

論説

刑事過失と信頼の原則の 系譜的考察とその現代的意義

東京大学准教授

樋口亮介

【目次】

はじめに

- 1 本稿の問題意識
- 2 本稿の目的と分析手法

一 基本的思考枠組の解明：

大正3・3・11まで

- 1 大審院判例にみる過失判断の定式
- 2 大正3・3・11にみる
信頼の原則の法的構造
- 3 大審院の過失判断の定式と
信頼の原則の系譜

二 過失の判断定式と信頼の原則の
法的構造の具体化

- 1 攪乱要因の除去
- 2 過失の判断定式の具体化
- 3 信頼の原則による注意義務の免除

三 基本的思考枠組み解明の現代的意義

おわりに

【細目次】

はじめに

- 1 本稿の問題意識
 - (1) 新過失論の論理的分析
 - (2) 実践的な問題解決の必要性
 - (3) 学説と判例の系譜の齟齬
- 2 本稿の目的と分析手法
 - (1) 本稿の目的
 - (2) 具体的な分析手法
 - (a) 我が国の判例を主たる素材とする理由
 - (b) 理論構造の析出

一 基本的思考枠組の解明：

大正3・3・11まで

- 1 大審院判例にみる過失判断の定式
 - (1) 注意義務設定の規範的根拠
 - (2) 規範的に設定された注意義務による
被告人の具体的行動の評価
- 2 大正3・3・11にみる
信頼の原則の法的構造
 - (1) 過失の判断定式の採用
 - (2) 信頼の原則による注意義務の免除
 - (a) 問題設定
 - (b) 規範的考慮に基づく注意義務の免除
 - (c) 注意義務免除の前提状況

3 大審院の過失判断の定式と信頼の原則の系譜

- (1) 予見可能性概念の不存在
- (2) 過失犯の処罰要件をめぐる比較法上の議論
 - (a) 英米不法行為法における過失の判断構造
 - ① 行動説：過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みの自覚的拒否
 - ② 危険概念による過失の定式化と信頼の原則の採用
 - (b) 大審院判例への影響
 - ① 信頼の原則の文面の類似性と法的構造の同一性
 - ② 英米不法行為法へのアクセス
- (3) 学説・判例における過失犯の系譜が齟齬する原因

二 過失の判断定式と信頼の原則の法的構造の具体化

1 攪乱要因の除去

- (1) 予見可能性概念と危険の防止という規範的見地を区別する必要性
 - (a) 主観的予見可能性と客観的予見可能性
 - (b) 危険の防止という規範的見地と客観的予見可能性概念を区別する実益
 - ① 注意義務の具体的内容の確定根拠
 - ② 信頼の原則の法的構造の基盤
- (2) 最高裁判例における予見可能性概念の明示的採用とその背景
 - (a) 最高裁判例の過失の定式
 - (b) 最高裁判例の定式を登場させた背景
 - ① 過失の判断定式の系譜に対する自覚の欠落
 - ② 学説の新過失論と大審院の判断定式の内容的類似性
 - ③ 大正3・3・11の全体構造の部分的注目

2 過失の判断定式の具体化

- (1) 検討素材とする判例の選別
- (2) 過失の判断定式の具体的内容
 - (a) 状況の記述及び危険の具体性・抽象性（判断定式Ⅰ・Ⅱ）
 - (b) 防止対象になる危険と注意義務の具体的内容の対応関係（判断定式Ⅱ・Ⅲ）
 - (c) 注意義務の複層性（判断定式Ⅲ）
 - ① 重量型 ② 択一型 ③ 接続型
 - (d) 注意義務の内容に照らした被告人の努力の評価（判断定式Ⅳ）
- 3 信頼の原則による注意義務の免除
 - (1) 検討素材とする判例の選別
 - (2) 信頼の原則の法的構造
 - (a) 原則としての注意義務の重畳的負担
 - (b) 注意義務の免除を認める規範的考慮
 - (c) 注意義務が免除される範囲
 - (i) 法令の趣旨を踏まえた事例
 - (ii) 実質判断が行われた事例

三 基本的思考枠組み解明の現代的意義

- 1 上告趣意の主張と最高裁の判旨
- 2 全赤信号の状態における注意義務の免除を否定する規範的考慮
- 3 動静注視義務と予見可能性の関係

おわりに

はじめに

過失犯というテーマについては、過去に積み重ねられた議論が非常に多い。本来であれば、その過去のテキスト全てを収集し、そこで積み重ねられた議論の全体像を明晰に認識した上で、そういった議論に加えて新たにテキストを発表する意義を明らかにするのが望ましいであろう。しかし、そういった理想を実現するには、あまりに過去の議論が多い。

そうすると、そのような理想を実現できないにもかかわらず、何故、ここに新たに論文を発表するのかを説明する責務が発生するのであろう。そこで、本論に入るに先立って、本稿が過去に積み重ねられた議論をどのように取り扱い、いかなる点で新たな意義を付与することを意図しているかを詳しく明らかにしておきたい。そうすれば、この短いとはいえないテキストの位置づけを読者は理解し、本稿をより容易に読み進められるし、読者の目的に応じて部分的に読むことで済ませることもできるであろう。

なお、本稿は2008年度冬学期に東京大学法学部で行った筆者の演習「刑事過失の総合的検討」の成果の一部である。演習に参加した井上克彦、江崎優汰、小野航介、竹田奈未、永井万紀子、畠山卓己、藤澤純平、三隅諒、三宅亜紗美に大いに感謝する。

1 本稿の問題意識

まずは、過失犯について新たなテキストを発表する必要性を筆者に感じさせた問題点を三点に分けて説明する。

(1) 新過失論の論理的分析

我が国においては、周知のごとく、予見可

能性を中核とする旧過失論と結果回避義務を中核とする新過失論が対立している。

このうち、旧過失論は明瞭な根拠を持ち、主張する過失犯の処罰範囲も明瞭である¹⁾。端的にまとめると、旧過失論は、①故意を心理的な責任要素として理解する立場を前提に、②過失についても同様の説明を行うという見地から、過失を心理的な責任要素であると理解する。予見可能性が過失犯の中核であるという議論の基礎には、予見可能性が過失犯における心理的要素であるとの理解が存在するのである。そして、この予見可能性という概念が、過失犯の処罰範囲をも規律することになるため、処罰範囲が明瞭になる。

これに対して、新過失論の内容はそれほど明瞭とはいえない。それは、客観的な結果回避義務を過失犯の中核とするという命題には、多岐にわたる議論が含まれるからである。

客観的な結果回避義務を中核とする新過失論を採用するといっても、①故意を心理的な責任要素と理解した上で、②過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する旧過失論と比較すれば、新過失論の理論構造が一樣のものではないことがわかる。

まず、旧過失論の構造①②は完全に維持し予見可能性を過失犯の処罰要件としたまま、客観的な結果回避義務を別個の要件として要求することができる。例えば、違法要素としての結果回避義務と責任要素としての予見可能性は双方必要であるという議論がこの立場に属する²⁾。

さらに、旧過失論を支える議論のうち、①を否定することもできる。故意を違法要素とする目的的行為論は、過失についても違法要素として説明することを試みるが、この立場に属するものといえる³⁾。

しかし、旧過失論の構造を拒否する方法は、

1) 旧過失論の構造を明晰に把握するのが松宮孝明である（予見可能性概念の簡潔な検討として、少々難解ではあるものの、『過失の標準』再論『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004）151頁（初出・刑法雑誌32巻3号368頁（1992）））。

2) 典型的に、団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990）333、334頁。この立場は、予見可能性と結果回避義務双方を独立して要求するものであり、新過失論・旧過失論を足し算したものといえる。このような議論が中庸を得たものと感ぜられるためか、新過失論だけでなく、旧過失論者からも支持を集めるに至っている（山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2007）229頁）。

3) 代表的論者として、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008）200頁。

①を否定するだけでなく、②を否定することでも可能である。この立場によると、故意犯の構造はさておき、過失犯について固有の処罰根拠を採求することになる。

新旧過失論争が十分に成果を挙げるに至っていないのは、新過失論の理論構造が多岐にわたり、内容を不透明なものにしていることが一つの原因であるように思われる。ここから、新過失論の内容の明確化が必要であるという問題意識が生じる。

(2) 実践的な問題解決の必要性

新過失論の明確化という問題意識は、単なる学問的関心にとどまらない。我が国の判例は、注意義務を設定した上で、被告人の具体的な行動がその義務に違反しているかを問うという形で過失の存否を判断しており、新過失論に立脚しているというのが一般的な理解である。そうすると、新過失論の理論構造を明確にしない限り、判例による過失犯の処罰範囲について内在的な分析を行うための基礎を欠くという問題が生じるのである。

例えば、筆者がジュリスト1382号140頁で判例評釈の対象とした患者取り違え事件(最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁)において最高裁は、患者の同一性を確認するための行動をした麻酔医について一応の努力にとどまるとして注意義務違反を認めた。

しかし、何故、患者の同一性を確認するために姓を呼びかけ、同一性に疑いが生じてからは他の手術関係者に疑問を提起した麻酔医について、注意義務を履行したといえないと評価できるのかは問題となるところである。最高裁の判断の当否を論じるには、注意義務の具体的内容をいかにして定めるかという問題に取り組む他ない。ところが、新過失論による義務内容の設定方法については、意外なまでに明瞭な議論はない。この問題に答えるには、新過失論による過失犯の処罰根拠を明瞭にし、結果回避義務の設定根拠を明らかにすることが不可欠である。

さらに、患者取り違え事件において最高裁は、同一性を確認するための病院全体としてのシステムも医療チーム内の役割分担も存在

しなかったことを理由として、信託の原則による注意義務の免除を拒否するとの判断も行っている。

しかし、何故、他の手術関係者(例えば、患者を手術室に送付する看護婦)による同一性確認を信託することが許されないかについて、直ちに明らかとはいえない。病院のシステム・医療チーム内の役割分担がなくても、看護婦が患者の同一性を確認する義務を負担する以上、手術室で麻酔を導入する麻酔医は看護婦を信託すれば足りる、との議論を採用できない理由が問われるのである。最高裁のこの点の判断の当否を論じるには、信託の原則による注意義務の免除が認められる要件を明らかにすることが不可欠である。ところが、そのような試みは意外にもなされてこなかった。その原因は、新過失論に立脚する判例の構造の内部において、信託の原則がいかなる法的構造を有しているかという形での判例の全体構造を視野に収めた研究が十分になされてこなかったことにあるように思われる。

(3) 学説と判例の系譜の齟齬

このように、新過失論の構造が不明瞭である上、信託の原則の位置づけも不透明である。この問題を解決する一助とすべく、新過失論と信託の原則の判例・学説上の系譜を調査すると、実に奇妙な疑問が生じる。

我が国には、新旧過失論争が存在し、判例は新過失論に立脚している、というのが一般的な理解であろうと思われる。ところが、新旧過失論争が生じたのは昭和30年(1955年)以降であるのに対し、判例がその時期に旧過失論から新過失論に転化したということは全くなく、明治・大正期から注意義務を設定してその違反を問うという定式が採用されている。そうすると、何故、我が国の判例は、刑法学説が新過失論を形成するより先に義務違反を問う判断定式を採用できたのかという疑問が生じるのである。

次に、信託の原則についてみると、昭和30年代以降に学説によってドイツの信託の原則が紹介され、昭和41年(1966年)に最高裁も採用に踏み切った、というのが一般的なイ

メージであろうと思われる。ところが、この一般的なイメージに反し、ドイツで信頼の原則が採用されるより前に、大審院は信頼の原則を採用していたこともしばしば指摘されている。そういった指摘を行う文献が挙げる最初期の判例は、大判大正3年(1914年)3月11日刑録20輯278頁(以下、大正3・3・11)である⁴⁾。そうすると、何故、我が国の判例は、大正3年という早期の段階で信頼の原則を採用できたのかという疑問が生じるのである。

これらの奇妙な疑問を解決すること自体も学問的関心の対象となりうるところであるが、それに加えて、その疑問の解決が現在の問題状況の解決に役立つかもしれないという関心も生じることになる。

2 本稿の目的と分析手法

(1) 本稿の目的

以上の問題意識を踏まえて、本稿は、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件を明らかにすることを目的とする。特に、注意義務の設定根拠・具体的内容の確定方法と信頼の原則による注意義務の免除が認められる場合を明らかにすることを目指す点に、従来の先行研究に対する本稿の意義を求めたい。

このような目的を設定するのは、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みの無自覚な受容こそが、過失犯をめぐる議論を偏狭なものとしているように思われるからである。

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない場合、故意犯と過失犯にアナロジーを与える必要性はなくなるため、例えば、故意犯は心理的なもの

と理解しつつ、過失犯を客観的なものと理解することも可能になる。ところが、我が国の新過失論を採用する学説には、そのような議論は見当たらず、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みの拒否を明示するものはないようである。それは、新過失論者に対してさえ、過失犯を故意犯のアナロジーで説明するという思考枠組みが強固に作用しているからではないかと推測される。そして、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する思考枠組みからもたらされた予見可能性という概念が、古くから現在に至るまで過失犯の中核をなすものとして議論を強力に拘束してきたのである。

しかし、過失犯をめぐる議論の偏狭さを脱し、過失犯の全体構造を明晰に認識するには、予見可能性という概念から距離をとり、故意犯からのアナロジーとして説明する思考枠組みを採用しない場合の過失犯の処罰要件を析出することが不可欠であると筆者は考える。

(2) 具体的な分析手法

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件の具体化という目的を実現すべく、本稿は、我が国の判例を主たる検討素材にする。このような手法を採用する理由と検討の進め方についてさらに詳しく説明しておこう。

(a) 我が国の判例を主たる素材とする理由

学説における新過失論の主張はドイツ刑法学の影響を受けて戦後に急速に発展したものである。しかし、そこでの議論は、予見可能性という概念を中核として過失犯を論ずるという思考枠組みに拘束されたものであり、そのような思考枠組み自体から距離をとるといふ姿勢を看取することはできない。

これに対して、注意義務を設定し、具体的行動が義務に違反しているかを問うて過失の

4) 信頼の原則を明示的に採用した最判昭和41年6月14日刑集20巻5号449頁の判例解説として、市川郁雄「判解」最判解刑事篇昭和41年度94頁、98-99頁注3(1973)。他に、大正3・3・11を論じる重要な文献として、藤木英雄「過失犯の基礎理論」『過失犯の理論』(有信堂、1969)72頁(初出・「過失犯の考察」法協74巻1号1頁、3号22頁、4号18頁(1957))、谷口正孝「危険の分配—道路交通における—」ジュリ142号20頁、24頁(1957)。

存否を判断するという判例の定式は実に古くから確立し、この判断定式を前提として信頼の原則も大正3・3・11によって導入されている。本論で分析するが、明治・大正前期の大審院の裁判官は、英米不法行為法を参照して過失の判断定式及び信頼の原則を確立したと推測される。そして、英米の学説では、過失を故意のアナロジーで説明することを拒否する議論が自覚的に展開されていたのである。

したがって、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による処罰要件を明らかにするという目的からして、明治・大正前期の判例が適切な検討素材である。そして、過去の先例を引き継ぐという判例の性質上、明治・大正前期だけでなく、大正後期・昭和以降も、過失の存否について同様の判断を行うものが多く見出され、やはり検討素材にふさわしいといえる。

これに対して、我が国の学説及び比較法上の知見は、主たる検討素材とする我が国の判例を理解するのに必要な限度で取り上げるとどめたい。

(b) 理論構造の析出

本稿は、判例を主たる検討素材とするものの、多数の判例の事案と判旨を抜粋して紹介するだけでは、過失犯の処罰要件を具体的に提示するという目的を達成することはできない。

そこで、本稿は、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場を前提にして過失犯の処罰要件を具体化していることが明瞭に読み取れる判例を重点的に取り上げることにする。この作業を行うにあたっては、本稿の目的実現に必要な限度で事案と判文を取り上げることにし、資料的な紹介は行わないことにする。判例原典の抜粋を長くすると、過失の基本的な理論構造を把握するという本稿の目的を妨げるといふ逆効果を生じさせる恐れがあるからであ

る。また、判文を前から順番に分節するのではなく、筆者の理解したところの理論構造に沿った形で抜粋し、適宜番号と下線を付している。さらに、引用の際には原文の旧字体は新字体に、カナ書きは平仮名に直した。原典である判例を直接参照していただくのは容易であって、本稿では読みやすさを優先して構わないと考えたからである。

なお、本稿末尾に筆者が分析対象とした判例の一覧と簡単な紹介を掲げた。判例検索が必要な読者はそちらを参照していただきたい。

それでは、長い前置きはここまでとして、本論に入ることにしよう。

一 基本的思考枠組の解明： 大正3・3・11まで

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件の具体化を行うという目的からすると、大正3・3・11までの判例をテキスト分析の対象とするのが適切である。

大正3・3・11より以前、既に、故意犯のアナロジーとしての過失という思考枠組みに依らず、予見可能性という概念も使用しない判例群が存在し、過失の判断定式は確立していた。そして、その定式を前提として、大正3・3・11は信頼の原則の法的構造を明らかにしたのである。

もともと、明治期から大正3・3・11までに新過失論の基本的思考枠組みが確立していたとはいえ、今更100年前の大審院判例をわざわざ取り上げて検討することで現代の議論を深化させることなど果たして可能なのか、との疑念も生じるであろう。そのような疑念を払拭するには、本稿の分析全体をもって答える他ないが、基本的思考枠組みの解明を行うことが現代の議論をよりよく論じる基礎となるということを指摘しておきたい⁵⁾。

5) 過去に積み重ねられた知的資源を看過する限り、残るのは表層に残された命題に過ぎず、そのような表層的命題に基づいて現在の問題を論じたところで、その議論は隘路に陥る他ない。このような筆者の問題意識につい

とはいえ、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する思考枠組みを採用しない立場による処罰要件は、古典的判例のテキスト分析とは独立して理解可能なものである。そこで、詳細なテキスト分析は読者の負担になることにも鑑み、論理的な議論を冒頭に示しておくことにしたい。

過失犯を故意犯のアナロジーで説明するという思考枠組みを採用せず、予見可能性という概念に依拠しない場合、いかなる根拠で過失犯処罰を基礎づけ、注意義務の内容を具体化するかという問題が生じる。

この問題に対する判例の判断定式をまとめると四点に分けて説明できる。Ⅰまず、危険を生じさせる状況を記述する。Ⅱ次に、当該危険を十分に防止するという規範の見地に基づき、Ⅲ注意義務の具体的内容を確定する。Ⅳ最後に、当該義務内容に被告人が違反したかを判断する。

この判断定式において、過失犯処罰を基礎づける規範的根拠は危険の防止である。この危険の防止という見地から注意義務の内容の具体化も可能となるのである。

そして、信頼の原則は、この危険の防止という規範の見地と結合する。信頼の原則の基礎にあるのは、危険を防止できる人間が複数存在する場合、その複数の人間全員が危険を防止するための手段全てを尽くす必要はなく、特定の人間の注意義務の免除を認めてよいという議論なのである。ここには、危険の防止は、当該状況下に存在する人間全体で実現できればよいという視野を見出すことができる。

この議論によると、複数の人間のうち、危険の防止という見地から誰の注意義務を維持し、誰の注意義務を免除するかについての基準を定める必要が生じる。この基準は、刑法外の法令の趣旨の解釈と、公共の利益を実現する必要性を勘案することで定められる（この点についての詳細は二三（本稿 195, 196 頁））。

免除基準をいかに定めるにせよ、信頼の原則によって注意義務の免除が認められる前提として、注意義務を免除される行為者以外に、危険を防止することができる他の人間が存在するという状況が必要である。したがって、他の人間による危険の防止が期待できない場合には、この前提状況を欠くことになるため、注意義務の免除は認められない。

以上を簡易にまとめると、まず、判断定式Ⅰ～Ⅲに従って注意義務を設定する。次に、行為者以外に危険を防止できる人間が存在する場合には、信頼の原則による注意義務の免除基準に沿って、Ⅲで定めた注意義務の免除の可否を検討する。こうして定まった注意義務の具体的内容を前提に、Ⅳ当該義務内容に被告人が違反したかを判断する。

大正 3・3・11 までの過失判断は、このような複雑な構造を有するのである。それでは、このような結論を導出した過程を示すべく、判例のテキスト分析を開始しよう。まずは、Ⅰ～Ⅳの順序で行われる過失の判断定式を検討し、次に、信頼の原則について検討する。

1 大審院判例にみる 過失判断の定式

過失判断に関する判例の定式が明晰な形をもって最初に登場したのは、大判明治 36 年（1903 年）7 月 17 日刑録 9 輯 1239 頁（以下、明治 36 年判決）であろうと思われる。そして、現在に至るまでこの判断定式は一般的なものとして定着をみている。

そこで、明治 36 年判決を中心としながら明治から大正 3 年までの判例を素材に過失判断の方法をより詳細に分析する。

(1) 注意義務設定の規範的根拠

明治 36 年判決は、Ⅰ①踏み切りの見通しがきかないこと②人馬の往来が頻繁であること③踏切番人がいないことという三点の状況を記述した上で、その場合には、Ⅲ①汽笛を

ては、樋口亮介「法人処罰の系譜的考察—『法人処罰と刑法理論』補遺—」企業と法創造 5 卷 1 号 175 頁（2009）。

鳴らすこと②容易に停車できる準備をすることという二つの具体的義務が生じると判断している⁶⁾。

もっとも、注意義務の設定根拠として行為時の状況を記述しても、そこから直ちに注意義務の設定が正当化されるわけではない。当該状況において、何故、刑法が一定の義務の履行を要求できるかが問題となるからである。

注意義務を設定する正当化根拠という見地からみると、明治36年判決が記述する①～③は全て踏切通過時に衝突事故が生じる危険を生じさせるものであることが注目される。そして、明治36年判決が設定した二つの注意義務の具体的内容も、この危険を防止するためのものといえる。判旨原文でも、明瞭とはいえないものの、注意義務の設定に際してII「危害を避くる為め」と述べられており、注意義務を設定する規範的根拠が危険の防止にあるという思考枠組みが看取できるのである。

「I ①本案踏切の如き線路彎曲し遠望を妨くる場所に在りて②人馬往来頻繁にして而も③踏切番人の出務し居らざる場合に在りては汽車機関手たる者はII 衝突等公衆の危害を避くるか為めIII ①注意汽笛を鳴らし以て公衆に注意を喚起し且つ危害を避くる注意を為し②容易に停車し得可き準備を以て運転すへきは其職責なり」(刑録9輯1245, 1246頁)

このように、予見可能性という概念に依拠せず、危険を生じさせる状況を記述した上で、その危険の防止という規範的見地に立脚する判例は他にも存在する⁷⁾。

(2) 規範的に設定された注意義務による被告人の具体的行動の評価

過失犯の成否が争われる事案においては、被告人が危険を防止するためにそれなりの努力を払っている場合がある。このような場合、危険の防止という規範的見地から設定された注意義務の具体的内容に照らして、被告人の努力が十分なものといえるかという評価が行われる。

明治36年判決においては、被告人は①踏み切りの3, 40チェーン(約600～800メートル)前で汽笛を鳴らすとともに、②時速30マイル(約48キロ)から18マイル(約29キロ)に減速をしていた。このような被告人の努力によって過失が否定されるのか、この程度の努力では不十分として過失犯の成立を認めるのかは、危険の十分な防止という規範的見地によって定められた注意義務の内容に照らして判断する他ない。明治36年判決においては、①公衆の注意を喚起するという汽笛の目的からしてどこかで汽笛を鳴らせばよいというものではなく、5, 60間(約90～110メートル)で鳴らすという義務が設定されていた。この義務と照応したからこそ、それより前に汽笛を鳴らしても不十分との評価が下された。また、②踏切前で減速をすればよいというものではなく、容易に停車できる準備をするという義務が設定されていることに鑑み、18マイルでは踏切の通過速度として速過ぎるという評価がなされたのである。

①「I 本案の如き踏切を通過する場合に於てはII 衝突等公衆の危害を避くるが為めIII 五六十間の所より注意汽笛を鳴らし以て公衆の注意を喚起して徐行すべきは汽車機関手たる者の職責

6) 二つの義務のうち、停車義務については、大正3・3・11を踏まえた大判昭和15年7月23日刑集19巻609頁が同様の事案で否定するに至っている。

しかし、大正3・3・11は明治36年判決の過失の判断定式を前提にして注意義務の免除が認められる場合もあることを示したものであるので、過失の判断定式を解明するという作業において明治36年判決を素材とすることに支障はない。

7) 比較的明瞭なものとして、大判大正2年5月6日刑録19輯601頁。他に、大判明治37年3月29日刑録10輯639頁。

過失犯処罰に際して危険の認識を認定するものとして、大判明治44年6月16日刑録17輯1202頁、大判明治45年7月8日刑録18輯1067頁、大判大正2年11月24日刑録19輯1326頁。

なればIV踏切前三四十チャインの所に於て鳴らしたる注意汽笛を以て足れりとし踏切接近の場所に於て注意汽笛を鳴らす必要なしと云うを得ず故に原院に於て踏切前三四十チャインの所に於て鳴らしたる注意汽笛のみにては其効少しとし…当を得たるもの」(同 1250 頁)

②「II衝突等危害の虞あるときはIII何時にても容易に停車し危害を避け得可き方法を以て運転するを要す然るにIV一時間十八哩の速力にては停車の爲め三十間乃至四十間の距離を要し容易に危害を避け得へからざるを以て右速力にては未だ注意運転なりとするを得ず」(同 1245 頁)

2 大正3・3・11にみる 信頼の原則の法的構造

危険をもたらす状況を記述した上で、当該危険を防止するという見地から注意義務を設定するという従来の判例を前提に、信頼の原則によって注意義務を免除するという法的構造を明晰に表したのが大正3・3・11である⁸⁾。本判決は、盲目の歩行者が線路を横断した際に電車と衝突して傷害を負ったという鉄道事故の事案において、電車の運転手の停止義務の免除を認めたものである。

そこで、過失の判断定式の中に信頼の原則を位置づけてその法的構造を解明するという本稿の目的から、大正3・3・11を丁寧に読解することにする。

(1) 過失の判断定式の採用

大正3・3・11は、明治36年判決で確立されていた過失の判断定式を採用している。電車の操縦という状況を記述した上で、前方を警戒する義務を設定しているからである。ここでは、危険という規範的見地への言及は明瞭ではないものの、行為時の危険を生じさせる状況を記述した上で、当該危険を防止するという見地から注意義務の具体的内容を確定するという定式を見出すことができる。

「I運転手が電車を操縦するに当りてはIII常に其進路の前方を警戒し危害を未然に予防するの周到なる注意を為すことを要するは其業務上の義務」(刑録20輯280頁)

(2) 信頼の原則による注意義務の免除

大正3・3・11は、この過失判断の定式を前提とした上で、設定された注意義務の免除を認める法理として信頼の原則を採用した。この点を詳細に分析する。

(a) 問題設定

従前の判例の構造からすると、I電車と歩行人双方が進行を続けると衝突事故が生じる場合に歩行人を認識したという状況において、II衝突の危険を防止するという規範的見地からすると、III電車に停止義務を設定してよいように思われる。

ところが、大正3・3・11は、電車の停止義務があるかどうかという問題設定を行った上で、停止義務を否定したのである。

「I電車か一定の方向を取りて進行を為すに際し其前方に於て電車線路に向ひ進行する歩行人ありて各其進行を継続するに於てはII線路内に於て交叉衝突を為すへき地位に在る場合…電車の運転手は此衝突を未然に予防するか為めI前方電車線路に向ひ進行する歩行人あることを認識したるときはIII常に必ず電車の進行を停止し歩行人か線路を通過するを待ちて其進行を継続するの義務ありや否や」(同頁)

そうすると、いかなる論理をもって、大審院が電車の停止義務を否定したかが問題となる。

(b) 規範的考慮に基づく注意義務の免除

電車と歩行人の衝突の危険を防止するには、電車の停止と歩行人の停止という二種類の手段が存在する。大審院は、①歩行人のみが停止義務を負担し、②電車の運転手は停止義務を負担しないとして、電車の停止義務を否定した。

8) 信頼の原則を採用したと思われる先行判例に大判明治44年10月5日刑録17輯1590頁があるが、理論構造は不明である。

「①現に通しつある電車の前路に於て線路を横断せんとする通行人は衝突の虞なき時期を選択して線路に入ることを要し衝突の危険存する場合に於ては電車線路の側面に佇立し電車の通過するを待つて其線路に入るべく②運転手は進行中の電車を停止し通行人をして先づ線路に入りて之を横断せしめ其通過するを待つて電車の進行を継続するの義務なし」(同頁)

この大審院の議論は、危険の分配という呼称で昭和30年頃に我が国の学説に定着した議論と類似する⁹⁾。要するに、危険を防止できる人間が複数存在する場合、その複数の人間全員が危険を防止するための手段全てを尽くす必要はなく、特定の人間の注意義務の免除が認められるという議論である。

しかし、この議論では、複数の人間のうち、危険の防止という見地から誰の注意義務を維持し、誰の注意義務を免除するかについての基準は何も語られていない。本件についていえば、何故、電車の停止義務が免除され、通行人の停止義務のみが維持されるのかが問題となる。

そこで、電車の停止義務を免除する大審院の理由づけをみると、(i) 電車が交通機関として公的に認められていることと、(ii) 電車の操縦は自由にならないという電車の性質が挙げられている。

「(i) 電車が交通機関として公許せらるる以上は各人は其進行を妨害するの行為を避止せざるへからざるのみならず(ii) 電車の操縦進退は通行人の動作の如く自由ならざるを以て通行人に於て可及的衝突の危険を予防し電車の進行を円滑ならしむるは都市の交通上必要なるを以てなり」(同280, 281頁)

この大審院の議論は、注意義務を免除するに際して法令・実質判断という二側面から規

範的考慮を行ったものといえる。

(i) 電車という交通機関が公的に認められていることに注目するのは、刑法外の法令の趣旨の解釈によって電車の停止義務を免除するものといえる。(ii) 電車の操縦は通行人のように自由にならないという電車の性質に注目するのは、都市交通という公共の利益を実現するための必要性という実質的判断に基づいて電車の停止義務を免除するものといえる。

注意義務免除における規範的考慮については、二3(本稿195, 196頁)で更なる分析を加えることにして、ここでは分析を留保する。ただ、許された危険と大審院の議論の思考枠組みは異なるものであることを指摘しておきたい。

都市交通という公共の利益に注目して停止義務を免除している点にのみ注目すると、いわゆる許された危険の思想に立脚しているようにも思われよう¹⁰⁾。しかし、両者の議論には危険の防止という規範的見地からすると決定的な相違が存在する。

許された危険の議論は、単純に言えば、行為のメリット・デメリットを考量するという思想に基づくものであり、その呼称のとおり、デメリットを上回るメリットを理由に、危険が防止できない状態を刑法が許すことを内容とする。その典型的な議論は、エイズ感染の危険を有する非加熱製剤の使用について治療上のメリットを理由に過失を否定した薬害エイズ帝京大ルート事件(東京地判平成13年3月28日判時1763号17頁)に見出すことができる。

これに対して、大審院は、都市交通という公共の利益が電車の危険を上回るという理由によって電車の停止義務を免除しているわけではない。通行人による停止義務の負担によって危険が防止できることを前提にしてい

9) 谷口・前掲注4)。さらに、包括的な過失犯の研究書である青木清相ほか編『日沖憲郎博士還暦祝賀 過失犯(1)基礎理論』(有斐閣, 1966) 49頁所収の中義勝「過失犯における許された危険の法理・危険の分配」。

10) 我が国の新過失論の先駆的論者たる不破武夫「過失論」『刑事責任論』(弘文堂, 1948) 188頁, 190頁注3(初出は1942年)及び不破の後継者と目される井上正治「過失概念の体系的構造」『過失犯の構造』(有斐閣, 1958) 68頁, 75頁注6(初出は『過失の実証的研究』(日本評論社, 1950))は、許された危険の思想を大正3・3・11に見出している。

るからである¹¹⁾。

(c) 注意義務免除の前提状況

ここまでの分析によって示したように、信頼の原則によって注意義務の免除が認められる前提として、注意義務を免除される行為者以外に、危険を防止することができる他の人間が存在するという状況が必要である。大正3・3・11でいうと、通行人が停止することで衝突の危険が防止できるという状況が電車の停止義務免除の前提となっているのである。

そうすると、この前提状況を欠く場合には、危険の防止という規範の見地からみて、注意義務を免除すべきではないということになる。大正3・3・11でいうと、通行人の停止義務による危険の防止が期待されない場合、電車に停止義務を負担させるべきなのである。

大審院もこのような論理によって、通行人の横断が認識可能な場合には電車の停止義務を認めている。

「通行人が其姿勢態度其他の情況に依り電車の進行に介意せずして線路を横断せんとするの危険ありと信すへき理由あるときは通行人に過失の責あると否とに拘はらず衝突を避くるに必要な注意を為すの責あり臨機電車を停止し又は其速力を減し通行人と電車との交叉点迄の間に於て電車を停留せしめ衝突を予防すへき応急処分を為さざるへからず…運転手が既に此危害を認識し又は之を認識し得へかりしに之を看過し

て電車の進行を継続し因て通行人を傷害したるときは運転手も亦過失の責を免かることを得ざるものとす」(同281頁)

このように、危険防止義務を負担する他の人間による危険の防止が期待できない場合には、危険防止義務の免除は認められないのである。

3 大審院の過失判断の定式と信頼の原則の系譜

このように、判例は、戦後に学説において新過失論が有力化する昭和30年頃(1955年)¹²⁾以降より50年以上前に現在の過失判断の定式を確立していた。また、信頼の原則についても、従来、母法と言われてきたドイツ法より遙かに先行して明確な法的構造が提示されている。

そうすると、何故、判例と学説の間にこのような齟齬が生じたのかという疑問が生じる。この疑問を検討することで、1・2で提示した判例の読解を補強することにした。

(1) 予見可能性概念の不存在

この疑問を解消するには、ドイツ刑法の影響から距離を置く必要がある。そもそも、予見可能性という概念を過失の中核に置くという思考枠組みはドイツ刑法の影響が強まる明治30年代(1897年)以降に日本に定着し始めたものである¹³⁾。そして、その思考枠組

11) なお、本件の盲人や幼児のように危険を防止できない者が通行人である事案で列車の停止義務の免除を認めるのは不当とも思われよう。

しかし、危険を自ら防止できない者には親などの保護責任者が付き添うべきという形で危険を防止する主体を拡張すれば、やはり列車の停止義務の免除は可能である(大判大正12年10月22日刑集2巻738頁では警笛が幼児には役に立たずとも他人が救出するのに役立つとの議論が提示されており、危険防止義務を負担する主体を拡張することが示唆されている。)

12) 前掲注10)でも述べたが、新過失論の先駆的業績は、著者たる不破武夫の死後に出版された昭和23年(1948年)の『刑事責任論』である。そして、新過失論を日本に定着させたのは、井上正治のそれまでの研究成果をまとめた昭和33年(1958年)の『過失犯の構造』及び、藤木英雄による昭和32年(1957年)になされた法協74巻1, 3, 4号の連載「過失犯の考察」(藤木・前掲注4))である。

なお、新過失論を生み出したドイツ刑法学の業績はエンギッシュの1930年(昭和5年)の著書である(*K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (1930)。なお、本書については、幸いにも莊子邦雄=小橋安吉による秀逸な訳書『刑法における故意・過失の研究』(一粒社, 1989)が存在する。このエンギッシュの著書と比べても、大審院判例による過失の判断定式の確立は30年近く前のことである。

13) 例えば、明治40年(1907年)の現行刑法制定以前の教科書における叙述として、明治37年の小嶋伝『日

みは、現在に至るまで、過失をめぐる議論を強固に拘束している。

しかし、ドイツ刑法の影響が発揮される以前の日本の判例・学説では予見可能性という概念の使用は一般的なものではなかった。明治期のフランス刑法の影響を受けた教科書を見ると、過失犯を故意犯のアナロジーで説明すべく、故意の対応物たる予見可能性を要求するといった議論はみられないのである¹⁴⁾。

(2) 過失犯の処罰要件をめぐる 比較法上の議論

もっとも、予見可能性という概念に依拠しない場合、他にいかなる根拠で過失犯処罰を基礎づけるかという問題が生じる。

しかし、当時のフランス法の影響を受けた刑法の教科書ではこの点についての叙述はなく、判例においても予見可能性概念に依拠していないものの処罰根拠を明らかにしないまま過失犯処罰を行うものもある¹⁵⁾。せいぜい、日本の刑法学者に影響力を有したオルトランの教科書において、過失犯処罰が認められる四類型の内の第三類型として、鉄道の事

故などの重大な損害が生じる場合が挙げられるにとどまっている¹⁶⁾。

これに対して、英米不法行為法では、過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みを拒否した上で、危険概念によって過失の成立要件の具体化がなされていた。この議論が大審院判例と極めてよく合致するのは偶然の一致ではなく、英米不法行為法が大審院判例に影響を及ぼしたからではないか、と筆者は推量する。そこで、その議論を概観した上で、大審院判例に影響を及ぼしたと推量する理由を示すことにしたい。

なお、不法行為法の過失概念を参照して刑事過失を論じることには異論もありえるであろう。しかし、大判大正8年2月7日民録25輯179頁では不法行為責任を否定する際に大正3・3・11に依拠しており、当時の大審院の裁判官は民刑事の区別なく過失の構造を理解していたと思われる。したがって、大正3・3・11までの過失構造をもたらした背景を検討するに際して、不法行為法の過失概念を参照することに問題はない。

本刑法論(総則)』(日本大学, 1904) 141, 185頁。現行刑法定後の代表的教科書として、泉二新熊『改正日本刑法論(訂正版)』(有斐閣本店, 1910) 259頁。

14) フランス刑法の影響を受けた教科書の中から、過失犯処罰について比較的立ち入った説明を行っている宮城浩蔵の議論を確認すると以下のとおりである。

刑罰は道德違背と社会への害という二つの要素から基礎づけられるところ、有意犯(=故意犯)については道德違背が問題なくみとめられる。一方、無意犯(=過失犯)については有意犯のような道德違背が認められないため、刑罰を科せないのが原則となる。ただ、社会の安全を維持すべく無意犯でも処罰される場合もある(宮城浩蔵著=井上正一ほか『刑法正義 上巻』(講法会, 1893年) 66, 67頁)。以上の説明に加えて、宮城は、社会への害を避けるための注意を欠いた点で、無意犯にも道德違背が認められるとする(同書 68頁)。

道德違背と社会への害を刑罰を基礎づける二つの要素とした上で、過失犯においても道德違背が認められるとする議論はボワソナードも行っており(G. BOISSONADE, *Projet Revise de Code Penal pour l'Empire du Japon*, 269, 270 (1886)。訳書として、ボワソナード(森順正=中村純九郎訳)『刑法草案注釈 上巻』(司法省, 1886) 349, 350頁)、宮城はこのような議論の影響を受けたのであろう。

15) 大判明治30年6月22日刑録3輯6巻59頁, 大判明治32年6月13日刑録5輯6巻28頁, 大判明治32年12月8日刑録5輯11巻22頁, 大判明治37年5月20日刑録10輯1102頁, 大判明治43年1月18日刑録16輯17頁, 大判明治43年2月22日刑録16輯292頁。

16) J. ORTOLAN, *Eléments de Droit Pénal*, 160 (5^e éd. 1886)。本書については、井上正一による秀逸な訳書が存在する(オルトラン(井上正一=宮城浩蔵訳)『仏国刑法原論 第一帙上巻』(司法省, 1888)。過失の対応箇所は354, 355頁)。ちなみに、井上正一は明治36年当時、大審院の裁判官であった。

なお、第一・二・四類型は公益に関わる場合(例えば、公務や租税)が挙げられている。

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを拒否した場合、過失を基礎づける積極的根拠は複数独立して存在しうる。本稿では、英米法由来の危険概念による過失判断の方法を分析対象とするが、過失犯処罰について他の根拠による基礎づけを排除するものではない。したがって、オルトランが類型化を試みた公的負担に基づく注意義務の設定も過失犯処罰を基礎づける一つの方法と認められる。

公的負担に基づく注意義務の設定の具体例については、樋口亮介「判批」ジュリ1382号140頁(2009)で検討しているので、本稿と併せて参照願いたい。

(a) 英米不法行為法における

過失の判断構造

①行動説：過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みの自覚的拒否

英米不法行為法下には、過失 (negligence) を心理状態と理解する心理説と心理状態ではないとする行動説の争いが存在した¹⁷⁾。ここでは、過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みの採否が正面から問題とされていたのである。そして、東京帝国大学の教師であったテリーは行動説を採用することを実に明瞭に主張していたのである¹⁸⁾。

②危険概念による過失の定式化と

信頼の原則の採用

このように行動説に立脚するとして、過失をいかに説明するかが問題となるところ、テリーは、危険概念に依拠して過失を定式化している。そして、テリーは、過失を根拠づける危険という枠組みの中に信頼の原則を位置づける議論をも提示していた。

そこで、テリーが過失を論じた文献のうち、最も詳細な不法行為の体系書である LECTURES ON TORTS (1896) の第三章「過失」の叙述を確認しよう。

テリーは、過失を不合理に大きい危険を冒す行動と定義する (para. 26)。危険を根拠に過失を基礎づけると同時に、危険の不合理性を要求することで過失と評価される範囲を限定しているのである。

そして、危険の合理性の判断ファクターの一つとして、テリーは危険の大きさを挙げている (para. 42-54) が、ここで注目されるのは、危険の大きさについて論じる中で信頼の原則を叙述している点である。para. 54 から信頼の原則の一般論を述べる部分を抜粋しよう。

「他者が自身で適切かつ合理的に振舞うであろうと考えることは通常正当である」¹⁹⁾

「他者の適切な行動への信頼を不合理にする事実が認識された場合には、信頼は主張されてはならない」²⁰⁾

このテリーの叙述は筆者が調査した限り²¹⁾、当時の日本で発表されていた文献 (LECTURES ON TORTS の本論冒頭に TEIKOKU DAIGAKU と記されている) の中で最初に信頼の原則について言及したものである。

このように、テリーの叙述と大審院判例における過失の構造は類似性を有する。しかし、テリーの叙述は抽象的な一般論にとどまり、大審院が形成した過失の判断枠組みと直ちに同一性を有するとまではいえない。

そこで、明治 36 年判決・大正 3・3・11 が双方とも鉄道事故であったことに鑑み、英米不法行為法における鉄道事故の法的処理と比較すべく、試みに、著名な刑法学者でもあったウォートンの過失について包括に叙述した書物 (F. WHARTON, A TREATISE ON THE LAW

17) 心理説の代表的論者は、オースティンとサーモンドである。ここで注意が必要なのは、両者ともにドイツ法の影響を受けて心理説を主張していた点である。

オースティンの著書 (J. AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE (vol. 1 1885) (過失は 426 頁)) へのドイツ法学の影響については、海老原明夫「オースティンとドイツ法学 その一～三」ジュリ 963 号 10 頁, 965 号 10 頁, 967 号 10 頁 (1990) が論じている。一方、サーモンドについては、その著書 (J. W. SALMOND, JURISPRUDENCE (2d ed. 1907)) で過失を論じる際にメルケルの刑法の体系書 (A. MERKEL, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889)) の過失の章 (§ 32, 33) を明示的に引用している (355 頁注 1)。

ここでは、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みがドイツ法に存在し、その影響がイギリス法に及んでいることが看取できる。

18) H. TERRY, LECTURES ON TORTS, para. 69 (1896) ; *Negligence*, 20 HARV. L. REV. 40 (1915)。

なお、大正 3・3・11 以降であるが、テリーの論文紹介である宮本英雄「テリー氏過失論」京都法学会雑誌 11 巻 7 号 128 頁 (1916) は行動説を紹介している。

19) 原文は以下のとおりである。これ以降も、重要なテキストは全て原文を注で付す。

“a person is usually justified in assuming that others will conduct themselves rightly and reasonably”

20) “reliance upon the proper conduct of others must not be persisted in the face of known facts making it unreasonable”

21) 調査においては、国立国会図書館近代デジタルライブラリー (<http://kindai.ndl.go.jp/>) を大幅に活用した。ここでは明治・大正期の多数の書籍を PDF ファイルで入手することができる。

OF NEGLIGENCE (2d ed. 1878)) の Book III 「電車と通行者の衝突」と題する第二章を開いてみよう。そうすると、過失において要求される慎重さは危険と比例するという一般論を前提に (§ 798), 往来の頻繁な踏切において減速義務があること (§ 803) と, 見通しのきかない踏切において警笛を鳴らす義務があること (§ 804) が説明されている。その説明と大審院が形成した過失判断の方法との類似性は、極めて高い。

(b) 大審院判例への影響

(a) の概観のみでも、英米不法行為法における議論と、大審院判例の過失判断の方法・信頼の原則の法的構造の類似性は明らかであろう。しかし、これだけでは英米不法行為法における過失をめぐる議論の大審院への影響を推量する論拠としては弱い。そこで、信頼の原則を採用するアメリカの判例と大正 3・3・11 を比較した上で、大審院裁判官によるアクセス可能性という見地から大審院判例への影響を推量する。

① 信頼の原則の文面の類似性と

法的構造の同一性

信頼の原則を認めるアメリカの判例のうち、イリノイ州の *St. Louis, Alton & Terre Haute R.R. Co. v. William Manly*, 58 Ill. 300 (1871) をみると、そこでは大正 3・3・11 と非常に類似性の高い文面で、電車の停止義務の存否という問題設定が行われている。比較のために類似性の高い部分を並べてみよう。

「機関手が、離れたところで踏切に進行する荷馬車を最初に認識したときに、ブレーキをかけて列車を停止して被上訴人に荷馬車を通過させる時間を与える義務があったか？」(58 Ill. 305)²²⁾

「運転手は…電車線路に向い進行する通行者あることを認識したときは常に必ず電車の進行を停止し通行人か線路を通過するを待ちて其進行を継続するの義務ありや否や」(刑録 20 輯 280 頁)

荷馬車と通行人という相違はあるものの、両者の文面には驚くほどの類似性が認められる。そして、このイリノイ州の判例は、大正 3・3・11 同様、荷馬車が停止義務を負担するとの理由で列車の停止義務を否定している (58 Ill. 306)。

そうすると、荷馬車・列車双方に停止義務を課さずに列車の停止義務を免除する理由が問題となるところ、この判例では議論されていない。そこで、信頼の原則を認める別のイリノイ州の判例 (*The Chicago, Rock Island & Pacific R.R. Co. v. Johanna Austin*, 69 Ill. 426 (1873)) が引用するニュージャージー州の判例 (*David Telfer et al v. the Northern R.R. Co.*, 30 N.J.L. 188 (1862)) をみると²³⁾, (i) 高速度交通が法によって認められていること (30 N.J.L. 192) と (ii) 電車は急に停止できないという電車の性質が挙げられている (30 N.J.L. 203)。ここでは、電車の停止義務を免除するに際して、大正 3・3・11 と同一の二つの理由が指摘されているのである²⁴⁾。²⁵⁾

22) “was it the duty of the engineer, when he first saw the wagon, at a distance approaching the crossing, to apply the brakes and stop the train, to allow the appellee time to cross with his wagon?”

23) イリノイ州の判例でも、①高速度交通の必要性 (*Chicago & Alton R.R. Co. v. Charles Gretnzer*, 46 Ill. 74, 87 (1867)) や、②列車の操縦は自由にならないという列車の性質に言及するもの (*The Galena & Chicago Union R.R. Co. v. John C. Dill*, 22 Ill. 264, 271 (1859)) は存在する。しかし、①の判例は、他者による危険防止義務の存在を前提に電車の停止義務を免除するという信頼の原則の全体構造との関係が不明瞭であるし、②の判例は停止義務の免除に関係するものではない。

したがって、大審院判例への影響を推量する資料とするには慎重さが必要となるように思われる。

24) ペンシルバニア州の判例 (*Newhard v. Pennsylvania R.R. Co.*, 153 Pa. 417 (1893)) も同様の議論を行った上 (153 Pa. 421)、本文で紹介したニュージャージー州の判例を引用している (153 Pa. 424)。

他に、電車の停止義務を免除する理由として、輸送業者としての公衆への義務を挙げるノースカロライナ州の判例 (*Elisha Herring v. the Wilmington & Raleigh R.R. Co.*, 32 N.C. 402, 409 (1849)、公的な是認を挙げるコネティカット州の判例 (*John B. Dyson v. the New York & New England R.R. Co.*, 57 Conn. 9, 21 (1888))、高速度交通の維持が法令の趣旨であることを指摘するインディアナ州の判例 (*Lake Shore & Michigan Southern R.R. Co. v. Barnes*, 166 Ind. 7, 11 (1906)) もある。

25) なお、(i) 高速度交通が鉄道を認めた法の目的であることと (ii) 歩行者や荷馬車と異なり列車は急には止

筆者による英米不法行為法の文献調査は不十分であって、さらに調査を行えば文面がより類似する判例・法的構造の同一性がより明瞭に読み取れる判例もあろう。とはいえ、判例の調査をより充実させても当時の大審院裁判官が参照した英米の特定の学説・判例を完全に同定することは困難でないと思われる。英米の不法行為判例をいかに調査しても、大正3・3・11に対する影響力は文面の類似性と法的構造の同一性から間接的に推量する他ないからである。

このような見地からすれば、筆者が調査した範囲でも、アメリカの不法行為判例と大正3・3・11の文面に見出される驚くほどの類似性が示されており、ここから大正3・3・11への影響を推量することも許されるであろう。さらに、危険防止義務を負担する他の人間が存在することを前提に、(i)法による是認と(ii)電車の性質を理由として列車の停止義務を免除するという精緻な法的構造の同一性も同様の推量を可能にする。

両者の文面の高度の類似性と精緻な法的構

造の同一性に鑑みると、当時の大審院の裁判官が、比較法上の議論を参照せずに全く独創的に信頼の原則を生み出したとみて、アメリカの判例については偶然の一致と理解するのはあまりに不自然である。大審院裁判官は何らかの英米不法行為法の議論を参照したとみるほうが自然であるように思われる。

②英米不法行為法へのアクセス

このような推量は、当時の大審院の裁判官が英米不法行為法の学説・判例双方を参照していたという事実によって補強できる。

まず、過失の沿革研究についての重要な先行研究である瀬川信久「危険便益比較による過失判断」星野英一先生古稀祝賀(下)『日本民法学の形成と課題』(有斐閣, 1996) 809頁は、東京帝国大学の教師であったテリーによる過失の議論が大阪アルカリ事件(大判大正5年12月22日民録22輯2474頁)に影響を与えたという推量を周到に論じている。大阪アルカリ事件への影響について論ずる準備は筆者にない²⁶⁾ものの、テリーが長らく東京帝国大学で講義をしており、当時の大審院

まれなことを理由として鉄道の減速義務を否定し、優先権を認めるものとして、ミシガン州の判例(*The Lake Shore & Michigan Southern R.R. Co. v. Mary J. Miller*, 25 Mich. 274, 292, 293 (1872))がある。

この判例が鉄道の優先権を認める(i)・(ii)の理由づけは、大正3・3・11と同一であるため、一見、大審院判例への影響を推量する適切な資料になしうるように思える。しかし、この判例は、寄与過失の法理を前提にしていることに注意が必要である。

寄与過失とは、損害賠償請求を行う被害者の過失が損害に寄与している場合に賠償請求を否定する法理である。この判例は、踏切に進入した被害者の過失を認める前提として鉄道の優先権を論じたものであって、大正3・3・11とは法的構造が相違する。したがって、影響を推量する資料とするには慎重な姿勢が必要であろう。

この点、本文で検討素材として取り上げたイリノイ州の判例では、寄与過失ではなく比較過失(加害者と被害者の過失の程度を比較して賠償請求の可否を決める法理)が採用されていた(19世紀後半、イリノイ州において比較過失の法理が採用されていたことについては、F. WHARTON, *A TREATISE ON THE LAW OF NEGLIGENCE*, § 334 (2d ed. 1878))。比較過失の判断においては、通行人の停止義務と電車の停止義務の双方が問題とされるため、大審院判例への影響を論じる際の障壁は発生しない。

一方、本文で紹介したニュージャージー州の判例は寄与過失を採用しているので慎重さが必要であるが、①踏切で高速度を維持することは過失ではないと判示されているので(30 N.J.L. 192)、大正3・3・11と同一の構造といえる。また、②電車の性質については線路に進入する者の過失を論じているので注意が必要であるものの、鉄道会社の過失を否定する判示もなされており(30 N.J.L. 204, 207)、大審院判例への影響を推量する資料とすることもなお許されよう。

26) ただ、瀬川が、行為のメリット・デメリットを考量してメリットが大きい場合に過失を否定するという議論(瀬川は、危険便益方式と呼ぶ)の影響力を重視して分析の対象にしている点には疑問がある。危険便益計算は、英米法以外にも広く見出すことができる議論であって、テリーの影響と断定することは困難だからである。

例えば、許された危険の著名な叙述として、1910年の代表的な過失の研究書であるF. Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*の191頁以下の議論が挙げられる。その他、許された危険については、包括的研究である篠田公徳『許された危険』の学説史的考察—とくにドイツおよびわが国の理論をめぐって—(一、二)名古屋大学法政論集61巻100頁(1974)、63巻184頁(1975)。

フランスについても、ローラン(山崎恵純訳)『仏国損害賠償法原義』(博聞社, 1883) 347頁において、郵便馬

裁判官の多くが東京帝国大学出身者であったという事実を鑑みれば、その教科書の叙述は大審院の裁判官に広く知られていたとみることも許されよう。

また、明治33年(1900年)に司法省で行われた演述の記録(香坂駒太郎ほか述=司法省総務局編『欧米派遣法官演述筆記』(司法省総務局, 1900))をみると、英米に派遣された香坂駒太郎(明治43~45年大審院第二刑事部所属)はアメリカの司法制度という見地からではあるものの鉄道事故について言及している(同書7頁)。また、ドイツに派遣された棚橋愛七(大正3・3・11の判断を下した刑事第三部に所属)は陪審制度に対する評価をテリーに聞いたと述べており(同書117頁)、大審院の裁判官になる人物とテリーが直接に意見交換を行っていたことを示している²⁷⁾。

テリーの書物が読まれていたこと・意見聴取がなされていたことや英米が現地調査の対象となっていたという事実に加えて、さらに、大審院判事が英米の判例集を読んでいたことも指摘できる。大正3・3・11の判断を下し

た刑事第三部にも所属した磯谷幸次郎は、明治36年(1903年)に発表した論文でイギリスの判例を参照しているのである²⁸⁾。また、大正3・3・11が下される直前に司法大臣に就任した奥田義人は、英米の不法行為判例を多数翻訳した『私犯法・私犯法判決例』(英吉利法律学校)を明治22年(1889年)に発表している。大正3・3・11に関与した大審院判事が新たな司法大臣と同様に英米の判例集にアクセスしたと考えるのは突飛なことではあるまい。

以上の外的環境によって、英米不法行為法の大審院判例への影響という推量を補強できよう。

(3) 学説・判例における 過失犯の系譜が齟齬する原因

ここまでの検討と推量によってこそ、学説と判例における過失犯の系譜が大幅にずれることが説明可能になる。

明治期の日本では、ドイツ法の影響下にある学説とフランス法の影響下にある学説の間で結果の予見可能性として過失を説明するか

車の速度について公益の要する快速と人身の安全に要する速度を考量すべきとした判例が紹介されている。

このように、当時の西洋法で特定の国・論者を問わず存在した思考について、特定の論者の日本への影響を同定するのは困難ではなからうか。

もっとも、このような瀬川への疑義は本稿にも跳ね返る。過失を故意のアナロジーとして説明するという思考枠組みを拒否することを前提に、危険の防止に過失の積極的処罰根拠を求めるといふ議論や、他者による危険の防止を前提として注意義務を免除するという信頼の原則の構造が、英米不法行為法固有の議論であるかは調査できていないからである。大正3年(1914年)までの英米以外の西洋法に同様の議論・文面が存在する場合、筆者の推量の信用性が大幅に減殺されることは認めざるを得ない。

27) テリーの影響という見地から TERRY, *supra* note 18, at para.54 で引用されている判例を読むと、ニューヨーク州の判例である *James Walter Chrystal v. The Troy and Boston Railroad Co.*, 105 N.Y. 164 (1887) が注目される。

本件は、幼児が列車に轢かれて怪我を負ったという鉄道事故において、運転手の停止義務の存否が争われたものである。ここでは、明るいい日中に電車が見えて近付くのがわかるのであれば線路上の生物は怪我をする前に線路を出ていくと信頼する権利があるとして、線路上に生き物を発見しても直ちに列車を停止する義務はないとの判断が下された(105 N.Y. 170)。(なお、信頼する権利を認めて即時の停止義務を免除するという議論は、オープンランルールという呼称でニューヨーク州の確立した法理となっている (*Alba v. Long Island R.R.*, 611 N.Y.S.2d. 196, 197 (1994))。)

この判断においては、単に線路を出ていくであろうという経験的判断によって停止義務が免除されているわけではなく、出ていくと信頼する権利があるという規範的判断が下されている。そうすると、そのような権利が発生する理由が問題となるところ、駅の間を急がなければならない電車の操縦において合理的な注意は、危険を免れる能力を持たない幼児が危険にさらされていることに気付く限度にとどめられると論じられている(105 N.Y. 170)。

このニューヨーク州の判例は、電車の交通の円滑に注目して停止義務を免除する点で、大正3・3・11に類似する。

28) 磯谷幸次郎「不法行為に要する過失の程度(企業者の責任)」法学新報13巻3号11頁(1903)。

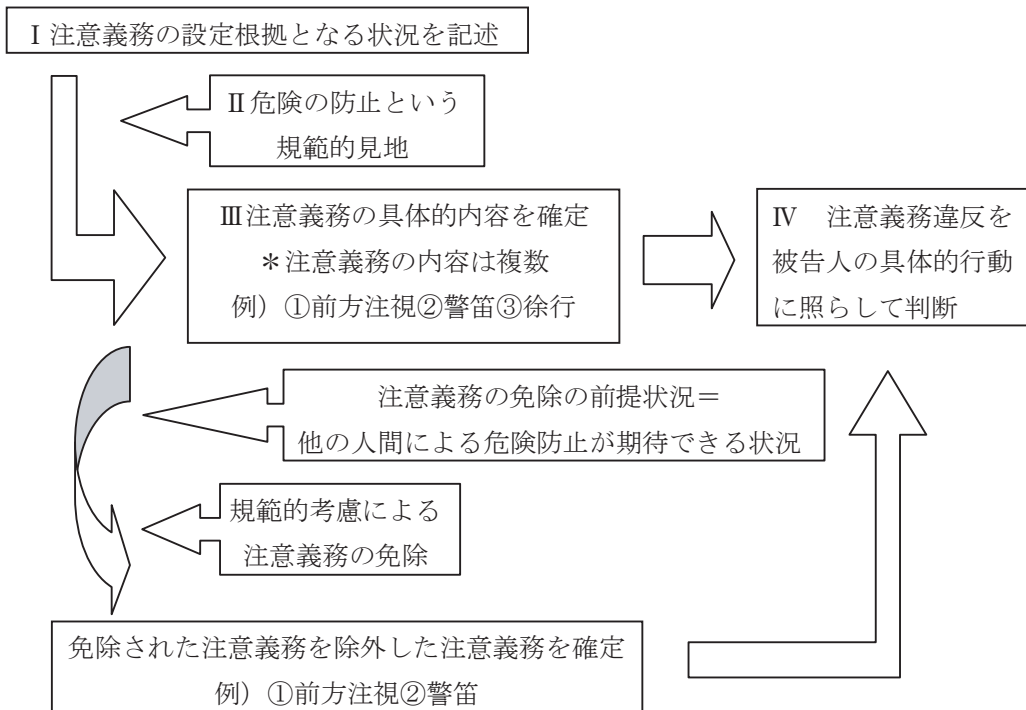
なお、磯谷は大正2年にイギリスで1年間学んだとのことである(磯谷幸次郎「英国刑事裁判の実況と其根本義」新聞951号3頁(1914))。

否かに相違が存在した。ただ、フランス法の影響下にある学説は予見可能性に代わる過失犯の処罰根拠を提示できていなかったし、危険概念によって過失を定式化するテリーのLECTURES ON TORTSが刑法学で検討対象とされることはなかった。しかも、当時の日本の刑法学説においては、別法系の影響を受けた学説が互いに論争するという状況になかった²⁹⁾。こういった事情から、昭和30年以降に生じた新旧過失論争のような議論は生じなかったのであろう。ドイツ法の影響下にある学説は、予見可能性以外の観点から過失を構成するという議論に理解を示すことなく、ドイツ法の支配が確立した大正期には予見可能性概念の絶対視が定着したのであった。そして、ドイツ法で新過失論が生み出されてから、ようやく我が国の学説も新過失論を論じるようになったのである。

一方、判例においては、大正3・3・11までに確立した過失の判断定式は消滅することはなかった。それは、先行判例が形成した判例法に従うという判例の性質上、過失の判断定式をもたらした背景が忘却されても判断定式自体は維持されてきたことに由るように思われる。

二 過失の判断定式と信頼の原則の法的構造の具体化

大正3・3・11までの判例を対象としたテキスト分析・系譜的考察によって析出した基本的思考枠組みは、現在の議論をよりよく分析するための基礎とすべきものである。簡易に図にまとめておくと以下のとおりである。



²⁹⁾ 例えば、当時の包括的研究である松原一雄著＝岡田朝太郎関『過失論』（有斐閣，1903）は専らドイツ法の文献に依拠している。

とはいえ、この図だけでは過失犯を故意犯のアナロジーとして説明しない立場による過失犯の処罰要件を明らかにするという目的からみれば、なお不十分である。そこで、大正3・3・11までに形成された過失の判断定式I～IV・信頼の原則の法的構造をさらに具体化することにしたい。

1 攪乱要因の除去

過失犯の処罰要件の具体化という課題を達成するためには、まず、分析を攪乱する要因を慎重に除外することが不可欠である。その攪乱要因とは、予見可能性概念である。そこで、予め、何故、予見可能性概念が攪乱要因になるかを明らかにしておきたい。

(1) 予見可能性概念と危険の防止という規範的見地を区別する必要性

(a) 主観的予見可能性と客観的予見可能性
過失の本質を予見可能性に求める議論は、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みに立脚するものであって、危険の防止という規範的見地に立脚する議論とはそもそもの出発点が異なる。両者が異なる立場に立つものである以上、大正3・3・11までに形成された過失の判断定式を具体化するという作業を予見可能性概念が攪乱するということは本来ないはずである。

しかし、予見可能性という概念は、行為者の心理的事実たる故意のアナロジーをなす主観的予見可能性だけではなく、結果惹起に至る可能性が一般的に認識可能であるという客観的予見可能性を意味する場合もあると理解されている³⁰⁾。

この客観的予見可能性という概念と危険の防止という規範的見地が類似するものであることは明らかであろう。客観的予見可能性も危険もともに結果惹起に至る可能性を意味するからである。

(b) 危険の防止という規範的見地と客観的予見可能性概念を区別する実益

客観的予見可能性概念は、現在一般的に使用されているものである。そうすると、一般的な概念と類似する危険の防止という規範的見地を区別して、危険の防止という規範的見地に立脚して過失の判断定式を具体化するという作業にいかなる実益があるかを示すことが必要であろう。そこで、2・3の分析を先取りする形になるものの、本稿の分析の実益を説明しておく³¹⁾。

① 注意義務の具体的内容の確定根拠

従来、新過失論に対して結果回避義務の内容が不明確であるとの批判が旧過失論によってなされてきたのは周知のとおりである。予見可能性を前提とした結果回避義務という一般的な新過失論の表現では、確かに、結果回避義務を導出する根拠は不明確であってその

30) 一般に引用される大審院判例として大判昭和4年9月3日大審院裁判例(3)刑27頁がある。

「過失犯の骨子を成すものは罪となるべき事実を予見し得べかりしに拘らず之を予見せざりしこと」(大審院裁判例(3)刑28頁4段目)

「予見の能否は行為當時に於て一般通常人が認識し得べかりし事情及行為者が特に認識し居たりし事情を基礎とし其の基礎の上に於て一般通常人の注意を払いて克く罪と為るべき事実を認識し得べかりしや否によりて定まる」(同箇所)

なお、本判決を出した大審院第一刑事部に所属していた草野豹一郎は、同様の定式を行っている(草野豹一郎「傷害致死罪と結果予見の可能」『刑事判例研究 第四巻』(巖松堂, 1939) 349, 350頁)。

31) 本文で指摘する議論以外に、危険の防止という規範的見地によれば、注意義務を負担する主体を法人・組織と考えた上で、その注意義務を法人・組織内の自然人に分配するという議論が可能になることも挙げられる。

危険の防止という規範的見地に立脚すると、法人が危険を創出している場合には法人自体を危険防止義務の負担主体とする議論が容易に導出できる。そして、法人内の自然人に注意義務を分配するという形で、個々の自然人の注意義務を確定するという議論が可能となる。客観的予見可能性という概念による限り、このような新しい視野をもたらすことは困難である。

この議論については、樋口亮介「刑事判例にみる注意義務の負担主体としての法人」北大法学論集60巻4号掲載予定で検討する。

批判は正当である。

しかし、危険の防止という規範的見地に立脚した場合、注意義務の内容は防止の対象となる危険に応じて定められるため、注意義務の具体的内容は明確に確定することが可能になる³²⁾。

②信頼の原則の法的構造の基盤

大正3・3・11が提示した信頼の原則は、複数の人間が危険を防止できる場合に特定の人間の特定の注意義務を免除して公共の利益の実現を図るとする思考枠組みに立脚するものである。この思考枠組みは、危険の防止という規範的見地が、当該状況下に存在する人間全員に妥当するものであることによって基礎づけられる。

これに対して、客観的予見可能性という概念を使用した場合、全体として危険を減少させるとともに社会的に価値のある行動を禁圧しないように配慮するという大正3・3・11の規範的な考慮を実現することは困難である。客観的予見可能性という概念は個々の行為者に適用されるものに過ぎず、危険を防止する全体としての合理的なシステムを構築するという思考を提供する基盤を持たないからである。

(2) 最高裁判例における予見可能性概念の明示的採用とその背景

(a) 最高裁判例の過失の定式

(1)で分析したごとく、過失の判断定式は予見可能性概念とは区別して具体化する必要がある。しかし、最決昭和42年5月25日刑集21巻4号584頁(弥彦神社事件)において、予見可能性概念は明示的に採用されるに至った。

「右結果の発生を予見することの可能性とその義務および右結果の発生を未然に防止することの可能性とその義務」(刑集21巻4号586頁)

結果の予見可能性と予見義務及び結果回避可能性と回避義務によって過失を定式化するのは、新過失論に立脚するものであって、特に新たな議論を含むわけではないというのが通常理解であろう³³⁾。

しかし、はじめに(本稿174, 175頁)で分析したごとく、新過失論の内容は多義的である。そして、系譜的考察で明らかにしたように、大正3・3・11までに形成された過失の判断定式は予見可能性概念に依拠しないものであった。したがって、最高裁の判旨は、異種の判断定式を示したものと評価すべきである。

(b) 最高裁判例の定式を登場させた背景

そうすると、何故、大正3・3・11までに形成された過失の判断定式とは異なる定式が示されたのが問題となる。最高裁には異種の定式を示すという意図はなかったであろうから、ここでは最高裁の判旨を無自覚的にもたらした背景事情を推測しよう。

①過失の判断定式の系譜に対する

自覚の欠落

一で詳細に分析したように、学説の新過失論の登場より遙か以前に、大審院は過失の判断定式を確立していた。この学説と判例の系譜の齟齬をいかに説明するかは困難な問題であるにもかかわらず、従来はさして問題視されてこなかった。

そうすると、いかなる説明が与えられていたかが問題となるところ、昭和30年頃に成立した学説における新過失論の思考枠組み

32) 予見可能性概念の不明確さを指摘し、危険の制御という視点を提示するものとして、米田泰邦「医療における未知の事故とチーム医療における医師の刑事責任(下)」判タ316号49頁, 55頁(1975), 同「刑事過失の限定法理と可罰的監督義務違反(中)」判タ345号19頁, 21頁(1977)。

33) 弥彦神社事件の調査官解説は、当時の学説の到達水準をまとめて「結果予見の可能性が注意義務存否の決定に欠くことのできない第一の前提」であることが「いかなる見解をとる立場からしても異論のないところ」と評している(西川潔「判解」最判解刑事篇昭和42年度126頁, 132頁(1973))。

当時の代表的な説明方法は、昭和38年(1963年)の日本刑法学会編『刑法講座 第3巻』(有斐閣)に収められた福田平「過失犯の構造」(同書119頁)・大塚仁「過失犯における注意義務」(同書136頁)によって知ることができる。

は、大審院判例にも看取可能であると説明されるにとどまっていた³⁴⁾。そして、こういった説明において、先行する判例の定式と後から成立した学説の内容的相違は見落とされることになった。

学説における新過失論は、それまで過失の中核とされてきた予見可能性概念に相変わらず拘束されたものであるのに対し、大正3・3・11までに形成された過失の判断定式は予見可能性概念に依拠していないという相違を認識するには、過失の判断定式の系譜を自覚しない限り困難であろう。

②学説の新過失論と大審院の判断定式の内容的類似性

予見可能性と結果回避義務を問題にする新過失論と大正3・3・11までに形成された過失の判断定式は内容的に類似する。危険を生じさせる状況を記述するという作業は客観的予見可能性と重複するし、注意義務の具体的内容を確定するという作業は結果回避義務と重複するからである。

そうすると、(1)(b) (本稿 189, 190 頁) で挙げた実益を意識しない限り、学説の新過失論と大正3・3・11までに形成された過失の判断定式の相違を認識することはやはり困難になる。

③大正3・3・11の全体構造の部分的注目

大正3・3・11が明らかにした信賴の原則の全体構造のうち、他の人間による危険防止が期待できない状況において注意義務の免除を認めない部分 (本稿 182 頁) のみを取り上げると、予見可能性を根拠に過失犯処罰を認めているとの外形が生じる³⁵⁾。

このような現象がわかりやすく読み取れるのが、大判昭和16年3月14日新聞4697号14頁である。熱狂する見送りが線路に立ち入るといった状況を根拠として列車の減速義務を

設定するという判示部分は、学説の新過失論に合致する。しかし、その部分より後ろの判示をみると、大正3・3・11を引用する上告趣意を、熱狂状態が特殊の事情であるとして排斥しており、大正3・3・11の全体構造が意識されていることが理解できる。

「見送人が軍用列車の歓送に熱狂の余貨物列車の進行に気付かず其の進路内に立入ることなきを保し難き状況に在りたるに鑑み…列車の速力を相当に減殺調節し…事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務」(新聞4697号20頁3段目)

「被害者等が普通の通行人又は通常の見送人にして本件に於けるが如く特殊の熱狂状態にあらざりしならば傾聴若は首肯すべきもの多々ありと雖…本件に於いては…特殊の事情が存したるもの」(同21頁1段目)

この全体構造を自覚せず、前半部分にのみ注目すると学説の新過失論との区別は困難となる。

2 過失の判断定式の具体化

(1) 検討素材とする判例の選別

さて、それでは、危険の防止という規範的見地に立脚する過失の判断定式の具体化に取り組む。

この作業にあたって、本稿は、大審院及び昭和20年代までの最高裁判例における過失事案をできるだけ網羅的に調査対象として検討素材とすることにした。このように、検討素材を時間的に限定したのは、予見可能性概念による攪乱を回避するためである。

1(2) (本稿 190 頁) で検討したように、昭和30年代以降に学説に定着した新過失論は

34) 自動車事故における過失判断を詳細に研究した大塚仁『自動車事故と業務上過失責任』(日本評論社、1964) 14頁は、本文で述べた程度の説明にとどまっている。

35) 過失判例について緻密なテキスト分析を行う井上祐司「交通事故判例における因果関係の予見可能性」『行為無価値と過失犯論』(成文堂、1973) 5, 6頁(初出・刑法雑誌10巻2号110頁(1960))は、判文の部分的抜粋によって予見可能性の見地から判例を合理づけることができるとしている点で問題がある。

最高裁判例にも影響を及ぼし、異種の過失判断の定式化をもたらした。そうすると、昭和30年代以降の議論を検討対象から除外するほうが、危険の防止という規範的見地に基づいた判断定式の具体化という目的がよりよく達成されると考えられるのである。³⁶⁾

なお、判例を素材とするといっても、本稿の目的は判例の総合的研究ではない。本稿の分析は、過失の判断定式の具体化に役立つ判例のみを取り上げたものであり、本稿の提示する定式で判例全体を説明できると主張するものではない。

(2) 過失の判断定式の具体的内容

危険の防止という規範的見地に立脚する場合の過失判断の具体的内容を、判断定式Ⅰ～Ⅳに沿いながら検討しよう。

(a) 状況の記述及び危険の具体性・抽象性 (判断定式Ⅰ・Ⅱ)

注意義務の設定根拠となる状況の記述と当該記述を前提とした危険は具体的な場合もあるが、抽象的な場合もある。

具体的な状況記述の一例としては、母親が睡眠中に乳房で乳児を窒息死させた大判昭和2年10月16日刑集6巻413頁が挙げられる。本件では、生後間もない乳児に対し添い寝しつつ乳房を哺乳させて授乳するという形で、行為時の状況が具体的に記述されている(同415頁)。

抽象的な状況記述の一例として、自動車の出発時点で泥酔していたという事実のみを記述する大判昭和13年12月6日刑集17巻901頁が挙げられる。ここでは、4歳の女児を轢死させるまでの具体的な事実関係は注意義務の設定根拠としては大幅に省略されており(同906頁)、およそ泥酔して自動車を運転す

ることから生じる危険が問題とされているのである。

このような具体的な状況記述と大幅に抽象化された状況記述の中間的段階に位置する状況記述もありえる。例えば、大判昭和8年10月7日刑集12巻1975頁では、都会で夜間の大雷雨のために消燈して暗黒となって前方左右2間(約3.6メートル)しか見通しが利かない状態で自動三輪自転車を運転するという状況記述を行っている。ここでは、特に見通しが悪い事情の下で高速度交通をなす際には、進路を横断する通行人がいつ現れるかわからないというある程度抽象化された危険が問題とされている(同1984頁)。

(b) 防止対象になる危険と注意義務の具体的内容の対応関係 (判断定式Ⅱ・Ⅲ)

注意義務の設定根拠となる状況の記述・危険の抽象化がなされるとして、抽象化の程度について何らかの基準が存在するかという関心が生じよう。危険の抽象化を際限なく認めると、常に危険の防止が要求されることになり、過失犯の成立範囲が過剰になるとの危惧が生じるからである。

結論からいうと、危険の抽象化の程度を規律する基準はないが、過失犯の成立範囲が過剰になるということもない。何故なら、注意義務の具体的内容は危険の防止という規範的見地から決定される以上、危険を抽象化した場合には、その抽象化された危険の防止という見地から注意義務の内容を定めることができるからである。

(a) で挙げた判例に沿って説明すると、泥酔状態での自動車運転から生じる危険を防止するためには、自動車の運転を回避する義務が設定されるし(刑集17巻906頁)、都会の暗黒状態での自動自転車の運転から生じる

36) 無論、予見可能性概念に依拠する判例は明治・大正期から登場していたので、検討にあたっての注意は必要である(最も初期のものとして、大判明治43年9月30日刑録16輯1581頁。なお、この判決を下した明治43年の大審院第一刑事部には、ドイツ刑法学の影響を受けた小嶋伝(前掲注13)が所属していたという事実を指摘できる。)

しかし、予見可能性概念を採用する判例と危険の防止という規範的見地に立脚する判例が交錯するという現象はそれほどみられないので、予見可能性概念による攪乱を回避することは比較的容易である(大正3・3・11直後の大判大正3年4月24日刑録20輯619頁では、予見可能性概念に立脚する一般論と危険の防止という規範的見地が混在しているが、このような判例は少数である。)

危険を防止するためには、通行人発見時に急停車できる速度で徐行する義務が設定される(刑集 12 卷 1984 頁)。

このような抽象化された危険の防止という見地から注意義務の内容が定められる典型例が、高速度交通を行う場合に設定される前方注視義務である³⁷⁾。

電車³⁸⁾・自動車³⁹⁾などの高速度での走行という状況記述においては、重量のある物体が高速度で移動するといかなる事故が生じるかわからないという抽象化された危険が問題となる。そもそも高速度交通を行わなければこのような危険は生じないものの、危険の防止という見地から高速度交通の禁止までもが注意義務として要求されるわけではない。高速度交通においてはいかなる事態が生じるかわからないという内容の危険を防止対象とする場合、種々の事態に備えるべく前方を注視するという注意義務が設定されるにとどまるのである。

以上のように、注意義務の具体的内容は、防止対象となる危険がいかなる内容を備えているかによって変化する。そして、危険を十分に防止できる程度の注意義務が要求されるものの、危険を絶無にするほどの義務が要求されているわけではないと理解できる。

(c) 注意義務の複層性(判断定式Ⅲ)

危険の防止という規範的見地から設定される注意義務は単一のものとは限らない。既に明治 36 年判決の検討において注意義務が複数生じることを示したが(本稿 178, 179 頁)、ここでは、注意義務が複数生じる場合の類型化を行おう。

①重量型

危険の十分な防止を可能にするため、複数の注意義務全ての履行が要求される場合がある。

例えば、大判昭和 8 年 2 月 15 日刑集 12 卷 71 頁は、Ⅰ自動車を運転中、7 歳くらいの児童の集団の一部が横断したのを見たという状況において、Ⅱ同じく道路を横断しようとする他の児童と衝突する危険を防止するという見地から、Ⅲ①車を児童から離す義務②児童を注視する義務③徐行する義務という三つの注意義務を自動車運転手に重疊的に課している(同 78 頁)。

②択一型

危険の十分な防止を実現するには、複数の注意義務のいずれかを履行すれば足りるという場合もある。

例えば、大判大正 14 年 12 月 23 日法律学説判例評論全集 15 卷刑法 76 頁は、Ⅱ温度変化による材料の伸長を原因として橋が墜落することを防止するという見地から、Ⅲ①湾曲への耐久力を大きくするか、②楔を調節するという二つの方法のいずれかが考えられるとして、いずれも実施していないことを認定して注意義務違反を認めている(同 80 頁)。橋の墜落を防止する措置①②いずれかが実施されていれば足りるという点で、択一的な注意義務といえる。

③接続型

注意義務の中には、結果回避に直結せず、通行人の飛出しなどの不測の事態に備えるためのものも存在する。そのような注意義務を履行した結果、不測の事態が現実のものとなったことを確認した場合には、当該状況下での危険を防止するための注意義務が更に設定されることになる。

このような接続型とでもいうべき注意義務の典型例が、前方注視義務から更なる注意義務が設定される場合である。大判昭和 13 年 4 月 21 日新聞 4282 号 17 頁においては、自動車運転に際しては前方注視義務が課されるこ

37) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣, 1972) 203 頁は前方注視義務違反だけで過失犯の成立を認める判例を批判するが、判例の構造的な理解という見地からは正当な批判とはいえない。

平野は、アメリカ法に学んで過失の処罰根拠を危険に求めるものの、危険と予見可能性を同視し(同書 193, 194 頁)、日米の判例の共通性を自覚するに至らなかったことから、そのような批判に至ったように思われる。なお、平野のテキストの構造分析については別稿を予定している。

38) 例えば、大判昭和 8 年 3 月 9 日刑集 12 卷 331 頁。

39) 例えば、大判昭和 13 年 4 月 21 日新聞 4282 号 17 頁。

とを前提に、前方注視義務を履行していれば接近してくる自転車を発見しており、自転車の接近という状況においては左方に避讓する注意義務が更に設定されると判示している(同17頁4段目・18頁1段目)。

なお、①～③でまとめた類型は相互排他的なものではなく組合せて使用可能なものである。例えば、船が航行するに際して前方注視義務が課されることを前提に、前方注視義務を履行したことで漁船を発見した場合、衝突を避けるために減速・停止・後退いずれかの措置が要求される(大判昭和10年2月2日刑集14巻57頁,同63頁参照)という判断においては、接続型と択一型の組合せによって注意義務が複層化しているといえる。

このような注意義務の複層化は、危険を防止するという規範の見地から注意義務の具体的内容が定められることの帰結といえる。

(d) 注意義務の内容に照らした

被告人の努力の評価(判断定式Ⅳ)

注意義務違反を被告人の具体的行動に照らして判断するには、被告人がなした結果回避のための一応の努力をいかに評価するかが問題となる。この点については明治36年判決を素材に既に検討したが(本稿179,180頁)、ここでは鉄道事故以外の類型として、アルコールの飲用販売による被害を具体例として取り上げよう。

最判昭和23年11月25日刑集2巻12号1638頁は、Ⅰ①製造元も性質も明らかでない上、②工業用として品質不良のアルコールを③飲用として販売するという状況において、Ⅲ確実な方法でアルコールの成分検査を行うという注意義務を設定することを前提に、Ⅳ水で3倍に薄めただけでは注意義務を履行したといえないとする。また、最判昭和24年7月23日刑集3巻8号1377頁は、Ⅰ①有毒物含有したアルコールの存在が知られる中

で、②酒類製造免許を受けた者による製造であるか明らかでないアルコールを③飲用として販売するという状況において、Ⅲ化学検査を受けて有毒でないことを確認する注意義務を設定することを前提に、Ⅳ被告人が自ら試飲しても注意義務を履行したといえないとする。

いずれの事案も、アルコールを飲用として販売する者の一応の努力を、危険の防止という規範の見地から設定された注意義務の内容に照らして不十分と評価したものといえる。

3 信頼の原則による 注意義務の免除

(1) 検討素材とする判例の選別

大正3・3・11の検討を通じて、信頼の原則によって注意義務が免除される場合には、他の人間による危険の防止が期待できないという状況を前提にして、更に規範的な考慮が加えられるという論理構造が存在することを明らかにした(本稿180～182頁)。この構造的な理解を前提に、更に信頼の原則の内容を具体化する作業に取り組む。

この作業にあたっては、本稿は、過失の判断定式の具体化作業と同様(本稿191,192頁)、大審院及び昭和20年代までの最高裁判例における過失事案に検討素材を限定することにした。このように、検討素材を限定したのは、信頼の原則の内容の相違による攪乱を回避するためである。

学説において信頼の原則が論じられるようになったのは昭和30年代以降のことである⁴⁰⁾。この議論は一気に定着をみて、最判昭和41年6月14日刑集20巻5号449頁において最高裁判例でも採用されるに至ったのは周知のとおりである。

40) 学説において信頼の原則が紹介されたのは昭和34年(1959年)の刑法学会のシンポジウム「過失と交通事犯」であるといわれている(大谷實「危険の分配と信頼の原則」藤木英雄編著『過失犯—新旧過失論争—』(学陽書房,1975)76頁)が、用語こそ使用されていないものの、実質的に同内容の議論は藤木英雄が昭和32年(1957年)に論じていた(藤木・前掲注4)60頁以下)。

いずれにせよ、有力な学者による紹介がなされたのが昭和30年代以降であることに変わりはない。

しかし、当時の議論においては、新過失論の系譜同様（本稿 190, 191 頁）、信頼の原則の系譜が判例と学説で齟齬することが問題とされることはなかった⁴¹⁾。また、学説による新過失論の主張によって、信頼の原則を法的に構造化する前提となる危険の防止という規範的見地も、予見可能性概念に代替されてしまっていた（本稿 190 頁）⁴²⁾。このような状況下において、大正 3・3・11 が構造化した信頼の原則の内容が自覚されることはなかった。その結果、昭和 40 年代には信頼の原則に関する多数の判例が登場したものの、信頼の原則の内容は大正 3・3・11 と異なるものも含まれるに至った恐れがあるように思われる。

したがって、信頼の原則による注意義務の免除を認めるための規範的考慮の解明という目的を達成するには、信頼の原則が論じられるようになる昭和 30 年代より以前に素材を絞るのが妥当と考えられる。それ以降の議論、特に昭和 40 年代の判例の構造分析は、別途検討を行う機会を俟つことにしたい。

(2) 信頼の原則の法的構造

大正 3・3・11 の全体構造のうち、他の人間による危険の防止が期待できる状況か否かという点については特に付加することはないので、改めて検討はしない。ここでは、信頼の原則における規範的考慮の具体的内容と、注意義務の免除が認められる範囲を明らかにすることを目指す。

(a) 原則としての注意義務の重畳的負担

大正 3・3・11 においては、危険を防止できる人間が複数いる場合に、特定の人間の注意義務の免除が認められたものの、危険を防止できる人間が複数存在するという状況から直ちに注意義務の免除が認められるわけではない。むしろ、複数の人間全員が重畳的に注意義務を負担するのが原則とされている。

例えば、大判大正 3 年 5 月 23 日刑録 20 輯 1018 頁では、船舶の衝突事故において、船舶接近の際に船舶は相互に衝突の予防措置をとるべきとの判断が下されている。

「二個の船舶相接近したときは両船互に衝突を予防するに必要な注意を為すべき」（刑録 20 輯 1020 頁）

危険の防止という規範的見地からすれば、複数の人間に危険を防止するための注意義務を重畳的に負担させるのは合理的な態度といふべきである。特定の人間が危険を防止できるからといって、直ちに他の人間に危険な行為を行うことを認める理由はないからである。

(b) 注意義務の免除を認める規範的考慮

このように、複数の人間による重畳的な注意義務の負担が原則であるとする、いかなる根拠によって、いかなる場合に注意義務の免除を認めるかが問題となる。

この点、大正 3・3・11 は、(i) 法令の趣旨と (ii) 注意義務を免除して公共の利益を確保する必要性という実質判断との二つの規範

41) 自動車事故について最高裁が信頼の原則を採用したリーディングケースとされる最判昭和 41 年 12 月 20 日刑集 20 卷 10 号 1212 頁の調査官解説において、「汽車、電車等の専用軌道車については、つとに大審院当時から（無意識的にせよ）判例によって認められていた」と説明されていた（鬼塚賢太郎「判解」最判解刑事篇昭和 41 年度 281 頁、287 頁（1973））。

しかし、大正 3・3・11 の法的構造を無意識と評するのは正当でないことは、系譜的考察によって詳論したとおりである（本稿 182 頁以下）。また、鉄道事故だけでなく、自動車事故においても信頼の原則による注意義務の免除を認める大審院判例が存在することも指摘されるべきであろう（大正 3・3・11 の構造を自動車事故に適用するものとして、大判昭和 7 年 2 月 22 日大審院裁判例 (6) 刑 5 頁、大判昭和 9 年 7 月 12 日刑集 13 卷 1025 頁）。

42) 信頼の原則の代表的研究書である西原春夫『交通事故と信頼の原則』（成文堂、1969）は、信頼の原則は予見可能性を否定するものと理解する立場と、結果回避義務を否定するものと理解する立場の対立について、基礎的な理論の対立の反映に過ぎず、信頼の原則の問題自体に関しては言葉の上での対立に過ぎなくなっていると述べる（同書 27 頁注 11）。

ここでは、過失犯の構造に対する理解を前提に、信頼の原則の法的構造を解明するという問題意識は見受けられない。

の考慮によって電車の停止義務を免除していた。

そうすると、この二つの規範的考慮の関係が問題となるところ、両者を全く独立したものとみるべきではないであろう。何故なら、(ii) 注意義務を免除して公共の利益を確保するという規範的考慮は (i) 法令の趣旨に含まれるからである。大正3・3・11に沿っていえば、(i) 電車を交通機関として認める法令の趣旨の解釈にあたって、(ii) 動作が自由でない電車の進行の円滑を確保するという視点が取り込まれるとみるべき、ということである。

このように、実質判断を踏まえた法令の趣旨を通じて注意義務の免除の可否を決定するものとして大判大正14年6月15日刑集4巻414頁が挙げられる。本件では、(ii) 交通機関を運用する者相互に妨害を避ける義務が課される実質的根拠を、①生命身体の安全の保障と②交通の利便の増進に求めた上で、(i) それが電車・自動車に関連する法令の趣旨であるとの一般論が展開された。この一般論を前提に、法令の解釈を経由して、自動車運転者が電車の停止を予期して線路内に立ち入ることは注意義務違反であるとの帰結が導きだされている。

(ii) 「交通機関運用の業務に従事する者は相互に自他の妨害と為るべき行為を避け交通の円滑を期せざるべからず是れ①公衆の生命身体の安全を保障し②交通の利便を増進するが為」(刑集4巻419頁)

(i) 「電車自動車の取締に関する諸論警視庁令の趣旨も茲に存する」(同頁)

「電車の停車其他応急の措置に出づることを予期し其の軌道内に自動車を乗り入るが如きは其の業務上の注意義務を怠りたるもの」(同420頁)

この判例を踏まえて、注意義務の免除を認める際の規範的考慮について、理論的な整理を行うと、以下のとおりである。

注意義務の免除を認める際の規範的考慮の実質的内容は、①危険の防止を十分になしえることと②公共の利益の実現に資することにある。危険を防止できる複数の人間が負担する複層的な注意義務のうち、誰のいかなる注意義務を免除するのかについて、①危険の防止と②公共の利益の実現という規範的考慮に基づいた判断がなされるのである。

ただ、このような判断を行うには困難がつきまとう。したがって、①危険の防止と②公共の利益の実現という規範的考慮の実質的内容を踏まえつつ、問題となっている場面を規律する個別の法令が存在する場合には、その法令の解釈を媒介として、誰のいかなる注意義務を免除するかについて判断すべきである。何故なら、①②という規範的考慮の実質的内容のみに依拠するよりも、当該場面を規律する法令を踏まえたほうが、妥当な判断を行えるからである⁴³⁾。

もっとも、手がかりになる法令がない場面では、①危険の防止と②公共の利益の実現という実質判断に直接に取り組んで注意義務の免除の可否を判断する他ない。

(c) 注意義務が免除される範囲

以上の規範的考慮を踏まえて注意義務の免除を認めた二つの具体例を参照することで、誰のいかなる注意義務が免除されるかについて検討を深めよう。

(i) 法令の趣旨を踏まえた事例

市電交差点における消防車と電車の衝突事故について消防車の運転手の注意義務が問題となった大判昭和7年2月22日大審院裁判例(6)刑5頁において、火災現場に早急に到着するという公共の利益の実現は関係法令で予定されていることを根拠に、一般の交通機関・通行人に停止義務が課される反面として、

43) なお、信頼の原則による注意義務の免除を認める際に、危険の防止と公共の利益の確保について規範的考慮を含む個別の法令を手がかりにすること、注意義務の設定における個別の法令の位置づけは別の問題である。

個別の法令が要求する義務以外にも刑法上の注意義務が課されるのは、当該状況における危険の防止という規範的見地によって注意義務の具体的内容が定められるからである(大判大正3年4月24日刑録20輯619頁、629頁)。

消防車は進行を継続してよいとの判断が下された。

「消防自動車は一刻も早く火災現場に到着し火災の被害の甚しからざるに先ち之を鎮火せしむる使命を有し其の遅速は公共の利害に重大なる影響を持つもの」(大審院裁判例(6)刑6頁2段目)

「一般の交通機関並に通行人は消防自動車の進行し来るを覚知するに於ては須く道を消防自動車に譲り…義務あり」(同箇所)

「此の趣旨は内務省令道路取締令第六条並に京都府令電気鉄道取締規則第二十八条等の承認するところ」(同頁3段目)

「消防自動車の運転に従事する者は…其の進路を妨ぐることなかるべしと予期し其の進行を継続することは当然」(同箇所)

ここでは、他の交通関与者の停止義務による危険の防止が可能であるという状況を前提に、公共の利益の実現を図るという規範的考慮を含む法令の趣旨を踏まえて、消防車の運転手に対して、他の交通関与者が停止すると信頼してよいとの判断が下されたといえる。

しかし、消防車の運転手が負担する複層的な注意義務のうち、前方注視義務の免除は認められていない。

「消防自動車に斯る行動(筆者注：進路を妨げる行動)の許さざることは毫も其の運転手に前方注視の義務並に事故防止の義務を免除するものにあらず」(同箇所)

そうすると、何故、前方注視義務は免除されないのが問題となるところ、①危険の防止②公共の利益の実現という規範的考慮の実質的内容によって説明が可能である。

①高速度の走行が許された消防車には、前方を注視することで危険の防止に努める要請は高い上、②前方注視を免除しても火災現場に早急に到着することには役立たない。そうすると、他の交通関与者が消防車の妨害をしない義務を負担しているとしても、前方注視義務を免除するという帰結は認めるべきでな

いのである。このような規範的考慮は、①部分だけではあるものの、判文にも看取できる。

「消防自動車の如く急速力を維持して進行することを可とする自動車に於ては一層之(筆者注：前方注視義務)を厳守するを要する」(同頁4段目)

(ii) 実質判断が行われた事例

大判昭和19年5月9日刑集23巻111頁は、①危険の防止と②公共の利益の実現という規範的考慮を実質的に判断することで、前方注視義務を免除した稀有な事例である。

本件では、I車両の入換えが頻繁に行われ従業員が多数存在する場所で、機関士には前方の見通しが利かない車両に操車係が誘導のために添乗するという状況において、II危険防止のため、III操車係に、前方の見通しが可能な席に添乗して前方を注視するという注意義務が設定された。もっとも、本件ではどこの席に座っても見通しが悪く操車係がどの車両に添乗しても結果回避可能性はなかった。そこで、連結車両を外したり補助者に確認させたりするなどの見通しを確保する別途の手段を講じる注意義務が存在するかが問題となった。

大審院は、①本件の現場は一般人の出入りが禁止されていて、かつ、従業員は自衛できたことと、②車両の入れ替え作業の敏速的確が必要であるため、別途の手段は講じえないことを指摘して、やむを得ない事情がある場合には操車係の前方注視義務が免除されると判示した。

①「本件操車の現場は一般人の出入りを禁ずる場所にして現場を通行する者は鉄道従業員に限られ」「其の従業員等は其の職務上当時の運輸機構の下に於ける現場の運転状態を知悉し居り從て危険の多きこと及其の危険の来る所以に付知識経験を有し各自特別の注意を以て身を衛りつつあるもの」(刑集23巻116頁)

②「列車車両の入換は輻輳を極め敏速的確に之が入換作業を遂行すべき状態に在りて右の如き(筆者注：別途の手段)は云うべくして行い

得ざりしもの」(同頁)

「已むべからざる事情により前方を注視し得ざる状況に在る場合には其の地点を通行する従業員の特別の注意に信頼し前方に危険なきものとして車両を運転せしむるを妨げざるもの」(同頁)

ここでは、①車両の走行から生じる危険の防止を確保する状況が存在するかをチェックした上で、②前方注視を確保することが困難な事情を認定した上で、後方警戒などの操車係が負担する複層的な注意義務(同114頁)のうち、前方注視義務を免除するという帰結が導かれている。

もっとも、このような危険の防止の程度と公共の利益の実現の必要性を考量するには、価値判断が伴い困難が生じることは避けがたい。この事件では、当時の運輸機構の下で運輸の経営を行うことが「国家の要請」と述べられており(同116頁)、当時は戦時下であったことにも鑑みると、運輸経営の円滑を確保するという価値判断が行われたのかもしれない。

現在、同種の事案が生じた際には、前方注視義務の免除を認めるにしても、危険の防止という規範的考慮によって、一般人の立入り禁止・従業員の現場の危険に対する知識経験だけでなく、車両の走行に対して現場の従業員こそが自衛をなす責任を有することについて組織的に周知徹底が図られ、現場での事故を回避する責任の所在が明確になっているという条件が付加されるかもしれない。

三 基本的思考枠組み解明の現代的意義

ここまでの分析で獲得した思考枠組み・過失犯の処罰要件の具体的内容を前提とすることによってこそ、その構造が理解可能となる現在の判例を検討することにしたい。

具体的に取り上げるのは、交通事故において信頼の原則による注意義務の免除を否定した最決平成16年7月13日刑集58巻5号360頁(以下、平成16年決定)である。本稿が

平成16年決定を取り上げるのは、二3で分析した信頼の原則における規範的考慮が、現在の判例においても機能することを示すためである。

なお、本稿の作業を前提として判例の構造的な理解を獲得するという見地から、最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁(患者取り違え事件)の評釈をジュリスト1382号140頁に掲載している。こちらも本稿と併せて参照願いたい。

1 上告趣意の主張と最高裁の判旨

本件で最高裁が取り上げた上告趣意は、自動車運転手は右折する際に、自分が見る信号機が赤であると対向車両が見る信号機も赤であると考え、対向車両が停止すると信頼すると主張するものであった。要するに、本件は被告人の見る信号機と対向車両が見る信号機の表示がずれる時差式信号であったものの、その標示がない以上、被告人の認識において当該交差点は全赤信号の状態であったのであり、そうすると、交差点に車両は進入してこない信頼してよい、というのである。

「所論は、本件交差点に設置されていた信号機がいわゆる時差式信号機であるにもかかわらず、その旨の標示がなかったため、被告人は、その対面信号と同時に山下車の対面信号も赤色表示に変わり山下車がこれに従って停止するものと信頼して右折進行したのであり、そう信頼したことに落ち度はなかったのであるから、被告人には過失がないと主張する。」(刑集58巻5号361頁)

この上告趣意に対して、最高裁は、そのような信頼は許されないと結論だけ述べて、規範的考慮を明らかにしないまま排斥した。

「しかし、自動車運転者が、本件のような交差点を右折進行するに当たり、自己の対面する信号機の表示を根拠として、対向車両の対面信号の表示を判断し、それに基づき対向車両の運転者がこれに従って運転すると信頼することは許

されないものというべきである。」(同頁)

2 全赤信号の状態における 注意義務の免除を否定する 規範的考慮

しかし、上告趣意の主張は理論的には成り立つものとも思われ、これを排斥する理由の検討が必要となろう。そして、上告趣意のうち、全赤信号の状態である場合に交差点に車両は進入してこないと信頼してよいとの主張が認められない点こそが、信頼の原則による注意義務の免除を認める際に規範的考慮が行われることを示す好例となる。

本稿 195 頁以下で検討したとおり、自動車事故においては、(ii) ①道路における危険の防止と②道路交通の円滑の確保という実質判断について (i) 道路交通法令の解釈を経由して注意義務の免除の可否が判断される。

これを、全赤信号の状態の交差点に当てはめると、全赤信号という状態が道路交通法令においていかなる意味を有するかが問題となる。この点について、本件の原審(東京高判平成 11 年 12 月 27 日刑集 58 卷 5 号 466 頁)は、全赤信号という状態は交差点に進入する車両全ての安全を確保するためのものであるとして、対向直進車の動静を注視する義務の免除を否定した。

「道路交通法の趣旨に照らせば、青色から黄色

信号に続く全赤色信号の場合に右折車に優先通行権を与えられているわけではなく、黄色に続く全赤色信号のクリアランス時間は、直進車であれ、右左折車であれ、交差点内外にある車両等を安全に交差点外に停止ないし排出するためのものである」(同 471 頁)

ここでは、道路交通法の解釈を通じて、全赤信号は交差点の内外の車両全てに安全の確保を要求するものであって、他の車両が進入してこないという期待から直ちに被告人が交差点進入時に負担する注意義務の免除を認めるのは妥当でないとの議論がなされている。交差点における危険の防止という観点からは、全赤信号の状態の場合には、交差点内外の車両全てに停止義務・別の車両の動静注視義務・前方左右注視義務などの注意義務を重疊的に負担させることが合理的と考えられるのである⁴⁴⁾。

逆からいえば、仮に、全赤信号の状態では他の車両が停止義務を負担する以上、交差点に進入してくることはないとの信頼を認めて停止義務や他の車両の動静注視義務などを免除した場合、複数の車両が同じ期待を抱いて交差点に進入してきて衝突事故を起こしたとしても、全車両の過失が否定されるという帰結が不合理と捉えられているのであろう⁴⁵⁾。

なお、本件に対しては、自動車の右折を困難にするとの批判もなされている⁴⁶⁾が、その点を問題視するのであれば、過失犯の理解ではなく、道路交通法の解釈の当否を争うべ

44) 片岡聰『過失の認定(改訂増補)』(東京法令出版、1990) 175 頁は、「交差点事故の発生を防止するために、双方の車両の運転者に対して、それぞれ注意義務を課することは、あたかも『二重安全装置』を設けるようなものと巧妙に表現する。

なお、片岡は、信頼の原則は、二重安全装置のうち、その一つを取り外してしまうようなものと表現し、注意義務の免除を①危険の防止と②交通の円滑化という見地から検討しており(同書 175、176 頁)、本稿の分析した信頼の原則の法的構造と基本部分において共通の理解を示している。

45) 交差点において、道路交通法上、一時停止義務を負担する車両と徐行義務を負担する車両が存在する場合に、他の車両が一時停止義務を負担することから直ちに、刑法上の徐行義務を免除した最判昭和 48 年 5 月 22 日刑集 27 卷 5 号 1077 頁の多数意見は、交差点における衝突の危険を防止するための注意義務が重疊的に課されうることを見逃したものである。

これに対して、一時停止義務と徐行義務について「両車にそれぞれ一定の義務を課することによって事故の発生を防止しようというのが道交法の趣旨」と述べて、徐行義務の免除を否定した原審(東京高判昭和 46 年 12 月 22 日刑集 27 卷 5 号 1106 頁、1113 頁)の判断は、信頼の原則の法的構造の基礎を危険の防止に求める議論に忠実なものといえる。

46) 松宮孝明「判批」法セ 599 号 121 頁(2004)。

き、ということになる⁴⁷⁾。

3 動静注視義務と 予見可能性の関係

以上分析したごとく、本件の原審は、当該場面を規律する法令の趣旨に従って危険の防止という見地から注意義務の免除を否定しており、大正3・3・11の系譜に属する理論構造を有している。それにもかかわらず、最高裁は信頼の原則による注意義務の免除が否定される理由を述べなかった。

その意図は不明であるものの、原審と最高裁の判文を対比すると、原審の理論構造を最高裁が採用するには困難を伴うことが明らかになる。というのは、最高裁は、予見可能性と結果回避義務という学説の新過失論の定式に忠実であって、大正3・3・11の提示した信頼の原則の法的構造を採用する基盤を持たないからである。

最高裁「被告人は①山下車が本件交差点に進入してくると予見することが可能であり、②その動静を注視すべき注意義務を負うとした原判断は、相当である」(同361頁)

最高裁の判文は、①対向車両の交差点への進入の予見可能性→②対向車両の動静を注視する義務という順序となっているが、原審の判断は逆である。原審は、①対向車両の動静を注視する義務を履行すれば、②対向車両の交差点への進入が予見できたとしているからである。

原審「被告人が①山下車の動静に注意を払えば、②その位置や、速度からみて山下車が本件交差点に進入してくることを予見することは十分可能であるし、③制動等の避讓行為をとることにより事故を回避することができた」(同473頁)

この原審の判断は、過失の判断定式に従い、Ⅰ黄色信号に変わった後に交差点に進入して右折を試みた際に、直進してくる対向車両を認めた場合には、Ⅱ交差点における衝突を防止するという見地からⅢ当該対向車両の動静を注視する注意義務を設定するという公訴事実(同466頁)を前提としている。そして、抜粋した原審の判文は、①対向車両の動静注視義務は、衝突につながるような対向車両の動きがあるかをチェックするためのものであり、②動静注視義務を履行した結果、衝突の危険を生じさせる具体的事情があれば③衝突を回避するための更なる注意義務として避讓義務が設定されることを前提に、避讓義務を履行すれば事故が回避可能であったことを判示したものである(本稿193, 194頁の接続型の複層的な注意義務)。

ここでは、対向車両の進入の予見可能性が判示されているようにみえはするものの、動静注視義務を履行していたら結果を回避できたという仮定的判断における結果回避に至る1コマとして認定されているに過ぎないのである。

原審判断は、過失の判断定式Ⅰ～Ⅳを前提に信頼の原則の法的構造を積み重ねた大審院判例の系譜に属するものといえる。弥彦神社事件(本稿190頁)において異種の過失の判断定式を導入してしまった最高裁は、このような構造を明示的に採用することに困難を伴うのであろう。危険の防止という規範的見地が、当該状況下における複数の人間に共通に妥当することで全体として合理的な制度を構築するという視野をもたらすのに対し、予見可能性概念に依拠する限り、そのような視野に立脚することはできないからである。

47) 実際、本件第一審(横浜地横須賀支判平成11年3月30日刑集58巻5号459頁)は、全赤信号の状態は、交差点に滞留する右折車両が交差点を出ることを可能にするためのものとの解釈を基礎として(同460頁)、過失を否定するという結論を導いている。

おわりに

本稿は、過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件を明らかにすることを目的とした。判例を素材として、注意義務の具体的内容の確定方法と信頼の原則による注意義務の免除が認められる場合を叙述することができた点において、本稿の目的は達成されたと考える。

この成果によって、過失犯をめぐる議論の膠着状況に新たな視野がもたらされよう。従来の議論は、予見可能性概念に強く拘束されてきたのに対し、本稿は、危険の防止という規範的見地によって過失を定式化する立場がありえ、しかも、平成16年決定を素材として判例に現在もそのような思考が潜在している可能性を示したからである。

多数の議論が積み重ねられ、しかも解決の糸口が見つかっていない過失犯というテーマについては、己の依拠する立場を主張するより前に、積み重ねられた議論を構造化するという作業に取り組むことが不可欠であるように思われてならない。

多数の議論が混在する状況において、いかなる思考枠組みが存在し、それぞれの思考枠組みからいかなる処罰要件が構築されるかを明らかにした上で、個々の議論を全体の構造の中に位置づけていく。このような議論の構造化を経てこそ、異なる立場に立脚する者同士が生産的な議論を行うための基盤が与えられよう。生産的な議論を行うには、他者の依って立つ思考枠組みと具体的な主張内容を十分に理解し、己の依って立つ思考枠組みと具体的な主張内容との共通点・相違点を十分に認識することが不可欠だからである。

基本的思考枠組みを形成したテキストを論理的・系譜的に厳密に考察した上で、当該思考枠組みがもたらす過失犯の処罰要件を明らかにするという本稿の作業は、過失犯をめぐ

る議論を構造化するための基礎的作業をなすものである。このような基礎的作業を前提として、個別の様々な議論の構造的な理解を獲得するとともに、現在の議論の全体像の構造化をさらに進めるのが本稿に残された課題となる⁴⁸⁾。⁴⁹⁾

(ひぐち・りょうすけ)

48) 本稿が残した課題に部分的に応えるものとして、樋口・前掲注31)。本稿と併せて参照願いたい。

49) 本ローレビュー編集委員の安井桂大・白川佳、ゼミ生の岩崎貴彦・竹中輝順に丁寧な校正をしていただいた。感謝して記したい。

【判例一覧表】

本文で言及したものを黒太字にした。

[明治]

大判明治 30 年 6 月 22 日刑録 3 輯 6 卷 59 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 183 頁

（上告趣意）汽車の進行を知り、かつ、信号の合図に注意せず鉄道交差点に進入。

大判明治 32 年 6 月 13 日刑録 5 輯 6 卷 28 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 183 頁

迷信による殴打。

大判明治 32 年 12 月 8 日刑録 5 輯 11 卷 22 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 183 頁

迷信による暴行。

大判明治 36 年 7 月 17 日刑録 9 輯 1239 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ **178 頁, 179 頁**

179 頁, 180 頁, 184 頁, 193 頁, 194 頁
 見通しのきかない踏切・往来頻繁・踏切番人の不存在時の汽笛を鳴らす義務・減速義務。

大判明治 37 年 3 月 29 日刑録 10 輯 639 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 179 頁

（上告趣意）往来頻繁な踏切における出窓から望見する義務。

大判明治 37 年 5 月 20 日刑録 10 輯 1102 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 183 頁

船舶の衝突。

大判明治 43 年 1 月 18 日刑録 16 輯 17 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 183 頁

銃の放置。

大判明治 43 年 2 月 22 日刑録 16 輯 292 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 183 頁

狂犬病の鑑定ミス。

大判明治 43 年 9 月 30 日刑録 16 輯 1581 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 192 頁

銃の放置の結果、少年が銃を弄び誤って友人を死亡させることの予見可能性を認定。

大判明治 44 年 6 月 16 日刑録 17 輯 1202 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 179 頁

油紙の自然的危険性の了知。

大判明治 44 年 10 月 5 日刑録 17 輯 1590 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 180 頁

踏切の閉鎖を妨害して踏切に進入した馬車について、踏切番が危険信号・合図を出す余

裕がなかった場合に、危険信号・合図がなかったため踏切に危険がないと信じた機関手の過失を否定。

大判明治 45 年 7 月 8 日刑録 18 輯 1067 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 179 頁

（上告趣意）薬品の付着した缶の放置による爆発事故。

[大正]

大判大正 2 年 5 月 6 日刑録 19 輯 601 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 179 頁

歩行者の線路への接近について電車の接触可能性があるとして警笛を鳴らす義務・徐行義務を設定。

大判大正 2 年 11 月 24 日刑録 19 輯 1326 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 179 頁

（上告趣意）多数の児童を漁船に乗せる危険の認識可能性。

大判大正 3 年 3 月 11 日刑録 20 輯 278 頁
(大正3・3・11) ・ ・ ・ ・ ・ 176 頁, 176 頁

, 177 頁, 178 頁, 179 頁, 180 頁, 181 頁

, 181 頁, 182 頁, 183 頁, 184 頁, 184 頁

, 185 頁, 186 頁, 186 頁, 187 頁, 187 頁

, 188 頁, 189 頁, 190 頁, 191 頁, 192 頁

, 194 頁, 195 頁, 195 頁, 196 頁, 200 頁
 通行人と電車の衝突事故において信頼の原則を明確に宣言。

大判大正 3 年 4 月 24 日刑録 20 輯 619 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ 192 頁, 196 頁

過失＝予見可能性と予見義務と定式化した上で、大正 3・3・11 を接合。小児が線路側に立っている状況において動静注視義務違反を認める。取締規則以外に危険防止の見地から一般的な注意義務を肯定。

大判大正 3 年 5 月 23 日刑録 20 輯 1018 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ **195 頁**

船舶の衝突事故において両方の船に衝突防止義務。

大判大正 5 年 12 月 22 日民録 22 輯 2474 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ **186 頁**

大阪アルカリ事件。

大判大正 8 年 2 月 7 日民録 25 輯 179 頁
 ・ ・ ・ ・ ・ **183 頁**

大正 3・3・11 の一般論を不法行為でも採

用。被害者が線路を横断することは電車運転手に認識可能として過失を肯定。

大判大正 12 年 10 月 22 日刑集 2 巻 738 頁
 182 頁

警笛は幼児に役立たなくても他人による救出の機会を与える。

大判大正 14 年 6 月 15 日刑集 4 巻 414 頁
 196 頁

電車で車馬通行人に対する優先権を認め、自動車が電車の停止を予期して電車軌道内に進入することを注意義務違反とする。

大判大正 14 年 12 月 23 日法律学説判例
 評論全集 15 巻刑法 76 頁
 193 頁

橋の墜落を防ぐために①耐抗力を大きくするか又は②楔を調整する義務。

[昭和～]

大判昭和 2 年 10 月 16 日刑集 6 巻 413 頁
 192 頁

乳児に添い寝しつつ授乳する際の危険防止義務。

大判昭和 4 年 9 月 3 日大審院裁判例 (3)
 刑 27 頁 189 頁

湯沸かし釜の据え置きにおける発火の客観的予見可能性。

大判昭和 7 年 2 月 22 日大審院裁判例 (6)
 刑 5 頁 195 頁, 196 頁

消防車と電車の衝突事故において、消防車に信頼の原則を認めつつ、前方注視義務の免除は否定。

大判昭和 8 年 2 月 15 日刑集 12 巻 71 頁
 193 頁

児童の集団の一部が道路を渡った場合に残る児童も飛出す危険ありとして、児童から離れる義務・児童注視義務・徐行義務を重疊的に設定。

大判昭和 8 年 3 月 9 日刑集 12 巻 331 頁
 (業務上過失致死傷)
 193 頁

電車運転者の前方注視義務違反によって故障した自動車に気づかず衝突。

大判昭和 8 年 10 月 7 日刑集 12 巻 1975 頁
 192 頁

停電で暗黒時の減速義務と前方注視義務。

大判昭和 9 年 7 月 12 日刑集 13 巻 1025 頁
 195 頁

豪雨でも信号に従って交差点に進入する自動車に徐行義務はないとして信頼の原則を認める。ただし、オートバイの信号無視が明らかであったのに衝突を防止する措置をとらなかったとして注意義務違反を肯定。

大判昭和 10 年 2 月 2 日刑集 14 巻 57 頁
 194 頁

船長代理は前方注視義務を負担。前方注視義務を履行すれば漁船発見して減速・停止・後退によって衝突を防止できる。

大判昭和 13 年 4 月 21 日新聞 4282 号 17 頁
 193 頁, 193 頁

自動車運転手には前方注視義務があると同時に、自転車目撃したら道路左方に避讓する義務がある。前方注意義務を履行していたら避讓義務を経由して事故を防止できた。

大判昭和 13 年 12 月 6 日刑集 17 巻 901 頁
 192 頁

酩酊状態における運転回避義務。

大判昭和 15 年 7 月 23 日刑集 19 巻 609 頁
 179 頁

大正 3・3・11 を引用して、見通しがきかず遮断機自動警報機等の設備のない踏切において時速 60 キロで進行することについて過失を否定。

大判昭和 16 年 3 月 14 日新聞 4697 号 14 頁
 191 頁

軍用列車の見送りを予想して、しかも、見通しがきかず、その上、熱狂で見送り人が列車に気づかないという特殊事情を認定して、減速義務を認める。

大判昭和 19 年 5 月 9 日刑集 23 巻 111 頁
 197 頁

一般人立入り禁止と運輸機構で現場を従業員が知っていて自衛可能という事情と、列車入れ替え作業遂行の必要性を理由に、前方注視義務の免除を認める。

最判昭和 23 年 11 月 25 日刑集 2 巻 12 号
 1638 頁 194 頁

製造元も性質も明らかでない上、工業用として品質不良のアルコールを飲用として販売

するという状況において、確実な方法でアルコールの成分検査を行うという注意義務を設定。水で3倍に薄めただけでは注意義務を履行したといえない。

最判昭和24年7月23日刑集3巻8号1377頁
.....**194頁**

有毒物を含有したアルコールの存在が知られる中で、酒類製造免許を受けた者による製造であるか明らかでないアルコールを飲用として販売するという状況において、化学検査を受けて有毒でないことを確認する注意義務を設定。被告人が自ら試飲しても注意義務を履行したといえない。

最判昭和41年6月14日刑集20巻5号449頁
.....**176頁, 194頁**

最高裁における信頼の原則のリーディングケース。

最判昭和41年12月20日刑集20巻10号1212頁
.....**195頁**

自動車の衝突事故において信頼の原則を肯定。

最決昭和42年5月25日刑集21巻4号584頁
.....**190頁, 200頁**

弥彦神社事件。神社における行事の際に群衆が転倒して多数の死者が生じることの予見可能性を肯定。

東京高判昭和46年12月22日刑集27巻5号1106頁
.....**199頁**

昭和48年判決の原審。交差点における一時停止義務と徐行義務を重疊的に肯定。

最判昭和48年5月22日刑集27巻5号1077頁
.....**199頁**

交差点に赤色点滅信号と黄色点滅信号が置かれている場合に、赤色点滅信号による一時停止義務の存在を理由に黄色点滅信号による徐行義務の免除を認める。

東京地判平成13年3月28日判時1763号17頁
.....**181頁**

薬害エイズ帝京大ルート事件。

横浜地裁横須賀支判平成11年3月30日刑集58巻5号459頁
.....**200頁**

平成16年決定第一審。信頼の原則による注意義務の免除を認める。

東京高判平成11年12月27日刑集58巻

5号466頁.....**199頁, 200頁**

平成16年決定第二審。信頼の原則による注意義務の免除を否定。

最決平成16年7月13日刑集58巻5号360頁(平成16年決定).....
.....**198頁, 200頁, 201頁**

時差式信号の標示がない交差点において、自己の対面する信号機を根拠として対抗車両の対面する信号の表示を判断して、その判断による表示に対向車両が従って運転するとの信頼を否定。

最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁
.....**175頁, 198頁**

患者取り違え事件。