

信頼の原則と結果回避可能性

——交差点衝突事故に関する二つの最高裁判決の検討——

小林 憲太郎

序章 二つの最高裁判決

第一章 結果回避可能性

第一節 徐行義務の存否と内容

第二節 結果回避可能性の始点

一 処罰の対象となる振舞いを止めることまで仮定する見解

二 処罰の対象となる振舞いを止めることまでは仮定しない見解

三 犯罪を構成する行為は仮定しない見解

第二章 信頼の原則

第一節 信頼の原則の根拠

一 無効果説と報奨説

二 許された危険説

三 自己答責性原理説

第二節 信頼の原則の限界

一 外在的な限界

二 内在的な限界

三 失効原理

終章 おわりに

序章 二つの最高裁判決

近時、最高裁判所第二小法廷は次のような事案において、業務上過失致死傷罪（刑法二二一条、現同条一項）の成立を認めた原判決及び第一審判決を破棄・自判し、被告人に無罪を言い渡した。⁽¹⁾

被告人は平成一一年八月二八日午前零時三〇分頃、業務としてタクシーである普通乗用自動車運転し、交通整理の行われていない交差点を直進しようとした。この交差点は左右の見通しが利かない交差点であったことから、その手前において減速して徐行し、左右道路の交通の安全を確認して進行しなければならぬのに、被告人はこれを怠り、漫然時速約三〇ないし四〇キロメートルの速度で同交差点に進入した。このため被告人車の左後側部が、折から左方道路より進行してきたA運転の普通乗用自動車の前部と衝突した。この結果、被告人車は同交差点前方右角にあるプロック塀に衝突し、後部座席に同乗のBは車外に放出され、同日午前一時二四分頃病院において、前記放出に基づく両側血気胸、脳挫傷により死亡した。また助手席に同乗のCは、加療約六〇日間を要する頭蓋骨骨折、脳挫傷等の傷害を負った。

なお本件事故現場は被告人車が進行する幅員約八・七メートルの車道と、A車が進行する幅員約七・三メートル

の車道が交差する交差点であり、各進路にはそれぞれ対面信号機が設置されているものの、本件事故当時は、被告人車の対面信号機は、他の交通に注意して進行することができることを意味する黄色灯火の点滅を表示し、A車の対面信号機は、一時停止しなければならないことを意味する赤色灯火の点滅を表示していた。そしていずれの道路にも道路標識等による優先道路の指定はなく、それぞれの道路の指定最高速度は時速三〇キロメートルであり、被告人車の進行方向から見て左右の交差道路の見通しは困難であった。

ところでAは酒気を帯び、指定最高速度である時速三〇キロメートルを大幅に超える時速約七〇キロメートルで、足元に落とした携帯電話を拾うため前方を注視せずに走行し、対面信号機が赤色灯火の点滅を表示しているにもかかわらず、そのまま交差点に進入してきたことが認められる。

判旨は次の通りである。

「過失の存否に関する評価の点を除き、本件における客観的な事実関係は、以上のとおりと認められる。……このような状況の下で、左右の見通しが利かない交差点に進入するに当たり、何ら徐行することなく、時速約三〇ないし四〇キロメートルの速度で進行を続けた被告人の行為は、道路交通法四二条一号所定の徐行義務を怠ったものといわざるを得ず、また、業務上過失致死傷罪の観点からも危険な走行であったとみられるのであって、取り分けタクシートの運転手として乗客の安全を確保すべき立場にある被告人が、上記のような態様で走行した点は、それ自体、非難に値するといわなければならない。

しかしながら、他方、本件は、被告人車の左後側部にA車の前部が突っ込む形で衝突した事故であり、本件事故の発生については、A車の特異な走行状況に留意する必要がある。……このようなA車の走行状況にかんがみる

と、被告人において、本件事故を回避することが可能であったか否かについては、慎重な検討が必要である。……被告人が時速一〇ないし一五キロメートルに減速して交差点内に進入していたとしても、上記の急制動の措置を講ずるまでの時間を考えると、被告人車が衝突地点の手前で停止することができ、衝突を回避することができたものと断定することは、困難であるといわざるを得ない。そして、他に特段の証拠がない本件においては、被告人車が本件交差点手前で時速一〇ないし一五キロメートルに減速して交差道路の安全を確認していれば、A車との衝突を回避することが可能であったという事実については、合理的な疑いを容れる余地があるというべきである。」

この判決の内容を簡単にまとめると、①被告人は交差点の手前で（時速一〇ないし一五キロメートルに）減速し、交差道路の安全を確認しなければならぬのに、これを怠った。しかし②かりにそうしたとしても、事故は回避し得なかったかもしれないから、③過失が存在しない、ということになる。

実はこれに先立つこと三〇年、最高裁判所第三小法廷はほぼ同一の事案において、同じく業務上過失致死傷罪の成立を認めた原判決及び第一審判決を破棄・自判し、被告人に無罪を言い渡している。⁽⁴⁾しかしその理由づけは一見すると、まったく異なるようにもみえる。

被告人は自動車運転の業務に従事するものであるところ、昭和四二年一月二六日午前四時二〇分頃、大型貨物自動車を運転し、時速約五〇キロメートルで国道一九号線（車道幅員七・八五ないし七・九〇メートル）を南方から北方へ向け進行中、右道路が東方から西方に通ずる県道（歩車道の区別なく幅員六・六メートル）と交差する信号機の設置された交差点の手前に差しかかった。この交差点は左右の見とおしがきかないのみならず、右県道上の交通に対面する信号機は赤色の燈火の点滅を表示し、右国道上の交通に対面する信号機は黄色の燈火の点滅を表示して

いて交通整理の行われていない状態であり、かつ国道の幅員が県道の幅員より明らかに広いとは認められなかった。被告人が早朝で交通閑散であることに気を許し、漫然同一速度で同交差点に進入しようとしたところ、交差点直前（交差点中央から南方約一〇メートル）に達した際、右方県道上を時速約六〇キロメートルで同交差点に向かって進行するA運転の普通乗用車を、右斜め前方一五メートルの地点に初めて発見した。被告人は急制動をかけたが間にあわず、右交差点中央付近で自車前部をA車の左側部に激突させ、その衝撃によりA車同乗者一名を死亡させ、A及び他の同乗者三名にそれぞれ傷害を負わせた。

判旨は次の通りである。

「たしかに、被告人が右判示（原判決および第一審判決―筆者注）のような注意（道路交通法〔昭和四十六年法律第九八号による改正前のもの。以下同じ。〕四二条に従い、交差点進入前に徐行したうえ、右交差点内および左右道路からの他の交通に十分注意し、その安全を確認して進行し、もつて危険の発生を未然に防止すべき業務上の注意―筆者注）をしておれば、本件事故は発生しなかつたか、少なくとも本件事故とは異なる事故になつていたであろうと思われる。問題は、被告人にそのような注意義務があるかということである。……被告人が本件交差点に差しかつた際に、交差点道路からすでに交差点に入った車両や交差点の直前で一時停止し、発進して交差点に入ろうとしている車両があるような場合には、そのまま進行すれば衝突する危険があるから、被告人においてもその動静に注意しつつ、減速徐行あるいは一時停止等、臨機の措置に出て、もつて危険を回避すべき義務があるけれども、そうでなければ、右のとおり交差点道路上の車両はすべて信号に従い一時停止およびこれに伴う措置をとることとなつていたのであるから、被告人の車両がそのまま進行しても、交差点道路上を接近して来た車両が、被告人の車両に先んじて、もしくは

これと同時に交差点に入るといふようなことは考えられず、したがって衝突の発生する危険もないはずであり、特段の事情の認められない本件において、被告人が、交差道路を進行してくる現認できない車両は当然交差点直前で一時停止するから衝突の危険はないものとして、徐行することなく交差点に進入したとしても、これをもつて不注意であるといふことはできないのである。

もつとも、本件交差点の前示状況に照らし、被告人がその直前で徐行しなかつたことは道路交通法四二条に違反している疑いがないではなく、かつ、被告人がこの徐行をしていれば本件衝突は起らなかつたかも知れないと考え余地があつて、この意味で、右徐行懈怠と本件の結果発生との間には条件的な因果関係があるといえなくはないけれども、交通法規違反のあることがただちに、刑法上、個別的な業務上の過失があることを意味しないことは多言を要しないのみならず、もしも、道路交通法上、被告人が徐行をしておれば交差道路上の車両は一時停止義務を解除されるようなことになつていたのであれば、被告人は、Aが被告人において徐行するものと考えて一時停止をしないことを予想すべきであり、徐行することのないまま交差点に進入したことはこの点に思いをいたさなかつたものとして過失の責を問われてもやむをえないであろうけれども、すでに述べたとおり、本件交差点では、Aは、国道上の交通状況如何にかかわらず、必ず一時停止のうえ安全を確認すべく、本件のように、時速約六〇キロメートルという速度のまま、交差点に突入することが道路交通法上許容されることはありえなかつたのであり、かつ、Aにおいてこのように適法な運転をしていさえすれば、被告人の徐行の有無に関係なく、本件衝突の発生するおそれまつたくなかつたのであるから、被告人の徐行しなかつたことは、本件の具体的状況のもとでは、ならん事故に直結したものといえず、これをもつて不注意といふこともできない。

原判示のような注意を被告人においてしななければならぬとすれば、一時停止などを定めた道路交通法の趣旨は没却されることになるといわなければならない。

このようにみえてくると、本件被告人のように、自転車と対面する信号機が黄色の燈火の点滅を表示しており、交差点上の交通に対面する信号機が赤色の燈火の点滅を表示している交差点に進入しようとする自動車運転者としては、特段の事情がない本件では、交差点道路から交差点に接近してくる車両があつても、その運転者において右信号に従い一時停止およびこれに伴う事故回避のための適切な行動をするものとして信頼して運転すれば足り、それ以上に、本件Aのように、あえて法規に違反して一時停止をすることなく高速度で交差点を突破しようとする車両のありうることまで予想した周到な安全確認をすべき業務上の注意義務を負うものでなく、当時被告人が道路交通法四二条所定の徐行義務を懈怠していたとしても、それはこのことに影響を及ぼさないと解するのが相当である。」(なお本判決には天野武一裁判官の反対意見が付されているが、その実体は原判決を支持するものである。)

この判決の内容を簡単にまとめると、① かりに被告人が道路交通法四二条に従い、交差点進入前に徐行したうえ、右交差点内及び左右道路からの他の交通に十分注意し、その安全を確認して進行し、もって危険の発生を未然に防止すべき注意をしていれば、本件事故は発生しなかったか、少なくとも本件事故とは異なる事故になっていたであろうと思われる。⁽³⁾しかし② 特段の事情がない本件では、被告人は交差点道路から交差点に接近してくる車両があつても、その運転者において信号に従い、一時停止及びこれに伴う事故回避のための適切な行動をするものと信頼して運転すれば足り、それ以上にAのように、あえて法規に違反して、一時停止をすることなく高速度で交差点を突破しようとする車両のあり得ることまで予想した、周到な安全確認をすべき業務上の注意義務を負うものでなく、③ 当時被告人が道路交通法四二条所定の徐行義務を懈怠していたとしても、それはこのことに影響を及ぼさない、ということになる。

これを先にみた平成一五年判決と比べてみると、両者は最終的に過失ないし注意義務違反を否定する点では共通

するものの、次の点で大きく異なるように思われる。すなわち平成一五年判決は、道路交通法に定める徐行義務の懈怠が、注意義務違反を構成するか否かをペンディングにしたうえで、⁽⁶⁾ かりに徐行したとしても、事故は回避し得なかつたかもしれないと判断したのに対し、昭和四八年判決は、道路交通法に定める徐行義務を守っていれば事故は回避し得た⁽⁷⁾ したうえで、そこまでは注意義務として要求されないと判断したのである。つまり最高裁は、少なくともこの二つの判決をみる限り、まず①道路交通法に定める義務の違反を特定したうえで、②かりにそれを守つたとすれば事故は回避し得たかを判断し、この点が否定的に解されれば直ちに過失を否定するが、⁽⁸⁾ ③たとえ肯定的に解されても、他者の適切な振舞いを信頼してよい場合には、なお注意義務違反が否定される、言い換えれば道路交通法上の義務が注意義務を構成しない余地がある、と考えているようである。平成一五年判決は、上告趣意が昭和四八年判決を援用していないため、⁽⁹⁾ これとの関係については言及していないが、このようにまとめることはできるであろう。そして講学上、②の部分は「結果回避可能性」、③の部分は「信頼の原則」と呼ばれている。

もっともこのような作業がどのような理論的根拠に基づくのかは、必ずしも明らかではない。その意味でこのような作業は、とても脆弱なものである。たとえば平成一五年判決の事案で、いきなり信頼の原則を適用して、注意義務違反を否定してはいけな⁽¹⁰⁾ いのであろうか。逆に昭和四八年判決の事案で、たとえば被告人が時速二〇〇キロメートルで走行するなど、交通適合的に振舞う他者をも危険に陥れる、言い換えればたとえ信頼の原則を適用しても、なお注意義務違反を否定し得ない態様で運転していたとすれば、そのような注意義務を守れば結果が回避し得たことは、もはや確認する必要がないのであろうか。これらの当然生ずべき疑問に対し、沈黙するほかないのである。

そしてこのような作業の理論的根拠を明らかにし、右のような疑問に回答を与えるためには、当然のことながら、結果回避可能性や信頼の原則といった概念そのものに検討を加え、その根拠や限界を明らかにしておく必要がある。

ある。またそうして初めてこのような作業の是非や、あるべき作業の姿もみえてくるように思われる。以上が本稿の取り組み課題である。

(1) 最二小判平成一五年一月二四日判時一八〇六号一五七頁、判タ一〇一〇号一三四頁(以下では判例時報の方を引用する)。なお刑集には掲載されていないが、その社会的影響は大きく、判決翌日の新聞報道によれば、「最高検・熊崎勝彦判部部長のコメント 最高裁の最終的判断であり、真摯(しんし)に受け止めて、今後の執務の参考としたい。」という。二〇〇三年一月二五日朝日新聞朝刊。

(2) なお齋野彦弥「結果回避可能性——最近の最高裁判例を契機として——(上)」現代刑事法六〇号(二〇〇四)六〇・六一頁によれば「本判決の回避可能性判断は、一〇キロメートルないし一五キロメートルで交差点に進入したとき、それぞれ急制動後の停止時間を測定し、その時間内に衝突位置から逆算した相手車両の距離を割り出し、その距離での被告人における現認可能性を判断しようとしており、明らかに、相手車両の走行状態とその衝突の時点を「動かして」いる。このような結果の変動ないし抽象化が許されるのは問題となる。」という。しかしそもそも徐行義務とは、徐行それ自体ではなくて、左右の安全を確認し、A車のような車両を現認し得た場合には、「急」制動により衝突を回避し得る可能性を、徐行している場合にまで高めることを命ずるものである。したがってその履行により事故が回避し得ることは、A車の現認に基づく(急)制動という過程を経て、しかもスピードがより速ければその可能性がより低く、逆により遅ければより高くなるようなかたちで認定されなければならない。こうして右の「動かし」が生じるのである。

学界ではいわゆる注意規範保護目的理論の典型的な適用事例として、「薬剤師が病気の子供の母親に、医師の新たな処方箋なく、(毒成分を含む)薬を四回にわたって販売した。子供はその薬を服用して死亡したが、医師は、もし母親に処方箋の更新を依頼されていれば、(注意を果たしたうえで)それに応じたであろう。」という薬剤師事件(RGSt 15, 151)や、「歯科医師が、心臓に問題があるとの患者の申告にもかかわらず、あらかじめ内科医の検査を受けさせることなく、患者に全身麻酔を施した。その結果、患者は心臓疾患のために死亡したが、その疾患は検査によってもまず発見できなかったであろう。」という歯科医師事件ないしクロロエチル事件(BGHSt 21, 36)が挙げられる。ここでは薬剤師が処方箋を取ってこさせ、あるいは歯科医師が検査を受けさせていれば、それに必要な期間だけ被害者は生き延びたであろうから、各々の義務違反につき問題なく結果回避可能性が肯定されるかにもみえる。しかし注意規範保護目的理論はそれらの義務の目的が、薬の販売や全身麻酔の時期を遅らせることではないという理由から、これを否定するのである。この理論は先の説明とまったく同一の論理構造を有しており、その意味で平成一五年判決は、暗黙のうちにこの理論を取り入れたものと評価することもできよう。注意規範保護目的理論について、詳しくは小林憲太郎「因果関係と客観的帰属」(弘文堂、二〇〇三)一五〇頁以下参照。

(3) 最高裁は①や②に先立って、「過失の存否に関する評価の点を除き、本件における客観的な事実関係は、以上のとおりと認められる」と述べているだけであるから、③については異論があるかもしれない。また同旨の考慮により過失を否定する判例は、近時では多くなってきたもの

の、かつては因果関係を否定する方が主流であった。すぐ後にみる昭和四八年判決も、肯定する文脈ではあるが、「本件交差点の指示状況に照らし、被告人がその直前で徐行しなかつたことは道路交通法四二条に違反している疑いがないではなく、かつ、被告人がこの徐行をしていれば本件衝突は起らなかつたかも知れないと考える余地があつて、この意味で、右徐行懈怠と本件の結果発生との間には条件的な因果関係があるといえなくはない」などとしているところである。判例の詳細については小林・前掲『因果関係と客観的帰属』四頁以下参照。しかし因果関係を否定する判例も、あくまで過失と結果との間に要求されるそれに関するものだから、過失を否定するのと実質的にはほとんど差がない。これに対して判例が因果関係を否定するドイツでは、過失犯の構成要件該当性を否定する学説が有力であるが、それはまったく同じ理由に基づいて、故意犯のそれをも否定するものであることに注意を要する。小林・前掲書一三二頁以下、一七一頁以下参照。

(4) 最三小判昭和四八年五月二二日刑集二七卷五号一〇七七頁。なお事案や判旨において酷似する下級審判例として、東京高判昭和四四年一月二〇日高刑集二二卷五号七七頁がある。

(5) 同じくこの点を最初に確認する最高裁判例として、最三小判昭和四三年一月二七日刑集二二卷一三号一五二五頁、最三小判昭和四五年一月一七日刑集二四卷一三二二二頁、最三小判昭和四五年一月二二日判タ二六一号二六五頁などがある。なお神山敏雄「信頼の原則の限界に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集・第二卷』（成文堂、一九九八）五四頁によれば最二小判昭和四二年一月一三日刑集二二卷八号一〇九七頁の事案でも、「被告人が道路の左端に沿って運転し、右折していたら（当時の道交法、事故は起こり得なかつたと推断される）」という。すでに西原春夫「交通事故と信頼の原則」（成文堂、一九六九）二六九頁参照。ただし衝突速度はもちろんのこと、衝突箇所が異なるだけでは足りず、死傷結果それ自体に意味のある変更が生じることが、合理的な疑いを容れない程度に証明される必要がある。

(6) 最高裁は「業務上過失致死傷罪の観点からも危険な走行であつたとみられる」と述べているから、この点について肯定的に判示したものと解することも不可能ではない。しかし判例は従来、注意義務違反が認められる場合には直截にその旨を指摘してきたから、このような解釈はやや不自然である。やはりこの部分は本件道路交通法違反が免許証不携帯（同法九五条一項、一一二条一項一〇号）など、事故の危険と関係のないそれとは異なる旨を指摘したにとどまると解するのが適切であろう。

(7) これに対して原判決（東京高判昭和四六年一月二二日刑集二七卷五号一〇六頁）は、「道交法違反と条件関係の存在からただちに被告人の過失を論定するかのごとくであり、「信頼の原則」の語を盛んに用いているけれども、その実、道交法の解釈と条件的因果関係の確定に終始しているのではなからうか。」尾尾勇「判批」判例評論一八一号（一九七四）四〇頁。

(8) 現に平井義丸「判批」研修四六一号（一九八六）一〇〇頁は昭和四八年判決に反対し、「被告人の過失責任を肯定すべき事例であつた」とするに際して、「被告人が徐行していても本件の衝突事故を避けられなかつたといふのであれば格別」との留保を付している。

(9) 私選弁護人である椎木緑司自身はその後の講演において、昭和四八年判決について「判例違反としてこれを掲げてやればよかつたような事件」、「私は信頼の原則を認めて、信頼の原則を固める一つの新判例としてやってくれることを期待していた」と述べている。同「刑事事件における信頼の原則について」交通事故による損害認定の諸問題・交通法研究三二号（二〇〇四）九五・九六頁、一〇〇頁。おそらく上告趣意書を作成する段階で参照した西原・前掲「交通事故と信頼の原則」が、昭和四八年よりも前に刊行されたものであるために、そこに引用されている

昭和四八年判決を援用する契機が存在しなかったであろう。もっとも彼によれば平成一五年判決も、「信頼の原則」の法理を採用し」たというのであるから、結果的にはとくに問題がなかったのかもしれない。椎木「最高裁で逆転無罪になった事例——業務上過失致死傷被告事件(無罪)——」季刊刑事弁護三五号(二〇〇三) 一一一頁。

(10) 現にたとえば大阪高判平成三年四月二六日判タ七〇号二五七頁は、ほぼ同一の事案において——昭和四八年判決を引用しながら——いきなり信頼の原則を適用し、注意義務違反を否定している。さらに飯田簡判昭和四八年九月二五日判タ三〇四号二九六頁参照。逆に肯定したものととして、名古屋高判昭和四二年三月一日判タ二二〇号一一五頁、大阪地堺支判昭和四八年八月一六日判時七二五号一一一頁(ただしそれに先立ち、制限時速四〇キロメートルでの進行を仮定して、事故の回避可能性を認定しているとも読めなくはない)などがある。

第一章 結果回避可能性

第一節 徐行義務の存否と内容

序章でみたように最高裁は、まず道路交通法に定める義務の違反を特定している。これは通常の事案においてはそれほど困難な作業ではないが、二つの最高裁判決の事案においては若干の問題を生ずる。

そもそも道路交通法四二条は、「車両等は、道路標識等により徐行すべきことが指定されている道路の部分を通行する場合及び次に掲げるその他の場合においては、徐行しなければならない。」と規定し、その一号において「左右の見とおしがきかない交差点に入ろうとし、又は交差点内で左右の見とおしがきかない部分を通行しようとするとき(当該交差点において交通整理が行なわれている場合及び優先道路を通行している場合を除く。)」と定めている。右の事案において被告人は、「左右の見とおしがきかない交差点に入ろうとし」たのであり、しかも「優先道路を通行して¹⁾い」たわけでもないから、本条により徐行の義務を負いそうである。

しかしこの交差点においては、被告人の進路に黄色灯火の点滅を表示する対面信号機が、Aの進路に赤色灯火の

点滅を表示するそれが各々設置されていた。そして道路交通法施行令二条一項によれば、「黄色の灯火の点滅」は「歩行者及び車両等は、他の交通に注意して進行することができること。」を意味し、「赤色の灯火の点滅」は「歩行者は、他の交通に注意して進行することができること。二 車両等は、停止位置において一時停止しなればならないこと。」を意味するものとされている。かりにこのことが「交通整理が行なわれている場合」にあたるとすれば、被告人は徐行の義務を免れることになる。もつとも若干の反論はあるものの、⁽¹²⁾判例はこの点につき、一貫して否定的に解している。⁽¹³⁾

さらに被告人が徐行の義務を負う場合でも、一体それが時速何キロメートルを意味するのかは、必ずしも明らかではない。せいぜい道路交通法二条一項二〇号が徐行とは、「車両等が直ちに停止することができるような速度で進行することをいう。」と規定するだけである。もつともこの点については解釈により、時速一〇キロメートル以下などと具体化されている。⁽¹⁴⁾

第二節 結果回避可能性の始点

一 処罰の対象となる振舞いを止めることまで仮定する見解

つづいて最高裁は、かりに道路交通法に定める義務を守ったとすれば、事故は回避し得たかを判断している。もつとも結果回避可能性を判断する際に、行為者のどのような振舞いを仮定すべきかについては、学説でも大きな争いがある。その対立軸は多岐にわたるが、そのうち最も基本的なものは、処罰の対象となる振舞いを止めることまで仮定するか否かである。なおこの問題に関する私見は、すでに別稿⁽¹⁵⁾において示したので、以下では他の見解の検討のみを行うことにしたい。

さて、この点につき肯定的に解する見解は、処罰の対象を何に求めるかに応じて、さらにいくつかの見解に分か

れている。たとえばそれを法益侵害(危殆化)行為に求める論者は、それが作為であれば不作為を、不作為であれば作為を仮定することになる。⁽¹⁶⁾ またそれを注意義務違反や危険創出に求める論者は、注意義務に合致し、あるいは許された危険に収まる振舞いを仮定することになる。⁽¹⁷⁾

このうち後者は、法益侵害(危殆化)行為だというだけで処罰の対象にしてしまうと、それにより保護される法益に比して、失われる行動の自由(ひいては社会的有用性)が大きくなりすぎると主張してきた。もともと最近では後者の中にも、このようなバランス論に頼らない、言い換えれば保護される法益の大きさは無関係に、いわば絶対的に画された一定の行動の自由を確保するという観点から、前者を批判するものが現れている。すなわち論者によれば、不作為犯における作為の義務づけに際して「行動の自由」の観点が考慮されるとパラレルに、作為犯においても「行動の自由の重大な制約」、「行為者が『法的に否認されなかつた活動』それ自体からの離脱の強制」となる場合には、作為を止めることそれ自体を直ちに要求することはできないという。「たとえば、歩行者やバイク運転者の飛び出しのおそれが皆無ではないところでは常に一旦停止して安全を確認しなくてはいけない、前方に自転車運転者を発見したら必ず停車して通り過ぎるのを待たなければならぬ、といった確実な安全措置を常に要求していれば、それは実際のところ、行為者に自動車に乗るなどと言っているのと同じである」から、そこではせいぜい「注意して走行する」とか、「徐行する」などといった基準行為が行われれば足りるというのである。したがって仮定される振舞いとしても、「当該活動を継続的に続けることを可能とする行為のうち、もともと危険性の低い行為」としての基準行為で足りることになる。⁽¹⁸⁾

しかしこのような見解も結局のところ、バランス論に頼らざるを得ないように思われる。そもそも世の中には、継続的に続けること自体が許されない活動も存在するのであり、たとえば自動車の運転がそこに含まれないという判断を行う際に、そこから生ずるプラスとマイナスを衡量するという作業を経ないと考えるのは、証明不可能

なあまりにも強すぎる前提であらう。⁽¹⁹⁾そしてそうだとすると、そもそも行動の自由が保障されるか否かが衡量によって影響を受ける以上、それを制約し得る限界についても同じことがいえるはずである。

もちろん論者はある活動を継続的に続けることを許す以上、それを事実上不可能にするような制約を課すことは矛盾だと考えているのかもしれない。しかしそれは「事実上不可能」ということの意味による。かりにそれが「制約を守ることができない」という意味であれば、結局のところその活動を継続的に続けることは、そもそも許されていないというだけである。そうではなくて、「制約を守っている」といえば迅速な移動の利益など、その活動から生ずべきプラスが失われる」という意味であれば、それを上回るプラス、たとえば交通の安全が達成される限り、論者の単なる主観的な判断にとどまるであらう。

問題は論者が的確に指摘するように、不作為犯における作為の義務づけに際して、それにより保護される法益と失われる行動の自由を衡量する見解がほとんど主張されず、むしろ一定の範囲で行動の自由を絶対的に保障しようとする見解が有力であることを、どのように説明するかである。たとえば「積極的に法益に危険を与える行為をしなれば処罰されることはない⁽²⁰⁾」とか、「保障人に該当するためには、行為選択の自由の事前的保障がなされているとみなしうる場合、すなわち、行為者が過去に自らの意思に基づいて、将来、結果回避措置を効率的になしうる地位につくこと⁽²¹⁾事前⁽²²⁾に選択したとみなしうる必要がある⁽²¹⁾」などというのがそれである。

しかし厳密に考えると、そこで問題とされている行動の自由とは、これまで述べてきたそれとは若干様相を異にしている。そしてむしろ後者は、不作為犯においても衡量の対象とされているのである。たとえばこの問題について近時、詳細な検討を加えた島田聡一郎によれば、不作為犯における作為の義務づけに際して要求される、作為容易性を判断するために「考慮されるべき事情としては、まず、i 被害者に生じることが予測される法益侵害の質、量、程度と、作為義務の履行に伴って不作為者が被ることが予想される正当な法益の侵害の質、量、程度があげら

れる。さらに、ii両者が生じる蓋然性の程度も考慮される必要がある⁽²²⁾。これに対して前者は「自由主義に基礎を置く刑法の大原則」とか不意打ちの防止という、異なる原理に基づき可罰性を限定するものであり、もちろんその根拠自体は別に問題となり得るものの、少なくともこれまでの議論には影響を与えないように思われる。このことは島田が保障人的地位にとつて、「自由主義社会においては、人は他人に迷惑をかけない限り何をすることも自由だ」という理由から危険創出を要求し、さらにその危険が社会的分業に基づくものである場合には、「自由主義社会においては、人はいかなる社会的地位を引受けるかについての事前の選択の余地を与えられるべきである」という理由から、「当該地位に自らの意思でついた⁽²³⁾」ことを要求しているところに、典型的に示されているといえよう。

もちろんそうだとしても、処罰の対象を注意義務違反や危険創出に求めたとき、そこで想定されている注意義務や許された危険の具体的な内容は、必ずしも明らかではない。たとえ問題となる生活領域を規律する、道路交通法などの行政取締法規の違反が存在しても、それが直ちに注意義務違反や危険創出を構成するわけではない⁽²⁴⁾。しかし同時に通説は、特別な事情から他の振舞いが要求されない限り、行政取締法規を守っていれば、刑法上の責任を負わせるべきでない⁽²⁵⁾という。したがって二つの最高裁判決の事案では、被告人に課せられる注意義務の内容が、道路交通法に定める徐行義務より厳格なものではあり得ない、ということだけはいえるであろう。つまり最高裁が結果回避可能性を判断する際に、道路交通法に定める義務の遵守を仮定するのは、可罰性にとつて結果回避可能性を要求したうえで、それが肯定される蓋然性が最も高い前提に立つてなお、否定されるようなケースを門前払いするという実上の意味を有する。問題はそのようなことをする理由であるが、結果回避可能性という事実認定の問題でけりがつくのであれば、信頼の原則なども考慮して注意義務の内容を定めるといふ、規範的な問題にはなるべく立ち入らないでおこうとする配慮があるのかもしれない⁽²⁶⁾。

以上に対して処罰の対象を法益侵害(危殆化)行為に求める論者によれば、道路交通法に定める義務を守ったとしても事故が回避し得なかったことから、なんらかの特別な効果を導くことはできない⁽²⁷⁾。もちろん作為の不作為(不作為の作為)が、行政取締法規や医療としての水準(Standards)⁽²⁸⁾を守った作為(不作為)よりも危険性が大きい場合には、例外的に右にみた「門前払い」の効果が生じるであろう。誤った薬剤の注射(注射しない方が適切な薬剤を注射するよりも危険性が大きい)や、狭すぎる追い越し(後続車が煽ってくるために、追い越さない方が適切な間隔を開けて追い越すよりも危険性が大きい)などがその例である。しかし二つの最高裁判決の事案は、明らかにそのような場合ではない。したがってこのような論者にとり、最高裁が行う作業を合理的に説明するのは困難である。

二 処罰の対象となる振舞いを止めることまでは仮定しない見解

以上に対して近年では、結果回避可能性を判断する際に、そもそも処罰の対象となる振舞いを止めることまでは仮定しない見解も有力になりつつある。もともとそのような見解はほぼ例外なく、処罰の対象を法益侵害(危殆化)行為に求めている。それを注意義務違反や危険創出に求める論者が、処罰の対象となる振舞いを止めることまでは仮定しないことも、論理的には十分可能であるにもかかわらず、そうしないのはおそらく、可罰範囲があまりにも狭くなりすぎるのを避けるためであろう。そのため右のような見解は、処罰の対象を注意義務違反や危険創出に求めつつ、処罰の対象となる振舞いを止めることまで仮定すると、それほど変わらない結論に至っている。

このような見解の嚆矢をなしたものとして、まず挙げなければならないのは町野朔である。彼によれば「法の期待に反しない行為であれば、合法的行為はもちろん、合法とはいえないまでも、結果発生の可能性の低い行為であれば、行なわれる可能性のある行為を付け加えることは、当然に認められる……結果の客観的予見可能性を欠くこのような『代替的な行為』を、合法とするか違法とするかには、直接の関係はない⁽²⁹⁾」というのである。

もつともこのようにいうだけでは、「合法とはいえなくても」「法の期待に反しない行為」などというものが、はたして観念し得るのかという当然生ずべき疑問に対し、的確な回答を与えることができない⁽³⁰⁾。そこで学説では「法の期待に反しない」という部分に、「当該構成要件で処罰されない」という、消極的な意味しか与えない見解が主張されるに至っている⁽³¹⁾。しかしこのような見解をその字句通りに受け取ると、たとえば飲酒酩酊の結果殺意を生じ、人を刺し殺した場合にも、もつと飲酒して責任無能力になっていても同じように刺し殺したであろうことを理由に結果回避可能性が否定されることになり、可罰範囲があまりにも狭くなりすぎるであろう。もちろん論者は故意や過失を構成要件に含めたうえで、「当該構成要件に該当しない」行為だけを仮定する趣旨なのかもしれない。しかし構成要件が「単なる概念であるから様々に定義することができ、道具であるから役に立つかどうかによって優劣が判断される」、しかも「道具は、用途によって役に立つかどうかが変わってくる」というのであれば⁽³²⁾、仮定される振舞いの内容を定めるという用途にとつて構成要件、しかも故意や過失を含むそれが役に立つことを、別途論証する必要があるというべきであろう。やはり「法の期待に反しない」という部分には、もう少し積極的な意味を与える必要がある。

そこで近時では「法の期待に反しない」ということの意味を、刑法が法益を保護するために、行為者を動機づけることのできる限界と捉える見解が現れている。すなわち「問題の法益が故意行為のみならず過失行為による侵害からも保護されているほど重要である場合には、行為者処罰は『過失のない行為』までを追求する。これに対して、故意行為による侵害からしか保護されていないような法益の場合には、行為者処罰も『故意のない行為』を要求するにとどまるのである⁽³³⁾。」というのである。しかしそもそもすべての法益は、故意や過失があるというだけでなく、「当該構成要件で処罰され」る行為による侵害からしか保護されていないともいえるから、動機づけの限界も、「当該構成要件で処罰されない」行為にとどまるのではなからうか。もちろんたとえば責任を多元的な原理か

ら構成し、故意や過失まで欠ける場合とそうでない場合とを、質的に区別することも論理的には可能である。しかし故意や過失を規律する原理だけが、そもそも法益がそれを欠く行為による侵害からも保護されているか否か、したがってそのような行為が動機づけの限界を構成するか否かに関わるというのは、別途論証を要する命題であろう。

もつともここで注意を要するのは、これらの見解が——町野のそれを除き——処罰の対象を法益侵害（危殆化）行為に求めたうえで、それを止めることまで仮定する見解に比して、可罰範囲が一方的に狭いわけではないということである。すなわち論者によれば、「結果回避可能性がないことによって帰責が否定される場合があるとすれば、それは、行為者が当該構成要件で処罰されない行為を行っていたとしても同じ結果が生じた場合に限られる」⁽³⁴⁾、つまり法益侵害（危殆化）行為を止めてなお、同じ結果が生じることは帰責に影響を与えないという。換言すれば、回避の対象は結果そのものではなくて、「結果に対する寄与度（影響力の大きさ）」⁽³⁵⁾にすぎないというのである。したがって、法益侵害（危殆化）行為を止めて初めて、たとえば結果の予見（可能性）が失われるような場合には、むしろ可罰範囲はより広いことになる。

しかしすでに別稿⁽³⁶⁾において詳論したように、結果回避可能性は結果無価値という刑法による否定的評価を構成する、帰責にとって不可欠な要件である。結果に対する寄与度、すなわち法益への侵襲性に否定的評価が下されただけで、⁽³⁷⁾法益の侵害についても同様であるとはいえず、したがってそれを根拠に犯罪の成立を肯定することはできない。しかもこのことは論者自身によっても、裏面から承認されているように思われる。たとえば論者によれば他人の、病魔に侵され余命いくばくもないペットの犬を殺害した場合には、器物損壊罪の「可罰的違法性が欠如する」⁽³⁸⁾とされるようである。しかしその実質的根拠は法益がウイルスや細菌の活動に脅かされている、言い換えれば結果の予見を欠く行為を行ったとしても、⁽³⁹⁾そのような代替原因により犬はまもなく死亡するであろうところに求めるほ

かなかりう。そしてウイルスや細菌の活動を他の代替原因から区別する合理的な理由が存在せず、また行為者がそのような代替原因を認識していたか否かも可罰的違法性の判断に影響を与えないとすれば、それはもはや帰責にとつて、結果回避可能性を要求したのとなんら異なるところはないのである。

さらに以上の点をおくとしても、そもそも結果回避可能性を判断する際に、犯罪論体系上それが肯定された後で、初めて検討されるはずの要件を欠く行為を仮定するというのは、ある意味で矛盾をはらむ作業である。そのような要件が欠けるときには、すでに結果回避可能性が欠ける、言い換えればそのような要件は、実は要件ではないことになってしまふからである。

最後に、最高裁が結果回避可能性を判断する際に、道路交通法に定める義務の遵守を仮定することの意味は、一で述べたところと同じく、「門前払い」の効果に求められよう。道路交通法に合致していなくても、結果の予見可能性を欠く行為は数多く存在し得るからである。

三 犯罪を構成する行為は仮定しない見解

さらに近時においては、刑法が犯罪行為を仮定しながら法益の保護を奪うのは矛盾だという理由から、そのような行為を仮定しない見解も現れ始めている⁽⁴¹⁾。もつともそれは一や二の見解と対立するわけではなく、むしろそれが仮定する行為の内容を、さらに限定しようとするものと評価できよう。

しかしたとえば結果の予見可能性を欠き、道路交通法にも合致する運転行為を仮定してなお結果回避可能性が否定されるような交通事故において、たまたまそれが恋敵を轢き殺しに行く途中で発生したときにだけ、運転行為自体が殺人予備罪(刑法二〇一条)に該当するとしてこれを取り除き、結果回避可能性を肯定するのは奇妙な結論であろう。一部の学説は「たとえ人を殺す目的であろうと、およそ運転することを禁止することはできない⁽⁴²⁾」とする

が、そうだとすれば「たとえ人を殺す目的であろうと、およそ包丁を購入することを禁止することはできない」となる。論者は危険の許容性を判断するために、有用性や中止の可能性(危険性の小ささ)、日常性といった要素に着目するが、⁽⁴³⁾運転と包丁の購入との間には、そのすべてにおいて有意的な差がない。

もちろん国家が悪行を理由に正当な利益を害してはならないという命題には、そこにいう「悪行」が当該利益に對するものでなければならぬという命題など、まったく含まれてはいない。しかし右のような結論を避けるためには犯罪行為を、問題となる法益に對するそれに限定する必要があるように思われる。

しかしこのように考えたとしてもなお、このような見解には疑問がある。国家がそれを理由に正当な利益を害することが矛盾を構成するような悪行が、犯罪成立要件をすべて充足しなければならぬ必然性は存在しないからである。処罰の対象としての資格を有すれば足りる、⁽⁴⁴⁾言い換えれば二の見解がすでに矛盾を犯していると考えられることも、十分に可能なのではなからうか。

なおこのような見解によれば、最高裁が結果回避可能性を判断する際に、道路交通法に定める義務の遵守を(仮定するのは、当該義務の違反が犯罪を構成する限りで(徐行義務違反罪〔道路交通法四二条一号、一一九条一項二号、同条二項〕)、ごく当たり前の作業だということになる。⁽⁴⁵⁾

(11) ところで昭和四十六年の道路交通法改正前には、三六条二項によって、広路を通行する車両には優先通行権が認められることから、徐行義務は免除されるものと解されていた。最三小判昭和四三年七月一六日刑集二二卷七号八一三頁、最二小判昭和四三年一月一五日集刑一六九号四四九頁、最二小判昭和四四年五月二日判時五五四号九四頁、最二小判昭和四四年一月五日判時五七七号九六頁、最三小判昭和四五年一月二七日民集二四卷一号五六頁など。もつとも同条同項にいう「道路の幅員が明らかに広いもの」とは、交差点の入口から、交差点の入口で徐行状態になるために必要な制動距離だけ手前の地点において、自動車運轉中の通常の自動車運轉者が、その判断により、道路の幅員が客観的にかなり広いと一見して見分けられるものをいうとされていた。最三小判昭和四五年一月一〇日刑集二四卷一二号一六〇三頁など。昭和四八年判決の事実がこれにあたらないのは明らかであろう。若干の疑問を提起するものとして、西垣道夫「判批」警察研究四九卷九号(一九七八)七四頁

- 参照。これに対して改正後は、四二条一号括弧書(本文参照)により、当該広路が優先道路でない限り、徐行義務は免除されないことがはっきりした。最二小決昭和六三年四月二八日刑集四二巻四号七九三頁など。したがって平成一五年判決の事案において、道路の幅員の広狭を云々するのは——最高裁自身もとくに問題視していないところからも分かるように——厳密には無意味である。もっとも「新法で」広路通行車についての規定は設けられるにいたらなかった」理由について、「判例による(徐行義務の)筆者注」解除が確立して実務上不便がないせいもあるうか」と述べるものもある。田尾・前掲「判批」三八頁。
- (12) 西原春夫『交通事故と過失の認定』(成文堂、一九七五)一一五・一一六頁、一九一頁以下、二〇五頁以下、二一三頁以下、齋野・前掲「結果回避可能性」——最近の最高裁判例を契機として——(上)六四・六五頁七七など。なお学説には、この点につき否定的に解しながら、なお徐行義務を免除する見解もある。岡野光雄「交差点における黄色の点滅信号の意味と信頼の原則」ジュリスト五七五号(一九七四)一三七・一三八頁。
- (13) 最一小決昭和四四年五月二日刑集三巻六号九一八頁(ただし厳密には昭和四六年改正前の道路交通法三六条二項及び三項に関するもの)など。学説の詳細については曾根威彦・深尾勇紀・黄色点滅信号の意味と徐行義務との関係(上・下)「現代刑事法五八号(二〇〇四)七七頁以下、五九号(同年)八〇頁以下参照。なお深尾「交差点の『範囲』」早稲田大学大学院法研論集一〇五号(二〇〇三)二七七頁以下は、交差点の概念について詳細かつ的確な検討を加える貴重な論稿である。
- (14) 宮崎清文『注解道路交通法(新版)』(立花書房、一九九二)四三頁、村上尚文『刑事裁判実務大系・第四(一)巻・道路交通(一)』(青林書院、一九九三)二六頁以下など。
- (15) 小林・前掲『因果関係と客観的帰属』五三頁以下。
- (16) たとえば山口厚『刑法総論』(有斐閣、二〇〇一)五一・五二頁。
- (17) たとえば林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇)一一二頁以下。
- (18) 橋爪隆『過失犯(下)』法学教室二七六号(二〇〇三)三九頁以下、とくに四五・四六頁。
- (19) かつてヴェルツェルは不法概念の外枠を構成する、「社会的に相当な」行為の内容を「機能的にみて、歴史的に形成された国民の共同生活秩序の範囲内に収まる」ことに求め、「許された危険は社会的相当性の特殊なケースであり、他の社会的に相当な行為とは、法益危殆化の程度によつてのみ区別される」とした。Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW58 (1939), S.516ff. しかしのようない見解は、今日ではもはや支持されていない。
- (20) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『刑事法学の課題と展望・香川達夫博士古稀祝賀』(成文堂、一九九六)一一一頁。
- (21) 鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要八号(二〇〇〇)三五七頁。
- (22) 島田聡一郎「不作為による共犯について(一・完)」立教法学六五号(二〇〇四)二八九・二九〇頁。
- (23) 島田・前掲「不作為による共犯について(二・完)」二二八・二二九頁。
- (24) Z.B. Claus Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre, 3. Aufl., 1997, § 24, Rn.16. (以下、

教科書類はATなど略記する)

- (25) Z.B. Makoto Ida, Inhalt und Funktion der Norm beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, in: Festschrift für Hans-Joachim Hirsch, 1999, S. 237; 佐久間修「過失犯における刑罰法規の明確性——構成要件の過失と行政取締法規の関係について——」『刑事法学の潮流と展望・大野眞義先生古稀祝賀』(世界思想社, 二〇〇〇)二〇〇頁。もともとこのことを、明確性の原則から導くには無理がある。小林・前掲「因果関係と客観的帰属」一七四頁以下参照。
- (26) 判例時報一八〇六号一五八頁(匿名コメント)参照。
- (27) 学説にはこのような場合に、予見可能性としての過失を否定するものもある。その理由は「行為者に慎重さを欠くような行動はみられたが、かりに彼が慎重に情報を集めて行動していたとしても結果発生の具体的予見に至らない場合には、現実に発生した具体的な結果を予見できたとはいえないところに求められている。松宮孝明『刑法総論講義(第三版)』(成文堂, 二〇〇四)二〇〇頁。しかし予見可能性の対象が、そのように具体化されなければならない理由は、必ずしも明らかではない。
- (28) もともとこのような生活上の規範(Verkehrsnormen)が、行政取締法規などの法規範(Rechtsnormen)と同じ効力を、常に付与されているわけではなく。Z.B. Roxin, AT I, 3.Aufl., §24, Rn.18. 下の問題については, vgl. Rudolf Alexander Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002.
- (29) 町野『犯罪論の展開I』(有斐閣, 一九八九)一六九頁、さらに同『刑法総論講義案I(第二版)』(信山社出版, 一九九五)一五九・一六〇頁参照。
- (30) 林幹人「刑法の現代的課題」(有斐閣, 一九九一)五四頁、同・前掲「刑法総論」一二三頁参照。
- (31) 山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店, 二〇〇一)五頁(佐伯仁志)。
- (32) 佐伯仁志「構成要件論」法学教室二八五号(二〇〇四)三二二頁。
- (33) 鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造——犯罪論の機能的考察——」学習院大学法学会雑誌三八巻一号(二〇〇二)二四七・二四八頁。鈴木は結果回避行為の内容のように、客観的な帰責の可否を判断するのに必要であるにもかかわらず、それを確定するのに行為者の主観面が重要な役割を果たす局面を、「客観的帰責と主観的帰責が『交差する領域』と呼ぶ。そして同様の発想は——以前は動機づけの限界を一律に故意のない行為に求めていた点を除けば——因果関係の錯誤の問題を解決するためにも採用されている。同「因果関係の錯誤について」本郷法政紀要一号(一九九三)二二二頁。

ところで論者は近時、従来の帰責理論がコミットしてきた実質的価値判断の内容を詳細に分析し、それを「因果経過に、行為者に対して結果の予見可能性を与えないような局面が介在した場合には、結果を帰責するべきではない」ところに求めている。そしてその理由としては、「刑法が行為者を処罰するのは……『結果の予見可能性』を失わせるような局面を実現するように行為者に働きかけることを通じて、最終的に結果の発生を阻止する」ためであり、「刑法による法益保護は、責任主義との関係で、このような限定されたプロセスをとらざるをえない」ことを挙げる。同「因果関係の相当性について——結果帰責判断を規定してきたいくつかの視点の検討——」刑法雑誌四三巻二号(二〇〇四)四五頁

以下。この理由も本文と同様の発想に基づくものと理解できよう。しかし少なくともこのフェイズでは、そのような発想は採用できないように思われる。そのような理由から導かれる要件は——論者自身「一般予防の必要性」から「因果関係の相当性」の内容を定める見解を批判するところからも看取し得るように——そのような局面が必ず介在するであろう場合でないことにすぎないからである。

(34) 山口ほか・前掲『理論刑法学の最前線』五頁(佐伯仁志)。

(35) 鈴木・前掲「刑法における結果帰責判断の構造——犯罪論の機能的考察——」二〇四頁。

(36) 小林・前掲「因果関係と客観的帰属」三頁以下。

(37) 佐伯仁志「因果関係(一)」法学教室二八六号(二〇〇四)四八頁は自説を含めた「通説……の実質的根拠」として、「法の期待する行為を行った場合には処罰されないこととの均衡」を挙げている。

(38) 鈴木・前掲「刑法における結果帰責判断の構造——犯罪論の機能的考察——」一四二頁。

(39) これに対して鈴木・前掲「刑法における結果帰責判断の構造——犯罪論の機能的考察——」一四八頁は、「結果」の内容は八問題になっている法益状態を、それよりも時間的に前(過去)の時点の法益状態と比較して、前者の方が望ましくない状態であったことと理解するべきである」とする。しかしこのような見解によれば、重症患者の回復をわざと妨げたような場合にも傷害結果が否定されることになり、論者の言に反して被害の実態を的確に捉えられないように思われる。やはり本文のように考えるべきであろう。

(40) 文脈は異なるが、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、二〇〇二)三六六頁参照。

(41) 現に論者は二、とくに町野朔に近い見解を採用している。島田聡一郎「判批」ジュリスト一二一九号(二〇〇二)一六九頁参照。

(42) 小林・前掲「刑法総論」一一二頁。さらに同「刑法の基礎理論」(東京大学出版会、一九九五)一三一頁以下は、飲酒行為や被害者方へ「赴く」行為が許された危険だという。

(43) 小林・前掲「刑法の基礎理論」一一三頁以下、さらに斎藤信治『刑法総論(第五版)』(有斐閣、二〇〇三)八三頁参照。

(44) もつとも正当化事由を備える場合には、小林・前掲「因果関係と客観的帰属」五四頁以下参照。

(45) Aの振舞いも犯罪を構成するが(一時停止違反罪(道路交通法四三条、一九九条一項二号、同条二項)、こちらはすでに現実化しているという理由から、そのまま考慮に入れられるようである)。

第二章 信頼の原則

第一節 信頼の原則の根拠

一 無効果説と報奨説

さて前章ではわが国の最高裁が、被告人の罪責を検討するために最初に行う、かりに被告人が道路交通法に定める義務を守ったとすれば、事故は回避し得たかという判断の有する帰責理論上の意味について、結果回避可能性を判断する際に行為者のどのような振舞いを仮定すべきかに関する、特定の立場を前提にすることなく検討を加えてきた。それによれば最高裁が行う右のような作業は、立場によって結果回避可能性の判断そのものであったり、かりにそうでなくても結果回避可能性が欠ける場合の一部をあらかじめ帰責から解放するものであったり、あるいは逆に結果回避可能性が存在する場合の一部をあらかじめ帰責に取り込んでおくという、やや合理的な説明の困難な意味を有するものであった。しかしいずれの立場によるのであれ、右のような作業を経ることが、可罰性への接近を意味するものである点については、なんら異なるところがない。

ところがすでに序章でみたように最高裁は、かりに被告人が道路交通法に定める義務を守ったとすれば事故は回避し得たとしても、他者の適切な振舞いを信頼してよい場合には、なお注意義務違反が否定される、言い換えれば右道路交通法上の義務が注意義務を構成しない余地がある、と考えているようである。このように「行為者がある行為をなすにあたって、被害者あるいは第三者が適切な行動をすることを信頼するのが相当な場合には、たといその被害者あるいは第三者の不適切な行動によって結果が発生したとしても、それに対しては責任を負わない」とす⁽⁴⁶⁾

る考え方を信頼の原則と呼ぶ。

この原則は昭和四〇年代に交通事故犯を中心として、多数の最高裁判例がこれを採用することで一世を風靡した⁽⁴⁷⁾。近年ではこの原則を採用することを明言する判例はあまり多くないが、それは「信頼の原則が問題となり得るような事案については、判例の趣旨を十分考慮した上で捜査処理の実務が行われてきたことによるものと理解できよう⁽⁴⁸⁾」⁽⁴⁹⁾。

もっともこの原則が犯罪論体系上、いかなる部分に位置づけられるかや、それがどのような根拠に基づき、またどの範囲で認められるかについては、学界でも統一するところがない⁽⁵⁰⁾。この中でもとくに重要なのは、二つ目の問題である。この原則は、その根拠が妥当する範囲で認められ、また各々の体系において、その根拠が構成する犯罪成立阻却事由に位置づけられるからである。

そこでこの点に関する学説に目を向けてみると、とくにわが国では、信頼の原則にはそれを規範的に正当化する根拠がなく、したがって特別な法的効果を生じないとする見解が有力に主張されている。すなわち「信頼の原則は、過失犯の一般的な成立要件を、明示的に言い現わしたにすぎず、特別の原則ないし要件をなすわけではない⁽⁵¹⁾」とか、「信頼の原則は、一般的に結果発生がありうるような状況が存在するだけで結果発生の子見可能性を肯定してはならず、それが慎重に検討されなければいけないことをリマインドするという実際上⁽⁵²⁾」の意味を有するにすぎないというのである⁽⁵³⁾。

またドイツでも最近になって、同じような見解が主張され始めている。すなわちブリンクマンによれば、過失を論じるにあたっては、まずその事実的基礎である、事前的な危険予測 (Gefahrprognose) を行う必要がある。このことは過失犯の構成要件の重心を決定規範に置く限り、どのような過失構造論を採用しても変わらない。またその際の法則知識として、経験則や自然法則が使用される。このことはどのような存在知識を用いても変わらない。つ

づいてそのような危険予測が危険判断 (Gefahrurteil) に至るためには、社会的相当性の下位類型としての、法的に許されない危険か否かという規範的な基準をクリアしなければならない。この基準を構成するのが交通関係法規や医療としての水準など、特定の生活領域を規律するために存在する規範、すなわち特別規範 (Sondernorm) である。もつとも信頼の原則はしばしば主張されるのは異なり、このような特別規範ではなくて、危険予測の際に用いられる経験則の一種にすぎない。このようにするのである。⁽⁵⁴⁾

このような見解によれば二つの最高裁判決の事案では、被告人がそのような速度で交差点に進入すれば、交差点路の交通にどの程度の危険を生じるかだけが、信頼の原則という表題のもとで議論されることになる。そしてかりに被告人が、時速約五〇キロメートルで走行していた昭和四八年判決の事案でこの原則が適用されるのであれば、時速約三〇ないし四〇キロメートルで走行していた平成一五年判決の事案では、より一層適用されることになる。

しかしこの見解のように主張するだけでは、信頼の原則から特別な法的効果を奪うこと、したがってその根拠を議論せずにおくことはできないように思われる。後にも述べるように、この原則はある対象の予見が可能であるか否か以前に、そもそもいかなる対象についてそれが問われるかに関わる余地も存在するからである。二つの最高裁判決の事案でいえば、そこにどの程度の危険を生じるかが問われる「交差道路の交通」に、そもそも一時停止しないA車が含まれるかを、この原則が扱う余地も存在するのである。わが国では旧過失論を採用することで、この原則が特別な意味を失うものと理解する向きがあるが、⁽⁵⁵⁾ 厳密には正しくない。

以上のような、いわば無効果説とも呼ぶべき見解に対し、信頼の原則に歴史的にみて初めて特別な意味を与えようとしたのが、いわゆる報奨説であった。⁽⁵⁶⁾ この見解は、すべての交通関係法規を遵守しさえすれば、事故は絶対に起きないという前提に立ちながら、実際にそれを遵守した者には、事故が起きたときにその責任を免

除するという報奨を与える、言い換えれば他者もそれを遵守することを前提にしてよいと考える。それは縁由からいえば、交通関係法規の定着を図るという、道路交通政策の一環として生まれてきた考え方であった。⁽⁵⁷⁾ 二つの最高裁判決の事案で被告人は、道路交通法に定める徐行義務に違反しているから、信頼の原則は適用されないことになる。

しかしこのような見解には疑問がある。そもそも道路交通法を始めとする交通関係法規は、二重の危険防止措置⁽⁵⁸⁾を数多く含んでいる。二つの最高裁判決の事案において、被告人に徐行義務を課しつつ、Aにも一時停止の義務を課するのはその一例といえよう。しかしこのような、いわば他者への不信を前提にした義務まで守っていれば、責任を免除されるのは当然であって、特段報奨と呼ぶに値しない。またかりにこれを報奨と呼ぶにしても、それが他者への信頼を許容するというかたちで与えられているとは到底いえない。逆に他者への不信を前提にした義務に違反しただけで、もはや他者への信頼が許されなくなるといえるのでは、むしろ不信の原則とさえ呼ぶべきであろう。ドイツで一九三〇年代に報奨説が登場するに際して、ライヒ裁判所が以前に自動車運転者に対し、他の交通関与者の不合理な振舞いを考慮することまで要求していたのを「不信の原則 (Mißtrauensgrundsatz/Mißtrauensaxiom)」と論難し、その克服をスローガンとして掲げていたことを思い返せば、これは大変皮肉なことといえよう。

二 許された危険説

現在の通説とも呼ぶべき見解は、報奨説を排し、信頼の原則を維持したうえで、無効果説とは異なり、それを規範的に正当化しようとする。そこでしばしば根拠として援用されるのが、いわゆる許された危険である。⁽⁶⁰⁾ 行為者のなすべき態度は、刑法がそれを強制することにより保護される法益と、失われる行動の自由（ひいては社会的有用性）とのバランスにより決せられるところ、前者を重視するあまり、他者のあらゆる行動を計算に入れなければなら

らない、その意味で他者への不信を前提にしなければならぬとすれば、後者が大きくなりすぎてしまうというのである。⁽⁶¹⁾しかし許された危険という概念の当否をおくとしても、このような見解には若干の疑問がある。

たとえば二つの最高裁判決の事案において、たまたま被告人がその時間帯に、しばしば走り屋風のA車が交差点を通りかかることを知っていたとすれば、それが一時停止をしないことが事実上多い以上、被告人が徐行することは事故の防止に大いに役立つものである。と同時に、かりにそれを注意義務として要求したとしても、走り屋の出没時刻や出没スポットを常に把握しているわけではない被告人としては、その時間帯だけ、かつその交差点だけ徐行しておけばよいわけだから、失われる行動の自由がそれほど大きいとはいえないであろう。許された危険を判断する際には一般に、行為者がとくに知っていた事情(特別知識)が考慮され、⁽⁶³⁾たとえば被害者の血友病を知る行為者に、そうでない者より厳格な注意義務が課されるのは、まさにこのような理由によるものである。

しかし他者を信頼してよいかという規範的な判断は、このような衡量に汲みつくされるものではないように思われる。たとえ保護される法益と、失われる行動の自由の衡量という観点からは、右の二つの例が同じ構造を有するとしても、血友病は単なる病理的現象だから、一方的に行為者による配慮の対象となるのに対し、Aは自由・独立に活動する人間だから、被告人がその振舞いについて後見的立場に置かれることはない。このように考えることも十分に可能であり、また個人の自律を重視する現行憲法下では、むしろそのような解釈の方が適切なのではなからうか。

三 自己答責性原理説

そこで一部の論者は信頼の原則の根拠を、次のように説明する。法共同体を構成する者はすべて、他者の干渉を排して自由な活動を行うことができる代わりに、そこで生じたコンフリクトについて専属的に責任を負わなければ

ならない領域（いわゆる答責領域）を持っている。たとえば野球用具店の店員が客にバットを販売したところ、その客はバットを用いて殺人を行ったという場合、店員は一般に客のバットの使い方に口を挟むことはできず、その代わりにバットが殺人に用いられたとしても責任を負わなくてよい。このことを称して店員はバットを販売するにあたり、それが殺人に用いられない（野球に用いられる）と「信頼」してよいのである。したがって厳密には、「信頼の原則」という表現は適切でないことになる。というのもここでは「信頼」などという心理的な問題ではなくて、⁽⁶⁴⁾答責領域の切り分けという規範的な問題が扱われているからである（自己答責性原理⁽⁶⁵⁾）。

これを二つの最高裁判決の事案についてみれば、たとえまたま被告人がその時間帯に、しばしば走り屋風のA車が交差点を通りかかることを知っていたとしても、被告人はAが暴走しないよう監視し、口を挟む立場にはないから、その暴走から生じた衝突事故は被告人の負担、すなわちそれを防止するために徐行の注意義務を課すことで、解決されてはならないのである。

このような見解は、個人を独立した自律的人格とみなし、その発展を他者から阻害されない代わりに、その過程でコンフリクトが生じないことを、人を当てにせず自分自身で保障しなければならないという、現代社会の基本理念を素直に理論化したものであり、基本的に支持することができる。そして許された危険や結果回避可能性、予見可能性といった、当該コンフリクトから生じた具体的な結果を帰責するための通常の帰属原理⁽⁶⁶⁾は、最初に切り分けられた答責領域の内側でのみ通用するものであり、その意味で信頼の原則は、いわばメタレベルの帰属原理と表現することができる。

ところで答責的な主体は社会生活上要求されるルールのうち、少なくとも（二重の危険防止措置を含む）行政取締法規など、当該コンフリクトの防止に向けられた法律の明文の規定⁽⁶⁷⁾は、単なる努力規定やその違反に伴う不利益を引き受けることで、実質的に解除されると解釈できる規定でもない限り、確実に遵守しなければならず、またそう

して初めて適切に振舞う、法共同体の健全な構成員と評価されることになる。したがっていずれの関与者も、適切に振舞う他者までは危険に陥れることのない法律違反を犯したにすぎない場合には、発生したコンフリクトについて相互に免責し合う関係が生じることになる。⁽⁶⁸⁾しかしそれはすべての者が他者を、答責的な主体として尊重し合うことの不可避的な帰結にほかならない。またこのような相互免責状況は二でみたように、行為者に特別知識がない限り、すでに許された危険によって生じているのである。

もつとも同時に注意を要するのは、以上のように基礎づけられた信頼の原則もまた、一定の限界を有するということである。そこで次にその限界について、この原則の根拠にまでさかのぼりながら、検討を加えることにしたい。より具体的には、とくにこれまで扱ってきた交差点衝突事故において、どのような事情が存在すれば、この原則が妥当しなくなるのかを明らかにしたいと考える。

第二節 信頼の原則の限界

一 外在的な限界

信頼の原則の限界を考えるにあたっては、そもそもその根拠である自己答責性原理が妥当しない場合と、そうではなくて、一見すると信頼の原則が適用されていないかにみえるにすぎない場合とを、分けて考える必要がある。前者は内在的な限界、後者は外在的な限界と呼ぶことができる。

まず後者を代表するのが、「具体的兆候」と呼ばれるものである。行為者のなすべき態度を決定する時点で、すでに他者の不適切な振舞いの具体的な兆候が存在する場合には、信頼の原則が適用されないというのがその内容である。⁽⁶⁹⁾昭和四八年判決は信頼の原則を適用するにあたり、「特段の事情がない」ことをその条件にしている。ここにいう「特段の事情」とは、「被告人が本件交差点に差し加かった際に、交差点道路からすでに交差点に入った車両

や交差点の直前で一時停止し、発進して交差点に入ろうとしている車両があるような場合」を指すと考えられるから、まさしくこの具体的兆候に言及したものといえよう。

しかしたとえ被告人が交差点にさしかかった時点で、すでにA車が交差道路から交差点に入っていたとしても、なおAが答責的な主体であることになんら変わりはないから、信頼の原則の適用を排除する合理的な理由はないというべきである。もっともそこから生じる具体的な効果としては、すでに交差点に入っているA車が、交通適合的に振舞うであろうことを前提にしてよいということとどまる。つまりA車が一時停止をせずに、交差点に進入してきたことは前提にせざるを得ないから、一見すると信頼の原則が適用されていないかにも見えるのである。学説には「相手方が既に違反行為に出ていることを認識していた場合は、当該原則（信頼の原則―筆者注）は適用すべきではない……ただし、相手方が違反行為に出ていることを認識していても、相手方が違反行為をさらに続けることなく、結果を回避するために次善の策をとることが期待でき、行為者がそれを信頼して行為することが合理的であると思われる場合は、当該原則（信頼の原則―筆者注）を適用してもよい」とするものがあるが、結論において同旨を述べたものと理解できよう。

問題はそこで信頼の原則の効果が、そのようなところにとどまる理由であるが、それは次のように説明することができる。そもそも過去にどのような経緯があったにせよ、行為者のなすべき態度を決定する場合には、現に存在する事実関係を前提にしなければならない。たとえば前方に障害物があった場合に自車を減速させなければならないのは、その障害物が赤信号で適法に停車した車両であれ、駐停車禁止場所で適法に停車した車両であれ、なんら異なるところはない。したがって他者の不適切な振舞いが現に行われているか、あるいは他者の現在の態度を将来の適切な振舞いと整合的に説明する余地がもはや失われている場合⁽⁷⁾には、行為者のなすべき態度も他者の不適切な振舞いを前提に決定されなければならないのである。

もつとも逆にいえばそのような場合でない限り、たとえ予見可能性が存在しても、具体的兆候を認めることはできない。たとえば被告人がたまたま交差点にさしかかる際に、走り屋風のA車が交差点道路から接近してくるのを目にしたとしても、その進行速度が交差点における一時停止と相容れないものでない限り、被告人は徐行の注意義務を免れることになる。ましてや一時停止しない車両が現実には多いというだけでは、なおさら不十分である。しばしば信頼の原則が排除される場合として、「典型的なルール違反 (Typische Verkehrsübertretungen)」が挙げられるが、適切なものとはいえない。この点でたとえば東京高判昭和五〇年二月一日高刑集二八巻四号五〇六頁が、運転者が県道上の駐車車両の右側方を自車(自動二輪車)の進路を変えて通過しようとするとき、それまでの進路からは駐車車両に遮られて前方の道路状況を見通すことがまったく不可能であり、かつ運転者自身、駐車車両前方左側から県道に入る通路の存在すること、及び日頃その通路から県道に進入する車両等のあることを知っているといった事情がある場合には、その通路から県道の対向車線に進入する車両において横断開始に先立ち安全確認義務を尽くすであろうことをあてにしても、その信頼は社会的に相当であると認められず、右の事情は信頼の原則の採用を否定すべき特段の事情にあたるとしたのは疑問である。

ところで具体的兆候の内容として、他者が高齢者や幼年者、酩酊者など、適切な振舞いを期待できない者である場合が挙げられることがある。⁽⁷⁴⁾ たしかにそのような場合には信頼の原則を適用すべきでないが、その理由は彼らが答責的な主体でないところに求められるから、むしろ二で述べる内在的な限界に分類すべきであろう。つまり答責能力の欠如が認識不可能であることを理由に、行為者が責任を免れる余地は残されることになる。⁽⁷⁵⁾

二 内在的な限界

次に問題となるのは内在的な限界である。そこには一の最後で述べたように、他者がそもそも答責的な主体とし

ての資格を有しない場合のほか、そうでなくても特別な事情が存在することにより、他者の不適切な振舞いについてまで配慮しなければならぬ場合が含まれている。後者を一般に「答責領域の拡張」と呼ぶ⁽⁷⁶⁾。

問題はそれが具体的にはどのような場合に認められるかであるが、それは端的にいえば、行為者が保障人的地位を有する場合に限られるであろう。そこでは他者からの干渉に対応するのみならず(具体的兆候の場合)、こちらから積極的に干渉しなければならぬという意味で、実質的には不作為が問題になっているからである⁽⁷⁷⁾。典型例を示せば、親は小さな子供が他者を害しないと信頼してはならないし、医師は助言がなくても患者が適切な処置を行うと信頼してはならないことになる。

ところで信頼の原則の限界として時折、行為者が監督的地位や優越的知識を有する場合が挙げられることがある⁽⁷⁸⁾。その内容は必ずしも明らかではないが、それらが保障人的地位を基礎づける限りで支持することができよう。また学説にはジャーナリストが情報屋から他人の名誉に関わる報せを得る場合のように、他者の所業を自己の振舞いに受け継ぐときには、他者が行為者に注意措置を免れさせる特別な義務 (Entastungspflicht) を負い、それによりその答責領域が、行為者のそれの中にまで達しない限り、信頼の原則の適用はないとするものがある⁽⁷⁹⁾。この趣旨も必ずしも明確ではないが、ジャーナリストは原則として、公表した事実の正しさを直接保障しなければならず、ただたとえば通信社の報道がソースになる場合には、当該通信社のみが専属的に責任を引き受けるといような意味であれば、同様に考えることができよう。また信頼の原則の根拠を自己答責性原理に求めた場合には、それが行為者のなすべき態度のみならず、帰責一般をも規律するにもかかわらず、結果発生までに他者の過誤が介入した事案においても一般に帰責が肯定される理由は、適切に振舞う他者をも危険に陥れ、あるいは他者の過誤を誘発するような行為者の危険創出が、保障人的地位を基礎づけるところに求められることになる⁽⁸⁰⁾。

もっとも二つの最高裁判決の事案において、被告人の保障人的地位を基礎づけるような事情は認められないか

ら、信頼の原則の内在的な限界は考慮する必要がないと思われる。

三 失効原理

学説では信頼の原則の限界を構成するものとして、以上のほかに、いわゆる「失効原理」が挙げられることがある。その意味するところは論者により様々であるが、有力な見解はそれを「行為者自身に（免許証不携帯など、事故の危険と関係のないものを除く）なんらかの法律違反が認められる場合には、他者の適切な振舞いを前提に注意義務を定めることは許されない」とするものと解している⁽⁸¹⁾。これはおそらくルール違反者には、他者にルールの遵守を要求する資格がないという、いわばクリーンハンズの原則を根拠にするものであろう⁽⁸²⁾。そしてたとえば最二小判昭和四二年一〇月一三日が⁽⁸³⁾、「本件当時の道路交通法三四条三項によると、第一種原動機付自転車は、右折するとき、あらかじめその前からできる限り道路の左端に寄り、かつ、交差点の側端に沿って徐行しなければならなかったのかかわらず、被告人は、第一種原動機付自転車を運転して、センターラインの若干左側からそのまま右折を始めたのであるから、これが同条項に違反し、同一二一条一項五号の罪を構成するものであることはいうまでもないが、このことは、右注意義務の存否とは関係のないことである」と述べている点を捉えて、わが国の判例は失効原理に反対しているといわれるのである⁽⁸⁴⁾。

もちろんこのような見解の意味するところが単に、行為者が交通適合的に振舞う他者をも危険に陥れるような法律違反を犯せば、注意義務違反が認められるというだけであれば、それを信頼の原則の限界と呼ぶことが適切か否かはおくとしても、結論において問題はない。現に判例の中にも、そのような口吻を示すものがある。

たとえば最一小判昭和四七年一月一六日は⁽⁸⁵⁾、交差点を右折するため、中央線に沿って適式な右折合図をしながら右折を始めようとする車両の運転者としては、道路交通法三四条二項（昭和四六年法律九八号による改正前）に違

反して交差点手前約六メートルの地点から右折を開始したとしても、それが右規定に従った右折方法に比し、後続車との衝突の危険を一層増大させるものでない場合には、対向車線内において自車の右側を高速で追越す後続車のあることを予期し、または容易に予期し得た特段の事情のない限り、より周到な後方安全確認をなすべき注意義務はないと判示した。問題はそこにおいて、「道路交通法違反が」衝突の危険を一層増大させるものでない」ということの意味である。一見するとそれは免許証不携帯など、事故の危険と関係のないものだけを指すようにもみえる。しかし交差点を右折しようとする際、交差点中心直近内側の位置まで進まないで、交差点入口手前約六メートルの地点から右折を開始することは、事故の危険との関連性という点で、到底、免許証不携帯などと同置し得るものではない。⁽⁸⁶⁾にもかかわらず最高裁は注意義務違反を否定したわけであるから、右にいう「衝突の危険を一層増大させるものでない」とはやはり、「他者が交通適合的に振舞いさえすれば、事故の危険は低く抑えられる」というふう

に、広く理解すべきであろう。本件の事案では被告人が、交差点の中心から約二九メートル手前で右折の合図をし、かつ速度を時速約三〇キロメートルに減速した以上、このような場合に該当するように思われる。現に被告人の車両に追隨していた他の後続三車両は、いずれも適宜な運転措置をとって、被告人の右折合図によりその左側に避讓して通過していたようである。

また学説でもたとえば西原春夫は、「道交法違反が事故の発生に対して条件関係に立ちつつ過失の否定される場合」として、①「行為者の違反が他の交通関与者にとりすでに既成事実となり、他の関与者がその違反を考慮に入れて行動していると考えることが相当な場合」と、②「自己に違反があるうとなかろうとにかかわらず、およそ相手方の適切な行動を信賴するのが相当な場合」⁽⁸⁷⁾を挙げる。彼によれば信賴の対象は「他の交通関与者が交通秩序を守ること」であり、そこにおいて交通秩序の実体は「道路交通法その他の交通法規に規定された交通規則」と、「交通慣行ないし交通道德」に求められるから、⁽⁸⁸⁾行為者の犯した道交法違反から生じる危険が、他者の交通適合的な振

舞いにより解消される場合のうち、その内容が前者の遵守に求められるケースが②に、そうではなくて、他の交通関与者の交通違反に遭遇したときには臨機応変に対処すべきだという、後者の遵守に求められるケースが①に、それぞれ対応するものと考えられよう。

もつとも問題は先に述べた見解が、これらの判例や学説以上の意味を含む場合である。そしてこのような場合に失効原理は、信頼の原則が信頼の原則であるために有すべき、最低限度の内容をも侵すものとなる。というのも——すでに報奨説を検討したところ(第二章一節一)でも述べたように——信頼の原則とはそもそも二重の危険防止措置など、他者への不信を前提にした行政取締法規などにとらわれることなく、他者への信頼を前提に注意義務の内容を定めようとするものだからである。逆に失効原理に反対する判例は、単に信頼の原則を採用する旨を述べたものにすぎない。

そこで失効原理とは信頼の原則と対立するものではなくて、ただ違反された注意義務が信頼の原則により緩和されたものである場合だけ、それを埋め合わせるかたちで当該違反と結果との間に、通常よりも緩やかな関係しか要求しないものと解されることになる。⁽⁹⁰⁾この原理がヴェルサリ法理だと批判されるとき、⁽⁹¹⁾ここではまさにこのような理解が前提とされているのである。

しかしこのように解したとしても、やはり失効原理は支持し得ない。信頼の原則による注意義務の緩和には正当な理由があるのであり、それを埋め合わせる必要性を前提にした帰責要件の緩和は、正当性を持ち得ないからである。⁽⁹²⁾この点に関するわが国の判例の立場について確言することは困難であるが、次のように推測することはできよう。

すでに序章及び第一章でみたように最高裁は、かりに信頼の原則が適用されれば注意義務の内容としては要求されないであろう、より厳しい行政取締法規を遵守してなお結果が回避し得ない場合には、信頼の原則について検討

する以前に因果関係ないし過失を否定している。しかしこのような最高裁の態度は、右に述べた意味における失効原理とは齟齬を来すものである。より厳しい行政取締法規を遵守してなお結果が回避し得ない以上、信賴の原則により緩和された注意義務を遵守するだけでは、より一層そうであるとはいえようが、かりに失効原理を採用し、後者の違反がある場合に結果回避可能性を帰責要件から外すのであれば、だからといって帰責が否定されるとは限らないからである。そしてそうだとすれば、より厳しい行政取締法規を遵守すれば結果が回避し得、かつ信賴の原則により緩和された注意義務の違反すら認められる場合にも、なおそのような注意義務を遵守すれば結果が回避し得たかを、重ねて問う必要があることになる。

(46) 西原・前掲『交通事故と信賴の原則』一四頁。

(47) 一例を挙げれば、最三小判昭和四一年六月二四日刑集二〇卷五号四四九頁(ただし交通事故ではなく、また対醉客)、最三小判昭和四一年一二月二〇日刑集二〇卷一〇号一二二頁、最二小判昭和四二年一〇月三日(前掲注(5))、最三小判昭和四三年七月一六日判時五二四号八〇頁、最三小判昭和四三年一二月一七日(前掲注(5))、最三小判昭和四三年一二月二四日判時五四四号八九頁、最三小判昭和四五年七月二八日判時六〇五号九七頁(ただし対児童で、信賴の原則の適用を否定)、最一小判昭和四五年九月二四日刑集二四卷一〇号一三八〇頁、最三小判昭和四五年一二月一七日(前掲注(5))、最三小判昭和四五年一二月二三日(前掲注(5))、最二小判昭和四六年六月二三日刑集二五卷四号六〇三頁(ただし対歩行者で、信賴の原則の適用を否定)、最一小判昭和四六年六月二五日刑集二五卷四号六五五頁、最二小判昭和四七年四月七日刑集一八四号一五頁、最一小判昭和四七年一月一六日刑集二六卷九号五三八頁、最一小判昭和四八年三月二二日刑集二七卷二二四〇頁、前掲昭和四八年判決、最一小判昭和四八年九月二七日判時七二五号一二頁、最三小判昭和四八年二月二五日刑集一九〇号一〇二頁などがある。しかも片岡聰『最高裁判例にあらわれた信賴の原則』(東京法令出版株式会社、一九七五)三〇頁によれば「最高裁判例は、信賴の原則を、原則として、『交差点事故』にかぎって適用しているということが出来る」という。

なおそれ以前の下級審裁判例として、仙台高判昭和三〇年一二月二二日(公判物未登載)、名古屋高判昭和三〇年一二月二二日高判判特三卷四号一〇二頁、東京高判昭和三一年一二月二二日判時一〇六号二六頁、福岡高判昭和三二年五月一〇日高判判特四卷一〇号二四八頁(対歩行者)、吉井簡判昭和三三年六月二六日第一審刑事裁判例集一巻六号九五五頁、岡崎簡判昭和三三年一〇月二一日第一審刑事裁判例集一巻一〇号一六九五頁(対歩行者)、岡崎簡判昭和三四年二月一四日下刑集一巻二二号三七九頁、名古屋高判昭和三四年三月一六日高判判集一二卷四号二七〇頁(対歩行者)、吉井簡判昭和三四年六月一一日下刑集一巻六号一四一頁、行橋簡判昭和三四年一〇月一〇日下刑集一巻一〇号二二七一頁、

田川簡判昭和三十五年一月一四日下刑集二卷一号五九頁(対歩行者)、東京高判昭和三十六年九月二九日下刑集三卷九・一〇号八三三頁(ただし児童)、東京高判昭和三十七年一月二七日東高刑時報三卷一・二九二頁、大阪高判昭和三十八年四月八日判タ一九二号一七三頁、京都地判昭和三十九年一月三〇日下刑集六卷一・二五五七頁(対歩行者)、福岡高判昭和三十九年一〇月二八日下刑集六卷九・一〇号九九六頁なども参照。また大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第三卷(第二版)』(青林書院、一九九三)三〇六頁(神山敏雄)によれば「信賴の原則とほぼ同じような考え方が、大審院時代から散見されることに留意すべきであろう」という。大判大正三年三月一日刑録二〇輯二七八頁(対歩行者)、大判昭和五年九月二二日新聞三一七二号五頁(対歩行者)、大判昭和六年九月二八日法律学説判例評論全集二〇卷刑法三〇二頁(ただし対児童)、大判昭和十五年七月二三日刑集一九卷六〇九頁(対歩行者) 参照。

(48) 信賴の原則を適用した、昭和五〇年代以降の下級審判例としては、大阪高判昭和五〇年八月二九日高刑集二八卷三三三九頁(ただし交通事故ではない)、東京高判昭和五〇年八月二九日東高刑時報二六卷八号一三九頁、大阪高判昭和五〇年一月一三日刑月七卷一・一・二二八四頁、札幌高判昭和五〇年一月二七日刑月七卷一・一・二二八四九頁、札幌高判昭和五一年三月一八日高刑集二九卷一七七八頁(ただし交通事故ではない)。北大電気メス器誤接続事件控訴審判決、東京高判昭和五一年四月一三日東高刑時報二七卷四号五二頁、札幌高判昭和五一年八月一七日刑月八卷六・八号三六六頁、福岡高那覇支判昭和六一年二月六日判時一一八四号一五八頁(バックミラー事件)、名古屋高判昭和六一年四月八日刑月一八卷四号二七頁、大阪高判昭和六二年五月一日判時一二四〇号一三九頁(対歩行者)、ただし信賴の対象は被害者ではなくガードマン)、大阪高判昭和六二年一〇月一四日判時一二六四号一三七頁(対歩行者)、大阪高判昭和六三年七月七日判タ六九〇号二四二頁(対歩行者)、大阪高判平成三年四月二六日(前掲注(10))、東京高判平成六年二月二三日判タ八五八号二九四頁などがある。

(49) 判例時報一八〇六号一五九頁(匿名コメント)。

(50) 論争の状況については、内藤謙『刑法講義総論(下)』I(有斐閣、一九九二)一四七頁以下が詳しい。

(51) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、一九七二)一九七・一九八頁。同時にすぐ次にみる山口厚と同じく、「結果責任、絶対的責任から脱却し、過失責任を本来の過失責任の姿にかえす努力の一つが、信賴の原則の承認であった」と述べる。

(52) 山口厚『問題探究・刑法総論』(有斐閣、一九九八)一六四頁。

(53) 同様の思考方向を示すものとして、ほかに町野朔ほか「考える刑法」(弘文堂、一九八六)二〇三頁(町野)、同・前掲『刑法総論講義案I(第二版)』二九二・二九三頁、松宮孝明『刑事過失論の研究』(成文堂、一九八九)四七頁以下、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要九号(二〇〇一)一三九頁、山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂、二〇〇三)九三頁(島田聡一郎)などがある。もっとも林陽一によれば、そもそも「我が国で通常唱えられている信賴の原則は、前提とする過失構造論のいかんを問わず、実質的には、行為者が他者の適切な行動を信賴したという事実があった場合の処理を類型化して積み上げた判断の指針のようなものである」という。西田典之「山口厚編『刑法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇〇)七七頁(林)。

(54) 以上の記述は、vgl. Bernhard Brinkmann, Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung. Eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts, 1996. (Zur Vertrauensgrundsatz 論) Vgl. auch Justus Krümpelmann, Die Verwirkung des Ver-

- trauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation, in: Festschrift für Karl Lackner, 1987, S.289ff.
- (55) 芝原邦爾ほか編『刑法判例百選―総論(第五版)』(有斐閣、二〇〇三)一〇七頁(今井猛嘉・町野朝ほか編『ロースクール刑法総論』(信山社出版、二〇〇四)九二頁(町野)など)。
- (56) ドレスデンの検事・ギュルデの創唱にかかるとあり、「信頼の原則(Vertrauensgrundsatz)」という言葉を最初に用いたのも彼である。Vgl. etwa Hermann Gülde, Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts, JW 1938, S.2785ff. ちなみに今日のわが国でも「信頼の原則は、交通政策の下での例外的特典として位置づけられる必要がある」「信頼の原則は、道路交通という大量交通現象に対処するために交通政策の観点から例外原理であるとして位置づけられるべきである以上、道路交通のように画一的に処理をする特別の事情のない他の分野にその適用を拡大することには消極的にならざるを得ない」と述べられている。神山・前掲「信頼の原則の限界に関する一考察」六四、七〇頁。
- (57) ギュルデは後に述べる不信の原則を個人主義(Individualismus)に基づくとし、これに対して国家社会主義(Nationalsozialismus)に基づく信頼の原則を主張した。それは「道路交通に関する法秩序の主要な任務は、交通違反を犯した者の保護ではなく、民族全体の保護である」という表現に、典型的に示されている。Gülde, JW 1938, S.2786. もともと信頼の原則が、ナチスの法思想の下に生まれてきたとの理解に対しては、有力な異論も唱えられている。齊藤誠二「信頼の原則とナチスの法思想——刑法学会での発言を契機として——(一)・(二)・完」判例時報七〇一号(一九七三)八頁以下、七〇二号(同年)一三頁以下参照。
- (58) プックによれば危険な作業を行ったり、危険な施設を操業するにあたっては、たびたび複数関与者の注意義務による「二重どころか多重の危険防止措置(Mehrfachsisicherung)もが命じられるところ」。Ingeborg Puppe, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT, 1997, Vor § 13, Rn.151. (ズレNKと略記)。
- (59) Z. B. RGSt 59, 318; 61, 120; 65, 135. このような判例を変更したのが RGSt 70, 71であった。なお信頼の原則の歴史については西原・前掲『交通事故と信頼の原則』七九頁以下、井上祐司「行為無価値と過失犯論」(成文堂、一九七三)五九頁以下、松宮・前掲『刑事過失論の研究』四七頁以下などに、的確な紹介及び検討がある。
- (60) Z. B. Lothar Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S.133 (あべとあ Ginter Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 5, Aufl., 2004, § 15, Rn.68 ほか) ショートリーテンベルグの教科書を補訂したためか、三つある自己答責性原理のうち、限定された範囲ではあれ妥当なものと(あ)；Roxin, AT I, 3.Aufl., § 24, Rn.22；Peter Cramer/Deleu Sternberg-Lieben, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26.Aufl., 2001, § 15, Rn.149. (以下 Schön/Sch と略記) わが国でも、たとえば西原・前掲『交通事故と信頼の原則』三七頁以下、藤木英雄『過失犯の理論』(有信堂高文社、一九六九)一七五頁以下、井上・前掲『行為無価値と過失犯論』一三七頁(ただし信頼の原則や許された危険の法理に反対する)、中山研一ほか編『現代刑法講座・第三巻・過失から罪数まで』(成文堂、一九七九)八三頁(山中敬一)参照。
- (61) なお片岡・前掲『最高裁判例にあらわれた信頼の原則』五六頁以下によれば「最高裁判例が、信頼の原則の適用によって免除した注意義務

は、すべて『徐行義務』と、『交差道路や左右後方に対する安全確認義務』ばかりである……(このような義務―筆者注)こそが、交通の流れを妨げ、交通の渋滞を生ぜしめる『冗冗』だからである……前方注視義務のように、それを果たすためになら一時停止や徐行措置を必要としないう注意義務については、これを信頼の原則適用の対象とするべきではない」という。しかし、衡量の対象となる行動の自由や社会的有用性が、迅速な移動に限られる理由は存在しないであろう。

(62) 現在のドイツにおいてすらこのレベルの批判が、依然としてなされることは注目に値する。Vgl. z.B. Brinkmann, Vertrauensgrundsatz, S.122ff.

(63) Z.B. Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S.250.

(64) したがって「信頼の原則を適用する主観的要件としてまず第一に必要なのは、他人の適切な態度に対する『信頼』が現に存在することである」(西原・前掲)「交通事故と信頼の原則」(四四頁)とが、「もともと、加害車両の運転者から、被害者に対する具体的な信頼のないところに信頼の原則の適用されるいわれがな」(片岡・前掲)「最高裁判例にあらわれた信頼の原則」(四五頁)というのも正しくない。このことは信頼の原則の根拠を許された危険に求めた同じであって、まさに「ロクシン」のいうように「信頼していい人間も信頼の原則を援用できる」のである。Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Festschrift für Herbert Tröndle, 1989, S.187.

(65) このような発想は「ネトラー・ネンペルト・マンナー」に始まり、「シローマン」による発展をされた。Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S.390ff.; Theodor Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Karl Engisch, 1969, S.506; Herbert Schumann, Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986. (以下「Handlungsrecht」と略記する)

なお本文のバットの例をみても分かるように、「信頼の原則が適用されれば正犯のみならず共犯も成立しないことは、その根拠を自己答責性原理に求めても変わらない。言い換えれば共犯も、正犯と同じく自己の答責領域に属する結果について成立する不法類型であり、両者は他の原理により区別されるにすぎない。これに対して論者の一部は、結果が正犯の答責領域に存在するという理由から、共犯の処罰根拠を「他者の(故意的)不法との連帯 (die Solidarisation mit fremden [vorsätzlichen] Unrecht)」という、共犯行為それ自体がすべてに有する特別な行為無価値に求めよう。Schumann, a.o., S.49ff. しかし次節でも述べるように、「信頼の原則にも限界はある。逆にその限界を超えない場合には、そもそも「行為が法の妥当力 (Geltungskraft) によって社会的心理的危険を形成し、法的平和 (Rechtsfrieden) が保障されている」という感情を震撼させる (erschüttern) に適している」とは認めない。これは信頼の原則という概念を承認するときに、すでに前提とされている規範的な判断である。

(66) 正犯と共犯を区別する原理もそうである。前注参照。

(67) またスポーツルールに代表されるように、法的に否認されない自律的な部分社会において妥当すべき規則体系も、少なくとも当該部分社会の構成員に対しては、一定の範囲で法律が有するのと同様の効力を生ずると解すべきであろう。芝原ほか編・前掲『刑法判例百選I総論』(第五版)「一三頁」(小林憲太郎)参照。

(68) このことを批判して次節で述べる失効原理を採用したり、あるいは「加害車両が、交通法規または交通に関する条理や慣行上、他の車両よりも先に、その進路上を通行することが是認される場合であること」(ただし「一般的に『交通の実情』がそうであるという程度では、いまだ信頼の原則を適用する事由とはならない」という、信頼の原則適用上の一般的要件を取り入れたりするものもある。朝岡智幸「判批」判例タイムス三〇四号(一九七四)九二・九三頁、片岡・前掲「最高裁判例にあらわれた信頼の原則」一頁以下、六四頁以下、一七五頁、香城敏磨「判批」警察研究五四巻二一号(一九八三)八四頁以下など。また「両者の違反行為のうち、いずれが結果発生をさせるに危険が大きいかを基準にして問題を解決する」ものもある。大塚ほか編・前掲「大コンメンタール刑法・第三巻(第二版)」三二五頁(神山敏雄)。

(69) Z.B. Hans-Joachim Rudolph, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 26.Lfg., 6.Aufl., 1997, Vor § 1, Rn.72; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, AT, 11.Aufl., 2003, § 22, Rn.44; Gunnar Dutge, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band1, 2003, § 15, Rn.144.

(70) 大塚ほか編・前掲「大コンメンタール刑法・第三巻(第二版)」三二五頁(神山敏雄)。

(71) 具体的にどのような場合がこれにあたるかを明確に記述することは困難であるが、少なくとも後述するように、走り屋風などという見た目で判断するのは適切でなからう。たとえば信頼の原則の根拠を許された危険のみならず、自己答責性(遡及禁止)原理にも求めるヤコブスによれば、信頼の原則は「自己の行為が直接的侵害行為の達成に向けられた行為としてのみ動機づけ可能である(公式a)か、または他者の犯罪的におみ動機づけ可能な計画に依存している(公式b)ような事例においては、非保障人に対しても妥当し得ない」という。Günther Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW89 (1977), S.29; ders., AT, 2.Aufl., 1991, 7.Abschn., Rn.51.

(72) 交通整理の行われている交差点に関する記述ではあるが、片岡・前掲「最高裁判例にあらわれた信頼の原則」一四三頁によれば「安全に停止するために必要とされる制動距離」が交差点手前に残されているかぎり、これに対する信頼は「いまだ相当である」という。

(73) Z.B. Friedrich-Christian Schroeder, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, 11.Aufl., 1993, § 16, Rn.169. 過失を構成要件実現の可能性の認識可能性と捉えるシュレッターにとり、信頼の原則はまずもって認識可能性の判断に関わるから、本文に引用したところはとくに容易に説明され得る。ところで信頼の原則の根拠を許された危険に求めるロクシンも、それを自己答責性原理に求める見解に対し、そうだとすれば他者の過誤が認識可能な場合にも、信頼の原則が適用されてしまうと批判している。Roxin, AT I, 3.Aufl., § 24, Rn.22. もっとも彼が信頼の原則の限界として掲げる「認識可能な犯行傾向の促進(Förderung erkennbarer Tatgeneigtheit)」の具体的な内容は、本稿にいう具体的兆候とはほとんど変わらないうことに注意を要す。Vgl. ders., in: Trindler-FS, S.186ff.

(74) 西田・山口編・前掲「刑法の争点(第三版)」七六頁(林陽一)など。判例としては東京高判昭和四二年九月二二日高刑集二〇巻四号五五三頁(進行中の自動車の前方道路左側に七歳の児童が右自動車に背を向けて遊んでいるときは、自動車運転者は、警音器を吹鳴してこれに注意を与えるか、同児童の不測の行動に備えて、いつでも停止あるいは避讓することができる程度に減速徐行するなど、適切な措置を講ずべき業務上の注意義務があるものであって、信頼の原則を適用すべき余地はない)、大阪高判昭和四五年八月二二日高刑集三三巻三三五七頁(下校途

中にある六歳の児童が、自動車の進路前方左側の歩道に設けられたグリーンベルトの中で、一步踏出せば車道に降りられる地点に佇立し、対向車道の方向だけを見て、右自動車の接近に気付かないように見受けられるときは、当該自動車運転者は、右児童が危険な横断を開始するなど、不測の行動に出るかもしれないことを予見し、直ちに警告器を吹鳴して警告を与えると共に、その不測の行動に備えて減速または徐行すべき業務上の注意義務を有し、この場合に、信頼の原則を適用すべきではない、広島高判昭和五七年一〇月五日高等裁判所刑事裁判速報集(昭五七)五七〇頁(自動車運転して進行中、横断歩道付近の歩道で幼児を同伴している母親が立話をしているのを発見した場合に、母子殊に幼児が道路に飛出すことのあることは当然に予想すべきことであり、信頼の原則の適用はなく、事故の発生を未然に防止するため減速、徐行すべき業務上の注意義務がある、東京高判昭和五九年三月一三日高等裁判所刑事裁判速報集(昭五九)一四七頁(深夜の午前一時四十分ごろで交通量も極めて少ない時間帯であつて通行車両もなく、飲酒店が並ぶ商店街を通る道路の交差点に青信号で侵入するに際しては、まだ酔余信号に違反して交差点内を横断歩行する者はいないとまで信頼して進行することは許されない)などを参照。

(75) 最三小決昭和四五年七月二八日(前掲注(47))も「被告人がバスを下車した被害者の姿を衝突の直前まで発見していなかったことが認められるし、また、幼児のとび出しを予見しうべき具体的状況が存在したことを認めるに足りる証拠もないのであるから、原審(東京高判昭和四三年一月一九日筆者注)が、被害者が四才の幼児であることを理由にして、信頼の原則の適用を否定したのは、正当ではない」とする。

(76) 他者が警察や病院などの機関である場合には、そもそも「特別な事情」が存在し得ない、つまり答責領域は拡張され得ないと解する見解も有力である。Vgl. etwa Roxin, AT I, 3.Aufl., § 11, Rn.111ff.

(77) このようないわば実質的不作為の限界については、暗黙の承諾や他者による恣意的な動機づけ利用のケースも含め、詳細な検討を加えた近時の論文として島田聡一郎「不作為による共犯について」(一)立教法学六四号(二〇〇三)一頁以下がある。

(78) Z.B. Lenchner, in: Englisch-FS, S.507. わが国でも、たとえば土本武司『過失犯の研究——現代的課題の理論と実務——』(成文堂、一九八六)一三八頁以下、大塚ほか編・前掲『大コンメンタール刑法・第三卷(第二版)』三一六・三一七頁(神山敏雄)参照。

(79) Schumann, Handlungsrecht, S.21ff. 行為者がこのような広い注意義務、すなわち認識した他者の過誤や、それを徴表する事情に対応するにこまらず、その所業を受け継ぐとする他者を注意深く選任し、場合によっては他者の作業ないしその成果を、一定の範囲で監督ないし点検する注意義務を負う理由は、自己の答責領域内に存在する危険が問題になるところに求められている。そして本文に述べたその限界は、関与者が共働する際の社会的役割と、社会通念上それに結びつけられた任務という観点から決定されるという。a.a.O., S.23ff.

(80) ただしここにいう保障的地位は、あくまで答責領域を拡張する契機にすぎないから、現に生じた具体的な結果を当初の作為に帰責するにせよ、その後の不作為に帰責するにせよ、さらに通常の帰属原理を充足する必要がある。

(81) Statt vieler Sch/Sch (Cramer/Sternberg-Lieben), § 15, Rn.215.

(82) 三ツ木健益「信頼の原則の原点にたえぬ」法律のひろば二六卷一〇号(一九七三)三〇・三一頁、土本・前掲『過失犯の研究——現代的課題の理論と実務——』八四頁などを参照。無免許運転や飲酒運転などの場合にも、信頼の原則の適用を否定する三ツ木によれば、「最高裁判決の考え方……は、一部学者の、ある意味では無責任な見解を無批判に受け容れたことに由来するものであつて、信頼の原則が目指した本来の機

能を見失うものであり、わが国における『信頼の原則』は、在るべき姿から離れ、いわば鬼子として、特異な独自の道を歩き始めており、実務上に大きな混乱をもたらしているのではないかとすら考えられる」という。何が司法研修所教官(当時)をして、高名な学者や最高裁をこのようなかたちで非難せしめたのかは、現在では明らかでない。

(83) 前掲注(5)。ほかにも最三小判昭和四五年一月一七日(前掲注(5))、最三小判昭和四五年二月二日(前掲注(5))、前掲昭和四八年判決などを参照。

(84) これに対してたとえば東京高判昭和五九年二月二七日高等裁判所刑事裁判速報集(昭五九)三六七頁は、交通整理の行われておらず、しかも左右の見通しがきかない交差点で、他方道路からの入口に一時停止の道路標識および停止線の標示があるものに進入しようとする場合において、いわゆる信頼の原則を適用して、交差道路の停止線付近を注視し交差点に入ろうとする車両の存否を確認すれば、交差道路に対する安全確認義務を尽したことになると思われるためには、自らも徐行して交差点入口付近に到達し、その地点において安全確認措置をとらなければならぬと判示している。さらに名古屋高判昭和六一年四月八日刑刑一八巻四号二二七頁参照。しかしこのような判例は、むしろ少数である。

(85) 前掲注(47)。

(86) 現にたとえば東京高判昭和四三年八月二八日下刑集一〇巻八号八一〇頁は、右折方法に関する道路交通法違反が「規定に従った右折方法による場合に比し、後続車両との衝突の危険を一層伴うことは明らかである」との理由から、注意義務違反を肯定している。

(87) 西原・前掲『交通事故と過失の認定』一二八頁。これに賛成するものとして、香城・前掲「判批」八四頁などを参照。なお西原はかつて『刑事法研究・第一巻』(成文堂、一九六七)一五五頁において「ドイツの判例の分析としてはあるが——行為者の犯した交通規則違反」が事故に対して起因的(ursächlich)であったような場合には、信頼原則を適用するわけにいかない」としていた。しかしこのような記述は、「交通事故と信頼の原則——その適用のある場合とない場合——」法律のひろば二巻三号(一九六八)一五・一六頁において改められている。

(88) 西原・前掲『交通事故と信頼の原則』四七頁。

(89) もっとも道路交通法七〇条(罰則:一一九条一項九号、同条二項)は、「車両等の運転者は、当該車両等のハンドル、ブレーキその他の装置を確実に操作し、かつ、道路、交通及び当該車両等の状況に応じ、他人に危害を及ぼさないような速度と方法で運転しなければならない。」と規定し、いわゆる安全運転の義務を導入しているから、前者の遵守といえなくもない。

(90) Vgl. Klaus Kirschbaum, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980, S.124ff. (ただしキルシュバウムは「最初の意味における失効原理をも採用してゐるようになさる」逆にいえば最初の意味における失効原理は「法律違反と結果との間に要求される関係を緩和したりはしない」。Vgl. etwa Helmut Niewenhuis, Gefahr und Gefahrwirkung im Verkehrsrecht, 1984, S.112ff.; Sch/Sch (Cramer/Sternberg-Lieben), §15, Rn.215.

(91) Z.B. Roxin, AT I, 3.Aufl., §24, Rn.24; Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts von Fahrtätsigkeitsdelikten, 2001, S.473.

(92) Vgl. NK (Puppe), Vor §13, Rn.154.

終章 おわりに

本稿では昭和四八年と平成一五年に出された二つの最高裁判決を素材にして、わが国の最高裁が主として交差点衝突事故において、関与者の可罰性を判断する際に行ってきた作業の具体的な内容を明らかにした。さらにそこで用いられる可罰性（を阻却する）要件である、結果回避可能性や信頼の原則といった概念に検討を加え、このような作業の理論的根拠や限界をも明らかにしよう試みた。

もっともその過程においては道路交通法の妥当性を当然の前提にしたうえで、刑法上の注意義務がそこからの程度独立したものであり得るかに焦点を当ててきた。そしてそのような「独立性」を基礎づける考え方が、信頼の原則であった。しかしこの原則の根拠を自己答責性原理に求め、個人の自律を重視する社会観を基本的な出発点にするのであれば、⁽⁹³⁾諸氏の間には二重の危険防止措置など、他者への不信を前提にした行政取締法規その他の法律自体が、特別な事情から他者の後見的保護や監督を命ずるものを除き、そもそも正当性を持ち得なくなるのではないかとの疑問が生じるかもしれない。たしかにそれは他者を答責的な主体とみない、その意味で現行憲法の理念に反するもののようにもみえる。

理念的にいえば、⁽⁹⁵⁾それはない方がよいのかもしれない。現にヨーロッパでは、たとえば交差する道路の一方に一時停止の標識があれば、他方には優先道路のそれがあるのが通常である。こうして道路交通法上の義務は、刑法上の注意義務に接近することになる。しかしひとたび二重の危険防止措置を課する趣旨のもと、法律が明文で、そのうちの一方が遵守されさえすれば、事故を防止し得るような二つの義務を同時に導入した場合には、そのうち的一方だけを、他方の遵守を前提にしてよいことを理由に免除するという解釈を採用するのは適切でない。だからこそ

たとえば二つの最高裁判決の事案において、Aによる道路交通法に定める一時停止義務の履行を前提にして、被告人に同じく道路交通法に定める徐行義務まで免除することはできないのである。⁽⁹⁶⁾ 反対説はこの点を看過したものである。⁽⁹⁷⁾

(93) なお信頼の原則の根拠を許された危険に求めた場合にも、行為者に特別知識がない限り、保護される法益とバランスしないほど行動の自由(ひいては社会的有用性)を制限する行政取締法規その他の法律は、その正当性が問題になり得ることに注意を要する。

(94) ほかにその適正さが問題になるものとして、被害者にも一定の振舞いを義務づける行政取締法規その他の法律があるが、これについては小林憲太郎「被害者の自己保護義務と結果の帰責——危険の引き受けと被害者の素因を中心に——」立教法学六六号(二〇〇四)掲載予定参照。

(95) さらに実際上も西原・前掲「交通事故と信頼の原則」一八五頁は、「非優先道路に設置された一時停止の標識の保安的効力は、優先道路における優先の標識の設置によって倍化される……『優先侵害イコール犬死』という観念より強力な交差点事故防止策はほかに存しないであろう」という。

(96) たとえば広路通行車の徐行義務を免除した最三小判昭和四三年七月一六日(前掲注(11))は同時に、交通整理の行われていない交差点で左右の見通しがきかないものにおいては、たゞ道路交通法四三条により進行方向と交わる左右の道路に一時停止の道路標識が存在し、同道路の車両に対しては優先する場合であっても、そのために同法四二条の徐行義務が免除されるものではないとしていた。

(97) たとえば西垣・前掲「判批」七六頁は昭和四八年判決について、「それならば、むしろ端的に徐行義務がないというべきではなかったか。徐行義務違反があっても右のような考え方から刑法上無過失とするのであるならば、一応徐行義務を認めるという必要性はないのではなからうか。とにかく論理が明快でない。」と述べる。なお同頁によれば最一小判昭和四八年三月二二日(前掲注(47))は、「本来は道交法四二条の徐行義務のある被告人について、信頼の原則を用いながら端的に徐行義務なしとしている」というが、本判決は道路交通法に定める徐行義務の存否については判断していない。もつともこのような記述の背後には、道路交通法上の義務と刑法上の注意義務を原則として同視する、西垣に特有の発想が潜んでいることに注意を要する。同七七頁参照。