

ウラジミール・ゲオルゲビッチ・マカシヴィーリ 『過失の刑事答責性』

井上, 祐司
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1365>

出版情報：法政研究. 26 (1), pp.101-122, 1959-07-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ウラジミール・ゲオルゲビッチ
マカシヴィーリ

『過失の刑事答責性』

国立法律図書館出版所
モスクワ、一九五七年、二〇八頁

井上祐司

まえがき

(一) 本書でマカシヴィーリは何を新しく主張しようとしたか。二点にしぼることができよう。ひとつは、従来過失責任の問題とされた注意義務違反を過失行為の違法性の要素として理解しようとしたこと。即ち、注意義務の基準をめぐる客観説と主観説の対立を検討することによって、客観的基準による注意義務は違法の問題であり、主観的基準による予見可能性が責任の問題として残るとしている。第二の主張は、責任評価説と心理的責任論の調和を図ろうとしている点である。そのために、結果予見可能性・違法認識可能性を一方では潜在的心理関係として規定すると共に他方、この可能性を責任非難の一般的前提たる他様に行うる可能性に結びつけた。

(二) 過失の違法性をどこに求めるかは、近代刑法学における目的行為論の抬頭により新しく意識されることとなった。既

にわが大学の井上教授は逸早くこの問題を取りあげて、学界に貴重な貢献を示された。その後、秋山教授、平野教授、木村博士、沢登教授、藤木助教授らの研究によって、われわれは価値高い文献をもってしている。しかし、この問題が違法の本質論にふれるだけ、今なお多くの論点を残している。本書はこれらの論点についてのソヴェト刑法理論の一つのとりあげ方を示してくれる。

(三) ソヴェト・東独の刑法理論は心理的責任論をとることによって近代刑法学の背骨をなしている規範的責任論と真向から対立している。この責任論を生み出した契機の一つが過失論であっただけに社会主義刑法学は必然的に過失の概念構成に多くの理論的困難を示さざるを得ない。本書はこの点について、責任評価説をめぐる論争のあとをうけてでてきたものである。マカシヴィーリは、あくまでも責任を心理的事実と解する。責任があるかないかは常に一定の心理的事実があるかないかの事実判断とされ、規範的責任論のように心理的事実にむけられ

た価値判断ではない。これは既に近代刑法学でヒツペルによって立てられた責任論であった。意志的行為に固有に附着しうる社会的本性としての非難性は、一定の心的事実の存在が結論する。この本性と事実との構造が、当為と存在との俊別の上にたつ価値哲学の非難性からソヴェト理論を区別せしめている。この点は、ソヴェトにおける構成要件論におけるマカシヴィリ一の主張―社会的本性としての社会的危険性・違法性に対し、その事実的メルクマールとしての客観的構成要件という構造―に連なるものであり、やがては、ソヴェト刑法理論の唯物論的構造を示すものであろう。

四 本紹介に当っては、宮崎昇氏のソヴェト責任論の研究におうところが大きであった。ここに紙面をかりて感謝の意を表したい。ただ本書の評価については宮崎氏の御見解に賛成いたしかねる部分も少なくはない。同書を契機としてわれわれのソヴェト刑法研究の今後の問題についてあとがきを簡単に附したい。

一

一 序言。社会主義的合法性の強化と市民の権利の擁護とはソヴェト法に課せられた基本的任務であるが、刑法においては、この要請は犯罪構成要件に該当する行為の実行にたいしてのみ刑事答責性を生ずるといふ原則となつて現れる。構成要件の基本的メルクマールをなすも

のは法定の具体的な外的態度であるがその態度の存在は法秩序（法によって保護された社会関係の総体）と行為との矛盾を示すことによって、社会的危険性と刑事違法性を示す。しかし、行為が社会主義的社会関係の体制と客観的に矛盾し、違法であると認められても、刑事答責性の確定のためには不充分である。そのためには更に、その行為が有責に実行され、かつ行為が行為者に対して非難されることが必要。法に惹起された結果に対する人の心理関係として現れる責任が、実行された行為をその人の内心界に結びつけ、行為を彼の全人格の表現として考察することを可能にする。

現象としての犯罪は行為として一つの分ち難い統一体をなしているが、研究上はその外的側面と内的側面を区別せねばならない。そしてそれぞれの側面が、犯罪行為に対する刑事答責性のそれぞれの異った原理、社会的危険性・違法性と、法的・道徳的・政治的非難性を表現している。所謂責任評価説は刑事訴訟上用いられる責任が実は刑事答責性を示していることから、この両者を混同し、客観的要素を含んだ責任概念をたてた。責任は犯罪の主観的側面である。

二 責任の本質を社会的危険行為とその結果にたいす

紹介

る心理関係に見ることは重要な意味をもつ。まづ責任は犯罪行為の要素であり従って、責任を犯罪行為から引離す試み（実質的責任・性格責任・反社会的情操）から守ることができる。行為じたいの外にある契機は責任概念に包括され得ない。次に、責任概念の内容は外的過程によって決定される。凡そ心的過程はその内容なしには存在し得ないが、その内容は思推する主体との関係のみならず客観的現実の諸現象、そこに反映されている客体との関係によって決定される。

実行された社会的危険な、刑罰法規に書きとられた行為に対するその人の心理関係に關係せしめられるのが彼に対する非難、叱責である。かかる非難が生じるのは、その人が彼によって実行される行動の事実的本性のみならず、その社会的意味を認識するか又は認識する可能性をもっていた場合においてのみである。責任の概念に道徳的・政治的非難という契機を導入することは大きな原理的意味をもつ。この契機の確立によって純粹に心理主義的な責任論との關係がたたれる。その理論は責任概念の階級的・政治的内容をぼやかし、それに抽象的な法的性格を附与する。評価的契機が責任概念の社会的本性をあばき行為とその人の内心界を結びつけ、ソヴェト法秩

序と社会主義共同生活の諸規則に対する彼の關係を示している。

かくして、ソヴェト刑法において責任とは、社会主義法秩序と共産主義道徳の見地から非難に値する、ある人によって実行される社会的危険行為に対する、故意・過失の形式における彼の心理關係である。

勿論、犯罪行為はその総体においてソヴェト法秩序と共産主義道徳によって非難される。しかし、社会主義刑法学は、この非難がいかなる側面と關係しているかを明白にせねばならない。そして行為を社会的危険であり違法であると認めることは、自らの中に評価の契機をふくんでおり、その評価は、行為の社会主義的社會關係との客観的矛盾を表現している。しかしこの認定だけでは非難を基礎づけるに充分でない。非難と叱責とは、行為者の心理と彼によって実行された行為との間に一定の關係が存在する時にのみ現れることができる。

三 今や次の問題がおこる。一体心理關係が責任ありと認められるためにはいかなる性質をおびねばならないか。故意においては、非難に値する心理關係は完全に現れている。故意に行為している人には、その行為の社会的危険な結果の表象があり、義務違反の認識があり、結

果に目的志向的に意志をむけその実現を決意している。そこには、行為と結果の社会的意味にたいする心理関係があり、そのことによって始めてその行為者に対して行為の非難がきせられる。

ところが過失においてはこのことは困難をきわめる。犯罪的結果に対する人のかかる心理関係は一体どこに表現されているのか。又一般に心理関係は存在するのか。これが本書のテーマである。

二

一 第一章犯罪的自己過信はその概念構成、故意との限界の二節に分けられる。吾々のいう認識ある過失の問題である。ウチェブスキー教授が認識のあった点に重点をおいたため、この責任種類のもう一つの本質的契機——「発生しないという信念が決意の中にある。……危険性の過少評価、つまり自己の個人的能力又は他の諸事情のゆえに結果をさけうると計算に入れている。結果不発生の信念が彼の行為決意を基礎づけている」——を見落したこと、この契機によってこそ、自己過信は基本的には犯罪的不注意と同一の責任形式Ⅱ過失としての答責性に属する、またこのゆえにこそ、自己の否定した具体

的結果の発生にたいして答責性をおうのだ、としている。而過失はその道徳的非難の対象となる心理関係の契機は異っているが（防止事情の評価が慎重でなかった。結果に表象をもたなかった）、共に、不注意がその非難性を決定している。行為者類型としても、両者は共に法益に対する用心深い態度の不存在によって特徴づけられる。従って、ウチェブスキー教授のように、自己過信を他人の法益を危険にさらしてもなお自己のエゴイステイクな欲求を満足させんとする決意にみることは誤っている、と。

自己過信において、発生した結果に対する行為者の有責関係は、結果の抽象的可能性の認識があるだけに心理と具体的結果との関係は容易である。結果をさけうると軽卒に思った人は、やっても成功しまいことを発見すべきであったし、又出来たことは明らかである。

しかし、何時彼の回避の計算は軽卒となるのか。つまり非難性をもつか。それは当該客体に対しての注意義務を侵害したときである。したがってもしこの要求された注意を尽したなら、つまり、彼の計算がこの義務に合致して根拠をもつときは、その結果惹起は、違法ではなく有責にはなく宥らされたものである。そこには予見義務の違反がないから。

さらに、自己過信においてさきの注意義務違反があったとき次の問題が生ずる。その人は義務に違反して行為しているという認識があるであろうか。結果の抽象的予見、注意規則の要求に合致していないことの認識（運転規則違反の認識¹¹禁止されたスピードを出しているとの認識）がある。この後者の心理契機の中に行為の非難性が関係せしめられる。

自己過信においては、害悪防止のために予定された一定の注意規範を侵していることをその人が認識しているとすれば、その時彼はつまりは事件の現実の成行と意欲していない結果発生を予見する主観的可能性をもってのことである。結果をさける力のない一定の諸事情を計算に入れることが誤っていることを予見せねばならないのみならず、可能でもある。それゆえこの種類の過失責任においては、所与の因果関係の発展の予見の義務性とそのことを遵守する主観的可能性との間にずれは存在しない。ここにおいて犯罪的自己過信は、さきにものごとく例外的にかかるづれが存在するところの犯罪的不注意から区別される。

二 故意の過失との限界について。フランクの公式（第一公式にのみふれて第二公式はとりあげていない）、それ

に対するミリチカの批判をうけ入れ、「仮説—被告人の心理に何がおこるのであるか—という発想は具体的犯罪行為から離れ被告人の一般的性格から答を推論することになる。結局被告人が裁判官にどんな印象を与えるかが決定することになり『人格の危険性』の理念へ通ずる」と非難する。ここでもウチェブスキーの理論の批判が主要な内容をなす。ウチェブスキーは、可能故意では結果発生の可能性及び不可避性の認識、自己過信では可能性のみの認識におき、補充的区別規準として、結果回避の期待が後者にあるとする。これに対して、著者はトライニン、ドルマーノフらと共に、不可避性の認識は直接故意であること（意欲されていないから直接故意でないとするウチェブスキーに対し、①離れ難く結びついてい

る結果を切離して考察することは正しくない、②犯罪を自己目的とすることはまれだから結果だけを切離せば常に不満足・嫌悪さえもっているのが常。③目的達成の）むしろ区別の基本的必須の手段である以上直接故意だ。）むしろ区別の基本的は、結果回避の期待の方にあることを主張する。チェリツォフ教授の三分説を次に批判している。可能故意においては、結果の予見が行為実行を阻止する動機とならなかったが、自己過信では結果が阻止されるであろうと信じたがゆえに決意したのであり、結果不発生の表象が最も優勢な意味を受とり、それが行意決意の強化の動機の

一つとなった。従って両者は明白に区別が可能であると。

三 問題は、「僥倖」・「運」・「事件の偶然的流れ」に期待して（通常は①経験・知識・技倆・その他肉体的精神的能力②他人の行動③自然現象に期待するの）に万事都合よくゆくだろうと想像して行為に出た場合。ここにも無頓着や軽卒はあるが、それは実は「意識的許容」（可能故意）を基礎づける程度のものである。単なる期待や想像ではなくはっきりした「計算」のみが、自己過信を立証する。この点に関して判例が悪意の運転規則違反（無暴操縦・酔払い運転）から死や傷害を齎したときは、故意の殺人、身体傷害を認定せよとしたことをあげている。著者は、この判例は、事案をこの僥倖や運に根拠なく期待した可能故意とみたからであって、すべてがそうなる訳でないことをピオントコウスキーと共に主張している。宮崎昇氏はこの判例の態度をもって、「故意の推定」であるとされる。しかし、もし事案が自己の技倆・その他の能力、などを期待したのではなく「僥倖」に期待したというのであれば、その心理構造は、総論教科書も主張しているように、「何ものにも期待しないこと」であって、そこに自己過信の契機はなく「意識的許容」があるのではないであろうか。（この判例はソ同盟最高裁・一九

五〇年九月一五日総会決議である。法典資料として指導的判例となっている（法務資料・三三八号、ロシヤ刑法典、富田訳、一七五―一七六頁）。しかし、問題の判例らしく、クリートフ・自動車運転規則違反の刑事答責任（一九五七年）によれば、判例のいう「いさみばだ」、酩酊、無頼な動機による運転というのは結果に対する責任形式認定のための証拠にすぎず、これらの事情が自動的に間接的故意を形式するものでない、あくまで主体の現実の心理状態を確定せねばならぬと強調している（『ソヴェト司法』誌、一九五八年五号五九頁。書評参照）。しかも、書評者によればソ同盟最高裁は一九五七年四月一〇日総会決議でこの判例を改めた）

三

一 第二章犯罪的不注意。第一節犯罪的不注意の本質についてのブルジョア刑法理論とその批判。著者はまず過失を心理的責任論が基礎づけんとした努力とその失敗をあげ、第二に、その失敗の後をうけて過失を責任による答責任から排除せんとした学者を検討し、最後に規範的責任論の過失論を批判する。

二 第一に心理的責任論と過失。まず結果についての意志的契機を主張したビンデンク。彼は意志行為の独自の概念を創造して、人間の身体活動が意志によってのみ惹起されるから、所与の意志行為によって惹起された過失の結果も意志的だとする。意志は意志されたもののみ

をよびおこすことができる。この理論は意志行為の概念の中から責任にとって本質的な意志内容を去勢することにより、因果関係と責任とを混同し、過失と事故との答責性の成否の理由を説明し得ない、と批判している。

次に、結果に対する認識的契機を過失に見出さんとする努力として、フオイエルバッハ、スチューベル（過失は注意義務の認識のある侵犯である）ロシヤ刑法学者セルゲーフスキー（過失犯は一種の危険犯で結果は危険行為の証拠にすぎぬ）メツガー旧説（人格論により、行為以前の段階での注意義務）をあげ批判している。これらの理論は、或は現実の過失犯のすべてをおおい得ないか、又は、発生した具体的結果についてではなく、それに先行する故意行為に責任の契機をみとめる点で過失行為の非難の契機たる心理契機を見出し得ないと述べている。

三 第二に、この失敗の後をうけて、アルメンデンゲン、ネクリュードフ、ネミロフスキー、フェルドシュテイン、バウムガルテン、コールラウシュ、ゲルマン、ゲルジマンらの責任による答責性の否定論をあげる。彼らは、認識なき過失においては、法律秩序にむけられた意志の瑕疵はない、従って責任と共通する何ものもそこにはない、この過失は、刑法の問題でなく行政法の問題

（保安処分）である、と。この責任否定論に対して著者は次の批判をする。「主体の意識の中に法秩序が要求し且つ可能なる表象が存在しないということは、心理学上無であり空虚であるとする誤った方法論的前提の上になつてゐる。それは現実界において全くの無ではない。存在すべき且つ可能な表象が存在しないということは、一定の心理状態によつて条件づけられたものであつて、倫理的にも予防的にも刑罰の正当な根拠がある」と。また、否認論は一見「自由主義的な」ラチカルな命題であるが本質的には帝国主義時代の刑法の特徴を示す。過失を才判所の管轄から完全にとり放ち、合目的性の原理に基く行政機関の活動にまかせることにより自由裁量に恣意を許すから、と。

四 最後に規範的責任論による不注意の本質について。ザウエル、メツガー新説、ベルク、ドーナらの見解をあげる。過失は結果に対していかなる心理関係も存在しない、しかし有責である。責任とは心理関係にあるのではなく、純粹に評価的範疇である。「責任とは現実の实在の中に存在しているあるものでなく、価値判断である。犯罪主体の行為が好ましくないというブルジョア裁判官の判断である」と。これに対して著者は次の批判を下す。

責任の確定が否定的評価と関係していることは正しい。しかし、規範主義者は、評価の対象を価値判断の外に遠ざけてしまった。これは正しくない。そのため、不注意からすべての心理的契機を追放してしまった。評価はその対象として現実的なあるものを予定する。この対象が人間の感覚、判断に反作用する一定の質をもつことによって、対象の特長についての判断者相互に理解しうる一般の見解が成立することができる。「われわれは犯罪を実行した人の心理の中に存在している一定の事実に入れわれの判断を関係せしめる。正にこの個人の現実の心理活動の事実には責任は根源をすえているのであって、裸の評価的判断の中に存在しているものではない。この価値判断とは、犯罪実行時における人の心理状態が道徳的・政治的・非難に値し、それゆえ刑罰をうけるといふ結果のみであり、われわれの結論のみである」と。従って、過失の心理過程にこの非難が結びつけられる契機を示さねばならない。この契機なしには責任もあり得ないし、答責性もあり得ない。

規範主義者は不注意から心理的契機を追放したために循環論法におちいる。いつ、不注意は義務に違反するか。一定の表象の存在が期待されるとき。いつ、この表

象は期待されるのか。その人に当該表象をもつべき義務があったとき。

また、当為と存在との峻別という新カント哲学を根拠にする規範主義は、責任の確定において一定の心理状態の解明に向わず、裁判官の世界観や彼らの政治的・道徳的・確信や好みに依存することを許す。それは法的安定性を破壊するであろうと。

五 教授はこの節を終るに当って次の点を指摘する。

不注意においては、結果に対して積極的心理関係はないが、結果に対する「潜在的な心理関係が存在（予見すること）ができ、そしてさけることができる）し、それが行為の否定的評価の基礎となる」。ところが「現実に行為者がもたなかった表象を彼がもち得たであろう」こと、即ち、「予見可能性」を認めることは、実は彼が具体的状況のもとで現に行為したとは別の行為をなし得るということを前提とする。従って、人間行為の因果的制約性と彼の意志自由との相互関係の問題を解決せねばならない、と。

この問題についてのカントの二元論による説明。因果律の支配の下にある経験界にある人間と、物それじたいとしての睿智的存在として認識のあなたにある存在としての人間の自由意志（ベルク）。教授はこのような解決

は実は意志が外界に依存することなく、自ら自己の内容を見出すことであって、国家の規範定立行為も逆に刑罰威嚇による効果やその特別予防的教育的效果も説明できない。のみならず、刑罰を現実に通ずるのは生きた彼の全人格であり、超自然的人間の意志決定に対して彼と深淵を隔てて分離されている経験的人間がどうして責任をおうかを説明し得ない。

次に形而上学的決定論においては、すべてが必然となり、可能性という範疇は否定される。現にあつた以外の動機づけや意志決定の客観的可能性をみとめない（セルゲーウスキー、ゴロコロフ、コールラウシュ）。著者はこの立場に対して、刑法規範の存在意義を証明し得ず、結局、責任・帰責・刑罰の観念を否定し、人格の危険性—保安処分をもってする。全刑法と裁判所の否定に至らざるを得ない、と批判する。

最後に、刑法の第三学派（コールラウシュ、ヒッペル、リープマン、マンハイム）の立場。帰責は他行行為の可能性を前提としない。法秩序は個人の能力ではなく一般的抽象的な規範順応能力を考える。規範の名宛人はこの「平均人」である。人が処罰されるのは、当人が正しい行為をとり得たであろうがゆえではなく、同じ内的外的状況

にある平均人が正しい行為をなし得たであろうがゆえである。この立場に対し著者は、これは具体的個人が一定の水準に達していないことに対して答責性をかすことであって、刑罰はその倫理的基礎を失う。彼らはそれをも是認して、刑罰の国家的必要性をもって刑罰を基礎づける。ところが、答責性は非難を前提とする。その前提としてやはり正しい表象の可能性が、ブルジョア法秩序の神話的存在たる平均人にはなく、正にその具体的な当該行為者にあることを要求する、と。かくして著者は次節の犯罪的不注意の問題の解決の前提としての刑事帰責のマルクス主義的理解に移る。

四

一 弁証法的意味での意志自由とはエンゲルスのいう「必然の認識」であって、自然と社会の発展法則に照応した行為のみが自由である。従って犯罪者はこの意味で不自由にしか行為していない。従って、単なる行為の選択の可能性をもって弁証法的意味でも自由だとする説（ピオントコウスキー、総論教科書、マニコウスキー、ヨッフユ）は誤っており、ウチェブスキー教授はこの点で正しい。そしてこの点を更に展開したのがツェレチェリであ

るとしている。意志の自由とは歴史的発展の所産であり外界及び自分自身の支配もその発展段階に制約される。社会主義社会は搾取の廃棄、人間による生産手段の所有・失業の克服・欲求充足の可能性の増大によって、市民が自分自身を支配する前提を創造した。しかし現段階においてもなお人々の意識には古い社会の残滓が存在する(犯罪原因)、全構成員が完全に自己を支配するのは共産主義の高度の段階においてのみ可能である、と。

二 犯罪者が弁証法的意味で「不自由」であることは、彼らの行為が「宿命的に制約されていること」を意味しない。これを論証するために、著者は、合法性一般と人間行為の合法性との比較を行う。人間行為の決定性は正にいかなる契機によって他の合法性から区別されるか。無機界の合法性、人間の意志行為を除いた有機界の合法性とは異り、人間の意志作用における合法性は、刺戟に対して直接的反作用として生ずるのではなく、「認識と合目的性」によって、意識によって媒介される。ここでは合法性は行為動機たらしめた表象の助けをかりて貫徹される。この点に、人間の意志が因果法則に従うといっても、彼が現実に行爲したとは別に行為する可能性を彼から奪うものでないことが示される。

主体の目的・動機も外界から出て外界に制約される。自然と社会に拮げられた可能性をこえて進むことはできない。しかし彼はこの可能性の間に選択をすることができ、彼は一定の欲求を適法な行為によって追及することもできるし、低級な本能やエゴイストチックな動機に自らをまかせすることもできる。しかも社会は適法行為の選択をなす現実の保障を与えている。にもかかわらず彼が犯罪の途を進んだとすれば、社会主義国家は完全な根拠をもって彼の態度を非難し刑罰をかしうる。刑罰の予防の目的も人間が意識的合目的行為能力を通じて因果法則に従うことによってのみ達成される、と。

三 ソヴェト刑法学においては、過失も責任形式として理解し、結果との間に一定の心理関係があるとす。しかし、この心理関係の内容が何であるかは色々に論じられる。「具体的な因果関係の認識はないが、一般に同じような事情のもとでは結果が発生しうることを認識している。この抽象的予見の存在が行為者の一般的知識の中にふくまれている」(ヨッフエ)とか。注意手段の意識的蔑視(ウチェブスキー、ニキホロフ)があるとか。著者は不注意に積極的・能動的な心理関係を求めることは失敗にきすことを批判している。

そこで、他の学者は、結果を予見しこれを回避する可能性に心理関係を求める。例えばセルゲイワはエンゲルスの認識過程における現実の個人の歴史的制約性と本性的無制約性（マルクス・エンゲルス選集一四巻、一九二頁）を根拠にして、責任能力者は原則として自己の行為の社会的性格を認識し、その行為の結果を予見する絶対的可能性をもってゐる。この絶対的予見可能性が客観的にも主観的にも制約する事情がないとき、答責性の基礎となる心理関係が存在する、と。之に対して著者は、この絶対的可能性をかりに結果を予見して行為する能力、意識的に行為する能力と理解してみたところで、ただ答責性一般が人の意識と認識をもった人の行為についてのみ考へることを言っているにすぎない、と。またかかる理論が当然に有責の推定に向う点を批判している。

不注意に責任の契機を示すためには、否定的な道徳的法的価値に値する心理関係を見出す必要がある。一般に刑事答責性の前提となるのは、彼が所与の具体的場合に行為したよりも別様に行爲する可能性である。従つて、不注意においてその答責性の前提となるものは、固有の表象の流れに人が作用を及ぼす可能性、特に、自己の行為の結果の予見という側に自己の力を緊張させその結果

をさける可能性、に現れる（セルゲイワ・ピオントコウスキー・マニコウスキー・キリチェンコ・マカシヴィリ）。

なるほど予見の現実的可能性は現実の予見ではない。しかし可能性は無ではない。個人の心理的平面において零ではない。既に作為・不作為の実行の時に於いてその人の心理中に、その現実化のための現実的条件が存在していたことを意味する。当該具体的領域での充分の知識や経験をもっていた等々。「人格の潜在的可能性はきわめて意義深い。それは一定の条件の下で自己の義務履行に義務的注意をもって対していれば犯罪的結果発生を防止することができたであろう。」（マニコウスキー）この可能性を現実性に転化しないとすれば彼が自己の内的力を適用せず、創造された状況を正しく評価するための意志の緊張を示さなかつたことを示している。このことが吾々に、犯罪的不注意において発生した結果に対し、潜在的心理関係が存在したことを主張せしめる。一定の現象の不予見は、その基礎を彼の心理構造にもつてゐる、つまり、一定の心的原因によつて生ぜしめられてゐる。心理学は次のように教える。不予見という消極的心理現象は、個人にとって重要と考へられていること及びイデオロギーや社会的評価規範をふくめてそこからでく

るダイナミックな傾向や力が彼の意識にさからっていることに基く。人格にとって意味ありと考えられていること、彼の体験の中にふくまれていく傾向が、彼の意識の選択過程をいろいろの範囲で制禦する。結果の予見は侵害される客体に対し彼が充分の注意をもって対していなかったこと、注意規則、法秩序そのものいい加減に對していたから生じた。もし行為者にとって客体が重要な意味をもっていたら、もし彼が注意規則を十分に評価していたら、危険の表象が必ずや生じ結果の発生を防止したにちがいない。

この不注意、不慎重は、義務的な意志の志向性が存立しないことを意味することによって、不注意で行為する人の意志活動の非難性をうちたてることをゆるす。人が意識的に法の要求に照応しない意志決定をした場合のみならず、彼が不注意によって正しい意志決定をしなかった場合でも、おしなべて、意志活動の非難性を語るることができる。

五

一 第三章過失責任の基準及び第四章過失責任における社会的危険行為に対する心理関係において、著者は重

要な主張を新しく提唱している。つまり、注意義務（又は要求される注意の程度）の認定における従来の客観的基準・主観的基準の分析の結果から、客観的基準による注意義務の不遵守、主観的基準による予見可能性の存在、がそれぞれ刑事答責性の異った原理——違法性（社会的危険性）と責任性——を基礎づける、としたのであった。後半における本書の大きな一つの結論である。そこでこの主張を紹介するまえにまづ著者の従来の理論にたいする批判をきこう。

二 まず近代刑法学における注意義務の基準についての客観説Ⅱ平均人説（コロコロフ、ブストロスレーフ、マシハイム、リーブマン、コールウランユ、ミリチカ、ケニー）を批判する。階級社会ではかかる抽象の現実的基礎がなく、結局は被搾取大衆を考慮に入れずブルジョア民事取引の積極的参加者としての「企業家」が平均人の内容となる。しかし基本的な問題は、被告人の主観的可能性が無視され、具体的責任が抽象的なものに変えられ、個人的答責性の原則が破壊される点にある。刑事答責性の倫理的正当化が失われ、客観的帰責が現われること。次に主観説（マイヤー、ポズヌイシェフ）はブルジョアの合法性の枠内にたちとどまり個人的答責性の原則を主張す

る。行為者の主体的特長、行為時の心理状況・具体的外部事情を加味した一回的特殊性の考慮。ブルジョア社会の勤労者にとっては有利であり正義に合致する（ウチェブスキー）というが、被告人の個人的能力を裁判所が現実に検討することは不可能な課題。従って結局は裁判官の自由裁量により、義務の範囲が客観的に規制するものがないだけに不当に拡大される。客観説にせよ主観説にせよブルジョア社会においては一樣にブルジョアシーの利益に奉仕する（マトベーエフ）。最後に、折衷説（リスト、アルフェルト、ダガンチェフ）にふれ、これはいかなる基礎によりいかなるやり方で二つの契機が結びつけられねばならぬかが明白に示されていないため、実際はその一方のみの適用を許すことになる、と批判している。

三 ソヴェトでの理論について。まづ客観説が現われた。歴史上始めて生れた社会主義国家とその法秩序の下においては、共産主義建設と勤労者の利益の擁護のため遵守を要求される新しい注意規範が生れたために、学者の注目はこの客観的な評価基準にそがれたのは当然であった（ルンツ（民）、トライニン、マカシガイリ、チェレッエリ）。民法学者は殆んど客観説にたつ（ルンツ、フレイシツ、プラトース、シュワルツ）。しかし、ソヴェトの客

観説の特徴は『平均人』説ではない（但しシュワルツを除く）。社会主義国家は、個人の肉体的精神的知的能力の益々の発展を保障し、これらの能力が各領域で適用されることを保障しているだけに、市民に対して、共産主義建設の参加者として要求される注意を發揮し、行為時に自己の能力を完全に緊張させることを要求する権利をもつ。従って、客観的基準は過去にもとづく平均的なものではなく、社会の発展と共に前進し進歩してゆく将来的な基準である。更に、客観説は個別的人格をもつ。労働のちがひ、職業や社会的地位のちがひ、特別の教育や訓練の有無、時と所との条件、当該行為と接触した力、結果——これらの具体的条件の特殊性に応じて客観的基準は変化する。にもかかわらず、被告人の個人的特長、行為時の特別の心理状況——これらの行為者の主観的事情が捨象されている点で、やはり、客観的・抽象的性格をもち、被告人の予見可能性を基準とする主観説からは區別される。しかし、現在では民法学でも、主観説を結合せんとする傾向にある（アンチモーフ）。

刑法学では、個別的答責性の原則、不注意の可罰性の倫理的正当化の要求から、純粹に客観説をとることはできない。多くの学者は、この両契機を結合して基準を構

成する。この際、この両契機が互にどのような関連にたつかについては学者は意見をことにしている。ピオントコウスキーは、個人的答責性の原理から当然に主観的契機が基本的なものとなるとしながら、他方客観的基準にひかえめな役割——「実行された行為における最初の方決定」の出発点、つまり、所与の人が犯罪的結果の予見可能性をもっていたことを明らかにする手段としている。従って客観的基準に独立の意味はなく、主観的基準の証拠としての役割を果すという。しかし、これは不可。客観的基準は独立の原理的意味がある。ウチェブスキーは、この二つの基準とその適用領域を明白に区別した。予見義務は客観的基準に、予見可能性は主観的基準によって。この方向は正しいものであるが、しかし、両基準の内容と意味とを彼は鮮明せず、刑事答責性の基礎にあるいかなる原理をこれらの基準が反映しているのかを明らかにしなかった、と著者はいう。さて次に著者の新しい提案——過失の違法と責任の区別に進む。

六

一 先ず、刑事答責性の前提条件として、行為が社会的に危険で且つ違法でなければならぬ。しかし、危険

な違法な行為が必ずしもすべて有責ではない。刑事答責性のためにはその違法行為が有責でなければならぬ。従って違法行為と有責行為の領域は一致するとするドルマーノフや、チェリツォフ（「市民は実行した犯罪に対して有責な違反に対して処罰される。かかる違法行為が法的非難をひきよせる責任である。」）の見解は誤っている。このことは故意犯において明瞭に現れる。「結果が違法に惹起された、つまり法秩序によって否定的に評価される違法行為によって齎らされた」という判断は、「主観的契機（結果の予見・意欲・許容）とは無関係に」しかも事実上はともかく「論理的に先行する」。このことは、過失犯でも同様でなければならない。

過失行為は屢々許された行為（自動車の運転・家の建築・火の利用・医者の手術など）に属する（ネミロフスキー）といわれるが、しかし、過失の答責性が問題になるのは、これら種類の社会的有用な行為の全体としての活動ではなく、不注意の関連している個々の環であって、その行為は何人も社会的危険性なしとしないものである。したがって、すべての必要な注意手段をとったとすれば、結果を惹起しても答責性は生じない。その行為は許された社会的危険性のない行為であるから。ところが結果の発生が完全に予見可能であるときでさえ、その危険行為をやめる義務のない場合があ

る。その際重要なものは行為の目的である。行為の目的が、法秩序が危険を許す程度に社会的有用なものであることが必要である。若干の不可避的な危険を許さなければ効果をあげ得ない程に行為の有用性が高いとき、たとえ失敗して結果が発生しても答責性は生じない。その行為は社会的に有用であるから。しかし、その場合でも、これらの行為者に要求されている必要な義務的注意手段が侵害されたとき（禁忌徴候の手術・手術上の専門的な過誤・衛生上の不注意）、最早行為の目的は結果の害悪を正当化しない。行為は社会的危険な違法行為であるから。

このように過失の答責性は、許されない行為に属し、「注意についての法秩序の要求の侵反」と関係している。刑法は法秩序によって保護されている客体の侵害を、意識的に惹起しないように、また、軽卒・不注意によって齎らさないように市民に義務づけている。

注意すべしという義務に違反して法の禁止した結果を齎す人は、殆んどの場合、また有責に行為している。つまり、彼の行為は、叱責・非難に値する心理状態によって制約されている。それゆえ、通常、非故意に害悪を惹起した責任能力者の行為の違法性の確定によって同時に彼の責任性もまた確定される。このことが、これら問題

の混同（ヨッフエ）の基礎になっている。この混同の結果、厳密には過失行為の違法性のみを明らかにするだけで行為者の責任を確立する力のない客観的基準によって過失の答責性を基礎づけんとするのである。

二 然らば、刑法で保護された客体への非故意的な害悪の惹起は、いつ違法となるか。

一 応その答は簡単である。一定の作為・不作為が一定の客体にたいする注意義務に違反したとき。ところが、個々の場合かかる義務の存在をどのように確定するかは必ずしも簡単ではない。ニキホロフは、予見義務は自己の行為によってこの結果を齎した人に生ずる。「事実上はかかる因果関係の存在不存在が結果予見義務を主体に認めるか否かの唯一の基礎である」。この主張に対して著者は、「予見義務は因果性からでてくることはできぬ。害悪が惹起されたがゆえに義務が存在するのではない。害悪を惹起する行為が、規範的効力をもち一定の義務を生むところの注意規則を侵犯するということのゆえに義務が存在する。害悪の因果惹起は、結果予見・防止義務の発生の根拠となるものではなくて、この義務違反の結果である」と批判する。予見義務はなくとも因果関係はある場合を容易に考えることができる。「結果予見義務

違反が関係するのは害悪を惹起したすべての行為とではない。この義務は、結果が義務的注意の不表明の結果発生した場合においてのみ、存在する」。

この注意規則はどのようにして形成されるか。あれこれの人間活動（日常生活経験・科学や技術学の成果と発展・経済生活や交通・スポーツ競技など）から有害な結果の発生可能としてもろもろの注意規則がつみ重ねられ、この規則は当該活動から生ずる結果発生の可能性を完全に遠ざけたり、又はその発生の蓋然性を小さくすることを任務とする。これら規則はこれらの活動の進歩発展と共に古きものは死滅し新しいものが生れる。そしてこの人間活動が多様な注意規則発生の絶えることなき根源となっている。

社会に発生したこの注意規範は、法秩序の側からの承認をうけとることによって法的性格をおびる。直接法の認証をうけて行政規則となりまたは業務上の訓示や規則として安全規則・技術規則となる。かくして、過失における害悪の惹起は、生活経験に基く明文・不文の規則の違反を前提とする。そこに要求される注意手段には、過失行為を特徴づけ、且つ注意義務を法的義務にまで高めしめるところの客観的契機がふくまれている。

三 注意義務の内容について。注意規範は行為を全体として、つまり、その内的外的側面において制約する。それは、結果予見のための心理的力の緊張を要求することにより人々の意識に働かけ、或は、結果防止のための作為・不作為を要求することにより、その人の外部的態度にも義務を課す。この二つの契機——一定の方向に心理的努力を緊張させる義務と一定の外的行為義務は離れ難く結びついている。それゆえ、彼は結果の発生を予見すべき且つその害悪を避ける義務がある。そしてこれらの注意義務は、注意規範によって禁止された作為・不作為が社会的危険な結果を齎す可能性があることに基いている。この行為と結果との関係が、結果の予見を可能ならしめる。この一般的な予見可能性が予見義務の基礎に横たわっている。

特定の明文・不文の規則の違反があるときは予見義務の確定は容易であるが、かかる特定の注意規則の確定が困難なときや或は注意規則の予定する類型的事情が事件の具体的特殊性をつかみ得ないとき、吾々は次の推論にたよるのが普通である。「同一職業・地位・資格の人が同一情況のもとで当該結果を予見し防止し得たであろうか」。もし肯定されるならば被告人には注意義務違反が

確定される。

最後に注意義務違反の確定だけで結果を行為者に帰するのは、ヒッペルのいう如く、*Versari in re illicita*の原則を過失犯にもちこむことに外ならない。従って、発生した結果の答責性のため重要なことは、注意義務違反としての行為の違法性の確立のみならず、正にこの行為が発生した結果の原因であったことが必要である。この際吾々は『仮定的排除』の方法により因果関係を確定する。現象の一般的な因果の連鎖からその行為を仮定的に排除してみても、それでも所与の結果が発生したであろうと考えられれば因果関係はない。

四 注意義務の個別化はどの限度まで進むべきか。具体的外部事情・職業・社会上の地位・資格、これ以上に更に「具体的個人の身体的心理的特長や行為時の特別の心理状況」をも考慮して、注意義務の主観的基準にたつべきか。キリチェンコは「義務的行為の決定に当て、本質的契機の一つとなるのが、この行為の可能性である。人はその可能性をもつときにおいてのみ一定の結果を予見すべく義務づけられる」と主張する。

著者は『できるがゆえになさねばならぬ』とする主観的基準を批判する。それは法秩序の明白にして俊厳な要

求という法原理と矛盾する。明文・不文の注意規則を何ら侵害していなくとも彼の能力の限度まで答責性が生ずるとすることは、法の安定性を害する。従って、どんなに個人的能力においてすぐれていても法秩序がそれ以上要求し得ぬところの、また、その表明が一定グループの人々に期待されるところの、一般義務的基準がなければならぬ。また注意義務は法的性格をもつもので道徳的義務ではない。道徳規範としてはその人の能力の最高限度を要求し得ても、それを法的義務として国家強制手段をもって臨むことはできない。それをやれば、市民は完全な頼惰となり創造的発意の破壊へ導くのみ。最後に、主観的基準のもつ実務上の困難をあげる。

次に、トライニンの『義務は可能を限度とする』という立場に対し、著者は、この命題は不正確であるという。主観的事由により義務の履行が不可能であっても、そのことは、義務がなくなることも、また、義務違反がなかったことでもない。彼の行為は法秩序の要求を侵害しており実質的に社会的危険な違法な行為である、と。

五 しかし過失行為の刑事答責性は、更に、彼の行為の許されざる性質を行為者にたいして非難することができる場合にのみ生ずる。所与の被告人に結果予見の現実

的可能性があるのに、この可能性を、軽率や不注意・客體への無関心な態度・行為の危険性についての許しがたい過少評価によって、実現しない場合においてのみである。主観的な精神的肉体的事情・行為時の特別の心理状況により予見義務をつくじ得ず、予見し防止し得なかつた場合は答責性は生じない。法的義務の履行の可能性のない人を非難することは道徳規範にも違反し、一般的には義務履行能力があつても具体的な場合に予見義務違反を回避できなかった人を非難することはできない。法的道徳的見地からする非難をその内容とする責任の確定には、当然に具体的個人の特殊性が考慮されねばならない。行為の非難を彼になすために個人の予見可能性を考慮せよということは、過失事犯の訴追を基礎づけるために、この主観的事情を特に立証する必要を意味しない。予見義務の確定で大部分は主観的可能性も確定される。この一致は義務がもとと一定グループの人達が表明し得るものを法秩序が考慮してたてたものであるから。従つて、特殊の事情が例外的にこの予見可能性を奪つたという合理的疑が生じたときにのみ裁判所の審査の対象となる。

六 次に、過失行為のいかなる契機が主体の可能な予

見の対象とならねばならぬか。それは故意犯と同様、法律に規定された行為の事実的側面（作為、不作為、結果、その間の因果関係、その他の客観的構成要件メルクマール）と、実行された行為の社会的意味の二つの契機である。事実的側面において特に重要な問題は因果関係の予見可能性である。もちろん、因果関係の具体的發展過程ではなく、一般的・基本的特徴において予見しうればたる。被害者や第三者の意志行為の介入は、屢々この予見可能性を不可能とする。この問題をブルジョア理論は、因果関係の中断・遡及禁止・過失相殺により処理せんとする。これらの理論は資本主義企業において労務者の身体傷害や致死に対する経営者の責任解放に利用される。なお、誤想防衛は事実の錯誤として故意を阻却するが、過失あれば過失答責性を生ずることを附言している。

次に、社会的意味、つまり行為の社会的危険性の認識可能性について。責任とは非難可能な心理状態であつた。従つて、被告人の心理状態は法秩序に対する彼の敵対的關係・無関心的關係を示さねばならない。この關係は主体に行為の社会的意味に対する心理關係が存在するときににおいてのみ考えうる（総論教科書、マカシヴィリ、マニコウスキー、ウチエブスキー、トライニン、キリチェンコ）。

即ち、行為と刑法規範又は社会共同生活上の諸規則との矛盾の認識又は認識の可能性という心理関係である。犯罪的不注意においては、行為の社会的危険性の認識の可能性が非難の契機であって、この契機を欠くときは事故となる。

最後に、いわゆる違法性の過失にふれる。故意に社会的危険性の認識が必要と解する説（キリチエンコ、メニシヤギン、ピシンスカヤ、ゲルチェンゾン、マニコウスキー）は、もし現実の認識を欠きたら認識の可能性のみ存するときは過失犯としてのみ答責性を生ずるとなす。事実の過失の外に「法律の過失」をみとめるこの立場に対して著者は批判する。この立場は過失概念の中に本質的に矛盾するものを合体している。また例えば過剰防衛の場合もし主体がいかなる程度の防衛も許されるものと誤信していたなら過失犯になるのか、と反論する。又実際上も過失犯の処罰の規定をかくとき、更に怠慢や軽卒で法の要求を知ろうとしない人の場合不可罰のままに残すことになる。また、行為時の興奮や激情を伴う場合の立証の困難を排除できない。以上の批判ののち、著者は、その人の表象と意志に行為の事実的メルクマールが含まれており、且つ、彼に惹起される結果の社会的危険性の認識

可能性がある場合には、故意は基礎づけられる、とする。かくして著者は結論する、以上の見解は、一方において評価的契機に対する心理関係の意味を責任概念から拒否するという極端と、他方において行為の社会的危険性の認識を故意に要求するという極端から離れつつ、責任論に関する困難な問題の一つを解決すべき途を進むものであると。

あとがき

稿をいそぐ必要があったので、第五章過失についての刑事立法の規定と各章に引用された豊富な判例は著者の主張の理解をさまたげなかつた限り、省かざるを得なかつた。本稿をとじるに当り二三の問題点を指摘しよう。

(一) 刑事答責性の一般的前提としての「自由」をめぐる著者の理解（『ツェソチェリ博士』）は従来の理論をより一歩深めた創造的なマルクス主義の適用であろう。この点で私の従来の理解は誤っていた。私は当時、法則的因果関係と偶然的因果関係との区別にとらわれすぎ、自由の問題が法則とのみならず、因果関係一般と矛盾することを理解せず、その結果、適法行為の物質的な社会的保障にとどまる契機をもって、ソヴェトの犯罪者の唯物論的自由を結論した。（拙稿、犯罪構成要件について
の覚書、ソヴェト法学、一卷

三号五八―五九) 中山助教はこの点は正しく問題をとらえて頁注(2)参照。おられた。

(二) 宮崎昇氏は本書の立場が実際は近代刑法学の規範主義と異ならないとされる(ソヴエト刑法講座(VII)責任(4)第四節過失―四三) 中山助教も曾て私も意識の能動性に基礎をおく限り頁参照)

規範的責任論は当然の理論的帰結でなければならぬとした(ヴソエト刑法九九―一〇三頁、一一八、二四一)。この点について私は頁、拙稿ソヴフト法学、前掲、五七頁、注20)。

疑問を提出しておいた(近刊、社会主義刑法における構成要件)。

価値哲学に基く価値判断の構造と唯物論の評価との区別が根本的に検討される必要がある。評価一般と非難の構造、国家的非難の形式としての刑事答責性(Lehrbuch des Strafrechts der DDR, Allg. T., S. 282-283. ヨッフエ・民事答責性、二九頁、沢登佳人・故意過失概念の新構成、三六―三七頁の「法的非難」の概念参照)、

犯罪概念の一つとしての道徳的・政治的非難性(Lehrbuch, S. 270; Leckas, Zum Aufbau der Verbrechenslehre unserer demokratischen Strafrechtswissenschaft, 1952, S. 20; Die Schuld als subjektive Seite der) 責務(刑法規範の verbrecherischen Handlung, S. 52-54.) 責務(刑法規範の遵守義務)と責務違反(Gerats, Die strafrechtliche Verant-wortlichkeit in der DDR, S. 20, 22)

これらの諸概念の相互関連、これらの諸問題が刑法規範の構造

や違法の本質論とくに主観的違法論と客観的違法論との対立などの諸理論との脈絡の中で近代刑法学と対決させられねばならない。私は社会主義刑法理論は古い主観的違法論の系譜に属すると考えている。犯罪の実体概念と構成要件の切断による犯罪論体系は結局主観的違法論に、そして更に、法を命令規範と解し、客観的秩序とは見ない法本質論に連なるであろう。著者の客観的違法論及び実体概念と構成要件の結合による犯罪体系は全く正反対の途を進んでいることを注目せねばならない。ピオントコウスキーらによるヴィンスキー法理論の批判との関連をつきとめることも今後の課題である。

(三) 著者の過失の違法性の理論は、近代刑法学のそれに比して、著しく弱いことをみとめねばならないだろう。目的行為論に基く新しい違法論＝行為の無価値性という理解を欠くから。むしろ著者のばあいは、客観的違法論と過失の客観説が結合されたにとどまる。しかも「義務違反」という契機と客観的違法論との調和については何らとかれていない。著者の(六一)の個所から、故意犯の故意も違法要素たらざるを得なくなりはないか。著者があとがき(二)に指摘した諸問題について明確な論述をしていないので、これらの点があいまいになったと言わねばならない。また、予見可能性を心理的事実とする主張も説得性に乏しい。宮崎昇氏のようにここに人格的要素をみとめることもできよう。

(四) 近代刑法学は過失を注意義務と注意能力によって構成し

た。不破教授は既に早く注意義務の不遵守は違法の問題であることを指摘され、過失責任の認定の中に違法の問題が交錯していとされた（不破・刑事責任論、一八）戦後目的行為論の抬頭により、まづ結果回避義務違反と予見可能性（井上正治、過失五八頁）或は客観的予見義務Ⅱ能力と主観的予見能力Ⅱ義務（平野竜一、過失についての覚書、警察研究、二四卷三号、三六一―三七頁。或は注意義務違反と意志決定義務違反（藤木英雄、過失犯の考察、法協、七四卷、二八九頁。但しこの立場は過失特有の責任要素を認めない。藤木、二八九頁、木村、三〇一頁以下）或は当為判断としての注意義務違反と事実判断としての予見可能性（沢登書、五三、七五）として、従来責任論の中にあつた要素を違法論に移すことが試みられている。これらの近代刑法学における努力と本書の著者の立場を結論的に比較して位置づけることは無意味に近い。ここでも根本的な問題は前項にあげた諸問題が解決された上で、比較する必要がある。ただこの一連の近代刑法学の努力の傾向は、注意義務の認定に主観的契機（通常人の予見可能）をふくみますことにより義務の存否の判断に裁量の拡大を許す危険を示している。このことは基本的な行為概念が「意味的連関」として把握され違法の本質がいちじるしく主観化されたことよって合理化される。ソヴェト理論との相違は形式的にみれば、予見可能という契機をどこで論ずるかの相違

でしかないように見える。それが実質的にどこで異なってくるかを具体的につきつめることが必要となる。注意義務の法的根拠の問題をたぐることによって、一つの具体的な結論がでるよう思われる。近代刑法学はこの点必ずしも明瞭でない。法令・規則・契約による危険防止義務はそれぞれの法分野でそれぞれの違法と責任を根拠づけるであろう。しかし、それが何時、いかなる条件によって、刑法上の注意義務又は結果回避義務に昇華されるのか。それぞれの予定する類型事情が同一であるという事実（藤木、前掲）が行政違法又は他の刑事違法（行政として）をして刑事違法（刑法犯とし）まで高める法的理由たらしめうるのか。そもそも、注意義務の根拠は当該犯罪構成要件を規定する刑罰法規が与へる（木村、過失犯の構造、現代刑法の、或は、過失構成要件からはでてこない（井上正治、前掲、九七頁）のか。これらの点が注意義務の法的構造を明確にするであろうし、ひいては、それが違法要素か責任要素かについても一つの支点を与えるのではないかを憶測している。

また、判例が注意義務を認定するとき一般的行為義務Ⅱ行政法・民法による義務づけを離れて、「規範の定立」を行うことが許されることの法理的根拠も、この問題につき進めることによつて理解できるであろう。ちなみに刑事過失被告事件において裁判官により定立された規範（注意義務）にもとづいて、行

政法上、民事上の答責性をとることが理論的に不可能であるとするれば、この両義務の法的性格の原理的相違をもっと分折する必要がある。しかもこれと同じ平面で不真正不作為犯の作為義務の法理的根拠の問題も生じざるを得ない。作為義務・注意義務の超法規化¹¹「裁判による規範の定立」という現象を文字通り受取ってよいものかどうか。ゲラーツのいう「刑事責務」——いわゆる刑罰法規の行為規範的機能——による抽象的義務に対して、ただその具体的限界をのみ裁判によって確定するだけで、個々の事件で抽象的義務そのものが定立されるのではないであろう。著者のこの問題についての理解（六一一、二）はこの方向に進むものであろうか。

（以上）