

因果関係における 「危険と危険の現実化」論の源流（2・完）

——カール・エンギツシュの理論の再検討を
手掛かりにして——

甲斐克則

- 1 序——日本の因果関係論における「危険と危険の現実化」論の現状と課題
- 2 エンギツシュの因果関係論の出発点としての合法的条件公式
(以上、第7号)
- 3 源流としてのエンギツシュの相当因果関係説における「危険と危険の現実化」論
- 4 結語——エンギツシュの「危険と危険の現実化」論の位相
(以上、本号)

3 源流としてのエンギツシュの相当因果関係説に おける「危険と危険の現実化」論

1 前述のような合法的条件公式を前提として、エンギツシュは、独自の相当因果関係説を構築していくわけであるが、その骨格となる「危険と危険の現実化」論をこの公式とどのように関連付けて論理展開をするのであろうか。以下では、「危険と危険の現実化」論のまさに源流となるその論理を分析・検討していくことにする。

まず、エンギツシュは、条件説（Bedingungstheorie）の原因概念が（合法的条件公式を通して規定されているように）哲学的な原因概念と調和し

ている、ということを確認しつつ、「しかし、現行法が、惹起 (Verursachung) の下で、上述の意味における条件を理解しているのかどうかという問題は、いまだ明らかであるとはいえない。」と述べて、次のように論理を展開する。すなわち、「条件説における原因概念がこの場でどのように展開されようとも、その原因概念は重要な因果連関を決して排除することはない。その原因概念は、本質において次の点に関して一致をみている。すなわち、当該原因概念は、もしかすると、刑法上の見解を通して修正を受けることになるかもしれないが、そのような修正は、拡張することではなく制限することであると理解されている、という点である。それに応じて、条件説に対立する因果関係上の諸説について再三、再四、強調されることになるのが、条件説が因果関係の最も外側の限界を決定するものであるという点についていえば、それらの説は条件説に基づいているのだということ、および、それらの説が、条件説を基準として重要視される因果連関のもとで、一定の基準に従って選択を行う点に等価説との相違がある、ということなのである。(63)」と。

その際、条件説と等価説 (Äquivalenztheorie) の関係に言及し、「時間的に後続して生起する変更を通して、結果発生と自然法則的に結び付けられているいづれの態度も、結果発生と因果連関を有しているのである。すなわち、各々の態度は、その他の点においてはどのような性質であっても、因果連関を肯定してもかまわないのである。(64)」として、次の3点を指摘する。

「1. 時間的に大幅に先行して行われた態度方式 (Verhaltensweisen) であっても、相互に合法則的に結び付いている一連の変更を通して構成要件該当結果と因果連関を有することが可能である。例えば、殺人の結果については、使用された銃器の製造、兵器工場の建築、火薬の開発等が考えられる。原因の原因 (causae causarum) に関しては、条件説は、『無限 (Unendl-

(63) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 34-35.

(64) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 35.

lich) に』達する。

2. それらの態度方式が、相互に原因の原因という関係に立たないとしても、複数の態度方式が、具体的な結果の惹起に関与するということが、ありうることである。そこでいう態度方式とは、個々の態度方式が他の態度方式と関連して結果に到達するということによって、自らの原因としての性質が把握されないものをいう。開けたままにされていた堅穴への転落事例を想起されたい。そこでは、堅穴の露出と開放、さらには広間の扉が開放されていたことが、事故に対して共働して作用したのである。

3. 態度方式が具体的な結果を条件付けているとしても、条件説の観点からは、当該態度がその他の点でどのような性質を有しているのか、および当該因果連関が詳細にはどのような性質のものであるかということは、原因の問題にとって重要ですらない。当該態度が、大きな動因 (Kraftaufward) を要求していたのか、またはわずかな動因しか要求していなかったのか、正当な価値を有していたのか、またはそうではなかったのか、それ自体で結果発生の重大な危険 (ernste Gefahr) に達していたのか、または無害であると判明していてもよかったのか、有責であったのか、または責任がなかったのか、当該態度の性質に関するこれらすべての考慮は、『等価説』によれば (!), 違法性および責任の問題に属するのであって、他方、惹起の問題とは関係がないのである。因果関係自体に関しては、その態度が、故意または過失に基づく第三者の態度と結び付いてのみ、または、意図的なもしくは軽率な被害者自身の態度に結び付いてのみ結果に到達したのか否かということ、または、一連の思いがけない事態の連鎖を通してのみ結果に到達したのか否かということは、まったく重要ではない。例えば、Xが拳銃を放置していたところ、他の者が、その拳銃で第三者または自分自身に対して故意（あるいは意図）または過失（あるいは軽率）に基づいて害を加える場合、または、Xが他人を負傷させたところ、その他人が病院に行く途中で、オートバイの乗り手に轢かれて死ぬ、もしくは、その他人が麻酔薬に耐えられなかったために麻酔中に死ぬ場合であっても、その『因果経過の異常性 (Abenteuerlichkeit)』にかかわらず、Xの態度と当該結果との間の原因—(条件)—連関が存在するのである。(65)』

(65) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 35-36.

ここでエンギッシュは、条件説も、違法性および責任という他の要素に「調整器 (Korrektiv)」を探求してそれを見いだしている点で限界を有している点を指摘するが、結果的加重犯では限定になっておらず、個別化説(原因説)も一貫性を欠くとして、等価説に対抗しうるのは、相当説(Adäquanztheorie) だけだ⁽⁶⁶⁾、と説く。かくして、いよいよ相当説に目を転じるのである。

エンギッシュは、また、因果関係の中断(Unterbrechung des Kausalzusammenhanges)という概念に対しても、それが恣意的で不要である、と批判する。「なぜなら、いわゆる『中断』にあっては、あるいはすでに条件連関が欠けるとされ、あるいは単に任意の特定の因果関係理論の意味における原因連関(Ursachenzusammenhang)が欠けるにすぎないとされ、あるいは、因果経過における第三者または被害者の故意または過失に基づく介入の事例に対して、ラベリングが行われているのである。他方、当該概念は、不必要であることが証明される。なぜなら、いずれにせよ、正確な思考に対する要件をよりよく満たす他の構成可能性(Konstruktionsmöglichkeit)が残されているからである。⁽⁶⁷⁾」と。さらに、構成要件上の動詞の意味に従った解釈を説くベーリングの見解に対しても、一定の制限が加わることを認めながら、「固有の因果性の問題が依然としてわれわれを不安にさせる余地が感じられる。」と批判する。なぜなら、「『結果に帰する(zur Folge haben)』、『惹起する(verursachen)』、『惹き起こす(herbeiführen)』等の、法律においてしばしば現れる言い回し(特に、結果的加重犯を見よ。さらには、222条、230条、309条、312条以下)において、その余地が赤裸々に明るみに出るということを度外視しても——、『殺すこと』、『持ち去ること』、『援助すること(Hilfeleistungens)』等の具象的な概念も、語用慣行に回帰することによって自らを決定することはできないのではないか、という十分な疑問をいまだに残しているからである。すなわち、雷雨の中

(66) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 36-38.

(67) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 38.

でAがBを高い山の頂上に送り出し、Bが雷に打たれて死んだとき、AはBを『殺した』のであろうか。また、先の設例において、山頂ではなく、平地の森が問題とされていれば、『殺すこと』が欠落するのであろうか。AがBにきわめて軽い出血を伴う傷害を加えたときに、Bがほとんど知られていないような血友病患者であったために、彼がその傷害で人々の予期に反して死亡した場合に、AはBを殺したのであろうか。AがBに銃創を与え、銃創のために、必要になった手術の際に、この人が麻酔のために死に至らしめられる場合は、『殺すこと』に値するのであろうか。そのような事例は、刑法における『因果性の問題』にとって重要な役割を果たしている。なぜなら、次のことが問題となるからである。すなわち、先の事例では、構成要件において要件とされている原因連関が欠けているのであろうか、それともその他の犯罪要素が欠けているのであろうか。しかし、国民の語用慣行に従って構成要件上の行為概念を解釈することは、われわれに確かな回答を決して与えないのである。(68)]

2 以上の有名ないくつかの設例を繰り返しつつ、エンギッシュは、いよいよ相当説、特にクリースの見解(69)の検討に移る。クリースは、哲学・心理学の専門家で、とりわけ確率論の研究で有名であったが、刑法における因果関係論にも関心を持ち、「客観的可能性」の概念に着眼して独自の理論を展開した(70)。クリースの見解によれば、「構成要件的结果を条件づける態度方式の中で、相当な原因 (adäquate Ursache) が、本来的に重要なものとして不相当な (偶然的な) 原因から区別されうる、しかも、

(68) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 39-40.

(69) *Johannes von Kries*, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen deselben, VJSchr. f. wissenschaftl. Philosophie 12, 1888, S. 79 ff., 287 ff., 393 ff. なお、本間一也「謀殺の手段としての落雷——150年間にわたる刑法学の概観」法政理論 (新潟大学) 47巻2号 (2015) 204頁以下参照。

(70) クリースの見解については、林・前出注(7) 105-106頁が簡潔にまとめているので、参照されたい。また、クリースの「客観的可能性」の概念の詳細な分析・検討については、振津隆行『刑事不法論の研究』(1996・成文堂) 67頁以下を参照されたい。

『結果との……関係が一般化されうるものであるのか、それとも単に当該事案に特有なものであるにすぎないのか、モメント（つまり態度）が……その種の結果を招致するのに一般に適し、そうする傾向を持つものであるのか、あるいはそれが単に偶然的にその種の結果の誘因となるにすぎないのか』という視点に基づいて区別されうる。(71)」が、具体例として、以下の設例が挙げられ、検討が加えられている。

「例えば、Aが不注意で花火に点火したため、そばにいるBの衣服に引火させ、その結果Bは重い火傷を負ったが、Bはこの火傷ではなく、すでに生命の危険を脱していると思えるようになってからずっと後になって、完治には至っていない幾つかの部位に皮膚を移植するため行われた、偶然にBが耐えられない麻酔のために死亡する場合であれば、この定式の意味においては、確かに、Aの態度とBの死の間には条件関係が存在するが、因果的な展開の過程は完全に稀有なものであり、Aが行ったような行為は『その種の』結果（麻酔死を指す。）を招致する一般的な傾向を持たず、そしてそれゆえにAはBの死を相当に惹起したわけではなく、したがって厳密な意味ではそもそも『惹起』してはいなかった、と言う者は、比較的いるのかもしれない。(72)」

ここで、エンギッシュは、より入念な検討を行う。すなわち、この設例は、「一般的に観察された態度が、特殊な種類の具体的な構成要件的结果との関連において、すなわち、特定の間原因（Zwischenursache）を経たり介したりした構成要件的结果との関連において有する傾向の問題であった（麻酔死に対する傾向が問われていたわけである。）。しかし、傾向の問題は、具体的な結果が指示するのと同じ構成要件該当性を指示するにとどまる結果との関連において（設例では、まさに殺人との関連において）も設定されうるわけであり、そうだとすると、当該問題が正反対の回答を受ける場合が出てくる（設例では、人の傍で花火に不注意に点火することは、その人

(71) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 41.

(72) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 41-42.

の殺害への原理的な適性を持ちうるに違いなく、ほかならぬ麻酔死だけが偶然と思われるという理由でイエスという回答を受ける場合が出て来るのである。(73)」と。この「傾向の問題」を相当説として発展させるべく、エンギッシュは、「判断基底」に着眼する。すなわち、「相当説を使用に耐えるものにするためには、さらに結果の確定の方法について決定する必要がある。しかし、『結果の一般化』だけが相当性判断に影響を及ぼすわけではなく、『判断基底 (Basis des Urteil)』の設定方法、すなわち、一部では態度、一部ではその環境が一般化された問題設定にふさわしいものとなるような事実の範囲を具体的事案との関係で確定する方法もまた、影響を及ぼす。私が、われわれの設例において、特殊な種類の具体的な構成要件の結果との関連において傾向を問う場合でさえ、火傷の克服が問題となる場合には好都合な体質を持つが、これに対して、麻酔が行われるべき場合には憂慮すべき体質を持つ人 (B) の傍で花火に点火することが有する傾向を問うならば、われわれがそのようなかなり詳細な事情を暗黙裡に捨象することにより先ほどは偶然と思えたものが、ここでは反対に相当であるように見えてくるのである。(74)」と。ここに、エンギッシュの論理構築の苦心を看取することができる。個別のないし特殊な事情と一般化との関係は、永遠のテーマであるが、エンギッシュは、その媒介として「判断基底」の設定方法に着眼するのである。そして、さらに次のような論理を展開する。

「一般的には、次のように言えよう。すなわち、態度とその環境が一般化された問題設定に適うものとなるように記述される事実が、具体的事案との関係において完全に詳細に与えられれば与えられるほど——この事実が具体的事案との関係で事前に認識されたのか事後に認識されたのかは、傾向に関する問題にとってはさしあたり重要でない——、傾向に関する判断 (Tendenzurteil) は、態度と結果の合法的関係の確認と、したがって条件関係

(73) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 42.

(74) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 42-43.

の確認と説いていることが変わらなくなる危険が大きくなり、そのため条件説の是正策とはなりにくくなるのである。そのような個別化的確定 (individualisierende Bestimmung) がまさに相当説の本質と矛盾する余地があるとしても、やはり他方において、恣意的で無限定な抽象化は〔相当説の〕本旨に適うものではないし、そもそも実行可能なものでもない。というのは、あまりにも一般的に設定された傾向に関する問題 (例えば、人の殺害に対して花火への点火が持つ適性に関する問題) には答えられないからである。正確には、『事情による』としか答えられないからである。そのため、ここでも、判断形成のためのより厳密な指図が必要であることが明らかになる。だが、さらに、結果および基底についてと同様、判断基準 (Urteilsmaßstab) についても、すなわち傾向関係 (Tendenzbeziehung) の存在を判定する法則的知識 (nomologisches Wissen) についても、多様な意味において行われうるより詳細な確定作業が要求される。標準とされうるものとしては、行為者の法則的知識、通常 (平均) 人のそれ、あるいは合理的人物 (Idealmenschen) (すなわち、現下の理論的知識全体を手中に収めた人物、いわば万物の専門家) のそれがあるし、また、行為の時点が焦点化される余地もあれば、判断の時点が焦点化される余地もある (科学の進歩があった場合に重要となる)。判断の結果はこれらの基準のいずれを選ぶかに左右される、ということは明らかである。最後に、傾向に関する判断は自ずと程度を付しうるものである、ということがなお一般に考慮されなければならない。すなわち、Vという種類の態度は、Eという種類の結果を招来するきわめて高度の傾向を持つこともあれば、きわめて低度の傾向を持つこともあるのである。そして、傾向のこうした度合は、当然ながら、基底、結果および判断基準の確認ともかなり密接に関係する。しかし、結果に対する原因の相当性を認めるには、一体全体どの程度の傾向であれば十分なのか。いかなる程度 [で十分であるの] か、それともある程度の高度さ [が必要となるの] か、然りとして、限界線はどこに引かれるのか。ここでも、回答が分かれざるをえない。(75)]

エンギッシュは、そこから、「結果に対する原因の相当性」判断を導こ

(75) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 43-44.

うとしているのである。この分析は、現代刑法理論においても、絶えず直面しうる課題である。ここに、エンギッシュの鋭敏さを看取することができる。ここでエンギッシュが「傾向に関する判断」に際して、「認識」の問題ではなく、「高度の傾向」と「低度の傾向」という具合に傾向の度合を強調して「傾向」に関する判断をしようとしている点に注目する必要がある。問題は、この分析を、エンギッシュ自身が自己の理論展開にどのように結び付けるか、である。

3 ここらあたりから、エンギッシュの独自の見解が表れ始めているが、エンギッシュは、ここで問題点を、①相当説は、犯罪論においていかなる役割を正当に果たすのか（これは、結果、判断基底および判断基準の確定と関係する。）、②「傾向に関する判断」は、より厳密にはいかなる意義を持つのか（これは、必要な程度の確認と関係する。）、という2点に絞っている⁽⁷⁶⁾。

②「傾向に関する判断」について、エンギッシュは、より厳密に規定するため、クリースの見解、すなわち、「一定の性質を有する態度が、一定の性質を有する結果を招来する傾向を持ち、当該結果の相当な原因であるのは、それが結果の可能性を増大させるときであり、態度が存在する場合にそれがない場合よりも結果がはるかに大きな集合 (Mannigfaltigkeit) から実現されるときであって、確率論 (Wahrscheinlichkeitstheorie) の表現によれば、態度が結果発生の助勢的事情 (begünstigender Umstand) であるときである。⁽⁷⁷⁾」とする見解等を参照しつつ、蓋然性と相当性との関係について、次のように述べる。

「ある結果がある態度の計算可能で考慮可能な結果であるのは、当該結果が当該態度との関係で蓋然的に発生する場合であり、当該結果が蓋然的であるのは、それに容易な可能性がある場合であり、そして [当該結果に] 容易な可能性があるのは、それが蓋然的に発生する場合である。しかし、蓋然性

(76) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 44.

(77) *Kries*, a.a.O. (Anm. 69), S. 202.

判断は、たいてい（常に？）態度と結果の『類型的な』関係との関わり合いを基礎としている。それにもかかわらず、蓋然性という紛れもなく中心的な概念は、客観的に、すなわち一定程度の客観的可能性として理解されているのであって、しかも、相当性を認めるには、われわれの主張も同様なのであるが、僅かな蓋然性の程度（連続の僅かな頻度）だけで十分でなければならない。というのは、そうでなければ、相当説自体が自家撞着に陥るからである（遠くに銃撃する場合のうち、殺人、傷害等々の意図した構成要件的结果の相当な原因と評価されなければならないが、結果発生と比較的僅かな蓋然性しか持たない場合が考えられる。）。われわれは、相当性連関を僅かな程度の蓋然性連関と解釈し、蓋然性を客観的に程度が付された可能性として理解することによって、フォン・クリース流の確定との関係をも獲得することになる。(78)」

この部分は、エンギッシュの理論を理解するうえで重要である。なぜなら、クリースの確率論をエンギッシュが自己の理論にどのように取り込もうとしているのかが看取できるからである。しかし、「相当性連関を僅かな程度の蓋然性連関と解釈し、蓋然性を客観的に程度が付された可能性として理解することによって、フォン・クリース流の確定との関係をも獲得することになる。」という論述には、飛躍があるのではなからうか。蓋然性に程度を付すことができることは当然に理解できるが、それが相当性と結び付くためには、一定程度高度の蓋然性を必要とするのではないか。「僅かな蓋然性の程度」に力点を置くこの部分は、エンギッシュの「危険と危険の現実化」に関する見解を理解するうえでも重要である。そこで、もう少し、エンギッシュの論理展開を追ってみよう。エンギッシュは、そこから、次のような定式を導く。

「ある態度が一定の性質を有する結果の相当な原因であるのは、当該態度と共に判断基底を形成する現下の事情の下で、当該態度が結果を完全に蓋然的でないとはいえない連続（nicht schlechthin unwahrscheinliche Folge）と

(78) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 45-46.

して予期させる場合である。侵害的（構成要件的）結果を完全に蓋然的でないとはいえない連続として予期させる態度は、当該結果へと向かう『危険性がある（gefährlich）』ものとして特徴づけることができる（というのは、危険（Gefahr）とは、ある程度の侵害の可能性のことだからである）、とわれわれが付言するなら、それによってわれわれが相当性概念に付与する特性は、相当性概念に多くの者の眼前において次のようなきわめて簡明にして的確な意味を受けることになるであろう。すなわち、相当な態度方法とは、結果へと向かう危険性がある作為および不作為（die in Richtung auf den Erfolg gefährlichen Handlung und Unterlassungen）のことであり、後続の結果を『偶然的に』のみ招く不相当な態度方法とは、結果へと向かう（比較的）危険性がない作為および不作為のことである、と。(79)』

ここに、エンギッシュの「危険と危険の現実化」理論の端緒を見いだすことができる。しかし、これだけでは、なお漠然とした内容である。そこで、エンギッシュは、その先に向かう。その論理は、いかなるものであろうか。

4 ここで興味深いのは、以上の論理から、「相当説は、いかにして因果理論として基礎づけられうるのか。そもそも相当説は因果理論であるのか、場合によっては、相当説はいかなる範囲でそうであるのか。(80)」という問題を設定している点である。ここでエンギッシュは、因果関係は説明の原理であって、刑法的評価の問題ではない、とする批判に論駁しつつ、「實際上、刑法における因果関係は、説明原理ではなく負責要件と評価されなければならない。」と説き、「相当な関係の特徴づける、態度と結果との蓋然性連関（Wahrscheinlichkeitsbeziehungen）ないし頻出性連関（Häufigkeitsbeziehungen）は、出来事の客観的連続の関係であり、それゆえに因果カテゴリーとの大きな親和性が認められる」点を強調する(81)。そして、相当因果関係という道具なしで済ますことはできないと考えられる諸事例

(79) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 46.

(80) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 47.

(81) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 48.

として、以下の4つの事例を挙げる⁽⁸²⁾。

1. 上記の一定の結果的加重犯の事例。

2. 「一般的に観察すると結果発生の危険はきわめて僅かなのであるが、具体的事案においては偶然に構成要件該当結果を実現する（条件づける）態度の事例。AはBを自動車旅行または鉄道旅行に連れて行き、偶然に事故が起こり、Bが死亡する。AはBを雷雨の中、森へ行かせ、Bはそこで落雷で死亡する。仔細に見ると、ここでは、Aが自己の行為（旅行に誘うこと、森へ行かせること）に際して構成要件該当結果をまさに目指しており、当該結果の発生の非蓋然性にもかかわらずそれを期待していた、という思いもよらない事態が存在する。ここでは、結果が意図されており、それゆえにそれについて故意の責任を負うと思われるのであって、故意殺人ゆえの処罰を阻む考慮は、相当説の援用によってのみ取り入れられる。」

3. 「それ自体では有責かつ違法で危険な態度が、具体的事案においては回り道をして構成要件該当結果へと至る事例。Aは有責違法にBに銃撃して致命傷を負わせるが、Bはこの負傷ではなく、Bが収容された病院で火災により死亡する。上記の麻酔事例も、ここに属する。」

4. 「複数の人が結果発生に競合（Zusammenwirken）する領域の一定の事例。私は、Aが不注意にも装填された自己の銃器を、喧嘩がよく行われる飲食店の片隅に置いておき、Bがその銃器を手に取り、それを使ってCを故意で殺害する、という事例」。

条件説によれば、事例群2および3についても、責任という道具による修正は少なくとも部分的には役に立たないとして、エンギッシュは、次のように述べる。「事例群2に関しては、確かに、ここでは責任が欠けており、とりわけ、比較的危険のない態度が構成要件該当結果に至る、という上記の行為者の期待は結果との十分な責任連関ではない、と通常は言うことができる。しかし、その際、常に前提にあるのは、行為者の認識および心情は自己の外部的態度の危険性のなさに対応する、という点である。しかし、外部的な危険性のなさにもかかわらず責任が行為者の認識および評価的心情の中に十分な基礎を持っている、というような関係が存在するこ

とはありうる。例えば、Bを雷雨の中、送り出すAが、Bが落雷で死亡することを期待しつつ、その危険は（誤りであるにせよ）きわめて大きいと判断する、ということは考えられるのである。このとき、その期待は、もはや単なる期待ではなく、現実の意図なのであって、法律上の意味における故意にとってはそれで無条件に十分であるに違いない。しかし、客観的に著しい危険が存在するのではなく、結果発生が単なる偶然と思える場合に、発生結果について行為者に負責すること（Haftbarmachung）は法感情に反する以上、客観的な行為モメント（Tatmoment）としての、結果発生の一定の蓋然性という要件（相当性という要件）だけが有用でありうる。われわれの設例では、最終的に命を落とす者はみずから完全に意識的に、彼に現実化することになる危険（それが僅かであるとしても）に身をさらした、という点にも注意を払わなければならない、と反論しようとする者がいるとすれば、それには、無自覚な者（Ahnungsloser）または未成年者（その任意の処分は無視される。）が問題となるためにこうした事情が欠如するということもありうる、と答えることができよう。(83)』

この部分は、今日でもしばしば引用される箇所であり、条件説の問題性を浮き彫りにするうえで説得力がある。しかし、それは、相当説の積極的理論づけという点では、なお不十分である。そこで、エンギッシュは、さらに論を進めて、次のように説く。

「事例群3およびそれを責任という要素によって満足のいくかたちで処理する可能性を詳細に吟味するなら、条件説の支持者は、例えば、次のように述べている。責任（故意または過失）には、現実の因果経過が行為者によって予見されたか、もしくは（彼の個人的な能力によって）予見されえたことが必要であるが、この事例ではそれが欠ける。というのは、後に病院で焼死することになるBに致命傷を負わせたAは、負傷——脳損傷または心臓損傷など——の直接的連続性としてのBの死だけを想定していたか、もしくは

(82) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 49.

(83) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 50-51.

は想定しえたが、しかし病院火災の連続性としての死については、そうではなかったからである。同様に、麻酔事例において、不注意に花火に点火した行為者は、火傷による被害者の致死だけを想定することができたが、しかし、麻酔による死についてはそうではなかったのである。しかしながら、一方における予見および予見可能性と他方における現実の因果経過との符合のこうした要求は、仔細にみると、実行不可能であることが明らかとなる。Aが心臓への発砲の即座の連続性としてのBの死を予定していたが、実際にはBの肺に命中し、Bはこの負傷がもとでしばらく経ってからようやく死亡した場合に、Aを故意殺人で処罰できなくなるからである。同様に、Aは自分の車で子供を轢き、その子供は挫傷に起因する破傷風(Starrkrampf)のために死亡したが、Aは、創傷性破傷風(Wundstarrkramp)について一度も聞いたことがなく、このような特殊な因果経過を予見しえなかったという場合、Aを過失致死で処罰することはできなくなる。それゆえ、——構成要件該当結果の予見または予見可能性を前提に——行為者が予見しておらず、予見することもできなかったが『日常経験』の枠内にはあるところの、結果へと至る因果経過についても、行為者に責任せざるをえない、と考えられる。しかし、因果経過と日常経験の一致という要件は、もはや責任要素ではなく、客観的な要素なのであり、しかも、相当性という要件にはかならないのである。というのは、現実が生じた因果経過が日常経験の枠内にあるということは、行為者の態度がこのような因果経過を蓋然的でないとはいえない連続性として予期させる、という判断と同義だからである。しかし、これによって、上記の事例群1の最後から[事例群]3についても、責任それ自体の中には、期待され、使用に耐える条件説の調整機は存在しない、ということが明らかになる。(84)」

ここでは、エンギッシュが「因果経過と日常経験の一致という要件」に着眼して相当性の理解に結び付けている点が重要である。ここにおいて、われわれは、先の合法的な条件公式の展開に始まり、クリースの確率論への傾斜を経て、「因果経過と日常経験の一致という要件」に相当説の基盤

(84) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 51-52.

を求めようとするエンギッシュの論理展開を読み解くことができる。ここから明らかとなるのは、相当説が立てた、「予測 (prognose) という立脚点から判明する、結果の可能性の増大という要件は、実のところ、それに関する考察に即して因果問題が通常展開されるところの、法的に有効な大多数の構成要件が要求するものなのである。」という点であるが、「ただし、結果に対する態度の原因性 (Ursächlichkeit) の要素としてではなく、態度の客観的な法規範違反性 (Rechtsnormwidrigkeit) の要素として要求するものなのである。」という点である⁽⁸⁵⁾。

エンギッシュは、「相当性は違法性の領域に定着している」ことを繰り返し主張しつつ、「犯罪概念の枠内で相当性が有する体系上の意味は、結果、基底、そして基準の確定において重要である。」として、3つの個別の検討に入る⁽⁸⁶⁾。以下、要点のみを抽出しよう。

1. 結果の一般化について。「相当性判断が、構成要件の結果の回避に向けられた、法規範に違反する行為を認定すべきであるのなら、相当性の問題は、こうした結果に関する『危険性』に関わり、結果は、法律上の構成要件という基準に従って一般化される⁽⁸⁷⁾」

2. 「法規範は、行為や当為の時点そして場所において (少なくとも蓋然性がないとは言えないものとして) 知られていた、ないし認識可能であった実際の状況という尺度によってのみ構成要件の結果の回避を求めうる。……ある者が違法な振る舞いをしたか (必要な注意を怠ったか) という問い、そしてそれによってその者は構成要件に該当する結果を相当な方法で惹き起こしたかという問いは、『事前』にそして行為の場所において (少なくとも蓋然性がないとは言えないものとして) 知られていた、ないし認識可能であった実際の事情を踏まえることによってのみ回答されうるということである⁽⁸⁸⁾」

(85) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 52-53.

(86) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 54.

(87) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 54.

(88) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 55.

「3. 基底に基づいて（前出2を見よ）、態度の相当性が構成要件の結果に関連して認められるかについての判断基準は、『立法の最高知』（行為者自身の特別な理論的知識も含む。）によって与えられるべきである。……行為の時点での立法上の最高知を考慮することを求める。なぜなら、法規範違反と注意を欠くことの確定が問題となるべきであり、この際に行為の時点で到達可能な知識以外の知識は考慮されてはならないからである。」⁽⁸⁹⁾

ここで確認しておくべきことは、エンギッシュが因果問題を法定構成要件としての「客観的な法規範違反性」の要素として明確に位置づけるべく、行為時点、すなわち、事前判断に活路を見いだす論理を打ち出している点である。そこにエンギッシュの相当因果関係説の基本的特徴を看取することができる。

5 かくして、エンギッシュの相当性概念が少しずつ明らかになりつつあるが、続いて、相当性の体系上の位置について検討が進む。エンギッシュは言う。

「私は、個人的には相当性を一定の構成要件要素として因果関係と並べて置くことを選びたい。しかも、それは何よりも以下の理由による。1つは、相当性は『必要な注意を欠くこと』の詳細な構成要素として許されたりリスクや因果関係の外にある同様のモメントと関連づけられるからであり、もう1つは、——そしてそれに特に重点が置かれるのだが——相当性は、（これまで説明してきたように）私の考えでは、原則的に正しい客観的未遂論に立脚すると、既遂行為の要素のみならず、未遂行為の要素でもあり、未遂と既遂行為との違いは、後者は既遂構成要件に示された結果と因果関係がなければならず、それに対して未遂はそうではないからである。しかし、相当性が未遂と既遂とに共通のものであり、因果関係は双方を区別するための指標であるなら、後者を前者から分ける必要性は明白である。⁽⁹⁰⁾」

ここで、エンギッシュは、相当性を一定の構成要件要素として因果関係

(89) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 57.

(90) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 59-60.

と並列して置くことを明確にし、さらに、結果的加重犯について取り上げ、「構成要件の結果に関する(広義の相当性)の他に因果経過の特別な方法・態様に関する相当性も負責の要件として取り入れる場合にのみグループ3の事例は解決されうる。しかし、われわれがこうした狭義の相当性を因果関係の要素として認めなくともそれは正当化されうるのか? (91)」と問いかける。かの有名な「広義の相当性」と「狭義の相当性」の区別がここで出てくる。そして、ミューラーの見解(92)を参照しつつ、次のように論を進める。

「Aが有責な、生命に対する危険のある行為によってBに重症のやけどを負わせたのだが、Bはそれによって直接死亡したのではなく、完全に回復した後に、非常にわずかしかない、麻酔に耐性がない人であったために、(皮膚)移植のためになされた麻酔によって死亡した場合、確かに、もともとAは有責に違法な行為をし、それによってBの死という結果を条件づけたが、この有責で、違法な態度とそれによって惹き起こされた特定の構成要件に該当する結果(麻酔による死)との間に違法性連関はない。なぜなら、Aによる生命に対する危険のある行為を禁止されているものとみなしうる特有の危険が『惹きされ』てはいないからである。『もちろん、Aの態度はまさに死という結果の危険ゆえに禁止され、もちろん因果連関において彼の客観的、そして主観的に法規範に違反する態度によって死という結果が惹き起こされたのである。しかし、それにもかかわらず、惹き起こされた結果は、態度が法規範に違反するものとして関係づけられうるものではない。なぜなら、惹きされた結果は、死という結果の可能性を考えると、態度が禁止されていた死という結果ではなく、そのためにAの態度が法規範違反とされる、殺害の危険の現実化(Verwirklichung der Tötungsgefahr)において生じたものではないからである。』(93)。」ここで初め

(91) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 61.

(92) *Müller*, a.a.O. (Anm. 22), S. 57.

(93) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 61. この引用は、*Müller*, a.a.O. (Anm. 22), S. 57か

て「危険の現実化」が登場するが、それは、ミューラーが初めて用いた概念である⁽⁹⁴⁾。「危険の現実化」という用語は、本書で17回登場するが、エンギッシュにとって、いったい何を意味するのか。いよいよ核心部分に入る。

6 エンギッシュによれば、「違法性と結果との連関を単独で作り出す、こうした危険の現実化 (Verwirklichung der Gefahr) というメルクマールは、われわれが必要不可欠であるとみなす特別な性質を持つ結果、すなわち、個別の事例の特別な中間原因による結果の介在における構成要件に該当する結果にとっての相当性のメルクマール以外の何ものでもない。それは、以下のような考慮を示す。すなわち、ある態度は、その態度やその他の、予測にとって重要な状況に基づいて特定の性質を持つ因果経過、すなわち、例えば、刺突による傷害の場合の出血による死、敗血症による死、創傷性破傷風による死、(誰かが暗い夜に交通量の多い国道に重大な傷害を負った状態で放置されていた場合) 轢過による死といった、構成要件の結果へと至る、特定の性質を持つ、合法的に結び付く変化の一連の流れを期待させる場合に、構成要件の結果にとって相当なものである、ということである。⁽⁹⁵⁾」この文脈から、林陽一教授がすでに指摘されているように⁽⁹⁶⁾、エンギッシュが、「危険の現実化」を「違法性連関 (Rechtswidrigkeitszusammenhang)」であると理解していること⁽⁹⁷⁾が確認できる。しかも、それは、「そのように期待されうる個別の因果経過がそれ自体でわずかな蓋然性をもって間近に迫っているが、多くのそうした比較的蓋然性が低い因果経過は択一的ないし重疊的に危惧されるものであり、それゆえに

らである。

(94) この点については、すでに井上・前出注(7)194頁注(6)が指摘したところである。

(95) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 62.

(96) 林・前出注(7)126頁。

(97) 「違法性連関 (Rechtswidrigkeitszusammenhang)」という表現は、*Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 67に見られる。

構成要件的结果にとっての相当性があるということである。あるいは、わずかなそうした因果経過が想定されうが、これは比較的高度の蓋然性をもって恐れられるものであり、それゆえに先の相当性が存在する（毒殺について考えられよ。）ということである。(98)」ここでも、エンギッシュは、判断が事実からあまりかけ離れないように、蓋然性に固執している点に留意すべきである。同時に、ある態度は、「構成要件的结果へと至る特定の性質を持つ、合法的に結び付く変化の一連の流れを期待させる場合に、構成要件的结果にとって相当なものである。」として、合法則性との結び付きを持ち出している点にも留意すべきである。

エンギッシュは、続けて言う。「しかし、あらゆる事例において、まったく蓋然性がないとは言い切れない考慮される因果経過のみが、構成要件的结果に関して、相当性判断を支えるものである（負傷……病院での火事……死という一連の流れにおける因果経過が、事実上そのとおりであるように）。その限りでは、構成要件的结果に関連する相当性判断は、特別な性質を持つ因果経過に関連する（ちなみに、当然ながら同じ原理に従ってなされる）相当性判断の一連の流れに基づいている（一方で、わずかな可能性しかない偶然の展開が考慮されていない）。しかし、それ自体として危険な態度（*ein an sich gefährliches Verhalten*）が、——完全に蓋然性のない展開として——構成要件に関する相当性判断を行うのに際して考慮されない因果の流れに向かって進むのなら、こうした特別な因果経過に関して欠けている態度の相当性は、同時に以下のことを意味する。すなわち、こうした因果経過は、構成要件的结果に関する相当性判断によっては捕捉されず、相当性判断において想定された危険が『現実化』していない限りで、後者の相当性判断は実現しないということである。構成要件的结果に関する相当性判断が特別な性質を有する因果経過に関する相当性判断に基づいているので、想定された危険は、相当性のある、特別な因果経過においてのみ現実

(98) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 62.

化しうる。(99)」（下線部は筆者付加）

ここには、相当性判断と「危険の現実化」との密接な関係が、端的に表現されている。しかし、その論理は、巧妙すぎて、即座には理解し難いものがある。「かように正当化された危険の『現実化』という道具は、われわれが最終的にその体系的位置づけを行うに先立って、さらに他の点からも追求することができる。」と説きつつ、相当性の存在については、「客観的事後予測（objective nachträgliche Prognose）」に従って判断が下されるが、「このことは、判断基底の確定については行為の時点および場所において認識され、あるいは認識されえた現実中存在する事情が、判断基準の確定については行為の時点において存在する認識が重要であることを意味する。(100)」と論じるとき、ますます理解に苦しむ。何ゆえに、突如、ここで「行為の時点において存在する認識が重要であること」を持ち出すのであろうか。それは、客観的事後予測と矛盾するのではないか。エンギッシュは、続けて言う。

「しかし、事前的には危険であること（不作為については、厳密には、差し迫る構成要件の結果を回避するのに蓋然的に適することから事前的に不法に、懈怠されること）が事後的に無害であると証明されることはありうる。事後に明らかになった事情、またはそのときに初めて生じた事情が無害性を証明することもあるし、あるいは新たな理論的知見が無害性を証明することもあるが、いずれにせよ、そのように言える。通常、この無害性は、構成要件の結果がまったく生じないことを連続として伴うことになる。この場合にいかなる範囲で可罰的行為（可罰未遂）がなお残るのかを、われわれはここで考察する必要はない。しかし、事前的には危険であるが、事後的には無害であることが判明した態度に、その無害性にもかかわらず構成要件該当結果が後続することも、またありうる。もっとも、この後続が単なる時間的な連続であるかぎり、すなわち、この後続に合法則性が欠けているかぎり、事実関係は同様に単純明快である。というのは、例えば、AとBが相

(99) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 62–63.

(100) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 63.

互に独立してCに発砲するが、Bだけが命中する場合、間違いなく因果関係は存在しないからである。すなわち、危険な、そのかぎりでは違法なAの行為は、事後的に無害であることが証明され、それにもかかわらず生じた構成要件の結果（Cの傷害または殺害）は、Aの態度によってはまったく条件づけられていないのである。しかし、さらに、危険で、事後的にのみ無害な態度が時間的に後続する構成要件該当結果を合法的に条件づけている事例もまた、考えられる。ここにおいて、危険の現実化というわれわれの道具が、意味を持ってくる。……花火の際、打ち上げ花火を不適切に使用したために、重大な事故が発生する。その打ち上げ花火の売り手は、今や過失傷害罪で起訴されている。彼は、自らが不在の間について、彼の息子に打ち上げ花火の販売を委ねたが、買い手に打ち上げ花火の適切な使用について教示するよう息子に指示を与えてはいなかった。しかし、実際には、被告人の息子は、買い手に適切な使用法について教示を与えていた。どうやら買い手がその教示に従わなかったにすぎないようである。本件についてまず強調されなければならないのは、可罰的な態度が、危険な作為、すなわち、[買い手への]教示を指示することなく行われた、息子への打ち上げ花火販売の委任の中に見いだされうることである。傷害という構成要件該当結果との関連でのこの行為の相当性には、疑問の余地がない。これに対して、危険な行為が現実的に『有害である』ことが具体的に証明されたとはいえない。というのは、息子が教示なしに打ち上げ花火を販売するおそれがある、という点に危険があったからである。しかし、息子が自発的に教示を行ったことにより、息子への販売委任の無害性が証明された。それにもかかわらず、父親のこのような無害な態度は、構成要件該当結果を条件づけた。というのは、息子への打ち上げ花火販売の委任、息子による打ち上げ花火の販売、この打ち上げ花火の使用、そして事故という連続的な出来事が、合法的に結び付いているからである。父親の望ましい無罪判決を根拠づけることは、息子に[買い手への]教示を指示することなく打ち上げ花火の販売を委ねたことによって父親が許されない仕方で創出した危険が、この因果経過の枠内においては『現実化』しなかった、ということによってのみ可能である。息子による教示にもかかわらず買い手が打ち上げ花火で事故を起こすという、遠く隔たった、少なくとも法的には無視される可能性は、構成要件の結果との関係での相当性

判断にとって、重要ではありえない。それゆえ、この特殊な因果経過に対する相当性によって、『危険の現実化』という要件が欠けることになるのである。(101)」（下線は筆者付加）

この論理を解説すると、エンギッシュは、「危険の現実化」の論理を媒介として、相当因果関係説に規範的意味づけを与えていることが明らかになる。この点について辰井聡子教授は、的確にも、次のような指摘をしておられる。すなわち、「エンギッシュは、相当因果関係説の規範的意味を正面から認め、相当性の概念を、因果関係とは別の、違法構成要件要素の1つに位置づけた。帰責を適切な範囲に収めるためには、条件関係に何らかの限定を加えることが不可欠であったが、相当因果関係説の試みが示したのは、これを条件説と同様の記述的な因果関係論として行うことは困難だということであった。そこで、エンギッシュは、限定のための理論立てを因果関係論から切り離し、正面から価値判断を論じることができる場所に移した。そうすることで、客観的帰属論への道を開いたのである。(102)」と。もっとも、これに対して、林陽一教授は、「エンギッシュも、危険実現判断において事象が具体的因果経過をたどる蓋然性に言及しているように、事実的な判断方法を念頭に置いているように思われる。そうするとたとい危険実現の意味を右のような違法性連関と解したとしても、その判断はより事実的な基準によるべきことになろう。(103)」と論じておられる。このように、エンギッシュの理論は、論者により受け止め方が多様である。このことが、今日でも、エンギッシュの理論が刑法学者を引き付け続ける所以かもしれない。私見によれば、因果関係が構成要件要素であるとするれば、そしてエンギッシュの本著書の題目が『刑法上の構成要件要素としての因果関係』であることからすれば、「危険の現実化」を「違法性連関」として捉えることに矛盾はない、と思われる。しかも、構成要件を違法類

(101) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 63-66.

(102) 辰井聡子『因果関係論』（2006・有斐閣）46-47頁。

(103) 林・前出注（7）126頁。

型として位置づけるならば、なおさらそう言えるのである。しかし、問題は、「違法性」をどのように理解するかにより、その定位が変わりうる懸念がある、ということである。私見では、構成要件を結果無価値論的違法類型と解する⁽¹⁰⁴⁾ので、林教授が説かれるように、「危険の現実化」を事実的な基準により事後判断として行えば、特段の問題はない、と考える。さらなる問題は、エンギッシュが相当性を因果関係論から完全に切り離しているのではなく、後述のように、因果関係と「危険の現実化」を並列的に理解しようとする思考の真意である。

つぎに、「それ自体危険な作為」の場合と「それ自体危険な不作為」の場合について、いわゆるコカイン事件 (Kokainfall) を素材に検討を加える。手術の際、医師が麻酔のためにノヴォカインではなくコカインを使用し、そのコカインで患者がその虚弱体質のために死亡したという事例である⁽¹⁰⁵⁾。鑑定人の見解によれば、その患者は、ノヴォカインを使用していたとしてもおそらく死亡していた。コカインは事前的にはノヴォカインよりも危険であることが判明していたが、ノヴォカインもまた、その使用だけが手術目的に鑑みて許容されるとはいえ、やはり諸般の状況からみて、致死結果に対する相当性が認められるくらいに危険であった。エンギッシュによれば、「この場合、コカインの使用は、許されない危険のある行為であるが、この行為は、患者の死を招来したことによって、さらに、その有害性を証明し、疑いなく構成要件該当の結果との合法的関係に立ち、違法に創出された危険の現実化を意味するものとなった。しかし、それでは、専門家の立場からみて、事後的に確認された事情からすると、ノヴォカインは、本質的には異ならない附随現象を伴いつつ、本質的には異ならない時点において、死をもたらしたであろうという場合 (この想定は、仮定的な意味を有するにすぎないであろう。) には、どうであろうか。この場合、以上で確認されたことが意味するのは、コカインがノヴォカインより

(104) この点については、甲斐克則『法益論の研究』(2023・成文堂) 43頁参照。

(105) Vgl. *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 13, Anm. 1.

も有害とはいえないことが事後的に判明した、ということにほかならない。しかし、この場合、ノヴォカインに内在するリスクの現実化 (Verwirklichung des im Novokain liegenden Risikos) が行為者に帰されるよりも広い範囲で、コカインに内在する危険の現実化 (Verwirklichung der im Kokain schulummernden Gefahr) が医師に帰されてはならず、しかも、ノヴォカインの使用は『許されたリスク (erlaubtes Risiko)』であることが判明していたのであるから、コカインの使用を理由として有罪判決を下すことは、許されないのである。(106) ここで、エンギッシュが危険性 (Gefahr) とリスク (Risiko) を意識的に使い分けているのかは判然としないが、本来的には、両者は区別すべきである(107)。そのことはさて置くとしても、この事案処理を見るかぎり、「危険の現実化」の論理が帰責の限定に作用している、と考えられる。

7 かくして、いよいよエンギッシュの「危険と危険の現実化」論の仕上げが行われる。エンギッシュは、「危険の現実化ないし特殊な因果経過に対する態度の相当性というモメントが、それによってのみ『違法性連関』が生み出されうるという理由で、構成要件的结果それ自体に対する相当性というモメントと並んで必要不可欠なものとして正当化されるとすると、残された問題は、ここでも、この要素は構成要件要素とどのように関係するのか、である。(108)」と説いて、「危険の現実化」の犯罪論体系上の意義について深く言及する。以下、2点に絞ってその論理を分析・検討してみよう。

1) エンギッシュは、まず、「危険の現実化」を構成要件的结果に対する相当性と同様に、記述されざる構成要件要素として、因果関係と並列することについて検討する。ここが重要な点である。そして、「この場合、

(106) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 66-67.

(107) この点については、甲斐克則「刑法におけるリスクと危険性の区別」法政理論 (新潟大学) 45巻4号 (2013) 86頁以下参照。

(108) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 67.

構成要件的结果に対する相当性と特殊な因果経過に対する相当性の相互関係には、なお問題が残るものの、おそらく諸要素の区別という趣旨でもって判断を下しうるのであろう。」と説きつつも、「しかしながら、『危険の現実化』は真の因果モメントであり、このことは、因果関係という道具が、既遂を未遂から、利益侵害を利益危殆化から区別するものであるということから出発する場合には、まさに自明であるように思われる、ということも可能である。(109)」とも説く。「というのは、今しがた述べたことからすれば、条件関係が欠ける場合だけではなく、結果が確かに危険な態度によって条件づけられているが、『危険の現実化』の枠内においては条件づけられていない場合にも、単なる未遂が存在するにすぎないからである。(110)」と。「危険の現実化」を構成要件的结果に対する相当性と同様に、記述されざる構成要件要素として、因果関係と並列する論理、しかも、「危険の現実化」が「真の因果モメント」であるとする論理は、矛盾しないのであろうか。そして、この逡巡する論理は、どのように理解されるべきであろうか。エンギッシュは、脚注において、興味深いことを述べている。脚注なるがゆえに本音も垣間見られるので、理解を助けるため、その部分を引用しておこう。

「ちなみに、われわれは、危険の現実化という要素に認められるべき意義を決して論じ尽くしたわけではなく、構成要件的结果へと向かう特殊な因果経過という方向のみを追求したにすぎない。以下でも、もっぱらこの特殊な意義のみが、われわれの視野に入っている。しかし、それに鑑みて行為者の態度が注意の懈怠とされるような構成要件的结果発生危険が現実化することは、その他の文脈においても要求されるべきである、と説かれている。とりわけ、このことは、構成要件的结果が現実^に生じる客体について当てはまる。事前的に構成要件的结果の危険が差し迫っていた客体に対してのみ、当該危険は『現実化』する。例えば、ある人が保険金詐欺を実行するために、

(109) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 68.

(110) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 68.

彼の親族のみが住んでいる彼の住居から住人を立ち退かせ、その住居に鍵をかけて放火する場合、それは、確かに、例えば、炎が隣家にも燃え広がり、そこで寝ている人が焼死するおそれが存在することによって、生命の危険を備えた態度（211条以下）を依然として意味することになる。しかし、このことが発生するのではなく、ワイン貯蔵室においてひそかに悪事を働き、一時的に酔っぱらって寝そべっている侵入者が焼死する場合には、反対に、構成要件の結果の危険は現実化しなかった。なぜなら、なお住居内に人が居て、そこで焼死するであろうことは、事前的に予想されえなかった、したがって、この可能性は、広義の相当性判断を下すことには役立たないからである。*Engisch*, *Untersuchung* [Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. 1930] S. 388およびすでにそれより前の S. 385 ff. 参照。そこで説明したことは、確かに、過失の要素としての予見可能性にかかわるものであるが、相当性に特有のものである客観的予見可能性についても準用されうるのである。さらにまた、構成要件の結果の危険は、特殊な形態の構成要件現実との関係でも、現実化されなければならない。死それ自体は、常に同一であり、その招来のあり方の点でのみ様々な現象形態を有する。しかし、傷害は、多種多様な形態において生じうる。そして、例えば、骨折、挫傷および擦過傷のおそれがあるというかぎりでは傷害の危険が存在する場合、構成要件の結果のこの危険は、神経性ショックが事前的に予見されえなかったときには、神経性ショックの中には現実化しない。DJZ. 1931, S. 368の事例参照。(111)』

ここには、かなり個別具体的な事実経過を重視する姿勢が看取される。エンギッシュは、さらに、次のような具体例を挙げて説明する。「殺意をもって行為するAがBに当て損なう場合だけではなく、AがBに命中させるが、Bが『偶然的に』病院へ運ばれる途中で斃死する場合にも、Aの行為は、既遂ではなく、未遂にすぎないのである。それにもかかわらず、条件関係を『危険の現実化』と関連させることが、因果関係という要件に絶対に必要である、というわけではない。因果関係は、それどころか既遂

(111) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 67, Anm. 1.

を未遂から区別する唯一の要素である必要はないのであり、既遂を未遂から区別するより多くの要素が存在し、これらのモメントのただひとつが欠けるだけで、単なる未遂しか残らなくなるということはあるのである。かくして、刑法上の原因概念を条件関係として定義し、『危険性』のほかに『危険の現実化』をも特別な構成要件要素として因果関係と並列させる可能性のあることが、ただちに証明される。とはいえ、この可能性を利用することは、まさに合目的的である、と私には思われる。というのは、この場合、刑法上の原因概念と哲学上の原因概念との同一性が保証されるどころ、これには、少なからぬ利点が存在するからである。(112)

かくして、エンギッシュは、「『危険性』のほかに『危険の現実化』をも特別な構成要件要素として因果関係と並列させる可能性のあること」を強調しつつ、「通常の結果犯の構成要件はいかなる趣旨において解釈され、補充されなければならないかといえば、それは、構成要件的结果を惹起する（条件づける）態度が、積極的作為として当該結果発生危険を創出するものであるにせよ、あるいは義務違反的不作為として他の点から創出された危険を除去しないものであったにせよ、この態度に内在した危険の現実化の枠内において、当該構成要件的结果が生じた場合にのみ、この結果の招来について刑法上責任を負わされる、という趣旨においてである。惹起または危険の現実化が存在しない場合には、もっぱら未遂のみが問題となりうるのである。(113)」と結論づけるのである。

2) つぎに、エンギッシュは、結果的加重犯について、一般的類型として、「(最狭義の) 態度が有責に第1の構成要件該当結果（傷害、放火など）をもたらすが、今や当該結果がさらなる加重結果（傷害罪においては被害者の死、放火罪においては放火した場所に居る人の死など）の原因となり、ただ、この点について責任は必要とされない、という類型」を挙げ、「第1の構成要件該当結果の招来は、有責に行われなければならないのと同様

(112) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 68.

(113) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 69.

に、さらに違法にも行われなければならない、それゆえあらゆる点において相当性をもって行われなければならない、という一般原則に全面的に服する。」と説き、「問われるべきは、第1の構成要件の結果と加重結果との関係について、われわれが単なる合法則的結合という意味における惹起で十分であるとするべきか、だけである。」と問いかけ、「この問いには、否、と答えなければならない。(114)」と明確に否定する。「というのは、もしこの問いに、然り、と回答するなら、それは、法律の歴史的展開のみならず、法律の明白な趣旨をも無視することを意味するだろうからである。すなわち、立法者は、一方において、当該基本犯の実行によってその発生がある程度まで蓋然的となるような結果だけをその都度加重結果としてきたのである（立法者は、虚偽の信号などによる航行の危殆化においては船舶の座礁に着目するが、226条においては、[加重結果は]被害者の死であって、船舶の座礁ではない。しかし、1度だけであっても傷害が合法則的関係の枠内において船舶の座礁をもたらすことは、考えられるところである)。(115)」と。しかし、「他方において……、立法者は、同一の結果を複数の基本犯において一致して加重結果としたときには、1度だけであっても問題のより重大な結果をもたらしようと考えられる他の犯罪とは異なり、より重い結果を事後に招致する一般的傾向を有する基本犯に対してのみ、この結果が惹起された場合において刑の加重を結び付けてきた。すなわち、死の惹起は、例えば、傷害、投毒、放火などの場合には、法律上加重事由となるが、窃盗、詐欺、恐喝などの場合には、加重事由とはならないのである。」とも述べる。要するに、「立法者は、基本犯がそれに内在する危険の現実化の枠内において加重結果をもたらすような事案に対してのみ、より重大な法定刑を向けようとしていることが、判明する。(116)」と説くのである。これは、理解可能な論理である。しかし、「立法者が、基本犯がそれに内在する危

(114) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 69.

(115) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 69 f.

(116) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 70.

危険の現実化の枠内において加重結果をもたらすような事案に対してのみ、より重大な法定刑を向けようとしているとするなら、法律規定を適用しなければならない者にとっては、次の2点を個別事案において確認するという課題の存在が判明する。」として、エンギッシュは、「ひとつには、基本犯の実行と、立法者が危惧する、加重結果へと向かう危険が現実結び付いていたかという点、もうひとつには、当該危険が現実化したかという点」を挙げ、「したがって、われわれは、第1の法律上の結果と第2の法律上の結果との関係について、下位概念 (Subintelligenda) としての広義の相当性と狭義の相当性に、完全におのずから逢着することになる。(117)」と説く。

ここにおいて、前述の「広義の相当性」と「狭義の相当性」がクローズアップされる。エンギッシュは、慎重にも、「われわれがこれらの相当性概念を適用するにあたり、先ほどから重要なものとして強調している判断の諸観点をただちに利用することができるかには、疑問の余地がある。結果や基底などの確定は、結果的加重犯の特質を踏まえたものであることが要求されざるをえないであろう。」として、「結果は、広義の相当性の確認との関係では、当然ながら、法定の加重結果に従って一般化されなければならない。また、基底の確定については、考察の開始点は、第1の構成要件該当結果をもたらした、行為者の直接的な身体的態度(「最狭義」の態度)ではなく、第1の構成要件該当結果において成立し、加重結果の特殊な危険を創出するところの、責任によりカバーされた態度でなければならないという点がただちに判明する。(118)」と説き、具体例を示す。「例えば、Aが傷害の故意でBに発砲し、Bの腕にきわめて軽度の浅い弾傷を負わせる場合、死亡結果(226条)との関係での相当性にかかわる問題は、このきわめて軽度な傷害を基礎として設定されなければならない、高度の生命の危険を備えた当初のAの態度(発砲)を基礎として設定されてはならな

(117) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 70.

(118) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 71.

いのである。この点は、問題となっているのが第1の結果と第2の(加重)結果との関係にほかならない、ということから証明される。しかし、さらに問われるのは、法律が基本犯それ自体の実行の中にその都度加重結果へと向かう危険を察知しているという事情からすると、相当な関係の考察にあたり、基本犯の実行のみを基礎としたうえで基底をいわば切り離す(isolieren) ことにならざるをえないわけではないといえるのか、である。」

ここでエンギッシュは、「危険と危険の現実化」論に関して参考にしたミュラーが挙げる事例(226条[傷害致死]に関して、Aがある特定の列車へと急いでいるBの脚に故意で傷害を負わせ、このようにして(意識的にまたは認識可能性をもって)、時限爆弾が設置された後続の列車を利用させ、この時限爆弾によって列車はBもろとも爆破される、という事例)に言及し、ミュラーの見解に疑問を呈する。ミュラーの見解によれば、「確かに、211条[謀殺]、212条[故殺]、222条[過失致死]を念頭に置く場合には、脚の怪我は死亡結果に対して相当であるが、226条の意味での死亡結果に対しては決して相当ではない。『というのは、脚の怪我は、まさに傷害としてのそれに特有の危険の枠内では、死を条件づけてはいなかったからである⁽¹¹⁹⁾』。したがって、もしこれによるなら、226条の場合における相当性の問題は、傷害それ自体を基礎としなければならない、なお考慮されるのはせいぜいのところ、被害者の体質および治療可能性くらいにとどまることになる⁽¹²⁰⁾」しかし、エンギッシュは、これは適切ではないとして反論する。「北極地方または砂漠への探検の際に、参加者の1人が故意で他の参加者の脚に怪我を負わせ、しかも、当該被害者は身動きが取れないため置き去りにされ、死なざるをえないと予測されうるという事情がある場合、私の考えでは、226条が適用されうる。したがって、私は、ミュラーが支持する切り離しは実践不可能であると考えており、それゆえ、私の見解では、基本犯それ自体の既遂によって創出される状況のほかに、原理

(119) Müller, a.a.O. (Anm. 22), S. 64.

(120) Engisch, a.a.O. (Anm. 6), S. 71.

的には、既遂の時点に存在するあらゆる事情が——認識可能でありさえすれば——基底に算入されるのである。⁽¹²¹⁾」と。エンギッシュは、結果的加重犯の歴史に言及しつつ、「重要であるのは、基本犯の（有責な）既遂の時点に存在する事情であって、しかも、行為者がその（最狭義の）態度の時点において（蓋然性がないとはいえない仕方と与えられ、もしくは生じるものとして）認識または予見したか、あるいは行為者の立場に置かれた最も洞察力ある人物であれば認識または予見したであろう事情である。行為者は、これらの事情を顧みることなく基本犯の結果を有責に惹起し、それと同時に加重結果との関係での注意を懈怠することによって行為する。それゆえ、傾向の判断基準および程度については、上記のことが同様に準用され、また、特殊な種類・態様の結果発生への傾向が問われる点を除いて、広義の相当性と類似する狭義の相当性の確認についても、同じことが言える。それにもかかわらず、われわれは、加重結果との関係で過失を結果的加重犯の構成要件の中に読み込んでいるわけではない。このことは、過失を特徴づける個人基準が適用されているわけではないことから証明されるところである。⁽¹²²⁾」と説く。

以上のように、エンギッシュは、結果的加重犯の特質を踏まえて、「危険と危険の現実化」論の応用を示している。その限りでは、理解可能な論理である。

8 なお、エンギッシュは、因果関係と共犯論についても、さらに理論を展開するが⁽¹²³⁾、本稿では、その部分は割愛する。別の機会にそれを取り上げたい。

(121) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 71 f.

(122) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 72.

(123) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 74-87.

4 結 語——エンギッシュの「危険と危険の現実化」論の位相

以上、エンギッシュの因果関係論の全貌を詳細に検討してきたが、その結果、彼の理論の位相をいくつか確認することができた。

第1に、エンギッシュは、ブーリ以来の条件説の基礎となるコンディチオ・シネ・クワ・ノン公式を批判的に克服し、「合法則的条件公式」を提唱したわけであるが、それは、事実から可能なかぎり離れずに因果系列を把握する点で傾聴に値するものの、結局は、「因果的中間項」を設定することにより当該事実を合法則性の視点から一定程度抽象化することになって、形式論理に陥ってしまう懸念が残る⁽¹²⁴⁾。

第2に、「合法則的条件公式」を維持しつつ、さらに相当性判断の基礎として「危険と危険の現実化」論を展開するので、全体としての因果関係論の射程が不明確になっている。前者と後者の関係は、「違法性連関」という視点から並列的に理解しようとするのであるが、その判断が、かえってエンギッシュの因果関係論の全体像を曖昧なものにしているように思われる。比喩的に言えば、「合法則的条件公式」を建物の一階として、その二階に「危険と危険の現実化」論を構築するのではなく、「合法則的条件公式」という建物に並列して「危険と危険の現実化」論を構築し、両者を合わせて構成要件要素としての「刑法上の因果関係」を判断しようとするものであろうか。もちろん、ミューラーの「危険と危険の現実化」論に着眼して、これを発展させるべく論理を展開して新たな展望を示した功績は大きいが、そこから相当因果関係説が後に変質していく内在的矛盾をすでに内包していた、と指摘せざるをえない。客観的帰属論がそこから生まれたのも、必然的と言えよう。

(124) 井上・前出注(7)185頁は、エンギッシュの見解を「修正された条件関係説」と位置づける。

しかし、第3に、エンギッシュが「広義の相当性」（「行為の危険性」）と「狭義の相当性」（「因果経過の相当性」）に分けて、「危険と危険の現実化」論を展開したことは、相当因果関係論を現代的視点から再考するうえで、大きな貢献をした、と評価することもできる。すなわち、単なる事前判断ではなく、リュームリンが説いた相当性の存在の「客観的事後予測」⁽¹²⁵⁾という視点を維持し、事実在即した条件関係の確定を前提として、経験則に照らして事実を可能なかぎり尊重しつつ相当性判断を行うという論理で、「広義の相当性」（「行為の危険性」）と「狭義の相当性」（「因果経過の相当性」）に分けて、「危険と危険の現実化」論を媒介として客観的相当因果関係を維持・発展させる方向を目指す途も残されているように思われる⁽¹²⁶⁾。

(125) *Lümelin*, a.a.O. (Anm. 20), S. 19 f.

(126) この点については、内藤謙『刑法講義総論（上）』（1983・有斐閣）269頁および甲斐・前出注（107）90頁以下参照。