



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑法における「合法的行為との代替性」の問題について（1）
Author(s)	鋤本, 豊博; SUKIMOTO, Toyohiro
Citation	北大法学論集, 47(5), 133-194
Issue Date	1997-02-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15689
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(5)_p133-194.pdf



刑法における「合法的行為との代替性」の問題について(一)

鋤本豊博

目次

序章	
第一章	問題の理解
第一節	我が国における判例処理上の問題点
第二節	ドイツにおける判例処理上の問題点
第三節	問題の所在と従来の議論の枠組み(以上本号)
第二章	現在の中核的理論
第三章	新たな解法への挑戦

序章

1 「合法的行為との代替性」の問題の意味

(1) ある者が法規範に反する行為により法益侵害を惹起させ、その行為に出たことに非難可能性が認められれば、犯罪は成立するはずである。しかし、何らかの原因により「行為時点で当該規範に適う他を選び得た行為」(以下、単に合法的代替行為と称す)を行っていたとしても、同一結果が発生したであろうとの事情が判明したとき、この結論を維持し得るか疑問の生じる場合がある。

判例事案で、この問題を説明しよう。列車運転手が前方を十分確認しないまま時速四〇マイルで通称京踏切にさしかかり、そのまま進行したため踏切上に居た一歳九箇月の幼児を轢死させた。ところが、幼児を認識し得た時点で警笛を鳴らし非常制動措置をとっていたとしても、致死の結果は防止し得なかつたという事情が認められた。この場合、因果関係の判断に際して、現実化しなかつた条件(列車運転手の合法的行為)を考慮することなく、漫然と進行させた点(前方注視義務違反)に非難可能性を見出すならば、過失犯は成立することになるであろう。しかし、規範に適った合法的代替行為であつても「確実性に境を接する蓋然性」でもって当該結果が発生したとの事情を無視してまで、当罰性を肯定することに合理性があると言い切れるであろうか。大審院も、轢死の結果は未然に防止できないと認められるが故に

当該措置の懈怠は轢死の原因でないとして、業務上過失致死罪を肯定した原判決を破棄し、無罪を言い渡した。結論に異論はないが、その理論構成には大いに議論する余地がある。

(2) ここにいう理論構成とは、単にこの判決の結論を刑法学上の用語を用いて説明してみせることではない。それだけなら、「不可抗力によるもの」⁽²⁾と云って済ませたり、あるいはより洗練化させて、「予見可能性↓予見義務は、予見可能な結果を回避するためにこそ課されるのであり、法は人に不可能を要求しえないから、結果回避が不可能な時点になつていれば、過失としての責任非難はその意味を失う」⁽³⁾という説明で事足りよう(もとより、「不可抗力」概念、「結果回避可能性」概念の分析・説明は論者に委ねるとして)。

しかしながら、これらの理論構成には、何ら新しい観念も新しい視点も見出されない。仮に本稿で考察しようとする問題——「合法的行為との代替性」の問題と命名する——がこれで解決されるような類のものであるならば、刑法学の発展につながらないという意味で不毛な問題であり、ことさら論じる価値もないことになる。果たして、そのようなあろうか。

(3) ここで、ドイツにおいてこの問題を論じる契機となった判例事案を取り上げよう。トレーラー運転手が、規則に反して七五センチの側面間隔で自転車を追いつ越そうとした際、アルコールによる衝動的反応によって自転車が左によめいたため、右後輪に巻き込み即死させたが、事後、鑑定人(及び裁判所)によって、運転手が一般に必要とされる間隔を遵守していたとしても、一・九六%の血液中アルコール含有量のため、高度の蓋然性でもって転倒していたであろうことが確かめられたというものである。

この場合、合法的代替行為のみならず停止行為も可能であり、また、酩酊者であることが予見不能であっても、狭すぎる追越し間隔による驚愕等でハンドル操作を誤り、転倒・轢死することは予見不能ではないから、先の理論構成では、

当罰性の否定は極めて困難である。

これに対し、ドイツ連邦裁は、次の二点を理由に、過失致死罪を言い渡した原判決を破棄した。

① 合義務的行為であつても結果が発生したであらうことが確實でなくとも、単なる思想上の可能性でなく、合理的な観察から可能だと考えられる場合には、被告人の不利益に因果関係の存在を肯定してはならない——因果関係を肯定するには、義務違反行為がなければ同一結果は発生しなかつたであらうことを、「確実性に境を接する蓋然性」でもつて証明されねばならない——。

② 刑法的意味における原因であるためには、自然科学的意味の条件であるだけでなく、法的評価基準に照らし、その条件が結果に対して有意味でなければならず、その考察にとって決定的なのは、行為者が落ち度なく行為していたならばどのように推移していたかであり、合義務的行為であつても同一結果が生じるのであれば、被告人の設定した条件は刑法的意味を有せず、因果関係は否定される。

(4) この決定が画期的なのは、事実的因果関係——行為が結果を現実に惹起する関係——を肯定しつつも、義務違反と結果との原因関連を問うことで、合義務的行為であつても同一結果が発生する場合には、「刑法的意味における原因」を否定するという論理を展開し、しかも、その判断に際して「*in dubio pro reo*」原則の適用を認めたことにある。

しかし、その反面、二つの大きな問題が提起されることになる。一つは、義務違反関連の否定から刑法的原因の否定への推論がうまく行かないことである。というのも、「義務違反」が規範的概念である以上、結果との原因関連を問うことは、理論的には義務違反の程度ないし範囲を問うことにはかならず、因果関係概念を存在論的に捉える限り、「因果関係とはもはや何の係りもない他の帰属要素が担ぎ出されている」⁽⁵⁾と言わざるを得ないからである。それ故、「義務違反の因果関係」という概念で表されている法理現象を解明し、それを犯罪論体系に無理なく導入させることを可能に

する理論が求められることになる。もう一つは、合義務的行為（合法的代替行為）であっても同一結果が生じる「合理的可能性」があれば、「*In dubio pro reo*」原則により免責される余地を認めたため、例えば、大手術のような生命に対する重大な危険を不可避的に伴うケースにおいて、致命的な医療過誤を行ったとしても、無罪判決が安易に下される危険が生じたことである。それ故、この刑事政策上不当な結論を理論的にいかに阻止するかが、極めて切実な実践的課題となるのである。

2 「合法的行為との代替性」の問題に関する我が国の現状

「合法的行為との代替性」の問題は、よく知られた原理・原則からの論理的帰結だけでは満足の行く結論が得られず、ドイツ刑法学に見られるように、その解決に取り組む中から、新しい刑法学的方法（例えば、危険増加論）や新しい刑法学的対象（例えば、事実的因果関係とは異なる行為と結果との客観的帰属関係）を必然的に産み出す問題である。かように優れた問題であるにもかかわらず、我が国においては未だ活発な論争になり得ていない。その主たる要因として、次の三つの点を指摘することができる。

まず第一に、我が国における解釈論上の意味ないし「合法的行為との代替性」の問題の核心を十分に明らかにしないまま、諸解法の当否を論じるというスタイルが採られたため、ドイツ刑法学に対する学問的関心と呼び起こすだけの問題であるかのような印象を与えてしまったことである。⁽⁶⁾

第二に、ドイツと我が国における刑法学の理論状況の相違が挙げられる。周知の通り、ドイツでは、因果関係論における等価説と新過失論は定説化されているが、我が国では、相当因果関係説が通説的地位を占め、伝統的過失論も健在

であることから、「合法的行為との代替性」に対する問題意識を持ちにくい状況にある。つまり、新過失論——ある一定の基準を逸脱する（客観的注意義務違反）行為のみが構成要件に該当し、その行為が無価値が違法性を基礎付けるといふ過失論——によれば、その基準に反すると直ちに過失が認定される傾向にあり、これに因果関係論における等価説が加わると、客観的注意義務違反行為から偶然の結果が生じた場合であっても、過失処罰を容易に肯定することができ、ため、別途、処罰限定のための理論を構築する必要に迫られるのに対し、相当因果関係説で偶然による結果の帰属を排し、伝統的過失論で予見可能性の問題を厳密に吟味すれば事足りるのではないかと、樂觀的に受け止めることができそうに思えるのである。

そして第三に、「合法的行為との代替性」の問題が仮定的因果経過の問題と同質的であるというより、むしろこの一類型であるという認識が存在している点である。そのため、次のような思考過程に陥る。例えば京踏切事件大審院判決のように、合法的代替行為であっても同一結果が発生したであろうとの仮定的事情を考慮して因果関係を否定することを認めるならば、仮定的因果経過の問題との区別が漠然としたものになってしまう。因果関係の判断に際して、考慮してよい仮定的事情（合法的代替行為）と考慮してはならない仮定的事情（仮定的予備原因）とをいかに区別するのか。区別できないのであれば、「合法的行為との代替性」の問題は仮定的因果経過の問題の一類型にほかならず、因果関係の判断において仮定的予備原因を一切考慮しない支配的見解に立つ限り、合法的代替行為の如き仮定的事情は「過失の有無の判断にあたって問題になるにすぎない」ということになるのである。しかしながら、後述するように、仮定的予備原因は現実に存在するのに対し、合法的代替行為は思考上の産物に過ぎないから、この思考過程は少なくとも厳密ではない。

3 本稿の構成

以上の我が国の現状に鑑み、本稿ではまず、「合法的行為との代替性」の問題を理解することから始める（第一章）。具体的には、「合法的行為との代替性」が存在するとの主張（以下、単に代替性の抗弁と称す）が可能ないように見える事案において、我が国の判例が直面している問題状況を指摘することで、我が国における「合法的行為との代替性」の問題の解釈論的意味を明らかにすると共に、この問題の考察上多くの有益な素材を提供するドイツの判例を取り上げ、その判例準則を形成する途上で直面した諸問題を可及的に系統立てて検討することにする。そうすれば、「合法的行為との代替性」の問題がいったい何を問いつけているのかを知ることができるであろう。

次に、考察の対象を、第一章で浮き彫りにした諸問題に対し、ある程度有効な解法を提示する学説に限定し、どこに最終的解決を困難にする点があるのかを論じることにする（第二章）。従って、単に解決の方針を示すだけの学説や反論を受けていない（つまり、注目されていない）学説は、意図的に捨象している。このため、偏りのある学説の検討に止まることになるが、現時点においては、資料的価値よりも論旨の明解な論文に努める方がベターと判断し、この手法を採ることにしたのである。

さらに、これら少数精鋭の学説によって踏み固められた解法の道を避け、新たなアプローチを試みることにする（第三章）。「合法的行為との代替性」の問題は、現代刑法学における代表的な未解決の問題であり、数多くの優れた刑法学者が様々な解法を試み、「現在の議論状況は最終的解決からほど遠い」と評されているが、それは何ら不思議ではない。かかるとき、そのカオス的学説状況の渦中に飛び込み、内容的に変遷のある見解を含むあらゆる学説を厳密に吟味した上で、相互に関連付けながら論じたとしても、二番煎じの解法を主張するか問題解決の困難さを再認識するかし可望め

論 説
ないであろう。むしろ別の視点——「許された危険の法理」の再生——からのアプローチを試みる方が発展性を期待でき、有意義に思えるのである。

そして最後に、本稿が「合法的行為との代替性」の問題の解法として提唱したテーゼを検証し、残された課題を記すと共に、より大きな問題との関連において若干の展望を述べ（終章）、次の段階へのステップを作り終えたことにする。尚、本稿では、尊敬に値する諸先生方の敬称は略させて戴いたことを、予めお断りしておきたい。

序章註

- (1) 大審院昭和四年四月一日判決、法律新聞三〇〇六号一五頁。
- (2) 大塚仁『刑法概説（総論）』（改訂版・昭和六一年）一七〇頁。
- (3) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（一九九一年）一一四一頁。
- (4) 連邦裁一九五七年九月二十五日決定、BGH St 11, 1 ff.
- (5) Roxin, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW Bd. 74, 1962, S. 412f.
- (6) 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（昭和五九年）、本間一也「過失犯における結果の客観的帰属(1)(2)」北大法学論集四〇巻四号（平成二年）一頁以下、同四一巻一号（平成三年）五一頁以下など。
- (7) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（昭和四七年）一二五—一六頁。
- (8) Lackner, StGB, 21 Aufl., 1995, §15 Anm. III 2 b. dd.

第一章 問題の理解

第一節 我が国における判例処理上の問題点

(1) 序章で述べた京踏切事件で、大審院は、列車運転手の前方注意義務違反を認定した上で、その違反が発生した事故の原因であるかを問い、義務違反がなかったとしても——合法的代替行為であったとしても——同一結果が発生していたであろう場合には、その原因（因果関係）を否定するという処理をした。

この「義務違反の因果関係」の否定という解法は、その後の判例の主流を形成し、⁽¹⁾近時においても判例①のような判示が見られる。

【判例①】大阪高判昭和六〇年一月二日（刑裁月報一七卷一二号三〇頁）

（事案）

交通整理の行われていない見通しの悪い交差点に時速約一五キロで進入した被告人は、左右道路の安全を十分に確認しないまま直進したため、交差道路を左方から時速約三五キロで直進してきた被害車両と衝突、被害者を負傷させた。

（判旨）

被告人が、本事故時点で徐行義務・左方安全確認義務を果たしたとしても、被害車両との接触・衝突は避けられないとの疑いを払拭し得ないから、被告人の過失が被害車両との衝突事故の原因を与えたものと認めるには疑問が残る、その証明が十分でないとして、無罪を言い渡した。

この判例は、トレーラー事件連邦裁決定と同様の問題性を抱えている。即ち、まず、過失（義務違反）は規範的概念である以上、事実的因果関係のレベルで論じられる問題ではなく、因果関係概念を存在論的に捉える限り、本判決が証

明の対象とした「原因関連」に理論的説明を与えることは極めて困難であるという点である。もつとも、過失を「適切な措置を講じない不作為」と捉え、仮定的事情の考慮を許す「不作為の因果関係」を問題としたものと解するならば、この難点を解消することができる。しかし、「作為・不作為は、レットル貼りの問題にすぎず、両者は論理的に併存しうるものであり、⁽²⁾ 作為による不作為犯も想定し得る（例えば、付近で溺れている我が子を救助しようとモーターボートで急行したが、出来の悪い双子の兄の方だったので、そのまま通り過ぎて溺死させた場合）から、かかる議論をする実益に乏しい。

また、本判旨によると、合義務的行為であっても同一結果が発生する合理的可能性があれば、因果関係を否定してよいことになるが、これでは、医療過誤事例をはじめ、高度の危険性を不可避的に伴う行為に対して、刑事政策上不当な免責を帰結せざるを得なくなるといふ難点が生じるのである。

(2) 判例①の最初の難点を回避するため、事実的因果関係はあるが「相当性」を欠くとして、因果関係を否定したものがあ

【判例②】福岡高裁那覇支判昭和六一年二月六日（判時一一八四号一五八頁）

（事案）

反対車線路側帯に駐車するため転回しようと考えた被告人は、減速しつつ右方向指示器を出し、車内ミラーで後続車の不存在を確認したが、道路左側端に寄せてから右転回を行うに際しては後方安全確認を怠ったところ、時速約一〇〇キロで後続し、被告人車両の右側を追い越すべく反対車線に入った自動二輪車と激突、被害者を負傷・死亡させた。

（判旨）

右転回時の後方安全確認義務違反を認めつつ、転回地点において後方安全義務を果たしたとしても、被害車両の前照灯を認め得るに止まり、制限時速を二〇キロ超過した時速六〇キロの走行で約五・二秒要する距離であることに鑑み、被害車両において交通法規に従った事故回避措置を講ずるであろうと信頼して転回してよく、後方安全確認義務違反は本件事故と相当因果関係を有しないと判示し、過失責任を認めた原判決を破棄、無罪とした。

相当性を欠くとして（刑法的）因果関係を否定することは、理論的には可能である。学説の中にも、過失犯の因果関係の判断に際して、「結局その義務を尽くしたとしても結果は起こったのだから原因とは評価できないのではないか」という主張を、相当性評価に含ましめる見解がある。⁽³⁾しかし、これは到達したい結論の表明に過ぎず、理由付けにはならない。かえって、相当性概念をますます漠然とした分析不能概念にするものであり、妥当でない。本判決も「相当性」を否定する根拠を何ら示していないだけでなく、「信頼の原則の適用がありうる事案であるから相当性が否定されるところ趣旨に読め、その限りで、相当因果関係の相当性の存否と注意義務の認定の前提としての客観的予見可能性の存否とを混同しているのではないかと疑問」⁽⁴⁾が生じるのである。

adäquat は *regelmäßig* とは意味が異なり、ほとんどあり得べからざる出来事だけを排除する概念であるから、⁽⁵⁾夜間時速一〇〇キロで国道を疾走する車両の存在は「あり得ない」とは言えない以上、本判決とは逆に、相当因果関係は肯定されよう。⁽⁶⁾これに対し、「信頼の原則は、過失の一般的（客観的）予見可能性という抽象的な判断基準を具体化するための思考上の基準を提供するもの」として捉えられるから、一般社会において相互信頼が確立されている本件のような交通事案に適用されれば、構成要件の過失が否定され、業務上過失致死傷罪の構成要件的行為は存しないという結論を導くことができる。もっとも、「後方の安全確認義務の懈怠自体、過失犯の実行為といつてよいのであるから、この種事案は、注意義務違反ではなく因果関係の問題として解決されるべき」であるとの論評もあるが、⁽⁸⁾交通法規違反は業

説
務上過失致死傷罪における「注意義務の存否とは関係のないことであり」⁽⁹⁾、本件の如き事案にまで因果関係論による処罰限定を図らねばならないのだとすると、それは、新過失論における責任限定機能の不十分さを意味するものといえるであろう。

(3) 一方、判例①の第二の難点を解消する方策を示すものとして、結果の具体的な態様の相違を強調し、刑事責任を認めようとする判例がある。

【判例③】 大阪高判昭和六十年四月十日（高刑集三八卷一号九〇頁）

（事案）

照明設備のない最高速度三〇キロの道路を、夜間前照灯を下向きにしたまま時速七〇キロで走行中、脇見運転をしていたため、前方を小走りに横断しようとした被害者を約一六・七メートル手前で発見、急制動措置を講じたが、ほとんどノーブレーキの状態で衝突、同人を死亡させた。もつとも、被告人が前方注視義務を尽くし、前照灯の照射距離に入るや否や急制動措置を講じても、制動距離との関係から、衝突自体は回避し得なかったとの事情が認められた。

（判旨）

「本件事故と因果関係のある被告人の過失は、高速運転の点のみであつて、前方注視義務違反の点は、事故との因果関係を否定されるべきである」という所論の主張には、一理ないとはいえないとしつつも、「運転者が前方注視義務を尽くし歩行者をその発見可能地点で直ちに発見して急制動の措置をとつていたとすれば、衝突の衝撃が大幅に緩和され被害の結果が現実のそれより軽いものになる蓋然性があつたと考えられるときは、高速運転と前方注視義務違反の点は、いずれも、生じた結果に対し因果関係を有する運転者の落度ある態度として、刑法上の過失を構成する」とした。

因果関係の判断に際し、「結果」は具体的・個別的に把握されねばならない。例えば、まもなく死亡することが確定である瀕死の重病人を射殺しても、因果関係が肯定されることに異論はない。もつとも、その理由は、人の生命が一刻一刻において価値を有し、わずかな生命の短縮でも結果が異なるからと(10)いうよりはむしろ、別の死因が形成されたことで結果が異なるという点に求めるべきであろう。というのも、「あまりにも結果を具体的に細かく規定すると、実行行為は、結果の大きさ、結果発生時点、その態様等に、わずかでも何らかの形で影響を及ぼさないことはない」(11)以上、常に因果関係は肯定され、既遂の成立要件としての因果関係の意義を疑わしめることになるからである。それ故、本件事案で決定的なのは、前方注視義務を尽くし歩行者の発見可能地点で急制動措置をとっていたならば、死亡結果を回避し得たかどうかである。一般的に被害が現実より軽くなるが故に結果が異なるというものではない。

また、本判決は、結果が異なる「蓋然性」があれば因果関係を肯定できるとするが、これは理論的非難に耐えられないであろう。確かに「裁判上、前方注視をしていれば衝突が避けられたかどうかを、証拠によって正確に確定することは、極めて困難な場合が少なくない」(12)が、原告と被告のどちらを勝たせるかが問題となる民事訴訟と異なり、「*dubio pro reo*」原則の支配する刑事訴訟においては、その立証の程度として、「確実性に境を接する蓋然性」を要するからである。

(4) 以上に対し、判例の中には、因果関係を否定せずに、当該義務違反が「事故に対する過失」とはいえないとして、無罪を言い渡したものが(13)ある。次の判例④は、判例①と同じく、義務違反と結果との関連を問いつながりも、この帰結を導くものである。

【判例④】大阪地判昭和四七年二月一八日(判タ二九一号二九七頁)
(事案)

深夜、指定最高速度五〇キロのところを九五キロの速度で走行していた被告人は、たまたますれ違った車両の前照灯に眩惑され、前方左右の注視義務を怠ったまま交差点に進入したため、同交差点の車道上を信号無視して横断していた被害者を、約一八メートル手前でようやく発見、急制動したが及ばず、同人と衝突し、死亡させた。

(判旨)

前方注視義務違反、制限速度違反を認定した上で、次のように判示して無罪を言い渡した。

① 「被告人が前方注視を尽し、かつ制限速度の毎時五〇キロメートルを遵守して進行していたとしても、本件事故を回避しえたと断言することは困難である。そうすると、被告人に前記注意義務違反を認めることができるにしても、本件事故はそれと関係なく発生したものであるということになり、右不注意をもって本件事故の過失ということとはできないことになろう」。

② 「制限速度を遵守して走行しておれば、対向車との離合地点はもつと南側になり、従って、毎時五〇キロメートルの制動停止距離外で被害者を発見し得、本件事故を回避しえたという主張も考えられるが、……仮にそのような理論が成り立つとすれば、極端な場合運転をしたこと自体に過失を認めることになって、限度がないことになろう。運転者の過失責任を問う場合には、具体的な危険が発生した時点以後の過失行為を問題とすべきであって、本件においてそれは、被告人車側からみれば、対向車と離合した地点ないしは対向車の前照灯に眩惑された地点以後を基準として考へるべきである」。

判旨①は、注意義務違反が存在する場合でも、義務違反と結果との関連を問うことで当該義務違反の程度を検討し、過失責任の成立範囲を限定しようとするものであって、「義務違反の因果関係」と称される実体を理論的に正しく捉えていると評価できる。しかし、このアプローチを採ると、過失責任を認めるには、当該義務の遵守により当該結果が回避

されたことを「確実性に境を接する蓋然性」でもって（合理的な疑いを容れない程度まで）立証しなければならなくなるから、判例①における第二の難点は解消されることはない。

ところで、本判決で注目されるのは、指定最高速度を四五キロも超過して走行していたにもかかわらず、回避可能性がないとした点である。確かに、具体的な危険が発生した時点で結果の回避が不可能であれば、法益侵害行為に出ないことを期待すべくもないから、責任非難の契機を見出し得ない。しかし、それ以前に回避可能時点があれば、その時点での過失行為を問題にすることはできる。本判決も、このことを意識したが故に、判旨①に続けて判旨②を論じたのであろう。

判旨②の内、交通規則に違反する行為を直ちに過失行為と見るべきでないとした点は妥当であるが、そこから直ちに、具体的な危険が発生した以前の過失行為を問題にすべきでないとした点には疑問を覚える。過失責任が問題となる場合には、行為遂行上の過誤のほか、行為選択上の過誤もあり、例えば「技術が未熟であるにもかかわらず自動車を運転したときは、それがまさに危険であるし、そのことに気が付くべきであった」という意味で、過失責任を問いうる場合がある⁽¹⁴⁾からである（原因において違法な行為⁽¹⁴⁾）。問題は、どこまで遡ることができるかにあるが、「実質的危険」という当該結果発生の蓋然性の有無に基準を求めるならば、当該結果回避不能状態に必然的に至る事態の発生までは遡れると言うことができる。これを本件について言えば、対向車を認知した時点における時速九五キロの高速度走行になるであろう。このような実質的危険を問題にする立場に対しては、「危険という言葉を使うことによって、いかにも注意義務を持ち出さずに過失犯の構成要件該当性が認定できそうにみえるけれども、内容上は注意義務違反の認定をするのと変わりはない⁽¹⁵⁾」との批判もあるが、最高指定速度をはるかに超えた走行に伴う一般的な危険を問題にしてはならない⁽¹⁶⁾し、行為の危険の程度に影響を及ぼさない基準行為の逸脱は不問に付することになるから、単なる注意義務違反の認定

説とは異なるように思う。

論

では、本件の場合、業務上過失致死罪を認めるべきだったのであろうか。これを安易に肯定することを阻む要因として、①裁判官の認定による「指定最高速度を遵守して走行していたとしても結果発生の蓋然性がある」という事情と、②深夜に交差点の車道上を歩行者が信号無視して横断するという、運転者にとってかなり稀な事情を挙げることができ、①が「合法的行為との代替性」の問題であり、②は過失犯における「予見可能性」の問題にはかならない。尚、本件につきこれらの問題をどう考えるべきかは、終章で述べることにする。

(5) 一方、過失行為の限定を「基準行為からの逸脱」という規範的判断で行う新過失論の立場からでも、規範の保護目的論——「結果の行為に対する客観的帰属は、結果が侵害された規範の保護目的の外に存する場合に否定される」旨を説く理論⁽¹⁷⁾——を用いれば、交通法規違反と過失の有無との分離は可能である。次の判例⑤は、この理論と同じアプローチをとり、徐行義務を規定する交通規則の保護目的を考慮して、当該義務違反は「本件事故に対する過失」とはいえないと結論付けたものである。

【判例⑤】いわき簡判昭和四三年一月一二日（下刑集一〇卷一号九三頁）

（事案）

自動二輪車を時速約四〇キロで運転していた被告人は、交通整理の行われていない見通しの困難な十字路の交差点の手前にさしかかった際、前方道路の左側を先行する自転車を前方約一八メートルで認めたが、時速約三五キロに減速したのみで直進しようとしたところ、同交差点を右折しようとする右自転車を約三メートル先で発見し、急停車すると共に右に転把したが接触、自転車に乗っていた被害者に傷害を負わせた。

（判旨）

自転車の動静を注視する義務違反の点の立証はなく、警音器吹鳴義務も客観的に認められなかった上で、徐行義務違反の点につき、次のように判示して無罪を言い渡した。道交法「四二条による交通整理の行なわれていない左右の見とおしのきかない交差点においては徐行をしなければならず、本件現場の交差点がこれに該当することは明らかであり、被告人は徐行をしていないからその意味で右法条違反の行為があるとしても、右法条の趣旨はかかる交差点におけるいわゆる出会い頭の衝突を避けるために徐行義務を規定したものとみられるのであり、かかる趣旨に照らし、右法規から本件事故についての注意義務を導きだすことはできないものといわねばならず、結局右違反は本件事故に関する注意義務とは法律的には無関係であり従って右法規違反をもって本件事故についての注意義務違反とすることはできない」。

本判決の最大の問題点は、徐行義務規定の保護目的をどのように確定したのかにある。免許証不携帯のような、結果発生と明らかに無関係な義務違反の場合であればともかく、結果防止と何らかの関連がある場合、その保護目的に何を設定するかで過失犯の成否が決せられるというのは問題であろう。徐行義務の保護目的が出会い頭の衝突の回避に限定されると何故言えるのか。この疑問に適切な解答を与えることができないならば、「規範の保護目的の範囲外にあるから、⁽¹⁸⁾というの……理由ではなく、むしろ結論」⁽¹⁹⁾だとの批判を甘受せざるを得ないし、本判決とは逆に、注意義務を導き出せるように保護目的を設定しさえすれば、容易に過失責任を肯定することもできるのである⁽¹⁹⁾。

このように、規範の保護目的論は、重大な欠点を内在させているが、因果関係が肯定されても結果の帰属を否定せしめるという理論構想には、考察に値する何かがあるように思える。例えば、「横断歩道橋の上から飛込(み)自殺者が自車の直前に落下してきたのでこれを轢いた」⁽²⁰⁾が、「事故当時前方不注意があり、前方注視しておれば自殺者の飛込みは予見しえたという事案」⁽²⁰⁾の処理に際して、前方注視義務は、自殺のような「専ら自ら危険の実現を招くこと」まで防止

説
論
する目的を有しない（「飛び出しに注意せよ」と命じることはできるが、「自殺者に飛び込まれぬよう注意せよ」とは命じ得ない）として、過失犯の成立を否定する余地も存しないではないからである。もつとも、義務違反自体を重視する新過失論に立たなければ、この理論により過失犯の成立を限定する必要がある事例は、かなり限られたものとなる。

本件においても、自転車が交差点を右折する事態が認識できなければ、傷害結果に実現される「実質的危険」の予見可能性はないとして、過失責任を否定することは可能である。

(6) 以上のような下級審の問題状況下にあつて、最近、注目すべき最高裁判決が下された。

【判例⑥】最判平成四年七月十日（判時一四三〇号一四五頁）

（事案）

夜間時速四〇キロで走行していた被告人は、進路変更を予定して左前方に気を奪われていたところ、折りから酒に酔い無灯火のまま時速三五キロで自車の進行車線を逆行して来たA運転の車両（A車）を、前方約七・九メートルに迫って初めて発見、急制動措置を講じたが衝突し、Aを死亡させた。

（判旨）

A車の視認可能時点から衝突まで約一・二秒→一・四秒、回避可能措置（進行方向左方へハンドルを切ること）の所要時間が〇・九秒であることから、前方を注視していれば事故を回避し得たとする原判決に対し、「進行方向左方へハンドルを切ることにより回避が可能である」というためには、被告人において回避措置を採るべき時点でA車……の進路を予測することが可能でなければならぬ」が、夜間無灯火で自車の進路上を逆行して来る対向車を発見した運転手の驚愕・狼狽に加え、相当斟酌していた被害者に適切な措置を期待し難いことを考慮すれば、視認可能時点で「A車を発見してその動向を注視するとともに、警音器を吹鳴するなどAの注意を喚起する措置を併せ講じたとして

も、必ずしもA車の進路の予測が可能となったとはいえず、被告人において本件事故を確実に回避することができたとはいえない」と判示した上で、「被告人において前方注視を怠っていなければ本件事故を回避することが可能であったとはいえない」から、被告人には過失がないとした。

本判決が原判決と結論を異にしたのは、「結果回避可能性」存否の判断の違いによる。実務上の過失認定の順序は、「まず、発生した結果的事実およびそれが誰の行為に起因して発生したかを確定し、そのうえで、どうすればその結果を回避しえたかを考え、それを発見したのちに、当該具体的状況下でその結果回避手段を講ずることは可能であったか、結果に対する予見は可能であったかを検討する、という順序を辿⁽²¹⁾るものであるとされるが、原判決の過失認定は、結果回避可能性の存在を重視するあまり、行為者を規範的に非難できるか否かの視点を軽視しているように思われる。これに対し、本判決は、「過失の有無はあくまでも行為の時点に立って検討されるべきであって、結果論になつてはならないこと、刑法は行為者に対し軽業的な措置を要求するものではなく、刑法上要求される措置は、安全かつ確実に結果を回避できる措置でなければならぬこと」を示唆する⁽²²⁾だけでなく、その認定作業においても、運転者の心理状態（驚愕・狼狽）を考慮するなど経験則に適っている点で、責任主義に忠実な判断と評価できる。

ところで、本判決は、同じく「結果回避可能性」を問題としながらも、京踏切事件判決のように因果関係を否定するのではなく、過失を否定したが、それは何故であろうか。一般に、結果回避不可能な場合には、「行為時に行為者にとって必要な措置をとる（危険行為を行わない）可能性がなかった場合」と、「行為後（裁判時）からみて、たとえ適正な行為を行ったとしても結果は発生してしまった場合」があり、前者は過失責任の問題であるのに対して、後者は客観的帰属の問題——「合法的行為との代替性」の問題——であるとの区別がなされている⁽²³⁾。だが、前者の事実的回避可能性概念は、「行為時に万人にとって必要な措置をとる可能性がなかった場合」も含み得るものと考えられ、このとき、

結果回避義務がない（実質的危険がない）として、「構成要件的行為性」⁽²⁴⁾を否定することも可能であろう。法規範が禁止できるのは、結果発生そのものではなく、結果発生の危険を有する行為のみであり、およそ回避不能な結果は、刑罰権発動の契機になり得ないという意味で、構成要件的に無関係だからである。本件はまさにこの場合に当たり、結果との因果関係を問題にする以前の段階で処理できる事案だったのである。もつとも、前方注視義務の懈怠だけで過失犯の実行行為性を肯定できると解するならば、本件事案も、後者の規範的回避不能性概念の範疇に入ることになる。

第一章第一節註

(1) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第二卷』第三五条―第四四条』（一九八九年）一五三頁以下（岡野光雄執筆）参照。

(2) 町野朔『犯罪論の展開Ⅰ』（平成元年）一七一頁。

(3) 前田雅英『刑法総論講義』（第二版・一九九四年）四一七頁。

(4) 丸山雅夫「判例研究」右折展開の際の後方安全確認義務の懈怠と事故との相当因果関係が否定された事例」商学討究三七卷四号（昭和六二年）一一六頁。

(5) 澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為』（第二版・一九九六年）一九七頁。

(6) 内田文昭「刑事法判例時評」過失行為（実行行為）の不存在か相当因果関係の欠如か」判例タイムズ六〇〇号（一九八六年）四五頁。

(7) 曾根威彦『刑法総論』（新版補正版・平成八年）一八八頁。

(8) 大谷實『最新判例演習室』法学セミナー三八七号（一九八七年）一一二頁。

(9) 最判昭和四二年一〇月一三日刑集二二卷八号一一〇三頁。但し、業務上過失致傷死罪の注意義務と道交法上の義務が事実上一致することはあり得る。

(10) 山口厚『因果関係論』芝原邦爾ほか（編）『刑法理論の現代的展開・総論Ⅰ』（一九八八年）五二頁。

- (11) 町野・前掲書一三四頁。
- (12) 吉丸眞「刑事交通事件の処理について」司法研修所論集六〇号（昭和五二年）七一頁。
- (13) 同様のアプローチを採る最近の下級審判例として、千葉地判平成七年七月二六日（判例時報一五六六号一四九頁）がある。
- (14) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（昭和四七年）一九六頁。
- (15) 西原春夫「過失犯の構造」中山研一ほか編『現代刑法講座・第三卷』（昭和五四年）一一頁。
- (16) 平野龍一「過失についての二、三の問題」井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相（下）』（一九八三年）二九八頁。
- (17) Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch 2 Aufl., 1975, S. 310. 尚、林陽一「刑法における相当因果関係（三）」法学協会雑誌一〇三卷一〇三頁以下参照。
- (18) 平野・前出註（16）二九六頁。
- (19) この点を意識させるものに、福岡高裁宮崎支判昭和五十年一月七日（刑裁月報七卷一一・一二号八七二頁）がある。この判決は、規範の保護目的を考察することで、予見義務の対象となる危険な事実の内容を抽象化して、速度違反し始めた時点で既に過失行為を想定し、最高制限速度を遵守していれば当該事故を回避し得たかどうかを厳密に認定することなく、過失責任を認めたものである。
- (20) 西原・前出註（15）一一頁の設例。
- (21) 土本武司『過失犯の研究』（昭和六一年）一三五頁。
- (22) 本判決の「コメント」判例時報一四三〇号一四五頁。
- (23) 前田雅英『刑法の基礎総論』（一九九三年）二九九頁。
- (24) 「構成要件的行為」概念と「実行行為」概念は区別すべきである。結果との因果関係が問題となる行為は「実行行為」であるとの見方が一般的であるが、実行行為性の有無は法益侵害の現実的危険が生じた段階で初めて判断されるべきものであり、構成要件を形式的犯罪概念として捉える限り、個別的な実質的判断をそこに持ち込むならば、体系的矛盾が生じてしまうからである。のみならず、因果関係を論じる前に既に未遂犯の客観的要件が備わっているというのは、致命的な欠点であろう。尚、後者の点につき、山口・前出註（10）五七一―九頁参照。

一 トレーラー事件決定以前のドイツ主要判例

(1) トレーラー事件決定以前の R G・B G H 判例において、「合法的行為との代替性」の問題だとされる事例の処理は、二つに大別することができる。即ち、合法的代替行為であっても同一結果が発生したであろう場合に、因果関係を否定するものと責任を否定するものである。前者の典型は、既に R G の初期の判例の中に見出すことができる。

【薬剤師事件】 R G 一八八六年十一月二〇日判決 (RGSt. 15. 151ff.)

(事案)

くる病を患っていた子供の母親に対し、医師の処方箋に基づいて燐を含む薬を作り交付した薬剤師が、その後も母親に懇願され、医師に照会することなく幾度かその薬を交付したところ、その子供が燐中毒で死亡した。ところが、鑑定によれば、当時の医学水準では、くる病の治療に燐の継続使用が有効とされ、中毒症状も医学的に確かめられなかったことから、薬剤師が医師に照会していたとしても、容易に薬の継続投与の許可を受けていたであろうとの事情が認められた。

(判旨)

有害な事象が人の行為によるとの事実が立証された場合、その因果関係を否定するには、その行為がなくとも「確実性に境を接する蓋然性」でもってその結果が発生することを要するとした上で、薬の新たな交付につき医師に照会しなかったという有責的な不作為と子供の死との因果関係は、医師に照会したとしても子供の死が排除されない以上

証明されていないとして、過失致死罪を認めた原判決を差し戻した。

本判決は、過失の行為態様として、「医師に照会しない」という不作為を想定した上で、「仮令過失概念を満たす行為であるにせよ、法律は、その行為をそれ自体として処罰するのではなく、そこに一定の違法結果の原因があることを前提としてのことである」という考慮から、不作為の因果関係を検討し、医師への照会があっても中毒兆候が予期できなければ、子供の死が「生じたのは、実際には効果のないままである被告人の有責行為の結果ではなく、治療に内在する危険性の結果であろう」という結論に至ったのである。

しかし、「薬を新たに交付した」という作為要素を捨象しつつ、「医師に照会しない」という不作為要素だけを捉えて不作為犯とすることが許されるならば、過失における不作為要素（命ぜられる注意義務の不遵守）から、過失犯はすべて不作為犯と構成し得ることになるが、これは適切でない。過失犯では、法益保護の目的に適うよう行為する義務があるだけであるのに対し、不作為犯では行動を起こす命令が妥当するのであって、前者は後者に包摂されるものではないからである。また、過失犯の不作為犯的構成が可能になると、作為としては結果に対し因果的であった人の行為が、不作為としては因果的でなくなるという矛盾に陥り、これを避けるには、作為と不作為を理論的に区別できることが不可欠の前提となるが、この実現は期し難い。というのも、不作為は自然的には存在しない「無」であり、何らかの作為と結び付くことによってしか社会的意味のある存在となり得ない——例えば、徐行する、安全を確認するという作為をしないということ、単なる不動作が、徐行しない、安全を確認しないという社会的意味を帯びる——からである。

結局、本判決が、それだけでは燐中毒死の危険を左右するものでなく、従って刑法上独自の意義を有しない不作為要素を、処罰の対象としたことに無理があったのであり、「ライヒ裁判所は、不作為犯の想定で、合義務的代替行為が過失の作為犯にとって意義があるかどうかという中心的なケース問題への行く手を遮った」⁽³⁾に過ぎないように思われる。

(2) 他方、ライヒ裁判所は、次のコカイン事件において、責任を否定するという処理を行った。

【コカイン事件】 R G 一九二六年一〇月一五日 (bei Exner, Frank-Festgabe I, S. 587 f.)

(事案)

医師が子供の患者に局所麻酔をするに際し、医学上命ぜられているノヴォカインではなくコカインを使用したところ、患者は死亡したが、その後、その子供は、特異体質(胸部リンパ腺残存)のためあらゆる麻酔に過敏であつて、ノヴォカインを使用していたとしても、場合によつては死亡したであろうことが判明した。

(判旨)

コカインの注射と子供の死との因果関係は確定できないとして無罪を言い渡した原判決を破棄し、処罰できないのは、その死がノヴォカインを使用したとしても「確実性に境を接する蓋然性」でもって生じた場合のみであるとした上で、その場合、被告人の行為と子供の死との間には原因関連は存するが、その行為の結果は被告人の責に帰されな
いとす。

本判決が因果関係の問題として処理しなかつたことについて、ノヴォカインによる死を、本件コカインによる死とは何の係りもない仮定的予備原因と捉えたためと見る余地がある。というのも、コカインは、ノヴォカインを少し濃縮した類の局所麻酔剤ではなく、決して投与されてはならなかつたものであり、⁽⁴⁾子供の死がコカイン中毒によるものだとすると、ノヴォカインによる死とは全く別個の結果となるからである。シュペンデルが、コカイン注射は義務違反であり、⁽⁵⁾中毒死は予見可能であつたとして、医師に過失責任を認めるのも、この意味においてならば、理解し得ないではない。しかし、子供の死が麻酔突発事故によるものであれば、ノヴォカイン注射の場合にも同一結果が発生したことになるから、別の考慮が求められる。確かに、ノヴォカイン注射の有害性が判明した以上、「ノヴォカインの使用は、合義務

的措置と見做してはならない」と言えそうであるが、事前には、医師は胸部リンパ腺残存による麻酔突発事故を予見し得ないのであるから、なお「許された行為」と評価することは可能である。だとすると、合法的代替行為であっても同一結果が発生したであろうとの事情が認められるにもかかわらず医師に過失責任を認めることは、注意義務違反自体を理由に処罰することを意味するが、これは妥当でない。

ところで、本判決は、根拠不明のままその解決を責任の否定に求めたが、エクスナーはこの点につき、次のような説明を与えた。この場合「——正しく理解された——結果の回避可能性が欠けている。何故なら、過失概念の意味において結果が回避可能であるのは、それが合義務的行為であれば回避可能であった場合に限られるからである」とが、その一方で、本判決が、因果関係の認定の場合と異なり、合義務的行為であっても同じく発生することが「現実性に境を接する蓋然性」でもって肯定できなければ責任ありとしたことに対し、拳証責任の転換だと非難している。エクスナーの前提が正しければ、この非難はもつともであるが、その前提自体トートロジーであるように思われる。というのも、「何故、規則に適った行為でも結果が生じるならば、責任はなくなるか？」という問いに対して、「何故なら、正しい行為であれば、結果が回避されるであろうことが必要だから」と答えている⁽¹⁰⁾に過ぎず、かかる説明によつて理論的に何かが説明されることはないからである。

ここで一つ考えられるのは、本判決の念頭に不可抗力という観念があったのではないかということである。不可抗力の観念を持ち出せば、合義務的行為でも同一結果が生じる蓋然性は現実性に近いものが要求されるであろうから、拳証責任の転換との批判を回避できるであろう。ただ、現段階では、不可抗力といっても法感覚に訴えているだけであり、反論を喚起し論理的な議論の展開を可能にさせるものではないから、本判決に対しては、依然として、①ノヴォカインを使用していたとしても「現実性に境を接する蓋然性」でもって子供の死が生じる場合には、何故責任を欠くことにな

るのか、②「確実性に境を接する蓋然性」でなければ責任ありというのは挙証責任の転換ではないか、という疑問が提起されるであろう。

(3) R G判例上、コカイン事件以外には、「合法的行為との代替性」の問題だとされる事例を責任の問題で処理した事案はなく、これ以後、薬剤師事件判決と同様、因果関係の問題として処理されることになる。次の山羊の毛事件判決は、「合法的行為との代替性」の問題につき、薬剤師事件判決と同じアプローチを採りながらも、逆の結論に至っている点で注目し値するものである。

【山羊の毛事件】 R G一九二九年四月二三日判決 (RGS 63, 211 ff.)

(事案)

ブラシ製造業者が、商社から中国産の山羊の毛を取り寄せ、商社の通知に反して消毒せずに従業員に加工させたため、四人の女子従業員が炭疽菌に感染し死亡したが、鑑定によれば、認可されている消毒は山羊の毛の無菌性を保証するものでなく、消毒していたとしても「場合によっては」死亡したであろうという事情が認められた。

(判旨)

消毒しても感染の可能性が排除されない以上、被告人の過失行為と結果の原因関連が必要とされる確実さで立証されていないとして、無罪を言い渡した原判決に対し、本判決は、消毒されていない山羊の毛を従業員に交付することにより、感染に対する一条件が設定された場合において、その原因関連を否定するには、有責行為がなくても有害な結果が発生したであろうとの「確実性に境を接する蓋然性」を要するのであり、原判決は原因関連肯定のための立証をあまりに厳格に要求し過ぎるとして、破棄・差し戻した。

本判決は、「合義務的行為であっても、その結果が確実性に境を接する蓋然性でもって同様に発生したであろうとい

う場合にのみ、この事情が顧慮され、因果関係の検討に際してその否定に導く」旨の判断を示したものである。¹²⁾ この背後には、不作為を想定することにより、合義務的な作為でも結果発生の可能性があるというだけで無罪判決を余儀なくされるのは妥当でないという考慮と共に、合義務的な作為でも同一結果が発生したであろうとの証明が可能な場合にまで処罰するのは不当であるという考慮があり、そこから生まれた妥協の判決と見ることができる。¹³⁾

この点につき、我が国には、「作為犯として構成したなら、……端的に、当該行為から炭疽菌による労働者の死亡が予見できたか否かが問われるはずである」から、本判決は「あくまで消毒義務の不作為として構成した」との評価も¹⁴⁾あるが、誤解であろう。処罰行為として不作為を想定していたなら、原判決は間違っていないの¹⁵⁾が自然であり、消毒の可能な効果だけで不作為の因果関係を肯定することはできないからである。死亡結果の予見可能性が問われなかったのは、それが争点にならなかったからに過ぎず、現に差戻し審では、この違法結果の予見可能性を欠くことを理由に過失致死傷が否定され、これに対する検察官上告を、RG判決（一九三〇年五月九日）¹⁶⁾は、事故防止のための警察規定違反だけでは事故発生¹⁶⁾の過失を根拠付けるのに十分でないとして、棄却したのである。

本判決が、薬剤師事件判決と結論を異にするに至ったのは、作為犯と不作為犯との間に存する、因果関係の否定に要求される立証の厳格さの違いによるものと思われる。不作為犯の場合、その因果関係が認定されるのは、「期待された作為」の実施が結果を「確実性に境を接する蓋然性」でもって回避させる場合に限ると解されているから、因果関係を否定する方が容易なのである。もつとも、かかる区別に合理性を見出すことは困難であろう。

(4) そこで、ライヒ裁判所は、次の子宮ガン事件において、不作為の因果関係の証明の程度を緩和する方向で、この問題に対処した。

【子宮ガン事件】RG一九四一年八月八日判決（RGSt 75, 324 ff.）

(事案)

一九三七年八月中旬、(医師の資格は持たないが国の許可を得て治療に当たる)治療師が、さしたる検査をするこ
となく、訪れて来た子宮頸部ガン患者を腎臓疾患と誤診し、腎臓治療を開始した。その後何度も患者は懸念を表明し
たり、医師を呼ぶのが賢明ではないかと尋ねるが、三八年一月二六日迄自己の治療に固執した。同年二月二八日に医
師にかかった時点では、もはや手術では治療できない状態で、ラジウム治療により一時改善したものの、同年九月再
発し、翌年四月死亡するに至った。鑑定人によると、治療師の誤診による治療開始時点で専門医による治療を受けて
いれば、「最高度の蓋然性」(三人の鑑定人のうち二人)ないし「高度の蓋然性」(残りの一人)で治療していたであ
らうとのことであった。

(判旨)

適時の手術または放射線治療があれば、患者は確実性に境を接する蓋然性でもって救われたとの確信に至らないと
して、無罪を言い渡した原判決を、次の理由から破棄・差し戻した。

絶対的真理は人には認識し得ないものであり、実際には発生しなかった因果経過を明らかにすることは、多かれ少
なけれ蓋然性の意味でしか可能でない場合が多いから、確実性に境を接する蓋然性という要件を、あらゆる可能的な
懸念が有罪判決を妨げるといふように理解すると、効果的な刑法的保護の要請にも調和しない。むしろ適切なのは、
「被告人の有責行為が現実にもその結果を惹起したことにつき、生活経験上しっかりと根拠のある蓋然性が存する
ならば」、その責任を負わせるということである。

原審の裁判官が、「確実性に境を接する蓋然性」の概念をどのように捉えていたか不明であるが、最近の我が国の地
裁判決の¹⁷⁾ように、現実の救済可能性が一〇〇%であったとはいえないとの鑑定結果から、合理的な疑いが残るとしたの

であれば、妥当でない。「裁判における証明は、自然科学者が用いるような、実験に基づく論理的証明（または数学的証明）ではな⁽¹⁸⁾」以上、「通常人ならだれでも疑いをさしはさまない程度に真実らしいとの確信をえさせるもので足り⁽¹⁸⁾」からである。

この意味で、本判決が原判決を破棄した点は了解可能であるが、仮定的事情の判断に不確実性が伴うことから蓋然的にならざるを得ないことを強調し、法感覚に訴えて、「生活経験上しつかりした根拠のある蓋然性」の確信で足りるとしたことは疑問がある。「*In dubio pro reo*」原則の支配する刑事訴訟における証明基準を民事訴訟のレベルに緩和することを意味しているからである。また、本判決に対し、「(おそらく初めて)『因果関係』について、刑法的価値判断が結局のところ決定を下すということを率直に述べた」という評価もあるが、この認識が正しければ、因果関係の存否の判断に当罰性判断を忍び込ませるものとして、批判されねばならないであろう。

(5) これに対し、その直後に出た、同じく治療師の誤診に係るジフテリア事件判決は、子宮ガン事件判決により崩れかけた原則を立て直しただけでなく、鑑定によって示された自然科学的法則と法的因果関係との関係を考える上で、有益な示唆を与えるものであった。

【ジフテリア事件】RG一九四一年九月三〇日判決 (RGSt 75, 372 ff.)
(事案)

ドイツとスイスの国境沿いの小さな村で、少年がジフテリアを発病し、客として滞在していた治療師（少年の母親の義兄弟で、少年の洗礼のときの代父）が、治療の依頼を受け尽力していたところ、発病三日目にジフテリアの特徴を認識したにもかかわらず、別の病状と判断したため、適切な治療を行えなかった。発病五日目に容態が明白に悪化したため、電話で国境を越えた所の医師を呼ぼうとしたがうまくいかず、医師が来た時には既に手遅れで、その少年

はジフテリアで死亡した。

(判旨)

原判決は、当時の医学水準によれば、発病三日目での治療で九一・二%〜八〇・四%の生存の見込みがあったことから、三日目に医師の治療を受けれるように尽力していたなら、確実性に境を接する蓋然性でもって患者は助かったとして、そうしなかった被告人の有責行為と少年の死との間に因果関係を認め、過失致死罪を言い渡したが、本判決は、次のように判示し、これを破棄・差し戻した。

① 病気が直る患者と死亡する患者の比率が九対一または八対二であるということだけで、判例にいう「確実性に境を接する蓋然性」にはならない。「何故なら、それ以外の(一!)判断基盤が獲得されることにならなければ、発病三日目からの医師の治療があつても、その病気になった者の事例が、十のジフテリア事例の内の一つのうまく行かない事例、または二つのうまく行かない事例の内の一つであり得たであろうことは、明白だからである」。

② 裁判官の心証基盤に過大要求してはならないにせよ、人の行為が結果の原因であると立証されるのは、それを取り除いて考えると、確実性に境を接する蓋然性でもって結果が起り得なくなるという場合に限られる。

③ 裁判官は、標準的な成果だけでなく、個々の事例を判断せねばならず、「この個々の事例の特有の事情、例えば親族による特に入念な看護、患者の特に強靱な体質、適時の治療に関して考慮の対象になったであろう医師の人的な信頼度が、完全にはうまく行く治療の見込みはないにもかかわらず、その治療はうまく行ったであろうとの確信を裁判官にもたらし得るであろう」。

原判決は、医学基準による「十中八九の救命可能性」があれば、「確実性に境を接する蓋然性」が認められるとしたが、本判決は、これでは不十分だとした。この点、先に触れた我が国の地裁判決の上告審で、最高裁が、「原判決の認定に

よれば、……十中八九「被害者の女性」の救命が可能であったというのである」から、「同女の救命は合理的な疑いを越える程度に確実であったと認められる」と判示したのと対照的である。おそらく、「十中八九の救命可能性」という概念も数学上の確率を表すものではなく、「ほとんど救命できた」という意味の表現であろうが、自由心証主義の立場からすれば、鑑定によって示された自然科学的因果法則も貴重な経験則の一つであるに過ぎず、裁判官は、それに拘束されることなく、事案の特性や被告人の自白、証人の証言等に基づいて、立証の対象となつている事実を判断すべきであろう。本判決が、医学基準による「十中八九の救命可能性」では不十分だとするのも、この意味において了解できるのである。

もっとも、本件のような医療過誤事件において、門外漢である裁判官がある意味で専門家集団の意見に抗して因果関係を否定するのは、経験則違反ではないかという疑念も生じなくはない。しかし、証明の対象となる「刑法的因果関係」は、「事実的因果関係」と同じである必要はなく、当該結果が行為者の仕業といえるかという事実的評価なのであり、純然たる事実である「行為」と「結果」との間の推論過程であると理解できるから、その推論過程が合理的であるという確信に至らなければ、因果関係は証明されていないとしてよいように思われる。

(6) さて、右のジフテリア事件判決の立場は、BGHには受け継がれなかった。連邦裁は、次の採石場事件判決において、山羊の毛事件の判例準則を不作為犯に適用し、再び子宮ガン事件判決の立場に戻ってしまったのである。

【採石場事件】BGH一九五二年一〇月二三日判決 (bei Dallinger MDR 1953, 20 f.)
(事案)

自己の経営する採石場を囲む柵が破損していて、営業監督局から規定に基づく再三の修理要請を受けていたにもかかわらず放置していたところ、七歳の子供が破損箇所からその敷地内に入り、高さ二十メートルの岩塊から転落死し

た。しかし、破損箇所を修繕していたとしても、容易によじ登って立ち入り、同じ事態になる可能性はあった。

(判旨)

以下の二つの理由から、原因関連が証明できないとして無罪を言い渡した原判決を、破棄した。

① 他の原因系列による同一結果発生の蓋然性は完全には排除し得ないから、被告人の義務違反と子供の死との原因関連が証明されていないと見做すのは、破損箇所を修理していたとしても、その子供が事故現場への立ち入りを思い止まらなかったことについて、「確実性に境を接する蓋然性」がある場合だけである(参照、RGS, 63, 211)。

② 規則に適った柵の場合に問題となるのは想像される事態だけである以上、必然的に現実の基盤から離れるような判断の結論に、現にある事実に基づいて認定される事態と同じ重要性は認められない。

カールスによれば、本判決は、被告人の義務違反行為なくば具体的な事象経過が違ったものになっていたことを指摘しようとするものであるが、瑕疵なき行為において、その結果が全体として回避され得なかったことが立証される場合、もはや具体的な事象経過の変更を帰属メルクマールと見做さなくなるのは何故かが不明なだけでなく、その場合にしか仮定的事象を考慮しないのは挙証責任の転換を意味している⁽²¹⁾。しかし、本判決の主眼は、当罰的な不作為が処罰できなくなることを恐れるがため、合義務的行為であれば生じるであろう事態は、単なる可能性ではなく、現実の基盤に基づいた合理的なものでなければならぬとする点にあり、修理された柵を子供がよじ登るという事態の想定に「確実性に境を接する蓋然性」を要求するのも、この意味においてであると思われる。

もともと、実質的に挙証責任の転換であることに変わりはないし、「確実性に境を接する蓋然性」がなければ現実的基盤から離れることになるのか、疑問の余地はある。のみならず、不作為の因果関係の判断に際して考慮する「期待された行為」は、通常の事態を想定して制定された規則を遵守するだけの行為では足りないというべきである。というの

も、「期待された行為」は結果防止の観点から確定される以上、本件の場合には、「子供がよじ登れないような柵にすること」でなければならぬからである。規則に適った柵に修理したという事情は、違法性ないし有責性の段階で考慮すれば足りるであろう。本判決が、不作為犯における「期待された行為」と合法的代替行為とが異なるものであることを意識していたならば、違った判示になったように思える。

(7) 以上、トレレーラー事件決定以前の主要なRG・BGH判例を概観したが、各事件の結論が示している解釈の基準を統一的に理解することはできない。ただ言えるのは、義務違反行為により法益侵害を惹起した場合において、「義務的行為であつてもその結果が生じたであろう」との事情は考慮され、因果関係の否定という法的効果が認められることである。それがいかなる理論的根拠に基づくのか、挙証責任はどうなるのかといった問題は、解消されないままであつた。かかる状況にあるとき、トレレーラー事件決定を迎えたのである。

二 トレーラー事件決定以後のドイツ主要判例

(1) トレーラー事件決定以後は、そこで示された判例準則の適用上の問題点や射程をめぐる論議が展開され、統一的な判例理論が形成されることになる。以下では、その形成過程において重要な役割を果たした主要な判例を取り上げ、その問題点を概観することにしよう。

最初に取り上げる歯科医事件は、トレレーラー事件決定が、独刑法二二二条による処罰について、「結果が有責的に引き起こされるのは、それがまさに行為者に対する非難を根拠付ける作為又は不作為によつてもたらされる場合に限られる」と論じたことから、義務違反と結び付く行為をどのように捉えるかが問題となつたケースである。

【歯科医事件】 B G H 一九六六年四月二七日判決 (BGHSt 21, 59 ff.)

(事案)

歯科医が、肥満症と慢性の心筋炎(解剖後判明)を患っていた一七歳の婦人の白歯二本を、全身麻酔をかけて抜いたが、抜歯後容体が急変し、駆けつけた外科医の治療にもかかわらず、全身麻酔の突発事故による急性心拍停止で死亡した。その婦人は、歯科医に「心臓が少し悪い」と告げていたが、歯科医は、内科医による麻酔適性検査を受診させることなく、クロールエチル麻酔を使用した。しかし、内科医による検査を事前に受診していたとしても、彼女の心臓の衰弱が発見されない可能性が大きかった。

(判旨)

原判決が、命ぜられた措置をしていたならば患者の死が回避できたかどうかを決しないまま、内科医による検査があれば実際の死亡時期より遅くなることは確実だから彼女の死を義務違反的に惹起したとして、過失致死罪を認めただのに対し、義務違反行為によって死亡時期が早まったことで因果関係は肯定できるが、義務違反の原因性の問題にあって重要なのは、現実の義務違反行為の時点であって、合義務的に行為(全身麻酔)していたとの仮定的時点は問題にならないとして、原審の因果関係肯定の判断を破棄し、ケルン地裁に差し戻した。

同地裁は、内科医による麻酔適性検査を受診させなかったことが患者の死に対する刑法的原因であるとの立証はないとして、無罪を言い渡した。「事前に内科医の所見を求めた後であっても、被告人は同じ治療法を決意してもよかつたし、決意したであろう、そして、この治療は同じ態様で、とりわけ同じ時間的事象経過で患者の死へと導いたであろう」との確たる可能性が残っていたからである (LG Köln 一九六六年一月二二日判決, bei Weßels JZ 1967, S. 449)。

原審（差戻し審も含め）は、義務違反を「麻酔適性検査を行わなかった」という不作為と結び付け、義務違反がなければ、即ち、麻酔適性検査を行っていたれば、検査に要する時間だけ延命できたとして、義務違反の因果関係を肯定した。これに対し、連邦裁は、義務違反を「適性検査をしないで全身麻酔を行った」という作為に結び付けた。ただ、この論旨は必ずしも明らかでない。

この点につき、ハルトヴィツヒは、次のような説明を与えている。「注意命令の意味は、検査によって、検査される者の死を検査から手術までの時間だけ延期することではなく、およそ手術を実施してよかったかどうかの手術に関する拠所を得ること、あるいは、どのような方法で手術は最も安全に実施できたかを確かめることにあった。それ故、義務違反は、「歯科医」が検査によって死の時期を延期しなかった点にはなく、手術を必要な安全措置の下で実施しなかった点に存した。しかし、この安全措置が成功に導いたであろうことが確かでなかった場合には、その死がこの義務違反に基づいていることも認定できなかつたのである」⁽²²⁾と。

このような「義務違反の因果関係」の構想に否定的な立場でも、連邦裁の結論を支持することはできる。というのも、患者の死に対する原因の設定は、被告人の全身麻酔によるのであり、既に存在している因果系列の排他的利用に基づいていない以上、不作為が犯は問題となり得ず、原審の思考方法によれば、あらゆる過失の作為が不作為に転化してしまふからである。⁽²³⁾麻酔適性検査をする行為は、「トラックを後退させるときに、後に子供が遊んでいるかどうかを確かめるために車を降りて見に行くという行為と同じように、それをすれば行為者が内面的注意を払っていたと認定する一資料に過ぎ」ないと見ることができると⁽²⁴⁾従って、「現実に行われた手術の時点で既に予備検査が行われていたものと考⁽²⁵⁾え」ても、その行為が過失犯の構成要件に該当しなくなるというものではない。結局、患者自身の痛みへの恐怖と炎症経緯から局所麻酔による治療の見込みがないというのであれば、本件における合法的代替行為は、クロールエチルより

一般に危険性の少ない「笑気を用いた全身麻酔での手術」ということになろう。

尚、時間的にとどの程度の生命短縮があれば、因果関係を肯定し得るかの問題については、後に扱う腹膜炎事件で考察することにする。

(2) これまではすべて過失犯事例を取り扱ってきたが、次に取り上げる屋根裏部屋事件は、故意の不作为が問題となったケースである。トレーラー事件決定により、不作为の因果関係の証明の程度を緩和させた採石場事件判決は維持され得なくなった状況下で、どのように因果関係を認定するかが注目された事案であった。

【屋根裏部屋事件】BGH一九七〇年七月二八日 (bei Dallinger MDR 1971, 361 f.; JZ 1973, 173 f.)

(事案)

二歳の息子と六箇月の娘の父親である被告人は、自分たちが住んでいた屋根裏部屋で夜中に火災が発生した際に、六・三メートル下の明かりのないアスファルトの道路上で、子供を手で受け止めようと待機している三人の若者の呼びかけにも、転落死を恐れて投下する決心がつかず、最後の瞬間になったとき、自分だけが飛び降り、子供たちは炎の中で死亡した。

(判旨)

未必的故意で被告人に期待された救助行為を怠ったとして、故意殺の有罪判決を下した事実審に対し、不作为の行為者における未必的故意を認定するには、期待された行為が「確実性に境を接する蓋然性」をもって刑法的結果を阻止したであろうことを意識していなければならぬとして、破棄・差し戻した。

このように、不作为の因果関係の問題は、実際には直接争点とならなかつた。連邦裁も是認した事実審裁判官の認定によれば、投下行為がなされていたならば、子供は「ほぼ絶対的確定性」をもって生きながらえていたからである。し

かし、ヘルツベルクが適切に反論したように、逆に、「冗談で子供を夜中の真つ暗な道路上で待ち受けている遊び仲間を受け止めさせようと落下させ、転落死を引き起こした場合に、事前判断で危険性がほぼ確実になかったとして、過失致死罪の成立が否定されるかといえ、それは極めて疑わしい。⁽²⁶⁾ もっとも、このかなり強引な事実認定がなければ、子供の死に対する父親の不作為の因果関係は否定されたであろう。というのも、不作為の原因が肯定されるのは、期待された行為が「確実性に境を接する蓋然性」でもって結果を防止した場合であると解する限り、救助の失敗に合理的な可能性があれば、「in dubio pro reo」原則の適用上、消極的に解さざるを得ないからである。

そこで、ヘルツベルクは、作為の因果関係が同一結果を引き起こす予備原因の存在で否定されないと同様、不作為の因果関係の肯定には、期待された行為がなされていれば当該結果（⁽²⁷⁾焼死）が確実に発生しなかったという認定だけを要するとして、仮定的な原因（転落死）を無視すべきであると主張する。これに対し、ウルゼンハイマーは、保障人の責任は結果を回避しないことに対する責任であるから、ここで問題なのは子供の焼死ではなく、子供の死そのものを回避し得たことであると反論する。⁽²⁸⁾ しかしながら、シュベンデルが再反論するように、*Conditio* 公式の適用に関して着目すべきなのは、その一般的な形態の結果ではなく、むしろ実際に存在する具体的な形態の結果であるから、⁽²⁹⁾ その反論には理由がないように思える。

また、ヘルツベルクの考察方法によれば、例えば本件の舞台が超高層ビルであり、その窓からの投下が確実な死を意味していたとしても、回避可能性は与えられるから、因果関係は肯定されることになるが、この点を問題視する必要も全く存しない。当該投下行為でも「子供の死」が発生したという事情は、因果関係の問題ではなく、「合法的行為との代替性」の問題として考慮され、確実に死亡する場合には、いずれにせよ保障人の処罰は否定されるからである。既に触れたように、合法的代替行為は、不作為の因果関係の判断に際して考慮する「期待された行為」とは異なり、必ずし

も結果防止行為である必要はないのである。

(3) ところで、トレーラー事件決定準則によれば、義務違反行為と結果との原因関連が肯定されるのは、合義務的行為ならば同一結果が「確実性に境を接する蓋然性」でもって発生しなかった場合に限られる。ただこうなると、いかなる行為を合義務的行為と見るかにより、結論が左右されることになろう。次に取り上げる酩酊事件は、この点が問題となつたケースである。⁽³¹⁾

【酩酊事件】 B G H 一九七〇年十一月二十六日決定 (BGHSt 24, 31 ff.)

(事案)

多量のアルコールを摂取し、時速一〇〇～一二〇キロで二車線道路のほぼ中央を走行していた被告人は、対向車のため前照灯を下向きにしたが、再び上向きにしたとき、約三〇～五〇メートル前方を同一方向に走行していた二輪車の運転手が左追越し車線から右車線中央へ移動しているのに気付き、急ブレーキをかけたものの、四〇～五〇メートル引きずり、死亡させた。

(決定要旨)

交通違反行為の原因性の検討は、直接有害な結果に至つた具体的な危機的交通状況の発生から始め、行為者の交通上正しい行為の問題に際しては、現実の事態から出発すべきであるから、運転手のいかなる行為が交通上正しかったかという問題は、直接的な事故原因として問題となる交通違反を考慮して答えられるべきものである。従つて、被告人が素面の状態で同じ速度であってもそのライダーに衝突したか否かに着目するのではなく、いつでも交通上の義務が果たせるよう速度調整することから出発されねばならないが、被告人の血液中アルコール含有量では、知覚能力と反射能力はかなり減退しており、素面の状態であれば適当であるような速度で走行してはならない。このような考慮

を前提に、その状態に適した時速三〇―四〇キロで走行していれば事故は回避できたとして、因果関係を肯定した。

本判決は、被告人が自己の低下した能力に適した速度で走行することを交通上正しい行為と見ているが、この点に対して数多くの批判がなされている。まず第一に、一・三%以上の血液中アルコール濃度の運転手を絶対的運転不能状態とする⁽³²⁾一方で、その者に酩酊に応じた速度での運転を求めるとするのは矛盾だとするものである⁽³³⁾。確かに、例えば緊急事態のため、酒に酔った状態で最寄りの医師の所まで運転せざるを得ない場合には、酩酊状態にもかかわらず、可能な限り他人の法益を危殆化しない程度の低速かつ慎重な運転が許容されるが、緊急性がなければ、絶対的運転不能状態での運転は不法そのものである⁽³⁴⁾。

第二に、当時の被告人の状態に適した速度をどのようにして測定するのかである。考慮されねばならないのは、血液中的アルコール濃度だけでなく、被告人の性格やアルコール体質、肉体的丈夫さ加減、気候状況（暑さ、寒さ、昼、夜、霧等）に及ぶのであり、これらを厳密に測定できる鑑定人はいないのである⁽³⁵⁾。

第三に、素面の運転手との不平等な取扱いになるといふ問題性がある。例えば、クナウバーの設例、即ち、二台の車が時速四〇キロで同じ視界状況を並走していたところ、突然子供が飛び出し、双方同時にブレーキをかけたが、双方の車両で負傷させたという場合において、一方が素面の運転手、他方が酩酊者であり、鑑定人がその血液中的アルコール濃度に関して四〇キロ以下の適正速度を算定したならば、酩酊者だけが有罪となってしまうが⁽³⁶⁾、この区別に合理性はない。確かに、酩酊した運転手に対し、素面の運転手より低速かつ慎重な運転を求めることはできるが、それは、運転の遂行において素面の運転手に劣らないようにさせるためであり、決定的なのは個人的権能ではなく、客観的な合規則性だからである⁽³⁷⁾。

その他、何故連邦裁は素面の状態での運転を想定しなかったのか⁽³⁸⁾。又、酩酊運転は禁止されているものしかるべく

減速すれば憂慮するほどでないと知る者は、酩酊運転をする気になってしまわないか⁽³⁹⁾、といった疑問も表明されている。これらの批判はいずれも説得的であり、本件における合法的代替行為は、被告人の素面状態での運転と解すべきである。ただ、その積極的な理論付けは、学説に委ねられた課題である。

(4) 既に屋根裏部屋事件で、不作為犯における因果関係の認定の問題について触れたが、次に検討する腹膜炎事件は、医療過誤事例においてこの点が問題となったものであり、解決の困難さは倍加する。というのも、そこでは、期待された行為をすれば「確実性に境を接する蓋然性」でもって当該結果は回避されたとと言える場合はまれであり、「in dubio pro reo」原則が適用されれば、不作為の因果関係はほとんど否定されざるを得なくなるからである。

【腹膜炎事件】 B G H 一九八〇年五月二〇日判決 (bei Wolfslast, NZfZ 1981, 218 ff.)
(事案)

一九七五年六月四日、被告人は当時一四歳の少女の盲腸を切除したが、手術後、高熱・嘔吐・便通なしの症状が現れ、患者も眩と腹痛を訴えた。同月九日、病院長が腹膜炎と診断、被告人にその旨指摘するも、さらに検査することなく自己の診断(腸アトニー)に固執し、その後の徴候(高められた白血球、一四〇〜一六〇の脈拍上昇、堅い腹)にもこれといった手を打たなかった。同月十二日午後、精神異常に陥り大学病院に移転、直ちに手術されたが、腸の全スペースが膿で充満していた。十六日の再手術も効果なく、同月十九日に死亡した。鑑定によれば、遅くとも十一日に手術をしていたならば、患者は確実性に境を接する蓋然性でもって一日延命したであろうが、それ以上の延命については高度の蓋然性でしかなかった。

(判旨)

結果の原因性の問題を十一日から考察し、たった一日の延命は本質的でないとの上告理由に対し、遅くとも十日に

手術すべきであったとの事実審の見解に従う一方、歯科医事件判決を引用して、原因関連の肯定にあって、その死が義務違反の不作為なくば生じたであろうよりも早く発生すれば十分であり、患者が広がった腹膜炎故にいずれにせよ死んだかもしれないという事情は取るに足らないとして、上告を退けた。

判例は、従来、作為犯で用いられる「結果の具体的考察」を不作為犯には転用せず、期待された行為が行われていたならば、「確実性に境を接する蓋然性」でもって当該結果が回避されたか、少なくとも本質的に相当遅らせたか弱めたかを問うだけであり、学説も、その一貫性のなさを意識しつつも、そこに合理性を見出していた。例えば、シュリュヒターは、不作為犯には等置問題があるとして、次のように論じていた。「不作為が構成要件に該当するのは、それが『作為による法定構成要件の実現に相応する』場合に限られる。不作為が作為と同価値的であるとき、不作為は作為に相応するに過ぎない。具体的ではなく規定された、この時期におけるこの程度の結果（例えば、二二二条の場合死の結果）が、不作為者の作為によって回避され得たであろう場合にのみ、不作為は作為と同価値的なのである」と。⁽⁴⁰⁾

しかしながら、本件において連邦裁は、結果の一般的考察（本質的延命）を捨て、具体的考察、それも数量的考察（一日の延命）を採用するに至った。もしこうしなければ、本件の少女の本質的延命は「確実性に境を接する蓋然性」でもって立証できないから、医師の不作為と少女の死との間の因果関係は否定せざるを得なかったであろう。この結論を容認することは、外科医にはほとんど刑法上の責任を問い得ないことを意味する。というのも、外科手術には常に高度の危険性が伴うため、「in dubio pro reo」原則が適用されると、有罪判決がことごとく妨げられるからである。

が、他方において、次のような疑念が生じるのももつともである。「結果の具体化は、明らかにまず、被害者が最終的に延命したか否かの問題に関する事実領域における不確実性と共に、『in dubio pro reo』原則を巧みに隠すために用いられている」と。⁽⁴¹⁾のみならず、医療過誤事件に関する限り、有罪か無罪かを決するのは、事実上鑑定人の手に委ねら

れることにもなりかねない。特に腹腔鏡検査事件⁽⁴²⁾——腹腔鏡検査に際して大腸を十センチ切り裂いていたため、大腸菌が腹腔全体に入り込み死亡した事案——で因果関係を肯定できたのは、三人の鑑定人の内の一人が、被告人の義務違反がなければ少なくとも二時間生きながらえたと鑑定したことが決め手となった（ほかの鑑定人は答えなかったか、確実には答えなかった）ことを見れば、この点が理解されよう。

仮に、わずかな生命の時間的短縮であっても殺人結果だとすると、医師は致命傷を負った患者の手術に着手できなくなる一方、わずかな生命の時間的短縮なら無視してよいことになれば、治療を必要以上に早く断念する危惧が生じる⁽⁴³⁾。それ故、結果を数量的に規定することは不適切であるし、また不可能であろう。ならば、その限界基準をどこに求めればよいのであろうか。「個々の具体的場合において条件関係を肯定するのが正当かどうかという実質的な考慮が、ある程度先行したうえで決定されるべき問題⁽⁴⁴⁾」であるとしても、その実質的考慮が単なる処罰感情の言い換えであってはならない。思うに、「この場合を処罰することによって、将来同じ状況が生じた場合、注意義務に従うことが動機づけられるか否かという刑事政策的観点から限界付けを試みるよりほかなく、医療過誤事例の場合、作為犯であれば「新たな死因形成の有無」に、不作為犯であれば「治療継続を促す医療効果の有無」に、その限界基準を見出すのも一つの方策であらう。

(5) かかる問題と同様、限界基準が設定されねばならないのは、合法的行為であっても同一結果が生じたであろうとの判断に際して考慮に入れてよい仮定的事情の範囲である。次に検討する連鎖衝突事件⁽⁴⁶⁾は、行為者が合法的行為を行っていたとしても第三者の行為によって同一結果が発生したという事情を考慮に入れ、免責の余地を認めてよいかが問題となった事例であり、この問題に対する一つの回答を与えるものである。

【連鎖衝突事件】 B G H 一九八一年一〇月一五日判決 (BGHSt 30, 228 ff.)

（事案）

濃霧の中車を運転していたKは、不注意若しくはスピードの出し過ぎで、規則に適った停車をしていたBのトラックに衝突した。K車は追越し車線に横倒しとなったが、KはBに助けられ無傷で車から脱出した。その後、被告人の車がスピードの出し過ぎでK車に追突し、K車を十メートル前方に突き動かしたため、BとKは負傷した。さらにその後、M車が被告人車に衝突し、グリーンベルト左に叩き付けたが、BとKはこれに巻き込まれることはなかった。地裁の認定によれば、被告人が視界状況に適した走行をしていたならば、K車への追突を回避し得たであろうが、その場合M車が被告人車に追突し、K車の方へ突き動かすことで、Kのみほぼ同程度負傷していたであろうとの事情が認められた。

（判旨）

トレレー事件決定準則のすべての適用事件において着眼してきたのは、専ら行為者とその被害者の行為であり、行為者の義務違反の因果関係が否定されるのは、合法的行為であっても被害者の瑕疵ある行為により同一結果に至っていた場合だけであって、義務違反と実際に生じた結果との原因関連は、現実に影響を与えなかった第三者の行為に基づく後続事象により（場合によっては）同一結果が発生したであろうというだけで疑うことはできないと判示し、Kに関する過失傷害罪を認めなかった合議体刑事部判決——被告人が交通上適切な行為をしていたとしてもKはMによって同一傷害を負っていたことを理由とする——を破棄した。

トレレー事件決定は、「行為者が法的に落度なく行為していたならば、その出来事がどのように展開したかが決定的である」というに止まったため、刑事部判決のように、刑法的因果関係を判断するに際して第三者の過失行為を援用し得ると解する余地があったが、本判決は、「先行する刑法的結果に現実に影響を与えなかった時間的に後続する第三

者の義務違反行為」は考慮に入れてはならないとした。これに対しては、二つの観点から批判がなされている。

一つは、「結果に現実に影響を与えなかった」事情は考慮すべきでなく、現実の事態から出発しなければならぬのである。仮定的事態から出発する合法的代替行為を考慮すること自体矛盾であるとの批判である。⁽⁴⁷⁾「結果発生に対する義務違反行為の『原因性』の検討に際して、まさしく現実に不注意な行為が、対応する交通上適切な行為と観念的に代替されねばならないから」であり、「かくして問題は、仮定的因果経過が帰属の際にある役割を果たしてよいかではなく、何を交通上適切な行為で形成される仮定的因果経過の中に入れてよいかにある」というのである。⁽⁴⁸⁾ただこうなると、その選択基準が求められるが、かつてブッペは、これを「許された危険」に見出していた。即ち、過失行為者も、許された危険が認められる根拠となる「利益」を追求する限りで、その恩恵を享受すると主張し、この「許された危険」の実現に關与する要因（危険な自然現象、他の交通關与者の落度）は考慮されたとしたのである。⁽⁴⁹⁾ここで示唆的なのは、現実の許されざる危険行為にも「許された危険」が含まれているという着想である。「許された危険」概念そのものに迫らなかつたため、その後進展しなかつたが、仮にこの着想を結実させることができるならば、合法的代替行為という思考上の産物との間に何らかの現実的な關連性が生まれ、先の矛盾感も解消する方向に向かうように思われる。

もう一つは、被害者の瑕疵ある行為は考慮されるのに、「第三者の義務違反行為」は考慮されないといい、これは、行為者の免責の根拠を、「自ら軽率に振る舞う被害者を介したある種の刑事的保護の失効」に見出しているという批判である。⁽⁵⁰⁾これに対し、ニーベンフェイスは、他者の落度の結果帰属への効果が異なる理由を規範の保護目的に求めている。即ち、第三者の落度によっても同一結果が発生したであろう場合には、双方の行為者が注意規範を遵守していたならば結果は回避されたのだから、その規範は有意味であるが、被害者の落度によって生じた危険はもはや行為者の準備すべき安全の備えでは阻止し得ず、事故は専ら被害者の責任領域に属することになるといっているのである。⁽⁵¹⁾しかし、

規範の保護目的を持ち出さなくとも、医療過誤事例における「合法的行為との代替性」の問題では、被害者である患者の義務違反行為を想定し得ないにもかかわらず免責される余地があることを考えれば、本件で「第三者の義務違反行為」を考慮しなかったのは、「評価の帰結でなく存在論の帰結である」と言つて済ませることができるようになる。

(6) さて、最後に検討する速度制限違反事件決定は、速度制限の規範目的に係る連邦裁の先例に従つて無罪判決を下した地裁に対し、許容速度の超過を本件事故の原因とする高裁が、速度制限の意味は他の交通関与者が交通違反を犯しても事故を回避することにあるという意見と共に、次のような法律問題を呈示したことに答えたものである。「事故の惹起に対する許容速度超過の因果関係は、その運転手かまたはや適時には停止できないが、許容速度の遅れによれば事故を回避し得た程度の交通違反を犯し、その車両の車線に赴く交通関与者に対しても、顧慮すべきか？」⁽⁵⁵⁾ この決定は、現在の判例準則の到達点を示している。

【速度制限違反事件】 B G H 一九八四年十一月六日決定 (BGHSt 33. 61 ff.)

(事案)

優先権のある幹線道路を四〇キロオーバーの時速一四〇キロで走行していた被告人が、左側から時速五五キロで交差点に進入してきた車両に気付き、手前三五メートルから急ブレーキをかけたが衝突し、その運転手に重傷を負わせた。事実審裁判官の認定によれば、許容最高速度一〇〇キロで走行していたならば、停止距離は少なくとも七七メートルあるから、優先権侵害に気付いてブレーキをかけても停止はできないが、〇・三秒遅く衝突地点に到達する結果、衝突は起きなかったという。

(決定要旨)

① 当法廷は高裁に同意し、先例に固執しないとした上で、これまでの判例準則を提示する。まず、運転手が交通上

適切な行為をしていたとしても、同一結果が生じたであろう場合には原因関連はない。次に、原因の検討は具体的な危機的交通状況の発生でもって始める。さらに、いかなる行為が交通上適切かは、直接的な事故原因として問題になる交通違反を考慮に入れて答える。最後に、義務違反に対応する交通上適切な行為と代替されるのは、行為者に対し非難できる行為事情だけである。

② 「法的原因関連が肯定されるのは、『危機的交通状況』の発生に際し、運転手が許容速度以上で走行していなければ、その事故は生じなかったであろうという場合である」。

③ 速度制限の規範目的は、「他の交通関与者に危険のない対面交通及び交差点交通を可能にすることにも存する」から、問題は高速度の危険に対する他の交通関与者の保護であり、「その危険が現実化するのには、運転手が速度の出し過ぎのため、『かろうじてうまく行く』ようにブレーキをかけることがもはやできない場合である」。

本件における問題点を定式化するならば、次のようになる。「速度制限規範の目的は、——法益を侵害する衝突の回避の観点で考察して——専らドライバーに適時の停止（及び、せいぜい危険のない回避）を可能にさせることにあるのか、それとも、潜在的な衝突地点への到達を、他の交通関与者がその地点を通過してしまふまで遅らせることにもあるのか？」⁽⁵⁶⁾。前者の観点で本件を見ると、無罪判決を下すことになる。何故なら、危機的交通状況の開始時点からわずか〇・三秒で結果回避措置を採るよう刑法規範は要求し得ないからである。これに対し、後者の観点によれば、有罪判決を下すことも可能である。危機的交通状況の開始時点で許容速度に減速していれば機械的に〇・三秒遅れて到達する（その結果として衝突も回避される）以上、この懈怠の点に結果帰属の理由を見出せるからである。

本決定は、速度制限には、危機的交通状況にあるドライバーに対して、「かろうじてうまく行く」ようにブレーキをかけさせることを確保する作用があるという論法を用いて、前者の観点から後者の観点へと移行させたものといえる。しか

し、後者の観点の下で、速度制限規範と衝突回避の保護目的関連を想定することは、いくつかの批判を提起させることになる。まず第一に、特定の時刻の特定の場所における現存の阻止は、速度制限規範の目的たり得ないとの批判である。行為者が許容速度を遵守していたとしても、例えば、その走行をより早く開始するとか休憩をとらなければ、事故発生時刻に事故現場にいることは可能だからである⁽⁵⁷⁾。第二に、その論理によれば、行為者のより速い走行を正当化しかねない。より早く事故現場に到達していれば、事故は発生しなかったからである⁽⁵⁸⁾。そして第三に、實際上、衝突回避のために速度制限規範に違反することが命ぜられることもある。例えば、相手車両がトレーラーであって、行為者車両の現場到達前に衝突地点を通過し切れない場合である⁽⁵⁹⁾。

規範の保護目的論については、既に前節で触れたが、本件において改めて認識させられることは、「規範の保護目的」という概念がいかにアンビバレントであるかという点である。それ故、「規範の保護目的」を考察する場合には、それを決定付けるものは何かを明らかにし、その判断過程を論じて行かなければならないであろう。

第一章第二節註

- (1) Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 99.
- (2) Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungsdelikte, 1948, S. 54.
- (3) Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 59.
- (4) Vgl. Rantt, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim Fahrlässigen Erfolgsdelikt? NJW 1984, S. 1431.
- (5) Spendel, a. a. O., S. 72.
- (6) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 202.
- (7) Vgl. Spendel, a. a. O., S. 70, Anm. 4.

- (8) Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe I, 1930, S. 584.
- (9) Exner, a. a. O., S. 588 f.
- (10) Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW Bd. 74, 1962, S. 421.
- (11) Ulsenheimer, a. a. O., S. 35 f.
- (12) Ulsenheimer, a. a. O., S. 28 f.
- (13) Hanau, a. a. O., S. 59.
- (14) 松宮孝明『刑事過失論の研究』(一九八九年)二六頁。
- (15) Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 64. Anm. 1.
- (16) Salm, Das vollendete Verbrechen, Erster Teil/Zweiter Halbband, 1967, S. 51.
- (17) 札幌地裁昭和六一年四月一日判決高刑集四二卷一七九頁参照。
- (18) 田宮裕『刑事訴訟法』(新版・一九九六年)一九六頁。
- (19) Salm, a. a. O., S. 207 f.
- (20) 最決平成元年一月一五日刑集四三卷二二八七九頁。
- (21) Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, S. 140.
- (22) Hardwig, Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, S. 291 f.
- (23) Wessels, Urteilsanmerkung zu BGH, Urt. v. 27. 4. 1966, JZ 1967, S. 451.
- (24) 町野湖『犯罪論の展開Ⅰ』(平成元年)一一三頁。
- (25) 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(昭和五九年)三七頁。
- (26) Herzberg, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, S. 881.
- (27) Herzberg, a. a. O., S. 882.
- (28) Ulsenheimer, Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung — BGH bei Dallinger, MDR 1971, 361 (Entscheidungsrezension), JuS 1972, S. 253, Fn. 10.
- (29) Spindel, Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973, S. 140.

- (30) Geien, Urteilsanmerkung zu BayObLG, Urt. v. 21. 11. 1972, JZ 1973, S. 322.
- (31) 本決定及び本決定に係わる学説紹介として、山中・前掲書三三二―三三九頁がある。
- (32) 現在では、一・一%が絶対的運転不能状態とされている (BGHSt 37, 89)。
- (33) Knauber, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26. 11. 1970, NJW 1971, S. 627.
- (34) Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jescheck-Festschrift (1985) S. 288 f. [紹介、松宮孝明・立命館法学一九八六年一〇七―一〇八頁以下]。
- (35) Möhl, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26. 11. 1970, JR 1971, S. 249.
- (36) Knauber, a. a. O., S. 627.
- (37) Bindokat, Verursachung durch Fahrlässigkeit, JuS 1985, S. 33.
- (38) Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung — BGH, NJW 1982, 292, JuS 1982, S. 662 f.
- (39) von Lehmann, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26. 11. 1970, NJW 1971, S. 1143.
- (40) Schlüchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, S. 794.
- (41) Erb, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht (1991) S. 256.
- (42) BGH, Urt. v. 10. 8. 1984, NStZ 1985, 26 f.
- (43) Vgl. Wolfslast, Entscheidungen — Strafrecht: BGH, NStZ 1981, S. 220.
- (44) 町野・前掲書一三七頁。
- (45) 林幹人『刑法の現代的課題』(平成三年)五一―五二頁。
- (46) 本判決の邦語評釈として、松宮孝明「義務違反的態度の原因性」法学ジャーナル三六号(一九八三)一八三頁以下がある。
- (47) Erb, a. a. O., S. 114.
- (48) Niewenhuis, Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht. 1984, S. 58.
- (49) Puppe, a. a. O., S. 664. その後、この見解は、ders., ZStW 99, 1987, S. 600 f. で捨てられた。
- (50) Puppe, a. a. O., S. 661.
- (51) Niewenhuis, a. a. O., S. 100.

- (52) Ranft, a. a. O., S. 1425.
- (53) 本決定の邦語評釈として、松宮孝明「交通事故と速度違反との法的因果関係」法学ジャーナル四六号（一九八六）一三二頁以下がある。
- (54) BGH, Urt. v. 18. 11. 1961, VRS 20, 129 ff.
- (55) zit. Hassemer, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 6. 11. 1984, JuS 1985, S. 734.
- (56) Ebert, Der Schutzzweck von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgszurechnung, JR 1985, S. 357.
- (57) Puppe, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 6. 11. 1984, JZ 1985, S. 296.
- (58) Hassemer, a. a. O., S. 735, Fn. 9.
- (59) Ebert, a. a. O., S. 357 f.

第三節 問題の所在と従来の議論の枠組み

(1) 前節までの判例の概観及びその検討から、「合法的行為との代替性」の問題について、判例が直面ないし提起した問題の内で解明を要するものは、以下の三つに集約することができる。

第一に、「合法的行為との代替性」が存在するとの主張（代替性の抗弁）を考慮する必要があるのか？

第二に、代替性の抗弁をどのように定式化することができるのか？

第三に、代替性の抗弁は、いかなる要件の下に、どのような法的効果を生ぜしめるものとして、犯罪論体系のどこで認めることができるのか？

(2) 第一の問題は、「合法的行為との代替性」の事情を考慮しないシュペンデルによって、投げかけられたものである。

彼は、トレーラー事件に関して、次のように主張した。「交通違反の（接近し過ぎた）追越しという非難可能性は、交通に適した走行であっても蓋然的に致命的な交通事故が発生したであろうとの理由で排斥されるものではなく、適切な間隔での追越しであれば場合によってはその死は起きなかった（発生しなかった）であろうという理由で、同じく基礎付けられるのである。仮令わずかでも人命を失わせないためのこのチャンスを、トレーラー運転手は道路交通上瑕疵ある行為をして活かさなかった。このことで運転手は非難され得る」のだと。⁽¹⁾

これに対し、ロクシンは、「法令上の注意義務違反と構成要件の結果との惹起が、総合的に見れば必然的に過失行為になるという論証」なくして、「これを受け入れようとすれば、……*versari in re illicita*、即ち、何か禁じられたことをすれば、そこから生じるすべての結果が当然に過失によるとして帰属せしめるものに、立ち戻るであろう」と批判した。⁽²⁾しかし、これは余り説得力がない。というのも、シュペンデルは、運転手の不注意と事故との主観的関連はあると考えており、「過失による惹起」を「過失+惹起」と同視しているわけではないからである。また、「合法的代替行為事例では、違反した注意義務の内容を顧みず行為者にその結果が帰せられ、そのことでどうやら行為者が自己の禁じられた行為の純然たる偶然的帰結に対して責任を負う」ということは、問題ではない。⁽⁴⁾との反論も見られる。結局、（特別法上の）義務違反の有無に予見可能性が左右されるという帰結が、シュペンデルをして結果責任の非難に晒すことになっているのである。⁽⁵⁾

かくして、どういふ点で、合法的代替行為による侵害可能性が結果発生に偶然的性格を与え、⁽⁶⁾いかなる意味において当該状況下にあった被告人を処罰することが不当なのかを、具体的に論じる必要がある。

(3) 第二の問題は、代替される合法的行為の特定の仕方を問うものであるが、同時に、代替させてはならない仮定的原因との区別を問うものでもある。

前者の問題は、酩酊事件決定を検討する際に取り上げたが、連邦裁の特定の仕方が妥当でなかったため、この問題の核心を理解するには、むしろトレーラー事件決定前に下された、次の歩行者事件で考えるのが適切である。

【歩行者事件】BGH一九五七年七月一日判決 (BGHSt 10, 369 ff.)

(事案)

若い女性と規則に違反して完全に暗くなった国道の右側を歩いていた被告人は、その背後から突如時速六〇〜七〇キロでオートバイが接近し、その間に割り込んだため負傷したが、オートバイの運転手は、頭蓋骨折と脳挫傷で数時間後に死亡した。

(判旨)

反対方向に歩いていた場合や事故現場に立っていた場合でも同一結果になったであろうから、規則違反と事故との原因関連はないという上告理由に対し、事実関係の法的評価に際しては、常に現実の事実または被告人の行為から出発されねばならず、他の道路側にいけば衝突が生じなかったことは明白だとして、上告を棄却した。

本件では、被告人の義務違反行為に代わる合法的行為として、①国道左側を目的地に向かって歩くこと、②国道右側を目的地とは逆方向に歩くこと、及び③オートバイと向かい合う方向で事故の現場となった地点に立っていることが想定されるが、本判決は、代替性を①に認め、被告人の主張した②③は仮定的原因の抗弁として退けたのである。では、その特定基準をどこに求めたのであろうか。被告人の意思を含む事実関係からすれば、①が最も蓋然性の高い仮定的事情といえるが、果たしてこれだけで恣意的でない特定であったといえるか、疑問なしとしない。

この点につき、カールスは、次のような論理で本判決の立場に疑問を呈している。左側通行を定める規定の目的は、歩行者が一方の道路側に行くことにより、「その都度もう一方の道路側を走行する自動車は事故を引き起こさないよう

保障することではない。「専ら歩行者が同じ車道側で近づいてくるドライバーに顔を向け、こうしてより大きな救助可能性があるよう配慮することである」。それ故、被告人の目的地に向かう意思は取るに足らず、被告人の抗弁は正しいというのである。⁽⁷⁾ 果たして、代替性の抗弁は、その性質上特定できるものなのか、それとも、規範の保護目的によって初めて特定されるものなのか。これが前者の問題の核心である。

(4) 一方、後者の問題は、連鎖衝突事件判決を検討する際に触れたが、この区別ができないと、因果関係論に無用の混乱を生ぜしめることになる。というのも、例えば、択一的競合事例（典型例として、XとYが独立にAに致死量の毒を与え殺害した場合）において、代替性の抗弁が主張し得るとなると、合法的代替行為（毒を与えないこと）であつても同一結果は確実に生じるから、結論において条件関係を否定する立場と一致することになるほか、仮定的因果経過の問題（典型例として、死刑執行人が執行ボタンを押そうとした瞬間、子供を殺害された父親が復讐のため執行人を押し退け自らボタンを押した場合）⁽⁸⁾ においても、代替性の抗弁が許容されるならば、これまで条件関係の存否の判断に仮定的事情を考慮してはならないとしてきた通説の立場を、根底から覆すことになるからである。

しかるに、仮定的原因との区別に関する議論は乏しく、「合法的行為との代替性」の問題の重要性を認識させたロクシンでさえ、「問題となるのが、実際に待機している仮定的因果関係ではなく、規範的な危険増加判断を得るのに役立つところの、比較目的のために案出された仮定的因果関係だけであるという点において区別される」というに止まる。⁽⁹⁾ 我が国では、条件関係の存否に付け加えてよい仮定的原因の範囲を「法の期待に反しない行為」という一般条項の基準で画する見解がある⁽¹⁰⁾ ほかは、さしたる議論は見られない。既に示唆したように、両者の間に異質的な何かを見出さねば区別できないように思えるが、この点を明らかにして行かなければならないであろう。

(5) さて、理論的に最も錯綜しているのが、第三の問題である。①代替性の抗弁が認められる要件、②代替性の抗弁

説
の法的効果、及び③代替性の抗弁の体系論上の位置付けについて、以下論じて行くことにしよう。

論
まず、問題点①を考察するのは、次に取り上げる二つの判例事案の如く、「合法的行為との代替性」の問題であるように見えて代替性の抗弁がおよそ問題にならない事案を、除外する必要があるからである。

【最判昭和四七年一月一六日】（判タ二八六号三〇八頁）

（事案）

見通しがよく対向車の稀な交差点を右折しようとして、適切な右折準備に入つたものの、後方に対する安全確認をしながらそのまま交通法規に違反して交差点の手前約六メートルの地点から右折を開始したため、時速約六〇キロで被告人車両を追い越そうとしていた被害者運転の自動二輪車と接触し、転倒、死亡させた。

（判旨）

「本件事故現場の道路および交通状況のもとでは、被告人の右折方法に誤りがあるからといって、〔道交法三四条二項〕に従つた右折方法による場合に比し、直ちに対向車線内で後続車との衝突の危険が一層増大するものとは認めがたいから、被告人が「被害者の無謀異常な運転による追い越しを予期した」等の特段の事情がない限り、被告人に、より周到な後方安全確認義務があつたものとはなしたがたく、また、このような右折方法を目して直ちに本件事故発生の原因たる被告人の過失と速断しがたい」と判示し、右折方法違反を捉えて過失を肯定した原判決を破棄、差し戻した。

【大阪高判昭和四一年二月一七日】（下裁判集八卷二号二四二頁）

（事案）

夜間、被告人運転車両が、左右の見通しの困難な交通整理の行われていない十字交差点に、左右の安全確認や徐行

減速することなく時速約二〇キロのまま東から進入したところ、遅れて北から時速三五―四五キロで漫然と進入し、あわててブレーキを踏んで転倒した被害者運転のバイクと接触、負傷せしめた。

（判旨）

被告人には交差点進入の際の左右安全不確認及び減速徐行義務違反があると認めつつも、被害者にも同様の注意義務違反があるとした上で、被害者の「義務違反が本件事故発生の決定的原因であつて……被告人の不注意は単なる偶発的な要素であつて事故発生に帰責すべき条件を形成したものは考えられず、従つて被告人の前記注意義務の懈怠と本件事故との間には因果関係の成立を認めがたい」と判示し、業務上過失致傷罪を認めた原判決を破棄して、無罪とした。

右最高裁判決は、被告人の交通法規違反と具体的な注意義務の存否とは別個の問題であるとの観点から、運転者に右折方法の違反がある場合でも、危険増加が認められない限り、原則として信賴の原則を適用し、後方安全確認義務そのものを否定したものであるが、このように、行為の（刑法）規範違反が認められない場合は、「合法的行為との代替性」を問題とする前提を欠く事案ということになる。

これに対し、大阪高裁判決は、結論的に「注意義務違反と結果の因果関係」を否定しているので、「合法的行為との代替性」の問題として扱えるように見えるが、理論的には凌駕的因果関係の問題として考えるべきものである。ここに「凌駕的因果関係」とは、「先行行為の効果が結果を発生させる前に、後続行為の方が結果を発生させてしまった場合を指称するのが一般である」⁽¹¹⁾が、そもそも条件関係すら認められない事象に因果関係という名称を付すことは、因果関係概念に無用の混乱を招くだけであるから、「因果関係の断絶」と區別して用いる方が適切であろう。例えば、行為者が被害者に遅効性の毒薬を飲ませたが、効果が生じる前に交通事故で死亡した場合を「因果関係の断絶」と規定し、未

だ致命的には至らない状態で変調を感じた被害者が、病院に行く途中で事故死した場合を「凌駕的因果関係」と称するのである。本件の場合、結果発生の原因は被害者自身の行為というのであるから、被告人の行為の効果は、結果発生に幾分寄与しているにせよ、凌駕されたと評価できるのである。それ故、「因果関係の存在が認められるためには、……条件関係が認められたのち、さらに、事案が凌駕的因果関係でないことが認められなければならない」という命題⁽¹²⁾自体は、決して誤りではないが、因果関係の凌駕断絶と規定する限り、「理解不能」⁽¹³⁾とされるのは当然である。いずれにせよ、ここでは、規範違反行為と法益侵害結果との因果関係の存在が、合法的代替行為事例であるための要件であることを確認しておこう。

では、行為の規範違反性が肯定され、規範違反行為と法益侵害結果の因果関係が存在するならば、代替性の抗弁をなし得るのであるか。確かに、例えばロクシンは、合法的代替行為事例の共通要因として、「合法的行為との代替性」の事情のほかに、被告人の不正な行為と法益侵害の存在を挙げるに止まった。⁽¹⁵⁾そのため、「許された危険」の法理によって許容される行為を、代替される合法的行為とすることに對し、次のような批判がなされた。「トレーラー事件で、自転車運転者が高度の酩酊状態にあり、一〇・五メートルの間隔をあけても轢き殺すであろうことをトレーラー運転手が予見していた場合にまで不可罰とするのは明らかに不当である。また、コカイン事件で、ノヴォカイン注射をすれば患者は死亡するであろうことを予見する医師は、その注射をもしてはならないのであり、『許された危険』の法理の適用上故意犯と過失犯を特に区別する理由がないとすれば、故意犯の場合を考えれば明らかのように、ノヴォカイン注射を一般的に許される行為として仮定することは明らかに妥当でない」と。⁽¹⁶⁾

しかしながら、ウルゼンハイマーが、「仮令実際には判例事案がどうであつたであれ、行為者にとって不注意な行為の着手の瞬間には同一結果を引き起こしていたであろう事情が認識できなかったということを出発点とする」と述べて⁽¹⁷⁾

いるように、少なくとも主観的な認識不可能性を代替性の抗弁の要件として設定するならば、批判者のいうような事態は起こり得ない。もつとも、ウルゼンハイマーの論拠は不明であり、当時この問題を責任論で処理していたウェッセルスの論文を引用しているに過ぎない。それ故、改めてその論拠を問い直さなければならぬ。以上が、問題点①の核心である。

(6) 問題点②と③は、互いに密接に関連しており、学説が多種多様な見解を表明しているのも、この部分についてである。そこで、議論の単純化のために、二つの理論的視角を設定することにしよう。一つは、代替性の抗弁が認められる法理現象を刑法学的にどのように捉えるかという点、即ち、①当該結果は回避不能であったと捉えるか（回避可能性思考）、②当該結果には許されざる危険の実現はなかった——許された危険の実現があったに過ぎない——と捉えるか（危険実現思考）、それとも③当該客体の価値が既に喪失していたと捉えるか（損害萌芽思考）である。もう一つは、代替性の抗弁による免責を導くために、合法的代替行為事例において、犯罪成立要件——規範違反行為と違法結果、及び両者の因果関係——の内いづれが欠如するに至ると見るかという点、即ち、①因果関係が規範的に否定されると見るか（因果関係論）、②行為の規範違反性が実質的に解消されると見るか（客観的帰属論）、それとも③結果の実質的違法性が否定ないし阻却されると見るか（違法論）である。

この内、因果関係論で解決する立場は、因果関係概念を存在論的に捉えることを拒否し、条件関係（*Conditio* 関係）判断と回避可能性思考を結び付ける。その代表的なものが、町野の規範的条件関係論であり、「義務違反の因果関係」概念に合理的根拠を与えようとする考え方と言ってよい。しかし、学説は一般に、「合義務的行為であっても同一結果は生じたであろうか」と問うことは、事実的因果関係のレベルで論じられる問題ではなく、その評価である規範的な帰属関係の問題だとしている。この客観的帰属論は、その内部においてかなり複雑であるが、最も基本的には、回避可能

性思考と結び付く立場と危険実現思考と結び付く立場とに分かれる。前者は、結果の帰属は合義務的行為であれば「確実性に境を接する蓋然性」でもって回避できたことを前提とすると捉えるもので、ウルゼンハイマーの規範の保護作用論が代表的である。この立場は、「義務違反の因果関係」における概念的矛盾を解消しようとする考え方であり、結論において判例と一致するが、「*In dubio pro reo*」原則の適用によるジレンマの克服に取り組まねばならない。これに対し、後者は、結果の帰属は注意義務違反が事後的にも許された危険に比べ結果発生の危険を増加させたことで足りるとする。この立場は、ロクシンが創造した危険増加原理から出発し、今日の規範的帰属論に結実したものであり、刑事政策上妥当な結論を導き出せるが、理論的難点が多く、複雑性を増大させる傾向にある。

最後の違法論においても、回避可能性思考を違法阻却事由として展開する立場がある。法は誰もが回避し得ないような結果の回避を行為者に命じないから、有責性を論じるまでもない（他行為の絶対的不能の場合は、構成要件該当性を排除する）というのであるが、「他の法益との衡量が問題となっていないのではないから違法阻却事由と解すべきではない」⁽¹⁹⁾し、結果回避不能という一般条項的違法阻却事由を明文規定もなく想定することは、法定違法阻却事由の存在を無用視しかねないであろう。それ故、現時点において、違法論に解決を求める立場として検討に値するのは、アルトウール・カウフマンの損害萌芽思考だけであるように思われる。この思考は、民法法における損害賠償理論からの転用であり、既に存在する仮定的原因が、損害賠償に関して物件の価値を減少し得るように、結果無価値の評価に対する客体の価値減少をもたらすというものである。とりわけロクシンからの激しい批判に晒され、支持者もほとんど見出し難い状況にあるが、仮定的事象を現実の事象として捉え直そうとする考察方法や、故意犯にも無理なく適用を及ぼし得る見解である点で、学説上の意義は決して少なくない。

本稿は、次章において、これらの諸見解を批判的に検討することにするが、結論的には、事実的な意味での危険実現

思考に立ち、カウフマンとは違ったアプローチで、違法論に解決を求める立場を表明することになる。

(7) が、その前に、我が国で見られる伝統的過失論による解決法について触れておこう。同理論によれば、「義務違反は責任要素として過失の本体であるから、それと直接外界の結果との間に因果関係が問われることは背理であり」、「新過失論が注意義務を構成要件的行為あるいは違法行為として再構成したところに『義務違反と結果の因果関係』を問題たらしめたことの一端がある」と評されている²¹⁾。また、前節までの判例の概観で見たように、結果を惹起させた行為に何らかの落度(例えば交通法規違反)があれば、当該行為の具体的危険性を考慮することなく、広く過失行為を想定するため、(修正) 伝統的過失論であれば構成要件該当性ないし責任の否定で端的に処理できるところを、「合法的行為との代替性」の問題として議論したり、規範の保護目的論を導入して過失責任を否定しなければならなくなると評することもできよう。

しかしながら、(修正) 伝統的過失論に立てば、代替性の抗弁を認める必要がなくなるというものでもない。例えば、トレラー事件につき、「本件の本質的事実は酒酔いの点であるから、その点の予見不可能により結局過失にならない」とする見解もある⁽²²⁾。確かに、こういう捉え方も可能であろうが、シュベンデルのように、「運転手は、自己の危険な交通違反の追越しにより、とにかく酩酊していきようがしてまいが、自転車走行者が面食らい、転倒し、致命傷を負い得ることは認識し得た⁽²³⁾」と捉えることも不可能ではない。つまり、予見可能性の対象にいかなる事態を設定し、どこまで具体化するかは、未だ解決されていない問題であり、決め手を欠くのである。また、論者も認めているように、「この関係の諸判例の事案がすべてこのような意味での予見不可能な場合であるといつてよいかは具体的に検討する余地がある⁽²⁴⁾」が、未だにかかる検討がなされていないので、評価の下しようがないというのが現状である。

のみならず、「合法的行為との代替性」の問題は、過失犯に限定されるものではない。例えば、次のようなトレラー

説
事件の修正事例が挙げられている。「トラック運転手Tは、はるか前方にねたましく思っているOが自転車に乗ってサイクリングしているのを目にする。Tは、追い越す際に狭すぎる側面間隔を保とうともくろむ。こうすることで、Oがおぼつかなくなり、転んで瀕死の重傷を負うことを期待してである。〔そして〕Tの思惑どおりに行くように見える。追い越しをかける間にOは転倒してトレーラーに轢かれ、その際に被った傷害で死亡するのである。〔が〕血液検査により、Oは事故当時からかなり醗酵していて、Tが交通上適切な行為をしていたとしても蓋然的に同じように同時刻に死亡していたであろうことが判明する。Tは、犯罪を犯したのか?」⁽²⁵⁾。かかる期待は故意ではないとの「便法」を用いるならば、未遂すら成立しなくなるが、これは不当であろう。このように、責任論による解法には限界があることは、認めざるを得ないように思われる。

第一章第三節註

- (1) Spedel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, S. 198. [紹介、中山研一・法学論叢七十一巻五号九〇頁以下]。
- (2) Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigen Delikten, ZStW Bd. 74, 1962, S. 431.
- (3) Spedel, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke* und Fahrlässigkeitsdelikt, JUS 1964, S. 19.
- (4) Erb, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991, S. 67. 例えば、トレーラー事件における自転車走行者の死の場合、狭すぎる追越しと偶然に結び付いた現象が問題であるとは、この種の交通違反の典型的帰結を考えれば、少なくとも当然には見做し得ないだろう、というのである。
- (5) 島田雅子「仮定的予備条件について」法学新報八六巻一〇―一二号(昭和五五年)二二三頁。
- (6) Erb, a. a. O., S. 67.
- (7) Kahrs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968, S. 182.

- (8) Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 15 f.
- (9) Roxin, Strafrecht AT, Band 1, 2 Aufl., 1994, §11, Rn. 79.
- (10) 町野朔『犯罪論の展開Ⅰ』（平成元年）一六九頁。
- (11) 内田文昭『刑法概要上巻』（平成七年）三二二頁注（38）。
- (12) 林陽一『刑法における相当因果関係（四・完）』法学協会雑誌一〇四卷一号（昭和六二年）九九頁。
- (13) 林・前出註（12）一一〇頁注（9）。
- (14) 山中敬一『刑法における相当因果関係説の批判的考察』法学論集四三卷四号（平成五年）一一九頁。
- (15) Roxin, a. a. O., S. 412.
- (16) 山口厚『因果関係論』芝原ほか（編）『刑法理論の現代的展開・総論Ⅰ』（一九八八年）五〇頁。
- (17) Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, S. 364, Fn. 1.
- (18) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 10 Aufl. 1995, §14 Rn. 83ff, §22 Rn. 19ff, 30ff, insbesondere 50ff.
- (19) 林幹人『刑法の現代的課題』（平成三年）五五頁。尚、回避可能性思考を責任阻却論として展開することは可能であるが、結果回避可能性を責任要件とする立場〔平野龍一『刑法概説』（昭和五二年）八五頁〕には疑問がある。「責任は、行為に出たこと自体に対する非難可能性に他ならない」以上、「行為自体に出たことについて、行為に出ないことが不可能であった場合（行為制御能力の欠如）には、責任の阻却を認めることができるが、行為自体を行わないことが可能である、結果回避可能性が欠如する場合にまで、責任阻却の問題とすることは無理がある」〔山口・前出註（16）五三頁〕からである。
- (20) カウフマン説を評価するものと「こじつ」Kuhl, Urteilsanmerkung zu BGH, Urt. v. 15. 10. 1981-4 StR 398/81, JR 1983, S. 34 f.
- (21) 真鍋毅『結果の回避可能性と過失』『刑判判例百選Ⅰ総論（第三版）』（平成三年）一一一頁。
- (22) 井上祐司『行為無価値と過失犯論』（昭和四八年）二四六頁。
- (23) Spendel, Eb. Schmidt-Festschrift, S. 198.
- (24) 井上祐司『因果関係と刑事過失』（昭和五四年）二七頁。

說 (5) Baumann / Weber, Strafrecht AT, 9 Aufl. 1985, S. 256.

論