

早稲田大学審査学位論文（博士）

# 結果的加重犯の考察

—「冒険犯」概念の提唱—

北尾仁宏

## 目次

序章	1
第一節 問題関心と本稿の目的	1
第二節 本稿の構成	5
第一章 結果的加重犯と傷害概念をめぐる我が国の判例法理	7
第一節 結果的加重犯をめぐる判例法理	7
第一款 大審院時代の判例法理	7
第二款 最高裁判所時代の判例法理	12
第二節 傷害概念をめぐる判例法理—同時傷害の特例—	17
第三節 小括	21
第二章 結果的加重犯と責任をめぐる議論の概況	23
第一節 ドイツにおける判例と学説	24
第一款 Oehler と危険性説	24
第二款 判例法理における「直接性」の現状	26
第一項 逃走事例	26
第二項 暴発事例	28
第三項 突き飛ばし事例	29
第四項 実際上の限定基準	30
第三款 学説における結果的加重犯の限定法理	31
第一項 直接性説	31
第一目 致命的行為説	31
第二目 致命的結果説	32
第三目 通過因果関係説	34
第四目 重過失説	35
第二項 過失の保護目的連関援用説	36
第三項 主観面を利用した限定を志向する諸見解	37
第一目 過失を要求しない見解	38
第二目 「重過失」を要求する見解	40
第三目 規範的に故意犯的処罰を認める見解	42
第四目 考察	43
第二節 英国における判例と学説	45
第一款 検討の視座	47
第二款 英国刑法の分析	49
第一項 Intention	50
第二項 Negligence	53

第三項 Recklessness.....	55
第三款 UAM と recklessness .....	58
第四款 中間的小括 .....	60
第五款 判例分析 .....	62
第一項 Recklessness の統一傾向と UAM .....	62
第二項 判例にみる UAM の成立要件の意義と recklessness.....	66
第一目 Unlawful 要件.....	66
第二目 Dangerous 要件 .....	71
第六款 小括 .....	74
第三節 我が国における学説 .....	75
第一款 過失不要説 .....	75
第二款 過失必要説 .....	79
第三款 考察 .....	85
第三章 結果的加重犯の客観的構造・限定方法の再検討.....	91
第一節 危険性説の意義 .....	92
第一款 危険性説の出発点と到達点 .....	92
第二款 固有の不法? .....	94
第三款 実行行為論と危険性説 .....	95
第四款 危険性説は因果的限定の論拠たりうるか.....	98
第二節 危険性説の我が国における意義.....	100
第三節 中間的小括 .....	104
第四節 因果的限定とその妥当性 .....	107
第一款 一般の因果的限定とその妥当性.....	108
第二款 固有・独自の因果的限定とその妥当性.....	113
第五節 小括 .....	119
第四章 第三責任形式のための予備的考察.....	121
第一節 第三責任形式の妥当性 .....	121
第一款 「中間領域」の独自性・必要性.....	121
第二款 過失の不十分性・不適格性 .....	125
第二節 故意・過失との共通項 .....	129
第一款 因果関係判断と責任判断 .....	129
第二款 法益に対する「投げ遣りな態度」乃至「無関心」 .....	132
第三節 第三責任形式としての独自の非難の本質.....	133
第一款 特定客体に対する「投げ遣りな態度」 .....	134
第二款 不特定客体への「無関心」 .....	136
第四節 小括 .....	139

第五章 第三責任形式の実像 .....	141
第一節 ドイツにおける第三責任形式の挫折—企図・挫折・遺産— .....	141
第一款 企図の系譜 .....	142
第二款 頓挫の要因と遺産 .....	148
第二節 危険概念の再整理—リスク学からの示唆— .....	150
第一款 リスク学における危険概念の分類 .....	150
第二款 「リスク」の定義と刑法学 .....	153
第三節 第三責任形式の要件 .....	156
終章 .....	158
第一節 本稿の論旨と若干の補論 .....	158
第二節 本稿の成果と残された課題 .....	165
参考文献一覧 .....	168
1. 日本語文献 .....	168
2. 外国語文献 .....	176

# 序章

## 第一節 問題関心と本稿の目的

2000年代末、私がまだ高校生の頃、世の中で競輪用自転車（所謂「ピストバイク」）が流行り出した<sup>1</sup>。しかし、それから数年後、2010年代に入った頃には、そのピストバイクが社会問題化した。それというのも、当時、制動装置が装備されていないピストバイクを一般人が公道上で利用することがしばしばあり、道交法違反（制動装置不備を理由とした「整備不良」扱い）としての摘発が警視庁管内だけで1年間に600件を超えたり、また2010年2月に渋谷区で発生した死亡事故をはじめとして人身事故が頻発したりしたからである<sup>2</sup>。こうした状況を受けて、警察は当然取締りを強化したが、それだけでなく東京都も、制動装置が装備されていない自転車の販売自体を禁止する条例<sup>3</sup>を2013年に制定したことで、少なくとも東京では、このピストバイク問題に一応の解決を見た。

しかし、これが仮に自転車ではなく自動車であったならば、敢えて制動装置を外して公道を走って死傷事故を起こせば既に当時存在していた「危険運転致死傷罪」（例えば、制御困難高速度類型や赤色信号殊更無視類型）の対象となってもおかしくないものであったところ、実際に死亡事故が発生したところでピストバイクによるものである以上、ただその一事を以て、せいぜい「重過失致死罪」での処断に止まる点に、学部生の頃の私は違和感を覚えた。死傷結果が発生するほどの一定の危険行為を（確かに結果自体に対する故意は存在しないが）敢えて行ったという点に関する限り、両者の行為は全く同じである以上、この問題は「自転車」か「自動車」かという形式的かつ表層的な事柄によって決せられるべきものではなく、むしろ本来的には、より本質的な部分に由来する根本的な解決が必要とされるものではないかと考えたからである。そして、このことを契機として、私は大学院で危険運転致死傷罪を念頭に置きつつ結果的加重犯全般につき研究することに至ったのである。

その危険運転致死傷罪であるが、2001年に「刑法208条の2」として制定され、「ユニークな形式の」<sup>4</sup>、或いは「変則形態の」<sup>5</sup>結果的加重犯と評されつつ、紆余曲折を経ながらも、既に現在では我が国の司法において完全に定着したものであると言ってよからう。

もともと、その定着の過程を振り返ると、例えば、2011年に鹿沼市で発生した癲癇患者による事故（行為者は、持病の癲癇の発作を抑えるために必要な服薬を怠ったままクレーン

<sup>1</sup> 当時の流行ぶりを伝えるものとして、例えば、朝日新聞夕刊2007年8月24日8頁。

<sup>2</sup> 読売新聞東京朝刊2011年10月1日1頁。

<sup>3</sup> 東京都自転車の安全で適正な利用の促進に関する条例23条。

<sup>4</sup> 曾根威彦「交通犯罪に関する刑法改正の問題点」ジュリスト1216号（2002年）47頁参照。

<sup>5</sup> 岡野光雄「危険運転致死傷罪」同『交通事犯と刑事責任』（成文堂、2007年）239頁参照。

車を運転したところ、その運転中に発作が起こって意識を失い、自車を暴走させた結果、登校中の児童らを死傷させた事案) や、2012 年に亀岡市で発生した無免許の未成年による事故 (未成年である行為者は、無免許のまま 30 時間以上にわたりほとんど休息を取らずに仲間とドライブを続けたことによる疲労で、終に意識をほぼ失い、自車を暴走させた結果、登校中の児童らとその親たちを死傷させた事案) の刑事手続に際して、検察側が危険運転致死傷罪での起訴を断念したことを契機として、危険運転致死傷罪の「不備」や「適用条件の厳しき」が世論による非難の対象にもなった。

こうした世論の高まりにも応えるかたちで、2013 年には法改正が行われ、自動車運転致死傷罪と危険運転致死傷罪は「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律 (自動車運転死傷行為処罰法)」として特別刑法化された。その際、鹿沼事件や亀岡事件と同種の類型に対応すべく「準危険運転致死傷罪」および「無免許加重規定」が導入されるだけにとどまらず、危険運転致死傷罪自体の適用範囲も拡張された<sup>6</sup>。

この新法は 2014 年 5 月 20 日に施行されたが、それから 2 ヶ月も経たない同年 7 月 13 日に小樽市で発生した飲酒高速運転ひき逃げ死傷事故では、当初は因果関係の立証ができないと判断されたことから検察が危険運転致死傷罪の適用を見送る構えを見せたため、またもや「危険運転致死傷罪」自体が世論の一部から非難を浴びる結果となった。結局この事案では、再現実験の結果から因果関係は立証できると判断されたため、検察は最終的に危険運転致死傷罪で立件し、同罪で有罪判決<sup>7</sup>が下されたが、だからといって問題点は何ら根本的に解消されたわけではない。実際、その後も 2015 年 6 月に北海道砂川市にて 2 台の自動車が公道上で猛スピードを出して競争中に赤色信号を無視して交差点に相次いで進入し、内 1 台が折から同交差点に青色信号に従って進行してきた乗用車と衝突した結果、当該乗用車に乗っていた一家 5 人が死傷した事件<sup>8</sup>、同年 8 月に癲癇発作を予防するために必要な服薬を怠った運転手が発作で意識を喪失した結果、池袋駅東口前で自車を暴走させて通行人 5 人を死傷させた事件<sup>9</sup>、2017 年 6 月に乗用車で東名高速道路上を走行中、4 人家族が乗った自動車に対して煽り運転をした末、その前方に割り込んで無理やり停車させた結果、停車させられた自動車へ第三者が運転するトラックが追突するに至り、当該家族中両親が死亡し子供 2 人が負傷した事件<sup>10</sup>でも、世論は大いに沸き、各事件とも最終的に危険運転致死傷罪の成立こそ肯定され (て世論は鎮撫され) たものの、判決の論理構成には疑問も残された<sup>11</sup>。

他方で、2019 年 4 月に南池袋公園前で母子が轢かれて死亡した事故のように、法的には

---

<sup>6</sup> この立法趣旨・経緯について、詳しくは保坂和人「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律について」警察學論集 67 卷 3 号 (2014 年) 43 頁以下参照。

<sup>7</sup> 札幌地判平成 27 年 7 月 9 日裁判所ウェブサイト。

<sup>8</sup> 最決平成 30 年 10 月 23 日刑集 72 卷 5 号 471 頁。

<sup>9</sup> 東京高判平成 30 年 2 月 22 日裁判所ウェブサイト。

<sup>10</sup> 横浜地判平成 30 年 12 月 14 日裁判所ウェブサイト。

<sup>11</sup> 例えば、東名高速事件判決に対する井田良のコメント (朝日新聞朝刊 2018 年 12 月 15 日 38 頁) 参照。

せいぜい過失運転致死傷罪に止まると思われる事案であっても、一度世論の関心を集めると、とにかく重罰を求める声が高まる<sup>12</sup>。しかし、重大な死傷事故が発生する度に世論が沸騰し、それに応じた場当たりの対応を施すだけでは、刑罰がその実効性が問われることなく限界まで引き上げられるか、又は処罰範囲が無制限に拡大されるかという、二つの極端な方向性しかその前途には存在しないであろう<sup>13</sup>。

社会的に問題となった運転が如何に無謀なものであったとしても、「法の解釈についてもその操縦は無謀であってはならぬ」<sup>14</sup>のは言うまでもない。将来的に起こりうる種々の事案を「重かるべきものは重く、軽かるべきは軽く」<sup>15</sup>というように適切に解決するためには、特別刑法化という「問題の先送り」ではなく<sup>16</sup>、むしろ危険運転致死傷罪自体に対する理論的検討の深化と、とりわけ同罪と過失運転致死傷罪との区別の明確化が求められる。そして、かかる深化・明確化のためには、ユニークとはいえ危険運転致死傷罪もまた結果的加重犯の一種であると解される以上、何よりもまず、結果的加重犯そのものについての総論的な検討が要請されるのである。

我が国の現行刑法典は、以下の表に列挙する 18 箇条において、被害者の致死傷を「重大結果」とする結果的加重犯を規定する。

条 項	罪 名
118 条 2 項	ガス漏出等致死傷罪
124 条 2 項	往来妨害致死傷罪
126 条 3 項	自動車転覆等致死罪
127 条	往来危険による自動車転覆等罪
145 条	浄水汚染等致死傷罪

<sup>12</sup> この事件では、加害者を厳罰に付すよう求める 39 万人分の署名が被害者遺族から東京地検交通部へ提出された（読売新聞東京朝刊 2019 年 9 月 21 日 34 頁）。このほかにも、煽り運転が相次いで問題化されていることから、煽り運転自体に対して暴行罪程度の罰則を規定すべく検討が、警察庁で進められている（読売新聞東京朝刊 2019 年 8 月 28 日 1 頁）。さらに、所謂「ながら運転」の厳罰化（危険運転致死傷罪化）を求める民間の活動も報じられている（読売新聞東京朝刊 2019 年 9 月 11 日 25 頁）。

<sup>13</sup> 実際の「謙抑的な」実務運用を見れば必ずしも厳罰化しているとはまでは言えないとの指摘（星周一郎「危険運転致死傷罪の拡大の意義と課題」刑事法ジャーナル 52 号（2017 年）8 頁）も存在するが、本庄武「自動車事故を巡る厳罰化のスパイラルー危険運転致死傷罪から自動車運転処罰法へー」法学セミナー 722 号（2015 年）27 頁、丸山雅夫「自動車交通死傷事故に対する刑事的対応」同『刑法の論点と解釈』（成文堂、2014 年）191 頁以下のように厳罰化傾向を批判的に論ずるものも少なからず見られる。

<sup>14</sup> 正田満三郎「自動車事故に因る死傷と未必的故意の法理」同『犯罪論或問』（一粒社、1969 年）104 頁。

<sup>15</sup> 星周一郎「危険な運転による致死傷と危険運転致死傷罪・自動車運転致死傷罪」法学会雑誌 53 卷 1 号（2012 年）221 頁。

<sup>16</sup> 佐久間修「危険運転致死傷罪をめぐる諸問題」刑法雑誌 53 卷 3 号（2014 年）449 頁参照。

146 条 後段	水道毒物等混入致死罪
181 条	強制わいせつ等致死傷罪
196 条	特別公務員職権濫用等致死傷罪
204 条	傷害罪
205 条	傷害致死罪
213 条 後段	同意墮胎致死傷罪
214 条 後段	業務上墮胎致死傷罪
216 条	不同意墮胎致死傷罪
219 条	遺棄等致死傷罪
221 条	逮捕等致死傷罪
240 条	強盗致死傷罪
241 条 3 項	強盗強制性交等致死罪
260 条 後段	建造物損壊等致死傷罪

※本条は、純粹な故意犯も含む。

これら結果的加重犯をめぐる我が国の従前の議論においては、特にその重大結果についての責任の確定方法に関して、学説と判例の間及び学説相互の間に対立が存在し、いまだ克服されるには至っていない。具体的には、判例が戦前から一貫して「過失不要説」に立つとされる一方で、学説の側では通説としての「過失必要説」と有力説としての「過失不要説」とが対立しているといえよう。

ところが、判例・学説ともに多くの事案において結論を異にすることはむしろ稀である<sup>17</sup>。そのみならず、過失不要説を採用する論者の内にも、いわゆる「脳梅毒事件」などにおいて傷害致死罪の成立を否定する者さえ存在する<sup>18</sup>。こうしたことから、この「結果的加重犯の責任」をめぐる問題には、従来考えられてきた「過失の要否」だけではなく、別の対立軸や問題点もまた存在するのではないかと考えるに至った。

先行研究は、客観面の基礎付けに多大な貢献があった。すなわち「基本となる行為に内在するあらかじめ定められた類型的な危険が結果に実現したものが結果的加重犯である」とする「危険性説」の紹介・導入である。この危険性説は我が国でも通説化しつつあると言えよう。

しかしながら、先行研究は、客観面（違法性）においては独自性を主張するにもかかわらず、主観面（責任）においては従来通りの「故意」「過失」に引き付ける解決方法を採用し

<sup>17</sup> 伊藤涉「結果的加重犯における加重結果の原因」上智法學論集 57 卷 4 号（2014 年）26 頁、丸山雅夫「自動車交通死傷事故に対する刑事的対応」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』（成文堂，2014 年）468 頁、丸山雅夫「結果的加重犯の構造」同『刑法の論点と解釈』（成文堂，2014 年）65 頁。

<sup>18</sup> こうしたことから、特に学説に関しては、その「多様性にもかかわらず、実質的に大きな差異があるわけではない」と指摘するものとして、内藤謙「結果的加重犯における因果関係」研修 256 号（1969 年）3 頁。



てきた。これでは、せつかく論証したはずの客観面の独自性を必ずしも活かし切れていない。そればかりか、そもそも犯罪としては本質的に軽いはずの「過失」を如何に絡めたところで、それは結果的加重犯独自の重さを基礎づけるには不十分であるように考えられる。この点は、特に、過失を責任要素であると解する私見の立場からは何としても克服されなければならない問題である。

そこで、本稿では、特に総論的検討を通じて、結果的加重犯の重い責任を積極的に理由付けるだけに止まらずその重い責任の限界を画すこともできる適切な帰責の在り方を、従来の過失必要説ともまた異なるかたちで、明らかにすることを目的とする。

## 第二節 本稿の構成

以上の問題関心と目的に基づき、本稿では、まず結果的加重犯をめぐる判例・学説状況を概観した上で、それらの比較・検討を通じて問題点を抽出し、それを特に責任論の観点から止揚すべく試みる。

第一章では、結果的加重犯をめぐる我が国の代表的な裁判例を概観し、裁判所が採るとされる「過失不要説」の真相を明らかにするとともに、基本犯と重大結果との関係に対する裁判所の考えを探るために同時傷害の特例（刑法 207 条）の採否が問題とされた幾つかの事案を検討する。これらの検討を通じて、客観面について、裁判所は「単なる基本犯」と「重大結果発生の危険性ある基本犯」とを区別して考えていること、主観面についても、裁判所が採用してきた「過失不要説」も、実は結果に対する行為者主観を全く無視したものというわけでもないこと等を明らかにする。

第二章では、日独英の判例・学説を渉猟し、結果的加重犯の客観的・主観的限定の在り方と真の争点を探る。先行研究では比較法対象国としてドイツが専ら選ばれてきたが、本稿ではそのドイツをも相対化する目的で、英国（イングランド及びウェールズ）の刑法を参照する。本章における検討を通じて、日独英それぞれ結果的加重犯の取扱いに表面上の相違こそあれ、限定のために着眼すべきものとして「重大結果発生の危険性」と「それに対する行為者主観」という共通理解があることが明らかになる。

第三章では、前章までの検討を踏まえながら、客観的限定方法、特に危険性説と直接性説を批判的に検討する。この検討を通じて、危険性説の採否に関わらず問題とされる「重大結果発生の危険性」の考慮は、我が国の従来体系論では「実行行為論」として扱われてきたものであること、それゆえ一定の意義を有しながらも過度に重視はできないこと、直接性説等の因果的限定には論拠がないこと等が明らかになる。

第四章では、前章で明らかになった客観的限定の意義と限界を前提とした上で、行為者主観はやはり構成要件該当性段階ではなく有責性段階で考慮すべきとの考えに基づき、結果的加重犯に相応しい責任形式の在り方につき考察を進める。この際、客観面で問題とされる

「重大結果発生の危険性」を適切に反映した行為者主観を問題としようと試みるならば、従来の「故意」「過失」に依存した説明には無視し得ない難点があることをまず明らかにする。その上で、「故意」「過失」の中間に位置する第三責任形式を新たに想起する途を示す。

第五章では、前章で示された中間的第三責任形式という途の「肉付け」を試みる。この際、前世紀を中心にドイツで間歇的に展開された第三責任形式の試行と蹉跌を考察し、リスク論と英国法の知見も借りながら、第三責任形式の具体的要件を導き出す。その上で、その第三責任形式の名称として「冒険」を提案する。

終章では、未遂等、若干の論点につき補論を加え、本稿を閉じる。

以上の検討により、本稿が目的とする結果的加重犯の適切な帰責の在り方が明らかとなることが期待される。

## 第一章 結果的加重犯と傷害概念をめぐる我が国の判例法理

結果的加重犯の過失の要否をめぐる判例と学説の状況は一般に真正面から対立してきたとされるものの、判例の結論について学説からの批判が集中しているのは、例えば所謂「脳梅毒事件」、「トランク監禁致死事件」、「高速道路進入事件」など、至極限られた事例に止まり、大方の結論は一致している<sup>1</sup>。しかも、そうした批判が向けられる事例それぞれについて見ても、学説の側からも判例の結論に肯定的な見方が示されることが決して少なくないのは周知の通りである。このような状況を踏まえると、判例と学説との対立が実際には仮象的なものに過ぎないのではないかとさえ思われてくる。

そこで、判例と学説の真の対立点（ことによると、そうした対立点が存在するのか否か）を明らかにするためにも、まずは判例の思考方法を探る必要がある。すなわち、イ．主観面の判断の前提となる客観面につき、その帰属範囲の確定方法を、次いでロ．結果的加重犯の（主観的な）帰責方法を、明らかにする必要がある。そのため分析の視座として主として以下の三点を挙げたい。第一に、結果的加重犯の成立範囲の判断方法（イおよびロ）が如何なるものなのかという点、第二に、結果的加重犯に問われる行為者に要求される主観の内容（主としてロ）が如何なるものなのか、具体的には、それで必要十分とされる「基本犯の故意」の内容が何かという点、そして第三に、第二点とは逆に、結果的加重犯に問われる行為者に要求しない主観の内容が如何なるものなのか、具体的には、通説的理解によると判例が不要としてきたとされる「過失」の内実が一体何なのかという点である。

結果的加重犯に関する判例は甚だ多いが、その多くは先行研究が既に検討<sup>2</sup>を施したところであるので、以下では本稿で必要な分だけを主として時期ごとに選別して検証する。

### 第一節 結果的加重犯をめぐる判例法理

#### 第一款 大審院時代の判例法理

【判例1】大判明治39年12月3日刑録12輯1315頁

本件は、被告人は酔いに任せて被害者宅前を通りかかった少女に悪戯をしようと試みた

---

<sup>1</sup> 伊藤渉「結果的加重犯における加重結果の原因」上智法學論集 57巻4号（2014年）26頁、丸山雅夫「自動車交通死傷事故に対する刑事的対応」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』（成文堂、2014年）468頁、丸山雅夫「結果的加重犯の構造」同『刑法の論点と解釈』（成文堂、2014年）65頁参照。

<sup>2</sup> 内田浩『結果的加重犯の構造』（信山社、2005年）11頁以下、榎本桃也『結果的加重犯の再検討』（成文堂、2011年）14頁以下、丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂、1990年）34頁以下、湯川洋「結果加重犯について—判例を中心として—」西日本短期大学法科・造園科大憲論叢 11巻1号（1970年）45頁以下等。

のを被害者に阻止されたことに憤慨し、後日、知人を教唆して被害者を襲撃させたところ、被害者が死亡した、という事案である。被告人は殴打致死教唆（旧刑法）に問われた。

本件の弁護人は、被告人が教唆したのは単なる殴打にすぎず、死亡結果までは認容していなかったのだから殴打の教唆にとどまると主張したが、裁判所は「殴打ハ以テ人ヲ死ニ致スノ結果ヲ生シ得ヘキ行爲ナレハ殴打ノ所爲ヲ教唆スルモノハ被教唆者ノ行フヘキ殴打ニ因リテ生シタル結果ニ付キ一切ノ責ヲ負フヘキモノ」として、およそ「殴打」という行為自体に、結果発生危険性が肯定することで、殴打致死の教唆まで認めた。

旧刑法時代の判例ではあるものの、原則的・形式的には「およそ基本犯」に結果発生危険性が含まれているかの如き表現は、現代に至るまで度々用いられるものであり、これが裁判所の基本姿勢であると見ても差し支えなからう。

【判例2】台覆判明治38年11月11日臺法月報2巻8号41頁<sup>3</sup>

病気で寝ていた被告人は、妻（被害者）に水を持って来るよう依頼したところ、断られたばかりか文句まで言われたことに立腹し、口論の末、傍にあった竹煙管で2～4発殴打したところ、妻は家の外に駆け出して行ったので、被告人が立ち上がって追いかけようとした際、妻が敷煉瓦の上に躓き、死亡した。妻の死因は脾臓破裂であったが、それが被告人の殴打によるのか転倒時に腹部を強打したことによるのかは判然としなかった、という事案である。被告人は殴打致死罪（旧刑法）に問われた。

原審（台南地嘉義出判明治38年10月21日）が殴打と致死結果との間の因果関係が不明であることを理由に無罪を言い渡したのに対して、検察官は①殴打の事実自体は明白であることから殴打致死罪も認められるべきである、②仮に殴打致死罪が肯定されないとしても殴打行為自体に殴打不成傷として違警罪が成立するとして控訴したが、裁判所は争点①を原審同様の理由で排斥した上で、争点②についても（当時の）台湾の習俗によれば夫が妻を「殺傷ヲ爲ササル程度」に殴打することは現地社会的に容認されており、したがって本件の程度の殴打（すなわち、竹煙管による数発の殴打）であれば違警罪にも当たらないとして、無罪判決を維持した。

台湾総督府裁判所による判決であるとはいえ、日本の裁判官が日本の刑法に基づいて下した判決であり、一考の価値はある。しかも、この判決が【判例1】とほぼ同時期に出されたものである点も興味深い。

本件では、竹煙管での殴打自体から死因が形成されたわけでもなくとも、殴打行為から妻の戸外への駆出し行為、転倒、死亡に至る一連の流れについて、条件関係自体は肯定可能であろう。そうであるにも拘らず、無罪としたからには、およそ基本犯には重大結果発生危険性が備わっているという理解を前提としてもなお、何らかの限定が課せられるべき場合が（例外的に）存在する、と当時から裁判官は考えていたといえよう。少なくとも、条文上基

<sup>3</sup> 小池恵編『台湾覆審・高等法院判例補遺1』（文生書院，1997年）441頁。

本犯にあたる行為が存在し、それと条件関係ある結果があれば、直ちに結果的加重犯を肯定可能である、とまでは考えていないことは明らかであり、そこには一定の実質的な限定が確実に存在する。もっとも、こうした限定は因果的限定である、とまでは本件から直ちにいうことはできない。何故ならば、本件の争点②について、裁判所は違警罪すら否定されるとしているが、その前提として当該殴打が「殺傷ヲ爲ササル程度」のものであることという要件を明確に示しており、この理解に従えば、そもそも本件殴打は結果的加重犯の基本犯と呼ぶに値するだけの危険性すら備わっていない殴打であったと裁判所が考えていたとも言えるからである。

**【判例 3】** 大判明治 44 年 4 月 28 日刑録 17 輯 712 頁

被告人は酒気に乗じて、男児（当時 6 歳）と女児（当時 4 歳）とに「交接ノ状」を為さしめ、よって女児の生殖器に傷害を負わせた、という事案である。被告人は強制猥褻致傷罪に問われた。

本件の弁護人は、猥褻の故意については争わないものの、傷害の故意がないことを理由に、これを判示しなかった原審には理由不備の違法があると主張したが、裁判所は「犯人ニ於テ被害者ノ死傷ニ関シ故意又ハ過失アルコトヲ必要トセス」として文言の上では明確に「過失不要説」を打ち出した。ただし、ここにいう「故意又ハ過失」とは上告趣意も勘案すれば傷害結果それ自体についての認識を指していると考えられ、行為の性質・四圍の状況（そして、それらに関する行為者の認識）については本件では何も述べられていない点に留意する必要がある。

**【判例 4】** 大判大正 2 年 9 月 22 日刑録 19 輯 884 頁

被告人は、被害者（当時 79 歳）の右肩甲骨付近を踏みつけたところ、被害者は脱臼し、その甚だしい腫脹疼痛と老衰とが相俟って死亡した、という事案である。被告人は、傷害致死罪に問われた。

本件では主として因果関係が争われ、特に被害者の老衰がなければ死亡結果もなかったはずであるから被告人の行為は死亡結果の直接原因とはならないと弁護側は主張した。しかし、裁判所は、直接原因であろうが間接原因であろうが「特定ノ行爲カ原因トナリ特定ノ結果ヲ發生シ又ハ之ヲ發生スルコトアルヘキコトカ吾人ノ智識経験ニ依リ之ヲ認識シ得ヘキ場合ハ其行爲ヲ爲シタル者ハ其結果發生ニ付キ原因ヲ與ヘタルモノトス」と判示して傷害致死罪を肯定した。この「特定ノ行爲」と「特定ノ結果」との関係については、条件関係の前提法則の定立方法を示しているとも理解できるし、今日の「危険の創出・現実化」方式にも通ずる一種の相当性判断の方法を示しているとも理解でき、断言できない。しかし、いずれにせよ「吾人ノ智識経験」による客観的判断であり、行為者基準ではないことは確かである。また、主観面についての判断は直接的には示されなかった。

【判例 5】大判大正 14 年 4 月 23 日刑集 4 卷 262 頁

前夜日本橋にて売笑婦と関係をもった被告人は知らないうちに梅毒をうつされていたが、翌晩埼玉県内の自宅にて被告人の妻の依頼で被告人宅を訪問してきた隣家の娘乙（当時 13 歳未満）を姦淫した結果、乙にも梅毒をうつした、という事案である。被告人は強姦致傷罪に問われた。

本件で弁護人は、行為時に「自分が梅毒であること」を認識していなかった被告人には梅毒を他人にうつすなど思いも至らぬことであったから致傷部分に関しては犯意がなく責任が問えないと主張したものの、裁判所は「死傷ノ結果ニ對シテハ必スシモ犯人ノ主觀的豫見アルコトヲ要セス。犯行当時普通ノ智識ニ因リ客觀的ニ觀察シテ死傷ノ結果ヲ豫見シ得ヘカリシヲ以テ足ル」として強姦致傷罪の成立を肯定した。ここで明らかになったのは、一方で「客觀的予見可能性」が必要であり、他方で「結果の主觀的予見」は不要であるという裁判所の立場である。問責対象行為に重大結果発生<sup>1</sup>の客觀的予見可能性を要求する点で、そのような可能性すらない行為はそもそも除外されると解され、この点は、【判例 2】と同一基軸上にあると言えよう。他方、過失で通常問題とされるのは予見可能性にせよ結果回避可能性にせよ結局は「可能性」であるところ、本件は主觀的予見可能性ではなく主觀的予見を不要としたのであり、この点で、本判決を単純に「過失不要説を採用或いは維持したもの」として結論付けるのは早計である。

【判例 6】大判大正 14 年 12 月 23 日刑集 4 卷 780 頁

被告人の執拗な暴行および傷害が、被害者に精神の興奮と筋肉の激動を惹起したところ、もとより脳血管硬化症だった被害者が脳溢血で死亡した、という事案である。被告人は傷害致死罪に問われた。

弁護人は、因果関係を争ったが、これについて裁判所は【判例 4】と同様の見解を示し、さらに引き続いて「傷害致死ノ犯意ニハ不法ナル暴行ノ故意アルヲ以テ足り其ノ結果タル死亡ヲ認識シ得タルコトヲ要セサルモノナレハ縱令被告人カ...略...被害者ノ脳血管硬化症...略...ヲ知ラス從テ其ノ死亡ヲ認識シ得サリシトスルモ」傷害致死罪は成立すると判示した。加えて、被告人の暴行は単に被害者の精神を興奮させる程度に止まらず、さらに脳溢血を惹起するに十分な暴行であったとの認定もなされている。本判決は、必要なのは「不法なる暴行の故意」であり、不要なのは「死亡結果の主觀的予見可能性」であるとした点で、【判例 5】とは異なり、さらに踏み込んだかたちで純粹な過失不要説を示している。もっとも、暴行の具体的な程度や執拗性の認定がなされていることから、客觀的な暴行の性質を客觀的予見可能性または因果関係の判断のために認定する必要があると裁判所は考えていることもまた確かであると思われる。また、さのみならず特に執拗性の認定を踏まえると、過失必要説に立ったとしても（例えば因果経過の基本部分の認識がある、などとして）本件の結論を肯定する余地がないでもない。

【判例7】大判昭和3年4月6日刑集7巻291頁

被告人は、精神異常をきたしていた母（被害者）を、冬の夜、戸外に追いだしたところ被害者は隠れた持病（肺気腫症）を悪化させて死亡した、という事案である。それまでも何度か戸外に追いだしたことはあったが、脂肪性肥満によって事なきを得ていた。被告人は（尊属）遺棄致死罪に問われた。

本件で弁護人は、被告人には生命身体を脅かす意図はなかった旨を主張して上告したが、それに対して裁判所は「刑法第二百十九條ノ遺棄罪ノ故意ノ成立スルニハ老幼者不具者又ハ病者ニ對シ必要ナル保護ヲ缺クノ認識タニアラハ足り敢テ此等ノ者ノ生命身体ニ對シ危害ヲ加フルノ認識アルコトヲ要セス否若シ所論ノ如ク其ノ生命身体ニ對スル危害マテノ認識ヲ伴フニ於テハ殺人罪又ハ傷害罪ノ故意ノ成立ヲ來シ遺棄罪成立ノ餘地ナキニ至ルヘシ」として上告を棄却し、（尊属）遺棄致死罪を肯定した。

生命身体への加害意思までは要求していないことから「重大結果を加える認識」は不要であると考えていることは間違いないし、そのような加害意思があった場合、判示の通り故意犯が成立してしまう以上、当然の見解といえよう。そのうえで必要とされる主観面の内容について、本判決は、「老幼者不具者又ハ病者」に必要な保護を欠く認識で足りるという趣旨と解してよからう。すなわち、裁判所は、およそ構成要件に該当するような遺棄行為に類型的な致死傷結果発生の危険性をみている。このことから、本判決においても「およそ基本犯の故意」で足りるという従前の立場が確認されている、と理解することも不可能ではない。しかし、遺棄罪の場合には殴打や暴行の場合と異なり、そもそも「死傷惹起可能性が無い遺棄」すなわち「重大結果発生可能性が無い基本犯」というものを観念し難いという点には留意が必要であろう。

【判例8】大判昭和4年2月4日刑集8巻41頁

製糸工場の煮繭手である被告人は、工場内で、指示に従わない被害者に対して立腹し、左手で被害者を突きとばしたところ、被害者の背後40～50cmのところにあった繭札掛（数十本の釘を、その先端部分が前を向くようにして木材に打ち付けておき、配繭した煮繭済の繭数を数えるための札を逐一掛けたり外したりするための道具）の三寸ほどの釘（被告人は行為時にこれの存在を認識していなかった）が被害者の頭蓋骨を貫き、被害者は死亡した、という事案である。被告人は傷害致死罪に問われた。

本件では被告人が当該三寸釘の存在を具体的に認識していなかった点を捉えて、過失での致死にとどまるのか、はたまた傷害致死罪が成立するのかについて争われたが、裁判所は、「苟モ暴行ヲ加フル意思アリテ暴行ヲ加ヘ傷害又ハ致死ノ事實ヲ生シタル以上ハ假令傷害ヲ加フル意思ナカリシトスルモ爰ニ傷害罪ハ成立シ所謂結果犯トシテ罪責ヲ負擔スルモノニシテ其ノ故ヲ以テ直チニ意思ナキ行爲ヲ罰スルモノト謂フヘキニアラス」「被告人ノ暴行ニ因リ人ヲ傷害シ死ニ致シタル以上ハ過失罪ノ論議ヲ容ルルノ餘地ナシ」としたうえで、さ

らに、「傷害罪ハ暴行行為ノ意思アレハ足り被告人ニ於テ其ノ暴行ハ傷害ノ結果ヲ生スルコトアルヘキ性質ヲ有スルモノナルコトヲ認識スルヲ要セス蓋シ暴行ナルモノハ動モスレハ傷害ノ結果ヲ伴フコト多キヲ以テ法ハ結果犯トシテ被告人ニ其ノ罪責ヲ負擔セシムルモノナルカ故ニ被告人ニ於テ其ノ暴行ニ付テノ認識アレハ可ナリ其ノ暴行カ延ヒテ如何ナル傷害ヲ生スヘキ性質ノモノナルヤヲ知ラサリシトスルモ傷害罪ヲ以テ問擬スルヲ妨ケサルナリ若シ夫レ傷害罪ノ結果ノ發生ニ付或ハ過失ヲ必要トシ或ハ豫見シ得ヘキコトヲ條件トスル立法ノ下ニ於テハ所論ノ如ク傷害ヲ生スヘキ性質ノ認識ヲ要スヘシト雖我國刑法ハ此ノ主義ヲ採用セサルヲ以テ所論主張ヲ是認スルコトヲ得ス本件ニ於テハ被告人カ暴行ヲ爲シタル刹那ニ於テハ或ハ傷害ノ結果ヲ生スヘキ釘ノ存在ニ付認識ナカリシトスルモ被害者ヲ強ク突倒スコトニ付テ充分ノ認識アリタルモノナルヲ以テ原判決カ刑法第二百五條ヲ適用處斷シタルハ相當」として傷害致死罪を肯定した。

ここでは【判例1】にも見たように、形式的には、およそ暴行という行為に、傷害・致死の類型的な危険性が肯定されている。そして、「当該暴行がいかなる傷害を生ずべき性質のものであるか」という認識は不要であるということから推察するに、種々の傷害の内、具体的にいかなる傷害を発生させるかという認識は不要であるということになる。しかし、その一方で「被害者を強く突き倒すことについて十分な認識がある」という認定がわざわざなされているということは、行為の態様・性質・程度についてまったく何の主観も要求していないわけでもないことは明らかである。危険性説的な理解からすれば「危険性を基礎づける事情の認識」を要求しているようにも十分読める。まして、本件の被告人は当該工場の煮繭手であり、問題とされた釘も繭札掛の部品である以上、事件現場がどのような状況の場所であるのかという点について当該行為時に行為者において全く認識がないという方がむしろ考え難いという事情があることから、(本判決の口吻はともかく) 過失必要説にいう過失があったとも十分に評価可能な事案であったという点は無視し難い。

さらに興味深いのは、我が国の立法では不要であると述べながらも、立法によっては結果についての過失又は(主観的) 予見可能性を容れる余地を肯定している点である。この点、立法に寄らなければ過失又は予見可能性の要件を受け入れることができないという趣旨なのか、或いは、「我國刑法」の解釈学の進展次第では何がしかの要件を容れることができるが我が国ではそのような解釈の進展が(当時の段階では) いまだ存在しないという趣旨なのかは断言できない。

## 第二款 最高裁判所時代の判例法理

【判例9】最判昭和23年3月30日刑集2巻3号273頁

被告人は燃料用メチルアルコールをその毒性を知りながら、飲用として甲(彼もメチルアルコールの毒性は知っている)に販売したところ、乙にも一部転売され、甲・乙共にこれを飲用した。甲は失明し、乙は死亡した、という事案である。この事案で被告人は傷害致死罪



に問われた。

本件で争われたのは因果関係であるが予見・認識と責任についての裁判所の立場がよく表わされているように思う。弁護人は、被告人が当初予定していなかった甲の故意行為が介入したゆえ因果関係が遮断されると主張して上告したが、それに対して裁判所は、「特定の行為に起因して特定の結果が発生した場合に、これを一般的に観察して、その行為によつて、その結果が発生する虞れのあることが実験法上当然予想し得られるにおいては、たとえ、その間、他人の行為が介入して、その結果の発生を助長したとしても、これによつて因果関係は中断せられず、先きの行為を為した者はその結果につき責任を負うべきものと解するのが相当である。本件において、被告人は、酒の代用として燃料用アルコールを人体に生理上の障害を与える虞れのあることを認識しながら、甲に販売したというのであつて、当時甲から更にこれを譲受けて飲用する者のあるべきことは、一般的に観て当然予想し得られるところであるから、事実、甲から右アルコールを譲受けて飲用した乙がその中毒によつて死亡した以上、被告人が右乙の飲用の事実を予見したと否とに関係なく、被告人として、乙の傷害致死の結果につき責任を負はねばならない。」として上告を棄却し、傷害致死罪を肯定した。

裁判所の判示を要約すれば、一般的な観察によつて当該行為から結果発生が実験法上当然予想可能な場合は因果関係が存在し、因果関係を基礎づける事情を認識しながら行為し結果を発生させた者は、その結果についても責任を負う、ということになる。つまり、(ある程度抽象化された)結果発生 of 客観的予見可能性がある場合で、それを基礎づける事情を行為者が認識していたときは、(まさに乙が飲むという個別具体的な認識はなくとも)具体的な結果について行為者は責任を負う、という結果的加重犯に関する裁判所の判断の図式が見えてくる。

**【判例 10】 最判昭和 25 年 3 月 31 日刑集 4 卷 3 号 469 頁**

所謂「脳梅毒事件」として有名なものである。被告人は、被害者らと馬鹿花と称する賭博に興じていたが、被害者の態度に立腹し、被害者の左眼付近を右足で蹴りつけたところ、被害者が眼球に受けた傷自体は 10 日乃至 15 日程度で治癒するものではあったものの、予てより罹患していた脳梅毒の影響も相俟って脳に漸次損傷を受け、受傷後 4 日目にして死亡したという事案である。被告人は傷害致死罪に問われた。

被告人・弁護人は、死亡結果発生までの時間的隔絶と医学的機序の特殊性・不明確性を根拠に、そもそも足蹴と死亡との間には因果関係が存在せず傷害罪に止まる旨主張したが、裁判所は、原審の判断は「毫も経験則に反するものではなく」、「被告人の行為が被害者の脳梅毒による脳の高度の病的変化という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつたであろうと認められる場合で被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らずまた予測もできなかつたとしてもその行為がその特殊事情と相まつて致死の結果を生ぜしめたときはその行為と結果との間に因果関係を認めることができる」として被告人らの主張

を退けた。

本件の主戦場は因果関係であったことから、裁判所も行為者主観を因果関係の問題と関連させて検討し、行為者主観に関わらず因果関係を肯定可能であると結論付けた。しかし、この結論は、周知の通り、しばしば「特殊事情につき認識も予測も欠く行為者に責任を問う（た）ことは不当である」という趣旨で批判を浴びている。もっとも、こうしたよくある批判自体にも疑問はないでもない。まず、本判決はあくまでも「因果関係判断には行為者主観を持ち込まない」と述べているに過ぎず、過失等の責任について何らかの判断を示したのではないのは明らかである。したがって、過失不要説・必要説の両者とも、本判決を自説の論拠・批判材料として用いることは適切とはいえない。また、本判決自体、本件の具体的事情に照らすと、特殊事情につき認識も予測も欠く行為者に責任を問うた事案とは必ずしも言えない。すなわち、脳梅毒自体が梅毒の末期（第4期）症状であり、かかる状態の患者であれば外見等にも梅毒の典型的末期症状（麻痺やゴム腫、所謂「鼻欠け」等）が現われており<sup>4</sup>、しかも本件は、現代とは異なり梅毒の患者も死者もまだ珍しくはなかった時代の（それでも梅毒患者など見たこともないなどという特定の限られた階層に属する人々の社交の場ではなく）闇賭博場を舞台にした出来事である上に、行為態様も眼球に痣が残るほどの強さで頭部に足蹴を食らわせるというものであった。それゆえに、本件は、被告人において危険性を基礎付ける事情の認識があった、つまり主観的予見可能性があったと考えた方がむしろ自然な事案であり、仮に過失必要説に立ったとしても、傷害致死罪成立という本判決の結論自体は、（多くの批判が存在するにもかかわらず、実は）否定し難いと言えよう。さらに、因果関係判断に行為者主観を持ち込まないという立場が明らかにされただけであるから、従来裁判所が必要と解してきた客観的予見可能性等の要件が本判決により不要とされたわけでもないという点も確認しておかなければならない。

【判例 11】 最判昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 卷 10 号 1937 頁

被告人らは、被害者たる税務係吏員と口論の末、手拳で殴打した結果、被害者が死亡した、という事案である。被告人らは傷害致死罪に問われた。

本件で弁護人は、その上告趣意で、結果的責任においては結果について過失が必要であると主張したのに対して、裁判所は「傷害致死罪の成立には傷害と死亡との間に因果関係の存在を必要とするにとどまり、致死の結果についての予見は必要としないのであるから、原判決が所論傷害の結果たる致死の予見について判示しなかつたからといつて、原判決には所論理由不備の違法は存しない」として、上告を棄却し、傷害致死罪を肯定した。

裁判所によれば不要なのは「結果についての予見」ということであるが、これだけでは当然「結果についての予見可能性」も不要なのかという点は全く明らかにされておらず、こう

<sup>4</sup> 柳沢如樹＝味澤篤「現代の梅毒」モダンメディア 54 卷 2 号（2008 年）16 頁以下、日本性感染症学会編「性感染症診断・治療ガイドライン 2016（改訂版）」日本性感染症学会誌 27 卷 1 号付録（2017 年）50 頁参照。

した状況は【判例 5】と同様である。上告趣意に対する回答であることを踏まえれば、「過失」とりわけ「主観的予見可能性」が不要ということになるのかもしれないが、仮にそうであるならば直截に「過失」や「予見可能性」は不要である、と示せばよかつたはずである。そう考えると、むしろ裁判所はこの点に関して正面から回答することを忌避したと評価する方が妥当であろう。

【判例 12】最判昭和 32 年 2 月 26 日刑集 11 卷 2 号 906 頁

被告人は、被害者たる妻が、子供を道連れに自殺すると騒いだことに憤慨し、妻を引き倒したのち馬乗りになって頸部付近を圧迫する体勢で押さえつけたところ、妻がショック死した、という事案である。

本件で弁護人はその上告趣意で、因果関係の存在では責任を基礎づけないから結果に対する故意過失が必要であると主張したのに対して、裁判所は「傷害罪の成立には暴行と死亡との間に因果関係の存在を必要とするが、致死の結果についての予見を必要としないこと当裁判所の判例とするところであるから（昭和二六年（れ）七九七号同年九月二〇日第一小法廷判決、集五卷一〇号一九三七頁（【判例 11】）、原判示のような因果関係の存する以上被告人において致死の結果を予め認識することの可能性ある場合でなくても被告人の判示所為が傷害致死罪を構成することというまでもない」として上告を棄却し、傷害致死罪を肯定した。

「被告人において」という書きぶりからして、「主観的予見可能性」は不要であるという【判例 6】で示されたような立場を確認した判決であるといえよう。もっとも、そうした結論を導くために【判例 11】を援用しているが、上述した通り【判例 11】は予見可能性について実際には何も述べていない（むしろ意図的に言及を避けたとさえ言える）わけであって、そこから主観的予見可能性不要との結論を導いた本判決には、明らかに論理の飛躍がある。他方で、結果的加重犯（傷害罪）の成立には基本犯行為（暴行）と結果との間に因果関係が存在することが必要であると明確に判示したことから、この判決以降、「結果についての過失・予見可能性の存否」をめぐる争いはあまり争われなくなり、ほとんどが「(相当) 因果関係の存否」を主戦場として争われるようになった。

たとえば、「布団蒸し事件」として知られる強盗致死事件の最判昭和 46 年 6 月 17 日刑事集 25 卷 4 号 567 頁、主観的予見可能性がないことから暴行と致死との間の相当因果関係を否定した秋田地裁大曲支判昭和 47 年 3 月 30 日判時 670 号 105 頁（ただし、控訴審では逆転有罪）、被告人は被害者（81 歳）を地上に突き倒して数回踏みつけるなどして被害者に胸腔内貯留液を生じさせたが、これを消滅させるために医師が薬剤を投与したところ、被害者にあつた未知の乾酪型の結核性病巣が滲出型に変化し、その炎症に起因する心機能不全のため被害者が死亡したものであるが、それでもなお因果関係を肯定した最決昭和 49 年 7 月 5 日刑集 28 卷 5 号 194 頁、致命傷となった頭部の負傷につき、暴行に耐えかねた被害者が逃げるために裏手の池に飛び込んだときに生じた可能性を否定できなかったものの因果関

係を肯定した最決昭和 59 年 7 月 6 日刑集 38 卷 8 号 2793 頁（傷害致死事件）、「高速道路進入事件」として知られる傷害致死事件の最決平成 15 年 7 月 16 日刑集 57 卷 7 号 950 頁、さらに、「トランク監禁致死事件」として知られる最決平成 18 年 3 月 27 日刑集 60 卷 3 号 382 頁が挙げられよう。

これらの事案はたしかに因果関係も問題となるではあろうが、それだけでなく、判例が結果的加重犯につき過失不要説を採用するという立場、より正確には、過失が必要であるとする被告人・弁護人側の主張を採用しないという立場を堅持し続けていることから、いわば「仕方なしに」因果関係（だけ）を争ったものであるようにも思われる。何故ならば、これらの事案はいずれも介在事情が存在する場合における重大結果の予見可能性を争っているのであって、それはなにも因果関係の問題に限られるわけではなく、十分に責任の問題としても捉えることのできる問題であるからだ。

**【判例 13】** 最判昭和 36 年 1 月 10 日刑集 15 卷 1 号 1 頁

古くはなつたもののまだ十分に通行可能な橋を、台風で損壊したことにして国の補助金を受けて新しく架け替えようと画策した県職員（被告人）の指示により、「通行禁止」の立札を立てて橋の損壊工事を始めたところ、橋が想定以上に損壊され崩落し、通行人と作業人夫複数が負傷・死亡した、という事案である。被告人は往来妨害致死傷罪に問われた。この事案が結果的加重犯について正面から過失の要否が争われた今のところ最後の最高裁判例であると思われる。

弁護人はその上告趣意で、刑法改正仮案第十二条（「結果ニ因リ刑ヲ加重スル罪ニ付テハ、其ノ結果ヲ予見シ得ベカリシ場合ニ限り、重キニ從テ処断ス」）を引き合いに、現行刑法においても結果的加重犯の解釈にあたっては偶然責任との分離のためにも、行為者に重い結果についての過失または予見可能性が存在しない限り重い罪責を負わすことはできないと主張したのに対して、裁判所は「刑法一二四条二項の罪が成立するためには、同条列記の客体を損壊または壅塞して往来の危険を生ぜしめる意思があれば足り、それ以外にさらに傷害ないし傷害致死の結果につき予見あることを要するものではない」として上告を棄却し、往来妨害致死傷罪を肯定した。

注目すべきは、裁判所が再び【判例 11】のように、不要であるのは「結果の予見」であると述べるに止まり、【判例 12】のように「主観的予見可能性」まで不要であるとは断言しなかった点である。上告趣意で過失が必要である旨が主張されたことに対する回答であることを考えれば、「予見可能性不要」の意味で捉えるべきなのかもしれない。しかし、やはりここでも裁判所は【判例 11】同様に答えをはぐらかしたと考えるほうが自然であろう。

一方で裁判所は、必要なのは「往来の危険を生ぜしめる意思」であるという。「往来の危険」があれば客観的予見可能性は肯定できるはずであるが、それだけにとどまらず「往来の危険を生ぜしめる意思」のもとに行為をしたことまで要求している点は無視し難い。かかる危険を生ぜしめる意思の下に行われた行為を、結果発生の危険性を基礎づける事情を認識

しつつ行われたものとして評価することは十分に可能であるだろう。裁判所が「予見」と「予見可能性」について回答をはぐらかしていることからしても、そう解釈する余地は十分に残されている。ただし、「往来の危険を生ぜしめる意思」が単に従前から考えられてきた「およそ基本犯の故意」として捉えられるべきものである可能性も一応は留保しておかなければならない。

【判例 14】最決昭和 54 年 4 月 13 日刑集 33 卷 3 号 179 頁

被告人ら 7 名が被害者に対し暴行・傷害を加える旨共謀したところ、被告人らのうち一名が殺意を生じて被害者を刺殺した事案である。裁判所が部分的犯罪共同説を採用したとして有名な共犯の事案ではあるが、副次的ながら殺人罪と傷害致死罪の関係についての裁判所の考え方も表わされていて注目に値する。

すなわち、裁判所は「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから」殺意のなかった被告人ら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきであるとした。

つまり、裁判所は、犯罪としての客観面（犯罪構成要件要素）は、殺人罪も結果的加重犯も（そしておそらく過失致死罪も）みな同じであって、これらはそれぞれ主観面の重さが異なると理解していることが明らかにされている。

## 第二節 傷害概念をめぐる判例法理—同時傷害の特例—

前節で見たとおり、裁判所は、一方では【判例 1】【判例 7】【判例 8】のように、およそ基本犯に重大結果発生危険性が含まれていると解しているかの如き口吻を示しながら、他方では【判例 6】や特に判例【判例 2】に代表されるように、重大結果を発生させるような危険性の有無を実質的に判断しているものも少なくない。「およそ基本犯に重大結果発生危険性が含まれている」という理解を前提とすれば基本犯の存在さえ認定すれば重大結果発生危険性を別途実質的に判断するなど全く不要なことであるにも関わらず、現にこのような一見矛盾した傾向が見られるのは否定され得ない事実である。もっとも、「およそ基本犯」で足りるとした判例についても、重大結果発生危険性は無かったのに結果的加重犯の成立は肯定されたという事例は見受けられない。すなわち、口吻はともかく結果的加重犯の成立が肯定された事案ではいずれも重大結果発生危険性が存在していたし、逆に【判例 2】のように重大結果発生危険性がなかったとされたものでは、結果的加重犯の成立は否定されているのである。こうした状況を見る限り、基本犯と重大結果との関係について、裁判所が、単純におよそ基本犯で足りると「本心」から考えているとはどうにも思われない。

この点に関する裁判所の「本心」を窺い知ることができるものとして、同時傷害の特例(刑

法 207 条) が傷害致死との関係で問題とされた幾つかの事例に対する判断を挙げることができる。なぜならば、この場面こそ、所謂基本犯の行為と死亡結果との関係が最も先鋭的に問題とされるものであるからだ。

【判例 15】東京高判昭和 38 年 11 月 27 日東時 14 卷 11 号 186 頁

被告人は、先に甲から突き飛ばされて後頭部を打ち付けていた被害者に対し、足蹴にしたりハンマーの柄で殴ったりする暴行を加えたところ、被害者は硬脳膜鎌状部の血管破綻により緩慢に進んだ硬膜下出血により死亡したが、問題の血管破綻が被告人・甲いずれの行為に起因するか不明であったという事案である。

裁判所は、致死結果自体を直接問題とするのではなく、致命傷となった血管破綻という傷害結果がいずれの暴行に起因するのか不明であるとして同傷害につき刑法 207 条を用いて被告人に責任を肯定し、致死結果は同傷害に起因することを理由にして被告人に致死結果まで責任を問うことができるとする、二段階の構成を示した。

傷害致死事例について刑法 207 条を用いて致死結果まで刑事責任を肯定すること自体については既に最判昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 卷 10 号 1937 頁（【判例 11】）で積極的に解されたところであるが、それを前提としたうえでなお 207 条を 205 条へ直接適用するのではなく、致命傷を選出したうえで一旦 204 条を経由させた点は、注目に値する。こうした判断方法は後の事例でもほぼ一貫して維持されている。例えば、旭川地判昭和 44 年 12 月 15 日刑月 1 卷 12 号 1170 頁においても被告人の行為が被害者にとって致命傷となった内臓破裂を惹起する性質であったか否かが検討されたし（なお、この事案では同時性が否定されたことから 207 条の適用が排斥され、結局被告人は暴行罪の限度で処断されるに止まった）、京都地判昭和 53 年 9 月 22 日刑月 10 卷 9 号 1247 頁においても、被告人の内一名は、被告人が与えた傷害が軽度であったことではなく、むしろ被害者にとって致命傷となった動脈瘤の破裂に寄与していないことを直接の理由として、暴行罪の限度での処断に止まった。同様に、東京高判平成 25 年 8 月 1 日高刑速平成 25 年度 100 頁においても、被告人の暴行は被害者にとって致命傷となった急性硬膜下血腫及び脳の腫脹にほとんど寄与しなかったと認められることを理由に、被告人の行為は同時傷害の特例の対象とはならず暴行罪に止まる旨判示されている。いずれの事案においても、致命傷惹起性の有無が問題とされている以上はその果てに存在する致死結果が念頭に置かれているのは疑いようもないが、他方で、死亡結果自体ではなくあくまでも致命傷を問題とする立場を堅持しているのであり、204 条の範囲内で 207 条を扱おうとする裁判所の姿勢が窺えるものともいえよう。また、同時傷害が否定された事例では、当該暴行・傷害がそれ自体としてより軽度であったことではなく、当該致命傷との関係で影響が低かった乃至無かったことが理由とされた点も無視し難い。こうした立場は、「傷害」概念に「死亡」が含まれないという理解が前提であると断じてよからう。延いては、「およそ傷害」＝「およそ基本犯」に死亡結果＝重大（加重）結果発生の危険性が含まれるとまでは考えていないことの証左と言える。

もっとも、多少異なる立場が示されたのが、以下の事案である。

【判例 16】名古屋地判平成 25 年 7 月 12 日 LEX/DB 25501584

交通トラブルを発端に、被告人甲が被害者の胸倉を掴んだ上で大きく揺さぶり被害者車両へとぶついたり、顔面を拳や平手で殴打したりする暴行を、引き続いて被告人乙が被害者の臀部をバイクの金属製マフラーで一回叩いてから手拳で顔面を殴打する暴行を加えたことで、被害者は転倒して後頭部を路面に打ち付け、外傷性くも膜下出血で死亡したが、当該くも膜下出血が甲乙いずれの暴行に起因したか不明であったという事案である。

裁判所は、甲乙いずれの暴行も当該くも膜下出血を惹起するに十分な危険性を有した行為であったことを認定するという従来通りの方法を採用しながら、他方で「傷害致死罪の行為は刑法 204 条と同じく『身体を傷害し』たことであり、207 条の『2 人以上で暴行を加えて人を傷害した場合』に当たるものであること、同条は傷害罪（204 条）の規定の直後ではなく傷害致死罪（207 条）の規定より後に位置し、特に 204 条の適用に限定するような文言も付されていないことに照らすと、207 条を傷害致死罪の場合に適用することは同条の文理に何ら反するものではない。また、刑法 207 条の制度趣旨は、複数の者による暴行により傷害が生じた場合にあって、そのうちの誰の暴行によりどの傷害結果が生じたのかを特定するのが困難な場合も多いところ、そのことについて具体的な因果関係を立証しない限り、いずれもが暴行ないし軽い傷害罪の限度で処罰されるにとどまるという不合理な結果が生じるのを避け、立証の困難を救う必要性があるとの点にある。この趣旨は、同じ傷害という行為において結果が傷害致死に発展した場合においても妥当すべき点で差異はないというべきであり、傷害致死について適用を排除することは合理的ではない」として、207 条を 205 条へ直接適用可能であるやに読める判断を示した。各暴行の致命傷惹起性を判断するという手法は従来通りであるが、205 条へ 207 条を直接適用可能であると考えているのであれば、その限りで、従来積み重ねられてきた判断とは明らかに異なる立場である。この立場は究極的には「傷害」に「死亡」まで含まれるとする理解を前提としなければ採り得ないものであり、「おおよそ基本犯」に重大結果発生の危険性も当然包含しているとする立場に親和的な考え方である。

両者の相反する立場のいずれが妥当であるか、最高裁の立場が事実上示されたのが以下の事案（所謂「同時傷害致死事件」）である。

【判例 17】最決平成 28 年 3 月 24 日刑集 70 卷 3 号 1 頁

バーでの支払いトラブルを発端に、被告人甲乙が共謀のうえ、被害者の背部を足蹴にしたり、顔面や頭部を壁や床に打ち付けたり、スタンド式灰皿で頭部を殴打したり、さらには倒れている被害者に殴る蹴る等の暴行を加え（第一暴行）、甲乙とは共謀関係にない被告人丙も被害者の顔面・頭部・胸部を階段の手すりを利用して勢いをつけて踏み付けたり、頭部や腹部を蹴り付けたり等の暴行を加えた（第二暴行）。被害者は急性硬膜下血腫に基づく急性脳腫脹のため死亡したが、当該急性硬膜下血腫が第一・第二いずれの暴行に起因するのか不

明であった。

原々審（名古屋地判平成 26 年 9 月 19 日刑集 70 卷 3 号 26 頁）は、207 条にいう「傷害」に死亡結果まで含まれるとする理解を前提としたうえで、本件では第二暴行がいずれにしても当該急性硬膜下血腫の惹起又は増悪という意味において死亡結果と因果関係を有することから 207 条にいう「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」には当たらない（＝丙を「その傷害を生じさせた者」として同定可能である）と解して「同時傷害致死罪（刑法 207 条）を適用する前提が欠けることになる」と説示したうえで 207 条の適用を排斥したが、原審（名古屋高判平成 27 年 4 月 16 日刑集 70 卷 3 号 34 頁）はこれを論難して原々審判決を破棄して第一審に差し戻した。本決定はその上告審である。

最高裁は、「同時傷害の特例を定めた刑法 207 条は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によることとしている。同条の適用の前提として、検察官は、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであることの証明を要するというべきであり、その証明がされた場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れ」ず、また「共犯関係にない二人以上による暴行によって傷害が生じ更に同傷害から死亡の結果が発生したという傷害致死の事案において、刑法 207 条適用の前提となる前記の事実関係が証明された場合には、各行為者は、同条により、自己の関与した暴行が死因となった傷害を生じさせていないことを立証しない限り、当該傷害について責任を負い、更に同傷害を原因として発生した死亡の結果についても責任を負うというべきである（最高裁昭和 26 年（れ）第 797 号同年 9 月 20 日第一小法廷判決・刑集 5 卷 10 号 1937 頁（【判例 11】）参照）。このような事実関係が証明された場合においては、本件のようにいずれかの暴行と死亡との間の因果関係が肯定されるときであっても、別異に解すべき理由はなく、同条の適用は妨げられない」として、原々審を破棄差し戻した原審の判断を支持した（全員一致）。

最高裁が示したこの判断は、207 条の適用要件を示したという意味においても意義深いだが、同時に、原々審の論理構成を明確に否定したことを通じて、副次的ではあるが結果的加重犯自体についても 2 つの興味深い点が、事実上示された。すなわち、207 条にいう「傷害」は 204 条にいう「傷害」を指すが、205 条で想起される死亡結果はこの場合の「傷害」に含まれない（そうであるからこそ、207 条は、傷害致死事例では、いきなり 205 条に関して直接その適用の可否を判断することは許されず、必ず一旦 204 条との関係での考慮を経なければならない）とする点、さらに、致死との関係では各暴行につきそれぞれ致命傷惹起性の有無を検討せねばならぬとすることの必然的反射効として、致命性（重大結果発生危険性）の有無に関わらず「およそ暴行」＝「およそ基本犯」さえあればよい、とする単純で原始的な立場は、やはり裁判所の採用するところではないという点である。この 2 点こそ、先に述



べた裁判所の「本心」であろう。

### 第三節 小括

以上の判例分析を通じて、主として以下の四点を結論として見出すことができるだろう。第一点目として、判例分析の第一の視座に対する結論であるが、結果的加重犯の客観的な成立範囲は行為と結果との間の因果関係が肯定される範囲であるという点が挙げられる。この因果関係は【判例 4】や【判例 5】を見ても明らかな通り、純粋な条件関係（「あればこれなし」）というわけではなく、終戦直後の【判例 9】等も併せてみる限り、殊結果的加重犯に関しては古くから結果の客観的予見可能性（重大結果発生危険性）を重視しており、客観的相当因果関係的なものを要求してきたと考えられる<sup>5</sup>。或いは、現在裁判所が頻繁に用いる所謂「危険の創出・現実化」公式に当たるものを要求してきたと見ることも可能であるかもしれない。とりわけ、この点に関する大法廷判決など存在しないという事実もまた、客観的相当因果関係的判断や「危険の創出・現実化」と同一の基盤を有するものを裁判所は結果的加重犯に一貫して要求してきたという推論を補強する。この点では、裁判所の判断方式もまた、結果的加重犯の構造論でしばしば説かれる所謂危険性説の発想と固より親和的であるように思われる。

第二点目として、第二および第三の視座の前提となる結論であるが、結果的加重犯は犯罪構成要件要素の面で故意犯と共通で、主観面（責任）が異なるだけであると解されている点が挙げられる。【判例 14】からして、裁判所は責任の面で「過失」<「結果的加重犯の故意」<「故意犯の故意」というような三段階を想定しているように思われる。つまり裁判所は、事実上、同種の結果を中心としつつ故意・過失に対する規範的中間領域として結果的加重犯を取り扱っているのではなかろうか。これは、いわば搦め手からの推論ではあるが、207条の205条への直接適用を明確に否定した【判例 17】からも補強される。すなわち、傷害致死罪を例に挙げるならば、その本質は基本犯たる「傷害」罪ではなく、むしろ「致死」罪であり、それゆえ他の「致死」罪（過失致死罪や故意殺人罪等）とは共通の基盤が存在することを所与の前提とした論理構成が容認されるが、他方で「傷害」罪であることを共通の基盤と見做して207条を直接205条へ適用する、などということは許容されないのである。この限りで、裁判所は、結果的加重犯を純粋な結果責任のように見ているわけでは決してないとは言える。

---

<sup>5</sup> この点、齊藤金作「因果関係」同『刑事法の基礎』（有信堂、1963年）160頁以下は「わが判例は、従来、一般に、故意犯たると、過失犯たると、結果的加重犯たるとを分かつたらず、条件説によって事を断じて来た」と評しつつ特に【判例 10】を批判するが、本稿で確認した通り、殊結果的加重犯に関する限り、古くから条件説とは言い難い判断を下してきたと見る方が正確であろう。

第三点目として、第二の視座に対する結論であるが、結果的加重犯の成立にとって「客観的予見可能性」が必要であるという点が挙げられる（【判例 5】）。しかも、【判例 2】や同時傷害をめぐる一連の判断を見る限り、単に「およそ基本犯」に認められるような危険性のみではならず、当該行為が重大結果発生危険性を有していることが必要である。その上で、行為者の主観としては「基本犯の故意」を以て十分であると考えられているものと推察される。この「基本犯の故意」には基本犯行為の危険性を客観的に基礎づける事情の認識が含まれていると積極的に解しているように思われる判例も少なくない（たとえば【判例 7】【判例 8】【判例 9】【判例 13】）が、必ずしもその点は明示的に言及されているわけではないので注意しなければならない。

第四点目として、第三の視座に対する結論であるが、結果的加重犯の成立にとって「結果に対する予見」は不要であるという点が挙げられる。この点について【判例 7】で指摘される通り、「結果に対する予見」がありながらそれでもなお行為に出たとき、特にその結果が致死の場合、もはやそれは「殺人罪」に該当するはずであるから、いわば当然の結論にすぎない。この点に関しては、【判例 12】を除いて、弁護人の「結果についての過失または主観的予見可能性が必要である」とする上告趣意に対して、謂わばはぐらかすような形でまともに回答してこなかったように思われる。また、例外ともいえるべき【判例 12】も、既に確認した通り、論理の飛躍ともいえる種大胆な推論の賜物であったという点、以後の事案では基本的にもう過失の有無は「主戦場」ではなくなってしまったという点、この2つは無視し得ない。結局、伝統的に裁判所が不要であるとの旨回答してきたのは常に「結果に対する予見」であると解したほうが妥当であろう。これが、刑法上の意味を含有した意図的な（それでいて）曖昧模糊とした回答であるのか、単に答えられないから誤魔化しているのか、或いは答えるまでもない当然のことと解しているのかについては判例からは明瞭にならない。いずれにしても、この論点に関しては噛み合わない議論に終始してきたことだけは明瞭である。

結果的加重犯の成立にとって不要なものに関してはもう一点、「主戦場」の移行先であるところの因果関係判断について、口吻の上では行為者主観を持ち込まないとするのが裁判所の立場（【判例 10】）であるという点も忘れてはならない。ただし、この点についても、特に【判例 9】や【判例 13】において顕著だが、客観的予見可能性（＝因果関係）を検討する際に、行為者が具体的に認識していた事情が前提事実として結局取り込まれているという事実を指摘できる。もちろん、その後の検討を通して行為者主観は一定程度抽象化されるのは避けられないが、全く行為者主観が考慮されていないわけでもないという点にはやはり留意が必要であろう<sup>6</sup>。

---

<sup>6</sup> この結果、結果的加重犯の因果判断は故意犯や過失犯におけるそれとは幾分異質なものと化していると考えられる。杉本一敏『『被害者の素因競合事例』に関する刑事判例と結果的加重犯の真の問題点』Law&Practice 8号（2014年）155頁もこの限りで同旨。

## 第二章 結果的加重犯と責任をめぐる議論の概況

前章における判例分析の結果、明らかになった裁判所の立場4点を今一度要約すると、以下の通りである。

① 結果的加重犯の成立範囲は、行為と結果との間に因果関係が肯定される範囲である。ここにいう因果関係は純粋な条件関係というよりも、むしろ客観的相当因果関係や危険の創出・現実化公式として見るべきものである。

② 結果的加重犯の本質は基本犯ではなくむしろ重大結果の方に存在し、同種結果を中心とした故意犯・過失犯の規範的中間類型として結果的加重犯が事実上機能している。

③ 結果的加重犯として問責される行為には、重大結果の客観的予見可能性（重大結果発生危険性）が存在しなければならない。他方、主観面については「基本犯の故意」で足りる。この「基本犯の故意」の内実は事案次第であって、明らかではない。

④ 結果的加重犯として問責される行為者に「結果の予見」は不要である。判例の中には「結果の予見可能性」まで不要であるとするものも無くはないが、大半は敢えて「予見」不要という表現に止めている。なお、主観的予見可能性を基礎付ける、行為者が具体的に認識した（より正確には、認識していたはずの）事情は上述した客観的予見可能性の前提事実として事実上取り込まれていると考えられる。

このように見ると、裁判所は建前では古い時代の純粋な過失不要説を採用しているかのような表現を用いつつ、本音ともいべき部分では相当以前から、妥当な結論を導くためではあろうが、そうした単純な過失不要説に対して数々の修正を施してきたことが分かる。

もっとも、この「建前」と「本音」の乖離は、二重の意味で不明確さを生んでおり、問題がある。すなわち、学術的観点から言えば理論的基盤が不明確であることは看過し得ない問題であるし、また実際上の観点から言っても、被告人側からすれば攻撃防御の対象が不明確で掴めないという点で不利を蒙ることに繋がりがかねないことはやはり黙過し得ない問題である。

そこで、本章では、この不明確さを解消するための手掛かりを得る目的で、我が国の学説や諸外国（独英）の動向を概観したい。結果的加重犯をめぐる議論の多くが、（判例の立場を支持するにせよ非難するにせよ、結局は）責任主義との関係に集中していることに鑑み、やはり特に責任主義との関係、具体的には、結果的加重犯はそもそも責任主義に違背した犯罪類型なのか、日本の裁判所のように行為者主観を（あくまでも建前上ではあるが）考慮せずとも責任主義の要請を満たすことは可能なのか、過失必要説という過失の内実は如何なるものなのか、といった点に着目しながら、検討を進めることとする。

## 第一節 ドイツにおける判例と学説

我が国の刑法学にとって常に大きな影響を与えてきたのは何といてもドイツ刑法・ドイツ刑法学である。結果的加重犯をめぐる主要な先行研究<sup>1</sup>においても、常にドイツの判例・学説は大いに参照されてきたが、それはとりわけ、ドイツは我が国でもすでに通説化しつつある「危険性説」や頻繁に言及される「直接性説」の母国であるということがその所以である。本稿でも、ドイツの判例・学説に対する検討は当然避けて通れるものではないと考えている。もっとも、危険性説の出自であったり、判例が提示した直接性説の状況であったりなどは、既に上述した先行研究を始めとして我が国においても数次に渡って相当数の紹介<sup>2</sup>があることから、本稿では特に目的や範囲を以下のように絞ったうえで、いわば確認的な検討を施すこととする。

はじめに、ドイツでは支配的見解となっている危険性説の祖とされる D. Oehler の見解を、本節の検討の前提を固める目的でごく簡潔ではあるが確認する。次いで、ドイツの判例法理における「直接性」が意味するところを明らかにする目的で、代表的な諸判例を事例群毎に分類したうえで検討を加える。これらの検討を経たうえで、学説における危険性説や直接性説といった客観面に対する諸見解のヴァリエーションを確認する（なお、これら客観面に対する諸見解に係る具体的な検討は次章でまとめて行うこととする）。最後に、主観的限定を志向する幾つかの見解を確認することで、ドイツの議論状況に対する一次的な概観は果たされよう。

### 第一款 Oehler と危険性説

危険性説は、Oehler が 1953 年に公表した「Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt」と題する論文<sup>3</sup>に端を発するとされる。

Oehler は結果的加重犯という犯罪類型は、何らかの犯罪と重大結果との間に因果関係さえ存在すれば認められるというほど単純なわけではない点に着目した。すなわち、重大な窃盗や偽証、強要にも、被害を受けた者が犯罪所為の影響を受けたショックの結果として死亡

<sup>1</sup> 例えば、内田浩『結果的加重犯の構造』（信山社、2005年）、榎本桃也『結果的加重犯の再検討』（成文堂、2011年）、香川達夫『結果的加重犯の本質』（慶応通信、1978年）、丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂、1990年）。

<sup>2</sup> 例えば、直接性説に関するものだけでも、註（1）に掲げた文献の他に、例えば、佐伯和也「結果的加重犯における『基本犯』と『重い結果』との関係について」關西大學法學論集 52 卷 8 号（2002 年）80 頁、下村康正「結果的加重犯における基本犯罪と加重結果との間の直接的関係」法学新報 96 卷 1・2 号（1989 年）1 頁、山本光英「結果的加重犯における『直接性』要件について」山口経済学雑誌 47 卷 2 号（1999 年）35 頁といった、広範で詳細な検討が複数存在する。

<sup>3</sup> Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW Bd. 69 (1957), S. 503 ff.

する危険性は存在するにもかかわらず、仮にそうした窃盗、偽証、強要行為と因果関係ある死亡結果が生じたとしても、窃盗致死罪、偽証致死罪、強要致死罪などといった犯罪は想起されず、せいぜい故意の窃盗罪、偽証罪、強要罪と過失致死罪との観念的競合として処理されるかどうかであるという点である<sup>4</sup>。

そこで Oehler は、そうした観念的競合が問題とされ得るに過ぎない犯罪と結果的加重犯が問題とされ得る犯罪との相違は、後者に関しては、その基本犯とされる行為について、重大結果発生との関係で特別に類型的な危険 (*besonders typische Gefahr*) が認められる点に由来するのだと考え<sup>5</sup>、そうした危険を生ぜしめるという意味において、結果的加重犯の性格は「危険犯」であるとの見解に賛同した<sup>6</sup>。

こうした基本理念の下、Oehler は、より具体的には以下のように<sup>7</sup>結果的加重犯を説明する。

① 傷害の故意の中に、同時に生命を危殆化する故意／(少なくとも)生命の危殆化を義務に反して知らずにおくということが含まれているということに、まさに犯罪の本質がある。StGB 56 条 (現 18 条) にいう「少なくとも過失」とはこの意味で理解される。

② 主観的目的はともかくとして、基本犯の実行と重大結果の発生とが、「客観的目的可能性 (*objektive Bezweckbarkeit*)」(=「人的支配操縦の可能性」)によって架橋される場合だけが結果的加重犯として評価される。結果が客観的に目的とされ得る場合のみ、行為者は結果を回避可能であると考えられる。

③ ここにいう客観的目的可能性と因果関係の相当性とは相異なる(構成要件)メルクマールである<sup>8</sup>。

これらの三本柱の内、②③については、Oehler の独自色が強く現在ドイツの学界で継受されているとまでは言い難いのに対し、①は危険性説 (*Gefährdungstheorie*) として通説化していくことになる。すなわち、Oehler の基本思想と①とを合わせて考えれば、結果的加重犯の基本犯行為には、その性質として、最終結果との関係で定まる類型的な危険性がそもそも含まれている必要があり、このことこそが結果的加重犯を独自の犯罪類型として特徴付ける(結果的加重犯独自の不法内容を見出す)のだという考え方である。そして、現在の学説における支配的見解は、この「基本犯に備わった類型的な危険性」が実現したと言えなければ、結果的加重犯の成立は否定されるべきだと考えて、この実現過程の有無を「直接性」の有無

<sup>4</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4) S. 514.

<sup>5</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4) S. 514.

<sup>6</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4) S. 517.

<sup>7</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4) S. 515 ff.; ders, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: FS-Eb. Schmidt, 1961, S. 236 ff. 丸山・前掲註 (1) 頁以下。

<sup>8</sup> 実際にこの客観的目的可能性を因果関係ではなく実行行為との関係で検討したものとして、中義勝「実行行為の客観的目的要因—エラー説に関連して—」關西大學法學論集 38 卷 2・3 号 (1988 年) 617 頁。

として把握する<sup>9</sup>のである。

## 第二款 判例法理における「直接性」の現状

ドイツの裁判所は、危険性説の登場以前から、結果的加重犯の成否を判断するに当たり、しばしば行為と結果とが直接的（unmittelbar）に結び付いているか否かを問題としてきた<sup>10</sup>（直接性説）。現在でも、直接性は文言上は問題とされ続けているが、他方で、山中敬一による指摘<sup>11</sup>がある通り、実質的な限定法理としては既に放棄されているという見方も存在する。その主たる理由は、直接性の有無が、例えば「被害者が逃走過程で重大結果に当たる致死傷結果を負った場合には、行為と結果との間の直接的な結び付きが否定される」などといった具合の類型判断であるとは、とてもものに言い難い様相を、諸判例が示しているからである<sup>12</sup>。

以下では、被害者の無理な逃走が問題となった事例、殴打の武器にピストルを用いたところ暴発した事例、被害者を突き飛ばしたところ想定外の機序で被害者が死亡したことが問題となった事例の三種に分けて諸判例の様相を概観したうえで、現在實際上用いられている限定基準が何であるか確認する。

### 第一項 逃走事例

打撃自体からではなく、被害者の行為が介在したことにより結果が発生した場合に、直接性を肯定し得るのか。この点が特に先鋭的に問題となるのが、被害者の逃走事例である。以下では、被害者が逃走を図った結果転落死したという共通点を有する三つの代表的な事例を検証する。

---

<sup>9</sup> 後述する致命的結果説のみならず、致命的結果説、重過失説共に、直接性説として総称可能な（圧倒的多数の）学説は、この点に關する限り、一致していると言えよう。

<sup>10</sup> 直接的（unmittelbar）というメルクマールは1910年のライヒ裁判所判決（RGSt 44, 137：ピストルの暴発による被害者の死亡結果につき、直接性の不存在を理由に傷害致死罪の成立を否定）で既に見られる（なお、内田・前掲註（1）頁以下は、このライヒ裁判所判決を指して「ピストル殴打事件」と呼称するが、現在のドイツでピストル殴打事件と言った場合、むしろ後述するBGH判決を指すことが一般的であると思われる。本稿でも、BGH判決を指して「ピストル殴打事件」と呼称する。）。

<sup>11</sup> 山中敬一『刑法総論』（成文堂、第2版、2008年）173頁の註（27）参照。

<sup>12</sup> 内田・前掲註（1）173頁以下（特に190頁）。榎本・前掲註（1）185頁以下、山本・前掲註（2）頁同旨。

### Rötzel 事件<sup>13</sup>

T (その名を Rötzel という) は、実家の二階で家事手伝人 O に攻撃を加えて骨折等の傷害を負わせたところ、さらなる攻撃に対する恐怖と不安から O は部屋の窓よりバルコニーへの逃避を試みたが、その際、O が誤って転落して死亡したという事案である。

BGH は、行為と結果との間の直接性の不存在を理由として、T につき傷害致死罪の成立を否定した。すなわち、「致死結果が、最終的に第三者の介入又は被害者の態度によってはじめて惹起された場合、(旧) StGB 226 条 (傷害致死) の適用には不十分である。致傷行為は直接的に致死結果に作用していなければならない」以上、O 自身の逃避行為により死亡結果が生じたと言える本件では T の行為と O の死亡結果との間に直接性を認めることはできず、傷害致死は成立しないとしたのである。

しかし、窓辺転落事件 (Fenstersturzfall)<sup>14</sup>では、一転して直接性が肯定された。事案の概要は以下の通りである。

金銭トラブルに端を発し、A、B 及び C は一時間半にわたり O に対して暴行を加えた結果、O は意識障害に陥ったが、その後も A らは暴行を続けたところ、O は意識障害の状態のまま窓辺 (地上 27m) に進み、そのまま転落死した。

BGH は、暴行の作用で生じたパニック状態が、窓から転落するという、O にとって自己決定の自由のない行動へと駆り立てることになったことから、死亡結果自体は A らの暴行そのものではなく O の転落により生じたものであったとはいえ、O の死亡結果は「傷害の直接的結果」であったと結論付けた。

### アフリカ舞踏家ペア事件 (Afrikanisches Tänzerpaar-Fall)<sup>15</sup>

セネガル出身の T と O は夫妻であり、両者とも同じアフリカンダンスグループの舞踏家であった。T は、O や同グループの他の女性メンバーに対して日常的に暴力を加えていたことから、ついに解雇され、ドイツを去らなければならなくなった。そこで T は O に共にセネガルへ帰るよう説得を試みたが、奏功せず、口論の末ついに、T は衝動的に刃渡り 20cm のナイフで O を襲った。O は背中に深さ 4cm の傷を負ってパニックに陥り、窓台の上に逃げたが、窓枠の都合、体の 4 分の 3 しか伸びない窮屈な姿勢を強いられ、ついに 25m 下の藪へ転落して致命傷を負い死亡した。なお、T は O が窓台に逃げた後もナイフを手にして抵抗できない O を脅し続けていた。

以上のような事実関係の下、BGH は以下のように判示した。すなわち、傷害と負傷した者の死亡との間には、そのような傷害は被害者に関して特有の死の危険を有していることから、密な関係が存在する。そうした危険は、傷害行為 (Körperverletzungshandlung) から既

<sup>13</sup> BGH NSTZ 1971, 152.

<sup>14</sup> BGH NSTZ 1992, 335.

<sup>15</sup> BGH NSTZ 2008, 278.

に生じうるものであるから、傷害結果と死亡との間に厳格な因果性は不要である。それゆえ、「当該事案はパニックと逃避の試みであるというような具合に、被害者の自己侵害的なその態度が自然であり且つ犯罪特有の反応である (*naheliegend und deliktstypische Reaktion*) と言える限りで、被害者の態度は、死亡結果を直接的に導いた要因であった」場合には、結果的加重犯特有の危険は被害者の死亡に現実化したと言える。

本件でもまた、窓辺転落事件と同様に直接性が肯定されて傷害致死罪の成立も認められたが、本判決の論理は *Rötzel* 事件にも妥当するように思われる。このことからしても、やはり先行研究が再三指摘する通り、裁判所は「直接性」を、良く言えば柔軟に、悪く言えば場当たり的に用いている感は否めない。

## 第二項 暴発事例

打撃結果自体の影響ではなく、ピストルを打撃手段として用いた結果、暴発を招いて被害者の死亡を惹起した場合に、当該結果は行為の直接的結果であると言えるのか。仮に言えるのであれば、直接性の重心はどちらかと言えば基本犯行為の方にあると考えられるし、言えないとすれば、直接性の重心は基本犯結果の方にあると考えられる。

### ピストル殴打事件 (*Pistolenschlag-Fall*)<sup>16</sup>

O から攻撃を受けた警察官 T は、装填済みの拳銃で O の頭部を 2 発殴って撃退し、俯せに倒れた O の後頭部目がけてさらに数発拳銃で殴打を加えていたところ、人差し指が引鉄に掛かっていたことから誤って引鉄を引いてしまい、O の頭部を打ち抜いて死亡させた。

かような事実関係の下、BGH は、傷害致死罪の成立にとって重要なのは、「傷害行為が被害者の死亡結果に結びついたか否か、換言すれば、被害者を傷害する意図に担われ、かつ当該傷害が同時に被害者の死亡結果も惹起したか否か」であるから、本件では傷害致死罪の成立を肯定可能であるとの旨判示した。すなわち、BGH は本件の行為と結果との間に直接性を肯定したのである。

ピストルを手にした殴打による暴発が下で被害者を死に致したという点で共通する以下の事件<sup>17</sup> (第二ピストル殴打事件と仮称する) でも、同様の結論が導かれている。事案の概要は以下の通りである。

T は O の上半身を 2・3 回ほど力いっぱい手拳で殴打した後、よく確認もしないまま、右手に装填済みのピストルを掴んでさらに殴打を続けた。そのうち、ピストルが暴発した結果、弾は O の胸部に命中し、O は致命的な腹膜炎を負うに至った。

この事案で BGH は、故意傷害罪は、手拳や手にした武器による意図的な打撃から被害者

<sup>16</sup> BGHSt 14, 110.

<sup>17</sup> BGH bei Dallinger, MDR 1975, 196.



の身体への付加的結果（死亡結果）発生までの全事象を包含し、重要なのは傷害の意思に担われ結果に作用したところ行為が、被害者の死亡結果に因果的（*ursächlich*）であったか否かであるとして、Tにつき傷害致死罪の成立を肯定した。本件でもやはり、行為と結果との間に直接性は認められると解したのである。

これら二つの事例と先に見たアフリカ舞踏家ペア事件も併せて考えると、どうやら裁判所は、どちらかと言えば基本犯結果の危険性よりも基本犯行為の危険性を問題としていると言えそうである。

### 第三項 突き飛ばし事例

以下に示す二つの事案は、どちらも、行為単体では死亡結果を惹起するほどのものとは言い難いが、一定の特殊事情の存在も相俟って、被害者が打撃を受けて突き飛ばされる格好になった結果、よろめくなどして致命傷を負うに至ったものである（我が国で言えば、暴行からの二段階の結果的加重犯としての傷害致死のような事例である）。隠れた持病等、被害者の素因が問題となる事例についても参考となる事例群であるかと思われる。かかる「軽微」な行為から重大結果が発生した場合に、直接性が否定されるか否かという点は、ドイツの裁判所が直接性をどのように見ているのかという点について、一種の試金石となろう。

#### 平手打ち事件<sup>18</sup>

事案は比較的単純で、Tが酒に酔ったOを数発平手打ちしたところ、Oが思いの外転倒し、死亡したというものである。

BGHは、Oが平手打ちの結果としてよろめいて転倒したのか、O自身の決定に基づき歩み出したが酔いのために足元がおぼつかず転倒してしまったのかという点こそが決定的であること、また、酩酊者を平手打ちする者に対して致死も考慮に入れた特別な注意義務が課されるか否かは事案次第であって、通常の成人を、一発か二発、特に強くもない力で素手で平手打ちするだけなら、特別な事情についての認識がない限り、死の結果について帰責されることはないことを前提としつつ、本件はいずれにしても傷害致死罪の成立は否定される旨判示した。もっとも、当該平手打ちと結果との間の因果関係自体は否定され得ないだろうから、本件は直接性を否定したものとも考えることもできるだろう<sup>19</sup>が、特殊状況（被害者の酩酊）に対する行為者の認識の有無を問題としているようにも読めなくもない。

#### S-Bahn 事件<sup>20</sup>

酒に酔った状態のTは、S-Bahnのトンネルの出口の階段で、家族と共にトンネルに入っ

<sup>18</sup> BGH bei Dallinger, MDR 1954, 150.

<sup>19</sup> 丸山・前掲註（1）157頁参照。

<sup>20</sup> BGH NSTZ 2001, 478.

てくる O と遭遇した。O 一家が階段を下りて行くのに対して T は階段を上って出口付近に達したが、やにわに反転して階段を下り、O を背後から襲撃し、曲げたままの手足で O に向かって飛びかかった。無防備であった O は何の対抗手段も取れない内に、バランスを崩して頭部をタイル壁に激突するに至り、脳出血により死亡した。

かかる事実関係の下、BGH は、傷害罪の成立に止めたデュイスブルク・ラント裁判所の判決を破棄し、事実審は基本犯の遂行による客観的・主観的義務違反性から端的に O の死亡結果についての予見可能性を問題としなければならないとしたうえで、T にアルコールの影響による認知能力の低下があったとしても、行為者が具体的に認識した事実に基づき当該状況で被害者の死亡結果が予見され得るか否かが問題となるとして、O が防衛・回避行動をとれない状況であることを基礎付ける認識があった T には傷害致死罪が成立すべきであるとの旨判示した。見ての通り、少なくとも本件では、もはや直接性の有無よりも行為者における一定の状況に対する認識の有無の方が決定的な役割を果たしていると言えよう。

#### 第四項 実際上の限定基準

前項までの諸事例を見る限り、(少なくとも現在の) ドイツの裁判所は、結果的加重犯の成否を直接性の有無よりは、むしろ結局は生活経験上蓋然的か否かに係らしめているように見える。その結果、結果的加重犯の成立を肯定する際には直接性がある旨を示し、否定する際には直接性が無い旨を示すという具合に、もはやこの文脈における「直接性」という単語は実質的内容を有しない一種の修飾語と化している。

そうなってくると、問題は現在の基準であるところの「生活経験上蓋然的か否か」であるが、これは実際上、過失犯の成否を決する場合にも用いられる基準である。そこで、結果的加重犯の場合の生活経験上蓋然性と過失犯の場合の生活経験上蓋然性との関係が気になるところである。その点について一定の判断を示したものとして、食塩事件 (Kochsalz-Fall) <sup>21</sup>判決が存在する。

食塩事件の概要は以下の通りである。

T は、チョコレートプディングを作る際に砂糖と食塩とを入れ間違えた四歳の実娘である O に対し、その失敗作のプディングを教育目的から無理やり食べさせた。その際、T は O が下痢や腹痛を起こしたり気分が悪くなったりするかもしれないとは考えていたが、当該プディングにどれだけの塩が含まれているのかや食塩の致死量が体重 1kg 当たり 0.5~1.0g であることは知らなかった。ところが、O の体重が 15kg であったのに対して実際にプディングに含まれていた塩は 32g であったことから、O は食塩中毒で死亡した。T は傷害致死罪で立件されたが、フランケンタール・ラント裁判所は故意傷害罪の成立に止めたことから検察が上告した。

BGH は、その程度の僅かな量の食塩で小児が死亡し得るという知識は、広く知られてい

---

<sup>21</sup> BGH NStZ 2006, 506.

るわけでもなければ、およそ母たる者であれば遅かれ早かれ知ることになるというものでもないことから、かかる知識が無かった T に O の死を帰属できない、すなわち O の死亡結果は生活経験上蓋然的ではない旨判示してラント裁判所と同様に傷害致死罪の成立は認めなかったものの、傷害罪ではなく危険傷害罪（StGB 224 条 1 項 1 号）の成立を肯定した。

この結論に対しては、医学的に稀有な機序で発生した死亡結果であっても大抵は傷害致死罪の成立が肯定されていることとの不均衡を指摘する声<sup>22</sup>もあるが、我が国の学説との関係で着目すべきは、むしろ生活経験上蓋然性が否定された当該死亡結果が、過失致死としてすら行為者に帰属されなかったという点である。すなわち、結果的加重犯で問題とされる過失帰属と過失犯における過失帰属とを同一のものと解していることが、本件から明らかになる。これは、我が国の過失必要説が、多くの場合、結果的加重犯の成立が否定されてもなお結果についての過失犯の成立余地を肯定する立場であることとは、異なる点であろう。この点、ドイツの裁判所は（結論の是非はともかくとしても）論理的には一貫・徹底していると言えよう。StGB 18 条にいう「過失」はまさしく少なくとも過失犯の「過失」なのである。

### 第三款 学説における結果的加重犯の限定法理

#### 第一項 直接性説

前款で確認した通り、ドイツの裁判所は直接性にそれほど重点を置いていない（むしろ、危険性を基礎付ける事情の認識の有無に重点を置いている）ものと思われるが、学説の側では、なおも直接性に一定（以上）の意義を見出そうというもの（すなわち、直接性説）も多く、むしろその方が圧倒的に多数派である。したがって、ドイツの支配的見解は危険性説を採用したうえで直接性説をも採用するものということになるだろうが、この直接性説の内実に対する理解は実に多様である。そこで、本項では、特に傷害致死（StGB §227: Körperverletzung mit Todesfolge）を念頭に置いた諸学説で、広い意味で直接性説に属すると考えられる見解を 4 種に分類したうえで、それぞれの内容を概観する。

#### 第一目 致命的行為説

致命的行為説は、次目に挙げる致命的結果説と共に「致命性説（Letalitätslehre）」と総称されることも少なからずあるが、着眼点が致命的結果説とは多少異なることから、本稿では分けて検討する。本説は、行為因果関係説（Handlungskausalitätslehre）と呼称されることもあるが、本目では次目に挙げる致命的故意説との対比を鮮明にするために、敢えて本説を致命的行為説と呼称する。

---

<sup>22</sup> Staffler, „Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik“, 2015, S 223.

致命的行為説<sup>23</sup>は、傷害致死をめぐる一連の BGH 判例の立場を統一的に理解しようとする試みの中から生まれたものとされる<sup>24</sup>。基本犯行為が致命性（すなわち、重大結果発生の危険性）を有していたことを要求する見解である。本説において、中間結果たる基本犯結果には決定的役割は見出されない。また、具体的な因果経過が致死惹起として相応しいものであったか否かもさほど重視されない<sup>25</sup>。したがって、直接性が認められる範囲は比較的広いものとなる。もっとも、例えば U. Kindhäuser のように、行為自体については被害者の生命に危険のある一定の行為で足りるとしながらも、被害者の死亡結果はその行為により具体的に惹起された生命の危険によるものでなければならぬとして、一定の限定を志向する<sup>26</sup>見解も存在する。

致命的行為説が最も上手く BGH の立場を説明可能であること自体は、他説を採用する論者も認める<sup>27</sup>ところであるが、しかし、それでもなお本説に対しては、結果的加重犯を成立させる範囲が広すぎるという批判が（危険性説の採否を問わず）根強い<sup>28</sup>こともまた事実である。

## 第二目 致命的結果説

行為の致命性を問題とし、中間結果たる傷害結果を重視しない致命的行為説に対し、中間結果たる傷害結果が致命的であったことを求める（すなわち、中間結果に実質的意義を見出す）見解が、この致命的結果説である。この致命的結果説のみを指して致命性説と呼称することも少なくない<sup>29</sup>。致命的行為説が広範過ぎるとの問題意識を反映して、この致命的結果

---

<sup>23</sup> 本説を採用するものとして、N. Bosch, Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang bei Körperverletzung mit Todesfolge, JA 2008, S. 547 f.; Engländer, Der Gefahrezusammenhang bei der Körperverletzung mit Todesfolge, GA 2008, S. 669 ff.; Fischer, „Strafgesetzbuch und Nebengesetze“, 60. Aufl., 2013, § 227 Rd 3a; Hinderer, Klausur Strafrecht „Eine schlechte Partnerwahl“, JA 2009, S. 29; Kindhäuser, „Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil 1“, 7. Aufl., 2015, § 10 Rd 12; Laubenthal, Der Versuch qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen, JZ 1987, S. 1068; Satzger, Zu Unmittelbarkeitszusammenhang und Subjektiver Vorhersehbarkeit bei Körperverletzung mit Todesfolge, JK 3/2009 StGB § 227 I/4; Stree, Zur Auslegung der §§ nn4, 226 StGB, GA 1960, 295 f.等を挙げることができる。なお、Murmman, „Grundkurs Strafrecht“, 3. Aufl., 2015 § 23 Rd 129 ff. は、直接性という表現に変えて「構成要件特有な関係（tatbestandsspezifischer Zusammenhang）」と呼称すべきだとするが、その実質的内容自体は本説に位置付けられよう。

<sup>24</sup> Vgl. Staffler, a. a. O. (Anm. 22), S. 139 ff.

<sup>25</sup> z. B. Fischer, a. a. O. (Anm. 23), § 227 Rd 3a.

<sup>26</sup> Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 23), § 10 Rd 12.

<sup>27</sup> Staffler, a. a. O. (Anm. 22), S. 146.

<sup>28</sup> z. B. NK-Paeffgen, § 227 Rd 10a; Rengier, Kein Ende der Erfolgshaftung bei den erfolgsualifizierten Delikten, in: FS-Geppert, S. 483 f. ただし、そもそも Rengier は致命的行為説に対してのみならず直接性説全般に対して懐疑的である（丸山・前掲註（1）207 頁参照）。

<sup>29</sup> 例えば、内田・前掲註（1）213 頁以下等。

説がドイツの学界における支配的見解と目されているようである<sup>30</sup>。もっとも、致命的結果説の採用を言明してもその根拠まで示されることはあまり多くないのは、既に榎本桃也が指摘する通りである<sup>31</sup>。そのような中で、度々引用される代表的論者としては、H. J. Hirsch と G. Küpper を挙げることができよう<sup>32</sup>。

Hirsch は、死亡結果が傷害結果の致死性に基づかなければ、傷害結果により条件づけられるあらゆる危険性が直接性を基礎付けることになるが、それでは実質的には直接性要件は放棄されてしまい、果ては結果的加重犯は故意基本犯と過失結果犯の単なる積み重ねとなってしまうとして致命的結果説を論難する<sup>33</sup>。そこで Hirsch は、結果的加重犯にとっては、構成要件特有の結果連関が重要であるとの出発点を探り、基本犯遂行の際に間接的に生じた結果については、構成要件特有の結果連関を認めることはできないとする<sup>34</sup>。また、歴史的には傷害致死における死亡結果は傷害結果自体から生じていたと言えなければならず、それゆえ第三者による介入等の外的要因により死亡結果が発生した場合には、結果的加重犯特有の結果連関が認められないからこそ結果的加重犯（傷害致死）は成立しない<sup>35</sup>と解する。その上で、Hirsch によれば、こうした厳格な限定論理は、自由剥奪致死等、他の結果的加重犯にも当然妥当するという<sup>36</sup>。

Küpper は、広範に結果的加重犯の成立を肯定する裁判所の傾向を念頭に、StGB 18 条に拠る主観的限定だけでは不十分であると考え、客観的限定の必要性を説く<sup>37</sup>。その上で、Hirsch 同様、歴史的経緯及び「負傷者の死 (Der Tod der verletzten Person)」という 227 条の文言を根拠に、傷害結果自体の致命性が問題とされなければならないとする<sup>38</sup>。もっとも、被害者が転倒して死亡した場合などについて、そうした転倒等の機序についてまで行為者の未必の故意が及んでいるのであれば、傷害致死罪の成立を否定しない<sup>39</sup>ことからすると、ここで問題とされる中間結果たる傷害結果の範囲は、行為者主観によって（多少なりとも）変動し得るものであると言えよう。

また、G. Jakobs も致命的結果説に立つと解されるが、その際、基本犯結果と最終的な重

<sup>30</sup> Vgl. Paeffgen, a. a. O. (Anm. 28) Rd 11; Staffler, a. a. O. (Anm. 22), S. 147.

<sup>31</sup> 榎本・前掲註 (1) 199 頁。

<sup>32</sup> Hirsch, Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, in: FS-Oehler, 1985, S. 111 ff.; vgl. LK-ders, §227 Rd. 2; Küpper, „Der ‚unmittelbare‘ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt“, 1982. その他にも Jakobs, „Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und Zurechnungslehre“, 2. Aufl., 1991, 9/33 f. が、本説の論拠を詳細に論じている。

<sup>33</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 32), S. 131.

<sup>34</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 32), S. 132.

<sup>35</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 32), S. 130 f.

<sup>36</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 32), S. 131 f.

<sup>37</sup> Küpper, a. a. O. (Anm. 32), S. 32, 302 f.

<sup>38</sup> Küpper, a. a. O. (Anm. 32), S. 85 ff.

<sup>39</sup> Küpper, a. a. O. (Anm. 32), S. 88.

大結果との間には「同一危険の量的錯誤」<sup>40</sup>が存在すると捉え、とどのつまり、ここにいう同一危険と言えるか否かが直接性の問題であると考えているようである。それゆえ、第三者が介入したような場合には、同一危険の量的錯誤の問題とは言えず、したがって最終結果も行為の直接的な結果とは言えないことになるから、結果的加重犯の成立は否定されることになる。

### 第三目 通過因果関係説

致命的行為説が行為の致命性を問題とし、致命的結果説が結果の致命性を問題とする中で、この通過因果関係説（Durchgangskausalitätslehre）<sup>41</sup>は、直接性を満たすためには基本犯結果が最終的な重大結果の一要因・一コマであることを要求する。このように、結果的加重犯として帰属され得る最終的な重大結果は基本犯結果を「通過」したものである必要があるとする点が、本説が通過因果関係説と呼ばれる所以である。基本犯結果の存在を重視する点では致命的結果説の延長線上にある<sup>42</sup>と言えるが、他方で「一要因・一コマ」でありさえすればよいことから致命的行為説（特に、Kindhäuser のような見解）にも接近していると見ることが出来る。その限りで、この通過因果関係説は致命的行為説と致命的結果説の折衷説とも評し得よう。

I. Puppe は、上述した Jakobs の見解を参照しつつ、あらゆる死亡結果には（途中で）傷害結果が含まれていたと言える以上は、死亡とその途中に存在した傷害との間に「量的錯誤」を見出すことが可能であり、そうした量的錯誤の關係に立つときには結果的加重犯が認められ、他方、質的錯誤が存在する（いわば、死亡と傷害とが異なる経路に乗っている）場合には過失が問題とされうるに過ぎないと考える<sup>43</sup>。したがって、結果的加重犯にとって重要なのは通過性要件（Durchgängigkeitserfordernis）<sup>44</sup>であり、基本犯結果それ自体の重大性ではない。例えば、血友病患者に対する侵害は、縦令軽傷であっても致命性自体は肯定可能であり、通過性要件を満たすのであれば結果的加重犯の客観面も肯定され、ただ StGB 18 条が存在することから行為者が当該血友病を知っていたか知っておくべきであったと言えなければ行為者に結果を帰責することはできないのだという<sup>45</sup>。

K. Altenhain は、結果的加重犯の保護目的は過失犯の保護目的を超え得るものであること

<sup>40</sup> Jakobs, a. a. O. (Anm. 32), 9/35.

<sup>41</sup> Altenhain, Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1996, S. 19 ff.; Ferschl, „Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt“, 1999, S. 93 f., 169 ff.; Laue, Ist der erfolgsqualifizierte Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge möglich? – BGH NJW 2003, 150, JuS 2003, S. 743 ff.; Puppe, „Die Erfolgszurechnung im Strafrecht“, 2000, S. 280 f.

<sup>42</sup> それゆえ、榎本・前掲註（1）201 頁以下のように本説を致命的結果説として位置付ける見方も存在する。

<sup>43</sup> Puppe, a. a. O. (Anm. 41) S. 221.

<sup>44</sup> Puppe, a. a. O. (Anm. 41) S. 103ff.

<sup>45</sup> Puppe, a. a. O. (Anm. 41) S. 227.

を要求<sup>46</sup>しつつ、「基本犯と重大結果との間の特別な連関にとって、基本犯行為や基本犯結果に特有の危険は重要ではなく、むしろ、既遂の基本犯が重大結果の因果的説明の必要不可欠な構成要素であることのみが重要である。基本犯の故意的実現に伴い及び故意的実現を通じて、行為者は重大結果の危険を創出するのである。」<sup>47</sup>とする。その一方で、一般的な過失帰属の理論を利用すれば足りるとも解している<sup>48</sup>。基本犯が故意既遂犯であることを求める点で限定的ともいえなくはないが、他方で基本犯結果は重大結果にとって必要的共同原因の一つであれば十分<sup>49</sup>であり且つ一般的過失帰属理論によることから、むしろ広範に結果的加重犯の成立は肯定され得る<sup>50</sup>。

C. Ferschl は、はじめに結果的加重犯特有の危険性の淵源に思索をめぐらし、傷害致死においては傷害行為と傷害結果の双方の危険性が問題とされなければならない<sup>51</sup>として、直接性要件の確定には行為（の危険性）と結果（の危険性）の双方を考慮しなければならない<sup>52</sup>と考え、二者択一的な思考方法を批判する。この限りで、Ferschl は明確に致命的行為説と致命的結果説との折衷説を志向していると言えよう。その上で、Ferschl は、重大結果発生が一般的に見ても蓋然的であると言える「一般危険（*generelle Gefahr*）」<sup>53</sup>と、特殊事情が無ければ危険性を認め難い「特別危険（*spezifische Gefahr*）」<sup>54</sup>とに分類し、後者については特別知識をもった行為者にのみ結果を帰属できるとするが、いずれの危険が問題とされるにせよ、致死結果が中間的傷害結果を経たものである必要があるとする<sup>55</sup>。

#### 第四目 重過失説

前目までに考察した三つの見解は、いずれにせよ「致命性」の扱いに焦点を当てていたが、そうした「致命性」をめぐる問題とは幾分異なる点に着眼した直接性説が、この重過失説（*Leichtfertigkeitstheorie*）である<sup>56</sup>。その出発点（であり且つ核心部分）は、後述する主観的限

<sup>46</sup> *Altenhain*, a. a. O. (Anm. 41) S. 19, 32.

<sup>47</sup> *Altenhain*, a. a. O. (Anm. 41) S. 34.

<sup>48</sup> *Altenhain*, a. a. O. (Anm. 41) S. 34.

<sup>49</sup> *Altenhain*, a. a. O. (Anm. 41) S. 34 f.

<sup>50</sup> 佐伯・前掲註（2）94頁参照。

<sup>51</sup> *Ferschl*, a. a. O. (Anm. 41), S. 135 ff.

<sup>52</sup> *Ferschl*, a. a. O. (Anm. 41), S. 140.

<sup>53</sup> *Ferschl*, a. a. O. (Anm. 41), S. 141 ff.

<sup>54</sup> *Ferschl*, a. a. O. (Anm. 41), S. 144 ff.

<sup>55</sup> *Ferschl*, a. a. O. (Anm. 41), S. 136 ff.

<sup>56</sup> 直接性説の一類型たる重過失説を採用するものとしては、*Freund*, Die besonders leichtfertige Tötung. Zugleich ein Beitrag zur „spezifischen Gefahrverwirklichung“ bei der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), in: FS-Frisch, 2013, S. 687; *Frisch*, Die „verschuldeten“ Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA 1972, S. 332 f.; *Paeffgen*, Die Erfolgsqualifizierten Delikte – eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktgruppe?, JZ 1989, S. 224 f.; *NK-ders.*, § 18 Rd 44; *Radke*, Die Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte?, in: FS-Jung, 2007, S. 738 f.; *Stuckenberg*, Körperverletzung mit Todesfolge bei Exzeß des Mittäters, in: FS-Jakobs, 2007, S. 703;

定としての *Leichtfertigkeit* と対応するかたちで、客観面については客観的 *Leichtfertigkeit* を考慮すべきであるという点にある。

*Leichtfertigkeit* 自体については、1962年草案で以下のような基準が提案された。

- ① 重大な不注意で (*in grober Achtlosigkeit*) 構成要件の実現を認識しなかった。
- ② 軽薄な無思慮で (*in frivoler Rücksichtslosigkeit*) 認識した可能性を無視した。
- ③ 特に真剣に遵守すべき義務を侵害した。

重過失説の主たる論者である J. Wolter は、この 1962 年草案を念頭に置きながら、客観的 *Leichtfertigkeit* こそが直接性を意味するものである<sup>57</sup>と主張したうえで、行為者は「故意による基本所為からまさに生じた (=『基本犯に相当な』) 特有の致死の危険に対する警告に気付いたが受け流した (=『軽薄な無思慮』) か、又は『重大な不注意で』認識しなかった」場合、非難に値する<sup>58</sup>とした。すなわち、客観面たる直接性にとっては、死亡結果発生危険が基本犯の所為から生じているか否かが決定的であることになる。もっとも、Wolter 自身は第三者の介入事例等は、規範の保護目的や遡及禁止で論ずるべきものであると解している<sup>59</sup>ことから、直接性要件自体による限定についてはそれほど厳格なものは求めている。

## 第二項 過失の保護目的連関援用説

直接性説がドイツの支配的見解であるとはいえ、少数ではあるが危険性説・直接性説を敢えて採用しない見解も存在する。その代表的論者は R. Rengier であり、また比較的近時の論者としては L. Staffler を挙げることができる。

Rengier は、結果的加重犯独自の理論としての危険性説は不要であると解する<sup>60</sup>。しかし、だからといって、Rengier も基本犯行為の危険性を考慮しないわけではない<sup>61</sup>。ただ、そうした危険性は過失犯において問題とされる行為の危険性と変わるところはないのであるから、結果的加重犯も過失犯の一類型であると考えて、通常の過失犯で問題とされる保護目的連関を用いて処理すれば足りるという<sup>62</sup>。まして、Rengier に言わせれば、学説においても判例においても振れ幅の広い正体不明な直接性要件に固執する方が、余程問題が大きい<sup>63</sup>のであ

---

Wolter, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 177 f. 等が挙げられる。

<sup>57</sup> Wolter, a. a. O. (Anm. 56), S. 177.

<sup>58</sup> Wolter, a. a. O. (Anm. 56), S. 177 f.

<sup>59</sup> Wolter, Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984, S. 443 f.

<sup>60</sup> Rengier, „Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen“, 1986, S. 130 f., 155 ff.

<sup>61</sup> Rengier, a. a. O. (Anm. 60), S. 155.

<sup>62</sup> Rengier, a. a. O. (Anm. 60), S. 157, 188, 208.

<sup>63</sup> Sieh Rengier, a. a. O. (Anm. 60), S. 145.



る<sup>64</sup>。もっとも、そうは言いながら、Rengier は傷害致死と過失致死との区別につき、前者では死亡結果が基本犯行為に特有のものであるとしながら、後者では一般的抽象的なものに過ぎない<sup>65</sup>としたうえで、結果的加重犯で問題とされる過失も重過失に限られる<sup>66</sup>とするなど、本当に一般の過失犯と同様に処理しているとまで言い切れるのか幾分疑わしい。

Staffler も、基本的には Rengier と同様、歴史的考察やイタリア法との比較を経たうえで、結果的加重犯は広い意味では過失犯に属する犯罪であるとの理解を前提に、立法論としてではあるが、以下のような公式<sup>67</sup>を示す。

① 死亡結果に関して過失非難が存在しない場合、単に故意基本犯に由来する帰責が検討されるべきである。

② 死亡結果に関して（犯罪特有の重過失メルクマールが無く）単純過失だけが存在する場合、故意基本犯と過失結果犯との観念的競合の適用可能性が検討される必要がある。

③ 死亡結果が、基本犯の明白な危険により生じた場合に限り、死亡結果に関する結果的加重犯の成立可能性が検討され得る。

すなわち、Staffler も過失犯の保護目的連関を援用すれば足りると解しながら、他方で「犯罪特有の」重過失メルクマールを問題とする限りで、（それこそ結果的に）結果的加重犯に特殊な帰属方法を志向しているとも評し得る。

### 第三項 主観面を利用した限定を志向する諸見解

現在のドイツにおいて、結果的加重犯の客観面については、前項で見た Rengier らによる有力な反対説が存在するとはいえ、危険性説が圧倒的多数から支持された支配的見解であることに疑いはない。もっとも、反対説も基本犯の危険性自体を問題としないわけではないので、その限りで、ドイツの学説は危険性を軸とした限定を志向しているという点で完全に一致を見ているとも評し得る。

こうした客観面での限定志向に加えて、ドイツでは（我が国の刑法典とは異なり）StGB 18 条において結果的加重犯につき行為者に「少なくとも過失（wenigstens Fahrlässigkeit）」があることを要求する旨が総則規定として置かれ<sup>68</sup>、また犯罪によっては各則規定で「軽率性・

<sup>64</sup> もっとも、Rengier の結果的加重犯理解に対しても、少なからず批判が向けられている。詳細は、内田・前掲註（1）209 頁以下、佐伯・前掲註（2）102 頁以下、丸山・前掲註（1）208 頁以下参照。

<sup>65</sup> Rengier, a. a. O. (Anm. 60), S. 184 f., 232 f.

<sup>66</sup> Rengier, a. a. O. (Anm. 60), S. 291 f.

<sup>67</sup> Staffler, a. a. O. (Anm. 22), S. 290.

<sup>68</sup> StGB §18: Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt. (法律上、特別な行為結果に、より重い刑罰が科されているときは、この結果に関して、正犯又は共犯に少なくとも過失の責任が負われるときに限り、この重い刑でその者を処断する。)

重過失 (Leichtfertigkeit)」が要求されている<sup>69</sup>。そのこともあって、現在のドイツの学説は、危険性説を積極的に採用するか否かを問わず、いずれにしても我が国の用語を用いれば「過失必要説」である。しかし、1953年に実施された「少なくとも過失」の法定化以前においては、かつての我が国と同様に、「過失不要説」が通説的地位を占めていた。

①本稿の目的、②過失必要説が通説とされながら過失不要説も有力に主張される我が国の学説状況、③現在のドイツにおける学説状況、そして④前節における確認的考察を総じて踏まえると、ドイツにおけるかつての通説(過失不要説)のうち危険性説的な発想を基礎に置く見解と、現在の支配的見解との双方のうち、(数の上ではそれほど多くないとはいえ)特に主観面に着目した限定を比較的詳細に検討した論者の見解を考察することが、現今や錯綜し、手詰まり感さえ見える我が国の議論状況の問題点と立ち位置を一層明確にするうえで、有用であるものと期待される。

## 第一目 過失を要求しない見解

過失を要求しない見解をとる論者のうち、比較的詳細な検討をしているのは、K. EngischとOehlerである。

Engischは、危険性説という言葉こそ用いないもの、結果的加重犯に固有の不法内容が存在するというを前提とする<sup>70</sup>。そのうえで、「基本犯から重い結果がどの程度容易に発生するのかという蓋然性判断が、立法時においてすでに事前的になされている」<sup>71</sup>ことから、その基本犯の故意さえ備えれば結果的加重犯としては十分であると解している。それに加えて、Engischは、かの有名な「二つの相当性」、つまり相当因果関係を必要とすることで結果的加重犯成立の限定を図る。

「二つの相当性」を今一度確認しておく、はじめに、最終的に発生した結果と行為との間に相当の連関があるかどうかについて、具体的な経過の態様を一応捨象して、最終的に発生した結果と行為との間に相当の連関が一般的な経験に照らして存在するか否かという抽象的判断である「広義の相当性」判断を、次いで、行為から結果が発生するまでにたどった因果経過の具体的な態様や状況をも含めて相当性の有無を判断する「狭義の相当性」判断をなす<sup>72</sup>ものであるが、Engischは、この「二つの相当性」を軸に据えた自身の「相当性説」が有する優位性を示す格好の素材として結果的加重犯を扱った。すなわち、結果的加重犯の成

---

<sup>69</sup> なお、結果的加重犯に要求される過失を一律に「Leichtfertigkeit」と解すべきか否かには、実務上の取り扱いと学説とで争いがある。この点についての検討は、内田・前掲註(1)151頁以下が詳しい。

<sup>70</sup> Engisch, „Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände“, 1931, S. 69.

<sup>71</sup> Engisch, a. a. O. (Anm. 70), S. 69.

<sup>72</sup> Engisch, a. a. O. (Anm. 70), S. 49.

否判断にあたっては、はじめに、広義の相当性判断において基本犯行為と重大結果との類型的な結びつきの強度が問題とされ、構成要件的結果を発生させるような危険性が当該行為に存在していたか否かが抽象的・一般的観点から判断される。ついで、狭義の相当性判断において実際の事態の経過が問題とされ、行為に存在していた危険性が当該結果に実現したか否かが具体的・個別的観点から判断される<sup>73</sup>ことになる。それゆえ、Engischによれば、たとえば、AがBを射撃して腕に軽い傷害を与えたところ、血友病や敗血症などによってBが死亡した場合などには、「射撃行為」そのものと「死亡結果」との間の広義の相当性は肯定されるものの、狭義の相当性が否定されるので、傷害致死罪は成立しない<sup>74</sup>という。

これに対して、先に見た通り Oehler は、傷害致死罪を例に挙げて、「傷害の故意の中に、同時に生命を危殆化する故意が、あるいは、少なくとも、生命の危殆化を義務に反して知らずにおくということが含まれているということに、まさに犯罪の本質がある」<sup>75</sup>と考えたうえで、基本犯の実行と重大結果の発生とが、先述した客観的目的可能性によって架橋される場合だけが結果的加重犯として評価される<sup>76</sup>とした。

客観的目的可能性とは人間により支配・操縦が可能であること<sup>77</sup>であるということからして、ここにいう「客観的」とは「人間の精神作用によって支配・操縦が可能である」ことを意味するのであろう。その上で、Oehler は、客観的目的可能性が欠ける場合、重大結果として規定されている事実の発生は偶然の所産である、という。これは、行為者が、何故だか理由はよく分からないが基本犯の実行から重大結果発生までの全経過を実際に主観的に漏れなく予見していたとしても当てはまる。例えば、負傷させられた被害者が病院へ向かう途中で落雷や交通事故によって死亡したような場合には、雷などには人間による支配・操縦の可能性が及ばないことから、客観的目的可能性がそもそも存在しない<sup>78</sup>。

他方、切り傷が原因となって死亡した被害者が血友病患者であったようなとき、この場合の危険性は血友病患者の死を直接的に導きうるという点において肯定されるから、傷害行為に内在する死の発生の危険性は否定されない<sup>79</sup>、という。それゆえ、このような場合には、基本犯が故意でなされたならば、傷害致死罪を肯定できることになる。

なお、積極的には特段論拠らしい論拠は何も示されていないものの、Oehler 自身は、この客観的目的可能性と因果関係論における相当性とでは意味が異なり、それぞれ別の構成要

---

<sup>73</sup> Vgl. Engisch, a. a. O. (Anm. 70), S. 70.

<sup>74</sup> Engisch, a. a. O. (Anm. 70), S. 71.

<sup>75</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4), S. 519.

<sup>76</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4), S. 514, 516.

<sup>77</sup> Oehler, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: FS-Eb. Schmidt, 1961, S. 236.

<sup>78</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4), S. 515.

<sup>79</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4), S. 515.

件該当性を限界づけるメルクマールである<sup>80</sup>と考えていた。

## 第二目 「重過失」を要求する見解

現在の支配的見解は「過失」を要求する見解ではあるものの、ここでいう過失は民法上の重過失に対応するものであると説明されるに止まることが多く、その内容に具体的に言及した論者は、実際のところあまり多くはない。ここでは、差し当たり R. Maurach、M. Maiwald、Wolter の見解を検討する。

Maurach は、従来の判例と学説が、Leichtfertigkeit が民法上の重過失に相当する、基本的な注意義務の重大かつ明白な侵害を意味するものとして理解することは必然的なことではあるものの、そのような一般的 Leichtfertigkeit 概念は結果的加重犯の Leichtfertigkeit を解明できないとして、民法上の重過失と刑法上の Leichtfertigkeit とを分けて考察することが必要である<sup>81</sup>、と説く。その際、「仮定的な攻撃者に、被拐取者、人質または旅客の生命を保護する義務を課し、それによって Leichtfertigkeit を基礎付けることは、生命に対する攻撃を不作為犯に読み替えることになって不合理である」<sup>82</sup>から、この方向性は採りえない。

そこで、Maurach は、誘拐やハイジャックなどを念頭に、結果的加重犯における Leichtfertigkeit を道路交通危険罪の「Rücksichtslosigkeit（無思慮）」に最も近い概念として捉えて、その内容は甚だしい態様の人命軽視である、とする。そして、利己的な動機の不法性と行為の無法性・不埒性との相関の中に人命軽視を見出す。すなわち、「行為者が利己的な動機から無法／不埒（frevelhaft）な方法によって被害者を死に致した場合、結果的加重犯における Leichtfertigkeit が肯定される」<sup>83</sup>と説く。

Maurach 自身も承認している<sup>84</sup>ことだが、このような Leichtfertigkeit 概念は、誘拐やハイジャックなどは冷静な計算なしに人命が失われる可能性が高いとはいえ当罰性も高いという点に主眼があるため、一般概念としては重過失であるとされながら、その重さは注意義務を理由とするものではない。ゆえに、Maurach が主張する Leichtfertigkeit は、それを「過失」として考えるのであれば、特異な存在であるといえよう。

---

<sup>80</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 77), S. 236. これに対して、両者を同一視する見解として、例えば、Arthur Kaufmann, „Das Schuldprinzip“, 2. Aufl., 1976, S. 243 f. (アルトゥール・カウフマン『責任原理』〔甲斐克則訳〕九州大学出版会、2000年) 377頁以下)。

<sup>81</sup> Maurach, Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, in: FS-E. Heinitz, 1972, S. 415.

<sup>82</sup> Maurach, a. a. O. (Anm. 81), S. 416.

<sup>83</sup> Maurach, a. a. O. (Anm. 81), S. 417.

<sup>84</sup> Maurach, a. a. O. (Anm. 81), S. 416.

Maiwald は、支配的見解に従い、一般概念としての *Leichtfertigkeit* は重過失である、<sup>85</sup>と説く。そして、1962 年草案を手掛かりに具体的内容を検討した。

第一項でも取り上げたが、1962 年草案は *Leichtfertigkeit* が肯定される事案として、以下の三態様を規定していた。

- ① 重大な不注意で (*in grober Achtlosigkeit*) 構成要件の実現を認識しなかった。
- ② 軽薄な無思慮で (*in frivoler Rücksichtslosigkeit*) 認識した可能性を無視した。
- ③ 特に真剣に捉えて遵守すべき義務を侵害した。

①は精神の緊張を欠いた (*eine mangelnde Anspannung der Geisteskräfte*) という意味における注意義務違反としての *Leichtfertigkeit* を、②は行為の手段と目的に着目した *Leichtfertigkeit* で、目的の無価値性と法益の価値およびそれに対する危殆化の程度との不均衡から判断されるものを、③は価値の高い法益を侵害することに対する高められた非難としての *Leichtfertigkeit* を指す、という。

Maiwald は、結果的加重犯における *Leichtfertigkeit* は、これらのうち②の「軽薄な無思慮」に相応すると考え、利己的な目的の達成を図ったことによる他人の法益の危殆化が、その法益の価値の高さとの関係で、注意深い一般人を基準として「軽薄な無思慮」と判断される場合に、*Leichtfertigkeit* が肯定される<sup>86</sup>とした。この *Leichtfertigkeit* は、謀殺罪の「残忍さ」、道路交通危険罪の「交通秩序に大きく違反した無思慮な態度」などと共通項を有するという<sup>87</sup>。

Maiwald によれば、一般人に要求される人命尊重義務が基本犯を実行する行為者に対しても要求される<sup>88</sup>ので、重大結果に対する予見可能な危険性を内在させる違法な目的の追求、すなわち目的の無価値性を伴った基本犯の実行が、直ちに *Leichtfertigkeit* をもたらす<sup>89</sup>ことになる。それゆえに、比較的簡単に *Leichtfertigkeit* が肯定されることとなるが、Maiwald 自身は、目的の無価値性と行為の危険性とを結びつける点に、*Leichtfertigkeit* の実際上の意義を見出している<sup>90</sup>ようである。

Wolter も、*Leichtfertigkeit* が民法上の重過失に相応するものであるという理解を基礎におく。そのうえで、とりわけ *Leichtfertigkeit* を要件として明記する結果的加重犯類型は、過酷

---

<sup>85</sup> Maiwald, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, S. 262.

<sup>86</sup> Maiwald, a. a. O. (Anm. 85), S. 259.

<sup>87</sup> Maiwald, a. a. O. (Anm. 85), S. 262.

<sup>88</sup> Maiwald, a. a. O. (Anm. 85), S. 268.

<sup>89</sup> Maiwald, a. a. O. (Anm. 85), S. 269.

<sup>90</sup> Maiwald, a. a. O. (Anm. 85), S. 260, 268.

な法定刑が改善されることなく残存していること、ドイツ刑法（旧）226条（現227条：傷害致死罪）2項のような減輕事由が存在しないこと、危険な故意に基づく、特に危険な基本犯の場合には *Leichtfertigkeit* がいわば自動的に認定される傾向が存在すること、以上の三点を理由として、その成立を判断する際には厳格である必要がある<sup>91</sup>という。したがって、Maurach や Maiwald の見解では不十分ということになる。

前節でみた通り、Wolter によれば、結果的加重犯における *Leichtfertigkeit* は、その成否判断につき、客観面と主観面の双方について想定でき、基本犯と重大結果との間に要求される直接性が客観的 *Leichtfertigkeit* として、結果発生の危険性に対する行為者の「無関心・投げ遣り (*Gleichgültigkeit*)」が主観的 *Leichtfertigkeit* としてはたらく<sup>92</sup>という。したがって、Wolter の理解によれば、客観面で危険性の実現過程を直接性に限定することの主観面への投影として、この主観的 *Leichtfertigkeit* の成立に関しては、直接性の各ファクターへの主観的態度、おそらくは、行為の危険性を基礎づける事情の認識を要求することになるであろう。また、Wolter 自身は客観的 *Leichtfertigkeit* たる直接性にそれほど限定機能を見出していない以上、この主観的 *Leichtfertigkeit*こそが、結果的加重犯の成立範囲を限定するに当たっては中心的役割を果たすことともなる。

### 第三目 規範的に故意犯的処罰を認める見解

広い意味では過失を要求する見解のひとつといえようが、独自の方向性を示すものとして、K. A. Hall の見解が挙げられる。

Hall の見解の要旨は、彼自身による立法提案によく表わされている。すなわち、「法律が行為の故意的実行と過失的実行のいずれも処罰しているとき、*leichtfertig* な実行をとくに故意的実行と同じく処罰することができる。この場合、刑罰は、未遂の処罰に関する規定に従って減輕されうる」<sup>93</sup>というものである。

そもそも、Hall は、故意と過失の関係について、両者の区別は根本的なものでもなければ本来的なものでもなく、両者の相違は、質的なものではなく、単に量的なものであるにすぎず、刑法体系上確実なのは故意と偶然とが両極に存在するというだけで、その間には、真黒であるところの意図 (*Absicht*) からはじまって、灰色であるところの認識なき過失、さらには白色であるところの偶然 (*Zufall*) に至るまで、さまざまな色調が漠然と多義的に存在している、と考えている<sup>94</sup>。

そのうえで、Hall は、誤想過剰防衛や回避可能な禁止の錯誤を例示しながら、このような

<sup>91</sup> Wolter, a. a. O. (Anm. 56), S. 168.

<sup>92</sup> Wolter, a. a. O. (Anm. 56), S. 177.

<sup>93</sup> Hall, Über die *Leichtfertigkeit*. Ein Vorschlag de lege ferenda, in: FS-Ed. Mezger, 1954, S. 245.

<sup>94</sup> Hall, a. a. O. (Anm. 93), S. 240 f.

「過失による態度」に対して故意犯と同一の刑罰を適用するカテゴリー（Hall は、こうしたカテゴリーに当たるものを *Leichtfertigkeit* と呼ぶ）を導入することによって妥当な解決が可能になる<sup>95</sup>、と説く。「黒くはないが黒に近い」領域、ということになるろう。

Hall によれば、そのような *Leichtfertigkeit* は、故意・過失の他に加わる新たな責任形式というわけではない<sup>96</sup>。*Leichtfertigkeit* の本質は、帰責可能性の心理的側面ではなく、非難可能性の規範的側面に存在し、故意の非難が供される、高度の、認識ある又は認識なき過失であって、本来的には過失犯に属するものでありながら、規範的な側面で故意犯と同一に扱われるべき「行状の落度（*Mangel an Haltung*）」として理解されるべきである<sup>97</sup>、という。このような *Leichtfertigkeit* の実例として、Hall 自身は、行政取締法規や特別刑法を念頭においていた<sup>98</sup>。また、このような *Leichtfertigkeit* の定義づけによる実益として、第一に、盗品等関与罪における推定的な証明規定が不要になること、第二に、名誉毀損罪の正当化事由の扱いが簡便になること、そして第三に、故意の無謀運転等（当時の *StGB* 315 条 a）と過失の無謀運転等（同 316 条）との間に従来存在していた処罰の間隙が解消されることが挙げられていた<sup>99</sup>。

#### 第四目 考察

Engisch の見解は、総則規定で「少なくとも過失」が結果的加重犯に要求される以前の、Oehler の見解も「少なくとも過失」を要求する規定が定着するに至るまでの過渡期のものであるから、今日の当地において、そのままのかたちで彼らの見解を支持する者が存在するわけではない。

また、H. Wegscheider が指摘するように、「*Leichtfertigkeit* 概念をめぐっては長い間無言の状態が続いていた。1970 年代初頭から、*Leichtfertigkeit* を要件とする結果的加重犯類型の導入との関係で活発な議論が交わされるようになったが、確かな成果を得ることなく、次第に *Leichtfertigkeit* についての関心は再び薄れていった」<sup>100</sup>ことから、ドイツにおいてもそれほど活発に議論が交わされてきたわけではなく、結局、過失や *Leichtfertigkeit* を要求するといってもその内実はそれほど明らかではない。

Engisch は、自身の相当因果関係説の優位を説明する好材料として結果的加重犯を取り扱ったものであるが、当時はその帰責範囲の限定機能ゆえに支持を集めたようである。しかし、

---

<sup>95</sup> Hall, a. a. O. (Anm. 93), S. 234.

<sup>96</sup> Hall, a. a. O. (Anm. 93), S. 248.

<sup>97</sup> Hall, a. a. O. (Anm. 93), S. 248.

<sup>98</sup> Hall, a. a. O. (Anm. 93), S. 241, 244.

<sup>99</sup> Hall, a. a. O. (Anm. 93), S. 242.

<sup>100</sup> Wegscheider, Zum Begriff der *Leichtfertigkeit*, ZStW Bd. 98 (1986), S. 628.

やはり本来的に責任は因果関係で処理されるべきものであるのか、という点については疑問が残ろう。また、Oehlerの見解にいう「客観的目的可能性」は、その具体的な判断方法は示されていないうえに、これと対応関係に立つ主観面の考慮なしに責任を問えるのか、やはり疑問が残る。

その点、彼ら以降の研究者たちが、(それを「過失」と呼ぶことの当否は別として) 何らかの主観的限定方法を探ってきたことは正当な方向性であると考えられる。ただ、MaurachやMaiwaldらは、Leichtfertigkeitが必要でありかつそれは民法上の重過失に対応するといいつながら、結局は結果的加重犯独自のものを探り、しかもその内実は、丸山雅夫も指摘するように<sup>101</sup>、「死という結果は予見できたはずだ」というかたちで、ほぼ自動的にLeichtfertigkeitを肯定しうる、しかも現にそれを意図してさえいるものである。広範に過ぎることはいうまでもないうえに、限定機能をおよそ果たさないのであれば、そのような要件を要求する意味もまた、失われてしまうだろう。

そう考えると、恐らくWolterの見解がもっとも穏当かつ一般的な方向性であろうが、これはこれで、結局、その内実に関しては漠然としたままであり、不十分である<sup>102</sup>と言わざるを得ない。結果発生についての主観的な「無関心・投げ遣り」は、すでに、Engischも指摘する通り<sup>103</sup>、故意・認識ある過失・認識なき過失・さらには場合によっては無過失に至るまで、共通して見出しうる。それゆえ、その「無関心・投げ遣り」だけでは特に限定機能は果たされ得ない。何らかの要素・要件が追加的に必要になるものと思われる。

一方、「故意ではない」(黒くはない)点を捉えて「過失である」(灰色である)としながら規範的に「故意犯として」(黒に近いとして)処断しようというHallの方向性も、それ自体では成功しているとまで言い難い。結果的加重犯の責任の特殊性や故意と過失の中間領域的性格を事実上正面から認めている点は傾聴に値するが、そこで示された処理方法は機械的・便宜的に過ぎるし、行状の落度を強調すれば行状責任につながるという指摘<sup>104</sup>もまた、もっともであるように思われる。

以上を踏まえると、主観面に関して今後検討し導出すべきものは、半自動的に認定されることはなく、且つ一定の危険性を基軸とする結果的加重犯の客観面の投影としても十分である、そのような主観的要件である、という方向性<sup>105</sup>が見出せるだろう。

---

<sup>101</sup> 丸山・前掲註(1) 247頁参照。

<sup>102</sup> 佐伯・前掲註(2) 104頁参照。

<sup>103</sup> Engisch, „Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht“, 1930, S. 233. (カール・エンギッシュ『刑法における故意・過失の研究』〔莊子邦雄＝小橋安吉訳〕(一粒社, 1989年) 280頁)

<sup>104</sup> Maiwald, a. a. O. (Anm. 85), S. 261 f.

<sup>105</sup> この方向性は判例分析結果の第二点目とも親和的であるように思う。



## 第二節 英国における判例と学説

行為者が何らかの違法な行為を（意図的に）遂行する際に、行為者の想定を超えた致死傷結果が発生した場合、端的には「やり過ぎた」場合、我が国（そして、前節でも参照したドイツ）の刑法は、通常これを結果的加重犯として捕捉する。すなわち、周知の通り、（当初想定されていた結果を発生させるような）基本犯に、想定を超えた致死傷結果（重大結果）が加わって一つの犯罪を構成する、という「足し算的」発想を前提とした処理がなされる。

もっとも、こうした「足し算的」捕捉方法は、こうした「やり過ぎた」場合を適切に処理するための絶対唯一の方法というわけでもない。たとえば、既に見た通りドイツ刑法が 18 条において「少なくとも過失」を要求する旨を明記したうえで結果的加重犯という犯罪類型を維持しているのに対し、同じドイツ語圏でもスイス刑法は、結果的加重犯という類型自体を放棄し、故意基本犯と過失結果犯との罪数問題（具体的には、観念的競合）として処理している<sup>106</sup>。敢えて四則計算式に表現すれば、スイス刑法は「掛け算的」発想を採っているとも言えよかろう。

そして、所謂英米法（common law）もまた、このような「やり過ぎた」類型の刑事責任について、独自性を見せている。英米法では、およそ死亡結果が発生した場合、これを一律に殺人（homicide）類型内における（主として）mens rea の軽重による振分けの問題として扱う。すなわち、「やり過ぎた」であれ何であれ、死亡結果が発生すれば、一旦全て同列に殺人として扱い、そこからどれだけ「引く」ことができるのかという点が問題とされるのである。この限りで、英米法は、我が国等とは逆に「引き算的」発想に立っているといえよう。

「引き算」の結果、「やり過ぎた」類型に該当するような事例群（我が国でいえば傷害致死等）は、unlawful act manslaughter（以下、英国での略称に倣い、UAM と呼称する）と称される領域に分類される。

興味深いのは、この UAM が、一方では謀殺罪（murder）との関係で「引き算」を経たものであるものの、他方、前提として行為者が unlawful act を為すことを基礎に置く点で、我が国同様の「足し算」的側面をも有している点である。すなわち、出発点こそ違うものの、英国もまた「やり過ぎた」類型を結果的加重犯と同様の構造をもつ思考方法により処理しているのである。しかも、この UAM の主観面について、（基礎に存する unlawful act についての mens rea とは別に、あるいはそれと合わせて）説明ぶりはともかくも、事実上 recklessness が要求されているように思われる点は、結果的加重犯の責任を考察する上で注目に値する。Mens rea に関して多様な要素（intention、recklessness、negligence、knowledge 等々）を有す

---

<sup>106</sup> ただし、スイスは観念的競合につきいわゆる加重主義を採用している。その概要や当否については、Ambos, Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation – Rechtsvergleichende Überlegungen, GA 2002, S. 455 ff., 内田・前掲註 (1) 107 頁以下、榎本・前掲註 (1) 34 頁参照。

る英米法において、殊この領域に関して、*negligence* ではなく、事実上 *recklessness* が要求されている理由は何か。

この点について検討を加え、我が国と比較することは、我が国の結果的加重犯をめぐる上述の論点につき、さらなる主観的要素の要否や、そこで主張されている主観的要素の内容・対象を明確化するうえで、有用であるように思われる。

そこで、本節は、我が国については結果的加重犯の中でも、とくに傷害致死罪を念頭に置きつつ、まずはとりわけ英国（イングランド及びウェールズ）刑法について検討を加える。検討の中心を英法に置く理由は、①*common law* 発祥の地であること、②（米国とは異なり）域内統一的な法・実務が通用していること、③殺人や *recklessness* をめぐる刑法上の議論が比較的活発である<sup>107</sup>こと、以上の三点による。

これまで、英（米）刑法における殺人についての我が国の先行研究の重心は、どちらかといえば謀殺罪に置かれ<sup>108</sup>、それも、特に故意論との関係で検討がなされることが多かった<sup>109</sup>。他方、故殺罪（*manslaughter*）については、伝統的な故殺に対する研究よりもむしろ法人処罰と関係した法人故殺（*corporate manslaughter*）に関する研究が多い<sup>110</sup>。したがって、本節は、自然人により遂行される故殺罪（の一部）という、我が国では従来あまり扱われてはこなかった領域<sup>111</sup>に検討の焦点を当てることとなる。

---

<sup>107</sup> 奥村正雄「イギリス刑法の動向—刑法典立法化の動きを中心に—」刑法雑誌 33 巻 3 号（1994 年）466 頁以下参照。

<sup>108</sup> 例えば、時武英男「英米刑法における *Malice Aforethought* について」法と政治 10 巻 4 号（1959 年）153 頁、熊谷丞佑「イギリス刑法における謀殺罪の一考察」法學雑誌 15 巻 4 号（1969 年）68 頁。

<sup>109</sup> 例えば、木村光江『主観的犯罪要素の研究—英米法と日本法』（東京大学出版会、1992 年）。謀殺罪に限らず故意や意図との関係で検討するものとして、鈴木茂嗣「*Recklessness* と故意・過失」同『犯罪論の基本構造』（成文堂、2012 年）269 頁、坂本学史「*Recklessness* 概念の一考察—『*Recklessness* による共犯』の視座設定のために—」（一）（二・完）神戸学院法学 39 巻 3・4 号（2010 年）359 頁、43 巻 3 号（2014 年）201 頁など。

<sup>110</sup> 例えば、真鍋毅「英米における法人刑事責任の『確立過程』について」西山富夫＝井上祐司編『井上正治博士古稀祝賀 刑事法学の諸相（下）』（有斐閣、1983 年）178 頁、菅原正幸「故殺罪に対する法人の刑事責任」（一）（二・完）関西大学法学論集 50 巻 2 号（2000 年）37 頁・50 巻 3 号（2000 年）94 頁、沼野輝彦「英国の法人故殺罪と企業事故の抑制」日本法學 82 巻 2 号（2016 年）241 頁など。

<sup>111</sup> なお、井上祐司『行為無価値と過失犯論』（成文堂、1973 年）329 頁以下が、あくまでも過失犯論との関係ではあるが、英法における UAM についての考察を加えている。また、米法における UAM についての先行する考察としては、時武英男「アメリカ刑法における殺人罪について—序説—」法と政治 11 巻 3 号（1960 年）157 頁以下がある。

## 第一款 検討の視座

従来、recklessness の正体については、未必の故意<sup>112</sup>、あるいは未必の故意から認識ある過失までを含むもの<sup>113</sup>、など各論者によって幅のある結論が示されてきた。また、時には、いわゆる端的に認識ある過失<sup>114</sup>として説明されることもあった。このような「揺れ」は、以下のような事情が影響しているように思われる。

第一に、recklessness が「侵害 (harm) の不合理なリスク (unreasonable risk) の自覚 (awareness)」<sup>115</sup>の問題として定義されていることが挙げられる。この定義が、究極的には「結果」の認識を問題としているのか、または「リスク」そのものの認識を問題としているのかについては、英法においても幾分曖昧なまま議論されているように思われる<sup>116</sup>。しかも、いずれの理解に立つにせよ、リスク自体については、その程度についての言及こそ頻繁になされるものの、その内容や (具体的) 対象については、我が国ではあまり検討されてこなかったように思われる。

第二に、recklessness 自体に、①主観的 recklessness と②客観的 recklessness という二種類が存在し、英国でもこの両者の関係についての見解がなお流動的であることが挙げられる。英国刑法では、①行為者自身が結果ないしリスクを予見しながら無視した場合 (いわゆる Cunningham recklessness) と、②当該状況下で合理的一般人であれば容易に予見できた結果ないしリスクについて行為者自身が無関心 (認識していない) の場合 (いわゆる Caldwell recklessness) の両方を、等しく「recklessness」と表現している。これに、先述したような、認識の内容や対象の問題が重なることで、検討が錯綜してきたように思われる。その結果、ここでいうところの予見や認識というものが何を指しているのか、なお曖昧な部分が残存しているといえよう。

第三に、knowledge (または knowing) 自体の位置づけ方の揺れが挙げられる。これは、とくに intention の定義との関係で問題となる。通常、「認識」と訳されることが多い knowledge であるが、時にこれは「未必の故意」として説明されることがある。しかし、英国刑法に関する限り、両者は同視されるべきではない。なぜならば、英国刑法においては、recklessness (そして、場合によっては negligence) にも knowledge は存在しうるとされるからである。後述するように、英国刑法における intention には、「意欲」までは要求されていない。この

---

<sup>112</sup> 例えば、鈴木・前掲註 (109) 271 頁。

<sup>113</sup> 田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会, 1991 年) 702 頁, 木村・前掲註 (109) 5 頁, 奥村正雄『イギリス刑事法の動向』(成文堂, 1996 年) 14 頁など。

<sup>114</sup> 青柳文雄「英米刑法における故意, 過失」法学研究 26 卷 9 号 (1953 年) 27 頁。大谷實『刑法改正とイギリス刑事法』(成文堂, 1975 年) 38 頁。

<sup>115</sup> See Ashworth & Horder, *Principles of Criminal Law* (7th ed., 2013) p. 176.

<sup>116</sup> この点については、木村・前掲註 (109) 14 頁以下が詳しい。

点で、英国刑法は、米国模範刑法典とは明確かつ意識的に立場を異にする<sup>117</sup>。したがって、英国刑法における **knowledge** を米国模範刑法典の「**knowingly**（「認識しながら）」のように理解することは適切とはいえない。結局のところ、英国刑法における **knowledge** は、我が国の「認識」同様に解されているものと思われる。したがって、**recklessness** に関する **knowledge** をめぐる問題は、結局、上述してきたような、認識の対象や内容が何かという点に収束しよう。そして、この問題に対する検討は、「認識」が同様に問題となる）**intention** が我が国でいう故意のどこまでを指しているのか、という問題を検討しないことには始まらない。

第四に、英米法内部での **recklessness** と **negligence** の（表現上の）混乱が挙げられる。時折、（とくに **manslaughter** について）**common law** における **recklessness** は **gross negligence** である<sup>118</sup>と説明されることがある。これは、**recklessness** とは **negligence** の内、刑事罰の対象となるほど重大なものをいう、という理解であるといえよう。しかし、そもそも **negligence** 自体は **common law** ではなく制定法によってはじめて刑事処罰の対象となった<sup>119</sup>とされるうえに、殊に現在の英法に関していえば、**reckless** による **manslaughter** と **gross negligence** による **manslaughter** とは一応区別されている。

したがって、結局、刑事罰の対象となるものの内、**recklessness** が（**intention** というよりは）**negligence** に近いというだけのことであって、刑事罰の対象となる **negligence** が **recklessness** であるという理解は、順序が逆転しているといえよう<sup>120</sup>。

ただし、このような理解が生ずるということからしても、（認識の対象や内容につき）両者には共通の部分ないし要素があると考えられていることは確かであろうことから、この点についての検討も必要となるように思われる。

第五に、**manslaughter** の（日本法的な）位置づけの難しさが挙げられよう。通常は故殺罪と訳されるこの **manslaughter** は、ドイツ法における故殺罪（**Totschlag**）とは異なり、我が国の〇〇致死罪と称される罪の多くと殺人罪の一部をも包含するものである<sup>121</sup>。もちろん、自

---

<sup>117</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 175.

<sup>118</sup> 例えば、G. Williams, *Criminal Law - The General Part* (2nd ed., 1961) p. 53. See also Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 176. また、坂本・前掲註（109）（一）382頁以下および（二・完）203頁以下、参照。

<sup>119</sup> 青柳・前掲註（114）27頁参照。

<sup>120</sup> 青柳・前掲註（114）27頁以下参照。また、坂本・前掲註（109）203頁（特に、註129）参照。なお、井上・前掲註（111）は、英法の **recklessness** が、我が国における過失に含まれるものであることを暗に前提とした考察を展開しているが、井上自身が英法の **recklessness** と英法の **negligence** とを同視しているわけではない。

<sup>121</sup> ただし、英法では単純な **negligence** による致死は刑事処罰の対象外とされているため、我が国における（単純）過失致死罪までも含んでいるか否かについては、さらなる検討を要する。また、家庭内暴力による死亡や嬰兒殺、自殺関与などにはそれぞれ特別な考慮が与

然人に関するものについては、(intentionによる) voluntary manslaughter、(事実上、reckless manslaughter と並置される) UAM、((gross) negligenceによる) gross negligence manslaughter という下位区分<sup>122</sup>こそ存在するものの、murder との関係では、これらが全て一括りに manslaughter である<sup>123</sup>。したがって、一つの呼称の下、intention、recklessness、negligence のいずれもが存在しうる。このことを無視して、manslaughter 一般を論ずることはできない。本節は、あくまで manslaughter の中でもとくに UAM と recklessness、および両者の関係を対象とするものであって、ここで得られた結論には、自ずからその適用範囲に限界が生ずるのは止むを得ない。

以上五つの事情を踏まえたうえで、以下では、①intention、recklessness、negligence の区分方法や範囲を、殺人 (homicide) 全般を念頭に置きつつも、総論的観点に軸足を置きながら確認することで明確化し、②①を前提として、recklessness の内容 (認識の対象、程度等) を明らかにし、さらに、③②を受けて UAM と recklessness との関係を、(上述の通り、主として我が国の傷害致死罪と対比させることを想定しながら) 検討する。なお、論証の都合、英法が一般に判例法であるとされていることは承知の上で、敢えてまずは学説を中心に見てゆくこととしたい。

## 第二款 英国刑法の分析

英法を検討するに当たり、①日本法と英法との法体系の相違、②英法における総論と各論の近さ、③英法における学説と実務との関係、の三点が問題として挙げられうる。

しかし、①については、たしかに相違点も存在し、それに注意しながら検討を進める必要はあるものの、殊更に違いを強調する必要もない<sup>124</sup>。また、②については、たしかに各論の

---

えられていることから、注意を要する。しかし、いずれについても本節の対象からは外れるため、ここでは指摘に止める。なお、謀殺罪 (murder) に関しては、木村・前掲註 (109) 68 頁以下でも指摘される通り、現在では serious bodily harm の問題も死亡結果に引き付けて捉えられているため、結局、我が国において故意殺人に当たるとされるもの以外は含まないものと考えられる。したがって、端的に、激情犯等を除く故意殺人が murder に、その他の致死を伴う犯罪が manslaughter にそれぞれ対応するといえる。

<sup>122</sup> さらに、gross negligence manslaughter と法的には異ならないとされながらも、多少扱いが異なるようにも見える medical manslaughter という領域も存在する。

<sup>123</sup> なお、当然ながら、この幅の広さゆえの難しさ自体は英法自身においても意識されている。例えば、M. Wasik, “Form and function in the law of involuntary manslaughter” Crim LR [1994], p. 883.

<sup>124</sup> 大谷・前掲註 (114) 29 頁参照。

影響力は強いといえるが、英国でも総論的な議論も志向され<sup>125</sup>、また実際に総論的な議論がなされている以上、それを参照することは十分可能である。他方、③については、判例からの帰納的考察が重視されている以上、たしかに英国の学説には立証上の問題が紛れ込んでいる疑いがある点も存することから、多分に注意を要するようと思われる。

## 第一項 Intention

英国刑法における *intention* は、我が国においては、しばしば、我が国における故意とほぼ一致すると説明されてきた<sup>126</sup>。「ほぼ」という留保が用いられるのは、我が国の側においては故意論についてどのような立場を採用するかにより左右される側面があり、英国刑法の側においては彼らが *intention* をどのように表現するかで、われわれの側からするとやはり多少見え方が違ってくるといえる側面があるように思われる。

英法における *intention* の中核は、目標 (*aim*)、対象 (*objective*)、目的 (*purpose*) などと表現される<sup>127</sup>。いずれにしても、これらは究極的目的である必要はない<sup>128</sup>とされ、したがって、意欲 (願望=*desire*) のみの問題でもない<sup>129</sup>とされる。例えば、対象 (当該結果など) を願望するときのみならず、対象につき確信を得て、それゆえに行為した場合にも、*intention* が肯定される<sup>130</sup>という。したがって、意欲と目的とを同義に捉える米国模範刑法典の定義とは立場を異にするし、少なくとも我が国でいうところの意欲説とも異なるといえよう。すなわち、英法においては、当該結果などにつき消極的認容に止まる場合であっても、その結果を目的としているとされる<sup>131</sup>のである。

問題とされる結果が目的であったか否かは、所謂「失敗テスト」がひとつの目安として用

---

<sup>125</sup> See Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 174.

<sup>126</sup> 例えば、大谷・前掲註 (114) 38 頁、奥村・前掲註 (12) 13 頁。

<sup>127</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 169; Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law* (5th ed., 2013) p. 127.

<sup>128</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 169. なお、同所において、*purpose* と (*desire* を想起させる) 究極的目的との混同を避けるために、一部には *purpose* という語自体が避けられる傾向もある点が指摘される。

<sup>129</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, pp. 169-170; Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 129. かつては *desire* の有無が、*recklessness* との区別にいわば決定的役割を果たしているとも考えられていた (例えば、G. Williams, *op. cit.*, p. 53.) が、現在では最早そのような理解はなされていない。

<sup>130</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 129.

<sup>131</sup> See Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 170.

いられ得る<sup>132</sup>。このテストは、ある結果の不発生を行為者が自らの行為の「失敗」と見なすか否かを問題とし、失敗と見做すときには *intention* が認められない、とするものである。例えば、行為者が被害者を脅すつもりで被害者宅の郵便箱に火を点けたところ最終的に被害者が死亡した場合、行為者が被害者の死を失敗と見做せば、その死についての *intention* は認められないという。

この *intention* が及ぶ、あるいは拡張される範囲（限界点）をめぐる問題として、とくに以下の二点が挙げられよう。

第一に、*virtual certainty* の問題である。これは、テロリズムなどに代表されるような<sup>133</sup>、一般に「失敗テスト」が妥当し難い領域を扱うものである<sup>134</sup>。しばしば、航空機爆破事例が説明に用いられる。例えば、ある行為者が、積荷にかけられた保険金目的で、あるいはテロ的闘争を遂行する目的で、航空機に爆弾を仕掛けた場合、航空機の運航関係者らが死亡したとしても、当該死亡が発生・不発生に関わらず、行為者の目的は達せられることから、行為者は爆破さえ成功すれば失敗とは見做さないのではないか、したがって *intention* を直接に肯定することが困難ではないかという問いである。

このような場合に *intention* を認めるためには、問題とされる結果が *virtually certain* であったことが求められるとされる。ここにいう *virtually certain* は、予見されていない介入がない限り確実であること<sup>135</sup>、あるいは、行為者の当初の目的と不可分または密接に関連していること<sup>136</sup>、などを意味するという。このような傾向を捉えて、我が国では、英国刑法の故意論は認識説・蓋然性説であるとする見解も存在する<sup>137</sup>。また、*intention* を蓋然性説的に理解する立場からは、失敗テストの結果、行為者が失敗と見做さない限りは、*recklessness* の問題であるとされることもある<sup>138</sup>。その場合、重罪謀殺法理の廃止<sup>139</sup>後は専ら *intention* のみにより構成されることになった *murder* を肯定できず、本節が対象とする UAM、あるいは *reckless manslaughter* の問題ということになる。

しかし、上述した通り、あくまでも「それゆえに」行為したことが求められる以上、たし

---

<sup>132</sup> See R. A. Duff, *Intention, Agency and Criminal Liability* (1990) p. 61.

<sup>133</sup> See J. Blomsma, *Mens rea and defences in European criminal law* (2012) pp. 8-11.

<sup>134</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 171; Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, pp. 132-137.

<sup>135</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 171.

<sup>136</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, pp. 129-130.

<sup>137</sup> 例えば、木村・前掲註（109）15頁、奥村・前掲註（107）462頁。

<sup>138</sup> J. Blomsma, *op. cit.*, pp. 9-10, 142-143. なお Blomsma 自身も、ドイツ法やオランダ法においてはこうした領域が未必の故意として捕捉され、したがって（彼の理解からすれば英法とは異なり）故意犯処罰の対象となることを確認している。

<sup>139</sup> この経緯については、丸山雅夫「英米刑法における『重罪謀殺化』原則」南山法学 23 巻 2・3号 133頁以下が詳しい。

かに英法における *intention* の認定に際して蓋然性が重視されていることは間違いないものの、そのことから直ちに英法は認識説や蓋然性説であるとまでは言い切れないように思われる。実際、*virtually certain* であること自体は、*intention* を認めるための必要条件ではあっても、それだけでは十分ではない、あるいは、この領域自体は *intention* の変種ではなくあくまでその前提条件に過ぎないと考えられている<sup>140</sup>のである。

結局、ここでは、我が国でいう未必の故意をめぐる議論の一部分を扱っているに過ぎないように思われる。実際、英法において *virtual certainty* が問題とされているのは、副次的効果 (*side-effect*) についてであり<sup>141</sup>、これはまさしく未必の故意の問題に他ならない<sup>142</sup>。そして、「それゆえに」という点を考慮する限り、英法の *intention* はむしろ認容説的であるとさえいえるように思われる<sup>143</sup>。

第二に、*actual knowledge* の問題が挙げられる。これは、(広義の) *wilful blindness* という *intention* および *recklessness* の双方にまたがる問題領域の中で、*intention* を認めるために要求されるものである<sup>144</sup>。よく挙げられるのは盗品関与の事例である。すなわち、ある行為者が、ある物に対して、疑念を抱いた、あるいは無関心である場合、照会が容易であり、かつ、(意図的に) 照会しないときに *intention* を認めることができるか否かという問いである。

これは、端的に、(例えば盗品であること自体が) 蓋然のとまではいえず、事実上可能性に止まるものまでをも、*intention* に含めうるか、という点を問題としているものと考えられる。しかし、このような場合の処理も、結局のところ、第一の問題と同様、「それゆえに」行為したか否かという点へと関心は収斂されよう<sup>145</sup>。つまり、この *actual knowledge* をめぐ

---

<sup>140</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 173; Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 135. See also W. Wilson, “Doctrinal Rationality after Woollin” *MLR* vol. 62 (1999) p. 450.

<sup>141</sup> See Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 130.

<sup>142</sup> 玄守道「故意に関する一考察 (一) —未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって—」*立命館法学* 2005年1号182頁参照。

<sup>143</sup> See A. P. Simester, “Moral Certainty and the Boundaries of Intention” *OJLS* 1996, p. 445. See also I. Kugler, “The Definition of Oblique Intention” *JCL* 2004, pp. 82-83. なお、例えば D. Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (13th ed., 2011) p. 113 は、建物に爆弾を設置したが、大衆が非難できるよう十分に警告したようなテロリストは、死亡結果が発生してもその結果を高度に蓋然的であるとは認識しておらず、したがって *virtually certain* とも認識していないから *intention* は認められないとする。これは一見すると蓋然説的にも思われるが、実質的には、認容がない場合を排斥しようということではなかろうか。また、そもそも高度の蓋然性と *virtual certainty* とを混同すべきではない旨を指摘するものとして、例えば、M. J. Allen, *Textbook on criminal law* (10th ed., 2009) p. 70.

<sup>144</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p.149; Ormerod, *op. cit.*, p. 130.

<sup>145</sup> それゆえ、Ashworth & Horder, *op. cit.*, p.181 及び Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*,



る議論もまた、我が国でいうところの未必の故意に当たる領域の限界を問題としているものと思われる。実際、英法においても、盗品関与の事例であれば、盗品であってもやむを得ないと行為者が考えていた場合には、**intention** を認めることができると考えられている<sup>146</sup>。なお、この議論自体については、証拠法というよりは実体的なものに関わると説明される<sup>147</sup>が、やはり実体法的議論のみならず未必の故意の立証方法（のひとつ）を提示している<sup>148</sup>側面もあるように思われる。また、事実上は可能性に止まっても消極的認容の存在を以て**intention** を肯定する余地を認めている以上、やはり英法は我が国でいう認識説や蓋然性説とは幾分立場を異にするといえよう。むしろ、ここでも、ある意味で認容説的な立場が看取されるように思われる。

以上の検討から、英法における **intention** の範囲は、我が国でいう（認容説に立脚した）故意の範囲と相違は見られない<sup>149</sup>ものと考えられる。また、このことから、英法における **recklessness** および **negligence** は、両者とも我が国においては「過失」の問題として扱われる領域であるともいえよう。

## 第二項 Negligence

英国刑法では、「当該状況において、理性的一般人（reasonable man）が **actus reus** 実行のリスクを認識し得て、かつ一般人であればリスクを取らなかったであろう場合に **negligence** が肯定される<sup>150</sup>。すなわち、**negligence** は、当人の認識自体を問題とするものではない<sup>151</sup>「客観的」なものということになる。そのうえで、**negligence** を肯定するためには、a) リスク回避義務の存在と、b) リスク認識能力の存在とが必要される<sup>152</sup>。

このうち、a) については、その義務内容も認識対象も、かなり具体性が強かつピンポイントなものが想定されているように見受けられる。例えば、鉄道作業員が信号機の点検を怠り事故を発生させてしまった場合、ここで英法が着目するのは、信号機の故障であり、行為者にこの故障自体の認識がないことから、「行為者には認識がない」と判断され、さらに行為者において信号機の点検義務が存在すれば、その故障を認識し、修理等の対応をすべき

---

p. 149 は、wilful blindness 自体が独立の類型であるわけではない旨を指摘する。

<sup>146</sup> See Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., p. 150.

<sup>147</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., p. 151.

<sup>148</sup> G. R. Sullivan, “Knowledge, Belief, and Culpability”, in: S. Shute and A.P. Simester (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (2002) p. 214.

<sup>149</sup> 大谷・前掲註（114）38 頁も結論としては同様である。

<sup>150</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., p. 151. See also Ormerod, op. cit., p. 146.

<sup>151</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., pp. 151-152.

<sup>152</sup> Ashworth & Horder, op. cit., p.184; Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., p. 151.

であったという評価が下されることになる<sup>153</sup>。ここでは、直接的に死傷結果自体の回避義務が問題とされているわけではない。結果発生時における行為者が、当該結果発生が決定的要因を（義務に反して）認識していない（で行為した）ことを以て「客観的」と呼称している<sup>154</sup>のであり、その前段階において、点検漏れや忘却などの主観的な過誤があることがいわば前提とされている<sup>155</sup>とさえいえよう<sup>156</sup>。

また、b) については、例えば、視覚障害者には視覚障害のある一般人を前提とした判断が、あるいは、特別な知識のある者にはその知識に基づいた判断がなされなければならない<sup>157</sup>とされるなど、まさに我が国でいうところの能力区別説と同様の議論がなされている<sup>158</sup>。したがって、こちらの要件においても、行為者自身を軸に据えた具体性の強いものが想定されているといえよう。

なお、さらなる前提として、「潜在的侵害の重大さ」や「リスクの明白さ」までをも要求する見解<sup>159</sup>も存在するが、そのような立場を採用したとしても、それは、より具体性を強める方向にはたらくものと考えられる。

これらのことからして、いずれにせよ、英国刑法における **negligence** は、一方で、たしかに客観的なものとして捉えられているものの、他方、一般的なものというよりは、むしろかなり具体的なものとして想定されていると考えられる<sup>160</sup>。

したがって、「客観的」とは言いつつも、要件の具体性・行為者基準性が強い英国刑法における **negligence** は、着眼点こそ異なるものの、結局のところ、我が国でいう過失の概念中、とくに具体的予見可能性説が想定しているものと、基本的な部分については理論的にも結論的にもそれほどの大差は生じないように思われる<sup>161</sup>。

なお、本節が対象とする UAM の **manslaughter** 全体における位置づけとの関係から、**gross negligence** も問題となる。ここにいう **gross** とは、「当該行為態様自体が一般人基準の行為態様から激しく逸脱しており、かつ、一般人なら危険 (**dangerous**) であるとみなすのが明白で

---

<sup>153</sup> See Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 183; Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 150.

<sup>154</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 152. See also L. Alexander, “Culpability”, in: J. Deigh and D. Dolinko (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (2011) p.231.

<sup>155</sup> See Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 183.

<sup>156</sup> See also Alexander, *op. cit.*, p. 233.

<sup>157</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, pp. 154-155; Ormerod, *op. cit.*, pp. 148-150.

<sup>158</sup> See also Ashworth & Horder, *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>159</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 184.

<sup>160</sup> 奥村・前掲註 (107) 462 頁以下、同・前掲註 (113) 15 頁参照。また Ashworth & Horder, *op. cit.*, pp. 182-183 は、一般人という基準は、あくまで **negligence** 認定のための道具に過ぎない旨を指摘する。

<sup>161</sup> 奥村・前掲註 (107) 462 頁、同・前掲註 (113) 15 頁、同旨。

あるような場合」<sup>162</sup>を指すという考え方が英国では一般的なようである。この定義を見る限り、程度が甚だしい場合、あるいは結果発生の可能性をより認識しやすい場合という意味において（両者を「かつ」で結んで理解することについて、我が国においてはなお議論の余地こそあるようには思われる<sup>163</sup>ものの）、ここにいう *gross negligence* と、我が国でいう重過失（や、業務上過失）とは、定義の上では相互に対応しうる概念であるように思われる。このことからしても、やはり、英国刑法における *negligence* 自体は、我が国の刑法でいうところの過失と中核において対応しているといえよう。

### 第三項 Recklessness

*Intention* についての検討結果からすると、*recklessness* 自体は、我が国において過失として従来扱われてきた領域の問題であることは明確である。他方で、上述したように *negligence* が、我が国でいう過失と基本的に対応するとすれば、*recklessness* は、ややもすれば空集合ということになりかねない。

しかし、そうではないとすれば、英国刑法では、我が国の過失論ではあまり意識されていない要素を重視している、ということになる。すなわち、*recklessness* は、たしかに我が国でいう過失の領域に存在するものではあるが、英国においては、（我が国とは異なり）ある要素が重視されているがために、もはや過失（*negligence*）とは異質な責任要素（*mens rea*）として考えられているのではなかろうか。そして、この *negligence* からの変質を導く「ある要素」こそ、*recklessness* を特徴づけるものとなるはずであり、それは、当然ながら *recklessness* の内容それ自体に存在するはずである。

英国刑法において、*recklessness* は、「当該行為が侵害発生リスクを生じることを認識しながら、不合理にもそれを実行する場合」に存在する<sup>164</sup>とされる。この場合、先述した *intention* との関係からして、結果発生につき未必的にすら故意はないことが前提となる。また、殊に殺人（*homicide*）全般との関係では、結果（*consequence*）や危険性（*dangerousness*）そのものの認識ではなく<sup>165</sup>、あくまでその「リスク」が行為者の認識の対象ということにな

---

<sup>162</sup> See *Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit.*, p. 152.

<sup>163</sup> 「かつ」で説明するものとしては、例えば高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第4版、2018年）231頁、新旧過失論の相違と対応させて「または」で説明するものとして、例えば松原芳博『刑法総論』（日本評論社、第2版、2017年）303頁参照。

<sup>164</sup> *Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit.*, p. 141. See also *D. Ormerod, op. cit.*, p. 118.

<sup>165</sup> これらは、むしろ *murder* との関係で問題となる。木村・前掲註（109）66頁以下参照。なお、仮にこうしたものの表象・認識があったとしても、最終的に認容がなければ *recklessness*、すなわち *manslaughter* の問題ということになる。

る<sup>166</sup>。したがって、recklessness を、(結果の表象を一旦は抱きながらもそれを打ち消して行為に出たという意味における) いわゆる「認識ある過失」と同視することはできないといえよう。リスクの認識さえあれば、結果自体の表象を全く欠いていても recklessness は肯定される以上、英法における recklessness は、いわゆる「認識なき過失」の領域をも明らかに含んだ概念であるといえよう。

また、ここで問題となっているのは、「リスク」あるいはその存在自体であり、「リスクの程度」ではない。したがって、認識されたものが(たとえば確率的に) 50%であるのか、100%であるのか、などという、数字などに仮託された可能性なり蓋然性なりといったものが決定的な意義を有するわけではなかろう<sup>167</sup>。結局は、「危険性の程度を基礎づける要素(の集合)」という意味におけるリスクの認識、すなわち、具体的諸事情の認識が問題となるものと思われる<sup>168</sup>。

先述した通り、recklessness には、主観的 recklessness と客観的 recklessness の二種類があるとされる。前者は、行為者自身がリスクを予見しながら無視した場合であり、後者は、当該状況下で合理的一般人であれば容易に予見できたリスクについて、行為者自身が無関心(不認識)である場合である。しかし、客観的 recklessness 概念自体は、Caldwell 判決当時のものとは異なり、その後の判例の変遷に伴って、判断の際には行為者の主観をも導入するに至っているとされる<sup>169</sup>。さらに、適用場面も限定的なうえ、適用例も減少していることから、もはや主観的 recklessness および negligence へと解消されたとの見方さえ存在する<sup>170</sup>。要するに、いずれにせよ、recklessness に関しては、やはり行為者によるリスクの認識が問題とされることになるといえよう。

しかし、リスクの認識が存在するだけでは、recklessness としての特質が得られるわけではない。なぜならば、negligence の場合にも、行為者にリスクの認識が存在することはありうるからである。リスクの認識が問題とされないというだけのことであって、これが直ちに、

---

<sup>166</sup> See Ashworth & Horder, *op. cit.*, pp. 178-179.

<sup>167</sup> 実際、如何なる程度のリスクであっても、recklessness は認められ得るとされる。See Ashworth & Horder., *op. cit.*, pp. 176-177; Ormerod, *op. cit.*, p. 120. See also L. Alexander, *op. cit.*, pp. 227-230.

<sup>168</sup> See also Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, pp. 141-142, 145-147.

<sup>169</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, pp. 143-145.

<sup>170</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 143. See also Ormerod, *op. cit.*, pp. 124-125. もっとも、結果犯と企行犯とで使い分けることを前提に二つの recklessness の区別を維持すべきと主張するものとして、S. Cunningham, "Recklessness: being reckless and acting recklessly" 21 KLJ [2010] pp. 445-467. また、激情犯を念頭に主観的 recklessness と客観的 recklessness の折衷的統一的な再定義を試みるものとして、C. Crosby, "Recklessness – the Continuing Search for a Definition" 72 JCL [2008] pp. 313-334.

negligent な行為者にはリスクの認識が常に存在しないということを意味するわけではない<sup>171</sup>。それでは、一体 negligence と recklessness の分水嶺は何処にあるのであろうか。

両者ともに、(場合によるが) リスクについての認識の面で変わりがなく、また、そのリスクを具体的に結果へと結び付けるつもりもない。しかし、そのリスクが具体的に結果へと結び付きうるような状況を生み出すこと、換言すれば、結果実現のための場面設定についての主観面が異なると解されているように思われる。

主として意欲 (desire) がある場合と境を接する結果に関する recklessness (recklessness as to consequence) にせよ、virtual certainty ないし actual knowledge が問題となる場合と境を接する状況に関する recklessness (recklessness as to circumstances) にせよ<sup>172</sup>、いずれにしても、reckless な行為者は、侵害 (harm) の発生に舵を切ることになりうる冒険 (risk taking) に関して (negligent な行為者とは異なり)、ある種「意図的」<sup>173</sup>であると評価されているように思われる。結果に関する recklessness であれば、結果の認容こそないものの、冒険自体については認容し、敢えて行為した、ということは言い易い。他方、状況に関する recklessness、すなわち典型的には無関心が問題とされる場合であっても、このような事例が intention の限界をめぐる議論の際に wilful blindness という標語で共に括られていたことから分かるように、冒険的事態となることについて黙認することを通じて、意図的 (=wilful) に冒険していると考えられているのであろう<sup>174</sup>。

したがって、当該行為がその時点で冒険的であること自体に結局のところ認識がなく<sup>175</sup>、結果的に冒険してしまったことから侵害を発生させたのか、あるいは、敢えて(不合理にも)冒険したことによって侵害を発生させたのか、という点に、英法は negligence と recklessness との相違を見出しているように思われる<sup>176</sup>。

要するに、両者の分水嶺には、事態の危険性を増大させる方向への意思決定(横着、放置、

---

<sup>171</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., p. 151.

<sup>172</sup> この区別については、Ashworth & Horder, op. cit., p. 181 及び Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., pp. 149-150.

<sup>173</sup> See also., Blomsma, op. cit., pp.142-143. なお Blomsma 自身は、ここにいう「意図」が不明確な概念であるとし、むしろ negligence との差異は専ら認識の有無に求めるべきであると主張する。

<sup>174</sup> なお、奥村・前掲註(113)14頁参照。また、意図性については、V. Tadros, “Recklessness and the Duty of Take Care”, in: S. Shute and A.P. Simester (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (2002) pp. 254-258 及び C. Howard and I. Elliott, “The Concept of Recklessness in Criminal Law”, in: N. Morris and M. Perlman (eds.), *Law and Crime* (1972) pp. 69-73 参照。

<sup>175</sup> L. Alexander, op. cit., p. 231.

<sup>176</sup> See Ashworth & Horder, op. cit., p. 177.

黙認など<sup>177)</sup>、すなわち冒険の意思とでも呼ぶべきものが存在するといえよう。こうした意思決定こそが、recklessness を negligence よりも一段重い責任たらしめているのであろう。そして、ここで問題とされる意思是、状況に関する recklessness についてのみならず、結果に関する recklessness についてもまた、結果そのものに対する (intention に比して緩和された) 意思というよりも、むしろ四囲の状況に現れた各種のリスクに対する主観的態度であるように思われる。なぜならば、(敢えて行われる) 特定の行為が冒険的 (risky) であるか否かという判断自体が、一種のリスク判断である以上、四囲の状況に依存せざるをえず、このことから、認識等の対象も自ずと四囲の状況 (の要素) ということになるように思われるからである。

### 第三款 UAM と recklessness

本節冒頭でも述べたところであるが、我が国における結果的加重犯に相当するものが、英国刑法における UAM である。この UAM は、三つ乃至四つの要件から成る類型であるとされるが、一般には、①ある行為 (act) から死亡結果が生じたこと (因果関係)、②その行為が違法 (unlawful) であったこと、そして③その行為が危険 (dangerous) であったこと、の三要件から成るとされる。このことから、unlawful and dangerous act manslaughter とも呼ばれることがある。また、四要件に分ける見解は、さらに当該行為が intention によるものであったことを独立の要件とする<sup>178)</sup>。ただし、ここでいう intention は、当然ながら死亡結果ではなく、そもそもの unlawful act に対するものである。

この UAM は、当該死亡結果につき定義の上では何らの mens rea をも要求するものではないため、擬制的故殺 (constructive manslaughter) とも呼称され、この擬制性ゆえに、学説上批判にさらされている<sup>179)</sup>。もっとも、学説のみならず判例の流れも、成立範囲を限定する方向ではあると評される<sup>180)</sup>。

この限定にとって、比較的重要なのは、unlawful 要件と dangerous 要件である。

かつては民事上の不法に止まるものであってもよいとされていた unlawful 要件であるが、現在では少なくとも刑法上の犯罪に当たるものである必要があると考えられている<sup>181)</sup>。さらに、不作為や negligence による行為も、この要件により除外される<sup>182)</sup>という。加えて、抗

---

<sup>177)</sup> これらに際して、行為者自身による「危険である」等の評価は不要である。註 (172)。

<sup>178)</sup> Ormerod, op. cit., p.540.

<sup>179)</sup> 批判の概観として、Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., pp. 413-414.

<sup>180)</sup> Ashworth & Horder, op. cit., p. 286.

<sup>181)</sup> Ashworth & Horder, op. cit., p. 286.

<sup>182)</sup> Ashworth & Horder, op. cit., p. 287; Ormerod., op. cit., pp. 544-546.

弁などにより *actus reus* や *mens rea* を一部でも欠く行為もまた、この文脈においては *unlawful* と評価されない<sup>183</sup>。なお、行為が被害者に直接向けられていることは必要でない<sup>184</sup>とされるものの、その行為自体が、暴行 (*assault*) や殴打 (*battery*) など、実際上の身体的侵害 (*actual bodily harm*) を惹起するものであることが事実上要求されている<sup>185</sup>。

一旦、その行為が上記のような意味において *unlawful* であると評価されれば、次に問題となるのは、その行為が *dangerous* であったか否かという点である。

歴史的には、行為者にその罪の結果としての被害者の負傷が少なくとも予見されていた事例にのみ UAM の成立が限定されていた<sup>186</sup>とされるにもかかわらず、1966 年の Church 事件判決では、*dangerous* 要件は、明晰で合理的な一般人 (*sober and reasonable person*) であれば気付いたであろう事情 (*circumstances*) に照らして判断されることが明示され<sup>187</sup>、しかも、この判断の際に考慮されるリスクは、重大でなくとも何らかの侵害に関するものでよいとされた<sup>188</sup>。これらの点が、まさに批判の対象である。

もともと、その後の判例では、行為者がリスクを認識していることを要求することで、この判断枠組みを限定してきた<sup>189</sup>という。たしかに、行為者が危険性という属性 (*property of dangerous*) を認識していること、つまりは行為者自身がその行為を「危険である」と評価していることまでは必要がないとされる<sup>190</sup>ものの、現在では、四囲の状況についての行為者自身の認識を有した合理的一般人を基礎にして、状況に内在する危険 (*danger*) が判断される<sup>191</sup>。

例えば、被害者が心臓ショック死したという点を捉えれば一見同様な事案であっても、①窃盗目的で 87 歳の高齢者宅に侵入した者は、居住者がかなり高齢であること (=リスク) に気が付いてもなお窃盗行為を継続したことが *dangerous* であるとされたのに対し、②15 歳の少女が死亡した事例では *dangerous* とされなかったし、また③金銭を要求する目的の行為者が単に脅す目的でマスクを付け棍棒を持って 50 代の被害者に接近したところ、もともと心臓が弱かった被害者は大いに狼狽して死亡した事例でも、行為者の行為は *dangerous* とはさ

---

<sup>183</sup> J. Herring, *Criminal Law* (5th ed., 2012) p. 270

<sup>184</sup> Ormerod, *op. cit.*, p. 547.

<sup>185</sup> See Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 287. See also Ormerod, *op. cit.*, pp. 549-550.

<sup>186</sup> Ormerod, *op. cit.*, p. 548.

<sup>187</sup> Ormerod, *op. cit.*, p. 548

<sup>188</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 411. もともと、*unlawful* 要件との関係から、身体的侵害であることが前提である。

<sup>189</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 288.

<sup>190</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 411.

<sup>191</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 288.

れなかった<sup>192</sup>。②や③事例では、仮に行為者が被害者の心臓の弱さをあらかじめ知っていたら、やはり **dangerous** と評価される余地はあるという<sup>193</sup>。これは、英法では心理的なものも実際上の身体的侵害として認められているにもかかわらず、単に人を脅す認識だけではならず、それが身体的侵害に結び付きうることについてのリスクまでをも行為者が認識していることが必要であるということに他ならない<sup>194</sup>。

そうであるとすれば、この文脈における **dangerous** は、純粹に客観的な状態自体を指すものというよりは、むしろ行為者の認識や責任に関する主観的なものであるとさえいえよう。すなわち、この判断が事実上 UAM の **mens rea** 判断となっているのではなかろうか。その場合、ここで問題となっているのは、リスクを認識したにもかかわらず敢えて行為した（あるいは行為を継続した）という点であるから、事実上、これは **recklessness** の判断ということになる。

実際、学説において、UAM とは別に **reckless manslaughter** もありうるとはされつつ、それはあくまで例外的に **unlawful** 要件を満たさない場合の一部に対する受け皿<sup>195</sup>であり、そもそも **unlawful act** が認められる場合には、敢えて **reckless manslaughter** を検討するよりも UAM を認めるのが自然な結論であるとされる<sup>196</sup>。このことから明らかなように、UAM と **reckless manslaughter** との違いは、そもそもの行為の性質がこの文脈における **unlawful** に該当するか否かという違いでしかなく、したがって、行為者の認識や責任については両者の間に実質的な差異はないといえよう。つまり、責任面に関しては、共に **recklessness** による殺人として理解することができるのである。

#### 第四款 中間的小括

以上の検討の結果は、以下のように要約される。

第一に、**intention** は、(認容説的に捉えた場合の) 我が国でいう故意と同等であると考えられ、その結果、**recklessness** も **negligence** も我が国でいうところの過失に相当するものといえる。行為者において結果の表象がない場合であっても **recklessness** は肯定されうることから、**recklessness** は、いわゆる認識ある過失のみならず認識なき過失をも含むものである。

---

<sup>192</sup> Ashworth & Horder, op. cit., pp. 288-289.

<sup>193</sup> See Herring, op. cit., p. 271.

<sup>194</sup> See Ormerod, op. cit., p. 550.

<sup>195</sup> Ormerod, op. cit., p. 560. 同所では、さもなくば **gross negligence** に解消される領域であるとも指摘される。

<sup>196</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., p. 421. なお、**reckless manslaughter** 自体に懐疑的な立場を示す見解として、F. Stark, “Reckless Manslaughter” [2017] Crim LR pp. 763-784 参照。



また、**negligence** に関して、その基本概念においては我が国でいう過失そのものといえることから、**negligence** と **recklessness** の分水嶺が問題となる。この点、**recklessness** には、冒険の意思とも呼ぶべき意図的な側面が存在し、それゆえに英法は **recklessness** を **negligence** とは異質なものとして捉えていることが窺える。

第二に、**recklessness** において認識の対象となるリスクは、究極的には結果（あるいは侵害）のリスクと呼ぶができるとしても、結局のところ、四囲の状況（の要素）として現れたものということになると思われる。また、行為者に関しては認識の存否が問題とされている以上、重要なのはリスクの存否自体であって、その程度等ではない。

第三に、結果的加重犯と類似した構造を有する UAM は、**unlawful** 要件によって当該行為にでる意図を考慮し、**dangerous** 要件に当たって、実質的には行為者における状況認識（すなわち、リスクの認識）を考慮に取り込んでいることから、事実上、全体として **recklessness** を要求する犯罪類型といえる。

ここで、とりわけ興味深いのは、**unlawful** 要件に際して、その行為自体が有する性質としての一般的危険性（実際上の身体的侵害を惹起しうることを（それ自体についての **mens rea** と合わせて）既に要求しておきながら、さらに加えて **dangerous** 要件に際しても、その行為の当該状況における危険性を、行為者の主観面と対応させながら問題としている点、さらにそれらが組み合わされることで、**recklessness** と同視しうるほど **gross negligence manslaughter** に比して重大であるとされている点である。

たしかに、行為自体の性質としての危険性と行為の危険性とでは若干意味合いが異なるように思われる。行為自体の性質としての危険性は、まさに一般的なものであるから、いつ、どこで、誰がやろうとも同一であるはずである。それに対して、行為の危険性は、多分に四囲の状況の影響を受ける。一定の行為を一定量のガソリンにたとえて考えてみると、その性質としての危険性は、いつ、どこに、誰によって置かれようとも、その量に応じた燃焼エネルギーを秘めた可燃性物質であるということに変わりはない。しかし、それが沙漠の真ん中に置かれるのか、街中の交差点に置かれるのか、あるいは住宅街のとある密室に置かれるのか、といった具合に、四囲の状況次第で同量のガソリンであっても危険性が異なってくるのは当たり前である。逆に、状況が同じであっても、そもそものガソリンの量が異なれば、やはり危険性は異なってくるであろう。

したがって、これら二つの危険性を連動させながら問題とし、それぞれについての主観が相合わさることで、**negligence** よりも質的に一段重い責任を実質的に問うことができるとする英法の思考方法は、自然なものであるともいえよう。

そうすると、我が国の結果的加重犯についても、本質的には同じことがいえてよいはずである。すなわち、基本犯等に際して、四囲の状況が基本犯の危険性に影響するのであれば、そうした状況（の要素）についての認識が、責任加重のために要請される、あるいは責任加重を場合によっては基礎づけうるといえるのではなかろうか。いずれにせよ、「危険性」を高めることに繋がりうる四囲の状況（の要素）等についての考慮が、結果的加重犯の（責任）

加重根拠と関係する可能性は十分にある。傷害致死罪であれば、例えばその（基本犯とされる）傷害行為がどのような状況で行われたのか、という点についての考慮となろう。

実際、次節で改めて確認するが、我が国における過失必要説も、予見可能性を要求するとしつつ、その実質は四囲の状況等についての（さらなる）認識を要求しているものと思われるし、過失不要説で因果関係による適正処理を図る見解も、結局は上述したような意味における四囲の状況等を重視しているものと考えられる。なお、その限りで、英法は、この点を因果関係の問題というよりは責任の問題として処理しようという趣旨であろうから、どちらかといえば、我が国でいう過失必要説に近い。

もっとも、英法がそれを単なる過失（negligence）と同視すべきではないと考えている点を看過するわけにはいかない。四囲の状況等についての主観（認識）を考慮する場合、そのような主観が基本犯の故意と相俟ったとき、もはや過失とは異質なものとして理解されるべきなのか（その場合、故意の領域の問題となるかもしれないし、あるいは、英国同様に独立の類型が問題となるかもしれない）、それとも、やはりあくまでも過失の領域にとどまるというべきなのか。かくなる問いが、我が国の刑法、特に過失必要説においても、同様に問題とされてしかるべきであろうことを、「少なくとも英国刑法は過失とは別異であると解している」という事実自体が相応の説得力をもって示唆するのである。

ここまでの検討は、判例法と評される英米法を扱っておきながら、専ら理論面の概観にとどまった。そこで、以下では、判例分析を通じて具体的事案の処理方法を明らかにするとともに、それを通じて上述の理解の実際上の当否を検証することとしたい。

## 第五款 判例分析

前款までの検討を踏まえ、本款では、①recklessness 認定に際する行為者の主観・認識の役割、②UAM の各要件と recklessness との関係、とくに UAM の各要件を通じて行為者に要求される主観・認識と recklessness との関係、以上の二点を明らかにすべく、recklessness および UAM に関する重要判例に対して検討を加えることとする。

### 第一項 Recklessness の統一傾向と UAM

Recklessness に関しては、既に述べたところではあるが、以前から、主観的 recklessness および客観的 recklessness の二種類が存在することが知られている。もっとも、英国においては、G & R 事件判決<sup>197</sup>によりその状況に変化が見られる。そこで、まずは、主観的 recklessness のリーディング・ケースたる Cunnigham 事件判決<sup>198</sup>および客観的 recklessness のリーディ

<sup>197</sup> [2003] UKHL 50; [2004] 4 All ER 765.

<sup>198</sup> [1957] 2 QB 396.

ング・ケースたる Caldwell 事件判決<sup>199</sup>の判断枠組みを概観した上で、G & R 事件判決の意義を確認したい。

Cunningham 事件の概要は、以下の通りである。

被告人 Cunningham は、当座の金銭に窮したことから、婚約者の両親宅の外壁に設置してあったガスメーターを丸ごとガス管から取り外して、メーターとその内部にあった 8 シリングを窃取した。メーターの取外しに伴って、ガス管からは相当量の石炭ガスが漏出した。当該住宅は、当初 2 軒長屋であったものを後から分離したもので、その際にセラーを 2 軒分に分けるための壁が立てられたのだが、その壁は碎石を緩くセメントで固めただけのものであったため、漏出したガスが壁の隙間からセラー内に入り込み、当時同所で就寝中であった、婚約者の母親にガス中毒を生ぜしめた。

リーズ巡回裁判所は、被告人に対し、ガスメーター及び金銭に関する窃盗罪、並びに、ガスの漏出により被害者の生命を危険にさらしたことを理由として対人犯罪法（*Offences Against the Person Act 1861*）23 条（有害物質の違法かつ悪意ある（*malicious*）管理）違反の罪の、計 2 罪につき有罪を言い渡したが、被告人は後者を不服として控訴した。

これに対する刑事控訴院（当時）判決が、所謂 Cunningham 事件判決である。その内容は以下のようにまとめることができる。

被告人の行為は違法であることに疑いはないから、争点は、対人犯罪法 23 条の文脈における「悪意ある」の意義である。この点、生じたものと同種の侵害に対する故意が実際に行為者に存在するか、または行為者がそうした侵害が生じる場合があると予見したに違いないにもかかわらず、*reckless* に行為を継続する、ということが必要であると解される。本件では、たとえ被告人には当該被害者を傷つける故意がなかったにしても、被告人は、ガスメーターの取外しが誰かを傷つける場合があることを予見し、それにもかかわらずメーターを取り外した、といえるのか否かが問われなければならないが、この点には疑いが残る。このような理由から、被告人は対人犯罪法 23 条違反に関しては無罪とされた。

Cunningham 判決で示された *recklessness* の判断基準は、①行為者には同種侵害の認識・表象（判決文中の用語を用いれば、予見）が存在すること、かつ ②それにもかかわらず行為に出たこと、といえよう。①基準で予見の対象とされるのは、当該結果自体ではなく、そこから一段拡張された、「当該結果と同種の結果」である。これを、当該結果の側から捉え直せば、当該結果に（も）至りうるというリスクを認識の対象とするということになる。そうしたリスクを認識しながら敢えてリスクある行為に出た（②基準）点に、*recklessness* という責任の本質がある<sup>200</sup>。

この Cunningham 事件判決が示した主観的 *recklessness* に動揺をもたらしたのが、Caldwell 事件判決である。

Caldwell 事件の概要は以下の通りである。

---

<sup>199</sup> [1982] AC 341.

<sup>200</sup> See also Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 177.

某宿泊施設の従業員であった被告人 Caldwell は、予めから同施設の管理人に対して不満を募らせていた。ある晩、泥酔した被告人は、その翌日早朝になって、施設へ放火することによって管理人に対する復讐を果たそうと、1階の窓を破って施設内に侵入した上、火を点けた。当時、施設内には約10名の客がいたが、幸い、火はすぐに発見され、重大な損害を生じさせる前に消し止められた。

刑事毀棄法 (Criminal Damage Act 1971) 1条2項 (器物損壊による他者の生命の危殆化) 違反の罪に問われた被告人は、酩酊状態ゆえに他者の生命の危殆化について何らの思慮も致さなかった (したがって、recklessness すら欠く) と主張した。

これに対して貴族院は、有罪の判断を下したが、その際に Diplock 卿によって呈示された判断公式による recklessnessこそ、客観的 recklessness である。

すなわち、刑事毀棄法1条2項にいう、「何らかの財産が滅失または損壊されうるか否かに関して reckless」な行為者は、①財産を滅失または損壊する明白なリスクを事実上創出する行為を行い、②当該行為時に、行為者は、そのようなリスクが存在する可能性についていかなる思慮も払わずに、または、何らかの関連するリスクが存在することを認識しつつ、それにもかかわらず行為に出る、という公式である。

この公式自体は、傍論部分で述べられたに過ぎないが、これによれば、とくに②要件の前提に従う限り、通常の行為者であれば認識可能であるような、明白なリスクを創出する行為さえあれば、原則的に recklessness が肯定されてしまう<sup>201</sup>上に、行為者の主観を考慮せずに責任を認めるものであるとして、判決の出た直後から厳しい批判の対象となった<sup>202</sup>。しかし、その後も、例えば、知的障害を有する14歳の少女が物置を焼損した Elliott 事件判決などで用いられた。もっとも、この客観的 recklessness はもっぱら毀棄罪に関してのみ適用され<sup>203</sup>、人身犯罪には主観的 recklessness が用いられるという状態が続いていた<sup>204</sup>ことから、Caldwell 事件判決以降、recklessness という同一の単語に対して二つの異なった概念が併存していたといえよう。

この二つの recklessness の併存体制に変容をもたらしたのが、G & R 事件判決である。

G & R 事件の概要は以下の通りである。

当時11歳および12歳の少年だった被告人らは、2000年8月21日から22日かけての夜、

<sup>201</sup> もっとも、この事例は自己酩酊による放火であったため、当罰性も責任も決して低くはないと見られていた点は無視し難い。Edmund-Davies 卿らの少数意見 (有罪の結論自体は支持) も、自己酩酊の抗弁をこの文脈では排斥すればよいと主張した。しかし、Diplock 卿らの多数意見は、抗弁に係る解決を避けて、そもそも自己酩酊により行為者の思慮が及んでいなくとも recklessness を肯定するという「客観化」による解決を志向した。

<sup>202</sup> See J. Smith, [1981] Crim LR p. 392; G. Williams, "Recklessness Redefined" [1981] 40 CLJ p. 252.

<sup>203</sup> Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., pp. 143. See also Ormerod, op. cit., pp. 124-125.

<sup>204</sup> 例えば、Morgan 事件判決 ([1976] AC 182)、Spratt 事件判決 ([1990] 1 WLR 1073)、Parmenter 事件判決 ([1991] 94 Cr App R 193) 等を挙げることができる。この結果、むしろ財産法益の方が生命・身体法益よりも手厚い刑法的保護を受けるという、一種の逆転現象が生じていた。

親たちの許可なくキャンプしていた折、生協の店舗のバックヤードで新聞の束を発見した。やがて被告人らは、持っていたライターでその新聞の一部に火を点け、そのまま、プラスチック製の大型ゴミ箱と地面との間に投げ込んだ。その際、被告人らは、コンクリートの地面の上で新聞紙は燃え尽きるだろうと思っていたのだが、実際には、火は、当該ゴミ箱と店舗との間に置いてあった同型のゴミ箱に燃え移り、さらにそこからゴミ箱の上に張り出していた店舗の軒天を経て屋根まで転々延焼し、最終的には約 100 万ポンドの損害を生ぜしめた。

控訴院刑事部は、客観的 *recklessness* に従い、有罪を言い渡したが、これに対する被告人らによる上告を受けて、貴族院は以下のように判断した（とくに *Bingham of Cornhill* 卿の意見が詳細である）。

本件で、客観的 *recklessness* を適用することは、(1) 責任なければ刑罰なしの責任原理に反する恐れがあること、(2) 被告人らの年齢も考慮すれば過酷に過ぎること、(3) 客観的 *recklessness* 自体に学説・裁判官・実務家のいずれからも批判の多いこと、(4) そもそも刑事毀棄法の解釈に法令解釈上の誤りがあったと考えられること、以上の四点ゆえに不適切であり、また、自己酩酊事案であった *Caldwell* 事件とは事案を異にすると考えられる。したがって、*Caldwell* 事件判決で示された客観的 *recklessness* を完全に放棄することは意図しないが、本件において、刑事毀棄法 1 条の意味における *recklessness* の適切な (*appropriate*) な判定は、①行為者が、そのリスクが存在し、または存在するだろうと認識しているところの状況や、②行為者が、そのリスクが存在し、または存在するだろうと認識している結果、に関して行われ、かつ、そのリスクを取ることが、彼に認識された状況において不合理である場合、ということになる。したがって、被告人らの有罪判決は破棄されなければならない。

この *G & R* 事件判決の意義は大きく三つあるように思われる。第一に、客観的 *recklessness* を放棄しないとしながらも、行為者の認識という要素を加えた修正を施したことで、その限りで事実上、二つの *recklessness* が主観的 *recklessness* へと再統一されたこと、第二に、結果に関するリスクであれ、状況に関するリスクであれ、それらを受けた上での「行為者に認識された状況における冒険 (*risk taking*)」の不合理性という表現から明らかなように、いずれにせよ *recklessness* 判断の際に問題となる行為者の認識は、状況に対するそれであって、結果そのものの認識ではないということ、第三に、しかしながら、これはあくまで毀棄結果を発生させた行為者の認識という文脈におけるものである以上、ここで想定されている、状況としてのリスクもまた、毀棄結果と全く無関係たりえないこと、すなわち、その限りで主観的 *recklessness* 判断の際に検討される「同種侵害の予見」と同じものであると言えること、以上の三つである。

こうしたことから、もはや客観的 *recklessness* は主観的 *recklessness* に解消された<sup>205</sup>という見方さえある。そして、殊 *UAM* との関係で着目すべきは、①人身犯罪で用いられてきたのは、一貫して主観的 *recklessness* であったこと、② *G & R* 事件判決も併せて考えれば、

<sup>205</sup> *Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, op. cit., pp. 143.*

recklessness 判断の際に問題となるリスクは、いずれにしても、結果に関連を有しつつも周囲の状況として考慮されること、③行為者によるそうしたリスクの認識(=四囲の状況の認識)は、当該結果自体の予見とは区別されること、そして④G&R 事件判決により「修正された」客観的 recklessness にせよ、主観的 recklessness にせよ、そうしたリスクを認識しながら敢えて行為に出る、「冒険(の意思)」にこそ、非難の本質があると考えられること、以上の4点である。

UAM が、事実上 recklessness による故殺であると考えられるという学説理論的な考察が正しいとすれば、判例理論上も、UAM の各要件を通して、状況としてのリスクの存在、行為者におけるそうしたリスクの認識(=状況認識)、そうした認識にもかかわらず敢えて行為に出るといふ冒険の意思、という、(主観的) recklessness を構成する要素が総合的に満たされているはずである。さもないとすれば、UAM が事実上 recklessness による故殺であるという前提から問い直す必要が生じよう。そこで、次項では、UAM の各要件の意義を、それに係る重要判例の検討を通して、明らかにし、recklessness との関係を検証したい。

## 第二項 判例にみる UAM の成立要件の意義と recklessness

ここで、今一度 UAM の各要件を確認しておきたい。UAM は何らかの違法行為(unlawful act)を行った行為者が思わぬ死亡結果を発生させてしまった場合に係る故殺罪の一種であるが、その要件は、①当該行為が unlawful であること、②その unlawful な行為が危険(dangerous)であること、③その違法行為が死亡結果を惹起したこと、すなわち因果関係のあること、以上の三点をその要件とする<sup>206</sup>。このうち、責任、とりわけ本節が着目する recklessness との関係で重要なのは、①unlawful 要件と②dangerous 要件である。Recklessness の有無という責任に係る問題自体は、因果関係の存否という問題とはまた別個のものであると考えられるからである。したがって、以下、unlawful 要件、dangerous 要件の順にまずは検討を加える。

### 第一目 Unlawful 要件

Unlawful 要件に関しては、判例上、(1) 当該行為が少なくとも刑法上違法であること、(2) 当該行為の actus reus および mens rea が全て揃っていること、(3) 当該行為は作為であること、(4) 当該行為は必ずしも被害者あるいは誰かに向けられていなくともよいこと、をその下位基準とするとされる<sup>207</sup>。

この内、(1) は、Franklin 事件(被告人(UAM で最終的に有罪)は、栈橋を歩行中、海中

<sup>206</sup> Ashworth & Horder, op. cit., p. 286.

<sup>207</sup> Ashworth & Horder, op. cit., pp. 281-282; Ormerod, op. cit., pp. 544-547; Herring, op. cit., p. 270.

へ「ちょうどよい大きさ」の箱を投じたところ、この箱が遊泳中の被害者に命中し、被害者が死亡した) 判決<sup>208</sup>中で、民事上の不法では UAM の成立にとって不足であるという文脈で示され、現在では、さらに、精神的侵害を除く実際上の身体的侵害 (actual bodily harm) を惹起しうるものであることが必要であると理解されている<sup>209</sup>。また、(3) に関しては、ネグレクトによる子供の死亡につき UAM 成立が否定された Lowe 事件控訴院判決<sup>210</sup>で示された要件であるが、むしろ不作為犯論一般に係る問題であるからここでは敢えて立ち入らない。もっとも、不作為であったとしても、reckless manslaughter の成立可能性は否定されず、それゆえにこそ、その余の条件に関しては実質的に異なるところのない UAM もまた、事実上 recklessness による故殺と考える<sup>211</sup>という点では、本項との関係で一定の意義を有するだろう。

(2) に関しては、とくに Lamb 事件判決<sup>212</sup>が挙げられる。二人の若者が回転式拳銃で遊んでいたところ、その内の一人 (被告人) が、もう一人 (被害者) に対して冗談のつもりで拳銃を向けた (認定によれば、被害者も冗談だと理解していた)。当該拳銃のシリンダーには既に 2 発分の薬莖が込められていたが、いずれの薬莖も銃身とは相対していなかった。それゆえに、被告人は、そのまま引き金を引いても弾が発射されることはないだろうと誤信し (なお、この誤信自体は、証人として呼ばれた専門家らによると、拳銃のメカニズムに通じていない者には無理からぬことであった)、実際に引き金を引いたところ、シリンダーが回転して弾が発射され、結果、被害者を死亡させるに至った。このような事実関係の下、被告人は UAM に問われたが、控訴院は、被告人にはいかなる侵害をも惹起する故意はなく、それゆえにいかなる暴行 (assault) も存在しないとの理由から (重過失故殺の成立可能性は残しつつ<sup>213</sup>も)、中央刑事裁判所による UAM に係る有罪判決を破棄した。

この控訴院判決により、UAM における unlawful な行為は、専ら故意によるものでなければならず、recklessness では不足であるとされるようになった。もっとも、当該拳銃に薬莖が装填されていること自体は、被告人自身も正しく認識していたことに疑いはないことから、暴行の文脈における recklessness との関係でいえば、リスクの認識は全くないともいえないように思われる<sup>214</sup> (ただし、G & R 事件におけるのと同様に、それがリスクたりうるといふ認識さえ欠いていた可能性も残る)。しかし、仮にそうしたリスクの認識が認められ、その認識に基づく reckless な暴行の成立がありうるとしても、故意がなければ UAM におけ

<sup>208</sup> (1883) 15 Cox CC 163.

<sup>209</sup> See also [2006] EWCA Crim 17.

<sup>210</sup> [1973] QB 702.

<sup>211</sup> Ormerod, *op. cit.*, p. 560; See Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 421; Stark, *op. cit.*, pp. 768-769.

<sup>212</sup> [1967] 2 QB 981.

<sup>213</sup> この点、前節第二款に見た食塩事件判決のようにドイツの裁判所はある結果について結果的加重犯を否定した場合に当該結果についての過失犯の成立をも否定することとは、対照的である。

<sup>214</sup> また、たしかに、そもそも装填済みの拳銃を他者に向けるべきではなかったと言える限りで、重過失の可能性も排除されないだろう。

る **unlawful** な行為には該当しないとされた以上、UAM の成立もまた、有り得ない。

これはまさに、最終的な死亡結果との関係において、行為者にはある種の「冒険の意思」が欠けているからではなかろうか。すなわち、UAM の成立には、死亡結果との関係において、(死亡結果を志向するわけではないとはいえ) 敢えて **unlawful** な行為に出るとい、一種の積極的な意図が必要と解され、それゆえに (**recklessness** ではそうした意味での積極性が足らず)、具体的には **unlawful** な行為に関して故意があることをもって、その積極性を見出そうということではなかろうか。その限りで、Lamb 事件判決は、敢えてリスクを取るとい意味において「冒険の意思」が行為者にあることを要求する **recklessness** の判断公式と軌を一にするように思われる。

最後に残された **unlawful** 要件の下位基準、すなわち、(4) 当該行為は必ずしも被害者あるいは誰かに向けられていなくともよいこと、に関しては、まず、Larkin 事件判決<sup>215</sup>が挙げられよう。

この事件は、被告人 Larkin が、自身の愛人の間男を脅す意図で、室内で剃刀を振り回したところ、酔っぱらっていた愛人がつまずいて被告人の剃刀にぶつかり、その喉が掻き切られたことで死亡したというもので、被告人は UAM に問われた。被告人は、剃刀を向けた相手は愛人の間男であって、愛人ではないことを理由に争ったが、刑事控訴院は、剃刀を振り回して誰かを脅すという行為自体で **unlawful** 要件は満たされると解して UAM の成立を認めた。この判決のもう一つ重要な点は、この判決において初めて、後述する **dangerous** 要件が明示された<sup>216</sup>ことである。すなわち、行為が直接被害者に向けられている必要はないものの、しかしその行為は危険でなければならない、というのが Larkin 事件判決の結論である。

行為が直接被害者に向けられている必要がないという結論は、その後も、例えば Mitchell 事件 (混雑した郵便局の列に割りこみを図った被告人が、それを咎めた男性と口論となり、その男性を叩いたところ、男性はその後ろにいた 89 歳の老女の上に倒れかかり、また、老女は床に倒れ込んだ際、大腿骨を骨折し、それがもとで死亡した) 判決<sup>217</sup>にも受け継がれており、しかもこの Mitchell 事件でも当該行為が **dangerous** 要件を満たすか否かが **unlawful** 要件に加えて別途考慮されているという点は無視し難い。

さらに進んで、行為が被害者に限らず、そもそも誰かに向けられている必要すらないと示したのが、Goodfellow 事件判決<sup>218</sup>である。

この事件の被告人 Goodfellow は、公営住宅の入居者である。被告人は、隣人トラブルゆえに転居を希望していたものの、家賃の滞納ゆえにそれは叶わなかった。そこで、被告人は、隣家から火炎瓶が投げ込まれたように見せかけ、自宅を焼損し、住宅当局から新居の提供を受けることで転居を実現しようと考え、自宅にガソリンを撒き、火を点けた。その際、被告人は、家の中の家族らは火に気づいてすぐに逃げ出せると考えていたが、実際には被告人の

---

<sup>215</sup> (1944) 29 Cr App R 18.

<sup>216</sup> Law Commission, “Involuntary Manslaughter” CP No. 135 (1994), p. 19.

<sup>217</sup> [1983] QB 741.

<sup>218</sup> (1986) 83 Cr App R 23.



想像以上に火の回りが早く、中にいた被告人の妻ら3人が火傷または窒息により死亡した、というものである。かかる事実関係の下、控訴院は、「新規かつ干渉的な要因が行為と結果の間に存在しない限り、被告人の **unlawful** な行為は必ずしも被害者に向けられている必要はない」ことを理由として、行為が被害者でも第三者でもなく、住宅という物に向けられていた本件でも、UAMの成立を認めた。当然、この事件においても、**dangerous** 要件は別途考慮されている。

また、行為が被害者へ直接向けられている必要のないことと平仄を合わせているように思われるのが、**Newbury** 事件判決<sup>219</sup>である。

この事件は、15歳の少年2人が、跨線橋の上から石畳の敷石を接近中の列車めがけて投下したところ、敷石が列車の窓を突き破って中に座っていた車掌に当たり、車掌が死亡したものである。少年らは、「行為者が酒や薬物の影響されていない場合、行為者がその行為が誰かに対する侵害を惹起する場合があると予見していなかったとき、行為者が故殺罪で有罪とされるのは正当たりうるのか」という点について争った。

この点に関しては、**Denning** 卿が、すでに（民事の）**Gray v Barr** 事件（不倫をめぐるトラブルから、**Gray** 氏が銃を持ち出し、隣人の **Barr** 氏と取っ組み合いになった末、はずみで **Barr** 氏が **Gray** 氏を死に致した。そこで、**Gray** 夫人が **Barr** 氏に賠償を求め、他方、**Barr** 氏はそれに伴い損害保険会社に保険金を請求したところ、保険会社に、暴力犯罪（**crime of violence**）による損害であることを理由として支払いを拒否されたため、刑事裁判で無罪となったことを理由として、保険金の支払いを求めた。）判決<sup>220</sup>において、「**unlawful** な行為は、誰かを脅すまたは侵害する意図、あるいは脅すまたは侵害するに違いないという認識を伴った、危険な行為である必要がある」という趣旨の意見を述べ、UAMの文脈における **unlawful** な行為には、行為者において誰かを侵害する意図が必要であるという見解を示していた。

しかし、**Newbury** 事件判決において貴族院はこの見解を採用せず、(a) 被告人は、**unlawful** かつ **dangerous** な行為を故意に行い、かつその行為から期せずして死亡結果が生じたことが証明されれば故殺罪で有罪となり、(b) 被告人が、その行為が **unlawful** かつ **dangerous** であると認識していることを証明する必要はなく、また、必要なのは、一定の状況における、指定された類型または性質（**designated type or nature**）の **unlawful** な行為の故意的遂行である、として少年らに対する有罪判決を支持した。

少年らが「石を落して走行中の列車に当てること」を認識していたこと自体は、疑いようもなく、それゆえ、行為の性質あるいは行為のリスク自体を全く認識していないとは考え難い。したがって、いわば「結果の予見可能性」に当たるものまでが、ここで不要とされたと解するのは拙速であろう。むしろ、ここでは不要とされたのは、具体的な結果それ自体、さもなくば具体的な中間結果（＝誰かに対する傷害等の侵害）の認識であろう。前者が必要とされるのは、むしろ謀殺（＝故意殺人）の対象となるべき事案である。また、後者に関して

---

<sup>219</sup> [1977] AC 500.

<sup>220</sup> [1971] 2 QB 554.

も、ここで問題とされる **unlawful** な行為は、あくまでも **UAM** という故殺罪の行為（の基礎）として捉えられているという点を看過してはならないだろう。中間結果が何であれ、故殺罪の行為である以上、重要なのは最終的な死亡結果との関係であるから、当該行為者の認識や責任についても、重要なのは中間結果に対するそれというよりは、むしろ最終結果たる死亡結果に係るそれに他ならない。したがって、**UAM** という文脈を外した、純粋な **unlawful** な行為の結果それ自体、およびそれに対する認識を過度に重視することは妥当ではない。**Newbury** 事件判決の意義は、まさにこの点にあるものと思われる。

以上の諸判例の検討からすると、(4) 当該行為は必ずしも被害者あるいは誰かに向けられていなくともよいこと、の意義は、裏を返せば、「一定の状況において一定の危険性を有した行為を、最終的な死亡結果との関係で問題とする」ということにあると言えよう。もっとも、いずれの事案においても、行為者が意図しない客体に死亡結果が生じている、ともいいうることから、これは、客体の錯誤や方法の錯誤に対する、英法なりの「対策」という可能性もあるかもしれない。しかし、他方で、いずれの事案の行為者も、行為時に、自分の行為の影響が及びうる程度に近接した空間内に被害者が存在していること自体は、重視していなかっただけで認識していなかったわけではない。**Larkin** 事件の行為者は、同室内に被害者がいることを分かっているながら剃刀を振り回し続け、**Mitchell** 事件の行為者は混雑した郵便局の列で前後に人が並んでいることを分かっているながら諍いを起こし、**Goodfellow** 事件の行為者は住宅内に家族がいることを分かっているながら火を点け、**Newbury** 事件の行為者は列車が動いている以上、中に人がいることは分かっているながら石を落したのである。そうした状況の認識があるにもかかわらず、あえて **unlawful** な行為に出ている以上、そこに被害者を巻き込むことに関する未必的な認容を事実上見出しているとも考えうる。

錯誤論の一解決方法なのか、それとも一定の状況の未必的認容を見ているのか、あるいはそのいずれでもないのかは判然としない。前者であれば、**recklessness** との関係はほとんどないが、後者であれば、一定の状況における（最終）結果発生リスクおよびその認識という意味において、**recklessness** とも関連を有する。いずれでもないとすれば、行為者の当初の意図や中間結果は別要件、具体的には **dangerous** 要件で考慮すれば足りるということなのかもしれない。そして、いずれにしても、英法は、行為者の当初の意図や中間結果については、行為者において殺意がなかったことを確認する以上に重視することはせず、**UAM** の成立範囲の限定に当たっては、むしろ次節に見る **dangerous** 要件に委ねている<sup>221</sup>ものと考えられることからすると、私見によれば、この第4の下位基準は **unlawful** 要件の限界を示していると考えるのが筋ではないかと思われる。

結局、**unlawful** 要件と **recklessness** に関して確かなのは、この要件において「冒険の意思」を見出している、というただその一点のみであろう。

---

<sup>221</sup> See Law Commission, *op. cit.*, p. 15.

## 第二目 Dangerous 要件

Dangerous 要件に関しては、unlawful 要件との限界・区別・混同が問題とされることがある<sup>222</sup>。たしかに、unlawful 要件と dangerous 要件を、総合考慮するようなことがあれば、両要件を分けた意義は失われてしまうだろう。それは、場合によっては UAM の成立範囲の無限定な拡大に繋がりうるのかもしれない<sup>223</sup>。しかし、上述した Larkin 事件判決における登場の経緯からも明らかなように、この dangerous 要件の背景には、UAM という文脈をいったん離れて考察したとき、unlawful な行為の全てが UAM の行為として十分である、とまではいえない、という問題意識が存在する点は無視しえない。すなわち、ある行為を UAM という文脈に置くことができるか、という観点から言えば、unlawful 要件は必要条件に過ぎず、dangerous 要件という十分条件を満たしてこそ、初めてそこで問題とされる unlawful な行為が UAM という文脈で語られうるということに他ならない。したがって、unlawful 要件と dangerous 要件は、たしかに相異なるものではあるが、しかし、完全に相互独立の関係というよりは、むしろ UAM の実行行為性を満たしうるかという観点において当初から共依存関係にあるといってもよからう<sup>224</sup>。こうした点に留意しつつ、まずは Larkin 事件判決以降の dangerous 要件の展開を確認したい。

Larkin 事件判決において、UAM における unlawful な行為は、「同時に、危険な (dangerous) 行為、すなわち、他者を傷つけそうな (likely to injure another person) 行為」でなければならぬとされた。ここにいう「危険」の判断が、主観的になされるべきか、客観的になされるべきかについて明らかにしたのが、Church 事件判決<sup>225</sup>である。

この事件の概要は以下の通りであるが、我が国であれば、事前の故意、「遅すぎた構成要件の実現」が問題となる事例であろうと思われる。

被告人 Church は、自己の所有する自動車内で性交渉に及んだが、被害者を満足させることができず、なじられた末、ついに喧嘩となった。その際、被告人は被害者の顔を殴打したところ、被害者は意識を失い、ただ喘ぐだけとなってしまった。被告人は、約 30 分間、被害者を覚まそうと体を揺すったりしたが、ついに目覚めることはなかったため、被害者が死亡したと考え、川へ被害者を投じた。しかし、医学的証拠によれば、被害者の死因は溺死であった。

控訴院は、単に unlawful な行為であるというだけでは故殺罪は成立しないと断った上で、「unlawful な行為は、全ての明晰かつ合理的な一般人 (sober and reasonable people) が、それがたとえ重大な侵害でなくとも (albeit not serious harm)、他者を少なくともその行為に起因する侵害のリスクにさらすに違いない行為である、と不可避免的に認識するであろう行為で

<sup>222</sup> See Law Commission, op. cit., p. 18.

<sup>223</sup> See Law Commission, op. cit., p. 18.

<sup>224</sup> ただし、これはあくまで日本法的表現であって、英法自身が「実行行為」という概念や用語を用いるわけではない。

<sup>225</sup> [1966] 1 QB 59.

ある必要があり、したがって、川に被害者を投じた時に被害者が生きていたかは、危険判断にとって関係がない、として本件の行為者に UAM の成立を認めた。

本件における UAM の肯定、またその理論構成には批判も少なくない<sup>226</sup>が、しかしながら、Church 事件判決が示した「明晰かつ合理的な一般人」を基準とした客観的危険判断の公式それ自体は、その後も、先に見た Newbury 事件判決をはじめ、現在まで受け継がれている<sup>227</sup>。したがって、この判断公式が、決して「遅すぎた構成要件の実現」事例固有の解決方法でないことは明らかである。また、「重大な侵害」のリスクでなくともよいとされたとはいえ、上述の通り、unlawful 要件の段階で少なくとも実際上の身体的侵害を生じうるものであることが要請されている以上、少なくとも身体に対する侵害とは全く無関係なものは始めから排除されるはずである。もっとも、そうした行為と死亡結果との間の因果関係が認められる場合、少なくとも純客観的な危険性は因果関係判断を通して確認されうる、またそれで足りるとも考えられる<sup>228</sup>ことから、dangerous 要件の判断において専ら客観的判断にのみ依拠するとなると、一方において行為者の主観を致死結果との関係においてはほぼ確認しないまま UAM を成立させることにつながりかねず、責任主義上の疑念が残り、また他方において因果関係判断との重複という思考不経済が予想される。

そのためであろうか、その後の判例は、危険判断自体は客観的になされるという枠組みを形式的には維持しつつ、そこで問題とされる「明晰かつ合理的な一般人」に行為者自身の主観・認識を組み込むことで、UAM の成立範囲の限定を図ってきた<sup>229</sup>。

例えば、Dawson 事件（被告人ら 3 名が棍棒やレプリカの銃を携えて強盗目的でガソリンスタンドに押し入ったところ、被告人らは関知しなかったが心臓病を抱えていた 60 歳の従業員（被害者）が、被告人らの押し入り行為に驚いたことによる心理的ショックが引き金となって、心筋梗塞により死亡した）判決<sup>230</sup>において、控訴院は、驚愕に端を発するショックによる負傷は故殺罪の文脈における侵害に当たるとしながらも、「（「明晰で合理的な一般人」は、）強盗を試みる者と同じ認識を有し、それ以上は有さない」として、被告人らが被害者の心臓病を知らなかったことを理由に dangerous 要件を否定し、UAM の成立も否定した。

また、Watson 事件（被告人らは、重い心臓病を抱えた 87 歳の独居男性の自宅に侵入窃盗（burglary）を試みたが、家の中に侵入した際、目を覚ました男性と鉢合わせため、男性を罵倒してから退散した。男性は最初の侵入行為から 90 分の内に死亡した。）判決<sup>231</sup>においても、控訴院は、敷居か窓枠に足を掛けた時点から行為を遂行する間に行為者が気付いたに違いない被害者のおよその年齢や脆弱性といった状況を認識している「明晰かつ合理的な」

<sup>226</sup> See Ormerod, *op. cit.*, p. 548; Simester, Spencer, Sullivan & Virgo, *op. cit.*, p. 411.

<sup>227</sup> Newbury 事件判決のほかにも、先述した Goodfellow 事件判決や、[1991] 3 WLR 653; [2006] EWCA Crim 17; [2012] EWCA Crim 2293; [2013] EWCA Crim 1540; [2015] 2 Cr App R 5 などが挙げられる。

<sup>228</sup> See also Law Commission, *op. cit.*, pp. 21-26.

<sup>229</sup> Ashworth & Horder, *op. cit.*, p. 288.

<sup>230</sup> (1985) 81 Cr App R 150.

<sup>231</sup> [1989] 1 WLR 684.

観察者の視点から **dangerous** 要件を判断し、これを肯定した（ただし、因果関係が認められなかったため、被告人らは UAM に関しては無罪とされた）。

しかし、被告人の主観の全てが無条件に「明晰かつ合理的な一般人」に組み込まれるわけではないことを明らかにしたのが、**Ball** 事件判決<sup>232</sup>である。被告人は、隣人（被害者）とのトラブルの末、二人の若い男を引き連れた被害者に問い詰められるに至ったが、被告人は聴覚と発声に障害を抱えていたため、態度で応酬し、ついに銃を持ち出し、使用済みと未使用のカートリッジが混ぜて入れてあったポケットから、その内の一つを取り出し、銃に込め、引き金を引いたところ、未使用のカートリッジであったため、被害者を死亡させるに至ったという事案で、被告人は、被告人が連れてきた二人の若者により脅されていたため、カートリッジを取った際に重さの違いに気付かず、空のカートリッジであると信じ込んでいた点を、被告人自身の不注意によりもたらされたものであっても、「明晰で合理的な一般人」に組み込むべきであると主張した。しかし、控訴院は、**dangerous** 要件の判断は被告人自身による（「危険ではない」等の）評価（**appreciation**）ではなく、「明晰かつ合理的な一般人」に拠るべきであるとして、被告人の主張を斥け、UAM の成立を肯定した。すなわち、「明晰かつ合理的な一般人」であれば、間違わずに「危険である」と結論づけるであろうからには、**dangerous** 要件は満たされるのである<sup>233</sup>。

「明晰かつ合理的な一般人」を基準としつつ、その一般人に行為者の認識や特別な知識を組み込むが、他方で行為者自身による主観的な評価は排斥する、というのが現在の **dangerous** 要件の姿といえよう。しかし、このような意味での **dangerous** 要件は、**Church** 事件判決当時における **dangerous** 要件と比較したとき、無視しえない性質の変化を遂げているように思われる。すなわち、**Church** 事件判決における **dangerous** 要件は、まさに、客観的な危険状況（あるいはリスク）の存否を判断するものであり、取りも直さずそれは **unlawful** な行為が UAM の文脈における実行行為性を備えているかを判断するものであった。危険の有無 = **danger** の有無であった。ところが、そこに行為者自身の認識等を取り込んだ結果、その認識等次第では、客観的には危険性・危険状況・リスクが存在し、かつ裁判所もそれらの存在を認定までしているにもかかわらず、**dangerous** 要件を満たさない、つまり、客観的に危険だが「**dangerous**」ではないという、一見奇妙な結論さえ導かれうるようになった。最早 **danger** の有無という問いは、（**unlawful** な）行為の性質そのもの（＝客観的危険性の有無）を問うもの（というだけ）ではなく、むしろ、（主として）行為者の主観が周囲の状況等に及んでいるのか否かを問うもの、すなわち、責任の有無を問うものへと変容を遂げたと考えざるを得ない。

そう考えたとき、現在の **dangerous** 要件は、**recklessness** の有無を判断する際に問題となった「状況としてのリスクの存在」と「行為者におけるリスクの認識」を問うものに他ならない。これに、**unlawful** 要件において「冒険の意思」の考慮がなされていると解される点を併せ鑑みれば、現在の判例理論における UAM は、まさに行為者において **recklessness** が存在

---

<sup>232</sup> [1989] Crim LR p. 730.

<sup>233</sup> Law Commission, *op. cit.*, p. 21.

することが事実上必要であると解している、ということができよう。したがって、単に学説上のみならず、判例理論上もまた、UAMにおける責任は、事実上 *recklessness* である、ということが明らかになった。

## 第六款 小括

本節を通じて明らかになったのは、以下の二点である。

第一に、*recklessness* という責任の本質は、リスクを認識しながら敢えて行為に出るという意味における「冒険」に対する非難であり、したがって、状況としてのリスクの存在、行為者におけるそうしたリスクの認識、そして、それにもかかわらず行為に出る「冒険の意思」が必要と解される。G & R 事件判決に鑑みれば、ここにいうリスクは四囲の状況の構成要素であるから、そこで問題となるのは当然「存否」であり、また、それに対応して、行為者における認識も「有無」が問題となるといえよう<sup>234</sup>。

第二に、*dangerous* 要件によって、「状況としてのリスクの存在」および「行為者の認識」を、また *unlawful* 要件によって「冒険の意思」を、それぞれ考慮するというかたちで、UAM は *recklessness* をその責任として取り込んでいるといえる。我が国の結果的加重犯になぞらえるならば、結果的加重犯を構成する行為は、ただ基本犯に該当するだけでなく、重大結果との関係で一定の危険性がある行為でなければならない。そして、そうした重大結果との関係で一定の危険性を孕んだ行為を、一定のリスクある状況下で、そのリスクを認識しながら敢えて実行に移して結果を発生させた点を非難するのが、結果的加重犯の責任である、そして、その敢えて実行に移す「冒険の意思」は、(そうした状況下における) 基本犯の故意ということになる、と表現できよう。

リスクの認識の有無を問題とする以上、やはり英法の UAM への態度は、我が国の結果的加重犯論との比較でいえば、過失必要説的であるといえよう。ただし、我が国の過失必要説が、「予見可能性」という用語の下、結果発生「確度」乃至「程度」を問題としているのであれば、英法は些か立場を異にすると考えられる。英法の論理に従う限り、この場面では認識の「有無」は問い得ても、認識の「程度」は問い得ないからである。また、我が国の過失必要説における、基本犯の故意と重大結果に対する過失(予見可能性)との関係は必ずしも理論的に明らかではないが、英法においては、それが事実上 *recklessness* として有機的に統合されている点は注目に値するように思われる。

他方、英法が「冒険の意思」を重視する点に関しては、過失不要説とも親和的であるともいえよう。結果的加重犯は、まさにその行為に関する限り、重大結果に対する故意こそないとはいえ、意図的であることには違いない。そして、過失を不要と解する以上、結果的加重

---

<sup>234</sup> See Ashworth & Horder, *op. cit.*, pp. 176-177; Ormerod, *op. cit.*, p. 120. See also Alexander, *op. cit.*, pp. 227-230.

犯の重い責任は、まさにその「意図性」、つまるところ「敢えてやった」という点以外には求めえないはずであろう。しかし、英法は「敢えてやった」というためには「分かっているが」という形容が必要であると考え、そのために行為状況やリスクに関する検証を自覚的に行っている、という点を看過してはならない。すなわち、「過失」を不要と解して「意図性」に結果的加重犯の重さの根拠を求めたところで、なおそれだけでは不足であるということ、英法は示唆しているように思われる。

以上のように考えると、やはり、日本法においても、一定のリスクの存在、あるいはその認識が、基本犯の故意にどのような影響を及ぼすか、あるいは及ぼしうるのか、という点について考察する必要があると考えられる。

### 第三節 我が国における学説

結果的加重犯をめぐる我が国の学説は、本稿でも度々言及したところではあるが、重大結果に対する過失の要否が最大の争点であると目されている。しかし、独英（特にドイツ）の判例・学説の状況を見ても明らかな通り、過失の要否はあくまでも数ある争点の一つに過ぎない。すなわち、結果的加重犯をめぐることは、少なく見積もっても①危険性説（的な発想）を結果的加重犯固有のものとして積極的に採用するか否か、②直接性その他の限定原理が通常の因果的限定の他に必要か否か、③（②と表裏の関係ではあるが）通常の因果的限定に結果的加重犯成立範囲の適切な限定という機能を認め得るか否か、④行為者の主観的事情を過失として扱うか否か、といった種々の争点が相互に関連しながらも個別に存在している。その中で、過失の要否をめぐる争いは、争点④のさらにそのまた一部に過ぎない。

とはいえ、「過失の要否」が最も先鋭に争われてきた、という伝統的・歴史的事実も無視し難い。そこで、本節でも、複雑相互に絡み合う種々の争点が厳然と背後に存在することを念頭に置きつつも、論証の便宜上、各論者の見解を伝統的分類であるところの「過失不要説」及び「過失必要説」とに分けたうえで、それぞれについて検討を加えることとしたい。

#### 第一款 過失不要説

過失不要説は、現在少数ながら有力に主張されている。その主張内容は、結果的加重犯という犯罪それ自体は責任原理に背反している（より正確には、背反しているかもしれないが、他の要件と合わせてその背反性は回避される）と見るのか、或いは必ずしも背反するものともまでは言えないと見るのか、という点と連関して、まずは以下の二つに大別される。その第一は、結果的加重犯は結局のところ結果責任そのものであって、基本犯が故意で実行されたからこそ刑が加重されているのであり、それ以上でもそれ以下でもないとするもの、その第

二は、基本行為が元来有していた危険性と現実化した結果との関係に力点を置き、当該基本行為の故意を問うだけで責任原理上も一応は十分であるとするものである。

第一の見解は「伝統的」過失不要説と言表しうる<sup>235</sup>見解であり、特に香川達夫と莊子邦雄が比較的詳細に検討を加えているので、以下では両名の見解を個別に考察する。

まず、香川は、結果的加重犯を「基本犯を通じて行為者の予見しえない重い結果について刑が加重される犯罪」<sup>236</sup>と定義し、責任は不要である、と明言する<sup>237</sup>。そのうえで、基本犯は故意犯に、重大結果は基本犯の実行行為から生じたものに限定しなければならず、しかも両者は因果関係の範囲内に存在する必要がある<sup>238</sup>、とする。香川は、因果関係について、明確な判断基準を示せているわけではないことを留保しつつ「行為者がとくに認識した事情」が存在しないときは「一般人のしりえた事情」のみでの判断で足りるとする折衷的相当因果関係説を消去法的ではあるものの採用<sup>239</sup>することから、判例よりも結果的加重犯の成立範囲は限定的で、「被害者側に特殊事情があったばあい」と「被害者側の予想外の行為」とを例に挙げ、これらの事案は相当性を欠く、と結論づけている<sup>240</sup>。

香川は、諸説を批判的に検討することで（因果関係における自説の定立と類似する方法により）消去法的ではあるが結論を得る。まず、結果的加重犯を故意・過失の複合形態として理解する見解には二つの難点が存在する、という。第一に、とにかく現に発生した重大結果との関連で過失さえあれば足りる、と解しうることから、基本犯行為との間に相当因果関係を欠くような致死傷の結果にまで結果的加重犯概念が拡張されうるし、現に拡張されている、という点<sup>241</sup>を指摘する。そして第二には、基本犯（故意犯）と重大結果に係る過失犯とが、それぞれ独自性を喪失せずに存在するから、加重された刑の基礎をよく説明しえない、つまり故意犯と過失犯の刑の総計を超過する理由を説明できない点<sup>242</sup>を問題視する。次いで、一罪とする理解の難点として、重大結果を客観的処罰条件として、成立条件や課題をすべて基本犯そのものに依存させるか、逆に危険性説に従って基本犯の警告的機能なり危険性なりを強調せざるをえない点<sup>243</sup>を挙げた末、加重論拠としては採り得ないが制限根拠としては（危険性がおよそ無い行為は除外できるという意味で）利用できるとして危険性説を採用する<sup>244</sup>。

もっとも、加重根拠との関係においては、結果的加重犯は故意で惹起されたがゆえに刑が

---

<sup>235</sup> 例えば、泉二新熊『刑法大要』（有斐閣、第37版、1939年）165頁、永井勘太郎『詳解刑法総論』（有斐閣、1956年）184頁など。

<sup>236</sup> 香川・前掲註（1）26頁。

<sup>237</sup> 香川・前掲註（1）26頁参照。

<sup>238</sup> 香川・前掲註（1）62頁。

<sup>239</sup> 香川達夫『刑法講義〔総論〕』（成文堂、第3版、1995年）147頁。

<sup>240</sup> 香川・前掲註（239）149頁。

<sup>241</sup> 香川・前掲註（1）68頁。

<sup>242</sup> 香川・前掲註（1）71頁。

<sup>243</sup> 香川・前掲註（1）97頁。

<sup>244</sup> 香川・前掲註（1）98、100頁参照。



加重されているのであって、「なにかそこに特別な法理がなければならぬとみること自身に誤りがあるといわなければならない」<sup>245</sup>と結論付けており、危険性説の独自性自体については否定的である。

次に、莊子は、結果的加重犯においては一定の故意にもとづく犯罪行為と行為者の予期しない重大結果との連関が特に問題となる、と考える。そのうえで、因果関係については、折衷的相当因果関係説に立つことを明示し、責任については、「およそ故意ありとなすためには、行為者が犯罪構成事実を表象することはその必須条件として欠くことができない。従って、結果犯を論ずるに際しては、とりわけ、具体的事態の下における行為じたいの認識と共に行為の結果に対する予見を故意の本質的要素として据えなければならない」<sup>246</sup>が、結果的加重犯においては、基本的構成要件に故意が存在するかぎり行為者は重大結果に対して全部責任を負わなければならないから、これは故意責任を原則とする現行刑法の重大な例外である<sup>247</sup>、と結論づける。

さらに莊子は、過失必要説には、第一に、「ことさら、重き結果に付き過失を必要とする旨の主張をなすことは、構成要件を逸脱するもの、延いては、罪刑法定主義の要請を破るものと言わざるを得ない」<sup>248</sup>点、第二に、故意・過失は責任判断の主たるメルクマールではあるものの、それだけに限定されるというものではなく、「苟くも結果的加重犯において結果責任が認められている限り、結果責任を問うことは、責任判断の究極的主体者たる国家にとって背理ではない」<sup>249</sup>点、以上の二つの問題点があると考え、過去における結果責任思想を克服する意図に理解を示しつつも、結果的加重犯の責任主義との背反を主張するにしても、罪刑法定主義の制約を免れえない<sup>250</sup>、と指摘する。

莊子によれば、結果的加重犯における「二因り」の定型を折衷的相当因果関係説により示された基準を通して具体的に判断することによって、基本構成要件と結果との結びつきを、ほぼ不都合のない程度に絞ってあるため、結論の妥当性にも問題はない<sup>251</sup>、という。

両名の見解を集約すれば、結果的加重犯という加重された処罰は、(制限根拠として危険性説を採用できるとしても) 結局のところ過去における結果責任の残滓であって、また責任主義の例外である、との考え方を基礎におきつつも、因果関係における(折衷的相当因果関係説的な)相当性判断によって成立範囲を客観的に限定すれば被告人にとって過酷な事態は避けられることから結果的に責任原理上の懸念も回避可能である、ということになる。

他方、基本行為が元来有していた危険性と現実化した結果との関係に着目し、過失を不要

---

<sup>245</sup> 香川・前掲註(1) 99頁。

<sup>246</sup> 莊子邦雄「結果的加重犯」木村龜二編『法律学演習講座 刑法』(青林書院, 第5版, 1955年) 72頁。

<sup>247</sup> 莊子・前掲註(246) 73頁参照。

<sup>248</sup> 莊子・前掲註(246) 73頁。

<sup>249</sup> 莊子・前掲註(246) 73頁。

<sup>250</sup> 莊子・前掲註(246) 74頁。

<sup>251</sup> 莊子・前掲註(246) 74頁参照。

と解しても責任原理上の要請に反するものではないとする論者も少なくない。例えば、藤木英雄は、「結果的加重犯は、もとの行為に当然予想される、その射程範囲内の波及効果が生じたものであるかぎりでは、重い結果を生じたことにつき行為者の責任に帰せしめうることは当然であり、過失の有無を論ずる必要はなく、そう解しても、責任主義と矛盾するものではない」<sup>252</sup>と説き、西原春夫は、「すでに相当因果関係の存否の認定において結果発生の予見可能性が顧慮された以上、あらためて結果発生に対する過失を認定することは必要でない。基本たる犯罪には、重い結果を発生させるに足る危険性が含まれており、それが一般人の立場から予見しえた以上、基本たる犯罪につき故意（過失犯の結果的加重犯については過失）のあった行為者は、それだけで重い結果につき責任を負いうる」<sup>253</sup>と説く。さらに、正田満三郎は、「結果的加重犯が規定する他人の死傷といった重大な不法結果発生の危険性は、通常人なら行為の当初から当然予見しうべきところであり、それゆえに当の犯人といえども、極力その発生を回避すべきであったにもかかわらず、それをせず、重大な事態に発展させてしまった反規範的態度（過失責任原由たる過失を意味するものではない）に結果加重犯の責任の基礎がある」<sup>254</sup>と述べるが、これらの見解は、共通して、結果的加重犯の場合は当該故意行為に重大結果が発生することの客観的予見可能性が当然に認められるのだから、その重大結果の責任を問いうるのもまた当然である、と考えているのであろう。しかも、「同じ被害を生じさせたのにもかかわらず、殺意がないことを行為者の罪責を定めるうえで有利に考慮するものであるから、この点では、責任主義に合致するといえる」<sup>255</sup>のであれば、このような帰責は決して行為者にとって過酷なことではなく、むしろ主観的減軽<sup>256</sup>の恩恵を受けているということにもなりえよう。ただし、これらの見解も因果関係の相当性判断で結果的加重犯それ自体の客観的な成立範囲が限定されることを前提としている点<sup>257</sup>は付言しておく必要がある。

そこから一步進めれば、当該行為の故意は単なる故意行為のそれではなく、「重い結果に至る客観的予見可能性が当然に認められる故意行為」の故意といえることから、すでに当該行為の故意を問うだけで、重大結果についても責任主義の要請はここでも満たされている、という理解にも至りうる。たとえば、植松正が、「元来、その行為の基礎には故意行為があ

---

<sup>252</sup> 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）200頁。同様に、基本行為に危険性が肯定できれば過失の存否を問う必要がないとする見解として、齊藤信宰『新版刑法講義〔総論〕』（成文堂、2007年）198頁。

<sup>253</sup> 西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）188頁。

<sup>254</sup> 正田満三郎『刑法体系総論』（良書普及会、1979年）112頁。

<sup>255</sup> 藤木・前掲註（252）200頁。同様の見解を示すものとして、長島和弘「結果的加重犯についての諸問題」帝京法学24巻2号（2006年）162頁など。

<sup>256</sup> 西台満「結果的加重犯と責任主義」秋田大学教育学部研究紀要人文科学・社会科学31集（1981年）30頁参照。

<sup>257</sup> この点を捉えて、因果関係論が間接的ではあるものの結果的加重犯の場面では責任主義を補充する旨を指摘するものとして、藤木英雄「責任主義と責任論の基礎」法学セミナー268号（1977年）46頁、高橋・前掲註（163）248頁参照。

るのであるから、故意も過失もなしに発生した結果に対する責任を問うのとは同日の談ではな<sup>258</sup>く、「一般の故意犯においても、いやしくも構成要件該当の事実の認識の上に行為する限りは、たまたま結果が意外に重大であった場合（たとえば、軽傷を与えるつもりであったところ、意外の重傷を発生させた場合など。）にも、その重大な結果につき罪責を生ずるのと同理である」<sup>259</sup>と述べるのは、まさにこの点を捉えてのことだろう。

さらに推し進めると、もしかすれば、「結果的加重犯は、基本行為がその性質上重い結果を生じさせる高度の危険性のあるものであるから、通常行為者には重い結果が生じることについての予見可能性があるといえる。したがって、積極的に過失の有無を判断する必要がないという判例の立場は妥当である」<sup>260</sup>といえなくもないのかもしれないし、そうであるならば、「今日の我が国の議論が、いまだに過失要件の要否を中心として行われていることは非常に残念であり、議論の重点を『直接性要件の内容』の検討に移行させるべき」<sup>261</sup>というように、主観面をめぐる議論にはや意義はなく、客観面からの限定に注力すべきであると考えられなくもないのかもしれない。

## 第二款 過失必要説

現在、我が国においては、この過失必要説が通説である<sup>262</sup>が、この過失必要説も決して一枚岩ではない。大きく分ければ、過失不要説と同様に危険性説の採否との関係で、第一に、結果的加重犯は結果責任の残滓ではあるのだが現に存在する以上は責任主義の要請から過失を以て制限すべきであるというもの、第二に、基本となる故意行為が有していた類型的な危険とその事情の認識こそが過失の内容であるとするものが挙げられる。

第一の見解によれば、端的には「結果的加重犯の場合、それは本来責任主義の例外であるが故に、学説上は基本犯と結果との間に特に過失を要する」<sup>263</sup>と説明される。この立場は、「結果的加重犯が古い時代の結果責任主義の思想の遺物であることは否定しえない」<sup>264</sup>にもかかわらず、「これが意外に便利なものであるためであろうが、かなり広く利用されてい

<sup>258</sup> 植松正『再訂刑法概論 I 総論』（勁草書房、第 8 版、1974 年）135 頁。

<sup>259</sup> 植松・前掲註（258）135 頁。

<sup>260</sup> 渡辺咲子「基礎から見直す刑法（第 12 回）傷害の罪（上）」警察公論 68 卷 5 号（2013 年）82 頁。

<sup>261</sup> 佐伯・前掲註（2）143 頁。

<sup>262</sup> 例えば、団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第 3 版、1990 年）337 頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第 4 版、2008 年）180 頁、平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣、1972 年）63 頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第 3 版、2016 年）203 頁など。

<sup>263</sup> 山本雅子「往来危険罪と結果的加重犯」中央学院大学法学論叢 12 卷 1 号（1998 年）7 頁

<sup>264</sup> 石堂功卓「結果的加重犯と因果関係—草案 22 条批判にむけて—」中京法學 13 卷 4 号（1979 年）26 頁。

る」<sup>265</sup>点を問題視し、歴史的には結果責任が克服されて、故意・過失を必要とする責任主義の原則が確立された<sup>266</sup>のであり、また『責任主義』の原則は近代刑法をつらぬく根本原則の一つであることから、結果的加重犯についても、単に立法論としてだけでなく、解釈論的にもこの原則を徹底すべき<sup>267</sup>、つまり「解釈問題としても、偶然責任から引離して理解すべき」<sup>268</sup>と主張する。すなわち、「価値の多元化のすすんだ許容的社会であるといわれる今日、被疑者・被告人の基本的人権をも重視し、憲法三一条の本質をより一層止揚する意味での責任主義の徹底化こそ要請される」<sup>269</sup>のであるから「たとい一般的・客観的に予見可能であるとしても、行為者本人に予見できない結果の発生について行為者を非難することは、まさしく責任主義に背馳する」<sup>270</sup>から、「現行法上、その規定〔＝結果的加重犯〕が存する以上、解釈論的には、徹底しうるかぎり、近代刑法における責任主義の原理（Schuld-Prinzip）をつらぬくべきであり、その意味において重い結果について行為者に過失があったことを必要」<sup>271</sup>としなければならない。そう解することによってはじめて結果的加重犯を責任主義刑法との調和が図られる<sup>272</sup>という。

この立場からは、「結果責任としての結果的加重犯は、責任主義の要請上、その重い結果に過失を必要とすることから、故意犯と過失犯との複合形態として捉えるのが最も正しい」<sup>273</sup>であり、剥き出しのままの「基本犯と結果」だけでは結果責任の残滓そのものに他ならない。それゆえ、「たとえ重い結果について行為者に過失がなくても、その基礎には故意行為があるのだから、かれにそれについての責任を問うても責任主義に反することにはならない、という主張は的を正射したものとはいえない」<sup>274</sup>し、あくまで「結果的加重犯という例外的な制度によって扱われる問題の範囲は、厳格に画定されなければならない」<sup>275</sup>ことになる。

川崎一夫は、さらに踏み込んで、「結果的加重犯を過去の遺物ではないとする認識に対しては疑問がないわけではなく、結果的加重犯に市民権を付与することも適切であるとは思

<sup>265</sup> 西村克彦「結果的加重犯という概念について―日独刑法を比較することの得失」法曹時報 37 卷 8 号（1985 年）12 頁。その「利便性」の詳細については、同「結果的加重犯論の反省（3・完）」判例時報 933 号（1979 年）10 頁以下参照。

<sup>266</sup> 福田平「責任主義の展開」ジュリスト 500 号（1972 年）384 頁参照。

<sup>267</sup> 青木清相「結果的加重犯について」同『刑法解釈学の課題』（八千代出版、1998 年）42 頁。

<sup>268</sup> 齋藤金作『刑法總論』（有斐閣、1955 年）184 頁。

<sup>269</sup> 石堂功卓「結果的加重犯と責任主義」法学セミナー 230 号（1974 年）101 頁。

<sup>270</sup> 石堂・前掲註（269）101 頁。

<sup>271</sup> 石堂・前掲註（264）26 頁。

<sup>272</sup> 福田・前掲註（266）384 頁参照。

<sup>273</sup> 石堂功卓「結果的加重犯序説」（中京法學 12 卷 3 号、1977 年）25 頁。同様に、「複合形態であるから過失が必要とされる」とするのではなく、「過失が必要とされるから複合形態である」とする見解として、平野龍一「結果的加重犯について」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣、1981 年）110 頁。

<sup>274</sup> 青木・前掲註（267）42 頁。

<sup>275</sup> 西村・前掲註（265）12 頁。

われ」<sup>276</sup>ず、「結果的加重犯の加重の程度が責任の程度を越えるほどに重いという認識こそが重要」<sup>277</sup>であって、「結果的加重犯の『責任主義に合致する説明』を探すのではなく、結果的加重犯を『責任主義の要請によって制限すること』が重要である」<sup>278</sup>と指摘する。

第二の見解、すなわち危険性説的な思考を基礎にした過失必要説は丸山雅夫と内田浩が比較的詳細に検討しているので、両名の見解は別個に取り上げて考察するが、同様の思考方法を採用する論者は比較的多数であるから、まずはそちらを確認する。

この見解によれば、端的に、結果的加重犯の「基本行為は、類型的に重い結果を発生させる可能性の高いもの、重い結果発生固有の危険性を有するものであり、それゆえ、刑法典上、一個の犯罪として規定されたものである。このことが、基本犯を実現する基本行為は、重い結果を発生させる過失行為と表裏一体をなすものとされる所以であり、敢えて言えば、基本行為を行うことが重い結果を発生させる過失行為、すなわち客観的注意義務違反をなしている」<sup>279</sup>と説明される。「現代の社会生活では、人身の安全を脅かし財産を消失させるだけの高度な危険行為が、日常的に反復・継続されている。したがって、これらを適切にコントロールするためには、基本犯に当たるものを処罰するだけでは不十分」<sup>280</sup>であるとして、第一の見解とは対照的に、結果的加重犯についてより積極的・肯定的な態度を示す。そのうえで、「結果刑法の名残があることは事実であるとしても、結果の発生のみを刑罰加重の原因としてとらえることは、結果的加重犯の本質を見誤ったものである。基本犯に内在する特定の危険の故に刑罰が加重されるとみてこそ、責任主義の徹底という近代刑法の大原則の中で、結果的加重犯の本質を正しく理解できる」<sup>281</sup>として、その歴史的経緯<sup>282</sup>はさておき、結果的加重犯の独自性を正面から肯定しつつ、「犯罪の結果を個人の責任に帰せしめるためには、当の個人に、違法な結果に見合う非難の可能性がなければならない。責任主義が求めるのも、まさにこの点であり、現代刑法の合理性を担保する核心」<sup>283</sup>であるとして、責任主義との調和を目指す。

すなわち「結果的加重犯が故意基本犯と過失結果犯の刑の合算を超えた法定刑で処罰さ

---

<sup>276</sup> 川崎一夫「結果的加重犯」中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一編『現代刑法講座第3巻』（成文堂、1979年）96頁。

<sup>277</sup> 川崎・前掲註（276）98頁。

<sup>278</sup> 川崎・前掲註（276）96頁。

<sup>279</sup> 山本光英「結果的加重犯の共同正犯」川端博＝椎橋隆幸＝甲斐克則編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）506頁。

<sup>280</sup> 佐久間修「結果的加重犯における因果関係論の諸相」現代刑事法6巻4号（2004年）92頁。

<sup>281</sup> 森井暉「結果的加重犯」法学論叢69巻2号（1961年）97頁。

<sup>282</sup> 森井・前掲註（281）において、森井は、歴史的にも結果的加重犯は単なる結果責任を問うだけのものというわけでは決してなかった、と指摘する。

<sup>283</sup> 森井暉「結果的加重犯の立法問題—改正刑法準備草案の批判的検討—」佐伯千仞＝平場安治＝宮内裕＝中義勝編『竹田直平博士植田重正博士還暦祝賀 刑法改正の諸問題』（有斐閣、1967年）37頁。

れる根拠は、単純過失を超える高度な危険の現実化によって説明するほかない<sup>284</sup>のであり、その危険の現実化したところのものこそがまさに問題となっている重大結果であるところ、基本犯行為にはそもそも類型的にそのような危険性が肯定されており、かつその重大結果と基本犯に内在する危険との密接な関係については、「すでに客観的予見可能性の限界によって画されているのであるから、重い結果の発生について行為者を非難しうするためには、当の行為者に、重い結果の主観的予見可能性がなければなら<sup>285</sup>ず、しかも「基本犯を実行する者にとっては、その重い結果の発生が十分に予見でき回避することが可能な関係にあることから通常の場合よりも重い過失が問題とされ<sup>286</sup>るとい<sup>287</sup>。ここでは、未必の故意と境を接する重過失<sup>288</sup>と同類のものが問われることになる。

この重過失の具体的な内容については丸山と内田の見解が詳しい。丸山は、結果的加重犯が基本犯の中に重大結果を発生させるような固有で類型的な危険性を内在させている犯罪類型であり、「内的に統一された犯罪類型」<sup>289</sup>であることから、すべての結果的加重犯に例外なく「重過失」を要求していく方向性が妥当である<sup>290</sup>という。

丸山によると、先述の通り、一連の結果的加重犯規定は、結果発生の類型的な危険性の事前的判断にもとづいて構成されていると考えられるから、「実際に発生した結果」が「重い結果発生についての固有の危険性が現実化したもの」と同値の関係に立つ必要がある<sup>291</sup>ことになる。それゆえ、「固有の危険性の実現としての重い結果は、基本犯（故意犯）によってもたらされたものであると同時に、客観的注意義務違反の結果である」<sup>292</sup>。

もちろん、そのように考えても、結果的加重犯を構成せずに故意犯と過失犯の観念的競合

---

<sup>284</sup> 佐久間・前掲註（280）94頁。

<sup>285</sup> 森井・前掲註（283）37頁。

<sup>286</sup> 竹内正「結果的加重犯概念についての一考察」松山大学論集4巻6号（1993年）20頁。

<sup>287</sup> この点、川端博「刑法理論の全体構造（2・完）—結果的加重犯を素材にして—」現代刑事法5巻5号（2003年）88頁は、「結果的加重犯においては、故意行為が基本行為であり、その『基本行為』から結果が発生する『蓋然性』は高い」ので、たとえば、傷害致死の場合、「発生した死亡という結果について罪責を負わせても、行為者にとって『不意打ち』とはいえず、「その意味において、結果的加重犯はたんなる結果責任をみとめるものではなく、「さらに、その結果について過失を必要とすることによって、責任主義との調和がはかられるはず」で「結果発生『予見可能性』を要求することにな」という。しかし、危険性説を採用しつつ過失必要説に立つというのであれば、責任主義の要請から取ってつけたように過失が要求されるのではなく、基本犯の故意に、（過失必要説がいうところの）結果発生についての過失が論理必然的に同時存在していなければならないはずであって、「さらに過失を必要としておけばより一層充実する」といった類のものでは決してないであろうから、その理解にはやや疑問が残る。

<sup>288</sup> 竹内・前掲註（286）20頁。

<sup>289</sup> 丸山・前掲註（1）230頁。

<sup>290</sup> 丸山・前掲註（1）250頁参照。

<sup>291</sup> 丸山・前掲註（1）230頁参照。

<sup>292</sup> 丸山・前掲註（1）230頁。

で処理されるべき事案も想起できることから、丸山は、重大結果を引き起こしうるような固有の危険性を有する行為の故意的実行が同時に発生した重大結果についての客観的注意義務違反でも「ありうる」<sup>293</sup>、という表現にとどめる一方で、まさにこの点こそが「故意犯と過失犯との密接不可分な（内的に結合した）混合形態としての結果的加重犯と通常の過失犯とを区別する重要なメルクマールである」<sup>294</sup>という。この重大結果との関係で要求される過失は、基本犯行為の実行と表裏一体で、通常過失犯の「過失」とは異なり、より重いものであるという。何故ならば、「重い結果発生についての固有の危険性を持つ故意行為の実行が通常は同時に客観的注意義務に違反する行為でもありうる」とすれば、「結果的加重犯に要求されている過失は、客観的注意義務それ自体がすでに相当程度類型化されており、それとの関係で実行行為も一定程度制約されたものである」<sup>295</sup>から、「実行行為に格別の制約もなく客観的注意義務が必ずしもそれほどまでに類型化されていないという、通常の過失犯（特に過失致死罪）における過失と比べて、それはより重い」<sup>296</sup>と考えられるからである。

そして、結果的加重犯にかかわる過失の存否判断は、固有の危険性を有する行為それ自体との関係でなされなければならない、一般的な生活経験の範囲内か否かといった通常の過失の判断基準によるべきではない<sup>297</sup>という。つまり、固有の危険性を持った行為との関係でのみ客観的注意義務違反を問題とするから、行為者には、そのような危険性を基礎づけている諸事情に対する認識（行為の危険性に対する認識可能性）がなければならない<sup>298</sup>と解されることになる。

他方、内田は、構成要件的に「重要な事実」、すなわち違法性を基礎づけるか高める要素には主観面が対応していなければならないことから、直截に、重大結果の発生には「過失責任」が認められなければならない<sup>299</sup>、と主張する。そのうえで一般論として、「わずかな注意を払えば結果発生危険性を容易に認識できたほどに、その行為が高度に危険であった場合」に重過失が認められるとされることから、死傷の結果が現実には、「それ自体、性質上、重い結果を引き起こす危険性をはらんだ行為」から発生したといえて、はじめて結果的加重犯で問題となる「『一般的に人の死傷を発生させる可能性が相当高い』ことに基づく重い過失」が肯定される<sup>300</sup>、という。この点で、重大結果に係る過失は、客観面の直接性要件の主観面への投影で、「主観的直接性」ともいいうる<sup>301</sup>のかもしれない。

内田によれば、顔面や腹部などを複数回、殴る・蹴るなどした場合、説の如何を問わず、重大結果に対する（過失）責任は肯定されるという。何故ならば、故意で高度の物理力を加

<sup>293</sup> 丸山・前掲註（1）231頁。

<sup>294</sup> 丸山・前掲註（1）231頁。

<sup>295</sup> 丸山・前掲註（1）233頁。

<sup>296</sup> 丸山・前掲註（1）233頁。

<sup>297</sup> 丸山・前掲註（1）233頁参照。

<sup>298</sup> 丸山・前掲註（1）233頁参照。

<sup>299</sup> 内田・前掲註（1）149頁。

<sup>300</sup> 内田・前掲註（1）150頁参照。

<sup>301</sup> 内田・前掲註（1）150頁。

えているので、その量の増減を支配できない高度の危険性を現に認識して結果を生じさせている以上、通常の過失致死罪に比べて、より重い責任非難を加えることが可能である<sup>302</sup>と解されるからである。このような場合、「萌芽」として死亡結果へと展開する「危険性」を包含する場合は、自己の行為の危険性を打ち消して結果の不発生を信頼しても、単なる評価の誤りであり無視できる<sup>303</sup>ことになる。

一方で、軽度な物理力を行使したにすぎない場合を念頭において、「単に『一般的にみて傷害には死を発生させる可能性が高い』というラフな設定で満足することになれば、現に人が傷害され死亡している以上、ほぼすべての場合が、この命題に包摂されてしまう」<sup>304</sup>ことから、「類型的で高度な危険」は、可能な限り実体的な要素に還元すべき<sup>305</sup>である、と内田は主張する。たとえば、暴行や傷害を基本犯とする場合、「人体に加えられた物理力の、体内組織や臓器に及ぼす病理的な作用」が固有の不法内容で、これが基本犯の故意の内容となるが、結果的加重犯に問うためには、さらに行為者において、最低限、自己が行使する物理力の病理的な作用を基礎づける事実の認識が必要である<sup>306</sup>、という。それゆえ、「暴行あるいは傷害と死亡とは、前者の量の増大が後者に直結するという『同質の直接的な関係』で結ばれている」<sup>307</sup>ところ、軽度の物理力を行使したにすぎない場合には行使された物理力の人体に対する病理的な作用を基礎づける事実に対する認識の有無こそがまさに、結果的加重犯の成否を左右する<sup>308</sup>こととなるが、「その現実の認識があるからこそ、客観的直接性に対する認識可能性が肯定され、主観的側面から結果的加重犯を特徴づける——『重過失』の内実をなす——『同一危険の量的な錯誤』が認められる」<sup>309</sup>のだという。すなわち、同一危険の量的錯誤は、故意の認められる基本犯に、その『量』の増大として重大結果に結実する「萌芽」が内包されているからこそ認められる<sup>310</sup>のであって、「行為の危険性を基礎づける事実」に対する「現実の認識」がない限り、「同一危険の量的な錯誤」を認めることはできず、加重処罰を基礎づけられないから、故意犯と過失犯の観念的競合で処理すれば足りる<sup>311</sup>ということになる。

以上に見てきた過失必要説からすれば、第一の見解からにせよ、第二の見解からにせよ、結果的加重犯について総則規定で「少なくとも過失」を要求するドイツの立法形式は、「結果的加重犯を責任主義の原則によって立法化した輝かしい典型」<sup>312</sup>であり「明確な責任主義

<sup>302</sup> 内田・前掲註 (1) 159 頁参照。

<sup>303</sup> 内田・前掲註 (1) 160 頁。

<sup>304</sup> 内田・前掲註 (1) 328 頁。

<sup>305</sup> 内田・前掲註 (1) 328 頁。

<sup>306</sup> 内田・前掲註 (1) 160 頁。

<sup>307</sup> 内田・前掲註 (1) 169 頁。

<sup>308</sup> 内田・前掲註 (1) 160 頁参照。

<sup>309</sup> 内田・前掲註 (1) 161 頁。

<sup>310</sup> 内田・前掲註 (1) 330 頁。

<sup>311</sup> 内田・前掲註 (1) 331 頁。

<sup>312</sup> 滝川春雄「結果的加重犯」法学教室 2 号 (1961 年) 122 頁。



の原則によってこれをとらえてゆく立法が完成した」<sup>313</sup>ものということになる。そして、我が国の立法においても、「刑法史の道程が結果責任より意思責任へと通じてをり、而して意思責任を目標として歩むのが進化の理法である以上、結果的加重犯に付、行為者に重き結果に対しての予見可能又は過失の存在を必要とする旨の規定をおく事は、時宜に適した措置である」<sup>314</sup>のだろう。しかも「結果的加重犯の基本行為と其の重き結果との間に因果関係が事実上存在したか否かの問題と、事実上因果関係が存在したる場合に於て其の重き結果につき過失即ち予見の可能性があったか否かの問題とは全然別個の問題」<sup>315</sup>であるから、「『責任主義』の原則を忠実に貫こうとすれば、〔改正刑法準備草案〕第二一条が相当因果関係の存在を条件としたと解釈する程度では足りない。やはり過失を前提としたものと解釈すべき」<sup>316</sup>という結論に至る。

### 第三款 考察

過失不要説・必要説双方ともに「基本犯の実行行為」とその故意（すなわち当該基本犯の故意）を前提としており、この点に関する限り、両説間の対立は基本的に存在しない。

香川は「責任は不要」であるとするが、それは、「当該基本犯の故意」以上に何か責任要素を考慮する必要はない、という趣旨であろう。基本犯が故意で惹起されたがゆえにそこから生じた（折衷的相当因果関係の範囲内にある）重大結果まで含めて非難されるということになる。香川は、結果的加重犯のような犯罪にはすでに基本犯の故意の中に当然のこととして非難の契機は含まれており、それゆえ基本犯の故意だけ非難しておけばそれで足りる<sup>317</sup>、と考えているようだが、過失必要説に立ったとしても、基本犯の実行段階での故意に（ただし・必然的に・同時に、云々と表現こそ多様ではあるが）重大結果に係る非難を基礎づける要素が既に含まれている、あるいは密接している（そのうえで、それを過失と呼ぶ）と考えているからである。しかも、仮にそのような要素が含まれていないとしても、折衷的相当因果関係説を採用することで責任主義の要請を（香川自身は因果関係に責任判断を含むべきではないとする立場<sup>318</sup>であるにもかかわらず）間接的ではあるかもしれないが事実上考慮している。

<sup>313</sup> 滝川・前掲註（312）122頁。

<sup>314</sup> 草野豹一郎「結果的加重犯」同『刑法改正上の重要問題』（巖松堂書店、1950年）122頁。

<sup>315</sup> 木村亀二「結果的加重犯と責任」法學7巻7号（1938年）827頁。

<sup>316</sup> 井上正治「結果加重犯（二一条）（とくに強盗殺傷罪について）」日本刑法学会編『改正刑法準備草案』（有斐閣、1961年）184頁。また、同様の見解を示すものとして、小野清一郎「刑法における責任の原理と結果責任 2・完」法律時報38巻8号（1966年）60頁、下村・前掲註（2）27頁など。

<sup>317</sup> 香川・前掲註（1）99頁参照。

<sup>318</sup> 香川・前掲註（239）143頁参照。

莊子説は、因果関係が間接的であれ責任主義の要請を満たしうる点をより明確かつ積極的に承認する。しかし、莊子説の二点の理由づけに関して言えば、一点目については、被告人に有利な解釈であるから問題はないとして回避可能<sup>319</sup>であるし、二点目については、故意・過失に責任判断のメルクマールが限定されないとしても、正面から「結果責任」を認めることはもはや時代の要請としても妥当ではあるまい<sup>320</sup>。

過失不要説の第二の見解、すなわち危険性説的な立場を採った上で結果的加重犯は結果責任の残滓ではないと解する過失不要説も、結果的加重犯の基本犯とされる故意行為には当然に重大結果発生 of 客観的予見可能性が肯定されることから直ちに結果につき責任を負うと解して、すでに基本犯故意で非難の要素は足りているとする点に関しては伝統的な過失不要説と変わらない。また、因果関係論において西原春夫らのように相当因果関係説を採用するのであれば、事実上、主観的予見可能性も考慮することになるから、たしかに実際上不当な結論に至ることはないかもしれない。客観的予見可能性があれば規範的に結果予見義務を課せると考える正田説に至っては、その書きぶりとはもかくとして、もはやある種の過失必要説と言ってもよいのかもしれない。しかし、過失必要説が主張するように因果関係は責任の前提となるものではあっても責任を積極的に基礎づけるものではないとの立場を前提とすれば、客観的予見可能性の存在だけで、結果予見義務をその義務の存否を感知する主観的契機を問わずに規範的に肯定しようなどという方向性は、責任主義を蔑ろにするものに他ならない。また、重大結果に対する故意が無いことを理由に重大結果に係る故意犯に比して刑が減輕されている点を、過失不要説は責任主義との関係において自説の補強資料として引合いに出すが、この「故意の不存在を理由とした減輕」は過失犯についても同様であり、補強資料であるという点を考慮したとしても、理由としては不十分の感を否めない。植松正が、先述した通り、「単なる故意行為の故意」と「重い結果の客観的予見可能性が認められる行為の故意」とを事実上区別する点については、両者の責任の重さが同等であると考えようがむしろ不当であろうから一定の正しさを見出すことができる。

もつとも、この点を過度に強調して、重大結果の客観的予見可能性が認められる場合にはおよそ自動的に責任を肯定しようと試みたり、客観的予見可能性の範囲を限定するだけで足りるとしてその限定方法のみを追求したりするのであれば、そうした方向性は、事実上、主観面を一切考慮しないかつての結果責任への回帰を志向するものであって、やはり責任原理上の要請を蔑ろにするものに他ならず、決して容認されるべきものではない。

他方、過失必要説に目を移すと、第一の見解、すなわち故意犯と過失犯の単なる複合形態又は結合形態として結果的加重犯を理解することを前提とした見解には、無視し得ない自

<sup>319</sup> 下村康正「結果的加重犯の未遂」法学新報 65 卷 4 号 (1958 年) 30 頁参照。たしかに、被告人に有利な解釈であれば如何なる類推・拡張解釈であっても許されるというわけでもないが、「責任主義を憲法 13 条に基づく憲法上の原則だと解すれば、合憲的限定解釈として説明することができる」(佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013 年) 25 頁参照)。

<sup>320</sup> 下村・前掲註 (319) 30 頁参照。

己矛盾がある。この見解を要約すると、近代刑法の大原則である責任主義からすれば、結果的加重犯は結果責任の残滓ではあるが、必要悪として残存している以上、仕方がないので過失を宛がって対処するより他ない、ということになる。責任主義が近代自由主義思想とも結びつく「近代刑法の大原則」であることに異論はないが、そうであるからこそ責任主義はすべての犯罪に「内在的に」存在すべき、また、そのように解釈されるべき概念であるはずである。つまり、責任主義は、決して「例外」を含んだ単なる原則や努力目標のようなものではなく、むしろ「原理」や「鉄則」として通底されるべきものであって、責任主義が通わない現象はもはや犯罪と呼ばれてはならないはずである。この点、第一の見解の理解によると、結果的加重犯の処理に当たっては、責任主義は事後的な外在的制約根拠でしかなく内在的なはたらきを有しないので、責任主義による外在的制約を受ける前に、結果的加重犯それ自体は犯罪として一応成立していることになる。この「一応成立する」点をとらえて、第一の見解は、結果的加重犯は結果責任の残滓であって責任主義の観点から問題があると主張するわけだが、裏を返せば、責任主義による内在的制約を放棄し、責任主義の通わない犯罪の成立を肯定し、しかも「責任主義」を、成立した犯罪を外在的に制約するための一種の道具であるに過ぎないと見做しているわけであるから、これこそまさに「責任主義の軽視」に他ならない。

責任原理上の要請を徹底するという観点からすると、危険性説的な発想を前提とした過失必要説には好感がもてる。しかし、その主張内容にはいまだ不十分・不明瞭な点が数多く残されている。

特に、ともすればこの見解は、先述した佐久間のように、基本犯が有していた危険性が「高度である」点を強調するだけで（過失）責任の高さ・重さの説明は尽くされた<sup>321</sup>と満足してしまう（少なくとも、そう思われても仕方がない）危険性が存在する点には注意を要する。この点こそ、香川が「結果的加重犯の本質は、基本犯のもつ危険に求められる」<sup>322</sup>として危険性説を（それこそ限定的とはいえ）制限根拠としては採用しながらも、加重根拠としては拒否した理由（の一つ）であろう。例えば、暴行による（二段階の結果的加重犯としての）傷害致死のように、「基本犯に内在する、重い結果に結びつきうる類型的な危険」自体は低度であっても、それが類型的に一定頻度で高度化し、結果に結びつく場合もあり得る、といった結果的加重犯も存在するのであるから、「基本犯に内在する危険がはじめから高度である」と考えるべきではない。「重い結果の発生する危険性」が固有で類型的ではあるからこそ基本行為に結果的加重犯が法定されたと解釈すべきであって、その構成要件化に際して危険性の高低は（参照されはするものの）問われていないとみるべきであろう。

それゆえ、「結果的加重犯に要求されるべき過失」が、「重過失」であるとされる根拠はますます不明瞭である。すなわち、固有・類型的であることがなぜ重大な「過失」に結びつくのか、という点につき、過失必要説の第二の見解は必ずしもうまく説明できていないように

<sup>321</sup> 佐久間・前掲註（280）94頁参照。

<sup>322</sup> 香川・前掲註（1）93頁。

思われる。

丸山は、基本犯故意行為の実行と重大結果にかかわる客観的注意義務違反が「同時」であり、それゆえ「密接不可分」で「内的に結合している」とし、さらには重大結果との関係で要求される過失は基本犯の本質をなす行為（固有の危険性を有する行為）の実行と表裏一体ともいうが、「同時」「密接不可分」「表裏一体」であるものが、「過失」、それも「重過失」と呼ぶべきものであるという結論にただちに至るのか、また「内的結合性」がどうして「過失の重大性」に結びつくのかは疑問である（そもそもどの点を捉えて「表裏一体」と表現しているのかも判然としない）。過失不要説の論者の場合、重大結果について「同時」「密接不可分」「表裏一体」な主観的要素も「当該基本犯の故意」そのものとして捉えているのではなかろうか（そして「故意」乃至「準故意」<sup>323</sup>であるからこそ重いと考える）。つまり、「内的結合性」に頼った説明は、「故意」の重さによって過失を説明している、または、「過失」の分だけ基本犯の故意が重くなっていることを説明しているのに過ぎず、「過失そのものが重いこと」を論証できているわけではないという疑いが残る。

また、丸山が要求する重過失の内容は危険性の認識可能性であり、危険性の認識そのものではない。したがって、例えば、殴打による傷害致死の場合、殴打行為に関しては「殴打の危険性」ではなく「殴打すること」を認識していれば足りるはずである。これは基本犯の故意そのものであろう（もちろん、これだけでは足りないというのであろうが、諸事情の取捨選択方法についてはなお不分明である）。

内田は、違法性を基礎づけるか高める要素には主観面が対応していなければならないことから、重大結果の発生には「過失責任」が認められなければならないと結論付けるが、なぜ「過失責任」なのか説明がない。疑いようもなく、重大結果について故意は存在しないが、荘子が指摘するとおり、故意・過失だけが責任メルクマールではないとすれば、直ちにそれを「過失責任」と呼べるのかについてはさらなる検討を要するだろう。また、「同一危険の量的錯誤」の理論についても疑問は残る。例えば、軽傷害を惹起する意図で重傷害を惹起したような場合、内田の説を徹底すれば「軽傷害についての故意」と「重傷害についての（重）過失」ということになるだろうが、内田は、このような場合を「軽傷害の結果的加重犯としての重傷害罪」とでも考えるのであろうか。もちろん、そのように考えることも不可能ではないかもしれないが、普通、そのような場合、重傷害まで故意が及んでいると考えるのがむしろ通説的であろう。この点を踏まえると、たしかに結果的加重犯が問題とされる事案では「同一危険の量的錯誤」そのものは存在しているとしても、それが即ち「重過失」を形成するとまでは言い切れないであろう。単なる量の違いだけにとどまらない質的転換に対応するものをもまた考慮する必要があるのではなかろうか。つまり、内田説に拠るとしても、知的要素に関して量的錯誤を要求するだけに止まらず、意的要素に関して危険性の質的転換に対応するものを要求すべきであるように思われる。

---

<sup>323</sup> 泉二・前掲註（235）165頁、中村喜美郎「結果的加重犯の本質～研究ノート～」群馬大学教養部紀要7巻（1973年）24頁。

以上のように学説を通覧すれば、結局、前田雅英が示唆するとおり<sup>324</sup>、両説の対立点はもはや名称にしかないように思われる。両説の公約数的部分と言えるのは「当該基本犯の故意に、何らかのかたちで、重大結果の予兆となるべき事情にかかわる主観が、密接不可分に一体化している／既に包含されている」ということになろう。それゆえ、問題は、「どのようなかたちの」主観が、「当該基本犯の故意」と一体であるのか、という点に尽きるように思われる。そうすると、判例においては結果的加重犯で問題とされる責任が故意犯・過失犯それぞれと異なっているのではないかという杉本一敏による示唆<sup>325</sup>は、実は学説にも見出せるのではなからうか。つまり、学説は、過失不要説と過失必要説とに関して、現在では、本質的に対立しているというよりも、むしろ、「結果的加重犯の責任」や「結果的加重犯の帰責方法」が何か独自性を有していることを暗に感じとってはいるものの、如何せん扱いに困った結果、旧来の「故意」や「過失」といった単語に引きつけて当座を凌いでいるという点で、各見解は基本的に共通しているように思われる。

このように学説が定まらないからこそ、検察官側からは、結果的加重犯に何か主観要件が要求された場合、立証が困難となるのではないかと、という疑念<sup>326</sup>が絶えないのであろう。この点、大谷實は、仮に過失を要求したとしても、「客観的予見可能性があれば原則として過失責任を認めてよい」から「主観的注意義務違反がなかったことを被告人が立証しないかぎり、重い結果について処罰できる」ので、「かような主観的注意義務違反についてまで検察官が立証する必要はなく」、それゆえ検察官側に立証の困難は伴わない<sup>327</sup>、という。一方で井上正治は、検察官側の立証困難という主張自体、そもそも「冷静に考えてみるとどれほど理論的根拠があるか疑わしい」<sup>328</sup>という。責任を基礎付ける主観要件の立証を被告人に負担させるのは妥当ではないので、大谷説に賛同するわけにはいかない。しかし、我が国においては、過失必要説に立っても「結果的加重犯の過失」が否定されたときに、なお過失犯の成立を認めることができると解している（しかも、論理的には業務上過失を排斥できない）のだから、やはり「結果的加重犯の過失」と「過失犯の過失」がおおよそ異なるものであると考えていることに相違ない<sup>329</sup>。そうであるならば、より明確なメルクマールを示すことができないかぎり、同じ「過失」という言葉を用いながら、しかし内容の面で異なるという、よく

<sup>324</sup> 前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第5版、2011年）93頁。ただし、前田自身は相当因果関係で適正化を図る過失不要説に立つようである。同『刑法各論講義』（東京大学出版会、第5版、2011年）41頁以下参照。

<sup>325</sup> 杉本一敏「被害者の素因競合事例」に関する刑事判例と結果的加重犯の真の問題点」*Law & Practice* 8号（2014年）147頁、155頁。

<sup>326</sup> 佐々木衷「ある傷害致死事件と準備草案」*ジュリスト* 205号（1960年）19頁参照。

<sup>327</sup> 大谷實「過失犯と結果的加重犯」*警察學論集* 37巻11号（1984年）138頁参照。

<sup>328</sup> 井上正治「責任原理」*法律時報* 32巻8号（1960年）112頁。

<sup>329</sup> 両者の過失が同じものであるならば、ドイツの実務のように、死亡結果は過失犯としても行為者には帰属されないはずである。逆に言えば、死亡結果を過失犯として帰属する余地があると考えている以上、実質的には、英法のように、過失犯の過失とも異なる独立の責任形式として「結果的加重犯の過失」を解するのが一貫した結論となるはずである。

分からないものを立証せよと検察官に迫ることにならざるを得ない<sup>330</sup>。あながち検察官側の主張も、井上が言うように感情論であるなどとして切り捨てればよい、というわけにもいかないものと思われる。

---

<sup>330</sup> 検察のみならず、裁判所もまた、認定に際して同様の困難性を抱えることになるはずである。この困難性が実際に問題となった事案として、下級審裁判例ではあるが、大阪地判昭和44年4月8日判タ239号297頁が挙げられる（被告人が、酒に酔った知人（被害者）が第三者に絡みに行くのを制止する際に、なかなか言うことを聞かない被害者に対して業を煮やしてその頬を平手打ちしたところ、被害者が後方へよろめき倒れて頭部を路面に強打した結果死亡したという事実関係の下、裁判所は、本件殴打行為は被害者を直接殴り倒すほどの強度ではなかったことから制止行為として社会的に相当であるとの理由から208条にいう暴行には該当しないとして傷害致死罪は否定しながら、なおも死亡結果につき過失致死罪を肯定した）。その結論や立論の当否もさることながら、裁判所が「社会的相当性」という苦肉の策を採らざるを得なかった背景には、やはり、過失必要説の言う「結果的加重犯の過失」と「過失犯の過失」との間の相違・関係が不明瞭であるという点が間違いなく存在するだろう。

### 第三章 結果的加重犯の客観的構造・限定方法の再検討

我が国における結果的加重犯をめぐる議論では、行為者が当初想定していたところの結果を質的に上回る重大な結果について、行為者に過失（あるいは予見可能性）あることを要求とするか否かという伝統的な対立が、学説と実務の間、また学説と学説の間において、いまなお未解決のまま残存しているのは前章までに確認した通りである。この対立は、「責任なければ刑罰なし」の責任原理に係る問題として、主として結果的加重犯に係る当該行為者の主観的側面に焦点が当てられている。

他方、結果的加重犯の客観的な構造・性質について、現在では、所謂「危険性説」がほぼ通説化したといってもよからう。危険性説採用を明示するか否かに係わらず、「基本犯固有の危険が結果に実現された」という危険性説の論法は、違法論における立場や重大結果に対する過失の要否に係る立場の違いを超えて、既に幅広く受容されている<sup>1</sup>のは、ある種興味深い現象といえよう。

この危険性説は、結果的加重犯について（も）それ固有の「不法」あるいは「危険」を見出す論法として、ドイツで誕生し、今日まで数次にわたり様々な論者によって検討が加えられてきた。しかし、ドイツ由来のこの概念が、我が国の従来の犯罪論体系との関係で、どのような位置付けに在り、かつどのような意義を有するのか、という点に関する考察は従来あまりなされてこなかったように見える。その結果、しばしば危険性説は結果的加重犯論の領域にのみに関わる特殊な理論という印象を持たれているのではなかろうか<sup>2</sup>。勿論、結果的加重犯の（不法の）固有性・特殊性を基礎づけるという文脈で危険性説が紹介されてきた<sup>3</sup>という我が国における経緯を考慮すれば、そうした印象はむしろ当然のものであるし、ドイツにおける危険性説の誕生経緯自体を顧みても、当地の危険性説は専ら結果的加重犯を念頭において立論されたことは明らかである<sup>4</sup>。

しかし、そうした諸般の経緯ゆえに、我が国では必要以上に危険性説の「特殊性」が強調され過ぎてしまっているのではなかろうか。危険性説を真の意味で我が国のものとして消化吸収するためには、危険性説を、他の客観面（より具体的には、他の構成要件要素）との関係という観点から再考する必要があるように思われる。その再考の結果、危険性説になお特殊な部分が残ったならば、それはある種結果的加重犯自体の特殊性ともいえよう。しかし、

<sup>1</sup> 例えば、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂，2005年）426頁以下、高橋則夫『刑法総論』（成文堂，第4版，2018年）248頁、松原芳博『刑法各論』（日本評論社，2016年）55頁、松宮孝明『刑法各論講義』（成文堂，第5版，2018年）41頁以下。

<sup>2</sup> 特殊なものゆえに受け入れ難いとする例として、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会，第2版，2008年）143頁以下。結果的加重犯特有の帰属限定原理であるとする例として、井田・前掲註（1）427頁。なお、特殊性を否定するものとして、香川達夫『結果的加重犯の本質』（慶應通信，1978年）99頁。

<sup>3</sup> 例えば、丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂，1990年）。

<sup>4</sup> Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW Bd.69 (1957), S. 503 ff.

私の見るところ、実は危険性説自体は、我が国の刑法との関係では、それほど何か特殊なこととは言っておらず、かといって一切意味がないわけでもない、すなわち、特殊でも決定的でもないが体系論上の意義は有しているという、ある種「中途半端」な性格を有した主張であると考えられる。本章の前半部では、その「中途半端」性の明示を試みる。

また、この危険性説は、しばしば「直接性説」等の因果的限定の根拠として語られたり<sup>5</sup>、あるいは時に直接性説等の因果的限定と同視されたり<sup>6</sup>するが、危険性説の意義自体を上述の視点から見直せば、危険性説と因果的限定との関係についても見直しが迫られるはずである。この点を見直すと、さらに付随的問題として、そもそも結果的加重犯（のみ）を因果的に（特に）限定するという方向性の是非自体の見直しも同時に求められる。そこで、本章の後半部では因果的限定に焦点を当てて論を進めたい。結論だけ端的に述べると、因果的限定という方向性には二つの意味で無理があると考えられる。

なお、本章で議論を進めるに際して、必要な場合には以下に挙げる典型的な傷害致死事例を標準事例として用いることとする。

#### 【標準事例】

行為者 X は、被害者 Y に傷害を負わせる意図で行為に出たところ、X の想定を超えて、Y は X による傷害に起因して死亡した。

## 第一節 危険性説の意義

### 第一款 危険性説の出発点と到達点

我が国においては、論者により多少の表現の違いこそあれ、「基本犯とされる犯罪の中に重い結果とされる事実を発生させるような固有で類型的な危険性を内在させている犯罪類型として結果的加重犯を理解し、そのような危険性の事前的判断にもとづいて構成されたものを、一連の結果的加重犯規定として把握している」<sup>7</sup>というのが、危険性説に対する最大公約数的理解であると考えられる。

現行法上、何らかの故意犯から人の死という結果が発生したとしても、一方では傷害罪などに関して傷害致死などの結果的加重犯が予定され、他方では窃盗罪などに関して仮にそこから死亡結果が発生したといえとしても窃盗致死などの結果的加重犯が予定されてい

<sup>5</sup> 榎本桃也『結果的加重犯の再検討』（成文堂，2011年）92頁以下。なお、内田浩『結果的加重犯の構造』（信山社，2005年）169頁以下は、危険性説を具体化し徹底させるために直接性を要求する必要があると主張する。

<sup>6</sup> 例えば、十河太朗「結果的加重犯の共同正犯に関する一考察」同志社法学 69 卷 7 号（2018年）958頁以下、松宮・前掲註（1）41頁以下、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（勝亦藤彦）（日本評論社，第2版，2017年）444頁以下。

<sup>7</sup> 丸山・前掲註（3）230頁。



ないということは、被害者の死という客観的事実の存在だけが結果的加重犯としての構成を左右しているわけではない。危険性説は、ここに着目し、結果的加重犯は一定の傾向を有する故意犯、すなわち被害者の死を発生させることについての経験上類型かつ高度な危険性を有する故意犯から実際に被害者が死亡したという点に独自の不法を見出した<sup>8</sup>。逆に、そのような事前判断による典型的な危険の実現として結果が発生したとは言えない場合、当該結果的加重犯の固有の不法内容が現実には充足されていないことになるから、結果的加重犯として処断することはできない<sup>9</sup>。つまり、「基本犯とされている犯罪から重い結果とされている事実が発生した場合を結果的加重犯として評価すべきか否かという問題は、当該行為（基本犯）と当該結果とが典型的な危険性によって結びつけられているか否かに依存している」<sup>10</sup>。もっとも、「危険性それ自体は結果的加重犯の実態を解明するのに重要なエレメントであるが、その本質はむしろ、かかる危険性を現実化するプロセスにこそとめられるべきである。それが現実的な重い結果発生という形において結果的加重犯の総体を形づくる」<sup>11</sup>という点は無視し難い。後述するように、ここでいう典型的危険性（の存在）自体を過度に重視すべきではない。

このように、結果的加重犯に固有の不法内容が存在していることを初めて自覚的に強調して結果的加重犯の構造論を展開したのは、前章でも確認した通り、ドイツの D. Oehler<sup>12</sup>であるといわれる。丸山雅夫によれば、この危険性説は因果関係論としての相当性説に理論的背景を与えられたとあってよく、それゆえ危険性説と相当性説は密接なつながりを有している<sup>13</sup>が、しかし両者は必ずしも論理必然的な関係ではなく、危険性説はその当初から、相当性説の採否や過失の要否にかかわらず、構成要件論として存在しえた<sup>14</sup>という。実際、当の Oehler 自身は、過失不要説論者である<sup>15</sup>が、他方で、同じく危険性説に立つ丸山は過失必要説論者である<sup>16</sup>のは既に見た通りである。

危険性説に立つと、「結果的加重犯の法定刑は、固有の不法内容に相応する程度には加重

<sup>8</sup> 丸山・前掲註（3）142頁参照。

<sup>9</sup> 丸山・前掲註（3）144頁参照。

<sup>10</sup> 丸山・前掲註（3）147頁参照。

<sup>11</sup> 中村喜美郎「結果的加重犯の本質～研究ノート～」群馬大学教養部紀要7巻（1973年）24頁。

<sup>12</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4), S. 503 ff.

<sup>13</sup> 我が国においても阿蘇温蔵がすでに1912年に危険性説と同旨と思われる主張を展開しているが、その際、「加重罪の刑事責任の限度はその一面は因果連絡の終点を以てし他の一面はその結果が客観的に観察して予見し得べかりしものなるや否やに依りて限界す」としたうえで、最終的には相当因果関係説など同一の結論に帰着すると総括していた。詳しくは、阿蘇温蔵「加重罪ヲ論ズ」法學大家論文集発行会編『法學大家論文集刑法之部全』（明治大学出版部、1912年）251頁以下参照。

<sup>14</sup> 丸山・前掲註（3）141頁参照。

<sup>15</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4), S. 512 ff.

<sup>16</sup> 丸山・前掲註（3）224頁以下参照。

されてよい」<sup>17</sup>ことになるという。すなわち、死傷結果を発生させる類型的で高度の危険性を内在させている基本犯は、侵害犯であると同時に、被害者の生命・身体に対する故意の具体的危険犯に類似した側面をもつがゆえに、重い結果に対する故意の侵害犯（殺傷罪）としての法定刑に近い程度までの加重は許されてよい<sup>18</sup>というのである。こうして、危険性説は、結果的加重犯の重い責任、重い法定刑についての論理的基盤ともなりうることもされる。

以上のように、危険性説は、「事前判断による固有で類型的な危険」への着目を出発点として、その固有で類型的な危険と実際に生じた重大な結果との結び付きを軸とした結果的加重犯独自の不法の肯定、あるいは重い責任と重い法定刑への論理的基盤の提供、という到達点に至っている、と解されているのが、我が国における現状といえよう。

## 第二款 固有の不法？

もともと、前款で確認された危険性説の理解には疑義がないわけではない。たしかに、人的不法論からすれば、犯罪の「重さ」を根拠づけるためには、固有の不法を強調する必要はあるかもしれない。しかし、結果無価値という観点からすれば、同一の結果については、あくまでも同一の不法が想起されるのではなかろうか<sup>19</sup>。例えば、人の死という同一の結果について、故意殺人や過失致死との対比で、傷害致死固有の不法などは考え難いように思われる<sup>20</sup>。もちろん、不法自体は同じだとしても、それぞれ責任が異なるということにはなるだろうから、その場合、問題の所在は、責任がどのように異なるか、という点となる。

他方で、例えば（私はこの立場に与しないが）目的的行為論に立って人的不法論を徹底した場合、故意殺人や過失致死と同様に人の死亡結果を発生させていたとしても、（故意殺人や過失致死と並んで）傷害致死もまた、別個に固有の不法類型ということになる。この場合、結果的加重犯は中間的第三不法類型として構成要件段階で故意犯や過失犯から区別される<sup>21</sup>ことになるだろう。しかしながら、その上で、責任故意・過失まで求める見解に立つ<sup>22</sup>と、やはり問題の所在は、不法を同一と解した場合と同様、結果的加重犯の責任が、故意犯及び過失犯の責任とはどのように異なるのか、という点に至ることはいずれにせよ避け難い。

したがって、結果的加重犯と責任との関係を問題とする限りであれば、結果的加重犯に独

<sup>17</sup> 丸山雅夫「結果的加重犯の構造」同『刑法の論点と解釈』（成文堂、2014年）56頁。

<sup>18</sup> 丸山・前掲註（17）56頁参照。

<sup>19</sup> 林・前掲註（2）144頁参照。

<sup>20</sup> 林・前掲註（2）143頁以下は、この点を根拠にして「固有の不法を肯定する」危険性説に否定的立場を示し、あくまでも責任内容により区別すべきであると主張する。

<sup>21</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第2版、2018年）120頁。なお、類似の見解として、野村稔『刑法総論』（成文堂、補訂版、1998年）164頁。

<sup>22</sup> 行為無価値論に立脚しながら責任過失も検討するものとして、例えば高橋・前掲註（1）372頁。

自の不法を見出そうが見出すまいが、結局のところ議論の行方には特段決定的な影響を与えることはないように思われる。

それでは、より当初の着目点に近いところへ立ち戻って、危険性説の本質的趣旨が「基本犯と重大結果とが基本犯とされる行為に係る固有で類型的な危険性を軸に一体性（固有の関係、固有性）を有している」というものであると考えた場合、すなわち、不法の固有性というよりも、むしろ結果的加重犯が（基本犯との対比において）有している行為と結果との間の関係性に係る固有性を問題としていると考えた場合はどうであろうか。

この場合、加重処罰の根源たる現に生じた重大な結果の側から見れば、基本犯行為にその結果へと至りうる類型的な危険性が存在する／存在していた必要がある、ということの意味しているものと考えられる。そう考えると、これは、単に（基本犯）行為に（重大）結果発生の類型的危険性＝実行行為性が必要である、といっているに過ぎないように思われる。もっとも、仮にその程度のことを言っているに過ぎないとしても、判断に際して着目すべき対象について、後述するような視点を導きうる点では無視し難い程度に意義はあるものと考えられる。

以上のような仮説に基づき、以下では、危険性説に対して、実行行為論的観点から検討を加えてみることにする。

### 第三款 実行行為論と危険性説

もっとも、危険性説は実行行為性の問題に過ぎないのではないか、という問いを立てるにしても、そもそも実行行為概念自体が多義的である。そこで、まずは本章の論題と関係する限りにおいて、雑駁ではあるが我が国の実行行為論を概観・総括しておきたい。

実行行為概念自体は、我が国で独自の発展を遂げたものとされる<sup>23</sup>。小野清一郎の構成要件論<sup>24</sup>を受けた団藤重光は、定型説として犯罪論上の多様な場面に実行行為を用いた解釈を施し、通説的地位を占めた<sup>25</sup>が、その後、例えば未遂の場面と共犯の場面とで問題とされる実行行為はそれぞれ内容が異なるはずであるなどとして、実行行為論としてあらゆる問題を一元的に理解することの不合理性が指摘される<sup>26</sup>に至った。その流れの中で、却ってそれ

<sup>23</sup> 井田良「犯罪論と刑事法学の歩み—戦後 50 年の回顧と展望」法学教室 179 号（1995 年）17 頁以下参照。

<sup>24</sup> 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953 年）。なお、小野の実行行為論については、矢田陽一「小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論—実行行為概念の学説史的考察と間接正犯論—」国士館法学 48 卷（2015 年）123 頁以下参照。

<sup>25</sup> 実行行為論の変遷・経緯について、井田・前掲註（23）17 頁以下、奥村正雄「実行行為概念について」瀬川晃編『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011 年）141 頁以下参照。

<sup>26</sup> 端的な指摘として、橋爪隆「実行行為の意義について」法学教室 424 号（2016 年）100

ぞれの問題点の所在を不明確にしてしまうくらいであれば、そもそも実行行為概念自体を採用すべきではないとの旨を主張する見解も現れた<sup>27</sup>が、今なお多数説は、詳細部分こそ多岐にわたるが少なくとも、構成要件該当行為として因果関係の起点となり、一定の危険性を有した行為<sup>28</sup>という意味においては、実行行為概念を堅持しているといえるだろう。かつてのように、実行行為を「切り札」的に用いることはできないが、それでも思考経済上の利点、一定の重要性が認められるからである<sup>29</sup>。

かくして広く受容されている実行行為概念ではあるが、定型説自体に批判が強いとはいえず、構成要件自体が類型である以上、定型説に拠らない実行行為もまた類型的・一般的行為であることに変わりはない。したがって、実行行為で問題とされる危険性もまた、類型的・一般的なものである。その危険性の程度としては、「一般的」危険性<sup>30</sup>という表現のほか、「抽象的」危険性<sup>31</sup>であるとか「現実的」危険性<sup>32</sup>なども表現される。もっとも、ここにいる現実的危険性も、結局のところ、およそ偶然・非現実的なものは除くという趣旨に過ぎず<sup>33</sup>、未遂の場合等の処理もあわせて見る限り、危険性が高度であるとか（厳密な意味において）具体的であるなどということ、首尾一貫的・実質的に意味しているわけでもない<sup>34</sup>。まして、現に侵害結果の生じている結果的加重犯に関しては、現実的危険性と呼称されるものと抽象的危険性との間には、それほど有意な差異は生じないように思われる。

以上のような前提を背景として、本章において「実行行為」と呼称するものは、「結果発生の類型的・抽象的危険性を有する行為」という意味における行為を指す。そして繰り返すにはなるが、本章は、結果的加重犯論における危険性説は、今述べた意味における実行行為と何ら変わるところはないと考える。

先に見た通り、危険性説の出自は、K. Engisch らの相当性説とされる。この相当性説のうち、狭義の相当性については、我が国では因果関係の相当性判断の問題として扱われる<sup>35</sup>。

先行研究において既に指摘のある通り、相当因果関係説の採否と危険性説の採否とは必然的關係ではない<sup>36</sup>。しかし、この両説間の無関係性は、危険性説が、広義の相当性、すな

---

頁以下参照。

<sup>27</sup> 高山佳奈子『『実行行為』概念の問題性』法学論叢 162 巻 1-6 号（2008 年）204 頁以下、山口厚『刑法総論』（有斐閣，初版，2001 年）44 頁以下参照。

<sup>28</sup> 山口厚『刑法総論』（有斐閣，第 3 版，2016 年）51 頁以下参照。

<sup>29</sup> 橋爪・前掲註（26）99 頁以下参照。

<sup>30</sup> 曾根威彦『刑法原論』（成文堂，2016 年）122 頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社，第 2 版，2017 年）73 頁。

<sup>31</sup> 高橋・前掲註（1）106 頁。

<sup>32</sup> 大谷實『刑法講義総論』（成文堂，2012 年）125 頁、立石二六『刑法総論』（成文堂，2015 年）122 頁、山口・前掲註（28）51 頁。

<sup>33</sup> 奥村・前掲註（25）150 頁。また、井田・前掲註（1）46 頁参照。

<sup>34</sup> 橋爪・前掲註（26）100 頁以下、山口厚『問題探求刑法総論』（1998 年）4 頁以下参照。

<sup>35</sup> 曾根・前掲註（30）137 頁以下参照。

<sup>36</sup> 丸山・前掲註（3）141 頁。

わち我が国では実行行為性の問題と同視されて扱われることもある<sup>37</sup>領域、あるいは実行行為性の領域そのものを問題とするものであるとするならば、むしろある種当然の帰結とさえいえるだろう。たしかに、危険性説のもとにもなった Engisch らの見解は、狭義の相当性をも含めた自身の相当性説の優位を説く格好の材料として結果的加重犯を例に挙げている<sup>38</sup>が、危険性説の祖である当の Oehler 自身は、(少なくとも狭義の)相当性(=因果関係)の問題とは意識的に分けて論じていた<sup>39</sup>。それゆえにこそ、Oehler は危険性説に関しては、敢えて、判断基準として「客観的目的可能性 (objektive Bezweckbarkeit)」なり「客観的目的モメント (objektiver Zweckmoment)」という相当性説とは別の独自の新概念を提唱したものと推測される。

ここで、今一度 Oehler の見解<sup>40</sup>を確認しておきたい。

彼の主張は、以下の三つの部分から成る。

- ①傷害の故意の中に、同時に生命を危殆化する故意／(少なくとも)生命の危殆化を義務に反して知らずにおくということが含まれているということに、まさに犯罪の本質がある。
- ②基本犯の実行と重大結果の発生とが、「客観的目的可能性」(=「人的支配操縦の可能性」)によって架橋される場合だけが結果的加重犯として評価される。
- ③客観的目的可能性と因果関係の相当性とは相異なる(構成要件)メルクマールである。

このうち、①は、単なる傷害罪+過失致死罪とは異なるという、傷害致死罪の独自性に係る説明である。ここにいう「故意」は構成要件的故意を意味するものであるから、いわば行為の性質を指すものであると考えられる。Oehler はここで、身体法益に対する侵害性と生命法益を危殆化させる性質とが融合・一体化しているということ、すなわち二つの性質の不可分一体性を主張した。ここから、着目すべき行為には、そもそも生命法益を危殆化させる性質を伴っていなければならない、とする考え方が生まれ、危険性説へと至ったのである。

②③は、行為と結果とをつなぐという「客観的目的可能性」の説明である。Oehler によれば、特に根拠があるわけでもないが主観的に因果経過を漏れなく把握していた、という場合

---

<sup>37</sup> 大谷・前掲註(32)217頁以下、齋藤信治『刑法総論』(有斐閣、第6版、2008年)76頁、町野朔「因果関係論」同『犯罪論の展開I』(有斐閣、1989年)211頁、松原・前掲註(30)73頁参照。もっとも、両者は厳密には異なるとの指摘(曾根・前掲註(30)138頁参照)もあるが、殊結果的加重犯に関しては現に結果が生じていることから、いずれにせよ両者の判断は重なり合う。なお、広義の相当性・狭義の相当性ともに因果関係の問題とすべきであるとの立場を堅持するものとして、例えば、塩見淳『刑法の道しるべ』(有斐閣、2015年)7頁以下。

<sup>38</sup> Engisch, „Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände“, 1931, S. 69 ff.

<sup>39</sup> Oehler, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: FS-Eb. Schmidt, 1961, S. 238.

<sup>40</sup> Oehler, a. a. O. (Anm. 4) S. 515 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 39) S. 236 ff. なお、和訳・要約は概ね丸山・前掲註(3)に従った。

であっても、客観的目的可能性がなければ、結果的加重犯は成立しない。そうした不成立の場合の典型例として、Oehler は、被雷することを期待して森に行かせる行為や、墜落を期待して飛行機に乗せる行為を挙げている。他方、血友病患者を切りつけた場合などには結果的加重犯の成立余地を肯定している。

こうした結論を見る限り、Oehler は、客観的目的可能性の名の下、我が国ではおよそ実行行為性がないとして排除する事例を排除し、かつ、血友病事例のように実行行為性自体は肯定しうるものについては、結果的加重犯の範囲内に包含していた、ということが分かる。③に関して、相当因果関係説にいう相当性との違いが不明確であるとの指摘<sup>41</sup>もあるが、Oehler が客観的目的可能性の名の下に行っていたのは、我が国に引き付けていえば実行行為性の判断であって、因果関係の（少なくとも狭義の）相当性判断とはやはり相異なるものであると考えられる。かつて中義勝が、他ならぬ実行行為の問題として Oehler の「客観的目的メント」に検討を加えた<sup>42</sup>ことから、この点は間接的ではあるが裏付けられるだろう。

#### 第四款 危険性説は因果的限定の論拠たりうるか

従来、危険性説と、直接性説などの因果的限定とは、しばしば同視・一体視されてきた。両者を区別するにしても、危険性説を直接性説等の因果的限定の根拠としてみなす見解<sup>43</sup>もあった。しかし、我が国でいう実行行為性の問題である危険性説と、因果的限定の問題である直接性説等とは、やはり、実行行為と因果関係とが相互無関係ではないながらも別個の問題であることと同様に、それぞれ本来的に相異なる領域を問題としている<sup>44</sup>と考えざるを得ない。危険性説は、相当因果関係説との間でのみならず、因果的限定全般との間でもまた、必ずしも論理必然的な関係を有するものではないのである。

このことは、危険性説の母国たるドイツにおける議論状況を見ても明らかである。結果的加重犯の因果的限定に関して、ドイツでは、一時判例が採用していた<sup>45</sup>ような原初的な直接性説に加えて、致命性説（*Letalitätslehre*）<sup>46</sup>、通過因果関係説<sup>47</sup>、過失犯の保護目的連関援用

<sup>41</sup> 丸山・前掲註（3）150頁参照。

<sup>42</sup> 中義勝「実行行為の客観的目的要因—エラー説に関連して—」*關西大學法學論集* 38巻2・3号（1988年）617頁。

<sup>43</sup> 内田・前掲註（5）、榎本・前掲註（5）92頁以下。

<sup>44</sup> vgl. Beck, „Leben“ – Das Rechtsgut im Hintergrund?, ZIS 2016, S. 1054 ff.

<sup>45</sup> 直接性説をめぐるドイツの判例・学説の状況については、前章第一節参照。

<sup>46</sup> z.B. Hirsch, Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, in: FS-Oehler, 1985, S. 111 ff.; LK-ders, §227 Rd 2; Küpper, „Der ‚unmittelbare‘ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt“, 1982, S. 85 ff.; Schmidhäuser, „Strafrecht Besonderer Teil“, 2. Aufl., 1983, 2/50.

<sup>47</sup> z.B. Altenhain, Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1996, S. 19 ff.; Fersch, „Das Problem des unmittelbaren

説<sup>48</sup>など、多岐に分かれている。これらは、帰属論の体を採ってはいるものの、いずれも我が国の観点から言えば、因果関係の相当性判断（とりわけ、結果的加重犯に関して相当と認められる範囲）をめぐる論争である。そしてここで興味深いのは、いずれの説の論者であっても、基本犯行為と重大結果との間に一定の危険性による結び付きが必要である、という危険性説の本質的趣旨自体は、いわば共通の前提として受容している<sup>49</sup>点である。例えば、結果的加重犯のみに妥当する特殊な法理としての危険性説の採用には批判的な R. Rengier も、行為と結果との間の危険性による結び付き自体は肯定している<sup>50</sup>のである。要するに、基本犯行為に重大結果に関する実行行為性が必要であるという点では、ドイツの学説は一致しているのである。それにもかかわらず、通過因果関係説等、直接性説以外の因果的限定方法も学説上有力に主張されうるのは、まさに危険性説の発想自体は実行行為性の問題と他ならず、したがって因果的限定とが論理必然的な関係にないことの証左といえよう。両者を混然一体に扱うことはやはりできないのである。

ドイツでは、その上で、実行行為性の存在だけでは不十分であるとして、さらなる限定を課す際に、条文解釈上は StGB§18 により要求される「少なくとも過失」が問題とされ、さらに客観面においても、学説は、直接性・致命性等により因果的限定を図ろうというのである。その際、直接性・致命性について行為者の認識を要求すれば、結論的には相当因果関係説の折衷説や主観説に接近することになる。他方、ドイツの判例は、上述のとおり一旦は直接性説を採用しながら、後に因果的限定としてはこれを放棄<sup>51</sup>し、現在は過失犯と同様「生活経験上蓋然的」であるか否かを問題とする<sup>52</sup>。因果関係を肯定する範囲が比較的広範であり、それゆえに広すぎるとの批判もあるが、よほど突飛な事例以外は大概認めている（あるいは、認めようという姿勢である）ということであり、その点では、我が国の客観的相当因果関係説などと、結論的にはほとんど異ならないように思われる。ここで注意すべきは、ドイツの判例が放棄したのは、あくまで直接性説であって、危険性説の発想自体は今なお放棄されていないという点である<sup>53</sup>。

加えて、Rengier らのように、危険性説等結果的加重犯独自の理論を構成することに否定

---

Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt“, 1999, S. 93 f., 169 ff.; Laue, Ist der erfolgsqualifizierte Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge möglich? – BGH NJW 2003, 150, JuS 2003, S. 743 ff.; Puppe, „Die Erfolgzurechnung im Strafrecht“, 2000, S. 280 f.

<sup>48</sup> Rengier, „Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen“, 1986, S. 149;

Staffler, „Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik“, 2015, S. 249 ff.

<sup>49</sup> Staffler, a. a. O. (Anm. 48) S. 138 ff.

<sup>50</sup> Rengier, a. a. O. (Anm. 48) S. 155. 丸山・前掲註 (3) 208 頁以下参照。

<sup>51</sup> BGHSt 31, 96; BGHSt 33, 322. 前章第一節でも確認した「アフリカ舞踏家ペア事件」(BGH NSTz 2008, 278) でも、直接 (unmittelbar) という表現を用いながら厳格な因果性自体は不要であるとして、被告人の行為により誘発されたに過ぎない被害者の死亡結果を被告人に帰属させて StGB §227 の成立を肯定していた。

<sup>52</sup> なお、生活経験上蓋然的ではないとして結果的加重犯の成立を否定した事案として、前章第一節でも確認した「食塩事件」(BGH NSTz 2006, 506) が挙げられる。

<sup>53</sup> vgl. Staffler, a. a. O. (Anm. 48) S. 174 ff.

的な論者も、主眼にあるのは実は実行行為性の問題であるように思われる。たしかに、ドイツには日本のような実行行為概念がない<sup>54</sup>ことから、当地では実行行為という言葉が用いられて主張が展開されているわけではないことに一定の留保は必要であろう。しかし、Rengierらの主張には、我が国でしばしば論じられる、故意犯と過失犯で実行行為が異なるのかという問いに通ずる問題意識が見受けられる。そして、Rengierらは（少なくとも過失犯とは）異ならないと考えるから<sup>55</sup>こそ、過失犯の保護目的連関を故意犯たる結果的加重犯<sup>56</sup>にも（そのまま）求めれば足りると解するのである。こうした事情を踏まえると、危険性説を採用しないことが因果的限定を不要とすることの論拠になるわけでもないこともまた、明らかである。

したがって、危険性説の明示的な採否自体は、ある種形式的な事柄に過ぎず、因果的限定をめぐる議論に決定的な影響を及ぼすとは考え難い。それゆえ、危険性説自体もまた、直接性説をはじめとした因果的限定を課すべきことの論拠としては、積極的にも消極的にも機能し得ないものであると考えられる。

## 第二節 危険性説の我が国における意義

結局、ドイツにおける議論は、結果的加重犯の成立範囲を適切に導き出すためには、実行行為性の存在だけでは不十分で、さらに何らかの限定が必要である、という点までは一致を見ており、その限定方法を如何にすべきか、という点をめぐって議論がある、というように整理可能である。

たしかに、危険性説の採否をめぐる対立は存在するともいえるが、これは当地に我が国のような実行行為概念が存在しないがゆえの仮象問題に過ぎず、我が国に引き直して考えれば、基本犯行為に重大結果まで含めた実行行為性が当初から必要である、という点についてドイツの学説・判例に対立は存在しない。

また、危険性説の当否と直接性説ほかの当否とは、既に確認された通り、分けて論ぜられるべき問題である以上、例えば直接性説等の難点を以て危険性説を非難<sup>57</sup>しても、あまり有意義であるとは言えない。また、危険性説の発想を受容したからと言って、直接性説等を当然に／自動的に受容しなければならないものでもないのである<sup>58</sup>。実際、直接性説ほかの結果的加重犯専用の特殊な（因果的）限定方法の採用に抵抗感がある論者であっても、実行行

<sup>54</sup> 井田・前掲註（1）63頁参照。

<sup>55</sup> Rengier, a. a. O. (Anm. 48), S. 319.

<sup>56</sup> vgl. StGB §§ 11 II, 18.

<sup>57</sup> 例えば、杉本一敏『『被害者の素因競合事例』に関する刑事判例と結果的加重犯の真の問題点』Law & Practice 8号（2014年）149頁以下により、危険性説として批判を受けているものは、その実、致命性説である。

<sup>58</sup> したがって、榎本・前掲註（5）92頁以下のような理解を採ることは難しい。



為概念自体をおよそ受容しないという結論をとらない限り、結果的加重犯でも実行行為性は（ある程度）問題となるという主張、すなわち危険性説の本質的趣旨自体は十分に受容可能であろう。

それでは、危険性説が我が国の刑法学において有する意義は何であろうか。

それはまさしく、危険性説が、結果的加重犯においても実行行為性を問題とせよ、とするものであるという点に見出すことができよう。危険性説で問題とされる「基本犯の類型的危険」などと総称されるものは、結局、「結果的加重犯の実行行為性を認めるに足る、一定の／抽象的／一般的／定型的／現実的危険性」ということになるはずだ。したがって、この段階で何か個別具体的な危険性を問題とすることはできない。また、しばしば指摘されるように、実行行為という概念自体が、重要ではあっても万能な「切り札」であるわけではないと同様に、危険性説自体が結果的加重犯論の切り札的な決定打となるわけではないと考える方が妥当であろう。その限りで、香川達夫が危険性説を評して、何らの特別な法理でもない<sup>59</sup>と断じた点にも一理ある。危険性説で問題とされる危険性は、故意犯や過失犯の実行行為判断においても当然問題とされるべきものであるといえるからである。その限りで、危険性説は決して何か特殊なことをいっているわけではない。

他方で、実行行為概念がそれでもなお重要性を喪失しないのと同様に、結果的加重犯論においても、危険性説にはなお一定程度の重要性は残っているはずである。

その重要性は、まず、「結果的加重犯でも実行行為性が問題となるということは、基本犯行為の実行行為性ではなく、結果的加重犯行為の実行行為性が問題とされるべきである」ということを明確に意識することができる点に存在するだろう。冒頭の標準事例を用いて説明すると、Xに関して問題とされる実行行為性は、Yの負傷に係る実行行為性ではなく、Yの致死に係る実行行為性であるという点を明示できるのである。この点は、従来「基本犯」という概念を重視するあまり、看過されてきたように思われる。

結果的加重犯の行為者が責任を負うべきは、（基本犯結果ではなく）あくまでも現に生じた重大結果である（それゆえにこそその「結果的加重犯」である）以上、従来は基本犯行為として問題とされていた行為の時点で、（基本犯結果ではなく）現に生じた重大結果との関係で、そうした重大結果に相応しい実行行為としての一定の／抽象的／一般的／定型的／現実的危険性が認められなければならない、と考えるべきであろう。標準事例を用いて言えば、Xの行為は単なる傷害行為ではなく傷害致死行為と呼べるだけの危険性を備えていなければならないと考えられるのである。したがって、（実際上は極めて例外的・限定的な状況下での事案ということにはなるが）実行行為性判断の段階で結果的加重犯としての判断の対象からはそもそも除外されるべきものも存在するということができる。仮に、標準事例のXの行為に傷害致死行為としての実行行為性が認められない場合には、Yの死亡結果につ

---

<sup>59</sup> 香川・前掲註(2) 99頁。

いて傷害致死に問われる余地が当初から存在しないのである<sup>60</sup>。

もちろん、こうした考え方は、例えば、およそ傷害行為には致死結果発生（抽象的）危険が含まれている<sup>61</sup>との主張とは相容れない。しかし、同意傷害の文脈においては、同意による正当化を認めない「生命に危険を及ぼす恐れのある傷害」と、正当化を認めうる（通常の）「傷害」とを分ける見解<sup>62</sup>がかなり有力であるところ、こうした考え方はまさしく（基本犯の範囲に止まるであろう）基本犯行為と（重大結果に至る抽象的危険性を有した）結果的加重犯行為とを区別する本章の考え方と軌を一にするだろう。また、同時傷害の特例をめぐっても、傷害致死事例でこれを用いるにしても、刑法 207 条を直接 205 条に適用することを許容せず、あくまでも 207 条は 204 条への適用に止め、その上で各行為者について 205 条をそれぞれ適用すべきであるとするのが判例の立場<sup>63</sup>であるのは、第一章で既に確認したところであるが、こうした判例の立場もまた、207 条及び 204 条にいう「傷害」行為と 205 条で問題とされる行為との間に本質的な差異が存在することを前提としている<sup>64</sup>と考えられるのであり、これもやはり本章の考え方と合致するものであるといえよう。

結果的加重犯に関しては、基本犯結果ではなく重大結果に係る実行行為性を問題とすべきであるとする本章の考え方は、もしかすると突飛なものに見えるかもしれないが、しかし、今確認したとおり、実は、同意傷害や同時傷害の文脈において既に学説や判例で相当程度承認された考え方と基本的な方向性では一致しているのである。

さらに、実行行為段階において、重大結果に係る実行行為性を問題とする以上、責任判断の段階においても、その判断の対象は、基本犯行為＋重大結果といった分断された形式ではなく、結果的加重犯行為と結果的加重犯結果、およびその間の因果関係ということになるはずである。このことを明確にできる点にも我が国の刑法学における危険性説の意義が認められるだろう。

すなわち、従来は基本犯行為について問題とされていた時点で、基本犯の故意や、基本犯に付随して考えられる過失といった、基本犯をめぐる責任を問題とするのではなく、あくまでも結果的加重犯行為自体の責任を問題としなければならないのである。標準事例を用いて言えば、X の責任について傷害の故意があるか、であるとか、傷害に付随して過失があるか、などという傷害行為を中心とした問い方をするのではなく、端的・直截にまさに問題とされている Y 死亡に係る傷害致死行為に関して責任があるか、という問い方をすべきなのである。この限りで、結果的加重犯を、（極めて頻繁に用いられる表現ではあるが）故意と過失の複合形態であるとして、故意（基本犯）行為と過失（結果）行為とに分断して責任を

<sup>60</sup> しかも、X の行為に傷害行為としての実行行為性が肯定されうる場合にはなお、Y に対する傷害罪成立に関して別途検討の余地は残る。

<sup>61</sup> 松宮・前掲註（1）44 頁。

<sup>62</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣，1976 年）254 頁。

<sup>63</sup> この点を確認した近時の判断として、第一章でも確認した最決平成 28 年 3 月 24 日刑集 70 卷 3 号 1 頁を挙げることができる。

<sup>64</sup> さもなくば 207 条を 205 条に直接適用することを敢えて否定すべき理由はなからう。

考慮する通説的な方向性<sup>65</sup>は、やはり妥当ではなかろう。何より、事実的にも二つの行為が別々に存在しているわけではない。XはYの身体法益と生命法益に対して二つの行為を以て別々に侵害を加えたというわけではないという点を看過してはならない。Xの責任判断の対象は、あくまでも致死に係る実行行為性が認められ（それゆえに「傷害致死構成要件」に該当し）た「傷害致死行為」という一塊の行為なのである<sup>66</sup>。

もっとも、このように結果的加重犯行為という点を強調すると、再び実行行為性判断自体に関して、結果的加重犯行為の故意行為・過失行為との関係性が別のかたちで問われることになる。すなわち、これら三種の行為の実行行為性判断の相互関係・異同を検討しなければならない。学説の中には、故意行為と過失行為とで実行行為性判断（の内実、あるいは方式）が異なるとする見解<sup>67</sup>も存在する。このような見解からすれば、結果的加重犯行為の実行行為性判断に際しては、故意行為とも過失行為とも異なる独自の中間的危険性を問題とするのが自然であろう<sup>68</sup>。他方、故意行為と過失行為とで実行行為性判断は同一のものであるとする見解<sup>69</sup>に従えば、結果的加重犯行為の実行行為性判断も故意や過失の場合と同一に考えればよいことになる。私見では後者の見解を妥当と考えるが、しかし、どちらの説に立つにせよ、従来の実行行為性概念をめぐる議論の延長線上にあることに疑いはなく、従来の議論や論拠をそのまま援用することができるだろう<sup>70</sup>。その上で、両説の争いを超えて、危険性説の果たしうる役割の限界に関して、少なくとも以下の2点を指摘することができる。

第一に、結果的加重犯行為の実行行為性を認めるに際して、重大結果に係る未遂犯の成立が認められるような具体的危険性までを要求することはできない。本章にいう実行行為自体が一般・類型判断の産物であるうえ、現に法益侵害結果の生じている結果的加重犯の実行行為性を決定する危険性と未遂犯の成否を左右する危険性とでは、そもそも異なっているべきだからである。

第二に、危険性説を根拠として結果的加重犯の重大さを具体的危険犯との類似性に求める見解<sup>71</sup>にも無理がある。結果的加重犯行為に関して問題とされる一般的・類型的危険性（＝実行行為性）と、具体的危険犯類似構成において問題とされる危険性とは（実行行為に関してどのような立場を採ったとしても）全く別物であるからだ。

---

<sup>65</sup> 平野龍一「結果的加重犯について」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981年）110頁。

<sup>66</sup> もっとも、この一塊の行為に故意類似的側面と過失類似的側面が存在する、という限度で「故意」「過失」という単語を用いることまでを否定する趣旨ではない。

<sup>67</sup> 例えば、井田・前掲註（1）112頁、大塚裕史「過失犯における実行行為の構造」西原春夫＝渥美東洋編『下村康正先生古稀祝賀 刑事法学の新動向 上巻』（成文堂，1995年）153頁以下。

<sup>68</sup> その場合、構成要件段階で結果的加重犯の中間類型性と正面から向き合う必要性が生じる。

<sup>69</sup> 松原・前掲註（30）279頁。

<sup>70</sup> もちろん、従来から挙げられている批判や問題点もそのまま引き込むことにもなる。

<sup>71</sup> 丸山・前掲註（17）56頁。

たしかに、傷害致死罪を例に考えると、傷害罪との関係で見れば、傷害致死行為は致死結果を発生させる危険性を有していたからこそ、その危険性の分だけ、単なる傷害行為との比較においては、より危険性の高い行為であったとはいえるかもしれない。しかし、このことは、傷害罪よりも傷害致死罪が重大である、という至極当然な結論を基礎づけるに過ぎない<sup>72</sup>。あくまで具体的危険犯に引き付けて結果的加重犯としての重大さを説明するためには、まず、基本犯結果という中間状態を想起し、その状態が危険犯にいうところの(具体的)危険であると考え、それゆえに傷害致死罪が重大に扱われると考える必要がある(なお、具体的危険犯類似構成を採る限り、現に生じた重大結果自体には過失結果犯との差異は認められず、また過失結果犯であること自体は刑を加重する根拠としては薄弱である)。

そうすると、①結果的加重犯の重大さは、現に生じた重大結果ではなく、中間状態としての危険状態に依拠することになるが、②既に重大結果が発生している以上、その中間状態の設定自体が常に恣意的なものとならざるを得ず、しかも③現に生じた重大結果自体は「飾り」=客観的処罰条件でしかないことになるうえ、④結果的加重犯行為自体の実行行為性を問題として扱い、それゆえに結果的加重犯の(不法面での)独自性を肯定したり、あるいは(私見のように)基本犯結果ではなく致死結果に着目した危険性を問題としたりすることに途を拓く、危険性説の考え方とはそもそも根本的に相容れないものである。したがって、危険性説・実行行為論を以て具体的危険犯類似構成を正当化することはできない。

結局、危険性説にいうところの「危険性」はあくまでもリスク判断であるから、常に「結果」との関係で語られるべきものである。何らかの(具体的な)危険状態を指すものではない。そのうえで、現に侵害結果が発生しているからこそ、結果的加重犯として問題となっているという点を無視するべきではない。標準事例を用いて言えば、Xが結果的加重犯として把握されるのは、Yを危ない目に遭わせたからではない。まさにYを死亡させたからなのである。

### 第三節 中間的小括

以上で見たように、危険性説自体は、我が国の刑法学においては「実行行為」論として捉えられるべきものであり、それゆえ過度の重視もできないが、全く重要性がないわけでもないのである。特に、検討すべき対象を「結果的加重犯行為」及び「(加重)結果」であると明確化できる点は重要である。そのうえで、さらに以下の3点を指摘しなければならない。

第一に、結果的加重犯行為として捕捉されるべき範囲、すなわち結果的加重犯行為の実行行為性を判断する際の具体的な中身を如何にして定めるべきか、という問題は別途残ると

<sup>72</sup> したがって、佐久間修「結果的加重犯における因果関係論の諸相」現代刑事法6巻4号(2004年)94頁のように、結果的加重犯論において危険性説に関して問題とされるリスク・危険性がはじめてから高度であるかの如く表現するのは適切ではない。

いう点である。総論的には、結果発生の類型的・現実的危険性（≠具体的危険性）が認められる範囲ということになるが、これは多分に各論解釈にも左右されるはずであり、それゆえ各論的検討を別途加える必要がある。さらに、そうした各論的検討を経て導出・確定されたリスク（risk）や危険有害性（hazard）、あるいは潜在的危険<sup>73</sup>は、具体的事情と関係しながら、まさに行行為者の認識や認容の対象となるべきものである<sup>74</sup>から、（責任故意・責任過失を全く検討しないという立場を採らない限り）責任段階で（も）考慮されることになるだろう。

また、既に述べたとおり、実際には非常に稀有であろうが、類型的危険性のない（すなわち、上述のリスクや危険有害性、潜在的危険が存在しない）「基本犯」行為は、構成要件段階で排除されることになる。加重根拠としては使えないが、制限根拠としては使えるとする香川の見解<sup>75</sup>はこの限りで妥当なものであるといえよう<sup>76</sup>。

第二に、上記の検討を経て導出されたリスク等の認識・認容を軸に「結果的加重犯行為」の責任を問うということは、従来型の検討方法、すなわち基本犯に係る部分と重大結果に係る部分とに分割してそれぞれについて責任を検討するという方式とは、必然的に異なるアプローチとならざるを得ないという点である。従来の学説は、過失必要説にせよ、不要説にせよ、いずれも「基本犯行為」の存在・設定を前提として、基本犯の故意に加えて加重部分に過失（予見可能性）が要るか否かという論争であった。しかし、上述したとおり、このように「基本犯行為」を分離して検討するアプローチは妥当ではない。結果的加重犯の実行行為性が、故意犯や過失犯のそれと同一であるか否かを問わず、いずれにせよ構成要件段階で結果的加重犯の実行行為性を判断する際に問題とされるべき行為は、「基本犯行為」ではなく「結果的加重犯行為」であると考えられる。それに相応するかたちで考えれば、責任段階で前提とされるべき行為も、やはり「基本犯行為」ではなく「結果的加重犯行為」となるはずであろう。前提とされる行為の捉え方が異なる以上、その行為に対応する責任の検討方法も異ならざるを得ないのは明白である。

もちろん、そのように考えても、結果的加重犯の責任を検討するに当たっては、やはり故意・過失との関係が問題となる。しかし、ここで問題とされる故意・過失は「基本犯の故意」「重大結果に対する過失」ではなく、同種の結果を生じる故意犯の故意・過失犯の過失である。すなわち、傷害致死罪であれば、故意殺人罪の故意・過失致死罪の過失との関係で、両者の中間に位置する結果的加重犯たる傷害致死罪の責任を検討することになるはずだ。結果的加重犯が、現に中間的処罰の類型であることには疑いがなく、歴史的にも中間的受け皿

---

<sup>73</sup> vgl. Küpper, Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW Bd. 111 (1999), S. 785 ff.

<sup>74</sup> 井田・前掲註 (1) 429 頁参照。

<sup>75</sup> 香川・前掲註 (2) 98 頁、100 頁。

<sup>76</sup> このことは何も結果的加重犯に限った話ではない。実行行為一般について、犯罪成立の制限根拠に止まるものであり、加重根拠は別途実質的に考慮する必要があると指摘するものとして、島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌 45 巻 2 号 (2006 年) 72 頁。

類型として発展してきており<sup>77</sup>、また、中間類型たることにはそれなりの合理性もある<sup>78</sup>以上、正面から、それに対応する（中間的）責任類型<sup>79</sup>を想起する方が妥当ではないかと思われるが、この点については、ここではひとまず措くこととし、次章以降で検討する。

第三に、上述した通り、直接性説、致命性説、通過因果関係説等などは、危険性説とは異なり、あくまでも狭義の相当性＝因果関係論に係る問題であるが、これら因果的限定に対する検討においては、究極的には、故意犯や過失犯とは異なる独自の因果関係を結果的加重犯にのみ要求する論拠の存否が問われることになるという点である。しかも、既に見たように、そうした論拠は危険性説からは導かれえない。因果的限定を正当化するためには、何か別のところから論拠を引き出す必要がある。さらに、その際に意識しなければならないのは、日独（さらには英<sup>80</sup>）いずれの実務も、（少なくとも建前の上では）結果的加重犯の因果関係は（少なくとも）過失犯の因果関係とは「異ならない」という前提で動いている点である。また、ドイツはともかくとして<sup>81</sup>、日英<sup>82</sup>に関しては、学説の側も、故意犯・過失犯（さらには結果的加重犯）で採用する因果関係論をそれぞれ分けるべきであるとはしていない点も見逃せない。結果的加重犯だけに（特殊な）因果的限定を課すためには、よほど特殊な論拠が必要とされることは容易に予想される。特に、行為者において悪しき意思がより少ない／低いと言える過失犯に比してもなお厳しい限定を掛ける積極的論拠が仮に存在するならばそれは一体何であろうか。この点に関して、Rengier らのように、結局は意図しない結果の発生であるとして因果的限定を過失と共通に捉える見解には（それに与するか否かは別に）それなりに理由があるようにも見える。ともかくも、以下では、こうした因果的限定の論拠等を巡る問題について検討を加えることにする。

---

<sup>77</sup> Staffler, a. a. O. (Anm. 48), S. 69 ff. 英法における故殺（Manslaughter）に関する同様の経緯について、時武英男「アメリカ法における Deliberate and Premeditated Murder の概念」法と政治 15 卷 3 号（1964 年）259 頁以下参照。

<sup>78</sup> 井田・前掲註（1）423 頁以下参照。

<sup>79</sup> 加重的故意・加重的過失といったかたちで広い意味で故意・過失の範疇に止まるかもしれないし、英法のように独立類型化させるべきかもしれないが、いずれにせよ、少なくとも通常の故意犯における故意や、過失犯における過失とは、異なるものになるだろう。なお、結果的加重犯を独立中間的責任類型に位置づけるべきであるとする見解として、牧野英一「結果的加重犯」同『刑法研究第八卷』（有斐閣，1939 年）461 頁。

<sup>80</sup> 英国の結果的加重犯（Unlawful act manslaughter: UAM）に係る実務については、本稿第二章第二節（特に第五款）参照。

<sup>81</sup> Puppe, a. a. O. (Anm. 47), S. 275 ff. のように、結果的加重犯自体をさらに類型分けし、それぞれについて独自の因果的限定を肯定するという見解もある。

<sup>82</sup> 英国の結果的加重犯（UAM）に係る学説については、本稿第二章第二節（特に第二款、第三款）参照。

#### 第四節 因果的限定とその妥当性

先行研究においては、危険性説が、しばしば、結果的加重犯を因果的に限定する法理（とりわけ、直接性説）の積極的な論拠として見做されてきた<sup>83</sup>。

ところが、諄いようではあるが、前節までの検討の帰結として、危険性説は実行行為性の問題であると考えられる。危険性説は、行為段階で、最終的に生じた重大な結果が発生する危険性こそを問題とすべきであることを明らかにするという点においては無視し難い意義を有する理論といえるが、他方、危険性説自体が特殊な限定法理として機能することも、また危険性説が他の特殊な限定法理を直接に根拠付けることも、実行行為という概念が重要ではあっても決定的ではないのと相応して、期待し得ない。

とはいえ、そのことから、直接性説等、結果的加重犯の因果的な限定を志向する種々の理論が直ちに否定されるわけではない。あくまでも（従来、しばしば主張されてきた論法であるところの）「危険性説を因果的限定の根拠として捉える」という途を採用することができないというだけのことであって、他の論拠から因果的限定を肯定的に見る余地は別途残されているという可能性までが否定されたわけではないからである。

当然のことながら、因果的限定も客観的限定の一つであるから、因果的限定に妥当な論拠が存在するならば、結果的加重犯の成否を論ずる際には、犯罪論の体系的思考順序の関係からして、（責任）過失の要否という点に先んじて、差し当たり因果的限定を志向すべきことになるのは明らかである。また、仮に因果的限定で事足りてしまうのであれば、重大結果に係る過失の要否という論点は最早さして重要な問題とは言えないということにもなり得よう。

そこで、以下では、結果的加重犯の因果的限定を志向する種々の理論とその論拠を考察し、（結果的加重犯固有あるいは結果的加重犯独自の）因果的限定という方法の妥当性を検討する。

検討に当たって、まず確認しておくべきは、一口に「結果的加重犯の因果的限定」といっても、そこには二つの方向性が存在するという点である。その一つは、因果的限定は一般の因果関係に拠るべき、あるいはそれで既に十分であり、責任原理上の要請も（間接的ながら）満たされるという方向性<sup>84</sup>である。もう一つは、責任原理上の疑義が残存する以上、一般の因果関係に加えて、さらに結果的加重犯固有あるいは結果的加重犯独自の因果的限定を課すべきであるとする方向性<sup>85</sup>である。この二つの方向性は、「一般の因果関係によって責任原理上の要請が充足されるか否か」という点については間違いなく対立していることから、一見相容れないように映らなくもない。しかし、両方向性は、「（有責性判断の段階に先んじ

<sup>83</sup> 例えば、内田・前掲註（5）169頁以下、榎本・前掲註（5）92頁以下。

<sup>84</sup> 例えば、植松正『再訂刑法概論 I 総論』（勁草書房、第8版、1974年）135頁、高橋・前掲註（1）248頁。

<sup>85</sup> 例えば、内田・前掲註（5）169頁以下、榎本・前掲註（5）92頁以下。

て) 構成要件該当性判断の段階における因果関係にも責任原理上の要請を充足する機能がある」と捉えている点では、実は共通の土台の上に立っているのではなかろうか。一般の因果関係で足りるか、固有・独自の因果的限定が要るか、という点を問うにしても、そもそも「因果的限定は責任原理上の要請を担い得るのか」という点を検討しないことには、議論はただ上滑りするだけで終わってしまうだろう。

ただし、このままでは問いが大き過ぎることから、まずは「一般の因果関係判断のみで既に責任原理上の要請を十分果たし得るか」を検討する。果たせるのであれば、それ以上の検討は必要なかろう。果たせないのであれば、さらに「(一般には果たし得ないにもかかわらず) 結果的加重犯の場合(だけ)は固有・独自の因果的限定に責任原理上の要請を果たさせるのが妥当と考えられるのか」を検討しなければならない。後者の問いは、特に、より軽い犯罪である過失犯との関係で問題となろう。

## 第一款 一般の因果的限定とその妥当性

結果的加重犯の適切な成立範囲を導くに当たり、一般の因果関係判断のみで満足する見解は、さらに二つの集団へと大別できる。その一つは、折衷的相当因果関係説に結果的加重犯成立範囲の限定について主要な役割をいわば「能動的」に担わせ(かつ、それに尽き)る集団<sup>86</sup>である。もう一つは、因果関係判断で既に適切な範囲への限定は完了している、すなわち一般的な因果関係判断の副次的効果として結果的加重犯の適切な限定がなされていると、いわば「受動的」に解する集団<sup>87</sup>である。本章では、以下、便宜的に前者を能動説、後者を受動説<sup>88</sup>と仮称する。

伝統的通説的には、例えば団藤重光<sup>89</sup>のように、(能動説と同様の)因果関係判断による限定を志向しつつ、かつ責任判断においても重大な結果に関して過失を要求するという考え方が根強いが、それとは対照的に、ここにいう能動説・受動説の両者に共通する点として、

<sup>86</sup> 例えば、植松・前掲註(84)135頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』(成文堂、第3版、1995年)147頁以下、莊子邦雄「結果的加重犯」木村龜二編『法律学演習講座 刑法』(青林書院、第5版、1955年)74頁。

<sup>87</sup> 例えば、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975年)200頁以下、西原春夫『刑法総論』(成文堂、1977年)188頁、高橋・前掲註(1)248頁。

<sup>88</sup> もっとも、受動説の論者は、因果関係判断自体は責任原理上の要請を果たすために行っているわけではないとも主張するであろう。しかし、「間接的」とは言え責任原理との関係に言及する以上、結果的には「因果的限定に責任原理上の要請の充足機能を期待している」と評価しても差し支えあるまい。

<sup>89</sup> 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、第3版、1990年)177、337頁。こうした伝統的通説の見解も、因果関係判断に(も)責任原理上の要請を充足する機能を見出しているといえよう。



危険性説を採用している香川<sup>90</sup>や高橋則夫<sup>91</sup>も含め、(一般の因果関係判断で既に満足していることの、いわば当然の帰結として) 過失不要説である点が挙げられる。

もっとも、受動説論者に比して、能動説論者の間では特に結果的加重犯自体の責任原理背反性に関して、多少「同床異夢」ともいうべき状況を見て取ることができる。

例えば、香川は、結果的加重犯を「基本犯を通じて行為者の予見しえない重い結果について刑が加重される犯罪」<sup>92</sup>と定義し、その重大結果について責任は不要であると明言<sup>93</sup>しながらも、制限根拠としては上述の通り危険性説を採用し(したがって、結果的加重犯自体を純粋な結果責任の残滓とまでは考えず)、かつ基本犯は故意犯に、重大結果は基本犯の実行行為から生じたものに限定しなければならず、しかも両者は因果関係の範囲内に存在する必要がある<sup>94</sup>としている<sup>95</sup>。その上で、因果関係判断については、明確な判断基準を示せているわけではないことを留保しつつ「行為者がとくに認識した事情」が存在しないときは「一般人のしりえた事情」のみでの判断で足りるとする折衷的相当因果関係説を消去法的ではあるものの採用する<sup>96</sup>ため、判例よりも結果的加重犯の成立範囲は限定的で、「被害者側に特殊事情があったばあい」と「被害者側の予想外の行為」とを例に挙げ、これらの事案は相当性を欠くと結論づける<sup>97</sup>。

莊子邦雄は、香川とは異なり、「苟くも結果的加重犯において結果責任が認められている限り、結果責任を問うことは、責任判断の究極的主体者たる国家にとつて背理ではない」<sup>98</sup>として、結果的加重犯自体を現行刑法の重大な例外<sup>99</sup>たる結果責任そのものとして捉え、罪刑法定主義を根拠に過失必要説を論難しつつ、結果的加重犯における『二因り』の定型を折衷的相当因果関係説により示された基準を通して具体的に判断することによって、基本構成要件と結果との結びつきを、ほぼ不都合のない程度に絞ってあるため、結論の妥当性にも問題はない<sup>100</sup>として、責任原理背反との指摘に一応の配慮を示す。

植松正は、「元来、その行為の基礎には故意行為があるのであるから、故意も過失もなし

<sup>90</sup> 香川・前掲註(2) 98、100頁。

<sup>91</sup> 高橋・前掲註(1) 248頁。

<sup>92</sup> 香川・前掲註(2) 26頁。

<sup>93</sup> 香川・前掲註(2) 26頁参照。

<sup>94</sup> 香川・前掲註(2) 62頁。

<sup>95</sup> このことから、香川は、事実上「危険な傷害」の故意を要求しているといえなくもなく、そう解した場合、ここにいう「故意」によっても責任原理上の要請を部分的には果たさせていると評価することも可能である。もっとも、「傷害」自体が重大結果発生危険性をおよそ付随しているという理解であるならば、後述する植松説へと接近し、責任原理上の要請は結局専ら因果関係判断によって満たされることになる。いずれにしても、因果関係判断がいわば受け皿として機能している点に違いはない。

<sup>96</sup> 香川・前掲註(86) 147頁。

<sup>97</sup> 香川・前掲註(86) 149頁。

<sup>98</sup> 莊子・前掲註(86) 73頁。

<sup>99</sup> 莊子・前掲註(86) 73頁。

<sup>100</sup> 莊子・前掲註(86) 74頁参照。

に発生した結果に対する責任を問うのとは同日の談ではな<sup>101</sup>く、「一般の故意犯においても、いやしくも構成要件該当の事実の認識の上に行為する限りは、たまたま結果が意外に重大であった場合（たとえば、軽傷を与えるつもりであったところ、意外の重傷を発生させた場合など。）にも、その重大な結果につき罪責を生ずるとの同理である」<sup>102</sup>として、より積極的に結果的加重犯の責任原理背反性を否定する。もっとも、このように解して過失等を不要としても「因果関係につき相当因果関係説を採るかぎり、決して行為者に対して過酷な責任を帰することとはならない」<sup>103</sup>とも述べており、その限りでは、相当因果関係に「過酷な責任」を阻却する機能を期待していると評価せざるを得ず、やはり能動説に属するといえる。

他方、受動説側は植松と類似した基盤の上で、明示的にせよ黙示的にせよ危険性説的な発想を採用しつつ、比較的一致した見解を示す。例えば、藤木英雄は、傷害致死について「同じ被害を生じさせたのにかかわらず、殺意がないことを行為者の罪責を定めるうえで有利に考慮するものであるから、この点では責任主義に合致する」<sup>104</sup>との考えを示した上で、「結果的加重犯は、もとの行為に当然予想される、その射程範囲内の波及効果が生じたものであるかぎりでは、重い結果を生じたことにつき、行為者の責任に帰せしめうることは当然であり、過失の有無を論ずる必要はなく、そう解しても責任主義と矛盾するものではないと解する」<sup>105</sup>。そして、その「波及効果」内にあるか否かについては、折衷的相当因果関係<sup>106</sup>を判断する際に既に検討されていることから、結果的加重犯独自に敢えて検討することを要しない<sup>107</sup>ことになるが、裏を返せば、責任原理違反との論難を回避するための前提条件たる波及効果内外性判断を、有責性判断ではなく因果関係判断に委ねている点で、一般の因果的限定に責任原理上の要請を充足する機能を間接的ではあるが見出している。

高橋も危険性説を前提とした上で、「過失を要求しなくとも、基本犯と重大結果との間に相当因果関係がある場合、あるいは…<略>…危険の現実化という客観的帰属関係が認められ、その危険性についての認識がある場合には、責任主義の要請は間接的に充足されるといえるだろう」<sup>108</sup>とする。過失とは異なる「その危険性についての認識」が何を意味するのか、あるいは体系上どのような位置づけにあるか等の事項は何一つ示されていないが、

<sup>101</sup> 植松・前掲註（84）135頁。

<sup>102</sup> 植松・前掲註（84）135頁。

<sup>103</sup> 植松・前掲註（84）135頁。なお、正田満三郎『刑法体系総論』（良書普及会、1979年）112頁以下は、結果的加重犯の構造について独自の見解（故意作為犯と故意不作為犯との結合犯説）を示して結果的加重犯自体の責任原理背反性を否定しながらも、結局は折衷的相当因果関係による適正化を図ることから、その限りで植松と同様と評価できよう。

<sup>104</sup> 藤木・前掲註（87）200頁。長島和弘「結果的加重犯についての諸問題」帝京法学24巻2号（2006年）162頁、西台満「結果的加重犯と責任主義」秋田大学教育学部研究紀要人文科学・社会科学31集（1981年）30頁同旨。

<sup>105</sup> 藤木・前掲註（87）201頁。

<sup>106</sup> 藤木・前掲註（87）100頁。

<sup>107</sup> 西原・前掲註（87）188頁同旨。

<sup>108</sup> 高橋・前掲註（1）248頁。

かような認識が責任主義との関係で意味をもつこと自体に疑いはない。その限りで、高橋は責任主義上の要請への対応を因果的限定へ丸投げしているわけでは決してない。しかし、他ならぬ高橋自身が自説を本章にいう受動説の一端に位置付けていることもまた疑いなく、上述したような危険性の認識と並んで、客観的帰属関係の存在をも責任主義上の要請に対する非背反性の（補充的な）論拠として示している以上、高橋もまた、一般の因果的限定に責任原理上の要請を充足する機能を間接的ながら見出していると評価しても差し支えあるまい<sup>109</sup>。

以上、差し当たり能動説・受動説と分類してその内容を確認したが、これら一般の因果的限定で満足する見解には、以下の五つの点から問題があると考えられる。

その第一は、因果的限定はそもそも構成要件該当性判断に係るものであり、犯罪の客観的側面と存否とに関わるものである以上、本来的には責任原理上の要請を充足する機能を担うものではない<sup>110</sup>という点である。我が国に絞って見ても、特に主観的相当因果関係説を批判する文脈で、しばしばこの点は強調される<sup>111</sup>。この批判は、折衷的相当因果関係説にも結局妥当する<sup>112</sup>以上、（この点では高橋説は別として）一般の因果的限定で満足するために折衷的相当因果関係説を用いること自体にそもそも問題がある。もっとも、この点は、「否、因果関係の本来的機能の中に、責任原理上の要請を充足する機能も含まれる」と主張されてしまえば水掛け論にも陥りかねない。

そこで第二に、（第一点の延長線上にある批判といえるが、）因果的限定に責任原理上の要請を充足する機能を担わせることは、違法と責任とを混同することに至るという点を指摘しなければならない。この点についても、上述したような水掛け論の余地はあるが、しかし、かつて主張された因果関係不要論<sup>113</sup>に対する反対論拠が、いわば責任論の側から逆流する

<sup>109</sup> なお、註（88）参照。

<sup>110</sup> 松原・前掲註（30）76頁。vgl. *Arthur Kaufmann, „Das Schuldprinzip“, 2. Aufl., 1961, S. 238 ff.*（アルトゥール・カウフマン『責任原理』〔甲斐克則訳〕（九州大学出版会，2000年）371頁以下）。法体系や法圏を異にしても、この点は普遍的に意識されている。例えば、英国においても、法律委員会（Law Commission）はUAMの限定法理として因果性を用いる豪州法に興味を示しながらも、豪州法における（客観要件たる）unlawful act要件と（英国においては主観要件とも化している）dangerous要件との混同を指摘し、最終提言では豪州法的方法を採用しない。Law Commission, “Involuntary Manslaughter” CP No. 135 (1994), pp. 21-26, 108-113, 134. また、形式的には過失不要説を通説とするベルギーにおいても、結果的加重犯の考慮に際して、因果関係は行為後・客観の問題、責任は行為前・主観の問題であるとして、両者を混同することなく峻別して考慮する必要があると説かれる。Zie C. VAN WYNGAERT/ P. TRAEST/ S. VANDROMME, *Strafrecht en Strafprocesrecht in Hoofddlijnen*, 10e editie, Antwerpen, Maklu, 2017, 310-312.

<sup>111</sup> 例えば、井田・前掲註（21）134頁、曾根・前掲註（30）139頁、高橋・前掲註（1）128頁、西田典之『刑法総論』（弘文堂，第2版，2010年）103頁、林・前掲註（2）134頁、松原・前掲註（30）74頁。

<sup>112</sup> 曾根・前掲註（30）140頁、平野龍一「因果関係について」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981年）35頁以下。

<sup>113</sup> 例えば、滝川幸辰『犯罪論序説』（有斐閣，改訂版，1947年）37頁。

かたちで帰ってきてまともにぶつかるという面は看過し得ない。すなわち、因果関係不要論は、「相当因果関係説のみとめる『相当性』の判断は、構成要件該当性判断における一般的、類型的判断であって、行為者人格に対する非難としての具体的、個別的判断としての責任判断とは、その判断の種類をことにするものである」<sup>114</sup>にもかかわらず両者を混同するという、容認し難い問題を抱えていたわけであるが、責任を不要として因果関係だけで足りるとしてしまえば、今度は因果関係の側で同様の問題を必然的に抱えることになる。結局、どちらか一方だけで済むというわけにはいかないのである。

第三に、(就中能動説に対する批判として、) 責任原理の外在化という点を挙げるができる。専ら一般の因果的限定に頼るということは、論者自身がどのように表現しようとも、結局のところ結果的加重犯という犯罪類型自体の内在的制約原理不存在と責任原理背反性を承認していると言わざるを得ない。しかし、結果的加重犯といえども、故意犯や過失犯と同様に、内在的制約原理を有する責任原理と調和的な犯罪類型たらしめる必要があるのは言うまでもなく<sup>115</sup>、また、責任原理との非背反性を一般の因果的限定に求めるのは、責任原理に対するリップサービスに見えて、その実、責任原理の道具視・軽視に他ならない<sup>116</sup>。

第四に、故意犯・過失犯の場合と不整合である点を指摘できる。能動説にせよ、受動説にせよ、「何故、結果的加重犯の場合にのみ一般の因果的限定が責任原理上の要請を充足していることの根拠たりうるのか」という疑問に答えられない。故意犯においても、過失犯においても、同種・同類・同様の因果的限定は課せられているはずである。ところが、故意犯や過失犯の場合には、「一般の因果的限定で責任原理上の要請を充足できているから最終結果について責任を見る必要はない」などと主張しないし、(特に、より軽い犯罪である過失犯の場合を念頭に置けば、) そのような説明はおよそ不合理であると言わざるを得ない。構成要件該当行為に引き付けて考えるにしても、有責性に引き付けて考えるにしても、いずれにせよ、故意犯や過失犯において(最終結果に係る) 行為者主観をおよそ考慮しないということはないのであるから、結果的加重犯においても、やはり同様に、行為者主観を構成要件該当行為か有責性かで考慮しなければならないはずであって、専ら一般の因果関係判断へと解消できるものではあるまい。

第五に、一般の因果的限定の限定効果自体が覚束ないという点を指摘しなければならない。一般の因果的限定が有するのは、植松や藤木のように(少なくとも) 折衷的相当因果関係説を採用すればこそその限定効果であって、高橋のように客観的帰属による場合や、主観と

---

<sup>114</sup> 福田平「結果的加重犯と因果関係」法律時報 32 卷 12 号(1960 年) 44 頁。

<sup>115</sup> まさにそのための努力が、丸山・前掲註(2)、内田・前掲註(5)、榎本・前掲註(5)等の様々な先行研究であったのは言うまでもない。

<sup>116</sup> なお、この批判は、伝統的通説的な過失必要説にも実は妥当するだろう。伝統的通説も、結果的加重犯を結果責任の残滓と見て、責任原理上の要請から外在的に過失が要求されると理解するが、こうした見解もまた、表見的には責任原理を重視しているようで、その実、逆に責任原理を道具視・軽視していると言えるからである。

客観の区別を重視して客観的相当因果関係説を採用する<sup>117</sup>場合、あるいは判例のような危険の現実化説に拠る限り、限定効果はそれほど期待できない。しかし、そうであるからといって、(専ら)結果的加重犯のためだけに主観的相当因果関係説や折衷的相当因果関係説を採用することには、例えば平野龍一による鋭い批判<sup>118</sup>があるだけでなく、上述した第二点の問題にも再度突き当たるといふ難点もある。

以上の5つの問題点からも明らかなように、「一般の因果関係判断のみで既に責任原理上の要請を十分果たし得るか」という問いに対しては、「果たし得ない」と答えるより他ない。

## 第二款 固有・独自の因果的限定とその妥当性

それでは、結果的加重犯に固有で独自の因果的限定という方向性に前途は開かれているだろうか。その際、(念のため繰り返すが、)危険性説自体は論拠たり得ない。また、固有で独自の因果的限定といえども、前節でみた一般の因果的限定が抱える問題点を当然に回避できるものではない。したがって、そうした問題点を克服できる程度に説得的で強固なものでなければ、固有で独自の因果的限定は支持され得ない。

このような固有・独自の因果的限定は通常「直接性説」と総称されるが、既に先行研究において何度も指摘<sup>119</sup>され且つ本稿でも既に前章で確認した通り、その内実は実に多様で不統一なままであり、かつその下位分類たる「致命性説」等の用語法もまた「揺れ」が大きい。こうした事情に留意しつつも、本章では、前章同様、以下のように整理する。

まず、直接性説のうち、「広義の致命性説」を、基本犯行為が重大結果発生の危険性を有していなければならないとする「致命的行為説」<sup>120</sup>、基本犯結果が重大結果発生の危険性を有していなければならないとする「致命的結果説」(狭義の致命性説)<sup>121</sup>、基本犯結果が重

<sup>117</sup> 例えば、曾根・前掲註(30)140頁等、結果無価値論者に関してはむしろ客観的相当因果関係説を採用するのが一般的であるのは周知の通りである。

<sup>118</sup> 平野・前掲註(112)37頁以下。

<sup>119</sup> 内田・前掲註(5)173頁以下、榎本・前掲註(5)181頁以下、佐伯和也「結果的加重犯における『基本犯』と『重い結果』との関係について」関西大学法学論集52巻3号87頁以下、丸山・前掲註(2)152頁以下、山本・前掲註(45)45頁以下、参照。

<sup>120</sup> ドイツにおける主張者は、*N. Bosch, Tatbestandsspezifischer Gefährdungszusammenhang bei Körperverletzung mit Todesfolge*, JA 2008, S. 547 f.; *Fischer, „Strafgesetzbuch und Nebengesetze“*, 60. Aufl., 2013, § 227 Rd 3a; *Hinderer, Klausur Strafrecht „Eine schlechte Partnerwahl“*, JA 2009, S. 29; *Kindhäuser, „Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil 1“*, 7. Aufl., 2015, § 10 Rd 12; *Laubenthal, Der Versuch qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen*, JZ 1987, S. 1068; *Satzger, Zu Unmittelbarkeitszusammenhang und Subjektiver Vorhersehbarkeit bei Körperverletzung mit Todesfolge*, JK 3/2009 StGB § 227 I/4; *Stree, Zur Auslegung der §§ nn4, 226 StGB*, GA 1960, S. 295 f. など。我が国では、榎本・前掲註(5)209頁以下、丸山・前掲註(2)175頁以下が採用している。

<sup>121</sup> ドイツにおける主張者は、本章註(46)参照。我が国では、内田・前掲註(5)213頁以下が採用している。なお、この致命的結果説だけを指して「致命性説」と呼ぶことも多

大結果発生の一要因として通過されなければならないとする「通過因果関係説」<sup>122</sup>とに分類し、さらに直接性説に属するものとして「重過失説」<sup>123</sup>を挙げることができる。これら直接性説に属する諸見解と対置されるものとして、「過失の保護目的連関援用説」<sup>124</sup>が挙げられる。

直接性説と称されるものの中身が多様であることの一因として、ドイツの判例における「直接性」の不統一を指摘できる<sup>125</sup>。例えば、被害者の無理な逃走による転落死が問題とされたという点では共通性を有する Rötzel 事件<sup>126</sup>と窓辺転落事件<sup>127</sup>では、前者で直接性が否定されて傷害罪に止まったのに対して、後者では直接性が肯定されて傷害致死罪まで認められたのは、先に見た通りである。このように、ドイツの判例がいう「直接性」は、「被害者逃走事例はおよそ除外する」等といった機械的な類型判断ではなく、あくまでも個別具体的な事例ごとに結果的加重犯の成否を検討した結果、「今回は結果的加重犯の成立を肯定すべきであるとの結論に至った」ということを示すものに過ぎない<sup>128</sup>ことも相俟って、学説もまた多岐に分かれている。

学説のうち、判例の結論を比較的広く肯定するのが、致命的行為説であった。本説は、StGB § 227 をめぐる諸判決の解釈としてまとめ上げられた学説といえる<sup>129</sup>。傷害致死の成立のためには、傷害行為が致死の危険性を有していることが重要であり、他方、(基本犯結果たる)傷害結果自体に決定的な役割は見出さない。丸山が指摘する通り、このような理解による「直接性」は危険性説(及び一般の因果関係)と結局は一致する<sup>130</sup>ものであり、したがって致命的行為説を採用するならば、直接性説自体に独自性は見出し難い。もっとも、独

---

い。

<sup>122</sup> ドイツにおける主張者は、本章註(47)参照。我が国では、佐伯・前掲註(119)133頁以下が採用している。

<sup>123</sup> Freund, Die besonders leichtfertige Tötung. Zugleich ein Beitrag zur „spezifischen Gefahrverwirklichung“ bei der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), in: FS-Frisch, 2013, S. 687; Frisch, Die „verschuldeten“ Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA 1972, S. 332 f.; Paeffgen, Die Erfolgsqualifizierten Delikte – eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktgruppe?, JZ 1989, S. 224 f.; NK-ders., § 18 Rd 44; Radke, Die Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte?, in: FS-Jung, 2007, S. 738 f.; Stuckenberg, Körperverletzung mit Todesfolge bei Exzeß des Mittäters, in: FS-Jakobs, 2007, S. 703; Wolter, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 177 f.; ders., Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984, S. 448.

<sup>124</sup> ドイツにおける主張者は、本章註(48)参照。

<sup>125</sup> この点については、佐伯・前掲註(119)45頁以下、山本光英「結果的加重犯における『直接性』要件について」山口経済学雑誌38頁以下が詳しい。

<sup>126</sup> BGH NJW 1971, 152.

<sup>127</sup> BGH NJW 1992, 1708.

<sup>128</sup> それゆえに、もはやドイツの裁判所は限定法理としての直接性を既に放棄している、と評価される。山中敬一『刑法総論』(成文堂、第2版、2008年)173頁の註(27)同旨。Sieh auch Staffler, a. a. O. (Anm. 48), S. 145 ff.

<sup>129</sup> vgl. Staffler, a. a. O. (Anm. 48), S. 139 ff.

<sup>130</sup> 丸山・前掲註(2)175頁以下。

自の限定を課さない以上は、そのような独自の限定を課す論拠などを考える必要もないといえるから、本節で問題とする「固有・独自の因果的限定とその妥当性」の論拠云々とは無縁の（特に問題のない）存在ともいえよう。また、先に指摘した通り、危険性説が「およそ結果的加重犯としての実行行為性のないもの」を除外する程度の限定効果がないことと相応して、致命的行為説による直接性にも（当然のことながら）限定効果はほとんどない。実際、被害者が酩酊している状況で腹部を行為者から足で蹴られたところ、腹腔神経叢経由で迷走神経系に重大な影響をきたし心停止に至るといふ医学的には稀な因果経過で被害者が死亡した迷走神経心停止（Reflextod-Fall）事件<sup>131</sup>についても、直接性を否定しない<sup>132</sup>。

このような状況を受けて、山中敬一は、直接性説などという概念を用いず端的に一般原理（客観的帰属）を適用すればよいと主張した<sup>133</sup>が、これに対して、井田は、直接性を致命的行為説的に理解しながら、それでもなお結果的加重犯独自の帰属限定法理であると主張する<sup>134</sup>。しかし、井田が直接性により除外されると主張する事例群<sup>135</sup>は、他ならぬ井田自身が（近時採用した）危険の現実化説によって（も）既に一般の因果関係判断で除外されることになるものと考えられる<sup>136</sup>。したがって、仮に井田説に拠っても、致命的行為説的な直接性に独自性は存在しないといえよう<sup>137</sup>。

こうした、全く限定法理たり得ない直接性ではなく、より実質的に限定法理たり得る直接性を志向すべきであるとする者がいるのは当然のことであり、そうした問題意識こそが、致命的結果説を支えている。致命的結果説は、致命的行為説が軽視していた（基本犯結果たる）傷害結果に致命性が備わっていたことこそが重要であると考え、致命的傷害結果によらない死亡結果については傷害致死罪の成立を否定する。こうした致命性説に対しては、「歴史的解釈の方法、傷害致死の規定（二二七条）の解釈、さらには傷害致死の成立範囲を著しく狭めるといふ批判がある」<sup>138</sup>。また、榎本桃也は特に日独の規定の相違を論拠として致命的

---

<sup>131</sup> BGH NStZ 2008, 686. なお、腹部への打撃が迷走神経系へ影響を及ぼしたことで被害者を心停止に至らしめた行為者に傷害致死罪が肯定された広島地判平成 24 年 7 月 19 日 LEX/DB 25482530 を、本邦における類例として挙げることができる。

<sup>132</sup> もっとも、本件では主観的予見可能性はなかったとすべきであると指摘するものとして、*Pape, Die böse Stiefmutter*, Jura 2008, S. 149; *Rengier, Kein Ende der Erfolgshaftung bei den erfolgsqualifizierten Delikten*, in: FS-Geppert, 2011, S. 484.

<sup>133</sup> 山中・前掲註（128）173 頁。

<sup>134</sup> 井田・前掲註（1）427 頁の註（19）。

<sup>135</sup> 例えば、被害者による無理な逃走事例など。井田・前掲註（1）428 頁。

<sup>136</sup> 井田・前掲註（21）142 頁以参照。

<sup>137</sup> もっとも、井田にとってもこの点はせいぜい呼称の問題であって些細なことであろう（井田・前掲註（1）426 頁参照）。井田説の核心は、結果的加重犯が構成要件レベルで既に単なる故意犯・過失犯とは区別されるかたちで独自性を有しているという点であり、本章で検討した直接性自体に独自性がないからと言って、この核心部分が揺らぐことはないからである。

<sup>138</sup> 佐伯・前掲註（119）98 頁。

結果説には理由がないと批判する<sup>139</sup>。もっとも、歴史的解釈や規定の解釈・相違の問題は、致命的結果説にとって致命的とまでは言えない。より深刻な問題は、致命的中間結果の確定方法や行為者に要求される認識の中身、結果的加重犯の成立範囲の過度の狭隘化という点に存在する。

致命的結果説は、致命的中間結果の存在を前提とするが、こうして中間結果を重視する考え方自体がそもそも危険性説の発想とは整合せず、かつ恣意的判断の余地をも生んでしまう点は先に指摘した通りである<sup>140</sup>。しかも、(どのような方法によればそれが可能であるかは分からないが)仮に検討すべき致命的中間結果を、恣意を完全に排斥したかたちで確定できたとしても、それに対応する行為者の認識を要求した場合<sup>141</sup>、今度は未必の故意との関係が問題となろう。すなわち、致命的結果説を採用して、その致命性を基礎づける機序を認識していることを行為者に要求<sup>142</sup>した場合、それは、場合によっては、行為者は当該中間結果が致命的に危険であると正しく認識しながら、それでも敢えて行為に出たということを意味するのではなからうか。その場合、確知、または(一段下げても)未必の故意と、一体何が違うのか<sup>143</sup>。あるいは、未必の故意ともまた違うというのであれば、結果的加重犯の成立余地は一体どの程度残されているのか<sup>144</sup>。他方、結果的加重犯成立範囲の(上への)限定・縮減と反比例して(下では)過失犯が担うべき領域は拡大するであろうが、今度はそれが過失犯重罰化の契機となる恐れもあるのではなからうか<sup>145</sup>。このように考えると結果的加重犯成立範囲の過度の狭隘化には副作用が看過し難い程度に大きいように思われる。

さらに、因果的限定として考えた場合の論拠も薄弱である。刑罰が重大であることを論拠

---

<sup>139</sup> 榎本・前掲註(5) 209頁。

<sup>140</sup> 本章第三節参照。

<sup>141</sup> なお、こうした認識を要求しなければ、因果経過に限定を課しているとはいえ、結局のところ今度は単なる結果責任へと墮する。

<sup>142</sup> 内田・前掲註(5) 149頁以下。

<sup>143</sup> 実際、他ならぬ致命的結果説論者の中に、かつての間接故意論との類似性や関連性を指摘する者があるのは単なる偶然ではなからう(z. B. *Hirsch*, Anm. zu BGHSt 31, 96, JR 1983, S. 79 f.; *Küpper*, Unmittelbarkeit und Letalität, in: FS-Hirsch, 1999, S. 619 f.)。もちろん、積極的認容がある場合のみが故意である、との立場を採るのであれば、辛うじてこの問題は回避できるかもしれない。あるいは、傷害にはおよそ致死の(抽象的)危険性が含まれていると考えれば、傷害の認識を以て、致死の認識可能性まで肯定できるかもしれない。内田・前掲註(5)も、生理機能障害の極致として死亡を位置付け、両者の間を同一危険の量的錯誤と定義して全体を立論しているからこそ未必の故意の問題を回避できているともいえる(しかし、本章第三節で確認した通り、こうした考え方は、通説・判例と合致しないだけでなく、そもそも危険性説とも相容れないだろう)。

<sup>144</sup> vgl. *Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 110), S. 18, 246. (カウフマン〔甲斐訳〕・前掲註(110) 5頁、381頁参照)

<sup>145</sup> 過失運転致死傷罪(旧自動車運転過失致死傷罪)に関して、このような傾向を指摘するものとして、福永俊輔「自動車運転過失の重罰化と自動車運転過失致死傷罪」石塚伸一＝岡本洋一＝楠本孝＝前田朗＝宮本弘典編『近代刑法の現代的論点 足立昌勝先生古稀記念論文集』(社会評論社、2013年) 197頁以下。



とするのであれば、より刑罰が重大な故意犯の方が、より厳格な因果的限定に服すべきこととなるはずであるし、「不意打ち」的処罰の防止に論拠を求めるのであれば、(結果的加重犯とは違って) 行為者において何か悪いことをしているという自覚が行為時にないという点でより悪しき意思の低い過失犯の方が、より「不意打ち」防止の要請が強いはずであるから、より厳格な因果的限定に服すべきこととなろう。この問題は、一般の因果的限定で満足する見解に対する問題点の第4といわば鏡の関係ともいえる。結局、(どのような使い方をするにせよ) 因果的限定を結果的加重犯の場合にのみ持ち出してくることに對して、説得的な論拠が存在しないのである。この点は、縦令、危険性説と(限定法理としての独自性を維持した) 直接性とが相即不離<sup>146</sup>であると主張したところで、結局は回避し得ない。あるいは、「固有の不法の実現か否か」を確認するためである<sup>147</sup>と主張したとしても、同種の結果を生じた故意犯や過失犯でもそれぞれの「固有の不法」は問題となるはずであるから、やはり、結果的加重犯だけを独り限定する論拠とはならない。

上記の問題は、致命的結果説の修正説<sup>148</sup>とされる通過因果関係説を採用しても回避されない。通過因果関係説は、基本犯結果が最終的な重大結果の一要因でありさえすればよいとする。基本犯結果自体の致命性を要求しないことから(致命的結果説が否定しがちな) 誘発事例等で結果的加重犯の成立を肯定する点<sup>149</sup>では致命的結果説よりも緩やかであり、他方、基本犯結果を通過することを求める点では致命的行為説よりも限定的である。その限りで、通過因果関係説は、致命的結果説と致命的行為説との折衷説的側面を有する。しかし、そうであるがゆえに、却って両説に対する批判をそれぞれ引き受けざるを得ない。例えば、K. Altenhain<sup>150</sup>のように緩やかに解すれば、致命的行為説とほぼ変わらないものとなって直接性要件の独自性や限定効果は失われる<sup>151</sup>し、他方で、独自性や限定効果を維持しようとするれば、今度は致命的行為説へ向けられた批判を同様に浴びることになる。この点、I. Puppeは結果的加重犯の独自性を所与の前提として立論している<sup>152</sup>が、これはせいぜい結論の先取りであって論拠とは言えないだろう。

直接性説のもう一つの流れとして、重過失 (Leichtfertigkeit) に着目する見解がある。重過失に着目する見解でも、M. Maiwald<sup>153</sup>や R. Maurach<sup>154</sup>は、これを専ら主観的な限定方法とし

<sup>146</sup> 内田・前掲註 (5) 214 頁参照。

<sup>147</sup> 内田・前掲註 (5) 236 頁参照。

<sup>148</sup> vgl. Staffler, a. a. O. (Anm. 48), S. 150.

<sup>149</sup> この点こそが通過因果関係説論者の主眼でもある。

<sup>150</sup> Altenhain, a. a. O. (Anm. 47), S. 19 ff.

<sup>151</sup> Ferschl, a. a. O. (Anm. 47), S. 69. もっとも、Ferschlによる批判の一部はそのまま自身にも帰ってくるはずである。なお、佐伯・前掲註 (119) 94 頁、105 頁以下参照。

<sup>152</sup> Puppe, a. a. O. (Anm. 47), S. 275 ff.

<sup>153</sup> Maiwald, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, S. 257 ff.

<sup>154</sup> Maurach, Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, in: FS-Heinitz, 1972, S. 403 ff.

て位置付けている<sup>155</sup>中で、J. Wolter は、重過失を客観にも主観にも反映させることを志向し、とくに、客観的重過失こそが直接性である旨主張した<sup>156</sup>。もっとも、Wolter 説に拠る直接性は、H. J. Hirsch の指摘<sup>157</sup>がある通り、固有性は失われ客観的帰属判断のための一要素と化している<sup>158</sup>。それゆえに、本節の問いである「固有・独自の因果的限定とその妥当性」との関係では、致命的行為説と状況を同じくする。

このように見てくると、結局のところ、要件としての固有性・独自性を維持しようと試みると、直接性は説得的な論拠を欠く正体不明の（「狭すぎる」<sup>159</sup>）限定とならざるを得ず、他方で危険性説へと接近すれば接近するほど、直接性説はその独自の意義を失う（固有・独自の限定と呼ぶには「広すぎる」<sup>160</sup>）ということが分かる。

したがって、Rengier や L. Staffler らが直接性等という要件を最初から用いずに、結局は過失犯と同様に意図しない結果の発生が問題となっていると捉えて、過失の保護目的連関を援用すれば足りると主張する点には、確かに理由があるといえよう。このように考えれば、因果的限定の論拠も一応は存在しているといえる。もっとも、内田が指摘する通り、過失の保護目的連関援用説の難点は無視し難い<sup>161</sup>上、我が国とドイツとでは（過失の保護目的連関援用説が前提とする）条文の立て付け等も含めて相違が大きいことからそのまま採用することはできない<sup>162</sup>。

それでは、我が国では如何にすればよいか。

この点、既に下村康正が指摘する通り、危険性説的発想を前提とすれば、結果的加重犯は行為と結果との間に一定の限定的な必然的結合関係（実行行為性）がある場合を前提として規定されていると考えられる以上、直接性を敢えて残すとしてもそれは一般の因果関係判断にとどまると解すべきであって、責任原理の徹底という見地を重視するのであればそれは予見可能性乃至過失等といった行為者主観による限定を志向すべき<sup>163</sup>である。こうした志向の方が、むしろ本筋であろう。

また、我が国での直接性の取り扱いを検討する上で重要な点として、井田が指摘するよう

<sup>155</sup> 丸山・前掲註（2）249頁参照。

<sup>156</sup> Wolter, a. a. O. (Anm. 123), S. 177.

<sup>157</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 46), S. 128.

<sup>158</sup> 山本・前掲註（45）54頁以下同旨。

<sup>159</sup> 山本・前掲註（45）61頁。

<sup>160</sup> 山本・前掲註（45）61頁。

<sup>161</sup> 内田・前掲註（5）123頁。

<sup>162</sup> 実際、Staffler, a. a. O. (Anm. 48), 257 ff. で示される見解も、多分にドイツ刑法典の構成を前提としたものであり、（重傷害／軽傷害、あるいは傷害／危険傷害というように傷害罪を区別しない）我が国において採用することは困難であるように思われる。

<sup>163</sup> 下村康正「結果的加重犯における基本犯罪と加重結果との間の直接的関係」法学新報96巻1・2号（1989年）26頁以下参照。なお、下村康正「責任概念の主観化と結果的加重犯」白門10巻2号（1958年）5頁も参照。森井暲「結果的加重犯の立法問題—改正刑法準備草案の批判的検討—」佐伯千仞＝平場安治＝宮内裕＝中義勝編『竹田直平博士植田重正博士還暦祝賀 刑法改正の諸問題』（有斐閣、1967年）38頁同旨。

に、ドイツには日本法的な実行行為概念が存在しない<sup>164</sup>という点を忘れてはならない。ドイツにおいては、まず危険性説が種々の犯罪のうち基本犯として適格なものを（立法段階で）選別する機能を有し、その上で基本犯構成要件に該当するもののうち、さらに実際に結果的加重犯として適格か否かを直接性により（適用段階で）選別するという二段階的思考もそれなりの説得力をもって見える素地が十分にある。すなわち、冒頭の標準事例を用いて考えると、まず傷害罪が危険性説に基づいて（窃盗罪等との対比の中で）結果的加重犯の基本犯として選別された上で、次いで具体的事件に際し、Xの行為が傷害罪（基本犯）に該当するか否かを検討し、さらにその当該傷害罪がYの死亡結果を引き起こしたといえるか否か、つまり傷害致死罪に至ったといえるかを直接性により判断するという住み分けである。致命的結果説などはまさにこうした発想が基礎にある<sup>165</sup>。

しかし、我が国においては、危険性説を実行行為概念に読み込むことができるから、初めから（単なる基本犯構成要件ではなく）結果的加重犯構成要件を想起した上で（基本犯結果ではなく）最終的な重大結果との関係で直截に実行行為性を判断するという途に何の支障もなく、わざわざ致命的結果説のように二段階に分けて考える必要性がそもそも乏しいのである。標準事例でいえば、初めからXに関して直截にYの死亡結果との関係で実行行為性や因果関係を判断すればよいのである。もちろん、これでは結果的加重犯に固有・独自の因果的限定を課す余地はないが、そのような固有・独自の因果的限定に論拠がないことは上述した通りである。

責任原理との関係で本筋とは言えず、強引に行為者主観を持ち込めば致命的結果説に関して指摘したような問題を生じ、かつ説得的な論拠もなければ必要性もない。本章冒頭で掲げた問い「結果的加重犯の場合は固有・独自の因果的限定に責任原理上の要請を果たさせるのが妥当と考えられるのか」に対してもまた、「妥当ではない」と消極的回答を与えなければならぬ。

## 第五節 小括

本章の結論は以下の2点である。

第一に、危険性説は我が国の犯罪論体系との関係でいえば「実行行為」に当たるものである。このことから、初めから最終的な重大結果との関係で結果的加重犯構成要件を想起して検討すればよいということが明らかになった。この点こそが、危険性説的発想を取り入れた結果的加重犯の客観的限定の意義ともいえよう。他方で、実行行為概念が重要ではあっても

<sup>164</sup> 井田・前掲註（1）63頁。

<sup>165</sup> もっとも、致命的行為説や重過失説などは、二段階的発想を採らず、基本犯における判断を拡張するかたちで一段階的思考を採っている（それゆえに危険性説と直接性は統合される）とも評価可能である。

切り札たり得ないのと同様に、危険性説による限定を神聖視することもまたできないということも明らかになった。

第二に、結果的加重犯の因果的限定には、一般の因果的限定という意味においても、固有・独自の因果的限定という意味においても、種々の問題点を克服するだけの説得的な論拠を欠く以上、無理がある。もっとも、実行行為性判断と因果関係判断という客観的限定だけでは、なお責任原理上の要請を充足しているとは言い難い。この点に、結果的加重犯の客観的限定の限界が存在する。

したがって、残された問題は、行為者主観を用いた（主観的）限定を如何に位置付けて理論化するかである。これには少なくとも三つの解決方法が在り得るだろう。

その第一は、人的不法論・目的的行為論を徹底して、行為者主観を行為の問題に収斂させて考慮するという方法である。我が国では井田がそのような方向性を既に打ち出しており、既に構成要件段階から結果的加重犯を独立類型に位置付けている<sup>166</sup>。理論的には十分成立し得るものであろうし、行為無価値を重視する立場からすればむしろこの方向性こそが最も自然でかつ一貫したものであろうとも思われる。

第二としては、論拠の有無にはひとまず目を瞑り、結果的加重犯の場合には、行為者が認識していたに違いない事情を特に理由を示さないまま詳細に盛り込んで因果関係を判断するという方法である。私見では、日本の裁判所が事実上採用している方法であると考えられる。第一章でも見た通り、我が国の裁判所は、一般には条件説であると指摘されていた当時から、結果的加重犯の場合には単に条件関係や因果関係を肯定するだけなら認定せずとも十分な事情まで比較的詳細に認定しながら因果関係を判断してきた節がある。特に、客観的予見可能性の前提事情として行為者主観を事実上取り込んできたのは既に確認した通りである。そして、こうした一種の工夫を通して、我が国の裁判所は結論の妥当性を担保してきたものと思われる。これは、実務的な知恵とはいえようが、理論的には明確な基盤を欠く上に攻撃防御の対象が必ずしも明確とはいえないことから、被告人にとっては不利益といえよう。したがって、決して望ましい方法とは言えず、理論としては採り得ない。

最後に、第三として、責任原理上の要請を充足することが主眼である以上は、素直に有責性の問題として行為者主観を取り扱うという方法である。ただし、この場合、行為者主観を伝統的通説的な意味における「過失」として取り扱うことは、適切とは言えない。あくまでも、危険性説的発想を前提とした客観面と対応するかたちで行為者主観を検討する必要がある<sup>167</sup>。私見は、この第三の方法を最も妥当と考える。そこで次章以降では、その第三の途を具体的に検討したい。

---

<sup>166</sup> 井田・前掲註（21）120頁。

<sup>167</sup> 森井・前掲註（163）38頁参照。

## 第四章 第三責任形式のための予備的考察

第一章で明らかにされた通り、判例は大審院時代からすでに危険性説的発想と親和的な理解を示しており（判例分析の結論①）、また、判例の理解によれば、結果的加重犯は故意と過失の事実的のみならず規範的にも中間領域として位置付けられているものと考えられる（判例分析の結論②）。その上で、行為者主観については、いわば「何となく」取り込みながら妥当な結論を導き出してきたと言える（判例分析の結論③④）。

そして、第二章及び第三章の検討から、以下のような方向性こそが妥当であろうと思われる。すなわち、危険性説的発想を取り入れて、結果的加重犯でも重大結果との関係で直截に実行行為性を問題とする以上、（死亡なら死亡という）同種結果を同じく問題とする故意犯・過失犯との対比において、結果的加重犯に対応する責任としても、やはり故意・過失と並び立つかたちで結果的加重犯独自のものが想起されなければならない。従来の学説のように「故意」や「過失」に引きつけるのではなく、むしろ、判例のように「故意」と「過失」の中間に位置し、また中間的な重さを有するような（さながら英国の *recklessness* のような）第三の責任として、結果的加重犯の責任を観念し、その独自領域性を新たに認めることが可能であり、またそれこそが妥当ではなかろうか。そのうえで、そうした第三の責任の内実と要件を、責任主義の観点から内在的に規律することこそが、重要であろう。

もっとも、そうした第三の責任を検討するに当たり、まずはそのための素地がどれほど存在するかという点を明らかにしなければ話は始まるまい。すなわち、従来学説との関係で、果たして本当に「故意」と「過失」との間に新たな独自の領域を設定する余地が存在するのか否か、また、従来のように「過失」が必要であると考えのでは、何故不足があるのか、という点を検証しなければならない。そこで、まずはそのような検証を施したうえで、結果的加重犯で問題とされる責任が独自性を有するとしてもなお、従来の「故意」及び「過失」との間に何らかの共通項は存在するはずであるから、その共通項についても検討を加え、最後に、第三責任形式の独自性が生み出される「源泉」にあたるものを、特に従来「過失」とされてきたところとの相違点を意識しながら、明らかにする。

こうした検討を通じて、第三責任形式の基本コンセプトを示すことが本章の目的となる。

### 第一節 第三責任形式の妥当性

#### 第一款 「中間領域」の独自性・必要性

そもそも「故意」と「過失」のほかにその中間領域として責任形式の新たなカテゴリーを設定することは可能であろうか。仮に、責任形式としては「故意」と「過失」の他に如何な

るものも観念しえず、かつ、両者が論理的にあらゆる意味で両立不可能なものであるならば、中間領域の設定は限りなく困難な（むしろ、およそ不可能な）試みということになる。すなわち、故意と過失とは共通の論理的基盤を有さない、別個独立な要素というのであれば、新たなカテゴリーが割って入る余地はおよそ想定し難い。そのような前提に立てば、「故意と過失の『中間領域』があるとかの理由づけでもって、踰ゆべからざる故意と過失との限界を除去・流動化して過度な威嚇・重罰化を実現しようとすることは、責任主義の禁じ手である」<sup>1</sup>ということにもなるかもしれない。

しかし、高山佳奈子が端的に示すように、「故意と過失とは、責任論において『概念論理的に』も『段階関係』にある」<sup>2</sup>、つまり、共通の論理的基盤が両者の間に存在するからこそ、「法益侵害が生じなくとも、法益侵害の可能性を示す外部的事実があれば未遂の違法性が認められるのと同じく、犯罪事実の認識がなくとも、犯罪事実の認識の可能性を示す内心的事実があれば過失の責任を認めてよい」<sup>3</sup>のである。したがって、第二章の A. Hall が示したような、「故意から無過失までの間に、ある種のグラデーションが存在する」という考え方は、決して、丸山雅夫が言うように「ハル独自の認識」<sup>4</sup>というわけではなく、むしろ「現在でも一般に暗黙の前提とされている」<sup>5</sup>ものであるといえよう。それどころか、「（過失犯の責任で問題とされる）規範心理的な能力は、一種の人格的・性格的資質であり、その意味で、過失犯の非難の根拠は、行為者の『人格的・性格的欠陥』の中に認められる。もともと、これは、非難の契機として将来的にこの欠陥を克服できる者、すなわち『責任能力者』のみに向けられうるものである。正確には、故意犯の『意思責任』の背後にも、この性格的・人格的非難可能性がある。『犯罪事実』の認識がありながら行為に出るという行為者の『倫理的な性格』あるいは『法益への無関心』が非難され（る）」<sup>6</sup>と説く松宮孝明のように、より明示的なかたちで、「故意」「過失」に共通する論理的基盤の存在自体を（その正体についての検討は別途必要であるとはいえ）承認すべきであるとさえ思われるのである。

もちろん、刑法は「故意」「過失」のそれぞれの法律効果に大きな差を設けており、両者の質的区別を要請している<sup>7</sup>と考えられることから、両者の違いがもっぱら単なる認識面の量的な差に由来するものであるにすぎないというだけではならず、何か別の要素なり観点なりから質的な重さの違いを基礎づける必要がある<sup>8</sup>のは間違いない。そのうえで、この「故

<sup>1</sup> 長井圓「生命・身体への過失犯と自動車危険運転致死傷罪」比較法雑誌 45 卷 1 号（2011 年）217 頁。

<sup>2</sup> 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣，1999 年）136 頁。

<sup>3</sup> 高山・前掲註（2）137 頁。

<sup>4</sup> 丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂，1990 年）239 頁参照。

<sup>5</sup> 高山・前掲註（2）137 頁。

<sup>6</sup> 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂，第 5 版補訂版，2018 年）219 頁。

<sup>7</sup> 立石雅彦「故意と過失の区別」中山研一＝森井暉＝山中敬一編『刑法理論の研究—中刑法理論の検討—中義勝先生古稀祝賀』（成文堂，1992 年）163 頁参照。

<sup>8</sup> 小林憲太郎『刑法的帰責—フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』（弘文堂，2007 年）85 頁以下および 123 頁以下参照。小林は、故意犯と過失犯の共通項として、「過

意」と「過失」との質的な違いを生むものは何か、という点に着目したとき、その反射効として、「第三の責任」が「故意」と「過失」との「中間領域」に独自に割って入る余地の存在可能性が見えてくるように思われる。何故ならば、その質的な違いを生むべき要素や観点を、適切に設定することさえできれば、その両者との共通の論理的基盤を前提とする、新たな段階として中間的な第三の責任ともいうべきものを、独自の類型として両者の間に差し挟むことは、十分許容され得ると考えられるからである。夙に指摘のある通り、「故意」と「過失」とは責任判断の主たるメルクマールではあるものの、それだけに限定されるものではない<sup>9</sup>。

実際、例えば K. Engisch は、「責任形式としては故意と過失しか考えられない、それ故に中間的な責任形式は故意か過失かのいずれかであり（しかも過失と見る）、立法者にとっては、この責任形式をそれに相当する様式・方法で随意に取り扱い得る可能性はまったく残されていないという反論は、断固として拒否されるべきである」<sup>10</sup>として、第三責任形式の存在可能性に言及したうえで、そのような中間的な責任形式として「法律の過失」、すなわち「法律の錯誤」を例示している。Engisch は、「法律の過失」については、ある場面では「故意」、また、ある場面では「過失」ともいえるかもしれないが、「故意」や「過失」とは別個の責任類型と解することも可能であり妥当である、と指摘している。

法律の錯誤を独自の責任類型として「故意」と「過失」の中間に設定することの是非は、本稿の目的と直接には関係しないので、それについての詳論は差し当たり控えたい。しかし、殊「ある場面では故意、ある場面では過失」という点に関して考えてみると、これは結果的加重犯で問題とされる責任についても指摘できるものである。なぜならば、結果的加重犯も、「行為」に関する場面では「故意」と言えるし、同時に、「結果」に対する場面では（「故意」ではないという点において）「過失」とも言い得るからである。したがって、結果的加重犯で問題とされる責任は、「故意」と「過失」との間に差し挟みうる<sup>11</sup>第三の責任形式に該当す

---

失犯の成立要件」を挙げ、そのうえで、故意犯は抑止の観点から質的に加重されるという。また、橋爪隆は、「故意」「過失」の責任面での質的な相違は、非難の相違に由来し、その非難の相違は、反対動機形成可能性や規範的障害の程度ではなく、法益への敵対的な態度に見出されるとする。橋爪隆「危険運転致死傷罪・自動車運転致死傷罪」山口厚＝甲斐克則編『21世紀日中刑事法の重要課題』（成文堂、2014年）126頁、217頁（橋爪報告の質疑応答）参照。

<sup>9</sup> 莊子邦雄「結果的加重犯」木村龜二編『法律学演習講座 刑法』（青林書院、第5版、1955年）73頁参照。星周一郎「無免許運転罪と『無免許運転による加重』の意義」高橋則夫＝只木誠＝田中利幸＝寺崎嘉博編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』（信山社、2017年）345頁同旨。

<sup>10</sup> Engisch, „Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht“, 1930, S. 249 f.（カール・エンギッシュ『刑法における故意・過失の研究』〔莊子邦雄＝小橋安吉訳〕（一粒社、1989年）302頁参照。）

<sup>11</sup> 専ら危険運転致死傷罪に係るものではあるが、星周一郎「危険な運転による致死傷と危険運転致死傷罪・自動車運転致死傷罪」法学会雑誌 53 卷 1 号（2012 年）228 頁註 76、同・前掲註（9）344 頁以下同旨。

るものの候補として、十分ふさわしいものであると考えられる。

結果的加重犯で問題とされる責任を、独自の第三責任形式として考えることには、十分性のみならず、必要性もあるものと思われる。

この必要性に関して、牧野英一は、未必の故意と認識ある過失とが、その観念的な区別はともかくとして、事実に対面すると区別困難である<sup>12</sup>ことを理由として、未必の故意と結果的加重犯とを合わせて「中間区域」とし、「犯意と過失とを一党両断的に考へないで、その中間区域をそのままに認識し、これを独立な類型として、それに就き、刑罰個別主義を妥当ならしめることが、今や、一つの新しき仕事でなければならぬ」<sup>13</sup>という。しかし、未必の故意までも第三責任形式に含めると、従来の故意概念を不必要に狭めることになりかねない<sup>14</sup>。加えて、結果的加重犯で問題とされる責任を第三責任形式として扱うことの必要性は、「故意」「過失」の事実的な区別が困難である点にではなく、そもそも結果的加重犯が、その責任の性質からしても「故意」「過失」とは観念的・規範的なレベルから異なるという点にこそ求められるものである。

たしかに、危険性説的な発想を受容して、最終結果（結果的加重犯であれば、重大結果）との関係で実行行為性を考慮する際に、（死亡なら死亡という）同種の結果に対する危険性を見るという点では、（故意犯・）結果的加重犯・過失犯は共通である。また、故意犯ではないという点に限っていえば、結果的加重犯は過失犯と同様の構造を有していると言えなくもないのかもしれない。しかし、故意犯と過失犯、故意犯と結果的加重犯が、それぞれ責任面で異質である<sup>15</sup>ことと同様に、結果的加重犯と過失犯もまた、その責任に関しては互いに全く本質を異にする<sup>16</sup>のである<sup>17</sup>。すなわち、「故意」「過失」がそれぞれ独自性を有しているのと同様に、結果的加重犯で問題とされる責任もまた独自性を有していると考えられるが、自然な結論であるし、また、論理的にも一貫するであろう。そして、まさにこの点に、結果的加重犯で問題とされる責任を、敢えて「故意」からも「過失」からも切り離して考えることの必要性が認められるのである。したがって、中間的第三責任形式という試みは、決して「踰ゆべからざる故意と過失との限界を除去・流動化して過度な威嚇・重罰化を実現しようとする」ものではなく、それぞれの犯罪に即した相応の責任を適切に振り向けるための努力である。

この点について、ひとつの考え方として、前章末でも示した井田良の見解を挙げるのが

<sup>12</sup> 牧野英一「結果的加重犯」同『刑法研究第八卷』（有斐閣，1939年）460頁参照。

<sup>13</sup> 牧野・前掲註（12）461頁。

<sup>14</sup> ただし、絶対に有り得ない考え方であるとまでは言えない。例えば、フランス刑法における結果的加重犯の中間類型性とその運用状況を簡潔に紹介するものとして、井上宜裕「結果的加重犯と責任主義」法政研究78巻3号（2011年）347頁以下参照。

<sup>15</sup> それゆえに、法定刑について、それぞれの間には厳然たる差異が存在する。

<sup>16</sup> 中村喜美郎「結果的加重犯の本質～研究ノート～」群馬大学教養部紀要7巻（1973年）24頁参照。

<sup>17</sup> さもなくば、（死亡なら死亡という）同種の結果に対して故意犯と過失犯の他にわざわざ結果的加重犯を規定しておく意味がない。



できる。井田は、危険性説論者であり、また「故意」「過失」を専ら構成要件要素・違法要素として解するのであるが、結果的加重犯は、その「故意」「過失」から構成要件段階ですでに区別される<sup>18</sup>という。たしかに、井田は、「結果的加重犯の成立を認めるためには、最低限の要件として、重い結果との関係で過失結果犯の不法・責任を肯定できなくてはならない」<sup>19</sup>ともいうが、これはあくまでも「故意犯とは異なる」という面を捉えてのことである。井田によれば、結果的加重犯は「単なる過失犯よりも結果との関係がより密接な犯罪である」<sup>20</sup>ことから過失犯とも異なるのであって、それゆえに故意犯とも過失犯とも異なる独自の不法類型性を結果的加重犯に肯定している。

井田の見解は、新過失論（それも、いわゆる危惧感説）の立場からみた、危険性説的発想に基づく結果的加重犯論に関する、ひとつの一貫した結論を示している。私見は、井田とは異なり、「故意」「過失」を責任形式として捉える旧過失論を妥当と解するので、井田の見解をそのまま採用するわけにはいかない。しかし、新旧過失論の主たる相違が、「故意」と「過失」との区別を構成要件（違法）段階で行うのか、それとも責任段階で行うのか、という点にあることを思えば、①新過失論に立って危険性説的発想を受容した見解を採用した場合には、（まさしく井田がそうしたように）構成要件段階での区別を通じた結果的加重犯の独自類型性の肯定が一貫した結論であるということと、②旧過失論に立って危険性説的発想を受容した場合には、責任段階で「故意犯」「結果的加重犯」「過失犯」を区別することを通じた結果的加重犯の独自類型性の肯定が一貫した結論であるということとが、論理的には対応関係にあるはずである。このことからしても、やはり、（旧過失論的立場に立った場合には）結果的加重犯で問題とされる責任に（も）独自性を肯定するという方向性こそが妥当であると考えられるのである。しかも、この方向性こそが、判例分析の結論②で示したような裁判所の考え方にも合致しており、延いては実務上の立証や防御に必要なメルクマールを提供することにもつながるように思われる。

## 第二款 過失の不十分性・不適格性

以上のように、結果的加重犯で問題とされる責任を第三責任形式として扱うことが、必要十分であると考えても、「何故、そうした責任を『過失』の一種として考えるのでは不十分であるのか」という疑問は、なお想定され得る。たしかに、行為について「故意」<sup>21</sup>がある

<sup>18</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，第2版，2018年）120頁参照。

<sup>19</sup> 井田良「結果的加重犯の理論」現代刑事法4巻12号（2002年）105頁。ここにいう「過失」は「予見可能性」、それも「危惧感」で足りるという。同・前掲註（18）221頁、224頁以下、及び、同『刑法総論の理論構造』（成文堂，2005年）421頁参照。

<sup>20</sup> 井田・前掲註（19）「結果的加重犯の理論」108頁。

<sup>21</sup> もっとも、ここにいう「故意」は当然ながら最終結果には及んでいないので、犯罪全体との関係で言えば、「行為に出たこと自体は意図的であった」ということを示すだけであ

ことを考慮しても、結果について「故意ではない」という点では、まさしく「過失」と同一の側面を有していること自体は否定し難い。したがって、その点をとらえて、結果的加重犯で問題とされる責任を、広い意味では「過失」の一種として定義したうえで、狭い意味では結果的加重犯独自の「過失」とであるいうかたちで、理論を構築する方向性もまた、考えられなくもない。しかし、「過失」という表現に拘泥し、どういうかたちであれ「過失」の一種であると解し続ける限り、その理論には、どうしても不十分な点が残存せざるを得ない。

第一に、危険性説的発想に立脚しておきながら結果的加重犯について「過失」を説くのは、端的に不自然である。危険性説的発想を採用したとしても、過失の要否についていずれの学説を採用しようが共通の前提とされてきた事実、すなわち、結果的加重犯には、その法定刑として、故意犯と過失犯との、観念的競合、併合罪、さらには単純な合計をも超えるものすら予定されているという事実は、当然の前提として共有されている。そのうえで、危険性説は、「故意犯+過失犯」では合理的な説明がつかないことから、事前判断による類型的な危険性に着目し、そのことによって結果的加重犯に独自の不法を見出し、重い責任と重い法定刑に論理的基盤を与えたと説明される（もっとも、前章で示した通り、この「独自の不法」や「加重根拠」に係る主張自体については、賛同しかねる）。そうであるにもかかわらず、この「独自の不法」に対応する責任を、「故意」「過失」という、その前提段階では「合理的な説明がつかない」（とりわけ、その単純な合計を超える点を説明できない）として排除したはずの「不合理な」概念を用いて説明しようというのは、不自然であると言わざるを得ない。

第二に、過失犯は、それがたとえ重過失であったとしても、本来的に軽い犯罪<sup>22</sup>に過ぎないのであるから、結果的加重犯の重い責任を基礎づける根拠として、やはり不十分である。この点は、特に「過失」を責任形式と解する本稿の立場からは、無視し得ない問題である。

第二章第三節でも示した通り、「過失」が、いくら「基本犯の故意」に、「内在」していようが、「密接不可分」であろうが、「包含」されていようが、「一体」であろうが、それは単に「故意」と「過失」との結合・混合の機序・態様の表現方法が変わるだけのことであって、その本質の説明として何か新しいものが明らかにされているわけではなく、不十分である<sup>23</sup>。

---

り、厳密に言えばあくまでも「故意」ではなく「故意のようなもの」であるに過ぎない。  
<sup>22</sup> Vgl. *Engisch, a. a. O. (Anm. 10), S. 52.* なお、確かに、古くは「過失犯は本来的に軽い犯罪である」とされること自体を問題視して、故意犯並みへの引き上げを主張する見解（不破武夫「刑法上の過失について」佐伯千仞編『宮本博士還暦祝賀 現代刑事法學の諸問題』（弘文堂書房，1943年）181頁以下（特に、207頁以下））もあるにはあったが、多くの犯罪で過失の場合は処罰されないことを併せて考えれば、（人身犯罪における）故意・過失間の落差の大きさは、過失犯の引き上げという責任原理上の疑義を伴った方法ではなく、本稿の主張するように中間的第三責任形式の肯定という方法により解消されるべき問題であると考えられる。

<sup>23</sup> そこで、石堂功卓「結果的加重犯論」同『現代社会と刑事法学』（成文堂，2004年）34頁は、「人間を対象とする限り、それを数字によって表わそうとする刑罰は、常に空虚な側面をもっている」として刑の加重根拠を文化的な理由に求めるというが、これは本末転倒な議論であると言わざるを得ない。もはやそこでは責任主義の通底は事実的にも理論的

まして、結局のところ、そこにいう「過失」が、「過失」の範疇に含まれるものであるとする限り、「本来的に軽いものである」という「過失」の性質を超越するところまで責任を肯定することはできまい（というよりも、許されまい）し、肯定することができるのであれば、それはもはや「過失」ではあるまい。

これは、結果的加重犯に要求される「過失」が「重過失」であるとしても同じことである。たとえば、監禁致死罪には、監禁罪の法定刑と重過失致死罪の法定刑との単純な合計をさらに上回るところに、その法定刑の上限が予定されている。このことを正当化するためには、結果的加重犯に要求される「重過失」が、過失犯で問題となる「重過失」と比べて、「基本犯の故意」を差し引いてもなお、さらに重いものであると考えるほかあるまい。その根拠を「事前判断による客観的注意義務の類型化」に求めて、このような「重過失」までをも、「重過失」と表現して「過失」概念に取り込むことは、「過失」概念の実質的な拡張に他ならず、ともすれば過失犯の重罰化を招きかねない。例えば、医療事故などの場合、通常の医療現場であれば予め用意されたマニュアルや医療準則が存在するであろう。このような場合には、従来の業務上過失を上回る「重過失」を認めるか、または業務上過失に「重過失」性を認めることによって、現在の重過失致死傷罪の刑罰と比べて、より重い刑を科する新たな過失犯の存在を認めうる<sup>24</sup>ことになる。何故ならば、このような場合、「マニュアルや医療準則の存在」から、直截に、ほぼ自動的に、「事前判断による客観的注意義務の類型化」を肯定することができるからである。しかし、それだけでは不十分であることはいうまでもなく、この結論が妥当であるとは思われない。したがって、結果的加重犯で問題とされる責任は、「過失」概念から明確に区別されなければならない。

第三に、これは上述した2点の延長でもあるが、そもそも過失犯とは質的に異なる結果的加重犯を、「過失」を用いて説明するのは適切ではない。「予見可能な重い結果につき刑が加重されるというよりは、むしろ、結果的加重犯としての行為そのものにすでに重い刑が予定されている、といったほうが正鵠を射ている」<sup>25</sup>のであるから、過失犯の成否について問題とされるような予見可能性と注意義務にかかわる考量だけでは不十分であって、さらに別個の要素・観点からの検討が、結果的加重犯で問題とされる責任には必要とされる。

暴行罪と傷害罪とを例にとって、敢えて「過失」という表現を用いて、この点について考えてみると、「過失傷害につき、二〇九条でいう『過失ニ因リ』の意味については、『注意義

---

にも放棄されており、翻ってそもそも何のために「過失」を必要としたのか分からなくなる。

<sup>24</sup> 現に過失運転致死傷罪が、この「重過失」性を事実上包含している点を指摘するものとして、星・前掲註(11)217頁以下。この点を肯定的に捉える見解として、今井猛嘉「飲酒運転対策立法の意義と課題」ジュリスト1342号(2007年)130頁。他方、否定的に捉える見解として、福永俊輔「自動車運転過失の重罰化と自動車運転過失致死傷罪」石塚伸一＝岡本洋一＝楠本孝＝前田朗＝宮本弘典編『近代刑法の現代的論点 足立昌勝先生古稀記念論文集』(社会評論社、2013年)197頁以下。

<sup>25</sup> 中村・前掲註(16)24頁。

務に反して』あるいは『相当の注意を怠って』と換言することができよう。そして、その意図するところは、『注意義務を守ることによって人を傷害しないようにせよ』であって、『注意義務を守ることによって侵害（暴行罪にとどまる）行為をせよ』ということではない<sup>26</sup>。つまり、過失傷害罪で問題となる「過失」と暴行の故意による傷害罪で問題となる「過失」とは質的に異なるものであるといえる。したがって、「本来の意味における過失傷害の場合の『過失』…<中略>…と暴行の故意はあったが、意欲しない傷害の結果が発生した場合の『過失』を同様に扱うことは適当でない」<sup>27</sup>から、結果的加重犯で問題とされる責任を考えるにあたり、「過失」概念だけでは不十分であることは明らかであるといえよう。

第四に、これもまた第二点の延長線上ではあるが、それでもなお「過失」とであると強弁したところで、基本犯の故意とそこにいう「過失」との結合が最終的に問題とされなければならないところ、異質なもの同士である「故意」と「過失」との結合機序について、結局のところ合理的な説明を与えることは不可能である。従来の諸見解はこの点につき、積極的な論拠を特に与えず、強いて言えばただ結果的加重犯とされる行為が故意行為的側面と過失好意的側面を同時に有することを一応の論拠として、「一体」「包含」「内在」「密接不可分」などという修飾語を用いながら、結合機序の説明を試みてきた。もっとも、「一体」「包含」「内在」「密接不可分」は敢えて言えば結論であって、機序の説明ではない。あくまでも論拠はただ、「一つの行為が、故意的側面と過失的側面を同時に有する」ことのみである。しかし、この論拠は、方法の錯誤が問題とされる事例を想起すれば、「故意」と「過失」との結合機序の説明にとっては全く説得力のないものであることがたちまち明らかになる。例えば、行為者 X が傷害の故意をもって Y を狙い刃物を投げつけたところ Y が寸前で回避し、刃物は Y の後ろを通りかかった Z に命中し Z が死亡したという事例において、X の（一つの）行為を、Y（の傷害結果）については故意的でありかつ同時に Z（の死亡結果）については過失的であると評することは、一応可能である。しかし、そうであるからといって、故意の符合について如何なる学説を採るか、或いは「一故意犯説」を採るか「数故意犯説」を採るか、といった種々の論点に関わらず、X の責任について、「故意」と「過失」とが結合するなどということはない。Z の死亡結果に関して傷害致死の罪責を X に肯定するとしても、その罪責はここにいう結合の結果としてもたらされるものではない。通常傷害致死との相違点を敢えて挙げれば、故意と過失とが向けられた客体が同一か別々かという点だけであろうが、仮に「一故意犯説」を採用したとしてもここで問題としている「故意」と「過失」の結合は導かれないということも鑑みれば、客体の同一性もまた結合を促進する論拠とはなり得ないことも明らかである。

結局、危険性説的な発想に基づく限り、結果的加重犯行為自体を直截に問題とすることになる以上、それをまた無理に故意（行為）・過失（行為）へと分析したうえで再度結合させるなどという説明方法自体が土台奇妙なのである。こうした分析的説明方法は、危険性説導

<sup>26</sup> 齊藤信幸「結果的加重犯について」東北学院大学論集 法律学 24 号（1984 年）40 頁。

<sup>27</sup> 齊藤・前掲註（26）41 頁。

入に当たり否定的評価を与えたはずの複合形態説の思考方法と何ら変わるところはあるまい。そうである以上は、「過失」という表現に拘泥することなく、結果的加重犯で問題とされる責任は第三責任形式に属するものであるとして正面から肯定する方が余程真当であろう。

## 第二節 故意・過失との共通項

以上に述べたように、結果的加重犯で問題とされる責任を「故意」「過失」と並び立つ第三責任形式として観念するにあたり、大きく分ければ、次の二つの事項を論証しなければならない。その第一は、「故意」「過失」との共通する論理的基盤が何であるのかという点、すなわち、故意・過失との共通項であり、その第二は、「故意」「過失」との区別を生む独自性の淵源が何であるのかという点である。

以下、本節では前者、すなわち、故意・過失との共通項について検討を加える。

### 第一款 因果関係判断と責任判断

結果的加重犯で問題とされる責任が第三責任形式に当たるとしても、そこで要求される認識・認容の対象は、あくまでも客観的構成要件要素であって、これは「故意」「過失」の場合と共通する。具体的には、結果、行為及び因果関係に対する認識・認容の程度や存否の判断を要求することになるという点で、結果的加重犯で問題とされる責任は、故意・過失との共通項を有する。この内、結果に対する認識（可能性）・認容（の不存在）については「過失」と共通の部分を、また行為に対する認識・認容については「故意」と共通の部分を有することになるので、これらについてはある程度従来議論をそのまま利用して考えることができるだろう。したがって、結果的加重犯の場合について差し当たり特に問題となるのは、因果関係判断と責任判断との関係である。

過失不要説は、そのほとんどが、因果関係判断に責任主義の要請を担わせることを容認することによって、帰責範囲の適正化を図ってきた。この立場は、「因果関係があること」＝「責任があること」という図式を肯定する。しかし、前章でも指摘した通り、そもそも因果関係は、事実関係の確定のための理論である<sup>28</sup>。犯罪の成否を敢えて「構成要件該当性」「違法性」「有責性」と三段階に分けて考察する必要があるとされる点を鑑みれば、因果関係判断と責任判断とは、仮に（ほとんどの場合）結論において一致するとしても、混同されてはならない<sup>29</sup>。責任主義の要請をより明確に徹底するためにも、両者は別個に扱われるべきも

<sup>28</sup> 下村康正「結果的加重犯」法律のひろば 13 卷 10 号（1960 年）34 頁参照。

<sup>29</sup> 下村康正「結果的加重犯における基本犯罪と加重結果との間の直接的関係」法学新報 96

のであろう。「因果関係があること」と「責任があること」とを同値の関係で結んで、前者が認められれば直ちに後者を肯定することができるというように解するべきではない。ただし、「因果関係があること」は「責任があること」の前提であるということ自体は、言うまでもなく肯定されなければならない。したがって、結果的加重犯で問題とされる責任の前提として因果関係について必要とされる認識はどのようなものであるのかという点については、前章で指摘したように「因果関係に責任原理上の要請を担わることが妥当ではない」ということを前提としたとしてもなお、検討を要する課題である。

私見では、構成要件を違法類型として理解しているので、「因果関係があること」は「違法であること」を基礎づけると考えられる。この点と本稿が依拠する危険性説の発想とを合わせて考えると、法的因果関係を肯定するための相当性判断<sup>30</sup>の際に、当該行為について事前的・類型的に認められる危険性（＝重大結果との関係で確定される実行行為性）が、結果に現実化したか否かが判断される<sup>31</sup>ことになる。我が国の学説の中には、こうした因果関係に加えてさらに行為と結果との直接性をも要求する見解<sup>32</sup>も存在するが、直接性説の母国たるドイツの支配的見解では、因果関係は合法則的条件関係<sup>33</sup>であり且つ「故意」と「過失」とが構成要件（違法）要素とされている<sup>34</sup>という点を看過してはならない。（その呼称や詳細の相違点はともかくとして）相当性判断が法的因果関係の存否を判断される際に行われる我が国においては、法的因果関係は相当性判断によって条件関係よりも既に限定されており、また、さらなる限定が必要であれば、それは責任段階で行えばよいのであるから、（前章で確認した通り）正体不明な直接性要件なるものを「因果関係とは別に構成要件段階で」要求する必要はないものと思われる<sup>35</sup>。したがって、結果的加重犯で問題とされる責任の前提として、行為者において因果関係について必要とされる認識の対象は、「法的因果関係を基礎づける事情」であり、これは取りも直さず「危険性を基礎づける事情」である。この点については、「故意」「過失」とも共通であると言えよう。

この「危険性を基礎づける事情」の認識に、どのような水準のものまでが含まれるべきで

---

巻1・2号（1989年）27頁、および石堂・前掲註（23）32頁参照。

<sup>30</sup> 私見は客観的相当因果関係説を採用するが、仮に判例が採用しているとされる「危険の創出・現実化」公式に拠ったとしても、結果的加重犯に関する限り、この段階で結論に相違が生じることはないものと思われる。

<sup>31</sup> 山田利行「危険運転致死傷罪（赤色信号の殊更無視類型）に係る諸論点」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）495頁以下、同旨。

<sup>32</sup> 例えば、榎本・前掲註（9）など。この直接性の要件や体系論的位置づけについては争いがある。

<sup>33</sup> Roxin, „Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I“, 4. Aufl., 2006, S.350ff.

<sup>34</sup> Roxin, a. a. O. (Anm. 33), S.309 ff.

<sup>35</sup> この点について、下村康正はさらに進めて、直接性要件は条件関係の問題に解消されるとする。直接性要件を別個に要求する必要はないとする結論については、私見と一致するが、危険性が現実化したか否かの判断は、条件関係の問題というよりも、むしろ法的因果関係の問題であると思われる。詳しくは、下村・前掲註（29）26頁参照。

あるのが問題となる。この点につき、内田浩は、主観面において危険性の実現過程の具体的機序を知っていることが、「同一危険の量的錯誤」さらには重い責任の前提となると主張する<sup>36</sup>。しかし、前章第四節でも触れた通り、そこまで具体的なものを要求すると、結果的加重犯自体の成立範囲が狭隘に過ぎるように思われるし、また、もはや「未必の故意」というかたちで故意犯の問題として取り扱われるべき犯罪所為までをも結果的加重犯に組み込むことになるように思われる。換言すれば、「結果的加重犯」が「未必の故意」の領域にスライドすることによって、「故意」と「結果的加重犯」の双方が狭まり、「過失」の領域が一挙に広がることにつながりかねない。そうすると、今度は結果的加重犯の法定刑の下限について合理的な説明が困難になってしまうだろう。たしかに結果的加重犯は過失犯と比べれば刑の上限が遥かに高いと言えるが、故意犯と比べた場合には刑の下限が遥かに低い<sup>37</sup>という点を、看過すべきではなかろう。

また、同様に、未必の故意に接近して狭隘に過ぎることに繋がりにくいことから、行為者自身による「危険である」というような評価までは要求されるべきではないように思われる。このことは、実際、学説においても、危険運転致死傷罪のうち、特に飲酒運転や高速度運転について「危険性を基礎づける事情」の認識までは要求されても、行為者自身の「危険である」という評価の認識までは要求されない<sup>38</sup>ことから、正当な結論であろう。

したがって、結果的加重犯で問題とされる責任についても、故意・過失との共通項として、「因果関係を基礎づける事情の認識」すなわち「危険性を基礎づける事情の認識」が要求され、かつそれで足りる<sup>39</sup>。

---

<sup>36</sup> 内田浩『結果的加重犯の構造』（信山社、2005年）160頁以下参照。

<sup>37</sup> 刑法199条

「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。」

同205条

「身体を傷害し、よって人を死亡させた者は、三年以上の有期懲役に処する。」

同211条

「業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。重大な過失により人を死傷させた者も、同様とする。」

確かに、205条と211条の上限を比べれば、15年という全く無視し得ない大きな差異が存在するが、他方で、刑の下限について199条と205条とを比べれば、酌量減輕が無くとも執行猶予が付き得るか否かという、（特に被告人にとっては）やはり無視し得ない差異が厳として存在している点を看過すべきではなかろう。

<sup>38</sup> 西田典之『刑法各論』（弘文堂、第6版、2013年）51頁等。

<sup>39</sup> この認識すら存在しない場合、もはやおよそ刑事責任を問うことは許されまい。この点について、甲斐克則『責任原理と過失犯論』（成文堂、増補版、2019年）131頁以下、同「刑法におけるリスクと危険性の区別」法政理論45巻4号（2013年）102頁以下参照。もっとも、その上で、どういった事情に対してどのような水準の認識があれば「危険性を基礎づける事情の認識」が十分に存在し、刑事責任を問うに相応しいと考えられるのか、という点は別途問題とされなければならない。この点につき、大塚裕史『因果経過』の予見可能性 板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』（勁草書房、2004年）178頁以下、杉本一敏『因果関係の基本的部分』の予見可能性について

## 第二款 法益に対する「投げ遣りな態度」乃至「無関心」

Engischによれば、行為者が構成要件実現を認識したけれども行為を思い止まらなかったという点は、「故意」、「(認識ある) 過失」、さらには、条件付きではあるものの「無過失」である場合にさえも共通して見出せる<sup>40</sup>のであって、「故意」と「過失」との区別は「投げ遣りな態度 (Gleichgültigkeit)」の程度の相違の中に見出される<sup>41</sup>という。すなわち、「行為者は結果 (の可能性) を予見・認識した」という先述した高山説ですでに示されていたような点だけではなく、行為者は構成要件実現ひいては当該構成要件の保護法益に対する一定の「投げ遣りな態度」乃至「無関心 (Rücksichtslosigkeit)」によって行為を思い止まらなかったという点も、また「故意」「第三責任形式」「過失」共通の論理的基盤たりうるということになる。

たしかに、「故意」の場合であれば、当該構成要件実現に関してその保護法益を尊重する意思が欠如していたといえるであろうし、また「過失」の場合であれば、当該構成要件実現に関してその保護法益を尊重する意思が弛緩していたといえるであろう。この図式に従えば、結果的加重犯の場合には、当該構成要件実現に関してその保護法益を尊重する意思が部分的に欠如し (かつ部分的に弛緩し) ていたということになるであろう。

しかし、「弛緩すること」と (部分的であれ、全部的であれ) 「欠如すること」との間には、単なる量的な相違では説明がつかない質的な相違が存在するように思われる。何故ならば、縦令どれだけ弛緩していようとも、欠如していない限りは、行為者において行為時に法益尊重意思は残存していたというべきであるからである。したがって、結果的加重犯で問題とされる責任と「故意」や「過失」との非難の差は、この「投げ遣りな態度」乃至「無関心」の程度の差に求められるべきものではなく、むしろ「投げ遣りな態度」乃至「無関心」に関連しながら質的転換をもたらすものに由来すると考えられる。そして、この質的転換をもたらすものこそが、それぞれの責任にとって、独自の非難の本質ということになるろう。

これらのことから、次のように言うことができる。故意犯・結果的加重犯・過失犯は、構成要件実現延いては当該保護法益に対する「投げ遣りな態度」乃至「無関心」によって、反対動機を形成せずに行われ、結果を発生させた点に非難があるという意味において、非難の構造としては基本的に同一である。したがって、結果的加重犯で問題とされる責任にとっては、「投げ遣りな態度」乃至「無関心」こそが、故意・過失との共通項であるということができる。それを前提とした上で、共通項たる「投げ遣りな態度」乃至「無関心」との関係において結果的加重犯で問題とされる責任に応じた特質を与える (すなわち、第三責任形式たる性質をもたらす) ものの基盤・淵源を検討する必要がある。

—渋谷温泉爆発事件を契機に— 刑事法ジャーナル 50号 (2016年) 26頁参照。

<sup>40</sup> Engisch, a. a. O. (Anm. 10), S. 230 f. (莊子=小橋訳 280頁)

<sup>41</sup> Engisch, a. a. O. (Anm. 10), S. 232 ff. (莊子=小橋訳 280頁以下)



### 第三節 第三責任形式としての独自の非難の本質

結果的加重犯で問題とされる責任について、「行為者が特定の客体に対する侵害を予期していた場合」（典型的には、傷害致死罪など）と、「特定の客体に対する侵害が予期されていたわけではないが、行為者による不特定の客体に対する意図的な危険状況の創出が存在した場合」（危険運転致死傷罪の「赤色信号殊更無視」類型など）とを、いったん分けて考える必要があるように思われる。たしかに、危険を基礎づける事情の認識が存在したことが前提として要求されるという限りにおいて両者は共通しているのだが、前者の場合、行為者は被害者の存在を現に認識しており、かつ重大結果としての傷害・致死結果は行使された物理力の向けられた範囲内に当初から存在する被害者において発生するのに対して、後者の場合、行為者は被害者の存在を認識しておらず、また行為自体は特定の第三者に対して向けられているのではなく、最終的に事故につながる時点で初めて、その行為は特定の生命・身体に向けられることになることから、後者は前者と比較した場合に行為と結果との関係が希薄である<sup>42</sup>ようにも思われるからである。

この点を捉えて、危険運転致死傷罪を「事故を発生させる危険性を内包している危険運転行為に関する故意犯とその危険運転行為に起因する死傷結果とがいわば結合している結合犯的な性格をもった犯罪」<sup>43</sup>とみなす見解も存在する。しかし、この思考方法自体もまた、まさに危険性説的な発想と何ら本質的に変わるところはなく、したがって、後者のように特定の客体に対する侵害が予期されていたわけではないような場合であっても、結果的加重犯として扱うことに些かの差支えもあるまい。ただし、その一方で、前者の場合と後者の場合とで第三責任形式の発現方法が若干異なるという可能性もまた否定し得ないことから、慎重を期すためにも、一応両者については別個に検討する必要があるように思われる<sup>44</sup>。

そこで、以下では、上述した Engisch の用語法に想を得つつ、前者、すなわち行為者が当初から特定の客体を侵害することを予期していた場合を「投げ遣りな態度」の問題とし、後者、すなわち特定の客体に対する侵害が予期されていたわけではないが、行為者による不特定の客体に対する意図的な危険状況の創出が存在した場合を「無関心」の問題として場合分けしたうえで、それぞれについて結果的加重犯で問題とされる責任独自の非難の本質が何であるか、検討する。

<sup>42</sup> 津田博之「危険運転致死傷罪における主観的要件」交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究—重罰化立法の検証』（日本評論社、2005年）128頁参照。

<sup>43</sup> 津田・前掲註（42）129頁。さらに進んで、危険運転致死傷罪は結果的加重犯ではない（特殊な重過失犯罪）とするものとして、古川伸彦「危険運転致死傷罪は結果的加重犯の一種ではない」高橋則夫＝只木誠＝田中利幸＝寺崎嘉博編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』（信山社、2017年）267頁。

<sup>44</sup> この点に関しては、例えば、「過失」について、いったんは具体的結果それ自体を認識したもののその不発生を軽信した場合と、具体的結果それ自体の認識は存在しなかった場合とが別々に言及されることも稀ではないことが参照される。

## 第一款 特定客体に対する「投げ遣りな態度」

傷害致死罪や監禁致死罪のように、行為者が当初から特定の客体に対する法益侵害（傷害結果、監禁状態等）を予期していた場合、換言すれば、行為の当初から行為者の内心において、「最終結果」（致死結果）との間に危険性を媒介とした類型的な関連性が認められるような「中間結果」ともいふべき特定客体に対する「所期の侵害結果」が主観的に存在していた場合、当該行為は、法益を侵害するかもしれないし侵害しないかもしれないという不確実性やリスクとして論じられ得るに過ぎなかったものを、敢えて意図的に法益を侵害する危険性の側へと質的に転化させた行為であったといえる。

そもそも行為に内在するリスクは、作為であれ不作為であれ、行為者の態度により具体的契機を与えられることで、実在的危険状態へと質的に転化・結合し、それを経て実際の結果へと現実化する<sup>45</sup>ものである。しかし、リスク自体は客観的に「遍在」しており、しかもどの選択肢を採用しようが（場合によってはいずれの選択肢をも採用せずとも）新たなリスクとなりうるから、「リスク創出」自体を問責対象とすることはできない<sup>46</sup>。したがって、問責対象となるのは「危険性の創出」である。もちろん、ハイリスクであれば危険性を肯定しやすくなるといえるのではあるが、決して両者を混同してはならず、別個に考察を加えなければならない<sup>47</sup>。

このことを前提としたうえで、結果的加重犯で問題とされる責任を検討するに当たって、まず特に重視すべきことは、創出される危険性との関係における「危険性を基礎づける事情の認識」とそれに対する行為者の主観的な態度であろう。前節における検討で既に示した通り、結果的加重犯で問題とされる責任にも「危険性を基礎づける事情の認識」が必要とされるが、ここで認識の対象とされる「危険性を基礎づける事情」は、これまでの検討を踏まえば実行行為性や因果関係を基礎付ける事情であり、行為者にとっては眼前に現れる「リスク」、より正確にはリスクを基礎付ける種々の要素である<sup>48</sup>。すなわち、行為者がそうした要素を適切に把握しさえすれば結果発生リスクの存在を認識することが可能であるような、いわば最終的な侵害結果との「距離感」を知る手掛かりとなるようなものとして、「危険性を基礎づける事情」は定義付けられる。

この「危険性を基礎づける事情」は、ひとつの最終的な法益侵害結果について複数存在したはずであるが、前節で指摘したとおり、行為者がすべてを逐一認識していたことまでは要求されない。結果的加重犯として問題とされる責任に関して大切なのは、総合的に考察して「行為者が認識した事情を前提としたとき、ふつうそのような結果の発生を排除できない」<sup>49</sup>状況であったと言えることである。そのためには、行為者がその眼前に現れた「危険性を基

<sup>45</sup> 甲斐・前掲註（39）「刑法におけるリスクと危険性の区別」91頁、92頁参照。

<sup>46</sup> 杉本一敏「リスク社会と過失結果犯」刑事法ジャーナル33号（2012年）20頁参照。

<sup>47</sup> 甲斐・前掲註（39）「刑法におけるリスクと危険性の区別」88頁、89頁参照。

<sup>48</sup> 甲斐・前掲註（39）「刑法におけるリスクと危険性の区別」103頁参照。

<sup>49</sup> 井田良「結果的加重犯における結果帰属の限界についての覚書—強盗致死傷罪を中心と

礎づける事情」の内、「何を」「幾つ」認識していたか、というような点が重要となろう。すなわち、「所期の侵害結果」を現実化させようという行為に随伴している最終的な侵害結果の類型的な危険性（＝実行行為性）に関して、行為者が「作用を及ぼす点」「作用を及ぼす手段」「作用を及ぼす状況」等に関する種々のリスク要素を十分に認識していたといえなければならぬ。

このような意味での「危険性を基礎づける事情の認識」があったにもかかわらず、その状況下で、あえて所期の侵害結果を遂げるために行為に出れば、もはや「その犯罪行為が行為者の予想した範囲内でとどまるという保証はなく」<sup>50</sup>、「たまたま犯人がきわめて横着あるいは無神経であったため自己の犯罪行動から生ずる波及効果について想像できなかった」<sup>51</sup>としても、リスク要素を意図的に（敢えて）無視した行為によって結果を発生させたという点に重い責任を見出すことは否定されない。

かくして、結果的加重犯で問題とされる責任と「故意」「過失」との相違については、以下のように説明可能である。

まず、行為者において「所期の侵害結果」が主観的に存在していた場合の行為と、漫然とまたは中間結果ないし最終結果の不発生を軽信して（すなわち、「過失」により）リスクを実在の危険性へと結び付けてしまったことによって最終結果までも発生させてしまったような場合の行為とを比較すれば、「敢えてリスクを引き受けて事態を危険性と結び付ける意思」が存在した分だけ、結果的加重犯で問題とされる責任に担われた行為の方が法益尊重意思が欠落していたといえることから、法敵対的傾向がより質的に強い、つまり特定客体に対する「投げ遣りな態度」が質的に強い行為であったといえる。このことから、結果的加重犯の行為者には、「過失」よりも強い非難が向けられる必要があることになる。

しかし、同時に他方では、行為者において「危険性を最終結果に結び付ける意図」、すなわち「最終的な侵害結果をわがものとする意思」は欠けていたといえる。それゆえに、結果的加重犯で問題とされる責任に担われた行為は、当初から最終結果を惹起する意図であった（乃至未必的に認容していた）「故意」行為と比較した場合、その分だけ法益尊重意思が残存していたといえることから、法敵対的傾向がより質的に弱い、つまり特定客体に対する「投げ遣りな態度」が質的に弱い行為であったともいえる。このことから、結果的加重犯の行為者に向けられるべき非難は、「故意」行為者に比して弱いもので十分であるということにもなる。

纏めれば、特定客体に対する「投げ遣りな態度」に起因する結果的加重犯で問題とされる責任とは、「最終結果発生の危険性に関するリスク要素が行為者の眼前に存在し、現に（その幾つかを）認識していたにもかかわらず、所期の侵害結果を遂げるため、そうした要素の存在を意に介さず、敢えてリスクを引き受けて行為に出たところ、法益を危殆化し、結局は

---

して一」法学研究 60 卷 2 号（1987 年）255 頁。

<sup>50</sup> 藤木英雄「責任主義と責任論の基礎」法学セミナー 268 号（1977 年）46 頁。

<sup>51</sup> 藤木・前掲註（50）46 頁。

結果を発生させてしまった」点を非難するものであるといえよう。

## 第二款 不特定客体への「無関心」

往来妨害致死傷罪や危険運転致死傷罪などのように、行為者の内心において、特定の客体に対する予期された侵害結果自体は存在していなかったとはいえ、不特定の客体にかかわる危険状況が行為者によって意図的に創出され、最終的にはその危険が特定の客体に対して法益侵害結果を惹起したとき、まず留意されなければならないのは、意図的な危険状況の創出自体が既に危険犯として構成要件化されているか否かという点である。何故ならば、往来妨害致死傷罪についての「往来妨害罪」のように、最終的な侵害結果に対する中間結果が、いわゆる基本犯が危険犯としてすでに独自に犯罪化されている場合と、危険運転致死傷罪についての「危険運転行為」のように、いまだ危険犯としては犯罪化されていない場合とを同視することの是非が、差し当たり問題とされうるからである。

しかし、中間結果が別途犯罪化されているか否かは、最終結果に係る犯罪の成否を検討するに当たりそもそも非本質的なことである。例えば、「死亡」という最終的な侵害結果を「故意」によって惹起した「殺人罪」を検討する際に、その中間結果ともいべき傷害について「傷害罪」が違法であるか否か、可罰的であるか否かなどということを論ずる必要はない。また、「過失致死罪」を検討する際に中間的致傷結果に係る「過失傷害罪」について論ずる必要もない。結果的加重犯が故意犯・過失犯と並立する中間的第三犯罪類型であると理解したうえで、結果的加重犯で問題とされる責任を「故意」「過失」と並立する第三責任形式であると見做す本稿の立場からすれば、最終的な侵害結果についての罪責を検討するに当たり、中間結果が（危険犯として）犯罪化されているか否かという点は、結果的加重犯自体についても、結果的加重犯で問題とされる責任についても、故意犯・過失犯の場合と同様に、やはり本質的な問題ではないのである。

むしろ結果的加重犯で問題とされる責任にとっては、リスクを引き受けて実在の危険性と結び付ける意思が意図的であるかどうかという点こそが重要である。もちろん、中間結果が独自に犯罪化されていれば、その独自犯罪の故意は、そのまま「敢えて最終結果発生リスクを引き受け（て行為に出）る意図」の認定に結び付くように思われる。しかし、それだけに限らず、危険運転致死傷罪のように、危険状況があくまで「状況」の範疇に止まる内は、いわば消極的ながら放任されているような場合であっても、危険状況を創出した行為者の内心において、「過失」の範疇を超過するような法敵対的傾向が存在するのであれば、その行為について「敢えてリスクを引き受けて事態を危険性と結び付ける意思」を見出し得る<sup>52</sup>であろう。そうなれば、場合によっては第三責任形式に当たる責任を考慮すべきことになるも

<sup>52</sup> 井田良「危険運転致死傷罪の立法論的・解釈論的検討」法律時報 75 卷 2 号（2003 年）32 頁参照。

のと思われる。

例えば、行為者が黄色信号の交差点という同一状況下に同一速度で自車を進入させることを前提として、赤色信号を殊更に無視した場合と未必的認容の下に赤色信号を結果的に無視したような場合とを比較したとき、赤色信号を無視する意思が「殊更」であったか「未必的」であったかという主観的な側面によって創出された危険性に相違が生じる<sup>53</sup>というべきではない。当該交差点に創出された客観的な危険性は同一であって、かつ重大結果発生の種類的な危険性も同様に見出せることから、当該行為はいずれにせよ危険運転致死傷罪の構成要件にも該当しうるし、しかも行為者は最終的な事故発生「危険性を基礎づける事情」であるところの赤色信号についても、やはり同様に、主観的に把握している<sup>54</sup>。ただ後者の場合には、無理に停止することを要求した方が却って危険であるということも少なからず考えられるうえ、この「却って危険である」という意味での危険性を回避するためという目的は十分肯定されうることから、一定の危険状況の未必的な認容だけでは「敢えてリスクを引き受けた」とまでは言えず、当該行為者の内心における不特定客体への「無関心」は、あくまで「過失」の範疇にとどまるので、危険犯としての処罰にもなじまない、というだけのことである。他方で、客観的には同一態様であったとしても、前者の場合のように「殊更に」無視したのであれば、不特定の他者（客体）の法益を（故意的とはいえなくとも、敢えて）意図的に、或いは顧慮するつもりすらなく、その状況下では肯定され得ない（何らかの）目的のために不要な危険性に現にさらしたといえる<sup>55</sup>ため、当該行為者の内心における不特定客体への「無関心」は、もはや「過失」の範疇を超過したものであると評価されるべきこととなり、重大結果が実際に発生したときには、やはり結果的加重犯の問題として論じられるべきものとなる。

以上のように、「客体の不特定性」自体は、客体が特定されている場合と比して、基本的には異なる結論をもたらすものとはまでは言えない。すなわち、「危険を基礎づける事情の認識」があり、敢えてリスクを引き受けて事態を危険性と結び付けたと言えるのであれば、仮に侵害の客体が行為開始時点で具体化されていないとしても、結果的加重犯で問題とされる責任は否定され得ない<sup>56</sup>。

当然のことながら、行為時に客体が不特定であったとしても、行為者において最終的な侵害結果の「危険性を基礎づける事情の認識」が存在することが必要であることに変わりはない。このとき、客体が特定されている場合と比べれば、「誰に侵害結果を及ぼすか分からない

<sup>53</sup> 古川伸彦「いわゆる赤信号無視類型の危険運転致死傷罪における『殊更に無視し』の意義」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』433頁以下参照。

<sup>54</sup> この点について、詳しくは山田・前掲註（31）481頁以下参照。

<sup>55</sup> 縦令その行為の動機だけをみれば適法なものであったとしても（例えば、「帰宅する」など）、所謂不要不急なものであれば、その動機を考慮すべきではない。

<sup>56</sup> 佐久間修「危険運転致死傷罪と故意・過失」刑事法ジャーナル26号（2010年）5頁、7頁参照。

い」という限りで、ここにいう危険性やそれを基礎付ける事情は、多少なりとも「抽象的」と言えるかもしれない。しかし、この「抽象性」を補うために「危険性を基礎づける事情」自体を「危険性を基礎づける事情である」として認識していたこと、つまりは最終的な侵害結果の具体的危険の認識まで要求する<sup>57</sup>ならば、事実上、未必の故意に限りなく近いものばかりに結果的加重犯を限定することになって妥当ではない<sup>58</sup>。かといって、当罰性の高さに着目して「危険性を基礎づける事情の認識」を客観的処罰条件化<sup>59</sup>すると、今度は行為無価値一元論的であるばかりか、意思なきところに刑事責任を見出すことに繋がりがかねない。

そもそも、ある行為が結果的加重犯として捕捉される所以は、当該行為が最終的な侵害結果発生との関係で有する類型的な危険性である。したがって、客体を特定できずとも、行為者が認識した事情を前提としたときに、その状況に遭遇した何れかの客体の法益を侵害する危険性が類型的に認められる（＝実行行為性が存在する）と言える限り、「その状況に遭遇した客体を侵害する危険性を基礎づける事情の認識」という程度の具体性さえあれば、当該行為者につき結果的加重犯で問題とされる責任を見出すには十分であるといえよう。もっとも、結果発生の直前（場合によっては、その瞬間）まで客体の法益のことを全く念頭に置いていなかったという場合も考えられることから、「危険性を基礎づける事情の認識」は、行為者の状態など行為の状況に係るものが主となり、客体に係るものは従となるのはやむを得まい。

したがって、不特定客体に対する「無関心」に起因する結果的加重犯で問題とされる責任は、特定客体への「投げ遣りな態度」に起因する場合のそれと比較したとき、「所期の侵害結果」に対して「その状況下では肯定されえない目的」が代置され、「侵害客体の不特定性」が「危険性を基礎づける事情の認識」次第で一定程度容認されうるという点を異にするが、それらを踏まえてもなお、結局のところ両者の非難に構造的な相違は存在しない。すなわち、「無関心」の場合の第三責任形式は、「最終結果発生の危険性に関するリスク要素が行為者の眼前に存在し、現に（その幾つかを）認識していたにもかかわらず、その状況下では肯定されえない目的を遂げるため、そうした要素の存在を意に介さず、敢えてリスクを引き受けて行為に出たところ、法益を危殆化し、結局は結果を発生させてしまった」点を非難するものであるといえよう。

そのうえで、「故意」「過失」との質的相違についても、特定客体への「投げ遣りな態度」に起因する場合と同様に考えておけば差し支えあるまい。不特定客体への「無関心」に起因する場合の結果的加重犯で問題とされる責任もまた、「敢えてリスクを引き受けて事態を危

<sup>57</sup> 林幹人「危険運転致死傷罪（アルコール影響型）における故意—最高裁平成二三年一〇月三十一日決定を契機として」判例時報 2194 号（2013 年）3 頁以下参照。

<sup>58</sup> 放火罪に関するものではあるが、西田・前掲註（38）306 頁以下同旨。

<sup>59</sup> 峰ひろみ「危険運転致死傷罪（アルコール影響型）における故意犯についての一考察」法学会雑誌 50 巻 1 号（2009 年）113 頁以下参照。もっとも、峰説によるこうした理解は、そもそも危険を基礎づける事情として想定されている範囲が狭過ぎることに起因するのかもしれない。

険性と結び付ける意思」が存在する分だけ「過失」よりは質的に重く、しかし「最終的な侵害結果をわがものとする意思」が存在しない分だけ「故意」よりは質的に軽いものであるとすることができる。

以上のことから明らかであるように、不特定客体への「無関心」に起因する結果的加重犯は、過失犯と特定客体への「投げ遣りな態度」に起因する結果的加重犯との中間領域<sup>60</sup>ではなく、「投げ遣りな態度」型の結果的加重犯と「無関心」型の結果的加重犯は並立する（むしろ、同一であると評すべき）領域である。不特定客体への「無関心」に起因する結果的加重犯において、「特定少数客体」に結果が発生したとき（例えば、危険運転による致死結果がいわゆる好意同乗者に現実化したような場合）には、結果的加重犯としての問責対象から除外すべきだとする見解<sup>61</sup>も存在するが、これは、客体の不特定性を過度に重視したものであると言わざるを得ず、賛同し難い。

#### 第四節 小括

本章の結論は、以下のようにまとめられる。

第一に、従来主張されてきた「故意」と「過失」との間に、第三責任形式として、結果的加重犯で問題とされる責任を差し挟むことには必要十分性が存在する。従来議論においても、結果的加重犯それ自体や結果的加重犯で問題とされる責任について、その特殊性が感知されていたことは間違いないとはいえ、従来はそれを無理に「故意」又は「過失」の範疇で論じようとしてきた点に問題があったように思われる。したがって、結果的加重犯に関しては独自の範疇として第三責任形式の存在を正面から肯定することこそが、妥当な解決方法であろう。

第二に、「過失」の範疇を拡大させないためにも、結果的加重犯で問題とされる責任と「過失」とは別個のものとして検討されなければならない。結果的加重犯で問題とされる責任を、例えば独自の性質は有しているが広い意味では「過失」の一種であるなどとして、あくまで「過失」という表現に拘泥した定義を続ければ、反って「過失」概念の不当な拡大を許すことにもなりかねない。

第三に、その第三責任形式として結果的加重犯で問題とされる責任は、故意・過失との共通項の存在を前提としつつ独自の内容を有する。まず、共通項については、客観的構成要件要素をその認識（可能性）の対象とするという点を確認した。独自の非難の本質については、客体が特定である場合と不特定である場合とを一応分けて検討したが、いずれの場合であ

<sup>60</sup> 星周一郎「危険運転致死傷罪における故意・過失の意義とその認定」刑事法ジャーナル 26号（2010年）9頁参照。

<sup>61</sup> 本庄武「危険運転致死傷罪における危険概念」交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究—重罪化立法の検証』（日本評論社，2005年）115頁参照。

っても結論に有意な差異は存在しないことが判明した。すなわち、結果的加重犯で問題とされる責任は、「最終結果発生危険性に関するリスク要素が行為者の眼前に存在し、現に（その幾つかを）認識していたにもかかわらず、所期の侵害結果、又はその状況下では肯定されえない目的を遂げるため、そうした要素の存在を意に介さず、敢えてリスクを引き受けて行為に出たところ、法益を危殆化し、結局は結果を発生させてしまった」点を非難するものである。

第四に、故意・過失との相違について、「過失」と第三責任形式との間には「敢えてリスクを引き受けて事態を危険性と結び付ける意思」が、第三責任形式と「故意」との間には「結果をわがものとする意思」が、非難の質を左右する分水嶺に存在する。リスクを引き受けることについて未必的な認容しか存在せず、「敢えて事態を危険性と結び付ける意思」を肯定することができなければ、法益尊重意思の欠如は見られず、その責任は「過失」に止まる。逆に未必的であれ「結果をわがものとする意思」が存在するならば、法益尊重意思はもはや欠片も残存しておらず、その責任は「故意」ということになる。この意味において、結果的加重犯で問題とされる責任、すなわち第三責任形式は、いわば法益尊重意思の部分的欠如を非難するものであるといえよう。



## 第五章 第三責任形式の実像

前章における考察を通して、結果的加重犯については、故意と過失との中間に属する第三責任形式が妥当し、その基本的内容は「最終結果発生の危険性に関するリスク要素が行為者の眼前に存在し、現に（その幾つかを）認識していたにもかかわらず、所期の侵害結果、又はその状況下では肯定されえない目的を遂げるため、そうした要素の存在を意に介さず、敢えてリスクを引き受けて行為に出たところ、法益を危殆化し、結局は結果を発生させてしまった」ことに対する非難である、との結論を得た。この第三責任形式は、法益尊重意思の部分的欠如を問題とするものであると考えられる。

もつとも、これはあくまでも基本構想に過ぎず、例えば「リスク」と「リスク要素」との関係性、「リスク要素」の正体、第三責任形式に該当するか否かを検討するための具体的要件等、第三責任形式の実像については、前章までの検討だけでは殆ど明らかにできていない。また、特に「過失」との具体的相違点もまだ十分には示せていない。

そこで、本章では、第三責任形式を実際の判断において用いることができるよう、その実像を明らかにすべく、特に「リスク」や「危険」といった概念との関係や、認識対象とされるべきものの内実、さらに「過失」との具体的相違点につき、前章よりも詳細な検討を加えて、第三責任形式の具体的要件を示すことを目的とする。その際、まずは本稿以前にドイツにおいて細々ながら断続的に試みられてきた（ものの、不首尾に終わった）第三責任形式の探求へ焦点を当て、第三責任形式を確定する際の課題を洗い出し、次いで、「リスク学」の知見も借りながら第三責任形式の要件の「製錬」を試みようと思う。

### 第一節 ドイツにおける第三責任形式の挫折—企図・挫折・遺産—

英国をはじめとするコモン・ロー諸国では、*recklessness* という中間的な責任形式を古くから採用してきた。特に、英国では、結果的加重犯に相当する UAM について、故意・過失の中間的責任形式たる *recklessness* を事実上要求するに至っていることは、本稿第二章第二節で既に明らかにした通りである。その意味で、結果的加重犯に妥当する第三責任形式にとって、英国式の *recklessness* は最も有力な模範であると言えよう。

ただし、そのまま安易に「第三責任形式が必要ならば、英法の *recklessness* を日本法にも導入すればよい」というほど、事は単純ではない。その困難性は、英米法と（日本法を含む）大陸法との間の体系の相違という問題に起因するわけではない。結果的加重犯に関して言えば、UAM も結果的加重犯も犯罪の構造としては同様に（すなわち、「やり過ぎた」事例であると）解されていることから、両法体系間の相違は影響していないからである。むしろ、問題は、*recklessness* にいう「リスクの認識」や「リスクを取る（*risk taking*）」等の要件を、

日本法の中で如何に位置付けるべきかをまずは明らかにしなければならないという点にある。しかも、より困難なことに、日本法では今日まで第三責任形式など殆ど考えられて来なかった<sup>1</sup>ことから、日本法内部の議論を見るだけでは、この「位置付け」問題を検討するための手掛かりに乏しいという現実がある。そうであるからといって、英法の議論をそのまま持ってくれば、循環論法に過ぎなくなってしまう。

そこで、我が国の刑法学が長きに渡って参照してきたドイツ刑法学に目を転ずると、興味深いことに、実はドイツにおいても、特に 20 世紀の間、さながら間歇泉のように故意・過失との間の中間的な第三責任形式を志向する考察が、湧いては消えてを繰り返してきた歴史が見受けられる。そこで、本節では、その「間歇泉」に目をやり、湧いたはよいものの何故消えてしまったのかという点を検証することで、第三責任形式の具体的内容を定めるための課題を探ることとする。

## 第一款 企図の系譜

ドイツにおける第三責任形式に対する検討の最初期のものとして、1909 年予備草案における「予見可能性」に対して向けられた学説からの批判を挙げることができる。

1909 年予備草案 62 条は、結果的加重犯を念頭に置きつつ、「一定の意欲されない結果を実現した可罰的行為に対して法律が重い刑罰をもって臨んでいる場合には、他に特別の規定がない限り、行為者が当該結果のありうることを予見し得た場合にのみ重い刑罰が適用される」と規定していた。草案の理由書によると、この規定は、結果責任と責任主義に配慮した立法論との妥協の産物である<sup>2</sup>とされた。この理由付けゆえに、学界においては、ここにいう予見可能性は第三責任形式的なものとみなされ、その内容の不明確さ（特に、過失との違い）を理由に、数多の批判<sup>3</sup>を浴びるに至った。もちろん、中には一定の理解を示す見解<sup>4</sup>も存在したが、僅少であったと言わざるを得ない。

結果に係る心理的部分を重視して、責任は故意か過失だけであり、それゆえ両者の間には如何なるものも存在し得ないという当時の一般的な考え方を前提とすれば、第三責任形式

<sup>1</sup> 僅かに、牧野英一「結果的加重犯」同『刑法研究第八卷』（有斐閣，1939 年）460 頁等の例を見る程度である。

<sup>2</sup> „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Begründung AT“, 1909, S. 221 ff.

<sup>3</sup> 代表的なものとして、*Binding*, *Die Behandlung der Schuld in dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, GS Bd. 77 (1911), S. 44; v. *Liszt*, *Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs*, ZStW Bd. 30 (1910), S. 264 f.; *Wach*, *Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, DJZ Bd. 15 (1910), S. 108 f.

<sup>4</sup> *Freytag*, „Das Schuldproblem im Vorentwurf zu einem Deuteschen Strafgesetzbuch und seine Kritiker“, 1912, S. 94 ff. は、結果的加重犯の存置自体については否定的な立場を支持しつつも、存置するのであれば、故意・過失の観念的競合では説明のつかない犯罪類型に対する中間的な責任を定める規定として予備草案 62 条を理解すべきであるとする。

という考え方自体がおよそ容認され得ないものであったということは想像に難くない。

もっとも、その3年後には、A. Löffler<sup>5</sup>が、故意論の文脈で新たな第三責任形式を提案した。まず、Löfflerは、行為者の心理状態を願望 (Wunsch)、認識性 (Wissentlichkeit)、過失 (Fahrlässigkeit) の三種に分類したうえで、願望は(確定的)故意、過失は認識なき過失であるとする<sup>6</sup>。さらに、反対動機たる結果表象の作用は蓋然性の程度に依存することを理由に、認識性を高度・中度・低度の三種へと大まかに分類する<sup>7</sup>。Löfflerによれば、この認識性の区別は、あくまでも程度問題なので明確な線引きは不可能である<sup>8</sup>という。

かかる理解の下、高度の蓋然性の認識がある場合は願望と合わせて故意として、低度の蓋然性の認識の場合は過失として取り扱い、中度の蓋然性の場合を独自の責任類型として位置付ける<sup>9</sup>。Löfflerは、こうした三段階の区別を導入することにより、二分説に比して細やかに行為者の責任を検討することが可能となり、裁判官の判断過誤を防止することも出来るという利点がもたらされる<sup>10</sup>と考えた。

もっとも、こうしたLöffler式の第三責任形式に対しては、中度の蓋然性の場合には、未必の故意と認識ある過失の両方を含むことになるが、故意犯原則との関係で考えた場合、過失犯を処罰しない犯罪では、中間的責任まで犯罪成立を肯定するなら処罰範囲を拡大することに繋がり、逆に中間的責任を含まないのであれば却って処罰範囲を狭隘化させてしまう<sup>11</sup>という難点が指摘され、結局このような第三責任形式が支持を得ることは無かった。

Löfflerによる試みから20年近くの時を経て、1930年にK. Engischが「刑法における故意・過失に関する研究」の中で、「責任形式としては故意と過失しか考えられない、それ故に中間的な責任形式は故意か過失かのいずれかであり(しかも過失と見る)、立法者にとっては、この責任形式をそれに相当する様式・方法で随意に取り扱い得る可能性はまったく残されていないという反論は、断固として拒否される」<sup>12</sup>として、ドイツ法においても中間的第三責任形式が存在しうることを示唆した。この際、Engischは、「法律の過失」、すなわち「法律の錯誤」を例に採り、ある場面では「故意」、また、ある場面では「過失」ともいえ

<sup>5</sup> Löffler, Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ÖZStr Bd. 2 (1911), S. 131 ff. なお、Löffler説の故意論的問題点については、玄守道「故意に関する一考察(四)―未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって―」立命館法学 308号(2006年)55頁以下が詳しい。

<sup>6</sup> Löffler, a. a. O. (Anm. 6), S. 162.

<sup>7</sup> Löffler, a. a. O. (Anm. 6), S. 164 ff.

<sup>8</sup> Löffler, a. a. O. (Anm. 6), S. 163.

<sup>9</sup> Löffler, a. a. O. (Anm. 6), S. 162. ただし、同所では重い責任(故意)から順に第一、第二、第三と割り振っていることから、認識なき過失をもって「第三責任形式」と呼称し、中間的責任形式は第二類型に据えられている。言わずもがな、この第二類型こそ、本稿にいう第三責任形式に相当するものである。

<sup>10</sup> Löffler, a. a. O. (Anm. 6), S. 167.

<sup>11</sup> Exner, „Das Wesen der Fahrlässigkeit“, 1910, S. 427 ff.

<sup>12</sup> Engisch, „Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht“, 1930, S. 249. (カール・エンギッシュ『刑法における故意・過失の研究』〔莊子邦雄=小橋安吉訳〕(一粒社, 1989年)302頁。)

るかもしれないが、「故意」や「過失」とは別個の責任類型と解することも可能でありまたその方が妥当であると示した<sup>13</sup>のは、前章でも確認した通りである。もっとも、この点に対して Engisch は、論考の射程外にあるとしてごく簡単に仮説を示すに止まり、具体的な論証を加えることはなかった。

その後、また 20 年以上の年月を経て、1958 年に K. A. Hall<sup>14</sup>が事実上の第三責任形式を提案するに至った。その詳細は、本稿第二章第一節で既に検討してあるので、ここでは骨子だけを簡単に確認したい。Hall は、「法律が行為の故意的実行と過失的実行のいずれも処罰しているとき、leichtfertig な実行を特に故意的実行と同じく処罰することができる。この場合、刑罰は、未遂の処罰に関する規定に従って減輕され得る」とする立法提案を示した。Hall の提案の根本には、「刑事責任は故意から偶然に渡って一種のグラデーションとして存在する」との理解が存在していた。そこで、Hall は、誤想過剰防衛や回避可能な禁止の錯誤等の場合（いわば、「黒くはないが黒に近い」場合）には、「過失による態度」に対して故意犯と同一の刑罰を適用するカテゴリー（=Leichtfertigkeit）を導入することによって妥当な解決が可能になると考えたのである。この際、Hall は、Leichtfertigkeit について、第三責任形式ではなく、あくまでも本来的には過失犯に属するものではあるが、規範的な側面で故意犯と同一に扱われるべき「行状の落度」として理解されるべきものであると説明していた。しかし、黒くはないが黒に近い、灰色部分の存在が前提とされていたことに鑑みると、Hall 説も実質は第三責任形式に他ならないだろう。実際、Hall の見解は、後述する G. Arzt<sup>15</sup>や T. Weigend<sup>16</sup>による論考の中でも、第三責任形式に係る先行研究として検討対象とされている。もっとも、この Hall の見解も、その独自性の強さゆえか、その後支持を集めるには至らなかった。

Hall から下ること、さらにまた 20 年、今度は Arzt が、Leichtfertigkeit に対する検討の中で、ドイツ法における第三責任形式の可能性を批判的に検討した<sup>17</sup>。Arzt の根底には、Leichtfertigkeit を民法上の重過失と同じものだとするドイツ刑法の解釈は不明確で実質が伴っていないという問題意識が存在した<sup>18</sup>。そこで、Arzt は、ドイツ刑法における Leichtfertigkeit と、米法、特に模範刑法典及び当時のニューヨーク州刑法の過失及び recklessness とを対照させながら検討することで、Leichtfertigkeit の実質の充実を試みたのである。

まず Arzt は、①刑罰を加重する根拠としては、重過失としての Leichtfertigkeit 解釈は余りにはつきりしないものであること、②Leichtfertigkeit を認識ある過失と同視することは通説上否定されること、③Leichtfertigkeit を「無思慮（Rücksichtslosigkeit）」として解釈すると、結果的加重犯の場合、危殆化の類型性と強度への着目という立法者意思に反する恐れがあ

<sup>13</sup> Engisch, a. a. O. (Anm. 12), S. 249. (エンギッシュ・前掲註 (12) [莊子=小橋訳] 302 頁。)

<sup>14</sup> Hall, Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlage de lege ferenda, in: FS-Ed. Mezger, 1954, S. 245 ff.

<sup>15</sup> Arzt, Leichtfertigkeit und recklessness, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 117 ff.

<sup>16</sup> Weigend, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW Bd. 93 (1981), S. 657 ff.

<sup>17</sup> Arzt, a. a. O. (Anm. 15), bes. S. 131 ff.

<sup>18</sup> Arzt, a. a. O. (Anm. 15), S. 117 ff.

ること、の三点を確認<sup>19</sup>したうえで、米法に検討を加え、以下の五つの結論<sup>20</sup>を導いた。

- 1) *Leichtfertigkeit* の適用範囲拡大が、(米法同様) 単純過失の不可罰を導出し得る。
- 2) もっとも、米国における単純過失の不可罰は特別刑法には及ばない。
- 3) 独法における *Leichtfertigkeit* 導入には、(米法同様) 法益概念の再定義及び新规定の設定という二つの方法があり得る。
- 4) 米国には重罪謀殺法理等のヴェルサリ法理が残っていることから、米法の *recklessness* とドイツ刑法の *Leichtfertigkeit* とをめぐる状況は異なっており、結果的加重犯に関しては、米法を参照することはできない。
- 5) *Leichtfertigkeit* の定義は、米国では、①認識なき重過失 (*criminal negligence*) と②認識ある重過失 (*recklessness*) の二段階構成 (特に、過失致死 (*fahrlässige Tötung / manslaughter, negligent homicide*) や傷害罪 (*Körperverletzung*) の場合) と、第三者の権利 (法益) に対する無関心という一段階構成があるが、後者の定義は、注意義務違反のみならず行為者の態度 (*Einstellung*) の重大性をも問題とし得る点で、独法の *Leichtfertigkeit* 解釈にとって有用である。

最終的な結論としては、*Arzt* は第三責任形式の導入には否定的な立場を示すに至ったが、その検討内容・結果は注目に値する。特に、本稿の主題との関係で重要なのは、結論の第四点目と第五点目である。

まず第四点目に関しては、確かに重罪謀殺法理をいまだ残している米法の *recklessness* とドイツ法の *Leichtfertigkeit* では前提状況を大きく異にしていると言えることから、この *Arzt* の結論自体には賛同できる。もっとも、ここで示された否定論拠は「重罪謀殺法理の残存」のみであるから、既に半世紀以上も前に重罪謀殺法理を放棄した英法の *recklessness* については、*Arzt* の結論の射程外に存在すると言ってよからう。むしろ、他に *recklessness* の結果的加重犯への導入を否定すべき論拠が示されていない以上は、*Arzt* の見解によっても、重罪謀殺法理の不存在を前提としている英法の *recklessness* をドイツ法に導入することは十分に可能であるとさえ言える。

次いで、第五点目に関してだが、ここにいう二種類の構成は、前者が *recklessness as to consequence*、後者が *recklessness as to circumstances* を指しているのだと思われる。もっとも、ここには、*Arzt* の幾分混乱した *recklessness* 理解を見て取ることができる。

前者について言えば、*recklessness as to consequence* で問題とされる認識の対象は、結果それ自体ではなく、結果発生リスクであるとされるにもかかわらず、*Arzt* はこれを認識ある過失と認識なき過失との区別に対応させてしまっている。しかし、通常、認識ある過失と認識なき過失との間の区別は、結果自体の表象を一旦抱いたか否かにより決せられるもので

<sup>19</sup> *Arzt*, a. a. O. (Anm. 15), S. 129 f.

<sup>20</sup> *Arzt*, a. a. O. (Anm. 15), S. 141 ff.

あって、結果発生リスクに対する認識の有無をいうものではない。つまり、認識なき過失であっても *recklessness* であることもあれば、認識ある過失であっても *recklessness* ではないことも普通にありうる<sup>21</sup>。

さらに、前者でも後者でも、いずれにしても *recklessness* に関しては、リスクの認識のみならず、それに加えて行為者による「不合理な冒険 (*unreasonable risk-taking*)」が問題とされなければならない<sup>22</sup>、という点を *Arzt* は看過している。すなわち、前者の構成によっても、後者の構成の場合と同様に、行為者の態度は問題とされるのである。

このように見てくると、*Arzt* は、*Leichtfertigkeit* の充実という論考の目的は果たしたのかかもしれないが、殊第三責任形式の導入可能性についてのみ言うのであれば、*recklessness* に対する幾分不正確な理解の下に、不要との結論を導いてしまったと言える。

こうして *Arzt* が第三責任形式不要論を展開した3年後、今度は *Weigend* がやはり米法、特にニューヨーク州刑法を参照しながら、第三責任形式必要論を説いた。

*Weigend* は、第三責任形式の必要性を、故意犯成立範囲の制限と明確化の必要性に求めた<sup>23</sup>。すなわち、第三責任形式を認めないがゆえに、当罰性が比較的高いがそれでも本来故意犯に属すとまでは言えない領域のものまでが、その当罰性の高さゆえに無理やり未必の故意に含められる傾向が見受けられることから、そうした本来故意犯には値しないが過失に止めるには忍びない領域を適切に扱い得る中間的な第三責任形式が必要である<sup>24</sup>、と *Weigend* は考えるのである。

そのうえで、*Weigend* は、*Arzt* が第三責任形式を否定したことを明確に意識しながら<sup>25</sup>、米法、特に当時のニューヨーク州刑法を参考に、(英) 米法的な *recklessness* のドイツ法への導入可能性を検討する。

まず、第三責任形式の名称について、従来の用法との相違が生じることを承知の上で、敢えてこれを *Leichtfertigkeit* と呼称し、この新たな意味づけによる *Leichtfertigkeit* の中身として、米法的な *recklessness* を読み込むことで、ドイツ法への *recklessness* 導入、果ては第三責任形式の導入を図る<sup>26</sup>。

*Weigend* はまず、ドイツ法が、行為時に仮定された結果の意欲/非意欲を問題とするのに対し、ここにいう *Leichtfertigkeit* は行為時に現実に存在した行為態様に係るリスクの認識を問題とする点を指摘する<sup>27</sup>。その上で、*Weigend* は、*Leichtfertigkeit* の特徴は、許されざるリスクの認識ある実行、すなわち法的に保護された行為客体に対する具体的な危険の認容、つまり危殆化故意、にあるとの公式を示したうえで、その危殆化故意ゆえに *Leichtfertigkeit* は

<sup>21</sup> 本稿第二章第二節（特に、第二款）参照。

<sup>22</sup> 本稿第二章第二節（特に、第二款）参照。

<sup>23</sup> *Weigend*, a. a. O. (Anm. 16), S. 657.

<sup>24</sup> *Weigend*, a. a. O. (Anm. 16), S. 657 f.

<sup>25</sup> *Weigend*, a. a. O. (Anm. 16), S. 658 ff., insbes. S. 672 f.

<sup>26</sup> *Weigend*, a. a. O. (Anm. 16), S. 688 f.

<sup>27</sup> *Weigend*, a. a. O. (Anm. 16), S. 689 f.

特別な非難に値すると主張する<sup>28</sup>。

Weigend はまた、Leichtfertigkeit は、注意義務違反に対してではなく、分かっているがリスクیに行為したことに對して非難が向けられるものであると指摘する<sup>29</sup>。その上で、過失犯との関係に目を転じ、Leichtfertigkeit は具体的な危険＝具体的なリスクを問題とする以上、抽象的危険の認識に止まる場合は「認識なき過失」として過失の問題として処理されることになる一方、「認識ある過失」については全て Leichtfertigkeit＝中間的第三責任形式の問題となるとの見解を示す<sup>30</sup>。

要するに、Weigend の見解を整理すれば、以下の通りである。

- ① 結果の意欲（認容）がある場合は、故意。
- ② 認容は無いが分かっているがリスクいに行為している場合は、Leichtfertigkeit。
- ③ 具体的な危険の認識なく、抽象的危険の認識に止まる場合は、過失。

結論から言えば、このような Weigend の三分説も支持を集めるには至らなかった。その要因はいくつか考えられるが、やはり一番問題が大きいのは、Arzt 同様、recklessness で問題とされる「認識」の有無と、認識ある過失／認識なき過失で問題とされる「認識」の有無とを混同した点であろう。Weigend は出発点においては、「Weigend はまず、ドイツ法が、行為時に仮定された結果の意欲／非意欲を問題とするのに対し、Leichtfertigkeit は行為時に現実に存在した行為態様に係るリスクの認識を問題とする」として、正当にも両者を明確に区別していたにもかかわらず、論証の過程で結局混同するに至り、最終的には本来対応しないはずの両概念を「誤接続」した結論を導き出してしまったのである。

また、「許されざるリスクの認識ある実行＝法的に保護された行為客体に対する具体的な危険の認容＝危殆化故意」という公式に見られる危険概念の混乱、特に「許されざるリスク」と「具体的な危険」との間の混同もまた、Weigend の見解に不可解さ・不明確さを生じさせた原因と言えよう。

Weigend の試みが頓挫してさらに4年後、(Arzt と Weigend が解釈論としての第三責任形式導入の可否を検討したのに対し、) B. Schünemann<sup>31</sup>が今度は立法論として、第三責任形式の導入を提案した。

すなわち、Schünemann は、認識面を、可能性ありと見なすこと (Fürmöglichhalten)、蓋然性ありとみなすこと (Fürwahrscheinlichhalten)、確知 (Gewissheit) の三段階に、また意思面を、不意欲 (Unerwünschtheit)、無関心 (Gleichgültigkeit)、意欲 (Erwünschtheit) の三段階に分類したうえで、前者を不法、後者を責任の帰属のための要素として検討し、両要素が共に

<sup>28</sup> Weigend, a. a. O. (Anm. 16), S. 690.

<sup>29</sup> Weigend, a. a. O. (Anm. 16), S. 692.

<sup>30</sup> Weigend, a. a. O. (Anm. 16), S. 692 f.

<sup>31</sup> Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, S. 341 ff.

最低の場合は認識ある過失、それ以外は故意として処理するという方法を提示した<sup>32</sup>。これに認識なき過失も含めて三分類とするのである。もっとも、この見解は、文献中では直接引用されていないものの、結果的に Löffler 説と同様の帰結に至ると考えられる。そして、この Schünemann による立法提案を最後に、ドイツにおける第三責任形式の試み<sup>33</sup>は止んでしまっているのが現状<sup>34</sup>と言えよう。

## 第二款 頓挫の要因と遺産

かくしてドイツにおける第三責任形式の試みは、尽く頓挫して奏功しなかったと評価せざるを得ない状況にある。この頓挫の要因を検証しないことには、本稿における第三責任形式にも先はあるまい。逆に言えば、この頓挫の要因を克服することさえできれば、第三責任形式は完成へと近づくことができるはずである。そこで、各説の問題点を抽出すると、概ね以下の4点を挙げることができるだろう。

第一に、従来の第三責任形式の試みは、認識対象を明確に示せなかったことに問題があったと考えられる。認識の対象として、「危険性」、「可能性」、「蓋然性」「リスク」等、様々な概念を挙げてはみたものの、そうしたものは故意や過失の検討に際しても考慮されるものであることから、故意や過失に関するそれらのもの（「危険性」等）との差異が有るのか無いのか、有るとして如何なるものなのかという点が示されないことには、立論としては不十分なものであったというより他ない。その最たる失敗例が1909年予備草案における「予見可能性」等であろう。

第二に、危険性やリスクと確率とを混同したという問題点を指摘することができよう。故意・過失二分説との違いを明らかにしようとして、認識対象を程度問題として把握しようとした結果、例えば Löffler や Schünemann のように、生の確率論に依拠することに陥り、事案によっては結論の妥当性を欠くことに繋がってしまったという点である。これは、ある意味では認識説自体の問題とも言えようが、殊第三責任形式の試みという観点から言っても、単なる確率論・確度論と危険性概念・リスク概念との混同が立論を頓挫へと導いたという点については、やはり反省材料として捉えなければなるまい。

第三に、論者自身の中で危険性概念自体が一定しなかったという問題点も指摘できよう。

<sup>32</sup> Schünemann, a. a. O. (Anm. 31), S. 364.

<sup>33</sup> 本節で取り上げた他には、古い順に Stooß, Dolus eventualis und Gefährdung, ZStW Bd. 15 (1895), S. 199, 201; Dünnebiens Aussage, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12 (1959), S. 120; Eser, „Strafrecht I“, 2. Aufl., 1976, S. 53 といった至極簡潔な示唆が僅かに存在する程度である。

<sup>34</sup> なお、周辺国にまで視野を広げて比較的近時の例を捜せば、ベルギー（フランドル）に、蘭英独3ヶ国の刑法を比較しながら、大陸法（蘭独法）に対して英法式の recklessness に相当する第三責任形式の導入を試みた研究者（J. Blomsma）が存在する。See J. Blomsma, *Mens rea and defences in European criminal law* (2012).



これは特に Weigend に顕著で、彼は、故意犯との関係では、結果に関する危険の認識と、現実の行為対象に対する危険の認識とを分けて、第三責任形式では後者が問題となるとしながら、他方で過失犯との関係では、両者を混同して第三責任形式を専ら認識ある過失の問題として取り扱うという処理方法を示した。このように、対象とされる「危険」や「危険の認識」が一定していない処理方法では、具体的な事案を想定した場合であっても、実際にそうした処理方法を適用したとして、どのような具体的な結論に至るのか、やはり不定な部分が残ることとなってしまいうだろう。

また、Arzt と Weigend は、第三責任形式の導入可能性に対する結論こそ対象的ではあるものの、共にリスクの認識の有無と結果の表象の有無とを混同しており、その結果、recklessness = (米法) Leichtfertigkeit は専ら認識ある過失である、との誤解に基づいて米法を評価していたという点では、同じ過ちを犯していたと言える。

さらに、Weigend 説に見られる、この問題点と関連する難点として、「リスク」と「認識」という二つの手掛かりから、行為に対する認識と結果に対する認識を分けたは良いものの、最終的な両者の関係性（統合方法）を明示できなかったという点も挙げられよう。

第四の問題点として、最後に、特に Löffler 説と Schünemann 説に関して顕著だが、未必の故意までも第三責任形式の範疇に含んでしまったという点を挙げることができよう。第三責任形式を模索するにしても、やはり未必の故意まで含むという処理方法<sup>35</sup>では、上述した Exner による批判が端的に示す通り、無視し得ない難点を抱えることになるだろう。

もともと、頓挫を繰り返してきたとはいえ、遺産と呼ぶべきものも残された。

第一に、中間的なものを無理に故意か過失かに分類することが、故意や過失の重罰化につながり得るという視点である。過失との関係での重罰化については、前章で指摘した通りであるが、Weigend が指摘したような故意犯との関係における重罰化の恐れの回避という視点もまた、第三責任形式の必要性にとっては重要な遺産といえよう。

第二に、中間的な第三責任形式を想起するとしても、それは従来は過失とされてきた領域（の一部）に見出されるべきものであるという視点である。これは、未必の故意まで含むと不都合であるという点の裏返しでもあるし、また重罰化を回避するという視点の反映でもある。

第三責任形式の探求は、こうした頓挫の要因と遺産を踏まえたうえで、遂行されるべきものである。逆に言えば、そして、より具体的に言えば、認識や判断の対象、特に「危険」や「リスク」といった核となる概念を精緻化・明確化したうえで、各責任間の質的転換をもたらす具体的要素を明らかにすることができれば、（故意犯・過失犯の中間に位置する）結果的加重犯に対応した第三責任形式と呼ぶに相応しい特質を有した、新たな中間的責任形式を具体的に導き出すことができるはずである。

そこで、以下では、最優先の課題として危険概念の再整理を試みたうえで、その成果を刑

---

<sup>35</sup> なお、牧野・前掲註(1) 460頁は、前章でも見た通り、未必の故意までを含めた第三責任形式を提案している。

法学的観点から分析し、第三責任形式の具体的要件たり得る部分の抽出・製錬を図る。

## 第二節 危険概念の再整理—リスク学からの示唆—

日常用語でも、刑法学でも、「危険」と総称されるものの内実・対象は多様である。それゆえ、未整理のまま漠然と「危険」を論ずれば、それこそドイツにおける第三責任形式の試みと同轍を踏む「危険」がある。

従来、刑法学では、(厳密な使い分けや定義がなされてきたかは怪しい面もあるが、) リスク (Risiko; risk)、危険 (Gefahr; danger)、危険性 (Gefährlichkeit; dangerousness)、危殆化 (Gefährdung; endangering) といった語が比較的頻繁に用いられてきたと言えよう。しかし、例えば刑事訴訟法学における二重危険 (double jeopardy) のように、刑事実体法ではあまり用いられていない (それゆえ、意識も整理もほとんどされていない) 「危険」概念も存在する。ともかくも、これらの各種「危険」概念の住み分けを概論的であれ実施しないことには混乱の素であると言えよう。

もちろん、今までも、そうした危険概念の整理・区別の必要性は、我が国の刑法学において意識されてきた。例えば、危険犯内部での危険の区別については、例えば山口厚<sup>36</sup>や嘉門優<sup>37</sup>による検討が施されてきたし、リスクと危険との区別必要性についても、夙に甲斐克則<sup>38</sup>による検討が存在する。もっとも、これらの先行研究は必ずしも結果的加重犯で問題とされるような「リスク」、「リスク要素」、「危険性」、「確率」、といった概念を直接的に扱うものではなかった。

むしろ、そうしたものも含めて「危険」「可能性」「確率」といった種々の概念を最も意識的・中心的に扱う学問領域は、「リスク学」総称される領域であろう。そこで、まずはリスク学における危険概念の分類を概観したうえで、それを刑法学で従来扱われてきた「危険」概念と対照させることで、第三責任形式の具体的要件として必要な「危険」とその内実を明らかにしたい。

### 第一款 リスク学における危険概念の分類

「危険」概念を正面から扱うリスク学の内部においても、「リスク」を中心とした種々の概念には幅があることが自覚的に論じられている<sup>39</sup>が、それを承知した上での総論的な各種

<sup>36</sup> 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会, 1982年)。

<sup>37</sup> 嘉門優『法益論』(成文堂, 2019年) 119頁以下。

<sup>38</sup> 甲斐克則「刑法におけるリスクと危険性の区別」法政理論 45巻4号(2013年) 86頁。

<sup>39</sup> See G. Breakwell, *The Psychology of Risk* (2nd ed., 2014), p. 3.

危険概念、特に「リスク」の定義や検討が試みられてきた<sup>40</sup>。中でも、特に海上智昭らによる包括的な研究<sup>41</sup>は、「あやふし」などの古語にも言及しながら日本語で辞書的には「危険」と訳される各語とその関連語に対して、諸外国の動向や学際的な観点も含めて広範に詳細な検討を加えていることから、以下の分類は基本的にこれに従うこととし、適宜他の資料からの知見も交えながら各語を概観したい。

まず、危険 (danger) とは、最も一般的に「危ないこと」を指す語である<sup>42</sup>という。もともと、後述する「危害」と異なり、実害への切迫度は語義に含まれない。すなわち、そうした切迫度を指すというよりも、むしろ危害や侵害をもたらす「要因」「原因状態」としての側面を捉えて「危険」という語は用いられるという。また、「危険」は、客観的・鳥瞰的に定まるものであるという側面も有する<sup>43</sup>。この意味での危険を増加させること、又はこの意味での危険に暴露させること、を指して危殆化 (endangering) という。また、危険性 (dangerousness) は、(切迫度は別にして) 危険な状態であることを指す語ということになる。

次いで、不確実性 (uncertainty) は、そのものずばり「確かではないこと」をいう<sup>44</sup>。金融業界ではこの不確実性をリスクと呼ぶこともあるが、通常は区別される<sup>45</sup>。不確実性は後述する両転の危険を超えて実害に近づくと、(結果発生の確実度が徐々に高まっていくことに反比例して) 減少する関係にある。

そして、危険有害性 (hazard) とは、「一定の状況・条件が備わった場合、危険や危害、侵害へと結びつき得る性質であること」を指す<sup>46</sup>。「危険物持込禁止」にいうところの「危険」がこれに当たる。すなわち、現に危ないわけではないが、使い方と状況次第で危険たりうる性質を有している点を問題とする危険概念である<sup>47</sup>。この危険有害性は、後述するリスク (risk) 概念との関係でも重要な意味をもつ。

刑事訴訟法でも用いられる jeopardy であるが、これは、「危険か安全か、どちらに転ぶかわからない」という意味での危険を指す<sup>48</sup>という。所謂「伸るか反るか」である。この jeopardy

---

<sup>40</sup> 例えば、海上智昭ほか「概念としての『リスク』に関する小考察」日本リスク研究学会誌 22 巻 2 号 (2012 年) 81 頁、辛島恵美子「リスク概念の歴史的変遷とその現代的意味」国際交通安全学会誌 24 巻 2 号 (1998 年) 127 頁、同「言葉『リスク』の歴史と今日的課題」保健物理 35 巻 4 号 (2000 年) 473 頁、木野泰伸「認識のずれを少なくするためのリスク表現法」プロジェクトマネジメント学会 2005 年度春季研究発表大会予稿集 (2005 年) 93 頁など。

<sup>41</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 73 頁参照。

<sup>42</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 76 頁参照。

<sup>43</sup> 辛島・前掲註 (39)「歴史的変遷」129 頁。

<sup>44</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 82 頁参照。

<sup>45</sup> ただし、両者の境界がしばしば曖昧であることを指摘するものとして、Breakwell, op. cit., pp. 3-5.

<sup>46</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 77 頁以下参照。

<sup>47</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 78 頁。

<sup>48</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 76 頁参照。

だけを区別して指し示す和訳が辞書には見当たらないことから、本稿では仮に「両転的危険」と訳すこととする。なるほど、刑事訴訟法で用いられる「二重危険」は、まさに「有罪か無罪かどちらに転ぶか（再び）分からない」という意味での不利益（危険）を問題とするものであるから、他ならぬ両転的危険そのものが扱われていると言えよう。

上述した危険に対して、危害（peril）は、「（特に特定個人が<sup>49</sup>）まさに実害に切迫している状態」を指す<sup>50</sup>という。その実害は、通常「侵害（harm）」「損害（damage）」という単語で表される。

こうした危険概念の分類は、たしかに一見複雑そうにも見えるが、しかし、内実を観察すれば、それ自体、用語法はともかくとして、我が国の刑法学における先行研究でも意識されてきたものであり、実は全く特異なものではないことが分かる。

例えば、先に触れた山口による危険犯四分説は、ここに見た各種の危険概念を用いて説明すると、以下の通りになる。

- ① 具体的危険犯 危害発生まで要求する犯罪。当然、危険性も最も高い。
- ② 準具体的危険犯 （危害ほど切迫しているわけではないが）一定程度切迫した危険性を要求する犯罪。
- ③ 準抽象的危険犯 危険有害性に加えて、その危険有害性が前提とする一定の状況・条件の（一部の）現実的具備＝一定程度の危険性を要求する犯罪。
- ④ 抽象的危険犯 危険有害性の存在さえ認められれば肯定される犯罪。

すなわち、両端に危害の発生と危険有害性の存在とが位置して、両者の間を危険性概念が架橋する構造である。同様に、抽象的危険犯と具体的危険犯との間の関係は、（潜在的危険の存在のみで肯定される第二類型の抽象的危険犯を除けば）危険性の程度の差のみで決せられるとした嘉門説<sup>51</sup>にもまた、ここに見た各種危険概念の分類とも整合的な説明を与えることが可能である。

かくして、リスク学における各種危険概念が刑法学にも整合的であることは明らかであるから、以下では、まさにリスク学の中核である「リスク」概念の定義を確認したうえで、その定義を刑法学的へと反映させた場合、どのような解釈が（特に第三責任形式との関係で）導かれるのか検討する。

<sup>49</sup> 海上ほか・前掲註（39）76頁参照。

<sup>50</sup> 海上ほか・前掲註（39）76頁、辛島・前掲註（39）「歴史的変遷」130頁参照。

<sup>51</sup> 端的には、嘉門・前掲註（37）146頁「表 抽象的危険犯の分類」参照。

## 第二款 「リスク」の定義と刑法学

リスク学においても、「リスク (risk)」概念は最も多義的な概念であるが、共通の特徴として、ある損害が発生した場合に想定される事態 (現実) と、それが発生する可能性とを分けて検討する点が挙げられるという<sup>52</sup>。また、良いことも悪いことも、発生するときには発生するという考えが、「リスク」概念の前提として存在する<sup>53</sup>。さらに、「リスク」という語が安易に用いられることによる「確率」と「リスク」との混同が問題視されることも少なくない。例えば「雨が降るリスクがあるという表現をした場合、人々が降水確率について考えるのか、河川氾濫のような結果について考えるのかについては、極めて曖昧なまま使用されている現状が否めない」<sup>54</sup>。したがって、生の確率論や可能性とリスクとは区別されなければならず、また「何の」リスクであるのかについては常に意識しなければなるまい。

その上で、従来から知られる一般的な定義、「想定される損害  $D \times$  発生可能性  $P$ 」という公式<sup>55</sup>である。もっとも、この式では  $P$  が極めて小さい場合、 $D$  が甚大なものであっても稀有とはいえずありえなくはない事態を過小評価してしまうという難点が存在する。したがって、この公式だけではリスクが前提とする考え方と合わない<sup>56</sup>ことから、現在では以下の二つの公式が用いられるのが普通であるという。その第一は、従来の公式を修正した「シナリオ  $S \times$  損害  $D \times$  発生可能性  $P$ 」という公式である。「一定の状況・条件下で」という限定を付すことで、(その限定が同時に「限界」となってしまうという難点はある<sup>57</sup>)、稀有な事態の過小評価を防ぐことが可能である。現在用いられる第二の公式は、特に自然災害等のリスクを扱う際によく用いられるもので、「危険有害性  $H \times$  脆弱性  $V$  (vulnerability)」との式の下、上述した危険有害性に対する弱さを指してリスクと呼称するものである<sup>58</sup>。なお、この脆弱性  $V$  は「 $V =$  事前的感受性  $S$  (sensitivity)  $\times$  事後的復元性  $R$  (resilience)」として定義され、(危険有害性とその影響力を発揮できる一定の状況・条件下で) 危険有害性に曝された場合に、どのような影響を受けるか、影響を受けた場合の抵抗力・回復力がどれほどのものか、という点の評価を経て定まるものとされる<sup>59</sup>。なお、現在用いられる二つの定義は、相互に背反するものではない<sup>60</sup>。

したがって、いずれの定義に拠るにせよ、一定の状況・条件下において、特定の損害が発

<sup>52</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 81 頁以下。

<sup>53</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 82 頁。

<sup>54</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 82 頁。

<sup>55</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 82 頁。この公式は、Löffler, a. a. O. (Anm. 6) S. 163.でも用いられているなど、実は刑法学にとっても伝統的なものである。

<sup>56</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 82 頁以下

<sup>57</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 85 頁。

<sup>58</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 88 頁以下。伊藤和也ほか「我が国の自然災害に対するリスク指標の変遷と諸外国との比較」自然災害科学 36 巻 1 号 (2017 年) 75 頁以下。

<sup>59</sup> 伊藤ほか・前掲註 (57) 76 頁参照。

<sup>60</sup> 海上ほか・前掲註 (39) 91 頁以下参照。

生する可能性を評価することで導かれるものが、「リスク」であると言える。このことから、「リスク」は「可能性」そのものではないことは明らかである。この点、確率の高低とリスクの重要性とが必ずしも一致しないのは、以前から刑法学でも指摘されてきたことであり<sup>61</sup>、リスク学の知見と従来の刑法学とは整合的であると言えよう。

まとめると、「リスク」を判断する際に着目すべき項目は、現在用いられる第一の定義によると、①一定の状況・条件、②特定の損害、③損害発生可能性の3点である。これに加えて現在用いられる第二の定義をも踏まえると、④危険有害性、⑤脆弱性の2点も検討の対象となり、以上合計5点が「リスク」を判断する際の検討項目であることが分かる。そして、①乃至⑤の各項目は、「リスク」の定義上、各個独立ではなく、当然相互に影響し合うものであることもまた明らかである。

それでは、これら5項目を刑法、特に結果的加重犯に引き付けて考えると、どうなるであろうか。まず、①一定の状況・条件は、「(重大結果との関係で考慮される)一定の行為状況(四圍の状況)」に相当するだろう。②特定の損害は「重大結果」、③損害発生可能性は「因果関係(相当性)」と考えてよかろう。④危険有害性は、「一定の状況・条件」を前提とした上での抽象的危険性を指すものであるから、「(重大結果を前提とした)実行行為自体が有する抽象的危険性」に当たると考えられる。最後に、⑤脆弱性は、打撃部位・被害者の年齢、素因、既往歴などといった被害者側に係る事情を指すものとして差し支えあるまい。そして、①乃至⑤の各項目を基礎付ける事情が、リスクを構成する事実的要素、すなわちリスク要素である。もちろん、あるリスク要素が複数の項目を基礎付けることも当然あり得る。

また、リスクは、(その定義上当然のことではあるが)あくまでも評価を経て初めて定まるものである以上、結果的加重犯を判断する際にもまた、これらの項目に「評価」を付すことで初めて、当該結果的加重犯で問題とされるリスクが導かれることになる。したがって、リスク評価者は誰か、という点が問題となろうが、この「評価」には、問題とされる現象全体を客観的に観察することが求められる以上、具体的な事件におけるリスク評価は、客観的観察者である裁判所が証拠に基づいて下すべきものであると考えられる。

逆に言えば、行為者はリスク評価者ではないから、行為者にとって問題とされるのは、「リスク」自体の認識というよりも、各項目、より正確に言えば「各項目を基礎付ける要素＝リスク要素」の認識であると言える。したがって、第三責任形式にとって問題されなければならないのも、「リスク要素と行為者主観との関係性」ということになる。

このリスク要素と行為者主観との関係性について、Weigend は、「行為に関する認識」と「結果に対する認識」とを分けたうえで前者をリスクの認識の問題として扱ったものの、両者の間の説得的な統合方法を最終的に示せないまま、前者の問題である「リスクの認識の有無」と後者の問題である「結果の表象の認識の有無」とを混同するという失敗を犯した。こ

<sup>61</sup> A. Ashworth & J. Horder, *Principles of Criminal Law* (7th ed., 2013), pp. 176-177; J. Blomsma & D. Roef, “Forms and Aspects of Mens Rea”, in: J. Keiler & D. Roef (eds.), *Comparative Concepts of Criminal Law* (2nd ed., 2016), p. 143; T. Weigend, “Comments on Jeroen Blomsma’s Case of Recklessness”, in: A. Klip (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union* (2011), p. 164.

の失敗が、最終的に Weigend 式の第三責任形式の頓挫に結びついたと言えよう。

しかし、今見てきたように、「リスク」という概念自体が、そもそもその定義上、特定の結果（重大結果）を軸として定められるものであることが明らかである以上、リスク要素の認識を要求することが、単に行為状況に対する認識を要求するだけに止まらず、取りも直さず同時に結果との関係でも（結果自体の認容／不認容等とはまた別の意味で）一定の認識をも要求することを必然的に意味する。すなわち、（結果そのものに関するもののみならず、行為状況等に関するものであっても）およそリスク要素の（十分な）認識があれば、同時に、結果に対しても一定の（十分な）主観が及んでいると必然的に評価される関係にあるのである。

もっとも、ここで一步立ち止まって考えてみると、こうした意味でのリスク要素の認識は、従来刑法学で過失犯に関して「(主観的) 予見可能性」と呼んでいたものと何ら変わるところはないことが分かる。すなわち、過失犯においても、犯罪の成否にとって決定的なのは、結果自体の表象の有無ではなく、結果を予見することに結び付くような一定の事情を、行為者が認識していたか否かという点である<sup>62</sup>。この「結果を予見することに結びつくような一定の事情の認識」こそ「リスク要素の認識」に他ならない。

その限りでは、第三責任形式も過失も同じ「リスク要素の認識」を問題としている。ただ、過失の場合にはその上で「注意義務違反」に非難の本質があるのに対し、第三責任形式の本質は、Weigend も指摘した通り<sup>63</sup>、そうした「リスク要素の認識」があったにもかかわらず、それを「分かっているながら」「敢えて」行為に出（て、案の定結果を発生させてしまっ）たことに対する非難、すなわち、「最終結果発生危険性に関するリスク要素が行為者の眼前に存在し、現に（その幾つかを）認識していたにもかかわらず、所期の侵害結果、又はその状況下では肯定されえない目的を遂げるため、そうした要素の存在を意に介さず、敢えてリスクを引き受けて行為に出たところ、法益を危殆化し、結局は結果を発生させてしまった」ことに対する非難にある。そして、この「リスク要素の認識」と「分かっているながら」「敢えて」リスクを引き受けて行為に出る意思とが、「リスク」概念の定義上、(英法の Unlawful act manslaughter (UAM) の場合における、unlawful 要件に係る intention と dangerous 要件に係る行為者主観との間の結合による、事実上の recklessness の醸成と同様に)、有機的・必然的に結合し、新たな中間的第三責任形式を形成するのである。

---

<sup>62</sup> そして、そのような事情の認識が無い場合には、過失犯として処罰することは責任原理上の要請から許されない（甲斐克則『責任原理と過失犯論』（成文堂，増補版，2019年）152頁、233頁以下参照）。また、同様に、結果的加重犯についても、（漠たる「何らかの侵害結果」ではなく、まさに）問責対象とされる重大結果に係るリスク要素の認識がなければ、やはり処罰の前提を欠くのである（小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社，2018年）84頁同旨）。

<sup>63</sup> Weigend, a. a. O. (Anm. 16), S. 692.

### 第三節 第三責任形式の要件

ドイツ（特に Weigend）の失敗を鏡として、また英国の *recklessness* と UAM を手本として、本稿では第三責任形式の本質と要件を、以下のように整理する。

第一に、第三責任形式の本質は、結果を意図していなかったものの、「敢えて」冒険的 (*risky*) な行為に出て結果を発生させたことに対する非難である。この際、「敢えて」というためには、最低限「リスク要素の認識」が必要である。もっとも、この「リスク要素の認識」は従来予見可能性と呼ばれてきたものと相違ないのは先程確認した通りである。すなわち、過失犯でも「リスク要素の認識」自体は要求される。第三責任形式が問題とされる結果的加重犯と、過失犯との一番の違いは、そうしたリスク要素を認識したうえで自身の行為が当該行為時に実質的に冒険的であると認識していたか否かにある。すなわち、第三責任形式では過失犯のような注意義務違反は問題とされず、冒険性の自覚の有無が問題とされる。したがって、リスク要素があるとは知っていたが、問責対象行為が冒険的であるとの実質的な認識は行為時に有していなかった場合、当該行為者は過失犯に止まる<sup>64</sup>。

例えば、交通死傷事故の場合、①日常的な運転に伴う通常の交通事故の場合、（前方不注意等の）事情によっては過失犯の対象になり得るという水準に止まる。また、知らずに逆走している場合など、日常的な運転との比較において②客観的には危険運転で、当人もリスク要素の認識はあるが、しかし通常の運転であると思っている場合も、過失犯が成立するに過ぎない。運転者本人に、上述した意味における「冒険的であるとの実質的な認識」が無いからである。それに対して、③客観的には危険運転で、当人もリスク要素の認識があり、現に危険運転であることも分かっているが、（自分なら大丈夫と思い）当該運転を継続した場合には、「冒険的であるとの実質的な認識」があると言えることから、結果的加重犯（危険運転致死傷罪）の成立が肯定される。すなわち、第三責任形式が肯定される。

また手術の不首尾による患者の死傷についても、①単なる手術不成功であれば、何らかの事情がある場合に限り、過失犯の対象になることがあるという程度である。また、②客観的には不適切な手術となってしまうっており、当人もリスク要素の認識はあるが、なおも通常の手術の範囲内だと思っている場合、やはり過失犯が問題となるに過ぎない（すなわち、医療過誤）。それに対して、③客観的には不適切な手術となっており、当人もリスク要素の認識があり、現に適切な手技からは外れていることも分かっているが、（自分なら大丈夫だと思い）当該手術を継続した場合には、やはり第三責任形式の範疇に含まれると解して結果的加重犯（傷害罪・傷害致死罪）の成立を肯定すべきであろう<sup>65</sup>。

他方、「冒険的であるとの実質的な認識」は、結果自体の認容を意味するものではないか

<sup>64</sup> 平野龍一「過失犯の構造について」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981年）95頁以下も同旨と解される。

<sup>65</sup> 慈恵医大青砥病院事件（東京高判平成19年6月5日判例集未搭載）が限りなく、この③のパターンに近い事例であると考えられる。



ら、故意犯との境界は結果自体の認容の有無に求められることになる。すなわち、未必の故意が認められる範囲までが故意であり、この点は第三責任形式を導入したとしても揺るがない。この点は、前章でも確認した通りである。

したがって、第三責任形式の成立条件は、以下の3要件に纏めることができる。

- ① リスク要素の認識があること。
  - ・すなわち、結果の予見可能性と従来呼ばれていたものは最低限必要である。
- ② リスキー（冒険的）な状況であると分かっているながら、敢えて行為に出るという選択をしたこと。
  - ・過失犯とは異なり、注意義務はその存否すら検討する必要がない。
  - ・過失的な行為者は、自己の行為がリスクであるという具体的認識を行為時点で欠くと言える（が、注意義務が課されていたので気付くべきであった、ということになる）。
  - ・具体的結果の表象をいったん抱いたか否かは、（過失犯処罰においても非本質的であると同様、）この形式の責任にとって非本質的である。
  - ・したがって、従来の「認識ある過失」のみならず、「認識なき過失」の場合に関しても、本来的には第三責任形式に属すべき部分が存在する。
  - ・従来、「基本犯の故意」として問題とされてきた意思是、この②要件の一部として検討される。
    - ・①要件が満たされたうえで、「基本犯の故意」に相当する意思が存在するとき、それを重大結果との関係でみた場合、②要件にいう「敢えて行為に出る」意思が存在したと評価できる。
  - ・危殆化故意とは異なるので、行為者が現に「危険である」とか「危害発生に至る」と認識していたり評価していたりする必要はない。
- ③ 未必的にすら結果に対して故意がないこと。
  - ・これは確認的要件である。第三責任形式は、したがって、従来の二分法に従うなら専ら過失の範疇に属していたものである。

以上の3要件がすべて満たされたとき、第三責任形式が肯定される。この第三責任形式については、特に過失犯との分水嶺において、（許されざる）意図的な冒険（*risk-taking*）であるか否かという観点が決定的な役割を果たすことから、私はこの第三責任形式を「冒険」と呼称したい。したがって、結果的加重犯は、本稿の立場からは、故意犯・過失犯と並ぶ「冒険犯」として位置付けられることになる。

## 終章

### 第一節 本稿の論旨と若干の補論

本稿は、「結果的加重犯の重大結果に対する過失の要否」という伝統的争点の止揚を目指して、我が国のみならず諸外国をも含む判例・学説に対して考察を加えた。

第一章では、我が国の判例に検討を加え、裁判所が、客観面については「単なる基本犯」と「重大結果発生の危険性を有する基本犯」とに違いを見出しつつ、主観面についてはこれを因果関係判断の基礎に読み込むことで、妥当な結論を導き出してきたという傾向を見て取った。

第二章では、ドイツ及びイギリスの判例・学説並びに我が国の学説を渉猟し、客観面については日独英いずれも、単なる基本犯の危険性ではなく、重大結果発生の危険性を問題とすべきであるという共通理解を有しており（なお、たしかに、我が国の学説の中には、こうした危険性が初めから「およそ基本犯」には含まれていると考えるものもあったが、そうした学説もまた、いずれにしても致死傷結果発生の危険性を（いわば「裏面」からではあるが）問題としていることに変わりはない）、また、そうした重大結果発生の危険性に係る主観面については、その取扱い（特に、体系上どの位置で考慮すべきかという点）に差異が見られるものの、妥当な結論を導き出すためにはやはり考慮が必要であるという点では、最低限共通理解があることを見出せた。

第三章では、以上を前提に危険性説や直接性説等といった客観的限定の意義と限界を検証し、危険性説は我が国の体系論においては実行行為性の問題として捉えるべきこと、その結果、やはり単なる基本犯行為と結果的加重犯行為とでは実行行為の段階から区別されるべきことを明らかにしたうえで、因果的限定については、一般の因果的限定で足りるという見解には難点が多い上に問題も多く、他方特別な因果的限定が必要であるとする見解には論拠がないことを確認した。したがって、重大結果発生の危険性に係る行為者主観の取扱いに残された現実的な選択肢は、構成要件段階で実行行為との関係で考慮するか、責任段階で考慮するかとの二択であり、本稿は後者を選んで、故意・過失の双方とも異なる中間的第三責任形式として見るべきであるとの結論に至った。

そこで第四章では、果たして我が国の刑法において、そのような中間的第三責任形式を肯定する余地が存在するのか、また本当にそれはとりわけ従来の過失概念から分離されたものでなければならないのか、といった点について検討を加え、前者の問いについては「法益尊重意思」を中核に共通の基盤を有しながら、故意と過失との間に第三責任形式が存在し得るという答えを確認したうえで、後者の問いについても、故意犯と過失犯との中間的犯罪類型である結果的加重犯に相応しい責任は、やはり故意からも過失からも分離された中間的責任形式でなければならないとの答えに至った。その上で、そうした第三責任形式は、抽象

的には「最終結果発生の危険性に関するリスク要素が行為者の眼前に存在し、現に（その幾つかを）認識していたにもかかわらず、所期の侵害結果、又はその状況下では肯定されえない目的を遂げるため、そうした要素の存在を意に介さず、敢えてリスクを引き受けて行為に出たところ、法益を危殆化し、結局は結果を発生させてしまった」ことに対する非難として表現されるものであるとの結論を得た。

第五章では、これらの検討を踏まえて、第三責任形式の具体的な姿を描き出すことを目的とし、ドイツにおける同様の試みを批判的に検討したのち、その失敗に学び、リスク学の知見も借りながら危険概念を整理したうえで、結果的加重犯に相応しい中間的第三責任形式の具体的要件として、①リスク要素の認識があること、②リスク（冒険的）な状況であると分かっているが、敢えて行為に出るという選択をしたこと、③未必的にすら結果に対して故意がないこと、の3要件を得た。そして、この新たな中間的第三責任形式を「冒険」と呼称することを提案した。何故ならば、この中間的第三責任形式は、「敢えて險を冒す (=risk taking) こと」に対する非難を、その中核とするからである。

以上が本稿の論旨であるが、本稿を閉じるに当たり、何点か補足を加えておきたい。

第一の補足事項は、「冒険」の実定法上の根拠に関する点である。

我が国の刑法も、38条1項本文で故意犯処罰原則を明示しつつ、同項ただし書にて「特別の規定」ある場合には故意無き場合にも処罰する余地を肯定している。この「特別の規定」は現在では一連の過失犯規定を意味する、というのが一般的な理解である<sup>1</sup>。しかし、日本刑法38条1項は、「法律が、明文で過失行為を処罰の対象としていないときは、故意行為のみが罰せられる」と規定するドイツ StGB §15 と異なり、故意無き場合に処罰される行為が過失犯に限定する旨を明示しているわけではない。また、「行為 (Handlung) については故意を要件とし、行為により惹起された特別な結果については過失で足りるとする法定構成要件を実現した場合でも、その行為 (Tat) はこの法律の意味で故意によるものとする」と定める StGB §11 (2) のように、結果的加重犯行為も広義では故意行為であるとの旨を明示する規定も、日本には存在しない。また、本稿でも既に何度も触れた StGB §18 のように、結果的加重犯について過失必要説を明示するような規定も、日本には存在しない。しかも、結果的加重犯を無理に故意犯や過失犯に引き付けて説明することの問題点は、本稿が「冒険」概念を提唱するに至った原点である。

以上の事情を踏まえれば、殊結果的加重犯に関して、日本刑法38条1項ただし書を、ドイツ StGB §15 と同様の趣旨で読まなければならない理由はない。すなわち、日本法においては、結果的加重犯規定も、またその責任形式であるところの「冒険」も、38条1項という「特別の規定」の対象であると解すべきであろう。実際、「死亡結果を発生させた」という点では同様である故意殺人（刑法199条）・傷害致死（同205条）・過失致死（同210条・

<sup>1</sup> 例えば、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第4版、2018年）171頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、第2版、2017年）275頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）200、242頁。

211 条) を例に考えてみれば、まず故意犯処罰原則という以上、38 条 1 項本文は専ら 199 条を指すのは明らかであり、死亡結果に故意が及んでいない 205 条・210 条・211 条はその範囲から除外される。そのうえで、同条ただし書にいう「特別の規定」が専ら過失犯たる 210 条・211 条に限定される解した場合、205 条は 38 条 1 項の本文にもただし書にも根拠のない規定ということになってしまう。この不合理を解消するためには、(結果に故意が及んでいないにもかかわらず) 結果的加重犯も故意犯であるとして、38 条本文の対象に含めるか、あるいは結果に故意が及んでいない以上、故意犯とは呼べないから、「特別の規定」が存在する場合にのみ処罰可能であるとする同条ただし書の対象に含めるか、といういずれかの解釈が考えられる。後者の解釈はさらに、①結果的加重犯についても過失を要求する趣旨であるというドイツ式の読み方<sup>2</sup>と、②過失とも異なる責任形式についても故意でない限りは特別の規定が必要であるとする読み方があり得よう。

この内、故意犯の範囲を拡張する方向性である前者の解釈には、①責任原理上の疑義が生じうる、②窃盗致死傷や強要致死傷等は存在しないことから明らかなように、日本法の「基本犯」は、英法の「unlawful act」とは異なり、立法段階で特別に選ばれたものへと予め限定されている、という二つの問題点が考えられる。また、後者の解釈の内、第一の見方は、上述した本稿の「原点」と相容れない。以上を踏まえれば、結果的加重犯たる 205 条は、過失犯たる 210 条・211 条ともまた異なる意味において、38 条ただし書にいう「特別の規定」の対象と解すべきであるとする後者の解釈の内、第二の見方を妥当と考える<sup>3</sup>。

したがって、「冒険」の実定法上の根拠は、刑法 38 条 1 項ただし書と各則の結果的加重犯規定である。

第二の補足事項は、「基本犯」の取扱いに関する点である。

本稿の如く、客観面については実行行為性を判断する段階から重大結果発生危険性を問題とし、基本犯に該当するか否か自体は一義的には問題としないという立場を採用した場合、「基本犯」概念を維持する意味はもはや失われてしまっているように思われるかもしれない。しかし、「一義的には基本犯を問題としない」だけのことであって、基本犯概念自体が全く不要というわけではない。各則の結果的加重犯規定に係る構成要件を導出するに当たり、基本犯概念にはなお一定の意義が存在するからである。

この意義は、英国の unlawful act manslaughter (UAM) をめぐる状況を想起すれば、自然と明らかになる。英国の UAM は (現在 common law 上の犯罪ではあるが、仮に法律委員会による提案<sup>4</sup>を受け入れて制定法化したとしても、結局) 解釈上「(精神的損害を除いた、狭い意味における) 実際上の身体的侵害 (actual bodily harm)」発生可能性が unlawful act に存在する必要があるとされ、このことから、日本法に引き付けて表現するなら構成要件該当性段階から既に窃盗致死等は原則的には除外されるという結論に至る。通常の窃盗であれば実

<sup>2</sup> 山口・前掲註 (1) 242 頁。

<sup>3</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(第 2 版, 2018 年) 165 頁結論同旨。

<sup>4</sup> See Law Commission, Involuntary Manslaughter, CP No. 135 (1994), pp. 32-34, 108-112.

際上の身体的侵害を惹起し得ないからである。

対して日本法では、かかる重大結果発生危険性に関する形式的限定が、「基本犯」概念を軸にして、予め、英国に比してより限定列挙的に決定されているといえる。すなわち、傷害や監禁と異なり、窃盗にはそもそも致死傷罪が予定されていないから結果的加重犯による処罰の可能性が土台皆無である。

これは結果的加重犯という規定形式を採用することの利点と言えよう。英国式の方法では、実際上の身体的侵害発生可能性があると解釈上認められれば **unlawful act** として肯定される行為の範囲も解釈だけで広がり得る<sup>5</sup>のに対し、日本法やドイツ法のようにあらかじめ一定行為を基本犯として規定しておく、結果的加重犯という規定形式を採用しておけば、如何なる解釈を施したところで、その一定行為におよそ該当しない行為はそもそも形式的判断の段階から結果的加重犯の対象にはなり得ない分、明確性が担保される。

加えて、各則の結果的加重犯について問題とされるリスク及びそのリスク要素は、各「基本犯」の間では前提として捨てるべき事情や問題とされる四圍の状況等が異なることから、その影響を受けて、やはり同様に各則間で変動するはずである。例えば、傷害致死罪（刑法 211 条）、監禁致死罪（同 221 条）、船車覆没破壊致死罪（同 126 条）の間では、その「基本犯」であるところの傷害行為、監禁行為、船車覆没破壊行為との間では問題とされる侵害結果や危険性が相異なることと相応して、やはり問題とされるリスクやリスク要素は当然相互に異なって然るべきであろう。ところが、仮に「基本犯」概念を完全に放棄して UAM のように「致死傷行為」として例えば傷害罪・傷害致死罪等に一元化した場合、この「相互に異なって然るべきリスク・リスク要素」に対する検討まで不必要に一元化されることに繋がりがかねない。まして、傷害致死と監禁致死ならばともかく、船車覆没破壊致死罪には前二者よりも重い法定刑（死刑又は無期懲役）が予定されているのであるから、より慎重な検討が必要なはずであるのに、そのようなものまで一元化して検討可能であるとするのは問題が大きかろう。裏を返せば、「基本犯」概念を維持した方が、各リスク・リスク要素の相違、果ては各結果的加重犯間の法定刑の差異に即した、きめ細やかな検討を実施することに資するのは明らかである。

したがって、本稿のような立場に立ったとしても、基本犯概念自体は（勿論、従来の如く過度に重視されるべきでもないとはいえ）やはり維持されるべきなのである。

第三に、「冒険」概念の射程について補足しておかなければなるまい。

本稿の立論は、ドイツ法の致命性説等に対する検討にしても、英国の UAM に対する検討にしても、主として傷害致死を念頭に置いて進められたものであることは否めない。それゆえに、本稿の結論である「冒険」概念が他の結果的加重犯、例えば監禁致死傷罪や遺棄致死傷罪、あるいは暴行罪の結果的加重犯たる傷害罪等についても果たして同様に妥当し得るものであるのか、という疑問は生じ得よう。

---

<sup>5</sup> 実際、第二章第二節第五款に掲げた Watson 事件のように、英法では、窃盗であっても致死に係る実行行為性は肯定され得る場合が現に存在する。

しかし、本稿で提示された「冒険」の基礎にある、「最終結果発生の危険性に関するリスク要素が行為者の眼前に存在し、現に（その幾つかを）認識していたにもかかわらず、所期の侵害結果、又はその状況下では肯定されえない目的を遂げるため、そうした要素の存在を意に介さず、敢えてリスクを引き受けて行為に出たところ、法益を危殆化し、結局は結果を発生させてしまった」ことに対する非難は、専ら傷害致死のみに限定的に妥当するものというわけではなく、その論証過程ですべての結果的加重犯を念頭に導き出したものであった。また、①リスク要素の認識、②敢行選択、③未必の故意不存在という「冒険」の各要件も、同様に、傷害致死罪だけに対象を絞って導出したものというわけではない。したがって、本稿にいう「冒険」の判断枠組を用いて傷害致死以外の結果的加重犯の成否を判断することは可能でありまた妥当であると考えている。

もつとも、第二点目の補足事項でも言及したところと関連するのだが、「基本犯」次第で各結果的加重犯ごとに問題とされるリスク・リスク要素の範囲や対象が多少異なることにはなる。例えば、同様に死亡結果を問題とするとしても、傷害致死行為に関して問題とされるリスク要素と監禁致死行為で問題とされるリスク要素は互いに異なる。その結果、仮に客観面では傷害致死行為・監禁致死行為の双方に該当すると評価可能な行為であった場合、行為者が認識していたリスク要素との関係で、「冒険」が肯定される範囲が変動し得る。その限りで、「異なる判断」を下しているかのように見えることはあるかもしれない。

具体例として、所謂「高速道路進入事件」（最判平成 15 年 7 月 16 日刑集 57 卷 7 号 960 頁）を挙げたい。本件は、被告人らが、深夜に①公園等で被害者に対して約 2 時間 10 分間にわたり激しい暴行を加えた後、それだけでは足りないと考えて②（高速道路のすぐ脇に所在する）アパートの一室で被害者を監禁状態に置いた上 45 分間にわたり激しい暴行を加えたところ、被害者は、隣室の居住者が深夜の尋常でない物音に対して苦情を入りに来た際にドアが開けられた隙を突いて脱出し、逃走中に当該アパート脇の高速道路に進入して交通事故に遭い死亡したという事案であった。その際、被告人らも、逃走した被害者をアパートに連れ戻す意図で追跡行為を実施し、原々審（長野地裁松本支判平成 14 年 4 月 10 日刑集 57 卷 7 号 973 頁）によれば、被告人の内一名も、実際に金網フェンスを乗り越えて高速道路の敷地内に立ち入ってまで探索したが被害者を発見するには至らなかったという事実が存在する以上、本件高速道路敷地内へ被害者が侵入したこと自体は被告人らにとっても考えられないことではなかったという特殊事情が本件には存在する。係る事実関係の下、原審及び最高裁はこれを傷害致死罪として処断したが、少なくとも②行為については、暴行行為と監禁行為とは相互に手段目的関係（「暴行するために監禁した」とも言えるし、隣人の来訪により暴行が緩んだ隙に実際に逃走できたという点に鑑みれば「監禁状態を継続するために暴行した」とも言える、所謂「ニワトリ・タマゴ」の関係）であったともいえることから、本件は客観的には傷害致死行為とも監禁致死行為とも言い得るものであったと考えられる。

そうすると、本件行為を傷害致死行為として見た場合に問題とすべきリスク要素の範囲

は「(①行為も含めた) 激しい暴行により恐慌状態に陥った被害者が無理な逃走を図って死亡するリスク」に係るものであるのに対し、仮に監禁致死行為として見た場合には「②行為で用いられたような激しい暴行により維持されている監禁状態から確実に脱するために無理にでも監禁場所から遠ざかろうとした結果死亡するリスク」に係るものということになろう。より具体的には、前者では「被害者が突飛な行動を取らざるを得ないほどの恐慌状態に追い詰められたことにより当該高速道路に進入して 10 分間 800m に渡って逃走を継続したこと」に係る事情が、後者では「一見突飛であるとはいえ当該特殊状況下では(監禁者の予想も及ばないような突飛な場所に逃げれば逃げるほど(その場所が客観的には危険ではあっても) 確実・安全という意味において) 当該高速道路に進入することさえ「合理的」であったことと、(恐慌状態に陥っていたか否かはともかくとして) 被害者も実際に進入するに至り 10 分間 800m にわたって逃走を継続したこと」に係る事情が、それぞれ問題とされる。前者と後者はよく似ているが微妙な差異をもたらす。

本件では、原々審が「予想外」として「因果関係」を否定して傷害罪に止めたのに対して、原審(東京高判平成 14 年 11 月 14 日裁判所ウェブサイト)・最高裁は強度の暴行と恐慌状態を前提とすれば予想の範囲内であると考えてやはり「因果関係」を肯定したことにより、最終的には傷害致死罪が肯定されたが、かような綱渡りの如き認定に至った要因は、ひとえに、そもそも本件を「傷害致死事案」として扱って(その結果、先述したところの前者のリスクに係る事情を前提として) 判断したからであろう。しかし、仮に原審・最高裁が肯定したように本件行為を客観的には傷害致死行為であると認定可能だとしても、本稿の立場からは、「暴行の強度」のみならず「被害者の恐慌状態」やそれにより「高速道路敷地内に逃げ込む可能性」、さらにそのまま「高速道路上を 10 分間 800m も逃走し続ける危険性」を基礎付ける事情に係る認識が、その時点毎に行為者になれば、当該行為者につき傷害致死に関する「冒険」を肯定することはできない。そう考えると、特に「高速道路上を 10 分間 800m も逃走し続ける危険性」を基礎付ける事情に係る認識が追跡中の行為者にあったかは断言し難い。

他方、固より後者のリスクに係る事情を考慮して「監禁致死事案」として扱っていれば、かかる困難を抱えることは無かったであろう。本件暴行行為ほどの強度の暴力を手段とした強力な監禁から逃れるには、可能な限り突飛で奇妙なところに逃げ込んだ上でより遠くまで逃げようと動き続けるのが、縦令我が身に降りかかる別種の危険を顧みないものであったとしても、当該監禁行為との関係では「合理的」と言えるからである。かかる事情を前提とすれば、行為者においては、通常の監禁ではなく強力な(それゆえ、現在直接受けているものとは別種の危険に曝されてでも逃走したいと思わせるほどの) 監禁であることを基礎付ける事情についての認識が監禁状態継続中に存在しさえすれば、同時に、その時点で、「高速道路上を 10 分間 800m も逃走し続ける危険性」を基礎付ける事情に係る認識が存在していたとも評価可能である。したがって、追跡時の行為者の主観に関わらず、監禁致死については「冒険」の要件たるリスク事情の認識を十分に肯定可能である。

このように、一つの行為について複数の結果的加重犯の成立を想定し得る事例において、「冒険」を肯定するために、ある結果的加重犯ではある時点でのある事情に対する認識が必要とされながら、別の結果的加重犯では同一時点における同一事情に対する認識が不要とされる、という場合はあり得る。しかし、そうであるからといって、このこと自体は、「リスク事情」として考慮される範囲が犯罪ごとに異なるというだけのことである。「冒険」の判断枠組を各結果的加重犯毎に異ならしめることに繋がるわけではない<sup>6</sup>。

最後に、「未遂」について補足しておきたい。

本稿のように、客観面については結果的加重犯行為としての実行行為性を問題とし、主観面については最終結果との関係で「冒険」を問題とする、という立場を前提とした場合、客観面で実行行為性を満たし、主観面でも「冒険」が肯定された行為から（幸いにも）重大結果は発生しなかった（例えば、傷害致死の実行行為性が認められ、傷害致死に係る「冒険」も肯定されたが、被害者が傷害結果を負うに止まった）とき、当該所為を如何に評価すべきかは問題となろう。

この点、理論的には、当該結果的加重犯の未遂（傷害致死罪であれば「傷害致死未遂」）として考えて差支えあるまい。もっとも、ほぼ全ての結果的加重犯には未遂犯処罰規定が存在しないことから、当該結果的加重犯の未遂罪として処罰されることも無い。この点は、過失未遂が処罰されないのと同様である。また、過失致死罪が問われたところ、死亡結果との因果関係が否定されて傷害結果の実現のみが肯定された場合には、理論的には過失致死未遂でありながら、同時に既遂の過失傷害として、傷害結果についてのみ処罰され得ることと同様に、結果的加重犯についても、結果的加重犯未遂行為が従来の用語法で言うところの基本犯結果のみを実現した場合には、当該基本犯は別個に当該基本犯としてその限度で処罰の対象となり得る（すなわち、傷害致死未遂でありながら、同時に既遂の傷害罪でもあるという所為は存在する）<sup>7</sup>。

問題として残るのは、特に強盗致死傷罪（刑法 240 条）の未遂規定（同 243 条）であろう。通説に従って 240 条には、強盗殺人、強盗致死、強盗傷害、強盗致死の四つの構成要件が含まれる<sup>8</sup>と解しても、或いは少数説のように専ら結果的加重犯のみを含む<sup>9</sup>と解しても、いずれにせよ、本稿のように結果的加重犯自体について未遂を肯定する立場を採った場合、「強盗犯人が、客観的には致死傷結果との関係で実行行為性を有した暴行を用い、且つ主観

<sup>6</sup> 他方で、「リスク事情」として考慮される範囲が犯罪（基本犯）ごとに異なる以上、各基本犯に対する各論解釈も各結果的加重犯の運用にとっては必要不可欠なものである。すなわち、本稿のような総論的検討と各結果的加重犯（の基本犯）に応じた各論的解釈とは、結果的加重犯という犯罪類型を実際に動かすための、いわば車の両輪である。

<sup>7</sup> 齊藤信宰「結果的加重犯の構造的解釈」同『刑法諸問題の解釈』（成文堂、2015 年）277 頁結論同旨。なお、丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂、1990 年）333 頁以下は、ここで検討した結果的加重犯の未遂は理論上有り得なくはないが否定されるべきである旨主張する。

<sup>8</sup> 西田典之『刑法各論』（弘文堂、第 6 版、2012 年）185 頁参照。

<sup>9</sup> 例えば、香川達夫『刑法講義〔各論〕』（成文堂、第 3 版、1996 年）531 頁参照。



的にも『冒険』責任を肯定可能ではあるが、(幸いにも)致死傷結果は発生しなかったときにも、243条が適用され、強盗致死傷未遂罪として処罰可能であると解される<sup>10</sup>。すなわち、強盗致死傷罪に関しては、本稿の見解に従った場合、従来よりも可罰的な範囲が必然的に拡大することとなる。もっとも、この点に関しては、(通説的には)240条の守備範囲自体がそもそも広過ぎるという問題点と併せて考慮されるべきものであると考えられることから、敢えて解決を図るにしても、それは立法的解決を俟つより他あるまい<sup>11</sup>。

## 第二節 本稿の成果と残された課題

かくして本稿は、結果的加重犯を、事実面のみならず規範面からも、客観的にも主観的にも故意犯・過失犯と並立する第三の犯罪類型として打ち立て、特にその責任形式として、故意・過失と並ぶ新たなカテゴリーである「冒険」を提唱するに至った。この「冒険」は、その語感からして、新たな責任形式の名称としては必ずしもじっくりくるものではないかもしれない。それゆえ、特段この名称に拘泥するつもりもない。ともかくも、本稿で示したような中間的第三責任形式が存在するという点さえ明らかにできれば、その中間的第三責任形式を何と呼ぼうが、或いはそれが何と呼ばれようが、さようなことは副次的問題に過ぎないからである。

この「名称問題」よりも遥かに重要な、残された課題として、特に以下の3点を示しておきたい。

第一に、共犯の問題である。

「冒険」を過失から分離して、注意義務違反を問題としない責任形式であると解した以上、「共同義務の共同違反」という過失共同正犯の理論を、結果的加重犯の場面で援用することは当然適わない。他方、基本犯とされる故意犯について共犯が成立することから直截に結果的加重犯についても共犯が成立すると解することもまた、本稿の趣旨とは明らかに合致しない。したがって、「冒険」には「冒険」相応の共犯理論が必要となろう<sup>12</sup>。

<sup>10</sup> 強盗致傷未遂に関しては、内田文昭『刑法各論』(青林書院、第3版、1996年)295頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(有斐閣、第3版増補版、2005年)233頁同旨。反対説として香川・前掲註(9)534頁。

<sup>11</sup> 西田・前掲註(8)186頁参照。

<sup>12</sup> なお、香川達夫が過失不要説を採用した理由の一つが、共犯の問題を「過失」では合理的に説明できないという難点にあった(香川達夫『結果的加重犯の本質』(慶応通信、1978年)129頁以下、同「結果的加重犯と錯誤」同『刑法解釈学の諸問題』(第一法規出版、1981年)46頁以下)。これを受けて、それに続く先行研究はいずれも過失必要説の立場から「過失」概念を用いた説明を試みてきた(例えば、榎本桃也『結果的加重犯の再検討』(成文堂、2011年)234頁以下、丸山・前掲註(7)339頁以下)。しかし、本稿の立場からすれば、「過失」概念では説明困難だとする香川の主張にも一定の正しさを見出しつつ、香川に続く諸研究による努力を踏まえた止揚を試みるという方向性こそが妥当であると考えられる。

試論としては、共犯の場合においても、各行為者には「冒険」の3要件の内、①リスク要素の認識は最低限必要であるとしたうえで、②敢行選択を共同したと言えれば、すなわち敢行選択につき正犯性を肯定できれば、実行共同正犯であれ共謀共同正犯であれ、結果的加重犯の共同正犯、すなわち「冒険」共同正犯を肯定することは可能であると解されるのではないかと考えているが、あくまでも仮説の域を出ない。特に、第一章で取り扱った【判例14】（最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁）のように、共犯者内の一部の者が、最初から重大結果につき故意を抱いていたか、基本犯遂行中に俄かに重大結果について故意を抱いたりして、（いわば「独走」してしまい）重大結果を実現してしまった場合、故意を有していなかった残りの共犯者について、「リスク要素の認識があった」とあるとか「敢行選択を共同した」などと言えるのか、言えるとした場合それはどのようなときか、或いはそうした判断の際に「冒険」の3要件が如何なる意義を担い得るのか、等々の点についてはさらなる検討を要する。また、共同正犯に関する問題に加えて、狭義の共犯の場合には、その成否の可否・是非も含めて、どのように処理すべきか、やはり別途検討を要する。

こうした共犯の問題に対する検討に際しては、日独の先行研究は言うに及ばず、英国のUAMやrecklessnessに関する実務の動向と学説もまた、解決のための手掛かりとなるのではないかと考えている。それは、「冒険」概念は英国刑法を比較法的に用いながら導出されたものであるから、というだけではない。従来の日独の先行研究は、いずれも結果的加重犯の共犯に関して「故意」や「過失」のみを前提として構築されてきたものである。このことから、「故意」や「過失」に引き付けて説明した場合にはどのような結論となるのか、また逆に「故意」や「過失」に引き付けて考えた場合にどのような欠点があるのかということについては、日独の先行研究に対する検討を加えることで明確化されることが期待できる。しかし、そうした欠点を中間的第三責任形式、すなわち「冒険」は克服可能であるのか、或いは「冒険」を用いて説明しようとした場合にどのような難点を抱えることとなるのか、等々の点については、そうした中間的第三責任形式と共犯という観点から検討を加えた先行研究を参照する必要があるが、そうした観点からの先行研究は、第三責任形式を認めてこなかった日独法内部には殆ど存在しないだろう。このことが、結果的加重犯と共犯という論点に関しても英米法をはじめとした中間的第三責任形式を有する諸外国法に手掛かりを求めるとなり、またその契機となる。

残された課題の第二として、刑事訴訟法との関係という問題も挙げなければなるまい。

「冒険」という、今まで考えられてこなかった新たな責任形式を導入すれば、差し当たり「罪となるべき事実」の記載方法<sup>13</sup>や訴因変更といった点が問題となるであろうことは容易

<sup>13</sup> 例えば宇藤崇「過失犯の訴因における『罪となるべき事実』の記載」法曹時報67巻6号（2015年）1頁以下など、従来から過失犯に特化した「罪となるべき事実」論は存在する。このことに鑑みると、本稿のように「冒険」を「過失」から分離した以上は、過失犯の場合と同様に、冒険犯にもそれに特化した「罪となるべき事実」論が必要となるものと考えられる。

に見当が付く。「択一的認定」も問題となるかもしれない。これらは、裁判実務に直結する問題であることから、無視し難い。もっとも、これらの点も含めた、「冒険」概念導入のために解決されなければならないであろう刑事訴訟法的課題は、手続法の素人が俄か勉強で下手に論ずるよりも、それを本業とする諸賢による専門的考察へと委ねた方がよからう。「餅は餅屋」である。したがって、本稿では、「課題が存在する」ということだけ示して、あとは他日の専門的検討を俟ちたい。

残された課題の第三は、「冒険」概念の射程である。

本稿の「冒険」は専ら結果的加重犯を念頭に構成されたものである。もっとも、本稿の立論の基盤には、K. Engischによる違法性の錯誤に関する示唆が存在した。当てはめの錯誤や法の不知といった違法性の錯誤に係る問題の他にも、誤想過剰防衛における過剰性の認識の問題など、「場合によっては『過失』との結論に至るとしても、それは『故意ではない』から『過失』と結論付けられてきただけのことであって、実際に過失犯にいうところの過失としての実態を備えているのか否か、正面から検討された上で『過失』との結論に至ったというわけではない」領域が、本稿に挙げた「冒険」の射程内であるのか外であるのかについては、それぞれにつき別個の検討が必要となろう。また、こうした点と関連して、通常の錯誤論、例えば「冒険」の第二要件たる敢行選択につき何らかの錯誤があった場合などについても、さらなる検討を今後施したい。

以上のような各点のみならず、この他にも種々の課題は残されていよう。また、本稿は総論的検討に対象を絞ったこともあり、各結果的加重犯の各論解釈には殆ど触れていない。しかも、本稿は、見ての通り、従来の判例の結論を大きく変えようというものでもない。結論が変わる部分があるとしても、それはせいぜい先に述べた未遂に係る点程度である。

それでもなお、本稿に一定の成果があったとすれば、それは第一義的にはやはり、実務と通説とが互いに譲らぬまま平行線を辿り続けて来たことで百年以上膠着状態にあった「重大結果に係る過失の要否」という伝統的争点に対して、「冒険」という第三の途を提示することを通じて、過失の要否をめぐる両説の止揚が図られたことであろう。実務側が言うように、過失必要説にいう「過失」を実務が受容できないとしても、本稿が示した「冒険」であれば、実務も十分に受容する余地はあるだろう。そして、実務側がこの「冒険」概念を受容してさえくれば、責任原理上の要請の充足という学界側の要求もまた、ひとまず満たされることになるはずである。さらに、被告人にとっても、「冒険」の3要件を満たしているか否かというかたちで争点が明確化されることになることから、利益となるだろう。その上で、この「冒険犯」概念の提唱により、従来「故意ではない」ことを理由にいわば何となく「過失」と呼ばれてきた他の諸領域に対して、何らかの再考を迫ることに繋がるならば、独り結果的加重犯論のみならず、責任論、延いては刑法学全般（例えば、未遂犯論や共犯論）に対しても、新たな視点や見解をもたらす契機となるのではないかと期待している。そのような契機としての機能が本稿にあるならば、それもまた本稿の成果といえることができる。

## 参考文献一覧

### 1. 日本語文献

- 青木清相 「結果的加重犯について」同『刑法解釈学の課題』（八千代出版，1998年）17頁
- 青柳文雄 「英米刑法における故意、過失」法学研究26巻9号（1953年）18頁
- 浅田和茂＝井田良（編）『新基本法コンメンタール刑法』〔勝亦藤彦〕（日本評論社，第2版，2017年）
- 阿蘇温蔵 「加重罪ヲ論ズ」法學大家論文集発行会編『法學大家論文集刑法之部全』（明治大学出版部，1912年）251頁
- 石堂功卓 「結果的加重犯と責任主義」法学セミナー230号（1974年）98頁
- 「結果的加重犯序説」中京法學12巻3号（1977年）1頁
- 「結果的加重犯と因果関係—草案22条批判にむけて—」中京法學13巻4号（1979年）1頁
- 「結果的加重犯論」同『現代社会と刑事法学』（成文堂，2004年）11頁
- 井田良 「結果的加重犯における結果帰属の限界についての覚書—強盗致死傷罪を中心として—」法学研究60巻2号（1987年）237頁
- 「犯罪論と刑事法学の歩み—戦後50年の回顧と展望」法学教室179号（1995年）14頁
- 「結果的加重犯の理論」現代刑事法4巻12号（2002年）105頁
- 「危険運転致死傷罪の立法論的・解釈論的検討」法律時報75巻2号（2003年）31頁
- 『刑法総論の理論構造』（成文堂，2005年）
- 『講義刑法学・総論』（有斐閣，第2版，2018年）
- 伊藤和也ほか 「我が国の自然災害に対するリスク指標の変遷と諸外国との比較」自然災害科学36巻1号（2017年）73頁
- 伊藤涉 「結果的加重犯における加重結果の原因」上智法學論集57巻4号（2014年）23頁
- 井上宜裕 「結果的加重犯と責任主義」法政研究78巻3号（2011年）347頁
- 井上正治 「責任原理」法律時報32巻8号（1960年）100頁
- 「結果加重犯（二一条）（とくに強盗殺傷罪について）」日本刑法学会編『改正刑法準備草案』（有斐閣，1961年）183頁

- 井上祐司 『行為無価値と過失犯論』(成文堂, 1973年)
- 今井猛嘉 「飲酒運転対策立法の意義と課題」ジュリスト1342号(2007年)128頁
- 植松正 『再訂刑法概論Ⅰ総論』(勁草書房, 第8版, 1974年)
- 内田浩 『結果的加重犯の構造』(信山社, 2005年)
- 内田文昭 『刑法各論』(青林書院, 第3版, 1996年)
- 宇藤崇 「過失犯の訴因における『罪となるべき事実』の記載」法曹時報67巻6号(2015年)1頁
- 海上智昭ほか 「概念としての『リスク』に関する小考察」日本リスク研究学会誌22巻2号(2012年)73頁
- 榎本桃也 『結果的加重犯の再検討』(成文堂, 2011年)
- エンギッシュ, カール 『刑法における故意・過失の研究』〔莊子邦雄=小橋安吉訳〕(一粒社, 1989年)
- 大塚仁 『刑法概説(各論)』(有斐閣, 第3版増補版, 2005年)
- 『刑法概説(総論)』(有斐閣, 第4版, 2008年)
- 大塚裕史 「過失犯における実行行為の構造」西原春夫=渥美東洋編『下村康正先生古稀祝賀 刑事法学の新動向 上巻』(成文堂, 1995年)153頁
- 『「因果経過」の予見可能性」板倉宏博士古稀祝賀論文編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』(勁草書房, 2004年)159頁
- 大谷實 『刑法改正とイギリス刑事法』(成文堂, 1975年)
- 「過失犯と結果的加重犯」警察學論集37巻11号(1984年)125頁
- 『刑法講義総論』(成文堂, 2012年)
- 岡野光雄 「危険運転致死傷罪」同『交通事犯と刑事責任』(成文堂, 2007年)236頁
- 奥村正雄 「イギリス刑法の動向—刑法典立法化の動きを中心に—」刑法雑誌33巻3号(1994年)458頁
- 『イギリス刑事法の動向』(成文堂, 1996年)
- 「実行行為概念について」瀬川晃編『大谷實先生喜寿記念論文集』(成文堂, 2011年)139頁
- 小野清一郎 『犯罪構成要件の理論』(有斐閣, 1953年)
- 「刑法における責任の原理と結果責任 2・完」法律時報38巻8号(1966年)58頁
- 甲斐克則 「刑法におけるリスクと危険性の区別」法政理論45巻4号(2013年)86頁
- 『責任原理と過失犯論』(成文堂, 増補版, 2019年)
- カウフマン, アルトゥール 『責任原理』〔甲斐克則訳〕(九州大学出版会, 2000年)
- 香川達夫 『結果的加重犯の本質』(慶応通信, 1978年)
- 「結果的加重犯と錯誤」同『刑法解釈学の諸問題』(第一法規出版, 1981年)46頁

- 『刑法講義〔総論〕』（成文堂，第3版，1995年）
- 『刑法講義〔各論〕』（成文堂，第3版，1996年）
- 嘉門優 『法益論』（成文堂，2019年）
- 辛島恵美子 「リスク概念の歴史の変遷とその現代的意味」 国際交通安全学会誌 24 卷 2 号（1998年）127 頁
- 「言葉『リスク』の歴史と今日的課題」 保健物理 35 卷 4 号（2000年）473 頁
- 川崎一夫 「結果的加重犯」 中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一編『現代刑法講座第3巻』（成文堂，1979年）95 頁
- 川端博 「刑法理論の全体構造（2・完）—結果的加重犯を素材にして—」 現代刑事法 5 卷 5 号（2003年）87 頁
- 木野泰伸 「認識のずれを少なくするためのリスク表現法」 プロジェクトマネジメント学会 2005 年度春季研究発表大会予稿集（2005年）93 頁
- 木村亀二 「結果的加重犯と責任」 法學 7 卷 7 号（1938年）1 頁
- 木村光江 『主観的犯罪要素の研究—英米法と日本法』（東京大学出版会，1992年）
- 草野豹一郎 「結果的加重犯」 同『刑法改正上の重要問題』（巖松堂書店，1950年）67 頁
- 熊谷丞佑 「イギリス刑法における謀殺罪の一考察」 法學雑誌 15 卷 4 号（1969年）68 頁
- 小林憲太郎 『刑法的帰責—フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』（弘文堂，2007年）
- 『刑法総論の理論と実務』（判例時報社，2018年）
- 小森恵（編） 『台湾覆審・高等法院判例補遺1』（文生書院，1997年）
- 齋藤金作 『刑法総論』（有斐閣，1955年）
- 「因果関係」 同『刑事法の基礎』（有信堂，1963年）153 頁（「齋藤金作」名義）
- 齋藤信治 『刑法総論』（有斐閣，第6版，2008年）
- 齊藤信幸 「結果的加重犯について」 東北学院大学論集 法律学 24 号（1984年）31 頁
- 『新版刑法講義〔総論〕』（成文堂，2007年）
- 「結果的加重犯の構造的解釈」 同『刑法諸問題の解釈』（成文堂，2015年）267 頁
- 佐伯和也 「結果的加重犯における『基本犯』と『重い結果』との関係について」 關西大學法學論集 52 卷 8 号（2002年）80 頁
- 佐伯仁志 『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013年）
- 坂本学史 「Recklessness 概念の一考察—『Recklessness による共犯』の視座設定のために—（一）」 神戸学院法学 39 卷 3・4 号（2010年）359 頁
- 「Recklessness 概念の一考察—『Recklessness による共犯』の視座設定のために—（二・完）」 神戸学院法学 43 卷 3 号（2014年）201 頁

- 佐久間修 「結果的加重犯における因果関係論の諸相」現代刑事法 6 卷 4 号 (2004 年) 89 頁
- \_\_\_\_\_ 「危険運転致死傷罪と故意・過失」刑事法ジャーナル 26 号 (2010 年) 2 頁
- \_\_\_\_\_ 「危険運転致死傷罪をめぐる諸問題」刑法雑誌 53 卷 3 号 (2014 年) 445 頁
- 佐々木衷 「ある傷害致死事件と準備草案」ジュリスト 205 号 (1960 年) 19 頁
- 塩見淳 『刑法の道しるべ』(有斐閣, 2015 年)
- 島田聡一郎 「実行行為という概念について」刑法雑誌 45 卷 2 号 (2006 年) 60 頁
- 下村康正 「責任概念の主観化と結果的加重犯」白門 10 卷 2 号 (1958 年) 2 頁
- \_\_\_\_\_ 「結果的加重犯の未遂」法学新報 65 卷 4 号 (1958 年) 1 頁
- \_\_\_\_\_ 「結果的加重犯」法律のひろば 13 卷 10 号 (1960 年) 31 頁
- \_\_\_\_\_ 「結果的加重犯における基本犯罪と加重結果との間の直接的関係」法学新報 96 卷 1・2 号 (1989 年) 1 頁
- 荘子邦雄 「結果的加重犯」木村龜二編『法律学演習講座 刑法』(青林書院, 第 5 版, 1955 年) 69 頁
- 正田満三郎 「自動車事故に因る死傷と未必的故意の法理」同『犯罪論或問』(一粒社, 1969 年) 93 頁
- \_\_\_\_\_ 『刑法体系総論』(良書普及会, 1979 年)
- 菅原正幸 「故殺罪に対する法人の刑事責任 (一)」関西大学法学論集 50 卷 2 号 (2000 年) 37 頁
- \_\_\_\_\_ 「故殺罪に対する法人の刑事責任 (二・完)」関西大学法学論集 50 卷 3 号 (2000 年) 94 頁
- 杉本一敏 「リスク社会と過失結果犯」刑事法ジャーナル 33 号 (2012 年) 9 頁
- \_\_\_\_\_ 『『被害者の素因競合事例』に関する刑事判例と結果的加重犯の真の問題点』Law & Practice 8 号 (2014 年) 129 頁
- \_\_\_\_\_ 『『因果関係の基本的部分』の予見可能性について—渋谷温泉爆発事件を契機に—』刑事法ジャーナル 50 号 (2016 年) 4 頁
- 鈴木茂嗣 「Recklessness と故意・過失」同『犯罪論の基本構造』(成文堂, 2012 年) 269 頁
- 十河太朗 「結果的加重犯の共同正犯に関する一考察」同志社法学 69 卷 7 号 (2018 年) 949 頁
- 曾根威彦 「交通犯罪に関する刑法改正の問題点」ジュリスト 1216 号 (2002 年) 46 頁
- 曾根威彦 『刑法原論』(成文堂, 2016 年)
- 高橋則夫 『刑法総論』(成文堂, 第 4 版, 2018 年)
- 高山佳奈子 『故意と違法性の意識』(有斐閣, 1999 年)
- \_\_\_\_\_ 『『実行行為』概念の問題性』法学論叢 162 卷 1-6 号 (2008 年) 204 頁

- 滝川春雄 「結果的加重犯」法学教室2号(1961年)120頁
- 滝川幸辰 『犯罪論序説』(有斐閣,改訂版,1947年)
- 竹内正 「結果的加重犯概念についての一考察」松山大学論集4巻6号(1993年)1頁
- 立石二六 『刑法総論』(成文堂,2015年)
- 立石雅彦 「故意と過失の区別」中山研一=森井暁=山中敬一編『刑法理論の研究—中刑法理論の検討—中義勝先生古稀祝賀』(成文堂,1992年)163頁
- 田中英夫(編) 『英米法辞典』(東京大学出版会,1991年)
- 団藤重光 『刑法綱要総論』(創文社,第3版,1990年)
- 津田博之 「危険運転致死傷罪における主観的要件」交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究—重罰化立法の検証』(日本評論社,2005年)125頁
- 時武英男 「英米刑法における Malice Aforethought について」法と政治10巻4号(1959年)153頁
- 「アメリカ刑法における殺人罪について—序説—」法と政治11巻3号(1960年)131頁
- 「アメリカ法における Deliberate and Premeditated Murder の概念」法と政治15巻3号(1964年)235頁
- 内藤謙 「結果的加重犯における因果関係」研修256号(1969年)3頁
- 中義勝 「実行行為の客観的目的要因—エラー説に関連して—」關西大學法學論集38巻2・3号(1988年)617頁
- 中村喜美郎 「結果的加重犯の本質—研究ノート—」群馬大学教養部紀要7巻(1973年)19頁
- 永井勘太郎 『詳解刑法総論』(有斐閣,1956年)
- 長井圓 「生命・身体への過失犯と自動車危険運転致死傷罪」比較法雑誌45巻1号(2011年)197頁。
- 長島和弘 「結果的加重犯についての諸問題」帝京法学24巻2号(2006年)129頁
- 西田典之 『刑法総論』(弘文堂,第2版,2010年)
- 『刑法各論』(弘文堂,第6版,2013年)
- 西台満 「結果的加重犯と責任主義」秋田大学教育学部研究紀要人文科学・社会科学31集(1981年)26頁
- 西原春夫 『刑法総論』(成文堂,1977年)
- 西村克彦 「結果的加重犯論の反省(3・完)」判例時報933号(1979年)9頁
- 「結果的加重犯という概念について—日独刑法を比較することの得失」法曹時報37巻8号(1985年)12頁



- 日本性感染症学会（編） 「性感染症診断・治療ガイドライン 2016（改訂版）」日本性感染症学会誌 27 巻 1 号付録（2017 年）
- 沼野輝彦 「英国の法人故殺罪と企業事故の抑制」日本法學 82 巻 2 号（2016 年）241 頁
- 野村稔 『刑法総論』（成文堂，補訂版，1998 年）
- 橋爪隆 「危険運転致死傷罪・自動車運転致死傷罪」山口厚＝甲斐克則編『21 世紀日中刑事法の重要課題』（成文堂，2014 年）91 頁
- 「実行行為の意義について」法学教室 424 号（2016 年）98 頁
- 林幹人 『刑法総論』（東京大学出版会，第 2 版，2008 年）
- 「危険運転致死傷罪（アルコール影響型）における故意—最高裁平成二三年一〇月三十一日決定を契機として」判例時報 2194 号（2013 年）3 頁
- 玄守道 「故意に関する一考察（一）—未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって—」立命館法学 299 号（2005 年）181 頁
- 「故意に関する一考察（四）—未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって—」立命館法学 308 号（2006 年）32 頁
- 平野龍一 『刑法総論 I』（有斐閣，1972 年）
- 『刑法総論 II』（有斐閣，1976 年）
- 「因果関係について」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981 年）35 頁
- 「過失犯の構造について」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981 年）91 頁
- 「結果的加重犯について」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981 年）110 頁
- 福田平 「結果的加重犯と因果関係」法律時報 32 巻 12 号（1960 年）40 頁
- 「責任主義の展開」ジュリスト 500 号（1972 年）381 頁
- 福永俊輔 「自動車運転過失の重罰化と自動車運転過失致死傷罪」石塚伸一＝岡本洋一＝楠本孝＝前田朗＝宮本弘典編『近代刑法の現代的論点 足立昌勝先生古稀記念論文集』（社会評論社，2013 年）197 頁
- 藤木英雄 『刑法講義総論』（弘文堂，1975 年）
- 「責任主義と責任論の基礎」法学セミナー 268 号（1977 年）42 頁
- 古川伸彦 「いわゆる赤信号無視類型の危険運転致死傷罪における『殊更に無視し』の意義」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』427 頁

- 「危険運転致死傷罪は結果的加重犯の一種ではない」高橋則夫＝只木誠＝田中利幸＝寺崎嘉博編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』(信山社, 2017年) 267頁
- 不破武夫 「刑法上の過失について」佐伯千仞編『宮本博士還暦祝賀 現代刑事法學の諸問題』(弘文堂書房, 1943年) 181頁
- 保坂和人 「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律について」警察學論集 67 卷 3 号 (2014年) 43頁
- 星周一郎 「危険運転致死傷罪における故意・過失の意義とその認定」刑事法ジャーナル 26 号 (2010年) 8頁
- 「危険な運転による致死傷と危険運転致死傷罪・自動車運転致死傷罪」法学会雑誌 53 卷 1 号 (2012年) 183頁
- 「危険運転致死傷罪の拡大の意義と課題」刑事法ジャーナル 52 号 (2017年) 4頁
- 「無免許運転罪と『無免許運転による加重』の意義」高橋則夫＝只木誠＝田中利幸＝寺崎嘉博編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』(信山社, 2017年) 331頁
- 本庄武 「危険運転致死傷罪における危険概念」交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究—重罪化立法の検証』(日本評論社, 2005年) 104頁
- 「自動車事故を巡る厳罰化のスパイラル—危険運転致死傷罪から自動車運転処罰法へ—」法学セミナー722号 (2015年) 23頁
- 前田雅英 『刑法総論講義』(東京大学出版会, 第5版, 2011年)
- 『刑法各論講義』(東京大学出版会, 第5版, 2011年)
- 牧野英一 「結果的加重犯」同『刑法研究 第八卷』(有斐閣, 1939年) 442頁
- 町野朔 「因果関係論」同『犯罪論の展開I』(有斐閣, 1989年) 196頁
- 松原芳博 『刑法各論』(日本評論社, 2016年)
- 『刑法総論』(日本評論社, 第2版, 2017年)
- 松宮孝明 『刑法総論講義』(成文堂, 第5版補訂版, 2018年)
- 『刑法各論講義』(成文堂, 第5版, 2018年)
- 真鍋毅 「英米における法人刑事責任の『確立過程』について」西山富夫＝井上祐司編『井上正治博士古稀祝賀 刑事法学の諸相(下)』(有斐閣, 1983年) 178頁
- 丸山雅夫 『結果的加重犯論』(成文堂, 1990年)
- 「英米刑法における『重罪謀殺化』原則」南山法学 23 卷 2・3 号 (1999年) 133頁
- 「自動車交通死傷事故に対する刑事的対応」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』(成文堂, 2014年) 455頁
- 「結果的加重犯の構造」同『刑法の論点と解釈』(成文堂, 2014年) 49頁
- 「自動車交通死傷事故に対する刑事的対応」同『刑法の論点と解釈』(成文堂, 2014年) 175頁

- 峰ひろみ 「危険運転致死傷罪（アルコール影響型）における故意犯についての一考察」法学会雑誌 50 巻 1 号（2009 年）113 頁
- 泉二新熊 『刑法大要』（有斐閣，第 37 版，1939 年）
- 森井暲 「結果的加重犯」法学論叢 69 巻 2 号（1961 年）67 頁
- 「結果的加重犯の立法問題—改正刑法準備草案の批判的検討—」佐伯千仞＝平場安治＝宮内裕＝中義勝編『竹田直平博士植田重正博士還暦祝賀 刑法改正の諸問題』（有斐閣，1967 年）32 頁
- 矢田陽一 「小野清一郎の実行行為論と正犯・共犯論—実行行為概念の学説史的考察と間接正犯論—」国士館法学 48 巻（2015 年）123 頁
- 柳沢如樹＝味澤篤 「現代の梅毒」モダンメディア 54 巻 2 号（2008 年）14 頁
- 山口厚 『危険犯の研究』（東京大学出版会，1982 年）
- 『問題探求刑法総論』（1998 年）
- 『刑法総論』（有斐閣，初版，2001 年）
- 『刑法総論』（有斐閣，第 3 版，2016 年）
- 山田利行 「危険運転致死傷罪（赤色信号の殊更無視類型）に係る諸論点」井田良井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂，2014 年）481 頁
- 山中敬一 『刑法総論』（成文堂，第 2 版，2008 年）
- 山本雅子 「往来危険罪と結果的加重犯」中央学院大学法学論叢 12 巻 1 号（1998 年）1 頁
- 山本光英 「結果的加重犯における『直接性』要件について」山口経済学雑誌 47 巻 2 号（1999 年）35 頁
- 「結果的加重犯の共同正犯」川端博＝椎橋隆幸＝甲斐克則編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂，2010 年）487 頁
- 湯川洋 「結果加重犯について—判例を中心として—」西日本短期大学法科・造園科大憲論叢 11 巻 1 号（1970 年）45 頁
- 渡辺咲子 「基礎から見直す刑法（第 12 回）傷害の罪（上）」警察公論 68 巻 5 号（2013 年）77 頁
- 朝日新聞 夕刊 2007 年 8 月 24 日 8 頁
- 朝刊 2018 年 12 月 15 日 38 頁
- 読売新聞 東京朝刊 2011 年 10 月 1 日 1 頁
- 東京朝刊 2019 年 8 月 28 日 1 頁
- 東京朝刊 2019 年 9 月 11 日 25 頁
- 東京朝刊 2019 年 9 月 21 日 34 頁

## 2. 外国語文献

- Alexander, Larry: “Culpability”, in: J. Deigh and D. Dolinko (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (2011) p. 218 ff.
- Allen, Michael: *Textbook on criminal law* (10th ed., 2009)
- Altenhain, Karsten: Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1996, S. 19 ff.
- Ambos, Kai: Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation – Rechtsvergleichende Überlegungen, GA 2002, S. 455 ff.
- Arzt, Gunther: Leichtfertigkeit und recklessness, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 117 ff.
- Ashworth, Andrew; Horder, Jeremy: *Principles of Criminal Law* (7th ed., 2013)
- Beck, Susanne: „Leben“ – Das Rechtsgut im Hintergrund?, ZIS 2016, S. 1054 ff.
- Binding, Karl: Die Behandlung der Schuld in dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, GS Bd. 77 (1911), S. 44 ff.
- Blomsma, Jeroen: *Mens rea and defences in European criminal law* (2012)
- Blomsma, Jeroen; Roef, David: “Forms and Aspects of Mens Rea”, in: J. Keiler & D. Roef (eds.), *Comparative Concepts of Criminal Law* (2nd ed., 2016), p. 127 ff.
- Bosch, Nikolaus: Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang bei Körperverletzung mit Todesfolge, JA 2008, S. 547 ff.
- Crosby, Cath: “Recklessness – the Continuing Search for a Definition” 72 JCL [2008] p. 313 ff.
- Cunningham, Sally: “Recklessness: being reckless and acting recklessly” 21 KLJ [2010] p. 445 ff.
- Duff, R. Anthony: *Intention, Agency and Criminal Liability* (1990)
- Dünnebier, Hanns: Aussage, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12 (1959), S. 120.
- Engisch, Karl: „Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht“, 1930.
- : „Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände“, 1931.
- Engländer, Armin: Der Gefahrezusammenhang bei der Körperverletzung mit Todesfolge, GA 2008, S. 669 ff.
- Eser, Albin: „Strafrecht I“, 2. Aufl., 1976.

- Exner, Franz: „Das Wesen der Fahrlässigkeit“, 1910.
- Ferschl, Christine: „Das Problem des unmittelbaren Zusammenhangs beim erfolgsqualifizierten Delikt“, 1999.
- Fischer, Thomas: „Strafgesetzbuch und Nebengesetze“, 60. Aufl., 2013.
- Freund, Georg: Die besonders leichtfertige Tötung. Zugleich ein Beitrag zur „spezifischen Gefahrverwirklichung“ bei der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), in: FS-Frisch, 2013, S. 677 ff.
- Freytag, Hans-Waldemar: „Das Schuldproblem im Vorentwurf zu einem Deuteschen Strafgesetzbuch und seine Kritiker“, 1912.
- Frisch, Wolfgang: Die „verschuldeten“ Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA 1972, S. 321 ff.
- Hall, Karl Alfred: Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda, in: FS-Ed. Mezger, 1954, S. 229 ff.
- Herring, Jonathan: *Criminal Law* (5th ed., 2012)
- Hinderer, Patrick Alf: Klausur Strafrecht „Eine schlechte Partnerwahl“, JA 2009, S. 25 ff.
- Hirsch, Hans Joachim: Anm. zu BGHSt 31, 96, JR 1983, S. 78 ff.
- Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, in: FS-Oehler, 1985, S. 111 ff.
- Howard, Colin; Elliott, Ian D.: “The Concept of Recklessness in Criminal Law”, in: N. Morris and M. Perlman (ed.), *Law and Crime: Essays in honor of Sir John Barry* (1972) p. 50 ff.
- Jakobs, Günther: „Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und Zurechnungslehre“, 2. Aufl., 1991.
- Kaufmann, Arthur: „Das Schuldprinzip“, 2. Aufl., 1961.
- Kindhäuser, Urs: „Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil 1“, 7. Aufl., 2015.
- Kugler, Itzhak: “The Definition of Oblique Intention” JCL 2004, p. 79 ff.
- Küpper, Georg: „Der ‚unmittelbare‘ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt“, 1982.
- Unmittelbarkeit und Letalität, in: FS-Hirsch, 1999, S. 615 ff.
- Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW Bd. 111 (1999), S. 785 ff.
- Laubenthal, Klaus: Der Versuch qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen, JZ 1987, S. 1065 ff.
- Laue, Christian: Ist der erfolgsqualifizierte Versuch einer Körperverletzung mit Todesfolge möglich? – BGH NJW 2003, 150, JuS 2003, S. 743 ff.

- Law Commission: “Involuntary Manslaughter” CP No. 135 (1994)
- Leipziger Kommentar: Sechster Band, §§ 223 bis 263a, 11. Aufl., 2005 (Hirsch zum § 227).
- Löffler, Alexander: Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ÖZStr Bd. 2 (1911), S. 131 ff.
- v. Liszt, Franz: Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs, ZStW Bd. 30 (1910), S. 250 ff.
- Maiwald, Manfred: Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, S. 257 ff.
- Maurach, Reinhart: Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, in: FS-Heinitz, 1972, S. 403 ff.
- Murmann, Uwe: „Grundkurs Strafrecht“, 3. Aufl., 2015.
- Nomos Kommentar: 5. Aufl., 2017 (Paeffgen zum §§ 18, 227).
- Oehler, Dietrich: Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW Bd. 69 (1957), S. 503 ff.
- : Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: FS-Eb. Schmidt, 1961, S. 232 ff.
- Ormerod, David: *Smith and Hogan’s Criminal Law* (13th. ed., 2011)
- Paeffgen, Hans-Ullrich: Die Erfolgsqualifizierten Delikte – eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe?, JZ 1989, S. 220 ff.
- Pape, Bernardette: Die böse Stiefmutter, Jura 2008, S. 147 ff.
- Puppe, Ingeborg: „Die Erfolgszurechnung im Strafrecht“, 2000.
- Radke, Henning: Die Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte?, in: FS-Jung, 2007, S. 737 ff.
- Rengier, Rudolf: „Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen“, 1986.
- : Kein Ende der Erfolgshaftung bei den erfolgsqualifizierten Delikten, in: FS-Geppert, 2011, S. 479 ff.
- Roxin, Claus: „Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I“, 4. Aufl., 2006.
- Sachverständigen-Kommission: „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Begründung AT“, 1909.
- Satzger, Helmut: Zu Unmittelbarkeitszusammenhang und Subjektiver Vorhersehbarkeit bei Körperverletzung mit Todesfolge, JK 3/2009 StGB § 227 I/4.
- Schmidhäuser, Eberhard: „Strafrecht Besonderer Teil“, 2. Aufl., 1983.
- Schünemann, Bernd: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, S. 341 ff.
- Simester, A. P.: “Moral Certainty and the Boundaries of Intention” OJLS 1996, p. 445 ff.
- Simester, A. P.; *Simester and Sullivan’s Criminal Law* (5th ed., 2013)
- Spencer, John R.;
- Sullivan, G. R.;
- Virgo, Graham J.:
- Smith, John: [1981] Crim LR p. 392 ff.
- Staffler, Lukas: „Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik“, 2015.
- Stark, Findlay: “Reckless Manslaughter” [2017] Crim LR pp. 763 ff.

- Stoß, Carl: Dolus eventualis und Gefährdung, ZStW Bd. 15 (1895), S. 199 ff.
- Stree, Walter: Zur Auslegung der §§ nn4, 226 StGB, GA 1960, S. 289 ff.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich: Körperverletzung mit Todesfolge bei Exzeß des Mittäters, in: FS-Jakobs, 2007, S. 693 ff.
- Sullivan, G. R.: “Knowledge, Belief, and Culpability”, in: S. Shute and A. P. Simester (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (2002) p. 207 ff.
- Tadros, Viktor: “Recklessness and the Duty of Take Care”, in: S. Shute and A. P. Simester (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (2002) p. 227 ff.
- Van den Wyngaert, Chris; Traest, Philip; Vandromme, Steven: *Strafrecht en Strafprocesrecht in Hoofdlijnen*, 10e editie, Antwerpen, Maklu, 2017.
- Wach, Adolf: Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, DJZ Bd. 15 (1910), S. 108 ff.
- Wasik, Martin: “Form and function in the law of involuntary manslaughter” [1994] Crim LR, p. 883 ff.
- Wegscheider, Herbert: Zum Begriff der Leichtfertigkeit, ZStW Bd. 98 (1986), S. 624 ff.
- Weigend, Thomas: Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW Bd. 93 (1981), S. 657 ff.
- : “Comments on Jeroen Blomsma’s Case of Recklessness”, in: A. Klip (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union* (2011), p. 161 ff.
- Williams, Glanville: *Criminal Law - The General Part* (2nd ed., 1961)
- : “Recklessness Redefined” [1981] 40 CLJ p. 252 ff.
- Wilson, William: “Doctrinal Rationality after Woollin” MLR vol. 62 (1999) p. 448 ff.
- Wolter, Jürgen: Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 168 ff.
- : Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984, S. 443 ff.