

# 過失犯の構造についての覚書

植 田 博

## 一

管理・監督過失に関する判例実務と学説の過失理論との整合性を図る営みが行われている。研究の嚆矢となったのは、一九八六年の刑法学会での三井誠教授による実態面、理論面の問題の所在の指摘であった。<sup>①</sup>教授は、まず議論の前提として、現在では共通の理解となっている「管理過失」と「監督過失」の概念を規定され、さらなる類型化の必要性を示唆された。それによれば、前者は、従業員等の行為といった中間項を介さずに、管理者等による物的設備・機構、人的体制等の不備それ自体が結果発生との関係で刑事過失を構成しうる場合をいい、後者は、人に対する指揮監督等の不適切さが過失に結びつく事態をいう。次に、教授が指摘された理論面の問題は今日の理論状況との関連で以下の六点に要約できる。

①過失の理論構成・構造をどう捉えるか、予見及び結果回避の可能性と義務の位置づけをどうするか。②過失の実行行為性をどうみるか、行為の実質的危険性をどう扱うか。③過失を作為犯として捉えるか、不作为犯として捉えるか、不作为犯としてみた場合に、作為義務の根拠づけは何か、作為義務と注意義務、さらに業務上過失致死傷罪における「業務」の

関係をどう解するか。④注意義務の根拠は何か、行政取締法規との関係をどうするか。⑤予見可能性の対象・程度をどう考えるか、そこで信頼の原則や「許された危険」の法理はどのように機能するか。⑥複数の行為者の過失行為により結果が発生する「過失の競合」をどのように解決するか。

本稿では、その後の議論の展開を踏まえて、監督過失を素材として、第一に、過失犯において実行行為をどのようなとらえるかという問題、第二に、過失犯における注意義務と因果関係の関連性の問題につき若干の考察を行う。というのは、この二つの論点が、三井教授が問題の所在として指摘された、過失犯の理論構成・構造理解の試金石になると考えるからである。また、ここでは旧過失論（伝統的過失論）に立脚する論者、あるいは因果論的考察を重視する論者の見解を主たる考察の対象とする。というのは、新過失論の立場から管理・監督過失の刑事責任を肯定的に基礎づけることには困難さはなく、むしろ刑事責任の根拠を改めて問い直そうとする旧過失論の方にこの問題解明の挙証責任があると考えからである。

## 二

過失犯における実行行為をめぐって、管理・監督過失の領域では、実行行為を不作為的に構成する見解、作為的に構成する見解、あるいはこのような択一的構成を拒否する見解が対立している。<sup>(2)</sup> この対立はもちろん、管理・監督過失の理論化をめぐるものではあるが、基本的には過失犯の理論構成・構造の理解をめぐる立場の相違に規定されていると考ええる。というのは、従来は、過失犯は注意義務違反を、不作為犯は作為義務違反を中核として理論構成されてきたが、この両者の関係が近接化したのはいわゆる新過失論の台頭に起因するからである。

新過失論によれば、注意義務違反の重点は結果回避義務違反にあり、一定の基準行為（とくに行政法上の義務づけ）から逸脱する外部的態度が過失行為であり、その帰結としてその結果回避義務を履行しない、つまり基準行為を遵守しないという不作為的要素が過失犯の構造の中核となる。<sup>(3)</sup>これに対して、いわゆる旧過失論に立つ論者は、結果回避義務を過失犯の実体的要件とすることは、過失犯を結果犯から危険犯あるいは結果的加重犯に変質させるものと批判し、結果予見義務あるいは結果回避義務は結果の予見可能性が認められれば、これらの義務は同時に認められると主張する。<sup>(4)</sup>また、他の論者は、結果予見義務は結果予見可能性を、結果回避義務は結果回避可能性を規範面から述べたに過ぎないのであり、過失犯の要件となるのは、結果予見可能性および結果回避可能性であると主張する。<sup>(5)</sup>この両者の見解の中間に位置する、いわゆる修正旧過失論は、過失犯の実行行為をその理論の中核におき、過失行為とは結果発生の実質的な危険をもつ行為と規定する。<sup>(6)</sup>新過失論は本来過失行為を不作為犯的に理解する性向をもち、修正旧過失論は、旧過失論が予見可能性の問題として論じた主観的側面を客観化し、実質的危険と規定された実行行為を過失犯の構造に取り入れたといえる。

### 三

「本来監督過失とは、直接行為者の過失行為を前提に、直接行為者が結果を生ぜしめないよう指導・教育・監督するという義務に反した不作為による」<sup>(7)</sup>過失と解するのが通説的な理解であり、指導・教育・監督義務の根拠として消防法上の義務が援用されるのが通例である。これに対して、神山敏雄教授は、不作為犯における作為義務の根拠を危険源の管理に求められ、過失行為の不作為的構成を試みられる。<sup>(8)</sup>

教授は、危険物の管理者が当該危険物を十分に管理しない状態に放置したため、当該危険物から法益侵害が発生した場合

合を措定され、この行為が過失作為か、過失不真正不作為かを問われる。具体例として、危険物を子供が容易に手にすることが出来る場所において放置した結果、子供がそれに触れたり、弄んだりして死亡した事例一を挙げられ、この事例を作為と不作為の混合形態であるとして、競合原則により作為犯として処理される。次に、事例を修正され、毒物を保管場所にに入れて他人が入れないように保管していたが、何者かによって入り口のドアの鍵が破壊され、開け放しになっていた状況で、管理者が、周辺で子供が遊ぶのを知っていたが、保管場所には子供たちは入るまいと思つて、ドアを閉めるだけで鍵をかけなかったところ、数人の子供たちが保管場所に入り込み、毒物に触れて死傷した事例二を挙げられ、この場合は、管理者の作為行為は全く考えられないので、もっぱら鍵をかけて安全措置を施すことをしなかった不作為態度が生命・身体を侵害する危険を有するとされる。この延長線上に、建物その他の施設の管理者の第二事故における過失不真正不作為を取り上げられ、デパートやホテルにおいて何らかの原因で火災が発生し、防火設備や避難誘導訓練の不備から、当該建物にいた顧客や従業員が死傷した場合における管理者の責任が問われる事例三を挙げられる<sup>(9)</sup>。

この事例三の特徴を四点指摘される。第一に、事例一・二では管理物自体が危険であつたが、事例三では建物自体は生命・身体を侵害する危険物ではない、第二は、事例三の特異性は、第一事故と第二事故が切り離され、第一事故の内容が特定の者の故意、過失によるか、天災事変によるかに関係なく、第二事故についての刑事責任が問われこと、第三に、管理者は、事例二では危険物そのものから他人の生命・身体を保護すべき義務を有する危険物管理者の保障人義務を負うが、事例三では当該火災から他人の生命・身体を保護すべき義務が問題となり、第四に、事例三では、判例・学説が火災発生以前に遡つてその間の防火設備や避難誘導訓練の不備、すなわち不作為を刑法評価の対象としている<sup>(10)</sup>。と。教授は、この四点の特徴を踏まえて結論として、管理者の消防法上の義務は直接的に生命・身体を保護すべき義務ではないので、刑法

上の保障人義務とならないこと、さらに業務上過失致死傷罪における業務とは、生命・身体に害を与える危険性のある行為を継続反復して行うことが必要である以上、管理者は、生命・身体を侵害する危険な業を営んではないとされ、事例三につき刑事責任を問うことに否定的である。<sup>(11)</sup>

新過失論の中核である結果回避義務違反がその実態において消防法（行政取締法規）違反と近接することにより監督過失を過失不作為犯的に構成することを容易にする状況において、不作為犯の作為義務の根拠から監督過失の事例における過失不作為犯としての刑事責任の追及の困難さを指摘した神山教授の研究は、不作為犯自体が罪刑法定主義との観点から厳格な理論構成が要請されていることを考えると、過失において不作為的要素があることは、必然的にそれを不作為犯として理論構成するという帰結に至らないことを示唆している。<sup>(12)</sup>ただ、教授が事例二につき、鍵をかけて安全措置を施すことをしなかった不作為態度が生命・身体を侵害する危険を有すると述べられる場合に、それが過失不真正不作為犯を肯定される趣旨であれば、疑問がある。つまり、この場合も事例一の場合と同様に、鍵をかけないで危険物を放置したと規定できるのであり、必然的に不作為犯となるわけではないからである。過失犯の刑事責任を問う場合に、われわれは、子供の死傷を回避するための結果回避措置として「鍵をかける」ことを想定し、鍵をかけておけば、子供はその毒物に触れることはなかったと判断し、管理者が、鍵が破壊されていること、さらに子供が保管場所の周囲で遊んでいることを現認している場合には、子供の死傷という結果が予見可能であったと結論する。そのことを換言すれば、「鍵をかけずに毒物を放置する行為は危険な行為である」ということになる。

#### 四

山中敬一教授は、管理・監督過失において不作為的要素が問題となる根拠を分析される<sup>(13)</sup>。それによれば、管理監督義務には、具体的危険が発生した後に生じる「同時的管理監督義務」（北大電気メス事件）と、具体的危険が生じる以前の「事前的管理監督義務」があり、後者はさらに、危険状態においてうまく作動しない欠陥ある結果防止システムを具体的危険発生以前に設定したという意味での「危険状態拡大源設定行為」の事例群と、事前の義務を果たさないことによって、危険源を設置し、あるいは危険状況を作り出すという意味での「危険状況創出行為」の事例群の二つの事例群に分けられる。前者は、火災などの独立の因果力による具体的危険が発生したときに、死傷などの結果を防止するために作動するシステムが欠陥により作動しない、そういう結果防止システムを設定した事例群であり、後者は、他人の行動や何らかの事象が介入して結果発生に至る場合で（たとえば、神山教授の事例一・二）、そこでは危険源や危険状況は事象の生起の背景になつてゐる促進的な事情であるが、管理監督者は、前者の事例と異なり、具体的危険の発生そのものに対して因果力を設定している事例群である。この危険状況創出行為は、教授によれば、具体的危険状況を作り出して結果発生を条件を整える行為であり、それだけではまだ結果発生 of 具体的・現実的危険はなく、これに対して、危険状態拡大源設定行為は、個々のには、何らかのことをしないで危険状態拡大源を設定するなどの不作為的要素を含んだ行為である。

山中教授の見解では、管理監督過失における不作為要素が問題となるのは、事前的管理監督義務の類型の一つである危険状態拡大源設定行為の事例群ということになる。これは、前述の筆者の理解とは異なるが、神山教授自身の、事例二についての「鍵をかけて安全措置を施すことをしない」という分析と軌を一にする。つまり、神山教授の事例一は山中教授

の危険状況創出行為に相応し、事例二は何者かによる破壊行為により子供の死傷の危険が発生し、保管場所の管理者が作動させるべき結果防止システムが機能しなかったとして、危険状況創出行為ではなく、危険状態拡大源設定行為の事例群に分類することが可能であろう。そうであるとすれば、管理監督過失において不作為要素が介入する事例群はやはり危険状態拡大源設定行為の事例群ということになる。

しかし、山中教授は、「この不作為的要素と結果犯における不作為犯とはまったく別個のものである」<sup>(13)</sup>り、その理由を、「結果犯における不作為犯は、少なくとも、結果発生 of 具体的危険の発生直前以降の時点で問題になるべき」こと、つまり、「被害法益が、行為者の介入なく、侵害さるべき因果過程に具体的・現実的におかれて初めて、その法益を救助する作為が要請されるのであり、この場合にのみ不作為犯が問題になるからである」<sup>(14)</sup>ことに求められる。かつて、教授は、不作為犯としての構成が事前的管理監督義務違反の実行行為をできるかぎり具体的危険の発生に近づけることができるとして、その長所を認められていたが、<sup>(15)</sup>現在では過失犯の限定法理としての不作為犯的構成を放棄され、それに代わって過失犯の実行行為の構造を以下のように規定される。

①過失の実行行為については、事前的潜在的実行行為（危険創出行為）が事後的に危険実現判断を経て顕在化し、不作為的要素が、同時に、全体的な行為複合の中の「作為」としての結果に対する因果力をもつ場合にのみ、過失犯の「潜在的実行行為」となりうる。<sup>(16)</sup>

②客観的にみて法益侵害の結果発生が一般的生活危険を超えて予想されるような類型に属する行為の持つ危険性（行為類型的危険）が存在するときに潜在的過失行為が認められ、それが特定の結果に実現しているか否かの危険実現判断を経て、現実的「実行行為」に転化する。<sup>(17)</sup>

この山中教授の見解に対して、大塚裕史教授は、「ホテル・デパート火災などにおける管理・監督者が、火災発生後結果を防止できるようにスプリンクラーを設置しておかない行為は、危険状態拡大源設定行為として潜在的実行行為として位置づけられ、その危険が結果の中に実現したといえる場合に、その行為が遡及的に現実的な実行行為に格上げされることになる。しかし、潜在的実行行為が遡及的に刑法上違法となるという理論構成自体に疑問がある」と批判され、過失行為の実行行為を現実的な危険行為として捉えることを主張される<sup>(18)</sup>。この個別的な行為の危険性は、教授によれば、行為時に存在した全事情を判断資料に、行為時を基準に行う科学的な事後予測という構造をもつ。

山中教授の理論枠組みは、行為の危険性が結果に実現したときに、その行為と結果との間の因果関係が認められ、その行為が過失行為となるというものである。確かに、「潜在的」過失行為という表現は技巧的である。しかも、未遂犯を処罰しない過失犯において、とくに潜在的実行行為と過失行為を区別して論ずる実益もない。ここは結果に対して因果関係をもつ行為が実行行為であることが簡明である。したがって、問題とされるべきことは、危険の実現という因果関係の判断と区別して、行為の危険性の判断が過失犯においてもなお、必要であるかである。

## 五

大塚教授は、行為の危険性を、抽象的・一般的危険でもなく、また、いわゆる広義の相当性における危険でもなく、より現実的・具体的な危険と規定され、それにより、結果回避義務を、基準行為と明確に区別して社会倫理的色彩を払拭することができる、その結果、問責の対象としての危険行為の選別と、結果回避の不可能な行為の構成要件該当性を否定することができると主張される。その結論に至る理論枠組みは次のとおりである。



第一に、直接的・現実的・実質的危険性は行為の属性である。しかし、故意犯における実行の着手で問題となる「場所的・時間的切迫性」は不要で、行為の時点における事後予測の結果、法益侵害結果の発生がほぼ確実であり、換言すれば、行為者が因果経過を具体的に支配していることが必要とされる。<sup>(19)</sup>

第二に、過失による行為が構成要件に該当するためには、行為が法益侵害結果を発生させる危険性を有しなければならぬ。しかし、危険といっても可能性から確実性に至るまで様々な段階があり、それを量的に把握するのは困難である。したがって、過失行為が何時から実行行為としての危険性を有するようになったかを把握するためには、一定の結果回避措置を基準にせざるをえない。つまり、法益侵害の抽象的危険が現実的・具体的危険に高まる契機は、最終の結果回避措置をとらないで従来どおり行為を続ける点にある。<sup>(20)</sup>

第三に、結果回避措置をとらない行為を結果回避義務に違反する行為といい、この結果回避義務の概念は、危険を回避するために行為者としては「何をすべきであったか」を示すことにより、危険行為の内容を明らかにする。<sup>(21)</sup>

第四に、結果回避措置の内容は、人間の能力の限界を考慮し、物理的にも、心理的にも容易に実現可能な、いわば最低基準の結果回避措置で満足すべきであって、この意味で、結果回避可能性が過失犯における謙抑性の原則を堅持する役割を持つ。結果回避可能性のない行為は、そもそも違法な行為ではない。<sup>(22)</sup>

第五に、結果回避可能性は実行行為の前提であり、具体的な回避措置が存在しないような場合には、結果回避義務が存在せず、したがって実行行為性が否定される。つまり、結果回避可能性は、過失犯における実行行為性の問題として、法益侵害の現実的危険性を有する行為を規範的に限定する法理である。<sup>(23)</sup>

大塚教授の見解は、過失犯の実行行為性を中核として構成される、修正旧過失論の過失構造論を、結果回避可能性概念

を媒介として展開・発展させたものである。従来の伝統的過失論では、過失責任の中核は結果予見可能性にあり、予見義務、回避義務の違反が構成されるが、これらの義務違反は、結果予見可能性と同時に認定され、両者の間にずれる領域は存在しない<sup>(24)</sup>、とされていた。あるいは、責任論の領域で、予見義務と結果回避可能性を過失責任の要件とするという見解すなわち、予見可能性↓予見義務は予見可能な結果を回避するためにこそ課されるのであり、法は人に不可能なことを要求しえないから、結果回避が不可能な時点になっていけば、過失としての責任非難は意味を失い、それ以前の結果回避が可能な時点で、結果予見可能性があるときは、過失責任が問われるとする見解<sup>(25)</sup>が主張されていた。最近でも、旧過失論を支持される山口厚教授は、この結果予見可能性、結果予見義務と結果回避義務の関係について、結果予見義務は結果回避義務から独立した意義を有するものではなく、「義務」を問題とするとしても、結果を予見して、結果を回避することが義務として要求される、と整理される。したがって、教授によれば、結果予見義務はその違反自体が処罰を基礎づける違法要素ではなく責任要素である。また、結果回避義務に関して、山口教授は、「処罰されないという意味でやってよい行為」を過失犯における「結果回避義務」において問題にする見解に対して、このように考えられた「義務」は結果回避を必ずしも保障するものではないので「結果回避義務」と呼ぶのは不相当であると批判される<sup>(26)</sup>。

大塚教授の過失構造論は、前述五点に要約したように、量的に把握することの困難な、法益侵害の具体的・現実的危険を、最低水準の結果回避措置を内容とする結果回避可能性により規範的に限定し、結果回避不可能な危険行為の構成要件該当性を否定するものである。そこで、中心となる結果回避可能性について、大塚教授は、二つの類型、つまり事前的回避可能性と事後的回避可能性を認められ、前者を、「行為時に行行為者にとって必要な回避措置をとる可能性があったか」という問題、後者を、「行為後（裁判時）からみて、たとえ適正な行為を行ったとしても結果は発生してしまっただかどう

か」という問題と規定され、前者につき、結果回避措置は最低水準のものでよく、この意味で結果回避可能性のない行為は違法な行為ではないと結論される。この最低水準の結果回避措置とは、過失犯が例外的処罰類型であり結果責任を排除するために要請され、人間の能力の限界を考慮して、物理的にも心理的にも容易に実現可能な結果回避措置のことであり、筆者の理解する限りでは、それは一定の危険状況において、一般人の立場から誰でも容易にとりうる結果回避措置のことである。その意味での結果回避可能性がないことは、一般人の立場から判断されるが故に、違法性を阻却するという結論に至る。したがって、行為の危険性それ自体は定量的に規定できないので、この結果回避可能性がないという判断が「法益侵害の現実的危険性を規範的に限定する」という論理を経て、まさに過失犯の中核概念になり、過失責任が客観化されることになる。さらに、もう一つの問題については、事後的結果回避可能性の事例、たとえば、医師Xが、行為当時の医療水準からは、特異体質をもつ患者に対しA液を注射すべきであったが、通常使用されるB液を誤って注射したために薬の副作用のため患者が死亡した事例における大塚教授の解決法の中に、違法性で問題进行处理する理論の特徴が現れている。この事例は、通常、因果関係における条件関係の判断において、仮定的因果経過の問題として論じられるものである。つまり、医療規則にしたがったA液の注射を付け加えて考えても、やはり同じように患者の死の結果が発生するから、医療規則に反するB液の注射と死の結果との間には条件関係がないのではないかが問題とされる。これを積極的に解すれば条件関係が否定されるが、消極的に解すれば、条件関係が肯定され、問題の解決は過失犯における注意義務違反の有無に焦点が移る。これを、大塚教授は因果的理由による危険の実現の阻害ではなく、規範的理由による危険の実現の阻害と表現され、規範的に考察すれば、医師Xにはとるべき結果回避措置はなかった、つまり、医師の医療規則に反するB液の注射は違法ではないと結論される。

確かに、患者の死の結果を回避する措置が考えられないのであれば、その死は不可抗力であり、違法ではないといえる。しかし、それは医師Xが医療規則にしたがってA液を注射した場合における法的判断の在り様である。現実には、医師Xは、患者が特異体質をもつことを事前に確認することなく、A液を、それは特異体質をもたない患者に対する医療行為としては適切なものであるが、注射したのである。したがって、事柄の本質は、患者が特異体質をもつことが予見可能であり、その結果、患者の死の結果が予見可能であるならば、因果関係と予見可能性が存在する以上、医師Xに過失責任を負わせることになる。<sup>(27)</sup> 医療規則にしたがったB液の注射の場合にも同様の結果が発生したであろうという抗弁は、刑事責任には影響しない。大塚教授の過失構造論は、行為の危険性を中核とする修正旧過失論を徹底することにより、過失犯を客観化し違法論の領域で問題を処理するになり、新過失論との距離はそれほど大きくないといえる。

## 六

山口教授は、相当因果関係論の理論枠組みである「行為の危険性」と「危険の実現」について、事後的・客観的な構成要件該当性判断において、「事後的に判断される危険」と区別して「事前に判断される危険」を問題にする必要はなく、「結果に実現した危険」が行為に由来するか、つまり、狭義の相当性である「当該構成要件の結果にいたる因果経過の相当性」を問題とすればよい、とされる。<sup>(28)</sup> 問題は、「結果に実現した危険が行為に由来する」とする場合の判断基準、そして、そこでの危険の理解にある。教授は、介在事情の「利用可能性」という下位基準を設定される。つまり、介在事情が利用可能な場合に、行為について危険が認められることになる。<sup>(29)</sup> そこから、「既に存在する被害者の状態は『現に存在するもの』として『利用可能』だから考慮されることにならざるをえないが、故意行為や異常な過失行為の介入については『利

『用可能性』に乏しいとして、介在事情により生じた結果に実現した危険は行為に由来しないと解する余地がある」と結論される。ここで、留意すべきは、「利用可能性」は、行為者の個別的判断ではなく、その程度は不明であるが、一般化された判断であるということである。ここでの山口教授の理論枠組みは、前田雅英教授の、①実行行為およびそれにより直接惹起された事態に有する結果発生確率、②介在事情の異常性の大小、③介在事情の結果への寄与の大小という狭義の相当性判断の基準<sup>(30)</sup>との関連でいえば、②の部分に狭義の相当性判断の重点をおいたものといえる。

これに対して、行為の危険性を強調しながら、山口教授の見解と結論において同様の判断枠組みを提示するのは井田良教授である。<sup>(31)</sup>教授は、相当因果関係説は、実行行為そのものの危険性は低かったが、それにもかかわらず因果の進行の過程でおよそ予測不可能な事情が介在したため偶然的に結果が発生した場合にその結果帰属を否定するための理論として有効であったが、実行行為それ自体がすでに高度に危険であり、しかも、その後の具体的な因果経過も相当性の判断を逸脱する場合の判断については、相当因果関係説は曖昧である、というところから説き起こされる。したがって、解決すべき問題は、すでに行為それ自体が高度に危険でありそのままでも結果が発生していたであろうと考えられる場合に、具体的な因果経過の不相当性・異常性が結果帰属の判断にどのような影響を与えるか、である。その問題は二つの事例群に分けて解答される。すなわち、①実行行為により死因となった傷害が形成されたが、予測不可能な事情が介在して傷害の致命的な作用が促進され、死期が早められる形で被害者が死亡した場合（最決平成二年一月二〇日刑集四四卷八号八三七頁〔大阪南港事件〕、最決昭和四二年一〇月二四日刑集二一巻八号一一一六頁〔米兵ひき逃げ事件〕）と、②実行行為自体は高度に危険であったが、その危険が結果として実現する以前に、偶然的な介在事情によって別の傷害が死因となって結果が発生した場合である。教授は狭義の相当性判断についての三つの解法を示される。第一は、因果経過と結果発生 of 具体的

態様を前提に、行為時を基準として經驗的に通常か否かを判断し、①②とも相当性が否定される。第二は、ある程度まで因果経過および結果發生の態様を「抽象化」し、具体的な介在事情を度外視した上で、その經驗的通常性を判断する。その抽象化は、①の場合のように死因が同一であると認められる範囲内まで許容され相当性が肯定され、②の場合には抽象化はそこまで許されず、相当性が否定される。第二に、結果發生の態様の「抽象化」に限界を設けず、介入事情がなかったとすれば同種の結果（たとえば、およそ死亡の結果）が確実に発生していた状況にある以上は、相当性を肯定してよく、①②ともに相当性が認められる。井田教授自身は第二の解決法を支持されるのであるが、「抽象化」の程度に関する判断基準は相当因果關係説からは得られないとされる。

山口教授は、以上の井田教授の見解につき、「これは事後的な結果發生により行為の高度の危険が確証されたかを問題とするものではあるが、結局は行為の危険と同じ危険が実現しているときに、因果關係を肯定するものである」と評される。狭義の相当性についての、山口教授の判断基準は一般化された、介在事情の利用可能性であり、井田教授のそれは因果経過および結果發生の抽象化である。両教授の見解は現実の因果経過に一般化、あるいは抽象化という操作を加え相当性の判断を行う点で共通の地盤に立っている。そして、井田教授が問題設定で示された「行為自体がそれ自身結果發生の高度の危険をもっていた」という事情は、前田教授の見解と異なり、必ずしも狭義の相当性判断の基準として働いていないことに留意すべきである。

筆者は、かつて次のように述べたことがある。<sup>(32)</sup>『広義の相当性Ⅱ行為の危険性』は、いわゆる『実行行為』の危険性の把握との関連で行われる未遂犯の成立要件（Ⅱ実行の着手）における『結果としての危険』とは峻別すべきであるという山口教授の見解は支持すべきであり、また『行為の危険性』が『実質的危険』の意味での過失犯の実行行為性に連動する

ことについて山口教授も指摘されるように疑問がある。それは、過失犯の場合には行為の危険性の定量的把握は困難であり、また実質的危険も内実は予見可能性の問題であり、そこに一定の因果判断が含まれているが、それは注意義務の存否を判断するための前提判断として結果を回避する可能性を探求するために行われる判断であつて、危険の実現を判断する因果判断とは区別さるべきである」と。最決昭和六三年五月一日刑集四二巻五号八〇七頁（柔道整復師事件）を素材として具体的に検討しよう。最高裁判所は、本件について「被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していたものであるから、医師の診察治療を受けることなく被告人だけに依存した被害者側にも落度があつたことは否定できないとしても、被告人の行為と被害者の死亡との間には因果関係がある」と判示した。この最高裁の判示内容は、原審が一審判決を、被告人の誤った治療および指示と被害者の死亡との間の因果関係を否定したものと理解したことによると思われる。つまり、原審は、「被害者や母親らは、風邪の治療を専ら被告人に委ねており、医師の治療を受けているとは到底窺いえず、被告人もこのことは十分に認識していたことは明らか」と事実認定をした上で、一審判決の「被告人の施術中止義務違反については、これが被害者の死亡の原因となつたことは認められない旨」の判示に対して、一審が判示する「『妻らはなほだ突飛な療養、看護』は、ほかならぬ被告人自身<sup>(33)</sup>の誤った指示に基づいてなされたのであつて、たとえ被害者の母らに落度があつたとしても、被告人自身に被害者の治療方法につき過失がある以上、被告人の過失責任が否定されるいわれは全くない」と判示した。確かに、一審判決は、被告人の施術中止義務違反について、これが死亡の原因になつたとは認められないという。しかし、本件事案の核心は、一審判決自ら述べるように、「本件における主たる争点は、このように施術中止義務に違反して施術ないし介護を継続した被告人に、患者の生命に危険を及ぼさないよう『治療』方法等に細心の注意を払うべき業務上の注意義務があつたかどうか

か、及びこれを怠った過失があつたどうか」にあり、それにつき、一審判決は、「被害者の妻が、いかなる事情があつたにせよ、適切な療養、看護を誤り、数日に渡つて、高熱の続く被害者に対し、十分な水分と栄養を補給せず、薬品を投与せず、医師の診察を求めないでいるというような、あるいは被害者自身これを求めないでいるような、はなはだ突飛な事情を、被告人において認識し、又は認識し得たとは認め難く、予見すべきであつたとは言い難い」と事実認定をし、こから、「被告人に被害者の生命に危険が生じる結果となることを予見し、これを回避するべき業務上の注意義務を怠つた過失があるとは認めがたい」と判示した。<sup>(34)</sup> 本件につき、一審判決と原審判決との間で結論が異なつたが、両判決の間では、被告人が被害者を含めた被害者側の医師の治療を受けていない事実について予見あるいは予見可能性があるかが争点であることは共通の認識になつており、それが予見可能であれば被害者の死亡は予見可能であるという判断構造を共有している。これを新過失論的に表現すれば、施術中止義務違反と被害者の死亡の結果との間の因果関係が被害者を含む被害者側の落度により否定されるか否かということになる。また、狭義の相当性の問題としては、被害者の自己過信の態度を法的にどのように評価するかが問われる。柔道整復師を家族全体で信頼している状況のなかでの被害者の態度をありうることと考へれば、山口教授がいわれるように、「被害者が被告人の指示に従つたこと自体に確かに異常性が認められるともいえるが、被告人が指示に従うよう仕向け、被害者はそれに従つたにすぎないところから、因果関係の存在を肯定することは可能<sup>(35)</sup>」ということになる。

七

監督過失の問題領域においても状況は同一である。白石中央病院事件を素材に検討しよう。一審判決（札幌地判昭和五



四年十一月二八日判例時報九七一号一三〇頁は、病院長N・事務長Oの注意義務の内容を、「本件病院——とくにその旧館——において火災等が発生した際、火災の通報や新生児、入院患者らの救出、避難誘導等を直接担当すべき看護婦その他関係従業員らに不適切な行動があると容易に大事に至るべきことは何人にとっても予見可能であるところ、前記のような職責を有する被告人N、同Oが、予め火災発生の場合に備え、関係従業員らに対し、同人らにおいて火災発生の際適切な行動をとりうるよう判示罪となるべき事実として摘示したような措置、即ち同摘示の如き具体的対策、行動準則の定立、その関係従業員らに対する周知徹底、これに基づく訓練の実施等の措置を講じておくべき注意義務」と規定する。<sup>(36)</sup>次にその注意義務の懈怠およびそれと本件死傷との因果関係について、一審判決は、「本件火災において、夜警員Sが火災報知ベルを聞いて直ちに標示板に標示された箇所への火災発生の有無確認に赴いていることは弁護人主張のとおりであるが、右Sはもはや自力では消火することが困難な火災の発生を現認したのであるから、直ちにこのことを病院内に通報すべきであるのにこれをなさず、また右見習看護婦M及び助産婦Eは、火災報知ベルが鳴っている以上その原因を解明するため、旧館二階内部の確認のみならず、直ちに火災報知盤のある旧館一階事務室に電話をかけるなり赴くなりして火災発生の有無を確認すべきであるのに、これをなさず、また火災による作動ではない旨軽信し、安易に入院患者らに対し、何事もない旨告げ、その後火災発生を認めるや狼狽し、一部の入院患者に避難するよう声をかけたのみで、直ちに非常口を開錠するということもなかったものであり、これら夜警員及び当直看護婦らの不適切な行為が、本件避難活動の致命的な遅延につながり、本件死傷の結果を招いたといえる」<sup>(37)</sup>、しかし、「被告人N、同Oにおいて、前記従業員らに対する訓練等の措置を講じていれば本件におけるような従業員らによる不適切な行動も見られず、従って本件死傷の結果は回避されたものと推認すべき高度の蓋然性が認められるから、両被告人の前記注意義務の懈怠と本件死傷との間に刑法上の因果関係が

存する<sup>(38)</sup>と判示する。これに対して、二審判決（札幌高裁昭和五六年一月二二日判例時報九九四号二二九頁）は、「本件死傷は、M看護婦が前記2の行動（非常口の開錠、新生児の救出）に出なかったことによつて生じたものであるところ、M看護婦が他に有効な救出活動、避難誘導又は消火活動に従事していたため前記2の行動にできることができなかったという特段の事情がない限り、M看護婦の前記1の行動は同女が一八歳の見習看護婦にすぎなかったことを考慮に入れても、不適切極まりないというべく、同女において当直看護婦としての自覚がありさえすれば、当然前記の2の行動に出るに違いないと誰しも考えるところであり、従つて、同女が右自覚に欠けていると考えるべき特段の事情がない限り、原判示の対策準則に基づく十分な訓練を同女にあらかじめ施しておかなければ同女が前記2の行動に出ないかもしれないという点についての予見可能性はなく、従つてまた予見義務もないというべく、このことは前述のとおり本件病院の経営管理につき責任を負うべき被告人両名についても同様であり」、「被告人両名に対して原判示のような業務上の注意義務があるとした原判決は、本件死傷の結果発生（すなわちその原因となつたM看護婦の不適切極まりない行動）についての予見可能性の存否についての判断（換言すればM看護婦に対する信頼の原則の適用）を誤つている<sup>(39)</sup>」と判示した。

この両判決の結論は、M看護婦の行動に対する法的評価の差異によると思われる。一審判決は、注意義務の内容それ自体に、「看護婦その他関係従業員らに不適切な行動があると容易に大事に至るべきことは何人にとつても予見可能である」ことを前提した上で、夜警員Sや見習看護婦Mの行為は想定された「不適切な行為」の範囲内にあり、被告人が訓練等の措置を講じていれば、その不適切行動もみられず、死傷の結果も回避されたと結論する。これに対して、二審判決は、M看護婦の行為は「不適切極まりない行動」であり、そのような行動についての予見可能性をもたらず特段の事情に原判決は触れていないとし、予見可能性を否定した。監督過失は、冒頭にも述べたように、人に対する指揮監督等の不適切さが

過失に結びつく事態をいうが、監督者の過失責任は、死傷の結果発生に至る因果経過における直接の担当者の行動の意味づけ、法的な評価に依存する。

## 八

被告人の行為と結果との間に第三者の行為が介入する場合に、その第三者の行為の評価が被告人の刑事責任を左右する。それは、狭義の相当性における因果問題として、あるいは過失犯における予見可能性の対象としての結果に至る因果経過の問題として現れる。不適切な行為であれば、それはありがちな行為で一般的に予見可能な行為であり、不適切極まりない行為であれば、それは異常な行為で、一般的に予見不可能な行為と判断される。経験的に通常という判断は人間の行動に関する判断を媒介するがゆえに曖昧さを内包するものである。松宮孝明教授は、「本件が不作为犯である以上、一審が具体的予見可能性説を逸脱していないとしても、予見の対象が『不適切な行動』一般でよいかは疑問である。二審は『当直看護婦や夜警員が当然果たしてくれるものと予想されるような出火通報、非常口開扉及び新生児救出などの救出活動が現実に実行されないであろうという場合にまでも考慮に入れて火災発生に備えた対策を定めなければならないとまでいうのは行過ぎといわざるを得ない。』と述べている。そこには、「不適切な行動」の中にも予想できるものとそうでないものがあり、対策が義務づけられるのは前者に対してのみであるある、という考え方がある」と指摘される<sup>(40)</sup>。したがって、不適切な行動に関する評価がより説得的に判決において明示されることが不可欠である。大塚教授は、「結果阻止要因」の予見可能性の問題のうち、人的防火管理体制の有効性の項目で、本事件を分析され、「病院長の結果発生の子見可能性が認められるためには、出火後死傷結果発生にいたる因果経過の予見が可能であることが必要であるが、その際には、夜警員

や当直看護婦の行動の予測が問題となる。火災時の緊急状況の中では、冷静沈着な行動は必ずしも期待できないことは事実であるとしても、差し戻し後一審判決がいうように、警備会社から派遣された夜警員が『火事だ』と叫ぶことぐらいはできたはずであるし、日頃から上司看護婦から新生児の安全確保について指導されていた当直看護婦が、非常口の鍵を開けて新生児を搬出するぐらい可能なはずである。それは、職務上の最低限度の行為であり、訓練以前の問題と考えるべきである<sup>(41)</sup>、とされ、結果阻止要因（ここでは「不適切な行動」）の予見可能性を、したがって結果発生<sup>(42)</sup>の予見可能性を否定された。これに対して、井上祐司教授は、M看護婦の行動について、まず、高裁判決が「宿直看護婦が非常口の施錠と鍵の所在を知っていた事実と、上司看護婦の新生児の生命の安全確保が第一義務であることの日常の『訓諭』とから、産婦人科宿直看護婦として『非常口の開扉』と『新生児の救出』とは、具体的な行動準則が与えられていない場合でも、『誰から教えられなくても』（二六頁）『常時念頭におき』『自発的に身につけ』実行することが『職業人として自覚』があれば当然になすべき、かつ容易になしうる行動である」と述べていることを指摘した上で、「事後的にみれば確かに言われる如くである。しかし、突嗟の場合に人間の行動の基準となりうるのは、予め、火災に際しては、宿直者のうちの誰が開錠せよと具体的に指示されている場合のみであつて、一般的な上司看護婦の新生児の生命の安全についての精神的な『訓話』ではどうしようも動きがとれないのが緊急時におかれた人間の実相」であり、「就職後未だ五ヵ月という見習看護婦に対して火災に際してまず『非常口を開錠せよ』という行動を期待しようとするれば、宿直看護婦の火災時の行動準則としてそのことが明示的に与えられたことを必要とする」、したがって、「夜警員や宿直看護婦に対して何ら特定の行動の指示が予め与えられていない場合に期待しうるのは、まさに原審が認定したように『不適切な』行動でしかないとする方が説得力がある」とされ、予見可能性を肯定された<sup>(42)</sup>。

大塚教授は、M看護婦の行為につき、「非常口の鍵を開けて新生児を搬出するぐらい可能なはずである。それは、職務上の最低限度の行為であり、訓練以前の問題」とされるのに、井上教授は、「突嗟の場合に人間の行動の基準となりうるのは、予め、火災に際しては、宿直者のうちの誰が開錠せよと具体的に指示されている場合のみである」とされた。緊急時における人間の行動についての評価の差異が結果の予見可能性の認否の差異となっている。それは、過失犯が結果犯であり、われわれが事後的に結果回避のための措置を想定し、それを踏まえて結果の予見可能性を問う場合に、どのような結果回避措置までを法的判断の枠組みに入れるかという問題である。それに回答を与えるために理論化されたのが相当性判断の判断基底の問題であるが、それは、「客観的に予見可能な事情」や「行為当時一般人に認識・予見可能であった事情」という判断基準を示すのみであり、予見可能性の判断の前提として人間の行動について一般化・抽象化された基準を更に必要とする。S夜警員やM看護婦のとるべき行為については、病院長や事務長の具体的対策、行動準則の定立及び訓練の実施がなくても、職務上の最低限度の行為であり、当然に行うことが期待される行為であると考えるか、あるいは、緊急時の人間の突嗟の行動は、それが具体的に指示されてはじめて行うことができるものと考えるか、いずれを基準としてとるかである。そして、この問題の解明は、また、山口教授の「一般化された利用可能性」の問題、あるいは井田教授の「因果経過および結果発生の様相の抽象化」の問題の解決にとって不可避である。

#### 《注》

- (1) 三井誠「管理・監督過失をめぐる問題の所在——火災刑事事件を素材に——」刑法雑誌二八卷一号（一九八七年）十七頁以下、一八、二三、二四頁。佐藤文哉「監督過失——火災事故を素材に——」『刑法の基本判例』（一九八五年）四八頁は、監督過失を、「広義では、結果に対する第三者の過失の存否にかかわらず、注意義務の内容が被監督者を監督すべき義務があつて、その懈怠と結果過失の構造についての覚書（植田）

果との間に因果関係がある場合を総称する」と定義し、第三者の直接過失の存在を前提にするか否かにより、間接防止型と直接介入型の二つの類型を提示する。前者は、直接過失の存在を前提とし、直接行為者が直接過失を犯さないように監督すべきであったという監督上の注意義務の懈怠が直接過失を介して結果に結びついている場合であり、後者は、直接過失が加わっても加わらなくても、被監督者に一定の措置をとらせるべきであったという監督者としての注意義務の懈怠が結果と結びついている場合である。前田雅英「監督過失について」法曹時報四二卷二号(一九九〇年)五頁は、佐藤判事の「間接防止型」の監督過失が、三井教授の「監督過失」に相当し、「直接介入型」と物的な安全体制確立義務を併せたものが管理過失にほぼ相当するとして、さらに留意点として、「間接防止型の監督過失以外はいくまで自らの過失行為について直接刑事責任が問われるのであり、過失行為の競合の問題としての『監督過失』ではないという」点を指摘する。

(2) 酒井安行「管理・監督過失における実行行為―不作為犯なのか―」『刑事法学の新動向上巻 下村康生先生古稀祝賀』(一九九五年)所収、一〇三頁以下、一〇六頁。

(3) 井田良「過失犯の基礎理論」現代刑事法八号(一九九九年)七三頁は、「旧過失論が故意犯と過失犯とを完全にパラレルに理論構成しようとするのに対して、新過失論は、過失犯につき『プラスアルファ』を要求する。すなわち、行為者の立場におかれた一般人に遵守が要求される行動基準を想定し、それになつた態度をとるべき義務という意味での『客観的注意を払うべき義務』の違反を過失不法の要件とする。このような意味での注意義務は結果回避義務と呼ばれることがあるが、それはまさに過失犯特有の違法要素ということになる」と、両過失論の相違点示す。

(4) 井上祐司「監督者の刑事過失判例について」『刑事法学の諸相(上)』(一九八一年)所収、二七五頁以下、三〇九頁。

(5) 山口厚「過失犯論」『徹底討論 刑法理論の展望』(二〇〇〇年)所収、一八七頁以下、一九八頁。

(6) 平野龍一「刑法総論Ⅰ」(一九九二年)一九三頁。平野「過失犯の構造について」『犯罪論の諸問題(上) 総論』(一九八一年)所収九五頁は、「何かを『しなかった』ことではなく、違法な危険な行為を『した』ことが過失」であり、「そういう危険な行為をしていながら自分の行為は危険である、自分の行為から結果発生する危険が大きいということを認識したところにある」とし、また、同論文九八頁では、判例のいう「三〇キロに減速すべきであった」ということは、「三〇キロに減速すれば危険はなかったであろう、そして五〇キロで走ったということは危険な行為であった」ことを表現するものであり、この

「判例の表現をそのままヴェルツェルのように理論化して、まさに三〇キロで走るといふ基準行為に合致しないから過失行為だといふふうに考えますと、何が基準行為であるかが、具体的な状況で、結果発生と切り離して、抽象的に考えられる可能性が出てく」ることになり、「その基準行為というのは、交通法規そのものではないわな」として、實際上それに近くなる」と指摘する。しかし、平野「過失犯についての二、三の問題」『刑事法学の諸相（下）』（一九八三年）二九二頁以下、二九九、三〇〇頁では、「実質的危険によつて過失を認定するとしても、それは過失犯の構成要件上の限定に過ぎないと考えるべきであろう」、「さらにすすんで考えると、構成要件上の要素とすることにも疑問がないわけではない。それは、行為者がたまたま認識していた事実をもつて加えて考えなければならぬからである。……このように、客観的に判断されるのではなく、行為者が知っていた事情も含めて判断する場合に、違法要素だとするのは、客観的違法要素からすれば、一貫しないことになる。そうだとすれば、実質的危険も実は予見可能性であり、責任要素である主観的な本人の予見可能性という要素の有無を判断する場合の一つのプロセスにすぎないということになる」と旧過失論へ回帰を示している。

- (7) 前田、前掲論文五頁。さらに同論文七頁は、「もともと現実における犯罪行為は、ほとんどすべて、作為的要素と不作動的要素の混合したものといえよう。……通常の監督過失の場合には、不作動とすることが合理的なのである。最もよく問題になる『スプリンクラーを設置しなかったために焼死者が発生した事案』を考えると、そのような危険な場所に客を招き入れた作為というより、装置を設置しなかった不作動と構成する方が遙かに自然なのである」とする。

- (8) 神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」『刑事法学の総合的検討（上）』（一九九四年）四五頁以下。

- (9) 神山、前掲論文五九一六一頁。

- (10) 神山、前掲論文六一頁。

- (11) 神山、前掲論文六四頁。

- (12) このことは、監督過失を可能な限り作為犯として構成しようとする試みとして現れている。芝原邦爾「監督過失」芝原ほか『刑法理論の現代的展開 総論Ⅱ』（一九九〇年）九九頁以下、一〇二頁、松宮孝明『刑事過失論の研究』（一九八九年）二二九頁、林幹人「監督過失の基礎」同『刑法の現代的課題』（一九九一年）所収三三〇頁参照。

- (13) 山中敬一「因果関係（客観的帰属）」中山研一・米田泰邦編著『火災と刑事責任―管理者の過失処罰を中心に―』（一九九三年）

過失犯の構造についての覚書（植田）

六九頁以下、八四頁。

(14) 山中、前掲論文八五頁。

(15) 山中『刑法における因果関係と客観的帰属』（一九八四年）二六頁以下。

(16) 山中、前掲論文八九頁。

(17) 山中「過失犯における『予見可能性』と『実行行為』」阿部純二ほか編『刑法基本講座三卷「構成要件論」』（一九九四年）三〇頁以下、三一四頁。

(18) 大塚裕史「過失犯における実行行為の構造」『刑事法学の新動向上巻』（一九九五年）一五三頁以下、一六〇頁。

(19) 大塚、前掲論文一六一頁。

(20) 大塚、前掲論文一六五頁。

(21) 大塚、前掲論文一六五頁。

(22) 大塚、前掲論文一六八頁。

(23) 大塚、前掲論文一七一頁。

(24) 井上、前掲論文三〇九頁。

(25) 内藤謙『刑法総論講義（下）Ⅰ』（一九九一年）一一四一頁。

(26) 山口厚『問題探求刑法総論』（一九九八年）一六一、一六二頁。

(27) 井上祐司『因果関係と刑事過失』（一九七九年）二七頁は、仮説的因果を、過失犯において、ある義務違反的行為によって結果を生ぜしめたが、しかし、状況上義務適合的な態度をとったとしても同様に結果を生じたであろう場合の因果関係であると規定し、「作為の消去法はやはり現実的判断といつてよく、……仮説的因果の問題は、因果関係は存在するが注意義務がない場合と考えるべきであろう」、「仮説的因果の場合は条件関係をこえて原因Ⅱ結果関係さえ成立しているが、責任連関としての結果の予見が欠けるのである」という。ただ、「この関係の諸判例がすべてこのような意味で予見不可能な場合であるといつてよいかは具体的に検討する余地がある」と付言する。

(28) 山口、前掲書、一八、一九頁。



- (29) 山口、前掲書、二七頁。
- (30) 前田雅英『刑法の基礎』(一九九三年)一一〇頁。
- (31) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(一九九五年)七九頁以下、八九―九五頁。
- (32) 拙稿「過失犯における因果關係について」『中山研一先生古稀祝賀論文集(第三卷)』(一九九七年)一三三頁以下、一三三―一三三頁。
- (33) 刑集四二卷五号八三八頁。
- (34) 刑集四二卷五号八二七、八二八頁。
- (35) 山口厚『刑法総論』(二〇〇一年)六〇頁。
- (36) 判例時報九七一号一三六頁。
- (37) 判例時報九七一号一三七頁。
- (38) 判例時報九七一号一三八頁。
- (39) 判例時報九九四号一三一、一三二頁。
- (40) 松宮孝明「白石中央病院火災事件判決について」刑法雜誌二八卷一号(一九八七年)四六頁以下、五五頁。なお、松宮「火災事件と管理・監督過失」立命館法学二一八号(一九九一年)四三三頁以下、四四九頁注9で、防火管理責任が問題となる事例についての不作為犯的構成に關して見解の変更がある。
- (41) 大塚裕史「予見可能性」中山研一・米田泰邦編著『火災と刑事責任―管理者の過失処罰を中心に―』(一九九三年)一一七頁以下、一三八頁。
- (42) 井上祐司「『監督過失』と信賴の原則―札幌白石中央病院火災事故に關連して―」法政研究四九卷一―三号(一九八三年)二七頁以下、四七、四八頁。