

組織内の個人過失における期待可能性

——あずみの里事件を手がかりに——

船山 泰 範

- 一 本稿の課題
- 二 訴因変更問題の前提
- 三 過失犯における期待可能性
- 四 期待可能性論の機能
- 五 結びにかえて

一 本稿の課題

(一) 本稿のねらい

本稿のねらいは、あずみの里事件と呼ばれる特養における介護者の業務上過失致死事件の解明を通して、組織内での個人の過失犯をどう捉えるかという理論的問題に取り組むところにある。しかも、犯罪の成立要件を全体的に捉える視座が不可欠な課題である。ちなみに、介護施設における事故死は一年間で一五〇〇件を超えており、⁽¹⁾ 高齢社会を迎えたわが国において、「介護と刑事責任」は喫緊の課題となっている。

(二) あずみの里事件の経緯

あずみの里事件は、次のようなものである。⁽²⁾ A子(被告人)は、特別養護老人ホームあずみの里に准看護師として勤務し、利用者に対する看護および介護業務に従事していた。平成二五年一月二日、一階食堂において間食を提供する際、A子は、各利用者に提供すべき間食の形態を確認して提供すべきなのに、B子(八五歳)に対する形態(ゼリー)を確認しないまま、ドーナツを配膳するという過ちをおかした。B子はドーナツを摂取し、喉頭ないし気管内異物による窒息に起因する心肺停止状態に陥り、平成二六年一月一日、低酸素脳症により死亡した。なお、間食の配膳業務は主として介護士C子が担当しており、A子はその手伝いに入っていたものであって、B子に対して配膳をする際に、A子はC子から何らの注意も受けていなかった。

A子のみが、業務上過失致死罪(刑二二一条)で起訴された。

公判の経過について触れると、本公判では、二度の訴因変更がなされている。⁽³⁾ もともとの平成二七年四月二七日の

起訴状朗読においては、A子には、B子の食事中の動静を注視して、食物誤嚥による窒息等の事故を未然に防止する業務上の注意義務があるのにこれを怠り、他の利用者への食事介助に気を取られ、B子の食事中の動静を注視しないままB子を放置した過失があつたとされた。ところが、平成二八年九月一六日、検察官は、A子には間食の形態確認義務があり、漫然とドーナツを提供した過失があるという予備的訴因の追加請求をし、それが、平成二九年一月一九日、裁判所により認められたのである。そして、さらに、平成三〇年七月三〇日、検察官は、A子の注視義務の開始時期を、これまでA子がテーブルに着席した時からとしていたのを、A子がB子にドーナツを配った時からと、前倒しする訴因変更を請求し、九月一四日、裁判所により認められたのである。

本件の争点は、以下の二つである。①被害者が心肺停止状態になった原因は、ドーナツを摂取して窒息状態に陥ったことによるものか、という因果関係。②被告人は、どの点について過失が認められるか。

平成三一年三月二五日、長野地方裁判所松本支部は、①の因果関係を認めた上で、②については、被害者がドーナツを摂取する際に被告人がこれを注視して窒息を防止すべき義務違反という主位的訴因の過失は認められないが、間食を配膳する際に利用者に提供する間食の形態を確認して窒息事故等を防止すべき義務違反という予備的訴因の過失は認められるとして、有罪を言い渡したのである。刑罰は罰金二〇万円であつた。⁽⁴⁾

被告人側が控訴を申し立てている。

二 訴因変更問題の前提

（一）因果関係の問題

あずみの里事件については、ドーナツを摂取して窒息状態になったことが被害者の心肺停止状態の原因といえるか、疑問が残る。ドーナツによる窒息という構図は、もともとA子自身やまわりの人達にも思い込みとしてあり、弁護側が述べるように、その情報が拡散した可能性が高いのである。他方で、第二一回の公判（平成二九年一〇月三日）では、救急搬送先の病院で死亡診断書を書いた医師は、直接の死因は、脳に一定時間酸素がいかなかったことによる低酸素脳症であるが、心肺停止状態の原因は、窒息以外にも脳梗塞か心室細動が考え得る、と証言しているのである。⁵⁾

私が入手している「報道用判決要旨」では、因果関係の事実認定は簡略にしか書かれていないので、これ以上の論評は、今のところ差し控える。ただし、この因果関係が否定されれば、仮に被告人になんらかの注意義務違反があったとしても、その過失行為と被害者死亡との間に因果関係がなかったことになり、犯罪ではないことになるのであるから、この点の解明が不十分であると指摘しておこう。

（二）訴因変更問題の基は事実認定にある

1 訴因変更は、被告人を不安定な立場に追い込まない範囲で、検察官に審理の途中で訴追内容の変更を認める制度である。すなわち、もし、変更を許さないと、検察官は真実の発見のために別訴を積み重ねていくことになって、被告人の防御は脅かされる。そこで、法は、公訴事実の同一性を限度として、訴因の追加・撤回・変更を許すことにしたのである。ここに、「真実の発見と手続的保障のほどよい調和」⁶⁾が企図されている。その点からすると、本件で

は、事件発生から一審判決言渡しまで五年余を要していること、その長期化の要因として二度の訴因変更をめぐる弁護側・検察側の攻防があったことを勘案するとき、被告人の心的動揺は決して少なくなく、防衛上大きな負担を負わせたといわねばならない。^①

ところで、本件における訴因変更問題の基はどこにあるかを考えてみる必要がある。それは言わずもがな、本件において過失犯の成立を、どこに、いかように認めるか、というところにある。論点は、時間に関わる捉え方と、過失犯の主体をどう捉えるか（誰に過失が認められるか）の二つである。順に検討してみよう。

2 本判決が過失として認定した事実は、利用者に提供する間食の形態を確認せずに提供したところとされている。主位的訴因である注視義務を否定して、ドーナツを提供した時点でのことにもっていったのは、間食を利用者に提供すれば、利用者は何時食べはじめるかわからないし、後述するように、一七人が全員食べはじめたら、注視することが大変になる、という点を考慮したものと解される。

しかし、誤った間食を提供した時点で過失を認めるのは、早すぎるのではないか。なぜなら、仮にそのような事実認定をしてしまうと、その後で、誤りに気づいて間食を取り替えたり、利用者がドーナツを頬張ろうとしているのに気づいて止めさせたということになっても、過失犯は否定されないということになりかねないからである。

しかも、このような事実認定の方法は、過失犯と故意犯の犯罪惹起態様の違いに目を瞑るものである。まず、故意犯において故意行為が認められた場合は、特別なことがないかぎり、法益侵害結果の発生に向けた事実が進行する。たとえば、自分の前に座っている人の殺害を意図して、その人がトイレに行っている隙に紅茶に青酸カリを入れたとすれば、相手は戻ってきて紅茶を飲むことはまちがいないから、青酸カリを入れた時点で殺人罪の実行の着手ありと

して、その段階で殺人の未遂を認めてよいのである。これに対し、過失犯の場合、いくつかの注意義務違反が重なって結果発生に至ることがあり、一点の注意義務のみで過失犯の成立を捉えるのはふさわしくない。「過失犯は未完結の構成要件^⑧」といわれるのは、このような故意犯と過失犯の差異に着目した表現と思われる。

右の点を、過失犯における予見可能性と結果回避措置の関係を考えさせる契機となったといわれる森永ドライミルク事件に関して、差戻後第一審判決（徳島地判昭四八・一一・二八判時七二一・七）をもとに検討してみよう。

森永乳業徳島工場の製造課長としては、ドライミルクの飲用者が乳児であることを考えれば、万が一にもドライミルクに有毒物が混入しないように注意する必要があったのである。その点で、次のようないくつかの段階がある。第一に、有毒物混入を避けるためには、規格品を発注すべきであったのに、清罐剤などに使用される工業用第二磷酸ソーダを発注したところに注意義務違反がある^⑨。そして、第二に、工業用第二磷酸ソーダを原料牛乳に安定剤として添加するならば、その使用前に容器ごとにそれが間違いなく第二磷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るべきであったのに、それをしなかったのである。実際使用されたのは、松野製剤といわれる日本軽金属清水工場の産業廃棄物に由来するもので、砒素が多量に含まれていたのである。第三に、これは判例の指摘しないところであるが、製造過程で異物・毒物が混入することもありうるのであるから、工場からの出荷前に視認や化学的検査もなされてよいはずである。以上の検討からも明らかのように、第一の注意義務違反だけで結論を出してしま第二・第三の注意義務を尽くせば結果発生は回避できたのであるから、第一の注意義務違反だけで結論を出してしまうのではなく、一定の時間帯（製造から出荷までの間）の中で捉える必要があるのである。

このように、過失犯は、故意犯と異なり、一定の時間帯の中で捉えるべきなのであるから、本件被告人についても、

間食の形態を確認せず、ドーナツを提供したらそれで過失犯成立とするのは、あまりにも短兵急な判断方法といわざるをえない。判例の趣旨に従って、ドーナツが窒息の原因であるとすれば、何時窒息したか定かでないが、介助者はその時点まで注視義務を負っていると捉えるべきである。誤った間食の提供をしたら、その時点で過失犯が成立してしまい、取り返しがつかないというのであれば、「私たちは多くの利用者さんたちを同時に見守るには五感をすべて使っているんです¹⁰。」という介護現場の涙ぐましい努力を無視したものというべきである。また、本判決が、過失犯の成立時期を間食提供の時点にしている理由としては、「被害者は、被告人らが気付かぬうちに窒息していた」という事情があるかもしれないが、そのことによつて注視義務が消滅するわけではない。判決が、主位的訴因の判断にあつて、当時被告人が食事全介助の必要な利用者の食事介助中であることや、被害者が周囲の者が窒息に気付き得る言動を取っていないことなどから、主位的訴因の過失が認められないとしているのは、論理矛盾というべきである。被告人の注視に現実的な限界があつたということは、過失犯の構成要件該当性の問題ではなく、期待可能性として有責性レベルで考察するものである。この問題は、節を換えて検討することとする。

以上のことから判明したのは、次の点である。検察官が約三年半の間に訴因変更を二度もして被告人を苦しめた元凶は、捜査の当初から公訴判断の段階において、事件の全貌を見渡し、いったいどこに過失責任があるのかという、実体法上の判断に不十分なところが、捜査当局にあつたからといわねばならない。

そして、実体法上の問題としては、もう一つ、過失責任を負わすのは被告人だけなのかという問題が存在する。判決も、量刑の部分で、「本件の責任が全て被告人にあるとは言い難い」と述べているが、この問題は量刑にとどまることではないのである。犯罪主体は誰かという基本問題について、第一審の段階で議論されていないのは残念という

ほかない。弁護人は被告人の防御に専念するであろうが、被告人を支援する大きな活動が展開されながら、このような視点が表に出てこないのは奈辺に問題があるのかも、検討されるべきことである。

（三） 過失の共同正犯

本件公訴から離れて、犯罪主体を考察してみよう。

第一に考えられるのは、犯罪主体としては、A子ばかりでなく、C子も含まれるということである。本件が発生した食堂では、利用者一七名が九つのテーブルに別れて座り、それに対して、介助職員としては、C子（介護士）と、そのときたまたま手が空いていて自分から手伝いに入ったA子（准看護師）がいたのである。A子は、食事全介助のDにスプーンで一口ずつゼリーを食べさせていたが、その間、B子には背を向ける格好になった。そして、B子は、A子らが気付かないうちに窒息していたというのである。B子がぐったりして意識を失っていたのを、排せつ介助を終えて入ってきた介護職員が発見したのである。

C子によれば、C子とA子は、連係プレーで一七名の利用者の全体に気を配りつつ、個別に留意しなければならぬ人には、その内容や程度に応じて目配りをしていた¹¹というのである。

以上の事実関係からみると、A子とC子は、事故防止のために相互利用・補充関係にある行為者の間柄ということになる。このような行為者の間では、共同して結果を回避するような注意義務を負っており、そのために相互に連絡しあって、全体として結果回避をするよう注意する必要があるのである。そうすると、それは、もはや個々の独立の注意義務ではなく、共同正犯の要件である①共同実行の意思といふことができる。しかも、そのような注意義務を尽くさず、共同作業上、落ち度ある行為がなされたとすれば、それは、②共同実行の事実といふことになる。この場合

に、①と②の二つの要件が充たされれば、過失の共同正犯ということになる。

本件において、A子とC子に、業務上過失致死罪の共同正犯に問うのが実態に合ったものというべきである。このような問題について当事者の考えを考慮に入れる必要はないが、C子自身が、A子一人が責任を問われるのは理屈に合わない¹²⁾と述べているし、形態確認義務があったと仮定したら、むしろその責任は自分の方にある筈だと述べている点から、無理なことではない。

過失犯の共同正犯について、判例は、それを是認している（京都地判昭四〇・五・一〇下刑集七・五・八五五、東京地判平四・一・二三判時一四一九・一三三三）。

（四）管理過失

本件の犯罪主体として忘れてならないのは、管理過失が問われる施設管理者である。間食の提供のしかたについて、ある特養では、利用者の安全を考えて、間食を全員にいつぱんに提供してしまうのではなく、一人の介助者の前に二人の利用者を座らせて食事を見守り、終わったら次の二人という方式を採っているとのことである。一七人全員に提供して二人でどうやって見守るかという問題設定にこだわる硬直した考え方を変えていく必要があることが、ここに示されている。特養などの介護施設では、限られた人数で利用者に対処しているが、個々の職員の工夫もさることながら、施設管理者が事故防止に向けた人的・物的な配慮をすべきはいうまでもない。本判決も指摘するように、「配膳すべき間食の形態を容易に確認できる職場の体制」となっていないのであり、このような回避措置は管理者が配慮する必要がある。

その意味で、本件では、組織体の中で一番弱い立場の准看護師であるA子が起訴され、特養あずみの里の管理者の

管理体制の不備が問われていないのは、権力的立場の者が起訴されにくいわが国の「檢察司法」の弊害の一端が見えるといえる。⁽¹³⁾

現場の行為者が処罰される一方、それを管理し監督する立場の者が罪を免れるのは、わが国では割合と多い。明石花火大会の歩道橋事故における刑事司法上の処理にもそれが見える。この事故は、平成一三年（二〇〇一）七月二六日、兵庫県明石市の朝霧歩道橋で花火大会の参加者が雑踏の中で転倒するなどして、一人が死亡し、一八三人が傷害を負うというものであった。神戸地検は、警察署の現地指揮官と開催した市の幹部を業務上過失致死傷罪で起訴しながら、所轄警察本部で指揮・監督する立場にあった所轄警察署の署長・副署長については不起訴としている。⁽¹⁴⁾

ちなみに、管理過失は個人責任を問うものであり、組織体あるいは法人の責任を問うものではない。⁽¹⁵⁾ したがって、現在の法制度の下で、十分対応できる問題である。

判例では、ホテルの最高権限者として防火防災の管理業務を遂行すべき立場にある者について、不特定多数の人が宿泊等するホテルは火災発生の危険を常にはらんでいて、かつ同ホテルの防火防災対策が人的・物的に不備であることを認識していた以上、一旦火災が起これば、本格的な火災に発展して建物に不案内な宿泊客等に死傷の危険の及ぶおそれのあることを予見し得たはずであるとして、業務上過失致死傷罪の成立を認めたものがある⁽¹⁶⁾（最決平二・一一・六刑集四四・八・七四四、川治プリンスホテル火災事件）。これは、管理過失を認めたものである。

三 過失犯における期待可能性

(一) 学説は検察官に対抗する法理

前節で検討してきたことは、被告人の救済という点ではどのような意味を有していたか。二の(二)ないし(三)で議論してきたことは、畢竟するに、A子について過失犯の構成要件該当性を認めるものとなっており、被告人救済に役立つものとはいえない。ただし、二の(三)は、事件の実態に即してみるとき、A子だけが過失責任を問われるのは妥当でなく、C子も共同正犯となるべきものとの論説であった。これに対すると、二の(四)は、介護活動が組織体としてなされる場合、現場の行為者ではなく、施設管理者こそ事故が起きないように注意義務を尽くすべきとするものであり、被告人救済の一つの法理になると思われる。

ところで、本節の主眼は、私なりの見地から被告人救済の法理構築を目指すものであるが、その具体的検討に先立って、学説の相当数が、不当な検察官の起訴に対する対抗理論として打ち立てられてきたことを一瞥しておこう。

一例として、可罰的違法性理論を取り上げる。この理論は、ある行為が一見すると、構成要件に該当するように見えるが、実質的には構成要件が予定するような違法性を有せず、¹⁷⁾ 刑罰をもって対処するべきでないと思われる場合、そもそも構成要件に当たらないとして無罪とする考え方である。この理論が主張された時代背景としては、昭和二〇年代から四〇年代にかけて、労働争議や公害反対運動に伴って人々の衝突があつたとき、検察官がとかく労働者・住民側を起訴する傾向が強かつたことがある。たとえば、三友炭鉱事件は、炭鉱の婦人部長が、労働争議において、闘争から離脱し、経営者側について操業を開始した一部組合員の行動に憤慨し、すでに組合員によって線路上のすわり

込みによる炭車阻止が行なわれているところに参加して、他の組合員とともに、「ここを通るなら自分達を轢き殺して通れ」と怒号して、炭車の運転士らをして運転を断念させたというものである。婦人部長は、威力業務妨害罪(二三四条)で起訴された。最高裁は、組合の事実上の分裂という特異な事態のもとにおいてなされ、かつ、行為が被告人により計画的に遂行されたものとはいえない、という事情を考慮し、「被告人の判示行為は、いまだ違法に刑法二三四条にいう威力を用いて人の業務を妨害したものである」として、威力業務妨害罪に当たらないとしたのである(最判昭二二・一二・一一刑集一〇・一二・一六〇五)。そのほか、法益侵害が軽微な場合にも、この法理は用いられる¹⁸⁾。

このように可罰的違法性論は、犯罪成立要件の最初にある構成要件に、不処罰の方向で一定の実質性を与えて処罰範囲を抑制する機能を企図したものであった¹⁹⁾。学説上は議論があったが、今日この言葉が表立って使われないのは、むしろ刑事司法の実務に浸透していることによると思われる。また、当初は、検察官の公訴を批判する趣旨を含んでいたが、他方、検察官の起訴猶予や警察における微罪処分(刑訴二四六条)に理論的根拠を提供する役割もあったといえる。

学説が検察官に対抗するというのは、公訴がもつばら検察官のみによってなされる起訴独占主義が採用されていることによる(刑訴二四七条)。検察官は、検察官同一体の原則にのっとり中央集権的な組織体として活動するため、官僚主義的な独善に陥る危険も存在するのである²⁰⁾。ある元検察官は、「われわれは組織として活動するから」という言葉をよく口にしていたが、そこに、事のよしあしという規範を押しつづす力の論理の働く可能性を否定しきれない、と思うのである。

(二) 期待可能性論の適用

1 本件に関しては、前述(二の四)のような管理過失の法理によらないかぎり、被告人A子には業務上過失致死罪の構成要件該当性は否定することができない。ただし、犯罪が成立する²¹というためには、さらに違法性や有責性の検討が待っていることはいうまでもない。

私は、A子には、有責性の段階で、期待可能性があつたかどうかを検討する必要があると思う。むしろ、第一審段階において、弁護側からこのような指摘がなされた様子は見受けられない。この論点を考察するヒントになったのは、本件の現場においてA子とともに介助に関わっていたC子が、座談会の中で、「最善を尽くしても防ぎようのない事態というものがある。」と述べている点である。²²以下、検討してみよう。

2 期待可能性論は、今日、刑法理論として誰もが支持しているものであり、有責性の段階において、超法規的な阻却事由として認められているものである。²³

期待可能性とは、何らかの事情によつて、行為者が実際に行なつた行為以外の他の適法な行為を行為者に期待できないような場合、行為者への非難を控えようとする理論である。行為者が置かれた状況を勘案しながら、行為者個人を責めることができるかという問題であるから、有責性レベルの問題である。

期待可能性が発見される前は、有責性の要素は、責任能力と故意・過失のみであつたが、この要素が含まれることが明らかにされることによつて、有責性は、規範的観点からその人を責めることができるかどうかという問題である²³ことが明確にされるようになったのである。

期待可能性が裁判において最初に主張された事案は、一九世紀末、ドイツにおいて、過失犯が問われた暴れ馬事件

であつた。⁽²⁴⁾ 事件における現場の御者は、しつぽの癖の悪い馬を替えてほしいと雇主に訴えていたが、雇主は一向に耳を貸さず、そうかといって御者が勝手に馬を替えることはできず、致し方なく業務に従事していたところ、案の定、馬が御者の手綱にしつぽを巻きつけたため、御者は制御ができなくなり、馬車が暴走して通行人に大けがを負わせてしまったのである。

この例では、御者が雇主に事故が心配されることを告げていたのに、雇主はその忠告を聴かず、そうかといって御者がその店を辞めれば家族を路頭に迷わせることになるので、しつぽ仕事に従事していたのである。もともと、このような立場の御者を被告人とすること自体、検察官の不見識を示すにほかならなかつたが、起訴そのものを裁判官が無効にすることもできないため、裁判官は弁護人の見解を受け容れて、無罪を言い渡したのである。この法理は、御者には、実際に惹き起こしてしまった行為以外の適法な行為を期待できなかった以上、刑事責任を問うことを控えるようにするものであつた。

暴れ馬事件の判決では御者を無罪とすることで終つた。しかし、この事件では、刑事責任を問われる者はいなかつたのか。いや、そんなことはない。雇主は、自分の店の業務に関して、事故が起きるかもしれないと予見しながら、雇主としての適切な配慮をせずに放置していたのであるから、管理義務を怠つたものとして、管理過失に問われるべきである。

3 ここで、期待可能性論の機能について考えてみる。期待可能性論は、起訴された被告人の責任の有無を明らかにすることを通して、本来誰が責任を問われるべきかについて、重要な示唆を与えろという機能を有していることに着目する必要がある。

わが国の事例で検討してみよう。戦前の事例であるが、第五柏島丸事件がある。これは、瀬戸内海で、職場に向かう乗客を多数乗せた船が沈没した事例である。船長は、かねがね船主に対し、定員超過の運行を避けたいと述べていたのであるが、船主は儲けのみを考えて一向に聴いてくれなかった。実際の運行において、取締の警官は出航時刻の励行のみに専念して定員については寛大であったため、定員の五倍余の人を満載して出航し、途中、後方から航行してきた発動機船の波しぶきを避けようと乗客が片側に殺到したことから、海水が浸入して船は沈没し、二八名が溺死したというものである。この事案で、船長のみが業務上過失往来危険罪（二二九条二項）と業務上過失致死傷罪で起訴された。裁判所は、「被告のみの責任なりとして、これに厳罰を加ふるについては大いに考慮の余地あり」として、罰金三〇〇円を言い渡したのである（大判昭八・一一・二二刑集一一・二〇七二）。この判例は、船長の行為について、期待可能性がないとまでは認めていないが、その考え方を十分に踏まえたものと評価される²⁵。そして、判決が、被告のみの責任とはいえないとしているのは、言外に、船の運行の相当な危険性を察知しながら、金儲けのために事故回避のための方策を採らうとしなかった船主にこそ刑事責任が問われるべきことを、伝えようとしていると解される。

4 A子について、犯罪成立要件全体の観点から捉え直してみよう。

A子は、第一に、B子に対する間食の形態を確認する注意を怠り、ゼリーではなく誤ってドーナツを提供したという間食形態確認義務違反という過失がある。第二に、ドーナツ摂取の際の注視義務を怠るといふ過失がある。A子は、これらの一連の過失行為によって、B子に窒息を生じさせ、結果として死亡させたという業務上過失致死罪の構成要件該当性が認められる。

ただし、A子は、以下に述べるように、このような過失行為を犯す以外の他の適法な行為を期待することはできない

かつたから、期待可能性なしとして、有責性が阻却され、犯罪とならない、というべきである。

① 本件施設における間食の配膳業務は、主として介護士のC子が担当しており、准看護師A子はその手伝いに入つたものであつて、B子に配膳する際にも、A子はC子から何らの注意も受けていない。

② 本件施設では、配膳すべき間食の形態を容易に確認できる職場の体制となつていない。

③ 当時、A子は、食事全介助の必要な利用者の食事介助中であつた。

④ 食堂内には、B子の他に、食事介助や動向に注意する必要がある者も多く居た。

⑤ もしもB子が窒息であつたら、むせたり、咳き込んだり、あるいは、窒息を生じたことを他人に知らせるための、いわゆる窒息サイン²⁶などがあるはずであるが、なかつた。

このように、A子としてはやるべきことはやっていただけでも結果が発生した点をどう捉えるべきか。それは、第一には、本件は、二の(三)で触れたように、A子だけでなくC子の行為も含めて捉えるべき過失の共同正犯の問題であつたということである。第二に、右の①～⑤は、A子を取りまいていた周囲の諸事情に照したとき、A子にはいかんともしがたいことであつたということである。「行為者をとりまいていた周囲の諸事情」²⁷は、構成要件該当性の要素ではなく、行為者の有責性の問題なのである。すなわち、A子としてはやるべきことをやっており、他の適法行為を期待することは困難だつたと思われるから、期待可能性なしとして無罪である。

結局、A子については、仮に構成要件上、業務上過失致死罪に該当するとしても、有責性段階の判断において、期待可能性がないために、有責性が阻却され、犯罪とならないのである。本件における第一審公判では、このような犯罪成立要件全体を見据えた検討が行なわれていない。

なお、右のような私の考え方に対しては、すべて構成要件的過失で議論すれば済むことではないかとの見解もある。しかし、どのような注意義務を尽くさなかったかという問題と、行為者個人が注意義務を尽くしえない状況に置かれていたかは、別に議論するのがふさわしいと、私は思うのである。

四 期待可能性論の機能

(一) 裁判実務における学説不足

あずみの里事件に関しては、なぜ、過失犯に関して期待可能性の法理により無罪、という筋立てがなされなかったのだろうか。

その答えは、それほど難しいことではない。それは、弁護人が公判において、この法理の主張をしなかったためと推測される。私は、本件の公判を傍聴しておらず、最終弁論も見ていないから、臆測を控えなければならないが、仮にそのような主張がなされていれば、判決が触れるはずである。判決要旨にはそのような痕跡が見受けられないのである。

ここで、他の事例を参酌してみると、弁護・検察の両当事者において、主張すべき議論がなされていないこと、いわば裁判実務における学説不足は、けして稀なことではない。

たとえば、オウム真理教友達殺人事件においては、弁護人は、被告人のために、緊急避難と期待可能性を論点として、無罪主張をしている。裁判結果としては、緊急避難も期待可能性も認められず、過剰避難として刑が減輕され、

執行猶予判決が言い渡されている(東京地判平八・六・二六判時一五七八・三九)。ただし、私見によれば、この事件は、絶対的強制下の行動として、そもそも行為といえないため犯罪に当たらない、⁽²⁸⁾として処理されるべきであったと思われる。人の生命という法益侵害があつた場合に、加害者の行為とはいえないとする主張はしにくいに違いない。しかし、刑法は、行為選択の自由があつてこそ、規範的観点から許されないという評価をするのであるから、絶対的強制下の行動というカテゴリーを持つている必要がある。そして、教団の絶対的存在である教祖とその幹部に監禁され、教祖から友達を殺害しなければおまえも殺すと脅された本事例こそ、その適例というべきである。

なお、判決の中には学説の誤用と称すべきものもある。もつともこれを言い出すと、あら探してみたいになつて気持ちが悪いが、一例を示しておこう。自救行為をどのようなものとしてイメージするかであるが、最高裁判決の中に、傍論としてはあるが、窃盜の被害者が窃盜犯人から現場で贓物を取り戻す行為について自救行為として許される旨の記述がある(最大判昭二四・五・一八判例体系三〇・七九九)。しかし、この事例を自救行為とするのは誤りである。というのは、財物を奪われても(その意味で、既遂にはなっている)、被害者が犯行現場から追いかけたり、被害者の要請に応じて警察官や私人が追いかけている限り、財物が奪取されつつあるという意味で、法益に対する侵害の急迫性はいぜんと継続していると考えられるからである。ちなみに、窃盜犯人が、財物を得てこれを取り返されることを防ぐために犯人が暴行・脅迫をする場合に、それが事後強盜罪(二三八条)を構成するという立法の趣旨は、被害者が取り返そうとする行為自体を正当なものとして(違法でないとして)、評価するからこそのものである。したがつて、最高裁の示した例は、自救行為ではなく、正当防衛の一例なのである。自救行為の典型例は、被害者が、盗まれた自転車に乗っている加害者を一週間後に見つけて、暴力を用いて取り返すような行為である。

さて、本題に戻って、裁判実務において学説が必要に応じて主張されないのはなぜか。

(二) 期待可能性論が主張されないわけ

本公判において、弁護人が期待可能性論を利用して被告人を無罪にしようとしなかったのはなぜだろうか。

一つ考えられるのは、最高裁判所がこの法理を認めていないので、主張をしても勝目はないと思つたのか。たしかに、最高裁において、この理論によつて無罪とした例はない。いくつかの判例を検証してみよう。

〔ア〕 失業保険料不納付事件（東芝川岸工場事件）では、控訴審において、期待可能性論によつて無罪とされた（東京高判昭二八・一〇・二九高刑集六・一一・一五三六）。ところが、最高裁は、従来の大審院・最高裁判所・高等裁判所の諸判例は、「いまだ期待可能性の理論を肯定又は否定する判断を示したものは認められない。」として、この理論の適用を拒絶したのである（最判昭三三・七・一〇刑集二二・一一・二四七二）。その上で、最高裁は、会社の工場長が、会社の代理人として保険料を納付しなかった点について、「納付しなかった場合」というのは、「事業主において、右代理人等が納付期日に保険料を現実に納付しうる状態に置いたに拘わらず、これをその納付期日に納付しなかった場合をいうものと解する」とした上で、本件では、そのような事実は認められないとして、無罪を言い渡したのである。犯罪の成立要件としては、有責性より前に遡つて構成要件該当性のレベルで判断を示したのである。

〔イ〕 三菱新入礦業所事件は、労働争議に際し、労働組合の組合長らが、会社側幹部に暴行・脅迫・不法監禁をしたとして、暴力行為等処罰に関する法律違反に問われた事例である。控訴審では、前半の暴行・脅迫のみを切り離して、これを期待可能性がないものとして無罪にしている。これに対し、最高裁は、この法理の適用を拒否したのである（最判昭三三・一一・四刑集二二・一五・三四三九）。

ただし、この判決には垂水克己裁判官の少数意見が付け加えられているので見ておこう。

垂水意見では、本人が義務履行不可能な状態におかれているときは、犯罪にはあたらないとしているが、本件においては、約束を守らない会社幹部を詰問・非難・激怒することは「自由であっても、これに対し暴行、脅迫を加えることは法の厳然として禁止するところであ」とする。組合長らは、「当時、かような行動に出でない自由を持ちそれが可能な状態にいたといえるのである。」として、期待可能性がないとはいえないとする。

ところが、この後が興味深い。それは、「もし、或る下級裁判所の判決や上告趣旨で示された、あるいは、一学者の示した期待可能性論が最高裁判所の心（リーガル・マインド）を捉えるならこれは受け入れられるであろうと推測する。」と締め括っているのである。

これを、私は、積極的に捉えようと思う。最高裁が蹴ったからといってそれにへこたれず、きちんと理論の意義、理論構成、適用限界を示して挑戦してみればよい、というように。

〔ウ〕 かつて、最高裁判所において、窃盗事件に関して、貧困でやむなく窃盗したものであるから、期待可能性なしとの主張がなされたことがあるようである。前述の失業保険料不納付事件において、検事の上告趣旨中に含まれているものである。最高裁は、これを二つの理由で斥けている（最判昭二六・一一・二九判例要旨集五・一二）。第一は、そもそも原審において被告人側は期待可能性の主張をしておらず、そのため原判決もその点についてなんら判断を与えていなかったのであるから、今さら主張してもだめだとする。第二は、「貧困」という状態は、犯罪原因上の情状にすぎなく、犯罪の主観的責任に関係がないから、責任（有責性）を阻却しないとす。

この第二点の論理には反論する。人間が生きていくために他人の物を盗まねば生きていけない状況におちいったと

き、やむを得ず盗みをしてしまうことは、許すしかないのではないか。そのような状況におちいったとき、人はいけないとわかっていて、心の中でずいぶん苦しんだ上で人の物に手を出してしまうのである。人は規範面で闘い、主観面で究極の選択をしたといわねばならない。ジャン・ヴァルジャンが姉と子のためにパンを盗むような事情は²⁹どこにも、いつの時代にもあるものである。

柏木千秋先生は、国が刑罰を科すことができるのは、貧困のゆえに罪を犯さねばならない人がいないような状況をつくってからだという趣旨を論じられたことがある。³⁰ つきつめて考えていけば、もつともな見解だと思う。

(三) 期待可能性論を機能的に考えてみる

1 期待可能性論が法律上の論理であり、かつ、超法規的なものである以上、裁判所を納得させるだけの備えをしなければならぬのは当然である。

たしかに、刑法理論において、超法規的阻却事由を認めるのは、犯罪成立要件のどの段階においても抵抗が強い。たとえば、安楽死については、それを認めるべきとした二つの判例がある。すなわち、名古屋高判昭三七・一二・二二高刑集一五・九・六七四と横浜地判平七・三・二八判時一五三〇・二八である。前者は息子が父親に対し行なったもの³¹、後者は医師が患者に対し行なったものであり、それぞれ掲げる要件は異なるが、いずれもその要件を充たせば違法性が阻却され、無罪とするというものである。ただし、両事例とも、具体的事件の解決としては、要件を欠くとして有罪としている。

2 被告人に有利に働く可能性がある理論は、訴訟法の分野にもある。たとえば、公訴権濫用論である。これは、検察官の訴追裁量権の逸脱に関して、公訴の提起自体を無効ならしめる場合がある、とするものである。判例は長ら

くその採用を拒否してきたが、チツソ補償交渉事件に関して、その理論的可能性をようやく承認したのであった（最決昭五五・一二・一七刑集三四・七・六七二）。ただし、具体例へのあてはめは認めず、かえって、「たとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」と例示したことから、その後、実務において、公訴権濫用論の主張はほとんどされなくなってしまうている。

一方、効果としては被告人に有利に働くが、理論上は「令状主義の精神」を活かす方向で、違法収集証拠の排除法則が形成されつつある。事例は、被疑者が逮捕された当日の午後七時に警察署で任意に採取された尿の鑑定書の証拠能力に関するものであるが、裁判所は、被疑者が午前中からどのような捜査上の扱いを受けてきたかという点と、捜査官の行なったことの両者を踏まえた検討をしている。すなわち、被疑者の逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もなされていない違法があるのに加え、警察官がそれを糊塗するために、逮捕状に虚偽内容を記した上、内容虚偽の捜査報告書を作成し、さらに公判廷において警察官が事実と反する証言をしたのであった。そこで、警察官の態度を総合的に考慮すれば、①逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し没却するような重大なものであり、②このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地から相当でないとして、証拠能力を否定し、無罪としたのである（最判平一五・二・一四刑集五七・二・一二二）。

3 裁判所は、超法規的な理論に対して、それがどのような機能を有しているかに着目しているように思える。その点では、期待可能性論には、次のような重要な機能があることを指摘しておきたい。

第一に、起訴された行為者の罪責を検討するにあたって、その行為者がどのような状況に置かれていたために適法行為が期待できなかつたかを吟味することは、その行為状況をもたらずに至った関係者がどのような態度を採ったか

を要素に判断する必要がある。暴れ馬事件では、御者の雇主の態度に問題のあったことが明らかになっているし、失業保険料不納付事件では、代理人である工場長にきちんと保険料分を渡していない東京の本社の経理担当こそ責めを負うべきなのである。

第二に、期待可能性が問題となる事例においては、その組織体や業界の構造そのものに解決すべき課題が含まれている場合がある。本件のあずみの里事件に關していえば、特養における人員不足、その前提の一つとなる働く者の給与の低さが問題となっている。遡ってその要因を辿れば、福祉行政の貧困という政治上の課題に行き着く。ただし、個人責任の視点で行き着くのは、特養の施設長あるいは特養を経営する会社の責任者ということになる。

第三に、裁判所は、起訴された訴因に対してのみ、有罪・無罪の判断をするわけであるが、量刑の段階になると、発生した法益侵害について被告人個人がどれほど寄与しているかを明らかにするため、他者の関与の度合を調べる必要がでてくる。その過程で、事件の構造が明らかになる場合もあるわけである。

五 結びにかえて

介護事件で起訴された個人の刑事責任を検討する過程で明らかになったことは、問題の根底に、介護に関わる組織体に構造的課題が横たわっていることであった。その場合に用いた道具は、個人の有責性を明らかにする法理である。期待可能性理論であった。個別の事例に対する評釈を通して学説が実務に影響を与える手法も、一定の役割を有しているはずである。⁽³²⁾

刑事裁判では、検察・弁護の双方が被告人の有罪・無罪に関して攻防を闘わせることになるが、そのみに囚われていると、事件の全体構造あるいは本体を見逃してしまうおそれがある。この点は、コストコ事件の検証をした際にも気づかされたことであつた。⁽³³⁾

これは、あるいは、構造的な過失に関わる基本問題につながるのかもしれない。本稿は、この点に心を留め、攔筆することにしよう。

(1) 厚生労働省の実態調査によると、二〇一七年度の一年間に、転倒などの事故で死亡した入所者が、特養（特別養護老人ホーム）では七二二施設で一七一人、老健（介護老人保健施設）では二七五施設で四三〇人、計一五四七人であつた（読売新聞平成三二年三月一五日期刊）。

(2) 長野地方裁判所松本支部平成三一年三月二五日判決の報道用判決要旨による。

(3) 特養あずみの里業務上過失致死事件裁判で無罪を勝ち取る会『いま、介護の未来のために』（平成三〇年）。以下、勝ち取る会・前掲注(3)として引用する。

(4) 前掲注(2)。

(5) 今井恭平「問われるのは、福祉か？ 刑事責任か？」勝ち取る会・前掲注(3)一七頁。

(6) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（平成四年・有斐閣）七頁。

(7) 被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれが著しく、裁判の公平を損なうおそれが顕著な場合には、公判の結審直前になされた訴因変更の請求を、裁判所は許可しないとされたことがある（福岡高那覇支判昭五一・四・五判タ三四五・三二一）。

(8) 田宮・前掲注(6)一九七頁。

(9) 製造課長は、第二磷酸ソーダを粉乳の品質向上のために安定剤として添加使用することを開発した責任者であつた（徳島

地判昭四八・一一・二八判時七二一・一四)。

- (10) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (11) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (12) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (13) 日本の検察官は、「上向きの訴追は弱」く、下向きには強いと批判されている。この点に関する指摘として、デイヴィッド・ジョンソン著、平山真理子訳「日本の『蜘蛛の巣』司法と検察の活動」後藤昭責任編集『刑事司法を担う人々』(平成二九年・岩波書店)二九頁。
- (14) その後、副署長(署長はすでに死亡)は、神戸検察審査会による二度の起訴相当議決(検審四一条の六第一項により、二度目は起訴議決といわれる)を受けて、指定弁護士によって業務上過失致死傷罪で強制起訴された。第一審では過失は認められず、時効により免訴とされた(神戸地判平二五・二・二〇判例集未掲載)。最高裁で上告棄却とされ、免訴が確定した(最決平二八・七・一二刑集七〇・六・四一一)。
- (15) 立法論として、企業犯罪に対し法人処罰あるいは組織体処罰という議論があるが、問題は、規範的感銘力を与えることができるかである。
- (16) 評釈として、船山泰範『刑法の役割と過失犯論』(平成一九年・北樹出版)二一九頁以下。
- (17) 藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年・弘文堂)一一七頁。
- (18) 一厘事件に關して、判例は、「零細なる反法行為は、犯人に危険性ありと認むべき特殊の情況」がない限り犯罪にならないとした(大判明四三・一〇・一一刑録一六・一六二〇)。
- (19) 藤木・前掲注(17)一一九頁は、「実質的には、構成要件概念の縮小解釈を行なおうとするものである。」とされる。
- (20) 田宮・前掲注(6)一六七頁。
- (21) 勝ち取る会・前掲注(3)二八頁。
- (22) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』(昭和二二年・有斐閣)二頁。

- (23) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』（平成二年・創文社）二六四頁。
- (24) RGSJ. 30, 25（ライヒ裁判所判例集二〇卷二五頁）
- (25) 団藤・前掲注(23)三三四頁。
- (26) 室息サインとは、「自分の喉を親指と人指し指でつかむ」などの行動をいう（勝ち取る会・前掲注(3)二五頁）。
- (27) 佐伯・前掲注(22)はしがき一頁は、期待可能性の思想を次のようなものであるとする。「従来の刑法理論からすれば、どうしても、刑事責任があり刑罰を免れ得ないと言はねばならぬやうな場合の中にも、その際の行為者をとりまいてゐた周囲の諸事情に照せば、その行為より他の行為を期待することはどうも不可能なやうな場合があり得ることを認め、且このやうな行為者についてはもはや刑事責任を認むべきでないと主張する」（傍点は筆者）。
- (28) 私の犯罪論では、構成要件該当性という評価の前に、評価をするべき対象として「行為」を選び出す立場をとっている（船山泰範『刑法の礎・総論』平成二六年・法律文化社、四頁）。
- (29) ヴィクトル・ユーゴー著、豊島与志雄訳（昭和六二年・岩波文庫）。
- (30) 柏木千秋『刑法総論』（昭和五七年・有斐閣）一九八頁。念のために本文を引用しておく。貧困を原因とする犯罪「に対する責任非難は、……長期的視野に立てばやはり不合理なものとなる」。
- (31) 構成要件としては、いまだ尊属殺人罪（二〇〇条）が存在した時代に、嘱託殺人罪（二〇二条）として起訴された。
- (32) 緑大輔「刑事訴訟法学と実務―刑事訴訟法学の『守備範囲』をめぐる―」法律時報九一卷九号五一頁。
- (33) 船山泰範「建築設計・施行における刑事責任―コストコ事件を手がかりに―」法学紀要（平成三〇年）五五頁。

〔追記〕脱稿後、民事事件であるが、過失を、①どの時点で、②何について認めるか（二の□）について、参考となる判例が見い出されたので、追記する。

事案は、東北地方太平洋沖地震による津波で、石巻市立大川小学校の児童七四人、教職員一〇人が死亡した大川小

学校事件である（河北新報報道部『止まった刻^{とぎ} 検証・大川小事故』令和元年七月、岩波書店）。第一審の仙台地裁は、現場の教職員は、平成二十三年三月一日午後三時三〇分頃（七分前）、津波襲来を予見できたとして、児童の避難誘導に過失があったとした（平成二十八年十月二十六日）。これに対し、控訴審の仙台高裁は、注意義務について、市教委や校長らは地域住民が有していた平均的な知識および経験よりはるかに高いレベルのものでなければならぬとし、事前に避難経路や方法を定めていれば、津波を回避できたはずだととして、過失を認めたのである（平成三〇年四月二十六日判時一三三八七・三二一）。

