

刑法における過失の概念

—— 責任形式としての過失概念の展開 ——

花 井 哲 也

1. はじめに

過失 (Fahrlässigkeit) の概念が、¹⁾ 刑法学上、特別困難な問題の一つであることは、すでにフォイエルバッハ以来有名なこととなっている。²⁾

ここに、それが、フォイエルバッハ以降、はなはだ多数の学者によって研究され批判され、その今日の刑法学においても、一つの重要な根本問題となっている。その問題に関する従来³⁾の理論は、主として、過失を故意とともに責任という類概念の一つであると論理づけることによって、その結果、過失犯処罰の根拠如何および過失とは何かという過失責任の本質如何に問題の核心を置いていた。もちろん、これはいうまでもなく非常に重要、かつ、基礎的な問題であるが、いまなお論議の終結をみていない。それは、過失においては人間行為の操作的要因たる意思を存在的なもの (die ontische Gegebenheit) に関連づけえないとし、もっぱらそれを意味的要素 (規範的要素) という注意義務の違反として考えた結果、かえって、その解決を一層困難なものとしていたからである。

そこで、学説の関心は、フォイエルバッハが過失の本質をもって意欲された注意義務の違反、すなわち obligatio ad diligentum (一般的義務) の違反であると定義していたところにしたがって、大部分は、その不注意という心理状態がいかなるものであるかを説明することに注目した。

しかしながら、それらの説明、たとえばビンディングが法的意味における結果の意思をとらえ現実には意欲されない意思といひ、エム・エ・マイヤーが、過失を法・技術的概念でとらえ認識のない過失を認識のない責任（unbewußte Schuld）⁵⁾といひ、フィンガーが不純正不作為犯の結果に関する準因果関係に対比させて認識のない過失をその義務に違反して結果を表象しない準心理的結果関係（quasi-psychologische Erfolgsbeziehung）⁶⁾といったもの、さらにビルクマイヤーが認識のない過失を「結果に関する間接的意欲」といひ、また古くはクラインが「消極的な悪い意思」といったものなどは、⁷⁾すべて過失の概念の全体をとらえるには不十分なものであった。

というのは、過失の概念は不注意という心理状態そのもののみならず、構成要件的結果の発生を予見しえたにもかかわらず予見しないという心理の欠缺をもまた包含するからである。それに責任に関して心理的責任論に対して主張された規範的責任論によって、過失を単に心理的事実だけだとすることが反省され、合義務的な決意が可能であったのに合義務的決意をしなかったという規範意識に対する非難可能性の中にあると解すべきことが明らかにされた。それと同時にまた、過失それ自体が、もはや責任だけでは解決しえないことが自覚されるようになったからである。

ここに、従来の学説を改めて検討する理由が存する。

加うるに、過失の概念決定は、従来、もっぱら判例と学説に負うのが普通であった。ところがそれは、近年、だんだんと法律をもって規定するという傾向が目立ってきている。⁸⁾このことは、おそらく法的安定性と法的明確性などの要請に答えんとするものであろう。しかし、こうした傾向は、その立法政策面での当否はいま論外としても、果して過失の概念の困難性を救うものであろうか。それともかえって、新たな混乱を招くことになるのであろうかという問題に当面せざるをえない。

ここにも、過失の概念をどう考えるかを考察しておく必要がある。

それでは、従来の判例・学説によって到達された一般的結論はというと、過失とは、犯罪事実の発生を認識・予見することができ、かつ、認識・予見すべきであったのに、注意義務に違反して不注意によりそれを認識・予見しなかった心理状態を意味するものと理解されている。しかもそれは、故意と並ぶ犯罪の心理的・主観的要素であり、責任の根拠であると解するのである。したがって、学説の関心は、過失が犯罪事実の発生を認識・予見したものでないのに、なぜにそれが非難に価する心理状態といえるのかを説明することに努力が向けられた。しかし、こうした努力も、結局、過失責任の基礎づけの限界と失敗を示すのにとどまっている。

そこで、わたくしは、過失犯の理論の体系的研究の一問題として過失の概念を検討したく思うが、そのための準備作業として、まず本稿では、責任形式として理解されてきた過失概念の展開を便宜上認識のある過失と認識のない過失に分けて回顧的に紹介・検討しておきたいと思う。

- 注 1) 過失の沿革を概観すると、刑法においては、原始時の結果責任 (Erfolgshaftung) ののちに、漸次意図した犯行 (absichtlichen Missetat) と意図しなかった犯行との区別が形成されており、それより遅れて、過失と責任なき行為 (schuldloss Handeln) とが区別されるにいたった。ローマ法継受以前のドイツ法は、こうした概念の区別にまではいまだ到達していなかった。その区別は、ローマ法およびイタリア法学 (とくに後期註釈法学) の努力に負うところとなつた。しかも、その発展の淵源は、ローマ法の *delicta privata* にもとめることができるのである。そこにおいて、*dolus* と *imprudencia* が現われたのである。帝政時代以降、過失が犯罪 (*extra ordinem*) として処罰されたか否かはなお論争のあるところである。一応、ヨーロッパにおいては、イタリア法学にいたって過失概念が徹底したものになった。ここでは、過失は故意および偶然の結果から適切に区別されていた。しかし過失の統一的概念がカリリーナ法典によって成立したというのではない。それは、ドイツ普通法をまっけてはじめて明確になったものである。そしてプロイセン国法が、その概念を一般に承認するにいたり、19世紀のドイツ諸国法もまた、そ

れを展開するにいたった由である (Vgl. Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Bd. 1930, S. 355ff)。

- 2) Zitiert, Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965, S. 6 und vgl. ibid., Anm. 6.
- 3) Jescheck, ibid., S. 6f.
- 4) Binding, Die Normen, 2. Bd. S. 104ff.
- 5) M. E. Mayer, Lehrbuch, Allg. Teil, 2. Aufl., 1923, S. 242, ders., Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 137ff.
- 6) Finger, Österreichisches Strafrecht, 3. Aufl., 1912, 2. Bd. S. 401.
- 7) Zitiert, Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, 1961, S. 160f.
- 8) ドイツ刑法第59条第2項は、「本規定は、過失によってなされた行為の処罰に際して、行為者の不知自体が過失によって引き起されたものでないかぎり適用される」とし、1932年のポーランド刑法第14条第2項は、「過失による犯行とは、行為者が犯罪事実の可能性を予見しておったが、それを避けることができるであろうと信じた場合、それにまた、行為者が犯罪事実、あるいは、行為の可能性を予見しなかったが、それを予見しえたし、予見しなければならなかった場合である」としており、さらにまた、イタリア刑法第42条第2項、スイス刑法第18条第2項および1951年のユーゴスラビア刑法第7条第3項などにも、過失の概念規定がみられる。なお1962年の西ドイツ刑法草案第18条は「過失および軽率」の項目において過失の概念を規定している。その第1項は、「過失行為者とは、行為者が事情上および人的関係上払うべき義務があり、かつ、払う能力のあるところの注意を怠り、その結果、自己が法律的構成要件を実現することを認識しない者をいう」とし、第2項では、「なお過失行為者とは、自己が法律的構成要件を実現することは可能であると考えておったが、それを実現しないであろうと信頼したことに義務の違反があり、かつ、非難のある者の行為をもいう」として、また第3項は、「軽率な行為者とは、重大な過失によって行為する者をいう」と規定しており、さらにまた、1965年12月の東ドイツの刑法草案では、4ヶ条6項目の詳細な過失の概念規定が置かれている。これに反して、わが刑法第38条第1項但書は、過失によって行為する者を罰するのは「法律に特別の規定ある場合」にかぎるとしてだけ規定し、何ら過失の概念決定に

は触れていない。このことは、改正刑法仮案および改正刑法準備草案においても同様である。外国ではフランス刑法典およびオーストリア刑法典がわが刑法典とほぼ同じ立場にある。

2. 認識のある過失

古くは、メルケル (1836~1896) は、過失の本質をもって意思の欠陥 (Willensfehler) ¹⁾ にあると考えていた。それではまず、認識のある過失 (die bewußte Fahrlässigkeit) の検討をメルケルの学説から進めてゆくことにしたい。

メルケルの過失概念は、まず、彼のいう「情緒的意思」(Willensstimmung) によって特色づけられると思う。彼によれば、その情緒的意思とは義務違反の意思決定、換言すると、行為者が具体的な事情のもとにおいて自己の精神力を合義務的に緊張させなかった欠陥のある意思をいうとし、そしてその際の義務違反とは、行為者に課せられていた倫理的あるいは法的義務 (注意義務) の違反をいうのであって、その義務をもって過失概念の本質的なものとするのであった。²⁾

このような思想からメルケルは、人間の行為の危険性を理解し、その危険性の認識の有無によって過失を二つに分けていたのである。すなわちその一は、認識のない過失ないしは軽率 (Unbedachtsamkeit), culpa levis であり、その二は、重要な過失 („Grobe“ Fahrlässigkeit), 傲慢 (冒瀆的) な行為 (Frevelhaftigkeit), luxuria, culpa lata である。その二の過失が、いわゆる認識のある過失であるが、それをもってより重い形式 (Art) の過失であるとし、そこから「行為者が自己の行為あるいは少なくともそれに附随した諸行為の危険性を認識していたが、行為の際にその結果発生を考えていなかった場合をいう」と定義していた。³⁾

メルケルは、過失行為の概念においては、故意のように倫理的法的な点で中立的地位 (neutrale Stellung) が認められないことを正しく示唆し

ていたが、認識のある過失の非難に価する心理状態を行為の危険性にのみ理解するという大きな誤謬をおかしていた。

これに対して、ビンディングは、過失においても心理学的にはないが法的には、故意と同じように結果に関する心理状態があるとし、過失を「認識のない意欲」でもって説明していた⁴⁾。しかしながら、こうした思想を徹底すると、認識のある過失は故意概念に包含されることにもなる。それゆえに、認識のある過失は純粹な責任、すなわち本来故意といわれるものの一形式であると主張したコールラウシュの学説にもそれ相当の根拠があった。

コールラウシュによれば、認識のある過失においては、責任はただ構成要件的结果の侵害にだけでなく、ただその危殆化に係づけられてるにすぎない。すなわちその危殆化が、認識のある過失においては意欲の表象要素 (Vorstellungsbestandteilen des Wollens) の一部を成している。そしてその意欲された表象が法によって禁止されていたので、行為者がそれをおこなった場合には「有責に」(schuldhaft) 為したといわれるのである。しかも行為者は、侵害の禁止 (Verletzungsverbot) にではなく、危殆化の禁止 (Gefährdungsverbot) を有責に犯したのである。ところが、過失に惹起した結果を処罰している規定は危殆化の禁止である。すなわち、認識のある過失において本質的なものは、危殆的故意 (Gefährdungsvorsatz) である。したがって、認識のある過失は結果によって構成される故意の危殆犯である。ここにおいては、結果の発生は構成要件のメルクマールではなくて、可罰の条件であるというのである⁵⁾。

このようにコールラウシュが、認識のある過失における責任を客体に対する故意の危殆化にみていたため認識のある過失と危殆的故意と同一視することになったのであったが、これに反して、ミッテルマイヤーは、結果の可能性を表象したにもかかわらず義務に違反して行なうものだけが常に客体の危殆化を認識しているといえるのではないとし、かえって、行為者

が表象した可能性はほとんどないのであるという思想をもって甘んじうるとするのである。この点において認識のある過失と危殆的故意との区別が存在すると解している。⁶⁾それにシュトリウムによると、認識のある過失と危殆的故意とが心理的關係において一致するとしても、前者においては、その責任非難は「心的状態」(Seelenzustand)に結びつかないで、とにかく、危殆的表象(Gefährdungsvorstellung)が「わずかばかりある」(zuwenig da ist)にすぎない。したがって、認識のある過失の本質は、表象した危殆と現実の危殆との不一致に存在するとして、両者を区別可能であるとしている。シュトリウムの主張に対して、エンギッシュは、シュトリウムは認識のある過失の根拠を „neckisch“ (複雑な)ものにみている。それに彼は、過失の本質をもって不知・愚行(Unwissenheit, Torheit)にあると主張した以前のものの考えにもどって把えたものであると指摘している。⁷⁾

なおタルノフスキーは、認識のある過失においてもまた、行為者による危殆化があるといえるのではあるが、認識のある過失の行為は、行為者が危殆的結果を惹起しようとしたから行われるのではなく、行為者が危殆的結果を肯定したにもかかわらず侵害の結果を回避しようと考えたから行われるのであるとして、両者を区別している。⁸⁾しかしエンギッシュはタルノフスキーに対しても、認識のある過失と危殆的故意とが同一であるという思想を論難するなんらの根拠をもちえない説明であるとしている。⁹⁾

さて、こうしたコールラウシュなどによって主張された認識のある過失と危殆的故意とを同一視する学説は、過失においても、故意と同様に積極的な意思的態度を求めんとした結論なのである。もちろんこのことは、シュトリウムや桂助教授(現木村教授)のように、過失には全く結果の表象がないという学説に対しては正しい志向をもったものといえよう。¹⁰⁾しかし、この学説によると、およそ、認識のない過失の大部分が過失でないという結果になってしまう。

ところが、このような思想に対しては、最近シュレーダーが、「すべての過失は認識のない過失である」という命題から、認識のある過失の概念を否定している¹¹⁾。彼によると、認識のある過失とは、主として、認識のない過失に対して置かれるのであろう。すなわち認識のある過失とは、行為者が義務に違反して構成要件的結果を実現する場合、それを可能なものとして認識したが、義務に違反して自己の場合には決して不法な結果を惹起しないであろうと行為者が信じた場合を一般にはいうのであろう。けれども、このような認識のある過失は承認しえないのである。というのは、行為者が構成要件の結果実現の可能性を認識するときは、結局、その予見のもとに結果を回避することができる。その時には、行為者の考慮の段階において構成要件の結果を実現する具体的な可能性の認識が欠けている場合には、認識のない過失といわなければならないし、あるいは、行為者が自己の行為がよくてもわるくても結果をもたらしようとの意識があるにもかかわらず行為に出る決意をする。この場合には、決して過失ではなくて未必の故意といわなければならないからである¹²⁾。それゆえに、シュレーダーの説によると、他人の法益の侵害を意識的に賭けることは、それを意識的に侵害することと法上は等しい価値を持つのであり、したがって、違法な結果を表象したときは常にこれを避けるべき義務が生ずると¹³⁾いうのである。

シュレーダーの学説に対しては、構成要件的結果の実現意思が欠けているにもかかわらず未必の故意を認めることになる。そしてまた、構成要件の結果発生の可能性の認識があるにもかかわらず認識のない過失を認めることになるとの批判が可能である¹⁴⁾と思う。それゆえに、メッガーが認識のある過失には、過失にとって、本質的でないものが含まれている¹⁵⁾といい、ヘルムート・マイヤーが、いわゆる認識のある過失は決して過失の特別な形式を意味するものではなくて、それは丁度認識のない過失と同じように、過失の一般概念を実現する一形式であるにすぎない¹⁶⁾というものは、い

ずれもシュレーダーと同様の志向がうかがえるのであるが、シュレーダーに対する疑問に、とくべつ両者が答えているわけではない。

- 注 1) Vgl. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriff von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S.103.
- 2) Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S.108ff., auch vgl. Bubnoff, *ibid.*, S.108f.
- 3) Merkel-Liepmann, *ibid.*, S.113f., ペンディングによると, culpa lata は決して過失ではなくて故意であると解していた (Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil., 7. Aufl., 1907, S. 121. § 48. I)。
- 4) Vgl. Arthur Wegner, Strafrecht, Allg. Teil, 1951, S.178f., 不破・刑事責任論 156～160頁。井上・過失犯の構造 258～260 頁等々参照。
- 5) Zitiert, Kaufmann, *ibid.*, S.154.
- 6) Zitiert, Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 9. Aufl., 1934, S.180f. Anm. 6., Zustimmend, Binding, 'Die Normen, 4. Bd. S.468, No.40., und auch vgl. Hippe', *ibid.*, S. 365. Anm. 1.
- 7) Zitiert, Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S.403f.
- 8) Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausaltheorien für den Aufbau der Verbrechensbegriffs, 1929, S.230.
- 9) Engisch, *ibid.*, S.407f., この認識のある過失が、危殆的故意であるという思想は新しいものではない。それはすでに19世紀の初めの文献にみることができる。およそスチューベルに源を発し、その後、トーンによって主張され、近くは、ミリチカ、ミッテルマイヤー、クラウス等に見られたものである。この理論は法益侵害の可能性の危殆化を意味づける考慮から行われたもので、すなわち、危殆的故意とは結果発生を意図したものではないが、行為から結果の発生する危険性があることを知りつつその行為にでる場合で、一種の故意とみなされる。ごく簡単にいうと、法益侵害の可能性の認識をいうのであるらしい。エンギッシュによ

ると、危殆化とは侵害の可能性を意味するという見解は全く論難のないところであり、しかもそれは、正しい核心をもったものといえるとのべている (Engisch, *ibid.*, S. 401f.)。

- 10) 桂「故意と過失との限界について」刑法雑誌第5巻第4号549頁以下参照。Strum, *Die strafrechtliche Verschuldung*, 1902, S. 47.
- 11) Schröder, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 245., ebenso in Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, 13. Aufl., 1967, S. 456f., und auch vgl. Kaufmann, *ibid.*, S. 154f.
- 12) Schönke-Schröder, *ibid.*, S. 457.
- 13) 桂・前掲論文552～553頁参照。
- 14) Vgl. Kaufmann, *ibid.*, S. 155
- 15) Mezger, *Strafrecht*, 3. Aufl., Allg. Teil, 1949, S. 350, ebenso in Mezger-Blei, *Strafrecht I*, 12. Aufl., Allg. Teil, 1967, S. 213.
- 16) Hellmuth Mayer, *Strafrecht*, Allg. Teil, 1953, S. 272.

3. 認識のない過失

それでは、次に認識のない過失 (die unbewußte Fahrlässigkeit) の検討をすることにしたい。

アルフェルトによると、認識のない過失においては、行為者に少なくともある法益に対して向けられた危険性、換言すると、自己の行為の抽象的 (一般的) 危険性 (abstrakte od. generelle Gefahr) の認識がなければならぬと解していた。それは彼が、認識のない過失においては、行為者が具体的な結果についての表象を全く持っていないと解するのであるが、その表象をよびおこしうるだけの事情が潜んでいなければならないとい¹⁾うのである。

このような観念は、過失の本質をもって意思の欠缺にありとする意思責任 (Willensschuld) の立場から、認識のない過失においても、そこにな²⁾んらかの意思を認めんとする志向をもったものであった。ところが、その学説は妥当なものであるとはいえなかった。というのは、具体的な結果に

ついて全く表象を持ちえないものが、なぜに抽象的にでも結果に対して表象を持ちえたといえるのか、判明しないからである。³⁾

なお、ケーラーおよびミッテルマイヤーは、過失の責任非難は行為者が結果発生の可能性を認識することを前提とはしていないと解していた。というのは、彼らによると、このような前提を肯定すると認識のない過失の成立する余地がなくなるからというのである。そこで、ビンディングの有名な、つまり「意思によるすべての実現は意欲されたものである」というテーゼから、ビンディングが「意思は意欲されたものの表象から独立したものでなければならない」とか、「過失の多くの場合を基礎づけるところの『認識のない意思』にも意欲は存在する」とかの結論を演繹したところに⁴⁾にしたがって、一方ケーラーは、過失が成立するためには、認識のある過失たると認識のない過失たるとを問わず一定の警告的表象 (die warnende Vorstellung) を必要とすると解していた。そしてさらに、ケーラーの学説によると、認識のない過失における責任は、緊急状態に置かれていない責任能力ある行為者が心理内の行為 (Willenshandlung) において、行為者が現実に企だてた行為の結果としての法益に対する危殆化をよく検討するということの刺激を意識的に抑圧したところにあるというのである。たとえば、ある母親が毒の入ったビンを置いたままにしていたところ、その後で彼女の子供がやって来て、それを飲んで死んだような場合、その母親に対する責任は毒の入ったビンを怠惰からしまっておかなかったからという警告的表象にあるのであって、すぐに子供がビンのそばにやってくるという可能性についての表象は必要でないというのである。⁵⁾ このようにケーラーは、認識のない過失の根拠の多くは侵害行為以前に存する意識的に義務に違反した具体的活動に求めんと解するのであった。

ところが、ケーラーの学説に対しては、ウェルツェルはケーラーと類似の例を引用して、すなわちある婦人が腐蝕性の液体を入れた容器を使った後でしまい忘れ、そのために彼女の子供がケガをしたような場合には、そ

の婦人が、保護義務がなお存在しているときに、前以って保護を忘れないように十分な注意をつくさなかったということでその婦人を非難する。事実、その婦人の責任はこの点にあるかもしれない。しかしながら、その婦人が非常に軽率であったので、容器をそこにおいたときにも、その後の結果についてはまったく考えおよばなかった場合にはどうであろうかとの疑問を提出している。⁶⁾ それにアルトール・カウフマンは、こうした抑圧動作 (Verdrängungsact) は認識のない過失のあらゆる場合にはほとんどみられないし、なかんずく忘却犯 (Vergeßlichkeitsdelikt) においては、しばしば行為者はまったく悪い結果を考えていなかったものであり、それゆえにまた、警告的表象すらなかったのであると論じている。⁷⁾ ケーラーと同様の学説としては、エンゲルマンによっても主張され、その後、両者の思想はメッガーに受け継がれている。⁸⁾

ところで、他方ミッテルマイヤーの学説によると、過失においては行為者の積極的心理的な関係を法的に重要な結果の中にみいださなければならぬと考え、その関係とは、表象された因果関係の認容 (Billigung der vorgestellten Kausalität) に存在するというのである。ミッテルマイヤーは、コールラウシュやトーンが認識のない過失を責任形式として認めず認識のある過失と危殆的故意とを混同していたのに対して、認識のない過失についてもなんらかの意欲を発見し、それに責任をみいだそうと企てた。すなわち、具体的な事情が行為者をして、注意深くして用心すること、あるいは、行為にでないこと (zur Aufmerksamkeit und Sorgfalt oder zur Unterlassung) を警告しているような場合、その具体的事情を表象しつつ行為する者は、その因果関係を認容したものであって、そこからまた、危険性の認容あるいは意欲の存在を導き出しうるというのである。したがって、認識のない過失においては、義務感情 (Pflichtgefühl) に影響を及ぼすことができたし、呼び起こさなければならなかった事実上の表象にその責任非難が存在するというのである。⁹⁾ このようにミッテルマ

イヤーは、義務感情が人間の連想作用を刺激して危険性を認識せしめることを強調するのである。¹⁰⁾そしてここにこそ、過失責任の本質を探究せんと試みるのであった。ミッテルマイヤーに対する批判としては、フィッシャーは外界の環境が決してその危険性に認められないような場合、外界の事情の単なる表象をどうして義務感情となしえたか理解しがたいといっている。¹¹⁾井上教授もまた、侵害の危険性について、何等の表象をもともなわないう以上、「危険性の意欲」の存在ということは肯定しえないとし、さらに義務感情に対しても疑問を抱いておられる。¹²⁾

このようなケーラー、ミッテルマイヤーの学説に反しては、たとえばカデッカは、認識のない過失には意思の欠缺が基礎となっていることを論証した。ところが、それは悪い意思の現存にではなくて、良い意思の欠缺(Fehlen des guten Willens)にあると解するのであった。このような思想は、認識のない過失行為者の責任は「消極的な悪い意思」に帰因するというクラインに逆のぼり、その後、ビルクマイヤーによっても基礎づけられ、カデッカの主張になった理論である。しかし、このような「消極的な悪い意思」については、「一つの幻想」(ein Phantom)であるというエクスナーの論述があるけれども、この思想について簡明にふれておくことにしよう。¹³⁾

カデッカによると、認識のない過失は、一つの意思の欠缺に基づいている。しかもそれは、悪い意思の現存にではなく良い意思の欠缺にある。すなわち、人をゆえなく傷つけはしないと考えていた人は、究極には、侵害の可能性を考えている。したがって、この可能性によりその行為を中断する決意をする。この考えおよび決意が過失行為者の意識内に生じなかったということは一つの意思の欠缺といえる。換言すると、違法な結果を避けるために必要な能力および注意を緊張せしむるというよい故意が欠けている。そしてその欠缺は、決して積極的なものではなく消極的なものといわなければならないとのべていた。⁴¹⁾

ところが、このような学説に対しては次の批判が可能である。すなわち、良い意思の欠缺ということは、現存する意思の欠缺にではなく現存しないものの期待された意思、つまり純粹に消極的なもの (reines Negativum) にあるということになろう。しかし、責任は一の否定 (eine Negation) には存しえないで、むしろ、ある現実存在するものにある。それゆえにそれは、行為の結果に対する積極的關係に存在しなければならない。¹⁵⁾ さらにまた、このようなよい故意を欠いたからといってあらゆる場合に消極的な悪い意思、つまり過失があると考えるのは、まさに合理的とはいえないであろう。

そこで、このような思想に反しては、積極的な悪い意思 (positiv böser Wille) にのみ認識のない過失の刑事責任の根拠を見いださんとした学説は、とにかく過失の行為にも、故意と同様に結果に関する積極的關係がなければならないという結論を導びくことになった。たしかに、ガリイナ、コールラウシュ、バウムガルテン、ゲルマン、アルト、ール・カウフマンなどによって主張された認識のない過失の否定説は、こうした結論の一つの現われである。¹⁶⁾

すなわち、ゲルマンによると、過失は決して故意とは別の、昔から承認されてきた刑法的責任の形式ではない。というのは、過失においては、構成要件的结果に対する行為者の積極的心理的關係が全く欠けているからである。ところが、この積極的心理的關係こそが責任非難の根拠を形成するものである。したがって、人は過失をもって「義務に違反した不注意」で行為者に非難をなすことができる。しかし過失には、構成要件的结果に関する積極的心理的關係を認めることができないので責任があるとはいえない。¹⁷⁾ このような観念からゲルマンは、過失をまったく責任形式から取り去ってしまおうとしたのであった。

この学説は、故意と意欲をを同一視する伝統的な思想にとらわれすぎた結果であり、とにかく、このような思想は、過失も故意と同様な心理的要

素がなければならないという前提それ自体が維持しえないことを証明しえ
たにすぎない。それゆえに、責任から過失を取り除いても現実には過失と
いう現象がありうるのであるから、ゲルマンの見解はなんら過失概念の問
題解決にはならない思想であると思う。

注 1) Allfeld, *ibid.*, S.181f.

2) Vgl. Arthur Wegner, *ibid.*, S.176ff.

3) Vgl. Hippel, *ibid.*, S.359f.

4) Binding, *Die Normen*, 2. Bd. S.104ff., 111., und auch
vgl. Kaufmann, *ibid.*, S.158.

5) Köhler, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 1917, S.274f.,
und vgl. Kaufmann, *ibid.*, S.159.

6) Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 9. Aufl., 1965, S.136 f.,
siehe auch, Rittler, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*,
Allg. Teil, 1954, S.215.

7) Kaufmann, *ibid.*, S.159., und vgl. Hippel, *ibid.*, S.374.
Anm. 1.

8) Zitiert, Kaufmann, *ibid.*, S.396f., エンゲルマンの見解について
は常に違法性についての錯誤が彼自身の、すなわち「法的注意義務」の
認識のある侵害にもとづいて問題とされていた。けれども、認識のない
過失は、現行法によると、非常にしばしば行為者が決して義務違反を認
識していない場合にもまた与えられる。過失行為において常に原因を義
務と考えるのは妥当でないし、またこのような刺激が存在するところ
では全く義務意識もまた事実上呼び起こされるということはいえないの
である。und vgl. zur Kritik an Engelman siehe Engisch, *ibid.*,
S.397f., und Fischer, *Das Vergessen als Fahrlässigkeit*, 1934,
S. 19.

9) Zitiert, Engisch, *ibid.*, S. 391 ff., und vgl. Kaufmann, *ibid.*,
S.159., なお, 井上・前掲262頁参照。

10) 井上・前掲262頁参照。

11) Fischer, *ibid.*, S.21f., und vgl. Kaufmann, *ibid.*, S.160.

12) 井上・前掲262～264頁

13) Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, S.74., siehe

- auch, Englisch, *ibid.*, S. 457f.
- 14) Kadečka, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, Zeitschrift, 59. Bd. 1940, S. 21f.
- 15) Kaufmann, *ibid.*, S. 160
- 16) Vgl. Hippel, *ibid.*, S. 371 und Anm. 6., Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 23. Aufl., 1921, S. 184. Anm. 1., Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil, 1926, S. 119. Anm. 3., Allfeld, *ibid.*, S. 163., Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seiner Grundzügen, 1955, S. 71., Englisch, *ibid.*, S. 459., Kaufmann, *ibid.*, S. 162f.
- 17) O. A. Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 88ff., und vgl. Rittler, *ibid.*, S. 216 und *ibid.*, Anm. 2.

4. む す び

以上において、わたくしは、責任形式として理解されてきた過失の概念を従来の学説から検討して、その論理的欠陥について明らかにしえたと思う。その場合、学説の羅列に終った観があるし、個々の学説についても深く触れなかったし、また必ずしもすべての原典に接していないなどの点から、全体として、ずいぶん不十分・不明瞭なものとなったと恐れている。

しかし、以上の検討の結果、過失の概念をもはや責任形式の一つとしては十分説明しえてないことを示しえたと考える。このことは、近年、過失の理論構成が急速に進歩してあたらしい理論の展開により論証されるにいたった。すなわち、過失の概念は、単に非難に価いする心理状態に関するものではなく、行為の客観的態様に関するものであり、その違法性ないしは構成要件要素として、重要な問題が開示されるようになった。例えば、こうしたことは、とくに目的的行為論の一つの帰結ということで、徹底した主張がなされていることは周知のところであろう。ここに、目的的行為論者の主張する過失の概念が、果して従来の伝統的学説に対して如何なる意義と価値をもちうるかが最も重要、かつ、検討すべき問題となるのであ

る。しかし、このことは、本稿の目的ではない。

そこで、最後にひとことだけ、目的的行為論者の見解に触れておくことにしたい。

ウェルツェルによると、過失犯も故意犯も同様に目的的行為であり、しかも、それらは、法的に形成された社会生活を法によっていろいろの方向へと関係づけている目的的行為の充実としての一面 (Ausschnitte) である。すなわち、故意犯の構成要件においては、行為意思が社会的に望ましくない結果 (sozial-unerwünschte Erfolge) に向けられるような目的的行為を意味するが、それに反して、過失犯の構成要件においては、行為者が起こらないことをあてにしたり、あるいは、発生を考えないで、社会的に望ましくない結果に関し、その実行が社会生活上必要な注意を侵害するような目的的行為を意味する。つまりそれは、目的的行為の具体的実行が、社会的に望ましくない結果の回避に向けられた基準的態度 (maßstäblichen, leitbildhaften Sozialverhalten) に関係的に置かれているのであって、それに一致していれば、適切で、注意にかなうものであり、したがって、合法であるが、それからはずれていれば、不適切で、不注意なものであり、したがって、違法であり、しかも、はずれる程度が大きくなればなるほど、それだけ、違法の程度も大きくなると論じている。¹⁾

それでは、過失の概念をどのように定義しているかをマウラッハにみると、「過失」の責任非難の根拠は、すべての非・故意の犯行において同じである。そして、行為者に非難があるとされるのは、行為者がある冒険的な(中略)行為を実行する際に、否認すべき結果を回避するために必要な目的的操作を、それが行為者に期待しえたにもかかわらず、行なわなかったからである。その場合の違法性の内容は、注意の重要な欠陥にある。このような注意の欠陥は二つの面 (Anknüpfungspunkte) を持っている。すなわち、それらは、結果の予見可能性とその回避可能性である。この点に基づいて、認識のある過失と認識のない過失とを区別する。すなわち、認

識のある過失とは、行為者が結果発生の可能性を予見したが、自己の目的的操作力の過大視 (Überschätzung seines finalen Steuerungsvermögens) および自己に課せられ可能であった注意義務の軽視 (Unterschätzung der ihm auferlegten und möglichen Sorgfaltspflicht) によって、その結果を回避することができると信じた場合をいうのである。これに反して、認識のない過失とは、行為者が自己に課せられ可能であった注意義務を知らなかったため結果発生の可能性を予見しえなかった場合をいうのである。つまり、認識のある過失は、行為者が結果発生の可能性を予見したにもかかわらず行なうという純然たる意思の欠陥 (ein reiner Willensmangel) にあるのに反して、認識のない過失は、行為者が自己の悟性力および意思力の不十分な緊張 (ungenugender Anspannung seiner Vorstandes-und Willenskräfte) のゆえに、その結果を予見しないで行なうという表象の欠陥および意思の欠陥 (ein Vorstellungs- und Willensmangel) にあるとし、しかも両者は、行為の義務違反という共通のメルクマールに帰着する点において過失という概念で統一されると定義している。²⁾

ところが、従来の学説においても、目的的行為論においても、過失の概念についての実質的關係は同じであるという見解が存する。しかし、目的的行為論の見解によると、過失の概念には、いささかも責任要素が混入してはならないはずである。したがって、この点をのみ考慮に入れても、従来の学説とは明らかに異なるといえよう。けだし、ここにおいては、問題の所在を示唆するだけに止めて、その解決を他日に譲ることとしたい。

さて、以上のことは、わが国においては、すでに以前から展開されていたといえるのであるが、わたくしの知るかぎりでは、従来の学説を体系的に批判・克服して論じたものはほとんどなかったといってよいと思う。かかる意味において、いささかでも過失の概念の問題解明に寄与しうれば望外の幸せである。

- 注 1) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10 Aufl., Allg. Teil, 1967,
S.124f.
- 2) Maurach, Deutsches Strafrecht, 3. Aufl., Allg. Teil, 1965,
S.455f.