

## 論 説

# 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（1） ——因果関係の判断プロセス明確化のために——

大 関 龍 一

- I はじめに
- II 旧刑法下の因果関係論①——各論における因果関係の議論
- III 旧刑法下の因果関係論②——因果関係理論の導入（以上、本号）
- IV 現行刑法定後の因果関係論の発展
- V 大審院判例における因果関係の判断構造
- VI おわりに

## I はじめに

## 1 因果関係論をめぐる現状と課題

刑法上の因果関係の判断方法をめぐっては、かつて相当因果関係説が圧倒的多数説であったが、<sup>(1)</sup>現在では危険の現実化説が通説化している。最高

---

(1) 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）1頁。危険の現実化説を明確に支持するものとして、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）60頁以下、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）135頁以下、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）143頁以下など。

裁も、柔道整備師事件決定<sup>(2)</sup>以来、危険の現実化説の判断枠組みを採用していると一般的に評価されており、近時に至っては、「危険の現実化」を明示する判例も現れている。周知のとおり、危険の現実化説が台頭する直接の契機となったのは、大阪南港事件決定<sup>(3)</sup>の調査官解説が、予見可能性を唯一の判断基準とする相当因果関係説<sup>(4)</sup>に対して、実務的有用性の観点から疑問を呈したことにある<sup>(5)</sup>。それにより、「相当因果関係説の危機」<sup>(6)</sup>と呼ばれる事態が生じ、学説からも従来の相当因果関係説を見直す動きが見られるようになった。たとえば、従来の相当因果関係説の多くは、判断基底を設定したうえで、行為から結果に至る相当性を判断するという構造を採用していたが、現在では判断基底論の必要性・有用性について疑問が向けられている<sup>(7)</sup>。特に、行為後の介在事情が存在する事例では、異常な介在事情が相当因果関係を否定するかが問題とされるべきであるにもかかわらず、その異常な介在事情を考慮の外に置いてしまうという点で問題があるとされている<sup>(8)</sup>。また、相当性の判断方法が不明確である点にも批判が向けられて

---

(2) 最決昭和63・5・11刑集42巻5号807頁。同決定の調査官解説は、「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ものと見られ」とする(永井敏雄「判解」最判解刑事篇昭和63年度(1991年)275頁)。

(3) 最決平成22・10・26刑集64巻7号1019頁(日航機ニアミス事件)、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)。

(4) 最決平成2・11・20刑集44巻8号837頁。

(5) 大谷直人「判解」ジュリ974号(1991年)59頁、同「判解」最判解刑事篇平成2年度(1992年)241頁以下参照。

(6) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(成文堂、1995年)79頁。

(7) 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂、2019年)111頁は、従来のような判断基底論を不要とする。なお、橋爪・前掲注(1)3頁以下参照。

(8) 小林・前掲注(1)142頁は、このことから、相当因果関係説は行為後に介在事情が存在する事例を主戦場としていなかったとする。なお、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(日本評論社、2017年)77頁注31)は、介在事情を、行為者の実行行為から独立した外在的事情(真正の介在事情)と、行為者の実行行為に起因する「中間結果」とに区別し、後者に対する予見可能性は、実行行為から中間結果までの相当性そのものであるとする。同「相当因果関係説の現状と展望——客観説の立場から——」現代刑法26号(2001年)68頁以下も参照。

いる。相当性の意義について、それが結果発生の可能性を意味するのか、因果経過それ自体の相当性を意味するのかを意識的に論じられていなかったことも、「相当因果関係説の危機」を招いた一因といえるであろう。<sup>(9)</sup>

このような相当因果関係説に対する批判が高まるにつれ、相当因果関係説は急速に支持を失い、それに代わって危険の現実化説が台頭してきたのである。危険の現実化説の判断構造は、予見可能性にとどまらず、「寄与度」や「誘発」といった概念を用いながら、実行行為の危険性が結果へと現実化したといえるかどうかを問うというものである。現在では、直接型と間接型<sup>(10)</sup>という2つの類型に区別して、危険の現実化の有無を判断する見解が有力である。もっとも、危険の現実化説が、相当因果関係説に対する批判を乗り越え、適切で妥当な判断を安定してもたらすことが可能なものといえるかについては、なお疑問が残る。

第1に、危険の現実化の判断方法は必ずしも明確ではないといえる。「危険の現実化」という基準は「予見可能性」という基準以上に広範な概念であって、その具体化のためには、「寄与度」や「誘発」といった概念による補助が必要不可欠であるが、これらの概念の内容および概念相互間の関係が十分に解明されているといえるかは疑わしい。また、直接型と間接型という類型の分け方についても、なぜこのような類型が妥当といえるのかについては十分な議論がされておらず、結論を正当化する根拠が提示されているとは言い難い。単なる結論の言い換えとならないためにも、「危険の現実化」の判断プロセスを明確化するとともに、結論を正当化する根拠を提示することが、危険の現実化説の1つ目の課題である。

(9) 橋爪・前掲注(1) 2頁以下参照。ただし、これは相当因果関係説の問題というよりも、判断基底論に過度に重点を置いてきた、従来の議論のあり方の問題といえる。なお、2つの相当性概念については、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂、2003年) 131頁以下参照。

(10) 山口・前掲注(1) 61頁、橋爪・前掲注(1) 14頁。なお、島田聡一郎「判批」重判平成18年度(ジュリ臨増1332号)(2007年) 157頁、杉本一敏「因果関係・不作為犯」法教442号(2017年) 14頁は、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。

第 2 に、危険の現実化説が妥当する射程範囲が明確ではない。たとえば、被害者の素因など行為当時存在した事情が結果発生に寄与した事例群については、危険の現実化説の立場からも判断基底論の必要性は失われていないとの指摘がされて<sup>(11)</sup>おり、また、同事例群の処理にあたっては、危険の現実化説ではなく、相当因果関係説が妥当するとの見解も主張されて<sup>(12)</sup>いる。危険の現実化説が因果関係の一般理論なのか、特定の事例群を処理する際に用いられる基準にすぎないのかを明らかにすることが、2つ目の課題である。

第 3 に、相当因果関係説や客観的帰属論といった従来の学説や、柔道整復師事件決定以前の判例との関係が明確でない。相当因果関係説の立場からは、相当因果関係は「実行行為によって創出された危険が結果に実現したこと」と表現することも可能であり、伝統的な相当因果関係説の公式と危険の現実化の公式は実質的に同じものとの指摘がなされて<sup>(13)</sup>いる。他方、「許されない危険の創出」と「危険の実現」を基本構造とする客観的帰属論の立場から、判例が採用する危険の現実化の枠組みは、客観的帰属論の枠組みであるとの指摘がなされて<sup>(14)</sup>いる。客観的帰属論と危険の現実化説との判断枠組みの類似性は認められるものの、客観的帰属論が採用する規範的基準が、危険の現実化説にも内在しているのか、仮に内在していないとしても、このような規範的基準を危険の現実化説に取り込むことが正当化される余地はあるのかといった点は必ずしも明らかではない。また、危険の現実化の枠組みに立つとされる近時の判例法理とそれ以前の判例法理との間に連続性があるのかといった点も解明する必要がある。学説における危険の現実化説の出発点は判例法理にあり、判例と学説の立場は接近して<sup>(15)</sup>

(11) 橋爪・前掲注(1)15頁、井田・前掲注(1)144頁、松原・前掲注(8)『刑法総論〔第2版〕』73頁以下参照。

(12) 小林・前掲注(1)148頁以下。

(13) 松原・前掲注(8)『刑法総論〔第2版〕』80頁。

(14) 高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』(成文堂、2018年)136頁。

(15) 山口・前掲注(1)60頁は、判例の立場を支持するという形で、危険の現実化

いるといえるが、他方で、従来の判例・学説における因果関係論と危険の現実化説との関係についてはさらなる検討が必要な状況といえる。そこで、従来の判例・学説との関係で危険の現実化説がどのように位置づけられるかを明らかにすることが、3つ目の課題である。

## 2 本稿の目的

本稿は、現在の因果関係論が抱える上記課題のうち、3つ目の課題に焦点を当てたものである。3つ目の課題を解決することによって、従来積み上げられてきた議論のうち、引き継ぐべき点と乗り越えるべき点が明らかとなり、第1、第2の課題を解明することにもつながると考えられるからである。

そして、本稿では、3つ目の課題を解決するために、旧刑法時代を含めた、日本の戦前における学説と大審院判例に見られる因果関係の判断構造に検討を加える。戦前の学説・判例を検討素材とするのは次のような理由による。

現在、わが国の因果関係論の発展過程については、「条件説対相当因果関係説」の対立に始まり、相当因果関係説内部での「折衷説対客観説」の対立へと移行し、近時、「相当因果関係説対危険の現実化説」の対立に至ったとの理解が一般的であると思われる。<sup>(16)</sup>「条件説対相当因果関係説」というドイツ由来の議論が出発点とされていることからわかるように、わが国の因果関係論は、ドイツ刑法学の影響が強まった明治30年代に、ドイツの議論を輸入したことに始まるとするのが、従来の理解といえるだろう。

---

説を展開している。なお、山口が初めて危険の現実化説の支持を明言したのは、山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2007年)60頁においてであり、それ以前は、一般予防の必要性の限界を考慮するという謙抑性の思想を根拠に、相当因果関係説を採用していた(山口厚「因果関係論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開総論I』(日本評論社、1988年)59頁以下、山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣、1998年)26頁以下、山口厚『刑法総論』(有斐閣、2001年)55頁以下参照)。

(16) 高橋・前掲注(14)130頁。

しかし、後述するとおり、旧刑法制定直後の明治10年代後半という、ドイツ刑法の影響が学説に現れていない時期において、すでに因果関係の議論は実質的に行なわれていた。この点は従来の研究で見落とされていた点である。わが国の因果関係論がドイツ刑法の影響を強く受けていることは確かであるが、それ以前にも因果関係に関する議論が存在していた以上、その議論を踏まえて、わが国の因果関係論の発展過程を見直す必要がある。旧刑法下における、「条件説対相当因果関係説」以前の因果関係論を紹介することはそれ自体意義のあることであり、また、そこでの議論を前提に、「条件説対相当因果関係説」以後の因果関係論を見直すことで、従来見落とされてきた、当時の学説・判例の意図を明らかにすることができると考えたことが、戦前の学説・判例を検討素材とした最大の理由である。

また、現行刑法制定後の因果関係論を見ると、学説上はすでに相当因果関係説が通説となっており、戦後の学説との連続性を見て取れる。<sup>(17)</sup> 他方、大審院判例については、事例の特色に応じて、「条件説対相当因果関係説」という学説の対立図式には包摂しきれない考慮をしていると考えられるものもあり、「危険の現実化」という枠組みの中で多様な要素を考慮しようとする現在の判例の立場にも通じる態度がすでに見られる。そのため、旧刑法下における議論を踏まえつつ、戦前の因果関係論の発展過程を客観的に考察することによって、現在の危険の現実化説の位置づけを理解し、その課題を解決するための基本的視座を得ることが期待される。そこで、本稿では、現在の因果関係論をより精緻で具体的なものにするための第一歩として、因果関係論がわが国で歩んできた歴史に目を向けることとする。<sup>(18)</sup>

(17) ただし、当時は、判断基底論が相当因果関係説の核心部分となっていたわけではなく、戦後におけるスタンダードな相当因果関係説とは重大な違いが見られる(山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(成文堂、1997年) 21頁以下参照)。

(18) なお、本稿では、以下、多数の戦前の文献や判例を引用することになるが、引用の際の表記方法については、次のような方針をとる。①カタカナ表記はひらがな表記に改める。②漢字は旧字体を新字体に改める。③「ㄱ」「ㄴ」「ㅌ」「ㅍ」はそ

## Ⅱ 旧刑法下の因果関係論①

### ——各論における因果関係の議論

#### 1 旧刑法制定直後の議論

先行研究によれば、因果関係論を日本に導入したのは岡田朝太郎であるとされて<sup>(19)</sup>おり、岡田は、明治34年にはじめてその著書で因果関係論に言及したことが明らかとなっている。<sup>(20)</sup>たしかに、ドイツ流の因果関係論を子細に紹介し、因果関係の議論を犯罪論体系の中に位置づけて論じたのは岡田の功績であるが、それ以前にも因果関係の議論がなかったわけではない。すでに旧刑法制定直後には、因果関係という言葉こそ用いられていなかったものの、たとえば、旧刑法299条の殴打創傷致死罪における「因テ死ニ致シタル者」の解釈として、実質的に因果関係の問題が議論されていた。ほかにも、殺人罪や遺棄致死傷罪に関する検討の中で、因果関係の議論を見ることができる。すなわち、旧刑法制定直後から、各論の解釈問題として、因果関係の判断方法はすでに議論されていたのである。この点は従来見落とされてきたが、当時の議論がその後の判例・学説に影響を与えた可能性は否定できない。そこで、まず、岡田が因果関係論を導入したとされる明治34年以前の議論状況を概観し、当時の問題意識と、因果関係の判断方法に関する見解を抽出する。

---

れぞれ「こと」「して」「とも」「とき」と表記する。④仮名づかい、濁点の有無、「ゝ」「ゎ」「ゞ」の表記は原文どおりとする。⑤適宜句点を付け足す。

(19) 牧野英一『刑法総論上巻〔全訂版〕』(有斐閣、1958年) 377頁、岡野光雄『刑法における因果関係の理論』(成文堂、1977年) 178頁、淵脇千寿保「明治期における刑法上の因果関係理論の導入」法学研究年報42号(2013年) 136頁以下。

(20) 岡田朝太郎『刑法講義案(総則)』(有斐閣書房、1901年) 14頁以下。同書は、岡田がドイツ留学から帰朝した後に、東京帝国大学法科大学での講義用に著したものである。なお、淵脇・前掲注(19) 133頁以下は、ドイツ留学前後の岡田の文献を比較検討することで、岡田による因果関係論導入の過程を明らかにしている。

なお、当時は旧刑法下であって、現在とは条文規定が異なることに留意する必要がある。以下の本文および脚注で言及する旧刑法の条文と、それ<sup>(21)</sup>に関連する条文については、本稿末尾の【参照条文】に掲げておく。

### (1) 致命傷基準説

旧刑法制定直後の文献を見ると、旧刑法299条の「因テ死ニ致シタル者」の意義について、殴打創傷の「為め」に被害者が死に至ったことをい<sup>(22)</sup>うとか、殴打創傷が「原因となりて」被害者が死に至ったことをい<sup>(23)</sup>うといった記述が散見される。因果関係という言葉こそ用いられていないものの、殴打創傷と死の結果との間に原因結果の関係があることが、殴打創傷致死罪の成立のためには必要であると認識されていたことがうかがえる。さらに、当時の文献は、被害者の死が殴打創傷に原因するといえるかどうかの判断方法についても言及している。たとえば、堀田正忠は、「古へ刑

(21) 旧刑法は、明治13年7月17日に公布され、明治15年1月1日に施行された（浅古弘ほか編『日本法制史』（青林書院、2010年）291頁以下参照）。

(22) 宮城浩藏『刑法〔明治13年〕講義〔四版〕第二卷（日本立法資料全集別巻80）』（信山社、1998年（原著：1887年））489頁、磯部四郎『日本刑法講義筆記 第三卷・第四卷（日本立法資料全集別巻693）』（信山社、2011年（原著：1889年））348頁。

(23) 高木豊三『校訂刑法〔明治13年〕義解（第三編・第四編）（日本立法資料全集別巻73）』（信山社、1996年（原著：1882年））827頁。

(24) 芥川正洋「暴行罪における『暴行』概念の史的展開——立法・学説史にみる『暴行』の多元性——」早稲田法学会誌67巻1号（2016年）10頁によれば、当時の学説の大勢は、「殴打創傷」を「殴打して創傷する」と理解していた。そのため、厳密に言えば、「因テ」という文言は、殴打行為と死の結果との結びつきではなく、（殴打から生じた）創傷と死の結果との結びつきを意味することになる。これに対し、井上操は、殴打または創傷により、各条所定の結果が生じれば、各条所定の殴打創傷罪が認められるとしており、299条の「因テ」という文言については、殴打と死の結果との結びつき、または、（殴打によらない）創傷と死の結果との結びつきを意味することになる（同論文9頁、井上操『刑法〔明治13年〕述義 第三編（上）（日本立法資料全集別巻128）』（信山社、1999年（原著：1890年））61頁）。



法学者の定めたる法則<sup>(25)</sup>として、次の①～③の基準による判断方法を示している<sup>(26)</sup> (引用文中の①～③は筆者)。

①若し創傷死を致すべきものたることの判然たるときは其死創傷を成したるより若干時日の後に在て之か治療の術を施さゝりしときと雖も仍ほ犯人は其死去の責に任せざるへからず (第一)。

②之に反して其創傷死を致すべきものたらざること判然たるときは其死は創傷に原因したるものと推測せず其創傷の取扱に於て過失又は懈怠ありしに原因したるものと推測す (第二)。

③創傷の性質及び其結果認知し難く曖然疑訝の存すべきものあるときは其被害者の受けたる所の治療及び看護の如何を検査し医師又は患者に懈怠不慎の跡なきときは其死を暴行者の責に帰し之に反して不摂生不注意の証あるときは暴行者は創傷の責に任するに止まり其死の責に任せず (第三)。

他の文献においても、おおむね同様の判断方法が採用されている。殴打によって生じた創傷が「死を致すべきもの」であったかどうか、すなわち致命傷たりうるかを重視していることから、本稿では、上記判断方法による見解を「致命傷基準説」と称する。この致命傷基準説のうち、基準①②については論者によって特に差異はないものの、基準③については2つのヴァリエーションが存在する。1つは、堀田のように、創傷の性質・程度が不明である場合には、医師または被害者に懈怠等がなかったかによって

---

(25) 高木・前掲注 (23) 828頁は、「古昔佛国の刑法家か定めたる所の監査の方法」として、宮城・前掲注 (22) 489頁は、「古の学者」の見解として、磯部・前掲注 (22) 349頁は、「古来佛国に於て……一般学士の是認する所」として、井上・前掲注 (24) 62頁は、「佛国古昔の学者」の見解として、同様の判断方法を紹介している。フランス刑法に由来する見解であることがうかがえる。

(26) 堀田正忠『刑法釋義 第三篇・第四篇 (日本立法資料全集別巻178)』(信山社、2000年(原著:1883年))91頁以下。なお、堀田は、「因テ死ニ致シタル者」の解釈について、当時のフランスの刑法学者フォースタン・エリーの見解を全面的に支持するという形式を採っている(同書91頁、98頁)。

判断すべきとする。もう 1 つは、創傷が「死を致すべきもの」であったかどうか不明である場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により、殴打創傷致死罪は不成立となる<sup>(27)</sup>。致命傷基準説による判断方法を図示すると、次の【図 1】のとおりである<sup>(28)</sup>。

### 【図 1】致命傷基準説

- ①創傷自体が致命傷 : ○  
 ←時間的間隔、不注意の介在は結論に影響しない
- ②創傷自体は致命傷でない : ×  
 ←被害者または医師の不注意が原因と推測
- ③-I 創傷の性質・程度が不明 or ③-II 創傷の性質・程度が不明 : ×  
 ・被害者および医師の不注意なし : ○ : 「疑わしきは被告人の利益に」の原則  
 ・被害者または医師の不注意あり : ×

致命傷基準説が念頭に置いているのは、行為者が被害者に創傷を負わせたと、その後被害者または医師の不注意が介在し結果に影響を与えた可能性のある事例である。同説が基準①②で問題としているのは、創傷が致命傷たりうるものかという、殴打によって生じた創傷それ自体の性質である。まず、基準①により、創傷の致命性さえ立証することができれば、被害者または医師の不注意が介在していたとしても、創傷が死の原因として認められる。次に、基準②により、創傷が致命性を有しないことが立証された場合には、被害者または医師の不注意が死の原因と推測され、翻って創傷は死の原因でない<sup>1</sup>とされる。ここで、創傷の致命性とは、現実の死因との関係で致命傷であったことを意味するものではなく、創傷それ自体の性質を意味している。直接の死因とは関係なく、創傷が致命性を帯びるものであれば、創傷が死の原因であると評価するというのが、致命傷

(27) 宮城・前掲注 (22) 490頁は、「其創傷死に致すに足るべきや否や判然知れざる時は罪の疑はしきは軽きに從ふの原則に基き被告人の利益となる可き様に処置せざる可からず」とする。井上・前掲注 (24) 62頁も同様の見解に立つ。

(28) 図中の「○」は、創傷が死の原因であると認められることを、「×」は、創傷が死の原因であると認められないことを意味する。

基準説の基本的発想である<sup>(29)</sup>。また、基準②の適用場面では、被害者または医師の不注意を死の原因として特定するという論理構造からわかるように、致命傷基準説の前提には、創傷とその後の被害者または医師の不注意のいずれか1つを死の原因として特定可能であるという発想があるものと思われる。死の原因を1つに特定可能であるという考え方の限りでは、原因説に連なる発想といえることができる<sup>(30)</sup>だろう。

基準①②は、創傷の致命性の有無が明らかな場合が念頭に置かれていたが、これに対し、基準③は、創傷の致命性を認定することができない場合が念頭に置かれている。基準③-IIは、創傷の致命性を、創傷が死の原因であるとするための必要条件として捉えることにより、創傷の致命性が不明な場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用されると考えている。そのため、創傷の致命性が不明な場合には、基準②と同様の帰結が導かれることになる。これに対し、基準③-Iは、創傷の致命性が不明であっても、被害者または医師の不注意がなかったにもかかわらず死の結果が発生している場合には、創傷が死の原因であると特定するものである。ここでは、創傷の致命性は、創傷を死の原因とするための必要条件ではなく、創傷と、被害者または医師の不注意のいずれを原因として特定するかを判断するための1つの要素にすぎないと考えられている。原因を特定するための要素として、創傷の致命性を唯一の基準とする必然性はないのであって、これが不明な場合には、介在事情の有無によって原因を特定しようとする理論構成も十分可能である。このように、基準③-Iも、基

---

(29) 元裁判官の小林充は、行為に結果発生の危険性があり、かつ現実に結果が発生している以上は、死因が異なったとしても、因果関係は否定されないとしている(小林充「刑法における因果関係論の方向」白山法学1号(2005年)15頁)。これは、致命傷基準説と類似の発想といえるが、実務感覚として、致命傷基準説の発想が部分的に現在でも活かしている可能性は否定できない。

(30) 宮城・前掲注(22)490頁は、基準②が適用される場合について、「是れ全く不摂生又は不注意に原因したるものにして其創傷の如きは原因の原因即ち遠因にして近因にあらざればなり」としており、「近因」と「遠因」とを区別可能との発想が読み取れる。

準③-II も、理論的に誤りとはいえないが、いずれを採用するかによって、創傷の致命性は不明であるが、被害者または医師の不注意が介在したことは明らかな事案の帰結が異なってくる。ただし、死の原因は一つに特定可能であるという前提のもと、創傷の致命性を決定的基準とする点では一致しており、基準③についていずれのヴァリエーションを採るかによって、このような基本的コンセプトが異なることにはならない。

こうした致命傷基準説は判例にも影響を与えている。過失犯の事例ではあるが、<sup>(31)</sup>大判明治19・11・16は、<sup>(32)</sup>被告人が、過失により、その妻の左膝蓋骨に傷を負わせたため、医師を招いて治療を受けさせ、2日間は異常がなかったけれども、その後妻は破傷風を発し、遂に死亡したという事案について、次のように判示し、過失殺の成立を認めた原判決を破棄した。

「若し被害者又は医師に懈怠不慎等の事跡なく全く該負傷の為め破傷風を発し死したるものなれば其責被告に帰せざるを得ず。之に反して医師又は被害者に不摂生不注意の証跡ありたらんには唯た被告は創傷の責に任するに止まり其死の責に任するものにあらず。何となれば刑法第三百七十七条

(31) 致命傷基準説の射程について、井上・前掲注(24)62頁は、「専ら致死の場合に就て設けたるものなれども、他の篤疾廢疾等の場合にも、亦適用すべきものなり」とする。ただし、殴打創傷以外の犯罪にも同様の基準が適用可能かどうかについては、当時の文献では言及されていない。なお、宮城・前掲注(22)556頁、井上・前掲注(24)281頁以下は、旧刑法339条の解釈において、遺棄と致死結果との因果関係を実質的に問題としている。また、河野和二郎＝岡義男編（熊野敏三＝宮城浩藏関）『代言試験問題擬判録 全（日本立法資料全集別巻874）』（信山社、2015年）142頁は、明治17年春期第6号の代言試験問題（同書41頁以下）に対する擬判の中で、旧刑法325条の解釈との関係で、「刑法上に於ては仮令悪意にてなしたる事により遂に他人を害するの原因となることありと雖も他より生ずる事件より害を受けたるに於ては総て其責を負担す可きものにあらず」として、監禁を解くことを怠り被害者が火事により死亡したが、火事の原因が第三者の放火であったという事例について、同条の適用を否定している。

(32) 司法省蔵版『明治前期大審院刑事判決録29』（文生書院、1989年）356頁以下。なお、若林秀溪編『判例摘要 刑事集 明治十九年・同二十年大審院判決（日本立法資料全集別巻376）』（信山社、2005年（原著：1889年））64頁以下でも同判決が紹介されている。

は過失に直接して死に致したる時に限り制裁する法条にして間接上より生ずる事実に関係を有するものにあらされはなり。然り而して破傷風の責被告に帰せざる場合に於ては其創傷の性質なるや否や〔引用者注：若林・前掲注(32) 66頁によれば、「其創傷の性質致命なるや否や」〕の点必要欠く可らざる一大条件と云はざるを得ず。何となれば若し致命傷たらんには破傷風の為め死したるにせよ到底其死の責は被告の免るべきものにあらされはなり」(下線筆者。以下の引用文において同じ)。原判決は、単に「傷を負はせ……該負傷の為め破傷風を發し遂に死し……」と明示しただけで、「此の必要欠く可らざるの事実を掲げざるにより刑法第三百七条若くは第三百九条を適用すべきものなるや否やを鑑別すること能はず」、破棄の理由がある。

この判決は、破傷風による被害者の死の原因が、被告人による創傷にあるのか、医師または被害者の不注意等にあるのかを特定する必要があるという原因説的な発想を前提に、その判断にあたっては、創傷の性質が致命的であるかどうかを認定する必要があるとしており、致命傷基準説の発想を見て取ることができる。致命傷基準が判例によっても採用されていたことは特筆すべき点である。また、引用文中の下線部は、過失が死の間接原因ではなく、直接原因である場合にのみ旧刑法317条の過失殺は成立しうることを示している。直接原因性を要求し、その判断基準として致命傷基準を用いるという形で、致命傷基準説を理論的に整序したものと評価することができるだろう。この直接性の要求は、後述のとおり、その後の学説においても採用されていくことになる。

## (2) 被害者の素因競合事例の処理

当時の文献では、被害者または医師の不注意の介在が疑われる事例群とは別に、すでに病気に罹っているなど特殊な素因を有する被害者を殴打するなどしたところ、それによって生じた創傷と被害者の素因が相まって被害者が死亡した事例群(以下「被害者の素因競合事例」とする。)について

も、殴打創傷致死罪の成否が問題となる場合として言及されている。この事例群の処理にあたって、致命傷基準を用いようとする場合、創傷の致命性を判断するにあたって、特殊な素因を有する被害者を基準とするのか、そのような素因を有しない一般人を基準とするのかという問題にぶつかることとなる。前者の立場を採れば、基準①が適用され、創傷が死の原因とされるのに対し、後者の立場を採れば、基準②が適用され、創傷は死の原因でないこととなるため、この点が問題の核心部分ということになる。

当時の学説を見ると、被害者の素因競合事例については、常に創傷が死の原因であることを肯定している。<sup>(33)</sup>これは、特殊な素因を有する被害者を基準にして創傷の原因性を判断する立場を当然の前提としたものといえ<sup>(34)</sup>る。このような処理を妥当とする根拠が問題となるが、これについては、宮城浩藏による次の<sup>(35)</sup>記述が、一つの手掛かりとなる。

斯る虚弱の人を殴打したるは犯人の過ちなるを以て通常人を殴打したると同一に看做さゝるへからされはなり。

(33) 堀田・前掲注(26)94頁以下、宮城・前掲注(22)490頁以下、磯部・前掲注(22)350頁以下、井上・前掲注(24)63頁以下。

(34) これは、当時のフランス刑法学における議論に影響を受けたものと推察される。たとえば、堀田正忠は、フランス破棄院の判例に言及しつつ、「若し其暴行既に病に罹りたる人の死を促したるに過ぎざるとき又は後日発したる疾病創傷に原因するときは……暴行独り死去の原因たるに非ず余病の之を助けたりと雖も而も暴行の其死を促したるものなれば犯人は其結果の責に任せざるへからされはなり」とする(堀田・前掲注(26)94頁)。なお、フォースタン・エリー著(加太邦憲訳)『佛國刑律實用 刑法之部(日本立法資料全集別巻439)』(信山社、2007年(原著:1881年))564頁(Faustin HÉLIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, tome 2, 1877, p.326)参照。

(35) 宮城・前掲注(22)491頁。なお、磯部四郎『改正増補刑法[明治13年]講義下巻第二分冊(日本立法資料全集別巻141)』(信山社、1999年(原著:1893年))859頁は、「身体孱弱者を殴打したるは加害者の不注意に因て招く所の結果に属し已に死に致したる以上は当然本条の罪を構成す」として、同様の考え方を示している。

現在の視点から見ると、「過ち」という言葉から、結果的加重犯における過失必要説が連想されるが、当時は加重結果に対して過失（予見可能性）を要求するか否かという議論はなされていなかった<sup>(36)</sup>のであり、そのように考えるのは妥当でない。むしろ、特殊な素因を有する人も、そうでない通常人も、ともに「その人」として扱うべきであるという価値判断を端的に示したものと読むべきであろう<sup>(37)</sup>。すなわち、被害者の素因を被害者の責に帰すべきではなく、被害者の素因が競合して生じた結果も殴打者の「過ち」としてその責に帰すべきということである。「被害者の素因が競合して生じた結果は行為者が負担すべき」という価値判断が当時の学説の中に見られたことは注目に値する点である<sup>(38)</sup>。

### (3) 殴打創傷と被害者の死亡との間に時間的間隔が存在する事例の処理

当時の文献は、ほかに、殴打創傷から一定の時間が経過した後に被害者

(36) そもそも、旧刑法は、殴打創傷の罪について、299条から301条にかけて、結果の大小のみに着目して法定刑を定めるという規定形式を採用しており、殴打創傷致死罪は、殴打創傷の罪のうち、創傷の結果が最も大きい場合と位置づけられるにすぎない（なお、龜山貞義『刑法〔明治13年〕講義 卷之二（日本立法資料全集別巻252）』（信山社、2002年（原著：1898年））422頁以下は、このような規定形式を「結果説」と称し、批判的に検討している）。

(37) 井上・前掲注(24) 64頁は、「老幼疾病等、総て犯罪前の事柄は、犯罪の有無軽重に関係することなし、疾病者を死に致すも、健康者を死に致すも、其死に致したるは一なればなり」とするが、これも同様の価値判断に基づくものと思われる。

(38) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）75頁以下は、「最高裁判所が、行為と介在事情の具体的な結びつきを規範的に判断していると仮定すれば、裁判所は、被害者の特殊事情（素因）については、特別の考慮をしている可能性もある」とし、そのような考慮として、個人の尊重や、素因というリスクの公平な分配を挙げているが、旧刑法下の当時、こうした近時の有力説にも通じる価値判断がすでに存在していたと評価することも可能であろう。なお、里見聡瞭「イギリスにおける因果関係論に関する一考察」法学会雑誌59巻2号（2019年）219頁以下は、イギリス法における「egg shell skull」原理（「被告人は被害者をありのままに受け入れなければならない」という原理）を紹介し、被害者の素因競合事例で常に因果関係を肯定する処理に、法原理としての説明を提供する可能性を示唆する。

が死亡した場合について、殴打創傷致死罪が成立するかという、時間的限界の問題に言及している。<sup>(39)</sup> もっとも、旧刑法は、創傷から被害者が死亡するまでの時間的制限に関する規定を設けていないことから、殴打創傷と被害者の死との時間的間隔は殴打創傷致死罪の成否に影響を与えないというのが、学説の一般的な立場であり、大審院判例も同様の判断を示している。<sup>(40)</sup>  
<sup>(41)</sup>る。

旧刑法の規定からは論点として生じないはずにもかかわらず、当時、時間的限界の問題が大々的に論じられていた背景としては、当時のフランス刑法の議論の影響が挙げられる。当時のフランス刑法309条4項〔殴傷致死〕は、創傷から死に至るまでの期限を定めていなかったのに対し、231条が、官吏に対する暴行について「其暴行の爲め其官吏四十日以内に死去したる時は其犯人を無期の徒刑に処す可し」とし、316条2項が、「若し辜丸を切りし時より四十日以内に其者の死する時は其犯人死刑に処せらる可し」として、40日という期限を定めていたことから、309条4項の場合にも同様に期間制限を適用すべきではないかが問題とされたのである。<sup>(42)</sup> フランス刑法の規定に固有の問題であったことから、以後、わが国では、時間的限界の問題についての議論は姿を消すこととなる。

---

(39) 高木・前掲注(23) 829頁以下、堀田・前掲注(26) 98頁以下、宮城・前掲注(22) 491頁、井上・前掲注(24) 64頁以下。

(40) ただし、宮城・前掲注(22) 491頁以下は、殴打後1年あるいは2年を経て死亡したような場合には、「不養生或は医師の不注意等に致したるものなきを保し難」として、殴打創傷致死罪の成立を否定し、40日という期限は、裁判官による判断の標準となるとする。

(41) 大判明治33・11・29刑録6輯10巻81頁。

(42) エリー・前掲注(34) 564頁 (HELIE, supra note 34, pp.326-327) 参照。当時のフランス刑法の邦訳については、西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(1) (日本立法資料全集29)』(信山社、1994年) 350頁以下に収録されている箕作麟祥訳から引用した。



## 2 明治20年代から明治30年代前半にかけての議論

前述のとおり、大判明治19・11・16は、直接原因性を要求する立場を示したが、直接原因性の要求は、このころの学説にも見られるようになる。他方で、直接原因であることを要求しない見解も現れ、因果関係に関する議論の対立が見られるようになってくる。こうした変化は、フランス刑法のみならず、ドイツ法や英米法などの影響を受けることによって、生じたものと思われる<sup>(43)</sup>。以下では、致命傷基準説を中心とした従来の議論が、この時代になってどのように変化してきたのかを検討する。

### (1) 直接性を要求する見解

#### (a) 致命傷基準説の消失？

当初致命傷基準説に言及していた論者も、明治20年代後半になると、致命傷基準説への言及が見られなくなる。たとえば、磯部四郎は、前述のとおり、明治22年出版の著書では致命傷基準説を採用していたが、明治26年出版の著書では、致命傷基準説そのものには言及していない<sup>(44)</sup>。ただし、致命傷基準説の結論を支持しなくなったわけではないようである。磯部の明治26年出版の著書は、被害者が重傷を負ったのではなかったにもかかわらず、自己または医師の不注意によって十分な治療を受けることができず、それにより死亡した場合について、「致死の近因不注意に

---

(43) たとえば、江木衷の体系書は、フランス法文献のほか、多数のドイツ法、英米法の文献を参照している（江木衷『訂正増補現行刑法〔明治13年〕汎論 全（日本立法資料全集別巻476）』（信山社、2007年（原著：1891年）の「第三板例言」（1頁）、「参照書目」（491頁以下）参照）。なお、青木人志「明治期法学協会にみるドイツ刑法学を受容」福田平＝大塚仁古稀『刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣、1993年）321頁以下は、日本の刑法学がすでに明治20年代にはドイツ刑法学の影響を受けていたことを明らかにしている。

(44) 磯部・前掲注(35) 857頁以下で殴打創傷致死罪の解説が行われているが、致命傷基準への言及はない。

在りて殴打に在ら」ずとして、殴打創傷致死罪の成立を否定している<sup>(45)</sup>。ここでは、殴打が死の「近因」であることが必要であるという原因説的な発想が明示されるようになった<sup>(46)</sup>一方で、致命傷基準②に対応する結論が示されており、判断方法自体に変化はないと見ることができるだろう。

#### (b) 龜山貞義の見解

致命傷基準を実質的に用いながら、「直接かつ確実な原因」という基準を採用したのが、龜山貞義である。龜山は、殺人罪の成立要素として、殺人の所為が「直接にして且つ確実なる死亡の原因たること」<sup>(47)</sup>を挙げている。そして、被害者が十分に「治療の方法を施さ」なかったために死亡した場合について、被害者が治療の方法を施さなかった点が死亡の「直接の原因」であって、創傷を与えた所為は「其間接の原因即ち遠因」にすぎないといえるかという問題を提起する。これについては、被害者が治療の方法を施すか否かはその自由であってそれを尽くす義務はないとして、「一旦致命傷を与へたる上は被害者の医療の不充足に籍口し以て加害者の責任を減ずることを得ず」<sup>(49)</sup>とする。ただし、「創傷の軽微なるに被害者好んで不養生を為し以て自ら其死を招きたるときは其死は即ち不養生に原因し創傷は唯其遠原たるに」<sup>(50)</sup>すぎないとする。帰結としては、創傷の致命性を判断の基準としていることから、実質的には致命傷基準説を継承したものにすぎないといえる。もっとも、創傷の致命性が、創傷の直接原因性を肯定

(45) 磯部・前掲注 (35) 859頁。

(46) また、磯部・前掲注 (35) 964頁は、旧刑法339条について、「遺棄の所為あるも其廃篤疾に致し又は死に致したる原因か他に存するときは本条の罪と為らず」とし、その例として、「被遺棄者か自ら寥間無人の地に赴きて餓死し又は自殺を為したる場合」を挙げており、同様の発想を見て取ることができる。

(47) 龜山は、謀殺、故殺のみならず、殴打致死や過失殺も含めて、殺人罪としてまとめたうえで、その一般の性質について論じている (龜山・前掲注 (36) 406頁)。

(48) 龜山・前掲注 (36) 409頁。

(49) 龜山・前掲注 (36) 409頁。

(50) 同上。

(51) 同上。

する根拠として、「被害者が治療の方法を施すか否かは自由である」という価値判断を示した点は、特徴的である。このような被害者の意思決定の自由の理論的位置づけはともかく、創傷の性質のみならず、介在事情の性質にも着目しようとする姿勢を読み取ることができる。

龜山は、直接原因性を要求することで、致命傷基準説を継承する一方で、所為が「確實なる死亡の原因」であることという要件も要求している。確實性が否定される例としては、「淫祠に惑弱し邪教を迷信する愚夫愚婦に対して呪詛の術を行ひ」、死亡させた場合や、「臆病弱胆の婦女子等に対し不実の事を構造し其親若くは夫の変死等を告げて之を驚愕せしめ」、死亡させた場合が挙げられている。<sup>(52)</sup> これらの場合に殺人罪の成立を否定する根拠については、「是れ実に偶然の結果たるに過ぎされは敢て之を以て殺人罪の責任ありと謂ふを得ざるなり」と述べている。<sup>(53)</sup> 結果発生の可能性が低い行為については、仮に結果が発生したとしてもそれは偶然の結果であって、当該行為を結果の原因としないという趣旨を読み取ることができる。すでに、広義の相当性ないし実行行為性の要求と共通する考え方を見出すことができる。確實性の要求は、それ以前の学説には見られない新たな問題意識であったといえる。

### (c) 江木衷の見解

「直接かつ確定なる原因」という龜山とほぼ同様の基準を採用したのが、江木衷である。江木は、「犯罪たる所為」に関する章において、いかなる範囲で所為の結果に対して行為者は責任を負うかという議論を展開している。<sup>(54)</sup> まず、「所為の結果は永遠無極にして際限なし」という認識を前提に、<sup>(55)</sup>

(52) 龜山・前掲注 (36) 410頁。

(53) 同上。

(54) 江木衷『現行刑法〔明治13年〕原論（日本立法資料全集別巻475）』（信山社、2007年（原著：1894年））巻之二58頁以下。なお、淵脇千寿保「因果関係理論の刑法体系における機能について——その導入を素材として——」志學館法学18号（2017年）8頁以下参照。

(55) 江木・前掲注 (54) 巻之二58頁。

所為の結果のうち行為者が責任を負うべき範囲を限定する必要性を説く。<sup>(56)</sup>  
 そのうえで、行為者の責任に帰するのは、「所為に直接なる自然の結果」  
 および「<sup>(57)</sup> 予め想像し得べき直接の結果」であるとする。これらの例として、  
 「人を両断して其の死を来す」場合には、所為に直接なる自然の結果  
 として行為者が責任を負い、「観客の充満せる劇場に放火し多数人の死を  
 来す」場合には、<sup>(58)</sup> 予め想像し得べき直接の結果として行為者が責任を負う  
 とされている。

さらに、江木は、殺人罪の解説において、殺人罪一般の成立要素とし  
 て、殺人罪たる所為が生命喪失の原因であることを挙げ、<sup>(59)</sup> ここでいう原因  
 の意義について詳細に検討している。ここで、所為が生命喪失の原因とい  
 えるためには、それが「直接にして且確定したるもの」でなければならない  
 とする。<sup>(60)</sup> そうでなければ、<sup>(61)</sup> ㉑「呪詛其の他の怪力を以て人を呪詛せし  
 め」た場合や、<sup>(62)</sup> ㉒「病人の落胆すへき言を吐て死に至らしめ」た場合、<sup>(61)</sup> ㉓  
 貧者が窮迫により自殺するのを傍観する者がこれに金銭を与えなかったと  
 ころ貧者が死亡した場合にも、これらの所為が生命喪失の原因となるばかり  
 でなく、生は死の原因である以上、<sup>(61)</sup> ㉔人の父母はおよそ生命喪失の原因  
 を与えたことになってしまおうと述べている。現在では、<sup>(61)</sup> ㉑㉒は、不能犯な  
 いし<sup>(62)</sup> 実行行為性の問題、<sup>(62)</sup> ㉓は、不作為犯における作為義務の問題といえる

(56) 江木・前掲注 (54) 卷之二58頁は、責任を負う結果の範囲を限定すべき場合の  
 例として、次のような事例を挙げる。ピストルを発射したところ、甲に命中し、甲  
 は死亡した。甲の遺族は生計に苦しみ、長子乙は医学修行を中止し、勉学不十分な  
 ままに丙という患者を診察し、過って丙を死亡させた。ピストルを発射した者は、  
 丙の死について責任を負わない。同様の事例は、アメリカ出身で東京帝国大学の英  
 米法教授を務めたテリーの文献で紹介されている (See HENRY T. TERRY, THE  
 FIRST PRINCIPLES OF LAW (3d ed. 1894) 227.)。

(57) 江木・前掲注 (54) 卷之二59頁。

(58) 同上。

(59) 江木・前掲注 (54) 卷之三179頁。

(60) 江木・前掲注 (54) 卷之三181頁。

(61) 同上。

(62) そもそも、㉑の事例は、呪詛その他の怪力と死との事実的つながりを立証

が、㉑のような極端な例における因果の無限遡及の問題を踏まえて、㉑～㉓の事例においても因果の観点から適切な処罰範囲を画定しようという狙いがうかがえる。

さらに、「死亡の結果と其の直接且つ確定なる原因〔ママ〕との関係を称して因果の連絡と云ふ<sup>(63)</sup>」としており、因果関係の概念が登場している。そして、このような見解の帰結として、次の3点が挙げられている。

第1に、「結果の発生すべき方向に対して一たひ外形上の原因〔ママ〕を与へたるときは之より生ずる遠大の結果に就ても亦因果の連結を断絶せしむるに足らず<sup>(64)</sup>」とする。その例としては、毒物を食卓に置き、これを被害者に飲食させ死亡させた場合や、水泳の得意な者が人を欺いて河中に誘った後、その人を水上に放任して死亡させた場合、産婆が赤子の臍帯を切断した後に治療を施さずに放任し赤子を出血死させた場合が挙げられている。被害者の行為や自己の不作为が介在した場合であっても、当初の行為が最終結果に対して物理的に作用した場合であれば、「直接かつ確定なる原因」となりうることを示す趣旨と思われる。

第2に、「因果の連結は迅速にして且つ練熟の技術を施したらんには生命を全ふし得へかりし場合に之を實行せさりしを以て断絶することなかるへし。之に反し積極的に或る有害なる治術を施し其の治療を施さ、れは生命を全ふし得へかりし場合に於て有害の治術を施したるときは全く原因結果の関係を絶つに足るへし<sup>(65)</sup>」とする。これは、医師の不適切な治療が介在した場合を念頭に置いたものである。最善の治療が行われなかったというだけでは因果関係は否定されないとしたうえで、医師が、㉑積極的に有害な治療を施したこと、㉒その治療がなければ被害者が生命を全うしえ

---

すること自体が困難な事例である。

(63) 江木・前掲注(54) 卷之三181頁。この時代には、用語法の面でも、「因果関係」概念が用いられていたことが確認できる。

(64) 江木・前掲注(54) 卷之三181頁以下。

(65) 江木・前掲注(54) 卷之三182頁以下。

たことが、因果関係を否定するための要件とされている<sup>(66)</sup>。⑥介入事情の結果に対する物理的寄与度のほか、④介入事情の性質にも着目した基準が立てられており、致命傷基準説と比べて、因果関係が否定される範囲は狭くなっている。

第 3 に、「被害者の身体上構造の不完全の為め若くは他に死亡を来すことに加功する情況の存在する為め死亡の結果を来すも仍ほ因果の連結を絶つものにあらず<sup>(67)</sup>」とする。被害者の特殊な素因が結果に影響を及ぼしたとしても因果関係は否定されないという点については、従来の学説の立場と同様である。ただし、行為時に存在するその他の特殊事情が結果に影響を及ぼした場合についても被害者の素因競合事例と同様に考えるべきことを述べた点は、従来の議論と比べて新しい点であったといえる。

江木の見解の出発点は、「所為の結果は永遠無極」という理解であり、因果の無限遡及によって責任の範囲が無限定に拡張されることを防止するという目的から、「直接かつ確定なる原因」であることが要求されている。このような問題意識は、現在では共通の前提といえるものであるが、江木以前の学説では明示的に指摘されてはいなかった<sup>(68)</sup>。因果は無限に連なるという理解を前提に、帰責範囲をどのように限定していくかについて、「因果の連絡」の問題として論じた点が、江木の見解の特色であったといえる。このことは、江木が掲げる第 2 の帰結からもうかがえる。そこでは、

---

(66) 江木が掲げる第 2 の帰結は、江木が挙げる参考文献のうち、JAMES FITZJAMES STEPHEN, A DIGEST OF THE CRIMINAL LAW (4th ed. 1887) 160-161 に由来するものと思われる。スティーヴンは、その中で、A が B に傷害を負わせたところ、外科医が手術の必要性について誤った判断をしたために B が死亡した場合には、A が B を殺害したといえるが、外科医 C が悪意または不注意により傷に毒を塗り B が死亡した場合には、C が B を殺害したのであり、A が殺害したのではないという具体例を挙げており、介入行為者である医師の主観面に着目している。

(67) 江木・前掲注 (54) 卷之三183頁以下。

(68) 周知のとおり、因果の無限遡及という発想はドイツの因果関係論に見られるものであるほか、注 (56) のテリーの具体例からも分かるように、英米法においても同様の問題意識は共有されていた。

医師の不注意等が介在した事例について、物理的寄与の程度や、介在事情の性質に着目しつつ、どのような場合に因果の連絡が「断絶」されるかという観点から論じていた。これは、因果の連絡が存在することを前提に、帰責範囲の限定という観点から、一定の場合に、その連絡が「断絶」することを認めようとするものである。行為者の殴打による創傷とその後の医師の不注意のいずれか一つに原因を特定するという従来の致命傷基準説とは、議論の立て方が異なるといえるだろう。<sup>(69)</sup>江木のこうした見解は、等価説を前提とする、その後のわが国の因果関係論へとつながっていく。

## (2) 直接性を要求しない見解

他方で、この時代には、直接原因性であることを要求しない見解も登場する。後に因果関係論を展開する岡田朝太郎や勝本勘三郎は、各論の体系書において、そのような立場を示していた。すなわち、殺人罪一般の成立要素として、致死の原因を与える行為が必要であるとしつつ、それは、直接のものでも、間接のものでもよく、積極のものでも、消極のものでもよいとしたのである。<sup>(70)</sup>行為が結果の直接の原因であることはここでは要件と

---

(69) 江木は、甲、乙、丙がそれぞれ被害者に傷害を加え、それら3つの傷害が加わって初めて被害者が死亡したという場合について、甲、乙、丙の所為がそれぞれ致命傷に足る場合には、いずれも殺人罪の既遂となるとして、共同原因を認めており、結果の原因を一つに特定しようとする従来の発想とは一線を画すといえる（江木・前掲注(54)巻之三180頁参照）。

(70) 岡田朝太郎『日本刑法論（各論之部）〔訂正増補再版〕（復刻叢書法律学篇25）』（信山社、1995年（原著：1896年））661頁、勝本勘三郎『刑法析義（各論之部）下巻』（講法会＝有斐閣書房、1900年）6頁以下。「積極」、「消極」とは、それぞれ作為犯、不作為犯を指す。なお、致命傷基準説を採用していた宮城は、1893年の著書では、「致死は直接に創傷に原因するを要せず、間接即ち創傷が致死の助力を為したるときにても亦本罪たるを妨げず」とするに至っている。もっとも、「創傷を加へられたる後被害者の不摂生の為め又は医師の不注意の為め疾病を醸成し、因て以て死を致したるが如き場合は本罪を成すの限に在らず」として、従来の結論は維持されている（宮城浩藏『刑法正義（明治大学創立百周年記念学術叢書第四巻）』（明治大学、1984年（原著：1893年））644頁）。

されていないのである。

また、岡田は、殴打創傷致死罪における「因テ」の解釈との関係で、次の4つの帰結を述べている。第1に、「絶対的に人の死を招く可き性質の疾病創傷たりしと偶ま被害者の虚弱なる等に基く關係的の致命症たりしとを問はず<sup>(71)</sup>」とする。第2に、「疾病創傷に次て直ちに殞れたると之に次て更に当然の結果たる別の疾病創傷を惹起し之か為に殞れたるとを分たす<sup>(72)</sup>」とする。第3に、「唯一の原因たりしと原因中の一たるに過ぎさりしとを論せず<sup>(73)</sup>」とする。第4に、「殴打の後即時に死亡したると時を隔て、死亡したるとに拘らず等しく犯人は殴打致死の責に任す可きなり<sup>(74)</sup>」とする。

第1、第2の帰結は、被害者の素因競合事例および当然に予定される後の疾病創傷による死亡の事例に関するものであるが、前述のとおり、従来の学説においても同様の帰結が導かれていたのであり、それほど目新しいものではない。また、第4の帰結も、創傷と死との間に時間的間隔がある場合に関する従来の学説と同様の帰結を述べたにすぎない。直接性を不要とする岡田の見解から重要なのは、第3の帰結である。致命傷基準説には、創傷と、その後の医師または被害者の不注意等のいずれか一つを原因として特定しようとする発想が見られたが、岡田の見解は、これを否定するものである。すべての条件が等しく原因となるという等価説の立場を見出すことができ、致命傷基準説とは異なる前提がとられたのである。

もっとも、等価説の前提からは、帰責範囲が無限定に広がることになる。江木は、「直接かつ確定なる原因」を要求することで帰責範囲の限定を図ったのであるが、岡田は、それを不要とする代わりに、予見可能性を要求した。すなわち、「死に致したる原因か到底被告の予見せず若くは予見し得可らさりし事実に係る時は之を以て殴打致死の条に擬する克はず」

(71) 岡田・前掲注(70)724頁以下。

(72) 岡田・前掲注(70)725頁。

(73) 同上。

(74) 同上。



とし、その根拠として、殴打創傷致死罪が「殴傷罪と過失致死罪との化合に成る」ものであり、「殴傷の故意ある外に死亡する事あるの危険を予見し若くは予見し得可くして（之を希望する事なく）生せしめたる過失の責に任するもの」<sup>(75)</sup>であることを挙げる。因果関係については、等価説の立場に立ち、帰責範囲の限定は主観面の問題として処理すれば足りるという姿勢<sup>(76)</sup>を見て取ることができる。

### 3 小括

旧刑法制定直後から明治34年以前の議論を概観してきたが、当時の問題意識と、因果関係の判断方法という観点から整理し直すと次のようになる。

まず、主に議論の対象とされた事例群は、①医師や被害者の不注意等が介在した（疑いがある）事例、②被害者の素因競合事例、③創傷と死との間に時間的間隔がある事例であり、殴打創傷致死罪や殺人罪の成否が主に問題とされた。①については、当初、致命傷基準という創傷の性質を中心とした判断方法がとられ、直接性を要求する見解に至っても、創傷の性質はなお重要な要素とされた。判例も創傷の致命性を基準として採用した。これに対し、直接性を要求しない見解も登場し、創傷の性質の考慮は後退することになる。②については、当時の学説は一貫して、因果関係を肯定している。当該事例では行為者への結果帰責を肯定すべきという価値判断が存在していたようである。③については、殴打創傷致死罪や殺人罪の成

(75) 岡田・前掲注(70)726頁。その例として、単純な殴打の後に被害者が逃走し誤って河に落ちて死亡した場合や、負傷後に被害者が自ら醸した第二の疾病創傷のために死亡した場合には殴打創傷致死罪が成立しないとする。なお、岡田朝太郎『日本刑法論（総則之部）〔改訂増補三版〕（復刻叢書法律学篇24）』（信山社、1995年（原著：1895年））232頁以下も参照。

(76) なお、岡田は、強盗致死傷罪の成立要素に関する文脈で「因果の関係」という用語を使用している。「其暴行並に死傷の間に因果の関係ありし点」、「財物奪取の手段として加へたる殴打に因果の関係ある死亡、疾病、創傷」といった使い方である（岡田・前掲注(70)979頁以下、982頁）。

否に影響を与えないとの判断が、判例・学説上確立していた。また、④呪詛のように結果発生の可能性が著しく低い行為の後に被害者が死亡した事例が、現実性を要求する見解から問題の俎上に乗せられた。

以上のような議論状況を踏まえたうえで、次章(Ⅲ)では、因果関係論導入直後の議論に検討を加える。

### Ⅲ 旧刑法下の因果関係論②——因果関係理論の導入

#### 1 リストの因果関係論

前述のとおり、わが国に因果関係論を導入したのは岡田朝太郎とされており、岡田が総論の問題として因果関係論を論じて以降、議論が急速に深まっていったのは確かである。<sup>(77)</sup> その意味で、わが国の因果関係論の発展過程において、岡田は重要な役割を果たしたといえるが、岡田の因果関係論のベースとなったのは、リストの因果関係論であった。<sup>(78)</sup> また、後述のとおり、旧刑法から現行刑法への移行期における他の論者の因果関係論を見ても、リストの見解にほぼ全面的に依拠していたり、あるいはそれを下地にするものがほとんどであった。そこで、まずはリストの因果関係論を概観したうえで、明治34年以降の旧刑法下におけるわが国の因果関係論に検討

---

(77) 後述のとおり、旧刑法下においても、明治34年以降になると、因果関係に言及する刑法総論の体系書が急速に増えていく。また、大判明治35・5・1刑録8輯5巻22頁では、詐欺取財事件において、「欺罔と財物の騙取との間には因果の関係ある以上は詐欺取財罪は完全に成立すべく欺罔せられたる者か財物の騙取を防止するに必要な注意を怠りたるや否やは毫も犯罪の成立に影響を及ぼさず」と判示しており、死傷結果を要件とする犯罪以外でも因果関係が要件として意識されるようになる。

(78) 両者の著書を比較すれば、このことは明らかである。なお、岡田はドイツ留学中、リストに師事しており、また、リストの著書の邦訳にも校閲者として関与している(フォン・リスト著(吾孫子勝=乾政彦訳、岡田朝太郎閲)『独逸刑法論』(早稲田大学出版部、1903年)。1908年には訂正再版が出版されている)。

を加える。

リストは、「行為 [Handlung]」の問題として、因果関係論を展開している。行為について、「任意の、外界における変更の惹起または不阻止<sup>(79)</sup>」と定義づけ、結果を行為概念の中に組み込み、作為と不作為とを区別する点が特徴である。

作為については、任意の、結果惹起であり、身体運動と結果との間に因果連関が必要であるとする。この因果連関は、結果が身体運動なしには生じなかったであろうといえる場合に認められ、したがって、結果の条件すべてが等価値であり、共同原因も法的意味で原因であるとする。この、いわゆる等価説の立場から、次の2つの帰結が示されている。第1に、行為時点における特定の諸事情、または行為後に加わった特定の諸事情がなければ、結果は生じなかったであろう場合であっても、結果は身体運動に帰せられるとする。第2に、他者の行為の共同作用、特に、第三者の過失ま

(79) *Franz von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 11. Aufl., 1902, S. 102.  
旧刑法下で参照可能であったという観点から同版を検討対象として選択した。

(80) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 105f.

(81) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 106.

(82) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 107. その具体例として、負傷者の身体的虚弱がなければ死は生じなかったであろう場合や、それ自体致死的不是な傷害に Spitalbrand が付け加わって死亡した場合でも、負傷させたことは死の原因であるとする。リスト・前掲注 (79) 223頁は、Spitalbrand を「病院の火災」と訳出している。これに対し、瀧川幸辰「因果関係」団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第五巻』(世界思想社、1981年) 600頁〔初出：1939年〕は、「ハイゼの外来語辞書でスピタルブランドとゆう言葉をひくと、“込合うた、不潔な、空気の汚れた、低く位置している、湿気の多い病院で、傷や腫物に伝染するとか、または自身で発生する脱疽”とでてくる」として、リスト自身は、病院火災事例のような稀有な現象ではなく、より自然的な設例を想定していた可能性を指摘する(なお、「ハイゼ」とは、ドイツの文法学者・辞書編纂者である Johann Christian Heyse を指すと思われる。試しに、*Johann Christian Heyse*, Allgemeines verdeutschendes und erklärendes Fremdwörterbuch, 15. einzig rechtmässige original-Ausg., 1873 で Spital を引くと「Hospital を短縮したもの」とあり (S. 879)、Hospitalbrand を引くと „der in überfüllten, unreinlichen, schlecht gelüfteten, tiefgelegenen, feuchten Hospitälern an Wunden und Geschwüren durch Ansteckung od. von selbst

たは被害者自身の不注意な態度がなければ結果は生じなかったであろう場合であっても、結果は身体運動に帰せられるとする<sup>(83)</sup>。

ただし、この法則には、2つの例外が想定されるとする。1つが、因果連関の中断であり、リスト自身は、教唆・幫助規定の存在を根拠にこれを肯定する。教唆・幫助は、結果の惹起ではなく、他者の犯罪行為への関与であるという解釈を前提に、教唆・幫助規定は、故意の作為に対する故意の教唆または故意の幫助の場合に、行為者の犯罪行為によって因果連関が中断することを認めるものであるとする<sup>(84)</sup>。そして、この法則は一般化可能であり、自由であり、かつ故意のある、責任能力者の行為は、法的に常に、新たな、独立の因果系列の発生を意味し、それゆえ因果連関を中断するのだとする<sup>(85)</sup>。

もう1つの例外が、結果がまったく例外的であり、かつ行為者にとっても予測不可能な諸事情の連結により惹起された場合には、因果連関を否定すべきとする「相当惹起 [adäquate Verursachung]」の理論であるが、リスト自身は相当惹起説に対して否定的である<sup>(86)</sup>。そのような場合については、責任の問題として解決されるべきであり、固く維持されるべき原因概念を放棄してはならないというのがその理由である<sup>(87)</sup>。

他方、不作為については、任意の、結果の不阻止であるとする。そして、行為者にとって可能であるにもかかわらず、なされなかった作為を通

entstehende kalte Brand“ とある (S. 426)。瀧川は、この部分を訳出したのであろう)。

(83) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 107. ただし、結果が、新たな、独立の因果列により惹起された場合、たとえば、A が家に火を放ったところ、その後すぐに稲妻によってその家が火事になった場合には、A が火事を惹起したという関係を否定する。

(84) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 107f.

(85) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 108.

(86) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 108f.

(87) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 109, 111.

じて、生じた結果は阻止されえただであろうことが要件とされている<sup>(88)</sup>。もつとも、これは因果関係類似の要素であって、因果関係それ自体ではないと<sup>(89)</sup>されている。

リストの因果関係論は、等価説を前提に、教唆・幫助規定を根拠とする中断論を採用するものである。予測不可能な事情の介入による結果発生の場合については、「相当惹起」を要求することによる解決を否定し、責任の問題として解決すべきとしている。また、不作為と結果との間の因果関係を否定しており、因果関係を物理的作用の問題として捉えている。リストは因果関係を事實的・存在論的な関係として捉えていたのであって、帰責範囲の限定は因果関係論の役割ではないとされていたことが確認できる。

## 2 岡田朝太郎と小疇傳の因果関係論

### (1) 岡田朝太郎の因果関係論

岡田の因果関係論も、リストの因果関係論とベースは同じである。「行為<sup>(90)</sup>」の問題として因果関係を論じ、作為の場合については、「働作」と結果との間に因果関係が必要であるとしたうえで、等価説を採用する<sup>(91)</sup>。他方、不作為については、因果関係それ自体の存在を否定しつつ、それと類似の関係があれば処罰可能であるとする<sup>(92)</sup>。リストに倣い、因果関係は、事實的・存在論的な関係として捉えられていたのである。

もつとも、因果連絡の中断に関する立場はリストとは異なっていた。当初、岡田は、「(1)自己の行為に係る場合」、「(2)他人の行為に係る場合」、

(88) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 111.

(89) *Liszt*, a.a.O. (Anm. 79), S. 111f.

(90) なお、厳密には、岡田は、行為概念について、「働作＝挙動＝身体の動静」、「挙動＋意思＝行為」、「行為＋結果＝所為」と整理している（岡田朝太郎『刑法講義 全』（講法会、1903年）45頁）。

(91) 岡田・前掲注 (90) 54頁以下。

(92) 岡田・前掲注 (90) 75頁。

「(3)自然力に出つる場合」には、作為と結果との間の因果連絡が中断するとしていた。<sup>(93)</sup>(1)の場合としては、中止犯の事例が念頭に置かれており、厳密には、結果不発生<sup>(94)</sup>の事例である。また、(3)の例としては、人を負傷させた後にその被害者がさらに落雷のために死亡した場合が挙げられている<sup>(95)</sup>が、後の文献では姿を消している。

岡田の中断論の中で重要なのは、(2)の場合である。この場合について、責任能力ある者が故意または過失により一定の身体の挙動をなした場合に因果連絡の中断を認めており、<sup>(96)</sup>過失行為の介在によっても中断を認める点が特徴的である。因果連絡が中断する根拠については、「刑法上の因果則は事実上の因果関係と刑法上の責任問題とが合一<sup>(97)</sup>されて居る」からであると述べ、「刑法上の因果連絡は故意又は過失で事実上の因果関係を利用(寧ろ濫用!)した其者だけに就て云ふのであるから責任者が異れば因果の連絡は中断されねばならん<sup>(98)</sup>」とする。教唆・幫助規定を因果関係の中断の

(93) 岡田・前掲注(90)63頁以下。

(94) 岡田・前掲注(90)63頁。岡田は、因果連絡の中断という概念に、①「連絡が中断されて結果の発生しなかつた場合」(結果不発生)と、②「予期したると同じ形の結果は発生したるも先の原因に連絡せざる場合」(因果関係の不存在)が含まれると整理している(岡田朝太郎『刑法問答録』(早稲田大学出版部、1905年)50頁)。なお、谷野格『刑法総論』(法政大学、1904年)121頁は、「因果関係の中断」という語は学者によって、④因果関係の不存在、⑤理論上因果関係が存在するにもかかわらず刑法上これを認めないことの2つの意義で用いられているが、⑥の意味でのみ用いるべきと主張している。判例においても、しばしば「因果関係の中断」という文言が用いられるが、当時因果関係の不存在を「因果関係の中断」と表現する用語法があったことも踏まえると、「因果関係の中断」という言葉を用いているからといって、いわゆる中断論に言及したと判断するのは早計であろう。

(95) 岡田・前掲注(90)65頁。なお、注(83)で述べたとおり、リストは、放火直後に落雷によって家が火事になった場合には、因果関係が否定されるとしており、岡田は、この事例をヒントにした可能性がある。そうすると、本文中の例で、自然力により因果連絡が中断するというのは、条件関係が否定されるということと言いたかったのかもしれない。

(96) 岡田・前掲注(90)64頁。

(97) 岡田・前掲注(94)52頁。

(98) 岡田・前掲注(94)53頁。

根拠として採用するのではなく、新たな責任主体の出現を根拠としており、それゆえに故意と過失で区別をしていないのである。しかし、事実上の因果関係と刑法上の責任問題とを合一するというのは、岡田が前提とする事実的・存在論的な因果概念と矛盾するように思われる。もっとも、岡田自身もそのことには自覚的であったようで、後に、因果連絡の中断を否定し、代わりに、他人の（故意の場合のみならず過失の場合を含む）有責行為が介入する場合には、責任が更新されるため、第1行為者は結果に対して責任を負わないという責任更新説を採用するに至っている<sup>(99)</sup>。事実的・存在論的な因果概念を維持しつつ、責任更新という概念を用いることで帰責範囲の限定が図られたのである<sup>(100)</sup>。

## (2) 小疇傳の因果関係論

岡田と同時期に因果関係論を展開したのが、後に大審院判事となる、小疇傳である。小疇の因果関係論の特徴は、リストの見解をベースにしつつ、後に有力化する相当因果関係説への道を開いた点にある。

(99) 岡田朝太郎「因果連絡中断か責任更新か」法学志林7巻1号（1905年）23頁以下、岡田朝太郎「責任更新」法学協会雑誌23巻3号（1905年）303頁以下。この責任更新説をめぐっては、小疇傳や勝本勘三郎との間で激しい誌上論争が繰り広げられた（小疇傳「責任更新か因果関係の中断か」新聞266号（1905年）3頁以下、268号（1905年）1頁以下、勝本勘三郎「岡田博士の『因果連絡中断か責任の更新か』を読む」勝本正晃編『刑法の理論及び政策』（有斐閣書房、1925年）122頁以下〔初出：1905年〕、小疇傳「勝本博士論文『岡田博士の因果連絡中断か責任の更新かを読む』を読んで」新聞333号（1906年）2頁以下、334号（1906年）1頁以下参照）。このことから、当時、責任更新説という岡田独自の見解がきっかけとなって、因果関係論が活発に議論されていったことがうかがえる。

(100) もっとも、過失行為の介入によっても責任が更新されるとする責任更新説によれば、いわゆる過失競合の事例や、過失を利用した間接正犯の事例などを含め、あまりに多くの事例で、第一行為者の責任をおよそ問うことができなくなり、結論としての妥当性を欠くと思われる。小疇・前掲注(99)〔「責任更新か因果関係の中断か」新聞266号〕4頁、小疇・前掲注(99)〔「勝本博士論文『岡田博士の因果連絡中断か責任の更新かを読む』を読んで」新聞334号〕2頁参照。

まず、小疇は、「行為」の問題として因果関係を論じ、<sup>(101)</sup> 作為については、身体動作と結果との間に因果関係が必要であるとしたうえで、等価説を採用し、<sup>(102)</sup> 不作為については、不作為と結果との間に因果関係そのものは存在しないが、因果関係に類似の関係を認めることは可能であるとする。<sup>(103)</sup> また、等価説の例外の一つとして、教唆・幫助規定を根拠に、責任能力者の自由にして、かつ故意ある行為は因果関係を中断するという中断論を採用する。<sup>(104)</sup> ここまでは、リストの見解に倣ったものである。

次に、小疇は、結果的加重犯の場合に限って、等価説の2つ目の例外を認める。すなわち、結果的加重犯については、「其重き結果と身体の動作との間の因果関係の発生か原犯の実質に適合する場合に限り刑法上両者間に因果関係ありと云ふことを得へし」、換言すれば、「意思の実行か吾人の経験に依り普通に此の結果を生ずるに適合するものと認め得らるべき場合に限り原因と云ふことを得へし」と述べ、これを「普通原因説」〔Theorie der adäquaten Verursachung〕<sup>(106)</sup> と称している。これは、わが国で初めて相

(101) 小疇傳『日本刑法論 総則之部〔訂正増補二版〕』（日本大学、1906年）107頁。

(102) 小疇・前掲注（101）108頁以下。

(103) 小疇・前掲注（101）127頁。ただし、「作為か結果に対して因果関係を有するか如く不作為も亦防止せざりし結果に対して因果関係を有すと云ひ得るや否やは結局因果関係と云ふ名称の適用問題に属す」とも述べている（同書139頁）。

(104) 小疇・前掲注（101）115頁以下。

(105) 小疇は、「重き結果を発生したる為め刑を加重する所の罪」と表現している（小疇・前掲注（101）123頁）。たとえば、旧刑法における殴打創傷致死罪を結果的加重犯として捉えていたようである（小疇・前掲注（101）104、123頁参照）。

(106) 小疇・前掲注（101）123頁。宮澤浩一「小疇傳の刑法学」吉川経夫ほか編『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社、1994年）226頁によれば、小疇の著作の多くはリストの教科書に全面的に依拠しているとされるが、この部分だけはなぜかリストとは異なる立場に立っている。この点について、小疇は当初、結果的加重犯に限らず、すべての結果犯において、偶然的原因の介入により因果関係は中断するとの見解を採用し、これはリストと同説であるとしていた（小疇傳『日本刑法論総則』（日本大学、1904年）82頁以下、小疇・前掲注（99）〔「責任更新か因果関係の中断か」新聞268号〕3頁）。しかし、その後、リストがこのような見解を採るかのように記載したのは誤りであったと認めたいうえで、フランクと同説として、本文で述



当因果関係説を採用したものと評価されている<sup>(107)</sup>。

ただし、この例外の根拠については、この種の犯罪は、結果発生について故意または過失があることを必要としないことから、等価説を貫徹すると不当な結論が生じるためと述べるにとどまり、理論的根拠は示されていない<sup>(108)</sup>。リストや岡田のように、加重結果に対する過失を要求することで責任の問題として解決すべきとの立場を拒絶しつつ、結論の妥当性という観点から一種の妥協として、限定的に相当因果関係説が採用されたにすぎないのである。

また、実際の適用例を見ると、基本犯から典型的に予定される因果経過は何かという観点が重視されている。たとえば、殴打創傷致死罪については、「殴打創傷に依り惹起せられたる病理学上の経過か被害者の死を惹起したる場合に限り殴打致死……を以て論すへ」きであるとして、負傷者が治療を求めるため医師の家に騎行する途中に落馬のため水中に落ち溺死した場合や、負傷者が入院中流行チフス病に罹り死亡した場合には、殴打致死罪は成立しないが、被害者が負傷のためその身体の器官の一つを衰弱させたのに乗じてその局部に黴菌病を惹起し、そのために死亡した場合には、殴打致死罪が成立するとしている<sup>(109)</sup>。また、旧刑法169条については、「汽車の転覆又は船舶の覆没の為め被難者か死亡する場合（船舶覆没の為め被難者か餓死する場合をも包含す）に限り同条を適用すべく」、被難者の家族が被難の報告に接し悲哀のために死亡しても同条は適用されないとす<sup>(110)</sup>る。小疇の相当因果関係説は、犯罪類型ごとに相当因果関係の範囲を明ら

---

べたような見解を採るに至ったという経緯がある（小疇・前掲注（99）〔「勝本博士論文『岡田博士の因果連絡中断か責任の更新かを読む』を読む』新聞333号〕2頁）。わが国で最初の相当因果関係説は、リストの見解にあえて異を唱えたものではなく、リストの見解を誤解したことに端を発するものであったことがうかがえる。

(107) 山中・前掲注（17）20頁。

(108) 小疇・前掲注（101）123頁以下。

(109) 小疇・前掲注（101）124頁。

(110) 小疇・前掲注（101）124頁以下。

かにしようとするものであったといえよう。

### (3) 小括

このように、リストの因果関係論をベースにしつつ、岡田や小疇によって若干の修正が加えられながら、因果関係論はわが国に紹介されてきた。明治34年から現行刑法制定前までの体系書等を見ると、因果関係論に言及するものが散見されるが、基本的にはリストの因果関係論に依拠するものであった<sup>(111)</sup>。事實的・存在論的な因果概念を前提とした因果関係論が広がっていき、因果関係は事實的・存在論的なものであるという共通認識がある程度広い範囲の学者の中で共有されていたことがうかがえる。そのうえで、帰責範囲の限定は、中断論や責任論によって図られた。小疇の見解からは相当因果関係説の萌芽がうかがえるものの、それはあくまで等価説の例外としての位置づけであった。不作為の因果関係を否定することからしても、小疇の因果概念もやはり事實的・存在論的なものであったといえる。

もっとも、前述のように、それ以前は、刑法上結果の原因を限定的に捉えることによって、結果犯の成立範囲を限定しようとしていたのであり、因果関係を事實的・存在論的なものと捉え、広範に因果関係を認めるという考え方は、発想の大きな転換を迫るものでもあった。そのため、このように因果関係を広範に認める、等価説の考え方に対しては、否定的な意見も存在していた<sup>(112)</sup>。その後、現行刑法制定以降の議論においては、同時期に

---

(111) たとえば、松原一雄『新刑法論』（清水書店、1904年）41頁以下、平沼騏一郎『刑法汎論』（東京法学院大学、1906年）66頁以下は、リストの見解にほぼ全面的に依拠し、谷野・前掲注（94）116頁以下は、小疇の見解に依拠する。なお、勝本勘三郎「因果関係と不作為」勝本正晃編『刑法の理論及び政策』（有斐閣書房、1925年）661頁〔初出：1906年〕参照。

(112) 岡松参太郎「刑法学上に於ける条件主義の因果論を駁す」法学志林9巻11号（1907年）213頁以下は、私法上の因果関係論との比較を通じて、条件説は、①刑法上問題となる結果が一定していること、②責任（特に過失）による限定があること、③条件説の論者が同時に中断論を採用することから刑法上うまく機能している

ドイツで有力化していた相当因果関係説が主流となっていくことになるが、相当因果関係説がわが国でどのように発展していったのかについては、次章(IV)で検討する。<sup>(113)</sup>

### 3 大審院判例

わが国の因果関係論の発展を理解するためには、岡田が因果関係論を導入して以降、判例が因果関係論にどのように向き合ったかについても確認する必要がある。ここでは、旧刑法下の明治37年に出された2つの判例を<sup>(114)</sup>素材に、当時の判例の立場に検討を加える。

まず、大判明治37・1・28刑録10輯2巻92頁は、被告人がAを突き倒して、その身体を手桶に触れさせて創傷を負わせたという事案において、殴打創傷罪の成否が争われたものである。弁護人の上告趣意が、「殴打創傷の罪は其加害行為自身か直接傷を為したる場合に構成すべきものにして仮令加害行為か原因をなすと雖も其創傷か直接にあらすして間接なる場合には過失創傷罪を構成するに止まり殴打創傷罪を構成すべきものにあらす」、本件においては、「Aの負傷はAか倒るゝに際し誤て他物に触れ傷を為したるものにして被告の殴打に依り直接傷を為したるものにあらす」、したがって殴打創傷罪は成立しないと主張したのに対し、大審院は次のよ

---

ように見えるにすぎないとしたうえで、自らは、相当因果関係説（同論文では「相当条件主義」）を原因説の一種と位置づけ、これを採用する。また、勝本・前掲注(111)662頁以下は、原因説に親和的な姿勢を示しており、後述のとおり、勝本は、原因説の一種として相当因果関係説を主張するに至る。

(113) なお、現在に目を転じると、ドイツでは、因果関係については等価説を採りつつ、客観的帰属という要件のもとで帰責範囲を限定するのが一般的な学説といえるのに対し、日本では、危険の現実化説や相当因果関係説により、なおも因果関係論内部で帰責範囲の限定が試みられている。一時期、リストの因果関係論が主流となったにもかかわらず、事実的・存在論的な因果概念は日本には根付かなかったのであるが、その背景には、リスト・岡田以前の議論の集積による面があるのではないだろうか。

(114) これらの判例に検討を加えたものとして、淵脇千寿保「旧刑法から現行刑法過渡期の因果関係判例の整理」志學館法学20号(2019年)5頁以下参照。

うに判示し、殴打創傷罪の成立を認めた。

「被告か A を突き倒し手桶に触れしめ創傷を負はしめたりと云ふ以上は A か自から誤て他物に触れたるにあらすして被告か同人を突倒し其身体を他物に触れしめて創傷を負はしめたるものにして即ち殴打により直接に生したる創傷なること論を待たざる」。<sup>(115)</sup>

弁護人が、殴打が創傷の直接の原因であるか間接の原因であるかを問題とし、大審院は、これに応える形で、弁護人が前提とする事実が誤りであることを指摘しつつ、本件における創傷は、殴打により「直接」生じたものであると判示している。学説では、等価説が浸透していった時期ではあるが、実務においては、「直接の原因」という要件が依然として残っていたことがうかがえる。

次に、大判明治37・5・23刑録10輯14巻1116頁は、被告人が A の腹部を蹴ったところ、A の体内に糞石があったことから、盲腸炎を誘発し、その結果 A が死亡したという事案において、殴打致死罪の成否が争われたものである。弁護人が、「刑法上行動と結果との間に因果の連絡ありと云ふことを得るには其行動は一定の結果に対する主要なる原因たるを要す」ところ、本件において、「被告の行動か誘因となりたりとの理由によりて殴打致死の刑を科したるは失当」であると主張したのに対し、大審院は次のように判示して、殴打致死罪の成立を認めた。

「原判決は被告か A の腹部を蹴り之れか為め A をして盲腸炎を誘発せしめ其結果 A の死亡したるの事実を認定せるものにして即ち A の死は被告の殴打か原因となりしものにして A の体内に糞石を生じ居りたる事実あるも其糞石のみにして A の死を來たすことは原判決の認めざる所にして此病因ある A の身体に被告か殴打を加へ盲腸炎を起さしめ因て以て A を死に致したる以上は被告の殴打か A の死因たりしに外ならざる」。

本件は、いわゆる被害者の素因競合事例についての判断である。下線部

---

(115) なお、大審院は、故意をもって人を殴打した以上は創傷結果の予期は不要であるとも判示している。

のように述べて因果関係が肯定されており、体内の糞石と被告人の殴打のいずれが「主要な原因」という判断はなされていない。等価説からは当然に同様の結論となるであろうが、この判決から、等価説の影響を読み取るのは早計であろう。というのも、前述のとおり、等価説を受容する以前の学説においても、被害者の素因競合事例については、およそ因果関係を肯定する立場が採られていたからである。当時はいずれの学説からも、このような事例群については因果関係が肯定されていたのであって、直接原因性を要求する見解からも、被告人の行為と被害者の素因のいずれが直接の原因かという問いは立てられておらず、現に本判決においてもそのような問いは立てられていない。大審院が特定の学説を意識していたとはいえないだろう。

このように、旧刑法下の判例においては、いまだ岡田以降の因果関係論の影響を読み取ることはできない。むしろ、この時点ではまだ、大判明治19・11・16で示された〈直接原因性＝創傷の致命性〉の要求は、判例上否定されていないといえる。等価説の影響が判例に現れるのは、現行刑法制定以降のことである。

**【参照条文】旧刑法（明治13年太政官布告第36号）**

第165条 汽車ノ往來ヲ妨害スル爲メ鐵道及ヒ其標識ヲ損壞シ其他危險ナル障礙ヲ爲シタル者ハ重懲役ニ處ス

第166条 船舶ノ往來ヲ妨害スル爲メ燈臺浮標其他航海ノ安寧ヲ保護スル標識ヲ損壞シ又ハ詐僞ノ標識ヲ點シタル者ハ亦前條ニ同シ

第169条 第百六十五條第百六十六條ノ罪ヲ犯シ因テ汽車ヲ顛覆シ又ハ船舶ヲ覆没シタル時ハ無期徒刑ニ處シ人ヲ死ニ致シタル時ハ死刑ニ處ス

第299条 人ヲ毆打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ處ス

第300条 人ヲ毆打創傷シ其兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ聾シ又ハ兩肢ヲ折り及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覺精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處ス

2 其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折り其他身體ヲ殘虧シ癡疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス

第301条 人ヲ毆打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス

2 其疾病休業ノ時間二十日ニ至ラサル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處ス

3 疾病休業ニ至ラスト雖モ身體ニ創傷ヲ成シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮ニ處ス

第317条 疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ處ス

第319条 過失ニ因テ人ヲ創傷シ疾病休業ニ至ラシメタル者ハ二圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處ス

第323条 擅ニ人ヲ監禁制縛シテ毆打拷責シ又ハ飲食衣服ヲ屏去シ其他苛刻ノ所爲ヲ施シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ三圓以上三十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第324条 前條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ疾病死傷ニ致シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス

第325条 擅ニ人ヲ監禁シ水火震災ノ際其監禁ヲ解クコトヲ怠リ因テ死傷ニ致シタル者ハ亦前條ノ例ニ同シ

第339条 幼者老疾者ヲ遺棄シ因テ癡疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處シ篤疾ニ致シタル者ハ重懲役ニ處シ死ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處ス

第380条 強盜人ヲ傷シタル者ハ無期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處ス