

論
說

客観的帰属論の規範論的考察

曾
根
威
彦

序 言

- 一 ルドルフイーの見解
- 二 ヴォルターの見解
- 三 フリッツシュの見解

- 四 ロクシンの見解
 - 五 山中教授の見解
- 結 語

序 言

客観的帰属論は、ドイツ刑法学において有力に主張され、わが国でも最近に至り支持者を増やしつつある。この

客観的帰属論の規範論的考察（曾根）

理論によると、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生み出し（危険の創出連関）、次いで、その危険が構成要件に該当する結果に実現した（危険の実現連関）といえる場合に、客観的帰属が認められることになる。そして、客観的帰属論の基礎は、（制裁規範としての）「刑法規範」の本質から導かれた認識、すなわち人の行為によって惹起された結果が客観的に帰属可能なのは、行為が保護された行為客体の法的に禁止された⁽¹⁾ 危殆化を創出し、その危険が構成要件該当結果に実現したときだけである、という認識に求められている。したがって、客観的帰属論を検討するに際しては、この理論を支えている規範論に関する考察が不可欠の前提となる。以下、日独の代表的な客観的帰属論者について、その帰属論を概観しつつ、各論者の規範論を取り上げてこれを批判的に検討することにした。

(1) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 5. Aufl., 1996, S. 287; vgl. Jescheck, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1993, Vor §13 Rn. 64.

一 ルドルフイーの見解

1 ルドルフイーの考え方

(1) 帰属論 ルドルフイーにおいて、刑法上の帰属は、人的帰属と客観的帰属とに分けて論じられている。⁽²⁾ 前者の人的帰属（広義）として、「外部的態度の人的帰属」（行為論）と「規範違反的態度の個人的帰属」（責任論）とが扱われているが、本稿では、不法論における帰属の問題として後者の客観的帰属のみを取り上げることとする。

彼のいう客観的帰属は、その内部でさらに、①規範違反的態度の客観的帰属と、②不法結果の客観的帰属とに分けて論じられるが、結論としてルドルフィーは、「人間の態度によって惹起された不法結果が客観的に帰属可能なのは、この態度が法的に否認された結果発生危険を創出し、かつ、この危険が事実上も具体的な結果惹起的事象に実現した場合だけである」と述べて、右の①を危険の創出連関に、②を危険の実現連関に対応させている。

まず、①の規範違反的態度の客観的帰属においては、態度（行為）規範によって否認された、保護法益に対する危険性がある場合に、それを惹起した人間の外部的態度が帰属可能であることが要件となるが、この帰属判断のための前提は、第一に、行為が保護法益に対して危険であったことであり、第二に、この危険設定が法的に禁止されていたことである。そして、刑法上の不法論にとっては、まず、当該行為者に帰属可能な規範違反的態度の危険性、つまりその態度の客観的な危険性無価値が行為無価値の本質的な一要素を構成する、という帰結が生じ、次いで、行為者の態度の危険性無価値が行為者に主観的にも故意的あるいは過失的に実現したものとして帰属することができる、ということが付け加えられなければならないから、結局、規範違反的態度すなわち行為無価値の構成要素は、当該態度の客観的危険性無価値と主観的不法要素としての（故意的または過失的な）志向無価値の双方ということになる。⁽⁴⁾

次に、②行為者の態度の規範違反的な危険性が具体的な危険結果へと展開し、あるいは法益侵害に実現することが補充的に可罰性の要件とされる。ここで可罰性にとって補充的に前提とされているのは、発生した具体的な危険結果ないし侵害結果が客観的にも行為者に帰属されうることであって、立法者が行為者の態度を禁止したのも、その具体的結果の中に構成要件の態度の危険性が実現するからである。ルドルフィーは、このように危険結果

ないし侵害結果の帰属（結果不法）が常に態度の危険性の帰属（行為不法）を媒介としていことから、行為不法と結果不法とは相互に密接に係合している、と説いている。⁽⁵⁾

(2) 規範論 ルドルフ・フリーの右のような帰属論を支えているのが、刑法は予防的な法益保護を目的とする、という国家刑法の目的の観点から、刑法における規範として行為（態度）規範と制裁規範を想定する彼の規範論である。

まず、「行為規範」の目的規定は、法益侵害を防止するために人間の社会侵害的態度に対処することにおける、行為規範は、人間の態度の拘束的指針として法益侵害行為を禁止し、法益救助行為を命令する、と理解される。そこから第一に、刑法上の行為規範の名宛人は、因果的事象の自己決定と支配能力をもつ理性的存在としての人間に限定され、行為規範のもつ人的関連性という帰結が導かれる。行為規範の目的設定から生じる第二の帰結は、刑法上の禁止の対象は——事前的観点から観察して——それぞれに保護された法益を侵害するような行為のみであり、したがって刑法上の禁止の内容は、常に客観的に危険な行為の禁止、つまり危殆化の禁止ということである。⁽⁶⁾しかも、刑法上の構成要件の基礎となっている行為規範が、ただ、もはや許された危険の範囲内に存在しない行為、あるいは許された危険の程度を超える行為にのみ向けられているために、構成要件該当行為は常に違法な危険の創出を前提とすることになる。⁽⁷⁾結局、客観的帰属にとって必要なのは、行為者が保護法益に対する危険を創出したこと、しかもそれを法益の保護を目的とする刑法上の行為規範に違反して創出したということである。⁽⁸⁾

次に、禁止・命令を内容とする行為規範を安定化させ、あるいは妥当させるといふ任務をもつのが「制裁規範」である。刑法は、法益保護の目標達成のために刑罰予告、科刑および刑罰執行という手段を用いるが、行為規範の

遵守を担保しようとするこれらの手段こそが制裁規範（刑罰予告）であり、その実現（科刑・刑罰執行）なのである。制裁規範およびその実現は、行為規範を一般予防的に裏付け、また特別予防的に具体的行為者に貫徹させること、すなわち行為規範が事実的および規範的に妥当することを保障している。⁽⁹⁾ ルドルフイーによれば、行為規範の対象が客観的に危険な行為であって、同時に規範の名宛人がその危険性を考えて行為を行わない可能性を有するような人間の行為のみであることは、行為規範の目的設定から導き出されるのではなく、制裁規範の目的設定からも導き出される。なぜなら、その態度が客観的危険性において行為者に客観的に帰属可能である場合にのみ、禁止された行為を行うことによって動揺させられた規範信頼を回復し、一般予防的および特別予防的に禁止された危険創出に対抗する必要性が生じうるからである、という。⁽¹⁰⁾

2 ルドルフイー説の検討

まず、ルドルフイーが規範違反的態度の客観的帰属、すなわち危険創出連関を客観的危険性無価値によって基礎付けたうえで、それを行為無価値の本質的要素と位置付けたことに対しては、「危険性無価値の行為無価値からの解放こそが課題」であって、ここにルドルフイーの規範論的分析の限界が存在する、という指摘がある。⁽¹¹⁾ これは、行為無価値の意味を行為規範違反と解した場合、命令・禁止を本質とする行為規範（決定規範）によっては行為の客観的属性である危険性を基礎付けることができない、とする趣旨と思われるが、基本的に行為規範が人の意思に働きかける規範として機能していることからすれば（行為規範の人的関連性）、この指摘は妥当であろう。物的不法論の立場からは、客観的危険性無価値は（そしてこれを含むとされる行為無価値も）、不法要素として、規範論的には行為規範（意思決定規範）から区別された評価規範によって基礎付けられなければならない。⁽¹²⁾ もっとも、違法を行

為規範違反と捉える人的不法論の立場からすれば、危険性無価値を含む行為無価値を行為規範によって基礎付けることは、別に異とするに足りないであろう。

次に、ルドルフィーが可罰性の要件として「規範違反的態度の客観的帰属」に加えて「不法結果の客観的帰属」を挙げた背後には、制裁規範の存在がある。制裁規範は、なるほど規範違反的態度の客観的帰属をも基礎付けてはいるが、この意味での帰属は人的不法論の立場から行為規範のみによっても根拠付けられるのに対し、不法結果の客観的帰属は行為規範のみではこれを基礎付けることができないであろう。立法者は、行為者の規範違反的態度が危険結果ないし侵害結果に実現して初めて、すなわち不法結果の客観的帰属が認められて初めて、刑罰予告・科刑・刑罰執行、つまり制裁の必要性が生ずると判断したと考えられるのである。

問題となるのは、ルドルフィーのいう行為（態度）規範と制裁規範との関係であるが、行為規範が法益保護に向けて予防的に行為者の態度を規制し、制裁規範が行為規範の遵守を担保する機能を果たすというのであれば、両者は重疊的な関係に立って法益保護という国家目的を実現するために機能しているということになる⁽¹³⁾。たしかに、行為規範も制裁規範も究極的には法益の保護に資するのであるが、それはそもそも刑法規範がそのような役割を果たしているからであって、私見によれば、制裁規範は裁判規範として、評価規範および（意思）決定規範（行為規範）を前提とする刑法規範そのものを指しているのに対し、行為規範はもっぱら決定規範として行為者の意思に働きかけ、その違反（志向無価値）について行為者の主観的責任を認定するという機能を果たしているのである。

(29) Hans-Joachim Rudolph, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Schünemann (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 75ff., 78ff.; ムンッセル・ルドルフィー（川口浩

一訳〕「国家刑法の目的と刑法上の帰属の諸形式」ベルント・シュエネマン編〔中山研一・浅田和茂監訳〕『現代系法体系の基本問題』(一九九〇年) 八二頁以下。

- (3) Rudolphi/Horn/Samson/Günther, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 1, 6. Aufl., 1995, Vor §1 Rn. 57.
- (4) Rudolphi, a. a. O. (注2) S. 80ff., 川口訳・八八頁以下。
- (5) Rudolphi, a. a. O. (注2) S. 83, 川口訳・九〇頁。
- (6) Rudolphi, a. a. O. (注2) S. 75ff., 川口訳・八二頁以下。
- (7) Rudolphi/Horn/Samson/Günther, a. a. O. (注2) Vor §1 Rn. 57.
- (8) Rudolphi/Horn/Samson/Günther, a. a. O. (注2) Vor §1 Rn. 62.
- (9) Rudolphi, a. a. O. (注2) S. 70ff., 川口訳・七六頁以下。
- (10) Rudolphi, a. a. O. (注2) S. 78f., 川口訳・八五頁。
- (11) 山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(一九九七年) 四一八頁。
- (12) そして、危険性無価値とともに行為無価値を構成するとされる「志向無価値」のみが、行為規範(決定規範)違反の内容として、不法ではなくむしろ行為者の責任を基礎付けていると解すべきであろう。
- (13) 中山教授によれば、刑法上の帰属をすべて国家刑法の目的によって有機的に結合することは、規範的観点からの「全体的考察」に陥り易いというデメリットを内在させることになる(シュエネマン編・前掲(注2)〔中山研一執筆〕「本書の解題と若干のコメント」二六一頁)。

二 ヴォルターの見解

1 ヴォルターの考え方

- (1) 帰属論 ヴォルターによれば、ある結果の帰属は帰属可能な危険の創出に基づかなければならないが、こ

客観的帰属論の規範論的考察(曾根)

うした危険な行為の招来は、人的および個人的な連関を必要とする。すなわち、客観的結果帰属は、原則として人的かつ個人的な危険帰属をその基礎とする、⁽¹⁹⁾という。行為者は、故意的に、不法の認識をもって、かつ非難可能的に法的に重要な（相当であり、危険増加的であり、かつ規範の保護目的の範囲内にある）危険を創出していなければならない、この危険は「行為相當的に」結果に実現していなければならない。⁽¹⁵⁾客観的帰属論は——結果帰属の基底に存することが不可欠な危険帰属に関する限り——「人的なもの」とされなければならない、⁽¹⁶⁾というのである。そして、客観的帰属が人的かつ個人的な危険帰属に基づくことから、危険増加および規範の保護目的といった一般的な帰属構成も、こと危険帰属に関しては、刑法一六条（行為事情に対する錯誤）一項、一七条（禁止の錯誤）のルールに服さなければならない、とする。⁽¹⁷⁾

しかし、ヴォルターによれば、厳密に客観的な不法への帰属というものもある。この帰属は、行為と結果の間の危険連関について認められるが（客観的結果帰属）、事象が最初からそれ自体として有用な行為計画から逸脱するものの相当な範囲内であって、客観的に帰属可能であり、かつ等価値的な経過をたどる場合は、例外的に、客観的な不法帰属が危険帰属についても生ずる、⁽¹⁸⁾というのである。帰属論から人的連関を排除し、脱個人化することは、ヴォルターによれば、二つの観点において必要なことである。⁽¹⁹⁾一つには、たとえば被相続人雷撃の事例（被害者の財産を相続する目的で雷雨の森に行かせ、被害者を雷撃に遭わせて死亡させたという事例）において、故意がないことを理由として初めて帰属が否定されるのではなく、すでに客観的な死の危険が考慮に値しないほど低いことを理由として帰属がなされないように、そこに潜んでいる客観的な問題設定が第一義的であるにもかかわらず、客観的帰属の問題がしばしば故意ないし責任の衣を着せられていることがあるからである。他方、このことは、たとえば橋脚事

例（泳げない被害者を溺死させようとして橋の上から突き落としたところ、橋脚に当たって死亡したという事例）において、当初から逸脱している危険が厳密に客観的に帰属されるように、因果経過が逸脱してはいるが、それが非本質的である場合においても問題となる、という。

(2) 規範論　ロクシンによれば、ドイツの支配的見解は、決定規範（行為規範）に対する違反が行為無価値を基礎付け、かつ、これに尽きているとするのに対し、評価規範はこれを超えて付加的に結果をも含む、と解している。⁽²⁰⁾ この立場では、侵害結果は（制裁規範の前提としての）評価規範の対象ではありえても、行為規範（決定規範）の対象ではないことになる。（行為）規範は、人がそれに従うことができ初めて意味をもつのであって、規範違反は行為時の事前判断とされる。ヴォルターもその代表的な論者の一人であるが、ヴォルターの規範論については、筆者自身かつて考察を試みたことがあるので、⁽²¹⁾ここでは彼の考え方を簡単に整理しておくことにしよう。

ヴォルターは、刑法上の不法を評価規範違反と捉えた上で、これを、禁止規範違反を意味する行為不法（広義）と、単なる評価規範違反にとどまる結果不法とに分けて考察している。まず、「行為不法」は、さらにその内部で、行為企図不法を意味する態度不法と、危険性不法とに分けて説明される。「態度不法」（狭義の行為不法）が態度（行為）規範違反を意味し、行為の規範違反性そのものによって基礎付けられるのに対し、「危険性不法」（第一次の結果不法）は、保護規範（保障規範）の侵害であって、法益危殆化の現実的可能性（危険性）がその内容とされている。次に、（第二次の）「結果不法」は、危険性不法によって媒介された「危殆化結果」ないし「侵害結果」から構成されるが、「結果不法」にあつては、創出された危険が結果に相当で客観的に帰属できる形で実現されたか否かが問題となる、としている。

2 ヴォルター説の検討

(1) ヴォルターが、客観的帰属論においても原則として「人的かつ個人的な危険帰属」をその基礎としなければならない、とするのは、行為不法において危険性不法と並んで、態度（行為）規範違反としての行為企図不法を意味する態度不法を問題とすることと関係していよう。しかも、単なる態度不法を超えて危険性不法（危険帰属）に關しても、人的（ドイツ刑法一六条）および個人的（同一七条）連関を必要とするということになると、そのことが危険帰属を基礎とする結果帰属にも影響を及ぼし、不法全体の主観化は避けられないこととなる。したがって、人的・個人的帰属の領域は、ルドルフィーも説くように（前出一1(1)、客観的な危険帰属の問題とは切り離し、むしろ主観的帰属の問題として責任論（ないし行為論）においてこれを取り扱うべきであろう。物的不法論の立場からすれば、純粹な客観的不法への帰属だけがまさに本来の客観的帰属論に属すべき場合であって、不法を基礎付ける評価規範の機能すべき場面なのである。

一方、ヴォルターが結果不法（侵害結果および危殆化結果）を行為規範（決定規範）の対象から排除したことは妥当であった。行為規範が行為者の意思に働きかけて結果の発生自体を禁止する、ということが意味をもちえないからである。しかし、ヴォルターが行為不法において態度規範および保障規範を問題としつつも、結果不法を含めて不法を全体としてみた場合、不法を基礎付ける共通の規範として価値基準を設定する評価規範のみを考慮していることは、結局、不法の問題としては評価規範だけを考慮すれば足りるのではないか、という疑問が残るのである。⁽²²⁾

(2) ヴォルターが結果犯においても行為不法（態度不法）を重視することに対しては、結果犯にとって、（客観的・主観的な）行為不法の概念が必要かどうかは検討を要するとし、このことは、行為規範の対象である行為に評

価値規範も作用するのかどうかを再検討することにつながる、という山中教授の指摘があるので、次にこの点をみてもみることにしよう。

教授は、まず、危険創出に至らない単なる行為不法・行為無価値の概念に疑問を提示するが、行為規範・態度規範を不法論においても考慮する以上、ヴォルターという行為不法の存在はこれを認めざるをえないであろう。教授は、例として、交差点で信号無視をした行為者が一〇〇メートル進行した地点で、わき見運転によって人をはね、重傷を負った被害者が入院先の病院の火事で死亡したという事例を挙げ、この場合（信号無視に）刑法二二一条の行為無価値はない、とする。たしかに、この事例において、結果との関係で危険を創出したのはわき見運転であって信号無視ではないが、これは行為後の事実経過を考慮に入れることによって初めて導かれる帰結であって、行為時の事前判断による行為規範違反の判断としては、信号無視に行為無価値性を認めざるをえないであろう。そして、かりに評価規範が行為それ自体には及んでいないから、行為不法は不要だと解するのであれば、結局、評価規範のみが不法論において意味をもつということにならざるをえないと思われる（しかし、これはおそらく教授の立場ではないであろう）。

次に、この立場で、行為不法がはたして本当に評価規範違反を意味しなくてもよいのか、ということが問題となる。山中教授は、危険創出が認められたとしても、事後的に危険実現が否定されるならば、行為規範違反が認められても評価規範違反があるという必要はない、とするが、行為規範違反を行為無価値として不法要素に含ませるときは、その判断基準として刑法規範が評価規範として機能していることを認めざるをえないであろう。反対に、行為規範違反、したがってこの立場で行為無価値と評価されるものを純粹に意思決定規範違反として捉えるならば、

その不法論はきわめて主観的なものとならざるをえなくなる。しかし、教授も「故意と過失という主観的要素をまとった危険創出」の概念が違法論と無関係であることはこれを認めているのである。⁽²⁴⁾

ヴォルター説の問題性は、行為不法に評価規範違反を含めた点にあるのではなく、むしろ決定規範（行為規範）違反をも不法要素と解した点にある。行為者の意思に働きかける決定規範は、その違反を主観的帰責の問題として、あくまでも責任論において取り扱わなければならないのに対し、行為不法と呼ばれるものも、法益侵害の一般的危険性ないし危険の創出（危険性不法）という意味では、評価規範違反をその内容としているのである。もっとも、行為不法は一応の違法評価に過ぎず、結果不法（危殆化・侵害結果）が存在しない場合は、行為に対する最終的な違法評価は否定されることになるのであって、その限りでは、行為不法概念に疑問を投げかけた山中教授の批判は正鵠を射たものといえよう。

- (14) Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, zugleich ein Beitrag zur Aberatio ictus, in: Schünemann (Hrsg.) a. a. O. (注2) S. 111, 113, エルゲン・ヴォルター〔葛原力三訳〕「不法への客観的帰属と人的帰属」シェーネン編・一二四頁、一二七頁、一二九頁。なお、ヴォルターは、自説はルドルフィーの基本思想と結び付いている、としている（Wolter, a. a. O. S. 103, 葛原訳・一二七頁）。
- (15) Wolter, a. a. O. (注14) S. 116, 葛原訳・一二九頁。
- (16) Wolter, a. a. O. (注14) S. 112, 葛原訳・一二六—七頁。
- (17) Wolter, a. a. O. (注14) S. 120, 葛原訳・一二六頁。
- (18) Wolter, a. a. O. (注14) S. 115, 葛原訳・一二九頁。
- (19) Wolter, a. a. O. (注14) S. 121, 葛原訳・一二七頁。
- (20) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl., 1997, S. 268, Rn. 93, 例えはイエシュックは、決定規範が行為無

価値だけを基礎付けるのに対し、評価規範は結果無価値にも関連する、⁴³⁾ (Jescheck, a. a. O. (注一) LK, Vor §13 Rn. 43)。

(21) 曾根威彦「二元的・人的不法論と犯罪結果」同『刑事違法論の研究』(一九九八年)二九頁以下。ヴォルターの規範論については、さらに山中・前掲(注11)四一八頁以下。ヴォルターは、その後、Wolter, a. a. O. (注14) S. 103ff., 葛原訳・一一五頁以下において、さらに自説を展開している。

(22) 曾根・前掲(注21)三六頁。

(23) 山中・前掲(注11)四二四頁以下。

(24) 山中・前掲(注11)四二六頁。

三 フリツシュの見解

1 フリツシュの考え方

(1) 帰属論 ルドルフィー、ヴォルターが不法を行為不法と結果不法とに分ちつつも、両者の密接な関連性を前提として客観的帰属論を展開したのに対し、両者を峻別した上で、帰属論は結果不法論の問題にすぎず、行為不法論の問題は構成要件該当行為にかかわる、とするのがフリツシュである。彼は、通説とは異なつて、「構成要件該当的態度」と「結果の帰属」との分離を試みて、行為者が否認された危険を創出したか否か、構成要件の範囲がどこまで及んでいるか、ということは結果帰属の問題ではなく、構成要件該当的態度の問題であるとし、法的に禁止されたものとしての危険の判断を構成要件該当的態度に限定して論じている。すなわち、結果犯の領域におい

て、否認された危険創出の要件は結果帰属論の要素としては余分のものであり、それは帰属論に先置された問題であつて、構成要件該当行為の中核的な要件である、とするのである。⁽²⁵⁾ 一方、帰属論に属するのは、「構成要件該当の態度を根拠づける危険と結果発生との間の因果連関と実現連関のみである」として、結果帰属を単に、法的に禁止された行為による結果惹起の問題とみなしている。

さて、フリッツシュによれば、構成要件該当的に否認された危険創出の判断にとって本質的な根本基準は、第一に、一定の危険を伴う行為態様を否認することが、行為の自由を考慮しても一定の財を保持するために適切、必要かつ相当な手段とみられるかどうかであり、第二に、規範の効力と不可侵性を保持するために、このようにして否認された危険創出に対し刑罰で対応することが必要かつ相当と考えられるかどうかである。⁽²⁷⁾ そしてフリッツシュは、法益を危殆化する行為態様の三つの基本的なグループとして、①被害者または第三者が危険を高めたり、積極的に危険を促進するように介入することなく、直接に財の侵害に至るおそれのある行為態様、②被害者自身が媒介する行動を経て初めて財の侵害作用を展開することが可能となり、また、被害者の相応な態度が明白に可能であるために危険な行為態様、③第三者が行為者の行為に引き続いて法益を脅かし、侵害するような行為態様を取る、という多かれ少なかれ重大な危険 (Risk) ⁽²⁸⁾ が存在するために、法益侵害の危険 (Gefahr) を担うことになる行為態様の類型を挙げている。

(2) 規範論 フリッツシュの帰属論も、彼の規範論を踏まえて初めてこれをよりよく理解することができる。ここでも、行為規範(態度規範)と制裁規範との関連・区別が問題となるが、フリッツシュの規範論は、態度規範違反について事前判断の方法を徹底させ、態度規範の射程を結果惹起の側面を排除した狭義の行為に限る点にその特色が

ある。この立場では、(態度)規範は、事前的に行為に指針を与えるように作用しなければならず、したがって侵害惹起禁止ないし侵害回避命令は意味のある規範ではないことになる。フリッツシュによれば、構成要件該当の規範違反行為の中核は侵害の惹起ではなく、事前判断による「客観的に否認された危険の創出」である。⁽²⁹⁾態度規範にとって意味のある対象は、行為の状況で認識可能な危険だけであるから、必要なのは、行為の時点で確認する危険であって、事後的な視点からしか明らかになりえない危険ではないのである。

態度規範の独自性を強調するフリッツシュは、通常、客観的帰属論の内部で議論される「規範の保護目的」の理論についても、それを結果の客観的帰属の理論に位置づけることは説得的でない、と主張し、このことが妥当するのは、いずれにせよ「保護範囲」によって、法益侵害につながる事象経過⁽³⁰⁾——それに対して個々の構成要件の態度規範が保護することになる——の領域を意味するときである、という。というのは、この保護が常に、そのような事象経過の表出という、もはや許容できない危険を創出する一定の行為態様の禁止に關して行われるからである。したがって、いわゆる保護目的論の分野でも、その下で一定の態度が否認される「危険次元」の厳格な把握以上のものが問題となるわけではないことになる。態度規範の保護範囲が、否認される危険の創出の保護範囲を意味するというフリッツシュの立場からすれば、それが構成要件該当行為の問題であって、結果帰属の問題でないことは当然の帰結であろう。⁽³¹⁾⁽³²⁾

一方、態度に帰属可能な結果の要件は、明らかに態度規範の外部に存在している。すなわち、それは態度規範の違反と併存する制裁規範独自の要件を構成している。このような独自の制裁の要件として、それはすでに規範論理的根拠から、厳密には態度規範と同じとはいえない基本思想に義務づけられる。「結果発生への危険の現実化」は、

制裁規範侵害の制裁構想に特有な付加的要件である。⁽³³⁾ 付加的要件として、態度と一定の関係の下に立つて発生した結果は、このような帰結に向かう危険な行為の遂行の後に、刑罰の介入の妥当性と正当化の可能性とに関連しなければならぬのである。

2 フリッシュ説の検討

フリッシュが構成要件該当行為と結果の帰属を分離したことに対しては、態度規範と制裁規範を峻別する立場から、これに好意的な見方もある。⁽³⁴⁾ たしかに、危険の創出を結果の帰属の問題から分離し、これを構成要件該当の態度の問題として独立に論ずることにより、事例によっては問題の適切な解決を導くことも考えられる。客観的帰属論者によって、許されない危険の創出が認められないとし、また構成要件の射程範囲に属さない、として客観的帰属が否定されるものの中には、結果の帰属を問うまでもなくすでに実行為性が認められないために構成要件に該当しないと考えられる類型もあるからである。⁽³⁵⁾ しかし、これを一般化して、すべての場合について構成要件該当の態度と結果の帰属とを完全に分離することはやはり問題である。

多くの論者は、行為の危険と結果の帰属とは相互に関連しなければならないという見地から、⁽³⁶⁾ フリッシュの見解に対し批判的な意見を寄せている。例えば、ロクシンは次のように批判する。⁽³⁷⁾ すなわち、フリッシュの分離論によると、結論において常に結果が帰属されるか帰属されないかが問題となる、ということが考慮されないことになってしまう。（結果の）惹起者が最初から適切に行動していた場合には、彼に結果が帰属されることはなく、また、因果経過がとりわけ途方もないものであった場合も、同様に結果が帰属されることはないのである。それに加えて、右の分離論に対しては、行為無価値と結果無価値は分かちがたく相互に結び付いているという事情がこれに反

対する論拠となる。例えば、殺害結果とその帰属なしには、殺害行為も「構成要件該当行為」もありえない（せいで未遂結果を前提として殺害未遂行為がありうるにすぎない）、という。

山中教授も、危険創出は結果帰属基準の一つである、とする立場から批判を展開し、⁽³⁸⁾ 危険創出は抽象的な結果に対する事前の危険を意味し、それは構成要件該当行為の要件でありうるのみならず、結果帰属に必要な程度の行為の危険性の要件であって、その意味で、危険な行為を結果に結び付ける契機なのである、とする。教授は、フリッシュが挙げる（前出1(1)）、法益を危険にさらす三つの行為態様の類型についても批判を展開し、⁽³⁹⁾ 三つの類型のうち、固有の意味での危険創出の問題は①の第一類型のみであり、②③の第二・第三類型は、危険実現の問題であって構成要件該当（行為）の問題ではありえない、とする。というのは、危険創出は事前判断を基礎とするものであるが、第三者や被害者の行為の介入は事後に展開していく事情であって、事前判断においては類型化できない一般的可能性にすぎないからである、としている。⁽⁴⁰⁾

フリッシュが常に危険の創出を結果の帰属の問題から截然と分離し、これを独立させて構成要件該当的態度の問題として論じたことは、各評者が指摘するように、犯罪概念における行為と結果との有機的関連性を破壊するものであって妥当でないであろう。そのことは、故意の対象が（態度）規範の射程を超えた侵害結果ないし危険結果そのものに及ばなくてもよい、とする故意論を展開することに帰着し、故意の結果に対する責任連関を否定することによって責任原則を空洞化することにもつながりかねない。もっとも、フリッシュのこのような結論は、刑法上の不法を、相互に独立した規範である行為規範（態度規範）と制裁規範とから構築しようとした彼の不法論の当然の帰結であったとみることもできる。規範論的にみて、意思決定機能をその内容とする行為規範によって犯罪結果

（危険の実現）を捕捉することはおよそ不可能であり、反対に、本来的に裁判規範として機能する制裁規範によって、行為者の意思決定機能を捉えることもきわめて困難である。やはりここでも、不法論として客観的帰属論を展開するのであれば、統一的な評価規範によって危険の創出とその実現とを有機的に関連付けて把握することが求められなければならないであろう。

- (25) Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 33ff.
- (26) Frisch, a. a. O. (注25) S. 67.
- (27) Frisch, a. a. O. (注25) S. 79f.
- (28) Frisch, a. a. O. (注25) S. 86, 90ff., 148ff., 230ff.
- (29) Frisch, a. a. O. (注25) S. 71f.
- (30) Frisch, a. a. O. (注25) S. 65.
- (31) 山中・前掲(注11)四〇三頁参照。
- (32) フリッシュが危険創出を客観的帰属の問題とせず、これを態度規範（行為規範）違反の問題として処理したことは、機能的な概念として規定された彼の故意論にも反映されている（Vgl. Bernd Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Schünemann (Hrsg.) a. a. O. (注14) S. 52ff., 松生光正訳「刑法上の体系思考に関する序論」シューネマン編・五六―七頁参照）。彼におおって、法的に禁止されたものとしての危険の判断を構成要件該当の態度に限定したことから、故意における認識の対象も、客観的構成要件そのものではなく構成要件該当的な態度に向けられることになる（Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 101, 115, 340）。そして、構成要件該当の態度の本質が法的に否認された危険性に求められることから、結果犯の場合に行為者は、自己の行為に客観的にみて結果を招来する一定の危険の適性があることを知らなければならず、また、それを知っていれば十分であるといふことになる（Frisch, a. a. O. S. 118ff., 162ff.）。
- (33) Frisch, a. a. O. (注25) S. 516.
- (34) Bernhard Hafke, Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung, in:

Schünemann und Dias (Hrsg.), Bausteine des Europäischen Strafrechts, 1995, S. 96. ハフケは「規範と刑罰法規とを分けるビ
ンディングの見解に倣い、犯行の (deliktisch) 帰属は刑法上の帰属ではない」としている。

(35) 詳細については、曾根威彦「客観的帰属論の体系論的考察——ロクシンの見解を中心として——」西原春夫先生古稀祝賀論文
集第一巻（一九九八年）六八頁以下。

(36) Jescheck, a. a. O. (注1) S. 287.

(37) Roxin, a. a. O. (注20), S. 313, Rn. 46.

(38) 山中・前掲 (注11) 四〇六頁。

(39) 山中・前掲 (注11) 四〇七頁。

(40) さらに、故意があるとするために「構成要件該当的な危険の認識」があれば足りる、とするフリッツシュの故意論に対しては、
シュネマンの次のような批判がある (Schünemann, a. a. O. (注32) S. 63; 松生訳・六四頁)。フリッツシュが故意の対象として、
構成要件に該当する態度を、行為者の立場から判断すべき結果惹起の危険ないしその他の構成要件要素の存在の危険と同一視し、
このようにして被害者の視点からではなく行為者の視点からのみ迫っている構成要件充足の場合に関しても、刑罰法規に行爲の禁
止を補って理解するとき、規範論的論証の負担能力を過度に酷使することになる。というのは、それによってフリッツシュは、極端
な目的主義の見方（不法の典型は終了した不能未遂にあるとするもの）をはるかに超えてしまっただけではなく、彼の故意構想
を、法律から必然的に導き出すことができない決定規範。しかも刑法の制裁規範によって処罰されるであろうよりはるかに多くの
ものを禁ずることになる決定規範の上に根拠付けようとしたからである、としている。

四 ロクシンの見解

1 ロクシンの考え方

(1) 帰属論 ロクシンによれば、客観的構成要件への帰属は、二つの連続して構成される原理に従って行わ

客観的帰属論の規範論的考察（曾根）

(41) れる。まず、行為者によって惹起された結果が客観的構成要件に帰属するのは、行為者の態度が行為客体に対する許された危険によってカバーされない危険を創出し、この危険が具体的結果にも実現した場合だけである。危険創出が欠ければ不可罰となるのに対し（例えばAがBを殺害しようとして、雷雨の森にBが行くように仕向け、BがAの計画どおりに雷に当たって死亡したという場合Ⅱ雷事例）、構成要件に該当する法益侵害に危険の実現が欠けるときは、既遂の脱落だけを引き起こすに過ぎず、したがって場合によっては未遂の刑が科される可能性はある（例えばAが殺意をもってBを撃ったが、Bは軽傷を負ったに過ぎず、治療のため収容された病院で火災のため死亡したという場合Ⅱ病院火災事例）、という。次に、結果が行為者によって創出された危険の実現である場合は、原則として帰属可能であるが、構成要件の射程範囲がこのような危険とその作用との結合を捕捉していない場合は、それにもかかわらず例外的に帰属が否定される余地がある、とする（例えばAがBをヒマラヤ登山へ誘ったところ、Aが予期したように、Bが遭難して死亡したという場合Ⅱヒマラヤ登山勧誘事例）。結論的にいえば、客観的構成要件への帰属は、行為者によって創出され、許された危険によってカバーされない危険を構成要件の射程内で実現することを前提として⁽⁴²⁾いる。

(2) 規範論 ロクシンは、ヴォルターに代表されるドイツの通説的見解が行為と結果を分離し、行為のみを決定規範（行為規範）の対象とすることに反対し、結果も行為に帰属される限りでは決定規範（および評価規範）の対象である、とする。

ロクシンにおいても、自然的な出来事ないし予見不可能な偶然の出来事を禁止しようとすることは意味をもたないから、「刑法においては行為不法のない結果不法というものは存在しない」。したがって、結果が人間の行為から

独立したものとして禁止されるのではなく、また、その単なる偶然的な一予見不可能な作用として禁止されるものでもないという限りでは、「行為だけが禁止されており、結果は禁止されていない」という一元的不法論の命題は正しい、とする⁽⁴³⁾。しかし、可罰的行為の計画どおりの実現、ないし注意義務違反の相当な帰結として生ずる結果は間違いなく禁止されている、という。ロクシンは、刑法規範の対象は行為だけであって結果を含まないとする一元論を批判し⁽⁴⁴⁾、構成要件に該当する行為は、内部的および外部的要素（結果を含む）の統一体として不法の基礎にある決定規範および評価規範の対象となる、とするのである⁽⁴⁵⁾。

彼の帰属論（いわゆる客観的帰属論をその内に含む）は、右の規範論を前提として展開されたのである。まず、一元的人的不法論の帰結、すなわち結果の発生はおよそ偶然に依存しているということを理由に、不法をもつば行為者の意図（ないし許されない危険の創出）に依拠させなければならない、という見解が否定される⁽⁴⁶⁾。たしかに、行為に帰属しない結果は偶然の産物としてロクシンによっても不法から排除されるが、具体的法益侵害を行為者の仕業として出現させる結果は、不法要素として行為に帰属されるのであって、帰属論の目的は、行為に帰属しない結果（したがって偶然な結果惹起）を排除することにある。結果は、それが帰属可能な場合に、そこにおいて行為無価値が有意義なものであることが示される限りで不法の不可欠な核心部分である、という。

2 ロクシン説の検討

以上の説明から、ロクシンが決定規範（行為規範）と評価規範とを一体のものとして把握していることが伺われる⁽⁴⁷⁾。たしかに、評価規範と決定規範とが同一規範の機能面からみた二つの側面、すなわち評価機能と決定機能とを意味すると解せられる限りでは、両者の射程範囲を共通のものと理解することに一応の合理性が認められる。し

かし、純粹に客観的な結果をも主観的な（意思）決定規範の対象とすることには疑問がある。偶然的な結果はもとより、計画どおりの結果ないし予見可能な結果についてもこれを決定規範違反として不法要素に数えることはできないのである。結果は、たとえそれが行為に帰属しうるものであるとしても、やはりヴォルターらの説くように、単に評価規範の対象であって、決定規範の対象ではないと言わざるをえない。決定規範を不法の前提と解する限りでは、行為に帰属されるものも含めてすべての結果を不法要素とみない一元的人の不法論に採るべきものがある。

したがって反対に、結果をも不法要素に加えなければならぬとするなら、不法論においては刑法規範のもつ評価機能のみを考慮すべきであろう。ロクシンの見解によれば、行為に帰属しない偶然的結果は評価規範に違反していても決定規範に違反していないため不法でないということになるが、そうであるとすると、不法を最終的に決定しているのは決定規範ということになり、その点において、彼の規範論が行為無価値論であるとの評価は避けられないであろう。ロクシン説の特色の一つは、結果を行為に帰属しうるものとそうでないものとに分かったうえ、前者についてのみ決定規範違反したがって不法性を認め、行為に帰属しない偶然的結果については決定規範の対象から外してその不法性を認めない点にあった。しかし、不法要素としての結果はむしろ評価規範によってのみ基礎付けられるべきであって、結果は、それが評価規範に違反するものである以上、行為に帰属すると否とにかかわらず不法性を帯びると解さざるをえないのである。

(41) ロクシンの客観的帰属論に対する筆者の見解については、曾根・前掲（注35）六五頁以下参照。

(42) Roxin, a. a. O. (注20) S. 310ff.

- (43) Roxin, a. a. O. (注20) S. 269f. Rn. 96.
- (44) ロクシンによれば、極端な主観的不法論は、行為無価値だけを決定規範の対象とみなし、評価規範のみをさらに結果無価値へと拡張してゐる」という(Roxin, a. a. O. (注20) S. 270, Ann. 142)。
- (45) Roxin, a. a. O. (注20) S. 270, Rn. 97.
- (46) Roxin, a. a. O. (注20) S. 270, Rn. 98.
- (47) 斎藤誠二「さわる『相当因果関係説の危機』についての管見」法学新報一〇三卷二・三号七七三頁参照。

五 山中教授の見解

1 山中教授の考え方

(1) 帰属論 山中教授によれば、客観的帰属論は、条件関係論を前提とした危険連関論であって、それは危険創出連関論と危険実現連関論の二つの柱から成っている。⁽⁴⁸⁾ まず、「危険創出連関」は、行為の危険性の事前判断から成り、これには、①行為客体に対して直接の危険を及ぼす行為の場合(直接的危険創出行為)と、②危険な状況を創出し、それに何らかの介在事情が介入して行為客体に到達する場合(危険状況創出行為)とがある。⁽⁴⁹⁾ 次に、「危険実現連関」は、創出された危険が具体的に発生した結果に実現したかどうかを事後的に判断するものであって、危険実現連関判断のための帰属基準を類型化すると、これには、①直接的危険への介入類型、②間接的危険への介入類型、③状況的危険への介入類型、④規範的・自己答責的行動介入類型がある。⁽⁵⁰⁾ とする。

このように、客観的帰属論の類型的・分析的考察が試みられる一方で、その理論的基礎に関する検討が加えられ

る。山中教授によれば、客観的帰属論は刑法の規範的機能に関する考察の中に位置づけられるものであって、危険創出連関論は規範の事前予防的機能（行為規範）の側面を表し、危険実現連関論は制裁規範が働くための前提としての犯罪の事後処理的機能の側面を表すものである、という⁽⁵¹⁾。また、危険創出連関の役割は、国民に対する自由保障機能を明確にして罪刑法定主義の行為規範の側面を強調することであり、危険実現連関の問題は、刑法が制裁の必要性の有無と範囲の観点を指針として、生じた結果に対する答責性をどのように分配するのが妥当かという規範的問題を取り扱うものである、としている⁽⁵²⁾。結局、教授において、客観的帰属論の任務は、危険創出連関論という行為規範を前提とする答責性の限界論と、危険実現連関論という制裁規範の前提条件を画する答責性限定論とが組み合わされて、違法判断の対象となる構成要件の結果惹起の範囲を確定することに求められる⁽⁵³⁾。

ところで、客観的帰属論に対しては、それが行為無価値的傾向をもつという非難があるが、客観的帰属論の背景にも多様な不法論・犯罪体系論の理解があることから、この問題は個別的に考えられなければならない、という。そして、右の非難に対しては、客観的帰属論は行為無価値論を前提とするものではなく、山中教授のいう規範論を採用することによって、結果無価値論からの客観的帰属論が展開できる、としているので⁽⁵⁴⁾、次に客観的帰属論の持つ規範論的意味をみてみることにしよう。

(2) 規範論 山中教授は、まず、規範を評価規範と行為規範とに分ける立場から、行為規範が評価規範の一部であるとする理解を否定する。教授の見解によれば⁽⁵⁵⁾、結果犯においては、まず、結果が発生した場合に、結果発生防止のための評価規範が違反され、「結果無価値」が生ずるが、客観的帰属はこの結果をもたらした行為の範囲を確定するためのものである⁽⁵⁶⁾。次に、人の行動の制御に直接働きかけるのは行為規範であって、行為規範は、評価規

範における「価値・無価値」評価を背景にして、具体的な行動を取るよう命令・禁止する。しかし、行為規範違反があっても、法益侵害の危殆化ないし結果が発生しない限り、評価規範は問題とならず、危険創出があった場合も、評価規範による無価値判断の推定は働くが、最終的決定は、危殆化ないし危険実現の枠内での結果の発生をまわって行われる、とする。

山中教授の規範論を、行為の展開に即して説明すると、次のようになる。⁽⁵⁷⁾まず、行為規範違反が「行為無価値」であるが、結果犯・具体的危険犯においては、それだけでは評価規範（法的評価）⁽⁵⁸⁾の対象とならない。そして、行為規範違反が危険創出に至った場合が「危険（創出）無価値」であるが、これは事前判断であり、ここでも評価規範は一応の無価値判断（評価規範違反の推定）を行うに過ぎない、という。このように、山中教授によれば、行為無価値は、決定（行為）規範無価値ではあっても評価規範無価値ではなく、また、従来、行為無価値と呼ばれていたものの一部は「危険（創出）無価値」となり、これも最終的な評価規範無価値ではない、とする。これに対し、危険創出が具体的危険状態に至った場合には、少なくとも未遂に関する「危険状態無価値」（危殆化無価値）が存在し、評価規範が事後的に「危険状態無価値」を判断することになり、さらに創出された危険が結果に実現した場合には、評価規範がそれに対して無価値判断を行い「結果無価値」が行為者に帰属される、という。

山中教授の行為規範と評価規範の対比は、別の個所では、「危険行為禁止規範」と「侵害行為禁止規範」の対比として現れる。⁽⁵⁹⁾それによれば、行為規範を樹立する段階では事前的一般予防機能が果たされ、行為時にあつては事前の特別予防が行為規範の重要な機能であるが、行為者が危険創出行為を行つた段階では、すでに危険行為禁止規範は破られており、事前予防のための「行為」規範が働く余地はない、という。しかし、この段階では侵害行為禁

止規範がまだ破られておらず、その違反のためには、具体的危険ないし結果の発生が必要であり、危険行為禁止規範違反が侵害行為禁止規範につながった場合にのみ、行為規範の妥当力を維持するために制裁規範が発動される、というのである。⁽⁶⁰⁾

教授によれば、客観的帰属論は、結果犯における既遂に対する制裁の発動条件を論ずるものである。危険行為禁止規範違反である「危険創出」があっただけでは、制裁規範違反はないが、危険創出も制裁規範発動の一つの前提であって、その危険創出が結果に実現した（侵害行為禁止規範違反があった）という場合に初めて制裁規範に違反したことになる、という。そして、いつ侵害行為禁止規範違反があったか、という問いに答えるのが客観的帰属論である、とするのである。⁽⁶¹⁾

2 山中説の検討

(1) 山中教授にあっては、客観的帰属論と規範論との関連性を明確に意識した上で議論が展開されており、規範論理的観点からする客観的帰属論の構造分析について一応の説明がなされている。ことに、危険創出連関と行為規範違反（行為無価値・危険無価値）、危険実現連関と評価規範違反（結果無価値・危殆化無価値）との対応関係の理解については、それなりの説得性をもつといえよう。しかし、刑法規範の論理分析については、なお不明確な部分が残されており、はたして評価規範を抜きにして行為無価値（行為不法）、さらに危険無価値（危険の創出）を基礎付けることができるか、という疑問は依然として払拭されていないように思われる。

山中教授は、評価規範と行為規範と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

きではなからうか。⁽⁶²⁾ 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・危殆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。たしかに、山中教授も、危険創出連関において評価規範が「一応の」無価値判断を行うとするが、⁽⁶³⁾ 危険実現が否定された場合に行為規範違反が認められても、評価規範違反があることに疑問を示されていることからすれば（前出1(2)）、そこでの評価規範違反はあくまでも仮象的なものにとどまっているといえる。また、行為無価値は「決定（行為）規範無価値」でもあるとするが、行為規範が禁止・命令を内容とする（意思）決定規範ということになると、行為無価値・危険無価値と客観的な評価規範無価値を意味する結果無価値との乖離はますます大きいものとなろう。

(2) 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となる、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・危殆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的であるといえることができ、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、山中説にあつては、行為規範違反の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、⁽⁶⁴⁾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。特に、危険創出の判断が行為者の予見可能性を考慮して行われるということであれば、その行為無価値はさらに主観的性格をも具有することになろう。そして、危険実現連関も、そのようにして創出された危険の実現を問題にするものである以上、危険創出連関のもつ行為無価値論的性格が危険実現連関に波及することも避けられないように思われる。

(48) 山中・前掲（注11）一一頁以下。なお、山中教授の帰属論については、「客観的帰属論の類型論的考察」として別稿を予定している。

(49) 詳細は、山中・前掲（注11）三七六頁以下、特に四三二頁以下。

(50) 詳細は、山中・前掲（注11）五〇九頁以下。

(51) 山中・前掲（注11）一六頁。

(52) 山中・前掲（注11）七八二—三頁。

(53) 山中・前掲（注11）七八三頁。

(54) 山中・前掲（注11）四二九頁。

(55) 山中・前掲（注11）四二七頁。

(56) なお、具体的危険犯においては、具体的危険の発生が「危殆化無価値」（客観的危険状態）であり、未遂犯はこれに含まれるとする。

(57) 山中・前掲（注11）四二八—九頁。

(58) 法益侵害・危殆化だけを評価規範の対象と解する以上、行為無価値が評価規範の対象とならないとするのは、この立場では当然の帰結であろう。

(59) 山中・前掲（注11）七八五頁以下。

(60) 山中・前掲（注11）七八六—七頁。

- (61) 山中・前掲(注11) 七八七頁。
(62) イエシエックは、法規範は行為無価値に関してだけでなく、結果無価値に関しても評価規範によって基礎付けられることを当然のことと解している (Jescheck, a. a. O. (注1) Lehrbuch, S. 238)。
(63) 山中・前掲(注11) 四二八頁。
(64) 山中・前掲(注11) 四二八頁。
(65) 山中・前掲(注11) 四八五頁。なお、山中教授は、「行為者の主観は、「認識可能性」が危険創出判断そのものに影響することであっても、行為無価値判断にとってなんらの役割を果たさない」とするが(山中・前掲(注11) 四二八頁)、その趣旨は必ずしも明らかでない。

結 語

客観的帰属論を危険連関として把握し、これを規範論的に考察した場合、その基本的な問題点は危険創出連関にみられる。危険実現連関については、一般に、客観的な評価規範によってその違法性を基礎付け、最終的には制裁規範によってその可罰性が認定されており、その限りで特に問題はない。これに対し、危険創出連関については、第一次的にその違法性を行為規範によって基礎付け、しかもそこにいう行為規範は、行為の禁止・命令を内容として行為者の意思に働きかける(意思)決定規範としての作用を果たしていることから問題が生ずる。行為規範が行為の開始時に行為者の意思に向けられるものである以上、行為規範違反したがって行為無価値・危険(性)無価値は主観的な事前判断の性格を帯びてくる。特に、行為無価値と結果無価値の連続性を強調し、一定の条件の下で決

定規範が危険実現連関（結果無価値）にまで及んでいるとするときは（ロクシン）、客観的帰属論が全体として行為無価値論的であるとの評価は避けられないことになる。

そこで、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評価規範違反（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。⁽⁶⁷⁾

結果無価値論の立場からすれば、危険実現連関したがって結果無価値・危殆化無価値はもとより、危険創出連関すなわち行為無価値・危険性無価値もまた評価規範（刑法規範のもつ評価機能）によって基礎付けられなければならない。法益侵害の一般的危険性という意味で行為無価値を不法要素として構成するとしても、評価規範による無価値判断は不可欠である。これに対し、行為規範は、行為者の意思に働きかける決定規範（刑法規範のもつ意思決定機能）として責任論において考慮すれば足りるのであって、筆者は、行為規範によらない行為無価値概念の構成こそが違法の主観化を防ぐ唯一の途であると考えるが、しかし、それは同時に客観的帰属論の基本的前提を掘り崩すことにもなるのである。⁽⁶⁸⁾

(66) 客観的帰属論のもう一つの意義は、一元的行為無価値論(人的不法論)の排斥であって、そのことは、評価規範違反を内容とする危険実現連関に認められる。

(67) 客観的帰属論(客観的帰責理論)は人的行為不法概念と密接に結び付いている、とするものとして、林陽一「刑法における相当因果関係(三)」法学協会雑誌一〇三卷一一号二五頁。

(68) なお、客観的帰属論の規範論的考察においてたびたび登場する「制裁規範」は、評価規範および決定規範を前提とし、あるいはこれらを内に含む刑法規範そのものを意味すると考えられる。