

過失責任の問題としての許された危険

花 井 哲 也

1. はじめに

刑法上、許された危険の理論は、法典に格別の規定をもつものではないが、行為の危険の相対性を重要視し、これを契機として一定の行為の適法性を演繹するものであり、近年、学問上のみならず、実務上からも強い関心をあつめている。¹⁾たとえば次のようにいわれる。許された危険は一つの危険な行為である。しかし、それは社会的に正当な危険行為である。したがって、そうした危険な行為は適法なものである。また次のようにもいわれる。法益侵害は社会生活に不可避免的に随伴する。しかし、その中には法的に甘受しなければならない法益侵害もある。したがって、そうした法益侵害は法的に許される。これを許された危険という、というのである。こうした理論は、ドイツにおいて第一次大戦後強く表面化し、²⁾今日それは、高度交通機関、重工業の開発、医療その他の技術革新という時代の要請にもなって、とくに過失犯の領域で重要な理論の一つとして論じられるようになってい

る。しかし他方、この理論をめぐって過失犯の理論は、今や、新しい深刻な問題を抱えていることも否定できないといわなければならない。その問題の第一は、社会的正当性と法理論的妥当性の緊張関係という問題である。たとえば、おびただしい自動車事犯などの判例の集積から、過失の認定について一定の法則性に近いものが生じ、交通上の態度準則のようなものができ上がってくると、こうした準則にのみ従えばよいことになり、あとはよっぽどのことでも手ぬきをしてよいという結論が導びき出される。³⁾する

と、全く責任のある許せない者を構成要件該当性ないしは違法性の客観的レベルでは許さなければならない場合が考えられる。また逆の場合も考えられる。こうした準則に違反した者は、本人の主観的欠陥を引き合いに出してもらふことは、ごく例外的状態だけに限られるから、たとえ本人としては最大の注意をはらったという場合でも、何ら救済する方策に欠けることが多くなる。⁴⁾その結果、法理論と一般感覚の齟齬を生ずるおそれが予想される。その第二は、法秩序が一方では絶対的に法益（とくに生命・身体）を保護し、他方では法益侵害を導びいた態度を正当なものとする法自体の自己矛盾を、行為無価値論から説明する結果生ずる問題がある。⁵⁾すなわち、行為無価値論は、不法を当該行為の社会的機能、有用性と行為の態様（種類・方法・主観的要素）によって判断し、その結果、過失犯処罰の軽減合理化を妥当に進めたとされるが、⁶⁾その場合の、いわゆる法益概念の無内容あるいは相当な内容の変遷がもたらされたという憾みがないではない。というのは、そこでは人の生命、身体、財産等の安全に対して法秩序がどのように保護しようとしているかではなくて、法益侵害を行なった行為者の行為態様に対して法秩序はどう対処するかに、すっかり問題がすりかえられているからである。最近、行為無価値論に批判的な論者がみられるのは、ここに原因があると思われる。⁷⁾その第三は、この理論は、過失犯罪の急激な増加、事件の複雑・多様化等の実際的な問題に対応すべく便宜的な理論として歓迎されているが、過失犯の本質からは、過失犯の如何なる構成部分において論じられるべきかに関する根本問題がいまだ不確定なままである。⁸⁾すなわち、許された危険の体系的地位と内容、さらに社会的相当性および信頼の原則との関係などの多くの理論的課題が残されている。許された危険の理論に関して、これらの諸問題が、今日、解決方法を求めて論じられているとあってよいであろう。

ところで、許された危険の理論は、刑罰縮少・緩和の推進という・いわば「手ぬきの理論」として用いられてきた傾向がある。しかし、その適用

過失責任の問題としての許された危険

を誤れば、いつでも切り捨てごめんの法理にもなりかねないといわなければならない。ここに、わたくしは、事实现象にのみ引きずられることなく、少しく立ち止まっても、この許された危険とじっくり取り組まねばならないと考える。その一は、まず刑法上、危険とは何をいうのか。その二は、社会的有用性とは、何を基準に、何に対していわれるのか。その三は、法益侵害の実質的危険があるにもかかわらず、それが許されているかどうか、許されているとすれば、許される限度とその法的根拠は何か。許された危険の理論は、まさにこれらの問題解決をぬきにしては論じられ⁹⁾ないといわなければならない。

そこで、小稿では、これらの問題解決の序論として、まずは許された危険の理論を過失責任の問題として把握しようとする学説を手がかりに、この理論を検討してみたいと考える。

注 1) 許された危険の理論に関するごく最近の文献としては：Rehberg, Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962., Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966., Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969., S. 28 ff., Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974., 中 義勝「過失犯における許された危険の法理・危険の分配」過失犯(1)日沖憲郎博士還暦祝賀49頁以下。井上祐司「キーナッペル『刑法における許された危険』」〈書評〉法政研究 第34巻第2号183頁以下。同・争議禁止と可罰違法論175頁以下。熊倉武「許容量」「許された危険」の理論」犯罪と刑罰(上)佐伯千仞博士還暦祝賀301頁以下。篠田公穂「許された危険」の学説史的考察(一)法政論集(名古屋大学)61号100頁以下。同・(二)63号184頁以下。

2) Kienapfel, a. a. O., S. 8.

3) たとえば、信頼の原則は、今や、自動車運転手は、他人の可能ではあるが、あ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という原則になっている。つまり、他人の交通違反行為がある程度予見可能であっても必ずしも予見義務があるとはかぎらず、またたとえ多少の結果発生危険はやむをえないものとして許されるばあいがある。結果の発生を回避することが可能であっても必ずしも回避義務があるとはかぎらず、多少の手ぬぎが許されるばあいがあるという具合である。

- 4) 井上祐司・行為無価値と過失犯論34頁参照。大谷実「危険の分配と信頼の原則」過失犯(藤木英雄編著)126-7頁参照。
- 5) Wimmer, Ambivalenz der verkehrsrichtigen Gefahrhandlung, ZStW, 75, 1963, S. 436., 伊藤寧「交通上正当な危険行為(Das verkehrsrichtige Gefahrhandlung)に関する一考察」研究報告(海上保安大学校昭和40年度第1部)50-2頁参照。
- 6) 大谷・前掲論文79-81頁。
- 7) 平野竜一・刑法(総論)I, 192-4頁。井上・争議禁止, 184頁。大谷・前掲論文76頁以下。三井誠「予見可能性」過失犯(藤木英雄編著)170頁以下。
- 8) Wimmer, a. a. O., S. 420., 鉄道事業そのものを違法としたとしてよく引き合いに出される1861年のミュンヘン上級控訴院の判決は, 民事の帰責条件として判断されたにすぎない。現在, 許された危険とされるものの多くは従来から認められていた。鉱山や建築事業が禁止されたことは, かつて, なかったのである。auch vgl. Jakobs, Das Fahrlässigkeitsdelikt Deut, sche strafrechtliche Landesreferate zum lx. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Teheran, 1974, S. 12f.
- 9) 被害者の承諾の問題あるいは客観的注意義務の問題などに解消して, とくに新たな許された危険の理論を余計なものとする見解もある(たとえば; Baumann, Strafrecht, AT, 4. Aufl., 1966, S. 299., Bockelmann, Strafrecht, AT, 1973, S. 106)。

2. 責任阻却説の検討

今日, 許された危険の問題を責任論で解決しようとする見解は少数説である。¹⁾しかし, レーダーは, 「社会的相当な危険の遵守に基づく刑罰阻却については, 過失犯だけで問題となるのであるが, その犯罪論における体系的地位は, 今日支配的見解が主張するように, 違法性(いわんや構成要件該当性)にあるのではなく, 責任にある。したがって, 客観的に命じられた注意の遵守と一致する社会的相当な危険の遵守は, 違法な結果の発生について決して正当化事由の根拠となるのではなく, 必要的責任阻却事由の根拠なのである。こうした結論は, 古い学説に逆戻りする結果になるが, 違法な結果を惹起する危険な態度のすべては, すでに事前に(ex ante)違法であるとする, われわれの達しえた存在論的認識に確か

過失責任の問題としての許された危険

な基礎を認めることになる」と主張し、²⁾許された危険を責任の問題としてとらえている。またキーナッペルにも同様の主張がみられる。³⁾そこで、まずはこの問題が検討されなければならないであろう。

およそ、許された危険の問題を責任論でとりあげる見解は、過失犯における一般的注意義務違反および予見可能性を責任のメルクマールとみなしている。因みに、メッガーによれば、過失とは行為者に人格的に課せられた注意義務に違反し、結果の発生を予見しえた者の行為である。しかし、いかに注意深く行なってもなお一定の、しばしば重大な危険をもたらすおびただしい諸事業および諸活動が存在する。だが、それらは禁じられてはいない。つまり、ここでは社会生活慣行 (Verkehrssitte) が一定の危険を許容しているのである。それゆえに、こうした危険は直ちに過失責任の基礎となるわけではない。それどころか、企業の独特の遂行に際しては、義務として課せられた慎重な注意を欠いた場合にだけ責任を前提としうるの⁴⁾である、と述べている。また、ヒッペルも、過失における義務違反の不注意は二重の基準によって決定されるとして、第一に客観的基準としての社会生活上必要な注意に違反したかどうか、第二に、主観的基準として、行為者の人格的能力に従って結果をさけえたかどうかに分析しているが、この第一の客観的基準について、許された危険の問題に触れている。すなわち、いかに注意深く行なっても、一定の、しばしば重大な危険を意味する諸事業や諸活動が存在する。確かに、社会生活の中には、最高度の注意 (höchstmögliche Sorgfalt) を必要とする危険状態がある。しかし、それは例外的なものである。通例、その不注意の程度は、合理的、かつ平均的な注意の程度で足りる。換言すれば、理性的な人に、当該状態において、明らかに社会生活上違反した不注意として、その結果について非難しうる程度のもので足りる。刑法は、まさに、この点に過度の緊張 (Überspannung) を働かせるよう警戒せよといているのである。したがって、社会生活にかなった危険は決して過失の基礎づけとはならないとしてい

⁵⁾る。さらに、ドイツにおける従来の判例も、危険な活動の遂行により生じた過失致死傷事件について、それは構成要件該当の結果惹起の違法性を否定するのではなく、ただ責任の枠内における行為者の答責性だけを吟味すべきであるとし、その場合に、「義務違反」の検討に際しては、義務としての客観的注意義務と個々人の行為者における純然たる人格的な期待可能性・予見可能性とに分析して検討しているのである。⁶⁾

このように、行為者は構成要件該当の結果の惹起にもかかわらず、社会生活上必要な一般的注意を尽くしたことが確定されると、責任の基本要素がなくなる。すなわち、行為者は個々人の人格的能力を考慮されるまでもなく、責任がないので無罪とされる。これに反して、客観的注意義務の違反が確定されると、——改めて責任の枠内で——個人的吟味がなされる。すなわち、それは行為者の及ばなかったことが彼の人格的能力の背後に存在する限り、本来の確定的な責任判断が根拠づけられるが、さもないければ無罪となる。⁷⁾ いわば『二重の責任吟味』 („doppelte Schuldprüfung“) によって過失責任が検討され、その枠内で許された危険の問題が解明されるのである。こうした見解は、一方では純心理的な注意概念の不十分さを認めながら、他方では全体において「内的行為面」としての過失を責任形式としてとらえようとするわけである。要するに、許された危険は、一般的注意義務そのもの、あるいはその内部で責任の問題として考えられるのである。⁸⁾

こうした見解について検討するに、責任無能力と一般的注意義務とを結びつけるのに若干の難問が生ずる。もっとも、ドイツにおいては責任能力が欠けているにもかかわらず、一般的注意義務違反が行為者に対する刑法的処置 (strafrechtliche Maßnahme) の前提になる場合がある。すなわち、過失行為者に対して、個人的責任をかえりみないで刑法的処置を認める場合である。このことは、行為者の刑事責任が、その行為の評価に基づいて一般的基準によって判断されるためである。⁹⁾

この点に関するドイツにおける議論は、責任阻却説の検討に必要と思われるので、次に検討してみよう。

心理的責任論によれば、故意および過失（認識ある過失）によって与えられる心理的結果関係と責任無能力との関係は、引き離すべきでなかったから、故意と過失を責任形式とみなしたのである。つまり、心理的責任論は、責任能力者が犯罪事実を認識して行為に出た以上、当然に非難できるとするのである。しかし、許された危険の問題を責任の場面へと転置（Verlagerung）することは、もともと心理的責任論とは相容れないといわなければならない。なぜならば、許容性あるいは不許容性（Erlaubtheit oder Unerlaubtheit）という外部的な行為遂行は決してこうした心理的結果関係と関係がないからである。¹⁰⁾これに対して、規範的責任論によれば、責任は規範的なもの、すなわち行為者に対する構成要件該当の違法な態度に対する非難可能性だと考えられる。このように、責任が非難可能性であるとするならば、行為者は、少なくとも過失判断の評価の部分をも十分に行なうべき状態にななければならない。しかし、そうしたことは責任無能力の状態ではまるでなしえないといわなければならない。とりわけ、このことは一般的注意義務違反ないしは一般的予見可能性のメルクマールの検討にもあてはまる。つまり、責任無能力者も——とくに酩酊者——故意・過失でふるまうことはできる。そうかといって、責任無能力者について、責任要素としての故意・過失を認めることは、伝統的な理論にとっては、体系的矛盾を意味する。¹¹⁾そこで、刑法的意味における故意・過失ではなく、自然的意味における（im natürlichen Sinne）故意・過失という概念を援用して、この間の事情を説明しようとする。というのは、意味のある評価は責任能力者にだけ可能であるからである。しかし、故意については、この自然的意味における故意は比較的容易に考えられるとしても、過失についてはそれは非常に疑問である。なぜならば、過失にとって、決定的なことは全くその規範的性格を払拭することはできないからである。¹²⁾

のことは、責任無能力者には、決して責任要素としての注意義務を課することはできないことを意味する。

ところが、レーダーによれば、責任無能力者については、刑法的重要な態度にはっきりと刻みうる故意・過失という両基本形式は、単に価値自由な、純記述的一心理的 (wertfrei, rein deskriptiv-psychologisch) にのみ理解することが可能であるというのである。そして、彼は、過失を、純記述的価値自由な、心理的責任要素並びに規範的なもの(一般的注意義務)および生物的要素の複合的責任概念 (komplexe Schuldbegriff) のうちに理解しようと試みるのである。¹³⁾ この純記述的一心理的考察における過失を定義してレーダーは、「行為者の事情上および人的態度上、予見しうる(認識しうる)結果発生 of 全くの不予見(不認識)——認識なき過失——ないしは可能な発生 of 考慮にもかかわらず結果の不発生を信賴すること——認識ある過失——」¹⁴⁾ といっている。それゆえに、過失の概念と非難可能性のそれとが不可分に結びつくとする見解からは、過失は構成要件実現の可能性の予見ないしは予見可能性あるにもかかわらず行なったが故に、行為者に非難をなしうる場合にだけ肯定されることになる。¹⁵⁾ とりわけ問題である認識なき過失についていえば、「行為者の事情上および人的態度上、予見しうる行為の不予見」ということである。しかも、この不予見という全く消極的メルクマールは、評価なく確定しうるが、予見可能性の決定的な視点はあきらかに規範的要素を含んでいることに注意しなければならない。だから、それは、——レーダーもまた主張しているように——平均的人格としての『標準的一般人』 („normale Durchschnittsmenschen“) によって確定されることになる。¹⁶⁾ なるほど、一般的注意義務と予見可能性から引き離された個人的予見可能性は、責任無能力の一定の規範的限界の如く行為者に対するその行為中に同時に含まれる評価でもって事後に行なわなければならないのであるが、それはもはやほとんど過失の責任要素としての予見可能性ではなく¹⁷⁾ なくなっているのである。すると、『必要的責任阻却事由』 („obliga-

torische Schuldausschließungsgrund“¹⁸⁾)として全く消極的に公式化された一般的注意義務の違反は、一責任における複合性はもはや論外であるが、全くつながりのない独立の犯罪メルクマールとして存在するか、あるいはその例外的構成は、実質上絶えず、その本質的な内容の変化をもたらすと考えるかである。また、この複合性のゆえに、行為者によって追求されたものに対する評価と（単に消極的な公式化によって解決しえないが、まさにレーダーが解決しようとした）責任における無価値能力（Nichtwerten Können）との間にも、疑問がある。すなわち、レーダーの責任構造の欠陥は、主張された責任概念の複合性という偽装（Deckmantel）のもとに、個人に想定された規範的・心理的責任メルクマールと生物的責任メルクマールとの関係が未解決で、不明瞭のままに残されているところにある。ところが、まさに、この中にこそ興味ある問題が存在するといわなければならない。¹⁸⁾

そこで、シュレーダーは、酩酊者にとっては、彼に可能な注意をすることによって、結果を避けえたはずであったという、責任無能力者に、普通不可能な確定を前提とする純然たる過失判断が問題なのではない。むしろ、行為者が、酩酊のゆえに酔っていない状態で可能であった結果回避の注意を遵守しなかったという確定に基づく危険判断（Gefährlichkeitsurteil）が問題なのであると主張している。¹⁹⁾すなわち、シュレーダーによれば、少なくとも徹底して注意義務の吟味においては、酩酊して行なった行為の場合、責任のメルクマールの確定が問題となるのではなく、行為者の人格を度外視して、単に危険判断が問題になるとするのである。ところが、シュレーダーの見解に対しては、すぐさま次のような疑問が提起される。このような危険判断に全く『類似の』（„ähnliche“）一般的注意義務は、酩酊の場合だけで、その他の場合には、少なくともこうした危険判断は及ばないのであるから、それは責任以外に体系づけられるべきはずのものであるといわなければならない。²⁰⁾

さらに、一般的注意義務違反はこうした一般的な性格をもつから（つま

り、行為者自身およびその責任を超えた客観的意義をもつから）、責任のメルクマールとしてはなじまないといわなければならない。たとえば、道路交通においては、他の交通関係者とりわけ自動車運転者は、一定の平均的な要請を十分認識し、一定のルールを共通に注意しているということを信頼しうるものでなければなり立たないであろう。ここに判例によって、信頼の原則が展開され、学説上も注意義務認定の限界が論じられているのである。注意義務違反が、総じて責任のメルクマールであるならば、責任は規範的責任概念の内容をはるかに凌駕する評価となるであろう。すなわち、単に行為者の人格に関係づけられる評価としての責任が全法秩序という規範的なかわりあいの中に引き込まれるであろう。しかし、それはもはや責任とは別のものであるといわなければならない。信頼の保護（Vertrauensschutz）の思想に関していえば、その刑事責任が否定されない場合に役立つものでなければならない。そうすることによって、一定の抽象的注意のルールを遵守するということが、行為の自由を広げあるいは保障することになるのである。²¹⁾

さて、注意義務違反と責任無能力とに関するこうした批判は、注意義務という過度に独立した規定が責任を基礎づける決定的なメルクマールであるとするかぎりでのみ妥当する。その結果、注意義務と全法秩序との結合は、注意の一般的一定量だけは責任に属さないということになる。すなわち、固有の注意義務（Die eigene Sorgfaltspflicht）は、個人的な欠陥をかえりみることなく、客観的に決定されうるのである。客観的・一般的注意義務と主観的・個人的注意義務という区別は、実際に区別することは困難であろうが、責任における注意義務の体系づけによって決定的な限界となるものである。これまで述べてきたことから判明するように、全く一般的注意義務は責任のメルクマールでありえないのである。²²⁾ また、注意義務と責任無能力に関する批判は、個人的注意義務については妥当しないのである。そこで、多くの論者は、社会生活上正当な態度というような特別の

正当化事由を展開し、一般的注意義務は、責任では意味をもたないという認識に進んでいるのである。²³⁾

予見可能性もまた、注意義務に似たものとしていっしょに責任のメルクマールとして理解されていた。²⁴⁾ 全くありそうもない出来事をいかに責任から除外するかということは、今日、多くの論者が注意義務における特別の正当化事由として構成しているのだが、当時たとえば相当説のような特別の因果論の展開で解決していた。だから、この責任メルクマールは、大きな錯綜 (Komplikation) もなく維持され、両責任メルクマールの分離のための根本的な衝突もなかった。命じられた注意の遵守は、一般的注意義務を責任から排斥することを余儀なくしたのであるが、予見可能性もまた、両メルクマールの関連を引きさかなければ、責任のメルクマールにはなりえないことがわかる。しかし、注意義務も予見可能性も、同時に吟味されなければならない。²⁵⁾ 後者は、注意義務違反の及ぶ範囲内で存在する。それゆえに、一般的注意義務について、これまでに論じてきたことは、予見可能性にとっても妥当するのである。²⁶⁾

注 1) 古くは、ヘルシュナーは、許された危険の思想を責任との関連で説明していた。その後、フランク、ヒッペル、ピンディング、メッガー等にみられる。Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 317f., Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche-Reich, 18. Aufl., 1930, S. 194f., Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 361f., ders., Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, AT, Bd. III, 1908, S. 569f., Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1914—1916, S. 247f., Bd. IV, 1919, S. 432ff., Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 358. わが国では、西村教授が責任阻却説の立場をとっておられる (「許された危険」警察研究第30巻11号11頁)。

2) Roeder, a. a. O., S. 94.

3) Kienapfel, a. a. O., S. 21.

4) Mezger, a. a. O., S. 349 und S. 358.

5) Hippel, Strafrecht, S. 361f.

- 6) RGSt 61, 242, RGSt, 30, 25., 57, 172., auch vgl. Mühlhaus, Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre, 1967, S. 22f.
- 7) Vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht, 3. Aufl., AT, 1965, S. 463f.,
また、個人的吟味の決定的性格、つまり主観的基準の『本質的優位』を強調するが、他面義務要求の吟味をも一般的注意の基準でもって責任の領域で行なわなければならないとする見解もある。たとえば：M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923. S. 256., Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, Neudruck, 1964, S. 365ff., 425.
- 8) Vgl. Rehberg, a. a. O., S. 166.
- 9) Preuß, a. a. O., S. 78f., Maurach, Strafrecht, S. 888., vgl. Rehberg, a. a. O., S. 168ff., ドイツ刑法典42条b (療養・看護施設), 42条m (運転免許の取消), 330条a (酩酊犯罪)。
- 10) Vgl. Rehberg, a. a. O., S. 167., Preuß, a. a. O., S. 78.
- 11) Roeder, a. a. O., S. 96, 98., Baumann, Strafrecht, S. 360., Maurach, Schuld und Verantwortung, 1948, S. 32., auch vgl. Preuß, a. a. O., S. 79f.
- 12) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 80., Bruns, JZ, 1958, S. 105., Maurach, Schuld., S. 106f., ders., Strafrecht, S. 368.
- 13) Roeder, a. a. O., S. 98ff,
- 14) Roeder, a. a. O., S. 103., ders., Das Schuld- und Irrtumsproblem bei Vollrausch, FS, f. Rittler, 1957, S. 224.
- 15) Roeder, a. a. O., S. 103 Anm, 40.
- 16) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl., 1972, S. 320., Roeder, Das Schuld., S. 229., Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 41.
- 17) Jescheck, Lehrbuch, S. 320, 449.
- 18) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 81.
- 19) Schönke/Schröder, StGB, 17. Aufl., 1974, §330a, Anm 19.
- 20) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 81f.
- 21) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 82f.
- 22) Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW, Bd. 74, 1962, S. 95., Jescheck, Lehrbuch, S. 435ff., Mezger/Blei, Strafrecht I, AT, 14. Aufl., 1970, S. 218ff., Niese, Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, JZ, 1956, S. 460., Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 131ff.
- 23) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 83.
- 24) v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 273ff., Hippel, VDA, III, S. 572ff., auch vgl. Binding, Die Normen, IV, S. 432f., Schönke/Schröder, a. a. O., §59, Anm 184.

25) Schönke/Schröder, a. a. O., §59, Anm. 181., RGSt 67, 19., Welzel, Strafrecht, S. 132.

26) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 84.

3. 行為答責性阻却説の検討

さて、一般的注意義務の違反が決して責任要素でないならば、犯罪論におけるその体系にとって、新たな付加的な犯罪のメルクマールを展開する可能性が考えられよう。¹⁾たとえば、マウラッハは、許された危険を責任論で考える見解には、客観的に必要な注意を遵守したにもかかわらず発生した構成要件該当の結果の違法性をすでに否定するということを拒絶する点で賛同できる。しかし、この見解は、客観的・一般的注意の違反並びに行為者に個人的に可能な注意義務を合一して責任の問題で論ずるところに誤りがある。責任の本質は、人的非難可能性であるから、責任の諸前提はまた、個別化しうる (individualisierbar) ものでなければならない。したがって、こうした見解は、許された危険の限度を遵守したかどうかの吟味においては、役立たない。許された危険の限界は、もっぱら、平均的な出来ばえ (Durchschnittsleistung) に基づいて算出され、平均的要請 (Durchschnittsanforderung) を守ったという基準によって決定される。行為者がこうした要請を怠ったならば、彼の態度は、あらゆる人に公正にすえられた要求の統一的基準に応じなかったにすぎないことが確定される。社会生活上必要な注意の遵守のゆえに無罪となるのは、なるほど行為者が、人的事情上平均人に期待しうる以上の注意の程度をもたらす立場にあったからである。しかし、それは実質的には、決して責任の免除ではなく、一つの帰責の限界を意味するにすぎないのである。裏返していうと、客観的注意義務違反を肯定することは、一応の責任判断を根拠づけるのではなく、単に行為者の帰責を物語るものである。すなわち、責任でなく帰責限界が当為の吟味 (die Prüfung des Sollens) によって発見され

る。したがって、こうした二重吟味の合目的性に対しては、従えない点があると述べている。²⁾そこで、マウラッハは、違法性と責任との間に、いわゆる行為答責性 (*Tatverantwortung*) のメルクマールを考えるのである。その結果、帰責可能性 (*Zurechenbarkeit*) は異なる二段階で吟味されることになる。つまり、行為者が当為の平均に及ばなかったという発見が生じたら、それからは、単に行為答責性が生じ、次に行為者が高度な人的に役立つ能力を持っていなかったという確定からは責任が生ずるというわけである。³⁾その行為答責性のメルクマールは、内容的には一般的注意義務の違反とドイツ刑法52条 (強制状態による強要)、53条3項 (過剰防衛)、54条 (緊急避難) のような若干の責任阻却事由から構成されるのである。

また、レーベルクも、許された危険の問題を行為答責性の枠内で解決している。すなわち、一般的注意義務の遵守および特に許された危険における行為は、構成要件該当の問題でもなく、違法性の問題でもない。そして、狭義の責任阻却事由として体系づけることは支持しえないことが判明した。両帰責限界 (*Haftungsbeschränkung*) は超個人的な基準 (*über individuelle Maßstab*) に基づくし、とくに責任とは独立して保安処分に処せられる行為者達に対して刑法的制裁 (*strafrechtliche Reaktion*) の阻却を導びかなければならない。したがって、その体系的地位は、違法性の後で、責任の前にある。このような行為答責性によって、はじめてドイツ刑法典42条b (療養－看護施設)、257条 (犯罪庇護)、259条 (物に対する犯罪隠匿罪)⁴⁾の諸前提に関する前述の困難が解決されうるのであるといっている。

しかしながら、とくに行為答責性が欠けているにもかかわらず、刑法典42条bによる処分が可能である場合があるとイエシェックは正当にも指摘している。たとえば、過剰防衛であるにもかかわらず、その過剰がまさに責任無能力に基づく場合は、刑法典42条bによる処分が問題とされうるのである。したがって、行為答責性は決して42条bによる処分の一般的な前

提としては役に立たない。保安処分の規定 (Die Maßregeln der Sicherung und Besserung) は、その規定の種類に応じて、しばしば異なる犯罪のメルクマールの存在が前提となる。それで、結局こうした特別の犯罪のメルクマールを認めることを正当化する行為答責性によってその解決が与えられるかどうか非常に疑問であるといわなければならない。さらに、一般的注意義務の違反が不法のメルクマールである場合には、その必要性はなおさら失われるであろう。⁵⁾

このような見解は、あくまでも危険についての許容性が、もっぱら行為者の認識の問題として追求され、一定の危険な行為それ自体の問題として追求されていないのである。その背後には、許された危険を安易な一般条項化することなく、その危険の許容性の認定にあたっては、責任論で、きめこまかく厳格にしようとするのが窺えるのである。しかし、責任は、今日の通説によれば、人的非難可能性である。それは具体的な行為者に結びつけられる個別的な判断である。責任の探究はあらゆる一般化して行なわれる考察とは関係がない。それは、行為者の個人的な能力に向けられていなければならない。この意味において、許された危険の問題は何ら責任の確定とかかわりあいを持ちえないように思われる。つまり、許された危険は行為者の個人的な問題以上のものである。許された危険の場合には、危険性と社会的効用とを利益較量の問題として、一般的にとらえようとする考察がその基礎になっているのである。⁶⁾

注 1) Preuß, a. a. O., S. 84.

2) Maurach, Strafrecht, S. 464., auch vgl. Rehberg, a. a. O., S. 168.

3) Maurach, Strafrecht, S. 464., 行為答責性については、木村亀二「過失概念の構造と問題」法学セミナー No. 159, 46頁以下参照。

4) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 84., Maurach, Strafrecht, S. 377., Rehberg, a. a. O., S. 185.

5) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 85.

6) Zipf, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht,

ZStW, Bd. 82, 1970, S. 640f (中義勝・垣口克彦「ハインツ・ツィップ刑法における法に適合した態度と社会的に相当な態度」〈紹介〉 関西法学第21巻第5号81—82頁)。

4. 正当防衛と許された危険

責任ないし行為答責性の枠内で、許された危険の問題を解決しようとする見解は、いわゆる正当防衛の場合についての不都合を強く主張する¹⁾。すなわち、社会的相当性ないし一般的注意の遵守あるいは許された危険が、責任の限界でなく違法性であるとするならば、許された危険における行為に対して、違法な侵害が否定されなければならないから、それに対して正当防衛はできなくなるという不当な結論を不可避免的に導くことになるであろうというのである²⁾。つまり、許された危険がすでに構成要件ないしは違法性において顧慮されるとすれば、そういう危険をおかしている人に対して、被害者その他の立場から正当防衛を拒絶しなければならない。ただし、その場合に、そのような態度は、人々を正当防衛状態におとしいれる違法な侵害を意味しないからである³⁾。

そこで、許された危険に対する正当防衛を是認する必要があるか、または是認することが事実在即しているかを検討しなければならない。レーダーは正当防衛を是認する必要を次のように説いている。たとえば、交通上不当に歩いている歩行者に、交通上正当に運転しているオートバイ運転者が衝突する場合に、歩行者は侵害から自らを防衛するために最後の瞬間にオートバイ運転者を押し倒すという正当防衛権〔(Notwehr-)Recht〕を有すべきであるとする⁴⁾。すなわち、この場合、歩行者のオートバイ運転者への侵害は適法であるが、反対に交通上正当に運転しているオートバイ運転者による、交通上不当な態度をとる歩行者への侵害は違法であるというのである⁵⁾。つまり、この場合、歩行者には交通上正当なオートバイ運転者に対しても正当防衛を認める必要があるとするわけである。こうした結論は、正

当防衛規定における侵害の違法性を犯罪成立のメルクマールとしての違法性⁶⁾と内容的に完全に一致させなければならないという前提がある。たとえば、イエシェックは、人的不法を認めるのであるが、正当防衛については、常に結果の不法の存在で十分であるとしている。⁷⁾しかし、まず、こうした見解の結論があらゆる場合に妥当するかどうか疑問であると思われる。ウェルツェルは、公務員の適法な職務行為に対しては正当防衛は許されないとして、社会的相当な行為に対する正当防衛を否定している。なぜならば、それは決して違法な侵害ではないからであると主張している。⁸⁾イエシェックも、『不適當な結論』 („Unangemessene Ergebnisse“) は正当防衛の条件を厳格に解したり、正当防衛権の濫用を禁じたりして修正しなければならないと、譲歩しているのである。⁹⁾

つぎに、正当防衛の要件である「不正」と犯罪成立要件の一つである「違法性」とは、その中核において、部分的には同じ考慮に基づくものである。しかし、前者の「不正」は常に、さし迫った結果だけであり、さもなければ行為無価値が決定的である。この意味においては、両者に構造上の¹⁰⁾違いが存するといわなければならない。レーダーの事例の場合、交通上不当な態度をとる歩行者は正当防衛の認容によって彼の誤った態度が法的に保護され、交通上正当な態度をとるオートバイ運転者は、彼への侵害を適法なものとして甘受しなければならない。これでは、われわれの正義感 (Gerechtigkeitsempfinden) と相容れないではないかという批判が主張¹¹⁾される。しかし、許された危険に基づく行為が、社会生活上正当な行為だとしても、刑法により絶対的に保護されている法益（とくに人の生命・身体）を侵害する以上、正当防衛を全面的に認めない結論には問題があるであろう。さもないと、具体的に道路交通における自動車運転者の注意義務の程度についても、許された危険として社会生活上正当な行為であると法的に積極的に評価されることによって生じうる実際的な事態、および行為者が具体的事情によっては標準注意義務以上に注意をなしうる余裕のある

場合には、こうした法的根拠により、他人の法益を堂々と侵害してよい権利が与えられることにもなる¹²⁾。

さらに、正当防衛は、その思想的背景を無視して解釈されてはならない。たしかに、それは正対不正の関係ということから、個人が自らその権利の侵害に対して闘うのは、権利であるだけでなく義務でさえある、というのが個人主義の思想だといってよいであろう。このことから、自己の権利を護るためにやむをえないのであれば、いかに侵害者を傷つけてもよいというのは、あまりにも個人主義的な正義であろう。それは、かえって、正当防衛を不法にゆがんで用いる結果にもなる。¹³⁾「不正」というメルクマールは、権利としての自己主張という個人主義的な法思考からのみならず、法秩序の防衛という社会的な法思考からも妥当に解釈されなければならない。とくに、現代の社会では、正当防衛はいわば「社会化」して考えなければ、かえって社会生活に支障をきたす場合が生ずる。¹⁴⁾

このように、許された危険において正当防衛が一般に適当な解決でありうるか否か、換言すれば、社会的に相当な態度に対して正当防衛権を認めることが果して必要であり、妥当であるか否かは、疑問のあるところである。一方では、こうした問題に肯定的に答えて、それは『明白である』¹⁵⁾ („auf der Hand liege“) と主張するが、他方では、前述にも明らかにしたように、そうした結論へのある不安は隠し切れないのである。レーダーの事例は、具体的場合における保護された利益の価値較量が特に問題とされる正当防衛の問題ではなく、一般には、まず利益較量に基づく正当化事由、すなわち緊急避難が問題となりうる場合である。¹⁶⁾すなわち、許された危険に対しては、ただ単に緊急避難のみが存し、正当防衛は存しない。しかし、緊急避難状態を自ら招いた場合には、それは問題外である。レーダーの事例についていえば、交通上不当な態度をとる交通関与者は、原則として、他人すなわち交通上正当な態度をとる交通関与者の犠牲において、侵害から自ら保護する権利を持たないのである。したがって、許された危

険に対する正当防衛は事実に即しない解決であるという批判が可能である¹⁷⁾う。

しかしながら、正当防衛をまるで排斥してしまうことは、かえって、われわれの正義感と相容れないこともあろう。したがって、こうしたことを説得的にするためには、行為無価値が違法性の要素として認められるべきであり、かつ、たとえ許された危険の場合でも、その発生した結果¹⁸⁾だけでは、違法性の基礎づけは十分でないことを示す必要があろう。

注 1) Maurach, Strafrecht, S. 549ff., Rehberg, a. a. O., S. 157., Roeder, a. a. O., S. 77, 85., Wimmer, a. a. O., S. 430, 440., 西村・前掲論文19頁。

2) Preuß, a. a. O., S. 85.

3) Zipf, a. a. O., S. 641.

4) Roeder, a. a. O., S. 77., Zipf, a. a. O., S. 641f.

5) Zipf, a. a. O., S. 642.

6) Frank, Kommentar, S. 161., Jakobs, Das Fahrlässigkeitsdelikt, S. 16f., Mezger/Blei, a. a. O., S. 216., Schönke/Schröder, StGB, §53, Anm. 10.

7) Jescheck, Lehrbuch, S. 254., auch Baumann, a. a. O., S. 259, 289.

8) Welzel, Strafrecht, S. 85f., Zipf, a. a. O., S. 641.

9) Jescheck, Lehrbuch, S. 250f., auch vgl. Preuß, a. a. O., S. 85f.

10) Preuß, a. a. O., S. 86., Schönke/Schröder, StGB, §53, Anm. 10., Baumann, a. a. O., S. 288., M. E. Mayer a. a. O., S. 278, Wimmer, a. a. O., S. 436f., 440f., Binavince, Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, 1969, S. 111ff.

11) Zipf, a. a. O., S. 642,

12) Wimmer, a. a. O., S. 421., Wussow, Zur Lehre von der Sozialadäquanz, NJW, 1958, S. 891.

13) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 86.

14) 平野竜一・刑法（総論）Ⅱ，228—9頁。

15) Roeder, a. a. O., S. 77f.

16) Jescheck, Lehrbuch, S. 258., Maurach, Strafrecht, S. 316., Welzel, Strafrecht, S. 86f., 135., Binavince, a. a. O., S. 117f.

17) Zipf, a. a. O., S. 641ff.

18) Vgl. Preuß, a. a. O., S. 86f.

5. む す び

以上の検討の結果，許された危険は，責任阻却説ないしは行為答責性阻却説には求めえないことが明らかである。しかし，これらの見解が，実質的な法益衡量に基づく社会的有用性の重視に対する批判，そして事案の個別性を無視する一般条項化の危険視に根差していることは十分に首肯するといわなければならない。そこで，この許された危険を，さらに掘り下げて検討するには，違法性ないしは構成要件該当性の問題としてとらえる見解をも検討する必要がある。この点については，紙数の関係上，別稿に譲りたい。