

# 過失犯における事実に対する知的要素 の省察と再構築

—客観化と抽象化の動向を契機として—

沈 奕含

# 過失犯における事実に対する知的要素の省察と再構築

## —客観化と抽象化の動向を契機として—

沈 奕含

### 目次

はじめに.....	1
第一章 過失における事実に対する知的要素の概観.....	2
一 「注意義務」という概念の解明.....	2
(一) 学説の立場.....	2
(二) 判例の立場.....	5
(三) 私見の提示—下位概念の使い分け—.....	6
二 結果予見義務の内実と役割.....	7
(一) 旧過失論における結果予見義務の内実と役割.....	8
(二) 新過失論における結果予見義務の内実と役割.....	10
三 予見可能性の現状の概観.....	12
(一) 予見可能性の内実、変遷と課題.....	12
(二) 予見可能性不要説への反論.....	14
四 予見義務と予見可能性との関係.....	16
第二章 予見可能性の位置づけと機能の検討：客観化の動向を手がかりに.....	20
一 責任要素としての予見可能性：支配的地位の没落.....	20
(一) 伝統的な旧過失論における予見可能性.....	20
(二) 修正旧過失論における「実質的で許されない危険」の意味.....	24
二 不法と責任との二重の要素としての予見可能性：通説の展開.....	25
(一) 不法要素としての客観的予見可能性の機能.....	26
(二) 責任要素としての主観的予見可能性の機能.....	28
三 不法要素としての予見可能性：個別化説の有力化.....	28
(一) 個別化説の論理と理由づけ.....	29
(二) 個別化説への反論と再反論の検討.....	31

四 予見可能性の位置づけと機能の在り方 .....	36
(一) 行為者の注意能力が一般人より下回る場合 .....	36
(二) 行為者の注意能力が一般人より上回る場合 .....	37
(三) 区別説 .....	38
(四) 小括 .....	39
第三章 予見可能性の程度の検討：抽象化の動向を手がかりに .....	40
一 従来の予見可能性の程度に関する議論及びその抽象化の動向 .....	40
(一) 具体的予見可能性説の問題 .....	40
(二) 抽象的予見可能性説の有力化 .....	42
二 予見可能性の抽象化の実質：情報収集義務論の展開 .....	44
(一) 情報収集義務の内実とその役割 .....	44
1. 「潜在的危険」に向ける外的義務の属性と情報収集義務の学説史 .....	44
2. 結果予見義務の属性とその根拠づけ .....	48
3. 過失構造論における役割 .....	52
(二) 情報収集義務の適用方法：適用のルールと判断基準・適用分野 .....	55
1. 適用のルール .....	55
2. 判断基準と適用分野 .....	60
三 情報収集義務と「契機説」による新たな予見可能性の判断枠組の構築 .....	61
(一) 「契機」による危惧感の内実の明確化 .....	61
(二) 新たな予見可能性の判断枠組の提示 .....	64
おわりに .....	66
(一) まとめ .....	66
(二) 残された課題 .....	67

## はじめに

従来、過失構造論のどの立場を採るかにかかわらず、知的要素は共有する土台とされている。もっとも、知的要素の内容としての「結果予見義務」と「予見可能性」は、過失論や実質的違法論を巡る立場の違いによって、概念と内容に混乱があり、判断枠組みと標準などに曖昧さが残っている。

さらに、近時、予見可能性の位置づけと機能、すなわち、「事後的主観的帰責機能」と「事前的結果回避義務定立機能」が担う役割について新たな見解も現れている。たしかに、リスク社会と過失犯の客観的帰属が注目を高めつつある趨勢のなかで、「主観的帰責機能」だけで過失犯の帰属を円満に解決するのは意余って力足らずであって、「結果回避義務定立機能」も重視すべきであると思われる。しかし他方で、行為者の特別認識およびその能力を不法段階で考える過失一段階論も有力化しているところ、客観化されすぎる危険も軽視されてはならないであろう。

客観化の趨勢とともに、近時、予見可能性の抽象化の動向も窺える。危険の予見可能性があれば十分であるとする有力説がその例である。しかし、抽象的予見可能性説を採るのが妥当なのか、さらにどの程度の抽象化が合理的であるかはまだ検討する必要があると思われる。

本論文は以上のような過失における事実に対する知的要素をめぐる問題（違法性の認識の問題は含めない）について、判例と学説の現状を明らかにし省察した上で、時代の要請に応じた理論の再構築を目指すものである。

# 第一章 過失における事実に対する知的要素の概観

過失における事実に対する知的要素（本論文はひとまず「違法性に対する知的要素」を対象から外して、今後の課題とする。なお、以下では「事実に対する知的要素」を「知的要素」と略称することがある。）は過失の重要な構成部分であり、過失構造論の立場如何にかかわらず、共通の土台とされているものである。ただし、各立場の需要に応じて、知的要素とその下位概念の内実や位置づけには相違がある。同じ概念が場合によって異なる内実を有したり、違う位置づけをされたりするのは、議論に混乱をもたらすことから、知的要素を検討する前に、各概念の内実と適用限界を明確にしておく必要がある。そのうえで、重要な概念の間の相互関係を明らかにすることは、知的要素の内部構造を、ひいては真の（または本質的な）問題の所在を揭示することにつながると考えられる。

## 一 「注意義務」という概念の解明

心理的責任論が規範的責任論へ移行した今日、過失は単なる心理的ものではなく、規範的な要素をも含む概念であり<sup>[1]</sup>、さらに、心理的要件（犯罪事実の不認識=予見可能性にとどまる）は故意との区別を、規範的要件（不注意=注意義務違反）は無過失との区別を示すと解されている<sup>[2]</sup>。かくして過失の本質は「注意義務違反」にあるとされるのである<sup>[3]</sup>。しかし、「注意義務」がどのような意味を持つかはいまだ論争がある。この問題への解答は過失の判断基準と構造に決定的な影響を与えることから、論者の拠って立つ過失構造論に注意を払いつつ、同概念の解明から着手することにする。

### （一）学説の立場

日本では、「注意義務」の内容を巡る議論は、基本的に、結果予見義務説、結果回避義務説と混合説に分けられる<sup>[4]</sup>。

議論の根本をなすのは、結果予見義務説と結果回避義務説の対立である。多くの論述では、旧過失論は注意義務を責任要素としての結果予見義務と解し、

[1] 藤木英雄『過失犯の理論』（有信堂、1969）22-23 頁参照。

[2] 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008）171 頁参照。

[3] 井上正治『過失犯の構造』（有斐閣、1958）50-51 頁参照。井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005）111 頁参照。

[4] 詳細な列举は、岡部雅人「過失犯における『予見可能性』について」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015）51-52 頁参照。

新過失論は注意義務を違法要素としての結果回避義務と解するという対応関係が描出される<sup>[5]</sup>。具体的にいえば、結果予見義務を認める一部の旧過失論において、過失の本質に等しい「注意義務違反」は意思を緊張させて結果を予見すべき義務の違反であり、規範の期待を背くので、非難可能性としての責任を基礎づけるものである<sup>[6]</sup>。これに対して、新過失論からみると、注意義務は一定の結果回避措置（基準行為）をとるべき義務と解され、当該義務の違反は過失行為としての構成要件該当性ないし違法性を基礎づけるものである<sup>[7]</sup>。もっとも、旧過失論では、結果の発生とその予見可能性があれば、（認識ある）過失犯は通常成立するのにひきかえ、新過失論において、結果の発生とその予見可能性が肯定されても、行為者の行為が基準行為に合致すれば、過失犯は否定される。新過失論のこの過失限定アプローチは、一般に「許された危険の法理」と「信頼の原則」に具象化して、旧過失論の不当な結論を回避するものとされている<sup>[8]</sup>。この考え方は現代のリスク社会における社会発展の需要に合致するため、今日、注意義務を結果回避義務とする見解が有力となっている<sup>[9]</sup>。旧過失論者の中でも、「注意義務違反の語は単なる予見可能性の意味に用いられることもあるが、通常はそれを超えて一定の準則（ルール）からの逸脱の意味に用いられる」<sup>[10]</sup>という状況を認める学者がいる。もっとも、この立場を貫徹して、結果回避義務違反だけで過失を認定すれば、責任要素としての過失は存在する余地を失う。予見可能性の検討は違法段階で一般化される形で先取りされるからである<sup>[11]</sup>。こうして、責任要素としての過失を認めず、行為者自身の行為能力を違法要素（客観的予見可能性の一部）とする形態の新過失論が導き出された<sup>[12]</sup>。しかし、これには不法（＝当為）と責任（＝能力）との区別を曖昧にしたとの批判が向けられた<sup>[13]</sup>。

---

[5] 高橋則夫『規範論と理論刑法学』（成文堂、2021）176頁参照。曾根・前掲注（2）171頁参照。

[6] 岡部雅人「過失犯における『因果経過の予見可能性』について」川端博ほか編『理論刑法学の探究』10巻（成文堂、2017）3頁参照。

[7] 藤木英雄『刑法講義 総論』（弘文堂、1975）238頁参照。

[8] 井田・前掲注（3）114、121-122頁参照。藤木・前掲注（7）238、242頁参照。

[9] 例えば、樋口亮介「注意義務の内容確定基準—比例原則に基づく義務内容の確定」高山佳奈子＝島田聡一郎 編集『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014）197頁以下。

[10] 小林憲太郎「過失犯の成立要件」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』（成文堂、2014）369頁。

[11] 真鍋毅『現代刑事責任論序説』（法律文化社、1983）335頁参照。

[12] 井田・前掲注（3）120-121、123頁参照。西原春夫『刑法総論（下）[改訂準備版]』（成文堂、1993）464-465頁参照。

[13] 吉田敏雄「過失犯の構造（二）—社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系—」北海学園大学法学研究 42 巻 1 号（2006）110頁参照。

結果予見義務説と結果回避義務説の長所と短所を踏まえて、両方の見解を折衷するのは混合説である。同説は、注意義務が結果予見義務および結果回避義務を含むとして、両方をともに違反した場合にはじめて注意義務違反を認める見解である。具体的に言えば、結果予見義務と結果回避義務の犯罪論体系における位置づけによって、混合説は以下の四つに分けられる。①まずは、結果回避義務を違法要素として、結果予見義務を責任要素とする見解である<sup>[14]</sup>。これによれば、注意義務違反は、違法要素としての結果回避義務違反（基準行為の逸脱）と責任要素としての結果予見義務違反（規範の非難を基礎づける意思の懈怠）とに区別され、犯罪論体系の異なる段階に位置づけられる。この見解は、基本的に「不法と責任」の性質を「一般と個別」ではなく「客観と主観」と解することから派生したものであると思われる。②二つ目の見解は、構成要件段階で客観的結果予見義務と客観的結果回避義務を確認したうえで、責任段階でも主観的結果予見義務と主観的結果回避義務を行為者に非難を根拠づけるものとする<sup>[15]</sup>。すなわち、この見解は、①説に、やはり「客観的・定型的に予見の不可能なばあいは構成要件該当性および違法性が欠けることになり、一般的には結果回避が可能でも行為者として不可能なときは有責性が欠けることになる」<sup>[16]</sup>と解すべきではないかと指摘している。③三つ目の見解は結果予見義務と結果回避義務をともに構成要件要素とする<sup>[17]</sup>。この見解は、結果回避義務違反が認められたとしても、結果予見義務違反が主観的予見可能性の欠如のゆえに認められない限り、過失犯の構成要件に該当しないというものである。要するに、予見義務違反も責任から構成要件の段階へと前倒しする。この見解も不法と責任との区別を曖昧にするとの批判を浴びるであろう。さらなる検討は第二章の第三節「個別化説の有力化」において行う。④最後の見解は、認識なき過失の場合に注意義務を結果予見義務および結果回避義務と解して、認識ある過失の場合には、結果予見義務は一応遵守されたので、注意義務を結果回避義務のみと解する<sup>[18]</sup>。しかし、「認識ある過失」は「結果発生の可能性を認識しているにすぎないのであって、最終的に当該場合における結果発生を認識を打ち消して」<sup>[19]</sup>おり、「構成要件該当事実が結局において行為者による意思的実現の対象に取り込まれなかった」<sup>[20]</sup>し、因果経過の基本的部分までの予見も

[14] 井上・前掲注(3) 52-53 頁参照。

[15] 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(創文社、1990) 333、335、338-339 頁参照。

[16] 団藤・前掲注(15) 339 頁注15。

[17] 大谷實『刑法講義総論 [第5版]』(成文堂、2019) 188-189 頁参照。

[18] 大塚仁『刑法概説(総論) [第4版]』(有斐閣、2008) 211 頁参照。

[19] 曾根・前掲注(2) 171 頁。

[20] 井田良『講義刑法学・総論 [第2版]』(有斐閣、2018) 220 頁。

なかったものである。したがって、認識ある過失の場合には、具体的な予見が認められず、結果予見義務が完全に遵守されたとは言えない。少なくとも後に取りあげる情報収集義務は尽くされていない。認識ある過失の場合に、結果予見義務が一応遵守されたことを理由として注意義務を結果回避義務のみと解することは適切ではないと思われる。

そのほか、混合説と異なる折衷の方式を採って、結果予見義務説と結果回避義務説の見かけ上の対立を越えた実態に目を向けることを主張している見解もある。これによると、過失は結果予見義務違反か結果回避義務違反かの対立は、同一の事態を異なる側面（不法の視点と責任の視点）から記述するにとどまる体系上の仮象問題であって、注意義務の内容の解明に資するものではない。上述の義務の「ズレ」は、実質的には「行為者の行為を、合義務的な代替行態と置き換えた上で、仮定的な結果回避可能性を要求する」という発想を受け入れること、すなわち、予見可能性が否定できない場合でも、回避可能性の不存在を理由に過失を否定する余地を認めることができるかにある<sup>[21]</sup>。

## （二）判例の立場

注意義務の内容について、日本の「判例では、注意義務の内容は必ずしもつねに一定の立場が示されているとは言えないが、一般的には、結果予見義務と結果回避義務を注意義務の内容と解していると言い得る」<sup>[22]</sup>という評価がなされている。しかし、この評価を裏付けるために挙げられた「弥彦神社事件」に対して、最高裁の決定は「右予見の可能性と予見の義務とが認められる以上…事故の発生を未然に防止するための措置をとるべき注意義務を有し」<sup>[23]</sup>と述べていて、結果回避義務のみを「注意義務」と解しているように見える。さらに、「日本航空機ニアミス事件」において、被告人は「衝突等の事故の発生を未然に防止するという航空管制官としての業務上の注意義務に違反した」<sup>[24]</sup>、「明石人工砂浜陥没事件第二次上告審」において被告人は「陥没等の発生により本件砂浜利用者等が死傷に至る事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があった」<sup>[25]</sup>と判示したことからは、最高裁は基本的に、注意義務を結果回避義務とする立場を採っていると見るべきように思われる。

---

[21] 古川伸彦『刑事過失論序説』（成文堂、2007）16-19頁参照。

[22] 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 49 卷 2・3 号(2010) 129 頁。

[23] 最決昭 42・5・25 刑集 21 卷 4 号 584 頁。

[24] 最決平 22・10・26 刑集 64 卷 7 号 1019 頁。

[25] 最決平 26・7・22 刑集 68 卷 6 号 775 頁。

下級審判例も同様の立場と考えられる。例えば、「北大電気メス事件」において、札幌地裁は、看護師は「ケーブルを誤って接続するならば電流の流路に変更が生ずるなどして患者に対し危害を及ぼすおそれがないわけではないことを知りえたものであるから、これを正しく接続して事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があつた」<sup>[26]</sup>と述べて、「予見可能性+結果回避義務」という過失判断枠組みを採っている。「近鉄生駒トンネル火災事件」においても、大阪地裁は、被告人は「Y分岐接続器及びこれに接続される特別高圧電力ケーブルに発生する発熱、火災等の異常な事態を防止し、安全な使用を確保するために必要な措置を取るべき業務上の注意義務を負う」<sup>[27]</sup>ことを認めた。結果回避義務が注意義務という名称で呼ばれる場合は多いのである。

こうして見れば、日本の判例は、一般的に、「注意義務」を「結果回避義務」と捉えているといえるであろう。

### (三) 私見の提示—下位概念の使い分け—

注意義務の内実について、理論と実務とではその理解に微妙な差異が存在している。注意義務を結果回避義務のみとする理解は、実務で広く行われているのに対して、理論上は少数説であって、旧過失論はもとより新過失論においても、結果予見義務を注意義務に含めるのが多数の支持を得ている。しかし、この差異が理論と実務の有意な対話を困難にするおそれがあるゆえに、やはり明確な使い分けをする必要があるだろう。私見によれば、以下の概念の使い分けに関するルールが採用されるべきである。

まずは、下位概念を統括するために、混合説を採って、注意義務を結果予見義務と結果回避義務の両者を包摂する上位概念とする。そのうえで、誤解を避けるために、過失の本質を概括的に指し示すものとして「注意義務違反」、具体的な過失構造の立場（新旧過失論など）に立って過失の成否を判断する場合には、「結果回避義務違反」または「結果予見義務違反」の各概念を用いるのが適切である。

次に、注意義務はさらに、構成要件ないし違法性の段階に位置づけられる一般人の能力を基準とする客観的注意義務と責任段階に位置づけられる行為者の能力を基準とする主観的注意義務に分けられると有力に主張される<sup>[28]</sup>。もっとも、「客観的注意義務と結果回避義務」、「主観的注意義務と結果予見義務」

[26] 札幌地判昭49・6・29判時750号29頁。

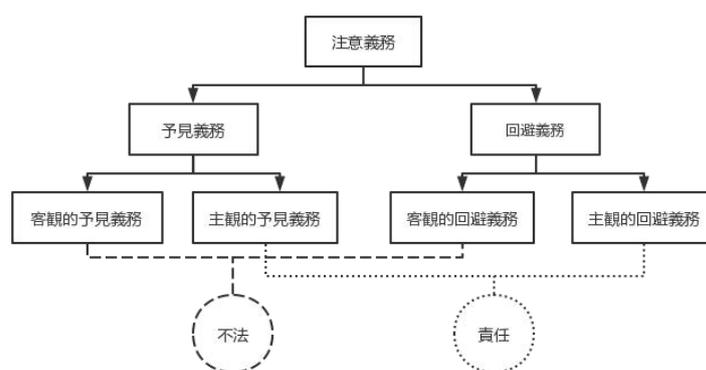
[27] 大阪地判平7・10・6判タ893号87頁。

[28] 松宮孝明『刑事過失論の研究』（成文堂、2004）122頁参照。鈴木茂嗣『犯罪論の基本構造』（成文堂、2013）40頁参照。

との対応関係については、理論上の一致があるわけではない。なぜなら、客観的注意義務と主観的注意義務は、「客観」「主観」の意味によって、異なる内容を持ちうるからである。「客観・主観」をそれぞれ「外的行為・内的意思」と解する場合は、たしかに上記の対応関係が認められよう<sup>[29]</sup>。しかし、「一般人の視点から見たこと・行為者の視点から見たこと」と解する場合には、客観的注意義務は客観的結果予見義務＋客観的結果回避義務と、主観的注意義務は主観的結果予見義務＋主観的結果回避義務とに対応することになる<sup>[30]</sup>。この点の説明なしに客観的注意義務と主観的注意義務の概念を用いると、伝えたいことが不明確になる可能性がある。下位概念としては、義務の内容を表す結果予見義務または結果回避義務を用い、客観的注意義務または主観的注意義務は控えめかつ慎重に使用するべきだと思われる。

最後は、もし混合説のうち②説を採っていれば、結果予見義務は不法と責任の段階でそれぞれ客観的結果予見義務と主観的結果予見義務に、結果回避義務も客観的結果回避義務と主観的結果回避義務に分けられる。結果予見義務・結果回避義務を客観的なものと主観的なものに分けることは、その「一般人の視点から見たことと行為者の視点から見たこと」を意味するのは明白であり、混同を引き起こさないから、以上の概念区分は維持されてよい。

上記の三つのルールによって特定される概念により、ほとんどの文脈で注意義務の内容を明確に把握することができる。イメージ図は以下の通りである。



## 二 結果予見義務の内実と役割

一の分析から、結果予見義務を注意義務に含める見解が多数を占めるものの、

[29] 井上・前掲注(3) 51-53 頁参照。

[30] 団藤・前掲注(15) 333 頁参照。松宮・前掲注(28) 122 頁参照。

新過失論と旧過失論のいずれにおいても、結果予見義務の存在を認めない見解もあることが明らかになった。この相違は結果予見義務の内実と役割についての理解にかかわっている。

### (一) 旧過失論における結果予見義務の内実と役割

前世紀初頭以降、ドイツでは、規範的責任論の創唱、許された危険の法理の一般化と目的行為論の提出などの影響のもと、過失は責任段階でのみ論じられる心理的な実体概念から犯罪論全体にわたる規範的な概念に変化した。規範化の第一歩は、伝統的過失論においても、心理状態という属性を持つ結果の予見可能性が規範的な概念としての注意義務=結果予見義務に転化することである<sup>[31]</sup>。この転化の背景は責任論の通説が心理的責任論から規範的責任論に変わることである。もとより、心理的責任論において、過失は認識しえたのに意思の緊張を欠いたせいで認識しなかったことと理解され、それゆえ、過失責任を基礎づけるのは意思の緊張を欠いた心理状態であり、過失の成否の判断は前提としての主観的予見可能性という心理的要素の存否に求められる。しかし、心理的責任論についていくつかの問題が現れる。まず、過失の類型の一つとされる認識なき過失は行為者とその行為との主観的な関係を前提とせず<sup>[32]</sup>、心理的実体がみられないので、刑事責任領域からこれを排除する見解<sup>[33]</sup>が現れ、過失概念の統一性と衝突した。次に、過失では、心理的事実がただちに責任非難を基礎づけることはできない点が指摘された<sup>[34]</sup>。なぜなら、故意において認識された事実そのものが非難の根拠としての「悪」となるのと異なり、過失においては、犯罪事実は認識されておらず（予見可能性だけある）、不認識自体が「悪」ではなく、「予見すべき」ところで意思の緊張を欠いて予見しなかったという結果予見義務に違反したことが「悪」とされるべきだからである。以上の理由を踏まえて、結局、結果予見義務という「規範的要素の承認は、やがて故意のそれと相応じて非難可能性なる責任観念を結実させる（規範的責任論）」<sup>[35]</sup>。規範的責任論に基づいて結果予見義務を承認する旧過失論は今でも有力といえる<sup>[36]</sup>。

[31] 真鍋・前掲注(11) 326-327頁参照。

[32] Vgl. Karl Heinz Gössel, *Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre*, in: *Festschrift für Karl Bengl*, 1984, S. 24.

[33] Vgl. Arthur Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, 1913, S. 120.

[34] 川端博『責任の理論』（成文堂、2012）41頁参照。

[35] 真鍋・前掲注(11) 323-324頁。

[36] 内藤謙『刑法講義総論（下）I』（有斐閣、1991）1104頁参照。曾根・前掲注(2) 171-172

しかしながら、結果予見義務の承認に対して、旧過失論においても、同義務に刑法上の独立の地位を与えず、予見可能性のみを承認する予見義務不要説が存在している<sup>[37]</sup>。この見解が取り上げられる理由は二つの点にまとめられる。

①「この義務に従って結果発生を予見した者は、まさにこの『義務遵守』のせいで故意犯として処罰されることになってしまう」<sup>[38]</sup>。履行すればより重い責任を問われる「義務」はナンセンスである<sup>[39]</sup>。しかし、行為者が結果に希望や認容という故意の意的要素のような態度を持たないの場合、結果予見義務を遵守した場合に認識が生じて、一般に行為に出ることはない。それでは、故意犯として処罰されないということになる。以上の批判はこの前提を看過して生じるものである。

②結果予見義務は実質的に結果予見可能性に相当するものであり、ことさら持ち出す必要がない。山口厚は「結果予見義務は結果予見可能性、結果回避義務は結果回避可能性を規範面から述べただけであり、実際の要件は結果予見可能性、結果回避可能性に他ならない。両者の相違を見出すとすれば、『可能性』は『一般人』を基準として判断され、『義務』は『行為者』を基準として判断されるというものである。しかし、可能性といっても、すでにそれ自体において、行為者の能力を判断基準とすべき場合はあり、この両者をそうして截然と区別することはできず、したがって『可能性』と区別された『義務』をことさらに持ち出す必要性はない。ともに、『可能性』だけで判断すればよい」<sup>[40]</sup>と述べたうえで、「『結果予見義務』が『結果回避義務』から独立した意義を有するものではない…結果を予見して、結果を回避することが義務として要求される」という言葉で、結果予見義務を結果予見可能性に含めたうえで結果回避義務を基礎づけるものと解する。また、松原芳博は、実践的な面で予見義務の独立した意義が小さいと論じた。例えば、「『過失』を結果予見義務違反と定義することもできるが、結果の予見可能性があるのに予見しなかった場合にはつねに予見義務違反が認められる」<sup>[41]</sup>と述べて、予見可能性は予見義務違反を必然的に伴うとの視点から、結果予見義務を掲げるに及ばないと主張する。

---

頁参照。

[37] 松原芳博『刑法総論 [第3版]』(日本評論社、2022) 316頁参照。山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣、1998) 161頁参照。

[38] Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1964, S. 53. 日本語訳は、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣、1999) 137頁。

[39] 山口・前掲注(37) 161頁参照。

[40] 川端博=伊東研祐=前田雅英=山口厚『徹底討論 刑法理論の展望』(成文堂、2000) 188頁。

[41] 松原・前掲注(37) 316頁。

前田雅英もなお、「従来の言いならわしに従って、結果予見義務、結果予見可能性という言葉も使います。ただ具体的議論になってくると、いつのまにか義務が消えて、予見可能性で議論しているのが実態です」<sup>[42]</sup>と述べた論述もある。このように、②を挙げる見解の多くは、理論上予見義務違反が備える過失責任を根拠づける機能を認めないわけではなく、予見可能性の判断が予見義務違反の有無に直結するので後者を要件として立てる実践的意義が乏しいと考えているにすぎない。しかし、予見可能性と予見義務は由来においても内実においても役割においても異なる概念であり、両者を同一視する仕方は、両者の本質的な違いを見失わせるもので支持できない。加えて、実践的な視点からも、両者は同視されず、むしろ、それぞれに役割分担がある。詳しくは四の予見義務と予見可能性の関係において論述する。

結果予見義務の具体的な内容に目を転じると、従来、「意思を緊張させるべき」という内容が含まれると考えられてきた。しかし、結果予見義務の内容はこれにとどまるのか。行為者が脳のなかで「意思を緊張させる」こと、すなわち、純粋に精神的なもののみによって結果の全貌の認識が得られるか。この点について、近時、違法性の認識可能性を認定する際に、分野によっては公的機関への照会などの法調査が要請されるのと同様に、潜在的危険に直面する場合、具体的に予見可能な程度に達するために、純粋な内心的注意に加えて、一定の外的調査行為が必要とされることがあり、この外的調査行為の要請を「情報収集義務」として捉えるべきだとの見解が有力化している<sup>[43]</sup>。（「情報収集義務」が「外的」義務かといった性格に関する検討は第三章の第二節で行う。）有力説によれば、結果予見義務は内心的な意思緊張義務と外的情報収集義務からなる。社会生活において、事態の全貌に関する認識を獲得するために積極的に外的情報収集行為に出ることが往々にして不可欠であること、例えば、自動車運転手は左右前後に常に警戒を怠ってはならないし、執刀医は手術の前に切開すべきところを予め精査しなければならないことからわかるように<sup>[44]</sup>、外的調査行為が結果の予見に対して必要とされるべきであり、近時の有力説は基本的に支持されうると思われる。

## （二）新過失論における結果予見義務の内実と役割

新過失論が結果回避義務を過失不法の中心に据えていることが、その立場の

[42] 川端=伊東=前田=山口・前掲注（40）201頁。

[43] 小林憲太郎「過失犯における注意義務と『作為義務』」刑法雑誌 56 卷 2 号（2017）276-277 頁参照。

[44] 井上・前掲注（3）73 頁参照。

下で結果予見義務を認める余地がないことを意味するものではない。「新過失論」という名称に統括される諸見解の中で、結果予見義務がどのような内実を有し、役割を担うかはその位置づけにより異なる。

新過失論において構成要件段階で結果予見義務を論じる見解は、二つに大別される。一つは①結果予見義務と結果回避義務をともに構成要件要素とした上で、両者を同等に扱う見解である<sup>[45]</sup>。これは、結果回避義務違反が認められたとしても、結果予見義務違反が主観的予見可能性の欠如のゆえに認められない限り、過失犯の構成要件に該当しないとする。しかし、これでは、結果回避義務が過失不法の中心的要素ではなくなるので、この見解がなお新過失論と称しうるかは疑いがある。もう一つは②結果予見義務を結果回避義務の前提とする見解である<sup>[46]</sup>。ここでは、結果予見義務が、ほかの見解における客観的予見可能性の役割に等しく、結果回避義務に認識的な基礎を提供する要素として用いられている。しかし、私見では、結果予見義務は、実際に客観的予見可能性が果たす役割を担うことができない。理由は以下のようになる。義務はその違反が規範上の非難を生じさせるという意味で存在するものであるので、単に認識的事実的基礎を提供するだけの結果を予見せよとの要求は、義務とされるより、自身の違反が不可罰である「責務」(Obliegenheit)<sup>[47]</sup>とされるほうが適切である。新過失論では、過失不法を根拠づけるのが、法益侵害の結果に直結する結果回避義務違反であり、構成要件段階で予見義務を課することは意味をなさない。結果回避義務の履行にとって必要なのは事実のレベルで義務履行を動機づけるものであり、その役割は予見可能性に委ねればよいからである。これと同じ、第三章第二節第二項で詳述するように、私見は、結果予見義務に属する「情報収集義務は、その規範的側面(違反の有無)を通してではなく、予見可能性を高める可能性という事実的側面を通して予見可能性の判断の基礎を提供するもの」との理解に立っている。

新過失論において責任段階で結果予見義務を論じる見解を取りあげる。これは基本的に旧過失論に近く、結果予見義務を行為者人格から由来するものとして、その違反を責任非難を基礎づけるものとする<sup>[48]</sup>。もっとも、論者が自説を裏付けるために挙げた事例について、「かように、行為者にとって予見不可能な結果は、それがかりに発生したとしても、たんに偶然のできごとたるにとど

---

[45] 大谷・前掲注(17) 188-189頁参照。

[46] 佐久間修『刑法総論』(成文堂、2009) 148-149頁参照。

[47] Vgl. Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode – Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 2. Aufl., 1988, S. 416.

[48] 井上・前掲注(3) 52頁参照。

まり、過失非難の対象とはならない」<sup>[49]</sup>と解説して、責任過失を否定するために「予見可能性」にのみ言及し、「予見義務」には触れていない。要するに、そこでは、過失責任の根拠が結果予見義務であることが論証されていないのである。そうだとすれば、結果予見可能性がない場合に結果予見義務も回避義務も存在しないので、責任を根拠づける義務は、必ずしも結果予見義務ではなく、結果回避義務であると解する余地も生じよう。むしろ、新過失論における有力な見解は、主観的結果予見可能性と主観的結果回避可能性を、過失責任の要件と考えている<sup>[50]</sup>。ここで、責任を根拠づける義務を結果予見義務と解する場合、その後再び、主観的結果回避可能性を考慮する必要性はなくなる。併せて、「不法と責任」の関係を「一般と個別」とする理解によれば、新過失論における責任過失の内実は、構成要件的過失の内実に対応して<sup>[51]</sup>、主観的予見可能性に基づく主観的結果回避義務の違反と考えるのが適切であろう。

整理すると、新過失論のもとでは、結果予見義務という概念は、不法の段階でも責任の段階でも、過失を根拠づける実質的な内容を持つものではなく、予見可能性の判断に資する道具としての「責務」に当たるものと思われる。新過失論では、犯罪論体系の段階を問わず、結果回避義務だけが注意義務として扱われるべきである。

### 三 予見可能性の現状の概観

#### (一) 予見可能性の内実、変遷と課題

予見可能性は、現実性に相対する仮想性を持つ概念とされる<sup>[52]</sup>。具体的にいうと、予見可能性があるとは、もし予見義務に従ったならば結果発生を認識しえたであろうことを意味している。逆に言うと、「行為者に慎重さを欠くような行動はみられたが、かりに彼が慎重に情報を集めて行動していたとしても結果発生 of 具体的予見に至らず、したがって彼に結果発生についての責任は問えないという場合もある」<sup>[53]</sup>。

ドイツ刑法学においては、最初、古典的犯罪論体系の下で、心理的な意味での予見可能性が責任の根拠となり、行為者の主観上の義務違反を反映するもの

---

[49] 井上・前掲注(3) 52頁。

[50] 福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011）202頁参照。

[51] 責任の場合の注意義務は構成要件の場合にあるものと同様であると主張される観点がある。大塚（仁）・前掲注（18）473頁参照。

[52] 林陽一「交通過失における過失構造論と危険概念」国際交通安全学会誌 25 卷 1 号（1999）43 頁参照。

[53] 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018）215頁参照。

とされた<sup>[54]</sup>。この時期の予見可能性は純粋な責任要素とされ、その位置づけと役割を巡ってほとんど論争はなかった。しかしその後、目的主義的犯罪論が提出されて以降、客観的予見可能性が主観的予見可能性から切り離されて構成要件段階に位置づけられることになった<sup>[55]</sup>。

樋口亮介によれば、日本の学説において予見可能性概念を過失の中核に据える思考枠組が広まったのはドイツ学説の影響が強まる明治30年代以降である。実務では、「右予見の可能性と予見の義務とが認められる」という表現により「弥彦神社事件」（最決昭42・5・25）において予見可能性概念が明示的に採用された。それまでの判例は、主に英米不法行為法に影響されて（推量の結論である）「危険の防止」という規範的根拠で過失犯の処罰を基礎づけていた<sup>[56]</sup>。

日本に定着した後の予見可能性概念は、基本的にドイツの学説の軌跡を辿って展開している。杉本一敏は、過失成立要件を巡って議論が錯綜している原因は、「結果回避措置の必要性の予見可能性」と「故意犯の故意に対応する過失犯の主観的要件である予見可能性」という内容の異なる二つのものを等しく「予見可能性」と呼ぶ点にあると論じる<sup>[57]</sup>。これは実際に予見可能性の二つの側面を示している。論者の拠って立つ過失構造論に注意を払えば、混同が避けられる。この問題意識を出発点として、予見可能性をめぐって、その位置づけと機能、対象と程度、「可能性」の判断基準などの課題が細かく検討される。

近時、スイス刑法学では通説であり、ドイツ、オーストリアの刑法学でも有力に主張される、主観的注意違反も過失犯の行為不法に属するという「一段階説」<sup>[58]</sup>に影響され、日本でも予見可能性の機能の客観化がより一層深まっているように見える。また、客観化の趨勢とともに、予見可能性の抽象化傾向も現れている。修正された危惧感説、危険の予見可能性説、抽象化志向の具体的予見可能性説などの抽象的予見可能性説が次第に有力化している状況がそれである<sup>[59]</sup>。なお、「可能性」の判断標準についても、新しい「契機説」が活発に議論されている。以上のような新たな動向は、近時の社会状況を背景に予見可

---

[54] Vgl. Günter Spendel. *Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt*-BGHSt 11, 1, JuS 1964, S. 19.

[55] Vgl. Ralf Kaminski, *Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*, 1992, S. 59.

[56] 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4号（2009）182-184、190頁参照。

[57] 高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門 刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014）3頁参照。

[58] 吉田敏雄「過失犯の構造（一）—社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系—」北海学園大学法学研究41巻4号（2006）673頁参照。

[59] 大塚裕史「予見可能性の対象の抽象化とその限界」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2018）325-331頁参照。

能性に新しい内実と機能を与えようとする考え方を反映したものであり、予見可能性論ひいては過失の知的要素の発展に重要な示唆を与えている。

## (二) 予見可能性不要説への反論

小林憲太郎は、予見可能性不要説を展開するに当たり、これを実質的に不要とするものと形式的に不要するものという二つの類型に分けた。前者は、形式的に予見可能性を要求するものの実質的には要求しない類型であり、近い学説として挙げられるのが危惧感説である。小林によれば、危惧感説が批判された予見可能性の抽象化は「ややリスクアバースにすぎるくらい」があるといった程度のことすぎなくて、「真の問題は過失犯における非難可能性の確保にある。「すなわち違法性の意識の可能性で足りると解すべきではなく……不法を基礎づける事実の認識可能性、すなわち予見可能性を要求すべきだ」とした<sup>[60]</sup>。この真の問題について、不要説の后者、すなわち形式的に予見可能性を不要としながら実質的には要求する、川端博は次のように説いた。「主観的予見可能性〔内部的注意義務違反〕は有責性の段階においても考慮する必要はないとする見解を支持したい」。「客観的注意義務違反が違法であることの認識可能性が過失行為者の責任を根拠づけると解するのが妥当である」<sup>[61]</sup>、と。小林は、この論理を以下のように考えた。まず、結果予見可能性は過失犯の成立要件ではないが、注意義務（ここでの「注意義務」は「回避義務」を指す）が結果を防止するために設定されるものであるから、注意義務の設定自体は結果予見可能性の要求を意味する。つぎに、過失犯における違法性の意識の可能性の内容は注意義務違反の認識可能性であるから、違法性の意識の可能性の要求は実質的に、注意義務違反の認識の前提となる結果予見可能性の要求を意味する<sup>[62]</sup>。公式で表現すると、「過失犯における違法性の意識の可能性＝注意義務違反の認識可能性 $\supseteq$ 結果の予見可能性」となる。しかし、この考え方に対して、小林自身は、①注意義務違反の認識は行為者の個人的な知識や能力があることを前提としたものであり、この点を措くとしても、②結果予見可能性がなくとも注意義務違反が認識可能であるケースも観念できる<sup>[63]</sup>という反論を加えて、結果予見可能性の存在の必要性を根拠づける。②の点は、過労運転の自動車運転者が道路内に立ち入った人を轢死させた場合を例にとると、過労のために道路内への人の立入を運転者が認識できた可能性は低いとしても、過労運転の禁止自

[60] 小林・前掲注(10) 381頁。

[61] 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013）208-209頁以下。

[62] 小林・前掲注(10) 381頁参照。

[63] 小林・前掲注(10) 382頁参照。

体は認識できることから示されよう。

もっとも、以上の二つの点のいずれも、真正の予見可能性不要説とは言えないと思われる。前者は、予見可能性は抽象的で足りるとしたものの、後者は、主観的予見可能性が不要としたものに過ぎないからである。

また、言及したように、樋口亮介は、予見可能性概念が日本に定着する以前に大審院判例に影響を及ぼした英米不法行為法の考え方を参考に、予見可能性概念に依拠せずに「危険の防止」という規範的根拠で注意義務の内容を確定しようとする<sup>[64]</sup>。具体的には、危険の予見可能性を前提として注意義務の内容を危険の程度との「比例」で確定する<sup>[65]</sup>。この見解の核心は、従来の「結果」に対する予見可能性を「危険」に対する予見可能性に換える点にある。これに対しては、客観的予見可能性はともかく、主観的予見可能性も不要とされるのは責任主義に違反するとか、情報収集義務を回避義務に位置づけるのは危惧感説と実質的に同一であるとか<sup>[66]</sup>、予見可能性に依拠する過失犯理論の「積み重ねを根底から覆す」<sup>[67]</sup>とか様々な批判がある。さらに、危険の予見可能性説も抽象的予見可能性説の一つに過ぎないとの指摘も加えられると思われる。

今のところ、真正の予見可能性不要説といえるのは、予見可能性の判断が因果関係の判断と重なることに着目し、因果関係のみを判断すればよいとする説である。例えば、ロクシン (Roxin) は、予見可能性の欠如は許されない危険の創出または実現の欠如に表れると主張した<sup>[68]</sup>。西田典之も、「因果関係の判断と予見可能性の判断が大部分重なることは否定できない」と説いていた。ただし西田は、「因果関係は肯定されても、責任判断において予見可能性が否定される余地は理論的にも実際的にも認めなければならない」<sup>[69]</sup>との留保は示していた。

しかし、予見可能性の判断を因果関係の判断に置き換えることはできないと考える。因果関係の判断は、行為者自身の能力とは無関係に不法の段階で行われることが多いため、責任の段階で行為者自身の能力にかかわる主観的予見可能性の判断をカバーすることができないからである。これは、上記の西田の論述における留保部分の根拠である。機能の視点からは、事後的に結果帰属の可否を扱う因果関係論が、事前的に見た、結果を回避する義務を根拠づける役割

---

[64] 樋口・前掲注 (56) 182-184、190 頁参照。

[65] 樋口・前掲注 (9) 218-228 頁参照。

[66] 大塚裕史「予見可能性論の動向と予見可能性の判断構造」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂、2014) 308-309 頁参照。

[67] 岡部・前掲注 (6) 4 頁。

[68] Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht AT., Bd. I, 5. Aufl., 2020, § 24. Rn. 13.

[69] 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論 [第3版]』(弘文堂、2019年) 281 頁。

を果たしうるとは考えにくい。ロクシンの提唱する客観的帰属論は、責任段階で行為者自身の能力にかかわる主観的予見可能性の判断の問題には未だ良い解を提供していないのである。

以上のような予見可能性不要説に対する検討から、予見可能性が依然として今日の日本刑法において過失の不可欠の要件であることが示されたといえよう。

#### 四 予見義務と予見可能性との関係

結果予見義務と結果予見可能性の内実についての検討を通して、この二つの概念はしばしば混同して使用されることが明らかになった。二つの概念の関係はどのように捉えるべきか。どちらの概念が過失犯の知的要素の中核を占めるか。これらの質問に答えることで、過失犯の知的要素の内部構造を明らかにし、その内容をさらに展開することができると思われる。

両者の関係について、現在では下記の諸見解がある。

まず、第一章の第二節の第一項において論じた旧過失論における予見義務不要説の②は、予見義務と予見可能性との関係は実質的に同等であることを根拠としているので、実質的同等説と名付けられることができる。具体的な判断において予見義務は予見可能性に組み込まれると主張する松原説と前田説のほか、山口は、原理的な視点から、「判断基準は截然と区別できない」という理由で予見義務は予見可能性を規範面から述べたものに過ぎないと主張している。しかし、山口が両者が実質的に同等であるとした理由は説得力に欠けるものと思われる。まず、「『義務』は『行為者』を基準として判断される」<sup>[70]</sup>という点が適切でない。というのは、行為者を基準とすることは義務の行動規制機能と一般予防機能を破ってしまうからである<sup>[71]</sup>。例えば、他人の行動を予測しうることに基づく信頼の原則が崩壊する<sup>[72]</sup>。また、国民一人ひとりの能力に合わせた義務を課すことは現実的ではない<sup>[73]</sup>。山口は「何人もその力以上に義務を負わず」という法格言の影響を受けた可能性があるが、本稿はこの法格言を義務の内容に対する要求ではなく、義務の適用に対する要求と解している。次に、山口は、予見可能性と予見義務が事実と規範という異なるレベルにあることを認めている点が挙げられる。たとえ実質的な判断内容が大きな違いがな

[70] 川端=伊東=前田=山口・前掲注(40) 188頁。

[71] Vgl. Bernd Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, in: Festschrift für Friedrich. Schaffstein, 1975, S. 163ff.

[72] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 166ff.

[73] Vgl. Thomas Kröger, Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat, 2016, S. 407.

いとしても、二つの概念がレベルを異にするのであれば、機能も異なる可能性が高い。例えば、現在の通説である前提説は、予見可能性は予見義務の前提であると主張している<sup>[74]</sup>。また、他の有力説も予見可能性は予見義務を根拠づけるのではなく、それを限界づけるにすぎず、したがって過失の中核要素とはならないと主張している<sup>[75]</sup>。実質的同等説は、予見義務と予見可能性は過失の判断において関連するけれども異なる機能を有することを明言している以上の見解と比較すると曖昧に見える。

次は前提説である。この見解は「何人もその力以上に義務を負わず」という理由で予見可能性を予見義務の前提としており、目下の通説である。この場合の予見可能性は客観的予見可能性と考えられる。つまり、予見義務は一般人が予見できる結果を予見することを要求するものであり、一般人も予見できない危険から生じる結果を予見することは要求していない、とする<sup>[76]</sup>。言い換えると、「客観的予見可能性」は一般人の視点から見た「結果発生の実質的で許されない危険性」である<sup>[77]</sup>。予見義務の目的は当該危険性を予見させることにあることから、客観的予見可能性が予見義務を根拠づける関係にある。かくして通説は、過失犯における知的要素である客観的予見可能性と予見義務との関係を不法段階で説明したといえる。しかし、通説は、行為者の予見能力に基づく主観的予見可能性と予見義務との関係（特に行為者の予見能力が一般人より低い場合）については、適切な解答を与えていない。これを解決するアプローチとして、行為者の主観的予見可能性を予見義務の前提条件に含め、予見義務の内容を個別化する「個別化説」<sup>[78]</sup>や、予見義務は客観的予見可能性をもって基礎づけられた上で、主観的予見可能性の範囲をもって限定されるという枠組を採る「総合説」が主張される<sup>[79]</sup>。これらのうち「個別化説」には「『義務』は『行為者』を基準として判断される」との見解に向けられた批判がある。「個別化説」のさらなる紹介・検討は次章で行うこととし、ここではまず「総合説」を紹介する。

最後は総合説である。その構想は次のように主張される。主観的予見可能性は過失責任の十分な条件とはなりえず、その前に当為命題としての予見義務が必要である。予見義務は、行為者の予見能力に基礎づけられる主観的予見可能

---

[74] 川端・前掲注（61）213頁参照。

[75] 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015）681頁参照。

[76] 川端・前掲注（61）213頁参照。

[77] 岡部・前掲注（6）18-19頁参照。

[78] 船橋亜希子「過失犯における行為者個人の能力の取扱いに関する序論的考察」法学研究論集49号（2018）10頁以下参照。

[79] 山中・前掲注（75）681頁参照。

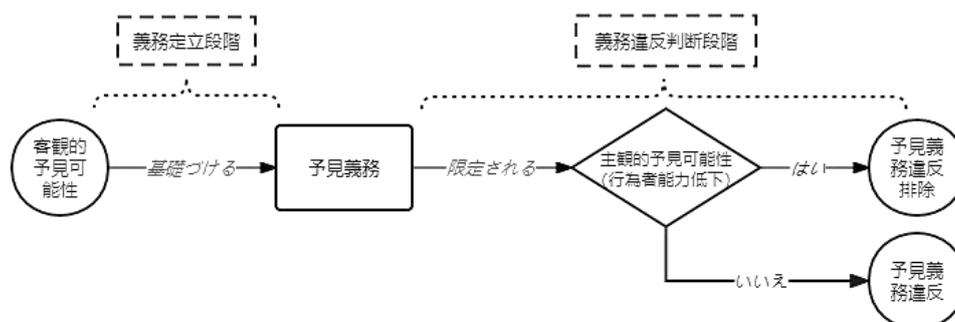
性に根拠をもたず、それによって限定されるに過ぎない。予見義務を根拠づけるのは危険創出行為である。「客観的な危険創出行為、すなわち、結果に対する客観的な予見可能性が存在し、通常の高める行為を行ったとき、結果予見義務が生じる」<sup>[80]</sup>、と。以上の説明から、総合説は、客観的予見可能性と予見義務の関係について前提説を採用して、実質的な危険または客観的予見可能性をもって予見義務を根拠づけていることがわかる。

本稿は、基本的に総合説のアプローチを支持する。予見可能性と予見義務の関係は、予見義務定立段階と予見義務違反確定段階に分けることができる。

予見義務定立段階では、客観的予見可能性が予見義務の内容と範囲を定立する。すなわち、一般人にとって、どの程度の予見義務を果たすと結果を予見できるかという論理で予見義務の内容と範囲を決める。その際、一般人に基準を求める理由は、行為者に基準を求めることは義務の行動規制機能と一般予防機能を失わせ、しかも、国民一人ひとりの能力に合わせた義務を課すことは現実的ではないからである。予見義務は一般人に向けられた、社会生活において必要とされる一般的なものとなる。いわゆる客観的予見義務と主観的予見義務の分類は、本稿から見れば、予見義務における行為規範としての側面と非難根拠としての側面との区別に当たり、予見義務の機能のみに関係し、その内容と範囲には影響を与えないと解される。

予見義務違反確定段階では、行為者の予見能力に基づく主観的予見可能性によって、予見義務の行為者への適用を限定する。この限定の主な効果は、行為者の予見能力が一般人より低い場合に行為者に対する予見義務の適用を排除して、責任非難のレベルにおいて予見義務違反を否定することである。

まとめると、予見義務と予見可能性は、過失犯の知的要素の有無を判断する流れの中で互いに繋がる二つの要素である。その関係を図解すると以下のようになる。



[80] 山中・前掲注(75) 681頁参照。

一般的な論理のレベルにおける両者の関係は以上のとおりであるが、過失の構造に関する各立場においては次のように整理される。新過失論は、不法段階では、客観的予見可能性が回避義務の前提条件としての予見義務(厳密には「予見責務」と呼ばれる)を基礎づけ、次いで責任の段階では、行為者の予見能力が一般人より低い場合、主観的予見可能性で予見義務を限定することによって主観的予見義務違反を排除する。そうすると、その後に主観的回避義務違反を検討する必要はない。

旧過失論は、予見義務と予見可能性を責任段階に配置する。予見義務は責任非難の根拠として現れ、多数説によれば、予見義務の内容は客観的予見可能性から導き出されるべきだとされる<sup>[81]</sup>(客観的予見可能性は、修正旧過失論では「実質的に許されない危険」に置き換えられうる<sup>[82]</sup>)。行為者の予見能力が一般人より低い場合、予見義務が主観的予見可能性によって限定されるという論理は、旧過失論でも通用する。なぜなら、人の責任非難の根拠を予見義務違反に求めるこの立場では、予見能力不足の場合、行為者は予見義務の名宛人とならず、非難されえないからである。

予見義務は客観的予見可能性によって基礎づけられて、主観的予見可能性によって限定されるとすれば、今後の議論は、予見可能性の解明に向けられることになる。

---

[81] 大塚裕史「過失犯における注意義務と注意能力との関係」早稲田法学会誌 32 卷 (1982) 74-75 頁参照。

[82] 修正旧過失論の実質的許されない危険性は「ある程度高度」の結果の客観的予見可能性であるという見解がある。吉田・前掲注 (58) 675 頁参照。

## 第二章 予見可能性の位置づけと機能の検討：客観化の動向を手がかりに

少数説である予見可能性不要説を除けば、多数の学説において予見可能性を過失成立の必要条件とすることに一致がある。過失構造に関する様々な立場において知的要素の捉え方が異なっているのは、主に次の二つの問題についての意見の違いによると考えられる。

①予見可能性は過失成立の十分条件であるか。すなわち、予見可能性のほか、過失の成立に行為の危険性、意的要素などの要件が立てられるかどうかという問題である。これは主に「伝統的旧過失論」と別の立場との境界線となる。

②過失成立の必要条件としての予見可能性が果たす具体的な役割は何か。ここでは、主に「結果回避義務の前提としての客観的（事前的）予見可能性」と「過失責任を基礎づける規範的非難の要件としての主観的（事後的）予見可能性」という二つの役割が視野に入る<sup>[83]</sup>。この二つの役割の採否または関係の扱い方を巡り、予見可能性を責任要素とする、不法と責任の二重の要素とする、不法要素とする、の三つの見解があり、時代の移り変わりとともに、予見可能性の位置づけと機能が客観化する傾向が見られる。

### 一 責任要素としての予見可能性：支配的地位の没落

#### （一）伝統的な旧過失論における予見可能性

ドイツでは、1867年にメルケル（Adolf Merkel）とイエーリング（Rudolf von Jhering）との間の「責任なき不法」（schuldloses Unrecht）についての最初の議論の中で、特にイエーリングが論じた不法と責任の区別、客観的特徴と主観的特徴の区別（ただし、刑法の分野に明示的に適用はしていない。）が、古典的犯罪論体系の最初のモデルを基礎づけた<sup>[84]</sup>。その後、トーン（August Thon）が決定規範と評価規範の区別によって客観的不法と主観的責任の概念を定立する<sup>[85]</sup>などの展開を経て、法実証主義に根ざした古典的犯罪論体系は、最終的にリスト（Franz von Liszt）とベーリング（Ernst von Beling）によって完成を見

---

[83] 山中・前掲注（75）392頁、高橋＝杉本＝仲道・前掲注（57）3頁、小田直樹「過失犯における危険性と注意義務」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』（成文堂、2014）348頁、大塚（裕）・前掲注（66）319頁など参照。

[84] Vgl. Adolf Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1. Bd., 1867, S. 42 ff; vgl. Rudolf von Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, S. 159ff.

[85] Vgl. August Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, 1878, S.78.

た。リストは、不法と責任を彼の犯罪論の中心概念である行為（Handlung）の属性としたうえで、純粹に客觀的に決定される不法、「行為と行為者の主觀的關係」として純粹に主觀的に決定される責任として明確に区分するという理解しやすくして実用的なモデルを提唱した<sup>[86]</sup>。ベーリングは、「行為」を構成要件段階の前に検討され、刑法で評価されるべきではない自然な動作を排除する機能を有している概念とした<sup>[87]</sup>。また、行為の結果、手段、対象、行為と結果の因果關係などの行為の外的事情はすべて行為の概念から除外され<sup>[88]</sup>、客觀的（objektiv）かつ記述的（descriptiv）な構成要件において犯罪の典型的な特徴を描く要素となる<sup>[89]</sup>。同時に、責任は「犯罪者が法に対して責任を負うと宣言される心理的要素」（ein psychisches Moment, um dessentwillen der Schuldige dem Rechte gegenüber für verantwortlich erklärt wird）と定義される<sup>[90]</sup>。こうして、中立的かつ記述的な構成要件該当性を内容とする客觀的不法と心理的責任論に基づく主觀的責任との明確な区別が、古典的犯罪論体系の主要な特徴となった。古典的犯罪論体系を支持する多くの見解では、過失はしばしば予見可能な結果に対する予見の欠如という心理的要素として説明され、責任段階においてのみ考慮される<sup>[91]</sup>。しかし、過失のこの心理学的な解釈は、行為者と行為の間に主觀的連関を欠く認識なき過失を、行為者と行為の間の主觀的連関を内容とする有責性において説明するとの問題を円満に解決しえなかった<sup>[92]</sup>。

認識なき過失と責任の關係を巡る問題は、新古典的犯罪論体系が構築されてはじめて解決された。古典的犯罪論体系の基礎となった自然主義・実証主義にひきかえ、価値判断を重視する新カント派の思想を導入することで、刑法学における規範的志向が強まった<sup>[93]</sup>。古典的犯罪論体系から新古典的犯罪論体系へと推移する中で、責任論は心理的責任論から規範的責任論に移行した。先駆者であるマイヤー（Max Ernst Mayer）は、過失を「構成要件該当結果の義務違反的惹起」（Die pflichtwidrige Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolges）<sup>[94]</sup>、責任を「義務違反的意思活動」（pflichtwidrige Willensbetätigung）と定義する<sup>[95]</sup>

[86] Vgl. Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl., 1919, S.151.

[87] Vgl. Ernst von Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S.17.

[88] Vgl. Beling, Fn (87), S.14.

[89] Vgl. Beling, Fn (87), S.178, 202ff.

[90] Beling, Fn (87), S.79.

[91] Vgl. Gössel, Fn (32), 1984, S. 23f.

[92] Vgl. Kröger, Fn (73), S.63; vgl. auch Gössel, Fn (32), 1984, S.23f.

[93] Vgl. Kröger, Fn (73), S.76f.

[94] Max Ernst Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, S.251.

[95] Max Ernst Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht: drei Begriffsbestimmungen, 1901, S.106.

ことによって、認識なき過失と責任を「義務違反」という規範的な概念で結び付けた。彼は、責任過失の判断を、純粹に客観的な基準によって決定された義務の内容と範囲で義務違反を判断することと、行為者の能力によれば義務違反が回避可能であったかを判断することという二段階に分けている<sup>[96]</sup>。新古典的犯罪論体系を支持する代表的な学者であるメツガー（Edmund Mezger）も以下のように主張している。すなわち、行為者は「注意深くて」「慎重に」行動する義務を負う。ただし、その義務を果たしうることが必要である<sup>[97]</sup>。以上から、新古典的犯罪論体系における規範的責任論のもとでは、過失の内容に、心理的要素としての予見可能性に加えて、義務という規範的要素が含まれる。しかし、その時点では、過失の概念についてのほとんどの議論はまだ主観的責任のレベルでされている。過失犯の行為面への配慮が注目されるようになるのは、社会の発展を保障するために過失犯の処罰範囲を限定する傾向が生じた20世紀20年代以降である。すなわち、エンギッシュ（Karl Engisch）が内的注意と外的注意を明確に区別した<sup>[98]</sup>後、構成要件過失と責任過失を含むいわゆる「複合的過失概念」（Der komplexe Fahrlässigkeitsbegriff）を提唱する新過失論が次第に通説となった。新過失論が通説となった一方で、過失を単なる責任要素とする学説は未解決の議論を残しつつ<sup>[99]</sup>、勢いを失っていった。その後この学説を堅持したのは、シュミットホイザー（Eberhard Schmidhäuser）やバウマン（Jürgen Baumann）など一部の学者に限られる。シュミットホイザーは、「複合的過失概念」が法の適用に余計な複雑化をもたらすと異議を唱えている。彼は、「不法構成要件（Unrechtstatbestand）の中で行為無価値（ここでは危殆化無価値（Gefährdungsunwert））と客観的帰属が見られ、かつ、社会的相当性が一部の慎重に行われた危険行為を正当化する事由と考える場合、故意と過失の区別は責任段階で初めて生じ、かつ、責任段階では、故意概念に対応する……簡単な過失概念で十分である」と主張した<sup>[100]</sup>。

日本では、「伝統的な旧過失論」（修正旧過失論と比べて言われた）における過失の概念も、心理的要素から規範的要素へと移行する過程を経てきたといえる。明治30年代に予見可能性という概念がドイツから紹介されて定着してしばらく、日本の過失の構造に関する通説は、心理的責任論に基づいて過失を故意と並ぶ心理的要素として扱った。この立場は、過失責任を根拠づけるのは

---

[96] Mayer, Fn (94), S.253ff.

[97] Vgl. Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 1924, S.254.

[98] Vgl. Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 269.

[99] 松宮・前掲注(28) 25頁参照。

[100] Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S. 225.

結果を予見する可能性がありながら漫然と予見しなかった不注意の態度であるとして、予見可能性を過失の十分条件とする。この立場は今日でも一部の学者に支持されている。例えば、松原芳博は、過失を構成要件段階で審査しても、犯罪の完全な個別化という目的を達成できず、かつ実体法上の意味がないことを理由に構成要件過失を否定しながら<sup>[101]</sup>、「結果の予見可能性があるのに予見しなかった場合にはつねに予見義務違反が認められる」<sup>[102]</sup>として、責任段階で結果予見義務といった規範的要素は不要と主張した。

しかし、故意と違い、過失は常に積極的な心理的要素を欠く。したがって、過失は単なる心理的要素ではなくて、規範の逸脱と密接に結びついたものである。過失を故意とパラレルな責任要素とする把握への疑問は、心理的責任論から規範的責任論への変化を推し進める原動力の一つとなった<sup>[103]</sup>。規範的責任論の下で、過失の内実は純粹な主観的予見可能性から主観的予見義務に変容する<sup>[104]</sup>。主観的予見可能性の過失責任を根拠づける機能が主観的予見義務に移行し、主観的予見可能性が主観的予見義務の前提となったのである。これには、主観的結果回避義務を動機づけるという意味で、主観的予見可能性自体が規範的な責任要素であるとの主張も見られる。例えば、小林憲太郎は「予見可能性とは不法を認識する可能性のことであり、それが欠ければ不法を避けようとする動機づけをもちえないという点で、弁識能力（違法性の意識の可能性）や制御能力と並ぶ（ないし、それらの前提となる）規範的責任要素である」<sup>[105]</sup>と論じている。予見可能性を予見義務の前提とするか、それ自体を規範的要素と見るかは措くとして、このような規範化は、予見可能性の客観化の最初のステップになると考えられる。

しかし、規範化されたとはいえ、伝統的な旧過失論が採った過失を「知的要素」とする把握は、農業中心社会における単純な災害事故に対処するのであればともかく、高度産業社会においては、生じた結果に予見可能性を備えると過失を認めるとの帰結をもたらし、過失犯の成立範囲が不当に広がってしまうとの批判を受けることになる<sup>[106]</sup>。かくして、日本では、伝統的な旧過失論に修正を加えた修正旧過失論が登場する。同説は、過失が責任要素である点を維持した上で、過失実行行為に「実質的な危険」という限定を与えるのである。

---

[101] 松原・前掲注（37）303頁参照。

[102] 松原・前掲注（37）316頁。

[103] 藤木・前掲注（1）22-23頁、29頁注2、42-43頁参照。

[104] 吉田・前掲注（58）674頁参照。

[105] 小林・前掲注（10）380頁。

[106] 藤木英雄編著『過失犯—新旧過失論争』（学陽書房、1975）36頁参照。

## (二) 修正旧過失論における「実質的で許されない危険」の意味

ドイツでは、ビンディング (Karl Binding) の時代には、弛緩されて過失限定機能を失った予見可能性という要件に代わって、過失行為に外的制限を課して過失犯の処罰範囲を限定するために、「適度の危険」や「行為の有用性」などの概念が使われており、新古典犯罪論体系の支持者にも受け継がれた。その後の発展の中で、衡量される利益 (有用性) がさらに抽象化・一般化され、概念の名称は「許された危険」として確定された<sup>[107]</sup>。「許された危険」の位置づけについて、旧過失論に依拠して違法阻却事由として扱う見解もあったものの<sup>[108]</sup>、多数説は、「許された危険」を注意義務論に取り込み、新過失論の基礎の一つに据えた<sup>[109]</sup>。すなわち、危険が法に許されるかどうかという判断は、どのような注意義務 (回避義務) が必要であるかとの判断に取り込まれるのである。その後、新過失論は次第に旧過失論に代わって、ドイツの過失論の通説になった。

日本では、新過失論が盛んになる一方で、修正旧過失論も有力となり、現在でも多くの学者によって支持されている。その基本的な考え方は、過失が基本的に責任要素であることは維持しながら、過失犯の処罰範囲を限定するために、過失実行行為に「実質的で許されない危険」という限定を加える。修正旧過失論の主唱者である平野龍一は、過失不法の成立には「行為と結果との間に因果関係さえあればよい」という伝統的な考え方に反対しながら<sup>[110]</sup>、新過失論のように過失行為を不作為犯のような命令規範違反と理解する考え方も否定し、代わりに過失行為を結果を惹起する実質的で許されない危険を持つ禁止規範違反と理解するものである<sup>[111]</sup>。それでは、修正旧過失論の主な特徴である「実質的で許されない危険」の内実は何であるか。平野龍一は、「この過失行為のもつ危険性は、結果の客観的予見可能性といってもよい。危険性がある場合には、一般の人であれば、結果の発生を予見できたはずだからである」<sup>[112]</sup>という見解を示している。また、「実質的で許されない危険」は基準行為としての「回避義務」の違反の現れにすぎない、すなわち「回避義務」は「危険を(基

---

[107] 松宮・前掲注 (28) 16 頁以下参照。

[108] Vgl. Dietrich Oehler, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961. S. 234,243.

[109] 松宮・前掲注 (28) 21 頁以下参照。

[110] 平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣、1972) 194 頁参照。

[111] 平野龍一「刑法の基礎-12」法学セミナー 132 号 (1967) 39 頁参照。

[112] 平野(龍)・前掲注 (110) 194 頁。

準値まで) 抑制する義務」と理解されるとの見解もある<sup>[113]</sup>。両者の論理は一体のものといえよう。「実質的な……危険」(客観的予見可能性)の存在が危険を抑制する義務(結果回避義務)の前提となり、結果回避義務がきちんと履行されれば、その行為は「許される」からである。このような論理に基づく修正旧過失論と新過失論の差は紙一重といえる。違いは、新過失論が客観的予見可能性に基づく結果回避義務の違反を過失の本質とするのに対して、修正旧過失論は「実質的危険も実は予見可能性であり、責任要素である主観的な本人の予見可能性という要素の有無を判断する場合の一つのプロセスにすぎない」<sup>[114]</sup>点にのみにあると思われる。

以上からわかるように、修正旧過失論においても、予見可能性は、純粋な心理的要素としての位置づけから解放され、その一部が客観化・一般化されて、過失不法の必要条件の一つとなっている。

## 二 不法と責任との二重の要素としての予見可能性：通説の展開

過失の概念は、社会の経済的・技術的發展がもたらした事故の増加や目的的行為論に基づく「人的不法論」<sup>[115]</sup>、「許された危険」などの理論の提出により、現在、部分的に客観化されつつ、故意の概念とパラレルではなく固有の判断・帰属体系を構築している。ドイツでも日本でも「過失というのは、単なる責任形態でなく、不法の要素と責任の要素から成る独自の可罰類型であることは今日一般に認められている」<sup>[116]</sup>。とりわけ、ドイツ連邦最高裁判所は多くの判決において、客観的注意義務に違反することと客観的注意義務の遵守が主観的に可能なことという過失の二段階の構造を明確に区別している<sup>[117]</sup>。このような過失体系のもとでは、知的要素としての予見可能性も、客観的予見可能性と主観的予見可能性に分けられる。以下では、各々の機能を検討することにより、過失概念における不法要素と責任要素を区別する理由および過失の客観

---

[113] 小田・前掲注(83) 348-349頁参照。なお、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣、2020) 209頁も参照。

[114] 平野龍一「過失についての二、三の問題」西山富夫ほか編集『井上正治博士還暦祝賀—刑事法学の諸相(下)』(有斐閣、1983) 300頁。

[115] 新過失論に寄与したのは目的的行為論そのものではなく、目的的行為論に基づく「人的不法論」である。本間一也「過失論の系譜」浅田和茂ほか編集『刑事法学の系譜：内田文昭先生米寿記念』(信山社、2022) 408頁参照。

[116] 吉田敏雄『責任概念と責任要素』(成文堂、2016) 223頁。ドイツでは、Vgl. Manfred Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974, S. 21ff.

[117] Vgl. Burgstaller, Fn (116), S. 17.

化の傾向の根源を理解することについて示唆を得る。

### (一) 不法要素としての客観的予見可能性の機能

目的的行為論に基づく「人的不法論」を有力に展開したヴェルツェル (Hans Welzel) は、当初、過失行為の中核を故意行為の「現実的な」(akutuell) 目的性と異なる「潜在的な」(potentiell) 目的性(可能な回避行動の目的性)としていた<sup>[118]</sup>。しかし、弟子であるニーゼ (Werner Niese) は、①目的性は「あるか／ないか」であって「潜在的な」目的性はその構造上ありえない、②「潜在的な目的性」を採用すれば、すべての結果が目的的に回避可能という無意味な結論に至るなどの理由でこれを批判した<sup>[119]</sup>。ニーゼによれば、過失行為も現実的な目的性を持っており、ただ、この現実的な目的性は、故意のように構成要件の結果に向けられるものではなく、刑法的に重要でない目的性 (strafrechtlich irrelevante Finalität) にすぎず<sup>[120]</sup>、過失不法と責任の評価対象は結果ではなく結果惹起の特定の行為形式とされる<sup>[121]</sup>。過失犯に固有の「特定の行為形式」について、ニーゼは、ヴェルツェルが提出した「社会的相当性」(soziale Adäquanz) 概念と民法の規定を参考にして、社会生活上必要な客観的注意に違反する行為と解した<sup>[122]</sup>。結局、ヴェルツェルはこの批判を受け入れて過失行為の内実を意思的行為から法的に要請される行為の逸脱に変えた<sup>[123]</sup>。このように、「目的的行為論」から、過失は社会生活上必要な注意(注意義務)のに違反することと理解された。

それでは、注意義務(ここでは回避義務)は具体的にどのように画定されるか。この問題について、予見可能性という概念を使わず、(明文の有無を問わない) 様々な行為又は注意規則 (Verhaltens- oder Sorgfaltsregeln) を用いて注意義務を決めるとの主張がある<sup>[124]</sup>。しかし、これには次のような批判がある。注意規則があらゆるケースに網羅的に適用できるわけではなく<sup>[125]</sup>、当該注意規則の想定した典型的な危険性が個別のケースでは例外的に存在しない場合、当該注意規則は当該事案における注意義務とは一致しないと思われる。例えば、

---

[118] Vgl. Hans Welzel, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Aufl., 1940, S. 116.

[119] Vgl. Werner Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951. S. 43f.

[120] Vgl. Niese, Fn (119). S. 58f.

[121] Vgl. Niese, Fn (119). S. 60.

[122] Vgl. Niese, Fn (119). S. 61.

[123] Vgl. Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung, 4. Aufl. 1954, S. 96.

[124] Vgl. Kaminski, Fn (55), S.48.

[125] Vgl. Kaminski, Fn (55), S.21.

作業が行われていない工事現場で制限速度を超えて走行していたところ、(速度を超えなくても) 予見できない事情により杭にぶつかって他人を傷つけたケースでは、スピード違反が行政法規に反するとしても、客観的予見可能性がない以上、過失行為とはいえず、過失傷害罪は成立しないと解すべきであろう<sup>[126]</sup>。なお、具体的な行為義務を直接規定することによって注意義務を決めるアプローチは、判例法によってのみ達成されうる<sup>[127]</sup>。

しかし、このような批判を受けるとしても、直ちに注意規則が無用であることを意味するわけではない。注意規則は、ある類型の行為に特有な危険、およびその危険を回避するための最も適切な措置について経験を踏まえて記述したものである。例えば、数多くの交通規則は、経験と考察に基づき、ありうる危険を全面的に想定した帰結を示したものといえる<sup>[128]</sup>。したがって、注意規則の違反は、往々にして注意義務違反の徴憑 (**Beweisanzeichen**) とされ<sup>[129]</sup>、典型的な客観的予見可能性の存在を表す。ただし、具体的な事案においては、「注意規則の想定した典型的な危険性が個別のケースでは例外的に存在しない」状況もあり得るので、行為者の立場にある洞察力のある、且つ思慮深い人も一定の特別事情によって例外的に結果を予見できないかを検討する必要がある、ここで結果予見不能と判断されれば、注意義務違反に該当しないこととなる。具体的な事案における客観的予見可能性は、典型的な客観的予見可能性を阻却事由として機能しているといえ、両者は、いわば、構成要件と違法阻却事由との関係と似通っている。まとめると、本稿は、注意義務(ここでは回避義務)が「典型的な客観的予見可能性－[マイナス] 個別事案における客観的予見不能」という枠組みによって画定されると主張する。そのほか、一部の学説は、社会的相当性<sup>[130]</sup>や利益衡量<sup>[131]</sup>によって客観的注意義務の画定を試みている。しかし、これらの標準は「類型的・定型的な判断を行なう場としての構成要件段階で論じることにはできない」<sup>[132]</sup>と批判される。

このように、客観的結果予見可能性が結果回避義務を定立する機能を備えることが明らかとなった。

---

[126] Vgl. Burgstaller, Fn (116), S. 45f.

[127] Vgl. Burgstaller, Fn (116), S. 44f.

[128] Vgl. Hans Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, 1961, S. 18.

[129] Vgl. Welzel, Fn (128), S. 19.

[130] Vgl. Gössel, Fn (32), 1984, S. 35.

[131] Vgl. Bernd Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, S. 575.

[132] 平野(潔)・前掲注(22) 131頁。

## (二) 責任要素としての主観的予見可能性の機能

責任主義の要求に基づいて、過失犯における行為者に対する主観的帰責は、結果に対する主観的予見可能性を前提とすべきである<sup>[133]</sup>。すなわち、「過失結果犯の場合、構成要件該当の結果、そして因果経過はその本質的部分が客観的に予見可能であったことが必要であるばかりでなく、行為者もまた予見しようとするならば個人的能力と認識に基づいて予見しえたであろうことが結果惹起の非難可能性に属する」<sup>[134]</sup>。二重の要素とする立場では、主観的予見可能性が事後的主観的帰責機能を果たすものとして責任の段階に位置づけられる。

もっとも、新過失論における責任過失の内容は一般的に「行為者自身が、その能力に照らして、客観的注意義務を遵守しえたのにこれを遵守しなかった」<sup>[135]</sup>ことと考えられているので、行為者に責任非難を加えるためには、主観的予見可能性に加えて、主観的結果回避可能性も必要である<sup>[136]</sup>。

そのほか、現在では、責任過失の比重を下げる見解も存在する。日本において、責任過失の内容を「結果に対する抽象的な予見可能性」と希薄化する見解<sup>[137]</sup>がそれである。また一部の学説は「責任要素としての過失は存在しない」

(実は過失犯の固有の責任要素が存在しない)と主張する。本説の支持者によれば、「責任とは、規範意識による意思決定の制御の可能性の問題であり」<sup>[138]</sup>、過失犯における責任は客観的注意義務に違反していることの認識可能性(すなわち、「違法性の認識の可能性」)によって基礎づけられている。行為者個人の能力と行為者の特別認識事情は結果回避義務の内容を定めるときに考慮に入れるべきであるから、すでに構成要件段階で検討されなければならない<sup>[139]</sup>、とされるのである。日本とは異なり、この責任過失不要説(不法の視点から個人的過失不法論または個別化説と呼ばれることがより多い)はドイツ語圏において有力になっており、過失の客観化をさらに進展させている。次節では、この客観化の動向を紹介・検討する。

## 三 不法要素としての予見可能性：個別化説の有力化

---

[133] Vgl. Daniel Patrick Ritter, Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit der unbewussten Fahrlässigkeit, 2009, S. 204.

[134] イェシェック＝ヴァイгент(西原春夫監訳)『ドイツ刑法総論[第5版]』(成文堂、1999) 467頁。

[135] 吉田・前掲注(58) 674頁。

[136] 福田・前掲注(50) 201-202頁参照。

[137] 高橋・前掲注(5) 221頁参照。

[138] 井田・前掲注(20) 236頁。

[139] 井田・前掲注(20) 235-237頁、川端・前掲注(61) 208-209頁参照。

ヴェルツェルの提出した過失行為における「潜在的な目的性」という考え方は第二章の第二節の第一項において言及したように彼自身により放棄されたが、そこに含まれた、過失行為に内在する行為者の「潜在的意思」に着目するアプローチは、構成要件段階で行為者個人の能力を基準として注意義務を定める個別化説<sup>[140]</sup>に示唆を与えた<sup>[141]</sup>。20世紀70年代にヴェルツェルの弟子であるシュトラテンヴェルト (Günter Stratenwerth) とヤコブス (Günther Jakobs) が互いに独立してヴェルツェルの思想を個別化説に発展させて<sup>[142]</sup>以降、ザムゾン (Erich Samson)、オットー (Harro Otto)、キントホイザー (Urs Kindhäuser)、ミュラー (Gerd Müller)、フロイント (Georg Freund)、ロシュタルスキー (Frauke Rostalski)、クレーガー (Thomas Kröger) などが個別化説に賛同または親和的な態度を示している。さらに、スイスでは個別化説が通説となり、オーストリアでも有力に主張されるようになってきている<sup>[143]</sup>。もとより、反論も唱えられており、とりわけシューネマン (Bernd Schünemann) やマイヴァルト (Manfred Maiwald) などの二段階過失説を根拠とした批判は詳しく検討される必要がある。

### (一) 個別化説の論理と理由づけ

個別化説の基本的な論理は、二段階過失説が責任段階で考慮する個人的注意能力 (予見能力、回避能力) <sup>[144]</sup>を構成要件段階に繰り上げて考慮するというものである。そのように、注意義務の標準の面で、個別化説は、行為者個人の注意能力を基準として注意義務を定立する点で、主観説の一種とされる<sup>[145]</sup>。個別化説の根拠は主に以下のものが挙げられる。

①構成要件の基礎にある行為規範は、現実の行為者にその規範に従うよう動機づけを与えない一般人の基準では根拠づけられず、規範の名宛人としての行為者自身の能力に基づいて判断されなければならない。シュトラテンヴェルトとザムゾンは、二段階過失説が採った「社会生活上必要な注意」という基準

---

[140] 「個人的過失不法論」、「一段階説」などと呼ばれる場合もある。「個人的過失不法論」は、田村翔「過失犯における不法の内実：そのメルクマール、責任との区別」法学研究論集 47号 (2017) 2頁以下参照。「一段階説」は、吉田・前掲注 (58) 673頁参照。

[141] 田村・前掲注 (140) 9-10頁参照。船橋・前掲注 (78) 10頁参照。参見許玉秀：《當代刑法思潮》，中國民主法制出版社 2005年版，第 100頁。

[142] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 160.

[143] 吉田・前掲注 (58) 673頁参照。

[144] 「可能性」が「能力」の表現形式であるが、「能力」を使ってはより分かりやすいので、本章において「能力」を使う。

[145] 大塚 (裕) ・前掲注 (81) 72頁参照。

を、基準のとり方によって広すぎたり、狭すぎたりすることがあり不明確だと批判した。広すぎる場合、すなわち、国民全員の平均的能力を基準として高度に抽象化された注意義務を設定する場合、注意能力が一般人より低い行為者（例えば、進行した大脳硬化症で反応力が低下である運転手）であっても注意義務違反を認定して不法を認める点で不適切となる。狭すぎる場合、行為者周辺の領域に限定するなら、ほぼ行為者と同じような能力をもつ者の平均が、進んで行為者しかその行為を行えなければ、行為者自身が基準となる。この帰結はすでに個別化説に接近する<sup>[146]</sup>。そのほか、個別化説を積極的に根拠づけるのはヤコブスである。彼によれば、法律が回避義務を課する前提は行為者が結果回避の動機を備えていることであり、このような動機があると仮定して、行為者の現実の資質、知識、能力に応じた結果発生の個人的な予見可能性が判断される<sup>[147]</sup>。換言すると、個人的な予見可能性が存在しないところで、行為者が行為規範を遵守する動機をもつと仮定しても意味はないと考えるのである。個別化説のこの理由づけは、「何人もその力以上に義務を負わず」(ultra posse nemo obligatur) という法格言にも裏付けられている。

②二段階過失説が一般人より高い注意能力を持つ者に一般人が備える能力を使うだけで十分とする「特権」を与えるのは不都合である<sup>[148]</sup>。それは法益保護の視点からの主張といえよう。その土地に詳しいタクシー運転手が、非常に危険な交差点と知っているところを余所者のように配慮を持たずに走行してよいなどというのは理解しがたい<sup>[149]</sup>。行為者が一般人より高い注意能力を持つ場合、行為者個人の注意能力を基準として注意義務を定立すべきである。

③二段階過失説を支持する論者<sup>[150]</sup>も裁判例<sup>[151]</sup>も、②の不都合を避けるために、行為者の特別知識を注意義務の定立に際して考慮に入れることが少なくな。そうすると、一般人と行為者を区別する意義がなお存在するのかが疑われ

---

[146] Vgl. Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1971, S.290f. Vgl. Erich Samson, in: Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1., AT, 1975, § 16, Rdnr. 13, 15.

[147] Vgl. Günther Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 60f, 64ff.

[148] Vgl. Stratenwerth, Fn (146), S. 290f. Vgl. Jakobs, Fn (147), S. 55f.

[149] 原文では、この例が批判の対象の例えとして扱われるものであり、Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 161.

[150] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 165f. Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 132.

[151] Medizinrecht 1998, 26. 判旨を一言で述べると、総合診療科医師に課する注意義務が専門診療科医師より低いですが、特別認識がある場合に、患者の利益を保護するために、その特別認識の程度にふさわしい注意義務を課する。日本でも、大判昭4・9・3大審院裁判例(3)刑法27頁は、「一般人能力および行為者の特別知識」という基準を用いた。井田・前掲注(20)235頁参照。

る。結局、「二段階」は口先だけで、実際には、個人的な過失の検討が行われているといえる<sup>[152]</sup>。

④不作為犯では作為義務は行為者が当該作為を行う能力を持つことが前提とされる。過失犯でも同様に、注意義務の定立に際しては行為者の個人的注意能力を考慮しなければならない。<sup>[153]</sup>

以上のような理由で、個別化説の支持者は二段階過失説を「時代遅れ」(obsolet) と評価する<sup>[154]</sup>。

## (二) 個別化説への反論と再反論の検討

しかし、個別化説も厳しい反論を受けた。以下、論点ごとに検討を加える。

(1) 二段階過失説の支持者は個別化説が不法と責任の区別を動揺させるおそれがあると批判している<sup>[155]</sup>。すなわち、従来、責任段階で考慮されてきた行為者の個人的能力を構成要件段階で考慮するのは、犯罪体系論の根底にある「一般と個別」という観点からの不法と責任の区別を否定するものである。それは、理論上の論争にとどまらず、注意能力が一般人より下回る者の行為を二段階過失説と異なり、個別化説は違法がないとするので、保安・改善処分を行えなくなるとの実際上の難問を生じさせる<sup>[156]</sup>。もっとも、個別化説の支持者は、同説も過失犯における不法と責任を明確に区別できると反論している。シュトラーターテンヴェルトは、創出した許されない危険を認識・制御する「道具的能力」(das instrumentelle Können)を個人的不法要素として、「道徳的努力」(die sittliche Anstrengung)を責任要素とする<sup>[157]</sup>。ヤコブスは、この区別を行為規範に属する結果予見可能性と法規範に関連する注意義務の認識(Sorgfaltskenntnis)に求める<sup>[158]</sup>。最も分かりやすいのは、キントホイザーによる不法に属する「行為能力」(Handlungsfähigkeit)と責任に属する「動機能力」(Motivationfähigkeit)の区別であろう。彼によれば、「行為能力」が構成要件の実現を回避する能力であり、「動機能力」が構成要件の実現を回避する意

---

[152] Vgl. Frauke Rostalski, Normentheorie und Fahrlässigkeit - Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, GA 2016, S. 80f.

[153] Vgl. Stratenwerth, Fn (146), S. 290f.

[154] Vgl. Kröger, Fn (73), S. 396.

[155] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 163f.

[156] Vgl. Schünemann, Fn (131), S. 515.

[157] Vgl. Günter Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 287,289.

[158] Vgl. Jakobs, Fn (147), S. 66f. 概括は、Vgl. Stratenwerth, Fn (157), S. 287.

志を形成する能力である<sup>[159]</sup>。これらの個人的不法要素と責任要素の区分に基づいて、個別化説は一般に、通説が言う「責任過失」の内容をすべて不法段階に置くことで、保安・改善処分が向けられる「違法」の範囲を拡大する一方で<sup>[160]</sup>、不法の意識の可能性、期待可能性、責任能力などの故意・過失の共通の責任要素のみを責任段階に残している<sup>[161]</sup>。このことから、個別化説が採る不法と責任を区別する基準は、通説が依拠する「一般と個別」と異なり、「行為と動機」であるが、この分け方には疑問がある。行為能力と動機能力を截然と区切ることができないからである。例えば、過失犯の場合に、結果予見能力は、構成要件の実現を回避するために必要な能力であるだけでなく、構成要件の実現を回避する意思を形成するために必要な能力でもある<sup>[162]</sup>。ヤコブスが挙げた「レストランでウェイターとして働く生物学専攻の学生が、自分の専門知識で客に出すサラダに有毒植物があることを知りながら、それでも客に渡した」という「毒サラダ事例」<sup>[163]</sup>で、有毒植物を見分ける能力は、ウェイターの行動選択に影響を与える前に、彼の自分の行動が「他人の死亡を惹起することを禁止する」という刑法の規範に反するかどうかの認識にも影響する。

(2) 二段階過失説の支持者は、さらに個別化説によると国民は従うべき注意義務を自ら判断する必要があるため、その内容は不明確・不安定となる<sup>[164]</sup>。それは規範の行動規制機能と一般予防機能を大きく損なう<sup>[165]</sup>。例えば、交通領域において、他人の行動を予測しうることに基づく信頼の原則が崩壊する、と批判する<sup>[166]</sup>。これには、個別化説の支持者は、客観的注意義務違反に代えて「許されない危険」の概念を用いることで問題を解決しようとしている。シュトラーターテンヴェルトによれば、行為規範の『一般化』は、行為の外的特徴に着目しては行われえず、その行為がもたらす危険に基づいて判断される。行為者の個人的能力が援用されるのは、一般的に許されないとされた危険を防止するために取るべき措置を確定するに際してだとされる。すなわち、注意要求（Sorgfaltanforderungen）の個別化は精確な刑法上の行為規範を一般条項のような「意識規範」（Besinnungsnorm）に変えるものである。「意識規範」のよ

---

[159] Vgl. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2021, S. 55-56.

[160] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1983, S. 262.

[161] Vgl. Kindhäuser/Zimmermann, Fn (159), S. 303. Vgl. Kröger, Fn (73), S. 436f.

[162] 参见吕英杰“论责任过失——以预见可能性为中心”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第3期，第84页。

[163] Vgl. Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 98.

[164] 参见吕·前掲注（162），第84页。

[165] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 163ff. Vgl. Schünemann, Fn (131), S. 133.

[166] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 166ff.

うな一般行動準則さえあれば、一般予防機能が損なわれない<sup>[167]</sup>。しかし、「許されない危険」もあくまで曖昧で具体的な解釈を要する概念であり、それに基づく一般行動準則は、国民に「注意義務を自ら判断してから従う」などの概括的な命令を下すという意味で犯罪を抑える一般予防機能を有するとしても、行動規制機能は発揮できないであろう。国民各自の異なる判断（誤判断の可能性もあり）によって社会の秩序を混乱させるおそれがあるからである。「許されない危険」の概念を用いても明確な注意要求を要する信頼の原則の崩壊を解決できないのである。

(3) 上記④が述べた過失犯を不作為犯のアナロジーとする説明に対しては、個別化説の内部でも説得力に疑義が出されている<sup>[168]</sup>のは措くとしても、不作為犯においても、作為義務を基礎づける作為可能性は一般人を基準として判断されるべきだと指摘されている<sup>[169]</sup>。

(4) 上記②③のような個別化説からの特別能力者に関する批判に対して、シューネマンは、「特別知識 (Sonderwissen)」と「特別能力 (Sonderkönnen)」を区別した上で、「結果予見可能性と注意要求を確定する際に、行為者の知識を有する事前的な傍観者も考慮に入れる」手法を通して、「特別知識」を判断資料に取り入れことで、論点を「特別能力」を考慮すべきかどうか限定する<sup>[170]</sup>。彼は二つの有名な設例を挙げて個別化説への批判を展開する。すなわち、設例①:優れた技術を持つ自転車曲乗り師 X が自転車に乗って狭い道路を走行していたところ、対向自転車と衝突してしまった。X は、道路交通法と判例の解釈から導かれる、縁石との間隔を 50 センチメートル以内に保って走行する義務を遵守したけれども、優れた技術を持つ X にとっては、縁石との間隔をより狭く 30 センチメートル以内に保って走行することが可能であり、かつ過大な要求とはいえないので、事故を回避することが可能であった。設例②:外科医 Y は、リスク大きく下げる新しい開頭手術の技術を開発した。この技術を使える外科医はわずかしかない。Y は、開頭手術の際に、怠惰のために新しい技術を用いず、平均的な技術で手術を実施したため、患者を救うことに失敗した。シューネマンによれば、①の危険は道路交通のために社会に一般的に甘受されるので、特別の回避能力者である X もこの危険を冒してもよい。②の場

---

[167] Vgl. Stratenwerth, Fn (157), S. 295f.

[168] Vgl. Erich Samson, in: Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, 3. Aufl, 1981, Rdnr.14a Anh. zu, § 16.

[169] Vgl. Manfred Maiwald, Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit, Dreher-FS, 1977, S. 437ff.

[170] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 165f.

合は、従前は有効であった客観的注意コード（Sorgfaltscodex）が技術の発展によって新しい注意コードに書き換えられたので、外科医 Y はその新しい注意コードに従わなければならない（注意コードの更新の結果、新しい手術の技術を使えない他の外科医は同じような開頭手術を行う場合、緊急避難または同意の要件が充たされない限り、引き受け過失の責任を負うことになる）。すなわち、特別能力は、新しい注意コードが作成・利用されない限り、許された危険の範囲内として平均を超える義務を根拠づけない<sup>[171]</sup>。このようにシューネマンは述べる。

特別能力に関して、シューネマンのほか、以下のような批判もしばしば目にする。特別能力者に特別能力や特別知識を投入するいわゆる「投入義務」<sup>[172]</sup>を課することは彼に過大な負担を負わせて行為自由の行きすぎた制約となるので、能力ある者にとって不公平である<sup>[173]</sup>。すなわち、「能力」は「義務」を意味していない。「義務」は法秩序自身の需要から導かれるのに対して、「能力」は「義務」の適用範囲と効果に影響を与える調節要素にすぎない<sup>[174]</sup>。また、特別能力を持つ人に平均を超える義務を課すことは、学習や技術開発によってより高い能力を身につけようとする人々の意欲を減退させ、社会の進歩に悪影響を及ぼす。

以上に対して、個別化説の支持者は主に次のような理由を掲げて反論した。反論 I：「投入義務」は特別能力者に過大な負担を課すものではない。高い注意能力を持つ者なら特別な努力を払わなくても、自分の能力に相応した努力を投入するだけでよいからである<sup>[175]</sup>。すなわち、同一の法益侵害を回避するためであれば、能力の高い人が払う努力の程度は一般人より低い。異なる能力を持つ二人に同じ要求を課すことは、法益保護のために（平等に）努力を払わなければならない視点から見れば、かえって不公平といえる<sup>[176]</sup>。しかし、法益保護のために出す行為が同じであれば公平とされるはずである。払う努力の程度といえば、能力の高い人が一般人より少ない努力を払うことは高い能力を身

---

[171] Vgl. Schünemann, Fn (71), S. 166f.

[172] 「投入義務」について詳しい検討を行ったものとして、森川智晶「過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（1）」關西大學法學論集 67 卷 2 号（2017）344 頁以下参照。

[173] Vgl. Friedrich-Christian Schroeder, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1994, § 16, Rn. 148.

[174] 参見许玉秀：《主观与客观之间—主观理论与客观归责》，法律出版社 2008 年版，第 153-154 页。

[175] Vgl. Stratenwerth, Fn (146), S. 291.

[176] 参見黄荣坚：《基础刑法学》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 249—250 页。

に着けるために払う努力の代わりに過ぎなくて、容認できない特権とされるべきではない。そのほか、高い能力の投入は、道徳的インセンティブ、民事責任、さらには行政罰などの手段によって求められることもでき、「刑法の力を借りて、自己の最大の力を発揮するように強制することは望ましくない」<sup>[177]</sup>などの再反論ができると思われる。

反論Ⅱ：特別能力の投入は常に要求されるわけではなく、特別な危険が生じる場合に限られる。このような投入義務は特別能力者にとって過大な負担ではない。例えば、シューネマンの設例①において、通常であれば、法規に従って縁石の距離を広く保てばよいが、特別な状況が生じている場合、特別能力を使って縁石の距離を狭く保って走行しなければならない<sup>[178]</sup>。しかし、これには、實際上「通常」と「特別な状況が生じている場合」を截然と区別することは難しい。また、行為者が特別な状況に直面した時点ではもはや回避が間に合わないことも往々にしてあるので、高度の予見能力を継続的に維持せざるをえない。やはり行為者負担は課題だと指摘が返されよう。

反論Ⅲ：シューネマンが設例②において出した提案について、新技術が普及する前の段階では、新技術の使用に挑戦した一般外科医が引き受け過失の責任を負うリスクが上がることは過失処罰の範囲を過度に拡張することになると批判する<sup>[179]</sup>。しかし、これには、まず、手術の技術や新薬の使用などが緊急避難の要件を充たし、あるいは患者の同意があれば不法を阻却できる。これは臨床試験においてよく見られる事態と思われる。次に、個別化説によって一般外科医は低い程度の注意要求が課されるだけだとすれば、新技術を身につける意欲を低下させ、その普及を阻害する虞が生じる、などの反論が挙げられる。

反論Ⅳ：特別能力は行為者にハイリスク領域においても行動できる利益を与える。例えば、深雪に覆われたスキー場の中で、雪質、時間帯、日照などの条件によって、雪崩を起こす危険を回避できる「理想的な」ルートが存在するとしても、そのルートを知るには、スキーヤーに高度に専門的な経験が必要である。二段階過失説によると、このような経験がない一般のスキーヤーを基準として注意義務を定立されるので、スキー場への立ち入りは全面的に禁止されてしまう。他方、個別化説によると、一般のスキーヤーに課される注意規範は立ち入らないこと、高度に専門的な経験があるスキーヤーに課される注意義務は「理想的な」ルートを発見して安全にスキーをすることとなる。この意味で、

---

[177] 吉田・前掲注(13) 110頁。

[178] Vgl. Detlev Sternberg-Lieben/Frank Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 15, Rn. 140.

[179] Vgl. Samson, Fn (168), Rdnr.14b Anh. zu, § 16.

経験があるスキーヤーは経験がないスキーヤーより高い程度の行為の自由を享有している<sup>[180]</sup>。すなわち、特別能力を持つ人にかかる適度の負担は、その人が利益を得るために必要なコストに過ぎない。しかし、これには、まず、行為者がどの程度の経験を備えたら、「理想的な」ルートを発見できる人として、彼に課される注意義務が個別化されるのかという問いに明確に答えるのは困難であり、結局、雪崩を起こす危険を防止するためにも、「経験」といった不明確な基準によるスキーヤーの間の不公平を防ぐためにも、スキーヤーの立ち入りを全面禁止することが最もよい方法になると思われる。次に、仮に、行為者の注意能力をその社会的役割で形式的に判断する、例えばスキー連盟の会員であるか否かという基準で区別するとしても、この基準が採用された時点で、会員と非会員は異なる社会生活領域に組み入れられたことになる。異なる社会生活領域では異なる注意基準が課されるとの考え方はまさに二段階過失説の主流派の主張である、との再反論が許されよう。

#### 四 予見可能性の位置づけと機能の在り方

予見可能性の位置づけと機能をめぐるとの見解の対立は、本質的に不法と責任の内実に対する異なる理解に由来する。予見可能性を責任要素と捉える見解は、不法と責任を客観／主観の関係として扱っていることに基づくものである。二段階過失説は、不法と責任を一般／個別の関係として捉えることを踏まえるものである。個別化説は、不法と責任を個別行為／行為動機の関係として捉えることに根ざしているものである。これまでの議論からわかるように、今日主流を占める犯罪論体系の下では、予見可能性の位置づけと機能に関する主な論争は、二段階過失説と個別化説の間で展開されている。以下では、行為者の注意能力が一般人の注意能力と異なる場合の処理を巡る論争に焦点を当てて分析し、本稿の見解を明らかにする。

##### (一) 行為者の注意能力が一般人より下回る場合

行為者の注意能力が一般人より下回る場合、二段階過失説によれば、まず、不法の段階では一般人を基準として客観的注意義務を定立し、行為者がこの義務に違反すれば、不法が成立する。次いで、責任の段階で行為者自身の注意能力を考慮し、一般人より下回れば、行為者の責任が阻却される。これに対して、個別化説によれば、不法の段階で既に行行為者の注意能力を考慮し、行為者に課

---

[180] Vgl. Stratenwerth, Fn (157), S. 294f. 詳細な論述は、参见于佳佳：“过失犯中注意义务的判断标准”，载《国家检察官学院学报》2017年第6期，第99页。

する注意義務は彼の注意能力に則したものであり、行為者の行為は最初から構成要件に該当しない。

要するに、行為者の注意能力が一般人より下回るゆえに結果が発生した場合、二段階過失説によっても個別化説によっても無罪の結論を導かれる。違いは犯罪成立が阻却される段階にある。第一節から第三節の検討から、本稿は、不法と責任の区別を動揺させるおそれがある、規範の行動規制機能と一般予防機能を大きく損なうなどの理由とその後の個別化説からの反論に対する再反論に基づいて、二段階過失説を支持していきたい。

## (二) 行為者の注意能力が一般人より上回る場合

二段階過失説と個別化説の「真の対立は特別有能者の注意義務を一般人……にするか、それとも行為者にするかである」<sup>[181]</sup>。理由は以下の通りである。すなわち、行為者の注意能力が一般人を上回る場合、二段階過失説は責任の段階で行為者の注意能力を考慮し、かつ責任判断の範囲が不法と判断された範囲を超えられないので、不法段階で一般人の能力によって予見できない場合、責任段階で行為者の高い能力に基づいて主観的注意義務違反を認めることはできない。二段階過失説によれば、結局、注意義務は一般人の基準によって決められる。一方で、個別化説は、不法段階で既に行為者の高い能力に応じて高度の注意義務を設定する。したがって、特別能力者が特別能力を投入しなかったために結果が発生した場合、二段階過失説では行為者は無罪、個別化説では(ほかの阻却事由がなければ)行為者に過失犯が成立する。両説は結論においても異なっている。

このような状況の下で、本稿は、本章の第一節から第三節の検討で示された理由により二段階過失説を支持して、「投入義務」を行為者に課することには賛同しない。まず、特別能力は、新しい注意コードが作成・利用されない限り、許された危険の範囲内として平均を超える義務を根拠づけない。次に、「投入義務」を課することは行為者に過大な負担を負わせて行為自由の行きすぎた制約となるので、能力ある者にとって不公平である。最後に、「特別」能力の基準の不明確さのゆえに、實際上、特別能力者にハイリスク領域において行動できる利益を与えることは難しい。

判例については、特別能力に関してよく議論に取りあげられる薬害エイズ帝京大病院事件判決<sup>[182]</sup>が重要と思われる。当時、日本国内の大多数の血友病専

[181] 于佳佳『医療過誤の処罰とその制限』（成文堂、2017）83頁。

[182] 東京地判平13・3・28判時1763号17頁。血友病患者であった被害者は、手首関節内出血の治療のために帝京大学病院に来診した際、内科医によって非加熱第Ⅷ因子製剤クリオ

門医は各種の事情を比較衡量した結果として、血友病患者の通常の出血に対し非加熱製剤を投与する治療法を採用していた背景の下で、血友病治療の最高権威である被告人は「通常の専門医とは質量ともに異なった情報に接していたことから、加重された注意義務を課せられるのかどうか問われた」<sup>[183]</sup>ところ、東京地裁は「通常の血友病専門医」を基準として注意義務を定立した上で、行為者に注意義務違反がないと認めて、無罪判決を下している。この判決は二段階過失説が採る「一般人基準」を裏付けるものといえよう。

### (三) 区別説

そのほか、場合を分けて異なる基準を適用すべきであると主張する見解もあるので、触れておきたい。主に以下の二説がある。

一つ目は、下限に向けては(nach unten)一般化し、上限に向けては(nach oben)個別化する見解である。すなわち、行為者の注意能力が一般人より下回る場合、不法と責任を区別するために、一般人を基準として注意義務を定立することは必要である。これによって、不法は残るが、責任は排除される。一方で、行為者の注意能力が一般人より上回る場合には、状況が異なって、回避可能な法益侵害を回避しなければならない。これを主な理由として、特別能力を有する行為者を基準として注意義務を定立することは必要であり、行為者が特別能力を投入しないと不法が排除されない<sup>[184]</sup>。本説によれば、いずれの場合も不法が排除されないことになる。

二つ目は、行為者の注意能力が一般人より下回る場合に個別化説を支持しながら、行為者の注意能力が一般人より上回る場合には「許された危険」によって注意義務の上限を限定する見解である<sup>[185]</sup>。ミュラーは、特別能力者が一般人より少ない努力をすることは容認できない特権と見なされないとしつつ<sup>[186]</sup>、主観的な個人的能力に関係ない権利の保護と行為の社会的有用性を天秤にかけて得られる客観的標準である「許された危険」によって注意義務の上限を限定すべきであると論じた<sup>[187]</sup>。日本では、井田良が、原則として個別化説が支持されるべきであるとしながら、新過失論の立場から、(主観的な)予見可能性と(主観的な)回避可能性にかかわらない信頼の原則などの客観的基準で回

---

ブリンを投与され、これにより HIV に感染し、その後エイズを発症して死亡したという事案である。

[183] 井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会、2007）191 頁。

[184] Vgl. Roxin/Greco, Fn (68), § 24. Rn. 57-65.

[185] Vgl. Gerd Müller, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung*, 2001, S. 129ff.

[186] Vgl. Müller, Fn (185), S. 127,130.

[187] Vgl. Müller, Fn (185), S. 131f.

避義務の上限を限定することを支持する<sup>[188]</sup>。

しかし、区別説は、自分の能力が一般人より高いか低いかを行為の時に行為者自身が判断し、その結果に応じて注意義務を選択することを意味している。しかし、一つは、「一般人」や「基準像」といった概念はあくまで抽象的なものであるから、個別事案において行為者の注意能力と一般人の注意能力との格差が著しくない状況の下で、自身が一般人より高いか低いかを判断することには困難を伴う。二つは、場合によって異なる基準を選択することが不合理な結論を招くことも考えられる。例えば、ある外科の分野の権威であるから普段には一般の外科医より高い程度の注意義務で手術を行っている外科医は、連続手術による疲労で注意力が低下した場合に、一般の外科医の能力に応じる注意義務で手術を行うことができると考えるのは妥当ではないであろう。やはり統一かつ客観的な基準で注意義務を設定することが適切であると思われる。

#### (四) 小括

以上をまとめると、まず、行為者の注意能力が一般人より下回るゆえに結果が発生した場合、二段階過失説と個別化説はいずれも同じ過失不成立との結論を導くが、検討により明らかになった理由から二段階過失説が妥当と解される。次に、行為者の注意能力が一般人より上回る場合にも、二段階過失説が支持される。「投入義務」を行為者に課する見解には賛同しえない。最後に、区分説は基準の統一性の欠如のゆえに妥当ではないと考える。

本稿は、通説である二段階過失説は基本的に支持するものである。

---

[188] 井田・前掲注(183) 192頁参照。

### 第三章 予見可能性の程度の検討：抽象化の動向を手がかりに

#### 一 従来の予見可能性の程度に関する議論及びその抽象化の動向

従来、予見可能性の程度を巡って、具体的予見可能性説と結果回避義務の前提として危惧感程度の予見可能性を要求する危惧感説との対立がある。新々過失論は、予見可能性の程度において危惧感説をとることを主な特徴とする見解<sup>[189]</sup>であるところ、「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」<sup>[190]</sup>、「法益侵害結果に対する心理的連関を不要とする」<sup>[191]</sup>など、責任主義に違背して過失犯の処罰範囲を不当に拡大するとの批判が向けられている。新々過失論は長い間冷遇されてきたのである。しかし、近年、判例から窺える、具体的予見可能性説を根拠に過失責任を問うことの困難性、および管理監督者の過失責任を肯定する必要性<sup>[192]</sup>に鑑みて、学説は、具体的予見可能性説と危惧感説の対立構造に再検討と再評価を行っている。以下、敷衍する。

#### (一) 具体的予見可能性説の問題

通説は、過失の要件として結果に対する具体的な程度の予見可能性を要求する<sup>[193]</sup>。しかし、実務において通説の立場を貫徹できるのかについては大きな疑義がある。次のような判例を例に挙げられよう。

「森永ドライミルク事件」：森永乳業徳島工場において、薬種商から納入された第二リン酸ソーダ（牛乳安定剤）に砒素が混入していたことに気付かずに、これを使用したことにより起きた乳幼児の集団中毒事件。同工場の工場長と製造課長が起訴された<sup>[194]</sup>。

「近鉄生駒トンネル火災事件」：トンネル内の電力ケーブル接続工事において接地銅板の設置を行わず、作業中にこのミスに気付いたが、誤った測定法を

---

[189] 危惧感説と新々過失論を同一視する議論が多いが、私見では、危惧感説は具体的予見可能性説に対する予見可能性の程度に関する学説であり、新々過失論は危惧感説と結果回避義務などの要件を含む過失構造に関する学説であると考え。後説は前説を含み、前説を主な特徴とするものであり、両者を混同することは適切ではない。

[190] 松宮孝明「危惧感説と具体的予見可能性説の異同再論——長野地松本支判平成 31・3・25 平成 26 年(わ)第 260 号を素材として——」立命館法學 385 号 (2019) 90 頁。

[191] 松原・前掲注 (37) 317 頁参照。

[192] 大塚（裕）・前掲注 (59) 324 頁参照。

[193] 大塚（裕）・前掲注 (59) 324 頁参照。

[194] 徳島地判昭 38・10・25 下刑集 5 卷 9・10 号 977 頁参照。

とったため誘起電流が接続器を通じて地面に流れるものと誤信し、接続器本体に弱い電気抵抗があることを看過した。送電中に接続器の中で炭化導電路が形成・拡大され（当時の電気工学で知られていなかった現象）、最終的にケーブル火災が発生し、走行中の列車がトンネル内で停車、多くの乗客が死傷した事件。施工者が起訴された<sup>[195]</sup>。

一般に、具体的予見可能性説は、特定の構成要件的結果と「因果経過の基本的部分」を予見できることが必要であるとする<sup>[196]</sup>。しかし、上記各事案において被告人の予見すべき対象を検討すると、「森永ドライミルク事件」における「砒素の混入した牛乳安定剤による乳幼児中毒」であれ、「近鉄生駒トンネル火災事件」における「接続器の過熱による火災」であれ、更なる正しい調査・検査の前に被告人が知り得た情報を判断資料とすれば、被告人に予見可能性を認めることは困難であり、せいぜい漠然とした不安感（危惧感）があるにとどまるといえるであろう。それゆえ、「森永ドライミルク事件」の差戻し前第一審は工場長にも製造課長にも無罪を言い渡し<sup>[197]</sup>、「近鉄生駒トンネル火災事件」の第一審も施工者に無罪を言い渡した<sup>[198]</sup>。しかし、いずれの事件も、その後の判決は異なる結論を出した。「森永ドライミルク事件」の控訴審は、異質な薬剤が納入される危険を認識できたはずであると認めて、原判決を破棄し、差戻しを言い渡し<sup>[199]</sup>、被告人側の上告は棄却された<sup>[200]</sup>。差戻し後の第一審は製造課長に有罪（監督過失）、工場長に無罪を言い渡した<sup>[201]</sup>。「近鉄生駒トンネル火災事件」の控訴審は原判決を破棄し、自判して有罪を言い渡した<sup>[202]</sup>。最高裁も「因果経過の基本的部分」を抽象的に把握して予見可能性を認めて、被告人側の上告を棄却した<sup>[203]</sup>。

二つの事件のいずれも、裁判所の審級によって予見可能性の理解が異なり、具体的予見可能性説に忠実な原判決の無罪の判断が、予見可能性を抽象化する立場に立つ上級審によって覆されて有罪に変わったと見ることができる。それは、具体的予見可能性説が以下の二つの場合において司法実務の需要に応えない問題を有していることを示していると思われる。

---

[195] 大阪地判平 7・10・6 刑集 54 卷 9 号 1125 頁参照。

[196] 松原・前掲注 (37) 321 頁参照。

[197] 徳島地判昭 38・10・25 参照。

[198] 大阪地判平 7・10・6 刑集 54 卷 9 号 1125 頁参照。

[199] 高松高判昭 41・3・31 高刑集 19 卷 2 号 136 頁参照。

[200] 最判昭 44・2・27 判時 547 号 92 頁参照。

[201] 徳島地判昭 48・11・28 判時 721 号 7 頁参照。

[202] 大阪高判平 10・3・25 刑集 54 卷 9 号 1206 頁参照。

[203] 最判平 12・12・20 刑集 54 卷 9 号 1095 頁参照。

一つ目は、因果経過への予見可能性又は特定の構成要件結果への直接的予見可能性が低い場合である。「近鉄生駒トンネル火災事件」はここに属する。この場合、具体的予見可能性説に基づいて「因果経過の基本的部分」の予見可能性を要求し、かつ「因果経過の基本的部分」を厳格に把握すると、過失が否定される可能性が高くなる。しかし、発生頻度が低く（つまり具体的に予見しにくい）けれども、現に発生して大きな損害をもたらされた事件では、裁判所は過失を認める傾向にある。そこには理論と実務の微妙な不整合を見ることができる。

二つ目は、管理監督過失の場合である。「森永ドライミルク事件」はここに属する。管理監督者は業務の最前線にいるわけではないので、一般的に、リアルタイムで発生する結果への予見可能性は最前線の従業者より低く、本質的に抽象的といえる。従って、厳格に具体的予見可能性説に基づくならば、背後の管理監督者に過失責任を問うことは困難となり、実務から見た不都合は否めない。

## (二) 抽象的予見可能性説の有力化

以上のような具体的予見可能性説の抱える問題に対し、近年、学説は、具体的予見可能性説と危惧感説の対立構造に再検討と再評価を行っている。そこには主に三つの抽象的予見可能性説が認められる<sup>[204]</sup>。

第一は、具体的予見可能性説と危惧感説との間に質的な差異はないと捉える「抽象化志向の具体的予見可能性説」である。この見解によれば、「因果経過の基本的部分」をかなり抽象化して捉えると、両説はほぼ言葉の違いに過ぎない<sup>[205]</sup>。上記「近鉄生駒トンネル火災事件」において、最高裁は、現実には予見できない「炭化導電路の形成を経た火災」を「誘起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」ことへと抽象化することによって、予見可能性を認める。「結果発生の予見とは、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は足りず、特定の構成要件的结果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味するものと解すべきである」と判示し、具体的予見可能性説を明示的に採用した「北大病院電気メス事件」判決<sup>[206]</sup>に対しても、

[204] 大塚（裕）・前掲注（59）326-331頁参照。

[205] 井田・前掲注（183）152-153頁参照。

[206] 動脈管開存症手術を行う際に、介助する看護婦が電気メスのケーブルを誤接続し、患者に重度の熱傷を負わせた。控訴審判決は、「電気メスのケーブル誤接続により患者の身体に流入する電流の状態に異常を生じる」という因果経過の基本部分を認識することが可能

「実際の事案の解決は、危惧感説と変わらない」という評価がある<sup>[207]</sup>。ここでは、患者の熱傷という結果は「誤接続が原因となって、患者の身体に流入する電流の状態に異常を生じ」<sup>[208]</sup>ることのみならず心電計に安全措置がなかったことと相まってはじめて惹起される。因果関係の基本的部分に組み入れられるべき後者を捨象して判断したのは危惧感説に近いと主張される<sup>[209]</sup>。もっとも、本説は問題点を明らかにするにとどまり、解決策や基準を提示するには至っていない。

第二は、樋口亮介が主唱した危険の予見可能性説である。本説は、従来の「結果」に対する予見可能性を「危険」に対する予見可能性に換えるものである。結果予見可能性説との違いは具体的には二つの点にある。すなわち、①予見可能性について、注意義務の内容確定の基礎となる危険に対する予見可能性が足りる。②危険の予見可能性を前提として注意義務の内容を危険の程度（抽象的な危険／具体的な危険）との「比例」で確定する<sup>[210]</sup>。本説の考え方は、第三として紹介する「修正新々過失論」と大きな違いはなく、また「危惧感説の言う危惧感は、抽象的な危険事情の認識と重なるもの」<sup>[211]</sup>であるとされている。しかし、これには、危険予見可能性説は、危険概念に依拠する点において、予見可能性に立脚する従来の過失犯理論の「積み重ねを根底から覆す」<sup>[212]</sup>との批判が向けられている。

第三は、新々過失論を再評価し、二つの批判に対して反論と修正を行う「修正新々過失論」である。①「法益侵害結果に対する心理的連関を不要とする」との批判に対しては、「予見可能性の法益関連性」、すなわち予見の対象が少なくとも法益侵害的結果であることを要求する<sup>[213]</sup>。②「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」との批判に対しては、まず、いわゆる「予見可能性の結果回避義務関連性」、すなわち、課される結果回避義務の程度は予見可能性の程度と正の相関関係があって、予見可能性の程度が低い場合は低いレベルの結果回避義務が課され、予見可能性の程度が高い場合は例えば直接停止など

---

であるとして、看護婦に具体的予見可能性を認める。札幌高判昭 51・3・18 高刑集 29 卷 1 号 78 頁参照。

[207] 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013）304 頁参照。

[208] 札幌高判昭 51・3・18 高刑集 29 卷 1 号 78 頁参照。

[209] 内藤・前掲注（36）1121-1122 頁参照。

[210] 樋口・前掲注（9）218-228 頁参照。

[211] 山本紘之「予見可能性における『可能性』判断」刑法雑誌 55 卷 2 号 260 頁。

[212] 岡部・前掲注（6）4 頁。

[213] 井田・前掲注（3）118 頁参照。

の高いレベルの結果回避義務が課されるとの前提に立つ<sup>[214]</sup>。そのうえで、危惧感程度の予見可能性がある場合、行為者に課するのは直接的結果回避義務ではなく、危険に関する情報を収集する「情報収集義務」にとどまり<sup>[215]</sup>、この義務の履行により具体的予見可能性に達すると反論される。この構造においては、危惧感はあくまで「意識の集中や情報収集活動を促す契機」であり、具体的な予見可能性と対立するものではない<sup>[216]</sup>。前二説の問題点に鑑み、三説のうち「修正新々過失論」を支持したい。

以上からは、今後の議論にとって重要なのは、危惧感説と具体的予見可能性説の対立を持続させることではなくて、危惧感から具体的予見可能性までのプロセスを解明することであり<sup>[217]</sup>、解明の鍵を握るのは「情報収集義務」であることが明らかとなろう。結論を先に言えば、近年の予見可能性の抽象化の傾向は、具体的予見可能性を最終的な判断基準とする通説の立場を前提としながら、情報収集義務を通して新たな予見可能性論を構築することを目指すものと評しうる。以下では、情報収集義務の内実と適用条件を展開し、側面から予見可能性論の新たな構造を提示する。

## 二 予見可能性の抽象化の実質：情報収集義務論の展開

### (一) 情報収集義務の内実とその役割

情報収集義務の内実と役割を明確にすることが、その適用条件を確定するための前提となる。その内実は、「潜在的危険」<sup>[218]</sup>に向ける外的義務と結果予見義務である。外的義務は情報収集義務の内実を展開するための主な手がかりとなる。また、情報収集義務の役割は、過失構造論に関する各立場の前提とする体系に照らして明らかにする。

#### 1. 「潜在的危険」に向ける外的義務の属性と情報収集義務の学説史

---

[214] 大塚（裕）・前掲注（66）309-310頁参照、井田・前掲注（183）154頁参照。

[215] 松宮・前掲注（190）90頁参照。

[216] 松宮・前掲注（28）244頁参照。

[217] 大塚（裕）・前掲注（59）346頁参照。

[218] 藤木は「潜在的危険」と「危険なし」の2つを含む危険状態を「未知の危険」と称されて、「やってみなければ何が起るかかわからないが、何事も起こらず安全であるという保障はない、という種類の危険」と定義される。藤木編著・前掲注（106）30-31頁参照。

「科学の不定性」の観点からの論述、土井和重「『未知の危険』と過失犯における予見可能性—福島原発事故の刑事責任を巡る議論を契機として」北九州市立大学法政論集3・4合併号（2018）118-119頁参照。要するに、「潜在的危険」は「不安感はあるが、未だはっきりとは顕れていない危険」といえる。

過失論において、行為者に対して「潜在的危険」の存否を調査する義務を課するのは、ドイツのビンディング、エンゲルマン（Woldemar Engelmann）、エンギッシュの見解から始まる。ビンディングによれば、まだ違法と認識されていない行為を実行する前に、「事前吟味義務」（Vorprüfungspflicht）を尽くすべきであり、吟味の結果、行為を適切な時点で思いとどまるか、必要な安全措置を講じた上で実行するかしなければならない。この「事前吟味義務」は純粹に精神的な義務とされた<sup>[219]</sup>。エンゲルマンとエンギッシュは、このような義務を説明する際に「法遵守義務」（Rechtsbeachtungspflicht）という名称を使用している<sup>[220]</sup>。彼らは、ビンディングの「事前吟味義務」の解釈が狭すぎるとして、行為者の心理に関する内的注意と行為に関する外的注意（事実の調査や法規範に対する照会など）の両方を含むべきと一致して主張する一方で、エンゲルマンは、（情報未収集のゆえに）危険な行為の実行を放棄する義務について、これを「法遵守義務」に含めるとしたのに対して、エンギッシュは、そのような義務を、「法遵守義務」ではなく、客観的注意義務に関する彼の三類型のうち第一類である「危険な状態から遠ざかる義務」に当たるとした<sup>[221]</sup>。新過失論者エンギッシュによれば、客観的注意義務は「危険な状態から遠ざかる義務」（Die Sorgfalt als Unterlassung gefährlicher Handlungen）、「危険な事態において慎重適切な態度をとる義務」（Die Sorgfalt als äusseres Handeln in Gefahrensituation）、「危険か否かの判断を行うため情報を集める義務」（Die Sorgfalt als Erfüllung der Rechtsbeachtungspflicht）という三類型に分けられる。「情報収集義務」ないし「法遵守義務」は第三類となる<sup>[222]</sup>。エンギッシュは、三

---

[219] Vgl. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, 1919, S.499 f.

[220] 井上・前掲注（3）72 頁参照。

[221] 山本紘之「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 112 巻 9・10 号（2006）401 頁参照。

[222] Vgl. Engisch, Fn (98), S. 283,290,306.この三つの義務の訳し方には、異なるバージョンが存在する。本論文は、山本・前掲注（221）399 頁、藤木編著・前掲注（106）28-30 頁に依拠する。井上正治は「危険の発生を制止する態度」、「危険な状態における用心深い態度」、「熟考義務」（井上・前掲注（3）66-67 頁）、莊子邦雄・小橋安吉は「危険な行為を行わないこととしての配慮」、「危険状況における外的行為としての配慮」、「法的注意義務の履行としての配慮」（莊子邦雄＝小橋安吉訳『カール・エンギッシュ『刑法における故意・過失の研究』』（一粒社、1989）347、355、373 頁と訳している。主な争点は、三つ目の注意義務の訳し方の選択——「情報収集義務」、「熟考義務」、「法遵守義務」——である。ドイツ語の「Rechtsbeachtungspflicht」は直訳すると「法遵守義務」であるが、これでは義務の具体的内容を反映していない。「熟考義務」も、熟考などの内的注意に加え、一定の外的行為が要求されるから不適切である。したがって、「情報収集義務」を本稿は採用した。詳細な検討は、山本紘之「予見可能性の判断枠組みについて」川端博ほか編『理論刑法学の探究』10 巻（成文堂、2017）122 頁注 73 参照。

類型の義務のうちの最初の二つを直接的結果回避義務とし、情報収集義務を直接的結果回避義務の履行に必要な知識を提供するための中間目的とする<sup>[223]</sup>。彼は、個々の行為事情や、法秩序と具体的状況との関係などの認識があつてはじめて、行為者は構成要件実現を回避するために何をすべきか、何をすべきでないかを判断できる状況に置かれる、と主張するのである<sup>[224]</sup>。すなわち、情報収集義務の役割は、結果回避義務を基礎づける程度の認識を得ることである。

この義務の内実について、エンギッシュは、内的注意と外的注意の両方を含むべきだとしている。彼によれば、配慮ある行為態様において相互に関連しつつ、同一の機能を果たす内的及び外的な注意が引き裂かれてしまうと、関連し合う全体に対する観察に混乱を来す。例えば、医者は手術を始める前は患者の心臓に気を遣って、手術中はその際に知った体質を配慮して相応な注意手段を用いる。ここでは、手術中の配慮と手術中の注意手段を合わせて、外科手術の情報収集義務が構成されると主張するのである<sup>[225]</sup>。しかしながら、術前検査と手術中の配慮が取り扱うのは心臓が耐えられない危険であり、これに対して、手術中の注意手段が取り扱うのはそれと異なる危険（動脈破裂など）である。異なる危険を取り扱う手術中の配慮と手術中の注意手段がなぜ一つの義務を構成できるのか、との疑問が向けられる。一つの義務の履行によって、二つの危険の解消を図ることには無理がある。手術中の配慮と手術中の注意手段は任務を異にする。手術中の配慮が目指すのは心臓が耐えられない危険に注意することによって手術中の注意手段に消極的な制限を与え、手術中の注意手段が目指すのは制限範囲内にある手段で他の危険に関する情報を集めて他の危険を防止することである。任務が異なるにもかかわらず一つの義務として扱うことは、行為者の義務違反を検討する際に混乱を生じさせる可能性がある。例えば、行為者が患者の心臓の状況に配慮せず、過度の注意手段をとった場合（内的注意義務違反）と、行為者が患者の心臓の状況に配慮したが他の危険に対してさらなる注意手段をとらなかった場合（外的注意義務違反）、情報収集義務の目的は情報取得であるとすれば、前者の場合は情報収集義務の不適切な方法での履行、後者の場合は情報収集義務の不履行と考えるべきであろう。同一の情報収集義務のうち内的・外的注意義務のどちらに違反するかという違いが、義務全体の違反かどうかの結論を左右するのは合理的ではない。これに対して、情報収集義務は外的注意に尽きると主張する学者もいる。そこでの外的注意とは、危険の認識が可能な状況から生じる、構成要件結果の発生の回避を目的として

[223] Vgl. Engisch, Fn (98), S. 313.

[224] Vgl. Engisch, Fn (98), S. 307 f.

[225] Vgl. Engisch, Fn (98), S. 344 f. 山本・前掲注（221）399頁参照。

適切な外的態度をとる義務をいう<sup>[226]</sup>。この見解によれば、情報収集義務に対応するのは手術中の注意手段であって手術中の配慮ではなく、後者は危険の認識・予見が可能であることを指す。このような論理は基本的に支持されるべきであると思われる。

情報収集義務は井上正治や藤木英雄に日本へ紹介され、これをめぐる当初の議論は「新々過失論」と関連したものであった。「新々過失論」の最初の提唱者である藤木は、情報収集義務を用いて「新々過失論」を基礎づける。彼によれば、情報収集義務とは、不安感はあるが、具体的にどのような危険が生じるかがはっきり判明しないか、あるいは予見困難な場合において、危険を警告する徴表事実についての情報を探知する義務である。この義務は、現代社会で頻発する企業災害、環境公害、食品・薬品公害、特に高度な科学技術による事故などのように、潜在的危険の源泉となる活動を行う際に、必要な行動基準としての危険に対する探知によって、危険行為を社会的に容認させることを目的とするものである<sup>[227]</sup>。以上から分かるのは、藤木が情報収集義務の現代的意義を強調して、危惧感を持つことが情報収集義務を課す契機であることを確認した点でエンギッシュの理論を発展させたと見られることである。しかし、情報収集義務を間接的義務とするエンギッシュとは異なり、藤木は、同義務を、不安感を払拭するための直接的結果回避義務としている<sup>[228]</sup>。「森永ドライミルク事件」では、控訴審判決も差戻し後の第一審判決も、被告人には、「異質な薬剤が納入された可能性がある」との不安感に基づいて、工業用第二燐酸ソーダ（食品用より低い規格のもの）の受領後、注文と合致しているかどうかを確認する、並びに化学検査を行うという情報収集義務があり、この義務違反が過失を根拠づけるとしており、同様の理解に立つ<sup>[229]</sup>。危惧感を持つ者に直接的に結果回避義務を課すとの構成の故に、その後、新々過失論は長い間冷遇されて、根拠とされた情報収集義務もまた議論の対象とされてこなかったといえよう。しかし、近年の学説では、新々過失論の再評価の動きとともに、情報収集義務が改めて注目され、加えて、新々過失論の基礎づけを超え、同義務の本来の価値を強調・重視する見解も現れている<sup>[230]</sup>。実務においても、情報収集義務を用いて分析を行った裁判例が増えている。「判例秘書」で検索された刑事事件に限っても、判決の中で情報収集義務に明示的に言及のあるものは7件あ

---

[226] イェシェック＝ヴァイгент（西原監訳）・前掲注（134）453-454頁参照。

[227] 藤木編著・前掲注（106）31頁参照。

[228] 山本・前掲注（221）403頁参照。

[229] 松宮・前掲注（28）247-250、267頁参照。

[230] 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018）332頁参照。

り、そのうち5件は2013年以降に出されている。

情報収集義務の具体的な内容についてはまだ論争があるが、概ね、結果の一定の予見を実現するために事前に調査する義務とする限度では一致がある。典型例として、運転時の前方注視義務、医師の診察・検査義務、医薬品の副作用調査義務などが挙げられる<sup>[231]</sup>。

## 2. 結果予見義務の属性とその根拠づけ

通常、過失犯の注意義務は結果予見義務と結果回避義務に分けて論じられる。もっとも、その議論は、両者の位置づけと過失認定への影響（注意義務違反の中心はどこにあるかに関する議論）という二つの枠を超えてはいない<sup>[232]</sup>。エンギッシュの整理では第三類とされる情報収集義務は、上記の議論の枠のなかでは、その属性は結果回避義務か結果予見義務かが必然的に問われることになる。この問いに答えることは情報収集義務の本質をより明確にする。

### (1) 結果回避義務説の欠陥

情報収集義務を直接的な結果回避義務として扱う学説の根拠は、大要以下の通りである。

まず、情報収集義務違反が直接に過失を基礎づけるという見解がある。ドイツの「歯科医事件」は、歯科医である被告人が患者から「心臓がよくない」と告げられたにもかかわらず、病歴を調査せずに麻酔をかけて患者の心停止による死亡結果を引き起こす事案である。歯科医の注意義務違反についてBGHは「被告人が内科医による詳細な検査をさせなかったことは、非難されるべきである」と述べた<sup>[233]</sup>。ロクシンと弟子のグレコ（Luís Greco）は、調査義務の懈怠によって「引受け過失」（Übernahmefahrlässigkeit）を直接認定した裁判例としてこの判決を引用する<sup>[234]</sup>。しかし、私見によれば、BGHの判決は予見可能性を高めるという意味での情報収集義務に違反したことを確認しただけであり、最終的に過失を基礎づけるのは、情報収集義務を履行せずに危険行為を控えなかったことである。行為者がその後の麻酔行為を放棄しさえすれば、すなわち、検査をしなかったというだけでは過失責任は問われない。したがって、情報収集義務の懈怠が結果回避義務違反であるという見解<sup>[235]</sup>がこの判決によって裏付けられるわけではないと思われる。

---

[231] 山本・前掲注（222）120-121頁参照。

[232] 花井哲也『過失犯の基本構造』（信山社、1992）201頁参照。

[233] BGHSt 21,59,60.日本語訳は、山本・前掲注（221）406頁参照。

[234] Vgl. Roxin/Greco, Fn (68), § 24. Rn. 36,37.

[235] 山本・前掲注（221）406頁参照。

日本では、井田良が結果回避義務説に立つ。高速道路を走行中の自動車運転者が前方注視を怠り、酩酊状態で高速道路内に入り込んで横たわっていた人を轢死させた場合、自動車運転者が前方注視義務を負うことを前提として、道路上に人がいる事実的可能性が一定程度あればよく、その可能性がかなり低くても差し支えない。<sup>[236]</sup>この意味において、情報収集義務とされる「前方注視義務」の違反は過失結果犯としての処罰を基礎づけるとされる。これに対しては、大塚裕史から、情報収集義務を結果回避義務と解すれば、情報収集義務を尽くしても結果を予見できない場合、情報収集義務を尽くさなかったことだけで結果回避義務違反を認めるのは結果責任の肯定につながり妥当でない。また、前方注視義務を尽くしただけでなく、ブレーキを踏むなどの適切な措置をとることによってはじめて結果は回避できるのであり、判例実務において前方注視義務違反を過失の内容としているのは、適切な操作という結果回避措置が取られなかった原因と行為者が取るべき態度を示したものと捉えるべきである、との批判が向けられた<sup>[237]</sup>。

次は、情報収集義務と結果回避義務を並立させる分類があることを理由とする。山本紘之は、イエシエック (Hans-Heinrich Jescheck) / ヴァイгент (Thomas Weigend) が情報収集義務を「危険な状態から遠ざかる義務」、「危険な事態において慎重適切な態度をとる義務」と同等に扱っていることは、情報収集義務を結果回避義務と同一視することを意味すると論じる<sup>[238]</sup>。しかし、この理由づけの説得力は低いと思われる。彼らは三つの義務を外的注意 (äußere Sorgfalt) の下に組み入れる。外的注意とは、構成要件結果の発生を回避する目的で適切な外的態度をとる義務をいい<sup>[239]</sup>、結果回避義務に直接対応させてはいない。外的態度をもって尽くす結果予見義務も、外的注意に属するのである。なお、この二人の外的注意に関する分類は、エンギッシュの客観的注意義務の分類と本質的に等しい。イエシエック / ヴァイгентの見解を結果回避義務説の根拠にすると、山本の同論文における「エンギッシュは情報収集義務が結果回避義務ではないと主張する」という説明との整合的な理解も困難となろう。

最後は、「予見可能性の結果回避義務関連性」を根拠として、情報収集義務は不安感を払拭する程度の結果回避義務であるとの説明が挙げられる。藤木は、情報収集義務を、潜在的危険の源泉となる活動を行う際に、必要な行動基準と

[236] 井田・前掲注(3) 118-119頁、119頁注14参照。

[237] 大塚(裕)・前掲注(66) 309頁参照。

[238] 山本・前掲注(221) 405頁参照。

[239] イエシエック=ヴァイгент(西原監訳)・前掲注(134) 453-454頁参照。

して、危険に対する探知によって不安感を払拭するものと理解する<sup>[240]</sup>。同様に、土本武司は、潜在的危険に対する不安感を払拭するための実験・検査・試作・試用などの手段を結果回避措置とする<sup>[241]</sup>。不安感を「結果」とするならば、それを解消するための情報収集義務は結果回避義務といえるかもしれない。しかし、過失認定における「結果」は構成要件結果である。不安感の払拭は、せいぜい「結果」予見可能性を危惧感の程度から具体的な程度まで高めることを意味して、行為者の知的側面と関連するにとどまるものである。また、情報収集義務が程度のより低い結果回避義務として扱われる場合、その背後に結果に直結する最終的結果回避義務が存在すること、すなわち結果回避義務が少なくとも二段階に分かれていることを意味する。二つの段階が明確に区別されていないと、「危惧感から……いきなり『控え目な行動』という結果回避措置が導かれている」<sup>[242]</sup>という批判を受けることになる。

まとめると、情報収集義務を結果回避義務として扱うことには、様々な問題がある。一つ目は、危惧感があるだけの場合に結果回避義務が課されるのは行為者にとって要求が大きすぎる、許された危険の法理にそぐわないなど、新々過失論にこれまで向けられてきた批判を引き継ぎがちである。二つ目は、情報収集義務を果たした結果、危険がないあるいは危険が許されることが判明した場合、回避する必要がないにもかかわらず結果回避義務（ここでは情報収集義務）を課するという奇妙な状況が生じる。三つ目は、情報収集義務を果たした結果、許されない危険があることが判明した場合、果たした情報収集義務と最終的な結果回避義務を混同するおそれがある。問題の根源は情報収集義務と結果回避義務との対象の違いにあり、結果回避義務の対象は既に一定の予見可能性が肯定される構成要件結果であるのに対して、情報収集義務の対象は危険性がまだ明確でない結果状態である。かくして、情報収集義務は、結果回避義務それ自体ではなく、その前提条件と解されるのである。

## (2) 結果予見義務説の合理性

結果回避義務説の欠陥に鑑みて、情報収集義務を結果回避義務を基礎づける「予見可能性に関わる二次的義務」として位置づける見解が広く支持されている<sup>[243]</sup>。ドイツでは、情報収集義務の最初の提唱者の一人であるエンギッシュがこのような見解を示し、情報収集義務を、構成要件実現を回避するために必要な知的前提を作り出すという中間目的と関連したものとみなした。それ以降、

[240] 藤木編著・前掲注（106）31頁参照。

[241] 土本武司『過失犯の研究：現代的課題の理論と実務』（成文堂、1986）35頁参照。

[242] 松宮・前掲注（28）297頁。

[243] 土井・前掲注（218）125-126頁参照。

アルミン・カウフマン (Armin Kaufmann)、ヤコブスなどの学者も、情報収集義務は過失処罰を基礎づけるような結果回避義務には当たらないと指摘している<sup>[244]</sup>。日本では、情報収集義務は結果回避義務であると主張した藤木に対し、三井誠は、情報収集義務の課される時点では危惧感があるにすぎない以上、結果回避義務に具体的予見可能性が必要であるという通説的な前提と一致しないと批判し、そのうえで、結果回避義務の前提としての情報収集義務を唱え、その違反は注意の集中を怠った(結果予見義務違反)という過失を推認する資料に過ぎないと論じた<sup>[245]</sup>。平野龍一や平場安治も、情報収集義務を結果予見義務の延長線上にあるものと考えた<sup>[246]</sup>。それ以降も、佐伯仁志、松宮孝明、山本紘之、大塚裕史、小林憲太郎などの情報収集義務を論じた学者の大多数が結果予見義務に関連づける立場を支持している。

もっとも、上記の諸見解は、情報収集義務が結果回避義務とは異なる二次的義務であるという点では一致しているものの、すべてが情報収集義務を結果予見義務に含めると明示しているわけではない。従って、情報収集義務が結果予見義務に属するという命題を論証するためには、外的注意である情報収集義務を結果予見義務に入れる可能性を立証する必要がある。この点については、第一章第二節の「結果予見義務の内実と役割」で論じたように、潜在的危険に直面する場合、具体的に予見可能な程度に達するために、純粋な内的注意に加えて、一定の外的調査行為が必要とされることがある。この外的調査行為の要請が情報収集義務であるとの主張がある<sup>[247]</sup>。このような主張は、例えば、自動車を運転する際の注視義務は、「意識の集中」などの内的注意と「反射鏡の死角にある人の動静を見るために頭を回す」などの外的注意から構成されることから裏付けられる。また、情報収集義務は結果予見義務と同様に、一定の予見を達成するという目的をもつ。そうすると、情報収集義務は結果予見義務の一部と位置づけられるべきだと解される。

### (3) 小括

情報収集義務を潜在的危険に直面する際の「精神的緊張や意識の集中」という内的義務と並んだ予見可能性の程度を高める外的義務として、結果予見義務のなかに位置づける構成は、現在の情報収集義務論のうちで最も適切なものと考えられる。この位置づけは、新々過失論が受けてきた「内容の特定しない一

[244] 山本・前掲注(221) 402、404頁参照。

[245] 三井誠「予見可能性」藤木編著・前掲注(106) 150-151、178頁参照。

[246] 平野(龍)・前掲注(110) 202-203頁参照。平場安治「過失犯の構造」西山富夫ほか編集『井上正治博士還暦祝賀—刑事法学の諸相(上)』(有斐閣、1981) 336頁参照。

[247] 小林・前掲注(43) 276-277頁参照。

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」との批判を解消するだけでなく、結果予見義務の内容を充実させ、「危惧感→具体的予見可能性→結果回避義務」との過失認定のアプローチを構築するための基礎を提供する。

### 3. 過失構造論における役割

以上の検討により根拠と属性が明らかとなった情報収集義務をより深く理解するためには、体系的な視点に立つことが必要である。日本では、過失の構造を巡っては、概ね（修正）旧過失論、新過失論、新々過失論という三つの立場がある。情報収集義務は日本へ紹介された際、新々過失論と密接な関係があり、今でも両者を結びつける学者もいるが<sup>[248]</sup>、実は、他の立場でも情報収集義務は大きな意味をもつ。もっとも、各立場の背景にある過失の本質論（過失犯処罰を基礎づけるもの）や判断方法の違いから、情報収集義務の役割と機能も異なったものとなる。

#### (1) 新々過失論と新過失論における情報収集義務

新過失論者である井田は、単なる危惧感があれば足りるというのは妥当ではないが、この点を修正し、当該法益の侵害の予見可能性（それがかなり低いレベルのものであっても）を要求すれば、危惧感説は基本的に支持されるべきであると主張する<sup>[249]</sup>。これは、予見可能性が結果回避義務を基礎づける程度のものでよいとする新過失論は、新々過失論に至る可能性があることを意味する<sup>[250]</sup>。この点を捉えて、本稿においては、結果回避義務の違反が過失を基礎づける決定的な根拠であるとの前提の下で、情報収集義務は、新々過失論における危惧感と新過失論における具体的予見可能性の橋渡しとして機能すると考える。情報収集義務をめぐる議論は、新々過失論と新過失論とを統合するような枠組み（以下、「修正新々過失論」と呼ぶ<sup>[251]</sup>）の中で初めて行うことができるのである。この枠組みでは、情報収集義務が予見可能性を危惧感の程度から結果回避義務を基礎づける程度にまで高め、その高められた程度の予見可能性に基づいて結果回避義務が課される。情報収集義務は結果回避義務と合わせて、外的注意義務のセットを形成する。例えば、通行人の飛び出しなどの具体

[248] 小林・前掲注（230）332頁参照。

[249] 井田・前掲注（3）118頁参照。

[250] 大塚（裕）「『因果経過』の予見可能性」板倉宏先生古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』（勁草書房、2004）179頁参照。

[251] この学説の名称については、大塚裕史による「修正された危惧感説」という表現があるが、「修正旧過失論」のような洗練された名称を鑑みれば、「修正新々過失論」と呼ばれるほうが良いと思われる。大塚（裕）・前掲注（59）326頁参照。

的な危険が生じた場合、前方注視義務とそれに続くクラクションを鳴らして停止することがワンセットになる<sup>[252]</sup>。情報収集義務は、危惧感と具体的予見可能性との橋渡しとして、上記のプロセスの核心である。従来の新々過失論では予見可能性の判断に「危惧感の存在」という考慮要素しかなかったのに対し、修正新々過失論では、予見可能性の判断に「危惧感の存在」に加えて「予見可能性を高める可能性」（この要素は本節第二項において「適用のルール」として詳しく展開する）という二つの考慮要素があるからである。修正新々過失論は、従来の新々過失論がもたらす広すぎる過失処罰の範囲を制限する見解と言える。

ただし、留意を要することがある。第一章第二節で新過失論における結果予見義務の内実と役割を明らかにしたところであるが、修正新々過失論においても、結果予見義務は、不法の段階でも責任の段階でも過失の成立を根拠づけうる実質的な内容を持たず、予見可能性の判断に資する道具としての形式上の「責務」にすぎない。したがって、結果予見義務という属性を持つ情報収集義務も、修正新々過失論では「予見責務」とされるべき点がそれである。

ちなみに、情報収集義務が目標とする「結果回避義務を基礎づける程度の予見可能性」は一般的かつ抽象的な基準である。具体的には、まず、どのような結果回避義務が要求されるかについて、以下の三つの要素によって総合的に判断される。すなわち、①予想される結果の重大性、②結果発生の蓋然性、③行為の有用性である<sup>[253]</sup>。前二者は結果回避義務の積極的な成立要素であり、最後のものは結果回避義務の消極的な阻却要素である。結果回避義務の内容が決まった後、「予見可能性の結果回避義務関連性」に基づいて、到達すべき予見可能性の程度を確定する<sup>[254]</sup>。この程度に達しなければ、情報収集義務の「予見可能性を高める可能性」は否定される。

## (2) (修正) 旧過失論における情報収集義務

一部の(修正)旧過失論者から、情報収集義務は新過失論者が注意義務と呼ぶものに属し<sup>[255]</sup>、かつ、当該義務は「責任要素である結果予見義務を違法要素としての結果回避義務の中にいわば繰り込むもの」であり、危惧感説に至る危険があるとの批判がある<sup>[256]</sup>。しかし、実際には、情報収集義務は新過失論

[252] 樋口・前掲注(9) 232頁参照。

[253] 山本・前掲注(221) 414頁参照。

[254] 詳細な展開は、日下和人「予見可能性と結果回避義務との連動性」早稲田法学会誌 62巻2号(2012) 86-89頁参照。

[255] 参见张明楷“论过失犯的构造”，载《比较法研究》2020年第5期，第7页。

[256] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、2016）247頁参照。

者に専属するものではなく、むしろ、(修正)旧過失論者にとって情報収集義務を認める必要性はより大きいと思われる。理由は二つある。①原理上、予見可能性を過失の本質的要素とする旧過失論は、行為者が危惧感しか持たず具体的予見可能性の認定が困難な事案では、情報収集義務の履行により予見可能性の程度を危惧感から具体的なものにまで高めることができるかを検討する必要性がより大きい。②ここでは、措置への合理的な期待がとくに意識されている。小林憲太郎によれば、情報収集義務は危惧感と必然的に結びつかない。重要なのは、行為者に過大な要請を科さないこと、すなわち、過大な「良心の緊張」も情報収集措置への過大な期待もしないことである<sup>[257]</sup>。これは、新過失論者エンギッシュが「法的注意義務は合理的に要求できる状況の枠内でしか妥当しない」<sup>[258]</sup>との主張と重なりといえるであろう。

(修正)旧過失論が情報収集義務の要求によって達成すべき目標は、新過失論が設定する結果回避義務を基礎づける程度の予見可能性よりも高度の具体的な予見可能性である。情報の収集により因果経過の基本的部分を予見できるのであれば、結果の具体的予見可能性が認められる<sup>[259]</sup>。その中で重要なのは調査によって基本的部分の契機たる事情の認識が得られるかどうかという問題——その事情の認識を通じて因果経過が連想され、ひいては構成要件実現を予見することが可能となるかどうか——である<sup>[260]</sup>。例えば、人工砂浜の突堤の防砂板が破損して砂が海中に吸い出されることにより砂層内に発生した空洞に4歳の幼児が転落し、砂に埋まって死亡した「明石人工砂浜陥没事件」の第二次控訴審判決は、「自ら課長を務める工務第一課で調査するか、東播海岸出張所や明石市に要請してパトロール等による情報収集を重点的に行わせるべきであったし、また、そうすることによって(……)一般市民が目撃し得た陥没様の異常であれば容易に把握することができた」と判示する<sup>[261]</sup>。「一般市民が目撃し得た陥没様の異常」が「因果経過の基本的部分の契機たる事情」に当たると考えられたといえよう。

### (3) 小括

本稿は、情報収集義務はあくまで道具であり、特定の過失構造に関する立場に限定されるものではないとの理解に立つ。新過失論と新々過失論では、同義務は予見可能性の程度を危惧感から結果回避義務を基礎づける程度の具体的

---

[257] 小林・前掲注(230) 332頁参照。

[258] Vgl. Engisch, Fn(98), S. 323.

[259] 大塚(裕)・前掲注(59) 345-346頁参照。

[260] 山本・前掲注(211) (2016) 263頁参照。

[261] 大阪高判平24・7・17刑集68巻6号909頁。

予見可能性まで高める道具と位置づけられるのに対し、旧過失論では、予見可能性の程度を危惧感から高度の具体的予見可能性まで高める道具と捉えられる。二つの機能に矛盾はない。いずれも、危惧感を抱き、かつ「予見可能性を高める可能性」がある状況にある行為者に予見可能性の認定を行おうとする。その後、過失の認定に回避可能性と結果回避義務違反をさらに必要とするか否かは情報収集義務の内容や機能とは関係しない。

## (二) 情報収集義務の適用方法：適用のルールと判断基準・適用分野

情報収集義務の適用方法は、理論と実践の両面から展開する必要がある。理論面では、情報収集義務の根拠づけから、適用のためのルールを抽出し、実践面では、情報収集義務を適用する基準と範囲を明らかにする。

### 1. 適用のルール

情報収集義務は、一般的注意義務とは異なり、潜在的危険が感じられるケースのもとで、結果発生 of 予見可能性の程度を高めるという目的を持つ特別な義務であり、適用には以下のルールに従う必要がある。

#### (1) 出発点としての危惧感

情報収集義務の課される時点を巡っては、「構成要件実現が脳裏に浮かび上がった場合」、「仔細に観察すべきことを自覚する場合」<sup>[262]</sup>、「抽象的危険に対する予見・予見可能性が認められる」場合<sup>[263]</sup>などの基準が唱えられるものの、実質的に大きな差はない。新々過失論に固有の「危惧感」という概念を用いる学者も少なくない。すなわち、危惧感を抱く場合に行為者に情報収集義務を課することになる<sup>[264]</sup>。これは、一方で、危惧感があるとき、行為者は危惧感の実体を明確にするために情報を収集する義務があることを、他方で、行為者が危惧感すら感じなかったのであれば、情報収集義務を課せられない、或いは課せられた情報収集義務に違反したとしても、危惧感を抱いたことの証明がなければ、過失犯が否定されるべきことを意味する。例えば、温泉の従業員用建物地下にある機械室内でメタンガスを分離する処理工程を行うときに、メタンガスが逆流・漏出し、制御盤の火花に接触して爆発が起きた「渋谷温泉施設ガス爆発事件」<sup>[265]</sup>では、温泉を所有する不動産会社にガス検知器を設置する義務があったかについて、東京地裁は、建設会社を信頼してよいことや法令上

[262] Vgl. Engisch, Fn (98), S. 321,371.

[263] 樋口・前掲注 (9) 232 頁。

[264] 三井・前掲注 (245) 150-151 頁参照。山本・前掲注 (222) 123 頁参照。

[265] 東京地判平 25・5・9 刑集 70 巻 5 号 210 頁。

の設置義務がないことを挙げて、被告には抽象的な危険程度の予見可能性もなく、メタンガスを監視するための検知器を設置して情報を収集する義務はないと判示した。また、ボイラー設置工事に際して、消防当局の基準に合致しないが通常品としての規格を充たす市販の資材を使い、それが火災の原因となった「ボイラー火災事件」<sup>[266]</sup>でも、東京高裁は、危惧感を生じえなかったとして、予見可能性ないし結果予見義務を否定している。

一部の学者は、危惧感を情報収集義務の課される出発点とすることに以下のような疑義を提出する。他人の法益を侵害する危険の可能性はほとんど無限であり、どこにでもあるため、終日周囲に気を配るという不可能を要求することになる。それはほとんどすべての人間活動を停止させるに等しい<sup>[267]</sup>、と。しかし、実はこの疑義は問題を誇張したものと見える。危惧感の判断には基準があり、危険性を徴表する契機による根拠づけを要する。これについては、次節で詳述する。また、危惧感に対応して課せられる情報収集義務は過重な負担とはいえない。例えば、前方注視義務は行為者の他の行動に影響を与えたり、少なくとも自分の行動全体を麻痺させたりはしないようなものである<sup>[268]</sup>。

## (2) 到達点としての具体的予見可能性

情報収集義務の履行によって達成すべき目標は、具体的な、すなわち構成要件結果の予見可能性である。過失構造に関する立場の相違から具体的予見可能性の内容について、大塚裕史が、予見可能性の機能を違法要素としての「結果回避義務定立機能」と責任要素としての「主観的帰責機能」に分けて、「この二つの機能を認めるべきであり、どちらか一方を否定すべきではない」と説くのも同趣旨と見られる<sup>[269]</sup>。他方、山本紘之は、両者はそのように質的に異なるのではなく、「故意犯の成立に必要な認識」の程度が「直接的な結果回避義務を動機づけるだけの認識」よりも高度であるという量的な相違と捉える。情報収集義務の履行によって達する到達点は、「故意犯の成立に必要な認識」ではなく、「直接的な結果回避義務を動機づけるだけの認識」で十分とする。例えば、「近鉄生駒トンネル火災事件」では、情報収集義務を尽くしても故意犯（放火罪等）の成立に必要な程度にまで「炭化導電路の形成を経た火災」についての認識に至りえなかった。義務履行により達成する目標がそれほど高度な予見可能性だとすれば、過失犯の成立を認めた判決を合理的に説明できないと

[266] 東京高判昭 55・5・8 判時 984 号 130 頁。

[267] Vgl. Franz Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, S. 81; Vgl. August Köhler, *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1912, S. 51 f. 山本・前掲注 (211) (2016) 259 頁参照。

[268] Vgl. Engisch, *Fn* (98), S. 322.

[269] 大塚 (裕) ・前掲注 (66) 313-314 頁参照。

いうのである<sup>[270]</sup>。しかし、上記の二つの理解はそれほど明確に「対立」するものではないと解される。新過失論または新々過失論における予見可能性は客観的な「結果回避措置の必要性の予見可能性」と主観的予見可能性に分けられて、二段階で過失犯の知的要件を充実させる。（修正）旧過失論における予見可能性は単なる「故意犯の故意に対応する過失犯の主観的要件である予見可能性」に構成される。従って、過失の成立を限定する任務を担う唯一の要件である「故意犯の故意に対応する過失犯の主観的要件である予見可能性」の程度が、要件の一つである「結果回避措置の必要性の予見可能性」より高いという結論は適切である。それによって、質的相違と量的相違がお互いにつながることになる。

新過失論と新々過失論を例として、「直接的な結果回避義務を動機づけるだけの認識」を情報収集義務の履行によって達成する目標とすることは、以下の二つの点を意味する。一つは、危惧感の認識にとどまれば、直接的な結果回避義務を課すことはできない。危惧感だけで結果回避義務を課す従来の新々過失論は避けられるべきである<sup>[271]</sup>。もう一つは、情報収集義務を果たしても「直接的な結果回避義務を動機づけるだけの認識」に達することができないならば、過失が否定される<sup>[272]</sup>。「JR 福知山線列車脱線事件・鉄道本部長事案」<sup>[273]</sup>と「JR 福知山線列車脱線事件・歴代社長強制起訴事案」<sup>[274]</sup>のいずれも、第一審は、曲線は 2000 か所以上存在するのであるから、本件曲線を個別に指定して ATS の整備を指示するという結果回避義務を動機づけるような予見可能性は認められないとして、被告人の過失を否定したのである<sup>[275]</sup>。

### (3) 「予見可能性を高める可能性」の要求

修正新々過失論によれば、危惧感にとどまる場合、情報収集義務を履行して具体的に予見可能な状態に達することが要求される。この意味において、「危惧感を抱いた者には、結果の予見に到達する可能性が与えられており、これを払拭せずに行為に出た限りで結果の具体的予見可能性が認められる」との説明も理解される<sup>[276]</sup>。重要なのは、情報収集義務の履行・不履行ではなく、具体

[270] 山本・前掲注（221）412-413 頁参照。

[271] 山本・前掲注（222）123、133 頁参照。

[272] 松宮孝明『先端刑法総論—現代刑法の理論と実務』（日本評論社、2019）142 頁参照。

[273] 神戸地判平 24・1・11。

[274] 神戸地判平 25・9・27。

[275] 大塚裕史「鉄道事故と企業幹部の管理・監督責任—JR 福知山線脱線転覆事故判決を契機として—」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014）661-665 頁参照。

[276] 松原・前掲注（37）318 頁注 35 参照。

的予見可能性の存否である。情報収集義務が履行されれば、具体的に予見可能な状態に達するし、履行されなくても、合義務的態度を代替する判断によって同様の状態に達するからである。さらに以上から、情報収集義務を履行しても効果がない場合、あるいは、そもそも情報収集義務を履行できない場合には、行為者は具体的に予見可能な状態に至りえず、過失が否定されるとの帰結が導かれる。情報収集義務の限界の問題は、「可能性」の観点からも説明される。例えば、潜在的危険から生じた災害の場合、情報収集義務によって抽象的な危険の認識を具体的予見まで高めることができるかどうかは過失認定の焦点であるとする見解<sup>[277]</sup>においては、「義務の本質は、義務の『目的達成可能性』と『履行可能性』にある」との論理を見いだすことができる。「目的達成（不）可能性」が情報収集義務を履行しても効果がない場合、「履行（不）可能性」が同義務を履行できない場合に対応することは明らかであろう。このような相互関係は、過失犯の結果予見義務に関する議論は、結局、予見可能性の議論にほかならないとする有力な理解<sup>[278]</sup>とも合うものといえる。

「危惧感を抱いた者には、結果の予見に到達する可能性が与えられており、これを払拭せずに行為に出た限りで結果の具体的予見可能性が認められる」との説明に対して、佐伯仁志は、「危惧感を抱いたにもかかわらず調査・検討を行わずに行為に出た者には、具体的予見可能性は存在しないのであるから、このような見解は、結局ところ、危惧感に基づく調査・検討義務違反を根拠に、現実の具体的予見可能性がなくとも過失犯の成立を認めるものである。危惧感説と具体的可能性説はやはり対立するものだ」と反論されている<sup>[279]</sup>。しかし、この反論は、「具体的予見可能性」は行為者の目下の直接的な予見が具体的な程度に達しようという「具体的な程度の予見可能性」を含むことに加え、また、客観的に情報収集によって間接的に具体的な予見に達しようという「具体的な予見に達する可能性」をも含む点を見落としているように思われる。後者が存在すれば、行為者の具体的予見可能性を否定することはできない。

一言でいうと、情報収集義務は、その規範的側面（違反の有無）を通してではなく、予見可能性を高める可能性という事實的側面を通して予見可能性の判断の基礎を提供するものであり、予見可能性を高める可能性の内容が情報収集義務の限界に具体化する。

このような考え方は、情報収集義務の解釈論上の意義を明確にする。「森永ドライミルク事件」の差戻し後第一審判決について、学説は、危惧感説に依拠

[277] 土井・前掲注（218）127頁。

[278] 山口・前掲注（37）161頁参照。

[279] 佐伯・前掲注（207）308頁参照。

することを批判するのみで、予見可能性を認める結論にはほとんど反対していない<sup>[280]</sup>。そこでは、危惧感を抱いたうえで、適切に情報を収集することによって具体的に予見可能な状態に到達することができる行為者は、情報収集「義務」を果たしたか否かにかかわらず、具体的予見可能性を認めることができると考えられていると見られる。もし情報収集義務を果たさないと具体的予見可能性が認められないのであれば、危惧感を抱きながら情報収集義務を果たさなかった行為者に結果回避義務を基礎づける程度の予見可能性を認めうると合理的に説明することは困難である。また、情報収集義務のもとで具体的に予見可能な状態に至らない事情を排除することで、従来の新々過失論を適用して広く結果責任を認定するような実務を改めることも可能であると思われる。

#### (4) 情報収集義務を限界づける事情

上述のように、情報収集義務は、義務の履行の側面と義務の性質の側面に基づいて、以下の二つの場合に限界づけられる。

##### 〈1〉義務を履行できない場合

さらに二つの類型に細分される。一つは、規範的に見て履行不能と判断される類型である。この「履行不能」は、過失犯罪の構成要件の観点から規範的に見て履行を要求すべきでない、あるいは不履行が非難されえないことを意味する。松宮孝明によれば、「結果の『予見』がわずかな意識の集中や単純な情報収集活動によって獲得できる場合もあれば、高度の意識集中、複雑な情報収集活動を必要とする場合もあり、「要件としての予見可能性」については、「個別具体的な『結果』の予見が不可能ではなくても、極めて高度の専門知識や杞憂とも思えるような用心深い情報収集を必要とするものであれば、やはり、要件を充足しないこともある」<sup>[281]</sup>。

もう一つは、情報収集の時間が充分でない（緊迫性）など、事実的に見て履行不能と判断される類型である。行為者に情報収集をするための十分な時間がなければ、履行不能といわざるをえない。がけ崩れの実験中、斜面の崩壊が切迫したとき、予想よりも大きな崩壊を起こすかもしれないとの危惧感を抱き、人を避難させるべきかどうか悩んでいるうちに崩壊が生じて死傷者が出た「人工のがけ崩れ実験事件」では、危惧感を抱いた時点では、もはや行為者は具体的な予見可能性にまで高める情報収集を行う時間はなかったのであり、過失を認めることができないと考えるべきである<sup>[282]</sup>。

##### 〈2〉義務を履行しても効果がない場合

[280] 松宮・前掲注（28）249-252頁参照。

[281] 松宮・前掲注（28）242頁参照。

[282] 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004）164頁注50。

情報収集義務を果たしても、十分な情報を収集することが客観的に不可能な場合には、行為者に情報収集義務は課せられない。予見の障害となる客観的事情は事後に判明することが多いであろう。例えば、医療過誤事案において、当時の医療レベルで発見できない疾患の存在が事後に判明した場合、情報収集義務は課せられず、過失犯は不成立となる。

## 2. 判断基準と適用分野

本節は、実践面において、情報収集義務の「判断基準」とその「適用分野」を検討する。

情報収集義務の判断基準について、山本紘之は以下のような決定プロセスを提示する。①道路交通法などの特別法がある場合、情報収集義務の範囲は比較的明確である。②特別法がない場合でも、医療行為に関するガイドラインなどの明文化されたルールが存在するならば、それを参考にすることができる。③明文化されたルールも存在しない場合、原則に立ち戻り、一般的な注意義務の確定と同じように考えていく<sup>[283]</sup>。すなわち、「社会生活上必要な注意」という基準により判断される<sup>[284]</sup>、と。そこでは、特別法あるいは一般的な注意義務の原則と刑法の「法益保護」とを結びつける解決案として、「法益に対して危険状況が存在するということと、もし注意を払わなかった場合にはその危険状況が法益侵害に至り得るということ」を繋ぎとして用いることが提案されている<sup>[285]</sup>。情報収集義務論においては、危険状況に対する認識または認識可能性に基づいて、特別法あるいは「社会生活上必要な注意」を内容とする情報収集義務を行為者に課すことになる。

情報収集義務の適用分野は、同義務の出発点が危惧感であることから、日常の行動の自由を妨害しないように、危険性の高い業務に従事したり未熟な者や多数の者を監督したりする、危険が潜在しやすい場面に限定すべきであると思われる。危険性の高い業務では、一般人よりも高度の結果予見義務（情報収集義務）が業務ルールの形で設定されていることが多く<sup>[286]</sup>、しかも、重大な結果をもたらす高度の危険性が伴うため<sup>[287]</sup>、行為者が危惧感を抱きやすいし、また、結果の重大さの要求によってかすかな危険をも兆候として重視する情報収集義務が不可欠だからである。さらに、監督責任を負う者は、危険の発生源

[283] 山本・前掲注（222）127-128頁参照。

[284] 佐久間修＝橋本正博＝上寫一高『刑法基本講義 総論・各論』（有斐閣、2019）114頁参照。

[285] 高橋・前掲注（5）176-177頁参照。

[286] 平場・前掲注（246）356-357頁参照。

[287] 山本・前掲注（221）409頁注54参照。

についてより多く、かつ全面的な情報を入手できると考えられ、危惧感を抱きやすいからである。

続いて、情報収集義務の典型的な分野を挙げることにする。

①医療分野：医療分野における情報収集義務の内容は、山本紘之によれば、特別法がないとしても、医療行為に関するガイドラインなどの明文化されたルールが存在すれば、それを参考に確定することができる。<sup>[288]</sup>高度の義務を課すと「防衛医療」を引き起こすとの問題は、個々の事案に応じて解決していく必要がある<sup>[289]</sup>。

②交通分野：交通分野の典型的な情報収集義務として、前方注視義務や出発・運転時の車両周辺注意義務などが挙げられる。これらの外的義務は、車両運転・交通の安全性に関する情報を収集するためのものであり、道路交通法や交通規則から導かれ、内的義務とともに、結果予見義務を構成する。また、夜間に乗客を乗せてタクシーを運転中、黄色信号が点滅する見通しの悪い交差点に、道路交通法上の徐行義務を守らずに進入したところ、交差する道路から同交差点内に高速度で進入してきた車と衝突して乗客を死傷させた「黄色信号点滅事件」について、松宮は、徐行を、交差点の状況を観察する時間を捻出するための措置と捉え、徐行義務も情報収集義務の一部といえると指摘している<sup>[290]</sup>。

③製品流通分野：ドイツの不法行為法では、製品監視義務（Produktbeobachtungspflicht）が法益の重大性、危険の大きさ、企業規模の大きさに応じて画定される。各種製品の流通分野では、安全関連情報を監視・収集する義務は、このような製品監視義務の内容を参考にして確定されることになろう<sup>[291]</sup>。

### 三 情報収集義務と「契機説」による新たな予見可能性の判断枠組の構築

#### （一）「契機」による危惧感の内実の明確化

修正新々過失論の枠組みのなかで情報収集義務の概念を適切に位置づけることによって、予見可能性論における危惧感説と具体的予見可能性説の論争の終息を期待できることが明らかとなった。ただし、具体的な事案への適用に際

---

[288] 山本・前掲注（222）128頁参照。

[289] 山本紘之「過失犯の処罰限定論について」法学新報121巻11・12号（2015）132-133頁参照。

[290] 松宮・前掲注（272）144頁参照。

[291] 樋口・前掲注（9）231-233頁参照。

しては、情報収集義務が課される出発点としての「危惧感」が抽象的で不明確な内容にとどまるため、過度に拡張され、行為者に重すぎる負担をかけることが懸念される。このような懸念は、従来、予見可能性において予見の対象、可能性の程度や判断基準は活発に議論されながら、予見可能性の判断手法に関する検討は立ち遅れていた<sup>[292]</sup>ことに由来する。以下では、「契機」(Anlass)という概念を導入して、「危惧感」の内実をより一層明確する必要がある。

「契機」に対して比較的詳しい判断基準を提出したグンナー・ドゥットゲ(Gunnar Duttge)は、ドイツ基本法 103 条 2 項の明確性の要請を出発点として、過失犯を根拠づける注意義務違反や行為の危険性といった基準が曖昧であると指摘したうえで<sup>[293]</sup>、すべての事象ではなく一定の「知覚の絶対閾値」(absolute Wahrnehmungsschwelle)を超える刺激のみが人に感じられるという認知心理学の所見<sup>[294]</sup>に基づいて、過失の成立には絶対閾値を超えて知覚を刺激する「契機」の認識が必要とする<sup>[295]</sup>。彼は、さらに進んで、行為者に契機を与える「契機要因」(Veranlassungsmoment)の存否を判断する指標として八つの要素掲げ、各要素に三ないし四段階を設定した。すなわち、①具象性(I 直接的なもの/II 事象の変化を伴うもの/III 事象の解釈を要するもの/IV 追憶を伴うもの)、②入手可能性(I 手近にある/II 場所について配慮を要する/III 特別の配慮を要する/IV 追憶を要する)、③符号化(I なし/II 象徴化されている/III 高度のもの)、④規則性(I 長期にわたる、または持続的である/II 規則的に反復する/III 不定期かつ予測不能である)、⑤蓋然性(I 決定的(ほぼ 100%)の確率/II 高度の蓋然性/III 50%以下)、⑥結果の一義性(I 高い/II 拡散したもの/III 低い)、⑦第三者への依存性(I なし/II 第三者から危険が媒介される関係/III 独立した第三者への取り立て責任が行為者にある)、⑧事前の警告(I 十分に可能/II 迅速な対応のための機会あり/III 皆無に近い)という八要素である<sup>[296]</sup>。たとえば、具象性の第一段階は、割れたガラスの破片や落下物などの単純な視覚的または聴覚的な識別能力でほぼ直ちに認識できるもの、第二段階は、事象の変化や基準逸脱(Normabweichung)(例えば、機械の騒音周波数が高くなること。これは自車と前走車との車間距離が小さくなったとの認識につながる)として現れ、閾値を超えたときに刺激

---

[292] 山本・前掲注(211)(2016)253頁参照。

[293] Vgl. Gunnar Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S.88ff., 135ff.

[294] Vgl. Duttge, Fn(293), S.389ff.

[295] Vgl. Duttge, Fn(293), S.410f.

[296] Vgl. Duttge, Fn(293), S.412ff. 一目瞭然たる図表は同書421頁参照。

が危険信号となるもの、第三段階は、地面の凹凸がつかずきの原因となりうるように、危険についての解釈が必要となるもの、第四段階は、危険のエネルギーを人間の感覚器官で捉えられないか（例えば電流）、蓄積される速度が速すぎて反応が間に合わないため、危険信号それ自体は鮮明ではなく、特定の状況に誘発された人の想像や記憶から生じるもの<sup>[297]</sup>とされる。ドゥットゲはこの八要素を総合的に、「ある要素の低強度の表現は、別の要素の高強度の表現によって補償される」などの考えに基づいて、一定程度の危険指標が存在する場合に過失を認めると主張している<sup>[298]</sup>。

ドゥットゲが唱えた「契機」は、危惧感の明確化というよりも、過失成立要件としての結果回避のための「十分な契機」(triftiger Anlass)であり、具体的な程度の予見可能性を徴表するものというべきであろう<sup>[299]</sup>。もっとも、このことは、潜在的危険に向けられた危惧感の明確化に、彼の「契機」の判断手法は使えないことを意味するわけではない。閾値の判定程度が異なるにすぎないのである。符号化が主な考慮要素である例を挙げると、徐行義務という情報収集義務に対して、日本の道路交通法における<sup>⚠</sup>「その他の危険」という一般的な危険を示す標識が行為者に徐行義務を課する契機とならない。その標識に直面した自動車運転手は車の運転において生じるであろう危険に心当たりがないからである。危惧感の契機となるのは、通常は<sup>⚠</sup>「学校、幼稚園、保育所等あり」などの特殊な危険の存在を示す標識である<sup>[300]</sup>。そのような標識があってはじめて運転手に徐行して情報収集をせよとの義務が課され、児童が飛び出すという具体的な危険が発生した場合には、一時停止という回避義務につながる。すなわち、危惧感を基礎づける契機の符号化の程度は「高度」では足りなくて、少なくとも「象徴化されている」ことを要する。

裁判例も「契機」の観点から説明が可能である。「明石人工砂浜陥没事件」で第二次控訴審<sup>[301]</sup>は、「本件事故以前から、本件砂浜の南側突堤沿い及び東側突堤沿いの南端付近において、防砂板の破損による砂の吸い出しが原因で繰り返し陥没が発生しており、その対策工事が必要であったこと、南側突堤と東側突堤は、ケーソン目地部に防砂板を設置して砂の吸い出しを防ぐという基本的な構造が同じであったこと、本来の耐用年数が約 30 年とされていた防砂板

[297] Vgl. Duttge, Fn (293), S.412f.

[298] Vgl. Duttge, Fn (293), S.419ff.

[299] 山本紘之「予見可能性の『契機』について」法学新報 112 巻 5・6 号 (2005) 228-229 頁、山本・前掲注 (222) 122-123 頁参照。

[300] グンナー・デュトゲ (Gunnar Duttge) (山本紘之訳) 「過失犯の不法内容について」比較法雑誌 43 巻 2 号 (2009) 63 頁参照。

[301] 大阪高判平 24・7・17 刑集 68 巻 6 号 909 頁。

が僅か数年で破損していたこと、被告人もこれらの事情を認識していたか、少なくとも十分知り得る立場にあったことに照らすと、被告人としては、本件砂浜の南側突堤沿い及び東側突堤沿い南端付近だけでなく、東側突堤沿いの南端付近より北寄りの場所においても何らかの異常が生じていないかについて常に十分な注意を払い、自ら課長を務める工務第一課で調査するか、東播海岸出張所や明石市に要請してパトロール等による情報収集を重点的に行わせるべきであったし、また、そうすることによって上記 A らのような一般市民が目撃し得た陥没様の異常であれば容易に把握することができた」として被告人に予見可能性を認めた。その理由の中で、「以前から同じ構造の南側突堤と東側突堤は同じ原因で繰り返し陥没が発生したこと」が情報収集義務を課する「契機」とされていることは、危険指標としての「規則性」について少なくとも第二段階の「規則的に反復する」が要求されていると理解されよう。「渋谷温泉施設ガス爆発事件」<sup>[302]</sup>で、東京地裁が、温泉を所有する不動産会社が検知器を設置して情報を収集する義務を基礎づける抽象的な程度の危険の予見可能性も備えないと判断した根拠の一つとして「建設会社を信頼してよいこと」を挙げたのは、「第三者への依存性」という指標の下で第三者より危険が媒介される関係が必要であると確認したと見られるのである。

## (二) 新たな予見可能性の判断枠組の提示

以上から、潜在的危険に直面する場合の過失の知的要素の内容は、次のようにまとめられる。

まず、八つの危険指標によって危惧感の「契機」の有無、すなわち、危惧感程度の予見可能性があるかどうかを明確にする。

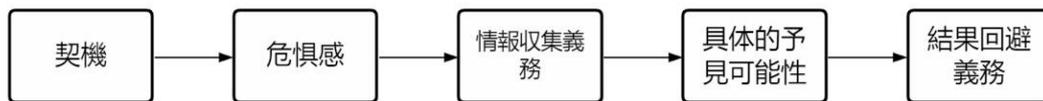
次いで、危惧感程度の予見可能性の存在が確認されれば、それに基づいて情報収集義務が行為者には課され、履行可能な義務を通して、過失の成立に要請される程度具体的予見可能性(旧過失論では高度の具体的予見可能性／新過失論では結果回避義務を基礎づける程度の具体的予見可能性)に達することになる。

最後は、具体的予見可能性に基づいて結果回避義務が課される。

図解すると以下のようなになる。

---

[302] 東京地判平 25・5・9 刑集 70 卷 5 号 210 頁。



以上のような枠組によって、過失不法における予見可能性の判断構造が構築された。ここで、「抽象的予見可能性説の最大の問題点は、予見可能性の主観的帰責機能を見捨てるか軽視している点にある」<sup>[303]</sup>との指摘に答えておくことにする。この指摘は主に第二章で取りあげた、責任過失の内容を「結果に対する抽象的な予見可能性」として希薄化する立場、及び「責任要素としての過失は存在しない」とする責任過失不要説に向かうものである。岡部雅人は、これを受けて、構成要件ないし違法の段階で結果回避義務の前提として要求される予見可能性については危惧感で足りるとしつつ、責任段階における行為者の非難可能性の根拠となる予見可能性については高度の具体的予見可能性が必要とする見解を提唱している<sup>[304]</sup>。なるほど、本説は伝統的な危惧感説が抱える責任主義違背の問題を解決しようとしても、それでもなお、危惧感に基づいて結果回避義務を直接課すことは、行為者が行動する際に過重な負担を強いて社会の発展に悪影響を与える可能性があるなどの問題を残している。責任が阻却されて処罰されなければ十分というわけにはいかないのである。やはり、潜在的危険に直面する場合、不法段階においても責任段階においても、修正新々過失論における予見可能性の判断構造を採用して、具体的予見可能性を最終の基準として用いるべきである。段階の違いは、一般人か行為者自身かという予見可能性の判断に際して基準となる視点の区別のみ現れるのである。

予見可能性のこのような判断構造・手法は、潜在的危険に直面する場合に限って使われるものである。本章第二節第二項の「適用分野」で言及したように、危険性の高い業務に従事したり未熟な者や多数の者を監督したりする、危険が潜在しやすい場面が想定されている。危惧感を契機とすることの必要性（結果の重大さ）と実用性（行為者が危惧感を抱きやすい）がある領域に限ることで、日常の行動の自由を阻害しないように配慮するのが適切だと考えるからである。一般の過失の領域では、危惧感といった概念ではなく、「十分な契機」などの標準を用いて具体的予見可能性を判断してもよい。

[303] 大塚（裕）・前掲注（59）351頁。

[304] 岡部・前掲注（6）31頁参照。

## おわりに

本稿は、過失犯における事実に対する知的要素の客観化と抽象化の動向を手がかりとして、同要素を省察と再構築を行ったものである。

### (一) まとめ

これまでの考察とそれによる結論をまとめると以下のようになろう。

「注意義務」という概念は、結果予見義務と結果回避義務を包摂する上位概念とするのが適切である。客観的／主観的注意義務という下位概念は、「客観」「主観」の意味によって異なる内容を持ちうるから、その使用は控えめかつ慎重であるべきである。結果予見義務は不法と責任の段階でそれぞれ客観的結果予見義務と主観的結果予見義務に、結果回避義務も客観的結果回避義務と主観的結果回避義務に分けられる。

予見義務は、旧過失論では規範的要素として承認されるものであり、新過失論では、不法の段階でも責任の段階でも、過失を根拠づける実質をもたず、予見可能性の判断に資する道具であって、「責務」に当たると解されるものである。予見義務と予見可能性の関係について、一般的な論理のレベルから見れば、予見義務は客観的予見可能性を基礎として定立され、主観的予見可能性によってその違反が確定する。これを新過失論のもとで考えると、不法の段階では、客観的予見可能性が回避義務の前提条件としての予見義務（厳密には「予見責務」と呼ばれる）を基礎づけ、責任の段階では、行為者の予見能力が一般人より低い場合、主観的予見可能性が欠けるため主観的予見義務違反は否定される。修正旧過失論のもとでは、「実質的に許されない危険」によって予見義務が基礎づけられ、行為者自身の予見能力は責任段階に配置される。

予見可能性の位置づけは、客観化の流れのなか、行為者の注意能力が一般人より下回るゆえに結果が発生した場合、二重過失説と個別化説のいずれも無罪の結論を導くものの、個別化説が不法と責任の区別を動揺させるおそれがあったり、規範の行動規制機能と一般予防機能を大きく損なったり、保安・改善処分が向けられる「違法」の範囲を拡大したりするなどの理由で、二重過失説が支持される。行為者の注意能力が一般人より上回る場合にも、二重過失説が支持されよう。個別化説に立って高い能力を持つ者に能力や知識の「投入義務」を課することには疑問が残るからである。最後に、区分説は基準の不統一のゆえに妥当でない。結論として、通説である二重過失説は基本的に支持される。

予見可能性の程度について、従来、具体的予見可能性説と危惧感説が対立してきた。しかし、近時、具体的予見可能性説は司法実務の需要に応えられない

として、学説では、両説の關係に再検討と再評価が進んでいる。そこで主張される三種の抽象的予見可能性説のうち最も有力な「修正新々過失論」は、情報収集義務を通して新たな予見可能性論を構築することを目指すもので支持に値すると考える。

情報収集義務は、潜在的危険に直面する際の「精神的緊張や意識の集中」という内的義務と並んで、事実の調査などによって予見可能性の程度を高める外的義務として、結果予見義務のなかに位置づけられる。この義務は、結果予見義務の内容を充実させ、「危惧感→具体的予見可能性→結果回避義務」という過失判断を行う手順を進めるための基礎を提供する。留意を要するのは、予見可能性の判断の基礎が提供されるのは、情報収集義務の規範的側面（違反の有無）ではなく、予見可能性を高める可能性という事実的側面によってであり、予見可能性を高める可能性の内容が情報収集義務の限界を画する。すなわち、義務を履行できない場合、義務を履行しても効果がない場合、情報収集義務が課せられない。

潜在的危険に直面する場合の過失の知的要素の内容は、契機説を参考にすると次のように展開される。まずは、八つの危険指標によって「危惧感の契機」を判断して、危惧感程度の予見可能性があるかどうかを明確にする。次に、確認された危惧感に基づいて外的結果予見義務（情報収集義務）と内的結果予見義務（意識集中）が課され、これらの履行によって、過失成立に必要な程度の具体的予見可能性（旧過失論は高度の具体的予見可能性／新過失論は結果回避義務を基礎づける程度の具体的予見可能性）に到達する。最後は、具体的予見可能性に基づいて結果回避義務が課される。

以上の判断手法・手順は不法段階においても責任段階においても適用される。段階の違いは、一般人か行為者自身かという予見可能性の判断に際して基準となる視点の区別のみ現れる。また、判断手法の適用範囲は、危険が潜在しやすい場面（業務過失と管理監督過失）に限られる。一般の過失の領域では、「十分な契機」などの標準を用いて具体的予見可能性が判断してもよい。

## （二）残された課題

本稿は、過失犯の注意義務における予見可能性の位置づけ、果たすべき機能や要求される可能性の程度について議論を展開したものであり、予見可能性の他の側面、たとえば、予見されるべき対象（故意・錯誤論と交錯する領域）については取りあげていない。また、第二章で言及した一般人基準について、「一般人」とは誰なのか、あるいは「科学的一般人」「差異化される基準像」など

の具体的な基準を巡る論争にも触れていない。予見可能性を事案に即して判断するには、そのような問題の解明が不可欠であることはよく承知している。さらに、本稿が支持する修正新々過失論にとって最も重要な過失の要素は結果回避可能性と結果回避義務であり、それらの前提や基礎をなす知的要素の内実等について今回明らかにした点を踏まえ、過失を認定するプロセス全体の解明を進めていかなければならないと考えている。