

# 死因と因果関係

高山佳奈子

序

一 学説の対応

二 結果の属性としての死因

三 因果関係

結語

序

## 死因と因果関係

いわゆる「大阪南港事件」<sup>(1)</sup>は、刑法上の因果関係に関する難問を投げかけた。この事件は、被告人が被害者に暴行を加えて致命傷を与えた後、何者かが被害者にさらに暴行を加え、それにより被害者の死亡時刻が若干早まったというものである。最高裁は、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を

肯定することができ」と判示した。学界において度重なる検討が加えられてきたにもかかわらず、この事件は今もって「腑に落ちない」印象を与えているように思われる。

このアポリアは次のような前提から生じている。

前提1 生命はその一刻一刻が価値をもつから、死亡時期を早めることは殺害ないし致死にあたる。

前提2 第二行為者(何者か)は死期を早めているが、死因となる致命傷を与えたのは第一行為者(被告人)である。

前提3 単独正犯は一つの犯罪事実につき原則として一人しか認められない。

すなわち一方では、第一行為者たる被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を否定することが不合理であるように感じられるが、他方では、死期を早め、その際殺意すら持っていたかもしれない第二行為者の介在を無視しえないのである。

本稿は右の「前提1」を再検討することにより、「死因をもたらしした者が犯人である」という日常用語的な発想と刑法解釈論の思考とを調和させようとするものである。

(1) 最決平成二年二月二〇日・刑集四四卷八号八三七頁。

## 一 学説の対応

因果関係に関しては相当因果関係説と客観的帰属論とが対立しているが、本件の事案の結論のみに着目するならば、次の三つの立場がある。

第一は、一つの結果につき複数の故意の単独正犯を認め、第一行為も第二行為ともに死亡結果に対する因果関係を有するとする説である。これは、先の「前提3」を否定する見解であり、比較的多くの論者によって主張されている。<sup>(1)</sup>

第二は、第一行為にのみ死亡結果との間の因果関係を肯定する説で、先の「前提1」を否定する考え方である。本件一審および二審がこの結論をとっている。<sup>(2)</sup>

第三は、判例の結論に反対し、第二行為にのみ死亡結果との間の因果関係を認める説である。<sup>(3)</sup>

第一説は、「前提1」と「前提2」とを重視した結果、被害者の死について複数の単独正犯の成立を肯定することになっている。だが、「前提3」を否定することには問題がある。「もしこのケースで被告人Aを傷害致死とし第三者Cも傷害致死とするのであれば、被害者Bの死という結果を二重に評価することになるのではないのか、共同正犯ではない被告人Aと第三者Cとをこういうように取り扱ってもよいのか、という疑問がある」<sup>(4)</sup>。刑法典はその六〇条で「二人以上共同して犯罪を實行した者は、すべて正犯とする」としている。これは、二人以上共同していない者が「すべて正犯」とされることはないという意味であり、ここから、「共同して実行」していない場合は正犯は一人だけであることが反対解釈として導かれるのである。<sup>(5)</sup>さらに、二〇七条は「同時傷害の特例」を定め、「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯の例による」としている。これが特例であるということは、反対に、それぞれの暴行による傷害の軽重が判明しているときや、傷害にとどまらない死亡結果については、「共犯の例による」ことが認められないという帰結に至るはずである。第二行為者が故意の殺人既遂犯人かもしれないのだとすると、このほかに、第一行為者にも傷害致死の成立を肯定することには疑問がある。正犯の背後の正犯を容易に認めるべきではない。

これに対しては、第一行為も第二行為もともに被害者の死期を早めているのだから、重畳的因果関係の場合であつて特に問題はないとする見解もある<sup>(6)</sup>。しかし、次のような事案はどうであろうか。被告人は被害者に暴行を加えて重傷脳震盪症を起こさせた。その後、別人らが被害者を川に投げ込んだ。被害者は先に受けた暴行のために反射機能を喪失して首を上げる力を失っており、溺死した。大審院は第一行為者である被告人に傷害致死の成立を認め<sup>(7)</sup>た。この判例に対しては批判も強く、先の事案で二人に因果関係を認める見解の中にも、こちらの事案では第一行為と死亡結果との間の因果関係を否定するものがある<sup>(8)</sup>。もともと首が上がらない人を突き落とした場合と同様に、第二行為者に死亡結果が帰属されるからである。

要するに、「前提1」から、「大阪南港事件」における被害者の死亡結果を「○時△分における死」であると考えらるならば、「被害者Bが死んだその時点での被害者Bの死の原因は第三者Cがあたえたものである。そこで、被害者Bの死という結果の決定的な原因は、被告人Aの行為ではなくて、第三者Cの行為であるというのが妥当なのではないか、という疑問がでてくる<sup>(9)</sup>。「介入行為が『○時△分における死』の責任を問われうるならば、第一の行為はその具体的な死を惹起してはいないといわざるをえないように思われる。……被害者の死亡という違法結果は一つしかありえないとする以上<sup>(10)</sup>」、「○時△分における死」と「ある死因による死」の二つの結果を問題にすることはできない。

そうだとすると、「前提1」と「前提3」とから出発する限り、第三説が唯一の論理的に正しい解決であることになる。しかしこの見解は一般に支持されていない。それは、「前提2」を無視するような結論が不当だと感じられるためである。すなわち、被害者が死亡することについて決定的に重要な役割を果たしたのが第一行為であるために、これに因果関係を肯定することができるような説明を学説は目指したのである。

とりわけ、相当因果関係説の陣営からは、「港の資材置場に意識を失って放置された者にさらなる危害が加えら

れる可能性は少ないとはいえないとする見解、「寄与度」という考え方を全面的に採用する見解、「実行行為により死因となつた傷害が形成され」たときは「予測不可能な事情が介在して傷害の致命的な作用が促進され」ても因果関係が否定されないとする見解、当該具体的な死が「蓋然性・可能性の範囲内にあつた」場合は介入事情が「抽象化」されるとする見解などが唱えられた。しかし、共犯関係にない第三者の故意による暴行という異常な事情が介在して、被害者が早く死んでしまったことは、相当因果関係の範囲外といわなければならぬ。したがって「前提1」を固持する限り、相当因果関係説は第一行為に死亡結果を帰属させることができない。そこで、「相当因果関係説の危機」が叫ばれ、この結論を回避するためには、「寄与度」を正面から問題にする客観的帰属論のような考え方を採用しなければならないとされたのである。

従来この「大阪南港事件」は、第一行為につき因果関係が認められるかという観点から論じられてきた。「前提2」を重視するならば、二人の関与者のうちどちらか「寄与度」の大きいほうに責任を負わせるという客観的帰属論ないし凌駕的因果関係論のような考え方をとらざるをえないのだろうか。そうではない。

実はこれは、「他人の行為が介在した場合の帰属の問題」としては解決できない。なぜなら、相当因果関係説に立つても客観的帰属論に立つても、「前提1」を固持する限り、同じ結論となるからである。すなわち、被害者がまさにその時刻に死亡したのは第二行為者が殴つたからであり、殴らなければ被害者はいくらかは生き長らえたであろうといえる以上、早められた死に対する第二行為者の寄与度は100%である。「その時刻における死」、言いかえれば「死亡時刻をその時点にしたこと」が殺害結果であるならば、第二行為に条件関係があることも相当因果関係ないし客観的帰属が認められることも明らかであろう。実際、先の第三説は客観的帰属論の立場から主張されたものであり、相当因果関係説を批判して次のように論じている。「第三者の故意の行為で被害者の死が早められたという場合には、被害者のその時点での死の原因はその第三者があたえたものであるからである。そればかりではな

い。ここで問題として判例のケースで、被害者Bの死という結果が第三者のCの行為によっていくらか早められるということは『十分にあることだ』と判断されることなのであるうか。そうではないであろう<sup>(17)</sup>。したがって、いずれの学説においても第三説をとらざるをえないことになり、本件は「相当因果関係の危機」というよりは「因果関係論の危機」をもたらしたのである。

この状況に関しては、「この結論が妥当でないとと思われることは、とりわけ生命という法益について、その重大性を根拠に、ほぼ無制限に近い結果の具体化を肯定してきたことそのものの問題性を示しているようにも思われる<sup>(18)</sup>」という正当な指摘が存在する。すなわち、「前提1」が誤っていたのである。

(1) たとえば曾根威彦「第三者の行為の介在と因果関係の成否」法学セミナー四三七号(一九九一)一二二頁は、「行為後の事情が行為と結合することによって、行為の危険性を増大、促進したにとどまる場合は、行為の危険性が介在事情に飲み込まれることなく結果に実現したものととして因果関係が肯定されることになる(結合的因果関係・重疊的因果関係)」と同時に、「第三者の暴行がなければ、Aの出血を拡大させることもなく、したがってその死期を早めることもなかったのであるから、第三者の行為と結果との間にも少なくとも条件説的な意味での因果関係はあるといわざるをえない」とする。林陽一「最近の判例理論をめぐって」刑法雑誌三七卷三号(一九九八)三一九頁も参照。井田良「第三者の暴行によって被害者の死期が早められた場合の因果関係」法学教室二二八号(一九九一)九一頁は「瀕死の者の残りわずかな生命を殺人罪による保護の対象とし、死期を早めることを「死亡結果」の惹起と評価することは可能であり、また必要であるように思われる」とする。ほかに山本光英「第三者の暴行が介在した場合でも暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」中央大学法学新報九九卷七・八号(一九九三)二六五頁、島田総一郎「他人の行為の介入と正犯成立の限界(五 完)」法学協会雑誌一一七卷六号(二〇〇〇)八七一頁など。本件調査官解説である大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇(平成二年度)二四四頁注八も「第二暴行についても因果関係が肯定されるのではなからうか」と述べる。

(2) 一番は第二暴行は影響がなかったとして因果関係を否定する。二番は、第一暴行は死因の惹起自体には関係ないとし

- て因果関係を否定した。この点を詳しく検討するものとして、伊東研祐「死亡結果発生時期を幾分か早める第三者の暴行が介在した場合でも、当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」判例評論三九一号（一九九二）六二一六三頁。
- (3) 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」中央大学法学新報一〇三巻二・三号（一九九七）七六四頁以下。同「脳死になった被害者が人工呼吸器を取り外され心臓死になった場合における暴行と心臓死との間の因果関係の成否」判例評論四二九号（一九九四）八五頁も同旨。「大阪南港事件」上告趣意も第一行為が傷害であると主張している。
- (4) 齊藤・前掲注(3)「危機」七六六頁。
- (5) 過失犯については別の議論もあるが、ここでは検討できない。
- (6) 林・前掲注(1)三一九頁。
- (7) 大判昭和五年一〇月二五日・刑集九巻七六一頁。
- (8) 井田・犯罪論の現在と目的的行為論（一九九五）九九頁。町野朔・刑法総論講義案Ⅰ（第二版）（一九九五）一七四頁も判例の結論に反対する。小林憲太郎「因果関係と客観的帰属（二）」千葉大学法学論集一四巻四号（二〇〇〇）二八三頁は、この後者の事例において第一行為と結果との間の相当因果関係を否定するのが「ほぼ一致した見解であると思われる」とする。
- (9) 齊藤・前掲注(3)「危機」七六四―六五頁。
- (10) 辰井聡子「不適切な医療の介入と因果関係」上智法学論集四三巻一号（一九九九）一六七頁。
- (11) 前田雅英・刑法の基礎 総論（一九九三）一一三頁。
- (12) 曾根「相当因果関係と最高裁判例」研修五四九号（一九九四）七頁以下、同「因果関係論の展開」法学教室一八五号（一九九六）一〇頁、同「相当因果関係説の立場から」刑法雑誌三七巻三号（一九九八）三四六頁以下など。
- (13) 井田・前掲注(1)九〇頁。
- (14) 山口厚「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」警察研究六四巻一号（一九九三）五二頁。しかし山口教授はその後「第三者の行為が介入して、多少なりとも死期が繰り上げられたということは無視することはできない」（山口厚先生に聞く（第二回）「法学教室」三三六号（二〇〇〇）五三頁）

として、第三説に見解を改められた。なお町野・犯罪論の展開Ⅰ(一九八九)二三九頁は「直接的な死因」を問題とする。

(15) 例として、齋藤信治「他人の行為の介入と因果関係(3)」刑法判例百選Ⅰ(第四版)(一九九七)三二頁。「第三者は、被告人の惹起した死因の脳出血をさらに拡大させ死期を早めただけだという場合は、同じく死期を早めたにせよ、たとえば、心臓を撃ち抜き、あるいは頭を叩き割って即死させたような場合とは異なり、被告人の行為の生命侵害力の強さが(被害者の死によって)なお現実的に確証されているとはみうるかと思われる」とする。

(16) 「ワークショップ・因果関係の相当性」(佐伯仁志記)刑法雑誌三四卷三号(一九九五)四五七頁は、後掲の脳死状態の被害者からの人工呼吸器の取り外しの事案につき、「脳死状態の被害者からの生命維持装置の取り外しも、被害者の死の態様を具体的にとらえれば、結果に対して一〇〇パーセントの寄与度を有している」とする。

(17) 齊藤・前掲注(3)「危機」七六五頁。

(18) 辰井・前掲注(10)一六七頁。

## 二 結果の属性としての死因

「前提Ⅰ」に問題があることは、次のような例を考えてみればわかる。傷害を与えて、後遺症が残った。数年後に被害者は病死したが、この後遺症がなければ、被害者はもっと元気に生活でき、もう少しは長生きできたであろう、というとき、初めの傷害を加えた者は死そのものに対する責任も負うのであろうか。それは不当ではあるまいか。また、先の「大阪南港事件」の第一暴行で死因となる致命傷が生じた後、共犯でない者が次々やってきて第二暴行、第三暴行、第四暴行……をはたらき、それぞれ死期を若干早めたという場合、死期を早めたら全部殺人であるとすると、共犯でないのに全員について傷害致死や殺人を認めるか、最後の行為者に死亡結果についての責任を負わせるかのいずれかになってしまわないだろうか。



「死期を早めることは一般に殺害または致死となる」という「前提1」は維持しえない。なぜなら、死因の形成と関係なく被害者の健康状態を悪化させることは、傷害そのものだからである。<sup>(1)</sup>同じく「死期を早める」といっても、「大阪南港事件」の第二暴行のような場合と、落ちてくる人をピストルで撃ち殺すような場合とでは、性質が異なると考えるべきである。

そこで、殺害と傷害とを区別する意味でも、死因を結果そのものの属性と考え、その形成と関係のない「健康状態の悪化」はせいぜい傷害結果であると捉えていく方向がありえよう。このように、時刻でなく死因によって死亡結果を特定していく試みは、すでに学説の中にもみられる。<sup>(2)</sup>この考え方をとった場合には、「大阪南港事件」の第二行為については死亡結果との間の条件関係を否定するべきである。つまり、先の第二説が正しい解決であることになる。第二行為者の罪責は、被害者の健康状態を悪化させただけであるとすれば傷害、殺意があり被害者を即死させることも可能であった場合には殺人未遂となる<sup>(3)</sup>。したがって、「人の生命に関する罪の構成要件の評価としては、生命の時間的短縮こそが問題であり、死の態様、死因それ自体は重要ではない<sup>(4)</sup>」とする見解には賛同できない。時刻のみを基準とすることは、およそ他人の寿命を縮める行為を殺害とするものであって不当である。

むしろ、「死因説」に対しては批判も存在する。なぜ「死因が同一の範囲内に限る」のかということの理由が示されていない、という批判<sup>(5)</sup>や、「そもそも『死因』の概念が医学的な観点のみを基準としており、一般的な因果判断にはなじまない」という批判<sup>(6)</sup>、「死因の同一性の範囲内で結果を抽象化する」とその後の「介入事情が極めて一般化・抽象化されて捉えられてしま<sup>(7)</sup>い」<sup>(7)</sup>「広すぎ<sup>(7)</sup>」る、という批判である。

確かに、死因が同一である範囲で結果がいくらでも抽象化され「符合」が認められる、ということにはならない。しかし、死因は結果の属性として、「何が起きたのか」を明らかにし、犯罪事実を特定するために必ず考慮しなければならない要素の一つである。事実的には、死というのは一定のプロセスをもって起こる現象である。死と

は死体がある、あるいは生体がない、といった「状態」をいうのではなく、生きている人がそうでなくなるという「過程」である。<sup>(8)</sup>したがって「およそ人の死」という結果はなく、死はつねに具体的な事実関係と不可分である。「因果関係の存否が問われる具体的な事例として結果が提示されるときは、一方で構成要件の意味での現実世界の再構成としての抽象化が不可欠であると同時に、他方では、(因果上の結果としての記述であるためには)原因とのつながりにおいて(原因を含んだものとして)具体的に記述されざるを得ないのである。そのようなつながりから切り離された、例えば『人の死』という結果の提示は、因果を考察するためには、なんの手がかりも示さない、意味のないものとなってしまふ。また、条件関係の有無を調べるための条件定式も、そのようないわば、事実的プロセスとしての事態生起の……前もつての把握がない限り、適用の仕様がなないのである。<sup>(9)</sup>」

このように考えれば、事実に死因を重視すべきであることも理解しうると思われる。「死因」は、医学的・生理学的法則知識を用いて死亡結果の発生過程を説明する要素であり、そのような『死因』が行為者の行為によつて惹き起こされたことが認められれば、行為と当該死亡結果との間の医学的・生理学的法則関係が明らかであるといえるのである。<sup>(10)</sup>実務家からは「①第一暴行により死因が形成され、第二暴行はその死期を早めるにとどまった場合、②第一暴行と第二暴行が重疊的に作用して死因が形成された場合、③第一暴行により重篤な傷害が発生したが、第二暴行によりこれとは無関係の傷害が生じて死亡した場合、④競合して死の結果が発生したのか、第二暴行のみが死の原因になったのか不明の場合といった分類が可能であろう」という提案がなされ、これは「実務において因果関係を認定するについて、極めて有益な分類である<sup>(12)</sup>」と評価されているのである。これは、つねに死因は何かを問うことによつて事実を解明していく法医学の観点ともよく調和するものである。<sup>(13)</sup>

従来の学説は死因の問題を、相当因果関係ないし客観的帰属論において扱ってきたが、そのアプローチは「大阪南港事件」のような場合に「因果関係論の危機」を招いてしまふ。結論は、結果を「死因」と「死亡時刻」とのい

ずれを重視して特定するかによつて変わってくるのである。「寄与度」を問題にする場合でも、何に対する寄与なのかを決めなければならぬ。そして相当因果関係説も客観的帰属論も、暗黙のうちに死因の形成を重視してきたように思われる。死因は、結果の属性として犯罪事実を特定するための重要な要素だと考えられるべきである。このことは、まず死因によつて結果を特定し、しかる後に初めて因果関係の存否が判断されなければならないことを意味している。本稿は、結果の内容として死因を考え、それを前提として条件関係や相当因果関係ないし客観的帰属の問題を考察する<sup>(14)</sup>ことを提案する。

(1) 何らかの傷害が被害者の寿命を縮めることが珍しくないのだとすると、傷害のほとんどは傷害致死になつてしまつてあろう。

(2) 井田良・犯罪論の現在と目的的行為論(一九九五)九二頁は、「狭義の相当性の判断においては、ある程度まで因果経過および結果発生の様態を『抽象化』し、具体的な介入事情を度外視した上で、その経験的通常性を判断せざるを得ないということになる」とし、抽象化を「死因が同一である」とみられる範囲内では許容すると考えることは可能である」とする。井田「因果関係の理論」現代刑事法四号(一九九九)六九頁も同旨。

(3) 第二行為者が致死の結果について責任を負うるのは共犯としてだけである。林陽一「第三者の暴行が介入した場合における傷害致死罪の因果関係」判例セレクト91三二頁は「南港における暴行は単独では致命傷を負わせることができなものであった」という「事情は、介入行為が行為者の行為から発した因果に取つて代わるほどのものではなく、単に右行為の因果性を結果に媒介したに過ぎないことを徴表している」とするが、「単に右行為の因果性を結果に媒介したに過ぎない」のであれば第二暴行に致死の責任を負わせるべきではないと思われる。伊東研祐「死亡結果発生時期を幾分か早める第三者の暴行が介入した場合でも、当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」判例評論三九一号(一九九一)六二頁は、一・二審が第二暴行が死亡結果発生時期を早めたことを無視している点を批判するが、健康状態を悪化させる行為は傷害として評価すれば足りるし、第二行為について殺人未遂を肯定する余地もあるのだから、本稿の処理が不当とは思われない。

(4) 島田総一郎「他人の行為の介入と正犯成立の限界(五・完)」法学協会雑誌一一七巻六号(二〇〇〇)八七〇頁。

- (5) 山本光英「第三者の暴行が介在した場合でも暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」中央大学法学新報九九卷七・八号(一九九三)二六三頁。
- (6) 山中敬一「第三者により加えられた暴行の介入と傷害致死罪の因果関係」平成二年度重要判例解説一四三頁。
- (7) 山口厚・問題探究刑法総論(一九九八)二五頁、伊東・前掲注(3)六四頁。
- (8) 町野朔・犯罪各論の現在(一九九六)五九頁は、「生から死へと至る過程は、生物学的に見ると坂道であり、線である」とする。
- (9) 吉岡一男「条件関係における択一的競合について」京都大学法学論叢二二六卷四・五・六号(一九九〇)一五八頁。
- (10) 林「最近の判例理論をめぐって」刑法雑誌三七卷三号(一九九八)三一八頁。
- (11) 大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇(平成二年度)二二九九頁。
- (12) 小島裕史「因果関係の認定」判例タイムズ七六四号(一九九一)三四頁。
- (13) 死亡診断書の「死亡の原因」欄には、直接死因と、その原因である先行死因、さらにまたその先行死因、……を記載するほか、「直接には死因に関係しないが傷病経過に影響を及ぼした傷病名等」もあれば記載することとなっている。たとえば上山滋太郎監修・標準法医学・医事法(第五版)(二〇〇〇)一二六頁を参照。
- (14) 結果を適切に規定することによって問題の解決を図ろうとする方向性は、山中・刑法における因果関係と帰属(一四八四)二七七頁、林「刑法における相当因果関係(四・完)」法学協会雑誌一〇四卷一号(一九八七)七六一七七頁などによってうち出されている。

### 三 因果関係

死因を結果の属性とする本稿の主張は、因果関係についていかなる立場をとるかを直接に規定するものではなく、これに先行する段階にとどまる。しかし二で得られた結論を前提とした一つの考え方をここで試論的に提示し

ておきたい。

なお、その前に、先の「前提3」の理解に触れておく。「原則として犯人は一人」というこのテーゼは、一で述べたように共犯論との関係で認められるものであり、因果関係の判断とは別のものである。それゆえ、因果関係の有無にかかわらず「前提3」によって一定の犯罪の成立が否定される場合が出てくることに留意しなければならぬ。

### 1 結果回避可能性としての条件関係

条件関係が要求される根拠は、結果との間に「あれなければこれなし」という関係をもたない行為を禁止しても、法益保護の役に立たないことによる。行為をやめさせることによって法益侵害が防止される場合についてであれば処罰することは許されない<sup>(1)</sup>。したがって条件関係には、結果回避可能性という意味がある。「森へ行け」と言つて森に行かせた場合、そう言わなくても被害者が森に行つて雷に撃たれたであろうときは条件関係がない。また不作為犯では、被害者を助けたならば助かつたであろう、という事情が必要であつて、助けても助からなかつたであろうときは条件関係がない。

そして条件関係は、当該死亡結果の死因の形成に着目して判断される。「大阪南港事件」では第一行為と結果の間に条件関係があり、第二行為と結果との間にはない。一般に、すでに死因が形成されていた場合には、その後の行為の条件関係が否定されることになると思われる。これに対し、後の行為で死因が形成された場合には、「前提3」によつて後行者のみが致死結果の責任を負うと考えるべきである<sup>(2)</sup>。先に紹介した昭和五年の大審院判例の場合と同じである。第一行為者は、後の行為を予測していた場合であつても、共犯が成立する範囲でしか死亡結果につき責任を負わない。Aが被害者を殴り、Bがさらに殴つた段階で死因を形成する致命傷が発生し、その後Cが殴つ

たことにより死亡時期が若干早まったとすると、結論としてBのみに致死の責任が肯定されることになる。

このような前提からは、いわゆる「択一的競合」の事例は次のように解決される。

第一に、A B二人による投毒の事例は択一的競合ではない。被害者は100の毒を摂取すると死亡するのだとすると、毒が混ざった場合はそれぞれの毒が50ずつしか効いていないから、これは双方の毒があることによって初めて結果が発生した重疊的因果関係の事例である。そうだとすると、「前提3」により、後行者Bに帰責すべきではないかと思われるのである。なぜならBは投毒によってAの毒の一部を駆逐したのであり、これはAの毒を一部取り除いて自分の毒を加えることで致死量を完成させたのと同じだからである。Aが重傷を負わせ、そのまま放っておけば被害者は死亡するであろうというときに、Bがほんの一撃を加えるだけで死因が形成されて死亡した、という場合と同様に、Bが結果に対する責任を負うべきである。

第二に、これに対し、砂漠を旅する者の水筒に砂を入れる行為と穴を開ける行為とが競合した事例や、転轍手を眠らせる行為と縛る行為とが競合した事例のような類型では、死因を決定的なものにしたのはいずれか一人であり、その作用をもたらした者にのみ条件関係が認められる。「砂漠事例」では、水がなくなったことが問題であるから、被害者が助からない程度にまで水を減らした者を犯人と考えるべきである。水と砂を入れ替えたのなら砂を入れた者、穴を開けることによって水が抜けたのなら穴を開けた者に条件関係がある。眠らされた転轍手を縛り上げる事例では、転轍手が動けないことが問題であるから、これを決定づけた先行者が責任を負う。<sup>(3)</sup>

第三に、これらとは異なり、Aが被害者の心臓、Bが頭を同時に撃ち抜いた場合のように、作用が同時であつていずれが決定的であつたか決められない場合には、結果を二つ認めるわけにいかない以上、ここでは誰にも帰責されないことになる。法医学ではこのような場合を「死因の競合」としている。<sup>(4)</sup>

以上のような判断方法に反対し、<sup>(5)</sup>結果をたとえば「ある時点による死」というように抽象的に捉えると、条件関

係が否定される範囲が広くなりすぎるように思われる。

## 2 利用可能性としての相当因果関係

条件関係は、そもそも法益保護のためにある行為を禁圧することに意味があるかという観点から問題となるが、禁止すれば法益保護が図られるような行為をすべて禁止するのでは、その範囲が広すぎる。そこで、一般予防の必要性が大きいものだけを処罰の対象に含めることによつて、行動の自由の保障とのバランスをとることが刑法の謙抑性の要請にかなうと考えられる。<sup>(6)</sup>近年、この一般予防を根拠とする「利用可能性説」としての相当因果関係説が有力になつており、この見解が基本的に支持されるべきである。すなわち、「人は、因果の流れを利用・支配して結果を発生させる。刑法が結果を抑止しようとするなら、利用されるであろうような通常の因果経過の設定を禁止・処罰することだけで十分である。通常人が利用しないような因果経過をたどつて例外的に結果が発生したとき、あえてそれを理由として処罰しなくても、このような手段によつて結果を招致しようとする人が出てくるわけではない。このように相当因果関係説は、一般予防の必要性の限界を考慮に入れた因果関係論である」<sup>(7)</sup>。

これに対しては、一般予防を強調すると、危険創出がある以上はすべて禁止すべきことになつて限定にならない、という批判がある。<sup>(8)</sup>しかしこの説は、およそ予防可能性があれば全部禁止すべきだとしているのではない。それならば条件関係だけで足りることにならう。<sup>(9)</sup>この見解の趣旨は、一般予防の必要性がある程度高いものだけを処罰するのが謙抑性だということである。条件関係があるからといって禁止するのは、行動の自由が過度に制約される。「雷事例」の場合を違法としない「根拠は次のようなところにあると考えられる。仮にそのような場合を違法として処罰するならば、将来にわたつて、——そのような因果経過が利用されて侵害されるかもしれない人の生命は確実に保護される反面において——人々の行動の自由を著しく制約し、副作用として社会生活に重大な支障を

生ぜしめることとなるであろう。なぜなら、雷が落ちてきそうな場合には、およそ、人に対してそのおそれのある場所に行くようにすすめることはできなくなってしまうからである<sup>(10)</sup>。このような自由保障の考慮は、客観的帰属論の立場からも言及されているところである<sup>(11)</sup>。

そしてこの一般予防の必要性の大きさの判断にとつて重要なものが、その因果経過が将来にわたつて模倣されるおそれである。まねされるおそれのあるものについては、予防の必要性が大きいといえるが、まねしようと思つてもできないような場合、その因果経過については利用可能性はない。たとえば「雷事例」についてみると、森に行かせることが人を殺す手段として利用されるかといえば、否であろう。まねされないようなものは禁止する必要性が小さく、自由の制約によるマイナスのほうが大きいのである。

ここで留意すべきなのは、一般予防の必要性は将来にわたる必要性であるから、たとえ従来は知られておらず、通常でなかったような新たな手段でも、将来にわたつて利用可能性があれば相当因果関係が認められるということである。たとえば、従来は雷を利用して人を殺害するなどということは考えられなかったが、気象予報の技術が発達して、いづくに落雷するかがわかるようになれば、それは利用可能な手段である<sup>(12)</sup>。すでに雷雨が発生しているところへ、目が見えず耳の聞こえない人に金属製のゴルフクラブを掲げさせ、山の上に立たせるといったような場合も同様であろう。しかし単に森に行かせるだけでは依然として利用可能性のある手段とはいえないように思われる<sup>(13)</sup>。「浜口首相暗殺事件」<sup>(14)</sup>における、被害者の容体が一旦ほぼ回復してから悪化した放線菌の感染症も、これと同じく利用可能性のない事情であつたといえよう。他方、「北大電気メス事件」<sup>(15)</sup>のように、行為時にはなぜ結果が生じたのかわからなかったが、裁判時にはメカニズムが解明されたという場合にも、将来にわたる利用可能性があれば相当因果関係が肯定される。ただその場合には犯罪事実の認識可能性がなかったのである。

このように見てくると、相当性ないし利用可能性の判断は科学技術の進展に伴つて変わってくるものであり、<sup>(16)</sup>「判



「断基底論」は重要でないことになる。<sup>(17)</sup>

こうした利用可能性説は、「その行為から結果が発生することが相当かどうか」ではなく、「因果経過が相当かどうか」を問題とする点で、相当因果関係説の原型とは異なっているといえる。<sup>(18)</sup> たとえば「被害者に重傷を負わせたところ、被害者は病院の火事で死亡した」という因果経過と、「被害者を入院患者の見舞いに行かせたところ、被害者は病院の火事で死亡した」という因果経過とでは、起点となる行為が異なっているが、利用可能性説からはその違いは重要でないことになる。<sup>(19)</sup> もちろん、因果経過をどこまで抽象化できるかの問題は残っている。

本稿は、因果関係の内容は以上に述べた「条件関係」と、利用可能性としての因果経過の「相当性」の二つに尽きるものと考ええる。ところがこれがこれと異なり、最近の相当因果関係説の多くは、これ以外の要素も取り込んでいる。そのような見解に対しては、「異質な観点をに入れて怪物のように膨張した相当因果関係説」<sup>(20)</sup> という、客観的帰属論の立場からの正当な批判がある。

それでは、相当因果関係説をやめて客観的帰属論を採用しなければならぬのだろうか。そのようには思われな

い。<sup>(21)</sup> 客観的帰属論も、相当性判断に対応する内容をその一部として<sup>(22)</sup>いる。客観的帰属論の立場をとるか否かにかかわらず、この部分の判断基準を提示する必要があることになる。それならば相当因果関係の判断をやめる必要もない。重要なのは、異質なものを異質なものとして分けることである。この点では、「怪物のように膨張した相当説」よりも客観的帰属論のほうが理論的に明確である。しかし、結局すべてを「客観的帰属」の名の下にまとめようとするのでは、その試みもまた膨張していることに変わりはない。

因果関係だけで犯罪の成立が肯定されるわけではないのだから、これにすべてを押し込める必要はない。「客観的帰属」の問題として論じられている内容には、作為義務、同意、法令行為、正当業務行為、義務衝突、共犯、各

論の構成要件の解釈といった、従来の体系の多くの部分にまたがるものが含まれるように思われる。したがって、「客観的帰属」を体系上構成要件該当性に位置づけることには疑問があり、特にその一要素にすぎない因果関係に対応させることにはなおさら困難がある。<sup>(23)</sup>客観的帰属論には、「あまりにも細分化された類型は煩瑣に過ぎ、実務において帰属基準としての使用に耐えうるかは疑問である」といった批判や、「帰属基準が盛り沢山であるため、複雑な事案においてそれらを複合的に用いた場合に……安定した判断が可能であるかが、明らかでない」との批判があてはまろう。<sup>(25)</sup>

結論として、「シンプルな相当因果関係説」を提唱したい。因果関係論に多くを期待することは誤っている。相当説は、異常な因果経過をたどった場合を構成要件該当性から除くだけの機能しか果たしえず、客観説をとるときは条件説との違いは大きくない。ここでは、人知の及ばないものや、迂遠すぎて繰り返されるおそれのないものが排除されるだけであるが、それで十分とすべきである。従来犯罪論の体系のいろいろな部分で論じられてきたものは、それぞれの箇所で論じればよいのではなからうか。<sup>(26)</sup>

特に注意しなければならないのは、先の「前提3」である。「中断」あるいは「遡及禁止」、介入者の「答責原理」のような限定はいわずにせよ必要であるが、これは因果関係でなく単独正犯性の問題である。他人の行為は、利用可能性がないこともあれば、あることもあり、一律にその性質を断じることができない。単独正犯性の判断は、因果経過が相当かどうかの判断と必ずしも重なるものではない。<sup>(27)</sup>「中断論は、相当因果関係説の確立とともにその中に発展解消してしまったのであり、現在ではその明確な支持者を見出しえない」という理解もあるが、客観的帰属論の立場から指摘されるように、その中に解消する質のものではなかったのである。

(一) 山口厚「因果関係論」芝原ほか編・刑法理論の現代的展開・総論Ⅰ(一九八八)五四頁。町野朔・刑法総論講義案Ⅰ(第二版)(一九九五)一五三頁も同旨。山口・問題探究刑法総論(一九九八)一〇頁は、結果回避可能性がない場合に

- 「犯罪の成立を肯定することは、行為者の危険性に処罰の根拠を求めるのではない限り、処罰に際して目的的思考を否定する絶対的応報刑論によってのみ正当化しうる」と論じる。林幹人「条件関係」について「法学教室一八五号（一九九六）一七頁も、「許された危険」の理論からではあるが、条件関係を問題にするにあたっては行為の置き換えによって結果回避可能性が判断されるものとしてゐる。
- (2) ドイツでこれと似た事実として、BGH NJW 1966, 1823 および BGH NSZ 1992, 333 がある。前者は第一行為と第二行為のいずれが死因を形成したのか不明の場合であり、連邦通常裁判所は正当にも双方について既遂が認定できないとした。後者は第一行為者が致命傷を負わせた後に第二行為者が被害者を縊死させた事案に関するものであり、連邦通常裁判所は第一行為者に結果の帰属を認めているが、実際の死因を形成したのは第二行為者であるから、この態度は不当である。両事件につき、小林憲太郎「因果関係と客観的帰属（一）」千葉大学法学論集一四卷三号（二〇〇〇）五一頁注51および五二頁53参照。
- (3) 西原春夫・刑法総論（一九七七）一〇四頁、中山研一・刑法総論（一九八二）一七六頁、山中敬一・刑法における因果関係と帰属（一九八四）二七四頁などはこの趣旨と思われる。
- (4) 上山滋太郎監修・標準法医学・医事法（第五版）（二〇〇〇）二六頁によれば、「たとえば、1人が頸部を刺して総頸動脈を、もう1人がほぼ同時に大腿部を刺して大腿動脈を損傷し失血させた場合、どちらを死因として優先させるかは難しく、この2つの血管損傷が競合して死亡させたというように、死因競合の概念を応用する。」詳しくはたとえは高取健彦編・エッセンシャル法医学（第三版）（一九九七）一六一―一七頁を参照。
- (5) 町野・犯罪論の展開Ⅰ（一九八九）一六五頁など。
- (6) 平野龍一・刑法総論Ⅰ（一九七二）一四一頁。
- (7) 町野・前掲注（一）一六四―一六五頁。すでに、山口・前掲注（一）「因果関係論」六〇頁。
- (8) 山中・刑法における客観的帰属の理論（一九九七）七八八頁、同「客観的帰属論の立場から」刑法雑誌三七卷三号（一九九八）三三五頁。逆に鈴木茂嗣「相当因果関係と客観的帰属」松尾古稀上巻（一九九八）一六八頁は、相当因果関係の根拠が不明であり、「強制的に森へ追いやったような場合」や異常な因果経過を「予見した上で危険行為に出たとき」に責任を問えないことになるのは妥当でないとする。
- (9) もつとも、合法的条件関係の理論はそれすらも放棄しているように思われる。ただ井田良「因果関係の理論」現代

- 刑事法四号(一九九九)六五頁は、「通説的な条件関係説と合法的条件関係説とはその結論においてつねに同一に帰し、「択一的競合の場合に条件関係を肯定すべきでない」としている。
- (10) 林幹人「相当因果関係と一般予防」上智法学論集四〇巻四号(一九九七)二八頁。
- (11) 山中・前掲注(8)理論四五七頁。「事前的に予見可能なあらゆる結果に対して行為者の責任を問うというわけでもない。事後的にみて、その行為規範が予定していた経過をたどって結果が発生せず、具体的に発生した結果が、規範の保護範囲を越えていた場合には、その結果に対して責任を問われないものとしなければ、刑法の予防的機能が前面に出ず、自由主義的機能が背後に退くことになる」とする。
- (12) 辰井聡子「不適切な医療の介入と因果関係」上智法学論集四三巻一号(一九九九)一六三頁参照。
- (13) 「雷事例」は相当説のような考え方により処理せざるをえないのではないかと思われる。なぜなら、森に行くことが家の中にいるよりも危険なことは明らかであるから、危険の創出はあるし、また実行行為性を否定するのは結論の先取りだからである。
- (14) 東京控訴院判昭和八年二月二八日・法律新聞三五四五号五頁(第一審は東京地判昭和七年四月二二日・法律新聞三四二二号九頁)。
- (15) 札幌高判昭和五年三月一八日・高刑集一九巻一号七八頁。利用可能性という見地からは、過失犯における予見可能性が争われる場合の中には、相当因果関係の存在に疑問があるものも含まれる。
- (16) 小林「因果関係と客観的帰属(二)」千葉大学法学論集一四巻四号(二〇〇〇)二七五頁は次のように指摘する。「間主観的な妥当性が既に科学的に承認されている法則性のみを使用可能としつつ、例えば判断基底の限定を行ってゆくほかはないのである。もちろんこのように言うと、我々の知識がこれから先、経験の増加によって訂正・拡張されるかもしれないとの指摘がなされるであろう。しかしそのようなことは、実は全く重要ではない。右のような承認を受け得る法則性の範囲が時の経過と共に可変的であるのはいわば当然のことで」ある。
- (17) 小林・前掲注(16)二九八頁。
- (18) 井上祐司・行為無価値と過失犯論(一九七三)一六七頁以下がこの問題を論じる。
- (19) 山口・前掲注(1)「因果関係論」六一頁参照。
- (20) 山中・前掲注(8)理論一七頁。

- (21) 山口・前掲注(1)問題探究二八頁。
- (22) 山中・前掲注(8)理論四三二以下、五〇九頁以下の「危険創出連関論」と「危険実現連関論」はこれに取り組みものである。
- (23) 曾根威彦「客観的帰属論の体系的考察」西原古稀一卷(一九九八)六六頁、林陽一「わが国における客観的帰属論」千葉大学法学論集一三巻一号(一九九八)二三五―三六頁参照。
- (24) 曾根「客観的帰属論の類型論的考察」宮澤古稀二巻(二〇〇〇)一九二―一九三頁。
- (25) 林・前掲注(23)二三〇頁。
- (26) 曾根・前掲注(23)六八頁以下もこのような試みである。
- (27) 直接単独正犯性と相当因果関係との相違につき、島田総一郎「他人の行為の介入と正犯成立の限界(二)」法学協会雑誌一一七巻三号(二〇〇〇)三九六頁以下参照。
- (28) 岡野光雄・刑法における因果関係の理論(一九七七)一八一頁。同旨、二二〇頁。

## 結 語

「被害者の死亡時期を1秒でも縮めれば殺人である」とする「前提1」は維持できない。本稿は、死因を結果の一属性として捉えることにより、そこから初めて因果関係の判断に立ち入るべきことを主張した。その場合の因果関係の判断は、結果回避可能性としての条件関係と、利用可能性としての相当性に限るべきであり、それ以外の要素はほかの要件で考慮すべきものである。

このことは、「大阪南港事件」のような特殊な事例において意義をもつばかりではない。一つの重要な場面として、末期医療がある。モルヒネの投与の繰り返しなど、苦痛緩和の処置が結果的にいくらか生命の短縮を伴う場合である間接型安楽死においては、その治療によって患者の死亡結果がもたらされたと考えるべきではない。無益な

延命治療を停止する尊厳死も、そもそも殺人の構成要件に該当しないと考えるべきである。これらは健康状態を悪化させること、すなわち傷害であつて、患者の同意があれば違法でない<sup>(1)</sup>。なお、同意傷害は一律に不可罰とすべきである。刑法二〇二条の嘱託殺人の法定刑の上限が懲役七年である以上、同意傷害をこれより重い傷害罪で処罰することはできないからである。不可罰となる範囲が広くなりすぎるとそれがあるとすれば、それには同意の有効要件を厳格に解することによって対応すべきである。

(1) 大阪地判平成五年七月九日・判例時報一四七三号一五六頁は、被告人の暴行により被害者が脳死になった後、医師が人工呼吸器を取り外して心臓死となった事案につき、暴行と心臓死との因果関係を肯定して傷害致死罪の成立を認めた。この事件の評釈である佐伯仁志「脳死状態での人工呼吸器取り外しと死亡時期及び因果関係」ジュリスト一〇三八号(一九九四)一四一頁は介入事情の通常性に言及し、また山中敬一「暴行と、脳死後の人工呼吸器の取り外しによる心臓死との間の因果関係」法学セミナー四八三号(一九九五)三三頁も介入行為に違法性または責任が欠ける以上「介入行為は帰属連関を中断するものではない」とするが、井田良「暴行により傷害を受けた被害者が脳死状態になった後、人工呼吸器を取り外されて心臓死に至った場合における因果関係」判例セレクト94三三頁は批判的である。第二行為を傷害とし、被害者の潜在的意意思との合致を問題にする構成もありうるが、ここでは斉藤誠「脳死になった被害者が人工呼吸器を取り外され心臓死になった場合における暴行と心臓死との間の因果関係の成否」判例評論四二九号(一九九四)八五頁と同様、脳死説をとることで解決すべきである。

(たかやま・かなこ 日本学助教授)