

刑事過失と予見可能性

——西ドイツにおける過失犯論を中心に——

横 瀬 浩 司

目 次

- 一 はじめに
- 二 責任要素としての過失犯
- 三 違法要素としての過失犯
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

わが国の過失犯論における現状は、過失犯を責任要素としてのみ理解し、過失を責任のレベルだけで論じようとする立場⁽¹⁾（伝統的過失論）と、結果無価値に立脚し、過失犯の本質を予見可能性であるとしながら、過失行為を「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⁽²⁾の『実質的で許されない危険』を持った行為⁽³⁾」と捉え、予見可能性の内容として「ある程度高度の」予見可能性が必要であるとする立場⁽⁴⁾（伝統的過失犯論の新展開）と、行為無価値に立脚し、過失犯の本質を結果回避義務であると捉え、予見可能性の内容として、具体的なものを要求する立場（新過失犯論）、そして、新過失犯論と同様に行為無価値に立脚し、過失犯の本質を結果回避義務であるとしながら、過失行為を「落度」ある行為としてとらえ、「予見可能性は危険発生について危惧感があれば足りる⁽⁵⁾」とする立場⁽⁸⁾（新・新過失犯論ないしは危惧感説）がある。このようなわが国の新・旧過失論の争いは、周知のごとく、ドイツの過失犯論の影響を受けたものが少なくない。そこで、本

稿においては、ドイツとわが国との過失犯論の異同を明確にするための予備的考察として、ドイツの過失犯論の系譜を素描することにより、過失犯論の違法要素の「自覚」を考察し、わが国の過失犯論への影響を検討してゆく。また、西ドイツの過失犯論の若干の考察を通して、わが国の過失犯論における、いわゆる「危惧感」説に対応するものがあるか否かを検討し、さらに、西ドイツの過失犯論の現在の問題意識がどこにあるのかを明らかにしたい。

〔注〕

- (1) 代表的な論者として、井上祐司教授（同『行為無価値と過失犯論』（昭和四八年）一頁以下参照）が挙げられる。
- (2) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（昭和四七年）一九三頁。
- (3) 平野・前掲書一九四頁。
- (4) この立場に立つ論者として、三井誠「第三編予見可能性」担当・藤木英雄編『過失犯——新旧過失論争——』（昭和五〇年）一七四頁、中山研一『刑法総論』（昭和五七年）三八〇頁等が挙げられる。
- (5) 代表的な論者として、井上正治『過失犯の実証的研究』（昭和二五年）一四頁以下が挙げられる。
- (6) 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七〇—七二頁。
- (7) 藤木「第一編」担当・同『過失犯——新旧過失論争——』（昭和五〇年）三四頁。
- (8) この立場に立つ論者として、板倉宏「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、沼野輝彦

「食品・薬品公害と刑法」藤木編『公害犯罪と企業責任』（昭和五〇年）一〇八—一三二頁が挙げられる。

(9) この詳細については、拙稿「過失犯についての一考察——わが国の過失論を中心として——」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。

(10) 本稿においては、過失犯論の違法要素の「自覚」を明らかにすることが目的であるため、一九世紀以前の過失犯論の歴史的な考察は、今後の課題としたい。なお、内田文昭「過失犯論の史的展開について」(一)・(二)上智法学論集一六卷一号（昭和四八年）三—七五頁、一七卷三号（昭和四八年）一—七五頁、真鍋毅「過失犯の歴史的研究——ドイツ一八世紀まで——」法政研究三三卷一号（昭和四一年）二七—七九頁参照。

(11) ドイツの判例の検討は、他日に期したい。

二 責任要素としての過失犯

かつてのドイツでの過失犯論においては、過失の本質は、意思形成の過程に瑕疵がある場合と考えられていた。たとえば、ベリングは、過失とは、行為者が意思決定の過程において、法秩序によって課せられた結果の発生を知ることによって自分を違法な行為から阻止する義務を果たさなければならなかったのにそれを怠ったために、その行為を阻止すべき意思を形成しなかったことである、として、過失を故意と同様に責任レベルで論じている。また、ビンディングは、過失とは「回避することのできる違法な行為に対して向けられた、違法を意識しない

意思」であり、「回避することができざる違法な行為に対して向けられた故意でない意思」⁽²⁾であるとし、過失の本質を意思内容に求めようとした。さらに、メツガーも同様に、過失を当該行為者に対し課せられている注意義務を侵害し、かつ注意したならば結果の発生を予見しえた場合である、と解している。このように、過失を故意と同様の責任要素として考え、意識の集中・緊張を欠いた心理状態としてとらえるのがドイツの伝統的な過失犯論の立場であった、といってもよいであろう。

ところが、科学技術の発達による過失犯の量的増大という社会的背景が、「許された危険の法理」や「信頼の原則」の理論を登場させ、伝統的な過失犯論に質的变化をもたらし、新しい過失犯論の素地を提供することとなった。⁽³⁾すなわち、伝統的な過失論は、過失を故意と同様の責任の形式・種類と解して、犯罪事実を予見すれば、違法な結果を予見できたのにもかかわらず、意識の緊張を欠いたために予見することができず、結果を発生させたことに非難可能性があるとする。そのため、この見解によれば、因果関係が肯定される以上、意識さえ緊張させていれば結果を予見できたはずであり、したがって注意義務違反が認められることとなり、過失犯の処罰は、結果的責任の運用に陥る可能性があるという問題が明らかにされていったのである。

さらに、従来の体系では、違法性はすべて外部的なもので、責任は内心的なものであるとされていたが、違法性の段階にお

いて「主観的違法要素」が問題にされ、責任の段階においては「規範的責任要素」が問題とされるようになり、違法性のレベルでも内心的なものが、そして責任のレベルでも外部的なものが問題となることが明らかにされていったのである。とりわけ、「許された危険の法理」や「信頼の原則」の思想内容である「危険分配の法理」の登場の意義は、法益侵害の発生(結果無価値)のみならず、行為態様(行為無価値)をも問題にすべきことを提示したことである。とりもなおさず、そのことは、伝統的な過失犯論が責任要素のみを考えてきたことに対して、違法要素の「自覚」⁽⁴⁾をうながしたことに意義があるといってもよいものと思われる。

〔注〕

- (1) Bebing, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 28.
- (2) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, 1919, S. 454.
- (3) Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 349.
- (4) わが国の伝統的な過失犯論もほぼ同様の見解を採っていた。たとえば、牧野英一『刑法総論下巻』全訂版(五版(昭和三四年)五六二頁、滝川幸辰『改訂犯罪論序説』(昭和二年)一三七頁、小野清一郎『新訂刑法講義総論』一四版(昭和三〇年)一七一頁等。
- (5) 前田雅英助教授は、「許された危険の法理およびそれを

基礎づける社会の変化が新過失論に論理的に結びつくか否かは疑問の余地が存する」。(前田「許された危険」中山研一他編『現代刑法講座第三卷』〔昭和五四年〕二六頁)とされる。なお、この点について、松宮孝明「ドイツにおける過失犯論の変遷と『許された危険論』の役割(一)・(二)完」法学論叢一一五巻二・三号(昭和五九年)二八頁以下・三二頁以下が詳しい。

(6) 福田平「過失犯の構造について」司法研修所論集一九七一年一号三五頁。

三 違法要素としての過失犯

上述したような結果的責任に陥るという問題を含んだ伝統的な過失犯論に対して、違法要素の「自覚」をうながす所説が現われてきた。それは、ラートブル、エクスナー、エンギッシュ、ヴェルツェルであった。以下、この順にしたがって、その「自覚」の系譜を考察してみることにする。

ラートブルフは、心理的責任論を徹底させることを目的とし、過失概念の中に含まれている規範的要素を責任から放逐し、違法の要素として捉えようとした。すなわち、過失犯は結果発生を回避するための心理的な意識の集中という内面的な作為義務であり、不作為犯とは外面的な作為義務をしなかったことであるとし、両者のこのような作為義務は、規範的な要素であって、違法性を基礎づけるものであるとした。⁽¹⁾しかし、その後の規範的要素こそ責任概念の核心であるという規範的責

任論の趨勢の中では、この心理的責任論を徹底しようとするラートブルフの見解は、逆行するものであった。けれども、過失犯における注意義務が違法要素であるという問題を提起した点は、過失犯論の系譜において注目をすべきことであったといつてよいと思われる。

エクスナーは、「国家は、人が何とか予見できる損害のすべてを回避するように要求しようとしないうし、また、要求もできない。なぜならば、そうすれば、取引活動の力をそいでしまい、あらゆる科学技術上の進歩を否定し、これらの領域から得られた多くの成果を排除してしまうことになるからである。」⁽²⁾として、適切な手術のみならず危険作業に伴う災害の発生が、容易に予見可能な工場主、鉄道経営者、建築業者、自動車運転者、毒物やラジウムやレントゲンの取扱者などは、すべての危険をおかしているが、これらは、「他人の危険において行為する」ということを国家が承認しているのであり、違法性が欠けていることは明らかなことであるとし、さらに、認識・予見を欠いたことが過失の本質ではなく、「社会生活上必要な注意」⁽³⁾(*im Verkehr erforderliche Sorgfalt*)をなさないことが、過失の本質的な要素であるとする。そして、この「社会生活上必要な注意」を尽したにもかかわらず、結果が発生してしまった場合、当該行為者には過失責任は問題とならない、とする。

このように、エクスナーは、「許された危険の法理」から、

「社会生活上必要な注意」を尽した場合の行為は違法ではないと考えたのであるが、この考え方は、過失犯には、責任要素のみならず、違法要素をも考慮すべきであるという明確な「自覚」があり、さらに、この考え方は、過失において、結果の予見ということより、結果を回避すべき必要な注意を中核とすべきだという方向性が内在しており、過失犯の本質を結果回避義務とするエンギッシュの見解に継承されてゆくのである。

エンギッシュは、注意義務を外部的注意義務と内部的注意義務とに分離し、さらに、外部的注意義務を(一)「危険な行為の思いとどまり」⁽⁷⁾すなわち、危険から遠ざかる義務、(二)「危険な状態における外部的行為」すなわち、危険な状態における慎重な態度、(三)「法遵守義務の履行」すなわち、情報を収集する等の危険を事前に採集する義務との三つに分類する⁽⁸⁾。そして、この注意義務の三分類のうち、第一の「危険な行為の思いとどまり」という禁止は、故意の作為結果犯において、実行行為と相当の結果という構成要件該当の標準に含まれている「相当性」(Adäquanz)と同じ内容のものであり、第二の「危険な状態における外部的行為」という命令は、故意の不真正不作為犯の「作為義務」であるとし、これらの第一、第二の類型は、過失犯において特有な構成要件要素ではない、とする。そして、第三の「法遵守義務の履行」は過失犯一般に関係するとするのである。この三類型は、いずれも意識の緊張といった心理的要素ではなく、外面的作為・不作為がこの内容であり、予見可能な

結果を回避するためになすべき積極的な作為・不作為を適切にしなかったことが過失の中心であるとする。すなわち、結果を予見することではなく、結果回避義務違反が過失の本質であるとするのである。

このように、エンギッシュにいたって、初めて結果回避義務違反が、過失の中心であることが明確にされていたといつてよく、このエンギッシュの見解は、わが国の井上正治博士⁽¹²⁾、藤木英雄博士⁽¹³⁾に大きな影響を与えたのであった。

ヴェルツェルが、因果的行為論を排斥し、目的的行為論を提唱したことは周知のことである。ヴェルツェルは、過失がごく最近まで単なる責任要素と考えられてきたことは不当であるとして、「過失にとって重要なものは、いかなる行為が法的に命ぜられているかということであって、換言すれば、それは、法が社会構成員各自に思慮と分別を持って自己の行為の目的操縦をなすことを客観的に期待していること」⁽¹⁶⁾に注意すべきであるとする。すなわち、これは「客観的な注意義務が社会構成員各自に課せられているということであって、ここに客観的な注意とは、目的操縦をなすに当って社会生活上法益侵害を回避するために命ぜられている尺度を維持することをいう」(傍点・筆者)のであり、目的的行為論から過失犯を基礎づけようとするものである。さらに、過失とは、まさに非故意的な行為の違法性の問題であり、現に行われた行為が、法的に命ぜられた上述の客観的な注意義務に違反している場合をいうのである、とし、

過失犯が、違法性の問題であることを強調する。そして、「過失犯の決定的な不法内容は、現実に行われた行為と社会上必要な注意にもとづき、とらなければならない行為との不調和に存する。過失犯の不法内容は、本質的には、行為の無価値に存し、これに対して、発生した結果の無価値（法益の侵害ないし脅威）は、ただ、不注意な行為の中から刑法上の重要性をもつ行為を選び出す点で、制限的、限定的意味をもつにすぎない。」⁽¹⁸⁾とし、結果無価値のみならず、行為無価値（行為の違法性）をも問題にしなければならないとし、過失犯も故意犯と同様に、構成要件論、違法論、責任論のそれぞれの段階で問題とされ、かつ、それぞれの段階において故意犯と区別されることを明らかにしたのである。

結果無価値のみならず、行為無価値をも重視して、過失は違法要素であるとしたヴェルツェルの見解の意義は大きく、目的的行為論を採らない論者たちにも大きな影響を与えたことは周知の事実である。この過失を違法要素とする見解は、わが国では、目的的行為論の立場に立つ木村博士や福田教授⁽¹⁹⁾によっても説かれ、さらに、目的的行為論を採らない団藤博士や大塚教授⁽²⁰⁾や中教授などによっても説かれている。

〔注〕

(一) Radbruch, Über den Schuldbegriff, ZStW. Bd. 24, 1903, S. 344f.

- (2) 藤木英雄『過失犯の構造』（昭和四四年）一〇頁参照。
- (3) Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 195.
- (4) Exner, a. a. O., S. 194.
- (5) Exner, a. a. O., S. 195.
- (6) Exner, a. a. O., S. 192, 193.
- (7) Englisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 283ff.
- (8) Englisch, a. a. O., S. 290ff.
- (9) Englisch, a. a. O., S. 306ff.
- (10) エンギッシュのこの注意義務の三分類は、わが国の井上正治博士や藤木博士に継承されている（井上正治『過失犯の実証的研究』（昭和二五年）三〇頁、藤木英雄『第一編』担当・藤木編『過失犯——新旧過失論争——』（昭和五〇年）二七一—三二頁参照）。
- (11) Englisch, a. a. O., S. 347-348.
- (12) 井上正治『過失犯の構造』（昭和三三年）五〇頁以下参照。
- (13) 藤木英雄『過失犯の理論』（昭和四四年）三九頁、五〇頁以下参照。
- (14) ヴェルツェル、福田平・大塚仁訳『目的的行為論序説』（昭和三七年）八頁以下参照。
- (15) この意味において、過失を「開かれた構成要件」であるとする（ヴェルツェル・前掲書四三頁）。これに対して、平野博士は、命令違反が過失行為だとするのは、過失と不作為とを混同するものである。したがって、過失は「閉じられた構成要件」であり、また、過失行為の違法性は結果無価値にあるのであって、行為無価値にあるのではない、とヴェルツェルの見解を批判される（平野竜一「刑法の基礎」⑩）法学セ

ミナー一三二号〔昭和四二年〕三九頁。この見解の相違は、「結果無価値を中心にして」考えるか、「行為無価値を中心にして」考えるかによるものと思われる。ただ、どちらを重視して考えたとしても、結果無価値と行為無価値との「相互補完」を無視するものではないと思われる。問題は、この「相互補完」をどのように解するかにあると思われる。

(16) Welzel, Das deutsche Strafrecht, II. Aufl., 1969, S. 127ff.

(17) 目的的行為論者は、故意犯も過失犯も目的的行為によって実現されるものであり、ただ、故意犯は、構成要件該当性の結果に向けられた行為によって実現されるが、過失犯は、構成要件的に重要でない結果に向けられた行為によって実現されるものである（福田平「過失犯の構造」日本刑法学会編『刑法講座第三巻』（昭和三八年）一二三頁）とする。これに対して、法的に無意味な目的性を行為概念にもちこむことは問題である（団藤重光『刑法綱要総論』改訂版〔昭和五四年〕九八頁）とする意見が存することに注意しなければならぬ。

(18) ゼルツェル・前掲書四二頁。

(19) 木村亀二「過失犯の構造」平場安治編代『滝川先生還暦記念・現代刑法学の課題下』（昭和三〇年）五八二頁以下参照。

(20) 福田平「過失犯の構造」日本刑法学会編『刑法講座第三巻』（昭和三八年）一一九頁以下参照。

(21) 団藤・前掲書三一〇頁。

(22) 大塚仁「過失犯の構造について」司法研修所論集一八七一年二号一頁以下。

(23) 中義勝「業務上過失致死傷」ジュリスト五六五号（昭和四九年）一三六頁以下。

四 むすびにかえて

わが国の過失犯論におけるいわゆる「危惧感」説に対応する見解があるか否かを、また、現在の西ドイツの過失犯論の問題指向はどこにあるのかを明らかにするため、西ドイツ⁽¹⁾の代表的と思われる学者、イエシエック、ロクシン、パウマンの過失犯論をはなだ簡単ではあるが、素描してむすびにかえたい。

イエシエックによれば、西ドイツの過失犯論の現在の問題点は二つあるとする⁽²⁾。すなわち、第一の問題点は、注意義務の侵害を、個々の事例に則して具体的に確認してゆくことであり、それは、医師と補助者の協同作業、工業生産における社会・工場長・部課長の協業関係などの「分業」関係において、誰がいかなる注意義務履行の責任を負うべきかを決定するのに、とりわけ重要であるとする。次に、第二の問題点は、因果関係を前提として、結果を客観的に帰属させる（「客観的帰属論」）ために行為と結果との間に特別な違法連関が要求されなければならないとし、その二つの要件を挙げる。その一として、そもそも行為者が慎重な行動をとった（「適法な代替行為」）とすれば、確かに結果は回避できたであろうという事情が肯定されなければならないとする。その二として、結果は行為者の注意違背行為から生じているとはいえず、それが侵害された規範の保護領域の内になければ、客観的帰属は肯定されないとする。

また、イエシエックは、新しい過失犯論は、過失犯の違法性

の重点を結果無価値から行為無価値へ転移させるものであり、それにより過失行為の違法性の核心たるべき法益侵害の意義が貶められるという批判に対して、違法の構成要素は、「三つの」「同等に」意味ある部分、すなわち、犯罪構成要件を実現する危険性についての認識可能性、予見可能な損害を回避するため客観的に要求される注意を怠る行為、注意違背によって惹起されたかぎりで構成要件の結果の発生そのもの、によって構成されている^③。ため、上述の批判には十分な根拠はないとする。

さらに、過失犯の本質を結果回避義務に求め、予見可能性を漠然とした危惧感でよいとするわが国の「危惧感」説について言及し、「いわゆる危惧感なるものは、ある状況の危険性、あるいはそこに生ずべき注意義務の「徴表」^④以上のものでないように思われる^⑤」とし、責任非難を「危惧感」によって基礎づけようとする近時のわが国の学説については、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^⑥、と明言する。

パウマンは、「行為者は、その行為者に要求されるべき適切な注意を払っていれば、大体のところ因果経過を予見しえたてである^⑦という^⑧ことで十分である^⑨。」とし、詳細な因果経過の予見可能性を必要としないとする。また、ロクシンは、行為者によって惹起された危険が法益侵害の中に実現化した^⑩が、過失行為としての処罰の行われないその他の諸事例について、規範の保護範囲が責任を限定するとする^⑪。つまり、不法の領域における帰属の問題は法益侵害が、特別の許可なく行為者によって作

り出された危険の結果であるかどうかという問題に還元されなくてはならないとする。そして、その背後には、「規範の保護目的」という刑法上の過失責任の限定のために役立つ別段の評価のレベルがあると^⑫する。さらに、その保護目的の思想は、そこから何らかのものが演繹される概念ではなく、すべての法の素材がその下で一つ一つ処理されるべき「指導的観念」にすぎない^⑬とする。

以上、考察・検討したように、ドイツの過失犯論の違法性要素の「自覚」の承譜は、そのままわが国の過失犯論に継承されたといつてよい。また、現在の西ドイツにおいては、予見可能性があるというためには、詳細な因果経過を予見している必要はなく、大体のところの因果経過を予見していればよい^⑭とされ、わが国におけるような、予見可能性を危惧感でよいとする「危惧感」説に対応する学説は採られていないようである^⑮。さらに、西ドイツにおいては、わが国では従来あまり議論されていなかった「客観的帰属論」が詳細に展開されていることは、注目に値すべきものがあるように思われる^⑯。その意味において、今後、具体的事案に則したより詳細な検討の展開が課題となるだろう。

〔注〕

(1) イギリスの刑事過失の現状について、スチュアートは、制定法上の過失犯の認定にあたっては、一定の状況のある場

- 合、過失 (negligence) の要素はゆるやかに解されており、「無謀」 (recklessness) というよりは、むしろ、「不注意」 (careless) として解釈されてきているとされる (S・W・スチュアート、大谷実・熊谷恭祐訳『現代イギリス刑法——その基本原理と改革の動向——』〔昭和四九年〕六七、六九頁)。なお、英米の刑事過失論については、井上祐司「現代英米刑事過失論について」同『因果関係と刑事過失』(昭和五四年)一六五—二二三頁に詳しい。
- (2) ハンス・ハインリッヒ・イエツェック、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二号(昭和五四年)一一七頁以下。
- (3) イエツェック・前掲書一一四頁。
- (4) イエツェック・前掲書一一六頁。
- (5) イエツェック・前掲書一二〇頁。
- (9) Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 7. Aufl., 1975, S. 453.
- (7) Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. 1973, S. 242.
- (8) Roxin, a. a. O., S. 258-259.
- (9) 意識的に採っていないのか、それとも無意識的に採っていないのかは、今後の課題としたい。
- (10) 山中助教授は、従来、わが国の過失犯論があまりにも「注意義務違反」や予見可能性の概念を偏重しすぎていたのではないかとされ、「客観的帰属論」があまり論じられていなかったことを指摘される(山中敬一「過失犯における因果経過の予見可能性について」(2)完——因果関係の錯誤の問題をも含めて——) 関西大学法学論集二九巻二号(昭和五四年)

六四頁)。なお、齊藤誠二「いわゆる客観的な帰属の理論をめぐって」警察研究四九巻八号(昭和五三年)二四頁以下、川口浩一「過失犯における仮定的事情の考慮について——西ドイツ交通判例を中心として——」大阪市大法學雜誌三一巻二号(昭和五九年)一一九頁以下参照。