

因果関係における 「危険と危険の現実化」論の源流（1）

——カール・エンギッ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 エンギッシュの因果関係論の出発点としての合法的条件公式
-
-

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

日本の刑法における因果関係論は、いわゆる大阪南港事件に関する最高裁判所の判断（最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁）を契機に、紆余曲折を経て、今日、判例および学説共々、「危険と危険の現実化」に重点を置いた解決手法が主流となりつつある。「相当因果関係説の危機」と騒がれて登場した「危険と危険の現実化」定式は、瞬く間に普及し、多くの者がこの定式を当然のごとく「形式的に」使用している。しかし、そこには、論拠が曖昧なものも多く、結論が先にあり、便宜上「危険と危険の現実化」論を使用していると思われるものもある。そこには、実は、判例・学説が「危険と危険の現実化」の定式をまだ十分に掘り下げていないことに起因する点もあるように思われる。近時の最高裁判例（例えば、最決平

成22・10・26刑集64巻7号1019頁〔日航機ニアミス事件〕、最決平成24・2・8刑集66巻4号200頁〔三菱自工トラック・ハブ脱落事故〕は、ある程度その定式を具現化しつつあるが、なお不明確な点もある。

有力説によれば、判例の立場は、「①実行行為の危険性は、行為時に存在した事情を基礎に客観的に判断されること、②因果経過の経験的通常性には独自の意味はなく、それが認められなくても、行為の危険性の結果への現実化が肯定されうること、言い換えれば、危険性の現実化が判断基準であり、介入事情の経験的通常性は、その判断に意味を持ちうることがあるにすぎないということである⁽¹⁾。」と位置づけられ、それが支持されている。「なぜなら、実行行為（構成要件的行為）に認められる、構成要件の結果を惹起する現実的な危険性が、実際に構成要件の結果へと現実化する過程こそが、実行行為による構成要件の結果惹起の過程である因果経過の内実のほかならず、また、このような理解は、実行行為（構成要件的行為）に構成要件の結果を生じさせる現実的危険性を要求することによって、実行行為（構成要件的行為）を限定する理解に符合しているからである。そして、相当因果関係説において問題となった上記①②に関する判例の立場は、因果経過を実行行為の現実的な危険性の現実化（実現）の過程と理解する場合には支持しうると思われる⁽²⁾。」と。しかも、「このように因果関係を理解する場合、実行行為（構成要件的行為）の危険性の結果への現実化の判断には行為と結果との事実的なつながりが当然含まれているから、因果関係を①事実的なつながり（条件関係）と②規範的な限定（相当因果関係）という2段階で検討していた従来⁽³⁾の学説とは異なり、端的に、**危険性の現実化の有無を問うこと**で足りることになるといえよう⁽³⁾。」とされる。あるいは、実行行為の危険性の現実化の判断の態様として、「①実行行為によって結果発生の原因が直接生じた場合、すなわち、実行行為の危

(1) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016・有斐閣）60頁。

(2) 山口・前出注（1）60-61頁。

(3) 山口・前出注（1）61頁。

危険性が構成要件の結果へ直接現実化した場合（**直接型**）と、②実行行為後に介在した行為が構成要件の結果発生の直接的な原因であったが、その直接原因を実行行為及びそれに関連して被告人が行った行為が誘発したと認められる場合、すなわち、実行行為の危険性が結果の直接原因である介在行為を介して構成要件の結果へ間接的に現実化した場合（**間接型**）」の2つに分けられ⁽⁴⁾、この考えがかなり支持されている⁽⁵⁾。しかし、この見解と相当因果関係説の客観説との根本的相違はあるのだろうか。両者の異同も、なお明確でない部分がある。あるいは、客観的帰属論との異同はどこにあるのだろうか。この点も、なお不明確である。

そもそも学説において、「危険と危険の現実化」の定式は、歴史的にどのように用いられてきたのであろうか。その源流を遡ると、やはり1931年に刊行されたドイツのカール・エンギッシュ (*Karl Engisch*) の名著『刑法上の構成要件要素としての因果関係』⁽⁶⁾に辿り着く。もちろん、これまでも、エンギッシュの因果関係論については、日本の刑法学者が好んで取り上げてきたところであるが⁽⁷⁾、その全貌を明確に論じたものは、必ずしも

(4) 山口・前出注(1) 61頁。なお、高橋則夫『刑法総論(第5版)』(2022・成文堂) 143頁以下参照。

(5) 例えば、橋爪隆「危険の現実化としての因果関係(1)(2)」法学教室403号(2014) 84頁以下、404号(2014) 86頁以下(同著『刑法総論の悩みどころ』(2020・有斐閣) 第1章所収)等参照。第6回日中刑事法シンポジウムの第1セッション「因果関係理論と実務問題研究」でもこの問題が議論され、橋爪教授のプリリアントな報告がなされた。橋爪隆「日本における因果関係論の現在」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』(2018・成文堂) 7頁以下参照。なお、福永俊輔「因果関係の認定」西南学院大学法学論集47巻1号(2014) 61頁以下、および大関龍一「因果関係論『通説』——危険の現実化論の系譜とその内実」法学セミナー809号(2022) 19頁以下の分析は、本稿との関連で興味深い。

(6) *Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, Paul Siebeck.*

(7) 井上祐司『行為無価値と過失犯論』(1972・成文堂) 185頁以下、林陽一『刑法における因果関係論』(2000・成文堂) 66頁以下等参照。なお、本稿との関連では、加藤正明「合法則的条件説について——エンギッシュの『刑法における構成要件要素としての因果性』を読む(一)」神奈川法学48巻2・3合併号

多くない。そこで、本稿では、エンギッシュの因果関係論を詳細に解説・分析することにより、「危険と危険の現実化」の定式の源流を再確認し、現在の刑法解釈論においてその趣旨を批判的に取り込みつつ再構成することを目指すための礎石とすることにしたい。

2 エンギッシュの因果関係論の出発点としての 合法則的条件公式

1 エンギッシュは、刑法の目的を「国家によって保護に値しかつ保護を必要とすると認められた公共もしくは個人の利益を、侵害および危殆化から、刑法固有の手段で——利益に敵対する所為に対して——一方的害悪を科すことによって——保護する」ことに求め⁽⁸⁾、法益侵害および危殆化の実体を外界における変化の「惹起 (Verursachung)」に見いだす。この因果的思考は、教唆や幫助についても、さらには挙動犯 (Tätigkeitsdelikte) や実行の着手 (Anfang der Ausführung) の解釈についても貫かれている⁽⁹⁾。もちろん、通常は、結果犯の形態において実現される諸構成要件に関して因果関係の問題が生じるわけで、エンギッシュは、「利益侵害または利益危殆化として刑法上の構成要件に該当する結果が、人の態度によって惹起されるのはいつか、という問題」⁽¹⁰⁾に迫っていく。そして、当時の代表的見解であるエベルハルト・シュミット (Eberhard Schmidt) の主張、すなわち、「因果的な考察方法は、事実的な資料を追求しかつ提供すること以外の意義を何ら有しておらず、それに関して刑法上の評価が問題となるのである。刑法上の評価自体、したがって刑法上の負責の問題については、……因果的考察方法は、まったく役に立ちえない。」⁽¹¹⁾という主張に対

(2015) 51頁以下をも参照。

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

(9) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 3.

(10) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 4.

(11) *Eberhard Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für Rainhard von Frank

して、次のように正面から反論する。

「しかし、もし、新年の夜に、2人のいたずらっ子が騒ぎを起こそうとして互いに独立して同時刻に同様に軽率な態様で、街路に向けて実弾入りの拳銃を発射し、銃弾の1発によって、1人の人間が致命傷を負わされたとすれば、弾丸を被害者に命中させ、彼の死を惹起した方の子もだけが、過失致死(帝国刑法典222条)によって処罰可能であり、もう1人は警察犯(Polizeidelikt)によって捕捉されうるにすぎないことは明らかである。この場合に、惹起すること(Verursachung)が必ずしももっぱら有性の徴表として現れているわけではないにせよ、それは、評価の対象となる事実的な資料を提供するための単なる『作業仮説(Arbeitshypothese)』として過少に考慮されうるにすぎないのではなく、それ自体むしろ重要な負責要件(Haftungsvoraussetzung)として、刑法上の評価をするための非常に本質的な構成要素のひとつとして現れているのである。(12)」

かくして、エンギッシュは、「態度と構成要件該当結果(死、器物損壊等)との間の因果関係はきわめて重要な負責要件のひとつではあるとしても、それによって、因果関係が『規範的な』観点によって実質的に規定づけられなければならない、ということが主張されているわけではない。法は、他の概念(例えば、危険概念(Gefahrbegriff))と同じく、因果概念(Kausalbegriff)も、生活、その他生活に関係するものの内から把握することが可能であり、規範的な観点を交えることなく、負責要件のもとにそれを位置づけることができる。(13)」と説く。「生活、その他生活に関係するものの内から把握する」というこの基本的視点は、過度な規範的理解から距離を置くエンギッシュの因果関係論の理解をするうえで重要である。

2 ここでエンギッシュは、次のような問いを立てる。すなわち、「刑法上の構成要件要素としての因果概念は記述的に日常用語と一致するよう

II, 1930, S. 115.

(12) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 5.

(13) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 5-6. なお、ここで結果的加重犯についても言及するが、ここでは割愛する。

規定されるべきであろうか、それとも哲学上の定義とも一致するように規定されるべきであろうか、そして、この場合、その定義はどのような内容でなければならないのであろうか。あるいは、それ（因果概念）は、規範的視点に基づき、刑罰という法的効果を考慮したうえで『変換され』なければならないのだろうか。この場合、その他の帰責の前提条件は、場合によっては未知のものをも含めて、どの程度の役割を演じるのであろうか。刑法における原因概念（Ursachenbegriff）はそもそも画一的なものなのだろうか。それとも、（ときおり有責性の要素を一部さておくことによって）刑罰の前提条件が変化することは、原因概念における変化を伴うものではないのであろうか。⁽¹⁴⁾ この問題設定は、エンギッシュの理論的枠組みの出発点を理解するうえで重要である。

その検討に際して、エンギッシュは、まず、ブーリ（*Maximilian von Buri*）によって帝国大審院に導入された条件説（*Bedingungstheorie*）、すなわち、「その態度がなければその結果は生じないであろう」というコンディチオ・シネ・クワ・ノン（*conditio sine qua non*）公式を空洞落下事例と共に取り上げ⁽¹⁵⁾、この定式は容易に用いられうるが、それによって「なお十分に満足いく解決は得られておらず、かつその首尾一貫した検討がおそらく条件説の再編成をも導くに違いない」問題となることを指摘する⁽¹⁶⁾。そして、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式に代わる合法的

(14) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 7.

(15) そこでは、次のような空洞落下事例が挙げられている。「結社パーティーの際、女性（X）はそこで新鮮な空気を吸うために広間から暗い中庭に出たのだが、彼女は空洞に落ち、その際、致命傷を負ってしまった。その捜査が明らかになるところによれば、普段覆い隠されていたその空洞は、土地所有者の妻の指示で作業員によって、パーティーの前日、修理作業のためにその覆いを取り除かれたものであり、その後は閉めずにいたままであった、ということである。中庭へのドアは、パーティーの間は差し当たり鍵がかけられていたのだが、ある参加者によって行事の最中に取決めに反する形で開けられてしまい、それゆえにXにとって中庭に侵入することは可能だったのである。」*Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 8. ブーリの条件説については、岡野光雄『刑法における因果関係の理論』（1977・成文堂）17頁以下参照。

条件公式 (die Formel der gesetzmäßigen Bedingung) の提言に移るわけであるが、その前に、「ある特定の結果がある特定の態度を欠いても生じたであろうかどうか、という問題に対する解答にとって決定的であるのは、われわれが結果それ自体をどのように規定するのか、という方法であり、そしてそれとの関連で惹起の問題が検討されるべきなのである。(17)」という問題提起をする。

空洞落下事例⁽¹⁸⁾について、エンギッシュは、次のような検討を加える。すなわち、「X女が空洞に落ちなかった場合であっても、すなわち、その空洞が覆いを取られなかったような場合であっても彼女は死んだであろうか、と尋ねるならば、何ら問題なくこれを肯定しようと思われる。なぜなら、『人間は皆死ぬのであり、X女は人間である……』からである。そう考える前に、そのような慎重さを欠いた状態で空洞の露出等の条件の性質を主張する場合、われわれが別の問題設定を出発点にしていることは明らかであろう。すなわち、その空洞の覆いが取られていなかった場合でも、X女はまさにその瞬間にその態様で死んだであろうか、という問題設定を出発点にするのであろう。しかし、そのように限定された問題設定は、他の側面で、やりすぎにならないであろうか。(19)」と。そして、さらに別の事例(頭蓋骨殴打警告事例、花瓶事例、洪水事例)を示して、次のように論を進める。

「Bが背後から近づきつつCに対して致命的な殴打を与えるため身構えているのを、Aは見ていた。AがCに叫んで警告したところ、結果的にCは向きを変え、そしてCの頭蓋骨を粉砕する殴打を背後からではなく横から受けたのである。この場合、その結果を完全に具体的に規定して選択するならば(横から頭蓋骨を粉砕されること)、BだけでなくAもその結果に対し

(16) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 9.

(17) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 9.

(18) 前出注 (15) の事例参照。

(19) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 9.

てコンディチオ・シネ・クワ・ノン定式を設定するものである。しかし、これに対して『法感情』は反対するであろう。もっとも、Aは叫ぶことによりCに警告しなかったのではなく、Bが気づかれずに殴打することを可能にするためCの注意をそらしたかったのであり、そしてCの頭部への殴打が背後からではなく横から命中した場合は、しかし、因果的寄与(Kausalanteil)のAの負担は法的要件を満たすものである、と思われる。しかし、さらに進んで、Aが花瓶に色を塗ったところ、それをBが投げ落とし、その結果、その花瓶が粉々に割れた場合、この場合もまた、色の塗られていないものではなく塗られた破片が床に落ちているとして、Aは、その結果に対してコンディチオ・シネ・クワ・ノン定式を設定してしまわないであろうか。それもまた無意味のように思われる。そして、Aが、洪水の際に、水桶の中身をダムから突如溢れ出てきた洪水の中へとこぼし、そのためほんの僅かな一部分に関していえば、その作用は大きくなったという場合に、本当にAもその洪水に対して因果的であるとすべきであろうか。⁽²⁰⁾

このような事例処理に関して、当時のドイツでは、トレーガー (Traeger) に代表されるように、「結果は条件が存在していることを基礎にして完全に具体的に規定したうえで検討されるべきではなく、法的抽象化を基礎にしてある程度一般化したうえで検討されるべきである」という結論になり、「しかも、抽象化の基準は価値判断によって確定されるべきである。」とされたわけであるが、この点についてエンギッシュは、「結果規定に関するトレーガーの方法はおよそ支持できるものではない。」と批判し⁽²¹⁾、次のようなミュラー (Müller) の見解⁽²²⁾を支持する。すなわち、

(20) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 9-10. 前半は、*Max von Rümelin*, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, ArchZivPrr. 90, 1900, S. 283の設例である (この論文は、同年 (1900年) に同一の書名で Paul Siebeck 社から刊行されている。)。後半は、*Ludwig Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 41の設例である。

(21) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 10-11.

(22) *Max Ludwig Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 10 ff.

当該態度がなければ法的に同価値の結果が生じたのか、それとも異なる結果が生じたのであろうか、ということが問われてはならない、換言すれば、その態度は、抽象的に規定された結果に関してその条件の性質〔を有しているかどうか〕が検討されるべきではなく、具体的な（その時にその方法で生じた）結果に対するその態度の原因性が問われなければならないのであり、また、死亡や器物損壊といった法的結果カテゴリーを顧慮したうえで、その条件が存在していることを確かめるべき具体的事実のみが選択され、確定されるべきである、ということを示している。「基準となるのは、常に具体的事実であるのだが、その具体的事実において、考察の対象となる法的に有効な構成要件の結果類型が判断されるべき現象の中で実現したのである。(23)」

3 以上のように、エンギッシュは、適切にも、具体的事実を重視するミュラーの見解を継承しつつ自己の理論を発展させようとする。頭蓋骨殴打警告事例については、「検討されるべきなのは、Cの頭蓋骨に対する横からの打撃においてその殺害は実現したのだが、そのような打撃はAの叫び声によって惹き起こされたものともいえるのかどうかであって、この問題は無条件に肯定されうるし、そして、Aが叫ぶことによって警告しようとしたのか、それとも気をそらそうとしたのかは、関係ないのである。」と説き、花瓶事例については、「花瓶に色が塗られていることは、およそ器物損壊罪の法定構成要件により限定された具体的結果の構成要素ではない。器物損壊罪は、すぐ後に生じる花瓶の瓦解で完成されるのであり、その破片に色が塗られていたか否かは関係ないのである。」と説き、洪水事例については、「Aが洪水の中にこぼした水量が僅かであるということは人間の一般的な観察にとって、その洪水の上を漂っているコルクと同様に、われわれが洪水とする事実関係の構成要素ではない。」と説くのである(24)。そのうえで、一応このような理解に満足しつつも、もっと多

(23) Müller, a.a.O. (Anm. 22), S. 14.

(24) Engisch, a.a.O. (Anm. 6), SS. 11-12.

くの利点をこの理論に求める。その目指すところが、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式に代わる合法則的条件公式である。

エンギッシュは、ここで、ミューラーが呈示する2名による鉄道事故事例を持ち出して検討する。すなわち、「Aは転轍係に睡眠薬を与え、その直後にBは、Aとは独立して同じ転轍係を拘束する。そして、その転轍係は転轍を入れなければならないのに、その時まさに睡眠と拘束のために動くことができず、そのため衝突が発生する。これまでの考察に基づくと、われわれは、次のように言わなければならない。すなわち、問題となる様々な法定構成要件が現実化する（列車の相互衝突、それに伴う殺人、身体傷害および器物損壊）全事態（Gesamtsachverhalt）は、2名の行為者のうち1名が行為していなくても、その具体的な形においてまったく同様に生じているであろう、と。両行為者のいずれも、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式の根拠に従えば、自らの行為がなくても（もう一方の行為者の行動に基づく）事故はまさにその方法で生じるであろうから、因果的な答責から解放されうるのだ、と主張することができる。これは、明らかにナンセンスな結論である。なぜなら、彼らの行為がなければ、ほぼ確実に事故は発生しないにもかかわらず、AもBも事故を惹起していないとされるからである。⁽²⁵⁾」このミューラーにより呈示された事例に対して、エンギッシュはどのように受け止め、どのように検討を加えるのであろうか。

エンギッシュによれば、「結果は、単に因果系列の最終項（Endglied）として、法定構成要件に従って限界付けられるのではなく、関心ある態度と結果との間の中間項（Zwischenglieder）が、関連を検討すべき事情に取り入れられるのである。したがって、問われるべきは、当該態度がなければ、その終わりに結果が存在し、その中で法定構成要件が現実化するときの、重なり合って因果的に結び付いた出来事がまさに生じたのか、であ

(25) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 14.

る（われわれの事例で言えば、AもしくはBの態度がなくても、転轍係は、睡眠と拘束によって、行動の自由を妨害されていたのか、この妨害がなくても、転轍は入れられなかったのではないか、そして、転轍が入れられていたとしても、事故は発生していたのではないか、である。）^{○(26)}」ここで、エンギッシュは、「中間項」の意義と危険の現実化との関係についてヒントになることを論じる。すなわち、「このような中間項の援用がなければ、先に支持した事態の具体化はまったく不可能であり、法定構成要件が現実化する最終結果は、しばしば区別がつかなくなり（心臓死!）、それゆえ中間項を度外視することは、要するに、退けられた抽象的な結果決定という結論に再び至るのだ、と。さらに次のようにも言いうる。すなわち、法定構成要件は、構成要件該当結果自体において現実化するのではなく、その惹起において現実化しており、そして惹起が生じるまさに具体的事情の確定は、態度と結果との間のあらゆる因果的中間項を徹底的に明らかにするように強いるのだ、と^{○(27)}」

このように、エンギッシュが「因果的中間項」の論理を打ち出している点を看過してはならない。そこには、事実をある程度抽象化する傾向が看取される。さらに、事実を具体化しすぎると、不合理なものになるとして、エンギッシュは、別の事例（棒打ち事例と死刑執行事例）を呈示する。

「勇敢にも身を守っているBを殴っているAは、彼の友人であるCとDに、隅に立て掛けてある棒を渡してくれないか、と呼びかける。CとDは手を伸ばすが、Cは、同時にDの手をわきに押しよけることによって、Dの前で棒を手に入れ、その棒をAに手渡す。そこでAは、その棒でBを打ちたたく。もしくはさらに〔事例を〕先鋭化させてみよう。殺害された被害者の父親（C）が、死刑の執行に立ち会うことが許されている。Cは、処刑台の近くへとこっそり歩き、決定的な瞬間に、自らが子どもの仇を討つために、死刑執行人を突き飛ばして彼に代わって自らボタンを押す。双方の事例

(26) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 14-15.

(27) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 15.

について、次のように考えることができる。Cの態度がなくても——人間の識別能力の限界においては——結果に至る中間項とともに、結果もまた、発生したのとまったく同じように発生したであろう、と。つまり、まったく同じ方法でBは殴られていたであろうし、殺人犯は死亡したであろう、と。しかし、それぞれの事例にCがいなければ、殴打を誰がAの手に委ね、誰が殺人犯を殺したのであるだろうか。われわれが、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式に基づいてCが因果的であること（Kausalwerden）を否定するならば、関心ある結果は、結果に至る中間項もろとも、原因を欠いて発生していることになる。その際に、われわれは、原因を完全に精確に知っているとは確信しているのだが、原因は、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式によってのみ適切に表現されるわけではない。そこで、不十分な帰結であるという異議は当然、容易に思いつく。具体的な考察は、依然として十分に行われていないのではないだろうか。それぞれの事例で、棒を手渡し、ボタンを押したCがいなかったならば、この方法で、すなわち、Cの手を経た殴打の到達、もしくはCの指を通した断頭台の作動によって、結果は発生しなかったであろうか。したがって、著しく特殊な結果への経過が省略されないかぎり、Cの態度は、差し引いて考えられない。しかし、この検討に際して、因果的であることを最初に証明されるべきものが、すでに直接に因果的であるものとしてまさに前提とされている。(28)」

この指摘は、エンギッシュの見解を理解するうえで重要である。ここで設定された事例は、因果関係論の研究では、しばしば参照されてきた。エンギッシュによれば、「私は、Cの態度の因果性を問い、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式によってこの問題に答えるすべを知りたく、この問題が明らかになることを望んでいる。つまり、具体的事例において存在している特殊な因果的中間項を経た方法で、すなわちCの態度を経た方法で、Cの態度がなければ具体的な結果は発生していなかった、とされている。そのような思考過程が許容できないことは、明白である。仮定的な展

(28) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 15-16. 圏点部分は、原文では隔字体である。以下同じ。

開と現実の展開は、差し引いて考えている行為を辿るモメントにおいてのみ、比較されうるにすぎない。⁽²⁹⁾ 逃げ道として、「死刑執行人はそうした義務があり、そのように決意しているからといって、第2の例で死刑執行人がおそらくそうしたであろうというような別の事柄を考慮に入れることは誤りである。因果の問題は、その条件の性質を検討すべき(Cの)行為が付け加わった際に、すでに現実には与えられた先行事情(Antezeden-tien)に基づいて答えられなければならない。しかし、先行事情それ自体は、死刑執行事例において与えられていた。すなわち、処刑台とすでに断頭台の下にいる犯罪者である。しかし、この先行事情のみでは、有罪の判決を受けた者の死には至りえない。それゆえ、死の結果もまた無視しないかぎりには、Cの行為を無視することはできない」という見解もありうるが、エンギッシュは、「これもまた、目的には達しえない。というのは、Cの行為時にすでに与えられているものとして存在している、今まさに死刑の執行を遂行しようとしている死刑執行人の決意を考慮に入れるべきではない、とする理由を理解しえないからである。そのようなモメントの際には、それぞれの先行事情よりも、行為時に存在している作用因(Wirkungsfaktoren)の方が問題となる。⁽³⁰⁾」と批判する。かくして、エンギッシュは、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式は真の因果連関をまったく理解していない、と痛烈に非難し、「態度Vが、具体的な結果Eを惹起した(条件付けた)のか、という問題と、事情の状況に従えば、Vがなくても具体的な結果Eは、同じ方法で生じていたのか、という問題を区別すべきである。⁽³¹⁾」と指摘する。コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式に対するこの批判的指摘は、核心を衝いている。

4 エンギッシュは、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式の代替として提起されているレオンハルト(Leonhard)による、2つの出来事の順序

(29) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 16.

(30) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 16.

(31) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 17.

を一般的な法則によって明らかにする原因連関説、およびヒッペル (*v. Hippel*) による、経験において与えられた働き (Kraft) および作用の概念を使用する因果連関説に対しても、それぞれ批判をしつつ、次のように述べる。

「われわれが空間的な外界において、働きの作用および原因による作用の発生を『経験』しているのではなく、おそらく、類推によって (*per analogiam*)、働きの作用および原因による作用の発生を、他の方法で確認した因果連関に読み取りうるのである。というのも、刑法における態度と結果との間の因果連関に関する問題は、空間的な外界における出来事に主に関わるものではあるが、われわれは、空間的な外界における出来事に従って、作用するものと原因となるものの概念を、経験した現象という意味において使用できるのではなく、われわれは、それらの概念を別の方法で規定しなければならない。厳密に言えば、それらの概念が、われわれに (条件関係の) 因果性の確定を実際に可能にするように、である。(32)」

ここには事実と経験を法理論として結び付ける契機が含まれている点に注目すべきである。それに続けて、「特に、この目的に鑑みるならば、私には次のように思われるのである。すなわち、自然的考察方法ならびに科学的考察方法を満足させるとともに、一応のところまでは法則によって示されていて、さらにまた、その一方で、正確に理解された条件説の基礎を成すとともに、訴訟の専門家によって暗黙裡に前提されている因果関係概念に最も早く達するのは、やはり、自然科学的で、『哲学的な』、非形而上学的な (論理的な) 原因概念のもとにおいてである、と思われるのである。われわれは、その原因概念を、刑法上の因果関係の問題に即して、おそらく次のような定式へと展開することができるであろう。(33)」と説く。そして、いよいよ以下の有名な「合法則的条件公式」が登場するのである。

(32) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 20.

(33) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 20-21.

「ある態度が——さしあたり実定的な作為のみを考える——刑法上の法定構成要件に従って規定づけられた具体的な（実定的な）結果にとっての原因であるとみなされるのは、時間的に後行するものとして、諸々の外界変更が、あの態度に結び付けられていた場合において、それらの外界変更が、当該態度と、そして自らの連鎖の中で相互に、（自然）法則的に結合しており、かつ、刑法に従って結果として規定づけられている具体的な事態の何らかの要素へと連なっていたときである（コンディチオ定式に対する合法則的条件公式）。(34)」

エンギッシュは、この合法則的条件公式を7点にわたり掘り下げて、その意味と刑法上重要である生活現象へのその適用可能性を証明しようと試みる。以下、要点を示そう。

「a）態度の作用が時間的に後行するものとして特徴付けられるとしても、このことは、原因を形成し終えるものに付随して、直接的に連鎖する諸変更が生起する時には、作用も即座に開始するという事実と矛盾するものではない。このパラドックスがその解決を見いだすのは、次の点である。すなわち、原因の生起は、常にある程度の時間を必要とするのであって、作用の前に開始しており、その限りにおいて、原因は作用よりも時間的に先行するものであるという点である。(35)」

ここでは、この公式によれば、原因が作用よりも時間的に先行することをしっかり確認しておく必要がある。そして、このことは了解可能である。

「b）態度、後行する諸変更および結果との間の合法則的な結び付きの内容をより詳細に記述すると、以下のようになる。つまり、時間的に先行する諸経過に続いて時間的に後行する諸経過が生起する際に、それらの後行する諸経過が自然法則に従って生起したということである。例えば、AとBが同時にCを銃撃するが、Aによって発射された銃弾のみがCの身

(34) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 21.

(35) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 21.

体に命中する場合において、その結果として生じたCの死は、Bによって発射された銃弾によって惹き起こされるのではない。なぜなら、その死は、身体に命中しなかった銃弾に、合法的な結果と結び付けられていないからである。他方で、当然のことながら……Cが、AとBによる銃撃に驚いて、驚愕のために死ぬということは想定されえたことである。その場合には、時間的に先行する諸経過と時間的に後行する諸経過との間に合法的な関係が存在する。⁽³⁶⁾」

Cの死亡結果に関するこの2つの区別は、合法的な条件公式を理解するうえで興味深い。それは、以下の論理展開に繋がる。

「c) 先の箇所ですでに暗示されているのは、起点になる態度に後行し、具体的な結果に連なる諸変更の合法的結合の問題は、個々の事例における完全に個別の諸状況との関連において検討されなければならない、ということである。その際、これらの諸状況が認識可能な状態になったのが後か先か、とりわけ、それらの諸状況が所為の時点ですでに存在し、認識可能であったかどうかということは、まったく重要ではない。態度と結果との合法的結合という問題にとって何らかの重要性を有するのであれば、全事情が、つまり事後的にのみ知られ、または認識可能である諸事情も合わせて、この問題のために参考にされなければならない。合法的な関係を確定するために重要である諸事情を明らかにしないならば、その結論は真偽不明となるにちがいない。bで言及した事例におけるBについて、もし、CがAとBによる銃撃に驚いたか否かということが明らかにされないならば、そのように言える。さらには、次の(実務から取り出された)事例においてもそうである。すなわち、ある医師が、妊婦に、禁じられた手術を行ったところ、その手術に続いて流産が起きたが、すぐに起きたのではなく、数週間後、転倒した後にはじめてそうなった、という事例である。この場合、胎児の死亡そのものと合法的な関係に立つ身体の

(36) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 21-22.

変化が、医師による手術に結び付いていたか否かを突きとめることはほとんど不可能である。本稿では、態度と結果との間における、条件関係の探求と、後に論究しなければならない相当性の関係 (Adäquanzbeziehungen) の探求との間にはっきりとした区別が存在するだけに、これらすべてを強調するのは、なおさら重要である。⁽³⁷⁾」

ここで注目すべきは、態度と結果との合法則的結合の有無の判断に際して、全事情を事後的に判断しようとしている点である。それによって、エンギッシュは、合法的条件公式を可能なかぎり事実即して判断しようとする苦心しているように思われる。

「d) 態度と結果との間の条件関係を確定する際には、まさに、完全に具体化された諸状況が基礎に置かれなければならないという理由から、諸々の法則のうちただ1つが妥当しているとの制限 (Modifikation) は、必ず厳密な考察の対象にされなければならない。しかも、合法則性 (Gesetzmäßigkeit) という問題が、個々の法則の1つによって解決可能であることはめったにない。むしろ、複数の法則を用いなければならないことが通例であり、それらの諸法則は、個々の事例についての判断をするために組み合わせられねばならないのである。周知のように、ガリレオの落体の法則が純粋な形で妥当するのは、真空の中だけである。そのような空間が刑法上重要な出来事の舞台を提供することはほとんどないのではなかろうか。毒キノコは、それを食べる人の健康状態次第で、健康を害するものであったり、そうでなかったりするし、急ブレーキによって自動車がスリップしたか否かを突き止める際には、多数の機械学的法則を考慮しなければならないのである。⁽³⁸⁾」

ここには、個々の具体的事例の判断に際して複数の法則を用いることにより、上記 d) での事実重視の合法則的条件公式の理解を具現化する姿勢が看取できる。これは、エンギッシュの理論が今なお刑法学者を引き付け

(37) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 22.

(38) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 22-23.

る要因の1つであろう。しかし、以下のeでは、その考えが自然法則との関係でどのようになるかが、より深く考察される。やや長いが重要なので引用しておこう。

「e) にもかかわらず、基本となる法則概念そのものに関しては、およそ、連鎖する事象連関に適用されるかぎりにおいて、最広義の自然法則が想定されている。その自然法則の中身については、判断時での最高の知識こそが決定的である。諸々の自然法則が把握可能であるのは、必然性法則または蓋然性法則のいずれとしてであるか、という問題については、現段階においては立場決定することができない。われわれが強調しているのは、ただ、条件関係を検討するにあたり、当該諸法則が、可能なかぎり精確かつ厳密に設定されていなければならない、ということにすぎない。蓋然性連関が法則として問題とされるかぎりにおいては、次のような蓋然性連関が意味されているわけではないことは、一目瞭然である。すなわち、相当説が、ある意味で恣意に基づいて不明瞭に (*kraft Willkür ungenau*) 規定付けられた態度の持つ傾向連関 (Trendenzbeziehung) を検討する際に着目している蓋然性連関である。さらに、強調しなければならないことは、事象連鎖の間の合法的関係は、観察中の事象連鎖の反復とただちに一致するわけではない、ということである。人が身を伏せたことは、手榴弾が着弾することの合法的な前件ではない。にもかかわらず、戦場に留まって観察を続ければ、人が、(飛んでくる手榴弾の爆破片から身を守るために) 地面に倒れこみ、その後になってはじめて手榴弾の着弾が起きたということがわかる。……私が、当該連鎖の合法則性が事物の中に基礎付けられていると気づくのは、合法則性が、単に知覚によってではなく、経験によって与えられている場合である。なぜなら、厳密な意味における経験というもの、様々な知覚を相互に関連付け、かつ、個々の知覚に基づいた判断を、その他の確認を通じて整合させ、そのようにして、事物の客観的世界を構築するものだからである。先の手榴弾事例においては、身を伏せることと手榴弾の爆発との間に見られた連鎖についての上述の因果性判断は基

礎付けられていない。なぜなら、『真の』連関認識というものは、われわれに対して、まったく別の、客観的に妥当するものとしての合法則的關係の認識を要求するからである。このことは、この議論について決まって引用されるもう1つの事例についても同様である（規則的に連続して生起するにもかかわらず、昼は夜の原因ではない。）。〔中略〕

私にとって、この点についてより重要であると思われるのは、事象連鎖の合法則性の確定は、合法則性の側で再びコンディチオ・シネ・クワ・ノン問題の解答を前提としているのではなかろうか、という反論がありうることである。法則の探求を目的とする重要かつ精確な方法は、実験的な試みである。しかし、この実験で私が取り組んでいるのは、なにかずく、事物複合体 (K) が、原因の質と目されるモメント (U) と結合しているときの結果と結合していないときの結果を探求することなのである。一定の結果事象 (F) が K それだけとは結び付けられていなくても、単に U と結合しているだけの K に結び付けられていれば、そのかぎりにおいて、私は、U はこの結果事象にとって原因である、と述べるのである。しかし、このことは——K を前提して——U なければ F なしということの意味しないであろうか。さらに、『U なければ K なし』ということは、再び、コンディチオ・シネ・クワ・ノン公式に舞い戻ることになりはしないだろうか。否！『K は U と結合してのみ F に作用する』ということは、K が結果事象 F をもたらすのは、モメント U と結合してのみであって、その他の結合によることはありえないというように解されてはならない。当然のことながら、 U_1 、 U_2 、 U_3 等のように、いくつもの点で U とは異なるが、U と同様に K と結合することによって、結果事象 F に達しうる特質を備えている（そして、そのかぎりにおいて U とともに U_x という集合を形成する）他のモメントも想定されうる。同じ原因は同じ効果をもたらすという命題を逆さまにすることは許されない——ただし、逆さまにすることが（因果性原理を基礎として）、同じ効果はこれらの効果を与えるという点で共通する諸モメント (U_x) を有しているはずであるということ以外のことを意

味しようとするものでない場合は別である。したがって、『KはUと結合してのみFに作用する』という命題が、消極的な側面において意味しているのは、KがFに達するのはUと結合してのみであって、その他の結合によることはありえない、ということではなく、もっぱら、事物複合体Kが、実験においてUを導入する前に設定される場合のように、単独でFに達するわけにはいかないということなのである。とはいえ、確かに、そのことからすぐさま、『Kを前提としてUなければFなし』という実験上の命題とアプリアリに結び付けられた意味が存在することが明らかになる。すなわち、Kがもたらされるのは、UがKの中に1つ内包されているからでもなく、また、同様の意味において効果をもたらしうる想定可能な U_1 , U_2 ……がKの中に1つ1つ内包されているからでもない、という意味であるが——、一方で、前述したコンディチオ・シネ・クワ・ノン公式について考慮されなければならないことは、原因であると目された態度Uを差し引いて考えるとしても、残余の事物複合体Kの中に、差し引いて考えられた態度と同様の効果を有する何らかの U_x がいまだに付着しているならば、そのことによって、 U_x が事実と反するかたちで、差し引いて考えられた態度の因果性を否定することになる、ということである。さらにそのうえ、KはUと結合してのみ事象Fを惹起する(UなくしてFなし)という確証が実験の中で獲られたとしても、その確証が自らの意味に従って関連しているのは、およそ、実験者によってその場その場で観察された諸経過ではなく、これら諸経過の類であって、端的に言えば、それは法則を描写しているのである(周知のように、そこから帰納法の問題が生じる)。それゆえ、法的に判断されなければならない具体的な事例が「UなければFなし」という抽象的な(!)命題に帰属するということは、包摂という意味をもっている。したがって、ある具体的な態度がある結果事象の原因となるのは、その態度が、実験において導入された要素の属性を持ち、かつ、実験において前提されていた事物複合体の属性を持つ事物複合体に結び付けられ、さらに、その具体的な諸々の結果事象が、実験におい

て探求された結果事象の属性を持つ場合である。まさにこのことが、具体的な連鎖が『合法的 (gesetzmäßig)』であると言われる場合、この認定が意味するものなのである。これに対して、先ほど学んだように、具体的事例に直接適用可能なコンディチオ・シネ・クワ・ノン公式は、原因と目される態度を差し引いて考えるならば、この場で何が生じたのであろうかということ苦心して明らかにしているのである。この観点からみると、もし、当該態度が行われた場所、当該態度が行われた時点において、現実因果性を有する当該態度の作用によって妨げられなかったであろうところの、 U_x という集合に属しつつほかならぬ当該結果を惹起する態度が1つでも予期されえた場合には、それ自体因果性を有することが明白な態度の因果関係は否定されなければならないはずである。合法的条件公式がコンディチオ・シネ・クワ・ノン公式に本質的に対立するのは、自然法則のもとで、具体的な経過に対する包摂可能性についてのみ問いを発するのか、そうではなく、注意を惹く態度を差し引いて考える場合に、具体的に発生したであろう事柄について問いを発するのか、まさにこの点をめぐってである。(39)」

このeの部分は、エンギッシュの苦悩と工夫が明確に看取できる。とりわけ事物複合体 (K) を持ち出して、U (原因の質と目されるモメント) と F (一定の結果事象) との関係の説明しようとする発想は、当時斬新的なものであったし、現在でも通用するものである。それゆえに、合法的条件公式が有する意義と課題を分析・検討しなければならない。

「f) われわれの条件概念の定義によっては、私が思うところでは、以下の諸事例も含められる。すなわち、ある態度によりある状態 (Z) が創出され、それを理由にその後の被害者自身が、あるいは第三者が、あるいは自然現象が変更 (Veränderungen) をもたらし、そしてその変更が構成要件的结果へと至るといふ諸事例も含められるのである。ここで私は、上

(39) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 23-26.

述した事例を、つまりある人が空洞の覆いを取り除いた (Z) ところ、その後そこに被害者が落下した場合を、あるいはドアを開けた (Z) ところ、そのドアを通して被害者が事故現場へと赴いた場合を念頭に置いている。さらには、ある人が被害者の最初の決意を変更させることにより、もしくは物理的に彼の行動の自由を奪うことにより彼〔被害者〕をある場所に留まらせておいた (Z) ところ、そこで第三者 (有責に、ないしは責任を欠いたうえで)、あるいは自然現象 (地震、火災事故) が結果を惹起した事例も念頭に置いている。この場合、そのすべてにおいて、たとえ若干の時間的間隔があろうとも (空洞はじっと待っていた)、〔それぞれの〕変更は相互に結び付いており、それは合法的に結合しているのである。狭義の惹起、可能化 (Ermöglichung)、誘因 (Veranlassung)、誘発 (Auslösung) 等を区別することは、私見では、法律家にとって理由のないことである。法律家にとっては、構成要件的结果への影響が顕在化する点に原因性のあらゆる形態の意味が存在するのである。(40)]

構成要件的结果への影響が顕在化する点に原因性の意味を求めるこの最後の部分は、「危険と危険の現実化」論の構築の布石となっているように思われる。

「g) われわれの原因概念は、さらに、非常によくある諸事例に関しても維持されうる。すなわち、ある態度が具体的な構成要件的结果と因果的に結び付くのが、その態度のゆえに、構成要件的结果を妨げたであろう原因連関が成立しない場合だけである諸事例に関しても維持されるのである。ここでわれわれは、「不作為による作為犯 (Kommissivdelikten durch Unterlassung)」においてさらにわれわれの関心を惹くであろう現象にアプローチする。想起されるべき事例は、転轍手が気絶させられ、あるいは拘束され、いまや彼は転轍器を調整することができないというものである。さらに、溺れている人を救助しようとしている者が拘束されている場合

(40) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 26-27.

〔も〕想定するであろう。コンディチオ・シネ・クワ・ノンという否定された公式と同様に、われわれの定義も、これらの諸事例に適合する。つまり、関心ある態度と結び付いている変更は、何よりもまず自然法則に従って、転轍手ないしは救助者の排除という消極的要素に通じる。しかし、それらの人々は適切な態度により時間的に後に生じる特定の変更（列車の衝突、溺死）を阻止したであろうと言えるのだから、（否定の否定、つまりは結果の阻止の否定としての）その人の排除と構成要件の結果は、相互に合法的関係にあり、それゆえにその因果性において検討されるべき態度と結果もその関係にあるのである。われわれは、以下のように言うことができる。すなわち、あらゆる具体的な結果の発生は、合法的に特定の消極的な、〔つまりは〕経験則上結果を排除する条件の不存在と結び付いている。そして、その他に存在する消極的モメントの排除として生じる変更をもたらす態度は、いまや阻止されなかった具体的な結果の発生と合法的関係にある変更を生じさせているのである、と。(41)』

ここでエンギッシュが「あらゆる具体的な結果の発生は、合法的に特定の消極的な、〔つまりは〕経験則上結果を排除する条件の不在と結び付いている。」と説いている点は、彼の合法的な条件公式を理解するうえで重要である。そして、それゆえにこそこのレトリックが成功しているかを検討しなければならない。この論理は、後述の不作为の因果関係も射程に入れているものと思われる。

以上のように、エンギッシュは、「事象連鎖の合法的性の確定は、合法的性の側で再びコンディチオ・シネ・クワ・ノン問題の解答を前提しているのではなからうか、という反論」を想定しつつも、合法的な条件公式がコンディチオ・シネ・クワ・ノン公式とは異なる法則であることを確認する。しかし、以上のような、態度と結果の原因連関に関する定義は、空間

(41) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 27-28.

的な外界における事象に即したものであったが、エンギッシュは、教唆ならびに心理的補助においても、「少なくとも決定論の立場からは教唆者あるいは補助者の態度と正犯における心理的事象との間の合法則的連関を主張できるからである。(42)」として維持可能と考えている。

5 エンギッシュの合法則的条件公式に対しては、行為と結果の間が自然法則的に結び付いているだけでは、それが刑事責任の根拠づけを行う能力を欠いている等、すでに多くの批判がなされている(43)。林陽一教授は、この点について、「それでは、そのような法則性がどのような形で、行為と結果との間に存在することが、結果帰責の根拠となるのであろうか。(44)」という問いを立て、「行為をなせば結果を生じさせ得るという(いわば積極的)支配可能性」に着眼して、「行為者が結果発生危険性ある行為をなしたのちに結果が生じた場合に、具体的事情の下でこの行為が結果を確実にしたという客観的關係が存在することを基礎として行為者を非難することは、意味のあることであろう。危険な行為をただで結果について非難するのは *versali in re illicita* となるおそれがあるが、結果を確実にしたという具体的關係が存在すれば、当該具体的事例において外界支配可能性をより強い意味で悪用した行為者に責を問うことが可能となるのである。(45)」と合法則的条件公式に好意的見解を説かれる。それにもかかわらず、そこで問題となるのは、合法則的条件公式を採用した場合、ある程度具体的事実が抽象化ないし捨象されないか、という点である。それは、仮定的判断の幅を広げる方向に働く懸念と結び付く。加藤正明教授が的確にも指摘されるように、「要するに、合法則的条件説にとって『事実關係の法則への包摂』とは、個別具体的な『当該行為が当該状況下でおこなわれたならば、当該具体的結果が発生する』という事実關係を『そのよ

(42) *Engisch, a.a.O. (Anm. 6), S. 28.*

(43) この点については、林・前出注(7)68頁以下参照。

(44) 林・前出注(7)68頁。

(45) 林・前出注(7)69頁。

うな行為がそのような状況下でおこなわれたならば、そのような具体的結果が発生する』と一般化しうることを意味するのである。(46)』

もちろん、エンギッシュも、上述のように、「起点になる態度に後行し、具体的な結果に連なる諸変更の合法的結合の問題は、個々の事例における完全に個別化した諸状況との関連において検討されなければならない」とか、「合法性という問題が、個々の法則の1つによって解決可能であることはめったにない。むしろ、複数の法則を用いなければならないことが通例であり、それらの諸法則は、個々の事例についての判断をするために組み合わせられねばならないのである。」とか、「強調しなければならないことは、事象連鎖の間の合法的関係は、観察中の事象連鎖の反復とただちに一致するわけではない、ということである。」と苦心の論理で補足する。それは、事象連鎖の間の合法的関係を可能なかぎり事実からかけ離れないように把握する必要性を自覚していたからではなかろうか。しかし、事物複合体 (K) というモメントを強調して事実ないし実在から乖離せざるをえない法則性に固執する以上、その努力にも限界がある(47)。ここが難しい点であり、課題である。

6 つぎに、エンギッシュは、不作為の因果関係にも簡潔に言及し、「ある態度がある結果の原因であるのは、その結果が一連の変更を通してその態度と合法的に結び付いている場合であるわけだが、それは差し当たり積極的作為 (positives Tun), つまりは特定の方向での有するエネルギーの投入という意味での、とりわけ特定の性質を持つ身体運動の実施という意味での態度のみと関連していた。しかし、態度という概念には、何かをしないこと、〔つまりは〕特定の方向でのエネルギーの不投入、とりわけ特定の性質を持つ身体運動を実施しないことである不作為も含まれる。(48)」と説く。特に不真正不作為犯について、「その特徴は、その惹起

(46) 加藤・前出注 (7) 68頁。

(47) この点の分析については、加藤・前出注 (7) 80頁以下参照。

(48) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 29.

が禁止されている結果が何かをしないことにより、〔つまりは〕何かを怠ることにより（禁止に違反して）実現される点にある。例えば、母親が養育を怠ることにより禁止に違反して彼女の子どもを殺害した〔場合〕、転轍手が転轍器を調整しないことにより、衝突を惹き起こした〔場合〕である。問題となるのは、原因として何かをしないことにより現実の結果が、つまり外界において知覚しうる作用としての変更が生じることは可能なのか、そしてどの程度可能なのかというものである。」という問題設定をし、従来の学説が、不作為の因果性を否定するか、せいぜい準因果的なもの（quasi-kausal）として扱ってきた点を批判し、この場合も、「不作為と後の結果発生との間にも合法則的連関は存在する、つまりは合法則的条件公式が不作為の因果性をその射程に収めることに何ら問題はない」ことを強調する。そして、次のように述べる。「因果性の問題を超えて存在する問題に際してはじめて本質的な難問が生じる。すなわち、構成要件的结果を阻止したであろう積極的作為を怠ることがいかなる範囲で刑法上、重要となるのか、という問題においてである。なぜなら、結果を阻止したであろう作為を怠ることはすべてその結果に対して因果的であるとする見解の帰結には限界がないように思われるからである。しかし、怠ったことについて問題にしうるのは、そもそも結果を阻止する作為の実施可能性が存在する場合だけであるということを顧慮すべきである（拘束された転轍手は、転轍器の調整を「怠った」わけではないのである。）。そして、これとは別に法律家の関心を引くのは、違法な、つまりは構成要件的结果の阻止に関する特別な法的義務に違反するそのような懈怠の因果性だけである。だがしかし、このことから、懈怠の因果性はその違法性に依存しているのであって、因果性の問題の意義は不作為が違法であるということに依存しているにすぎない、とする誤った結論を導いてはならない。(49)」

エネルギー投入・傾注を基軸とした不作為の因果関係に関するエンギッ

(49) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 31-32.

シュのこの理論⁽⁵⁰⁾について、加藤教授は、「合法則的条件公式が『行為から具体的結果を予測する』の対称的な構造をもつという点に目」を向けつつ、「具体的結果が、問題の行為と行為時に存する事情、それに法則という前提から『演繹される』とは、換言すれば、それらの前提を知っているだけで、これから何が起るのかを知ることができるということである。⁽⁵¹⁾」と分析され、「合法則的条件説は、相当性説に因果帰属論としての存立基盤を提供するということができる。⁽⁵²⁾」と説かれる。すなわち、「エンギッシュにより『行為によって創出された危険の実現』とパラフレーズされた相当性説は、具体的結果の客観的予測可能性を問うものである。合法則的条件説によれば、何かを惹起するとは、『問題の行為状況と結びついて具体的結果の発生することが法則上予測される行為をすること』だから、相当性が欠けるということは、当該結果が現実には発生しているにもかかわらず、刑法上、これを『惹起していない』ということであらわす。合法則的条件説によって予測へと構造化された惹起概念をもって、相当性説は条件関係論から断絶することなしに、『惹起概念の法律的構成』としての地位を主張することができるのである。⁽⁵³⁾」と。この指摘は、エンギッシュの因果関係論を理解するうえで重要である。

しかし、さらなる問題は、「『惹起する』という概念が何を意味するか」、である⁽⁵⁴⁾。実は、これこそが根本的問題である。条件説が説く条件関係

(50) この理論は、後に、作為と不作為の区別に関する論文 (*Karl Engisch, Tun und Unterlassen, in Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 163 ff.*) で明確に理論展開している。この理論については、私も、若干検討し、それを克服すべく、新エネルギー説を説いたことがある。甲斐克則『尊厳死と刑法 [医事刑法研究第2巻]』(2004・成文堂) 102頁以下、同「不作為による過失の競合」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(2017・成文堂) 500頁以下参照。

(51) 加藤・前出注 (7) 83頁。

(52) 加藤・前出注 (7) 84頁。

(53) 加藤・前出注 (7) 84頁。

(54) 加藤・前出注 (7) 88頁。

は、「あれなければ、これなし」というコンディチオ・シネ・クワ・ノン公式により、事実関係の確定を行うものだと理解されているが、「あれ」の確定をどのように行うかは、論者により理解が異なる。あるいは、「その実行行為がなければその構成要件の結果は発生しなかったであろうという関係」という理解をしても、「その実行行為」の確定のためには、事実を確定しなければならない。宗岡嗣郎教授が指摘されるように、「実行行為は因果関係を媒介としてのみ発見されるのであって、その逆ではありえない。(55)」しかも、上述の仮定的因果経過のケースや択一的競合のケースでは、合法則的条件公式は、あるいは通常条件関係論も、形式論理に陥ってしまい、事実を見失う懸念がある(56)。少数説ながら、あくまで事実としての因果の流れを基軸に据える原因説の再評価を試みる見解が根強く主張されるのは、その問題性を克服するためである(57)。

7 なお、エンギッシュは、因果性に関する哲学的論議にも簡潔に言及し、次のように述べる。「実際には、われわれは(消極的事態に係る)若干の修正により哲学的原因概念に達したわけだが、それは、その原因概念を、因果原理に関するカント(*Kant*)の定式(「生起し始めるあらゆるものは何らかのものを前提にしている。そして、その生起したものは、規則によると、その前提とされるものの後に生じるのである。」)の中に存在しており、今日においてもなおこの分野を支配する原因概念として理解してよい場合である。つまり、原因とは、他のあるものが、すなわちある出来事(ある変更)がある規則(ある法則)に従ってその後に生じるといったものなのである。もっとも、法律家が哲学的原因概念について論じる場合には、たいていジョン・スチュアート・ミル(*J. St. Mill*)の原因概念を述べるのみである。ミルの原因概念は、しかし、少なくとも彼の次の規定によるので

(55) 宗岡嗣郎『法と実存——〈反死刑〉の論理』(1996・成文堂)199頁。

(56) 宗岡・前出注(55)199-201頁参照。論理的結合説(町野朔『犯罪論の展開』1989・有斐閣)202頁以下)も、事実から離れて条件関係を把握する論理の1つであろう。

(57) 宗岡・前出注(55)202頁以下参照。

あればカントのものと異なる点はない。『不変的前件のことを原因と、不変的帰結を作用と呼ぶのである。』ミルの独自性がみられるのは、以下の点だけである。すなわち、彼が、通常、変更不能な結び付きが個々の前件 (Antezedens) と帰結との間ではなく、複数の諸前件が結び付いたものと帰結との間にのみ存在することを認め、それゆえ彼にとって原因とは積極的ならびに消極的諸条件の総体なのであって、その総体から個々それぞれの条件に分解し、それを原因として強調することは許されない (すべての条件は等しく不可欠なのであって、それらが総体となっはじめて結果をもたらすことができるのである)、とする点である。それによると、ミルの特殊性は、原因と作用との間に存在する関係性に関する特殊な見解にではなく (ミルにとっても、それらの関係の性質は、現象が連続して生じるという合法則性にある)、全体原因 (Gesamtursache) という概念、つまり原因概念が包含する状況ならびに出来事の規定 [の仕方] にある。(58) そして、それは、ミルの見解との矛盾はない(59)、と説く。

因果性に関する哲学的論議(60)が刑法上の因果関係論にどこまで関わるかは、難しい問題である。ここで深く言及する余裕はないが、「惹起」の意味するところを深く探究すると、一定程度、因果性の哲学的考察をせざるをえないように思われる。例えば、経験哲学における「経験則」の意味を合法的な条件公式との関係でどのように捉えるべきかは、これと連動する。それゆえに、井上祐司博士は、エンギッシュの因果関係論 (特に危険と危険の現実化) を研究しつつイギリスの法哲学者ハート (H.L.A. Hart) の因果論(61)も同時に研究されたように思われる(62)。しかし、現在でも、そ

(58) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), SS. 32-33. なお、エンギッシュは、1950年の論文 (*Karl Engisch, Die Kausalität im Recht, Von Weltbild der Juristen*, 1950, S. 110 ff.) でも、「惹起」概念に固執して論理を展開している。

(59) *Engisch*, a.a.O. (Anm. 6), S. 34.

(60) 因果性に関する哲学的論議について、わかりやすい書として、ステューヴン・マンフォード／ラニ・リル・アンユム (塩野直之・谷川卓訳) 『哲学がわかる因果性』(2017・岩波書店)、萬屋博喜『ヒューム 因果と自然』(2018・勁草書房) 等が参考になる。

の関係性は、なお十分に解明されていない。それは、永遠のテーマかもしれないが、探究し続ける意義はある。

8 以上、エンギッシュの因果関係論の出発点としての合法則的条件公式について分析してきたが、エンギッシュがそれを前提として相当因果関係説をさらに展開する論理を深く分析・検討する必要がある。合法則的条件公式と相当因果関係説ないし「危険と危険の現実化」の理論の関係は、いかなるものであろうか。それを引き続き考察していこう。

(未完)

(61) 哲学的議論も含めた広範な法的因果性に関しては、H.L.A. ハート／トニー・オノレ（井上祐司・真鍋毅・植田博訳）『法における因果性』（1991・九州大学出版会）参照。

(62) 井上祐司『因果関係と刑事過失』（1979・成文堂）245頁以下参照。