

〔論 說〕

## 刑法総論覚書(4)の I

— 過失犯の体系と特に自動車運転上の過失 —

伊 藤 司

刑法総論覚書(4)の I

- 一 はじめに
- 二 過失犯の体系と特に自動車運転上の過失
  - (1) 「故意犯と過失犯の対比等」
  - (2) 「過失犯成立の要件」
  - (3) 「自動車運転上の過失事例」
    - (ア) ～ (エ) (以上、本号)
    - (オ) ～ (キ) (以下、次号)
  - (4) 「私見の展開」
- 三 おわりに

## 一 はじめに

「刑法覚書」シリーズ六回目的今回は、「刑法総論」のテーマの四回目について執筆することにした。

本稿においては、「過失犯の体系」の検討を前提に、「特に自動車運転上の過失」について考察を加えることにしたいと思う。

(1) 六回目とは成蹊大学に着任後の回数であるが、一回目は「成蹊法学」68・69合併号(平成二〇年)四三―九頁、二回目は同72号(平成二二年)一一―二四頁、三回目は同76号(平成二四年)七七―八八頁、四回目は同84号(平成二八年)八一―一〇九頁、五回目は同88号(平成三〇年)六九―九五頁である。なお、今回は総論覚書(4)の前半部分のみの掲載となる。

(2) もっとも、「自動車運転上の過失」については今日「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」(平成二五・一一・二七)以下、「新法」と略称)中に包含されたものとして「特別刑法」の扱いとなつているところ、そこにおける五条の「過失」、従つて、刑法二二一条前段そして二二一条二項時代の「業務上必要な注意」及び「自動車の運転上必要な注意」について考察を加えることにしたいが、そのためには「刑法総論」上の「過失犯の体系」についても検討を加えることが必要とならう。新法の五条は「業務上必要な注意」の範疇には収まり切れなくなつて、「自動車の運転上必要な注意」という形で特化されたものが、「危険運転致死傷」などとともに新法という形でやむを得ざる発展を遂げたものと言えようところ(発展の経過及び新法五条につき、井上宏ほか「刑法の一部を改正する法律の解説」法曹時報五四卷四号(平成一四年)三三三頁以下、伊藤栄二ほか「刑法の一部を改正する法律」について」同五九卷八号(平成一九年)二七頁以下、塩見淳「特集 事故と刑事法Ⅳ自動車事故に関する立法の動き」法学教室三九五号(平成二五年)二八頁、川本哲郎「交通犯罪対策の研究」(平成二七年)九、一四以下、九八以下、一三六、二五四頁、松原芳博「刑法総論」(第2版)「平成二九年)二七六頁、発展との関連において、谷田川知恵「いわゆる悪質業過に対する厳罰化要求をめぐって」法学政治学論究五〇号(平成一三年)三八一頁以下、古川伸彦「業務上過失・自動車運転過失の加重根拠」山口厚ほか編著『西田典之先生献呈論文集』(平成二九年)一一五頁以下、星周一郎「17無免許運転罪と「無免許運転による加重」の意義―悪質道路交通事故犯への法的対応のあり方に関する一考察―」高橋

則夫ほか編著『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』(同年)三三一頁以下、をそれぞれ参照)、本稿との関連では「業務上必要な注意」の基本原則を踏まえつつ、「自動車の運転上必要な注意」の特殊性も押さえておかなければならないものと言えよう(なお、両注意を連続的に捉えた判例として、東京高判平成二五年六月一日判時二二一四号二七頁がある)。

## 二 過失犯の体系と特に自動車運転上の過失

(1) 「故意犯と過失犯の対比等」 故意犯における「故意」を結果の認識・認容と捉えた場合、過失犯における「過失」は結果を認識ないし予見したが認容が欠けた場合(Ⅱ認識のある過失)と、結果の認識ないし予見はなかったがその可能性はあった場合(Ⅲ認識のない過失)に分けるのが一般的と言えよう<sup>3)</sup>。

故意犯の場合、犯罪結果を認識・認容して故意行為に出て「結果」を発生させれば故意犯の「成立」が認められるとすれば、過失犯の場合も、犯罪結果を認識ないし予見したが認容のない意識状態であるいは認識ないし予見はなかったがその可能性のある意識状態で過失行為に出て「結果」を発生させれば、過失犯の「成立」が認められるはずであろう。「認識のない過失」についても過失犯の成立を認める場合、いわゆる「予見可能性」が過失犯の本質部分を荷っていることにもなる。この場合、結果発生の子見可能な意識状態で過失行為に出て「結果」を発生させれば、過失犯が「成立」するのが原則ということになる<sup>5)</sup>。

故意犯における「故意行為」が構成要件に該当した場合違法性も推定されるとすると、過失犯における「過失行為」が構成要件に該当した場合も違法性が推定されることになる(Ⅱ「過失犯構成要件該当性」の「違法性推定機能」<sup>6)</sup>)。そうだとすれば、「故意犯」との対比による大枠的な論理構造としては、「過失行為」がその「構成要件」に該当すれ

ば通常「過失犯」は成立することになる。しかし、「過失犯」は「無過失」ないし「不可抗力」と境を接するものでもあるので、「故意犯」の場合以上に、その「構成要件該当性」がより重い意味を有することになる。<sup>7)</sup>

(3) このように「故意犯」と「過失犯」を理論的に連続的に理解することは、「予見可能性としての過失は、「故意」という心理状態に到達する可能性」、「故意の可能性」と称すること」にもなる(山口厚『刑法第3版』(平成二十七年)一二五頁参照)。また、この場合の「結果」というのは「死傷」といった「構成要件の結果」を意味するものではあるが、それらの「結果」は「行為の客体」を通じて発生するものであるから、この限り両者は同一的に捉えられなければならない場合もある(この点、後掲(3)(エ)最二小決平成一年三月一四日集四三卷三三二頁の二審二七八頁以下に対する弁護人の上告趣意二六八頁以下参照)。このほか、後掲注(10) 札幌高判、(18) なお書きも参照。また、「死傷」というのは「人の生命・身体」という保護法益を示唆するものでもあるので、「保護の客体」とも関連することになる。

なお、井田良『講義刑法学・総論』第2版』(平成三〇年)二二三頁以下が、いわゆる旧過失論と新過失論などの理論的違いを理念的にわかりやすく説明してくれている。もっとも、井田教授の私見については、井田良『第8章 過失犯』同『刑法総論の理論構造』(平成一七年)一一〇頁以下参照。

(4) これに対し、甲斐克則「7 再論・認識なき過失」と「認識なき過失」の区別(高橋ほか編著・前掲注(2) 長井古稀「三二頁は、「認識なき過失」は政策的処罰であるとの批判をされるが(甲斐・後掲注(30) 責任原理も参照)、「結果責任主義」にならない程度に「結果」を重視するのは致し方ないところと言えよう。なお、「認識のある過失」については、後掲注(7)のほか、次号総論覚書(4)のII注(55) 参照。

(5) この点は大審院判決時代に明確にされたところである。学説上は、趙欣伯『刑法過失論』(大正一五年)一四七頁が、「過失とは、予見し得べく、且つ予見すべかりし犯罪事実を、予見せざりし不注意の意思状態を云う。不注意に因り、犯罪事実を知らずして、法益を害する行為は、即ち過失行為なり』(現代用語化)と述べられていた。判例上は、刑法一一六条の失火罪の事例についてはあるが、大判昭和四年九月三日大審院裁判例(三三) 刑事判例二七頁は、「凡そ過失犯は、不注意の結果罪と為るべき事実を予見せざりしことを以て其の本質とす。随て、過失犯の骨子と成すものは、罪となるべき事実を予見し得べかりしに拘らず之を予見せざりしことに在り。而して、此の罪と為るべき事実の予見の能否は、行為當時に於て一般通常人が認識

し得べかりし事情及行為者が特に認識し居たりし事情を基礎とし、其の基礎の上に於て一般通常人の注意を払いて克く罪と為るべき事実を認識し得べかりしや否によりて定まるべきものと謂わざるべからず。」(二七頁三段。現代用語化、加點・加丸)と判示した。具体的には、「被告人の湯沸釜据付当時釜が壁に接近し居る為、空罐円筒が灼熱して壁が乾燥すれば多少危険なることを意識し居たる旨の供述に徴すれば、被告人に於ては当然本件発火を予見し得べかりしものと謂うべく」(二八頁四段。現代用語化、加點)とあり、行為者としては湯沸釜据付の際、釜が壁に接近していることを認識していたという事情を前提に (Noch vgl. Hans Weizel, Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung, II. Aufl., (1969) S.132 a.) 松宮孝明「刑事過失論の研究」(平成一年初版、平成一六年補正版) 二二八頁、福田平<sup>金訂刑法総論(第五版)</sup>(平成二三年) 二二八頁、井田・前掲注(3)講義二三五頁)、構成要件上は「行為者」の「過失行為」は一般通常人が行為者の地位にあったとした場合、ないし行為者の立場において一般通常人の払うべき注意を用いれば、発火を予見し得るものであったし、責任上は行為者自身の目から見ても発火を予見し得たとの認定にならう(戦後における同じ判断枠組みの判例として、最三小判昭和二五年六月二四日裁判集六五号三二一頁があるが、後掲(2)最一小決昭和四二年五月二五日集二卷四号五八四頁の一審六八二、六八七頁、二審六九〇、六九二、六九五以下、六九八以下、七〇三頁以下も参照)。しかして、前掲大判昭和四年は戦後における最一小決昭和四四年一月一九日集三三卷七号七八頁と類似の事案とも言えようが、このような判断枠組み自体はいわゆる福知山線脱線事故の一審・二審においても明示的に採用されている(神戸地判平成二五年九月二七日集七一巻五号四二六頁、大阪高判平成二七年三月二七日同四三三頁以下参照。なお、次号総論覚書(4)のII注(48))。

このほか、大判大正三年四月二四日録二〇輯六一九頁は、「過失犯は行為の結果に付き認識し得べく而かも認識することを要するに拘わらず、其義務に違背し注意を欠きたるが為めに之を認識せず其結果を発生せしめたるに因り成立するを以て、過失犯を論ぜんとするには先づ注意義務の違背ありたるや否を断定せざるべからず。而して、注意義務に違背したるや否やは法律若くは慣習の要求する注意義務を完全に履行し而かも尚お結果の発生を認識すること能わずして之を発生せしめたる場合に於ては、過失犯の成立せざること論を俟たず。」(六二五頁。現代用語化、加點・加丸)と判示しており、ここでは、認識可能性↓認識必要性(認識義務)↓注意欠如による不認識↓(回避可能な)結果発生↓過失犯の成立という論理構造になっているものと言えよう。従って、小児(当一年八月)の動作に綿密な「注意」をせず、漫然と電車を進行させて小児を致傷したことが「過失犯」とされたものと言えよう(六二七頁)。

大判大正一五年二月四日集五卷一七頁においても、「自動車の運転手が自動車を操縦するに当りては常に進路の前方を警戒し危害を未然に予防するに付多大の注意を為すべきは業務上当然の義務なれば、自動車が行進する際進路を横断する者ありて漸

次に接近したるときは、単に警笛を鳴らし速度を減ずるを以て足れりとせず、通行人の態度姿勢其の他の情況に注意し、何時にても停車するを得べき措置に出で、急遽危害を避くるの方法を講じ、危険を未然に防止するを得べき余地を存せざるべからず。」(二三四頁。現代用語化、加点・加丸)とあり、木村博士も、「予見義務は注意義務の本質であり根幹であるが、注意義務そのものは内容的にはさらに広範囲の義務を包含している。」として、「疾走中は前方に人がいるか否かを確め」とともに、「前方に人を認めた場合には警笛を鳴らすとか、速度をゆるめるとか、場合によっては停止するとかのように、予見義務から当然生ずる具体的ないろいろの結果回避のための作為・不作為義務も亦注意義務の内容である。」と説明されていた(木村亀二「過失犯の構造」平場安治編集代表「現代刑法学の課題」下 龍川先生還暦記念(昭和三〇年)五九二頁。常用漢字化)。従って、「予見可能性」は「結果」などとの関係のほか、「予見義務」、「回避可能性・回避義務」をも認識対象としているものと言えるのではあるまいか。

- (6) この点、福田平「第三章責任説の理論構成 第一節違法要素としての故意・過失―人的違法観の考察―」同『違法性の錯誤』(昭和三五年)一七六頁、同「目的的行為論と過失犯」同「目的的行為論と犯罪理論」(昭和三九年初版、平成一年復刻版)一一〇頁、同「過失犯の構造について」同「刑法解釈学の基本問題」(昭和五〇年)五一頁、同「過失犯の構造とその問題点―目的的行為論との関連をふまえて―」同「刑法解釈学の諸問題」(平成一九年)七〇頁、木村亀二「犯罪論の新構造(上)」(昭和四一年)二二一頁、大塚仁「二一 過失犯の構造」同「刑法論集(1)―犯罪論と解釈学―」(昭和五一年一刷、昭和五四年五刷)二七頁、同「第3講 構成要件の概念とその解釈論的機能」同「犯罪論の基本問題」(昭和五七年)六九、二八五頁参照。Auch vgl. Weizelao, (Anm.5), Strafrecht S137 - II, Rechtswidrigkeit.

(7) 本稿は、構成要件の故意・過失及び責任故意・過失を認める見解に立脚しているが(これに対し、松原・前掲注(2)総論二七九頁は、「構成要件の過失」としての「一般人の予見可能性」というのは、「構成要件の故意」との対置上からして、「実体法上の要件としては意味をもちえない。」とされており、確かに、「構成要件の過失」についても「行為者」について捉えらるべきものであるが、「人を死傷に致す危険性のある行動に向けられた不注意な意思」(内田文昭「改訂刑法I」(総論)(補正版)(平成九年)八三、一一二頁)という形で、構成要件の個別化・限定化に資する趣旨で構成要件上一般的に捉えられるものということであり、「過失犯」の場合は特に基準的行為からの逸脱を問題とすべき場合も多いこともあり、「一般人」が基準として持ち出されているものと言えよう。「構成要件の故意」についても刑法上「行為者の意思」が常にそのまま「故意」として認定されるにも限るまいし、また「構成要件」の性質上さしあたり一般性・抽象性は避けられないのではあるまいか。この点、大塚仁「第10講 過失の構造」同・前掲注(6) 犯罪論二八四頁参照)、故意との理論的連続で過失を捉えた場合、予見可能性・

予見義務及び結果回避可能性・回避義務は構成要件段階でまずは捉えられることになり、責任の段階でも特に主観的予見可能性が問題とされることになる。前者の「構成要件的過失」の内実は「規範的構成要件要素」ないし「意味的要素」と解されようところ(福田・前掲注(6))。違法性の錯誤一七六頁、木村・前掲注(6)犯罪論二〇七頁、大塚・前掲注(6)犯罪論六七頁、莊子邦雄『刑法総論』(昭和四四年一刷、昭和五二年一九刷)二六九、二八一以下、四三三頁以下、同『刑法総論(新版)』(昭和五六年)一六七頁、同『刑法総論(第三版)』(平成八年)一七七頁、内田・前掲改訂一二九頁、同『刑法概要上巻』(平成七年)二九三頁参照。なお、莊子邦雄『犯罪論の基本思想』(昭和四四年)四三三頁は、「規範的」構成要件要素に関する判断をくわえるばあいでも、「類型」的判断の限度にとどめるべき」旨強調されるが、「業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた」ないし「自動車の運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた」との判断も、「類型」的判断の枠内に留まり得るものと言えよう、「過失行為」に対する「過失結果」の発生を前提に、これらの要素が充足されることにより、「開かれた(offene)」ないし「補充を要する(ergänzungsbedürftige)」構成要件(vgl. Hans Welzel, FAHRLÄSSIGKEIT UND VERKEHRSDELIKTE: Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, derselbe, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, (1975) S. 324. 福田・前掲注(6))。基本問題四九頁、藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年一刷、昭和五二年五刷)一三九頁、平場安治「過失犯の構造」西山富夫ほか編集代表『刑事法学の諸相上』井上正治博士還暦祝賀』(昭和五六年)三七四頁以下、大塚・前掲注(6)犯罪論六七頁、船山泰範「4 脱線転覆事故と安全対策責任者の過失」板倉宏監修、沼野輝彦ほか編『現代の判例と刑法理論の展開』(平成二六年)四五頁、井田・前掲注(3)講義二二七頁。これに対し、松宮孝明「第10章 薬害エイズ事件と過失論」帝京大ルート第一審判決を素材に「同「過失犯論の現代的課題」(平成一六年)一八五頁は、「過失犯」はこの構成要件の範疇に入れることを疑問視される。故意殺人をする際にその「手段」が適当か誤認することは少ないであろうが、過失犯が成立し得るかはより難しい面はある点で、違いはあるが、その該当性が認められることとなる(なお、この点佐伯仁志「第3章 故意・錯誤論」山口厚ほか『理論刑法学の最新線』(平成一三年一刷、平成一九年四刷)九八頁参照)。故意と過失の同質的理解に対しては、故意と過失は責任の範囲においてのみ区別されるのではなかつた(vgl. 5. Strafsenat, Urt. vom 22. September 1953, BGH, 4Bd. S. 341)。「過失」の「注意義務違反」を強調すると、「過失」は「故意とは別物」との理解にもなり得る(vgl. HANS - HEINRICH JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 4. Aufl., (1988) S. 508 12.; auch vgl. Rolf Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., (2008) S. 317 ff., Thomas Kröger, Der Aufbau der Fahrlässigkeitstrafrecht: Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normenlehre, Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge, Band 271 (2016) S. 467 ff.)。日本刑法定典三八条一項の規定の仕方や過失犯の規定形式などからしても、「故意犯」と「過失犯」が全く同一

とは言い切れまい（この点、平野龍一「故意について（二）」法学協会雑誌六七巻四号（昭和二十四年）七五頁参照）が、刑法二  
 一条などの条文適用がかなり活発化している日本の現状からすると、「犯罪行為」という側面においては同一指向的に捉え得  
 るものと言えよう。「故意行為」「過失行為」についても違法性の有無・強弱を根拠付ける面があるとしても、「犯罪」の「成立  
 の側面の基本」としては「法益の侵害・危殆化」との関係で捉えられなければならない（この点、木村静子「犯罪論集 犯罪構成  
 と故意・過失」（平成二八年）一一三、一二二以下、一二九以下、一九五以下、二四七頁以下、高橋則夫「第6章 過失犯の行  
 為規範」同「規範論と刑法解釈論」（平成一九年）七九以下、八九頁参照、特に「過失行為」においては構成要件段階におけ  
 るその確認・該当性が重要な機能を有することから（なお、この点、平野龍一「過失についての二、三の問題」西山富夫ほか  
 編集代表「刑事法学の諸相（下）井上正治博士還暦祝賀」（昭和五八年）二九九頁以下参照）、その確認・該当性が認定されさえす  
 れば、違法性阻却事由の検討についてはともかく（vgl. Wolfgang Mitsch, *Fahrlässigkeit und Straftatssystem*, Juristische  
 Schulung 2006, Heft 2, S.110 - III, *Rechtswidrigkeit*）、「過失行為」の違法論での役割は「量刑論」に反映されるに留まることに  
 なるう。「認識のある過失」においてはむしろ「期待可能性」が機能する余地が大きいとも言えよう（団藤重光「刑法綱要総論  
 第三版」（平成二年）三四七頁、藤木英雄「過失犯の理論」（昭和四四年一刷、昭和五五年八刷）九三頁以下参照）が、このほか、  
 行為者の性格・人格面などの一身上の事柄なども基本的には責任論で捉えられることにならう（なお、この点、拙稿「刑法総  
 論覚書（3）―「刑罰」についての考察―」成蹊法学88号（平成三〇年）八四頁以下参照）。

なお、「不可抗力」と認められた判例として、福岡高判昭和三〇年一月七日高集八巻一〇号一一九五頁がある。

(2) 「過失犯成立の要件」 いわゆる弥彦神社事件（最一小決昭和四二年五月二五日集二二巻四号五八四頁。以下、  
 ①昭四二年決定と略称）においては、「結果の発生を予見することの可能性とその義務および右結果の発生を未然に  
 防止することの可能性とその義務の諸点から順次考察してみる」（五八六頁）ということが明示的に判示されており、  
 「過失の罪責」の有無についての判断枠組みが示されたことが特徴的である。この四要件を充足すれば「過失犯」の  
 成立を認めても差支えないとの判示であろうが、これらの要件が犯罪体系論上どのように位置付けられるのかは必ず  
 しも明らかではない。



(1)で検討したように、「認識のない過失」は結果発生の予見可能性が決め手となるとすると、他の三要件はこの予見可能性とどのような関係にあるのであろうか。予見が可能であったから予見する義務もあつたし、予見可能性・予見義務があつた以上、結果の防止(回避)が可能であれば結果防止(回避)義務も果たすべきであつたと捉えるのが順当な捉え方とも言えようが、過失結果の発生を前提とした場合、確かにそのような法益侵害結果は本来回避してほしかった訳であるから、「予見可能性」が過失犯の本質をなすと言つてみても、現実の事態との関係ではこれだけでは足りないとも考えられよう。しかし、「予見可能性」があつて「過失行為」に出て「結果」を発生させれば通常「過失犯」は成立するような形になるとすると、他の三要件は「予見可能性」判断に収斂させる形で理解されなければならぬことにもなる<sup>(8)</sup>。「こうすれば良かった」ないし「こうすべきであつた」というのは、公訴事実ないし判決文中の「注意義務」としての表示としてもかく、やはり「犯罪」なかんなく「過失犯」の「過失」の本質を示しているものではあるまい。

①昭四二年決定については、「本件大惨事を予見することを、群衆災害について類似の先例に乏しい当時、被告人らに期待できたか否かが問題である。」と、「本件最高裁決定は、…過度に一般化された二審の予見可能性判断を、あつさり、肯定した。そこには、予見可能性の内容に関する最高裁の無頓着な態度が見られるように思われる。」との論評が見られる<sup>(9)</sup>。現実には「予見」しなかつたから結果的に不適切な場所で、多数の人を密集させることになる餅を撒くに至つた訳であるが、事前的に群衆災害についての予備知識が乏しい場合であつても、事後の経過・結果をも含めて検討を加えることにより、「そう言われてみればそうだな」「ああそうだな」と思う程度であれば、「予見は不可能ではない」という前提になるのではあるまいか<sup>(10)</sup>。「具体的」に予見可能であつた場合はもとより、「具体的」には

予見可能でなかった場合であっても、「不可能」でなければ「過失の罪責」を検討する余地はあるのではあるまいか。現実に生じた「結果」に鑑み、可能な限り注意深く対応したつもりでもそのような「結果」が発生したということは、通常やはり何らかの「落度」があったと考えるのが順当であろうからである。①昭四二年決定においては、「雑踏の整理、参拝者の誘導等について適切な具体的手段を講ずることを怠」ったまま「漫然餅まきの催しを行な」ったこと（五八七頁）が、「過失行為」とされているのである。通常の参拝であれば「自己責任」とも言えようが、臨時列車や貸切バス・臨時バスが手配されているなど（弁護士の上告趣意五九六頁以下、一審六四五、六五一以下、六五九頁以下、二審六九〇以下、七〇二頁参照）、かなり「動員」が掛けられている様子が窺え、その際「餅まき」をすることで一層混乱に拍車を掛けたことは否めないであろうから、神社側としてはこのような「イベント」を開催することの「重み」を自覚しなければならなかったということになる。単に便宜を図ったでは済まない訳である。

故意犯と過失犯の違いとしては、過失犯は本来的に犯罪に向けられた行為が問題となっている訳ではないので、その犯罪性は自明ではないこともあり、故意犯の場合よりも慎重な検討を要するとも言えようし、そのような配慮が四要件に表れているものとも言えよう。

- (8) 木村・前掲注(5) 瀧川還暦のほか、平野龍一「九 過失についての覚書」同『犯罪論の諸問題(上)総論 刑事法研究第2巻』(昭和五六年) 八五以下、九七頁以下参照。後者において論じられているように、時速三〇キロで走行するべきところ五〇キロで走行したため事故を起こしたという場合、結果を回避するためには三〇キロに減速すべきであったと表現することによって五〇キロで走ったということとは危険な行為であったことを表現できるといふことは、そのような結果及び結果回避措置を含めて「予見可能」であったということを示しているのではあるまいか(なお、大塚裕史「過失犯における実行行為の構造」西原

春夫ほか編集代表『刑事法学の新動向上巻 下村康正先生古稀祝賀』（平成七年）一六五、一六八頁は、「結果回避措置は実行行為の危険性を把握する手掛かりとしての重要な機能を有して」おり、「結果回避可能性」という概念は、過失犯の実行行為性を基礎づけると共に、その限界を認定する機能的概念である」と説明されており、確かに、現実の事案はこのような相関関係的な概念交渉の下で捉えられるとも言えよう。このような検討を経ることによって「過失行為」を前提とした、いわゆる「注意義務」が確定することになるのである（これに対し、回避義務説からの理解として、西原春夫「過失犯の構造」中山研一ほか編著『現代刑法講座 第三巻 過失から罪数まで』（昭和五四年）一五頁以下、阪口裕英「過失と因果関係の証明」西山ほか編集代表・前掲注（7）井上還暦（下）二二二頁以下参照。もともと、客観的に結果回避不可能であったとなれば、行為者の主観面を問題とするまでもなく客観的に「不可抗力」ということにもなるが、客観的結果回避可能性についての「予見可能性」が欠けていたと構成することもできよう（なお、信頼の原則と予見可能性の関係についての各説につき、山中敬一「信頼の原則」中山ほか編著・前掲現代刑法講座七七頁以下参照）。

（9）松宮・前掲注（5）刑事過失論二六三頁参照。同旨、大塚裕史「因果経過」の予見可能性」板倉宏博士古稀祝賀論文編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』（平成一六年）一六三頁。

（10）この点、前掲注（5）の本決定一・二審の参照部分を参照されたいが、最高裁も、「原判決認定にかかる時間的かつ地理的状況のもとで餅まき等の催しを計画実施する者として、参拝のための多数の群集の参集と、これを放置した場合の災害の発生とを予測することは、一般の常識として可能なことであり、またこれらのことを予測すべきであったと」判断している（五八六頁）所以である。

このほか、札幌高判昭和五一年三月一八日高集二九卷一七七八頁も、「過失犯において結果発生の予見が可能であるとは、特定の構成要件の結果及び結果発生に至る因果関係の基本的部分の予見が可能であることを意味」する旨判示している（七九頁）判決要旨一」。九〇、九二、九九、一〇〇以下、一〇三、一一三、一一四頁も参照」ところであるが、「看護師」であってもこの事案における「致傷」のメカニズムは事前的にはその予見はかなり困難なようにも思われ（なお、飯田英男「判批」根孝一ほか編著「別冊ジュリスト一四〇号医療過誤判例百選」第二版）（平成八年）五〇頁四段、松宮・前掲注（5）刑事過失論二六〇頁参照）、事後の経過・結果をも含めて検討を加えざるを得ないのであるまいか。これに対し、大塚・前掲注（9）板倉古稀一七九頁は、「抽象的」予見可能性説対「具体的」予見可能性説という新たな対抗軸のもとで予見可能性要件を検討する方が適切」との見解を披瀝されており、理論分析としてはその通りかもしれないが、必ずしも罪にしなければならぬという訳でもあるまいが、過失責任を問うべき場合を逃すことにはほしきまいか。「過失行為」があり、それに基づく「過失結果」

があつた場合、「行為者の主観面」を過度に重視するのは問題ではあるまいか。「法則的知識」(大塚裕史「予見可能性論の動向と予見可能性の判断構造」井田良ほか編「川端博先生古稀記念論文集「上巻」」(平成二六年)三二九頁)の厳密な機序は、事後の検証によつて明らかにされることも多いからである。

(3)「自動車運転上の過失事例」(ア)最一小判平成一五年一月二四日裁判集二八三号二四一頁/判時一八〇六号一五七頁(以下、②平一五年判決と略称)は、平成一一年八月二八日午前零時三〇分ころ、交通整理の行われていない交差点において、道路交通法四二条一号所定の徐行義務を怠り、黄色灯火の点滅下の道路を走行して、折から、左方道路より進行してきた〇運転の普通乗用自動車の前部に自車左後側部を衝突させて自車を同交差点前方右角にあるブロック塀に衝突させた上、自車後部座席に同乗のM(当時四四歳)を車外に放出させ、さらに自車助手席に同乗のU(当時三九歳)に対し、加療約六〇日間を要する頭蓋骨折、脳挫傷等の傷害を負わせ、Mをして、同日午前一時二四分ころ、県立日病院において、前記放出に基づく両側血気胸、脳挫傷により死亡するに至らせたタクシー運転手に関し、業務上過失致死傷罪の成立を認めて罰金四〇万円に処した一審判決及びこれを維持した原判決につき、事実を誤認して法令の解釈適用を誤つたものとして、破棄・自判の上、無罪を言い渡した(裁判集二四一―三、二四五頁、判時一六〇頁一・二・三段、一六一頁二段)。

(イ)これに対し、先例たる最一小決昭和四四年五月二二日集二三卷六号九一八頁(以下、③昭四四年決定と略称)を見ると、②平一五年判決の一・二審の判断もわからなくもない。③昭四四年決定においても、黄色点滅信号と赤色点滅信号灯火の状態下での衝突事故が問題となっており、被告人Iは、昭和四二年四月二五日午前六時四〇分頃、赤色の点滅信号で一旦停止するに止まり左斜前方約五〇米において南進する被告人Y運転の普通貨物自動車を認めた

が、同車より先に横断できるものと軽信し、時速約一〇籽で右南進車の進路に出た業務上の過失に基づき、右Y運転の自動車の前部を自車の後部に激突させて自車を横転させ、因って自車に同乗中のK(当四五年)を路上に転落させ、同人に頭蓋底骨折の傷害を与え、そのため同日午前七時四〇分A県S会病院において、死亡するに至らせた外、五名の者に傷害を与えた普通貨物自動車運転の業務に従事する者であるところ、この被告人Iに関して禁錮一年とし、被告人Yに関しても禁錮一〇月に処した(九二三、九二四、九二五頁)が、この判断が二審そして最高裁において確定している(九一八、九二一、九二五、九三〇頁)。

従って、この事案においては、黄色点滅信号下の道路で、しかも制限速度が最高時速七〇籽、巾員が四〇米の道路を時速五〇籽で走行していたY(一審九二三、九二四頁、二審九二五以下、九二七、九二八頁。Iの進行して来た道路の巾員は七米)についても実刑となっており、これはIとYの過失が「相俟って」致死傷の結果をもたらしたとの判断によるものである(二審九三〇頁)。「被害者」の立場からすれば、両車の運転者の「過失」が「相俟って」、致死傷がもたらされたと言わざるを得ない訳である。Yについても、自動車運転者としては右交差点を東又は西から進行する車両の有無を確認し、東西から右交差点に進入する車両がある場合は減速徐行して東西に進行する車両の動靜に注意し同車両が自己の進路上に進出した場合は同車両の通過を待つて進行し、もって事故を未然に防止しなければならぬ業務上の注意義務があるにも拘らず、これを怠り、右I運転の車両を右斜前方約三四・四米に認めたが、同車が待避してくれるものと軽信し、前記約五〇籽の速度のまま進行した業務上の過失に基づき、折から先に交差点を通過できるものと軽信して進出して来た右I運転の自動車左後部に自車前部を激突させて同車を横転させ、因って、その衝撃により前記Kを路上に転落させ、同人对し前記の傷害を与え、その結果前記日時場所において、その傷害

のため同人を死亡させるに至った外、五名の者に傷害を与えたとするものであり（二審九二四、九二五頁）、Iの待避義務違反がなければ衝突・致死傷はなかったであろうし、Yの減速徐行・衝突防止義務違反がなければ衝突・致死傷はなかったであろうという意味において（二審九二三、九二四頁、二審九二七頁）、いずれも「条件関係」が認められ、「因果関係」は肯定できる事例と言えよう。IもYも見通しがはずれるような「過失」を犯したということになろう。<sup>12)</sup>

これに対し、②平一五年判決においては、被告人たるタクシー運転手が徐行運転をしていたとしても、衝突を回避することができたものと断定することは困難であり、従って、衝突を回避することが可能であったという事実については、合理的な疑いを容れる余地があるとするものである（裁判集二四四頁以下、判時一六一頁一段以下）、そもそも被告人の「業務上の過失行為」ないし「自動車運転上の過失行為」と結果との間の「条件関係」の存在に疑いがある事例ということにもなり、<sup>13)</sup> ③昭四四年決定の事例とは類似ではあるが、事案を異にするということにもなろう。<sup>14)</sup> もっとも、翻って考えると、タクシー運転手が徐行運転していても「衝突」は回避し得なかったとしても、本件事故と全く同様な態様になったとは言いつれず、従って、徐行運転をしていれば異なった態様の結果になったかもしれないという意味において、「徐行していれば本件のような態様の事故はなかったであろうか」という問いに対し、「肯定」されることにもなり、「条件関係」はあったと言えなくもないことになってこよう。<sup>15)</sup> 最高裁は「衝突」という大枠において否定できないことから、「衝突」回避の可能性に疑いがあると判示したに留まり、この意味で、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に立脚したものとと言えるのであり、実務の判断として貴重なものであるが、<sup>16)</sup> 刑法理論上厳密には「条件関係」の判断では解決できない側面を有することになる訳である。すなわち、本件O運転のような暴

走車との「衝突」によれば多かれ少なかれ類似の結果が発生したであろうとの前提から来る「蓋然性」に基づく判断と言えるものではあるが、現実実際の「衝突」事故の態様に着目すると、「徐行していれば本件のような態様の事故は発生することはなかったか」という問いに対し、同じ「衝突」でも「致死傷」結果が同じになったとも限らないという意味において、「条件関係」だけでは説明が付かないことにもなるであろうことである。<sup>19)</sup>「結果回避可能性」の判断に「相当性」の役割を持たせるといった理解もないではなからうが、このような事故もあり得ない訳ではないという意味においてはいわゆる「相当性」を否定することも困難であろう。そうなると、従来の「因果関係」の枠組みにより犯罪の成立を否定することには、刑法理論上疑問の余地があることにならう。

(ウ)前掲(ア)②平一五年判決に先立つ最二小平平成四年七月一日裁判集二六〇号三一頁／判時一四三〇号一四五頁(以下、⑤平四年判決と略称)においても、被告人は、昭和五九年一〇月一〇日午後八時一五分ころ、片側二車線の道路の第二通行帯を時速約四〇キロメートルで進行中、折から被告人車の進路上を無灯火のまま対向進行して来た普通乗用自動車を前方約七・九メートルに迫って初めて発見し、急制動の措置を講じたが及ばず、同車と正面衝突し、その結果、同日午後一〇時ころ対向車の運転者を胸腔内大量出血に基づく呼吸循環不全により死亡させたという事案につき、一審判決は、被告人に前方不注意の過失があったとして被告人を罰金四万円に処し、原判決もこれを維持したが、最高裁が破棄・自判の上、無罪を言い渡した事案となっている(裁判集三二二頁以下、判時一四五頁二段以下、一四六頁)。

最高裁は一・二審の認定に対し、「原判決が判示するように、被告人車の時速は四〇キロメートル、N車の時速は三五キロメートル、視認可能距離は約二四・五メートルないし三〇メートルであったとするならば、視認可能となっ

た時点から衝突するまでは約一・二秒ないし一・四秒しかなく、警告音を吹鳴するなどしてNの注意を喚起する時間的余裕のなかったことも明らかであって、結局、被告人において原判決が視認可能とする地点で直ちにN車を発見し、これを注視していたとしても、同車のその後の進路を予測することは困難であるというほかない。まして、夜間、無灯火で自車の進行車線を逆行して来る車両があるなどということは通常の子測を超える異常事態であって、突如自車の進路上に対向車を発見した運転者の驚がく、ろうばいを考慮すれば、到底、右約一・二秒ないし一・四秒の間に回避が可能であるなどといえないことも、経験則上明らかである。」(裁判集三二三頁、判時一四六頁三段)ないし「もつとも、被告人車及びN車と同車種の車両を使用した原審鑑定人Kの実験結果によれば約五九・九メートルの距離で対向車をはっきり視認できたというのであるが、その場合でも右速度で進行した場合の衝突までの時間は約三・九秒にすぎず、記録によればNは当時血液一ミリリットル当たり一・七三ミリグラムという相当多量のアルコールを身体に保有していたことが認められ、同人に状況に応じた適切な措置を期待し難いことをも考慮すると、右距離でN車を発見してその動向を注視するとともに、警告音を吹鳴するなどNの注意を喚起する措置を併せて講じたとしても、必ずしもN車の進路の予測が可能となったとはいえず、被告人において本件事故を確実に回避することができたとはいえない。」(裁判集三二三頁、判時一四六頁三四段)とするものであり、結局、「被告人において前方注意を怠っていないから、本件事故につき被告人に過失があったとはいえない。」(裁判集三二三―四頁、判時一四六頁四段)と結論付けた。

この⑤平四年判決においても、「客観的回避可能性」を否定したことになろうが、一・二審においては、前方注意



を怠っていなければもっと早く左にハンドルを切ることが出来、そうすれば衝突事故は回避できたと考えたのである。前述のように、被告人は「同（N—伊藤注）車右前部に自車右前部を衝突させ、その結果、同日午後一〇時ころ同人を胸腔内大量出血に基づく呼吸循環不全により死亡させた」とのことであり（裁判集三一二頁、判時一四六頁一段）、もっと早く左の第一通行帯へハンドルを切っていれば衝突を回避し得たと考えたのであろうと思われる。一・二審の認定の方が実際的であるとも言えようが、最高裁はより慎重に結果論に墮するのを抑制しつつ、行為の時点を中心に人間の認識行動を分析的に捉え、「回避可能性」を検討したことになろう。いずれにせよ、被告人は前方注視を怠っていたという道交法上の義務違反があり、これは社会生活上の一般的な意味において「業務上の過失行為」ないし「自動車運転上の過失行為」を根拠付けるものでもあると思われるので、⑤平四年判決においても、特に「規範的構成要件要素」としての「結果回避可能性」を否定することにより「構成要件的過失」を否定したことになろうが、<sup>21</sup>前述のように、「通常予測を超える異常事態」ということから、「客観的予見可能性」も減弱していたとの判断と見えようところ、それも前方を注視していれば自ずとより低くなるものではあろう。すなわち、前方を注視していれば驚愕するにせよ、路上にはいろいろな異変があったりすることも客観的・一般的には予見不可能とも言えないであろうし、従って、具体的にもあり得ることということにもなる。しかし、最終的には「構成要件的過失」が否定されているとすると、「被告人において本件事故を確実に回避することができたとはいえない。」（裁判集三一二頁、判時一四六頁四段。傍点、伊藤）として、「疑わしきは被告人の利益に」の観点から「不可抗力」という評価になるのかもしれないが、私見からはこれも構成要件不該当の判断ということになる。

(エ)「予見可能性」との関係で評判の悪い最一小決平成一年三月一四日集四三卷三二六二頁（以下、⑥平一年決定

と略称)についても、「被告人において、右のような無謀ともいべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識しえたものといべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかったとしても、右兩名に関する業務上過失致死罪の成立を妨げないと解すべきであり、これと同旨の原判断は正当である。」(二六三―四頁)と判示する場合、これは「認識のない過失」における「予見可能性」を肯定した事例ということになろうから、「行為の客体」及び「結果」については「認識のない過失」と捉える以上、現実には認識している必要はないことは当然であろうが、問題はこのような一般的な形で「予見可能性」を肯定してもかまわないかにかかってくることもなろうところ、「業務上の過失」ないし「自動車運転上の過失」の特殊性上、本件のような「無謀運転」をすれば「行為の客体」及び「結果」の現実の予見・不予見にかかわらず、およそ「人」の「致死傷」の可能性はあり得るということを、自動車運転者であれば予見可能とせざるを得ないということであろう。これに対し、曾根博士は、「被告人が自己のほか助手席のSの存在を意識しているということは、その反面において、自車には他に誰も乗車していないという強固な否定的判断を伴っていると解せられる」と述べられており、<sup>(24)</sup> 確かに明確に否定しているような「行為の客体」に対する「予見可能性」を認めることは酷に過ぎるようでもあるが、その後最一小決平成一八年三月二七日集六〇巻三号三八二頁のような事案も現実に生起しているように、この事案の場合、「甚だしい過失行為」によって「普通乗用自動車後部のトランク」に衝突した「第三者」との関係で、たまたま「トランク内に押し込まれていた被害者」に対しても「業務上過失致死罪」の罪責を問うこと(刑集三八八頁参照)は酷に過ぎるであろうか。「脇見運転」<sup>(25)</sup>をして他者の自動車に衝突した以上、通常は全く予想もしていないトランク内の人についても、「致死」の罪責を負うことにならざるを得ないのではあるまいか。原則論的

には、「道路交通」上の事象については「予見可能性」は否定し得ないと考えざるを得ないのではあるまいか。<sup>26)</sup> 荷台の人の存在を主観的には否定していたとしても、「無謀運転」により自己の車両が「衝突」などし得ることは客観的にも主観的にも否定し得ないであろうからである。これに対し、「被告人が通常の運転をしていたにもかかわらず、カーブを曲がった際に後部荷台に無断同乗した被害者が路上に振り落とされたような場合には、予見可能性は否定される<sup>27)</sup>」との見解があるが、このような場合は通常の運転操作に過ぎず、社会生活上の一般的な意味において「危険で不注意な行為」とは言えないことを理由に、端的に「過失行為」性が否定されることになるのではあるまいか。<sup>28)</sup> 勝手に乗り込んだ者にまで刑事責任を負う必要はないようでもあるが、そのような者の生命・身体も刑法上保護されなければならぬのである。<sup>29)</sup> 勝手に乗り込んでいたか監禁されていたかによって、行為者の「無謀運転」との関係では法的評価にさほど違いはないのではあるまいか。⑥平一年決定は「概括的過失」の事例ということにもなる。「無謀運転」による「危険」が及び得る範囲内の「人」が「行為の客体」たり得るであろうからである。<sup>30)</sup>

従って、前掲ア②平一五年判決につき「予見可能性」を否定すべきではなかったかとの論評が散見されるものの、<sup>31)</sup> 見通しが悪く現実には相手方の動向がわからない以上、少なくとも道交法の規律に従って徐行し安全確認をすべきとは言えるであろうし、私見によれば、これが「規範的構成要件要素」としての「予見可能性」を体现しているとの理解になる。<sup>32)</sup>

(11) 「因果関係」における「相まって論」については、拙稿「刑法総論覚書(2)―「共犯」及び「同時犯」と「因果関係」―」成蹊法学 84号(平成二八年) 八一頁以下参照。

(12) この事案の場合、Y進行の道路の幅員の方が明らかに広いので、YはIとの関係で刑法上は原則的には徐行する義務を負わないということにもなる(最三小判昭和四三年七月一六日集二二巻七号八一三頁、東京高判昭和四五年五月六日高集二三巻二七号三七四(三七七以下)頁、最三小判昭和四五年一月二二日裁判集一七八号一〇九頁、最一小判昭和四八年九月二七日裁判集一九〇号三九一頁。現行道路交通法では三六条二・三項参照。もつとも、同法四二条一号については、今日、「道路交通法四二条によれば、車両等が同条一号にいう「左右の見とおしがかきかない交差点」に入ろうとする場合には、当該交差点において交通整理が行なわれているとき及び優先道路を通行しているときを除き、徐行しなければならぬのであって、右車両等の進行している道路がそれと交差する道路に比して幅員が明らかに広いときであっても、徐行義務は免除されない」との判例があり(最二小決昭和六三年四月二八日集四二巻四号七九三(七九五)頁、道路交通法四二条一号自体の解釈としてはその通りなのである)。なお、この点、次号総論覚書(4)のⅡ注(56)参照)が、本件の場合、Y「被告人は右交差点にさしかかった際、右斜前方三四・四米の地点に既に右交差点に進入して北進中の右I運転の車両を認めたとする」事情(最高九二二頁)があったようであり、特殊な事案ということにはなる。

(13) 杉本一敏「第1講過失犯I過失の二つの問い方」『危険の現実化』か「原因において自由な行為」か「高橋則夫ほか『理論刑法学入門刑法理論の味わい方』(平成二六年)五頁は、そのように解されている。

(14) 事案の違いとしては、③昭四四年決定においてはIもYも相手車についての認識はあったのに対し、②平一五年判決においては相互に相手車についての認識はなかったという点でも違いがあるほか、②平一五年判決におけるOは、酒気を帯び、指定最高速度である時速三〇キロメートルを大幅に超える時速約七〇キロメートルで、足元に落とした携帯電話を拾うため前方を注視せずに走行し、対面信号機が赤色灯火の点滅を表示しているにもかかわらず、そのまま交差点に進入してきたとのことであり(裁判集二四三頁、判時一五七頁四段、一六〇頁四段、「過失」の程度の違いが甚だしいものと言えよう。Aは懲役一年の実刑が確定したようである(永井敏雄「黄色点滅信号時の交差点事故について」小林充先生佐藤文哉先生編「小林充先生古稀祝賀刑事裁判論集」上巻(平成一八年一刷、平成一九年四刷)三七一頁参照。もつとも、さしあたり「被告人」の刑事責任が問われているので、Oの「過失」を端的に問題にするものではないが、Oの「走行状況を、結果回避可能性についての事実認定を支える重要なファクターのひとつとして捉えて慎重な考慮を行っている。」と評することができよう(中島宏「判批」季刊刑事弁護三五号(平成一五年)一七九頁左参照)。

(15) 「信賴の原則」の適用を認めた著名な判例である最三小判昭和四八年五月二二日集二七巻五号一〇七七頁(以下、④昭和四八年判決と略称)においても、「被告人が右判示のような(徐行して交差点に臨むという)伊藤注)注意をしておれば、本件事

は発生しなかったか、少なくとも本件事故とは異なる事故になっていたであろうと思われる。(一〇八三頁)との判示部分が見られる(一審一一〇六頁、二審一一一四頁も参照。この④昭四八年判決においては被告人が徐行していれば衝突を回避し得た可能性があったとの認定において、②平一五年判決の認定とは異なっている(この点に着目すると、④昭四八年判決においては、被告人車は徐行しなくても良いと判示する必要があったことにもなる)ほか、三名中二名の多数・法廷意見は「交通法規違反のあることがただちに、刑法上、個別的な業務上の過失があることを意味しない」(一〇八四―五頁)との前提に立っていた点でも異なっている(従って、「業務上の注意義務」自体を否定したものであろう(二〇八六頁)。松原芳博「判批」法学教室編集室編「判例セレクト二〇〇一―二〇〇八」(平成二二年)一三〇頁右参照。もつとも、前述のように、④昭四八年判決においても、「本件事故とは異なる事故になっていたのであろう」可能性も否定されていないところから、④昭四八年判決多数・法廷意見の「信頼の原則」論と②平一五年判決との整合性が問われることにもなるが、後者においても「信頼の原則」を無視しているという訳でもあるまいが、いずれかという「事実誤認」を認めた形になっているものと言えようか(裁判集二八三号二四五頁、判時一八〇六号一六一頁二段。椎木緑司「刑事弁護レポート 業務上過失致死傷被告事件(無罪) 最高裁で逆転無罪になった事例 上告趣意書」季刊刑事弁護三五号(平成一五年)一一八右以下、一二〇左以下、一二一頁右以下も参照。この点、永井・前掲注(14)小林・佐藤古稀三八〇頁以下は、「上告趣意が昭和四八年判決を援用していないため、判例違反の有無については、今回格別の判断は示されていない。論旨に対する応答の問題としては、当然である。」と評される。同旨、判時一八〇六号二五八頁三段、北川佳世子「最近の道路交通事件最高裁判例にみる信頼の原則の意義」曾根成彦ほか編著「交通刑事法の現代的課題 岡野光雄先生古稀記念」(平成一九年)一六五頁注4)。確かに、判決文中にも、「弁護人椎木緑司の上告趣意のうち、判例違反をいう点は、本件と事案を異にする判例を引用するものであって、前提を欠き」(裁判集二八三号二四一頁、判時一八〇六号一六〇頁一段)とある。

(16) 岡野光雄「交通事犯と刑事責任」(平成一九年)三三二、一九七頁以下参照。これに対し、内田文昭「判批」同「犯罪構成要件該当性の理論」(平成四年)三六八頁注(27)は東京高判昭和六一年二月二四日判タ五九〇号七九頁との関連で、衝突が「不可避」であれば、条件関係がないから、「過失」があっても「無罪」となるであろう、とされるが、この事案は優先道路進行の「被告人」が本来の優先権を有する場合であり、「被害者」が一時停止するなどして「被告人」の進行を妨害しなければ「衝突」は避けられたものであり、「被告人」はそのまま進行してもかまわなかったという意味では、「被告人」側からの「条件関係」は考慮する必要はないとも言えようが、そもそも社会生活上一般的な意味において「過失行為」とは言えないという結論にもなるのではないかと思われる。このほか、大阪高判昭和六〇年二月二日刑月一七卷二二二〇頁は、「被告人は前示徐行義務を

怠るなどの過失があるとしても、該過失が被害車両との衝突事故について原因を与えたものと認めるには疑問が残り、その証明が十分でないといわなければならぬ。」(二二〇六頁)として、原判決を破棄・自判し、無罪を言い渡ししており、簡明な「原因と結果」という形の理解になっており、実務的な通用性を有する捉え方とも言えようが、最高速度時速二〇キロメートルのところを時速一五キロメートルで走行して衝突事故を起こしたが、時速一〇キロメートルで走行しているも「被害車両との接触、衝突は避けられなかったのではないかと疑いを払拭し得ない。」(二二〇六頁)との認定によるものであるところ、時速一〇キロメートルで走行していれば衝突個所が違った可能性があり、従って負傷態様も違った可能性があるから、この意味ではやはり「因果関係」はあるとも言えるのではあるまいか(これ以前の事案として、名古屋高金沢支判昭和四一年一月二五日下午集八卷一号二頁も参照)。

(17) 戦前の判例において著名な、いわゆる京踏切事件判決(大判昭和四年四月一日法律新聞三〇〇六号一五頁)においては、「被告人はI駅を通過して京踏切に差掛る際前方注視の義務を怠りし為、Hが該踏切線上に在りたるを現認せざりしものと認定するを相当とす。仍て、Hの轢死は被告人の前方注視懈怠の結果なりや否を案ずるに、「警笛と共に非常制動を為すも仍おHの危害を未然に防止し得たりと為すに足らざるが故に、其の措置に出でざりしことも亦H轢死の原因と為すに由なし」「他に被告人が業務上必要なる注意を怠りたるに因りHを轢傷し、因て死に致したることを認め得べき証拠なきが故に、本件公訴事實は犯罪の証明なきものと認めざるべからず」(一六頁一・四段。現代用語化、加點・加丸)と判示されているところから、一見「因果関係」を否定したようにも見える(大塚裕史「過失犯における結果回避可能性と予見可能性―黄色点滅信号事件最高裁判決を手掛かりに―」神戸法学雑誌五四卷四号(平成一七年)一一頁、前田雅英「第21講 過失犯の結果回避可能性」同「刑法の基礎 総論」(平成五年)三〇一頁、町野朔「犯罪論の展開I」(平成一年)二〇三頁以下、山中敬一「判批」平野龍一ほか編著「別冊ジュリスト八二号刑法判例百選I総論(第二版)」(昭和五九年)三八頁三段以下参照)が、いわゆる合義務的代替行為の手法を用いているようにも窺え、現実実際に合義務的代替行為に出ればどのような事態になったかは必ずしも断定できないものの、「疑わしきは被告人の利益に」の観点から、そのような行為に出ても轢死に至った「蓋然性」が高いと見たとも言えよう(山中・前掲判批三九頁三段参照)。ここでも、本件被告人の行為によってHを轢死に致したことは否定し得ないであろうから、その意味では「条件関係」「相当因果関係」も認め得るとも言えよう(古川伸彦「刑事過失論序説」(平成一九年)二二頁参照)。もともと、機関車の場合どのような轢き方をしようが変わりはないとも言えようが(Noch vgl./Strafsenat.Beschl.v.25.September1957.BGH.IIBd.S.1 (5ff.))、Hの祖母が駆け付けられたとすれば瞬間的にどうなったかは予断を許さない面もあり、「疑わしきは被告人の利益に」の観点からの判断と捉える所以でもあるが、裁判の結論としては「無罪」が妥当であるとす

でも、行うべき行為を行わなかったという点での責めは免れない面もあろうから、刑法理論上は「構成要件」上「業務上過失致死行為」の存在を前提に、他の要素を否定する形になろう（前掲注（7）参照）。

（18）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（平成二三年）一二頁は、「最高裁判決は、明らかに合義務的代替行為の観念を意識しているものと」評される。古川伸彦「過失犯における注意義務の内容」刑法雑誌四六卷三号（平成一九年）四七頁以下も参照。なお、「結果の回避可能性」という場合の「結果」は「人の死亡（負傷）」ではないかの疑問を呈する見解も散見されるところであり（成瀬幸典「判批」芝原邦爾ほか編著「別冊ジュリスト一六六号刑法判例百選I総論」第五版）（平成一五年）一七頁右、佐伯仁志「刑法判例の動き」ジュリスト臨増二二六九号平成一五年度重要判例解説（平成一六年）一四八頁右参照）、刑法二二一条及び新法五条の条文上はその通りであろうが、最高裁としては、「結果」ということでさしあたり「事件における物理的結果」と捉えている可能性もあろう（前掲注（3）参照）。

（19）山口厚「刑法総論」第3版）（平成二八年）五七頁は、「行為なければ結果なし」の条件関係公式自体が「結果回避可能性を判断するという特別の意味」を有したものと理論構成されており、そのような理解も成り立ち得ようが、現実の事象に着目すると、被告人の行為が本件のような衝突の一因となったことも否定し得ないのではあるまいか。なお、この点、真鍋毅「判批」松尾浩也ほか編著「別冊ジュリスト一四二号刑法判例百選I総論」第四版）（平成九年）一九頁二段以下参照。

（20）例えば、佐伯仁志「刑法総論の考え方・楽しみ方」（平成二五年）五二頁以下参照。

（21）この点、団藤・前掲注（7）総論三三三頁以下参照。

なお、⑤平四年判決についても、「本来、過失犯における「注意義務」の要件としての「回避可能性」は、注意義務の「履行可能性」を意味していたのであり、「義務違反と結果の因果関係」とは別のものであったというべきである」（山中敬一「判批」法学セミナー四五七号（平成五年）一二六頁四段）との論評が見られるところである。しかして、「業務上の過失行為」ないし「自動車運転上の過失行為」と結果との間の「因果関係」を肯定したところで、「結果回避可能性」なしとして「構成要件不該当」となるとすると、私見は徒らに面倒な思考回路をたどるようでもあるが、「業務上の過失行為」ないし「自動車運転上の過失行為」ありとすればその結果は通常「違法」でもあるとすると、原則論的にはこのような思考回路をたどるのが妥当ということになろう。

（22）「右のような無謀ともいふべき自動車運転」とは、「被告人は、業務として普通貨物自動車（軽四輪）を運転中、制限速度を守り、ハンドル、ブレーキなどを的確に操作して進行すべき業務上の注意義務を怠り、最高速度が時速三〇キロメートルに指定されている道路を時速約六五キロメートルの高速で進行し、対向してきた車両を認めて狼狽し、ハンドルを左に急転把し

た過失により、道路左側のガードレールに衝突しそうになり、あわてて右に急転し、自車の走行の自由を失わせて暴走させ、道路左側に設置してある信号柱に自車左側後部荷台を衝突させ、その衝撃により、後部荷台に同乗していたH及びOの兩名を死亡するに至らせ、更に助手席に同乗していたSに対し全治約二週間の傷害を負わせた」(最高二六三頁) 所為のうち、特に「業務上過失致死傷行為」を指す。

- (23) 山口厚「判批」法学教室一〇七号(平成二年)九二頁三段以下参照。
  - (24) 曾根威彦「判批」同「刑法における実行・危険・錯誤」(平成三年)八二頁参照。
  - (25) 多和田隆史「判批」財団法人法曹会編「最高裁判所判例解説刑事篇平成十八年度」(平成二十年)二三五頁(注3)参照。
  - (26) なお、この点、藤木英雄「第一編総論第一章過失犯の基本構造四回来の過失理論」同編著「過失犯―新旧過失論争―」(昭和五〇年)三六頁以下、Dan BDobbs『The Law of Torts』(2000) 314参照。
  - (27) 大塚裕史「判批」芝原ほか編著・前掲注(18)百選五版一〇三頁右。このほか、一審二七六頁も参照。他の想定事例としては、片岡聰「予見可能性の存否の認定について」捜査研究四六〇号(平成二年)二〇頁以下参照。
  - (28) 安廣文夫「判批」ジュリスト編集室編「ジュリスト増刊最高裁時の判例Ⅳ刑事法編」(平成一六年)五一頁左参照。
  - (29) 福田平・大塚仁「《対談》最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(4・上)」現代刑事法四八号(平成一五年)一二頁左―中参照。
  - (30) 佐伯・前掲注(20)総論三〇一頁以下参照。井田・前掲注(3)講義二二五頁も、「結果発生の高度の危険性ある行為が行われたケース」とされる。
- これに対し、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(平成三〇年)三四四頁以下は、過失で歩行者天国に進入して五名をひき殺した場合でも、たわむれにマンホールから顔をのぞかせた瞬間にれき過されて死亡した者については「概括的過失」の埒外とされる旨述べられるが、「歩行者天国」に進入した以上、車が進行してはいけない区域設定になっているのであるから、別異に解する理由はないのではあるまいか。このほか、甲斐克則『責任原理と過失犯論』(平成一七年)一〇三、一二三、一五一頁以下は、「過失の実行行為開始時点で自己の行為の属性としての具体的危険性を認識していなければ、それは「認識なき過失」であり、刑事責任を問えないように思われる。」とされるが(甲斐・前掲注(4)長井古稀も参照)、「無謀運転」による「危険」は咄嗟のこととはいえ「認識」していたであろうし、交通事故によってどのような「人」を致死傷に致すかまでは「具体的」に「認識」していない場合もあろう。なお、拙稿「判例による法形成―「水俣病事件」の場合―」九州大学法政研究五八巻二号(平成四年)一二九頁以下注(14)と本稿とは結論的にも違う形になるが、本稿は現時点での「過失犯」についての私見を



示したものである。

(31) 大塚・前掲注(9) 板倉古稀一七六頁、平野潔「判批」現代刑事法五九号(平成一六年)八九頁右、北川・前掲注(15) 岡野古稀一五七頁、松原・前掲注(15) 判批三三〇頁右、などを参照。

(32) 一般論的には「規則違反」と「予見可能」性とは区別されるべきであるとしても(平野・前掲注(8) 犯罪論八六頁参照。さらに、次号総論覚書(4)のII注(56)、本件のような事案においては「規則違反」が「予見可能性」を体现していると思われるということではあるまいか。もつとも、前掲注(8)で言及した形での「予見可能性」は欠けていたと構成することは可能ではないかと思われる。