



Title	過失同時犯の正犯性（2）
Author(s)	内田, 文昭; UCHIDA, F.
Citation	法學會論集, 11(2), 73-115
Issue Date	1961-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17065
Type	departmental bulletin paper
File Information	11(2)_p73-115.pdf



過失同時犯の正犯性 (二)

内田文昭

目次

序章 問題の所在

第一章 因果関係論による過失同時犯の正犯性の基礎づけとその批判

第一節 条件説による基礎づけとその批判

第二節 原因説による基礎づけとその批判 (以上 本誌一一卷一号)

第三節 因果関係中斷論による基礎づけとその批判

第四節 相当因果関係説による基礎づけとその批判 (以上 本号)

第二章 構成要件論による過失同時犯の正犯性の基礎づけとその批判

第一節 限縮的正犯論による基礎づけとその批判

第二節 拡張的正犯論による基礎づけとその批判

第三節 目的的行為論による基礎づけ——二元的正犯論——とその批判

第三章 過失同時犯の正犯性

第四章 過失共同正犯と過失同時犯

第三節 因果関係中斷論——特にパールの理論——による基礎づけとその批判

一 因果関係中斷論とは、まず、条件説によつても、もともと因果関係が存在しない場合について論じられてい

た。たとえば、ビルクマイアーは、「⁽¹⁾具体的な結果と、最初はその結果の条件とみられていた事象との間の因果関係を中断するのに適したモメントを確定すること、換言すれば、一つの結果のみかけの条件と真実の条件とを互に分離すること」も因果関係論において重要な課題である、としてつぎのようについて、「AがBに与えたところの、それ自体致命的な傷害は、Bが、その傷で死亡する前に落雷によつて死亡した場合には、Bの死の条件であること、従つてまた当然に、原因であることを放棄する。なぜかならば、この自然現象は、Aの挙動から独立して独自にBの死という結果に通じたところの、新らしい因果性の鎖に属するものであるから。Aの挙動は、たしかにBの傷害の条件ではあるが、しかし、Bの死の条件ではない」。ビルクマイアーのこのような見解および設例に対して、ポンプは、その設例に若干の修正を加え(ポンプは、Bが、仮にAの傷害を受けなくても、まさに、ここで因果関係の中断を唱えることは論理的に不可能である、にその時その場所にいたであろうことを前提とする)、ここで因果関係の中断を唱えることは論理的に不可能である、という。特にポンプの理解の下では、AはBの死に対し必須条件をすら設定していないわけであるから、かような場合について、存在しない因果関係を中断するというような思考をとることは許されない。ポンプの批判は正当である。M・E・マイアー⁽³⁾、ウィーヒョウスキー⁽⁴⁾、トレーガー⁽⁵⁾、木村教授⁽⁶⁾、大塚教授も、そもそも因果関係が存在しない場合を例証し、そのような場合に因果関係の中断を論じることの無意味さを指摘している。

因果関係中断論は、つぎに、第一の行為と結果との間に、責任能力者の自由にして故意ある行為が介入する場合について論じられていた。この場合においても、第一の行為と結果との間に、必須条件関係すら存在しない場合が含まれ得ることは当然である。⁽⁸⁾しかし、一般には、第一の行為と結果との間に必須条件の関係がある場合について論じられる。たとえば、リストは、現行法の共犯規定が邪魔になつて、彼本来の条件説を貫き得なかつたわけであるが(本章第一、節参照)、その場合、彼はつぎのように考える。共犯規定は、正犯行為によつて、共犯行為の結果に対する因果関係が

中断せられる、という思考を前提として構成されている⁽⁹⁾。ここから、リストは、責任能力者の自由にして故意ある行為によつて、因果関係は中断されるという結論をだした⁽¹⁰⁾。周知のように、かような意味で因果関係の中断を論じることに対して、多くの批判がなされている。吾人が非決定論をとるかどうかにか拘わりなく⁽¹¹⁾（尤も、リストは、自由意思を肯定する態度の下に、自由にして故意ある行為を考え、^(10a) 故意ある行為を考へ、^(10b) ているわけではない）共犯と結果の間に因果関係を認めるのが正当である、というのがその中心をなす。わたくしも、いわゆる精神的幫助にすら結果に対する因果関係を肯定するのが妥当であると考え⁽¹²⁾。精神的幫助といえども、それなしには、その時、そのような形状で、結果は発生しなかつたであろうという判断を導くにたるものだからである。リストの中断論は、あらゆる必須条件の法的等価性という原則が、特に共犯論において、現行法に適應しないことを救済しようとして案出された一つの技巧にすぎない、というべきであろう。だが、共犯論の基礎づけは、因果関係中断論によつてなされ得るものではない。否、そもそも因果関係論によつてなされ得るものではないのである⁽¹³⁾（第二・三。リストの因果関係中断論には賛成できない⁽¹³⁾）。

しかしながら、以上の二つの場合について、因果関係の中断を論じ、その当否を検討することは、実は本稿の興味を中心ではない。なぜかならば、第一の場合は、そもそも因果関係が存在しない場合であり、これを特に問題とする必要のないことは、之迄の考察からいつて当然であり、また、第二の場合は、故意行為が介入する場合であつて、過失同時犯を問題にするわれわれの直接の関心には属さないものであるから。

ところが、因果関係中断論は、さらに、第一の行為と結果との間に、異常な・常規に反した第二の行為が介入した場合についても論じられている。しかも、その場合、特に、第一の行為が結果の必須条件であることが前提とされ⁽¹⁴⁾（但し、第一の行為が必須条件、⁽¹⁴⁾ でない場合も勿論考えられる）さらに、介入する第二の行為は故意行為に限られているわけではない点で、われわれの関心

に値するものである。かような意味での因果関係中断論は、パールによつて展開されたのである。

二 パールの因果関係中断論は、いかなる前提の下に、一つの現象が他の現象の原因とされるか、第一の現象が人間の行為である場合はどうか、という問題設定に始る。⁽¹⁵⁾ 第一の前提は、その現象が他の現象の条件(必須条件)でなければならぬ。⁽¹⁶⁾ しかし、この点が肯定されたからといって、直にその条件が当該現象の原因でもあるとされてはならない。殺人犯を生んだ両親は、たしかに殺人の条件を設定している。しかし健全な人間の理性は、彼等を殺人の発起者(Urheber)とはみない。⁽¹⁷⁾ このような思考を経て、パールは、その行為がなかつたならば、通常はかくあつたであろうと考えられる生活現象の流が、その常規に反した行為のために別のものとされてしまうようなそういう行為を考え、これを法的見地における原因と呼ぼうとするのである。⁽¹⁸⁾ たとえば、医師は、治療の上で、ミスのないよう処置するよう期待されており、そうすることが生活の通常姿(Regel des Lebens)であると考えられる。ところが、もし医師が治療を誤り、ために患者を死亡させたならば、かような医師の治療上のミスは、異常なもの・常規に反したもので、つまり生活の通常姿に反したものとして、生活現象の流を変えてしまうものすなわち死の原因とせられるのである。⁽¹⁹⁾ しかして、パールによれば、原因設定者が発起者とされ、犯罪の原因設定者が正犯・共犯として罰せられる。⁽²⁰⁾ ところで、右の原因概念は、ある結果の発生に数個の行為が関与した場合には、そのまま通用するわけではないとされる。ここにパールの因果関係中断論が登場する。

三 まず、右の原因概念に適合するような行為が行なわれた後に、さらに第二の行為が介入してきた場合が問題にされる。第二の行為が、第一の行為者にとり、客観的見地において、計算・期待・顧慮せられぬ異常なもの、つまり生活の通常姿に反するものとして介入してきた場合には、第一の、それ自体原因性を有する行為と、発生した結果と

の間の因果関係は、第二の行為によつて中断される。第二の行為だけが当該結果の原因とされる、というのである。⁽²²⁾
このことは両行為が過失行為である場合にも妥当する。

従つて、時間的に相前後したところの、それ自体原因性をもつ二つの不注意な行為が一つの結果の発生に関与した場合、それぞれが正犯とされるためには、まず、第二の行為によつて第一の行為と結果との間の因果関係が中断されないことを要する。(第二の行為によつて、第一の行為の因果関係が中断される。) 場合には、不可罰の過失的共犯が考えられ得るとされる。たとえば、つぎのような場合には、因果関係は中断されないとせられる。

① 部下を選任し監督する義務ある者が、その義務を怠つた場合であつて、しかも、監督に服する者の不注意な行為によつて結果が発生したような場合。⁽²³⁾

② 第二の行為者が、決定的事情について不知であつたため、発生した結果も顧慮できないものであつたのに反し、第一の行為者はこれを顧慮できたような場合。(たとえば、爆発物を規則に反して船・汽車で輸送した者は、船・汽車の係員が、その箱の内)。⁽²³⁾

③ 第一の行為者の不注意によつて発生した状態が、通常、第二の行為者に熟慮のいとまを与えることができず、ために、一見異常な行動がとられ、結果が発生した場合。⁽²⁴⁾

④ 事情上、全く合理的な行為として期待され得るような行為が介入した場合。⁽²⁵⁾

⑤ 道徳・法的義務に適つた行為が介入した場合。⁽²⁶⁾

さて、パールにおいても、過失同時正犯が成立するためには、つぎに、第二の行為の正犯適格性が問題になるべきである。

論 ところで、第二の行為により第一の行為と結果との因果関係が中断されない場合には、右に紹介した①―⑤の場合

が属する。ところが一方、その見解に多少の変遷がみられるとはいへ、パールの傾きは、第二の異常な行為に容易に原因性を認めようとする方向にある。⁽²⁷⁾ とすれば、右①―⑤の場合において、介入した第二の行為は、第一の行為と共に容易に原因とされ得るかにみえる。しかしながら、①―⑤におけるパールの真意は、実は、第一の行為のみに原因性を認めようとしているのだといつてよい⁽²⁸⁾（②の例とか④を参照されたい。⑤も、部下が有責であるか、監督者が有責であるかという角度からとりあげられているのである。）。つまり、不注意な行為が競合する場合、因果関係が中断された場合には、第二の行為だけが「原因」とせられ、中断されない場合には、第一の行為だけが「原因」とせられる、とパールは考えているように思われるのである。パールの見解をこのように理解することが誤りでないという証拠は、右①―⑤の場合に限らず、パールの著作のあちこちに見出される。⁽²⁸⁾

尤も、パールは、弾丸の入った銃を修理にだしたところ、修理工の不注意により暴発し、他人を死傷させた場合を想定し、弾丸が入っていることをあきらかにした上で修理を依頼したのであれば、修理工の行為により因果関係は中断し、弾丸が入っていることをあきらかにしなかつた場合には、そのことから直に依頼人の責任が肯定されるわけではないが、一般的には、弾丸の人つていることを告げた上で修理を依頼するのが正當なやり方である、という見解をも示している。⁽²⁹⁾ このような場合には、二個の原因を肯定することも可能なのではないかと考えることもできるが⁽³⁰⁾（しかし、この場合にあつても、依頼人の行為だけが原因であるという可能性⁽³¹⁾も存在する。しかししてこの可能性が強い。しかし、必ずしも明確ではない。）とにかく、パールにおいては、時間的に相前後する二つの不注意な行為について二つの原因を認めること、すなわち過失同時正犯を構成することは、困難であるといわなければならないのである。

四 それでは、時間的に同時に行為が競合した場合はいかに解決されるであろうか。

そもそも、因果関係の中断とは、時間的に相前後した二つの行為と一つの結果とを前提にして構成されたものであ

ると考えられる。二つの行為が同時に行なわれた場合には親しまないものであるといえよう。このことは、ボールの中断論にも如実に反映しているといつてよい。彼は、このような場合は、本来、稀な場合に属するが、因果関係は中断せず、「両行為ともに原因とされる」と考える。⁽³¹⁾「ここでは、問題となる人間のいかなる者も結果（有害な事象）に対し、他の者よりも近く立つてはいない」⁽³²⁾からであるとする。尤も、常に二つの原因が肯定されるわけではない。ボールは、特に、不注意な行為の同時的競合につき、「他人の同時の不注意な行為の可能性も、共働した者のそれぞれにとつて、直に顧慮せられるべき場合が多い」⁽³³⁾とするが、しかし、場合によつては、「他人の不注意な介入が全く非蓋然的である場合、すなわち顧慮され得ない場合も存在し得る。しかし、その場合には、刑法的には偶然が存在する」⁽³⁴⁾と考える。そして他人の共働が顧慮せられるべき場合としては、【例六】「数人が不注意に一個の木材を投げ落とし誰かを傷つけたような場合」を挙げるが、他人の共働が顧慮され得ない場合としては、わたくしのみる限り、ボールは例を挙げていない。⁽³⁵⁾

五 右の検討から理解されるように、ボールの中断論からは、時間的に相前後する二つの不注意な行為について過失同時正犯を構成することは、むずかしく、同時に競合する二つの不注意な行為について過失同時正犯を構成することは容易である。それでは、われわれは、これをいかに評価すべきであらうか。

- (1) K. Birkmeyer, Ursachenbegriff, S. 20 f., auch vgl. S. 66 A. 107, 67 A. 109.
- (2) P. Pomp, Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, S. 30 ff., 37 ff. insbes. S. 45. Ähnl. M. E. Mayer, Causalzusammenhang, S. 98; K. Wiechowski, Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, S. 27. など、木村・因果関係の中断——法字一五卷四号四九頁。
- (3) M. E. Mayer, a. a. O. S. 99 ff. しかし、本稿——北法一一卷一母六三頁以下、六七頁註55参照。

- (4) K. Wiechowski, a. a. O. S. 26 f.
- (5) L. Traeger, Kausalbegriff, S. 177 ff.
- (6) 木村・前掲論文四六頁、四八―四九頁、五四頁。
- (7) 大塚・因果関係の中断―木村編・新法律学演習講座・刑法総論一二七頁以下。
- (8) 大塚・前掲書一二九頁、おらに、M. E. Mayer, a. a. O. S. 96 f.
- (9) v. List, Lehrbuch, 21 u. 22 A. S. 121 f., 204 f.
- (10) v. List, a. a. O. S. 122. なお、因果関係を中断する契機として、リストは、教科書六―七版において、他のものに影響せられな
し行為 (nicht beeinflusste Handlung) を考えた、とされている―v. Brünneck, Die herrschende Kausalitätstheorie, 1897, S. 54 ff.
=zit. nach L. Traeger, a. a. O. S. 180. A. 3. Auch vgl. E. Hartmann, Kausalproblem, S. 104, A. 2.
- (10a) オルトマンは、自由意思を肯定する態度の下に、自由に意欲せられた行為は常に新しい独立した因果の系列を構築するという角
度から、中断論を展開したとされている―R. Ortman, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang (GA. 23) S. 268 ff.=zit. nach K.
Birkmeyer, a. a. O. S. 21, 69 A. 111.
- (11) Insbes. L. Traeger, a. a. O. S. 180 ff.; K. Wiechowski, a. a. O. S. 20 f., 32 f.; P. Pomp, a. a. O. S. 58 ff. Auch vgl. E.
Hartmann, a. a. O. S. 103 ff.; 木村・前掲論文五一頁以下。
- (12) Vgl. K. Birkmeyer, VDA. II. S. 10 ff.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II. S. 140 f.; E. Mezger, Strafrecht, 1931, S. 412
f.; K. Engisch, Kausalität, S. 75 f.; List-Schmidt, 26 A. S. 321 A. 5.
- (13) ただ、過失的な行為の後、他の故意行為が介入した場合には、その故意行為にだけ責任を帰せしめようとする態度は、相当根拠
を欠いている―M. E. Mayer, a. a. O. S. 100 ff. (前註(3)); v. Hippel, a. a. O. S. 141 f.; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. S. 138.
- (14) v. Bar. Lehre vom Causalzusammenhange, 1871; ders. Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange (GZ. 4)
S. 21 ff.; ders. Gesetz und Schuld, II. 1907, S. 161 ff.
- (15) v. Bar, L. v. CZ. S. 3.
- (16) v. Bar, a. a. O. S. 4.
- (17) v. Bar, a. a. O. S. 5; auch vgl. S. 13 f. なお、本稿―北法―一卷一頁四六頁参照。

- (18) v. Bar, a. a. O. S. 11, 12, 22; ders. L. v. Culpa, S. 37 f., 44 ff. Vgl. v. Bar, G. u. S. II. S. 180 f., 192, 201, 201 A. 58b.
- (19) v. Bar, L. v. CZ. S. 22 f.; ders. L. v. Culpa, S. 45.
- (20) v. Bar, L. v. CZ. S. 54 ff. insbes. S. 56; ders. G. u. S. II. S. 220 f., 577 ff., 635 f., 694. なお、ベールの正犯・共犯論については R. Hergt, Lehre von der Teilnahme, S. 27 f., 54 ff.; P. Perten, Die Beihilfe zum Verbrechen (Str. Abh. 198, 1918) S. 52 ff.
- (21) v. Bar, L. v. CZ. S. 22 ff., 53 ff.; ders. L. v. Culpa, S. 44 ff.
- (22) v. Bar, L. v. CZ. S. 57; ders. L. v. Culpa, S. 69 ff.; ders. G. u. S. II. S. 231 f.
- (23) v. Bar, G. u. S. II. S. 226; auch vgl. ders. L. v. CZ. S. 25 f.
- (24) v. Bar, L. v. CZ. S. 58; ders. G. u. S. II. S. 227.
- (25) v. Bar, G. u. S. II. S. 228; auch vgl. ders. L. v. CZ. S. 25 f.
- (26) v. Bar, G. u. S. II. S. 228.
- (27) v. Bar, L. v. CZ. S. 26, 53 ff. では、第二の異常な行為だけが原因とされるべきであるとしていたが、v. Bar, G. u. S. II. S. 223 ff., insbes. S. 229 A. 99. では、旧説がそのまま継受されていない。しかし、本文で紹介したように、実質的な差異はないといつてよい（前註(21)参照）。
- (28) Vgl. v. Bar, G. u. S. II. S. 223 f., 226, 231 f., 635 f. 故意行為と故意行為の間では、因果関係の中断がない場合には、共犯関係の成立が問題となるわけである。
- (29) v. Bar, L. v. Culpa, S. 63 A. 60; auch vgl. ders. G. u. S. II. S. 224.
- (30) Vgl. v. Bar, G. u. S. II. S. 224.
- (31) v. Bar, L. v. CZ. S. 26 A. 3, 29; ders. G. u. S. II. S. 229.
- (32) v. Bar, G. u. S. II. S. 229.
- (33) v. Bar, a. a. O. S. 229.
- (34) v. Bar, a. a. O. S. 229 f.
- (35) v. Bar, a. a. O. S. 229.

六 パールの因果関係中断論による過失同時正犯の基礎づけを批判する前に、われわれは、「因果関係中断論」に対する理解不足ないしは誤解を指摘しておく必要がある。¹⁾

周知のように、因果関係中断論とは条件説を適用した場合に生じる不都合を救済するために考えだされた理論である、となす見解が特にわが国において有力である。²⁾しかし、この見解が、ビルクマイアーやパールの中断論に対しても向けられているとするならば、それは、ビルクマイアーやパールの理論を適確に把握した上での批判であるとはいえない。このことは、すでに紹介したビルクマイアーの原因説や因果関係中断論を眺めれば当然に肯定されるのであるし、また、相当因果関係説の先駆的意義をもつていとされるパールの中断論——わたくしは、これを一種の原因説とみる——を眺めても直に承認されるところである。³⁾従つて、判例が因果関係中断論という概念を使用している点を捉えて、これを判例旧来の条件説依存の証拠であるときめつけるのは、極めて問題であるといわなければならない。⁴⁾

尤も、因果関係の中断という言葉は、すでに多くの学者が指摘しているように、妥当なものではない。⁵⁾ビルクマイアー一流の中断論においては勿論のこと、パール流の中断論においても然りである。なぜならば、パールにおいては、存在としての因果関係すなわち条件関係が肯定された場合につき——従つてこの次元では因果関係の中断はない——、さらに、原因の探求が行なわれるわけであるが、莊子教授が正当に指摘せられるように、「ここでも、存在論的判断の場合と同様に、法的重要性を備えた因果関係の存否をめぐる、存在との関係においての価値判断が求められているからである」⁶⁾。

しかしながら、因果関係の中断という言葉に惑わされ、この言葉に包摂される実体の本質的差異を考慮することな

しに、「因果關係中断論」は、おしなべて問題とならぬ、とするような態度は決して正当なものとはいえないのである。かくして、われわれは、パールの中断論の實質的意義を検討することが決して無意味ではない、という理解に達する。

七　ところが、パールの中断論そのものに対しても、多くの学者が批判を加えている。最も本質を衝く批判は、パールが、原因は責任の及ぶ範圍にまで及ぶという基本的態度の下に、右に紹介した理論を展開している点に向けられている。しかしながら、発生した結果に対する過失責任を問うための理論構成に重点をおくわれわれの関心からするならば、パールのこの本質的な欠点も黙過し得ないでもないといふことができる。結局、われわれがここで検討すべき問題は、パールの中断論による過失同時正犯の理論構成が、妥当な帰結に達するとして承認され得るかどうか、という点にしばらくして来る。

さて、パールの見解においては、時間的に相前後する二つの不注意な行為について、過失同時正犯を構成することは困難であつた。因果關係が中断する場合には第二の行為が、中断しない場合には第一の行為が原因⁽⁹⁾正犯とされるように思われるからであつた。しかしながら、弾丸の入つた銃を、劇場の携帯品預所に預けたオーバーのポケットに不注意にさし込んでおいた者にとり、劇場の出方がその銃をもつて不注意にも発砲して第三者を死傷に致したことは、顧慮に値しない事象つまり生活の通常の姿を変える異常なものである、となすようなパールの見解は正当であるかどうか、問題であろう。われわれは、相当因果關係説をとる多くの論者と同様に、出方の不注意な行為も顧慮に値するものが一般であり、パール流の表現をすれば、二つの原因を認めることも可能であると考え(詳細本章第四節九六頁以下)⁽¹⁰⁾。どうして、これが顧慮に値しない事象であるというのか、パールから納得のゆく説明をきくことはできない。かように考えれば、監

督者の下に行為する部下の不注意な行為についても、また、委託された箱の内に爆発物が入っていることを知らずに、しかし不注意に行爲した鉄道員の行為についても、結果の原因を肯定できる場合、従つて、はじめに原因を設定した監督者・爆発物輸送者の行為と相俟つて二つの原因を肯定できる場合が、充分あり得るといえるであらう。⁽¹¹⁾と同時に、他方、二つの不注意な行為が同時に競合する場合、なぜ、他の行為を直に顧慮すべき場合が多いといえるのか、疑問になるといわざるを得ない。⁽¹²⁾

因果関係中断論固有の問題としても、パールのいわゆる顧慮に値する事象と顧慮に値しない事象の区別、すなわち生活の通常の流に属する事象と生活の通常の流を変えてしまふ事象の区別は、明確になされないと批判されている。⁽¹³⁾過失同時正犯の基礎づけに関しても、この点が一番大きな疑問となつてくるのである。

- (1) 因果関係中断論に対する適切な批判として、さらにまた、この理論に対する誤解を鋭く指摘されるものとして、莊子・因果関係の中断——法律時報三三卷一二号五二頁以下。
- (2) 大場・刑法総論下巻上冊(大二)四九八頁以下、団藤・刑法綱要一二七頁註(一五)、井上・判例にあらわれた過失犯の理論一七一—二頁、一七五頁註(10)一七六頁註(16)、井上・過失犯における因果関係論の役割——法律時報三三卷一二号三一頁以下特に三九頁。
- (3) パールの見解の学説史上の意義については、G. Radbruch, Lehre von der adäquaten Verursachung, S. 7 A. 1, 77 ff.; 80; L. Traeger, Kausalbegriff, S. 145 ff.; M. L. Miller, Bedeutung des Kausalzusammenhanges, S. 29 A. 1; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II. S. 136, 144 A. 1; 莊子・前掲論文五三—四頁。
- (4) 広高判昭三〇・六・三〇高刑集八・七五八(七六七)は、「一般に因果の関係を中断すべき介入過失として説かれてはいる偶然稀有なる過失とは、その事柄自体が偶然稀有であることを意味するものではなくて、当初の過失とは無関係な、全く予想も出来なかつたような偶然な原因によつて惹起された過失を意味するものと解すべきである。」としたが、最決昭三三・一・二四刑集一一・二三〇(二三一)は、これを正当と認めた。また、最決昭三五・四・一五刑集一四・五九一(五九八—九九)は、「特定の過失に起因して特定の

- 結果が発生した場合に、これを一般的に観察して、その過失によつてその結果が発生する虞のあることが実験則上予測される場合において、たとえ、その間に他の過失が同時に多数競合し或は時の前後に従つて累加的に重なり、又は他の何らかの条件が介在し、しかもその条件が結果発生に対して直接且つ優勢なものであり、問題とされる過失が間接且つ劣勢なものであつたとしても、これによつて因果関係は中断されず、右過失と結果との間にはなお法律上の因果関係ありといわなければならない。といつてゐる。ところが、井上教授は、この判例の態度を捉へて、判例は相当因果関係説にたつものではない、条件説にたつものである、なぜかならば「因果関係の中断」という概念が用いられてゐるから、とされるのである——井上・過失犯の理論一六四頁以下特に一七二頁、一七六頁註(16)、井上・法律時報三三卷一二号三九頁——。なお、右の二つの判例は、本稿の中心課題にも関連する。第三章で改めて考えよう(仙高判昭二八・一二・二五高裁刑判 特三五号八四号この関係で重要である)。
- 因果関係中断の概念については、「おらた」、最判昭三三・三・三〇刑集二・二七三(二七五)、「東高判昭三四・一〇・一五高刑集二・一七七(一七九)」、「広高判昭二九・一一・一六高刑集七・一七一九(一七二二)」。
- (5) v. Buri, Causality und ihre strafrechtliche Beziehungen, S. 9; M. E. Mayer, Causalzusammenhang, S. 94 ff.; K. Wiechowski, Unterbrechung, insbes. S. 46 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 177 ff.; P. Pomp, Unterbrechung, insbes. S. 64 f.; v. Hippel, a. a. O. S. 141 f.
- (6) 庄十・前掲論文五七頁。
- (7) Vgl. v. Buri, Causality und deren Verantwortung, S. 2 ff., 67 ff.; K. Birkmeyer, Ursachenberiff, S. 5 f.; K. Binding, Normen, I, 2 A. S. 112 A. 3; E. Hartmann, Kausalproblem, S. 12 f.; M. Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Strafrecht und Civilrecht (ACP. 90) S. 212 f.; G. Radbruch, a. a. O. S. 77 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 145 ff.; H. Kriegsmann, „Die Schuld nach dem Strafgesetze. I.“=Kritische Bemerkungen zu dem Werke v. Bars, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. 2. (StrW. 29) S. 498 ff.; v. Hippel, a. a. O. S. 144 A. 1.
- (8) v. Bar, L. v. CZ. Vorwort S. VII; ders. L. v. Culpa, S. 52 は、故意・過失の行爲者のみが結果の原因たり得る、故意は直接の因果性を示し、過失は間接の因果性を示す、とつてゐる。これを対し、ノールの因果関係論では、因果関係と責任の混同がある、との批判が加えられてゐる。わびやあやまらぬ——Vgl. v. Buri, a. a. O. S. 1 ff., 5 f., 13; K. Birkmeyer, a. a. O. S. 5 f., 28 A. 13. など、Gesetz und Schuld におけるノールの見解に対する、H. Kriegsmann, a. a. O. S. 499 ff.

「ちまた」ハールの因果関係論では、因果関係と違法性の混同がある」との批判もある——たとへば v. Bar, L. v. CZ. S. 13, 17 及び G. Radbruch, a. a. O. S. 77 ff. Auch vgl. H. Kriegsmann, a. a. O. S. 499 f., 501 ff.

(9) v. Bar, G. u. S. II. S. 224. なお、前出七八頁参照。

(10) v. Bar, a. a. O. S. 224 は、銃が人の手に渡らずに自然に発砲することは願慮に値する、という。しかし、なぜ、自然発砲は願慮に値し、他人の手に渡り事故が発生することは願慮に値しないのか、その理由は依然あきらかでない。

(11) Vgl. v. Buri, a. a. O. S. 67 ff.

(12) ちなみに、「わたくしは、【例六】を過失共同正犯として理論構成することができると考えた——内田・法学会論集八卷三・四号四一頁以下。ちまた、本稿第四章参照。

(13) Vgl. L. Traeger, a. a. O. S. 147.

第四節 相当因果関係説による基礎づけとその批判

いまでもなく、相当因果関係説は、条件説によつて因果関係ありとされた行為と結果について、事後において事前に遡り、行為の時を標準とし、人類の全経験的知識を基礎にして、その行為が、ある一定の条件の下で、その結果を惹起するについて、一般的に適當であると考えられる場合、すなわち結果惹起の可能性を高めると考えられる場合を抽出し、その場合に限つて、その行為とその結果との間には相当因果関係が存在するとし、相当因果関係が法律上重要な因果関係の範囲である、と解するものである。⁽¹⁾ 因果関係論として現在通説的地位を占めているといつてよい。⁽²⁾ そればかりではない。生活の通常⁽³⁾の姿、異常な姿を問題にし、異常な行為——義務違反の行為——によつて発生した通常の結果についてのみ責任を問おうとするハールは勿論のこと、実は、ブリーや M・E・マイアーにも相当因果関係説への傾きを見出すこともできるのである。⁽⁴⁾ しかして、過失同時正犯は相当因果関係の存在によつて基礎づけられる、とす

るのが現在極めて有力な見解である。

しかしながら、右のような相当因果関係説の基本的態度を個々の場合に適用して、相当因果関係があるかどうかを検討しようとするとき、われわれは、問題が決して簡単には解決されないことを知る。この意味において、われわれは、まず、相当因果関係そのものの考察を行なわなければならない。便宜上、過失行為競合の場合を中心として考えてゆくことにしよう。

(1) L. Traeger, Kausalbegriff, insbes. S. 115 ff., 159 ff. 木村・刑法総論一七七頁、一八〇頁以下。

(2) どうまでもなく、相当因果関係説は、クリース、リナーメリン、トレーガーを経て今日に至つたものであるが、これを支持する学者は、数多く——Insbes. A. Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1 A. 1889, S. 99 ff.; E. Hartmann, Kausalproblem, S. 100 ff.; M. Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 53 f., 67 ff., insbes. S. 72; v. Rohland, Die Kausaltheorie des Strafrechts, 1903, S. 46 f., 52; A. Köhler, Deutsches Strafrecht, Allg. T. S. 193 ff.; Meyer-Alfeld, 8 A. S. 108 ff.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 143 ff.; W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 78 ff. Auch vgl. E. Mezger, Strafrecht, S. 117 ff.; H. Mayer, Strafrecht, S. 131 ff.; H. Welzel, 6 A. S. 43 f. わが国では、大場・刑法総論下巻上四七二頁以下、勝本・刑法要論・総則一二〇頁以下、宮本・刑法学粹一九〇頁以下、泉二・日本刑法論・総論（四三版）三〇五頁以下、団藤・刑法綱要一三三頁以下、木村・前掲書一八〇頁以下。

(3) パールの見解については、前出八四頁註(3)参照。プーリについては、v. Hippel, a. a. O. S. 144; L. Traeger, a. a. O. S. 187 f. ならに、本稿「北法一一卷一四号五頁。M. E. マイナーについては、L. Traeger, a. a. O. S. 104; 本稿「北法一一卷一四号六五一六頁。なお、ヒルクマイヤーの見解については、W. Sauer, a. a. O. S. 83。

第一款 「相当因果関係」の考察

一 【例七】 Aは危険な火花を不注意に扱つて爆発させた。側にいたXは、衣服に火がついて大火傷を負つた。し

かし約二カ月を経た後、生命はとりとめる程に恢復した。ところが、未恢復の皮膚に移植が行なわれることになり、医師Bは、Xの身体に不適当なクロロフォルムの麻酔を施用した。Xは体にあわない麻酔のために死亡した（一八九六・二・一、リヒト判決判例。集二九・二・八）。

ここで、Aの行為がXの死の必須条件である点は否定され得ない⁽¹⁾。しかし、死に対して相当因果関係にたつてはかどうかという点では問題がある。

さて、結果を一般化し、死そのものについて考えるならば、Aの行為は、Xの死に対し、相当因果関係にあるといえる。なぜかならば、人の側で不注意に花火を扱つて爆発させたことは、人に火傷を負わせ、場合によつては、死を招くような一般的傾向（適格性）をもつているといえるからである⁽²⁾。しかし、結果の一般化の程度を低くし、不適当な麻酔による死を考えるならば、Aの行為は、Xが体にあわない麻酔によつて死亡したことに對する、一般的傾向をもつてはいるわけではないといえる。すなわち、この場合には相当因果関係は否定されよう⁽³⁾。

この問題は、相当因果関係を論定する際に必要な「結果の一般化」の問題として論じられてきた。ラートブルッフやトレーガーは、正当にも、つぎのように考へる。結果は、その具体的な特定性においては諸条件の總体によつてのみ惹起され得るものであるから、結果を一般化することなしには、一ないし数个の条件が結果に對してもつ可能性は否定せられる。だから、結果の一般化の程度が低ければ低いほど、条件の結果惹起の可能性の程度も低くなり、反対に、結果の一般化の程度が高ければ高いほど、条件の結果惹起の可能性の程度も高くなる⁽⁴⁾。と。それでは、われわれは、「結果の一般化」の程度をどこにおくのが相当因果關係説に忠実であるとなすべきであろうか。この点についても、ラートブルッフは正当に指摘している。人間の行為を評価する場合には、その行為が、一般的に、社会現象のつなが

りにおいて占める意味に従つてこれを評価すべきであり、全く異常な結びつきがその行為に与える偶然的価値 (Zufallswert) に従つて評価すべきではない、とする相当因果関係説がその主張を理由あらしめるためには、人の側で危険な花火を扱う行為が、一般的観察において、不適当な麻酔による死に対し、適格性を有するかどうかを問う方向に進まなければならない、と。⁽⁶⁾ つまり、究極の結果だけを問題にすることは、「余りにも広い結果の一般化である」というのである。われわれも、偶然的価値を排除し得る限度において、「結果の一般化」を考へてゆくべきである。偶然的価値が入り込む余地のある死、そのものを問題にすることは正当でない。

二 しっかりとすれば、【例七】において、Aの行為とXの死との間には、相当因果関係は肯定され得ないように思われる。しかし、問題は、以上の検討に尽きるものではない。すでに、不適当な麻酔による死が問題にされるべきであるというとき、条件についても、どの程度これを考慮すべきであるか、という問題が内含せられていると考えられるからである。つまり、われわれは、「条件の一般化」という問題をも、ここであわせ考へなければならぬわけである。ここでも、ラートブルッフ、トレーガーが正当に問題を提起している。すべての必須条件は、それがいかに異常な結びつきをもつて異なる結果をもたらしたものであれ、全く同じ事情の下で、もう一度正確に挙げられることにより、単にそのような種類の結果の可能性を高めるだけでなく、必然的たらしめるものである。だから、条件の一般化の程度が低ければ低いほど、すなわち、考慮される条件の数が多ければ多いほど、結果の可能性の程度は高くなり、反対に、考慮される条件の数がすくなくなればなるほど結果の可能性の程度はより低くなる、と。⁽⁹⁾

さて、本例でいえば、Aの行為、Bの行為、Xの異常体質(ライヒスゲリヒトは、クロロフォルム麻酔は致⁽¹⁰⁾命的たるべく余りにも稀であるとして)は、それぞれXの死の必須条件である。「条件の一般化」に関して、三つの問題設定が可能である。Aが、Xは異常体質だということを知

つていたかあるいは知り得たであろう場合、さらに、Bの麻酔施用を知つていたか知り得たであろう場合だけを考慮して、Aの行為は、Xの身体にあわない麻酔による中毒死の可能性を高めるものであるかどうか、を問うのが第一の問題設定である。これに対して、第二の問題設定は、Xが異常体質であること、Bがクロロフォルム麻酔を行なうということも、絶対に予見不可能な事情に属するものではなく、事後的にはあつても予見可能な事情に属するものであるとして出発し、Aの認識のいかんを問わず、これらの事情を考慮に入れることにより、Aの行為の中毒死に対する可能性を考えようとする。また、第三の問題設定は、Bがクロロフォルム麻酔を行なうということは考慮に入れても、Xがクロロフォルムに対し異常体質であるということはこれを考慮に入れないで、Aの行為の中毒死に対する可能性を考えようとする。第一の問題設定は、クリースの提唱する主観説によるものであり、第二の問題設定は、リユーマリンの提唱する客観説によるものであり、第三の問題設定は、トレーガーの提唱する折衷説によるものである。

三 周知のように、また、上述したところから直に理解されるように、主観説は、行為の時、行為者が認識した事情(条件)および認識し得た事情(条件)だけを考慮して、当該行為(条件)の結果に対する可能性を検討しようとする——最も広い「条件の一般化」——。客観説は、まず、行為の時存在した事情(条件)であつて、なんらかの形で認識可能なものはすべて考慮しようとする立場にたち、行為者が認識した事情は勿論、その他認識せられ、あるいは、事後において認識されるに至つた事情で、行為の時存在した事情はすべてこれを考慮し、さらに、行為の後に表われた事情であつても、人間の通常の経験から、期待され得、計算され得るようなものはこれをすべて考慮するのである——最も狭い「条件の一般化」——。

ところで、主観説は余りにも広い範囲に亘つて条件を無視する点で不当であり、客観説は余りにも多くの条件を考

慮する点で不当である、とせられている。⁽¹⁶⁾ 正当な批判であるといえよう。主観説をおし進めてゆけば、社会の普通人が認識し得た事情を、単に行為者が認識し得なかつたというだけで、これを無視しようとすることになるが、その根拠が明白でないからである。⁽¹⁷⁾ また、客観説は、社会の普通人すら認識できない事情を、たとえ、事後においてあかすみにだされたとはいえ、単に行為の時存在したというだけの理由で、これを考慮しようというのであるが、それでは殆んどすべての必須条件を考慮に入れることに接近してゆくからである。⁽¹⁸⁾ いずれも、相当因果関係説の意図からはなれてゆくことになる、といわなければならないのである。⁽¹⁹⁾

かくして、われわれは、行為の時、あるいは、当該行為以外の事象が介入した時に存在した条件であつて、社会の普通人が認識し得た事情(条件)および行為者が特に認識した事情(条件)を基礎にして、その行為(条件)の結果に對する可能性を検討しようとする折衷説をもつて、現在最も進んだ相当因果関係説なりとしなければならぬ。^{(但し、}
「ガ」は、「最も注意深い人間」が知り得た事情および行為者が特に知つていた事情を基礎にしようとする。⁽²⁰⁾ しかし、法は、社会の普通人を基礎にするものであるから、トレイガーのこの見解は要当でない。 ⁽²¹⁾
多くは、この折衷説によつてよい。

さて、折衷説は、前述のように、【例七】に關し、Bが介入するであろうことは考慮に入れても、Xが異常体質であるということは考慮に入れなかつた。Xがクロロフォルムに對し異常体質であるということは、ライヒスグリヒトがいうように、社会の普通人にとり認識困難な事情に属するからである。ところが、Xの中毒死は、Xが異常体質であるという条件によつてこそ、その可能性の程度を高くするものである。⁽²²⁾ とすれば、かような認識困難な事情を考慮に入れずに、Aの行為とXの中毒死との關係を問題にする場合には、われわれは、Aの行為が、通常、Xの中毒死の可能性を高めるものではないとの結論に達するであろう。
(AがXの異常体質を知つていた場合は別である。この場合にはXの異常体質も考慮に入れられるであろう。そして、Aの行為はXの中毒死の可能性を高めるものとされる)

であろう。ちなみに、客観説によれば、Aの行為は、通常、Xの中毒死の可能性を高めるものとき、主観説によれば、この可能性を高めるものではないとの結論が得られよう。

かような場合は、一般に、因果の流が異常な条件の介入によつて異常な型をとるに至つたため、異常な結果が発生した、とせられる場合、つまりその行為はその異常な結果に対し相当因果関係がない、とせられる場合にはかならないのである。⁽²³⁾

「ここで注意すべき点は、さきにも触れたところであるが、「結果の一般化」によつて規定せられたる結果の相当性が、実は、本例について、ライヒスグリヒトも、客観面での条件の広がりをも主観面での予見可能性で限定しようという条件説的見地にたちながらも、予見可能性を認定する標準は日常生活の経験であるとしつつ、「かような因果の流は通常の経験の限界外にあり、従つて予見可能性の外にある」として、Aに対し過失致死罪を否定した。エクスマー、エンギツシュ、ヒツペルは、この判決を捉えて、相当因果関係説をとるものと評価しているが正当であろう。⁽²⁴⁾（ライヒスグリヒトは、責任要素としての

に思われるが、実は、客観的予見可能性を導入しているのである。この点で、⁽²⁵⁾は正確さを欠くが、相当因果関係説と同一の基盤にたつているといえよう。）

四 これまではAについて考えてきた。Bの行為はどうであろうか。クロロフォルムによる中毒死の頻度がかなり高いということが社会一般にないしは医師仲間でも知られていた場合に、予めXの体質がクロロフォルムに適しないかどうかを検討することなしに、漫然これを施用したとするならば、Bの行為とXの死との間には相当因果関係があるという結論を導くことも可能であろう。⁽²⁷⁾しかし、さきにも紹介したように、ライヒスグリヒトは、「クロロフォルム麻酔は致命的たるべく余りにも稀で偶然的といえる程」である、と認定している。とすれば、たとえBになんらかの落度があつたとしても、Aについて判断した場合と同様、Bについても相当因果関係を否定するのが妥当であろう。

かくして、【例七】においては、AもBも結果に対し相当因果関係がない、と結論することができよう。過失同時正犯は相当因果関係の存在によつて肯定される、と考える立場からは、AもBも過失致死罪の同時正犯とされることは

あるまい(過失傷害罪に問われるであり、Aは)。しかしながら、かような立場そのものの当否を決しないで、直に右のようにA・Bについて過失致死罪を否定するのは早計であろう。故に、われわれは、つぎに、相当因果関係がある場合とはいかなる場合であろうか、という点を考察し、相当因果関係があるということは、解釈論上、特に構成要件該当性とか正犯性という問題にどのような役割を果すものであろうか、を議論する方向に進まなければならない。

- (1) RG. 29, S. 220; F. Exner, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, S. 574; K. Engisch, *Kausalität*, S. 41 f.
- (2) K. Engisch, a. a. O. S. 42, 54 f. Vgl. G. Radbruch, *Lehre von der adäquaten Verursachung*, S. 16.
- (3) K. Engisch, a. a. O. S. 42, auch vgl. S. 49, 50 ff., 54 f., 60 f. etc. Vgl. G. Radbruch, a. a. O. S. 16.
- (4) たゞせば、G. Radbruch, a. a. O. S. 15 ff.; L. Traeger, *Kausalbegriff*, S. 125 ff.; K. Engisch, a. a. O. S. 42 ff.
- (5) G. Radbruch, a. a. O. S. 11 ff., 15 ff., auch vgl. S. 20; L. Traeger, a. a. O. S. 125 f.
- (6) G. Radbruch, a. a. O. S. 16 (たゞし、ラトアルツァは、過失に問われるのみで死した被害者が落雷で死した場合について論じているが、考え方は、本文で紹介した通りである)。
- (7) G. Radbruch, a. a. O. S. 17. Ähnl. K. Engisch, a. a. O. S. 43.
- (8) たゞせば、G. Radbruch, a. a. O. S. 15, 19 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 125, 127 ff.; K. Engisch, a. a. O. S. 42 ff.
- (9) G. Radbruch, a. a. O. S. 11 ff., 15, 20 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 125, 127 ff. なお、K. Engisch, a. a. O. S. 44 A. 1 は無視される条件の性質も重大であるとしている。
- (10) RG. 29, S. 219.
- (11) v. Kries, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben* (Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. 12, 1888) 本論文は直接参照できなかった。G. Radbruch, a. a. O. S. 24 f., 31 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 130 ff.; K. Engisch, a. a. O. S. 41 ff. を参照した。なお、v. Kries, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht* (ZStrW. 9) S. 528 ff.
- (12) M. Rümelin, *Verwendung der Causalbegriffe* (ACP. 90) S. 189 f., 217, auch vgl. S. 224; ders. *Der Zufall im Recht*, 1896, S. 46 ff. 但し、ACP. 90, S. 298 ff. と若干の場合についての修正がみられる。

- 13) L. Traeger, a. a. O. S. 159 ff.
- 14) v. Kries, VJSchr. f. wissenschaftl. Philosophie, S. 228 f., 230 ff., 234 f. = zit nach L. Traeger, a. a. O. S. 130 ff.; G. Radbruch, a. a. O. S. 31 ff.
 なお、クリースは、【例一】(本稿『北法』(卷一)四七頁)につき、 Δ の行為は、外面的にはAの死を相当な形で惹起しているが、Bの行為が予見不可能であることから、主観的に相当な形では結果を惹起したことはならぬ」と。
- 15) M. Rümelin, ACP, 90, S. 189 f., 217.
- 16) 主観説批判—G. Radbruch, a. a. O. S. 32 ff., 34, auch vgl. S. 20 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 131 ff. 客観説批判—G. Radbruch, a. a. O. S. 41 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 137 ff., 140 f., 144; v. Bar, Gesetz und Schuld, II, S. 184.
- 17) 木村・刑法総論一八三頁、団藤・刑法綱要一二五頁。かような批判は、どうもまもなく、クリースにおおつては因果関係の問題と責任の問題とが明確に区別されていながら、その批判を通じて—Vgl. G. Radbruch, a. a. O. S. 25, 31 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 132, 134. 但し、クリースにおおつても、行為者の認識が問題となるのは、可能性判断の基礎となる事情の範囲に關してであり、可能性判断は、人類の全經驗的知識に基づいてそのことを看過してはならぬ」とおつた。Vgl. L. Traeger, a. a. O. S. 122, 131 ff.; 木村・前掲書一八三頁註(マ)。
- 18) Vgl. G. Radbruch, a. a. O. S. 26, 41 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 138, 140 f.; v. Bar, a. a. O. S. 184; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 148 A. 1; 木村・前掲書一八三頁、団藤・前掲書一二五頁。
 なお、前註(ロ)に触れたように、リナーメリンは、侵害を受ける実体を、単に時間的・空間的な関係において、第二の、後に表われた出来事に引渡すたすぎない場合には、全く計算され得ず、しかも行為者にも認識され得ぬこの第二の条件は、第一の出来事の時すでに存在している、無視される、 Δ の行為による—M. Rümelin, ACP, 90, S. 300. これに対する批判として、G. Radbruch, a. a. O. S. 47 ff.; L. Traeger, a. a. O. S. 142 ff. は、 Δ の右のリナーメリンの見解は、M. E. マイナーが、いわゆる「法的に重要な条件」に關して説明したところと、極めて類似した点のあることが認められるであろう—本稿『北法』(卷一)号六一頁以下。
- 19) Vgl. K. Engisch, a. a. O. S. 43.
- 20) L. Traeger, a. a. O. S. 159 ff.; insbes. S. 161. 以下に引く、 Δ の行為は、木村・前掲書一八三頁。ただし、Meyer-Alfeld, 8 A. S. 110, 111 A. 23; v. Hippel, a. a. O. S. 148, 148 A. 3. 及び、K. Engisch, a. a. O. S. 55 f. のマナーガー批判を参照せよ。

をくまひある。

(21) Vgl. A. Köhler, Deutsches Strafrecht, Allg. T. S. 184 ff.; insbes. S. 194 ff.; Meyer-Alfeld, a. a. O. S. 106 ff.; insbes. S. 109 ff.; v. Hippel, a. a. O. S. 143 ff. Auch vgl. H. Mayer, Strafrecht, S. 131, 137; H. Welzel, 6 A. S. 43 f.; 木村・前掲書一八〇頁以下、田藤・前掲書一三四頁以下、井上・過失犯の理論一六三頁註(2)一七二—三頁一七六頁註(14)(15) 福田・結果的加重犯と因果関係—法律時報三二卷一二号四四—四五頁。

(22) ここで、われわれは、エンギッシェが条件の性質をも考慮しなければならぬ、としていた点を想起すべきである。前註(9)参照。なお、トレーガーも、ラートブルッフのリューメリン批判(傷を受けた者が医者にゆく途中で、屋根瓦が落ち、あるいは、落雷により死亡した場合は正しくない。そればかりでなく、傷つた者が医者にゆく途中で、腐った桶を渡り溺死した場合に、傷害と溺死との間に相当因果関係がある、とする点に徴しても全く恣意的である。ラートブルッフは、このようにリューメリンを批判している—G. Radbruch, a. a. O. S. 45)に答え、腐った桶を渡る場合には、事故が起きるだろうとの可能性の程度は全く高い。これに反し、ゆるんだ屋根瓦の下を通る場合には、瓦が落ちてきて人が死亡するかも知れないという可能性の程度は低い、としてる—L. Traeger, a. a. O. S. 140 A. 2.

(23) Vgl. K. Engisch, a. a. O. S. 62 f.

(24) RG. 29, S. 222.

(25) F. Exner, a. a. O. S. 575; K. Engisch, Untersuchungen, S. 379 ff.; insbes. S. 383; ders. Kausalität, S. 51 f.; v. Hippel, a. a. O. S. 146.

(26) 本稿—北法一一卷一五五頁註(8)に掲げた判例にも、相当因果関係説への傾きが充分に認められる。ちまた、BGH. NJW. 1952, S. 1184.

(27) この場合、予め注意を払ったけれど結果は避けられなかつたというのであれば、相当因果関係は否定されてしかるべきであろう。ここで、例の平間久事件を想起する必要があるように思われる。この事件で、被告人は前方注視義務を怠つた。しかし、その義務の懈怠なしにも結果は避けられなかつたと認定された。もし、現に義務を履行していたのに結果は避けられなかつたというのであれば、被告人の行為は結果に対し相当因果関係にたつものではない、といえよう。しかし、被告人はこの義務を怠つた。列車運転手としての被告人の不、注意な行為は、折衷説の基礎において、平間久の轢、傷、死の可能性を著しく高くするものといわなければならぬであろう。条件関係はもとより、相当因果関係も肯定されてしかるべきであろう。しかし、結果回避の可能性はないといえる。これを捉えて、エクスマナーは、「責任連関の中断」をいふ(F. Exner, a. a. O. S. 583 f.) ヴェルツェルは、「結果回避の可能性」という過失犯の違法性に必要

なメルクマールが欠けてゐる」云々の (H. Wezel, a. a.) のことである。本稿—北法一一卷一四四頁註(四)参照。

五 ところが、実は、いかなる場合に相当因果関係があるのか、という問題自体決して容易には解決されないのである。【例七】では、極端に予見困難な異常体質という条件が介入したために、比較的容易に事柄が決せられたということもできるのである。そこで、つぎのような例が考察されるべきことになる。

【例八】 オーヴァーを着て観劇にでかけたAは、弾丸が五発入っているのに安全装置をしていないピストルをポケットに入れたまま、しかもその旨を告げず、オーヴァーを携帯品預り係に預けた。Cがオーヴァーを卓上においていたとき、ピストルは床に落ちた。Bは、そのピストルを拾い、弾丸は入っていないものと考え、戯れにXの胸にあて引金を引いた。Xは即死した(一九〇一・一・一—ライヒスケ、リヒト判決、判例集三四・九二)。

【例九】 国立S病院勤務の薬剤師Aは、昭和二十六年八月一日、製剤室でブドウ糖注射六五〇〇cc、耳鼻科で使用する三%ヌペルカイン溶液一〇〇ccなどを製剤した。ヌペルカインは劇薬だから、その容器に赤枠赤字で品名と「劇」の字を記した標示紙を貼布しておくべきだったが、Aは、それを怠り、単にブドウ糖液と同じように一〇〇cc入のコルベン容器に入れ、ブドウ糖液と同色同型の標示紙に青インクで「三%ヌペルカイン」と記入したにとどまつた。しかも、それをブドウ糖液在中の一〇〇ccコルベン容器数本と共に同一滅菌器に入れ、翌日まで放置した。翌朝、薬剤科勤務の事務員Bは、滅菌器から当該コルベンをとりだし、普通薬を貯蔵する棚に整理していたが、これを見てもAは前日のことを忘れてしまつてBになんの注意も与えなかつた。Bは、ヌペルカインのコルベンをブドウ糖のコルベンと誤信し、ブドウ糖注射液一〇〇ccを求めてきた看護婦Cにブドウ糖液として交付してしまつた。Cは、それを内

科処置室処置台に連んだが、後、その液体が3%ヌベルカインであることに気付き、処置台の隅に片寄せておいた。同日午後、看護婦Dは、その処置台にヌベルカインなどの劇薬が放置された前例が絶無であつたところから、このヌベルカイン液をブドウ糖液と速断し、患者X等に注射して中毒死させた(最判昭二八・二・二三刑集七・二六〇八。なお、原判決であらる名高判昭二七・六・一三高刑集五・一四三二をも参照のこと)。

六 さて、【例八】で、AにXの死(殺)に対する相当因果関係を認めることはさして困難でないといえよう(Bが相当因果

関係にたつ点については問題はないであろう。なお、Cはどうか)。もつとも、Cがオーヴァーを釘にかけようとしたときに、ポケットという点も問題にならうが、今はCを特に考えないことにする。

の引金に触れ、ピストルが暴発してXを死に致したような場合と違つて、ピストルは一旦ポケットから落ち、Bの手に渡り、それから事故が発生したのであるから、異常な出来事とみれないこともない。しかし、かなりの大きさ・重さのピストルをポケットに入れたまま、安全装置もせずに、他人に預る行為は、あるいはピストルが落ち、あるいは誰かが不審に思つてポケットにさわつてみるなどして、ピストルが誰か他人の手に渡り、事故がおきるかも知れないということを通常の経験の枠内の出来事とするにたる行為であるといわなければならないように思われる。つまり、Xが射殺された、という結果の必須条件たるBの行為も、社会の普通人が認識し得る事情のうちに算入してさしつかえないものと考えられ、かかる事情を基礎にしてAの行為の結果に対する可能性を問うならば、高度の可能性が得られる、としてよいように思われるわけである。かような点を意識していると解せられるライヒスグリヒトは正当であるといえようし、Aに相当因果関係ありとしているヒツペル、さらには、ライヒスグリヒトに賛意を表している諸学者の態度も肯定されるであろう(ナイクラーやパールが、Aの行為に原因性⁽¹⁾を認めない点については、さきに紹介した)。

七 しかし、【例九】で、A・Bに相当因果関係を認めることはかなりむずかしい。現に、第一審判決は「相当と認めるべき因果関係」がないとしたのに対し、控訴審判決、最高裁判決は「相当因果関係」を肯定したのである。結論

のわかかれめは、Cの行為をいかに評価するかにある(Dの行為も問題ではある。処方箋記載の薬剤に相違ないかどうかを確認すべき義務がある。しかし、かような義務が履行せられない場合も多いということは、決して否定され得ないであろう。この意味において、Dの行為は、一般に、認識可能な事情のうちに入れてよいであろう。なお、検討されるべき「結果」はヌベルカインによる中毒死であることに疑問はないであろう)。第一審判決は、A・Bの不注意な行為はCが該液をブドウ糖でなくヌベルカイン液であると確認したことによつて「補足され

是正された」となすことにより、二人の行為と結果との間には「相当と認めるべき因果関係」がない、と考える(前掲判例集二六三三)。これに対して、控訴審判決は、Cの行為はなんらA・Bの不注意な行為を「補足し是正」するにたるものではなく、むしろ彼等の行為と「連結」し彼等の行為の危険性を「維持増大」せしめるものであるとなすことにより、A・

Bの行為と結果との間に「因果関係」を認めようとする(前掲判例集二六三八―二六四〇。二六四三―二六四五参照)。そして、最高裁は、「被告人等の過

失並相当因果関係に関する原審の判断は正当である」とするのである(前掲判例集二六一〇)。

八 それでは、われわれは、いかに考えるべきであろうか。

A・Bの不注意な行為が、Cの確認行為によつて「補足され是正」されたかどうかを問う場合、確認行為だけを問題にするのは妥当でないであろう。Cがヌベルカインであることを確認したときどうしたかをも問題にしなければならぬ。他の普通薬と間違われることのないような処置をとつたか、あるいは本例のように、そのまま処置台に放置したにとどまつたかで、違つた結論がでてくる可能性も考えられ得るからである。まず、この点で、特に第一審の考え方に疑問がある。さらに、事前の不注意な行為が「補足され是正された」か「維持増大」されたか、というような発想にも疑問がある。「連結」「維持」の反対は「遮断」「中断」であろう(前掲判例集二六一〇。八の上告趣意参照)。「補足・是正」とは、「遮断・中断」の一場合であると考えられる。とすれば、本例に対処するに当り、裁判所は、パール流の「因果関係中断論」を根柢においてことを論じたのではないかと察せられる。しかし、ビルクマイアー流の中断論とは関係がないと

いうこともできまい。なぜかならば、「独立した新しい因果の鎖」もまた因果関係の「連結・維持」の対となり得るであろうから。⁽⁸⁾ かように、因果関係の「連結・維持」という契機のみを頼つて、相当因果関係の有無を判断しようとすることは、基本的に疑問であるといえよう。そればかりではない。裁判所は専らパール流の中斷論を考えていたのだと解しても、それでは、【例七】において、Xが異常体質であつたという事情は、Aの行為の因果的発展を「維持増大」したのか「遮断・中斷」したのか、いずれにもとれるではないか、との批判も可能であろう。

かくして、われわれは、本例においては、Cの行為が一般に認識可能な事情に算入され得るかどうかを問うことこそ、正当なゆき方であるとの理解に達するであろう。

九 ところが、実は、まさにこの点に困難な問題が存するのである。

Cが、ブドウ糖だと思つていた液体がヌペルカインであることに気付いたとき、彼女は、いかに行動すべく一般に期待されるであろうか。おそらく、人は、ブドウ糖と間違われるようなことのないよう処置すべきだ、と答えるであろう。Cが現実にかような処置(たとえば、劇薬を置くべき)にでたにも拘らず、偶然にもDがヌペルカインをブドウ糖と間違えて、結果を発生させたとしよう。われわれは、かようなCの行為を一般に認識可能な事情として考慮に入れ、Dの行為を認識することが極めて困難な事情としてこれを無視することにより、A・Bの行為の結果に対する可能性を問うであろう。そして、A・Bの行為と結果との間には相当因果関係がない、と考えることも可能であろう。ところが、現実のCの行為は、右のようなものではなかつた。注射液充薬のために通常使用されていた処置台の上にヌペルカインをおいたのである。とすれば、Cのこの行為は、ヌペルカインを扱う行為としては、異常なもの・一般に認識し得ないものとして、相当性判断の基礎から排除されるべきであるとなすこともできよう。現実のDの行為が、さきに指

摘したように(八頁脚註)、通常認識可能な事情に算入されても、Cの行為がこれに算入されないとするならば、A・Bの行為の結果に対する可能性の程度は低くなつてしまふであらう。井上教授は、この点を重視して、結局、A・Bに相当因果関係を否定せられるようである。

だがしかし、現にCが行なつた行為を、右のようなものと解して、全く疑問がないであらうか。【例七】における異常体質と同列におき得るほど認識困難な事情なのであろうか。わたくしは、むしろ、ありがちな行為として、極めて認識困難な事情と通常認識され得る事情との中間的位置にあるものではないかと考える。かような事情は、果して相当性判断の基礎にとり入れられるべきものであろうか、排除されるべきものであろうか。とり入れられるとしたら、A・Bの行為と結果との間に相当因果関係が認められる可能性が強くなり、排除されるとしたら、井上教授の見解のように、相当因果関係は否定される可能性が強くなるであらう。わたくしは、具体的事例に相当因果関係説を適用する場合、この点に最も大きな疑問を感じる。(10)この問題については、さらに深い検討が要求されるであらう。別の機会に改めて考察したい。現在のところは、極めて認識困難な事情(たとえば、【例七】の異常体質、(たとえば、血友病質、異常に薄い頭の皮膚)を除き、極めて認識困難とはいえない事情で相当の頻度が肯定され得るもの(たとえば、心臓虚弱、梅毒)はこれを普通人も認識し得る事情として、可能性判断の基礎におくべきではないか、と考える。かような理解が、因果関係の存在する場合を余りにも拡張しているのではないか、という疑問に直面するならば、われわれは、折衷説の代表者トレーガーやその後相当因果関係の意義について鋭い検討を行なつたタルノウスキー、エンギツシュにおいて、相当因果関係が肯定される場合は意外にも広いではないか、と答えよう。すなわち、トレーガーは、ある条件が発生した種類の如き結果の可能性を些細ならざる態様で、(in nicht unerheblicher Weise)高める場合に、相当因果関係を肯定し、タルノウスキーは、最小の可能性

をもつて相当性が満たされるべきだとし、また、エングリッシュは、「ある挙動は、それと共に判断の基礎を構築するところの諸条件の下で (unter den obwaltenden Umständen) 結果をきつぱり非蓋然的な帰結だとはいいきれない (nicht schlechthin unwahrscheinliche Folge) ものとして期待させる場合に、一定の種類の結果の相当な条件となる」とするるのである(尤も、最小の可能性で相当因果関係が肯定され得るといふならば、『例九』において、Cの行為を考慮に容れるかどうかという問題自体、特に論為を問題にし)。
たわけである)。

一〇 かくして、わたくしは、疑問を残しながらも、【例九】のA・BのそれぞれにXの中毒死に対する相当因果関係を認めたい。⁽¹⁵⁾ C・Dの行為が、結果に対し相当因果関係にあるという点は、特に問題なしに肯定されるであろう(現実にはCは起訴されてい)。⁽¹⁶⁾ それでは、【例八】のA・B 【例九】のA・B・C・Dは、それぞれ過失致死罪の同時正犯とされるべきであろうか。

つきに、われわれは、この問題に進まなければならない。

- (1) v. Bar, Gesetz und Schuld, II, S. 224 が、かような場合のみが顧慮に値する、としていたことは既に紹介しておいた——前出八六頁註(10)。
- (2) RG. 34, S. 93; 但し、本稿『北法一一卷一頁五五頁註(8)』から前出九五頁註(10)参照。
- (3) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 479 A. 1; W. Sauer, Allg. Strafrechtslehre, S. 81 A. 50, 86, 86 A. 68; 井上・過失犯の理論三二二頁。パールは、これに反対である——前註(1)参照。
- (4) ナークラーについては、本稿『北法一一卷一頁六八頁以下。パールについては、前出七八、八三頁、さらに前註(1)。
- (5) 大判明四三・一・一八刑録一六・一七(一八・九)、大判明四三・九・三〇刑録一六・一五八一(一五八四)は、条件説にたちながら、本例に類似した事案(Aは不注意に銃を放置。少年B)を解決している(Aに過失致死)。相当因果関係説に拠つても、充分説明でき

ものである。但し、Aが過失致死罪に問われるべきかどうかは、また別の問題である。

(6) 判例中には、因果関係の「中断」に対立する場合として、甲の過失が乙の過失を「誘発」し両者が「相俟つて」事故に至つた場合と、いう表現もみられる。『広高判昭三〇・六・三〇高刑集八・七五八(七六八)』。さらに、『最判昭三三・三・三〇刑集二・二七三(二七五)』参照。なお前出八四頁註(4)参照。

なお、学説上では、因果関係の遮断・断絶 (Abbrechen einer Kausalkette) を、条件関係も存在しない場合(前出七三頁)として論じようとするものもある。『H. Welzel 6 A. S. 41.』、『K. Wiechowski, Unterbrechung, S. 24 ff., 26 ff., 28 ff., 47 ff., 48 A. 1.』

(7) 単に言葉の上だけでなく、実質的に相当因果関係の有無が問題となつてゐる、とみることもできるからである。前出七六頁以下。『広高判昭三〇・六・三〇高刑集八・七五八(七六七)』は、当初の行為と全く無関係な原因が介入したと、いう契機を特に重視して、因果関係の中断を論じようとしてゐる。前出八四頁註(4) 、『K. Wiechowski, a. a. O. S. 26 f., 29, 47.』

(9) 井上・前掲書三三—三五頁。

(10) Vgl. G. Radbruch, Lehre von der adäquaten Verursachung, S. 20 ff., 58; K. Engisch, Kausalität, S. 43 f., 44 ff., 55 ff., 62 f., 73 f.

(11) K. Engisch, a. a. O. S. 55, 73 f., auch S. 62 f. に示唆を受けた。

(12) L. Traeger, Kausalbegriff, S. 159, 160 ff. にかゝる「トレーガは、通常の故意犯、過失犯においては、必須条件たる行為を、その相対条件性のある無に關して検討する必要はない」としてゐる。——L. Traeger, a. a. O. S. 167 ff., 188.

(13) H. Tamowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechenbegriffs, 1927, S. 217 ff., insbes. S. 227, auch S. 339.

(14) K. Engisch, a. a. O. S. 46.

(15) 本稿「北法一一卷一五五—一頁註(10)に引用した判例の過失共働の事案は、相当因果関係によつても因果関係ありとされ得るのである(『(9)』参照)』。『よゝはか』、大判昭一〇・二・二二刑集一四・一六六(一七二)、『最決昭三二・一・二四刑集一一・二三〇(二三一)』、『最決昭三二・二・二六刑集一一・三二八七(三二八八)』、『最決昭三五・四・一五刑集一四・五九一(五九八—九)』、『東高判昭三九・五・二四高裁判判特四〇号一一四(一一六一—七)』、『仙高判昭三〇・六・二二高裁判判特二・六一九(六二〇—二)』、『広高判昭三〇・六・二三高裁判判特二・六二三(六二七)』、『福高判昭三〇・八・三〇高裁判判特二・九一二(九二〇—二)』、『九二五—一六、九

二六一七)、大高判昭三一・四・一二高刑集九・二五五(二六三—四)、高松高判昭三一・一二・二七高裁判裁特三・一二六八(一二七〇—七三)、大高判昭三二・三・三〇高刑集一〇・三三三(三三九—三四六)、名高判昭三三・二・一七高裁判裁特五・四一(四三—四四五)、津地判昭三三・三・二八第一審刑事裁判例集一・二二七五(二二八—二六)、名高判昭三三・五・一五高裁判裁特五・二一四(二二八—二二五)、東高判昭三三・七・一七高裁判裁特五・三三二(三三四)、東高判昭三三・七・三一高裁判裁特五・二四七(三五〇—五一、三五三)でも相当因果関係が肯定されると思われる。これに反し、東地判昭三三・四・一五第一審刑事裁判例集一・五六三(五七三、五八〇)は、外見上は勿論、通常の点検では認められない建築上の欠陥と異常な人数の通行に起因して駅の跨線橋の側壁が破損し、多数の列車客が線路上に落下し、さらに、轢死傷した事件につき、保守担当者に相当因果関係の存在を否定している。

【例七】と同列に論じ得る可能性が極めて強くと考えよう。なお、右判例集五九三頁参照。

⑧ 【例八】*U.S.P. Meyer-Alfeld, 8 A. S. 219, 219 A. 25; v. Hippel, a. a. O. S. 478 f., 479 A. 1; W. Sauer, a. a. O. S. 86 A. 1*は、過失致死罪の同時正犯を肯定する。前註⑤に引用した判例中にも、明確に「相当因果関係の存在故をもつて、過失同時正犯を肯定するものがある——東高判昭三三・七・一七高裁判裁特五・三三二、東高判昭三三・七・三一高裁判裁特五・三四七(三五三)」。さらに、最決昭三五・四・一五刑集一四・五九一も、因果関係中斷論の角度からことを論じるが、実質は、相当因果関係による基礎づけである。他の多くの判例は、主として、注意義務違反があつたかどうかを中心として、犯罪の成否を検討しているといつてよい。井上(柘)・交通事故判例における因果関係の予見可能性『刑法雑誌』一〇卷二号一一〇頁以下は、注意義務の問題も、実は、相当因果関係による結果および因果の流の予見可能性の問題に還元される、と主張される。しかし、判例が、ことさらに注意義務の有無をとりあげているのは、相当因果関係、構成要件該当性は特に検討するまでもないとして、違法性の検討を行っているのだ、とみることもできる。とすれば、井上助教の提唱も問題に答えていないことになるのではあるまいかという疑問がある——井上・法律時報三二卷一二号三七頁参照——。われわれは、判例が、注意義務の問題を前面にだしている場合でも、相当因果関係の有無から出発してゆくのが妥当であると考え、しかも多くの場合には、相当因果関係が肯定される、と結論したまでである。

第二款 相当因果関係説による過失同時犯の正犯性

一 すでにくり返し強調したように、有力な学説によれば、過失同時正犯は共働者がそれぞれ結果に対して相当因果関係にたつことによつて成立する、とされている⁽¹⁾。しかし、かような見解にも、二つの流がある。第一は、いわゆる実

質的客観説と同じようなゆき方をするもので、正犯と共犯の区別を、結果に対し相当因果関係にある行為か単なる条件にとどまる行為かという意味での実行行為（構成要件的行為⁽³⁾）の有無に求める考え方である。共働者の各人が、過失的に、結果に対し相当因果関係にたつ行為——実行行為——をなすこと、これがすなわち過失同時正犯である、とするのである。P・A・ヘルマー、リープマン、ウィーヒョウスキー、最近ではザウエルの見解にこれを見出すことができる⁽⁴⁾。ザウエルは、「行為者（正犯者）は、実行行為を通じて、構成要件の結果に対し一般的傾向、すなわち、決定的原因を設定する。他の共働者は、より低い影響しか示さない。すなわち『単なる条件』を設定するにすぎない⁽⁵⁾」。ここで、「一般的傾向」とか「決定的原因」というのは、ザウエル自身認めているように、相当因果関係説にいわゆる相当因果関係が肯定される場合を意味する⁽⁶⁾。しかして、ザウエルによれば、【例八】は、過失同時正犯として基礎づけられ得ることになる（なお、ウィーヒョウスキーによれば、【例二】は、Bの行為が、異常なもの⁽⁷⁾とされる）。⁽⁸⁾

かような立場に対して、正犯と共犯とは、結果に対し相当因果関係にたつという点では共通でありながら、構成要件に対する関係では相違する点がある、とする考え方が⁽⁹⁾ある。この考え方によれば、正犯と共犯とを区別する契機は、いわゆる形式的客観説が掲げる実行行為にほかならない。ところが、条件説をとりながら形式的客観説に拠る学者の多くが、過失同時正犯の基礎づけに当つては、再び条件説にたち帰つたように、この考え方も、過失同時正犯の客観面は相当因果関係の存在によつて満たされる、とするのである。これが、相当因果関係説によつて過失同時犯の正犯性を基礎づけようとする見解のうちの第二のゆき方である。この第二の考え方を支持する学者としては、ケーラー、アルフェルト、井上教授を挙げることができるが、なかでもヒツベルが代表的である。ヒツベルは、「行為者が一人であると数人であるとを問わず、原理的にいえば、客観的には、結果発生に対し違法に一（相当）条件を設定し、

主観的には、有責に（故意的にないしは過失的に）行為する者は、すべて刑法上責任がある⁽¹¹⁾として出発し、同時正犯もこの例外ではないとしている。「刑法的には、各人、各々が惹起したところと各々の責任の程度に従つて責任を負う。従つて、客観的には、行為者が結果発生に対し相当条件を設定すること、すなわち、行為の時の合理的判断によるならば、おそらく他の行為の介入も計算不能な偶然とはみられないであろうことが肝要である。主観的には、故意あるいは（可罰的）過失が必要である⁽¹²⁾。」そして、M・E・マイアーやゲルラントを非難し「同時犯について、各共働者が完全な法律的構成要件を充足しなければならぬとするのは」正当でない⁽¹³⁾と考えるのである。しかして、ヒッペルによれば、【例三】、【例六】、【例八】は、過失同時正犯として基礎づけられることになる⁽¹⁴⁾。さらに彼は、つぎの場合も過失同時正犯であるとす⁽¹⁵⁾。

【例一〇】 Aは、山でコーヒーを沸す火を作るべくBにマッチを提供した。不注意により山火事が発生した⁽¹⁶⁾。そこで、われわれは、右の二つの考え方に批判的検討を加えることを通して、過失同時正犯が果して相当因果関係の存在によつて基礎づけられるかどうかを考察しなければならない。

二 正犯か共犯かという問題を相当因果関係か単なる条件かという問題に還元して考えようとする立場は、まず、共犯もまた結果に対し相当因果関係にたつていふことを看過している、との批判を受けなければならないであろう。

共犯行為が、結果の必須条件とされるべきことは、さきに指摘した。相当因果関係をもつということは、正犯行為が行為者（共犯者）の認識していた事情のなかに算入されるものであるという点、結果が行為者（共犯者）の意図していた形において発生した、という点を考慮しつつ、共犯行為の結果に対してもつ可能性を問うことによつて、容易に

肯定されるであろう。現に、リューメリン、トレーガー、ヒッペル、エンギンシュといった学者が、共犯も結果に対し相当因果関係にあるとしているし、わが国でも、泉二博士、木村教授、佐伯博士がこれに賛成しておられるのである。⁽¹⁷⁾ さらに、ザウエルやリープマン自身、刑法における帰責の要件として、常に相当因果関係を要請していたという点も忘れることができないであろう。⁽¹⁸⁾ P・A・ヘルマーは、過失的共働においては結果を有責に原因(条件)つけた者がすべて正犯であるとする見解を不当なりとし、過失犯の領域においても、正犯と共犯とは区別されるべきであるとなすのであるが、その場合、彼は、相当な原因づけ (adäquate Verursachung) と偶然な原因づけ (zufällige Verursachung) との間に、第三の範疇を考え、共犯はこの第三の範疇に属するものであると結論する。ところで、この第三の範疇とはいかなる性質のものであるかというところ「結果に関して (hinsichtlich) は一般的な意味をもつが、結果に対する関連 (Beziehung) は完全な、相、当、性、の程度を獲得するには至らない」条件なのである。⁽²¹⁾ 過失犯においても正犯と共犯が区別されるべきであるとするヘルマーの態度には、正しい核心がある。しかし、かような区分けが不明確で曖昧なものであることは、あきらかである。⁽²²⁾

かくして、正犯と共犯とを相当因果関係か条件かという角度で決しようとするザウエルはじめ右論者の立場は正当でない、ということが理解されるであろう。⁽²³⁾

ただ、ザウエルはじめ論者の立場をかように理解することは、つぎのような疑問を予想しなければなるまい。それは、われわれが相当因果関係の存在する場合を比較的ゆるやかに考えようとした点に係わる。相当因果関係が存在する場合を厳格に規定するならば、共犯行為は相当因果関係にないということになるのではないか、という疑問である。しかし、この疑問に対しては、つぎのように答えることができよう。共犯行為と結果とのつながりは、正犯行為

が共犯者(行為者)の知つていた事情に属するものであるが故に、極めて容易に、相当なつながりにあるとされ得る、と。だが、直に、過失の共犯は相当因果関係にないのではないか、という第二の疑問が提起される。²⁴この疑問に答えるためには、一体、過失の共犯とはいかなる実体をもつたものであるか、という点を明確にする必要があるが、この点は、第二章、第三章で考えよう。ここでは、不注意な行為であつても、結果に対して相当因果関係にたないようなものは、過失の共犯ということもできない、という形において過失の共犯を規定しておきたい。ヒツペルの²⁵見解からも、過失の共犯は、不可罰ではあるが、結果に対して相当因果関係をもつ行為に属する、という結論が導かれるし、木村教授²⁶の見解からも、結果に対して相当因果関係をもつ、しかも可罰的な過失の共犯、が得られるのである。

三 以上の検討により、正犯と共犯とを相当因果関係の存否で区別しようとする立場は、共犯もまた結果に対し相当因果関係をもつものであるという点において挫折することがあきらかにされた。そればかりではない。このような立場に対しては、さらに、正犯か共犯かという問題は相当因果関係があるかどうかという問題と直接関係がないという批判、つまり、正犯・共犯論と因果関係論とはその次元が異なる、という根本的な批判が向けられなければならない。

さて、われわれにとつては、いかなる場合に相当因果関係ありといえるのか、という問題自体すでに困難な問題であつた。ところが、相当因果関係があるということは、刑法の解釈論上どのような意義をもつのか、という問題もまた簡単には解決されない問題である。たとえば、相当因果関係があるということは、違法論で意味をもつ「違法連関」(Rechtswidrigkeitssammenhang)を基礎づける²⁷、という見方もあるし、責任論における故意・過失との関連において意味をもつ、²⁸という見方もあるのである。尤も、通常は、構成要件該当性との関連において、これを基礎づける重

要な因果関係である、と解されていることは周知の通りである。²⁹⁾ しかも、現在のわれわれの興味の中心が、構成要件の該当性と相当因果関係との関連にあることは、特に多言を要しないであろう。

それでは、果して、相当因果関係があるということは、その行為が当該行為や結果を規定した構成要件に該当するということなのであるか。われわれは、これを否定しなければならぬ。なぜか。相当因果関係があるという判断は、当該行為自体の性質・意味をも考慮しないわけではないが、なによりも、行為と結果との結びつきが異常でないということを示すことによつて、刑法上重要な因果関係が肯定せられる、となす点に中心がある。³⁰⁾ つまり、行為自体の性質・意味は、結果との結びつきの意味を判断するための材料として、副次的にしか考慮されないものである。ところが、構成要件に該当するかどうかの判断は、第二章であきらかにしたいと思うが、「型」としての行為そのものの性質・意味に関する判断なのである。しかして、これも第二章で述べるが、正犯とは、構成要件に該当する行為、すなわち実行行為を行なつた者である。相当因果関係があるかどうかという判断と構成要件に該当するかどうかという判断とは次元が異なる判断なのであつて、相当因果関係と構成要件の該当性が同時に肯定される場合(既遂の)もあり得るが、相当因果関係はあるが構成要件の該当性がない場合(共犯は、実は、この場合に属する)、相当因果関係はないが構成要件に該当する場合(未遂とし)も存在するのである。未遂を称して、構成要件に該当するが、相当因果関係はない、という立言は奇妙にきこえるであろう。正確には構成要件に該当し得る行為であつて相当因果関係に欠ける行為とするべきである。未遂としてはあつても、とにかく正犯を表現する以上、一般に使われているところの「構成要件」に該当する行為」という表現をとつたまでである。なお、第二章参照。かような意味において、相当因果関係があるからといつて、直ちに、構成要件に該当する行為がある、すなわち、正犯が肯定される、とするのは正しくない。ザウエルの見解は、根本的には、かかる角度から批判されなければならないわけである。

ところで、木村教授は、「相当因果関係説は、……構成要件的行为と構成要件的结果の間における因果関係の刑法的

重要性を決定するものであるから、刑法上構成要件に関する理論である。そして、相当因果関係説の『相当性』は『一般的可能性』を意味し、平均型概念としての構成要件の『定型性』ということと同一意味であるから、相当因果関係説は、構成要件の定型性の見地から重要な因果関係の範囲を決定するための『発見方式』にほかならないといふべきである。」としておられる。とするならば、われわれが、さきに、行為の定型性によつて規定せられる構成要件該当性は、相当因果関係の存在によつて基礎づけられるわけではない、と考えた点が否定されているのではないかとの感を受ける。だがしかし、木村教授における構成要件の定型性とは、右の引用からも理解されるように、構成要件該当性を基礎づける契機としての、行為と結果の間の因果関係の定型性であり、また、これと当然に関連するところの、しかも構成要件該当性の契機たる、結果の定型性なのである。同様に構成要件該当性の契機たるべき行為の定型性は、問題にされていない点に注意しなければならない。かえつて、教授は、「定型的な殺人行為とか定型的な窃取行為なるものは存在しないか、又は、存在するとしても、かかる定型は如何やうにでも自由に決定せられ、従つて、不確定である」とされるのである。しかしながら、われわれは、第二章であきらかにするように、かような行為の定型性はたしかに自由に決定され得るものであるが、しかし一定の型の行為だけを構成要件該当性の見地から選択してゆかなければならない、とするわけである。仮に、木村教授においても、行為そのものの構成要件該当性が、相当因果関係を契機として考えられているのだ、としても、教授は、既遂と未遂、正犯と共犯とを構成要件該当性の態様の差異として把握せられていることに注意しなければならない。

以上より、木村教授の見解も、われわれの基本的態度を否定しているものではないことが理解されるであろう。また、福田教授も、「行為、結果、両者の因果的連関が構成要件該当性の判断において問題となる。いいかえると、

ある行為がある結果を惹起したばあい、その行為が構成要件的行為であり、結果が構成要件の結果であるといえるためには、因果関係が問題とされなければならない⁽³⁵⁾として、相当因果関係をここに導入せられるが、「発生した結果が実行行為と相当因果関係の範囲にあるばあいには、その結果は、『構成要件的结果』であり、該行為は該結果犯の構成要件に該当する(構成要件を実現した)もの⁽³⁶⁾」(傍点)といえる、と解しておられる点に注目すべきであろう。

それでは一体、このような理解の下では、相当因果関係があるということは、解釈論の体系上、いかなる意味をもつか、という点が改めて特に強く問題となるであろう。たち入った研究は別の機会に譲らなければならないが、現在のところでは、構成要件該当性の確定、より適切に言えば、構成要件の完全な実現の確定に奉仕すべく、実行行為の有無の判断と並んで、既遂犯を基礎づけるための重要な因果関係を確立する機能を担ったものとして、やはり因果関係論において意味をもつものではないか、と考える(この意味において、【例七】のAについては、まず、過失致死未遂が考えられるのである)。結果的加重犯の問題、共犯過剰の問題、故意の範囲の問題もまたここに還元され得るであろう。

四 かくして、正犯と共犯とを相当因果関係の有無により区別しようとする立場に対する批判は、一応終えられてよいであろう。

以上の批判的検討の帰結は、同時に、第二の立場、つまり、正犯と共犯との区別は相当因果関係の有無によるものではなく、行為の構成要件に対する関係の相違によるものとしながら、結局は過失同時正犯も相当因果関係によつて基礎づけられる、となす立場の正しい一面を示すものである。だがしかし、ヒツベルがかような正しい立場にたちながら、過失同時正犯の基礎づけに当つて、再び相当因果関係の有無に逆戻りした点は、より強い批判を予想しなければならぬであろう。過失犯の構成要件が故意犯のそれと本質的に異なつており、その構成要件該当性の問題

としての正犯と共犯との区別が過失犯には存在しない、ということ論証することなしには、そのような帰結は導かれないのである。しかし、さきに紹介したところからも理解されるように、ヒツペルの見解からは納得のゆく説明がきかれないのである。(目的行為論が、この問題について深い分析を加え、結局、過失同時正犯を相当因果関係によつて基礎づける。かえつて、ヒツペルの見解においては、構成要件に該当する行為・実行行為の有無による正犯と共犯の区別は、共犯規定に拘束せられた共働現象に関してだけ妥当する例外ではないか、という感を受ける。)

以上のように理解することにより、われわれは、ヒツペルの見解にも賛成することができないということになる。ケラーやアルフェルトにも同様の批判が向けられ得る。目的的行為論に好意を示される井上教授の見解については、特にここでは触れないことにしよう。また、中助教授やペルテンは、等しく結果に対して相当因果関係をもつ行為の内部において、危険性の強弱により、正犯と共犯との区別が樹立され得るとするわけであるが、これは、今迄考察してきた因果関係の理論とはその実体を異にする理論であるといわなければならないのである。(第二章、第(三)章参照)

なお、論者が、相当因果関係の存在故をもつて、過失同時正犯として構成され得るとなす諸例には、特に、過失的共犯も包含せられている可能性があるわけであるから、その正犯性はまだ肯定され得ないといわなければならないこととなる。(49)

- (1) ここで、相当因果関係の存在をもつて過失同時正犯は基礎づけられるとする論者を一括して掲げておこう。P. A. Helmer, Über den Begriff der fahrlässigen Täterschaft, 1895, S. 39 ff. (直接参照) 徳文。v. Hippel, ZStW, 16, S. 624 f.; G. Radbruch, Lehre von der adäquaten Verursachung, S. 7, 17 f., 63 etc.; L. Traeger, Kausalbegriff, S. 152 f. (参照) 徳文; M. Liepmann, Einleitung, S. 72 ff., 75 ff.; K. Wichowski, Unterbrechung, S. 19 ff.; K. Schacht, Das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer

- Personen (Str. Abh. H. 106, 1909) S. 44; A. Köhler, Deutsches Strafrecht, S. 193 ff., insbes. S. 198, 203, auch S. 502 ff.; Meyer-Allfeld, 8 A. S. 219, 219 A. 28; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 468 ff., insbes. S. 477 ff.; W. Sauer, Allg. Strafrechtslehre, S. 200 ff., 205 ff., 218 f., 218 A. 39; H. Welzel, 6 A. S. 43 f., 86 f., 111 f.; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. T. 2 A. 1958, S. 160 ff., 164 f., 491 f. わが国では、泉川・日本刑法論三〇五頁以下、六三三頁以下、六七四頁、井上・過失犯の理論二一九頁以下。
- (2) Vgl. W. Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 470 ff., auch vgl. S. 430; ders. Allg. Strafrechtslehre, S. 84 ff., 200 ff., auch vgl. S. 83.
- (3) 木村・刑法総論三七三頁以下は、実行行為と構成要件的行為を区別する。ここでは、両者を区別しないでよく。両者を区別することゝ特に必要でないことは、第二章からあきらかにされよう。なお、前出一〇八頁参照。
- (4) P. A. Helmer, a. a. O. S. 39 ff.; M. Liepmann, a. a. O. S. 75 ff.; K. Wiechowski, a. a. O. S. 19 ff.; W. Sauer, Allg. Strafrechtslehre, S. 200 ff., 205 ff., 206, 209, 216 etc.
- (5) W. Sauer, a. a. O. S. 216.
- (6) W. Sauer, a. a. O. S. 206, 209.
- (7) Vgl. W. Sauer, a. a. O. S. 86 f.
- (8) K. Wiechowski, a. a. O. S. 42.
- (9) 本稿「北法」一巻一号四五頁以下。
- (10) A. Köhler, a. a. O. S. 193 ff., 502 ff., 510 ff., insbes. S. 516 ff. (ただし、ケリューは、形式的・実質的の区別を、観念的論を以てせず、折衷論を採っている); Meyer-Allfeld, a. a. O. S. 108 ff., 213 ff., insbes. S. 216, 224; v. Hippel, a. a. O. S. 399 f., 452 ff., 468 ff., auch S. 150 ff., 456 A. 2; 井上・前掲書三二一頁以下、さらに三一五頁以下、井上・刑法学・総則(昭二六)二二一頁以下。なお、泉川・前掲書七〇〇頁以下、さらに三一三頁以下、六三三頁以下、六七四頁も同旨なりといえよう。
- (11) v. Hippel, a. a. O. S. 440, auch vgl. S. 138, 439, 469, 479 A. 3.
- (12) v. Hippel, a. a. O. S. 478.
- (13) v. Hippel, a. a. O. S. 478 A. 4.

- (14) v. Hippel, a. a. O. S. 478 f., 479 A. 1., auch S. 478 A. 5, 479 A. 2.
- (15) v. Hippel, a. a. O. S. 479 A. 1.
- (16) Vgl. RG. 10, S. 8 ff.
- (17) M. Rümelin, ACP. 90, S. 229 ff., 343; L. Traeger, Kausalbegriff, S. 182 f., 273 ff., insbes. S. 276 ff.; v. Hippel, a. a. O. S. 150 ff., 456 A. 2, 477 f., 478 A. 6; K. Engisch, Kausalität, S. 75 f., 76 ff. なお、前出八〇頁註(11)の参照。
- (18) 泉二・前掲書三二二頁、三二三—三四頁、木村・前掲書三七八頁、三八四—四五頁、佐伯・刑法総論(昭一九)一四九頁。
- (19) Vgl. W. Sauer, a. a. O. S. 84 ff.; M. Liepmann, a. a. O. S. 67 ff.
- (20) Vgl. v. Hippel, ZStrW. 16, S. 624 f.
- (21) P. A. Helmer, a. a. O. S. 39=v. Hippel, a. a. O. S. 625; L. Traeger, a. a. O. S. 153.
- (22) Vgl. L. Traeger, a. a. O. S. 153. Vgl. auch G. Radbruch, Lehre von der adäquaten Verursachung, S. 17 f.
- (23) なお、A.メルケルは、相当因果関係・一般的な意味をもつ条件関係にたつような因果的寄与(Kausaler Anteil)によつて正犯性が基礎づけられるとしながら(過失的共犯の不可罰性は、この因果的寄与の極めて弱い点に求められている)、過失同時犯はかような因果的寄与なしにも成立する、となす——A. Merkel, a. a. O. S. 99, 101 f., 142 f., insbes. S. 143——。
- この見解が正当視され得ない点も容易に理解されよう。
- (24) 前註(23)のメルケルの見解を参照されたい。
- (25) v. Hippel, a. a. O. S. 462 f., 468, 478 A. 6.
- (26) 木村・前掲書三七八頁、三八一—二頁、三八四—六頁、四二二頁。
- (27) M. L. Müller, Bedeutung des KZ. S. 22 ff., insbes. S. 28, 31, 32, 34, 40, 42, auch vgl. S. 61 ff.; K. Engisch, a. a. O. S. 52 ff., 61 ff., 67 f. etc. なお、R. Honig, Kausalität und objektive Zurechnung (Frank-Festgabe, I) S. 174 ff., insbes. S. 182, 184, 185 f., 187 f., 194 ff. は、「相当性」をもつて、「客観的帰責可能性」の本質的メルクマールなりとす。これに対し、K. Engisch, a. a. O. S. 59 A. 1.
- (28) H. Tarnowski, Systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie, S. 227, 238, 251, 331, 332, 333, 338. Dazu M. Grünhut, ZStrW. 50, S. 294 ff.

- 29 最も明確には、木村・刑法における因果関係の理論—法律時報三二卷一二号四頁以下、特に八頁、一二頁、木村・刑法総論一八〇頁以下。さらに、団藤・刑法綱要一二三頁以下、福田・法律時報三二卷一二号四三頁以下。Vgl. E. Mezger, Strafrecht, S. 117 f., 121 f.; K. Engisch, a. a. O. S. 58 ff., 67 ff. (エンギッシュは、相当性〔広義の相当性〕より主として構成要件の結果の相当性と狭義の相当性つまり並列せよとす); H. Welzel, a. a. O. S. 40, 42, 43 f., 44, 111 f.; R. Maurach, a. a. O. S. 151, 153, 154 f., 159. なお、ヴェルツェル・マウラッハに対し、木村・法律時報三二卷一二号一二頁。
- (30) 前註29に紹介したように、エンギッシュも、結果の相当性と、因果の流の相当性は考えていたが、行為の相当性はこれを特に考えていないのである。これに対して、R. Lange, Moderner Täterbegriff, S. 40 ff., 48 f.; Th. Rittler, Lehrbuch, S. 109 は、行為そのものの相当性を考える。しかしして、それは相当因果関係の問題ではない、とす。なお、後註32—35参照。
- (31) 本稿—北法一一卷一四一頁註(1)参照。
- (32) 木村・法律時報三二卷一二号八頁。
- (33) 木村・刑法に於ける因果関係否認論—刑法解釈の諸問題・第一卷一七六頁。
- (34) 木村・刑法総論三三四—三五頁。
- (35) 福田・法律時報三二卷一二号四三頁。
- (36) 福田・前掲論文四四頁。
- (37) Vgl. v. Hippel, a. a. O. S. 439 ff., 469, auch vgl. S. 69 ff.
- (38) 中・共犯における新実質的客観説—木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題下六八一頁以下。
- (39) P. Perren, Beiträge zum Verbrechen, S. 34 ff., 62 ff., 81 ff., 205 ff.
- (40) 【例三】、【例六】、【例八】、【例九】、【例一〇】、さらに前出二〇二—二〇三頁註(5)(6)に引用した諸判例の事案も、過失同時正犯として基礎づけられるべく、未だ不確定であるといわなければならない。

*

*

*

第一章において、われわれは、因果関係論による過失同時正犯の基礎づけを検討した。その帰結として、条件説に

よつても、原因説によつても、中斷論によつても、さらには相当因果關係説によつても、過失同時犯の正犯性は決せられないことを弁えた。因果關係という、行為と結果のつながりに重点をおく概念は、行為そのものの性質に重点をおいて理解されるべき正犯・共犯の問題解決には役立たないものなのである。この点を意識することが、つぎにわれわれの進むべき道を示唆している。

(未完)