

タイトル	過失犯の構造(三) : 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, 42(2): 379-404
発行日	2006-09-30

過失犯の構造 (三)

——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

目 次

序論	
1 ドイツ語圏刑法学の過失犯理論状況	3
2 日本刑法学の過失犯理論状況	4
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	
(以上第四一卷第四号)	
II 主観的構成要件要素としての主観的義務違反	
1 故意との対比	
2 未必の故意と認識のある過失	
a 抽象的經驗的危険	
b 社会的相当性(許された危険)	
c 信賴の原則	
II 客観的帰属	
1 行為帰属	
a 認識のある過失と認識のない過失	7
b 規範論と注意義務の個別化	6
c 不作為犯との対比	5
d 特別の知識と注意義務	7
e 引き受け過失	7
(以上第四二卷第一号)	

2 結果帰属

a 相当性連関

b 危険連関

aa 第三者、特に被害者の事後的不適切行為

bb 他人の自己危殆化への関与

cc 同意のある他人危殆化

dd 心理的衝撃損傷と持続損傷

c 仮定的適法代替行為

aa 仮定的判断要因

bb 証明の程度

3 注意違反と客観的帰属の関係

(以上本号)

二 客観的帰属

客観的帰属で問題されるのは、行為に内在する、保護される保護法益に対する社会的不相当の危険が（行為不法）、犯罪の意味、目的から他でもなく具体的に生じた結果の中に実現した（結果不法）か否かである。客観的帰属は行為と結果の間の自然科学的因果関係の規範的修正をもたらすのである。⁵⁸

1 行為帰属

過失犯では、一般に、結果の発生が要求されるので、客観的「結果帰属」しか問題とされないが、しかし、故意犯におけるのと同じく、過失の単純行為犯も存在するのであり、⁵⁹過失犯でも、先ず、客観的「行為帰属」が問題とされるべきである。行為がすでにそれ自体法的に容認されない経験的危険や規範的危険を含まないとき、帰属は結果犯に おいてもすでに構成要件該当行為の次元で除外されざるをえない。

a 抽象的經驗的危険

行為帰属では、先ず、經驗的危険の面で、当該行為が、事前の観点から(行為から将来を見る)、一般的にこの種の結果の発生を内在していること(抽象的經驗的危険)、つまり、結果発生 of 客観的予見可能性(經驗的相当性)があることが要求される。⁽⁶⁰⁾ さもなければ、行為者自身にも結果の回避ができないからである。抽象的經驗的危険の内在しない行為を禁止することは無意味なのである。なお、この經驗的相当性は具体的に発生した結果の客観的予見可能性とは異なる。後者は行為の帰属において独自の機能をもつものではない。⁽⁶¹⁾

b 社会的相当性(許された危険)

次に、規範的危険の面で、当該行為が、一般的社会合意(歴史的に生成した社会倫理的秩序)からして是認されないこと、つまり、この危険の規範的非是認(社会的相当性)が要求される(例えば、被害者の自発的自己危殆化においては、行為者の規範的危険行為が否定される)。抽象的經驗的危険の存在だけで行為帰属を判断すれば、法益保護という観点からは、きわめて有効といえようが、しかし、社会活動の多くの分野でその活力が奪われることになる。したがって、危険な行為であっても、社会的相当性ないし許された危険の範囲を逸脱しない限り、行為帰属は否定されるべきである。⁽⁶²⁾ 換言すると、社会的に不相当、つまり、「残余の危険」とはもはやいえないときに限って、行為帰属が肯定される。⁽⁶³⁾ 抽象的經驗的危険と社会的相当性が相伴って過失不法を基礎付ける客観的注意違反、つまり、客観的義務違反を構成する。客観的注意違反が認められなければ、そもそも行為帰属が存在せず、したがって、最初から結果不法は生じえない。⁽⁶⁴⁾

故意とは異なり、主観的注意違反は行為の客観的帰属判断のための前提要件とはならない。なぜなら、故意犯では、

行為に内在する、法的に是認されない結果発生 of 危険は故意があつてはじめて認識可能であり、それ故、「客観的」帰属の判断に当たつて、故意行為が前提とされざるをえないのに対し、過失犯では、特定の結果に対する抽象的危険はすでに客観的注意違反によつて特徴付けられるからである。

これに対して、事後的観点（結果の発生から遡つて過去を見る）からの結果の客観的帰属では、その前に、主観的注意違反の存否が確認されるべきである。行為者に客観的注意に従つた行動をとる能力がまったくなく、そして、結果の発生を予見できなかったなら、行為者には、すでに、結果回避義務がなく、したがつて、行為不法は認められない。そうになると、結果帰属の経験的相当性連関も規範的危険連関も議論するに及ばないからである。⁽⁶⁵⁾

c 信頼の原則

信頼の原則も行為の社会的相当性の問題である。⁽⁶⁶⁾ それによると、人は一般に、法益侵害を回避する上で、他人が注意違反の行為をする可能性を考慮に入れる必要はない、むしろ、誰もが、他人が注意を払つた行為をしてくれるものと信頼してよいということである。⁽⁶⁷⁾ 例えば、自動車運転者は歩行者が突然車道に飛び出てくることを考慮するに及ばない。しかし、信頼の原則を適用しうるためには、行為者が相手方の行動を信頼しうる条件が整つていないことが必要である。したがつて、第一に、相手方が規則に違反して行動しようとしていることが明らかの場合（例えば、歩行者が赤信号にもかかわらず道路を横断しようとしていることが認識できる場合）、第二に、危険を見通したり制したりできないことが明らかに見とれる場合（例えば、幼児、酩酊者⁽⁶⁸⁾）、第三に、自ら規則に違反して行動する場合には、信頼の原則の適用はない。もっとも、行為者が交通規則に違反している場合でも、それが事故の起因となつていないとき、信頼の原則が適用される。例えば、超過速度で優先道路を走行している者が、交差点に一時停止をしないで侵入して

きた者に死傷を生じさせた場合である。この場合、信賴の原則が適用され、行為の帰属が否定される。⁽⁶⁹⁾

信賴の原則の法理は一九三〇年代後半のドイツの道路交通事故判例で発展し、⁽⁷⁰⁾ 交通事情の変化につれてわが国の実務にも導入されたのであるが、今日、それは、複数の者が相互に相手方の行動を信賴しつつ分業で行う場合、例えば、医療行為、⁽⁷¹⁾ 作業現場⁽⁷²⁾ といった分業体制の活動領域でも適用される。この場合も、注意違反の行為をする者は、分業に関わる別人が自分の過ちに気づかねばならず、その結果を避けなければならなかったと主張して、信賴の原則を自分の有利に援用することはできない。さらに、一般に、他人が故意の犯罪行為を犯すことはないと言信賴してもよいといえる場合も、信賴の原則の適用がある。さもなければ、凶器として利用可能な物(刃物、斧、金槌等)、可燃物(燐寸、ライター、工業用アルコール)などの譲渡は不可能となろう。かかる譲渡は許さないとすれば、現代社会生活は成り立たないであろう。もつとも、それを使用して故意の犯罪を犯す気のあることが認識でき、しかも、譲渡によってそれを促進することになるとき、信賴の原則の適用はない。例えば、激しい殴り合いをしている一方の者に、その求めに応じて、刃物を渡したところ、その者がそれを用いて他の喧嘩相手を殺害したとき、譲渡者に故意がない場合でも少なくとも過失致死の責めは免れない。⁽⁷³⁾

2 結果帰属

抽象的危険が經驗的にも規範的にも結果の中に具体的に実現したか否かは、事後的観点から見た客観的不法帰属の問題である。

a 相当性連関

結果犯の場合、行為帰属の肯定された行為から具体的結果が発生すると、先ず、当該結果は当該行為からの危険と経験的に相当であらねばならない。換言すると、具体的形をまとつて実際に生じた結果は客観的に予見可能でなければならぬ。なぜなら、行為のもつ危険性が実際に生じた結果となつて実現したと言えねばならないからである（危険実現。Risikoverwirklichung）。したがつて、事後的観点からの、行為と結果の相当性連関が問題となるのである（Adäquanzzusammenhang⁽⁷⁴⁾）。このことは、因果関係において用いられる等価説（Äquivalenztheorie）が相当性説（Adäquanztheorie。行為が、物事の普通のなり行きから、そして、日常の生活経験からして、生じたような結果を招来するのに適している場合、行為と結果との間に相当性が認められる）によつて限定されることを意味するのであるが、しかし、相当性説は因果関係説としてではなく、答責の社会的帰属の理論として理解されるのである⁽⁷⁵⁾。事前の観点からの結果を招来する抽象的可能性予測と、実際に生じた結果の事後的観点からの分析が一致して初めて、相当性が肯定される。行為の時点では認識できなかった事情が原因で、結果が発生したとき、相当性は否定される。したがつて、例えば、速度違反を犯して歩行者を負傷させた行為と、病院に収容された被害者がそこで発生した火災とか、そこで罹患した極めて稀なガス壊疽で死亡したこととの間に、相当性が否定されるのである⁽⁷⁶⁾。

b 危険連関

次に、結果が、相当性連関の内部にある場合でも、禁止規範がその価値関係的目的からしてその結果までは届かない場合があり、この場合、規範的危険連関がなく、したがつて、結果帰属が否定される（危険連関 \parallel 違反された注意規範の保護目的。Risikozusammenhang \parallel Schutzzweck der verletzen Sorgfaltsnorm）。それは、注意規範は結果

の発生の回避を狙いとしてしているのであるから、当該結果は注意規範の保護目的の範囲内になければならないというところからの当然の帰結である。危険実現の判断に当たって、先ず、相当性連関が判断され、次いで、危険連関が判断されることになる。⁽⁷⁷⁾ 後者の判断は、意味的には、E・メツガーの説いた重要性説 (Relevanztheorie) に相当する。⁽⁷⁸⁾ 例えば、郊外で速度制限違反で運転した者が、街中で歩行者をはねて人身事故を起こしたとき、それが回避できなかったといえる場合、その超過速度運転のために速度制限を遵守していた場合よりも事故現場に早く着いたという理由に処罰すべきでない。速度制限の意味は到着時刻を変えることにあるのではなく、速度制限地区における事故を防止するところにあるからである。⁽⁷⁹⁾

aa 第三者、特に被害者の事後的不適切行為

規範の保護目的で先ず問題となるのが、第三者、特に被害者の事後的不適切行為が介在した場合である。この場合は、第一惹起者と事後的介在者のどちらの危険領域に入るかにしたがって解決されるべきである(危険領域論)。すなわち、第三者ないし被害者の、事後的な、故意または重過失の不適切行為があつて初めて構成要件的结果が発生し、これが必要ならば結果はおそらく生じなかつたといえる場合、第一惹起者における危険連関は否定されるべきである。なぜなら、事後的不適切行為によって危険増加が生じたのであり、したがって、結果の発生が第一惹起者の危険領域に入るとはもはや言えないからである。ここに、重過失とは、異常で著しい軽率さがあることをいう。⁽⁸⁰⁾ 例えば、行為者は誤って被害者に傷害を負わせたが、被害者自身が自らの判断で医療機関の治療を受けることがなかつたために、傷口から感染した破傷風菌が原因で死亡した場合、死亡という結果の第一惹起者への帰属は否定される。

bb 他人の自己危殆化への関与

次に問題となるのが、「最終惹起者」によって招来された結果につき、行為者がきっかけを与えたとか、促進したとか、あるいは、可能とした、つまり、行為者の「他人（最終惹起者）の自己危殆化への関与」があったからという理由で、これを行為者に帰属することができるかということである。この場合、「最終惹起者」は、その危険活動の開始、最中、自己自律性を維持しているのである。⁽⁸¹⁾

例えば、他人の故意又は過失によつて生じた火災の場合に、消火活動、人命救助活動に当たる者がその活動に伴つて負傷、死亡したとか、義務に違反して天然痘に罹患した者から自分にも感染の危険を伴う治療に当たる医師が、実際に感染した場合、行為者（第一惹起者）の客観的帰属が問題となる。ここでは、危険が結果の発生という形で実現したことが、専ら、行為者の危険領域に帰属されるべきなのか、又は、最終惹起者の危険領域に帰属されるべきなのか問題となるのである。⁽⁸²⁾ 一般に、自己危殆化への関与については自己危殆化行為が社会的に必ずしも薦められる行為でなくとも、国がそれに介入して、自己危殆化者を保護するべきでないことは一般に認められている。しかし、ここで問題になっているのは、自己危殆化行為が救援活動と一体不可分の関係にある、つまり、社会的に有益な行為である場合であつて、この者の刑法的保護の要否が問題となっているのである。⁽⁸³⁾

最終惹起者の危険領域への帰属を判断する基準となるのが自由な答責である。最終惹起者にこれが欠けると、危険の実現としての結果は第一惹起者に帰属される。自由な答責の前提要件の第一は、最終惹起者の認識・判断能力である。その二は、自己危殆化を引き受けるに際しての任意性である。絶対的強制、相対的強制、（危険な）脅迫に基づく判断は任意性に欠ける。

したがつて、第三者の自己危殆化活動が、自治体消防活動のように、法律上義務付けられている場合、最終惹起者

の自由な答責は否定されるのである。この場合、第一惹起者は自己の行為によって第三者の自己危殆化という法律上の義務をはじめて創出したのである。救援者は、自分に迫る危険とは関わりなく、救援活動をしなければならぬ。したがって、この第三者は第一惹起者よりも保護に値し、保護を必要とする。この保護が可能となるのは、基本的に、第一惹起者に、自己危殆化によって生じた法益侵害も客観的に帰属可能な場合だけである。ただし、救援者に少なくとも重大な過失が認められる場合は、第一惹起者の招来した危険が実現したものと認められず、この者への帰属はできない。⁽⁸⁴⁾

問題となるのは、最終惹起者の任意性が肯定されるとき、常に、行為者の客観的帰属が否定されるのかである。自由な答責の原理だけで判断すると、この場合、行為者の客観的帰属は常に否定されることになりそうである。⁽⁸⁵⁾しかし、この結論は適切とは言えない。法律上の義務がないということは、法はそれを課してまで救援活動をすることを期待しないということに過ぎず、このことで、救援者に不利益がもたらされてはならない。法律上の義務はない、任意の救援者の場合、自己危殆化の目的が、特に、危険に瀕している法益の維持にある場合に言えるのだが、自己危殆化から迫りくる危険よりも、高く評価されるとき、任意の自己危殆化は第一惹起者のためになる。この利益は明らかに第一惹起者の危険領域に入るのであり、したがって、基本的に、ここから生ずる結果は第一惹起者に帰属されうる。ただし、この場合も、任意の救援者であっても当然払うべき注意深さが欠けていたために結果が生じたとき、それは別個の危険の実現であり、これを第一惹起者に帰属することはできない。⁽⁸⁶⁾

他人の自己危殆化への関与としては、薬物使用者が、他人から譲り渡された薬物を使用することで、自ら生命への危険を冒すとか、非感染女性が、伝染性の性病に罹っている男性と、意識的に無防備の性交渉をもつことで、自ら危険を冒すといった事例がある(この場合、性病予防用具が使用されるなら、社会的相当行為が認められ、危険連関の

問題は生じない)。これらの場合も、最終惹起者の自由な答責が認められても、なお第一惹起者への帰属を認めるべき場合がありうる。第一惹起者に優越的認識に基づく危険判断がある場合がそうである。第一惹起者自身、すでに行為時点において、最終惹起者が重過失または故意に自己危殆化を冒す危険があることを、この者よりもよく判断できる場合、結果は第一惹起者に帰属される。例えば、薬物売人が、重篤の依存、抑うつ薬物嗜癖者に新しい「薬物」の強い効果についての情報を与えず売却し、嗜癖者が普通の量を摂取して死亡した場合である。⁽⁸⁷⁾

cc 同意のある他人危殆化

他人の自己危殆化への関与とは異なり、同意のある他人危殆化では、被害者は、他人の行為自律性に自らをゆだね、自らを危険にさらすのである。例えば、芸人が、芸の一環として、壁に立たせている仲間の体の周囲に手裏剣を投げつけ、誤って負傷させるとか、酩酊のため適切な運転ができないような状態にある者が、やはり運転を誤って、同乗者を負傷させた場合が問題となる。

しかし、この場合も、基本的には、他人の自己危殆化への関与と同様に解決されるべきである。すなわち、自由な答責から任意で、しかも、危険な状況を知りながら、自らを危険にさらす者は、その危険の実現が直接他人に由来するにせよ、そこから生ずる結果を自ら負わねばならない。したがって、他人の行為と結果の発生間に因果関係が認められても、その者に結果の帰属をさせることはできない。⁽⁸⁸⁾

dd 心理的衝撃損傷と持続損傷

心理的衝撃損傷の場合として、被害者が拳銃の弾丸に当たったのではなく、銃撃の心理的衝撃が原因で死亡したと

きのように、第一惹起者の行為から直接的に結果が発生した場合、危険連関は肯定される。この種の出来事は多く見られ、相当性連関も危険連関も否定できない。しかし、交通事故で重傷を負った、あるいは、死亡した近親者、その他の者の事故現場を目撃した第三者が、身体に不調をきたした場合、相当性連関は肯定されるが、危険連関は否定されうる。生命や身体の健康を保護する刑法規範は、被害者本人以外の者からその精神的動揺に起因する身体的影響を保護することを目的とはしていないからである。⁽⁸⁹⁾

持続損傷の場合、被害者が長患いの後になって初めて、元の行為のときに生じた内的疾患が原因で死亡したとき、危険連関は肯定される。問題は、症状の悪化が止まったが、完全な回復は期待できず、抵抗力や運動能力が減少している場合である。この場合、被害者に落ち度があつたか否かに関わらず、行為者への結果帰属を否定する見解が有力に唱えられている。行為によって生じた危険の実現過程は原傷害の治癒をもって終結したということ、持続損傷によつてもたらされた生命・身体への危険創出は、一般に、原傷害の故意又は過失の廉での処罰で調整されているというのがその根拠である。⁽⁹⁰⁾しかし、被害者に、「持続的後遺損傷」に応じた生活を送ること、「持続的後遺損傷」に対する保護措置をとることが可能であり、期待できるか否かによつて、客観的帰属を否定、肯定するべきである。交通事故で脚を切断せざるをえなくなった被害者が、病院から退院後しばらくして、氷上で滑って転倒して怪我をしたとか死亡した場合、結果の帰属は否定されうる。なぜなら、被害者には、その持続障害に適応し保護措置をとった生活を送ることが可能であり、期待できるからである。これに対して、不注意な輸血によつてエイズウイルスに感染させた医師の場合は、死亡にいたる時間の長短に関わらず、その被感染者の死亡に対して、過失致死罪に問われる。⁽⁹¹⁾

c 仮定的適法代替行為

規範的危険連関が認められても、それでもなお、客観的帰属が否定されるべき場合がある。例えば、市街地で、超過速度違反運転をしている者の前に、突然、歩行者が現れ、運転者は、もはや制動機をかけることも、回避することもできず、歩行者を跳ね飛ばし、大怪我をさせた場合である。この事例では、超過速度運転には客観的注意違反が認められ、結果との間に因果関係もある。速度制限という規範の保護目的には、歩行者の不適切行為も考慮に入れた上で、その安全も入る。そうすると、歩行者が交通規則に違反して、車道を横断する場合でも、超過速度運転と結果の間には危険連関が認められる。しかし、法定遵守速度で運転していても(仮定的適法代替行為)、やはり、結果の発生は避けられなかったといえる場合、超過速度運転と法定速度遵守運転の相違が結果の発生に意味をもたないことになる。いずれにせよ、被害者の負傷が発生するからである。これに対して、法定遵守速度運転をしておれば、結果の発生は避けられた可能性がある場合には、客観的帰属は肯定されるべきである。

aa 仮定的判断要因

仮定的適法代替行為が行われても、やはり同じ結果が生じたか否かの判断に当たっては、行為者の義務違反行為だけを除去し、且つ、当該義務違反行為に対応する義務適合行為を補充して判断するのであり、他の何物も当該状況から除去されたり、付け足されたりして、変更が加えられてはならない。したがって、例えば、超過速度運転した運転者が歩行者を跳ねた場合、当該事故は法定速度を遵守していても発生したといえるとき、結果の帰属は否定される。しかし、酩酊していて運転困難な者が、しらふの運転者なら問題がないといえる速度で運転中、死傷事故を引き起こした場合は、運転困難な者が、状況をなお支配できるような速度で運転しなければならなかった、したがって、そうい

う速度で運転していなかったとき、結果の帰属が肯定される、ということが問題となるのではない。これでは、酩酊運転という現実の義務違反行為がもう一つ別の、つまり、運転制御できる速度の酩酊運転（いわゆるより安全な義務違反行為）という仮定的義務違反行為によって置き換えられることになる。この事例で問題となるのは、酩酊運転はおよそ許されないということなのである。⁽⁹²⁾

bb 証明の程度

仮定的適法代替行為が行われていても結果の発生は避けられなかったことが証明されると、客観的結果の帰属が否定されることでは、学説はほぼ一致している。⁽⁹³⁾しかし、現実によく起こる事例は、客観的注意違反行為と結果の間の因果関係は証明できるが、仮定的代替適法行為が行われた場合、それが結果の発生を妨げたことの確実な証明がない場合である。

学説には、この場合も、仮定的適法代替行為が結果発生の回避に繋がったとの確実な証明がなく、ただ、その可能性または蓋然性があつたにすぎないのであるから、客観的帰属は否定されるべきだとの見解が見られる。行為者がその行為によって保護法益に対する許された危険を具体的に増加させたとの証明がない。行為者によつてもたらされた抽象的危険が、許される危険を超えた具体的危険に転化し、結果を生じさせたという可能性または蓋然性しか存在せず、抽象的な許された危険が具体的危険に転化し、結果となつて実現したとの証明がない。やはり、行為者が仮定的適法代替行為を行つていれば、結果の発生は避けることができたということが、確実性に境を接する蓋然性の程度にまで証明される必要があると（回避可能性説。Vermeidbarkeitstheorie）。⁽⁹⁴⁾

回避可能性説によると、適法代替行為があつても結果の発生がありえたというすべての場合に、過失の結果惹起が

否定されることになる。そうすると、どの道危険な状況におかれている者（例えば、重病人）に迫る危険が大きいは、行為者が不適切行為を行っても、ますます結果帰属が否定されがちになる。しかし、このような帰結は望ましくない。⁹⁵そもそも、回避可能性説が、危険を許された部分と禁止された部分に分離し、同じ結果は許された程度を超えない危険化でも生じた可能性があり、したがって、発生した結果は危険化の許されない部分が現実化しただけではないのでとの主張を行為者に許すというところに問題が潜んでいるのである。というのは、注意規範を遵守すれば、なるほど、法益保護の可能性を著しく増加させるが、しかし、絶対的現実性をもってその可能性を保証するわけではない場合でも、当該法律は注意規範の遵守を要求するからである。許された危険を超え、法律の寛容を示す危険を増加させる者は、全体としてみれば、禁止された危険を創出したのであり、結果が発生したとき、この全体として禁止された危険が実現したのである。⁹⁶

回避可能性説の不合理な結論を避けるために、ドイツ刑法学では少数説であるが、オーストリア刑法学では多数説である、いわゆる危険増加説(Risikoerhöhungstheorie)が主張されることになった。⁹⁷これによると、もとより、結果の発生が注意違反に基づくものではないとの証明があるとき、客観的帰属は否定されるが、しかし、注意違反行為と結果の間に因果関係が存在することを前提に、結果を実際に惹起した注意違反行為が、比較対照される行為、つまり、仮定的代替適法行為と比較して、結果発生の危険を明らかに増加させた場合にだけ、そして、その場合にすでに、結果の帰属は肯定される。すなわち、なるほど、仮定的適法代替行為があれば結果の発生はなかった（ひょっとしたら発生した）との確定はないが、しかし、それでも、注意違反行為によって結果発生の危険が、——具体的かつ事後的に考察して——増加したことが確定されれば、客観的帰属は肯定される。これに対して、仮定的適法代替行為があっても結果は発生したといえるとき、客観的帰属は否定されるし、危険増加が証明すらできない場合には、「疑わしきは被

告人の利益に」の原則に従って、客観的帰属は否定される。⁽⁹⁸⁾

例えば、手術に際し、血管結さつをしないといったような過誤を犯した医師は、適切な処置が為されていてもはや患者の救命はできなかつた可能性が排除できないとしても、過失致死の責めを負わねばならない。というのは、患者の生命への危険は、注意深く行われる代替行為（過誤を伴わない手術）と比較すると、全体として増加したのであり、死という結果となつて実現したからである。患者は手術によつて実際には救命できなかったこと、つまり、医療過誤が結果発生の際然性に影響を及ぼすものではなかつたということが、確実性と境を接する蓋然をもつて証明されて初めて、注意規範がそもそも狙いとしている目的を具体的事例で果たせないのだということになり、したがつて、危険増加の不存在のため、結果帰属が否定されることになる。⁽⁹⁹⁾

危険増加説を支える思想は、高度産業社会においては、圧倒的な社会的効用のゆえに、ある程度まで危険を冒すことは許されるが、この限度を超えた場合、つまり、社会的効用目的を達成する上でもはや不必要で、社会的に耐え難い法益侵害は回避されるべきである、そうだとすると、結果は仮定的適法代替行為があつても発生しえた場合ですら、結果の行為者への帰属を肯定するべきところにある。⁽¹⁰⁰⁾

危険増加説には、侵害犯を危険犯に転換するものだという批判が加えられる。行為者のもたらした抽象的危険が具体的危険に転化したとの可能性の証明しがなく、現実に具体的危険に転化したとの証明は無い。⁽¹⁰¹⁾ すなわち、危険増加説によると、結果の発生が注意違反の「所産」であるということは決定的に重要ではなく、「許された危険」と比較すると、危険を著しく増加させる、注意違反と評価される行為があり、そして、行為者がこの結果を惹起したということとで十分である。注意違反が結果となつて顕在化したということが決定的重要性をもつものではない。そうになると、危険増加説には、過失犯の行為の側面と結果の側面の結合具を放棄しているとの評価が可能となるのである。このこ

とは、実際には、惹起された結果が注意違反に基づくという推定が為されているに過ぎないことになると。⁽¹⁰²⁾しかし、この批判は的を得ていない。いかなる侵害の結果も人の行為によるのであり、しかも、——事前の考察からして——危険な行為の着手によって、結果発生危険が創出されるのである。それ故、侵害構成要件の基礎には常に危殆化禁止、危険増加禁止しかないのである。法益侵害は常に法益侵害となつて実現した危険によつて媒介されるからである。⁽¹⁰³⁾

危険増加説は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反するとの批判も妥当ではない。既に論じたように、注意違反行為により危険増加がもたらされたか否かが主題だからである。これが証明できないときに、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用されるのである。例えば、市街地を、超過速度運転していた乗用車の前を突然横切ろうとした歩行者をはねた場合、横切ろうとした歩行者との間隔が二五メートルだったとき、法定速度を遵守しておれば轢かなかつたと思われるが、一〇メートルだったときには、轢いていただろうといえるが、実際の間隔がどれくらいだったのかの証明がない場合、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が働く。これに対して、事実関係の解明は為されたが、仮定的代替適法行為が為された場合の結果発生問題が確実には答えられない場合には、結果の客観的帰属は肯定される。⁽¹⁰⁴⁾

3 注意違反と客観的帰属の関係

上述から分かるように、行為の客観的帰属は不法を基礎付ける客観的・主観的注意違反に吸収される。したがって、構成要件の領域で注意違反が肯定されると、客観的帰属も同時に肯定されるのが一般である。なるほど、過失犯において、規範の内容は、注意適合の行為をすることの命令ではなく、不注意な行為をすることの禁止である(例えば、誰にも、マッチを注意深く扱う義務を科せられはしない。不注意なマッチの取り扱いが禁止される⁽¹⁰⁵⁾)。この点では、過

失犯の規範も構成要件に類型化された法益侵害行為を禁止する故意犯の規範と変わらない。そうすると、過失犯と故意犯では、社会的不相当、つまり、法的に許されない危険を創出したという意味での客観的注意違反が必要であるということになり、この点で共通している。したがって、客観的注意違反というのは過失犯の特殊の要素ではないということになる。⁽¹⁰⁶⁾ すなわち、客観的注意違反を客観的帰属の基準として捉えることによつて、社会的不相当性ないし許されない危険をも客観的注意違反の表現として捉えることができるようになり、客観的帰属という上位概念に一括できることになる。⁽¹⁰⁷⁾ しかし、故意犯では、客観的注意違反の要素は「故意という主観的要素によつて覆われている」、つまり、法益侵害に向けられた故意の放棄、換言すると、法益侵害に向けられた行為操縦を放棄することで、法益侵害を避けることができる。そうすると、客観的構成要件の実現意志をもつて行為する者は、通常、客観的にも義務違反行為をしていゝものである。客観的注意違反が可罰性の限定作用をもつことは滅多にない。したがって、客観的注意違反は構成要件該当の不法の基礎付けには影響がなく、逆に、行為の注意適合性が後になって初めて客観的帰属の段階で不法を排除するのである。

注

- (58) 客観的帰属論については、参照、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(一九八四年)、本間一也「過失犯における結果の客観的帰属(1)(2)」北大法学四〇巻四号(一九九〇年)八三五頁以下、四一卷一号(一九九〇年)五一頁以下。
- (59) 行政取締法規には過失の単純行為犯が規定されている。例えば、関税法第一一六条は、外国貿易船等の船長または機長が、重過失により、税関長の許可を受けずに、外国貿易船等を不開港に出入りさせる行為等に罰金刑を科している。
- (60) 例えば、握りこぶしで他人の顔を軽く殴つたものは、傷害の危険を創出したといえるが、殺害の危険を創出したとはいえない。この場合、被害者が殴られて脳橋静脈破損で脳内出血し、死亡したときでも、傷害致死罪の適用はない。O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-

Kommentar), §6 Rn. 50. 構成要件の結果を惹起した行為一切を、事後的に考察して、規範違反だと見る「因果関係の事後的考察方法」は、人の行為を制御して法益侵害を防ぐという点からすると役立たず、「応報理論の事後的考察方法」と調和することにつき、S. Mir Puig, Die „ex-ante“-Betrachtung im Strafrecht, in: Festschrift für H.-H. Jescheck, 1985, S. 337ff. (341ff.); A. Krenner-Bax, (Fn. 15), S. 34 Fn. 28, 57f.

なお、K・エンギシュは、この抽象的経験的危険につき、広義の相当性という用語を使用する。K. Engisch, (Fn. 3), S. 78.

(61) 最決平元・三・一四・刑集四三巻三号二六二頁(トラック密乗者死亡事件)(被告人が、無謀運転により助手席に同乗していた甲に傷害を与えると同時に、被告人が知らない間に後部荷台に乗車していた乙、丙をも死亡させた事案について、「被告人において、……無謀ともいふべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれないことは、当然認識しえたものといふべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前記両名が乗車している事実を認識していなかったとしても、右両名に関する業務上過失致死罪を妨げない)。本決定につき、「旧」過失犯論者ばかりでなく、「新」過失犯罪者からも、乙、丙の「死」の客観的予見可能性がなかったのではないかとの疑問も示されるが(川端博・前掲書(注四五)・一九九頁)、しかし、およそ無謀運転によって「人の死傷」がありうるという程度の抽象的経験的危険は認められるのである。

百貨店火災やホテル火災では、管理者、監督者の過失責任が問われるが、その際、一般的に、死傷という具体的結果の予見可能性は低いといわざるをえないが、しかし、抽象的経験的危険は存在する。参照、井田良・前掲書(注四四)・一一七頁以下。

(62) 例えば、蹴球のような社会的に有用な球技運動では、競技規則違反があつても、競技に不可避的に伴う典型的な危険は甘受される。これに対して、拳闘のような格闘競技の場合には、被害者の承諾が問題となる。D. Rössner, Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, pp. 313ff.

(63) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar.), §6 Rn. 52.

(64) なお、ここでは、社会的相当性と許された危険は同義として用いている。後者を正当化事由と見る見解もあるが、適切でない。許された危険を正当化事由と見ることになれば、その他の正当化事由は實際上不要となる。O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 54.; M. Burgstaller, (Fn. 6), §6 Rn. 37.

(65) R. Moos, (Fn. 10. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit.), S. 129. (拙田註、五二七頁)。

(66) 信頼の原則を自己責任の原則から導く学説(H. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 7ff.)には問題がある。他人の不注意運転が明らかに認識できるような場合、つまり、危険が増

加しているとき、信頼の原則はその優位性を失う、つまり、交通法規違反者もその自己責任に関わらず保護されるべきだからである。C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 22. さらに、自己責任説からは、分業体制の活動領域において、それに携わる以外の者に被害が発生したとき、信頼の原則の適用がはじめから否定されることになる。井田良・前掲書(注四四)・一二二頁。

信頼の原則が、過失犯理論の成立要件のいづれに影響を及ぼすのかについては、見解が分かれる。I 予見可能性を否定する見解として、①結果予見可能性を具体化するための原理と捉える説(相手方の適法な行為を信頼することができれば、注意義務違反の前提としての予見可能性が否定される)(平野龍一・前掲書(注二一)・一九七頁以下。内田文昭・前掲書(注四五)・一五八頁)と、②事実的自然的予見可能性の中から刑法上の予見可能性を抽出する原理と捉える説(西原春夫・前掲書(注二〇)・一八〇頁)がある。II 注意義務を否定する見解として、①予見可能性がある場合にもなお規範的見地から注意義務を制限する原理と捉える説(金沢文雄「過失」刑法の判例(第二版)七七頁以下)、②客観的予見可能性はあるが、結果回避義務を制限する原理だと捉える説(藤木英雄・前掲書(注二〇)・二四九頁)、③予見義務および結果回避義務を内容とする客観的注意義務の内容を具体化するための方法的原理と捉える説(福田平・前掲書(注一八)・一二二頁。大塚仁・前掲書(注一八「刑法概説」・一六三頁。川端博・前掲書(注四五)・二二〇頁)がある。さらに、III危険創出行為であっても、許された危険にとどまる行為につき、危険創出連関を否定する原理と捉える説(山中敬一・前掲書(注二二「刑法総論I」・三六〇頁)がある。

(67) 参照、西原春夫『交通事故と信頼の原則』一九六九年。最判昭和四一・六・一四刑集二〇巻五号四四九頁(「醉客駅プラットホーム転落事件」(酩酊した乗客を下車させる際に、「一応その者が安全維持のために必要な行動をとるものと信頼して客扱いをすれば足りる」)。最判昭和四一・一一・二〇刑集二〇・一〇・一二二二頁(「交差点衝突事件」(交差点における自動車と原動機付自転車との衝突事件につき、「他の車両が交通法規を守り自車との衝突を回避するために適切な行動に出ることを信頼して運転すれば足りる」)。最判昭和四二・一〇・一三刑集二二巻八号一〇九七頁(「西洞院通り衝突事件」(「車両の運転者は、互いに他の運転者が交通法規に従って適切な行動にでるであろうことを信頼して運転すべきものであり、そのような信頼がなければ、一時といえども安心して運転をすることはできない」)。

(68) 最決昭和四五・七・二八判時六〇五号九七頁(前方のバス停に対向してきたバスが停車中であることを認めたが、時速四五キロに減速したのみでバスとすれ違ったところ、バスから降りて道路を横断しようとした四歳の女児に自車を衝突させて即死させた事案につき、被害者が四歳の幼児であることを理由に信頼の原則の適用を否定することはできないが、しかし、「バスを下車した人がその後において道路を横断しようとするのがありうるのを予見することが、客観的に見て、不可能ではなかったものと認められる」か

ら、結局、信賴の原則の適用はない。東京高判昭和三二・一一・一九東高判時報八卷四〇二頁（前方に二〇メートルのところに酒に酔った男が道路ほぼ中央左側をふらふらと自転車走らせているのを認めた場合）。

- (69) 最判昭和四二・一〇・一三刑集二二卷八号一〇九七頁（自ら後方の安全確認義務を怠った者でも、後方から接近した被害車両の運転者が交通法規を守って、安全な速度と方法で進行するであろうことを信賴して運転すれば足りる）、最判昭和四五・一一・一七刑集二四卷一六二二頁、最判昭和四七・一一・一六刑集二六・五三八。

- (70) RG70. 71 (1935. 12. 9), RG72. 55 (1938. 1. 17). なお、信賴の原則の考え自体は、わが国の戦前の判例にも見られたのである。大判大正三・三・一一刑録二〇輯二七八頁（路面電車と線路横断者との事故の事案）。

- (71) 札幌高判昭和五一・三・一八高刑集二九卷一号七八頁（北大電気メス誤接続事件）（執刀医一名、手術助手（医師）二名、麻酔医二名、介助看護婦三名からなるチーム医療において、一人の介助看護婦が電気メス器のケーブルを誤接続したため患者が重度の火傷を負った事案につき、執刀医は看護婦を監督する地位になく、看護婦の適法な行為を信賴してよい）。

- (72) 大阪高判昭五〇・八・二九高刑集二八・三・三二九（コンテナ製造工場内で、コンテナを天井クレーンで吊り上げて移動させ、トロッコに乗せる作業現場の責任者に信賴の原則の適用がある）。

- (73) C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 26-28.

- (74) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 63.

- K・エンギシュは、この相当性につき、狭義の相当性という用語を用いる。K. Engisch, (Fn. 3), S. 79.

- (75) F. Riklin, (Fn. 14), §13 Rn. 36, 41.

因果関係それ自体、つまり、行為者の行為が現実を生じたようなある結果を惹起しようという事実は、行為者に認識可能であらねばならない。しかし、客観的帰属においては、相当性説によって、異常な因果経過から生じた結果は帰属されない。そうすると、因果経過の主観的予見可能性の検証は不要であるといえよう。O. Triffterer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 13, Rn. 51.

- (76) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 64.; U. Kindhäuser, (Fn. 15), §33 Rn. 40.; K. Seelmann, (Fn. 14), III. 2. d).

- (77) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 65ff.; M. Burgstaller, (Fn. 6), §6 Rn. 65.

- (78) 重要性説を提唱したE・メツガーは、条件公式を用いて判断する因果関係を結果の帰属から明確に分けたのである。あらゆる条件の中で、構成要件の「意味に適った解釈」の下におかれる条件だけが刑法上重要であると。E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl, 1949, S. 109ff. しかし、当時まだ「客観的帰属の理論」がなかったから、重要性説は、因果関係の理論に入れられたのである。

が内容的にはそれを超えていたのである。重要性説は構成要件の解釈といった刑法的側面から因果関係を規範的に評価する理論だったのであり、蓋然性判断の求められる相当説とは異なる。O. Triffterer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 8, Rn. 31ff.; F. Riklin, (Fn. 14), §13 Rn. 42-43.

(79) この種の事案について、カールスルーエ上級裁判所 (NJW 1958, S. 430) は、運転者を、超過速度で運転しなければ、実際に事故が起きたよりも後の時点で事故現場に到達したであろうし、それ故、被害者を跳ねることもなかつたという理由から、過失致死の廉で罰した。これに対する批判として、F. Riklin, (Fn. 14), §16 Rn. 63.; K. H. Gössel, (Fn. 15), S. 33f. (阿部訳・九五頁)

(80) M. Burgstaller, (Fn. 6), §6 Rn. 72.; O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 68.; ders. (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 8, Rn. 132.

(81) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6, Rn. 70.

(82) H.-J. Rudolph, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, Jus 1969, Heft 12, pp. 549ff., p. 557.

(83) H.-J. Rudolph, (Fn. 82), p. 557. O. なお、他人の自己危険化のきっかけを与えた第一惹起者の行為が社会的相当であるときは、この問題は生じない。例えば、安全対策を講じたアルピニストが事故にあい、その救援に当たった者が事故にあった場合、この結果を第一惹起者に帰属することはできない。しかし、「短靴旅行者」が険しい山道の侵入禁止の標札を無視して進入し、事故にあった場合は、社会的不相当行為が認められる。そのほか、注意を払っていても生じた溶接作業からの出火の場合は社会的相当行為が、放火による出火の場合は社会的不相当行為が認められる。O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 71.

(84) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. Rn. 73, 75.; J. Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, p. 347f.

(85) 第一惹起者への帰属を否定する論拠として、任意の救援者が、救援に当たって、救援活動の結果によっては、第一惹起者が処罰されるかもしれないことを認識しているなら、逃げ道のない良心葛藤に陥ることを挙げる。M. Burgstaller, (Fn. 2), p. 115. しかし、この議論が仮に正当だとしても、狭い範囲にしか妥当しない。つまり、アルピニストが遭難した場合、この者を救援しなければならぬ場合である。しかし、火災のように、第三者の法益が関わっているとき、上記の議論の外にある。O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 77.

(86) H.-J. Rudolph, (Fn. 82), p. 557.; ders. StGB Systematischer Kommentar. 1990, Vor §1, Rn. 81.; Ch. Sowada, Zur strafrechtli-

chen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen, JZ 1994, pp. 663ff., p. 665.; O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6, Rn. 73, 76, 78.

(87) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 79.

BGHSt 32, 262 mit Anm. Roxin NSfZ 1984, 410 (「ロイン注射事件」)は、ヘロインを所持していた被害者から、注射針がまったく手に入らないと聞いた被告人が、使い捨ての注射針三本を調達し、それを使ってそれぞれヘロインを自己使用したところ、被害者が死亡したという事案であるが、連邦裁判所は、他人の自己危殆化への関与につき、被害者には自己答責が認められるとして、被告人に無罪を言い渡した。

わが国の類似の事案として、「坂東三津五郎ふぐ中毒死事件」がある。ふぐ処理士であり調理士でもある被告人が、同人の経営する料理店に客として訪れた被害者に、とらふぐの刺身などのふぐ料理を提供した際、毒物であるテトロドキシン含有のとらふぐの肝臓数切れ(重量十数グラム)を調理して被害者に提供して食せしめたため、同人をしてふぐ中毒に基づく呼吸筋麻痺により窒息死させたという事案で、控訴審は、「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こ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を起こしたと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」として、ふぐ中毒症状の予見可能性を肯定し、業務上過失致死罪の成立を認めた。最高裁(最決昭和五五・四・一八刑集三四・三・一四九)も、原判決が「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旨判断したのは相当」とした。しかし、本文の基準に照らすと、本事案は無罪とされるべきであった。W. Gropp, (Fn.), §12 Rn. 62-63.

(88) H. Otto, (Fn. 15), §6 62.

(89) H.-J. Rudolph, (Fn. 86), Vor §1 Rn. 80.; C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 43.; O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 80.

(90) H.-J. Rudolph, (Fn. 86), Vor §1 Rn. 77.; C. Roxin (Fn. 11), §24 Rn. 44.

(91) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 81.; G. Jakobs, (Fn. 12), Abschn. 81.

(92) H. Otto, (Fn. 15), §10 Rn. 21-22.; ders. Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, in: Gedächtnisschrift für E. Schlüchter, 2002, S. 77ff, S. 86.

(93) ただし、客観的注意違反の行為によって惹起された結果が注意適合行為があっても生じたという事実は、この結果の客観的帰属に影響を及ぼさないとのG・シュペンデルの少数説がある。これによると、仮定的適法代替行為によっても、結果の惹起がありえた場合だけでなく、確実であった場合も、結果の客観的帰属が肯定される。G. Spindel, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeit*

keitsdelikt - BGHSt 11, 1. JuS 1964, S. 14ff.

(26) H. Otto, (Fn. 15), S. 96.; U. Kindhäuser, (Fn. 15), §33 Rn. 48.; W. Gropp, (Fn. 15), §12 Rn. 54.; F.-Ch. Schroeder LK, §16 Rn. 185ff.; Schönke-Schröder-Cramer, Kommentar Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2001, §15 Rn. 171ff.; Welzel, (Fn. 4), S. 136.

ここで、この問題性に関するドイツの判例を一瞥しておきたい。RGSt 63, 211〔山羊毛事件〕(筆工場の経営者である被告人は、ある商社から中国の山羊毛を購入した際、その消毒の必要ありとの当該商社からの通知にもかかわらず、そうせず、工場労働者に筆用に加工させていた。炭疽菌に感染して、死亡する労働者が出てきた。許容されていた消毒剤を使用しても、山羊毛が現実に無菌状態になるかは十分な保証はなかったから、労働者は消毒が行われていても死んだかもしれないという事案。ライヒ裁判所は、「有責の行為が先行しなくとも、有害な結果が生じたと確実にいえるか、確実性に境を接する蓋然性をもっていえる場合」(二一四頁)にだけ、行為者の行為の因果関係が否定されうると判示して、有罪判決を下した)。これに対して、BGH 11, 1〔貨物自動車—自転車搭乗者事件〕(酩酊状態で自転車で走行しているすぐ側を貨物自動車通過する際、自転車走行者が転倒し、轢死した事案で、貨物自動車が一メートルないし一・五メートルの必要間隔を遵守していても、自転車走行者の状態からして、轢死という結果は「高度の蓋然性をもって」生じたといえる事案で、連邦裁判所は過失致死罪の成立を否定した。「交通に適った行為をしていたなら結果は生じなかったと確実に言える場合にのみ、交通法規に違反した行為が有害な結果の原因だといってよい」(二頁)、「責任原則の支配する刑法では、原因と結果の間の関係の問いに答えるために、特定の諸出来事の純粹の自然科学的結びつきがあることで十分とはいえない。人の行為を評価する考察方法にとり、むしろ、諸条件が法的評価基準からすると結果にとって重要であったか否かが決定的である。そうすると、行為者が法的に問題のない行動をとったときに、出来事はどのようなようになったかが決定的に重要である。その場合でも同じ結果が生じたとか、これが、重要な事実に基づき、事実審判官の心証によると、排除できないとき、被告人の設定した条件は結果の刑法的評価にとり意味をもたないことになる。この場合、行為と結果の間の因果連関を肯定してはならない」(七頁)。BGHSt 21, 59〔麻酔耐性非検診事件〕(被告人の歯科医師は必要とされる内科医による麻酔耐性の検診をしてもらわなかったのであるが、しかし、検診してもらっていても、患者の心臓病が認識できなかったために、問題がないと判断され、麻酔は行われ、患者は死亡したであろうといえる事案。必要な検診が行われていたなら、数日後に、死亡という結果が生じたであろうから、歯科医師が義務適合的行為をしていたなら、具体的に死の結果が生じた時点では、まだ生きていたといえる。この事例では、麻酔耐性の検診を要求する規範は、検診の期間だけ死亡時点を延ばすことにあるのではない)。BGHSt 24, 31 (34ff.); BGHSt 37, 106 (127); BGH NSZ 1987, 505.

わが国の判例はこの問題領域を因果関係の問題として扱っている。①大判昭四・四・一一新聞三〇〇六・一五(京踏切事件)急行

列車の機関士が、一定の場所に達すれば、幼児の存在を認識できたにもかかわらず、前方注視の義務を怠ったために、踏み切り上に立っていた幼児に気づかず轢過したが、前方注視の義務を怠らず警笛を鳴らし、非常制動の措置をとっていたとしても、列車の時速と踏切までの距離などからみて、事故を未然に防止することはできなかった事案につき、そのような措置をとらなかつたことが、轢過の『原因』であるとする根拠はない。②東京高判昭四五・五・六高刑集二三・三・三七四（交通整理の行われていないT字型交差点で、東西に走る国道上を制限時速六〇キロメートルのところを時速約七〇キロメートルで直進してきた甲の自動車、南北道路から国道上に右折しようとして、交通法規に反して国道上深くまで進出してきた乙の車両に衝突し、乙に傷害を負わせた事案につき、「仮に被告人が法定の最高速度である時速六〇キロメートルで運転していたとしても、その制動距離および道路の状態を考えれば、果たして本件衝突事故を避けることができたかどうかについてはやはり重大な疑問があるといわざるをえず、かつ、前に説示したように被告人としてそれに満たない速度にまで減速すべき注意義務はなかつたとすれば、右の速度違反が本件事故の原因となっていたものとは認めがたい」。さらに、括弧書で、「もし被告人が発見地点の相当手前から時速六〇キロメートルで走っていたとすれば、乙の車が国道上に進出してきた時点には、被告人は実際の発見地点より手前にいたはずで、そうだとすれば」「事故の発生を防止することができた」と考える余地はある。「しかしながら、本件事故は、単に被告人が右のような速度で走っていたことにより発生したわけではなく、その後乙の予期すべからざる交通法規違反という異常の事態が介入することによって発生したものであるから、被告人の速度違反行為から経験上通常予想しえられる過程をたどって発生したものとはいえず、その間に刑法上の因果関係を認めることは困難で、これをもって本件事故の原因たる過失だとすることはできない」。③東京高判昭和四七・一二・一九刑裁月報四卷一二号一四〇頁（自動車運転手が高速度で運転中、対向車とのすれ違いの直後、道路の横断者に自車を衝突させ死亡させた事案について、自動車運転手に前方注視義務違反は認められないが、指定速度違反は認められるとした上で、自動車の急制動による停止距離からみると、自動車運転手が対向車とすれ違うときに指定速度で走行していても、衝突地点手前で停止し、本件事故の発生を未然に防止しえたものとは認められないから、指定速度義務違反の過失と本件事故との間に因果関係は認められない。④福岡高那覇支判昭六一・二・六判時一一八四・一五八（被告人甲が、後方の安全を確認せずに右折転回を始めたが、その右側を追い越そうとして被害者乙が運転する丙の同乗する自動二輪車が、時速一〇〇キロメートルの高速度で反対車線に入ったところ、思いがけず甲車が同車線を横切る形で転回してきたため、急制動の措置をとったが、バランスを失って滑走し甲車に激突して乙が傷害を負い、丙が死亡した事案につき、後方の安全を確認する注意義務はあるが、たとえ後方を確認していたとしても、自動二輪車が高速度で疾走してくることを認識するのは困難であつたし、本件の場合、「後続車である乙車において交通法規に従い追突等の事故を回避する適切な運転をするであ

らうと信賴し、転回を開始して差し支えない事案であった」のであり、甲が「後方の安全を確認する注意義務を怠ったことは、本件事故と相当因果關係を有しない」。しかし、これらの事例で、行為と結果の間の因果關係は否定できない。問題は、因果關係（等価説、相当因果關係説）の存否にあるのではなく、危険連関の存否にあるのである。

- (5) G. Stratenwerth, (Fn. 14. Strafrecht), §8 Rn. 36.
- (6) H. Fuchs, Strafrecht. A. T., 5. Aufl., 2002, 13. Kap. Rn. 59; H.-J. Rudolph, (Fn. 82), S. 449ff., 554. ders. (Fn. 86), Vor §1 Rn. 68; C. Roxin, (Fn. 11), §11 Rn. 78-79.
- (7) C. Roxin, (Fn. 11), §11 Rn. 76ff.; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 527ff.; K. Seelmann, (Fn. 14), III. 2. d).
- (8) H. Fuchs, (Fn. 96), 13. Kap. Rn. 56; H.-J. Rudolph, (Fn. 86), Vor §1 Rn. 69. Dagegen, C. Roxin, (Fn. 11), §11 Rn. 83.
- (9) H. Fuchs, (Fn. 96), 13. Kap. Rn. 59.
- (10) H.-J. Rudolph, (Fn. 86), Vor §1 Rn. 66; C. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung, in: Festschrift für Honig, 1970, S. 133ff., 138.
- (11) H. Otto, (Fn. 15), §10 Rn. 24.
- (12) H. J. Hirsch, Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, in: Festschrift für Lampe, S. 515ff., 531.
- (13) C. Roxin (Fn. 11), §11 Rn. 80; H.-J. Rudolph, (Fn. 86), Vor §1 Rn. 70.
- (14) M. Burgstaller, (Fn. 2), 144f.; H. Fuchs, (Fn. 96), 13. Kap. Rn. 56.
- (15) G. Jakobs, (Fn. 12), 9-6; C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 12.
- (16) 過失犯は、客観的注意違反が行為の構成要件該当性において認定されるべき過失の特殊の要素と見られてきたのは、過失犯の構成要件はそれ自体として十分明確に定められおらず、その適用範囲の拡大を防ぐためには、客観的義務違反という書かれていない構成要件要素をもって補充する必要があると考えられたためである。M. Burgstaller, (Fn. 2), 40, 42; Schönke-Schröder-Cramer, (Fn. 94), §15 Rn. 116. しかし、故意の概念規定についても争いのあるところから分かるように、殺人罪の規定が明確であるのに対して、過失致死罪の規定が不明確に過ぎないという主張には説得力がない。G. Jakobs, (Fn. 12), 9/12; Maurach-Gössel-Zipf, (Fn. 15), §43 Rn. 8; O. Trifflerer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 13, Rn. 9; C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 87-90.
- (17) O. Trifflerer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 8, Rn. 90; ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 45-46; Th. Weigend, (Fn. 41), S. 134.

論

(88) K. H. Gössel, Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, in: Festschrift für K. Bengl, 1984, S. 23ff.; J. Bohmert, Das Bestimmtheiterfordernis im Fahrlässigkeitsatbestand, ZStW Bd. 94, 1982, S. 78.

論