

法的因果関係・省察

植 田 博

1 因果関係論の歴史を振り返ると、「米兵ひき逃げ事件」決定¹⁾ および「大阪南港事件」決定²⁾ の両決定は、学説に大きな影響を与え、それぞれ期を画する重要な決定であった³⁾。前者は、判例が相当因果関係説を採用したのではないかとの期待を抱かせるものであったし、後者は、その調査官解説⁴⁾ と相俟って、相当因果関係説は実務では有用ではないとして、「相当因果関係説の危機」を惹き起した。その後、判例の集積があり、判例は、相当因果関係説とは一定の距離を置き、いわゆる危険の実現論に親近性をも

1) 最決昭和42年10月24日刑集21巻8号1116頁。

2) 最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁。

3) 曾根威彦『刑法における結果帰属の理論』（成文堂、2012年）は、序論において因果関係論の歴史に関する時期区分を行い、第2期を「相当因果関係説の新たな展開」、第3期を「判例の展開と客観的帰属論の台頭」と規定し、米兵ひき逃げ事件最高裁決定を第2期の冒頭判例とし、大阪南港事件決定を第3期の冒頭判例として扱っている。

4) 大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇平成2年度』232頁以下、241頁。ここで大谷調査官は、「相当因果関係説は、行為と結果との間に条件関係があることを前提にして、因果関係の肯定される範囲を限定しようとする見解であるとされており、（行為の結果に対する）具体的影響力に関する事情は、相当性判断の対象となるものと思われるが、この点をどのように理解していたのかが明瞭ではない。すなわち、これまでの通説的な相当因果関係説においては、予見（予測）可能性が相当性判断の実質的基準になるとされているが、具体的影響力（寄与度）という観点からの検討が十分されておらず、右の影響力と予見可能性との関係について十分な説明がされてきたとはいいがたい」、大阪南港事件を例にとると、「異常な介在行為について予見可能性があろうとなかろうと、結局因果関係が肯定されるのであって、相当性を決定付ける要因は、専ら第一暴行による影響力にあるように思われる。」と指摘し、さらに他の類型の検討の必要性をしてされながら、「予見可能性を唯一の判断基準とすることについては、すくなくとも道具概念としての有用性という点から見て問題が残されている。」と結論づける。

つ立場を採用していると理解されている⁵⁾。

最近、法学教室の「法的因果関係」と題する塩見論文⁶⁾は、「従来の相当因果関係説」と「相当性判断の変容・再構成」を対比し、相当因果関係の分析を行った。二点の留意点を、相当因果関係説に関して指摘している。一つは、相当性説は、客観説も含めて、判断の基礎となる事情を行為時における予測可能性をもって選択する点で、抽象化された判断を行う性格を有していること、他の一つは、相当性判断における「その結果」とは具体的な結果（事実的な因果関係を判断するに際して規定された結果）と考えられること、の二点である。塩見論文は、このことから、相当性説において、結果を具体的に捉える限り、判断基礎としての介在事情の採否と相当性の判断は一致することになり、また相当性の程度は介在事情の予測可能性の程度に相応するとの帰結を導き出している⁷⁾。

- 5) これまでの判例を分析した論文として、曾根成彦「相当因果関係と最高裁判例」研修549号3頁以下（同『刑法における結果帰属の理論』所収19頁以下）、島田聡一郎「自動車のトランク内に被害者を監禁した行為と同車に自動車が追突して生じた被害者死亡との間に因果関係があるとされた事例」『平成18年度重要判例解説』（ジュリスト）1332号159頁がある。危険の実現論に親近性をもつ代表的な事件としてはスキューバダイビング事件（最決平成4年12月17日刑集46巻9号683頁）がある。そこでは、「指導補助者及び被害者の適切を欠く行為があったことは否定できないが、それは被告人の（現場離脱）行為から『誘発』されたものであって」と判示され、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係が肯定されている。拙稿「夜間潜水の講習指導者の不注意な行為と受講生の溺死との因果関係」『平成5年度重要判例解説』（ジュリスト）1046号166頁参照。
- 6) 塩見 淳「法的因果関係（1）（2）」法学教室379号50頁以下、同380号70頁以下。
- 7) 相当因果関係説は、「一般化」説ともいわれ、条件説が前提とする、原因と条件の区別を否定する「等価」説に対抗するものである。相当因果関係説では、条件の一般化と結果の一般化の操作により、介在事情を抽象化し、このような行為からこのような結果に至る因果経過が通常であるかを問う。したがって、結果の一般化を拒否することは、介在事情が具体的結果に取り込まれることとなり、介在事情の予見（予測）可能性の肯否が相当因果関係の相当性の肯否に直結することになる。しかし、「結果」について具体的結果観をとるか、抽象的结果観をとるかについては従来から争いがある。これについては、最近の論文として、加藤正明「因果関係における結果の規定について（1）（2）完」法学論叢161巻4号42頁以下、同6号83頁以下がある。

確かに、米兵ひき逃げ事件を評釈した大塚論文⁸⁾は、塩見論文が描く従来の相当因果関係説の一段階構造を示している。すなわち、「客観説の立場によっても、A（被告人）がC（被害者）をはね飛ばした行為時には、まだB（同乗者）の行為は存在せず、また事後的にも、Bの介入行為を一般的に予見しえたとはおもわれないし、折衷説の見地においても、Cが自己の運転する自動車の屋根の上に横たわっていたことすら知らずにいたAには、Bの行為によってCが死亡するであろうことは予測しうるのではなく、また通常人の判断によっても、交通事故に際して、Bのなしたような行為が通常行われるとは一般的には考えられないのであって、ともに、本判決のように、因果関係は否定さるべきだからである。」と述べている。大塚論文は、その焦点が行為時における介入行為の予見可能性に当てられ、これが否定されると、同時に相当因果関係が否定されるという構造になっている。

しかし、上述の相当因果関係の理解はかならずしも一般的ではない。たとえば、現在でも相当因果関係説（折衷説）に依拠する大谷・刑法講義総

8) 大塚 仁「業務上過失致死罪と因果関係」判例評論117号145頁以下、146頁。
なお、同『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）239頁は、「折衷説が相当性因果関係の有無の判断の基礎として、一般人の認識し得ない事実を除外しようとするのは、社会の通常人の感覚に沿った合理的な構成要件解釈論を志向するものと評価することができよう。」という（傍線筆者）。さらに、同240頁は、（折衷説を批判する見解に対して）「その見解は行為後に発生した事情は相当因果関係の基礎からはずし、その経過自体の一コマコマを検討し、その全体が経験上通常のものといえるかどうかによって、相当因果関係の存否を判断すべきであるというのである。しかし、なぜに行為後の事情を判断の基礎からはずしうるのかの理由があきらかでない。そして、このように行為後の事情を別個に取り上げ、介入事情について因果経過のいちいちを問題とするときは、その間の因果の鎖は、前後、相受けて緊密に結びついているのが一般であるから、余程異常な事態の介入する例外的場合でない限り、相当性があると判断されることになろう。」と述べ、結論として、「相当因果関係の存否は、行為時において、一般人および行為者の予測し、または予測し得たところを基礎として判断されるべきであり、かつ、それで足りる」とする。

論⁹⁾は、「刑法上の因果関係の判断は、条件関係の存在を前提に、①行為の当時において一般人が認識又は予見しえた一般的事情および行為者が特に認識または予見した特別の事情を確定し、これらの事情を基礎として、②その行為からその結果が生ずることは一般の経験則（社会通念）上相当であるということを標準に行われる。」と述べる。ここでは、判断基底（基礎）に関する判断と相当性判断が二段階に行われている。この二段階の判断構造を明確に主張したのは、「相当因果関係の構造と判断方法」と題する曾根論文¹⁰⁾である。その構造は、介入事情が経験則上予見可能であればこれを相当性の判断基底に乗せ、次に相当性の判断を行い、①介入事情が判断基底に取り入れられる場合は、行為の危険性の程度を問わず、また介入事情が結果に及ぼした影響（寄与度）の大小を問わず、相当因果関係が認められ、②介入事情が予見不可能であるとして判断基底から排除される場合は、行為の危険性の程度と介入事情の寄与度との相関関係で相当性の有無が決まる、という二段階の構造を示している。この曾根論文は、大阪南港事件決定後に発表されており、また、介入事情の結果への寄与度という新しい構成も取り入れたもので、塩見論文のいう相当性判断の「変容・再構成」と評価することも可能である。

それでは、従来の相当因果関係とは、これまでどのような理論として理解されていたか。塩見論文のいう一段階構造なのか、それとも一般に指摘されている二段階構造なのか、これを、事例は少ないが、わが国の裁判例のなかで示された因果関係の理解を分析することを通じて明らかにし、その上で、相当因果関係の理論枠組みを提示すること、これが本稿の目的である。

2 米兵ひき逃げ事件第二審判決¹¹⁾は、因果関係の判断基準を、「特定

9) 大谷 實『刑法講義総論 新版第4版』（成文堂、2012年）213頁。
 10) 曾根威彦「相当因果関係の構造と判断方法」司法研修所論集99号1頁以下、9頁（同『刑法における結果帰属の理論』所収30頁以下）。
 11) 東京高判昭和41年10月26日刑集21巻8号1123頁以下、1126頁。

の行為に起因して特定の結果が発生した場合において、これを一般的に観察してその行為によってその結果を生じるおそれがあることが、経験則上当然予想し得られるときには、たとえその行為が結果発生¹²⁾の単独かつ直接の原因ではなくその間他人の行為が介入してその結果を促進助長したとしても、これによって因果関係は中断せられず、先の行為をなした者はその結果の発生に原因を与えた者として責任を負うべきもの」と規定する。この判決の判断基準が相当因果関係説であるかについては、「単独（唯一）かつ直接原因性」不要という従来から条件説的と理解された表現が用いられていることから異論が予想されるが、しかし、この基準の本件事例への適用と併せて考えると、相当因果関係説の枠内にあると評価できる。すなわち、「本件において被告人の自動車衝突による叙上のごとき衝撃が被害者の死を招来することあるべきは経験則上当然予想し得られるところであるから、同乗者マーチンの行為の介入により死の結果の発生が助長されたからといって、被告人は被害者致死の責を免るべき限りでない。」と。ここでは、同乗者の介入行為は死の結果発生を「助長」したにとどまり、自動車衝突による死の招来の可能性が介入行為を通じて結果に具体化しているとの判断が示されている。ただ、同乗者の介入行為が結果発生¹²⁾の「助長」にとどまる根拠は示されていない。被告人の車の被害者との衝突が同乗者の介入行為と相俟って結果を発生させたという趣旨を含意しているとも受け取れるが、結果発生¹²⁾の「助長」というのは、因果経過の相当性を判断するという観点からの介入行為に対する因果的評価である。

このような、因果経過の相当性判断における介入行為に対する因果的評価は、かつて「3%ヌベルカイン事件」¹²⁾においても示されている。ブド

12) 最判昭和28年12月22日刑集7巻13号2608頁。この判決に対する判例評釈である、井田 良「3%ヌベルカイン事件」『医事法判例百選』（ジュリスト）183号160頁は、「第1審判決は、Cが3%ヌベルカイン溶液在中のホルベンが混在していることを確認し、これを区別して処置台の隅に置いたことにより、先行過失が『補足され是正され』ており、Bの行為と患者の死亡との間の相当因果関係が否定されとした。その趣旨は必ずしも明らかではないが、Cの対応にもかかわらず、それでも間違えたDの過失行為の介入は異常性が高いということなのであろう。しかし、

ウ糖注射液の交付を薬剤科事務室に求めにきた内科看護婦A（本件では不起訴）が、交付された3%ヌベルカイン溶液を内科病棟に持ち帰り、同処置台の上に同液を一旦置いた後、他の用事を済ませ処置台に戻り、同液が置かれていることに気づき、同液がそこに置かれていることに不審を抱いたが、自己が持ち込んだことなど思い至らずに、処置台の右端上方部に片寄せ置いた行為について、第一審と第二審で因果判断が分かれている。すなわち、第一審¹³⁾は、薬剤科事務員が3%ヌベルカイン溶液を内科看護婦にブドウ糖液と軽信して交付した過失行為は、内科病棟看護婦Aの確認行為によって「補足され是正された」とし、薬剤科事務員の過失行為と患者の死亡との「相当と認めるべき因果関係」がないと判示した。これに対して、第二審¹⁴⁾は、内科看護婦Aが処置台に同液を片寄せたのみで放置したため、内科看護婦Bが注射液充薬のための各看護婦の共用の場所であって、処置台に注射液の容器が置かれる外ヌベルカイン溶液などの劇薬が放置せられた例が絶無であったことから、同溶液をブドウ糖注射液と速断し、と事実を認定した上で、「原判決の判示（内科看護婦Aの）行為は何ら同人の前者の過失行為を『補足し是正』するに足るものではなく却って前者の過失行為の発展の危険を更に過失により維持増大せしめたとみななければならぬ。」と判示した。

米兵ひき逃げ事件第二審判決及び3%ヌベルカイン事件第一審・第二審判決に共通に見られることは、介在事情に対する因果的評価を踏まえて、当初の行為と結果との間の因果関係につき判断している点である。3%ヌベルカイン事件第二審判決も、薬剤師と薬剤科事務員の過失の内容と後の

ながら、前例にない形で同じ処置台の上に置かれており、標示紙の点でも区別がつきにくい2つの薬剤を混同誤認したDの過失は、了解可能なものであって異常性が高いとはいえ、そもそもブドウ糖注射液と一見明白に区別がつかない外観のヌベルカイン溶液が内科処置台上に置かれるに至らせたA及びBの過失行為との関連性の強さと落度の程度の比較という観点から見ても、因果の流れは相当性を欠くものとはいえない。」とする。

13) 福井地武生支判昭和26年12月12日刑集7巻13号2629頁, 2633頁。

14) 名古屋高判金沢支判昭和27年6月13日刑集7巻13号2634頁, 2638頁。

過失行為に与えた影響力を検討し、同事務員が溶液を看護婦に交付し順次各人の過失行為が連帯結合し患者を死に致したと結論づけ、両名の過失行為と結果との間の因果関係を認めている。ここでも、行為時における介入行為の予見可能性という視点はない。

3 米兵ひき逃げ事件後に決定が出された興味深い事件に「未知の結核病巣事件」がある。それは、最高裁判所が相当因果関係説を採用したのではないかとの期待が集まる中、被告人の暴行と被害者の死亡との間に、第三者である医師の治療行為が介入し、それが被害者の死亡に寄与した事例で、それについて最高裁判所が因果関係についての判断を示したものである¹⁵⁾。この事件では、第一審と第二審との間で、因果関係の存否について

15) 最決昭和49年7月5日刑集28巻5号194頁。事案の概要は、被告人が被害者を地上に突き倒し同人の大腿部、腰部などを地下足袋で数回踏みつけるなどの暴行を加え、同人に対して左血胸（胸腔内血液貯留）、左大腿打撲症の傷害を負わせたところ、同人の胸腔内貯留液を消滅させるため医師が投与した薬剤の作用によりかねて同人の体内にあった未知の乾酪型の結核性病巣が滲出型に変化し、これが炎症を惹起して左胸膜炎を起こし、これに起因する心機能不全のため同人が死亡したというものである。なお、拙稿「刑事判例研究：暴行と死亡の結果との間に因果関係があるとされた事例」法政研究44巻2号118頁以下参照。さらに、この決定について、大沼邦弘「暴行と死亡との間に因果関係があるとされた事例」警察研究48巻6号47頁以下は、本件が最高裁昭和42年決定と事案を異にするとしながら、第一審と第二審の「相当性」の理解について分析している。いわく、「問われるべきは、本件事案のように、被害者Aに乾酪型結核性病巣が伏在していた事実と、医師Bによるステロイド剤投与という事実が、『経過の相当性』を否定するファクターとして働くか、という点である。81歳の高齢者の身体には、通常、どこか、弱いところ、悪いところがあり、極めて軽い暴行によっても、それが顕在化しやすいと考えてもよいし、本件における右のような事実の存在も、必ずしも突飛なことではないといえよう、当該経過の相当性についても、これを肯定してよいのではないと思われる。ただ、これに対しては、『なんらかの余病の併発』というように、介入事情を一般化、抽象化してしまうことには疑問が残るとして、例えば本件において乾酪型結核性病巣そのものが、Xの暴行と競合すること自体の通常性を吟味すべきだとする考え方もありえよう。」とする。また、相内信「暴行と死亡の結果との間に因果関係があるとされた事例」警察研究55巻8号87頁以下は、「問題の要点は、本件の因果の経過の中で、ステロイド剤の作用により乾酪型の結核性疾患が滲出型に変化することが異常なことなのかどうかにある」と

判断が異なっている。第一審判決¹⁶⁾は傷害致死にかかる因果関係について次のように判示している。すなわち、「特定の行為に起因して特定の結果が発生した場合でも、これを一般的に観察して、この行為によってその結果が発生する虞のあることが、経験上、普通、予想し得られる場合でなければ、刑法上の因果関係があるということとはできない。これを本件についてみると、…血胸から、その治療のためステロイド剤が使用されて、循環障害を起こし、そのための心機能不全に陥って死亡するに至るであろうことは、被告人には到底予想することができなかつたものであり、医学上の専門知識を有する医師らも予想できなかつたことであつて、これがわれわれの経験上、普通、予想しえられるところであると到底いえない。」として、被告人の行為と被害者の死亡との間の刑法上の因果関係を否定している。この判示は、米兵ひき逃げ事件の最高裁判所の、「同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるがごときことは、経験上、普通、予想しえられるとことではなく」との決定要旨を想起させる。しかし、第一審は上述の判示部分に先立ち、次のような判断を示している。すなわち、被告人の暴行により被害者に生じた血胸が、その死因となつた循環器障害に何ほどかの影響を与えたのではないかとの疑いを払拭することはできないが、①治療に当たつた医師によれば、貯留液がこのまま固定されれば退院させてもよいと考えていたこと、また、②医師らは血胸によって循環器障害が生じることは予想していなかつた、さらに、③心臓に関する病変は相当高度であ

- ノ して、「それが異常でない、すなわち同剤によるそのような作用があることが医師にとって当然であると理解されていたものとすれば、本件事案の特殊性は、被害者に未知の結核性疾患が存在しており、それを医師が発見しえなかつたところに」あり、「逆に、同剤のそのような作用が未知のものであつたとすれば、本件事案の特殊性は因果の経過それ自体に存する」とし、結論として、本件は前者であるから、原審、最高裁のとらえ方が妥当とする。前者の大沼評釈が一般化説としての相当因果関係説の理解をとるのに対して、後者の相内評釈にはそれはなく、介在事情の異常性を端的に判断しようとしている。

16) 長崎地佐世保支判昭和47年12月26日刑集28巻5号201頁。

り、これは結核性心膜炎の進行したもので、これらの事実を併せ考えると、被害者の心機能不全の原因となった循環障害は、専ら結核性の左胸膜炎と左右の肺水腫および右肺の肺炎に起因するものと解するのが相当であるから、被告人が加えた暴行およびこれによって生じた血胸の作用が循環器障害にまで及んだものと認めることができない、と事実を認定している。

これに対して、第二審¹⁷⁾は因果関係の基準として、「致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に特別な病変、体質があったため、これと相俟って死亡の結果を生じた場合であっても、暴行による致死罪の成立を妨げないことは、…最高裁判所判例の示すところである」、との立場を示した上で、本件について、「被告人の本件暴行が、被害者の前示結核性疾患という特殊の事情さえなかったならば致死の結果を生じなかったこと（もっとも暴行に基づき生じた血胸を放置すると、高齢の被害者の生命に影響があること…）、さらに被告人が行為当時右疾患に関する特殊事情あることを知らず、また、致死の結果を予見することができなかったこと（しかし、被告人としては、暴行の相手方に特定の病変のあることを知らなかったとしても、同人が81歳の高齢者である以上、外面は健康体に見えても少なくとも一旦受傷するとなんらかの余病を併発する虞のあることは普通、予見し得られる場合に該当するといえる）が真実としても、被告人の暴行に基づく結果が、被害者の他の病変とあいまって致死の結果を生ぜしめたものと解される以上、当該暴行と致死の結果との間に因果関係を認めることができる。」と判示している。この第二審の判示は、形式的には、唯一性・直接性不要との立場に依拠しているが、実質的には、相当因果関係説に依拠したとしても、因果関係が認められる、と判示したと理解できる。つまり、被告人の暴行が被害者にもたらした血胸は、それ自体これを放置すれば、高齢の被害者の生命に影響するものであること、さらに、被害者

17) 福岡高判昭和48年12月12日刑集28巻5号208頁。

が81歳の高齢者である以上、外面上は健康体に見えても、少なくとも受傷すればなんらかの余病を併発する虞のあることは普通予想されること、そうであるならば、「被告人の暴行－血胸－余病の併発－被害者の死」という因果経過は、普通、予見できるものと判断できるというのである。第二審がこのように判断した前提には、第一審とは異なるところの、以下のような事実の認定がある。すなわち、①結果性の病巣については、血胸があったため、レントゲン写真に写らなかったこと、また、②被害者に対する問診でも既往症はないし、また自覚症状もなく、さらに、③被害者に痰を吐き出す力がなくこれを検査することができなかったこと、そうすると、医師としては、血胸を放置すると胸膜が癒着したりし、呼吸不全を起こすことがあり、また被害者のように高齢者の場合は余病を併発することが多くみられたが故に、結核疾患を念頭に置くことなく、血胸の貯留液を消去することに専念したこと、また、結核性の病巣があったことは、死亡後の解剖によって発見されたことが認定されている。これらの事実認定を踏まえて、第二審は、医師としては血胸を放置すると被害者の身体に重大な影響を与えるので、相当な注意を払ってステロイド剤が投与されたとの判断に至り、結論的に、被害者の暴行により被害者の身体に加えた影響結果が、第三者の医療過誤などの行為によって死亡の結果を生じさせたとの形跡はないのであるから、被告人の暴行と被害者の死亡との間に、「他人の行為の介入はなかった」というべきであると判示している。

第一審と第二審の因果判断の結論の相違は、よって立つところの理論の相違（相当因果関係説か唯一性・直接性不要論）ではなく、前提となる事案についての理解の相違がもたらしたものと考えられる。第一審は、被告人の暴行によって加えられた血胸は、治療可能な程度の傷害であり、死因となった循環障害は、ステロイド剤が結核性の病巣に作用して、それが変化し、最終的に心機能不全を惹き起したという理解であり、これに対して、第二審は、ステロイド剤の投与は、具体的な状況において、適切な治療法であり、そこに医療過誤などの第三者の行為の介入はなく、被告人の暴行

によって生じた血胸が被害者の有する余病と相俟って、被害者の死亡を惹き起したとの理解である。事案を単純化すると、第一審の理解は、本件事案は第三者の行為の介在によって結果が生じた事案であり、第二審の理解は、被告人の暴行は、それが被害者の特異体質に直接に作用したわけでないが、必然的に行われた、しかも適切な医療行為を介して死の結果をもたらしたものであり、そうすると、被告人の暴行が被害者の特異体質と相俟って被害者を死亡させた事案の一類型ということになる。両判決とも、相当因果関係説の判断基底の基準である「介在事情の予見可能性」という定式によっていないことは明確であり、結論を分けたのは、介在行為であるところの、直接的に結果発生に寄与した治療行為についての法的な因果的判断の相違であったといえる。

4 本件の小田調査官の解説¹⁸⁾は、本件の事案は、被告人の暴行と被害者の持病があいまって被害者の死亡の原因となった点では、第二審判決が引用している5つの最高裁判決¹⁹⁾の事実関係と類似しているが、被告人の暴行が直接結核性病巣に作用したのではなく、被告人の暴行によって生じた血胸の治療のために使用された薬剤の作用によって、結果性病巣が悪化したという点では、事実関係を異にしている、と指摘する。その上で、

18) 小田健司「暴行と死亡との間に因果関係があるとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和49年度』43頁は、最決昭和42年10月24日刑集21巻8号1116頁は明示的に相当因果関係説を採用したものとわれ注目を集めたが、その後の最判昭和46年6月17日は、相当因果関係説によることを明示して被告人の暴行と致死の結果との間の因果関係を否定した第二審判決を判例違反として破棄し、条件説に近い結果となる見解を示した、と指摘し、さらに、最高裁の判例が因果関係につきどのような考え方をとるかは明らかではない、とする。その上で、「刑法上の因果関係に関する判例を検討するにあたっては、判例がどのような表現を用いているかということよりも、どのような事実関係の場合に因果関係を認め、どのような事実関係の場合に因果関係を否定したかがより重要である。」と結論づけている。

19) 5つの最高裁判決とは、最判昭和22年11月14日刑集1巻6頁、最判昭和25年3月31日刑集4巻3号469頁、最決32年3月14日刑集11巻3号1075頁、最決36年11月21日刑集15巻10号1731頁、最判昭和46年6月17日刑集25巻4号567頁である。

本件では、血胸の治療のためにステロイド剤を投与した医師の処置の適否が問題となり、第二審判決は、被害者を放置するとその生命に危険を生じるおそれがあったこと、被害者に結核性の病巣があったことを発見することがきわめて困難であったこと等から、医師の処置に過失はなかったとする。

その上で、第二審は基本的に条件説によったものとみられるが、「被告人が暴行の相手方に特定の病変があることを知らなかったとしても、同人が81歳の高齢である以上は外面上は健康体に見えても少なくとも一旦受傷するとなんらかの余病を併発する虞のあることは、普通予見しえられる場合に該当するとしていること」は、相当因果関係説によっても因果関係を認める趣旨であろう、と結論する。

5 これに対して、「老女布団蒸し事件」第二審判決²⁰⁾は、相当因果関係説の折衷説に依拠することを明らかにした上で、相当性判断の基礎となる事情として、①被告人の暴行の態様、②被告人の暴行の程度、③被害者の体質、とくに心臓の病的素因について検討している。①については、大声をあげる被害者の口を右手掌で塞ぎ、その勢いで被害者が後方に倒れるや、上から両手でその頸部や口を押さえつけ、さらに傍らにあった夏掛ぶとんを顔にかぶせて、その上から被害者の口付近を押さえつけ、強く抑えた時間は2、3分であったこと、②については、暴行の程度は、高齢の女性に対しては反抗抑圧の程度に達していたといえるが、必ずしも通常死の結果をみるべきほどに強度のものではなかったこと、③については、被害者が高血圧で治療を受けていることは、被告人は認識していたが、「被害者が極めて軽微な外因（例えば、口ぎたなくののしられる、強いせきをする、子供を叱るために大声を出して興奮する、テーブルスピーチのために立ち上がる、排便のために力むなどの極めて軽微な外因）によって、突然

20) 東京高判昭和45年3月26日高刑集23巻1号239頁。

心機能の障害を起こして心臓死に至るような心臓疾患の症状にあった」ことは治療していた医師さえも気づかないことで、被告人が知り得べき筋合いではなかったこと等の事実を認定し、それを踏まえて、相当因果関係を否定している。

この第二審判決は、上告審において判例違反として破棄された。そこで判例違反として挙げられた判例は、未知の結核病巣事件第二審判決が挙げたものと同一であり、被告人の暴行が被害者の特異体質に直接作用した事案との認識が示されている。本件第二審は、相当因果関係の折衷説に依拠し、相当因果関係を否定したものと理解されているが、第二審の事実関係の理解はかなり特異なものである。第1に、強盗致死罪における暴行の程度に関する理解において極めて高度な暴行の程度を要求していること、第2に、被害者の心臓疾患について極めて軽微な外因によっても心臓死に至るほど重篤であったとの二点の理解である。前者については、強盗罪における暴行の程度は、具体的な状況の中で、相手の反抗を抑圧する程度であることが必要であることは判示の通りであるが、それが「通常死の結果をみるべきほどに強度のもの」であることは必要ではない。さらに、後者については、本件の柴田調査官の解説²¹⁾も触れているが、結果的加重犯の成立のためには、結果発生の見えないしその可能性（結果発生についての過失）の存在を必要とするとの立場から、被告人に被害者の死の結果の見えないことから致死の結果的加重犯として処断することを得ないという判断²²⁾が、折衷説に依拠する相当因果関係の判断に先取りされたのではないという疑念がある。第二審判決は、従来の裁判例にみられる相当因果関係説からは一定の距離があるといえる。

6 以上、最高裁判所が相当因果関係説を採用したのではないかと推測さ

21) 柴田孝夫「暴行と致死の結果との間の因果関係」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和46年度』113頁以下、117頁。

22) 前掲注20, 254頁。

れた時期における裁判例を検討した。そこで相当因果関係に依拠したと考えられる裁判例では、事実関係を確定した上で、行為者と結果との因果関係の存在に影響を与える事情、すなわち介在事情について、端的にその因果的な評価を加えて、その上で因果経過の相当性、つまり相当因果関係を判断している。そこには、介在事情の予見可能性という問題の立て方はなかった。その後、老女布団蒸し事件上告審判決²³⁾が登場し、上記の推測が否定されたとの見解²⁴⁾も登場した。その後、登場したのが大阪南港事件であり、調査官解説で相当因果関係説における「予見可能性」という判断基準について、その有効性に疑問が提示されたことは前述したとおりである。それでは、次に大阪南港事件を再度検証して、その疑問について検討しよう。

警察研究での山口判例評釈²⁵⁾は、「本決定は…被告人の行為及び介入行為の結果に対する『寄与度』を問題とする考え方を採り、死因の同一性の範囲内における第三者による死亡時期の繰り上げは因果判断において重要ではないことを示した。」と位置づけ、この内容をどう理解するかが問題として、「結果発生の第三者による繰り上げが無視される根拠をあえて探れば、…当該具体的な死も蓋然性・可能性の範囲内にあったとして相当性を肯定することに他ならず、このようなありうべき結果の範囲内での介入事情の『抽象化』は認めつつ、結果の『抽象化』自体は否定する考え方である。」との理解を示す。「本決定は限定なく死亡の『抽象化』を認める考え方を採らなかった点で妥当であるが、本件は、まさに第二暴行には「幾

23) 最決昭和46年6月17日刑集25巻4号567頁。

24) 中森義彦「他人の行為の介入と因果関係(4)」『刑法判例百選I 総論[第6版]』(ジュリスト)189号32頁。また、そこではさらに、米兵ひき逃げ事件について、「この事案は過失犯であって、その成立には因果経過の基本部分の予見可能性が要るとされるのが一般的であるから、因果経過の予見可能性が否定されることによって、いずれにしても結果についての刑事責任は認められないことになるのであり、この決定に大きな意義を認めるのは妥当でなかった。」と指摘がある。

25) 山口 厚「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間に因果関係が認められるとされた事例」警察研究64巻1号43頁、52頁。

分か死期を早める影響」が認められるに過ぎない事案であり、この意味で正当化できると狭く考えるべきである。」と評価する。

山口評釈が指摘する「介入事情の抽象化」が認められるのであれば、そもそも本件では因果問題はなかったといわざるをえない。というのは、被告人の行為と結果との間に第三者の行為（介入事情）が介入した場合に、因果問題が生じるのは、介入事情が結果の発生に寄与度を持つからであり、また、この限りで、結果が介入事情によって特定された具体的結果となり、そうであるが故に、被告人の行為と当該結果との間に因果関係の存否について問題が生じるからである²⁶⁾。

26) 井田 良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）46頁以下、59-60頁は、大阪南港事件を素材として、「従来の相当因果関係の基準によるとき、Y（第三者）による故意の暴行の介入はおよそ偶然的で稀有・異常な事態といわざるを得ない。したがって、かりに死期がはやめられたのであれば、早められて死亡との関係では因果関係を否定することがすなおであるかもしれない。」としつつ、「相当因果関係説による判断の基準とされてきた因果の流れの経験的通常性・一般的予測可能性は、それ自体が本質的なのではなく、危険の確証の関係が存在することを推測させる事情にすぎなかったといえよう。そうだとすれば、かりに因果経過の途中において稀有で異常な事態が介入したとしても、行為の危険性が発生結果の途次に直接的に実現していると解される場合であれば、結果を行為に帰すことを正当化できる程度に、行為の危険性が確証されたといえるであろう。…大阪南港事件のケースのように、実行行為により死因となった傷害が形成されたが、予測不可能な事情が介入して傷害の致命的作用が促進され、死期が早められた形で被害者が死亡したというような場合には、行為の高度の危険はなお具体的結果として直接に実現したとみることができる。いいかえれば、結果発生の様相の抽象化は死因が同一である限度においては可能であると解することができるのである。」という。つまり、この見解によれば、死因が同一である限度で「結果発生の様相の抽象化」は可能であり、それゆえ、死期の短縮は度外視され、それゆえ、第三者の介入行為も考察から排除されることになる。そうすれば、大阪南港事件は、被告人の暴行が内因性高血圧性橋脳出血を生じさせ、これが被害者の死を惹き起したという単純な構造の事件として理解される。その限りで、本事件には因果問題はそもそもなかったといえる。

なお、前掲注7の加藤論文は、介入事情の選択基準として（A）故意・過失がないなど明らかに負責の対象とならない行為、または、（B）法益侵害の可能性を高めない、あるいはすでに十分に条件づけられた後に付け加わった要因は、介入事情として選択されない、とする。その上で、大阪南港事件について、介入事情

これに対して、塩見論文²⁷⁾は、「第2暴行がなければ死亡したであろう時期をP時点、現実の『若干早め』られた死亡時期をQ時点とした場合、第2行為を判断基礎から取り除けば、『Q時点の死』の発生は不相当となると思われる。人の生命にとって死亡時期は重要なファクターであり、それを『若干早めたに過ぎない』から考慮しなくてよいとの評価には疑問が残る。とする。これを踏まえて、(被告人の)行為の危険性(寄与度)が高度であること-(被害者の)内因性高血圧性橋脳出血が「死因」であること-が強調されすぎた嫌いがある。第2暴行も被害者の死に何ほどかの寄与をしているのであり、そこに結果は帰属されないのか-被害者の橋脳出血の促進は「共同原因」ではないのか-が検討されねばならない、とする。

事実関係は、被告人の暴行と第三者の暴行が、共同して早められた死を惹起したと理解すべきであり、因果問題を解決するためには、第三者の介在行為の異常性・通常性を判断すべきである。本件では、被告人が重傷の被害者を大阪南港に遺棄しているのであり、少なくとも第三者の暴行に対する機会を提供していると考えられる。

筆者自身は、「被告人の行為の危険性」、「介在事情の結果への寄与度」、「その介在事情が介入する時点での、介入とそれまでの因果経過との通常性」という三つの契機が相当因果関係の判断にとって重要であり、これらの契機を踏まえて因果経過の相当性、つまり、経験的通常性が判断されると考えている(通常性が否定されれば、それは独立の事情となり、肯定されれば、誘発された、あるいは影響された事情となる)。そのためには、介在事情である第三者の暴行の介入に関する諸事情が明らかにされなければならない。

の選択基準(B)をあてはめ、第二行為は「既に十分に条件づけられた後に付け加わった要因」であるから、介在事情として取り入れられるべきではなく、それ故、規定されるべき結果は「大阪南港における〇時△分前後の、内因性高血圧性橋脳出血による死」という程度にまで抽象化される、と結論する。

27) 前掲注6、「法的因果関係(1)」法学教室379号50頁以下、53頁、54頁。

7 前掲の中森論文²⁸⁾も、本件決定に対して、「結果に対する影響力・寄与度が決定的であり、介入事情の異常性は重要ではないという主張は妥当ではない。」と批判している。

介入事情の通常性・異常性の判断が、相当因果関係の存否を決定する重要な要素である。相当因果関係説に立脚して因果関係を否定したとされる米兵ひき逃げ事件上告審判決についての調査官解説²⁹⁾は、第二審判決が「本件において被告人の自動車の衝突による叙上の如き衝撃が被害者の死を招来することあるべきは経験則上当然予想し得られるところであるから」としていることを捉えて、相当因果関係説に依拠しているように見えるが、この論理は不当であると批判する。その理由は、衝撃の強さが一般的に人を死亡させるに足るものでありさえすれば、当該被害者の具体的な死因が何であろうと、致死の責任を負わせられることになるからである。その上で、海老原調査官は、同乗者の行為を殺人にも類する行為と評価した上で、「相当因果関係説をとる以上、本件のように行為者の認識した因果関係の過程と著しく異なった過程をとって死の結果が発生している場合には、最初の衝突の際、既に被害者が致命傷を負っていたとしても、後の転落の際の致命傷が直接の死因と考える余地がある限り、…被告人に致死の責任を負わせることはできない。」と結論する。

調査官解説において重視されているのは、介入事情が殺人に類する行為であり、行為当時一般人の立場においても予見不可能であったこと、およ

28) 前掲注24, 33頁。そこで中森論文は、太谷調査官の学説批判は正当であるという。その理由は、相当因果関係説の、行為の時点に立ってその後の経過を予測する判断方法が、文字通りに解した場合、明確な結論をもたらしうるのかがそもそも疑問であるというにある。すなわち、行為後の事情は予測可能なものだけが相当性判断の基礎に置かれるとすれば、介入事情が特異なものであればその事情を除外して判断がなされることとなり、相当性因果関係が肯定されるという逆説的な結論にならなければならない。介入事情が非常に特殊なものであれば刑法上の因果関係は否定されるというごく当たり前の結論を導くためには、学説における古くからの主張を疑う必要がある、という。

29) 海老原震一「他人の行為の介入があった場合に刑法上の因果関係が否定された事例」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和42年度』280頁。

び転落の際の致命傷が直接の死因と考える余地があることである。しかし、死因が不明である場合には、被告人の刑事責任を考える際には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に基づき、同乗者の「引きずり落とし」行為が死因を形成したと考えるほかない。問題は、介在事情を殺人に類するものとして、これを予見不能な介在事情であるとして、そこから相当因果関係を否定している点である。介在事情が予見不能であるから、相当因果関係がないとする一段階的構成は、塩見論文が指摘するように、被害者の死を転落死と把握するならば、論理的には成り立ちうるかもしれない。しかし、重要なのは、第二審判決が同乗者の引きずり降ろし行為について結果発生を「(促進)助長」するものと評価したように、介在事情の法的判断が、それまでの因果経過との関連性を踏まえて判断されるべきであって、その結果への寄与度や、それ自体の異常性だけに着目されて、それが予見不可能な事情であるとの結論を引き出すべきではないという点である。いずれにしても、この介在事情の介入の通常性・異常性にかかる判断の内容が、第二審および上告審判示内容から見えてこない、そこに検討すべき問題がある。

事実認定に関する判例研究書において、小森田判事³⁰⁾は、海老原調査官の見解を踏まえて、「本件は、そもそも被告人による最初の衝突行為(実行行為)が被害者の死因に大きな影響を与えたとはいい難い事案であり、他方、同乗者の引きずり降ろし行為(介在行為)が被害者の死因に大きな影響を与えたものと認められ、かつ、その行為の異常性も大きかった」として、被告人の実行行為の持つ危険性が現実化したものとはいえないと結論する。ここでも、異常性の判断の内容は不明である。引きずり降ろし行為が殺人にも類する行為であり、一般に人はこのような状態に置かれた場合に、停車することもなく、被害者を引きずり下ろして逃走することは経験的に稀であるという趣旨であろうか。しかし、ここでは、被告人の衝突行

30) 小森田恵樹「因果関係(2)」『刑事事実認定重要判決50選上《補訂版》』(立花書房, 2007年) 43頁以下, 51頁。

為の致死への因果が問われており、この被告人の衝突行為との関係で、同乗者の引きずり降ろし行為の異常性を判断すべきである。一般的に言えば、交通事故を起こした者がひき逃げをすることがあり得るように、被害者が屋根の上に置かれていることに驚きつつ、この交通事故の責任から免れるために、いわば証拠隠滅的に引きずり降ろしたとも考えられる。そうであれば、引きずり降ろし行為は、それまでの因果経過からあり得ることとして、異常ではないとの評価も成り立たないわけではない。本件での課題は、因果経過の相当性を判断するための三つの契機のうち、「その介入事情が介入する時点での、介入とそれまでの因果経過との通常性」が、証拠に基づき、より詳細に判断すべき点にあった。

8 因果関係の研究の最後に発表された「因果関係・再論」³¹⁾ という井上論文（以下、井上論文という）は、米兵ひき逃げ事件を素材として、これまでの思索を振り返っている。まず、「介入事情と判断基底の問題」³²⁾ と題する論文では、同乗少年の引き落とし行為の法的評価が問題であるとして、引き落とし行為が生じた時点の具体的状況の検討を要請し、判断時が流動している点に留意することを求める。その検討の結論は、「被告人が状況のすべてを了解したのにもかかわらず、同乗者に対して何らの特別の指示を示すことなく、減速運転を続けるとすれば、その被告人の行動は同乗者にいかなる行為動機を与えるであろうか。…同乗少年が、被害者の身体の引き落としを無言のうちに被告人が要請しているものどかりに受け取っても、敢えて不思議ではないとさえ想像される。」というものである。この思索を踏まえて、井上論文は、米兵ひき逃げ事件のキー・ポイントは、第二現場における被告米兵と、いやいや事件に巻き込まれた少年兵との関

31) 井上祐司「因果関係・再論」『法学博士井上正治先生追悼論文集 刑事実体法と裁判手続』（九州大学出版会、2003年）111頁以下（井上祐司『刑事判例の研究その二』（九州大学出版会、2003年）所収625頁以下）。

32) 井上祐司「介入事情と判断基底の問題——刑法における相当因果関係説の検討——」『行為無価値と過失犯論』（成文堂、1973年）165頁以下、189-190頁。

係にあり、この関係をハート=オノレの因果用語³³⁾に引き直せば、「仕向ける」(inducing others to act)行動に当たるとする。いわく、事の次第を理解した「被告米兵は、さきの時速12キロをそのまま持続しつつ、少年兵には言葉一つかけることなく運転を続行するのであり、『被害者を何とかしろ!』と無言のうちにそそのかしているものとさえ考えられる。少年兵は、いやいやこの無言のそそのかしの動機づけられ、引き落としにかかったものと思われる。」と本件を解釈する。極めて斬新な事件の理解である。もちろん、このように結論づけるためには、事実が証拠に基づいて基礎づけられる必要があり、井上論文が、判例評釈の枠を超えているとの批判も可能であろう。しかし、ここで重要なのは、被告人の行為の後に、行為者、被害者、あるいは第三者の行為が介在する場合には、因果経過の相当性の判断という問題解決の焦点は、介在者の行為が介入する時点での、それまでの経過あるいは状況のなかでどのように介在者の行為が介入したかであり、さらに、井上論文の「第三者の行為の介在に当たり、被告人自身の第2の行為(低速での運転を継続しながら無言で圧迫をかける行為)が第三者の行為に影響を及ぼしているのではないか」との指摘は重要である。

9 このことは、高速道路侵入事件³⁴⁾で具体的な争点となっている。すでに、別稿³⁵⁾において分析したが、本件の公訴事実のポイントは、「被告人らの暴行から逃れるために逃走中の被害者が、被告人らの追跡により、高速道路に侵入することを余儀なくされた」というものであり、これに対して、第一審(長野地松本支判平成14年4月10日³⁶⁾)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

34) 最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁。

35) 拙稿「判例に現れた因果理論について」修道法学28巻1号45頁以下、60頁。

36) 刑集57巻7号973頁。

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ても、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の見込み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れた」という部分の証明がないとしたのである。この地裁判決の結論は、後の東京高判平成14年11月14日高刑集55巻3号4頁で否定されるけれども、被告人の行為と被害者の高速道路での轢過との間の因果関係を判断するにあたり、被害者の高速道路への侵入行為に対して被告人らの追跡行為がどのような影響を与えたかを正面から問題にして因果判断を行ったという点において、この地裁判決は高く評価できる。

また、柔道整復師事件第二審（広島高判松江支判昭和61年7月14日刑集42巻5号832頁）は、被告人の指示に従い被害者が病気の治療を行い死亡した事件に関して、「被害者や母親らは、風邪の治療を専ら被告人にゆだねており、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かであり、そして、被告人は被害者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のであって」と判示し、「原判示の『妻らの甚だ突飛な療養・看護』は、ほかならぬ被告人自身の過った指示に基づいてなされたものであって、たとえ母親らに落ち度が

あったとしても、被告人自身に被害者の治療方法につき過失がある以上、被告人の刑事責任が否定されるいわれはない。」と結論する。この第二審の判示は、第一審判決（松江地判昭和60年7月3日刑集42巻5号815頁）が、被告人の一連の施術、愉気その他の介護が、その機会における発言も含めて日常の雑談と認めうる程度のものであり、それを被害者側の介入事情の法的評価において考慮しなかった点を批判したものであった。被告人の風邪治療にかかる指示の、被害者の死亡に対する因果関係を判断するに当たっては、被害者側の落ち度が介入した本件の因果経過においては、被告人自身の被害者側への関与が極めて重要であって、その関与が、被害者側の態度を「惹き起した」あるいは、「仕向けた」と評価できる場合には、当初の被告人の行為の危険が被害者の落ち度ある態度を通じて結果に実現したと評価でき、そのことは、当該因果経過が相当であるとの判断に他ならない。

10 以上、いくつかの判例、裁判例を素材に、従来の相当因果関係の姿を模索し、因果判断のあるべき姿を検討した。大谷調査官の指摘するように、行為時における介入事情の予見可能性という道具は確かに有用ではない。しかし、そうであるからといって、相当因果関係説自体が有用でないということではなく、介入事情についての具体的な状況に基く法的評価を踏まえて、その上で、当該行為から当該結果に至る因果経過の相当性を判断するという方法、つまり相当因果関係説は、今日、判例実務においても十分に通用するものである。あとは、その介入事情の法的評価を、介入の契機の観点からより精緻なものにし、相当因果関係の判断を行うことが求められる³⁷⁾。

(2012年10月22日脱稿)

37) 内藤 謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣、1983年）242頁以下、284頁は、「因果経過の一こま一こまを『判断基底から離れて、経過を経過として』事後的に判断し、相当性判断の対象とするとき、ほとんどの場合、因果経過の一こま一こまの段階ごとにつねに相当因果関係が認められて、条件説に近い結論になるのではなからうか。したがって、相当因果関係説をとり経験判断として相当性判断をす

る以上、行為後の事情についても、相当性判断の基礎となる事情の範囲を『判断基底』として設定することは、やはり必要であると思われる。」と述べる。筆者も、相当因果関係説に依拠する限り、判断基底の定式は維持すべきであると考え、そうであるならば、判断基底を設定する時点を「行為時」ではなく、介入事情の「介入時点」にずらすことを検討した。しかし、この操作は、行為後の事情を、いわゆる客観説に依拠してすべて判断基底に組み入れるとすれば、介入事情の介入の通常性・異常性を端的に判断することと同じこととなり、本文に述べたような形で、相当因果関係説を維持すべきであると考えている。条件説に帰一する点については、上記の通常性・異常性の判断は、「法的判断」であり、常に通常性が肯定されるわけではない。

佐伯仁志「因果関係論」（『理論刑法学の最前線（岩波書店，2001年）』所収1頁以下，16頁は、前述の曾根論文につき、その主張を、①相当性判断において重要なのは介入事情の予見可能性ではなく、それが結果に与えた影響（寄与度）であること、②判断基底から予見不可能な介入事情を取り除くということは、あくまで介入事情の影響を判断するための手続きに過ぎず、判断対象はあくまで現実の因果経過であることを明確にしたものとして、相当性の判断方法を明確にしたものと評価できるとする。しかし他方、「判断基底の限定が介入事情の寄与度を知るための思考操作にすぎないものであることは、予見可能性の有無によって判断基底を画するという判断方法が必然的なものではないことを示している。」と批判する。