトラックの荷台の上に落下し、そのことによって荷台に積まれていた火薬が爆発して、被害者が死亡したような場合である。この場合、確かに、経験上通常に予想される結果とは異なる具体的結果が発生しているが、結果の発生は時間的に助長・促進されているわけではなく、潜在的危険源に由来する第二次的危険が、いわば直接的危険と同時に作用しているにすぎない。したがって、危険実現は肯定される。

#### （二）間接的危険への介入類型

間接的危険とは、行為時に観察した行為自体の典型的・外形的危険の創出が、それ自体としては具体的結果の発生をもたらさず、収束に向かったが、収束の時点から行為客体や行為事情を考慮に入れて観察すれば、第一次的危険が変転しつつ継続しており、いまだ結果発生に対する十分な危険を持つ段階の危険のことである。

このような段階の危険に第二次的危険が介入した事例群は、第一次的危険に何らかの形で誘発されて第二次的危険が介入し、結果が発生した場合と、第一次的危険が、行為時に認識困難ではあったものの、行為の危険に覆われていた潜在的な危険源の方向に発展したため、結果が発生した場合とに大別される<sup>(註47)</sup>。

(1) 外部誘発的危険介入類型

この類型については、直接的危険介入類型における外部誘発的危険介入類型の場合（前記（一）（1））と、帰属基準は原則的に異ならない。危険の修正か転換かによって、帰属が決せられることになる<sup>(註48)</sup>。

(2) 内部誘発的危険介入類型

この類型には、大きく分けて、直接的危険から、物理力や病状の物理的・病的な因果の流れに応じ、第二次的危険が介入する場合（後記（ア）、イ）と、ある事象に対する社会的反応として予期しうる反応が、第二次的危険として介入する場合（同（ウ））とが、ある<sup>(註49)</sup>。

(ア) 物理的変転危険介入類型

この類型に属するのは、第一次的な直接的危険は収束に向かったが、この危険によって創出された、第二次的危険の介入を招く高められた危険状況は継続している状況で、第二次的危険の危険源が第一次的危険の作用範囲内に入り込み、物理的に切迫した第二次的危険を招来した事例群である。ここでは、第二次的危険の発生が、第一次的危険の空間的にも時間的にも近接した直接の物理的作用の範囲に含まれるか否か（いわば因果関係の最もプリミティブな、事実的・力学的作用の側面）が、帰属基準として重視される<sup>(註50)</sup>。

(イ) 病状変転的危険介入類型

第一次的危険によって創出された危険が、被害者の症状において変転を繰り返しながら、第二次的危険を誘発しつつ最終的結果に至る場合がある。例えば、酒場で酔っ払った仲間を手拳で殴打したところ脳震盪を起こし、救急車で病院に運ばれる途中で胃の内容物を嘔吐し、これが呼吸器の中に入って窒息死した場合（嘔吐事例）が、そうである。この類型においては、第一次的には、内部

<sup>(註47)</sup> これら二段落につき、山中・客観的帰属の理論五三二頁。

<sup>(註48)</sup> 山中・客観的帰属の理論五三二～五三三頁。

<sup>(註49)</sup> 山中・客観的帰属の理論五四九～五五〇頁。

<sup>(註50)</sup> 山中・客観的帰属の理論五五〇頁。

誘発的危険連関があるかどうか、及び、第二次的危険の発生につき病理学的・経験的相当性があるかどうかによって、帰属の有無が決められる<sup>(1151)</sup>。

#### （ウ）社会制度的反応行動介入類型

病状の変転においては、単に病理学的に病状が変化するのではなく、治療や投薬などの人間の有意的行為が、社会的に制度化された反応として介入する機会が多い。これは、間接的危険類型における社会的に制度化された内部的誘発危険介入の事例といえるが、上記のとおり、病状変転の類型と複合的に出現することが多いので、帰属基準も、この両者の類型を総合して判断すべき場合が多い<sup>(1152)</sup>。

#### （3）不合理行動介入類型

第一次的危険の創出の後に、何らかのミスないし過失に基づく人の行動がその危険実現過程に介入し、結果発生に至る事例群が、不合理行動介入類型である<sup>(1153)</sup>。この類型は、さらに以下の五つの類型に分類される。

##### （ア）準反射行動の介入類型<sup>(1154)</sup>

第一次的危険の創出により、被害者ないし第三者が狼狽あるいは驚愕し、不合理な行動をとる場合である。第一次的危険による不合理行動の誘発があること、その不合理行動が、予期しない状況の急変に冷静に対応できない、半ば反射的な行動であることが、この類型にとって重要である。

高められた状況危険を前提に、それが極端に経験上の通常性を欠くものでないならば、物理的切迫性のある限り、帰属は肯定されることになる。

<sup>(1151)</sup> 山中・客観的帰属の理論五六七頁。

<sup>(1152)</sup> 山中・客観的帰属の理論五六六頁。

<sup>(1153)</sup> 山中・客観的帰属の理論五九〇頁。なお、同書五三二頁末尾から四行目「第一の『誘発的危険の介入類型』における」以下の記載や、同書五四九頁の最終行「既述のように、外部誘発的危険介入類型においては」以下の記載によれば、山中教授は、不合理行動介入類型は、本来、上記「誘発的危険の介入類型」（外部誘発的危険介入類型と内部誘発的危険介入類型を併せた類型との趣旨か？筆者注）の1つと見ておられるようである。

<sup>(1154)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論五九〇頁、六三六頁。

(イ) 物理的・心理的準強制行動介入類型 (追跡・逃走事例)<sup>(155)</sup>

被害者が逃走する際に負傷ないし致死傷が誘発される類型は、物理的ないし心理的に半ば強制されて、不合理な逃走方法を選択せざるをえなかった場合ともいえる。攻撃を避けるため逃走し、被害者が攻撃を避けるため自ら逃走した類型(逃走類型)においては、逃走に至る動機が準強制されている。他方、行為者が被害者を追跡したことによって被害者が逃走した類型(追跡類型)においては、逃走が動機づけられたにとどまらず、準物理的に誘導されている。いずれにおいても、逃走途中における負傷は、一般的生活危険ではなく、高められた危険であるのが通常である。

ここでは、逃走への物理的準強制性と心理的準強制性が、危険実現判断の基準である。この基準は、脱出方法が唯一のものであったか、心理的にみて、そのような方法が極めて不合理といえるものでないかなどが、さらに下位基準となる。

(ウ) 被害者の準自発的行動介入類型<sup>(156)</sup>

行為者による危険創出の後、その危険が収束に向かう過程で、被害者のある程度任意な行動、あるいは判断ミスによる不適切・不合理な準自発的行動が介入し、二次的危険が生じた場合が、この類型に属する。被害者自身が受けた傷の治療を怠り、不適切な治療をし、または医師の指示に従わなかった事例のほか、被害者が怪我の治療のため、自ら自動車を運転して病院に向かう途中、その怪我によって適宜ブレーキを踏むことができず、ガードレールに衝突して死亡したような場合も、これに含まれることになる。

この類型では、第一次的危険と二次的危険の寄与度を衡量し、新たな危険が創出されたといえるかどうか、第一義的な帰属基準である。したがって、被害者が、第一の危険に動機誘発された準自発的な行為を介入させた場合、一

<sup>(155)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論五九四～五九五頁、六三六頁。

<sup>(156)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六〇七頁、六三六頁。

般に、それだけでは危険実現連関を否定することにはならない。しかし、他の介入事情が競合した場合には、併せて帰属が否定される場合がありえよう。

（エ）被害者の過失行為の介入類型<sup>(E57)</sup>

この類型においても、被害者の準自発的行動介入類型（上記（ウ））と同様、第一次的危険と第二次的危険の寄与度を衡量し、新たな危険が創出されたといえるかどうか、第一義的な帰属基準である。

ドイツにおいては、「発生した結果がもつばら被害者自身の法的な答責性の範囲内にある場合、結果の帰属が否定される」との法理がある。しかし、間接的危険段階で被害者の過失行為が介入した類型において、被害者が、任意で、かつ完全に危険性の射程と効果を意識しつつ危険に赴く場合のほかは、当該過失行為の存在を理由に帰属を否定することは困難であろう。被害者の過失行為の介入も、それだけでは、このような行為の介入がないと信頼して行動することを正当化しないからである。

（オ）第三者の過失行動の介入類型<sup>(E58)</sup>

ここでも、上記（エ）及び（オ）の各類型と同様に、第一義的な帰属基準は、第一次的危険と第二次的危険の寄与度を衡量し、新たな危険が創出されたといえるかどうかである。

ただし、第三者の重大な過失行動の介入は、被疑者の過失行為の介入の場合（上記（エ））と異なり、それ自体が処罰に値する行為である。したがって、帰属基準においても、被害者との危険の分配の観点や、被害者の自己危殆化はある意味で法益の放棄であるといった観点から、多少の相違が認められる可能性

<sup>(E57)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六〇九頁、六三六頁。

<sup>(E58)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六二一頁、六三六頁。ちなみに、同書六三六頁の記載によれば、山中教授は、被害者の準自発的行動介入類型、被害者の過失行為の介入類型及び第三者の過失行動の介入類型の三類型を、被害者・第三者などの軽微な過失行為・重大な過失行為などが介入する場合として、「準自発的行動動誘類型」という一つの概念で包摂できることを前提しておられるようである。

がある。

(4) 潜在的危険源介入類型<sup>(註59)</sup>

行為時には潜在的なものであった危険源が、行為に端を発する因果の流れに介入し、結果の発生に至った類型である。例えば、被害者の特異対質やたまたま罹っていた疾病によって余病が併発し、死亡に至った事案が、これに属する。この類型は、行為客体外部に存在する危険源が問題になる事例群（後記（ア））と、行為客体内部に存在する危険源が問題になる事例群（同（イ））とに、さらに分かれる。

(ア) 行為事情内在的危険源類型

第一次的な直接的危険の発生がいったん収束に向かったが、間接的危険段階において、行為客体外部に存在する行為事情内在的な潜在的危険源に遭遇することによって、第二次の危険につながり、結果の発生に至った事例群である。人を殺そうと発砲したところ、弾丸が第二次大戦中に投下され不発のまま地中に埋もれていた爆弾に命中し、これが爆発して被害者が死亡したという事例が、例としてあげられる。

この類型においては、① 第一次的危険の継続的作用の程度、② 潜在的危険源介入の経験的通常性（換言すれば、第一次的危険が潜在的危険源に遭遇する確率）、③ これら両危険の優越度（潜在的危険源の結果惹起力が、第一次的危険のそれを切断してしまうほど大きなものかどうか）、④ 行為者が潜在的危険源の存在を知っていてこれを利用したかどうかを指針とし、帰属の判断が行われる。

(イ) 行為客体内在的危険源類型

第一次的直接的危険そのものの行為客体に対する危険力が弱く、間接的危険段階において、潜在的危険源に遭遇することによって結果の発生が助長・促進

<sup>(註59)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論五三三～五四九頁（とりわけ五三三～五四五頁）。

され、結果の発生に至った事例群である。傷害の故意をもって被害者に暴行を加えたところ、被害者が血友病であったため、出血が止まらず死亡した事例（血友病事例）が、その例である。

この類型においても、行為事情内在的危険源類型（前記（ア））と同様、① 第一次的危険の継続的作用の程度、② 潜在的危険源介入の経験的通常性、③ これら両危険の優越度基準、④ 潜在的危険源の存在に関する行為者の認識・利用基準を指針とし、帰属の判断が行われる。

### （三）状況的危険への介入類型<sup>(160)</sup>

状況的危険とは、直接的危険が、それ自体の危険力によって結果に至る蓋然性は低いが、別の危険系列によって誘発される事象が、第一次的危険のもたらした危険状況に介入することによって、なお残存する危険が促進され、結果発生に至る可能性のある段階をいう。この類型においては、直接的危険はすでに準平常化していることが多く、原則的に、直接的危険内部で誘発された危険ではなく、外部で誘発された危険が介在した事例が問題となる。その意味で、危険実現連関は否定されるべく推定されているともいえる。ただし、状況的危険が、外部誘発危険の介入の素地を作り出しており、結果の発生へと促進された場合には、危険実現が肯定される。

ここでは、間接的危険類型において内部誘発危険として分類された物理的変転危険介入類型、病状変転的危険介入類型及び社会制度的反応行動類型は、外部誘発危険の類型となり、実質上は、社会制度的反応行動の介入のみが問題となる。他方、人の不合理行動の介入類型は、もちろん外部誘発危険の一類型である。

ところで、状況的危険の段階においては、創出危険は、何らかの結果促進的

<sup>(160)</sup> この項の柱書きにつき、山中・客観的帰属の理論六四三～六四五頁。

な介在事情が外部から介入しなければ、結果に至る蓋然性が著しく低い状況にある。仮に行為時から潜在的危険が存在していたとしても、その活性化は、変転した後の第一次的危険の残存部分との遭遇によるものにすぎない。したがって、直接的危険が時間的にも場所的にも近接して潜在的危険の活性化につながる段階は過ぎ去っており、潜在的危険源は、状況的危険に介入するその他の二次的危険と区別する実質的理由がない。以上の理由により、この段階においては、潜在的危険源の介入類型は考慮する必要がない。

かくて、状況的危険介入類型は、自然事象・日常生活行動・社会制度的反応行動の介入の場合と、人の不合理行動の介入の場合とに大別されることになる。

この段階における帰属の有無は、一般的にいえば、二次的危険が第一次的危険の実現を切断するかどうかで決せられる。その際、とりわけ日常生活事象や社会制度的反応行動が介入した場合には、介入した二次的危険が一般的生活危険といえるか、ないし経験上通常といえるかどうかが重要である。

#### (1) 自然事象・社会制度的反応行動の介入類型<sup>(註61)</sup>

前記のとおり、状況的危険とは、直接的危険が、それ自体の危険力によって結果に至る蓋然性は低い段階にまで低減したレベルの危険であるから、この段階における自然事象の介入は、原則として危険実現連関を否定する。

社会制度的反応行動の介入は、内部誘発危険か、外部誘発危険かによって帰属が決まる。すなわち、創出された第一次的危険は、その内部で自然的、物理的、病理的に相当な変転を経たものにとどまらず、そこから逸脱的に派生した許された日常生活行動になった場合に正常化する。そうすると、危険の準平常化という状態は、いまだ危険状況が継続する中で、外部誘発的に、そこから逸脱派生した許された危険が介在したときに存在すると考えられる。したがって、第一次的危険が準平常化していれば、それは外部誘発危険の介入類型というこ

<sup>(註61)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六四六頁以下。

とができ、危険実現連関が否定されるのである。

## （2）人の不合理行動の介入類型

この事例群は、不合理行動の主体に着目した、（ア）被害者の不合理行動介入類型、（イ）第三者の不合理行動・過失行為の介入類型及び（ウ）行為者の行為の介入類型の三類型のほか、危険創出の判断が微妙な事例に関する（エ）危険状況創出行為への介入類型の合計四類型に分けられる。

いずれにせよ、状況的危険に人の不合理行動が介入した事例は、原則的に、危険実現連関が否定されやすい。

### （ア）被害者の不合理行動介入類型<sup>(252)</sup>

第一次的危険が創出された後、それによって被害者の行動（典型的には追跡・逃走）が誘発され、その不合理な行動から二次的危険が発生するという、判例の事案にも少なからず見受けられる類型である。発生した二次的危険が一般的生活危険であるかどうか、帰属にとって重要であるが、原則として、危険実現が否定されることが多い。

有名な神水塗布事件（大判大正一二年七月一四日刑集二巻六五八頁）<sup>(253)</sup>につき、判決は因果関係を肯定しているが、被告人の行為によって創出された危険は、二週間ほどの傷害であり、他方、その後生じた丹毒症の圧倒的な危険力は、被害者の不合理な行動によって新たに与えられたものである。被害者は宗教的信念から不合理な治療方法を施しており、これは完全な自己危殆化行為ではないにせよ、準自発的な行動である。行動の不合理性も大きく、自己の責任の範囲に属する結果であるのだから、危険実現連関は否定されるべきであろう。

---

<sup>(252)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六五一頁以下。

<sup>(253)</sup> 事案の概要は、次のようなものである。被告人Xは、被害者の頭部を棍棒で殴打し、左耳朶に断裂傷を負わせた。その傷は通常ならば二週間程度で完治すべきものであったが、天理教の信者であった被害者が治療を嫌い、同教を信じることに熱心の余り、神水と呼ばれる水を塗布したため、丹毒症を起こした。

(イ) 第三者の不合理行動・過失行為の介入類型<sup>(註64)</sup>

行為者の引き起こした第一次的危険が状況的危険にある場合に、第三者の不合理な行動や過失行為が介入し、結果が発生する事例群がある。これらの事例群においては、さらに細分化された類型ごとに、例えば、介入事情が予期される社会制度的反応であったか、そうだとし付随的措置としてどれほど必要なものであったか、二次的危険が、介入の状況的危険性が高められた状態で介入したものであったか、それとも一般的生活危険として介入したものにすぎないかなど、それぞれの観点から帰属が判断される。

(ウ) 行為者の行為の介入類型<sup>(註65)</sup>

行為者が、第一の行為によって危険を創出した後、もう一度、第二の行為を介在させる場合がある。第二の行為は、それ自体危険な行為である場合もあれば、第一次的危険を解消する行為である場合もある。前者の類型においては、客観的状況の継続性の判断のほか、第二行為に出る際の行為者の動機連関の有無が、帰属にとって重要な意味を持つ。後者の類型においては、行為者による危険の平常化が成功し、危険な局面が切断されたかどうか、重要である。

(エ) 危険状況創出行為への介入類型<sup>(註66)</sup>

創出された第一次的危険が、事前判断の観点からは、結果発生危険を含むものといえるが、その危険の実現には、当初から第三者の行動の介入が予定されている場合がある。例えば、薬剤師が調合を誤った薬を、医師が不注意に患者に注射して、死亡させたような事案が、これにあたる。これらの事例群においては、第一行為者が創出した危険は、それだけでは結果に直結せず、第三者の介在を前提に結果と結びつく、状況的危険にすぎないものである。このように、そもそも第一行為の危険性が低いので、危険創出が問題になることも多い。

<sup>(註64)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六六二頁以下。

<sup>(註65)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六八八～六九九頁、七〇一頁。

<sup>(註66)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論六七四頁以下。

危険創出の存在を前提として、危険実現の判断がされることになるが、介在者が情を知らず、結果に向かっていわば自動的に因果関係が進行する場合は、危険実現連関は容易に肯定される。逆に、介在者が、危険性を十分に意識できる状況の下で、故意によって、その因果の進行を継続した場合には、通常、危険実現連関は中断される。過失行為が介在した場合は、事例ごとに微妙な判断が要求されるが、例えば、規範的な観点から、第一の過失行為の性格と第二の過失行為の性格・法的義務、さらには両者の責任分担関係などを具体的に検討することによって、これを決定することになろう。

#### （四）規範的・自己答責的行動介入類型<sup>(E67)</sup>

第三者、被害者又は行為者が、間接的危険ないし状況的危険に誘発されながら、被害法益に対する影響を明白に意識しつつ、あるいは法秩序の命ずるところに従って介入し、そのことによって、当該第三者もしくは被害者に被害が発生する場合がある。この場合、介入者は、当該介入によって被害の発生や被害者の範囲をより確実にすることを知っており、それが心理的のみならず規範的にも結果発生につながる不合理な決断であると評価している。このような規範的評価に基づく決断は、当初創出された危険の実現連関を中断するといつてよい。仮に間接的危険が大きなものであったとしても、そのことは、人の任意の判断による行為の介入の前では、ほとんど意味を持たない。

ここでは、基本的に、遡及禁止論が帰属限定の根拠となっている。遡及禁止とは、単なる過失により行為した第一の行為者は、故意的にあるいは意図的に損害を惹起した第二の行為者と並んで損害発生過程を支配するものではない、ということによって根拠付けられる法理である。帰属連関は、事象経過の操縦可能性が存在することで肯定される。したがって、危険を完全な射程において

<sup>(E67)</sup> この項につき、山中・客観的帰属の理論七〇八頁以下。

意識している第三者によって、背後者が事象の支配から排除されたときは、帰属連関は中断されるのである。

自己答責性原理も、帰属限定原理の一つである。自己答責性原理とは、本来、法益の担い手が、その法益を危険から守ることにつき優先的管轄権を有するという原理であるが、ここでは、もう少し広く、第一次的危険に対し、自己の介入行為の結果や効果・射程につき明確に意識しながら介入する者は、その介入以後に生じた結果に対して責任を負うべきだとする原理をいう。

この自己答責的行動の介入事例においては、事実的な危険作用の継続よりも、自己答責的行動の規範的な危険中断力が、帰属基準として重要である。規範の保護目的の理論は、かかる判断において、重要な意味を持つことになる。

#### (1) 第二次損害の危険の介入類型

例えば、近親者の死亡または傷害を目撃したり、その報告を受けたときに、第三者がショック損害を被った事例が、この類型に属する。このような場合、ショック損害の客観的帰属は、刑法においては一般的に否定されている。生命と健康の保護を目的とする刑法上の行為規範は、直接の被害者は格別、第三者の精神的動揺による身体的作用までを、保護の範囲内とするものではないからというのが、その理由である<sup>(註68)</sup>。

#### (2) 自己答責的行為の介入類型

被害者が自らの答責的行為によって危険に介入した場合が、この事例群に属する。被害者の自己答責的行為は、結果ないし危険に対する認識に応じて、意識的自己侵害の類型(後記(ア))と意識的自己危殆化の類型(同(イ))に分けることができる<sup>(註69)</sup>。

#### (ア) 意識的自己侵害行為の介入類型

状況的危険が継続している状況において、被害者が完全に危険状況及び自己

<sup>(註68)</sup> 山中・客観的帰属の理論七一〇頁。

<sup>(註69)</sup> 山中・客観的帰属の理論七一八～七一九頁。

の行為の射程・効果を意識しながら、自由な意思決定により第二次的危険の招来を甘受する決断をした場合には、危険実現連関は中断される。当該行為の介在によって規範的に新たなものと評価される危険が設定されたのであり、その答責性領域は、任意な決意に基づき介入した行為者に属することになるからである<sup>(註70)</sup>。

#### （イ）意識的自己危殆化行為の介入類型

被害者が、自らの行動のもたらす危険は完全に意識していたが、結果の発生については、発生することがないと誤信したか、あるいは未必的な認識しか有しなかった場合が、この類型に属する。この場合も、第一行為者に対する結果の帰属は否定されるべきである<sup>(註71)</sup>。

#### （3）第三者の故意行為の介入類型

第三者の故意行為が介入した事例群においては、危険実現が否定されるのが一般である。第一行為者によって創出された危険が少なくとも間接的危険段階に至り、物理的に切迫した危険ではない限り、そのような危険の射程を正しく認識しながら、規範違反行為によってその危険に介入し、結果の発生に至らしめた者は、その結果に対して自己答責的に責任を負うのであって、第一次的危険創出者にその責任を遡及させることはできない（自己答責的規範違反原理）と考えられるからである<sup>(註72)</sup>。

このような事例群には、危険創出行為の後に、直接的危険段階を経て、間接的危険及び状況的危険の段階に達したときに、規範違反行為が介入する類型（後記（ア））と、危険状況創出行為と同時的に、またはその後に規範違反行為が介入する類型（同（イ））とがある<sup>(註73)</sup>。

<sup>(註70)</sup> 山中・客観的帰属の理論七二〇～七二一頁。

<sup>(註71)</sup> 山中・客観的帰属の理論七二六頁。

<sup>(註72)</sup> 山中・客観的帰属の理論七一九～七二〇頁。

<sup>(註73)</sup> 山中・客観的帰属の理論七七八頁。

(ア) 危険創出行為後の介入類型

いわゆる米兵糞き逃げ事件最高裁決定（最三小決昭和四二年一〇月二四日刑集二一卷八号一一一六頁）<sup>(註74)</sup>の事案が、この類型に属する。本決定は、最高裁が相当因果関係説をはじめて採用した事案と説明されることが多い。しかし、ここで展開される危険実現連関論によれば、間接的危険段階において第三者の故意行為が介入した場合には、帰属連関が中断されるという基準が適用されたものと説明できる<sup>(註75)</sup>。

(イ) 危険状況創出行為後の介入類型

例えば、所有する建物の屋根裏部屋を作って賃貸していたところ、第三者の放火行為によって火災が発生し、建築法に違反して作られた部屋から脱出することができず、賃借人が焼死した事案（ドイツ判例における、いわゆる屋根裏部屋火災事件）が、この類型に属する。遡及禁止の法理が機能すべき場面であるが、ドイツの判例法理は、予見可能性の概念を用いてこの種事案を処理している<sup>(註76)</sup>。

(4) 行為者自身の故意行為の介入類型

過失による行為者の第一の危険行為に、行為者自身の故意行為が介入することがある。いわゆる熊打ち誤射事件最高裁決定（最一小決昭和五三年三月二二

<sup>(註74)</sup> 本稿に必要な限度で事実関係の概要を示せば、次のとおりである。被告人Xは、普通乗用自動車運転して時速約六〇キロメートルで走行中、先行の貨物自動車二台を追い越した際、これら先行車両の前方において自転車に乗って道路左端を同方向に進行していた被害者Vの動向を十分注視しないまま漫然と進行した過失により、Vの発見が遅れ、同人を自車の屋根に跳ね上げ、意識を喪失させた。Xは、Vを自車の屋根上に乗せていることに気付かず、そのまま疾走を続けたが、衝突地点から約四キロメートル離れた地点で、同乗者Yがこれに気づき、時速約一〇キロメートルで走行中の被告人車の屋根上から、Vを引きずり降ろして、アスファルト舗装道路上に転落させた。Vは、収容された病院で約八時間後に死亡したが、致命傷となったのは、頭部打撲に基づく脳クモ膜下出血及び脳実質内出血であった。ただし、この頭部打撲が、最初の被告人車との衝突の際に生じたものか、それとも道路上に転落した際に生じたものなのかは、証拠上、確定できない。

<sup>(註75)</sup> 山中・客観的帰属の理論七五二～七五三頁。

<sup>(註76)</sup> 山中・客観的帰属の理論七四六頁以下。

日・刑集三二巻二号三八一頁）<sup>(E77)</sup>の事案が、そうである。第一の行為が過失行為なので、第二行為の介入が予め計画されている場合はほとんどありえないと思われるが、この類型の特徴は、第二行為が、第一行為の行為事情の中で、外面的にも行為者の内面においても、誘発される可能性のあることである。とくに動機連関においては、経験上の通常性を欠くとは言い切れない<sup>(E78)</sup>。

#### （5）他人の自己答責的・義務的救助行為の介入類型

##### （ア）自己答責的救助行為の介入類型<sup>(E79)</sup>

この事例群の基本構造は、行為者が義務に反して、ある法益に対する危険を創出し、それによって第三者が危険な救助行為を行うよう動機づけたことによって、第三者の意識的な自己危殆化の高い可能性を作り出したというものである。具体的には、行為者が故意または過失によって住居に放火したところ、肉親である家人を救おうとした救助者が落命した事案（ドイツ判例における、いわゆる弟救助死亡事件）などが考えられる。

このような事例においては、第一行為者によって創出された状況的危険は、それ自体が二次的危険に派生・発展するものではなく、救助行為という任意の判断による第三者の介入行動がなければ、救助者の死という結果は発生していない。したがって、危険範囲の観点からは、救助者の死という上記結果は、創出危険に対する救助者の介入によってはじめて生じたものといえる。このような事実的危険状況において、危険実現連関の判断は、救助行為の介入に対する事実的・規範的判断にかかっている。例えば、事実的観点からは、

<sup>(E77)</sup> 事案の概要は以下のようなものである。被告人Xは、A及びBとともに熊を撃つ目的で山林に入った。それぞれ熊を探して別の道を行ったが、発見できなかったので、Aを誘って帰ろうとしたが、Aが見つからなかった。途中で、山小屋の中から物音がするのを聞き、熊が潜んでいるものと思って、Aの黒い影を見て熊と誤信し、猟銃を発射してAの下腹部などに弾丸を命中させた。Xは、この銃創により苦しむAの断末魔の様子を見て、むしろAをひと思いに殺害して早く楽にさせ、その場から逃走しようとして、一メートルの至近距離から銃弾一発を発射させてAを殺害した。

<sup>(E78)</sup> 山中・客観的帰属の理論七五四～七五五頁。

<sup>(E79)</sup> 山中・客観的帰属の理論七五五～七六三頁。

救助行為の介入する蓋然性が問題となるが、この蓋然性判断は、救助者の救助行為に対する動機連関や社会的システム、法義務などの諸要素から成り立っており、そこでは、これら諸要素から形成される、救助者の動機に対する強制の度合いが重要な意味をもつことになる。

(イ) 法義務的行為の介入類型<sup>(E80)</sup>

救助行為があくまで自発的に、自己答責的に行われる場合（前記（ア））と異なり、例えば救助者が警察官であるなど、その法的立場の特殊性ゆえに、救助が法的に義務づけられている場合がある。

このような事例については、介入の蓋然性（ないし強制）の観点からは、帰属肯定の可能性が高くなる。しかしながら、このような場合、法秩序自体が救助を命じているのであるから、合理的判断に基づき義務を履行している限り、原則として、法秩序は、自らの命令に基づく救助行為から発生する危険の結果を、第一次的危険の創出者に遡及させることはできないというべきである（法秩序の自己答責性の原理）。したがって、規範的観点からは、逆に、帰属は否定の方向へ導かれる。

(6) 残存危険への介入類型<sup>(E81)</sup>

ここでは、いわゆる後続損害が何らかの影響を残しているものの、第一次的危険そのものは、完全に平常化していると思われるような状況下で、いわゆる後発損害が発生した場合の結果帰属が問題となる。例えば、交通事故で足を負傷し、手術で足を切断した者が、足の傷が完全に治癒した約二〇年後、足がなくなっていたために、山道でバランスを失って谷底に転落死したような事例である。このような事例においては、規範的判断に加え、犯罪処理制度の機能や刑事政策的判断をも考慮した帰属基準によって、帰属の有無が判断される。

<sup>(E80)</sup> 山中・客観的帰属の理論七六三頁以下。

<sup>(E81)</sup> 山中・客観的帰属の理論七六九頁以下。

## 五 批判的考察

前項までで山中教授の客観的帰属論を概観したが、これはあくまで概要にすぎない。同教授のとりわけ危険実現連関論は膨大な分量に及ぶものであり、ここでは、教室設例からドイツ、オーストリアそしてわが国の判例（いずれも下級審裁判例を含む）に表れた事案に至るまで、ありとあらゆる具体的事例が網羅された上で、前記のとおり、合計六〇以上にも及ぶ類型化の試みがなされている。曾根教授は、「山中教授の研究は、客観的帰属論の母国ドイツにも見られないほど、類型化の作業を広範囲にわたって、しかも徹底した形で試みたものとして、その労は多ししなければならないであろう。」といわれるが<sup>(182)</sup>、まことにそのとおりである。しかも、冒頭にも触れたとおり、それは単なる相当因果関係論の代替理論にとどまるものではない。従来、実行行為論、不作為犯論、過失犯論等で論じられてきた内容を取り込み、発生した法益侵害結果を当該具体的行為に帰責できるかという問題を一挙に解決しようとする包括的な理論の枠組みを提示するものであって、まさに壮図というべきである。

しかしながら、その一方で、同教授の提示する客観的帰属論の枠組みをまのあたりにして、ここまで細分化された多数の基準を本当に使いこなせるものなのか、素朴な疑問を感じない者も、おそらくいないであろう。そもそも、同教授の理論は、なぜこれほどまでに多数の基準をその内部に抱え込んでいるのであろうか。

### 1 方法論に対する疑問

基準の類型化・細分化に関する山中教授の方法論は、原理的な確信に基づくもののように思われる。同教授は、次のように説く。「法学における体系的思考は、法実証主義、とくに概念法学のモデルのように、『完結した体系』の中

---

<sup>(182)</sup> 曾根・類型論的考察（前出注11）一九二頁。

で、一定の上位命題からあらゆる帰結が演繹されるといったものであるべきではない。それは、最終的には、政策的目的に嚮導される目的合理的な体系であるが、それは、個々の価値的観点や事実に基づいて規範的観点と事実に基づく観点とが相互作用しつつ形成されるある程度『開かれた体系』ないし『動的な体系』……であるべきである。」「このことは、客観的帰属論に関していえば、行為規範と制裁規範の観点から、生じた結果に対する帰属を判断するための規範的な基準を、相当因果関係説のような形式的な体系のみによる判断として構成するのではなく、具体的な事案類型に応じた下位の規範的基準を作り上げて、それを体系的に整序するという方法を採用することを意味する。法的安定性を図りつつ、具体的妥当性を図り、しかも、法的安定性を保障すべき形式的明確性が、過度の抽象化によって予測可能性を失わないようにするには、このような、規範的指導理念のもとに規範的・事実に基づく基準による類型化を行っていくという方法論が最も有効であると思われる。」<sup>(1283)</sup>。

確かに、概念法学のモデルのような「かくあるべし」という演繹的思考が過度に強調されると、法解釈・適用の実際場面における柔軟性が失われ、具体的に妥当な結論を得ることの難しい場合が出てくるであろう。それにもかかわらず、上位命題の形式的明確性を維持しつつ、かつ結論の妥当性を確保しようとするれば、理論に綻びが生じかねないのも、一般論としては、そのとおりである。山中教授の理論史的な認識は、「経験上の通常性」を一義的な基準とする本来の相当因果関係説が、その基準の形式的明確性ゆえに、もはや多様な現実に対応しきれなくなっているというものである<sup>(1284)</sup>（この命題自体には、筆者も賛成である）。このことを併せ考えると、山中教授の類型化方法論に関する上記叙述には、その当否はともかくとして、示唆深いものが含まれている。

しかし、問題は、だからといって、これほどまでに細分化された基準が果た

<sup>(1283)</sup> 山中・客観的帰属の理論四六八頁。

<sup>(1284)</sup> 山中・客観的帰属の理論五～六頁、九五～一〇一頁。

して本当に必要なのか、あるいは実際に機能するのかということである。

山中教授の方法論に対しては、このような方法論による類型化を推し進めていけば（実際、同教授の客観的帰属理論は、上述のとおり、「客観的帰属論の母国ドイツにも見られないほど、類型化の作業を広範囲にわたって、しかも徹底した形で試みたもの」である）、その末端においては、実際の事案における具体的事実が、個々の類型を形作る概念の枠と同一化してしまっていて、ある特徴的な事実の存在する事案において、その事実を帰属基準にあてはめた結果、たまたま帰属が肯定（ないし否定）されたのか、それとも、そのような事実が存在すれば、典型的に帰属を肯定（ないし否定）すべきことになるのか、不明確にならざるを得ないとの批判が可能と思われる。実際、同教授の提示する包括的な帰属基準の枠組みには、実際の帰属判断にとってそこまでの類型化が必要なのか疑問を感じさせたり、あるいは、行き過ぎた細分化のため、そこで用いられている概念が、事案を類型化する指針となる基準にすぎないのか、それとも帰属判断の基準そのものであるのか、分かりにくくなっている部分があるように思われる。

例えば、直接的危険への介入類型の内部誘発的危険介入類型における日常生活危険介入類型（前記四三（一）（二）（イ））においては、介入した二次的危険が、日常生活で普通に経験するような危険であったかどうか、帰属の基準だとされる。しかし、「日常生活危険介入類型」において、介入した危険が「日常生活危険」であるかどうか帰属の基準となるというのは、一体いかなる意味なのであろうか。「類型」と名付ける以上、介入危険が「日常生活危険」と認められたならば、典型的に帰属を否定すべきとの趣旨に受け取れるが、すると、「日常生活危険」であるかどうかは、「直接的危険への介入類型の内部誘発的危険介入類型」と名付けられた類型における、帰属判断の基準そのものということになる。もしそうであるならば、これを「日常生活危険介入類型」という独立の類型として扱うことは、類型化と帰属基準の問題を

混同するものということになりはしないか。ある事案が、社会的事実として、「類型」と呼ぶに足りるほどの蓋然性で存在するかどうかと、ある事案が特定の類型に属すると認められる場合に、当該結果を行為に帰属せしめるかどうかを判断する基準とは、本来区別されて然るべきものであろう。

実務は、定立した規範に事実をあてはめ、そして結論を出すという法的三段論法の作業を日常的に行わなければならない。そこでは、法を解釈し、誰が見ても紛れのないレベル的事實的・経験的根拠あるいは理論的根拠に基づいて規範を定立した上、このような実体法上の概念操作とは厳密に区別された訴訟法上のレベルで、証拠により具体的事実を認定し、これを規範にあてはめて結論を出すという、一義的に明確な形で上記作業を実践することが要請される。このような実務の要請からは、当該事案が「日常生活危険介入類型」と呼ぶべき類型性をもった社会的事実であるにとどまるのか、それとも、「直接的危険への介入類型の内部誘発的危険介入類型」に該当する事案であることを認定した上で、そのような場合は「日常生活危険」であるかどうかで帰属を決せよというのか、不明確になるおそれのある理論的枠組みは、採用できないというほかない。

この点につき、山中教授は、ラーレンツの類型論を引用した上、「このような類型論においては、規範の中に当為を発見するという方法を採るのではなく、規範を処理するに当たってすでに事実を『社会的現実』からの一断面として考慮する。……というのは、類型とは、『規範的現実類型』としても『法的構造類型』としても、常に、経験的・規範的要素の結合を意味するからである。……したがって、『類型』を作り上げるに当たっては常に、既存の社会的現実からも導かれるのである。社会的現実とは、また、それ自体既存の規範によって造形されることにも注意すべきである。このように、類型的思考方法においては、規範と事実とが峻別されないという特徴がある。」と述べておられる<sup>(185)</sup>。既存の社会的現実が「類型」を作り上げるに際して考慮されるべきこと、及び、

生の社会的事実が、それ自体既存の規範によってある種の評価を帯びた事実として切り取られ、認識されることは、一般論としてはそのとおりであろう。しかし、実務は、現実の事件を扱い、その一件一件について、生身の人間の運命を左右する具体的結論を出さなければならない。その結論が法的三段論法によって得られるものである以上、そこでは、通常感覚・認識論の枠組みを前提にして、これは規範で、これがあてはめべき事実と、区別できる程度の形式性のあることが強く要請される。そうでないと、安定した法的三段論法を行うことができず、当該判断形式から導かれる具体的結論について、国民の側からの信頼を得ることができないからである。確かに、いわゆる規範的構成要件要素に関する議論<sup>(E86)</sup>などからうかがわれるとおり、主観的評価を免れた、完全に無色透明な客観的事実というものが存在し得るのかについては、疑問がある。その意味で、規範と事実は突き詰めれば紙一重なのかも知れない。しかし、実務的な感覚からすると、だからといって、「このような類型的思考においては、規範と事実が峻別されない特徴がある。」などという観念的・哲学的理由をもって、実体法の解釈から導かれる規範と、訴訟法の実践により認定される事実のレベルを、可及的に区別しようとする理論的枠組み構築の努力を放棄するわけにはいかないのである<sup>(E87)</sup>。

<sup>(E86)</sup> 山中・客観的帰属の理論四七〇頁。

<sup>(E86)</sup> 例えば、前田雅英教授は、「記述的とされるものでも、法文上の概念はなんらかの意味での評価は必須で、すべて規範的ともいえる。記述的構成要件要素と規範的構成要件要素は程度の差でしかないといってもよい。」と述べておられる（前田雅英「刑法総論講義」〔第三版〕三〇六頁）。

<sup>(E87)</sup> このような観点からは、本文で引用した、「社会的現実とは、また、それ自体既存の規範によって造形される」とのくだりは、ある規範の適用によって得られた事案ごとの結論が集積されることによって、社会的事実に対する法的評価が定まっていくことを含意するものとして理解することが可能であろうし、また、そのほうが現実には適っているように思われる。

## 2 規範論に対する疑問

山中教授の客観的帰属論を複雑なものにしている原因の一つに、同教授が理論の根底に置く独特の規範論（前記二二）があるように思われる。

すなわち、同教授は、行為規範は、少なくとも結果犯においては、具体的な法益侵害結果を基礎付ける評価規範を背後にしおぼせ、いわばその出先機関として行動の制御に直接働きかける、二次的な規範に過ぎないとする（前記二二参照）。その意味で、同教授が結果無価値に重きを置く違法性論を採用していることは明らかであり、事実、同教授自身も、専らドイツにおける議論状況を念頭に、自らの客観的帰属論を、行為無価値論の桎梏から脱却し、結果無価値論の立場から展開したものと位置づけておられる<sup>(1788)</sup>。しかるに、このような立場から、どのようにして、「高められた危険」、「許されざる危険」、「自己答責的行為」などといった、行為規範違反的な色彩を帯びた概念が導かれるのであろうか。その鍵は、同教授がいわれるところの「危険（創出）無価値」及び「危険状態無価値（危殆化無価値）」なる概念にある。同教授は、評価規範違反としての結果無価値と、行為規範違反としての行為無価値の間に、これらを連結する中間項として、上記の「危険無価値」及び「危険状態無価値」なる概念を設定した上で、次のように説く。結果が発生しなくても、危険が創出された場合には、行為無価値が存在するのはもちろんのこと、評価規範も出動準備の態勢に入り、一応の無価値判断が行われて、結果無価値の推定を働かせる「危険無価値」の状態が出発する。この「危険無価値」は、従来「行為無価値」と呼ばれていたものの一部をなすが、その存在は、あくまで事前的判断によって推定されるに過ぎない性質のものである。他方、創出された危険が具体的な危険状態に至った場合には、評価規範が事後的にそのことを判断し、未遂処罰を基礎付ける「危険状態無価値」（危殆化無価値）の存在が確認される。また、

<sup>(1788)</sup> 山中・客観的帰属の理論四二九頁。

創出された危険が結果に実現した場合には、「結果無価値」の評価が確定され、それが行為に帰属される（前記二 2 参照）。

巧みな説明ではあるが、このような規範論に対しては、まず、これで本当に行為無価値論の桎梏から脱却し、結果無価値の立場から客観的帰属論を展開したといえるのかという疑問が、とりわけ結果無価値を徹底する論者から、提起されるであろう。

例えば、曾根威彦教授は、評価規範違反に基づき不法を一元的に捉えるべきとの立場から、次のように言う。「山中教授は、評価規範と行為規範を分離して捉えるが、行為規範違反についても行為無価値・危険（創出）無価値として、『価値・無価値』評価が行われる以上、行為無価値判断においても評価規範が機能しているとみるべきではなかろうか。行為規範と評価規範とが分離されると、前者に違反する行為無価値・危険無価値と、後者に違反する結果無価値・危険化無価値という形で、両者の不法構成要素としての関連性・統一性が失われてしまうことになる。」「右の問題は、山中教授が、教授の理解する規範論を前提とすることによって、結果無価値論からの客観的帰属論の展開が可能になる、と主張する点とも関連してくる。たしかに、危険実現連関は、事後的にみて、創出された危険が法益侵害・危険化に実現したといえるか、換言すれば、発生した侵害・危険結果を行為に帰属させることができるか、という判断であるから、その意味では結果無価値論であるということが出来る。また、結果無価値判断から行為規範を切り離すことによって、ロクシンらにみられた結果無価値概念の主観化の懸念は一応解消されている。しかし、危険創出連関の方は、それが危険実現連関から独立した要素であるとする、評価規範違反（結果無価値）から切り離された行為規範違反の一部を構成するものとして、行為無価値論的性格を帯びざるをえないであろう。たしかに、山中説にあっては、行為規範違反内部において行為無価値と危険無価値とは区別されているが、行為規範違反が危険創出に至った場合にも行為無価値が存在し続ける以上、危険創出

連関の行為無価値性は拭い去ることができないように思われる。」<sup>(註89)</sup>

不法論についてどのような立場を採るかはさておき、山中教授のような体系を構築するのであるならば、曾根教授が示唆するとおり<sup>(註90)</sup>、評価規範から離れて行為無価値（行為不法）及び危険無価値（危険の創出）をどのように基礎付けることが可能なのかという点につき、さらに掘り下げた考察・論証が必要であるように思われる。ちなみに、この点につき、曾根教授は、「行為規範の評価規範への影響を排除しようとして、行為無価値（危険の創出）と結果無価値（危険の実現）の分離を図ろうとすると、行為規範に依拠する前者の主観的不法と評価規範の判断を受ける後者の客観的不法という形で、不法概念の分裂という事態に立ち至る。また、違法評価の主観化を嫌って行為規範（行為無価値）を不法論から排除するということになれば、危険の創出が行為規範によって基礎付けられなくなる、というディレンマに陥ることにもなる。しかし、危険創出連関と危険実現連関の一貫性を維持する上からは、客観的帰属論の立場で行為規範を不法論から排除することはできない。以上のような客観的帰属論の問題性は、この理論が本来的に違法を客観的评价規範違反（法益侵害・危険）に尽きるとする結果無価値論と相容れないことの証左であって、客観的帰属論は、所詮二元的人的不法論の規範論的帰結であると言わざるをえないであろう。」と述べておられる<sup>(註91)</sup>。鋭い指摘だと思うが、どうであろうか。

### 3 類型論に対する疑問

山中教授は、前記のような規範論を前提に、事前判断としての危険無価値判断を危険創出連関と、事後判断としての危険状態無価値を危険実現連関とそれぞれ結びつけ、自身の客観的帰属論の骨格を形作る。危険無価値は行為無価値

<sup>(註89)</sup> 曾根・規範論的考察（前出注11）一八二～一八四頁以下。

<sup>(註90)</sup> 曾根・規範論的考察（前出注11）一八二頁。

<sup>(註91)</sup> 曾根・規範論的考察（前出注11）一八六頁。

（行為規範違反）と、危険状態無価値は結果無価値（評価規範違反）と、それぞれ親和するものであるから、同教授の客観的帰属論においては、「危険」という概念自体が、行為無価値と結果無価値の両方の性格を併せ持つことになる。そのことが、実際に帰属基準を展開するに際し、規範的基準と事實的・經驗的基準を併用することを可能にしていると考えられる。

しかし、規範的基準と事實的・經驗的基準の併用は、事案の類型化作業をより精密で具体的なものにするものの、その一方で、前記五1で指摘したとおり、規範と事実の区別を曖昧にし、法的三段論法の実践を困難にする側面がある。それとともに、前記五2で指摘した規範論に関する疑問点から生じる必然的な帰結として、両基準のそれぞれの背後にある行為規範違反及び評価規範違反の区別を曖昧にし、不法論につきどのような立場を採るかとは別に、本来、論者が拠って立つ不法論から演繹的に導かれる、基準の体系的明確性を弱くすることになる。この点については、林陽一教授が、「ドイツの客観的帰属論においては、行為の規範違反性を重視し、結果の規範違反への帰属を問題とする『規範違反』の枠組みが存在していたのであるが、より結果無価値的な方向を志向される山中教授はこれに代えて、より事實的な因果展開を取り入れた枠組みを採用されるため、体系的明確性が弱くなったように思われる」<sup>(1892)</sup>と指摘するとおりでと思われる。結局、規範論において評価規範を行為規範と区別する二元論的立場を採ったことが、体系的明確さを弱くしたことの根底にあるわけだが、結果無価値を不法の中心におく考え方からは、規範的基準と事實的・經驗的基準を同じ比重を占めるものとして扱い、これらを組み合わせて用いるという手法には、無理があるというほかないのではないか。

この点を敷衍すると、林陽一教授は、山中理論は、具体的事案ごとに厳密・的確な適用を可能にする具体的明確性の要請に応えるものとして主張されてい

---

<sup>(1892)</sup> 林・わが国における客観的帰属論（前出注11）二三一頁。

ものの、帰属基準が余りに盛り沢山であるため、複雑な事案においてそれらを複合的に用いた場合に、安定した判断が可能であるかが明確でない。そのような場合に重要な意味を持つのが、個別類型において適用すべき帰属基準が、どのような基本原理から演繹されたものであるかを明示する統一的・体系的基準であるが、このような体系的原理が必ずしも明らかでない点が、山中理論の問題点である。以上のように述べておられるが<sup>(1293)</sup>、全く同感である。

また、曾根教授も、事實的観点と規範的観点の関係につき、本質的な疑問を投げかけている。すなわち、同教授は、山中教授は、「因果関係の中断を否定した名古屋池判昭和五六・六・三〇（刑裁月報一三卷六＝七号四六七頁）の警察官ガス自殺未遂者救出過失事件を取り上げ、事実上の蓋然性を問題とする『危険範囲』の問題として捉えた場合には、判決の論旨は妥当であるが、規範目的連関の観点からは、第二次的危険の発生が第一次的危険の実現を中断するものと解すべきである、としている。……このように、観点を異にすることにより結論が分かれるのは、事實的観点と規範的観点との統一的基準の欠如に起因するが、最終的に危険の実現を否定するのであれば、結局は客観的帰属論が違法評価に接近した価値的な性格をもつことを物語るものといえよう。」<sup>(1294)</sup>と述べておられる。前記五2で紹介した規範論に関する曾根教授の批判と併せ読めば、同教授の客観的帰属論に対して投げかけた疑問が、犯罪論全体の整合性に関わる本質的なものであることが理解できよう。

## 六 帰属基準整理の方向性

ところで、山中教授は、相当因果関係説内部の見直し・修正の動きに対し、既に歴史的使命を負えた理論の延命策的・弥縫策的なものでしかない、鋭く

<sup>(1293)</sup> 林・わが国における客観的帰属論（前出注11）二三〇～二三一頁。

<sup>(1294)</sup> 曾根・類型論的考察（前出注11）一九一頁。

批判される。

例えば、前田雅英教授が、狭義の相当性判断について提唱しておられる、① 行為の有する結果発生確率の大小、② 介在事情の客観的異常性の程度、③ 介在事情の結果発生への寄与の度合いという三項目を総合考慮するという基準<sup>(195)</sup>について、山中教授は、前田教授の説においては、相当性の判断とは何か、ないし基準が何かという点が明確でないので、この三つのモメントを組み合わせ、何を基準にして判断するのが分からない。したがって、完全なカズスティックである。仮に経験上の通常性が判断基準であるならば、三つのモメントは、實際上、どの程度の確率、どの程度の異常性、どの程度の寄与の度合いが必要なのかを明示されていないのであるから、その判断の際に留意すべきモメントに過ぎず、基準ではないことになる。以上のように批判される<sup>(196)</sup>。

また、相当因果関係説の立場から、曾根教授が、いわゆる夜間潜水事件最高裁決定（最一小決平成四年一月七日・刑集四六卷九号六八三頁）につき、「指導補助者および受講生の不適切な行動は、指導者である被告人の行為から誘発された事実であって予見可能であり、したがって、判断基底におかれるが、結果に対するその寄与度は低く、被害者の死亡結果は当然に行為者の行為に帰属される」とするのに対し、次のように批判する。仮に介在事情である受講生の不適切な行動の寄与度が高かったとすれば、被告人の行為から誘発され、予見可能な介在事情の寄与度が高いのであるから、経験上通常ということになり、やはり因果関係が肯定されるはずである。すなわち、曾根教授の判断枠組みにおいては、「寄与度」という基準の機能する余地はないのであり、これは、相当因果関係説の形式的枠組みを維持しながら、客観的帰属の考え方を取り込もうとし、「予見可能性」や「判断基底」という相当因果関係説本来の基準に、

<sup>(195)</sup> 前田雅英「刑法総論講義」[第三版] 一八三頁以下。

<sup>(196)</sup> 山中・客観的帰属の理論八五頁。

「寄与度」という全く異質な基準を組み合わせたために生じた破綻である<sup>(註97)</sup>。

冒頭で述べたとおり、私見によれば、相当因果関係説と客観的帰属論は、必ずしも単純な二者択一の関係にあるものではないから、上記の山中教授の論説もそのような観点から吟味する必要があるが、ひとついえるのは、実務的な感覚としては、前田教授の提唱する、① 結果発生確率の大小、② 介在事情の異常性、③ 介在事情の結果発生への寄与度という三項目を総合考慮する説に、むしろ親和性を覚えるということである。なぜなら、この程度にまとめあげた帰属基準でないと、煩瑣に過ぎて、とても日常の使用には耐えないという第一感が働くからである。もちろん、上記の基準が基準として確立されるためには、まだまだ問題が残されている。山中教授が指摘するとおり<sup>(註98)</sup>、なぜこれらの基準が導き出されるのか、その点に関する理論的な説明は必ずしも十分とは思われないし、上記①については、実行行為性との関係が明確でない。また、山中教授のような方法論を採る立場からは、確かに、上記の三項目につき、どの程度の確率、どの程度の異常性、どの程度の寄与の度合いが必要なかが明示されない限り、厳密な意味での基準とはいえないとの批判も可能であろう。しかし、大きな方向性としては、概ね上記①ないし③程度の抽象度の基準を立てた上、それ以上細かなファクターについては、これら三つ程度の基準に事実をあてはめて判断する際の考慮要素にとどめておくことが、現実的であるように思われる。

このような観点から分析すると、あくまで試論の段階に過ぎないが、山中教授が提示する類型ないし帰属基準の多くは、より上位の概念に収斂する形で整理可能なようにも思われる。

例えば、直接的危険類型の外部誘発危険介入類型において問題となる、危険修正か、危険転換かという基準（前記四三（一）（1））については、第一次的

<sup>(註97)</sup> 山中・客観的帰属の理論六八六～六八七頁。

<sup>(註98)</sup> 山中・客観的帰属の理論八五頁。

危険と第二次的危険の事実的因果力の相関関係の問題に帰着するように思われる。そうだとすると、上記③の「寄与度」基準に解消することが可能であろう。ちなみに、山中教授は、上記類型において、介入した第二次的危険が第一次的危険の継続を遮断して新たな危険系列を開始するに至らず、第一次的危険にいわば圧倒され、飲み込まれてしまったと評価できる場合は、介入事情の異常性を問題にすることなく、直接的危険創出行為への結果の帰属が肯定できるとする。その是非はともかく、上記基準に引き直していえば、この種の類型においては、「寄与度」基準が「介入事情の異常性」基準に優越することを明確にしたものと整理することも可能であろう。

また、直接的危険類型の内部誘発危険介入類型において問題となる、自然事象介入か、日常生活危険介入か、あるいは社会制度反応行動介入かは（前記四三（一）（2））、介入事情の性質に着目した分類の仕方であるが、規範的基準を用いることの当否はさておいても、例えば「日常生活危険」であることが、同教授が重視する「許された危険」や「自己答責的行動」といった規範的概念と同じレベルで、帰属の有無を決する決定的な意味を持つものであるとは、考えがたいであろう。素直に考えれば、「日常生活危険」なる概念は、危険が「日常的」なものであるとの評価そのものではなくて、第二次的危険として介入してくる蓋然性が、「日常的」といえるほど、高度なものであることに着目して定立された概念のはずだからである。そうだとすれば、自然事象介入か、日常生活危険介入かといった上記類型化の作業は、介入事情が介入する定型的な可能性、蓋然性を端的に問題にすることによって、「介入事情の異常性」基準に収斂されるように思われるのである。

## 七 終わりに

以上の考察から分かるとおり、山中教授の客観的帰属論は、斬新な方法論に

基づく壮大な試みではあるものの、「明確な具体的・実質的な基準によって、裁判官の判断に指針を与えようとする」<sup>(註99)</sup> 同教授の試みは、残念ながら、十分成功しているようには思われない。

同教授は、次のようにいう。実務は、通説である相当因果関係説に影響を受けつつも、個別具体的な事案に応じて、因果関係の中断<sup>(註100)</sup>、唯一・直接原因不要説<sup>(註101)</sup>、誘発された危険<sup>(註102)</sup>など、独自の概念を用いて帰属基準を展開してきた。これらは、学説によって、条件説を採るものとして片づけられてきたが、実際上は、客観的帰属にとって有用なものが少なからず含まれている。同教授の理論は、それを含めて事例を体系的に整理し、類型化を図って帰属基準の受け皿としての指針を与えるものであり、いわば、実務的な発想を体系化し、理論に昇華させることを試みるものである<sup>(註103)</sup>。

筆者は、実務が個別具体的な事案の解決を通じて形成してきた帰属の基準が、現在では、予見可能性や経験的通常性の概念を中心に据えた伝統的な相当因果関係説の範疇に収まり切らない様相を呈し、部分的には、むしろ客観的帰属論が提示する帰属基準に親和性を示していることについては、これを認めるのにやぶさかではない。しかし、だからといって、実務が、同教授が提示する膨大かつ広範な帰属基準の枠組みを、そのまま受け入れるとは到底思えないのである。私見としては、現在のところ、前項六で示したとおり、例えば前田教授が狭義の相当性について提示する程度の判断基準を精密化する方向で、議論が進むのではないかと考えているが、それにしても、広義の相当性判断（ひいては実行行為性）との関係に始まり、そもそも犯罪論全体の中で客観的帰属の問題をどのように位置づけるかに至るまで、問題は山積している。相当因果関係説

<sup>(註99)</sup> 山中・客観的帰属の理論九九頁。

<sup>(註100)</sup> 例えば、大判大正一二年七月一四日刑集二卷六五八頁（前出注63）は、「因果関係ノ存在ヲ認ムベキハ当然ニシテ、之ガ中断ヲ認ムルハ正当ニ非ズ」と判示する。

<sup>(註101)</sup> 最一小決昭和四六年六月一七日刑集二五卷四号五六七頁等。

<sup>(註102)</sup> 最一小決平成四年一二月一七日刑集四六卷九号六八三頁。

<sup>(註103)</sup> 山中・客観的帰属の理論七八九頁。

との論争という局面に限定するのではなく、犯罪論全体を視野に入れた巨視的な視点から客観的帰属論を捉え直すことが、膨大な帰属基準の体系化作業を行った山中教授の壮図に応えるゆえんでもある。さらなる議論の深まりに期待したい。