HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツにおける過失論の発展と現状
Author(s)	イエシエック，ハンスーハインリッヒ；小暮，得雄//共訳；丸山，治//共訳
Citation	北大法学論集，30(2)，109-121
Issue Date	1979-10-17
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16285
Type	departmental bulletin paper
File Information	30(2)_p109-121.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

講　演

ドイツにおける過失論の発展と現状

ハンス－ハインリッヒ・イエシェック
小暮得雄
丸山治　共訳

序　言
Ⅰ　過失論の発展
Ⅱ　過失論の現状
結　び

序　言

ドイツ刑法学および日本刑法学の間には、古くから緊密で活発な交流関係があります。両者の緊密な関係は、たとえば、日本人学者のドイツへの留学ないし研究滞在、ドイツ刑法学者の日本答訪、に窺うことができましょう。この

私も、一九六五年に初めて訪れ、今や多くの友人たちを通して親しみをもつ日本へ、再度、欣びと期待に満ちてやって参りました。マクス・プランク・フライブルク研究所のかつての賓客、小暮教授が奉職される本大学のご招待に対し、心からの感謝を述べて、私の講演を始めることにいたします。

あらかじめ用意したいくつかの問題のなかから、本日は、「ドイツにおける過失論の発展と現状」というテーマを選びました。冒頭に述べましたような、刑法学の領域における日独両国間の緊密な関係に照らせば、このテーマを本来比較法的に扱うべきでありましょう。とはいえ、私としては考察の対象をさしあたりドイツ法に限らざるをえません。以下、日本法については、日本人学者の手になるドイツ語および英語の論策、さらにはフライブルク研究所鄭教授の尽力によって、私の知りえた動向、すなわちその発展過程に窺えるドイツ法とのパラレルな現象を指摘するに留めたいと思います。

本講演のテーマは二つの部分から成っています。その一は、過失論の段階的発展、その二は、ドイツ刑法学における過失論の現状、であります。

I　過失論の発展

過失論の発展は、ドイツにおいて―日本の理論形成の過程と同じく―三つの段階を経由しました。

1　近代過失論の出発点は、いわゆる〝心理学的責任概念〟、すなわち刑事責任論を、経験的に確定可能な心理的事実、ないし行為者の心理のなかで実証的に把握しうる所与に結びつけようとした責任概念であります。しかしながら、この心理学的責任概念は、帰するところ過失の構造を解明することができませんでした。なぜなら、故意と対比

するとき、過失には行為者の結果に対する意思関係がまさに欠けているからであります。それにもかかわらず、過失を行為者の意思に関連づけようとした試み—リストやラートブルフの名がおもい浮かびますが—は、今日、技巧にすぎてあまり説得性をもたないように思われます。そのため、この学説は後継者を見いだすことができません。しかしこのばあい忘れてならないことは、刑罰権の介入を、客観的な構成要件要素だけではなく、可罰性の主観的前提においても厳しく限定され、現実のうちに存在し、かつ証明可能な事実に基づかせる努力じたいは、なお我々の信奉する自由主義的法治国思想に合致するということであります。ただ、今日の我々が、可罰性の規範的な前提をも、裁判官の恣意に委ねることなく、これを具体的に把握し厳格に客観化することを学んだところに、当時との相違があるといってよいでしょう。

2　第二段階の幕を開き、この問題に一歩を進めたのは、いわゆる〝規範的責任概念〟であります。それは、刑法の本質を目的と価値の整合性に見いだす「目的論的刑法理論」に基づいています。この目的と価値は、たとえば、刑事司法の課題としての、法治国における人間の自由な共同生活の保護であり、あるいは人間の尊厳の表現、したがってまた刑罰の基礎および限界としての責任原理の承認でした。責任は、もはや経験的に確定可能な心理的事実とは見做されず、行為者の意思形成の在り方に関する否定的な価値判断と解されたわけであります。このような考え方によれば、過失のばあい、責任非難は、法定の構成要件の実現に関する誤った表象という消極的事実にではなく、法益侵害を回避するため一定の状況のもとで法秩序によって要請される、配慮ないし注意に対する行為者の無関心および無頓着に向けられることになります。こうして、いかなる注意の標準、そして法益侵害を回避するためのいかなる備えが、事態に応じ〝客観的に〟要求されるかの点こそが過失の核心であることが明瞭となった状況のもとでも、過失を故意とならぶ〝責任形式〟あるいは〝責任の種類〟とみる立場は依然として維持されました。この発展段階は、ドイ

ツにおいては、ヒッペル (v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. II, 1930, S. 351 ff.) およびメッガー (Mezger, *Strafrecht*, 2 Aufl., 1932, S. 359 ff.) の教科書に完全な形で示されています。

転じて日本の状況を見ますと、日本の伝統的な学説は規範的責任概念の影響下にありました。ドイツにおけると同様、日本においても、過失は責任形式あるいは責任の種類と見做されました。責任非難は、構成要件的結果の回避に関する行為者の不注意に向けられたのであります。この見解によれば、故意行為と過失行為との間には、責任の面における、程度の相違が認められるにすぎません。まず、故意は、客観的構成要件要素の認識ないし意欲であります。その際、もちろん、違法性の意識が故意に属するか否かの問題が、ドイツと同様に議論されました。他方、過失行為における責任非難は、次のような行為者の心的状態、すなわち、相応の努力をすれば可能であったにもかかわらず、不注意にも構成要件的結果の発生を予見・回避しなかったという状態に見いだされたのです。これが、主として一九五〇年以前、日本刑法の代表的な教科書に見受けられる学説であります。たとえば牧野氏は、過失を「注意の欠缺に因りて犯罪事実を認識せざること」と定義づけました（『日本刑法』総論、一九三七年、二〇二頁）。同様に宮本氏は、過失を「違法な不注意に依って犯罪事実を予見せず、又はその違法を意識しなかった」心的状態と解しました（『刑法大綱』総論、一九三五年、一五二頁）。また小野氏によれば、過失は「行為者が相当の注意をしたなら、犯罪構成事実を表象し、且つ行為の違法性を意識することによって、その行為をしないことができたであろうという場合」に存するというのであります（『刑法講義』総論、一九四八年、一七三頁）。

3　第三の発展段階は、ヴェルツェルのいわゆる〝目的的犯罪論〟によって決定的な影響を受けました。ここにドイツの過失論は、新しい道を踏み出すことになったのであります。第二段階においてすでに、ヒッペル、メッガー、E・シュミットらは、過失の吟味をするにあたって、二重の基準を考えていました (v. Liszt/Schmidt, *Lehrbuch des*

Strafrechts, Bd. I, 26 Aufl., 1932, S. 280)。注意義務は、具体的事情に従って客観的に、また行為者の個人的能力・知識・事情に従って主観的に、決定されるべきものと解されました。にもかかわらず、過失は依然として単一のもの、それも伝統的学説によれば〝責任〟要素と見做されたのです。これに対して、最新の学説は、過失を二つの因子に分離し、これを違法性と責任の両カテゴリーに分配しました。状況に応じて要求される注意の不履行および構成要件的結果の客観的予見可能性は、違法の構成要素であります。注意違背の行為は行為の違法を、注意違背によって生じた予見可能な結果は結果の違法を、それぞれ表わします。他方、注意および予見の欠如にかかわる個人的非難可能性は、責任の構成要素であります。それによると責任は、過失のばあい、責任能力・命じられた注意と予見に係る行為者の能力・異常な外部事情のもとにおける合規範的行動の期待可能性、から構成されます。かような、違法性と責任への過失の分離は、理論的に明快であるばかりでなく、とりわけ過失行為の行為違法を独立に理解することによって、また責任の個別的標準を認めることによって、実務上あまりにも強調されすぎたきらいのある結果責任へのアンチテーゼを樹てる、という実務面の長所をも有していることを看逃してはなりません。過失の構造に関する新しい見解、違法と責任への二重配分の見解は、今日、ドイツ、オーストリア、スイスの各学界にひろく浸透しております (Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3 Aufl., 1978, S. 457, Fn. 9)。

新しい過失論は、日本においても極めて多くの支持者を獲得し、今日この国でもかなり支配的な考え方といえるでしょう。沿革をたどると、新しい学説は、宮本氏（『刑法大綱』一九三〇年、一五一頁以下）および不破氏（「刑法上の過失について」『宮本博士還暦祝賀・現代刑事法学の諸問題』一九四三年、一八一頁以下）によって導入されました。つづいて井上（正）氏が、一九五〇年の論文「過失の実証的研究」において、新学説擁立への決定的な貢献をはたしたのであります。さらに、この理論の主たる推進者として、藤木氏が言及されるべきでありましょう（「過失犯

の考察」『法学協会雑誌』七四巻一・三・四号、一九五七年)。このグループには、ほかに、木村(亀)、福田、西原の諸氏が属しています。内田(文)、金沢の両氏もここに算えてよいでしょう。客観的義務違反の重点については様々な見解があり、一律に捉えることはできませんが、有害な結果を回避すべき義務の違反が過失行為の違法性の中核である、という基本認識は、そこに共通しています。これに対し、責任非難は、行為者が、結果を避けうる状況にあったにもかかわらず、この回避義務をはたさなかったことによって根拠づけられます。

一方、伝統的過失論の支持者(平野、井上(祐)、内藤の諸氏)は、新学説について、それが過失犯の違法性の重点を結果無価値から行為無価値へ転移させるものであり、それによって過失行為の違法性の核心たるべき法益侵害の意義が貶められるであろうことを指摘しています(内藤「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開」『刑法雑誌』一二巻四号三八一頁、一三巻一号五八頁)。しかし私は、この批判がかならずしも正鵠を射ているとは思いません。といいますのは、違法の構成要素は、ドイツにおけると同様、日本でも、三つの〝同等に〟意味ある部分、すなわち、犯罪構成要件を実現する危険性についての認識可能性、予見可能な損害を回避するため客観的に要求される注意を怠る行為、注意違背によって惹起されたかぎりで構成要件的結果の発生そのもの、によって構成されているからであります。したがって上述の批判には十分な根拠はないと思われますが、しかし、結果無価値の軽視に傾く虞れがあることは認めざるをえません。現にドイツにおいて、若干の論者は、結果を事実上一種の客観的処罰条件として理解していますが(Armin Kaufmann, Horn, Schaffstein, Zielinski)、このような考え方は謬りというべきでしょう。過失犯の違法は、注意違背の行為およびそれと結びついた危険の程度のほかに、それによって惹き起こされた現実の損害をも要素としているのです。立法ないし判例もこの見地に立っていることは、たとえば、道路交通における酒酔い処罰の例から容易に窺うことができます。いま、とるに足らないような酒気帯びには、刑事制裁は科せら

れません。酒気〇・八パーミルを越すと三〇〇〇ドイツマルクまでの過料にあたる秩序違反となります（§ 24a Straßenverkehrsgesetz）。酒酔い運転が軽罪となるのは、一・三パーミルを越える絶対的運転不適格のばあいです。これには、一年以下の自由刑、もしくは新しい日割り方式に従えばかなりの痛手となるであろう、罰金が科せられます（§ 316）。それが他人の身体・生命、または重要な価値ある他人の物を危うくしたばあいには、五年以下の自由刑または罰金が科せられます（§ 315c Ab. 1 Nr. 1a StGB）。過失致死のばあいにも刑は同一ですが（§ 222 StGB）、判例上死亡事故のばあいには、単なる生命の危険に比べて本質的に高い刑罰が科せられる例になっていることに留意しなければなりません。ちなみに違法性の領域から結果無価値を排除したとすれば、刑事政策的にも実体にそぐわない帰結をもたらすことになりましょう。すなわち、故意行為においては、終了未遂と既遂が同列に扱われざるをえませんし、過失行為においては、重要な注意違背行為がありさえすれば、たとえ何も起こらなかったときでも、刑罰に処せられねばならない、という不都合を招くからであります。

4　さて、日本の学説は、かような発展状況を越えてさらに一歩を進めました。過失責任の領域において、いわゆる〝危惧感〟説が提唱されたのです。この学説の開拓者であり、若くして世を去った故藤木氏によれば、構成要件的結果の個別的な予見可能性は、責任非難にとって必要ではありません。当該行為がある法益に対する侵害または危険の原因となりうるであろうという感覚を、行為者自身が持っていれば、それで十分というわけです。この考え方によれば、行為者は、かれの個人的な知識・能力・事情に照らし具体的に生じた結果を予見しえなかったとしても、その危惧感さえ抱いているかぎり、それだけですでに、落度ある行為のゆえに責任非難を負わせられてよいことになります。この見解は、植松、沢登（佳）、板倉、石堂の諸氏に支持者を見いだしました。最近、日本で、住民に対する食料や薬品の供給をめぐって災害が生じた際、この学説が大きなセンセーションを巻き起こし、すでに森永事件、カネ

ミ事件の判決において一定の役割を演じたことは、よく知られていますね。

過失における責任非難の根拠は危惧感をもって十分とする説に対し、平野、井上（祐）、西原の諸氏によって、それでは責任原理に矛盾する、という異議が唱えられています。責任非難にふさわしいのは、行為者と結果の間に次のような関係があるばあい、すなわち、行為者にとって当該の状況のもとで可能な注意を払ったとすれば、その結果が個別に予見可能であったばあいに限られる、というわけです。西原氏はさらに、この学説に従うと、道路交通上はつねに危惧感があるも同然で、その結果過失責任の前提は必ずといってよいほど満たされてしまうことから、すでに一般的承認を受けている「信頼の原則」が空洞化せざるをえない旨の批判を述べています（「過失論の展望」『ジュリスト増刊・刑法の争点』一九七七年、八六頁）。危惧感説に対しては、ドイツ刑法学の立場からも同様の異議を唱えることができるでしょう。「何かが起こりうるだろう」という不確実な感覚は、責任非難にとって決定的なものではありえない。注意義務および予見可能性を客観的に正しく定めること、しかるのち、行為者の個人的能力・知識・事情のもとで、それが可能であったか否かを問うこと、こそがつねに問題の核心であります。西原氏はさらに反論し、危惧感をともなう多くの危険な活動が社会的相当性の枠内にあり、したがって許容されるばあいの多いことを指摘しています。この種の事例において、かりに何かが起こったとすれば、行為者に危惧感があったというだけで、客観的にはまったく根拠のない処罰の負担が課せられる、という不都合を招くことになるわけです。私見によれば、いわゆる危惧感なるものは、ある状況の危険性、あるいはそこに生ずべき注意義務の〝徴表〟以上のものではないように思われるのであります。

Ⅱ 過失論の現状

ドイツ刑法学における過失論の現状を彩る主要な問題のうち、私は、ここで二つの問題を扱いたいと思います。その一は、何が行為者に期待されるかのより詳細な記述を通して、注意義務を具体化することであり、その二は、過失結果犯における、結果の客観的帰属という問題であります。

1 まず第一に、過失行為における行為違法の核心としての〝客観的注意義務〟。損害回避の一般命令（「何人をも害することなかれ」"neminem laede"）から生ずる第一の義務は、まずもって保護法益に対する危険を認知し正しく評価することであります。といいますのは、損害回避のためのすべての措置は、事柄の性質上、さし迫った危険の認知に依存しているからです。ビンディングは、この義務を、より直截に「事前調査義務」と表現していますが、我々は、「内部的注意」と呼んでいます。それは、行為を規定する諸条件の観察、行為経過の予測、付随事情の変化の予見、ならびに、認知された危険がさらにどのように展開するかの洞察を内容としております。具体的な危険の認知に際し、事前に（ex ante）行為者の払うべき注意の標準となるのは、「行為者が属する生活領域内の誠実で考え深い人」であります。その際、分別ある観察者の考慮内容は、行為者が特別な因果知識をもっているとき、たとえば、ある交差点における危険がとくに高いこと、あるいは、ある建物から日々一定の時刻に多勢の学童が路上に出て来るという事実、を行為者がとくに知っているばあいには、それによって補われなければなりません。危険の認識可能性があるとき、構成要件的結果の発生を回避するという目的に沿って相当な行動に出るべき義務が生じます。これがいわゆる「外部的注意」の問題にほかなりません。それは、ときには、危険な行為をそもそも断念することによって満たされます。たとえば、ガソリンスタンドで煙草を吸うことは許されないでしょう。しかし、他方では、より一般的な事態

として、危険性をともなう行為が、社会的効用のゆえに不可欠なものとして許容され、日常頻繁に行われていることも周知の事柄に属しています。たとえば、航空交通や道路交通への関与、危険な工業機械の使用、医学の分野における有毒材料の施用。このばあい、注意義務の内容は、危険な行為を遂行するにあたって、当該危険をできるかぎり狭い範囲に留めるため、予防・管理・監視などの措置をとることであります。最後に、外部的注意は、準備義務や情報義務の履行を内容とするばあいもあります。この義務は性質上極めて多様でありうるでしょう。たとえば、医者による患者の病歴調査のように、速やかにはたされるべき義務もあれば、長期にわたる不断の専門的研鑽を必要とするたぐいの義務もあります。一定の活動、たとえば自動車運転のために必要な現行法規定を習得する義務などもこのカテゴリーに属するでしょう。ある局面で、具体的な注意義務を履行する責任が誰にあるかという問題に関しては、いわゆる〝分業〟の原理に注目しなければなりません。多様な人々の組織的な協同を必要とするたぐいの仕事については、この原理に従って過失責任の分配が調整されるのです。たとえば、医者と補助者の協同作業、工業生産における社長・工場長・部課長等の協業関係、など。かような分業の原理に対する正しい理解が、たとえば森永事件、カネミ事件を解決するための鍵といえるでしょう。

2　述べるまでもなく、構成要件的結果は行為者の行為によって惹き起こされることが必要で、この理は、故意犯と同様、過失犯にも妥当します。こうして、〝客観的帰属〟の第一の前提は因果関係であります。しかし、過失のばあい、因果関係だけでは足りません。結果はまさしく、注意義務の違反に基づくばあいにのみ、行為者に客観的に帰属されるのであります。日本の学説においても、過失行為における結果の客観的帰属の前提としては、行為者の行為が結果を惹起したこと、および結果がまさにかれの不注意に帰せられること、が考えられています。一方、新しいドイツの学説によれば、結果を客観的に帰属させるために行為と結果との間に要求される特別な違法連関は、次の二つ

の要件から成り立つものと解されています。

その一として、そもそも行為者が慎重な行動をとったとすれば、確かに結果は避けられたであろうという事情がなければなりません。つまり、客観的帰属は、たとえ行為者の用意周到な行為があったとしても、結果を避けることができなかったときには否定されるのです。我々はこのようなばあいを指して、〝適法な代替行為〟と呼んでいます。ちなみに、連邦最高裁判所の判決から一例を拾ってみましょう。

> トラック運転手甲が、不注意にも、極度に狭い側方間隔しかとらずに自転車を追い越した。自転車に乗っていた乙は怯えて自車を左方へ寄せてしまい、トラックに轢かれる仕儀となった。たまたま乙はひどく酔っていてどんな追い越しにも愕き、誤った反応を呈したに違いないことから、事故は、かりに甲が正しい運転方法を守ったとしても、高度の蓋然性をもって起こったであろうと認められた（BGHSt 11, 1）。このケースにおいて、甲の慎重な行動の如何にかかわらずなお事故が避け難かったことを理由に、結果の帰属は否定された。

客観的帰属は、さらに次のようなばあいにも否定されます。なるほど結果は行為者の注意違背行為から生じているとはいえ、それが侵害された規範の保護領域の外にあるときです。まさしく、このばあい、故意犯ないし民法上の損害賠償責任についても同様に妥当するところの、客観的帰属の一般的限界づけが問題なのであります。客観的帰属の限界に関する理論は、規範の保護領域を問題とすることによって、いわゆる相当性の理論をほとんど不必要なものとしました。ご参考までに、やはり連邦最高裁判所の判決から一例をあげておきましょう。

> 猛スピードで飛ばしていたドライバー甲が、ある交差点で、避ける余地のないほど突然、車道にとび出してきた歩行者を轢いた。かりに甲が許容最高速度を遵守していれば、この不幸な犠牲者がすでに通過してしまった後に初めて事故現場に到達したであろうという事情は、このばあい甲の負い目にはならない。というのは、都市における速度制限は、もともと、ドライバーが一定の場所に到達することを遅らせるという目的を有してはいないから（BGH VRS 5, 284, 286）。このばあい、結果が侵害規範の保

護領域の外にあるという意味において、帰属は否定される。

結　び

おわりに臨み、私はこの講演の結論を次のように要約したいと思います。

すでに述べましたように、過失論の発展は、ドイツと日本においてほぼパラレルな経過を辿りました。しかし、責任非難を「危惧感」によって基礎づけようとする最近の日本の学説については、ドイツの学界に対応する学説を見いだすことができません。この学説は、ただし、まさに過失行為のばあい、判例上しばしば濫用されてきた結果責任を制限するためにも遵守されるべき、正しい意義における責任原理との抵触を意味することになりましょう。つぎに、過失犯の構造についていえば、過失を、一方で不法構成要件の構成要素たる客観的注意義務の侵害および予見可能な結果の招来、他方で慎重かつ注意深くあれという義務の遵守、に分析して捉えることは、体系的にすぐれた理論構成を可能にするもので、実務の面でもメリットがあります。このばあい、違法は、行為無価値と結果無価値によって均しく規定されるべきでしょう。いわゆる注意義務の侵害は、個々の事例に則して具体的に確認されなければなりません。このことはとりわけ分業関係において、誰がいかなる注意義務履行の責任を負うべきかを決定しなければならない場面で、とくに重要であります。一方、責任は、過失においても量刑の根拠と限界を規定します。適法な代替行為によっても避けられなかったであろう結果は客観的帰属から排除されるべきです。また、侵害された規範の存在目的ないし妥当範囲の外にある結果についても、同様のことがあてはまるでしょう。

最後に、私は、日独両刑法学の緊密な共同作業によって、過失犯の理論がなお一層洗練され、発展されることを心

から願うものです。私見によれば、いわゆる情報義務の問題、多数関与者による分業の際に妥当すべき原理の問題、帰責にあたって行為者人格の個人的欠陥がどの程度斟酌されるべきかという問題、等がとりわけ重要な問題として残されていると思います。

以上で、本日の講演を終ります。ご静聴ありがとうございました。(注)

注〈訳者あとがき〉

本訳稿は、昨年九月五日、本学部で行われた記念講演 "Entwicklung und Stand der Lehre von der Fahrlässigkeit" の全訳である。イエシェック教授は、一九一五年、リークニッツ (Liegnitz) に生まれ、本年六四歳。多年にわたり、国際交流のメッカともいうべき、西ドイツ・フライブルク所在マクス・プランク外国・国際刑法研究所を主宰され、つとに学界の重鎮として令名が高い。刑事法、ないし比較法・国際刑法の分野におけるその嘱々たる業績については、あらためて紹介の要がないであろう。本講演の内容は、ドイツ過失理論の大局的な展望であると同時に、外国人学者によるわが学界の理論状況の概括としても興味ぶかいものがある。諸学説の位置づけについては異論の余地もないではないが、訳者の分を弁え、原文を尊重した。なお、同一内容の講演が、後日、京都大学でも行われた由を付記しておく。