

## 社会の変化と過失犯論の展開

前田 雅英

### 一 はじめに

船山教授とは、東大の研究室ではじめてお目にかかったと記憶している。故藤木英雄博士のまさに「内弟子」として、博士からの全幅の信頼の下、共同して研究されておられた頃のことである。その後も、刑法理論、とりわけ過失犯論の大きな展開の一翼を担っておられたところである。縁あって、日本大学に籍を置かせていただくことになり、船山教授が、古稀を迎えられるにあたり、献呈させていただくとすれば、過失犯論に関するものが最も相応しい。そして、昨年『福島原発、裁かれないでいいのか』（古川元晴弁護士との共著）を恵贈いただいた。本書は、現在のわが国の刑事法に重く鋭い問題突き付けられた業績であるが、その中で、筆者の過失論にも触れていただいている。そこで誠に拙いものであるが、自分の過失論を見直すことも含めて、小論を書かせていただいた次第である。

被災者などからなる福島原発告訴団の、東京電力関係者等への業務上過失致死傷罪の告訴に対し、東京地検は、平成二十五年九月九日、「行政と東京電力の関係者には過失責任を認め難い」として、不起訴処分とし、検察審査会が一名を「不起訴不当」とする判断（議決）を公表したにもかかわらず、再度の不起訴処分をするに至っている。

それに対し、船山教授は、「福島原発事故は、本当に裁かれないまま終わらせてしまっているのではなか」と問題提起される（同書一六―一七頁）。その前提として、現代社会は、高度に科学技術が発達し、今までに起きたことなく、発生のメカニズムが十分に解明されていない「未知の危険」のうえに築かれた「危険社会」であり、原発はまさに、「未知の危険」のうえに築かれた人類史上類例を見ない危険な装置だとされるのである。

そして、刑法学界において支配的な具体的予見可能性説、すなわち、「すでに起きたことがあり、具体的に予測することができる危険についてのみ、責任を問えるとする考え方」では、この「未知の危険」に適切に対応することはできないが（同書五頁）、「今までに起きたことがなく、どのようなメカニズムで発生するのが確実に分かっているような『未知の危険』であっても、起きる可能性が合理的に予測される危険については、業務の性質によつては責任を問える」とする危惧感説で考えるならば、このたびの原発事故の責任は問うことができるのである。

そして、具体的な予見可能性説の具体例として、「具体的予見可能性説を支持する前田雅英・首都大学東京法科大学院教授は、「初めての事象・未知の危険に関しては、不安感説（筆者注：危惧感説）でなければ過失責任は問い得ない。また、既知の危険だが、結果発生の確率の極めて低い場合、ないし、結果発生の認識が非常に困難な場合も、同様である」としています（前田雅英『刑法総論講義（第五版）』東京大学出版会、二〇一一年）三二六頁。」という形で拙稿

を引用していただいている（同書二六頁「註一」）。

## 二 具体的予見可能性説の実像

ただ、船山教授は、同書七五頁註六において「具体的予見可能性説を支持する第一章註一掲記の前田教授は、「第二次大戦後の日本刑法学においては（…）基本的に、『処罰範囲を限定する解釈が望ましい』という価値判断（刑罰謙抑主義）が有力であった」「ただ、刑罰は国民にとって必要なものであるから科される。『処罰を限定すればするほど、国民の利益は増大する』というわけではない」「現代社会における新しい犯罪現象の登場は、『処罰範囲が客観的に明確で限定的でありさえすればよい』という犯罪論が余りにも後向きであることを気付かせたといえよう」と指摘して、具体的予見可能性説を支持する学説がこれまでに果たしてきた役割に問題があることを認めています（第一章註一掲記の前田雅英『刑法総論講義（第五版）』五頁）」と指摘される。

私の考え方を正確に紹介いただいているのであるが、まさに、具体的予見可能性説といっても様々な考え方が存在する。拙稿は、判例の主流の考え方を整理したつもりであるが、もちろん判例にもいろいろな考え方が存在する。そして、危惧感説と具体的予見可能性説との間には、質的な差があるわけではなく、「何について、どの程度の予見可能性が必要か」という点についての、「規範的評価の差」があるにすぎないと考えている。

少なくとも、具体的予見可能性説を採れば、本書の問題に関して言えば「津波による電源の喪失による炉心溶融」の予見可能性を要求することになるとは言い切れない。未知の危険（初めての事故）であれば刑事過失を問い得ないということになるわけではない。

敢えて言えば、「何についてどれだけの結果が生じるかは特定しないが、一抹の不安を払拭できない」というだけでは刑事過失責任は問い得ないという点で異なるということになる。ただ、危惧感説の側では、「具体的に生ずべき事故の態様は事前にはまったく未知であり、具体的因果関係を認識対象として事を論ずるかぎりにおいては予見可能性がないというべき場合であつても、あらかじめある種の結果防止措置をとる場合においてはその発生を有効に防止できるという場合には、現に危険発生への危惧があるかぎり、その防止措置を命ずるのが合理的である。」（藤木英雄・食品中毒事故に関する過失と信頼の原則（ジュリスト・藤木英雄『過失犯の理論』一九六頁））。

たしかに、新旧過失論の激しい対立にもかかわらず、予見可能性に関しては、因果経過の基本的部分を含んだ具体的予見可能性が必要であるということではほぼ一致してきた（具体的予見可能性説）。そして、船山教授の指摘されるように、危惧感説の登場により、予見可能性の内容に関する対立が生じたが、学説を形式的に整理すれば、具体的予見可能性説の枠組みで過失の予見可能性は判断されているといつてよい。

判例も、森永砒素ミルク事件の二つの下級審判例を除き、具体的予見可能性説を採用していると解されている。昭和五〇年代以降も、具体的予見可能性を欠くとして過失犯の成立を否定した判例が目につく。交通事故に関しては、身体に特異な欠陥があるために生じた事故はたとえ運転中身体にある程度の異常を感じたとしても予見不可能であるとした大阪高判昭和五四年四月一七日（刑月二一卷四号二八一頁）等がある。また、森永ヒ素ミルク事件と関連する食品事故に関しては、長野地判昭和五二年一二月二四日（判時八八六号一一三頁）等が、ふぐ中毒死の予見可能性を欠くとして無罪を言い渡している。そして、工事現場におけるクレーン倒壊事故に関する広島地判昭和五一年一月二三日（刑月八卷一〇二号三三三頁）や、企業災害事故の典型である出光化学徳山コンビナート事故についての山口地判昭和

五四年一〇月一二日（判時九四八号二頁）も、事故発生 of 具体的予見可能性の存在を否定している。さらに、過失犯の成立を認めた判例の内にも、不安感説を明確に否定し具体的予見可能性があるから過失責任が認められるとするものが目立つのである。

北大電気メス事件に関する札幌高判昭五二年三月一八日（判タ三三六号一七二頁）は、「内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度で直ちに結果を予見し回避するための注意義務を課するのであれば、過失犯成立の範囲が無限定に流れるおそれがあり、責任主義の見地から相当であるとはいえない」とした。カネミ油症事件についての福岡高判昭五七年一月二五日（判時一〇三六号三五頁）、水俣病刑事事件の福岡高判昭五七年九月六日（判時一〇五九号一七頁）も、はつきりと具体的予見可能性を要求している。

しかし、船山教授が指摘されるように、危惧感説で説明した方がわかりやすい有罪判決も見られる。逆に言えば、具体的予見可能性説の判断枠組みに立つても有罪にすべき場合は多いのである。問題は、船山教授の指摘される「市民の目線」で、予見可能性を認めるか否かの具体的判断なのである。

### 三 具体的判例の検討

#### （一） 弥彦事件

具体的予見可能性説を、「すでに起きたことがあり、具体的、確実に予測することができる危険についてのみ、責任を問える」という考え方だとされ、それでは過失責任の範囲が狭すぎるので危惧感説を採用すべきであるとされる。そして、危惧感説から説明するのが合理的な判例を四件採り上げられる（同書一九～三三頁）。

事例の第一は、禰彦神社事件(弥彦事件) 上告審判決である(最決昭和四二年五月二五日刑集二二卷四号五八四頁)。正月の神社の雑踏事故で、それまで経験をしたことのない、百二十四名の死者が出た事案に対し、「右神社の職員である被告人らにこの事故に関する過失の罪責があるかどうかを、右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と、本件発生の当時においては、群衆の参集自体から生じた人身災害の事例は少なく、一般的にこの点の知識の普及が十分でなかったとはいえるにしても、原判決の認定するごとく、右二年詣りの行事は、当地域における著名な行事とされており、年ごとに参拝者の数が増加し、現に前年〔昭和三〇年元旦〕実施した餅まきのさいには、多数の参拝者がひしめき合って混乱を生じた事実も存するのであるから、原判決認定にかかる時間的かつ地形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衆の参集と、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、また当然これらのことを予測すべきであったといわなければならない。したがって、本件の場合、国鉄弥彦線の列車が延着したことや、往きと帰りの群衆の接触地点が地形的に危険な右随神門外の石段付近であったこと等の悪条件が重なり、このため、災害が異常に大きなものとなった点は否定できないとしても、かかる災害の発生に関する予見の可能性とこれを予見すべき義務とを、被告人らについて肯定した原判決の判断は正当なものというべきである」と判示し、具体的な予見可能性を肯定したのである。事故の前年も、やはり多数の参拝者がひしめき合って負傷者が出かねない事態が起きており、年々参拝者が増加傾向にあり、この年の参拝者の増加も予見されていたという事案であった。

ただ、簡裁の判断である第一審は、前年の混乱は「行事の最中」におけるものだったのに対し、本件は「行事終了

後」に起きたものであり、同一視することはできないとして、事故発生の予見可能性はなかったとした。このように、予見可能性の対象を限定し、因果経過についても細かな予見可能性を問題とするのが具体的予見可能性説であれば、判例はそのような考え方を採用してはいない。少なくとも最高裁は、このような具体的予見可能性を持ちてはいない。それまでの諸事情を下に、死亡事故の具体的予見可能性があったとしたのである。必ずしも「既知の危険」「未知の危険か」の区別は重要でなく、「それらの事情を基にすれば、一般の常識からみて予見可能性があるか」を問題にしてきたし、現在もその点に変化はない。

## (二) 森永砒素ミルク事件

最も重要なのは、事例二として採り上げられている「森永ドライミルク中毒事件」である。昭和三十年ごろ、森永乳業徳島工場で製造された乳児用調製粉乳に多量のヒ素が含まれていたことから、西日本一帯で乳児のあいだ多数の死傷者が出た事件である。

粉乳の製造過程で安定剤として添加していた「工業用第二燐酸ソーダ」を、信頼のおける薬種商「協和」に納入させていたところ、協和がこれと外観が似た「松野製剤」というヒ素を含んだ化合物を納入したためミルクに混入してしまつたというものであつた。

第一審の徳島地判昭和三八年一〇月二五日（下刑集五卷九〇一〇号九七七頁）は①信用の置ける商人であつたこと、②森永では、松野製剤を乳児用調製粉乳の原料牛乳に添加する前に外観点検が施行されていなかつたとはいえないこと、③松野製剤と正常薬剤とはいずれも木箱入りという形で本件工場に納入されて、外観に大きな差異はなかつたこと、

となどから、「木箱の内容物が第一りん酸ソーダに間違いはないかどうかということを化学検査によつて確認しなければならぬ」という注意義務の履行までも要求すべきものではない」とし、森永は、協和に対する「信頼感に従つて行動することが是認されるため前記の化学検査による同一性確認とか化学試験による無害検査とかをしなければならぬ」という注意義務の履行を本件工場に要求すべきものではない」として無罪を言い渡した。主として争われたのは、予見可能性の有無ではなく、納入製品チェックを厳格に行うという客観的注意義務（結果回避義務）の有無であり、徳島地裁は、当時有力化しつつあった新過失論（信頼の原則）に依拠して、刑事過失の存在を否定したのである。

もちろんその前提としては、「工業用第二リン酸ソーダを注文したのに、松野製剤（人体に有害な類似品）が納入されるようなことを予見できたか」という点が争われたともいえる。

そして、森永砒素ミルク事件第二審（高松高判昭和四一年三月三十一日高刑一九卷二号一三六頁）は、①工業用第二リン酸ソーダの発注に対しては、第二リン酸ソーダでない薬剤（非第二リン酸ソーダ）が、第二リン酸ソーダの標示を附せられて納入される危険があり、②その危険の予見の対象は、その薬剤が第二リン酸ソーダでない性質不明の薬剤であるかも判らないということであるのであつて、必ずしも人体に有害な程度の砒素を含有するものであるかもしれないとの点にまで及ぶことを必要なく、③食品製造（加工）業に従事する者が、食品に安定剤として第二リン酸ソーダを添加使用する場合には、誤用を避けるため、まず規格品使用の業務上の注意義務があり、これに違反して工業用第二リン酸ソーダを使用するときには、使用前容器毎に、それが間違いなく第二リン酸ソーダであるかどうかを確認するため、適切な化学的検査を実施すべき業務上の注意義務があるとして、第一審の判断を覆したのである。

その中で高松高裁は、「我々は、日常生活において、有毒物を含んでいるかも判らないというような不安感のある

食物を摂取する筈はない。本来、食品として製造され販売されている物は、外観に異状さえなければ、何らの不安もなくこれを飲食するであろう。ところが、もともと、食品として製造された物ではなく、他の用途のため製造された物については、学理的にはこれを飲食しても無害であるとされていても、我々は、その製造の由来や流通の過程を確かめない限り、これを飲食するには躊躇を感ずるであろう。この不安感こそまさに前記にいう危険の予見なのである。」と判示した。これが不安感説の出発点である。

そしてその三年後、藤木博士が、『食品中毒事故に関する過失と信頼の原則』（ジュリスト四二二号）をはじめとする論文において、整序された形で危惧感説を展開し、同年末に『過失犯の理論』に纏められて、危惧感説が確立するのである。

ただ、この控訴審判決に対し、具体的予見可能性を要求しないのは判例違反であるとする上告<sup>(2)</sup>を受けた最高裁は、「原判決は、死傷の結果の発生について予見可能性が不要だと判示しているのではなく、ドライミルク製造の過程で、砒素含有率〇・〇二%以上の第二磷酸ソーダを所定割合で原乳に添加すれば死傷の結果が当然発生する関係にある本件において、単に第二磷酸ソーダという注文によっては、右砒素含有率の高い薬品がまぎれ込む危険の予見可能性があることを判示したものであって、所論引用の判例に相反する判断をしているわけではないから、理由がなく、その余は、単なる法令違反、事実誤認の主張であり、同第二点のうち、判例違反をいう点は、原判決は、薬品についても、標示されたところと内容物とが異なる場合があることや、注文した物と異なる物が売られるおそれがあることを明らかにするために、参考として所論の判例を引用しているに過ぎないもので、なんらこれと相反する判断をしたものはな」としたのである（最一小判昭和四四年二月二七日判タ二三三三号一六八頁）。すなわち、控訴審も「具体的予見可能

性」を認定したのであり、最高裁も予見可能性に関する態度は変更しないと判示したといえるのである。

それに対し、差し戻し後の第一審判決（徳島地判昭和四八年一月二八日判時七二二号七頁）は、ほぼ藤木説を採用し、①右第二燐酸ソーダの発注に当り、単に第二燐酸ソーダとのみいつて特に規格品を指定しないで注文しただけでは、第二燐酸ソーダでないもの、場合によつては人体に有害な物質例えば砒素などを多量に含んだ粗悪有毒品が紛れ込む危険があり、②元来第二燐酸ソーダは清罐剤などの原料として工業用に多く用いられる薬剤であり、薬品販売業界、食品製造業者間においても、規格品でない第二燐酸ソーダとして購入した薬剤を食品用に使用するについては、その無害性に不安感、危惧感を持つものが多かつたのであつて、かかる不安感、危惧感こそ結果の予見可能性にほかならないとし、③本件工場側において、安定剤として第二燐酸ソーダを使用するに際しては、粗悪有毒品の紛入を防止するため、まず局方品、試薬等の規格品を発注（使用）する業務上の注意義務があり、これに違反して非規格品たる工業用薬品を使用する場合には、その使用前に、それが間違いなく第二燐酸ソーダであるかどうかを確かめるための化学的検査を実施すべき業務上の注意義務があるとして、工場の製造課長（兼工場長代理）に対し、部下従業員をして右規格品発注（使用）、化学的検査をなさしめるべき職責を有していたのに、これを怠つた監督上の過失責任があるとし、禁錮三年の実刑を言い渡した。

徳島地判昭和四八年一月二八日は、危惧感説を採用したものと云つてよいが、最高裁が、この事案を前提に「砒素含有率の高い薬品がまぎれ込む危険の予見可能性」を認定しようとしていることをどう評価するかは微妙である。従来先例を維持しているつもりであることは明らかであるが、具体的事案を踏まえたあてはめの際の規範的評価の問題に関しては、微妙な変化が見られるともいえるのである。徳島地判昭和三八年一月二五日は、他のものが紛れ

込むという不安だけでは、納入品の厳密なチェックまでは要しないと考えたのに対し、徳島地判昭和四八年一月二八日は、「食品製造業者はその食品が人体に全く無害であり、安全であることを一般消費者に保証してこれを販売しているという立場にあり、したがってそこで使用する原材料に不純物が混っていないこと、及び、製造過程で有害物が混入しないようにする一般的義務を負っている立場にあるということである。」

規範的評価から、乳製品に使うには、安全性の高い「規格品」に限るべきであり、第二燐酸ソーダを食品添加物として使用するに当つては、規格品でないものについては、食品用としての無害性に不安感を抱き、食品用に添加使用することに危惧感を持つ者が多かつたといひ得るので、検査が義務づけられるとしたのである。この変化には、食品安全、消費者保護などに関する国民の意識の変化も存在したと思われる。

### (三) カネミ油症事件

事例の第三は、昭和四三年に発生した、カネミ倉庫株式会社が製造した米ぬか油（カネミライスオイル）の中に、熱媒体カネクロール（PCB）が混入していたため、多くの摂食者に有機塩酸中毒が発症した事件である。当時カネクロールの有害性は認識されていなかったとされている。その意味で「未知の危険」に対する予見可能性が争われたといつてもよい。

そして、福岡地小倉支判昭和五三年三月二四日（判時八八五号一七頁）は、たしかに「PCBの毒性が広く一般に認識され研究されるようになったのは、本件発覚以降のことであることが認められる。しかし：その安全性につき未知の芳香族の塩素化物として警戒さるべき物質であつたとも考えられる。即ち、右のとおりPCBは工業用品であり食

品等ではないため、人体に摂取された場合の影響まで関心が払われず、その科学的説明が十分なされるような段階でなかつたにすぎず、従つて化学合成物質たる工業用品であることから、むしろ人に摂取された場合には人体に何らかの不良な影響を及ぼす物質かもしれないと考えてその取扱いに慎重を期するのが社会的にも通常のことと考えられる。PCBに対する国の規制についても、食品添加物であれば格別として、工業用品として製造販売された物質であり、劇毒物に指定された物質類似の急性毒性もなく、その蓄積毒性がさほど明瞭とされていない時に、特段の事情なき限り国の規制がなされるものとは必ずしもいえないと思われる。また、関係証拠上、カネクロールが多方面にわたり、多くの用途に利用されていたこともまた認められるところであるが、これが食品ないし食品添加物として、あるいは直接人体に少なからざる量摂取されるような用途に用いられたことはない。」として、被告人にカネクロールの有害性に対する客観的予見可能性が存しなかつたと解することはできないとした。

控訴審（福岡高判昭和五七年一月二五日・判時一〇三六号三五頁）では、予見可能性といつても、PCB混入の因果経過の予見可能性が問題となつた。因果の経過を構成する事実の全部あるいは因果の具体的機序の細部まで予見する必要はなく、因果関係の基本的部分についての予見があれば足りると解するのが相当である。これを本件についてみるに、本件蛇管の腐食貫通孔は、前示のとおり蛇管の材質上及び熱処理上の欠陥すなわち本件蛇管が固溶化熱処理の施されていないSUS三三鋼によつて作製されていたこと、右蛇管に対する強い腐食雰囲気的作用、すなわちカネクロールの過熱分解によつて発生した塩化水素ガスと蛇管内カネクロールに混在する水分と合して生成した塩酸が作用して粒界腐食を招来したこと、二条件が寄与して形成されたと認められるが、そのうちの基本部分は、本件蛇管がカネクロールの過熱分解によつて生成した塩酸の作用で腐食することにあり、この点の予見があれば、結果の予見可能性を

肯定するに十分で、これを超えて腐食の経過、機序あるいは種類、性質等に関して認識する必要はなく、その認識の欠如があったとしても予見可能性を肯定する妨げにはならないというべきである。そして、さきに認定した如く、被告人は本件蛇管の材質に関して誤解をし、ステンレス鋼腐食の機序や種類、性質に関して詳細を知らなかったけれども、カネクロールの過熱分解によって装置内に塩酸が生成する可能性があること及びSUS三三鋼といえども塩酸によつて腐食することは知っており…、したがって、本件蛇管腐食の予見可能性は十分肯定しうる」としたのである。この点は、後述の「中間項の理論」との関係で検討するが、判例は、具体的予見可能性説を採用しつつも、未知の事態について、危惧感説が求める結論の大部分を、可罰的なものとしているのである。

#### (四) 柔道指導事故

船山教授が「危惧感説によつて裁かれた事故」と指摘される事例の四は、柔道教室で柔道指導中に生徒(小学六年生)に重傷を負わせてしまった事案である(長野地判平成二六年四月三〇日TKC二五五〇三八五一)。<sup>3)</sup>

弁護人は、頭部を直接打たないのに架橋静脈の破綻によつて急性硬膜下出血が発症し、重大な障害を負うに至ることがあるとする知見は、柔道界では一般的でなく、被告人にとつて被害者の負傷は予見できなかったなどと主張したが、長野地裁は、「傷害の発生機序の詳細まで予見できなければ注意義務を認めることはできないとはいえないのであつて、技量・体格等が未熟な者が強い力で投げられ、畳に打ち付けられるなどすれば、直接打撲した部分に限らず、身体各部に無理な力が加わり、そのような無理な力が加わつた身体の部分に何らかの障害が発生しうることは十分に予見可能であるから、上記のような注意義務を認めることの障害にはならないというべきである」と判示し、事故当

時いまだ受け身の習得も十分でない技量未熟な発育途上の小学生に対する被告人の本件事故の際の投げ方は、その力加減の点で、本件年少者に対する投げ方の程度をはるかに超えていることは明らかであつて、被告人には過失が認められるとして禁錮一年(執行猶予三年)を言い渡した。

ここでも、具体的な予見可能性を要求することの問題点がみられるが、次に述べるように、「因果経過の予見可能性」に關し、判例は、少なくとも「微細な部分に至るまでの予見可能性」は要求していない。その結果、不当な結論にいたる判例はほとんど見られないのである。

#### 四 危惧感説と具体的予見可能性説の対立点

##### (一) 結果の具体性

予見可能性についての実質的対立点を整理すると、(一)どの程度の具体的・個別的結果を予見の対象とするか、(二)結果発生にいたる因果の経過を予見の対象に含めるか、含めるとしたらどの程度詳細な部分についてまでか、(三)どの程度の結果発生の蓋然性と、その認識の容易性が存在すれば、過失責任を基礎づけ得るかの三点にまとめることができる。そして、具体的予見可能性説と不安感説の実質的対立点は、(三)の点に限られるように思われるのである。

まず、客觀的に結果が認定されて、その予見可能性が必要となる。ただ「具体的結果の予見」といっても、例えば、特定の被害者が何日何時何分に死亡したことの予見を問題にすることが不合理で、一定の抽象化が必要なことは争いが無い。その意味でも、危惧感説との差は相対的なものに過ぎない。たしかに、強力な小型爆弾を列車に置き忘れ乗

客多数が死亡した場合、置き忘れた場所すら失念していても、過失致死罪の責任は免れ得ないであろう。もとより、構成要件結果（人の死）の予見は必要であるが、それ以上の具体的な内容の予見が不可能でも、過失責任は問い得る。また、結果の個数を重視すべきでもない。危険な行為により複数人を死亡せしめたが、一人の死のみが予見可能であった場合に、一人に対する過失致死罪のみが成立すると考えるのは合理的ではない。

## （二）因果経過の予見可能性と中間項の理論

実は、因果関係の予見可能性も、過失責任にとっては重要ではない。むしろ、行為時に因果経過の基本的部分の予見可能性を問題にすることは妥当ではない。結果の予見が可能であればそれだけで責任非難は可能であり、逆に結果の予見可能性が<sup>(4)</sup>ありながら、現に生じた因果経過を予見し得なかったとして責任非難を否定することは不合理である。たしかに、事後的にみて余りに突飛な因果経過は、相当性を欠くとして客観的帰責が否定される。しかし、行為時における一般人の目からみた責任非難という視点からは、最終結果の予見可能性のみを問題にすれば足りる。この点は、故意の場合に因果関係の認識が不要なのと平行なのである。

判例は表面上、因果関係の基本的部分の予見可能性を重視している。ただ、結果の予見可能性にプラスして、因果経過の予見可能性がなければ過失犯が成立しないとしているわけではない。判例は、最終結果の予見可能性を直接吟味することが困難な場合に、それを認識すれば一般人ならば結果を予見し得るだけの中間項を設定し、中間項の予見可能性があれば最終結果の予見可能性があるとするに過ぎない。判例は、この中間項を「因果経過の基本的（重要部分）」と表現しているように思われる。因果経過の基本的部分の予見可能性は、あくまで、結果の予見可能性判定の

道具なのである(このような中間項は、現に生じた結果の予見が容易な事案には必要ない。それが困難な場合にはじめて機能する)。この中間項は、その予見があれば、一般人ならば次の中間項ないし最終結果の認識が十分に可能なものでなければならぬ。そのことを前提としてはじめて、中間項の予見可能性を結果の予見可能性に置き換えることができるのである。

そして、現に生じた因果の流れがいかに希有なものであっても、他に当該結果に到達する因果の経路が容易に想定される場合には、抽象度の高い中間項を設定し得る。つまり中間項の予見可能性は高まる。これに対し、当該結果にいたる因果の経過が他に考えにくい場合には、具体的に生じた因果経過に近い「小さい」中間項となるのである。

### (三) 予見可能性の程度

予見可能性を成立せしめる結果発生<sup>5</sup>の蓋然性とその認識の容易性の程度の点こそが、不安感説と具体的予見可能性説との相違点である。前者は「ある種の危険が絶無であるとして無視するわけには行かないという程度の不安感」で足りるとするのに対し、後者は「構成要件的结果発生<sup>5</sup>の具体的予見可能性」が必要だとする。

この点、全く初めての事象・人類が当面したことのない未知の危険に関しては、不安感説でなければ過失責任は問い得ない。また、既知の危険だが、結果発生<sup>5</sup>の確率の極めて低い場合、ないし、結果発生<sup>5</sup>の認識が非常に困難な場合も、同様である。判例も、ハイドロプレーニング現象による事故は当時としては予見不能であるとした(大阪高判昭和五一年五月二五日刑月八卷四二五号二五三頁)。危惧感説によれば、たとえば雨中を高速で走行すれば、ハイドロプレーニング現象の予見は不可能でも不安感がなかったとはいい得ないであろう。また、新工法による新四つ木橋事故

に關しても、設計者等の過失責任を否定したのである（東京地判昭和五四年六月二五日判時九四一号六頁）。漠然と危険を感じても、一般に未知の事象については刑責を問い得ない。

問題は、類似の状況において危険性が過去に発生していたり、その事案そのものではないが、関連する事故の経験があるような場合なのである。

#### （四） 水俣病控訴審判決

結局、予見可能性の実践的課題は、処罰に必要な「予見可能性」の限界をどう確定するかにある。ここで、森永ヒ素ミルク事件、カネミ油症事件と同様、一般に具体的予見可能性が欠けるのではないかとされながら、具体的な予見可能性を認定した水俣病刑事事件控訴審判決（福岡高判昭和五七年九月六日判時一〇五九号一七頁）を分析しておくことが有用である。

福岡高裁は、「人が水俣工場の排水中に含有される有毒物質により汚染された魚介類を摂食することによって、水俣病に罹患し、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を構成する予見可能性として欠くるところはなく、所論のようにその有毒物質が一定の脳症状を呈する特定の化学物質であることの予見までも要するものではない」と判示した。すなわち、有機水銀が原因物質であることの予見は不要としたのである。水俣病発症の因果の中で圧倒的に重要な意味を持つ有機水銀の介在は、予見すべき因果関係の基本部分ないし重要部分ではないとされたことになる。福岡高裁のいう重要部分とは、(イ)工場排水中に有毒物質が含有されていること、(ロ)有毒物質が魚介類を経由して人体内に入ることのみなのである。これらが中間項であり、その予見が可能なら

ので過失責任は認められるとしたのである。

これに対し、森永ヒ素ミルク事件に関する徳島地判昭和四八年一月二八日は、中間項として「注文したものと異なる薬品の納入」を問題にした。たしかに被告人に、この点の予見可能性を認めることは不可能ではないであろう。しかし、問題は「注文したものと異なる薬品の混入」の認識があれば一般人が死傷結果を予見し得るかである。食品公害など問題にされたことのなかった実行行為当時において、「毒とは特定できないが何か別の物が混入することは考えられないことはない」という認識だけで、死傷結果の予見を要求するのは困難である。この点、ヒ素と特定しないまでも「なんらかの毒性のある物の混入」の予見が可能であれば、最終結果につき責任非難が可能であろう。しかし、裁判所は、毒物混入の予見は不可能であったとしている。そこで、「注文したものと異なる薬品の混入」から生じる不安感・危惧感により過失責任を説明しようとしたのである。しかし、これだけでは不十分だと考えたのが第一審の徳島地判昭和三八年一〇月二五日であった。これに対して、差し戻し後の判決をよく見ると、徳島地判昭和四八年一月二八日は、乳児の食品に使うには、安全性の高い「規格品」に限るべきであり、第二燐酸ソーダを食品添加物として使用するに当たっては規格品でないものを発注した場合には、毒物混入の予見可能性があると判断したとも解し得る。毒だとは考えられてはいないが、工業製品のPCBを食品に添加する場合も、食品事故などの経験が積み重なる中では、予見可能性が認められると考えたのである(福岡地小倉支判昭和五三年二月二四日)。

#### (五) 中間項の具体例

浦和地判平成八年七月三〇日(判時一五七七号七〇頁)は、井戸水から大腸菌群等が検出され保健所から飲用の際に

は滅菌するよう指導を受けていた幼稚園の園長が、滅菌措置等を講じないまま園児に供給し続け、そこに含まれていた特殊な病原性大腸菌「O―157」が原因で園児を死亡させた事案について、いわば未知の存在であった「O―157」という直接の原因となった大腸菌の予見可能性を欠いても過失は認められるとした。たしかに病原性大腸菌O157によって死亡したという因果経過の重要部分の予見は園長には不可能であったが、中間項である「大腸菌が混入し飲用不適」の認識があれば、一般人ならば園児の病死の予見は可能であったといえよう。

最決平成一二年一月二〇日（刑集五四卷九号一〇九五頁）は、電車トンネル内の電力ケーブル敷設工事において、ケーブルをY分岐接続器という特殊なものによって接続したが、アース端子を通して大地に流す導通路を確保しなかったため、高圧電流によってY分岐接続器内部の半導電層部に漏えいして、徐々にこれを加熱し炭化させた上、アーク放電を発生させて発火し、電力ケーブル外装部に燃え移り、煙と有毒ガスを蔓延させ、トンネル内に進入した列車の乗員等を死傷させた事件に関し、「炭化導電路が形成されるという経過を具体的に予見することはできなかつたとしても、…電流が大地に流されずに本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによって火災の発生に至る可能性があることを予見することはできたものというべきである」とし、大量の電気が「本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けること」を中間項として予見可能性を認めたのである。

最決平成二二年一月二七日（刑集六三卷一一号二六四頁）は、人工の砂浜の砂が、砂防板破損のため徐々に海に吸い出され砂層内に空洞が発生していたところ、その上を小走りに移動中の被害者が、その重みによる空洞の崩壊のため生じた陥没孔に転落し埋没して死亡した事故に関し、砂浜等の管理者に過失を認めた。砂層内の空洞の発生の認識不可能だったとするのに対し、少し離れた砂浜において繰り返し発生していた陥没を認識し、その原因が防砂板の破

損による砂の吸い出しであると考えて対策を講じており、耐用年数が約三〇年とされていた防砂板が数年で破損していることが判明していたわけで、本件事故現場を含む砂浜において、「防砂板の破損による砂の吸い出しにより陥没が発生する可能性があることを予見することはできた」と判示した。「砂防板破損による砂の吸い出し」という中間項を、追加することにより、一般人ならば結果の予見が可能だとしたのである。

原発事故の場合も、電源の遮断が起こることの予見可能性、さらにそれ以外の今回の事故結果につながる危険を認識させる事情の有無の慎重な吟味が要請されるといえよう。

危惧感説も「今までに起きたことがなく、どのようなメカニズムで発生するのかが確実に分かっていないような未知の危険であっても、『起きる可能性が合理的に予測される危険』については、業務の性質によっては責任を問われる」とする。それに対し判例は、『起きる可能性が合理的に予測される危険』を、中間項の設定の可否という形で吟味しているともいえるのである。中間項は、その予見があれば、一般人ならば次の中間項ないし最終結果の認識が十分に可能なものでなければならぬ。そのことを前提としてはじめて、中間項の予見可能性を結果の予見可能性に置き換えることができる。具体的結果の直接の予見が不可能でも、過失責任は問い得るのである。そして、現に生じた因果の流れがいかに希有なものであっても、他に当該結果に到達する因果の経路が容易に想定される場合には、抽象度の高い中間項を設定し得る。つまり中間項の予見可能性は高まるのである。

(1) これまでの過失に関する拙論の主なものは以下の通りである。以下の記述は、これらの研究を踏まえたものであるが、この機会に考えを深めたつもりである。

「過失と予見可能性」『判例と学説・刑法I』二二七―二三八頁（昭和五二年六月）、「許された危険」『現代刑法講座二』二五〇―四八頁（昭和五四年七月）、「坂東三津五郎フグ中毒事件」ジュリスト七四三号一六六頁（昭和五六年六月）、「結果の予見可能性―水俣事件控訴審判決を手がかりに」ジュリスト七八四号四六〇―五三頁（昭和五八年二月）、「医療過誤と過失犯の理論」『医療と法と倫理』二二〇―四〇九頁（昭和五八年九月）、「監督過失」法学教室六三二号五六―五八頁（昭和六〇年十一月）、「ガス爆発事故と過失責任」『昭和六〇年度重要判例解説』一四七頁（昭和六一年六月）、「骨折治療による阻血性拘縮と医師の裁量」『医療過誤判例百選』一四二―一四三頁（平成一年六月）、「過失犯の構造」法学セミナー三四卷一〇号一三二―一三三頁（平成一年一〇月）、「法定的符合説と予見可能性（刑法演習講座一）」法学セミナー三五卷一号五六頁（平成一年一二月）、「旧過失論と新過失論」『刑事裁判実務大系五「交通事故」』（平成二年一月）、「監督過失について」法曹時報四二卷二号一頁（平成二年二月）、「過失犯論」『ホーンブック刑法』（平成二年四月）、「過失犯についての一考察」『平野龍一古稀記念』二九九―三三三頁（平成二年九月）、「過失犯の実行行為」法学教室一四三号六〇―六四頁（平成四年八月）、「過失犯における結果の回避可能性と因果関係」法学教室一四四号五六―六〇頁（平成四年九月）、「過失犯論の現代的課題―戦後の理論的展開を踏まえて」法学教室一四六号一一―三三頁（平成四年一月）、「業務上過失致死傷罪と予見可能性」警察学論集四七卷二号一―二五頁（平成六年二月）、「ホテル火災と監督過失」警察学論集四八卷一〇号一八九―二〇五頁（平成七年一〇月）、「ホテル火災と死傷結果の予見可能性」東京都立大学法学会雑誌二六卷二号五六七頁（平成七年一二月）、「骨折治療による阻血性拘縮と医師の裁量」『医療過誤判例百選二版』三八頁（平成八年一二月）、「過失について（一）」法学教室二〇〇号七四頁（平成九年四月）、「過失について（二）」法学教室二〇一―四八頁（平成九年五月）、「過失犯論について―医療過誤を手がかりに」『司法研修所論集五〇周年記念論文集三卷（一九九七Ⅲ）』二八頁（平成九年一月）、「予見可能性の対象について―食品事故を中心」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（二）』二七―四四頁（平成一〇年三月）、「教育と事故―その刑事責任についての一考察」都立大学法学会雑誌三九卷一号三九頁（平成一〇年六月）、「国民の安全を守る義務と許された危険」研修六一五号三頁（平成一一年九月）、「過失の概念」『刑法の争点三版』七四頁（平成一二年一月）、「火災の予見可能性と中間項」研修六三三三号三頁（平成一三年三月）、「予見可能性の内容・程度と許された危険」研修六三七号三頁（平成一三年七月）、「エイズ禍と刑事過

失—医療過誤と結果回避義務」判例タイムズ一〇七六号三—一四頁（平成一四年二月）、「薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決」判例評論五一六（判時一七六七）号一八五—一九四頁（平成一四年二月）、「無謀な自動車運転の責任強化」警察政策四卷一号二五〇頁（平成一四年二月）、「過失犯論の課題」現代刑事法四卷六号二二頁（平成一四年六月）、「刑法演習—因果経過の予見可能性」法学教室二八九号一六八—一六九頁（平成一六年一〇月）、「刑法演習—信頼の原則」法学教室二九三号一四二—一四三頁（平成一七年二月）、「予見可能性と信頼の原則」『神山敏雄先生古稀祝賀一巻』六九—八五頁（平成一八年六月）、「医療過誤と重過失」都立大学法学会雑誌四九卷一号八三—一一六頁（平成二〇年七月）、「過失犯における結果の予見可能性の認定」警察学論集六三卷七号一四八—一六六頁（平成二二年七月）、「事故調査と過失責任」警察学論集六四卷一号一三六—一五四頁（平成二三年一月）、「自動車・電車事故の原因の確定と構成要件該当性」警察学論集六五卷八号一三九頁（平成二四年八月）。

(2) 弁護側は、ふぐ中毒死の事案に関し、予見可能性を欠くとし無罪判決を挙げて争った。この点に関しては、「予見可能性の対象について—食品事故を中心に」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（二）』二七—四四頁（平成一〇年三月）、さらに「坂東三津五郎フグ中毒事件」ジュリスト七四三号一六六頁（昭和五六年六月）参照。

(3) 長野地検が、二度にわたって不起訴にしたのに対し、長野検察審査会が二度にわたり「起訴相当」の議決を行ったため、指定弁護士により強制起訴された事案であった。

(4) サウナの失火の事案に関し、最決昭和五四年一月一九日（刑集三三卷七号七二八頁）も「無炎着火による火災」という特殊な経過が予見できなくても、失火罪の成立を認め得ないとするのは妥当ではないとしている。また、東京高判昭和五三年九月二一日（刑月一〇卷九—一〇号一九一頁）も、ベニヤ板から一〇cm離れたガスコンロにやかんをかけっ放しにして火災を生ぜしめた事案で、実際にはベニヤではなく、ガスコンロ下のラワン材が燃え出した場合に、ベニヤ板が燃える予見可能性がある以上、過失の成立を認められるとしている。

(5) 既知の危険に關しても、国民が過失非難を納得し得る程度の「結果発生認識可能性」が要求されなければならない。ただそれは、結果発生客観的確率の高さを意味しない。実際にはかなり発生している事象でも、あまり知られていない場合は

予見可能性を欠く。逆に、ホテルや百貨店の火災のように、実際の発生件数は多くなくとも、過去の多くの大事件の存在から、一般に予見可能なものもある。大規模火災や航空機事故等は、過去の経験から防止措置を講じているため、発生件数が少なくなっている面があることに注意しなければならない。