



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	過失犯における結果の客観的帰属（1）
Author(s)	本間, 一也; HONNMA, Kazuya
Citation	北大法学論集, 40(4), 1-51
Issue Date	1990-03-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16694
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(4)_p1-51.pdf



過失犯における結果の客観的帰属（一）

本
間
一
也

目次

序章 問題の所在——過失犯における偶然の意義——

第一章 「合義務的行為の代置」に関する判例の概観

第一節 西ドイツの判例

第一款 主要判例の概観

第二款 問題点

第二節 わが国の判例

第一款 主要判例の概観

第二款 問題点

第三節 小括（以上本号）

第二章 「合義務的行為の代置」に関する学説の状況

第三章 過失責任の射程と「因果関係（条件関係）」

第四章 「過失犯における実行行為」の意義とその判断基準

第五章 過失犯における客観的帰属の根拠とその判断基準

第六章 総括と展望

序 章 問題の所在——過失犯における偶然の意義——

一 「責任なければ刑罰なし」という標語によって表される「責任主義」は、「罪刑法定主義」と双壁をなす近代刑法の大原則であり、⁽¹⁾過失の存在は現行法上刑事責任を問いうる限界である。⁽²⁾

しかしながら、過失はその本質上結果発生の実現意思を欠くため、心理的な側面において結果との結びつきが故意に比しはるかに希薄である。古来この点に関して、過失犯の刑事責任をいかに基礎づけるか、という問題が理論上の重大な関心事であった。⁽³⁾その主要な関心は、故意、過失に共通の基盤を提供する責任論の構築に向けられていたが、その一方で、過失責任は「人目を憚って存在する偶然責任（die verschämte Zufallshaftung）である」というラートブルフの言葉に代表されるように、⁽⁴⁾過失犯における結果の発生は少なからず「偶然要素（偶然の産物）」である、ということがし

ばしば指摘され、過失犯の処罰が結果の発生を前提とすることに對しても「責任主義」の貫徹という観点から重大な疑念が提起されてきたのである。⁽⁷⁾

二 しかし、「過失犯における」結果の発生は偶然要素である」ということのもつ意味は必ずしも明らかではない。たとえば、人通りの多い歩道に面したマンションの住人が五階のベランダから不注意にも植木鉢を落下させた場合、通行人が植木鉢の落下線上に存在し実際に当たるかどうか、あるいは当たったとしても、被害者が死亡しないし軽傷程度に止まるかどうかは、その結果の発生を促進、緩和ないし妨害する効果をもつ条件が当該行為の因果系列と「共働」することにより多かれ少なかれ影響をうけることは否定しえない。⁽⁸⁾

しかしながら、因果系列に介入するあらゆる条件を認識、支配し尽くすことが人間の能力を超越するものである以上、このような効果をもつ条件との共働によつて結果の発生が影響を受けることは過失犯に固有のものではない。⁽⁹⁾

他方において、このような効果をもつ条件の共働はそれ自体として独立に生じるものではなく、当該行為が一定の結果発生の危険性をもつ場合、それがこのような条件の作用する領域を作り出しその可能性を開いたという意味において、このような条件の作用は「危険な行為のもつ一つの機能」と言えよう。したがって、結果の発生自体は、事前的に観れば、「相対的偶然的な作用」⁽¹⁰⁾であるとしても、共働した条件が、当該状況における当該行為の性質上その因果的發展過程に共働することが経験上予想されるものである限り、現実には発生した結果が「法的に観て」全くの「偶然的産物」となってしまうわけではない。⁽¹¹⁾ 行為者が当該結果の発生・回避に對し影響を及ぼすことができた、と判断される限りにおいて刑事責任を問うことは可能である。その意味で、行為者が当該結果の発生・回避に對し影響を及ぼすことができたかどうか、ということが過失犯と偶然との分水嶺である。

三 しかしながら、現代社会は高度に技術化し無数の危険源に包囲されながらも、その十分な制御をなしていない。

危険源の制御は、最終的には、我々人間の注意力に依存せざるをえないが、人間が「ミスをしやすい動物」であり注意力を絶えず持続することが不可能である以上、現代はまさに一人の人間の些細なミスから重大な法益の侵害が発生しやすい状況にある。さらに、危険な職務の分担、システム化は、現代社会の「不可避的要請」でもある。

このような現代社会の状況を考えると、過失犯の場合は、発生した結果に対して行為者がどの程度影響を及ぼしたかを判断することが、当該行為の作用力をどの程度のものとして判断するかという問題とも関連してきわめて困難である。そこで、刑法上の責任主義を実質的に機能させるために「過失責任の射程範囲の明確化」という要請がこれまで以上に重要性をもつてくるとともに、刑法における過失犯と偶然とをいかに区別するか、という問題も新たな視点から再検討を迫られてくることになる。

四 さて従来の刑法理論は、「注意義務」概念の分析と「注意義務違反」の判断基準の検討を通じて「過失犯の構造」を説明しようとしてきた。¹⁵しかしこのような「過失犯の構造論」は、過失責任の射程範囲の「明確化」という要請に十分に応えてきたであろうか。これまでの過失論は、故意犯との区別という観点から過失犯の構成要素を犯罪論体系にいかん位置づけるか、という点にとらわれすぎ、過失と偶然とをいかに区別するか、という観点が背後に退いていた感がある。むしろ、これまでの展開がもたらしたものは体系的な混乱と過度に複雑化した過失論ではなかったか。

過失と偶然とを区別する基準は従来、「因果関係」、「予見可能性」、「回避可能性」に求められてきた。故意犯と過失犯とを犯罪論体系上「有責性」の段階で区別する伝統的な過失論でも、これらの基準の相互関係に関して曖昧な点を残していた。¹⁶しかし、過失犯をすでに構成要件該当性の段階で故意犯と区別し、過失犯の構成要件は故意犯の構成要件に比して「定型性がゆるやか」であるとして「過失犯の実行為」を確定する基準を「客観的注意義務違反（結果回避義務違反）」に求める、現在一般的な見解にあつては、伝統的な過失論以上に過失と偶然とを区別する基準の相互関係が錯綜

しているのである。

その主要な原因は、過失犯の実質を「一定の結果の発生を回避するために社会生活上必要とされる一定の回避措置を講じない」という点に求める「過失犯の不作为の構成」ないし「不真正不作为犯と過失犯との併行的理論構成」と、「客観的注意義務違反」を「過失犯の実行行為」の判断基準として取り込んだことにあると言えよう。

まず、このような構成は、一定の基準行為をとつたにもかかわらず結果の発生へと至つた場合には、これを不可抗力として過失犯の成立を否定しようとする。しかし、「基準行為」の内容、とくに行政上の各種の取締法規との関係およびその判断基準は必ずしも明確ではない。（不真正）不作为犯の作為義務の場合と同様の問題が生じているのである。⁽¹⁷⁾ その結果、過失犯の成立を制限するというこのような構成の本来の目的が達成されるかは疑わしいものとなっている。

ついで、このような構成は、「客観的注意義務違反」を「過失犯の実行行為」の判断基準として取り込んだことによつて、実行行為と因果関係の判断構造において明確性の喪失という弊害をもたらした。それは一方で、「予見可能性」と、現在の通説をなす「折衷的）相当因果関係説」における「相当性」の判断とが複雑に絡み合い、過失の存否の判断と因果関係の存否の判断の関連性における不明瞭さとなつて現れた。

これに加えて、因果関係は本来、「行為」と結果との間の関係であるにもかかわらず、このような構成では「注意義務違反」それ自体と結果との関係が「過失犯の因果関係」という形で問題とされることとなつた。それは、不作为犯の場合の因果関係の判断構造との関係に曖昧な部分を残すとともに、従来条件関係の「発見公式」とされてきた「AなければBなし（conditio sine qua non）」公式の「仮定的除去手続き」による条件関係の判断に「回避可能性」判断が融合するという方法論上の問題性が露呈する結果を招いた。

五 このように、過失と偶然とを区別する基準の相互関係が錯綜している状況にあつては、「過失責任の射程範囲の明

「確化」という要請がきわめて重要なものとなつていゝと言えよう。このような要請に応えるためには、偶然による結果と過失に基づく結果とを区別して、後者だけを行為者に帰属する枠組と明確な基準を設定することが必要である。

そこで本稿の目的は、過失の存否の判断基準と因果関係の存否の判断基準の分析と検討を通じて両者の関係を明らかにすることによつて、発生した結果を行為者に帰属する簡略な枠組とその適用において単純かつ明確な基準を見出すことにある。ただし本稿では、広義の行為を行為者自身に還元する「主観的帰属(狭義の責任)」の問題ではなく、その前提として、発生した結果を当該(狭義の)行為に還元する「客観的帰属」の問題に限定し、その事実的基礎および判断基準を明らかにすることに考察を向けるものである。

六 さてこのような目的を達成する具体的方法として、本稿は次のような構成をとることにする。

まず、「合義務的行為の代置 (pflichtgemäßiges Alternativerhalten)」、「仮定的因果経過 (hypothetische Kausalverläufe)」、「適法な行為の代置 (rechtmäßiges Alternativerhalten)」、「規範の保護目的」といった様々な見出しの下で論じられる複雑な問題を考察の対象とする(第一章〜第二章)。この問題は、行為者の「義務違反行為」と結果の発生は確認されるものの、行為者がたとえ「合義務的行為」を行ったとしてもその結果は回避できなかったであろう」という事情が存在し、しかも右の事情が行為時に行為者には認識しえなかつたという場合をいかに処理するかという問題に関わる。この問題を考察の第一の対象とする理由は、過失と偶然とを区別する基準の相互関係が錯綜している状況がもっとも鮮明に現れているからである。したがつて、この問題の解明が最終的には「過失責任の射程範囲の明確化」という要請に応えることに繋がるものと思われる。

ついで、「客観的帰属」の事実的基礎として条件関係の意義とその判断基準の検討を行うことにより、過失責任の射程という問題における因果関係の意義・機能を明らかにする(第三章)。ここではとくに、従来、条件関係の「発見公式」

とされてきた「AなければBなし」公式の「仮定的除去手続き」という方法論上の問題性を明らかにするとともに、「合法的条件関係」論の妥当性を検討し、さらに、過失犯はその因果関係の判断構造および判断基準において故意犯との間に差異を有するか否かを考察の対象とする。

ついで、「過失犯における実行為」の問題の考察に移る(第四章)。ここではまず、「客観的注意義務(違反)」という基準の批判的検討と危険性という観点から基準を設定することの妥当性の検討を行うとともに、とくに故意犯の未遂・不能犯を念頭において展開されてきた「実行為」概念が、現行法上未遂犯の処罰規定を欠く過失犯にそのまま妥当するかという観点から「過失犯の実行為」の意義および判断基準を考察する。

最後に、西ドイツにおける「客観的帰属論」⁽²⁴⁾を手掛かりとして過失犯における結果の客観的帰属の基準を明らかにすることになる(第五章)。「客観的帰属論」は、伝統的な「因果のドグマからの離脱」をスローガンとし、存在論的な領域から規範的な領域へと視点を転ずることにより刑法規範の本質に即した帰属論を構築し、自然科学的思考の支配に終わりを告げることを目指したものである。⁽²⁵⁾この理論はまだ「スタートラインに立った段階」であり、その方法論自体については必ずしも賛同できないが、わが国における通説的見解たる「(折衷的)相当因果関係」説も現在再検討を迫られている点⁽²⁶⁾を考慮すれば、十分に考察の対象に値するものと思われる。

(1) 宮澤浩一「責任主義」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一(編)『現代刑法講座第二巻・違法と責任』(成文堂・昭和五四年)一六九頁以下参照。

(2) 平場安治「過失犯の構造」西山富夫・井上祐司(編)・井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相(上)』(有斐閣・昭和五六年)三一四頁は、「行為者に責任として……不利益を受けさせるには、結果発生に過失が必要であるというのが責任主義であ

る。従って、責任主義では、故意は元来重要な役割を果たさない。ただ、刑法が制裁法である関係から、刑法上の責任には大小道義的非難の色彩が付着する。そうすると、故意が特別に重い場合としてクローズ・アップして来る。しかし、それは程度の差であって、伝統的犯罪論がいうように、両者は別種類の責任—責任形式という程のものではない。原則として故意だけを罰しているのは、刑法の法律効果—刑罰の苛酷性に鑑み、あまり重くない責任は採り上げないというだけである」とする。

- (3) この点に関しては、vgl. Achenbach, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 19ff. ; Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 140ff. ; 井上正治「過失犯の構造」(有斐閣・昭和三三年)八一頁以下、一一〇頁以下。なお、金澤文雄「過失犯と人格的責任減少・阻却事由」平場安治⇨平野龍一⇨高田卓爾⇨福田平⇨大塚仁⇨香川達夫⇨内藤謙⇨松尾浩也(編)『岡藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』(有斐閣・昭和五九年)二七五頁以下参照。
- (4) Radbruch, Gustav, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Besonder Teil. V Band, 1905, S. 201 Fn. 2.
- (5) von Bar, Carl Ludwig, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Bd. II, Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907, S. 445 ; Exner, Franz, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 83 ; Galiner, Moritz, Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs, 1910, S. 29ff. ; zu Dohna-Scholdien, Georg Theobald Alexander Graf, „Zum neuesten Stande der Schuldlehre“ in : ZStW Bd. 32(1911), S. 337f. ; Kadečka, Ferdinand, „Verkappte Zufall“ in : MSchrKrimPsych, Bd. 22(1931), S. 70 ; Ziegler, Wolfram, Fahrlässigkeit und Gefährdung, 1935(Str. Ab. Heft 359), S. 1ff., 58ff., 70 ; Mayer, Hellmuth, „Die folgenschwere Unmässigkeit(§330 a StGB)“ in : ZStW Bd.59(1939—1940), S. 324 ; Dreher, Eduard, Über die gerechte Strafe. Theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis, 1947, 108ff. ; ders., Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission. Bd. 8, Besonder Teil, 76. bis 90. Sitzung, 1959, S. 419 ; Bockelmann, Paul, „Wie würde sich ein konsequentes Täterschaft auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?“ in : Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 33 ; Welzel, Hans, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik

der fahrlässigen Delikte, 1961, (本書に関しては、内田文昭「H・ヴェルツェル『過失と交通事犯——過失犯の解釈論のために』(紹介) 同『刑法解釈論集(総論一)』(立花書房、昭和五七年)一一二頁以下参照) S. 20 (ders. Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 329); Hardwig, Werner, „Studien zum Vollrauschabstand“ in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, (本論文に関しては、刑法読書会〔尾中俊彦〕「エンルハルト・シュニット記念論文集の紹介(五) ウェルナア・ハルトヴィッツ『酩酊構成要件の考察』」法学論叢七卷五号(昭和三九年)一五八頁以下参照) S. 465, 471f.; Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 171; ders., „Das fahrlässige Delikt“ in: ZRfV 1964, S. 41ff.; ders., „Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht“ in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 393ff. (411); Müller-Dietz, Heinz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 77ff.; Zielinski, Diethart, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 152ff. なお、増田豊「現代ドイツ刑法学における人格的不法論の展開 I——特に犯罪構成における結果の体系的地位と機能について——」明治大学大学院紀要十二集(昭和四九年)一三六頁以下、同「犯罪構成における結果無価値の体系的地位と機能——シェーネの反論をめぐって——」法律論叢五〇巻四号(昭和五二年)八七頁以下参照。

(6) 過失犯の場合に結果の発生が処罰の前提とされる根拠に関しては、古来「証明の困難性」、「処罰経済」、「個々人の活動の自由の不当な制限の回避」といった観点から説明されてきた。vgl. Köhler, August, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912, S. 142ff. しかし、この点に関しては必ずしも十分な議論がなされていないように思われる。なお、井上・前掲書(註3)一二七頁、田藤重光「刑法綱要総論」(創文社・改訂版・昭和四四年)三二四頁、大塚仁「刑法概説(総論)」(有斐閣・改訂版・昭和六一年)一五四頁註(三二)は、例外的に過失の挙動犯も存在しないわけではないとして、関税法一一六条を例示している。しかしながらこの点は、「結果」概念の捉え方の問題であるにすぎない。そして、挙動犯ないし単純行為犯もそれが犯罪である以上「実質犯」であり「結果犯」であると言うべきであろう。この点につき、荘子邦雄「刑法総論」(青林書院新社・新版・昭和五六年)八六頁、一八二頁註(一)、内田文昭「刑法 I (総論)」(青林書院・改訂版・昭和六一年)一〇六頁以下参照。

(7) このような理由から、過失犯を(故意による)危険犯として構成しようとする見解も主張された。vgl. z. B., Radbruch, a. a. O., (註4) S. 201; Ziegler, a. a. O., (註5) S. 84ff.; Dubs, Hans, „Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht“

- in : SchwZStr Bd. 78(1962), (本論文に関しては、真鍋毅『現代刑事責任論序説』(法律文化社・昭和五八年)三〇〇頁以下参照) S. 42ff.
- (8) Wimmer, August, Fahrlässige Verletzung und Gefährdung im Straßenverkehr als Straftat und Ordnungswidrigkeit im kommenden Recht, 1958, S. 59.
- (9) その限りにおいて、「偶然概念」は人間の「限定された認識の産物」である。vgl. Rümelin, Max, Der Zufall im Recht, 1896, S. 6.
- (10) Vgl. Binavince, Emilio S, Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, 1969, S. 207 ; Klöne, Herbart, Tatfahrlässigkeit im Aufbau der Straftat, Diss. (Hamburg), S. 42. im Übrigen, Salm, Karl, Das vollendete Verbrechen. Erster Teil. Über Fahrlässigkeit und Kausalität. Erster Halbband. Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 1963, S. 25ff. なお、井上祐司『行為無価値と過失犯論』(成文堂・昭和四八年)二五二―二五三頁は、サルムの見解の出発点には、結果の発生・不発生は全くの偶然の産物であるとする理論が当然のごとく正当なものとして予定されている、としているが、疑問である。サルムは、結果の発生・不発生を偶然の産物であるとしているわけではない。彼は、「いわば、存在論的に観た場合、因果過程に偶然的事情が介在し、その共働によって結果の発生(・不発生)へと至ることは否定できないとしても、この場合(法的に観て)結果の発生(・不発生)自体が全くの「偶然の産物」となってしまうわけではなく、その発生に行為者が影響を及ぼすことができた」と「評価」される限りにおいて刑事責任を問うことが可能であるとしているにすぎないのである。このような見解は正当であり、「偶然」とは、法的に観た場合、存在論的な状態を特徴づけるものではなく、法的な基準の射程範囲を特徴づける概念にすぎない。vgl. Volk, Klaus, „Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr“ in : GA 1976, S. 164.
- (11) Wimmer, a. a. O., (註8) S. 59 ; Mylonopoulos, Christos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, S. 72. 当該行為自体が一定の結果発生の高度の危険性をもつ場合、結果発生へと至ったことが行為者にとって「不運」なのではなく、むしろ結果発生へと至らなかつたことが「幸運」と言えよう。vgl. Mittermaier, Wolfgang, „Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit“ in : ZStW Bd. 32(1911), S. 434 ; Wolter, Jürgen, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 69 Fn. 14,

- 116ff., 194-195; Jakobs, Günter, *Stratfrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983, Rdnr. 27 zu 9. Abschn.
- (12) Wimmer, a. a. O., (註∞) S. 59; Mylonopoulos, a. a. O., (註∞) S. 72.
- (13) Vgl. Stratenwert, Günter, „Zur Relevanz des Erfolgsunwert im Strafrecht“ in: *Festschrift für Friedrich Schafstein*, 1975, (本論文に関しては、増田豊「キエンター・シムトラーテンヴェルター」刑法における結果無価値の重要性について）、法律叢書五〇巻一号（昭和五二年）九三頁以下参照）S. 183; Donatsch, Andreas, *Sorgfaltsbemessung und Erfolg im Fahrlässigkeitsdelikt*, 1987, S. 50. なお、井上・前掲書（註10）二五二頁、真鍋・前掲書（註7）三〇五—三〇六頁参照。
- この場合、一般的に言えば、当該状況における当該行為のもつ一定の結果発生の作用力が強力であれば、法的に観て「偶然」が問題となる余地はそれに反比例して狭められることになろう。その意味では、当該状況における当該行為のもつ作用力ほどの程度のものと考えるかが、法的に「偶然」を問題とする上で重要と言えよう。しかしながら、事前的にそれを判断する限りにおいては、事柄の本質上不可避的であるとはいえず、あまりにも目の粗い判断にとどまらざるをえない。事前的に観て、当該状況における当該行為の性質からして諸条件の「共働」自体は予想できるにしても、その条件は、事後的に観た場合、結果の発生に対し種々の程度と効果をもたらすことになる。したがって、現実が発生した結果から遡り、当該結果に対する当該行為のもつ作用力と、共働した条件の作用力とを事後的に「比較」することが必要であると同時にそのための基準を設定することも不可欠となつてこよう。この点に関しては、後述する。
- (14) Hall, Karl Arfred, „Über das Misslingen. Eine anthropologisch-strafrechtliche Studie über Versuch und Fahrlässigkeit“ in: *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, S. 454ff.
- (15) 体系書を別とすれば、ちこあたり vgl. Schünnemann, Bernd, „Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte“ in: JA 1975, S. 435ff.; Gössel, Kahr Heinz, „Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre“ in: *Festschrift für Karl Bengl*, 1984, S. 23ff. (なお、阿部純二訳「カール・ハインツ・ゲッセル『過失犯に関する新旧の理論』」法字五一巻三号（昭和六二年）九二頁以下参照。）澤登佳人「故意過失概念の新構成」（郁文堂、昭和三十一年）一頁以下、井上・前掲書（註3）五〇頁以下、不破武夫「刑事責任論」（清水弘文堂書房、昭和四三年）一四五頁以下、藤木英雄「過失犯の理論」（有信堂、昭和四四年）三頁以下、井上・前掲書（註10）三三三頁以下、藤木英雄（編著）『過失犯—新旧過失論争』

(学陽書房・昭和五〇年) 二二頁以下、西原春夫「過失犯の構造」中山研一(西原春夫)藤木英雄(宮澤浩一)編『現代刑法講座第三卷・過失から罪数まで』(成文堂・昭和五四年) 一頁以下等参照。

(16) 過失の存否の判断基準を「予見可能性」に求める伝統的過失論の下でも、過失と因果関係、とくに「相当因果関係説」にいう「相当性」という基準との関連は必ずしも明らかではなかった。また、「予見可能性」と「回避可能性」との関係にも曖昧な部分を残している。結果の発生を予見できれば常に回避も可能だとは言えないのではなからうか。

(17) Vgl. Fünfsinn, Helmut, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, S. 67. (18) この問題を扱ったものとしては、たとえば、荒川省三「消防自動車操縦者の注意義務——過失犯の因果関係」判例タイムズ八八号(昭和三四年) 三四頁以下、井上正治「判例にあらわれた過失犯の理論」(酒井書店・昭和三四年) 一三七頁以下、

同「過失犯における因果関係論の役割」法律時報三二卷二二号(昭和三五年) 三一頁以下、井上・前掲書(註10) 一四七頁以下、同「因果関係と刑事過失」(成文堂・昭和五四年) 九五頁以下、団藤重光(編)『注釈刑法(2)のI総則』§§35~37、(有斐閣・昭和四三年) 五五頁以下(内藤謙執筆)、内藤謙「過失犯の構造について」司法研修所論集一九七一—I(昭和四

六年) 九九頁以下、正田満三郎「刑法における因果関係」(二)(三)——故意犯・過失犯の体系的位置づけと関連して——法律時報二五卷二二号(昭和四八年) 二五頁以下、三号(同) 四五頁以下、四号(同) 二五頁以下、原田綱夫「過失犯研究」6

—過失犯の因果関係—2—三重大学教育学部研究紀要二六卷一—五号(昭和五〇年) 二二三頁以下、山田道郎「過失結果犯における結果の客観的帰属——特にいわゆる適法な択一行態の問題に関して——」明治大学大学院紀要一四集(一)法学篇(昭和五一年) 一三一頁以下、町野朔「因果関係論」中山研一(西原春夫)藤木英雄(宮澤浩一)編『現代刑法講座第一

卷・刑法の基礎理論』(成文堂・昭和五二年) 三一七頁以下、植田博「相当因果関係論」の再構成——相当性判断の構造と性質に関連して——九大法学三七号(昭和五三年) 七一頁以下、都築広己「過失犯における因果性の問題性について」東京電機大学理工学部紀要 Vol. 2 (昭和五五年) 二二頁以下、島田雅子「仮定的予備条件について——その批判的考察——」法学新報八六卷一〇・一一・一二号(昭和五五年) 一八一頁以下、松宮孝明「過失犯における『客観的帰属論』の問題点につ

いて」京都大学大学院院生論集一〇号(昭和五六年) 四〇頁以下、板倉宏「過失犯における因果関係」The Law School No. 29 (昭和五六年) 二四頁以下、山中敬一「刑法における因果関係と帰属」(成文堂・昭和五八年) 一頁以下、土本武司「過失犯理論の動向と実務(五)」警察研究五四卷八号(昭和五八年) 二五頁以下、同「過失犯の研究・現代的課題の理論と実務」

(成文章・昭和六一年)一一八頁以下、伊東研祐「過失犯と危険概念——過失犯における結果の帰属を中心に——」法学セミナー三四六号(昭和五八年)三九頁以下、川口浩一「過失犯における仮定的事情の考慮について——西ドイツ交通判例を中心として——」大阪市立大学法学雑誌三一巻二号(昭和五九年)一一八頁以下、山本光英「結果回避可能性と過失——仮定的原因をめぐって——」中央大学大学院研究年報一四号I—2(昭和六〇年)九三頁以下、伊藤寧「過失犯における因果関係と客観的帰属に関する一考察(その一)」姫路法学二号(平成元年)二九頁以下等がある。

(19) 帰属概念の歴史的展開については、vgl. Larenz, Karl, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und Lehre von der „juristischen Kausalität“, 1927, S. 30ff.; Hardwig, Werner, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, (本書に関しては「植田博」帰属—刑法の中心問題—ハルトウイッヒ・一九五七年(その一)(その二)——大阪経済法科大学法学研究所紀要第二号(昭和五七年)一一九頁以下、同第三号(同)一一五頁以下参照) S. 11ff. im Übrigen, Bubnoff/Eckhart von, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966 (本書については「内田文昭」「E.フンフ」刑法的行為概念の発展(紹介)フォイエルバッツハからリストまで——特にヘーゲル学派を中心として——判例タイムズ二二八号(昭和四三年)後に同・前掲書(註5)八頁以下所収参照), S. 43ff.; Hruschka, Joachim, Strukturen der Zurechnung, 1976, (本書については「山田道郎」帰属の概念——特にルシュカの見解を中心として——明治大学大学院紀要一五集(一)法学篇(昭和五二年)一四五頁以下参照) S. 2f.(S. 2 Fn. 3). なお、山田道郎「刑法学説史における帰属概念の意義」法律論叢五二巻二・三合併号(昭和五四年)五七頁以下、崔成右「客観的帰属論の研究」明治大学大学院紀要一七集(一)法学篇(昭和五四年)七一頁以下参照。なお、本稿第五章参照。

(20) 山中教授の訳語による。山中・前掲書(註18)七頁参照。

(21) Vgl. Kaufman, Arthur, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht“ in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, (本論文に関しては「刑法叢書会(森井暉)」「エヘルハルト・シュミット記念論文集の紹介(二)」アルツールカウフマン「刑法における仮言的結果惹起の意義」法学論叢七〇巻二号(昭和三七年)一一三頁以下参照) S. 200ff.; Samson, Erich, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; Schlüchter, Ellen, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität“ in: Jus 1976, S. 518ff.; 1977, S. 104ff.

- (22) Würfel, Jörg, Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht, Diss. (Göttingen), 1971 ; Burgstaller, Manfred, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974, S. 96ff.(129ff). ; Wolter, a. a. O., (註11) S. 330ff.
- (23) Rudolphi, Hans-Joachim, „Voraussehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre“ in : JuS 1969, S. 549ff. ; Roxin, Claus, „Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten“ in : Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 241ff. ; Wolter, a. a. O., (註11) S. 341ff. 山中敬一「規範の保護目的の理論(一)(二)(三)」関西大学法学論集二七巻四号(昭和五二年)一頁以下、五号(同)三六頁以下、二八巻三号(昭和五三年)一五〇頁以下、同・前掲書(註18)六一頁以下参照。
- (24) Vgl. insb., Larenz, a. a. O., (註19) S. 60ff. ; Honig, Richard, „Kausalität und objektive Zurechnung“ in : Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 174ff. ; Hardwig, a. a. O., (註14) S. 111ff. ; Kahrs, Hans Jürgen, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, S. 19ff. ; Roxin, Claus, „Gedanken zur Problematik der Zurechnung“ in : Festschrift für Richard Honig, 1970, S. 133ff. ; Otto, Harro, „Kausaldiagnose und Erfolgshaftung“ in : Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 91ff. ; Burgstaller, a. a. O., (註22) S. 69ff. ; Ebert, Udo/Kühl, Kristian, „Kausalität und objektive Zurechnung“ in : Jura 1979, S. 561ff. ; Wolter, a. a. O., (註11) S. 17ff. ; Frisch, Wolfgang, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 509ff. なお、山中・前掲書(註18)二一九〇頁以下、植田・前掲論文(註18)七一頁以下、斎藤誠一「いわゆる客観的な帰属の理論をめぐって——危険をかめる法理と規範の保護目的の理論をもふくめて——」警察研究四九巻八号(昭和五三年)三頁以下、下村康正「条件説の一試論——客観的帰属関係説の提唱——」、「ドイツ刑法学におけるいわゆる客観的帰属の理論——シェニットホイサーの所説を中心として——」同「刑法総論の現代的諸問題」(文久書林・昭和五四年)七五頁以下、二六三頁以下、堤・前掲論文(註19)七一頁以下、同「刑法における因果関係論の再構成」明治大学大学院紀要二〇集(一)法学篇(昭和五七年)七九頁以下、同「現代刑法学における自然科学主義の超克——因果関係論と帰属論の再考——」明治大学大学院紀要二二集(一)(昭和六〇年)一〇一頁以下、林陽一「刑法における相当因果関係(三)」法学協会雑誌一〇三巻二一号(昭和六二年)二二頁以下参照。

(25) Ebert/Kuhl, a. a. O., (註24) S. 575.

(26) 井上・前掲書(註10)一六五頁以下、同・前掲書(註18)一頁以下、同「行為後の事情と相当性説——刑法における因果経過の相当性について」法政研究五一巻一号(昭和六〇年)一頁以下、林・前掲論文(註25)二二頁以下、同「刑法における相当因果関係(一)(二)(四・完)」法学協会雑誌一〇三巻七号(昭和六一年)一頁以下、九号(同)七二頁以下、一〇四巻一号(昭和六二年)七三頁以下、同「相当因果関係について」刑法雑誌二七巻四号(昭和六二年)九七頁以下参照。

第一章 「合義務的行為の代置」に関する判例の概観

「合義務的行為の代置」と呼ばれる問題は、行為者の「義務違反行為」と結果の発生は確認されるものの、行為者がた
とえ「合義務的行為」を行ったとしてもその結果は回避できなかったであろう」という事情が存在し、しかも右の事情
が行為時に行為者には認識しえなかったという場合をいかに処理するかという問題に関わる。この問題を細分化すると、
(1)右の「仮定的事情」は過失犯の刑事責任を免責する効果をもちうるのか否か、もちうるとすれば如何なる前提の下に
おいてか、(2)そのような前提の下でこの「仮定的事情」に過失犯の刑事責任を免責する効果が認められるとすればその
根拠は何か、(3)この問題を処理する体系的な枠組みをいかに設定すべきか、という点が問題となる。

本章では、この問題に関する西ドイツおよびわが国における主要な判例の概観とその検討を行い、その問題点を明らかにする。

第一節 西ドイツの判例

第一款 主要判例の概観

一 この問題に関して、西ドイツの判例は従来、必ずしも統一した態度を示してきたわけではない。その潮流を遡ると、一定の要件の下で先の事情に過失犯の刑事責任を免責する意義を認める「原則的な立場」と、これを認めない「例外的な立場」に二分される。前者はさらに、免責根拠に関して、これを「因果関係」の欠如に求める立場と過失責任（狭義）の欠如に求める立場に分類される。それでは、右の分類にしたがって、西ドイツの主要な判例を以下において概観してみよう。

二 まず、先の事情に過失犯の刑事責任を免責する意義を認める「原則的な立場」の判例のうち、免責根拠を「因果関係」の欠如に求める判例から考察したい。この類型に属する判例は、「因果関係」の欠如の要件を、「合義務的行為」を行ったとしてもその結果が回避できなかったことについて「確実性と接着する蓋然性 (eine Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit)」が存在したことに求める判例(①)と、それよりも低い程度の可能性で足りるとする主流をなす判例(②)に分かれる。

① 「合義務的行為」を行ったとしてもその結果が回避されなかったことについて「確実性と接着する蓋然性」が存在した場合のみ「因果関係」の存在が否定されるとする判例

【ア】RG第三刑事部一八八六年二月二〇日判決（薬剤師事件）⁽²⁾

〔事案〕医師Rは、当時の治療学上の原則に従い、くる病患者A（三才半の男児）に含燐性薬を内服させることにした。Rは、薬剤師である被告人が提出した含燐性薬の調合の処方箋に同意し、その調合と交付の許可を被告人に口頭で与えた。被告人は規則に従ってこれを調合しAに交付したが、その後Aの母親の求めに応じRの許可を受けることなく四回にわたり同じ薬を調合、交付した。これを服用したAは中毒症状に陥り死亡した。

〔判旨〕RGはまず、被告人の過失行為の実質を含燐性薬の交付という作為ではなく、医師の許可を受けることを怠ったという「不作為」に認めた上で、この不作為と結果との因果関係の存否の判断を行っている。

RGは因果関係の意義に関し次のように述べる。「惹起〔Verursachen〕という概念の本質は、『ある行為（不作為をも含む広義の概念）は、その行為がなくてもその具体的な結果が発生したであろうという場合には（その結果に対し）因果的に作用したものとみなすことができない』ということにある。……ただしこのことは、その有害な事象が人の行為の作用として事実上生じたということの証明が具体的な事案において存在する場合、このことによつて〔既に〕確認された因果関係を除去するためには、事実上作用した原因が存在しなかったならば同一の〔結果発生〕効果をもちえた他の原因が存在する単なる……『可能性』が認められるだけで足りるということを意味するものではない」と。

右の部分には、後述するように用語上の混乱が存在するが、RGはこれに続けて次のように述べる。「これに反し、有責な行為が存在しなかったとしても法律に規定された結果が発生した確実性又は……確実性と接着する蓋然性が存在した場合に、この行為が……その結果を惹起しなかったことの証明が与えられるのである」と。

以上のような一般論を展開した後、RGは本件につき、専門家の鑑定に基づき原審が認定した事実を基礎として次のように判示する。「被告人により……再交付された薬の致死効果をもつ毒が投与されなかった場合には、子供の死は発生

しなかつたであろうということ、したがって死という結果は、この……再交付という「事実」に因果的に帰せしめられるべきであること……が認められる」⁽⁷⁾。「しかし、このことだけでは〔被告人の〕有責な不作為と子供の死との間の因果関係は未だ確認されない。……被告人が合義務的な行為を行つていたとしても……同じ結果が発生したであろうということが当該事情から確認される場合には、その因果関係は否定されざるをえないであろう」⁽⁸⁾と。

シュペンデルによれば、RGの思考方法は被告人の行為について、一方で薬の交付という作為の原因性を肯定すると同時に、他方において不作為の原因性を否定しようとする点で矛盾しているという。

確かにこの判決の表現方法は明確性を欠き、因果性を二重に検討しているように見える。しかしここでは、RGが述べる次の部分に着目しなければならない。すなわち、「法律は過失という概念を満たす行為をそれ自体として刑罰の下に置いておくのではなく、その過失行為の中に一定の違法な結果の原因が存在したという前提の下で置いておくのである。有責な行為が存在しなくても全く同様の結果が発生したであろうという場合には、このことがあてはまらない」⁽¹⁰⁾。

この部分の趣旨は必ずしも明らかではないが、過失犯の場合には当該行為と結果との間に因果関係があるだけでは処罰にとつて十分ではなく、過失それ自体が結果の原因だったことが必要である、という点にあるのではなからうか。このように理解することが許されるならば、RGは、「医師の許可を受けることなく薬を再交付した」という「全体としての行為」の因果関係とは別に「不作為の因果関係」という形で、実は「注意義務違反」それ自体と結果との「特殊な関係」を問題にしていると言えるだろう⁽¹¹⁾。

ところで、RGが提示する前述の因果関係の証明の原則からすれば、「合義務的行為」を行つたとしても同じ結果が発生した単なる可能性ではなく、少なくとも「確実性と接着する蓋然性」が存在した場合に初めて「不作為」の因果関係が否定されるはずである。しかしRGは、「本件では、〔患者の〕中毒症状の発生は予見されておらず、したがってその

治療をあらかじめ中断するいかなるきつかけも医師Rには存在しなかつたという想定を排除できない⁽¹²⁾としてゐるにすぎず、被告人が「医師の許可を受ける」という「合義務的行為」を行つたとしても死という結果が発生した、「確実性と接着する蓋然性」が存在したのかどうか明らかではない。この程度の蓋然性が存在しない場合には、前述の原則を一貫すれば、因果関係を認めざるをえなかつたはずである⁽¹³⁾。

しかしRGは結局、「そうだとすれば、患者Aの死も被告人の行為の結果として発生したものであり、この結果について医師に対しても被告人に対しても刑法上責任を問うことができな⁽¹⁴⁾い」として、右の点を不明瞭なままに結論に至つてゐる。

以上観てきたように、この判決は「不作為の因果関係」の判断の枠組みの中で問題を処理しようとしたため論旨に明確性を欠いているが、これを単純に「不作為の因果関係」を否定した判決と評価すべきではなく、實質的には「注意義務違反」と結果との「特殊な関係」の存在を否定したものと評価されるべきだろう⁽¹⁵⁾。

【イ】 RG第一刑事部一九二九年四月二三日判決（山羊の毛事件）⁽¹⁷⁾

〔事案〕被告人は自己の経営する刷毛工場において、中国産の山羊の毛を消毒後使用しなければならぬという報告を受けていたにもかかわらず、事前に消毒することなく労働者に加工させたところ、毛に付着していた炭疽菌に感染した労働者のうち四人が死亡した。

原審は、許されていた三種類の消毒方法は感染の危険が排除される程の十分な無菌性を保証するものではないという鑑定に基づき、消毒を行つたとしても結果が発生した可能性が排除できないから被告人の「過失」と結果との因果関係を証明できないとして無罪を言い渡した⁽¹⁸⁾。

〔判旨〕RGはまず、「被告人は——自己に課せられた職業上の義務に反するとともに、そのことと結びついている危険を認識していたにもかかわらず——無消毒の山羊の毛を……労働者に加工させることを通じて労働者が感染し、そのことから発展した結果〔死〕に對し過失により一条件を設定した⁽¹⁹⁾」ということを確認する。

この微妙な表現が、被告人の行為と結果との間の因果関係の存在を意味しているかは必ずしも明らかではないが、RGはこれに続けて、自らが支持する「条件説」に関して次のように述べる。「有害な事象が人の行動の作用として事実上発生したという証明が個々の事案において存在する場合、その因果関係を否定するためには、事実上作用したその条件が存在しなかった場合に同じ作用をもちえた（他の）原因が存在した単なる……可能性では足りない。その確実性又は確実性と接着する蓋然性が存在する場合にのみこの行動はその結果を惹起しなかった証明がなされると言えよう⁽²⁰⁾」と。

前記〔ア〕判例をそのまま踏襲した右の部分にも、存在を証明された因果関係が否定される可能性を認めるといふ「矛盾⁽²¹⁾」がみられるが、この判決も「『合義務的行為』を行つた場合にも結果が発生したであろう」といふ事情を「因果関係」の判断の枠組みの中で考慮しようとする。ただしこの判決では、前記〔ア〕判例とは異なり「不作為の因果関係」といふ構成はみられない。ここでは、被告人の行為態様を全体的に考察しているのである。

ところでRGによれば、原審のように「因果関係」を否定する場合には、合義務的に消毒がなされていたとしても同じ結果が発生した単なる可能性の存在で足りるとし、因果関係を肯定する場合には結果が発生しなかったことについて「確実性と接着する蓋然性」の存在を要求することは、因果関係の証明に對して「厳格すぎる要求」を提起するものだとしている⁽²²⁾。

この点の是非は措くとしても、ここで重要なことは、RGが被告人の有責な行動がなくても炭疽菌の感染並びに疾患が発生したことについて「確実性と接着する蓋然性」が存在する場合でも、同じことが疾患の程度並びに死の発生に對

してもあてはまるかどうかの検討を要求している点である。²³ RGによれば、本件の場合当該消毒方法は山羊の毛を完全に無菌状態にすることはできなかったとしても、少なくとも炭疽菌の数と勢力を減少させることができ、したがって当該疾患が比較的軽い経過を辿り労働者の死が発生しなかった可能性は素人の立場からは否定できない、²⁴として原判決を破棄差戻している。²⁵

【ウ】BGH第四刑事部一九五二年一〇月二三日判決（採石場事件）²⁶

〔事案〕被告人の経営する採石場の約二〇メートルの高さの崖から七才の子供が墜落死した。被害者は腐食の激しい囲いの破損した部分を通じて採石場の急斜面の縁に達していたが、被告人は「採石場の設置と操業に関する一九五一年四月一三日のデトモルト行政区長官の警察条例第一〇条」により、破損した囲いの修復を義務づけられていた。また、被告人は二年前から通商産業局より修理勧告を再三うけていたにもかかわらず、囲いの修復を怠っていた。

原審は、被告人が囲いを修復していたとしても子供がそれを超えて中に入った可能性があるとして、被告人の「重大な義務違反」と子供の死との間の因果関係の存在を証明できないという理由で無罪を言い渡した。²⁷

〔判旨〕BGHは、「被告人の義務違反性と子供の死との間の因果関係は、その子供が条例通りに設置された囲いという物理的な障害……によっても事故現場への立ち入りを思い止まらなかったことについて確実性と接着する蓋然性が存在した場合にのみ証明されないものとみなすことができよう」として原判決を破棄した。²⁸

この判決は前記【イ】判例の原則を踏襲したものであるが、ここでは被告人の「不作為に基づいて継続していた危険状態」と結果との因果関係の存否の判断を問題としている。²⁹ BGHはまず、「囲いが条例違反の状態にあったことは……子供の死の条件として確定されるべきである」とした上で、「この条件が有効なものであったかどうかは条例にかなった

困いを付加して考えた場合に死という結果が脱落するか否かにかかっている」とする。この論理は、確定された条件の有効性の判断の枠組みの中で仮定的な事情に基づく判断を行おうとするものであり、【イ】判例とは若干ニユアンスを異にしている。

ところでこの判決において重要な点は、「合義務的行為」を行ったとしても結果が回避されなかった可能性が存在したというだけでは「因果関係」の存在が否定されない、ということの論拠として次の二点を挙げていることである。

第一の論拠は、条例通りに困いが修復されていたら結果は回避されていたであろうかという仮定的判断は「實在性〔Wirklichkeit〕の基礎から必然的に離れざるをえない」ものであり、「したがってこのような判断の結論に対しては、所与の事実に基づいて確認された事態と同じ重さを与えることはできない」という点である。³¹⁾

第二の論拠は、「その損害が他の原因鎖によっても惹起された多かれ少なかれ蓋然的な可能性は否定できない」ので、単なる可能性の存在が因果関係の否定を正当化するならば当罰的な不作為は全て必然的に不処罰へと至らざるをえないという点である。ただし、この判決からは被告人の過失が具体的にどのような点に認められるのかは明らかでない。³²⁾

以上の代表的な判例は、「合義務的行為」を行ったとしても同一の結果が発生した（結果の発生が回避できなかった）であろうということが、「確実性又は確実性と接着する蓋然性」をもつて証明された場合に初めて「因果関係」の存在が否定されることを認めるものである。

しかしながらこれらの判例に対しては、このような原則は「因果関係」の不存在が確実に立証されない限りその存在が肯定されることを認めることになり、それは責任の推定であると同時に許されない「挙証責任の転換」であるという批判がなされている。³⁴⁾

②「合義務的行為」を行ったとしてもその結果が回避されなかった可能性が存在する限り、その程度が「確実性と接着する蓋然性」の程度に至らなくても「因果関係」の存在が否定されるとする判例

【七】BGH第四刑事部一九五七年九月二五日決定（トレーラー事件）⁽³⁵⁾

〔事案〕被告人は、幅員約六メートルの見通しのよい直線道路をトレーラートラックで走行中、同一方向へ進行中の自転車を時速二六〇二七kmの速度で、しかもトレーラーの車体と被害者の左肘との側面間隔約七五cmで左側から追い越そうとしたところ、被害者がトレーラーの右側後輪に頭から突っ込み斃死した。事故後死体に対して行われた血液検査の結果、被害者の血中アルコール濃度は、事故時点でも一・九六%であり、自転車の運転には不適格であったことが明らかになった。

参審裁判所は被告人を過失致死罪で有罪とした。ミュンスター地裁刑事部は、被告人が「合義務的行為」を行っていたとしてもその死亡事故は高度の蓋然性をもって発生したであろう⁽³⁶⁾ということを理由として原判決を破棄し、狭すぎる間隔で自転車を追い越したという点についてのみ罰金刑を言い渡した（道交法一条、四九条）。これに対し、ハム上級地裁は次のような理由から原判決を破棄した。——交通違反行為と結果との間の因果関係は、その交通違反性が存在しなくてもその結果が発生したことが確実性又は確実性と接着する蓋然性をもって確認できない場合には常に肯定される。被告人が交通状況に適った行動（verkehrsgemäßes Verhalten）を行ったとしても同じ結果が発生したということが、我々の判断からして確実である場合にのみ結果に対する刑事責任を否定することが正当である。同じ結果が発生する単なる可能性は過失致死罪の成立を妨げない——。

〔決定要旨〕BGHはまず、「結果が有責に惹起されたと言えるのは、まさに行為者に対する非難を基礎づける作為又は不作為によつて結果が惹起された場合だけである」とした上で、因果関係の証明の問題について次のように述べる。⁽³⁷⁾
「行為者の義務違反行為がなければその結果は回避されたということ……又は合義務的な行動がなくても発生したとい

うことが確実な場合には、(因果関係の証明にとって)いかなる難点も存在しない。前者の場合には因果関係が肯定され、後者の場合には否定されなければならない⁽³⁸⁾。「しかし、……(これらの点が)疑わしい場合には、被告人の利益に決定されなければならない。ただし……このような重大な疑念は、行為者が合義務的な行為を行ったとしても同じ結果が発生したであろう単なる観念的な可能性が存在する場合に直ちに肯定されうるものではない。……その結果が他の原因鎖によっても惹起されたであろうという可能性は完全には排除できないからである⁽³⁹⁾。「有罪判決にとつて必要とされる、結果に対する行為者の行為の原因性および彼の責任に関する事実審裁判官の確信性を、合義務的な行動が存在しなかつたとしても同一の結果が発生したことが人間の判断からして確実である場合にのみ刑事責任を否定することが許される、というように狭く解するならば、それは『疑わしきは被告人の利益に』の原則に反することになる。これでは因果関係の欠如が証拠による確実な認定により立証されない限り、一定の事実に基づく無視しえない疑いが残る場合ですら、裁判官は当該行為態様の原因性を被告人の不利に肯定せざるをえなくなろう⁽⁴⁰⁾」。

以上のような一般論を展開した上で、BGHは本件に關し次に判示して原判決を破棄した。「地方裁判所の認定によれば、被告人が交通状況に適った運転をしていたとしても……その事故は、『高度の蓋然性を伴つて』死亡という結果へと至つたであろうということが明らかにされた。その経過が、『いずれにせよ個々の部分において』別な形態を辿つていたかという問題は……死という結果にとつて重要ではない。確かに、被告人の運転方法は自転車に乗つた者の死亡に対し機械的・自然科学的な意味において一つの条件であつた。しかしこのことから、彼の行動に内在した交通違反性すなわち狭すぎる側面間隔での追い越しが、刑法典二二二条の致死構成要件の表現にとつて、刑法的な意味において因果的だつたとは言えない。責任主義によつて支配される刑法は、原因と結果との関係という問題を解答する上で一定の事象間の純粹に自然科学的な結びつき(の存在)だけで満足するものではない。むしろ、人間の行動を価値的に考察

する方法にとつて本質的なことは、その条件が法的な価値基準からしてその結果にとつて重要であつたか否かということである。そしてこの問題にとつて決定的なことは、行為者が法的に落度なく行動していた場合にその事象はどのような経過を辿つていたであらうかということである。そのような場合でも同じ結果が発生したであらうという場合、又はその可能性が重要な事実に基づいて得られた事実審裁判官の確信により排除されない場合には、被告人によつて設定された条件には結果の評価にとつて刑法上の重要性が存在しない。このような場合には、行為と結果との間の因果関係は肯定されてはならない⁽⁴¹⁾と。

本決定は、「注意義務違反」と結果との「因果関係」の問題に関する学説上の論争に決定的なインパクトを与えた有名な判例であるが、ここで重要なのは次の二点である。

第一に、本決定は、「合義務的行為」を行つた場合にも同一の結果が発生した（結果の回避が不可能だつた）であらうという場合に「因果関係」が否定される要件に関し、「従来必要とされてきた蓋然性の程度を事実上緩和した⁽⁴²⁾」という点である。

前記①【ア】〜【ウ】判例は、「合義務的行為」を行つたとしてもその結果が回避されなかつたことについて「確実性と接着する蓋然性」が存在した場合にのみ、「因果関係」の存在が否定される⁽⁴³⁾とする。これに対し本決定は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を嚴格に貫徹する立場から、右のような場合以外にも行為者の「義務違反行為」が存在しなかつた場合にその結果が回避されたかどうかについて「単なる観念的な可能性」を越える「重大な疑念」が存在する限り、「因果関係」の存在の証明がないものとするものである。このような立場をとる判例は本決定以前にも存在したが⁽⁴³⁾、これらの判例は被告人の行為を（過失による）不作為犯的に構成することを前提としていたのに対し、本決定は因果関係一般の証明に関して右のような原則を確立したという点に意義がある。

第二に、本決定は、機械的・自然科学的な意味における条件関係の存否とその刑法的重要性とを区別することにより、仮定的事情に基づく仮定的判断の必要性を基礎づけようとしているという点である。

前述の【ア】、【イ】判例には、その存在が証明された因果関係がさらに否定される可能性を認めるという「矛盾」が存在した。また、【ウ】判例では、条件の存否とその「有効性」という区別がなされていたが、両者の相互関係が明らかでなかった。これに対し本決定は、「前法的」条件の刑法的重要性判断の枠組みの中で「合義務的行為」という仮定的事情に基づく仮定的判断を行おうとするものである。ただし、ここで注意すべきことは、刑法的重要性（刑法的な意味における原因）判断の対象は行為者の行為全体ではなく、行為に対する法的評価である「義務違反性」それ自体に求められているという点である。

それでは何故このような構成が必要なのであろうか。それは本決定が、前述のように、結果の自然主義的な単なる「惹起」を問題にしているのではなく、規範的な「有責な惹起」を問題としているからである。すなわちここでは、「行為」による結果の惹起という「因果性」の問題と、過失の存否の問題とを分離して考察するという構成ではなく、「有責な惹起」という形で両者を結合させて考察するという構成がとられているからである。したがってこのような構成では、「刑法的な意味における」因果関係の存否が過失犯の成否に直結することになるのである。

本決定によって確立された原則は、後述する例外的な判例を別とすれば、その後の多くの判例により基本的に維持されている。⁴⁴

三 以上、「合義務的行為」を行ったとしてもその結果は回避できなかったであろう」という事情に過失犯の免責的意義を認め、その根拠を「因果関係」の不存在（正確には、その存在の証明が欠けること）に求める代表的な判例を考

察してきた。

これらの判例は、「因果関係」の存在を否定するのに必要とされる「同一の結果が発生する可能性(結果回避不可能性)」の程度に対する評価という点において差異があるものの、「義務違反」それ自体と結果との「因果関係」を問題とし、その判断に際し前述の仮定的事情を考慮しようとする思考方法において基本的に同一である。

このような思考方法に内在する問題点は後述することにし、次に、免責根拠を責任（狭義）の欠如に求める判例を考察することにした。

四 免責根拠を責任の欠如に求める判例は次の二件だけのようである。

【オ】RG第一刑事部一九二六年一〇月二五日判決（コカイン・ノヴォカイン事件）⁽⁴⁵⁾

〔事案〕医師である被告人は、局部麻酔を必要とする手術に際し、通常使用される麻酔薬「ノヴォカイン」ではなく、「コカイン」を誤用した結果、子供の患者が死亡した。しかし、被害者はきわめて稀な特異体質で、あらゆる種類の麻酔薬に対して敏感だったので「その症例の状態からして許される」ノヴォカインを使用していたとしてもおそらく死亡していたであろうということが医学鑑定の結果明らかになった。

原審は、ノヴォカインを使用していた場合には患者の死が生じなかったことについて「確実性と接着する高度の蓋然性」は存在しないがその可能性は存在した、とする鑑定に基づき、コカインの注射と患者の死亡との間の因果関係の存在を否定し、被告人に無罪を言い渡した。

〔判旨〕RGはまず、「ノヴォカインを使用していたとしても患者の死が発生した……単なる可能性は、その他の点では確認される、被告人の所為と患者の死との因果関係を除去することはできない。したがって原判決は破棄されなければ

ばならない」とした上で、無罪成立の可能性とその論理構成につき次のように述べている。「——同一の事情のもとで——ノヴォカインを使用していたとしても患者の死が確実にまたは確実性と接着する蓋然性をもって発生していたであろうという場合にのみ可罰的な行為が存在しない。確かに、このような場合にも被告人の行為と子供の死との間の因果関係は存在するが、被告人の行為の結果を彼の落度〔Verschulden〕に帰せしめることはできない」と。

右の論理は、「合義務的行為を行ったとしても同一の結果が発生したであろう」という事情を「因果関係」の存否の問題としてではなく、「落度」に対する結果の帰属の問題として考慮しようとするものである。本判決の言う「落度」の意味内容は必ずしも明らかではないが、それが「注意義務違反」を意味するのであれば、右の論理は、実質的には「注意義務違反」それ自体に着目し、これを「因果関係」とは別個の問題として構成したものと言えるであろう。⁴⁷

しかしこの点は措くとしても、本判決が展開する右のような論理は、無罪が成立する場合の条件を示唆するにすぎず、その根拠については何ら明らかにしてはいない。

【カ】 BayObLG 一九五三年六月二日判決⁴⁸

〔事案〕被告人は、飲酒のため（血中アルコール濃度一・八％）正常な運転をすることができない恐れがある状態であるにもかかわらず、トラックで走行中、歩行者と衝突し致命傷を負わせた。⁴⁹

〔判旨〕 BayObLG は、従来の判例が「因果関係」の判断に際し考慮してきた、「合義務的行為」を行ったとしても結果が発生したであろうか」という問題は結果の惹起（「という本来の因果関係」の問題ではなく、これと次元を異にする「過失に基づく（有責な）惹起」という「責任（判断の領域）に属する問題」であるとして次のように述べる。「したがって——結果の惹起が肯定された後——過失に基づく惹起、つまり責任の検討の範囲内で、被告人の行動と結果

に関する因果関係の第二の検討が行われる。しかしこの検討は、もはや被告人の何らかの所為、したがって彼の行動全体——本件では、車の運転——がその結果にとつて因果的であつたかということを対象とするものではない。むしろこの検討は、彼の行動全体のうち責任非難を基礎づける個々の事情——本件では、酩酊と安全な車間距離をとることを怠つたこと——が因果的だつたかという点に着目するものである。……したがつて……（このような）仮定的な比較問題は、行動全体と結果との因果関係を検討する場合のそれとは別な問題である」と。

本判決も前記【オ】判例と同様、「合義務的行為の代置」の問題を「因果関係」の存否の問題とは別個に「注意義務違反」と結果との「特殊な関係」の存否の問題として構成しようとするものである。

しかし本判決も、このような「特殊な関係」の検討——本判決の表現によれば、「因果関係の第二の検討」——を必要とする実質的な根拠を提示してはいない。⁽⁵¹⁾

五 以上、免責根拠を責任の欠如に求める判例を考察してきた。これらの判例の問題性は、「合義務的行為の代置」の問題が何故必要なのか、そして何故「因果関係」とは別の次元の問題として構成されるべきなのか、という点につき理論的な説明を留保していることにある。

六 最後に、「合義務的行為の代置」の問題を否定し、「合義務的行為」を行つたとしてもその結果は回避できなかったであろう」という事情に過失犯の免責的意義を認めない判例を考察してみよう。

【キ】BGH第四刑事部一九六二年三月二三日判決⁽⁵²⁾

〔事案〕トラック運転手である被告人は、切り離れたトレーラーを急斜面に駐車する際、空気ブレーキをかけ、所々消耗して円

形となっている八センチメートル四方の角材を車輪の下に置いたにすぎず、義務に反しさらに予防措置を講ずることを怠った。その後トレーラーが動きだし、付近にいた労働者Fがトレーラーとトラックの間に挟まれて圧死した。事故原因確認の際に明らかになったところによれば、空気ブレーキはブレーキシリンダーのゴムパッキンが破損して機能していなかった。また、実際には用いられなかった駐車ブレーキも、ザイルが切れて使えない状態であった。なお、被告人はこれらの故障に気付いていなかった。

〔判旨〕BGHは、トレーラーが動かないようにさらに別の予防措置を講じなかった点に注意義務違反を認め⁽⁵³⁾た上で次のように言う。「被告人の注意義務違反は、……労働者Fの死にとって因果的でもあった。このことは、駐車ブレーキを使用していたとしても……このブレーキも機能していなかったため、その事故はおそらく同様に発生したであろうという点を指摘しても否定できない。なぜなら、責任判断にとつて基準となるのは事実上の因果経過であつて、観念的なそれではないからである⁽⁵⁴⁾」と。

本判決は、「注意義務違反」それ自体と結果との「因果関係」を問題としながらも、仮定的事情に基づく仮定的判断を拒否するものである。

しかし本判決は、仮定的な事情を考慮してはならない実質的な根拠を提示していないだけでなく、「注意義務違反」それ自体の因果判断を行う理由も明らかにしていない。

なお本判決は、これと結論を異にする前記【E】判例後の同一刑事部の判決であるにもかかわらず、【E】判例についての言及はなされていない⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾。

第二款 問題点

一 以上、「合義務的行為の代置」の問題に関する西ドイツの判例を概観してきたが、ここでその問題点を整理しておく。

二 まず、『合義務的行為』を行ったとしてもその結果は回避できなかったであろう」という事情に過失犯の刑事責任を免責する意義を認める判例に対しては、次のような問題点を指摘できよう。

(1) 仮定的事情を考慮する根拠の不明確性 仮定的事情に免責的意義を認める判例に共通する思考方法は、用語並びに体系的な位置づけの問題を別とすれば、「注意義務違反」それ自体と結果との「特殊な関係」を問題とし、その判断に際し仮定的事情を考慮するという思考方法である。しかし、この「特殊な関係」の実質は必ずしも明らかではない。そのため、仮定的事情を考慮することによって過失犯の刑事責任を免責する根拠もきわめて曖昧である。

前記【ア】～【エ】判例は、これを「因果関係」（西ドイツの判例上支持されている「条件説」にいう「条件関係」として構成し、条件の「有効性」ないし「刑法的重要性」判断の枠組みの中で仮定的事情を考慮した仮定的な判断を行うとする。

確かに、「特殊な関係」の実質が「因果関係」であるならば、「条件関係」の判断に際して通常用いられている「AなければBなし（*conditio-sine-qua-non*）」公式により仮定的判断が行われることになる。しかし従来この公式は、作為犯と不作為犯とは異なった適用方法が用いられてきた。すなわち、作為犯の場合には「現実存在した一定の事実を存在しなかったと仮定して考えた場合に、そこに何が生じたであろうか」という問題設定がなされ、次に、この場合に生じたであろう（と仮定される）事象と現実が発生した事象との比較がなされ、「(法的な)同一性」が認められる場合に

「条件関係」が否定され、認められない場合に「条件関係」が肯定されることになる。これに対し不作為犯の場合には、「現実に存在しなかった一定の事実が存在したと仮定して考えた場合にそこに何が生じたであろうか」という問題設定がなされ、仮定された事象と現実の事象との比較を行うことになる。したがって右の公式の適用に際しては、仮定された事象と現実の事象との比較を行うという点においては同一であるものの、作為犯の場合には「取り除いて考える」のに対し、不作為犯の場合には「付加して考える」という異なった思考方法が用いられるものとされてきたのである。⁽⁵⁷⁾

ところで、このような適用方法が妥当かどうかは改めて検討を要するが、かような区別を前提とすると、現実に存在しなかった「合義務的行為」を存在したと仮定して考える、前記【ア】～【エ】判例の思考方法は、不作為犯の場の思考方法である。したがって、「特殊な関係」をあくまで「因果関係」の問題として構成しようとするならば、一つの可能性としては「過失犯はすべて不作為犯である」というテーゼを認めることであろう。

しかしながら、両者の概念的区別を前提とした刑法理論の下ではこのテーゼを認めることはできない。⁽⁵⁹⁾そこで第二の可能性として考えられるのは、過失犯の「不作為要素」と結果との「条件関係」を問題とするという構成である。⁽⁶⁰⁾

前記【ア】～【エ】判例の事案が「過失不作為犯」の事案かどうかは別として、結果回避のために一定の措置を講じたかったことに「注意義務違反」を認める「過失犯の不作為犯的構成」を基礎とする限り、過失犯にあつては常に「作為要素」と「不作為要素」との「競合」が存在することになる。たとえば、「消毒を怠った山羊の毛を交付した」という場合、「消毒を怠る」という点に不作為を認めれば、山羊の毛を「交付した」という作為が「競合」することになる。⁽⁶¹⁾

前記【ア】～【ウ】判例の思考方法は、「競合」状態にある「全体としての行為」を「作為要素」と「不作為要素」とに分離したうえで、一旦「作為要素」の条件関係を肯定しつつさらに「不作為要素」と結果との「条件関係」を問題とし、「消毒していたとしても同じ結果が発生していたであろう」という場合には、「全体としての行為」の「条件関係」

を否定するというものである。

しかしながら、一旦肯定した「条件関係」をさらに否定するというこのような思考方法には、「論理矛盾」が存在するだけでなく、「因果関係」が「行為」と結果との間の関係である限り、「不作為要素」それ自体ではなく、「全体としての行為」と結果との関係が問題とされなければならないという点を看過するものである。このような「作為要素」・「不作為要素」はそれ自体として観れば、刑法的考察の対象たりえない。たとえば、「交付」それ自体は、刑法上およそ関心のないことがらである。「消毒を怠る」ということも、このような抽象的な形においては、刑法的評価の対象外である。これらの要素が人の行動に関係づけられ、「消毒を怠った山羊の毛を交付した」という、統一された形で初めて刑法的評価の対象たりえよう。⁽⁸²⁾

第三の可能性は、「注意義務違反」それ自体と結果との「特殊な関係」を過失犯に固有の「因果関係」として構成する前記【エ】判例の方法である。前記【エ】判例は、「行為」と「過失」を分離して、それぞれの「条件関係」を同一次元において二段階評価するのではなく、両者を「機械的・自然科学的な意味における条件関係」とその「刑法的重要性」という次元の異なる評価として捉えることにより前述の論理矛盾を巧みに回避しようとする。

このような構成方法の基礎にあるのは、過失犯の場合には、結果の自然主義的な単なる「惹起」ではなく規範的な「有責な惹起」を問題としなければならず、過失犯における「因果関係」は、「注意義務違反」それ自体と結果との「特殊な関係」を意味することになる、という思考である。このように、過失犯の場合には故意犯と異なつた判断構造の下に因果関係の存否を決定するという思考方法が妥当かどうかは過失犯の特質に照らして論証されなければならないが、この点は一先ず保留しておきたい。

しかしながら、「有責な惹起」という形で「因果関係」の存否の問題と「責任」の有無の問題とを直結させるという前

【エ】判例の構成では、「因果関係」の存否の問題がとりもたず過ぎ過失犯の成否を意味することになる。このような構成は、両者の問題領域を区別する現在の体系の下では許されないと考えよう。

ところで、両者の問題領域の区別を前提とした理論構成をとるのが、前記【オ】、【カ】判例である。しかし、「特殊な関係」を「因果関係」として構成できる限りにおいては、仮定的事情を考慮する根拠を「conditio-sine-qua-non」公式の適用に求めることもできようが、責任判断のレヴェルで「特殊な関係」を要求し仮定的事情を考慮するには新たな根拠を必要とする。だが、前記【オ】、【カ】判例はこの点に関して何ら実質的な根拠を提示していない。

(2)「仮定的事情」の内の不明確性 第二の問題点は、免責的意義を持つ「仮定的事情」としてどの時点におけるどのような事実が考慮されるべきなのか、ということが明らかでないという点である。⁽⁶³⁾ その主要な原因は「合義務的行為」という概念の多義性にある。すなわち「合義務的行為」とは、「道交法」を初めとする各種の「取締規則」に規定された行為を意味するのか、それとも具体的・個別的的事案について認定される刑法上の「(客観的)注意義務」に合致した行為を意味するのか、必ずしも明らかではないことによる。

しかし、免責的意義をもつ「仮定的事情」の範囲をいかなる基準により規定するかという問題は、結果の発生に対して複数の人間が関与した場合には仮定される事情も無限定に広がる可能性が存在することを考えれば極めて重要であると言えよう。⁽⁶⁴⁾

(3)「同一の結果発生」の蓋然性の程度 第三の問題点は、免責される場合に必要とされる、「同一の結果発生」の蓋然性のスカラをどのレヴェルに設定するかという点に関わる。ただしここで注意しなければならないことは、「同一の結果発生」の蓋然性のスカラをどのレヴェルに設定するかという実体法上の問題と、設定された蓋然性の存在がどの程度確実に証明されるかという訴訟法上の問題とは区別して考えなければならないという点である。⁽⁶⁵⁾

判例上は、前記【エ】判例以降「単なる観念的な可能性」を越える「重大な疑念」が存在するかどうかを基準とする傾向にある。しかし、これが前者の問題に関わるのか、それとも後者の問題に関わるのかという点は、かなり曖昧である。

もとより、我々は現実に発生した事象が別な条件のもとでどのような経過を辿るかを予測するのに十分な能力を備えてはいない⁽⁶⁶⁾。とくに医療過誤が問題となるような事案では、たとえば「合義務的行為」を行った場合に被害者が生存していたかどうかを確実に判断することは極めて困難であり、「同一の結果」が発生していたかもしれないという程度の可能性は少なからず存在する⁽⁶⁷⁾と言えよう。免責される場合に必要とされる、「同一の結果発生」の蓋然性のスカラを極めて低いレヴェルに設定し、このような可能性も無罪の方向で重要性をもつとされるなら、それは刑事政策的に妥当なのか、という疑問が生じてくる。したがって、「同一の結果発生」の蓋然性のスカラをどのレヴェルに設定するかという問題は、これを数量的に捉えることは不可能に近いとしても、極めて重要であると言えよう。

もつとも、「同一の結果」という概念自体もこの点において重要な意味をもつてくる。なぜなら、この場合の結果が、現実に発生した歴史的・一回的な結果を意味するのであれば、「同一の結果」の発生を問題とすることはおよそ無意味であるが、結果概念を抽象化すれば「同一の結果」を想定することは容易となるからである⁽⁶⁸⁾。

最後に、「注意義務違反」それ自体と結果との関係を問題としながらも前述の仮定的事情に免責的意義を認めない前記【キ】判例に対してもやはり根拠の不明確性という問題点を指摘できよう。

三 以上で西ドイツの判例の概観を一先ず終え、次にわが国の判例の状況を観てみよう。

(一) Vgl. Salm, Karl, Das vollendete Verbrechen. Erster Teil. Über Fahrlässigkeit und Kausalität. Erster Halband. Der

Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 1963 (以下、Halbband I として引用) ; Zweiter Halbband. Einzelprobleme, 1967 (以下、Halbband II として引用) ; Ulsenheimer, Klaus, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidlichkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 25ff. ; Kahrs, Hans Jürgen, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, S. 134ff. なお、山口浩「過失犯における仮定的事情の考慮について——西ドイツ交通判例を中心として——」大阪市立大学法学雑誌三一巻二号(昭和五九年)一一八頁以下参照。

(2) RGSt 15, 151ff.

(3) RGSt 15, 152.

(4) RGSt 15, 153.

(5) シュペンデルは、すでに原因関係の「証明」がなされたならばこれを「否定」することは論理的に不可能であり、したがって因果関係の除去の問題も不要となるとしてこの判例を批判している。Spandel, Günter, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1948, Diss. (Heidelberg), S. 52. vgl. auch, von Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Bd.2, 1930, S. 140 Fn.4 ; Kaufman, Arthur, „Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht“ in : Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 217.

(6) RGSt 15, 153.

(7) RGSt 15, 153f.

(8) RGSt 15, 154.

(9) Spandel, a.a.O., (註5) S.54.

(10) RGSt 15, 154.

(11) Vgl. Gotzler, Max, Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, 1977, S. 168 Fn.27.

(12) RGSt 15, 155.

(13) Spandel, a.a.O., (註5) S. 54. vgl. auch, Hofmann, Edgar, Die Umkehr der Beweislast in der Kausalfrage, 1972, S. 49.

- (14) RGSt 15, 155.
- (15) 川口・前掲論文(註1)一二九頁。なお、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂・昭和五九年)一〇頁。
- (16) 松宮孝明『刑事過失論の研究』(成文堂・平成元年)一八頁は「この判決は、むしろ、医師への確認という情報収集措置を尽くしても、被告人には、具体的な結果の予見が不可能であったということを述べたものと見るのが自然である」としているが、疑問である。
- (17) RGSt 63, 211ff.
- (18) RGSt 63, 213.
- (19) RGSt 63, 213.
- (20) RGSt 63, 213-214.
- (21) Spandel, a.a.O., (註5) S. 58; von Hippel, a.a.O. (註5)
- (22) RGSt 63, 214.
- (23) RGSt 63, 214.
- (24) RGSt 63, 214f.
- (25) 差戻後のRG第一刑事部一九三〇年五月九日判決は、次のような理由で被告人に無罪を言い渡した。「……事故の防止に資する警察規定(Polizeivorschrift)の故意又は過失による違反は……惹起された事故に関して過失を基礎づける上で十分ではない。このような場合にも事故の予見可能性が検討されなければならない。……被告人が同業者と同様に……毛の長期的、集中的な加工過程並びにこの毛の申し分のないクリーンな外観からしても(炭疽菌による)感染の危険が完全に排除されたという確固たる確信を抱いていた場合には、……彼に対し如何なる非難もなしえない」と。(Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker [以下、Das Rechtとして引用], 1930, S. 611, Nr. 2112. [zitiert nach Salm, Halbband II, (註1) S. 51.]この判決は、警察規定違反と過失と結果との「因果関係」の問題として捉えた差戻前の前記RG判決とは異なり、警察規定違反を過失行為と同視することなくこれとは別個に予見可能性の検討を行い、前記判決とは異なった事実認定の下にこれを否定した点に特色がある。
- (26) MDR 1953, S. 20.

- (27) Vgl. Kahrs, a.a.O., (註一) S. 139.
- (28) MDR 1953, S. 20.
- (29) MDR 1953, S. 20.
- (30) Vgl. Kahrs, a.a.O., (註一) S. 139.
- (31) MDR 1953, S. 20.
- (32) MDR 1953, S. 20.
- (33) その他の判例として、たとえば次のようなものがある。RG IV D1720/21, RG I 1247/28 = Das Recht, 1929, 356 (zitiert nach Kahrs, a.a.O., (註一) S. 142.); RG JW 1932, S. 947; RGSt 75, 324; BGH (2StR1/51) MDR 1951, S. 274.
- (34) Spandel, a.a.O., (註5) S. 64; Kaufman, Arthur, a.a.O., (註5) S. 217f.; Kahrs, a.a.O., (註一) S. 141ff. vgl. Würfel, Jörg, Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht, Diss. (Göttingen), 1971, S. 9ff. なお、*„In Taximont“* 例外的に筆証責任の転換を認めようとする。Mittasch, Helmut, „Der Nachweis der Ursachlichkeit beim fehlerhaften Risiko“ in: Deutsche Rechtswissenschaft, 1943, S. 51ff.
- (35) BGHSt 11,1. 本件に関するわが国の詳細な評釈としては、井上祐司『行為無価値と過失犯論』（成文堂・昭和四八年）二四〇頁以下、丸山雅夫『仮定的因果関係』堀内捷三・町野朔・西田典之（編）『判例によるドイツ刑法（総論）』（良書普及会・昭和六二年）一〇頁以下がある。
- (36) 同刑事事は、このような判断を導くに至った事情として、被害者は高度の血中アルコール濃度に達していたため知覚・反応能力が極度に減少していたこと、鑑定によれば、被害者は最初トレーラートトラックの騒音に気付かず、気付いた時にひどく動揺し全く不合理にも左側に自転車に向けた蓋然性が存在すること、そしてこのような行動は極度に酩酊して自転車を運転するものによって典型的なものであること、を挙げている。
- (37) BGHSt 11,3.
- (38) BGHSt 11,3-4.
- (39) BGHSt 11,4.
- (40) BGHSt 11,6.

- (41) BGHSt 11,6-7.
- (42) 丸山・前掲論文(註35) 一三頁。
- (43) Z.B. RG JW 1928, 2716; 1 D 270/38, HRR 1938, Nr.1660 (zitiert nach Kahrs, a.a.O., (註一) S. 159.); RGSt 75, 49 und 324; BGH NJW 1954, S. 1047; BGH MDR 1956, S. 144; BGH VRS 10, 282 und 359.
- (44) 同様の結論をとる、本決定以降の判例として、vgl. BGH VRS 15, 38(39); 16, 432(438); 21, 341(342); 23, 373(375), 24, 205(206); 25, 262(263); 26, 203(204); 32, 37; 37, 276(278); 54, 436f.; BGHSt 24, 32(34); BGH JZ 1985, S. 293(294). なお、これらの判例に関しては、川口・前掲論文(註一) 一三〇頁参照。
- (45) RG HRR 1926, 1636, Nr. 2302 (zitiert nach Ulsenheimer, a.a.O., (註一) S. 35ff. vgl. Exner, Franz, „Fahrläßiges Zusammenwirken“ in: Festgabe für Reinhard von Frank, Bd.1, 1930, S. 583,587-588; Schmidt, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 161f. und 200; Spindel, a.a.O., (註5) S. 65ff.; Kahrs, a.a.O., (註一) S. 155; Salm, Halbband II, (註一) S. 138ff.
- (46) RG HRR 1926, 1636. vgl. Schmidt, a.a.O., (註45) S. 200; Salm, Halbband II, (註一) S. 138-139.
- (47) 本判決は、因果関係の確認公式である「conditio-sine-qua-non」公式を「特殊な関係」の確認に応用しようとするものである。しかし本判決も、「特殊な関係」が欠如する場合を前記の【ア】〜【ウ】判例と同様、「同一の結果が発生する確実性と接着する蓋然性」が存在した場合に限定しており、この点において【ア】〜【ウ】判例と同様「推証責任の転換」、「責任の推定」を認めるものだという批判が提起されている。vgl. Exner, a.a.O., (註45) S. 588; Kahrs, a.a.O., (註一) S. 155. Dagegen, Schmidt, a.a.O., (註45) S. 202.
- (48) NJW 1953, S. 1641, Nr. 19.
- (49) 判文からは必ずしも明らかではないが、正常な状態で運転していたとしても回避できなかった可能性のあった事案のようである。vgl. Ulsenheimer, a.a.O., (註一) S. 37.
- (50) NJW 1953, S. 1641. なお、本判決は「酒に酔っていたとはいえず運転者が交通規則を遵守していた場合には、たとえ事故が生じたとしても、責任非難を基礎づける事情(飲酒運転)はその事故に何ら寄与しておらず、酒に酔っていたことと事故との因果関係が欠ける」としている。

- (51) 本判決は、単に「運転者の交通違反行為が、彼によって惹起された結果に対する刑事責任を一般的に基礎づけるのではなく、彼がその結果を過失で惹起した場合だけである(刑法典(二二二条))。したがって責任は、運転者が運転中に被害者の死と時間的な関連において犯した何らかの落度によっては確立されない」としているにすぎない。
- (52) BGHSt 17, 181.
- (53) BGHSt 17, 184—185.
- (54) BGHSt 17, 186.
- (55) 本判決以前の、同様の結論をとる判例としては、BGHSt 10, 369, がある。しかし、この判例も「ある事態を法的に判断する場合には、常に、現実の事象又は被告人の現実の行動から出発しなければならない」とするだけで、仮定的事情を考慮してはならない実質的な根拠が示されていない。
- (56) 同様の結論に至った判例として、vgl. BGH VRS 24, 124(125); 32, 37; 54, 436(437)。なお、以上の判例については、川口・前掲論文(註一) 一三五頁以下参照。vgl. Niewenhuis, Helmut, Gefahr und Gefahrverwirklichung in Verkehrsstrafrecht, 1984, S. 62ff.
- (57) Vgl. RGSt 75, 49(50); 75, 324(327); BGHSt 2, 20(24—25); Heilmann-Trosien, Georg, in: LK, 9. Aufl., 1974, Rdnr. 91 und 196 zu Einl.
- (58) 「conditio-sine-qua-non」公式適用上、前述の区別を認めず、作為犯の場合にも「現実には存在しなかった一定の事実」を「付加して考える」という前提から出発することも可能であろう。この場合には確かに「通常の「条件関係」の存否の問題として構成できるかもしれない。しかし、右のような前提が妥当かどうかが問われなければならない。この問題は、後に章を改めて論じることとする。
- (59) 両者の関係については後述する。
- (60) Vgl. Mezer, Edmund, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 116 Fn. 21, 138; Baumann, Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 244f.; Spendel, Günter, „Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen“ in: Festschrift für Eberhard Schmidt 1961, S. 183ff.; Schlüchter, Ellen, „Grundfälle zur Lehre von der Kausalität“ in: Jus 1976, S. 796ff.
- (61) Vgl. Androulakis, Nikolaos K., Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 63ff.; Wessels,

- Johannes, in : JZ 1967, S. 450 ; Welp, Jürgen, Vorangegangenes Tun als Grundlagen einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 118ff.
- (62) Vgl. Androulakis, a.a.O., (註12) S. 63ff.; Wessels, a.a.O., (註12) S. 450 ; Ulsenheimer, a.a.O., (註1) S. 96.
- (63) Vgl. Salm, Halband II, (註1) S. 65; Schlichter, Ellen, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen" in : JA 1984, S. 674.
- (64) 上の点に関する興味深い判例として、vgl. BGHSt 30, 228. がある (本判例については、関西大学大学院外国刑事判例研究会〔松宮孝明〕「外国刑事判例研究」17、義務違反的態度の原因性」法学ジャーナル三六号(昭和五八年)一八三頁以下、山中・前掲書(註15)二八八頁以下参照)。なお、この問題に関しては後に改めて考察する。
- (65) Kaufmann, Artur, „Kritischs zur Risikoerhöhungstheorie“ in : Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck 1985, S. 277ff. (本論文に関しては、刑法読書会〔振津隆行〕「H・H・イエシエック記念論文集の紹介(三)アルツール・カウフマン」危険増加説に対する批判点」立命館法学一九八六年三号四一九頁以下参照。)これに対し、ウルゼンハイマーは、両者ともに訴訟法的な問題であるとし、「合義務的行為の代置」の問題を体系上どこで取り扱うか、という問題が実体法上の問題だとす⁹⁰。vgl. Ulsenheimer, a.a.O., (註1) S. 75.
- (66) Vgl. von Bar, Carl Ludwig, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Bd. II, Die Schuld nach dem Strafgesetz, 1907, S. 193.
- (67) Würfel, a.a.O., (註25) S. 9.
- (68) この問題に関しては、後に改めて考察する。
- (69) ブルクシュタラーによれば、オーストリアにおいては、行為者が「合義務的行為」を行っていたとしても当該結果が発生した単なる可能性が存在しただけでは結果の帰属は排除されない⁹¹とするのがOGHの支配的な立場であるという。Burgstaller, Manfred, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter Besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrsachen, 1974, S. 135. も(これも)これは「判例上問題となった事案が一八五二年オーストリア刑法典三三五条、四三一条——結果の発生を可罰性を高める客観的条件とする、他人の生命・身体に対する危険犯であり、危険の発生およびその増加を要件とする——に関する事案であったことからの帰結であり、この限りにおいて、オーストリアにおいては、合義務的行為の

代置」の問題は實際上立法的な解決がなされていたと言えよう。vgl. Burgstaller, a.a.O., S.135 ; Hörburger, Kurt, „Zum Begriff der Fahrlässigkeit des § 6 StGB“ in : ÖJZ 1974, S. 567 ; Steininger, Herbert, „Die moderne Strafrechtsdogmatik und ihre Einfluß auf die Rechtsprechung“ in : ÖJZ 1981, S. 370.問題は、その他の過失犯処罰規定および道交法等の取締法規の場合である。この点に関して判例は、旧三三五条、四三二条に相当する規定を欠く一九七四年オーストリア刑法典以降——因みにオーストリアでは一九八七年一月二五日に三四項目にわたる改正を施した改正刑法典が成立（一九八八年三月一日施行）している——でも行為者が「合義務的行為」を行っていたとしても当該結果が発生した単なる可能性が存在しただけでは結果の帰属は排除されない、とするのが OGH の支配的な立場 (z.B. OGH ZVR 1976, S. 155,347) であるとされている。vgl. Foregger, Egmont/Nowakowski, Friedrich (Hersg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Lieferung (Burgstaller), 1979, Rz.74 zu § 6. もちろんオーストリアにおいては、過失事犯に関して行為者の行為と結果との間に因果関係に加えて「違法性連関 (Rechtswidrigkeitszusammenhang)」の存在を過失犯の成立要件とすることが判例上確立したものとなっていると言われている。この点に関しては、vgl. Lambauer, Heimo, „Der Rechtswidrigkeitszusammenhang als Problem des Verkehrsstrafrechtes. Eine kritische Betrachtung der Judikatur“ in : ZVR 1971, S. 225ff.; Burgstaller, a.a.O., S. 71f., 129ff.; Foregger/Nowakowski, a.a.O., (Burgstaller), Rz.64ff. zu § 6 ; ders., 9. Lieferung (Burgstaller), 1981, Rz.62ff. zu § 80 ; Triffterer, Otto, „Die Theorie der objektive Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung“ in : Festschrift für Ulrich Klug, 1983 (本論文に関しては、刑法読書会 (山口浩一) ウルリッヒ・クルーク記念論文集の紹介 (一)・オットー・トリアテラー『オーストリー判例における客観的帰属』、立命館法学一七巻四号 (昭和六〇年) 一三四頁以下参照) , S. 419ff (423ff).; ders., Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1985, S. 150.ただしこの「違法性連関」は、厳密には行為者の違反した「規範」——たとえば道交法の各規定——と結果との関係であり、いわゆる「規範の保護目的」論に係わる。なお、「規範の保護目的」論に関しては、本稿第五章で検討を予定しているので、その際に改めてオーストリアの判例に言及することにした。

第二節 わが国の判例

第一款 主要判例の概観

一 わが国の判例^①も、「合義務的行為の代置」の問題を「義務違反と結果との関係」に着目して処理するという点においては、西ドイツの判例の主要な立場と基本的に同一である。

二 しかしながら、主としてその成否が問題となる業務上過失致死傷罪の成立を否定する場合の処理方法という見地からすると、次の三類型に分類できよう。

①「義務違反」と結果との条件関係を否定する判例 この類型に属する判例は、道交法等の法規違反ないしは刑法上の過失(業務上の注意義務違反)と結果との条件関係を問題とし、「合義務的行為(法規上規定された行為ないしは業務上の注意義務に適った行為)を行ったとしても当該結果が回避できなかった場合には「義務違反」と結果との条件関係が否定される(ないしはその存在が証明できない)ということを根拠に業務上過失致死傷罪の成立を否定するものである。

たとえば、普通乗用自動車で交通整理が行われおらずかつ左右のみとおしがきかない交差点に減速せず左右の安全も確認せずに進出し、左方から進行してきた自動二輪車と衝突したという事案に対して、「被告人は事故の発生を未然に防止するためその進行速度を時速一〇キロメートル以下に減速徐行して進行すべきであったと考えられるのに、それを越える時速約一五キロメートルで同交差点に進出し、その際左方の安全確認を怠った過失のあることは否定でき(ない)……しかしながら、更にすすんで被

告人の前示徐行義務違反等と本件衝突事故との因果関係について検討を加えるに、……仮に、被告人が本件事故時に、時速一〇キロメートル以下に減速徐行し、かつ左方道路を注視していたとしても、……被害車両を発見することは不可能であり、……発見と同時に被告人が急制動の措置をとっても、その制動距離……と被害車両の車幅……を考えれば、被告人が原判示注意義務……を果たしていたとしても、被害車両との接触、衝突は避けられなかったのではないかとの疑いを払拭し得ない。してみると、本件は……専ら……被害者側の過失によるものと評して妨げなく、被告人に……過失があるとしても、該過失が被害車両との衝突事故について原因を与えたものと認めるには疑問が残る、その証明が十分でない」として無罪を言い渡したものである（大阪高判昭和六〇年一月二日刑裁月報一七卷一二号三〇頁）。

②「義務違反」と結果との「相当因果関係」を否定する判例　この類型に属する少数の判例^③は、業務上過失致死傷罪の成立を否定する根拠を「相当因果関係」の欠如に求めるものであり、このような論理構成は前述の西ドイツの判例にはみられない特殊なものである。

しかし、これらの判例には「相当因果関係」という用語は使用されているものの、その判断方法は故意犯の場合と同じではない。

たとえば、軽四輪貨物自動車で右に転回するに際して高速度で疾走してきた後続車と衝突したという事案に対して、「特段の事情のない限り、相手車の如く敢えて交通法規に違反してまでも一〇キロメートルにも及ぶ高速度で疾走し自車の前面を突破してくる車両のあり得ることまでも予測し、それに備えて転回を差控える業務上の注意義務はない……。次に、被告人は……合図時期に欠けることがあることは明らかであるが、たとえ被告人が法の要求する三〇メートル手前から転回合図をしていたとしても、その際の相手車との距離……、相手車は……常軌を逸した高速度で疾走し、本件衝突前に制動、転把などなんらの措置を採ら

ないまま被告車と激突している……ことなどに照らすと、合図の時期いかんにかかわらず本件衝突事故は回避できなかったものといわねばならないのであつて、転回合図時期の遅滞という軽度の交通法規違反と本件衝突事故とは相当因果関係を認めることができず、……したがつて、この転回合図時期の遅滞をもつて本件衝突事故に対する被告人の業務上の過失のうちに数えることはできない」として無罪を言い渡したものがあつた(大阪地判昭和四七年二月九日刑裁月報四卷二号一三五頁)。

この判例は相当因果関係の存在を否定する具体的な論拠を提示せず、「信頼の原則」の適用があるから相当因果関係が欠けるというような論理の展開がみられる。ここには、業務上の注意義務違反を認定する上で前提となる結果の予見可能性判断と、相当因果関係論に言う「相当性」判断との混同が見られる。⁽⁵⁾ 本判決は、相当因果関係を否定するという形をとりながら、実際のところは業務上の注意義務違反を認定する上で前提となる結果の客観的予見可能性を否定する趣旨にでたものであろうが、その論理は妥当でない。⁽⁶⁾

③業務上の注意義務違反の存在を否定する判例 この類型に属する判例は、法規違反を認めつつも、法規に適った行為を行つたとしても当該結果を回避できなかったであろうという場合には端的に業務上の注意義務違反を否定するといふ点に特色がある。

たとえば、運転開始前に飲んだ酒の酔いのため注意力が散漫となつていふにもかかわらず降雨中普通貨物自動車運転中、道路を横断中の歩行者を発見し急停車の措置に出たが及ばず衝突せしめたという事案に対して、「仮に被告人が酒に酔つていない正常な注意力のもとに前方を……注視し被害者を横断開始点……に発見したとしても、……被害者との衝突を避けることは不可能であつたと認められる。しかして車両の運転者が、このように横断歩道又はその直近ではない箇所において車道を横断すべく自車の進行に注意を払ふことなく、その直前に走つて飛び出すような歩行者があることまで予測して、事故防止の措置を講じなければな

らない注意義務を負うものとは到底解し得られないところであるから、本件事故につき被告人には車両運転者としての注意義務の懈怠の責はなく、その原因は専ら被害者の不注意にあるものといわねばならない」（東高判昭和四五年五月二五日判例タイムズ二五五号二九〇頁）というような論理構成である。

ここでは、「因果関係」の存否を判断するという構成は正面からはとらないものの、「法規違反」を認めつつ「法規に適った行為を行っていたならば」という仮定的判断を基礎としている。これは実質的に見ると、「法規違反」が刑法上の注意義務違反であることを認定するための前提として、当該「法規違反」と結果との「因果関係（条件関係）」を問題とするものであると言えよう。

第二款 問題点

以上のように、わが国の判例も「合義務的行為の代置」の問題を基本的に「義務違反」と結果との「因果関係」に着目して処理しようとしている。⁹⁾

しかしわが国の判例は、「法規違反」と結果との「因果関係」を問題としたり、「業務上の注意義務違反（過失）」と結果との「因果関係」を問題とするものもあり、「因果関係」の起点を何に求めるのかという点について一貫した態度を示してはいない。換言すれば、「合義務的行為」の内容を決定する基準が明確にされていない。

さらに、②類型に属する判例のように「相当因果関係」を否定するという形はとりつつも、その判断には「予見可能性」、「回避可能性」の判断が混在するという構成も存在する。これは、わが国の判例が「依然として『注意義務違反』と『因果関係』を支柱として過失犯の成否を問う傾向」¹⁰⁾から脱却しておらず、「故意犯における形式的犯罪概念に対応す

る形での過失犯の構造を充分意識せずに事案を判断している⁽¹⁾⁽²⁾。ことによるものと思われる。しかしながら、過失犯も犯罪の一つである以上、故意犯と同様(「行為」)、「構成要件該当性」、「違法性」、「有责性」という観点から過失犯の構造に着目した犯罪論を確立しなければならない。わが国の判例はこの意味において不徹底であり、過失犯の成否を決定する各メルクマールの相互関係(特に注意義務の内容を確定する要素と、因果関係の存否の判断構造)が極めて不明確であるため、問題の本質が依然として曖昧である。

(1) わが国の判例に関しては、永井登志彦「交通事故と因果関係」判例タイムズ二六二号(昭和四六年)一〇二頁以下、西原春夫「交通規則違反と過失との関係」同「交通事故と過失の認定」(成文堂・昭和五〇年)八三頁以下、山中敬一「刑法における因果関係と帰属」(成文堂・昭和五九年)七八頁以下、大塚仁「河上和雄」佐藤文哉(編)『大コンメンタル刑法・第二巻(第35条〜第44条)』(青林書院・平成元年)一四五頁以下(岡野光雄執筆)参照。なお、ここでは過失犯の成立が否定された事案だけを取り上げる。

(2) たとえば、大判大四年四月一日法律新聞三〇〇六号一五頁(本件に関する評釈としては、山中敬一「結果の回避可能性」と過失」『別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅰ総論』(有斐閣・第二版・昭和五九年)三八頁以下がある。なお、荏子邦雄「刑法総論」(青林書院新社・新版・昭和五六年)一七八頁はこの判例を後述の③の類型に位置づけているが、疑問である)、大判昭和一年五月一日判例全集三輯六号三二頁、東高判昭和三年七月一日九日高裁判裁特報五卷八号四一頁(但し、ここでは、後述の③の類型に属する判例の論理構成もみられる)、小松簡裁判昭和四年四月一日八日下刑集一卷四号一七一頁、大津地判昭和三六年三月三〇日下刑集三卷三二四号八四頁、名古屋高裁金沢支判昭和四年一月二五日日下刑集八卷一七二頁、大阪地判昭和四七年一月二八日判例タイムズ二九一九号二九七頁、東高判昭和四七年一月二九日刑裁月報四卷一〇二号一〇八頁、福岡高判昭和四八年二月一六日判例タイムズ二九五号三九一頁、和歌山地判昭和五一年三月三〇日判例時報八二三号一二二頁、東高判昭和五一年六月一四日刑裁月報八卷六二七二八号一頁、神戸地判昭和五三年一月二五日日判例時報九三三五号一三七頁、大阪地判昭和五九年五月一六日判例時報一一三三三二〇頁等がある。

(3) たとえば、大阪地判昭和四七年二月九日刑裁月報四卷二号一三四頁、福岡高那覇支判昭和六一年二月六日判例時報一一八四号一五八頁(本件に関する評釈としては、内田文昭「過失行為(実行行為)の不存在か相当因果関係の欠如か」判例タイムズ六〇〇号(昭和六二年)四二頁以下、丸山雅夫「判例研究」右折転回の際の後方安全確認義務の懈怠と事故との間の相当因果関係が否定された事例」商学討究三七卷四号(昭和六二年)一〇五頁、大谷實「最新判例演習室・後方安全確認義務違反と追突事故との間には相当因果関係が認められない」とされた事例」法学セミナー三八七号(昭和六二年)一一二頁がある)等がある。

(4) 学説上このような構成方法を採るものとして、Fuchs, „Kausalzusammenhang und Haftungsbeschränkungen“ in: DAR 1960, S. 5ff.がある。

(5) 丸山・前掲論文(註2)一一八頁、岡野光雄「交通事故と因果関係についての一考察——道路交通法違反と結果の回避可能性——」研修四八三号(昭和六三年)九頁。

(6) 岡野・前掲論文(註5)九一〇頁は「(これらの判例のような構成をとると)信賴の原則の固有の意義・機能は失われることになり、信賴の原則の適用される場合の多くは相当因果関係の有無の問題に解消されることになろう。……単に相当因果関係がないとするなら、結果の回避不可能性や信賴の原則あるいはその趣旨に言及する必要はなく、端的に相当因果関係の有無を論ずればたりののであり、また、信賴の原則を適用して業務上過失致死傷罪の成立を否定するのであれば、条件関係にせよ、相当因果関係にせよ、因果関係の存在を前提として事を論ずべきである」とする。

(7) たとえば、二俣簡判昭和三三年三月五日第一審刑事判例集一卷三号三四八頁、東高判昭和三九年十一月三〇日東高裁時報一五卷一一号二二六頁、徳島地判昭和四一年二月一六日下刑集八卷一一号七一頁、いわき簡判昭和四三年一月一二日下刑集一〇卷一号九三頁、新潟地糸魚川支判昭和四三年七月一八日判例タイムズ二二三号二二三二頁、東高判昭和四五年五月二五日判例タイムズ二五五号三〇六頁、東高判昭和四六年一〇月二五日刑裁月報三卷一〇号三四頁等がある。なお、東高判昭和四五年五月六日高刑集二三卷二号三〇六頁(西原・前掲書(註1)一一二頁、岡野光雄「いわゆる信賴の原則と自車の交通法規違反との関係」早稲田社会科学研究所一〇号(昭和四六年)一〇五頁、同「過失による道交法違反の問題点」判例タイムズ二八四号(昭和四八年)五三頁は、本件を前述の②の類型に位置づけるが、疑問である。本件ではすでに条件関係が否定されているのである。荒石利雄「加害者の制限速度違反と信賴の原則」判例タイムズ二八二号(昭和四七年)七七頁、井上

祐司「因果関係と刑事過失」(成文堂・昭和五四年)一〇二頁以下、山中・前掲書(註1)八二頁参照)参照。

(8) 因果関係の存否の判断にあたって「結果」をどのように規定するかという問題は、重要かつ困難な問題である。この点に関する興味深い判例として、大阪高判昭和六〇年四月一〇日高刑集三八巻一〇九頁がある。ここでは、被告人が照明設備がなく、最高速度を時速三〇キロメートルと指定された道路を夜間に時速七〇キロメートルで普通乗用自動車運転して進行中、前方注視を欠いたため、進路前方を小走りに横断している被害者を約一六・七メートルに迫ってはじめて発見し、急制動の措置をとるとともに左に転把したが及ばず、自車を同人に衝突させて撥ね飛ばし、同人死亡させたという事案に対し、大阪高裁は「かりに被告人が事故直前に前方注視義務を十分尽くし、……急制動の措置をとったとしても、被害者との衝突事故はこれを回避しえなかつたと考えられるのであり、この点を考慮すれば、……前方注視義務違反の点は、事故との因果関係を否定されるべきであるとする所論の主張にも、一理ないとはいえない。しかしながら、関係証拠によれば、……もし、被告人が、前方三三・五メートルの地点に被害者を発見して直ちに急制動の措置をとったとすれば、被告人車は、現実には制動のかかった状態で約一七・八メートル進行したのちに被害者に衝突した筈であり、その間に生ずべき急激な減速及びその結果として的大幅な衝撃緩和を考慮すると、被害の結果は現実のそれより軽いものとなり、少なくとも、被害者の死(とくに事故現場における即死)という最悪の事態を回避することができた蓋然性の存在はこれを否定することができない。そして、右のように、前方注視を欠いた高速運転中に惹起した歩行者との衝突事故につき、運転者が前方注視義務を尽くしていても衝突事故自体はこれを回避することができなかつたと認められる場合であっても、運転者が前方注視義務を尽くし歩行者をその発見可能地点で直ちに発見して急制動の措置をとっていたとすれば、衝突の衝撃が大幅に緩和され被害の結果が現実のそれよりも軽いものになる蓋然性があつたと考えられるときは、高速運転と前方注視義務違反の点は、いづれも、生じた結果に対し因果関係を有する運転者の落度のある態度として、刑法上の過失を構成するといふべきである」と判示して業務上過失致死罪の成立を認めている。ここでは、「程度」という観点から「結果」を具体的に捉えた上で、「因果関係」の存在を肯定するという構成がなされている(このような構成は西ドイツの前記「イ」判例にもみられる)。なお、因果関係の存否の判断において「結果」を如何に規定すべきかという問題は、後に独立して検討する。

(9) もつとも、わが国では、西ドイツの判例に見られたような「合義務的行為」を行った場合の「結果回避可能性」の程度は必ずしも具体的な争点となつてはいない。なお、石塚章夫「捜査・訴追及び裁判上の立証」刑法雑誌二八巻一号(昭和六二

年) 三六頁以下参照。

(10) 内田・前掲評釈(註3) 四二頁。

(11) 丸山・前掲評釈(註3) 一一七頁。なお、町野朔「因果関係論 中山研一||西原春夫||藤木英雄||宮澤浩一(編)『現代刑法講座第一巻・刑法の基礎理論』(成文堂・昭和五二年) 三四〇頁は、判例が「因果関係で解決をはかろうとするのは、過失犯における責任原理の不徹底から来ているのである」としている。

(12) ただし、福岡高宮崎支判昭和三三年九月九日高裁判裁特報五卷九号三七頁は、過失犯が成立するためには「第一に構成要件該当性(違法性)としての過失行為の存在、すなわち、注意義務があるのに、その注意義務に違反したこと、および、過失行為と結果との間に因果関係があること、第二に非難可能性として、右第一の注意義務違反という違法な過失行為によって発生した結果についてその行為者に非難を加えることの可能性(結果の主観的予見可能性および、行為者の結果回避に対する期待可能性)の存在が必要である」とし、さらに「真の意味の不可抗力とは、注意義務そのものが客観的に存在せず、したがって、侵害すべき注意義務(が)存在しないと、又は法の要求する注意義務を完全に遵守したのに結果が発生した場合を意味するものであり、また、因果関係の存在しない場合とは過失行為が存在しても、これと無関係に結果が発生したと認められる場合、又は過失行為がなかったとしてもやはり結果が発生したと認められる場合を指称する(これらもまた不可抗力といえる)のであって、いずれも違法性のない場合のことである」としている(同旨、徳島地判昭和四八年一月二八日刑裁月報五卷一一号五一頁)。しかし、ここでも「構成要件該当性」と「違法性」との区別がなされておらず、因果関係が違法性の問題とされている。なお、内田・前掲評釈(註3) 四三頁注(1)参照。

第三節 小括

一 以上二節にわたって「合義務的行為の代置」に関する西ドイツとわが国の主要判例を概観してきたが、何れも『合義務的行為』を行ったとしてもその結果は発生していたであろう」という事情に過失犯の刑事責任を免責する意義を認

める判例が圧倒的多数である。

ところでこれらの判例は、「義務違反」と結果との「特殊な関係」の存否により過失犯の成否が決定される」という共通の前提から出発している。そこでは、何らかの「合義務的行為」を指定しこれを媒介として仮定的な判断を行うことによつて、この「特殊な関係」の存否を確認するという思考方法が採られている。

しかしながらこれらの判例では、「合義務的行為」の指定方法が一定していないだけでなく、右の前提自体が十分に論証されていない。これを「因果関係」という観点から基礎づけようとするのが判例の基本的パターンであるが、その論理構成には前述の問題点が存在する。何らかの「合義務的行為」を指定しこれを媒介として仮定的な判断を行うという方法論は、「因果関係」の存否の問題を解決する上で果たして妥当なものであろうか。このような方法論の採用は過失犯の場合に限定されるのであろうか。故意行為と「過失行為」とでは「因果関係」の判断構造に差異が存在するのであろうか。あるいは、このような方法論が過失「行為」の「因果関係」の存否の問題ではなく、過失犯に固有の「特殊な関係」の存否の問題を解決するためのものであるとすれば、何故このような「特殊な関係」が必要とされるのであろうか。

二 以上のような問題が充分に説明されなければならない。そのためには、因果関係のもつ意義・機能および過失犯の構造についての分析が不可欠であるが、その前提として、次章において学説の対応状況を概観しておくことにする。

（未完）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XXXX No. 4

SUMMARY OF CONTENTS

Die objektive Zurechnung des Erfolges beim Fahrlässigkeitsdelikt (1)

Kazuya HONMA*

Einleitung : Die Bedeutung des „Zufall beim Fahrlässigkeitsdelikt“

§1 Die Behandlung des Problem „pflichtgemäßes Alternativverhalten“ durch die Rechtsprechung

I. Die Rechtsprechung in B. R. D

1. Eine Übersicht über die Lösungswege

2. Die Kritik an der Lösungswege

II. Die Rechtsprechung in Japan

1. Eine Übersicht über die Lösungswege

2. Die Kritik an der Lösungswege

III. Zusammenfassung (in diesem Heft)

§2 Die Erörterung des Problem durch Literatur

§3 Die „Tragweite“ der Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt und die Kausalzusammenhang

§4 Die Bedeutung und die maßgebenden grundsätzlichen Kriterien des „tatbestandsmäßigen Verhaltens beim Fahrlässigkeitsdelikt“

§5 Der Grund und die maßgebenden grundsätzlichen Kriterien der objektiven Zurechnung des Erfolges beim Fahrlässigkeitsdelikt

§6 Zusammenfassung

* Assistent an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido