

予見可能性の程度

—— 坂東三津五郎フグ中毒死事件 ——

横 瀬 浩 司

最高裁昭和五五年四月一八日第二小法廷決定（昭和五四年（あ）第八八六号、業務上過失致死、ふぐ取扱条例違反被告事件）刑集三四卷三号一四九頁

△事実の概要と経過▽

一審および二審が認定した罪となるべき事実によると、被告人は、京都府知事からふぐ処理士並びに調理師の各免許を受け、昭和四一年ごろから京都市内所在の料理店において、ふぐなどを調理し同店の来客に提供する業務に従事していた者であるが、昭和五〇年一月一五日午後八時四〇分ごろ、永年の馴染客の招きによって同店を訪れた被害者坂東三津五郎ことMら数名に対し、とらふぐの刺身などの料理を提供するに際し、毒物

であるテトロドトキシシが多量に含まれているとらふぐの肝臓数切れ（重量一〇数グラム）を調理して（肝臓を幅約二センチ四方、厚さ約一センチの太さに切って真水で洗い、塩をかけてもみ、これをぬかに入れた湯で一時間位ゆがき、さらに真水の湯で二〇分ゆがいた）、提供したところ、これを食した客の内Mのみが、ふぐ中毒に基づく呼吸筋麻痺により翌日一六日午前四時四〇分ごろ、窒息死した。この事案について、被告人は、業務上過失致死罪ならびに京都府ふぐ取扱条例（昭和二五年京都府条例第五八号・昭和五一年京都府条例第四四号による改正前のもの）七条・一三条（ふぐの肝臓その他毒性のある部分の調理、授与等を禁止、違反者に対して二年以下の懲役又は禁錮、五万円以下の罰金を定めていた）違反の罪で起訴された。このうち、京都府条例違反については、争いが無いが、業務上過失

致死罪の成否をめぐる、主に被告人の中毒症状ないし中毒症状に因る死亡の結果の予見可能性の存否が争点となった。

第一審判決（京都地判昭和五年五月二六日）において、弁護人は、被害者がふぐ中毒にかかったことを知ってこれを看護すべき者が、ただちに医師に連絡せず、医療の機を失したため本来助かるはずの被害者が死亡した旨（因果関係の中断）の、また、被害者は、ふぐの肝臓が危険であることを十分知っていたながら致して食したのであるから本人の責任であって被告人の過失責任は中断される旨（因果関係の不存在）を主張したが、第一審判決は、関係証拠に照らして、これらの主張をいづれも排斥した。さらに、結果の予見可能性の判断に際して、京都府のふぐ取扱条例の存在、近時の研究によるふぐ毒の存在箇所・解毒方法の不存在を被告人が知っていたこと、右条例制定以来、ふぐ料理に肝を調理して出す慣行がなくなったこと、ふぐの毒性には個体差があるが、通常の方法では、調理人には識別不可能であること、水洗いという非科学的・不完全な調理方法では、科学的にははなはだ偶然にたよった危険性があることなどを認定した上で、「単に『ふぐに当たるのは稀である』との実験的事実を根拠に予見可能性を否定するのは相当ではない」と判示した。最後に、右条例で定められた義務と刑法上の注意義務との関係について言及し、両者は必ずしも当然に一致するものではないが、ふぐ毒の危険性について一般的に認識されている今日、特段の事情がない限り、その多寡にかかわらずふぐ

の肝を調理して客に提供してはならないとの注意義務があるというべく、右条例はこのような注意義務を取締の観点から特に明文化したいうことができ、したがって本件では条例で定められた義務の内容と刑法上の注意義務の内容は一致する、と判示し、さらに、右のような条例の有無は、客観的予見可能性の具体的事情に基づく判断に影響を与えることがありうる一つの要素である、としている。そして、法令の適用に当たり、本件業務上過失致死罪とふぐ取扱条例違反の罪とを観念的競合の場合であるとして、禁錮八月（執行猶予二年）を言い渡した。

これに対して、被告人側から、予見可能性の不存在、因果関係の不存在、因果関係の中断および量刑不当を理由に控訴された。控訴審（大阪高判昭和五年三月二三日）は、予見可能性の有無の判断に際して、七つの詳細な認定事実にてらし合わせて、客観的な予見可能性を肯定した。ここで、控訴審の注目すべき点は、「被告人に対して過失責任を問ううえで前提となる結果の予見可能性は、傷害の点すなわち被告人が被害者にふぐの肝料理を提供することによって被害者がふぐ中毒症状を起すことについて存在すれば足り、致死の点すなわち被害者がふぐ中毒症状を起して死亡するに至ることについてまで必要とするものではない。後者は、ふぐ中毒症状を起したことで死亡との間に因果関係が存するか否かの問題として処理すべきものである」という論理構成をとっていることである。ついで、控訴審は、被告人側の控訴趣旨第四点の量刑不当に関する主張の一部を

容れ、被害者のように食通と称せられる客は肝料理を出さないと承知しないことが多いこと、また、ふぐ中毒の個人的、身体的な特殊事情などを考慮し、原判決を破棄、自判して、禁錮四月（執行猶予二年）を言い渡した。

被告人側は、控訴審判決がふぐ中毒事件を無罪とした大阪高判昭和四五年六月一日（刑裁月報二巻六号六四三頁）と矛盾すること、ならびに、憲法一四条に違反することなどを理由に上告した。

これに対して、最高裁第二小法廷は、「判例違反をいう点とは、所論引用の判例は事案を異にし本件に適切でなく、その余は、憲法一四条違反をいう点を含め、実質はすべて事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、いずれも刑訴法四〇五条の上告理由にあたらぬ。」とし以下のようにつづけて判示した。

〈決定要旨〉

「なお、原判決が、近時解明されてきたふぐの毒性、京都府におけるふぐ取扱ひについての規制、府の行政指導に基づくふぐ料理組合における講習等その判示する諸事情に徴し、京都府のふぐ処理士資格をもつ被告人には本件とらふぐの肝料理を提供することによつて客がふぐ中毒症状を起こすことにつき予見可能性があつた旨判断したのは相当であり、この点に所論のような法令違反はない。」

〈解説〉

一 問題の所在

本決定は、もともと先例の少ないふぐ中毒死事件について、最高裁が判断を下した事案であり、また、ふぐ取扱の規制のある地方公共団体において、調理資格のある調理人が、伝統的な調理方法によつて調理した場合、規制条例による注意義務が、刑法上の注意義務の内容（すなわち、予見可能性）にどのように影響するかという点に、判断を下した事案である。過失犯は、極めて個別・具体的であり、類型化・抽象化がはなはだ困難な領域である。この領域において、ふぐ中毒死の事案に関して類型化を試み、どの程度の注意義務（すなわち、予見可能性）が必要とされるかが問題とされなければならない。しかし、学説においては、周知の如く、予見可能性の程度をめぐつて、伝統的な過失論と「危惧感」説との争いがあり、また、判例においても予見可能性をばく然とした危惧感で足りる、とするものも見られる。そこで、本稿においては、まず、予見可能性をめぐる学説・判例を概観し、そのあるべき姿を模索しつつ、ふぐ中毒死事件の判例の動向を考察し、本決定の意義を明らかにする。

二 予見可能性の程度

一 周知の如く、従来、過失犯は、意識の集中・緊張を欠いた心理状態であり、故意と同様の責任の種類・形式であると解されてきた⁽¹⁾。しかし、近時、過失もまた、構成要件該当(充足)・違法・有責な行為であり、過失犯の構成要件行為とは、注意義務を怠った行為であることが明らかにされてきた。すなわち、過失犯の違法要素が自覚されたのである⁽²⁾。そして、さらに、この違法要素の自覚から藤木博士は、過失犯を結果回避義務を中心にして捉え、予見可能性は結果回避義務の判断の重要な一資料であるとし、また予見可能性とは危険発生についての危惧感があれば足りる、とする「危惧感」説を主張されるにいたった⁽³⁾⁽⁴⁾。この理論は、南シナ海のベトナム沖で漁業中に獲れたふぐが、日本の近海や東シナ海で獲れる通常の食べられるふぐとは外見がそっくりで、市場に出す前に漁業会社の船員が、試食したところ、毒があった⁽⁵⁾、というような従来では考えられないような未知の危険——企業災害など——に対処するために唱えられたものである。

これに対して、予見可能性をばく然とした「危惧感」でよい、とすることは、責任主義、罪刑法定主義に違反する、という根強い反論がある。つまり、「危惧感」説は、予見可能性の稀薄化、空洞化であり、また、「危惧感」がないという事態は、現代の事象を前提にすれば想定することが難しいのであり、「責

任主義との矛盾ないしは責任主義の大幅な後退という事態は否めない」という批判がある⁽⁷⁾。

この批判に対して、板倉教授は、「危惧感」が、公害や企業災害などには有効ではあるが、その反面、自動車事故の場合などには、結果責任論的になるということを考慮され、「生活関係別過失概念」を提唱される。つまり、生活関係別によって予見可能性の程度が異なってもよいとされるのである。が、しかし、それでもやはり、なぜ、生活関係別に過失概念が異なりえるのかという理論上の疑念が残り、罪刑法定主義の観点から問題があるように思われる。この意味において、「危惧感」説が未知の危険に対処しようとする方向は評価すべきものがあるが、予見可能性をばく然とした危惧感でよいとするには、躊躇せざるをえない。

平野教授は、「新過失論」⁽¹⁰⁾が罪刑法定主義、責任主義に違反するおそれがあるとされ、予見可能性を中心としてとらえる伝統的な過失論の新たな展開をされた。すなわち、「過失行為は、単に結果に対して因果関係があるというだけの行為ではなく、結果発生『実質的で許されない危険』⁽¹¹⁾を持った行為であり、その危険の現実化として結果が発生したとき処罰する」とし、さらに「この過失行為のもつ危険性は、結果の客観的予見可能性といってもよい。」⁽¹²⁾とされる。そして「『予見可能性』ということばのとり方によっては、あらゆる結果が予見可能ということになりかねないけれども、右の場合の予見可能とは、

『ある程度高度の』予見可能性をいう⁽¹⁸⁾とされる。つまり、予見可能性には程度の差があり、過失処罰を成立させるためには一定程度の高さが必要である、とされるのである⁽¹⁹⁾。

以上のように、学説においては、予見可能性の程度を「危険感」でよいとする立場と、「ある程度高度の」予見可能性を必要とする立場との対立がある。そこで、以下においては、具体的な事案に関して、どの程度の予見可能性が必要とされているのか、若干の判例を検討し、その対立の問題点を明らかにする。

二 伝統的な犯罪である自動車事故などには、具体的な予見可能性が必要とされてきたが、未知の原因による自動車事故について、たとえば、ハイドロプレーニング現象によって事故を起こした事案（大阪高判昭和五一年五月二五日判例時報八二七号一二三頁）については、具体性をやや緩和し、ハイドロプレーニング現象の予見可能性はなくとも、横滑りすることは知りえたとして、ある程度具体的な予見可能性を必要としている⁽²⁰⁾。

次に、注目すべきことは、食品衛生に関する判例として、予見可能性を危険感でよいとする「森永ドライミルク中毒事件」が登場したことであった。すなわち、差戻後第一審判決（徳島地判昭和四八年一月二八日判例時報七二一七号七頁）は、「予見可能性は具体的な因果関係を見とおすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかないという程度の危険感であれば足りる。」（傍点筆者）と明言した。この判例に関しては、「危

惧感」説の立場からだけでなく、「危険感」を明確に否定する論者によっても、予見可能性が肯定されていることは注目すべき点である⁽²¹⁾。

また、医療過誤の事案に関して、北大電気メス事件で、第二審判決（札幌高判昭和五一年三月一八日判例タイムズ三三六号一七二頁）は、予見可能性とは、「内容の特定しない一般的・抽象的な危険感ないし不安感を抱く程度では足り」ないとしても、実際的には、危険感説的な判断をしなければ、肯定できない看護婦の過失を肯定した⁽²²⁾。

さらに、企業災害の事案として、水俣病事件控訴審判決において、福岡高判（福岡高判昭和五七年九月六日判例時報一〇五九号一七頁）は、予見可能性の内容は「特定しない一般的又は抽象的な危険感ないし不安感を抱くだけでは足りない」とし、「特定の構成要件の結果及び当該結果の発生に至る因果関係の基本的部分に関する実質的予見」が必要である、とした⁽²³⁾。

三 以上のように、予見可能性の内容をめぐる判例の判断は、「抽象的」なものから「具体的」なものへと、かなり幅広いものをもっており、また判例に関する学説の態度も——理論的側面は別としても——その現状を追認している形となっている。そこで、これからのあるべき姿としては、予見可能性の内容をより詳細に検討するとともに、結果回避義務の内容についても個別・具体的に検討し、類型化を試みる必要があるように思われる⁽²⁴⁾。

三 判例の動向

ふぐ中毒死事件の判例は、あまり多くないが、それでも、戦前、大審院は、ふぐの真子Ⅱ卵塊の販売を業とする者には当該ふぐが無毒のものであることを確認した後に販売すべき業務上当然の注意義務があり、この注意を尽くさず有毒ふぐの真子を販売して死傷の結果を生ぜしめた場合、業務上過失致死傷罪が成立する、と判示した（大判昭和十五年二月二〇日法律評論二九卷三七頁）。そして、戦後にいたって、福岡地裁小倉支判昭和三十八年一月八日（下刑集五卷一―二号二五頁）は、従来、操業していなかった南シナ海でとれた「なごやふぐ」に酷似した猛毒のふぐの肉を販売し中毒死を生ぜしめた者に、致死の予見可能性を欠くとして、無罪を言い渡した。また、大阪高判昭和四五年六月一六日（判例時報六一三号一〇一頁）は、「なごやふぐ」の肝と皮を調理して提供した行為につき、無罪を言い渡した。長野地判昭和五二年一月二四日（判例時報八八六号一一三頁）は、夏期の「まふぐ」の肝二〇グラムに致死量の毒が含まれていることは稀であり、しかも一般的には肝臓には毒が含まれているという認識がない以上、被告人には致死の予見可能性はない、とした。これに対して、控訴審である東京高判昭和四四年一月一九日（判例時報九六六号一三五頁）は、第一審の事実認定を改めて、夏期の「まふぐ」の肝の有毒性は稀なものとはいえないし、また被告人は調理師修業時代において

内臓が有毒であることを見聞きしているから、十分結果の予見可能性はありえた、と逆転判決をした。この判例は、先の大坂高判昭和四五年六月一六日と類似したもので、「まふぐ」の肝による中毒死についての事案である。

以上の判例の検討を総合して、前田助教教授は、ふぐ中毒事件における予見可能性の判断にとって以下のことが重要であるとされる。すなわち、「①ふぐの種類・部位と量、さらには提供した季節、②当該ふぐに関する科学的究明の度合、③ふぐ取扱条例の有無、④ふぐ調理に関するその地方の習慣・通念、⑤被告人のふぐ調理に関する経験、⑥その他の予見を容易にする（ないしは困難にする）特殊事情」である。この分類は、正當なものといえることができると思う。しかし、①により提供行為の客観的危険性が決まり、②以下により予見の容易性が判断される⁽²⁵⁾、とされるが、はたしてそのように明確に区別がなされるであろうか、すなわち、②以下によっても客観的危険性が決定される場合（また、その逆に、①によって予見の容易性が判断される場合もありうるだろう）があるのではないか、疑問が残るところである。

四 結語 —— 本決定の意義 ——

本決定で、まず、注目されるのは、「なご」書きで、「原判決が、（中略）被告人には本件とらふぐの肝料理を提供するこ

とによつて客がふぐ中毒症状を起すことにつき予見可能性があつた旨判断したのは相当であり、この点に所論のような法令違反はない。」としている点であろう。この点について、「從來別個の構成要件として通常捉えられてきたと考えられる業務上過失致傷罪と同致死罪との関係について疑義を提する一般的な言明を(も)含むと解し得るこの説示は、本決定が為したように⁽²⁰⁾「お」書きのまま通してしまふには重大過ぎ……不用意という批判は免れ得ないであろう」という批判がある。まさに本稿で問題としなければならぬのは、原審判決で詳しく述べられていふように、予見可能性の程度は、傷害⁽²¹⁾ふぐ中毒症状を起すことについて存在すれば足り、致死⁽²²⁾ふぐ中毒症状を起こして死亡するに至ることについてまで必要とするものではないとしている点である。この点について、前田助教教授は、「本件原審及び第二小法廷も『何らかの中毒』の予見可能性で足りず、『死を発生せしむる程度の中毒』の予見可能を問題にしていたのかもしれない。しかし、そうなると『死の結果』の予見可能性を要求することとほぼ同じことになるのである。それならば端的に死の結果の予見を要求すべきであつた⁽²³⁾」とされる。このことは、本決定が、予見可能性の程度をある程度具体的なものを要求しながらも、やはり、その程度には一定の幅があることを認め、「抽象化⁽²⁴⁾」をなしていることの証左ではなからうか。

なお、第二審において、被害者が、ふぐの肝料理が危険であ

ることを十分に知りつつ、ふぐの肝料理を好んで食していたことなどを量刑事由として刑を減輕している。けれども、この点について、過失犯における被害者の承諾を考慮する余地があつたのではないだろうか⁽²⁵⁾。

いずれにせよ、本決定は、先例の乏しいフグ中毒死事件の分野についての最高裁の判断であるばかりでなく、ふぐ中毒についての条例規制のある地方公共団体における、資格ある調理人の伝統的な調理方法により調理した事案に関するものとして、今後、同種の事案に参考となるであろう。

〔注〕

- (1) たとえば、牧野博士によれば、過失とは「犯罪事実を認識すべく且つ認識し得たにもかかわらず、これを認識しなかつたという点にその本質がある」(同『刑法総論下巻』全訂版一五版(昭和三四年)五六二頁)とされ、過失を故意と同様の責任の種類とされる。
- (2) 詳細は、拙稿「過失犯についての一考察」中京大学大学院生法学研究論集創刊号(昭和五六年)一一三頁以下参照。
- (3) 「危惧感」説に立つ論者として、藤木英雄博士(同編『過失犯——新旧過失論争——』(昭和五〇年)三四頁、板倉宏教授(同「薬害と刑事責任」ジュリスト五四七号(昭和四八年)六九—七三頁)などが挙げられる。
- (4) なお、イエシユツクは、責任非難を「危惧感」によつて基礎づけようとする最近の日本の学説については、ドイツの学界に対応する学説を見いだすことができない(ハンス・ハインリッヒ・イエシユツク、小暮得雄・丸山治夫共訳「ドイツにおける過失論の発展と現状」北大法学論集三〇巻三号(昭和五四年)一一〇頁)、と明言されている。
- (5) 藤木英雄「過失犯の構造について」司法研修所論集一九七一年一号六四頁。
- (6) 米田泰邦「医職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)」判例タイムズ(昭和五〇年)五三頁。
- (7) 三井誠「予見可能性」藤木編『過失犯——新旧過失論争——』(昭和五〇

- (14) 同旨、三井誠「予見可能性」藤木編『判例と学説7 刑法』(昭和五二年)一七四頁。
- (15) 前田雅英「過失と予見可能」藤木編『判例と学説7 刑法』(昭和五二年)二二一頁。
- (16) 同様な予見可能性の程度を必要としたものに、ブレキヤインゴの異常な磨耗によって事故を起こしたという事案(東京地判昭和四七年六月二四日判例時報六七五号一〇七頁)がある。
- (17) 前田雅英「坂東三津五郎アグ中毒死事件決定」ジュリスト七四三三三号(昭和五五年度重要判例解説)(昭和五六年)一六六頁参照。
- (18) 土木武司「過失犯における監督責任(下)」警察学論集三五巻七号(昭和五七年)九四頁参照。
- (19) この点につき前田助教教授は予見の対象たる「因果関係の基本部分」とは「具体的結果発生の予見可能性の存在を基礎づける為の補助手段として、いかなる前提事実の予見可能性が必要か、という観点から規範的に設定される中間項」なのである(傍点筆者)とされる(前田雅英「結果」の予見可能性——水俣病事件控訴審判決を手掛りに——)ジュリスト七八四号(昭和五八年)五〇頁)が、このような規範的なファクターを予見可能性の判断状況の中にすべり込ませることについては、なお考慮の余地がある。
- (20) 土木・前掲論文八六・七頁。
- (21) この点に関して、前田助教教授は、予見可能性の対立を①刑事過失を基礎づける結果発生の可能性の程度とその認識の容易性、②どの程度具体的・個別的「結果」を予見の対象とするのか、③それと関連して、結果発生に至る因果の経過を予見の対象に含めるか否か、またはし含めるとしたらどの程度細かな点についてまでかの三つに整理される(同「坂東三津五郎アグ中毒死事件決定」ジュリスト七四三三三号「昭和五五年度重要判例解説」(昭和五六年)六七・八頁)。
- (22) 結果回避義務の内容を詳しく検討したものと、石塚章夫「監督者の刑事過失責任について」(一)・(二)・(三)・(三)・(完)判例時報九四五・九四六・九四八号(昭和五五年)があげられる。
- (23) 予見可能性と結果回避義務の問題についての詳細は別稿に譲りたいと思ふ。
- (24) 前田・前掲論文一六九頁。
- (25) 前田・前掲論文一六九頁。
- (26) 伊東研祐「ふぐの肝料理を提供することによって客がふぐ中毒症状を起こすことにつき予見可能性があったとされた事例」警察研究五三巻一号(昭和五七年)七五・六頁。この点について、佐藤文哉調査官は、「この点が告発趣意で争われなかったことや、本件のような事案では致傷の予見可能性が肯定されれば特段の事情が加わらない限り致死の予見可能性も否定できない関係にあることなどによるのではないか」(同「ふぐの肝料理を提供することによって客がふぐ中毒症状を起こすことにつき予見可能性があったとされた事例」ジュリスト七三三三三号(昭和五五年)一〇八頁)とされている。
- (27) この問題を指摘するものとして、他に、佐藤・前掲論文一〇八頁、巖谷葵「特集Ⅱ判例整理学(刑法) 刑法総論」法学セミナー一三四号(昭和五六年)四五頁などが挙げられる。
- (28) 前田・前掲論文一七〇頁。
- (29) 前田・前掲論文一六七頁。
- (30) この問題点については、荒川雅行「過失犯における被害者の同意に関する一考察——生命・身体犯を中心として——」関西学院大学法政学会「法と政治」三三巻二号(昭和五七年)九七頁以下が詳しい。
- (8) 板倉宏「過失犯論の現代的課題——生活関係別過失概念を中心に——」刑法雑誌二一巻二号(昭和五一年)二三頁。
- (9) 拙稿・前掲論文二二五頁。なお、この点については、西原春夫「過失論の展望——旧過失論と新過失論——ジュリスト増刊・藤木編「刑法の争点」(昭和五二年)九〇頁、真鍋・前掲論文三六七頁を参照。
- (10) ここでの「新過失論」とは、結果回避義務を中心に捉える過失論を広く意味する。
- (11) 平野龍一「刑法総論I」(昭和四七年)一九三頁。
- (12) 平野・前掲書一九四頁。
- (13) 平野・前掲書一九四頁。
- (14) 同旨、三井誠「予見可能性」藤木編『過失犯——新旧過失論争——』(昭和五〇年)一七四頁。
- (15) 前田雅英「過失と予見可能」藤木編『判例と学説7 刑法』(昭和五二年)二二一頁。
- (16) 同様な予見可能性の程度を必要としたものに、ブレキヤインゴの異常な磨耗によって事故を起こしたという事案(東京地判昭和四七年六月二四日判例時報六七五号一〇七頁)がある。
- (17) 前田雅英「坂東三津五郎アグ中毒死事件決定」ジュリスト七四三三三号(昭和五五年度重要判例解説)(昭和五六年)一六六頁参照。
- (18) 土木武司「過失犯における監督責任(下)」警察学論集三五巻七号(昭和五七年)九四頁参照。
- (19) この点につき前田助教教授は予見の対象たる「因果関係の基本部分」とは「具体的結果発生の予見可能性の存在を基礎づける為の補助手段として、いかなる前提事実の予見可能性が必要か、という観点から規範的に設定される中間項」なのである(傍点筆者)とされる(前田雅英「結果」の予見可能性——水俣病事件控訴審判決を手掛りに——)ジュリスト七八四号(昭和五八年)五〇頁)が、このような規範的なファクターを予見可能性の判断状況の中にすべり込ませることについては、なお考慮の余地がある。

