

研究

過失の競合事案における結果回避可能性判断について（一）

谷 井 悟 司

- 一 はじめに
- 二 日本法における議論状況の整理と課題の抽出
 - 1 過失犯の一般的成立要件としての結果回避可能性
 - 2 結果回避可能性の判断方法
 - 3 許される仮定の範囲
 - 4 小括と検討
- 三 ドイツ法における回避可能性要件の理解
 - 1 回避可能性要件の内容と位置づけ
 - 2 回避可能性要件の要否（以上、本号）
- 四 過失の競合事案における回避可能性判断に対するドイツ法のアプローチ
 - 1 裁判実務における認定方法
 - 2 学説における理論構成

過失の競合事案における結果回避可能性判断について（二）（谷井）

3 小 括

五 過失の競合事案における結果回避可能性要件の判断手法に関する検討

1 結果回避可能性判断を回避する方策の採用可能性

2 他者の注意義務違反による結果回避不可能の主張が許されない根拠

3 他者の注意義務履行の仮定が許される範囲

六 おわりに

一 はじめに

行為者が法の期待通りに振舞っていない場合は、結果は発生しなかったであろう関係を、一般に、結果回避可能性と呼ぶ。

このような意味での結果回避可能性が過失犯の成立において要求されることには、大方の一致がみられる。⁽¹⁾ すなわち、法の期待としての注意義務に違反したことをその本質とする過失犯においては、行為者が注意義務を履行していたならば、結果は発生しなかったであろうことが必要とされるのである。⁽²⁾

さて、結果回避可能性の存否は、行為者が注意義務を履行した場合を想定し、その場合に結果が発生しなかったかどうかを問うことで判断される。そのような判断は、過失行為者が一人しかいない単独過失の事案の場合、その者の注意義務の履行のみを仮定して行われる。ここでいう注意義務の履行とは、一定の具体的な結果回避措置の実施であり、当該措置が結果回避にとって実際に有効であったか否かが、客観的事情から事後的に確認されることになるのである。その際、注意義務の履行としてどのような具体的措置の実施を仮定すべきであるのかなど、単独過失の事案においても、結果回避可能性判断は時として問題となるが、過失の競合事案になると、かかる判断を行う上で検討すべき問題はいつそう複雑なものとなり、むしろ、同判断があくまで仮定によるものであることに由来する問題点が、より鮮明になるのである。

すなわち、過失の競合事案の場合には、結果回避可能性の判断において、新たな「仮定」の問題が生じるのである。もちろん、そのような事案であっても、行為者各人の単独の注意義務の履行を仮定するだけで結果回避が可能な場合については、それほど問題は生じない⁽³⁾。しかしながら、過失の競合とは、複数人の注意義務の違反が相俟って結果が生じた現象であることから、裏を返せば、結果回避のためには、複数人の注意義務の履行が必要となる場合も考えられる。すなわち、行為者各人の単独の注意義務の履行を仮定するだけでは、必ずしも結果回避が可能であったとはいえないが、他の行為者による注意義務の履行をも付け加えてはじめて結果回避可能性が肯定される場合というものが存在するのである。これは、単独過失の事案にはみられない、過失行為者が複数人存在しているがゆえの、過失の競合事案に特有の問題状況であるといえよう。そのような場合、行為者各人について結果回避可能性はどのように判断されるべきであろうか。すなわち、前述したように、その判断は、行為者の注意義務の履行を仮定してなされるものであるところ、その際に、結果回避に必要な他者の注意義務の履行も併せて仮定し、結果回避可能性を肯定することができるのか、それとも、他者の注意義務の違反を前提として、結果回避可能性を否定しなければならないのが問題となるのである⁽⁴⁾。

この問題は、条件関係判断における付け加え禁止の問題とも関連するものであるが、結果回避可能性判断がすでにして仮定的判断である以上、一切の仮定が許されないわけではない⁽⁵⁾としても、行為者の注意義務の履行以外の事情として、いかなる範囲の仮定が許されるのかは、まさに結果回避可能性判断において解決すべき理論的な問題として、これまでもしばしば議論されてきた⁽⁶⁾。そして、これは、実際の裁判においても、重要な争点として顕在化することがある。すなわち、弁護士側から、被告人が注意義務を履行していたとしても、これに依じて他者が注意義務を履行していたとは必ずしもいえないのであって、むしろ、その場合に他者は注意義務に違反して結果を阻止しなかったであろうから、いずれにせよ結果は回避できなかつたはずであるとの主張がしばしばなされるのである⁽⁷⁾。一方で、このような当事者の主張の是非を裁判所が判断するにあたっては、他者の注意義務の違反と履行のどちらを考慮に入れるべきか、結果回避可能性の判断においてどこまでの事情の仮定を許すのかにつき、実務上一貫した基準が確立

されてきたとはいいたいように思われる⁽⁸⁾。

以上のことを背景に、本稿では、過失行為者が複数人存在しているという、広い意味での過失の競合事案における結果回避可能性判断について検討を加える。具体的には、結果回避可能性を判断するにあたって、いかなる範囲の事情を仮定することが許されるのかを明らかにし、他者の結果不阻止を理由とした回避不可能の主張は許されるのかという実務的な問題について、一定の解答を提示することを試みる。

そこで、本稿では、問題解決のアプローチとして、ドイツ法の議論状況を参照する。ドイツ法においては、著名な皮革スプレー事件をはじめ、過失の競合事案において結果回避可能性（単に「回避可能性」と呼ぶことが一般的であるため、以下でドイツ法に言及する際には、この呼称に従う）の存否が問題となった判例が数多く存在し、これに応じて、学説においても相当程度の議論の蓄積がみられる。とりわけ、ドイツ法における回避可能性要件の理解が、日本法における結果回避可能性要件のそれと共通するものであるため、体系的整合性という観点からみても、日本法に援用可能な知見を導出しやすいと思われることはもとより、回避可能性の判断における仮定可能な事情の範囲について、判例・学説上ともに様々なアプローチが示されていることから、このようなドイツ法の議論状況を参照することは、有益であろう。

本稿における具体的な検討手順は、以下のとおりである。まず、結果回避可能性要件の理解や判断方法、その際に許される仮定の範囲について、日本法のこれまでの議論状況を整理し、解決すべき課題を明らかにする（二章）。ついで、具体的な比較法的検討に先立ち、日独の議論を適切に比較するべく、ドイツ法における回避可能性要件の理解を概観し、日本法における結果回避可能性要件との異同を確認する（三章）。そして、過失の競合事案における回避可能性判断について、ドイツ法がどのようにアプローチしてきたのか、判例・学説をみていく（四章）。その上で、ドイツ法の議論から得られた視座をもとに、過失の競合事案における結果回避可能性の判断方法について検討を加える。ここでは、そもそも過失競合の事案において結果回避可能性判断が必要であるのかを検討するとともに、ドイツ法の議論においてしばしばみられる、他者の義務違反的態度、すなわち、注意義務の違反を理

由とした免責の主張は許されないという命題の妥当性を検討した上で、結果回避可能性判断において他者の注意義務の履行を仮定することが許される範囲を明らかにする（五章）。

二 日本法における議論状況の整理と課題の抽出

本章でははじめに、日本法において結果回避可能性要件がどのように理解されてきたのか、そして、いかにして判断されているのかを確認する。次いで、その判断に際していかなる範囲の事情を仮定することが許されるのかという問題に関する判例・学説上のアプローチをみていく。その上で、それらを検討することを通じて、日本法の議論に残された課題を明らかにする。

1 過失犯の一般的成立要件としての結果回避可能性

本章での検討にあたってはまず、結果回避可能性という概念が、日本法において、多義的なものとして取扱われていることを指摘しておきたい。⁽¹⁰⁾ 例えば、判例においては、結果回避可能性という名目の下、冒頭で述べたような文字通りの結果の回避可能性が認定されるだけでなく、⁽¹¹⁾ 注意義務の履行可能性が判断されることもある。⁽¹²⁾ 学説上も、前者は事後的結果回避可能性、後者は事前的結果回避可能性と呼ばれ、区別されることがある。⁽¹³⁾ また、判例上、結果回避可能性の存否が、注意義務を課す前提として判断されたり、⁽¹⁴⁾ 注意義務違反ないし過失の前提として判断されたり、⁽¹⁵⁾ あるいは、因果関係の問題として判断されたりと、⁽¹⁶⁾ 結果回避可能性判断の位置づけは様々である。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾ 学説においても、結果回避可能性を、注意義務を課す前提となる要件として理解する見解や、⁽¹⁹⁾ 因果関係の要件として理解する見解があり、⁽²⁰⁾ 犯罪成立要件上の体系的地位について理解の相違がみられる。⁽²¹⁾

このように結果回避可能性は多義的な概念であるが、以上確認してきた判例・学説上の理解を最大公約数的に表現すれば、過失犯の成立には、行為者が注意義務を履行していたならば、結果は発生しなかったであろうという意味での結果回避可能性が必要で

あり、行為者が注意義務を履行していたとしても、同様に結果が発生していたであろう場合には、過失犯の成立が否定されることになる⁽²²⁾と定式化できよう。これは一般に、合義務的代替態度、あるいは、合義務的態度の代置と呼ばれる問題であり、本稿で取扱うのは、このような意味での過失犯の一般的な成立要件としての結果回避可能性である⁽²³⁾。

2 結果回避可能性の判断方法

次に、結果回避可能性はどのようにして判断されるのかをみていく。前述したとおり、その判断は、行為者の注意義務の履行を仮定することで行われる。すなわち、行為者が注意義務を履行していた場合を想定し、そのような場合に、事態がどのように推移し、最終的に、結果の回避へと至ったのかどうか問われることになる。結果回避可能性の存否は、行為者の注意義務の履行を基点とした仮定的判断によって確認されるのである⁽²⁴⁾。

そして、このような仮定的判断を通じて、行為者が注意義務を履行していたならば、ほぼ確実に結果を回避することができたであろうといえれば、結果回避可能性要件が充足されることになる。実際の判例・裁判例においては、多くの場合、その表現には若干の差異が見られるものの⁽²⁵⁾、確実性あるいはそれに近い程度の蓋然性をもって結果回避が可能であったことが必要である旨、判示されている⁽²⁶⁾。これは、不作為犯の因果関係に関して判例上示された⁽²⁷⁾、いわゆる「十中八九」の救命可能性に等しいものであり、このような高度の可能性が、過失犯における結果回避可能性要件においても要求されているといえる⁽²⁸⁾。すなわち、結果回避可能性の程度については、ほぼ確実な可能性が必要とされるのである⁽²⁹⁾。

さて、このように、過失犯における結果回避可能性の判断が、不作為犯における因果関係の判断と実質的に等しいからといって、前述した判断を経て確認される結果回避可能性要件が過失不作為犯に特有のものとされているわけではない。過失作為犯の場合においても、同様の方法で判断される⁽³⁰⁾。すなわち、結果回避可能性の存在は、過失作為犯と過失不作為犯とに共通する要件であり、いずれの場合であっても、行為者の注意義務の履行を基点とした仮定的判断を通じて、結果回避がほぼ確実に可能であったか

否かを問うことよって判断されるのである。⁽³¹⁾

そして、結果回避可能性は、注意義務ないしその違反や、予見可能性などと並んで、過失犯における犯罪事実を構成する要素であることから、その存在は厳格な証明の対象となる。⁽³²⁾ すなわち、行為者が注意義務を履行していたならば、ほぼ確実に結果を回避することができたであろうことが、合理的な疑いを生ずる余地のない程度にまで真実であると証明されてはじめて、結果回避可能性が認定されるのである。⁽³³⁾

3 許される仮定の範囲

このように結果回避可能性は仮定的判断よってその存否が確認される要件であるが、その際の考慮要素として、行為者の注意義務の履行のほかに、どこまでの事情を仮定し、判断基底として取り込んでよいのかについては、判例・学説上様々な理解がみられる。とりわけ、行為者が注意義務を履行することに加えて、他者もまた同様に自己の注意義務を履行してはじめて、結果の回避が可能となるような過失の競合事案においては、行為者の結果回避可能性の判断にあたり、結果回避に必要な他者の注意義務の履行も併せて仮定してよいのか、それとも、他者の注意義務の違反を前提としなければならぬのが、結果回避可能性の肯否を直接的に左右する問題として、大きく争われることになる。⁽³⁴⁾ 以下では、この問題に関する、従来の判例・学説のアプローチをみていく。

(1) わが国の判例にあらわれた三つのアプローチ

実際の判例においてみられるアプローチとしては、その一つに、被告人の注意義務が履行された場合を想定した上で、その場合に、他者がどのような態度をとっていたであろうかを、証拠に基づいて判断し、実際に証明できた範囲内で他者の態度を仮定するというものがある（以下、「義務履行認定型アプローチ」と呼ぶ）。すなわち、被告人が注意義務を履行していたならば、他者も

過失の競合事案における結果回避可能性判断について(二) (谷井)

同様に注意義務を履行していたであろうということが証明できた場合には、このような他者の注意義務の履行を、被告人の結果回避可能性判断に付け加えてよいとするのである。⁽³⁵⁾たとえば、最決平成二二年五月三十一日刑集六四卷四号四四七頁（明石市花火大会歩道橋事件）は、警備員の統括責任者として警察官の出動を要請すべき注意義務を負っていた被告人Bが、同義務を履行し、警察官の出動を要請した上で、警察署地域官として機動隊の出動を要請すべき注意義務を負っていた被告人Aが、Bの要請を受け、同じく自己の義務を履行し、機動隊の出動を要請してはじめて、事故の発生が回避できるという事案であった。これにつき、最高裁は、「被告人Bについては、……警察側に対して、単なる打診にとどまらず、自主警備によつては対処し得ない状態であることを理由として警察官の出動を要請した場合、警察側がこれに応じないことはなかったものと認められる。」として、警察側の一員であるAもまた同様に注意義務を履行したであろうことを認定した原審・原々審における判断を踏まえた上で、被告人Bが前記注意義務を履行していたならば、事故を回避することは可能であったと判示した。また、薬害エイズ事件厚生省ルートにかかる東京地判平成一三年九月二八日刑集六二卷四号七九一頁（第一審判決）、東京高判平成一七年三月二五日刑集六二卷四号一一八七頁（控訴審判決）のいずれにおいても、被告人であった厚生省薬務局生物製剤課長が注意義務を履行し、ミドリ十字に対して非加熱製剤の販売中止および回収を指導していたならば、同事件ミドリ十字ルート（大阪高判平成一四年八月二一日判例時報一八〇四号一四六頁）にかかる被告人であった同社代表取締役からもこれに応じて自己の注意義務を履行し、販売中止および回収の措置を実施していたであろうことを具体的に認定した上で、生物製剤課長につき結果回避可能性を肯定している。⁽³⁶⁾

これに対して、判例の中には、前述したような、被告人が注意義務を履行していたならば、他者も同様に注意義務を履行していたであろうことに関する証明の成否について特に触れることなく、他者の注意義務の履行を仮定することを前提に結果回避可能性を判断したものもある（以下、「義務履行前提型アプローチ」と呼ぶ）。たとえば、大阪高判昭和六二年九月二八日刑集四四卷八号一一五九頁（千日デパート事件控訴審判決）は、千日デパートの防火管理者として同デパートビルの防火区画シャッターの全面的な閉鎖などを実施すべき注意義務を負っていた被告人Nが、同義務を履行し、防火区画シャッターを全面的に閉鎖するなどした

上で、プレイタウンの防火管理者として避難誘導訓練を実施すべき注意義務を負っていた被告人Tが、同義務を履行し、平素より適切な避難誘導訓練を実施してはじめて、そのような訓練を受けた従業員らの適切な避難誘導が行われることによって事故の発生が回避できるという事案であった。これにつき、大阪高裁は、被告人Nが前記注意義務を履行していたならば、被告人Tらの「適切な避難誘導等とあいまって」、被害者ら全員が安全に避難することができたと判示した。すなわち、「適切な避難誘導等とあいまって」との表現は、被告人Tによる前記注意義務が履行されることを前提とするものであり、ここでは、先にみた「義務履行認定型アプローチ」のように、被告人Nが注意義務を履行したならば、被告人Tも同様に注意義務を履行していたであろうとの認定がなされることなく、被告人Tの注意義務の履行を前提として、被告人Nにつき結果回避可能性の存在が肯定されているのである。⁽³⁷⁾

また、東京高判平成二年八月一五日刑集四三卷三号一〇一頁（ホテルニュージャパン事件控訴審判決）においては、ホテルニュージャパンの管理権原者としてスプリンクラー設備などを設置し、防火管理者であるHを指揮して、消防計画の作成や消防訓練などを行わせるべき注意義務を負っていた被告人に関して結果回避可能性を判断するにあたり、消防計画の作成や消防訓練の実施などをすべきHの注意義務の履行を仮定するか否かについて、「被告人の……注意義務及びHの注意義務が果たされていたならば、……宿泊客が無事救出された蓋然性が高いと推認される」として、Hの前記注意義務の履行が前提とされている。⁽³⁸⁾

もつとも、以上みてきた「義務履行認定型アプローチ」と「義務履行前提型アプローチ」とは、実質的に等しいものではないかとの疑問も生まれよう。というのも、後者のアプローチを採用する判例においても、判文にあらわれていないだけで、実際には、被告人が注意義務を履行していたならば、他者も同様に自己の注意義務を履行していたであろうことを証拠に基づき認定した上で、他者の注意義務の履行を付け加えて結果回避可能性を判断している、すなわち、前者のアプローチと全く同様の方法で判断していると見る余地も考えられるからである。⁽⁴¹⁾

そうだとすれば、行為者の結果回避可能性の判断にあたり、他者の注意義務の履行と違反のどちらを仮定すべきかは、その立証の成否によることとなり、結局のところ判例は、この問題を事実認定のレベルで解決しているにすぎないようにも思われる。しかしながら、判例の中には、事実認定とは異なるレベルにおいて解決を図ろうとした

ものもみられる。それが、千成ホテル事件である。⁽⁴²⁾

事案の概要は、千成ホテルの客室の一室から火災が発生したものの、同ホテルには避難設備が設置されておらず、また、自動火災報知設備のスイッチが切られたまま放置されており、さらに、火災放送などによる避難誘導も実施されなかったため、逃げ遅れた多数の宿泊客らが死傷したというものである。これらの死傷結果を回避するためには、同ホテルの経営者として避難設備を実施すべき注意義務を負っていた被告人Yが、同義務を履行することに加えて、同ホテルの管理者として自動火災報知設備が作動するように整備し、火災が発生した場合には、火災放送などによって避難誘導を実施すべき注意義務を負っていた被告人Nが、同義務を履行することが必要であった。すなわち、被告人Yについて結果回避可能性を判断するにあたり、被告人Nが前記注意義務を履行していたであろうことを仮定してよいのが問題となったのである。

これにつき、第一審（大阪地判昭和五六年四月二七日公刊物未搭載）⁽⁴³⁾は、被告人Nが自動火災報知設備を作動させており、火災の放送をしていたならば、という仮定的な事実を加えて、被告人Yにつき結果回避可能性の存在を肯定している。このような判断は、前述した「義務履行前提型アプローチ」を採用したものとみることができよう。

これに対して、控訴審（大阪高判昭和五九年三月一三日公刊物未搭載）⁽⁴⁴⁾は、被告人Nの前記注意義務の履行という仮定的事実を加えることを原則として否定している。すなわち、被告人Yについて結果回避可能性を判断するにあたっては、そのような付け加えは理論的に許されず、あくまで自動火災報知設備が作動せず、火災の放送もない状況を前提として、被告人Yが前記注意義務を履行していたならば、死傷結果が発生しなかったであろうか否かが問われなければならないとしたのである。それゆえ、被告人Yの前記注意義務の履行だけでは本件死傷結果を回避することはできなかった以上、結果回避可能性は認められないとされた。これは、他者の注意義務の履行ではなく、注意義務の違反を前提として結果回避可能性を判断するものであり、「義務違反前提型アプローチ」と呼ぶことができよう。

第一審と控訴審とで結論を分けたのは、被告人Yが注意義務を履行していたならば、被告人Nも同様に自己の注意義務を履行し

ていたであろうことを、証拠に基づき認定することができたか否かという事実認定の差異ではなく、結果回避可能性判断において他者の注意義務の履行を仮定することが許されるのか否かに関する理論的な立場の相違によるものと思われる。

以上みてきたように、判例においては、「義務履行認定型アプローチ」、「義務履行前提型アプローチ」、「義務違反前提型アプローチ」という三通りの判断論法がとられており、ここでは、事実認定の問題に解消し尽くせない理論的な問題が意識されているものといえる。⁽⁴⁵⁾

(2) わが国の学説における対応

次いで、学説に目を向けると、そこでも複数のアプローチが主張されていることが分かる。まず、行為者が注意義務を履行していたならば、他者も同様に注意義務を履行していただであろうということが現実性に境を接する蓋然性で認められる場合に限り、そのような他者の注意義務の履行を仮定してよいとする主張がある。⁽⁴⁶⁾ すなわち、実際に立証に成功した範囲でのみ、他者の注意義務の履行を付け加えて、結果回避可能性を判断することが許されるというのである。これは前述した、「義務履行認定型アプローチ」に相当するものであるといえよう。

他方で、そのような立証の成否とは無関係に、他者の注意義務の履行を仮定してよいとする主張もある。具体的には、行為者の注意義務の履行を仮定した場合に、それ以降になされる他者の態度については、同様に注意義務を履行したであろうことを前提としてよいというのである。なぜならば、そのような場合に他者の注意義務の違反を付け加えて結果回避可能性を否定することは、「法益が違法に脅かされていることを理由にその保護を奪う」ということであり、法益侵害に対して否定的評価を下している刑法が、「当該法益が侵害されそうであることを理由にそれを侵害してよいとする」のは、「ある種の矛盾とも呼ぶべきもの」だからであるといえる。⁽⁴⁷⁾ これは前述した、「義務履行前提型アプローチ」に相当するものであるといえよう。⁽⁴⁸⁾

これに対して、結果回避可能性の存否は、行為者の注意義務の履行のみを仮定して判断すべきものであって、その際に、他者の

注意義務の履行を付け加えることは許されないとする主張がある。すなわち、実際にそうであったように、他者が自己の注意義務に違反していたことを前提に、行為者が注意義務を履行していたならば、結果は生じなかったであろうか否かが問われなければならないというのである。⁽⁴⁹⁾このような主張の背後には、結果回避可能性の判断の主眼はあくまで、行為者に課された注意義務それ自体の有効性を事後的に確認する点にあるのであって、他者が注意義務を履行することによってもたまたま結果が回避しえたからといって、このことをもって行為者の注意義務の有効性を肯定することはできない、との理解がある。あくまで、実際に他者が注意義務に違反していたのであれば、そのことを前提として、行為者の注意義務の有効性を確認しなければならないのである。これは前述した、「義務違反前提型アプローチ」に相当するものであるといえよう。ただし、このような理解によったとしても、行為者の注意義務の履行から生じうる事態の推移を仮定することは許されるといわれる。すなわち、行為者が注意義務を履行していたならば、これを受けて、他者もまた同様に注意義務を履行していたであろうということが認定できるのである。このような他者の注意義務の履行を付け加えて結果回避可能性が判断されることになるのである。⁽⁵⁰⁾また、他者の注意義務の履行を付け加えることは原則的に許されないとしながらも、一定の場合には例外的に、他者の注意義務の履行を前提に結果回避可能性を判断してよいとする主張もみられる。たとえば、監督過失の事案において、監督者について結果回避可能性を判断する際には、被監督者が注意義務を履行していたであろうことを前提にしてよいとする主張や、⁽⁵¹⁾これをさらに一般化して、先行者が注意義務を履行していたならば、その結果として後行者が注意義務を履行しうる状況がもたらされるといったような、一種の依存関係が認められる場合には、後行者の注意義務の履行を前提としてよいとする主張である。⁽⁵²⁾このような例外は、実は、先にみた大阪高判昭和五九年三月一三日公刊物未搭載（千成ホテル事件控訴審判決）においても示されており、被告人の注意義務の履行と因果的な関連をもつと認められる他者の注意義務の履行については、これを付け加えるとの指摘がなされていた。⁽⁵³⁾

このように、学説においても、前述した「義務履行認定型アプローチ」、「義務違反前提型アプローチ」、「義務違反前提型アプローチ」に対応するかのような主張が、それぞれ展開されている。

4 小括と検討

以上みてきたように、行為者が注意義務を履行していたならば、ほぼ確実に結果を回避することができたであろうということが合理的な疑いを生ずる余地のない程度にまで真実であると証明されてはじめて、過失犯の一般的な成立要件としての結果回避可能性が肯定されるという点では、大方の一致が認められるものの、その際に、行為者の注意義務の履行以外に、どこまでの事情を付け加えてよいのかについては、判例・学説上、争いがある。

とりわけ、過失の競合事案においては、行為者の結果回避可能性の判断にあたり、他者の注意義務の履行を仮定するのか、あるいは、その違反を前提とするのが大きな問題となるところ、判例はこれまで、「義務履行認定型アプローチ」「義務履行前提型アプローチ」、「義務違反前提型アプローチ」という三通りの判断論法を用いて、この問題の解決を図ってきた。しかしながら、千成ホテル事件においては、同一の事実関係について第一審と控訴審とで異なるアプローチが採用されていたように、これらのアプローチの選択基準は明らかではない。また、千日デパート事件控訴審判決では「義務履行前提型アプローチ」が採用されたのに対し、千成ホテル事件控訴審判決では「義務違反前提型アプローチ」が採用されたが、他者の注意義務の履行を仮定することが許されるのかについて、両判決は一見すると矛盾した判断を下しているかのようにも見える。このように、他者の注意義務の違反と履行のどちらを考慮に入れるべきか、結果回避可能性の判断においてどこまでの事情の仮定を許すのかにつき、実務上一貫した基準が確立されていないように思われる。

他方、学説においても、この問題に対しては様々な理論的解決が試みられてきた。それらは、判例において示された三つのアプローチに対応するかのような内容であるが、それぞれの主張についてはなお検討の余地が残されているように思われる。たとえば、「義務履行認定型アプローチ」に相当する見解についていえば、立証の困難性が挙げられよう。すなわち、仮定的状況において人はどのような行動をとるのかということは、一般的な法則の存在しない極めて不確かな事柄であって、行為者が注意義務を履

行していたならば、他者もまた同様に自己の注意義務を履行していたであろうことを、合理的な疑いを生ずる余地を挟まない程度にまで証明することには相当の困難が伴うであろう。(54) このような問題については、立証の負担を軽減するための方策の検討も必要となる。(55) 次に、「義務履行前提型アプローチ」に相当する見解についていえば、他者の注意義務の履行を前提とすることによって、行為者の注意義務の履行による結果回避可能性が疑わしい場合にまで、これを認めることになりかねず、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反するおそれがある。(56) また、このように他者の注意義務の履行を常に前提としてよいとすれば、過失単独犯における結果回避可能性の判断が、過失共同正犯におけるそれと実質的に等しくなってしまうようにも思われる。そして、「義務違反前提型アプローチ」についていえば、他者の注意義務違反を常に前提として結果回避可能性を判断するとすれば、監督過失事案のような、結果回避のためには行為者が注意義務を履行した上で、これに応じて他者も同様に自分の注意義務を履行することが必要であったような場合、他者の仮定的な違法行為を理由に過失責任を免れる主張を許容することになるが、これが妥当な結論といえるのかは疑問が残る。また、このような事態を回避するため、行為者の注意義務の履行から生じうる事態の推移は仮定するにとが許されるとしても、前述したような立証の困難性の問題はなお存在する。さらに、一定の場合には例外的に、他者の注意義務の履行を前提に結果回避可能性を判断してよいとしても、このような例外的な場合がいかなる範囲で認められるのかについては、更なる検討が必要となる。(58)

これらの問題点を踏まえた上で、過失の競合事案における結果回避可能性の判断にあたって、いかなる範囲の事情を仮定することが許されるのか、すなわち、どのような場合に他者の注意義務の履行を仮定することができるのか、それとも、その違反を前提としなければならないのかについて、理論的な判断基準を確立することが求められるのである。そこで以下では、この問題について、わが国とも共通する、あるいは、わが国とは異なるアプローチが、判例・学説上ともに様々な観点から展開されてきたドイツ法の議論を参照していく。

三 ドイツ法における回避可能性要件の理解

わが国と同様、ドイツ法においても、過失犯の成立には、行為者が注意義務を履行していたならば、結果が発生しなかったであろう関係、すなわち、結果回避可能性が要求される点で大方の一致が見られる。⁽⁵⁹⁾ このような関係は、一般に、合義務的代替態度による回避可能性と呼ばれる⁽⁶⁰⁾。以下では、この回避可能性要件について、その内容と犯罪論体系上の位置づけを概観し、日本法における結果回避可能性要件との異同を確認する。また、ドイツ法においては、回避可能性要件という制約からの解放を図ろうとする見解も有力に主張されており（いわゆる危険増加論）、回避可能性要件の要否について、とりわけ学説上争いがある。同見解は、過失の競合事案における回避可能性判断の問題を解決する有力な方策の一つとしても注目されていることから、ここで併せて、その概要についても確認する。

1 回避可能性要件の内容と位置づけ

(1) 内 容

回避可能性要件は、前述したとおり、行為者が注意義務の履行という合義務的代替態度をとっていたならば、結果は発生しなかったであろう関係を内容とするものであるが、その際に要求される可能性の程度については、とりわけ判例上、変遷がみられる。すなわち、かつての判例は、被告人が合義務的態度をとっていたとしても、確実性または確実性に境を接する蓋然性をもって結果が発生したであろう場合にのみ、回避可能性要件が否定されるとしていた。⁽⁶¹⁾これに対して、著名なトレーラー事件⁽⁶²⁾において、BGHは、従来の判例の理解を明示的に拒否した上で、被告人が合義務的態度をとっていたとしても同一の結果が生じていたであろうという単なる想像上の可能性が存在するだけでは足りないが、このことに関する疑いが、反対事実、すなわち、被告人が合義務的

過失の競合事案における結果回避可能性判断について（二）（谷井）

態度をとっていたならば同一の結果は生じなかつたであろうという事実が確実性に境を接する蓋然性をもって認められるという確信を、合理的に排斥する場合には、回避可能性要件の充足が否定されるとの立場を示した。そして、それ以降、判例は、被告人が合義務的態度をとっていたならば、確実性に境を接する蓋然性をもって結果が発生しなかつたであろう場合にのみ、回避可能性要件が肯定されるとしているのである。⁽⁶³⁾ こうして判例は、トレーラー事件を境に、被告人が合義務的代替態度をとつたならば、結果は発生しなかつたであろうことについて合理的な疑いが残る場合、このような疑いを被告人の不利益に扱う立場から、これを被告人の有利に扱う立場へと態度変更したものと見えよう。⁽⁶⁴⁾ このような変遷を経て、現在では、合義務的代替態度を仮定したならば、確実性に境を接する蓋然性をもって結果は発生しなかつたであろうことが回避可能性要件の充足に必要とされる点で、判例において理解の一致がみられるに至り、また、学説においても同様の理解が一般的となつている。⁽⁶⁵⁾ したがって、このような意味において、ドイツ法における回避可能性要件は、前述した、注意義務履行の仮定によるほぼ確実な結果不発生を要求する日本法における結果回避可能性要件と、その内容を同じくするものといえよう。

(2) 位置づけ

以上のような内容を持つ回避可能性要件は、犯罪論体系上、客観的帰属のレヴェルに位置づけられるものとされる。すなわち、過失犯の場合、行為者に発生結果を帰属するためには、等価説の立場から *sub specie* 公式に従つて判断されるところの条件関係として、行為と結果との間に因果関係が存在するだけでは足りず、これに加えて、合義務的代替態度を仮定したならば、確実性に境を接する蓋然性をもって結果が発生しなかつたであろうことが必要とされるのである。この点、たとえば、学説においては、違法連関⁽⁶⁷⁾や、義務違反連関⁽⁶⁸⁾といった呼称のもとで、いわゆる客観的帰属論の一要素として回避可能性要件が位置づけられている。⁽⁶⁹⁾ また、客観的帰属論を明示的には採用していない判例においては、原因関係⁽⁷⁰⁾や、刑法的意味における原因性⁽⁷¹⁾、といった呼称のもとで、回避可能性要件が判断されている。⁽⁷²⁾

そして、このような回避可能性要件は、過失作為犯・不作為犯とで共通するものと理解されている⁽⁷³⁾。まず、過失作為犯の場合、前述したように、行為者の作為を取り除けば結果は発生しなかったであろうという因果関係に加えて、行為者の合義務的代替態度を仮定すれば確実性に境を接する蓋然性をもって結果は発生しなかったであろうという回避可能性が必要とされる⁽⁷⁴⁾。これに対して、過失不作為犯の場合、まずは、不作為の因果関係として、行為者が保障人義務を履行していたならば、確実性に境を接する蓋然性をもって結果が発生しなかったであろうことが要求される⁽⁷⁵⁾。これは、一般に、準因果関係 (Quasikausalität) と呼ばれるものであり、⁽⁷⁶⁾ 作為犯における前記の因果関係に対応する要件である⁽⁷⁷⁾。そして、このような不作為の因果関係は、合義務的な代替態度による確実性に境を接する蓋然性をもった回避可能性という意味で、前述した回避可能性要件と実質的には同一内容であることから、不作為の因果関係の判断と回避可能性要件の判断は一致することになる⁽⁷⁸⁾。この点、判例においても、不作為の因果関係を判断する中で、同時に回避可能性要件の判断がなされるとされる⁽⁷⁹⁾。このように、因果関係とは独立して回避可能性要件が判断される過失作為犯と異なり、過失不作為犯においては、不作為の因果関係という名目のもとで、回避可能性要件の充足が併せて判断されることになるものの、回避可能性要件は過失作為犯・不作為犯にとつて共通の帰属要件とされているのである。

以上みてきたように、ドイツ法における回避可能性要件は、ほぼ一義的に客観的帰属のレヴェルに位置づけられている点で、日本法における結果回避可能性要件と若干異なるものの、過失作為犯・不作為犯を問わず、過失犯の一般的な成立要件として理解されている点では、結果回避可能性要件と等しいものであるといえよう。

2 回避可能性要件の要否

これまで、回避可能性要件が、ドイツ法においても過失犯の一般的な成立要件に位置づけられていることを確認してきたが、このように、過失犯における結果帰属にとつて、行為と結果との因果関係に加えて、合義務的代替態度をとっていたならば、確実性に境を接する蓋然性をもって結果は発生しなかったであろうという特別な関係が必要であるとする見解は、回避可能性説

(Vermeidbarkeitstheorie) と呼ばれている⁽⁸⁰⁾。同説によれば、合義務的代替態度を仮定しても、同じく結果が発生したかもしれないという合理的な疑いが残る場合には、結果の帰属が否定され、過失犯の成立が認められないこととなる。

これに対して、このような場合にも結果の帰属を肯定しようとするのが、いわゆる危険増加論 (Risikoverhöhungstheorie) である⁽⁸¹⁾。同理論は、行為者の注意義務違反態度が、結果発生危険を、許された危険の限度を超えて高めたということができれば、結果帰属が認められるとする見解である。そして、同理論によれば、合義務的代替態度による回避可能性につき確実性に境を接する蓋然性が認められなかったとしても、行為者が合義務的態度をとっていたならば、結果が回避されるチャンスが認められる場合には、結果帰属を肯定してよいとされるのである。このような意味で、合義務的代替態度の仮定による結果回避のチャンスの存在、すなわち、結果危険の減少を帰属の基準とすることから、同理論は危険減少説 (Risikoverminderungstheorie) とも呼ばれる⁽⁸²⁾。したがって、同説によれば、行為者の合義務的代替態度を仮定したとしても、確実性に境を接する蓋然性をもって結果が発生したであろう場合には、結果回避のチャンスすら存在しないことから、このような場合に限って、結果の帰属は否定される。反対に、それ以外の場合には、たとえ合義務的代替態度による結果回避が不確実であっても、結果回避のチャンスは認められる以上、結果の帰属は肯定され、過失犯の成立が認められることとなる。それゆえ、同説は、実質的には前述した意味での回避可能性要件を不要とする見解ということができよう。

このように、ドイツ法においては、回避可能性要件の要否をめぐる、とりわけ学説上、回避可能性説と危険増加論ないし危険減少説とが対立している⁽⁸³⁾。そして、この対立は、合義務的態度をとっていたならば、確実性に境を接する蓋然性をもって結果が発生しなかったであろうという回避可能性要件が、結果帰属にとって厳格にすぎるとはならないかとの疑問から生じたものであり、このような疑問が顕在化する事例群のひとつが、結果回避のためには行為者の注意義務履行だけでなく、他者の注意義務履行も必要となる過失の競合事案なのである。

- (1) たとえば、西田典之ほか編『注釈刑法第一巻 総論』§§一七二(有斐閣、二〇一〇年)五五三頁以下「土嵩一高」など参照。
- (2) なお、学説においては、過失犯の成立に結果回避可能性は不要であるとする見解(結果回避可能性不要説)もみられる。たとえば、山本光英「結果回避可能性と過失——仮定的原因をめぐって——」中央大学大学院研究年報一四号一—二(一九八四年)一〇二頁以下、辰井聡子『因果関係論』(有斐閣、二〇〇六年)一九八頁以下など。
- (3) たとえば、名古屋地判平成一九年七月九日裁判所ウェブサイト。事案は、被告人である両親がともに不注意にも乳児を車中に置き去りにした結果、熱中症により同人を死亡させたというものである。この場合、両親のいずれか一方だけでも熱中症を防止するための措置をとっていたならば、乳児の死亡を阻止することができたであろうといえる。したがって、両親それぞれについて、結果回避可能性が認められることに異論はないであろう。もともと本件では、両親には、お互いが協力して熱中症などの危険を防止するための措置を講ずべき共同の注意義務があったとして、過失共同正犯の成立が認められた。
- (4) 同様の問題点を指摘するものとして、たとえば、島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性、信頼の原則、作為義務」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、二〇〇三年)八二頁脚注(7)などがある。
- (5) たとえば、小林憲太郎「因果関係と客観的帰属」(弘文堂、二〇〇三年)八頁以下は、条件関係判断における付け加え禁止が仮定的な事情の考慮すべてを一律に禁ずるものではないこと、そして、同様のことが結果回避可能性の判断にも当てはまることを指摘する。なお、古川伸彦『刑事過失論序説——過失犯における注意義務の内容』(成文堂、二〇〇七年)三四四頁以下も同旨。
- (6) 小林憲太郎「いわゆる結果回避可能性について」刑法雑誌四二巻三号(二〇〇三年)三〇二頁以下。この問題は、実務家の立場からも理論的な検討がなされている(たとえば、石塚章夫「捜査・訴追及び裁判上の立証」刑法雑誌二八巻一号(一九八七年)四三頁以下)。なお、この問題は従来、主として管理・監督過失の分野を中心に議論の蓄積が見られる(たとえば、林幹人「監督過失——火災事故判例をめぐって——」刑法雑誌三四巻二号(一九九五年)七二頁以下)。
- (7) たとえば、最判平成三年一月一日刑集四五巻八号二二二頁(大洋デパート事件)、最決平成五年一月二五日刑集四七巻九号二四二頁(ホテルニュージャパン事件)、最決平成二〇年三月三日刑集六二巻四号五六七頁(薬害エイズ事件厚生省ルート)などにおいては、弁護人側の上告趣意の中で、かりに被告人が注意義務を履行していたとしても、第三者が適切な行動をとらないことにより、いずれにせよ結果が発生していたであろうとして、結果回避可能性を認めるべきではない旨の指摘がなされている。
- (8) 原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成二年度)』(法曹会、一九九二年)二七六頁以下によれば、第三者の適切な行為を仮定してよいのか、あるいは、第三者の不適切な行為を前提とすべきかは、今後の問題に残されているという。
- (9) BGHSI 37, 106.
- (10) 過失犯における結果回避可能性という用語の多義性については、実務家からも指摘がなされている(たとえば、原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成元年度)』(法曹会、一九九一年)三八九頁など)。

過失の競合事案における結果回避可能性判断について(二)(谷井)

- (11) たとえば、大判昭和四年四月一日新聞三〇〇六号一五頁(京踏切事件)、最判平成四年七月一〇日集刑二六〇号三二一頁、最判平成一年一月二四日集刑二八三号二四一頁(黄色点滅信号事件)、大阪地判平成一七年二月九日判時一八九六号一五七頁、最決平成二四年二月八日刑集六六卷四号二〇〇頁(三菱自工タイヤ等脱走事件)など。
- (12) たとえば、東京地判昭和四〇年五月二七日判時四二六号三頁、最決昭和四二年五月二五日刑集二二卷四号五八四頁(弥彦神社餅撒き事件)、盛岡地判昭和五〇年三月一日判タ三二二一号二六頁、奈良地判平成二四年六月二二日判タ一四〇六号三六三頁(山本病院事件)、静岡地裁沼津支判平成二九年二月二四日LEX/DB 2534359など。もっとも、このような場合であっても、文字通りの結果の回避可能性が過失犯の成立にとって不要とされているわけではない。
- (13) 結果回避可能性概念につき、事前的結果回避可能性と事後的結果回避可能性という二つの類型が存在することを認める見解として、たとえば、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(成文堂、二〇〇七年)九四頁以下などがある。
- (14) たとえば、仙台高判昭和五三年五月九日判時八九〇号一五頁、福岡高判昭和六三年六月二八日刑集四五卷八号四五九頁(大洋デパート事件控訴審判決)、東京地判平成四年二月二六日判タ八〇〇号二七五頁、水戸地裁龍ヶ崎支判平成一九年九月一三日LEX/DB343341、大阪地判平成一七年二月九日判時一八九六号一五七頁など。
- (15) たとえば、福岡高判平成七年一月二五日判例時報一五五九号一四七頁、広島高判平成一五年二月九日裁判所ウェブサイトを、横浜地判平成二〇年三月一〇日LEX/DB3400349、横浜地判平成二七年三月二二日裁判所ウェブサイトをなど。
- (16) たとえば、大判昭和四年四月一日新聞三〇〇六号一五頁(京踏切事件)、東京高判昭和三三年七月一九日東高刑時報九卷七号二二五頁、神戸地判昭和四七年一月一九日判タ二七六号二八九頁、東京地判平成一八年三月二八日判時三三〇一三頁、東京地判平成二二年五月一日判タ一三二二八号二四一頁(パロマ湯沸器事件)、最決平成二四年二月八日刑集六六卷四号二〇〇頁(三菱自工タイヤ等脱走事件)など。
- (17) その他にも、判文上、結果回避可能性判断の位置づけが必ずしも判然としないものもみられる。たとえば、神戸地判平成二五年四月一日裁判所ウェブサイトを、札幌地判平成二六年五月一日裁判所ウェブサイトを、東京地判平成二七年九月二九日判タ一四二三号三四頁、札幌地判平成二六年五月一日裁判所ウェブサイトを、なお、最判平成一五年一月二四日集刑二八三号二四一頁(黄色点滅信号事件)については、結果回避可能性の欠如により、注意義務違反ないし過失が否定されたとみるのか(このように解するものとして、たとえば、小林憲太郎『刑法的帰責——フィナリスマス・客観的帰属論・結果無価値論』(弘文堂、二〇〇七年)一四二頁)、因果関係が否定されたとみるのか(このように解するものとして、たとえば、高橋・前掲注13)九七頁、杉本一敏「判批」『刑法判例百選I総論』(第七版)『(有斐閣、二〇一四年)一六頁以下)、評釈者の中でも争いがある(その他にも、過失や因果関係とは別の、新たに定立された可罰性の要件の充足が否定されたともるものとして、山本紘之「判批」法学新報一一一巻三・四号(二〇〇四年)四六四頁以下がある)。
- (18) なお、裁判実務における結果回避可能性の判断論法、あるいは、位置づけについては、杉本一敏「結果無価値論から見た過失犯の結果回避可能性」高橋則夫ほか編『曾根成彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集「上巻」』(有斐閣、二〇一四年)五六六頁以下なども参照。

(19) たとえば、大谷實『刑法講義総論(新版第四版)』(成文堂、二〇二二年)三三四頁、古川・前掲注(5)二二三頁以下など。

(20) たとえば、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、二〇〇八年)二二八頁以下、高橋則夫『刑法総論(第三版)』(成文堂、二〇一六年)一一二頁、二二三頁以下、山本紘之『過失犯における結果の捉え方——不法要素か処罰条件か——』法学新報一一二巻三・四号(二〇〇五年)二二三頁など。ただし、高橋ならびに山本は、結果回避可能性の中でも、事後的結果回避可能性のみを因果関係の問題として扱い、事前的結果回避可能性については過失の問題であるとする。

(21) その他にも、結果要件の問題とする見解(小林・前掲注(5)三二頁以下)、可罰的違法性とする見解(曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』(成文堂、一九九一年)七一頁以下)、客観的帰属論の問題であるとする見解(山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂、一九八四年)二八九頁以下。なお、山中敬一『過失犯における「回避可能性」の意義』研修七〇四号(二〇〇七年)一一頁以下も参照)などがある。

(22) このような定式化は、一見すると、結果回避可能性要件を因果関係の問題として位置づける理解を前提としたもののように思われるかもしれないが、同要件の体系的な位置づけに関する他の理解を必ずしも排斥するものではない。たとえば、同要件を注意義務や過失の前提として位置づける理解に従った場合でも、上記定式内の「注意義務」を「結果回避のために課される義務」と読み替えて、行為者が「結果回避のために課される義務」を履行していたとしても、同様に結果が発生したであろう場合には、同義務ないしその違反は注意義務や過失を構成せず、過失犯の成立は否定される、ということになる。ここで重要なのは、「注意義務」や「結果回避のために課される義務」に従った態度をとったとしても、実際に結果を回避することができなかったのであれば、過失犯の成立を認めることはできない、ということである。

(23) 結果回避可能性の問題は、刑法上の過失犯における注意義務と各種取締法規上の義務との関係にも関わる問題であることが指摘されている。すなわち、具体的事案において、両義務は一致し、あるいは、相違するかがしばしば問題となるところ、とりわけ、道交法上の義務に違反しているのに刑法上の注意義務に違反したとはいえない場合があるのかという問題について、前者の義務に従った行為がなされていたとしても同じく結果が発生していたであろう場合には、その義務違反は注意義務違反ではないとみることができるのである(山中・前掲注(21)一頁以下)。確かに、このような場合に、道交法上の義務違反をもって過失犯の成立を肯定することはできないが、その理由は、当該義務違反が注意義務違反を構成しえないという点だけではなく、その余地を残した上で、注意義務違反と結果発生との間の因果関係が否定されるという点に求めることも考えられよう。なお、過失犯における注意義務と各種取締法規上の義務との関係については、拙稿「判例における刑法上の注意義務と刑法外の義務との関係性について」(中央大学大学院研究年報法学研究科篇四六号(二〇一七年)三三三頁以下も参照)。

(24) 石塚・前掲注(6)三三六頁以下、小林・前掲注(6)三三〇二頁。

(25) たとえば、大阪高判昭和五九年三月二三日公刊物未搭載(「結果回避について確実性に接した蓋然性が要求される」)(本件の詳細については、最高裁判所事務総局編『特殊過失刑事事件裁判例集(二)』(法曹会、一九八九年)六九〇頁以下参照)、最判平成四年七月一日集刑二六〇号三一頁(「本件事故を確実に回避することができたとはいえない」)、最決平成五年一月二五日刑集四七巻九号二四二頁(「本件死

傷の結果の発生を避けることができた蓋然性が高い)、前橋地判平成二五年一月一八日判タ一四一二号三五六頁(「確実に……死亡を回避することができた」、大阪地判平成二五年七月三十一日LEX/DB35501661(「被害者が死亡しなかったことがほぼ確実」、札幌地判平成二六年五月一日裁判所ウェブサイト(「本件傷害の結果が回避できていた可能性は必ずしも高くはなく、ましてや高度の蓋然性があるとはいえない」など。))

(26) なお、一部の判例では、単なる可能性で足りるとするかのような表現もみられる。たとえば、福島地判平成二〇年八月二〇日判時二二九五頁(大野病院事件)では、「結果回避については、単なる可能性の有無というレベルに止まるが、結果回避可能性が有ったとすることの証明はなされている」とされた。もつとも、このような「単なる可能性」や「結果の回避ができたであろう」といった表現の場合であっても、実際には、ほぼ確実な結果回避可能性が要求されているとの指摘がある(石塚・前掲注(6)三九頁、原田・前掲注(10)三八二頁以下)。

(27) 最決平成二年二月一五日刑集四三卷一三〇八七九頁。なお、不作為犯における結果回避可能性(ないし因果関係)の問題について詳細に検討を加える近時の論稿として、奥村正雄「不作為犯における結果回避可能性」同志社法学六二卷三号(二〇一〇年)五二九頁以下、山下裕樹「不作為犯における救命可能性と因果関係及び作為義務についての一考察」法学ジャーナル八八卷(二〇一三年)二二七頁以下、酒井安行「不作為犯における因果関係と『疑わしきは被告人の利益に』原則——いわゆる『十中八九』決定を手掛かりに——」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集「上巻」』(有斐閣、二〇一四年)一五七頁以下など。

(28) たとえば、原田・前掲注(8)二七五頁によれば、不作為と結果との間の因果関係の問題として、期待される作為がなされていれば、結果が発生しないであろうことが合理的な疑いを超える程度に確実であると認められなければならないとした最決平成一年二月一五日刑集四三卷一三〇八七九頁の判断は、過失犯にも同様に当てはまり、このような意味での結果回避の確実性が、過失犯においても要求されるという(原田・前掲注(10)三八八頁以下も参照)。なお、山本・前掲注(20)二二四頁も、結果回避の確実性について明示的には言及しないものの、結果回避可能性(ないし因果関係)判断について、過失犯と不作為犯との共通性を指摘している。

(29) なお、過失犯においては結果回避の確実性までは要求されないとする主張もみられる。たとえば、古川・前掲注(5)三〇一頁以下は、結果回避が確実に可能であったといえなくとも、反対に、それが確実に不可能であったことが疑われない限りは、結果回避可能性の存在を認めることができるという。これは、後述する、いわゆる危険増加論の理解である。

(30) たとえば、最判平成一五年一月二四日集刑二八三号二四一頁(黄色点滅信号事件)がその典型である。本件においては、道路交通法四二条一号所定の徐行義務に従って、減速して徐行すべきところ、何ら徐行することなく、時速約三〇ないし四〇キロメートルの速度で進行を続けた被告人の行為について業務上過失致死傷罪の成否が争われたが、そこでは、被告人の当該行為を過失作為犯として構成した上で、徐行義務の履行による結果回避可能性の存否が問題にされたものとみられる。

(31) たとえば、原田・前掲注(8)二八八頁(注28)は、合義務的代替態度による結果回避可能性(確実性)は、不作為型の過失犯のみならず、作

(32) なお、立証の程度や対象といった訴訟法上の問題については、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第七卷（第三一六条の二）第三二八条（第二版）』（青林書院、二〇一二年）四一三頁以下〔安廣文夫、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法 第六卷 § 三一七～§ 三五〇の一四（第三版）』（立花書房、二〇一五年）一六頁、二八頁以下〕植村立郎、松尾浩也『刑事訴訟法 下（新版補正第二版）』（弘文堂、一九九九年）二二頁など参照。また、この問題に関する判例としては、最判昭和三年八月五日刑集二卷九号一―二三頁、最判昭和四八年一月二―三日集刑一九〇号七八一頁、最決昭和五七年五月二五日集刑二七号三三七頁、最決昭和一九年一月二六日刑集六一卷七号六七七頁など。

(33) たとえば、林幹人「監督過失の基礎」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、一九九〇年）三四二頁によれば、「結果回避可能性を認めるためには、結果回避義務に合致した行為がなされていたならば、その結果は発生しなかったであろうことがほぼ確実にあること（実的要件）が、合理的な疑いを入れない程度まで証明されなければならない（手続的要件）」とされる。また、不作為犯の因果関係（結果回避可能性）を念頭に置いたものではあるが、酒井・前掲注〔27〕一七四頁も同旨。なお、齋野彦弥「結果回避可能性と『疑わしき』は被告人の利益に」の原則」研修七六二号（二〇一一年）三頁以下も参照。

(34) なお、過失の競合事案において、行為者らに共同正犯関係が認められるのであれば、この問題は生じない。というのも、共同正犯関係が認められる場合には、行為者各人の注意義務の履行による結果回避可能性ではなく、行為者全体の注意義務の履行、すなわち、いわゆる共同義務の履行による結果回避可能性が問題とされるからである。すなわち、その際に結果回避可能性判断の基点として仮定される共同義務の履行の中には、当然に、結果回避に必要な他者の注意義務の履行が含まれることから、他者のどのような態度を仮定することが許されるのかは一義的に定まることとなるのである。この点については、岩間康夫『製造物責任と不作為犯論』（成文堂、二〇一〇年）一六三頁、金子博「過失の競合に関する一考察——過失不作為犯の競合を手がかりとして——」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑩』（成文堂、二〇一七年）七〇頁以下なども参照。

(35) 反対に、このような証明がなされなければ、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、他者の注意義務の違反が仮定された上で、被告人の結果回避可能性が判断されることとなる。

(36) このような義務履行認定型アプローチに類似した判断は、被告人として訴追されていない、すなわち、注意義務の存否について明示的な判断が下されていない者の適切な行動を仮定して初めて、被告人の結果回避可能性が肯定されるような事案においてもみられる。具体的には、被告人が注意義務を履行していたならば、他者もこれに応じて適切な行動をとっていたであろうことが証明できた場合には、このような他者の適切な行動を付け加えて被告人の結果回避可能性を判断するというものである。たとえば、東京地判平成二二年五月一日判例タイムズ一三二八号二四一頁（湯沸器使用者による訪問点検の積極的な応諾、東京地判平成二七年九月二九日判タ一四二二三号三四頁（保守点検員による保守点検業務の適切な実施）など。

(37) もっとも、實際上、このような認定は困難であろう。というのも、被告人Nの防火区画シャッターの全面閉鎖義務と被告人Tの避難誘導訓

過失の競合事案における結果回避可能性判断について（一）（合井）

練義務とは互いに独立した、いわば、無関係な注意義務であって、Nの義務履行によってTの義務履行が促進されるような関係性が存在しないからである。この点で、「義務履行認定型アプローチ」が採用された最決平成二二年五月三二日刑集六四卷四号四四七頁や、東京高判平成一七年三月二五日刑集六二卷四号一八七頁などとは異なる。もっとも、本判決が、Nの結果回避可能性判断にあたり、このように無関係なTの注意義務の履行を前提としたことには批判も向けられている(林(幹)・前掲注(6)七四頁)。

(38) なお、この点について、本件の上告審である最決平成二二年一月二九日刑集四四卷八号八七一頁は触れていない。これは、被告人Tの注意義務の履行を前提とするか否かにかかわらず、いずれにせよ被告人Nにつき結果回避可能性は認められるという判断によるものであるとの指摘がなされている(林(幹)・前掲注(6)七四頁。なお、原田・前掲注(8)二七八頁も参照)。

(39) 本件第一審(東京地判昭和六二年五月二〇日刑集四七卷九号九二二頁)における共同被告人であったが、控訴しなかったため、同人に対する有罪判決が確定していた。

(40) このような義務履行前提型アプローチに類似した判断は、被告人として訴追されていない、すなわち、注意義務の存否について明示的な判断が下されていない者の適切な行動を仮定して初めて、被告人の結果回避可能性が肯定されるような事案においてもみられる。具体的には、他者が適切な行動をとることを前提として、被告人の結果回避可能性を判断するというものである。たとえば、従業員による適切な避難誘導の実施を前提としたものとして、福岡高判昭和六三年六月二八日刑集四五卷八号四五九頁、最決平成二二年一月一六日刑集四四卷八号七四四号、東京地判平成一七年二月二四日LEXDB 28106410など。また、具体的な判断が示されていないものの、最決平成二四年二月八日最高裁判所刑事判例集六六卷四号二〇〇頁(三菱自工タイヤ等脱落事件)においても、リコール実施の最終決定権を有する品質技術担当役員であった品質・技術本部長が適切に判断したであろうことを前提に、被告人らについて結果回避可能性が認定されたものといえよう(この点については、橋爪隆「過失犯(2)——最近の特殊過失事件について」警察学論集七〇卷四号(二〇一七年)一六九頁以下を参照)。

(41) このような可能性を示唆するものとして、たとえば、橋爪・前掲注(40)一七〇頁以下など。

(42) 本事案については、三井誠・森本宏「対談・防火管理責任を考える(六)・千成ホテル火災事件判決と問題点(Ⅰ) 違法建築物と行政の対応等を中心として」近代消防二三卷九号(一九八五年)一四四頁以下、同「対談・防火管理責任を考える(七)・千成ホテル火災事件判決と問題点(Ⅱ) 避難機具の設置義務をめぐって」近代消防二三卷一〇号(一九八五年)一三九頁以下、同「対談・防火管理責任を考える(八)・千成ホテル火災事件判決と問題点(Ⅲ) 因果関係の認定をめぐって」近代消防二三卷一一号(一九八五年)一七七頁以下、同「対談・防火管理責任を考える(九)・千成ホテル火災事件判決と問題点(Ⅳ) 因果関係の認定をめぐって」近代消防二三卷一二号(一九八五年)一五六頁以下が詳細に扱っている。なお、原田・前掲注(8)二七六頁以下、同・前掲注(10)三八八頁も参照。

(43) 本判決については、最高裁判所事務総局編「特殊過失刑事事件裁判例集(二二)」(法曹会、一九八九年)七一四頁以下参照。

(44) 本判決については、最高裁判所事務総局編「特殊過失刑事事件裁判例集(二二)」(法曹会、一九八九年)六九〇頁以下参照。

(45) なお、「義務履行前提型アプローチ」および「義務違反前提型アプローチ」については、それぞれ、「過失競合肯定説」および「過失競合否

定説」とも呼ばれる(原田・前掲注(8)二七六頁以下参照)。

(46) たとえば、島田・前掲注(4)一一一頁、鎮目征樹「公務員の刑法上の作為義務」研修七三〇号(二〇〇九年)一九頁以下など。なお、原田・前掲注(8)二六二頁においても、同趣旨の指摘がなされている。

(47) 小林・前掲注(5)三八頁以下。

(48) このようなアプローチに親和的な理解を示すものとして、その他にもたとえば、松宮孝明「判批」判例時報二〇三〇号(二〇〇九年)一九二頁(なお、松宮孝明「不作為犯」刑法雑誌四一卷二号(二〇〇二年)二七一頁も参照)、岩間・前掲注(34)二六〇頁など。

(49) たとえば、井田良「注意義務をめぐる諸問題」刑法雑誌三四卷一号(一九九五年)一〇〇頁など。

(50) たとえば、林(幹)・前掲注(6)七四頁、古川・前掲注(5)三四六頁以下など。なお、原田・前掲注(8)二七七頁においても、同趣旨の指摘がなされている。

(51) たとえば、石塚・前掲注(6)四四頁、林陽一「刑法における因果関係理論」(成文堂、二〇〇〇年)二五三頁以下など。

(52) たとえば、原田・前掲注(8)二八七頁(注27)、金谷暁「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成五年度)』(法曹会、一九九五年)一九三頁において、このような主張の可能性が示されている。

(53) 最高裁判所事務総局編『特殊過失刑事事件裁判例集(二)』(法曹会、一九八九年)七〇七頁以下。

(54) たとえば、林(幹)・前掲注(6)七三頁以下は、監督過失の事案を念頭に、従業員をはじめとした他者の行動については、「過去のデータも少なく、実験もほとんど不可能であり、また、人の意思・行動についての法則は一般的にいつて精度が低いものであることから、確実な判断をすることがきわめて困難となることが多い」と指摘する。なお、同・前掲注(33)三四二頁も参照。また、石塚・前掲注(6)四一頁、井田・前掲注(49)一〇〇頁、岩間・前掲注(34)一五九頁以下も同旨。

(55) 井田・前掲注(49)一〇〇頁。事実、ドイツ法においては、このような立証の負担を軽減するための実体的な方策が模索されてきた。この点については、後述する。

(56) 石塚・前掲注(6)四三頁以下。

(57) これを徹底すれば、最後の過失行為者だけが処罰されることになろう。

(58) たとえば、小林・前掲注(5)四八頁は、「監督義務以外の一般的な結果防止、回避義務であっても、法がそれを同時に複数人に課している場合には、それは各々の遵守を前提としてのみ意味を持ち得る」ことから、このような例外的な場合を監督過失に限るとする理由は見出しがたいとする。

(59) Vgl. dazu etwa Haas, Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und die strafrechtliche Würdigung, GA 2015, 92.

(60) Vgl. z.B. Dutge, in: Joecks/Mfcbach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, §15 Rn. 163 ff.

(61) Vgl. z.B. RGSt 63, 211; RG HRR 1926, Nr. 2302. 前者は山羊の毛事件、後者はロカイン・ノヴォカイン事件と呼ばれるものである。RGは、

過失の競合事案における結果回避可能性判断について(一)(合併)

結果が発生する確実性または確実性に境を接する場合には、前者の事案においては、被告人の行為が結果を惹起したという原因関係が、後者の事案においては、責任が否定されると判示した。なお、これに類似する判断を下したものととして、RGSt 15, 151 (薬劑師事件) は、結果が発生する確実性または確実性に境を接する場合には、原因関係が否定されると判示している。

(62) BGHSt 11, 1.

(63) Vgl. z.B. BGH NSZ 1986, 217; BGHSt 37, 106; BGH: NJW 200, 2754; BGHSt 52, 159. けれどもBGH判例については、後の四章一節について詳述する。

(64) Vgl. dazu etwa Vogel in: Lauthütte/Rissing-von Sann/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 184; Dittge, a. a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 178. また、このような判例の変遷を詳細に紹介するものとして、古川・前掲注(5)五一頁以下を参照。

(65) Vgl. z.B. Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 177 f.; Magnus, Der Pflichtwidrigkeitsszusammenhang im Strafrecht, Jus 2015, 404 f.; Dittge, a. a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 178. このように、この「確実性」の境を接する蓋然性」という要素が、回避可能性を肯定するためにはどの程度の蓋然性が必要であるのかという実体法上の問題に関わるものであるのか、それとも「ヤ」で設定された蓋然性の存在がどの程度確実に証明されるのかという訴訟法上の問題に関わるものであるのかについては、両者の区別が曖昧にされている傾向にあるとの分析もなされている(本間一也「過失犯における結果の客観的帰属(二)」北大法學論集四一巻一号(一九九〇年)六八頁)。事実「た」は「Magnus, a. a. O. (Anm. 65), 404 f. は、回避可能性の程度として蓋然性を理解していることについて、Sternberg-Lieben/Schuster, a. a. O. (Anm. 65), § 15 Rn. 177 f. と Dittge, a. a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 178 は、この「証明の程度」について蓋然性を理解していることを示している。

(66) Vgl. dazu etwa Dittge, a. a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 160 ff.

(67) Vgl. z.B. Walter, in: Lauthütte/Rissing-von Sann/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 99; Sternberg-Lieben/Schuster, a. a. O. (Anm. 65), § 15 Rn. 173 ff.

(68) Vgl. z.B. Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 13 ff. Rn. 99; Magnus, a. a. O. (Anm. 65), 402; Mommson in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage 2016, § 15 Rn. 78; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 94. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 35; Dittge, a. a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 165.

(69) けれどもこの「ヤ」の「ヤ」を呼称は「ヤ」の否定的な「ヤ」を「ヤ」であると「Puppe in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomons Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. Vor §§ 13 ff. Rn. 200.

(70) Vgl. z.B. RGSt 15, 151; RGSt 63, 211.

(71) Vgl. z.B. BGHSt 11, 7.

- (72) 免責事由の否呼称に対しては否定的な見方がある。Vgl. dazu etwa *Eisler* a. O. (Anm. 68), Vor § 813 ff. Rn. 81.
- (73) Vgl. dazu etwa *Kudlich*, *Fahrlässige Tötung und Körperverletzung*: Verantwortlichkeit eines Bauingeneurs für den Tod und die Verletzung von Personen infolge des Einsturzes des Dachs einer Eisporthalle wegen Unterlassens der pflichtgemäßen "handnahen" Überprüfung der Dachkonstruktion bzw. positiver Aussagen über den Tragwerkszustand des Dachs, JA 2010, 554; *Greco*, *Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten*, ZIS 2011, 674; *Magnus*, a. a. O. (Anm. 65), 404.
- (74) Vgl. z.B. BGHSt 11, 1. noch,すべてに述べたように、回避可能性要件の内容理解にどうして相違はあるものか、RGSt 63, 211 (山羊の毛事件)においても、過失作為犯の場合の結果帰属につき、被告人の作為と結果との間の因果関係に加えて、合義務的代替態度による回避可能性の存在が必要であると考えられた。
- (75) Vgl. dazu etwa *Stree/Boseh*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 61 f.; *Kudlich*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 3. Auflage 2016, Vor § 813 ff. Rn. 49; *Wohlers/Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomons Kommentar*, *Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl., § 13 Rn. 15; *Tag*, in: *Dölling/Dutge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar*: *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, StGB § 13 Rn. 10.
- (76) *Puppe*, a. a. O. (Anm. 69), Vor § 813 ff. Rn. 118; *Wohlers/Gaede*, a. a. O. (Anm. 75), § 13 Rn. 14; *Fremnd*, in: *Joeccks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 13 Rn. 213 f.
- (77) 作為犯と異なり、不作為犯は、積極的な危険創出なしに外界への作用がないため、自然的な意味での因果関係は観念しにくいから、因果関係の不用語を表現されている。Vgl. dazu etwa *M. Heinrich*, in: *Dölling/Dutge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar*, *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, StGB Vor § 13 Rn. 65 f.; *Fremnd*, a. a. O. (Anm. 76), § 13 Rn. 210 ff.
- (78) Vgl. dazu etwa *Kudlich*, a. a. O. (Anm. 73), 553 f.; *4st*, *Begabung und Unterlassung-Abgrenzung und Erfolgszurechnung* Am Beispiel der BGH-Urteile zum Behandlungsabbruch und zum Eisporthallenfall, ZStW 124 (2012), 640.
- (79) この点については、*Kühl*, *Zur Frage der Kausalität bei Unterlassungsdelikten*-Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 12.1.2010, 1 StR 272/09, NJW 2010, 1093; *Kahrs*, *Nach unrichtigem Gutachten über die Standsicherheit bricht das Dach der städtischen Eisporthalle Bad Reichenhall unter hoher Schneelast zusammen - Vermeidbarkeit und condicio sine qua non - gestaffelte Vermeidpflicht-rechtliche Vermutung* Zugleich eine Besprechung des UrT. des BGH vom 12.1.2010-1 StR 272/09 (LG Traunstein), NSZ 2011, 17; *4st*, a. a. O. (Anm. 78), 617 各々。実際、過失作為犯の回避可能性要件を判断したBGHSt 11, 1 (トレーラー事件)が、過失不作為犯の成否が争われたBGH NJW 2010, 1087 (アイススケート場事件)において、不作為の準因果関係の判断に際して引用されている。
- (80) Vgl. z.B. *Dutge*, a. a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 178. あらうは、関係説(関連説、連関説とも)(Zusammenhangstheorie)と呼ばれるものがあるが、同説は、過失犯において因果関係のほかに、注意義務違反と結果との間に特別な関係が必要であるとする見解の総称であらう(Vgl.

dazu *Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 419)「厳密に言えば、合義務的代替態度による結果の回避可能性を常に要求するものではない(この点については、山中・前掲注(21)三二頁、本間・前掲注(65)六七頁以下、古川・前掲注(5)二六九頁を参照)。もちろん、関連説(この呼称は「回避可能性説を指す」とされる)にもある(Vgl. dazu *Jordan*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und Fahrlässigkeit, GA 1997, 349)。

- (81) Vgl. dazu etwa *Roxin*, a. a. O. (Anm. 80), 411 ff. 同説を詳細に紹介するものとして、たとえば、山中・前掲注(21)四九頁以下、三〇二頁以下、川口浩「西ドイツにおける危険増加論の最近の展開(一)(二・完)法学ジャーナル三七号(一九八三年)三二頁以下、四一号(一九八四年)一頁以下など。

(82) Vgl. dazu etwa *Roxin*, Probleme psychisch vermittelter Kausalität, FS Achenbach, 2011, S. 430 f.; *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 675 ff.

- (83) Vgl. dazu etwa *Wohlers/Gaede*, a. a. O. (Anm. 75), §13 Rn. 15 ff.; *Eisele*, a. a. O. (Anm. 68), Vor §§13 ff. Rn. 99 f.; *Walter*, a. a. O. (Anm. 67), Vor §13 Rn. 99 ff.; *Vogel*, a. a. O. (Anm. 64), §15 Rn. 191 ff.; *M. Heinrich*, a. a. O. (Anm. 77), StGB Vor §13 Rn. 119 ff.

(本学法学部助教・本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)