

論
説

客観的帰属論と正当化事由についての覚書

山 本 高 子

目次

- 一. はじめに
- 二. 客観的帰属論を正当化事由へ適用する試み
- 三. 客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みと犯罪論体系
- 四. おわりに

一. はじめに

近年、客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みが主張されている⁽¹⁾。例えば、仮定的同意と呼ばれる問題領域、すなわち医療行為を行う際、適切な説明がなされず治療が行われたが、説明義務が果たされていた場合であっても、患者は同意していたであろう場合や、正当防衛に際し、警告のための発砲をせずに攻撃者に対して発砲し、

死亡させた場合がその事例として挙げられ、このような事例に対し、許されない危険の創出とその現実化、危険増加理論といった客観的帰属論の判断枠組みによる解決が主張されている。このような客観的帰属論の判断基準を正当化事由の判断に用いる試みは、とりわけドイツにおいて散見される。しかし、このような客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みは、判断枠組みを適用するだけのものなのだろうか。⁽²⁾それとも、客観的帰属論を用い、正当化を否定する判断が、客観的構成要件を阻却する立場に結びつくのか。そして、その場合に、刑法体系上の問題点は存在しないのか。このような疑問を念頭に、本稿においては、客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みや犯罪論体系、とりわけ構成要件や違法性との関係を検討することとしたい。

二．客観的帰属論を正当化事由へ適用する試み

客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みは、現在ドイツにおいて支配的である客観的帰属論の生みの親、ロクシンによっても支持されている。⁽³⁾ロクシンは、客観的帰属論を、この理論の生成当時には、誰も考えなかった領域へ適用しようとする試みが、ますます強くなっていることを指摘し、その例として、正当化事由への転用を挙げている。⁽⁴⁾構成要件と違法性は、一緒にはじめて不法を構成するため、正当化事由に客観的帰属論を妥当させる試みは、その端緒において正当である。⁽⁵⁾なぜなら、客観的帰属論は、客観的構成要件への帰属が、許されない危険の現実化を前提とするという命題に汲み尽されず、むしろ、包括的な帰属システムへと拡充されるからである。⁽⁶⁾規則に適合した態度（例えば警告のための発砲や適切な説明）が行われたとしても、結果が、同様に発生していたであろう場合、行為者の誤った態度は確実に効果を表していないため、既遂不法は存在しない。しかし、

行為者の態度の違法性は存在するため、未遂の可罰性が残される。⁽⁷⁾ このことは、危険増加理論でも説明することが可能である。なぜなら、行為者の態度が、もしかすると不法な結果に至った場合、発生させた危険が、事後的な判断によると高められたことから、結果は帰属されると評価されるためである。正当化事由とその個別の要素は、仮定的な択一的態度の下で検討されなければならない。⁽⁸⁾ ただ、このような正当化の枠内で展開される客観的帰属論は明確化される必要があり、これらの帰属論の包括的な明確化は、なお将来の課題であるとされる。⁽⁹⁾ 以下で代表的な論者の見解を検討する。

1. クーレンの立場

客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みを展開する代表的な論者として、クーレンが挙げられる。クーレンは、正当化事由への客観的帰属論の適用に関して、次のように述べる。客観的帰属論は、構成要件の一部として解釈される。⁽¹⁰⁾ しかし、それと同時に、「違法性の領域においてもまた、客観的帰属は重要である。これは、刑法上の不法論におけるその機能から生じる。不法論においては、まず第一に、事前的な評価に基づいて（構成要件に該当する方法で）規範に違反する態度を確定することが重要である。そのように確定された刑法上の不法領域は、事後的な観点から、規範の遵守が、目的とされた法益の保護になんらの寄与をもたらさないであろう限りにおいて、結果を行為へ客観的に帰属することを否定することにより、さらに限定されることになる」⁽¹¹⁾。構成要件と違法性の伝統的で合目的な区別に従う場合、刑法上重要な態度が規範に違反するかをめぐる事前判断は分割され、それにしたがって、二つの部分に分けることが正当化されなければならない。まず第一に、表見的に義務に違反した（注意に違反した、構成要件に該当する）態度として、次に、最終的に義務に違反した、正当化され

ない態度として¹²。このことから、既遂結果犯は、結果が、表見的に規範に違反した（構成要件に該当する法的に
是認されない危険の創出と結びつけられたがゆえの）態度に、客観的に帰属可能に基づくものであることを要求
するだけではない。むしろ、結果は、最終的に規範に違反した、正当化されない行為に帰せられることが要求さ
れる。客観的違法性の範疇において検討されるべき行為、すなわち事前に評価される行為が正当化事由の客観的
要件を充足しない場合、構成要件の結果が客観的に帰属可能に、正当化が認められないことに基づくことが前提
となる。正当化の欠如は、義務違反連関や危険連関により結果と結びつけられるにすぎない¹³。正当化事由により
許容されないのは、その正当化に対してどんなよりどころも存在しない行為である¹⁴。

したがって、客観的帰属を否定することにより、事後的に行われる不法の制限は、二度行われることになる。
まず、（今日のようにほぼ一般的に承認された）構成要件に該当する態度を認定することにより、客観的構成要
件の領域において行われ、続いて、（ここで前提とされたように）構成要件に該当する態度が正当化されず、そ
れとともに、最終的に規範に違反したことが客観的違法性の領域において認められた場合である。今日の客観的
帰属論は、この第二の帰属段階を放棄し、中途半端でとどまっている¹⁵。規範違反の検討が、一部は構成要件にお
いて、一部は違法性において初めて行われる場合、今日支配的な見解とは対照的に、客観的帰属の調整は構成要
件に限定されない。これに対して、違法性において初めて、あらゆる客観的帰属を検討することは、論理的には
可能であるが、構成要件と違法性の区別を放棄することとなり、相応した統一的な規範違反の検討と同様に、合
目的的ではない¹⁶。

このような前提に立って、クレーンはず、仮定的同意に客観的帰属論の適用を試みる。仮定的同意とは、医
師が患者に対し、十分な説明をすることなく治療を行ったが、もし、十分に説明をした場合でも、患者はその治

療に同意したであろう場合のことである。この仮定的同意は、構成要件論において承認された帰属の阻却を明確化することにより解決可能であり、とりわけ、説明したとしても承諾したであろうという場合であるため、義務違反連関が欠落するとされる⁽¹⁷⁾。ただ、侵害された説明義務の保護領域に包括されない危険が現実化した場合には、発生した結果は許されない危険な態度により侵害された規範の保護領域の外側にあるとされ、危険連関が欠落するとされるのである⁽¹⁸⁾。なお、正当化事由として取扱われる承諾は、構成要件論における客観的帰属の基準と、構造上類推されて取扱われることとなる。

さらに、クルレンはこのような構想を承諾にも及ぼす。承諾が存在している場合でも結果が発生した場合（義務違反連関の否定）、あるいは承諾が存在していない場合であっても、結果において特有の危険が現実化していない場合（危険連関の否定）、仮に構成要件を充足する行為が有効な承諾によって正当化されないとしても、既遂の客観的不法は欠落する。単に承諾が、帰属に関連する要件を欠如しており、構成要件の結果がこの欠如に客観的に帰属可能に基づく場合であっても⁽¹⁹⁾、それにしたがって、客観的帰属の阻却は、例外的に介入の適法性へと導くのではなく、反対にその違法性を前提とするのである⁽²⁰⁾。なぜなら、そもそも結果の客観的帰属可能性についての問題は、違法な行為へと向けられるからである⁽²¹⁾。そのような欠如ゆえに承諾が無効である場合、義務違反連関や危険連関が欠落し、既遂犯の成立が否定される⁽²¹⁾。承諾を与える者が、その承諾の意義や射程についての情報を欠如していることにより承諾は否定されることになるが、このことは客観的帰属の道理に合致する⁽²²⁾。構成要件論において承認された客観的帰属は、正当化事由にあっても重要である⁽²³⁾。推定的承諾や現実の承諾に関しても、仮定的同意と同様に、結果を違法な行為へ客観的に帰属することが、原則的に否定される。侵害された説明義務の保護領域の外側に存在する結果において、是認されない危険とは異なる危険が現実化した場合、承諾の欠如に

ついで客観的帰属を否定することは、正当化的に作用する承諾が考えられるあらゆる結果犯において考慮される。⁽²⁴⁾

構成要件的に前提とされた結果を構成要件に該当する態度に帰属することは、客観的構成要件の範疇で検討される。結果犯の構成要件を検討する場合、客観的帰属は、法的に是認されない危険の創出に引き続いて検討され、主観的構成要件の前段階で検討される。帰属が否定される場合、既遂犯の客観的構成要件は充足されない。⁽²⁵⁾ 態度が客観的に正当化されないと認められた場合、違法性評価の領域における客観的帰属が検討される。客観的に正当化されるのは、正当化事由の客観的要件を充足する態度であり、このような場合、客観的帰属を問題とすることなく、既遂の客観的不法が欠落する。行為が客観的に正当化されない場合であっても、既遂犯の不法は、結果を態度へ客観的に帰属することを否定することによってなお、阻却されることになる。⁽²⁶⁾

そこで正当化事由における客観的帰属である。構成要件において帰属が肯定され、正当化事由の客観的要件を充足せず、正当化されない行為であっても、客観的帰属が否定されることがありうる。構成要件論におけるように、ここでも構成要件の結果の帰属が問題となり、客観的帰属の基準（義務違反連関と危険連関）もまた、結果犯の構成要件における客観的帰属の場合と同様である。これに対して、特有の、法的に是認されないとの意味において構成要件に該当する行為の代わりに、構成要件に該当し、定められた正当化事由により客観的に正当化されない行為が用いられる。むしろ、正当化の要件を単に欠落したことにより客観的な正当化事由の充足が阻却される場合にのみ、客観的帰属の基準は適用される。構成要件の結果は、客観的に帰属可能に正当化の欠如に基づかなければならない。構成要件該当性に関しては、構成要件の結果を法的に是認されない態度へ客観的に帰属することが検討される一方で、正当化事由にあつては、正当化事由により正当化されないという消極的な公式が用

いられるため、正当化構成要件が充足されないことへ導きうる、多くの事情の下で、帰属に重要な、単なる正当化の欠如を際立たせる追加の問題が提起されることになる。⁽²⁷⁾

もちろん、客観的帰属の段階に正当化の検討を拡大することは、構造を確実に複雑化すること、並びに既遂結果犯に際しての違法性の検討を複雑化することへと導く。しかし、この複雑化は、構成要件の相応した拡大や既遂結果犯の検討と構造上完全に一致しており、それゆえ、この点を構成要件論に対する差引としての充実化と評価する者には、驚くべきものではない。⁽²⁸⁾ 正当化が否定されることにより結果を帰属することを阻却するために、責任が否定されることについては、客観的な所為不法の阻却が問題となる。帰属が否定される場合に、既遂の所為不法が阻却されるにすぎない。不法阻却の検討は、そのつどの正当化事由の客観的要件の検討に引き続いて行われ、これが充足される場合、所為は（事前的観点による評価から）正当化される。この前提が充足されない場合のみ、事後的に評価されるべき（結果が正当化の欠如に客観的に帰属可能に基づくかという）問題が付加される。⁽²⁹⁾

なお、クレーン⁽³⁰⁾は客観的帰属論を全ての正当化事由に及ぼすことを企図している。客観的帰属論に対する課題は、正当化が否定される場合に、帰属に関連しない深刻な正当化の欠如と、帰属に関連する単純な正当化の欠如との区別である。前者については、正当化の欠如と結果との間に必要な義務違反連関と危険連関が存在するかが問題となり、後者については、構成要件の結果が、正当化の欠如に客観的に帰属可能に基づくものが問題となる。⁽³⁰⁾

2. クレッチュマールの立場

クレッチュマールは、近年、正当化事由についても、客観的帰属のトポスとして考察することが可能であると、包括的な根拠づけを試みている⁽³¹⁾。

客観的帰属においては、構成要件の結果の帰属が問題となる。ここでは社会的に害のある結果が、関与者に「そのしわざ」として帰属されうるかが問題である。正当化にあつても、誰が正当化される行為の結果を負わなければならぬかという問題であるため、客観的帰属論と正当化は、答責領域の分配の思考において類似する⁽³²⁾。

客観的帰属にあつては、結果の惹起が客観的な刑罰構成要件の実現としてみなされるか否かが問題となる。客観的構成要件においては、規範の名宛人に対する刑法的な規範の命令を限定する。一般的な生活危険と区別するために、創出された危険は、一般的に許されない、もしくは適性をもつたもの (qualifiziert) でなければならぬ。例えば、正当防衛において、攻撃者を侵害した人は、この理解において、構成要件的行為としており、侵害結果は、防衛する行為者に客観的に帰属される。その態度は、一般的に許されない危険と評価されることになる。一般的に許されない危険は、具体的事例において、正当化状況に基づいて許容されるため、客観的帰属と正当化、すなわち一般的に許されない危険と具体的な許容は、解釈上区別される⁽³³⁾。例えば、一般的な規範の命令に違反することは、個別の事例において、正当防衛により許容される。それゆえ、正当化事由の要件は、客観的帰属の構造の下で包摂される⁽³⁴⁾。

クレッチュマールはとりわけ、正当防衛に関連して、正当化事由と客観的帰属の問題を論じている。客観的帰属において、行為者は被害者に対して、許容されないものではない、法的に重要でない危険を創出した。被害者が自己答責的に危険に身をさらした場合、その背後に自由な自律性があり、答責領域の線引きが問題となる。被害

者は、意識的で意欲的な自己危殆化それ自体に対して答責的であるが、防衛行為は、もっぱら意識的で自己答責的な自己危殆化への関与である。⁽³⁵⁾ それゆえ、他人の法益へ攻撃を加えることにより危険に陥った者は、この危険が現実化した場合、責任を負う。防衛者は防衛行為を強制されており、全く自由に答責的に行為していない。なぜなら、防衛者は、強制的な攻撃の状況に陥っているためである。しかし、攻撃者は、あらゆる攻撃の結果とそれに対する防衛の結果に責任を負うのではない。⁽³⁶⁾ 攻撃者が、どの時点で防衛行為の帰結に対して自己答責的と評価されるか、どこから防衛者が防衛行為の構成要件の結果に責任を負わなければならないかの境界を引くことが必要である。このことは、刑法的な答責領域をどのように分配するかを意味することになるが、自己答責性原理により、客観的帰属をもとにして行為者と被害者、もしくは攻撃者と防衛者の間の答責領域が区分される。⁽³⁷⁾ 他人に身体的な攻撃を加える者は、相当な防衛を予想しなければならぬ。⁽³⁸⁾ このことは、自己危殆化に身をさらすことを意味する。攻撃者は、攻撃の防衛に適した防衛行為を考慮しなければならない。攻撃者の認識をこえる場合、防衛者の答責領域が認められる。侵害が著しく不均衡である場合には、防衛者の側に答責性が認められることになる。⁽³⁹⁾

このようなクレッチュマーの構想は、正当防衛を自己危殆化の事例と同視するものであると評価することができる。これに対し、被攻撃者の防衛行為は、場合によっては正当化されるにすぎない他者危殆化行為ではないかとの異議が提起される。このような批判に対し、判例において他者危殆化との区別に際して採られている所為支配の基準それ自体は、区別にとって適切ではないと反論する。⁽⁴⁰⁾ 正犯者（行為者）としての攻撃者は、同時に防衛行為の被害者でもある。防衛者が共同して所為支配を有しているにもかかわらず、攻撃者は事象を掌中におさめている。⁽⁴¹⁾ 自己答責的な自己危殆化と合意に基づく他者危殆化は、構成要件の結果の客観的帰属の問題である。両

事例において、自己答責的に危険に陥り、自己答責的に他人による危険に身をさらしている場合、被害者は危険や侵害に対する答責性を有している。⁽⁴²⁾ 自己答責性にとって、被害者が自身で危険を創出したか、他者が危険を設定したかは顧慮されない。危険にさらされる人と、危険にさらす人は、危険を同程度に見通していなければならぬ。この場合、合意に基づく他者危殆化と自己答責的な自己危殆化は、同等であると評価される。⁽⁴³⁾ 自由な自律性は、その危険が生命に対する危険であるとしても、他人にその危険に陥ることを許容する。正当防衛により対応することが可能な攻撃により引き起こされた防衛行為と、攻撃者であり被害者に際して引き起こされた法益侵害は、被攻撃者であり行為者の答責性の外側にある。なぜなら、攻撃者は、自律的に防衛の危険に身をさらしているからである。⁽⁴⁴⁾ 攻撃や危険を惹起したことによる自己答責的な自己危殆化が、相当な対抗行為に関連づけられるため、攻撃者や危険の惹起者は、その態度により共同してその程度を決定することとなる。反応者や防衛者、危険に反対行動をとる者が、必要性の程度や法益に適合した程度をこえた場合、彼（彼女）に他者への侵害行為に対する答責性が付与される。この他者答責性は、再度、対抗行為を許容し、発生した結果は対抗者に帰属されないことになる。⁽⁴⁵⁾

上述の論理は、緊急避難や承諾に対しても妥当する。緊急避難に関して、自己答責性原理は、危険の惹起者それ自身に向けられた緊急避難行為の状況を包摂する。⁽⁴⁶⁾ これに対し、無関係の第三者に対する法益侵害は、自己答責性原理により正当化されず、利益衡量で解決される。承諾に関しても、法益主体の合意を伴った、自己や他者を危殆化する行為、他者を侵害する行為を行う場合、法益の侵害は存在しない。⁽⁴⁷⁾ むしろ、自由な自律性の表現である。同意や承諾も同様に、合意として構成要件を阻却する作用を有するが、その根拠は自己答責性原理である。法益の主体が自由な処分権限を、自己を侵害する行為において表出させた場合、他者を侵害する行為は、その合

意と規範的に同等に取扱われる⁽⁴⁸⁾。

正当防衛の範囲で行為する者は、違法に行為するのではないとされるが、ここで示された解決方法に従うと、構成要件のな身体傷害結果は、防衛行為者に客観的に帰属可能でないとされる⁽⁴⁹⁾。この解決方法は、錯誤の問題に關して有利に作用する。まず、錯誤の場合、すなわち、主観的正当化要素が欠けている場合（正当化の状況になり、このことを認識して行為している場合）には、正当防衛の行為者や緊急避難の行為者が、正当化の結果に対して答責的ではないので、法益侵害に対する、攻撃者や危険の惹起者の自己答責性は認められないこととなり、未遂となる⁽⁵⁰⁾。行為者が誤って攻撃や危険、承諾の存在を前提とした場合、すなわち、正当化状況が現実には存在しなかった場合、許容構成要件の錯誤となる⁽⁵¹⁾。

最後に、客観的帰属と正当化事由という評価段階において表出する自己答責性原理、許された危険、構成要件や規範の保護目的は、今日まで認められた構成要件と違法性のあらゆる多様性に際して、解釈上、正当化事由を客観的帰属のトポスとして現れる近接性と類似性を表しているとまとめられる⁽⁵²⁾。

3. 検討

客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みは、ドイツにおいて徐々に支持を得ている。当初は、仮定的同意や警告のための発砲をなさずに行った正当防衛といった限定された事例において議論されてきたが、緊急避難などにも及ぶ、正当化事由全体を包括するシステムへと拡大する傾向にあるといえる。義務違反連関や危険連関、自己答責性原理といった客観的帰属論の判断枠組みや基本思想が、正当化事由の客観的帰属を考察する際にも影響を与えることになる。

クレーレンの立場は、まずもって推定的承諾や仮定的同意を念頭に、正当化事由への客観的帰属論の適用を試みたものであった。正当化的作用を有する承諾に関しては、現在ドイツにおいて、構成要件該当性を阻却する作用を有する同意と区別することが認められ、多くの犯罪類型がこの同意へと包括されるようになってきており、承諾論へ客観的帰属論を適用するという立場を採っても、大きな混乱は生じないであろう。法益主体の自己決定権を尊重するとの観点からも、承諾を与えた者が、その内容や射程を正確に把握している場合には、客観的帰属を否定するとの考え方も成り立ちうると思われる。

問題は、ここで展開された義務違反連関と危険連関により考察する立場を、他の正当化事由にも適用することが可能であるか否かである。まず、基本的に、この義務違反行為が存在しなくても結果が発生したのが問題となる場合と、義務違反に特有の危険が結果において現実化したのが問題となる場合は、明確に区別することができる、と言いたい。この義務違反連関は、危険増加理論と密接な関連性を有し、危険連関は、規範の保護目的理論と関連するが、両連関は、相互に重なり合う部分が多いであろう。重複する部分が多いということは、いずれかの連関、とりわけ危険連関へ集約した方が、合理的であるようにも思われる。その上で、この両連関を使用する解決方法が、全ての正当化事由に展開されるのかについても、疑念が生じる。承諾、とりわけ仮定的同意の場合には、説明義務やその義務に違反した場合に生じた危険を観念することは容易であるが、緊急避難や正当防衛といった正当化事由全般にこの思考方法が適用可能であるのか、想像することが難しい。正当防衛や緊急避難においては、義務として侵害回避義務や退避義務を構想するのだろうか。正当防衛と緊急避難では、法的性格が異なるため、義務や危険の程度も相違することになり、統一的な基準を呈示することはできないと思われる。

なお、クレーンは、不法の段階に至るまで、三回の客観的要件の検討場面を展開する。敷衍すると、構成要件段階で客観的な結果の帰属が問題とされ、帰属が肯定されると正当化事由の客観的要件を充足するかが問われる。それが肯定される場合には違法性が阻却される。仮に、正当化事由を充足しない場合であっても、客観的に帰属されるかが問題とされ、帰属が否定される場合には、不法が阻却される。しかし、このような判断方法は、煩瑣ではないだろうか。正当化事由の段階で、判断を二つに分割する必要があるのか。そして、正当化事由が存在しない場合であっても、客観的帰属が否定される場合が存在するのか、それは正当化事由の要件で検討することはできないのか、疑問が残る。

クレッチユマーの立場については、正当防衛を念頭に正当化事由全体へ客観的帰属論の転用を論じている。攻撃者と防衛者の答責領域を、自己答責性原理を基礎に根拠づけることを試みた点は特筆に値する。自律性という観点から、正当防衛を自己答責的な自己危殆化と同視するものと評価できる。そして、他者危殆化行為と自己危殆化行為を同視する際に用いられる基準も、危険を同程度に見通していたかという客観的帰属論が用いるものと同様であり、正当化事由についても、自己危殆化と評価される場合には、客観的帰属論の基準を適用しようと試みているものと思われる。その効果としても、構成要件的な結果は、客観的に帰属可能でないとの記述がみられることから、構成要件を阻却することに向けられているものと考えられる。これは、正当防衛などの正当化事由も、構成要件で考察することを主張することになるであろうか。客観的帰属の問題として構成要件で考察する可能性も考えられるが、体系的に首尾一貫したものであるのか疑問を禁じえない。とりわけ、三段階犯罪論体系を採る場合に、構成要件と違法性は明確に区別されるため、違法性段階で評価されるべき正当化事由を、構成要件段階で考察することが可能であるのか、疑念が残る。構成要件が規範的要素を含んでいるとはいえ、構成要件

は、行為の類型ないしは枠であり、構成要件において、必要性の程度や法益に適合した程度を検討することが可能であるとはいえないと思われる。違法性は、具体的状況に応じて判断される要素であるため、必要性や法益に適合した程度というのは、違法性において問題とされるのが、適切であると考ええる。

この点に関して、クレーンは、構成要件段階で問題になる客観的帰属の場合には、構成要件を阻却し、正当化事由の客観的帰属の場合には、不法を阻却するとする。ロクシンも、構成要件と違法性は、一緒にはじめて不法を構成するため、正当化事由においては、不法を否定するという結論に至るものと考えられる。客観的帰属論は、包括的な帰属システムへと拡充するとしているため、客観的な側面が問題となる場合には、客観的帰属論により解決を図ることを企図し、構成要件段階で問題になる客観的帰属論は、構成要件を阻却し、正当化事由の場面では、違法性を阻却することになるが、両者は不法を構成するため、それぞれの要件の欠落は、結局のところ、不法を阻却するという立場が採られることになるのだろう。果たしてこのような構成は、三段階犯罪論体系に合致するののか。他の論者の見解と併せて検討することとする。

三、客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みと犯罪論体系

1. ヘーフェンデールの立場

ヘーフェンデールは、客観的帰属論を正当化事由に適用する試みと犯罪論体系の問題について、近年注目すべき論稿を発表した。⁵³⁾ヘーフェンデールによると、現在主張されている客観的帰属は、ロクシンによる刑事政策的―機能主義的刑法体系の産物である。これにより刻み込まれた不法の構想は、補充的な法益保護としての刑法の

任務に基づくものである。因果性と目的性は優勢ではなくなり、法秩序は、刑法的に保護された法益に対して、許されない危険を創出することを禁止し、そのような危険が法益を侵害する結果において現実化したことを、構成要件に該当する行為として行為者に帰属することに照準を合わせている。このような背景から、客観的帰属論が正当化事由に転用されることは、一見すると首尾一貫したことと思われる。なぜなら、構成要件と違法性は、一緒にはじめて不法を構成するからである⁽⁵⁴⁾。少なくともこの根拠により認められた客観的帰属論の拡大は、とりわけ次のような問題を提起した。すなわち、正当化事由を検討するにあたり、もっぱら正当化行為に照準を合わせてきたというこれまで全く争われてこなかった原則と、どのように適合するかという問題である⁽⁵⁵⁾。結果犯の構成要件にあつては、不法構成要件を詳細に記述するために、客観的帰属の基準が不可欠のものである一方で、行為と結果の關係は、正当化事由にあつては、必ずしも役割を演じるものではないからである⁽⁵⁶⁾。このことは、行為を帰属するという考え方が、正当化事由では考慮されていなかったことを意味する。

これに対して、客観的帰属論の転用可能性を主張する論者は、既遂の可罰性を否定するが、未遂処罰を肯定する場合、三段階犯罪論体系の観点からみると、帰結については納得がいくものの、解釈上厳密に根拠づけられているわけではないとされる⁽⁵⁷⁾。構成要件を阻却する行為と正当化された行為との間に存在する、広く認められた相違は、法益保護に向けられた刑法において、価値を有するものではない。なぜなら、両行為とも社会的侵害性が欠落するからである。構成要件該当性と違法性の欠落は、それゆえ、ただ「刑法に特有の不法」という評価段階において實際上独立しているにすぎない。目的合理的な刑法体系が、不法構成要件に対し正当化状況に左右されない独自の法的な意味を与えるとしたら、それは全く当を得ないものである⁽⁵⁸⁾。

そこで、ヘーフェンデルは、消極的構成要件要素の理論を持ち出す。消極的構成要件要素の理論において、

正当化事由の欠如は、構成要件の行為の構成要素であり、二段階犯罪論体系を採ることになる。⁽⁵⁹⁾ここでは、正当化されない行為が、構成要件の結果において現実化する、法的に重要な危険を創出しなければならない。しかし、正当化された行為は、再度規範的に重要な危険を理由として阻却される。なぜなら、その行為は許された危険であるため、正当化の否定は、構成的な構成要件要素となる。⁽⁶⁰⁾それゆえ、三段階犯罪論体系に従う場合、客観的帰属の持ち場はなく、故意既遂犯の処罰が残るだけである。これに対して、二段階犯罪論体系に従う場合、客観的帰属による補充は可能であり、未遂処罰に至ることになる。⁽⁶¹⁾

ヘーフェンデルによると、正当化事由へ客観的帰属論を転用する論者が正当化事由を欠如する場合に、未遂処罰を肯定するのは、三段階犯罪論体系に立つと矛盾するという。確かに、三段階犯罪論体系に立つと、正当化事由が否定される場合、構成要件該当性はすでに認められているので、違法性は阻却されず、既遂処罰のみが認められることになる。これに対して、二段階犯罪論体系は、正当化事由が欠落する場合であっても、故意などの他の構成要件要素や違法要素を否定することにより、既遂の違法性を阻却し、未遂処罰を認めることが可能となるのである。ただ、そのために消極的構成要件要素の理論を採るべきであるのかは不透明であり、ヘーフェンデル自身、錯誤論の解決に資するという理由づけにとどまっている。⁽⁶²⁾必ずしも消極的構成要件要素の理論へ導かれることはないのではないかとも思われるが、前提となっている三段階犯罪論体系に疑問を呈している点は、注目すべきであろう。

2. 山口厚教授の立場

山口厚教授は、ドイツにおいて客観的帰属論が正当化事由に適用されていることに関して、日本における適用

可能性と体系的地位について論じている。

山口教授によると、客観的帰属として問題になるのは、実行行為の危険性が構成要件的结果へと現実化した場合である。これは、行為者に課された法的義務の違反に構成要件的结果の発生が基づいていることが前提とされている。⁽⁶³⁾この要件は、故意犯、過失犯、作為犯、不作为犯全てに一般的に要求されるべきであるとされる。

違法性阻却事由が存在しないため、行為の違法性が阻却されない場合であっても、構成要件的结果発生は、違法性阻却事由が存在しないという事情に基づく必要がある、これが否定されるときには、行為者の行為へ結果は帰属されないことになる。このような理論について、このような論理自体は十分に可能であり、論理が不当であるとか、客観的帰属論は構成要件段階に限られたものだというわけでは必ずしもないとされた上で、ただ、通常の場合は、實際上意味があるわけではないとされる。⁽⁶⁴⁾

このような前提に立った上で、違法性阻却事由に客観的帰属論を適用することにより生じうる体系的地位の問題について、次のように述べている。⁽⁶⁵⁾構成要件的结果の実行行為への客観的帰属は、実行行為の危険性が構成要件的结果へと現実化したことに加え、構成要件的结果が行為者に課せられた法的義務の違反に基づくことを要件とする。このうち、実行行為の危険性が構成要件的结果へ現実化したというのは、構成要件段階でのみ問題となるとしても、行為者に課せられた法的な義務の違反に基づくということは、違法性阻却の段階でも問題とすることが可能である。なぜなら、構成要件の段階で、行為者に認められた義務違反が、違法性阻却事由のために否定されることが考えられるからである。その意味で、行為者の義務違反は、違法性阻却事由の段階を経て確定することになり、そのようにして確定された義務違反に構成要件的结果発生が基づくかを問題とすることができることになる。構成要件の重要な意義は、処罰を基礎づける類型的違法性をその枠によって限定する点にあり、枠の

外にある諸事情を援用して、構成要件該当性によって認められた違法性の阻却を専ら問題とする違法性の段階と一体化し、両者を同一視することはできないという点において、構成要件該当性と違法性には重要な違いがあるが、このような違いは上記の判断や理解までも否定するものではない。

構成要件段階における客観的帰属は、行為者の実行行為に代え、行為者に課せられた義務に適合した行為を仮定することにより判断される。すなわち、行為者に課せられた義務に適合した行為を仮定した場合には、当該結果が回避できたというとき、構成要件の結果の実行行為への客観的帰属は肯定される。⁽⁶⁶⁾ 違法性阻却事由にも同様の理解があてはまり、行為者の実行行為に代えて、行為者に課せられた法的義務になつた行為が仮定されなければならぬ。しかし、このように考えることから新たに、結果の帰属を否定するという結論が導かれるわけでないため、客観的帰属論を違法性阻却事由へ適用することに対しては、實際上意味がないとされるのである。⁽⁶⁷⁾

このような山口教授の客観的帰属論や正当化事由への適用可能性について、三段階犯罪論体系で問題とすることが可能であるのか、疑念が生じる。そこで、山口教授の犯罪体系論や構成要件論を参照する。山口教授によると、犯罪は、処罰に値する当罰的な行為であり、構成要件は、法律により定められた当罰的行為の類型であるため、違法推定機能を持つことになる。⁽⁶⁸⁾ 構成要件該当行為は原則として違法であるため、構成要件該当性が認められた場合、当該犯罪の違法性の実質をなす結果の惹起はすでに肯定されている。それゆえ、そのような結果の惹起を中性化する特別の理由がない限り、違法とされることは当然であり、違法性段階では、もっぱら違法性阻却が検討の対象となる。⁽⁶⁹⁾ ここでは、構成要件と違法性は、原則と例外という関係に立つことになる。

山口教授は、正当化事由に客観的帰属論を適用することに、必ずしも否定的ではないものの、実際には意味がないとして退けられている。山口教授の義務違反は、違法性阻却の段階を経て確定することになるため、構成要

件において客観的帰属が肯定できないのではないかとの疑念が生じる。違法性阻却事由を経て確定するということになる、構成要件段階では、客観的帰属は仮定的に認められているだけで、違法性段階で最終的に確定することになるのだろうか。山口教授は、構成要件と違法性を原則と例外の関係と捉えているため、構成要件で客観的帰属が認められると、違法性阻却事由がない限り違法性は阻却されない。違法性阻却事由はあくまで例外であるため、構成要件段階で肯定される帰属は、ほぼ確定されたものと考えられることになる。しかし、このような構想は、三段階犯罪論体系と相いれるものであるか、疑念が生じる。行為者の行為が義務に違反したのかを問う場合、それは、違法性判断を帶有していることにはしないだろうか。山口教授は、構成要件と違法性を原則と例外と捉えているため、構成要件に該当することは違法性を積極的に根拠づけることになり、義務違反という要素を導入することも可能であるのかもしれないが、このような構想は、すでに構成要件の違法推定機能をこえているように思われる。

3. 杉本一敏教授の立場

規範論的観点からアプローチするのは、杉本一敏教授の立場である。杉本教授は、現在ドイツにおいて主流であるロクシンらによる客観的帰属論を客観的結果帰属論（結果事象と狭義の行為事象という二つの出来事間の連関を問うものである）と称し、杉本教授が支持される志向的行為帰責論（問題の事象経緯全体を一つの行為統一体と把握してその内部の連関を問うものである）と区別する⁽⁷⁾。客観的結果帰属論は、行為と結果とを出来事として分離し、事前判断によって確定された行為規範によって確定されるとする。この行為規範違反は、事前的危険創出行為であり、結果惹起から分離して取扱われ、行為規範違反と結果惹起との関連性が問われることになる。

客観的に不法に対して帰属可能な形で結果へと実現したことが事後的・回顧的視点から評価される。⁽⁷⁾

その上で、このような客観的結果帰属論が構想する正当化事由への適用について、規範論的アプローチから次のように述べている。犯罪論において裁判官に呈示される正当化基準（正当化事由）は、行為者との関係では一定の行為の「許容」として現れ、禁止・命令と共働して意思決定規範として作用する。⁽⁸⁾ 意思決定規範として働く場面での行為規範は、行為時の人間に認識実現可能な行為を統制し得るにすぎない。犯罪論上の「正当化」要件も、行為時の事前的見地から判断して、行為者の行った危険創出行為が危険に陥っている他の法益を保護するという可能性や蓋然性、ほぼ確実といえる程の蓋然性をもたらすことである。それゆえ、正当化のためには、事前的見地から見て「法益侵害の客観的蓋然性を上回る法益救助の客観的蓋然性が創出された」ことで足りるとする。⁽⁹⁾ 優越的利益の実現が生じる必要はない。事前的にみて、行為価値が行為無価値を打ち消せば、敷衍すれば、行為者が「行為に内在するチャンスと危険性との比較衡量」を事前的に適切に行って行動したならば、仮に事後的に優越的利益を実現したとはいえない結果（違法結果）が発生した場合であっても、当該違法結果は帰属されないことになる。これは、事前判断的な「危険創出」を否定することによる客観的帰属の阻却に他ならない。ただ、もう一方の判断段階で、事後判断的な「危険実現」が否定されることによる客観的帰属の阻却に他ならない。ただ、結果（違法結果）の客観的帰属が阻却されるという場面も考えられると分析されている。⁽¹⁰⁾

杉本教授は、この客観的結果帰属論を支持されていないので、杉本教授の立場への検討や批判にはあたらないが、この分析は重要である。客観的結果帰属論に対して、危険創出行為と結果の惹起を分離して構成すること、事前的な観点から規範が確定され、事後的に結果の帰属可能性を問うことが導かれる。正当化事由への客観的帰属論の適用に関しては、構成要件において用いられる規範と、違法性段階で用いられる規範が異なることから、

構成要件段階と違法性段階において、同じ基準を適用して帰属を判断することが可能であるのか、疑問である。構成要件においては、禁止規範と命令規範が作用する。禁止規範は、「してはならない」ことを一律に定める。命令規範においても、例えば「退去せよ」という命令を一律に定めている。これに対して、違法性段階で問題となるのは許容規範であり、行為を場合によって「許す」性格をもっている。このような異なる性格をもつ規範を、同じ基準で判断することは難しいように思われる。

4. 検討

このような客観的帰属論を正当化事由へ適用する試みを犯罪論体系から検討する。前提として、客観的帰属論それ自体の性格から考察したい。客観的帰属論は、以前から、規範的価値的性格を有していると指摘され、批判の対象となつている。客観的帰属論は、危険の創出に関して、その創出された危険の性質を、法的に重要な危険⁽⁷⁵⁾構成要件的に重要な危険⁽⁷⁶⁾、法的に禁止された危険⁽⁷⁷⁾、許されない危険⁽⁷⁸⁾、法的に是認されない危険⁽⁷⁹⁾、許された危険⁽⁷⁵⁾こえる危険⁽⁸⁰⁾とするため、このような危険の性質は、構成要件において判断されるのではなく、違法性の問題であり、結果の不法の性格を決定するものであるとの指摘がされる⁽⁸¹⁾。このような「許されない」という性質は、違法性において評価されるものではないかとの疑問が生じることになる。また、マイヴァルドはこの問題に関して、客観的帰属の概念は、結果の客観的帰属を肯定することによって、行為者が結果に関して因果的に決定された効果の通過点としてではなく、主体として見られるべきであることを具体的に明確にすることで、ある人が結果に対して因果的であったとの判断を洗練する機能を持ちうるが、主体と結果のこのような関係がどのように評価されるべきか、とりわけ事象が「違法」として評価されるべきかは、後の検討段階に留保されると述べている⁽⁸²⁾。

このような批判に対して、ロクシンは次のような反論を提起している。規範的でない客観的帰属は、没価値的な構成要件への逆戻りを意味するとし、このような価値的でない構成要件的行為への帰属という主張がなされることに對して、立法者が、その構成要件において刑罰をもって禁止しようとする行為を記述している点から批判する。刑罰をもって禁止する行為は、そのつど保護された法益に対して許容できない危険な行為であるにすぎないため、危険を創出する行為者の行為の危険性は、禁止の対象であり、それとともに犯罪に典型的な態度の前提であり、違法性の事柄ではない。⁽⁸⁵⁾しかし、法的に是認されない危険を発生させたとしても、正当化的緊急避難行為の枠内において必要性を充足した場合、正当化される。それゆえ、構成要件の危険の創出の問題と違法性や正当化の問題は全く異なった段階にある。⁽⁸⁶⁾客観的帰属と、それに伴う客観的構成要件の充足を危険原理（法的に是認されない危険の創出と現実化）に依拠させた場合、構成要件と違法性は決して混同されない。⁽⁸⁷⁾刑法の任務が法益の保護にある場合、法益の保護は、刑法規範により構成要件的に保護された法益に対して、許容されない方法で行われた危険な行為を禁止することで可能である。既遂犯は、必然的にこのような是認されない危険の現実化として理解されなければならないとされる。⁽⁸⁸⁾

また、山中敬一教授は、客観的帰属論において問題とされる許されない危険という概念について、正当化事由ではなく、また正当化事由のないという意味でもなく、構成要件該当性を判断する際に、例外を留保した「原則的違法」の意味をもつような意味において「許されない」というだけであるとされ、「法的に重要な危険」といった方が誤解を回避しようとしている。⁽⁸⁹⁾

このような「許されない」という性質が、規範的要素を含んでいることは否定できない。「許されない」という要素は、もはや構成要件において問題とする範疇をこえており、違法論における検討へと歩を進めることにな

るものと思われる。そして、現在三段階犯罪論体系から、構成要件と違法性の関係を原則と例外の関係と捉え、構成要件に違法推定機能を付与する立場が主流であるが、構成要件に該当する行為が原則的に違法ということであれば、それはすでに違法性判断を構成要件段階で行っていることになるのではないだろうか。違法性段階では、例外的に違法性が阻却される違法性阻却事由が問題となるにすぎないということになると、構成要件段階ですでに違法性は肯定されており、このような違法性の評価も含んだ構成要件を構想する場合、正当化事由へ客観的帰属論の思考を及ぼすことも容易であるように思われる。

しかし、このような拡張は、そもそも三段階犯罪論体系で可能であるのか。この傾向は、すでに構成要件を違法性の認識根拠とし、違法推定機能を有するという本来の三段階犯罪論体系にとどまるものではないように思われる。違法推定機能の場合、違法性は構成要件においてあくまで推定されるにすぎず、違法性段階で違法性阻却事由の不存在をもって確定されるにすぎないはずである。このことは、とりわけ、ドイツで近年主張されている正当化事由を自己危殆化と同視し、構成要件が阻却されるという構想においては、より困難に逢着するようにも思われる。自己危殆化と同視するという点になると、構成要件段階で正当化事由の帰属を検討する、あるいは、帰属が否定された場合に、構成要件へ考察が遡ることを意味する。後者の場合の体系論上の問題は明白であるが、前者の場合には、構成要件において違法性の判断を行うことを前提としているのである。このような構想において、構成要件は違法推定機能を有するにとどまるというのは、疑問である。二段階犯罪論体系、すなわち、構成要件を違法性の実在根拠であると構成することが必要であるのではないだろうか。

このような矛盾を回避するために、ドイツにおいては構成要件と違法性を包括する不法という上位概念を導入している。これにより、不法的価値を帯有した構成要件や違法性が観念され、消極的構成要件要素の理論を採ら

なくとも、構成要件と違法性を分離したままの体系を保つことができる。そして、違法性阻却事由が存在しない場合でも、帰属が否定される場合を構想し、効果としても、違法性ではなく、不法という別の段階を否定することができる。ただ、構成要件を阻却する場合も、正当化事由が認められ違法性が阻却される場合も、正当化事由における帰属の阻却も、結局のところ、不法を阻却するという同じ結論が導かれることになるだろう。

このような正当化事由の帰属を構想する立場は、過剰防衛や錯誤論への拡張をも射程に入れていると評価することが可能ではないだろうか。なぜなら、正当化事由の錯誤に関して、正当化事由が存在しないにもかかわらず、存在すると誤信した場合、違法性は阻却されないが、責任段階での検討に至る前に、もう一段階判断の余地が残される。行為者が行った行為が、危険を増加させたか、あるいは発生させた危険が規範の保護範囲にあるかによって帰属を判断することにより、客観的側面から限定することが可能となる。現在、客観的帰属論を支持する論者の多くは、因果経過の錯誤を錯誤論の問題ではなく、客観的帰属の問題と主張しており、過剰防衛や錯誤論に関して、危険性の問題として解決することを最終的に目論むものであるのか、検討の余地があるだろう。

四 おわりに

正当化事由へ客観的帰属論を適用する構想は、新しい問題であり、主張されるようになって日も浅い。客観的帰属論へ支持が拡大するに伴い、客観的帰属論により解決することが期待される領域も拡大する傾向にあり、客観的帰属論が包摂することを試みている問題として有力に主張される合意に基づく他者危殆化の問題などと同様、さらなる議論の深化が必要であろう。しかし、これまで正当化事由において議論されてきた問題を包括的に解決

することができるとは言い難い。

体系論との関係では、客観的帰属論の支持により、構成要件に規範的要素や価値的要素を導入することへの抵抗が和らぎつつある。正当化事由へ客観的帰属論を適用する試みは、この傾向をより鮮明にするだろう。正当化事由を自己危殆化と同視する立場、それにより構成要件を阻却する構想が主張されている。しかし、このような傾向は、三段階犯罪論体系で説明することが可能なのであろうか。構成要件と違法性を原則と例外と解する立場や、さらに進めて正当化事由を構成要件の帰属の問題とする立場は、体系論上の誤謬を犯しているように思われる。客観的帰属論を正当化事由へ適用する構想が今後どのように展開していくのかに関しては注視していく必要がある、それと併せて今後の検討課題としたい。

注

- (1) 代表的な論稿として、Puppe, Ingeborg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und deren Folgen, JZ, 1989, S. 728ff.; Kuhlen, Lothar, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 331ff.; ders., Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung: Festschrift für Heinz Müller-Dienz, 2001, S. 432ff.; Dreher, Mathis, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003.; Jäger, Christian, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006.; Kretschmer, Joachim, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, NSStZ, 2012, S. 177ff.; Hefendehl, Roland, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen: Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 468ff.

- (2) これに対し、このような試みは、構成要件段階と同様に所為の不法に言及するが、違法性は構成要件が肯定される場合に例外的に阻却されるにすぎない。それゆえ、客観的帰属の一般的な拡大は、ただちに相いれるものではないと

の否定的評価も見られる (Eisele/Jirge; Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.), Strafrechtbuch: Kommentar, 29. Aufl., 2014, S.174, Rn.90.)。

- (3) ロクシンの客観的帰属論は、以下のようにまとめられる。行為者の態度が、その行為の客体に対し、許された危険によって包摂されない危険を創出し、その危険が具体的な結果において現実化した場合、行為者によって惹起された結果は、客観的構成要件に帰属される (Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1, 4. Aufl., 2006, S.372, Rn.47.)。ロクシンの客観的帰属論は、許されない危険の創出、創出された危険の結果における現実化、構成要件の射程という三要件を柱とする。許されない危険の創出には、危険減少、危険の創出における現実化、構成要件の射程という三要件を柱とする。許されない危険の創出には、危険減少、危険の創出における現実化には、危険の実現の欠落、許されない危険の実現の欠落、規範の保護目的によって包摂されない結果の帰属の阻却、合法的代替的態度が含まれる。構成要件の射程には、故意の自己危殆化への協力、合意に基づく他者危殆化、他人の答責領域、ショック傷害や後発侵害がその範疇に包含される。

- (4) Roxin, Claus, *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland*, GA, 2011, S.683.
- (5) Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1, 4. Aufl., 2006, S.648, Rn.115.
- (6) C.Roxin, aa.O. (Fn.4), S.682.
- (7) C.Roxin, aa.O. (Fn.5), S.648, Rn.115.
- (8) C.Roxin, aa.O. (Fn.5), S.648, Rn.115.
- (9) C.Roxin, aa.O. (Fn.4), S.684.
- (10) Kuhlen, Lothar, *Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung*: Festschrift für Heinz Müller-Dienz, 2001, S.432ff.
- (11) Kuhlen, Lothar, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S.331.
- (12) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.332.
- (13) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.432.
- (14) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.433.

- (15) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.332.
- (16) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.332, Fn.6.
- (17) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.337.
- (18) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.337.
- (19) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.434.
- (20) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.439.
- (21) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.439.
- (22) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.440.
- (23) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.450.
- (24) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.451.
- (25) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.338.
- (26) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.338.
- (27) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.339.
- (28) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.346.
- (29) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.11), S.346.
- (30) L. Kuhlen, aa.O. (Fn.10), S.434.
- (31) Kretschmer, Joachim, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, NSZ, 2012, S.177ff.
- (32) J.Kretschmer, aa.O., S.177.
- (33) J.Kretschmer, aa.O., S.177.
- (34) J.Kretschmer, aa.O., S.178.
- (35) J.Kretschmer, aa.O., S.178.
- (36) J.Kretschmer, aa.O., S.178.
- (37) J.Kretschmer, aa.O., S.179.

- (38) J. Kretschmer, aa.O., S.178.
- (39) J. Kretschmer, aa.O., S.179.
- (40) J. Kretschmer, aa.O., S.180.
- (41) J. Kretschmer, aa.O., S.180.
- (42) J. Kretschmer, aa.O., S.180.
- (43) J. Kretschmer, aa.O., S.180.
- (44) J. Kretschmer, aa.O., S.180.
- (45) J. Kretschmer, aa.O., S.183.
- (46) J. Kretschmer, aa.O., S.181.
- (47) J. Kretschmer, aa.O., S.181.
- (48) J. Kretschmer, aa.O., S.181.
- (49) J. Kretschmer, aa.O., S.183.
- (50) J. Kretschmer, aa.O., S.183.
- (51) J. Kretschmer, aa.O., S.183.
- (52) J. Kretschmer, aa.O., S.184.
- (53) Hefendehl, Roland, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen : Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S.468ff.
- (54) R. Hefendehl, aa.O., S.468.
- (55) R. Hefendehl, aa.O., S.469.
- (56) R. Hefendehl, aa.O., S.469.
- (57) R. Hefendehl, aa.O., S.472.
- (58) R. Hefendehl, aa.O., S.473.
- (59) R. Hefendehl, aa.O., S.474.

- (60) R. Heffendehl, a.a.O., S.474.
- (61) R. Heffendehl, a.a.O., S.475.
- (62) R. Heffendehl, a.a.O., S.474.
- (63) 山口厚「客観的帰属と違法性阻却」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一〇）七五頁。
- (64) 山口厚・前掲論文（注63）・八一頁。
- (65) 以下の記述は、山口厚・前掲論文（注63）・八一頁参照。
- (66) 山口厚・前掲論文（注63）・八一頁。
- (67) 山口厚・前掲論文（注63）・八一頁。
- (68) 山口厚『刑法総論〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇七）三二頁以下。
- (69) 山口厚・前掲書（注68）・一〇三頁。
- (70) 杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（上）」『比較法学三七卷二号（二〇〇四）一六七頁。
- (71) 杉本一敏・前掲論文（注70）・一六八頁。
- (72) 杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（下）」『比較法学三八卷二号（二〇〇五）一〇四頁。
- (73) 杉本一敏・前掲論文（注72）・一〇四頁。
- (74) 杉本一敏・前掲論文（注72）・一〇四頁。
- (75) J. Eisele, a.a.O., S.176, Rn. 93; Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 41. Aufl., 2011, S.65, Rn.179.
- (76) Haft, Fritjof, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 2004, S.55.
- (77) Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S.287.
- (78) Roxin, Claus, *Bemerkungen zum Regreßverbot : Festschrift für Herbert Tröndle*, 1989, S.185.; ders., a.a.O. (Fn.5), S.172, Rn.47.
- (79) Rudolph, Hans-Joachim, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5 und 6 neubearbeitete Aufl.*, 1993, S.51, Rn.54.; Samson, Erich, *Wiederholungs- und Vertiefungskurs, Strafrecht 1*, 7. Aufl., 1988, S.15.

- (80) Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, S. 193, Rn. 18; Kindhäuser, Urs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, S. 89, Rn. 5.
- (81) Kühl, Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, S. 43, Rn. 43.
- (82) Maiwald, Manfred, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung : Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 477.
- (83) Roxin, Claus, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung : Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 721.
- (84) C. Roxin, a.a.O. (Fn. 83), S. 722.
- (85) C. Roxin, a.a.O. (Fn. 83), S. 723.
- (86) C. Roxin, a.a.O. (Fn. 83), S. 723.
- (87) C. Roxin, a.a.O. (Fn. 83), S. 723.
- (88) C. Roxin, a.a.O. (Fn. 83), S. 724.
- (89) 山中敬一「客観的帰属論の規範・判断構造」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂、二〇一四）一四一頁。

