

## 結果的加重犯における「直接性」要件について

山 本 光 英

### は し が き

私は山口大学経済学部にて昨年10月1日付けで着任し、誠に短い期間であったが、人情あふれる有岡繁先生には学内外のことについて誠にお世話になるとともに色々ご厚情を賜わった。私も、有岡先生のご教示に従い、精一杯精進し、微力ながら本学の発展にいささかでも寄与したいと思う。この度、有岡先生が本学を退官されることは、本学にとって、そして私にとって誠に誠に惜感に堪えないが、有岡先生の一層の御健康と御活躍を祈りつつ、拙いながら本稿を有岡先生に捧げる次第である。

### 序 論

周知のように、結果的加重犯において基本行為と加重結果との間にいかなる関係が必要とされるかとの問題は、従来から激しく議論されてきたものである。わが国においては、この点に関して、大別すれば、第1に因果関係の存在することで見解、第2に因果関係のほか加重結果の発生について行為者に過失または予見可能性があったことをも必要とする見解に分かれる。そして、さらに、第1の見解には、基本行為が加重結果のコンディティオ・シネ・クヴァ・ノン (conditio-sine-qua-non) であること、すなわち条件説の意味における因果関係と解するものと、条件説の意味における因果関係だけでなく、当該基本行為から当該加重結果の発生することが我々の経験則上通常であるという相当因果関係説の意味におけ

る因果関係と解するものに分かれる<sup>1)</sup>。わが国の刑法学における因果関係に関する学説の争いは、主として、まさに、この結果的加重犯における基本行為と加重結果との間の関係をめぐる争いに他ならなかったといつてよい。そして、その際、第2の見解、すなわち結果的加重犯における帰責限定を因果関係とは異なった次元で行おうとする、現在においては通説とされる見解を看過ないし無視して、わが国における因果関係学説の通説たる相当因果関係説から条件説に対して不当な批判がなされてきたのである。

これに対して、ドイツにおいては、旧くより因果関係論ないし因果関係概念として唯一妥当なのは条件説であるという認識<sup>2)</sup>のもとで、結果的加重犯においては因果関係とは異なる次元でその成立範囲を限定しようと試みられてきたのであり、1953年のドイツ刑法第3次改正法56条（現行法18条）において、結果的加重犯については、加重結果につき行為者に「少なくとも過失」が必要とされるに至り、前述のわが国における第1と第2の見解の対立に終止符が打たれたのである。

ドイツ刑法典旧規定226条<sup>3)</sup>は、傷害致死罪につき、「傷害(Körperverletzung)により被害者の死が惹起」されなければならないとし、同18条は、結果的加重犯について、行為者に「このような結果(Folge)に関して少なくとも過失」<sup>4)</sup>がなければならないと規定しているのであり、したがって、ドイツ刑法典においては、結果的加重犯は、基本犯と加重結果との間に条件

---

1) 第2の見解においても、因果関係について条件説の意味で理解するか、それとも相当因果関係説の意味で理解するかによってさらに分かれるが、實際上両者に結論の相違はみられない。というのも、相当因果関係説においてはすでに相当性判断の段階で結果発生の子見可能性が問題とされるが、それと加重結果発生についての行為者の過失または予見可能性の判断とを区別し得ないからである(この点につき、岡野光雄『刑法における因果関係の理論』成文堂・昭和52年・122頁以下参照)。

2) Mezger は、「条件説は、刑法上においても、唯一可能な因果論である」としている(vgl. Mezger, Strafrecht 3. Aufl., 1949, S. 122.)。ドイツでは、条件説が判例・通説であることは周知の通りである。

3) 1998年1月26日の第6次刑法改正法により227条となった。

説の意味における因果関係があること、および、加重結果につき行為者に過失のあったことが要件とされているのであり、かつ、本来はこれをもって足りることになる。しかしながら、近年、ドイツにおいては、判例および学説の多くは、結果的加重犯の場合、基本犯と加重結果との間に「一層密接な関係(eine engere Beziehung)」が認められることを要求している。すなわち、行為者の主観面に関する「過失」要件のみならず、さらに客観面として因果関係のほか、基本行為と加重結果との間の「直接性(Unmittelbarkeit)」関係ないし「直接的関係(unmittelbare Zusammenhang)」が存在することが必要とされるのである。というのも、結果的加重犯が成立するとすれば、これが否定された場合、すなわち故意の基本犯と加重結果についての過失犯との観念的競合とした場合に比較して、格段に刑罰が重くなるからであり、結果的加重犯においては、この刑罰加重を担う特別な不法内容が認められる必要があるからである<sup>4)</sup>。たとえば、傷害罪と過失致死罪との観念的競合であるとするれば5年以下の自由刑であるのに対して、傷害致死罪となれば3年以上の自由刑であり、その上限は、ドイツ刑法38条2項によれば、15年に至り得ることになる。そして、このような結果的加重犯に特有の不法内容を基礎づける、基本犯と加重結果との間の一層密接な関係として、結果的加重犯について、就中、傷害致死罪について、基本行為と加重結果との間に「直接性」ないし「直接的関係」が存在することが要件とされるのである。

もっとも、この「直接性」要件については、後述のように、その内容に関して諸説に分かれており<sup>5)</sup>、また、この「直接性」要件の必要性の要否自

4) ドイツ刑法典においては、基本犯が故意、加重結果について過失がある場合と、基本犯も加重結果についても故意がある場合および基本犯も加重結果も過失しかない場合とをいずれも結果的加重犯としている。前者を「真正結果的加重犯」、後二者を「不真正結果的加重犯」という。傷害致死罪はもとより真正結果的加重犯である。

5) Vgl. Schönke/Schröder - Stree, Strafgesetzbuch Kommentar 25. Aufl. (1997), § 226 Rdn. 3.

体に対する疑問も提示されている<sup>7)</sup>。そこで、本稿においては、ドイツで主張されている結果的加重犯における基本行為と加重結果との間の「直接性」要件の内容についての対立を少しく概観しつつ、この要件の問題点について考察したいと思う。

## 第1章 ドイツ判例における「直接性」要件

### 第1節 帝国裁判所の判例

さて、戦前の帝国裁判所の判例において、既に「直接性関係」に言及したものがあつた。まず、①帝国裁判所1881年12月3日判決<sup>8)</sup>が、失火の際に一旦救助された被害者が建物の中に荷物を取りに戻つて窒息死したという事案について、「刑法309条の旧規定において必要とされていた被告人の過失によって生ぜしめられた納屋の焼燬と被害者の死との間の直接的な関係が肯定されるのは疑いがない。死は当該焼燬の延長的な効果としての火と煙から直接的に生じたものである」として失火致死罪(刑法309条後段)の成立を認めていた。次に、②帝国裁判所1907年10月11日判決<sup>9)</sup>は、工場内での失火により建物に延焼する前に被害者が火自体につつまれて焼死したという事案について、失火罪の既遂時期に関していわゆる独立燃焼説を前提にしつつ、傍論ながら、「放火罪ないし失火罪の場合の人の死は、それが火災(Brand)と直接的関係を有する場合にのみ、加重事情として行為者に帰属され得る」としており、また、③帝国裁判所1910年10月24日判決<sup>10)</sup>は、被告

6) 詳しくは、vgl. *Sowada*, Unmittelbarkeits -Erfordernis als zentrales Problem, *Jura* 1994, 643 ff.

7) Vgl. *Schröder*, Anmerkung zur BGH NJW 1971, 152; *Rengier*, Opfer- und Drittverhalten als zurechnungsausschließende Faktoren bei § 226 StGB, *Jura* 1986, 143 ff.

8) RGSt 5, 202.

9) RGSt 40, 321.

10) RGSt 44, 137.

人が口論の末、弾丸の装填された小銃で被害者の腹部を突いたところ、右手の指が引き金に掛かっていたために弾丸が暴発して被害者が死亡したという事案について、「傷害致死罪の成立が認められるためには、死を直接的に惹起するような傷害それ自体(Körperverletzung als solche)がなければならない。故意の傷害罪を実現するために死を直接的に惹起する際に数個の行為に着手し、そのうちのひとつが意図していた結果(意図していた通りの傷害)と無関係に死を惹起した場合には、その死は傷害によって惹起されたものではない」と判示して傷害致死罪の成立を否定している。

これらの判例は、結果的加重犯が成立するためには、基本行為と加重結果との間に直接的関係がなければならないこと、そして、基本犯が既遂に達していなければならないことを必要とするものであるが、基本行為と加重結果との間の直接性関係は基本行為それ自体について問題とするのか、それとも、基本行為の結果についてこれを問題とするのかという点については明確ではない。

## 第2節 「直接性」を否定した連邦通常裁判所の判例

戦後の連邦通常裁判所の判例においても、「直接性」関係を必要とするものが多く見られるが、「直接性」関係の存在を否定した判例を挙げれば、まず、④連邦通常裁判所1953年12月3日判決<sup>11)</sup>は、強制収容所の看守であった被告人が被害者を虐待したところ、それ以上の虐待を避けるため逃走した被害者が歩哨に発見されて無警告で射殺されたという事案について、当該虐待と被害者の死亡との間の因果関係を認めながら、「傷害致死罪は、被害者の身体に向けられた、被害者の死を直接的に惹起するような効果をもつ故意の傷害を前提としている」としつつ、「本件において、被害者の死を惹起した歩哨の行為は、被告人の傷害行為と外見上の関係を有しているにす

11) BGH bei Dallinger MDR 1954, 150.

ぎない」として傷害致死罪の成立を否定している。また、⑤連邦通常裁判所1970年9月30日判決<sup>12)</sup>は、被告人が女中に対して家の二階で暴行を加え、同女の鼻骨骨折と腕の傷害を生ぜしめたところ、同女がそれ以上の侵害を受けるのを避けるために、バルコニーへ逃げようとして誤って窓から転落死したという事案（いわゆる「バルコニー事件(Rötzel-Fall)」）について、被告人の傷害行為と被害者の転落死との間の因果関係を認めながら、「〔傷害致死罪の〕意義と目的から、傷害行為と死の結果との間には、条件説の予定する因果関係より一層密接な結びつきが必要である。本条〔刑法226条（現行法227条）：筆者註〕は、傷害罪に内在する加重結果の発生についての固有の危険を阻止するために設けられたものであり、第三者ないし被害者自身の行為が介入することによってはじめて死の結果が惹起されたような場合には、立法者が予定している基本的構成要件に固有の危険は実現していない」として傷害致死罪の成立を否定し、傷害罪と過失致死罪との観念的競合を認めるにとどめている。さらに、⑥連邦通常裁判所1983年6月29日判決<sup>13)</sup>は、被告人らから暴行を受けた被害者が頭蓋骨陥没で死亡したという事案について、「刑法226条は、傷害が死の発生にとっての条件であったというだけでなく、両者の間に傷害に内在する固有の危険性が死に至る過程の中で実現していなければならないという一層密接な関係が存在することを必要としている。被害者の死が傷害から直接的に発生したのではなく、他の事情が介入することによってはじめて発生した場合には、両者の間のこのような一層密接な関係は欠ける。そして、本事案はまさにそのような場合に該る」として傷害致死罪の成立を否定している。加えて、⑦連邦通常裁判所1991年10月29日決定<sup>14)</sup>は、被告人は、殺意なく被害者の首を同人の顔が青くなるまで扼め意識を失わせて倒れさせたが、生きている徴候がなかったので被害者が死んだものと誤信し、首吊り自殺に見せかける

12) BGH NJW 1971, 152.

13) BGHSt 32, 25.

14) BGH StV 1993, 75.

ため、被害者の咽喉にある指で扼めた跡にベルトを掛けて両手で強く引っ張って窒息死させたという事案について、「傷害致死罪（刑法226条）の構成要件は、まず、傷害によって被害者の死が惹起せしめられたことを前提とする。しかしながら、その際、傷害行為と致死の結果との間にそもそも因果関係があること、したがって、当該傷害が、それとともに同時に被害者の死が脱落することなくして取り除いて考えられ得ないということでは足りない。むしろ、本条の意義と目的からして、傷害と致死の結果との間の一層密接な関係が要求されるべきことが判明する。本条は、傷害と結びつく加重的な致死の結果が発生する危険を阻止すべきものである。それゆえ、本条は、被害者の死へ至る特殊な危険が付随するような傷害にのみ当て嵌る。まさにこのような危険が致死の結果の中に表われていなければならぬ。基本犯と被害者の死との間のこのような意味において『直接的な』関係（……）が本事案には存在しない。被告人が、意識を失い、死んだものと思われた被害者を自殺に見せかけるためにベルトに吊るそうとしたことによって、首を扼めることあるいは首を扼めた結果に付随する固有の危険は実現していない。このような異常な事象経過は、首を扼めることおよびそれから生じた被害者の意識喪失に固有であった特殊な危険の実現の外にあるのである」として傷害致死罪の成立を否定している。

### 第3節 「直接性」を肯定した連邦通常裁判所の判例

これに対して、直接性関係に言及しながらも、結果的加重犯の成立を認めた連邦通常裁判所の判例も少なからず存在する。まず、⑧連邦通常裁判所1982年6月30日判決<sup>15)</sup>は、被告人が被害者を狩猟用の地上約3.5mの高さにある見張り台から転落させたものの、右踝関節骨折の傷害を負わせたにすぎず、入院加療によって被害者の骨折は完治したが、医師が適切な対応、

15) BGHSt 31, 96.

すなわち容血処置と退院後の生活についての指示を怠ったこと、および被害者の老齢とにより、肺炎と肺塞栓に基づく循環機能障害によって被害者が死亡したという事案（いわゆる「見張り台事件(Hochsitz-Fall)」）について、「〔傷害致死罪の〕構成要件は、傷害によって被害者の死が惹起されるとともに死の結果について行為者に過失があることを要件としているが、その際、傷害行為と死の結果との間に、傷害行為がなかったならば被害者の死もなかったであろうという意味での原因関係が存するだけでは足りない。むしろ、刑法226条の意味と目的からして、傷害行為と死の結果との間には一層密接な関係が必要とされる。本条は、傷害行為と結びついた死という加重結果の発生の危険を阻止するためのものであるから、被害者の死をもたらすような特有の危険をもつ傷害行為にのみ適用される。そして、このような危険性は、死に至る過程の中に実現していなければならない」として基本行為と加重結果との間の「直接性」要件の必要性を説きつつも、「傷害と死との間に必要とされるこのような関係は、それ自体は致命的ではない傷害に他の特別な諸事情が介入することによってはじめて死が生じた場合であっても、必ずしも常に否定されるわけではない。傷害と死とを相互に結びつけている事実的な過程が日常生活上の蓋然性(Lebenswahrscheinlichkeit)の範囲内にある場合には、傷害行為に内在する危険性は、第一次的に生じた傷害結果それ自体の中にはたとえ明らかには認められないとしても、究極的には被害者の死亡という結果の中に実現しているといつてよい」として傷害致死罪の成立を肯定している。

また、⑨連邦通常裁判所1992年2月12日判決<sup>16)</sup>は、被告人は、被害者が被告人と密接な関係にある女性と交際していることを詰問しようと被害者の自宅を訪ね、口論の末、殴り合いの喧嘩となり、被害者を所携の550gの硬質ゴム製ハンマーで被害者が転倒するまで繰り返し頭部を激しく殴打した後、意識を失った被害者を死んだものと思って逃走し、偶々出会った従兄

16) BGH NStZ 1992, 333 = JR 1992, 510.



に事情を打ち明けたが、従兄は被告人が被害者を殺したという言葉信じなかったため、従兄に自分で確かめさせるために住居の鍵を渡したところ、その従兄が被害者を自殺に見せかけるためにドアの取っ手に引掛けたが、被告人はこれでは自分の行為を隠蔽するには不十分と思い、被告人らは死体をその夜貯水池に沈めたというものであって、被告人のハンマーでの殴打はまもなく被害者を死に至らしめるほどのものであったが、従兄が被害者をドアの取っ手に引掛けたときはまだ被害者は生きていたという事案について、ハンマーでの殴打による傷害は絞殺による死亡にとって条件説の意味において原因であったとしつつ、「刑法226条1項は、その内部的正当性を、傷害がその他の行為以上に、それが当事者の死に至り得る危険を孕んでいるという点に認められる。刑法226条1項の意義は、このような特別な、傷害に固有の危険を阻止することにある。それゆえ、同条は、その規範の目的にしたがえば、まさに具体的な場合に致死の結果の特殊な危険が付随するような傷害に当て嵌る。もちろん、そのような傷害に固有の死の危険を生ぜしめることだけでは充分ではない。刑法226条1項の適用を理由づけるためには、そのような危険が致死の結果の中にも表われたのでなければならない(……)。このような意味において『直接的な』(危険実現)関係は、被告人の暴行行為と死の発生との間に第三者の介入があるにもかかわらず、肯定され得る」とし、「行為者の利益に行為する第三者が、彼が既に死んだものと考えた被害者の死を故意なく促進する気になったという前述の特殊性を伴う具体的な事例形態は、刑法226条1項の意義を考慮に入れた評価的な考察を行う際には、傷害と致死の結果との間の特殊な危険実現関係を認めることを正当化する。しかし、このような特殊性は、行為者がそれ自体は死の危険がないか、または必ずしも必然的に死に至るわけではない傷害によって、たしかに死の発生にとっての条件を設定したが、しかし死の発生は直接的には本来の死の危険を生ぜしめた第三者の介入によってはじめて惹起されたという連邦通常裁判所の諸判例において判決された諸事案(BGHSt. 32, 28; BGHR StGB Todesfolge 2; BGH bei

Holtz MDR 1982, 102)とは決定的な相違もみられる。『直接性』関係が欠けるために刑法266条1項は適用され得ないと考えられた既述の事例形態の場合、特殊な死の危険は第三者の介入によってはじめて創り出されたのであるが、これに対して本事案においては特殊な死の危険の実現は単に助長されたにすぎない」として傷害致死罪の成立を認めている。さらに、⑩連邦通常裁判所1994年3月9日判決<sup>17)</sup>は、被告人らの暴行に因り胴、足、腕に重傷を負い、生命に危険のある被害者が、酩酊していて医師の入院加療を要するとの診断に対して、さらに飲酒するために、これを拒否して帰宅し、3日後に再び病院に搬送されたが、頭部に対する重大な殴打によって惹起された脳くも膜下出血から生じた中枢部の麻痺により死亡したという事案について、「刑法226条にとって必要とされる傷害と死の結果との間の直接的関係を認めることに対してもなんら法的疑義は存しない。被告人は、被害者にとって死に至る結果となる危険を孕んだ行為を行った。H夫人の死の中に刑法223条という基本的構成要件に付随する固有の危険がその場合に表われてもいる(vgl. BGHSt 31, 96, 98 ff.; BGH NStZ 1992, 333, 334; 335)。このような帰属関係は、必要とされる医療処置を受ける必要があるとの忠告が拒否されたことによって中断(unterbrechen)されることもない。というのは、被害者の死は、日常生活上の蓋然性の外にあるとはいえない因果経過に基づいて生じているからである。アルコール中毒であり、かつ、重傷を負った夫人が、自分にとって生命の危険があることを強く指摘された場合にも、さらなる飲酒の欲求にかられて入院加療処置を拒否することは、同女が前記の能力減退にもかかわらず事態の重大さを自ら認識していたとしても、必ずしも経験に反するものではない……」として傷害致死罪の成立を認めている。そして、最近においても、⑪連邦通常裁判所1997年2月26日判決<sup>18)</sup>は、被告人らが居酒屋で63歳の被害者と

---

17) BGH NStZ 1994, 394.

18) BGH NStZ 1997, 341.

口論の末、逃げ出した被害者を追跡して暴行を加え、鼻骨骨折、咽頭部の内出血、鼓膜損傷、左眼の片眼鏡血腫などの傷害を負わせたところ、これらの暴行の影響によって被害者は特別な心理的負担を負い、過敏症、脈拍過多、動脈硬化症および肥満症による冠状動脈の狭窄によって既に罹患していた心臓の負担過多に陥り、これが原因となって2度の心筋梗塞を起こし、これにより死亡したという事案について、「刑法226条の適用は、その種類、程度、重大さにより死の発生の虞のある傷害行為に限らず、その傷害行為が致死の結果を生ぜしめる危険を伴うこと、およびその後このような行為者の行為に特有の危険が死の発生の際に実現したことで足りる(BGHSt 31, 96, 99)。被告人らは、被害者にとって致死の結果を生ぜしめる危険を孕む暴行行為を行った。被告人らが行ったような傷害行為は、直ちに被害者の死をもたらし得るものであること、そして、多くの場合、今までにも死をもたらしてきたことに問題はない。それゆえ、刑法223条という基本的構成要件に付随する特有の危険が、その後、当該死の中に表われている。当該死は被告人らに帰属されるべきである。1回目および2回目の致命的な心筋梗塞の原因は、当該傷害行為によってもたらされている。素手による殴打および足蹴りは、それだけを単独で考えれば、死の原因となるものではなかったものであり、被害者の既往症と『心因性の』死を誘発した興奮と恐怖状態とが相俟ってはじめて死の原因となったということは、帰属の妨げとはならない。被害者は63歳であり、そのおよその年齢を被告人らも知っていたのであるから、その被害者の死は被告人らにも……予見可能であった。被害者の死は、日常生活上の蓋然性の外にあるとはいえない事実経過に基づいて生じている(vgl. BGHSt 31, 96, 100)」として傷害致死罪の成立を認めている。

このように、ドイツの判例の多くは、最近では、帰責を限定するために、結果的加重犯における客観的要件として、基本行為と加重結果との間に因果関係があることのほか、さらに「直接性」関係があることを必要としているのであるが、等しく「直接性」関係に言及しながらも、その内容の理

解は必ずしも統一的ではないばかりか、このような直接性関係を個々の結果的加重犯においてどのように理解すべきかについては、学説においても対立があり、帰一していないのである。このような対立は、就中、傷害致死罪に関してみられる。そして、このような「直接性」要件の理解についての相違は、結局、基本行為それ自体が加重結果を発生させる危険を有していればよく、必ずしも基本行為から生じた結果から直接的に加重結果が生ずる必要はないのであって、他の事情と相俟って加重結果が生じたことで足りるとするか、それとも基本行為から生じた結果から直接的に加重結果が発生することを要するとするかという点に集約されるように思われる。

## 第2章 「直接性」要件の内容に関する学説と批判

### 第1節 「直接性」要件の内容に関する学説

1 さて、ドイツの学説において、「直接性」要件の内容をめぐることは、概ね以下の3個の見解に分かれるとあってよい。

第1に、最も厳格な見解として、「致命性説(Letalitätstheorie)」と呼ばれる見解がある。これによれば、傷害致死罪における死は傷害結果の結果(die Folge des Körperverletzungserfolg)でなければならない、すなわち、その死は故意の傷害行為から生じた一定の致命的な傷害結果(ラテン語で *vulnus letale*) から生じたものでなければならないとされる。したがって、傷害致死罪の特有の危険は、加えられた傷害が致命的であったという点に認められる。たとえば、Hirsch は、傷害致死罪の規定の沿革からすると、傷害結果が生命に対する危険を孕んでいることがもっぱら問題とされてきたとする。すなわち、傷害致死罪は、19世紀の中葉までは殺人の規定(Tötungsvorschriften)に含められていたのであり、その際、殺人(Tötung)は、間接故意(*dolus indirectus*)を推定することにより、故意犯として取り扱われていたのであって、負傷の致命性が予定されていたのであ

り、それゆえ、現在において明文上致命性が要求されていないのは、むしろそれが必要であることを当然のこととして、もはや明文規定を要しないと考えられたためであるとしている<sup>19)</sup>。そして、決定的なのは、もっぱら(故意の)傷害結果に付随する致命的な結果を生ずる危険であるとしつつ、直接性の意義について、「まさに当該結果的加重犯の場合に問題となる特殊な危険が加重結果のなかに表れたのでなければならない」のであり、「その結果の中に、その種の傷害から生じた危険が実現したということが重要である。その際、生命に対する危険性は、傷害の発生の際には未だ明らかとなっておらず、後の時点ではじめて明らかとなるようなこともあり得る。たとえば、当初は生命に危険とは思われない負傷が、いくらか後に認識可能となった循環機能衰弱により必然的に死亡するに至ったような場合である。そのような場合、爾後の経過から、当該傷害それ自体が、当初から被害者の生命にとって危険であったことが明らかとなる。けれども、他人または被害者自身の態度によってはじめて生命の危険を孕む展開が始動せしめられたような事態とは区別されるべきである。このような危険は、その場合、もともとの傷害に含まれていたものではなく、付加的な(第三者または被害者の)態度によって設定された事情によってはじめて生じたものなのである」<sup>20)</sup>としている<sup>21)</sup>。

2 第2に、傷害致死罪の成立について、加重結果たる死が傷害行為の特別な危険性に基づくものであることで足りるとして、第1の見解よりも傷害致死罪の成立範囲を広げる見解がある。たとえば、Streeは、「結果的

19) Vgl. *Hirsch*, Anmerkung zur BGH JR 1983, 78 f.

20) *Hirsch*, a.a.O., S.80.

21) このような傾向を示す見解として、vgl. *Krey*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. (1996), Rdn.271; *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. (1997), § 10 Rdn. 115; *Jakobs*, Strafrecht AT 2. Aufl. (1991), 9/35; *Lackner/Kühl*, StGB, 22. Aufl. (1997), § 226 Rdn.2.

加重犯の特別な不法内容に特徴を与える危険は、単に基本犯の結果に付随するだけではなく、既にこの結果に向けられた行為からも生じ得る。刑法226条も別論ではない。ここでは、結果に限定することの説得力のある理由が欠ける。強盗行為(刑法251条)あるいは強姦行為(刑法177条3項)と同様に、傷害行為も致死の結果にとって特有の危険を含み得る。……とりわけ、行為者が被害者を銃器で攻撃したり、あるいは危険な場所で攻撃した場合がこれである<sup>22)</sup>とし、「致死の結果に対する傷害行為の特殊な危険が、既に基本犯と加重結果との間に必要とされる密接な関係を成立させているのであるから、行為者が自分の行為から——そして、惹起された傷害結果からはじめてなのではなく——致死の結果の生ずる可能性を推断し得ることで足りる」<sup>23)</sup>としている<sup>24)</sup>。

3 さらに、第3に、行為者が傷害を行う際に、たしかに必ずしも自分の態度から致死の結果が生ずることを具体的な可能性があるものと表象してはいないが、しかし死の発生に関係する客観的な過失の判断にとって基礎をなすような重要な事情を認識していなければならないとして、傷害致死罪の刑罰加重に相応する傷害の故意を要求する見解がある。たとえば、Hornは、「行為者が、傷害を行う際に、『被害者の生命に関して不注意(sorgfaltswidrig)であった』という判断が向けられる重要な事情を知っていた場合には(たとえば、傷害後の心筋梗塞で死亡した被害者の年齢の認識[BGH NStZ, 1997, 341]), つねに刑法227条〔旧規定226条:筆者註〕が適用されるべきである。なぜなら、そのような場合にのみ、なぜ既にそのような傷害行為に『致死の結果の危険が付随する』かということを理由

22) Schönke/Schröder—Stree, a.a.O., § 226 Rdn. 5.

23) Stree, Anmerkung zur BGH JZ 1983, 73, S. 75.

24) このような傾向を示す見解として、vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht II 4. Aufl. (1995), S.75 f.; Wessels, Strafrecht BT Teil/1 21. Aufl. (1997), Rdn.277 ff.

づけることができるからである。それによれば、刑法227条は、『生命に危険を生ぜしめるような処置』の変種という点で刑法224条[旧規定223条a：筆者註]と同様の行為を記述している。違いは、単に、この行為に結びついた危険が、刑法224条では現実化しなかったが、刑法227条では現実化したという点にのみ存する。これに反して、行為者が傷害行為を行う際に、死の発生に関係する客観的な不注意の判断にとって基礎をなすような事情を知らなかったがゆえに、このような特別な傷害の故意が欠ける場合には、単に刑法222条による過失致死罪による可罰性が可能であるにすぎない(たとえば、『腰の殴打』を行うにあたって動いているパン粉のこね機の近くや交通の激しい車道の周りであることを行為者が認識していない場合、行為者が被害者を殴打するのに用いた銃器に弾丸が装填されており安全装置が外されているということを知らなかった場合、被害者がさらに暴行を受けることを逃れようとして極めて危険な逃走経路を選ぶということを行為者があり得るものとして表象していなかった場合など)。傷害行為の後にはじめて、つまり、第三者の介入によって、あるいは被害者の特別な態度によって死の発生の最終的な原因が設定された場合には、通常、そのような認識が欠ける」<sup>25)</sup>としている<sup>26)</sup>。

## 第2節 「直接性」要件の内容に関する学説に対する批判

1 ところで、以上の学説の各々に対しては、大要、以下のような批判が向けられている。

第1の見解、すなわち致命性説に対しては、「故意の傷害は、それに特有の危険を傷害の結果の種類からだけでなく、(刑法223条のように)その具体

25) *Horn*, SK StGB II 44. Lfg., 7. Aufl. (Mai 1998), § 227 Rdn. 10.

26) このような見解と類似の傾向を示すものとして、vgl. *Sowada*, a.a.O., 643, S. 647.; *Jakobs*, Anmerkung zur BGH JR 1986, 380, JR 1986, 380, S.382.

27) *Wessels*, a.a.O., § 5 Rdn. 279.

的な遂行態様によっても獲得し得る」<sup>27)</sup>として、死の結果が直接に被害者自身の態度ないし第三者の介入に還元されるやいなや、例外なく、個々の事案の特殊性を考慮せずに傷害致死罪の適用を否定することに対して疑問が提示され<sup>28)</sup>、「基本犯の結果の針穴を通してのみ刑法226条の結果加重への入り口を開くということは、刑事政策上狭すぎる」<sup>29)</sup>とされ、また、他の結果的加重犯、とりわけ強姦致死罪(刑法117条3項)、強盗致死罪(刑法251条)の場合、すでに構成要件的行為の中に致死の結果にとって特有の危険が認められ得るとされることと比較すれば、第1の見解は妥当でないと批判されている<sup>30)</sup>。

2 他方、第2の見解に対しては、「直接性」要件を傷害行為の危険性に結びつけることは、直接性の基準で作られた限定的要素を、結局、再び相当性の観点によって限定することになってしまうおそれがあるのであって、前述の判例⑩の事案においては、被害者の体質的な負担によって致命的な心筋梗塞の生ずる危険が、実際になお、傷害罪の構成要件に特有な危険であるのか否かが問われるべきであり、結局、そのような(心因性の)致命的な危険は、強要罪その他の暴力的犯罪の場合にも生じ得るのであるから、そのような危険は傷害罪に特有の危険が死の結果の中に実現したとはいえないとする批判がある<sup>31)</sup>。

3 さらに、生命に対する危険を生ぜしめる処置という犯行形態における刑法223条a(現行法224条)の客観的要件および主観的要件が存在する

28) Vgl. *Wessels*, a.a.O., § 5 Rdn. 281.

29) *Sowada*, a.a.O., S. 647.

30) Vgl. *Sowada*, a.a.O., S. 647; *Schönke/Schröder-Stree*, a.a.O., § 226, Rdn. 5.

31) Vgl. *Geppert*, JK 98, StGB § 227 n. F., Jura 1998, Heft4.; *Mitsch*, Sturz aus dem Fenster—BGH, Urt. v. 17. 3. 1992—5 StR 34/92 = NJW 1992, 1708, Jura 1993, S. 21.



ことを要求し、傷害致死罪における基本犯をむしろ刑法223条aの危険な傷害の罪であると解する第3の見解については、現行刑法と一致しないとする批判が向けられている<sup>32)</sup>。また、私見によれば、客観的關係である「直接性」關係において主観的な行為者の認識を問題とするところに根本的な疑問があらうと思われる。

### 第3章 「直接性」要件に対する疑問とその検討

#### 第1節 「直接性」要件に対する疑問

1 このように結果的加重犯における帰責限定のための客観的要件として、判例および学説の多くは「直接性」要件を要求するのであるが、その内容たるや必ずしも明確に解明されておらず、統一的な理解とは程遠いものがあることから、この要件に対して疑問を呈し、あるいは懐疑的な見解が主張されている。

まず、結果的加重犯の法定刑が基本犯と最終結果についての過失犯との観念的競合とする場合に比較して格段に重いということが「直接性」要件を必要とする理由とされる点について、Rengierは、「結果的加重犯にとって『特別な』因果性理論は余計なものであり、種々の矛盾に至るにすぎない。刑法226条〔現行法227条：筆者註〕の法定刑が重いとされることは、そのためのいかなる論拠でもあり得ない。直接性の端緒は、刑法226条によって把握される他の事態と比較して一層重大であるような傷害致死罪と思われる諸事例から導き出されるということを度外視すれば、3月の自由刑を規定する刑法226条2項は、実際には軽い刑の下限を予定しているのであり、それどころか、6月以下の自由刑は原則的に罰金刑に換刑され得る

32) Vgl. Hirsch, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar 10. Aufl. (1989), § 226 Rdn. 1.

33) Rengier, Opfer- und Drittverhalten als zurechnungsausschließende Faktoren bei § 226 StGB, Jura 1986, S.143.

から(刑法47条), 刑の下限は罰金刑となり得るのである」<sup>33)</sup>として, 結果的加重犯の刑罰が重いことが「直接性」要件をが必要とする理由とされることを批判している。そして, 被害者の態度が重大な過失(grob fahrlässig)すなわち軽率(leichtfertig)であった場合には行為者は免責されるが, 「そのような〔行為者の〕作為または不作為は, 客観的帰属の理論によれば, もはや規範の保護領域内にはないのであり, それゆえ行為者の態度と結果との間の帰属関係を『中断させる(unterbrechen)』のである。客観的帰属論は過失犯の内部でも故意犯の内部でも妥当するから, 客観的帰属論が結果的加重犯にも該当することは当然である」とし, 傷害の被害者が危険のない手術の実施を全く不合理な理由から拒絶したために死亡したという場合について, 刑法226条が否定されるのは, 「一般的な帰属基準を基礎にすれば明らかである。その死は『被害者自身の態度に』よって『はじめて惹起された』ものであってはならないという特殊な直接性の端緒およびその命題は, 余分な複雑化をもたらすものであることがわかる。それによって, 刑法226条の因果性問題に際して —— その他の点では他の結果的加重犯のそれも —— その位置測定を特別に結果的加重犯を目指した『直接性原理』が邪魔をする一般的な帰属の問題が問題となっているということの第一の証明に成功しているのである」<sup>34)</sup>とし, また, 両親が6歳の子供に継続的に虐待を加え, その結果その子供がもう生きていたくないと思い, 家のバルコニーから転落して傷害を負って死亡したという設例について, 既述の「バルコニー事件判決の原則および致命性説によれば, 子供の死は『直接的に』両親の虐待に基づくものではなく, 『最終的に』子供自身の態度に基づくものであるから, 自殺が予見可能であるにもかかわらず, 刑法226条の構成要件は否定されざるを得ない」としつつ, 「任意でない自殺が刑法212条〔故殺罪: 筆者註〕および同222条〔過失致死罪: 筆者註〕による第三者の責任を基礎づけ得る場合には, まさにその事案は, その本質と機能によ

---

34) Rengier, a.a.O., S. 144 f.

れば故意の殺人と過失致死との間のどこかにある規定たる刑法226条の適用領域にも入り得る。特別な場合に刑法226条は、重大ではあるがもはや故意ではない(故意であることを証明できない)殺人にとって受け皿的機能を果たしている。傷害致死罪の構成要件は、一定の仕方では、ドイツ刑法典の中で故意の殺人(刑法211条, 212条)と過失致死(刑法222条)との間にある間隙を、とくに軽率な(重大な過失の)殺人およびわずかに故意とはならないような殺人の場合を埋めているのである。客観的に変わらない事態の場合に、中の段階(刑法226条)にとって、上の段階(刑法212条)にも下の段階(刑法222条)にも突然にもはや妥当するはずのない特別な負責要件(『直接性』)を立てることは不合理である。刑法226条の文言からしても意味と目的からしても、よりもよって責めを負うべき致死の結果に対する『背後者』からとくに重い傷害(継続的な虐待)に基づくようなものを取り除くことは必要ではない。……加重結果が最終的には被害者の態度に還元される場合には、それによれば刑法226条の適用可能性が排除されることになる直接性の命題は、致命性説と同様に説得的でない。むしろ、場合によってはあり得る自損的な行為者の態度は、刑法226条の範囲では、刑法212条および同222条において認められているのと同様の原則にしたがって行為者に帰属され得る。それゆえ、原則的に、刑法226条の領域においても、行為者は、他人の態度に『自由な』自己決定が欠けている場合には、自損的な他人の態度に対して責めを負う。『特別な』因果性問題は存在しないのである。直接性の理論は不必要な複雑化を招き、一般的に承認されている帰属の諸原則を放棄することになるのである」<sup>35)</sup>として、結果的加重犯においても、規範の保護目的、中断論などの一般的な帰属の基準で対処することができるのであって、「直接性」要件を必要だとすることは問題を余分に錯綜させるだけであって、不要であるとするのである。

35) Rengier, a.a.O., S. 145.

2 また、Wolter も、学説は従来すべての面で納得のいく限定の試みに未だ成功しているとは言えず、しばしば論及される連邦通常裁判所の「見張り台事件」判決も「なお言葉の上だけで『直接的関係』を固守しているにすぎない」<sup>36)</sup>としつつ、「第三者の介入（たとえば死をもたらした医師の医療過誤の場合）あるいは被害者の態度（逃走中の死亡や自殺）は、直接的関係とは関係がない。両者は、すでに刑法222条における伝統的な客観的帰属に関係する規範の保護目的および遡及禁止という観点が問題となっている。傷害後に救助措置を行う際に医師のわずかな過失で死に至った医療過誤は、具体的な場合に直接性をけっして排除しないことがあり得る。そして、同様に、残酷な傷害の被害者が故意に死をもたらす逃走を行ったことは、緊急避難に類似した状況の場合にはこのような関係を『中断』しない。しかし、それによつてはただ過失致死罪への帰属の橋が架けられたただけであり、これに対して結果的加重犯における直接性関係は未だ基礎づけられていない。他面において、両者の関係は、医師が重大な過失で行為した場合、第三者が被害者の状態を故意の殺人のために利用した場合、あるいは被害者が逃走する際にとくに軽率な仕方、納得できる理由もなく自分の命を危険にさらした場合には、欠ける」<sup>37)</sup>としている。それゆえ、Wolter の見解は、Hirsch によれば、「Wolter は、彼の諸尺度が直接性という基準を放棄することになることに気づかないで、結果的加重犯に固有の直接性というメルクマールのための諸尺度を設定しようとしているのである」<sup>38)</sup>とされるように、「直接性」要件は、結果的加重犯に固有の基準で

36) Wolter, Der > unmittelbare < Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984, S. 443.

37) Wolter, a.a.O., S.443 f. もっとも、Wolter は、結果的加重犯における帰責の限定を、従前は、直接性的な考え方から行っていた(vgl. Wolter, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S.170 f.,176 f.)。

38) Hirsch, Der > unmittelbare < Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, Festschrift für Dietrich Oehler, 1985, S. 128.

はなく、客観的帰属の肯否を判断するための一つの尺度ないし目安にすぎないものと理解されているのである<sup>39)</sup>。

3 さらに、Schröder は、既述の連邦通常裁判所の「バルコニー事件」判決に対する評釈において、以下のように主張している。すなわち、正当な解決策は、故意にとって表象された因果経過の逸脱の場合にあてはまる規準の助けを借りて発見されなければならない。本質的なのは、もっぱら、単なる傷害と考えられたにもかかわらず発生した死が、なお行為者によって故意に惹起された傷害といえるか否か、したがって因果経過の本質的な逸脱が存在するのか、それとも非本質的な逸脱が存在するのかということである。争いのある場合には、ただ非本質的な逸脱の意味においてのみ答えられ得るであろう。したがって、足を狙って発砲したが心臓に命中させた者は刑法226条の要件を充足するが、被害者が銃撃を避けようとして転落したことによって被害者の死を惹起した者もこれと同様である<sup>40)</sup>、と。このように「直接性」要件が問題となる場合を因果関係の錯誤と捉えることによる解決策を主張し、結局、「直接性」要件の介入する余地を無くしているのである。そして、結論として、既述の「バルコニー事件」については、その因果の逸脱は非本質的なものであるとして傷害致死罪の成立を肯定しているのである<sup>41)</sup>。

4 このように結果的加重犯において「直接性」要件を必要とすることに対しては、従来主張されてきた客観的帰属の一般的基準によれば足りるとして、これに懐疑的な立場を示す見解も存在するのであるが、それというのも、Wolter が、「このような『直接的な危険関係』を基礎においた場合でさえ、責任に相応した刑罰という原則と一致させることは困難である」<sup>42)</sup>

39) 丸山雅夫「結果的加重犯論」成文堂・1990年・168頁参照。

40) Vgl. Schröder, Anmerkung zur BGH JR 1971, 205, S. 206.

41) Vgl. Schröder, a.a.O., JR 1971, S. 206.

というように、「直接性」要件の内容に対する疑問、既述の「直接性」要件の内容についての対立にみられるような基準としての不明確さについての疑問がその根底にあるとともに、たとえば、Geilen が、過失犯においても結果の惹起と過失との単なる寄せ集めではなく、注意義務違反と結果の発生との間の特殊な関係が問題とされるが、この場合、「発生した結果が帰責され得るのは、その結果が注意義務の予防目的に反して展開した場合に限られる。さて、ここで、このような規範に保護目的に立ち戻ること、およびそれに応じて『特殊な』危険の実現を要件とすることは、結果的加重犯の次元でもまた生ずるが、危険の実現は全く特別な意味で『特殊』であるということのみである。危険の実現は『基本的構成要件に固有の』危険から展開したものでなければならず、そのことは 刑法56条〔現行法18条：筆者註〕およびそれが一般的な注意義務に向けられていることに対して、付加的な限定を意味するが、刑法56条の過失による修正も危険の実現を前提としており、その際いずれにせよ『基本的構成要件』が出発点とされているが故に、限界づけが困難である<sup>43)</sup>というように、「直接性」要件と「過失」要件との区別についての疑問が示されているといえる。

## 第2節 「直接性」要件に対する疑問の検討

1 さて、Schröder の見解に対しては、この見解においては、(狭い意味で)「直接的に」致命的な傷害は故意の領域では「非本質的な逸脱」として帰属され得ることとなり、殴打の影響に代わって致命的な銃撃による傷害、轢過、転落死、生命に危険のある立入り禁止地域での銃撃のような極めて大きな傷害の差によって特徴づけられる本来問題となる事例においてはほとんど思考可能な打開策ではないのであるとされ<sup>44)</sup>、また、過失の基準と因

42) Wolter, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 168.

43) Geilen, Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung, Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 656.

果経過の本質的逸脱かそれとも非本質的逸脱かについての基準とは広汎に一致するから、過失がある場合には常に非本質的な逸脱ということになって結果的加重犯の成立が認められるのであり、結果的加重犯の適用範囲の限定を行うことができず、これに加えて、故意と過失との限界を曖昧にするものであるとされ<sup>45)</sup>、さらに、Schröderの構想は、個別的事例における具体的な実行の態様を捨象して一種の抽象的・一般的な故意に至るのであり、その限りで彼は故意概念を拡張するものである<sup>46)</sup>、との批判が向けられている。

2 また、Wolterの見解については、彼が第三者の介入ないし被害者自身の態度は直接的関係とは無関係で、伝統的な客観的帰属に関する規範の保護目的および遡及禁止という観点が問題となるとしながら、そのあとで、「しかし、それによつてはもっぱら過失致死罪への帰属の橋が架けられるにすぎず、これに対して結果的加重犯における直接性関係は依然として基礎づけられていない」としている点に矛盾がある。これによれば、結果的加重犯においては「過失」要件のほかに、さらに「直接性」要件が必要ということを知っているからである。そして、彼が「規範の保護目的」あるいは「遡及禁止」という客観的帰属の一般的基準にしたがって結果的加重犯の成立が否定されるとする医師が重大な過失で行為した場合、第三者が被害者の状態を故意の殺人のために利用した場合、あるいは被害者が逃走する際にとくに軽率な仕方、納得できる理由もなく自分の命を危険にさらした場合などにおいては、「規範の保護目的」あるいは「遡及禁止」という観点が問題になるのではなく、客観的予見可能性の存否が問題となり、これが肯定される場合に、さらに結果的加重犯における特別な関係、すなわち

44) Vgl. Geilen, a.a.O., S. 681 f.

45) Vgl. Küpper, Der > unmittelbare < Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982, S. 74.

46) Vgl. Küpper, a.a.O., S. 75.

直接的関係の存否が問題となるのであるとの批判がある<sup>47)</sup>。

3 これに対して、Rengier の立論は、結果的加重犯には固有の不法内容があるといういわゆる「危険性説」に対する否定的立場が前提となっており、結果的加重犯を本質的には過失犯と異ならないと理解しているようである<sup>48)</sup>。そして、彼は、「直接性」関係を因果関係論として把握している。というのも、既述のように、結果的加重犯には「特別な因果性問題は存在しない」という表現が頻繁に用いられているからである。しかし、「直接性」関係に言及した既述の判例には、因果関係を肯定した上で、「直接性」を否定するというように、因果関係と直接性とは区別されており、異なる次元に属するものと考えられているのであって、この点は多くの学説も同様である。「直接性」関係に言及する判例および学説は、結果的加重犯を故意犯と過失犯との単なる結合とみるのではなく、結果的加重犯においては、基本犯の中に加重結果発生についての固有の危険が存在していることを重視し、そのような加重結果発生の危険が発生した加重結果の中に実現しているといえる場合に結果的加重犯の成立を認めるという「危険性説」を前提としたものである<sup>49)</sup>。結果的加重犯を故意犯と過失犯との結合とし、本質的には過失犯とみる Rengier の前提に疑問があろう。また、Rengier は、既述のように、「直接性」要件による帰責範囲の限定は問題を余分に複雑化するものであり、これに代えて「規範の保護目的」および「遡及禁止」の理論によって限定することを主張する。しかし、「規範の保護目的」の理論がもともと過失犯に妥当するものであって少なくとも基本犯は故意犯である結果的加重犯にそのまま妥当するか否かの疑問はおくとしても、この理論とて、これが「危険の実現」の判断の中心に据えられてきた<sup>50)</sup>という経緯から

47) Vgl. *Hirsch*, a.a.O., S.115 f.

48) この点については、丸山雅夫・前掲書・208頁参照。

49) 結果的加重犯における「危険性説」については、丸山雅夫・前掲書・133頁，182頁等参照。



して、個々の犯罪構成要件に固有の危険の実現判断と切り離されたものではなく、かえってこれを前提としなければならないものと思われる<sup>51)</sup>。Rengier の見解は、「直接性」要件に対するもっとも一般的な批判であると思われるが、Wolter の見解に対する批判と同様、結果的加重犯における帰責限定に関する客観的帰属の一般的基準の有効性が問題となろう。

### むすびにかえて（「直接性」要件の課題）

1 以上のように「直接性」要件に対する疑問ないし懐疑的な立場は、基本犯に固有の加重結果発生危険とその危険が加重結果の中に実現したという結果的加重犯に固有の不法内容を認める危険性説を前提にしないものか、あるいはそれに代わる帰責限定方法に問題がある。しかし、「直接性」要件の必要性を主張する立場からの Rengier や Wolter などの見解に対する批判が、「規範の保護目的」、「遡及禁止」などの一般的基準は問題ではなく、客観的予見可能性の問題であり、さらにその上で「直接性」が問題となるとする以上、「直接性」要件の必要性を主張する立場においては、客観的予見可能性つまり「過失」要件と「直接性」要件との相違を明確にする必要があると思われる。Rengier や Wolter の見解もこの点についての疑問が基礎になっているものと思われるからである。

2 さて、「直接性」要件にとって最大の問題は、なんといっても、その基準としての不明確性、不統一性の点である。すなわち、「直接性」要件は、

50) この点については、林陽一「刑法における相当因果関係(3)」法学協会雑誌103巻11号(昭和61年)2157頁参照。なお、Rudolphi は、保護目的と危険実現を同置している(vgl. Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigslehre, JuS 1969, S. 552.)。

51) この点につき、丸山教授も、「レンギールの見解は、前提において明示的に拒否した危険性説の実質的内容を、個別的事案の具体的判断に際して重視するというものなのである」(丸山雅夫・前掲書・209頁)とされている。

すべての結果的加重犯に統一的なものとして定立できるのか、また、同一の結果的加重犯の個々の事案について整合性ある結論をもたらすような統一的に機能するものとして定立できるのかという点である。この点については、「直接性」要件の必要性を主張する立場においても十分に意識されてきている。たとえば、Geilen は、「最終的結論が、個々の場合に必ずしも満足のいく一定の公式はないということになることに疑いはない」<sup>52)</sup>としており、また、Küpper は、「これに対して、さらに、このような直接性思考が具体的にどこに還元されるべきなのかは依然として不明確のままである。換言すれば、必要なのは、各々の構成要件的危险要素を消極的に除外することではなく、これを積極的に確定することである」<sup>53)</sup>とし、個々の結果的加重犯における基本行為の危険性は、「各々の犯罪構成要件の解釈によってのみ最終的に明らかなされ得る」<sup>54)</sup>としているのであって、「直接性」が問題となる基本行為の危険性の内容、ひいては「直接性」の内容は、個々の構成要件の解釈に委ねられることにならざるを得ないのである。そうだとすれば、この「直接性」要件が、はたして、すべての結果的加重犯に共通の、統一的な基準として機能するものといえるかどうか、換言すれば、これが個々の各則規定に特有の要件にとどまらず、総論上の要件たり得るのかという疑問も生じてこよう。

3 また、既述のように、「直接性」を致命性説のように厳格に解して、基本行為から生じた結果と加重結果との間の関係と理解するか、それとも基本行為そのものと加重結果との間の関係と理解するかについて対立がある。前者の立場においては、第三者の故意行為の介入、被害者自身の故意行為の介入の場合に「直接性」が否定されることに異論はないが、重大な過失の介入の場合などについては結論は一致していない。また、第三者の

---

52) Geilen, a.a.O., S. 682.

53) Küpper, a.a.O., S. 76.

54) Küpper, a.a.O., S. 78.

行為あるいは被害者の行為の介入があれば直ちに「直接性」が否定されるとするのも疑問である。たとえば、行為者の行為によって被害者はほとんど致命的な傷害を負ったが、第三者または被害者の行為が介入したために、直接的にはこれによって被害者は死亡したというような場合、あるいは崖淵で行為者の発砲を避けようとした被害者が足を滑らせて崖下に転落して死亡したような場合、致命性説によれば「直接性」が否定されざるを得ないと思われるが、この結論は妥当なのかという疑問がある。他方、後者の立場においては、基本行為それ自体の危険性判断において、抽象的に、すなわち具体的な行為事情を考慮せずにこれを判断するか、それとも行為時の種々の事情を考慮してこれを判断するかによって結論が異なってくるし、また、その際に考慮される事情を行為時に判明している事情に限定するか、それとも行為後に判明した事情をも考慮に入れるかによっても結論が異なってくる<sup>55)</sup>。さらに、基本行為の危険性を問題にするだけで、その危険の実現過程を問題にしないのは、危険性説の基本的思考と一致しないのではないかとの疑問があるし、この立場が認めるように広汎に結果的加重犯の成立を認めることは、「直接性」要件を必要とする意義を没却するものではないかとの疑問も生じるものと思われる。要するに、前者においては結果的加重犯の成立範囲が狭くなりすぎであり、後者においては広くなりすぎなのである。

4 以上において概観したように、「直接性」要件は、結果的加重犯の成立範囲を限定するために主張されてきたものであるが、その意図するところは正当と評し得ても、現在のところ、その内容において十分に確立したものとは言えないものと思われる。今後、「直接性」要件と結果的加重犯における危険性説との関係<sup>56)</sup>を含めて、「直接性」要件の内容、基準としての明

55) 丸山雅夫・前掲書・210頁参照。

56) この点については、丸山雅夫・前掲書・175頁以下参照。

確化が図られなければならない。その際、「直接性」要件が、結局、基本行為それ自体あるいは基本行為から生じた結果から加重結果の発生することについての予見可能性を問題にするのであれば、この要件と「過失」要件との相違、および相当性説における予見可能性との径庭を明確に論証することが必要となってくるものと思われる。このように「直接性」要件に関する課題は依然として多く残っているのであって、「直接性」要件をめぐる議論は、その端緒に手を掛けたにすぎない。

(1999年1月6日稿)