

過失犯における予見可能性の意義

法学部専任講師 山本 紘之

本報告は、予見可能性という要素が、過失犯において果たすべき役割についての議論をまとめ、私見を述べるものである。予見可能性の程度は、注意義務の軽重にも影響を与えるという言葉は一見もっともであるが、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っても模擬弾であっても変わらないからだとされるのである。こういったジレンマが指摘されていることにかんがみ、この点についての議論状況をまとめ、議論を行なった。

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始めて生じうるのとするものである。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。

もっとも、このような論拠は、比較的広く共有されてはいるものの、最初に述べたような関連性とは若干異なる。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。代表的な論者は、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、前方を注意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。

このような言辞には一見説得力があるが、批判もある。例えば、冒頭のジレンマが挙げられる。そのジレンマは、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する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。そうだとすると、過失傷害と過失致死を区別する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うからである。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ないであろうから、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。

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とっていた。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。

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」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。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、「客観的に義務に背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背反

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」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。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。

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ものも散見される。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と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。しかし、このような考え方は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し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に解している理由は、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。

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。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葉は、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、刑法的な観点からの手ごかりは、何とせよ必要だからである。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、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。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ない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知れない。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。反論の手ごかりは、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が、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。

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だろう。これに関しては、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。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。

その論理の飛躍の原因は、結果発生 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 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。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。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 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 の確率が四割であるとしか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えており、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 の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ろう。そし

て、そのように考えるならば、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ろう。例えば、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われるが、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、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われる。このよう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て、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ろう。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葉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なように思われる。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、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こと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、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、結果発生の蓋然性や実行行為の危険性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。

報告の内容は概略以上の通りであるが、私見と従来の見解の相違点についての質問や、過失犯規定の運用の仕方についての質問など、出席者から有益なご指摘を頂いた。本報告を基にした論稿は、大東法学に掲載予定であるので、そちらも併せ参照願いたい。