

# 国民目線の刑法

清 水 洋 雄

## 一 はじめに

平成二一年に裁判員裁判が施行されてから、七年が経過した。そもそも裁判員裁判は、「国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律一条）ことになるために実施されたものであると言うことができるはずである。

しかし、現実には「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上」が実現されたとは言えないのではないだろうか。なぜなら、それは、現行の刑事司法がわれわれ国民にとって、決して分かり易いものとは言えないことに起因していると思われるからである。<sup>1</sup>それは、たとえば、刑法で使用される用語がわれわれ国民にとって理解し易いとは決して言えないこと、刑法理論が複雑で難解なこと、その結論が私たちにとって必ずしも一般常識に合致したものは言えないものも多いこと、などが挙げられると言ってもよいであろう。

そこで本稿では、刑法を国民のものとするためにはどうしたらよいかについて考察してみたい。そのために以下では、特に二つの用語、「身分」と「業務」に関しての刑法の現状、および、刑事立法についても略述したあと、そもそも刑法の役割は何か、刑法は何のためにあるのかを検討し、その後、刑法理論との関係ではわれわれにとって比較的身近な犯罪である過失犯についてその構造をどう捉えるかについて、検討することとする。

## 二 刑法の現状

### 一 刑法独特の用語について

#### ① 身分の概念

現行刑法は平成七年にカタカナ表記からひらがな表記に変わり、かなり読み易くなったとは言うものの、用語の定義に関しては、一般国民が理解しにくいと思われるものも、かなりあると言わなければならない。たとえば、身分の概念や業務の概念などが挙げられよう。

まず、身分の概念についてみてみることにする。判例によれば、身分とは「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たるの資格のような關係に限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的關係である特殊の地位又は状態を指称するものであって、刑法二五二条においては、横領罪の目的物に対する犯人の關係が占有という特殊の状態にあること、即ち犯人が物の占有者である特殊の地位にあることが犯罪の条件をなすものであって、刑法六五にいわゆる身分に該る」とされ、<sup>②</sup>さらに麻薬取締法六四条二項の「営利の目的」も、「犯人の特殊な状態」であり身分であるとされている。<sup>③</sup>

学説においても、営利のような主観的要素も身分にあたりとするものが多い。たとえば団藤重光博士は、「身分は継続的なものである必要はなく、……最二判昭和二七年九月一九日の判旨にいう『状態』の中には一時的なそれをも合せて考えるべきであつて、目的や意思をただちに身分から除外することは疑問である」とされ、<sup>(4)</sup>平野龍一博士も、「『身分』という語は、ことばからすると継続的なものであることを予定しているように見えるが、実質的に見て責任要素であればよいのであるから、必ずしも継続的なものである必要はない。最高裁判所が、麻薬取締法六四条二項の『営利の目的』を、身分だとしたのは（最判昭和四二年三月七日刑集二二卷四一七頁）、この意味で妥当である」とされる。<sup>(5)</sup>これら以外にも、営利の目的などの主観的要素も六五条の身分にあたりとする学説が多く、<sup>(6)</sup>通説を形成していると言つてよいであろう。

これに対して、目的のような一時的な主観的要素は身分に含めるべきではない、とする見解も有力に唱えられている。たとえば、大塚仁博士は、「目的のような一時的・心理的な犯罪要素は、本来、行為者の地位または状態を意味する身分とは性格を異にするから、身分にあたりと解すべきではあるまい」とされ、<sup>(7)</sup>福田平博士も、「『身分』といえるためには、多少とも継続的性質を有するものであることが必要であるから、営利の目的といった一時的心理状態を、六五条二項にいう『身分』にあたりと解することは、妥当でなからう」とされる。<sup>(8)</sup>これら以外にも、目的といった一時的な主観的要素を身分に含めるべきではない、とする見解もある。<sup>(9)</sup>

このように、否定説はあるものの、判例・通説は、営利の目的のような一時的な主観的要素も身分に含ませている。しかし、身分の日常用語的理解からするならば、一時的な主観的要素を身分に含むとするのは、一般国民の身分の理解からは程遠いものと言わざるを得ない。やはり身分は継続的性質を有することが必要であり、最高裁昭和二七年九月

一九日判決のうち「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たる資格のような関係」のみに限定することが、われわれ国民の理解に適うものとなるのではないか。素人が参加する裁判員裁判が行われている現在、法律用語の定義・概念は一般国民の理解に沿うものでなければならぬ<sup>⑩</sup>。

## ② 業務上過失致死傷罪における業務の概念

業務上過失致死傷罪における業務の概念について、代表的判例は、「刑法二二一条にいわゆる業務とは、本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて（略）、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによって収入を得るにありとその他の欲望を充たすにあるとは問わないと解すべきである。従つて銃器を使用してなす狩猟行為の如き他人の生命、身体等に危害を及ぼす虞ある行為を、免許を受けて反覆継続してなすときは、たといその目的が娯楽のためであつても、なおこれを刑法二二一条にいわゆる業務と認むべきものといわねばならない<sup>⑪</sup>」としている。

ところで、業務とは、「事業・商売などに関して、日常継続して行う仕事。なすべきわざ。仕事」とされるのが一般であろうし、<sup>⑫</sup>われわれ国民も、業務と言えば、通常、仕事一般を指す、と考えるであろう。昭和二二年に重過失致死傷罪が設けられ、しかも業務上過失致死傷罪と法定刑が同じであれば、娯楽であつても業務であるなどと解する必要はないのではないか。しかし、学説の多くは今でも業務に娯楽を含めている。一般国民の視点からするならば、再考の余地があるのではないだろうか。

## 二 刑事立法について

ここでは特に「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」を取り挙げる。

交通事故犯については、かつては刑法二二一条の業務上過失致死傷罪で対処していたが、交通事故犯の悪質化に伴い、平成一三年には危険運転致死傷罪（旧二〇八条の二）が、さらに平成一九年には自動車運転過失致死傷罪（旧二二一条二項）が、それぞれ刑法典に規定された。しかし、飲酒運転や無免許運転による事故など、悪質で危険な運転により死亡事故が跡を絶たず、それに対処するために「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」が、危険運転致死傷罪や自動車運転過失致死傷罪を取り込む形で、平成二五年一月に制定され、翌二六年五月から施行された。

このことによつて、殺人罪や保護責任者遺棄致死傷罪に該当する交通事故犯は別として、いわゆる交通人身事故に関する規定は刑法から一掃されたのである。ここではこの法律の構成要件自体について、その内容の解釈を展開するつもりはないが、ただ、交通事故犯に関する罰則規定を刑法典から放逐し、特別法として規定し直すことについては、大いに疑問があると言わざるを得ない。この法律について船山泰範教授は、「新法には、いくつかの課題がある。①立法のしかたとして、必ずしも一般国民のコンセンサスを得ず、被害者団体の強い要望に基づいて立法したことは、民主主義的方法といえない。②重大な犯罪や国民みなが知っておかねばならぬ犯罪については、できるだけ刑法典に規定するのが、規範として浸透させるのにふさわしい。その点で、自動車交通犯罪を特別刑法としたことは、規範の面で弱体化につながるおそれがある」と指摘される<sup>13</sup>。

『平成二七年版犯罪白書』によれば、平成二六年における危険運転致死傷罪の認知件数は四九一件にすぎないが、自動車運転過失致死傷罪の認知件数は五五〇二五八件にも及んでいる。これは全刑法犯認知件数一七六二九一二件の実に三一・二パーセントを占めている。

交通事故犯は、そのほとんどがわれわれのちよつとした気の緩みから起る犯罪であり、決して犯罪者らしい犯罪者が惹き起こす犯罪というのではない。そのような意味で、交通事故犯はわれわれにとつて極めて身近な犯罪と言えるため、それに対する罰則規定は特別法で定めるよりも、一般法でありわれわれ国民にとつてより身近な馴染みのある刑法典に置く方が、より分かり易くかつ一般予防効果も期待できると思われる。したがつて、交通事故犯に関する罰則規定を刑法典からはずしたことは、大いに疑問である。このように、立法それ自体が国民にとつてかえつて分かりにくい、かつ馴染みの薄いものとなっていることも見逃せない事実であろう。一考を要するところである。

### 三 刑法理論について

ここでは、船山教授が最近特に力をいれておられる過失犯について略述することとする。

過失犯については、予見可能性について、具体的予見可能性が必要か、それとも(具体的)危惧感で足りるかについて争いがある。後者の場合は必然的に過失の中心を結果回避義務に置いて捉えることになる。すなわち「回避措置重心説」である<sup>14</sup>。被害者を多数出した事犯を思いつくまま並べてみれば、たとえば古くは、森永ドライミルク砒素中毒事件、カネミ油症事件、熊本水俣病事件、薬害エイズ事件、多くのホテル・デパート火災事件など、比較的最近のものとしては、JR西日本福知山線脱線事件、明石火花歩道橋事件、東京電力福島第一原子力発電所事件など、枚挙にいとまがない。そして、これらのうちのいくつかは、もし刑法典に法人そのものを処罰する規定が存在したならば、その規定が適用されてしかるべき事案といえる。しかし、刑法典には法人処罰規定がないために、国民からは、企業そのものを業務上過失致死傷罪で処罰することができるといふべきではないか、という声が出されるのである。

さらに、企業のトップが刑事責任を追及され起訴されても、多くの事件で無罪とされてしまう現状に対しては、国

民からは不満の声も聞こえてくる。国民、特に被害者は、何も企業のトップを実刑にして刑務所に送り込むことを望んでいるのではなく、企業の責任者としての責任を明確にしてもらいたいと思っっているのではないだろうか。しかし、現在の過失犯理論では、真に責任を負うべき者に責任が問えないようになっていられると思われ、この点で国民の意識と裁判実務とは大きく乖離していると言つてよいと思われるのである。

そこで次は、刑法は一体誰のためにあるのか、何のためにあるのか、つまり刑法の役割は何かについて検討してみたい。

### 三 刑法の役割

刑法は誰のためにあるのか、との問いに対しては、特に裁判員裁判が実施されていることもあり、刑法は国民のためにある、決して法曹二者だけのものではないと言える。このことを前提として、刑法の役割を見てみよう。<sup>15)</sup>

#### 一 犯罪・非行の防止

刑法の役割の第一は、どのような行為が犯罪とされ、それに対していかなる刑罰が科せられるかを、あらかじめ明確な法文で示すことによつて、犯罪・非行を防止することである。刑法は、その存在自体で国民に対し一定の威嚇力を持っていることは否定できない。ただし、その威嚇力を発揮するためには、犯罪に対する刑罰が適正なものでなければならぬと同時に、法文それ自体が明確なものでなければならぬ。そしてそれは、法文を解釈する場合においても、われわれの予測可能な範囲内に納まる解釈、つまり類推解釈ではなく拡張解釈に止めるものでなければならぬ。

最高裁判所は、いわゆる徳島市公安条例事件判決で、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである」としたが<sup>16</sup>、この基準は一般人の理解を判断基準に置く点で妥当だと思われる。

これに対し、たとえば、「淫行」の解釈に合憲限定解釈を採った昭和六〇年一〇月二三日の最高裁判所大法廷判決<sup>17</sup>は疑問とせざるをえない。なぜなら、「『淫行』とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、①青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、②青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である」といった解釈は、通常の判断能力を備えた一般人の理解に適うものかどうかは、はなはだ疑問だからである。

前述の身分概念も、判例・通説のような定義では、われわれ国民にとって決して分かり易いものとは言えない。『広辞苑第六版』によれば、身分とは「身の上。境遇」の他に、「社会関係を構成する地位や職業の序列」としている<sup>18</sup>。そしてこのような定義は、われわれ国民にとって十分理解できるものであり、刑法上の身分もこのように解するならば、どのような行為が犯罪とされ、それに対していかなる刑罰が科せられるかが、あらかじめ明確に定めることができると思われるから、刑法の第一の役割である犯罪・非行の防止に資することになるであろうし、刑法の基本原則である罪刑法定主義にも適うものといえる。

業務の概念についても同様のことが言える。<sup>19</sup> 前述のように、判例・通説とも業務の概念について、娯楽の要素があ



るときでも業務といえるとしている。自動車運転過失致死傷罪が刑法二二一条二項として制定された平成一九年以前は、自動車による人身事故を処罰する場合、仕事で自動車を運転する場合と、娯楽で自動車を運転する場合とで、運転者に課せられた注意義務は同一であるから、娯楽で自動車を運転し人身事故を起こした場合でも業務上過失致死傷罪になるという解釈は、理解できるものである。

しかし、平成一九年以降は自動車による人身事故について特別の規定が設けられているため、また、重過失致死傷罪も規定されているため、業務から娯楽の要素を除いた解釈、つまり、前述のように、業務とは「事業・商売などに関して、日常継続して行う仕事。なすべきわざ。仕事」とする方が用語が明確となり、われわれ国民にとって分かり易いものとなるのではなからうか。そしてこのことは、ひいては犯罪・非行の防止につながるものと思われる。

## 二 犯罪者の改善・更生・社会復帰

刑法の役割の第二は、犯罪者の改善・更生・社会復帰に役立たせるということである。これには、犯罪者が自ら罪を犯したという自覚が不可欠である。犯罪者がこの自覚をもってはじめて贖罪の意識が生まれ、犯罪者が改善・更生・社会復帰へと向かうことができるものと思われる。

犯罪者に自分が罪を犯したという意識をはっきり持たせるためには、自分のどのような行為が犯罪となるのかを、あらかじめ法文で明確に示しておく必要がある。法文自体があいまいであれば、自分は罪を犯したという罪悪感ではなく、うまく法律をかいぐれなかったという失敗感しか生じないのではないだろうか。ここからは真の意味での犯罪者の改善・更生・社会復帰は生まれてこないだろう。その意味からも、法文自体の明確性が重要である。刑法上の概念も、われわれ国民が十分に理解できる概念を定立することによって、刑法の第二の役割は果たすものと思われる。

### 三 被害者の救済

刑法の役割の第三は、被害者の救済に役立たせるということである。この役割は従来あまり意識されてこなかった。犯罪が行われたとき、被害者はもちろんわれわれ国民も、犯罪および犯罪者に対して激しい憤りを覚えるものである。そして、その犯罪が凶悪かつ重大なものであればあるほど、犯罪者を重く処罰する欲求が高まるであろう。しかし、もし犯罪者が自らの罪を悔い、被害者に対して心から謝罪し、その気持ちを損害賠償という形で少しでも表すなら、被害者の報復感情も宥和されていくものと考えられる。

そのためには、刑法の第二の役割とも結びついてくるが、犯罪者の罪を犯したという自覚が何よりも大切だと思われる。したがって、ここでもわれわれ国民が十分に納得しうる刑法が重要であるといえる。われわれ国民にとって理解できにくい定義・概念などでは、犯罪者自身の罪悪感を導き出すことはむずかしい。そうになると、被害者救済などは絵に描いた餅に終わってしまうことになる。

刑法は誰のためにあるのかを、原点に立ち返って考察すれば、もちろん国民のためであると即答されるであろう。しかし、刑法の用語の現在の定義・概念は、決して国民に容易に受け入れられるものばかりではない。刑法の用語の定義・概念は法曹三者のみに通用すればよいとするものではなく、われわれ国民にも通用するものでなくてはならない。そして、そのことが刑法の役割を十分に活かすことにもつながるものと思われるのである。

## 四 過失犯のとらえ方

### 一 生活関係別過失犯論

私たちにとって身近な犯罪といえば過失犯であろう。統計的には全刑法犯の認知件数が最も多いのは窃盗罪であるが、これはわれわれが加害者すなわち窃盗犯人として登場するというよりも、被害者として登場することの方が圧倒的に多いと思われるからである。

これに対して過失犯は、自動車運転による人身事故を考えれば、われわれが加害者として登場することが極めて多いということが出来る。そのような意味で、認知件数が最も多い故意の窃盗罪よりも、交通事故による過失事犯の方が私たちにあって身近な犯罪ということが出来るのである。

ところで、一口に過失犯といっても、自動車運転や自転車操縦による人身事故に代表される比較的小規模の過失から、J R福知山線脱線事件、東京電力福島第一原子力発電所事件など被害が大規模にわたる過失まで、多種多様である。特に後者の過失の場合は、企業組織体の過失と言ってもおかしくはない。ただ、現行刑法典では企業組織体自体の過失を問う仕組みにはなっておらず、業務上過失致死傷罪などの過失犯に問われるのは、あくまで個人である。しかし、企業のトップにいる者は企業そのものを動かすことができるため、企業のトップに問うことができる過失は企業組織体自体の過失ということができよう。

一方、自動車運転による人身事故の場合は、基本的には個人の過失ととらえることができる。だとするならば、企業組織体自体の過失と同一視して良い企業のトップに問うことができる過失の内容と、自動車運転による人身事故等

で問われる過失の内容は、自ずと異なつてしかるべきであろう。ここに生活関係別過失犯論を唱える意味が見い出されるのである。<sup>(20)</sup>

## 二 企業トップの過失

過失犯は行為者に課せられた注意義務に違反することであるが、注意義務の内容に関して旧過失論、新過失論、新・新過失論（危惧感説）の対立があることは周知のとおりである。また、それぞれの過失犯において共通の要素である予見可能性については、具体的予見可能性が必要か、それとも危惧感で足りるのかとの対立もある。そして、この検討に当たつても、われわれ国民の視点に立つた議論が必要である。

われわれが企業組織体自体の過失、すなわち企業のトップの過失を考える場合、起こつた結果に対して企業は、つまり企業のトップはどれだけのことを具体的に予見したか、と考えるだろうか、それとも企業のトップは犯罪的結果が出ないようにどれだけのことをやったか、と考えるだろうか。

ある犯罪的結果が企業組織体自体の過失と考えられる場合、一般的には個人の過失によって惹き起こされる結果と比較にならないくらい深刻でかつ多くの被害者を生む傾向を持つ。したがつて、企業組織体の過失の場合は、できるだけ被害を出さないようにするにはどうしたらよいか、という観点、すなわち予防法学的観点が要請される。これは前述の船山教授の「回避措置重心説」<sup>(21)</sup>と同じ根を持つ考え方である。つまり、過失犯の構造のうち結果回避義務に重点を置く考え方であるが、そうなるとその前提である予見可能性は、危惧感・不安感で足りるとされるべきであろう。企業のトップは、構造的に部下と金銭を動かす権力を持つ。この地位に見合う過失犯の理論は、回避措置重心説であろう。もし企業のトップにおいても具体的なものを要求する具体的予見可能性説に立つならば、企業のトップが

不勉強であればあるほど、また、現場から遠くなればなるほど具体的予見可能性はないことになりかねない。すると過失が問えなくなる。しかし、これはどう考えても不合理と言わざるを得ない。責任者は責任を取るから責任者なのであって、そのために一般の従業員より高額な報酬を得ているのである。企業のトップはその点を自覚すべきである。次に具体的な事例を見てみることにする。まず、JR福知山線脱線事件である。神戸地裁平成二四年一月一日の判決の事案と判旨の詳細は、船山教授の「脱線転覆事故における安全対策責任者の過失——尼崎JR脱線事件——」<sup>(22)</sup>に譲るが、本件における神戸地方裁判所は、過失犯においては具体的予見可能性説に依拠していると言っている。そして、被告人には具体的予見可能性はなかったとして無罪としている。

この判決に対しては、危惧感説を主張される船山教授により痛烈に批判されているが、反対に本判決の結論を妥当とする見解も存在する。たとえば大塚裕史教授は、具体的予見可能性説を妥当とすることを前提として、「神戸地裁判決は、いわゆる具体的予見可能性説に依拠しそれを厳格に適用して予見可能性を否定しており、それは妥当な判断であるといえる」とし<sup>(23)</sup>、さらに、「本判決は、予見可能性を結果回避義務を基礎づける要件ととらえているが、本件曲線で速度超過による脱線転覆による死傷という個別具体的結果の予見可能性を問題としているので、予見可能性を責任を基礎づける要件としてとらえる見解からも好意的に受け止められるであろう。いずれにせよ、具体的予見可能性を認めるためには、因果経過の基本的部分の予見問題をし、しかも、予見可能性の程度として『予見の容易性』が必要であることを明確に示した点で、本判決は、ともすると予見可能性判断が緩やかになりがち傾向に歯止めをかけた裁判例として極めて重要な意義があると思われる」と<sup>(24)</sup>されている。

ところで、企業組織体の過失と企業トップ——特に本件では安全対策責任者——の過失は、主に監督過失および管

理過失であろう。<sup>(25)</sup> 監督過失は事業主が従業者に対する選任監督義務に違反した場合の過失であり、管理過失は企業の管理者等による人的・物的設備、人的体制・機構等の不備それ自体が犯罪的結果発生との関係で過失を構成することであり、仮に現場がミスを犯しても被害が発生しないように、または被害を最小限に食い止めることができるようにあらかじめ安全対策を講じておくべき注意義務に違反することをいう。

監督過失や管理過失をこのようにとらえるならば、企業組織体自体や企業のトップは結果発生を食い止めるために、または被害を最小限に止めるために、どのような措置を採るべきかが問題とされるべきなのである。つまり、本件において、被告人は、たとえ運転士が速度調節を誤ったとしても、大事故につながるような措置を講ずべきであったのである。具体的にはA T Sの設置である。大塚教授の指摘によれば、J R西日本管内に半径三〇〇メートルの曲線が二一・二か所もあるが、本件曲線の転覆限界速度は時速一〇八キロメートルであり、転覆危険率も一・三三〇であり、危険性の高い曲線であったということである。そして、この転覆危険率という概念は、本件事故後に鉄道事業者一般に知られるようになったとされている。そこで、本件曲線を個別に指定してA T S整備を指示すべき結果回避義務を課すに足りる程度の予見可能性は認められないことになる<sup>(26)</sup>とする。

しかし、転覆危険率という概念がいつ一般化したかどうか、つまり予見可能性があったかどうかには関係なく、危険性が高い曲線かどうかを部下に調査させ、危険性が高ければ速やかにA T Sを設置する方策を採るべきであった。これは正に管理過失の問題に他ならない。つまり、企業組織体の過失や企業トップの過失については、結果回避措置を中心にとらえるべきである。しかも、平成八年二月四日にJ R北海道函館線において同様の事故があり、このことはJ R西日本でも周知されていたと言われている。ということは、J R西日本の幹部には危惧感どころか具体的予

見可能性すらあったと言えるだろう。それならばなおのこと結果回避のために採るべき措置を考えるべきであった。このことは、まさに船山教授のいう「回避措置重心説」が重要であることを示したものであるのである。

次に東京電力福島第一原子力発電所事件についてみてみたい。<sup>27</sup>平成二八年二月二九日、東京電力の旧経営陣三名が、業務上過失致死傷罪の容疑で東京地方裁判所に強制起訴された。この裁判において旧経営陣側は、事故の結果は想定外であり、具体的に予見できなかったから過失はなかったと主張するであろう。しかし、強制起訴されたのは一介の従業員ではなく、旧経営陣つまり東京電力のトップである。そこでの過失のとらえ方はJR西日本福知山線脱線事件と同様であるべきである。つまり、ここでは、犯罪的結果を発生させないために、どれだけの結果回避措置を採ったのが重要になってくる。決して具体的予見可能性が重要ではないのである。結局、結果発生への危惧感・不安感があれば、その危惧感・不安感を払拭するに足るだけの結果回避措置を講ずることが必要であり、そして、そのことが過失の中心になるということができるのである。

本件に関しては、津波の予測について二通りの見解があったと指摘されている。一つは、平成一四年三月に算出され東京電力が採用していた「社団法人土木学会」の予測で波高五・七メートルというもの、もう一つは政府の専門機関である「地震調査研究推進本部」が同年七月に公表した「三陸沖から房総沖にかけての地震活動の長期評価について」と題する津波地震の予測に基づき、東京電力が平成二〇年三月に試算した予測最高波高一五・七メートルというものである。<sup>28</sup>

このように見てくると、最初の予測は波高五・七メートルであったかもしれないが、それから六年後に東京電力が予測した数値が最高波高一五・七メートルであったのであるから、一五・七メートルの津波が来襲するおそれは当然

予測できたはずであり、少なくともその危惧感はあったと言ってよい。それならば、その危惧感を払拭するに足る結果回避措置、たとえば、高い防潮堤を設置する、非常用電源設備の防水性を高める、その設備のみを津波から守ることができるような高所に移動させるなど、結果回避のための方法を採用すべきであった。<sup>29</sup>それを怠ったところに、東京電力の旧経営陣には過失があったと言わなければならない。

### 三 個人の過失

ところで、個人の過失を認定するにあたっては、予見可能性について、ある程度具体的な因果関係などを見通すことができる具体的予見可能性が必要とされるべきであろう。なぜなら、たとえば、われわれが市街地や住宅地で自動車を走行させる場合、信号はないけれども交差する十字路の一方の道路には「止まれ」の標識があり、かつ路面にも「止まれ」の文字が書いてある交差点に差し掛かったときなどには、他の自動車や無謀な自転車などがその標識や文字を無視して飛び出してくるかもしれない、子どもが急に車道に飛び出してくるかもしれない、などという漠然とした危惧感・不安感を伴っていることが通常であろう。そこで、自動車の運転者にその危惧感・不安感を払拭するに足るだけの結果回避措置を講じなければならないとするならば、自動車を運転して市街地や住宅地を走行するときには、いつでも停車できるように常に徐行していることが求められるであろう。このことは個人行為者にとってかなり酷な要求となることは否めない。もちろん信頼の原則の適用の余地はあるであろうが、それでも個人に対して危惧感説で対処するならば、信頼の原則の適用の余地は全くなくなるか、もしくは適用の余地が極めて狭くならざるを得ないだろう。このことは、ひいては責任主義に反する結果となる可能性も否定できなくなるのではないだろうか。

個人行為者の過失を認定する場合、船山教授は予見可能性は危惧感で十分であるとし、その例として以下の事例を



挙げられる。すなわち、「日常生活の例でも、自動車を運転していて雨が降り始めたら、どんな事故が起きるかを考えるよりは、事故を起こさないためにどんな結果回避措置がとれるかを考えて、減速したり、ライトをつけるであろう。あるいは、降雨が激しいときは、自動車を道路の脇に寄せて、停車することになる。すなわち、このような結果回避措置が可能であることから、予見可能性は危惧感で十分であることがわかる」とされる<sup>30</sup>。しかし、雨天時に高速で自動車を走行させる場合には、ハイドロプレーン現象によりスリップ事故を起こす可能性のあることは、一般の運転者なら容易に予測ができることである。したがって、この事例の場合には、具体的予見可能性説を採ったとしても、不都合は生じないのである。

また、自動車の運転者が、制限速度をかなり超過して車を走行させれば事故を起こすであろう、という具体的予見可能性は否定できないし、夜間、自転車を無灯火でかなりの速度を出して走行させた場合にも、事故を起こす具体的予見可能性は否定できない。

平成二〇年五月に長野県松本市で、柔道指導者が小学六年生に「片襟体落とし」と呼ばれる技をかけたために、意識障害を伴う後遺症を負うに至った事故を起こしたが、この事件の長野地裁判決（平成二六年四月三〇日）について、船山教授は危惧感説に基づいている可能性が高いとされる<sup>31</sup>。ただ、本判決は、「傷害の発生機序の詳細まで予見できなければ注意義務を認めることはできないとはいえないのであって、技量・体格等が未熟な者が強い力で投げられ、畳に打ち付けられるなどすれば、直接打撲した部分に限らず、身体各部に無理な力が加わり、そのような無理な力が加わった身体の部分に何らかの障害が発生しうることは十分に予見可能である」としていることから、具体的予見可能性説を採用しているとも解しうる。したがって、本判決を必ずしも危惧感説に基づいているととらえる必要はない

のではないか。たしかに、年齢のいかないう小学六年生に高度な技をかけて畳に打ち付ければ、何らかの障害が残る可能性はあるとの予見は、一般に可能であろう。

ところで、企業内における裁量権のない一従業員が、業務中、ある事実が何らかの犯罪的結果を惹き起こすかもしれないとの危惧感を抱いた場合、その従業員の採るべき結果回避措置は何であろうか。それは裁量権のある上司に報告し最善の措置を採らせることであろう。しかし、従業員の単なる危惧感のみで上司に対する報告義務を課すのはいかなるものであろうか。おそらく単なる危惧感のみで上司に報告したとしても、その報告に具体性がない場合には、上司としても採り挙げないことも多いであろう。そうなると、従業員としては上司に報告しない、ということも十分ありうる。しかし、危惧感があればそれを払拭するに足るだけの結果回避措置を採るべきであるとする危惧感説は、企業内の裁量権のない一従業員にとってはかなり厳しいものになるのではないだろうか。やはり、裁量権のない従業員については、何らかの犯罪的結果が生じる可能性があるという具体的予見可能性があった場合、それを上司に報告しなかったときに過失が問われるとすべきではないかと思われる。もちろん、従業員が何らかの危惧感を持ったときは、それを企業として正式に採り上げるといふシステムの構築が必要であることは言うまでもないであろう。

このように、個人の過失については、具体的予見可能性説を採ったとしても、必ずしも不都合は生じないのでないだろうか。

#### 四 生活関係別過失論の課題

この章では、企業組織体の過失（企業トップの過失）と個人の過失では、予見可能性のとらえ方が異なっているべきではないか、つまり、企業組織体の過失・企業トップの過失は危惧感説で、個人の過失は具体的予見可能性説でと

らえるべきことを主張した。これがわれわれ国民にとって理解し易い考え方、社会常識に適った考え方であろうと思われるからである。

ただ、ここで議論の対象としている企業は、どうしてもJR西日本や東京電力などの大企業になってしまうのである。しかし、わが国ではいわゆる中小企業・零細企業がほとんどである。中小企業のうち比較的規模の大きな企業に對しては危惧感説でもよいであろうが、規模の小さな中小企業・零細企業は、単に企業ということで、はたして危惧感説でよいのか、そうなるのかなり酷な結果にはなりはしないか、疑問の残るところではある。企業の規模、事業の内容、被害の態様など、諸般の事情を十分に踏まえた上で、生活関係に応じた結論を出すべきだと思われる。

また、個人の過失だからといって、必ず具体的予見可能性を必要とするというものでもあるまい。企業のトップのような地位になくても、企業の中で何らかの裁量権を持つ者については、危惧感説で過失をとらえてもよい場合もある。しかし、何ら裁量権を持たない者に危惧感説で過失をとらえることは、あまりに酷な結果となろう。ただ、企業の中の個人について、裁量権の有無を認定するのは、特にいわゆる中間管理職の立場にある者の場合、危惧感説がよいか具体的予見可能性説がよいかの判断は、かなりの困難を伴う問題であると言わざるを得ないだろう。

## 五 結びにかえて

船山教授の著書に『人間の目でみる刑法』（初版平成五年・こぶし社）がある。教授は同書のはしがきで、「この世の中からいくらかでも犯罪や非行が少なくなつたらよいと願っています」とされ、そのために「犯罪や非行に直接的に關する刑法のあり方を探究する」道を選ばれたとあり、その訳は、「犯罪に対処するための刑法の使われ方が本当に

国民を守るために役立つているのかという疑念」があるからだとされる。また、「刑法は誰のためにあるのかといいますと、それは普通の国民のためにはずです。ところが、実際は、刑法典の条文は読みにくく、教科書は難解ときています」と指摘されている<sup>32</sup>。教授がこの「はしがき」を書かれた平成五年は、刑法は未だカタカナ表記の時代であった。その後平成七年に刑法はひらがな表記になったため、読み易くなったのは確かであるが、刑法の用語の定義・概念等については、決して分かり易いものになったわけではなかった。したがって、教授の指摘は今でもなお十分通用するものである。

私も、刑法に対する基本的な考え方については、船山教授と軌を一にするものである。そこで本稿は、現行刑法および刑法理論が、本当にわれわれ国民のものとなっているかを、刑法の現状はどうなっているか、刑法の役割は何か、われわれにとって身近な犯罪である過失犯について、刑法理論はどうあるべきかを中心に若干の検討を加えたものである。

刑法は法曹三者だけのものであるという時代は過ぎ、われわれ一人ひとりが刑法との関わりを持って生きていくという自覚を持つ必要がある。裁判員裁判が実施されている以上なおさらである。そのためにも、刑法用語の定義・概念、刑事立法、刑法理論などについて、それらが真の意味で国民のものとなっているかということを、常に検証していかなければならない。

(1) この点については、船山泰範「裁判員制度と刑事司法の近代化」政経研究第四六卷第二号（平成二二年）五七一頁以下参照。

- (2) 最判昭二七・九・一九刑集六・八・二〇八三。
- (3) 最判昭四二・三・七刑集二一・二・四一七。
- (4) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成二年)四一九頁。
- (5) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三七二頁。
- (6) たとえば、大谷實『刑法講義総論新版第四版』(平成二四年)四五〇頁、山口厚『刑法総論第三版』(平成二八年)三四八頁など。
- (7) 大塚仁『刑法概説(総論)』(第四版)〔平成二〇年〕三三二頁。
- (8) 福田平『刑法総論(第五版)』(平成二三年)二九二頁。
- (9) たとえば、高橋則夫『刑法総論(第二版)』(平成二五年)四八〇頁、山中敬一『刑法総論(第三版)』(平成二七年)一〇〇六頁など。
- (10) 肯定説を採られる山口厚教授も、一時的主観的要素を身分に含ませることは「身分」という日常用語的理解からは若干離れることになる」ことは認めている(前掲注(6)三四九頁)。
- (11) 最判昭三三・四・一八刑集一二・六・一〇九〇。
- (12) 新村出編『広辞苑第六版』(平成二〇年)七三九頁。
- (13) 船山泰範『刑法の礎各論』(平成二八年)六七頁。
- (14) 船山泰範「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』(平成二六年)四二一頁以下参照。
- (15) 船山泰範『刑法の役割と過失犯論』(平成一九年)一〇頁以下、同『刑法学講話(総論)』(平成二二年)一五頁以下を参照させていただいた。また、拙稿「刑法の役割と最近の刑法改正―法定刑改正を中心として―」秋田法学第四九号(平成一九年)一頁以下。
- (16) 最大判昭五〇・九・一〇刑集二九・八・四八九。
- (17) 最大判昭六〇・一〇・二三刑集三九・六・四一三。

- (18) 新村前掲注(12) 二七二頁。
- (19) この点についての詳細は、拙稿「業務上過失致死傷罪における業務の概念」大淵利男先生追悼論文集『社会科学の理論と現代的課題』（平成二〇年）三九九頁以下。
- (20) 板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（平成一九年）二五六頁、藤木英雄・板倉宏『刑法案内2』（平成二三年）六一頁など。
- (21) 船山前掲注(14) 四一一頁以下。
- (22) 船山泰範「脱線転覆事故における安全対策責任者の過失―尼崎JR脱線事件」日本法学第七八卷第一号（平成二四年）一五七頁以下参照。
- (23) 大塚裕史「鉄道事故と企業幹部の管理・監督責任―JR福知山線脱線転覆事故判決を契機として」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（平成二六年）六五八頁。
- (24) 大塚裕史前掲注(23) 六六六頁。
- (25) 船山前掲注(22) 一六六一―一六七頁。
- (26) 大塚裕史前掲注(23) 六六一―六六二頁。
- (27) 詳しくは、古川元晴・船山泰範『福島原発、裁かれないでいいのか』朝日新書（平成二七年）参照。
- (28) 古川・船山前掲注(27) 八一頁。
- (29) 船山前掲注(14) 四三四頁。
- (30) 船山前掲注(22) 一六四頁。
- (31) 船山泰範「柔道指導における過失責任」日本法学第八〇卷一号（平成二七年）三七九頁。
- (32) 船山泰範『人間の目でみる刑法』（平成五年）はしがき二―五頁。