

予見可能性と結果回避義務との連動性

日 下 和 人

- 一 はじめに
- 二 危惧感説が緩和した要素
 - 1 具体的予見の困難な場面
 - 2 具体性・蓋然性・認識容易性
- 三 予見可能性と結果回避義務との連動性
- 四 裁判例
 - 1 森永ドライミルク中毒事件
 - 2 薬害AIDS事件帝京大ルート第1審判決
- 五 学説
 - 1 本稿の欲する具体例
 - 2 藤木英雄博士の具体例・説明方法
 - 3 井田良教授の具体例・説明方法
 - 4 林幹人教授の具体例・説明方法
 - 5 山口厚教授の見解
- 六 程度の連動性
 - 1 藤木説の幻術性
 - 2 負担と連動させるべき対象
 - 3 備えといえば負担
 - 4 刑罰根拠と負担との関係
 - 5 許された危険の法理に潜む「確率」「負担」
 - 6 「軽い」負担・「重い」負担
- 七 具体的事案との関係

- 1 葉害AIDS事件帝京大ルート
- 2 森永ドライミルク中毒事件
- 3 ビル火災

八 結 び

一 はじめに

危惧感説(新々過失論・今日的過失論)は、藤木英雄博士により主張された見解である。危惧感説は、予見可能性要件を緩和した見解として理解されており、従来、この側面ばかりが強調されて紹介されてきた。そのためもあって、今日あまり支持を得ていない。しかし、藤木英雄博士は、予見可能性要件の緩和だけを主張したわけではない。以下の3点を、一体のものとして主張したのである。

- ①《心理的要件》危惧感だけでも、過失犯が成立する場面がある。⁽¹⁾
- ②《対象》過程や結果は、特定された形で予見可能でなくてもよい。⁽²⁾
- ③《連動性》予見可能性が低いときは、結果回避義務は軽減される。⁽³⁾

①のみが強調されたため、危惧感説は、“不注意と結果との心理的連関が希薄である場合にまで過失を認めることになる”と批判され続けて来た。すなわち、危惧感説を批判するにあたっては、①を否定することに主眼が置かれた。そのため、①を導くための土台となる③については、“①を導くことになりかねないから、③は不当である”という形の批判で済まされている。⁽⁴⁾ その一方で、①の具体的展開とも言い得る②については、危惧感説特有の主張とは考えられていない。

危惧感説は、「③→①→②」という展開構造を持つと評価することもできる。そのように評価すると、③こそ危惧感説の源ということになる。⁽⁵⁾ 導かれたものの中に不当なもの(①)が一部混在しているからといって、源(③)まで全面的に不当と断じるなら、それは、やや性急な論の運び方である。

本稿は、③に焦点をあてて、そのふさわしい適用場面を探索する。

旧過失論を採るか新過失論を採るかに関係なく、③は肯定し得ると考える⁽⁶⁾。ただし、③が適用できる場面はかなり限定される。それは、結果発生確率の高低が、予見可能性の程度に反映される場面であり、軽減されるのは、結果回避準備の負担にすぎない。

なお、本稿において、連動性を問題とする際には、責任主義を充たす程度に不注意と結果との心理的な結び付きはすでに存在していることを前提として考えることとする。両者の心理的な結び付きが肯定される範囲において、連動性を考えることとする⁽⁷⁾。

二 危惧感説が緩和した要素

危惧感説は、具体的予見可能性説と対置される。そして、危惧感説は、“具体的に予見が可能でない場合にまで過失責任を肯定する見解”として批判される。

1 具体的予見の困難な場面

では、「具体的に予見することが困難な場合」とは、どのような場合であろうか。困難な場合として、3つの類型が既に指摘されている。

- A 《対象の抽象性》 因果経過や結果の生じる客体を、曖昧な形であれば予見できる。しかし、個別的に特定した形では、予見できない。
- B 《蓋然性の低さ》 結果の発生を予見することはできる。しかし、その結果が発生する蓋然性については、低い確率（“滅多に起きない”という形）でしか認識し得ない。
- C 《認識の困難性》 結果を予見することは、最高度の注意を払えば、辛うじて可能かもしれない。しかし、現実の行為者にとっては、可能ではあっても容易とは言えない。

従来から、これら3つの区別は、明確に意識されてきた。にも拘らず、C

を念頭に置いて作られた論理で、AやBも説明しようという試みが繰り返されてきた。「危惧感」とは、認識であって認識可能性ではない。危惧感説は、AやBを念頭に置いている。Cを念頭には置いていない。そして、公害・薬害・食品事故で問題となるのは、AやBである。

すなわち、これらの類型では、どれだけ注意を集中しようとも、因果経過を個別的に特定することはできない。どれだけ精神を緊張させようとも、高い確率を認識することはできない。注意した場合の認識レベルとそうでない場合の認識レベルとの間に、それほど差がない。

このような類型では、むしろ、因果経過・客体を特定できない被害結果(A)や低い確率で生じる被害結果(B)を認識したあとで、どのような対応策を講じるべきかが問題となる。予見できたかよりも、何をすべきか(内容)、どこまですべきか(程度)こそが、問題となる。

2 具体性・蓋然性・認識容易性

対象の具体性・個別性(A)に応じて、認識可能性の程度(C)が決まる。通常、対象を曖昧にするほど、認識可能性の程度は高くなる。【北大電気メス事件⁽⁸⁾】を例にとると、この事件では、「下腿部に熱傷が生じる結果」の予見は困難である。しかし、「身体のどこかに外傷が生じる結果」の予見はそれほど困難ではない。

また、認識対象(A)の内容が具体的であるほど、確率(B)は低くなる。「電極板に大電流」が発生することは、「滅多にない」としか思えないであろう。「どこかに熱が発生」することなら「稀にはある」と考えるのが通常であろう。

Aは、因果経過や結果について問題とされる。Bは、結果について議論される。Cは、予兆や結果について吟味される。とはいえ、A、B、Cは、予兆、因果経過、結果のすべてについて、問題となり得る。

すなわち、次頁に示すように、3×3の表を作成して9個の欄を補うこと

	A 《具体性》	B 《確率・蓋然性》	C 《認識の容易性》
I 〔予兆〕 危険状況	誤接続 利き弱い 普段と違う		実際に気付き 気付き容易 気付き困難
II 〔因果経過〕 機序 メカニズム	極板大電流 異常回路形成 熱発生	時々ある 稀にある 滅多にない 測定限界未満	実際に認識 認識は容易 認識は困難
III 〔結果〕	下腿部熱傷 装着部外傷 身体を損傷	時々ある 稀にある 滅多にない 測定限界未満	実際に予見 予見容易 予見困難

〈表の説明〉 各欄の要素は、論理的には、それぞれ独立である。例えば、II段目においては、 $3 \times 4 \times 3 = 36$ の組み合わせがあり得る。
 ただ、本文中で述べたように、AとBとの間や、AとCの間には、事案によっては相関性が認められる場合がある。

ができる。【北大電気メス事件】の認定事実を参考にすると、8個までは補⁽⁹⁾うことができる。

通常、認識の到達点（A列）の抽象性が高いほど、確率（B列）は比較的高くなり、認識は容易（C列）になる。ただし、その高まった確率自体が、絶対的には未だ低い場合もある。「身体のどこかに何らかの生理的障害が生じるかもしれない」という認識は、最大限に抽象的であるが、その発生確率は依然としてなおも低いのである。想定範囲を最大限に広く取っても、なお、低度の確率しか認識できない場合は他にもある。例えば、ビル火災事例、薬害AIDS事件は、認識対象をどれだけ抽象化しても、認識可能な結果発生確率が低いケースである。たとえ、A列において具体性を不要とする見解に立っても、なおB列において確率の低さを問題とすることになる。

危惧感説が、予見可能性要件を緩和したのは、A列、B列についてである。「危惧感」が“漠然とした結果の認識”を意味するのであれば、“認識”なのだから、C列については全く緩和していないことになる。危惧感とは、漠然とした結果の認識（A）、低い結果発生確率の認識（B）である。認識の困難さ（C）ではない。

例えば、【サリドマイド薬禍】については、主としてⅡAの緩和を主張している。“ⅠA(動物実験)が、ⅢA(胎児への影響)を不明確ながらも示唆する形で、認識されている場合は、ⅡA(サリドマイドの作用機序)は特定されていなくても過失を肯定できる”というのが危惧感説の主張である。

公害事案については、さらにⅢBの緩和も主張している。すなわち、危惧感説は、“わずかの負担で被害結果を回避できるのであれば、ⅢB(疾病を発生させる蓋然性)は低度の蓋然性であっても過失を肯定できる”と考えるのである。

では、A列やB列の要素が希薄であるという意味で、予見可能性が低度であるときには、結果回避義務は軽減されているのであろうか。

【サリドマイド薬禍】では、販売停止が要求されるから、軽い負担とは言えない。

【森永ヒ素ミルク事件】では、「規格外の薬品を注文しないこと」、「毎回の全品化学検査」が裁判上要求されている。これらも軽い負担かどうかは疑わしい。

「《連動性》予見可能性が低いときは、結果回避義務は軽減される」という基準は万能ではないようである。その適用範囲は狭い。このルールを適切に適用するためには、「予見可能性が低い」「軽減された結果回避義務」の意味を限定する必要があるであろう。

「低い」「軽い」の意味を、節を改めて少しずつ探していきたい。

三 予見可能性と結果回避義務との連動性

予見可能性と結果回避義務との関係については、まず、㊦その連動性を否定して、それぞれ独立の要件であると捉える見解を挙げることができる。予見可能性は、結果回避義務の前提にすぎず、前者の高低が後者の内容に影響することはないとする考え方である。次に、連動性を肯定するとしても、何が影響するのかに応じて2つの見解があり得る。一つは、㊧予見し得る対象

（認識の到達点）の具体的内容に応じて、結果回避義務（要求される結果回避措置）の内容が決まる〔内容の連動性⁽¹⁰⁾〕とする考え方である。もう一つは、㊦予見可能性が高いときには、結果回避措置は負担の重いものとなり、予見可能性が低いときには、結果回避措置は負担の軽いものになる〔程度の連動性⁽¹¹⁾〕という考え方である。

- ㊦《前提／連動性否定》予見可能性があるときに限って、結果回避義務が問題となる。
- ㊧《内容連動／質的連動》予見可能性の内容に応じて、結果回避義務の内容も決まる。結果回避義務の内容を決めるために、予見可能性の内容を資料として用いる。
- ㊨《程度連動／量的連動》予見可能性が低いときには、結果回避義務の負担は軽減される。

これら3つは、両立が困難（㊦と㊧は矛盾、㊦と㊨も矛盾）なので、見解の対立と捉えることもできる。しかし、むしろ関心のグレード（ステップ、レベル、ランク）と捉えた方が適切であるとも思われる。危険状況に接した者は、（1）何かすべきか（対策の必要性）→（2）何をすべきか（対策の内容）→（3）そこまですべきか（対策の程度）、という順序で考える。そうだとすれば、（1）に関心がある初期段階では、被害結果の認識可能性（㊦）がまず問題となるであろう。おぼろげながらも認識可能な場合には、関心は（2）へと動き、具体的な回避措置（㊧）が問題となる。そして、有効な回避措置が見つかった場合には、関心は（3）に動き、果たしてそこまでの負担を耐え忍ぶほどの事態かどうか（㊨）が問題となる。このように、㊦㊧㊨は、対策の端緒、発見、吟味という各段階に応じて、別々に作用すると考え得る。

さらに、段階ごとに、参照される要素は異なる。第二節の3×3表を用いると、

(1) 対策が必要かどうかを考えるにあたっては、認識の容易性(C列)が参照されるであろう。この段階では、認識の対象は抽象的(A列)でも構わない。

(2) また、具体的措置の内容を考えるにあたっては、認識の対象(A列)が参照される。I Aが具体的でII Aが曖昧な場合は、原因を取り除くことが措置の内容となりやすい。⁽¹²⁾ III Aが漠然としている場合には、広範囲にわたって防御を施すことも、⁽¹³⁾ 措置の内容として付け加えられるであろう。

(3) ただ、有効な措置があまりにも負担の重いものである場合には、蓋然性(B列)を参照することになる。滅多に実現しない危険に対して、最高度の備えを要求することは現実的ではない。

以上をまとめると、次のような対応関係が導かれる。

考慮段階	参照欄	連動性
(1) 何かすべきか?	C 認識の容易性	㊦不連動
(2) 何をすべきか?	A 対象の具体性	㊧内容連動
(3) そこまですべきか?	B 確率・蓋然性	㊨程度連動

程度連動を認め得るのは、確率や蓋然性が問題となる場合である(Bは㊨と関連)。それゆえ、㊨の一文は、「結果を予見できるにしても、その結果発生確率を低い程度でしか認識できない場合には、結果回避義務は軽減される」と言い直すことになる。

認識が可能である場合には、それが容易であろうとやや困難であろうと、結果回避措置は変化しないであろう(Cは㊦と無縁)。認識される対象が同一である以上は、求められる措置は変化しないはずである。認識の容易性は、過失(注意義務違反)の軽重に反映されるだけである。⁽¹⁴⁾

また、認識の到達点たる予見対象の具体性が、結果回避措置という負担を重くするとは思えない(Aは㊧と無縁)。機序(メカニズム)⁽¹⁵⁾や客体が明確に分かっているときには、むしろ介入範囲・保護範囲は狭くなるので、負担は逆に軽くなる。⁽¹⁶⁾

程度の連動性（㊟）が適用されるのは、確率の低さ（B）ゆえに予見可能性の程度が低い場合に限られる。ただ、このように限定しても、まだ、この原則は万能ではない。さらなる限定が必要である。

どのように万能でないのかを具体的に知るために、ここで、裁判例と学説とを俯瞰することにする。

四 裁判例

程度の連動性について触れていると判断し得る裁判例としては、森永ドライミルク中毒事件差戻後第1審判決⁽¹⁷⁾と薬害AIDS事件帝京大ルート判決⁽¹⁸⁾とがある。

まず、程度の連動性に関して述べられているとも理解できる箇所を、それぞれ引用する。

【森永ドライミルク中毒事件】

「もっとも、具体的に結果発生の可能性が予見できるような場合は重い結果発生義務を負担させられ、一般的な危惧感があるにとどまるときは結果回避義務も軽いものととどめるのが相当であるといえる。しかし、一方ではその危険が具体化したときに予想される実害の質的な重大性の程度が考慮されるべきであって、万一にも発生する被害が特に重大なものであるとき（例えば本件のごとき広範囲、多数人の砒素中毒事故）には、結果回避義務の負担は加重されざるを得ない。要するに、結果回避義務は具体的には

（イ）予想される危険の蓋然性、（ロ）予想される危険の重大性、（ハ）その他の事情などを考慮し、危険防止の責任をどこまで行為者に負担させるのが妥当であるかが判定されなければならない。」⁽¹⁹⁾

【薬害AIDS事件帝京大ルート判決】

「被告人は、…結果発生⁽²⁰⁾の危険はあるが、その可能性は低い…と判断したものと認められる」。

「結果発生の予見可能性はあったが、その程度は低いものであったと認められる。このような予見可能性の程度を前提として、被告人に結果回避義務違反があったと評されるか否かが本件の帰趨を決することになる。⁽²¹⁾」

「刑事責任が認められるのは、通常の血友病専門医が本件当時の立場に置かれれば、およそそのような判断はしないはずであるのに、利益に比して危険が大きい医療行為を選択してしまった場合であると考えられる。⁽²²⁾」

1 森永ドライミルク中毒事件

森永ドライミルク事件差戻後第1審判決は、原則としては、程度の連動性を肯定している。しかし、予想される被害が特に重大な場合は、この原則は維持されないとしている。実質的にみると、この裁判例は、程度の連動性という基準が万能ではないことを示した判決とも評価できる。とはいえ、結果回避義務を決定する際、確率の低さが、結果回避義務を軽減する方向に作用すること自体は認めている。

裁判所は、「有毒物混入の危惧感は取立てていうほど具体的ではなかった」と認めている。それゆえ、結果回避義務は、原則としては、かなり軽いものを設定してしかるべきである。しかし、生産量の多さ、販売地域の広さ、乳児対象商品であることに加えて、消費者に対する保証者的立場をも考慮して、規格品発注の注意義務を製造課長に課している。

かような論の運びからすると、裁判所は、規格品発注を、“軽い”負担とは考えていないようである。ただ、保証者的立場を強く考慮するなら、必ずしも「負担は加重されざるを得ない」とまで述べる必要はないとも言い得る。第2リン酸ソーダの使用を認めること自体、かなり譲歩した負担と評価することもなお可能だからである。粉乳製造については、次のように理想が割り引かれていく過程を考慮することができる。⁽²³⁾

㉓古い牛乳を一切使うな。

㉔遠くの牧場からも広く集乳して大量生産しないと採算が取れないとい

うのなら、せめて冷蔵して運搬せよ。

- ◎保冷運送が非現実的というのなら、せめて運搬中に原料乳の酸度が上がらないように安全な工夫をせよ。ただし、過酸化水素水の添加は安全ではない。
- ④酸度を上げないための工夫も困難というのなら、せめて可溶性を保つための添加物（安定剤）は安全確認のとれている規格品にせよ。
- ◎規格品発注の必要性も思い至らぬというのなら、せめて納入品については、全容器について化学検査をせよ。それだけの設備も有していた。
- ④全回全容器検査が非現実的というのなら、せめて初回納入時については、その安全性を確認せよ。

裁判所としては、④◎まで負担を割り引いている。3段階も譲歩しているとも、評価し得るのである。ただ、「④と比べれば軽くない」という言い方も十分に可能である。そうだとすれば、比較を経由しないで「重い」「軽い」を決し得るような基準が、欲しいところである。

2 薬害AIDS事件帝京大ルート第1審判決

この判決は、低い「予見可能性の程度を前提として」、結果回避義務違反の有無を検討するという判断手順を明言している。それゆえ、一見すると、程度の連動性を肯定したものとも把握できる。

しかし、本判決では、低い予見可能性に対応する結果回避義務の内容を具体的には設定していない。治療方針の変更を、結果回避義務として課しえるかを直接問題としている。例えば、注意義務はせいぜい“非加熱製剤のリスクを検討した文献の内容を医局員に教示すること”位に留まるから、“治療方針の変更”はそれを越え、注意義務として課しえない、という言い方はしていない。正面から、非加熱製剤の投与が治療として適切かを問題としている。

従って、この裁判例は、内容の連動性を扱ったものである。“確率が低い以上、手を抜いてよい”(程度の連動性)とは、一言も述べていない。“確率が低い以上、医学判断は一義的ではない”(内容の連動性)という趣旨が述べられている。

しかも、判例が採用した基準は、危険行為に関してリスクとベネフィットとを衡量する方法である。回避措置に関してコストとベネフィット(=リスクの削減)とを衡量する方法ではない。低い危険(確率)を、不確実性と捉えて、有用性を放棄させるに足るものではなかったとしている。低い危険(確率)を、保護の負担を高めてしまう要素⁽²⁴⁾と捉えて、“手を抜くのも致し方ない”とは言っていない。

内容の連動性(「何をすべきか」)は、程度の連動性(「そこまですべきか」)よりも、先行して判断される。内容の連動性を検討する段階で、無罪の結論が導かれている。それゆえ、この判決では、程度の連動性は問題とされていない。

〔小括〕両裁判例とも、程度の連動性という基準を言葉の上では指摘しておきながら、実際には、そのままの形では、この基準を適用していない。

五 学 説

学説は、内容の連動性(第三節④)になら、関心を寄せている。しかし、程度の連動性(⑤)には、あまり関心を寄せていない。

さらに、程度の連動性に関心を寄せている見解も、具体例の挙げ方やその説明方法が一定していない。そこで、各見解の挙げる具体例を掲げつつ、学説を俯瞰することにする。

1 本稿の欲する具体例

本稿の狙いは、「低い確率でしか結果発生を認識できない場合には、結果

回避義務の負担は軽くなる」と主張する点にある。この主張に適う具体例は、次のようなものである。

【設例0】 飛出に対応する負担は、走行区域ごとの飛出発生頻度に応じて変化する。

昼の校門前では、誰も見かけなくても、一旦停止するべきである。

通学路では、徐行すればよい。

劇場や遊戯施設付近の道路では、注視を強化しつつ減速すればよい。

市街地の道路では、減速を緩めてよい。

幅の広い優先道路では、制限速度上限で走行してよい。

ただ、このように低い結果発生確率を根拠として、正面から「手抜き」を肯定する論者は見当たらない。藤木教授は、類似の事例について、“危険を防止する責任の一部は歩行者に負わせることができ、その分だけ運転手の負担が軽減される”と説明する。そして、負担軽減を潔く「手抜き」と表現して、軽減を肯定する⁽²⁵⁾。井田良教授は、類似の事例について、確率の低さを直接の根拠として、負担の軽減を肯定する。しかし、その狙いは、“負担はゼロにはならない”という点にある⁽²⁶⁾。“手抜き”を認める点にはない。

林幹人教授の挙げる具体例は、上の設例とは異なる。山口教授は、具体例を特に挙げない。ただ、「徐行」を義務付けた判例に関する記述で、「一時停止」までは義務付けていないという指摘が見られる⁽²⁷⁾。林教授・山口教授の関心は、“危険をゼロにすることまでは求められない”とする点にある。それと比べて、藤木教授・井田教授の関心は、行為者に課せられる負担にある。

順に、紹介しつつ検討する。

2 藤木英雄博士の具体例・説明方法

程度の連動性は、藤木博士の提唱によるものである。しかし、その藤木博士ですら、いざ具体例を挙げて、結果回避義務を軽減する際には、確率の低さを真の根拠とはしていない。

⁽²⁸⁾
【設例1】「…運転者は、露地や軒先から道路に立ち入る者が、一応左右を見回し、自動車の接近のないことを確かめてから横断するなり歩行を開始するものと期待し、あるいは、横断歩道でない地点で交通頻繁な道路を敢えて横断しようとする者がいないものと期待することが許されよう。しかし、歩行者の中には、成年者でも、しばしば他の事に頭を占められ、不注意に行動する者もあり、また年少者・老人については、その危険がさらに顕著であるから、歩行者らが、自動車の進行に気付かず不用意に進路前面に進入してくるおそれが相当程度蓋然的に予想されるような場所、たとえば学校・幼稚園や劇場付近を通行する場合、商店街を通過する場合あるいは停留所に停車中のバスの側方を通行する場合には、運転者側に、事故回避のため重い責任を負担させることもやむを得ない。」(太字筆者)

藤木博士は、信頼の原則を根拠として、結果回避義務の負担を軽減する。今日的過失論(危惧感説)を継承した板倉博士の表現を拝借すれば、危険を防止する負担の合理的分配を根拠として軽減するのである。すなわち、運転者の負担と歩行者の自衛負担との総和(保護の負担)は一定と考えた上で、“後者の発生する分だけ前者が軽減する”と考えるのである。

この考え方(保護負担一定)からは、歩行者に自衛を求めることができない場合には、運転手の負担は全く軽減されないことになる。かような思考方法(自衛不能→負担不軽減)は、森永ドライミルク事件への論評に应用されている。すなわち、製品の安全を保証する立場にある食品販売業者は、消費者に自衛を求めることはできないから、業者の負担は全く軽減されないことになる。たとえ、事故の発生確率が低くても、負担は軽減されない。

藤木説では、確率の低さだけでは、直接負担軽減を導くことはできない。例えば、飛び出しについては、次のような論の運びとなる。飛出しの発生確率が低いと予想される場所では、運転者が飛出しのないことを期待して信頼することが許される。信頼が許されてはじめて、歩行者に自衛を負担させる

ことが可能となる。そして、運転者の負担が軽減される。「低確率→信頼可→歩行者自衛負担→運転者負担軽減」というように展開されてはじめて、程度の連動性が肯定されるのである。信頼の合理性に媒介されつつ、自衛負担を經由しなければならない。

医療、医薬品、食品、建設、旅客輸送の分野における事故では、被害者に自衛を求めることはできない。それゆえ、程度の連動性は、機能しないことになる。具体例の豊富な著作『刑法各論』（1972）においてすら、行為者の負担を軽減した事例が殆ど見当たらないのは、このような理由によるものと思われる。⁽³⁰⁾

藤木説では、個人レベルの手抜きは認めるが、総和レベルでの保護（行為者による保護+自衛による保護）を割り引くことは認めないのである。その結果、行為者以外に負担を課すべき者を探し当てない限り、行為者の負担は重いまま残ることになる。

とはいえ、藤木博士の著作中には、予想される確率の低さゆえに、情報収集の負担を軽減する具体例なら存在する。

⁽³¹⁾
【設例 2】「日本の近海でとれる魚と似ているからといって、ろくに毒性試験をしないでそのまま食べてよいかどうか、はなはだ危険な話である。…しかし、たとえば、普通食べなれた魚とよく似ている魚だったのであれば、ネコ実験程度で食べてもよいということになるであろうし、今まで例のない魚だったのであれば、サル実験ぐらいまではすべきだ、ということになるであろう。」（太字筆者）

情報収集は、結果回避措置とは言い難い。しかし、行為者から見れば、情報収集であろうと、危険を減少させる措置であろうと、危険事態に対して備える負担であることに変わりはない。“危険事態が観念的に小さな可能性として想定されるとき、危険事態に先立ってなすべきことは何か”という点に、藤木博士は強く着目している。“備え”に着目している。

それゆえ、「概念上の混同⁽³²⁾」があると批判されようが、『調査しない』ことはこれ自体が過失行為ではない⁽³³⁾と批判されようが、情報収集を、結果回避義務という「負担」の中に組み込むのである。

〔小括・検討〕 藤木説では、負担を分かち合う者を見出せない限り、行為者の結果回避義務は軽減されない。これでは、“低確率”という事情が、信頼の原則の中に埋没してしまっている。しかし、低確率という事情には、信頼の原則には解消しきれない内容が潜んでいるはずである。

3 井田良教授の具体例・説明方法

井田教授は、低い確率と「弱い」結果回避義務とを直接対応させることを認める。信頼の原則（負担の分配）を経由させることなく、両者を直接結び付ける。

それは、次のような具体例においてである。

【設例3】⁽³⁴⁾ 「低い程度の見込み可能性に対しては弱い結果回避義務が対応する」。「たとえば、高速道路を走る際に、前方をまったく注視していなかったところ、たまたま酩酊して高速道路に入り込みそこで横たわっていた人をひいて死亡させてしまったとしよう。高速道路を運転するときに道路上に酩酊した人が横たわっている可能性は高いものではあり得ないであろう。それにもかかわらず前方を注視して運転をコントロールすることを義務付ける前提としては、『路上に人がいること』の可能性はかなり低いものであっても差し支えない」。(太字筆者)

この設例は、程度の連動性を肯定している。しかし、井田教授にとって重要なのは、「見込み可能性の結果回避義務関連性⁽³⁵⁾」である。両者が関連していれば、必ずしもその関連性は、程度の連動性である必要はない。そして、結果回避義務は、低い確率に対応させるのにふさわしいものであれば足りる。“ふさわしいものは、負担が「弱い」ものであるとは限らない。”井田教授が

別に提示する具体例とその説明を読むと、そのような疑問を抱く。それは、次のような設例である。

【設例4】⁽³⁶⁾「ホテル、デパート、病院などにおいて何らかの原因で大規模な火災が発生したとき、消火・避難誘導等の義務履行にあたって不注意であった者を指導、監督する立場にある者の監督上の落度（監督過失）を理由として、または、火災による死傷との間に因果関係のある人的・物的な防火管理体制（たとえば、防火シャッターなどの防火設備、スプリンクラーや消火器などの消火設備、非常階段などの避難設備、火災報知器など）の不備について管理責任を負う者の落度（管理責任）を理由として、業務上過失致死罪の成立を認め得るかどうかが問題となることが多い。そこでは、火災の発生の可能性はそれ自体としてはかなり低いことがある。」

「…ここでは万一の事態に対処することが要求される形の注意義務が問題となっていることから、それを課すために要求される予見可能性の程度はかなり低いものであってよいと考えてはじめて、過失処罰の要件としての予見可能性は肯定されるのである。」（太字原文のまま。下線筆者。）

出火の確率はかなり低い以上、それに対応するのは、「弱い」結果回避義務のはずである。果たして、防火・消火・避難・感知設備の管理は、それほど負担の軽いものであろうか。特に、スプリンクラーが設置されていない場面では、組織の意向に反してまで高額の予算を進言したり、設置を隠密に強行したりすることは、⁽³⁷⁾行うに難い。それらが、「弱い」注意義務であるとは、到底思えない。とはいえ、これらは組織内部・業界内部の都合であり、外部の者に主張できる筋合いのものではない。もし、主張できない以上は、一切考慮しないというのなら、「弱い」負担であるとも強弁できる。いずれにせよ、「弱い」負担とは何かを考えると、事実と規範との乖離を刺激してしまい、紛糾を招く。

そこで、逆に「強い」結果回避義務とは何かを考えることにする。井田教授は、「直ちに中止する」こと⁽³⁸⁾を「強い」義務の一例として挙げる。中止は、見方によって、強い負担とも、弱い負担とも評価できる。中止してしまえば、制御の負担から解放される。中止に、特別の知恵は要らない。中止は、工夫を要しないので、誰にでもできる。認知的負担に重点を置くと、中止は、最も「軽い」結果回避義務とも評価できる。しかし、自由な試みへの干渉、有用性の阻害、危険が顕在化する前の早期介入と捉えれば、最も「強い」義務であろう。

井田教授が、「重い」「軽い」ではなく「強い」「弱い」という表現を選んだのは、行為者が実際になすことになる労務よりも、法が回避を要請する度合いに、程度の指標を求めたからかもしれない。

〔検討〕 低い確率に対して、弱い結果回避義務を対応させることは、合理的である。しかし、「弱い」とは何か、問題として残る。前方注視（【設例3】）と防火管理体制の確立（【設例4】）とが、同程度に「弱い」負担であるとは、到底思えない。もしも、有用性を阻害するようなもの（徐行、操業停止）でなければ、すべて「弱い」負担であると考えるのであれば、それは、肌理の細かさに欠ける。

4 林幹人教授の具体例・説明方法

林教授によれば、「許された危険の内容を結果回避義務という概念であらわすことはなんらさしつかえないことである」⁽³⁹⁾。そして、「許されない程度の危険」は構成要件要素として位置づけられる。注意義務の内容は、危険の程度を許される程度にまで減少させる義務（危険減少義務）である。

ただ、「許される程度」は、行為に伴う有用性の程度に応じて変動する。それゆえ、有用性が高い場合は、許される危険の上限も高くなる。その結果、有用性が高い場合は、より危険な行為を試みる事が許されることにな

る。裏から見れば、有用性がわずかでもあれば、危険をゼロにすることは求められないことになる。すなわち、最高の結果回避措置は、必ずしも求められない。

【設例 5】⁽⁴⁰⁾「…許された危険の法理に対しては、交通秩序を人命よりも重視するものだというような批判がなされている。たしかに、人の生命は何にも代えがたい価値をもっている。それ故、人命に対する危険が高度であるような場合、たとえば、狭い道で雨が降っていたような場合には、前方に自転車が走っていたときには、追越を差し控えるような行為まで義務づけられることもありうる。しかし、人命に対する危険がきわめて小さいとき、たとえば、広い道で、適切な間隔をとり、スピードを緩めていつでも急ブレーキを踏むことができるようにした場合には、自動車によって早く目的地に達するために、前方の自転車を追い越すことが許される。」（太字筆者）

雨天狭道走行時と晴天広道走行時とで、結果回避義務の内容が変化している。一見すると、程度の連動性を認めている設例のようにも見える。しかし、それは、林説の反射的效果にすぎない。この見解の中に、程度の連動性を読み込むことは、不可能ではないが、不適切である。「有用性→許される危険の法理→危険ゼロまでの制御は不要→最高の結果回避措置は不要→負担の軽減」という展開は、「低確率→負担の軽減」という展開とは、全く異なる。異なる点は、次の5点にまとめられる。

- (1) 林教授の狙いは、最高度の結果回避措置は不要であると主張する点にある。結果回避義務の程度と何かとを比例させる点にはない。
- (2) 林説が関心を寄せる危険は、制御措置を施した後に残存する危険（制御後危険）である。⁽⁴¹⁾ 制御する前から予め存在する危険（制御前危険）ではない。
- (3) 林説から反射的に導かれる帰結は、「制御前危険の程度が高いほど、より大きく危険を減少させることが求められる」という制御前危険と危

危険減少幅との比例関係である。「予見可能性の程度と結果回避義務の負担との比例関係」ではない。

(4) それゆえ、林教授が注目しているのは、客観的外部的な確率（危険）の大小である。行為者に認識された確率（危険）の程度ではない。林説に従えば、通常人にとっての認識可能な客観的危険によって、結果回避義務の限定をなすことができる。

(5) さらに、林教授のいう結果回避義務は、（許される程度にまで）危険減少をもたらすものでなければならない。それゆえ、「負担」に対する配慮がやや乏しい。

この見解からは、「最善の措置は負担があまりにも大きいので、危険減少幅の小さい次善の措置で妥協するしかない」という考え方は導かれぬ。すなわち、「許される程度にまで危険を減少させる措置はあまりにも負担が重過ぎるので、許されない程度にまでしか危険を減少させない負担の軽い次善措置で操業を認めるしかない」という発想は決して出て来ない。もっとも、“負担が重い場合は、許される危険の上限は高くなる”と考えるのであれば、⁽⁴²⁾別である。

〔検討〕 林教授の見解は、許された危険の法理を用いる点で、一見すると曖昧さを残す見解のように見える。しかし、制御後危険を問題とし、行為者の負担や認識・認識可能性を問題としない点では、客観的な要素のみで、結果回避義務を限定する見解である。

この説には、制御前危険の低さを結果回避義務の程度に比例させようとする観点はない。そのため、例えば、10万分の1の危険しかないのに、“たとえ10万分の1でも、それは許されない危険である”という評価を受けると予想される場合は、もはや行為を差し控えるしかない。既に微小な危険をさらに極微なものにするためには、大きな手間と費用とを要するからである。⁽⁴³⁾

5 山口厚教授の見解

山口教授も、林教授と同様に、結果回避義務を危険減少義務と捉え、それを構成要件段階に位置づける。山口教授によれば、結果回避義務は「構成要件該当行為の本来の限定の問題」⁽⁴⁴⁾である。ただ、林教授のように許された危険の法理を用いて、限定を行うことはしない⁽⁴⁵⁾。有用性ではなく、当該行為の遂行に認められる「一定の積極的意義」・「その遂行の自由を保障する利益」⁽⁴⁶⁾を用いて限定を行う。その結果、“どの程度まで危険を減少させれば構成要件に該当しなくなるか”という問いに対しては、「辛うじて許される程度」ではなく、「構成要件の結果が惹起されることが通常ありえないと想定される程度」⁽⁴⁷⁾と答えることになる。

この見解は、有用性を用いない。そのため、(1) 有用性と危険とを比較するという困難な衡量をせずにすむ。また、(2) 構成要件該当行為に必要とされる危険性の程度（＝構成要件該当・不該当を分ける危険性の程度＝構成要件該当判断における危険性の閾値）は、有用性ゆえに、高まることはない。さらに、(3) 有用性のない行為であっても、閾値まで制御すれば、構成要件に該当しないこと⁽⁴⁸⁾になる。

かような論の運び方からは、“予見可能性の程度と結果回避義務の負担とを連動させよう”とする考え方を見出すことはできない。しかし、山口教授の著作中には、“予見可能性の程度を緩やかに解する見解ほど、結果回避義務による限定がより強く必要になる”と解し得る記述⁽⁴⁹⁾が見られる。

山口教授は、両者を連動させる考え方のすべてを否定しているわけではない。連動させる方法には、2通りある。一つは、①“特定の結果回避義務を課す場合に、それに見合う予見可能性の程度はどれほどか”という藤木博士流の順序（結果回避義務→予見可能性）による検討方法である。もう一つは、②“具体的事案において予見可能性の程度が量定されている場合に、それに応じた結果回避義務の内容は何か”という帝京大ルート第1審判決流の順序（予見可能性→結果回避義務）による検討方法である。

山口教授が特に批判を向けるのは、①に対して⁽⁵⁰⁾である。②に対しては、⁽⁵¹⁾2002年の著作では批判的な記述が存在したが、2010年の著作では、分析のみ⁽⁵²⁾が記述されていて批判的な記述は見られない。

①のように考えるなら、結果との心理的連関が不十分な程度の予見可能性しかないのに、過失犯が肯定されてしまうおそれがある。それに対して、②では、まず結果との心理的関連性を確認するステップを前置することが期待⁽⁵³⁾される。その上で、予見可能性の程度を考慮要素として結果回避義務の内容を探るので、②では、希薄な予見可能性で過失犯を肯定する心配が①よりは乏しい。

とはいえ、②の検討方法についても、山口教授は批判的かもしれない⁽⁵⁴⁾。ただ、そうだとすると、なお、“想定する場面の範囲と結果回避義務の負担とを連動させようとする”姿勢を、その著述から読み取ることができる。それは、「構成要件の結果が惹起されることが通常ありえないと想定される程度」という一節の読み方次第である。

この一節を、㉑ “想定場面を通常の事態に限定するなら、危険は皆無になる程度”と解するなら、想定場面の広さと負担との比例関係を読み込むことができる。一方、㉒ “通常感覚からすれば、皆無ではないが、無視しえる程度”と解するのであれば、そのような比例関係を見て取ることはできない。㉒の方が国語的には素直な読み方であろう。ただ、㉑の読み方は、信頼⁽⁵⁵⁾の原則と整合的である。また、山口教授による判例に対するコメントや具体⁽⁵⁶⁾例を見ると、㉑の可能性も捨てきれない。

〔検討〕山口教授の著述からは、次の三種類の連動性を思い浮かべることができる。

- (1) 制御前危険の程度と危険減少義務の程度（減少幅）との比例関係
- (2) 予見可能性要件の緩和と結果回避義務による限定との比例関係
- (3) 想定場面の限定と結果回避義務の軽減との比例関係

とはいえ、山口教授の採用する体系をも考慮に入れるなら、山口説の中に連動性を読み込むことは無理かもしれない。

六 程度の連動性

程度の連動性が、適用される場面は、極めて狭い。それは、保護コスト（負担）を弁解材料とすることが当然視される場面である。裏から言えば、微弱な危険では、行為を制限する根拠としては、不十分な場面である。法益保護だけを正面に押し出すことに、ためらいを感じる場面である。

1 藤木説の幻術性

藤木博士は、程度の連動性を主張することによって、予見可能性要件の緩和を根拠付けた。それとは別に、保証者的地位を理由として、結果回避義務という負担の軽減を拒否した。両者を組み合わせれば、公害・食品事故において、“緩和された予見可能性しかなくとも、軽減されない結果回避義務を課しもよい”⁽⁵⁷⁾という主張が可能となる。図式化すると、以下のようになる。

- I 結果回避義務の負担は軽い。→予見可能性の程度は低くてもよい。
- II 保証者的地位→危険防止の負担を分かち合う相手がいない。
→結果回避義務の負担は軽減されない。
- III I・IIより、保証者的地位に立つ者は、低い予見可能性しかなくとも、結果回避義務の負担は軽減されない。

上の展開は、論理的には不適切である。I・IIから導かれるのは、以下のIVだからである。

- IV 保証者的地位に立つ者は、結果回避義務の負担を軽減してもらえない。そうであるなら、要件たる予見可能性の程度を低くすることもできない。

すなわち、保証の度合いが強度であるほど、予見可能性要件は高度で濃厚でなければならないはずなのである。⁽⁵⁸⁾ 危惧感説が支持を失った原因の一つは、この機械的論理操作を阻止できなかった点にもあろう。

それでも、藤木博士の主張した「程度の連動性」(I)が、全く適用領域を持たない不当なルールであるということにはならない。「程度の連動性」(I)は万能のルールではないと素直に認めた上で、ふさわしい適用場面を探し出せば、有用な基準としてなお機能するはずである。

2 負担と連動させるべき対象

予見可能性の程度は、外部的客観的な危険の程度と連動する。通常人にとっての予見可能性とは、危険を心理という鏡に映し出したものである。それゆえ、予見可能性という言葉を、危険という言葉に置き換えても、さほど意味に変更を来たさない。危険性が高い状況においては、予見可能性も高度なのである。

ただ、“危険性を認識し得る状況であれば、すべて予見可能性がある”とするのは、不当である。そこで、危険性という言葉に「許されない程度の危険性」と置き換えて限定する見解が現れる。また、想定場面を削減することにより、備えるべき危険の範囲を狭める限定方法も考え得る。

このように、「予見可能性」概念は、①外部的危険性、②危険性の認識可能性、③許されない危険の認識可能性、④備えを必要とする危険の認識可能性という表現と親和的である。そのため、程度の連動性は、以下の4通りに表現できる。結果回避義務の負担と比例させるべき候補は、4つもある。

①外部的危険性の程度(結果発生確率)と、結果回避義務の負担とは、比例する。

②認識し得る危険性の程度と、結果回避義務の負担とは、比例する。

③有用性の低さと、結果回避義務の負担とは、比例する。

(有用性が低いほど、重い負担を課すことができる。)

④想定すべき場面の広さと、結果回避義務の負担とは、比例する。

藤木説・井田説は、①②を取り込んだ見解である。しかし、林説・山口説は、これら4つの比例関係を直接に主張するものではない。林説と、③とは全く異なる。山口説と④とも、全く対応しない。林説も山口説も、“比例させる”という限定方法を必要としていない。林説も山口説も、“危険を一定値以下にすればよく、ゼロにする義務はない”とすることで、構成要件の限定という目標を達成している。さらに、比例関係を用いて、二重の限定をする必要はない。それゆえに、③④を主張する学説は、存在しない。

林説・山口説のように、「線を引く」タイプの限界付け（閾値の設定）では、制御された後の危険に関心が向く。それに対して、藤木説・井田説のような「比例させる」タイプの限界付け（関係による拘束）では、制御前の危険状況に関心が向く。

藤木説・井田説と林説・山口説とでは、関心を寄せる「危険」の内容が異なる。両者は、以下のA・Bのように異なる。

A 「危険な状況に際して、どれだけ対処すれば構成要件に該当しないか。」（すでに予め存在する危険に、どこまで対処すべきか。）

B 「どこまで対処した上での危険であれば、構成要件に該当しないか。」（対処してもなお残る危険は、どの程度なら許されるか。）

藤木説・井田説は、Aのように考える。ここでの危険は、制御前の危険状況である。林説・山口説は、Bのように考える。ここでの危険は、制御後の残余危険である。

この違いは、交通に関する具体例にも現れている。藤木説・井田説は、突発的事態（飛出・路上侵入）に対して、どこまで備えればよいかを問題とする。それに対して、林説は、どれだけ制御を施せば危険な行為（追越）に出てもよいかを主として問題とする。林説・山口説が念頭に置いている危険は、走行の危険である。それに対して、藤木説・井田説が念頭に置いている危険は、飛出・路上侵入の頻度である。ここで要求される措置は、制御とい

うよりは、備えである。

事故の多くは、複数の事態が偶然に出会い、重なり合うことで生じる。歩行者の立入がなく、道はどこまでも直線で広く、道路条件に変化がなければ、自動車走行は安全である。事故をもたらすのは、状況・環境の変化である。小さなミスが、いつもとは異なる環境と出会うことで、増幅され事故に至る。⁽⁵⁹⁾ かようなタイプの事故については、藤木説・井田説の方が、即応しているとも言い得る。

3 備えといえば負担

突発的事態（飛出・落石）は、他人の行動や自然現象である。行為者には、コントロールできない事態である。それでも、それらの事態を計算に入れることはできるために、行為者は備えなければならない。この類型では、予見可能性は処罰範囲を拡大する機能を有している。突発的事態に対して備えを要求する類型では、⁽⁶⁰⁾ 処罰を限定するための概念操作がより強く必要とされる。

将来への備えは、現在への対処とは、大きく異なる。将来の事態に対して備えることは、心理的負担が大きい。突発的事態の頻度が低い場合には、その負担はさらに大きいものとなる。規範を通じて行為者の心理に作用することを目的とするなら、心理的な特性を無視するべきではない。

無事が続く限り、備えの効果は目に見えない。無事が続くにつれて、備えに伴う不便は、日々累積していく。無事が長期に及ぶと、備えを怠る者よりも、別種類の危険に対応する余裕を削がれる。備えは、“見返りのない負担”として意識される公算が極めて高いのである。備えが負担として意識されやすい理由は、以下の5点にまとめられる。

- ① 突発的事態が起きなければ、備えは不必要だったことになる。それは目に見えて分かる。雨天トンネル後の急カーブに際して、減速して無事走行した場合、減速は不要だったかどうかは分からない。しか

し、飛出に備えて減速していた場合、飛出がなければ、減速は不要だったとすぐに分かる。

- ② 突発的事態が起きても、備えが十分であるとは限らない。備えには限りがあるが、他者や自然の振る舞いには限りがない。“限りがない”と十分に分かってはいるが、十分に備えることは到底できない。バイクの横転は容易にイメージできるが、だからといって、2車線分の間隔をとって走行することはできない。

一方、有効性が中途半端であると分かっている場合は、なかなか本気になれない。

- ③ 突発的事態が起きて備えが十分に機能したとしても、なお損害を意識することはできる。10年前から備えていた人は、事故前日に運良く備えた人よりも、10年分損をしている。
- ④ 備えは、日常業務を阻害する。避難階段の設置は、建物の利用として効率的ではない。それで、つい物置代わりに用いてしまう。数分の作業のために、15分もかけて防護服を身に着けるのは面倒である。それで、つい省略してしまう。
- ⑤ 突発的事態が低頻度で、備えの負担が重い場合は、違反者が続出する。規範は侮辱され、規範を守る者はもっとひどい侮辱を受ける。備えによる損害は、規範のせいではなく、遵守する者のせいであると、巻き込まれる人々は考えがちだからである。

全員参加の避難訓練を担当する人は、本当に損な役回りを引き受けている。

本当に刑罰威嚇を用いてでも備えをさせるべきだと考えるのであれば、「確率」と「負担」という2つの要素を考慮すべきである。法律は、違反者よりも遵守者に報いるように設計すべきである。確率が低いのに備えを義務付けると、安全に賭けた違反者は得をしやすい。重すぎる負担を義務付けると、慎重な遵守者が支持を失いやすい。

4 刑罰根拠と負担との関係

「確率」「負担」という観点は、規範的コントロールに実効性を持たせるために必要である。このことを刑罰根拠との関係でも確認する。

刑罰の根拠（刑罰を正当化する理由）としては、応報・予防（威嚇・改善）・隔離が、主として考えられている。負担（適法行為のコスト）という観点から、これらを見直す。重すぎる負担は、応報・予防・隔離という根拠を損ないかねない。

《応報》 低頻度の事態に対して重い負担が義務付けられている場面では、その義務を怠る方向にインセンティブが働く。この怠慢は、自らの意思で選び取られたものとは言い難い。むしろ、重い負担ゆえに、選択を押し付けられたものとも評価し得る。

犯罪に手を染めないことは、当たり前で平易なことではなければならない。そうであるからこそ、犯罪者とそうでない者との互換性はなく、犯罪への倫理的非難が可能となる。刑罰という見返りでバランスを取る資格が生じる。もし、多くの者が拒否したくなるほど重い負担を課すのであれば、犯罪を行わないことは、難易度の高いこととなる。刑罰に込められた倫理的非難は、希薄なものとなる。

また、危険性の低い行為を禁圧することは、高い行為を禁圧するよりも、合理的な理由を必要とする。重い負担を課すことは、軽い負担を課すことよりも、強い理由を必要とする。保護には制限が伴う。保護には負担が伴う。保護対象（法益）の価値を強調しただけでは、制限と負担とを正当化しない。価値の高さは、優先順位を上昇させるだけであり、無限の奉仕を根拠付けない。

日常的行為から稀とはいえ必然的に誰かを傷つけるのであれば、それは、制度やシステムが脆弱な⁽⁶¹⁾のである。脆弱さの補修を個人の負担とすべきではない。被害に相応する見返りは、制度参加者全体で受け止めるべきである。行為者個人に集中させるべきではない。

《予防》 低頻度の事態に対して重い負担が義務付けられている場面では、幸運に賭けて負担を逃れ、賭けに勝利する者が続出する。遵法精神は損なわれる。

このような場面で法益価値を強調しても、心に響かない。他人の生命が貴重であることは、観念的で切迫していない。自分が背負う保護負担は、現実的で今まさにここにある。

また、すでに事故を起こした者は、反省しないかもしれないが、事実の重さゆえに注意深くなるであろう。内面化された注意を引き出すのは、反省ではなく、事故の重みである。非難は、内面化の過程をかえって阻害するかもしれない。

《隔離》 低頻度の事態に対して重い負担が義務付けられている領域では、行為者に対して危険防止の高い期待が寄せられている。そうだとすれば、領域（業務）とそれに向かない個人との結合が、危険を生み出していることになる。かような場面では、その領域（業務）から、行為者を隔離すれば十分である。社会から隔離する必要はない。

〔小括〕 刑罰根拠を損なわないようにするためには、低頻度の事態に対しては、重い負担を義務付けるべきではない。備えを要求するなら、負担の軽いものとどめるべきである。

5 許された危険の法理に潜む「確率」「負担」

確率と負担とを対応させる考え方は、許された危険の法理や信頼の原則の中にもわずかに潜んでいる。法理の例外とされる場面では、特に、この考え方が潜んでいる。

《許された危険の法理》 許された危険の法理は、有用性と危険とをそのまま比較するものではない。必要性（不可欠性）という観点も織り込んで、両者は比較される。

有用性(利便性)が必要性(依存性)を伴うに至ると、その有用性を前提として、事が運ぶ。すなわち、有用性のある状態の方が、基準となる。クーラーが当たり前になると、クーラーなしの生活は苦しいものとなる。喫煙の習慣ができると、禁煙は特別の負担を伴うものとなる。

この状態から有用性を剥奪することは、基準を下回る状態への変化を意味する。「便利→標準(プラス→ゼロ)」ではなく、「標準→不便(ゼロ→マイナス)」として意識される。それゆえ、有用性を断念することは、「負担」の名に値する。

一方、危険は、確率とも読み替えることができる。そうだとすると、許された危険の法理は、次のように言い換えることができる。

「不可欠な有用性が、危険を上回るときは、行為に出てもよい。」



「負担が、確率と比して重い場合は、その負担を課すことは出来ない。」

《信頼の原則》 信頼の原則は、明らかな予兆がある場合には適用されない。例えば、前方に幼児や老人を見かけた場合やルールを無視することが明白な成人を見かけた場合には、適用されない。これらの予兆は、①不適切行動の確率を高めている。また、②回避操作の負担を一時的なものにする。そのときだけ、避讓・停止・徐行すればよいのであって、常時そうする必要はない。予兆は、確率を高め負担を軽くする。保護効率を高めてくれる。それゆえ、その一瞬だけは、保護措置を義務付けても、苛酷にはならない。

信頼の原則は、低い確率でしか生じない事態に対して、常時警戒という重い負担を課すことはできないという原則とも捉え直すこともできる。そうだとすれば、予兆により、確率が高まり負担が一時警戒(そのときだけ回避操作をすること)にまで軽くなると、その場面では適用されないことになる。

以上のように考えると、「信頼」は確率の反映であり、負担を軽減する変数であるから、程度を付し得る概念として把握する方が素直である。“信頼

が合理的なら、不適切行動に配慮する必要は全くない”という考え方は、雑である。逆に、“信頼が不合理なら、不適切行動に完全な配慮をする必要がある”という考え方は、酷である。“信頼度が上昇するにつれて、配慮は軽減される”と考えた方が、多様な業務実態にきめ細かく即応できるのではないだろうか。

6 「軽い」負担・「重い」負担

突発的事態に対する備えでは、「確率」「負担」という2要素が、行為者への動機付けに大きく影響する。そして、備えを要求する場面では、「確率」と「負担」とのバランスを図らないと、刑罰根拠を損ないかねない。また、「確率」に「負担」を対応させることは、許された危険の法理や信頼の原則にとって、そのふさわしい適用場面を探すのに役立つ。

「確率」「負担」という2変数が影響する場面では、線引きによる限定よりも、比例による限定の方が、適している。線引限定は、2変数の函数関係を無視する限定方法だからである。それと比して、比例限定は、函数関係をそのまま掬い上げて要件に取り込む。

では、「負担」の程度は、どのようにして計量すればよいのであろうか。すなわち、負担が「軽い」「重い」とは、どういうことなのであろうか。

前款で述べたことを参考にすると、次のような基準が導かれるものと思われる。

許された危険の法理→①結果回避義務の内容が、不可欠な有用性を阻害するような性質のものか否か。⁽⁶²⁾

信頼の原則→②結果回避義務の内容が、一時的なものか常時的なものか。

危険行為を断念することが、「強い」負担、「重い」負担の例としてよく挙げられるのは、有用性を当分の間、享受できなくなるからであろう。では、逆に、運転操作時の前方注視が、「弱い」負担、「軽い」負担の例として挙げ

られるのはなぜであろうか。警笛吹鳴が、2番目に「弱い」負担、「軽い」負担の例として挙げられ、読み手もそれを自然なものとして受け取るのは、なぜであろうか。前方注視は、有用性を阻害しないが、常時的継続的なものである。それに対して、警笛吹鳴は、有用性（速度）を阻害しないうえに、一時的なものである。警笛吹鳴の方が軽いとなぜ思わないのであろうか。また、前方注視の持続性をどうして重いと感じないのであろうか。

警笛吹鳴は、速度を妨げないが、騒音という別の害を生じさせる。また、前方注視は運転操作中は、飛出の有無に関係なく、常時要求される。路上にある限り、信号待ちの停車状態ですら、要求される。それゆえ、飛出に対する備えとして要求しても、それはすでに負っている負担の流用で済む。別の新たな特別な負担ではない。そこで、次のような基準も、考慮されてよいであろう。

③結果回避義務を履行すると、別の弊害が生じるか。

④結果回避義務の履行は、既に負っている他の義務の流用で済むか。

操業停止は、①有用性の②継続的な断念を伴い、③撤去・代替策のコストを発生させる④特別な負担である。それゆえ、「重い」負担である。

では、防火管理体制の確立でよく問題となる経済的費用は、どの程度の負担なのであろうか。金銭は、高い通用力ゆえに、具体的価値の特定に乏しい。生活費・養育費・医療費は、生存価値を反映するため、法的にも尊重されやすい。しかし、賭博代・口止め料・賄賂となると、それらは人の弱さを象徴するので、低く見積もられる。金銭の価値を、過失犯において評価するためには、何と何とを交換するための媒介として機能するかに着目すべきであろう。そうしないと、金銭は不当に貶められる。

経営を危うくするほどの費用は、「重い」負担である。従業員の暮らしと（限界付の）安全とを交換するからである。それは、有用性の継続的提供を危うくする。ただ、賃金原資を削るほどの費用でない場合は、「軽い」負担であることもありえる。①顧客へのサービスを阻害しないし、②一旦設置

すれば、その後の維持コストはそれほどではない場合もありえるので、③誤作動が制御されるなら、たとえ④兼用・流用が考えにくいとしても、なお「軽い」と評価できる場合もある。

〔小括〕 ①有用性を阻害せず、②一時的で、③別のリスクを発生させず、④すでに課されている義務の流用・兼用ですむものほど、その結果回避義務の負担は、「軽い」と評価される。

七 具体的事案との関係

本稿は、過失の認定は、（１）何かすべきか、（２）何をすべきか、（３）そこまですべきかの順序で考えることを、主張するものである。

ただ、実際の事案においては、事案の特殊性が、程度の連動性という基準を、無用にした（帝京大ルート）、不当にした（森永ドライミルク）。さらに、適用される場面においてすら（ビル火災）、その適用には一工夫を要する。

1 薬害AIDS事件帝京大ルート

前述の通り、この事件では、内容の連動性という基準で、無罪という結論を導くことができる。程度の連動性という基準に出番はない。

「障害者を必発で作るか、エイズ患者を低い確率で作るか」という問いには、容易には答えられない。確率が低いほど、回答は困難になる。このような二律背反的な問いについては、回答の精度を上げるために精力を傾けるよりも、問いを不要にする（加熱剤の早期承認）ために心を砕いた方が建設的である。そのような注意資源の配分も加味して、裁量性という言葉は理解するべきである。

〔過失の認定方法〕 本件では、（１）「被告人には、エイズによる血友病患者の死亡という結果発生の予見可能性はあったが、その程度は低いものであ

ったと認められる。⁽⁶³⁾これは、端緒としてならば、十分な動機付けである。
 (2) しかし、非加熱製剤を用いなければ、「滑膜炎による関節の機能不全」⁽⁶⁴⁾
 を避け難い。逆に、用いるならば、家庭での自己注射(早期の止血処置)に
 より「少ない量の補充療法で当該出血の止血を可能にし、出血を起こした関
 節への悪影響を最小限に押さえて再出血を起りにくくし、その結果として
 関節障害の後遺症を防止し、ひいては血友病患者の社会的行動範囲を大幅
 拡げて、そのQOLを飛躍的に向上させることができる」⁽⁶⁵⁾。

この重要な利点を放棄しなければならないほど、HIV感染の危険が存在
 していたかどうかは、患者本位に考えてもなお、一概には評価し難い。さら
 に、クリオ製剤を用いても、血友病患者は「生涯にわたり多数回の投与を繰
 り返さなければならない」ので、「結局は肝炎は必発である」⁽⁶⁶⁾。クリオ製剤に
 よるHIV感染の危険性についても、『危険性がない』とまで認識し得るほ
 どの根拠は、当時存在しなかった⁽⁶⁷⁾。そうだとするならば、本件は、「利益衡量
 が微妙」であり、「いずれの選択も誤りとはいえない」⁽⁶⁸⁾ケースである。従っ
 て、「治療方針の変更」という注意義務を被告人に課すことはできない。注
 意義務違反はなく、過失もない。

内容の連動という基準で無罪の結論を導き出せる以上、(3) 程度連動と
 という基準には、出番はない。

2 森永ドライミルク中毒事件

規格外でない第2リン酸ソーダを発注したとしても、砒素の混入した品が
 納入される確率は低い。そうだとすると、軽い負担しか課し得ない。そし
 て、全容器検査は、①製造を妨げることはなく、②毎回とはいえ納品時だけ
 であり、③検査によって別の害が生じるわけでもなく、④自前の工場を手軽
 にできるのだから、軽い負担と評価し得る。従って、一見、程度連動という
 基準により、説明できそうである。

しかし、それは、事案の特質に配慮していない。

本来であれば、原乳は温度管理を十分にして集乳すべきなのである。にもかかわらず、第2リン酸ソーダの添加を認めるのは、大量集乳による経営の安定と製法の自由とに配慮してのことである。そうだとすれば、冷温集乳と同程度の安全を図ることを暗黙の条件として、第2リン酸ソーダ添加は認められていると考えるべきである。低確率であることは、負担を軽減する理由にはならない。制御強化を前提として、次善・三善の製法が許されているからである。制御の工夫に期待して、確率ゼロ（無添加）が低い確率（添加）に高められることを許しているからである。

〔過失の認定方法〕 本件では、（1）自ら規格外品を発注している。安全管理を強化しないと事故を引き起こす危険性が高まっていると認識し得る。（2）それゆえ、「発注をやめる」か「全品化学検査」を義務付けることができる。（3）ヒ素混入物が納品される可能性は低い。しかし、冷温集乳の危険度を基準とするべきなので、程度連動の基準は適用されない。「全品化学検査」を義務付けることができる。それゆえ、これを行わなかった場合は、注意義務違反と評価でき、過失を肯定できる。

3 ビル火災

出火の確率は、かなり低い。それゆえ、火災への備えとしては、負担の軽いものしか、義務付け得ない。経営を危うくしない程度の物的設備であれば、「軽い」と評価できる場合もあり、義務付けることができるかもしれない。ここでは、程度の連動性という基準が機能し得る。

ただ、その適用の仕方は、繊細になすべきである。

第一に、簡単に「軽い」負担と評価すべきではない。

第二に、「出火に対する備え」という放火も失火も自然発火も一括した場面設定は、妥当でない。

防火管理体制には、出火防止・延焼防止（防火）・耐火・消火・警報・避難のすべてがふくまれる。もし、これらすべてを要求するのであれば、それ

は「軽い」負担とは言い難い。特に、物的設備とは違い、人の管理については、業種による違いを考慮するべきである。サービス業と製造業とでは、従業員の意識が異なる。

また、放火に対する備え（防犯）と発火に対する備え（防災）とを一括するべきではない。避難施設を充実させ、消防隊員の突入口を確保すれば、それだけ窃盗犯や放火犯は侵入しやすくなる。防犯と防災とがトレード・オフの関係にあるような建築物の場合は、一括するべきではない。そして、一括しない以上、放火は発火よりも頻度が低いから、さらにもう一段軽い負担しか課し得ないことになる。

ただ、発火に対する備えをそのまま流用すれば足りる場合は、車運転における「前方注視」に準ずるくらい格段に軽い負担と評価できる。それゆえ、兼用・流用ですむ場面では、さらに一段軽い義務として、それを課し得る場合もある。

〔過失の認定方法〕（1）高層ビルや地下施設では、客から自衛手段を奪っている。したがって、受忍される危険の程度は下がる。出火頻度が低度であっても、備えを促す動機付けとして十分である。（2）避難誘導・避難路の確保は、一応、義務付け得るであろう。それ以上を義務づけることができるかは、負担の軽重による。（3）避難誘導や建物構造の把握が、接客指導の一環として行い得るのであれば、それらは比較的軽めの負担として、義務付けることもできる。

放火の場合は、別立てで考慮するべきである。放火犯は、抜きん出た最安価損害回避者である。放火をしないための負担と、失火をしないための負担とでは、前者の方が、格段に小さい。火気を扱うテナントの注意力には限界があるからこそ、オーナーはバック・アップするのである。テナントの注意負担が大きいからこそ、負担に耐え切れず零れ落ちてくる事態に、オーナーは備えるのである。放火犯は、注意負担が格段に小さい。これだけ負担の軽い者に対して、なおバック・アップを要求するのであれば、放火犯に劣らな

い位負担が軽いという特別事情が必要である。発火のための備えを流用するだけで済む場合のみ、それを辛うじて結果回避義務として課し得るものと考ええる。

八 結 び

藤木博士が提唱した、予見可能性の程度と結果回避義務の負担との連動性は、次のように捉え直した上で（意義）、事案の特質に配慮して用いるなら（適用場面）、十分に機能しえる基準である。

〔意義〕 予見可能性が低いほど、結果回避義務の内容は軽いものとなる。

「予見可能性が低い」とは、客観的危険が低いために、認識し得る結果発生確率が低いことをいう。

「結果回避義務の内容は軽い」とは、①有用性阻害の程度、②継続性の程度、③別のリスクが発生する程度、④流用困難性の程度を勘案したときに、総合的に負担が軽いことをいう。

〔適用場面〕 突発的事態に対する備えが問題となる場面。

藤木博士は、結果回避措置を動機付けるものは、多様であることに注目している。⁽⁶⁹⁾それは、予兆だけではない。回避措置に伴う負担もまた、重要な要素である。もちろん、予兆、負担以外にも、考慮しなければならない要素は存在する。本稿では、予兆（確率）と負担とが特に際立っている場面（＝事前措置が必要な場面）では、それら2つは相関的に扱うべきであることを主張した。

事前措置は、特別法による規制だけでは、不十分である。慎重な態度を一つ一つ書き上げることはできないし、専門家であれば事故が類型化される前に防護の必要性に気付けるからである。自然界への働きかけは、慎重な態度を条件として、許されている。条件付だからといって、挑戦の自由や進取の気性を阻害しているとはいえない。

- (1) 藤木英雄「過失犯の基本構造」藤木英雄編『過失犯—新旧過失論争—』(1975・学陽書房) 35頁。

「一般的な不安感をもとに、余りにも過大な負担を命ずることは相当ではないが、しかし他方、わずかな負担によって、相当広範囲にわたり未知の危険が回避できる、ということであるならば、その比較的軽い負担を負わせることは、注意義務の負担として合理的なのである。」

- (2) 藤木・前掲注(1) 33頁。

「…予見の対象は、具体的に発生した危害そのものが予見可能であるということをも必ずしも必要とするものではない。」

- (3) 藤木・前掲注(1) 34~35頁。

「一般的にいって、具体的に結果が予見可能である場合に結果回避義務により行為者が受忍しなければならない負担の程度と、一般的な危惧感、不安感が存在するにとどまる場合に行為者が甘受すべき結果回避義務の負担の程度とでは、前者が重く後者が軽くなるということは当然である。」

- (4) 山口厚「薬害エイズ事件三判決と刑事過失論」ジュリスト1216号(2002) 14頁参照。

「ただし、そうした予見可能性の程度と結果回避義務とを連動させ、最終的に結果回避義務違反の有無により過失責任を判断するという、いわば新過失論型の過失犯論がそこでは前提とされているのである。これは、低い予見可能性を肯定しうるにすぎない場合においても、対抗利益が存在しないときには、過失責任を肯定することを可能とする考え方である。」

- (5) 井田良『刑法総論の理論構造』(2005・成文堂) 118頁。

「危惧感説とは、予見可能性の注意義務関連性を主張する学説である。」

- (6) 島田聡一郎「薬害エイズ事件判決が過失犯論に投げかけたもの」刑事法ジャーナル3号(2006) 32頁右列10~14行目。

- (7) 鎮目征樹 刑法判例百選I総論〔第6版〕112頁(55・薬害エイズ帝京大学病院事件)。

「…本判決は、責任非難の根拠づけとして具体的予見可能性を要求する通説的見解からすると、許容できないほどに過失犯成立に必要な予見可能性の程度を引き下げるものではないと思われる。」

- (8) 判例時報820号36~53頁。

- (9) I A 欄が不確実性を伴っていない場合は、I B 欄は空欄になる。調査すれば、

「誤接続」は、あるかないかのどちらかに決まる。例えば、「誤接続の確率は60%」という認識状態に到達することはない。

■なお、I B欄は、I A欄の事象が不確実性を伴っている場合に、はじめて、その内容を考えることができる。すなわち、予兆の解釈が多義的である場合に、初めてI B欄を補うことができる。たとえば、「速くて深い呼吸をしている患者」（I A）を診た場合には、「血液が酸性側に傾いている」可能性が比較的高い（I B）。しかし、更にそれが、「尿毒症のせい」（I B）なのか「糖尿病を背景とするもの」（I B）なのかは、不確実である。「代謝性アシドーシスの疑い（確率）」「尿毒症の疑い」「糖尿病性ケトアシドーシスの疑い」は、将来の事象ではないので、II行・III行には属さない。また、確率は、予兆の解釈であって、予兆自体ではないので、A列には属さない。

- (10) 平野潔「過失犯における客観的注意義務と客観的予見可能性」刑法雑誌第49巻（2009）132～134頁。

山本紘之「過失犯における予見可能性の意義」大東法学17巻1号（2007）300頁1～14行目。本節の記述は、この14行に強い示唆を受けている。

- (11) 藤木博士と井田教授とは、明言されている。

■藤木・前掲注（1）34～35頁。

■井田良『変革の時代における理論刑法学』（2007・慶應義塾大学出版会）150頁。

「すなわち、予見可能性はおよそあるかないかという形で抽象的にその有無を問い得るものではなく、採られるべき結果回避措置との関係で相対的に定められ、低い程度の予見可能性に対しては弱い結果回避措置が対応し、高い程度の予見可能性に対してはその行為をおよそただちに中止するという結果回避措置が対応するように、結果回避義務との相関関係が存在する。」

同・『刑法総論の理論構造』（2005・成文堂）118頁9～10行目の括弧内記述。

- (12) 機序不明の薬は、飲まない。入手経路不明の生体材料は廃棄する。

衛生操作に自信がないときは、中断する。

- (13) 船山泰範『刑法学講話〔総論〕』（2010・成文堂）267頁。

「また、石油タンクが破壊して油漏れになるメカニズムは千差万別であるが、どうしたらそのような場合にも油による広域汚染を防止できるかは容易に考えつくことである。つまり、石油タンク内の全石油分をプールの容量を計算して石油タンクの周りに堤防を築いておけば、万が一、石油が流れ出たとしても、被害の拡大を防ぐことが可能である。」

(14) 林幹人『刑法総論』[第2版](2008・東京大学出版会)287頁注108。

■286～290頁にかけて、B→C→Aの順に叙述が展開されている。かような展開の中で、注においてではあるが、重過失はCと対応させられている。

(15) 2010年の段階で、サリドマイドは、セレブロンという分子に作用して胎児奇形を起こすと考えられている。従って、セレブロンとサリドマイドとの結合を防ぐ措置(変更したセレブロンの遺伝子導入)を施せば、胎児奇形は起こらなくなることになる。現に、ゼブラフィッシュとニワトリにおいては、奇形が見られなくなったという。

(16) 食品に異物が混入した場合でも、原材料・最終包装ラインに区分番号を予めつけておけば、その区分番号に対応するものだけを回収・廃棄すればすむ。

(17) 徳島地裁昭和48年11月28日判決。判例時報721号7～19頁。

森永乳業のドライミルク MF 缶にヒ素が混入し、128名の乳幼児が落命した事件である。

(18) 東京地裁平成13年3月28日判決。判例時報1763号17～194頁。

A型血友病患者が手首関節内出血を主訴として数度受診。宿直医・当直医は非加熱血液製剤を3度投与。その結果、患者はHIVに感染。治療方針をそのままにしていた第1内科長安部医師の責任が裁判で問われた。

(19) 前掲注(17)10頁。

(20) 前掲注(18)142頁第2段(7・7)。

(21) 前掲注(18)193頁第4段(9・7)。

(22) 前掲注(18)165頁第3段(9・1)。

(23) 天野慶之『おそろべき食物』(1956・筑摩書房)5～57頁に全面的に依拠している。

(24) 確率が1%なら、1人救うために100回の措置をしなければならない。

0.1%なら1000回になる。(Number needed to treat)

(25) 藤木英雄『刑法各論 *現代型犯罪と刑法*』(1972・有斐閣)140頁・141頁。

(26) 井田教授は、結果発生確率の大小を根拠として、負担が重くなったり軽くなったりすることを肯定している。ただ、手抜きを肯定する趣旨には読めない。

軽い負担を課すことには、①手抜きを認めるということと、②負担はゼロにはならないということとの二面がある。井田教授の表現には、②に読者の意識が向かうような印象操作が施されているようにうかがえる。

(27) 山口厚『基本判例に学ぶ刑法総論』(2010・成文堂)138頁。

- (28) 藤木・前掲注（25）152頁。
- (29) 板倉宏『刑法総論』〔補訂版〕（2007・頸草書房）270頁。
- (30) 軽減される例としては、3つ挙げられている。
- [鉄道運転手] 幼児の線路内侵入に対する備えは軽いものでよい。（173頁）
 - [鉄道運転手] 保線業者との接触に対する備えは軽いものでよい。（174頁）
 - [医師] 薬剤師の調剤について、処方箋通りであることを点検する義務は、原則としてない。（195頁）
- (31) 藤木英雄『公害犯罪』（1975・東京大学出版会）98～99頁。
南シナ海で捕れたフグを販売したところ、内臓だけでなく筋肉にも毒が存在したという事件に関連して書かれた記述である。
- (32) 三井誠「予見可能性」藤木英雄編『過失犯—新旧過失論争—』（1975・学陽書房）149頁。
- (33) 三井・前掲注（32）178頁。
- (34) 井田良「判例批評 薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決をめぐって」ジュリスト1204号（2001）31～32頁。同『変革の時代における刑法学』（2007・慶應大学出版会）第10章に所収（170～171頁）。
同『刑法総論の理論構造』（2005・成文堂）118～119頁参照。
■ただし、この設例は、2008年発行の教科書には掲載されず、2009年の論稿「刑事過失の認定をめぐる諸問題」法曹時報第61巻第11号（2009）27頁では、注に追いやられている。
- (35) 井田良『講義刑法学・総論』（2008・有斐閣）201頁・208頁。
「危惧感説の主張の核心は、**予見可能性の結果回避義務関連性**の一言で総括することができよう。」（太字は原文通り。）
- (36) 井田・前掲注（5）119～120頁。
- (37) 森本宏『火災教訓が風化している！（3）』近代消防ブックレット（2003・近代消防社）44頁参照。ホテル・ニュージャパンでは、隠れてB2F～3Fまでは一部スプリンクラーを設置していたようである。
- (38) 井田・前掲注（35）201頁。
「…高い程度の予見可能性に対してはその行為を直ちに中止するという強い結果回避義務が対応して課される…」。
- (39) 林幹人『刑法総論』〔第2版〕（2008・東京大学出版会）284頁。
- (40) 前掲注（39）283～284頁。

- (41) 林幹人『刑法の現代的課題』(1991・有斐閣) 42頁の例も、制御後危険に関するものである。

「たとえば、自動車を運転している者が、前方に自転車を運転している者を認めた場合、追い越そうとするときに自転車を運転している者が平衡を失い、自動車車線側に倒れてくる可能性が常にあるわけである。この場合、そのことによって自動車運転行為から自転車運転者の死の結果が発生する危険は、一般的に言えば、スピードを出すほどに、また、通過しようとするときの自転車からの間隔が狭いほどに、警笛を鳴らす回数が少ないほどに、高くなる。」

- (42) 林幹人『刑法の基礎理論』(1995・東京大学出版会) 105頁。

「…いかに危険であっても、その不作為がもつ有用性と衡量し、その不作為が許されるかを問題としなければならない。いいかえると、義務を履行することには、どのような負担・犠牲を強いることになるのかを問題としなければならない。」

■林教授の著作は、個別的な経済的出費をそれほど重大視はしないが、企業の経営能力に対しては、厚い配慮が見られる。その点では、経済的な「負担」に対して、冷淡な学説ではない。

- (43) 中谷内一也『ゼロリスク評価の心理学』(2004・ナカニシヤ出版) 40頁。

「…専門家がゼロリスクを不可能と考える主な理由の一つはリスク削減にともなう限界費用(marginal cost)の飛躍的増大である。」このような関係は「放射線防護(松原、1989)、廃棄物処理(田中、1993)、大気中における二氧化硫黄の削減(松野・植田、1995)、水質汚濁の改善(岡、1994)などのさまざまな領域で示されており、一般性が高いものといえる。」

- (44) 山口厚『刑法総論』[第2版](2007・有斐閣) 231頁。

山口厚「新判例から見た刑法第17回過失犯の成立要件」法学教室2006年2月号119頁。

- (45) 山口厚『問題探求 刑法総論』(1998・有斐閣) 186頁。

「『許された危険』の考え方をさらに一般化して、構成要件該当行為の限定…に用いようとするのは、…本書の立場からは、なおさら疑問を感じざるをえないのである。」

- (46) 山口・前掲注(44) 総論229頁。同・前掲注(44) 新判例117頁。

同「過失犯に関する覚書」『渥美東洋先生古稀記念 犯罪の多角的検討』(2006・有斐閣) 52頁。

- (47) 山口・前掲注(44) 総論229頁。同・前掲注(44) 新判例117頁。同・前掲注

- (46) 覚書49頁。
- (48) 同・前掲注(44) 新判例119頁。
 「例えば、自動車運転は危険であるが、その危険な行為が適切な運転操作により許されることになるという必要はないのである。これは、過失犯の構成要件該当行為の本来的限定の問題であって、行為の利益性とは無関係である。」
- (49) 山口・前掲注(27) 基本判例に学ぶ132頁。
 「もしも、予見可能性の程度を実際の予見にかなり近いものに限定するとすれば、そうして予見可能な結果をすべて回避する措置を義務づけても不都合はないと考えることも可能かもしれないが、予見可能性をある程度まで緩やかに考える場合、責任主義の趣旨からして問題のある、極めて広範な過失犯処罰を避けるためには、結果回避義務の段階における処罰の限定が絶対に必要となるのである。」
- (50) 山口・前掲注(27) 基本判例に学ぶ122頁。
 「…危惧感説によれば、行為者に求められる予見可能性は、『結果防止に向けられたなんらかの負担を課するのが合理的であるということに裏付ける程度のもの』で足りるのであり、それ以上のものではないと捉えられることになるのである。」
- (51) 山口・前掲注(4) 薬害エイズ三判決14頁。
 「これは、低い予見可能性を肯定しうるにすぎない場合においても、対抗利益が存在しないときには、過失責任を肯定することを可能とする考え方である。」
- (52) 山口・前掲注(27) 基本判例に学ぶ122～123頁。
 「なお、薬害エイズ（帝京大学）事件に関する第1審判決は、結果予見義務・結果予見可能性と結果回避義務との関連性に言及してはいるものの、それは、結果予見可能性をある程度広く理解する場合には、『このような予見可能性の程度を前提として、被告人に結果回避義務違反があったと評価されるか』を判断しなければならないというのであり、予見可能性の程度を前提として結果回避義務の内容が慎重に画定される必要があるとするものであって、結果予見義務・結果予見可能性は結果回避義務の単なる前提にすぎず、結果回避義務の内容に応じて結果予見義務の内容を緩和することが許されるとするものではない。すなわち、それは、結果回避義務の内容は結果予見可能性の程度を考慮して定められる必要があるとするものであり、むしろ、危惧感説における結果予見可能性・結果回避義務の関係についての理解とは逆の考え方に立つものであるとすらいえるように思われる。」
- (53) 鎮目・前掲注(7) 百選112頁(55・薬害エイズ帝京大学病院事件)。
- (54) 山口・注(4) 薬害エイズ三判決14頁注5。同・前掲注(42) 総論245頁。

同・前掲注(44)新判例122頁。同・前掲注(46)覚書59頁。

■予見可能性の程度に関する記述ではあるが、山口教授は、「領域が異なるのに応じて異なった基準で適用を認めること」は、「領域別の差別的解釈」であるとして、批判的である。すなわち、山口教授によれば、大規模火災事案と交通事故事案とで基準を変えることは、「ダブルスタンダード」であり、解釈上疑義がある。

(55) 山口・前掲注(27)基本判例に学ぶ133頁。

「信頼に反する行為がないとはいえない以上は、予見可能性がないとはいえないが、そうした事態までを想定した結果回避義務は課されないことになり、このような形で結果回避義務が限定されることになるといえる。」

(56) ■最判平成15・1・24判決について。同・前掲注(44)新判例118頁。

「本件では、それ(=結果回避義務の内容)は、『交差点手前で時速10ないし15キロメートルに減速徐行して交差道路の安全を確認』することであり、その場合には、衝突が発生することは通常ありえないと解される程度にまで危険性が減少することが想定されているのである。」

同・前掲注(27)基本判例に学ぶ138頁。

「なお、本判決では、結果回避義務として考えられているのは徐行義務にとどまり、一時停止する義務までが課されているわけではない。」

●あわせて読むと、“徐行では避け得ないが一時停止なら避け得る事態”は、想定範囲から除外してもよいという基準が、頭に浮かぶ。

■同・前掲注(44)総論244頁10～12行目括弧書。

「…例えば、隕石が落下して生じるような稀有な事態にまで、そうしたことがありうると知られている以上、それに対処することが、刑事罰を以て強制されることになりかねないのである。」

●予見可能性の程度に関する記述ではあるが、想定範囲の限定を思わせる設例である。

■同・前掲注(46)覚書51頁。

「自動車運転行為を例にとれば、交通法規に従い適切な運転操作を行っていれば、それと異なる特別の操作を要請する例外的状況が存在しない限り、事故(人の死傷)発生の危険性は(通常そうしたことがない程度にまで)低下することになる。」

●“例外的状況に備える必要はない”という基準が、頭に浮かぶ。

(57) 藤木博士は、一つの著作の中で、両者を組み合わせることはしていない。著作

を跨いで読んだ場合の印象を、本節では述べている。

(58) かような帰結を避けるために、「軽減されない」ではなく、「加重される」という表現が用いられることもある。特に、森永ドライミルク事件差戻後判決では、このような表現が用いられている。しかし、「信頼の原則を適用できないから加重する」という考え方が許されない以上、そのような言い換えはできない。保証者的地位から導かれるのは、「軽減されない」である。「加重する」を導くことはできない。

(59) 小さな不都合と特殊な環境との不運な出会いが事故を起こすことは、よく指摘されている。著名な事件の多くは、「小さな不都合+特殊な状況→事故」という図式で表すことができる。

- ①【森永ドライミルク】規格外発注+日本軽金属からの仕入れ→ヒ素混入品納入
- ②【帝京大ルート】数千人の血液を原料+HIV 発生→HIV 混入非加熱製剤
- ③【信楽高原鉄道】閉塞違反+優先てこ→正面衝突
- ④【明石歩道橋】ボトルネック構造+階段付近に多数の夜店→双方向から群集衝突
- ⑤【大蔵海岸陥没】U字型防砂板という不適切部品+弱い波→陥没せず空洞成長
- ⑥【パロマ湯沸器】安全装置故障多発+換気習慣の衰退→CO 中毒
- ⑦【日航機ニアミス】経験未熟+三宅島噴火で他機ルート変更→言い間違い

これらの図式は、事故原因の一つを記述するものにはなり得る。しかし、過失の実体を描き出すものとしては、不適切な場合の方が多い。特に、④～⑦は、一面たりとも過失を把握していない。それでも、この図式で過失を説明できる場面はわずかにあり、限定すれば利用可能である。

(60) 樋口亮介「刑事過失と信頼の原則の系譜的考察とその現代的意義」東京大学法科大学院ローレビュー Vol.4 (2009) 193頁右列。「接統型」と表現されている。

(61) ミル『自由論』[山岡洋一訳] (2006・光文社) 211頁。

「個人が正当な目的を追求したとき、必然的な結果として、したがって不当だとはいえない結果として、他人に苦痛や損失を与えるか、他人が適正に期待していた幸福を得られなくすることも多い。このように個人間で利害が対立するのは、社会制度に問題があるからであることも多く、その場合にはその制度がなくならないかぎり、利害の対立は避けがたい。」

(62) 樋口・前掲注 (60) 197頁左列。

(63) 前掲注 (18) 判時1763号193頁第4段 (9・7)。

(64) 前掲注 (18) 判時1763号145頁第2段 (8・3・1)。

- (65) 前掲注(18) 判時1763号146頁第1段(8・3・3)。
- (66) 前掲注(18) 判時1763号146頁第4段(8・3・4)。
- (67) 前掲注(18) 判時1763号148頁第2～3段(8・3・4)。
- (68) 前掲注(18) 判時1763号142頁第4段(8・1)。
- (69) 藤木・前掲注(1) 26～27頁。