

## 論 説

## 危険の現実化論の沿革と判断構造（2）

大 関 龍 一

はじめに

## 第1章 危険の現実化論の生成と発展

## I. 課題設定

## II. 危険の現実化論・前史——米兵轢逃げ事件以前の議論動向

1. 1960年代前半までの学説の動向
2. 判例の動向

## III. 危険の現実化論の登場——米兵轢逃げ事件から柔道整復師事件まで

1. 米兵轢逃げ事件と相当性の判断方法をめぐる混乱
2. 危険の現実化論の系譜①——狭義の相当性（以上、98巻2号）
3. 危険の現実化論の系譜②——規範の保護目的の理論
4. 小括

## IV. 危険の現実化論の発展——柔道整復師事件以降の議論動向

1. 調査官解説における危険の現実化論
2. 学説の動向
3. 判例・通説としての「危険の現実化」

## V. 本章のまとめ

## 第2章 危険の現実化論の判断構造

## I. 課題設定

## II. 危険の現実化の判断構造

1. 問題関心①——狭義の相当性
2. 問題関心②——規範の保護目的
3. 危険の現実化判断の前提作業
4. 小括

## III. 狭義の相当性＝危険の現実化判断の具体化

1. 危険包摂判断（以上、本号）

2. 総合考慮判断

3. 類型的考察

IV. 本章のまとめ

おわりに

### 3. 危険の現実化論の系譜②——規範の保護目的の理論

ここまで、狭義の相当性＝危険の現実化が、相当因果関係の構成要素として位置づけられ、その判断構造をめぐる分裂が生じるに至った経緯を確認してきたが、危険の現実化という概念は異なる文脈でも用いられている。それは、規範の保護目的の理論の構成要素としてである。

規範の保護目的の理論とは、行為者の規範違反行為によって結果が発生しても、規範が当該結果の回避を目的としない場合には行為者はその責を負わないとする理論である。例えば、自転車の灯火命令の目的は、直接自分の自転車から生じる事故の回避にあるのであって、他人の自転車が照らされて、それと第三者との衝突が防止されることにあるのではないから、相前後して暗闇の中を無灯火で走行する 2 人の自転車乗りのうち前の自転車が無灯火のため対向してきた自転車と衝突したとしても、この事故の結果は後ろの自転車の運転者に帰属されないとされる<sup>(109)</sup>。

#### (1) 規範の保護目的の理論の沿革

規範の保護目的の理論は、不法行為法の分野で発展してきた理論である。平井宜雄によれば、規範の保護目的の理論はアメリカ不法行為法に起

---

(109) *Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, § 11 Rn. 84ff.; vgl. RGSt 63, 392.* その他には、歯科医が抜歯を行うにあたり、患者が事前に心臓が悪い旨を伝えていたので内科医を呼ぶべき注意義務があったのにこれを怠り、全身麻酔による抜歯を行った結果、患者が心不全で死亡したが、仮に内科医による検査が行われても心臓疾患は発見されなかったであろうから、検査によって歯科医の手術が遅れることになったとしても、患者は現実よりも遅い時点になって死亡したであろうという事案では、内科医を呼ぶ義務は、手術を遅らせ、それによって患者の生命を僅かな時間引き延ばすという目的のためのものではないから、内科医に結果の帰属はできないとされる (Vgl. BGHSt 21, 59)。

源をもつものであるとされており、アメリカでは、1928年の時点で、行為者が原告に対する関係で注意義務を負うべきだと判断されても、それは原告が有するすべての利益に対してではなく、合理的に予見できる範囲内の——危険の範囲内の——利益に対してのみであって、実際に損害を受けたすべての利益に対して注意義務を負うのではないという見解が示され、これが通説的地位を占めるに至ったとされる<sup>(110)</sup>。注意義務を基礎づける危険の範囲を問題とする点で、リスク説 (risk theory) とも呼ばれるこの見解は、山中敬一によれば、その後、ドイツ民法学に規範の保護目的の理論として継受され、その後、ドイツ刑法学に採用されたとのことである<sup>(111)</sup>。

他方、ドイツでは、ミュラーが1912年の時点で、すでに、危険の現実化という概念を採用しているが、山中はミュラーの理論を規範の保護目的の理論の明確な萌芽であると評価する<sup>(112)</sup>。ミュラーは、射撃練習場においてAが規則に従って慎重に銃を撃ったところ、監視員Bが弾道上に飛び出してきたため死亡したが、AはCに無断でCの所有する弾丸を使用していたという事例を挙げて、Aの行為は器物損壊の禁止に関しては有責であるが、そのような法規範違反性をBの生命侵害に結びつけることはできないため、AがBの死を有責に惹起したとはいえないとする<sup>(113)</sup>。そのうえで、この考え方を発展させるための例として、Aが、人通りの多い道路に面した窓際に、植木鉢を容易に落下する可能性がある状態で置いていたところ、植木鉢が落下して、これをさけて道路の反対側に移動した通行人Bが屋根瓦に当たって死亡したという事例を挙げる。ミュラーによれば、この場合、Aは致死または致傷を実現しないことを目的とする規範に違反するが、仮にAが自己の行為の法規範違反性を根拠づける危険に

(110) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1971年)102頁以下(特に119頁)。

(111) 山中・前掲注(59)62頁以下(特に69頁注(8))。

(112) 山中・前掲注(9)210頁。

(113) *Max Ludwig Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 55f.

つき認識可能であったとしても、通行人 B の死は法規範違反的かつ有責に惹起されたものではないとする<sup>(114)</sup>。その理由について、ミュラーは、発生結果は、行為を禁止するうえで起こりうるものとして考慮された致死結果に含まれておらず、その結果は、A の行為の法規範違反性を根拠づける殺人の危険が現実化して生じたものではないからであるとする<sup>(115)</sup>。以上を要約して、「ある事実が有責に惹起された（条件づけられた）といえるのは、それが有責な行為によって惹起され（条件づけられ）、しかも行為の有責性を根拠づける危険が実現して惹起された場合である<sup>(116)</sup>」とされる。

アメリカ不法行為法におけるリスク説とミュラーの理論に共通するのは、行為者が責任を負うべき結果の範囲を、注意義務あるいは法規範違反性を基礎づける危険の範囲内に限定しようとする点にある。事前判断により設定された危険の内容と、現実の因果経過を照合する点で、危険包摂モデルの思考を読み取ることができる。エンギッシュは、ミュラーの理論を直接参照して、狭義の相当性＝危険の現実化の理論を展開しているため<sup>(117)</sup>、狭義の相当性も、規範の保護目的の理論も、思想的源流は共通しているといえるだろう。

ただし、危険の範囲をどのように設定するかという点では、違いが見られる。前述のとおり、エンギッシュが危険の判断をもっぱら結果発生の蓋然性の問題と考えていたのに対し、ミュラーは「規範の目的」に着目している<sup>(118)</sup>。ミュラーは、法規範違反性を基礎づける危険化の程度について、①規範に設定された目的の危険化の程度、②危険化された目的の重要性、③判断の対象となる行為が追求する目的の3つが考慮されるべきであり、「規範に設定された目的が重要であればあるほど、そして判断の対象とな

(114) Müller, a. a. O. (Anm. 113), S. 56f.

(115) Müller, a. a. O. (Anm. 113), S. 57.

(116) Müller, a. a. O. (Anm. 113), S. 58.

(117) Engisch, a. a. O. (Anm. 30), S. 61.

(118) なお、エンギッシュとミュラーの理論の相違につき、井上（祐）・前掲注（58）194頁注（6）参照。

る行為が追求する目的が有用でなければならないほど、行為が当該規範に関して法規範に違反することを根拠づけるうえで要求される危険化の程度は小さくなる<sup>(119)</sup>と述べている。この指摘からすれば、法規範違反性を基礎づける危険の範囲は単なる蓋然性のみによって決せられるわけではなく、規範の目的の重要性や行為の有用性との相関関係で決せられることになる。したがって、狭義の相当性＝危険の現実化の判断とは異なり、規範的見地から帰責範囲を限定する余地が生じることになる。

## (2) 日本法への導入と学説の受け止め

規範の保護目的の理論を日本法に導入したのは、山中敬一の功績である。山中は、1973年公開の論文において、ドイツ刑法において展開されていた規範の保護目的論を紹介し、その後、1984年公開の書籍において、過失犯における結果帰責要件の中に規範の保護目的論を取り込むに至る。具体的には、①客観的行動準則違反（道交法違反など）の探究、②この義務違反が、具体的に侵害される法益に対する危険を創出したかどうかの検討（危険創出連関）、③その危険な行為と結果との間の条件関係の検討（現実連関）、④この行為の危険性が結果に実現したかどうかの検討（危険実現連関）、⑤刑法の目的に鑑みて、とくに、規範の保護範囲内に、発生した具体的結果がとどまるかどうかの検討（規範目的連関）<sup>(121)</sup>が必要であるとする。②は広義の相当性、④は狭義の相当性に対応するものであるが、これに加えて、⑤規範の保護目的連関が要求されている。

問題は、規範の保護目的をどのように画定するかであるが、山中によれば、①の客観的行動準則違反は道交法などの取締法規によって定められているとは限らず、<sup>(122)</sup>それゆえ⑤の規範の保護目的も「刑法の目的に鑑みて」

(119) Müller, a. a. O. (Anm. 113), S. 38.

(120) 山中敬一「過失犯における義務違反と結果の関係 (三)・完」法学論叢93巻5号(1973年)30頁以下〔山中・前掲注(59)62頁以下所収〕。

(121) 山中・前掲注(59)291頁。

(122) 山中・前掲注(59)291頁。

検討すべきものとされる。ただし、その判断方法については、「事実上、統計上の相当性のみならず、行為者の創出した危険と具体的結果との典型的連関性や、行為者のしわざとみなされるべきかという規範的評価なども含まれる<sup>(123)</sup>」とするのみであって、具体的判断プロセスは明らかにされていない。

このような判断の不明確性がネックとなって、規範の保護目的論は必ずしも好意的に受け止められなかった。例えば、林陽一は、①交通規則違反が注意義務違反に直結するわけではないとしても、規範の保護目的論は、交通規則違反の存在により過失犯の注意義務違反を認定しやすくするという点に実際上の有用性があり、それがかえって規則違反から注意義務違反を直ちに認定する傾向を助長するデメリットがある<sup>(124)</sup>、②山中が列举する諸要素は「必ずしも判断の明確化に役立つとはいいい難く、むしろきわめて規範的・包括的な基準が示されているにとどまる<sup>(125)</sup>」と批判した。また、規範の保護目的論は、基準行為からの逸脱に過失の本質を求める新過失論の構造とは結びつきやすいものの、故意犯と過失犯をパラレルに理解し、予見義務違反に過失犯の本質を求める旧過失論の立場からは、規範の保護目的が問題とされる事例群は、条件関係、相当因果関係、予見可能性といった要件の問題として解決すれば足りると批判されたのであった<sup>(126)</sup>。

### (3) 日本の裁判例に見られる規範の保護目的論的思考

他方、日本の裁判例を見ると、昭和40年代には、規範の保護目的の理論を示唆する裁判例が存在する。

東京高判昭和45・5・6高刑集23巻2号374頁は、被告人が国道を自動

(123) 山中・前掲注(59)315頁。

(124) 林(陽)・前掲注(107)177頁。

(125) 林(陽)・前掲注(107)179頁。

(126) 山口(厚)・前掲注(94)63頁、曾根威彦『刑法における結果帰属の理論』(成文堂、2012年)149-50頁〔初出1998年〕、242-3頁〔初出2002年〕参照。

(127) 本判決では、ドイツ刑法にも造詣があった中野次雄が裁判長を務めている。

車で走行中、法定最高速度である時速60km を超える時速約70km で交差点にさしかかった際、南北道路から国道上に進出してきた A 運転の自動車を22.3m 手前で発見しこれを避けようとしたが及ばず衝突し、その結果 A が負傷したという事案につき、業務上過失傷害罪の成立を否定した。同判決は、その理論構成として、まず、①被告人が交差点を通過する際には法定最高速度である時速60km で進行すれば足りるとして、これを下回る速度まで減速すべき注意義務を否定するとともに、②交差点を通過する際に時速60km を超える速度で進行した速度違反の点については、その制動距離および道路の状況を考えれば本件衝突事故を避けることはできなかったとして、結果回避可能性(条件関係)を否定した。そのうえで、③交差点の相当手前から時速60km を超える速度で進行していた点についても過失犯の成否を検討する。そして、③の点については、結果回避可能性が肯定されるとしつつ、④ A の交通法規違反という異常の事態が介入していることから、「被告人の速度違反行為から経験則上通常予想しえられる過程をたどって発生したものとはいいい難く、その間に刑法上の因果関係を認めることは困難」であること、⑤もし③の点に過失が認められるとすると、当日の出発点から事故現場に至るまでのいずれかの区間において相当距離を時速70km で走行すればそれはすべて本件事故の原因たる過失行為になってしまうし、また、もし被告人がより高速度で走行していた場合も事故を避けられたはずであり、高速度で走らなかった点でも過失があることになってしまうから、「被告人の速度違反の点は、道路交通法に違反することは別として、本件事故現場にさしかかる直前の具体的状況のもとにおける被告人の注意義務の存否とは関係がない」として、過失犯の成立を否定している。④は相当因果関係(狭義の相当性)を問題にするものだが、これに加えて⑤に言及しているのが特徴である。速度超過の禁止は事故が発生した時点でその場所にいることを防止しようとするものでないという考え方が示唆されており、それゆえに速度違反の点は「被告人の注意義務の存否とは関係がない」としたのであろう。山中敬一は、この判例について

て、「相当因果関係の表現様式を借りながら、実際には、侵害された規範が予見していた規範の保護範囲を問題にしたかっただけに他ならない」(圏点ママ)<sup>(128)</sup>と評価している。<sup>(129)</sup>

また、危惧感説を採用したものとして著名な徳島地判昭和48・11・28刑月5巻11号1473頁(森永ドライミルク中毒事件)にも、規範の保護目的論の考え方が示唆されている。同判決は、乳児用調製粉乳製造にあたり第二磷酸ソーダを使用する際には、人体に有害な粗悪品の入荷、使用を防止すべく、①規格品の発注を指示監督し、または、②適切な化学検査を指示監督する注意義務を設定し、被告人はこれに違反したとして過失を認めている。薬品販売業者・食品製造業者は、規格品でない第二磷酸ソーダについては食用品としての無害性に不安感を抱き、食品用に添加使用することに危惧感をもつことを根拠に、この不安感・危惧感を払拭するに足りる程度の回避措置として上記注意義務が認められているのであるが、これに続けて、以下のような一文が判示されている(下線筆者)。

そして右の結果回避措置を講ずることによつて、ある範囲までは有毒物質の混入を事前にチェックして防止することができるということになるが、その程度の回避措置によつて回避可能な範囲の事態であつて、かつ、性質上その事態が予想される危険とは全く異質のものとはまではいえないといひ得る場合には、予見可能性があるといつて差し支えないことになる。

本件では、砒素混入という現実の因果経過につき予見可能性が争われているが、上記引用文では、砒素混入それ自体の予見可能性には言及されていない。その代わりに、有毒物質の混入防止が、上記①②の注意義務を基

(128) 山中・前掲注(59)81頁。

(129) なお、いわき簡判昭和43・1・12下刑集10巻1号93頁は、自動車で前方の自転車を追い越す際に生じた接触事故について、道交法42条の定める徐行義務の趣旨が「出会い頭の衝突を避ける」点にあることを指摘して、「かかる趣旨に照らし、右法規から本件事故についての注意義務を導き出すことはできない」とするが、山中・前掲注(59)81頁は同判決を規範の保護目的の理論を正面から適用したものと評価する。



礎づけていることを前提に、砒素混入は当該注意義務の履行によって回避可能であり、かつ、そのような事態が「予想される危険とも全く異質」でないことをもって、「予見可能性」を肯定するのが上記引用文である。このうち、下線部における「予想される危険」とは、有毒物質の混入という上記注意義務を基礎づける危険のことを意味しており、この危険と現実に生じた砒素混入とを比較して「全く異質」でないとするのが、下線部の趣旨である。「予見可能性」という表現が用いられているものの、注意義務を基礎づける危険の範囲内に現実の因果経過が含まれることを要求する点で、規範の保護目的＝危険の現実化の思考を示唆していると評価できる<sup>(130)</sup><sup>(131)</sup>だろう。

そもそも、日本の判例実務は、大審院以来、過失犯において、注意義務違反たる「過失」と結果との間の因果関係を問題とする傾向にあり、過失とは注意義務違反であるとされる。樋口亮介によれば、過失犯において注意義務の内容を確定するという実務運用はアメリカの不法行為法に起源をもつものであり、危険との比例性という見地から義務内容を定めるという思考が採用されているとのことである<sup>(132)</sup>。これによれば、注意義務違反の判断にあたって必然的に特定の危険が考慮されることになるため、このような判例実務は、注意義務を基礎づける危険の範囲内に帰責範囲を限定しようとする規範の保護目的の理論と結びつきやすいものであったといえる<sup>(133)</sup><sup>(134)</sup>。

(130) 井上祐司『因果関係と刑事過失』（成文堂、1979年）159頁は、この判示部分につき、アメリカ不法行為法におけるリスク説と酷似していると指摘する。

(131) なお、危惧感説によれば、かなり抽象的な予見可能性しか認められない場合でも、注意義務違反が肯定されることになる。そこで、処罰範囲が無限定に拡大することを防止するために、規範の保護目的論の思考を採用したのかもかもしれない。

(132) 樋口亮介「注意義務の内容確定基準」『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）200頁以下。さらに、同「刑事過失と信頼の原則の系譜的考察とその現代的意義」東京大学法科大学院ローレビュー4号（2009年）172頁以下参照。

(133) 樋口・前掲注(132)〔注意義務の内容確定基準〕235頁。

(134) さらに、大阪高判昭和63・2・4高刑集41巻1号23頁は、注意義務の内容およびその前提となる危険に応じて、因果関係の範囲が変わることを示唆する。同判決は、自己所有の船舶につき溶断・溶接作業の改装工事を造船所に注文した被告人

実際、後に検討するように、三菱自工タイヤ脱落事件において、最高裁は、規範の保護目的論の思考を採用して「危険の現実化」に言及している。

#### 4. 小括

以上の検討を通じて明らかになったことは、米兵轢逃げ事件以降、危険の現実化という概念が用いられるようになるが、その意味内容をめぐっては、問題関心および判断構造の2つの面で分裂が生じたということである（【図1】参照）。

問題関心の面では、狭義の相当性＝危険の現実化の意味で用いられる場合と、規範の保護目的＝危険の現実化の意味で用いられる場合に分かれる。

他方、判断構造の面では、行為の時点に立って判断される危険性と現実の因果経過とを照合し現実の因果経過が当該危険性に包摂されるかを問う「危険包摂モデル」と、現実の因果経過を対象として事後的に諸事情の総合考慮により一こま一こまの因果の結びつきの程度・態様を検討する「総合考慮モデル」の対立が生じた。規範の保護目的論は構造上必然的に危険包摂モデルが採用することになる。他方、狭義の相当性＝危険の現実化の判断方法をめぐって、(自覚的でないままに) 2つのモデルが分裂・併存す

---

が、同工事の継続中に塗装業者に塗装工事を依頼するにあたって、両工事の同時並行により着火爆発を惹起する危険があることが予測可能であったことを根拠に、造船所に塗装作業実施を連絡周知する注意義務を認めたが、被告人が工事を指示監督する立場になかったことなどから、溶断・溶接作業を中止させる注意義務までは認めなかった。そのうえで、造船所関係者および塗装業者が他の工事の存在を知らずながら危険回避措置をとらなかったために生じた爆発事故について、中止義務を認めるならばそのような事態の回避も義務内容に含まれるとしつつ、連絡周知義務違反との関係では、そのような経緯で発生した事故との間の因果関係は認められないとした。本件では、作業員の不注意による事故発生の危険の回避をも注意義務の内容に取り込むか否かが決定的となっており、このような危険を考慮せずに設定された連絡周知義務違反との関係では、作業員が危険回避措置を怠ったために生じた爆発事故は規範の保護目的外であると理解することも可能であろう。

る状態が生じたのであった。

【図1】危険の現実化の意味内容をめぐる分裂

問題関心	判断構造
狭義の相当性	危険包摂モデル vs. 総合考慮モデル
規範の保護目的	危険包摂モデル

#### IV. 危険の現実化論の発展——柔道整復師事件以降の議論動向

その後、危険の現実化という枠組みは調査官解説に受容され、さらに、学説においては、相当因果関係説とは別個独立の見解として論じられるようになり、さらに、最高裁が「危険の現実化」という表現を明示的に採用するようになる。しかし、危険の現実化という概念の意味内容が十分整理されないまま、危険の現実化というフレーズが独り歩きしたために、その判断方法をめぐる混乱が現在まで続いているように思われる。以下では、危険の現実化が判例・学説に浸透していく過程を検討することによって、現在の危険の現実化論の問題点を明らかにする。

### 1. 調査官解説における危険の現実化論

#### (1) 柔道整復師事件

危険の現実化論が判例・通説化していく端緒となったのが、柔道整復師事件（最決昭和63・5・11刑集42巻5号807頁）である。本件は、被害者から風邪の診察治療を依頼された被告人が、熱を上げること、水分や食事を控えること、閉め切った部屋で布団をしっかりと掛け汗を出すことなどを指示し、その後被害者の病状が次第に悪化しても、格別医師の診察治療を受けるよう勧めもしないまま、再三往診するなどして引き続き同様の指示を繰り返していたところ、被害者は、これに忠実に従ったためその病状が悪化の一途をたどり、5日目に死亡した事案である。被害者が死亡するまでの

間に、被害者はもとより、その妻（医療関係者であった）や母が、被害者の病状が悪化しても病院を受診させず被告人の指示に忠実に従ったという事情が介入している。

最高裁は、「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ものであるから、医師の診察治療を受けることなく被告人だけに依存した被害者側にも落度があったことは否定できないとしても、被告人の行為と被害者の死亡との間には因果関係がある」（下線筆者）と判示した。因果関係を肯定するにあたって、従来の最高裁判例に見られない「行為の危険性」という要素に言及した点に特徴がある。ただし、その危険の内容は、「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」という形で抽象的に把握されており、被害者や親族の落度の介入は捨象して記述されている。それゆえ、本決定に対しては、広義の相当性のみをもって因果関係を肯定したものだとの批判もなされている。<sup>(135)</sup>

これに対し、本決定の調査官解説（以下「永井解説」とする）は、「本決定は、危険性の現実化に重点を置いた説示をしている」と評価する。<sup>(136)</sup> 永井解説は、本件において危険の現実化が肯定される根拠として、①「被告人の誤った指示の危険性は、被害者が指示を忠実に遵守したことにより、本来の態様で現実化しており、行為と結果との結び付きは、いっそう緊密である」こと、②「被害者の突飛な行動は、被告人の指示に直接由来するものであって、一見異常に映る被害者の行動も、被告人との関係においては、格別異常なものであったとは言えない」こと、③「被害者側の落度ある行為は、まさに被告人の指示どおりに振る舞った結果であって、死亡の結果が専ら被告人以外の者の行為によって惹起された」と評価することはできない」<sup>(137)</sup>（圏点筆者）ことを指摘している。ここでは、因果経過の経験的

(135) 内田文昭「判批」昭和63年度重要判例解説（1989年）141頁、曾根威彦「判批」判例時報1294号（判例評論360号）（1989年）218頁。

(136) 永井敏雄「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和63年度』（1991年）275頁。

通常性・予測可能性という視点は重視されていない。むしろ、現実の因果流れに評価を加えて、①行為と結果との結び付きの緊密さ、②被告人の行為と被害者側の行為との関連性、③行為の結果惹起に対する影響の程度といった諸要素から危険の現実化の有無を判断しており、総合考慮モデルの<sup>(138) (139)</sup>思考が採用されているものとみることができよう。

## (2) 大阪南港事件

危険の現実化論の議論動向に大きな影響を与えたのは、大阪南港事件(最決平成2・11・20刑集44巻8号837頁)とその調査官解説であった。

本件は、被告人が洗面器の底や皮バンドで被害者の頭部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた結果、恐怖心による心理的圧迫等によって、被害者の血圧を上昇させ、内因性高血圧性橋脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた後、被害者を南港所在の資材置場まで自動車で運搬し、同所に放置して立ち去ったところ、被害者は、翌日未明、内因性高血圧性橋脳出血により死亡するに至ったという事案である。被害者が死亡するまでの間に、資材置場においてうつ伏せの状態であっていた被害者が、その生存中、何者かによって角材でその頭頂部を数回殴打されるという事情が介入し、その暴行は、既に発生していた内因性高血圧性橋脳出血を拡大させ、

(137) 永井・前掲注(136) 273-4頁。

(138) 永井・前掲注(136) 275頁が、「危険性の現実化」と「予見可能性」を概念上区別していることから、このことはうかがえる。ただし、両者の関係については「必ずしも明らかではない」として、両者は「通常の事例においては表裏の関係」にあるとも述べている。

(139) なお、林陽一「判批」法学教室97号(1988年)85頁は、本件では「危険な療法の実行が被告人の指示にいわば支配されたものであるのか、被害者側にこれを自発的に実行する要因が存在していたのか」が重要であるとし、曾根・前掲注(135) 215頁は、「被害者側の落度が、一方において、①被告人の行為によって誘発されたものであること、他方、②異常ともいえるほど突飛なものであったこと、という二つの事情をどのように考慮するか」が問題点であるとする。いずれも、経験的通常性判断に還元されない「被告人の行為と被害者側の行為との関連性」に着目しており、総合考慮モデルの思考がうかがえる。

幾分か死期を早める影響を与えるものであった、と認定されている。

最高裁は、「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」る(下線筆者)と判示して、被告人に傷害致死罪の成立を認めた。因果関係を肯定するにあたって、実行行為および介在事情それぞれが結果惹起に与えた物理的影響を重視している点が、本決定の特徴である。

もともと、本決定は、これまでの判例との関係で特異な判断を示したわけではない。筆者は、別稿において因果関係論に関する大審院判例に検討を加えたが、その際、〈事後的介在行為の競合事例において、介在行為が単独で(死因を含めて記述した)最終結果を生じさせたのでない場合には、被告人の行為の最終結果に対する物理的寄与が認められれば、被告人の行為と結果との間の因果関係は認められる〉という判例理論(物理的寄与テーゼ)<sup>(140)</sup>が抽出可能であることを明らかにした。この物理的寄与テーゼにかんがみれば、第三者の暴行が単独で死亡結果を発生させるものでない以上、死因を形成した被告人の暴行と被害者の死亡結果との間に因果関係が肯定されるのは当然の帰結といえる。また、戦後の裁判例を見ると、前述のように、事後的介在行為の競合事例では相当因果関係説に立った判断が数多く見られるものの、このことが妥当するのは、介在事情が直接の物理的死因を形成したような場合に限られており、介在事情が単独で物理的死因を形成したとはいえない事案では、むしろ、実行行為の結果惹起に対する物理的影響力を根拠に因果関係が肯定される傾向にあった<sup>(141)</sup>。本決定は、

(140) 大関龍一「刑法上の因果関係論に関する戦前日本の学説と大審院判例(2・完)」早稲田法学96巻4号(2020年)181頁以下。

(141) 福岡高判昭和25・11・21判特15号163頁、東京高判昭和31・2・9高刑特3巻5号143頁、鹿児島地判昭和44・3・4判時558号97頁、盛岡地判昭和44・4・16刑月1巻4号434頁、広島高岡山支判昭和46・11・30高検速報昭和47年1号、大阪高判昭和53・10・25高検速報昭和53年11号、東京高判昭和56・7・27刑月13巻6＝7号453頁など。これに対して、被告人の暴行が致命傷を与えたが、医師の治療に不

このような裁判例の傾向にも合致するものである。<sup>(142)</sup>

他方、学説では、本件のように、介在事情の異常性が大きい反面、実行行為の結果発生に対する物理的寄与が強固な事案は、従来あまり念頭に置いてこなかったため、<sup>(143)</sup>「従来の相当因果関係説の『盲点』をつくものであり、その判断構造の不明確さを如実に示すもの」と受け止められた。<sup>(144)</sup>このような事案の特殊性は、後述のように、狭義の相当性＝危険の現実化の判断方法を再検討する動きを活発化させるものであった。

また、学説のそのような動きに、より大きな影響を与えたのは、本決定

適切な点があった事案につき、医師のとった措置が「現在の通常の医療技術ないし医療上の常識から隔たった異常なもの」といえるか否かに検討を加えたいうで、因果関係を肯定したものとして、東京高判昭和61・4・24判タ630号222頁。

(142) なお、本決定の先例的価値に疑問を呈するものとして、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題（四・完）」立命館法学273号（2000年）1935頁以下、松宮・前掲注（6）43頁。

(143) ただし、この種の事案が全く議論の俎上に載せられていなかったわけではない。例えば、中野次雄「演習」法学教室（第一期）7号（1963年）197頁は、Aが殺意なくXの頭部を板きれで殴打したところ、Xはその場に倒れ、身動きもできなくなり、Aが立ち去った後しばらくしてその場に通りかかったBが殺意をもってXを崖下に蹴落とし、Xは数時間後に死亡したが、「死体解剖の結果によると、Xの死亡は頭部殴打による脳内の出血によるものだが、本来その危険は徐々に進行するはずであったのに、高所から身体が落下したため出血が助長促進され、死亡を早めた」という事例を取り上げ、Aの行為終了後になんぴとかが現れて身体を崖下に蹴落とすというようなことは通常の事態として予想しうることでないとして、Aの行為とXの死との間の相当因果関係は否定されるとした。これに対し、井上（祐）・前掲注（101）29頁以下（特に33頁）は、中野が挙げた事例を取り上げ、ハート＝オノレの因果理論を援用して、この事案を「結合的付加原因」（第2の行為が第1の行為と結合して、ある有害な物質的条件の量を増大、促進する場合）の事案に位置づけ、この場合には1つの死について2つの既遂が成立するのが原則であるとした。その他に、海老原・前掲注（48）287頁、町野・前掲注（53）112頁、白井滋夫「第三者・被害者の行為の介入と刑法上の因果関係」白井滋夫ほか編『刑法判例研究Ⅱ』（大学書房、1968年）45-6頁、藤永幸治「刑法上の因果関係（その一）」研修385号（1980年）62-3頁も参照。

(144) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』（成文堂、1995年）80頁〔初出1991年〕。



の調査官解説(以下、「大谷解説」とする)である。大谷解説は、被告人の第1暴行→第三者の第2暴行→死亡の結果という経過をたどった事案について、①第1暴行により死因が形成され、第2暴行はその死期を早めるにとどまった場合、②第1暴行と第2暴行が重疊的に作用して死因が形成された場合、③第1暴行により重篤な傷害が発生したが、第2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2暴行のみが死の原因になったのか不明の場合に類型化し、本件を①に位置づける。<sup>(145)</sup> そのうえで、本件のような類型では、相当性を決定づける要因は、専ら第1暴行による「影響力」<sup>(146)</sup> にあり、予見可能性が実質的な判断基準としての意義を有しているのか疑問であるとの「私見」<sup>(147)</sup> を述べている。このように、「医学的な見地からみた被告人の行為による影響力(寄与度)」<sup>(148)</sup> が本件における決定的要素と捉えられているが、さらに、「行為の結果に対する影響は、医学の見地だけでなく、物理学的、化学的、心理学的等種々の観点から問題になり得る」のであって、「結果に対する影響力の実体に関する認定が因果関係の判断のための重要なベースとなっている点は否定できない」と指摘する。<sup>(149)</sup> 現実の因果流れについて、種々の観点から行為および介入事情の結果に対する影響力を検討することによって因果関係の有無を決すべきとする判断構造が示されており、総合考慮モデルの思考が現れている。

さらに、大谷直人は、ジュリスト「時の判例」において、次のように指摘して、経験的通常性・予測可能性という基準の実務的有用性に疑問を投げかけている(圏点筆者)<sup>(150)</sup>。

(145) 大谷直人「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成2年度』(1992年)239頁。

(146) 大谷(直)・前掲注(145)241頁。

(147) 大谷(直)・前掲注(145)239頁。

(148) 大谷(直)・前掲注(145)240頁。

(149) 大谷(直)・前掲注(145)241頁。なお、大谷解説は危険の現実化論の議論動向に大きな影響を与えたが、大谷解説自体は、「危険の現実化」という表現を用いていない。

(150) 大谷直人「時の判例」ジュリスト974号(1991年)59頁。なお、本文で引用し



……実務においては、因果関係に関する証拠を吟味し、被告人の行為と結果との結びつきを具体的に探究することにより、結果への寄与の有無・態様等を認定し、これに基づいて因果関係を判断してきたように思われるところ、介入行為の異常性の有無を強調する相当因果関係説は、条件関係の認定、相当性の判断の双方の点において、右の実務における思考方法とマッチしない面があることを否定できないのではなからうか。

危険包摂モデルのように経験的通常性を基準とする見解は実務の思考方法にマッチしないことを明確に指摘するものであり、これは学界に大きなインパクトを与えるものであった。

### (3) 夜間潜水事件

大阪南港事件から2年後に出された最高裁決定が、夜間潜水事件（最決平成4・12・17刑集46巻9号683頁）である。本件において、潜水指導者である被告人が、夜間潜水の講習指導を実施した際、一団となって潜水を開始し、100m余り前進した地点で魚を捕えて受講生らに見せた後、再び移動を開始したが、その際、受講生らそのまま自分についてくるものと考え、指導補助者らにも特別の指示を与えることなく、後方を確認しないまま前進した。この間、指導補助者1名と受講生6名は、逃げた魚に気をとられていたため被告人の移動に気付かずにその場に取り残され、指導補助者が被告人を探し求めて沖に向かって水中移動を行い、受講生らもこれに追隨したことから、移動開始地点に引き返した被告人は、受講生らを見失うに至った。指導補助者は、受講生らと共に沖へ数十m水中移動を行い、被害者の圧縮空気タンク内の空気残圧量が少なくなっていることを確認して、いったん海上に浮上したものの、風波のため水面移動が困難であるとして、受講生らに再び水中移動を指示し、これに従った被害者は、水中移

---

た文に続く一文の中で、従来の相当因果関係説に対する有力な批判者として、井上祐司、林陽一が挙げられており、これらの学説における総合考慮モデルの思考が、大谷解説の理論的基礎をなしていることが推察される。

動中に空気を使い果たして恐慌状態に陥り、自ら適切な措置を採ることができないままに、溺死するに至った。

最高裁は、このような事実関係を前提に、①「被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者からの適切な指示、誘導がなければ事態に適応した措置を講ずることができないおそれがあった被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つもの」(下線筆者)であること、②「被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたもの」であることを根拠に、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した。①行為の危険性に言及した点は柔道整復師事件と同様であるが、これに加えて、②行為の介在事情に対する誘発関係にも言及している点に特徴がある。

本決定の調査官解説(以下「井上解説」とする)は、本決定は柔道整復師事件および大阪南港事件と同様に「危険性の現実化」に重点を置いた説示であると評価する。そして、本件における「危険性の現実化」<sup>(151)</sup>に関しては、指導補助者および被害者の行動も「被告人の行為に当然導かれる範囲内のものにとどまるから、本件の結果は、被告人の過失行為による危険性がそのまま現実化したものとみることができ<sup>(152)</sup>る、第三者や被害者の不適切な行動は、被告人の行為の「危険性の範囲内<sup>(153)</sup>にある」(圏点筆者)との判断を示している。そして、本決定の「誘発された」という説示の趣旨についても、「本件で問題とされた第三者及び被害者の不適切な行動が被告

(151) 井上弘通「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成4年度』(1994年)223頁、234頁。

(152) 井上(弘)・前掲注(151)224頁。

(153) 井上(弘)・前掲注(151)225頁。さらに、同234頁は、本決定が①の危険性判断に続けて②の説示をしたのは、「当初の被告人の行為が持つ危険性の範囲内のものであること」を示す趣旨であるとする。

人の過失行為と被害者の死という結果との間の因果関係を否定するに足るだけのものではなく、むしろ当初の被告人の行為が持つ危険性の範囲内のものであること、すなわち被告人の過失がその後の第三者等による介入行為も織り込み済みのものとしてすべて包摂するだけの大きさを有しており、右介入事情はそのような被告人の行為の危険性が順調に現実化していく過程における中でのものであると評価できる趣旨を示すもの、と理解することができるのではないか<sup>(154)</sup>」(圈点筆者)と指摘する。介入事情を含めた結果が行為の危険の範囲内にあるかを検討する点で、危険包摂モデルの思考が現れており、永井解説・大谷解説とは異なる判断モデルが採用されていることが分かる。

また、井上解説は、注意義務の内容と、危険の現実化判断が関連する問題であることを指摘する。すなわち、本件における注意義務の内容が「自らあるいは指導補助者を指揮して、受講生が余裕をもって陸上に戻るように、各受講生のタンク内の空気残圧量を把握すべく絶えず受講生のそばにいてその動静を注視し、その安全を図る」というものであり、その義務違反の内容は「指導補助者に特別の指示をすることもなく、不用意に一人で移動を開始して、受講生のそばを離れ、間もなく同人らを失った」というものであることから、危険の現実化という観点からは、「被告人の見失うという過失行為が、その後の A [指導補助者]、被害者らの対応をも視野に入れ得るほどの危険性を有するものであるか<sup>(155)</sup>」が問題になるとする。注意義務の内容と関連づけて行為の危険性を問題とする点では、規範の保護目的=危険の現実化の問題関心を想起させるものである。同じ過失犯の事例であっても、被告人の行為の危険性を、注意義務違反の判断とは切り離して取り上げている柔道整復師事件の永井解説とは、この点でも違いが見られる<sup>(156)</sup>。

(154) 井上(弘)・前掲注(151)234頁。

(155) 井上(弘)・前掲注(151)223頁。さらに、同225頁、235-6頁も参照。

(156) なお、樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組

このように、井上解説においては、永井解説・大谷解説とは異なる危険の現実化の判断構造が採用されているが、井上解説は、さらに、事案によっては、行為および介入在事情の結果に対する影響力を重視すべき場合がありうることも指摘している。それは、本件のように現実の因果経過が被告人の行為の危険性の範囲内にあるとはいえない場合、本件に即していえば、航路外を無謀航行していた船舶に衝突されたとか、鯨に襲われたといった「単なる行為の危険性判断では賄いきれないような異常かつ結果への影響力が大きい中間事情が介入したような場合<sup>(157)</sup>」であるとする。そして、その場合には、「当初の行為の実質的危険性が具体的な結果の発生にどのような態様で実現したのか、その影響力の大きさが、事実的側面はもとより、規範的評価の面からしても、因果関係を否定するに足りる程度の軽微なものともみてよいかどうか、一つの判断基準になるといわざるを得ない<sup>(158)</sup>」(圏点筆者)として、総合考慮モデルの思考が示されている。事例類型に応じて、危険包摂モデルと総合考慮モデルの使い分けが可能であることを示唆するものといえるだろう。

#### (4) 小括

以上検討してきた一連の調査官解説は、危険の現実化の枠組みを採用したものであるとして、学説上注目を集めるものであった。しかし、その内容を詳細に検討すると、判断構造に隔たりが見られた。調査官解説の内部においても、総合考慮モデルを採用するものと、危険包摂モデルを採用するものが併存していたのである。

以下で検討するように、一連の最高裁判例および調査官解説を受けて、学説では狭義の相当性＝危険の現実化の判断方法を見直す動きが活発化する

---

み(2)」法曹時報70巻1号(2018年)54頁以下は、柔道整復師事件が、注意義務の内容から切り離れた形で因果関係判断を行う点につき、批判的検討を加えている。

(157) 井上(弘)・前掲注(151)238頁。

(158) 井上(弘)・前掲注(151)240頁。

るが、判断構造の分裂は必ずしも意識されていなかったように思われる。このことが、危険の現実化をめぐる混乱に拍車をかけていったように思われる。

## 2. 学説の動向

### (1) 大阪南港事件に対する学説の受け止め

柔道整復師事件以降の判例および調査官解説を受けて、山中敬一は、判例は相当因果関係説と決別しカズイスティックな方法論を採っていると評価したうえで、「このような類型的判断に理論的枠組みと体系化された具体的基準を提供しようとする理論こそ、客観的帰属論<sup>(159)</sup>である」とした。そのうえで、山中は、直接にはドイツ法の影響を受けて、危険創出連関と危険実現連関という上位基準のもと、経験的・事実的観点に加えて、規範的観点から、事例の類型化と下位基準の定立を志向し、このような方法論を本質とする客観的帰属論が相当因果関係説に取って代わるべきだと主張した。

しかし、このような方法論に対しては、あまりにも細分化された類型は煩雑にすぎ、実務の使用に耐えうるかは疑問であり、類型化自体の基準も多種多様であるから法的安定性と明確性の獲得に資さないなどの批判<sup>(161)</sup>があり、学界全体では、相当因果関係説を放棄するという方向に舵を切ることはなかった<sup>(162)</sup>。むしろ、大阪南港事件への対応を念頭に置いて、相当因果関

(159) 山中・前掲注(9)7-8頁。

(160) 山中による類型化は極めて詳細であるが、簡潔な要約として、山中・前掲注(9)10頁以下参照。

(161) 曾根・前掲注(126)203頁。

(162) ただし、相当因果関係を要求することを前提に、これをさらに限定するための理論として、客観的帰属論に含まれる規範的基準を部分的に採用する動きはみられた。例えば、安達・前掲注(142)1907頁以下は、ドイツにおける客観的帰属論の展開過程を踏まえて、相当因果関係説によって解決できない問題として、①過失犯における義務違反と結果の関係の問題、②被害者の自己答責性の問題、③中立的態度による幫助の問題があることを指摘する。なお、日本における客観的帰属論の系

係説を修正しようとする動きが活発化することとなる。

その中には、判断基底を画したうえで相当性を判断するという伝統的な枠組みを活用しようとするものもあった。例えば、大谷實は、折衷的相当因果関係説の立場から、大阪南港事件につき、「第三者の暴行は一般人において予見不可能であるから判断の基礎から除かれて、その傷害から死亡の結果が生ずることは十分ありうるから、実行行為と結果との間に相当性を認めることができる<sup>(163)</sup>」とした。しかし、伝統的な枠組みも「因果経過」を相当性の判断対象とすることを暗黙の了解としていたところ(本章Ⅲ1(2)参照)、因果経過そのものである介在事情を判断の基礎から除外してしまえば、因果経過の相当性を問う趣旨を没却することになってしまふ。それゆえ、このような解決方法は支持を得られず、狭義の相当性＝危険の現実化の枠組みのもとでの議論が盛んに行われるようになる。その解決方法としては、大別して2つのアプローチが採用された。

## (2) 危険包摂モデル

1つ目のアプローチは、狭義の相当性＝危険の現実化の判断方法につき、危険包摂モデルを採用しつつ、一定の限度で因果経過の抽象化を許容するというものである。

前述のとおり、危険包摂モデルを採用した場合、「因果経過の経験的通常性」が実質的な判断基準となる。その判断に際して、仮に、結果に影響を及ぼしたすべての介在事情を記述した形での因果経過につき、経験的通常性を問うとすれば、大阪南港事件では、第三者の暴行という異常性の強い事情が介在しているため、経験的通常性は否定され、相当因果関係が認められないことになる。しかし、この結論は直観に反するため、危険包摂

---

譜については、松原芳博「客観的帰属論の系譜」内田文昭先生米寿記念『刑事法学の系譜』(信山社、2022年)271頁以下参照。

(163) 大谷實『刑法講義総論〔新版〕』(成文堂、2000年)238-9頁。さらに、福田平＝大塚仁「最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(3)」現代刑事法36号(2002年)13頁〔福田平発言〕参照。

モデルを採用する論者からは、「相当因果関係説の危機<sup>(164)</sup>」が叫ばれた。

井田良は、一定の限度で因果経過の抽象化を許容することによって、「危機」に対応した。すなわち、狭義の相当性の判断において、現実の因果経過と予測された因果経過が細部にわたるまで合致する必要はなく、「ある程度まで因果経過および結果発生の態様を『抽象化』し、具体的な介入事情を度外視した上で、その経験的通常性を判断せざるを得ない」のであって、この抽象化は「死因が同一であるとみられる範囲内」(圏点マ)では許容されるとしたのである。<sup>(165)</sup> このアプローチによれば、大阪南港事件では、介入事情それ自体は異常であるとしても、被害者が同一の死因で死亡することは経験的通常性の範囲内に収まっていることから、相当因果関係が肯定されることになる。

### (3) 総合考慮モデル

これに対し、2つ目のアプローチは、総合考慮モデルの思考を採用する

(164) 井田・前掲注(144)79頁。これに対して、前述した大谷實の見解のように伝統的な枠組みを形式的に適用すれば大阪南港事件でも当然に相当因果関係を肯定できるし、後述のように総合考慮モデルからも相当因果関係を肯定することは容易である。したがって、これらの見解からすれば、そもそも「相当因果関係説の危機」は生じていなかったと評価されることになるだろう。

(165) 井田・前掲注(144)92頁。同様に因果経過の抽象化という問題の重要性に言及するものとして、林幹人「相当因果関係と一般予防」上智法学論集40巻4号(1997年)38頁、松原芳博「相当因果関係説の現状と展望」現代刑事法26号(2001年)71頁など。さらに、杉本・前掲注(7)382頁は、相当因果関係事例のほか、結果回避可能性事例を含めた、「客観的帰責」の問題領域に共通の判断構造として、①「まず事前判断において、抽象化された(現実的ではなく観念的な)因果経過・結果の一定の『範囲』を設定し、」②「次に事後判断において、現実の因果経過・結果が先の(事前判断によって設定された)範囲内に『包摂』されるべきものであるかを問う」という「(事前的)範囲設定—(事後的)包摂モデル」を提唱した。なお、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂、2003年)208頁以下は、相当因果関係説を、「事象経過が(蓋然法則や経験則を含む)既存の科学法則に包摂可能である」(同書217頁)かを問う合法的条件関係として再構成する立場から、因果経過の抽象化の限界を事案の記述方法の問題として位置づける。



ことによって、結果に対する物理的影響力を正面から判断要素に組み込むものであった。

例えば、前田雅英は、第三者や被害者の行為が介在して結果が発生した場合において、狭義の相当性は、①実行行為およびそれにより直接惹き起こされた事態の有する結果発生<sup>(166)</sup>の確率の大小、②介在事情の異常性の大小、③介在事情の結果への寄与の大小の3点を組み合わせて判断すべきであるとした。このアプローチによれば、介在事情の異常性も考慮要素の1つにすぎないから、大阪南港事件では、介在事情の異常性は大きいとしても、実行行為から直接惹き起こされた傷害が被害者を死亡させる確率は大きく、しかも介在事情は幾分か死期を早める影響を与えるものにすぎず寄与の程度が低いことを根拠に相当因果関係が肯定されることになる。結果に対する寄与度<sup>(167)</sup>(影響力)を重視する大谷解説と親和的な解決方法を提唱したものともいえる<sup>(168)</sup>。

また、一般予防の必要性の限界を考慮する立場から、刑法が結果を抑止しようとするなら、利用されるであろうような通常の因果経過の設定を禁止・処罰すれば十分であるとして、狭義の相当性につき、一般人がそれを利用して結果を招致するであろうような因果経過であるかを判断基準とす

(166) 前田雅英『刑法の基礎 総論』(有斐閣、1993年)110頁以下。

(167) 曾根・前掲注(126)62頁〔初出1998年〕、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)69頁〔初出2004年〕。なお、前田・前掲注(166)113頁は、大阪南港事件につき、②の考慮要素について、「港の資材置場に意識を失って放置された者にさらなる危害が加えられる可能性は少ないとはいえず」と評価する。

(168) 結果に対する寄与度(影響力の大きさ)それ自体を結果帰責の判断基準とするものとして、齋野彦弥「原因の複数と因果性について」現代刑事法26号(2001年)51頁以下、鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造」学習院大学法学会雑誌38巻1号(2002年)285頁以下。さらに、辰井聡子『因果関係論』(有斐閣、2006年)158頁は、相当因果関係の判断とは、行為者が結果発生を左右したか否か(コントロールしたか否か)の判断であるとする立場から、人間の行為が介在する事例につき、当該事情と行為者の行為との結びつきの程度、結果に対する影響力の大きさに着目する。



<sup>(169)</sup>の見解も有力に主張された。この見解は因果経過の通常性を判断基準としているが、危険包摂モデルとは異なり、行為時点に立った予測判断を問題とするのではなく、現実の因果経過を事後的に観察してそれが将来再び利用されるおそれがあるかを問うものである。それゆえ、この見解も事後的見地から物理的影響力を考慮することが可能であり、大阪南港事件については、「結果への影響の小さかった事情は、最初から『利用された因果経過』<sup>(170)</sup>から除外されるべき」であるとして、相当因果関係が肯定されるとした。

### 3. 判例・通説としての「危険の現実化」

#### (1) 危険の現実化論の判例・通説化

その後、2003年の高速道路進入事件を皮切りに、<sup>(171)</sup>因果関係論に関する判例が再び相次ぎ、これらの調査官解説は危険の現実化の枠組みを用いるのが判例の立場であることを明確に指摘した。<sup>(172)</sup>また、学説においても、山口厚が、「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」と評価したうえで、この立場への支持を表明したことを端緒として、<sup>(173)</sup>相当因果関係説とは独立した見解として<sup>(174)</sup>危険の現実化論が取り上げられるようになり、支持者を集めていった。そして、2010年の日航機ニアミス事件、2012年の三菱自工タイヤ脱落事件に

(169) 町野朔『刑法総論講義案 I [第2版]』(信山社、1995年) 164-5頁、山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年) 26-7頁など。

(170) 町野・前掲注(169) 175頁。

(171) 最決平成15・7・16刑集57巻7号950頁。

(172) 山口雅高「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成15年度』(2006年) 416頁、前田巖「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成16年度』(2007年) 144頁、上田哲「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成16年度』(2007年) 478頁、多和田隆史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成18年度』(2009年) 231頁。

(173) 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) 105頁〔同『新判例から見た刑法 [第3版]』(有斐閣、2015年) 3頁以下所収〕。

(174) この支持を初めて表明したのは、山口厚『刑法総論 [第2版]』(有斐閣、2007年) 60頁。

において、最高裁は、「危険の現実化」という表現を明示的に採用するに至<sup>(175)</sup>った。

このようにして、危険の現実化論が判例・通説としての地位を固めていったものの、危険の現実化の判断構造をめぐって、危険包摂モデルと総合考慮モデルの分裂は維持されている。それどころか、「危険の現実化」というフレーズが広く使用されるようになったことに伴い、かえって判断構造に対する問題意識が希薄化し、両モデルの対立点が見えづらくなっているようにも思われる。以下では、2000年代中盤以降の最高裁判例に見られる判断構造の相違を確認したうえで、危険の現実化論の現状と課題を明らかにする。

## (2) 判例理論としての危険の現実化

### (a) 狭義の相当性・総合考慮モデル

まず、高速道路進入事件以降の最高裁判例のうち、【図2】に示したものは、被害者や第三者の行動が介在した事案につき、因果関係の判断を示したものである。いずれも、狭義の相当性＝危険の現実化の問題関心をもつものといえる。

【図2】最高裁判例——狭義の相当性：総合考慮モデル

裁判	事件名	介在事情の評価	因果関係判断
最決平成15・7・16刑集57巻7号950頁	高速道路進入事件	被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為	①被害者が、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められる ②その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない ⇒被害者が高速道路に進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

(175) 「危険の現実化」という観点から因果関係を判断するのが判例理論であるとの理解を示すものとして、例えば、大塚裕史ほか『基本刑法Ⅰ総論〔第3版〕』（日本評論社、2019年）73頁以下〔大塚裕史〕、亀井源太郎ほか『刑法Ⅰ総論』（日本評論社、2020年）17頁以下〔佐藤拓磨〕、裁判所職員総合研修所監修・前掲注（4）95

<p>最決平成16・2・17 刑集58 巻2号 169頁</p>	<p>患者不養生事件</p>	<p>被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在</p>	<p>被告人らの行為により被害者の受けた傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷 ⇒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あり</p>
<p>最決平成16・10・19 刑集58 巻7号 645頁</p>	<p>高速道路停車事件</p>	<p>本件事故は、被告人の過失行為の後、A（停止自動車運転者）が、自らエンジンキーを入れたことを失念し周囲を捜すなどして、被告人車が本件現場を走り去ってから7、8分後まで、危険な本件現場に自車を停止させ続けたことなど、少なからぬ他人の行動等が介在</p>	<p>① A に文句を言い謝罪させるため、夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯上に自車およびA車を停止させたという被告人の過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していた ② A から他人の行動等は被告人の上記過失行為およびこれと密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたもの ⇒被告人の過失行為と被害者らの死傷との間には因果関係あり</p>
<p>最決平成18・3・27 刑集60 巻3号 382頁</p>	<p>トランク監禁事件</p>	<p>被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にある</p>	<p>道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係あり</p>
<p>最決平成22・10・26 刑集64 巻7号 1019頁</p>	<p>日航機ニアミス事件</p>	<p>907便のA機長が上昇RAに従うことなく降下操作を継続したという事情が介在</p>	<p>①管制指示とRAが相反した場合に関する規定内容や降下操作継続の理由にかんがみると、A機長が上昇RAに従わなかったことが異常な操作などとはいえない ②むしろA機長が降下操作を継続したのは、被告人Xから本件降下指示を受けたことに大きく影響されたものであったといえる ⇒本件ニアミスは、言い間違いによる本件降下指示の危険性が現実化したものであり、同指示と本件ニアミスとの間には因果関係あり</p>

頁以下、島田一「被害者の行為の介在と因果関係」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院、2014年）53頁以下、小坂敏幸「行為の危険性の現実化」植村二郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）〔第3版〕』（立花書房、2020年）25頁以下（標題が第2版〔2013年〕の「因果関係（1）」から変更されている）。

このうち、トランク監禁事件は因果関係を肯定した根拠を示していないが、他の判例については、その判示事項をみると、暴行により生じた傷害の程度（患者不養生事件）、実行行為の介入事情に対する影響の程度（高速道路進入事件・高速道路停車事件・日航機ニアミス事件）といった観点から、実行行為から結果に至る因果の結びつきの程度・態様を問題にしていると考えられ、いずれも総合考慮モデルの思考に立つものと推測される。

高速道路進入事件は、「著しく不自然、不相当」という表現を用いていることから、危険包摂モデルを採用したと読む余地もあるかもしれない。もっとも、最高裁は、被告人らの暴行によって極度の恐怖感を抱いた被害者の心理状態を基準として、被害者の高速道路に進入するという行動が「被告人らの暴行から逃れる方法として著しく不自然、不相当」といえるかを問題としているのであって、これは、実行行為の時点に立った因果経過の経験的通常性・予測可能性とイコールではなく、むしろ、被害者の置かれた立場<sup>(176)</sup>に立った行動選択の不適切性を問題とするものと考えられる。そうだとすれば、本決定は、①被告人らの暴行が被害者の行動選択に与えた影響、②被害者の行動選択の不適切性を考慮して、実行行為と介入事情、ひいては結果との結びつきの強さに評価を加えたものと読むことができる<sup>(177)</sup>。

高速道路停車事件は、夜間潜水事件と同様の枠組みを用いており、特に①行為の危険性に言及している点で、危険包摂モデルに親和的であると評価する余地もあるかもしれない。もっとも、両事件における危険判断の内

---

(176) 山口（雅）・前掲注（172）428頁は、被害者の逃走方法が著しく不自然、不相当であるとして因果関係が否定される例として、「被害者が、既に安全圏内に逃走を果たしているのに、あえて危険な逃走方法を選択した場合、あるいは、被告人の暴行や追跡行為から逃れるほか、それとは別の動機から、あえて危険な逃走方法を選択した場合など、被告人の行為による心理的、物理的な影響を考慮しても、被害者の逃走方法の不適切さが際立っている場合」を挙げる。「著しく不自然、不相当」という表現につき、「被害者の逃走方法が著しく不適切である」という意味で理解していることがうかがえる。

(177) 佐伯（仁）・前掲注（167）74頁参照。

実は若干異っており、夜間潜水事件は、介入事情たる受講生らの不適切な行動をも危険判断に取り込んでいたのに対し、高速道路停車事件は、抽象的に追突事故発生危険性を問題にするのみで、停車を余儀なくされたAらが不適切な行動に出る危険性については考慮されていない。それゆえ、Aらの不適切な行動が被告人らの過失行為に「誘発」されたものであるという②の判断は、①の危険性判断とは連動せず、別個独立の判断となっている。高速道路停車事件の調査官解説を見ても、被告人らの過失行為（およびこれと密接に関連する一連の暴行）がAらの不適切な行動に与えた心理的影響を強調するのみで、夜間潜水事件における井上解説のように、危険包摂モデルの思考を読み取ることはできない。

(b) 規範の保護目的・危険包摂モデル

これに対し、「危険の現実化」を明示的に使用した、三菱自工タイヤ脱落事件は、規範の保護目的の問題関心のもと、危険包摂モデルの思考に立って、因果関係を判断している（【図3】参照）。

【図3】最高裁判例——規範の保護目的：危険包摂モデル

裁判	事件名	因果関係判断
最決平成24・2・8刑集66巻4号200頁	三菱自工タイヤ脱落事件	<ul style="list-style-type: none"> <li>・被告人兩名に課される注意義務は、あくまで強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務</li> <li>⇒Dハブに強度不足があったとはいえ、本件瀬谷事故がDハブの強度不足に起因するとは認められないというのであれば、本件瀬谷事故は、被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものとはいえない</li> <li>・Dハブには、設計または製作の過程で強度不足の欠陥があったと認定でき、本件瀬谷事故も、本件事故車両の使用者側の問題のみによって発生したのではなく、Dハブの強度不足に起因して生じたものと認めることができる</li> <li>⇒本件瀬谷事故は、Dハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかった被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえる</li> </ul>

最高裁は、被告人に課された注意義務が「Dハブの強度不足に起因する事故の防止」を目的とするものであるとしたうえで、現実の事故がD

(178) 上田・前掲注(172) 480-1頁。

ハブの強度不足に起因する場合に限って因果関係を肯定すべきことを明確に示している。本決定が問題にする危険の現実化は、「注意義務違反に基づく」危険の現実化であって、注意義務違反の判断と危険の現実化判断が連動しており、規範の保護目的の問題関心に基づく判断が行われている<sup>(179)</sup>。

これは、同じく過失犯の事例において危険の現実化に言及する日航機ニアミス事件とは、異なる構造をもつものである。日航機ニアミス事件では、「言い間違いによる本件降下指示」という行為の危険性の現実化が問題とされており、「注意義務違反に基づく」危険の現実化は問題とされておらず、規範の保護目的の問題関心は読み取れない。また、同事件における危険の現実化判断は、①介在事情たる A 機長の降下操作の異常性、②被告人の行為が A 機長の降下操作に与えた影響を考慮した総合判断となっている。危険の現実化を明言した最高裁判例は 2 件しかないが、すでに、狭義の相当性の問題関心のもと総合考慮モデルに立つものと、規範の保護目的の問題関心のもと危険包摂モデルに立つものとに分裂してしまっているのである。

### (3) 危険の現実化論の現状と課題

#### (a) 学説の名称をめぐる問題

このように、判例における「危険の現実化」も、問題関心と判断構造の両面において、異なる意味内容を含むものである。また、本稿の冒頭で確認したとおり、現在の学説は、因果関係を肯定するためには「実行行為の危険性が結果に現実化したこと」が必要であるとする点では広く一致しているにもかかわらず、その判断構造をめぐる、総合考慮モデルと危険包摂モデルが分裂・併存している状態にある。

現在、因果関係を肯定するために「危険の現実化」が必要であるとする

---

(179) 樋口亮介「判批」論究ジュリスト 6 号 (2013 年) 170-1 頁、安達光治「危険の現実化論について」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2016 年) 63 頁以下、松原・前掲注 (162) 281 頁など参照。

見解は、危険の現実化説・危険の現実化論と呼ばれることがあり、相当因果関係説とは区別された独自の見解として位置づけられる傾向にある<sup>(180)</sup>。もっとも、相当因果関係説を自称する見解においても、狭義の相当性＝危険の現実化が因果関係を肯定するための要件として位置づけられている<sup>(181)</sup>。また、「客観的帰属論」を自称する見解も有力に主張されているが、この見解も、危険創出と並んで危険実現を構成要素とする<sup>(182)</sup>。こうしてみると、いずれの見解も、「実行行為の危険性が結果に現実化した」といえる関係を要求する点では一致しており、危険の現実化説・危険の現実化論と呼ぶか、相当因果関係説と呼ぶか、客観的帰属論と呼ぶかは名称の違いにすぎない。

そもそも、危険の現実化の判断構造が分裂・併存している以上、危険の現実化説・危険の現実化論といったところで、それは「危険の現実化が必要である」という以上の意味をもつものではなく、特定の判断基準・判断枠組みを意味するものではない。したがって、名称の違いにとらわれることなく、「危険の現実化」がどのような問題関心のもとで必要とされているのか、危険の現実化をどのような思考枠組みのもと、どのような基準を用いて判断するかという点にこそ着目すべきである。

#### (b) 危険の現実化の判断構造

繰り返して述べてきたように、危険の現実化の判断構造をめぐっては、危険包摂モデルと総合考慮モデルとが分裂・併存しているが、両モデルを区別することは単なる概念の整理にとどまるものではなく、事例判断にあたって実践的な意味をもつ。

(180) 山口(厚)・前掲注(4)60頁以下、井田・前掲注(3)135頁以下、小林(憲)・前掲注(4)143頁以下、前田(雅)・前掲注(4)139頁以下、橋爪・前掲注(1)1頁以下など。

(181) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2019年)138頁、松宮・前掲注(6)39頁など。相当因果関係と危険の現実化を同一視するものとして、内田＝杉本・前掲注(6)47頁[杉本]、松原・前掲注(6)76頁。

(182) 山中・前掲注(6)256頁以下、高橋・前掲注(4)141頁以下、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010年)86頁以下など。

まず、因果経過の経験的通常性という要素につき、危険包摂モデルによれば、この検討は必須であって、危険の現実化の判断基準として機能するのに対して、総合考慮モデルによれば、これはあくまでも1つの考慮要素にすぎず、因果経過の通常性が認められなくても、危険の現実化が肯定されることはありうることになる。<sup>(183)</sup>それゆえ、大阪南港事件について、危険包摂モデルによれば、因果経過の抽象化という作業を経て経験的通常性を判断する必要があるのであるのに対して、総合考慮モデルによれば、端的に行為の結果に対する物理的寄与の大きさのみをもって危険の現実化が肯定されることになる。また、高速道路進入事件については、危険包摂モデルによれば、被告人の暴行から被害者が高速道路に進入するといった自らの生命を危機にさらすような逃走手段を選択して死に至ることが経験的に通常の事態といえるか、すなわち、被害者にそのような逃走手段を選択させる危険を被告人の暴行に見出すことができるかが問われるのに対して、総合考慮モデルによれば、実行行為と介在事情の現実の結びつきの強さ、すなわち被害者が逃走のため高速道路に進入するという介在事情が被告人の激しい暴行によって誘発されたか否かが決定的となる。

次に、判断基底論の必要性についても、危険包摂判断においては、経験的通常性判断ないし危険性判断において、行為時に存在した事情につき判断資料を限定すべきか否かという観点から、折衷説対客観説の対立が維持されることになるの<sup>(184)</sup>に対して、総合考慮モデルによれば、事後的に現実の因果経過全体の結びつき方に検討を加えることになるから、判断基底を画する作業は不要となる。<sup>(185)</sup>それゆえ、被害者の隠れた疾病などの素因が結果に影響を与えた事例、例えば、被害者に軽度の暴行を加え、健常者であればそれ単独で死亡することのない程度の傷害を負わせたが、被害者が友友

(183) 山口(厚)・前掲注(4)60頁、小林憲太郎『刑法総論[第2版]』(新世社、2020年)55頁など。

(184) 橋爪・前掲注(1)15頁、内田=杉本・前掲注(6)51頁[杉本]、松原・前掲注(6)82頁など。

(185) 山中・前掲注(59)230頁以下、佐伯(仁)・前掲注(167)70頁など。



病に罹患していたため失血死したという事例では、判断方法に顕著な差が生じることになる。危険包摂モデルによれば、判断基底論の立場によって結論が分かれる。客観説を採用すれば、実行行為時に存在する血友病という事情を判断資料に組み込んで危険性を判断するため、暴行行為に被害者を失血死させる危険性が見出され、危険の現実化が肯定されることになる。他方、折衷説を採用すれば、血友病という事情は、これを一般人が認識しえたか、または、行為者が特に認識していたといえない限り、判断資料から除外されるため、暴行行為に被害者を失血死させる危険性を見出せないとして、危険の現実化を否定する余地が生じる。これに対して、総合考慮モデルによれば、素因の影響も因果経過の一コマとして取り上げられ、①実行行為そのものの危険性（軽度の暴行）、②併発事情の異常性（血友病は稀な疾患）、③実行行為と併発事情それぞれの結果に対する寄与度（暴行によって生じたそれ単独では死に至らない程度の傷害と、血友病が競合して死亡）などから、実行行為と結果の結びつきの強さを判断することになる。<sup>(186)</sup>

このように、いずれのモデルに立つかによって事例の処理方法に差が生じ、ひいては刑事裁判における争点設定の仕方も変わってくる。したがって、この2つのモデルの関係について、一方のみが理論的に正しいのか、あるいは事例類型ごとの使い分けが許されるのかといった点こそが重要な検討課題となる。

## V. 本章のまとめ

本章では、①米兵轢逃げ事件を契機に、判断基底論を画したうえで相当

---

(186) 前田(雅)・前掲注(4)140頁、146頁以下参照。さらに、山中・前掲注(9)533頁以下、塩見淳『刑法の道しるべ』(有斐閣、2015年)23頁も参照。ただし、小林(憲)・前掲注(4)148頁以下は、行為後の(異常な)介入事情が問題となる事例では総合考慮モデルの思考を示しつつ、行為時の特殊事情が問題となる事例では危険包摂モデルの思考から判断基底論が問題となることが示されており、事例類型に応じた判断モデルの使い分けを示唆する。

性を判断する従来の相当因果関係説には具体的な判断方法に関して不明確・不十分な点があったとの問題が提起され、狭義の相当性＝危険の現実化を要求する枠組みが導入されたこと、②狭義の相当性＝危険の現実化を要求する枠組みは広く普及したが、当初から、その判断方法をめぐって、分裂が生じていたこと、③危険の現実化というフレーズは、規範の保護目的の理論を問題とする場合にも用いられるようになったこと、④柔道整復師事件の永井解説以来、調査官解説において「危険の現実化」の観点から因果関係が判断されるとの指摘がされるようになり、日航機ニアミス事件および三菱自工タイヤ脱落事件において最高裁が「危険の現実化」という表現を明示的に使用するに至ったが、その内実を見ると、問題関心の面でも、判断構造の面でも異なる意味内容が含まれていることを明らかにした。危険の現実化という表現は広く普及しているにもかかわらず、それが何を意味するものであるのかが明らかにされないまま、フレーズだけが独り歩きしているのが現状といえる。問題関心の面では、狭義の相当性の問題と規範の保護目的の問題が混在しており、判断構造の面では、特に狭義の相当性＝危険の現実化の判断方法をめぐって、危険包摂モデルと総合考慮モデルが分裂・併存しているのである。

こうした現状認識を踏まえれば、危険の現実化とはどのような問題関心のもとで用いられる概念であり、どのような射程範囲をもつものか、危険の現実化はどのような思考枠組みのもと、どのような基準で判断されるべきか、といった点を解明する必要がある。現在、危険の現実化を具体化するための方法論として類型的考察が広く採用されているが、類型的考察も、危険の現実化の意味内容を明確にしたうえで行われてこそ、効果を発揮する。

次章では、このような問題意識のもと、危険の現実化の判断構造の構築を試みる。

## 第2章 危険の現実化論の判断構造

### I. 課題設定

前章の検討を通じて、「実行行為の危険性が結果に現実化した場合に因果関係を肯定する」という危険の現実化論が広く普及しているものの、危険の現実化論には、問題関心の面でも、判断構造の面でも、異なる意味内容が含まれていることを明らかにした。

まず、問題関心の面では、狭義の相当性を問題にする場面と、規範の保護目的を問題にする場面に分かれる。両者は、着眼点を異にするものであり、対象となる問題領域も完全に重なり合うわけではない。したがって、この2つは排他的な関係にあるわけではなく、「危険の現実化」という枠組みのもとに両者を位置づけることは可能である。もっとも、両者の違いを意識しないまま検討しても混乱を招くだけであるから、狭義の相当性と規範の保護目的それぞれの射程範囲を明らかにする必要がある。

次に、判断構造の面では、特に、狭義の相当性＝危険の現実化の判断構造をめぐって、危険包摂モデルと総合考慮モデルの分裂状態が生じていた。この2つのモデルについては、いずれか一方のみが理論的に正しいものなのか、それとも両立可能なものなのかといった点すら明らかでない。危険の現実化の判断構造を明確化するためには、両者の関係を明らかにする必要がある。

以上の問題意識を踏まえて、本章では、まず、狭義の相当性の問題領域と規範の保護目的の問題領域それぞれについて、その射程範囲と判断構造の明確化を試みる(Ⅱ)。次に、狭義の相当性＝危険の現実化の問題領域につき、危険包摂モデルと総合考慮モデルの関係を明らかにしたうえで、判断枠組みを構築し、それを前提とした類型的考察を試みる(Ⅲ)。

## II. 危険の現実化の判断構造

### 1. 問題関心①——狭義の相当性

#### (1) 理論的基礎・射程範囲

まず、狭義の相当性＝危険の現実化について、その理論的基礎を明らかにしたうえで、その判断構造に検討を加える。

広義の相当性と狭義の相当性の区別が提唱される以前から、相当因果関係説は、偶然生じた結果を行為者の帰責範囲から除外するための理論と考えられてきた。相当因果関係説の創始者とされるクリースは、偶然という概念につき、「我々が、絶対的に、または、完全に偶然であると呼ぶ出来事は、それが生じる特定の可能性がおそらく与えられているのであるが、それが発生するか発生しないかは、個々の事例における我々の知識が及ばない態度の特殊性に依存している<sup>(187)</sup>」との理解を示したうえで、「客観的可能性」という観点から、相当惹起〔*adäquate Verursachung*〕と偶然惹起〔*zufällige Verursachung*〕を区別し<sup>(188)</sup>、刑法においては「洗練された法感情」の観点から偶然の結果につき責任を負わせることはできないと主張し<sup>(189)</sup>た。日本の相当因果関係説においても、例えば、小野清一郎が、相当因果関係説は「一定の実行行為から生じた一切の結果の中から法律上の見地において偶然と観るべきものを除外し、之によって法律上、殊に違法性及び

(187) *Johannes von Kries*, Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, in: Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. 12, 1888, S. 187. 例えば、サイコロゲームの結果は、それを引き起こしている状況全体からすれば必然的であるが、偶然という言葉は、サイコロゲームの特性を表すものとして、広く使われているとする。なお、同論文の邦訳として、ヨハネス・フォン・クリース（山田吉二郎＝江口豊訳）「客観的可能性という概念とその若干の応用について（その1）～（その3—完結）」メディア・コミュニケーション研究（北海道大学）59号（2010年）137頁以下、同60号（2011年）95頁以下、同64号（2013年）39頁以下、ヨハネス・フォン・クリース（村井久二訳）「因果連関の概念について」中央大学論集19号（1998年）89頁以下。

(188) *Kries*, a. a. O. (Anm. 187), S. 200ff.

(189) *Kries*, a. a. O. (Anm. 187), S. 225.

道義的責任の理念に対する関係上重要な結果のみを選択しようとするものである<sup>(190)</sup>と主張するなど、相当因果関係説の理論的基礎として「偶然処罰の排除」が掲げられてきた。また、近時、危険の現実化論を支持する見解からも「偶然処罰の排除」に言及される場合がある<sup>(192)</sup>。

これに対し、刑罰目的と関連づけて、狭義の相当性＝危険の現実化を基礎づけようとする見解もある。具体的には、①(抑止の意味での)一般予防の限界の観点から基礎づけを試みる見解と、②(洗練された)応報の観点から基礎づけを試みる見解がある<sup>(193)</sup>。もっとも、刑罰目的を理論的基礎として持ち出すとすれば、処罰の必要性がある場合に狭義の相当性＝危険の現実化を認めるということになり、循環論法に陥りかねない<sup>(195)</sup>。また、このことを措くとしても、①の見解に対しては、そもそも抑止の意味での一般

(190) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(有斐閣、第15版、1956年) 111頁。

(191) 泉二新熊『日本刑法論上巻(総論)』(有斐閣、第40版、1927年) 305頁、木村・前掲注(21) 189頁、中山・前掲注(76) 172頁、内藤・前掲注(79) 267頁、内田文昭『改訂刑法I(総論)[補正版]』(青林書院、1997年) 149頁、大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂、2019年) 200頁など。福田平『全訂刑法総論[第5版]』(有斐閣、2011年) 105頁は、偶然処罰の排除という観点から折衷の相当因果関係説を基礎づける。なお、「法感情」を重視して偶然処罰の排除を要求するものとして、荘子邦雄『刑法総論[第3版]』(青林書院、1996年) 128頁。植松正『再訂刑法概論I総論』(勁草書房、1974年) 154頁以下も参照。

(192) 例えば、大塚(裕)ほか・前掲注(175) 58頁[大塚(裕)]は、「(客観的)構成要件に該当するかどうかを検討する際に、因果関係の有無を判断する狙いは、偶然的な結果を排除し適正な帰責範囲を確定することにある」とする。なお、島田聡一郎「相当因果関係・客観的帰属をめぐる判例と学説」法学教室387号(2012年) 13頁は、規範の保護目的が問題となる場合も含めて、偶然の排除に言及する。

(193) 町野・前掲注(169) 164頁以下(町野朔『刑法総論』(信山社、2019年) 140頁以下も参照)、林(幹)・前掲注(165) 35頁以下、山口(厚)・前掲注(169) 26-7頁[ただし、危険の現実化論を採用して以降の文献においては一般予防の限界の観点に言及していない]、高山佳奈子「死因と因果関係」成城法学63号(2000年) 185頁など。

(194) 佐伯仁志「因果関係論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年) 10頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論[第3版]』(弘文堂、2019年) 112頁、小林(憲)・前掲注(4) 144頁以下など。

(195) 曾根・前掲注(126) 32頁、小林(憲)・前掲注(165) 206頁参照。

予防は行為の時点で機能するものであるから、広義の相当性を基礎づけることはできても、現実の因果経過を対象とする狭義の相当性を基礎づけることはできないのではないかと<sup>(196)</sup>の批判が妥当する。他方、②の見解については、確かに応報感情が働かない場合には行為者への結果帰責を基礎づけられないということではある。しかし、応報感情が働くか否かは結局のところ直観的判断に頼らざるを得ないのであって、そのようにいうだけでは判断基準を導出できない。そこで、応報感情が働かない場合というのを具体化する必要が生じるが、生じた結果が偶然の産物であると感じられる事案は、まさにそのような場合に該当するのではないだろうか。(洗練された)応報の観点からみても、偶然処罰の排除という目的は否定しがたいように思われる。

偶然生じた結果を行為者の帰責範囲から除外すべきという要請は、刑法の謙抑思考にかなうものであるし、「人を殺した」(刑法199条)、「よって人を死亡させた」(同205条)といった文言の日常的用法にも合致するものである。したがって、狭義の相当性=危険の現実化は、偶然処罰の排除という観点から要求されるものとして構成すべきであろう。そして、このような要請は、行為者が結果発生を認識していたか否かにかかわらず妥当するから、狭義の相当性=危険の現実化は、故意犯・過失犯を問わず、すべての結果犯に共通の要件ということになる。

偶然処罰の排除それ自体を理論的基礎に据えることに対しては、狭義の相当性=危険の現実化を要求したところで、そのような経過をたどって結果が発生するかどうかは偶然の産物にほかならないから、そのようにいうだけでは不十分であるとの批判<sup>(197)</sup>がありうるだろう。確かに、行為後の事象

(196) 小林(憲)・前掲注(165)205頁、佐伯(仁)・前掲注(167)65頁、山中・前掲注(6)284頁など。

(197) 今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2012年)78頁〔小林憲太郎〕参照。これを突き詰めて、結果の発生は偶然に支配されるため、不法要素とはならないとするのが、一元的行為無価値論における「偶然論拠」である(増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2014年)208頁以下)。これに対し、松原芳

経過については行為者が直接に支配を及ぼすことはできないので、その意味ではいかなる事象経過も偶然といえるかもしれない。しかし、当該行為が当該因果経過を引き起こす可能性や、当該行為とその後の事象経過との因果的結びつきには、程度の差があるのであって、これらの事情を無視して、結果の発生・不発生はおよそ偶然である<sup>(198)</sup>ということではできない。これらの事情を考慮して、行為者が支配を及ぼしうる事象経過と、支配を及ぼしえない事象経過を区別することは可能であり、後者については偶然の結果として行為者の帰責範囲から除外すべきである。もっとも、このように考えた場合、現実の因果経過が、行為者による支配の及ばないような偶然の結果であるか否かは程度問題であるから、そこから直ちに特定の判断基準を導出することはできない。したがって、狭義の相当性＝危険の現実化の判断方法については、偶然処罰の排除という観点から最も合理的な思考枠組みを提示したうえで、事案類型に応じた検討を通じて、具体化して<sup>(199)</sup>いくほかない。そこで、以下では、危険包摂モデルと総合考慮モデル双方につき思考枠組みとしての有用性を検討したうえで、判断方法の具体化を

---

博『犯罪概念と可罰性』（成文堂、1997年）192頁は、犯行を決意した行為者が予備段階から実行行為へと移行できるか、また、実行に着手した者が最後まで遂行できるかも、「結果」の発生と同様に、行為者の与り知らない外部的な事情に依存するものであり、その意味では偶然性の契機を排除しえないとして、一元的行為無価値論の偶然論拠を批判する。

(198) 松澤伸「モラル・ラックと未遂犯についての覚書」早稲田法学97巻2号（2022年）131頁は、一元的行為無価値論に対する批判的検討において、「偶然には、程度が存在する」と指摘する。なお、同論文131頁以下は、折衷的相当因果関係説が偶然の結果の排除を問題としてきた一方で、現在の危険の現実化論にはこのような考慮が失われているとする。

(199) 小林（憲）・前掲注（4）145頁は、（洗練された）応報を危険の現実化を要求する根拠に求める見解から、「もともとはわれわれの道徳感情に根差している応報の要請の限界を、現実の事案から離れて真空のなかで構想することはできない」として、「判例を素材として、危険の現実化にかかる諸判断を整合的に説明しうる体系を導き出し、それを再びわれわれの道徳的直観と対照させながら（必要があれば）修正していく、という作業がぜひとも必要である」とする。偶然処罰の排除を理論的基礎に据える場合も、同様の作業は必要不可欠であろう。



試みる。

## (2) 危険包摂モデルの検討

危険包摂モデルは、実行行為のもつ危険性の内容を明らかにしたうえで、その危険性が現実の因果経過を経て結果に現実化したといえるかを問うものである。形式的には、危険性判断と現実化判断という2段階を経ることになっているが、1段階目の危険性判断において、現実の因果経過と全く無関係な危険性を想定しても無意味であるから、実際の適用にあたっては、2段階の審査を厳密に区別する必要はなく、現実の因果経過を包摂<sup>(200)</sup>しうるような危険性を実行行為に見出すことができるかという判断が行われることになる<sup>(201)</sup>。この判断にあたっては、実行行為から当該因果経過を経て結果に至ることの経験的通常性が決定的基準となる。従来<sup>(202)</sup>の相当因果関係説は、経験的に通常とはいえない異常な事態を「偶然の結果」として帰責範囲から除外しようとしてきたが、危険包摂モデルを採用する場合には、これと同様の考慮が働くことになる。すなわち、因果経過の異常性という観点から「偶然」の範囲を定めようとするのである。

危険包摂モデルは、現実の因果経過と予測される因果経過とが細部にわたるまで一致することを要求するものではなく、経験的通常性判断にあたって因果経過を一定程度抽象化することは許容されている。問題は、この因果経過の抽象化の限界をどのように画するかである<sup>(202)</sup>。大阪南港事件を想起すれば明かなように、介在事情の異常性が大きい場合でも、因果経過全体を見れば、異常で偶然な事態とはいえない場合がありうるため、危険包摂モデルを採用する論者も、結果に影響を及ぼした事情すべてを記述した形での具体的な因果経過についての経験的通常性までは要求していな

---

(200) 橋爪・前掲注(1)14頁。

(201) 安田・前掲注(6)97頁以下参照。

(202) 相当因果関係説の創始者であるクリースは、すでに、個別事例の一般化に際しての線引きの困難性を指摘している (Kries, a. a. O. (Anm. 187), S. 234ff.)。



い。他方で、「人の死」といった構成要件的結果のレベルまで抽象化することは、現実の因果経過を無視した判断を許容することになってしまうから、このような見解も支持されていない。

そこで、危険包摂モデルは、これらの中間段階に、抽象化の限界を見出そうとする。例えば、大阪南港事件を契機に、「死因の同一性」が認められる限度で、抽象化を許容するという見解<sup>(204)</sup>が示されている。しかし、因果経過の抽象化に限界づけをするという方法論が、帰責範囲の画定にとって有用なものといえるか疑問がある。「死因の同一性」という基準についていえば、「死因」という概念自体が可変的であって、基準として機能するか疑わしい。仮に医学的な死因を意味するのであるとすれば、ある程度明確な基準となりうるかもしれないが、刑法は生命を保護しようとする際に、死に至る医学的機序がどのようなものであるかにかかわらず、生命侵害を禁止しているのであって、医学的死因には関心を有していないのであるから、これを基準とすべき根拠が明らかでない。また、因果経過の抽象化は、大阪南港事件のように介在事情の結果発生に与えた影響が軽微な事案のみならず、介在事情が結果発生の直接の原因を作出したような場合にも問題となりうるが、この場合の抽象化の限界づけは一層困難である。例えば、高速道路進入事件では、暴行の被害者が高速道路に進入するという具体的な因果経過を取り上げれば、経験的通常性は否定されやすくなる一方、<sup>(205)</sup>「被害者に『そのような危険を冒して逃走する方がましである』と考

(203) 構成要件的結果のレベルまで抽象化を許容する見解として、小林充「刑法における因果関係論の方向」白山法学1巻1号(2005年)15頁。さらに、平野・前掲注(51)〔刑法総論I〕146頁、同・前掲注(51)〔犯罪論の諸問題(上)総論〕42頁参照。

(204) 井田・前掲注(144)92頁〔ただし、井田良「刑法における因果関係論をめぐって」慶應法学40号(2018年)1頁以下において改説〕、林(幹)・前掲注(6)137頁、松原・前掲注(6)85頁など。

(205) 現に、第1審(長野地松本支判平成14・4・10刑集57巻7号973頁以下参照)は、「本件被害者が本件高速道路本線上の本件事故現場で事故に遭遇したことは、被告人らの本件第1・第2現場での暴行から予期しうる範囲外の事態」であること

えさせ、そのような選択を心理的に強いる<sup>(206)</sup>という形で抽象化すれば、経験的通常性は肯定されやすくなり、さらに、「被害者に恐怖感から生命を危機にさらすような逃走手段を採用させる<sup>(207)</sup>」という形まで抽象化すれば、より経験的通常性は肯定されやすくなる。しかし、ひとたび抽象化を許容すれば、いずれの段階で線引きするかを理論的に確定することは極めて困難であるように思われる。このような抽象化の限界づけの困難性は、高速道路停車事件のように、複数の事情が介在し、事案が複雑になればなるほど、際立つことになるだろう。

### (3) 総合考慮モデルの検討

これに対し、総合考慮モデルは、事後的に現実の因果経過に検討を加え、諸事情の総合考慮により因果経過全体が「危険の現実化」と評価できるかを問うものである。危険包摂モデルのように、現実の因果経過と予測される因果経過を照合するという作業を経ることなく、現実には生じた個々の因果の結びつきの態様・程度それ自体に評価を加える点に特徴がある。総合考慮モデルの実践的意義は、このように、結果発生に及ぼした行為の因果的寄与の程度・態様を厳密に分析できる点にあると考えられている<sup>(208)</sup>。

総合考慮モデルは、大阪南港事件およびその調査官解説を契機に、支持を集めることになったが、その理論的背景には、「異常な事態＝偶然」と捉えて、因果経過の経験的通常性という観点のみによって判断するのは、帰責範囲の画定にとって不十分であるとの考慮が見られる。山口厚が、「因果経過の経験的通常性には独自の意味がなく、それが認められなくても、行為の危険性の結果への現実化が肯定されうる<sup>(209)</sup>」とするのは、ま

---

を根拠に、危険の現実化を否定している。

(206) 内田＝杉本・前掲注(6)51頁[杉本]。

(207) 樋口・前掲注(8)29頁。

(208) 井田・前掲注(3)141頁以下。

(209) 山口(厚)・前掲注(4)61頁。

さにこのような趣旨であろう。問題は、経験的通常性に代えて(加えて)、いかなる観点から帰責範囲を限界づけるかである。1つには、前述のように、一般予防の限界や、(洗練された) 応報といった刑罰目的の観点から帰責範囲を限界づけようとする見解がある。しかし、刑罰目的から直ちに判断基準を導くことは困難であることはすでに述べたとおりである。他方、支配・利用可能性という観点から帰責範囲を限界づけようとする見解もある。林陽一は、帰責の観念は「人による外界の支配可能性」と強く結びついていることを指摘したうえで、人の支配可能性を基礎づける法則性の存在と、その法則性が外界支配のために利用可能であることによって、帰責範囲を画定しようとする。<sup>(210)</sup> また、辰井聡子は、行為者自らが結果発生を左右したことが帰責を基礎づけるとしたうえで、特に人間の行為が介在する事例については、人間の意思行為の介在にもかかわらず、結果発生に対する第1行為者のコントロールが認められる場合に因果関係が肯定されるとする。<sup>(212)</sup> 偶然処罰の排除という観点から考えた場合も、人が支配を及ぼさない事情こそが偶然の事態と評価しうるのであって、支配・利用可能性という観点から結果帰責の範囲を限界づけることは支持できる。

もっとも、総合考慮モデルを採用する見解の多くは、帰責判断の理論的基礎に注意を払うことなく、複数の考慮要素を列挙し、その総合判断によって、帰責範囲を画定しようとしてきた。例えば、前田雅英は、①実行行為そのものの危険性の大小、②行為時併発事情・行為後介在事情の異常性、③実行行為と併発・介在事情の最終結果への寄与度の衡量で判断されるとする。<sup>(213)</sup> しかし、これらの要素の相互関係は必ずしも明らかではない。それゆえ、例えば、実行行為それ自体の危険性は相当高度であるが、介在事情の異常性も大きいものであり、結果に対する寄与度という面では実行

(210) 林(陽)・前掲注(107)231頁以下(特に235頁)。

(211) 辰井・前掲注(168)106頁以下。

(212) 辰井・前掲注(168)133頁。さらに、佐伯(仁)・前掲注(167)71頁は、介在事情が人の行為である場合には、行為と介在事情の結びつきが重要になるとする。

(213) 前田(雅)・前掲注(4)140頁。

行為と介在事情とがいずれも物理的影響を有しているような場合に、どのような結論を下せばよいのか不明である。そこで、事例の類型化を通じて判断基準を具体化しようとする方法論が有力に展開されており、例えば、①実行行為によって結果発生の原因が直接生じた場合（直接型）と、②実行行為後に介在した行為が構成要件の結果発生<sup>(214)</sup>の直接的な原因であったが、その直接原因を実行行為およびそれに関連して行為者が行った行為が誘発したと認められる場合（間接型）に区別する見解が主張されている。しかし、実行行為と介在行為が重疊的に作用して結果を発生させる場合<sup>(215)</sup>も想定されるところ、このような場合の処理方法は明らかでない。また、トランク監禁事件については、「直接の死因は自動車の追突による傷害であるとしても、甚だしい過失行為による場合を含め、追突事故は珍しいことではないから、トランク内という狭く逃げ場がない上に、追突によって容易に破損する場所に監禁する行為自体の危険性が被害者の死亡という結果に現実化した<sup>(216)</sup>ということができよう」とされているが、直接型・間接型という類型化との関係は不明である<sup>(217)</sup>。確かに、狭義の相当性＝危険の現実化の問題領域は個別的色彩が強く、統一的な基準を導出することは困難であるから、類型的考察は有効な方法論となろう。しかし、危険の現実化判断に共通の理論的基礎ないし判断の指針が示されないままの類型論だとすれ

(214) 山口（厚）・前掲注（4）61頁。

(215) 大谷（直）・前掲注（145）239頁参照。さらに、このような場合を「共同原因型」として検討を加えるものとして、橋爪隆「これまでの連載をふりかえって」法学教室418号（2015年）91-2頁、小池・前掲注（1）98-9頁、照沼亮介「因果関係論の課題（2）」上智法学論集65巻1・2号（2021年）27頁。

(216) 山口（厚）・前掲注（4）66頁。

(217) トランク監禁事件のように、行為者の設定した危険状況が結果発生に結びつく場合を第3の類型として整理する見解として、島田聡一郎「判批」平成18年度重要判例解説（2007年）158頁。杉本一敏「因果関係・不作為犯」法学教室442号（2017年）14頁も参照。さらに、小林（憲）・前掲注（4）145頁以下は、危険の現実化が肯定される場合を、①介在事情が予見可能な場合、②介在事情の寄与度が小さい場合、③介在事情を誘発している場合、④一般的生活危険が逸脱されている場合に類型化し、トランク監禁事件を④に位置づける。

ば、類型から漏れる事例や未知の事例の処理に困難を来すこととなる。近時、総合考慮モデルを採用する見解の多くが、考慮要素の列挙や事例の類型化にのみ関心を向けていることには、判断の安定性の観点からも問題があるように思われる。

#### (4) 危険包摂モデルと総合考慮モデルを組み合わせた判断枠組みの構築

このように、危険包摂モデルは、因果経過の抽象化の限界という困難な問題を抱えており、総合考慮モデルは、考慮要素の列挙や類型的考察が十分成功していないという問題を抱えている。もっとも、偶然処罰の排除という観点からは、危険包摂モデルが帰責判断の基礎に置く「経験的通常性」という観点にも、総合考慮モデルの一部が主張する「支配・利用可能性」の観点にも、それを主張する十分な理由があるように思われる。そもそも、両モデルは相互に排他的なものではなく、そうだとすれば、場面に応じた使い分けの途も検討されるべきである。そこで、以下では、両モデルを組み合わせた判断枠組みの可能性を模索する。

##### (a) 危険包摂モデルの射程範囲

危険包摂モデルについては、因果経過の抽象化という問題があるものの、少なくとも、経験的通常性判断のみによって危険の現実化を肯定してよい場面があると思われる。

まず、結果発生に影響を与えた事情すべてが記述された形での具体的な因果経過につき経験的通常性が認められる場合には、総合考慮モデルのように個々の因果の結びつきに逐一評価を加えるまでもなく、危険の現実化が肯定されることに異論はないであろう。この場合には、行為者本人が事象経過全体を支配可能であったといえ、およそ偶然の事態とはいえないからである。例えば、被害者の腹部をナイフで突き刺したために失血死したという単純な事例では、そのような経過が当然に経験的通常性の範囲内にあることから、危険の現実化は肯定される。また、車道上で被害者に暴行を加え意識不明の状態に横たわった状態にしたまま放置した結果、通常の

運転態様で走行してきた自動車の運転者が被害者を発見するのが遅れ、急ブレーキをかけたが間に合わず被害者を轢過して死亡させたという事例についても、道路上に人が横たわっていないかを常時意識しながら運転する者はいないから、自動車運転者が横たわっている被害者を発見するのが遅れて轢過することは経験的通常性の範囲内にあるといえる。この場合にも、具体的な因果経過の経験的通常性を根拠に危険の現実化を肯定することに異論はないだろう。このように、具体的な因果経過の経験的通常性は危険の現実化の十分条件として機能する。

次に、因果経過を抽象的に記述しても経験的通常性を肯定できない場合には、個々の因果の結びつきの程度・態様に検討を加えるまでもなく、直ちに危険の現実化が否定されることについても異論はないと思われる。この場合には、その種の結果を生じさせる危険を実行行為に見出すことがおおよそできない以上、結果発生は実行行為とは無関係な事情に左右されるものであり、偶然の事態と評価できるからである。被害者に軽微な暴行を加え、それ単独で死をもたらしることがありえない程度の傷害を負わせたが、被害者が救急車で病院に搬送される途中で交通事故に遭い死亡したという事例（以下「救急車事例」とする）や、同様の経過で傷害を負われた被害者が、病院に無事搬送されたが、その病院で火災が発生したため被害者が逃げ遅れて焼死したという事例（以下「病院火災事例」とする）がその典型例である。これらの事例で死の結果を説明するためには「交通事故」や「病院火災」という事情を捨象することはできないため、因果経過を抽象化するとしても「交通事故による死」、「火災に巻き込まれての死」と記述せざるをえないところ、行為者の暴行からこのような経過を経て死に至ることは経験的通常性の範囲内にあるとはいえないから、このことのみを根拠に危険の現実化を否定してしまってもよいだろう。裏返していえば、抽象化された因果経過の経験的通常性は危険の現実化の必要条件として機能することになる。<sup>(218)</sup>

---

(218) 米山正明「因果関係の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』

他方、前述した大阪南港事件や高速道路進入事件のように、具体的因果経過につき経験的通常性を認めるのは困難であるが、因果経過を抽象化すれば経験的通常性を肯定できる場合には、危険包摂モデルのみで結論を導くことはできない。前述のように、抽象化の限界を画する基準を設けることは不可能に等しいからである。そこで、この場合には、総合考慮モデルによる解決を考えることになる。

#### (b) 総合考慮モデルの射程範囲

具体的因果経過につき経験的通常性を認めるのが困難であるが、因果経過を抽象化すれば経験的通常性を肯定できる場合について、総合考慮モデルの思考が必要であることは、支配・利用可能性という観点から正当化できる。まず、具体的因果経過につき経験的通常性が認められないとしても、それが直ちに偶然の事態ということにはならない。大阪南港事件のように、介在事情の結果に対する影響力が小さい場合には、因果経過全体を支配することはできないとしても、実行行為が結果に対して強い影響力をもつことによって、結果発生を支配しうるからである<sup>(219)</sup>。他方、抽象化された因果経過について経験的通常性を肯定できたとしても、それだけで結果帰属を肯定することは妥当でない。そのように考えたのであれば、現実に生じた因果の流れを考慮せずして、抽象的な危険を根拠に結果帰属の可否を決することになってしまうからである。

---

(成文堂、2015年) 117-8 頁は、行為と介在事情の関連性や誘発の有無の判断よりも、予見可能性の有無の判断のほうが、具体的事情として説明しやすいことがあると指摘するが、本文で述べたように、因果経過の経験的通常性が十分条件ないし必要条件として機能する場面はそのような場合に当たるであろう。

(219) 大審院判事を務めた泉二新熊は、すでに、相当因果関係説を採用しつつ、「相当原因力の遮断せらるるは当該意思活動と因果の関係なき独立絶対の決定的原因力の介入する場合に限れるか故に一定の意思活動と其介入原因力とか協同して当該因果連鎖を組成したる場合に於ては当該意思活動と結果との間にも相当因果関係を認めざる可からず」(泉二・前掲注 (191) 309頁。圏点ママ)と主張しており、①経験的通常性の観点のほか、②結果に対する原因力・支配力の観点を併せ考慮して帰責範囲を画定しようとする思考が窺い知れる(大関・前掲注 (140) 167頁参照)。



以上を踏まえると、具体的な因果経過の経験的通常性が否定され、かつ、抽象化された因果経過の経験的通常性は肯定できる場合には、経験的通常性という観点のみで結果帰属を判断することはできない。そこで、この場合には、異なる観点を考慮する必要があるが、すでに述べたとおり、行為者が結果に対して支配を及ぼしたといえるのであれば、発生結果は偶然の事態ではなく、当該結果を行為者に帰責することは可能である。そして、現実の因果経過に照らして、実行行為の結果に対する影響力が決定的である場合には、行為者が結果に対して支配を及ぼしたと評価できるから、行為者への結果帰属を正当化することが可能となる。このように、経験的通常性という観点のみでは結果帰属の可否を判断できない場合には、現実の因果経過に照らして、実行行為の結果発生に対する影響力の観点から結果に対する支配の有無を判断する必要がある<sup>(220)</sup>のであって、その際に総合考慮モデルに立った判断が行われることになる。

問題は、実行行為の結果に対する影響力をどのように考慮するかである<sup>(221)</sup>。「寄与の程度」や「誘発の有無」を総合判断するというだけでは、単なる結論の言い換えになりかねない。偶然処罰の排除という観点からは、実行行為の結果に対する影響力が、結果発生に支配を及ぼしたといえるほどに大きいものであったか否かを判断の指針としたうえで、事例類型に応じた判断要素の具体化を図るべきである。影響力の大きさを検討する際、①実行行為と介在事情それぞれが結果発生に与えた影響の程度・態様、②実行行為が介在事情に与えた影響の程度・態様といった従来提唱されてき

(220) 人間の行為が介在した事例以外については、予見可能性が基準となるとしつつ、人間の行為が介在した事例については、実行行為と介在行為の結びつきや利用の観点から支配可能性を検討するとし、基準を使い分けるものとして、辰井・前掲注(168)113頁以下。さらに、佐伯(仁)・前掲注(167)71頁は、介在事情が人の行為の影響を受けない自然現象である場合には、予見可能性が基準となるのに対して、介在事情が人の行為である場合には、行為と介在事情の結びつきが重要になるとする。

(221) 結果に対する寄与度(影響力の大きさ)それ自体を結果帰責の判断基準とするものとして、例えば、鈴木・前掲注(168)285頁以下。

た要素は当然に考慮されるべきであろう。

この①②の要素につき、単なる考慮要素ではなく、帰責を否定するための要件として構成しようとする見解もある。例えば、林陽一は、「①単独でも結果を発生させ得る程度に危険な事情（因果系列）が介在し、かつ、②その要素がもつ危険性に対して行為が影響を与えないようなものであるとき」<sup>(222)</sup>（原文の（A）（B）を①②に置き換えた）に、利用可能な法則性の存在に疑いが生じるため、因果関係が否定されるとする。また、前田巖も、「①介在する被害者、第三者の行為が、被告人の行為により生じかつ現存する危険を上回り、結果を発生させるだけの危険を新たに生じさせた場合で、かつ、②それが被告人の行為と独立したものであるとき」<sup>(223)</sup>（①②筆者）には、因果関係が否定されうるとして、類似の基準を示している。もっとも、この2つを危険の現実化を否定するための「必要条件」として要求するのは、判断の硬直性を招き妥当でないように思われる。例えば、林は、病院火災事例のうち、行為者が被害者の脚に傷害を与えたため、被害者が火災現場から逃げることができなかった場合につき、被害者が逃げられないという事情に対して行為が明らかに影響関係に立っていると評価している<sup>(224)</sup>。上記①②の基準に従えば、この場合には、②の要件を満たさないために、結果帰属を否定しえないことになろう。しかし、実行行為の介在事情に与えた影響関係は否定できないとしても、それは火災から逃げられる可能性をいくらか減少させたという程度のものである一方、介在事情の結果に対する影響の程度が圧倒的であることから、危険の現実化を否定する余地もあると思われる。そもそも、①実行行為と介在事情それぞれの結果に対する影響も、②実行行為の介在事情に対する影響も程度を付しうる要素であるし、影響の態様についても個々の事例に応じて物理的なものから心理的なものまでさまざまであるから、両要素を相関的に判断することも許

(222) 林（陽）・前掲注（107）244頁。

(223) 前田（巖）・前掲注（172）144頁。

(224) 林（陽）・前掲注（107）275頁。

容されるであろう。①②は、あくまで危険の現実化判断の考慮要素として位置づけるべきである。

### (c) 段階的枠組みの構築

ここまでの検討を踏まえると、狭義の相当性の問題領域では、危険包摂モデルを用いた判断（以下「危険包摂判断」とする）のみによって危険の現実化を判断できる場合と、危険包摂判断に加えて、総合考慮モデルを用いた判断（以下「総合考慮判断」とする）を行って初めて危険の現実化を判断できる場合があることになる。それゆえ、狭義の相当性＝危険の現実化を判断するためには、〈i 危険包摂判断→ii 総合考慮判断〉という段階的枠組みを採用する必要がある。

具体的には、まず、i 危険包摂判断において、具体的な因果経過の経験的通常性が肯定できる場合、すなわち、結果発生に有意な影響を与えた事情をすべて具体的に記述した形での結果発生の危険を実行行為に見出すことができる場合には、直ちに危険の現実化を認めることができる。これが肯定できない場合には、現実の因果経過を抽象的に把握することによって、現実の因果経過を包摂しうる限度で抽象的に記述された結果発生の危険を実行行為に見出すことができるか否かを判断することになる。このような抽象的危険すら実行行為に見出すことができない場合には、直ちに危険の現実化は否定される。他方、このような抽象的危険を実行行為に見出すことができれば、次に、ii 総合考慮判断を行うことになる。その際、現実の因果経過に照らして、実行行為の結果に対する影響力に検討を加え、実行行為が結果発生に支配を及ぼしたといえるのであれば危険の現実化を肯定することができ、支配を及ぼしたとはいえないのであれば危険の現実化は否定される（【図1】参照）。

【図1】狭義の相当性＝危険の現実化の判断枠組み

理論的基礎：偶然処罰の排除	
-----	
i 危険包摂判断	
＝因果経過の経験的通常性の観点から、現実の因果経過を包摂しうる危険性を実行行為に見出せるか？	
・具体的な因果経過につき経験的通常性あり	⇒危険の現実化○
・抽象化された因果経過につき経験的通常性なし	⇒危険の現実化×
・抽象化された因果経過につき経験的通常性あり	⇒総合考慮判断へ
-----	
ii 総合考慮判断	
＝現実の因果経過に照らして、実行行為の結果に対する影響力が、結果発生に支配を及ぼしたといえるほどに大きいか？	
・考慮要素：	
①実行行為と介在事情それぞれの結果に対する影響の程度・態様	
②実行行為の介在事情に対する影響の程度・態様	

(d) 近時の裁判例にみられる段階的枠組みの思考

こうした段階的枠組みは、事例に即して適切に問題点を把握するうえで有益である。実際、近時の裁判例の中には、このような段階的枠組みに親和的な判断を示したものもある。

①具体的な因果経過の経験的通常性を根拠に危険の現実化を肯定する裁判例

本稿の段階的枠組みによれば、i 危険包摂判断において、具体的な因果経過の経験的通常性を肯定することができれば、総合考慮判断を行うまでもなく、危険の現実化を肯定することができる。近時の裁判例にも、具体的な因果経過の経験的通常性のみを根拠に危険の現実化を肯定するものがみられる。例えば、奈良地葛城支判令和2・10・29裁判所ウェブサイトでは、(1)被告人がアルコールの影響で正常な運転に支障がある状態で自動車を運転し、その際、前方左右を注視せず、安全確認不十分なまま時速約60kmで走行した結果、(2)前方を自転車と同一方向に進行し、駐車場に進入しようとして減速走行中のA車に自転車を衝突させ、(3)それによりAがパニックに陥り、(4)動揺して無意識のうちにアクセルを踏んでしまったため、(5)A車を駐車場で暴走させ、(6)駐車場内にいた人に傷害を負わせた事案につき、被告人の過失に基づく被告人車のA車への衝突行為((1)(2))と駐

車場内にいた人の傷害結果(5)との間の因果関係が争われた。奈良地裁葛城支部は、「そのようなA車に後方から(1)時速約60キロメートルの高速で(2)被告人車が追突すれば、A車に相当強い衝撃があり、(3)追突されたAにおいて非常に大きな心理的動揺が生じるであろうことは容易に想像でき、……(4)ブレーキを踏むなどして事故を回避することを思い付かず、無意識のうちにアクセルを踏んでしまい(5)運転する自動車を暴走させることにより、A車が本件駐車場内に進入して(6)その場にいた人に傷害を負わせる事態が生じることも、常識的にみて十分想定できる」((1)~(6)筆者)と判示して、被告人の行為と被害者らの傷害結果との間に因果関係を認めた。現実の因果経過に対応した(1)~(6)の事情を具体的に記述したうえで、被告人の行為からこのような結果に至ることは「常識的にみて十分想定できる事態」とであると評価している。具体的な因果経過の経験的通常性が危険の現実化を肯定するための十分条件として機能していることがうかがえる。<sup>(225)</sup>

## ②危険包摂判断と総合考慮判断の両者に検討を加えた裁判例

本稿の段階的枠組みによれば、i 危険包摂判断において、具体的な因果経過の経験的通常性を肯定できない場合でも、現実の因果経過を包摂する限度で抽象的に記述された危険を実行行為に見出すことができれば、ii 総合考慮判断において、現実の因果経過に照らして、実行行為の結果発生に対する影響力の観点から危険の現実化を肯定する余地がある。近時の裁判例の中には、これと同様に、i 現実の因果経過を一定の限度で抽象化した危険を実行行為に見出したうえで、ii 現実の因果経過に照らして、実行行為の結果発生に対する影響力の観点から因果関係の有無を検討したものがみられる。

例えば、著名な東名高速あおり運転事件の差戻し第1審判決は、このよ<sup>(226)</sup>

---

(225) 同様に、具体的な因果経過の経験的通常性を根拠に危険の現実化を肯定した裁判例として、奈良地判平成24・6・22判タ1406号363頁、さいたま地判平成24・11・8 LLI/DB L06750605、大津地判平成30・12・4 LEX/DB 25562174など。

うな思考を採用したものと評価することができる。同判決の認定によれば、本件の因果経過は、被告人 X 運転の自動車（以下「X 車両」とする）が東名高速道路を進行中、パーキングエリアで A に駐車方法を非難されたことに憤激し、A が乗車する B 運転の自動車（以下「A 車両」とする）を停止させようと企て、(1) X は、A 車両の通行を妨害する目的で、時速約100km の速度で A 車両を追い越して A 車両直前の車両通行帯上に車線変更したうえ、減速して X 車両を A 車両に著しく接近させるなどの妨害運転を 4 回にわたって繰り返し（＝危険運転致死傷罪の実行行為）、(2) 徐々に減速して第 3 通行帯上で X 車両を A 車両の直前で停止させることによって、(3) これに引き続いて A 車両を第 3 通行帯上に停止させ、(4) その後、X が A 車両に向かい、車内の A に対して暴行を加えるなどし、(5) A および B が A 車両から降車したところ、(6) 後方から進行してきた C 運転の大型貨物車（以下「C 車両」とする）が A 車両との衝突事故を起こし、(7) これにより A 車両が押し出され、同車が前方で停止していた X 車両に衝突するなどした結果、(8) これらいずれかの車両が A および B に衝突し、兩名を死亡させるなどしたというものである。本件では、(1) の妨害運転行為と(8) の死亡結果との間の因果関係が争われた。<sup>(227)</sup>

横浜地裁は、まず、i 「本件妨害運転は、A 車両の運転者に対して、停止を求める被告人の強い意思を示すとともに大きな恐怖感を抱かせ、焦りや狼狽等により冷静な判断を困難にさせるものであり、そのような心理状態に陥った A 車両の運転者をして、本件妨害運転から回避し、あるいはその継続を断ち切るために、高速道路上に自車を停止させるという極めて危険な行為を選択させ、さらには、停止した A 車両に後続車両が追突するという重大な事故を招く高い危険性を有するものであった」と判示し

(226) 横浜地判令和 4・6・6 LEX/DB 25592990。

(227) なお、本件では、(1) の妨害運転行為のみが自動車運転死傷行為処罰法 2 条 4 号（2020 年改正前）の危険運転致死傷罪の実行行為に該当し、(2) の停止行為は実行行為から除外され、介在事情に位置づけられている。本章 II 3（2）参照。

て、本件の「主たる事実経過に着目すると」(圏点筆者)、「Aらの死傷結果は、本件妨害運転の危険性が現実化したものと見ることができる」との判断を示した。ここでは、(2)~(6)の具体的な介在事情を捨象した形で、BによるA車両の停止行為とその後の追突事故という「主たる事実経過」に着目した抽象的な危険把握が行われている。本判決は、本件事実経過もこのような抽象的に把握された危険の現実化であるとの判断を示しており、危険包摂判断をしたものと評価できる。

横浜地裁は、これで判断を終わらせるのではなく、次に、ii本件では、被告人自身の停止行為、被告人のAに対する暴行、AおよびBの降車、C車両が起こした追突事故などの複数の介在事情が存在していると指摘して、「以上の各事情について、本件の因果関係が否定されるような異常な介在事情といえるかを検討する」と判示したうえで、現実の因果経過に照らして、各介在事情が因果関係を否定するような性質のものであるかにつき、実行行為の各介在事情に与えた影響に着目しながら検討を加えている。具体的には、(3)A車両が停止した点については、「Bが、相応の交通量のある高速道路の第3通行带上でA車両を停止させるという危険極まりない行為に敢えて及んだ理由としては、……本件妨害運転の影響により冷静な判断ができず、もはや被告人の求めに応じて停止するほかないとの判断に追い込まれたとの経緯以外想定できず」、「BによるA車両の停止行為は、Bに上記のような影響を与えた本件妨害運転自体によって直接引き起こされたものといえることができる」と評価した。(2)X自身が自車を停止させた点については、「Aに対して文句を言うためにA車両に対して停止を求める被告人の強い意思を示す本件妨害運転……に引き続いて生じる事態としてはごく自然なものといえる」として、「上記のX車両の停止行為は、本件の因果関係が否定されるような異常な介在事情には当たらない」と判示した。「異常な介在事情」という表現が用いられているものの、ここでは、現実の因果経過に照らして、妨害運転という実行行為と、X自身の停止行為や、A車両の停止行為との間の関連性、影響力の程度・



態様の観点から検討が加えられており、総合考慮モデルの思考がうかがえる。同様に、(4) X の A に対する暴行については、A に文句を言うために A 車両に停止を求める X の強い意思を示す「本件妨害運転に引き続いて生じる事態としてはごく自然なもの」であるとして、「本件の因果関係が否定されるような異常な介入事情には当たらない」との判断を示し、(5) A および B の降車行為については、「本件妨害運転及びこれに引き続く前記暴行（前記……のとおり異常な介入事情には当たらない。）の心理的な影響によるものといえるから、本件の因果関係が否定されるような異常な介入事情には当たらない」との判断を示している。また、(6) 衝突事故を起こした C に車間保持義務違反の過失があった点については、「高速道路の通行帯上、ましてや追越車線である第 3 通行帯上に停止している車両はないものと考えて走行することは、運転行為としてごく一般的であると考えられるところ、本件事故は、夜間、高速道路の第 3 通行帯上に X 車両及び A 車両がハザードランプも付けずに停止しているという通常では想定し難い状況下で発生している」こと、「C 車両のように、先行車両と約 20m から約 24m 程度の車間距離で高速走行している車両は、高速道路上では比較的良好に見られる」ことなどを根拠に、「本件の因果関係が否定されるような異常な介入事情には当たらない」との判断を示している。

このように、本判決は、i 現実の因果経過を包摂しうる限度で抽象化された危険を実行行為に見出したうえで、ii 現実の因果経過に照らして、実行行為の介入事情に対する影響力の観点から、各介入事情が因果関係を否定するようなものでないかを検討している。これは、本稿が示した〈i 危険包摂判断→ii 総合考慮判断〉という段階的枠組みと同様の思考に基づく判断であると評価することができる。<sup>(228)</sup>

(228) 他に、同様の思考を読み取ることができる裁判例として、東京地判平成 27・4・30 判時 2270 号 131 頁（控訴審である東京高判平成 28・9・7 判時 2349 号 83 頁も同様の思考を踏襲）、東京高判平成 29・7・13 高刑速（平 29）号 137 頁、横浜地小田原支判平成 30・3・28 LLI/DB L07350322、千葉地判平成 30・12・4 判時 2434 号 113 頁（睡眠導入剤事件〔最決令和 3・1・29 刑集 75 卷 1 号 1 頁〕の第 1 審）、長野地

## 2. 問題関心②——規範の保護目的

### (1) 理論的基礎・判断構造

続いて、規範の保護目的＝危険の現実化の問題領域に検討を加える。

規範の保護目的は、規範が発生結果の回避を目的としない場合に当該結果は行為者に帰責されないとするものであり、特に過失犯の場合に問題となる。過失犯が問題となる場合に、あらゆる危険の防止を行為者に課すとするれば、行為者の行動の自由を著しく制限し、ひいては社会生活が立ち行かなくなる。それゆえ、行為者に危険の防止を期待することができるのは、行為者に負担を課すことが正当化できる範囲に限られるのであり、これを超える場合には、現に当該危険を認識しえたとしても、刑法がその防止を行為者に期待することはできない。したがって、行為者による何らかの義務違反行為によって結果が生じたとしても、それが当該義務を根拠づける危険の範囲に含まれないものであれば、刑法はそのような結果の防止を期待していないといえるから、当該結果を行為者に帰責することはできない。これが規範の保護目的の理論的基礎といえることができる。<sup>(229)</sup>

このように考えると、規範の保護目的＝危険の現実化における「危険」は、単に、そのような事態が起りうるかという経験的通常性を意味するのではなく、注意義務違反の検討段階で規範的に限定されたものである。これは、講学上「許されない危険」と呼ばれるものであり、因果関係の判断に先行して、その範囲が確定される。したがって、規範の保護目的＝危険の現実化の判断は、①注意義務違反の認定を前提に、②許されない危険の範囲を確定し、③現実の因果経過がその範囲内に含まれるかというプロ

---

判令和2・11・11 LLI/DB L0755113など。

(229) 小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂、2007年)32頁は、行為の遂行それ自体が優越利益原理によって許される場合には、その行為をやめない限り回避しえない結果の発生まで許してやらないと意味がないとして、優越利益原理と勿論解釈の組み合わせにより認められる違法性阻却事由を許された危険と呼ぶ。そして、同書41-2頁は、許された危険を越えたことこそが不法を基礎づけているとして、許されない危険と結果との間の因果関係を要求し、これが規範の保護目的論の理論的基礎であるとする。

セスを経ることになるため、構造上、危険包摂モデルが妥当することになる。

規範の保護目的の理論は、従来、行政取締規則違反から注意義務違反を直ちに認定する傾向を助長する、判断の明確性に資さない、などの批判<sup>(230)</sup>を受け、必ずしも支持を集めてこなかった。しかし、判例には、規範の保護目的の思考を採用したのが見られる。三菱自工タイヤ脱落事件において、最高裁は、①被告人らに「リコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採り、強度不足に起因する D ハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務」を課したうえで、②当該注意義務の内容に照らして、「D ハブに強度不足があったとはいえ、本件瀬谷事故が D ハブの強度不足に起因するとは認められないというのであれば、本件瀬谷事故は、被告人兩名の上記注意義務違反に基づく危険が現実化したものとはいえない」と判示して、許されない危険の範囲を D ハブの強度不足に起因する事故発生<sup>(230)</sup>の危険に限定したうえで、③現実の因果経過につき、「D ハブには、設計又は製作の過程で強度不足の欠陥があったと認定でき、本件瀬谷事故も、本件事故車両の使用側の問題のみによって発生したものではなく、D ハブの強度不足に起因して生じたものと認めることができる」として、現実の因果経過が許されない危険の範囲に含まれることを認定して、「上記義務違反に基づく危険が現実化した」との判断を示している。

また、近時の裁判例を見ても、例えば、広島高判令和 3・9・16 裁判所ウェブサイトは、自動車を運転してガソリンスタンドから歩道を通って車道へ向け進行するにあたり、歩道手前での一時停止義務に違反して、一時停止せず進行した過失と、左方から歩道を走行してきた自転車の衝突により生じた傷害結果との間の因果関係の判断にあたって、規範の保護目的の思考を示している。広島高裁は、①「本件歩道手前の地点において一時

---

(230) 林(陽)・前掲注(107)177頁以下。曾根・前掲注(126)149-50、242-3頁も参照。

停止をして安全確認を行う」という注意義務につき、②これは、「飽くまで、本件歩道に進出するに当たって、本件歩道を通行する自転車等の有無及びその安全を確認するために課されるものであり、本件歩道上を左方から進行して来る自転車等との本件衝突地点における衝突を避けるために本件衝突地点への到達を遅らせることを目的として課されるものではない」として、③仮に本件歩道手前の地点で一時停止をしても、本件歩道上の左方の見通しが不良であるため、左方から来る自転車を発見、視認して衝突回避措置をとることができなかつた本件においては、仮に一時停止をすれば、被告人車両が本件衝突地点に到達する前に自転車が通過し終えていることになり、本件事故を回避しえたとしても、「注意義務の違反に基づく危険が現実化したものと評価することはできない」と判示した。<sup>(231) (232)</sup>

このように、裁判例の中には、「注意義務違反に基づく危険の現実化」を問うことによって、規範の保護目的の思考を採用するものがある。具体的には、①注意義務の内容に照らして、②当該注意義務を基礎づける危険の内容を明らかにしたうえで、③現実の因果経過が当該危険の範囲内に含まれるかを問うものである。問題は、「注意義務違反に基づく危険」、すなわち、許されない危険をどのように判断するかである。この判断方法が明確でなかつたことが、従来、学説において規範の保護目的論が受け入れられてこなかつた1つの理由であるが、近時、樋口亮介は、注意義務の内容確定プロセスを基礎に置いた過失犯の判断枠組みを提唱し、その中で、許されない危険の範囲が、危険比例性に基づいて注意義務の内容を確定する作業を経て確定されること、<sup>(233)</sup>因果関係の判断にあたって、「危険実現の判

(231) ただし、本判決は、本件歩道手前で一時停止したうえで、小刻みに停止・発進を繰り返すなどして、本件歩道を通行する自転車等の有無及びその安全を確認して進行すべき注意義務に違反する旨の予備的訴因を認めて、被告人を有罪とした。

(232) ほかに、「注意義務違反に基づく危険の現実化」を要求し、規範の保護目的の思考を示した近時の裁判例として、大阪地堺支判平成24・9・13 LLI/DB L06750463、東京地判平成26・5・27 LLI/DB L06930255、福井地判平成30・7・17 LEX/DB 25561283、横浜地判令和2・3・31 LEX/DB 25591329など。

断は注意義務の基礎にある危険と連動する<sup>(234)</sup>ことを明らかにしている。危険比例性の内容については、「①危険防止措置に有効でない措置は排除する、②危険防止措置の有効度合いが十分といえるまでは義務づけを考えてよく、特に、複数の措置を組み合わせてもよい、③当該措置の履行可能性は必須である、④当該措置の被告人にとっての過酷さを考慮する、⑤当該措置から生じる被告人・利害関係者・社会的負担の程度と危険の程度を衡量する、⑥複数の十分に有効な措置がある場合には、より軽い措置にとどめる<sup>(235)</sup>」といった点が、実務に現れた視点として列挙されている。本稿では個々の視点の評価には立ち入らないが、これらの視点を取り入れることによって、行為者への負担要求可能性や社会的有用性などの観点から、許されない危険の範囲を具体的に画定することが可能となるように思われる。

## (2) 狭義の相当性＝危険の現実化との関係

### ①理論上の区別の必要性

規範の保護目的＝危険の現実化の判断は、危険包摂モデルを採用することになるが、これは、狭義の相当性＝危険の現実化判断における危険包摂モデルとは、その内容を異にする。狭義の相当性においては、危険の範囲は因果経過の経験的通常性によって判断されるため、危険判断と現実化判断は表裏一体のものであり、端的に、現実の因果経過を包摂しうるような危険を実行行為に見出せるかを問えばよいことになる。これに対し、規範の保護目的においては、注意義務違反判断の段階で、注意義務の内容を確定するうえで、「危険」の範囲が先行して明らかになるため、「危険」判断

(233) 樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み(1)」法曹時報69巻12号(2017年)40頁。同論文70頁以下によれば、①注意義務の帰属主体根拠の充足、②注意義務設定時点の危険の把握、③当該危険の予見可能性、④当該危険性と比例性を保つ形の義務内容の確定が、注意義務の内容確定プロセスとして要求される。

(234) 樋口・前掲注(233)71頁。さらに、樋口・前掲注(156)53頁以下。

(235) 樋口・前掲注(233)45-6頁。

に引き続いて、現実の因果経過が当該危険に包摂されるかという「現実化」判断を行う必要がある。危険の範囲をどのように確定するかという点と、〈危険判断→現実化判断〉という2段階審査を厳密に行うかという点に違いがある。

また、狭義の相当性と規範の保護目的とは、危険の現実化判断の起点にも違いがある。前者においては、実行行為に該当する行為者の作為・不作為が起点となるのに対して、後者においては、注意義務の内容に裏付けられた「許された危険」の範囲が問題となる以上、「注意義務違反」が起点となる。先に挙げた広島高判令和3・9・16を例にすると、規範の保護目的の観点からは、一時停止義務違反に基づく危険の現実化が問題となるのに対し、狭義の相当性の観点からは、自動車を運転してガソリンスタンドから歩道へ進行する行為の危険の現実化が問題となる。したがって、狭義の相当性との関係では、ガソリンスタンドから歩道に進行した自動車が歩道を進行してきた自転車と衝突し自転車運転者が傷害を負うことは経験的に起こりうる事態であるから、危険の現実化を肯定しうるが、規範の保護目的との関係では、広島高裁が示したように危険の現実化が否定されることになる。

このように、狭義の相当性＝危険の現実化と規範の保護の目的＝危険の現実化は異なる理論的基礎に基づいて要求されるものであるし、また、判断にずれが生じうるものである。したがって、両観点から危険の現実化を肯定できて初めて、行為者への結果帰属を認めることができると解すべきだろう。

## ②実際の適用にあたっての関係

実際の適用にあたっては、規範の保護目的における「危険」の方が、狭義の相当性における「危険」よりも限定的であるため、少なくとも過失犯の事例では、前者の判断が優先的に行なわれることになるだろう。そして、規範の保護目的＝危険の現実化を判断する際、注意義務違反を基礎づける危険が、現実の因果経過に即した具体的なものである場合には、規範

の保護目的=危険の現実化が肯定されれば、狭義の相当性=危険の現実化も肯定されるのが通常であると思われる。例えば、夜間潜水事件では、受講生らが適切な措置を講じることができずに溺死する危険性を根拠に、受講生のそばにいてその動静を注視する注意義務が課されているが、ここでは、受講生の不適切な措置が通常起こりうる事態であるからこそ、それを防止するための義務が課されているのである。それゆえ、狭義の相当性=危険の現実化の判断は、規範の保護目的=危険の現実化の判断に事実上取り込まれていることになる<sup>(236)</sup>。

これに対し、抽象的かつ広範な危険に基づいて課せられる一般的な注意義務違反が問題となるような場合には、狭義の相当性の判断が規範の保護目的の判断に取り込まれていないために、狭義の相当性=危険の現実化の問題が顕在化することが想定される。例えば、米兵轢逃げ事件では、交差点で先行車を追い越す際に、先行車の前方の交通に注意し、追越し直後の先行車の前方車両との衝突等の事故の発生を防止すべき注意義務が問題となっている。この場合、規範の保護目的の判断において、交差点内で進路前方に右折してきた自転車との衝突事故が当該注意義務を基礎づける危険に包摂されることは明らかであるから、危険の現実化を肯定しうる。しかし、その後の同乗者の引きずり降ろし行為による被害者の死という経過まで当該危険に含まれるかについては、想定される危険が抽象的であるために判断することはできない。そこで、この場合には、同乗者の行為によって引き起こされた死亡結果は偶然の結果ではないかという観点から、狭義の相当性を問題にする必要がある。本稿の立場からは、同乗者の引きずり降ろし行為が「経験上、普通、予想しえられ」ないとして因果関係を否定した最高裁は、狭義の相当性=危険の現実化判断につき、危険包摂モデルを採用したものと評価できる。

このように、過失犯の事例においては、事案の性質に応じて、狭義の相当性を問題にするか、規範の保護目的を問題にするか、あるいは両者が問

---

(236) 井上(弘)・前掲注(151) 235頁参照。



題になるかは異なってくる。特に、注意義務の内容およびそれを基礎づける危険の捉え方によって、危険の現実化に関する争点設定の仕方も変化することになる。過失犯に関する裁判例を見ても、「被告人の行為の危険の現実化」を問題にするもの<sup>(237)</sup>と、「注意義務違反に基づく危険の現実化」を問題にするもの<sup>(238)</sup>があり、意識的か否かはともかく、2つの問題関心の使い分けが行われているように思われる。

### (3) 射程範囲

#### (a) 故意犯への適用可能性

ここまで過失犯の場合を念頭に検討してきたが、故意犯の場合にも、規範の保護目的の理論の射程が及ぶかが問題となる。いわゆる客観的帰属論は、「許された危険とその実現」という枠組みを故意犯・過失犯に共通のものとしており、故意犯において「許された危険」を観念することができれば、規範の保護目的の思考を故意犯に導入することは可能であろう<sup>(239)</sup>。さらに、故意不作為犯であれば、作為義務の内容を基礎づける危険の現実化という形で、規範の保護目的を問題とすることは比較的容易であろう。

このように理論上、故意犯においても規範の保護目的が問題となりうるとしても、それが実践的にどの程度意味をもつかは別論である。故意犯が問題となるのは、結果発生を認識しながらあえてその行為に及んだような場合であり、その場合には結果発生の高蓋然性の高い手段が採られることが多いであろうから、それが社会的有用性をもつ場面はあまり考えられな

(237) 近時の裁判例として、奈良地判平成24・6・22判タ1406号363頁(控訴審である大阪高判平成24・11・15 LLI/DB L06720573も同旨)、東京地判平成25・5・9 刑集70巻5号210頁参照(渋谷温泉施設爆発事件第1審)、京都地判平成27・1・23 LEX/DB 25447072、佐賀地判平成29・5・9 LEX/DB 25545945(佐賀地判平成29・5・9 LEX/DB 25545946も同旨)、東京高判平成29・7・13高判速(平29)号137頁など。

(238) 注(232)に引用した裁判例参照。さらに、第1章IV1(3)参照。

(239) 小林(憲)・前掲注(183)194頁参照。Vgl. *Ingke Goeckenjan*, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2017, S. 296f.

い。また、特に故意作為犯の場合を考えると、当該作為を差し控えることが行為者にとって苛酷という事態も考え難い。したがって、実践的には、故意犯の場合には、危険の現実化判断にあたって、狭義の相当性だけを問題とすれば足りるのが原則であり、例外的に許された危険を問題とする余地が生じるにとどまる。<sup>(240)</sup> 過失犯の場合のように、規範の保護目的の問題を優先的に取り上げる必要はないだろう。

#### (b) 構成要件の射程論との区別

ドイツの客観的帰属論は、自己答責性の理論もその射程範囲に含めているが、これは構成要件の保護目的を問題とするものである。また、日本でも、特に結果的加重犯の事例をめぐって、基本犯に典型的に内在する高度の危険が結果に直接実現したことを要求する見解（直接性説）<sup>(241)</sup> が主張されることがあり、特に、近時は、危険運転致死傷罪の解釈をめぐって、危険運転行為に固有の危険の現実化を要求する見解<sup>(242)</sup> が見られる。

こうした構成要件に固有の危険の現実化の問題について、危険の現実化論の中に取り込むことも考えられるであろう。もっとも、客観的帰属論の主張者であるロクシンは、規範の保護目的は、許された危険を限界づけている注意規範の保護目的を問題とするのであって、犯罪構成要件の保護目的が問題なのではないとして、構成要件の保護目的によって帰属を阻却する事例、すなわち構成要件規範が特定の行為態様および作用を初めから含まない場合については、「構成要件の射程」の問題に位置づける。<sup>(243)</sup> 日本の

(240) Vgl. *Goeckenjan*, a. a. O. (Anm. 239), S. 298.

(241) 丸山雅夫『結果的加重犯論』（成文堂、1990年）230頁以下、内田浩『結果的加重犯の構造』（信山社、2005年）101頁以下、榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』（成文堂、2011年）88頁以下、井田・前掲注（3）246-7頁、松原・前掲注（6）91-2頁など。

(242) 例えば、松本圭史「あおり運転行為と傷害罪・傷害致死罪および妨害型危険運転致死傷罪の成否」早稲田法学95巻2号（2020年）268頁以下、松原芳博「判批」判例時報2477号（2021年）109頁、橋爪隆「あおり運転と危険運転致死傷罪の改正について」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [下巻]』（成文堂、2022年）154頁以下。

(243) *Roxin/Greco*, a. a. O. (Anm. 109), § 11 Rn. 87. さらに、高橋・前掲注（4）

議論状況にかんがみても、危険の現実化という概念につき共通理解が形成されていない現状においては、構成要件の保護目的の問題を危険の現実化論に取り込むことは、議論に混乱を招くおそれがある。そこで、本稿では、危険の現実化論の中に「構成要件に固有の危険の現実化」という要素を取り込むことはせず、これは個別の犯罪における構成要件の解釈問題として取り上げれば足るものとする。

### (c) 結果回避可能性判断との関係

規範の保護目的と関連する問題として、結果回避可能性の問題がある。伝統的な相当因果関係説は、事実的な結果回避可能性としての条件関係の判断を相当因果関係判断に先行して位置づける見解が通説であった。もっとも、このような事実的な意味での条件関係を独自の要件として取り上げる意味はないとして、規範的な結果回避可能性を独立の要件に位置づけ、これを危険の現実化と別個の要件とする見解も有力に主張されている<sup>(244)</sup>。規範的な結果回避可能性は、特に過失犯の場合には、注意義務に適した行為をしていれば結果を回避しえたかを問うことになる。

このような規範的な結果回避可能性の位置づけについて、注意義務を尽くしても回避しえない結果は注意義務違反を基礎づける危険に含まれないとして、危険の現実化論に取り込むことも理論上可能であろう。ただし、学説上、結果回避可能性と危険の現実化は区別して論じられているし、判例においても、三菱自工タイヤ脱落事件は、結果回避可能性を肯定したうえで、これとは別個に危険の現実化を論じており、両者を別個の要件として位置づけている。本稿では、さしあたり、従来の概念整理に従って、結果回避可能性は、危険の現実化とは別個独立に要求される帰責要件として位置づけることとする。

---

144頁参照。

(244) 先駆的研究として、町野・前掲注(74)〔犯罪論の展開I〕111頁以下。さらに、山口(厚)・前掲注(4)51頁以下、小林(憲)・前掲注(4)139頁以下など。

### 3. 危険の現実化判断の前提作業

#### (1) 前提作業①——現実が生じた因果経過の認定

ここまで、狭義の相当性と規範の保護目的という2つの問題関心を前提に、危険の現実化の判断構造を検討してきたが、危険の現実化を判断するうえでは、いくつかの前提作業が必要となる。その1つが、危険の現実化の判断対象となる現実の因果経過を認定することである。例えば、被告人が被害者の頭部を鈍器で殴打したという事情と、被害者が頭部の外傷によって死亡したという事情が明らかとなっているが、その間に第三者の暴行等が介在した疑いがある場合を念頭に置くと、被告人の殴打行為は死因となった頭部外傷を生じさせたといえるか、頭部外傷に影響を及ぼすような介在事情が存在したといえるか、介在事情が存在するとすればそれほどのような事情か、によって危険の現実化の判断の仕方は異なってくる。仮に被告人の殴打行為が被害者の死因を形成しており、結果に影響を及ぼす介在事情は存在しないと認定されれば、そのような因果経過は当然に経験的通常性の範囲内であるから、直ちに危険の現実化が肯定される。他方、介在事情の存在が結果に影響を及ぼしたことが明らかになれば、本稿の示した枠組みに沿って危険の現実化の有無を判断することになる。

このように実務において因果関係が争点となる事例の多くは、現実が生じた因果経過に関する事実認定それ自体に争いがある場合ではないかと思われ<sup>(245)</sup>。もともと、現実が生じた因果経過の認定は、あくまで危険の現実化判断に必要な限度で行えば足りるのであって、必ずしも結果に至る詳細な機序が認定される必要はない。例えば、東京地判平成26・5・27 LLI/DB L06930255は、被告人らによるマンションの地下貯水槽清掃作業中、マンションの居住者であり視覚障害者である被害者が地下貯水槽の開閉部

---

(245) 司法研修所編『裁判員裁判において公判準備に困難を来した事件に関する実証的研究』(法曹会、2018年) 139頁以下は、因果関係が争点となる事案として、①被告人の加えた暴行の内容が問題となる場合、②第三者による暴行又は被害者の自傷行為の存在等が問題となり得る場合、③被害者の病気等の内因的素因の有無及びその影響等が実質的な争点と考えられる場合を挙げる。

から転落死した事案に関するものである。東京地裁は、被告人らに対し、居住者らが近くを通行した場合に開口部から地下貯水槽室に転落するおそれがあることを根拠に、見張りによる監視または開口部付近に進入できなくなる措置を施す注意義務を認めただうえで、被告人らがそのような措置を講じずに清掃作業を継続したために、視覚障害者である被害者が開口部から地下貯水槽室に転落して死亡したことは、(規範の保護目的の意味での)義務違反に基づく危険が現実化したものであるとの判断を示した。本件では、被害者が転落に至る機序に争いがあるが<sup>(246)</sup>、「本件開口部にどのように接近して転落したかなどについては、これを具体的に認定することはできない」事案であった。東京地裁は、「被害者が、被告人両名が現に施した安全対策によって進入禁止であることを的確に理解していたにもかかわらず、敢えて本件開口部に近付いて転落したのであれば、被害者の死亡は、被告人両名の義務違反に基づく危険が現実化したものとはいえない」との判断を示したうえで、本件の因果経過につき、「少なくとも、被害者が、転落の危険があるため進入禁止である旨を的確に理解しないまま本件開口部に近付いて転落した事実は、合理的な疑いをいれる余地なく認定することができ」として、危険の現実化を肯定している。本件では、被害者が進入禁止である旨を的確に理解していたか否かという点が危険の現実化判断を左右するものと考えられたため、そのことが認定できれば、それ以外の転落に至る機序の詳細が認定できなくても危険の現実化は肯定できるとされたのである。<sup>(247) (248)</sup>

---

(246) 検察官は、被害者が、本件安全柵に衝突し、腹部付近を本件安全柵に乗り上げた状態で前方に回転し、本件開口部から頭を下にして転落したと主張したのに対して、弁護人は、被害者は、本件開口部付近に身をかがめて低い姿勢を取った際に、そのまま前に倒れて転落したと主張した。

(247) さらに、狭義の相当性が問題となる事案につき、札幌地判平成12・1・27判タ1058号283頁参照(同判決の詳細な検討につき、大関・前掲注(38)197頁以下、大関龍一「被害者の素因の競合と危険の現実化(2・完)」早稲田法学96巻3号(2021年)72頁)。

(248) なお、従来、事実的因果関係の意味での条件関係は刑法における因果関係を認

**(2) 前提作業②——実行行為の特定**

危険の現実化は、実行行為の危険性が結果へと現実化したかを問うものであるから、起点としての実行行為の特定も前提作業として必要である。<sup>(249)</sup> 実行行為の範囲をどのように捉えるかも、危険の現実化判断に影響を及ぼすことになる。特に、行為者自身の連続した複数の行為によって結果が発生したような場合には、どの行為まで一連の実行行為として捉えるかによって、危険の現実化の有無も異なりうる。また、実行行為は構成要件に該当する行為でなければならないから、同一の事象であっても、どの犯罪の成否を問うかによって、実行行為の範囲は変動しうるのであって、自ずと危険の現実化判断にも影響を与える。例えば、前述の東名高速あおり運転事件は、高速道路上で被告人が4回にわたって妨害運転を繰り返した後、被害車両の直前に自車を停止させ（以下「直前停止行為」とする）、それに続いて、被害車両が停止したため、後続車両が被害車両との衝突事故を起こすなどして被害者の死傷結果を引き起こした事案である。被告人は、自動車運転死傷行為処罰法2条4号（2020年改正前）の危険運転致死傷罪で起訴されたが、改正前の同号は「人又は車の通行を妨害する目的で、走行中の自動車の直前に進入し、その他通行中の人又は車に著しく接近し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」である

---

めるための第1の要件として位置づけられ、これを限定する要件が相当因果関係ないし危険の現実化であると考えられてきた（大塚（裕）ほか・前掲注（175）73頁〔大塚（裕）〕、井田・前掲注（3）125頁など）。確かに、事実的因果関係さえ認定できない場合には危険の現実化を肯定することはできないから、その意味では、事実的因果関係の存在は結果帰責の必要条件といえるだろう。しかし、事実的因果関係の存在はそれ単独で結果帰責を基礎づけるものではない。また、危険の現実化判断の前提として、その判断に必要な限度で現実の因果経過を認定することが当然に要求されるのであるから、事実的因果関係の判断は、危険の現実化判断に取り込まれるものといえる。したがって、事実的因果関係を独立に問う意義は乏しく、端的に危険の現実化を問えばよいであろう（山口（厚）・前掲注（4）61頁、橋爪・前掲注（1）12頁など）。

(249) また、終点としての結果をどのように規定するかも問題となるが、これについては、本章Ⅲ3（2）【補論】参照。

ことを要件としていた。それゆえ、差戻し前第1審および差戻し前第2審は、直前停止行為は同号所定の行為に該当しないと判断して、直前停止行為を除いた4回にわたる妨害運転を実行行為として捉え、これと死傷結果との間の因果関係を問題にしている。他方、仮に、本事案において過失運転致死傷罪の成否を問題とするのであれば、4回にわたる妨害運転のほか直前停止行為に注意義務違反を見出して、これら一連の行為と死傷結果との間の因果関係を問題にする余地がある<sup>(250)</sup>。

ところで、実行行為については、現在、結果発生の実際の危険性を有する行為であるという定義が広く普及しており、この定義によれば、実行行為性の段階で危険判断が要求されることになる<sup>(251)</sup>。しかし、本稿のように、狭義の相当性＝危険の現実化判断において、現実の因果経過を包摂しうる危険性が実行行為に見出せることを要求する立場からは、実行行為性の検討段階で、現実の因果経過とは切り離された一般的可能性としての危険判断を行う実益は乏しい。もちろん、未遂犯論との関係で実行行為概念をどのように理解するかは別論であるが、少なくとも既遂犯の成否との関係では、実行行為の特定にあたって危険判断を行う必要はなく、任意の構成要件該当行為を取り出せば足りるのではないかと思われる<sup>(252)</sup>。

(250) 松原芳博「判批」早稲田法学95巻2号(2020年)290頁参照。なお、自動車運転過失致死傷罪における「運転」に停止行為が含まれるかという点も問題となりうるが、同論文290頁注(9)は、「運転」という語義には、発進、走行、停止の操作を含むと解しようとする。

(251) 実行行為概念をめぐる通説の現状につき、山田慧「実行行為概念と未遂犯論の『通説』」法学セミナー809号(2022年)12頁以下参照。

(252) 半田靖史「刑法の通説と判例」法学セミナー809号(2022年)45頁によれば、殺人事件の公判前整理手続において、弁護人が被告人の行為には死亡結果発生の実際の危険性がないから「殺人罪の実行行為性」がないと主張し、それを受けて、第1に実行行為性が争点とされ、因果関係がそれに続く争点として整理されることがあるという。そのうえで、同45頁は、「仮に因果関係を第一の争点とし、それが肯定されれば、被告人の行為の危険の現実化として死亡結果が生じた」と判断されたはずであるが、それでも被告人の行為には死亡結果発生の実際の危険性がないとして、殺人罪の実行行為性が否定されることはあり得るのか(圏点ママ)という問



#### 4. 小括

以上の検討を通じて、危険の現実化の判断構造について、狭義の相当性と規範の保護目的という2つの問題関心があること、2つの問題関心は理論的基礎と判断構造をいずれも異にするものであることを明らかにした。また、狭義の相当性＝危険の現実化判断にあたっては、〈i 危険包摂判断→ii 総合考慮判断〉という段階的枠組みを用いる必要があることを示した。危険包摂判断については、具体的な因果経過の経験的通常性が危険の現実化を肯定するための十分条件として機能する一方、抽象化された因果経過の経験的通常性すら認められない場合には危険の現実化は否定されるという意味で、現実の因果経過を包摂しうる危険が実行行為に見出されること（抽象化された因果経過の経験的通常性）が必要条件として機能する。総合考慮判断については、抽象化された因果経過の経験的通常性が肯定された事案について、現実の因果経過に照らして、実行行為の結果に対する影響力を審査し、結果に対して支配を及ぼしたと断言するかどうかという観点から検討することになる。

このような判断構造は、一見すると必要以上に複雑なものであり、実践的でないと思われるかもしれない。しかし、事案に応じて問題点を的確に把握するためには、本稿が示した枠組みを用いて論点整理を行うことが有用であり、実際、近時の裁判例を見ると、段階的枠組みに親和的な思考を用いたものもみられる。本稿が示した危険の現実化判断の全体像（【図2】参照）を意識することによって、事案に応じた適切な結果帰属判断が可能

---

題を提起している。このような問題が生じるのは、従来、実行行為性の判断にあたって「結果発生の実現的危険性」を要求しながら、これと危険の現実化判断における「危険」の関係が意識的には論じられていなかったことに由来すると思われる。本稿のように、危険の現実化判断の段階で、現実の因果経過を包摂しうる危険を見出す作業を行えば足りると考えれば、このような問題は生じないことになる。殺人罪のように行為態様に限定のない犯罪に関しては、当該行為から結果発生に至る現実の因果経過を説明することが可能で、かつ、殺意の認定が見込まれる任意の行為を実行行為として取り出したうえで、これを起点とした危険の現実化判断を行えば十分ではないだろうか。

になるのではないかと考える。

【図 2】危険の現実化判断の全体像

【前提作業】	
(1) 現実に生じた因果経過の認定 (2) 実行行為の特定・結果の規定	
<p>【狭義の相当性＝危険の現実化】</p> <p>i 危険包摂モデル</p> <p>＝因果経過の経験的通常性の観点から、現実の因果経過を包摂しうる危険性を実行行為に見出せるか？</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・具体的な因果経過につき経験的通常性あり ⇒危険の現実化○</li> <li>・抽象化された因果経過につき経験的通常性なし ⇒危険の現実化×</li> <li>・抽象化された因果経過につき経験的通常性あり ⇒総合考慮モデル</li> </ul> <p>ii 総合考慮モデル</p> <p>＝現実の因果経過に照らして、実行行為の結果に対する影響力が、結果発生に支配を及ぼしたといえるほどに大きいのか？</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・考慮要素：           <ol style="list-style-type: none"> <li>① 実行行為と介在事情それぞれの結果に対する影響の程度・態様</li> <li>② 実行行為の介在事情に対する影響の程度・態様</li> </ol> </li> </ul>	<p>【規範の保護目的＝危険の現実化】</p> <p>危険包摂モデル</p> <p>＝①注意義務の内容に照らして、 ②当該注意義務を基礎づける危険の内容を明らかにし、 ③現実の因果経過が当該危険の範囲内に含まれるかを問う</p> <p>*基本的には、過失犯で問題となる（規範の保護目的を優先的に判断）</p> <p>*注意義務を基礎づける危険が抽象的かつ広範であるなどのために、規範の保護目的の判断に狭義の相当性の判断が取り込まれていない場合には、狭義の相当性の問題を別途取り上げる必要あり</p>

### Ⅲ. 狭義の相当性＝危険の現実化判断の具体化

ここまで危険の現実化判断の全体像を検討してきたが、以下では、狭義の相当性＝危険の現実化の判断方法につき、具体的事例を素材としながら、更なる具体化を試みる。具体的には、まず、危険包摂判断、総合考慮判断のそれぞれにつき、従来の議論との関係で、問題となる事項を取り上げて検討する（Ⅲ 1・2）。そのうえで、主に被害者や第三者の行為が介在した事例を念頭に置いて、著名な判例や近時の裁判例を素材としながら、類型的考察を試みる（Ⅲ 3）。

## 1. 危険包摂判断

### (1) 因果経過の抽象化の程度

前述のとおり、危険包摂判断は、現実の因果経過を包摂しうるような危険が実行行為に見出されるかを問うものであり、因果経過の経験的通常性がメルクマールとなる。その際、因果経過をどの程度抽象化するかによって危険包摂判断が果たす役割は異なってくる。具体的な因果経過につき経験的通常性を肯定できれば直ちに危険の現実化が肯定される。他方、抽象化された因果経過についてのみ経験的通常性が肯定できる場合には総合考慮判断が要求され、抽象化された因果経過についてさえ経験的通常性を肯定できない場合には直ちに危険の現実化が否定される（前記【図1】参照）。

危険包摂判断も、現実の因果経過を判断対象とするものであり、実行行為の一般的危険性を問題とするものではないから、「人の死」といったレベルまで抽象化することは許容されない。したがって、現実の因果経過とは全く別個の経路をたどって死に至る可能性を持ち出すことはできない。例えば、高速道路を走行中の自動車の車内に監禁された被害者が走行中の車内から逃げ出して路面に身体を衝突させるなどして死亡した場合に、同車が後続車両に追突されて被害者が死に至る危険を持ち出すことはできない。もっとも、すでに検討したとおり、このこと以上に抽象化の限界に基準を設けることは困難であるから、「死因の同一性」のような画一的な基準を設けることはしない。実践的にも、因果経過の抽象化という作業を介して経験的通常性を認める場合には、総合考慮判断が要求され、その中で個々の介在事情の評価が行われるため、現実とは全く別個の因果経路を持ち出してはならないという以上に、抽象化の程度に限界を設ける必要はない。したがって、大阪南港事件を例にとれば、同一の死因で死亡する危険を持ち出す必要はなく、刑法が医学的死因に関心をもつものではないことも踏まえれば、暴行それ自体の物理的影響によって現実の死亡時期と近接した時点において被害者が死亡する危険を見出せば足りるのであろう。ま

た、高速道路進入事件においては、被害者が逃走のため高速道路に進入して自動車と衝突して死亡するという具体的な危険を問題にする必要はなく、被害者が選択した逃走手段を抽象化する形で、被害者が恐怖感から生命を危機にさらすような逃走手段を選択する危険を被告人らの暴行に見出すことができるかを問えば足りる。

## (2) 危険判断(経験的通常性判断)の内実——結果発生の可能性の増大

本稿のように因果経過の抽象化の程度に限界を設けなかった場合、例えば、救急車事例においても、因果経過を「交通事故による死」という形で抽象化すれば、交通事故それ自体は日常的に起こりうる事態であることから経験的通常性が肯定されることにならないかという疑問が生じるかもしれない<sup>(253)</sup>。

確かに、「交通事故による死」それ自体を単独で評価すれば、日常的に起こりうる事態であって、経験的通常性の範囲内の出来事ともいえる。しかし、危険の現実化が実行行為と結果との間の関係を問うものである以上、実行行為とは切り離して「交通事故による死」が発生する一般的可能性を問題にしても意味はない。むしろ、交通事故が日常的に起こりうるとしても、実行行為の存在によってその種の経過を経て結果に至る可能性が高められたといえなければ、実行行為に交通事故死の危険を見出すことはできないと考えるべきである。

実は、初期の相当因果関係説は、このような結果発生の可能性の増大を問題とするものであった。例えば、クリースは、乗客を乗せた御者が居眠

---

(253) ベルト・シューネマン(齊藤誠二訳)「客観的な帰属をめぐって」刑法雑誌37巻3号(1998年)40頁は、相当因果関係説によれば、交通事故の被害者が病院に収容され、そこで、(すべての抗生物質に耐性のある)バクテリアに感染し、死亡した事例につき、「こういうことは、いまの社会生活の経験の外側にあるとはいえず、相当なことである」から、相当因果関係が肯定されることになってしまうと指摘したうえで、相当因果関係説の不十分性を論じ、規範的な見方をするための客観的帰属論を主張する。さらに、松宮・前掲注(6)45頁参照。

り（または酩酊）のために道に迷い、そのため乗客が雷に打たれて死亡したという事例を取り上げて、この場合に御者の居眠りと乗客の死との間に一般化可能な関係が否定される根拠につき、御者が目覚めているときでも、眠っているときと同様に、雷に打たれて死ぬことが一般的にありうる点を挙げる。<sup>(254)</sup>これに対し、ある原因的契機が結果の可能性を高めたこと、すなわち、当該契機が存在する場合、それが無い場合よりもはるかに多様な状況において当該結果をもたらすことは、確率論においてよく知られたものであるとして、このような「助勢的事情 [begünstigender Umstand]<sup>(255)</sup>」が、ある結果の相当原因であるとする。<sup>(256)</sup>先の事例では、雷に打たれることが異常な事態と評価されるから相当因果関係が否定されるのではなく、雷に打たれる可能性が高められていないから相当因果関係が否定されるのである。

このように考えると、「交通事故による死」のように、当該介在事情が発生して結果に至る可能性を、実行行為とは切り離して独立に評価すると、日常的にありうる事態と評価せざるをえない場合であっても、実行行為がその種の経過を経て結果に至る可能性を高めたといえないのであれば、経験的通常性を肯定することはできない。したがって、救急車事例では、死の結果を伴うような交通事故は日常的に存在するものであるとしても、人に傷害を負わせる行為はせいぜい被害者が救急車で運ばれる可能性を高めるだけであり、（救急車が他の車両と比較して特別に交通事故に遭遇する可能性が高いなどといった事情が証明されない限り、）被害者を運ぶ救急車

(254) *Kries*, a. a. O. (Anm. 187), S. 201.

(255) 訳出は、山中・前掲注（9）113頁に倣った。クリース（山田＝江口訳）・前掲注（187）151頁は「促進的状況」と訳する。

(256) *Kries*, a. a. O. (Anm. 187), S. 202. さらに、トレーガーは、行為が結果の相当条件といえるのは、「それが発生した種類の結果の一般的な助勢的事情 [generell begünstigender Umstand] である場合、すなわち、発生した種類の結果の客観的可能性を一般的にわずかばかりでなく高めた場合である」とする (*Ludwig Traeger*, a. a. O. (Anm. 30), S. 159). なお、初期の相当因果関係説につき、詳細な検討を加えたものとして、山中・前掲注（9）102頁以下。

が交通事故に遭って被害者を死亡させる可能性を高めるものではないから、当該因果経過につき経験的通常性を肯定することはできないことになる。これに対し、車道上で人に暴行を加えて気絶させたために被害者が進行してきた車両に轢かれて死亡した場合は、人が車道上に横たわっていることは通常想定されておらず、進行中の車両が横たわっている人に気づかず轢過してしまう可能性を高めているといえるので、交通事故による死を実行行為の危険に見出すことができる。

### (3) 可能性増大判断の方法——トランク監禁事件

危険包摂判断において、因果経過の経験的通常性が問題となるのは、トランク監禁事件である。同事件では、被害者を道路上に停車した自動車のトランク内に監禁した行為と後方からの自動車の追突事故によって生じた被害者の死亡結果との間の因果関係が問題となった。同事件では、被害者を監禁した場所は、深夜、車道上に停車した自動車内であり、このような場所では追突事故が発生しやすいということができれば、そのような場所に被害者を監禁する行為は、追突事故による死が発生する可能性を高めたといえることができる。

他方、仮に自動車の停車場所が追突事故の発生しやすい場所でなかった場合や、道路交通法規に従って走行中の自動車のトランク内に被害者を監

(257) 近時の裁判例として、長野地判令和2・11・11 LLI/DB L0755113。

(258) 小坂・前掲注(175) 32頁は、トランク監禁事件決定につき、「夜間の路上で停車するという追突の危険を高める状況と、夜間交通量の多い車道で駐車した場合に追突される危険性があり、それが異常な事態と言えないと解されたのであろう」と評価する。橋爪・前掲注(1) 26-7頁は、軽微な物損事故などであれば十分にありうる事態であるが、本件のように時速約60kmで真後ろから激突するという事故は異常性の高い行為といわざるをえないとしつつ、トランク内に監禁された者は軽微な物損事故でも死亡する可能性が高いことから、「本件実行行為には(事故の程度は抽象化して)何らかの追突事故によって被害者を死傷させる危険性が内在していたといえるから、実際に追突事故によって被害者が死亡した場合に危険実現の関係を認めることが可能」であるとす。これに対し、介入事情を「交通事故」のレベルまで抽象化することに反対するものとして、照沼・前掲注(215) 40-1頁。

禁していた場合に、後方からの追突事故によって被害者が死亡したとすれば、監禁行為は追突事故発生の可能性を高めるものとはいえない。介在事情の発生可能性を高めていない点では救急車事例と共通しており、それゆえ、トランク監禁事件においても救急車事例と同様に危険の現実化を否定すべきではないかとの指摘<sup>(259)</sup>もなされている。

確かに、介在事情が死の直接の原因であるような場合には、実行行為にそれ単独で被害者を死亡させる危険を見出すことはできないから、当該介在事情を経由して結果を発生させる危険を実行行為に見出す必要があり、その際、実行行為が介在事情の発生可能性を高めたか否かは重要なメルクマールとなる。しかし、当該介在事情が日常的に起こりうるものである場合には、実行行為が当該介在事情の発生可能性それ自体を高めたとはいえなくても、実行行為の存在によってひとたび当該介在事情が発生すれば当該介在事情が原因で結果に至る可能性を高めたといえるのであれば、そのような経過で結果に至る危険を実行行為に見出してよいと思われる。例えば、ホテル等での大規模火災事故における管理・監督過失の事案では、防火設備の不備と火災に巻き込まれた宿泊客等の死との間の因果関係が問題となりうるが、これを否定すべきとする主張はほとんどみられない。もっとも、この事案では、防火設備の不備は火災発生の可能性を高めていないのであるから、介在事情の発生可能性を高めたことが必要条件だとすれば、因果関係はむしろ否定されるはずである。それにもかかわらず、この事案で因果関係が否定されていないのは、火災の発生は日常的に起こりうる事態であり、そうであるからこそ火災が発生した場合に備えた設備の設置が法令上義務づけられているところ、防火設備の不備は、ひとたび火災が発生した際に宿泊客等が逃げ遅れて死傷結果が生じる可能性を高めているからではないかと思われる<sup>(260)</sup>。同様に、トランク監禁事件では、「人を防

(259) 例えば、松原・前掲注(6)93頁。

(260) トランク監禁事件と大規模火災事故における管理・監督過失の事案の同質性を指摘するものとして、多和田・前掲注(172)233頁。なお、大規模火災事故の事案



護する構造を持たない後部トランク<sup>(261)</sup>に人を監禁した状態で、追突事故に巻き込まれた場合には、死に至る可能性が高いことを根拠に危険の現実化を肯定する見解が有力であるが、これも、①追突事故が日常的に起こりうるものであることを前提に、②トランクという場所への監禁によってひとたび追突事故が発生した場合に死に至る可能性が高められていることに着目したものである。

問題はこのような考えてよい理論的根拠であるが、学説では、「危険状況の設定」<sup>(262)</sup>、「一般的生活危険の逸脱」<sup>(263)</sup>、「監禁致死傷罪の基本犯として強い禁止の根拠となった危険の現実化」<sup>(264)</sup>など、さまざまな主張がなされている。狭義の相当性の理論的基礎である偶然処罰の排除という観点から考えてみると、介在事情が日常的に存在する事態である場合にはそれを所与の前提に組み込んだうえで実行行為の危険性を判断することは許容されると思われる。「交通事故」や「火災」といった事態は社会生活上、日常的に起こりうるものとして想定されており、そうであるからこそ、万が一の交通事故に備えて乗車形態につき道路交通法に規定が設けられていたり、防火設備の設置が法令上義務づけられていたりする<sup>(265)</sup>のである。そして、このような万が一の交通事故や火災に対する備えが万全であったにもかかわらず

---

では、火災による死傷の危険を防止するために防火設備の設置すべき注意義務が課される以上、規範の保護目的＝危険の現実化は問題なく肯定される。

(261) 多和田・前掲注(172)233頁。

(262) 島田(聡)・前掲注(217)158頁、小池・前掲注(1)98頁など。

(263) 小林(憲)・前掲注(4)178頁。

(264) 井田・前掲注(3)140頁。

(265) なお、安達光治「因果関係論における客観的帰属論の意義」刑法雑誌58巻1号(2019年)85頁は、トランク監禁事件につき、「トランクという人を乗せるためのものでない場所に、人を乗せてはいけないというのは、社会的に合意されたルール」であるとして、このルールに違反して生じた結果であることを結果帰属の根拠とする。これに対し、深町晋也「開かれた客観的帰属論とその敵」刑法雑誌58巻1号(2019年)125頁は、「そのような合意が成り立つ根拠が、トランクは本来的に人を乗せるためのものではない『危険な場所』である点に求められるのであれば、もはや社会的な合意は独自の根拠たり得ない」と批判する。

ず、結果が発生してしまったとすれば、交通事故や火災発生の直接の原因を作出した者だけが事象を支配しえたのであり、それ以外の者にとって結果発生は偶然の事態ということになる。これに対して、乗車形態に関する規定に反してトランクに監禁するなど、実行行為によって、日常的に起こりうる方が一の事態が生じた際に結果に至る可能性を高める状況が作出されたのであれば、そのような状況を作出した者も、社会生活上負担する必要のないリスクを被害者に負担させることによって、結果に至る事象を支配したといえるのであるから、結果発生は実行行為者にとって偶然の事態ということとはできない。それゆえ、介在事情の発生可能性それ自体を高めていなくとも、結果帰属を正当化する余地が生じるのである。

以上の検討を一般論としてまとめると、介在事情が結果発生の直接の原因である事例につき、i 危険包摂判断において、実行行為が介在事情の発生可能性を高めたといえない場合であっても、①当該介在事情が日常的に起こりうる事態であり、かつ、②実行行為によってひとたび当該介在事情が発生すれば結果に至る可能性が高められたといえるのであれば、当該介在事情を経由して結果に至る危険性を実行行為に見出すことができる、ということになる。逆に、①および②の要件を満たさないのであれば、実行行為が介在事情の発生可能性を高めたといえない限り、当該介在事情を経由して結果に至る危険を実行行為に見出すことはできない。従来、トランク監禁事件で危険の現実化を肯定する見解も、①および②を前提条件として考えてきたものと考えられる。トランク監禁事件の調査官解説が、ヘリコプターが墜落してきた場合と交通事故に巻き込まれる場合とでは違いがあると指摘する<sup>(266)</sup>のは、①に関するものであり、介在事情が日常的に起こりうる事態でない場合には別異に取り扱うべきという趣旨であろう。また、後部座席に監禁した場合とトランクに監禁した場合とで結論の違いが出ると考えられてきたのは、②に関するものであり、自動車内に被害者を監禁した場合でも、それが通常の乗車形態にとどまるのであれば、追突事

(266) 多和田・前掲注(172) 233頁。

故による死の危険を監禁行為に見出すことはできないことになる。<sup>(267)</sup>「結果に至る可能性を高めた」といえるか否かの判断にあたっては、比較対象をどのように設定するかという点が問題となるが、前述のように、交通事故や火災といった事態に備えて社会生活上要求される措置がとられていた場合には、実行行為が事実上結果発生の可能性を高めたとしても、実行行為者が事象を支配したとはいえないから、当該介在事情の発生に備えて社会生活上要求される措置が講じられていた場合と比較することになる。<sup>(268)</sup>

なお、以上の検討は、あくまで i 危険包摂判断に関するものであるから、追突事故によりトランク内の被害者が死亡するという抽象的な危険をトランク監禁行為に見出すことができたとしても、別途、ii 総合考慮判断が必要となる場合がある。その際には、追突事故の態様や、被害者が死に至る機序などに着目して、実行行為の結果に対する影響力の観点から検討することになる。例えば、追突車両の運転態様が著しく危険性の高いものであり、追突事故の衝撃が通常の乗車形態の者をも死に至らせる可能性が高いような場合には、現実の因果経過に照らせば、当初の監禁行為の影響力が結果に及んでいないとして、危険の現実化を否定する余地が生じると<sup>(269)</sup>思われる。

(267) トランク監禁事件の第2審は、本件のような「事故の結果、前車に乗車中の者は、どのような形態で乗車する場合であっても、衝突の衝撃により死傷に至ることは、十分あり得るところであり、本件のように車の後部トランク内に監禁されている場合も異なるところはない」として、被告人らの逮捕監禁行為と被害者の死亡との間に因果関係があるとするが、②の要素を無視している点で妥当でない。

(268) この社会生活上の要求は、基本的には、道路交通法などの法令によって具体化されることになる。例えば、トランク監禁事件とは異なり、「軽自動車の後部座席にシートベルトもさせずに縄で縛られて拘束されている場合」(深町・前掲注(265)125頁)については、シートベルト着用の場合と比較することになり、追突事故の際に結果に至る可能性を有意に高めたといえるのであれば、追突事故による死の危険を当該監禁行為に見出す余地がある。

(269) 佐藤拓磨「判批」判例セレクト2006(法学教室318号別冊付録)(2007年)29頁は、トランク監禁事件における追突事故の結果に対する寄与につき、上告趣意書が指摘する事実によれば、車内に乗車していた被告人らはそれぞれ加療2週間から20

#### (4) 危険判断の基礎事情——折衷説対客観説

危険包摂判断における危険は、実行行為の時点に立って判断されるものであるから、実行行為の時点で存在する事情に基づいて判断される。行為者の暴行につき、その物理的影響により直接被害者を死亡させる危険が問題となる場合には、暴行の態様・程度が決定的な要素となる。<sup>(270)</sup> 他方、高速道路進入事件のように、被害者を危険な逃走手段を選択するほどに心理的に追いつめる危険が問題となる場合には、被害者にさらなる暴行を予感させ、それを避けようと考えさせる性質の暴行態様であったかが問われることになり、暴行の程度・態様のほか、犯行の時間・場所、周囲の状況、犯人の人数、犯人と被害者の関係、逃走路の有無などの行為時点で存在する諸事情を考慮して判断することになろう。高速道路進入事件では、最高裁が挙げた事実関係のうち、被告人ら6名による集団暴行であったことや、「極めて激しい暴行」が3時間近くにわたって繰り返されたこと、深夜の公園で暴行が行われた後、さらに場所を移してマンション居室で暴行が加えられたことが危険判断との関係で重要であり、これらの事情からすれば、被害者にさらなる暴行を予感させ、極度の恐怖感を抱かせ、ひいては生命を危険にさらす手段を選択してでも逃走しようと考えさせる危険を、被告人らの暴行に見出すことが可能であろう。<sup>(271)</sup>

このように、実行行為時に存在する事情が危険判断の基礎となるといっても、そのすべてを考慮してよいのか、それとも一般人が認識しえなかった事情や行為者が認識していなかった事情は考慮しないという形で判断の基礎を絞り込むべきかという点は別途問題となりうる。これは、相当因果

---

日程度の頸椎捻挫で済んだとのことであるから、死亡結果の直接の原因は追突事故であったとしても、本件監禁行為の結果に対する寄与は極めて重大だったといえる」と評価する。

(270) ただし、暴行の態様・程度を認定するにあたっては、現実に被害者が負った傷害の程度・内容が重要な間接事実となるであろうから、実際上は、被害者の負った傷害の程度・内容に応じて、暴行の危険性も認定されることになると思われる。

(271) 樋口・前掲注(8)29頁参照。

関係説における客観説と折衷説の対立そのものである。すでに指摘されているとおり、<sup>(272)</sup>危険の現実化判断においても客観説と折衷説の対立は維持されるのであって、本稿の立場からは、危険包摂判断における基礎事情の範囲の問題として構成される。

基礎事情の絞込みが特に問題となる事例とされてきたのが、素因競合事例である。素因競合事例とは、例えば、被害者に軽度の暴行を加え、健常者であればそれ単独で死亡することのない程度の傷害を負わせたが、被害者が血友病に罹患していたため失血死したような事例である。血友病という事情を一般人が認識しえず行為者も認識していなかったとした場合に、この事情をも考慮して実行行為のもつ危険性を判断することが許されるかが問題となる。この問題に関しては別稿で<sup>(273)</sup>詳細に検討したので、本稿では立ち入らない。

---

(272) 橋爪・前掲注(1)15頁、内田=杉本・前掲注(6)51頁[杉本]、松原・前掲注(6)82頁など。

(273) 素因競合事例につき、近時は、リスク負担の観点からの解決が主張されるなど、折衷説対客観説の対立にとどまらない複雑な議論状況となっている。危険判断における基礎事情の絞込みの問題を含め、素因競合事例の処理に関しては、大関・前掲注(38)179頁以下、大関・前掲注(247)43頁以下。