

|      |                                    |
|------|------------------------------------|
| タイトル | 過失犯の構造(一) : 社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系 |
| 著者   | 吉田, 敏雄                             |
| 引用   | 北海学園大学法学研究, 41(4): 669-686         |
| 発行日  | 2006-03-31                         |

# 過失犯の構造 (一)

—— 社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系 ——

吉 田 敏 雄

過 失 犯 の 構 造 (一)

序 論

目 次

1 ドイツ語圏刑法学の過失犯理論状況

2 日本刑法学の過失犯理論状況

本 論

過失犯の構造

一 構成要件

I 客観的構成要件要素としての客観的義務違反

(以上本号)

## 序論

## 1 ドイツ語圏刑法学の過失犯罪理論状況

二〇世紀前半のドイツ語圏刑法学においては、因果的行為論に基礎をおく犯罪概念が支配し、過失の結果犯の構成要件には、意志に担われた身体的動作による結果の惹起だけが属し、それに応じて、過失は、故意ほど重くはないが、それでも故意と同じく、純粹の責任形式 (Schuldform) と見られていたのである。<sup>①</sup> 例えば、若者がその女性友達に落ち合わせ場所を指定して待たせていたところ、女性友達が空から降ってきた隕石に当たり死亡したとき、若者には、過失致死罪の構成要件該当性、違法性が肯定され、ただ、責任が否定されるにすぎないことになる。<sup>②</sup>

このような伝統的過失「責任」論に变革を迫ったのがK・エンギシュであった。その規範論的考察に基づき、命令規範の優先性の視点から、客観的注意違反を責任から駆逐し、過失犯に独自の、「相当な注意の懈怠」が構成要件要素であらねばならず、構成要件の基礎には命令規範、立法者の行為指示がある場合、この規範は、結果惹起だけを禁止するのではなく、一定の注意違反の行為だけを禁止すること、そして、「許された危険」は正当化事由であることを主張したのである。<sup>③</sup> その後、次第に、目的的行為論に端を発した人的不法論が支配的になるとともに、行為不法(行為無価値)と結果不法(結果無価値)の二分割が生じた。これを過失犯でも維持しようとする、過失を、一部を不法構成要件に、一部を責任に位置づけざるを得なくなる。過失犯はいわゆる複合概念 (der sog. komplexe Fahrlässigkeitsbegriff) と理解されることになる。すなわち、不法には、客観的結果生起と並んで客観的注意違反(客観的義務違反客観的回避可能性)が属する。主観的行為不法なるものは過失犯には存在しない。責任には、主観的注意違

反(Ⅱ主観的義務違反Ⅱ主観的回避可能性)が属する。行為者が、その個人の精神的・身体的能力によっても、「基準」人と同じく結果を回避できたか否かは、責任で論じられるのである。<sup>(4)</sup>

「許された危険」を正当化事由と捉えて、この観点から、客観的注意に違反せずに、構成要件的结果を惹起する者は、構成要件該当行為はしているが、違法性が阻却されるという見解が一時有力となった。<sup>(5)</sup>しかし、この見解は自己貫徹できなかった。<sup>(6)</sup>というのも、これは構成要件と不法の関係に関わる問題であるが、今日、一般に、構成要件には、実質的不法内容に基づける要素はすべて含まれ、不法では、専ら、正当化事由の介入による違法性阻却が問題となると理解されているからである。構成要件は一般的に禁止されている行為を類型したものであり、そうすると、客観的注意違反は過失犯の構成要件要素である。<sup>(7)</sup>

注意違反の客観化を促した背景には、自動車事故の激増、その他の科学技術の発展に伴う危険の増加という現象があったのである。行為自体の危険性は否定できないにしても、許された危険と許されない危険を区別し、前者の構成要件該当性を否定する客観的基準の必要性が痛感されたのである。それは、「人の特徴は故意ではなく、過失にある。人は軽率なことをする存在である」<sup>(8)</sup>にふさわしい過失犯理論の展開を促したのである。

現代のドイツ語圏刑法学においても、過失犯が故意と並ぶ責任形式であるとの見解が見られないでもないが、<sup>(9)</sup>一般には、過失犯は不法においても責任においても独自の構造をもつ可罰行為の特殊形態と捉えられている。不法の中核を成すのが、客観的注意違反であり、これによって、往々にして強調されすぎる結果不法に行為不法を対置できるのみならず、過失「責任」論が注意義務違反の認定に当たって少なくとも客観的基準も用いるのは場違いであり、これも正できるというのである。過失犯の不法構成要件要素には、このほかに、構成要件実現の危険の認識可能性と注意違反に基づく構成要件的结果の惹起が挙げられる。責任構成要件においては、主観的注意違反が調べられる(二段

しかし、近時、客観的注意違反の過失犯における独自の意義を否定する見解も見られるようになった。例えば、客観的帰属の問題として論ずれば足りるという見解がそれである。<sup>(11)</sup> 行為者が最初から法的に重要でない危険を創出した場合(例えば、上述した、女性がその友達に指定された場所で待つていたところ、隕石に打たれ死亡した場合)、注意違反に欠けるが、それは実は帰属を排除する根拠である。また、交通法規を完全に遵守している運転者が人を跳ねたときも注意違反に欠けるが、それは許された危険の法理から説明されうる。さらに、他人の故意の自己危殆化に寄与したにすぎないとか、信頼の原則を援用できる場合も、注意違反に欠けるが、それは各構成要件の保護目的がこういった結果を含んでいないことによる。したがって、注意違反という要素は一般的諸帰属基準以上のもではなく、これよりも漠然としており、無くともよいというのである。

また、客観的注意違反を要求することは「規範論的に誤りである」とも主張される。<sup>(12)</sup> 過失の作為犯が命令された注意の不作为にあるかのような印象を与えるが、それは不作为犯と誤って理解することを助長するものである。行為者が非難されるのは、何かを不作为したということではなく、許された危険によって覆われない、そして、構成要件の保護目的に包括される危険を創出し、それが構成要件の結果となって実現したというところにある。「作為の領域ではマッチを注意深く扱うことなんか命令されるのではなく、不注意に扱うことが禁止されている、つまり、扱う義務なるものは存在しない」と。

客観的帰属論からは、さらに、予見可能性(認識可能性)、回避可能性といった要素も不要だとも主張される。結果が予見できない場合、上述した隕石落下の事例に見られるように、すでに、法的に重要な危険の創出に欠けているし、負傷者が事故の結果ではなく、病院の火災で死亡した場合、創出された危険の実現に欠けている。回避可能性がない

場合、例えば、超過速度運転中、歩行者が車に飛び込んできたが、法定速度を遵守していても避けられなかったといえるとき、危険実現が欠如している。したがって、過失の構成要件該当性を認定するためには、客観的帰属論を超える基準は必要ないというのである<sup>(13)</sup>。

いずれにせよ、ドイツ語圏刑法学の通説は、過失犯の行為無価値を、故意犯とは異なり、専ら客観的に捉えてきたのであるが、近時、過失犯の構成要件該当性は個別行為者の能力に依存するという学説も見られるようになってきた。すなわち、「行為者には法的に命令されたように行動する能力が備わっていないなければならない、なぜなら、法は、常に、可能なことをするだけでしか要求できないからである」。「不作為犯におけるように、過失犯においても、『正しい』、法的に問題のない行為が、そこから逸脱することが不法構成要件を充足するのだが、一般的規範に照らしてのみならず、行為者の行為可能性に照らしても決定されなければならない。換言すると、過失結果犯の構成要件に属するのは、結果の惹起を超えて、行為者の個別能力によって（も）定められる注意義務の違反である」（G・シュトラーター・テンヴェルト）。過失の本質は、主観的構成要件要素としての主観的注意違反にあり、故意が故意犯の不法を刻印するのと同じく、主観的注意違反が過失犯の行為不法を刻印するという見解が、スイス刑法学<sup>(14)</sup>では通説となっているし、ドイツ刑法学<sup>(15)</sup>、オーストリア刑法学<sup>(16)</sup>でも次第に有力に主張されるようになってきたのである（一段階説）。

## 2 日本刑法学の過失犯理論状況

日本の刑法学でも、ドイツ語圏刑法学と同じく、第二次世界大戦前は、過失は、故意とともに、専ら、責任形式ないし責任条件と解されていた。過失の実体は、行為者の犯罪事実に対する表象の欠如が、その不注意に帰せられること、すなわち、行為者が相当の注意を用いたならば、犯罪事実、とくに構成要件的结果の発生することを表象するこ

とができ、かつ、これを避けることができたはずであったのに、不注意によってその表象を欠き、犯罪的結果を生じさせた点にあるとされてきた(責任過失)。それは、古典的犯罪概念の心理的責任論に依拠していたのである。しかし、その後の規範的責任論の展開に伴い、今日、伝統的過失犯論は、過失責任の實質を、単なる事実の不認識ないし不预见という「心理的事実」ではなく、行為者が犯罪事実を認識・预见できたにもかかわらず、不注意のためにこれを認識・预见せず、認識・预见に基づく結果回避措置をとらず結果を発生させたことに見ている。すなわち、主観的预见可能性と、これに基づく主観的预见義務違反に規範的責任が求められるのである。

このような「旧」過失犯論から「新」過失論への橋渡しの役割を果たしたのが、結果回避義務は違法性の問題であるが、主観的预见可能性を前提とする結果预见義務は責任の問題であり、前者はさらに「危険の発生を制止する態度をとるべき義務」、「危険な状態における用心深い態度をとるべき義務」、「熟考義務」に分かれるとする学説<sup>(17)</sup>だった。しかし、その後、行為者が、法によって客観的に命ぜられた注意を尽くさないという事態に着目されるべきという点から、客観的注意違反を違法要素と解し(違法過失)、さらに、このような主観的違法要素(!?)としての過失は、さらに定型化して主観的構成要件要素(!?)として捉えられなければならないとされる(構成要件的過失)説が展開されるに至った。ここに、構成要件的過失の要素としての注意義務(結果预见義務、動機づけの義務、結果回避義務)違反の存否の判断は、通常人の注意能力を基準として客観的に行われなければならない。違法過失では、通常人の注意能力を基準としながら、行為者の過失行為には、違法性阻却事由が認められないか、また、その行為は注意義務にどの程度に違反しているかが検討される。これに対して、責任過失では、行為者自身が、その能力に照らして、客観的注意義務を遵守しえたのにこれを遵守しなかったと見られなければならない。そして、その際、特に、行為者の能力が、一般人に比して低くなかったかどうか問題とされるべきである<sup>(18)</sup>とされる。このように、過失犯も、故意犯と

同じく、構成要件該当性、違法性、責任の段階において犯罪の成否を検討するべきであるとする見解が「新」過失犯論と呼ばれるのである。

しかし、このような犯罪論体系とは異なった角度から、つまり、客観的注意義務の内容として、結果回避義務を中心にすえて、<sup>(19)</sup>過失の本質を結果回避措置をとらなかつたことに求め、違法性の問題とする見解も「新」過失犯論と呼ばれるのである。それによると、客観的予見可能性は結果回避義務違反の前提であるが、予見義務の前提ではない。<sup>(20)</sup>いずれにせよ、「新」過失犯論の特徴は、過失を違法要素ないし構成要件要素として位置づけるところにある。

現在でも、伝統的過失犯論は、いわゆる「修正」旧過失犯論という形をとって主張される。それは、過失犯の実行行為の観念の必要性を認め、これを、結果発生「実質的で許されない危険を持った行為」と捉らえるのである。ここに、過失行為のもつ危険性は、「ある程度高度の」結果の客観的予見可能性である。過失犯の責任は、結果発生の実質的危険のある行為をしたときに問題となる。行為者はそのような状況は認識しているが、ただ、「危険だ」という判断はしなかつただけである。したがって、そのような状況を認識しながら危険かどうかを判断するように精神を緊張させなかつたこと（精神の弛緩）を責任として非難できるといっているのである。<sup>(21)</sup>

さらに、最近では、基本的には伝統的過失犯論の立場から、違法性と緊密に結びついた客観的注意義務違反の概念は不要であるとの見解が展開されている。法益侵害説からは、違法なのは、法益侵害ないしその危険でなければならず、そうだとすると、注意義務違反そのものは、本来、違法性の判断と直接の関係をもたない。過失犯の構成要件該当性は「行為の危険性（潜在的過失実行行為）」と客観的帰属の要件である「危険創出連関」（事前判断）と「危険実現連関」（事後判断）があれば足りる。注意義務（結果予見義務・結果回避意思形成義務）は、責任の段階ではじめて、行為者個人に向けられ、その違反が非難されるというのである。<sup>(22)</sup>



このように、「旧」過失犯論（伝統的過失犯論）と「新」過失犯論の間で、また、それぞれの間で、過失犯の理論構造をめぐって、いわゆる「新旧過失犯論争」と呼ばれる議論が華麗に展開されてきたのである。<sup>(23)</sup>

かくして、過失犯理論は影の存在から日向の存在になったものの、その発展はなお完結を見ず、依然として、その構造、要素、要素の相互関係等をめぐって論争が継続中であるといつてよいであろう。本稿は、最近のドイツ語圏刑法学、日本刑法学における過失犯の理論的展開を追跡しながら、客観的注意違反の意義、主観的注意違反の意義、それらの関係と犯罪理論体系的位置、客観的注意違反と客観的帰属の関係、および、主観的注意違反と期待可能性の関係如何といった問題関心から、過失犯の構造の今日の問題点を梗概・分析することを主眼とするものである。

## 本論 過失犯の構造

### 一 構成要件

#### I 客観的構成要件要素としての客観的義務違反

過失犯には未遂罪処罰規定がないのであるから、過失犯の成立には全構成要件要素が充足されねばならない。したがって、結果犯では結果が発生し、それと行為との間に因果関係（等価説）が存在しなければならぬ。さらに、当該行為に客観的注意違反が認められねばならない。客観的注意とは、誰にでも向けられた、注意義務に違反することの一般的禁止である。注意義務は、実定法に定められた注意規範から、あるいは、法規範とはいえないが、特定の領域に拘束力のある行為規範、あるいは、行為者の立場にある洞察力のある且つ思慮深い人という「差異化された基準像」への要請に応じて、各事情に応じて定まる。つまり、客観的注意義務は、具体的事情において、洞察力のある且

つ思慮深い自動車運転手、医師、建築技術者等ならどのような行動をとったかによって定められるのである。注意義務遵守能力を類型的に有するものとみなされる「基準人」が通例を特徴づけるのである。この一般的能力をもつ誰もが義務を最善を尽くして遵守するように要請される。これからの逸脱が客観的義務違反である。<sup>(24)</sup>

行政取締法規に定められた注意義務に違反したということが、直ちに、行為者の過失行為を肯定することに繋がるものではない。場合によっては、当該法規に違反する措置をとることが注意義務の内容を為すことがある。他方、取締法規の注意義務を遵守したことで、客観的注意違反が否定されるものでもない。具体的状況から、法規に定められている以上のことが、あるいは、それとは異なったことが要求されることがあるからである。<sup>(25)</sup>

ここに、要求される客観的注意には、内部的側面と外部的側面がある。前者は、行為に伴う危険に注意を払うことに関係し、後者は、この危険を要請される注意処置をとることで許される程度にまで局限することに関係するのである。つまり、保護法益に対する危険を認識し、適切な評価を下すこと（内面的注意。innere Sorgfalt）と、危険を取り除く（外面的注意。äußere Sorgfalt）が客観的注意の内容である。<sup>(26)</sup>

内面的注意に関して、構成要件実現の危険性を認識する可能性があったか否かの判断基礎を為すのは、行為状況において、基準人が通常もっている知識であり、この者に期待される照会や注意から得られるであろう知識である。例えば、水泳プールの監視員には、客の安全に継続的に注意を払う義務があるし、自動車運転者は、幼児が歩道にいるのを認めたら、歩道から車道に突然飛び出してくることを予期しておかねばならない。行為時に、行為者のもっている特別の知識、例えば、ある交差点が特別に危険であるという知識も危険の認識の基礎を為す（下記II 6参照<sup>(27)</sup>）。

構成要件の結果の発生認識可能性から、それを回避する義務、つまり、外面的注意が生ずる。この注意義務のもつとも単純な形態は、危険な行為を差し控えることである（危険な行為の不作为としての注意<sup>(28)</sup>）。例えば、消毒しても危

危険を除去できない原材料の使用はやめなければならない<sup>(29)</sup>。引き受け過失も不作為義務違反の特殊形態である（下記 II 7 参照）。

しかし、高速度交通機関、工場における危険な機械の使用といったような危険な行為が、現代社会におけるその社会的有用性のために、許される場合がある。この場合、行為に伴う危険を除去する、または、許容限度内にとどめる注意義務（危険状況における注意深い作為としての注意）<sup>(30)</sup>がある。例えば、監督・監視義務がここに属する（外科医が手術を開始するに当たって、経験の未熟な看護師にその手術中の分担行為に関して十分な説明をする義務<sup>(31)</sup>）。一般的に言って、行為の社会的価値が大きいほど、行為に伴う危険の許容度も大きくなる（例えば、薬物の効果測定のための臨床試験<sup>(32)</sup>）。さらに、行為を開始するに先立ち、情報を収集しなければならない（情報収集義務の履行としての注意）。例えば、医師は、麻酔剤を使用するに当たって、患者の心臓疾患などの異常体質に関する問診をしなければならない<sup>(33)</sup>し、治療技術の進展、薬剤の開発に関する最新の情報を追跡しなければならない。

道路交通の分野では、客観的義務違反は信頼の原則によって制限される。しかし、この原則は、現在では、広く、分業体制をとる他の分野にも適用されるようになってきた（下記二 1 c 参照）。

しかし、問題は、客観的注意違反は、個々の行為者の個人当為を徴憑するに過ぎないというところにある。なぜ、客観的注意義務が個人の精神的、身体的事情からして従うことのできない行為者にも関係するべきなのか、その基礎づけが問われる。過失構成要件は客観的義務違反に尽きるものなのか、それがさらに論点とされるべきである。

（つづく）

注

(1) 伝統的過失犯論においては、責任主義に関連した過失の本質については見解の一致が見られなかったのであるが、過失の特徴が命令された注意の懈怠にあり、それが責任の領域の問題であることについては異論がなかった。ただし、この注意義務の基準について、主観説、折衷説、客観説の争いがあった。G. Dutte, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 42ff.

例えば、主観説に立つF・ブルック(F. Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht, 1885)によると、刑法の責任が、特定の違法行為を問われる特定個人からしか導かれなければならないのであるから、客観的基準を基礎におくことは刑法にとつて受け入れがたいことである。個別事例で、知性の不足が意志の欠陥として実際に処罰されることは受け入れがたい。刑罰は、せいぜい、人の力で避けられうる結果しか阻止できない。不当な厳しさを避けるためには、責任過失を、過失の行為に責任を負うものの個性にからしめなければならぬ。ローマ民事法の「抽象的基準人」も、平均的程度の洞察と慎重さも、裁判官の有用なよりどころとはなりえない。というのは、これらの基準はそれ自体不明確すぎるし、したがって、裁判官の個性によりその質が変化することからであると。

折衷説に立つR・フォン・ヒッペル(R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930 u. Lehrbuch des Strafrechts, 1932)によると、先ず認定されるべきなのは、行為者が、事例の状況に応じて合理的判断を下すために命令される程度の注意を結果回避のために払ったか否かである。この基準は、行為者の人物を考慮に入れることなく、つまり、客観的に定められる。客観的注意を払っておれば、無罪が言い渡されるべきである。客観的注意義務違反があっても、直ちに有罪判決が下されるべきでなく、行為者が自己の能力からしても結果を避けることができた場合に限られる。というのは、この主観的基準も当てはまる場合にだけ、行為者に対する義務違反行為の非難が可能だからである。避けるべきだということの前提には避けることができるということがある、誰も、自分の力の及ばないことを義務づけられることはない。民法第二七六条の定める「社会生活において必要な注意」が必要であるが、刑法においては、それが過度の注意義務であつてはならないと。

客観説に立つA・F・ベルナー(A. F. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. Aufl., 1891)によると、すべてのことを主観性にゆだねるなら、その社会は存立しえないだろう。市民生活において必要な通常の注意を払うことで、意図せずして生じた結果を避けることができたといえる場合、過失の前提条件がそう。国が過失に刑罰をもって警告している所ではどこでも、国は、一定程度の客観的注意が、行為者の履行せねばならない前提要件であると宣言している。ただし、きわめて軽い過失を処罰することが

あつてはならない、というのには、そういうことをすれば、刑法の基本原則が破られることになるからである、つまり、過失を理由とする民事法の答責の限界と過失を理由とする可罰性の限界はまったく一致しないのであり、したがって、それほど重くはない過失では、可罰性はないが、民事法上の賠償義務はあるということがありうるのであると。

(2) M. Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 43 (グラスベルガーの例)。

(3) K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (Neudruck 1964), S. 344. (庄子邦雄・小橋安吉訳『刑法における故意・過失の研究』一九八九年)。

K・エンギシュに先立って、G・ラートブルッフは、心理的責任論を貫徹するという観点から、故意犯の違法性は法益侵害の惹起にあり、その責任は犯罪事実の認識ないし認容という純心理的事実に尽きるが、そうすると、過失については、その特徴である結果の認識、予見の不存在という心理的事実と、その認識、予見の欠如が非難に値するという規範的要素(内面的不作為)のうち、後者を責任の領域から違法性の領域へ放逐し、過失を、法益に対する尊重を欠いた反社会的な心情、つまり、一種の社会的危険性のある態度として把握した。G. Radbruch, Über den Schuldbegriff, ZStW Bd. 24 (1904), 344ff. 参照、藤木英雄『過失犯の理論』(一九六九年)四二頁以下。

F・エクスマーは、過失責任を意志責任として説明することはできず、法益尊重の念を欠いた態度にあるとし、感情責任(Gefühls-schuld)を主張したが、過失の本質的要素は、許された危険(erlaubtes Risiko)の見地から、社会生活上必要な注意(im Verkehr erforderliche Sorgfalt)を怠らなかつたことにあり、注意義務を果たしたときの行為は、結果が発生しても、違法ではないと主張した。F. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910.

(4) 目的的行為論の創始者であるH・ヴェルツェルも、不法の主観化を故意犯に限定した。H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 130, 175f.

(5) Th. Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, A. T., 2. Aufl., 1954, S. 165f.; F. Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen 1955, S. 69ff.

(6) M. Burgstaller, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2001, §6 Rn. 38.

(7) M. Burgstaller, (Fn. 2), S. 24ff.

H・ヴェルツェルも、当初は、非故意の法益侵害行為において法の命令する目的制御が欠如していることは過失行為の構成的違法要素であると述べていたが(H. Welzel, Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, JZ 1956, 316f., 317) 後に、

客観的注意適合行為はすべてに構成要件該当性が否定される。社会生活において必要な注意の懈怠は構成要件において類型化された行為無価値を基礎として主張するにすぎた (H. Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, 1960, S. 14f., 24)。

- (8) K. A. Hall, *Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda*, in: *Festschrift für E. Mezger*, 1954, S. 229ff., 248.
- (9) E. Schmidhäuser, *Strafrecht*, A. T., 2. Aufl., 1975, 9/27, 10/77ff.; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht*, A. T., 9. Aufl., 2003, §22.
- (10) H.-H. Jescheck, *Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Aufl., 1996, S. 564f. (西原春夫監訳『ケイトン刑法総論(第五版)』一九九九年); M. Burgstaller, (Fn. 6), 2001, §§ 6, 7; D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriß des österreichischen Strafrechts*, A. T., 9. Aufl., 2001, S. 152ff.; H. Welzel, (Fn. 4), S. 131f.; H. J. Hirsch, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 94 (1982), 239ff., 266.
- (11) C. Roxin, *Strafrecht*, A. T., 1997, §24 Rn. 10-11. (平野龍一監訳『ロクシン刑法総論』二〇〇三年)
- (12) G. Jakobs, *Strafrecht*, A. T., 2. Aufl., 1991, 9/6.
- (13) C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 13.
- (14) S. Trechsel, *Schweizerisches Strafrecht*, A. T., 4. Aufl., 1994, S. 235ff.; G. Stratenwerth, (Deutsches) *Strafrecht*, A. T., 4. Aufl., 2000, S. 407ff.; ders., *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in: *Festschrift für H.-H. Jescheck*, 1985, S. 285ff.; K. Seelmann, *Strafrecht*, 2. Aufl., 2005, VIII. *Fahrlässigkeit*; F. Riklin, *Schweizerisches Strafrecht*, A. T., 2. Aufl., S. 145ff.; J. Rehberg, *Strafrecht I*, 6. Aufl., 1996, S. 232ff.  
 スイス刑法第一八条第三項(過失)「犯人がその義務に反する不注意により自己のふるまいの結果に気付かず又はその結果を顧慮しなかつたことを犯行の原因とすべきときは、犯人は過失によって重罪または軽罪を犯したものとす。犯人が事情上及びその個人的関係上自己の義務とされている注意を守らなかつたときは、不注意は義務に反するものとする。」(法務大臣官房司法法制調査部訳・法務資料第三八五号・一九六四年)は、通説により、一段階説で把握されている。
- (15) G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 58ff.; ders., (Fn. 12), 9. *Abschn Rn. 5ff.*; H. Otto, *Grundkurs A. T.*, 7. Aufl., 2004, §10 Rn. 13ff.; K. H. Gössel, *Alte und neue Wege der Verbrechenlehre seit Beling*, in: *Festschrift für K. Bengel*, 1984, S. 23ff. (阿部純一訳「過失犯罪に関する新旧の理論」(K・H・ゲッセル著・宮沢浩一・井田良監訳『正義・法治国家・刑法』

(一九九〇年) 所収・ヤツ頁(六ト); R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf, *Strafrecht*. A. T., Teilband 2, 7. Aufl., 1989, §43 III Rn. 23ff.; E. Struensee, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, JZ 1987, 53ff.; E. Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Anhang zu §16, 1989, Rn. 13ff.; A. Castaldo, „Non intelligente, quod omnes intelligunt“: objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1992, S. 65ff.; ders., *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts*, GA 1993, 459ff.; G. Freund, *Richtiges Entscheiden - am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen*, insbesondere im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Relativität objektiver Daten, GA 1991, 387ff. 404; ders., *Strafrecht*, A. T., 1998, §5 Rn. 22ff.; W. Gropp, *Strafrecht*, A. T., 1998, §12 Rn. 82ff.; W. Frisch, *Straftat und Straftatsystem*, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, *Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtswitzweck - Strafausschluss - Strafverzicht - Strafklagverzicht*, in: hrsg. v. J. Wolter u. a., *Straftat*, 1996, S. 135ff (192ff., 194); A. Kremer-Bax, *Das personale Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeitstat*. Zur Individualisierung des Bewertungsgegenstands, 1998; G. Dutte, *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, §15, 2003; U. Kindhäuser, *Strafrecht*, A. T., 2005, §33.

なお、ドイツ刑法第一五条(故意の行為と過失の行為)は「法律が、過失行為に対して、明文をもって、刑罰を科していない場合には、故意の行為のみが罰となる。」と規定するにすぎない。

- (16) O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht*, A. T., 2. Aufl., 1994, S. 297ff.; ders., *Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte und ihre Bedeutung im Verbrechenssystem*, in: *Festschrift für Andrejew*, 1988, S. 189ff.; ders., *StGB-Kommentar*, 2004, §6; R. Moos, *Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement*, in: *Festschrift für M. Burgstaller*, 2004, S. 111ff. (中田敏雄訳「過失における不法要素としての主観的注意違反上・下」*北海学園大学『法学研究』*第四一巻第二号(二〇〇五年)三四七頁以下、同第三号(二〇〇五年)五二二頁以下); ders., *StGB-Kommentar*, 2004, §4.

なお、オーストリア刑法第六条(過失)第一項「事情上その義務を負い、かつ自己の精神的及び身体的状態によればその能力があらかじめ自己に対し期待されるべき注意を怠り、その結果、法定の所為像と一致する事実関係を実現する可能性のあることを認識しなかった者は、過失で行為したものである。」(法務大臣官房司法法制調査部訳・法務資料第四二三号・一九七五年)は、通説により、二段階説で把握されている。

- (17) 井上正治『過失犯の構造』(一九五八年)五〇頁以下。この見解に対する批判として、西原春夫「過失犯罪の構造」(中山研一・西

原春夫・藤木英雄・宮澤浩一編『現代刑法講座第三卷』(一九七九年) 一頁以下、七頁以下) 参照。

- (18) 大塚仁『刑法概説(総論)』(一九八六年) 一九九頁以下、四一二頁以下。同、『刑法論集(1)―犯罪論と解釈学』(一九七六年) 二〇三頁以下。同旨、佐久間修『刑法講義(総論)』(一九九七年) 一三二頁以下、二七五頁以下(違法・責任過失を類型化したものが構成要件の過失である。構成要件の過失の内容である客観的な不注意は、結果予見義務の違反と結果回避義務の違反に区分される。不注意の判断基準は抽象的な一般人を標準とする。責任段階では、主観的結果予見義務と主観的結果回避義務が問題となる)。

目的的行為論者の福田平『刑法総論』(一九八四年) 一二〇頁以下、一八四頁以下も、過失は違法要素であり、構成要件要素であると把握し、構成要件の過失の概念要素として、客観的注意違反(客観的予見可能性と客観的回避可能性)があり、過失責任要素として主観的注意違反(主観的予見可能性と主観的回避可能性)があると論ずる。

ただし、團藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年) 一三五頁は、正当にも、客観的注意違反は客観的違法要素であつて、主観的違法要素ではないと指摘している。

なお、基本的に、「旧」過失犯論に立脚しながら、主観的構成要件要素としての過失と責任要素としての過失を認める見解がある。曾根威彦『刑法の重要問題・総論』(一九九六年) 一五三頁、一八三頁以下、同『刑法総論』(一九八九年) 一九一頁以下(過失犯の客観面における構造は、故意犯と同じく実行行為と構成要件の結果との間に(客観的)相当因果関係の存在が要求され、実行行為は、一般に結果発生の可能性がある行為(一般的危険性)であれば足り、主観面では、主観的構成要件要素として構成要件の過失が要求され、これは、客観的予見可能性を前提として認定され(一般的予見義務違反)、責任の段階で、責任要素としての過失では、主観的予見可能性を前提として認定される(個別的予見義務違反)。前田雅英『刑法総論講義(第三版)』(一九九八年) 三五〇頁以下(過失犯においては、客観的構成要件要素として、法益侵害の結果と実行行為(具体的で実質的な危険行為)、さらに、両者の間の因果関係(相当因果関係)が必要である。責任要素としての過失(予見可能性)は、行為者の認識した事情や類型化しうる行為者の能力を考慮に入れるものの、あくまで一般人を基準に判定される。責任要素である過失は、主観的構成要件要素でもある)。

- (19) 藤木英雄(「過失をめぐる学問上の論争点」藤木英雄編著『過失犯―新旧過失犯論争―』一九七五年・四〇頁以下、四九頁)は、日本刑法学における結果回避義務を中心とした過失犯理論の先駆者として宮本英脩を挙げている。宮本英脩『刑法大綱』(一九三五年) 一五六頁以下「注意義務が課されることによつて予見義務が課されるのであるから、注意義務の存在は予見義務の存在を前提とする。然らば予見義務は何のために課せられるかといへば、それははじめに吾々には結果を予見することによつてその発生を防止する為の反対な行為義務が課せられてゐるからである。即ち更に予見義務は反対行為義務の存在を前提とする。斯やうに解すると、注意義務



を課する事情は同時に反対行為義務を課する事情であるから、反対行為義務の事情のないところには、たとへ何等かの事実上の危険が予見し得る場合でも、予見義務もなく又た注意義務もなく、従つて又た過失もない。

- (20) 西原春夫『刑法総論』(一九九七年)一七四頁。藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)二三八頁、同『過失犯の理論』(一九九九年)二七頁以下。川端博『刑法総論講義』(一九九五年)一九三頁以下。大谷實『刑法講義総論(第四版)』(一九九六年)二二六頁以下。

この説の内部において、客観的予見可能性の程度、判断対象等について、見解が分かれる。①一般人を結果回避へと動機づける程度の具体的予見可能性が必要である。したがって、注意すれば、行為の客体、行為、結果および行為と結果との因果関係の基本的部分など、故意に必要な認識・予見の対象について、一般的に予見が可能であることを要する。川端博・前掲書・一九九頁。大谷實・前掲書・二二九頁。日高義博「過失犯の構造 新過失論からの一試論」(植松正・川端博・曾根威彦・日高義博『現代刑法論争Ⅰ』一九八三年)二五三頁以下、二五九頁。②結果回避義務の論理的前提として、予見可能性が要求され、その対象は、結局は結果の発生であるが、それではあまりにも抽象的に過ぎるので、具体的には、結果発生の原因となった事実で、それを予見すれば通常人ならば結果回避措置をとったであろう事実が予見可能性の対象となる。西原春夫・前掲書・一七四頁。③「予見可能というためには、結果発生にいたる具体的因果過程の予見までは必要でなく、一般人ならばすくなくともその種の結果の発生がありうるとして、具体的に危険感をいだく程度のものであれば足りる」(「危険感・不安感説。新・新過失犯論とも呼ばれる」)。藤木英雄・前掲書(刑法講義総論)・二四〇頁。参照、徳島地判昭四八・一一・二八判時七二二号七頁(森永ドライミルク中毒事件差戻審判決)「予見可能性は結果回避義務の前提であり、「この場合の予見可能性は具体的な因果過程を見通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ゆかないという程度の危険感であれば足りる」」。④交通事故のように個人の行為者の刑事責任が問われる場合には、ある程度具体的な予見可能性が必要であるが、企業災害の場合には危険感で足りるとするいわゆる生活関係別過失論。板倉宏『刑法総論』(一九九四年)二六四頁。同・『現代社会と新しい刑法理論』(一九八〇年)六九頁以下。

- (21) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(一九七二年)一九〇頁以下。「旧」過失犯論の立場をとる者に、中山研一『概説刑法Ⅰ(第二版)』(二〇〇〇年)一九六頁以下(過失は、責任要素としての具体的な予見可能性を意味する。その内容は、構成要件の結果のほか、行為の危険が具体的に結果へと実現する基本的な因果過程である。その基準は、行為者本人にとっての可能性である)。堀内捷三『刑法総論(第二版)』(二〇〇四年)は、「過失は故意と並ぶ責任の主観的要件である。故意は犯罪事実の認識・予見であるのに対して、過失は犯罪事実の認識・予見を欠いているが、犯罪事実の認識・予見の可能性のある場合をいう」(一一六頁)、そして、予見可能性の判断

基準に、行為者の属する集団の平均人をおく。その理由は、主観説を採れば、行為者が現実に予見しなかった以上は、行為者にとつて予見不可能であったとして注意義務を否定せざるをえなくなり、過失責任を免れることになるからだと主張する(一一九頁)。これに対して、浅田和茂『刑法総論』(二〇〇五年)三四一頁以下は、過失行為は、故意行為と同じく、結果発生の実質的で許されない危険を持った行為であり、過失は専ら責任の要素であるが、過失の標準は行為者の能力である、なぜなら、通常人であれば予見可能であるが、行為者には予見可能であったという場合、一般に法は通常人を対象として制定されているからだと論ずる。その他、内藤謙『刑法総論下I』(一九九一年)一一〇三頁以下、町野朔『刑法総論講義案(第二版)』(一九九五年)二五五頁以下、山口厚『問題探求・刑法総論』(一九九八年)一五六頁以下、同、『刑法総論』(二〇〇一年)二〇一頁以下参照。

(22) 山中敬一『刑法総論I』(一九九九年)三五六頁。同、『刑法総論II』(一九九九年)六〇五頁。

林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年)二八二頁以下も次のように論ずる。故意犯と過失犯とで、実行行為ないし構成要件・違法性が異なるとするのは妥当でなく、「実質的で許されない危険をもつ行為」という基準は、過失犯にも故意犯にも妥当する。「許されない程度の危険」という要件は構成要件要素である。責任要素としての主観的予見可能性は高度のものでなければならぬが、結果発生にいたる現実的因果経過は予見可能性を要しない。

(23) なお、最決昭和四二・五・二五刑集二一・四・五八四(弥彦神社事件)は、元且に神社で餅まきを催した際、群衆が滞留現象を起し、折り重なって転倒し、一二四名の圧死者を出した事件につき、過失犯が認められるためには「結果の発生を予見することの可能性とその義務および右結果の発生を未然に防止することの可能性とその義務」を考察しなければならないとして、結果予見義務と並んで結果回避義務を挙げている。

(24) 大判昭和四・九・三裁判例三刑法二七は、注意義務を定めるについて、「行為当時において一般通常人が認識しうべかりし及び行為者が特に認識しおりたる事情を基礎としてその基礎の上において一般通常人の注意を払って克く罪となるべき事実を認識しうべかりしや否によりて」定めるべきと判示している。

なお、客観的予見可能性は客観的注意違反(客観的回避可能性)に包括される。というのは、客観的予見可能性が事前の観点から結果発生の抽象的危険を基礎づけるのであり、そして、この抽象的危険からこれに対応する危険で、社会的に不相当の注意違反行為が認定されるからである。同様に、主観的予見可能性も主観的注意違反(主観的回避可能性)に包括される。R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit) S. 62, Fn. 258.

(25) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 582. 藤木英雄・前掲書(注三)・五七頁以下。

大判昭和八・一一・六刑集一一・二二二四頁（道路取締令に違反した措置をとることが注意義務の内容を為す場合がある）、大判大三・四・二四刑録二〇・六一九頁（たんに取締法規を遵守しただけで、常に注意義務の履行に欠けることがなかったとは断定できない）。

(26) U. Kindhäuser, (Fn. 15), §33 Rn. 20.; W. Gropp, (Fn. 15), §12 Rn. 23-29. K. エンギッシュもすでに注意義務を①危険な行為をしな  
い義務、②危険な状況において慎重な態度（作為・不作為）をとる義務、③法遵守（情報収集）義務に分けて論じていた。K. Engisch,  
(Fn. 3), S. 283ff.

(27) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 579.

(28) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 580.

(29) RG 63, 211 (214) [山羊毛事件].

(30) 藤木英雄・前掲書（注二〇『総論』）二四一頁以下。H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 580.

(31) U. Kindhäuser, (Fn. 15), §33 Rn. 24.; BGH NJW 1955, 1487f. (特別な事情の下では、執刀医には、介助看護師に、手術器具が患者  
の体内に滑り落ちる危険のあることを指摘し、注意を与え、しかも、遅くとも手術の直後には手術に用いた器具その他の物品の個数  
を確認するように配慮する義務がある)。最判昭和六三・一〇・二七刑集四二巻八号一一〇九頁〔日本アエロジル工場塩素ガス流出事  
故事件〕。

(32) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 580f. 藤木英雄・前掲書（注三）・三三三頁。

(33) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 581.

BGHSt 21, 59 (60). また、治療法の正確な知識のない医師は専門書を紐解いて情報を得なければならぬ。RGSt 64, 263 (269); RGSt  
67, 12 (23).