
種 別： 論説

タイトル： 因果関係論の課題（3・完）

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第65巻3号（令和4年1月）57-85頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

因果関係論の課題（3・完）

照沼 亮介

- I 本稿の課題
- II 「行為」の特定と介在事情との結び付き（以上 64 卷 3 = 4 号）
- III 「共同原因」の意義
- IV 「危険状況設定」の意義
- V 複数原因と結果帰属
 - 1 問題の所在
 - 2 原因は常に単一か
 - 3 行為者の行為が介在した場合の解決（以上 65 卷 1 = 2 号）
 - 4 207 条をめぐる議論との関係
 - 5 承継的共犯をめぐる議論との関係
- VI 刑罰目的論と結果帰属
- VII おわりに（以上本号）

V 複数原因と結果帰属

4 207 条をめぐる議論との関係

(1) 問題の所在

最近、㊸最決平成 28 年 3 月 24 日刑集 70 卷 3 号 1 頁（以下、平成 28 年決定とする）により、同時傷害罪（207 条）に関する議論状況が大きく動いているが、本稿との関係で特に問題となるのは、本件における一方の暴行については、同条の適用以前にいずれにしても因果関係が肯定される、という評価がなされており、その場合には複数原因の状況においていずれの行為についても因果関係が肯定される余地が認められている点である。

その上で⑳は、結局両暴行のいずれから問題となる傷害が形成されたかは不明であるのであれば、こうした場合にも同条の適用はなお妨げられないと解している。このような結論に対する評価はさまざまな観点からなされ得るところ、本稿では因果関係論との関連に重点を置いて検討することとした。

(2) 平成28年決定の事案と経緯

㉑においては以下のような事案が問題となった。まず、バーの従業員であるXとYが意思を通じた上で、Xがビル4階のエレベーターホールからA(来店客であったが、飲食代金に関するカード決済が一部しかできず、残額の決済について話がまとまらないまま、店外に出た)の背部を蹴って階段踊り場に転落させ、同人をエレベーターに乗せて4階のバーへ連れ戻す際に、エレベーターの壁にAの顔面を打ち付けたり4階エレベーターホールに引きずり出すなどし、Yがホール内にあったスタンド式灰皿にAの頭部を打ち付けるなどした。さらに、Xは床に仰向けに倒れているAの顔面を拳や灰皿の蓋で殴り、顔面あるいは頭部をつかんで床に打ち付けるなどし、Yも被害者を蹴り、馬乗りになって殴るなどした(以下、第1暴行とする)。

その頃、上記バーにYの誘いを受けて客として来店していたZは、4階エレベーターホールにおいて、バーの従業員であるBがXやYを制止しようとしているのを見ていたが、BとXがAの傍を離れた直後に床に倒れているAの背部付近を1回踏みつけ、Yに制止されていったん店内に戻った。その後Zは再度ホール内に現れ、X及びYがAを蹴る様子を眺め、上記第1暴行の終了後、倒れているAの背中を1回蹴る暴行を加えた(以下、中間暴行とする)。

その後、XはAの運転免許証を取り上げて同人を店内に連れ戻し、代金を支払う旨の示談書に氏名を自書させ、免許証のコピーを取るなどしたのち、そのままYと共に店内で仕事を続け、Zも店内で飲食等続けた。Aはしばらく店内の出入口付近の床に座り込んでいたが、上記中間暴行が終了してから約35分程度経過した頃に、突然走って店外へ出て行った。Bが直ちにこれを追い、4階から3階へ至る階段の途中でAを取り押さえた。

ちょうどその頃、Zは電話をするために4階エレベーターホールへ行った際に、BがAの逃走を阻止しようとしているのを知り、BがAを取り押さえている現場に行くと、階段の両側にある手すりを持って自身の身体を持ち上げ、寝ている態勢のAの顔面、頭部、胸部付近を踏み付けた上、同人の両脚を持ち、3階までその体を引きずり下ろし、サッカーボールを蹴るようにAの頭部や腹部等を数回蹴り、さらにいびきをかき始めたAの顔面を蹴り上げるなどした（以下、第2暴行とする）。通報を受けた警察官が臨場した際にはAは大きないびきをかき、眼や瞳孔に動きがなく、呼びかけても返答のない状態で倒れており、翌日に急性硬膜下血種に基づく急性脳腫脹のため死亡した。

1審判決⁽¹⁾は、第1暴行と第2暴行のいずれが死因となった傷害を形成したかは明らかでない⁽²⁾としつつ、第2暴行は第1暴行よりも質的に激しいものであって、死の結果に全く影響を与えなかったとは考え難いとする。その上で、第2暴行がもたらした死因となった傷害を形成した可能性も存在するが、仮に第1暴行により既に同傷害が発生していたとしても、第2暴行は「同傷害を更に悪化させたと推認できるから、第2暴行は、いずれにしてもAの死亡との間に因果関係が認められる」ことになることと評価した。そこから、いずれにしてもZが死亡結果について責任を負うことになる以上、死亡結果について誰も責任を負う者がいなくなる不都合を回避するための特例である「同時傷害致死罪」を適用する前提が欠けることになるとして、207条の適用を否定し、X・Yには傷害罪の共同正犯の成立を認めるにとどめ、Zには傷害致死罪の成立を肯定した⁽³⁾。

(1) 名古屋地判平成26年9月19日刑集70巻3号26頁。

(2) Aの遺体を解剖した担当医の証言では、第1暴行と第2暴行はいずれも急性硬膜下血種を生じさせ得るものであり、両暴行が合わさって同血種を生じさせた可能性もあるとされており、また脳外科医である別の証人の証言では、急性硬膜下血腫にはその状態によって受傷後しばらくは意識清明期が存在し、その間は会話をしたり走ったりすることも可能であるとされている。裁判所はこれらに依拠して事実認定を行っている（刑集70巻3号30頁以下）。

(3) X、Yには懲役3年・保護観察付きの執行猶予5年の刑が、Zには懲役9年の刑がそれぞれ科された。

これに対して検察官が控訴し、控訴審判決⁽⁴⁾は、1審判決には207条の解釈適用を誤った法令適用の誤りと、第1暴行と第2暴行の機会の同一性の判断に関する事実誤認があるなどとしてこれを破棄し、後者の点に関するさらなる審理を尽くすのが相当であるとして差し戻したが⁽⁵⁾、本稿の見地からは以下の点が重要である。第1に、1審判決は第2暴行につき、死因となった傷害を形成したか、あるいは既に第1暴行によって形成されていた同傷害をさらに悪化させたかの「いずれか」であるという事実を択一的に認定しているにとどまり、結論として第2暴行につき「死因となった傷害を形成したといえる」ということまで述べているわけではない、つまり、結局いずれの暴行が死因を形成したかは不明であるという趣旨の判断をしているに過ぎない⁽⁶⁾とされている。第2に、控訴審判決は本件の事実関係につき上記のように解した上で、207条の性質に関して1審判決のような理解を採用すると、致命傷となった急性硬膜下血種の発生それ自体についてはX、Y、Zのいずれも責任を問われないことになってしまうと論難しているが⁽⁷⁾、その

(4) 名古屋高判平成27年4月16日刑集70巻3号34頁。

(5) 両判決の分析については、照沼亮介「同時傷害罪に関する近時の裁判例」上智法学論集59巻3号(2016年)75頁以下も参照。

(6) 刑集70巻3号37頁以下。これに対し大谷實「判批」判例時報2332号(2017年)6頁は、第2暴行につきAの死亡に直結していることは疑いなく端的にZのみに傷害致死罪の成立を認めるべきであったとするが、(後述する差戻審での認定事実も含めれば一層)このような理解は本件の事実関係とは異なっていることが明らかである。

(7) より具体的には、1審判決は死因となった傷害についての因果関係を検討せず直ちに死亡結果との因果関係を問題にしており妥当でないとしてされている。しかし「死因となった傷害」とは死亡結果との間で因果関係が存在することが確認された傷害を指す以上、死亡結果との間で因果関係が認められるということと、死因となった傷害との間に因果関係が認められるということとは結局同じであるから、この批判には実質的な意味が乏しいといえよう(杉本一敏「判批」論究ジュリスト28号[2019年]185頁)。

これに対して佐伯仁志ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論[第8版]』(2020年)15頁(玄守道執筆)は、あくまでも「死因となった傷害」を「発生させた」ことそれ自体について責任が問われないのが問題だとするが、ここで検討されているのは択一的認定を行う際に仮定された一方の可能性の内容に過ぎないし、結局第2暴行について傷害致死罪が成立するという帰結自体については論者も「当然である」としているのであるから、こうした点を問題とすることの実際上の意義は乏しい。せいぜい、量刑上の考慮要素に多少の変動が生じる余地があるという程度にとどまるが、全員が激しい暴行を加えている本件の事実関係を前提とした場合、具体的な刑の重さに有意の差が生じるかは疑問である。

際の補足として、仮に第2暴行につき上記傷害を悪化させたことを根拠に因果関係が認められると考えるとしても、⑩大阪南港事件決定を踏まえれば、上記の事情が第1暴行と死亡結果との因果関係を否定する理由にはならないことはいうまでもなく、そのことは1審判決も否定していない⁽⁸⁾とされている。

第1の点に関しては既に同様の理解を示したとみられる裁判例⁽⁹⁾が存在しており、本件でも同様に、両暴行のいずれが死因となった傷害を形成したかは明らかでないとしていることは確かである。ただその前提として想定されている二つの可能性のうち、第2暴行が既存の傷害を「悪化」させて死期を「早めた」ことによって因果関係が認められ得るとされている部分については、本稿におけるこれまでの分析からは、それが有意な変更として第1暴行とは独立に法的因果関係を肯定できる程度に達していたのかが問われることになると思われる（この点は（3）において検討する）。他方、第1暴行に関しても⑩を引き合いに出した上で第2の点のような理解が示されていることに鑑みると、ここでは⑩において最高裁が言及していなかった点である、「第1暴行と第2暴行の双方に因果関係が肯定される」場合があり得るといことが結果的に承認されているとみられ、注目される。

以上を踏まえて上告審である⑫を見てみると、207条の趣旨・適用要件、傷害致死罪への適用が可能であることなどが示された上で、各行為者は自己の関与した暴行が死因となった傷害を生じさせていないことを立証しない限り同条の適用を受けて傷害結果について責任を負い、さらにこれを原因として発生した死亡結果についても責任を負うのであって、このことは「本件のようにいずれかの暴行と死亡との因果関係が肯定されるときであっても、別異に解すべき理由はなく、同条の適用は妨げられない」とされ、上告が棄却されている。この部分は明示的に複数原因の余地を肯定しているものではないにせよ、控訴審判決に対する上記のような理解と少なくとも矛盾するもの

(8) 刑集70巻3号52頁。

(9) 仙台地判平成25年1月29日LLI/DB06850125。この点に関しては、照沼・前掲注(5)93頁注41、豊田兼彦「暴行への途中関与と刑法207条」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2016年）667頁以下も参照。

ではないと思われる。

なお調査官解説⁽¹⁰⁾では、1審判決のような理解によって適用を限定するのであれば、死亡結果が生じない「同時傷害」の事案であっても、第2暴行が傷害を「悪化」させていれば本条の適用が排除されることになるはずであるが、本条の適用が問題となるような事案ではいずれの暴行も単独で結果を生じさせ得るだけの程度に達しているから、第2暴行によって傷害を悪化させないということは通常考え難いため、本条の適用が認められる場面が極端に少なくなってしまうとする指摘⁽¹¹⁾や、1審判決のような択一的認定に基づいていずれにしても第2暴行に因果関係を認め得ると考えたとしても、この程度の「特定」で本条の適用を排除してしまうことは立法趣旨にそぐわないとする指摘⁽¹²⁾がなされている。しかしまず、これらの指摘においては、その前提として1審判決が「第2暴行が傷害を悪化させればおよそその程度を問わず直ちに最終的な傷害・死亡結果との間に因果関係が肯定され、本条の適用が排除される」としたものと理解されているように見受けられるが⁽¹³⁾、そのような理解は行き過ぎのきらいがある。むしろ上述のように悪化が有意の程度に到達し「重篤化」したと評価される場合に限って初めて第2暴行につき因果関係を認め本条の適用を排除する立場である⁽¹⁴⁾と解する余地も十分にあるのではないと思われる。さらに本稿では立ち入らないが、1審判決の解釈を採用した場合に本当に適用範囲がそこまで極端に限定されることになるのかについてもはっきりしないし、そもそも例外規定である本条の適用範囲を制限することが不当であるとする価値判断それ自体に疑問を差し挟む余地がある⁽¹⁵⁾。

(10) 細谷泰暢・最判解刑事事篇平成28年度1頁以下。

(11) 細谷・前掲注(10)26頁以下。

(12) 細谷・前掲注(10)27頁。

(13) 松尾誠紀「判批」刑事法ジャーナル49号(2016年)189頁は、傷害を単に「悪化」させれば、既に生じていた部分も含めて「全体」の傷害結果が常に帰責され、さらに死亡させた場合についても同様となるという理解を前提として、1審判決につき同様に解する。しかしこの理解にそもそも疑問がある(5で検討する)。

(14) この点につき杉本・前掲注(7)185頁。このように考えると、第2暴行が有意な変更を加えたとは評価できない場合には、㊸の1審判決・控訴審判決と同様、第2暴行については法的因果関係が否定されることになる。

その後、差戻しを受けたのち、まずZに対する第2次1審判決⁽¹⁶⁾においては、第1暴行と第2暴行との間には時間的場所的近接性が認められるのみならず、その間の中間暴行も含め、目的の共通性が認められ、一貫してAが支配下に置かれて危険な暴行に晒されやすい状況が継続していることから機会の同一性が肯定されるとされるなど、上告審決定において示された適用要件がいずれも充足されていることが認められ、本条が適用されて、改めて同人に対し傷害致死罪の成立が認められているが⁽¹⁷⁾、量刑理由の中で、本件では結果的に致命傷の原因である暴行が特定できなかったに過ぎず、少なくとも結論的には1審判決が述べていたように「第2暴行と死亡との間の因果関係自体は肯定される」という判断が示されていることが注目される。

他方、分離されたX・Yに対する第2次1審判決⁽¹⁸⁾においても、第1暴行と第2暴行とは外形上共同実行に等しいと評価できる状況で行われており機会の同一性が認められるとされたが、さらに、207条の適用を免れるために具体的にX・Yが何をどの程度「立証」する必要があるのかが問題となった。この点につき裁判所は、(a) 本条の趣旨からして、第1暴行のみによって死因となった傷害を生じさせた可能性のみならず、「第1暴行と第2暴行とが不可分・不特定に相まって本件傷害を生じさせた可能性も否定されなければならない」とした上で、(b) その立証の程度については、被告人側が直ちに検察官側と同程度の責任を負うと解する論理的必然性はないとして、合理的な疑いを容れない程度の「証明」ではなく、証拠の優越の程度の「立証」をもって足りるとした⁽¹⁹⁾。そして本件では、死因となった傷害の形成に影響したと考えられる4か所の出血原因が認められるところ、各出血原因

(15) これらの点に関し、水落伸介「同時傷害の特例（刑法207条）の限定的解釈に関する一試論」法政理論53巻2号（2021年）14頁以下参照。

(16) 名古屋地判平成28年11月25日LEX/DB25544750。

(17) 懲役10年の刑が科されている。

(18) 名古屋地判平成30年11月26日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25562104。評釈として、宇藤崇「判批」法学教室467号（2019年）132頁。

(19) (b) に関しては既にも上告審決定の調査官解説（細谷・前掲注（9）22頁）や学説（田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』（2019年）375頁、高橋則夫「判批」ジュリスト平成28年度重要判例解説173頁など参照）によって指摘されていた内容と同趣旨であると思われる。

に対応する暴行や、各出血原因の傷害に対する寄与の有無及び割合は特定できなないとした上で、既に第1暴行の時点でAの状態は相当悪化しており、第2暴行のみによって上記すべての出血原因及び死因となった傷害が形成された可能性はそれほど高くないこと、他方で第2暴行がいずれの出血も生じさせておらず、また悪化すらさせていないということも考えにくく、第1暴行のみが死因となった傷害を形成した可能性もそれほど高くないこと、むしろ、頭部に対する強い衝撃を与える暴行を多く含む第1暴行により、少なくとも4か所の出血原因のうちのいずれか一部又は全部が生じたことでAの状態が悪化し、その後に加えられた第2暴行でその余の出血が生じ、あるいは第1暴行で生じていた出血を悪化させ、急速にいびきをかくような状態に至ったとみるのが最も合理的な機序であるということが述べられ、結局、「証拠の優越」の程度において、両暴行が作用して傷害が形成された可能性を否定するだけの立証はなされていないから、両名に本条が適用されて傷害致死罪が成立すると結論付けられている⁽²⁰⁾。

これに対してX・Y両名が控訴したが、第2次控訴審判決⁽²¹⁾も機会の同一性を肯定し⁽²²⁾、責任を免れるための立証についてもなされていないとして控訴を棄却した。そして後者の判断に際して第2次1審判決が示した内容は正当であるとしているが、本稿の見地からは、上述した(a)責任を免れるための立証命題の内容について以下のように述べられている点が注目される。すなわち、本件のように各暴行に時間的先後関係がある事案では、「時間的に後行する暴行が、先行する暴行により生じた傷害結果に何らかの寄与をする場合があること」も207条の射程内にある。従って責任を免れるためには、両暴行が「相まって」本件傷害を生じさせた可能性についても否定する必要がある。他方、第2次1審判決が「不可分・不特定に相まって」傷害を生じさせた可能性と説示している部分についてはその意味が必ずしも明ら

(20) 両名共に懲役10年の刑に処されている。

(21) 名古屋高判令和元年11月29日高刑速令和元年510頁・LEX/DB25564720。

(22) そこでは、暴行全体が一定の共通した方向に継続して向けられているという能動的要素が常に必要と解するのは失当であり、第2次1審判決が認めた程度の事実関係があれば本要件は充足されると判断されている。

かでなく、「本件傷害の形成に影響したと考えられる2か所の脳挫傷と少なくとも2か所の架橋静脈の断裂への影響を意識しての表現とも思料されるが、そこまでの分析が必要とは思われないし、かえって議論の混乱を招きかねないことから、『互いに作用しあって』あるいは『一緒になって』の意味である『相まって』との説示で足りるというべきである」と述べられている。この部分は本件における死因形成の一つの可能性として想定される機序につき、複数の行為に結果帰属が肯定される際の理由を説明しているものと考えられる。

その後、第2次上告審決定⁽²³⁾も弁護人の上告を棄却し、上記の結論が確定するに至っている。

(3) 検討

本稿の見地から検討すべきであるのは、第1に、仮に第1暴行が死因となった傷害を形成していたとすると、本件における第2暴行につき、1審判決以来前提とされている通りに上記傷害を「悪化させた」という理由で因果関係を肯定し得るか、第2に、本件のようにいずれの暴行が問題となった傷害を形成したか不明であった場合において、207条の適用及びかかる傷害についての帰責を免れるために立証すべき内容はいかなるものか、という点である⁽²⁴⁾。

第1の点については、本稿の理解から第2暴行に因果関係を肯定し得るのは、傷害結果であればその程度を有意に悪化させたといえる場合、死亡結果であればその死期を著しく早めた（重篤化させた）場合や具体的態様を大きく変更したと評価できる場合、ということになる。第2次1審判決及び第2

(23) 最決令和2年7月22日 LEX/DB25566932。

(24) そもそも致死事案に207条を適用できるか、問題となる致死・致傷結果についていずれにせよ責任を問われる者が存在する場合におも本条が適用できるか、といった点は別途問題となるが、本稿ではこれらの点には立ち入らない。照沼・前掲注(5) 82頁以下、92頁以下、安田拓人「同時傷害の特例の存在根拠とその適用範囲について」『山中敬一先生古稀祝賀論文集下巻』（2017年）81頁以下、城下裕二「同時傷害の特例と限定解釈」『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』（2018年）49頁以下、水落・前掲（注15）37頁以下、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（2021年）58頁以下などを参照。

次控訴審判決で認定された事実関係からは、仮に第1暴行が死因となった傷害を形成していたとしても、第2暴行も有意にその程度を悪化させたという評価は容易に導けるように思われる⁽²⁵⁾。問題となるのは死亡結果であるが、第1暴行の態様、また中間暴行を経て第2暴行に至る間の被害者の状況を前提とした上で、第2次1審判決及び第2次控訴審判決で認定された事実関係も踏まえて考えれば、まずAの死期については既に切迫しており、これを「著しく早めた」とまで評価することはいささか難しいかもしれない。しか

-
- (25) このようにみえてくると、1審判決は死因となった傷害を「有意に悪化させた」という独立した傷害結果を想定した上で、この点については生じさせた者が「特定」され責任が問われる(従って致死結果についても責任が問われる)ため、本条の適用が排除されると判断したと解される(杉本・前掲注(7)185頁以下)。これに対して、佐伯ほか編・前掲注(7)15頁(玄執筆)は「誰の手によるのか特定された傷害」は本条の対象となる傷害には含まれないと批判(?)するが、まさに1審判決がそのように解した上で本条の適用を排除したというのが上記の趣旨であり、この点に関する限り論者の指摘する内容との間に差異はない。そして、仮に第2暴行が傷害の程度を有意に悪化させたとみられるのであれば、(a)死因となった傷害を形成したか、あるいは(b)それとは異なる形で「傷害」を惹起したかのいずれかであることが認められるものの、本件はそれ以上(a)と(b)のいずれであるかは確定できない事案であったということになる。このような場合に本条の適用を否定するのか(1審判決)、なお肯定するのか(控訴審判決・㉔)という点で「対立」があったとする整理が妥当であることについては、疑いの余地はないように思われる。

むしろ問題と思われるのは、逆に論者において1審判決の判断内容を内在的に確認していくという姿勢が不足しているため、第2暴行における「因果関係」の具体的な判断過程に関する検討がまったくなされておらず(例えば、玄守道「刑法207条(いわゆる同時傷害の特例)の適用要件とその適用方法について」立命館法学375・376号[2017年]318頁参照)、そのために噛み合った議論の実現が妨げられているように見受けられる点である。他方、論者は執拗に「共同正犯擬制効果」が死亡結果にも及ぶのか(この場合は「同時致死類型」であるとする)、それとも傷害結果に限定されるのか、という問題提起を行っているが(同317頁、323頁など)、そもそも一般的な共同正犯の構造理解に照らすとき、207条の適用事案において問題となるのは突き詰めれば結局は意思連絡に由来する心理的因果性が欠如していることであって、対象となる結果が傷害か死亡かによってその点に差異が生じるわけではない。従って、本条における結果を「傷害」に限定しつつ、それが死因を形成した場合に致死結果についても因果関係を肯定するということは、結論に対する賛否は別にして、こうした理解を前提とする限り特段矛盾を孕むものではない。本件1審判決と控訴審判決の結論の差についても、必ずしも本条の「傷害」という文言に死亡を含めるか否かの理解の差に基づく(同327頁)わけではないように思われる。

し他方で、X・Yが結局手を下していない状況において、Zが独自かつ執拗に中間暴行及び激烈な第2暴行を加えてAを「急速に」昏睡状態に至らせたということであれば、第1暴行によって生じていたと想定される死亡結果とはその態様を大きく異にするものになっていたと評価することは可能なように思われる。もし仮にこのような機序であったことが認められた場合には、第2暴行につき死亡結果との間でも因果関係を肯定できるので、その場合は207条を適用せずに、両暴行につき（同時犯として）傷害致死罪が成立することになる。

他方、第2の点については、第2次1審判決及び第2次控訴審判決が、死因となった傷害発生の機序として、(a)第1暴行のみが生じさせた場合、(b)第2暴行のみが生じさせた場合、(c)両暴行が「相まって」生じさせた場合、という3通りの態様を示していることから、これらを法的因果関係論の問題に引き付けた際に、各暴行との関係で具体的にどのような結果帰属のバリエーションが認められるかにつき前提として確認しておくことが有益であると思われる。まず(a)では、第1暴行については直接実現型として因果関係が肯定され、第2暴行については上述の通り「大幅変更」と評価できる場合に限り因果関係が肯定されることになると解される。次いで(b)では逆に第2暴行について直接実現型として因果関係が肯定されるが、直接傷害を形成していない第1暴行については間接実現型としての帰属の余地のみが残る。しかし、同時傷害の事案においては各人が問題となる暴行を分担していることが前提であることから、第1暴行の物理的影響が第2暴行に及ぶという態様のみが想定されるところ、(b)の場合にはそうした事情が認められない。さらに、共犯類型（特に共同正犯）であれば意思連絡に基づく心理的影響を媒介として一種の間接実現型としての帰属が可能となるが⁽²⁶⁾、こ

(26) 従って、共犯関係の解消が認められる場合や、いわゆる共謀の「射程」外とされる場合については、こうした実行担当者との間接実現型としての密接な結び付きが否定される場合として説明することが可能である。簡潔な説明として成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法I総論〔第2版〕』（2020年）383頁（照沼亮介執筆）、より詳しくは照沼亮介「いわゆる『共謀の射程』と『教唆の射程』」『増田豊先生古稀祝賀論文集 市民的自由のための市民的熟議と刑事法』（2018年）204頁以下。

れを欠く同時傷害の場合にはそうした作用形態が観念できないため、このような形で帰属の余地も認められないことになる。以上から、この場合には第2暴行についてのみ結果帰属が認められ、傷害致死罪が成立することになる。最後に(c)の意義が問題となるが、差し当たり第2次控訴審判決が指摘する通り、「不可分・不特定に」相まって生じさせるという説明では、どの程度不明瞭であるときにこの程度に達しているといえるのか、というさらに難解な評価問題が生じてしまうおそれがあり、適当でないと思われることから、「互いに作用しあって」あるいは「一緒になって」の意味である「相まって」という状態を想定した上で考えることにする。本稿のこれまでの検討からは、間接実現型や危険状況設定型という類型における、介入事情となる他人の行為との間に経験的通常性の見地からの強い結び付きが認められないのであれば、なお複数の行為のいずれについても因果関係を肯定できる場合というのは、結局は(a)で述べた通り、第2行為が有意な変更を加えたと評価できる場合に限られることになると解される。さもないといずれの行為についても条件関係の存在のみで常に既遂同時正犯としての処罰が可能となり、わざわざ207条のような規定を設けて「救済」する必要が存在したのかすら疑わしいということになってしまうからである。そうすると、(c)における「互いに作用しあって」「一緒になって」結果が生じた場合というのは、結局、いずれの行為についても死因となった傷害につき法的因果関係の存在を認めることができない場合であると理解される。

以上の検討を前提として本件におけるX・Yについてみると、まず(a)第1暴行が死因を形成したことは認められていない。また(b)第2暴行が死因を形成したことも認められていない。そこで(c)の状況であったことを前提とした上で、第2次1審判決及び第2次控訴審判決が、第1暴行が「作用」していることを否定するだけの立証ができていないとして帰責を認めたことの当否が問題となる。これは結局、自身の加えた暴行が経験則に照らして「何らかの物理的影響を及ぼした可能性」をすべて否定しなければならないということに帰着し、被告人にとってかなり過酷なハードルを課しているように思われる。他方で、本条適用の前提としては、平成28年決定が要求した通り、被告人が問題となる傷害を生じさせ得るだけの「危険性」

を有した暴行を加えていることが必要とされており、その意味では本条の適用範囲には一定の限定がかけられている⁽²⁷⁾。しかし、ここでの「危険性」は法的因果関係の判断における具体的に性質と対象を特定された危険性であることを意味していると解される⁽²⁸⁾、本件のような事案においては容易に充足され得ることになる。そして、これが対象となる傷害に向けて「物理的にまったく作用していない」という場合は実際上考えられないのではないだろうか。

確かに両判決の示した判断基準はおおよそ論理的に成り立ち得ないようなものではないが、それが唯一必然の帰結というわけではない。むしろ上記のような問題点に鑑みると、弁護人の主張したように、第1暴行が死因となった傷害を形成した可能性を打ち消すだけの立証さえすればそれで足りるとする解釈の方が明快であり、実際の本条の適用範囲としても好ましいように思われる。これに対して第2次1審判決は、このような理解を前提とすると、同一の機会に行われた各暴行が「相まって」傷害を生じた可能性を具体的に否定できないとの心証に至った場合には、どの行為者に対しても傷害結果を帰責させられない事態を多く招来し得るところ、このような帰結を許せば本条の趣旨を没却することは明らかであるとする。しかし、各暴行が「相まって」傷害が生じた可能性があるが、結局いずれが原因かは特定できないというときに、被告人側において自身の加えた暴行が原因ではないという立証を実際に成功させているにもかかわらず、さらに重い立証責任が常に課されるというのは適切とは思われない。本件で問題とされたようなかなり複雑な傷害発生の機序を被告人が自身の意思に基づいてコントロールできるという状況は実際上考え難いところ、この点を立証の対象として掘り下げた検討を行わせ、失敗すれば結果帰属を認めるというのは、結局は偶然によって適用の有無が決まるということに等しい。本条の例外的な性格を前提として承認する以上⁽²⁹⁾、その適用範囲についてはやはり可能な限り厳格に解するという

(27) 最決令和2年9月30日刑集74巻6号669頁ではまさにそうした判断が示されている。

ここでは同時犯との外形的な共通性、先行者と後行者の関与・当罰性の同等性が重視されており（判時2478号147頁の匿名解説参照）、興味深い。

(28) 細谷・前掲注（10）19頁。

スタンスが望ましいように思われる。

5 承継的共犯をめぐる議論との関係

(1) 平成24年決定における「傷害結果」の意義

㊸最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁⁽³⁰⁾(以下、平成24年決定とする)においては、先行者の加えた第1暴行ののち、被告人が意思を通じて加担した第2暴行が行われ、被害者が傷害を負ったが、最高裁は、被告人の加担以前に生じていた傷害結果については第2暴行と因果関係を有することはないから責任を問われず、加担後の第2暴行によって「傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」として、承継的共同正犯の成立を否定した⁽³¹⁾。

本稿との関係で問題となるのは、㊸に付された補足意見において、加担後に傷害の発生に寄与した程度が具体的に特定できない場合においても、例えば暴行の態様や傷害の発生部位、傷病名などがある程度特定されていれば、「加療期間不明の傷害」として認定・判示した上で、全体として被告人に有利な加療期間を想定して量刑判断を行うことは許されるのであり、これは(本件とは異なり)加担後に傷害を「重篤化させた」とまではいえない場合においても同様に考えられるべきとされていること⁽³²⁾、及び、加担後の傷害の発生に寄与したか否かが不明である(加担前とは別個の傷害を発生させたとは認定できない)場合には「暴行罪の限度での共同正犯の成立に止めることになるのは当然である」とされていること⁽³³⁾の意義をどのように理解すべきかである。

法廷意見及びこれらの内容を素直に読めば、㊸における「傷害の発生に寄

(29) 細谷・前掲注(10)31頁。

(30) 本決定に対する私見については成瀬ほか編・前掲注(26)367頁(照沼亮介執筆)参照。

(31) ただし、第2暴行が傷害を「相当程度重篤化させた」ものであることなどに照らし、承継を肯定した原判決を破棄すべきとまではいえないと評価して弁護人の上告を棄却している。

(32) 刑集66巻11号1286頁。

(33) 刑集66巻11号1286頁以下。

与したこと」というのは、被告人の加担後に初めて傷害を「重篤化させた」と認められることを指すのであって、第1暴行によって既に生じていた傷害結果の部分については含まれないと解される。ところが調査官解説⁽³⁴⁾をはじめ、学説には、加担前に生じていた傷害と加担後に生じた傷害を分離して評価することに適さない場合があるとした上で、後行者は悪化・拡大した後の最終的な傷害結果「全体」、すなわち加担前に生じていた部分も含めて帰責されると解するものがみられる⁽³⁵⁾。これは寄与の程度に関する立証・事実認定の困難さを回避しようとする実践的意図に基づいているとみられるが⁽³⁶⁾、㉓の法廷意見自身が既に、本件は第2暴行が加担以前に生じていた傷害を「相当程度重篤化させた」事案であったことを重視して上告棄却の帰結を導いたものである以上、加担以降に悪化させた程度を不問とするような考え方はこうした㉓の内在的理解として誤っていることが明白である。

もっとも、本稿の見地からより問題と思われるのは、これが各則における「傷害結果」の解釈論として主張されていることから、承継的共犯の事案に限らず、同時犯が問題となる場合にもこうした説明が常に妥当することとなり、その結果として、およそ後発的に「暴行」を加えた場合には、その具体的な危険性・寄与度のいかんを問わず、最終的に生じた「結果」全体について常に因果関係が認められ、帰属されることになるという点である。このような帰結は単に共同正犯の成立要件や207条の適用要件を潜脱するのみならず、おそらくは何らかの事実的寄与の存在が確認されるだけで常に「全体」結果の帰属を認めることとなり、本稿でこれまで見てきたような、例えば「原因」を形成したか否か、「有意の」悪化・拡大・重篤化が認められるか否

(34) 石田寿一・最判解刑事篇平成24年度455頁以下。

(35) 松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」法と政治64巻1号（2013年）14頁以下、水落伸介「判批」法学新報121巻3・4号（2014年）335頁、十河太朗「承継的共犯論の現状と課題」『理論刑法学の探究⑨』（2016年）154頁以下など。橋爪隆「刑法総論の悩みどころ」（2020年）388頁以下は、後行者の生じさせた傷害の内容や程度によって結果を切り分けることが容易であれば加担後に寄与した部分についてののみ帰責されるが、その判断が困難である場合には全体について帰責されざるを得ないとする。

(36) そもそも分離評価に「適さない」という表現自体が既にミスリーディングであって、「帰責できなくて困る」という価値判断を述べているものでしかなく思われる。そのような理由のみで帰属を肯定するのであれば利益原則の意義は失われるであろう。

か、といった法的因果関係論の判断基準及び立証・認定の意義を、こと傷害結果・死亡結果に関する限り失わせてしまうおそれがある⁽³⁷⁾。そうであるにもかかわらずこれらの論者は「結果」を集積・統合すべき必要性について説くのみであり、複数の行為すべてに「因果関係」が肯定されるべきとする根拠やその限界については言及していない。

(2) 共犯において独自の「結果」概念を想定する見解

さらに近時では、上記の見解と同様、傷害結果、死亡結果の双方につき識別・分離不能な場合には最終結果を一つの「結果」とみるべきだとした上で、そう解したとしても因果性を持たない結果を帰責することになるわけではないとする見解がある⁽³⁸⁾。しかしこの見解も、逆になぜ寄与の程度を一切問わずに「因果性」=促進関係が肯定されることになるのかの理由付けを示していない。そのため、このままでは上記の見解と同様に、単独犯・同時犯の場合にも悪化させた度合いを問わず、常に事実的因果関係の存在のみですべての行為に結果全体の帰属を肯定することになってしまおうと思われる⁽³⁹⁾。

その後、論者はさらに考察を進め、共犯⁽⁴⁰⁾については、単独犯と同様に

(37) 結果を過剰に一体化することによって因果関係の判断を潜脱することが不当であるというのは、行為を過剰に一体化して因果関係の判断を潜脱することが不当であること(例えば、照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」『理論刑法学の探究⑦』[2014年]50頁以下)と同様である。仮にこのような前提理解が共有できないのなら、因果関係論の意義についての理解の共有も困難になってしまうのではないと思われる。

(38) 谷岡拓樹「承継的共犯の判例について(3・完)」早稲田大学大学院法研論集172号(2019年)130頁以下(特に134頁、136頁)。

(39) 照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」『刑事法の理論と実務②』(2020年)119頁。

(40) 論者は差し当たり狭義の共犯を対象を限定しているが(谷岡拓樹「因果的共犯論と承継的共犯」早稲田法学会誌71巻1号[2020年]231頁)、共同正犯についても基本的に同様に解すべきであることが示唆されていた(同232頁、265頁)。その後、「支援」か「心理的拘束」のいずれか一方が認められれば、単独正犯の場合に比して犯罪実現の可能性が高まる「プラス α 」が認められ、従来議論でいうところの共謀共同正犯の成立が肯定できるとする理解が示されている(同「因果的共犯論と共同正犯」早稲田法学96巻3号[2021年]139頁以下、161頁以下)。しかしここでは、実際に当該関与者の寄与が犯行の実現に対して具体的に影響を及ぼしたことが認められる場合とそうでない場合と

法益侵害を処罰根拠とする「因果的共犯論」を出発点としても、そこで前提とされる、因果性の内容を「促進関係」で足りるとする理解を維持するためには、単独犯と同様の「結果」理解を維持することはできないとして、共犯において惹起されるべき「結果」とは、現実生じた正犯結果に対する「寄与」それ自体であると解さざるを得ないと主張する⁽⁴¹⁾。論者はこのような理解から、共犯については正犯行為というルートを介さずに処罰根拠を充足でき、構成要件該当事実「全体」に対する因果性を及ぼす必要はなくなるから、承継的共犯も一定の範囲で肯定し得るとする⁽⁴²⁾のである。

確かに狭義の共犯に関する限り、正犯行為による不法の実現過程に介入し、同伴して「実現へと送り届ける」⁽⁴³⁾という論者の理解それ自体は適切であろう。しかしそうした帰結を導くために、およそ「共犯が惹起すべき結果は一部のみで足り、正犯行為を介する必要はない」とまで断言する必要はないと思われる。それどころか、正犯行為に「介入」「同伴」というのであれば、むしろ逆に正犯行為というルートを通じて初めて結果発生を促進し得ると解するのが筋であって、こうした関係を欠いたままだ別個独立に並存しているだけの行為については、そもそも「共犯」（「共」に「犯」す）という語義にそぐわない⁽⁴⁴⁾。また論者の前提からは、およそ犯罪類型の違いを問わずに承継的共犯が全面的に肯定されることになり得とも思われるところ、実際には各論解釈によって「促進」が認められ承継可能だとする範

が同一視されており、因果性が「希薄」な場合にも問題なく共同正犯の成立が認められるとされているため（同 166 頁）、成立要件充足が認められる最低限のラインが極めて不明瞭となっており、嫌疑刑の疑いが生じているように思われる。

(41) 谷岡・前掲注 (40)「因果的共犯論と承継的共犯」252 頁。

(42) 谷岡・前掲注 (40)「因果的共犯論と承継的共犯」253 頁以下。

(43) 谷岡・前掲注 (40)「因果的共犯論と承継的共犯」257 頁。

(44) そもそも共犯を単独正犯とあらゆる意味において全面的に同様の「惹起」類型と解し、従属性については後付けの（政策的）限定として把握するという立場は、理論上は純粹惹起説のコロラリーとして位置付けられるが、それは必ずしも支持を得られているわけではなく、むしろ正犯不法の存在を前提とし、これを処罰根拠論の内部に組み込んで把握するというのが処罰根拠論に関する現在の一般的な理解であると思われる。論者はそれでは促進関係で足りることの説明ができないとするが、惹起説を前提とする場合にそこまで厳格な理解が必須となるわけではないであろう。

囲を相当程度限定している⁽⁴⁵⁾。その帰結自体は妥当と思われるものの、前提となる結果概念及び共犯理解との整合性については必ずしも明らかではない。特に問題となるのは強盗致死傷罪などの致死・致傷類型に関する処理であり、論者の前提からはむしろ「最終的な結果」との関係で一因を担ったといえるのであれば常にこれらの致死・致傷結果「全体」との関係で因果性が肯定されるというのが筋であろう。仮に不法の内容を「区分」した上でその単位毎に促進の範囲を制限するというのであれば、やはり当初の前提となっている結果概念、共犯理解に見直すべき点があるのではないかと思われる⁽⁴⁶⁾。

VI 刑罰目的論と結果帰属

1 一般予防との関係

近年の学説においては、客観的相当因果関係説から出発しつつ、介在事情の発生時期のいかんにかかわらず、通常人にとって利用可能な因果経過が相当因果関係であるとして、一般予防の必要性の程度によって法的因果関係の有無が判断されるとする見解が有力に主張された⁽⁴⁷⁾。しかし既に指摘されているように、通常であれば人が利用しないような特殊な因果経過であったとしても、行為者が特に知った上でこれを利用したと評価できるのであれば、法的因果関係を否定すべきではない⁽⁴⁸⁾。これまで見てきた実際の判例

(45) 事後強盗罪、強盗・強姦性交等罪、強盗致死傷罪、過失運転致死傷アルコール等発覚免脱罪(及び証拠隠滅罪)につき、それぞれ否定的な結論が導かれている。谷岡・前掲注(40)「因果的共犯論と承継的共犯」259頁以下。

(46) 以上のほか、こうした共犯理解からは故意の認識対象についても大幅に削減されることになり得る。この点につき、例えば小池直希「故意の認識対象と符合の限界(2・完)」早稲田法学96巻1号(2020年)122頁参照。

(47) 町野朔『刑法総論講義I [第2版]』(1995年)164頁以下、同『刑法総論』(2020年)140頁以下、山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(2003年)26頁以下(高山佳奈子執筆)、堀内捷三『刑法総論 [第2版]』(2004年)73頁以下、林幹人『刑法総論 [第2版]』(2008年)128頁以下など。

(48) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)64頁以下、橋爪・前掲注(35)8

のうち、例えば間接実現型において結論的に因果関係が肯定されている事例群において、「一般予防の必要性の有無」という見地からその帰結を整合的に評価することが可能であると到底思われぬ⁽⁴⁹⁾。

また、一般予防は事前に行為に出る段階で問題とされるもの、すなわち「行為」の評価にかかわる問題であって、異常な事情が介在したことによって事後的にその必要性が減少するようなものではないと解される⁽⁵⁰⁾。従って、既遂犯と未遂犯との間の不法の重さの差異は、予防の必要性とは区別された次元において基礎付けられなければならない。その理由は、以下のように説明可能であろう⁽⁵¹⁾。すなわち、制裁規範である刑罰法規から導出される内容のうち、行為者に向けて示された行動規範に違反する態様の行為がなされたことが認められれば、その段階において、（立法者によって想定された）一定の性質・範囲に限定された一般予防の必要性の存在はひとまず確認されたと考えられる。例えば殺人罪の実行行為がなされたのであれば、同罪において予防されるべき態様の行為が出現し、これに対応した否定的評価がなされたことになる。もっとも、それのみでは未だ抽象的な「一般予防の必要性」の存在が確認されたにとどまり、その行為が実際に外界においてどのような事態を実現させたかについては別個の観点から評価されねばならない。なぜならそれは、法益の完全性・平等性を保障する規範（保障規範）に違反した事態がいかなる質・量を伴って生じたかという問題であって、等しく無価値「評価」を構成するものではあっても、行動規範違反の問題とは評価の対象を異にしているからである⁽⁵²⁾。殺人罪であれば、それが危険を創

頁。さらに、山口編著・前掲注（47）38頁（山口厚執筆）。

(49) 例えば注47に掲げた論者の内部においても近年の重要判例に対する評価は大きく分かれているが、そのこと自体、予防の必要性の有無によって因果関係の判断を行うというアプローチの問題性を示しているように思われる。

(50) 佐伯・前掲注（48）65頁、橋爪・前掲注（35）8頁、安田拓人「実行行為と因果関係」法学教室487号（2021年）97頁。

(51) 以下の説明については、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）152頁以下、162頁以下、同・前掲注（39）56頁以下も参照。

(52) この両者は、前者の判断に際しては行為者側の「行為」の構造分析が意義を有するのに対し、後者の判断に際しては後述の通り外界にいかなる作用を生じさせたかの分析が中心となるという点で異なっている。ただし、最終的にはそれら双方が相俟って初めて無

出したにとどまるのか、あるいはさらにそこで創出された危険性が侵害結果の中に実現したと評価され得るのか、という問題は、具体的に対象とされた法益主体との関係で現実にとどの程度までの被害が生じたと評価され得るかということにほかならない。因果関係の判断はまさしくこの次元に位置付けられるべきものである。

もっとも、こうした評価を経て初めて予防の必要性が(一定の範囲に⁽⁵³⁾)定まり確証されたと形容することも理論上は可能であるのかもしれない。しかし、そのような観念的な説明に依拠するのみでは不明瞭に過ぎ、安定的な判断が不可能となり、経験的な見地からの検証可能性も失われることにならざるを得ないであろう。一般予防の必要性とは、ある行為が特定の刑罰法規において立法者が想定した一定の範囲に含まれる性質を具備したことによってひとまず充足されるものであって、これによって実際にいかなる程度の害が生じたと評価され、さらにいかなる程度の非難がこれに対応するのか、といった判断を行う局面においては有効な指標とはなり得ないように思われる⁽⁵⁴⁾。

価値評価を構成するのであるから、しばしば言われるような内部的統一性の問題(例えば松原芳博『刑法総論[第2版]』[2017年]105頁)が生じるとは思われない。そもそも相互に対立する複数の原理を前提とした上で犯罪論体系を構築するのであれば、位置付けとしてどの段階で行うにせよ、こうした統合的説明を図ることは不可避である。逆に、批判的な論者の構想においてこうした点の説明に成功しているかは疑問である。瀧川裕英「相対的応報論という二元論」刑事法ジャーナル54号(2017年)24頁参照。

(53) これはあくまでも原則的に不法評価がここでひとまず確定したことを述べるに過ぎず、例えば違法性判断の段階においてもなお各種の阻却事由の検討が必要となることもあるし、その後の有責性判断の段階でさらに「責任刑」を確定させるための検討が必要となる。そしてそれらすべてを経たとしても、現実の刑量の確定に至るまでにはさらに膨大な要素についての考慮・検討がなされねばならない(原田國男『量刑判断の実際[第3版]』[2008年]5頁)。狭義の量刑判断をめぐる最近の議論として、小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学1号(2004年)213頁以下、同「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(1)(2)(3・完)」慶應法学6号(2006年)1頁以下、同9号(2008年)1頁以下、同10号(2008年)21頁以下、城下裕二『量刑理論の現代的課題[増補版]』(2009年)239頁以下、野村健太郎『量刑の思考枠組み』(2020年)3頁以下、63頁以下、79頁以下など。

(54) 小池「量刑における消極的責任主義の再構成」前掲注(53)273頁は、一般予防のみを基準とした量刑の実現可能性に対する「あまりに楽観的な姿勢」や「経験科学に対す

以上に対しては、刑罰目的を一元的に一般予防に求めつつ、これを違法性判断の段階に位置付けてしまうと不当に重い非難・科刑が導かれるおそれがあるから、違法性判断の内容は法益侵害・危殆化に対する回顧的な評価に尽きると解すべきだとする主張もある⁽⁵⁵⁾。しかし、論者も最終的に責任段階において非難の量＝責任刑の重さを判断する作業につき、一般予防目的と（消極的）責任主義という「対立する二つの原理」⁽⁵⁶⁾の均衡点を探究するという一種の価値判断として位置付けているのであるから、その具体的な判断プロセスのいかんによって「不当に重い科刑に至るおそれ」があることそれ自体は、判断の場を体系上のどこに求めるにせよ変わらないであろう。そもそも違法判断を回顧的「評価」とする場合であっても、それは「規範に照らした評価」であって、そこでは刑罰目的に基づく「規範」の設定が立論の前提となっている以上、一般予防の必要性を基礎付ける「規範違反」が存在するのでなければ実体が伴わないことになる。そうすると結局は法益侵害・危殆化という事態の発生がいかにして「一般予防の必要性」と結び付くのかの根拠付けが求められることにならざるを得ないが、論者においてそうした説明は見当たらない。責任非難の段階に至って突如として「一般予防の必要性」がどこからともなく生じてくる、というわけにはいかないと思われる⁽⁵⁷⁾。

る無垢な信頼」を厳しく批判する。また、同「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)」前掲注(53)は、個々の科刑によって予想される一般予防効果を具体的に示すことは不可能に近い(44頁)とした上で、刑罰目的としての一般予防論は「いかなる行為を処罰対象たる『犯罪』と考えるか、およびその『重さ』をいかなる事情を考慮して判断するかの実質的な基準を提供することでその役割を終える」(45頁)と説明し、その後、「価値ある法益が犯罪行為によって侵害されたということを、国家として公式に確認する」(61頁)という意味における応報の必要性を説いており、基本的に適切な構想であると思われる。ただそうだとすると、論者が犯罪類型によっては一般予防の必要性のみでも処罰が可能であるとする(63頁注228)根拠がさらに問われるであろう。なお特別予防との関係については、小池信太郎「刑の一部執行猶予の現状と相対的応報刑論」刑事法ジャーナル54号(2017年)35頁以下の分析も参照。

(55) 野村・前掲注(53)19頁、21頁以下。

(56) 野村・前掲注(53)27頁。

(57) この点に関し、高橋直哉「刑罰論からみた犯罪者処遇法改革」法律時報93巻4号(2021年)23頁も参照。

2 応報との関係

以上のような本稿の法的因果関係判断に関する理解を刑罰目的論との関係に引き付ければ、それは応報の領域における問題ということになる。もっとも、今日では応報概念の多義性が議論の可視性を著しく損ねていることはたびたび指摘されているところである⁽⁵⁸⁾。ただし、社会の側の「処罰感情」のようなものが刑罰目的(ひいては不法内容)を構成するという理解はおよそ受け容れられないという点についてはほぼ一致が見られるように思われる⁽⁵⁹⁾。また、近年では応報の内容を「法の妥当性の回復」と位置付ける理解も主張されている⁽⁶⁰⁾が、その主眼は結局、積極的一般予防と同種の考慮を刑罰目的論に含めることであると解される⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾ことのほか、このように

(58) 代表的な論考として高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(2018年)150頁以下。そこでは従来主張されてきた理解の多くが実は目的論の枠内に解消されてしまうものであることが示されている。さらに最近の詳細な考察として、十河隼人「刑罰論の概念的・方法論的考察(2・完)」早稲田法学会誌71巻2号(2021年)299頁以下参照。

(59) 佐伯・前掲注(48)6頁、松原芳博「刑法と哲学」法と哲学創刊第1号(2015年)77頁以下、小池「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)」前掲注(53)46頁以下、75頁以下、高橋・前掲注(58)157頁以下、野村・前掲注(53)16頁。それにもかかわらず因果関係論の文脈においては、判例の帰結を合理化する文脈において、その判断が社会における「洗練された応報思想」による評価だとする説明がみられるが^{*}(島田聡一郎「相当因果関係・客観的帰属をめぐる判例と学説」法学教室387号[2012年]12頁)、こうした議論状況に照らすときには適切な説明の仕方とはいえないであろう(さらに他の問題点として、照沼亮介「事後強盗罪における故意なき死傷結果の帰属」上智法学論集58巻3・4号[2015年]31頁)。

(60) 岡上雅美「刑罰正当化論から見た責任概念及び意思の自由」刑法雑誌46巻2号(2007年)258頁以下、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(2016年)87頁以下。

(61) 松原芳博「犯罪論と刑罰論の関係」刑法雑誌46巻2号(2007年)239頁、240頁、同「刑罰の正当化根拠としての応報」『応報の行方 法哲学年報(2015)』(2016年)71頁、井田良「総括コメント—刑法学の立場から」同104頁以下、瀧川裕英「シンポジウム概要」同115頁(岡上雅美発言)。

(62) もっとも論者によれば、積極的一般予防論の主張する「国民一般の司法に対する信頼の安定化」というのは反射的效果に過ぎず刑罰の正当化根拠ではないとされている(岡上・前掲注(60)261頁、飯島暢「応報刑論のルネサンスの射程とその課題」刑事法ジャーナル54号[2017年]16頁)。しかしこのような説明をどこまで額面通りに受け取れるかは疑問である。中村悠人「刑罰論の現代的課題」刑法雑誌57巻2号(2018年)176頁以下も参照。

著しく抽象度の高い概念を処罰根拠の中核に据えることは、（こと因果関係論に限らず）個別具体的な領域における解釈論の指針としては意義が乏しく、経験的な検証可能性を欠いている⁽⁶³⁾ことから、やはり適切とは思われない。

そこで、純粹に「消極的応報」⁽⁶⁴⁾としての意義のみが認められるに過ぎないかが問題となる。上述の通り、本稿は法的因果関係が肯定されることに基づく結果帰属の意義は単にそれに止まるものではなく、不法の構成要素であって、一般予防と並び処罰根拠の内容を形成するものであると考える。換言すれば、応報と一般予防はいずれも不法の必要条件であるということである。ただし注意を要するのは、一般予防の必要性（行動規範に対する違反）とは、その存在のみでは外界に対していかなる侵害・危険を生じさせたのが判明しないものであって、上述の応報（保障規範に対する違反）の内容が確認されることによって初めて一定の量を伴ったものとして把握され得るという点である。つまり、そのままでは抽象的に過ぎて際限なく肯定されかねない不安定さを孕んだ「予防の必要性」が、かかる判断を経て初めて「不法」として具体化・可視化され、検証可能な内容を備えるのであるから⁽⁶⁵⁾、この意味において応報概念は処罰の根拠付けと同時に限界付けの機能をも営んでいるということになる。応報がそれ自体として刑罰目的・処罰根拠の内容を構成するということと、上記の意味における「制約」機能を有するということは矛盾するものではないと解される⁽⁶⁶⁾。

(63) 松原「刑罰の正当化根拠としての応報」前掲注（61）71頁、高橋直哉「刑罰論の現状と課題」刑事法ジャーナル54号（2017年）9頁、野村・前掲注（53）9頁。これは特に、刑罰目的論を離れた個別の解釈論の場面において顕在化する。例えば一部の論者は正当防衛につき本質的に刑罰と同様のものと位置付けた上で試論を展開しているが（飯島・前掲注（60）166頁以下）、その前提にも具体的帰結にも賛成できないことを措くとしても、判断過程自体の抽象度が極度に高いため、その検証が極めて困難であることに根本的な問題がある。

(64) 松原「刑罰の正当化根拠としての応報」前掲注（61）73頁。さらに内藤謙「刑法講義総論（上）」（1983年）125頁以下、城下・前掲注（53）4頁以下、239頁以下。

(65) 応報の判断、さらには有責性の判断というフィルターを経たとしても、処罰の根拠として当初に一般予防の必要性が肯定されている以上は、具体的な科刑・処罰に際してそうした性格が失われるものではない。この点に関し、城下・前掲注（53）263頁参照。

(66) 以上の説明は小池「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（2）」前掲注（53）77頁以下の問題提起に対する応答となると考える。

以上のような、一般予防と応報の双方を要求する不法概念の構想が個別の犯罪類型において具体的にいかんかに反映されるものであるかについての詳細な検討は今後の課題とせざるを得ないが、未遂犯はもとより、(抽象的)危険犯であってもおよそ危険でない/無害な行為を処罰する理由はないのであるし⁽⁶⁷⁾、法益との関連において・法益を指標として処罰根拠の内容を検討することは立法政策論の次元においても依然として必須であると考えられるのであるから⁽⁶⁸⁾、上記の構想には合理的根拠が備わっているものと思われる。

VII おわりに

本稿の主な帰結を掲げれば以下の通りである。

1 間接実現型においては行為と介在事情との間の「経験的通常性の見地からの結び付き」が問題とされるが、さらにより分析的に見るならば、まずは「行為」それ自体をいかなるものとして把握するかにつき、当該犯罪類型において問題となる危険性の性質を踏まえた上で慎重な判断が必要となる。

特に行為者自身の行為が介在する場合には (a) 最初に危険創出の「起点」としていかなる範囲で行為の一体性を肯定し得るかにつき掘り下げた検討がなされるべきであり、これに次いで (b) (一連の) 行為とその後の介在事情との間に密接な結び付きが認められるかが検討されるべきである。特に結果的加重犯のような場合には創出されるべき危険性の範囲が一定の性質を具備したものに限定されることから、特に (a) の判断において慎重さが求められる。

他方、例えば、自律的な意思決定に基づく行為が介在した場合には、当初の行為とは異質な性質の危険性を創出している場合が多いため、第三者・被害者の行為であっても行為者自身の行為であっても、(a) (b) 双方の判断に

(67) 一例として、照沼亮介「公務執行妨害罪の論点」法学教室477号(2020年)11頁。

(68) この点につき、仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断」比較法学53巻1号(2019年)64頁以下。さらに、上田正基「性犯罪処罰規定の見直しに関する議論について」神奈川法学53巻2号(2020年)91頁以下も参照。

において慎重さが求められる。

2 以上のような密接な結び付きが認められない場合にも、従来は共同原因型などとして結果帰属が肯定されることがあったが、まず介在事情の寄与度が有意の程度に達していない場合にはその存在を無視し得る（＝抽象化し得る）ため、そのような説明はそもそも必要ない。

他方、被害者側の特殊事情が介在し直接の原因を形成したような事案ではまさにそこで判断されるべき内容が問題となるが、結果の属性それ自体を詳細に確認することは適正な結果帰属判断の前提であることから、被害者の特異体質についてはそのまま結果の属性として扱うことができる。これに対して結果の内容それ自体には含まれない被害者の「行為」などについては、介在事情として1で示したような形での判断が求められ、行為との結び付きの有無が問題となる。

また、第三者の行為が介在し、その寄与度が非常に高かった場合にも、やはり間接実現型としての処理が原則として必要となる。

3 危険状況設定型とされる類型を理論的に観念することは可能であるが、そこでも介在事情との結び付きの有無は慎重に判断される必要があり、介在事情の性質を（例えば「およそ交通事故」などといった形で）極端に抽象化すべきではない。

4 例えば③〇大阪南港事件決定や③〇熊撃ち銃事件決定、③〇同時傷害に関する平成28年決定などを契機として問題となった、複数の行為につきいずれも結果帰属が可能かという問題については、介在した行為が有意に結果発生を早めたり態様を大幅に変更したことが認められる場合にのみ可能となると解すべきである（大幅変更型）。

これに対し、③〇承継的共犯に関する平成24年決定をめぐる議論において、致傷結果や致死結果につき最終的に生じた「全体結果」との関係で常に複数の行為に帰属を認め得るとする見解があるが、それは各則における構成要件的结果の解釈として論じられているため、同時正犯においてもそのまま妥当

してしまい、上述のような類型をはじめとした因果関係に関する判断基準及び立証・認定の意義を失わせることとなって不当である。

5 因果関係の判断は外界における法益侵害結果との関連性を対象とするものである以上、応報の領域に属する問題である。

最後に、以上のような本稿の立場から近時問題となった危険運転致死傷罪をめぐる議論について簡単に検討しておきたい。東名高速あおり運転事件に関する^{③4}横浜地判平成30年12月14日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25570337では、以下のような事案が問題となった。すなわち、Xは高速道路を走行するA車を自身の運転する自動車で追い越し、4回にわたりその直前に車線変更して減速する妨害運転行為を繰り返したのち、A車の直前に自車を停止させて追越車線上に停止させた。その後Xは降車してA車付近に歩いていき、助手席に乗っていたAの胸ぐらを掴んで同人を車外に引きずり出そうとするなどの暴行を加えたのち、自車に戻ろうとしたが、後方から走行してきた大型貨物自動車がA車後部に衝突し、さらに被告人車にも衝突して、A及びA車を運転していたBを死亡させ、さらに同乗者2名に傷害を負わせた⁽⁶⁹⁾。本件では、いわゆる妨害型の危険運転致死傷罪(自動車運転死傷行為等処罰法2条4号)における死傷結果に対する因果関係の有無が問題となったが、裁判所は、4回にわたる妨害運転行為が本罪の実行行為に該当するものの、これに続く直前での停止行為(時速0キロで停止すること)は、「一般的・類型的に衝突により大きな事故が生じる速度又は大きな事故になることを回避することが困難な速度」であると認められず、本罪の実行行為にはあたらないとした。しかし、これらの行為はXの当初からの一貫した意思に基づいていること、妨害運転行為によってBは恐怖や焦り等から冷静な判断が困難になっており、Xの直前停止行為によって追越車線上での停止を余儀なくされたことなどを根拠として、直前停止行為、及びXが停止後にAに対して加えた暴行は、当初の妨害運転行為と密

(69) X及びX車の同乗者も負傷している。

接に関連した行為であって、本件事故はこれらに誘発されて生じたものであり、Aらの死傷結果は妨害運転行為の危険性が現実化したと評価した。

その後、控訴審である東京高判令和元年12月6日判タ1479号72頁も、A車の停止行為は確かに直前停止行為を直接の契機とするものではあるが、妨害運転行為自体が有している、被害者車両の運転者に及ぼす心理的影響⁽⁷⁰⁾が直接に作用して生じた事態であるとして因果関係を肯定している⁽⁷¹⁾。もっとも、㉔において上述の通り直前停止行為を妨害運転行為と密接に関連した行為であると位置付けられた部分については、そもそも直前停止行為が本件の実行行為に該当しないと判断した以上、「それを実質的に本件の実行行為に取り込むかのような説示は、相当でない」とされており、直前停止行為はあくまでも「介在事情の一つ」と位置付けるべきとする評価が示されている点が非常に興味を惹くところである。

そもそも、妨害型危険運転致死傷罪において要求される「危険」の創出の範囲は一定の内容を伴ったものに限定されるべきであり、従っておよそ速度が生じていない直前停止行為がこれに該当すると解することは文理からしてそもそも無理であるというのは両判決共に前提としているところである。そこで問題となるのは、第1に㉔のように実行行為である妨害運転行為とA車停止の直接の原因を生じさせた介在事情である直前停止行為との間に密接な結び付きを認めて間接実現型としての結果帰属を肯定できるか、第2に控訴審判決のように妨害運転行為がBに対して及ぼした心理的影響を根拠として間接実現型としての結果帰属を肯定できるか、ということになる。

まず第1の点に関しては、㉔は暴行の部分までを含めて一連の行為として扱っていることなどからして、おそらく㉕高速道路路停止事件決定を多分に意識しているものとみられる。しかし同決定における積極的判断の余地はあく

(70) 多大な恐怖心、焦燥あるいは狼狽だとされている。

(71) ただし結論としては、㉔の構成裁判官が公判前整理手続において、因果関係が認められず本罪の成立は認められない旨の見解を表明していた部分はそれ自体越権行為であって違法な措置であり、その後見解を変更して有罪判決を宣告したことはX及び弁護人に対する不意打ちであるとして、Xの手続保障を十分に確保しなかった違法な訴訟手続であることを理由に原判決である㉔を破棄して差し戻している。

までも実行行為の内容・危険創出の内容に広がりのある業務上過失致死傷罪が問題となっていたからこそ認められたのであって、より高度かつ範囲の限定された不法内容が要求される妨害型危険運転致死傷罪の解釈論において無限定に同様の議論を展開できるものではない⁽⁷²⁾。本件では、妨害運転行為が固有のものとして創出した危険性は双方の車両の停止後、状況の変化によって消失しており⁽⁷³⁾、むしろ例えば玉突き事故等と同様に、一般的な高速道路上の交通事故の危険性が実現したとする評価の方が実態に即していると思われる。

他方、第2の点に関しては、まず後続車両の運転者に恐怖や焦燥を感じさせて停止させるという危険を創出したことをもって、本来の実行行為固有の性質を基礎付けられるかが問題となるが、上述の評価からはそのような説明には無理があろう。もう一つの可能性として考えられるのは、Xが繰り返し続けた妨害運転行為の危険性によってBの運転に際しての意思決定の自由・自律性が次第に失われていき、その状況下で強制的に停止させることによって事故の危険性に晒したという形で、一種の被害者（及び後続車両の運転者）を利用した（暴行の）間接正犯として理解する⁽⁷⁴⁾という方向性である。すなわち、本罪において予定されている行為態様を充足していることを前提としつつ、それが同時に強制によって被害者・第三者をして危険な行為に出ることを余儀なくさせる場合には、それらの介在行為が自身の統制に服しているものであることを根拠に、介在行為についても自身の行為と密接に結びついているものと評価し、結論的に直接正犯としての危険創出・実現が肯定される範囲よりもやや拡張された形で危険創出・実現を認め得るという考え方に基づくものである。控訴審判決における因果関係の判断を正当化しようと

(72) これに対してそもそも危険運転致死傷罪を「特別に刑が加重された過失致死傷罪」とみるのであれば、このような問題は生じず、因果関係の判断に際しても直前停止行為のみを切り取る必要はないと解されることになり得る。古川伸彦「あおり運転と危険運転致死傷罪」刑事法ジャーナル60号(2019年)13頁以下、15頁以下、17頁。さらに、内田浩「最近の危険運転致死傷罪に関する裁判例の外観」同7頁以下参照。

(73) この点につき、松本圭史「あおり運転行為と傷害罪・傷害致死罪および妨害型危険運転致死傷罪の成否」早稲田法学95巻2号(2020年)277頁。

(74) この点につき、只木誠「脅迫に起因する傷害」研修872号(2021年)7頁以下参照。

するのであれば、このような方向性くらいしか考えつかない。

もっとも、そもそもこのような形で危険創出の性質につき不問とするということになれば、間接実現型や危険状況設定型における議論の意義は大幅に失われるおそれがある。仮に殺人罪や傷害致死罪等の解釈に際してこうした方向性について考える余地があるとしても⁽⁷⁵⁾、上述したような本罪の性質に照らすとき、危険創出の範囲が厳格に定められている犯罪類型においてはこのような解釈は困難であることは否定できない。本件を契機として法改正がなされ、今後は新2条6号が本件における直前停止行為を捕捉するものとして明確に位置付けられた⁽⁷⁶⁾ことにも照らすと、やはりこうした解釈によって本罪における危険創出の範囲を拡張することには無理があったということが示されているように思われる。

もともと行為に内在していると評価できない「危険」が結果の中に「実現」し得るはずはない。仮に従来の相当因果関係説が介在事情の予見可能性の問題にのみ拘泥し、「行為の危険性」の法的性質について慎重に検討することを怠っていたのであれば妥当でない。また近年の学説においても、「危険の現実化」を基準として掲げておきながら以上のような点に十分な関心を払っていないように見受けられる見解が少なくない。こうした状況の自覚及び改善が必要であることを最後に強調しておきたい。

（本学法学部教授）

(75) 本件における傷害致死罪の成立可能性に言及するものとして、菅沼真也子「判批」法学新報127巻9・10号（2021年）401頁（ただし、上述したような危険運転致死傷罪との危険創出の性質の相違についてはまったく念頭に置かれていない）。

(76) この問題につき、松原芳博「東名高速あおり運転事件と自動車運転処罰法の改正」法律時報92巻11号（2020年）97頁以下、同「あおり運転裁判の刑法学的検討」法学セミナー793号（2021年）4頁以下、同「東名高速あおり運転事件控訴審判決における因果関係の判断」判時2477号（2021年）106頁以下参照。