

因果関係の錯誤について

すず き さとし
鈴 木 左斗志

目次

第1章 問題の所在	190
第1節 分析の視角	190
第2節 近時の学説状況の概観	191
第3節 若干の検討	193
第4節 本稿における検討素材について	197
第2章 故意論における「因果関係の錯誤」理論——従来の学説の検討——	198
第1節 分析の視角	198
第2節 〈行為者の認識していた危険が結果に実現したか否か〉 というテーゼを提示するにとどまる見解	198
第1款 エンギッシュの見解の概観及び検討	199
第1項 エンギッシュによる「因果関係の錯誤」事例解決の概観	199
第2項 エンギッシュの見解の検討	201
第2款 エンギッシュの見解を継受したと見られる我が国の諸説の検討	202
第1項 中教授の見解について	203
第2項 井田助教授の見解について	205
第3項 前田教授の見解について	206
第3款 〈行為者の認識していた危険が結果に実現したか否か〉 というテーゼの意義について	208
第3節 「行為者の予見していた因果経過」と「現実の因果経過」との 等価値性を問題とする見解	210
第4節 ヤコプスによる解決とその検討	210
第1款 ヤコプスによる解決	210
第2款 ヤコプスによる解決の検討	211
第3章 「因果関係の錯誤」事例の実質的解決——試論——	212
第4章 理論構成についての若干の補論	215
結語	216

第1章 問題の所在

第1節 分析の視角

1. 犯罪の成立を肯定することができるためには、行為者の行為と結果との間に因果関係が存在しなければならない。また、因果関係は構成要件要素であるため、故意における予見の対象でもある。以上の点については、一般に認められているところであろう。ところで、行為者の予見した因果経過と現実には生じた因果経過との間に齟齬が生じた場合、行為者に対する結果帰責は、如何なる範囲で認められるべきであろうか。換言すれば、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」の有無を根拠として、結果帰責が否定されることが、果して、そして如何なる範囲で、あり得るのであるか。以上の問題の解明が、本稿の課題である。

上記の問題は、伝統的には、故意論との関係を強く意識させられる「因果関係の錯誤」という標題の下に扱われてきた。しかし、因果関係の錯誤と一口にいても、その中には様々なヴァリエーションがある。従来、因果関係の錯誤という標題の下に扱われてきた事例としては、例えば、以下のようなものがある⁽¹⁾。

例1 AはBを刺殺しようとした。その際、出血多量で死亡すると思っていた。しかし、実際には、刺突による内臓破壊が原因となって死亡した(内臓破壊事例)

例2 AはBを刺殺しようとした。その際、Aは、Bが出血多量で死亡すると思っていた。しかし、実際には、傷口からの感染症により死亡した(感染症事例)

例3 AはBを溺死させる意図で、橋から突き落とす。しかし、実際には、橋脚に頭をぶつけて死亡した(橋脚事例)

例4 AはBを射殺しようとしたが、狙いがはずれた。しかし、Bは、これを避けるために飛びのいた拍子に、背後の崖に落ちて死亡した。しかし、Aは崖の存在を認識していなかった(崖事例)

例5 AはBを射殺しようとしたが、狙いがはずれて、軽傷を負わせるにとどまった。しかし、Bは血友病患者であったため、出血多量で死亡した(血友病事例)

例6 AはBを射殺しようとしたが、狙いがはずれて、軽傷を負わせるに止まった。しかし、救急車で病院に運ばれる途中、交通事故に遇って死亡した(救急車事例)

しかし、以上の諸事例のうち、救急車事例のような類型については、そもそも「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」の有無を問題とすること自体が、無用・不当なことである。この点については、ほぼ学説の一致があると見てよいであろう。つまり、この事例類型の場合には、そもそも、客観的な事象経過の偶然性が理由となって、結果帰責が否定されることが妥当と考えられるのである。それにもかかわらず、敢えて「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見の有無」を取り上げて処罰限定を導こうとすることは、無用の混乱を招くばかりである⁽²⁾。それ故、本稿においても、このような事例類型については、錯誤が存在するにもかかわらず、考察の対象から除外したい。つまり、前述したところを繰り返せば、本稿がその解明を課題とする問題とは、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」の有無を根拠として、結果帰責が否定されることが、果して、そして如何なる範囲であり得るか、という問題なのである⁽³⁾。

2. ところで、上掲の諸事例にもあらわれているように、因果関係の錯誤とは、その名の通り、因果関係論と故意論とが交錯する場面において生ずる問題である。そして、そこでの問題は、個々の事例について最終的に結果帰責を認めるべきか否か、というプラクティカルな問題にとどまらず、そもそも、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」を、犯罪論上如何に位置付け、取り扱うべきか、という理論的・体系的問題を提起するものでもある。

すなわち、第一に、因果関係論においては、例えば、客観的相当性説⁽⁴⁾を採れば、上記の諸事例

(但し、前述のように「救急車事例」を除く)は、全て故意論にその解決が委ねられることになるであろうし、他方で、折衷的相当性説⁽⁵⁾を採るならば、血友病事例および崖事例の一部が因果関係論において処理されることになるであろう。しかし、そもそも「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」という主観的要素を因果関係論に持ち込むことは如何なる意義を持つことなのか、という根本的問題を解決することなしには、因果関係論の射程を定めることはできないといわざるを得ないであろう。換言すれば、因果関係論に対して、どこまでの限定機能を付与すべきか、という理論的・体系的問題の解決が必要なのである。

また、第二に、故意論においては、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」の有無が、故意の成否に如何なる影響を及ぼすのか、という問題は、直接的には、「故意における事実認識・予見の対象をどのように考えるか」という問題に関わるものである。しかし、この「故意における事実認識・予見の対象如何」という問題は、当然のことながら、「故意における事実認識・予見に対して、犯罪論上、如何なる意義・機能を付与すべきであるか」という理論的・体系的問題を解明することなしには、満足のゆく解答を得ることはできないものである。この点を、従来の議論に対応させて具体的に述べれば、以下のようになるであろう。すなわち、故意における事実認識・予見に対して、「構成要件によって特定化された違法性」の意識への媒介機能のみしか認めない見解(＝法定的符合説)によるならば、認識・予見の対象は「現実に発生した事実と同一の構成要件に該当する事実」であればよいことになる⁽⁶⁾。これに対して、「構成要件によって特定化された違法性」の意識への媒介機能に加えて、さらに「何らかの機能」を事実認識・予見に付与しようという見解(従来、具体的符合説と呼ばれてきた見解を理論的に把えなおせば、このように表現できるであろう)に依った場合にこそ、同一構成要件該当という以上に、何らかの意味で密接に、現実に発生し

た事実に関連する事実(いわゆる、具体的事実)が事実認識・予見の対象となる可能性が出てくるのである。そして、この場合に、如何なる機能を付与するかに従って、事実認識・予見対象が定まってくるわけである。

本稿では、しかし、これらの理論的・体系的問題全てを正面から取り扱うことはできない。そこで、体系的位置付けの問題は一応考慮の外に置いて、以下のような実質的観点、すなわち、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」に対して、犯罪論上、如何なる意義・機能を付与すべきであるか、という実質的観点から、問題にアプローチしたい。上記の検討からも明らかであるように、因果関係論において処理されるにしろ、故意論で処理されるにしろ、本稿の課題である、〈「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」の有無を根拠として、結果帰責が否定されることが、果して、そして如何なる範囲で、あり得るか〉という問題を解決する際のポイントとなるのは、この観点だからである。

そこで、以下では、まず、上掲のような諸事例が、近時、我が国の学説において、犯罪論上どのように位置付けられ、どのように取り扱われているのか、という点を具体的に概観し(第2節)、それに若干の検討を加える(第3節)ことで、上述の本稿のアプローチをより明確なものとしておきたい。

3. なお、用語の問題について一言しておきたい。本稿は、以上のように、体系的位置付けの問題を一応考慮の外において、実質的観点から問題に取り組もうというのである。それ故、以下において「因果関係の錯誤」という言葉を用いる場合にも、問題を故意論に位置付けることを妥当とする趣旨が含まれるものではない。単に、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」と現実の因果経過中の事情との間に齟齬があること、という中立的な意味で用いたいと思う。

第2節 近時の学説状況の概観

1. 上掲のような諸事例に対する通説的見解の解答は、①相当因果関係論における折衷説と、②

故意論における法定的符合説との組合せによって与えられる。すなわち、第一に、通説は、因果関係の相当性判断について、「行為時(行為者の立場)に立って、一般人が認識しまたは予見することができたであろう事情、および、行為者が現に認識しまたは予見していた事情」を判断の基礎にすべきだとする⁽⁵⁾。その結果、上掲諸事例のうち、血友病事例は、既に因果関係論の段階で相当性を否定されて、行為者は既遂責任から解放される。崖事例においては、当該具体的状況の下で、崖の存在(および、被害者の転落の可能性)を、一般人が認識しまたは予見することができたか否かに従って、相当性の肯否が決まってくる。他方、内臓破壊事例、感染症事例、橋脚事例においては、相当性が肯定され、行為者が最終的に故意既遂責任までを負うか否かは、挙げて故意論の領域に委ねられることになる。これに対して、第二に、故意論においては、通説は、事実の錯誤論一般において法定的符合説を採用することを前提にした上で、その一適用例として、因果関係の錯誤を把えてきた。すなわち、法定的符合説によれば、「同じ構成要件の範囲内で具体的な事実について錯誤があっても、同じ構成要件的評価をうける事実を表象していたのであるから、行為者が発生した事実についての規範の問題(たとえば「人を殺してよいか」など)を与えられていた点に変わりはなく、…したがって、かようなばあいには、発生した事実について故意の成立は阻却されないというべきである」⁽⁶⁾ということになる。それ故、因果関係の錯誤においても、「行為者の予見した因果の経過と現実の因果の経過とが相当因果関係の範囲内で符合している限り、構成要件の故意は阻却されない」⁽⁷⁾とされることになる。この見解によれば、相当因果関係が肯定された事例においては、行為者の予見した因果経過が相当なものである限り、故意が否定されることはあり得ない。それ故、内臓破壊事例、感染症事例、橋脚事例、及び崖事例の一部、のいずれにおいても、故意は問題なく認められることになる。

結局、通説による諸事例の解決は、血友病事例

は未遂、崖事例は事情によっては未遂、その他の事例は既遂が成立することになる。

2. このような通説の見解に対しては、最近、2つの方向から批判が加えられている。

第一の方向からの批判とは以下のようなものである。「経過の相当性が構成要件の内容である以上、それも故意…の対象でなければならないのは当然である。しかし、構成要件の内容としては『因果経過が相当性の枠内にあること』なのであって、具体的な因果経過がそうだというのではない。従って、行為者が予見し…た具体的な因果経過が相当性の枠内にある限り、故意…は阻却されない。また逆に、具体的な因果経過が異常であったときは、…すでに構成要件該当性が否定されるから、故意…を論ずるまでもない。相当因果関係説をとるわが国の学説が、…故意が阻却される『因果関係の錯誤』を論じ、それに相当因果関係と同一の基準をあてはめようとする〔のは、〕…実益のない議論である」⁽⁸⁾。但し、結論的には、通説の帰結と何ら異ならないわけである。

第二の方向からの批判として、通説が、崖事例において、既遂結果に対する故意を肯定することを不当とする見解がある。この見解が理由とするのは以下の点である⁽⁹⁾。「因果関係の錯誤の場合に…客観面と主観面〔が〕…相当因果関係の範囲内で符合して…それぞれ相当な事実および相当な事実の認識だからといって、それだけで直ちに結果帰責を肯定すべきではない。およそ犯意を肯定できることは、故意犯の実行行為を認め得ることの根拠にはなっても、故意の既遂犯が成立する根拠にはならない。しかも、相当因果関係が肯定されても、せいぜい結果の予見可能性が肯定されるのみであって、生じた結果について故意があったことにはならない。こうして、〔通説の〕見解は、具体的な結果の発生自体は違法性の程度に影響せず、単なる『処罰条件』に過ぎないとする違法観を前提にするときにのみ首尾一貫するのであり、部分的にせよ、多かれ少なかれ偶然的な結果の発生を理由に故意既遂犯を認めることになるとの批判を避けることはできない」。それ故、故意既

遂犯の成否を決するについては、「結果発生の具体的な態様に関する行為者の表象〔と〕…現実生じた因果の流れとを対比した上で、当該の因果関係の錯誤が結果に対する故意を阻却し、結果帰責を妨げるものであるかどうかを、一定の『規範的』な基準に従って判断」しなければならない。そして、その「規範的」基準とは、「行為者が認識した実行行為のもつ真の危険性がまさに具体的な結果の発生によって確証されたこと」「行為者が認識した、行為の現実的危険性が、具体的態様における結果の中に実現した」こと、である。それ故、「崖が背後にあるという事情を行為者が全く知らずに、ただ、そこに立っているAを撃ち殺そうとしたという事例であれば、行為者が認識した射殺行為の危険は転落死の結果の中には実現しなかったと考えられる。言い換えれば、行為者が認識した事情を前提としたとき、転落死の結果は、発砲行為の危険が実現する一つの態様にすぎないとはいえないのである」。

第3節 若干の検討

以上のような我が国の近時の学説状況を前提にして、以下では、これに若干の検討を加えることを通じて、前述した本稿の目的をより明確にしておきたい。

1. まず、前述の町野教授による通説批判をどのように考えるべきか。確かに、「相当因果関係説の採用⇨構成要件の内容は『因果経過が相当性の枠内にあること』⇨故意の認識対象は『具体的因果経過』ではなく『相当性の枠内にある因果経過』という推論に従うならば、因果関係の錯誤の問題は、現実の因果経過及び想定された因果経過がそれぞれ相当因果関係の範囲内にあるか否か、という構成要件該当性の問題に解消されてしまう。それ故、「相当因果関係と同一の基準」によって両者の符合を問題とするのは「実益のない議論である」ようにも見える（さらに、町野教授の論理を突き詰めて行くと、そもそも、法定的符合説という説自体が、「実益のない議論」をしているということになるように思われる。何故なら、町野教授の論理によれば、例えば、方法の錯誤の場合であって

も、「現実に結果が生じた客体」及び「結果発生を想定していた客体」がそれぞれ「人」（あるいは「器物」）に包摂され得るか否かという構成要件該当性の問題に解消されてしまう。それ故、人・器物といった法定の基準によって両者の符合を問題とするのは「実益のない議論である」ということになるように思われるからである）。

しかしながら、上記の推論の最後の部分は、相当因果関係説とともに法定的符合説を採用してこそ導ける帰結なのではないか。つまり、①故意の認識対象は、現実に発生した事実と無関係に定まるのか（＝現実の因果経過・結果は「客観的処罰条件」）、それとも、現実に発生した事実と同一の構成要件に該当する事実でなければならないのか、という問題について、後者が正当であると決断し⁽¹⁰⁾、かつ、②故意の認識対象は、現実に発生した事実と同一の構成要件に該当する事実でありさえすればよいのか、それとも、同一構成要件該当という以上に、何らかの意味で密接に、現実に発生した事実に関連する事実（いわゆる、具体的事実）でなければならないのか、という問題について、前者が正当であると決断した場合にのみ導ける帰結であるように思われる。そうであるとすれば、「相当因果関係と同一の基準」（＝同じ構成要件の範囲内にあるか否かの基準）による符合の判断こそが、上記の推論が成立するための必須の理論的前提であるということになるであろう。上記の推論は、法定的符合説を採用したことの帰結にすぎないのである。それにもかかわらず、上記の推論を根拠として、法定的符合説に対して「実益のない議論である」という批判を加えることは、疑問であるように思われる⁽¹¹⁾。

それでは、因果関係の錯誤において法定的符合説を採用すれば問題は解決するのか。しかし、町野教授は、方法の錯誤においては、具体的符合説の強力な主張者である⁽¹²⁾。それ故、一方で、方法の錯誤においては具体的符合説を採用しながら、他方で、因果関係の錯誤においては法定的符合説を採用する、ということの理論的整合性については、説得力のある論証が必要になるであろう⁽¹³⁾。

この点は、具体的符合説が採られるべき根拠にまで遡って考えられねばならないであろう。

2. 次に、井田助教授による通説批判をどのように考えるべきか。確かに、法定的符合説によれば、具体的な因果経過・結果を個々の事実として直接的に予見している必要があるわけではない。しかし、そのことから直ちに、法定的符合説は、「具体的な結果の発生自体は違法性の程度に影響せず、単なる『処罰条件』に過ぎないとする違法観を前提にするときにのみ首尾一貫する」とまで言うてしまうとすれば、論理に飛躍があるのではないだろうか⁽¹⁴⁾。何故なら、第一に、法定的符合説といえども、故意の認識・予見対象が具体的因果経過・結果と無関係に定まるとまで言っているのではなく、如何なる意味で具体的因果経過・結果を認識・予見していることが必要であるのか、という点を問題にしているにすぎないからである。反対に言えば、もしも、故意における認識・予見の法的意義如何、という問題設定を全く排除してしまったのでは、結局、具体的な因果経過・結果を個々の事実の連鎖として逐一直接的に予見していなければならない、ということにもなりかねず、あるいは、その「意味の認識」が要求されることの根拠も明らかではなくなるのではないかと思われる。その意味で、事実認識・予見といっても、一定の法的抽象化は不可欠であるように思われる（実際、井田助教授の見解においても、抽象化がなされている）。そこで、第二に、さらに問題となるのが、法定的符合説のように、現実に発生した事実と同一の構成要件に該当する事実、という基準で、符合の成否を判断することの是非である。しかし、この点についても、このような見解を採ったからと言って、必ずしも、「具体的な結果の発生自体は違法性の程度に影響せず、単なる『処罰条件』に過ぎないとする違法観を前提にするときにのみ首尾一貫する」とまで言うことはできないのではないかと思われる。何故なら、法定的符合説においても、具体的因果経過・結果と行為者の予見との符合、という問題は、故意成立のための不可欠の理論的前提であるからである（そもそも、

「具体的な結果の発生自体は違法性の程度に影響」しないという違法観（＝一元的行為無価値論）によるならば、本来、客観的な因果関係・相当性といった要素は、純理論的には犯罪の成立とはかわりを持たないはずである。しかしながら、帰結の妥当性・現行法との整合性等といった政策的考慮から、客観的処罰条件という標題の下に取り込まれているにすぎないのである。つまり、「客観面と主観面〔が〕…相当因果関係の範囲内で符合してい」ること、という帰結は、純理論的には、一元的行為無価値論からは導き得ない帰結なのである。それにもかかわらず、このような一元的行為無価値論に外在的考慮に基づいて初めて導かれ得る帰結が、法定的符合説による理論的帰結と形式的に一致するからといって、法定的符合説に対してまで、「具体的な結果の発生自体は違法性の程度に影響せず、単なる『処罰条件』に過ぎないとする違法観を前提にするときにのみ首尾一貫する」という理論的批判を加えることには、疑問がある）。

以上は、井田助教授の見解の通説批判部分についての検討である。それでは、井田助教授自身の見解についてはどのように評価すべきであろうか。確かに、井田助教授の見解は、故意の認識対象を、現実に発生した事実と同一の構成要件に該当する事実では足りず、同一構成要件該当という以上に、何らかの意味で密接に、現実に発生した事実に関連する事実（いわゆる、具体的事実）でなければならない、と考えた場合の一つの帰結を示している。しかしながら、そこで採用されている、危険□実現という定式が、一体如何なる意味で故意の成否にかかわるのか、という点の理論的基礎付けは、必ずしも明らかではないように思われる。言い換えれば、その場合の危険・危険の実現ということを一體如何なる基準で判断するのか、という点を明確にしない限りは、論証としては不十分と言わざるを得ないのではないかと思われるのである。

3. このように通説を批判する論者の主張を批判的に検討してみると、通説こそが最も無難な解

答なのではないか、とも思われてくる。実際、通説による解答は、個々の事例処理の結論としても穏当なものであるように見える。また、理論的に見ても、故意論における法定的符合説は、故意論の内部に限ってみれば、理論的に完結した説であるということができるであろう。このように、通説的見解は、一見、理論的にも実際的にも無難にまとまっているように見える。しかし、このような通説の優位は、実は、挙げて、因果関係の相当性判断について、折衷説を採用することに依存したものである。つまり、相当性判断について折衷説を採用することで、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見の有無」をも考慮に入れた上で相当性の肯否を決定できるため、既に因果関係論の段階において穏当な帰結を導き得る。それ故、故意論の段階においては、取り立てて「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見の有無」を問題にするべき実際上の必要性がないため、安んじて法定的符合説を採用することにより、因果関係の錯誤という難題を回避して（＝「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」と現実の事情との間の符合を、同一構成要件該当というレベルよりもより具体的に考えること、を回避して）、理論的一貫性を保持することが可能となるのである。

しかしながら、翻って、このように通説の基盤となっている折衷説というものの自体に疑いの目を向け、厳密に検討してみると、そこには大きな問題が残されていることがわかる。もちろん、このような疑問は、折衷——因果関係論への主観的要素の取り込み——が如何にして理論的に根拠付けられ得るのか、あるいは、折衷説は、多くの事例において衆目の納得する結論に至る、という点をこそ主たる理由として通用しているにすぎないのではないかと、といった抽象的疑問となっても現れ得る。しかし、ここでは、このような抽象的議論をいたずらに振り回すことは避けて、因果関係の錯誤が問題となる事例の解決という点に焦点を絞って、具体的に考えてみたい。すると、以下のような疑問をどうしても払拭できなくなるのであ

る。すなわち、折衷的相当因果関係説の場合も、実は、そもそも相当性判断の段階において、既に、因果関係の錯誤類似の問題状況が潜在しているのではないかと。言い換えれば、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見の有無」を問題にする以上は、それが、故意論の段階で問題にされるものであれ、因果関係論の段階で問題にされるものであれ、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」と現実の事情との間の符合を、同一構成要件該当というレベルよりもより具体的に考えること、を避けて通ることはできないのではないかと。この点は従来等閑視されてきたのではないかと思われるので、事例に則して少し詳しく検討してみたい。

(1) 例えば、折衷説が自説の妥当性を例証する際に好んで採り上げる「血友病事例」について考えてみよう。通常、折衷説の立場からは、この事例は、以下のように極めて簡単に処理されている。すなわち、一方で、行為者が、「被害者が血友病に罹患していること」を知っていた場合には、当該事実が相当性判断の基底に組み入れられて、相当性あり、と判断されることになる。他方で、行為者が上記事実を知らなかった場合には、当該事実は相当性判断の基底から排除されることになり、相当性は否定されることになるのである。

しかし、ここでいう「被害者が血友病に罹患していること」という特別の事情に対する認識ということも、厳密に考えると、一筋縄ではいかない問題を内包しているのである。例えば、行為者が以下のような事実認識を有していたという場合には、折衷説を支持する論者はどのように処理するのであろうか。すなわち、行為者は、確かに、「被害者は血友病体質のため出血がとまらなくなる」という事実を認識していた。しかし、何故出血がとまらなくなるのか、という点についての医学的メカニズムの詳細について、現実とは異なった認識を持っていた、という場合である。この場合、結論としては、相当性が肯定されることになるものと思われる。しかし、その理由を、折衷説からはどのように説明するのであろうか。行為者の認

識内容を厳密に考えれば、この場合、行為者は、現実に存在した特別の事情を認識していたとは言いがたいと思われる。そうすると、行為者の認識によって覆われていない特別の事情は相当性判断の基底に組み込むことができない以上、相当性否定に赴かざるを得なくなるかとも考えられる。そこで、おそらくは、「被害者が血友病体質であり、出血が止まらなくなる」という程度の抽象度のレベルでは、行為者の認識と現実の因果経過・事情が一致しているという点を捉えて、そのような程度にまで抽象化された事実を判断基底に組み込むことで、相当性を肯定しようというのであろう。しかし、そうなってくると、今度は、そのような抽象化は如何なる基準に基づいて行われるべきであるのか、という点が問題になってこざるを得ないと思われる。ここまで考えてくると、この事例における問題状況は、例えば、前掲の因果関係の錯誤が問題となる事例のうちの、「内臓破壊事例」における問題状況と平行であることがわかる。つまり、内臓破壊事例においても、行為者は、「被害者を刺突することによって死に至らしめることができる」という点は予見している。しかし、その死に至る医学的メカニズムについて、行為者は「失血による死亡」を予見しているのに対して、現実の因果経過は、「刺突による内臓破壊を原因とする死」という形態で生じたのである。この場合にも、両者の符合を認めようとするれば、「刺突による死」というレベルでの抽象化が必要となってくるのである。「被害者が血友病体質であり、出血が止まらなくなる」という抽象化と「刺突による死」という抽象化とは、その抽象度のレベルは異なるとはいえ、抽象化の構造自体は何ら異なるところはないはずである。そうであるとすれば、この点を、別の角度から、以下のように言うこともできるであろう。すなわち、折衷説は、因果関係の錯誤が問題となる事例の実質的解決を因果関係論の段階ではかるために、因果関係論に行為者の主観面を持ち込んだことにより、併せて、因果関係の錯誤という難問（＝「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」と現実の

事情との間の符合を、同一構成要件該当というレベルよりもより具体的に考えること）をも因果関係論に持ち込むことになったのである。

(2) 以上の事例検討に示されるのは、いわば折衷説に内在する理論的問題点とでもいうべきものである。しかし、折衷説の問題点は、このような、説明の仕方の問題に尽きるものではない。この点を以下のような事例を素材として検討してみよう。すなわち、被害者が血友病に罹患していることを知っていた行為者は、手に被弾すれば被害者が失血死するものと考えて、被害者の手に向けて発砲した。ところが、被害者には隠れた重度の心臓疾患もあり、実際には、被弾によるショックのために心臓麻痺を起こして死亡した、という場合である。この事例に対して、折衷説はどのような解決を与えるのであろうか。折衷説の形式論理を素直に適用すれば、以下のように解決されることになるのではないと思われる。すなわち、行為者は、現実に結果結びついた特別の事情（＝被害者の重度の心臓疾患）を認識していない。それ故、このような事情は相当性判断の基底に組み入れることはできず、結局、相当性は否定される、と。

しかし、このような事例処理に対しては、以下のような素朴な疑問を払拭できない。すなわち、この事例の場合、行為者としては被害者の血友病体質を認識しており、しかも客観的に（もちろん、行為者の認識としても）、失血死に至るに十分な負傷を被害者に与えているのである。それにもかかわらず、直接の死因が「重度の心臓疾患を原因とする、被弾によるショック死」であるからという理由で相当性を否定し、せいぜい未遂犯の成立を認めるにとどめてしまうというのは、妥当性を欠くのではないかと。このような素朴な疑問に対して、折衷説支持者はどのように答えるのであろうか。確かに、折衷説は、その「折衷」の理論的基礎は必ずしも明確ではないとしても、個々の事例処理の帰結としては、概ね穏当なものを導き得る。そして、その点が、多くの支持を集める理由となっているものと考えられる。しかしながら、上記の事例のように、そもそも結論自体について

争いのあり得る事例に対しては、その理論的基礎を明確にしない限り、結局帰責を認めるにせよ、認めないにせよ、説得的な解決策を提示できないのではないだろうか。しかも、今日における医学的知識及び医療技術の普及・発達に鑑みる時は、被害者の死因が、医療機関の介入によって、行為者の予見と大きくズレてしまう（あるいは、ズレていることが判明する）ということは、（医療ミスというマイナスの方向へのズレをも含めて）何も上記の如き講壇事例に限ったわけではないものと考えられるのである。

そこで、視点を変えて、そもそも何故上記のような素朴な疑問が生じてくるのか、という点を考えてみたい。すると、ここでも、やはり、因果関係の錯誤類似の問題状況がその基礎にあるということがわかる。すなわち、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」と現実の事情との間に齟齬が生じた場合の処理如何、という問題が、やはり、ここでも潜在しているのである。それ故、この点を正面から取り上げて分析・検討しない限り、通説の立場からしても、事例の実質的解決は得られないのではないかと思われるのである。

(3) 結局、通説による「折衷説＋法定的符合説」という処方箋は、伝統的には故意論において問題とされてきた難問を、未解決のまま因果関係論に移し換えたにすぎないものと言えるであろう。つまり、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見の有無」を全て因果関係論において考慮してしまい、故意論においては法定的符合説を採用して、因果関係の錯誤という問題の生じる余地を殆ど認めない通説の立場においても、やはり、そもそも因果関係論の段階において、因果関係の錯誤として論じられてきた難問の解決がどうしても必要となるのである。言い換えれば、因果関係の錯誤が問題となる事例を実質的に解決するためには、通説の立場からも、因果関係論の段階においては、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」と現実の事情との間の符合を、同一構成要件該当というレベルよりも

より具体的に考えざるを得ないのである（さらに言えば、このような問題を、相当性判断＝「因果経過の経験的通常性如何」の枠組の中に持ち込んでしまったこと自体が、そもそも無理なことだったのでないだろうか）。

第4節 本稿における検討素材について

以上の検討からも明らかであるように、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」というものに犯罪論上の意義・機能を認める以上は、それが如何なる体系的な位置において問題とされるものであるにしろ、因果関係の錯誤という難問に正面から取り組むことを回避することはできないように思われる。すなわち、因果関係論において客観説（的見解）を採用し、かつ、故意論において法定的符合説（的見解）を採用することで、血友病事例類型においても故意既遂の成立を妥当とする基本的価値判断を承認するという立場¹⁵⁾に立つのでもない限り、因果関係の錯誤という難問の解決が必要となるのである。そこで、以下では、従来の諸説を検討しつつ、この課題の解明に取り組むことにしたい。その際には、我が国の学説のみならず、この問題について注目すべき議論が展開されており、かつ、我が国の学説に対して少なからざる影響を及ぼしているドイツの学説をも検討の対象としたい。ただ、その前に、本稿における検討素材についてあらかじめ一言しておきたい点がある。繰り返し述べたように、上記課題は、因果関係の錯誤が問題となる事例の実質的解決をはかる以上は、故意論においてのみならず、折衷説を採った場合には因果関係論においても問題となり得るものである。しかし、従来の折衷説には、この点を意識的に論じたものは、我が国及びドイツを通じて、見当たらないように思われる。そのため、本稿における検討素材も、勢い故意論上の諸学説に限定されてしまうことにならざるを得ない。しかし、課題の解明に実質的観点からアプローチするという本稿の立場からすれば、そこでの検討によって得られる成果は、同時に、折衷説においてパラレルに生じる問題の解明に対しても有効であるものと考えられる。以上の点を

確認した上で、次章以降、故意論上の諸学説を検討素材として、課題の解明に取り組みたい。

第2章 故意論における「因果関係の錯誤」理論の検討——従来の学説の検討——

第1節 分析の視角

前述のように、本稿の目的は、因果関係の錯誤事例の実質的解決——つまり、体系的位置付けの問題は一応考慮の外に置いて、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」に対して、犯罪論上、如何なる意義・機能を付与すべきであるか、という実質的問題を解明することを通じて、因果関係の錯誤事例を解決すること——にある。そして、この点を、故意論における諸説を参考にしつつ検討しようというのである。問題及びその検討方法をこのように設定した場合、理論的検討の焦点は、故意における事実認識・予見というものの意義・機能をどのように考えるべきか、という点に置かれることになるであろう。何故なら、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」に対して、犯罪論上、如何なる意義・機能を付与すべきであるか、という問題は、故意論においては、故意における事実認識・予見というものの意義・機能をどのように考えるべきか、という問題の形で現れるはずだからである。

そして、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見の有無」を根拠に、一定の範囲で、結果に対する故意責任の成立を限定しようとするれば、一方で、故意における事実認識・予見を単なる心理的事実として捉え、それに対する一切の法的抽象化・機能化を拒否するという立場(=行為者が、発生した犯罪事実を、個々の事実として詳細に至るまで、完全に認識・予見していながら行為出たという場合にこそ、当該犯罪事実に対する故意責任を問い得る、という理論に厳格に依拠する立場⁽¹⁶⁾)を拒否するとともに、他方で、故意における事実認識・予見を、単なる「構成要件によって特定化された違法性」の意識への媒介機能を担うに過ぎないもの、とする立場(=法定的符合説)をも拒否することになるであろう。その

上で、故意における事実認識・予見に対して、「構成要件によって特定化された違法性」の意識への媒介機能にとどまらない意義・機能を付与し、そうすることで、両極の中間において段階を画することを理論的に基礎付けることが必要になってくるものと思われる。そして、このようにして、違法性の意識への媒介機能に加えてさらに付与される意義・機能こそが、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」に対して犯罪論上付与されるべき意義・機能なのである。

以上のような問題意識を基礎に置きながら、以下では、故意論において因果関係の錯誤事例の解決を試みる諸説を検討してゆきたい。

第2節 〈行為者の認識していた危険が結果に実現したか否か〉というテーゼを提示するにとどまる見解

行為から構成要件上の結果に至る事象経過は、見方を変えれば、結果発生の危険性からその実現に至るまでの過程である、と見ることもできるであろう。基本的にこのような理論枠組に依拠した上で、行為者の故意は結果発生の危険に及んでいれば足りる、とすることで、因果関係の錯誤事例の解決を試みる見解が、最近の我が国のいくつかの学説に見られる。しかし、実際のところ、このような理論枠組の転換によって、実質的に如何なる成果がもたらされるのか、という点は、必ずしも一義的に明確であるとは言い難いように思われる。誤解を恐れずに言えば、このような見解は、実質的な問題点を、理論枠組の転換によって覆い隠してしまっているに過ぎないのではないか、という疑念を払拭できないのである。ところで、このような理論枠組を、因果関係の錯誤事例の解決に初めて自覚的に用いたのが、エンギッシュである⁽¹⁷⁾。そこで、本節では、エンギッシュによる因果関係の錯誤事例の解決に対して比較的詳細に理論的検討を加えた後(第1款)、これに影響を受けたと見られる我が国の諸説を批判的に検討すること(第2款)を通じて、このような理論枠組の転換の持つ実質的な意義について検討(第3款)してみたい。

第1款 エンギッシュの見解の概観及び検討

第1項 エンギッシュによる因果関係の錯誤事例
解決の概観

エンギッシュは、その著書“Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (1930)“及び“Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände (1931)”において、因果関係の錯誤事例の解決を試みている。ただ、このうち、年代的に古い前者は、故意における認識・予見の対象を解明する、という観点からアプローチされたものであり、年代的に新しい後者は、相当性概念の意義・機能を解明する、という観点からアプローチされたものである。そして、このアプローチの違いが原因となって、両著書におけるエンギッシュの見解は、相互に深刻な理論的問題点を孕むことになってしまっているように思われる。それ故、正確を期すために、以下では、まず、それぞれの著書ごとに、関係箇所についてのエンギッシュの主張を概観したい（なお、以下では、前者を「Untersuchungen」として引用し、後者を「Kausalität」として引用する）。

1. そこで、まず、「Untersuchungen」から見てゆきたい。

(1) エンギッシュは、以下のような問題意識から出発する。「現実の因果経過と想定された因果経過とが齟齬しているような場合において、行為者は法律上の構成要件に属する現実の具体的事実 (Lebenskonkrete) を認識していなければならない、という原則に固執するとすれば、問題のある帰結に至らざるを得なくなる」(S. 72)。橋脚事例や崖事例のような場合に、「有罪にまで持つていくためには、等価的な表象で十分とし、現実の因果経過に合致した表象までは要求しないということ…が必要になる」。「通説及び特にRGは、このような立場に立っているのであるが、その際に、以下のような矛盾に目をつぶっている。すなわち、他面で、…〔等価説論者〕による方法の錯誤の処理に対して、発生事実についての故意が欠如していることを発生事実と想定した事実との等価性によって代替することはできない、と批判すること

との矛盾である」(S. 73)。

以上のように問題状況を把握した上で、エンギッシュは、以下のような解決を提示する。すなわち、エンギッシュは、相当性説に立脚した上で、相当性の内容を広・狭の二義の態様に区別する。その上で、故意は、広義の相当性についてのみ及んでいれば足り、狭義の相当性にまで及んでいる必要はない、とするのである。「この問題〔=故意は、狭義の相当性にも及ばなければならないのか、という問題〕に立ち入るに先立って強調されなければならないのは、以下の点である。すなわち、このような問題が生じてくるのが不可避であるということ考慮すればこそ、二つの態様の相当性を区別するということが有益となる、という点である。…ヘルマーやミュラーが、相当性を初めから統一的定式によって処理するというトレーガーのやり方に従わずに、相当性をまず第一に広義において把握し、その後でさらに別個の要件〔=狭義の相当性〕…を立てたのも、恐らくは、こうした相当性の態様を区別する必要性に迫られたためであろう」(S. 78)。つまり、エンギッシュが、同じく相当性説に立脚しつつも、トレーガー⁽¹⁸⁾のように最初から狭義の相当性のみを考えるという見解を採らずに、相当性を広義と狭義に区別したのは、実は、因果関係の錯誤及びその他の故意に関わる諸問題において、妥当な帰結を導くことを目的としていたのである⁽¹⁹⁾。この点をもう少し詳しく見てみよう。

(2) エンギッシュによれば、広義の相当性とは、「法律上の構成要件に規定されている結果を惹起するのに十分なだけの適性 (危険性)」(S. 74)である。行為者の行為にこのような危険性が認められない場合には、行為者は処罰されない。何故なら、「危険ではない行為態様においては、規範に定められた目的に違背することなど全くない」(S. 75)からである。他方、狭義の相当性とは、「まさに発生したような態様の結果を惹起するような適性」(S. 78)をいう。このような適性が行為に備わっていることを要件としないならば、たとえ広義の相当性を要求したとしても、救急車事例類型

のような場合に妥当な帰結（不処罰）を導けなくなってしまう(S. 75 ff.)。

それでは、以上のように定義された両義の相当性に対して、故意はどのような関係に立つのか。まず第一に、広義の相当性という意味での「危険性に対しては、故意は連関していなければならない」(S. 75)。何故なら、このような連関を不要としてしまったのでは、以下のような事例を適切に処理できないからである。「Xが、まだ若くて経験のない弟に、山岳旅行を勧めた。…その山岳旅行は、客観的に見ると非常に危険なものであり、その弟程度の歳の若者にそのような旅行をさせることは無責任だ、と言える程のものであった。そして、この旅行のためにこの若者が死んでしまったものとしよう。…[しかしながら、] Xはこの旅行に伴う特別の危険性を認識していなかった。彼の〔弟の死に対する〕希望は、旅行というものには一般にある程度の事故の可能性が伴うものである、という漠然とした表象に基づくものであった」(S. 153 f.)。この事例の場合には、客観的には広義・狭義の相当性とも具備されているのであるから、妥当な帰結（不処罰）を導くためには、「故意の内容としても、相当性〔＝広義の〕を必要とする」(S. 154)。それ故、「故意には、…行為者が法律上の構成要件に規定された結果を実現するために必要な適性をそなえた行為を行うことを意識しているということも、含まれている」(S. 75)。

次に、狭義の相当性に対しても故意は連関していなければならないのか。「この問題については、否定の解答を寄せなければならない。というのは、そうしなければ、行為者に対して現実の因果経過の認識を要求しないという成果を、またしても捨て去ることになるからである。…何故ならば、結果の『個別的な態様』に対する相当性とは、まさに、個別的な中間原因を経て結果が発生するということに対する相当性なのであり、それ故、このような個別的な中間原因に対する相当性でもある。従って、行為者が狭義の相当性を認識することができるのは、個別的な中間原因をも表象している場合に限られることにな〔るからである〕」「狭義

の客観的相当性という要素の存在根拠は、まさに以下の点にある。すなわち、この相当性についての行為者の表象を問題にしないことで、通常の因果経過についての帰責を可能なものとしながら、他方で、事象の全く例外的な経過について行為者が責任を問われるという恐れをなくすことを可能にした、という点である」(S. 79 f.)。

(3) 結局、エンギッシュは、因果関係の錯誤事例の解決において、①まず、現実の因果経過の予見を不要とすることで、通常の因果経過についてまで故意が認められなくなってしまうことを回避した。その上で、②相当因果関係説の採用により、客観的な行為の適性を問題とすることで、結果帰責の範囲を限定するのであるが、その際に、③一方で、因果関係と故意とを完全に切り離してしまうことからくる帰結の不当性（山岳旅行事例を参照）を回避し、他方で、現実の因果経過の予見を要求することと変わらないような結論になることを回避するために（＝この点を別の角度から言えば、結論の妥当性を確保するために「等価説」に依拠せざるを得なくなることを回避するために）、相当性を広義と狭義の二つに分けて構成した。そして、前者のみを故意の認識対象としたのである。

エンギッシュは、故意における認識・予見内容を、現実の因果経過から切り離して、「等価的表象で十分である」という形で抽象化する理論（＝等価説）に依拠する代わりに、認識・予見対象たる客観面自体を抽象化することによって、帰結の妥当性を確保しつつ、具体化説の論理を維持しようとした。つまり、客観面において、狭義の相当性とは独立に「広義の相当性」——現実の因果経過・結果に対する相当性とは切り離された、構成要件上の結果（例えば、「人の死」）に対する相当性——を問題にすることで、故意における認識・予見内容自体は「現実の具体的事実(Lebenskonkreta)」から切り離すことなく、しかし、実際に要求される表象内容は、等価説を採用した場合と同程度に抽象化されたもの（＝現実の因果経過・結果から切り離されたもの）に引き下げられたのである。それは、確かに1つのアイディアではあつ

だが、他方で新たな問題を引き起こすことにもなった。すなわち、このように、狭義の相当性とは独立に広義の相当性を問題にするということ、客観面において、果して理論的に基礎付けることは可能か、という問題である。言い換えれば、二元的に構成された広・狭両義の相当性相互の関係を、どのようにして整合的に位置付けるか、という問題である。この点は、「Kausalität」において、詳細に検討されることになる。

2. そこで次に、「Kausalität」について見てみよう。そこでは、広義の相当性と狭義の相当性の内容について、より詳細な分析が示されている。しかし、ここでは、上記の問題意識に従って、両者の相互関係についての論述に絞って参照したい。

エンギッシュは、まず、広義の相当性という概念の必要性及び内容について詳述する。そのうえで、広義の相当性を考慮するだけでは、救急車事例類型を妥当に処理できない、として、この類型を妥当に処理するためには、狭義の相当性をも考慮する必要がある、とする(S. 60 f.)。そして、エンギッシュによれば、この点は以下のようにして理論的に基礎付けることができる。すなわち、この事例類型における結果は、行為が違法なものであるとされ禁止される根拠となった危険(=広義の相当性に対応する危険)が実現したものとは言えない、と(S. 61)。これを、広義の相当性と狭義の相当性との関係させて、以下のように敷衍する。すなわち、広義の相当性あり、と判断されるのは、①個々的には蓋然性の低い「結果への因果経過」が、択一的あるいは重疊的に多数予測できる場合か、あるいは、②予測される「結果への因果経過」は少数に過ぎないが、個々の因果経過の蓋然性は高度である場合、のいずれかである。しかし、いずれの場合においても、広義の相当性を基礎付けることのできる個々の因果経過は、それ自体全く非蓋然的とは言えないような因果経過に限られる。そして、このような因果経過の蓋然性(=狭義の相当性)判断は、結果を個別的に捉えるという点を除けば、広義の相当性判断と同一の判断枠組に従う(“nach denselben Prinzipien”

(S. 62)それ故、判断基底・基準等も同じ)。それ故、現実の結果が、広義の相当性判断において考慮されていなかったような因果経過をたどって生じたとすれば(つまり、上記①や②において考慮された因果経過以外の因果経過をたどって生じたとすれば)、そのような因果経過は、広義の相当性が現実化したものとはいえず、広義の相当性に取り込まれている危険が実現したものとはいえない(S. 62 f.)。こうして、広義・狭義それぞれの相当性の存在意義・区別・相互関係が論証される。

以上のように「Kausalität」においては、両義の相当性を区別することが、客観面だけをとってみてもそれ自体として理論的な根拠を持つものであることを示すことに、論証の重点がおかれている。この点が、故意に関わる諸問題において理論的・实际的に妥当な帰結を導くことを念頭において両義の相当性を区別していた「Untersuchungen」とは異なる点である。

第2項 エンギッシュの見解の検討

以上に概観したように、エンギッシュの見解は、当時のドイツの判例・通説が、因果関係の錯誤を解決するについて、安易に等価説に依拠していたことの問題性——方法の錯誤においては、具体化説を採用していたこととの理論的整合性——を意識しつつ展開されたものではある。しかし、エンギッシュによる解決は、帰結の具体的妥当性の確保という点についてはともかく、少なくとも、具体化説の見地からの理論的整合的な解決という点から見れば、決して十分なものとはいえないように思われる。この点を、橋脚事例を例にとって説明してみよう。故意の成立要件として、一般的に、構成要件に該当する現実の具体的事実の認識・予見を要求するという立場⁽²⁰⁾に立てば、なるほど、相当性を一元的に把えてしまうと、「橋から突き落として溺死させること」と「橋脚に激突し、頭蓋骨を骨折して死亡すること」との間の符合を問題とせざるを得なくなる。言い換えれば、符合を認めるためには、等価説に依らざるを得なくなる。これに対して、相当性の内容を、広義の相当性と狭義の相当性とに分けて二元的に把えれば、広義

の相当性に関しては、「橋から突き落として溺死させること」についての符合を認めることができることになりそうである。何故なら、行為者は勿論このような危険性を認識しているし、「Untersuchungen」の段階におけるエンギッシュの見解によれば、客観的にもこのような危険性を独立に問題にできることになりそうだからである。しかしながら、翻って考えると、「Kausalität」の段階におけるエンギッシュの見解によれば、既遂犯における故意の成否が問題となる局面、——すなわち、狭義の相当性も肯定され、最終的に相当因果関係の存在が確定された局面、——における広義の相当性とは、『狭義の相当性』をその一類型として含むような『類型的危険性』でなければならない⁽²¹⁾はずである。何故なら、危険を、現実の因果経過・結果から全く切り離してしまうのではなく、その、現実の因果経過・結果への実現ということを考える以上は、最終的に相当因果関係の存在が肯定された場合（＝危険が実現した場合）における危険とは、現実の因果経過・結果に実現した危険でなければならないはずだからである。言い換えれば、現実の因果経過・結果（＝橋脚に激突し、頭蓋骨を骨折して死亡すること）について、それが、広義の相当性が実現したものである、と言えるためには、当該広義の相当性は、単なる構成要件上の結果が発生する危険性では足りないのであり、現実の因果経過を辿って結果が発生する危険性（＝橋脚に激突し、頭蓋骨を骨折して死亡する危険性）をも含んだ、広義の相当性でなければならないはずだからである。この点は、エンギッシュによっても、裏側から承認されていることである。曰く、「それ自体として危険な態度が〔＝それだけを取り出してきて独立に評価すれば、広義の相当性を認めることのできるような態度が〕、——全くあり得そうもないような事態の展開として——構成要件上の結果についての相当性判断〔＝広義の相当性〕の構築(Aufbau)において考慮されなかったような因果系列へと進展してゆくとすれば、この態度は、この特別の因果経過の方向に関しては、相当とは言えないということになる。このことは、

同時に、以下のこと、すなわち、このような経過は、構成要件上の結果についての相当性判断〔＝広義の相当性〕によってはカバーされていない、ということ、それ故、その限りでは、後者の相当性判断〔＝広義の相当性〕は現実化されておらず、これに取り込まれている危険は『実現』していない、ということの意味する」(Kausalität, S. 62 f.)。そうであるとすれば、広義の相当性についての認識としても、理論的には、むしろ、現実の結果に実現した危険（＝橋脚に激突し、頭蓋骨を骨折して死亡する危険）の認識を要求するのが筋なのではないか、と思われるのである⁽²²⁾。

結局、エンギッシュの見解は、広義の相当性という概念に対して、以下のような二重の意義、すなわち、①事前的見地からする、法律上の構成要件に規定されている結果を惹起するのに十分なだけの危険性（＝橋の欄干から投げ出すことによって、死を惹起する危険性）と、②現実生じた因果経過・結果をもカバーする（結果に実現した）危険性（＝橋脚に激突するという経過をもカバーしている危険性）、という二重の意義を付与して、因果関係論(②)・故意論(①)のそれぞれに応じてこれらを使い分けることによって、表面的な整合性を保とうとするものに他ならない。この点を別の角度から述べれば、エンギッシュの見解は、一方で、行為者の認識・予見内容を、現実の因果経過・結果から切り離して、等価的表象という形で抽象化する代わりに、認識・予見対象たる客観面自体を抽象化することで、帰結の妥当性を確保しつつ、具体化説の論理を維持しようとしたものということができる。しかし、他方で、結局、問題を、客観面における混乱（□広義・狭義の二元的に構成された相当性相互の関係如何）に移し換えたに過ぎない、ということもできるのである。

第2款 エンギッシュの見解を継受したと見られる我が国の諸説の検討

以上に概観・検討したエンギッシュの見解は、我が国の学説に少なからざる影響を及ぼしている。特に、莊子教授は、教科書の最新版においては、

エンギッシュの見解を忠実に祖述しておられる⁽²³⁾。しかし、以下に検討する、中教授・井田助教授・前田教授の見解は、先に指摘したようなエンギッシュ説に内在する理論的問題点に対して、何らかの解決を試みようとしておられるように思われる。そこで、以下では、これらの見解について順次検討することとしたい。

第1項 中教授の見解について

1. 中教授よれば、「故意に必要な『因果関係の予見』(は)、…広義の相当性の予見、つまり、行為が当該の構成要件的结果を達成するにふさわしい因果的危険性をもっているとの意識に外ならない。これに反して、現実継起したような形での因果的経過(狭義の相当性)を予見することは故意に求められないし、またそれは不可能なこともある。ではなぜ、行為者には前者の予見があるだけで足り、後者の予見を必要としないのか。…それは、狭義の相当性は、広義の相当性に含まれている典型的に可能な因果的経過の具体的顕現であると考えられているからである」⁽²⁴⁾。この場合の広義の相当性とは、相当因果関係説における折衷説によって、事前的見地から判断される「行為に含まれている結果へとつながる典型的危険性」である。これに対し、狭義の相当性とは、「因果的連鎖の一駒ずつのつながり方の常規性を検討」するという「事後的判断」に従うものである⁽²¹⁾。以上のような前提に立たれた上で、中教授は、崖事例・橋脚事例を、以下のように解決される。まず、崖事例については、「〔被害者〕がよろけたときに足を踏み外し、河中に転落することが当該の射撃行為に可能的に含まれている因果的経過以外のものではないから」⁽²⁵⁾という理由で、故意既遂の成立を肯定される。また、橋脚事例については、「橋上から河中に人を投じる行為者は、さしあたり被害者が溺死することだけを予見しているとしても、同時に彼は高い所から人をつき落とすということを知っており、それにとまなう因果的危険も知っているものとして支障ないであろう。そして、これらのなかには水面下に没している隠れ岩に頭をぶっつけたり、橋桁に当たって頭の骨を折って死亡

することも含まれているといわなければならない」⁽²⁴⁾とされ、やはり、故意既遂の成立を肯定されておられる。

2. しかしながら、このような考え方には疑問がある。

(1) まず、第一に、根本的な疑問は、如何なる基本原理に基づいて故意の成否を決しようとしておられるのかが不明確である、という点である。中教授は、広義の相当性についての予見があることが、狭義の相当性についての予見がないことの、いわば補償となっているかのような関係にある、という点を自説の根幹に据えておられる。しかし、このような関係の存在が、如何なる意味で故意の成否の問題に関わるのかは、一義的には明らかではない。一方で、その趣旨が、そもそも因果関係は構成要件要素であり、故意が成立するためには、その予見が必要であるというのが原則なのであるから、狭義の相当性についても、その予見を必要とするのが原則である、という理論的前提に立たれつつ、上述の補償的關係の存在を理由に、広義の相当性の予見だけで故意を認めることができる、とされるのであるとすれば、問題であろう。何故なら、検討の対象となっている事例においては、たとえ広義の相当性については予見があるとしても、あくまでも狭義の相当性については予見がないのである。それにもかかわらず、上述の補償的關係の存在を指摘されただけで、故意についての原則に対する例外を簡単に認めることができるのか、という点は、疑問と言わざるを得ないからである。また、他方で、その趣旨が、そもそも、その他の何らかの根拠(例えば、不都合な帰結を避けるという実際上の理由)により、故意が成立するためには、狭義の相当性についての予見は不要である、という前提に立たれつつ、何らかの理論的配慮(例えば、責任主義)に基づいて、補足的にこのような補償的關係の存在を指摘されるものであるとしても、やはり、問題は残る。何故なら、前提とされている根拠が正しいものであるとすれば、そのような指摘は無意味なことであるということになるであろうし、反対に、そのような指摘

に意味があるとすれば、そもそも前提とされた根拠自体に問題があったということになるはずだからである。

(2) 以上のような根本的疑問は一応措くとしても、第二に、広義の相当性の内容、ひいては、広義の相当性の予見ということの内容が曖昧である、という点が問題となる。中教授によれば、広義の相当性とは、「相当因果関係説における折衷説によって、事前的見地から判断される、『行為に含まれている結果へとつながる類型的危険性』」であった。しかも、狭義の相当性も肯定されて、最終的に相当因果関係の存在が認められた局面を念頭に置くと（故意の成否が問題となるのは、このような局面である）、この「類型的危険性」は、「現実に継起したような形での因果的経過」をその一類型として含むものでもなければならぬとされるのであった。そこで問題となるのが、このような広義の相当性の予見とは、具体的にどういうことを意味するのか、という点である。この点を、橋脚事例を例にとって考えてみよう。一方で、広義の相当性とは、①「事前的に判断される行為の危険性」であり、かつ、②その危険性とは、「現実に継起したような形での因果的経過」を惹起する危険性そのものではなく、あくまでも、「行為が当該の構成要件的结果を達成するにふさわしい因果的危険性」である、という点を重視するとすれば、橋脚事例における広義の相当性の予見とは、以下のように考えられることになるであろう。すなわち、「橋上から河中に人を投じる」という行為は、「事前的見地」からすれば、「殺人罪の構成要件的结果（人の死）を達成するにふさわしい因果的危険性」（＝溺死に至る危険性）を具備する行為である。そして、橋脚事例における行為者は、このことを認識しつつ行為に出ているのであるから、広義の相当性の予見あり、としてよい、と。これは、前述したように、エンギッシュの見解でもある⁽²⁶⁾。しかし、中教授は、このような発想を拒否される。中教授は、『広義の相当性』とは、『現実に継起したような形での因果的経過』をその一類型として含むような『類型的危険性』でなければ

ならない⁽²¹⁾という点を重視される。そして、このことを、広義の相当性の予見についても貫徹されようとする。その結果、中教授によれば、橋脚事例における広義の相当性の予見とは、以下のように考えられることになる。「橋上から河中に人を投じる行為者は、さしあたり被害者が溺死することだけを予見しているとしても、同時に彼は高い所から人をつき落とすということを知っており、それにもなう因果的危険性も知っているものとして支障ないであろう。そして、これらのなかには水面下に没している隠れ岩に頭をぶついたり、橋桁に当たって頭の骨を折って死亡することも含まれているといわなければならない⁽²⁴⁾。しかしながら、この論証は、根本的な問題を孕んでいるように思われる。何故なら、橋脚事例においては、行為者が、自分と被害者の下には水しかない、と考えているということが、出発点として共通の前提であったはずである。そして、このことを前提とする限りは、たとえ行為者が「高い所から人をつき落とすということを知って」いたとしても、それは「当該の構成要件的结果を達成するにふさわしい因果的危険性」とは無関係の認識にすぎないと言わざるを得ないからである（もちろん、たとえ下が水だとしても墜死する程の高さであり、且つ、行為者がそのことを認識・予見していた、という場合は別論である）。「高い所から人をつき落とすということを知って」いたということが、「当該の構成要件的结果を達成するにふさわしい因果的危険性」と関わりを持つのは、そもそも「水面下に没している隠れ岩」や「橋桁」の存在といった「中間原因」を認識・予見していた、という場合に限られるはずである。もちろん、橋脚事例において故意を認めることができるためには、このような「中間原因」についても認識・予見していることも必要だ、という立場に立つことは可能である（＝橋脚事例は故意不成立）。しかし、そうなると、「現実に継起したような形での因果的経過」の予見を要求するのにも等しいことになり、まさに、「行為者に対して現実の因果経過の認識を要求しないという成果を、またしても捨て去るということにな

る]⁽²⁶⁾という批判が妥当することになるであろう。

3. 中教授が、結果的にはエンギッシュの見解を拒否したに等しい立場を採られて⁽²⁷⁾、上述のように、故意の認識対象として『「現実に継起したような形での因果的経過」をその一類型として含むような『類型的危険性』を要求された(=溺死の危険性の認識では満足せず、橋脚への激突死の危険性の認識を要求された)ということの基本にあるのは、やはり、具体的符合説的な発想であろう。その意味では、中教授の見解は、エンギッシュの見解に存在する理論的問題点を正して、因果関係論に引き寄せて理論的に一貫させようとしたものであるという見方もできる。しかしながら、前述のように(中教授の見解に対する第一の疑問参照)、中教授は、自らの理論が依拠すべき基本原理について十分な基礎付けを為しておられると言えないように思われる。その理由は、詰まるところ、中教授の見解を押し進めて行けば、そもそも相当性概念を広義と狭義とに区分して理解すること自体が疑問となってくるはずであり、むしろ、狭義の相当性のみを問題とすれば足りる、とすることが、自然であるように思われるからである。しかしながら、そうしてしまうと、因果関係の錯誤事例において広範な故意阻却を認めざるを得なくなってしまう。そのため、形骸化した広義の相当性概念を再び導入しようとするのではないだろうか。しかし、それでは、原理的な基礎付けをなすことは困難と言わざるを得ないであろう。その結果として、結局、「行為者に対して現実の因果経過の認識を要求しないという成果を、またしても捨て去るということになる」⁽²⁶⁾という問題解決の出発点に、われわれを再び連れ戻したにすぎないとも言えるように思われるのである。

第2項 井田助教授の見解について

井田助教授の見解⁽²⁸⁾の基本原則については、既に本稿第1章第3節において、若干の検討を行っている。それ故、ここでは、具体的事例処理に焦点を当てることとしたい。

1. 既に本稿第1章第3節でも引用したように、井田助教授は、「行為者が認識した実行行為のもつ

真の危険性がまさに具体的な結果の発生によって確証されたこと」「行為者が認識した、行為の現実的危険性が、具体的態様における結果の中に実現した」こと、という「規範的」基準によって、故意既遂犯の成否を判断するべきだとされる⁽²⁹⁾。このような基準の具体的適用として、橋脚事例については、「具体的結果は、…橋の上から落とす行為の危険が実現する一つの態様または一つのバリエーションに過ぎず、…橋の上から落とす行為の危険性自体は行為者が認識している以上、結果の帰責は肯定されてよい」⁽²⁹⁾とされる。これに対して、崖事例については、「崖の前で発砲することを行為者が認識している〔という事例であれば〕、殺人罪の既遂を認め得るであろう。しかし、…崖が背後にあるという事情を行為者がまったく知らずに、ただ、そこに立っているAを撃ち殺そうとしたという事例であれば、行為者が認識した射殺行為の危険は転落死の結果の中には実現しなかったと考えられる。言い換えれば、行為者が認識した事情を前提としたとき、転落死の結果は、発砲行為の危険が実現する一つの態様にすぎないとはいえないのである」⁽²⁹⁾とされる。

2. しかしながら、このような分析は、説得的であるとは思われない。まず、橋脚事例の分析から検討してみよう。橋脚事例の場合、行為者の認識している危険は、溺死の危険のみであり、橋脚への激突死の危険については認識していない。それにもかかわらず、井田助教授は、「具体的結果は、…橋の上から落とす行為の危険が実現する一つの態様または一つのバリエーションに過ぎず、…橋の上から落とす行為の危険性自体は行為者が認識している以上、結果の帰責は肯定されてよい」とされるのである。確かに、水没後10分で死ぬか30分で死ぬかという相違や、あるいは、救助されることなく水中で絶命するか、救助されたのであるがすでに手遅れであったため岸の上で絶命するかといった相違のように、溺死の危険の実現過程における態様・バリエーションについては、上記の理由付けによって帰責を肯定することも可能かもしれない。しかしながら、そのような理由付け

によって、橋脚への激突死の危険までも、行為者の認識・予見の範囲に含めてしまうことには、無理があるのではないか。「故意の既遂犯として処罰するためには、…行為者が認識した、行為の現実的危険性が、具体的態様における結果の中に実現した、と言い得ることが必要である」とされた、出発点に背馳することになるのではないか、という疑問が残るのである。このような疑問が顕著になるのは、行為者が、結果に実現した危険を積極的に否定している場合である。例えば、行為者が、その橋を「吊り橋だ」と思い込んでいた場合について考えてみよう。この場合に、井田助教授は帰責を肯定されるのであろうか。肯定されるとすれば、上述した問題点が、拡大された形で表面化するであろう。また、帰責を否定されるとすれば、同じく溺死の危険しか認識・予見していない行為者の間で、「吊り橋だ」と思い込んだ行為者だけが何故優遇されるのか、という困難な問題に対する解答を迫られることになるであろう。

井田助教授は、自らの見解の核心を、以下のように端的に表現しておられる。「行為の一般的危険性の認識と、結果発生の具体的態様の予見との差は、質的なものではなく量的なものに過ぎない。…〔「橋脚事例」において、〕予見の対象を『およそ橋の上からつき落とす行為がAを死亡させる危険性』というように抽象的に捉えるか、『Aが橋脚に頭を打ちつけて死亡する危険性』というように具体的に捉えるかによって、行為の危険性を認識していたとも、認識していなかったとも言い得るからである。このように、問題は、故意の対象をどの程度具体化（または、逆に、抽象化）して捉えるかの程度の相違に過ぎない⁽³⁰⁾。しかし、そうであるとすれば、なおさら、そのような具体化(抽象化)の意義・程度の理論的解明こそが問題の核心をなすということになるであろう。ところが、この点については、井田助教授は、本稿第1章第3節においても指摘したように、結局、危険・実現・バリエーションといった概念に多くを依存するにとどまっておられるように思われる。このことは、崖事例についての井田助教授の分析に対す

る以下のような疑問となっても表れてくる。すなわち、一方で、たとえ「崖の前で発砲することを行為者が認識している事例」であったとしても、行為者が、被害者は崖から落ちて墜死することなど決してない、と考えていた場合にまで、殺人既遂とされてしまうのは何故なのか。また、他方で、「崖が背後にあるという事情を行為者が全く知らない事例」であったとしても、およそ被害者に向けて発砲するということは、およそ被害者を橋から突き落とすことと同様、死の危険を持った行為なのではないか。これらの疑問に対する井田助教授の解答は、結局、「行為者が認識した実行行為のもつ真の危険性がまさに具体的な結果の発生によって確証されたことが必要である。言い換えれば、行為者が認識した、行為の現実的危険性が、具体的態様における結果の中に実現した、と言い得ることが必要である」ということに尽きてしまっているのである。

3. このように検討してみると、井田助教授の見解は、結論の先取りではないのか、との感を拭い去れない。これは、因果経過・結果を抽象化することによって行為者の予見の範囲に包摂せしめる、という解決策が本来的に持つ以下のような問題点、すなわち、①そもそも何故このような抽象化された因果経過・結果の予見が肯定されさえすれば故意を認めてよいのか（反対に言えば、何故、同一構成要件該当という以上に具体化された因果経過・結果の予見が必要なのか）、という基本原理が不明である点、及び、②その結果として、統一的抽象化基準を画定することが不可能である点、の反映であるに過ぎない（「行為者の予見内容に含まれている」と言えさえすれば故意を認めてよい、というわけではないであろう。何故なら、ここで問われているのは、まさに、「行為者の予見内容に含まれている」ということが、理論的に如何なる意義を持つことであるのか、ということ自体だからである）。

第3項 前田教授の見解について

1. 前田教授は、「そもそも、故意責任を問うためには、原則として因果関係の認識は不要である」

との立場を採られる⁽³¹⁾。前田教授は、因果関係が構成要件の主要要素であることは認められるのであるが、「因果経過の事前認識は、故意非難の実質的根拠である、『違法性の意識を持ち得るか否か』には関係しない。処罰に値するだけの行為と結果の認識があれば十分である」との論拠から、上述の帰結を導かれるのである⁽³²⁾。この点だけを見れば、およそ行為と結果との結びつきについての予見は不要、とするドラスティックな見解のようにも見える。

しかし、他方で前田教授は、因果関係とは独立に、実行行為ということの問題とされる。そして、実行行為性（広義の相当性）の認識は故意成立のための必須要件であるとされるのである⁽³³⁾。そうすると、問題は、この実行行為性（広義の相当性）と因果関係との関係如何ということになってくる。前田教授によれば、実行行為性（広義の相当性）とは「行為時を基準に判断された結果発生の危険性」であり、「行為後から見た因果の異常性判断」である狭義の相当性とは区別される。そして、実行行為と結果との結びつきこそが、因果関係である、とされるのである⁽³⁴⁾。

2. 結局、前田教授は、基本的には、エンギッシュによる広義・狭義の相当性という理論枠組に依拠して問題を解決されるものと言えるであろう。しかも、前田教授に特徴的なことは、中教授・井田助教授とは反対に、広義の相当性を現実の因果経過・結果から切り離して、広義の相当性に含まれている危険の、現実の因果経過・結果への実現ということを考えない、という方向で、つまり、因果関係論における二元的構成を維持する、という方向で、エンギッシュの見解に存在する理論的問題点を正された点にある。

しかし、このような形で、相当性を、（現実の因果経過・結果から切り離された）広義の相当性（＝実行行為性）と狭義の相当性とに分けて二元的に理解することには、根本的な疑問がある。この点については、以前にはエンギッシュの理論枠組に依拠して前田教授と同様の見解を採っておられた町野教授が、山口教授の批判⁽³⁵⁾を受けて、改説さ

れてこのような理解を放棄されるにあたって、的確にその問題点を指摘しておられる。曰く、「〔雷雨事例においては殺人未遂も成立しないという理由を、改説前には、〕森に行かせる行為は、Aの死に対する危険がなく、殺人罪の実行行為とはいえず、…『広義の相当性』が欠ける場合である〔からだとしていた。〕…〔しかし、このような改説前の〕考え方は、（Aを森に行かせるという）挙動だけをとり出して未遂犯の成否を問題にするものであり、未遂犯が（Aの生命の危険をもたらしたという）結果犯であることを看過するものであろう。〔雷雨事例〕の場合にも、遅くとも落雷があったときはAの生命に対する危険は生じているのである。この場合、殺人未遂も成立していないのは、Aを森に行かせる行為と、Aの生命に対して生じた危険との間の因果経過が異常であり、両者の間の相当因果関係が否定されるからである。…そうすると、『広義の相当性』『狭義の相当性』といっても、その内容は、行為から結果（侵害結果、あるいは侵害の危険という結果）に至る因果経過の相当性という意味では同じであり、両者を峻別するのは不当ということになる。いいかえると、相当因果関係は、『狭義の相当性』のみをその内容とすることになる」⁽³⁶⁾。このような批判は、前田教授の見解にもそのまま当てはまるものと考えられる⁽³⁷⁾。

3. 前述したように、エンギッシュが、相当性を敢えて二元的に構成したのは、帰結の妥当性を確保しつつ、具体化説の論理を（表面的にではあれ）維持するためであった⁽²⁰⁾。ところが、法定的符合説に立たれる前田教授が⁽³⁸⁾、何故、このような複雑な構成を採用される必要性があったのか、という点は問題であると思われる。前田教授がこのような構成を採用せざるを得なかった原因は、おそらくは、故意の要件としての因果関係の認識・予見をおよそ不要とされたことにあるのであろう。つまり、因果関係の認識・予見をおよそ不要としたのでは、山岳旅行事例・新幹線爆弾事例⁽³³⁾等において妥当な帰結を導けない。そのため、因果関係の認識として扱われてきたものの一

部を、実行行為性の認識という形で取り込む必要が生じたものと考えられる（実行行為の認識が故意の要件であるのは、「実行行為の認識を要求しないとうまく説明できない場合があるから」⁽³³⁾であるとされる）。しかし、翻って考えると、「違法性の意識を持ち得るか否か」という観点⁽³²⁾からは、そもそも行為者に対しては、相当性の枠内にある因果関係の予見が要求されるべきなのではないか。法定的符合説の見地⁽³⁸⁾からすると、このように考える方が、理論的に筋が通っているのではないかと、という疑問がある。また、実際的にも、「実行行為性の認識」によって前田教授が要求される表象内容は、「構成要件上の結果発生の危険性」なのであるから、内容的に見れば、直截に法定的符合説を採用することと殆ど異ならないのではないかと思われる（前述のようにエンギッシュは、まさに、このような帰結になることを意図していたのである。なお、法定的符合説に立てば、もちろん、山岳旅行事例・新幹線爆弾事例等において、妥当な帰結を導き得る）。それどころか、「そもそも、故意責任を問うためには、原則として因果関係の認識は不要である」という命題自体、用語上の混乱を生ぜしめているにすぎないのではないかと、とも思われる。何故なら、前田教授は、一方で、因果関係とは、実行行為と結果との結びつきであるとされる。そうすると、「列車に乗ることを勧める行為」が実行行為であり、「列車に爆弾が仕掛けられていること」は、因果経過中の事情であるから⁽³⁴⁾、認識不要ということになりそうである。ところが、他方で、「列車に爆弾が仕掛けられていること」は、実行行為「性」を基礎付ける事情であり、認識を要するとされるのである。結局、前田教授は、所謂“因果関係”のうちの、行為者が認識を要する部分を、実行行為「性」の認識という標題の下に取り込み、認識を要しない部分を、「因果関係」と呼んでいるにすぎないように思われる。それ故、前掲の一見ドラスティックな命題は、実は、同義反復にすぎないのではないかと、思われるのである（なお、前田教授の採用されている基本的価値判断の問題点については、本稿注(15)及び

それに対応する本文を参照)。

第3款 〈行為者が認識していた危険が結果に実現したか否か〉というテーゼの意義について

1. 行為から構成要件上の結果に至る一連の事象経過は、見方を変えれば、結果発生の危険性から、その実現に至るまでの過程である、と見することもできる。以上に検討してきた諸見解は、基本的にこのような理論枠組に依拠した上で、行為者の故意は、結果発生の危険に及んでいれば足り、とする。しかし、このような構成は、それを故意論における問題解決を意図して初めて自覚的に展開したエンギッシュがそうであったように、多分に便宜論に支えられており、理論的基盤の脆弱なものであった。その理論的基盤の脆弱さは、直接的には、危険性をどの程度具体的（抽象的）なものとして考えるべきか、結果をどの程度具体化して捉えるか、という点についての理解の不明確さに起因するものである。つまり、一方で、故意論との関係では、結果を具体的に把えてしまうと不当な帰結（＝広範な故意阻却）に至ってしまう。しかし、他方で、因果関係論との関係では、具体的因果経過・結果に対する危険性を考えなければ、因果関係が肯定される範囲（＝危険の実現が肯定される範囲）が広がり過ぎてしまう。エンギッシュの場合には、広義の相当性に二重の意義——①法律上の構成要件に規定されている結果を惹起するのに十分なだけの危険性と、②現実に生じた因果経過・結果をカバーする危険性（＝現実の因果経過・結果に実現した危険性）——を付与して、両者を因果関係論（②）と故意論（①）とで使い分けることで表面的な整合性を保とうとしていた。しかしながら、わが国にエンギッシュ説が継受された際には、このような理論的問題点に対する解決が試みられた。すなわち、一方では、①の面を強調して、危険と現実の因果経過・結果とを切り離して理解する見解が現れる（町野教授旧説、前田教授。これらの見解においては、両者が異質なものであることを強調するため、①は「実行行為性」と呼ばれる⁽³⁹⁾）。他方では、②の面を強調し

て、危険とは、結果に実現した危険でなければならない、とする見解が現れる（中教授、井田助教授）。

しかし、いずれの見解も、十分な説得力を持つには至らなかった。前者の見解に対しては、現実の因果経過・結果とは切り離された危険を問題とすること自体の不当性が指摘されねばならないし、後者の見解については、その主張を論理的に突き詰めるならば、結局、広範な故意阻却を認めざるを得なくなるのではないか、という問題がある。この点を、結果に実現した危険を抽象化して、行為者の予見の範囲に包摂せしめることによって解決しようという提案に対しては、結論の先取りに至らざるを得ないのではないか、との感を拭い去ることができない。

2. (1) 以上の検討に示されるのは、この理論枠組に内在する問題点とでも言うべきものである。しかしながら、この理論枠組に依拠する諸見解の抱えている問題は、このような理論構成における技術的問題に尽きるものではない。むしろ、このように一見技術的に見える問題も、実は、これらの見解が抱えているより根本的な問題点に起因するものなのである。結論から先に述べれば、その問題点とは、故意責任を問うためには、何故、現実の因果経過の予見は不要なのか、あるいは反対に、何故、危険の認識が必要なのか、といった、故意論における基本原理に対する考察が不十分である、という点である。

(2) これらの見解による故意処罰の基礎付けに共通しているのは、〈確かに、行為者は、現実の因果経過を予見していたわけではない。しかし、行為者の認識していた危険が結果に実現した場合には、結果に対する故意責任を認めてもよい〉という論理である（但し、その場合の「結果」の捉え方の抽象度には、差がある）。しかしながら、この論証は、一体、故意処罰のためのどのような理論的基礎に基づいて展開されたものなのであろうか。このような理論として考えられるのは、〈故意とは、犯罪事実の認識・予見であり、犯罪事実とは構成要件に該当する具体的事実である。それ故、

故意が成立するためには、構成要件に該当する具体的事実を認識・予見していなければならない〉という理論である。この場合、上記の論証は、故意の成否はもっぱら構成要件に該当する具体的事実に対する行為者の予見の有無に従って決まる、という前提に立ちつつ、構成要件に、危険（あるいは相当性）という要素を導入することで、構成要件該当事実に対する行為者の予見の範囲を拡張するための論証である、ということになる。しかしながら、このような論証は成り立たないように思われる。何故なら、結果犯の構成要件上問題となり得る危険（あるいは相当性）とは、救急車事例類型において、客観的事象経過の偶然性を根拠に処罰を限定するために必要となる「まさに発生したような態様の結果を惹起するような」危険（＝狭義の相当性）のみである。そうであるとすれば、このような意味での危険の認識を故意の要件としたとしても、結果的には、現実の因果経過の予見を要求することと異ならず⁽²⁶⁾、結局、故意成立の余地は殆ど認められないことにならざるを得ないからである。

それ故、上記の論証が故意処罰を基礎付けることができるためには、そこでの認識対象である「結果に実現した危険」は、構成要件上問題となる「結果に実現した危険」とは異なったものと理解されなければならないことになる。そうであるとすれば、結局、〈行為者が認識していた危険が結果に実現したか否か〉というテーゼは、解決すべき問題を、未解決の別の問題（＝「行為者が認識していた危険が結果に実現した場合」とはどのような場合なのか、その場合の危険は、構成要件上問題となる危険と、如何なる意味で符合していなければならないのか、何故その場合には故意処罰を認めてもよいのか）に置き換えたにすぎないものであるということになるであろう（その意味で、客観面においては「危険⇨実現」というテーゼが通説化している現在のドイツにおいて、このような見解があまり見られないことも、理解できるように思われる）。

3. このように検討してみると、問題の解決は、

やはり、現実の因果経過（結果に実現した危険）と予見していた因果経過（行為者が認識していた危険）とが、如何なる意味で符合していなければならないのか、という課題の実質的解明に正面から取り組まない限り、あり得ないのである。換言すれば、故意における事実認識・予見に対して、如何なる意義・機能を付与すべきか、という問題への正面からの取り組みが必要なのである。

第3節 「行為者が想定した因果経過」と「現実の因果経過」との等価値性を問題とする見解

この見解⁽⁴⁰⁾は、故意責任を問うためには、現実の因果経過（結果に実現した危険）と予見していた因果経過（行為者が認識していた危険）とが、如何なる意味で符合していなければならないのか、という課題の実質的解明に正面から取り組んだ見解として、問題解決に対する取り組み方としては、前節において検討した諸見解をさらに一步進めたものと評価することができる。しかし、この見解に対して即座に投げかけられるべき疑問は、一体如何なる基準によって「等価値性」を判断するのか、という疑問である。すなわち、一方で、その基準を構成要件に求めるのであれば、結局、法定的符合説に帰着してしまうことになり、あえてこのような基準を設定すべき実益はないということになるであろう。しかし、他方で、行為者が想定した因果経過と現実の因果経過とが、個々の事実として対応しているということまでも要求するとすれば、故意が認められる余地は殆どなくなってしまう。それ故、この見解を採用する論者は、この両極の中間段階での基準設定を念頭に置いているようである。しかし、その内実を明確にした見解は見当たらないように思われる。例えば、基準の内実に比較的踏み込んでいるように思われるロクシンの場合も、結局、「刑事政策的に基礎付けられた評価の必要性」「前刑法的なものの考え方（Die vorstrafrechtliche Lebensauffassung）に合致した帰結を導出する必要性」といった一般原理を援用するにとどまっているように思われる⁽⁴¹⁾。

第4節 ヤコプスによる解決とその検討

「故意における事実認識・予見の意義・機能如

何」という問題を鋭く意識しつつ、「結果回避」という規範目的の観点からの徹底した機能的考察により、因果関係の錯誤事例の実質的解決に正面から取り組んだのが、ヤコプスである（Günther Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt (1972) S. 89 ff.; ders., Strafrecht-Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1990) 8/63 ff.以下では、前者を「Studien」、後者を「AT」として引用する）。本節では、このヤコプスの見解を取り上げて検討したい⁽⁴²⁾。

第1款 ヤコプスによる解決

1. ヤコプスは、刑法の目的を、結果の回避と捉える。その上で、そのような目的を達成するために、刑法は、行為者を結果回避へと動機付ける、とする（Studien, S. 1 ff.）。

このような前提に立った上で、ヤコプスは、まず、「想定された因果経過からの逸脱」という問題においては一体何が問われているのか、ということを確認することから始める。「想定されていた因果経過からの逸脱の問題においては、〔結果〕回避可能性は問題とはなり得ない」。何故なら、「認識通りの侵害経過は、…回避動機によってその実行を抑止され得る。そして、そのような実行が抑止されていたならば、因果経過の異常な逸脱ということも生じ得なかつたはず」だからである。それ故、「問題とされるべきなのは、行為者に何ができるかではなく、彼は何をすべきかである」。換言すれば、「規範の範囲ないし内容の問題」なのである（以上、Studien, S. 91）。つまり、私なりの言葉で述べれば、ここでの問題は、〈結果回避という規範目的達成のために、行為者に対してどの程度までの結果回避行為を期待することが妥当であるのか〉という問題なのである。

以上のように検討対象を明確にした上で、ヤコプスは、因果関係の錯誤事例の検討にとりかかる。その際、ヤコプスの検討は、救急車事例類型についても加えられている。しかし、ここでは、狭義の因果関係の錯誤事例に対する検討についてのみ焦点を当てて紹介したい。

2. まず、一般論として、ヤコプスは、人間の

行動を、範例 (Modellfall) との関係で、以下のように分析する。「日常経験の範囲においては、何人も、一定の結果に対する全ての条件を知ってなどいないし、知ることなどできない。…何事かを行う際に手掛かりとなる『範例』においては、むしろ、若干の条件のみが特定化され、その他の条件は、『通常の関係』『普通の状況』であると見なされている。…例えば、ある物質を摂取することによって人間は中毒死する、ということを知った者にとっては、摂取の日時、対象者の性別・年齢、天候、場所等は、どうでもよいことなのである。…このように経験的知識を大づかみにするのでなければ、すなわち、およそ結果が発生するか否かということを経験とすることを標準とするのでなければ、日常経験ということ自体、成り立ち得なくなる。何故ならば、Modellを正確に再現することなど、不可能だからである。特定化された条件自体も、普通の状況という幅を考慮することによってのみ、すなわち、幅のある類型としてのみ、規定可能なのである。…以上に対して、因果経過における個々の段階に対しては、典型的な規定ということは、もはや何の意味も持たない。何故なら、『範例』に依拠して、特定の条件が結果を惹起するものと経験されるのは、それが一定の中間的結果を経過するからなのではなく——それらは、全くわからないままであるということもあり得るのだ——、このような条件が経験通りになくなる限りは、そもそも結果が発生するからなのである」(Studien, S. 91 f.)。

人間の行動に対する以上のような分析を基礎にして、ヤコプスは、故意における認識・予見対象について以下のような帰結を導く。「結果の回避は、一定の中間結果の回避を通じて行われるものではないのであるから、故意においては、…意識的に (bewußt) 設定された危険の実現のみが問題となる。それ故、故意あり、と言えるためには、行為者は、危険な特定の条件を認識していなければならない。…しかし、経過に関する表象は、余計なものである」(Studien, S. 97)。ここで言う「特定の条件」ないし「危険」とは、「結果回避へ

と動機付けられた場合に行為者が援用するであろうModellにおいてのみ、具体化される」(Studien, S. 95)。それ故、行為者の認識していた危険な特定の条件が実現した場合とは、このような「Modellを、最終結果を予見できないような別のModellに置き換えることが、最終結果も発生しないという条件の下でない限り不可能な場合」である (Studien, S. 94)。より具体的には、「認識されている危険の諸条件を、行為者がもはやそれを危険だと認識しない程度にまで変えて考え〔た場合に、〕このように変更された状況において、せいぜい被害者の予期に対する違背にかかわらない事情、すなわち相対的付随事情が、具体的経過に対して変わるにすぎないのであれば、認識されている危険は実現していない。そうでなければ、おそらく実現している」。この点を、感染症事例に則して説明すれば、「行為者が、もはや致命的とは考えなかったであろうほどに傷は浅いものであり、その結果、せいぜい、死亡時刻がほんの少しか、感染経路か、あるいは死亡場所等々が、助かる見込みに影響することなく変わるにとどまる、というような変形事例 (Variante) を作ることができるとすれば、その場合には、被害者の予期の違背を左右することのないような違い、すなわち、相対的付随事情が問題となっている。それ故、行為者が認識していた危険は実現していないのである。しかし、以下のような場合には、危険は実現している。すなわち、傷が浅ければ、感染症を抑制できたであろうし、生命を、いずれにせよ、特筆すべきほどに長らえさせ得たであろう等々、という場合である」(以上, AT, 8/70)。そして、以上のような意味での危険の実現が認められない場合には、行為者に対して故意既遂の責任を問うことはできない。何故なら、その場合には、「意識的な結果操縦は存在」せず、行為者が実現した危険を「現実に支配しているとはいえない」からである。「このような事例を故意に含めようとすれば、可罰性に対する配慮から、操縦形式の修正を認めることになってしまう」(Studien, S. 97 f.)。

第2款 ヤコプスの見解の検討

以上に紹介したヤコプスの見解は、一見すると、〈行為者が認識していた危険が結果に実現したか否か〉というテーゼに依拠したものであり、第2節において検討した諸見解と異ならないのではないかと、とも見える。しかしながら、問題は、そのようなテーゼの下にどのような内実を盛り込んで理解しているのか、という点である。そして、このような観点から見た場合、ヤコプスの見解は、①因果関係の錯誤という問題の持つ意味を、結果回避という刑法の目的の観点から機能的に位置づけて、〈結果回避という規範目的達成のために、行為者に対してどの程度までの結果回避行為を期待することが妥当であるのか〉という問題であることを明確にした点、及び、②結果回避という局面に焦点を当てることで、行為者の事実認識・予見が、結果回避行為の内容を規定する、という機能を担っていることを明らかにした点、において、因果関係の錯誤事例の解決に対して重要な意義を有しているように思われる。しかしながら、問題は、このような成果が、最終的な故意既遂成否の基準として援用されている仮定的判断（＝行為者が「危険だ」と認識している条件を、行為者が「危険だ」と考えない程度にまで変えてみる）と、如何なる意味で結びついているのか、ということが、必ずしも明確とは言えない点である。さらには、より根本的な問題として、そのような成果が、如何なる意味で故意の成否とかわるのか、という点の理論的基礎が明確とはいえないように思われる点である。

そこで、次章では、このようなヤコプスの見解に示唆を得て、因果関係の錯誤事例の実質的解決に取り組みたい⁽⁴³⁾。

第3章 「因果関係の錯誤」事例の実質的解決 ——試論——

前章までの考察に基づいて、以下では、因果関係の錯誤事例の実質的解決に関する試論を展開したい。ただ、紙幅の制限上、結論部分の簡単なデッサンを提示するにとどめざるを得ない。

1. 刑法による法益保護の基本となっているの

は、処罰によって行為者を結果回避行為へと動機付けるという方法により、法益侵害結果の発生を防止する、というメカニズムである。しかし、このような処罰目的を一方向的に追求するとすれば、行為者を、その主観的態様如何にかかわらず処罰する、ということにもなりかねない。何故なら、行為者が、刑罰によって、現実の行為（＝結果発生に結びついた行為）とは異なった行為に向けて動機付けられ得る以上は、その動機付けの過程如何を問題とすることなく、処罰目的の追求は正当化され得るからである。しかしながら、このような処罰目的の一方向的な追求は許されない。刑法に基づく処罰は、「犯罪の鎮圧という合目的性にばかりでなく、正義にもかなっていなければならない」⁽⁴⁴⁾。責任主義による処罰目的追求の限定も、このような要請の一つである。すなわち、故意（または過失）がなければ、たとえそれが法益保護に資するものであっても、行為者を処罰することは許されないのである。

刑法の基本構造を以上のように把握する立場からは、故意処罰とは、以下のような意義を有するものとして理解されることになる。すなわち、自己の行為によって法益侵害結果が発生するということを予見している行為者を、刑罰によって動機付けることにより、「結果発生の予見のない行為」＝「故意のない行為」へと導く。このように限定された過程を通してのみ、行為者による結果の惹起を阻止するのである。この場合、特に注意を要するのは、行為者による結果発生についての予見とは、あくまでも、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」に基づく予見であるという点である。

2. 故意処罰による法益保護の構造を以上のように理解した場合、「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」の不存在を根拠として故意既遂の罪責が否定されることが、果して、そして如何なる範囲であり得るのであろうか。以下では、この点を、「血友病事例」（＝AはBの心臓を狙って射殺しようとしたが、狙いがはずれて、手に命中させるにとどまった。しかし、Bは血友

病患者であったため、出血多量で死亡した)を例にとりながら検討してみたい。

(1) 血友病事例においては、客観的相当因果関係説に立つ限り、因果経過の相当性を肯定せざるを得ないであろう。また、行為者は殺人罪の構成要件に該当する事実を予見しているのであるから、法定的符合説に立つ限り、故意の成立を認めざるを得ないであろう。しかし、問題は、このような意味での客観面・主観面の条件さえ満たされれば、直ちに、行為者に故意既遂の罪責まで負わせてもよいのか、という点である。つまり、前述したような故意処罰による法益保護の構造を前提とするならば、たとえこのような条件が充たされている場合であっても、一定の範囲では、行為者に故意既遂の責任まで負わせることは妥当ではない、と言える場合があるのではないかと、いう点である。

このような観点から見た場合、血友病事例において注目すべきなのは、行為時において、被害者が血友病に罹患しているという「因果経過中の個別具体的事情」を認識していない行為者が、意識的に被害者の手を撃つたと仮定した場合、当該行為によっては、行為者には(死亡)結果発生の見込みは与えられない、という点である。もちろん、行為者は、実際には、被害者の心臓を狙って撃っているのであり、被害者の手を撃とう、などと考えていたわけではない。現実の事象が有している刑法上の意義を解明するための一つの手段として、このような仮定を行うわけである。そうすると、血友病事例における「被害者の手に弾丸が命中する」という現実の事象は、故意処罰によって動機付けられるはずの行為が実現したものである、と評価できるのではないだろうか。何故なら、前述のように、刑法における故意処罰とは、行為者を「結果発生の見込みのない行為」に導く、という限定された過程を通してのみ、法益保護を追求するものである。そして、血友病事例における「被害者の手に弾丸が命中する」という現実の事象を、行為者が意図して行った、と仮定した場合には、結果発生の見込みは与えられないのであるから、そのような行為は故意処罰によって動機付けられる

はずの行為である、と評価できるはずである。そうであるとすれば、当該事象は、故意処罰によって動機付けられるはずの行為が実現したものと、評価できるはずだからである。

以上のように考えることが許されるとするならば、血友病事例において、現実の事象から生じた結果に対して故意責任を認めようとするのは、行き過ぎた故意処罰である、と言えるのではないかと、思われる。

(2) しかし、このような考え方に対しては、直ちに、以下のような反論が提起されるであろう。すなわち、血友病事例においても、故意処罰によって動機付けたならば、行為者は、現実の事象(=被害者の手に弾丸が命中)とは異なった事象を実現する行為(=例えば、拳銃をホルスターに収める等々)に出ていた可能性がある。そして、そうしていれば、そもそも結果は発生しなかったであろう。そうであるとすれば、行為者を故意処罰によって動機付けることの意義は十分に認められるのではないかと、と。

しかし、これに対しては以下のように答えることができるのではないかと。すなわち、確かに、結果の発生・不発生という点にのみ焦点を合わせて、一連の事象を事後的見地から観察すれば、結果が発生しなかった可能性というものを、あらゆる場合について想定することは可能であろう。そして、行為者に対して処罰による干渉を加えれば、行為者がそのような「結果が発生しなかった可能性」を現実化するような行為に出ていたかもしれないという可能性というものも、やはり、あらゆる場合について否定することはできないであろう(そもそも「救急車事例」においてさえ、このような可能性は存在するのである)。しかし、上記の考え方も、このような可能性のあること自体を否定しているわけではないのである。むしろ、このような「可能性」のあること自体は承認した上で、それにもかかわらず、前述の故意処罰による法益保護の構造に鑑みて、そこまでの動機付けを追求することの「妥当性」を問題にしているのである(「妥当性」の内容自体は異なるものの、説明の便宜上

あえて比喩を持ち出せば、この関係は、因果関係論における「条件関係」と「相当性」の関係に対応しているということもできるかもしれない。言い換えれば、故意処罰による法益保護の構造から見て、故意処罰と結果発生阻止との結びつきがどの程度一般化し得るものであり⁽⁴⁵⁾、故意処罰の必要性がどの程度認められるか、ということの問題としているのである。そして、このような観点から見ると、現実の事象自体が、既に、「結果発生の予見のない行為」が実現したものであると評価できるようなものであり、結果が発生したのは、行為者の認識・予見していなかった事情が作用したためであるような場合には、その上さらに故意処罰によって行為者を動機付けるべき必要性は、相対的に低い、と考えることもできるように思われる。何故なら、そうして動機付けられる行為自体も、行為者の立場からする「結果発生の予見のない行為」であるにとどまるのであり、行為者の認識・予見していなかった事情の作用が除去されるのは、故意処罰による法益保護の構造からすれば、いわば偶然であると考えられるからである。繰り返しになるが、故意処罰とは、行為者が認識・予見していなかった事情が作用することによって結果が発生する可能性は、一般的には、低いということを前提として、行為者を「結果発生の予見のない行為」へと動機付けることによって、法益保護をはかるものであると考えられるのである。

以上のように考えることに対して違和感が残るとすれば、それは、被害者に向けて発砲する、という行為の持つ危険性(例えば、「そもそも弾が急所に命中するという事象」が生起せしめられていたかもしれない可能性の存在)に起因するものではないだろうか。しかしながら、このような「あり得た事象」を根拠とする処罰は、未遂処罰に委ねられるべきであるように思われる⁽⁴⁶⁾。このような危険性を考慮することによって、現実の事象から発生した結果に対する故意責任の成否が左右されることは、認めるべきではないように思われるのである。

(3) 従来、折衷的相当因果関係説が、相当性判

断を一定の範囲で「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」の有無に依存させて、血友病事例等において故意既遂犯の成立を否定してきたことの背景にある実質的根拠を、以上のように理解することも不可能ではないように思われる。また同様に、故意論において、具体的符合説的見地から、因果関係の錯誤事例の実質的解決を試みてきた見解(井田助教授、内藤教授等)を支える実質的考慮を、以上の点に見ることも可能なのではないかと思われる。

ただし、以上のような論拠によって、故意既遂犯成立の阻却を認めようとする場合、故意既遂犯の成否に関する基準は、従来の折衷説によるものとは、多少異なったものになってくる可能性があるのではないかと思われる。すなわち、以上の論拠によるならば、「現実の結果に結びついた特別の事情について認識していたか否か」ということが問題となるのではなく、「現実の事象を、『結果発生の予見のない行為』が実現したものと評価できるか否か」ということこそが問題となる。それ故、例えば、本稿第1章第3節において折衷説に検討を加えた際に用いた事例——被害者が血友病に罹患していることを知っていた行為者は、手に被弾すれば被害者が失血死するものと考えて、被害者の手に向けて発砲した。ところが、被害者には隠れた重度の心臓疾患もあり、実際には、被弾によるショックのために心臓麻痺を起こして死亡した、という事例——においても、行為者に対する故意既遂の罪責を認めるべきことになる。何故なら、この場合に問題となるのは、「被害者が重度の心臓疾患に罹患しているという事実についての認識」の有無ではなく、ただ、「被害者の手を撃つ、という行為を意識的に行ったと仮定した場合、行為者に結果発生の予見が与えられるか否か」ということのみなのである。そうであるとすれば、この点が肯定され得るのは、被害者が重度の心臓疾患に罹患しているという、現実の結果に結びついた事実についての認識がある場合に限られない。行為者が結果に結びつく想定した事実に基づく予見(本事例で言えば、「被害者が血友病に罹患し

ているため、手を撃たれると出血多量で死亡する」と思っていた場合)であってもよいということになるはずだからである。この点で、従来の折衷的相当因果関係説の帰結とは異なったものとなり得るのではないかと思われる⁽⁴⁷⁾。

3. このような本稿の考え方は、實際上、どのように適用され、いかなる帰結をもたらすことになるのであろうか。以下では、血友病事例以外のいくつかの事例について検討を行うこととしたい。

(1) まず、「橋脚事例」について検討してみよう。

橋脚事例の場合においても、現実の事象(=被害者を橋から突き落とす)を、行為者が意識的に行ったと仮定した場合に、行為者に結果発生の予見が与えられるか否か、が問題となる。そして、このような予見が与えられる以上は、因果経過についての予見が現実の因果経過と一致しているか否かにかかわらず、行為者は故意既遂の責任を負うことになる。そして、被害者を橋から突き落とすという事象は、たとえそれが、行為者の予見に反して橋脚に激突してしまうような態様(例えば、橋の欄干から1m投げ出せば橋脚に激突し、3m投げ出せば橋脚には激突することなく溺死する、という客観的状況で、行為者は1mしか投げ出さなかったという場合)で起こったとしても、行為者が意識的にこれを行ったと仮定した場合には、行為者には、結果発生(=溺死)の予見が与えられるのである。それ故、行為者は故意既遂の罪責を免れることはできないことになる。

(2) 次に、「感染症事例」の検討に移ろう。

感染症事例の場合にも、現実の事象(=被害者の身体の一部の部位に対する、一定の深さ・態様の刺突)を、行為者が意識的に行ったと仮定した場合に、結果発生の予見が与えられるか否かということが問われるべきことになる。そして、このような予見が与えられるならば、たとえその予見が出血多量(あるいは、その他の理由)を根拠にするものであるとしても、行為者は故意既遂の責任を負うことになる。これに対して、現実の事象を、行為者が意識的に行ったと仮定した場合に、

結果発生の予見が与えられない場合であるならば、行為者は故意既遂の責任を負わないことになる。あとは、そもそも急所にナイフが刺さって致命傷を負わせる、という「あり得た事象」について、未遂犯の成否が問題となるにとどまる⁽⁴⁶⁾。

(3) 次に、「崖事例」⁽⁴⁸⁾の検討に移ろう。

崖事例の場合、行為者が崖の存在を認識していたか否かによって、結論が異なってくるといえようである。すなわち、第一に、行為者が崖の存在を認識していなかった場合には、現実の事象(=被害者の傍らを弾丸が通過する)を行為者が意識的に行ったと仮定した場合、結果発生の予見は与えられないということになるであろう。これに対して、第二に、行為者が崖の存在を認識していた場合には、結果発生の予見が与えられる、ということになる。ただ、以下の点については、注意を要すると思われる。すなわち、具体的な場所的状況等に関する行為者の認識内容如何によっては、たとえ行為者が崖の存在を認識していた場合であっても、現実の事象を行為者が意識的に行ったとしても、結果発生の予見が与えられない場合があり得る、という点である(例えば、崖までにはかなり距離がある、と行為者が思っていたような場合)。そして、このような場合には、たとえ、行為者が崖の存在を認識していた場合であっても、行為者に対して故意既遂の責任を問うことはできないことになる。あとは、そもそも被害者に弾丸が命中して致命傷を負わせる、という「あり得た事象」について、未遂犯の成否が問題となるにとどまる⁽⁴⁶⁾。

第4章 理論構成についての若干の補論

最後に、理論構成について、若干の補論を付け加えておきたい。以上のように考えてくると、折衷説のように「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」を因果関係論において考慮する、という理論構成には問題があるように思われる。何故なら、行為者の認識・予見と現実の事情との間に齟齬が生じた場合の処理を、「因果経過の経験的通常性如何」という枠組の中で行う

ことには、無理があるように思われるからである（本稿第1章第3節における折衷説批判を参照）。「因果経過中の個別具体的事情に対する行為者の認識・予見」という要素は、やはり、これと現実の事情との間に齟齬が生じた場合の処理を正面から取り扱うことのできるような体系的位置付けを与えられるべきであろう。

このように考えたとしても、さらに、本章において検討した主観的結果帰責理論を、故意が担っている機能の一つとして構成するのか、それとも、故意とは別個の主観的結果帰責要素として構成するのか、という問題が残る。現時点の私見としては、いずれの理論構成も可能であるように思われる。すなわち、第一に、故意が担っている一つの機能として構成する場合には、故意における事実認識・予見の対象として、「発生事実と同一構成要件に該当する事実」に加えて、「問題となっている事象⁽⁴⁹⁾」を、行為時において、行為者が意図的に行ったと仮定した場合に、結果発生の予見を与えるような事情」が要求されることになる（本稿第2章第1節を参照）。これに対して、第二に、故意とは別個の「主観的結果帰責要素」として構成する場合には、故意における事実認識・予見は、「発生事実と同一構成要件に該当する事実」を対象とするものと構成し、これとは別個の、故意に対する主観的結果帰責要素として構成されることになる⁽⁵⁰⁾（説明の便宜上、あえて比喻を用いるとすれば、「因果関係」とは条件関係のみを内容とすると構成し、相当性の問題は「客観的結果論」に位置付けるという理論構成を採るか（ドイツ）、それとも、「因果関係」の内容に相当性をも含ませる理論構成を採るか（日本）、という、客観面における結果帰責についての理論構成の違いとパラレルな状況であると言えるかもしれない）。

しかし、これまで述べてきたことから明らかにできるように、理論構成の問題は、あくまでも二次的問題にすぎない。重要なのは、その実質的内容如何なのである。

結 語

因果関係の錯誤という問題は、故意論においては、これまで、法定的符合説論者についてはともかく、具体的符合説論者においても、それほど真剣に取り上げて議論されることがなかった⁽⁵¹⁾。その理由は、おそらく、常識的な範囲内で因果経過についての予見を推定するということが、暗黙の内に承認されてきたからではないだろうか。例えば、「ナイフで人を刺して出血多量によって死亡させよう」とだけしか考えていない人であっても、「ナイフで人を刺す」という基本的行為についての認識がある以上、それに常識的に伴う因果経過（例えば、「内臓が破壊されて死亡する」）については予見があるはずだ、ということが、暗黙の内に認められてきたのではないかと⁽⁵²⁾。しかし、理論的に考えれば、これは少々正確さに欠ける議論ではないだろうか。特に、方法の錯誤と客体の錯誤との区別における詳細な議論の展開に徴して見たとき、その感は強い。また、他方で、折衷的相当性説の支持者が、「因果経過中の特別事情に対する認識」ということの意義を、理論的に十分究明することなくきたように思われるのも、やはり、折衷説を採用した場合に得られる、一見常識的な結論に安住してきたからではないだろうか。本稿における筆者の問題意識の端緒は、特殊な講壇事例に対する解答を探ろうということにあったのではない。むしろ、多かれ少なかれあらゆる事例に必ず伴っているはずの因果関係の錯誤という問題に対して、これまでの学説は、ごくありふれた日常的事例の解決についてすら、理論的に十分な解答を為し得ずに来たのではないかと、ということが問題意識の端緒だったのである。その意味で、一見「常識的」な事例処理の裏に潜む、「理論的」難問の所在を少しでも明らかにすることができたとするならば、望外の喜びである（方法の錯誤のような特殊事例よりも、むしろ、因果関係の錯誤こそが、理論的・実的に重要であるように思われる）。

本稿においては、紙幅の制限上、内外の諸学説

を十分に紹介することができなかった。また、因果関係論・故意論における理論的・体系的問題に対する考察を十分に尽くせなかったことも事実である。さらに、より具体的問題としては、「ヴェーバーの概括的故意(dolus generalis)」「早すぎた結果発生(Der verfrühte Erfolgseintritt)」「『方法の錯誤』事例の理論的解明」「過失犯における予見可能性の対象如何」といった、当然関連してくるべき諸問題についても、考察を断念せざるを得なかった。以上の問題点をも視野に入れた、因果関係論・故意論における理論的・体系的問題に関しては、別稿において検討することを予定している。

注

(1) 本文で掲げる諸事例の他に、以下のような事例も、「因果関係の錯誤」という標題の下に扱われている。

例7 AがBを絞殺しようとした。Bが動かなくなったので、死んだものと思い、砂浜に遺棄した。ところが、実際には、絞首によってはBは死んでおらず、遺棄された後に砂を吸い込んで窒息死したものだ(砂浜事例)

例8 Aは、Bを鞭で打ちつけて気絶させてから、自殺に見せかけて首を吊って殺そうと思っていた。ところが、実際には、鞭で打っている段階で、外傷性のショックにより死亡した(鞭打ち事例)

しかし、これらの事例においては、行為者が複数の行為を行った場合において、行為者の予定外の行為から結果が生じている。そのため、一方で、「砂浜事例」の場合には、そもそも殺害故意によって担われていない第二行為(砂浜への遺棄行為)を、第一行為(絞殺行為)による因果経過の一部として捉えてしまうことの可否が問題となり得る。他方で、「鞭打ち事例」の場合には、現実には結果を生じさせた第一行為(鞭打ち行為)の時点における行為者の主観的態様が、そもそも「故意」と呼べる実質を備えたものであるのか、ということが、独立に問題となり得る。そのため本稿では、砂浜事例類型と鞭打ち事例類型に特有の問題については一応考慮の外に置

き、「因果関係の錯誤」プロパーの問題に焦点をあてたい。

(2) 本文で批判の対象としているのは、具体的には、因果関係論において条件説を採用し、かつ、故意論において、因果関係の錯誤を根拠に、救急車事例のような類型の処罰限定を導こうとする立場、である。このような立場に対しては、以下のように批判する論者もいる。「実行行為後の因果系列が相当性の枠外にある場合に、既遂犯成立のための故意の符合を認めないことの前提は、このような相当性そのものが既遂犯の構成要件に属することでなければならない。因果関係の相当性を客観的構成要件の内容とせず、故意の及ぶべき事実だとするのは、まさに、『玄関で傲然と拒否した相当説を、さほど恥ずかしがるでもなく、裏口からまた引き入れる』ことである」(町野朔「因果関係論」犯罪論の展開Ⅰ(1989)215頁。以下、「町野・展開Ⅰ」として引用する)。確かに、この批判は、法定的符合説に基づいて処罰範囲の限定を試みようとする見解に対しては妥当するかもしれない。つまり、法定的符合説によれば、既遂結果に対する故意が阻却されるのは、行為者が想定した因果経過と現実に生じた因果経過とが構成要件の範囲内で符合していない場合だけである。それ故、「実行行為後の因果系列が相当性の枠外にある場合に、既遂犯成立のための故意の符合を認めないことの前提は、このような相当性そのものが既遂犯の構成要件に属することでなければならない」と言えるからである。しかし、法定的符合説とは異なる根拠から既遂結果に対する故意を阻却しようとする見解に対しては、必ずしもこのような理論的批判が妥当するとは限らないであろう。

しかし、如何なる理論構成を採るにしろ、故意が阻却される理由が、もっぱら客観的な事象経過の偶然性に基づくというのであれば、結局、「客観的な相当性の考慮に、故意の衣を着せた」(Jürgen Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektive Erfolgzurechnung, ZStW 89 (1977) S. 658.)に過ぎないものであり、実質的に考えて、「相当因果関係がないときは故意がないとするものであって、相当因果関係を裏口から忍びこませている

る」(平野龍一・刑法総論 I (1972) 139頁。Vgl. Reinhard Maurach, Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?, GA 1960, S. 101 f.) という批判が妥当するであろう。つまり、故意阻却の理由が、行為者の主観面にかかわらないのであれば、問題の解決は、相当因果関係説の採用によって図られるのが筋なのである。

- (3) それ故、救急車事例類型の場合とは反対に、行為者の主観面が不合理であることのみを根拠とする(客観面との符合とは必ずしも関係しない) 処罰限定の可能性、という問題も、本稿の検討対象からは除外されることになる。
- (4) 例えば、平野・総論 I 141頁以下を参照。
- (5) 例えば、団藤重光・刑法総論綱要〔第三版〕(1990) 176頁以下を参照。
- (6) 例えば、団藤・総論 298頁。
- (7) 大塚仁・刑法概説(総論)〔改訂版〕(1986) 192頁。
- (8) 町野・展開 I 227頁注(105)。また、山中教授も、「『因果関係の錯誤』とは『仮象問題』にすぎないのである」(山中敬一「過失犯における因果経過の予見可能性について」法学論集29巻1号(1981) 59頁)として、同様の趣旨を主張される。
- (9) 井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察」法学研究58巻11号(1985) 77頁以下。内藤謙・刑法講義総論954-5頁は、これを支持される。
- (10) 議論を単純化するため、抽象的符合説については考慮の外に置きたい。
- (11) このように考えられるとするならば、町野教授による通説批判は、それ自体問題を含んだものであるように思われる。ところが、通説に立つ論者の中には、このような批判に正面から答えて、因果関係の錯誤という問題領域を独自に設定しようとする論者もおられる。曰く、「行為からある犯罪的結果が発生するだろうということを認識・予見することは、その間に社会通念上相当とされる一定の程度の幅を持った可能性が予定されるということ〔であり、〕…その幅の限界を逸脱しない限り、構成要件の故意を阻却する重要な因果関係の錯誤は存しな

い」(福田平・大塚仁・対談刑法総論(中) 144-5頁)。しかしながら、法定的符合説の趣旨を本文で述べたように理解するとすれば、この見解のように、実際の因果の経過と行為者の認識・予見との符合を、同一構成要件該当という以上に具体的に考えようとされることは、法定的符合説に立つ以上は、理論的に考えて無意味なことなのではないか、と思われる。

- (12) 例えば、町野朔・刑法判例百選 I 総論(第二版)(1984) 108頁以下等を参照。
- (13) ドイツにおいては、従来、「予見した因果経過と現実の因果経過との齟齬が重大である場合には、故意が阻却される」というのが、通説であった。このように解することで、条件説による広範な処罰範囲(特に、救急車事例類型)を限定しようとしていたのである。しかし、学説上、客観的帰責論が通説化して以降、因果経過の錯誤理論が持つ犯罪論上の意義は、実質的な空洞化を被ることとなった。その点を踏まえて、学説上は、「行為者が現実の因果経過を予見していたか否かということは、故意の成否に関わらない」とする見解が有力となってきている(Vgl. Wolter, a. a. O. [Anm. 2], S. 670 ff. insbes. Fn. 138; Kurt Schmoller, Die Kategorie der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände, ÖJZ 1982, S. 449 ff.; Manfred Burgstaller, Erfolgzurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, in: Festschrift für Jescheck (1985) S. 373 f.; Dietrich Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht (1985) S. 309 ff.; Johannes Driendle, Irrtum oder Fehlprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986, S. 253 ff.; Wolfgang Frisch, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988) S. 571 ff.; ähnlich Friedrich-Christian Schröder, Leipziger Kommentar 10. Aufl. (1980) §16 Rdn. 17 ff. Kritisch Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, in: Festschrift für Jescheck (1985) S. 260 ff.このような傾向の背景として、客

観的帰責論において論じられている「相当性」の内容が、我が国における折衷説にほぼ対応したものであるという点も指摘することができるように思われる。Vgl. statt vieler Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 4. Aufl. (1988) S. 256 f., 258 f.; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1 (1992) §11 Rdn. 32, 46, 59.)。しかし、この論理を突き詰めて行けば、結局、等価説に至ることになるはずである。そのため、方法の錯誤においては具体化説を採用することとの理論的整合性が問題とならざるを得ない。このような問題点が顕著に現れている最近の文献として、vgl. Hans-Joachim Rudolphi, StGB Systematischer Kommentar 5. Aufl. (1989) §16 Rdn. 31, 33. ルドルフィーは、一方で、「〔因果経過の錯誤の〕場合には、行為者によって意図された結果惹起も、行為者によって認識されていない現実の結果惹起も、相互に構成要件上は完全に同価値なのであるから、その点に関する錯誤は顧慮されない」(Rdn. 31)と述べる。ところが他方で、方法の錯誤については、「〔等価説論者は、〕それぞれの客体の間に法的同価値性が存在する場合には、故意既遂が成立するとする。しかしながら、この見解は、以下の点を見逃している。すなわち、行為者の故意は、Xにしか向けられていないということ、及び、Y殺害の故意の欠如を、およそ人を殺すという一般的意思によって代替することはできないということである。何故なら、そのような意思さえも、行為者には欠如しているからである」(Rdn. 33)と述べるのである。

これに対して、通説的見解は、客観的帰責論を採用しつつも、なお、現実の因果経過と予見した因果経過との具体的符合を問題とする (Vgl. etwa Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1. 7. Aufl. (1987) §23 Rdn. 27 ff.; Jescheck, a. a. O., S. 279 f.; Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch 24. Aufl. (1991) §15 Rdn. 55; Johannes Wessels, Strafrecht Allgemeiner Teil 22. Aufl. (1992) §7IV3)。しかし、そこでの符合の基準は、従前の基準 (=①齟齬が一

般生活経験に基づく予見可能性の範囲内にあること、②齟齬が、行為に対する異なった法的評価を正当化しないこと)をそのまま踏襲したにすぎないものである。それ故、「客観的帰責論の採用に伴う、因果経過の錯誤理論の空洞化」という批判を回避することはできないものと考えられる (基準②を「空虚な公式」と批判するものとして、vgl. Rolf Dietrich Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973) S. 873. なお、この点については、注(40)をも参照)。

以上のように、因果経過の錯誤に関するドイツの諸学説は、現在、一方で、方法の錯誤との理論的整合性という問題に直面するか、他方で、空洞化した理論に固執するか、というディレンマに陥っている、といえるように思われる。

- (14) 方法の錯誤について、既にこのような見解を表明されていたのは、町野・前出注(12)111頁。Vgl. Roland Noack, Tatverlauf und Vorsatz (1966) S. 22; siehe auch Michael Hettinger, Die Bewertung der >aberratio ictus< beim Alleintäter, GA 1990, S. 543 insbes. Fn. 54.
- (15) 我が国において、このような立場に近い結論に至ることになるように思われるものとして、町野・前出注(2)、同・刑法総論〔講義案〕I (1990) 157頁以下 (但し、町野教授は、以前には、折衷説による基本的価値判断を支持しておられた (同・展開 I 215頁)), 及び、前田雅英・刑法総論講義 (1988) 207頁以下, 308頁以下。このような見解は、因果関係論・故意論それぞれの領域を個別に見ればそれなりに筋が通っているとしても、やはり、その合算として出てくる具体的帰結の妥当性が問題とならざるを得ないであろう。このうち、前田教授は、相当性判断について、客観説を採用されつつも、「具体的問題の処理についてはたしかに、〔折衷説〕が最も合理的に見える」(208頁)と述べておられる。このような基本的価値判断が影響したためであろうか、具体的にも、前田教授は、「殺意をもって被害者を蹴ったのだが、全治約10日の傷害を与えるにとどまった。ところが、被害者の脳組織が脳梅毒のために異常に弱っており、そのために死亡した」という事例の解

決如何，という問題を自ら提起されつつも，結局，明示的に結論を出すことを留保されておられるのである(214-5頁)。同所においては，実行行為性の認識の不存在を根拠に，不処罰という帰結を間接的に示唆されようとしているようでもある。しかし，この事例において，実行行為性の認識を否定することは困難であろう)。また，町野教授の見解には，前述したように，故意論において，因果関係の錯誤の処理と方法の錯誤の処理との間の整合性に問題が残されているように思われる。

(16) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. (1931) S. 197. は，因果経過の予見に関しては，このような立場に近いと思われる。

(17) 但し，エンギッシュは，相当性判断の基底については，折衷説を採用していた (Vgl. Untersuchungen, S. 81., Kausalität, S. 55 ff.)。それ故，エンギッシュの見解は，結論に関しては，法定的符合説を指向したものとなっている。

(18) Ludwig Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht (1904) S. 126

(19) もちろん，エンギッシュが，法規範を決定規範と捉えていた，という点も影響していることは否定できない。Vgl. Untersuchungen, S. 74 ff., 151 ff., 377 ff.; Kausalität, S. 54 ff.

(20) Vgl. Untersuchungen, S. 65 ff. passim.

(21) 中義勝「概括的故意事例についての一考察」刑法上の諸問題 (1991) 164頁以下。

(22) 中・前出注(21)論文は，明確にこの点を説かれる。

(23) 荘子邦雄・刑法総論〔新版〕(1982) 130頁以下，348頁以下を参照。

(24) 中・前出注(21)168頁注(9)。

(25) 中・前出注(21)162頁以下

(26) Untersuchungen, S. 79.

(27) 但し，中教授御自身は，御自分の見解を，エンギッシュに従ったものと評価しておられるようである(中・前出注(21)166頁注(2)，172頁注(2))。なお，山中敬一「具体的事実の錯誤・因果関係の錯誤」中義勝先生古稀祝賀 (1992) 191頁以下をも参照。

(28) 井田・前出注(9)75頁以下。

(29) 井田・前出注(9)78頁。

(30) 井田・前出注(9)81頁注(30)。

(31) 前田・刑法総論講義311頁以下，同・刑法の基礎 (1993) 117頁以下。

(32) さらに，「もし因果関係の認識が必要だとし，現在の多数説のように錯誤の問題をそれと一体化して考えてしまうと，…『意外な因果の流れをたどった場合』が未遂にもならなくなってしまう」という点も指摘されている(講義31頁，基礎125頁以下)。なお，この点については，後述注(46)(49)及びそれに対応する本文を参照。さらに，町野・展開 I 214-5頁をも参照。

(33) 講義310-1頁。

(34) 講義156頁以下，209頁以下等各所，基礎89頁以下。

(35) 山口厚「因果関係論」芝原他編・刑法理論の現代的展開 (1988) 57頁以下。

(36) 町野・展開 I 229-30頁。

(37) 前田教授御自身，「広義の相当性は結果の行為への帰責の基準としては役立たないようにもみえる」(基礎100頁)として，このような批判が正当であることを認めておられるようである。なお，同所では，①実行行為性は主として結果が生じなかった場合に問題となるのに対し，広義の相当性は結果が発生した場合に問題になるという点で，両者は実際上異なってくるという面がある，②両者の危険性に程度の差を考えることは十分可能である，といった点を挙げて，消極的ながらも反論を試みられておられるようにも見える。しかし，問題の焦点は，結果(結果としての危険性を含む)の発生を根拠としてこそ可罰性が認められる犯罪(=結果犯)の成否を論ずるについて，処罰根拠である現実の因果経過・結果とは切り離された危険性(=実行行為性)を問題とすること自体の是非なのである。そうであるとすれば，①結果犯の成否が問題となる以上は，その結果が，侵害結果であるか侵害の危険であるかにかかわらず，山口・町野教授の批判は妥当するはずであると思われるし，②狭義の相当性とは別個の，より抽象化された相当性・危険性を問題とすること自体が批判の対象となっているのであるから，抽象化・危

険性の程度を変えてみたところで、狭義の相当性とは別個の相当性・危険性を認める以上は、批判を回避することはできないものと思われるのである。

また、前田教授は、未遂犯の成否について論じられた別の箇所、「未遂犯の場合にも実行行為性としての危険性判断と結果としての危険性判断の二つの結果発生の蓋然性判断が考えられ、更に厳密に考えれば、実行行為と結果（としての危険性）との間の因果関係も問題となり得る。もっとも、以上の分析はあくまでも理論的な説明のためのもので、実際の未遂犯の成否の判断においては、原則として結果としての危険性判断のみを問題にすれば足りるのである。少なくとも、未遂犯における因果関係を論じる実践的意味は存在しないであろう」（基礎96頁）とも述べておられる。しかし、このように言えるのは、まさに、前田教授が、実行行為性に独立の意義を見出されておられるからこそであろう。すなわち、「因果関係を論じる実践的意味」のある場合を、実行行為性において処理されてしまわれるからこそなのである。しかし、そもそも結果犯である未遂犯において、実行行為性を独立に問題とすること自体が理論的に不当であるということになるとすれば、翻って、「未遂犯における因果関係を論じる実践的意味は存在」するということにならざるを得ないのではないかと思われる。

(38) 講義329頁以下参照。

(39) 前田・前出注(34)及び、町野・展開 I 105頁，221頁を参照。

(40) このような見解に属すると見られるものとして、vgl. Edmund Mezger, Strafrecht (1933) S. 310 ff.; Claus Roxin, Gedanken zum "dolus generalis", in: Festschrift für Würtenberger (1977) S. 122 ff.; ders, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1 (1992) S. 320 ff.; Jürgen Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung (1981) S. 120 f.; ders, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollen- dungsschuld, in: Festschrift für Leferenz (1983) S. 549 f.; Rolf Dietrich Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto, JA 1981, S. 471 ff.;

siehe auch Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 4. Aufl. (1988) S. 280.なお、この見解（特にロクシン）においては、ドイツの判例が採用する故意成立基準（＝①齟齬が一般生活経験に基づく予見可能性の範囲内にあること、②齟齬が、行為に対する異なった倫理的-法的評価を正当化しないこと(vgl. etwa BGHSt7, 325, 329)）のうちの、基準②を実質化する、という観点が、重要な役割を果たしている。この点については、本稿注(13)をも参照。

(41) Vgl. Roxin, a. a. O.但し、ロクシンの場合は、故意犯における主観的帰責基準を「計画実現の有無」と定めた上で、その判断の内実としてこの見解を主張している。

(42) なお、ヤコプスは、刑法の目的について、「Studien」の段階では、「結果の回避(Vermeidung von Erfolgen)」と捉えていた(Studien, S. 1 ff.)。ところが、「AT」の段階に至ると、ルーマンの法社会学理論(Niklas Luhmann, Rechtssoziologie (1972))の影響の下に、「規範の保証(Garantie von Normen)」を、刑法の目的と捉えるに至る(AT, 2/1 ff.)。筆者自身は、現在のところ、基本的には、刑法の目的を「法益の保護」と捉えるべきではないかと考えている(平野・総論 I 43-4頁参照。但し、このこと自体、厳密に考えれば、一筋縄ではいかない問題点を孕んではいらぬ。Vgl. etwa Jakobs, AT, 2/7 ff.)。その意味で、本稿においては、主として、「Studien」におけるヤコプスの見解を検討の素材としたい。ただ、上述したような刑法観の転換にもかかわらず、少なくとも因果経過の錯誤の解決においては、彼の見解には大きな変化は見られないように思われる。それ故、便宜的な取扱いに過ぎるかもしれないが、「Stdien」における叙述を補うものと見られる範囲内で、「AT」をも参照したい。

(43) 本文で検討した諸見解の他に、「行為者の立場から見て(vom Standpunkt des Täters aus)、齟齬が蓋然的であるか否か」という基準に言及する見解もある(Joachim Hruschka, Strafrecht, 2. Aufl. (1988) S. 11 ff. Vgl. auch Leonhard Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, Jus 1971,

S. 117 Fn. 38; Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch* 2. Aufl. (1975) 10/41, 44)。しかし、これが具体的にどのような内容を有することになるのかは、明らかではない。

また、「行為者が現実の因果経過を予見していたと仮定した場合、行為遂行を思いとどまっていたか否か」を基準とする周知のリストの見解(Franz v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21/22. Aufl. (1919) S. 170. Vgl. auch Max Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (1915) S. 332; Alexander Graf zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Aufl. (1947) S. 26)に対しては、何よりも、その方法論上の問題点を指摘しなければならない。すなわち、リストは、故意概念を規定するにあたって、「一般的 (Allgemeiner) 行為概念」から出発すべきことを強調し、行為の法的意味については、可能な限り考慮の外に置くべきであるとする(S. 164, S. 115 Fn. 1)。その上で、行為概念における「動機」の重要性を強調して、故意概念を動機概念との関連で定義する(S. 116, S. 164)。その結果として、上記の基準が導かれるわけである。しかし、故意概念とは、それが刑法理論の中で一定の機能を担うべく構成されるべきものである以上、上記の如く規範的観点点を排除してしまった故意(ないし錯誤)概念の構成は、そもそも方法論的に受け入れ難いものである。この見解によった場合に生じる個々の帰結の不当性は、まさに、このような方法論上の問題点が顕在化したにすぎないものと言えるであろう。なお、この点については、町野・展開 I 11頁をも参照。

(44) 町野・展開 I 11頁。

(45) 本文とは少し異なった観点からではあるが、vgl. Jakobs, *Studien*, S. 97. なお、因果関係論における「相当性」の理論的根拠について、山口・前出注(35)59-60頁を参照。

(46) 山口厚・危険犯の研究(1982) 164頁以下参照。このような未遂結果については、別個に、その結果帰責の有無を判断することになる。

(47) 但し、この場合、行為者の認識・予見自体の合理性如何ということは、別個に問題となり得る。

(48) フリッシュは、このような事例類型を、「行為の代替的危険の実現」と規定した上で、以下の二つの根拠から、常に故意既遂の成立を認めることが妥当であるとする。すなわち、①自己の行為に含まれている全ての危険に考慮を払っていなかったから、という理由で、故意既遂を否定される合理性はない ②「とにかく自分の行為が原因となって被害者が死亡する」という以上の具体化は「余計な具体化」である(Vgl. Wolfgang Frisch, *Tatbestandmaßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (1988) S. 611 f.)。

しかし、このような論証は、説得的であるとは思われない。この場合重要なのは、基本的な考え方の相違として、フリッシュ自身が、因果関係の錯誤事例の解決にあたって、法定的符合説的見解を採用している(=「行為を、その規範的に重要な次元で(in der normativ relevanten Dimension)把握」していればよいとする。Vgl. S. 588 f., 595 ff.) という点である。このような前提からすれば、上記の二つの論拠は、当然の帰結である。しかし、法定的符合説的見解とは異なる立場に立った場合には、このような帰結が、必ずしも当然の帰結ではなくなるものと思われる。

(49) 未遂犯の成否が問題となる場合には、「あり得た事象」が問題となる(本稿注(46)及びそれに対応する本文を参照)。

(50) なお、井田・前出注(9)60頁以下、前田雅英・刑法の基礎127頁以下をも参照。

(51) 例えば、平野・総論 I 174頁においては、「因果関係の錯誤」という概念についての言及はあるものの、具体的な検討は為されていない。町野教授は、前述のように、基本的に法定的符合説に依拠して問題を処理される。

(52) 例えば、中教授・井田助教授・内藤教授が、崖事例・橋脚事例・感染症事例等において、故意を肯定するために展開されておられる論証は、結局、このような発想に基づくものであるように思われる。さらには、福田教授・大塚教授は、法定的符合説を採られるにもかかわらず、同趣旨のことを述べられるのである(本稿注(11)参照)。