

## 相当因果関係説について

——エンギッシュ『刑法における構成要件要素としての因果性』を読む(二)

## 目次

- 第一章 議論の意味
- 第二章 クリースの相当因果関係説
  - 第一節 確率の論理的解釈
  - 第二節 「主観的」相当因果関係説
- 第三章 エンギッシュによる相当性説の再構成
  - 第一節 エンギッシュの確率理解
  - 第二節 相当因果関係要件の必要性
  - 第三節 相当性説の再構成
    - 第一款 客観的配慮欠缺としての広義の相当性
    - 第二款 相当性の体系的位づけ

加藤正明

#### 第四節 相当性説の法理論的基礎

##### 第一款 メツガーの新構成要件論との異同

##### 第二款 法秩序形成における実践的思惟の役割

#### 第四章 広義の相当性概念の理論的意義

##### 第一節 主観的確率論の再生

##### 第二節 折衷説の規範論理的基礎づけ

##### 第三節 広義の相当性の判断要素としての実行行為の定型性

#### 第五章 結語

## 第一章 議論の意味

一 法益侵害またはその危険を構成要件要素（構成要件的结果）とする結果犯は、実行行為と構成要件的结果とのあいだに因果関係があることを積極的成立要件とする。こゝでいう「因果関係」という概念は、法律学上の概念であつて、たとえ「事實的因果関係」が存在しても、「刑法上の因果関係は認められない」として、結果犯の成立が否定されることがある。これは「法的因果関係」ともよばれる。

法的因果関係は、結果発生が客觀的に予測可能かどうかによつて判断される。相当因果関係説（相当性説）とよばれる、この判断枠組は古くから通説の地位を占めてきた。<sup>(1)</sup> 本説は、結果発生が「經驗上通常」かどうかを問うものとされるのがわが国では通例ではあるけれど、<sup>(2)</sup> 「經驗上通常」とは「そのような結果が発生するのは、よくあることだ」ということなのだから、これを「行為時に結果が予測できること」と言い換えて差し支えない。

相当性の判断対象となる結果は、構成要件的结果なのか、それとも問題の行為から構成要件的结果が発生するに至る因果経過を含む具體的結果なのか。後述するように、エンギツシュによつて、前者の場合の相当性は「広義の相当性」、後者の場合のそれは「狭義の相当性」と称された。例えば、被害者を殴打して生命に関わる重傷を負わせたところ、被害者は緊急手術によつて一命をとりとめたけれども、入院中に病院が火事になり、被害者が焼死したとする（病院火災事例）。この場合、判断対象を殺人ないし致死罪における構成要件的结果たる「被害者が死ぬこと」と抽象的にとらえたならば、「生命に関わるほどの殴打を受けた被害者が死ぬのはよくあることだ」といえる。これに対して、判断対象を具體的に、「被害者が病院で火事にあつて焼死すること」ととらえたとき、「殴打された被害者がそのようなことに巻き込まれるのはよくあることだ」とはいえない。

判例は、相当性の判断対象を具体的結果とする。前方不注意により被害者と衝突し、他人を自車屋上にはね上げたのに気づかないまま逃走していたところ、同乗者が被害者の存在に気づいて、あろうことか、他人の身体をさかさまに引きずり下ろし、その後、被害者が死亡したという「米兵ひき逃げ事件」において、最高裁は業務上過失致死罪（当時）の成立を否定した。たしかに、自動車ではねられた人が死亡するのは、一般的によくあることだといえる。けれども、本件は、被害者の死因となった頭部傷害が自動車にはねられた時に生じたのか、それとも、路上に頭から転落した時に生じたのかが真偽不明だったので、「疑わしきは被告人の利益に」原則により後者と認定される。最高裁は、同乗者による介在行為、すなわち、「自動車の屋根にはね上げられた被害者が、同乗者に引きずり下ろされて頭を打って死亡する」という因果経過は「経験上、普通、予想しえ」ないとして、法的因果関係を否定したのである。<sup>③</sup>

二 さて、広狭二義の相当性概念は、井上祐司によつてわが国に紹介された。<sup>④</sup>それによれば、「結果発生<sup>⑤</sup>の蓋然性を高める条件」を単なる条件から区別する「危険判断（広義の相当性）」は、「行為の定型性を問題とする。したがって、不能と未遂、正犯と共犯の区別については答えとなるが、既遂の問題——これが因果の固有の問題——には答えないのであって、因果関係論は、狭義の相当性による『危険の実現』を問題」としなければならぬ。この狭義の相当性は広義のそれと判断構造を異にする。なぜなら、「偶然事故や第三者の有意行為の介入は一般的に予見できない事情」であり、したがって、これを判断資料から捨象すると、問題は広義の相当性に「帰着してしまい、危険行為<sup>⑥</sup>あればすべて既遂という不合理となる」からだ、と。例えば病院火災事例において、病院火災という中間結果が狭義の相当性の判断資料であるかのように述べるのは奇異だし、判断資料から取り除かれると、どうして判断対象が「被害者をひどく殴ったら、他人が死亡した」と抽象化されるのかも不可解である。このような、端的に「誤解」といってよいものに、その後の学説は引きずられることになる。<sup>⑦</sup>



井上（祐）の後を受けて、広義の相当性は因果関係から切り離されたことがある。町野朔はかつて次のように述べていた。エンギッシュが広義の相当性を「未遂犯成立のためにも必要とされる違法構成要件要素であるとした」のは、つまり、それが「発生した結果の帰責、すなわち既遂犯の成否」の問題ではないということなのだから、「この意味での相当因果関係の問題は、実行行為の存在の問題として処理し、因果関係論から切り離すのが妥当だと思われる」<sup>(8)</sup>。広義の相当性をもって問題の行為の実行行為性が確定し、しかる後に実行行為と構成要件の結果とのあいだの因果関係が検討されて、そこで未遂犯と既遂犯が区別されるのならば、広義の相当性は因果関係論に属さない、と。

右理解は、未遂犯も結果犯だとする立場からの批判をあげた。山口厚によれば、未遂不法が（既遂犯の）実行行為性に尽きるのであれば、行為の時点で未遂犯が成立することになるが、それでは、物理的に危険な行為が行為後におこなわれる離隔犯や間接正犯の場合には、未遂犯の成立時期が著しく早められることになる。そもそも、「未遂犯も、既遂犯同様、独自の一個の犯罪である以上」、何かしらの「処罰すべき事態」を発生させたから処罰される<sup>(9)</sup>。ゆえに、未遂犯論においても、「いかなる条件の下でその結果を行為に帰属させるべきか」という客観的帰属の問題は生じる、と<sup>(10)</sup>。町野はこの批判を受容した<sup>(11)</sup>。

三 では、因果関係論において広義の相当性概念は必要か。

山口は否と答える。構成要件の結果発生に至る経過が客観的に予測可能なら、構成要件の結果の発生もそうだといいうことになる。換言すれば、「最初から結果へ実現した（結果が発生した以上、危険はそもそも実現していると言わざるをえない）危険が行為に存在したかだけを問題とすれば足りる」<sup>(12)</sup>。

これに対して、広義の相当性に存在意義をみいだすのは、山中敬一を主唱者とする客観的帰属論である。わが国における同理論は、「危険実現」論に、「介在事情的事実的ないし規範的性格によって帰属連関が遮断される」という中

断論的思考を混入させる。<sup>(13)</sup> この点は措くとして、客観的帰属論にいう「危険創出連関」は、少なくとも大体においては、広義の相当性と重なるものである。同理論がいうには、どのような危険が創出されたのかを確定しないことには、危険が実現したかどうかを判断しようがない。<sup>(14)</sup>

また、結果に実現した危険を取り出せば、それが行為の中に認められるかどうかは取り立てて論じる必要がないかのように山口は述べるけれど、そうとは限らないとも山中は述べる。例えば、ある人が医療過誤で死亡したとして、『医療過誤による危険』がその病院に行くことを勧める『行為』に存在するかどうかは、その『行為の危険性』の判断に依拠する。つまり、「日常の危険を利用する」事例、例えば、妻子を殺害しようと、運転の未熟な同女に自動車子どもをカーブの多い山道を抜けて学校に送るよう仕向けた夫が殺人罪に問われるべきなのだとすれば、単にドライブを勧めたら事故を起こしたという場合とのちがいは、行為時に何かしらの事故が客観的に予測可能だった点にみいだされる。このように、広義の相当性は、「相当性判断について『一般的生活危険』に属するような行為をいわばその後の展開を詳しく事後判断する前に、否定する機能を営む」のだ。<sup>(15)</sup>

しかし、所論は前提に問題があるように思われる。右設例については、次のように答えることができる。運転の未熟な者に自動車を運転するよう仕向けたのなら、結果に実現した危険は「運転の未熟な者が事故死する危険」なのに対して、そのような事情が存しない場合は、「運転が少なくとも下手でない者が事故死する危険」である。両者の危険とも結果に実現し、かつ、運転するよう促す行為の中に存在している。残るは、「運転を誤った」という介入事情が偶然かどうかの問いであって、これは狭義の相当性の問題だ、と。山中は介入事情をそれ自体として観察し、両者の場合とも、「カーブの多い山道では自動車事故はよく起こることだ」という点で相違はなく、したがって、行為の危険性によって区別するよりほかないと考えるのだろう。けれども、「介入事情をそれ自体として観察する」という前提が

そもそも争われうるのである。

四 そこで、本稿は広義の相当性の理論的意義を探るべく、エンギッシュの叙述をやや詳細にたどるが、その前に、相当性説の原点であるクリースの見解を、彼の提唱する確率解釈を含めて確認する。結論から先に述べれば、エンギッシュはクリースの所説を、というより、当時の確率論が迎えようとしていた新潮流を理解していなかったものと思われる。ならば、エンギッシュ説に必要な修正をくわえることで、広義の相当性の理論的意義を説明するにとどまらず、この概念をより内容豊かなものへと発展させることができるのではないか。これが本稿の目論見である。

#### 注

(1) わが国における因果関係論の展開については、拙稿「刑法における因果帰属論の展開」神奈川法学四四卷一号(二〇一一)三九頁以下を参照。

(2) 例えば、團藤重光『刑法総論(第三版)』(創文社、一九九〇)一七四頁。

(3) 最決昭和四二年一〇月二四日刑集二二卷八号一一一六頁。

(4) ただし、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(有斐閣、一九五七)七七頁に、エンギッシュが「構成要件の結果発生の『危険』およびその『危険の現実化』という意味で」相当性の概念を用いているとの記述がある。

(5) 井上祐司「刑法における因果関係」同「行為無価値と過失犯論」(成文堂、一九七三、初出一九六五)一四八―一四九頁。ただし、後に、狭義の相当性は具体的結果が「さきに(広義の相当性において――引用者注)なしたところの危険判断によって、観念的に想定されるもの」の因果経過の一つのサンプルとみなすことができるかどうか、という判断で、これも「畢竟、吾々の経験的知識による想定であるから、危険判断と基準としては同」だけれども、「危険判断の構造に比し、著しく、直観的、包括的なもの」だと述べる(井上(祐)「介在事情と判断基底の問題」同書一八五―一八七頁(初出一九七〇)。傍点は原文に従う)。

(6) 行為後の介在事情が相当性判断の対象であるというのは、すでに西原春夫「行為後の介入事情と相当因果関係」研修四〇〇号(一九八二)一五―一六頁、同「刑法における因果関係(総論)」法学セミナー三三二号(一九八二)一二頁が明瞭に指摘するところである。

- (7) 例えば、中森喜彦「判批一別冊ジュリスト」一八九号『刑法判例百選Ⅰ(第六版)』(二〇〇八) 三三頁。
- (8) 町野朔「因果関係論」同『犯罪論の展開Ⅰ』(有斐閣、一九八九、初出一九七七) 二一〇〜二一一頁。
- (9) もっとも、未遂犯の処罰根拠を行為の客観面にみいだす客観的未遂論に立ったからといって、未遂犯も行為によって何らかの、行為とは別個の外界変動としての反価値結果が惹起される必要があるということにはならない。なぜなら、「行為が外界に及ぼす作用」には、物理的・心理的な因果作用のほかに、社会的な意味作用というようなものが存するのだとすれば、後者の側面から結果反価値を構想することも可能だからである。
- (10) 山口厚「因果関係論」『刑法総論の現代的展開・総論Ⅰ』(日本評論社、一九八八、初出一九八六) 五八〜五九頁。
- (11) 町野「後記」前掲『展開』二二九頁。
- (12) 山口・前掲『現代的展開』六一頁。
- (13) その問題性については、拙稿・前掲神奈川法学四四巻一号八五〜八六頁を参照。そこで述べたように、山中流の客観的帰属論は論理矛盾をきたしている。山中に限らず、わが国の学説は、客観的帰属論が相当性説を批判するかたちで主張されたためか、客観的帰属論が相当性説とは異なる判断構造を有すると、とかく理解しがちだが、客観的予測可能性を問うことが行為責任原理に関係していることに思いを致せば、そのような理解は正しくないことが分かるだろう。客観的帰属論の画期性は、行為責任の理念に従来とは全く異なる解釈をあたえた点にあつて、——それにともない、結論上の相違は生じるにしても——判断構造じたいは相当性説と変わらない。というか、同理論の基盤を行為責任原理に求める以上、変わってはいけないのである。
- (14) 山中敬一「わが国における相当因果関係説の批判的検討」『刑法における客観的帰属の理論』(成文堂、一九九七) 六五頁(初出一九九三)。
- (15) 山中・前掲書七二〜七五頁。

## 第二章 クリースの相当因果関係説

## 第一節 確率の論理的解釈

一 相当性説は、フライブルクの生理学者だったクリースが、自らの考案した確率概念を刑法学に応用したものである。彼は、確率を信念の度合いではなく、「ある仮説が真であることが帰納的に推論されるかどうか」という論理学上の概念と解する、確率の論理的解釈の先駆的論者の一人に数えられている<sup>(16)</sup>。

それまで、確率とは、「データや知識が不完全な中で、仮説として定立された命題が真であることの確信の度合い」と考えられていた（主観的解釈）。多かれ少なかれ、確率は「事情をよく知らない」という知識の不足を前提とするものであつて、例えば、コインを投げて表裏どちらが出るかを予測するのに必要な情報が与えられていない場合に、表が出る確率は $0.5$ と計算される。このように、「手持ちの情報が不足していて、どちらが真であるかは分からない」という場合の確率は均等に割り振られる。これは「等可能性の原理」とよばれる。データ・知識を完全にそろえることができたなら、確実な予測が可能なので確率は $0$ か $1$ になる。

この古典的確率解釈にクリースは疑問をもった。例えば、隕石が地球上のどこかには落ちるとする。古典的確率解釈によれば、各地の国や海の面積割合が全く分らないときは地表を $n$ 分割して、「デンマークに隕石が落ちる確率は $n$ 分の一で、スペインに落ちる確率と変わらない」とされる。ところが、面積割合が分かったら、「デンマークは狭いので、隕石が落ちる確率はスペインに落ちる確率より小さい」ことになる。ここに、古典的確率論は、「同一の事象に関して、それが起こる確率が複数存在し、どれもが真である」というパラドックスに陥る<sup>(17)</sup>。前者の確率計算は間違っ

ていて、後者の確率計算が正しいのだけれども、古典的確率論からは、間違った確率計算も「知識の不足」によって無駄に正当化されてしまう。

二 確率の公理としてクリースが提唱したのは、「幅の原理」(Prinzip der Spielräume)である。彼は、任意の命題が真となる個別事象の集合を「幅」ととらえ、確率とは、問題の幅が全幅に占める割合であると定義した。例えば、サイコロを振ったときに、サイコロはその都度、微妙に異なる転がりかたをして、その意味では千差万別といえるけれども、それらは、「出た目が一である」という命題が真となる個別事象と、偽にする個別事象とに分けることができる。サイコロを振ったときに出る目が一である確率は、前者の集合が全集合に占める割合である。

クリースによれば、幅は以下の三条件を満たさなければならないとされる。<sup>(18)</sup>

第一、幅は「無差別」でなければならない。集合の元となる事象のすべてが等しく生起しうるものと考えよというわけである。この「等可能性」の概念は古典的確率論でも用いられているが、クリースの場合、等可能性は、文字どおり、事象は現実を起こったのとは別様にも起こりうるものとされる。古典的確率論の前提にあるのは、「充足理由律」といって、ある事象が現実を起こったのならば、それを引き起こした原因が必ずあり、そうであるからには、当該事象は別様には起こりえないというドグマである。これに対して、クリースは、問題の事象が別様に起こったかもしれないということを「否定する十分な理由はない」と考える(「不充足理由律」<sup>(19)</sup>)。

第二の、幅は、他の幅に還元することのできない「根元的」(ursprünglich)なものだというのは、要するに、幅は現代の数学的確率論にいう「根元事象の集合」だということであろう。例えば、サイコロを振ったときに出る目は一から六の六通りで、それらはもはや分割しようがない。全事象はこれらの根元事象から成るというわけである。

最後に、第三、幅の大小は「比較可能」でなければならない。

以上の「無差別で根元的、さらに比較可能な幅」は、経験に先立って・理論的に構成される。クリースは知識を「法則論的知識」と「存在論的知識」に分けた。前者は「普遍的なものとして、したがって、事象 (Dinge) の全カテゴリーに関して、すなわち、不特定多数の個別事象に関して承認されるもの」であるのに対し、後者は、「単称的な意義」しかなく、内容を規定しようにも、「すでに任意の個別事象」ことに、時間の経過とともに変わる」ものである<sup>(20)</sup>。だから、いくらかの個別事象に関して命題  $e$  が真となったからといって、次も同様にそうなるとは、たとえ「全く同種の事象でさえも、そのままには期待できない」というのも、存在論的な規定には、「純粹に事實的なもの、すなわち、普遍的な必然性へと還元されないものが存する」からである<sup>(21)</sup>。そこで、存在論的知識を捨象して、法則論的知識のみでどのような事象が起こりうるかを考え、理論上起こりうる事象を、例えば、コインを投げて「表が出る」場合というように、一つの集合にまとめる<sup>(24)</sup>。それが幅なのである<sup>(25)</sup>。

三　ところで、確率は、原因から結果を予測するだけでなく、結果から原因を推定する場合にも用いられる。その素朴な形態として、ラプラスによる「逆確率」の定理が挙げられる<sup>(26)</sup>。すなわち、ある事象に関して一般に複数の競合原因 (仮説) が存在するなか、個別事象が与えられたとする。原因が特定できなくとも、問題の原因候補から事象が予測される「事前確率」を、これを含む、すべての原因候補に関する事前確率の総和で除したものが、当該候補が真の原因である確率——これは「事後確率」とよばれる——なのだ、と。つまり、確率は、「その種の事象が発生する」だけでなく、「この事象が発生する」にも関わる。

幅の概念を使って、クリースは事後確率を次のように説明する。

さしあたっては、すべての、すなわち、すべての振舞いかたの完全な組み合わせによって構成された幅には、実

際に観測された結果に適合する幅とそうでない幅が、換言すれば、考慮に入れられる幅と無視されなければならない幅が、およそ、引き続き(観測データが——引用者注)拡大する情勢においては、入り混じって存在する。前者の幅の総体を端的に、全幅のうち「受入れ可の」(zulässig)部分と表記しよう。(中略)幅の無差別性、比較可能性、根元性は、幅に隙き間のない通常の場合と全く同様に実現されている。したがって、この場合が全くもって特殊なのは、経験によって、いわば、当該幅(無視されなければならない幅——引用者注)全体がカットされるために、可能性が制限されるという点である。(中略)それゆえ、厳密には、係数 $\alpha$ (事前確率——引用者注)も、主観的蓋然性(Wahrscheinlichkeit)かといえ、主観的蓋然性という概念じたいが全く問題外なのだから、そうではなく、任意の、問題となっている状況が実際に観測された結果に対してあらわす客観的可能性というべきなのだ。<sup>(27)</sup>

ここに確率論を刑法学に応用する準備はととのつた。刑法の適用において「個別事象における原因究明」がなされるのは、通例、仮説の科学性が疑われることがほとんどなく、かつ有力な競合仮説も存在しない場合であり、この場合、逆確率の定理の適用により、「問題の行為が原因である」事後確率は一になる。<sup>(28)</sup> 刑法における因果関係論は、クリースが自家の確率論を実践するのに好都合な分野だったのである。

# 注

- (16) Cf. Michael Heidelberger, *Origins of the logical theory of probability*, *International Studies in the Philosophy of Science* 15 (2), 2001, pp. 177 ff. 邦語文献として、杉森滉「『客観的可能性』としての確率」岡山大学経済学会雑誌五巻二号(一九七三)一頁以下、A・カムラー(長屋政勝訳)「ラプラス確率論の衰退」R・クリューガーほか編著(近昭夫ほか訳)『確率革命』(梓出版社、一九九一)



五七頁以下、さらに、佐藤隆三訳『ケインズ全集第八巻・確率論』（東洋経済新報社、二〇一〇）も参照。

- (17) Johannes von Kries, *Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, S. 8-9. カムラー・前掲『確率革命』七七～七九頁も参照。なお、前掲『ケインズ全集第八巻』一九七～一九八頁は、Kries a.O. S. 10-11 の例（シリウス星に鉄元素が存在する確率）を次の例に置き換えている。もしも、「まったく未知の場合には、仮説が正しい確率を〇・五とする」のだとすれば、オックスフォードもしくはケンブリッジ内の数多く存在するカレッジと全く同様のものがシリウスで発見されない確率も〇・五で、したがって、カレッジAもカレッジBも発見されない確率は〇・五に〇・五を乗した、〇・二五になり、さらに、カレッジCも発見されない確率は、〇・二五に下がる。これを繰り返していくと、カレッジが全く発見されない確率は限りなくゼロに近づいていく。したがって、シリウス星にオックスフォードもしくはケンブリッジにあるカレッジと全く同様のものが少なくとも一つ発見されるのは、ほぼ確実だといふことになる、と。

(18) Kries, *Principien*, S. 34-36.

(19) イアン・ハッキング（広田すみれ・森元良太訳）『確率の出現』（慶應義塾大学出版会、二〇一三）二二四頁も参照。

(20) 振津・後掲『研究』七九頁は、クリースが「カント的観念論、殊にカント哲学を基礎として」といると述べる。そこまでいってよいかどうかは考証の必要があると思うが、少なくとも、クリースの確率論が一種の不可知論に立っているとみてよいだろう。

(21) Kries, *Principien*, S. 86.

(22) 小林憲太郎「因果関係（上）」判例時報二二九〇号（二〇一六）一〇頁注一二が、相当性の判断資料たる、行為時に存する事情のことを「存在知識」と称するのは、クリース説の誤解にもとづくか、そうでないとしても、紛らわしい用語法である。

(23) 山中「相当因果関係説の生成と限界」『客観的帰属』一一〇～一一一頁は、「必ずしも明確ではない」と断りながら、クリースが、存在論的知識とちがって法則論的知識は完全たりうると述べているのを、「必ずしも法則論的知識は完全である必要はない」という趣旨ではないかと推測する。しかし、法則論的知識が不完全だと正しい確率は出せず、ここに、「不完全な知識にに応じてどの確率も正当化される」というあの「パラドックス」が生じる。ゆえに、法則論的知識は、その後の科学の進歩によって書き換えられることはあるとしても、少なくともその時点で完全でなければならない。すでに、宮内裕「危険概念について」瀧川先生還暦記念『現代刑法学の課題・下巻』（有斐閣、一九五五）七四六頁が述べるように、「経験的知識が集積されればされる程（中略）可能性判断は多様性をますます同時に、その客観的現実性を増大する」のである。というわけで、山中の推測は当たっていないと思う。

(24) 山中・前掲書一七九頁（初出一九七七）は、「蓋然性判断とは、常に主観的性質を帯びる」のに対して、「客観的可能性」を語るからには、クリースの確率論は「實際上、経験的・統計的に確証される頻度を基礎にして、一般的に一定の条件から一定の結果が生じ

るかを問題にするいわゆる「頻度説」に立脚」しており、「その点で、純然たる主観を問題にしているのではない」と述べるが、これは誤解だと思う。なぜなら、「幅が論理的には、個別事象を残らず数え上げることによって明らかにされる」というのは、確率を統計的頻度（の極限值）と定義するということを必ずしも意味しないからである。つまり、幅は命題の集合であって、分かりやすいえば、現実ではなく、論理の世界で「可能性としてありうる」（無数の）個別事象が数え上げられているにすぎない。

(25) 小林「因果関係と客観的帰属」（弘文堂、二〇〇三）一三三―一三五頁は、クリース説を、「すべての事象はあらかじめ因果的に決定されている」との「因果律」を前提としながら、「条件をわざと一般的・不精確に規定」することで、幅という「不明確性」を作り出すのを法感情の要請によって正当化する見解であって、「ある概念を提示する際に、その不明確性をセイルズポイントにするのは到底承認し難い」と切り捨てる。しかし、小林が「不明確性」とよぶのは、不充足理由律のもと、完全な法則論的知識をもつてしても、個別事象に関して結果が発生するかどうかは分からないという意味での「不確定性」であって、法則論的知識の不完全性とは性格を全く異にする。おそらく、小林は古典的確率論に付会してクリースの確率概念を理解したのだろう。

(26) 内井惣七『科学哲学入門』（世界思想社、一九九五）四四―四八頁を参照。

(27) Kries, *Principien*, S. 121-122.

(28) 拙稿「許された危険について」神奈川法学四五巻一号（二〇一二）七四頁における、「Pならば多くの場合にQ」だからといって、本件において問題のPがQの原因とはかぎらないのだから、相当因果関係説には「論理の飛躍」があるとの批判は、クリース説にはあたらない。

## 第二節 「主観的」相当因果関係説

一 クリースが「相当因果関係説」として高唱したのは、個別具体的な事実関係を一般化するということである。

実際に起きた出来事について、「それは起こらないこともありえた」と人が語るのを耳にすることは稀ではない。任意の事象がもしかすると別の経過をたどりえたのでは、と述べられることもよくある。（中略）さまざまな経

過のしかたが可能だ」との主張は、一般的なものとして表示された、したがって、普遍化された条件を前提にしている。具体的事例における状況は、実際そうであるところか、あまつさえ、完全に確固たる原理に従って、一般化して考えられているのだ。すなわち、(当該経過をもたらしした——引用者注)条件に関し、吾人の理解や観察には、もはや区別がつかない諸事例の全部が一つにまとめられて、その振舞いのうち、吾人の認識では全くとらえることのできない、極めて微妙な特殊性は捨象されるのである。<sup>20)</sup>

「一般化して考える」とは理論化、すなわち、問題の因果経過が法則論的知識を用いて書きあらわすことができることを意味する。例えば、馭者が居眠りをしたとして、このために道に迷い、その途上で馬車が落雷にあつて乗客が死亡すると、馬車が転覆して乗客が死亡するのでは、事前確率に大きな差がある。たしかに、居眠りしたからといって必ずしも馬車が転覆するとはかぎらないのだけれども、両者のあいだには「普遍化されるべき連関」がなお認められる。このとき、馭者の居眠りは、馬車の転覆の単なる条件にとどまらない、「促進的事情」なのだ、とクリースはいう。<sup>30)</sup>

二 問題は、行為者の個別具体的な「行為」をどのように規定するかである。行為責任主義を大原則とする刑法において、「普遍化されるべき因果連関」とは、(実行)行為を起点、構成要件の結果を終点とする。後者は、保護法益に応じて、「人が死ぬ」、「物が損壊する」というように規定されるけれども、刑法法規に規定された実行行為は、「殺害する」だとか、「物を損壊する」だとかというように、言葉上、構成要件の結果を含んでいることが多い。このため、改めて、問題の行為を「くする」と抽象的に規定する必要があるのである。

これに関して、クリースは以下のように述べている。

ここでもつさきに思い浮かぶだけでなく、率直な法感情にも完全にならなっているように思われるのは、以下のことである。現実を起こされた有責な行態が、実際に存する人間社会の一般的事情下で、問題になっているのと同種の侵害結果を招来するのに一般的に適合的と思えるのかどうか、という問いを立てること、その際に、有責な行態を純粹に心理学的に規定すること、すなわち、それを、一定の知的条件の下で一定の意思の振舞い (Verhalten des Willens) が起こるものと考えること。したがって、一般化して観察するとは、心理学的な構成事実だけをとりあげて検討し、そのほかに存在するものすべてを、普遍化された条件に置き換えるというものである。<sup>31)</sup>

右引用部からクリースは相当性の判断資料を行為者の認識し、あるいは認識しえた事情に限定する「主観説」を説いたと一般に解されているのだけれども、その理解は正しくないのかもしれない。<sup>32)</sup> というのも、彼は、行為が結果惹起に一般的に適合的かどうかを「実際に存する人間社会の一般的事情」にもとづいて判断せよと述べているようにも読めるからである。そうだとすれば、彼の見解は、「特殊事情を除く、行為時に存在する全事情」を判断資料とするという点では、客観説、ないしは折衷説に近いものだったことになる。<sup>33)</sup>

三 それとはともかく、クリースのアプローチは、故意・過失によって行為の内容を規定するものといつてよい。例えば「人を銃撃する」という記述は、単に行為者がそう思っていたというだけでなく、「被害者が眼の前にいること」、「銃口が被害者に向いていること」といった行為者が認識した事実を総合して得られる。<sup>34)</sup> また、住居に人が誰も現在しなないと思つて放火したけれど、実際には人がいたという場合、「住居に人はいない」という仮説は「一般的に、信憑性

に乏しい」のだから、問題の行為は「無人の住居に放火する」ではなく「住居に放火する」と記述される。これに対し、看護人が医師の処方を見失って再度飲ませたため、病人の服用した薬が許容量をこえたけれど、二度目の薬には何者かが毒を混ぜていたという場合、看護人が毒物混入の事実を知らなかったことは「責任 (Zurechnung) を阻却する心理学的構成事実」だから、行為記述は「人に当該薬を過剰服用させる」にとどまる、と。<sup>(35)</sup>

このように相当性の問題を故意・過失と結びつけるのは不可解に思われるかもしれないけれども、そこには重大な理論的意義が隠されているように思われる。そのことを気づかせてくれるのが、ラートブルフの論点整理である。彼がいうには、「最高度の法則論的知識」の下では結果の予見が可能だという意味で、客観的可能性は予見可能性の「最外枠」をあらわしている。そこで、「誰にとつて客観的に予見可能か」が次に問われることになる。ところが、「結果の予見可能性は法則論的知識だけでなく、存在論的知識をも前提とする」<sup>(37)</sup>と。故意・過失は個別事象における結果発生の予見に関わるのだから、これらと関係づけられた相当性判断は、一見すると法則定立的に尽きるかのように見えて、実は個性記述的でもあることになる。

ところが、クリースは「純粹に心理学的に行為を規定せよ」としか述べていない。ラートブルフは次のような批判を向ける。クリースのアプローチは、行為者における、結果発生を目標として因果を操縦しようとする「心理的態度」に従って相当性の判断資料をまとめるというものだが、それでは、故意どころか、作為により因果作用を外界に及ぼして結果を発生させようという「意図」が行為者にある場合にしか、相当性が認められなくなる、と。<sup>(38)</sup> 認識なき過失における上記取扱例を考慮すれば、ラートブルフの批判はやや決めつけめいているものの、クリース説における理論の欠如は否定しがたく思われる。

## 注

- (29) Kries, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige anwendungen desselben, 1888 (Leipzig, Fues's Verlag), S. 12-13. 傍点部は原文では隔字体。本論文の翻訳として、ヨハネス・フォン・クリース (山田吉二郎・江口豊訳)「客観的可能性」とその若干の応用について (その一) (その三・完結)「メディア・コミュニケーション研究五九号 (二〇一〇) 一三七頁以下、六〇号 (二〇一一) 九五頁以下、六四号 (二〇一三) 三九頁以下。紹介として、振津隆行「クリースの『客観的可能性』の概念とその若干の適用について」同『刑事不法論の研究』(成文堂、一九九六、初出一九七九) 六七頁以下。
- (30) Kries, Begriff, S. 25-27. 傍点部は原文では隔字体。なお、山中・前掲『客観的帰属』一三七頁注三五における、Kries, Principien, S. 91 の訳出部分は、問題の結果が起こりやすいからといって「促進的」とはかきらないとするものである。例えば、サイコロを二回振って出た目の合計が七であるのと、一二であるのでは、前者のほうが起こりやすいけれども、それは前者の事象が根元事象 (1) (2) (3) (4) (5) (6) から成るといふだけのことで、根元事象どうしでは、後者の (6) (6) と幅に差はないから、出た目の合計が七になるように「促進する」条件は存しない。つまり、「促進的」という表現が用いられるのは、「多少の理由があつて、『同程度に起こりうるだろう』と思われていたのが、仔細に検討したときに等しくないことが判明した」ために、幅を修正する必要があるときに用いられるのだ」と。
- (31) Kries, Begriff, S. 53.
- (32) 例えば、團藤・前掲『総論』一七八頁注一一。
- (33) 同旨の解釈を示すのは、山中・前掲『客観的帰属』一一八頁。
- (34) Kries, Begriff, S. 53.
- (35) Kries, aa.O., S. 56-57.
- (36) 山中・前掲『客観的帰属』一一八頁は、クリースが行為者の「主観」を出発点に据えた」のは、「刑法上の妥当な帰責の考慮」にとらわれたためであつて、彼の「確率論との必然的連関」はないという。
- (37) Gustav Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, S. 23-24.
- (38) Radbruch, aa.O., S. 34.

### 第三章 エンギッシュによる相当性説の再構成

#### 第一節 エンギッシュの確率理解

一 相当因果関係説を理解する足がかりに、エンギッシュはクリースの以下の叙述を引用する。<sup>(39)</sup>

結果との（中略）連関が、一般化されるべきものなのか、それとも、問題となっている事案の特異性にすぎないのか。あるモーメントが（中略）そのような種の結果をもたらすのに一般的に適している、すなわち、傾向を有しているか、それとも、偶然的なやりかたで、その（結果発生の一引用者注）きっかけとなったのにすぎないか。<sup>(40)</sup>

ただし、「一般化」(Verallgemeinerung) という言葉は、個別具体的な事実関係を離れた、「抽象化」と同義ではない。エンギッシュによれば、個別具体的な事実関係を「一般化する」というのは、個別具体的な事実関係に対する因果分析を素材に条件と原因の区別を試みる、原因説（「個別化」説）との相違をあらわす。逆にいえば、それだけのことであつて、相当原因とは、問題の行態と具体的結果とのあいだに成立する「具体的な条件関係が、これを一般化して考えたときに、傾向関係になる」という意味では、具体的な原因とも解される。というよりか、「そのように解するほうがよい」と彼は述べる。<sup>(41)</sup>

二 エンギッシュは、相当因果関係説において未解明な点があるという。それは以下の四点である。

第一の疑問は、判断対象たる結果の規定方法 (Art der Erfolgsbestimmung) についてである。同説は具体的結果との関係で、「一般化して観察された行態」が当該結果を発生させる傾向を有するかどうかを問題とするが、構成要件の結果との関係でも考えることができる。例えば、Aが不注意にもBの近くで花火に点火したところ、Bの着衣に引火して、同人が重度の火傷を負ったとする。火傷による生命の危険は脱したもの、その後、傷痕に皮膚移植手術をすることになって、医師が同人に麻酔をほどこしたが、その麻酔がたまたま体質に合わず、Bが死亡したとする。この場合、Aの行為と具体的結果とのあいだの相当因果関係は否定される。けれども別の考えかたをすれば、人が近くにいるところで花火に点火することは死の結果を発生させる適性を有しており、麻酔事故だけが偶発的なのだとみることも不可能ではない。では、なぜ、そのように結果を抽象的に把握しないのだろうか。<sup>(42)</sup>

第二は、判断資料 (Basis des Urteils) についての疑問である。Aの行態を「人の近くで花火に点火した」と記述すれば、たしかに相当因果関係は否定されるけれども、では、「火傷を克服する際には好適な体質を有するけれども、麻酔を施される際には憂慮すべき体質を有する人の近くで花火に点火する」と記述した場合はどうか。この場合には、相当因果関係は認められるのではないか。このように、問題の行為ないし行為状況を詳細に記述すればするほど、傾向性の判断は合法性と変わらないものになる。逆に、人が近くにいるという事情まで捨象して、「花火に点火すれば、人は死ぬか」と問うても、「場合によっては」と前置きしてしか答えようがなく、ゆえに、具体的事実関係に即した解答は不可能である。<sup>(43)</sup>

第三、判断基準 (Urteilsmassstab)、すなわち、法則的知識の水準についても問題となる。まず誰の法則的知識を水準とするのか。行為者か、それとも通常 (平均) 人の法則的知識か、はたまた「理想人 (すなわち、同時代の理論的知識を使いこなせる、ある意味、あらゆる専門に長けた人)」か。また、行為時の知識水準を基準とするのか、それと



も裁判時の知識水準を基準とするのか。これらによっても、傾向性の判断は左右される<sup>(44)</sup>。

第四、最後に、傾向性の程度についてである。そのような行為がそのような結果を発生させる傾向があるといっても、そこには程度の高低が存する。これは上記の三点をどう解するかによって違ってくる。例えば、結果を具体化すればするほど、同様の結果は生じにくくなる。先述のとおり、判断資料を捨象すればするほど、具体的結果を発生させる傾向は低くなる。「傾向がある」というだけでは足りないといえれば、どの程度の傾向性を要する<sup>(45)</sup>のか。

以上の論点のうち前三者は相当因果関係という要件の犯罪論上の位置づけに、後一者は「傾向性」という概念の内容規定に関わるとされる<sup>(46)</sup>。

三 エンギツシュは、相当性説にいう傾向性を危険概念に置き換える。彼が出発点としたのは、傾向性ないし蓋然性が、「そのような行為がなされれば、そのような結果が継起するものだ」という「典型的」関係であるとしても、それは主観的なものではないのとは異なり、高い頻度（統計的確率）でなくともよいことである。なぜなら、かなり遠く離れた場所から被害者を狙撃したところ命中したという場合に、なお殺人既遂罪の成立が否定されないのだとすれば、継起の頻度は僅少であっても差しつかえないということになるからである。つまり、ここで問題となるのは、当該行為がなされた場合には、なされなかった場合よりも頻度がわずかでも「増加する」ということとであり、したがって、傾向性とは結果発生<sup>(47)</sup>の頻度が「ゼロではない」というように、消極的に特徴づけられるにすぎない。つまり、第四の問いに対しては、結果発生が「およそありそうもないというわけではない帰結」(nicht schlechthin unwahrscheinliche Folge)であれば、相当性は肯定される、と答えることになる。そのように侵害結果が「予期」される<sup>(48)</sup>とき、問題の行為は「危険である」と特徴づけられるのである。

相当性を危険概念と関係づける点とはともかく、エンギツシュがクリースの確率概念を正確に理解していたとはい

がたい。クリースが説いたのは、先述のとおり、競合仮説が存しなにかぎり、右記の例でいえば、「銃で人を狙って撃てば、弾はその人に命中する」という理論から、個別具体的な事実関係における因果関係は肯定されるということだった。そのような場合の事後確率は一だからである。ゆえに、そこに傾向性の「程度の問題」は生じない。ところで、理論化が可能なのは事前確率が高い場合である。馭者が居眠りしても、森の中に迷い込んで落雷事故に遭うことは滅多に起こらないので、「馭者が居眠りすれば、乗客が落雷死する」という理論は定立されず、したがって、相当因果関係は否定される。長距離狙撃の例でも、右のごとき理論化が不可能ならば、これと同様の結論になるが、おそらくクリースも、行為の「心理学的」記述により、この場合には相当因果関係を肯定するだろう。

要するに、エンギツシュの誤解は、相当性説における確率概念を頻度ととらえたことにある。これはクリースの確率解釈とは異なる。たしかに、滅多に起こらない事象とのあいだにも相当因果関係が成立することはあるのだけれども、それは「傾向性の程度を問わない」ということではなくて、「傾向性が頻度と同義だとはかぎらない」ということの証左なのである。

## 注

- (36) Karl Engisch, Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 41.
- (40) Kries, Begriff, S. 25.
- (41) Engisch, Kausalität, S. 41. Anm. 3. 傍点部は、原文では隔字体。
- (42) Engisch, aa.O., S. 42.
- (43) Engisch, aa.O., S. 42-43.
- (44) Engisch, aa.O., S. 43.
- (45) Engisch, aa.O., S. 44.

(46) *Engisch, aa.O.*

(47) *Engisch, aa.O., S. 45-47.*

## 第二節 相当因果関係要件の必要性

一 さて、相当因果関係の要件は必要なのだろうか。と、エンギッシュは問うてみる。

ここで彼は、クリース流の「因果関係を正しく認識するための方法論」としての相当性説から離れる。クリースにとっての相当因果関係とは、個別具体的な事実関係の特殊性にとらわれることなしに、理論的に因果関係を認識するための道具であり、そのような認識のしかたは「洗練された法感情」の要請するところだと彼は述べた。<sup>(48)</sup> 生理学者であつた彼があえて法学論文を公開した動機は、自家の確率論を社会科学に応用することであり、それをこえて因果概念の法律学的構成を論じる意図まであつたとは考えにくい。ところが、エンギッシュは、条件関係が認められるにもかかわらず負責を否定すべきことを、クリースが「洗練された法感情」云々と説いたと解する。その理解の可否はともかく、相当因果関係は負責限定のための要件だといふのである。<sup>(49)</sup>

もつとも、相当因果関係の要件による負責限定の意義は、必要条件説の下での因果関係の無限遡及を封じることにあるのではない。例えば、人を殺した者には、その何十年か前にこの者を出産した母親が必ず存在するが、でも、だからといって、彼を「出産しなければ、被害者は死亡しなかつただろう」として、母親の出産行為が殺人罪に問われないようにするために、相当因果関係は必要なのだ、といわれることがよくある。<sup>(50)</sup> たしかに必要条件公式——のみならず、合法則的条件公式も——を適用していけば、原因は無限にさかのぼることができるけれども、裁判で原因をど

こまでも追及するのはそもそも実現不可能だけでなく、そうする実益もない。実務はこれまで、その罪責を論じることの意味のある行為についての因果関係を問うてきたし、それでかまわないとエンギッシュは考える。<sup>(51)</sup>

二 　ただ、因果性の範疇において負責の限定をすることの理論的必然性は問われてよいところ、それへの解答の手がかりとなるのは、合法則的条件説である。同説は、「時間的に継起するものとして当該行為に連結している外界の変動が、一の変動が後続の他の変動へと（自然）法則的に順次結合していき、刑罰法規によつて結果として限界づけられる具体的事態の何らかの構成部分へと行き着く場合」に行態と結果とのあいだの因果関係を肯定する。<sup>(52)</sup> エンギッシュは次のように述べる。

所論は因果関係の概念をもてあそんでいるのではないか、そもそも、自然への説明というカテゴリーは、端的にも何らかの犯罪成立要件の一つと片づけられるということがあつてはならないのではないかと。しかし、この異議は、本書で因果性が全く恣意的な方法で負責要件との関係づけに利用されており、刑法上の因果概念と自然的因果概念を結びつけるものが何もなかったとしたときのみ、正当であろうが、相当性説に関しては、そのような主張は許されない。なぜなら、相当性連関が特徴づけるところの、行態と結果とのあいだの蓋然性や頻度の関係は、出来事が客観的に継起するという関係であり、それにともない、因果のカテゴリーとの密接な親近性が認められるからである。<sup>(53)</sup>

前稿で述べたように、合法則的条件説にとつて、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」であつて、この構造を共有するがゆえに、相当性説は、因果

概念を法律学的に構成するものとして位置づけられる。<sup>(54)</sup> それと比べて、エンギツシュの右説明は隔靴搔痒の感がある。もつとも、法則へのあてはめによる「起こったこと」の科学的説明と「これから起こること」の予測の対称性は、その当時誰も論じていなかったことである。

三 さて、条件関係が認められるにもかかわらず、負責を否定すべき場合として実務上問題になるのは、次の四つの事例群である。<sup>(55)</sup>

第一、結果的加重犯において、問題の行為にはそれ自体として加重結果を発生させる一般的危険を欠くという場合で、例えば、被害者に軽傷を負わせたところ、同人が病院に行く途中で事故に遭い、死亡したとする。この場合にまで傷害致死罪の成立を認めることには躊躇をおぼえる。ところが、当時、結果的加重犯における故意は基本犯の構成要件該当事実に関係づけられれば足り、加重結果については過失さえ不要であると解されていた。

第二、責任原理が妥当する場合であっても、行為を一般的に観察したときには、それ自体の危険は非常に僅少なのに、個別具体的事案において構成要件の結果の発生を条件づけた場合。例えば、自動車旅行を勧めたり、森に散歩に行かせたりしたところ、この者が交通事故や落雷事故に遭遇して、死亡した。しかも、行為者にはそのような事故が起ることを期待していたとする。この場合、殺人罪は成立するか。

第三、行為がそれ自体として構成要件の結果を発生させる一般的危険をはらんでいたけれども、具体的事案においては、「回り道をして」構成要件の結果を発生させたという場合。生命に関わる重傷を負わせたところ、被害者は病院で一命をとりとめたものの、その後入院中に起きた病院火災に巻き込まれて焼死したという場合や、重度の火傷を負った後の皮膚移植手術の際に麻酔事故死した場合がこれにあたる。

第四、他人の故意行為が介在する場合。銃を不注意にも、喧嘩が頻発する居酒屋の隅に置いていたら、客がその銃

を使つて人を殺したというのが、その例である。

四 第一の事例群は立法措置による負責限定要件の追加を要するとして、第二、第三の事例群に対処すべく条件説の論者によつて試みられるのは、有責任を否定するという解決だが、エンギツシュによれば、これは少なくとも十分ではない。

まず、所論は、第二の事例群に関し、「問題の行態が危険でないと分かっているが、不合理にも結果発生を希望しているにすぎない」という点で十分な責任連関を欠くというが、そうとは限らない。例えば、雷雨の森中を歩くことの落雷事故遭遇の危険はとても大きいものと、行為者が思いなしていたとすればどうか。この場合にも負責を否定すべきだとすれば、客觀的に危険が僅少だったということにその根拠をみいださざるをえない。なお、相手方が危険を自ら引き受けたという点に負責否定の根拠を求めても、相手方が危険を氣にとめなかったとか、未成年で自己の法益に対する処分の自由が認められないだとかの場合に対処できない。<sup>56)</sup>

第三の事例群について、条件説を維持しながら有責任のレベルで負責を否定するには、故意・過失に、現実の因果経過を予見または予見しえたことを要求することが考えられるけれども、これは場合によつて不当な結論をもたらす。例えば、行為者が被害者を射殺したとする。行為者としては、心臓を撃ち抜き即死させるつもりだったけれども、弾は肺に当たり、被害者が死亡するのにいくばくかの時間を要した場合には、殺意が否定されることになる。また、過失においても、自動車で子供をひいたところ、同人が外傷性ショックによつて死亡したが、行為者はそのような症状があるとは知らなかったという場合はどうか。これらの場合に故意・過失を否定するのが不当なのは、たとえ行為者が予見し、または予見しえなかったとしても、問題の具体的経過が「日常経験」の範囲内にあるからだ、それは、問題の行為が当該経過を「ありそうもないというわけではない帰結として予期せしめた」との判断、すなわち、相当性

の判断と同義である。<sup>(52)</sup>

## 注

- (48) Kries, Begriff, S. 50.
- (49) Englisch, Kausalität, S. 47.
- (50) 岡野光雄「相当因果関係説の批判的考察」同『刑法における因果関係の理論』(初出一九七二)一八九頁は、Engisch, Kausalität, S. 35における、例えば、殺人犯が凶器に用いた拳銃を製造する行為も死の結果とのあいだの条件関係が認められるところ、条件説ではこれに対処できないとの例証が、殺人者の両親の例と「同一の事柄を論じていることになる」と述べるが、エンギッシュにその意図はなかっただろう。ちなみに、拳銃製造の例は、現代にいうところの「中立的行為による幫助」の問題である。
- (51) Englisch, Kausalität, S. 47.
- (52) Englisch, aaO, S. 21.
- (53) Englisch, aaO, S. 48.
- (54) 拙稿「合法則的条件説について」神奈川法学四八巻二・三号(二〇一五)八四頁。
- (55) Englisch, Kausalität, S. 49.
- (56) Englisch, aaO, S. 50-51.
- (57) Englisch, aaO, S. 51-52.

## 第三節 相当性説の再構成

### 第一款 客観的配慮欠缺としての広義の相当性

一 ところで、相当性を因果関係とは別個の違法要素に位置づけるのは、M・L・ミュラーである。彼によれば、相当性とは、行為がそれ自体として禁止・命令規範に客観的に違反していることをあらわす。「法規範」が行為者に問

題の行為をおこなうことを禁止したり、あるいは、問題の行為をおこなうよう命令したりするのは、彼に対して「法規範上設定された（一定の種類の結果を惹起する、あるいは、惹起しないという）目的を達成するのに必要」だけでなく、禁止・命令の必要性が「理論上人間になしうる認識」(abstrakt menschliche Erkenntnis) という見地から認められる場合に限られるというのである。<sup>(58)</sup>

これを敷衍して、エンギツシュは相当性を、「客観的に必要な配慮 (Sorgfalt) を怠ったこと」という意義に表現した。<sup>(59)</sup> 彼は次のように述べる。

ここでいう必要な配慮とは、問題の結果をもたらすことがあり、そうもない、というわけではないような行為をおこなわないこと、もしくは、結果発生が多少なりともあり、そうだと予期される状況において、これを回避するのに適した行為をおこなうことにとどまる。<sup>(60)</sup>

配慮概念は、行為と結果を「手段と目的の関係」に立たせる。問題の行為が結果発生のための手段だというためには、必ずしも行為による結果発生が「確実な帰結」として予期されることを要しない。当該行為が「結果発生の可能性 (Möglichkeit) を基礎づけるにすぎない」場合であつても、だからといってそれが結果発生の手段たりえないわけではないのは、先述のような長距離狙撃の例からも明らかだとエンギツシュはいう。<sup>(61)</sup>

二 配慮という行為実践の文脈に相当性を置くことで、相当性説に関する結果の規定、判断資料、判断基準の問題はどのように解されるか。

まず、結果は、「人の死」だとか「物の損壊」だとかというように、「法規上の構成要件に従って」抽象的に規定さ



れる。というのも、法規範が法益侵害または危険の回避することを行為者に要請するものである以上、法規範違反を基礎づけるところの相当性は、構成要件的結果を発生させる「危険性」に関わるものでなければならぬからである。例えば、人がそばにいるのに漫然と花火に火をつける行為が「生命の危険」を有することは、たとえ被害者が死亡するに至る経過が「一命をとりとめた後の皮膚移植手術における麻酔事故で死亡した」というものであるうとも、否定されることはない。具体的結果についても問題の行為が相当であるかどうかは、「行態の違法性それ自体を確認する際には問題にならない」<sup>(62)</sup>。

次に、相当性の判断資料は、行為者のとくに知っていた事情（特別知）と、「最も分別ある」（*einsichtigst*）人間に認識可能な事情からなる。<sup>(63)</sup> すなわち、彼は折衷説を支持する。でも、配慮をどこすように法規範が命じるのは、行為者に対してなのだから、行為の時点にその場で、行為者が知っている、あるいは認識しえた事情のみが相当性の判断資料となるのではなからうか。<sup>(64)</sup> そもそも、なぜそのような折衷が許されるのか。トレーガーは、最も注意深い人間に認識可能な事情から出発して、結論の妥当性を確保するために、行為者がとくに知っていた事情も判断資料に付け加えるのだ、と説いたが、より事柄に即した説明はないものか。

三 行為者が認識しえた事情だけでなく、最も分別ある人間ならば認識できたであろう事情をも判断資料に含める根拠を、エンギツシュは物的違法観にみいだす。

人的な（*persönlich*）動機づけが「悟性の欠陥」は宥恕されながら（非難されるべきことに有責性に関わるのに対して、違法性（必要な配慮を怠ったこと）は、行態が事物として（*sachlich*）正しくないことを意味する。所定の時・場所で何が事物として正しいのかは、行為者が知っている事情および認識可能な事情をもつばら顧慮する

だけで決められてはならない。(中略) さしあたっては行為者が知っている事情および認識可能な事情から出発して、彼の認識能力における瑕疵(正常な意識を欠いていた、経験的知識が不足していた、判断力に乏しかった、等々)から生じる障壁だけを取り去る。そうするのは、これらの不完全性が、見たところ、間違った動機づけ(有責性)の問題とのみ関わるからだ。<sup>(66)</sup>

ここで確認されるのは、次の二点である。

第一、「認識能力における瑕疵」ゆえ、行為者には自己の行為の具体的危険性を認識できなかったとしても、有責性が否定されるとはかぎらない。エンギツシュによれば、行為者には「法的注意義務」(Rechtsbeachtungspflicht)といつて、自己の行為が危険であることの認識の獲得に向けた行為をすることが義務づけられる。<sup>(67)</sup>そこで、法的注意を動機づけるには、行為者にその必要性が認識可能でなければならないところ、この認識は「思料」(Überlegung)、すなわち、情報を収集し、それをもとにあれこれ思いめぐらせることで得られるものではない。というのも、そうだとすれば、一の法的注意の必要性が他の法的注意をはらうことで認識されることになって、「無限後退」に陥るからである。ゆえに、そこには思料による認識可能性にとって外在的な、「第二の認識可能性」が措定される。<sup>(68)</sup>後者をもたらしのが「構成要件実現の回避についての関心」(Interesse)であり、これが感性責任論へと繋がる。<sup>(69)</sup>ともかく、危険な行為に出たことにつき行為者を非難するのに、彼が最も分別ある人間と同様に、思料のすえ自己の行為が危険であるとの結論に達しえたといえる必要はなく、その意味で、認識能力における瑕疵は有責性を左右しないのである。<sup>(69)</sup>

第二、エンギツシュは、行為者においては「知っている」(bekannt)、最も分別ある人間においては「認識可能な」(erkennbar)と、言葉を使い分けている。彼によれば、最も分別ある人間をしても認識不可能な事情は行為者にとつ

でもたしかに認識不可能だけれど、彼が「偶然」それを知っていたということはある。その例として、傷害の被害者が血友病だったとか、頭蓋骨が異常に薄かったといった事情があげられる。そのような宿痾の有無は、その時点・その場では、いくら目をこらしても見分けがつかないけれども、被害者との間柄によつては行為者がとくに知っていることがある。見ず知らずの間柄の者が血友病患者に（それ自体としては軽度の）創傷を負わせても、死の危険のある行為にあたらないが、でも、だからといって、血友病を患っているのを知っている者の場合も同様だということにはならない。行為者が必要な配慮として何をすべきなのかは、さしあたって彼が「知っていること」に応じて検討されてしかるべきだ、と。<sup>(7)</sup>

なお、「行為者の個人的な認識能力における瑕疵は考慮されない」といつても、問題の瑕疵がそれ自体として危険要因となる場合には、判断資料に取り入れられる。いわゆる引き受け過失がこれにあたる。例えば、やぶ医者が出来もしない手術をして患者を死なせたり、負傷させたりした場合、「認識能力が不足していたこと」が行為者の知っている、ないしは最も分別ある人間に認識可能な事情として判断資料に取り入れられる。ゆえに、「能力がないのに手術すること」が、それ自体として、死や傷害の結果を発生させる危険ありとされるのである。<sup>(8)</sup>

四 最後、相当性の判断基準に関しても、判断資料におけると同様の理由で、行為の時点での「最高度の法則論的知識」(nomologische Höchstwissen)に合わせるべきだとされる。まず、「最高度」というのは、相当性の要件が物的違法性、すなわち、問題の行為が事物として正しくないことを確かめるためにある以上、行為者の知識レベルに合わせるのではなく、最も分別ある人間のそれが基準となる。また、行為時には危険でない、あるいは適宜であると考えられていたのに、その後の科学の進歩にともない、裁判時には、問題の行為が危険である・適宜でないと考えられるに至ったという場合に、行為時の科学的知識レベルを基準として相当性を否定すべきなもの、この要件が行為者に

おける法規範違反をあらわすということから導かれる。<sup>(72)</sup>

# 注

- (58) Max Ludwig Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 28.
- (59) 感性責任論を含むエンギッシュ説の概要は、拙稿・前掲神奈川法学四五巻一七頁以下でまとめた。なお、Sorgfalt には「注意」という訳語があてられるのが通例だけれども、井上（祐）「信賴の原則と過失犯の理論」前掲『行為無価値』一一四頁（初出一九七三）も指摘するように、少なくともエンギッシュに関するかぎり、その欠缺は故意犯においても認められるものだから、あまり適切な訳語ではないと思うし、それに、後述の Rechtsbeachtung との訳し分けにも苦しむ。そこで、本稿は莊子・小橋訳・後掲『研究』に従って、Sorgfalt を「配慮」と訳した。
- (60) Engsch, Kausalität, S. 53. 傍点部は、原文では隔字体。
- (61) Engsch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1964, S. 281. 傍点部は、原文では隔字体。本書の翻訳として、カール・エンギッシュ（莊子邦雄・小橋安吉訳）『刑法における故意・過失の研究』（一粒社、一九八九）。
- (62) Engsch, Kausalität, S. 54-55. 傍点部は、原文では隔字体。
- (63) Engsch, aaO., S. 55-56.
- (64) エンギッシュは、判断資料に関していわゆる主観説をとるのがクリースの立場だとして、これを「主観的事後予測」の立場だとするが（Engsch, aaO., S. 55 Anm. 1）、他方で、折衷説をとることで知られるトレイガーが「客観的事後予測の立場」であるとともに、わが国では「客観的事後予測」の立場だとされる、M・リューメリンの説は「広すぎる」と述べられている（AaO., S. 56 Anm. 2）。Engsch, aaO., S. 63 における「客観的事後予測」は、行為の時点・場所で認識または認識可能な、現に存在した事情を判断資料とし、行為の時点での知識レベルを判断基準とする。したがってリューメリン流の「客観的事後予測」はそれよりも「広い」ことになる。リューメリン説については別稿での検討を予定しているが、少なくともいえそうなのは、ドイツでは、行為の時点・場所では認識しない事情も判断資料に含める彼の立場だけが「客観的事後予測」とされていたわけではないことである。
- (65) Ludwig Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 161.
- (66) Engsch, Kausalität, S. 55-56.
- (67) Engsch, Untersuchungen, S. 312-313. 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、一九七二）二〇二頁が、「情報を収集すれば、結果発生の

可能性を認識し、認識したならば、危険性を減少させ結果の発生を防止する行為をしたであろう」から、法的注意義務違反は主観的過失、すなわち、「精神の弛緩を認定する資料」にすぎないと述べるのは、エンギツシュ説を正しく理解しているとはいいがたい。なぜなら、必要な注意を尽くしたからといって、必ずしも当該行為者が結果発生を認識できるとはかぎらないからである。ゆえに、注意をはらわないことをそれ自体として配慮欠缺とするのは無意味ではない。平野と同様の誤解は、松宮孝明「過失の標準」について「同『刑事過失論の研究(補正版)』(成文堂、二〇〇四、初出一九八七)一八八頁にもみられる。ただし、松宮が *Rechtsbeachtung* に「法尊重」という訳語をあてるのは言い得て妙で、法的注意にはたしかに、「コンプライアンス」という意味合いがある。つまり、法的注意義務が捕捉するのは、法的に期待される安全確認措置を怠って、その意味で「漫然」と危険な行為をする者なのである。

なお、山本紘之「予見可能性の判断枠組みについて」川端博ほか編『理論刑法学の探究』⑩(二〇一七、成文堂)一二六頁、同頁注九三は、「情報収集義務が課されても、その履行によっても具体的な予見に到達できない」場合を、エンギツシュが「過失犯の未遂にすぎないとする」と述べるが(同「過失犯における情報収集義務について」法学新報一一二巻九・一〇号(二〇〇六)四一六頁も参照)、仔細にみれば、山本の理解は不正確だと思う。

エンギツシュが「過失犯の未遂」と表現するのは、例えば、照会先で資料が散逸していたというように、収集すべき情報につき、それを入手する手段が存在しなかったことが事後的に判明したという場合である。そのような場合でも情報収集を怠ったことが配慮欠缺にあたる点に変わりはない(Engisch, Untersuchungen, S. 307-308)。これに対して、山本が例にあげる、福知山線脱線事故では、運転士による異常な速度超過があった場合に車両が本件カーブを曲がりきれないことは、事故当時、最も分別ある人でさえ予見しえないことだった。だから、そもそも情報収集が義務づけられず(「法は不可能を強いない」)、したがって、すでに客観的配慮欠缺が認められないのである。

(68) Engisch, aaO, S. 370-372.

(69) 松宮・前掲『研究』一八八—一八九頁がいうには、エンギツシュにおける過失の客観化は「結果回避への関心に関する法の規範的要求の普遍性を意味する」。

さらにその後、松宮は、「結果回避への関心」が、(必要に応じ、専門家に問い合わせるなどの情報収集措置を講じて)結果を予見し、これを回避するように自らを動機づける「倫理的資質」であると解するに至る。つまり、人間の行動は彼の素質と環境に決定され尽くされているという決定論に立てば、右の倫理的資質が欠ける者には結果の予見は不可能になるところ、エンギツシュは性格責任論に立ち、そのような資質の欠如がそれ自体として非難されると解することにより、その意味でも、過失を「客観化」したのだ、

と(松宮・前掲「過失の標準」再論)同『過失犯論の現代的課題』(成文堂、二〇〇四、初出一九九二—一五八—二六〇頁)。過失不法の客観化と同様の意味で、過失有責性を「客観化する」とはエンギッシュは述べていないので、これは松宮独自の理解である。行為者の意思であろうと、行為者の心理的傾向としての性格であろうと、行為者の心理面が評価されているのだから、これを客観化と称するのは紛らわしいだけのように思われる。

なお、松宮はエンギッシュの性格責任論を機能的責任論の萌芽的学説ととらえているようだが、それは正しくない。たしかに、行為者の「自由意思」を指定しなくとも責任判断は可能だと機能的責任論は主張しており、この点では性格責任論と同旨だけれども、機能的責任論と性格責任論はまったく別の理論である。機能的責任論は、積極的一般予防の観点から責任概念を規範化し、「一般人ならば規範適合的行動をとっただろう」という場合に、行為者は刑罰を科されてもやむをえないと説く。したがって、そこでは行為者の心理過程を離れて責任判断がなされる。というのも同理論は法と道徳を分離したため、行為者の内面における良心の存在を前提にすることができないからである。機能的責任論にとって、「法の規範的要求」は、「人として当然に備えているべき資質」によって感得されるのではなく、「一般の人びとが標準的に備えている資質」によって受容されるのである。

(70) Engisch, Kausalität, S. 56.

(71) Engisch, aaO, S. 57 Anm. 1.

(72) Engisch, aaO, S. 58.

## 第二款 相当性の体系的位置づけ

一 相当性は構成要件要素として位置づけられるのだろうか。エンギッシュがなぜこの問題に紙幅を費やしたのかは判然としないが、次の点に気がなかったのではないかと思われる。相当性は法規に書かれていない要素であり、このような要素を構成要件要素ではなく違法要素とすることも考えられる。実際、ヴェルツェルは長らく、過失犯における相当性をそのようにとらえていた。<sup>(73)</sup>

エンギッシュは、構成要件該当性と違法性の区別を否定することで、「構成要件要素か、それとも違法要素か」とい

う問題設定したいを否定した。すべての違法要素は「不法構成要件」(Unrechstatbestand)に分類されるというのである。

問題になっている、法規上の構成要件と関係づけられた、法規上の刑罰威嚇(すなわち、否認をあらわす害悪(Misbilligungsübel)を賦科すると脅かすこと)は、構成要件にさし示された行態が法秩序の意思に反することを明確に認識させるものである、という点を考慮すれば、構成要件要素(「人を殺す」等々)は個々に、特殊な法規範違反を類型化していること、構成要件要素は個別的の不法要素であることは自ずと判明する。それにまた、構成要件を、(法規に——引用者注)明示的にさし示された可罰性の客観的要件から、書かれざる(zu subintelligierend)それへと拡張するならば、逆に、すべての違法要素を構成要件要素として、すなわち、あるものは特殊的、あるものは一般的、またあるものは積極的、はたまたあるものは「消極的」構成要件要素(正当化事由)として構成できる。そうであるからには、相当性とは書かれざる一般的・積極的構成要件要素なのだ。<sup>(74)</sup>

右の叙述は、エンギツシュがビンディングの規範説に近い立場をとること、したがって、ペーリングとは客観的違法論へのアプローチを異にすることをあらわしている。違法性の本質を行為規範違反に求めるビンディングの学統にペーリングも連なるが、前者が行為規範を「人を殺すな」だとか、「他人の財物を窃取するな」だとかというように、<sup>(75)</sup> 刑罰法規(罰条)ごとに個別化してとらえるのに対して、後者は、行為規範を全体的法秩序への服従を命じる、したがって、公法上と私法上とを問わず「違法なことをするな」との、抽象的・一般的な内容に解する。<sup>(76)</sup> そうすることで、ペーリング流の規範説は、構成要件該当事実の認識たる故意が「内心における規範違反」をあらわす主観的違法論か

ら離れることができた。<sup>(77)</sup> かくして、故意・過失を責任要素とする犯罪論体系が構築されたのである。他方で、ペーリングにおいては、構成要件は「評価の対象」を規定するのみで、違法評価の契機を含まない没価値的な記述的要素とされることになった。エンギツシュも客観的違法論に立つが、それでいて、彼はビンディングと同様、行為規範の内容を構成要件ごとに個別的に規定する。

二 相当性は「相当因果関係」として、因果関係の成立を限定する要件として論じられるべきか、それとも、因果関係とは別の要件として論じられるべきか。彼は次のように述べる。

わたくし個人は、相当性を特別の構成要件要素として、因果性に並べて立てるほうをとりたいと思う。つまり、その理由は、第一に、それ（相当性——引用者注）が「必要な配慮を怠ったこと」の密接な構成部分として関係づけられるのは、許された危険、およびこれに類する、配慮義務に関わる諸契機とであって、それらは因果性の外部に位置すること、それにまた、——これはとりわけ重きを置かれるべきことなのだが——相当性は（常に。というのは、これまで説明してきたとおりだ）、私見によれば原理的に正当な、客観的未遂論の立場からは、既遂だけでなく未遂所為の要素でもあって、未遂所為と既遂所為とのあいだの区別は、後者が既遂構成要件に記述された結果に対して因果的でなければならぬが、これに対して未遂はその必要がない点に存するというところにあるのだ。でも、相当性は未遂と既遂に共通し、因果性は両者を区別する標識だとされるのだつたら、後者を前者から切り離さなければならないことは明白である。<sup>(78)</sup>

エンギツシュがここで問題としているのは、既遂結果とのあいだの因果関係は未遂不法を構成しないということだ。



ある。彼によれば、未遂犯は実行の着手の時点で成立するといつても、それは、行為じたいが法益の危殆化という外界変動を発生させているという「直接性」ゆえにすぎず、未遂犯も一種の結果犯である。この点はともかく、実害犯における既遂結果たる法益侵害が発生しなくても未遂犯は成立しうるが、逆は真ならずで、既遂結果が発生したからといって未遂犯が成立しえないわけではない。なぜなら、広義の相当性が認められても、狭義の相当性、すなわち、「危険実現」が欠けるとして既遂処罰を否定する余地が残るからである。<sup>(79)</sup>

## 注

(73) ヴェルツェルは、当初、過失行為の目的性を否定し、過失犯は故意犯とはちがつて「惹起犯」だと解していた。これは、構成要件段階では問題の行為が禁止されるとも、禁止されないとはいえないことを意味する。そこで展開されたのが、「開かれた構成要件」論である。すなわち、法秩序は、法益侵害結果の発生の条件を設定する行為を、許容されるものと許容されないものに区別し、後者につき、客観的注意義務という「法義務的要素」によつて、行為者は適法行為を義務づけられるのだ、と。以上の理論構成は、後にヴェルツェルが過失行為の目的性、もとい志向性を肯定するに至ったことにともない、その必要がなくなった。ヴェルツェルの目的的行為論については、拙稿・前掲神奈川法学四五巻一号(二〇一二)八八頁以下。

(74) Enisch, Kausalität, S. 58-59. 傍点部は、原文では隔字体。

(75) 竹田直平「ペンディングの規範説」同『法規範とその違反』(有斐閣、一九六一、初出一九五七)七〇頁以下、齊藤金作「ペンディング」木村龜二編『刑法学入門』(有斐閣、一九五七)五六頁以下、富田敬一「ペンディングの規範論」国士館法学二号(一九七〇)五三頁以下を参照。

(76) 竹田「ペーリングの構成要件の理論」同・前掲書一二二頁以下(初出一九五七)、佐伯千賀「ペーリングといわゆる構成要件の理論」(一)立命館法学一五号(一九五六)九頁以下を参照。

(77) 山中「ドイツにおける近代犯罪論の生成の現代的意義」同『近代刑法の史的展開』(信山社、二〇一七、初出二〇一二)一八九、一九〇頁は、「ペンディングの規範論の影響とペーリングの理論の展開全体の趣旨からは、構成要件論の『行為規範』的意義が推測される」として、ペーリングが「行為者の行為の規制という観点から見て、その行為に働きかける『規範』としての構成要件を構想

した」と述べるが、この推測はベーリング流の規範説と平仄が合わない。山中は、「ベーリングの真意は、まさに国民に対する構成要件の『指導形象』性の強調にあった」というけれども、「指導形象」(Leitbild)とは、「国民を教導する」のではなく、「人は言葉を知ること、対象を認識できる」という認識論上の仮説を前提に、違法評価の対象としての行為を認識するに際し、構成要件がそのひな形をなすという意味ではないかと思う。

(78) Engisch, Kausaltät, S. 59-60. 傍点部は、原文では隔字体。

(79) Engisch, aaO., S. 60 Anm. 1.

#### 第四節 相当性説の法理論的基礎

##### 第一款 メツガーの新構成要件論との異同

一 エンギツシュはなぜ構成要件該当性と違法性を区別しないのだろうか。相当性を構成要件要素とする結論を同じくする論者として、彼はメツガーとホーニツヒを挙げるが、後者についてはアプローチを異にとされているので、前者の犯罪論体系、とりわけ、彼のいわゆる「新構成要件論」に尋ねてみる。

ベーリングが法的評価における評価対象と評価内容を截然と区別したのに対して、新カント派に属するメツガーにおいては、評価対象はそれへの評価内容に関係づけられて認識される。カントは、人間には事物をそれ自体として認識することはできず、経験に先立って創り出された認識の形式に従って認識するのだと説いた。この認識論に依拠して科学の方法を論じたのが、新カント派とよばれる人びとで、その一人であるリッカートによれば、人間や社会に関する学問である「文化科学」は先験的「価値」への関係づけによって対象を認識する。これを法律学方法論に展開したのは、ラスクである。彼がいうには、法的概念とは、日常生活上形成され、使用されている「前法律学的概念」、お

よび、問題の概念によって指示されている諸関係を素材に、前法律学的概念の意味内容を法律家が変容させたものであつて、法的概念を形成する際に「価値への関係づけ」がなされる。<sup>(87)</sup>

構成要件とは、個別の罰条ごとに「類型化された不法」をあらわしたものだ、とメツガーは解する。<sup>(88)</sup>「不法」(Unrecht)とは、もともと「間違つた」(au richtig)という意味で、刑法学においては、構成要件該当事実が可罰性を積極的に基礎づけるということであらわす。<sup>(89)</sup>つまり、立法者が日常用語を用いて法律要件に書きあらわした、「殺人」だとか、「窃盗」だとかといった前法律学的概念は、その法律効果たる刑罰による、「正しい」(richtig)という意味での「法」実現の価値に関係づけられることで、法的概念として再構成される。この点がベーリングの構成要件論との決定的相違をなす。<sup>(84)</sup>

相当性説を新カント派の理論枠組によって再構成したものが、「重要性説」である。<sup>(85)</sup>カントと同様、因果関係というのは、時間的に先後関係にある二つの事象を、行為と結果の関係において認識するための先験的形式だとメツガーは考える。ゆえに、「問題の行為がなければ、具体的結果が発生しなかつただろう」という必要条件公式を支持するのは、日常生活上、人びとが因果関係をそのような「論理関係」において認識している——とメツガーがそう思っている——からである。<sup>(86)</sup>問題は、そのような論理関係にある任意の行為が既遂犯に問われうることを承認するかどうかで、これを肯定する条件説は原因間に価値の差を認めないけれども（「等価説」）、構成要件が価値関係的概念ならば、因果関係は重要なものとそうでないものとに分かれなければならない。その基準が相当性なのだ、というわけである。<sup>(87)</sup>

二 ところで、構成要件の価値関係性を承認しながら、不法と違法性を区別したのは、M・E・マイヤーである。<sup>(88)</sup>彼によれば、文明社会には、共同の利益のために個人に一定の行為を命令したり、禁止したりする「文化規範」とよ

ばれる目に見えない行為規範が存在し、国家が任意の文化規範を承認することで、裁判官を名宛人とする裁決規範としての法規範が形成される。したがって、構成要件の価値関係性とは、「人を殺すな」だとか、「人の物を盗むな」だとかを内容とする文化規範によって、評価対象の認識がすでに枠づけられていることを意味する。<sup>(89)</sup>そこで、マイヤーは構成要件と違法性の関係を「煙と火」に喩えた。問題の行為が文化規範に違反している（「火がある」）かどうかは直接確かめようがないけれども、問題の行為が構成要件に該当する（「煙が見える」）ということから、その推定はできる、と。

これに対して、「構成要件は違法性の存在根拠である」とメツガーは主張した。構成要件ごとに内容が個別化された行為規範を法規範ではなく文化規範とすることで、M・E・マイヤーは、法規範の本質を裁決規範とする立場と規範違反説を統合したけれども、違法性の実質に関して規範違反説ではなく、リストらの法益侵害説を採用すれば、文化規範という実証性を欠いた規範を持ち出さなくてすむ。メツガーはこの道を行く。彼によれば、違法性とは、行為規範違反ではなく、「客観的生活秩序」としての法の侵害である。したがって、不法類型としての構成要件に該当することからは、問題の行為が違法であるとの評価が引き出される。ゆえに、ことメツガーにあつては、構成要件該当性は類型的違法性と同義だとされるのである。<sup>(90)</sup>

三 エンギツシュが反対したのは、違法性を「名宛人なき評価規範」による否認と解することである。<sup>(91)</sup>メツガーによれば、「命令は評価を前提とする」。法規範が「それをしてはならない」という規範を名宛人に付与するのは、名宛人が誰であろうとも、「あるべきでない」という違法な「状態」がすでに存在するからで、したがって、例えば責任無能力者の行為も、そこに法益侵害の危険性が認められるのならば、違法と評価して差し支えない。彼には適法行為の動機づけが不可能なだけであり、これは法規範の「意思決定規範」(Bestimmungsnorm)としての側面、すなわち、有

責性の問題に属する。かくして、違法性と有責性は截然と区別される。このような規範構造論をエンギッシュは次のごとく批判する。

評価規範としての規範の形式的構造は、この評価規範の内容について説明をあたえるのに適していない。それどころか、評価規範の概念はここでは命令の概念よりも功が少ないといわなければならない。命令の「本質」からは、先に述べたとおり、法規範の、それが意味するところに即した内容について、少なくともいくつかのことを引き出すことができるのに対して、評価規範の本質は、どういったものが評価されるのかについて重要な帰結を引き出すのには、不確定なことがあまりに多すぎる。例えば、結果についての条件設定ならばいかなるものでも禁止されうるというのではなく、相当な条件を設定することだけが禁止の内容として有意義といえる（マックス・ルートヴィヒ・ミュラー）のに対して、評価規範は、許されざる結果に寄与した任意の必要条件を否定的に評価しうる。そこでは、行為の時点という見地がとられる必要はない。行為後に起こったことが許されざるものと評価されてよいのだ。さらに、しばしば強調されるように、まったくもって人間の行態と関わりのない出来事または状態までもが否定的に評価されうる。例えば、動物の攻撃、動物の負傷、天災およびその帰結がそうで、他方、これらはすべて、命令にとって意味のある関係対象たりえない。<sup>92</sup>

右批判は、「類型的違法性としての構成要件該当性を客観的生活秩序に反する状態に切り詰めれば、構成要件から行為性が抜け落ちてしまう」という点を衝くものと解される。戦後の彼が、構成要件の、「不法評価に関係づけられている」という意味での「規範的」側面 (Unrecht[abestand]) と並ぶ、「存在論的」、すなわち、評価対象そのものに内

在し、対象としての認識を規定する側面をも強調し、これを「行為構成要件」(Handlungs-Tatbestand)と称するに至ったことを考慮すれば、この点がメツガー理論のアキレス腱だったという推測は、あながち的外れでもないだろう。

# 注

(80) Engisch, aaO, S. 59 Anm. 1. ホーニッツは相当性を「客観的帰属」の問題として、構成要件要素に位置づけたが、エンギッシュは帰属の概念をケルゼン流に理解するのか、この概念は「問題の行為は構成要件に該当する」ということを言い換えたただだと解するものようである。

(81) 陶久利彦「エーミール・ラスクの法律学方法論(二・完)」法学五二巻六号(一九八九)六五頁以下を参照。ただし、莊子「犯罪論の基本思想」(有斐閣、一九七九)一〇〇―一〇二頁によれば、メツガーはリツカートやラスクラ「西南ドイツ学派」よりも、法学ではシュタムラーに代表される「マールブルク学派」の影響を受けたとされる。そうだとすれば、この点が、同じく新カント派でも、西南ドイツ学派の影響を受けた M・E・マイヤーの構成要件論との相違の背景にあるのかもしれない。ただし、メツガーが、存在と規範(当為)を峻別する「シュタムラーの方法論に立脚」していたとする莊子の認識は、後述のとおり、やや不正確である。それはともかく、本稿は、エンギッシュとの対比に必要な限度でメツガーとマイヤーを取り上げるにとどめる。

(82) Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1933, S. 175-176. 下村康正「構成要件と違法類型」法学新報六一巻三三号(一九五四)一五頁以下による紹介も参照。

(83) 中山研一ほか「レヴィジオン刑法」(成文堂、二〇〇九)四四頁(松宮発言)は、不法を「日本の可罰的違法類型というものとよく似ていて、一定の質と量を備えた違法性のある構成要件該当事実のこと」だとする。このように、わが国では、訳語に引きずられてなのか、全体的法秩序違反を意味する違法性の概念が不法の定義に混入しがちである。

しかし、これではヴェルツェルの人的「不法」論の正確な理解はおぼつかない。事実、松宮「結果反(無)価値論」について「曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集」(二〇一四、成文堂)一四一頁は Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, 11. Aufl., S. 23 を「違法とは、常に、特定の行為者に関係づけられた否定的評価(Misbilligung)である」と訳するが、この訳文には重大な遺漏がある。松宮の訳出した部分を訳しなおしたものは、以下のとおり。傍点部は、原文では隔字体である。

行為者人格から内容的に引き剥がされた結果惹起(法益侵害)が不法を汲み尽くすのではなくて、違法なのは、特定の行為者の

いわず、としてのみの行為なのである。どのような目標設定を彼が客観的所為に対して目的活動的に付与したのか、どのような構え(Einstellung)からそれを遂行したのか、その際どのような義務があったのか。以上のこと全部が、あるいは起こるかもしれない法益侵害と並んで、所為の不法を決定的に規定する。違法性とは、常に特定の行為者に、関係づけられた所為の否認である。不法とは行為者関係のな、「人的な」行為不法なのだ。

つまり、ヴェルツェルは、不法概念が目的的行为論のもと人的なものとして構成されるとする一方で、違法性、したがって、法秩序によって否認されるのは、客観的出来事としての「所為」だと述べている。彼の違法論は、強いていうならば、実は後述のメツガー流物的違法観に近い。このことを了解するには、不法と違法性を区別しなければならないのである。

(84) 新構成要件論のもう一つの論点は「類型化」(typisieren)の意味である。さしあたり、木村「構成要件と型概念」同『刑法の基本問題』(有斐閣、一九七九、初出一九四三)一〇一頁以下のみを挙げておく。

(85) メツガーの重要性説の紹介として、岡野「メツガーの重要説」同・前掲『理論』七五頁以下(初出一九六五)。

(86) Mezger, Lehrbuch, S. 111-112.

(87) Vgl. Mezger, aa.O., S. 122-123.

(88) 竹田「M・E・マイヤーの文化規範説」同・前掲『法規範』一四九頁以下(初出一九五七)を参照。

(89) 小野(清)「構成要件における規範的および主観的要素」同・前掲『理論』三四―三五頁(初出一九五二)は、構成要件を「違法性の認識根拠」と解する以上、M・E・マイヤーにとつての構成要件は、ベリングと同様、どこるか、彼よりも明確に、「純客観的、没価値的な事由から成るものでなければならぬ(これは客観的違法性論を前提としている)」、と述べる。これに同調するのは、仲地哲哉「規範的構成要件要素」(齊藤金作先生還暦祝賀論文集)(成文堂、一九六三)四〇一頁。彼らはマイヤーが、構成要件の没価値性を出発点としながら、不整合的にも、そこに「規範的構成要件要素」という価値関係の概念を混入させたと解するようである。けれども、現在の用語法を使って整理すれば、没価値的な(とされる)のは記述的構成要件要素であって、彼の画期的業績は、規範的構成要件要素の承認によって、それらの総合からなる構成要件の価値関係を打ち出したことにあるのではないかと思われる。

(90) 竹田「ヒッペル、フランク等の刑罰法規規範内含説」同・前掲『法規範』二三六頁以下(初出一九五八)を参照。

(91) 竹田「メルケル、フェルネック等の主観的違法説とロエフラー、メツガー等の客観的違法説」同・前掲『法規範』二九三頁以下(初出一九五四)、莊子・前掲『基本思想』一〇〇頁以下を参照。

(92) Engisch, Der Unrechtsatbestand im Strafrecht, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1960, S. 423-424. 傍点部は、原文では斜字体。

(93) 藤尾彰訳「刑法解釈学の最近の動向」法政理論九巻二号(一九七六)一一七-一二八、一二二頁。

## 第二款 法秩序形成における実践的思惟の役割

一 メツガーの規範構造論に対するエンギッシュの批判の背景には、新カント派法学との法理論レベルでの対立がある。先に述べたとおり、メツガーのいう客観的違法性は、出来事としての所為が「客観的生活秩序」に反するかどうかによって判断される。では、客観的生活秩序はどのようにして形成されるのだろうか。そのようにして形成された客観的生活秩序が正しいと、どうしていえるのだろうか。

メツガーの出発点は、シュタムラーの「正しい法」(richtige Recht)の理論である。それによれば、任意の準則を「法」たらしめるのは、人びとの社会生活を外面的に方向づけようとする「結合意欲」である。それは、当該準則によって方向づけられた人びとの結合的活動を何らかの目的を達成するための手段として規定する意欲であって、結合意欲が人と人との結びつきを社会として成り立たせる。つまり、法の本質は、その内容ではなく、「形式」にみだされるのである。さて、法秩序は、正しい目的を定立することによって「合法則的に」形成される。人びとが自己の特殊な欲求を離れて、その意味で純粹に、法の目的とするところを自己の目的として意欲するならば、「他人を常に目的として扱え。何かの目的のための手段として利用してはならない」という、カントのあの定言命法が実現される。そのような社会が「純粹共同体」であり、この理想によって導かれる法が、正しい法なのだ、と。<sup>(94)</sup>

二 メツガーは正しい法は法の理論にリツカートの認識論を接合する。



リッカートによれば、経験的実在はありのまま認識されるのではなく、認識者が認識対象を心の中で思い浮かべ（表象）、表象どうしを関係づけることによって、「本である」とか「鉛筆である」とかというように認識される。何かを認識する際に（認識しえたのに）認識しなかったとは、認識するに至るよう表象を関係づけなかったという事であり、そこでは、「関係がない」という判断がおこなわれている。これは「認識論的主観」に対する「心理学的主観」とよばれる。<sup>96</sup>

メツガーは、シュタムラーのいう意欲を心理学的主観にとらえる。<sup>96</sup> シュタムラーは、法学を含む社会科学が、意欲の内容たる諸目的を互いに矛盾のないよう論理的に整理し、目的の体系を打ち立てることをもつぱらの課題とする、「目的科学」だと解するが、それは、彼が不当にも、知覚と意欲を対立させたからである。リッカートのいうように、事実を認識することがメタレベルで何らかの態度決定、したがって、何かを「意欲する」ことを意味しているのだとすれば、認識と意欲の対立は打ち消される。対象を認識することと認識された対象について目的を設定することとは、表裏一体の関係に立つのである。<sup>97</sup> かくして、メツガーは「事実から規範を導き出すことはできない」という、「ヒュームのギロチン」の名で知られる原理を乗りこえたのである。

法の追求すべき目的は、法によつてその秩序が形成されるところの、社会そのものに見いだされる。メツガーは次のように述べる。

実質的な関係において、吾人の究極、かつ決定的な目的定立が基礎をおくことができるのは、普遍的な（人間の——引用者注）本性の考量だけである。それによれば、人間は生き物（Lebewesen）である。この、彼が生活の存続する中で、彼は無数の、内的・外的な条件と法則に左右される。それらは促進的に、または阻害的に自然の

生活過程に作用して、生活を増強する結果、または生活を減退させる結果をもたらすのだ。人間に与えられてし  
 かるべき財および価値のうち最上のものは生活である。(中略)生活が最上の財ではないという異論を本書で差  
 しはさむことはしない。それは個人的な生活が問題となっているかぎりでは正しいのかもしれないけれども、法  
 が関係するのは最初から社会的な生活なのだから。さて、考察の対象となる社会的全体が包括的であればあるほ  
 ど——法にとっては、その時々で問題となる法共同体が、全部引つくるめて全体である——、「生活」は自己目的  
 化していく。それゆえ、社会的な生活維持および生活発展をすべての法の最上の目的として定立される。「生活」  
 はあらゆる価値の「形式」であつて、したがつて法的価値もそうなのだ。<sup>98</sup>

シユタムラーは自然法でさえ「内容可変」だと説いたことで知られるが、「正しかるべき法の理論とは応用心理・社  
 会学である」と述べるメツガーにとつても、法秩序の正当性を支えるのは、社会的な生活における人間の「精神」であ  
 るところ、それは、比較的恒常的でありながらも可変的だとされる。<sup>99</sup>

三 エンギツシュは、行為の適法性が当該行為によつて合理的に達成される目的の正当性に尽きるかという点を争  
 う。彼もまた、行為とその帰結を手段と目的の関係としてとらえるために必要なのは「経験知」であつて、したがつ  
 て、その際には自然科学に限らず、社会学・心理学上の「経験則」も動員されると述べている。<sup>100</sup>ここまではメツガー  
 と同旨である。ところが、エンギツシュがいうには、目的だけでなく「手段の正当性」をも問うとき、経験知を動員  
 するだけでは答えは導き出せない。彼は、他方で、以下のようにも述べているのである。

人間の「実践理性」、および人間による評価こそが、諸々の目的につき、「正当な」手段が発見されるべきなのは

どれかを判定しなければならぬこと、したがって、かの目的を達成するのに適した手段を提供する、科学的な経験の分野をすでに後にしていることが確認されるのだから、問題は、適当な手段だけでなく「正當な手段」を突き止めることも肝要だというわけで、手段それ自体のほうにも先鋭化される。(中略) 手段は、その有用性が科学的に裏づけられるにしても、その側で倫理的および法的な審査を受ける。いかに素晴らしい目的であろうとも、その追求のためにほしいままに暴力(殺害、拷問)、脅迫や欺罔を用いることが正当化されることはない。死刑、生きる価値のない生命を絶つこと、去勢、断種は、一定の刑事政策的、社会政策的、優生学的目標を実現するのに確かな効果のある手段だとしても、それらはもう長いこと、「正當な」「相応な」手段でない。有用性のほかに、社会倫理的に(当該手段を——引用者注)用いることの正当化が問題となる。手段と目的の価値関係もしつくりいつている、すなわち、「比例性」が存しなければならない。したがって、またもや評価が必要となるところ、それは経験とは別の世界に由来し、法理念の問題を別の次元へと押しやる。別の連関においてすでに理解されるものが何かは、あらためて明らかになる。目的論主義(Teleologismus)を価値の経験(認識?)によって基礎づけること、すなわち、正しかるべき法の問題を、合目的性についての問いから、決定的な諸価値および、これらと関係する「諸善(Güter)」についての問いへと移行させること。<sup>(四)</sup>

この叙述がほのめかしているのは、法秩序の形成におけるプロネーシス(賢慮)の役割ではないかと思われる。アリストテレスは、善を何か普遍的な理念から演繹されるものではなく、個別具体的な状況に即して、その人が幸福に生きるのに資することだと説く。人間は自分にとって善と思われる事柄のために行為するのであるが、「そう思っている」というだけでは、それは臆見(ドクサ)としての善でしかないけれど、賢い人(プロニモス)は、あたかも

健康な人が体によい食べ物を美味しいと感じるように、善を「正しい欲求に調和したもの」として定立する。そのために必要な「ロゴスを伴った、実践的なかつ真なるヘクシス（後天的に獲得された行為能力）」が、プロネーシスなのである。プロネーシスが「かかわるのは倫理的には無記のただの具体的事実ではない。それ（プロネーシス——引用者注）は、行為の個別的状況において、価値を理念としてではなく、個別的具体的な事実として把握する」<sup>(10)</sup>。

四 以上により、メツガーの規範構造論に対する批判の核心は、法秩序形成における実践的思惟の役割が抜け落ちている点にあることが見てとれる。社会を正しく「認識」することで法理念は明らかになると主張するメツガーに於ての、生活秩序の「客観性」とは、要するに、経験知を用いて手段の合目的性が「理論的に」語られるということ意味する。換言すれば、個別具体的な行為状況を離れたところで正しいことと間違ったことを区別する規範が社会には存在し、この規範を内面化することで、人間は当該状況下で正しい選択をするというのが、メツガーの立場なのである。したがって、適法行為の期待可能性は行為者の社会性に大きく左右される。そこで、メツガーが展開したのが、有責性の本質を「所為の人格相当性」にみいだし、行為者が「かくあること」に責任非難を向ける行為者責任論だった。<sup>(11)</sup>

法秩序の正当性が実践的思惟によって基礎づけられるのだとすれば、相当性説は、法の本質を名宛人に対する命令とみる「命令説」から規範論理的に導かれる。というのも、実践的思惟は、自然法則や数学的定理のごとく「他のようにはありえないもの」や、自分にはどうすることもできないことには関わらないからである。<sup>(12)</sup> 違法性を評価規範による出来事の否認ととらえたときに、「動物の攻撃、動物の負傷、天災およびその帰結」まで「評価」の対象となる、というエンギッシュの批判はこの点につながる。法命令説からは「相当な条件を設定することだけ」が禁止の対象となりうるとされるのも、同様である。実践的思惟は「こう考えるしかない」という確定的な答えを用意するものではない

く、「他の考えもありうるけれども、こう考えたほうがよい」という蓋然的な答えを提供するにとどまる。

つまり、エンギツシュにとつての相当性とは、「問題の行為を禁止するのに十分な理由があること」を意味する。名宛人に対する命令といつても、法は、名宛人が彼の内心において規範に従うこと、すなわち、「外部的行態および結果の回避に向けた思考および意欲」まで命令するものではない。そこで、相当性説は禁止の対象を限定することによつて「法から解放された領域」(rechtsfreie Raum)を作り出した。相当条件を設定しないかぎり、何を考えようと、何を意欲しようとかまわない、というわけである。<sup>(106)</sup>ただし、構成要件的結果の発生が「およそありそうもないというわけではない」という程度でもエンギツシュは相当性を肯定するのだから、そのような相当性によつて確保される自由領域は決して広くはないように思われる。

# 注

- (94) 加藤新平「新カント学派」尾高朝雄ほか『法哲学講座第五卷』(有斐閣、一九六〇)五三頁以下を参照。
- (95) さらに、金正旭「エミール・ラスクによる〈実践理性の優位説〉批判」哲学(北海道大学)四六号(二〇一〇)二頁以下も参照。
- (96) Mezger, Sein und Sollen im Recht, 1920, S. 69-70. 本書の翻訳として、都富佃訳『メツガー法律哲学』(有斐閣、一九二六)。
- (97) Mezger, aa.O., S. 75-76.
- (98) Mezger, aa.O., S. 78-79. 傍点部は、原文では隔字体。
- (99) Mezger, aa.O., S. 104.
- (100) Englisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 229. Vgl. auch dens., aa.O., S. 242.
- (101) Englisch, aa.O., S. 231.
- (102) 岩田靖夫『アリストテレスの倫理思想』(岩波書店、一九八五)五五頁以下。
- (103) メツガーの責任論については、大谷實『人格責任論の研究』(慶應通信、一九七二)六七頁以下、内海朋子「再考・メツガーの責任論」法学政治学論究三二号(一九九七)五三七頁以下を、さらに、最新の研究として、徳永元「責任主義における期待可能性論の

意義について (二) 九大法学一〇八号 (二〇一四) 二〇頁以下も参照。

(104) 岩田・前掲『倫理思想』六二～六三頁。

(105) Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStaR 108, 1952, S. 408. なお、莊子・前掲『基本思想』一一九頁は、エンギツシュが「命令の内容」を「思考と意欲」(Denken u. Wollen) とのべた」とするが、これは誤読である。

## 第四章 広義の相当性概念の理論的意義

### 第一節 主観的確率論の再生

一 減多に起こらないことに相当性は認められるか。はるか遠くの標的を狙って銃を撃ったら命中したという場合、そのような遠くの標的に命中するのは方に一つだとしても、殺人既遂罪の成立を認めないわけにはいかない。確率を頻度と解するエンギツシュは、この問題に直面して、「結果発生確率が低くても差し支えない」としてしま<sup>(106)</sup>った。これは相当性説を放棄したに等しいだろう。

ひるがえって、確率には、個別事象が起こる相対頻度を数量的に測定して、それがよく起こることかどうかを論じる「統計的側面」と、任意の意思決定をおこなうに際しての参考になるという「実践的側面」<sup>(107)</sup>とが存する。結論からいえば、エンギツシュの失敗は、確率の実践的側面を等閑に付したことにあるように思われる。クリース後の確率論の潮流を手がかりに、そのことを明らかにしたい。

クリースと同様、確率の論理的解釈を打ち出した者がいる。ケインズである。彼は、帰納的推論の本質から不確定

性を導き出した。ケインズによれば、帰納とは、個別事象どうしの「類比（アナロジー）」によって全称命題へと一般化する推論形式である。つまり、個別事象どうしのあいだには「類似性」が認められるにすぎないから、「今までそうだったとして、これからもそうだとする確実な証拠を持ち合わせていない」という意味で「不確定」だということになる。とはいえ、事前確率が高ければ高いほど、右の意味での帰納的推論の合理性は高まる。これがケインズ流の確率の論理的解釈のようである。<sup>(18)</sup>

ケインズの確率解釈は、帰納には論理的に正しいものと間違つたものがあるとの主張を含む。ここで突き当たる難問が、等可能性のテーゼは論理的かどうかである。ケインズはこれを「関連性」によって論証しようと試みた。例えば、黒と白の二種類の玉が入っている壺の中から黒の玉を取り出す確率を考えると、玉の色が考慮されないのは、壺の中から玉を取り出すという試行が玉の色に関係なくおこなわれるからである。つまり、一方の選択肢が他方に優先する「理由がない」とは、どちらの選択肢にも「関連する証拠がない」ということであり、したがって、一方に関連する証拠があつて、他方にそれと対応する関連証拠がないということはあるにすぎない。ならば、関連する証拠は「選択肢に関して対称的でなければならず、同一の仕方で選択肢のそれぞれに適用されなければならない」と。<sup>(19)</sup>

二 ケインズの確率論は、フランク・ラムジーによって根底から揺さぶられた。彼は、確率関係が命題どうしの論理的関係から引き出せるという命題を争つた。

我々が「aは赤い」と「bは赤い」という二つの命題を手に行っているとき、そのあいだに認めることのできる論理的関係はただ四つ、すなわち、形式の同一性、述語の同一性、主語の多様性、その意味の論理的独立性、である。もしも誰かが一方の命題が他方の命題にどのような確率を与えるかと尋ねたならば、私はそれに答えるため

にこれら命題を注視し、それらの論理的関係を見分けようと試みるかわりに、むしろ、私が知っているのが一方だけであると想定して、その場合にもう一方の命題にどれだけの度合いの信頼を置くべきか、を推量しようとするであろう。もしもこのような推量ができたとしても、私は依然として確信をもつわけではなく、(中略)もっと賢い人であればどう考えるかを考察することに向かい、それを確率の度合いと呼ぶであろう。<sup>(10)</sup>

右の、確率の主観的解釈にラムジーがあたえた新たな意味づけは、「ある命題が真であることをどの程度信じるかは、その人の行動選択を左右する」というものである。彼がいうには、「我々は自分にとってその欲求を最も充たすように思われるしかたで行為するのであり、したがって、人の行為はその人の欲求と信念とによって完全に決定されている」。さて、信念に度合いがある、すなわち、完全に信じているわけでもないし、信じていないわけでもない場合には、その人の行動選択は数学的期待値に左右される。例えば、分かれ道の一方の道を選んだけれど、確信まではもないでいたところ、道路脇の野原を見渡すと、少し離れたところに誰か人がいる。そこまで歩いて行って、道を尋ねるかどうか。それは、今歩いている道が間違っていたとして、その道を進み続けることによってこうむる不利益の程度にもよるけれども、自分の意見の正しさについての確信の度合いにもよる。だから、「道を尋ねるために、どこまで歩けるか」によって、自分の選んだ道が合っているとの程度信じているかを測ることができる、というのである。<sup>(11)</sup>

確率が信念の度合いをあらわすとして、逆に、信念の度合いが確率的であるべきことを論証するのは、いわゆる「ダッチブックの定理」である。「ダッチブック」とは、賭け屋(ブックメーカー)が必ず儲かるようにできている賭帳のことをいう。例えば、「表が出れば、あなたに二〇〇円支払う。裏が出れば、あなたから三〇〇円受け取る」と「裏が出れば、あなたに二〇〇円支払う。表が出れば、あなたから三〇〇円受け取る」という賭けを仕掛けたとする。前者



の賭けは、負けたら三〇〇円損するのに対して、勝ったら、二〇〇円を受け取るとともに三〇〇円を支払わなくては。ということは、五〇〇円得するので、賭率は $\frac{1}{2}$ である。ゆえに、この賭けに乗るのは、「表が出る」という信念に $\frac{1}{2}$ 以上の度合いを与える者であろう。後者の賭けも同様である。さて、信念の度合いが確率の公理に従うものだとすれば、「表が出る」という信念に $\frac{1}{2}$ の度合いを与える者は、「裏が出る」という信念には $\frac{1}{2}$ の度合いを与えるにとどまらなければならない。ところが、確率の公理に反して、「裏が出る」という信念に $\frac{1}{2}$ 以上を与える者は後者の賭けにも乗ってしまう。そうすると、表裏どちらが出ても、彼は二〇〇円受け取って三〇〇円を支払い、差し引き一〇〇円を確実に損する<sup>(12)</sup>。だから、合理的に行動するのなら、信念に度合いを与えるにあたつて確率の公理に従うべきなのである。

### 三 ラムジは等可能性の原理を確率論から追い出した。

我々は、壺から黒玉がでるか白玉がでるかについてどのような予測をもつべきかを教えるということが、形式論理に属する事柄とは考えない。そのような予測を行うおうとする人の当初の予測は、整合性の枠内にあるかぎり、何であれ彼の好むがままであるだろう。我々が指摘するべきことは、彼が何らかの予測をするなら、それによつて他の予測についても整合性ゆえの規制が課せられる、ということである。これは単に確率を普通の形式論理に一致させるということであり、この普通の形式論理は前提を批判するということとはせず、ただある結論だけがそれらの前提と整合的であるということだけを述べただけなのである<sup>(13)</sup>。

ラムジの確率解釈の画期性は、実在へのコミットメントを抜きに、任意の命題が真であると「信じる」ことの合理

性」を語ることが可能にした点にある。古典的解釈は、壺の中から黒の玉を取り出す確率を考えると、壺の中に何個の黒玉、白玉が入っているのか、それが偏りなく混ざっているのかを問い、何も知らないのならば、非合理的にも、黒玉と白玉が同数、しかもよくかき混ぜられていると推定し、ゆえに、確率は $0.5$ だとの答えを出す。これに対して、ケインズは、知っていること——あるいは、知りうること——から、同一の答えを出そうと試みた。けれども、「壺の中には黒と白の玉が入っている」ということから引き出されるのは、確実に黒だとも（確率一）、確実に黒でないとも（確率 $0$ ）いえないということだけであつて、ケインズのように $0.5$ が論理的に正しいとすることはできないし、またそう考える必要もない。ただ、さしあたってどちらもありうるものと考えておくほうが「賢い」というだけだ、と。ゴルディアスの結び目を剣で断ち切るがごとく、ラムジーは壁を乗りこえたのである。

四 以上のとおり、「『結果が発生する』と信じることの合理性」に焦点をあてるのならば、たとえ滅多に起こらないことでも、相当因果関係が認められる余地はありそうである。

はるか遠くから標的を狙撃するという場合、引き金をひくからには、「今回は命中するだろう」と行為者は信じているはずである。クリースが、問題の行為を純粋に心理学的に規定せよと説いたのは、確率の主観性に関係づけなおすことができる。期待したとおり命中するには、標的の動静はもちろんのこと、気圧、風向き、湿度といった、数多の要因が複雑に絡み合わなければならない。そのように都合よく事が運ぶことは、統計上、万に一つだとしても、行為者が現実の行為状況を知悉する必要はない。それは、壺の中を必ずしも知らなくていいのと同様である。ここで重要なのは、標的に命中させるために「狙いを定めた」という事実が、「今度は当たる」と行為者が信じる合理的理由になるということなのである。

これに対して、他人に自動車旅行を勧めたり、森へ散歩に行かせたりしたところ、同人が交通事故や落雷事故に遭

ったという場合、ただ単に旅行や散歩に行くよう仕向けただけの者は、「今度は事故が起こるだろう」と信じるための合理的理由を何一つ持ち合わせていない。この種の日常生活上の事故が起こる確率を理由もなしに大きく見積もることは、どう見ても愚かである。<sup>115</sup>

## 注

- (106) 前章第一節。
- (107) 永井均ほか編『事典哲学の木』（講談社、二〇〇二）一七五頁（内井）。
- (108) ラムジールの確率論も含めて、伊藤邦武『ケインズの哲学』（岩波書店、二〇一一）七三頁以下、一四七頁以下を参照。
- (109) 佐藤訳・前掲『ケインズ全集』六一～六四頁。このようにまとめてよいのかは、はなはだ心もとないし、所論がどこで破綻するの  
 かもよく分からなかったけれど、ケインズはラムジールの批判を受容して、等可能性の原理を放棄しているとのことなので（伊藤・前  
 掲書一六三～一六四頁）、これ以上の深入りは避けることにする。
- (110) 伊藤・橋本康二訳「真理と確率（一九二六）」D・H・メラー編（同訳）『ラムジール哲学論文集』（勁草書房、一九九六）八三～八  
 四頁。
- (111) 伊藤・橋本訳・前掲書九七～九九頁。
- (112) 伊藤・橋本訳・前掲書一〇八～一一一頁。内井・前掲『入門』二〇四～二〇七頁の解説も参考にした。
- (113) 伊藤・橋本訳・前掲書一二〇頁。
- (114) 前章第一節第二款。
- (115) 一般的生活危険の取扱いについての立ち入った検討は、別稿に譲る。

## 第二節 折衷説の規範論理的基础づけ

一 ところで、因果関係の相当性における折衷説に対しては、従来、行為者がとくに知っていた事情（特別知）を

相当性の判断資料に加えることに批判が向けられてきた。團藤重光は、同説を支持しながらも、「行為者の主観的な認識または予見が因果関係の存在に影響を与えるものとするのは、客観的であるべき因果関係の本質に反しないか」との疑問をいだく。構成要件は違法のみならず有責類型であり、「行為者に非難を帰することが定型的に可能とみられる事実の範囲を限界づける」という観点から、行為者の主観を顧慮するのは「許されないことではない」と彼は控えめに答えたが、平野龍一は納得しなかった。因果関係が「行為と結果との間の『帰責関係』であるとしても、それは客観的帰責であって主観的帰責ではないはずである。知らなかったから因果関係がないというのは、目をつぶれば世界はなくなるというのに似ている」と<sup>17)</sup>。團藤は、「この点につき、なお、エンギッシュの示した折衷説の基礎づけが参照されるべきであろう」とだけ付け加え、その詳細を明らかにしなかった。<sup>18)</sup>

行為者の知っている事情が判断資料に加えられるのは、法規範の名宛人が行為者だからだというのが、エンギッシュの解答だった。構成要件は、「人を殺すな」だとか、「人の物を窃取するな」だとかの行為規範を行為者に付与する。たとえば行為者以外誰も知りえない事情であろうと、行為者には当該事情をもつて、問題の行為による構成要件の結果の発生が見込まれるのならば、法規範はやはり当該行為を禁止するのだ、というわけである。<sup>19)</sup>

二 むしろ問題は、行為規範の名宛人を行為者と解しながら、最も分別ある人にとって（構成要件的）結果の発生が見込まれるならば（広義の）相当性を認めて差し支えないとすることの根拠である。「行為者に認識不可能な事情でも、最も分別ある人に認識可能ならば判断資料に加えてよい」のだとすれば、そのような事情をもとにしてはじめて結果発生を予測しうるときに、行為者には危険だと思ひ至ることが不可能でも問題の行為に相当性が認められることになる。人が死ぬとは思ひもよらない者に、「人を死に致すな」という規範を与えることはできるのだろうか。

エンギッシュの解答は、「有責性の問題を棚上げにして違法性を判断する」という意味での物的違法観だった。この

ようなかたちでも、物的違法観を規範違反説と両立させることは可能なのである。彼のアプローチはわが国ではあまり注目を集めなかったとみられる。<sup>(10)</sup> わが国における試みとしては、日沖憲郎がマイホーファーの理論に示唆をえて、違法性では行為者の「社会的な面」、すなわち、「一般人としての人」として何をしてはならないかが問われると説いた。<sup>(11)</sup> これが規範違反説の多数を占めているようである。<sup>(12)</sup> 日沖説には「決定規範違反を問うのであれば、初めから行為者基準を適用すればよいのであって、これを一般人基準と行為者基準の二段階に分けて判断する意味はない」との批判が向けられている。<sup>(13)</sup> この批判が決定的かどうかは、マイホーファー理論の検討もふまえ慎重になされる必要があるろう。ただ少なくともいえるのは、日沖とはちがうアプローチがここに存在する、ということである。

エンギッシュの解答に対しては、「行為者に結果が予見しえないのならば、相当性が肯定されても、どのみち（主観的）過失が否定されるのではないか」との疑問が浮かぶが、この疑問に答える鍵となるのが、「思料」と「関心」の区別であった。<sup>(14)</sup> エンギッシュは、過失犯においては、情報収集しないで行為に及ぶことがすでに客観的配慮欠缺にあたと解する。行為者は、彼にとつて認識可能な事情だけでは、いくら思いめぐらせたとしても構成要件的结果の予見に至りえないけれども、その場合は、客観的配慮としての法的注意をはらわなかったことがそれ自体として（過失）不法を基礎づける。この法的注意を動機づけるのが「関心」で、構成要件実現の回避について関心をいだくことにより、思慮分別の多少欠けた者でも情報収集しようと思うことができる。ゆえに、行為者の認識能力をこえて危険と判断される行為であっても、漫然とこれをおこなった場合を処罰することが可能なのである。

三　ところで、現在、わが国でメツガー由来の評価規範説を主張する論者は、松原芳博である。

彼は、客観的評価を命令に先行させることで、国家刑罰権による個人の行為自由への無用な介入を阻止できると説く。評価規範は、「客観的事実の存在」をもって問題の行為が違法かどうかを評価するのだから、行為の時・場所にお

いて、したがって、結果が発生するかどうかが不確定な中で問題の行為を禁止する命令規範にひきかえ、評価規範は、「決定規範がひとり歩きして不必要な自由の制限を招くのを防止」できるといのである。だから、結果発生という、それ自体は行為後に起こる出来事までもがそのまま違法評価の対象になる。<sup>(16)</sup>さらに、松原は、「そもそも、この世界が因果法則によつて支配されているのだとすれば、(中略)結果の発生いかんは論理的には行為時の事情に全て還元できるとも考えられる」とも述べる。<sup>(16)</sup>驚くべきことに、国家(法)は、行為の時点で将来の確定的予測をなしうる、あの「ラプラスの悪魔」だといふのである。<sup>(17)</sup>この点を措くとして、松原説には根本的な疑問が向けられる。

評価規範説の前提にあるのは、社会のありかたを「理論的に」認識することで、行為者が何をすべきか、何をしてはならないかの答えは出せる、という命題だった。<sup>(18)</sup>カントによれば、何かを心の中に思い浮かべるためには、経験を超えた次元で、世界だとか自己だとかが経験の対象になるように「構成」する、ある「常住不変なもの」の存在を措定しなければならぬ。それが「純粹統覚」である。統覚とは悟性のことで、大ざっぱにいえば、論理的な思考能力のことである。新カント派は、カントが対象を直観的に心の中に思い浮かべる能力たる「構想力」の重要性にも論及していたにもかかわらず、認識における悟性の中心的役割を強調する。<sup>(19)</sup>

このことが意味するのは、倫理の目的を幸福追求にみいだす、幸福主義の否定である。カントにとつての幸福の追求とは、快・不快の感情に衝き動かされて行為することであり、それは道徳法則の命じるところに従つて行為することである善行からはほど遠いとされる。この区別に、経験的統覚と純粹統覚の区別が重ね合わせられる。「道徳的法則を発見して、それに服するように人間を導くのは純粹統覚の作用である」<sup>(20)</sup>。

評価規範説の問題性は、まさにこの幸福主義の否定にある。個人が自らの生を生きるうえで任意の行為をおこなうとき、そこには何らかの理由が存在する。その理由を突き詰めていけば、それは、他の誰でもない、行為者じしんの

幸福に帰着する。自らの幸福のために、人は人を殺さないし、人の物も盗まない。このように、幸福主義は法秩序の形成原理であるとともに、遵法の動機づけ原理でもある。ところが、評価規範説にとって、法秩序は個人の幸福を超越して形成されるし、法秩序に従うのも、個人が自らの幸福を超越することによってなされる。メツガーの刑法理論が全体主義の時代にも適応したのは、彼が「決して深い理論家でない」からでなく、むしろ、優れた理論家による自家の理論の——あくまで一つの——展開だったのだろう。それはともかく、評価規範説によって理論化されるところの法秩序のありかたが、憲法一三条の宣言する個人主義の原理になじまないことは確かなように思われるのである。

四 残る問題は、既遂犯の不法構造を規範論理的に解明することである。広義の相当性は未遂と既遂に共通し、既遂結果とのあいだの因果関係は両者を区別する要素だから、広義の相当性は犯罪論体系上、因果関係から切り離してとらえられるというのが、エンギツシュの理解だった。<sup>(13)</sup>しかし、行為者が自身を名宛人とする行為規範に違反しているということを広義の相当性があらわす以上、既遂不法は因果関係ではなく、広義の相当性を中心に構造化されなければならない。「行為不法」に「結果不法」を並立させて、既遂不法には二つの不法があると述べるだけでは、松原がいうように、自家の「不法概念における内部的統一性の欠如」を認めるに等しい。<sup>(14)</sup>

解答の鍵は、「意義」と「指示対象」を区別する意味論的知見に求められる。任意の出来事は、個体を指示するcとeを含む「cはeを惹起する」という文で記述される。この文を「単称惹起文」とよぶことにして、単称惹起文と出来事とのあいだには、前者によって後者が「指示される」という関係が成り立つ。では、どうしてそのような関係が成り立つのかというと、それは、「すべての」とか「ある」とかといった量化が可能でCとEを含む「CはEを惹起する」との——クリースという「幅」をもった——量化可能な文に単称惹起文があてはまるからである。これを「理論文」とよぶことにする。つまり、「cはeを惹起する」という文によって個別の出来事を指示するためには、論理上、

その文が「CはEを惹起する」という「意義」に表現されなければならない。<sup>(114)</sup>

意義と指示対象を区別すれば、広義の相当性と因果関係とのあいだには意味論的連関が横たわっていることが了解される。エンギツシュは、単純に、例えば「人を殺すな」とか、「人の物を盗むな」とかといった行為規範に行為者が違反し、さらに、現実構成要件の結果が発生した場合が既遂不法だと考えたのではないかと思われるが、正確には、これは以下のように理論構成される。個別の出来事を単称惹起文によって指示して「刑法上の因果関係がある」と判断するためには、そのような単称惹起文と自然言語上は同一表記の理論文が、行為規範のレベルで生成される必要がある。これが広義の相当性なのだ、と。

その意味で、構成要件の結果の発生という事後の出来事を不可欠の成立要件とする既遂犯にとって、広義の相当性は、既遂犯に固有の不法要素なのである。逆に、広義の相当性が既遂犯に固有の要素だからといって、現実構成要件の結果が発生したこと、ならびに、問題の行為と当該結果とのあいだの因果関係が既遂不法にとって周縁的だということにはならないどころか、現実の結果が発生しなければ、既遂不法は存在しえない。このようにしても行為反価値と結果反価値の総合は可能なのである。<sup>(115)</sup>

# 注

(116) 團藤・前掲『総論』一七七頁。不当にも「違法なき責任」を認めるものだと批判するのは、松原芳博『刑法総論〔第二版〕』(日本評論社、二〇一七)七五頁。

(117) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、一九七二)一四一頁。

(118) 團藤・前掲『総論』一七八頁注一二。

(119) 前章第三節第一款。

(120) エンギツシュと似て非なる折衷説の基礎づけをおこなうのは、莊子邦雄である。彼の理論は、ノヴァコフスキーを介してケルゼン



の法理論の影響を受けているものと見受けられる。その意味で、莊子説はわが国における客観的帰属論の先駆的学説なのではないかと思うが、客観的帰属論の批判的検討も含めて、詳細は別稿に譲る。

(121) 日沖憲郎「違法と責任」日本刑法学会編『刑法講座第二巻』（有斐閣、一九六三）九八―一〇〇頁。

(122) 井田良「講義刑法学・総論」（有斐閣、二〇〇八）二三七―二三八頁を参照。

(123) 松原「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇〇二）三二五頁。ただし、「違法論の段階では、一般人を、受命者とする、決定規範を想定している」（強調は、原文に従う）という指摘は、少なくとも日沖説にはあたらないと思う。

(124) 前章第三節第一款。

(125) 松原・前掲三原古稀三二九―三三〇頁。すでに、松原「犯罪概念と可罰性」（成文堂、一九九七、初出一九九五）二二九頁。ただ、「事後の出来事もそのまま違法評価の対象になる」というのは、評価規範説に即した理解というよりは、同説の批判者によって広くおこなわれている理解であるようにも思われる。

(126) 松原・前掲論文三三二頁注三七。

(127) ただし、松原は他方で、「人間の認識能力の限界を前提とした確率論的な観点に基づく」相当因果関係を構成要件要素に位置づけてもいるから（松原・前掲「総論」七一頁以下）、今度はこちらとの整合性が問われよう。井田「違法性における結果無価値と行為無価値」同「犯罪論の現在と目的的行為論」（成文堂、一九九五、初出一九九〇）一五八頁を参照。「もし結果無価値論を首尾一貫させれば、結果帰属の評価においても事後判断の原則を徹底しなければならないはずで、そうすれば条件説を採用することにならざるを得ない」と述べる。

(128) 前章第四節第二款

(129) 新カント派のカント理解については、小野紀明「新カント派と自由主義の凋落」神戸法学雑誌四〇巻四号（一九九一）八三二頁以下を参照。

(130) 小野（紀）・前掲論文八三八―八三九頁。

(131) 小野（清）「メツゲル著、ドイツ刑法綱要」同『法学評論下巻』（弘文堂書房、一九三八、初出一九三六）一五六頁。強調は、原文に従う。

(132) 前章第三節第二款。

(133) 松原・前掲「犯罪概念」二一六頁。

(134) 意義（Sinn）と指示対象（Bedeutung）の用語法は、八木沢敬「意味・心理・存在」（講談社、二〇一三）二八頁以下に従った。ク

リースとともに存在論的知識と法則論的知識を区別するならば、存在論的知識の捨象された「惹起する」と、単称惹起文において用いられる「惹起する」は意味がちがってくる。本稿はそれを意義と指示対象の区別に重ね合わせたのである。こうして見ても、クリースの確率論がいかに革新的な内容を含んでいたのかが分かる。

(135) 山口『危険犯の研究』（東京大学出版会、一九八二、初出一九八二）一〇九―一〇頁は、エンギッシュを批判して、「事前的に行為を生ぜしめるべき行為」を「結果惹起行為」、つまり、結果を生ぜしめた行為として処罰するのは不当だと述べる。その理由は、「刑法が禁圧しようとする結果の発生があつて初めて、その結果を防止するために刑法が介入すべき」だからという点にある。山口のいう「結果惹起行為禁止規範」は行為の時点では存在しないから、行為者がそのような規範に「違反する」のは論理的に不可能である。もつとも、同書一一八頁注六七によれば、山口はメツガーに依拠しているようなので、これは言葉の綾なのかもしれない。

### 第三節 広義の相当性の判断要素としての実行行為の定型性

一 広義の相当性が行為者を名宛人とする行為規範の生成、したがって、行為者による行為実践の問題に関わるのだとすれば、エンギッシュの相当性説における確率概念を頻度説から主観説へと組み換えることは容易い。はるか遠くからあつても人を狙撃してはいけないことの理由を行為者が自問したときの答えは、「そうすると人が死ぬ、と考えたほうがよいから」で、ゆえに、「人を殺すな」という行為規範が彼に与えられる。これに対して、人に森の中を散歩するよう促してもかまわないことの理由は「それでは人は死なない、と考えたほうがよいから」で、ゆえに、「人を殺すな」という行為規範は与えられない。一〇〇回試行して何回成功するかというような統計的確率を用いるのではなくこの区別は不可能であり、「そう考えたほうがよい」とは、「最も分別ある人ならそう考えるだろう」ということを意味する。換言すれば、行為者は「もつと賢い人であればどう考えるかを考察する」（ラムジー）ことで、前者には統計的確率にもかかわらず高い確率を付与することができるのである。

では、確率が主観的なものだとして、人はどのようにして確率を評価するのだろうか。「減多に起こらない」ということを重々承知の上で、それにもかかわらず、問題の行為をひかえることの理由を問われて、帰結主義的にも、「結果が発生すると思うからだ」と答えるのはどうしてだろうか。

二 角度を変えて論じるならば、これは「許された危険」の問題にも関わる。自動車——道路交通法上の事前規制に従い——運転するだとか、雷雨の中を外出させるだとかといった行為は、それによって法益侵害結果が発生しても、刑責に問われることはない。それ自体としては危険なのに、当該行為の遂行にあたって、一般的行動基準を遵守する限りで「許される」のは、その場合には結果発生の客観的予測可能性が欠けるからである。このことは前稿で明らかにした。<sup>(18)</sup>

許された危険の法理の論拠に関して従来説かっていたのは、行為の社会的有用性である。林幹人は、行為時に「人の生命を侵害するある程度の可能性があっても、その可能性はきわめて小さく、他方、他の正当と認められた利益を実現する可能性（これを有用性という）はきわめて高い」という点に、危険が許されることの根拠をみいだす。<sup>(19)</sup> この見解を社会的有用性説とよぶことにする。同説に対しては、「高速度交通機関が便利なものとはいえ、『少しくらい人を轢き殺してもかまわない』とはいえない」との批判が向けられる。<sup>(20)</sup>

社会的有用性説に対する本質的な疑問点は、「問題の行為をしてはいけなしかどうか」の判断が個別具体的な状況を離れてなされることにみいだされる。少なくとも刑法の世界で行為者が関心をもつのは、一〇〇回同様の行為を繰り返したときに、事故が何回起こるかではなく、今回、すなわち、個別具体的な、「この状況下で」事故が起こるかかどうかである。「今回は事故が起こって人が死なないともかぎらない。で、あなたは車を運転しますか」と尋ねられて、「それでもかまわない」と答える人はいないだろう。

つまり、「法政策上、人びとに自動車運転を許容するかどうか」の問いと、「個人の意思決定上、自動車を運転してよいかどうか」の問いは区別される。法規範の名宛人が「社会の一員」としての行為者ではなく、個人としての行為者だとすれば、先の問いへの健全な解答は「いや、今回も事故は起こらない」でなければならぬ。

三 減多に起こらないにもかかわらず、主観的確率に差異が生じうることを説明するための理論として思い浮かぶのが、プロスペクト理論である。同理論は、ラムジーが「数学的期待値に左右される」と簡単に述べていた行動選択の仕組みに、心理学的要素を組み込む。

人間の行動選択は数学的期待値に左右されるとはかぎらない。例えば、偏りのないコインを投げて「表が出れば、あなたに1000円支払う。裏が出れば、あなたに100円支払う」という賭けをするのと、「無条件に500円を受け取る」とのどちらを選ぶかと聞かれたれば、前者の期待値が、 $0.5 \times 1000 + 0.5 \times 100 = 550$ 円であるにもかかわらず、ほとんどの人が後者を選ぶ。このように、人には、起こりうる損失という意味でのリスク（100円しかもたえない）を回避する傾向があることは、期待効用理論によつてすでに知られるところだった。

プロスペクト理論が明らかにしたことの一つに、リスクの受け止めかたによつても選択が左右されるということがある。(1) 1000円を受け取ったうえで、さらに1000円上乗せするために確率0.5の賭けに乗るか、賭けには乗らないで500円をもらうかと聞かれた場合と、(2) 2000円受け取ったうえで、0.5の確率で1000円を失う賭けに乗るか、賭けには乗らないで500円を支払うかと聞かれた場合、(1)の場合は賭けに乗らないのに対して、(2)の場合は賭けに乗る。後者の場合に、「1000円しかもたえない」というリスクを好む傾向にあるのは、当初の状態を「参照点」として、参照点から「損をしたくない」という心理が、利得に対するそれよりもはるかに強度であることをあらわしているのだ、と。

さて、プロスペクト理論によれば、減多に起こらないことであっても、印象によって確率が過大に評価されたり、過小に評価されたりする。ありそうもない出来事が起こる確率を考える人は、連想によって、それが「現実になるような証拠やイメージを選択的に呼び出す」。このため、「確率判断は、究極的には認知容易性や流暢性」、すなわち、「もっともらしいシナリオがいかにスムーズに思い浮かぶか、そのたやすさ」によって左右される、<sup>(40)</sup> というのである。

#### 四 以上のことから想起されるのは、実行行為概念における、いわゆる定型説である。

同説は、小野清一郎の「構成要件充足の理論」を出発点とする。それによれば、構成要件該当性が犯罪の成立要件とされるのは、「罪刑法定主義から独立な、論理上罪刑法定主義に先行する一の法理的要求である」。殺人だとか、窃盗だとかの（特別）構成要件は「法律上における思想的形象 Denkegebilde である。したがって、それは本来時間および空間を超越したる無形の意味内容」だから、構成要件該当性は、実行行為や因果関係といった構成要件要素にあてはまる事実（構成要件該当事実）が「充足」されているということと同義ではない。学説において構成要件該当性とよばれているものは、正確には、「『構成要件該当』の完全なるもの」（構成要件充足）のことである。構成要件の修正形式としての未遂犯や共犯は、構成要件に「該当」はするけれども、これを「充足しない」場合なのだ、と。<sup>(41)</sup>

実行行為の要素としての定型性とは、「構成要件充足」と区別された意味での「構成要件該当性」を言い換えたものである。團藤がいうには、「構成要件該当性の判断は抽象的・定型的な基準による判断」であり、それによって「ある社会的事象は（中略）はじめて刑法的な意味の世界に立ち現われる」。何をもつて構成要件の定型とするかについては、「保護法益が何であるということが一つの重要なめやすになる」、と。<sup>(42)</sup> さらに、不能犯において、「常識的に結果の発生が可能と考えられているような行為は、構成要件の定型性を否定することはできない。けだし、構成要件の定型性は、一般に、社会心理的基礎をもつものだからである」というのである。<sup>(43)</sup>

定型説の問題性は、行為の危険性を個別具体的な状況から切り離して判断する点にある。平野は、同説が「定型性」の言葉を結果惹起の手段としての「通常性」という意味に用いているとして、「しかし異常な方法で人を殺しても、殺人の成立要件にあたれば殺人罪は成立するのであって、通常の方法で人を殺した場合だけ殺人罪が成立するというわけではない」との批判を向ける<sup>(136)</sup>。逆に、銃で人を撃つことが殺人の通常的手段の一つに数えられるからといって、それだけで、はるか遠くから人を狙撃するのも危険だとされるわけでもない。高山佳奈子が「因果関係の起点たる行為の性質によって処罰を限定する必要」を疑い、そもそも「危険判断はつねに何らかの結果との関係でしか行いえない」と述べるのは、その限りでは、正当である<sup>(137)</sup>。

思うに、実行行為の定型性があらわすのは、構成要件の結果発生の連想しやすさ、すなわち、プロスペクト理論という流暢性であって、それ自体が不法を基礎づけるわけではない。銃で人を狙い撃ちすることと自動車を運転することの違いは、「人が死ぬ」という事態を連想させるかどうかにみいだされる。前者は、人の死をたやすく連想させるため、たとえばはるか遠くからの狙撃であって、統計的確率が極めて低いとしても、「狙いを定めて撃っているのだから、今回は命中するかもしれない」と思えてくるのに対して、後者は人の死を連想させないため、「道路交通上の事前規制に従って運転しているのだから、今回も事故は起こらない」と思えてくる。

ゆえに、統計的確率が極めて低い事象どうしで、一方は相当性が認められて、他方は認められないというのは、十分にありうることなのである。

# 注

(136) 拙稿・前掲神奈川法学四五巻一号一三八～一四〇頁。

- (137) 林幹人『刑法総論(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇八) 三四頁。
- (138) 平野・前掲『総論Ⅰ』一九八―一九九頁。
- (139) ダニエル・カーネマン(村井章子訳)『ファスト&スロー・下巻』(早川書房、二〇一二) 五六頁以下を参照。
- (140) カーネマン・前掲書一三六頁。
- (141) 小野(清)「構成要件充足の理論」同・前掲『理論』二二七、二二〇―二二二頁(初出一九二八)。同・前掲『理論』六一頁は、構成要件とは「構成要件の犯意とその実現又は客観化としての身体的行動と、それから生じた結果とを包括」して、それを「人倫的関係における人格の主体の行為・結果として一体的に観念したもの」であって、構成要件該当性の判断が「倫理的立場における統覚、又は総合的直観」によって、「倫理の意味に満ちた具体的全体」を直観的に把握することによってなされたと述べる。仲道祐樹『行為概念の再定位』(成文堂、二〇一三、初出二〇〇七)二三頁は、小野(清)のいう構成要件該当性の判断が、「倫理的立場」による当罰性の判断を先取りして、「罰したいものを罰することができるよう事実を確定する」ものでしかない」と批判する。この批判が正当かどうかは、小野(清)が「倫理的立場における統覚、又は総合的直観」の働きをどのように理論化しているかにかかっている。この点からすれば、仲道の批判はやや性急な感じがする。
- (142) 團藤・前掲『総論』一二二頁。
- (143) 團藤・前掲書一七一頁。
- (144) 平野「構成要件という概念をめぐって」同『犯罪論の諸問題(上)』(有斐閣、一九八一、初出同年)三三頁。
- (145) 高山佳奈子「『実行為』概念の問題性」法学論叢一六二巻一―六号(二〇〇八)二〇九―二一〇頁。高山は「被相続人を森に行かせたところ、落雷にあつて死亡した」という場合と、「刃物で重傷を負わせたところ、入院先が火事になって死亡した」という場合とで、「因果関係の判断には変わりはない」と述べる。けれども、前者では広義の相当性が否定されるのに対して、後者では狭義の相当性が否定されるのだとすれば、実行為が概念に理論的な存在意義が認められてしかるべきである。つまり、実行為性に広義の相当性を重ね合わせたときに実行為が独立の要件としての機能をはたさないのは、彼女のいうとおりだとしても、広義の相当性と狭義の相当性の区別が不要であることの論証が欠けている。とはいえ、実行為が概念には、一見して明らかに危険性に乏しい行為につき、因果関係や故意の有無を判断するまでもなく罪責を否定できるという「思考経済」上の利益は認められるというのは(橋爪隆「実行為の意義について」法学教室四二四号(二〇一六)一〇三頁、高山に対する的確な反論たりえないのは確かである。

## 第五章 結語

本稿は、エンギツシュの所説から出発して、以下の二点の結論に至った。

第一、広義の相当性の理論的意義は、それが認められる場合に行為者を名宛人とする行為規範が定立されるときに、現実の出来事が「行為者は結果を惹起した」という文によって指示されるのを媒介することにある。

第二、相当性説の基礎にある確率概念を、その統計的側面ではなく実践的側面、すなわち、事象の個別具体性ゆえ結果が発生するかどうかが不確定な中で、結果が発生するものと信じることの「賢さ」に関わるものととらえたときに、広義の相当性は、実行行為の定型性、すなわち、当該行為から構成要件の結果が発生することの連想のしやすさによっても左右される。

残るは、狭義の相当性の存在意義をめぐる以下の問いである。構成要件の結果じたいは予測可能でも、それに至る因果経過が予測不可能な場合に、既遂犯が成立しないのはなぜか。広義の相当性が（既遂）不法の要素だとして、狭義の相当性もそうなのだろうか。これらの問いに対するエンギツシュの解答を追跡することが、次の課題である。