

## ＜紹 介＞

# ヘルマン・ミュールハウス著『判例および学説に おける過失—とくに道路交通法を中心として—』

花 井 哲 也

Dr. Hermann Mühlhaus

Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre,  
Unter besonderer Berücksichtigung des Strassenverkehrsrechts, 1967

## I

現在、過失犯の解釈論に課された課題にはいろいろあるだろう。その一つとして、交通事故の問題は大きな課題である。本書は、とくに道路交通法を中心として、交通事故の問題に対する過失犯の体系的解明をこころみたものである。

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。たとえば、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やや詳細に規定している。その第1項は、「過失行為者とは、行為者が事情上および個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いたが、それを実現しないであろうと信じ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、さらに第3項には、「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」と規定している。そのほか、1939年のポーランド刑法第14条第2項、イタリア刑法第42条第2項、スイス刑法第18条第2項、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。さらに、1965年12月の東ドイツ刑法草案によると、4ヶ条6項目のかなり詳細な過失の概念規定が置かれている。このことは、おそらく、過失概念における法的安定性と法的明確性などの要請に応えんとするものであろう。しかしながら、過失の概念内容については、いぜんとして、判例と学説にゆだねられていることにおいては、従来とかわりがない。そこで、われわれは、過失犯を解明するには、やはり、判例と学説両者の検討をおこたってはならない。そうすることに

よってはじめ、過失犯に対処すべく、既成理論をダイナミックに活用することができるとともに、事態に応じた新しい観点・新しい物の考え方の基礎が提供されるのである。ここにあって、本書を紹介する意義と目的があると考えている。

本書は、A. 過失の概念ないしは本質、B. 過失結果犯における構成要件・違法性および責任、C. 主観的義務違反、責任能力、D. 過失結果犯における予見可能性、E. むすび、F. 文献から成る。そして、いずれの部においても、細かく章・節に分けられ、逐次、その内容や意義が説明されている。概して、本書は、著者の理論的主張を展開したものではなく、いわゆる交通刑法ともいべき分野において、判例を駆使しながら、犯罪論の概説をこころみたものである。しかしながら、本書は、ドイツにおける判例・学説の過失に関する動向を知るのに好個のものであると同時に、その論述の中にも、なお、現代的な課題となっている諸種の問題にたいへん示唆的な見解を述べている点も多い。著者ミュールハウスは高等裁判所裁判官(Oberstlandesgerichtsrat)であるが、その業績としては、DAR(Deutsches Autorrecht)の雑誌に„Voraussehbarkeit beim fahrlässigen Erfolgsdelikt“と„Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld im fahrlässigen Erfolgsdelikt“という論文がみられる。そして、最近には、„Strassenverkehrsordnung,“ 1969, 1971の注釈書を出版している。

それでは、以下において、わたくしの理解しえた限りにおける本書の紹介をして、その責任を果たすことにしたい。ただし、部分部分の微細な紹介は割愛することにし、二・三の重点的な論述に限定することにした。いうまでもなく、わたくしの思いがけない誤解があるであろう、大かたの諸家のご叱正を賜うれば幸いである。

## II

過失は、学説上、故意が一般的、かつ、重い責任形式であるのに対して、例外的な責任形式(ausnahmsweise Schuldform)であるが、それは、犯罪(Verbrechen)・軽罪(Vergehen)および違警罪(Übertretung)に、その適用範囲をもっている。そして、過失犯は法律に明示的に規定されているばあい、あるいは、少なくとも立法者の真意が諸規定の脈絡から、あるいは、規定の意義や目的から確実に明らかであるばあいにだけ処罰される。道交法(StVG)第21条によって処罰しうる交通違反(Verkehrsübertretung)については、判決によると、過失を犯すおこない(fahrlässige Begehungsweise)で十分である。これは、他人に殺傷などの結果を生ぜしめなかったばあいでも処罰できる形式犯をいうのであろう。このような事態は過失犯の激増という実際の意義から拡充されつつある。

ところで、責任は、19世紀においては、純粹な心理的責任概念、つまり、行為に対する行為者の心理的關係として、純粹に内部的心理的事象として考えられた。すなわち、過失責任についていえば、行為者は犯罪事実の実現を意欲しなかったが、それを回避しなければならなかった責任の形式を意味していた。ところが、周知のように、フランク以来、心理的責任概念に対して規範的責任概念が確立された。ここでは、ローゼンフェルトの表現をかりれば、責任の実体は、『行為者の頭から第三者の頭へ移行する』ことになったのである。すなわち、責任は、行為の非難可能性、つまり行為のゆえに行為者に対して社会（現代）がなすところの非難とされるにいたった。そうはいっても、行為に対する行為者の心理的關係が重要なモメントであることには変わりがない。すなわち、過失についていえば、非難しうべき不認識、あるいは、正規の態度をとるべき義務の輕視などが明らかにされたのである。著者は、このような責任をもって、犯行から行為者の人的非難を根拠づける諸前提の総体として考えている。

つぎに、著者は、過失の概念について、民法第276条には、「過失とは、取引上必要なる注意を怠ったものの行為である」との注意義務についての客觀的基準が規定されているが、刑法には、こうした過失認定の基準が規定されていない。それゆえに、過失の概念については、もっぱら判例と学説にゆだねられてきたとしている。このことは、全くわが国でも、事情は同じである。今日まで、通説となっているライヒ裁判所の見解によれば、「過失とは、事情上および個人的知見ないし能力上、義務があり、かつ、義務とすることができたところの注意を怠り、よって、その結果を合義務的な注意に出て予見しえたのに予見しなかった（認識なき過失）、あるいは、その結果発生を可能なものと考えたが、発生することはないであろうと信じた（認識ある過失）者の行為をいう」と定義づけられている。以上のことから明らかなように、過失の非難は、行為者が一般的、かつ、客觀的基準にしたがって判断された注意義務に違反したこと、および、行為者がそれを順守しうる状態にあったことを前提とすると著者はのべている。

故意に対する過失の關係は、責任の場面でのみ區別されるものではない。すなわち、過失は、故意に対して決して単に少ないもの（minus）ではなく、むしろ、それは何か原理的に別個のもの（aliud）である。したがって、故意が論証しえないばあい、ただちに過失が認定されるということにはならない。しかしながら、故意か過失かの判断に疑問があるようなばあいには、法倫理的・心理学的に両者の相似性が欠けているので、疑わしきは被告人の利益に（in Zweifel für den Angeklagten）の原則にしたがって、過失をもって判断するのが妥当であろうとのべている。そして、

認識ある過失と条件付故意との関係については、著者は、認容説をとっている。以上、故意に対する過失の関係については、著者は、両者の本質的差異を認めながらも、個々の犯罪の性質あるいは犯罪規定の目的などによって、両者を決定する場面をも考えている。しかし、こうしたことは、裁判官の恣意を許すというのではなく、あくまでも裁判官は法規の意義や目的によってコントロールされんとする。したがって、立法者は、刑罰規定において、こうしたことを認識しうるようにしておく必要があるというのである。

行為論について、現下の刑法学界は、論争のあるところであるが、著者は、「行為とは、意思によって担われた人の行為である」と定義し、作為・不作為をも含めて行為と解している。そして、現在の刑法学界の最大の関心事である目的的行为論に対して、著者は、目的的行为論者は行為の意思内容（目的）を行為概念にとり入れようとするのであるが、こうした考えは、ドイツ刑法典の犯罪構成にはほとんど一致しえないものであり、いまわたくしが論じている過失犯には調和しがたいいろいろの難点があるとして批判的見解をみせている。

違法性については、著者は、ライヒ裁判所 1927 年 3 月 11 日の判決および 1925 年の刑法草案に対する改正刑法第 20 条などは実質的違法性論を打ち出したものとして評価している。そして、違法性は行為者についてではなく行為についての評価であり、その基準は、全法秩序にあると解している。もちろん、この点は現在の通説である。そして、構成要件の実現に関して違法性の推定機能を考えており、その推定を否定するためには、正当化事由が必要であるとする。そのばあい、挙証責任について、民事訴訟法では、被害者は損害行為とその結果を証明し、加害者は正当化事由を証明しなければならないという分配が明確化されているが、刑法では、こうした分配が規定されていない。そこで、ここでも被告人にとっては、疑わしきは被告人の利益にという原則にしたがって、被告人の態度の違法であることの事実を実証しなければならないとのべている。

### III

今日、一般に、刑法理論に定着しつつある許された危険（Das erlaubte Risiko）についても論じている。もちろん、最近キツナプフェルやレーベルクなどの批判的主張が展開されてはいるが、著者は、従来の責任の枠内だけで過失が考えられてきたことに対して、正しい方向をもつものとして、この理論に好意的である。その論述を数多くのライヒ裁判所および連邦裁判所などの判決を掲げて説明している。こうした思想は、正規の態度は、責任のみならず違法性をも阻却するという正しい見解

の主張であり、とくに道交法においては、注意義務の大はばな客観化 (Objektivierung) への道が開拓されることになったとしている。また著者は、本来、過失の体系的説明は、客観的に命ぜられた注意義務違反についての人格的非難可能性および行為者に対する結果の予見可能性を限定することではなければならないとしている。そして、過失結果犯の因果関係については、二つの面から論じている。すなわち、その一は、行為者の態度が形而上学的意義 (im philosophischen Sinn) において、結果に対する原因であったか否かの検討であり、それが肯定されたばあい、つぎに、その結果が一定の義務違反 (Pflichtenverstoss) によって惹起されたか否かの検討がなされなければならない。すなわち、過失の因果関係は結果プラス過失ではなく、過失による結果 (Erfolg durch Fahrlässigkeit) を明らかにすることであると主張している。したがって、結果に対する義務違反が原因となっていないばあいには、行為の構成要件該当性が阻却されるというのである。それゆえに、過失の結果犯においては、禁ぜられた結果が過失の違反によって惹起されたか否かは、違法性あるいは責任の問題ではなく構成要件該当性の問題なのであるというのである。このことは、構成要件の主観的違法要素としての過失を考え、その過失をもって、義務違反の確定に結びつけて考えていこうとする目的的行為論者の見解に接近した結論と思われる。

つぎに、わが国においては、かねてから西原教授のご研究によって紹介され、今日では広く知られるようになった信頼の原則 (Vertrauensgrundsatz) について、たいへん興味ある論述がみられる。それは、信頼の原則と制御運転 (defensives Fahren) との論述である。

自動車運転者は、今日では、他人の交通関与者のあらゆる不適切で、かつ、社会的に違反した態度を考慮しなくてもよいようになった。しかし、こうした、道交法全体を支配する信頼の原則は、行為者自身、規則にかなって運転しているという前提があってのことである。したがって、信頼の原則は信頼した者が——たとえ客観的に責任のないばあいでも——交通規則に違反しているばあいには、決して適用されない。そこで、自動車運転者は、信頼の原則によって支配された交通状態においては、当該交通違反をしないことを第三者に信頼してもよいというのである。したがって、自動車運転者は、他人の可能ではあるがあまりそうもないミス等を等閑に付して自動車を運転してもよいのである。こうした信頼の原則は、理論的には、道路交通における許された危険と禁ぜられた危険 (erlaubtes und verbotenes Risiko) との限界を決定するものである。ところで、制御運転は、許された危険と禁ぜられた危険との限界に関して信頼の原則と異った主張をもつものである。ヴィマーがUSAで展開されている概念に基づいて唱導するにいたった見解であるらしい。

ヴィマーによると、許された『信頼の運転』(zugelassenes „Vertrauensfahren“)は、一つの危険な行為である。もちろん、それは、『社会的に正当なる危険行為』(„verkehrsrichtige Gefahrhandlungen“)ではある。しかしながら、その危険性が許容されているわけではあるが、抽象的にみれば、やはり危険な行為であることには変わりがない。そこで、ヴィマーによると、こうした行為を合法的なものとしではなく、法的アンビバレントなものとして (als rechtlich ambivalent) 考えていこうとする。つまり、その行為は、社会的に正当性をもっているから違法ではないが、それでも第三者に対する脅威ないしは侵害が予想されるがゆえになお合法的なものだともいえないというのである。要するに、第三者が交通違反の態度にでそうであり、あるいは、そうした交通違反の態度をつづけてきそうだという交通上よくある可能性が発生したようなばあいには、こうした抽象的な危険に基づいて、その予想される発展をあらかじめ予防しなければならないであろうというのである。ヴィマーによれば、制御運転の実体として、いわゆる『模範運転』(Vorschriftsfahren)、すなわち、客観的に命ぜられた注意義務の厳守を考えており、しかも、過度の予見を要求しているもののようである。こうした見解に基づいて彼は「交通におけるあらゆる危険な態度も、また、たとえそれが交通規則に違反していないとしても、正に禁ぜられている」という法律上の原則をおしすすめているのである。けっきょく、ヴィマーは、規則運転を超越した制御運転方法への『刑罰鎧装なき法的義務』(„Rechtspflicht ohne Strafbewehrung“)を提案するのであるらしい。そしてヴィマーは、新しい道交法の前文に、あらゆる交通関係者は、本法令の諸規定を、常時順守さえすれば、摩擦のない安全な交通が可能となる。その他に、交通規則を順守するだけではなく、交通によって生ずるあらゆる危険な作為・不作為は思いとどまらなければならない」という旨を掲げるべきだというのである。こうしたヴィマーの主張に対して、著者は、事故防止のために貢献しようとの努力を高く評価しつつも、消極的な態度を示している。すなわち、この見解は、客観的注意義務の順守を超越しているものであり、刑法における責任を偶然の結果にまで拡張するものである。そして、そのばあいの義務違反は違警罪の犯罪すらも構成しないばあいが多いのに、それを刑罰をもって防御する必要はない。理論的に考えても、個人的態度準則 (persönlicher Verhaltensmaxime) としての制御運転と法原則としての制御運転とは明らかに区別すべきである。法の任務は、許された危険と禁ぜられた危険とを明確に限定すること、あらゆる交通事態における交通関係者の諸権利と諸義務を正確に確定すること、あらゆる同じような事故においては、完全に一致した結論にいたるようにすることにある。しかるに、制御運転の原則といえども、そうしたこと

をなんら変えてはならない。したがって、裁判官は、ある挙動が規則にかなっていたかどうか、行為者が命ぜられた注意義務を完うしたか、あるいは、しなかったかどうかに基づいてのみそうしたことを決定することが可能なのである。したがって、制御運転の原則は、判決においては、信頼の原則が個々の領域で制限されるときにかぎって、それが問題とされることがあろう。しかし、そのために、合法と不法との明確な限界を曖昧なものとするようなことが決してあってはならない。要するに、それは、過失犯の構造においては、固有の違法要素あるいは責任要素としては全く根拠のないものといわなければならないと批判している。しかしながら、わが国においては、もっぱら信頼の原則だけがはなばなしく輸入され、その理論的側面、つまり、この原則の体系的地位や過失概念におけるいかなる構成要素となるものであるかなどが、いまだ十分に検討されていないままに、実際的要求に応じて、大勢に影響を与えているが、本原則の生みの親であり、育ての親であるドイツにおいては、本原則とは全く逆の動きもあることは、ぜひわが国においても反省し、検討を怠ってはならないところであろう。

#### IV

注意義務については、それが本人を標準とするか、一般人を標準とするかの論争のあるところである。これに対して、著者は、行為者が具体的事情において、ついやさなければならない注意の基準は標準的あるいは平均的基準によってではなく、もっぱら本人の見識力ないし能力によって決定されるものとしている。すなわち、行為者は、注意について一般に必要とされる基準におよばなかったとしても、彼が個人的に可能であるところのものだけは、果さなければならない。また、行為者は、平均人より判断力が豊富で、かつ、賢明あるいは明敏であるばあいには、平均(人)以上の注意を果さなければならない。そもそも、主観的能力は、ある態度が禁ぜられた危険の許容量を限定し、かつ、行態の違法性を決定する客観的に命ぜられた注意義務の枠内を逸脱したときにはじめて問題とされる。それゆえに、客観的な注意義務は行為者の責任の上限をなすというのである。こうした考えは、道路交通について、判例が、注意義務をますます客観化する傾向に進んでおり、よって、本人の主観的欠陥を引き合いに出すことなど全く例外的状態となりつつあるという著者の認識が背景にうかがえる。

さいごに、予見可能性 (Voraussehbarkeit) の問題については、数多くの判例・学説を列挙して、詳細な理論を展開している。しかし、けっきょく予見可能性の問題は、ほとんど法原則に基づいていないという結論に到達している、すなわち、判例

によって明らかな原則が確立されているわけでもないし、かつ、ばあいによっては、裁判官の全く主観的な一方的評価だとの、印象をよびおこす結果ともなっている。それゆえに著者は、予見可能性の具体的事例において、支持しえない不つりあいが生じないためには、その決定的なポイントが義務違反の危険性および惹起した結果すなわち発生した事故にあるとせざるをえないであろうと論じている。

以上において、著者は、過失行為の可罰性を規定し、なおかつ、過失結果犯を是認している現行法を解明したわけである。その結論は、過失行為の可罰性は、将来においても、決して放棄されることはないであろうということである。しかも、法は欠陥のある行態を確定し、かつ、明確にすることだけで満足するものではなく、それになお、法は欠陥のある行態を避けるように、人間の意思の緊張を要請するものでなければならない。さらにまた、法は科刑というものを通じて、こうした緊張を強制しようとするものでなければならない。人間が怠惰であったがゆえに犯してしまったであろう過失を、相当な意思の緊張によってその避ける能力があるということは生活経験が教えるところである。人間は禁ぜられた行為をなすことも、なさないこともできるという点で意思の自由があるとする思想は、刑法の基礎であり、それはまた、過失行為についても妥当しなければならない。ただ、過失結果犯の特殊な問題は、可罰性、あるいは、重罰が、結果の発生に左右されている、つまり、人間の意思とは関係のない宿命的な事実に関与されているということである。しかしながら、過失結果犯においてもまた、責任刑法の原理はつらぬかれなければならないとのべている。