

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(二・完)

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、第一二四卷一・一二号)
- 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・完)(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(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

前章でみてきたように、過失犯の成立には一般に、行為者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は発生しなかったであろうといえなければならないとされるが、このような判断は、過失の競合事案においてしばしば困難なものとなることが指摘されてきた。たとえば、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また必要となる過失の競合事案においては、回避可能性要件を判断するにあたり、行為者が注意義務を履行したならば、確実性に境を接する蓋然性をもって、同様に他者も注意義務を履行し、結果が発生しなかったであろうといえるかどうか問われる。しかしながら、人には意思の自由が認められており、その行動は法則的に決定されているものではない以上、特定の状況下において人ごどのような態度をとるのかを断定することはできないはずであるとの指摘がたびたびなされているように、行為者の合義務的態度と結果不発生との間の中間項ともいべき他者の注意義務の履行について、確実性に境を接する蓋然性の存在を証明することはおよそ不可能であるようにも思われたのである。このような意味で、原理的に不可能な証明を要求することになりかねない上述の回避可能性判断に、疑問が投げ掛けられた。そうだとすれば、過失の競合事案においては、常に他者の注意義務の違反を仮定し、回避可能性を否定しなければならぬのであろうか。それとも、反対に、他者の合義務的態度の仮定を許すなど、何らかの方法によ

り回避可能性を肯定することはできないのであろうか。こういった疑問から、過失の競合事案において、結果回避のために必要となる他者の態度をどのように取り扱うべきなのか、そして、回避可能性要件の充足をいかにして判断すべきであるのか、わが国と同様、議論されることとなったのである。⁽⁸⁵⁾この問題については、ドイツ法においては、判例・学説上、実に様々なアプローチがとられてきた。そこで以下では、わが国の法解釈への示唆を求めて、これらのアプローチをみていく。

1 裁判実務における認定方法

この点、BGHは、結果回避のためには被告人の注意義務の履行に加えて、他者の注意義務の履行も必要であったものの、被告人が合義務的態度をとっていたならば、他者もまた同様に合義務的態度をとっていたであろうかが、証拠上必ずしも明らかではなかったという事実関係のもとで、当該被告人に関する回避可能性の判断に迫られた。その際、BGHは、大別すると二つのアプローチをとっているものとみられる。一つは、上述した回避可能性判断を堅持し、被告人が合義務的態度をとったとしても、他者は合義務的態度をとらなかつた可能性が残る以上、回避可能性を認定することができないとするものである。これは、先に述べた「義務履行認定型アプローチ」に等しい。もう一つは、このような可能性が残るとしても、他者の合義務的態度を仮定して、被告人に回避可能性を認定することができるものである。これも同様に、先に述べた「義務履行前提型アプローチ」に等しい。以下では、それぞれのアプローチを採用したBGH判例を概観する。

(1) 義務履行認定型アプローチを採用したBGH判例

まず、この類型に属するものとして、たとえば、膿瘍事件が挙げられる。⁽⁸⁷⁾事案は、医師であった被告人が、患者に炎症の徴候がみられたにもかかわらず、主任医師であった共同被告人にこれを報告しなかつたため、必要な処置を受けられなかつた同患者が膿瘍により死亡したというものである。本件では、被告人が炎症の徴候を報告していたとしても、共同被告人は必要な処置を何も講

じなかつた可能性が否定できなかったことから、被告人が報告を怠つた不作為と患者の死亡との間の因果関係が争点となつた。

以上の事実関係につき、B G Hは、このような疑いを十分に検討することなく因果関係を肯定したL Gは審理不十分であるとして、原判決を破棄し、事件を別の刑事部に差戻すことが適當であるとした。その際、B G Hは、被告人が報告していたとしても、共同被告人は必要な処置を何も講じなかつた可能性を排除することができないのであれば、被告人の不作為と結果との間の因果関係を認める余地はない旨判示している。これは、判決文上明示されているわけではないが、被告人が合義務的態度をとつていたとしても、確実性に境を接する蓋然性をもって、同様に共同被告人も合義務的態度をとり、結果が発生しなかつたであろうとはいえないのであれば、被告人について合義務的態度による回避可能性は否定されるとの理解が背後にあるものといえよう。⁽⁸⁸⁾

続いて、血液バンク事件が挙げられる⁽⁸⁹⁾。事案の概要は以下のとおりである。ある血液バンクにおいて、衛生上の安全対策に不備があつたため、そこで保管されていた保存血液に細菌が感染し、同血液を投与された患者が死亡した。このような輸血事故について、血液バンクの副所長であつた被告人は、所轄庁、ならびに、自分の上司にあたる同バンクの所長であつた共同被告人に対して保存血液の不適切な取り扱いに関する情報提供を怠つたことを理由に、過失致死罪に問われた。

これに対して、B G Hは、確立した判例によれば、義務に違反した不作為が結果の原因となるのは、被告人が合義務的に行為していたならば、確実性に境を接する蓋然性をもって結果が発生しなかつたであろうといえる場合に限られるところ、本件においてこのような回避可能性をただちに認めることはできないとした。すなわち、B G Hは、被告人が血液バンクにおける保存血液の不適切な取り扱いについて、所轄庁や共同被告人に情報提供したとしても、所轄庁や共同被告人によつてこのような取り扱いが実際に是正されていたかは疑わしく、本件輸血事故が阻止されたい以上、それにもかかわらず被告人の不作為と患者の死亡結果との間の因果関係を肯定したL Gの原判決は不当であるとしてこれを破棄し、事件を別の刑事部に差戻したのである。

さらに、工場リーダー事件もこの類型に属する⁽⁹⁰⁾。事案の概要は次のとおりである。運送会社が所有する自動車工場の工場リーダーであつた被告人は、自らが検査を担当していたセミトレーラーにブレーキの不具合があることを発見した。ただし、その際、被告

人は、不具合の原因がもつばら前輪のブレーキにあるものと考え、後輪のブレーキの検査を怠っていた。そして、被告人は、運送会社グループの若社長であった共同被告人に対して、前輪ブレーキに不具合が認められたことを報告し、本件セミトレレーターの使用を禁止するべきであるとの意見を具申した。ところが、共同被告人は、被告人からの意見具申を受け入れず、引き続き使用するよう決定したところ、走行中のブレーキの不作動による事故で、本件セミトレレーターの運転手ほか二名が死亡した。

これにつき、BGHは、本件セミトレレーターの後輪ブレーキの摩耗を含むブレーキ全体の状態を共同被告人に対して報告しなかった被告人の不作為と本件事故結果との間の因果関係を疑問視した。すなわち、被告人が本件セミトレレーターの前輪だけでなく、その後輪にまでブレーキの不具合が認められることを報告していたとしても、本件セミトレレーターの使用中に躊躇していた共同被告人が実際に自らの決定を覆していたであろうかは、いまだ十分に立証されていないと判断したのである。それゆえ、BGHは、それにもかかわらず因果関係を肯定したLGの判断には、その認定に不十分な点がみられるとして、原判決を破棄し、事件を別の刑事部に差戻したのである。本判決もまた、被告人が合義務的態度をとっていたとしても、確実性に境を接する蓋然性をもって、同様に共同被告人も合義務的態度をとり、結果が発生しなかったであろうとはいえないことを理由に、被告人について合義務的態度による回避可能性を肯定することに消極的な態度をとったものといえよう。⁽⁹¹⁾

さらに、近時の判例として、アイススケート場事件が挙げられる。事案の概要は以下のとおりである。二〇〇六年一月二日、Bad Reichenhall市が経営する室内プール場およびアイススケート場からなる複合スポーツ施設において、アイススケート場の屋根が許容重量を超えた積雪により崩落し、来場者計二二名が死傷するという事故が発生した。本件アイススケート場は、その屋根部分に構造上の欠陥が多数あったことから、許容重量に大きな問題を抱えていた。建築技師であった被告人は、同市から、本件複合スポーツ施設の改築費用を見積もる鑑定を委託された。被告人は、二〇〇三年に、鑑定の結果を調査レポートにまとめ、その中で、本件アイススケート場の状態は一般的にみて良好なものであると述べ、その屋根の構造に欠陥が認められることを指摘しなかった。というのも、その際、被告人は、本件アイススケート場の屋根の構造を十分に調査していなかったからである。その後も、同

市によって当該屋根の構造の許容重量に関する調査などの措置が実施されることのないまま、本件崩落事故が発生するに至った。以上の事実関係につき、被告人は、本件アイスクレート場の屋根を手で触れるなどして直接的に調査し、構造上の欠陥の徴候について Bad Reichenhall 市にこれを指摘することを怠るという不作為によって、本件崩落事故を生じさせたとして、起訴された。すなわち、被告人がこのような適切な調査を実施し、屋根の構造に欠陥があることを同市に指摘していたならば、同市の責任者らは、このことに関してさらに徹底的に調査するよう指示し、屋根の許容重量の問題について対策を講じていたであろうと考えられたのである。しかしながら、同市は、二〇〇二年と二〇〇四年にも、被告人とは別の建築家から、本件アイスクレート場に構造上の欠陥が存在する可能性のあることを指摘されていたものの、これに応ずることはなかったという事実も認められたことから、被告人が適切な調査を行い、適切な調査結果を報告していても、同市の責任者らはこれに取り合わず、必要な対策を何も講じなかった疑いが浮上し、被告人の上記不作為と本件崩落事故との間の因果関係が争われることとなった。⁽⁹³⁾

この点について、LG は、Bad Reichenhall 市が別の建築家からの指摘に応じなかったことなどを理由に、被告人が適切な調査を行い、適切な調査結果を報告していたならば、確実性に境を接する蓋然性をもって、同市の責任者らは必要な対策を講じ、本件崩落事故は回避されていたであろうと認定することはできないと判示した。

これに対して、BGH は、まず、先にもみたトレイラー事件を引用した上で、⁽⁹⁴⁾ いわゆる危険増加論に依拠することを明示的に拒否しつつ、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たであろうという疑いが、反対事実、すなわち、被告人が合義務的態度をとっていたならば同一の結果が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、被告人の不作為と本件崩落事故との間の因果関係が否定されるとの理解を示した。その上で、BGH は、被告人の合義務的態度による回避可能性の存在を否定したLG の証拠評価を疑問視し、被告人の適切な調査・報告はむしろ、別の建築家からの指摘とは異なり、同市の責任者らにとって無視することができない「警告信号(Alarmsignal)」となっていたであろうと判示した。⁽⁹⁵⁾ それゆえ、BGH は、被告人が合義務的態度をとったとしても実際に同市の責任者らがこれに

対応することはなかったのかは更なる検討を要するとして、原判決を破棄し、事件を別の刑事部に差戻したのである。⁽⁹⁶⁾このようにBGHは、原審であるLGと証拠評価に差異はあるものの、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、直接的な結果回避措置を講ずることが可能であった同市の責任者らがしかるべき対応をとり、結果が発生しなかったであろうことについて事実認定を要するとの理解を示したものと見えよう。

(2) 義務履行前提型アプローチを採用したBGH判例

これに対して、他者も合義務的態度をとっていたであろうことについて事実認定を経ることなく、これを前提とすることで回避可能性を肯定しようとした判例としては、著名な皮革スプレー事件を挙げることができる。⁽⁹⁷⁾事案の概要は以下のとおりである。自社製品の皮革スプレーが原因と思われる複数の健康被害の報告を受けたW社において臨時取締役会が開催されたものの、取締役であった被告人S、Dr. Sch.ほか二名が、中央研究所所長であった被告人Dr. B.の調査報告を受け、同製品の販売停止や回収等の対策を行わない旨決議し、子会社にあたるS社、E社の取締役であった被告人W、Dもこれに従い、同製品の製造・販売が継続されたところ、その後も同様の被害が発生した。このような事実関係のもとで、被告人S、Dr. Sch.、W、Dの四名は、臨時取締役会以前に発生した四件の被害について過失傷害罪に問われた。すなわち、被告人四名は、必要な回収を命令し遂行させるといふ取締役会の決議を獲得するために実施可能かつ期待可能な措置を講ずべきであったのに、不注意にもこれを怠った不作為により、四件の健康被害を生じさせたというのである。⁽⁹⁸⁾もっとも、被告人各人は、このような措置を講じていたとしても、他の被告人が回収に反対することによって、いずれにせよ回収決議を実現することができなかった可能性があると見て、被告人らの前述した不作為と結果との間の因果関係に疑義が向けられたのである。

この点について、BGHはまず、不作為の因果関係を肯定するためには、命令された作為によって、確実性に境を接する蓋然性をもって結果が回避されていたであろうことが必要であるとして、合義務的代替態度による回避可能性の判断に関して、従来の判

例と同様の立場に依拠することを明示する。その際、従来の判例はいわゆる危険増加論に依拠するものではないことが指摘されている。したがって、被告人各人が、必要な回収を命令し遂行させるという取締役会の決議を獲得するために実施可能かつ期待可能な措置を講ずることによって、回収決議がなされていたであろうか否かが決定的であると述べる。その上で、B G Hは、次のように述べて、過失傷害罪における不作為の因果関係を肯定した。すなわち、複数の行為者らが互いに独立して寄与を果たし、それらの寄与が重なり合っただけで構成要件の結果を惹起せしめた場合には、各人の寄与それぞれが当該結果の原因になるとの原則に照らせば、不作為の領域においては、結果発生を防止するために必要な措置、たとえば、本件でいうところの取締役会における回収決議が、複数の関与者の共働によっただけで実現されうる場合、協力権限があるのにもかかわらず必要な措置に向けた寄与を果たさなかった者はすべて、当該措置の不実施につき原因を設定したものと見え、そのことから生じた結果について責任を負わなければならない、というのである。これは、被告人各人の回避可能性判断にあたり、当該被告人の合義務的態度を仮定するだけでなく、その他の被告人の合義務的態度をも仮定することによって、合義務的態度による回避可能性の存在を肯定し、被告人各人の不作為と結果との間の因果関係を認定したものとみられる⁽⁹⁹⁾。そして、その理由についてB G Hは、さもなければ、取締役が複数存在する会社の場合、各人は、他の取締役の義務に違反した不作為を指摘することで、自己の責任を免れることが可能となってしまうが、それによって刑法上の結果帰属の余地が一切認められなくなってしまうということは是認しがたい結論である、と述べている。すなわち、B G Hは、他者の義務違反を指摘することによって被告人各人が責任を免れ、ひいては、発生した結果について誰も責任を負わなくなってしまう結論は不当であるとして、このことを理由に、他者の合義務的態度を仮定して回避可能性を判断する義務履行前提型アプローチを採用したのである⁽¹⁰⁰⁾。

(3) 両アプローチの選択基準

以上みてきたように、結果回避のためには被告人の合義務的態度に加えて、他者の合義務的態度をも仮定する必要がある過失の

競合事案において、B G Hは、被告人に関する回避可能性を認定するにあたり、他者も同様に合義務的態度をとっていたであろうことが認定できなければならないとする「義務履行認定型アプローチ」と、事実認定の成否を問わず、このことを前提とすることができるとする「義務履行前提型アプローチ」とを選択的に採用していることがわかる。もともと、両アプローチは、被告人が合義務的態度をとっていたならば、他者もまた同様に合義務的態度をとっていたであろうかが、証拠上必ずしも明らかではなかったような事実関係のもとでは、被告人の回避可能性の存否について正反対の結論を導くものとなる。そうだとすれば、他者の合義務的態度に関する事実認定の要否という点で、このような一見すると矛盾するかのようにも思われる二つのアプローチを、B G Hはどのように使い分けているのであろうか。

この点、B G Hは、先にみた血液バンク事件およびアイススケート場事件において、両アプローチの選択基準についても言及している。

まず、血液バンク事件では、被告人らが負う義務の性質の差異が注目された。B G Hによれば、皮革スプレー事件においては、複数の取締役らが製品回収につき共同かつ同等の答責を負っていたことが重視されたために、「義務履行前提型アプローチ」を採用する判断が下されたのに対して、血液バンク事件においては、このような答責が存在しないという。すなわち、B G Hによれば、副所長であった被告人が怠った保存血液の不適切な取り扱いに関する情報提供は、所長であった共同被告人との共同答責のもと共同して実施することが要求されているのではなく、むしろ、同人に代わり、もっぱら被告人が単独で実施すべきものであったことから、本件血液バンク事件は、皮革スプレー事件と事案を全く異にするものである。それゆえ、血液バンク事件においては、共同被告人の合義務的態度について「義務履行認定型アプローチ」が採用されることとなった。そこでは、共同かつ同等の答責として被告人らが義務を負っていたのか否かが、両アプローチの選択基準とされたものとみられる。

他方、アイススケート場事件では、被告人らの義務違反の関係性に焦点が当てられた。すなわち、「義務履行前提型アプローチ」を採用した皮革スプレー事件は、取締役という同一の立場にあった被告人らによって回収決議の獲得に向けた努力が何もなされな

かった結果、取締役会において回収決議が行われなかったという事案であって、その場合には、被告人は誰一人として、自らが努力しても、いずれにせよ他の被告人らによつて反対されていたであろうことを指摘して、自己の責任を免れることはできないとさ
れていた。それに対して、B G Hによれば、本件アイススケート場事件は、被告人が調査・報告を怠り、市の責任者らも必要な対
策を講じなかったという、複数の不作為が相前後してなされた事案であるとして、皮革スプレー事件のような委員会決議事例とは
そもそも事案が異なるというのである。それゆえ、アイススケート場事件においては、上述したとおり「義務履行認定型アプロ
チ」が採用されることとなった。このような判断に照らせば、B G Hは、皮革スプレー事件のような、複数人が並行的に義務に違
反した不作為をなしている場合には、各人の回避可能性を認定するにあたり、他の行為者の態度に関して「義務履行前提型アプロ
チ」を適用すべきであるとするのに対して、アイススケート場事件のような、複数人が相前後して義務に違反した不作為をなして
いる場合には、先行している行為者について回避可能性を認定するにあたり、後行行為者の態度に関して「義務履行認定型アプロ
チ」を適用すべきであると理解しているものとみられる。⁽¹⁰⁾したがって、両アプローチに関する選択基準は、行為者の義務違反が並
行的になされたものであるのか、それとも、相前後してなされたものであったのかという、行為者各人の義務違反同士の関係性に
求められているという見方もできよう。⁽¹⁰⁾

このように、B G Hは、被告人らの義務の性質の差異や、各人の義務違反同士の関係性に着目して、「義務履行認定型アプロチ」
と「義務履行前提型アプロチ」とを選択的に採用しているものといえる。

2 学説における理論構成

以上のようなB G Hの判断と並んで、学説は、過失の競合事案における回避可能性判断の理論化という問題に取り組んできた。
とりわけ、行為者の回避可能性を判断するにあたって、いかなる場合に他者の合義務的態度を仮定することが許されるのが、中
心的に論じられることとなった。というのも、学説においては、次のような二つの問題意識が議論の出発点となっていたからであ

る。まず、一つ目の問題意識として、本章の冒頭でも述べたように、特定の状況下において人がどのような態度をとるのかを断定することはできないのかとの指摘がなされていた。⁽¹⁰³⁾ すなわち、支配的見解とされる回避可能性説によれば、行為者が注意義務を履行したならば、确实性に境を接する蓋然性をもって、同様に他者も注意義務を履行し、結果が発生しなかったであろうといえる場合にはじめて、行為者に回避可能性が認められるところ、人の行動の非決定性に鑑みれば、他者の合義務的態度を認定することはおよそ不可能になるというのである。しかしながら、そうだとすれば、過失の競合事案においては、行為者の回避可能性は常に否定され、行為者は容易に自己の責任を免れることが可能となってしまう。そこで、もう一つの問題意識として、行為者が他者の義務違反を理由に免責を主張することは真に許されてよいのが疑問視された。⁽¹⁰⁴⁾ すなわち、いずれにせよ他者が義務違反的態度をとり、結果を回避することはできなかったであろうという仮定的な判断を持ち出して行為者が責任を免れることができる。これらの問題意識から、学説上、過失の競合事案における回避可能性判断という問題について、様々な理論構成が模索されてきたのである。具体的には、わが国の議論や先にみたB G Hのアプローチとも共通する義務履行認定型の回避可能性説、および、義務履行前提型の回避可能性説、そして、これらとは異なり仮定的判断の対象を回避可能性ではなく危険減少の有無とすることで他者の合義務的態度に関する厳格な証明を不要とする危険減少説、さらには、回避可能性や危険減少といった仮定的判断に代わって全く別の帰属基準を定立するその他のアプローチに大別することができる。以下では、学説において主張されてきた各アプローチを概観する。

(1) 義務履行認定型の回避可能性説

過失の競合事案における回避可能性判断の問題に対するアプローチとしては、まず、前述した回避可能性説による判断手法を堅持して、行為者の回避可能性の存否を判断することが考えられる。すなわち、回避可能性説に依拠し、行為者が注意義務を履行し

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)完(谷井)

たならば、確実性に境を接する蓋然性をもって、同様に他者も注意義務を履行し、結果が発生しなかったであろうことの事実認定が必要であるとした上で、これに成功した場合にのみ、行為者につき回避可能性を肯定することができるのである。⁽¹⁰⁶⁾ この見解の特徴は、皮革スプレー事件でみられたような義務履行前提型アプローチとは異なり、他者もまた合義務的態度をとっていたであろうといえるか否かを、実際に判断することが要求される点にある。したがって、他者の合義務的態度を認定することができないのであれば、疑わしきは被告人の利益にの原則から、他者の義務違反的態度が前提とされ、それゆえ、回避可能性は否定されなければならないこととなる。⁽¹⁰⁶⁾ このような理解は、膿瘍事件をはじめとする義務履行認定型アプローチを採用した一連のBGH判例と整合するものであり、義務履行認定型の回避可能性説と呼ぶことができる。

同説に対しては、先にみたように、特定の状況下において人がどのような態度をとるのかを断定することはできないのではないかと、行為者が他者の義務違反を理由に免責を主張することは許されるのかといった疑問が向けられよう。しかしながら、これに対しては、人はどのような態度をとったであろうかということが法的に決定されているものではないとしても、そのことがただちに、他者の仮定的な態度の事後的な立証が不可能になることに繋がるわけではないとの指摘もなされており、⁽¹⁰⁷⁾ かりにそのような立証が実際に不可能であったとしても、それは、他者が義務違反的態度をとる可能性が残るということ、すなわち、行為者の合義務的態度による回避可能性に疑いが向けられることを意味するものである以上、行為者がこのことを理由に責任を免れることはやむを得ない帰結とされよう。むしろ、他者が義務違反的態度をとり、いずれにせよ結果が発生していたかもしれないという疑いがあるにもかかわらず、他者の合義務的態度を前提に回避可能性を肯定しようとするれば、それは疑わしきは被告人の利益にの原則に反して許されないと評価されることとなるのである。

(2) 義務履行前提型の回避可能性説

これに対して、回避可能性を判断するにあたり、他者の合義務的態度を仮定してよいとする見解がある。すなわち、回避可能性

説に依拠しつつも、行為者が合義務的態度をとっていたならば、同様に他者も合義務的態度をとっていたであろうという事実認定を経ることなく、他者の合義務的態度を前提に行為者の回避可能性を判断することができるものである。このような理解によれば、他者の義務違反的態度による回避不可能性を理由として行為者が責任を免れることは許されず、他者も同様に合義務的態度をとっていたであろうことが前提とされる結果、行為者には回避可能性が肯定されることとなる⁽¹⁰⁹⁾。これは、皮革スプレー事件においてみられた義務履行前提型アプローチに等しいものであり、義務履行前提型の回避可能性説と呼ぶことができる。

このように、回避可能性判断にあたって、他者の義務違反的態度の仮定は許されないということの根拠は、法益保護の観点に求められるとされる。すなわち、行為者が合義務的態度をとっていたとしても、他者は義務違反的態度をとり、いずれにせよ結果は発生したであろうという主張を許してしまえば、行為者に注意義務を課した意義が失われ、法益保護が貫徹されなくなってしまうことはもとより⁽¹¹⁰⁾、このような帰結は、法益保護という原則の矛盾を意味するものでさえあるというのである⁽¹¹¹⁾。以上の理由から、他者の義務違反的態度を指摘して行為者が結果回避の不可能性を主張することは禁止され、このことの反対解釈として、他者の合義務的態度を前提に、行為者の回避可能性が判断されることになる。

もつとも、他者が義務違反的態度をとっていたであろうことが確実な場合の取り扱いについては、同説の内部でも差異がみられる。すなわち、このような場合であっても、他者の合義務的態度を前提に回避可能性を肯定することができる⁽¹¹²⁾と主張される一方で、他者の合義務的態度を前提とすることは、あくまで反証可能な推定にすぎないのであって、そのような場合には回避可能性が否定されるとする見解もみられる⁽¹¹³⁾。後者の見解については、他者が義務違反的態度をとっていたであろうことが確実な場合、すなわち、結果回避のチャンスがおよそ存在しない場合に限りて結果帰属が否定されることになることから、後述する危険減少説と結論を同じくするものといえる。

以上みてきたように、義務履行前提型の回避可能性説は、法益保護の見地から、他者の義務違反的態度を指摘することで行為者が自己の責任を免れることは許されないという価値的評価のもと、他者の合義務的態度を前提に行為者の回避可能性を肯定すると

いう意味で、回避可能性要件を一定程度規範的に判断する点にその特徴があるといえよう。

(3) 危険減少説

以上の見解に対し、危険減少説からは、合義務的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ではなく、合義務的代替態度による危険減少、すなわち、結果回避のチャンスの存在で足りることから、行為者が合義務的態度をとることによって、他者に対して合義務的態度をとるチャンスが与えられたということができれば、結果の帰属は認められることとなる。したがって、少なくとも、行為者が合義務的態度をとっていた場合に、確実性に境を接する蓋然性をもって他者は義務違反的態度をとっていたであろうといえない限りは、結果帰属に必要な危険減少が肯定されることとなる⁽¹¹⁴⁾。

この点、Greco は、危険減少説に依拠した上で、過失の競合事案における危険減少判断について詳細な分析を加える。その際、Greco は、中でも過失不作為の競合事案を念頭において、皮革スプレー事件のように、注意義務に違反した複数人の不作為が並行的に (gleichzeitig bzw. parallel) なされたものであるのか、それとも、アイススケート場事件などのように、不作為が相前後して連続的に (nacheinander) なされたものであるのかを区別して考えるべきであるとする⁽¹¹⁵⁾。というのも、前者の並行型の競合の場合には、皮革スプレー事件における取締役らがそうであったように、複数の現実の義務違反すべてにつき結果帰属を認めることができるのか否かが問題となっているのに対して、後者の順次型の競合の場合には、アイススケート場事件における建築技師がそうであったように、先行する義務違反に対する結果帰属のみが問題となっていることから、両者は問題状況が異なる⁽¹¹⁶⁾のである⁽¹¹⁷⁾。なお、ここでいう並行型と順次型の区別について、Greco は、一方の行為者が自身の態度を決定するにあたってもう一方の行為者の態度を基礎とすることができる場合には、不作為が並行的になされたと評価できるとして、並行型の競合にあたりとし、それ以外の場合、すなわち、一方の行為者がもう一方の行為者の態度を基礎に自身の態度決定をすることが可能な場合には、順次型の競合にあたりとしている⁽¹¹⁸⁾。そして、Greco によれば、並行型の競合事案においては、危険減少説によったとしても、行為者各

人に結果帰属を認めることはできないとされる。というのも、行為者の合義務的態度による結果回避のチャンスの存在が疑わしいというのである。⁽¹⁹⁾ その意味するところは、たとえば、皮革スプレー事件のような委員会決議事例の場合、行為者の一人が合義務的態度をとって回収に賛成する投票を行ったとしても、それにより他の行為者に対して回収賛成票を投じるチャンスが与えられたということができないのはもとより、それだけではその者らによって投じられる多数の回収反対票を覆すことも不可能であることから、行為者の合義務的態度による結果回避のチャンスはおよそ存在せず、危険減少は認められないという点にある。同様のことは他の行為者にもあてはまることから、結論として、並行型の競合事案においては、行為者全員について、危険減少を理由とした結果帰属は認められないこととなる。それゆえ、Greasの分析によると、並行型の競合事案において行為者全員に結果帰属を認めるためには、支配的見解によつて否定されるころの過失共同正犯として構成する他ないとされる。⁽²⁰⁾ これに対して、順次型の競合事案においては、先行する行為者の合義務的態度による危険減少を認めうることから、結果帰属を肯定することが可能であるとされる。すなわち、Grecoによれば、法というものは、現に人々が主として抛り所としているところの行動指針であることから、他者が合義務的態度をとるであろうことは経験則として用いることができるという。それゆえ、行為者が合義務的態度をとっていたならば、経験則上、他者も合義務的態度をとっていたであろうということができ、行為者の合義務的態度によつて結果回避のチャンスが存在することを認定できるといふのである。⁽²¹⁾

(4) その他のアプローチ

以上みてきたアプローチはいずれも、行為者が合義務的代替態度をとっていたならば事態はどのように推移したであろうかという、仮定的な判断を用いる点で共通している。義務履行認定型の回避可能性説はまさに、このような仮定的判断を厳密に行うことを志向するものであり、義務履行前提型の回避可能性説および危険減少説は、この仮定的判断に際して要求される水準、具体的に、他者の合義務的態度の蓋然性や結果回避の確実性を緩和することを図つたものであるといえよう。これに対して、以下でみる

アプローチは、このような仮定的判断ではなく、行為者が義務違反的態度をとり、他者もまた義務違反的態度、あるいは、結果回避にとって不適切な態度をとったことにより、結果が発生したという現実の事象経過こそが重要であるとして、このような事実的な観点から過失の競合事案における結果帰属の問題を解決しようと試みるものである。すなわち、行為者の合義務的代替態度の仮定に代えて現実の事象経過を問題とすることで、回避可能性判断という仮定的判断を行うがゆえに生じる問題を克服しようとする見解といえよう。

(a) たとえば、 Δ は、行為帰属という観点からこの問題に取り組んだ。まず、 Δ によれば、結果帰属を肯定するためには、行為規範が結果阻止にとって具体的に適するものであったと事後的に証明することが必要であり、このような具体的適性の存在を示すのが回避可能性であるとされる⁽¹²⁾。したがって、過失の競合事案においても、結果帰属を判断するにあたり、回避可能性の存在が確認されることとなる。もっとも、その際、他者がどのような態度をとっていたであろうかを仮定的に判断することは、具体的適性としての回避可能性の存在を妨げる事情にはならないという。すなわち、過失の競合事案において、たとえば、複数の行為者が規範に従って行為することでもつてのみ結果の回避が可能であったような場合には、具体的適性の存否は複数の行為者に向けられた規範の総体を基準に判断されることとなる。ゆえに、具体的適性としての回避可能性を判断するにあたっては、行為者が規範に従って行為することのみならず、他の行為者もまた規範に従って行為することが仮定される⁽¹³⁾というのである。このような理解は、結論において、前述した義務履行前提型のアプローチに等しいものといえよう。

しかしながら、 Δ によれば、過失の競合事案において、行為者への結果帰属を肯定するためには、具体的適性としての回避可能性だけでは不十分であるとされる。むしろ、このような事例において結果帰属を考える上で重要なのは、行為者に対して、他者の行為を帰属させることができるのか否かという視点であり、支配的見解はこの点を看過しているという。すなわち、過失の競合事案においては、他者の行為を介して結果が発生しているところ、自らの行為から生じた結果についてののみ責任を負わされるとする自己答責性の原則からすれば、このように結果発生の原因となった他者の行為についてまで行為者がなぜ責任を負わされること

になるのか、その説明が必要であるというのである。⁽¹²⁴⁾そこでA2は、他者の行為について責任を負わせるためには、皮革スプリー事件のような場合には共同正犯⁽¹²⁵⁾、アイススケート場事件のような場合には間接正犯という特別な帰属根拠が必要であると説くのである。⁽¹²⁶⁾A2によれば、このような特別な帰属根拠を提示することによって、人の態度の仮定的判断といった、過失の競合事案において実務上しばしば困難となる問題を克服して、他人の行為の帰属を説得的に説明することができるという。⁽¹²⁷⁾

こうしてA2は、回避可能性要件を超えて、行為帰属という、結果帰属判断のための新たな視点を明らかにしたのである。

(b) 他方で、Puppeは、過失犯における結果帰属を肯定するためには、行為者の注意義務違反から結果が生じたことを一般法則に照らして説明可能であるか否かを問うことが重要であるとする。⁽¹²⁸⁾それゆえ、過失の競合事案においては、行為者が義務違反的態度をとり、他者もまた義務違反的態度、あるいは、結果回避にとって不適切な態度をとったことにより、結果が発生したという一連の事象経過を、法的に説明することができるか否かが、結果帰属の基準とされることになる。⁽¹²⁹⁾ここでPuppeが想定しているのは、たとえば、先に挙げた膿瘍事件や血液バンク事件のような、行為者が他者に対して結果回避行動に出る機会を与えなかった事例、換言すれば、情報提供をするなどして他者を結果回避のために介入させるべき注意義務に行為者が違反した事例である。⁽¹³⁰⁾

このような事案においては、回避可能性説によれば、行為者が合義務的態度をとったならば、他者も同様に合義務的態度をとっていたであろうか否かが問われるところ、Puppeによれば、人の態度を決定する一般的な因果法則は存在しない以上、このような問いに回答することは原理的に不可能であるとされる。⁽¹³¹⁾しかしながら、同時にPuppeは、他者の仮定的な義務違反的態度を引き合いに出して、行為者が自己の責任を免れることは許されないとし、行為者が合義務的態度をとったとしても、他者は義務違反的態度をとっていたであろうという仮定は、帰属の判断において考慮することができないという。⁽¹³²⁾そこで、Puppeは、法は義務を負う者が理性的にその義務に従うことを前提としてよいという法的法則を援用し、他者が合義務的態度をとることを前提に帰属を判断する可能性を提示する。⁽¹³³⁾すなわち、Puppeによれば、法的法則に従って考えると、本来的には他者が注意義務を履行して結果は生じなかったはずであるのに、他者が注意義務に違反したのは行為者が注意義務に違反したことによるものといえることから、

行為者が義務違反的態度をとり、他者もまた義務違反的態度とることとなり、それゆえに結果が発生したという形で、一連の事象経過は法則的に説明可能であるというのである。⁽¹³³⁾

これに対して、義務を負っていない他者の態度が介入する事案における帰属の判断については、このような法的法則を援用することができないことから、*Puppe* は蓋然性法則による解決を提示する。すなわち、*Puppe* によれば、蓋然性法則に従って考えると、義務を負っていない他者であっても結果回避にとつて適切な行動をとることによって結果が生じなかった可能性があったにもかかわらず、行為者が注意義務に違反したことによって、そのような他者による救助可能性は排除され、結果発生の際蓋然性が増加したとみることができるといふ。⁽¹³⁴⁾ 以上のことを前提とすれば、行為者が義務違反的態度をとり、他者も結果回避にとつて不適切な態度をとることとなり、それゆえに結果が発生したという形で、一連の事象経過を法則的に説明することが可能とならう。

こうして *Puppe* は、回避可能性判断は不要としつつも、現実の事象経過の法則的説明に必要な限りで、他者が注意義務を負う者であったか否かに応じて、法的法則による他者の合義務的態度の仮定や、蓋然性法則による危険増加判断という、前述したアプローチの理解を部分的に取り入れるるのである。

(c) さらに *Roxin* は、過失不作為の競合事案、とりわけ、行為者が他者に対して結果回避のために必要な情報提供ないし要請をするべきであったにもかかわらず、これを怠り、他者が必要な結果回避措置をとらなかつたという事案を念頭において、より単純な結果帰属の説明方法を提案した。まず、*Roxin* によれば、このような第三者に結果を回避するよう精神的に影響を与えることと不作為に対する結果帰属が問題となる場合、前述した回避可能性説でいうところの確実性に境を接する蓋然性公式を適用することはできないとされる。⁽¹³⁵⁾ その理由として *Roxin* は、第一に、第三者が結果回避措置をとるであろうか否かは不明確であつて、確実性をもって証明することはおよそ不可能であることから、このような証明のできない不確実な事情に可罰性をからしめることは許されないこと、⁽¹³⁶⁾ そして第二に、他者の仮定的な義務違反をもつて、実際に義務に違反して何もしなかつた行為者を免責することが許されるとする合理的な理由は何ら存在しないこと、⁽¹³⁷⁾ の二点を挙げる。そこで *Roxin* は、行為者が義務違反的態度をとり、

他者もまた義務違反的態度をとったことにより、結果が生じたという現実の事象経過に着目する。すなわち、Ravinの分析によれば、結果回避のために必要な情報提供ないし要請を怠った行為者の不作為は、必要な結果回避措置をとらなかつた他者の不作為の条件であるという。なぜならば、その他者は、結果発生危険について十分な情報を与えられていなかったがゆえに、当該結果回避措置をとることができなかったからである。そして、このような状況が現実化したものともいふべき上述した他者の不作為は、同様に、結果発生条件でもあるという。なぜならば、他者の結果回避措置は、結果の発生を阻止していたであろうからである。それゆえ、行為者の義務違反的態度は、結果の「条件の条件」にあたるといえることから、結果との因果関係が認められるというのである。そして、Ravinは、そのためには、第一に、行為者が義務違反的態度をとったために、他者は合義務的態度をとることができなかつたこと、そして第二に、他者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でもって結果を回避することが可能であつたこと、という二つの要件を充足する必要があるとする⁽¹³⁸⁾。

こうしてRavinは、条件の条件という事実的な判断を用いることで、他者の合義務的態度に関する仮定的判断を結果帰属の判断から排除したのである。

3 小 括

以上、確認してきたように、過失の競合事案における回避可能性判断に対しては、ドイツ法の議論においても一致した理解がみられるわけではなく、判例・学説上ともに、様々なアプローチが試みられていた。

まず、判例においては、回避可能性判断を堅持して、行為者が合義務的態度をとつたならば、確実性に境を接する蓋然性をもって、同様に他者も合義務的態度をとり、結果は発生しなかつたであろうことの認定を要するとする「義務履行認定型アプローチ」が採用される一方で、皮革スプラー事件といった一定の事案においては、事実認定の成否を問わず、他者の合義務的態度を前提に回避可能性を判断する「義務履行前提型アプローチ」が採用されている。両アプローチの選択基準はともかく、このような一見す

ると矛盾するかのようにも思われるアプローチが併用されている状況は、前述した日本の判例と共通するものといえる。過失の競合事案における回避可能性判断を理論化するにあたっては、統一的なアプローチを採用するべきか、それとも、複数のアプローチを選択的に採用することが許されるのか、そして、そうだとすれば、その選択基準はどのように考えるべきか、といった点について、検討が必要となる。また、判例においては、いわゆる危険増加論が明示的に拒否されている点も指摘しておきたい。先にみたように、危険増加判断ないし危険減少判断を取り入れることを試みる見解も一定数みられるとはいえ、危険増加論に関しては、ドイツ学説内部でも批判的な見方がなお根強いことを併せて考えると、日本法における同理論の採用可能性についても慎重な判断が必要と思われる。

他方、学説においては、そもそも回避可能性説と危険減少説との対立が存在することをはじめ、規範的判断を積極的に取り込むとする姿勢が多くみられる。そこには、人の態度は非法則的・非決定的なものであるという評価はもとより、他者の義務違反的態度を理由として行為者が自己の責任を免れるのは不当であるという価値判断が背後にあるものとみられ、このような価値判断を基礎に理論構築を図ろうとする点が特徴的といえよう。過失の競合事案における回避可能性判断においては、他者の態度をどこまで取り込むことができるのが問題となることから、他者の義務違反的態度は考慮すべきでないという価値判断の妥当性およびその射程について検討することは有益であろう。その一方で、回避可能性判断の困難性から、別の要件でこれを置き換えようする試みは、日本の議論においてはあまりみられない、ドイツ法に特徴的なアプローチといえよう。このようなアプローチがわが国の議論においても導入可能かという点についても、併せて検討を要するものといえる。

以下では、これらのドイツ法の議論を踏まえて、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。

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

あらかじめ、本章での検討手順を簡単に示しておきたい。すでにみてきたように、過失の競合事案における結果回避可能性判断には種々の困難が伴うというのであれば、そもそもこのような判断を経ずに過失犯の成否を検討する方策はないのであろうか、まずはかかる方策の採用可能性を探る。ついで、かりに結果回避可能性判断が不可避なものであるとすれば、依然として問題となる、同判断において他者による注意義務の履行と違反のどちらを考慮に入れることが許されるのかという点につき、検討を加える。そこで、かかる検討の足掛かりとして、他者の注意義務違反によりいずれにせよ結果を回避することはできなかったであろうとの主張の理論的根拠を探り、結果回避可能性判断において他者による注意義務違反を前提としてはならない理由とともに、他者による注意義務の履行の仮定が一定の場合には許されることを示す。その上で、過失の競合事案をその態様ごとに場合分けして、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。

1 結果回避可能性判断を回避する方策の採用可能性

これまで確認してきたドイツ法の議論からも分かるように、過失の競合事案における結果回避可能性判断、すなわち、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、結果が発生しなかったであろうか否かを問うことには、やはり多くの困難が伴うといえよう。ドイツ法の議論において共有されていた、人の態度は非法則的・非決定的なものであるとの認識は、たしかに一定の説得力を有するものであろうし、このことを前提とすれば、過失の競合事案における結果回避可能性判断の中核ともいべき、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は、不可能であるかのようにもみえる。そうだとすれば、結果回避可能性とは異なる視点からの判

断を重視する、あるいは、そもそも結果回避可能性判断に代えて別の判断方法を採用するということも考えられよう。以下ではまず、結果回避可能性判断を回避する方策の採用可能性について検討を加える。

この点、結果回避可能性という仮定的な判断ではなく、現実の事象経過に関する事実的な判断を重視することが考えられる。たとえば、Asa⁽¹³⁹⁾によれば、過失の競合事案において重要なのは、行為規範の結果阻止に関する具体的適性としての回避可能性ではなく、むしろ、自己答責性原理から要求される、他者の行為を帰属させるための特別な根拠の存在であるという。すなわち、行為者が注意義務を履行していたならば、他者はどのような態度をとっていたであろうかを重視するのではなく、実際に生じた他者の注意義務違反的態度をいかにして行為者自身に帰属させることができるのかを本質的な問題とするのである。たしかに、このような⁽¹³⁹⁾の指摘は、過失犯においても拡張的正犯概念ないし統一的正犯概念ではなく、制限的正犯概念が妥当することを背景とするものであり、過失の競合事案において過失犯の成立範囲の過度な拡大に理論的な歯止めを掛けようという点で、傾聴に値するものといえよう。しかしながら、過失の競合事案が行為者の行為と結果発生との間に他者の介入する事案だからといって、このことからただちに、常にそのような特別な帰属根拠が必要とされるわけではないよう思われる。たとえば、実際、過失の競合事案に関するほとんどの判例・裁判例において、共同正犯や間接正犯といった概念は問題とされていない⁽¹⁴¹⁾。加えて、理論的にみても、過失の競合事案においては、行為者の過失、すなわち、注意義務違反によって、行為者が自ら結果を惹起したということを説明するために、行為者に課された注意義務が結果回避にとって実際に有効であったか否か、すなわち、結果回避可能性の有無が問われれば足りるのであって、一部実行全部責任の原則や道具としての支配・利用関係といった形で他者の態度を行為者に帰属しなければ、このような行為者自らの注意義務違反による結果惹起を説明することができないというわけではない。もちろん、前述したように、たとえば、行為者らを過失共同正犯とすることによって結果回避可能性の問題を解決することは可能であるが、そのような場合であっても、他者の行為に関する特別な帰属根拠として当該概念が要求される必然性はないのである⁽¹⁴²⁾。したがって、過失の競合事案において行為者に過失犯の成立を肯定するためには、他者の行為帰属のための特別な根拠が常に要求されると解することは困難で

あるといえよう。⁽¹⁴⁾

続いて、行為者の注意義務違反から結果が生じたことを一般法則に照らして説明可能であるか否かを重視する見解はどうであるか。Puppeによれば、過失の競合事案においては、行為者が注意義務を履行した場合に他者がどのような態度をとっていたかを仮定的に判断することは不要とされ、このような回避可能性判断に代わって、行為者が注意義務に違反し、他者もまた自己の注意義務に違反したことにより、結果が発生したという一連の事象経過を、法則的に説明することができるか否かが問われることとなる。たしかに、このような理解は、他者の態度を仮定的に判断することに関わる立証の困難性という問題を回避する方策として、有用なものであるようにも思われる。しかしながら、行為者の注意義務違反から結果が生じることを法則的に説明することについては、注意義務履行から結果が生じないことの仮定的判断の裏返しにすぎないものであって、Puppeの提示した法則的説明の可否という基準は、結果回避可能性判断と本質的な差異はないようにみられる。この点、たとえば、Puppeは、法は義務を負う者が理性的にその義務に従うことを前提としてよいという法的法則を援用して、他者の合義務的態度を前提にすることで、行為者が義務違反的態度をとったことにより、他者もまた義務違反的態度をとることとなり、それゆえに結果が発生したという形で、一連の事象経過は法則的に説明可能であるとす。もつとも、ここでいう法則的説明というものは、行為者が合義務的態度をとっていたならば、他者も合義務的態度をとることにより結果は発生しなかったであろうという法則、すなわち、結果回避可能性判断が成り立ってはじめて、可能となるものであるように思われる。義務履行前提型の回避可能性説と同様に、他者の合義務的態度を前提とするアプローチを採用していることから明らかなように、Puppe自身も、行為者が合義務的態度をとっていたならば他者の態度を含め事態はどのように推移したのかを問う仮定的な結果回避可能性判断を、完全には排除できていないのである。

同様の疑問は、Rownの見解にも向けられよう。前述したように、Rownによれば、仮定的な結果回避可能性判断に代わって、行為者の義務違反的態度が、結果の条件である他者の義務違反的態度の条件、すなわち、結果の「条件の条件」とみることができるか否かが重要であるという。しかしながら、このような結果の条件の条件という評価は、行為者が合義務的態度をとっていたな

らば、他者もまた合義務的態度をとり、結果は回避されていたであろうという結果回避可能性判断の裏返しにすぎないように思われる。事実 *Rain* も、行為者の義務違反的態度が他者の義務違反的態度の条件であったということは、その他者が結果発生の際について十分な情報を与えられていなかったがゆえに、当該結果回避措置をとることができなかったということであるとしている。これはまさに、結果回避のために必要な情報提供ないし要請を行うという合義務的態度を行為者がとっていたならば、それをもとに他者は同様に合義務的態度をとることができたであろうし、また、そうしたであろうことと表裏の関係にあるといえよう。したがって、条件の条件という観点をもってしても、仮定的な結果回避可能性判断を排斥することはできないのである。

以上みてきたように、現実の事象経過に関する事実的な判断を重視することによつては、他者の態度の仮定的判断の困難性といった、過失の競争事案における結果回避可能性判断の問題を完全に克服することは困難であると結論づけられよう。

そこで今度は、日本法における結果回避可能性要件の一般的理解や、ドイツ法における回避可能性説にみられるような、高度の蓋然性を伴った結果回避可能性、すなわち、結果回避確実性を必要としない、いわゆる危険減少説によつて、この問題を克服することができるとのかについて検討を加える。たしかに、前述したように、危険減少説によれば、合義務的代替態度による危険減少、すなわち、結果回避のチャンスの存在で足りることから、他者も合義務的態度をとっていたであろうことを積極的に立証せずとも、行為者の合義務的態度によつて他者に対して合義務的態度をとるチャンスが与えられたということができれば、すなわち、少なくとも行為者が合義務的態度をとっていた場合に、確実性に境を接する蓋然性をもつて他者は義務違反的態度をとっていたであろうといえない限りは、過失の競争事案において過失結果犯の成立を肯定することができるようにも思われる。しかしながら、結論から述べるならば、このような危険減少説によつたとしても、過失の競争事案における結果回避可能性の問題を克服することはできない。周知のとおり、危険減少説の基礎にある危険増加論に対しては、侵害犯を危険犯に転化するのではないか、あるいは、疑わしきは被告人の利益にの原則に抵触するのではないか、といった根強い批判も向けられているが、この点を措くとしても、他者の態度の仮定的判断の困難性という問題はなお残ってしまうように思われるのである。すなわち、危険減少説によつた場合、立証の

対象は危険減少、換言すると、他者が確実に義務違反的態度をとっていたであろうとはいえないこととなるが、論者が前提として
いる、人の態度は非法則的・非決定的なものであるとの認識に鑑みれば、このことに関する立証もまた、容易ではないように思わ
れる。実際、危険減少説に依拠するGrucoも、同様の問題意識からか、前述したように、順次型の競合事案に関して、他者が合
義務的態度をとるであろうという経験則を援用した上で、行為者が合義務的態度をとっていたならば、経験則上、他者もまた合義
務的態度をとっていたであろうということができるとして、他者による合義務的態度を仮定するような危険減少判断を行っている。
すなわち、危険減少説に依拠したとしても、他者の合義務的態度を仮定するのか、あるいは、義務違反的態度を前提とするのかは、
なお問題となりうるのである。⁽¹⁶⁾

ここまで検討してきたように、過失の競合事案において、他者の態度の仮定的判断を含んだ結果回避可能性判断を回避すること
はできない。結果回避可能性が判断されることによって、行為者に課された注意義務が実際に結果回避に資するものであったのか、
すなわち、行為者の注意義務の有効性が確認され、それにより、行為者の注意義務違反による結果惹起を説明することが可能とな
るのである。したがって、過失の競合事案において過失犯の成立を肯定するためには、結果回避可能性が認められる必要のあると
ころ、その判断に際して、どのような場合に、行為者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
いたであろうということができるのか、すなわち、結果回避可能性判断において他者のどのような態度を仮定してよいかが、や
はり問題となるのである。

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

この問題の解決方法に関しては、これまで確認してきたように、第一に、行為者が注意義務を履行した場合を想定した上で、そ
の場合に他者も同様に注意義務を履行していたであろうことが立証できた場合にのみこれを付け加えて判断してよいとする「義務
履行認定型アプローチ」、第二に、このような立証の成否を問わず他者による注意義務の履行を前提に判断してよいとする「義務

履行前提型アプローチ」、そして第三に、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判断すべきとする「義務違反前提型アプローチ」がそれぞれ考えられる。これらのアプローチのいずれを採用すべきか、換言すれば、結果回避可能性の判断にあたり、いかなる場合に他者による注意義務の履行を仮定することが許され、あるいは、注意義務の違反を前提としなければならぬのであろうか。

以上の点を検討するにあたっては、ドイツ法の議論における義務履行前提型の回避可能性説にみられるような、他者の義務違反的態度による回避不可能性を理由として行為者が責任を免れることは許されないと、このことから、回避可能性判断にあたっては、他者の合義務的態度が前提とされなければならない、との主張の当否を検討することが有用となろう。すなわち、このような規範的評価に合理的な根拠が認められるのであれば、それが妥当する範囲内において、結果回避可能性判断の際に他者による注意義務の履行を仮定することの許容性を根拠づけることが可能となる。それゆえ、その限りで、義務履行前提型アプローチを採用することが正当化されるのである。反対に、このような規範的評価は結論の不当性を回避するための直感的判断にすぎないということになれば、結果回避可能性判断においてただちに他者による注意義務の履行を仮定することは許されないこととなり、義務履行認定型アプローチないし義務違反前提型アプローチが採用されることとなる。それゆえ、以下では、他者の義務違反態度による回避不可能性を理由として行為者が責任を免れることは許されないという規範的評価に、義務履行前提型アプローチの採用を正当化するに足るだけの合理的根拠を見出すことができるのか、検討していく。

このような規範的評価の根拠としては、前述したように、法益保護の見地が挙げられる。たとえば、*Stenborg-Lieben/Schuster*によれば、他者の義務違反的態度による回避不可能性を理由とした免責の主張を許してしまえば、行為者に注意義務を課した意義が失われ、法益保護が貫徹されなくなってしまう⁽¹⁴⁾という。また、*Dutge*によれば、このような帰結は、法益保護という原則の矛盾を意味するものでさえある⁽¹⁵⁾という。その他にも、皮革スプリー事件においてBGHは、他の取締役による義務違反的態度を理由とする免責の余地を否定し、義務履行前提型アプローチを採用した理由として、発生した結果について誰も責任を負わなくなっ

しまうという、結論の不当性を挙げて⁽¹⁰⁾いる。あるいは、より直接的に、法は自らの規範が遵守されることを前提としなければならない、という点に前述した規範的評価の根拠を求める主張もみられる⁽¹⁰⁾。

それでは、他者の義務違反的態度を理由とした免責の主張を許すことは、注意義務の賦課による法益保護の形骸化に繋がる、という主張はどうかであろうか。たしかに、いずれにせよ自分以外の他者が注意義務に違反して結果を発生させるだろうからといって、現実に生じている、行為者の注意義務違反による結果惹起を一律に免責することは不合理な帰結といえよう。そのような事態を許してしまえば、注意義務を履行する者は誰もいなくなり、法益保護の見地から法益侵害結果を回避すべき注意義務を課したことの意義が失われてしまう。しかしながら、たとえば、組織内において下位者から上位者に対して注意義務の履行を求めるような、いわゆる進言義務について考えてみると、いくら下位者が進言をしたところで、それに応じるかどうかは上位者の判断次第であって、実際に上位者が進言に応じない蓋然性が認められるような場合にまで、上位者による注意義務の履行を前提に、下位者について結果回避可能性を認めることはできないであろう。このような場合にまで、注意義務の賦課による法益保護の形骸化の防止という観点から免責を認めないとすれば、下位者にとって、自らの注意義務の履行によつては防止することのできない結果についてまで責任を負わされることとなり、許されざる結果責任が求められることとなろう。このように、法益保護の形骸化を防止するためとはいえ、行為者の注意義務の履行が実際には功を奏しえなかつた可能性の否定できない場合を含んだ過失の競合事案全般において、他者の注意義務の履行を一律に仮定して結果回避可能性を認めることは、行き過ぎた法益保護の貫徹であつて、許されないものと解される。

続いて、他者の義務違反的態度を理由とした免責の主張を許すことは、法益保護の原則の矛盾である、という主張はどうかであろうか。当該主張の意味するところは、前述した法益保護の形骸化に加えて、結果回避可能性を判断する際、他者の義務違反的態度を仮定するということは、法益侵害を禁止している刑法上の評価において、法益侵害の発生を許すことにはかならず、法益保護を原則とする刑法の自己矛盾である、という点に見出すことができよう⁽¹⁰⁾。たしかに、結果回避可能性判断において、行為者の注意義務

務の履行に加えて、他者の注意義務の履行のみを考慮するとすれば、法益保護を原則とする刑法上の評価としては、一貫した評価がなされているようにも思われる。このような理解からすれば、たとえば、行為者が前方を注視して被害者を視認・回避していたとしても、後行する脇見運転のトラックが被害者に衝突し、確実に死亡させていたであろうことが認められるといったような場合に、行為者に結果回避可能性の存在が否定されないことを容易に説明できよう。⁽¹⁵³⁾ しかしながら、かかる帰結が導き出される理由は、法益保護の原則の無矛盾性といった観点ではなく、むしろ、結果回避可能性要件は行為者の注意義務の有効性を事後的に確認するためのものであり、その有効性を判断するにあたっては、行為者の注意義務の履行と無関係な事情は付け加えられるべきでない、という結果回避可能性判断の性質に求められるべきであるように思われる。すなわち、先の事例でいえば、行為者が前方注視をはじめとする注意義務を履行していたならば、行為者自身の注意義務違反による被害者の死亡という結果は回避できたのであって、この意味において、行為者に課された注意義務の有効性は否定されないのである。反対に、前述したアイススケート場事件において、⁽¹⁵⁴⁾ かりに被告人が適切な調査を行い、適切な調査結果を報告していたとしても、市の責任者らは必要な対策を講じなかった可能性が否定できないような場合には、⁽¹⁵⁵⁾ 被告人に課されていた調査・報告義務の有効性が確認できない以上、結果回避可能性は否定されるべきであって、このような場合にまで、法益保護の無矛盾性を理由に、市責任者らの合義務的態度を仮定し、被告人に結果回避可能性を認めることはできないであろう。⁽¹⁵⁶⁾ また、注意義務が同時に複数人に課されている場合には、それらは各々の遵守を前提としてのみ意味を持ちうることから、他者の注意義務違反を考慮することは許されず、各人の結果回避可能性は否定されないとする主張もみられるが、⁽¹⁵⁷⁾ 行為者が共同正犯として評価されるなら格別、そうではなくてあくまで同時犯にすぎないのであれば、行為者各人の注意義務それぞれについて、その有効性を確認することができない場合には、結果回避可能性を認めることはできないであろう。この場合、他者の義務違反的態度による免責の主張は、法益保護原則の矛盾とは関係なく、単に行行為者各人の注意義務の履行によつては結果を回避することができないという、注意義務の有効性に疑義が生じたことによるものにすぎないのである。このように、法益保護原則の無矛盾性と、他者の義務違反的態度を理由とした免責の否定との間に、論理的な必然性は認められな

い。

さらに、他者の義務違反的態度を理由とした免責の主張を許してしまえば、発生した結果について誰も責任を負わなくなってしまうことになりかねない、という結論の不当性について検討を加える。かかる主張は、まさに皮革スプレー事件のように、並行型ないし並列型の過失競合事案については、説得力を有するようにも思われる。しかしながら、結論の不当性から、ただちに他者の義務違反的態度を理由とした免責の主張を許すことができないという解釈を導くことは困難であろう。あくまでそれは、刑事政策的な配慮に由来するものにすぎないのであって、理論的な根拠にはなりえない。前述した部分と重なるが、並行型ないし並列型の過失競合事案において、誰も責任を負わなくなってしまう事態になりかねないということは、各人の注意義務の履行によつては結果を回避することができない、すなわち、それぞれの注意義務の有効性に疑義が生じたことから導かれる論理的な帰結である以上、それは甘受しなければならないのである。このような一見すると不当とも思われる帰結を回避するための方策は、他者の義務違反的態度による回避不可能性を理由として行為者が責任を免れることは許されないという規範的評価をそのまま結果回避可能性判断に導入することではなく、行為者らを過失共同正犯として構成することに求められるべきであろう。それゆえ、かかる規範的評価の根拠を、結論の不当性という点に直接的に見出すことはできないと考える。

最後に、法は自らの規範が遵守されることを前提としなければならぬ、という点に前述した規範的評価の根拠を求める主張の妥当性を検討しよう。この主張は、先にみた法益保護の無矛盾性に着目した主張と共通する部分があるように思われる。すなわち、法的評価を行う際には、行為者をはじめすべての者が規範に従った行動をとること、すなわち、法益保護を実現するために注意義務を履行することが前提とされなければならない、というのである。たしかに、人は法に従って行動することが義務づけられており、規範を遵守することが大原則である。しかしながら、このことは、抽象的・観念的なものにはすぎず、注意義務の履行が実際に結果回避にとって有効であったかを仮定的とはいえ、あくまで現実の事実関係から具体的に確認する結果回避可能性判断と、必ずしも馴染むものではないであろう。たとえば、Grucoのいうように、経験則上、他者も合義務的態度をとっていたであろうという

ことはできても、このことからただちに、あらゆる場合において、他者の義務違反的態度の仮定は一切許されず、合義務的態度が常に前提とされなければならないということはできないのである。

以上検討してきたように、法益保護の形骸化の防止、法益保護原則の無矛盾性、不当な結論の回避、規範遵守の前提といった理由から、他者の義務違反的態度による回避不可能性を理由として行為者が責任を免れることは許されないという規範的評価を導き出すのは困難であることが分かった。それでは、このような評価には合理的な理由が認められず、それが妥当する領域は観念できないのであろうか。この点、結果回避可能性要件が注意義務の有効性を確認するためのものであるところ、行為者の注意義務の履行を仮定することによって結果を回避することが可能であるにもかかわらず、すなわち、行為者の注意義務の有効性が確認できるにもかかわらず、他者の注意義務違反を理由に結果回避不可能であったと主張することは、すでに確認された注意義務の有効性を否定することであって、そこには論理矛盾が生じていると考えられるのではないか。このような論理矛盾が生じる場合には、これを回避するために、他者の注意義務違反を理由とした免責の主張は許されないと考えることが考えられよう。

たとえば、先に見た、行為者が前方を注視して被害者を視認・回避していたとしても、後行する脇見運転のトラックが被害者に衝突し、確実に死亡させていたであろうことが認められるといったような場合について、行為者が前方注視をはじめとする注意義務を履行していたならば、行為者自身の注意義務違反による被害者の死亡という結果は回避できたのであって、行為者に課された注意義務の有効性は確認されることとなる。それにもかかわらず、後行するトラックの運転者による脇見運転という注意義務の違反を理由にいずれにせよ結果発生したであろうとの主張することは、行為者の注意義務の有効性がすでに確認されたことと論理的に矛盾する。このような矛盾を伴う主張は許されないことから、行為者の結果回避可能性を判断するにあたっては、後行する運転者の注意義務違反は仮定されないこととなる。

あるいは、監督義務のような、他者に対してその者が負っている注意義務を履行させることを内容とする注意義務が行為者に課されていた場合、結果回避可能性判断においては、行為者が他者に対して注意義務を履行させ、これを受けて他者が自己の注意義務

務を履行することを前提に、行為者の注意義務の有効性が確認される。というのも、その際、行為者の注意義務は、他者に対して注意義務を履行させることを内容とするものである以上、当該注意義務の履行の仮定は、他者の注意義務の履行を当然に含むからである。反対に、他者が注意義務に違反するであろう可能性がなお否定できないのだとすれば、それは、他者に対して注意義務を履行させるといふ行為者の注意義務を正しく仮定したことはならないであろう。そして、このような場合に、他者による注意義務の違反を理由にいずれにせよ結果発生したであろうと主張することは、行為者の注意義務の有効性がすでに確認されたことと矛盾し、許されない。したがって、結果回避可能性を判断するにあたっては、他者の注意義務の違反を仮定することは許されず、他者の注意義務の履行が前提とされることとなる。⁽¹⁰⁾

したがって、他者の義務違反的態度による回避不可能性を理由として行為者が責任を免れることは許されないという規範的評価の根拠は、行為者の注意義務の仮定によってなされる有効性判断との理論的矛盾の解消という点に求めることができるものと考えられる。そして、このような論理的矛盾が生じてしまうような範囲においては、他者の注意義務の違反を仮定することは許されず、「義務履行前提型アプローチ」が採用されることとなる。

3 他者の注意義務履行の仮定が許される範囲

以上の理解を前提に、過失の競合事案における結果回避可能性判断にあたって、他者の注意義務の履行の仮定が許される範囲について検討していく。

まず、行為者の注意義務違反よりも時間的に先行して他者の注意義務違反が存在する場合、行為者について結果回避可能性を判断する際に、他者の注意義務の違反が前提とされることに争いはないであろう。すでに他者の注意義務違反が客観的事実として存在する以上、このことを前提として、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るのか否かが問われる。そして、他者がすでに注意義務に違反している状況において、かりに行為者が注意義務を履行して

いたとしても結果を回避することができなかつたであろうと認定された場合には、行為者の注意義務の有効性それ自体が確認できなかったということにほかならず、このような場合には、他者の注意義務の違反を理由とした結果回避不可能の主張を認めたとし、それによつて行為者の注意義務の有効性が確認されたこととの論理的矛盾が生ずるわけではない。したがつて、このような場合には、結果回避可能性判断において、客観的事実としての他者の注意義務の違反に代えて、注意義務の履行を仮定することは許されず、「義務違反前提型アプローチ」が採用されることとなる。⁽¹⁰⁾

つぎに、行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが互いに独立して併存する場合である。このような場合にあたるのが、先にみた皮革スプレー事件をはじめとする委員会決議事例や、避難設備を設置しなかつた被告人Yの注意義務違反と、自動火災報知設備が作動するように整備せず、火災放送などによる避難誘導を実施しなかつた被告人Nの注意義務違反とが並行的ないし並列的に競合している千成ホテル事件である。ここでいう注意義務違反が互いに独立して併存する場合とは、Cravoの分析にみられる、一方の行為者が自身の態度を決定するにあつてもう一方の行為者の態度を基礎とすることができない場合であるとされる並行型の競合に対応するものであり、換言すれば、一方の行為者が注意義務を履行しようがしまいが、もう一方の行為者の行動に変化はもたらされえない場合である。このような場合に、行為者の結果回避可能性を判断するにあつて、他者の注意義務の履行を仮定することは許されるのか。結論からいえば、そのような仮定は許されないと考える。たしかに、行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが並行して存在する場合には、前述した行為者の注意義務違反よりも時間的に先行して他者の注意義務違反が存在する場合と異なり、行為者各人の結果回避可能性判断にあつて、必ずしも他者の注意義務違反がすでに客観的事実として存在しているわけではない。そうだとすれば、他者の注意義務の履行を仮定する余地が認められるようにも思われる。しかしながら、結果回避可能性判断が注意義務の有効性を確認するためのものであることに鑑みれば、あくまで行為者の注意義務の履行それ自体によつて結果回避が可能であつたかが問われるべきであることから、その際に、行為者の注意義務の履行とは無関係な、他者の注意義務の履行を仮定することは許されない⁽¹⁰⁾。すでに述べたように、複数人の注意義務違反が並行して存在する場合であつて、かつ、

各人の注意義務の単独履行によつては結果回避できなかった可能性が残る場合に、各人に過失犯の成立を肯定するためには、行為者を共同正犯として構成することが必要となる。それゆえ、行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが併存する場合には、行為者が注意義務を履行することによつて結果回避できたといえれば格別、そうではなくて、結果回避のためには他者も同様に注意義務を履行することが必要であったならば、他者の注意義務の履行を仮定して、結果回避可能性を肯定することはできない。このような場合には、行為者の注意義務の有効性が確認されていない以上、他者の注意義務の違反を理由とした結果回避不可能の主張を認めたとしても論理的矛盾が生ずるわけではない。したがつて、ここでも、結果回避可能性の判断にあつては、他者の注意義務の履行を仮定することは許されず、「義務違反前提型アプローチ」が採用されることとなる。この点で、たとえば、このような場合に「義務履行前提型アプローチ」を採用した皮革スプレー事件におけるBGHの判断や、千成ホテル事件における第一審判決の判断には疑問が残る。また、同様の疑問は、千日デパート事件控訴審判決にも向けられよう。ここでは、防火区画シャッターの全面的な閉鎖などを実施しなかった被告人Nの注意義務違反と、避難誘導訓練を実施しなかった被告人Tの注意義務違反とが併存しており、かつ、両者の注意義務の履行があつてはじめて事故の発生が回避できるという事実関係が認められていたにもかかわらず、被告人Nについて結果回避可能性を判断するにあつて、被告人Tによる注意義務の履行が前提とされたが、このような場合に「義務履行前提型アプローチ」を採用することは、前述した理由から、正当化しがたいものと思われる⁽¹⁰⁾。

問題となるのは、行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが互いに一定の関係をもつて併存していた場合である。具体的には、Gareisの分析にみられる、一方の行為者がもう一方の行為者の態度を基礎に自身の態度決定をすることが可能な場合という意味での順次型の競合に対応するものであり、換言すれば、一方の行為者が注意義務を履行するか否かによつて、もう一方の行為者の行動が変化しうる場合である。このような場合にあたるのが、まず、BGHが「義務履行認定型アプローチ」を採用した事例群である⁽¹¹⁾。これらの事例に共通する特徴として、行為者の注意義務の内容が、他者が注意義務を履行するために必要な情報を提供するものであることが指摘できる。換言すれば、行為者が注意義務に違反して情報提供を行わなかったことが、他者の注意義務違

反の一因となっているものといえるのである。このような場合に、行為者の結果回避可能性を判断するにあたって、他者の注意義務の履行を仮定することは許されるのか。結論からいえば、ここでは、「義務履行認定型アプローチ」を採用し、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ろうということが証明できた場合にはじめて、他者の注意義務の履行を仮定することが許されるものと解する。というのも、他者が注意義務を履行するために必要な情報を提供すべき注意義務の履行によって実際に結果回避することができたか否か、すなわち、行為者の注意義務の有効性を事後的に確認するためには、行為者の当該注意義務の履行に応じて、他者も同様に注意義務を履行していただろうことが確認されなければならないからである。行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが互いに独立して併存する場合は異なり、行為者の注意義務が、情報提供といった他者の注意義務の履行への働きかけを内容とするものであるような場合、行為者の当該注意義務の履行を仮定することによって、他者が注意義務を履行するかしないかは変化しうるのである。それゆえ、このような場合には、行為者の注意義務の履行による事態の変遷を一切考慮しない「義務違反前提型アプローチ」を採用することはできない。また実際、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ろうということが証明できた場合には、行為者の注意義務の有効性が確認されている以上、このような場合にまで他者の注意義務違反を理由とした結果回避不可能の主張を認めることは、先に述べた論理矛盾をきたす。他方で、行為者が注意義務を履行していたとしても、他者も同様に注意義務を履行していただろうということが証明できない場合も考えられる。行為者による情報提供などの働きかけを受けたからといって、必ずしも他者が注意義務を履行するとは限らないのである。このような場合も含んで一律に、他者の注意義務の違反による免責の主張は許されないとする「義務履行前提型アプローチ」もまた採用することはできないであろう。そのような場合には、他者の注意義務の違反を理由とした結果回避不可能の主張は、行為者の注意義務の有効性が確認されていないことから導かれるものであって、そこには、前述した論理的矛盾は存在しない。むしろ、そのような主張の余地を一切否定し、行為者の注意義務の有効性が否定される可能性があるにもかかわらず、一律に、他者の注意義務の履行を仮定することにより結果回避可能性を認めようとするれば、行為者にとって実際には回

避不可能な結果についてまで責任を負わせることとなりかねない。したがって、このような、行為者の注意義務が、情報提供といった他者の注意義務の履行への働きかけを内容とするものであるような場合には、「義務履行認定型アプローチ」を採用し、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であろうということが証明できた場合にはじめて、他者の注意義務の履行を仮定することが許されることとなる。以上のことは、たとえば、警備員の統括責任者として警察官の出勤を要請すべき注意義務について結果回避可能性が問われた明石市花火大会歩道橋事件や、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すべき注意義務について結果回避可能性が問われた薬害エイズ事件厚生省ルート、あるいは、組織内において下位者から上位者に対して注意義務の履行を求めるような、いわゆる進言義務についても妥当するであろう。⁽¹⁶⁾ なお、このような場合、他者の態度に関する仮定的判断が必要となり、改めて立証の困難性の問題が生起するであろうが、Grecoが指摘するように、情報提供といった働きかけを受けたならば、通常、他者も注意義務を履行していたであろうということを経験則として捉えた上で、これを立証の際に用いることにより、かかる困難性のある程度緩和することは可能であろう。すなわち、情報提供や進言といった形で結果回避行動をとるよう働きかけられた者は通常、かかる行動をとるべく注意義務を履行するであろうことが経験則として認められる以上、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であろうことの厳格な証明としては、このような経験則を援用することでもって足り、反対に、当該経験則を覆すような特別な事情が認められる場合に限って、他者による注意義務の履行に関する厳格な証明はなされていまいとみることができよう。⁽¹⁶⁾

これに対して、行為者に課された注意義務が、情報提供といった他者の注意義務の履行への働きかけを超えて、他者を指揮・監督してその者に注意義務を履行させることを内容とするものであるような場合には、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であろうということの証明を経ることなく、常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考える。すなわち、ここでは、「義務履行前提型アプローチ」が採用されるのである。というのも、他者を指揮・監督してその者に注意義務を履行させるといふ注意義務の内容からすれば、当該注意義務の履行を仮定することは、それによって

他者もまた注意義務を履行することが当然の前提とされるからである。行為者が注意義務を履行して、他者を指揮・監督してその者に注意義務を履行させたならば、他者もまた注意義務を履行していたであろうといえるのである。それゆえ、このような内容の注意義務の有効性を判断するにあたっては、行為者による注意義務の履行に加えて、他者の注意義務の履行まで考慮されることになるのである。そして、他者が注意義務を履行することによって結果の発生が回避されることに鑑みると、このような他者の注意義務の履行が前提とされるのであれば、行為者の注意義務の有効性は確認されることとなる。したがって、そこで改めて他者による注意義務の違反を理由とした免責を主張することは、行為者の注意義務の有効性がすでに確認されたことと矛盾し、許されないのである。かりにここで、行為者が他者を指揮・監督してその者に注意義務を履行させるようにしたとしても、他者はそのような指揮・監督に応じず、なお自己の注意義務を履行しなかった可能性は否定できないとの主張がなされるとすれば、結果回避可能性判断の出発点であるところの、行為者の注意義務の履行の仮定が適切ではないのである。すなわち、行為者が注意義務を履行したとしても、これに応じて他者が注意義務を履行しなかった可能性が否定できないのであれば、それは、行為者が自己の注意義務を十分履行していないということにはかならないのである。この点で、行為者の注意義務の内容が、あくまで情報提供や進言といった他者の注意義務の履行への働きかけにとどまる場合と異なるのである。したがって、行為者の注意義務の内容が、他者を指揮・監督してその者に注意義務を履行させるというものである場合には、「義務履行前提型アプローチ」が採用され、常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することが許されるのである。⁽¹⁶⁾このような意味で、ホテルニュージャパン事件控訴審判決において、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、Hの注意義務の履行が前提とされたことは支持しうる。

六 おわりに

本稿では、過失の競合事案における結果回避可能性判断について検討してきた。結果回避可能性判断は、行為者が注意義務を履行したならば、結果は発生しなかったであろうといえるかどうかを問うものであるところ、かかる判断を行うことは、過失の競合事案においては必ずしも容易ではない。結果回避のために複数人の注意義務の履行が必要となるような事案においては、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。そのような事案において行為者各人について結果回避可能性を判断するにあたっては、行為者の注意義務の履行の仮定に加えて、結果回避に必要な他者の注意義務の履行も併せて仮定することが許されるのか、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ないのであろうか。結果回避可能性判断において、いかなる範囲で、他者の態度を仮定することが許されるのが問題となるのである。

かかる問題について、本稿は、第一に、結果回避可能性要件が、行為者の注意義務が結果発生の防止にとつて実際に有効であったかどうかを確認するものであるとの理解を前提として、そして第二に、他者の注意義務違反を理由にせず結果回避が可能であったと主張することが、すでに注意義務の有効性が確認されたことと矛盾するような場合には、当該主張は許されず、他者の注意義務の履行を前提に結果回避可能性が判断されるとの考察結果を踏まえ、過失の競合事案における結果回避可能性判断にあたって、他者の注意義務の履行を仮定することが許される場合と、反対に、他者の注意義務の違反が前提とされなければならない場合とを、それぞれの理論的根拠を含めて明らかにした。

本稿での分析により得られた結論は、次のようにまとめることができる。すなわち、過失の競合事案における結果回避可能性判断にあたっては、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であろうことが立証できた場合にのみ、他者による注意義務の履行を仮定してよいとする「義務履行認定型アプローチ」、このような立証の成否を問わず、他者に

よる注意義務の履行を前提に判断してよいとする「義務履行前提型アプローチ」、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判断すべきとする「義務違反前提型アプローチ」という、三つの判断方法が考えられる。そして、行為者の注意義務違反より時間的に先行して他者の注意義務違反が存在していたような場合には、客観的事実として他者の注意義務違反を前提に結果回避可能性が判断されなければならない（「義務違反前提型アプローチ」）。また、行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが互いに独立して存在するような場合にも、他者の注意義務の履行を仮定することは許されず、他者の注意義務違反が前提とされなければならない（「義務違反前提型アプローチ」）。他方、行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが互いに一定の関係をもつて併存していた場合であつて、行為者の注意義務の内容が、情報提供や進言といった他者に対して注意義務を履行するよう働きかけるものである場合には、行為者が注意義務を履行したならば、それを受けて他者も同様に注意義務を履行したであろうことが立証できた場合にのみ、他者の注意義務の履行を仮定することが許される（「義務履行認定型アプローチ」）。さらに、行為者の注意義務の内容が、他者への働きかけを超えて、他者を指揮・監督してその者に注意義務を履行させるというものである場合には、このような立証の成否によらず、他者の注意義務の履行を前提に結果回避可能性を判断することが許される（「義務履行前提型アプローチ」）。

本稿での考察により、過失の競合事案における結果回避可能性判断にあつて、いかなる範囲で、他者の態度を仮定することが許されるかが明らかとなった。もつとも、前述した各アプローチが妥当する場面については、更なる具体化が必要とならう。本稿では、行為者と他者の注意義務違反の関係を示すものとしての時間的先行性や、独立併存性、あるいは、行為者が負っていた注意義務の内容に着目して場面分けを試みたが、たとえば、注意義務違反が互いに独立して併存しているといえるのか、それとも、一定の関係をもつて併存しているかとみるべきなのかを区別することが必ずしも容易ではない場合も考えられる。この点については、より多くの判例・裁判例の事案を分析することにより、各アプローチの適用場面を画するための基準を明確化することが課題となる。また、「義務履行認定型アプローチ」を適用した場合の立証の問題、とりわけ、情報提供といった働きかけを受けたなら

ば、通常、他者も注意義務を履行していたであろうという経験則を覆すような特別な事情は、いかなる場合に認められるのかという点についても、更に検討を加えていく必要がある。他方で、本稿は結果回避可能性要件という観点に焦点を当てて、過失犯の成立範囲の限界を明らかにしようとするものでもあった。もつとも、過失の競合事案における過失犯の成立範囲については、たとえば、注意義務の内容確定の問題や、⁽¹⁶⁷⁾過失犯の正犯性の問題といった、複合的な視点から考察する必要がある。とりわけ、前者の問題については、行為者による注意義務の履行の仮定を出発点とする結果回避可能性判断の問題とも密接にかかわるものであったにもかかわらず、本稿では十分に検討することができなかった。⁽¹⁶⁸⁾これらの点については、今後の課題としつつ、別稿に譲ることとする。

(84) Vgl. z. B. *Puppe*, Zur Frage der Kausalität bei Unterlassungsdelikten, JR 2010, 355 ff.; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 82), S. 412; *Ast*, a. O. (Anm. 78), 647 f.

(85) この問題は、精神的に仲介された因果関係 (psychisch vermittelte Kausalität) の問題として議論されることもある。精神的に仲介された因果関係とは、行為者の行為が、第三者の行動に対して精神的に影響を及ぼし、第三者に結果を惹起させたことを理由に認められる、行為者の行為と結果との間の因果関係である。これは主に、不作為犯、教唆犯、心理的幫助犯、故意なき道具を介した間接正犯、詐欺罪における欺罔などの場面で問題になるとされる。中でも過失不作為犯の場合には、保障人的地位にあった行為者が、不注意にも、結果回避のために必要な権限を有する第三者に要請ないし情報提供をしなかったことにより、第三者が必要な結果回避措置をとらず、結果が発生してしまったような事案において、行為者の過失不作為と結果との間の因果関係の存否に関して、行為者が第三者に要請ないし情報提供をしていたならば、第三者は結果回避措置をとっていただろうかどうかが問われる⁽¹⁶⁹⁾。Vgl. dazu etwa *Bosch*, Die Hypothese rechtmäßigen Verhaltens bei psychisch vermittelter Kausalität, FS Puppe, 2010, S. 373 ff.; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 82), S. 409 ff.; *Stübinger*, Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten Am Beispiel der Entscheidung des BGH zum Einsturz der Eisporthalle Bad Reichenhall, ZIS 2011, 609 ff.

(86) 本稿100を参照。

(87) BGH NSZ 1986, 217.

(88) Vgl. dazu *Roxin*, a. a. O. (Anm. 82), S. 423.

- (87) BGH NJW 2000, 2754.
- (88) BGH NJW 2008, 1897. 運送業者事件、あるいは、ブレーキ事件とも呼ばれる。
- (89) Vgl. dazu *Roritz*, a. a. O. (Ann. 82), S. 425 f.
- (90) BGH NJW 2010, 1087.
- (91) なお、本件においては、本件アイススケート場の改築費用の見積もりを調査することを委託されていたにすぎない被告人に、保障人的地位が認められ、屋根の構造上の欠陥に関する調査義務および情報提供義務を課することができるのかという点についても争いがあった。もっとも、この点については、本稿での検討の射程を超えるため、争点を指摘しておこうとしない。²⁸ Vgl. dazu etwa *Kühl*, a. a. O. (Ann. 79), 1093; *Stühlinger*, a. a. O. (Ann. 85), 605 ff.
- (92) 本稿三一(一)を参照²⁹。
- (93) 本件において「警告信号」という言葉を用いることで、B G Hは回避可能性要件の認定に必要な証明の程度を従来よりも引き下げたものとみられる³⁰との指摘もなされている。Vgl. *Greco*, a. a. O. (Ann. 73), 689.
- (94) このように本件においては、被告人の過失行為を、被告人が適切な調査を実施し、屋根の構造上の欠陥を指摘しなかったという不作為の形で構成することが前提とされている。B G Hは、これを作為の形で構成する可能性を指摘していた。すなわち、本件アイススケート場の状態は一般的にみて良好なものであるとの鑑定結果をまとめた調査レポートを提出したという作為として、被告人の過失行為をみることも考えられるというのである。その上で、B G Hは、このような作為犯構成をとった場合、被告人の当該作為が、同市が何らの対策を講じず、本件崩落事故によって乗場者らが死亡したこの原因であったことは、しかるべき事実認定がなされるならば、容易に想定可能であるとした。このように、本件における被告人の行為を作為と不作為のどちらで構成するべきなのかについては、学説上も争いがみられる。たとえば、作為構成を支持するものとして *Kutlich*, a. a. O. (Ann. 73), 553 が、不作為構成を支持するものとして *Kühl*, a. a. O. (Ann. 79), 1093 が挙げられる。また、作為と不作為のどちらの構成をとることも可能であるとすると *Asf.*, a. a. O. (Ann. 78), 630 ff. 640 がある。もっとも、被告人の過失行為を作為として構成することもできるとする理解に対しては、作為構成をとったとしても、上述した被告人の合義務的態度による回避可能性の認定が必要とされることには変わりないとの指摘や (Vgl. dazu *Roritz*, a. a. O. (Ann. 82), S. 426 f.)、被告人の提出したレポートが同市の責任者らの意思決定にどれほどの影響を及ぼしたか明らかでない以上、被告人の当該作為をもって過失犯の成立を肯定することはできないとの指摘もなされている (Vgl. dazu *Stühlinger*, a. a. O. (Ann. 85), 609 ff.)。
- (95) BGHSt 37, 106.
- (96) なお、本件においては、その他にも、臨時取締役会以降に発生した三八件の被害に関する危険傷害罪の成否や、被告人 D に B に関する危険傷害罪の幫助の成否も争われたが、これらの点については本稿での検討の射程を超えるため、詳細な紹介・検討は控える。これらの点を含

め、本件については、岩間・前掲注(34)五頁以下による包括的な研究がある。

- (99) Vgl. dazu etwa *Kudlich*, a. O. (Anm. 73), 554; *Stree/Bosch*, a. O. (Anm. 75), § 13 Rn. 62; *Kudlich*, a. O. (Anm. 75), Vor § 88 13 ff. Rn. 39. なお、このように被告人全員が合義務的態度を仮定することによって回避可能性を肯定しようとする理解は、実質的には、共同正犯における因果関係判断と等しいことから(この点については、前掲注(34)および本稿14を参照)、本件において、支配的見解からは否定される過失共同正犯による解決の可能性が指摘されている。Vgl. dazu etwa *Weißer* Gibt es eine fahrlässige Mitäterschaft?, JZ 1998, 237 f.; *Otto*, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, FS Spendel, 1992, S. 284 f.; *Brammsen*, Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, 537 f.

- (100) なお、被告人の不作為と結果との間の因果関係については、別の角度からも疑義が向けられた。すなわち、被告人各人が合義務的態度をとり、取締役会において回収決議がなされたとしても、小売商などが回収の要請に応じ、実際に皮革スプリーの回収を実施していたのかは疑わしく、結局のところ、小売商が回収要請に応じ、いずれにせよ結果は回避できなかったのではないかということが指摘されたのである(Vgl. dazu etwa *Puppe*, Strafrecht AT 2, Aufl. 2011, § 3 Rn. 27 ff.)。この点についてBGHは、小売商は回収要請に応じていたであろうと認定したLGの判断を、誤りのない事実評価として是認している。もっとも、実際にどれだけの小売商が回収要請に応じていたのが把握できないう上、この回避可能性を肯定することはできずとして、このようなBGHの理解を疑問視する見方もある(Vgl. *Roxin*, a. O. (Anm. 82), S. 424)。すなわち、この部分に限っていえば、BGHは、前述した義務履行認定型アプローチを採用したものと見なす。

- (101) Vgl. dazu *Greco*, a. O. (Anm. 73), 689.

- (102) もちろん、このような選択基準のもと両アプローチを使い分け、全く異なる判断を下しているともみられるBGHの理解に対しては、批判も向けられている。すなわち、被告人らの義務違反が並行的になされたものであれば、相前後してなされたものであれば、結果回避のためには被告人の合義務的態度に加えて、他者の合義務的態度が必要不可欠という点では、事案が共通する以上、異なるアプローチが採用されるべきとするように合理的な理由は見出せないう点である。Vgl. dazu etwa *Bosch*, a. O. (Anm. 85), S. 378 f.; *Puppe*, a. O. (Anm. 84), 357; *Kahns*, a. O. (Anm. 79), 15; auch *Puppe*, a. O. (Anm. 69), Vor § 8 13 ff. Rn. 133 f. 他方、この点でBGHの理解に対して肯定的な評価を加えるように、*Greco*, a. O. (Anm. 73), 689 参照。なお、選択基準の是非はともかく、少なくとも「義務履行前提型アプローチ」を一律に適用するよう躊躇したBGHの態度を肯定的にみるように、*Kudlich*, a. O. (Anm. 73), 554; *ders.*, a. O. (Anm. 75), Vor § 88 13 ff. Rn. 39 参照。

- (103) Vgl. z. B. *Puppe*, a. O. (Anm. 84), 355 ff.; *Roxin*, a. O. (Anm. 82), S. 412; *Ast*, a. O. (Anm. 78), 647 f.

- (104) Vgl. dazu etwa *Dutige*, a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 165 ff.

- (105) Vgl. z. B. *Kudlich*, a. O. (Anm. 73), 554; *Wohlers/Gaede*, a. O. (Anm. 75), § 13 Rn. 15 ff.

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)・完(谷井)

- (106) *Kradlich*, a. a. O. (Anm. 73), 554.
- (107) *Bosch*, a. a. O. (Anm. 85), S. 382.
- (108) *Kahrs*, a. a. O. (Anm. 79), 15 f.
- (109) *Kahrs*, a. a. O. (Anm. 79), 17 f. Vgl. auch *Stree/Bosch*, a. a. O. (Anm. 75), § 13 Rn. 62.
- (110) Vgl. dazu etwa *Sternberg-Lieben/Schuster*, a. a. O. (Anm. 65), § 15 Rn. 176.
- (111) Vgl. dazu etwa *Dutige*, a. a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 166 ff.
- (112) Vgl. dazu etwa *Kahrs*, a. a. O. (Anm. 79), 18.
- (113) Vgl. dazu etwa *Stree/Bosch*, a. a. O. (Anm. 75), § 13 Rn. 62; *M. Heinrich*, a. a. O. (Anm. 77), StGB Vor § 13 Rn. 70.
- (114) Vgl. dazu *Roxin*, a. a. O. (Anm. 82), S. 430. ただし、*Roxin* 自身は、臆瘍事件をマインスタート場事件をはじめとする不作為型の過失の競合事案における回避可能性判断に際して、危険増加論ならし危険減少説を採用する点には消極的である。この問題に対する *Roxin* の見解については、本節(4)の「後述」を参照。
- (115) *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 675 ff.
- (116) *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 681.
- (117) *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 689. なお、*Greco* は、このような場合には、危険減少の有無以前の問題として、そもそも不作為の因果関係を認め、その自体が困難であるという指摘している。
- (118) *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 681.
- (119) *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 683 f.
- (120) *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 687 f.
- (121) *Greco*, a. a. O. (Anm. 73), 691.
- (122) *Ast*, a. a. O. (Anm. 78), 617.
- (123) *Ast*, a. a. O. (Anm. 78), 648 f.
- (124) *Ast*, a. a. O. (Anm. 78), 649 ff.
- (125) *Ast*, a. a. O. (Anm. 78), 651.
- (126) *Ast*, a. a. O. (Anm. 78), 652 ff.
- (127) *Ast*, a. a. O. (Anm. 78), 656.
- (128) *Puppe*, a. a. O. (Anm. 69), Vor § 8, 13 Rn. 200 ff.

(129) *Puppe* a. a. O. (Anm. 100), § 2 Rn. 27; *dies.* a. a. O. (Anm. 69), Vor §§ 13 ff Rn. 133.

(130) *Puppe* a. a. O. (Anm. 84), 357; *dies.* Zu einem Zusammenstoß gehören zwei Überlegungen zum Zusammentreffen mehrerer Sorgfaltspflichtverletzungen bei Unfällen im Straßenverkehr, FS Fisch. 2013, S. 451 f.; *dies.* a. a. O. (Anm. 100), Vor §§ 13 ff Rn. 113.

(131) *Puppe* a. a. O. (Anm. 84), 357; *dies.* a. a. O. (Anm. 69), Vor §§ 13 ff Rn. 113.

(132) *Puppe* a. a. O. (Anm. 84), 357; *dies.* a. a. O. (Anm. 100), § 2 Rn. 34 ff.; *dies.* a. a. O. (Anm. 69), Vor §§ 13 ff Rn. 134a ff.

(133) *Puppe* a. a. O. (Anm. 69), Vor §§ 13 ff Rn. 134a.

(134) *Puppe* a. a. O. (Anm. 69), Vor §§ 13 ff Rn. 135 ff.

(135) *Roxin* a. a. O. (Anm. 82), S. 427.

(136) *Roxin* a. a. O. (Anm. 82), S. 427 f.

(137) *Roxin* a. a. O. (Anm. 82), S. 428.

(138) *Roxin* a. a. O. (Anm. 82), S. 431 f. なお、このような「条件の条件」という思考方法に類似した理解を示すと思われるものとして、

Freund a. a. O. (Anm. 76), § 13 Rn. 224 がある。*Freund* は、工場リーター事件を例に挙げ、工場リーターであった被告人が適切な調査・報告を行っていただければ、若社長であった共同被告人はどのような態度をとっていたであろうかということ、単なる仮定的な事柄であって重要ではないとした上で、結果帰属を認めるためには、被告人の誤った報告に基づいて共同被告人が実際に決定を行ったということで足りるとする。

(139) もちろん、154 自身も、前述したとおり、回避可能性要件の必要性それ自体は否定しないものの、義務履行前提型アプローチを採用している) から、過失の競合事案において同要件の充足が否定されることはほとんどないであろう。

(140) *Ast* a. a. O. (Anm. 78), 652 f.

(141) たとえば、本稿 13 (一) に取り上げた判例、裁判例のほか、最決平成四年十二月十七日刑集四六卷九号六八三頁(夜間潜水訓練事件)、最決平成一六年一月十九日刑集五八卷七号六四五頁(高速道路路停車事件)、最決平成二三年一〇月二六日刑集六四卷七号一〇一九頁(日航機ニアミス事件)なども参照。

(142) 過失の競合事案における結果回避可能性判断と共同正犯との関係については、前掲注(34)を参照。

(143) たしかに、委員会決議事例や監督過失事例については、共同正犯あるいは間接正犯と類似した問題状況がみられるものの、そこでは、行為者の注意義務違反から結果が生じたことを説明するために、他者の行為帰属の可否という観点が考慮される必要はないであろう。というのも、それらの事例において、行為者各人の注意義務の履行によって結果が回避可能であったならば、当該行為者の注意義務違反から結果が生じたと評価することは十分可能なものと考えられるからである。もちろん、過失の競合事案において、行為者各人の過失が正犯として処罰

されるに足りる程度のものであるか否かという視点は重要であろうが、このことを判断するために、共同正犯や間接正犯による他者の行為の帰属という視点が不可欠であるとは考えがたいように思われる。なお、この点は、過失犯における正犯性の問題にかかわるものであることから、ここでは問題意識の提示にとどめ、詳細な検討は別稿に譲りたい。

- (144) なお、周知のとおり、制限的正犯概念が妥当することに争いのない故意犯においてさえ、他者の行為が介在する場合に、そのことからただちに共同正犯や間接正犯といった特別な帰属根拠が必要とされるわけではない（たとえば、典型的な事案として、最決平成一五年七月一六日刑集五七巻七号九五〇頁（高速道路侵入事件）や最決平成一八年三月二七日刑集六〇巻三号三八二頁（トランク監禁致死事件）など参照）。そうだとすれば、過失犯においても制限的正犯概念が妥当することを背景に、過失の競合事案の場合にこれらの特別な帰属根拠が必要であるとするのは、過度な要求であるといえよう。

- (145) 危険増加論に対する批判や、それに対する危険増加論からの反論を取り扱う文献は、日独両国において、枚挙に暇がない。ここではさしあたり、近時これらの点について詳細な紹介・分析を行っている古川・前掲注(5)二六六頁以下を挙げるにとどめる。

- (146) 同様の指摘をなすものとして、たとえば、古川・前掲注(5)三三二頁、三四四頁以下がある。

- (147) *Sernberg-Lieben/Schuster*, a. O. (Anm. 65), § 15 Rn. 176. また *Kahrs*, a. O. (Anm. 79), 17 f. も、行為者の合義務的態度に加えて、他者の合義務的態度を仮定しなければ、結果が回避されたであろうとはいえない場合には、行為者が他者の義務違反的態度を理由に免責を主張することはできないとしており、同趣旨の理解を示しているものと思われる。

- (148) *Dutige*, a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 166 ff. なお、小林・前掲注(5)三八頁以下や、古川・前掲注(5)三四五頁以下などにも、同趣旨の理解がみられる。

- (149) BGHSI 37, 106. Vgl. auch *Magnus*, a. O. (Anm. 65), 403.

- (150) Vgl. etwa *Puppe*, a. O. (Anm. 84), 357; auch BGHSI 48, 77.

- (151) *Dutige*, a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 166 ff. は、この点を強調しているように思われる。

- (152) 小林・前掲注(5)三九頁以下、古川・前掲注(5)三四五頁参照。

- (153) 古川・前掲注(5)三四五頁の事例⑦を参照。

- (154) BGH NJW 2010, 1087.

- (155) 本件において、LGは、証拠上、市の責任者らには必要な対策を講じていたであろうと認定することはできないとしたのに対し、BGHが、このようなLGの証拠評価を疑問視したのは前述のとおりである。

- (156) なお、*Dutige*, a. O. (Anm. 60), § 15 Rn. 166 は、アイススケート場事件においても、市の責任者らによる義務違反的態度を理由とした免責の主張は認められないとして、結果回避可能性要件にあたる義務違反連関の存在が否定されないとする。

- (157) 小林・前掲注(5)四八頁。
- (158) *Greco, a. O.* (Ann. 73), 691.
- (159) 同趣旨の理解は、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石塚・前掲注(6)四四頁、林(陽)・前掲注(51)二五三頁以下や、膿瘍事件や血液バンク事件のような、情報提供をするなどして他者を結果回避のために介入させるべき注意義務に行為者が違反した事例を念頭において、他者の義務違反的態度による免責の主張は許されないと捉える *Puppe, a. O.* (Ann. 100), § 2 Rn. 27; *ders., a. O.* (Ann. 69), Vor §§ 13 ff Rn. 133 など) にも垣間見える。
- (160) このような事例にあたるものとして、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)など。この点については、古川・前掲注(5)三四六頁にも同趣旨の指摘がみられる。
- (161) それゆえ、過失の競合事案の場合には、行為者の注意義務そのものに関する結果回避可能性の存否を問うのではなく、他者の注意義務をも含んだ注意義務の総体に関する結果回避可能性を考慮すべきであるとする主張(たとえば、小林・前掲注(5)四八頁、*Asf, a. O.* (Ann. 78), 648f.) には、疑問が残る。
- (162) 同様の疑問を示すものとして、林(幹)・前掲注(6)七四頁。
- (163) 本稿四一(1)で紹介したBGH判例を参照。
- (164) 同趣旨の指摘をなすものとして、たとえば、島田・前掲注(4)一一一頁など。
- (165) *Vgl. dazu Greco, a. O.* (Ann. 73), 691. なお、*Greco* によれば、このような経験則が否定され、他者による注意義務の履行を仮定することが許されない場面を想定するにあたっては、信頼の原則の例外にあたるケースが参考になるといえる。その意味するところは、他者の適切な行動を信頼することが相当でない特別の事情がある場合には、結果回避可能性判断にあたって、他者による注意義務の履行を仮定することは許されないことであろう。
- (166) 同趣旨の指摘をなすものとして、たとえば、石塚・前掲注(6)四四頁など。
- (167) この問題について詳細に検討を加えている近時の論考として、たとえば、古川・前掲注(5)、樋口亮介「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定」高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』(成文堂、二〇一四年)一九五頁以下など。
- (168) この問題についてはすでに、不作為型の過失競合事案を念頭に注意義務の内容確定基準の定立を試みた拙稿「過失不作為の競合事案における個人の注意義務の論定」中央大学大学院研究年報法学研究科篇四五号(二〇一六年)二七一頁、行政法規などの刑法外の義務を標準として注意義務を判断する可能性を模索した同「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)三三三頁にて検討を行ってきたが、いずれも断片的なものにとどまるものであったことから、今後は、過失の

競合事案一般に妥当しうる注意義務の内容確定基準を理論化することが必要となろう。それにより、本稿で明らかにした過去の競合事案における結果回避可能性判断の前提となる「行為者の注意義務の履行の仮定」という問題についても、一定の解決を示すことが可能となる。

(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)