

論 説

危険の現実化論の沿革と判断構造（3・完）

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、98巻3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 (以上、本号)

2. 総合考慮判断

総合考慮判断については、実行行為の結果に対する影響力の観点から、結果発生に支配を及ぼしたといえるかを判断するという指針を示したが、これだけでは抽象的な基準にとどまるため、具体的な考慮要素を明らかにする必要がある。従来、総合考慮モデルを採用する見解は、①実行行為そのものの危険性の大小、②介在事情の異常性、③介在事情の結果への寄与度⁽²⁷⁴⁾といった考慮要素を列挙しており、そのほかに、実行行為と介在事情の関連性を基礎づける要素として、「誘発」という概念がしばしば援用される。

もともと、これらの要素の意味内容や相互関係は必ずしも明らかにされないまま、使用されてきたように思われる。そこで、以下では、本稿の立場から、従来の考慮要素をどのように位置づけるべきかについて検討を加える。

(1) 実行行為の危険性という要素の再構成

危険の現実化判断につき総合考慮モデルを採用する見解からも、実行行為そのものの危険性の大小が考慮要素の1つとされている。しかし、結果発生の可能性の意味での危険性は危険包摂判断の中に取り込まれているので、総合考慮判断において改めて取り上げる必要はない。また、現実の因果経過を事後的に把握して因果の結びつきの態様・程度に検討を加える総合考慮判断においては、現実の経過と離れた結果発生の可能性を独立に問う意義は乏しいであろう。

(274) 前田(雅)・前掲注(4)140頁など。

もつとも、総合考慮モデルの論者は、「実行行為の危険性」という要素に、結果発生の可能性とは異なる意味をも読み込んでいるようである。例えば、前田雅英は、「実行行為そのものの危険性の大小」という要素と、「実行行為の結果発生への寄与の程度」という要素を特段区別することなく、同義のものとして用いており、また、高橋則夫は、危険の現実化の下位基準の1つとして、「行為による結果発生の危険（結果に対する影響力）の大きさ」⁽²⁷⁶⁾を挙げる。ここでは、「危険」が影響力の意味で用いられていることがうかがえる。さらに、山中敬一は、危険実現が問題となる事例群につき、「創出された『第一次的危険』の展開過程および介入する二次的危険の性質に着目して」⁽²⁷⁷⁾、類型化を行っている。その際、危険創出連関につき①直接的危険創出行為と②危険状況創出行為の2つがあることを指摘したうえで、次のように指摘する。⁽²⁷⁸⁾

第一の直接的危険創出行為類型については、創出された危険の結果につながる展開過程には、それ自体として行為客体に対する「直接的な結果発生が可能な段階」から、それがそこから派生した危険に変転したが、結果発生に対していまだ大きな因果力をもつ「間接的な危険の段階」を経て、その創出危険自体としては結果発生につながる因果力を減少させ、たんなる危険状況を維持するが、何らかの危険の介入をまって結果に至る「状況的危険の段階」がありうる。さらに、最後に、第一次的危険の後遺症だけが残っており、結果発生に影響を与えたことは否定できないが、それがすでに第一次的危険が完全に平常化されている「残存的危険段階」がありうる。

(275) 前田（雅）・前掲注（4）141頁以下参照。

(276) 高橋・前掲注（4）147頁

(277) 山中・前掲注（9）494頁。具体的には、第一次的危険の展開過程につき、①直接的危険類型、②間接的危険類型、③状況的危険類型、④残存危険類型に類型化し、二次的危険の介入につき、①内部誘発的介入類型と②外部誘発的危険類型の2つに類型化したうえで、さらに、二次的危険の種類・性質に応じて、詳細な分類を行っている（詳細につき、同書494頁以下参照）。

(278) 山中・前掲注（9）494頁。

ここでは、創出された危険が事後的に変化し、減少・平常化していくイメージが示されている。仮に「危険」を結果発生の可能性の意味で考えるならば、実行行為による結果発生が増大が事後的に否定されるということはありませんはずである。したがって、「創出された危険」というのは、実行行為によって作出された、結果を生じさせる状況・状態のことを意味することになる。可能性としての危険と、状況・状態としての危険は、実行行為の時点では、表裏の関係にある。例えば、被害者の頭部を殴打して致命的な頭部外傷を負わせたとすれば、被害者を頭部外傷により死亡させる可能性を有するという意味での危険が行為者の殴打行為に見出されるとともに、被害者が致命的な頭部外傷を負ったという状態が作出されたことになる。しかし、前者の可能性としての危険が事後的に否定されることはないのに対して、後者の状況・状態としての危険は因果の流れとともに変化・減少しうるものである。例えば、上記暴行の被害者が病院に運ばれ、手術を受けて一命を取り留めたとすれば、致命的な頭部外傷を負った状態は解消されたといえる一方、いまだ小康状態にあったとすれば、何らかの頭部への衝撃により死に至る状態に変化したということになる。さらに、その後、生命の危機は完全に脱したが、後遺症により足が不自由となったため、階段を上ろうとした際に転倒して傷害を負ったとすれば、頭部外傷により足が不自由となった状態が結果に影響を及ぼしていることになるが、当初の暴行により作出された致命的な外傷は「平常化」しているために、当該暴行の結果に対する影響力はわずかと評価されることになる。

このように、状況・状態としての危険は事後的に変化・減少しうるものであり、それゆえ、実行行為の結果に対する影響力を評価する際の考慮要素となりうる。したがって、総合考慮判断において、行為者が作出した状況・状態の意味での「実行行為の危険性」は考慮されるべきであり、総合考慮モデルに立つ見解が、実行行為の危険性＝結果に対する影響力との理解を示していることにも十分な理由があると思われる。ただし、こうした

要素に「実行行為の危険性」というネーミングを使用することは、危険包摂判断における、結果発生の可能性の意味での「危険」概念との混同を招きかねないので、「実行行為によって直接作出された状況・状態」という要素として再構成することが望ましいであろう。⁽²⁷⁹⁾

（2）介在事情の異常性という要素の再構成

介在事情の異常性という要素も、それが介在事情の発生可能性を問うものだとすれば、危険包摂判断に解消されるので、総合考慮判断において改めて取り上げる必要性はない。もっとも、介在事情の異常性という要素も、学説上、発生可能性にとどまらない意味内容を伴って使用されている。例えば、「介在事情が稀有であっても、それが行為によって『支配』『誘発』されたのであれば、介在事情の異常性は緩和され通常性に転化し得る⁽²⁸⁰⁾」との指摘がある。しかし、ここでの「異常性」が実行行為時点での予測可能性・発生可能性が低いことを意味するとすれば、現実の支配・誘発関係によって（事後的に）「異常性」が緩和されるというのは理解できない。むしろ、ここでの「異常性」・「通常性」は、実行行為が作出した状況下において当該介在事情の発生が合理的なものか否かを問題としているように思われる。そうであるからこそ、単独で見れば稀有な介在事情も、実行行為によって支配・誘発されたものであれば、当該状況下における介在事情の「不合理性」が緩和され「合理性」をもつものに転化するのではないだろうか。

近時の裁判例にも、介在事情の「異常性」という表現を不合理性の意味で用いるものが見られる。例えば、高知地判平成25・2・27裁判所ウェブサイトは、被告人が、飲食店内の椅子に座っていた被害者の顔面付近をげんこつで数回殴ったため、被害者が椅子ごと転倒して頭部を床面に強打

(279) 仮に「危険」という表現を用いるとしても、例えば、「実行行為が直接作出した危険状況」のように表現した方が、誤解は生じないと思われる。

(280) 西田・前掲注(194) 112頁。

し、その結果、事件から約 7 日後に被害者が頭部打撲による硬膜下出血で死亡した事案である。本件では、犯行から被害者死亡までの間に被害者が病院で医師の診察を受け適切な治療を受けていれば死亡結果を避けられた可能性があり、しかも、その間に、①事件現場に駆け付けた警察官や②救急隊員、③被害者の取調べを担当した警察官、④被害者の友人が被害者を病院に搬送せず、⑤被害者自身も病院に行かなかったという事情があったことから、被告人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係が問題となった。高知地裁は、①～⑤の介在事情それぞれにつき「異常性」の有無を判断したうえで、いずれも「異常な事態」とはいえないとして、「被告人の暴行によって生じた死亡の危険が現実化した」との判断を示した。各介在行為の「異常性」につき、高知地裁は、次のように判示している。

①：「暴行の 2 時間半後に、被害者の無銭飲食について本件現場に臨場した警察官である E は、被害者が頭の痛みを訴えたことなどから救急隊員を呼んでいる。E は、臨場した救急隊員である F に対し、被害者が頭を打った疑いがあることや頭の痛みを訴えていることを伝えていないが、E としては、被害者の話し方などには特に異常を感じておらず、被害者が、無銭飲食の取調べから逃れるために大きさに病状を訴えて、『救急車を呼ばないと何も話さない。』旨述べたことから仕方なく呼んだとも窺えるので、上記の各事情を伝えていないことも異常とはいえない。」

②：「F は、右側頭部の皮下出血を見落としていたものであるが、大した問題ではないと考えていた E の態度から、F 自身もそのような予断を持っていたとも考えられるし、被害者本人は、話し方や足取りもしっかりしていて、脳疾患を疑わせるような神経症状等は無かったのであるから、救急搬送の必要がないと判断したことも異常とはいえない。」

③：「その後、被害者は、警察署において、取調べ中にもかかわらず床で寝るなど、やや不自然な態度を取っているが、被害者を取り調べた警察官である G は、被害者が酔っ払っていると考えていたのであるから、この時点で 119 番通報するといった措置を採らなかったことも異常とはいえない。」

④：「被害者の友人らは、暴行のあった日に被害者を警察署から自宅まで送る時、被害者に病院に行くよう促しているが、被害者はこれに応じなかった。友人らが平成24年4月14日に一人暮らしの被害者方を心配して訪れた時には、被害者は、友人らの呼びかけにほとんど反応せず、部屋の中を歩く時にも足取りがふらついていた。友人らは、この時も、身体に異常があるようなら病院へ行くなどするようにと促しているのであって、友人にこれ以上のことを期待するのは無理である。したがって、このような経過は異常とはいえない。」

⑤：「また、被害者にしても、自身の体調の異常について、何らかの疾患の疑いは持つにしても、時間が経つにつれ、硬膜下出血等の影響により、判断能力も徐々に低下していたと考えられることも踏まえれば、それが直ちに重篤な結果に繋がるとの危機感を持たず、適切な手段に出ないことがあったとしても、異常な事態とはいえない。」

ここでは、「異常性」という表現を用いて、各介在行為の予見可能性が問われているのではなく、各介在行為者が置かれた状況を前提に、当該介在行為がそのような状況下での判断として了解可能なものであるか、不合理ないし不適切な判断といえないかといった検討が行われていることが読み取れる。⁽²⁸¹⁾

最高裁判例においても、日航機ニアミス事件では、「異常性」という表現が不合理性・不適切性の意味で用いられている。本件は、航空管制官たる被告人が、接近していた907便と958便に接触、衝突のおそれが生じたため、958便に降下指示を行うつもりが、便名を907便と言い間違えたため、907便のA機長が降下指示に従って降下操作を行い、他方、958便の機長も、同便に装備されていた航空機衝突防止装置（TCAS）による下方向への回避措置の指示（降下RA）に従って降下操作を行ったため、両機が

(281) 同様に、当該状況下に置かれた者による判断の不合理性・不適切性という意味で「異常性」という表現を用いるものとして、前記横浜地判令和4・6・6（東名高速あおり運転事件差戻し第1審）。

著しく接近し、907便の A 機長が衝突を避けるため急降下の操作を余儀なくされた結果、同便の乗客らが負傷した事案である。本件では、907便にも TCAS が装備されており、被告人の降下指示の後、同 TCAS が上方向への回避措置の指示（上昇 RA）を発したにもかかわらず、A 機長が被告人の指示に従って降下操作を継続したという事情が介在していることから、このような「異常な事態」の介入により、被告人の降下指示と事故結果との間の因果関係が否定されないかが争われた。最高裁は、①「管制指示と RA が相反した場合に関する規定内容」⁽²⁸²⁾や②A 機長による「降下操作継続の理由」⁽²⁸³⁾にかんがみると、同機長が上昇 RA に従わなかったことが異常な操作などとはいえないことを、危険の現実化を肯定する根拠の 1 つとして挙げている。ここでも、A 機長が置かれた状況を前提に、A 機長が降下操作継続という選択に至った理由を探求することによって、A 機長の行動が不適切・不合理なものでないかという観点から「異常性」が判断されていると読むことができる。さらに、高速道路進入事件において、最高裁が、被害者が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、不相当であった」か否かを問題とするのも、そのような行動選択の不合理性・不適切性を考慮する趣旨と考えることができるだろう（第 1 章 IV 3 (2) (a) 参照）。

(282) 当時、RA と管制指示が相反した場合の優先順位について明確な規定はなかった。

(283) A 機長が降下操作を継続した理由としては、①958便を視認しており、目視による回避操作が可能と考えたこと、②907便は既に降下の体勢に入っていたこと、③958便の上を十分高い高度で回避することが必要であるところ、上昇のためには、エンジンを加速し、その加速を待って機首を上げる操作をしなければならないが、降下の操作によりエンジンをアイドルに絞っていたため、エンジンの加速に時間が掛かると思ったこと、④空気が薄い高々度において、不十分な推力のまま不用意に機首上げ操作を行うと、速度がどんどん減ってしまい、場合によっては失速に至ってしまうという事態が考えられたこと、⑤被告人 A による降下指示があり、管制官は907便を下に行かせて間隔設定をしようとしていると考えたこと、⑥958便が TCAS を搭載しているか否か、それが作動しているか否か分からず、958便が必ずしも降下するとは考えなかったこと、が挙げられている。

介在事情の不合理性が際立っている場合には、そのことが、介在事情が実行行為の影響を受けることなく、独自に生じたものであることを推認させる事情となりうる。したがって、総合考慮判断において、介在事情の不合理性は、実行行為の介在事情に対する影響力を否定する方向の事情として、考慮要素たりうるものである。具体的には、介在行為者の行動が当該状況下に置かれた者による判断として了解可能なものであるか、それとも、不合理・不適切なものであるかが検討されることになる。また、介在事情が故意行為か過失行為という点は、古くから重要な考慮要素と考えられてきたが、これらは、危険包摂判断においてその発生可能性に違いが生じるにとどまらず、総合考慮判断においては故意行為の介入の方が不合理性・不適切性が高まるため、実行行為の介在事情に対する影響力を否定する事情となりやすいという点で意味をもつことになろう。

従来、危険の現実化判断において、介在事情の異常性という表現には、予測可能性・発生可能性の意味で用いられる場合と、不合理性・不適切性という意味で用いられる場合とが、混在していたように思われる。このような概念の混同を避けるためには、危険包摂判断の考慮要素となる「介在事情の予測可能性・発生可能性」と、総合考慮判断の考慮要素となる「介在事情の不合理性・不適切性」とを明確に区別する必要がある。今後は、異常性という表現を差し控えるか、あるいは、この表現を使用するとしてもその意味内容を明確にする必要があるだろう。

（3）寄与・誘発という要素の具体化

危険の現実化判断において、「寄与」、「誘発」といった表現は頻繁に用いられている。いずれも、現実の因果経過における事象間の結びつきを示す表現であるから、総合考慮判断における考慮要素となることに疑いはない。問題は、それぞれの位置づけ・使い方である。

まず、「寄与」という表現は大阪南港事件を契機に用いられるようになった考慮要素であり、結果に対する医学的見地からの影響力の意味で用い

られることが多い。もっとも、結果に対する「寄与」の態様にはさまざまなものが想定され、例えば、崖の上で睡眠薬を飲ませた結果、被害者が昏睡中に寝返りを打って崖下に転落し死亡したという事例では、睡眠薬は致死量に達するものでなく医学的に死に対する影響を与えていないとしても、被害者が転落回避のための措置を採れない状況に置いたという意味で物理的観点からの寄与を問題としうる。また、実行行為の結果に対する医学的・物理的寄与が大きければ直ちに危険の現実化を肯定してよいとすれば、暴行の被害者が病院に運ばれたが、医師が手術を拒否したため死亡した事例のように介在事情が消極的原因を与えたにすぎない場合には、およそ危険の現実化を否定する余地がなくなってしまうため、「寄与」の有無それ自体を、危険の現実化の有無を決定づける要件として理解するのは妥当でない。結局のところ、個別の事例に応じて、先に挙げた「実行行為によって直接作出された状況・状態」や、その変遷過程を考慮に入れつつ、実行行為と介在事情それぞれの結果に対する寄与の程度・態様を具体的に比較・検討するほかないであろう。すでに、大阪南港事件の判例解説において、大谷直人は、「行為の結果に対する影響は、医学的見地だけでなく、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、大阪南港事件や救急車事例についてみても、「介在事情が発生した場所に被害者の身体が置かれることとなったという意味では、被告人の行為に『寄与』があったことは否定できないのであって、類型ごとに、結論に影響を与える要因についての取捨選択が行われている」と指摘しており、事例類型に応じて、寄与の程度・態様に着目すべきことを指摘している。

次に、「誘発」という表現は、夜間潜水事件および高速道路停車事件において最高裁が明示的に使用しており、学説では、実行行為が介在事情に及ぼした心理的影響の意味で用いられることが多い。「誘発」という表現

(284) このような事例として、東京高判昭和39・2・25高刑集17巻1号157頁。

(285) 大谷(直)・前掲注(145)241頁。

(286) 例えば、辰井・前掲注(168)136頁は、「誘発」という表現の内容につき、介

は、しばしば「実行行為が介在事情を誘発したといえれば危険の現実化は肯定される」という形で、危険の現実化を肯定するための充分条件として用いられることがある⁽²⁸⁷⁾。しかし、「誘発」も、「寄与」と同様に、程度を付しうるものであるし、介在行為者の心理に与える影響もさまざまな態様が考えられるのであって、「誘発」の存在を充分条件として用いることには疑問がある⁽²⁸⁸⁾。むしろ、実行行為が介在行為に及ぼした心理的影響の内容を具体的に検討したうえで、先に挙げた「介在事情の不合理性・不適切性」も加味して、実行行為の介在事情に対する影響の程度・態様を個別具体的に検討する必要があるだろう。高速道路進入事件が、被害者が高速道路に進入するという介在事情につき、①「被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執拗な暴行を受け、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」という実行行為が被害者に与えた心理的影響の内実を明らかにしたうえで、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」という被害者の行動選択の不合理性・不適切性に関する事情にも言及するのも、単に「誘発」の有無のみならず、その程度・態様をも考慮しようとする趣旨と解することができるだろう。いずれにせよ、「誘発」という表現を、危険の現実化を根拠づける要素として用いる際には、その具体的内容を明らかにすることが重要であると思われる。

3. 類型的考察

ここまで、危険包摂判断および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点に検討を加えてきた。もっとも、両判断の関

在行為者の行為が、任意性が減弱した状態でなされたものであり、第1行為が、介在行為者がそうした状態に陥る原因を作ったことと理解する。

(287) 山口（厚）・前掲注（4）61頁、小林（憲）・前掲注（4）166頁以下など。

(288) 「誘発」を単に「行為者の行為によって引き起こされた」という意味に解するならば、条件説に帰着するであろうとの指摘（松原・前掲注（6）86頁）も、同様の懸念を示すものと思われる。橋爪・前掲注（1）20頁なども参照。

係については事例検討を通じてさらに具体化する必要がある⁽²⁸⁹⁾。

そこで、以下では、一応の事例の類型化を示したうえで、危険の現実化が問題となる主要な事例につき、簡単に検討を加える。

(1) 事例の類型化

すでに述べたとおり、危険の現実化の態様につき、直接型と間接型に類型化する見解が有力に主張されている。実行行為によって結果発生の直接の原因が生じたか、それとも、介在事情を介して間接的に結果を発生させたかという分類は、直観的に理解しうるものであり、また、すでに広く普及しているものでもあるから、この分類それ自体をあえて放棄する必要はない。ただし、本稿の立場からは、直接型・間接型という類型を、以下のように、危険包摂判断において実行行為に見出した危険の内容に応じた類型として定義し直すことが可能である。

本稿の立場からは、i 危険包摂判断において、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検討することになるが、そのような危険の内容を大別すると、①実行行為それ自体の医学的・物理的影響によって直接結果を生じさせる危険と、②実行行為から何らかの介在事情を経由して結果を生じさせる危険に類型化できる。①が直接型、②が間接型に対応するものである。i 危険包摂判断において、因果経過に抽象化を加えながら、①または②の危険を見出すことができれば、危険の現実化を肯定しうるのに対し、いずれの危険も見出せない場合には、その段階で危険の現実化は否定されることになる。

前述のとおり、i 危険包摂判断において、結果に影響を与えた事情すべてを記述した形での具体的危険ではなく、現実の因果経過を包摂しうる限

(289) 類型的考察を通じて危険の現実化を具体化しようとする近時の試みとして、注(9)に挙げた文献を参照。さらに、近時の裁判例を素材に類型的考察を試みるものとして、山中敬一「近時の判例における『危険現実化』論の展開」関西大学法学論集68巻5号(2019年)1頁以下。

度で抽象的に記述された危険を実行行為に見出した場合には、ii 総合考慮判断を行うことになる。その際、i 危険包摂判断において、直接型に対応する危険を実行行為に見出したか、間接型に対応する危険を実行行為に見出したかによって、ii 総合考慮判断の仕方は変化することになる。

まず、i 危険包摂判断において、直接型に対応する危険を見出した場合は、ii 総合考慮判断において、実行行為の結果に対する医学的・物理的影響の観点から、実行行為が結果発生に支配を及ぼしたと判断するかを検討することになる。その検討の結果、介在事情の結果に対する医学的・物理的影響が決定的であり、実行行為の影響がわずかであると評価された場合には、直接型として構成して危険の現実化を肯定することはできないことになるので、改めて i 危険包摂判断において、間接型に対応する危険を見出せないかを検討することになり、これを見出すことができなければ、危険の現実化は否定されることになる。

次に、ii 危険包摂判断において、間接型に対応する危険を見出した場合は、ii 総合考慮判断において、実行行為が介在事情に及ぼした物理的・心理的影響の観点から、実行行為が結果発生に支配を及ぼしたと判断するかを検討することになる。その検討の結果、介在事情の不合理性・不適切性が際立っており、実行行為の介在事情に与えた影響が軽微であると評価されるような場合には、危険の現実化は否定されることになる。

このように、直接型・間接型の類型化は、i 危険包摂判断の段階では、実行行為に見出される危険の態様に応じた分類にすぎないが、この段階でいずれに分類される危険を見出すかによって、ii 総合考慮判断において、着眼点に違いが生じることになる。このような類型化を前提に、以下では、直接型に対応する危険が問題となる場合、間接型に対応する危険が問題となる場合それぞれにつき検討を加える。

(2) 直接型の検討

(a) 物理的寄与の程度に応じた分類

被害者の死亡結果につき危険の現実化が問題となる事例は、①実行行為がその医学的・物理的影響によって単独で結果を生じさせる可能性、②実行行為と介在事情それぞれの結果に対する物理的・医学的影響の程度の観点から、以下のような分類をすることが可能である。⁽²⁹⁰⁾

【図3】物理的寄与の程度に応じた分類

②結果に対する 物理的・医学 的影響 ①実行行為 単独で結果を 生じさせる可能性	実行行為が死因を 形成し、介在事情は 死期を早めたのみ	実行行為と介在事情 が重疊的に作用して 死因を形成	介在事情が単独で 死因を形成 (または死因を形成 した原因が不明)
あり	Ⓐ	Ⓑ	Ⓒ
なし		Ⓓ	Ⓔ

このうち、i 危険包摂判断において、直接型に対応する危険を見出すことができるのは、ⒶⒷⒸの場合に限られる。ⒹⒺの場合は、i 危険包摂判断において、実行行為にそれ単独で死の結果を生じさせる危険を見出すことができないので、直接型として構成することはできない。それゆえ、ⒹⒺの場合、i 危険包摂判断において、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ができるかを検討する必要がある、そのような危険を見出すことができなければ、危険の現実化は否定されることになる。

以下では、直接型として構成可能なⒶⒷⒸに属する事例を取り上げる。その際、実行行為が結果発生に対して現実に及ぼした影響の態様に照らして、Ⓐを「死因形成型」、Ⓑを「共同原因型」、Ⓒを「機会提供型」と呼ぶことにする。

(b) 死因形成型——大阪南港事件

Ⓐ死因形成型の典型例は、大阪南港事件である。この事件では、i 危険

(290) 大谷(直)・前掲注(145)239頁、上田・前掲注(172)492頁参照。

包摂判断において、第三者の暴行という介在事情を捨象する形で、実行行為それ自体の物理的影響によって被害者を死亡させる危険を被告人の暴行に見出したうえで、ii 総合考慮判断において、被告人の暴行の死亡結果に対する医学的・物理的影響力に検討を加えることになる。本件では、被告人の暴行が、被害者の死因となった「内因性高血圧性橋脳出血⁽²⁹¹⁾」という傷害を生じさせ、その後の第三者による暴行が「幾分か死期を早める影響」を与えたにすぎないものであった。このように、被告人の暴行それ自体が死因を形成し、介在事情がわずかに死期を早める影響をもったにすぎない場合については、被告人の暴行の結果発生に対する影響力が決定的であるとして危険の現実化を肯定することにあまり異論はみられない。

これに対し、刑法にとって重要なのは死期を早めたか否かであるとして、大阪南港事件でも、第三者の行為によって死期を早めたのであれば因果関係を否定すべきとする見解⁽²⁹²⁾もある。確かに、刑法は医学的死因に関心をもつものではなく、生命の短縮を意味する死期の早期化が刑法上重要であることに異論はない。しかし、そもそも被告人の暴行が死因を形成することで大幅に生命を短縮しているにもかかわらず、介在事情がわずかでも死期を早めれば一律に最初の暴行に死の結果を帰責できないというのは、実行行為が現実に結果発生に与えた影響の大きさを無視するものであり、妥当でないように思われる。

(291) なお、本件において被害者が負った橋脳出血は、「内因性」のものであり、しかも、第1審の認定によれば、被告人の暴行以前に、被害者の橋脳内に原発性小出血が発生していた可能性も否定できない事案であった（刑集44巻8号855頁参照）。それゆえ、最高裁が前提とする事実関係も、本件被害者に「内因性高血圧性橋脳出血」が発生するに至る機序につき、被告人の暴行の結果、「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」たものとされている。したがって、厳密には、i 危険包摂判断の際に、このような被害者の隠れた素因も考慮してよいかが問題となる。

(292) 浅田・前掲注（181）149-50頁。

【補論】死期の早期化と結果の規定方法

関連する問題として、大阪南港事件のような場合に、第三者の暴行と死亡結果との間にも因果関係を認められるかという問題がある。ここでは、死期の早期化も死の結果に含まれるかという点が、刑法における結果の規定方法⁽²⁹³⁾と関連して問題となる。

結果の規定方法については、法益保護を目的とする刑法にとって重要なのは、外界の状態そのものではなく、外界の状態が変化して法益を侵害したと評価されることであるから、因果関係の終点となる結果とは、「法益状態の悪化」⁽²⁹⁴⁾であるとする見解が妥当であろう。もっとも、例えば、人の生命と財産とでは法益の性質が異なることから、法益状態の悪化をどのように定義づけるかは、各構成要件の解釈問題である。例えば、器物損壊罪が問題となる場合、すでに財産的価値の喪失が確実な状態にある他人の財物を破壊しても、「損壊」結果を欠くと評価する余地は⁽²⁹⁵⁾あろう。これに対

(293) なお、加藤正明「因果関係における結果の規定について(二)・完」法学論叢161巻4号(2007年)110頁以下は、大阪南港事件における第1行為者の暴行と被害者の死の結果との間の因果関係についても、結果規定の問題として解決しようとする。

(294) 林(陽)・前掲注(107)260頁。具体的には、「法益侵害状態」でない状態が「法益侵害状態」たる状態に変化する場合と、法益侵害性に程度の大小を觀念しうるとき(傷害など)に、より重大な法益侵害状態に移行する場合とがあるとされる(同書259頁)。さらに、鈴木・前掲注(168)122頁以下参照。

(295) 小林(憲)・前掲注(4)139-40頁は、他人所有の乳牛を1頭逃がしたが、その乳牛が致死性のウィルスに罹患しており、どのみち翌朝の乳しぼりに死亡したであろうと予測され、しかも、ウィルスのため肉牛として出荷することもできず、さらに、所有者はその乳牛を家畜としてしか認識しておらず、特段の愛情価値を認めていなかったという事例を挙げ、器物損壊罪の法益侵害とは、「行為者がそのようなことをささなければなしたであろう乳牛の使用・収益・処分ができないという、(行為による)状態の規範的な不良変更ないし悪化によって基礎づけられる」として、上記事例で器物損壊罪の成立が否定されることを示唆する。なお、小林(憲)・前掲注(183)49頁は、結果という概念には、①行為客体の変化という意味と、②結果無価値ないし結果不法という意味があり、上記事例で問題となる②の意味での結果の概念は、結果回避可能性の判断構造と同じであるとする。

し、人の生命を保護法益とする犯罪においては、余命わずかな人であっても、その生命の保護が不要であるということにはならないから、生命の短縮はそれがわずかなものであったとしても、法益状態の悪化としての死の結果に含めるべきである。⁽²⁹⁶⁾したがって、大阪南港事件において、第三者が死期をわずかでも早めたと立証できる場合には、第三者に死の結果を帰責することは可能である。⁽²⁹⁷⁾

これに対し、単独正犯は1つの犯罪事実につき原則として1人しか認められないという前提のもと、死期の早期化を死亡結果に含めることはこの前提と両立しないとして、「死因」を結果そのものの属性とする見解も主張されている。⁽²⁹⁸⁾この見解は、「単独正犯は1つの犯罪事実につき原則として1人のみ」という原則を刑法60条の反対解釈によって導こうとするが、同条は「2人以上共同して犯罪を実行した者は、正犯とする」と規定するのみであって、共同せずに犯罪を実行した2人以上の者につき正犯とすることを否定する趣旨まで含まれているとは必ずしもいえない。また、死因それ自体が刑法上重要であるわけではないことは、繰り返して述べてきたとおりである。さらに、仮に死因を結果の属性と理解したとしても、後述する共同原因型のように、実行行為と介在事情が重疊的に作用して死因を形成する場合が想定されるのであり、この場合にも単独正犯は1つの犯罪事実につき1人しか認められないという前提を貫くことができるのか疑問である。⁽²⁹⁹⁾

(296) 林（陽）・前掲注（107）263頁。

(297) 死期を早期化する行為に死亡結果を帰責することを肯定した裁判例として、大阪高判昭和29・6・10高刑集7巻6号887頁。

(298) 高山・前掲注（193）171頁以下。さらに、齊藤誠二「いわゆる『相当因果関係説の危機』についての管見」法学新報103巻2＝3号（1997年）766頁は、共同正犯でない2人の者に対して、死の結果を二重に評価することはできないという観点から、大阪南港事件では、むしろ第1行為者を傷害罪とし、第三者を傷害致死罪とすべきとする。

(299) その他、詳細な批判として、鈴木・前掲注（168）151頁以下。

(c) 共同原因型

⑧共同原因型は、現実の因果経過において実行行為と介在事情が重疊的に作用して死因を形成した場合である。例えば、被害者の全身に対して殴る蹴る等の暴行を数時間にわたって加え続け、それ単独でもまもなく被害者を死亡させる可能性のある傷害を負わせるとともに、意識低下の状態に陥らせたが、現場をたまたま訪れた第三者が救命行為の知識・経験が全くないにもかかわらず、被害者に心臓マッサージを行った結果、心臓マッサージにより被害者が嘔吐し、意識低下状態にあったため吐物を吐き出すことができず、吐物誤嚥により窒息死したという事例が想定できる⁽³⁰⁰⁾。この事例では、まず、i 危険包摂判断において、第三者による心臓マッサージという介在事情を捨象する形で、行為者の暴行に、それ単独の医学的・物理的影響によりまもなく被害者を死亡させる危険を見出すことができる。そのうえで、ii 総合考慮判断を行うことになるが、吐物誤嚥による窒息という死因は行為者の暴行が単独で作出したものではない。しかし、行為者の暴行は、被害者に致命的な傷害を負わせるとともに、これに伴って被害者を意識低下状態に陥らせている。他方、介在事情たる心臓マッサージは、被害者に嘔吐させるという影響をもたらしているが、被害者が高齢であったなどの事情がない限り、嘔吐したとしても吐物を吐き出すことができるのが通常であるから、嘔吐だけで人が死亡することは考え難い⁽³⁰¹⁾。むしろ、行為者の暴行によって被害者が意識低下状態に陥ったことが、吐物誤嚥による窒息という死因を形成するにあたって不可欠の影響を与えている。このように、実行行為が当初作出した致命傷とは異なる死因によって被害者が

(300) 類似の事例として、神戸地判平成26・8・22 LEX/DB 25504730。同判決に関しては、大関龍一「行為者自身の救助行為の介在と因果関係」早稲田大学法務研究論叢5号(2020年)98頁以下参照。

(301) 前記神戸地判平成26・8・22は、「意識が十分に保たれている健康な成人女性であれば、たとえおう吐しても、咳漱反射により吐物を吐き出すことができるはずであるから、被害者が吐物を吐き出せずに窒息したのは、吐き出すことができないほど意識が低下していたことが原因と考えられる」と判示している。

死亡した場合であっても、介在事情が単独で結果を生じさせるものではなく、実行行為によって作出された状態が死因形成に不可欠であったとすれば、⁽³⁰²⁾ 実行行為によって作出された危険状態がいわば形を変えて結果発生に支配を及ぼしたといえる。したがって、このような場合には、実行行為が現実の死因を単独で形成していなくても、危険の現実化を肯定してよいだろう。

また、水戸地判令和元・12・23 WestlawJapan2019WLJPCA12236005は、被告人が、被害者の顔面および背部等を鈍体で打撃または圧迫する暴行を加え、これにより多発肋骨骨折、胸腔内出血等の傷害を負わせた結果、被害者の全身状態を悪化させて、死亡の可能性があるまでの最悪の状態に陥らせたが、その後、被害者が覚醒剤を摂取し、その際に、被告人の暴行によって生じていた傷害が覚醒剤の薬理作用を促進して「死期を早め」て覚醒剤中毒により死亡したという事案⁽³⁰³⁾につき、被告人の暴行と被害者の死亡結果との間の因果関係を肯定している。この事案でも、鈍体で顔面や背部等を打撃または圧迫するという強度の暴行が加えられており、現に死亡の可能性がある状態に被害者を陥らせているから、i 危険包摂判断において、被告人の暴行に、それ単独の医学的・物理的影響によって被害者を死亡させる危険を見出すことができる。そのうえで、ii 総合考慮判断を行うことになる。本判決においては、被告人の暴行によって生じた傷害が覚醒剤の薬理作用を促進して「死期を早めた」と認定されているが、その趣旨は必ずしも明らかでない。仮に、覚醒剤の摂取量はそれ単独で覚醒剤中毒による死をもたらすものではなかったが、被告人の暴行によ

(302) 介在事情が単独で結果を生じさせるものであったか否かという視点は、すでに大審院判例における物理的寄与テーゼに見られたものである（大関・前掲注（140）181頁以下参照）。

(303) なお、本件では、事件性と犯人性がいずれも争われており、それゆえ被告人の暴行態様を具体的に認定できない事案であった。また、被害者に対する暴行と被害者の覚醒剤摂取の前後関係も不明とされているが、被告人に有利で弁護人が主張することを理由に、暴行後に被害者が覚醒剤を摂取したという前提で判断されている。

て致命的な傷害を負っていたために、覚醒剤の薬理作用が特別に促進されて覚醒剤中毒による死をもたらしたという趣旨であれば、被告人の暴行は、医学的見地から、覚醒剤中毒による死に対する不可欠な影響力を与えていると評価できるから、結果発生に支配を及ぼしたものとして、危険の現実化を肯定することができるだろう。他方、仮に、覚醒剤の摂取量が非常に多く、それ単独で覚醒剤中毒による死をもたらしうるものであったが、被告人の暴行によって生じた傷害が薬理作用を促進して、早期に覚醒剤中毒による死をもたらしたという趣旨であれば、介入事情の結果発生に対する影響力が決定的であり、実行行為が作出した傷害はそれを促進したにとどまるから、むしろ、危険の現実化を否定すべきであったように思われる。

㊦に該当する事例としては、他に、被害者に暴行を加えて死の結果を回避することができないほどの傷害を負わせた後、被害者が運び込まれた病院で火災が発生し、被害者が重篤な傷害のため逃げることができず、焼死したという場合も想定できる。この場合も、i 危険包摂判断において、被告人の暴行に、それ単独の医学的・物理的影響により被害者を死亡させる危険を見出すことは可能である。⁽³⁰⁴⁾しかし、ii 総合考慮判断を検討すると、火災は単独で被害者を死亡させうるものであり、実行行為の及ぼした影響はせいぜい、火災発生時に逃げるチャンスをいくらか減少させたという程度にとどまる。したがって、この場合には、実行行為が致命的な傷害を与

(304) これに対し、行為者が被害者に暴行を加えその脚を骨折させたが、その暴行自体は単独で死をもたらす程度のものでなかったところ、運び込まれた病院で火災が発生し、骨折のため逃げ遅れて焼死したという場合には、類型㊦に該当し、i 危険包摂判断において直接型に対応する危険を見出すことはできない。そこで、被害者が火災に巻き込まれて死亡する危険を行為者の暴行に見出すことができるかが問題となるが、行為者の暴行が火災発生の可能性を高めているわけではなく、また、事実上骨折等の傷害によって火災に巻き込まれた際に逃げ遅れて死に至る可能性を高めたとはいっても、火災が発生した場合に備えて暴行が禁止されているわけではないから、火災に巻き込まれて死亡する危険を行為者の暴行に見出すことはできず、危険の現実化は否定される。

えているとはいえ、それが結果発生に支配を及ぼしたとまではいえず、危険の現実化は否定されよう⁽³⁰⁵⁾。

また、大判昭和5・10・25刑集9巻761頁の事例も、㊸の場合に該当する。同事例は、被告人が、簿記用丸棒をもってAの頭部を殴打し、打撲傷、頭蓋骨骨折等を生じさせたうえ、川に押し入れたところ、Aは川を渡って岸に上がり、同所より約1丁離れた橋付近に至ったが、約15分後に、たまたま同所へ来合わせた、被告人方常傭人夫であるBおよびCにより、再び川に投げ込まれ、溺死するに至ったというものである。まず、i 危険包摂判断においては、被告人が丸棒で被害者の頭部を殴打したうえで川に押し入れた行為に、被害者を溺死させる危険を見出すことができる。次に、ii 総合考慮判断を検討すると、本件では、被害者はいったん川を渡って岸に上がったにもかかわらず、約15分後に橋に来合わせた第三者（「被告人方常傭人夫」2名）によって再び川に投げ込まれて溺死しているが、大審院が前提とする事実によれば、被害者は被告人の頭部殴打により重症脳震盪症を起し反射機能を喪失していたため、再度川に投げ入れられた際、水中から首を上げる力なく泥水を飲み溺死している。このことから、大審院は、「共同原因」性を根拠に、第三者の介入行為は「因果関係を中断」しないと判断した。確かに、本件で被害者は1度自力で川を渡っていることを考慮すると、川への投げ入れ行為が単独で死の結果を生じさせたものではなく、頭部殴打行為によって生じた重症脳震盪症が結果発生に不可欠な原因となっているともいうる。しかし、被告人の当初の暴行は、①被害者の脳震盪症と、②被害者が川に押し入れられた状態の2つを生じさせているところ、この2つが合わさって初めて、被害者が溺死に至る可能性が高い状況を生み出したといえることができる。このうち、②の状態は被害者が自力で川を渡るにより、いったん完全に解消されている。

(305) 仮に間接型として構成しようとしても、i 危険包摂判断において、行為者の暴行に、被害者が火災に巻き込まれて死亡する危険を見出せないことは、注(304)で述べたとおりである。

そして、①の脳震盪症が単独で死の結果を生じさせる程度のものであったかは明らかでないが、これが否定されるとすれば、被害者が川を渡った段階では、被告人の暴行によって作出された、当該暴行の医学的・物理的影響によって被害者を死亡させうる状態は、すでに解消されたと評価することができる。そうだとすれば、①の影響が結果発生との関係で残存しているとしても、被害者がいったん生命の危機を完全に脱していることから、第三者が被害者を再度川へ投げ入れたことが、被害者を溺死させる可能性のある状態を新たに作出したといえるので、もはや実行行為の影響は結果発生に対する支配を及ぼしていないとして、危険の現実化を否定する余地⁽³⁰⁶⁾があると思われる。

(d) 機会提供型

㉟の場合に該当する典型例としては、被害者をビルの高層階から突き落としたが、被害者が落下途中で第三者に銃撃され、その銃撃が直接の原因となって地上に落下する前に即死したという事例が挙げられる。この場合も、i 危険包摂判断においては、ビルの高層階から突き落とす行為には、落下の衝撃で被害者を死亡させる危険を見出すことができる。このような事案についても、実行行為から死亡結果が発生する可能性⁽³⁰⁷⁾がある以上、因果関係を肯定すべきとする見解も主張されているが、本稿の立場からは、ii 総合考慮判断を行う必要がある。この場合、突き落とし行為は、被害者の医学的な死因形成に一切影響しておらず、せいぜい、被害者が銃撃をされた空間に被害者の身体が存在する状態を作出することによって、「銃撃の機会を提供した」という程度の影響を及ぼしたにすぎない。このような

(306) もっとも、i 危険包摂判断において、間接型として構成する余地は残されているが、(第三者たる人夫らとの共犯関係が認められる場合を除けば、) 従業員を含む何者かによる再度の川への投げ込みによって被害者が溺死する危険を被告人の暴行に見出すことは困難であろう。

(307) 平野・前掲注(51) [犯罪論の諸問題(上) 総論] 42頁、小林(充)・前掲注(203) 14-5頁。さらに、福田=大塚(仁)・前掲注(163) 16頁 [大塚(仁) 発言] 参照。

場合、医学的・物理的観点からは介在事情が単独で死の結果を発生させたといえるので、実行行為の医学的・物理的影響力を根拠に危険の現実化を肯定することはできない。㉔の場合には、i 危険包摂判断において、間接型に対応する危険を実行行為に見出すことができない限り、危険の現実化を肯定することはできないことになるだろう。

ただし、共同原因型と機会提供型の区別自体が問題となるケースもありうる。例えば、菜切り包丁で被害者の腹部を突き刺して致命的な刺創を負わせ、まもなく死亡することが確実な状態に陥らせたが、医師が血液型を間違えて輸血し被害者が輸血不適合により死亡したという場合、不適合輸血のみが被害者の直接の死因を形成し、刺突行為は被害者を病院に搬送することによって不適合輸血の機会を提供したにとどまるとすれば、㉔機会提供型の事案に該当し、直接型として構成して危険の現実化を肯定することはできないことになる。これに対し、不適合輸血から死に至る機序において、刺突行為によって生じた傷害が、医学的見地から不適合輸血による死を何らかの形で促進したといえるのであれば、㉕共同原因型の事案に該当し、直接型として危険の現実化を肯定する余地が生ずることになる。

(e) 不作為の介在

直接型としての構成が特に問題となるのは、傷害を負った被害者が病院を受診しなかったり、病院に運ばれてきた被害者に医師が治療を施さなかったりといった不作為が介入するケースである。この場合、介在事情は結果発生 of 消極的原因にとどまっており、医学的・物理的影響は一切与えて

(308) 東京地判昭和34・8・29公刊物未登載。同判決は、小林（充）・前掲注（203）28頁以下に掲載されている。なお、同論文14-5頁は、相当因果関係判断において構成要件の結果にまで抽象化を認めるべきとする立場から、この事案を含め、㉔の場合はおよそ因果関係を肯定すべきと主張する。これに対し、井田・前掲注（204）20-1頁は、「実行行為の危険性と生じた傷害の重大性を踏まえても、病院で血液検査をしないで不適合輸血を行うというのは異常性の高い介在事情であり、死因は不適合輸血により設定された（死因の同一性は肯定できない）以上、実行行為の危険ではなく、医師の側の不適切な対応のもつ危険が実現したものと考えて法的因果関係を否定すべきであろう」とする。

いない。そのため、死因の同一性の限度で抽象化を認める危険包摂モデルの立場や、物理的寄与の程度を重視する総合考慮モデルの立場からは、およそ危険の現実化を否定する余地がないようにも思われる。

もっとも、不作為犯において因果関係を肯定しうることが一般に認められていることからすれば、不作為の介在事情についても因果力を認めることができるのであって、消極的原因しか与えていないからといって、特別な考慮を行う必要はない。もっとも、不作為が消極的原因にとどまる以上、物理的寄与の程度に応じた④～⑤の分類(前記【図3】)を用いることはできないため、別途、問題となる事例を整理しておく必要がある。具体的には、①実行行為がその医学的・物理的影響によって単独で結果を生じさせる可能性の程度および時期、②適切な医療措置を実施した場合の救命可能性の程度に応じて、以下のように分類することができる。

【図4】不作為の介在事例の分類

②医療措置実施 による救命 可能性	適切な医療措置を施しても死を免れないことが確実	適切な医療措置を施しても救命できるに限らない	適切な医療措置を施すことによって(確実に)救命可能 ^(*)
①実行行為 単独で結果を 生じさせる可能性	④	⑤	⑥
放置すればまもなく 死亡することが確実	⑦	⑧	⑨
一定期間経過後に死亡する可能性あり	⑩	⑪	⑫

(*)実際の裁判においては、確実に救命可能であった疑いがあれば、被告人に有利な形で、確実に救命可能であったと認定されることになろう。

④～⑫のいずれの事例についても、i 危険包摂判断において、実行行為にそれ単独の医学的・物理的影響によって被害者を死亡させる危険があることは否定できない。学説には、不作為の介入事例につき、「実行行為によって傷害を負ったとしても、適切な治療を受ければ回復が確実であり、

(309) 小林(憲)・前掲注(4)165頁参照。

死亡の危険はほぼ解消しうる場合であれば、実行行為にはその程度の危険しかなかったと評価すべきであり、それにもかかわらず被害者が（適切な治療を受けずに）死亡した場合には、例外的に危険実現の関係を否定する余地がある⁽³¹⁰⁾とする見解もある。これは、実行行為の危険性を判断するにあたって、適切な治療の介在を所与の前提として考慮すべきと主張するものである。しかし、東京高判昭和61・4・24判タ630号222頁が、「不慮の事故により重傷を負った場合に、いつでも遅滞なく完全無欠、理想的な救急医療措置を受けられるものではないことも、公知の事実である」と指摘するように、傷害を負った者が確実に治療を受けることができるとは限らないのであるから、実行行為単独の影響で死に至る可能性を検討するにあたっては、適切な治療の介在を所与の前提として考慮するのではなく、当該暴行の程度・態様から判断すべきである⁽³¹¹⁾。したがって、不作為の介入事例では、i 危険包摂判断においては、直接型に対応する危険を見出したうえで、ii 総合考慮判断を行うことになる。

まず、㊦の場合、ii 総合考慮判断において、医療措置の実施は結果回避にとって無意味なものであり、不作為の介入による影響力を観念する余地はないので、危険の現実化は肯定される。

次に、㊧の場合、ii 総合考慮判断において、医療措置の実施による救命の可能性がゼロではないので、医療措置の不実施が結果発生に影響を及ぼ

(310) 橋爪・前掲注（1）32頁。さらに、山口（厚）・前掲注（173）〔新判例から見た刑法〔第3版〕〕16頁参照。

(311) なお、東京高判平成30・9・25 LEX/DB 25561933は、殺人未遂罪における実行行為性が争点となった事案ではあるが、「本件のような刃物によって刺切創を負わせる態様の事案において当該行為が被害者を死亡させる可能性（危険性）が高い行為と評価し得るか否かは、当該行為の攻撃部位、回数、強度、生じた傷害の状況によって判断されるのであって、その後適切な医療措置が施されたことによって死の結果が回避されたとすれば、それは当該行為が有していた死の結果発生の危険性が現実化せずに因果の流れが断ち切られたというだけのことで、それによって、当該行為が生命侵害の危険性を有していたこと自体が影響を受けるものではない」と判示している。

したと観念することはできる。しかし、実行行為によって被害者はすでに、放置すればまもなく死亡することが確実な状態に陥っているのであり、医療措置の不実施はせいぜい、いくらか残存していた救命のチャンスを奪ったという程度にとどまる。この場合には、実行行為によって作出された傷害が医学的・物理的観点からみて結果発生にとって決定的であるから、危険の現実化は否定できないだろう。①の場合、㉔の場合と比べれば、適切な医療にアクセスする可能性が高いとはいえるが、救命可能性の観点からは、㉔と同様に、不作為の介在事情の影響は、いくらか残存していた救命のチャンスを奪ったという程度にとどまる。したがって、危険の現実化は否定できないだろう。

これに対し、㉕の場合、被害者は適切な医療措置を受ければ救命可能な状態にあったのであるから、不作為の態様によっては、ii総合考慮判断において、介在事情たる不作為の結果に対する影響力が決定的であると評価すべき場合もありうる。例えば、被害者が搬送された病院において、必要な手術を実施するための万全の態勢が整っており、しかも、医師が直ちに手術を開始できる状況にあれば、その時点で被害者は適切な治療を受け救命が確実な状態に至ったといえることができる。それにもかかわらず、医師が故意に手術を行わなかったような場合には、実行行為の医学的・物理的影響が解消されることがほぼ確実に見込まれる段階で、医師の不作為がその影響を残存させたものといえるから、もはや実行行為の結果発生に対する支配は及んでいないと評価することができる。したがって、改めてi危険包摂判断を行い、医師の手術不実施を介して結果に至る危険を実行行為に見出すことができなければ、危険の現実化は否定されることになる。

なお、㉕の場合であるからといって、直ちに直接型としての構成が否定されるわけではない。例えば、暴行の被害者が病院を受診しなかったとか、被害者の親族や友人、事件の目撃者などが119番通報しなかったために、被害者が治療を受けられず死亡したという場合、被害者はすでに放置すればまもなく死亡する可能性のある状態に陥っているのであり、仮に病

院に搬送されたとしても、被害者の死が生じるまでの間に、適切・十分な医療にアクセスできたとは限らない。それゆえ、これらの不作為は、被害者が医療にアクセスするチャンスを減少させたという影響をもつにとどまるものであり、ii 総合考慮判断において、実行行為の結果に対する支配を否定するようなものでなく、危険の現実化は否定されないだろう。⁽³¹²⁾

最後に、㉠の場合に該当する例として、前記高知地判平成25・2・27の事案を挙げることができる（本章Ⅲ2(2)参照）。同事件でも、i 危険包摂判断において、被告人の暴行にそれ単独の医学的・物理的影響により被害者を死亡させる危険を見出すことは可能である。そのうえで、ii 総合考慮判断において、警察官や救急隊員、友人が被害者を病院に搬送せず、被害者本人も病院を受診しなかったという各不作為の結果に対する影響力を検討することになる。この事例では、㉡の事例で被害者が病院を受診しなかったような場合とは異なり、被害者が暴行を受けて死に至るまで約7日間という時間的余裕がある。それゆえ、その間に被害者が病院を受診していれば適切な医療にアクセスできた可能性は高く、適切な医療措置を受ければ被害者は救命可能であったのだから、被害者が病院を受診したり、その他の者が被害者を病院に搬送したりしていれば、実行行為によって作出された死に至る可能性のある状態はほぼ確実に解消されていたといえる。したがって、被害者が病院を受診しなかったなどの上記各不作為は、㉡の場合とは異なり、結果発生に対する影響の程度が大きいものであり、実行行為の医学的・物理的影響を遮断するものと評価することができる。そこで、この事例では、改めて i 危険包摂判断を行い、「被害者が医療機関を

(312) なお、患者不養生事件は、被害者が手術後に医師の指示に従わず安静に努めなかったという事情が介在しているが、この被害者の態度は、必要な治療を受けないという点に着目すれば「不作為」と評価できる一方、治療を拒否して暴れたという点に着目すれば「作為」とも評価しうる。もっとも、同事件では、介在事情の結果発生に対する影響は「治療の効果が上がらなかった」という程度のものにとどまることから、ii 総合考慮判断において、介在事情が危険の現実化を否定するほどの影響を与えたとはいえないだろう。

受診することなく1週間程度経過後に実行行為によって作出された傷害が原因となって死亡する危険」を被告人の暴行に見出すことができるかを検討することになる。本件における被告人の暴行は、顔面付近への殴打行為であり、脳に傷害が生じた場合、外見からは分からないため、被害者や周囲の者が傷害に気付かないまま被害者が病院を受診しないことも通常起こりうる事態といえるから、上記危険を被告人の暴行に見出すことは可能であろう。このように、間接型として構成したうえで、ii 総合考慮判断を行うことになるが、上記各不作為が不適切性の際立った、実行行為とは独立の行為として危険の現実化を否定しないかが問われることになる。このように考えると、本件における介在事情たる上記各不作為につき、不合理性・不適切性の意味での異常性を検討した高知地裁の判断方法は妥当であったと思われる。

(3) 間接型の検討

間接型として構成される事案は、物理的・医学的観点からは、介在事情が結果に対して決定的な影響を与えたような場合である。i 危険包摂判断においては、因果経過に一定の抽象化を加えつつ、介在事情を経由して結果に至る危険を実行行為に見出せるかが問題となる。i 危険包摂判断において抽象的な危険を実行行為に見出した場合には、ii 総合考慮判断を行う必要があり、①介在事情の不合理性・不適切性、②実行行為と介在事情との関連性を考慮して、介在事情が実行行為とは独立に生じたものか、それとも実行行為の影響下で生じたものかを判断することになる。②の要素に関しては、心理的誘発の程度・内容のみならず、実行行為によって介在事情が発生しやすい状況が設定されたかどうかという観点も考慮することになる。⁽³¹³⁾

(313) 米山・前掲注(218)121頁は、「実行行為と介在行為との結び付き(関連性)の類型」として、①実行行為の介在行為に対する支配的影響や誘発関係がある場合のほか、②実行行為に通常随伴する事情から介在行為が生ずる場合、③介在行為が

間接型として問題となる事例は多種多様であるが、判断の目安を示すべく、以下では、被害者・第三者の行動が介入する事例群のうち、特に因果関係が問題となることが多い事例類型を取り上げる。

(a) 被害者の逃走・回避行動①——無意識的動作

暴行等の被害者が逃走・回避行動に出たために、死傷結果が生じる場合がある。逃走・回避行動の介入は、無意識のうちに誤って転倒したような場合（無意識的動作）と、意識的に危険な手段を選択する場合（意識的な選択）⁽³¹⁴⁾に分けて検討されることがあり、本稿もこの区別に従う。

①因果関係肯定例

まず、無意識的動作の介入事例では、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され、それを根拠に危険の現実化が認められる場合も多いだろう。例えば、路上でいきなり殴りかかれた被害者がそれをよけようとしてバランスを崩し転倒して傷害を負ったという場合は、これに当たる。また、最決昭和24・3・24刑集3巻3号376頁は、強盗犯に短刀を突き付けられた被害者が短刀を掴んだ際に切創を負った事案につき、強盗傷人罪の成立を認めているが、短刀を突き付けられた被害者が身を守るためとっさに短刀を掴むことも通常生じうる事態であるから、この場合も同様の観点から危険の現実化を肯定できる。

被害者が逃走中に誤って転倒して死傷結果を負った場合には、i 危険包

継続して生じやすい関係にある場合を挙げる。

(314) 島田（一）・前掲注（175）55頁など。深町晋也「判批」法学教室281号（2004年）149頁は、被害者が自己の行為の危険を認識している場合、自己保全本能が発動され、当該危険を回避する行動に出るのが通常であることを根拠に、被害者が自己の行為の危険を認識しているか否かによって判断基準が分けられるとする。さらに、杉本一敏「相当因果関係」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（成文堂、2011年）13頁以下参照。小島裕史「因果関係」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（判例タイムズ社、1992年）239頁以下は、被害者の動作、行為の介入する事例につき、①被害者の無意識的動作が介入した事例、②被害者の不注意な行為が介入した事例、③被害者が被告人の攻撃から避難、逃走することによって結果が生じた事例に分類する。

撰判断において、仮に具体的因果経過の経験的通常性を肯定できなくても、一定の抽象化を加えて、その種の因果経過を経て死傷に至る危険を実行行為に見出すことは容易なケースがほとんどであろう。例えば、最判昭和25・11・9刑集4巻11号2239頁は、被告人が被害者に対し瓦の破片を投げつけたうえ、鍬をふりあげて追いかける氣勢を示したので、被害者が難を避けようとして夢中で逃げ出し走り続ける途中で誤って鉄棒に躓いて転倒し打撲傷を負った事案につき、傷害罪の成立を認めている。この事例では、i 危険撰判断において、被害者に瓦の破片を投げつけるなどした被告人の暴行には、被害者が更なる暴行を避けるため逃走しその過程で何らかの理由により転倒して傷害を負う危険を見出すことが可能である。そのうえで、ii 総合考慮判断を検討すると、被害者の転倒原因は誤って鉄棒に躓いた点にあるが、これは「被害者が難を避けようとして夢中で」逃げる途中で生じたものであり、被告人の暴行によって作出された被害者の心理的動揺が被害者の転倒に大きく影響していると考えられるから、実行行為が介入事情の発生に与えた影響の大きさを根拠に、危険の現実化を肯定することができる⁽³¹⁵⁾。

無意識的動作の介入事例は、暴行等の実行行為に関する直接の被害者に死傷結果が発生する場合に限られず、実行行為の直接の被害者が周囲の者に危険を及ぼすような態様の逃走・回避行動を無意識的に行なったため第三者に死傷結果をもたらす場合もありうる。例えば、東京高判昭和36・12・9下刑集3巻11=12号1008頁は、暴走した電車が駅に停車中の電車に衝突し、衝突された電車の乗客がホームに飛び出したため、乗客の1人が

(315) 同種の事例につき因果関係を肯定したものとして、最決昭和46・9・22刑集25巻6号769頁(暗夜人里離れた農道で被告人ら5名に強姦された被害者が全裸のまま数百メートル逃走し救助を求める際に転倒するなどして負傷した事案)、最決昭和59・7・6刑集38巻8号2793頁(被告人らの暴行から逃れようとした際、墓苑内の池に落ち込み、頭部に傷害を負って死亡した事案)、東京高判昭和42・3・7下刑集9巻3号175頁(強姦の被害者が逃げた先の農道上で石に足をとられ側溝へ転落し死亡した事案)など。

群衆に押されて車内で倒れ、多数の人に踏み付けられて負傷した事案につき、「本件のように暴走してきた電車が駅ホームに停車していた電車に衝突した場合に、後者の電車の乗客が狼狽しホームに逃げようとして混乱が生じ、その結果負傷者が出る虞れのあることは実験則上当然予想されることである」として、電車の衝突と傷害との間には因果関係があるとした。東京高裁が指摘するとおり、本件のような具体的因果経過につき、実行行為の時点で十分予測可能であるから、具体的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ができる。また、前記奈良地葛城支判令和2・10・29も、この類型に含めることができるだろう。

②因果関係否定例

被害者の無意識的動作の介入事例のうち、因果関係を否定したものとして、札幌地岩見沢支判昭和43・10・7判タ235号225頁がある。本件では、次のような因果経過をたどって被害者の死亡結果が発生したことが認定されている。

- (1) 被告人が、午後11時頃、自宅で妻Aと口論のすえ、Aに対しその毛髪をつかんで引っ張り、顔面を数回平手打ちするなどの暴行を加えた。
- (2) 長男B（11歳）が泣きながら暴行をやめるよう被告人に懇願したため、被告人は居間に戻り、続いて妻も同室に入った。
- (3) 玄関に施錠しなかったことについて、被告人がAを叱責したので、Aは「鍵をかけにいく」と玄関先に至るや、Bを呼び寄せ、寝間着姿のままBを連れて戸外に走り出た。
- (4) この姿を居間の窓から見た被告人が大声で「この野郎、どこへ行く、逃げるのか、待て」と怒鳴って、後を追った。
- (5) これを聞いたAは足を速め、自宅から約100m、被告人がAを追っていた地点から約60m前方の道路上で、その地点に埋まっていた金槌の釘につまずいて転倒し、その際、前方にあった石に前額部を強く打ち付け、その結果生じた硬脳膜下出血により死亡した。

被告人の行為としては、(1)の暴行行為と(4)の追跡行為があるが、札幌地

裁岩見沢支部は、追跡行為は暴行がいったんおさまった後に新たな事態に応じてとった別個の行動であること、Aの約60m後方を追跡していたにすぎないことから、(4)の追跡行為は暴行に含まれないとの判断を示した。そのうえで、①「暴行を受けた被告人の妻が家を出ることは、従来被告人の妻が被告人との喧嘩のおり、立腹のあまり、前記C〔Aの姉〕方に赴いたことがあるとの事実……に照らし、ある程度予測されたということではできるのであるが、しかし、このように、暴行を受け終わった後に立腹のあまり家を出る場合には、現に暴行を受けている者がその危難を避けるためにその場を逃げ出す場合とは違って、比較的選択の余地のあるゆとりをもった行動ができる筈であつて、家の外に出ることが通常予測されるといつても、ただちに傷害ないし死の危険まで予測されるということではできない」、②「道路に釘が飛び出た金槌が埋つておりその前方に石があつたという事情も、そうしばしばあるとは思われぬし、広い道路上のその個所を通つて転倒することも、また偶然というほかない」、③「被告人の妻がこのような事態に遭遇することまで、暴行時に通常人の経験上当然に予測しえたと考えることは困難である」と判示して、(1)の暴行行為とAの死亡結果との間の因果関係を否定した。

本件について、i危険包摂判断を行うと、(2)~(4)の事態は実行行為時点で必ずしも予測しうる事態でなく、これが少なからずAの逃走・転倒に影響を及ぼしているから、具体的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。そこで、一定の抽象化を加えることになるが、(1)の暴行行為に見出される、本件因果経過を包摂しうるような危険としては、㊦Aがさらなる暴行を避けるため、恐怖感から必死に逃走する過程で、誤って転倒して頭部を道路に打ち付けるなどして死亡する危険、あるいは、㊧Aが被告人による暴行に対する立腹のあまり、家を出て、その移動中に転倒して頭部を道路に打ち付けるなどして死亡する危険を取り上げることが考えられる。しかし、㊧のような危険を(1)の暴行行為に見出すことはできない。それは判旨①が的確に指摘するように、恐怖感から逃げ出す場

合と異なり、単に立腹のあまり家を出る場合には、「比較的選択の余地のあるゆとりをもった行動ができる」ため、死傷結果の危険まで見出すことができないからである。すなわち、前述のように、当該危険性を実行行為に見出すためには、結果発生の可能性を増大させる必要があるが、(1)の暴行行為は、妻が家出する可能性を高めたとはいっても、家出の途中で転倒し死傷結果を生じさせる可能性を高めたとまではいえないのである。そこで、㊦の危険を取り上げることになり、このように抽象化された危険を(1)の暴行に見出すことは一応可能であろう。これに続けて、ii 総合考慮判断を行うことになるが、本件では、(2)の長男の仲裁により、被告人の暴行はいったん終了しており、遅くとも被告人とAが居間に入った段階では、被告人の暴行行為がAに及ぼした物理的・心理的影響はすでに解消されたと評価することができる。それゆえ、(3)の被告人による叱責とこれに起因するAの家出という事態は、(1)の暴行とは無関係の新たな事態であり、(4)の追跡行為もこの新たな事態に起因するものということになる。そして、(5)の被害者の転倒の原因としては、被害者が足を速めたことと、道路に釘が飛び出た金槌が埋まっておりその前方に石があったことが挙げられるが、前者は、(1)の暴行行為の影響を受けずに生じた追跡行為に由来するものであり、後者も、判旨②が指摘するとおり、暴行とは全く無関係な事情であるから、暴行行為の結果発生に対する影響力が認められず、危険の⁽³¹⁶⁾現実化が否定されることになる。

(316) 里見聡瞭「英米法の因果関係論と危険の現実化への適用可能性に関する一考察（2）」法学会雑誌（東京都立大学）62巻1号（2021年）502頁は、本判決につき、「影響力の継続性」という観点からの思考方法と重なりうると評価する。なお、本判決は、翻って、無意識の逃走・回避行動の介入事例につき、危険の現実化が肯定されやすい傾向にある理由を示唆するものである。それは、暴行等の被害者は恐怖感を抱くのが通常であり、恐怖感からとっさに選択した行動や必死の逃走中には死傷結果が生じやすいというものである。逆に、恐怖感がもはや継続していないような場合には、危険の現実化が否定される余地が生じることになるだろう。

(b) 被害者の逃走・回避行動②——意識的な選択

①他に逃走手段がない場合における意識的な選択

次に、暴行等の被害者が、自己の生命・身体を危機にさらす逃走手段をその危険を認識しながらあえて選択した結果、死傷に至る場合がある。このうち、当該手段が実行行為時の状況に照らして客観的に唯一の手段であるような場合には、実行行為がよほど軽微な暴行であるなど特別な事情のない限り、i 危険包摂判断において、被害者が当該逃走手段を選択して死傷に至る危険を実行行為に見出すことができるため、具体的因果経過の経験的通常性が肯定され、これを根拠に危険の現実化を肯定することができる。また、事後的にみれば他の逃走手段が客観的に存在したといえる場合であっても、実行行為時の状況に照らして被害者にとって唯一の手段または最も合理的な手段といえるような逃走手段が採用された場合には、同様に、具体的因果経過の経験的通常性を肯定できるだろう。

例えば、神戸地姫路支判昭和37・7・16下刑集4巻7＝8号689頁は、被告人ら2名が路上で被害者の頭部を洋傘で殴打するなどの暴行を加え、被害者が何度も逃走を試みるも、そのつど被告人らが追跡して殴打を繰り返すなどした結果、被害者が暴行から逃れるため川に飛び込んで溺死した事案である。本件で、被告人らによる最後の暴行現場である「水防用通路」は、県道から川に降りるための通路であり、第一底水護岸や第二底水護岸に接続していたが、犯行当時、「台風の影響による前日来の豪雨のために第二底水護岸は水没し、県道沿いの第一底水護岸はその上面の近くまで水かさが増し、水勢は激しく、かつ、降雨中で暗く、前方の望見困難な状況下」にあり、その状況下において、被告人の1人が、被害者の身辺に立ちその県道への退路をふさぎ、同人の肩をつかみ、もう1人が被害者の後頭部を殴打するなど追撃の手をゆるめない態勢を示したため、被害者は、「陸上での逃路がないと考え被告人らの暴行からのがれるための唯一の手段として、右水防用通路附近の揖保川の流水に飛び込まざるを得な」かったと認定されている。神戸地裁姫路支部は、「右のような状況下にお

いて、その被害者としては、客観的には、右第一底水護岸沿いに南方へ逃避する方法はないことはないが、それは、いちじるしく困難であると認められるのみならず、被告人らのような屈強の青年二人から、判示のような暴行を加えられ、県道上への退路を断たれたうえ、なおも、追撃の手をゆるめないという態勢を示された場合において、陸上での逃路がないと考え、とつさの判断により、被告人らの暴行からのがれるための唯一の手段として、附近の流水に飛び込み、その結果、増水した揖保川の激流に流され、溺死するに至るべきことは、本犯行の際、経験則上当然予想し得られる場合に当たるといわなければならない」（下線筆者）と判示して、被告人らの暴行と被害者の死亡結果との間の因果関係を肯定した。これは、暴行現場や周囲の状況、気象条件、暴行の程度・態様・追撃意思、被告人の人数などといった実行行為時点に存在する事情を踏まえて、被害者が「唯一の手段」と考えて川に飛び込み溺死するという具体的因果経過につき、経験的通常性を肯定したものといえる。この種の事案では、被害者にとって他に選択肢がなかったと認定したうえで、因果関係を肯定する裁判例⁽³¹⁷⁾が多く見られるが、このような事情があれば基本的には危険の現実化が肯定されることになるだろう。

②他に逃走手段がある場合における意識的選択

これに対し、高速道路進入事件は、必ずしも高速道路への進入が唯一の逃走手段とはいえない事案であり、現に、第1審は、「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進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

(317) 東京高判昭和32・5・9高刑集10巻3号310頁〔「逃げ場を失い、やむなく」川に飛び込む〕、大阪高判昭和41・6・20判タ194号172頁〔暴行から「身を避けるための唯一の逃げ場所」である窓から飛び降りる〕、大阪高判昭和46・7・27高検速報昭和46年41号〔攻撃から逃れる方法として「運河に飛込む以外になかった」〕、広島地判昭和47・12・20刑月4巻12号1995頁〔遠洋船上で暴行を受けた被害者が船体外にぶらさがったのは「誠に止むを得ぬ逃走方法」〕、京都地判昭和51・5・21判時823号110頁〔「窓から脱出する以外に適切な方法はない」〕など。

せ)ないとして、被害者の高速道路進入は「通常予想の範囲外といえる行動であった」と判示して、具体的因果経過の経験的通常性を否定した。もっとも、唯一の逃走手段とはいえ危険な手段を選択したからといって直ちに危険の現実化が否定されるわけではない。前述のように(本章Ⅲ1(4))、同事件においては、i 危険包摂判断において、因果経過を抽象化すれば、暴行の程度・態様、継続時間、犯人の人数、犯行場所などの事情からして、「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、ひいては自己の生命に危機を生じさせるような手段を選択させる危険」を暴行行為に見出すことが可能である。そこで、続いて、ii 総合考慮判断を行うことになるが、被害者が「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」との最高裁の指摘を前提とすれば、被害者を冷静な判断ができない状態に陥らせたという点で、実行行為が被害者の行動選択に影響を与えたといえる。もっとも、「とっさの」選択とはいえ、被害者が自己の行為の危険を全く認識していなかったわけでも、他の選択肢が全く想定しえなかったわけでもないから、このような場合においては、実行行為の影響により冷静な判断ができない心理状態を加味しても、被害者の判断の不合理性・不適切性が際立っているような場合には、実行行為の影響は軽微であり、もっぱら被害者の独自の判断により結果が発生したものとして、危険の現実化が否定する余地があるだろう。最高裁は、本件においては、「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」と判断しており、本件においては、被害者の判断の不合理性・不適切性が際立っているとまではいえないと考えたことがうかがえる。問題は、そのように考えた根拠であるが、逃走開始から約10分、マンションから約763ないし810mしか離れていないという事情は、被害者の心理状態を前提とすれば、いまだ安全圏に逃れたとはいえず、直ちに身を隠す手段に出

(318) 本件につき、とっさの選択であることのみを根拠に危険の現実化を肯定してはならないことを指摘するものとして、杉本・前掲注(314)14頁以下。

る必要があったことを基礎づける事情として重要であろう。また、第2審が指摘するとおり、被告人らの暴行の執拗さや、人数からして、徹底した追跡が行われることは被害者に当然予測されることであり、このことも加味すれば、被害者が高速道路に進入した時点では、到底安全圏に逃れたとはいえない状態にあったといえる。しかし、そうだとした場合、最高裁自身が認めるように、高速道路への進入は「極めて危険な行為」であり、被害者が冷静な判断をできない状態にあり、しかも、早く安全圏に逃れたいという心理状態にあったとしても、直ちに了解可能なものといえるかは疑わしい。被害者が死亡している以上、高速道路に進入するという選択をした理由を認定することは困難かもしれないが、少なくとも、暴行現場や逃走現場付近の状況、被害者に土地勘がなかったことなどの事情も踏まえて、他の逃走手段と比較して高速道路に進入するという選択が「著しく不自然、不相当」とはいえないと評価するための積極的根拠を示す必要があったように思われる。

被害者が意識的に危険な逃走・回避行動を選択した事例のうち、因果関係を否定した裁判例として、大阪地判昭和40・4・23下刑集7巻4号628頁が挙げられる。本件は、被害者Aが旅館で暴れて窓ガラス等を毀損したことを聞いて憤激した被告人Xが、Aに制裁を加えるとともに弁償させようと決意したところ、Aが旅館から逃げ出したので、情を知らないBとともに、これを追跡し、橋の歩道付近で転倒したAに対し、Xが1、2回足蹴りするなどの暴行を加え、その直後、Aが橋の西側欄干をこえて道頓堀川に飛び込み、溺死した事案である。大阪地裁は、Xの暴行は「極めて軽微である」こと、Aが乗り越えた西側欄干はコンクリート造りの比較的大きいものであり、一気に乗り越えることは成人男性にも通常極め

(319) 山口(雅)・前掲注(172)428頁は、被害者が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や、別の動機から、あえて危険な逃走方法を選択した場合を、被害者の逃走方法の不適切さが際立っている場合として挙げる。

て困難であることを指摘したうえで、「Xにおいてかような程度の暴行を加え、さらにその氣勢を示したからと言つて右Aが前記認定のような西側欄干を乗り越えて道頓堀川に逃走路を求めることのあることなどは、同所付近の状況を熟知している被告人Xにとつては全く予見し難いことであつて、またこれを一般的に見ても、Aの如き行為に出ることは、通常予見できない異常突飛な行動といわなければならない」と判示して、Xの暴行とA死亡との間の因果関係を否定した。これは、具体的な因果経過につき経験的通常性を否定したものといえる。本件では、i危険包摂判断において、因果経過を抽象化したとしても、1、2回足蹴りする程度の暴行行為に、被害者に恐怖感を抱かせ生命を危険にさらす逃走手段を選択させる危険を見出すことは困難であろう。仮にこのような危険性をXの暴行に見出せたとしても、本件では、Aが旅館から逃げ出した理由は器物損壊の犯人として逮捕されるのを免れるためであり、また、川に飛び込んだ理由もAが水泳に自信があったことにあると認定されており、これらの事情を踏まえて、大阪地裁は、「Aは被告人Xらの暴行に耐えかねて或は路上の逃走路を遮断されて、それ以上の暴行を免れるためにやむなく、道頓堀川に飛び込んだものではない」との判断を示している。これらの事情からすれば、ii総合考慮判断を行うとしても、Aの行動選択はXの暴行に影響を受けたものではなく、川を泳げば逮捕を免れられるという独自の判断によるものと評価することができ、危険の現実化は否定されるだろう。⁽³²⁰⁾

(320) これに対し、控訴審である大阪高判昭和41・1・31公判物未登載(大阪刑事実務研究会「因果関係の認定」判例タイムズ267号(1971年)44頁以下で判旨が紹介されている)は、第1審と異なり、①Aが旅館から逃走した理由はXからの報復を免れるためであったこと、②Xと共同して暴行を加えたBの暴行は強いものであったこと、③Aは相当斟酌しており、橋に至るまで2度ばかり転倒しながら必死に逃走し相当疲労困憊していたうえ、北方に逃げようとしても再び追跡され重ねて暴行を甘受せねばならない危険があったことを指摘して、「被害者はこれを避けるためやむなく川中に逃走路を求めた」ものであるとして、「かゝる切迫した状況において被害者が逃走路を求めて川中に飛び込むということは必ずしも予想できな

(c) 追跡事例

その他に裁判例に現れた事例としては、被害者が犯人を追跡する途中で転倒するなどして傷害を負う場合が挙げられる。神戸地姫路支判昭和35・12・12下刑集2巻11=12号1527頁では、被告人Xが手斧で被害者を脅迫し金銭を強取しようとしたが、被害者Aが隙をみて手斧を奪い取り、その後、逃走するAをXが追跡したところ、㊦Aは手斧を奪い取った際に左手を板塀にこすって擦過傷を負うとともに、㊧追跡の際に家屋等に当たって腕や腿に擦過傷を負ったという事案につき、Xの脅迫行為とAの傷害結果との間の因果関係が争われた。神戸地裁姫路支部は、㊦の傷害については、AがXの油断に乘じ反撃に出る目的で凶器を奪い取った際に生じたものであり、「被告人の予想せず、かつ、一般的見解に立つて通常予測し得る定型性を欠くものと認めるべきである」とし、㊧の傷害については、Xが何の抵抗もしないで逃走するのを、Aが追跡する際に生じたものであり、Xの行為により生じたものとはいえないとして、いずれも因果関係を否定した。

また、旭川地判平成28・12・22 LEX/DB 25546788は、被告人Xが、歩行中のAからバッグを強取することを決意し、背後から腕を回して口元をふさぎ、背中に覆いかぶさって路上に押し倒すなどの暴行を加え、バッグを強取したところ、Aはバッグを取り返すため、Xを追いかけて走り出したが、約2.1m離れた地点で転倒し、その際に左膝に傷害を負ったという事案⁽³²¹⁾につき、Xのひったくり行為とAの傷害結果との間の因果関係が争われた。旭川地裁は、「バッグを奪われた被害者が、これを取り返そ

いことではない」との判断を示し、因果関係を肯定した。第1審とは前提とする事実認定が異なっているが、逃走の動機・理由や、暴行の程度が、因果関係判断にとって重要な事情となることを示唆するものといえるだろう。

(321) これに対し、控訴審である札幌高判平成29・7・25 LEX/DB 25546787は、被害者の左膝の傷害は、被告人の暴行を受けた際の転倒により生じたものであり、また、追跡後の転倒も、暴行に起因する遷延性窒息に基づく低酸素血症のために生じたと認定して、第1審を破棄し、強盗致傷罪の成立を認めた。

うと被告人を追いかけたこと自体は、何ら不自然、不合理な行動ではないが、被害者としては、被告人を追いかけるという選択以外にも、その場で周囲に助けを求めるとか、ひとまずその場から離れて身の安全を確保するなど、他の行為を選択する余地も大きかったのであるから、バッグを奪われた被害者がこれを取り返そうと被告人を追いかけたことには、被害者の自由な意思決定に基づく選択の結果という側面があることも否定できず、ひたくり行為により被告人を追いかけることを余儀なくされたとまではいえない」と判示して、危険の現実化を否定した。

強盗などの被害者が犯人を捕まえるなどの目的で、犯人を追跡することは全くありえないことではない。しかし、追跡行為は、犯行終了後に行われるものであり、冷静な判断が期待できる状況下で行われるのが通常であり、この点では、逃走・回避行動の途中で誤って転倒する事例のように、自己の生命・身体を守るため必死の心理状態にある場合とは異なる。そうだとすれば、強盗犯の暴行・脅迫行為は、被害者による追跡の可能性を高めたとはいっても、追跡の際に死傷結果が生じる可能性を高めるものとは言い難い。旭川地裁が、「他の行為を選択する余地」が大きく、「被害者の自由な意思決定に基づく選択の結果という側面がある」と指摘するのも、このような趣旨に解することが可能である。したがって、追跡事例については、i 危険包摂判断において、実行行為に、被害者が追跡の途中で死傷に至る危険を見出すことができないケースがほとんどであり、この段階ですでに危険の現実化は否定されることになる⁽³²²⁾⁽³²³⁾。

(322) 前記旭川地判平成28・12・22の事例のように、被害者が財物取返しの目的で追跡を行う場合は、自己の財産を守るため必死に追跡することが考えられるため、無意識の逃走・回避事例と同様、死傷に至る可能性が高まっているといえるかもしれない。しかし、財物取返し目的での追跡の危険を考慮するためには、財物奪取行為も起点となる行為に取り込む必要があるところ、財物奪取行為に基づく追跡の危険は窃盗罪でも認められるものであるから、これを強盗致死傷罪の処罰範囲に含めることは認められないように思われる。

(323) その他の被害者の行為介入事例としては、火事などの現場に取り残された人や財産を救出するため現場に立ち入った者が死傷結果を負う場合(救助者事例)や、

(d) 第三者の過失行為——二重轢過、医師の治療ミス

①二重轢過事例

第三者の過失行為の介入事例としてしばしば問題となるのが、過失による交通事故の被害者が車道に投げ出された結果、後続車に轢過されて死亡するといった二重轢過事例である。裁判例は、こうした事例につき、後続車による轢過が「一般的に予測しうる事態」であることを根拠に、最初の過失行為と被害者の死亡結果との間の因果関係を肯定する傾向にある。⁽³²⁴⁾ こうした事例では、i 危険包摂判断において、最初の過失行為は、被害者を車道に投げ出すことによって後続車による轢過の可能性を高めたといえるので、少なくとも抽象的に「後続車による轢過を原因とする死」の危険を最初の過失行為に見出すことができるだろう。そのうえで、ii 総合考慮判

被害者が必要な治療を拒否する場合（治療拒否事例）などが挙げられる。ただし、これらの事例における結果帰属判断にあたっては、自己答責性の問題も考慮する必要がある。この種の事例に関しては、大関龍一「被害者の治療拒否と結果帰属」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2022年）243頁以下参照。

(324) 東京高判昭和36・6・23下刑集3巻5＝6号431頁〔後続車による轢過事故が発生するおそれは「なに人も十分予測し得る」〕、仙台高判昭和44・2・6刑月1巻2号67頁〔後続車による轢過は「一般的にありがちなこととして十分に予測しうる事態」〕、最決昭和47・4・21判タ277号267頁〔「現場付近を通行する自動車によって轢過される虞れの強いことは容易に予測されうる」〕、大阪高判昭和52・11・22刑月9巻11＝12号806頁〔後続車による轢過事故発生は「一般的にあり勝ちなこととして容易に予想しうる事態」〕など。なお、これらの裁判例は、夜間であったこと、照明設備が不十分であったこと、交通量が多かったことなどの実行行為時点の諸状況を考慮することによって、予測可能性の高さを基礎づけている。こうした事情は危険の現実化を肯定するための必要条件ではないが、こうした事情があれば、後続車による事故態様を含めた具体的因果経過の経験的通常性を肯定しやすくなるだろう。

(325) 過失犯の事例であるから、規範の保護目的＝危険の現実化も問題となりうる。ただし、前方を注視して、適切な制動措置をとるなどの一般的な注意義務違反を問う場合には、当該注意義務は広く道路交通に関与する者の保護を目的とすると考えられるため、後続車による轢過の介入が因果関係を否定しないかという狭義の相当性の問題意識は取り込まれていないことになる。それゆえ、狭義の相当性＝危険の現実化の検討が別途必要となろう。

断を行うことになるが、後続車運転手に前方不注視等の過失があったとしても、最初の過失行為によって創出された、路上に人が横たわっているという通常想定されない事態が、後続車運転手の過失の主要な原因となっているとすれば、危険の現実化は否定されないことになる。⁽³²⁶⁾ また、長野地判令和2・11・11 LLI/DB L0755113は、被告人の暴行によって被害者Aが車道の中央付近で身動きが取れない状態で横たわった結果、約12分後、B運転の自動車が、横たわっていたAを轢き、これによってAが死亡した事案につき、被告人の暴行は、「Aを通行車両に轢かれて死んでしまうかもしれない危険な状況に置いたものであり、被告人が生じさせたそのような危険が、前方不注視という単純な過失があったとはいえ、同所をドライバーとして通常の運転態様で通行したBが運転する車両によりAが轢かれたことでまさに現実化」したものであると判示した。本件のような傷害事件についても、i 危険包摂判断において、車道という暴行の現場を判断の基礎に加えれば、二重轢過事例と同様に、暴行の危険性に「後続車による轢過を原因とする死」を見出すことができる。そのうえで、ii 総合考慮判断において、長野地裁が判示するように、「Aを通行車両に轢かれて死んでしまうかもしれない危険な状況に置いた」ことが、その後の過失による事故の発生に影響を与えたといえれば、危険の現実化を肯定することができる。

これに対し、東京高判平成29・7・13東高時報68巻1～12号109頁は、交通事故の被害者が路上に転倒し、その後進行してきた自動車に轢過され死亡した事案であるが、被告人は事故を起こした後、横臥する被害者の直近に立って両手を振り、後続車による衝突等の事故の発生を回避するため

(326) ただし、後続車運転手が、車道に人が横たわっている人を認識しながらあえて轢過したといったような場合には、第三者の独自的意思決定が介入しており、最初の過失による事故によって創出された、事故を引きやすい状況は、第三者に、故意に人をひき殺す機会を提供したという程度の影響を与えないから、実行行為の結果発生に対する影響は軽微なものと評価して、危険の現実化を否定する余地がある。

の措置を一応講じていたにもかかわらず、後続車による事故が発生したため、このような場合にも被告人の過失行為と被害者の死亡結果との間の因果関係が認められるかが争われた。東京高裁は、まず、「被告人の過失により発生した第1事故によって、被害者は道路の車道上に転倒し、すぐには移動できない程度の傷害を負ったものと認められ、そのような状態に置かれた被害者が、後続車に轢過されるなどして死亡することは十分にあり得ることであるから、被告人の過失行為は、被害者の死亡という結果を発生させる危険性を内包するものであった」と判示した。これは、i 危険包摂判断を示したものと評価でき、現実の因果経過に一定の抽象化を加えたうえで、後続車による轢過を原因とする死の危険を被告人の過失行為に見出したものといえる。これに続けて、東京高裁は、「被告人が、第1事故の後、被害者を路外の安全な場所に退避させたのであれば、そのような場所に後続車が突っ込んで来ることは社会通念上想定し難いから、このような後続車によって被害者の死亡の結果が生じたとしても、第1事故によって生じた危険性が現実化したものとみることはできない」と指摘したうえで、「被告人は、第1事故の後、被害者を交通量の多い道路路上に横臥させたまま、上記の行為を行っていたのであって、被害者を後続車との衝突等の危険に曝し続けたといえるのであり、被害者の直近に立って両手を左右に振った点は、衝突等の危険を若干低減させる程度のものであったにとどまり、更なる衝突等の防止という結果回避のためには、甚だ不十分であった」として、危険の現実化を肯定した。本判決が示唆するように、ひとたび被害者が車道上に横臥し、後続車に轢過が生じやすい状況が作出されたとしても、「路外の安全な場所に退避させる」などして、そのような状況が解消されたといえる場合には、その後、被害者が事故に巻き込まれて死亡したとしても、過失行為によって作出された状況の影響力は軽微であるとして、ii 総合考慮判断において危険の現実化を否定する余地があるだろう。このことは、被告人自身が衝突等の防止措置をとった場合に限られず、第三者がそのような措置をとった場合にも、過失行為の影響力が遮断

される点に変わりはないから、同様に解することができる。

②医師の治療ミスの介在

第三者の過失行為の介入事例としては、他に、医師の治療ミスが問題となることも多い。このうち、実行行為がすでに死をもたらす可能性のある傷害を生じさせており、医師の治療ミスが救命可能性をわずかに低下させたとか、死期をわずかに早めたにすぎない場合には、直接型として構成して危険の現実化を肯定することができるだろう。

これに対し、医師の治療ミスが新たに死因を作出したような場合には直接型として構成して危険の現実化を肯定することは困難であるから、間接型として構成して危険の現実化を肯定できるかが問われることになる。医師の過失が介在した事例については、(傷害行為とは一応別個の危険とみることができる交通事故や病院火災が介在した場合は異なり、)「医師の治療行為は傷害行為と密接に結びついたものなので、過失の程度がきわめて重大なものでない限り相当性が肯定されるべきである」との見解が主張⁽³²⁷⁾されている。病院での治療が必要な傷害を生じさせるような暴行を加えた場合には、被害者は治療を受けるのが通常であろうし、急な手術が必要となるような緊急状況下では、十分な医療を期待できないため、医療ミスが生じる可能性を高めたと評価することができ、i 危険包摂判断において、医師の治療ミスを介して被害者を死亡させる危険を当初の暴行に見出すことは可能である。もっとも、ii 総合考慮判断をこれに続けて行うことになるところ、いくら万全な態勢での手術が期待できないといっても、救急医療の現場ではそのような緊急状況下での手術が想定されているのであり、医師がそのような状況下で要求される最低限の注意義務すら怠ったような場合、すなわち「現在の通常の医療技術水準ないし医療上の常識から甚だしく隔⁽³²⁸⁾たった」著しく不適切な治療が行われたような場合には、介在事情の不適

(327) 佐伯(仁)・前掲注(167)68頁。

(328) 前記東京高判昭和61・4・24。Vgl. Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 13ff. Rn. 102b. なお、Roxin/Greco, a. a. O. (Anm.

切性が際立っており、もはや実行行為の影響力は及んでいないと評価して、危険の現実化を否定する余地があるだろう。「きわめて重大な」過失の範囲をこのように理解する限りで、上記見解は妥当な方向性を示していると思われる。

(e) 第三者の故意行為

実行行為者と共犯関係にない第三者が故意に被害者の生命・身体に危害を加える行為が介入する場合、実行行為がそのような故意行為が介入する可能性を高めたといえる場合は少ないであろうから、i 危険包摂判断において、実行行為に第三者の故意行為を介して結果を発生させる危険を見出すことは通常困難である。仮にそのような危険を見出せたとしても、ii 総合考慮判断において、現実の因果経過に照らした判断を行うと、第三者による独自の判断が介入し、実行行為の影響力も、せいぜいそのような機会を提供したという程度にとどまるとして、危険の現実化を否定することになる場合が多いであろう。それゆえ、一般論としては、第三者の故意行為の介入事例において、危険の現実化は否定されやすいといえる。

もっとも、一般的傾向としてこのようにいえるとしても、故意行為の介入をもって一律に危険の現実化を否定すべきとまではいえない。特に未必の故意に基づく行為が介入したような場合には危険の現実化が肯定される場合もありうる。例えば、最判昭和23・3・30刑集2巻3号273頁は、燃料用アルコールを水に希釈して酒の代用として販売していた被告人が、これを飲用すれば人体に生理上の障害を与えることがあると認識しながら、Aにこれを販売し、これを飲用したAがメチルアルコール中毒により失明するとともに、Aから一部を買い受けて飲用したBが同中毒のため死亡した事案につき、Bに対する傷害致死罪の成否が争われた。弁護人は、Aにおいても、被告人から買い受けた酒の代用品を飲用すれば人体に生理上の障害を与えることにつき認識していたのであるから、Aがこれを

109), § 11 Rn. 141によれば、医療過誤の介入事例では、「重大な医療過誤」か否かを帰属判断のメルクマールとするのがドイツの多数説とされる。

Bに譲り渡した行為の介入によって因果関係が中断すると主張した。これに対し、最高裁は、Aに傷害の認識があったか否かに言及することなく、「被告人は、酒の代用として燃料用アルコールを人体に生理上の障害を与へる虞れのあることを認識しながら、Aに販売したというのであつて、当時Aから更にこれを譲受けて飲用する者のあるべきことは、一般的に観て当然予想し得られるところであるから、事実、Aから右アルコールを譲受けて飲用したBがその中毒によつて死亡した以上、被告人が右Bの飲用の事実を予見したと否とに関係なく、被告人として、Bの傷害致死の結果につき責任を負はねばならない」と判示して、Bに対する傷害致死罪の成立を認めた。最高裁の指摘するとおり、酒の代用品として燃料用アルコールを販売した場合、これが第三者に譲り渡されることは当然予測しうる事態であり、i 危険包摂判断において、そのような経過で第三者に死傷結果が生じる危険を実行行為に見出すことが可能である。これに続けて、ii 総合考慮判断を行うと、仮にAに傷害の未必的故意があつたとしても、Aは自らもアルコールを飲用しており、Bに対しても酒の代用品として買い渡したにすぎないと考えられるから、このようなAの行動が酒の代用品として同アルコールを買い受けた者の判断として著しく不適切とはいえないだろう。したがって、Aの故意行為の介入があるとしても、危険の現実化を肯定することは可能である。⁽³²⁹⁾

IV. 本章のまとめ

本章では、危険の現実化判断には、狭義の相当性の問題関心に基づく判断と、規範の保護目的の問題関心に基づく判断の2つが内在しているとの理解を前提に、①狭義の相当性＝危険の現実化は偶然処罰の排除という観

(329) なお、被告人から有毒物を譲り受けた者が過失によりこれを第三者に譲り渡し、これを摂取した第三者が死亡した事例につき、被告人の行為と死亡結果との間の因果関係を肯定したものとして、東京高判昭和24・10・15高刑集2巻2号177頁、東京高判昭和30・4・19高刑集8巻4号505頁、徳島地判昭和33・5・15一審刑集1巻5号736頁。

点から基礎づけられること、②規範の保護目的＝危険の現実化は注意義務が防止しようとする危険（許された危険）の観点から基礎づけられることを明らかにした。そのうえで、それぞれの判断構造に検討を加え、①狭義の相当性＝危険の現実化の判断には、〈i 危険包摂判断→ii 総合考慮判断〉という段階的枠組みが妥当すること、②規範の保護目的＝危険の現実化の判断には、危険包摂モデルが妥当することを明らかにした。特に過失犯の事例では、事案の性質や注意義務の内容に応じて、いずれの問題関心が主たる争点となるかは変化することになる。

狭義の相当性＝危険の現実化の具体的な判断方法については、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を肯定できる場合には、それを根拠として直ちに危険の現実化を肯定できる。具体的な因果経過の経験的通常性を肯定できない場合には、現実の因果経過を包摂しうる限度で抽象化された危険が実行行為に見出されるかを検討し、これを見出すことができない場合には、危険の現実化は否定される。そのような抽象化された危険を実行行為に見出すことができた場合には、これに続いて、ii 総合考慮判断を行い、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の観点から、実行行為が結果発生に支配を及ぼしたといえるかを検討することになる。

以上の判断枠組みを前提に、狭義の相当性＝危険の現実化が問題となる事例群のうち、被害者・第三者の行為が介入する事例群につき、類型的考察を試みた。2つの問題関心を区別する点や、狭義の相当性＝危険の現実化判断において段階的判断を要求する点で、判断プロセスが煩雑であるように思われるかもしれないが、因果関係が問題となる事例は多岐にわたり、事例に応じて着眼点は異なりうるし、現に、裁判例も自然発生的に判断モデルの使い分けを行っているのであるから、複数の着眼点がありうることを認めよう。それらを整理することが肝要であろう。

おわりに

現在、「実行行為の危険性が結果に現実化した」といえる場合に因果関係を肯定する「危険の現実化論」が判例・学説に広く浸透しているにもかかわらず、その判断方法は一様ではない。具体的には、事後的視点から現実の因果経過に検討を加えて、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「総合考慮モデル」と、事前的視点から実行行為のもつ「危険性」の内容を明らかにしたうえで、事後的視点から確定される現実の因果経過が当該危険性の「現実化」と評価できるかを問う「危険包摂モデル」が、併存・分裂している。本稿の出発点は、このように「危険の現実化」の内容が不明確なままにフレーズだけが独り歩きしている現状への違和感・疑念にあった。判断の明確性を担保するためには、「危険の現実化」の沿革・理論的基礎・判断枠組みを意識した検討が不可欠であり、これらの検討を前提にして初めて類型的考察も意味をもつ。

本稿では、日本の判例・学説史を踏まえて、「危険の現実化」の理論構造・判断枠組みに正面から検討を加え、これをもとに類型的考察を試みた。個々の論点の帰結や個別の事例解決には異論もあると思われるが、「危険の現実化」判断の全体像について、議論の前提となる共通の土俵を示すことができたのではないかと考えている。

追記 1 本稿は、早稲田大学特定課題研究助成（課題番号2022C-344）による研究成果の一部である。

追記 2 本稿は、大関龍一「刑法における因果関係の判断プロセス」早稲田大学博士論文（2023年）の一部に加筆・修正をしたものである。