

過失犯について

花井 哲也

1.

刑法第38条第1項は、「罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス」として、非・故意行為を処罰するのは、特別の規定があるばあいに限られる。非・故意行為すなわち故意のない行為とは過失行為であり、したがって、ここに故意行為の故意に対して非・故意行為の非・故意すなわち過失の概念が問題となる。過失について刑法典の規定は、「火ヲ失シテ」「過失ニ因リ」「重大ナル過失ニ因リ」「業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ」等の表現が用いられ、法典中には過失の定義は掲げられていない。そこで、刑法上、過失とはなにをいうのか、なにをいうべきであるのかが問題である。この問題の解明は学説および判例にゆだねられてきた。

伝統的な見解によれば、過失は、一般に、行為者の責任の問題だとされた。すなわち、過失とは、犯罪事実の発生を不注意により認識・予見しなかった心理状態をいい、それは、故意とともに犯罪の心理的・主観的要素であり、刑事責任の一つだとされた。その結果、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だといえるのかに注目された。単的にいえば、「不注意」という心理状態がいかなるものであるかに注目された。ところが、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¹⁾、過失を単に心理的事実だけだとすることが反省され、その結果、過失は責任だけの問題ではないことが自覚されることとなった。また、過失の心理的実体がはっきりしな

いために、過失責任の基礎づけでも十分な解決がなされていたわけではなかった。かえって、逆に過失は責任ではないとして刑法の領域から排除しようという主張もあった。もっとも、最近でも、アルトゥール・カウフマンは、彼の「責任原理」という書物の中で、過失（認識のない過失）を責任ではないとして刑法の領域から排除しようとしている²⁾。わが国でも、沢登佳人教授は「すべての過失は認識ある過失である」というテーゼから、カウフマンと同じ結論を引き出している³⁾。これらの主張は、なにも奇異な主張ではなく、もっと以前にコールラッシュが「故意と呼ばれているところのものと一致する責任形式だけが存在する」と主張していたものを承継したにすぎない⁴⁾。ドイツでは、古くアルメンディンゲン、そしてゲルマン、ブッシュ、バウムガルテンおよびガリィナーなどが同旨の見解を表明していたし⁵⁾、またメッガーやその他多数の学者が⁶⁾ この見解に傾いていた。さらに、アメリカのジェローム・ホールも同様の主張を展開している⁷⁾。

しかし、こうした諸見解は正当ではない。たとえば、アルトゥール・カウフマンは「行為者はつねに社会侵害性の意識をもたなければならない」と解するゆえに⁸⁾、はじめから「認識のない過失」は彼の念頭に置かれていない。カウフマンの見解が、故意犯は別論として、過失犯に妥当しないことはあきらかである。なぜならば、ある態度は、行為者がその違法性（カウフマンのいう社会侵害性）を意識することができたであろうというばあいにおいても行為者に対する責任非難は可能だからである⁹⁾。要するに、伝統的な見解は、過失を余り一方的に責任の問題に集中したために、改めて過失とはなにか、について反省が加えられるようになった。また最近において、目的的行為論の展開に伴って、学説の関心は、過失の構成要件該当性・違法性に注意が向けられるようになった。その結果、過失犯も、故意犯と同様に、構成要件該当性・違法性・責任のそれぞれの段階で検討の機会が与えられることになった。しかし、刑法学における犯罪論は、故

意犯を眼中において構成されてきたため、過失犯理論の新しい視野がそのままスムーズに犯罪論の中に定着しているわけではない。かえって、過失犯を眼中において構成された新しい理論が犯罪論の理論構成に再検討の機会を与えつつあるといえよう¹⁰⁾。

そこで、以下において、過失犯の構造について一通りの素描をしておこうとおもう。

注 1) 心理的責任論は、犯罪事実の認識または認識の可能性という心理的事実としての故意・過失が責任だと主張したのに対して規範的責任論は、責任はこうした意味の故意・過失につきるものではなく、非難可能性であり、他の適法行為をすることが可能であったにもかかわらずあえてその行為にでたばあいにはのみ責任を問うことが可能であると主張した。

2) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, S. 141f.

3) 沢登佳人「すべての過失は認識ある過失である」刑法と科学（法律編）植松博士還暦祝賀 321頁以下。同論文に対する阿部純二教授による通説の立場からの感想について、法律時法第44巻第14号（刑事法学の動き）176～8頁。シュレーダーは逆に「すべての過失は認識のない過失である」と主張している（Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 245., ebenso in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 14 Aufl., 1967, S. 490f）。

4) Kohlrausch, Die Schuld, in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, bei: Aschrott-Liszt, Bd. I, Allg. Teil, 1910, S. 197.

5) Almendingen, Über das kulpöse Verbrechen, 1802, S. 234f., Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 104, 110, 140f., Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949, S. 43. Anm. 56., Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913, S. 120f., Schw. ZStW, 34, S. 58ff., Galliner, Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden StGB, 1910, S. 18ff.

6) Mezger, Strafrecht, 1933, S. 355., ders., GS. 89, S. 254ff., Siehe die Nachweise der älteren Literatur bei Binding, Normen, IV, 1919. S. 312 Anm. 8.

7) Hall, General Principles of Criminal Law, 1947, pp. 215. and see, J. W. C. Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law 17Ed. 1958, pp.

33.

- 8) Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 143, 150, 163. und häufiger.
- 9) Vgl. Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, ZfRV, 1964, S. 41f.
- 10) 平野・刑法(総論) I, 190頁参照。

2.

そこで、過失犯の構造について、まず第1に過失犯の構成要件該当性を説明し、違法性・有責性という順序で説明しなければならない。しかし、紙数の関係上本稿では過失犯の構成要件該当性の説明をすることにしよう。

過失犯の構成要件該当性について、まずあきらかにしなければならないのは過失犯の構成要件ということの意味である。過失犯の構成要件は、「開かれた構成要件」ないし「補充を必要とする構成要件」であって、故意犯のように「閉じられた構成要件」ないし「完結した構成要件」ではないといわれる¹⁾。たとえば、刑法第210条は、「過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ……ニ処ス」として、人の死という結果惹起は明確に規定されているが、構成要件的行為内容は法律上規定されていないというのである。そこで、裁判官は、具体的なばあいについて、一般的な指導形象(ウェルツェルによれば、「社会生活上必要な注意を怠った者は、過失に行為するものである」と規定するドイツ民法第276条に、もっとも適切にのべられているという)にしたがって、いったいなにが構成要件的行為内容であるかを確定しなければならない。「閉じられた構成要件」にあっては構成要件の内容は網羅的に規定されており、したがって、構成要件の内容が実現されると、許容規範がなければ、行為の違法であることを意味するが、「開かれた構成要件」にあっては構成要件の内容は網羅的に規定されておらず、なるほど法令や規則が重要な判断資料になるが、それも決定的なものではない。したがって、構成要件該当性は違法性の徴表機能をもたず、裁判官の判断によって違法性の有無が決定されるというのである。

しかし、過失犯の構成要件は「開かれた構成要件」であろうか。というのは、「閉じられた構成要件」にあってもまた、許容規範がないばあいには直ちに構成要件該当行為をもって、違法とはいえないし、許容規範がないばあいでも法秩序全体の見地から具体的に裁判官の判断によって違法性の有無を決定すべきばあいも考えられないわけではないからである²⁾。たとえば、一厘事件を想起すれば、このことはあきらかであろう。その意味で、「開かれた構成要件」に対して「閉じられた構成要件」を立てることは妥当ではないであろう。また、平野教授によれば、過失犯の構成要件は「閉じられた構成要件」であって、「開かれた構成要件」ではないと主張されておられる³⁾。まことに傾聴すべき見解である。

そこで、つぎには、どのような行為が過失の構成要件を実現する行為、すなわち過失犯の構成要件該当の行為といえるかが問題となる⁴⁾。目的的行为論者によれば、過失行為はたとえば不注意で人を殺すことの認識を欠いた意思すなわち過失という意味内容を目的意識的に実現する過程に考えていこうとしている⁵⁾。こうした考えをもっともつき進んでおられるのが、わが国では内田教授であるように思われる。教授によれば、過失行為は不注意な目的的行为・意識的行為としてとらえられるといわれておられる⁶⁾。

ドイツにおいても、ストラーテンベルスは内田教授と同じ傾向にあるものようである⁷⁾。しかし、この見解は、過失犯の単純行為犯の説明には妥当するとしても、過失結果犯の説明には充分とはおもわれない。というのは、非・故意すなわち構成要件的结果を認識しないという主観的違法要素が無視されて、結局のところ、過失行為すなわち客観的不注意な行為とならざるをえないであろう。すると、構成要件的结果と過失行為との連関をスムーズにとらえることはかなり難しいとおもわれる。そこで、目的的行为論からは、福田教授のつぎのような説明がもっとも妥当であろう。いわく「客観的注意に違反した非故意の行為が、過失犯の構成要件における構成要件的行為すなわち過失行為である」と⁸⁾。しかし、福田教授の説明に

よってなお構成要件的結果と過失行為との架橋しがたいへだたりを感じないわけにはいかない。というのは、目的的行為論の主張する目的性は、一定の意欲された結果との関係が重要だからである⁹⁾。さもないと、あとは有意性という徴表が残るだけである。しかも、その一定の意欲された結果とは、構成要件的な結果たとえば人の死とか人の傷害とかでなければならぬはずである。しかるに、構成要件の結果以外の結果ないし法的に重要でない結果に行為概念の要素としての目的性を求めることについては、いぜんとして疑問が残るのである。たしかに、過失行為は、単に構成要件の結果に対して因果関係があるというだけのものではなく、不注意な非・故意行為であるが、それは、もっと正確には、構成要件の結果発生を軽視した不注意な非・故意行為、いいかえると、構成要件の結果発生の危険をもった不注意な非・故意行為だというべきであろう。問題意識はちがっていると思われるが、平野教授のつぎのような見解はたいへん示唆的である。いわく「過失行為は、……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、……たとえば、交叉点で30キロに減速すべきであるにもかかわらず、50キロで走行し、人を轢いたとしよう。この場合は、『30キロに減速する』という行為が基準行為であり、30キロに減速しなかったことが、この基準行為に反するから過失行為だというわけではない。この場合、50キロで走行することが、人を轢く実質的な危険のある行為であるから過失行為を構成するのである。いいかえると、30キロに減速しないという不作為ではなく、50キロで走るという作為が過失行為なのである」と¹⁰⁾。だがしかし、30キロに減速しないという不作為も過失行為を構成するのではなかろうか。このばあい、50キロで走行することは結果発生の「実質的で許されない危険」をもった行為であるにちがいない。だが、このことは、交叉点では、30キロに減速すべきであるにもかかわらず、減速しなかったという不作為を包含し、両者を一体として考えてはじめて過失行為が十全にとらえられるといわなければならない。あるいは、このばあいの、作為・

不作為は、相互に不可分的に結合したものであると考えるべきであろう。すなわち、交叉点で、30キロに減速すべきであるにもかかわらず、30キロに減速しないで、50キロで走行するという客観的注意に違反した非・故意行為に出て、人の死という構成要件的结果発生の危険を現実化するというのが過失行為でなければならない。要するに、不注意な非・故意行為がその背後において構成要件的结果発生の危険と結びつけられなければならない。

注 1) Welzel, deutsche Strafrecht, 10 Aufl., 1967, S. 126., ders., Des neue Bild., S. 32.

2) 木村・犯罪論の新構造(上) 96頁参照。

3) 平野「刑法の基礎(12)」法学セミナー No 132, 37頁参照。

4) 詳しくは、拙稿「過失犯の行為性」(1)判例時報No671, 14頁以下, (2)判例時報No675, 15頁以下, (3)判例時報, No 677 8頁以下, (4)判例時報 No 678, 11頁以下参照。

5) 木村「目的的行为論と刑法の解釈」研修200号, 25頁参照。

6) 内田「過失共同正犯論の反省—過失行為の構造を中心として—」刑法雑誌第15巻第2号256頁以下。なお内田「過失と共犯」総合判例研究叢書刑法(26)参照。団藤教授は、かような行為(不注意な目的的行为)はむしろ故意犯の構造をもつことになりはしないか、とされる(団藤「過失犯と人格責任論」日沖博士還暦祝賀 過失犯(1)74頁。これに対して内田教授は、しかし、直ちに故意犯と考えるのも妥当ではないであろう、といわれる(内田・前掲刑法雑誌論文266—7頁, 注19)。ただし、両教授は過失犯の本質的部分が行為の意識的部分にあるか無意識的部分にあるかについて基本的な違いがみられることに注意しなければならない。この点に関する論争としては、団藤・刑法綱要総論299頁。木村「過失の共同正犯」平野＝大塚＝福田編・判例演習(刑法総論)177頁以下。内田・過失と共犯142頁以下。団藤・前掲論文「過失犯と人格責任論」67頁以下。内田・前掲刑法雑誌論文251頁以下など。

7) Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil, I, 1971, S. 288ff.

8) 福田「過失犯の構造について」司法研修所論集1971—I, 43—4頁。

9) Welzel, Das neue Bild., S. 4 (福田＝大塚訳・目的的行为論序説5頁)。

10) 平野・刑法 I, 193—4頁。平野「過失犯の構造について」司法研修所

論集1972—Ⅰ， 3 頁以下参照。

3.

さて、過失犯が成立するためには、過失行為があっただけでは足りず、これによって結果が生じたことが必要である。しかも、過失犯の多くは結果犯であるので、構成要件要素として法益侵害の結果が必要である。過失は、一般に、行為者の責任の問題だとしていた伝統的見解においては、結果は過失犯の構成要件における唯一の要素であり、それと、なにらかの意思にもとづく身体の動静との因果関係だけが構成要件における問題だとされていたのである。もっとも、たとえばコールラッシュやブッシュは、責任非難の根拠を、結果の惹起にではなく、危険な（注意義務違反の）行為それ自体にあると主張していた¹⁾。また、カデッカのつぎのような主張は注目される。いわく「もし過失行為によって人を殺したり、傷つけたりしたら、軽罪のゆえに行為者は厳罰に処せられる。ところが、非常におこりそうな事故が運よく避けられたとすれば、行為者は無罪であるか、あるいは、せいぜい軽い違警罪で処罰されるにすぎない。二つの同じおこないは、一方は事故で、他方は過分な幸運となる。すると、国家社会の名目のもとに正義を完うすべきである裁判所において、二つの同じおこないは同じではないのである。いつも不運な人は刑務所に閉じこめられ、偶然にも運の良い人はめんどろがおきないのである」と²⁾。同時代のビェリング、パール、ミッテルマイヤー、フェルネックなどが同じ見解であった³⁾。それに、ドナーは、「責任の量はことさらに全くの思いがけない結果に依拠して考える必要はない」という見解を主張していた⁴⁾。イタリアにおいては、過失犯の結果惹起は構成要件のメルクマールではなく、可罰性の客観的条件と解されている⁵⁾。ヘルムート・マイヤーも、「たしかに、過失結果犯は、軽率それ自体が処罰されるのではなく、その軽率が不運だった人間だけが

処罰されるのである」といっているし⁶⁾、リチャード・ランゲは、侵害の発生は一つの「可罰性の条件」であるといっている⁷⁾。ポッケルマンおよびドレヒューも、過失における偶然のモメントを強調している⁸⁾。またウェルツェルもつぎのように主張している。いわく、「こうした注意違反の行為は……単純な交通違反、過失傷害罪あるいは過失致死罪あるいは……全く無罪となることがありうる。その可能性のすべては、実行の際における行為の中にそれがある」と⁹⁾。マウラッハ、マルチンおよびヴィマーはたえずこれらの見解に接近している¹⁰⁾。さらにまた、エクスナーおよびエンギッシュの二つの古典的な過失に関するモノグラフィーも、全くこうした立場にたっている¹¹⁾。

これらの諸見解から、過失犯にとっては、結果惹起が問題ではなく、欠陥のある行為 (fehlerhafte Handlung) が問題であるという過失犯理論の新しい視野がひらけてきたように思われる。福田教授は、最近の見解を適切につぎのように要約されておられる。いわく「法益侵害という結果は、まさにその行為遂行が不適切であったということ、すなわち客観的注意に違反していたことのゆえに発生したこと、いいかえれば、客観的注意に違反した行為が、法益侵害という結果に現実化したという意味において、構成要件要素となる。しかも、ある行為が不適切であったかどうか、すなわちその行為が注意義務あるいは客観的注意に違反していたかどうかということは、結果を惹起したかどうかにはかわりないのである」と¹²⁾。それは結局、「行為無価値」が処罰の対象となるのであって、「結果無価値」をまっぴらしてはじめて処罰の対象になるのではない。結果は、過失犯の本質的な要素ではなく、いわば処罰の条件にすぎないのであって、偶然の要素にすぎない、ということになるだろうか¹³⁾。こうした考え方は、ウェルツェルの主張するところでもある¹⁴⁾。しかし、これに対して平野教授は、ウェルツェルの見解を眼中において、つぎのように批判されておられる。いわく「過失犯において、結果は果して単なる処罰の条件にすぎないものであろうか。

過失は行為無価値を処罰するものであろうか。そうではあるまい。やはり違法に結果を発生させたこと、その結果無価値を処罰するものであろう。ただ、過失行為は、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『実質的で許されない危険』を持った行為であり、その危険の現実化として結果が発生したとき処罰するものだと思われる』と¹⁵⁾。ここで、われわれは、過失行為が構成要件的結果発生危険をもった不注意な非・故意行為であるというさきの定義を、もう一度ふりかえてみる必要がある。たしかに、法益侵害という結果が客観的注意に違反した行為によって惹起されたかどうかであって、単なる結果惹起という以上のものであるが、また、法益侵害という結果が実質的にその裏づけになっていることを否定することもできない。したがって、過失行為の違法性は結果無価値と行為無価値の複雑な結合にあると考えるべきであろう。それゆえに、どちらを本質的要素と考えるべきかとか、またはどちらか一方にかたよった重きを置いて考えることは妥当でないといわなければならない。具体的なばあいにおいて、あるいは結果無価値を重視しなければならないばあいもあろうし、また逆に、あるいは行為無価値を重視しなければならないばあいもあろう。もちろん、両者が等分に按配されるばあいもあるだろう。要するに、不注意な非・故意行為がその背後において構成要件的結果発生危険と結びついていて、その危険の現実化として結果が発生したときに過失犯は処罰されると考えるべきである。

過失行為と構成要件の結果との間には因果関係が必要である。これがつぎの問題である。すなわち、過失行為と、それによる結果の発生との間の因果関係の存在が考慮されなければならない。

ところで、過失犯における因果関係の問題は、今までほとんど論じられることがなかった。もっとも、因果的行為論にあっては、原因としての意思と外部的動作と結果をもって単純に因果関係の発展と考える結果、因果関係の問題について特別の重要性を認める傾向にあった¹⁶⁾。いうまでもな

く、因果的行為論は、行為とは単純な因果的経過の展開であるとするのであるから、因果関係は当然行為概念の不可分的・必然的要素と解される。いいかえると、行為の有意性すなわちなにらかの意思と意欲を基に行動を始めたばあいを行為とし、そのばあいその意思と意思内容は行為においては問題でないとされ、責任においてはじめて問題になるから、そこでは、意思から始まる因果関係ということが本質的な要素なのであった¹⁷⁾。この因果関係については、条件説、原因説、相当因果関係説などの諸学説が主張されていることは周知のとおりである。ところで、過失をもっぱら責任論だけで論じていた従来の犯罪論の体系においては、因果関係の問題は、故意犯と対比させて論じておく必要がなかったかについて考えてみると、偶然の事故と区別するために、因果関係はもっと大きな機能をもたなければならなかったものと思う。というのは、さきにのべたように伝統的な見解においては、過失行為は故意行為と同じく、なにらかの有意的な行為、つまりなにらかの意思を原因として身体的動作が引き起こされ、その身体的動作が原因となって外界における結果が引き起こされると考えられた。したがって、過失行為を有意的行為というばあいに不注意の問題は考えられていない。たとえば、過失致死罪の構成要件は人の死という事実と、ある者の行為がその死亡の原因となったことが確立されれば充足され、そしてその違法性は、当該行為によって人の生命という法益侵害を惹起したことにより根拠づけられる。そのつぎに、責任の問題が行為者の心理状態について過失の有無を検討し、不可抗力的なものをチェックするというふうであったと考えられる。このような意味において、過失犯においては、責任の問題にいく前に、因果関係がまず第一に検討されなければならなかったし、故意犯のばあいとは別個に考えられる必要があったと思う¹⁸⁾。このような伝統的な見解は、行為と結果との因果関係が検討され、つぎに不注意の検討がなされたという点では正しさがあった。実際の判決例などをみると、因果関係を検討する前にまず不注意の有無を検討しているものがあ

る。これは妥当な解釈とはおもわれない。というのは、因果関係とは、構成要件に規定された行為の内容である事実と同じく構成要件に規定された結果である事実との関係という事実関係の「発見方式」であるから、不注意という規範的要素の確定の前に問題とするのが理論的であるからである¹⁹⁾。しかし、伝統的な見解においては、因果関係の問題は、過失犯であれ、故意犯であれ、刑法に共通な問題として一般的に論じられるにとどまっていた。ひとり、草野博士は、故意犯における因果関係については条件説の立場に立ちつつ、過失犯については、別に考えるところが必要ではないと主張されていた²⁰⁾。しかし、博士は、それに責任をもって答えられていたわけではなかったし、またそれ以上、この点について学説の関心を呼びおこすところとはならなかった。

それでは、どのような意味において因果関係が過失犯において問題となるかという、それは、一故意犯を考えるばあいと事情は少しも異ならないが一、刑法が規定している刑罰の前提条件としての過失犯が存在する可否かを確定するためである。たとえば刑法第210条は「過失ニ因り人ヲ死ニ致シタル者」に対して一定の刑罰を科することを規定している。ところが、甲という特定の人間が一定の歴史的時間に一定の場所において乙という特定人に対して不注意に、屋上から物を投下したところ、乙は怪我をし、治療のため医師丙の手当を受けたが、医師丙の治療の不手際のため乙は死亡した。このような事実は一回的な繰り返すことのない歴史的事実である。この歴史的事実に対して右の刑法第210条の規定を適用するためには、乙が医師丙の治療の不手際により死亡したという事実が甲の不注意に屋上から物を投下した過失行為の結果であり、甲の過失行為が乙の死亡の原因であり、甲の過失行為と乙の死亡との間には歴史的な因果関係がないかぎり、甲を「過失ニ因り人ヲ死ニ致シタル者」として罰することは不可能である。いいかえると、右の事実の間に因果関係がなければ甲に対しては刑法第210条の適用はありえない。もちろん、因果関係があったとしてもそれだ

けでは甲の行為は犯罪ではなく、甲の行為が犯罪とされるためには、さらに行為が違法で有責であることを必要とするし、また甲の過失行為に因果関係があり、かつ、その行為が違法・有責であったとしても、甲の行為の因果関係が刑法第 210 条の過失致死罪の構成要件上重要な因果関係でないかぎり、甲に対しては、刑法第 210 条は適用しえない。しかし、このばあい、甲の過失行為と乙の死の間に因果関係が存在するということが、刑法を適用するについては不可避的な根本的問題であることは否定しえない。そのような意味において、因果関係の問題は、過失犯においてもまた重要な問題であるといわなければならない。この過失犯における因果関係の問題は、故意犯と比べて、もっと複雑、かつ難解な問題を含んでいることに注意しなければならない。それは、過失犯の中核的要素である不注意と別個に因果関係を検討する余地があるかどうかの問題であり、そして不注意の過失犯の犯罪論上の体系的地位いかんと因果関係とのかかわりあいであり、そしてまた目的的行為論との問題であり、さらにまた、被害者の過失、第三者の過失などが競合してはじめて結果が発生する過失競合との関連における問題である。ここに、過失犯における因果関係論をとり上げて論ずるつもりはない。ただ、過失犯の因果関係は結果プラス過失ではなく、過失行為による結果 (Erfolg durch Fahrlässigkeit) をあきらかにすることではなければならないことだけを指摘しておこう²¹⁾。

注 1) Kohlrausch, *ibid.*, S. 194, 208., Busch, *ibid.*, Anm. 4.

2) Kadeřka, *Monkrim*, 1931 S. 65ff.

3) Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. 3. 1905, S. 315., v. Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. 2. 1907, S. 445., Mittermaier, *ZStW*, 32, S. 415ff., Hold von Ferneck, *ZStW*, 32, S. 249ff.

4) Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1941, S. 47.

5) Vgl. die eingehende Erörterung von Schaffstein, *Die Behandlung der Schuldarten im ausländischen Strafrecht seit 1908*, *Str. Abh.* H. 232, S. 18ff., der Begründer dieser Theorie ist Stoppato, ihre Hauptvertreter sind Manzini, Bianchetti, Guarino, Bonucci und früher

- der Kassationshof in ständiger Rechtsprechung (Vgl. die Nachweise bei Schaffstein, S. 20ff.).
- 6) Hellmuth Mayer, ZStW, 59, S. 283ff., etwas weniger deutlich in seinem Strafrecht, 1953, S. 272f.
 - 7) Richard Lange, ZStW, 59, S. 574ff.
 - 8) Bockelmann, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues StGB. auswirken? in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, S. 29ff., Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, Bd. 5. S. 85, 91., Dreher, Niederschriften, Bd. 8. S. 419r. sp., Über die gerechte Strafe, 1947, S. 108.
 - 9) Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 20.
 - 10) Maurach, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948, S. 28., Martin, NJW, 1957, S. 1708., Wimmer, Fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Strassenverkehr als Straftat und Ordnungswidrigkeit im kommenden Recht, 1958, S. 57ff.
 - 11) Eener, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 83., Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 331 S. 341f.
 - 12) 福田・前掲論文44—5頁。
 - 13) 平野・前掲セミナー論文, 37頁および平野・刑法Ⅰ, 192—3頁参照。
平野・前掲研修論文3—4頁参照。
 - 14) Welzel, Das neue Bild., S. 36ff., ders., 10Aufl., S. 129ff.
 - 15) 平野・刑法Ⅰ, 193頁。
 - 16) 木村・犯罪論の新構造(上)124頁参照。
 - 17) 木村「目的的行为論と因果関係」法学セミナーNo142, 50頁参照および平場・刑法における行為概念の研究4頁参照。
 - 18) 内藤「過失犯の構造について」司法研修所論集 1971—Ⅰ, 100頁参照。
 - 19) 永井登志彦「交通事故と因果関係」判例タイムズ262号, 104頁。
 - 20) 草野・刑法要論, 48頁。
 - 21) Vgl. Mühlhaus, Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre, 1967. S. 27., Armin Kaufmann, ibid., S. 47ff.

4.

そこで、つぎには、過失犯の構成要件の主観的違法要素はなにか、そして、過失行為の行為の要素である客観的不注意とはなにかが問題である。いみじくも、木村博士は、過失犯の構成要件の主観的違法要素については故意に対する非・故意すなわち構成要件的结果を認識しないという要素（博士は、この要素を過失の消極的要素と称された）と解すべきであろうといわれておられた¹⁾。まことに、注目すべき見解であるが、そのばあいには、その消極的要素の内容および性質はどのような意味のものをさらに追求する必要はないであろうか。さもないと、故意行為ではないということになれば、つぎに過失行為の有無が問題とされるわけであるが、その際に過失行為の主観的違法要素は無視されて、けっきよく、過失行為すなわち客観的不注意な行為となろう。しかるに、過失行為においても、違法性の評価の対象となる悪い意思的要素が構成要素とならなければならない。たしかに、客観的不注意な行為があれば、こうした心理的主観的要素がなくとも、過失行為がないとすることはかなりむずかしいかもしれない。だがしかし、その可能性はやはり残しておく必要があり、ましてや解釈論的には、厳密に定義しておく必要があろう²⁾。したがって、違法性の見地から刑法上重要とされる過失行為の概念的形象の基礎となる心理的・主観的要素としては、故意ではない、すなわち構成要件的结果の不認識ということでは、その内容および性質を充分にあきらかにしているものとはいえないとおもう。そこで、木村博士の主張された過失の消極的要素それ自体のなんであるかを定義しておかなければならないと思う。それはけっきよく、違法性の評価の対象となりうる主観的・心理的要素なのであり、したがって、違法性の見地から刑法上重要な主観的・心理的要素なのであって過失行為の概念的形象の基礎となるものなのである。かようにして、わたくしは、過失行為の意思的要素を自己の行為から構成要件的结果が発生する危険があ

るのではないかにあれやこれや思いめぐらせることであると考えるべきだと思う。したがって、過失行為の主観的違法要素は、構成要件的結果が発生する危険があるのではないかに思いをめぐらせる心理過程に求められなければならない。

過失行為において、つぎに問題になるのは、客観的不注意（木村博士のいわれた過失の積極的要素）であって³⁾、それは、構成要件の結果が発生する危険を伴う態度を意味する。ここで意味する客観的不注意は、責任非難に価する心理状態いかに関するものではなく、過失行為の客観的態様いかに関するものであることに注意しなければならない。そしてそれは、健全なる社会一般人の態度を標準として、こんにちの文化的・社会的・経済的事情はもとより、具体的状況下における特別な事情なども充分に勘案して社会的に妥当な判断が下されなければならない。それは、ウェルツェルの主張する「基準的態度」と考えてさしつかえないであろう⁴⁾。ところが、右の客観的不注意すなわち注意義務違反の体系的地位と内容については学説の考え方が多岐にわかれている。たとえば、注意義務違反の体系的地位については、それを責任要素であるとみる見解や違法要素であるとみる見解や、あるいは注意義務を結果回避義務と予見義務とに分け、前者は違法性の要素であり、後者は責任要素であるとみる見解や、あるいはまた違法要素であるが、それが定型的に把握されて構成要件にとり入れられたばあいには構成要件要素であるとみる見解や、最近には構成要件の要素であるとみる見解などが主張されている。また、内容についても、注意義務違反の中心になるのは結果予見義務であるとみる見解や、結果回避義務であるとみる見解や、あるいは、両者を一体として考えるべきであるとみる見解などが主張されている。

おもうに、注意義務違反は構成要件の要素と考えるべきである⁵⁾。なぜならば、『違法な』という判断をするためには、評価の対象となるある行為が確定されなければならないからである。すなわち、注意義務違反は過

失犯の構成要件の行為の要素であり、そしてそれは、違法性の評価の対象となる過失行為の性質を特徴づけるものであると考えなければならないからである。また、注意義務違反の注意義務の内容は、予見義務と予見に必要な内的・外的義務と予見しえた結果を回避するに必要な作為・不作為義務を一体として考えなければならない。そして、そのような注意義務が完うされれば、その義務違反はありえず、したがって、過失犯の構成要件の要素として不注意も存在しないと解すべきである。ところが、注意義務はその義務を遂行する能力を前提とするから、注意義務もまた注意能力を前提とする。したがって、注意能力ある者についてだけ注意義務違反が成立する。その意味において不注意の要素としては予見能力を意味する注意能力が問題となる。注意能力については、行為者標準説と一般人標準説との問題がある。しかし、注意能力の標準については、社会の一般人の注意能力を標準とすべきである。なぜならば、法が過失犯の構成要件を設定するのは、故意犯における同様に、社会の一般人を基礎とし、法が社会規範であるからである。このように、客観的不注意とは、客観的な注意の違反であり、社会的に相当な、そして、その意味で必要な、注意の懈怠を意味すると解すべきである⁶⁾。

以上、過失犯の構造について、とくに過失犯の構成要件該当性だけを説明した。しかし、これで充分であるわけではない。最近、許された危険・信頼の原則などが過失犯の構成要件該当性とのかわりあい問題とされている。しかし、本稿ではこれ以上立ち入らないことにする。

注 1) 木村・犯罪論の新構造(上)185—6頁。

2) 解釈論上の作業について Vgl. Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 6f.

3) 木村・前掲書185頁。

4) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10Aufl., 1967, S. 125.

5) 詳しくは、木村・前掲書203頁以下参照。auch Vgl. Armin Kaufmann, ibid., S. 45f.

6) 木村・前掲書208頁以下参照。