

危険の現実化論における 判断対象・判断資料

安 達 光 治*

目 次

はじめに

1. 被害者の素因
2. 行為後の介在事情の予見可能性
3. 行為後の介在事情の誘発

おわりに

はじめに

刑法における（法的）因果関係ないしは結果帰属に関する理論として、危険の現実化説が有力とされている¹⁾。この説は、周知のとおり、行為者の行為の有する結果発生の危険が、具体的結果に現実化したといえる場合に、当該結果を行為に帰属させるものである。危険の現実化説は、「柔道

* あだち・こうじ 立命館大学法学部教授

1) 最近では、因果関係ないしは結果帰属を事実的因果関係と法的因果関係に区別し、危険の現実化を法的因果関係の有無の問題として検討することも多い。しかし、「法的因果関係」という表現は、行為と結果との事実的なつながりという意味での因果関係とは別次元で、「法的な」因果関係が存在するとの印象を与えてしまう。むしろ、法的因果関係の意味するところは、事実的なつながりとして把握された因果関係の法的観点からの限定であろう。そのような限定は、「発生結果を行為に帰属することが可能か」という視点からなされる。そうであるなら、端的に「結果帰属」ないしは「結果の客観的帰属」という方が事理に即している。それゆえ、本稿では、結果帰属の概念に依拠することとする。

整備師事件」(最決昭和63・5・11刑集42巻5号807頁)を嚆矢に²⁾、明示的にでないにせよ、判例によって展開されてきた理論であり、学説においても広く支持を受けつつある³⁾。判例については、「航空管制官便名言い間違え事件」(最決平成22・10・26刑集64巻7号1019頁)および「三菱自工タイヤ脱落事件」(最決平成24・2・8刑集66巻4号200頁)において、最高裁で同説の採用が明言され、現在に至っている。このように、危険の現実化説は、我が国の学説および実務において、定着してきていると評価できよう。

ここで重要なことは、危険の現実化の有無をどのように判断するかである。「行為の危険の現実化が認められる」あるいは「認められない」というだけでは、結論を言っているだけで何も説明したことにならない⁴⁾。そのような直感的判断に陥らないためには、判断に際しどのような事情を基礎とするのか、そして、どのような基準に従って判断するのかについて分析し、明確化を図っていくことが必要であろう。特に、危険の現実化の有

2) 永井敏雄「最判解」(昭和63年度)273頁は、本件につき、「被告人の誤った指示の危険性は、被害者が指示を忠実に守ったことにより、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」という。

3) 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣, 2018年)135頁以下、高橋則夫『刑法総論[第5版]』(成文堂, 2022年)143頁(客観的帰属論の枠組みで危険の実現を捉える)、山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣, 2016年)61頁(端的に危険性の現実化の有無を問うことで足りるとし、事実的因果関係も、危険の現実化によって把握可能であるとす)。橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣, 2020年)1頁以下は、「『危険の現実化』説が通説的地位を獲得したといっても過言ではない」という。大関龍一「因果関係論の『通説』——危険の現実化論の系譜とその内実」法セミ809号(2022年)24頁は、危険の現実化をめぐる議論においては、「総合考慮モデル」と「現実・予測照合モデル」という、相当因果関係説の内部で併存していた2つの判断構造が残っており、現在の学説状況を「相当因果関係説対危険の現実化説」という構図で整理することは適切でないとする(なお、このようなモデル化は、学説の位置関係の把握に有益だが、各説の詳細が捨象されて理解されるおそれがある。何より、問題の本質を相対化してしまう点に留意すべきである)。松宮孝明『先端刑法総論』(日本評論社, 2019年)42頁以下は、近時の最高裁判例が有する観点である「結果に対する寄与度」が、「行為の危険が結果に現実化した程度を問うものであれば、それは従来の相当因果関係説でも考慮できるものである」(太字強調は省略)とする。

4) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年)78頁。

無を判断する上で基礎となる事情を、どのような考え方に基づいて措定ないしは確定するかは、これまでの議論の中で必ずしも十分明らかにされていないように思われる。それゆえ、本稿ではこの課題に取り組むこととしたい。

危険の現実化の判断の基礎という場合、そこには、次の2つの問題が含まれる。一つは、危険の現実化の判断をどのような判断資料に基づいて行うかである。この問題は、従来の相当因果関係説も「判断基底論」とかかわって論じてきたものである。しかしながら、後でも述べるように、従来の相当因果関係説には、一定の事情を判断基底から取り除いて相当性の有無を判断する点に、方法論としての問題がある。この点、危険の現実化説は、基本的に、行為の危険性が結果発生に現実化するまでの事情を判断資料とするものといってよい。とりわけ、行為後に因果経過に介入する事情については、行為の危険性が結果発生に現実化したかの評価にかかわるといって判断資料となる。従来の判断枠組みとの関係では、とりわけ行為後の介入事情の予見可能性が問題とされてきたところである。これに対し、行為時に存在する事情は、行為の危険性判断そのものとかかわるといって意味で、危険の現実化の判断資料として、行為後の事情とは異なるものがある。この点に関しては、とりわけ、被害者の持病や特異体質などの素因が結果発生に重要な影響を与えた場合（以下では、単に「被害者の素因」という。）を中心に議論されてきた⁵⁾。

もう一つの問題は、危険の現実化の判断の起点となる行為をどのように確定するかである。これは、結果帰属における判断対象の確定を意味する。ここで問題とするのは、結果帰属の判断対象の確定の仕方そのものではなく、判断対象となる行為を確定した後の介入事情との関係である。こ

5) 被害者の素因の問題に関しては、大関龍一「被害者の素因の競合と危険の現実化（1）（2・完）」早稲田法学96巻2号179頁以下、3号43頁以下（2021年）が詳しい。この問題について、本稿の考察は紙幅等の事情から不十分なものととどまる。同論文をはじめ、この問題のさらに立ち入った検討は、他日を期したい。

の点は、特に行為と密接とされる介在事情が結果発生に影響を与えた場合に問題となる。これに関し、判例は、行為者の行為がそのような介在事情を誘発したと言い得る場合に結果帰属を肯定する。本稿の課題との関係で、このような誘発理論の是非には立ち入らない。問題とするのは、裁判例には、危険の現実化の判断対象となる行為と、介在事情を誘発したと評価される事情とが一致しないものがあることである。

以上を踏まえ、本稿では、まず、行為時の事情に関して、被害者の素因の問題を検討する(1.)。その後、行為後の事情に関して、行為後の介在事情の予見可能性と危険の現実化判断の関連について検討し(2.)、さらに、介在事情の誘発の問題を取り上げる(3.)。

1. 被害者の素因

(1) 検討の視点

被害者の素因が危険の現実化の判断においてどのように取り扱われるかは、必ずしも一義的に解決できる問題ではない。ここで留意すべきは、危険の現実化は、すでに発生した結果を行為者の行為に帰属させるための要件であるから、危険犯の場合とは異なり、法益侵害の存在が前提となるということである。すなわち、ここにいう危険性は、当該結果を行為に帰属できるかの判断メルクマールとして機能すべき危険の概念である⁶⁾。

その際、危険の現実化は、行為と具体的な発生結果との客観的なつながりに関する判断であるという理解が出发点である。さらに、責任主義の見地から、結果的加重犯においては、加重結果の発生についての予見可能性が必要である。故意既遂犯においては、既遂結果を行為者の故意に帰属できなければならない。その場合、特に、被害者の素因を行為者が認識していない点は、結果帰属の判断においてどのような形で考慮されるのかが問

6) 山口厚『危険犯の研究』(東京大学出版会, 1982年) 61頁。

題となる。

(2) 相当因果関係説の内部での対立

被害者の素因の問題は、通常人であれば結果（特に死亡結果）を発生させるようなものではないが、被害者にたまたま持病や特異体質があったために、結果発生に至った場合に生じる。例えば、甲はAを殺害する意思で日本刀で切りつけたところ、Aがさっと身をかわしたため、腕に軽い切り傷を負うにとどまったが、Aは血友病であったために失血死したような場合である。この場合、Aの負った切り傷は、通常であれば数日で治癒するようなものであったとする。そうすると、Aが血友病にり患していることを考慮するか否かによって、死亡結果の甲への帰属の有無が異なり得る。

周知のとおり、従来、この問題は相当因果関係説の客観説と折衷説が対立する場面の一つとして理解されてきた。客観説からは、Aの血友病は行為時に存在する事情として、相当性判断の基礎とされる結果、相当因果関係が肯定され、上記の事例では、甲は殺人既遂罪の罪責を負う。それに対し、折衷説では、Aが血友病にり患しているという事情は一般に認識できず、甲もAの血友病を知らなかったのであれば、相当因果関係の判断の基礎から除かれる。それゆえ、甲は、通常人に対してであれば、数日で治癒するような傷害しか与えていないとされることから、Aの死亡結果に対する相当因果関係が否定され、結論として、甲は殺人未遂罪の罪責を負うにとどまる⁷⁾。

もっとも、例えば、上記の事例で甲に殺人の故意がなかった場合のように、結果的加重犯（上記の事例では傷害致死罪）の成否が問題となるケース

7) もちろん、折衷説も、行為自体が結果発生の危険を含むものである場合に、被害者の宿病や特異体質など素因があるというだけで、相当性を否定するわけではない。例えば、通常人であったとしても死に至ることが相当であるような致命的な傷害が現実に加えられた場合、予測不可能な宿病が被害者の死期を早める作用をもたにすぎないと考えられる限り、結果の帰属を認める（井田良「コメント②」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001年）54頁）。

では、加重結果の発生につき予見可能性を求めるのが通説である⁸⁾。それゆえ、Aの血友病が予見可能でない限り、客観説によったとしても、死亡結果は甲に帰責されない。その場合、折衷説と客観説の対立は、ある種名目的なものとなる。これに対し、上記の事例では甲に殺人の故意がある。この場合には、客観説と折衷説では、行為者への結果帰責に関する結論が異なり得る⁹⁾。

ところで、因果関係の理論としてみた場合、折衷説の考え方には、不自然な部分がある。折衷説は、現実存在した事実(刑事手続に即していうなら、公判で認定された事実)を、相当性の判断資料から外す形で、いわば「なかったもの」として扱う。それは、因果関係の理論としてふさわしいものであろうか¹⁰⁾。もとより、折衷説は、帰責理論として、結果帰属の妥当性を目指すものである¹¹⁾。そのような見地からは、行為時の予見不可能な事情を判断基底から除外することに問題はないともいえる。しかしながら、因果関係が帰責概念であるとしても、因果関係論である以上、本来は、具体的な事情を基に判断するはずである。帰責理論であるというだけでは、折衷説の判断方法の不自然さは拭えないように思われる。

8) 山口・前掲書(注3)7頁(学説は、責任主義の見地から、ほぼ一致して加重結果について過失の存在を要求しているとする)。

9) 佐伯・前掲書(注4)65頁(注17)参照。

10) 安達光治「客観的帰属論——犯罪体系論という視点から——」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良(編)『理論刑法学の探究①』(成文堂, 2008年)54頁(そこでの批判は、行為後の介入事情の考慮に関するものであったが、基本的に行為時の事情についても妥当するであろう)。これに関連して、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(成文堂, 1997年)30頁以下は、相当性の判断において具体的因果経過を捨象することは、事案の多様性に応じた判断を「一般化」ないしは「定形化=モデル化」する危険があるとする。

11) 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂, 2019年)204頁以下は、刑法における因果関係では、「条件関係が認められる結果のうち、実行行為の具体的危険が現実化したものとして、行為者に帰属せしめるのが社会通念上相当と認められる結果だけを選び出し、このような結果についてのみ行為者に帰属させ、責任を問うのが妥当である」とする。川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂, 2013年)165頁は、折衷説の判断公式について、結果を行為者の「しわざ」として法的に把握する根拠を見出そうとするものと解する。

(3) リスク分配としての被害者の素因の考慮？

判例は、因果関係の判断において被害者の素因を考慮し、暴行と被害者の死亡結果との間の因果関係を基本的に肯定してきた¹²⁾。佐伯仁志は、判例が被害者の素因を考慮する規範的な根拠を、以下のように分析する。すなわち、「被害者は一般人（一般的被害者）としてではなく1人1人個性を持った個人として尊重されるべきであり、特殊な素因を持った被害者もそのような人として刑法上保護されるべきであ」って、被害者の素因が結果に重大な影響を与えた場合に「法的因果関係を否定することは、そのような素因のリスクを回避するための義務を間接的に被害者に課すことになり公平に反する」¹³⁾とされる。判例理論の背景には、「法的因果関係の判断は、誰（何）に結果を帰属させるべきかという判断であり、行為者にも被害者にも支配できない特殊な事情が、被害者の素因である場合には、被害者に結果を帰属させるのは公平でない以上、行為者の行為に帰属させるべきである」との規範的考慮が存在するという¹⁴⁾。これに対し、被害者が意図的にリスクのある行為を行った場合には、被害者の素因に起因する結果を被害者に帰属させても、公平に反することにはならない¹⁵⁾。

12) 周知のとおり、「老女布団蒸し事件」（最判昭和46・6・17刑集25巻4号567頁）では、原審（東京高判昭和45・4・16高刑集23巻1号239頁）が折衷説を前提に被告人の暴行と被害者の死亡結果との間の相当因果関係を否定したのに対し、最高裁判決は、被告人が行為当時、被害者の重篤な心臓疾患という特殊事情があることを知らず、また、致死の結果を予見することができなかったとしても、暴行がその特殊事情と相まって致死の結果を生じさせた場合には、暴行と致死結果の間に因果関係を認める余地があるとして、原判決を破棄した。その他の主要な判例として、最判昭和25・3・31刑集4巻3号469頁（脳梅毒事件）、最決昭和49・7・5刑集28巻5号194頁（被告人の暴行によって負った被害者の傷害を治療する際に医師が投与した薬剤の作用により、被害者の体内に元々あった未知の乾酪型の結核性病巣が変化し、これが炎症を惹起して左胸膜炎を起こし、それに起因する心機能不全のために被害者が死亡した事案について、暴行と死亡結果との間の因果関係を肯定した）。

13) 佐伯仁志「因果関係論」山口他・前掲書（注7）25頁。

14) 佐伯・前掲書（注4）76頁。

15) 佐伯・前掲書（注4）76頁（注47）。高橋・前掲書（注3）148頁（注57）は、(法的)因果関係が結果の客観的帰属の問題であることを承認するものであり、妥当な見解であるとする。なお、被害者の特異体質が因果関係を否定する要素にはなり得ず、それは加害者

たしかに、被害者の素因から生じた結果は、被害者が特段危険な行動をとらない限り、被害者の「しわざ」とはいえないであろう。しかし、それだからといって、発生結果が行為者の行為に帰属されることに、直ちにはならない。むしろ、行為者に対する結果帰属の可否が、正面から検討されることになるはずである。つまり、ここでは、行為者への結果帰属と被害者へのそれは、表裏の関係に立っていない¹⁶⁾。そもそも、結果発生に対するリスク分配の公平という民事法的視点は、刑法上の結果帰属の問題にそのまま持ち込めるものではない。前者では、当事者の責任に基づく損害填補の負担割合が問題になるのに対し、後者は、結果帰属の有無を問題とするものだからである。

(4) 被害者の素因と結果の帰属

危険の現実化の判断は、行為と結果との客観的な結びつきの有無に関する評価であるから、行為時にすでに存在している事情は考慮すべきである。しかしながら、被害者の素因を行為者が認識しておらず、一般人にも認識できない場合、行為者に結果帰責を認めることは、責任主義の見地から問題があるように思われる¹⁷⁾。

この点、既述のとおり、結果的加重犯の場合、加重結果の予見可能性が必要である。被害者の素因の認識可能性は、この予見可能性の判断の際の問題とされる。また、上記(2)で取り上げた血友病事例は故意既遂犯に関するものであるが、その場合、発生結果を、被害者の素因を知らない行為者の故意に帰属できるかが問題となる。

ここでの行為者の認識内容は、通常人に対し、通常人なら死に至らない

ㄨ者の危険負担となることは、過失犯の文脈において、井上祐司によって指摘されていた(井上祐司『行為無価値と過失犯論』(成文堂, 1973年)204頁)。

16) 塩見淳『刑法の道しるべ』(有斐閣, 2015年)23頁。

17) 小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂, 2007年)190頁は、被害者が特殊な素因を持つ場合に、そのリスクをどのように負担させるかの問題は、「行為者が、およそ当該リスク原因を認識できない場合に顕在化する」とする。

程度の傷害を与えたというものである。例えば、上記（2）の血友病事例における甲の認識は、通常人に切りつけたところ、数日で治癒する軽傷を負わせたというものであろう。しかし、そのような危険は、血友病による失血死の結果には現実化しない。すなわち、行為者が認識した行為の危険性は、具体的内容における結果に現実化しない。したがって、既遂結果は行為者の故意によるものといえず、故意に帰属することができないため、行為者は故意の既遂犯で処罰されない¹⁸⁾。その結果、行為者は故意の未遂犯の罪責を負うことになる（この場合、例えば、上記（2）の血友病事例では、甲に殺人の故意があることは否定し得ないので、故意そのものがなくなるわけではない¹⁹⁾）。なお、このような処理は、被害者の素因が一般人には認識できるが、行為者は認識していなかった場合には、折衷説でも考えられる²⁰⁾。ここでは、行為者の認識した事情が結果に現実化といえるかが問題とされている。すなわち、このような故意への帰属においては、被害者の素因のような特定の事情に関する行為者の認識が、危険の現実化の判断資料となっている²¹⁾。

18) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2019年）324頁は、既遂で処罰できない根拠を刑法38条2項に求めるが、そのような処理が可能な実質的根拠は、本文のような発生結果の故意への帰属ができないことに求められるであろう。

19) この点で、内藤謙『刑法講義総論（下）I』（有斐閣、1991年）958頁は、既遂結果についての故意が阻却されるとするが、これは、故意そのものが認められないとの誤解を招きやすい表現である。

20) 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018年）201頁（同『プチゼミ刑法総論』（法学書院、2006年）44頁は、エンギッシュの所説に依拠し、一般人ではなく「最も洞察力ある人物」の認識可能性という）。浅田・前掲書（注18）325頁以下も、血友病が一般人に認識可能である場合には、このような因果関係の錯誤によるほかないとする。井田・前掲書（注3）198頁は、被害者の素因ではないが、「断崖事例」について、折衷説に近い立場（危険の現実化説）から、一般人に認識可能な崖の存在を行為者が認識していない場合に、殺人未遂罪が成立するという（死亡結果については、過失致死罪にとどまるとする）。

21) いわゆる因果関係の錯誤無用論は、その意味で、適切とは思われない。なお、高橋・前掲書（注3）195頁は、早すぎた構成要件の実現に関する検討において、「危険の（既遂としての）実現についての認識」が必要であるとする。

2. 行為後の介在事情の予見可能性

(1) 介在事情の予見可能性と危険の現実化

行為後の介在事情が結果発生に重要な影響を与えた場合、当該事情の予見可能性は、危険の現実化の判断において意義を有する。介在事情が予見可能である場合、当該事情は、行為の危険が結果発生に現実化する過程において想定し得るものとして、考慮に入れた上で判断される。これに対し、当該事情が予見不可能な場合、介在事情の有する危険が結果発生に現実化していると考えられるなら、行為の危険性はこれによって打ち消されたものと解され、その結果、危険の現実化が否定されることがあり得る。そこでも、行為の危険性を打ち消す形で作用し得るものとして、危険の現実化の判断資料とされていることになる。

これに対し、従来の相当因果関係説では、予見不可能な介在事情は相当性の判断基底から除外され、結果帰属の判断資料とはならない。このことについては、行為の具体的影響力（寄与度）と介在事情の予見可能性の関係について十分説明されていないと批判されることがある²²⁾。この批判が、予見不可能な介在事情を相当性の判断基底から除外した後の、行為の結果発生に対する影響力の評価に向けられているのであれば、それは正當なものと思われる。次項では、「米兵ひき逃げ事件」の判示に基づきながら、この点について検討する。

(2) 「米兵ひき逃げ事件」と判断資料

「米兵ひき逃げ事件」（最決昭和42・10・24刑集21巻8号1116頁）は、被告人の前方不注視により自己が運転する自動車の前部を被害者の乗る自転車に衝突させ（第1行為）、その衝撃で被害者が自動車の屋根に跳ね上げられた

22) 大谷直人「最判解」（平成2年度）241頁。

まま運転を続けていたところ、これに気付いた同乗者が咄嗟に被害者を引きずりおろしてアスファルトの路上に転落させ（第2行為）、被害者は頭部の打撲をはじめとする多数の傷害を負って死亡したというものである。本決定は、第2行為の如き行為が行われることは、「経験上、予想しえられるところではな」とする。その上で、被害者の死因となった頭部打撲の傷害が、第1行為と第2行為のいずれの際に生じたものか確定し難いものであったことを前提に、被告人による第1行為から被害者の死亡結果が発生することは、「われわれの経験上当然予想しえられるところであるとまでは到底いえない」として、第1行為と被害者の死亡結果の間の因果関係を否定した。

本件控訴審判決（東京高判昭和41・10・26刑集21巻8号1123頁）は、これに反し、因果関係を肯定する判断を示していた。控訴審判決は、「特定の行為に起因して特定の結果が発生した場合において、これを一般的に観察してその行為によつてその結果を生ずるおそれのあることが、経験則上当然予想し得られるときは、たとえその行為が結果発生のもとの直接の原因ではなくその間他人の行為が介入してその結果の発生を助長促進したとしても、これによつて因果関係は中断せられず、先の行為をなした者はその結果の発生に原因を与えたものとして責任を負うべき」とする。その上で、第1行為による衝撃が「被害者の死を招来することあるべきは経験則上当然予想し得られるところであるから」、第2行為の「介入により被害者の死の結果の発生が助長されたから」といつて、被告人は被害者致死の責を免るべき限りではない」と判示していた²³⁾。

控訴審判決は、第1行為の結果発生に対する相当性に基づいて因果関係を肯定したものといえる。たしかに、第1行為はそれ自体としてみて、被害者の死亡結果を惹起し得るものといえよう。このような「結果惹起の相当性」²⁴⁾に基づいて因果関係の有無を判断する場合、介入事情は、それが

23) 刑集21巻8号1126頁。

24) 結果惹起の相当性と因果経過の通常性の区別につき、橋爪・前掲書（注3）2頁参

いかに異常かつ結果発生に重要な影響をもたらすものであっても、捨象される。この点、相当因果関係説をとる学説の中にも、第2行為は一般人にとって予測できない介入事情であるので判断基底から除外することで、同様の結論に至る見解がある²⁵⁾。

このような控訴審判決の考え方には、行為の危険性から直截に結果発生についての相当性を肯定する点で、結果惹起の相当性を相当因果関係の内容として理解する立場の問題点が表れているように思われる。その点では、予見不可能な介入事情を相当性の判断基底から除外する立場についても同様である。「米兵ひき逃げ事件」では、被害者の死因となった傷害が、第1行為と第2行為のいずれによるものか確定し難かった。すなわち、第2行為が被害者の死をもたらした可能性が否定できない事案であった。そうであるからこそ、最高裁は、第2行為の結果発生に対する影響力を考慮した上で、第1行為から被害者の死亡結果が発生することは、我々の経験上予測できるものではないとしたのである。その根底には、「疑わしきは被告人の利益に」という利益原則があると思われる。第1行為と第2行為の被害者の死因形成に対する影響力が確定できなかった事案であるからこそ、第1行為の危険性にもかかわらず、被害者の死亡結果はもっぱら第2行為によるものとみなし、第2行為介入の予測可能性につき判断したものと見える。これに対し、控訴審判決のように、第1行為の危険性から直截に因果関係を肯定するのは、第1行為が被害者の死因形成に影響しなかった可能性があることを考慮するならば、妥当な判断とはいえない。むしろ、それは利益原則に反するように思われる。

このようにみえてくると、結果帰属の判断においては、行為の危険性を前提にしつつ、結果発生に至る因果経過を具体的に把握する必要がある。危

ㇿ照。前者は、因果経過の内容はともかくとして、実行行為から当該結果が発生することが相当であればよく、後者は、実行行為から結果発生に至る因果経過それ自体が相当性(通常性)を有している必要があるとするものである。これは、広義の相当性と狭義の相当性に概ね対応するものと思われる。

25) 大谷・前掲書(注11)222頁。

危険の現実化説は、結果帰属判断におけるこのような要請を満たすものである。この場合、行為後の介在事情は、行為の危険の結果発生への現実化を判断する資料として考慮されることになる。

(3) 介在事情の予見可能性と結果発生への影響力

予見不可能な事情が行為後に介在した場合に、それを判断資料として考慮したとしても、行為の危険性が結果発生に現実化したと判断される場合があり得る。介在事情が、予見不可能な第三者の故意行為であっても、そのように判断される場合がある。「大阪南港事件」（最決平成2・11・20刑集44巻8号837頁）は、そのようなケースの一つである。

本件の被告人は、高血圧と動脈硬化の持病を有する被害者に対し、いきなり冷水を浴びせ、洗面器や革バンドで殴打するなどの暴行を加えたところ（第1暴行）、被害者は意識を喪失した。その後、被告人は被害者を第1暴行の現場から離れた大阪南港にある資材置き場に夜間放置し、被害者は翌朝遺体で発見されたが、その間に、何者かが角材で被害者の頭頂部を殴打していた（第2暴行）。被害者の死因は内因性高血圧性橋脳出血ないしはその拡大で、それは第1暴行によるものとされた。本件では、第三者の暴行が結果発生にどのように影響を与えたか問題となったが²⁶⁾、最高裁の事実摘示では、「被害者の死期を幾分早める影響力を有するもの」とされた（「死期を早めた」とされているわけではないことに注意）。以上のような前提の下、本決定は、「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

26) 松宮孝明「『判例』について」浅田和茂・高田昭正・久岡康成・松岡正章・米田泰邦（編）『転換期の刑事法学 井戸田侃先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、1999年）688頁によると、本件における問題は、「被告人以外の何者かが大阪南港で被害者を殴打した行為が致命傷であるか、あるいはそうではなくても被害者の橋脳出血を拡大・促進させてその死亡を早めたものであるか、そうだとすれば被告人の最初の殴打行為と被害者の死亡結果との間の因果関係は否定されないか」というところにあったとされる。これらの点が問題となった経緯につき、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）78頁以下も参照。

た場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ」と判示した。

本件について、まず確認すべきは、上でも注記したように、第2暴行によって被害者の死期が早められたとの認定はされていないことである。たしかに、本決定では第2暴行によって「死期が早められたとしても」との仮定の上で、第1暴行の因果関係を肯定しているように読める。しかし、この判示部分は、事実審裁判所である第1審の事実認定に基づかない「傍論」といふべきものである²⁷⁾。もちろん、第2暴行が被害者の死亡結果の発生に何らの影響も与えていないと断言することもできない。しかしながら、結果発生に対し、存在すらはっきりとしない微細な影響力しか有しない介在事情は、予見可能性の有無にかかわらず、危険の現実化の判断には影響しないといえる²⁸⁾。それゆえ、「米兵ひき逃げ事件」の場合とは異なり、介在事情を判断資料とした上での結果帰属に特段の問題はない。

(4) 行為の危険性と介在事情の予見可能性の判断

問題の実質はむしろ、予見可能性の判断過程にあるように思われる。この点については、すでに何度か論じたことがあるので²⁹⁾、詳細な検討は差し控えるが、概略以下のように考えられる。

「高速道路進入事件」(最決平成15・7・16刑集57巻7号950頁)は、被告人らから暴行を受けた被害者が、隙を見て被告人らのもとから逃げ出し、追跡

27) 松宮・前掲(注26)689頁。

28) この点は、従来の相当因果関係説についてもいえることである。大谷・前掲(注22)241頁は、本件のような場合に、予見可能性が実質的な判断基準として意義を有しているかは疑問とするが、本文のような理解からは、本件において介在事情である第2暴行の予見可能性の有無が、第1暴行の因果関係の判断に意義を有しないのはむしろ当然である。それゆえ、本件をもとに、従来の相当因果関係に対し、結果発生への寄与度の面から批判を加えるのは、いささか筋違いである(安達・前掲(注26)79頁)。

29) 安達・前掲(注26)79頁以下、同「因果主義の限界と客観的帰属論の意義」刑法雑誌48巻2号(2009年)223頁。

から逃れる過程で高速道路内に進入してしまい、高速度で走行してきた自動車に轢過されて死亡したというものである。この場合、被害者が高速道路内に立ち入るといふ事情はいかにも予測不可能なものに思える。しかしながら、被害者は、すでに被告人らから、夜間3時間近くにわたり激しい暴行を受けていた。被告人らの暴行が与えた恐怖心などの被害者の心理面への影響を踏まえるならば、一刻も早く被告人らの追跡から逃げ切るために高速道路を横切るといふ危険な経路を選択することは、予測不可能なものとはいえないであろう。本決定が、被害者がこのような危険な行為を選択したことは、「著しく不自然、不相当であったとはいえない」としたのは、被告人らの暴行の被害者の心理面に対する影響を踏まえたものと思われる。

このような判断は、介在事情の予測可能性ないしは予見可能性という抽象的な基準によってではなく、行為が結果発生に対して有する危険性を具体的に把握することによってなされるものである。人の身体に対する有形力の行使としての暴行は、身体だけでなく、心理的状況の不良変更の危険も有すると解される。したがって、本件事例では、後者の心理的状況に関する危険が死亡結果に現実化したものとみることができる。

これは見方を変えると、前述のような、暴行後の被害者の高速道路内への立入りという事情が予見可能か否かの判断にも資する。その意味では、危険の現実化説は、行為後の介在事情に関する相当性の判断を、暴行の影響力を踏まえながら具体化するものとみることでもできる。それゆえ、危険の現実化説は、相当因果関係説の判断枠組みを超えて、特段目新しいことを主張するものともいえない。ただ、相当性の判断基底の選択という観点から見たとき、その判断資料を提供するという点で、危険の現実化説の方が優れているといえる。

3. 行為後の介在事情の誘発

(1) 「夜間潜水訓練事件」と危険の現実化の判断資料

行為後に被害者や第三者の不適切な行動が介在して結果発生に重要な影響を与える場合、それが行為者の行為から誘発されたものとして、介在事情の影響力にもかかわらず、結果帰属が肯定されることがある。最高裁がそのような判断を示したものとして、「夜間潜水訓練事件」(最決平成4・12・17刑集46巻9号683頁)がよく知られる。本件は、スキューバダイビングのインストラクターであった被告人が、海中での夜間潜水の講習指導中に、不用意に受講生らのそばから離れて同人らを見失い、そのうちの1人が圧縮空気タンクの空気を使い果たしてパニック状態となり、溺死したものである。講習に際し、受講生らはタンク内の空気残圧量を頻繁に確認し、空気残圧量が少なくなったときには海上に浮上すべきことを教えられていたが、被害者はそうした確認をしないまま海中で空気を使い果たしていた。また、被告人は、潜水前に受講生に対し、海中ではぐれた場合には1分間お互いを探し、出会えないときは、海上に浮上して待機するように指示しており、指導補助者もこのことを承知していた。指導補助者は、被告人とはぐれてから、海中のうねりのような流れによって沖の方向に若干流されたが、その後、上記のような定められた手順をとらず、沖に向かって数十メートルも海中移動を行い、被害者を含む受講生らもそれに追従したため、いっそう被告人と離れてしまった。被害者および指導補助者のこれらの落ち度は、決して軽いものではないが³⁰⁾、本決定は、それらが被告人の過失行為から「誘発されたもの」であり、被告人の行為と被害者の死

30) 井上弘通「最判解」(平成4年度)215頁。なお、被害者の不適切な行動が介在した事例として、「柔道整復師事件」(前掲最決昭和63・5・11)や「点滴管引き抜き事件」(最決平成16・2・17刑集58巻2号169頁)なども重要であるが、紙幅の都合により、検討は割愛せざるを得ない。

亡との間の因果関係を肯定するに妨げないという。

本件は、夜間潜水におけるものであり、行為当時、降雨等の影響で視界は5メートル程度であった。被害者は初心者域であって潜水の技術は未熟で、しかも夜間潜水自体初めての経験であり、指導補助者も補助者としての経験や夜間潜水の経験が極めて浅かった³¹⁾。こうした状況において、海中で被害者や指導補助者のそばを不用意に離れるのは大変危険なことであり、被害者の不適切な行動が、被告人の行為によって誘発されたものであるとの評価も、それらの具体的状況を前提としたものである。それゆえ、彼らの不適切な行動は、被告人の行為の有する危険の現実化の判断において考慮に入れられる。その結果、被害者の溺死の結果は、被告人の行為の危険が現実化したものとして、その行為に帰属されることになろう³²⁾。ここでも、危険の現実化の判断は、行為から結果発生に至るまでの具体的状況を判断資料とすることが示されている。特に、介在事情が行為者の行為から誘発されたものとされる場合、行為時の具体的状況が重要な判断資料となる。

(2) 「高速道路追突事件」と介在事情の誘発

行為後の行為の介在が、被告人の行為によって誘発されたものであることから、発生結果の因果関係が肯定されるとの判断は、その後、「高速道路追突事件」（最決平成16・10・19刑集58巻7号645頁）においても示された。

本件は、高速道路を普通自動車で走行していた被告人が、トレーラー（A車）を運転して同方向に走行していたAの運転態度に立腹し、Aに謝罪させようと考えて、A車の前に自車を割り込ませて減速させるなどして

31) 井上・前掲（注30）224頁。

32) 井上・前掲（注30）225頁参照（「被害者らの行動は被告人にとって決して意外外と評価すべきものではなく、そのような事態が生ずるおそれがある被告人の過失行為の危険性が現実化したものにすぎない」という。）。

停車させ、A車に後続車を追突させて同車の運転者らを死傷させた事案につき、業務上過失致死傷罪に問われたものである。本件では、停車後、被告人は降車してA車のところまで歩いていき、同車の運転席ドア付近で怒鳴り声をあげ、Aが運転席ドアを少し開けたところ、被告人は、ドアを開けてステップに上がり、エンジンキーに手を伸ばしたり、ドアの内側に入ってAの顔面を手拳で殴打したりしたため、Aはエンジンキーを抜いてズボンのポケットに入れていた。その後、被告人は現場から走り去った。Aは、自車を発車させようとしたものの、エンジンキーが見付からなかったため、暴行を受けた際に被告人に投棄されたものと勘違いして捜すなどしたが、結局、それがズボンのポケットに入っていたのを発見し、自車のエンジンを始動させた。ところが、Aが被告人から暴行を受けている最中に、B運転の普通乗用自動車(B車)とC運転の普通乗用自動車(C車)が、A車を避けようとして接触事故を起こし、A車の前方に停車していた。そこで、AはB車とC車に進路を空けるよう依頼しようとして降車し、C車に向かって歩き始めたところ、A車に被害者車両が追突した。

本決定は、夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯に自車およびA車を停止させたことを被告人の過失行為と捉える。その上で、当該過失行為は「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を有していた」とし、本件事故は、Aの上記行為などが介在して発生したものであるが、「それらは被告人の上記過失行為及びこれに密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたものであった」として、被告人の過失行為と被害者らの死傷結果との間には因果関係があると判示する。

このように、本件では、高速道路上に自車を停車させて、A車の停止を求め、一定時間停車させたことが、被告人の過失行為と捉えられている。他方、Aも、被告人が現場から走り去った後は、速やかに現場を立ち去るべきところ、エンジンキーの発見に手間取り、また、十分な確認をしないまま、BやCに進路を空けるよう依頼しに行くなど、適切とは言い難い行

動をとっている³³⁾。これに対し、本決定によると、上記のとおり、Aのそれらの行動は、「被告人の過失行為及びこれに密接に関連してされた一連の暴行に誘発されたものである」ことが、因果関係を肯定する根拠とされている。

このような根拠づけは、危険の現実化の判断対象という観点からみたととき、理論的な問題を含んでいる。「夜間潜水訓練事件」の場合には、被害者および指導補助者の不適切な行動は、夜間潜水の最中に、海中で不用意に被害者らのそばを離れるという、被告人の過失行為から直接誘発されたものと解される。この場合、危険の現実化の判断対象となる行為が、結果発生につながる介在事情を誘発したものとして、矛盾なく理解できる。これに対し、本件では、被告人の過失行為だけでなく、その後の暴行も含めた被告人の一連の行為が、Aの行動を誘発したものとしている。介在事情の誘発を根拠に危険の現実化が肯定されるのは、その判断の対象となる行為に、当該介在事情を誘発する危険が含まれていたことを理由とするはずである。たしかに、被告人が本件過失行為に及んだのは、Aに謝罪させるためであり、Aに謝罪を迫る中でいうことを聞かなければ暴行することも辞さないことは、被告人の中では想定されていたであろう³⁴⁾。その意味では、本件過失行為とその後の暴行には密接なつながりがある。しかし、そうであっても、危険の現実化の判断対象でない因果経過を、介在事情を誘発した行為に含めるのは、危険の現実化の判断対象と判断過程を混交させるものであり、理論的に適切とはいえない³⁵⁾。むしろ、被告人が本件過失

33) 本件では、Aも業務上過失致死傷罪で起訴され、有罪判決を受けている。ただし、その過失の内容は、高速道路路上に自車を停止させたことと、自車を停止していることを後続車両に表示しなかったこととされている（上田哲「最判解」（平成16年度）459頁以下（注2）参照）。

34) 上田・前掲（注33）485頁は、この点を捉えて、「客観的帰属論の概念を援用すれば、高い動機連関が認められる」とする。論者の客観的帰属論の理解は措くとして、ここでは危険の現実化の判断対象（＝客観的帰属論における結果帰属判断の対象）を問題としているのであるから、客観的帰属論をいうだけでは解決にならない。

35) 松宮孝明「判批」判時1934号213頁は、「因果関係判断の上で、因果の起点となる挙動

行為に及んだ動機からすると、Aに対する暴行こそ、本件過失行為から誘発されたものと評価してもよかったように思われる³⁶⁾。

おわりに

本稿では、危険の現実化論に関し、判断対象と判断資料にかかわる問題を中心に検討してきた。そこで検討された事項および結論は以下のとおりである。

第1に、危険の現実化の判断において資料となり得る行為時の事情として、被害者の素因の問題について検討した。この問題は、相当因果関係説の内部では、特に行為者に殺人の故意があるような場合に、折衷説と客観説とで行為者の罪責に関する結論が分かれる。これに対し、近時は、被害者の素因を危険の現実化の判断資料とすることについて、リスク分配の公平性という観点から分析する見解も主張される。しかしながら、危険の現実化は、発生結果に対する行為の客観的なつながりであるから、行為の時点ですでにその影響下にある事情は判断資料となる。それゆえ、危険の現実化は肯定される。その場合、結果的加重犯であれば、加重結果の発生

ㄨの中に因果経過に属する事情を取り込むという方法には、因果判断を混乱させ不安定にするおそれがある」とする。同旨の批判として、方牧雲「『あおり運転』に関する2020年交通関連法改正の検討(1)」立命館法学403号(2022年)278頁。高橋・前掲書(注3)161頁以下は、行為規範性と制裁規範性の区別という視点から、事前判断において実行行為と位置付けられなかった暴行を、事後判断において実行行為に取り込むことを批判する。これに対し、本件の担当調査官は、このような判断手法は、これまでも行為者の第2行為が介入している事案の裁判例においてみられたもので、学説ではあまり意識されてこなかっただけではないかとして、暴行後の追跡・逃走事例を挙げる(上田・前掲(注33)486頁以下)。しかし、この場合、「第2行為」は単なる介入事情であって独立の行為として取り上げられるものではないであろう。この点で、追跡行為は、本件における暴行と共通の性質を有するとはいえない。

36) 松宮・前掲(注35)213頁参照。なお、上田・前掲(注33)487頁以下は、被告人の停車から走り去るまでの一連の行為を業務上過失行為とすることも、いささか技巧ではあるものの不可能ではなかったとする。

予見可能性が認められない場合には、結果帰責が否定される。問題は、結果発生について故意がある場合であるが、行為者が被害者の素因を認識していない場合、素因に基づく結果は、行為者の故意に帰属できないことから、未遂犯の成立にとどまる。

第2に、行為後の介在事情の予見可能性と危険の現実化の関連について検討した。ここでは、介在事情の結果発生に対する影響力と予見可能性との関連、および行為の危険性と介在事情の予見可能性の関係につき、前者については「米兵ひき逃げ事件」、後者については「高速道路進入事件」をもとに考察した。前者に関し、特に「米兵ひき逃げ事件」のように、第1行為と第2行為のいずれが被害者の死因をもたらしたか確定し難い場合、予見不可能な第2行為の影響力を判断資料に含めることで、第1行為への結果帰属を否定する結論が導かれる。この点、第2行為を判断基底から除外する相当因果関係説の中には、第1行為の結果発生に対する抽象的な影響力から因果関係を肯定する見解があるが、第1行為が被害者の死因形成に影響していない可能性を捨象する点で妥当ではない。他方、「大阪南港事件」のように、予見不可能な介在事情が結果発生に微細な影響力しか有していない場合、これを判断資料に加えても、危険の現実化の判断には影響しない。この点は、従来の相当因果関係説でも同様である。行為の危険性と介在事情の予見可能性との関係について、「高速道路進入事件」では、暴行を受けた被害者が逃走の過程で高速道路に進入するという介在事情の予見可能性に関し、暴行の被害者の心理面への影響力を考慮すれば、これを肯定できるとした。暴行は人の身体だけでなく、心理的状況の不良変更の危険も有すると解されることから、このような考慮が認められる。従来の相当因果関係説でも同様の判断となると思われるが、介在事件の予見可能性につき、判断資料を提示し得るという点で、危険の現実化説に優位性がある。

第3に、行為後の介在事情の誘発について検討した。これに関し、「夜間潜水訓練事件」では、被告人からはぐれた後の被害者や指導補助者の行

動が結果発生に重要な影響を及ぼしており、その落ち度も軽くないが、行為時の具体的状況を前提にすると、それらは被告人の行為から誘発されたものであり、被告人の行為の危険が発生結果に現実化したものと評価できる。この判断においては、行為時の具体的状況が重要な判断資料となる。「高速道路追突事件」でも、最高裁決定は、行為後の介在事情の誘発を理由に因果関係を肯定する。しかし、そこでの判断は、「夜間潜水訓練事件」とは異なり、被告人の過失行為およびその後になされた暴行を含めた一連の行為から介在事情が誘発されたとしている。これは、危険の現実化の判断対象と判断過程を混交させるもので、理論的に適切でない。

以上のささやかな考察は、この退職記念号が献呈される先生方、とりわけ、松宮孝明先生から賜った計り知れない学恩には、甚だ見合わないものである。本稿の検討課題である危険の現実化をめぐるのは、被害者の素因問題をも含めた因果関係の錯誤、危険の現実化判断の基準、「高速道路追突事件」と関連して行為者の行為の介在、さらに、いわゆるあおり運転による停車強制など、検討すべき問題の枚挙に暇がない。何より、本稿の検討事項についても、さらに深めるべき問題が多々ある。もとより、本稿で検討した危険の現実化は、客観的帰属論における結果帰属のカテゴリーの一つにすぎず、客観的帰属論の全体にわたる考察が求められる。これらについては、今後の研究で明らかにすることとし、本稿を松宮先生、村田先生に謹んで捧げたい。