

判例にあらわれた因果理論について

植 田 博

1 最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁（大阪南港事件）の評釈において、大谷直人調査官は、相当因果関係説が「予見可能性を相当性の唯一の判断基準とすることについては、少なくとも道具概念としての有用性という点からみて、問題が残されている」、つまり、「相当因果関係説は、行為後に生じた事情のうち経験則上予見可能な事情を判断の基礎（判断基底）として相当性を更に判断すべきであるとするが、これを本件に当てはめた場合、第二暴行が判断基底に含まれるとされるのであれば、相当性は当然肯定されることになろう。…しかし、判断基底から除外されると解するとしても、相当性の判断には仮定判断も許されてしかるべきであるとする見解からは、第二暴行がなくとも死に至ったことが確実な本件においては因果関係が肯定されよう」と指摘された¹⁾。大谷調査官は、その上で、「因果関係について判例は、…具体的事例を通じてその考え方を示していくという態度を堅持してきており、集積された事例について典型的にその判断基準を検討することが必要である」ことを強調された。具体的には、被告人の第一暴行→第三者の第二暴行→死亡の結果という経過を辿った事案の類型化として、①第一暴行により死因が形成され、第二暴行は死期を早めるにとどまった場合、②第一暴行と第二暴行が重疊的に作用して死因が形成された場合、③第一暴行により重篤な傷害が発生したが、第二暴行によりこれとは無関係の傷害が生じて死亡した場合、④競合して死の結果が生じたのか、第二暴行のみが死の原因となったのか不明といった分類を提示された²⁾。

1) 大谷直人『最高裁判所判例解説刑事篇平成二年度』232, 237, 242頁。

2) 大谷, 前掲書, 239頁。

学説の側でも、最決昭和42年10月24日刑集21巻8号1116頁（米兵ひき逃げ事件）を契機として、行為後に第三者の行為が介在した事例において、相当因果関係説のいわゆる判断基底公式の射程に疑問が出されていた。井上祐司博士は、最も先鋭的に、判断基底から離れて、経過を経過として判断する方法を提示された³⁾。筆者も、最決平成4年12月17日刑集46巻9号683頁（夜間潜水訓練事件）の評釈を契機として、過失犯の因果構造は結果惹起型であるが、その亜型として「機会提供型」の因果構造が存在し、それは、行為それ自体が結果発生の、直接の・具体的な危険を内包するわけではないが、しかし、その後介在する他人の過失行為に機会を提供し、且つそれを通じて、当初の行為に含まれていた抽象的な危険が結果へと実現していく構造であることを主張した。そして、この構造を踏まえて、因果経過の相当性（狭義の相当性・危険の実現）の判断は、①行為の危険性の大きさ、②介在事情の危険性の大きさ（寄与度）、③その介在事情が介在する時点での介入とそれまでの経過との通常性（あるいは異常性）という三つの契機からなること、ただ、行為の危険性の大きさについては、とくに過失犯の場合、その定性的・定量的把握が困難な場合があり、したがって、判断の重点は、介在事情の危険性の大きさ（寄与度）の評価およびそれと事実上連動するところの、それまでの因果経過からの通常性の判断に存在するとの理論枠組みを提示した⁴⁾。ここでは、大谷調査官から相当因果関係説に対して向けられた批判の対象となった「予見可能性」、少なくとも「行為時の時点での介在事情の予見可能性」は、筆者の理論枠組みの中では維持されていない。判断基底の定式を維持するとしても、その判断時点は、行為時ではなく、介在事情の介入時にずらされる。それは、介在事情の介入についての通常性・異常性の判断は、「一定の状況」の中での社会経験的な、人間の行動に関する判断であるからであり、介在事情が行為の

3) 井上祐司『行為無価値と過失犯論』（成文堂、1973年）165頁以下。

4) 拙稿「過失犯における因果関係について」（『中山研一先生古稀祝賀論文集』（第三巻）1997年）123, 137頁。

時点で予見可能であること、あるいは不可能であることが、かならずしも通常性・異常性を担保しないと考えるからである。

本稿は、この判断枠組みが、過失犯の事例のみならず、結果的加重犯（とくに、追跡・逃走類型の傷害致死罪）の事例においても、なお十全に妥当するかを検証するものである。

2 林陽一教授は、刑法学会75回大会での共同研究において、判例理論には三つの論理、すなわち①「行為の危険性」の重視、②「誘発」概念による説明、③「死因」への言及という論理が存在することを指摘され、①および②につき次のように分析された⁵⁾。

行為それ自体の危険性の重視は、最決昭和63年5月11日刑集42巻5号807頁（柔道整復師事件）、夜間潜水訓練事件にみられ、「行為それ自体が結果を引き起こしかねない危険性を有していたから、因果関係が認められる」という論理に現れている。この論理は、広義の相当性があれば、因果関係が肯定される趣旨のようにも見えるが、そうではなく、両決定とも、行為から現実に辿ったような因果経過を辿って結果にいたる（たとえば、「被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果を引き起こしかねない」）危険性を問題としており、つまり、危険の「実現」を問題としているといえる。ただ、判例が相当性説のいう「狭義の相当性」すなわち、「因果経過の相当性」の枠組みを利用したといえるかには疑問があり、判例は、行為のもっていた危険性がその「本来の態様で現実化」したことを因果関係肯定の根拠としている。林教授によれば、「本来の態様」とは、柔道整復師事件での被告人の治療方法指示行為は、被害者とその家族がそれに従うおそれがあるからこそ危険であり、夜間潜水訓練事件での被告人が受講生からはなれることは、被害者の不適切な動作をカバーできなくなるからこそ危険であるが、いずれの事件においても、まさにそのような経過をたどったことを

5) 林陽一「最近の判例理論をめぐって」（『刑法雑誌』37巻3号、特集：相当因果関係論の再検討、1998年）56頁以下、60頁。

意味する。ただ、林教授によれば、この判例の判断が危険性の量に関する判断でないことは確かであるが、これは、因果経過の典型性という質的判断か、因果系列の同一性・独立性に関する判断か、あるいはまた規範の保護目的のような規範論的判断であるかは明確ではない⁶⁾。

次に、夜間潜水訓練事件で見られた、「介在行為は被告人の行為から誘発された」という論理は、介在行為ないし介在事情が、行為者の行為から出発する因果の系列から独立の・新たな因果系列を形成した場合ではなく、同一の因果系列に属することを意味し、それは名古屋高金沢支判昭和27年6月13日高刑集5巻9号1432頁（3%ヌベルカイン事件原審判決）のいう「介在事情が行為者の危険性を維持・増大させたのであり、行為と独立の原因となったのではない」という論理と同じ発想であるとされた。そして、林教授はこの「結果を生じさせた因果系列が、行為に発するそれと同一であるか、独立であるか」が因果判断の中心論点であること、さらに、判例は、まだその基準を明示的に提供していないと分析された。その上で、「通常予想される」出来事であれば、「誘発」されたと考えること、換言すれば、「誘発」概念は相当性にはかならないと理解することも一見可能であるが、「通常の」「予想される」事情であっても、実行行為から発する因果系列と無関係に高い蓋然性で生じる事象であれば、やはり独立の因果系列と言わなければならないとされ、同一性・独立性の判断は、相当性だけではカバーし尽くされないとされた⁷⁾。

以上のことから、林教授は判例の因果理論の重点は「因果系列の同一

6) 林, 前掲論文, 61, 62頁。

7) 林, 前掲論文, 62, 63頁。林教授が取り上げられた3%ヌベルカイン事件はいわゆる過失共働における因果関係の問題として注目されていた判例であり、薬剤科事務室から内科病棟処置室まで葡萄糖注射液のつもりで3%ヌベルカイン溶液を運んだ看護婦が、後で処置台にあるのに気づいたが、自己が持参したことに思い至らず、そのまま処置台の隅に片寄せ放置した行為につき、第1審（福井地判昭和26年12月12日）が、この看護婦の行為により、看護婦への誤った3%ヌベルカイン溶液の交付という過失行為は「補足されは正された」ものとして、過失行為と結果との間の因果関係を否定していた。

性・独立性」にあり，しかも事實的レベルで解決を模索しており（例えば，「死因」論も一つの現れ），学説の課題はこの判断基準を採求することになると，結論づけられた⁸⁾。

3 山口厚教授は，最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁および最決平成16年2月17日刑集58巻2号169頁を評釈されて，「判例は，被告人の行為の危険性が結果へと現実化した場合に，因果関係を肯定する態度を採っている。被告人の行為から結果へ至る因果の過程は，危険の実現・現実化の過程であると解することができるから，この態度は，それ自体，正当な，支持しうる考え方であるといえよう。また，相当因果関係説における相当性にも，こうした危険の実現の考え方がその基礎にあると解することが可能であるから，その結論は相当因果関係説の立場からも支持しうることになるのである」と一般的な理解を示された上で，次のような注目すべき見解を示された⁹⁾。「ただし，その場合における相当因果関係説の理解として重要なのは，相当性判断において，介在事情介入・因果経過の通常性・予測可能性に，それぞれ独立した意義があるのではなく，それは，あくまでも危険実現を判断する際の，重要ではあるが，判断要素にすぎないと解されることである。」つまり，判断基底に関しては客観説の立場を採用される山口教授は，行為後の介在事情の類型における危険実現の判断においては，「まず第一段階で判断基底の判断を行い，次に第二段階において行為と結果との間の経験的通常性の判断を行う」という伝統的な意味での相当性判断における独立した判断として，判断基底の判断を位置づけておられないことになる。

平成15年判例の事案では，山口教授は，「被害者が，長時間にわたる激しく必要な暴行によって極度の恐怖感を抱いていたこと，そうした状態で必

8) 林，前掲論文，65—67頁。

9) 山口厚「被害者の行為の介在と因果関係」(『法学教室』292号，2005年)100頁以下，105頁。

死に逃走を図る過程でとっさに危険な行為が行われたことが重要である。この事案では、被告人らの暴行により逃走を余儀なくされた被害者が、冷静な判断をなしがたい状態に陥られたことによって、とっさの判断で、極めて危険な行為にでることの可能性を肯定することができよう。それが肯定されるのであれば、高速道路上で疾走する自動車にれき過されて死亡することは、まさにその危険の現実化ということができるのである。」と判断を示された¹⁰⁾。因果判断の本質は指摘される通りであると考えが、「被害者が極めて危険な行為にでることの可能性」判断の性質・構造はどのように理解さるべきであろうか。教授はこうも言われる¹¹⁾。「暴行から逃げるため、他に容易かつ安全確実な逃走経路がありながら、あえて極めて危険な途を選び、それによって死亡した場合には、当初の暴行には、それが逃走を余儀なくさせるものであっても、被害者の極めて危険な行為を介して死を惹起する可能性・危険性は一般には認めがたいと思われ、暴行と死との間の因果関係は通常否定されるべきことになろう。」と。さらに、「この場合の被害者の死は被害者自身の自発的行為に基づくものと解される」と付言された。

ここで言われている可能性・危険性とは、行為時の時点に固定された事後予測としての可能性判断ではない。逃走を余儀なくされた被害者が、その状況のなかでとりうる選択肢についての、人間の行動に関する経験的判断であろう。つまり、他に容易かつ安全確実な逃走経路がある場合には、通常、人は高速道路を横断するような危険な行為は行わないであろうという可能性判断である。筆者もこの因果判断の枠組みを支持するが、ここで可能性判断は、これまでの相当性説の中核に位置すると考えられてきた「介入事情の予測可能性判断」とは明らかに異なるものと思われる。

次に、平成16年判例については、「被告人らによる傷害が『それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷』であり、被害者の行為により、それが死

10) 山口, 前掲論文, 106頁。

11) 山口, 前掲論文, 105, 106頁。

の結果へと現実化することが阻止されなかったにすぎないということが出来る。この意味では、『行為の危険性』は妨げられずに結果へと『現実化』したことになるのである。」と述べられている¹²⁾。ここでは、大阪南港事件と対比の中で平成16年判例の位置づけがなされる。つまり、(大阪南港事件では=筆者)「介入事情が積極的な(結果実現を促進する)加害行為であっても、それが当該結果惹起に関する寄与度が低い場合、行為の危険性の結果への実現を妨げないというのであれば、行為の危険性の結果への現実化を阻止・妨害する行為の効果を減殺するに過ぎない行為が介入した場合には、行為の危険性の現実化はいわば当然に肯定されることになる」と。さらに、続けて、「最高裁は、原判決と異なり、被害者の行為が『通常予想し得る事態』かを問題としていないが、これは、大阪南港事件決定などに示された判例の判断枠組みからは理解し得ることである」と述べられた¹³⁾。山口教授の分析で留意すべきことは、本件の因果の流れを、「被害者死亡の物理的原因は、被告人らにより加えられた傷害で、被害者の行為は、医師の治療効果を減殺した(可能性がある)ものに過ぎなかった」とされ点であり、被害者の行為のこのような評価は、原審判決(大阪高判平成15年7月10日)が、被告人の傷害が被害者の「死亡の結果発生に重要な原因となっていることは明らかであるところ、同人が医師の指示に従わず、安静を保っていなかったことなどの事情は、傷害の被害者が死亡にいたる経緯として通常予想し得る事態であるから、このことによって、刑法上の因果関係が否定されることはないというべきである」として、因果関係は被害者の行為により断絶しているとの被告人側の主張を退けていることと対照的であるように思われる。

これに対して、最高裁は、「被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡結果の発生までの間に、上記のような被害者が医師の指示に従

12) 山口, 前掲論文, 106頁。

13) 山口, 前掲論文, 106頁注23)。

わず安静に努めなかったために治療効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべきである」と職権で判示している。確かに、最高裁は、被害者の行為の介在を認めながら、それに対する特別の因果判断は示していない。しかし、だからといって、上告棄却である以上、原審の因果判断は是認されており、「同人が医師の指示に従わず、安静を保っていなかったことなどの事情は、傷害の被害者が死亡にいたる経緯として通常予想し得る事態」という原審の認定が排斥されているわけではない。本件の因果の流れは、山口教授が指摘された「被害者死亡の物理的原因は、被告人らにより加えられた傷害で、被害者の行為は、医師の治療効果を減殺した（可能性がある）ものに過ぎなかった」点にあるとするのか、被害者の行為の介在が、「術後、いったんは容体が安定し、担当医は、加療期間について、良好に経過すれば、約3週間との見通しをもった」後の容体急変の契機となっており、医療行為によって被告人らの傷害の死亡にいたる危険性が除去された上での、被害者自身の行為による死亡の原因設定であると理解するかの、いずれかであろう。だからこそ、後者の可能性を視野に入れて原審は、被害者自身の行為の介在を「通常予想し得る事態」と判断せざるを得なかったのであろう。山口教授の「行為の危険性の結果への現実化を阻止・妨害する行為の効果を減殺するに過ぎない行為が介入した場合には、行為の危険性の現実化はいわば当然に肯定される」という主張は、本件の因果の流れについて一つの立場の結論を先取りしているのではあるまいか。さらに、本件を大阪南港事件の射程の中で理解される点については、介在事情の因果的評価の視点については学ぶべき点があるが、その前提となる大阪南港事件の理解について疑問がある。

4 大阪南港事件については、「相当因果関係説の危機」を創出したもの

との評価がある¹⁴⁾。しかし、本件決定が、「なお」書きで、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ」と述べ、この部分を「第三者の行為によって結果発生が早められた場合でも因果関係が肯定された」先例として取り扱うことに、松宮孝明教授が疑義を提示された。その疑義の内容は、事実審である第一審が認定していない事実を前提として、最高裁の「判例」といわれる部分が形成されているという点にあり、その原因は、本件の二審判決が、大阪南港における殴打を「いまだ死に至る脳損傷をもたらす程度のものとは認められず、せいぜい既に発生している右内因性高血圧性脳橋出血を拡大させ幾分か死期を早める影響を与えたにとどまるものと推認される」と述べた点に求められた。そこから、松宮教授は、最高裁の職権判断は「傍論」であると結論づけられる¹⁵⁾。

ここで留意すべきことは、一審判決の事実誤認を主張する控訴趣意に対して、原審判決が「死因」概念を用いて、前記の引用部分に先立つ個所で、「南港における角材殴打が、飯場における被告人の暴行により既に惹起された内因性高血圧性橋脳出血に対し、それが加わることによって初めて死因となる程の影響を及ぼしておらず、従って右角材殴打自体は被害者の死をもたらす程の影響を持つものではなく、被害者の死亡に対し因果関係を有しない、としているものと解釈される」と述べ、さらに、「被告人の飯場での暴行により既に死因となる十分な程度の内因性高血圧性橋脳出血が被害者に惹起され、そのみによって近接した時間内に被害者は死亡するにいたったもの」と、事実を認定している。その上で、一審判決が、「南港における角材殴打は被害者の死因を惹起するようなものではなく、被害者

14) 井田良「因果関係の『相当性』に関する一試論」（『犯罪論の現在と目的的行為論』成文堂、1995年）79頁。

15) 松宮孝明「『判例』について」（浅田ほか編『転換期の刑事法学・井戸田先生古稀祝賀論文集』現代人文社、1999年）673頁以下、688、689頁。

の死亡との間には因果関係を有しないとしたこと、事実誤認はな」い、と結論する。つまり、原審判決は、一審判決を支持し、角材殴打と被害者の死亡との因果関係を否定している。そうであるとすれば、本件の因果の流れは、被告人の暴行行為により、単純に被害者の死亡がもたらされた事例であって、小林憲太郎助教授が指摘¹⁶⁾されるように、そもそも第三者の行為の「介在」がなかった、といえるのではないだろうか。

5 しかし、学説の多くは大阪南港事件の先例性を肯定し、それを前提に因果判断の理論枠組みを提示している。例えば、佐伯仁志教授は、「具体的因果経過の相当性を判断する際には、介在事情の結果発生に対する寄与度が重要であり、介在事情の寄与度が小さい場合には、それがいかに異常な事情であっても、相当性が否定されることはない」との命題を提示され、その例として大阪南港事件では、「第2の暴行は死期を若干早める影響しか与えていないので、相当性を肯定することができる」とされた¹⁷⁾。

ただ、佐伯教授は、介在事情の寄与度を判断するための、次のような方法を提示される。つまり、「行為と介在事情がどのように結果に影響を与えたかを判断するためには、介在事情がなかった場合にどのような結果が発生したか」という思考プロセス提示された上で、「大阪南港事件においては、裁判所的事实認定を前提とすれば、第2行為者の暴行という介在事情がなかったとしても、行為者の与えた脳内出血が原因となって、若干後の時点で被害者の死亡結果が生じていた。このような『結果』と現実に生じた結果を比較すれば重大な食い違いはないから、法的因果関係を認めることができる」とされる¹⁸⁾。

16) 小林憲太郎「因果関係」(山口編著『ケース&プロブレム 刑法総論』弘文堂、2004年)21頁以下、41頁。

17) 佐伯仁志「因果関係(2)」(『法学教室』287号、2004年)46頁以下、51頁。

18) 佐伯「因果関係論」(山口ほか編『理論刑法学の最前線』岩波書店、2001年)1頁以下、18頁。

この思考プロセスは、米兵轢き逃げ事件についての平野龍一博士の「B（被害者＝筆者）は自動車の屋根の上にはねあげられた後、C（同乗者＝筆者）にひきずりおろされなくても、落ちて頭を打って死ぬ可能性はかなりあったといえよう（相当性の判断の場合は仮定的判断も許されて然るべきである）。そうだとすれば、Bの死という結果は、必ずしも予想されなかったことではなく、むしろ因果関係は肯定すべきではなかったかと思われる」との批評¹⁹⁾を想起させる。仮定的判断に対しては、町野朔教授の「相当因果関係においては、当該因果経過の型の相当性が問題なのであるから、仮定的な事情を付け加えることによって現実の因果経過と別のものを想定することは許されるべきではないのである」との批判²⁰⁾がある。しかし、平野博士の批評を佐伯教授の思考方法との関連で再考すれば、「Cの引きずり降ろし行為がなかったとしたら、どのような結果が発生したか、つまり、Bの死亡という結果が発生したのか。場合によっては、自動車の振動によって、被害者が転落し死亡することもありえたのだから、介在事情の結果への影響、つまり寄与度は小さく、被告人の行為と結果との間の因果関係を認めるべきである」との見解としてうけとることも可能であろう。ここから、介在事情の寄与度を判断する方法として、その介在事情を仮定的に除去して考察することは、われわれが因果問題に直面したときに、われわれが固有にもつ一つの判断の方法であるように思われる。そして、この判断の結果、その寄与度が小さいという結論が得られれば、佐伯教授の言われるように、介在事情の異常性の判断を留保して、因果関係を肯定することになるし、思考方法としては機能的・効率的である。しかし、あくまで、この仮定判断は介在事情の結果への寄与度を判断する一つの手法であることに留意すべきである。

6 曾根威彦教授は、学説の展開を踏まえつつ、相当因果関係説の判断

19) 平野龍一『刑法 総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）146頁。

20) 町野朔『犯罪論の展開Ⅰ』（有斐閣、1989年）247頁。

方法につき、伝統的な、①行為から結果にいたる相当性（経験上の通常性）判断と、②相当性判断に当たり、そのための資料として判断基底を設定すること（少なくとも行為時の事情について）を堅持される²¹⁾。その上で、「判断基底から離れて、経過を経過として判断する方法」は、結論的に見て、介在事情についてすべて予見可能性を肯定してこれを判断基底に置くことに等しく、したがって原則として常に相当因果関係が肯定されてしまうことから、やはり介在事情についても、行為時の事情と同様、判断基底を設定することは必要であるとされた²²⁾。そこから、介在事情が「誘発された事実」であるという場合は、通常、その予見可能が認められるといえたとされ、夜間潜水訓練事件での、指導補助者および受講生の不適切な行動という介在事情が、誘発された事実であることから、直ちに行為と結果との因果関係が肯定されるかは問題となるところであるが、少なくともそれを予見可能な事情として相当性の判断基底に置くことは可能であるとされる²³⁾。したがって、曾根教授の理論によれば、介在事情が予見不可能な場合には、その介在事情を相当性判断から排除して相当性判断を行うことになる。問題はその場合における相当性判断のあり方である。これについて、①行為の危険性のみで相当性判断を行う方法や、②故意による介在事情が存在するときに、中断論ないし遡及禁止論的思考により常に相当因果関係を否定する方法のいずれも妥当ではなく、因果経過の相当性は、行為の危険性の程度と介在事情の寄与度との相関関係で決定すべきであると主張される²⁴⁾。つまり、曾根教授の理解される「相当因果関係は、現実に発生した結果が、予見不可能な介在事情を判断基底から排除して得られる想定さ

21) 曾根威彦「相当因果関係説の立場から」（『刑法雑誌』37巻3号、特集：相当因果関係論の再検討、1998年）88頁以下。なお、詳細は、曾根「相当因果関係の構造と判断方法」（『司法研修所論集 創立五十周年記念特集号第三卷刑事篇』99号、1997年）I頁以下参照。

22) 曾根、前掲論文、90頁。

23) 曾根、前掲論文、91頁。

24) 曾根、前掲論文、94頁。

れた結果との対比においてなお相当性の枠内にあるといえるか、という判断」ということになる。そうであるとすれば、判断基底に置かれた予見可能な介在事情が相当性判断に積極的に働くのに対して、予見不可能な介在事情は判断基底に置かれまいというに止まり、相当性判断に否定的に作用するわけではないということになる。ただ、予見不可能な介在事情が判断基底に置かれまいにもかかわらず、その介在事情の寄与度は相当性判断に取り込まれることになるとすれば、仮に介在事情の寄与度が大きい場合を想定すると（この場合が因果問題の中心事例）、介在事情が予見可能で判断基底に置かれる事例では、介在事情の寄与度の効果が減殺されて因果関係を肯定することになり（例えば、柔道整復師事件最高裁決定）、介在事情が予見不可能であれば、介在事情の寄与度がその効果を発揮して因果関係を否定することとなる（例えば、米兵轢き逃げ事件最高裁決定）。それは、結局、介在事情が予見不可能であれば、判断基底に置くか否かの判断を行っているにとどまらず、結果的に相当性の判断を行い、相当性を否定することと同一になるのではあるまいか。そうであるとすれば、介在事情の予見可能性判断こそが相当性判断の中核ということになり、かつて学説が判断基底をめぐって争ったこともその意味で理解できることになる。

7 かつて、エンギッシュ教授から、「広義の相当性＝構成要件的结果との関連における相当性」と「狭義の相当性＝特殊の種類と態様における因果の流れとの関連における相当性」の概念の対比を学んだとき、「構成要件的结果との関連における相当性は、特殊の種類と態様における因果の流れとの関連における相当性の系列の上に築かれ」、さらに前者は後者に基礎づけられることにより、「受け取られた危険は、みずからを相当な特別の因果経過に実現させる」との見解を得て、そこから、危険の実現判断とは、危険判断で予想された危険の系列の一つであるという判断のことだと理解

した²⁵⁾。また、井上博士によれば、それは、「危険の実現判断に際して問題となるのは、まず、当該具体的事件の因果の流れを結果に至るまで確定して、この当該事件の具体的因果経過が、さきに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ろもろの因果経過の一つのサンプルとみなすことができるか、という判断をするのである」ということになる²⁶⁾。したがって、課題は、「サンプルとみなしうる」あるいは「危険性によって覆われる」という直感的・包括的判定をどのようにして客観的に検証可能な判断として構成するかである。本稿の冒頭部分で提示した理論枠組み、つまり、因果経過の相当性（狭義の相当性・危険の実現）の判断は、①行為の危険性の大きさ、②介在事情の危険性の大きさ（寄与度）、③その介在事情が介在する時点での介入とそれまでの経過との通常性（あるいは異常性）という三つの契機からなること、ただ、行為の危険性の大きさについては、とくに過失犯の場合、その定性的・定量的把握が困難な場合があり、したがって、判断の重点は、介在事情の危険性の大きさ（寄与度）の評価およびそれと事実上連動するところの、それまでの因果経過からの通常性の判断に存在するという枠組みは、再思すれば、次のようになる。①～③それぞれは、因果判断の一つ一つの側面を示している。①の行為の危険性判断は類型的な、つづめられた因果判断であり、本質的には結果の予見可能性という主観的な判断の一面を持つ。次に、③の介在事情の寄与度は、「それがなかったとすれば結果がどのようなものとなったか」という思考を媒介とする因果判断である。そして、②の介在事情の通常性・異常性は、行為の設定した因果系列と、介在事情が結果に向けて設定した因果系列の関連性を問うものであり、①と③の因果判断を踏まえての最終的な因果判断である。林教授の指摘される因果系列の同一性・独立性の判断である。問題は、この判断を判断基底の判断、すなわち「事前の予見可能性判断」で十

25) 拙稿「『因果関係論』の再構成——相当性判断の構造と性質に関連して——」
 (『九大法学』37号, 1979年) 71頁以下, 75頁。

26) 井上, 前掲書, 185, 186頁。

全に行うことができるかにある。

曾根教授は、最決平成15年7月16日を評釈されて、本件については、1審判決と原判決及び最高裁決定とで結論は分かれたが、因果関係の認定に関する判断枠組み自体には相違がないとされる²⁷⁾。つまり、いずれもB（被害者）の高速道路への侵入についての予見可能性ないし事態の通常性を判断の基礎においており、ただ、この判断をするための資料の扱いについて相違があるに過ぎないとされる。曾根教授の分析によれば、1審判決は純客観的の事情を判断資料に用いて、「Aらによる探索はあったものの追跡の継続は認められず、Bが助けを求め、または身を隠すことのできる場所が多数あったという現場の地理的条件を基礎にして、Bの行動の異常性を導き出している。また、高速道路への侵入自体のもつ高度の危険も、その予見可能性を否定する根拠とされたと考えられる」、と。これに対して、原判決及び本決定は、「追跡を受け続けているのではないかというBの意識、さらに、公園及びマンション居室で長時間にわたる激しい暴行を受けたために、Aらに対して強度の恐怖感を抱いて必死に逃走を図ったというBの心理状態を前提として、Bの行動の予見可能性を導き出している」、と²⁸⁾。

曾根教授は以上の分析を踏まえて、介在事情の（客観的）予見可能性について、それは、抽象的にその種の事態の特異性を基礎として判断すべきではなく、Aらの行為及びその後の事態の具体的推移を前提として個別的に評価すべきである、とされた。そして、本件では「客観的、第三者的にみれば、Aらの追跡を回避するための手段として選択肢の多い、しかも時間ゆとりのある状況であったとしても、具体的な被害者の置かれた精神的心理的事情に照らすと、危険行為を選択せざるを得ない強い動機付けが認められる場合もある」、として原判決及び最高裁決定の見解を支持された²⁹⁾。

27) 曾根威彦「被害者の逃走中の事故死と因果関係」（『ジュリスト』1269号、2004年）156頁以下、158頁。

28) 曾根、前掲論文、158頁。

29) 曾根、前掲論文、158頁。

しかし、本件の因果の流れは、公訴事実によれば、「被告人らの暴行から逃れるため逃走中の被害者が、被告人らの追跡により、高速道路上に侵入することを余儀なくされた」というものであって、それに対して、第1審（長野地松本支判平成14年4月10日）は、「被告人らは、本件第2現場から逃走した本件被害者を追跡したもののすぐに見失い、引き続き付近を探索したという事実は認められるけれども、それ以上に本件被害者を追跡したことは認められず、本件被害者がどのような経緯で事故現場となった高速道路に侵入したか及びその時の被告人らの位置関係はどのようなものであったか不明である」ので、公訴事実の「追跡により」という部分の証明がないとし、さらに、「本件被害者が本件第2現場から逃走した後の行き先については、現場の地理的な条件や被害者が逃走して探索されている状況下にあるという心理状態を考えると、選択の余地は多々あり、そういう中で本件被害者が本件事故現場となった本件高速道路本線上へ侵入するしかない 或いはその蓋然性が高いといえるような事情は見出せず、被告人らの暴行から逃れる目的があったとしても、本件被害者が本件高速道路本線上に侵入するということは通常予想の範囲外といえる行動であった」ので、公訴事実の「被告人らが、本件被害者をして、本件高速道路本線上に侵入することを余儀なくさせた」という部分の証明がないとしたのである（下線は筆者）。

第1審判決の因果判断は、「追跡により、高速道路本線上への侵入を余儀なくされた」か否かを、被告人らの「暴行」―「追跡」―「高速道路本線上への侵入」―「被害者の轢過死亡」という因果の流れに即して判断し、次のような結論に至った。すなわち、被害者の高速道路本線上への侵入は、被告人らの「暴行」―「追跡」によって引き起こされたものではない、また、「仮に追跡の事実がなかったとしても、被害者が追跡されていると考え、それから逃れるために高速道路本線上への侵入もやむを得ないとして、それを実行に移したことは、被告人らの暴行によって引き起こされた、あるいは余儀なくされたといえない」。換言すれば、「被害者の高速道路本線上への

侵入」という介在事情は、異常なもの、あるいは独立の因果系列であるとしたものであって、「通常予想の範囲」という文言は用いているが、そのことは、曾根教授の指摘にもかかわらず、判断基底の判断における介在事情の予見可能性判断を行っているものではなく、介在事情の通常性・異常性の判断を意味すると考える。

これに対して、原審（東京高判平成14年11月14日）は、被告人らが手分けをして被害者を補足するための行動（「追跡」）に出たことを認定した上で、「第2現場から轢過現場までの距離は経路いかんにより約763メートルないし約810メートルであること、逃走開始から轢過までの間が約10分という短時間であることに加え、被害者は被告人らに極度の恐怖感を抱いていたものと認められることにも鑑みると、被害者は被告人らの追跡を逃れる最も安全な方法として本件高速道路への立ち入りを即座に選択したと認めるのが相当である」と判示し、さらに、「このような選択が被害者の現に置かれた状況から見て、やむにやまれぬものとして通常人の目からも異常なものとして評することはできず、したがって、被告人らにとってみても予見可能なものと認めるのが相当である」として、因果関係を肯定した。また、最高裁決定も、被害者の行動を「著しく不自然、不相当であったとはいえない」とし、「被害者が高速道路に侵入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との因果関係」を肯定できるとしている。ここでも、原審は被告人らの予見可能性に言及しているが、因果判断の実質は、「やむにやまれぬものとして通常人の目からも異常なものとして評することはでき」ないということとあり、予見可能性という判断がこの判断を十全に行うことができるとは思われない。

第1審と原審及び最高裁の判断の相違は、前者が被告人らによる被害者の高速道路本線上への侵入にまで追い詰める「追跡」を必要とし、それがない場合には、それに匹敵する被害者の選択への心理的な強制を厳格に求めたのに対して、原審及び最高裁が、追い詰めるという「追跡」がなくと

も、現実に行なわれた補足行動及びありえた自動車等による追跡が、被害者をして高速道路本線上への侵入を選択せしめたという判断をした点にある。それは、結局、「被告人らの暴行から逃れるため逃走中の被害者が、被告人らの追跡により、高速道路上に侵入することを余儀なくされた」という公訴事実につき、どのような事実及び状況があれば、「余儀なくされた」といえるかの判断に収斂することになる³⁰⁾。

8 次に追跡・逃走類型にあたる判例・裁判例を上記の観点から検討してみよう。①大判大正8年7月31日刑録25輯899頁(傷害致死事件)は、被害者が被告人の引き続き暴行から逃れるために海中に飛び込み溺死した事案で、漁船から小船に乗り移り逃げたのに、被告人が竹竿を振り上げて追ってきたのに対して、頸部に傷害を負い、このまま捉えられこのまま沖合いに連れ去られることを恐れて、被害者が海中に飛び込んだものである。これに対して、大審院は、被害者が被告人の暴行に関する動作により意思の自由を失い水に飛び込み溺れたる状態は、あたかも陸上において同様の状態に陥りたる者が逃走転倒すると同一であるとして、因果関係を肯定した。②大判昭和2年9月9日刑集6巻343頁(傷害致死事件)は、被害者が被告人らから暴行を受けた後、手足を掴まれて焚火の上に横たえられ火傷を負い、その苦痛に耐えられず、また新たな暴行を避けようとして自分から海中に投じ、心臓麻痺で死亡した事案で、「被害者の死亡の原因が他人の

30) 深町晋也「暴行とその被害現場からの逃走途中に遭遇した交通事故による死亡との間に因果関係があるとされた事例」(『法学教室』281号, 2004年, 148頁)は、被害者の逃走行動の選択が異常でないとされるための事情として、①被害者の逃走行動が、客観的にみて唯一の選択である場合、②客観的にみれば被害者に複数の選択がある場合には、被害者の置かれた状況あるいは心理面に着目して、当該選択がやむをえなかったといえる場合であり、さらに③客観的に複数の選択肢があり、かつ被害者が極度の恐怖感を抱いていなくても、なお被害者の危険行動の選択が異常でないとされる余地があるとして、追跡する側の追跡を断念せざるを得ない、逃走手段として合理性を有する場合、つまり、本件の原審のいう「最も安全な方法」を例示される。

加えたる高度の火傷に基づく心臓麻痺に因ること明確なる以上は、被害者が水中に投じ急速なる体温の逸出を来し心臓機能の衰弱又はその麻痺の程度を加えたる事実ありとするも、前示被害者の行為の介入は犯人の加えたる傷害と被害者の死亡との間における因果関係を中断するものにあらず」と判示した。ただ、判決は、その際に、被害者の死亡が被告人らが同人に加えた高度の火傷に基づく心臓麻痺に基づくことは鑑定に照らし明確であって、「他に溺死その他の死因に関する疑い」が存在しない以上は、右事実の認定は相当であると言及している。仮に本件の死因が溺死であるとするれば、被告人らが被害者を海中に身を投じるように追い詰めていない本件では、因果関係を否定する趣旨であろうか。③最判昭和25年11月9日刑集4巻11号2239頁（傷害事件）は、被告人の妻と被害者の妻の口論に介入した被害者に、被告人が「何をボヤボヤしているのだ」等悪口を浴びせて、矢庭に拳大の瓦の破片を被害者の方に投げつけ、なおも「殺すぞ」等怒鳴りながら、側にあった鍬を振り上げて追いかける氣勢を示したので、被害者がこれに驚いて難を避けようと夢中で逃げ出し走り続ける中、過って被告人居室から約20間（36メートル）位離れた畑の中で鉄棒に躓いて転倒し、それにより傷害を負ったという事案である。弁護人は、被告人の追いかけた行為と被害者の過失による負傷とは何ら関係なく、被害者が注意すれば傷害を負わなかったのであり、それは被害者の過失による負傷であって因果関係はないと主張したのに対して、最高裁は原判決の認定した事実を踏まえて因果関係を肯定している。そこでは、被害者の不適切な行動により傷害結果が発生したといえる事案であるにもかかわらず、因果関係を肯定した積極的な理由は示されていない。このような不適切な行動が起こることがありうるということであろうか。④最決昭和46年9月22日刑集25巻6号769頁（強姦致傷事件）は、被害者が共犯者の一人により強姦された後、さらに被告人らにより強姦されることの危険を感じ、「トイレに行く」という詐言を用いてその場を逃れ、暗夜の中を全裸で逃走し数百メートル離れた人家に辿り着いたもので、その脱出に際して大腿部等に傷害を負ったとい

う事案である。弁護人は、被害者が車外に出たとたん転倒負傷したのならばともかく、被告人らにおいて被害者を追跡し、威圧的言動に出た形跡はないのであるから、姦淫行為と傷害の結果との間に因果関係はないと主張した。これに対して、最高裁は、「被告人らによって強姦されることの危険を感じた被害者が、詐言を用いてその場を逃れ、暗夜人里離れた地理不案内な田舎道を数百米逃走し救助を求める際に、転倒などして受けたものであるから、右傷害は、本件強姦によって生じたものというを妨げない」と判示した。被害者の逃走は、さらなる強姦の危険から逃れ、救助を求めるためのものであるから、その機会における傷害はまさに強姦によってもたらされたものであり、被害者の介在行為は自由な・有意的な行為ではないとの判断であろう³¹⁾。次に裁判例として、⑤東京高判昭和32年5月9日高刑集10巻3号310頁（傷害致死事件）は、さらなる暴行を受けることをおそれて、助けを求めるために逃走した被害者を被告人らが追い詰め、逃げ場を失った被害者が川に飛び込み溺死した事案である。弁護人は、川の堤防内はかなりの幅があり、一面の草地でいずれの方向にも走ることができ、その広さからいって被告人3名で包囲体制をとることは不可能であり、酒を飲んでいて被害者が誤って川に墜落溺死したと、事実誤認を主張した。これに対して、裁判所は、「被害者は被告人等から暴行を受け、なおも被告人等から危害を受けることを恐れ、これを避けるため、救を求めながら逃

31) 近藤和義『最高裁判所判例解説刑事篇昭和四十六年度』176頁以下、178、179頁は、被害者が勝手に逃げ出したのでないか、被害者が勝手に逃走した結果の傷害ではないかという疑問に対して、「被害者が、詐言を用いてまで逃走を図ったのは、共犯者の一名がまず被害者を強姦しさらにそれに引き続いて被告人らが強姦しようとしたからであり、被告人らが、数百米も逃走しなければ救助を求めることができない人里離れた田舎道に被害者を連れ出したからこそ、かかる長距離の逃走を必要とした」と述べられた。その上で、相当因果関係説（折衷説）においても、「共犯者の一名がまず強姦しさらに引き続いて他の者が強姦する気配を示せば、被害者が逃走を企てることは当然のことであり、暗夜人里離れた地理不案内な田舎道を数百米も逃走すれば、転倒するなどして負傷するにいたるであろうことは、誰もが容易に予想しうることであり、と指摘された。

走したが、被告人等から包囲体勢をとって追跡された結果、逃げ場を失い、やむなく江戸川に飛び込み溺死した」と事実を認定し、被告人等の暴行と被害者の死亡との間に因果関係を認めた。判旨にいう「やむなく」の部分が被害者の介在行為についての因果判断を示している。⑥神戸地姫路支判昭和37年7月16日下刑集4巻7・8号689頁は、被告人ら2名が、河原の護岸へ通ずる水防用通路に逃げ込んだ被害者の退路を立ち、暴行を続け追撃の手を緩めない態勢を示したため、前日来の豪雨で増水した川に飛び込まざるを得ないようにし、被害者は濁流に巻き込まれて溺死した事案である。因果関係がないとの弁護人の主張に対して、裁判所は、「右のような状況下において、その被害者としては、客観的には、右第一底水護岸沿いに南方へ避難する方法はないことはないが、それは、いちじるしく困難であると認められるのみならず、被告人らのような屈強の青年二人から、判示のような暴行を加えられ、県道上への退路を断たれたうえ、なおも、追撃の手をゆるめないという態勢を示された場合において、陸上での逃路がないと考へ、とっさの判断により、被告人等の暴行から逃れるための唯一の手段として、附近の流水に飛び込み、その結果増水した揖保川の激流に流され、溺死するに至るべきことは、本件犯行の際、経験則上当然予想し得られる場合にあたるといわなければならない」と判示した。本件では、「被告人等の暴行から逃れるための唯一の手段として」という判示部分に裁判所の因果判断の実質を見ることができる。

これに対して、⑦大阪地判昭和40年4月23日下刑集7巻4号628頁は暴行と被害者の死亡との間の相当因果関係を否定した。事案は、旅館の窓ガラスを毀損するなどして逃げ出した被害者を、被告人らが追跡し、転倒した被害者に暴行を加え、さらに氣勢を示したところ、被害者が橋の欄干を越えて道頓堀川に飛び込み、溺死したものである。裁判所は、暴行が極めて軽微であり、逃走の途中で容易に助けを求めることも可能であり、さらに、転倒の際被告人兩名に完全に包囲されたわけではなく、北方への逃走路は十分にあったが、たまたま水泳に自信があった被害者が、川中に逃走路を

選択し、自ら道頓堀川に飛び込んだと認定して、被害者は、「被告人らの暴行に耐えかねて或は路上の逃走路を遮断されて、それ以上の暴行を免れるためにやむなく、道頓堀川に飛び込んだものではないと考えられるので、被告人の前記暴行と被害者の川中への逃走に起因する溺死との間には、相当因果関係が認められない」と判示した。

①から⑦の追跡・逃走類型の判例・裁判例での因果判断の中心は、被害者の介在行為が被告人の暴行・追跡からの自己保存のための逃走・脱出行為であることの判断であり、「意思の自由を失い」、「やむなく」および「唯一の手段」などの判示部分が被害者の介在行為により因果関係が否定されないことの根拠を示している。

9 傷害致死傷事件・強姦致傷事件の因果判断にとっては、被告人の暴行・傷害が被害者の死亡・傷害を惹起したといえることが必要（＝結果惹起）であり、追跡・逃走の類型においては、「暴行・追跡（これも暴行）」―「逃走」―「自己保存行為（高速道路本線への侵入、暗夜人里離れた地理不案内な田舎道の逃走、川への飛び込みなど）」―「致死傷結果」の因果の流れにおいて、被告人の行為が被害者をしてそのように「行為せしめた」あるいは「仕向けた」と判断できた場合には、被告人の行為が結果を惹起したといえよう。これは、ハート・オノレ『法における因果性』にいう「ある者が他の者に行為せしめた（caused another to act）」という因果類型に相応する。この「他人をして行為せしめた」という判断は、因果経過の判断における三つの契機のうち、③の「その介在事情が介在する時点で介入とそれまでの因果経過の通常性・異常性」の判断となる。しかし、三つの契機が、前述したように、それぞれ因果判断を含むがゆえに、それぞれの事案の因果判断を行う場合に、どの契機の問題として問題をとらえるかという場面で、判断者において異なることがある。この意味で、因果問題の解決においては、当該事案の因果の流れをどう確定するかという側面が、事実問題ではあるが、因果関係の判断において重要な位置をしめることになる。

最後に、その一例を以下示すことにする。

柔道整復師事件において、第1審判決（松江地判昭和60年7月3日）が「被告人の一連の施術、愉気及びその他布団を掛けるなどの介護が、いずれもそれ自体としては、その手段、方法、程度、態様及び結果において一般的に危険な行為とは認められないこと、その際の発言も日常の雑談と認めうる程度のものであって、いわゆる『発熱促進措置の指示』とは認められない」と、また、被害者の妻が、「いかなる事情があったにせよ、適切な療養、看護を誤り、数日にわたって、高熱の続く被害者に対して、十分な水分と栄養を補給せず、薬品を投与せず、診察を求めないでいるというような、あるいは被害者自身これを求めないような、『はなはだ突飛な』事情」と述べているのは、被告人の行為が被害者してそのように行為せしめたものではないとの因果判断を示すものと理解できる。

これに対して、原審判決（広島高松江支判昭和61年7月14日）によれば、被告人は、被害者らが被告人が指示した治療方法を終始忠実に実行していることを往診の際に見たり、被害者の母から聞いて知っていたこと、被害者らは七月六日以降被告人に対し、被害者の病状を逐一報告して治療を求め、被告人もこれに応じて昼夜を問わず被害者方を訪れ、施術を行い、治療方法について指示するなどしていたこと、被害者の家人が被告人を絶対的に信用していたことを被告人は知っていたこと等からして被害者らは風邪の治療を専ら被告人に委ねており、医師の治療を受けているとは到底窺いえず、被告人もこのことは十分に認識していたことは明らかであり、そして被告人は被害者秀夫から風邪の治療を依頼されてこれを承諾し、以後専ら治療について主導的立場のもと被害者やその家族に対し治療方法の指示をしてきたものであって、これがたんなる日常の雑談や一般的介護方法の域を出ないものであるとは認めがたく、また高熱を発し体の抵抗力が著しく衰えている患者に対し、矯正や愉気を行うことは、患者の安静を妨げるものであって有害、危険ですらある、と認定されている。この部分が最高裁（最決昭和63年5月11日）の「被告人の行為は、それ自体が被害者の

病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していた」との判示に引き継がれている。

原審判決の因果判断は、被害者の行為を独立の介在事情としてではなく、被害者らの対応（＝いわゆる介在行為）を十分に認識しながらおこなった治療方法の指示というように被告人の行為内容を規定することの中に示されている。つまり、このように危険性判断に取り込まれた被害者側の介在行為（落ち度）は、そのような治療指示行為が結果発生の高度の可能性を含むものであり、それ故当然のこととして、因果関係を否定するものではない。ここでは、「被告人の行為が被害者にそのように行為せしめたか」という因果問題は、独立に取り上げられることなく、被告人の行為についての危険判断の中に先取りされているといえよう³²⁾。

32) 曾根, 前掲論文, 96頁は, 本件最高裁決定については, 行為の危険性が高度な場合で, 介在事情の寄与度が大きくても, それが予見可能であれば判断基底に置かれ, 因果経過の相当性が認められたもの, 第1審判決については, 行為の危険性の程度が低い場合で, 介在事情の寄与度が大きい場合に, それが予見不可能であれば因果経過の相当性が認められないもの, と分析された。