

過失犯における予見可能性の意義

山本 紘之

- I はじめに
- II 予見可能性と注意義務の関連に関する学説
 - 一 関連を認める見解
 - 1 予見可能性を注意義務の前提とする見解
 - 2 予見可能性の注意義務関連性を認める見解
 - 二 関連を否定する見解
 - 三 判例の傾向
- III 検討
- IV おわりに
- I はじめに

周知の通り、過失犯における予見可能性に関しては、通説とされる具体的予見可能性説と危惧感説とが対立していると言われてきた。⁽¹⁾ 具体的予見可能性説とは、構成要件的结果のみならず、結果に至る因果経過の本質的部分も予見可能である場合に予見可能性を肯定する見解とされ、⁽²⁾ 危惧感説は、結果発生のみならず、結果発生に至る因果経過の本質的部分も予見可能

過失犯における予見可能性の意義

よいとする見解であるとされてきた。⁽³⁾ 後者に対しては、責任主義に反するという批判のほか、行為無価値一元論をとらなければ維持できないという批判が加えられている。すなわち、近年主張されている（修正された）危惧感説は予見可能性と結果回避義務の関連性を主張するのであるが、⁽⁵⁾ 予見可能性をそのように解するのであれば、例えば、「行為者は、その銃に模擬弾を装填していたにもかかわらず、第三者が、行為者の気づきえない間に、それを実弾に入れ替えたところ、行為者は周囲を確認しないで発砲したために実弾が通行人に命中し、模擬弾であれば人が死亡することはなかったはずなのに、入れ替えられた実弾が命中したために右通行人は死亡してしまった」という場合、行為者は模擬弾による傷害結果しか予見しえないにもかかわらず、生命侵害に対する規範違反性を認めざるをえないであろうが、そのような結論は行為無価値一元論をとらなければ維持できないとされている。なぜなら、当該状況で妥当する注意規範は、実弾の場合も模擬弾の場合も変わらず「状況を確認せよ」というものであり、違法レベルで問題になる規範違反性は実弾であつても模擬弾であつても変わらないからだとされるのである。⁽⁶⁾

このような危惧感説のジレンマは、危惧感説が予見可能性を結果回避義務との関連で用いていること、すなわち予見可能性の注意義務関連性に起因するとされている。⁽⁷⁾ しかしドイツでは、予見の対象をめぐる議論はひとまず措くとしても、予見可能性と注意義務の相互関連を認める見解が決して少なくない。本稿では、上記の批判を契機として、予見可能性という要素は過失犯でいかなる役割を果たすべきなのかを検討していきたいと思う。

なお、筆者は、過失犯による処罰を基礎づける注意義務は結果回避義務と考えているため（この点は、以下の「III・検討」部分で論じたいと思う）、私見を展開する際は結果回避義務という用語を用いるが、注意義務という用語は結果予見義務等をも含むるのであつて結果回避義務とは必ずしも同一の概念ではないから、他の論者の見解を参照する際は、注意義務という用語を用いることにしたい。

II 予見可能性と注意義務の関連に関する学説⁽⁸⁾

一 関連を認める見解

ドイツでは、予見可能性と注意義務の間に、一定の関連を認める見解が通説的であると言われている⁽⁹⁾。まずは、これらの見解の根拠を概観することにしたと思う。

1 予見可能性を注意義務の前提とする見解

まずは、両者の関連を認める見解の根拠を概観することにしたと思う。

予見可能性と注意義務の関連を認める第一の論拠は、注意義務を課するための前提として予見可能性という要件が必要であるとするのである。すなわち、注意義務は一定の予見可能性からはじめて生じうるとするものである⁽¹⁰⁾。この根拠に類似のものは我が国でも述べられており、それは概略以下のようなものである。すなわち、回避義務という形態で注意義務を課す以上は、その義務の前提として回避可能性がなければならないが、回避可能性を認めるためには結果の予見可能性が必要であるとするのである⁽¹¹⁾。

もっとも、この見解は確かに予見可能性と注意義務の関連を認めるものではあるが、近年主張されている、予見可能性の注意義務関連性とは異なるものと見るべきであろう。予見可能性の注意義務関連性とは、予見可能性を注意義務の前提とするにとどまらず、予見可能性の程度が注意義務の軽重にも影響を及ぼすという意味での関連性をも認めるものであるからである。現に予見可能性の注意義務関連性を認める見解が、必要な予見可能性は「どのような結果回避義務を前提に考えるかにより相対的に定められるものである⁽¹²⁾」と述べている点に鑑みれば、そのことは明らかであろう。予見可能性を注意義務の前提とする前記の論拠を示す見解が、「むしろ、両者は完全に分離され、並列するものであると

されている⁽¹³⁾と評されているのも、そのような考慮に基づくものだと思われる。

2 予見可能性の注意義務関連性を認める見解

それでは、予見可能性の程度が注意義務の軽重にも影響を及ぼすとする見解の根拠はどのようなものなのだろうか。以下では、その見解の論拠を見ていきたい。

まず第一に、消極的な理由ではあるが、予見可能性なしには注意義務を認定することが極めて困難である旨が挙げられる。

ドイツでは、予見可能性を介在させずに不注意を認定する見解も主張されている。カミンスキーは、そのような見解を主張する主な論者として、シューネマン、ゲッセル、アルミン・カウフマンを挙げている⁽¹⁴⁾。すなわち、シューネマンは予見可能性を客観的帰属の一要件としているが⁽¹⁵⁾、客観的注意義務とは別個の要件としているし⁽¹⁶⁾、ゲッセルは不注意を社会的に相当でない行為として捉えており、予見可能性を考慮せずに不注意という概念を構築しているし⁽¹⁷⁾、アルミン・カウフマンも予見可能性は因果関係の相当性に解消することが、相当性という概念の歴史から見ても妥当である上に予見可能性は不注意を認定する際に格別有益とは思われないと述べている⁽¹⁸⁾のである。

カミンスキーは、その上でこれらの見解に対して以下のような批判を加えている。すなわち、予見可能性という概念を切り離れた上で不注意を画定しようとする、道路交通法のような下位規範を援用せざるをえない、と。シューネマンは下位規範は注意規範の認定を拘束するものではないとしているが⁽¹⁹⁾、そうだとすると、結局何を考慮して注意違反を画定するのがまったく不明確である⁽²⁰⁾。また、ゲッセルは下位規範の援用を素直に認めているために⁽²¹⁾、刑法上の義務を他の法秩序違反に依拠させることになろうが、それには疑問がある⁽²²⁾。また、アルミン・カウフマンは、例えば自動車の運転台に亀裂を発見した場合は、その自動車を即座に修理に出すことが注意にかなっていることは自明であり、注意義務

務を認定するには予見可能性という手がかりを用いる必要はないと述べているが、カミンスキーによれば、そのような判断の根底には予見可能性という基準が潜んでいとされるのである。⁽²⁴⁾

カミンスキーは以上のように予見可能性という手がかりなしには注意義務を認定することは困難である旨を述べ、予見可能性と注意義務の関連性を指摘している。

第二に、より積極的な観点から予見可能性と注意義務の関連性を指摘する見解がある。佐久間教授は、大規模災害にあっては、各被害者ごとの個別的な因果経過に関する認識可能性を問うことは非現実的であるとされた上で、そもそも、過失犯において当該結果に直結する個別的な心理的連関を要求することの必然性は乏しいとされる。佐久間教授によれば、行為者の認識可能性に依拠した結果予見義務の履行は、せいぜい、結果回避義務の起点になるにすぎないこととなる。⁽²⁵⁾ この見解によれば、過失犯の成立のための中核要件は結果回避義務であり、予見可能性はその「起点」となるにすぎない。「起点」という言辞の意味するところは明らかではないが、結果回避義務の前提というだけではなく、どの程度の義務を課すのかという検討の「起点」という意味であるように思われる。

このような観点をより前面に打ち出しているのは、井田教授である。井田教授は、予見可能性はおよそあるかないかと抽象的に問うことのできるものではなく、どのような結果回避義務を前提に考えるかにより相対的に定められるものであるとされる。すなわち、結果回避義務違反を過失認定の中心に据える立場を前提にし、課されるべき結果回避措置の内容いかんによっては、法益侵害結果発生の可能性はかなり低いものであっても構わない、と。例えば、高速道路を走る際に、前方を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る人をひいてしまったという場合、高速道路を運転しているときにそのような形で道路上に人がいることはおよそ稀有なことであるが、自動車運転者に前方を注視して運転をコントロールすることを義務づける前提としては、道路上におよそ人が存在

する事実的可能性が一定程度あればよく、その可能性はかなり低いものであっても差し支えないとされるのである。⁽²⁶⁾

また、近年、平野講師が前述のカミンスキーらの見解を検討した上でこの問題に検討を加えられている。そこでは、刑法による義務づけは、予見可能な結果の発生を回避するにとどまるから、結果回避義務を認定する前提として、予見可能性が要求されると述べられている。すなわち、予見可能性は基準行為を設定する際に、当該行為を行えばどのような事態ないし結果が生ずるかという形で検討され、予見可能性は基準行為を基礎づける前提となるとされるのである。⁽²⁷⁾

このように見てみると、結果回避義務を刑事過失の中心に据える見解の多くは、予見可能性を結果回避義務を課す前提として位置づけているが、その傾向をさらに進めていくと、どの程度の回避義務を課すかという問題の中で予見可能性が扱われることになる⁽²⁸⁾ということが言えよう。なるほど確かに、どの要素との関連もなしに予見可能性の有無を問うことは困難であろうし、結果回避義務⁽²⁸⁾についても認定するための手がかりは必要であろう。そうだとすると、結果回避義務を中心に刑事過失を構築するのであれば、結果回避義務と予見可能性の一定の関連を認めることは合理的であるように思われる。しかし、予見可能性をそのように位置づけることは、予見可能性という要件の本来の趣旨に反するようにも思われ、近年、有力な批判が加えられている。以下では、予見可能性と注意義務の関連を否定する見解からの主張を見てみたいと思う。

二 関連を否定する見解

近年、上記の井田教授の見解には以下のような批判が加えられている。その批判の内容は以下の通りである。

井田教授は、結果回避措置の前提として要求される予見可能性に関して、法益関連性を要求されているが、⁽²⁹⁾ そのように解さなければならぬ理由は存在しない。例えば、「行為者は銃に模擬弾を装填していたが、第三者が、行為者の気

づきえない間にそれを実弾に入れ替え、行為者は周囲の状況を十分に確認しないで発砲したところ、通行人に命中して死亡させてしまった」というような場合も、行為者には傷害結果しか予見しえないといえども、「状況を確認せよ」という結果回避措置を課すことは正当であり、上記の事例では生命侵害の規範違反性を認めざるをえないであろう。井田教授によれば行動の規範違反性の問題としての違法性は結果回避義務違反であるはずであり、この事例において、行為者は「状況を確認せよ」という結果回避措置に違反しており、その回避措置さえとれば死亡結果を回避することができただけから、上記の事例では生命侵害の規範違反性はあるはずだとされる。しかし、法益関連性を持たなければならぬはずの予見可能性は身体という法益としか関連していないのだから、上記の事例では井田教授の見解はジレンマに陥るとされるのである。⁽³¹⁾

この批判は、違法は行為の規範違反性の問題、責任は規範にしたがった意思形成ないし動機づけ制御の可能性の問題とされる井田教授の体系を踏まえた上でのものであるが、そのような体系を前提としなくても、結果回避義務を刑事過失の中心とした上で予見可能性を結果回避義務に関連させる見解全般に対しても向けられうるものだと思われる。なぜなら、予見可能性は結果回避義務に関連するものであり、結果回避義務こそが過失の中核であると考えられる場合、上記の事例では、結果回避義務は「発砲する前に状況を確認すること」であり、その内容は模擬弾であろうとも実弾であろうとも変わりはないはずであるが、そうだとすると、過失傷害と過失致死を区別するものは過失の中核概念である結果回避義務ではないということになってしまふからである。死の結果を予見できる場合と傷害の結果しか予見できない場合とは、明確に区別しなければならぬであろうから、上記のジレンマは決して看過しうるものではないであろう。⁽³³⁾

もともと、結果回避義務を刑事過失の中心に据える見解も、予見可能性と結果回避義務を切り離す立場を採っていた。少なくとも、わが国で結果回避義務中心の過失概念、いわゆる新過失論を早くから主張していた藤木博士と井上正治博

士は、予見可能性をそのように位置づけていたのである。

藤木博士はいわゆる新過失論を提唱された当時は、結果回避義務を課すためには結果回避可能性が必要だとし、その結果回避可能性を認めるためには結果の予見可能性が必要だとされた⁽³⁴⁾。つまり、藤木博士は予見可能性は結果回避義務を認めるための前提とはしていたが、注意義務の認定のための一要素とまではしていなかったのである⁽³⁵⁾。

井上正治博士は、結果回避義務を違法性の問題、予見義務を責任の問題とされた。なぜなら、予見可能性は主観的に定められ、非難すべき人格構造と深く関連するからであるとされるのである。例えば、ストーブの取扱につきまったく知識・経験の乏しい女中が、たまたまその取扱を誤り、ガス中毒者を出したという場合、井上正治博士によれば、結果回避義務違反は認められるが、その女中にはガス中毒が人命に危険があることを予見できないために過失犯の責任がないことになるのである⁽³⁶⁾。つまり、井上正治博士も、結果回避義務と予見可能性を完全に切り離す立場を採っていることになる。

このような立場は、わが国の（新）過失論にも多大な影響を与えたエンギッシュの見解とも合致するものでもある。エンギッシュは以下のように述べて、認識可能性（Erkennbarkeit）を過失犯の責任の要件としていた。すなわち、「配慮（Sorgfalt）を無視した場合でも、それだけで行為者に対する責任非難が起こってくるものではなく…行為者が差し迫る構成要件の実現を予見し、その実現の中に存する違法を把握し、しかも同時に回避するための措置を認識することができたという場合にはじめて、行為者に対して過失の責めが帰せられるのである⁽³⁷⁾」と。そしてその上で、上記のストーブの事例を挙げ、この事例では義務に即した配慮の無視があったとしても、そのことによって直ちに過失の非難が根拠づけられることはない⁽³⁸⁾とされる。すなわち、このような場合には認識可能性が配慮義務の侵害と並列して存在するとされるのである。つまり、エンギッシュも、予見可能性は過失責任のための要件として要求しているのであって、

注意義務の認定のための要素としてではなかったのである。⁽³⁸⁾ さらに、そのような予見可能性の位置づけはドイツの判例によっても示されているという。例えば、過失は、「客観的に義務に違反する行為と並列して、あるいは、それとは別に、配慮のある誠実な行為態様の要求に違反する行為と並列して、主観的にも、そのような行為によって招来された有害な結果についての帰責能力を責任の前提としているのであるし、しかも、それに加えて、行為者は、義務に即した配慮を用いることによって、そのような結果の発生を予見することもできたであろうし、あるいはまた、予見すべきでもあったであろうということが要求されるのである」⁽³⁹⁾ といった判示である。

このような予見可能性の位置づけは、予見可能性という要件の淵源に忠実であるといえる。過失をもっぱら責任要素とする見解が支配的であった時期においては、予見可能性という要件は、結果を予見することが可能でありそうすべきであったにもかかわらず予見しなかった場合を指すのであって、そのような場合に過失犯としての責任が問われるという役割を果たすものとされていた。⁽⁴⁰⁾ このような予見可能性の位置づけに関して、本稿の問題点との関連において、注目すべき点は二点あると思われる。第一に、予見可能性は責任を問うための要件であるということであり、第二に、予見可能性とともに予見「すべきであった」という予見「義務」の要素が、注意義務の一要素であるとも思われるにもかかわらず、やはり責任に位置づけられていたということである。特に、結果回避義務は違法性の問題としつつも、結果予見義務及び予見可能性を責任要素に位置づけられた井上正治博士の見解は、このような予見可能性の淵源に忠実であると言える。仮に結果回避義務と結果予見義務及び予見可能性を違法性という体系上同一のレベルに位置づけるとしても、これらは並列的に存在していると考えることには、一定の理由があったと言えよう。

三 判例の傾向

ところで、この問題について、判例はどのように捉えているのだろうか。

わが国の裁判例の中には、予見可能性の程度と注意義務の軽重が関連する旨を示したのも散見される。まず、森永ドライミルク事件では、周知のように、「予見可能性は：何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかないという程度の危惧感であれば足りる」として明示的に危惧感説の立場に立ちつつ、その上で、「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回避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を軽いものにとどめるのが相当である」といい得る」という判示がなされた⁽⁴¹⁾。また、薬害エイズ（A大学）事件では、「ある種の危険」で足りるとする意味での、すなわち予見可能性の法益関連性をも否定する意味での危惧感説に立ったものではないが、「関係各証拠により認められる程度の予見可能性を前提として、なお被告人に結果回避義務違反が認められるかどうか、過失責任の成否を決定することになると考えられる」という判示がなされ⁽⁴²⁾、予見可能性の程度と結果回避義務の関連性が明示的に示されている。しかし、これらはいずれも予見可能性についていわゆる危惧感説的な態度を示すものであり、判例の主流にある見解とは思われず、わが国の判例の主流は、予見可能性の程度と注意義務の軽重に関連はないとされていると評価してよいと思われる。わが国の判例の主流がそのような解している理由は、おそらく以下の点にあると思われる。すなわち、予見可能性の「程度」を問題にするためには、刑法上問題になりうる予見可能性の中には「程度の低い」ものもあることを認めなければならないが、「程度の低い」予見可能性を問題にできるのは、危惧感説のみであり、その他の見解によれば、刑法上問題になりうる予見可能性は「ある程度高度の」もののみであり、程度を問題にする余地が少ないと考えられているからではないかと思われる。例えば、熊本水俣病事件において、福岡高裁が「結果発生の子見可能性そのものの概念内容を考察するに：一般的又は抽象的な

危惧感ないし不安感を抱くだけでは足りないものである」と述べて危惧感説を否定した上で、「死傷の結果を受けるおそれのあることの予見があれば、業務上過失致死傷罪の注意義務構成の予見可能性として欠くところはなく…いわゆる結果回避義務の前提として不足はない⁽⁴⁵⁾」（傍点筆者）と述べているのは、予見可能性は結果回避義務を課するための前提ではあるが、それ以上のものではないと解され、注目に値しよう。

また、ドイツの判例については、カミンスキーが詳細な検討を加えている。カミンスキーによれば、ドイツの判例の文言のみからは、予見可能性と注意義務の関連についての明確な立場を見出すことは困難である⁽⁴⁶⁾。カミンスキーはその上で、判例は実質的には過失判断の中核に予見可能性という要件を据えているという分析を加えている⁽⁴⁷⁾。これらの点を踏まえると、ドイツの判例もわが国と同じく、予見可能性をせいぜい注意義務の前提としているにすぎず、具体的な関連までは認めていないと評価することができよう。

近時の裁判例を概観しても、カミンスキーの分析は裏付けられているように思われる。例えば、過失犯における予見可能性の有無が問題になった事案においては、予見可能性について以下のように述べられている。すなわち、「事象の経過が非典型的かつ異常であり、行為者が事実に応じて命じられ、行為者の特別知識や能力に基づいて課せられる注意をしていても事象の経過を把握することができない場合は、刑法上の答責性が阻却されることになる⁽⁴⁸⁾」。ここでは、予見可能性は答責性の要件とされており、判決文の別の部分で用いられている不注意な態度という要件とは独立に検討されている。確かに、判決文では詳細な体系上の地位についての言及はないが、答責性という要件は責任レベルの問題と思われる一方⁽⁵⁰⁾、態度の不注意性はドイツでは構成要件レベルの問題とするのが一般的であろうから⁽⁵¹⁾、上記の裁判例では、予見可能性と注意義務違反は独立して検討されていると評価しうると思われる⁽⁵²⁾。

III 検討

それでは、予見可能性は過失犯においてどのような位置づけを与えられるべきだろうか。この問題を解決するためには、過失構造論についても検討することが必要だと思われるので、本稿の問題点と関連する限度において、以下で過失構造論について検討することにした。

本稿の問題点との関連では、結果回避義務を過失犯の中心に据えるかが重要であると思われる。なぜなら、前述の通り、⁽⁵³⁾結果回避義務を中心に刑事過失を構成していくと、予見可能性の役割は結果回避義務に引き付けられる一方で、予見可能性のみによる過失概念を前提にすると、予見可能性は必然的に結果についての責任を問うための要件という位置づけになるはずだからである。少なくとも、注意義務を用いずに刑事過失を構成する以上は、予見可能性が注意義務と関連するという立場は採る余地がないことになる。

筆者はこれまで刑事過失に関する考察を行う機会が何度かあったが、そこでは、結果回避義務を中心とする過失概念を前提に考察を行ってきた。その理由は、予見可能性のみによる過失判断には限界があると思われるという点にある。例えば、ドライバーがブレーキとアクセルを踏み違えた結果通行人が死傷してしまったという場合において行為者に予見可能性を認める根拠は、十分に注意していれば「ブレーキと違ってアクセルを踏むこと」を認識することができた、そして、そのような認識があれば通行人の死傷結果を予見することもできた、というものであるが、このような二重の可能性が「高度の予見可能性」として評価できるのであるかという指摘がある。⁽⁵⁴⁾かといって、過失責任を認めるための予見可能性のハードルを低く設定すると、交通事故等において不当に処罰範囲を拡張することになるから、「高度の予見可能性」⁽⁵⁵⁾を要求しないわけにはいかない。⁽⁵⁶⁾

また、予見可能性を結果予見義務に置き換えたとしても、問題の解決にはならない。なぜなら、結果回避義務から切り離された独立の存在としての予見義務は、過失を故意に変えるだけであり、意義を持たないからである。⁽⁵⁷⁾ 刑法上の義務は構成要件実現を回避するために課されるはずであるから、結果を予見した上でどのような義務が生じるかが重要と
いうことになる。⁽⁵⁸⁾

以上のように考えるならば、結果回避義務という概念を用いて刑事過失を構成することが妥当だと思われる。その場合、結果回避義務を認定することが過失判断において必要になるが、実際に問題となる態度の義務違反性を判断するにあたり、予見可能性が高ければ高いほど慎重な態度が要求され、逆に予見可能性が低ければ回避義務の程度は軽くなるという言辞は、⁽⁵⁹⁾一見すると正しいように思える。回避義務を認定するとしても、道路交通法などの特別法規以外の、法的な観点からの手がかりは、何としても必要だからである。確かに、予見可能性を前提とせずに回避義務を認定する試みにも一定の合理性はあるように思われるが、義務認定のための資料が少なすぎるように思われる。そのような観点からすると、予見可能性を結果回避義務の単なる前提条件としてのみ捉える見解もまた、カミンスキーが批判するように、⁽⁶⁰⁾実際の義務の認定に困難をもたらすことになる。

しかし、予見可能性を注意義務に関連させると、先述のようなジレンマに陥ることになる。⁽⁶⁰⁾ すなわち、「行為者は銃に模擬弾を装填していたが、第三者が、行為者の気づきえない間にそれを実弾に入れ替え、行為者は周囲の状況を十分に確認しないで発砲したところ、通行人に命中して死亡させてしまった」というような事例において、行為者が果たすべき回避義務の内容は「状況を確認せよ」というものであり、それ自体は死亡結果についての予見も可能であるか否かを問わず変わることはないと思われるため、上記の事例では死亡結果の予見可能性がないにもかかわらず生命侵害に関する規範違反も認められるように思われ、過失致死の実行行為と解さなければならぬように思われるというジレンマ

である。

このジレンマに対して、以下のような反論は、確かに可能であるかもしれない。すなわち、「状況を確認せよ」という規範の具体的な形態自体は同じであるが、死亡結果をも予見しうる場合のそれは過失致死罪の規範の発現形態である一方、傷害結果しか予見しえない場合のそれは過失傷害罪の規範の発現形態であるから、上記の事例では結局のところ過失傷害の規範違反しか存在しないという反論である。しかし、そのような反論が成立しうるとしても、上記の事例では結局のところは予見可能性によって処罰範囲の画定がされているわけであるから、結果回避義務が本当に刑事過失の中核概念として妥当なのかは疑問が生じうると言えよう。そこで、以下では別の観点からの反論がありうるか検討してみたいと思う。

そもそも、予見可能性が注意義務と結び付けられるようになった理由はどこにあったのであろうか。反論の手がかりは、その点にあるように思われる。結果回避義務を認定するにあたっては、様々な事情を考慮する必要がある⁽⁶¹⁾、また、結果回避義務との関連なしに「真空の中で」予見可能性の有無を判断することも困難だということが理由であったと思われる⁽⁶²⁾。

結論を先に述べるならば、このような事情が、予見可能性と結果回避義務を結びつける理由にはならないと思われる。なるほど確かに、結果回避義務を認定するにあたっては、行為時のさまざまな事情を勘案する必要がある⁽⁶³⁾。これに關しては、エンギッシュが配慮 (Sorgfalt) の一つである、危険な行為を行わないこととしての配慮を述べるにあたり、その危険が許される場合について述べていたことが参考になろう。エンギッシュは、危険の許容性を考慮するにあたり、①追求する目的の意義 (人の生命の救助なのか、全体の美を損なう欠点の排除にとどまるのか等) の大小と法益侵害の意義 (軽い傷害なのか、死亡なのか等)、②追求しようとしている結果が発生する範囲と、差し迫っている法益侵害の

範囲、③一方では、追求されている結果について望まれる蓋然性と、他方では、危険を冒した場合に法益侵害が起こってくる蓋然性が考慮されると述べている。⁽⁶³⁾ここでは、③において法益侵害が生じる蓋然性が考慮に入れられており、井田教授の見解においても、結果の蓋然性が低ければ結果回避義務も軽いものになるとされているのであるから、なるほど確かに、エンギッシュの見解と（修正された）危惧感説との間の共通点を見出すことも可能かもしれない。しかし、前に見たように、エンギッシュは予見可能性を責任要素とし、注意義務とは切り離された要素としていたのであるから、そのような共通点は本来はないはずであり、どこかに論理の飛躍があるはずであろう。⁽⁶⁴⁾

その論理の飛躍の原因は、結果発生⁽⁶⁵⁾の蓋然性と予見可能性を同一のものとして扱っている点にあると思われる。なるほど確かに、結果発生⁽⁶⁵⁾の蓋然性が高ければ予見可能性の程度も高くなると思われるが、両者は概念上、別の概念のはずである。

では、予見可能性とはどのような概念であったのか。エンギッシュは予見可能性における予見の対象を故意犯における認識対象としている。⁽⁶⁵⁾また、わが国でも、過失は故意の可能性であるということがよく言われている。⁽⁶⁶⁾このような事情にかんがみるならば、予見可能性の対象の議論をひとまず措くとしても、故意の認識対象と予見可能性とをパラレルに考えることは許されよう。なぜなら、予見可能性の認識対象をめぐる議論と、何を考慮して予見可能性の程度を決するかという議論は、別のレベルの問題だからである。例えば、もし仮に、故意があると認められるためには結果発生⁽⁶⁵⁾の確率を五割以上と認識していなければならないとした場合、エンギッシュのように、予見可能性における予見の対象は故意における認識対象と一致するという立場を採るのであれば、過失犯において予見可能性が認められるためには、五割以上の確率で結果が発生するということが行為者にとって予見可能でなければならないことになる。筆者は、故意の認識対象と同一のものが予見可能である必要はないと主張してきたため、行為者がどれだけ情報収集を尽くしても結果

発生確率が四割であるとし、認識できない場合においても予見可能性を認めるべき場合もありうる。と考へておき、それが筆者の前者の問題についての態度決定である。しかしその態度決定が、結果発生確率が四割しかない場合は六割という予見ができる場合よりも予見可能性の程度が低いと評価することを否定するものではなからう。そして、そのように考へるならば、予見可能性は、故意の場合と同じように、①実行行為の危険性、②危険性が結果に至る相当性、③結果の具体性が考慮の要素となり、これらが高ければ高いほど予見可能性の程度も高くなることにならう。⁽⁶⁸⁾ 例へば、百連装の拳銃に弾丸が一発だけ込められているという場合、その拳銃を扱う際には慎重な態度が要求されると思はれるが、⁽⁶⁹⁾ 求められる態度の慎重さの程度を判断するにあたっては、必ずしも軽い義務で足りるということにはならないであろう。なぜなら、この事例において、結果発生蓋然性は低いとしても、実行行為の危険性は決して低いとは言えないからである。近年、故意の認識対象をめぐって、認容説に反対する論者も単に結果発生蓋然性のみに着目するわけではなく、⁽⁷⁰⁾ 上記のような事情を考慮した上で行為者の認識事実が故意として評価しうるかを判断しているように思はれる。このようになことを考慮するならば、過失犯における予見可能性もまた、蓋然性のみによって判断されるのではなく、実行行為の危険性や結果発生への相当性なども考慮して判断すべきということになるはずである。そうだとすると、結果発生蓋然性は予見可能性の程度に影響をもたらさうが、蓋然性のみによって予見可能性の程度が決まるわけではないということになる。

このように、予見可能性の程度は、蓋然性以外の要素、すなわち、故意の程度を決する要素すべてを考慮して決せられることが明らかになった。そうだとすると、確かに、予見可能性の程度が低い場合は、結果発生蓋然性が低かったり、実行行為の危険性が低かったりするわけであるから、予見可能性の程度の判断と、エンギッシュが述べた、危険性の許容性の判断は実質的には一致することにならう。予見可能性の程度が低い場合は、要求される結果回避義務の程度

も軽減されるという言辭が一見すると妥当であるように思えるのは、そのような一致によるものだと思われる。

ただし、やはり、予見可能性が結果回避義務と関連するということにするとジレンマ―予見可能性のない結果に対する規範違反をも認めざるをえない状況―が生じるか、少なくとも体系上誤解を生じやすいことは、先の批判からも明らかのように思われる。そのようなジレンマや誤解は、予見可能性の程度の判断と危険の許容性の判断を混同していることから生じていると思われる。両者は実質的にはほとんど同じ判断をすることになるが、そのような判断が要求される根拠が異なっていたのではないだろうか。予見可能性の判断は、もともとは、先に見たように、⁽⁷¹⁾結果に対する責任を行為者に問うことができるか否かの判断であろう。仮に結果回避義務の発現形態が同じだとしても、傷害結果しか予見できない場合と、死亡結果をも予見しうる場合は体系上は明らかに異なるとされている理由は、やはり、責任主義にあると思われるからである。他方、危険の許容性の判断は、いわゆる新過失論によれば構成要件ないし違法レベルの問題であり、当該行為に出ることが一般的に許されるか否かという判断であろう。違法と責任が別の要素として捉えられている以上、両者は体系上は別の判断として考察すべきであり、両者を混同していることから、先述の批判が生じてくるものと思われる。

そのように考えるならば、予見可能性という要件は、結果についての行為者の責任を問うための要件としてもっぱら責任に位置づけ⁽⁷²⁾、構成要件レベルで問題になる結果回避義務を認定する際には、結果発生⁽⁷³⁾の蓋然性や実行行為の危険性などを考慮して判断するという思考方法をとるほうが、体系上の問題は少なく、誤解も生じにくいのではないだろうか。両者の判断は、これまでみてきたように、実際にはほとんど同じ判断をするわけであるから、確かに単なる用語の問題にすぎないとも言えるが、傷害結果しか予見できない場合に生じうる批判を想定すると、予見可能性は結果回避義務と切り離して考えるほうが便宜だと思われる。

そう解したとしても、予見可能性と結果回避義務を切り離した場合に生じうる問題が再発するわけではない。予見可能性が結果回避義務と関連させられた理由は、①結果回避義務を認定するためには予見可能性という要素も考慮しなければ、下位規範に依拠せざるをえないという点と、②結果回避義務の軽重（例えば、自動車を運転中に減速すれば足りるのか、直ちに停車しなければならぬのかなど）は予見可能性の程度と連動するはずであるという点、及び、③結果回避義務は結果を予見した上で要求されるものである、という点であった。⁽⁷⁵⁾①に関しては、従来予見可能性という標題下で検討されていたであろう要素、すなわち、行為の危険性や結果発生蓋然性は、結果回避義務を判断する要素として考慮するのであるから、結果回避義務の認定に困難を生じるということはないであろう。異なるのは、予見可能性という要素に還元するか否かの違いである。②に関しても、①で考慮する要素である結果発生蓋然性が高ければそれに応じて結果回避義務も慎重なものが求められるが、考慮される要素は他にもあるため、ロシアン・ルーレットのような場合は、蓋然性が低いといえども、高度の行為の危険性のために、直ちに軽い義務が導かれるということにはならないであろう。また、③で述べられるように、結果を予見しなければ適切な回避のための措置は要求しえないことは確かであるが、そのような関連は、注意義務のための前提という関係ではあっても、一方が高ければ他方も厳格になるという関係ではなからう。なるほど確かに、行為者が高い蓋然性を認識した場合はより厳格な回避措置が要求されると思われるが、その場合に注意義務と関連しているのは、予見そのものであって、予見可能性ではない。⁽⁷⁶⁾

IV おわりに

これまでの検討を踏まえ、冒頭の批判を検討すると、以下のようなになる。

近年述べられている批判とは、以下のようなものであった。すなわち、客観的な事実の人の死亡の危険性があるが、

行為者はそれを予見できないという場合であっても、回避義務の発現形態は同一である（例えば、「状況を確認せよ」という義務）以上、生命侵害の予見可能性はないにもかかわらず、生命侵害の規範違反性を認めざるをえないというジレンマが生じるという批判である。

私見によれば、結果回避義務を認定する際に、予見可能性は考慮されない。しかし、予見可能性の程度を判断する際に考慮される諸事情（例えば、結果発生の蓋然性や実行行為の危険性など）は危険の許容性というレベルで判断し、その許容性を考慮して結果回避義務の内容を判断することになる。

この私見を前提に前記の事例を検討する場合、規範の内容はやはり、「状況を確認せよ」ということにはなりえよう⁽⁷⁷⁾。その場合、まず問題になるのは、生命侵害の規範違反性を認めてよいかであろう。この場合、行為の危険性を行為時に判断するとすれば、傷害の危険性しか認められないため、そのことを理由に生命侵害の規範違反性を否定することも可能ではあろう。筆者は規範違反性をそのように解することも不可能ではないと考えているが、仮に、そのように解することが不可能だとした場合、どのようになるのだろうか。その場合、「状況を確認せよ」という過失致死の結果回避義務違反が認められることになるが、責任主義から要請される、予見可能性という別個の要素によって、死亡結果の帰責が否定されると考えることになる。そのため、結局のところ、成立する犯罪は過失傷害にとどまることになる。なお、このように考える場合、予見可能性は責任主義の要請ということになるから、責任段階で考慮されると考えるべきであろう⁽⁷⁸⁾。実際には、予見可能性という要件は、冒頭に述べた事例のように、構成要件レベルでは死亡結果発生の危険性が認められるものの死亡についてまでは予見可能とはいえないというような例外的な事例において、帰責を限定する役割を果たすにとどまるということになると思われる。

予見可能性を結果回避義務と関連させて検討するという（修正された）危惧感説の着眼点は、結果回避義務の認定の

ための資料を多く提供する点で、有益な観点を提供するものではあった。実際に、ドイツではそのように考える見解が多数を占めていたことも、これまで見てきた通りである。しかし、そのような考えが支持されていたのは、予見可能性という要件が多義的であったために結果回避義務を認定するために考慮される様々な要素を一言で説明できるという利点に目を奪われていたのではないだろうか。予見可能性という要件は、もともとは結果に対する責任を問うための要件だったとすれば、予見可能性そのものは結果回避義務と切り離して考えることが、体系的には問題が少ないように思われる。確かに、そのように考える場合でも、結果回避義務を認定するために考慮する要素そのものに大きな変化があるわけではない。異なるのは、「予見可能性が考慮される」とするか、「結果発生の蓋然性や行為の危険性などが考慮される」と説明するかの違いにすぎないが、危険性そのものは死亡に対しても認められるにもかかわらず傷害しか予見できないという事例においては、「予見可能性が考慮される」とする見解は体系上問題があるため、予見可能性という標題下で検討されてきた要素を予見可能性と切り離した上で検討するほうが無理は少ないのではないだろうか。

そのように考える場合、予見可能性という要件が過失犯で果たす役割は極めて限定的なものとなる。実際には、客観的には死亡の危険があったが、行為時には傷害結果しか予見できないという場合、すなわち、冒頭の批判で述べられた事例のような場合において、結果回避義務は認めつつ、帰責範囲を限定するという限定された役割のみを果たすということになる。しかし、予見可能性があまりにも規範化していると指摘されている状況に鑑みるならば、予見可能性の内実を明確にして、この概念に過度の役割を担わせないことが、今後の刑事過失論の展開のためには有益であるように思われるのである。

(1) もっとも、このような対立図式には、近年有力な異論が主張されており(大塚裕史『因果経過』の予見可能性)板倉宏先生古稀

祝賀「現代社会型犯罪の諸問題」(勁草書房、二〇〇四年)一七九頁)、筆者もその異論を支持している(拙稿「過失犯における情報収集義務について―危惧感説との関連を中心に―」法学新報一一二巻九〇号(二〇〇六年)四一五頁)が、本稿では便宜上、一般的に用いられている対立図式を基礎にして議論を進めたいと思う。

(2) 西田典之『刑法総論』(弘文堂、二〇〇六年)二四〇、二四七頁、立石二六『刑法総論(第二版)』(成文堂、二〇〇六年)二四五頁以下、川端博『刑法総論講義(第二版)』(成文堂、二〇〇六年)二〇〇頁、山口厚『刑法総論(第二版)』(有斐閣、二〇〇七年)二二六頁。

(3) 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、一九七五年)二四〇頁。

(4) もっとも、このような批判が決定的なものであるかは疑問である。この点につき、古川伸彦『刑事過失論序説』(成文堂、二〇〇七年)一七一頁。

(5) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五年)一一八頁。なお、近年この見解に親和的な立場を示すものとして、高橋則夫「過失犯の行為規範に関する一考察」『神山敏雄教授古稀祝賀論文集第一巻―不作為犯論、過失犯論、共犯論』(成文堂、二〇〇六年)七頁がある。また、この点につき、岡部雅人「コンプライアンス・プログラムと企業過失」田口守一他編『企業犯罪とコンプライアンス・プログラム』(商事法務、二〇〇七年)も参照。さらに、佐久間修「管理・監督過失と過失犯の理論」現代刑事法三八号(二〇〇二年)一五頁では「認識可能性に依拠した結果予見義務の履行は、せいぜい、客観的な結果回避義務の起点となるにすぎない」とされており、予見可能性が結果回避義務に関連する旨が述べられている。

(6) 古川・前掲注4)一七二頁以下。また、山口・前掲注2)二二六頁も、危惧感説と行為無価値一元論の親和性を指摘する。

(7) 古川・前掲注4)一七二頁以下。

(8) この問題に関する重要な先駆的業績として、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」法学研究論集(明治大学)一六号(二〇〇二年)一七頁がある。以下の記述も、これに負うところが大きい。

(9) このような分析をするものとして、平野・前掲注8)二七頁。

(10) Hardtung, in: Münchener Kommentar Zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, §222 Rdn.16; Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, §17 Rdn. 19; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 36. Aufl., 2006, Rdn. 667; Tröndle/Fischer, Strafrechtbuch und Nebengesetze, 54. Aufl. 2007, §15 Rdn. 14.

(11) 藤木英雄『過失犯の理論』(有信堂、一九六九年)五二頁以下。ただし、藤木博士はその後に危惧感説を主張したことに伴って、この部分も若干の変更があった。その点は後に検討することにした。

- (12) 井田・前掲注5) 一一八頁。
- (13) 平野・前掲注8) 二七頁以下。
- (14) Kaminski, Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 1992, S. 21 ff.
- (15) Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 582.
- (16) Schünemann, a. a. O.(Anm. 15), S. 575.
- (17) Gössel, Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitsdeliktslehre, in: Festschrift für Karl Bengl, 1984, S. 31 f. カール・ハイマン・ゲッセル(阿部純二訳)「過失犯に関する新旧の理論」宮沢浩一監訳『正義・法治国家・刑法』(成文堂、一九九〇)九一頁以下。
- (18) Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 141.
- (19) Schünemann, a. a. O.(Anm. 15), S. 577 f.
- (20) Kaminski, a. a. O.(Anm. 14), S. 23 f.
- (21) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT., Bd. II S. 117.
- (22) Kaminski, a.a.O.(Anm. 14), S. 26 f. もともと、ドイツで広く支持を得ている違法一元論を前提とすれば、このような批判はあたらないかもれない。しかし、カミンスキーは、道路交通法等の特別規範のない分野では法外要素を援用することになるはずであるから、上述の疑問は払拭しえないとする。
- (23) Armin Kaufmann, a. a. O.(Anm. 18), S. 142 f.
- (24) Kaminski, a.a.O.(Anm. 14), S. 32.
- (25) 佐久間・前掲注5) 一五頁。
- (26) 井田・前掲注5) 一一八頁以下。
- (27) 平野・前掲注8) 三三頁。Vgl. auch Kaminski, a.a.O.(Anm. 14), S. 55 f.; Laue, Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts, JA 2000, S. 667 f.
- (28) 井田・前掲注5) 一一八頁。また、「因果経過の本質部分の予見可能性」の有無を問うこともまた、何が本質部分であるかが曖昧であるために、困難である。Vgl. Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungswerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 355 f.
- (29) 井田・前掲注5) 一一八、一一〇頁。
- (30) 井田・前掲注5) 一一〇頁。

- (31) 古川・前掲注4) 一七二頁以下。
- (32) 井田・前掲注5) 一七頁。
- (33) 古川・前掲注4) 一八八頁注四三は、松宮孝明『刑事過失論の研究(補正版)』(二〇〇四年、成文堂)三〇三頁を引用しつつ、死の結果を予見できる場合と傷害の結果しか予見できない場合とは、少なくとも理論上はあきらかに違ふとされ、この指摘は正鵠を射たものと言わざるをえない。
- (34) 藤木・前掲注11) 五一頁以下。
- (35) もっとも、その後、予見可能性の位置づけについては先に述べたような見解への転向が見られる。藤木・前掲注3) 二四〇頁参照。
- (36) 井上正治『過失犯の構造』(有斐閣、一九五八年)八〇頁以下。
- (37) Englisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 365. カール・エンギッシュ(莊子邦雄)小橋安吉訳『刑法における故意・過失の研究』(一粒社、一九八九年)四四二頁。なお、Sorgfaltという単語は、従来は注意と訳されていると思われる。筆者もそのように訳すべきだと思われるが、エンギッシュの見解を参照する場合には、前掲訳者にならぬ、配慮と示すことにしたい。
- (38) Englisch, a. a. O. (Anm. 37), S. 366. カール・エンギッシュ(莊子邦雄)小橋安吉訳(前掲注37)四四三頁。なお、傍点の部分はエンギッシュ自身も字間を開けて強調している部分である。
- (39) RGSt 8, 67. Vgl. auch RGSt 3, 208 f.
- (40) Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer Darstellung, 1895, S. 8 f.; Radbruch, Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904), S. 345 f.; Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 272ff. Vgl. auch Kaminski, a. a. O. (Anm. 14), 46 ff.
- (41) 徳島地判昭和四八年一月二八日判時七二二号七頁判タ三〇二号一二三頁。
- (42) 東京地判平成一三年三月二八日判時一七六三号一七頁判タ一〇七六号九六頁。
- (43) なお、薬害エイズ(A大学)事件の過失判断方法は、(修正された)危惧感説を提唱する井田教授によって支持されている(井田良『変革の時代における理論刑法学』(慶応義塾大学出版会、二〇〇七年。初出は二〇〇一年)一八〇頁参照)ことから、この事案が(修正された)危惧感説的な立場を示したものととして評することはできよう。もっとも、そのような立場がわが国の裁判例の主流

を占めているとは思われない。

- (44) 危惧感説を否定した裁判例として、札幌高判昭和五一年三月一八日高刑集二九卷一号七八頁(北大電気メス事件)が代表的であろう。もっとも、結論において予見可能性を肯定している裁判例であることから、「危惧感説の否定」はリップサービスにすぎないという評価もありうるかもしれないが、少なくとも、予見可能性と注意義務の関連性を明示的に認めた裁判例は、前掲注41及び42に挙げたもの以外には見当たらない。

- (45) 福岡高判昭五七年九月六日高刑集三五卷二号八五頁。
(46) Kaminski, a.a.O. (Ann. 14), S. 33.
(47) Kaminski, a.a.O. (Ann. 14), S. 38.
(48) OLG Nürnberg NSTZ 2006, S. 248.
(49) OLG Nürnberg NSTZ 2006, S. 249.
(50) Vgl. Wessels/Beulke, a.a.O. (Ann. 10), Rdn. 396.
(51) Vgl. Wessels/Beulke, a.a.O. (Ann. 10), Rdn. 667.
(52) Vgl. auch OLG Karlsruhe, NJW 1976, 1853; OLG Stuttgart, NSTZ 1997, 190.
(53) 前記II・1・2を参照。
(54) 橋爪隆「過失犯(下)」法教二七六号(二〇〇三年)四二頁。また、佐伯仁志「過失犯論」法教三〇三号(二〇〇五年)四五頁も参照。
(55) 周知の通り、予見可能性を刑事過失の中心とする論者は、論者によって表現の差はあるが、予見可能性をある程度高度のものとして捉えている。平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、一九七二年)一九四頁、町野朔『刑法総論講義案I(第二版)』(信山社、一九九五年)二五八頁、山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣、一九九八年)一六四頁などを参照。
(56) このような批判につき、井田・前掲注5)一一六頁以下も参照。
(57) 平野・前掲注55)一九一頁、山口・前掲注55)二〇四頁、松宮孝明『刑法総論講義(第三版)』(成文堂、二〇〇四年)二〇五頁。
(58) この点につき、拙稿・前掲注1)四〇四頁以下を参照。また、このように認識を作出する義務の重要性を否定する見解として、Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 116; Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 60. 平場安治「過失犯の構造」井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相』(有斐閣、一九八一年)三四五頁。Vgl.

auch Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, S. 60 f.

- (59) 藤木英雄編著『過失犯—新旧過失論争—』(学陽書房、一九七五年)三五頁(藤木英雄)、井田・前掲注5)一一八頁以下。
- (60) 前記II・二・参照。
- (61) 例えば、藤木・前掲注3)二四一頁は、「予想される危険発生の蓋然性、万一にも結果が生じたとき、とり返しのつかぬことになるかどうか、危険の原因となる行為の目的・性質、とりわけ社会的効用、その他の危険防止措置の有効性、被害者側の危険防止の能力などの諸事情を総合的に考慮し、結果回避のため行為者にどの程度の負担を課するのが妥当か、という観点から判断すべきである」とされている。また、このような判断方法は、森永ドライミルク事件の控訴審判決(前掲注41)によっても述べられている。
- (62) 井田・前掲注5)一一八頁以下。
- (63) Englisch, a.a.O.(Anm. 37), S. 288 f. カール・エンギッシュ(莊子邦雄||小橋安吉訳)・前掲注37)三五〇頁以下。
- (64) もっとも、井田教授も、明示的に蓋然性のみによって予見可能性の程度が決せられるとは述べておられず、予見可能性の程度が低い場合の一例として、蓋然性が低い場合を挙げられるにどとまる。
- (65) Englisch, a.a.O.(Anm. 37), S. 373. カール・エンギッシュ(莊子邦雄||小橋安吉訳)・前掲注37)四五二頁。なお、この議論を意図的に論じ、エンギッシュの見解を支持するものとして、松宮・前掲注33)三〇三頁がある。なお、筆者はこの点には異論を示している(拙稿・前掲注1)四一〇頁以下を参照)。ただし、そのように解したとしても、以下の本文で述べるように、「故意の程度」(例えば、確定的故意か未必の故意かという区別)の議論を参考にして過失犯における「予見(認識)可能性の程度」を検討することは不可能ではなからう。
- (66) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣、一九九九年)一三六頁、山口・前掲注2)二三四頁。
- (67) 拙稿・前掲注1)四一〇頁。
- (68) 内藤謙『刑法講義総論(下)I』(有斐閣、一九九一年)一一一八頁を参照。なお、本文の①と②を実質的には同一のものと考えれば、結果発生の確率(相当性)と結果の具体性という二つの要素を考慮して予見可能性の程度を判断することにならう。そのような判断を示すものとして、橋爪隆『過失犯(上)』法教二七五号(二〇〇三年)八〇頁、前田雅英『刑法総論講義(第四版)』(東京大学出版会、二〇〇七年)二八六頁。また、西田・前掲注2)二五一頁も参照。
- (69) なお、このような事例につき、甲斐克則「薬害と医師の刑事責任—薬害エイズ事件帝京大ルート第一審無罪判決に寄せて—」広島法学二五卷二号(二〇〇一年)八七頁を参照。

- (70) 斎藤信治『刑法総論(第五版)』(有斐閣、二〇〇三年)一〇七頁以下、佐伯仁志「故意論(一)」法教二九八号(二〇〇五年)四九頁以下、前田・前掲注68)二〇七頁以下。
- (71) 前記II・二・参照。
- (72) そのため、佐久間・前掲注5)一五頁が「行為と結果の主観的な結びつきが刑事責任の前提となるとしても」と述べているのは正当であろう。
- (73) Kaminski, a.a.O.(Anm. 14), S. 55 f.
- (74) 井田・前掲注5)一一八頁以下。
- (75) 平野・前掲注8)三二頁。
- (76) Duttge, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, §15 (Fahrlässigkeit) Rdn. 109.
- (77) もっとも、筆者は処罰を基礎づける義務と、その前提となる情報収集義務を区別しているので、「状況を確認せよ」という義務は情報収集義務であり、それに違反して発砲することが処罰を基礎づける結果回避義務違反だと考えているが(つまり、「状況を確認せよ」せよ、さもなければ発砲するな)が結果回避義務ということになる)、本文では、先述の批判と整合させるために「状況を確認せよ」という義務を前提に検討したいと思う。仮に私見のように考えたとしても、発砲という行為の有用性が著しく低いため、死亡結果をも予見できる場合と、傷害結果しか予見できない場合で結果回避義務の内容が異なることはないであろうから、大きな差異は生じないと思われる。
- (78) また、古川・前掲注4)一七四頁は、「結果惹起の予見可能性は、一元的行為無価値論を採らないかぎり、責任要素へ帰還する」と指摘している。
- (79) 佐伯仁志「因果関係(二)」法教二八七号(二〇〇四年)四九頁以下。Vgl. auch Duttge, a. a. O.(Anm. 28), S. 355 f.

なお、校正段階で、斎藤信治「過失犯における予見可能性」中央ロー・ジャーナル四卷二号(二〇〇七年)に接した。一二頁以下において予見可能性の程度が論じられているが、本文で述べたような理由から、そこで考慮される諸要素は危険の許容性という標題下で検討すべきと思われる。