

危惧感説と具体的予見可能性説の異同再論

——長野地松本支判平成31・3・25平成26年(わ)第260号を
素材として——

松 宮 孝 明*

目 次

1. ある裁判例
2. 「間食形態変更」から窒息の予見可能性が認められるか
3. 予見可能性の転用
4. 危惧感説と具体的予見可能性説の異同
5. 本件への当てはめ

1. ある裁判例

(1) 「具体的な」予見可能性の必要性

ある人物が無免許運転ではあるが青信号で交差点に進入したところ、見通しの悪い交差道路から信号無視で飛び出してきた車と衝突し死亡事故を起こしたときに、「無免許運転だから過失あり」として過失運転致死罪で有罪判決を言い渡せるであろうか。徐行義務違反のある運転者の過失を否定した最決平成15・1・24判時1806号157頁を引用するまでもなく、このような場合には、「無免許運転」の危険が結果に実現したものではないので、過失は否定されるであろう¹⁾。この場合、この人物が「無免許運転」をし

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 最決平成15・1・24判時1806号157頁を、単純に「結果の回避可能性」を否定したものと理解する者もいるが、それは失当である。その原判決を見ればわかるように、相手方車両の存在を認識したときに即座に急制動をかけていれば、被告人は当該衝突事故を回避できていたからである。問題は、そうではなくて、急制動によって当該衝突事故を回避す

ていなければ当該死亡事故は起こらなかったのだから、当該「無免許運転」は「注意義務違反」だと考えたとしても、である。

(2) 長野地松本支判平成31・3・25平成26年(わ)第260号

ところで、長野地松本支判平成31・3・25平成26年(わ)第260号（LEX/DB 25562949）（以下、「本判決」と呼ぶ。）は、老人ホームで准看護師である被告人が提供したおやつ（ドーナツ）により入居者（「被害者」）が窒息死したとされる事例²⁾につき、ほとんどこのような論理で、業務上過失致死罪の成立を認め有罪判決を言い渡した。

そこでは、被告人は「被害者（85歳女性）が間食のドーナツを口腔内に詰め込むなどして窒息することがないように被告人自ら被害者の食事の動静を注視して、食物による窒息事故を未然に防止すべき業務上の注意義務」に違反したとする検察官の主位的訴因は斥けられたが、「ゼリー系の間食であるゼリーを提供することとされていた被害者に対し、同人に提供すべき間食の形態を確認しないまま、漫然と常菜系の間食であるドーナツを配膳して提供した過失」があったとする予備的訴因は認定されている。

(3) 主位的訴因が排斥された理由

主位的訴因が排斥された理由は、主として次の点にある。すなわち、「被害者には、……窒息の危険があり、食事の動向に注意すべき対象ではあったが、入所から本件までの2か月弱の間、間食として本件ドーナツ

ゝることができる時点までに、被告人が相手方車両との衝突結果を予見することができたか否かにある。これにつき、上記判決は、「被告人において、現実にはA車の存在を確認した上、衝突の危険を察知するまでには、若干の時間を要すると考えられるのであって、急制動の措置を講ずるのが遅れる可能性があることは、否定し難い。」と述べているのである。

2) 本判決の理由を読む限り、むせるなどの前兆を呈することなく心肺停止による低酸素脳症を原因として本件事故の約一か月後に死亡した「被害者」の死因自体が、争いの余地のあるもののように感じられる。しかし、本稿では、本判決が認定した通りに、死因を「本件ドーナツ」による窒息によって惹起された低酸素脳症であるとして考察する。

を含む常菜系のものを食べており……、丸飲み傾向などの窒息に繋がりを
る事情はあるが、被害者に嚥下障害は確認されておらず、実際の食事、間
食の場面において、誤嚥や食物が詰まるなどといった窒息の危険が高いと
いえるような事態は生じていなかったことからすれば、本件当時、窒息の
危険が高かったとまでいうことはできない。」うえに、「被告人が他の利用
者に比べて被害者を特別注視しなければならない存在であると認識するこ
とは困難であったと認められる。」ことに加えて、「被害者は入所後少なく
とも一度むせたことがあり、不顕性誤嚥を疑う事情は高齢という以外には
見当たらなかったことなどからすれば、被害者の横に着席した状態であ
れば、被害者が誤嚥や窒息などした場合は、気付くことができると考えるこ
とも不合理であるとはいえない。」(下線筆者。以下同じ。)ということであ
る。これらの理由から、本判決は、「被告人が全介助者の介助を一旦止めて
まで被害者の動静を注視するため振り返る義務までは認められない。」
と結論づける。

(4) 予備的訴因が認められた理由

他方、予備的訴因は、次の理由から肯定される。すなわち、「C棟には
様々な身体機能を有する利用者がおり、配膳する間食の形態によっては窒
息等により生命、身体に危険が生じる可能性があること、本件施設におけ
る間食は常菜系とゼリー系の2種類があり、身体機能等を考慮して、いず
れの形態を提供するか決められており、利用者の身体機能等の変化により
それに応じて間食を含む食事の形態が変更される可能性があることが認め
られ、そうすると、間食の形態変更があった場合、それを知らずに誤った
形態の間食を配膳すれば、利用者の生命、身体に危険を生じさせるおそれ
があったといえる。」ので、「被告人は、本件施設の利用者に間食の形態を
誤って提供した場合、特にゼリー系の間食を配膳することとされている利
用者に常菜系の間食を提供した場合、誤嚥、窒息等により、利用者に死亡
の結果が生じることは十分に予見できた」のであり、かつ、「被害者に対

する間食形態の変更は、……平成25年12月5日の申し送り・利用者チェック表に記載されており、これを確認していれば、被告人は間食形態の変更を知り得たのであり、義務違反と結果との因果性も認められる。」ということである。

(5) 本判決の論理

すなわち、本判決は、「被害者」に「誤嚥や食物が詰まるなどといった窒息の危険が高いといえるような事態は生じていなかった」ので「被告人が全介助者の介助を一旦止めてまで被害者の動静を注視するため振り返る義務までは認められない。」が、「本件施設の利用者に間食の形態を誤って提供した場合」には「誤嚥、窒息等により、利用者に死亡の結果が生じることは十分に予見でき」、かつ、間食の形態を変更しておれば「誤嚥、窒息等により、利用者に死亡の結果が生じることは」なかったので、業務上過失致死罪が成立するとしているのである。ここには、「本件施設の利用者」一般に存在する誤嚥、窒息等による死亡の予見可能性が、「誤嚥や食物が詰まるなどといった窒息の危険が高い」とはいえない本件被害者の死亡の予見可能性に転用されている。これは、「無免許運転」による死亡事故の一般的な危険性を根拠に、赤信号無視の車両との衝突事故について過失を認めるようなものである。

もっとも、本判決は、本件「被害者」に関しても、「窒息の危険があり、食事中の動向に注意すべき対象ではあった」と述べている。それにもかかわらず、本判決が「被告人が全介助者の介助を一旦止めてまで被害者の動静を注視するため振り返る義務までは認められない。」（つまり、むせないまま窒息する危険は小さい）と述べているのは奇妙であるが、それは別にして、「窒息の危険」があったとする根拠としては、「被害者」の間食の形態変更が挙げられている。しかし、被告人側からは、「被害者」の間食の形態変更の理由については、窒息の危険ではなく嘔吐対策であると主張されている。本判決はこの主張を斥けたのであるが、その論理も、論理則の間

題として、以下で検討する。

2. 「間食形態変更」から 窒息の予見可能性が認められるか

(1) 本件「被害者」が「本件ドーナツ」により窒息することの予見可能性

本判決は、本件「被害者」が「本件ドーナツ」により窒息することの予見可能性につき、次のように述べている。すなわち、「被害者は、嚥下障害はないものの、認知症等の影響で食物を小分けにすることなく丸飲みにしてしまう傾向があること、自歯がなく義歯も使用していないため食物を口腔内で細かくする能力に問題があったことが認められ、本件ドーナツの大きさ、物性も考慮すると、本件ドーナツは被害者にとって窒息の危険がある食物であることが認められる。」と。そして、その根拠に、「(平成25年12月)4日の会議を受けて同月6日に窒息防止も理由の一つとして被害者へ提供する間食の形態が常菜系からゼリー系へ変更されたこと(変更理由については争いがあるため後述する。)が認められ」ることを挙げている。

「被害者」に提供する間食の形態が変更された理由について、弁護人は、「被害者の嘔吐に対応したものであり、窒息による生命の危険を防止するためではない」と主張した。しかし、本判決は、「被害者の丸飲み傾向など誤嚥や窒息につながるおそれのある事実が度々指摘されていたこと、同日の昼食の寿司について、看介護記録に窒息のおそれに言及があること、同月8日付けの施設介護評価において、被害者が大きな固まりのまま食物を食べる旨の指摘がされた上で、間食の形態をキザミとろみ対応のもの(ゼリー系)に変更する旨の記載がされていること、本件事事故後の平成25年12月20日に開催された臨時Cチーム会議……の報告書……に、『(発生前の利用者の状況)食事形態は刻み食であったが、自歯がなく義歯も未使用で食べ物を口に入れると丸飲みであったためおやつのみ刻みトロミの物へ12/6から変更していた。』など誤嚥、窒息への対応が形態変更の理由であ

ることをうかがわせる記載があることからすれば、間食の形態変更は、嘔吐への対応がその理由の一つであったとしても、窒息などの危険への対応も理由の一つであったと認められる。」と推論している。

しかし、記録等によれば、指摘されている「窒息のおそれ」は、記録や本判決の上記の推論からは、むしろ、「被害者が大きな固まりのまま食物を食べる」ことを想定しており、それゆえ、「食べ物をお口に入れると丸飲みであったためおやつのみ刻みトロミの物へ12/6から変更していた。」ものであり、「本件ドーナツ」による窒息の危険は想定していなかった可能性が排除できないと考えるのが論理的である。

付言すれば、証拠を見る限り、「本件ドーナツ」が小分けにされずに丸のまま「被害者」に提供されたと認める証拠はなく、却って、被告人は他の「本件施設の利用者」には小分けにして与えたと供述している。それゆえ、「本件ドーナツ」は小分けにされずに丸のまま「被害者」に提供されたことを前提に、窒息の危険を推論することはできない。

本判決自身も、「入所から本件までの2か月弱の間、間食として本件ドーナツを含む常菜系のものを食べており……、丸飲み傾向などの窒息に繋がりうる事情はあるが、被害者に嚥下障害は確認されておらず、実際の食事、間食の場面において、誤嚥や食物が詰まるなどといった窒息の危険が高いといえるような事態は生じていなかったことからすれば、本件当時、窒息の危険が高かったとまでいうことはできない。」と述べ、「大きな固まりの」食物についてしか「窒息に繋がりうる事情」があると認めていないことや、「被害者は入所後少なくとも一度むせたことがあり、不顕性誤嚥を疑う事情は高齢という以外には見当たらなかったことなどからすれば、被害者の横に着席した状態であれば、被害者が誤嚥や窒息などした場合は、気付くことができると考えることも不合理であるとはいえない。」としていることが、これを裏付ける。つまり、本件「被害者」が、食物を誤嚥したにもかかわらず、むせることなく静かに窒息に至ることの予見可能性はほとんどないことを、本判決も認めているのである。

また、少なくとも、本判決は、「窒息の危険性を考えての間食形態の変更」ではない合理的な可能性が排除できるとする根拠を挙げていない。それにもかかわらず、本判決が強いて「窒息などの危険への対応も理由の一つ」としたことには、論理則の違反に当たるであろう。

(2) ドーナツによりその生命、身体に危険を生じさせるおそれがあった利用者

以上のことから、本件「被害者」については、間食の提供を誤り「本件ドーナツ」を提供しても、事前の判断では、誤嚥による窒息の危険はほとんど認識できなかったことが明らかである。しかし、前述のように、本判決は、ここで、本件「被害者」の窒息の危険を、「本件施設の利用者」の窒息の危険にすり替える。

もちろん、「本件施設の利用者」の中には嚥下障害を持つ人々がいたのであるから、間食の形態変更があったにもかかわらず、それを知らずにこれらの人々に誤った形態の間食を配膳すれば、その生命、身体に危険を生じさせるおそれがあったことは当然である。しかし、問題は、本件「被害者」についてそうだったのか、ということである。

(3) 本件「被害者」自身の生命、身体に危険を生じさせるおそれ

これについては、繰り返しになるが、本件「被害者」については「入所から本件までの2か月弱の間、間食として本件ドーナツを含む常菜系のものを食べており……、丸飲み傾向などの窒息に繋がりうる事情はあるが、被害者に嚥下障害は確認されておらず、実際の食事、間食の場面で、誤嚥や食物が詰まるなどといった窒息の危険が高いといえるような事態は生じていなかった」と認定されていることが、重要である。本判決も、これを理由として、主位的訴因を斥けている。つまり、本件「被害者」に「本件ドーナツ」を提供していても、「被告人が全介助者の介助を一旦止めてまで被害者の動静を注視するため振り返る義務までは認められ

ない。」のである。

たしかに、本判決は、本件「被害者」が「本件ドーナツ」を食べている間にその動静に注意をする義務一般を否定してはいない。あくまで、「全介助者の介助を一旦止めてまで」その動静を注視するため振り返る義務を否定しただけである。しかし、これを裏返せば、本件「被害者」のすぐ横に座っていた被告人にとっては、その位置で気づけるような「むせ」などの兆候なしに本件「被害者」が「本件ドーナツ」を食べて窒息することは予見できなかったということである。なぜなら、もしそれが予見できるのであれば、人の命がかかっているのであるから、被告人は「全介助者の介助を」中断してでも本件「被害者」の動静を注視すべきであり、本件「被害者」の間食が終わってから「全介助者の介助を」すべきであったという判断になるはずだからである。

したがって、本判決は、本件「被害者」ではなく、「本件施設の利用者」について間食形態の変更を知らずにドーナツを提供した場合の結果の予見可能性を、本件「被害者」の死亡結果に転用したと評さざるを得ない。

(4) 「間食形態変更確認」義務と結果回避義務

付言すれば、本判決は「間食形態変更確認」義務を結果回避義務として論じている。しかし、これは誤りであろう。それは、仮に「間食形態変更確認」をした上で、それにもかかわらず本件「被害者」に「本件ドーナツ」を与えようとした場合に、本件「被害者」についての結果発生の子見可能性はあるか否かを検討してみれば、明らかである。

すなわち、前述のように、本件「被害者」のすぐ横に座っていた被告人にとっては、その位置で気づけるような「むせ」などの兆候なしに本件「被害者」が「本件ドーナツ」を食べて窒息することは予見できなかった。したがって、本件では、残念ながら、「間食形態変更確認」を果たしていても、結果は回避できていなかったであろう。結果回避につながらないような義務は「結果回避義務」とはいわない。「間食形態変更確認」義務は、予

見可能性の有無を検討するための「情報収集措置」にすぎないのであり、かつ、本件では、これを履行していても、結果の予見に至らないのである。

結局、このような論理ミスもまた、本判決が、本件「被害者」を含まない——嚙下障害のある——「本件施設の利用者」に結果が生じることの予見可能性を、本件「被害者」に対する結果発生の見可能性に転用し、予見可能性の検討をこれで終えてしまったことに由来する。これは、「無免許運転をしない義務」(ないし「見通しの悪い交差点での徐行義務」)を結果回避義務それ自体だと誤解し、「無免許運転をしていなければ(ないし徐行しないで交差点に進入していなければ)、信号を無視して交差道路から突入してきた車両との衝突事故は起きなかった」ので「義務違反と結果との因果性も認められる。」と述べるに等しい。

以上の理由から、すでに本判決は破棄を免れないものと料する。

3. 予見可能性の転用

なお、以下では、本判決が行ったような「予見可能性の転用」は、判例上も認められているのではないかという誤解を避けるための考察を行う。

(1) 「無断同乗事件」決定(最決平成1・3・14刑集43巻3号262頁) の射程

被告人に無断で軽トラックの荷台に同乗していた人物が、被告人の無謀な運転により転落死したという事案につき、業務上過失致死罪を認めた最決平成1・3・14刑集43巻3号262頁がある。一部には、本決定は「何らかの人の死傷」が予見可能であれば、具体的な被害者の死亡が予見できなくても、いわゆる「(抽象的)法定的符合説」の考え方によって、予見可能性の符合(より正確には「転用」)を認めたものと評されている³⁾。

3) 例として、前田雅英『刑法総論講義[第7版]』(東京大学出版会、2019年)224頁。

しかし、本決定は、「たとえ被告人が自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかったとしても、右兩名に関する業務上過失致死罪の成立を妨げないと解すべき」だと述べているにすぎず、無断同乗者の存在が「認識できなかった」事案に関する判断を示したものではない。加えて、原判決（東京高判昭和60・12・27刑集43巻3号277頁）は、「被告人には右兩名が後部荷台に乗車していることの認識可能性があったと認められる」と述べ、「荷台の同乗者が死亡する」という「具体的結果」の予見可能性を認めている。この点で、本決定の事案は、類似の「無断同乗事故」に関して過失を否定した福岡高宮崎支判昭和33・9・9裁特5巻9号33頁とは事案を異にする⁴⁾。

なぜなら、故意の場合の「(抽象的) 法定的符合説」は、「因果関係の相当性の範囲内で」、つまり、当該(具体的) 結果について(客観的な) 予見が可能である場合に、その範囲内で故意の符合を認めるものにすぎないからである。

(2) 判例における「(抽象的) 法定的符合説」の含意

「(抽象的) 法定的符合説」は、当該(具体的) 結果について(客観的な) 予見が可能である場合に、その範囲内で故意の符合を認めるものにすぎないことは、いわゆる「改造鋸打ち銃事件」判決に関する最判昭和53・7・28刑集32巻5号1068頁から明らかになる。というのも、この判決は、「被告人の予期しなかった通行人Bに対し腹部貫通銃創の結果が発生し、かつ、右殺害行為とBの傷害の結果との間に因果関係が認められるから、同人に対する殺人未遂罪もまた成立」するとして、殺害行為によって傷害結果が発生した限りで、殺人の故意の符合を認めているからである。

ここには、いわゆる「数故意犯説」を純粹に貫くと、「全世界の人に対

4) その詳細については、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004年）105頁以下を参照されたい。同旨、山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）106頁以下〔内田浩〕。

する未遂を認めることになってしまう」ことになり、この帰結はまずいという実務家の無意識の直感的判断が働いているのである。その結果、実際には、「(抽象的) 法定的符合説」は、「未必の故意」の認定が微妙な事案について、立証の困難を回避するために、現に傷害の結果が生じ、かつそれが予見可能だという範囲内で殺人の故意を符合させるという機能を果たしているのである⁵⁾。

(3) 「予見の対象」における「第2の黄色点減信号器事件」判決の意義

さらに、冒頭で触れた最決平成15・1・24判時1806号157頁もまた、抽象的な危険レベルでの「予見可能性の転用」を否定している。その事件では、1, 2審判決は、見通しの悪い交差点に徐行せずに進入したことで衝突事故の予見可能性を認め、かつ、即座の急ブレーキで結果を回避できたとして回避可能性も認めて、被告人を有罪とした。しかし、本判決は、「被告人において、現実にA車の存在を確認した上、衝突の危険を察知するまでには、若干の時間を要すると考えられるのであって、急制動の措置を講ずるのが遅れる可能性があることは、否定し難い。」と述べて被告人の過失を否定し、無罪の自判をしている。

つまり、本判決は、「予見の対象」を、急制動の措置を講ずるために必要な「A車との衝突の危険」という具体的なものとしているのである。これは、「急制動という結果回避に直結する行為規範を基礎付ける具体的予見」を要求したものと解してもよいであろう。これに対し、徐行は、交差道路の様子を観察するための時間を捻出する措置、つまり「情報収集措置」だと考えたほうがよい。そして、この「情報収集措置」を果たしていても結果が避けられない場合には、「情報収集措置」の懈怠は過失を構成しないのである。

5) その旨は、本判決の調査官解説である新矢悦二『最高裁判所判例解説刑事篇昭和53年度』316頁からも、うかがうことができる。

(4) 考 察

以上の検討から、本判決が行ったような「予見可能性の転用」は、判例上も認められているというのは誤解であったことが明らかになったであろう。

結局、本件における「間食形態変更確認」義務もまた、被害者に結果が生じる危険性を判断するための情報収集措置にすぎなかったと考えるべきであろう。しかも、前述のように、本件では、この義務を履行しても、具体的な予見に到達しなかった合理的な疑いがある。

4. 危惧感説と具体的予見可能性説の異同

(1) 両説の分岐点

しかし、さらに、近年の学界では、一部で、過失犯においていわゆる「危惧感説」を再評価する動きもある⁶⁾。そのため、本判決もまた、この「危惧感説」で正当化できるのではないかという見方もあり得ないわけではない。というより、むしろ、本判決の背景には、このような「危惧感説の再評価」の影響がある可能性も否定できないのである。

他方、驚いたことに、情報収集措置を介して予見の可能性を検討することそれ自体を、「危惧感説と何ら異なるものではない⁷⁾」と評する見解もある。これは、自動車運転における前方注視義務が前方の交通状況に関する情報を収集する義務であって、他の交通関係者との衝突を回避する結果回避義務ではないことを看過した点で誤解であるが、それどころか、情報収集措置を介さずに予見可能性を認めようとすれば、却って抽象的な危惧感で予見可能性を認めるに至る危険をもった見解でもある。

したがって、最後に、「危惧感説」と情報収集措置との関係を整理し、「危惧感説」はなぜ妥当でないのかを説明しておこう。

6) 教科書レベルでは、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）や高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2018年）が、この動きを代表する。

7) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）247頁。

(2) エンギッシュの「法尊重義務」

「危惧感説」は、森永ヒ素ミルク事件の控訴審（高松高判昭和41・3・31高刑集19巻2号136頁）および差戻審（徳島地判昭和48・11・28刑月5巻11号1473頁）の判決を契機として、藤木英雄によって提唱された見解である。その中核は、結果発生の一抔の不安感、危惧感を抱くべき状況があれば予見可能性が認められるとともに、その不安感を払しょくするに足る「結果回避措置」が要求され、それを怠れば過失が認められるとするところにある⁸⁾。この「結果発生の一抔の不安感、危惧感（を抱くべき状況）」ですでに「予見可能性」は足りるとするところに、この見解の特徴がある。

周知のように、この見解は、下級審判例では、「内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度で直ちに結果を予見し回避するための注意義務を課するのであれば、過失犯成立の範囲が無限定に流れるおそれがあり、責任主義の見地から相当であるとはいえない。」（札幌高判昭和51・3・18高刑集29巻1号78頁）と批判されている。

しかし、この見解の問題点は、「予見可能性」という要件の理解に誤解があることにある。というのも、単なる結果発生 of 不安感・危惧感によって要請されるのは、——結果的にそうしたほうがよい場合もあることは事実であるが——いきなりの結果回避措置ではなく、調査して情報を集めるという措置、すなわち、先にも触れた「情報収集措置」だからである。

これに関しては、一般に「新過失論」の理論的基礎を築いたとされている、ドイツのカール・エンギッシュの見解を見る必要がある。というのも、この「情報収集措置」は、エンギッシュが挙げた「客観的注意」のうちの第三の注意義務であり、彼の用語では「法尊重義務」と呼ばれるものだからである⁹⁾。

この「法尊重義務」は、それ自体が結果を直接に回避する義務ではな

8) 藤木英雄『刑法総論講義』（弘文堂、1975年）240頁以下参照。

9) これを指摘したのは、三井誠「予見可能性」藤木英雄編『過失犯——新旧過失論争——』（学陽書房、1975年）149頁以下。

く、それを通じて情報を集め、行為の反対動機となるべき「許されない危険の認識」、つまり「結果の予見」に至るためのプロセスにある義務である。したがって、行為者が仮に注意深く情報を収集していても結果回避行動の動機となるほどの危険の認識に至らなかった場合には、「具体的予見可能性」がないとして過失が否定される。つまり、「不安感・危惧感を抱くべき状況」は、この情報収集措置を促す契機となりうるにすぎないのである。それなのに、藤木のように理解して「危惧感説」を文字通り貫くと、現に情報収集措置を取らなかったこと自体が過失になってしまうのである¹⁰⁾。

(3) 藤木の「危惧感説」における「法尊重義務」の位置づけ

現に、藤木は、エンギッシュのいう事実を調査する措置と並んで、「危惧感を抱くべき状況」においてこれを避けることによる「知らず知らずのうち」の結果回避でも過失を認める。すなわち、「未知の危険との遭遇を無意識的に回避することが可能なように、できるかぎり冒険的な行動を避け、控え目な行動を心がけることを要求するのは、条理上当然」であって、「未知の危険に臨む場合において、危険ないしはその危険の徴表となる事実を探知する義務、あるいは、ことさらな冒険は避け、できる限り慎重に行動する、という結果回避義務の負担を命じ、そのような負担を果たしたならば回避可能であった具体的な被害については、たとえ、その具体的な内容につき行為当時には予見不可能であったとしても、行為者に落ち度があると認め、過失の責任を問うことが合理的である。¹¹⁾」（下線筆者）と述べるのである。それゆえに、「森永ヒ素ミルク事件」においては、異

10) この点において「危惧感説」と「具体的予見可能性説」の対比は、なお意味を持ちうる。換言すれば、「不安感・危惧感を抱くべき状況」を情報収集の契機と考え、そうしておれば「許されない危険」の認識（＝「具体的予見」）に到達し得た場合に「予見可能性」を認める見解は、もはや「危惧感説」ではなく、「具体的予見可能性説」なのである。そこが分かっていないと、学説対立を誤解する。

11) 藤木編、前掲注 9) 『過失犯——新旧過失論争——』〔藤木英雄〕32頁以下。

常が認められる「松野製剤」の化学検査を通じての「予見可能性」を介してではなく、局方品・試薬一級を発注することによるいきなりの「結果回避措置」を認めてしまうのである。

しかし、これでは、「無免許運転」に伴う「結果発生の一抔の不安感、危惧感(を抱くべき状況)」ですでに「予見可能性」は足り、この「無免許運転」を避けることで交差道路の無謀運転車との衝突は回避できるので、冒頭のドライバーに——めでたく！——過失を認めることができるということになってしまふであらう。このような結論を導く理論のどこが「合理的」なのであろうか。

(4) 三井の「具体的予見可能性説」における「法尊重義務」の位置づけ

ところで、すでに1975年段階で、三井誠は、藤木説には予見義務と回避義務の概念上の混同があることを指摘している。すなわち、「調査・テストはあくまでも危険を予知するためのものである(民事では、はっきりとこれは予見義務とされている)。結果回避義務を主軸に考える立場からは、調査義務は、結果回避措置をとる前提として位置づけられるものである。」とし、「このように結果回避義務と調査義務とを同一視したため、これまでは具体的予見可能性があってはじめて結果回避措置を問うことができたものが、未知の危険の場合には、調査義務は、『危惧感』程度のもを抱いたときに要請しなければその意味がなくなると考えられたのではないかと推察される。¹²⁾」と述べているのである。

つまり、「過失」にいう「予見可能性」とは、「危惧感」(を抱くべき状況)を契機として期待される情報収集措置を取った結果、具体的予見すなわち「結果発生」の許されない危険の認識が可能であることを意味するのであり、このプロセスが成り立たない場合には、「予見可能性」がなく、したがって「過失」が否定されるのである。

12) 藤木編、前掲注9)『過失犯——新旧過失論争——』〔三井〕149頁以下。

5. 本件への当てはめ

以上の検討を本件に当てはめてみれば、その結論は明らかである。すなわち、被告人に仮に「間食形態変更確認」という「情報収集措置」の懈怠が認められたとしても、本件の具体的状況において本件「被害者」が「本件ドーナツ」によって、すぐ横にいる被告人に気づかれることなく窒息することの「予見可能性」は認められない、少なくともそれを認めることには「合理的な疑い」が残るということである。