

## 過失犯の若干の問題

井上, 祐司  
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1509>

---

出版情報 : 法政研究. 32 (2/6上), pp.231-270, 1966-03-15. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 過失犯の若干の問題

井上 祐司

はじめに

一 決定論と責任の基礎

二 過失犯における構成要件と違法

## はじめに

本稿は私が数年来研究している過失論についての一連の研究の一部である。留保の多い論稿であり、また、論争的である。「過失犯の責任と違法」とでも題してと思いつつ、「若干の問題」としたのはそのためである。

第一は、決定論と責任の基礎と題して、決定論のもとにおける意識の能動性に着目して、行為が性格によって決定されるといふ刑事学上の法則性と、選択の自由を本体とする意思責任とはいかに調和できるかを考えようとした。性格と意思過程との相互作用という姿の中に統一をみようとする。

次は、最近の過失論を伝統的な過失論の立場から批判したものである。私の批判の立場は、最早、「伝統的」といふ確乎とした理論の上に立っているのではなく、それは単に自己を防衛するための名目にすぎぬ程、独断と留保に満ちている。ここで過失論として新しい主張を意図した訳ではない。従来論稿より多少は新過失論のより具体的な姿

説を絵き得たことに一般的な意味がある。

論 以上の二つの問題は一つの論稿にまとめて取上げねばならぬ論理的な必然性はない。過失犯の若干の問題としたのはここにもこだわる気持があったからである。

学生時代以来の温い学恩と、研究者としての態度にも有形無形の御指導御鞭達を頂いてきた林田教授、貝島教授の御還曆を祝し、今後とも益々壮健に御活躍されることをお祈りしつつ、この未熟な論稿を両教授に捧げる。

## 一 決定論と責任の基礎

一 意思自由の問題は刑事責任にとって避けて通ることの出来ない問題であるので、それが決定論といかに調和されうるのか筆者も従来から考えてきた<sup>(二)</sup>。現在でも決して解決出来た訳ではないけれども、幾分思考の方向がはっきりしてきたと思われるのでここでとりあげてみたい。

まず犯罪行為を念頭において考えよう。犯罪行為の原因の一つは性格的なものを考うべきである<sup>(エゴイズム、無規のイデオロギイを示す性格)</sup>。犯罪行為へとかりたてる客観的・社会的諸条件があるが、そういう条件に刺戟されてそれを犯罪行為という手段によって解決するものは正に性格に外ならない。更にその性格がどのような社会的過程で犯因性を帯びてきたのかということはここでは論じなくてよい。一定の犯因性性格があるということから始めよう。それが生来的なものでもなく、また生理的、心理的な規定性のもでもなく、正に社会的規定性であることは当然前提されている。ところで、一定の欲求・刺戟に対してそれを犯罪行為によって解決する傾向性<sup>(エゴイズム、無規のイデオロギイを示す性格)</sup>のことを犯因性性格といっている。その意味で、犯因性性格→犯因性意思決定→犯罪行為は正に法則的現象である。もちろんそこにも多くの多様性、個別性、偶然性が作用してはいるがそれを貫いて「性格が行為を決定する」という法則が貫徹するのである。こ

の側面で言へば、意思決定は性格によって決定されるのであるから自由ではあり得ない。法則が貫徹していく因果系列の一こまにすぎない。しかし、それでも彼が犯罪行為に出たことによって、行為以前に出発点として彼に内在していた犯因性性格がより一層強固なものになったであろうことは疑いない。その意味で法則は機械的な繰返しではないことを知らねばならない。性格は発展する。<sup>(11)</sup>

二 ここまでは従来とも既に多く論ぜられてきたところであった。問題はこれから先にある。ところで犯因性性格は国家や社会集団の諸施策によって改善の機会に逢うであろう。これらの機会、外部的な刺戟が性格に影響する途すじも決して単純ではないだろうけれども、何れにせよ性格じたいの意識的関与なしには考えられないであろう。また、意識的な自己省察も性格に対して影響をもつ。ところで、ある犯因性性格にとって犯罪を誘発するような刺戟に遭遇したとき、彼の意識過程には性格の側からの強い作用が働くことは前項にのべた通りであった。しかし、意識過程は性格の側から唯一方向的な作用を受ける受動的な過程とのみ理解してはならない。性格は一応は意識過程の外から意識過程を統制する要因として働きつつ、同時に、意識過程からの逆作用を受けているのである。<sup>(12)</sup> しかも、意識過程に現実に影響をもつのは性格からの作用のみにとどまらない。その時々個別的な、偶然的な多くの客観的諸因子が作用する。偶、犯罪を誘発する外的刺戟に変化があったり、それを処理することの出来る偶程の機会が生じるかもしれない。又は犯罪行為による解決が従来より困難な情況（例へば取締の強化とか、仲間の逮捕とか）とか、とにかく現実の生活の上において生ずる無限の多様で豊富な事実がある一回的な意識過程の中に反映せざるを得まい。これらの多様な現実性の意識への反映は或は犯因性性格の方向性に促進的に作用するものもあるうし、逆に抑制的に作用するものもあるう。性格からは一応相対的に独立したものとして意識過程をとらえることが可能な根拠は意識過程には性格以外の無限に多様な諸客観的な諸因子が反映されることに因る。しかも、さきに指摘したように、相対的に独自

説的な意識過程は意志決定への過程の中で性格に逆に作用することによって、何程かの程度において性格に逆作用を及ぼしているのである。犯因性性格においては、多くは、この意識過程の多様な一回性、性格からの独自性にもかかわらず、犯罪的意思決定という形で意識過程が完了するであろう。正にそれ故にこそ犯因性性格というのである。従って根本的な犯罪対策は国民の一人一人からこういう犯因性性格じたいを根絶してしまふ対策がとられ、これが成功して社会の全構成員からかかる反社会的意識の存在（犯因性性格はその最も濃縮された形態である）が全部洗い落とされたとき、犯罪は窮極的に克服されるであろう。しかし、こういう政策とは別に、刑法は正に人々の意識に働きかけ、人々の内省を通じてこの犯罪斗争の一翼を担おうとする。一回的な意識過程の成りゆきは、犯因性性格の作用にもかかわらず、ある犯罪的刺戟を犯罪でない行為によって処理することを許すような、そういう意識過程の諸因子の結合が偶然に出来上ることもある。そういう因子の結合を担保するのは勿論、客観的に一定の刺戟を適法行為によって処理出来る施策が現実の中に存在していることである。そして偶然にせよある動機を犯罪でない行為によって実現しようとする偶然の意思形成が既に何ほどか出発点の性格に影響するであろう。それが行為となって実現されることにより、より強く性格に影響し、性格変化への第一歩がそれによってふみ出されることになる。

三 このように性格の發展的契機を客観の中に実現された行為よりも以前に、既に意識過程（意思形成、動機の葛藤、決意などの過程）の段階においてとらえるとき、決定論と意識の能動性との両立の場面が理解出来るように思う。犯罪行為（意識過程を含めて）に作用する諸々の法則性があることを認めながら、尚意思の自由を説くことは一見背理の如くであるけれども、性格と意識過程との相互作用という現実の姿を思い浮べるとき、むしろ背理とみえることの中に真実の姿があるように思う。これを人格の主体性といい、意識の能動性とも言うのだと私は理解する。意思決定を量的に考えその大部分が性格によって決定され、残った部分が性格から自由に、創造的に決定されるという

具合に、決定されている部分と決定されていない部分とがあるように理解するのは不正確であるように思う。もし相対的意思自由論がそれを主張するとすれば正しくない。事からの実体は決定のされかたにあるのである。人間行為を含む法則性が人々の意識を通過し、それを媒介にしてのみ発現するということは、因果の一こまとして意識を通過することを言うのではなく、意識過程の創造的役割を現そうとするものである。行為者の意識的努力によって犯因性性格は早速に克服されてゆくであろうし、反対に、急速に犯因性性格を自らの中に確立してゆくことにもなる。社会から犯罪を根絶するためにはかかる性格（犯罪原因）の絶滅を前提とする。しかし、他の諸施策と相まって構成員の意識的な性格改造の努力をこそ刑法は予定し、その限りで刑事責任は存在し得るのである。刑法規範による性格改造は他の改造の諸社会施策からすれば或は微々たる制度かもしれない。しかし、その他の諸施策の際でも当事者の意識の能動性という契機を通じてのみ施策は実効性をもつことを忘れるべきでない。一見生理、物理的な処置と思われる改造策すら意識過程をぬいてはやはり完全な姿とはならないことがあるからである（治療において意識を通じての肉体に働きかける場合でも、生理的効果は意識作用と直接・間接大きな関係がある）。

四 最後に附言しておきたい。犯罪原因、性格、刑法、責任の基礎などと社会現象を正に問題にしているのに、以上の議論はいかなる国のいかなる社会のことを語っているのだと反駁されよう。私がそのことを明瞭に限定しないで論じたのは、もともと意思自由とか決定論とかの問題は犯罪行為プロパーの問題ではなく、意識的な人間活動が問題となる限りでもっとも普遍的な、それ故、犯罪であろうと倫理的な善行であろうと政治的行為であろうと研究活動であろうと、その一切を含んだ人間活動の問題にふれるからであった。そういう意味で正に哲学的問題であり、従って階級社会特有の現象を論ずれば足りるものではない。

ただ、この点に関して一、二考察しておかねばならない。

マルクシズムにおいて自由を問題とするとき、多く「行為の自由」が問われていることを知らねばならない。エンゲルスの「必然の認識としての自由」という古典的命題も、選択の自由<sub>||</sub>意識の能動的役割と区別された意味での「弁証法的意味における自由」という規定においても、一定の目的が客観的な外界に有効に実現されるかという意味での自由が問題とされている。いわゆる「意思の自由」の問題では、特定の意思決定が環境や性格から自由でありうるかということが問われているのであって、「行為の自由」とは全然別箇の問題であることを知らねばならない。

また、以上のことに関連して刑法の射程をあまり過大評価してはならない。リスト以下の新派は犯罪斗争の失敗を古典派刑法理論に見た。平野教授は意思自由の上にたつ刑法は「常に犯罪学の脅威におびえねばならない」とされる<sup>(四)</sup>。私もその通りだと思う。しかし、ここから、刑罰の量を「人格相当」の程度によって目的的に科すことによって刑法学に安住の領域を開くことには賛成できない。ここで多くを論ずる用意がないけれども刑法と刑事政策とを原理を異にする二つの制度としてとらえる古典的な態度に従いたい。意思の能動性を認める以上、刑罰が効果を發揮しない場合があることを認めざるを得ないし、また、常習犯加重の理由も反覆された行為じたいの違法の程度の反映としてとらえることになる。

(一) 中山研一・刑事責任と意思の自由、法学論叢七七卷三号一頁以下は、ソヴエトの、サモシチエンコの理論、とくにウチエブスキーに対する彼の批判について、それが結論的には「かつて私が上述の論争に対して与へた評論と基本的に一致している」(二一頁)とされる。彼は一方においてマルクシズムは人間の意思自由を承認するとする。「人が彼を行為へと刺戟するところの諸要因にいかん反応するかということ、及び社会集団の影響社会的諸条件をその発展傾向について人格が肯定的に反作用するか否定的にしかるかということは人々の認識(知識水準・世界観・確信・良心等々)に大いに依存する」(「ソヴエト國家と法」誌一九六三年十二号三五頁)。「人間の意思の自由は結局のところ行為選択の相対的自由ということにある」

(三六頁) 「人間の意思が客観的に制約されているという意味で自由でなく、顕著な程度において積極的に形成され且つ作用する人間意識に依存するという意味で自由である」(三七頁)。ところが他方において彼は、以上の理論とは別に哲学的意味での人間の「自由」の理論——つまり人間の意思と客観的法則性との相互関係の理論——を展開する。ここではエンゲルス以来の自由と必然に関する古典的な命題「自由とは自然の必然性の認識に基礎づけられた吾々じんと外的自然の支配の中にある」という理論が展開される。

この二つの自由の問題が人間態度の法的規制、特殊的には法的答責性の制度とどうかかわりあっているかにサモシチェンコ論文の主旨がある。第一の自由Ⅱ行為選択の相対的自由に、彼は、正に法による規制の可能性答責性の可能性の真に唯物論的基礎があるという。そのことが「社会と国家の側からの彼の行為に対する非難の基礎を与へる。その自由の程度が少なければ非難の程度も少なくなり、人間が固有の意思を奪われた客体として振舞う場合のようにそれがなくなれば非難もなくなり、原則として法的答責性もなくなる」(三八頁)。第二の自由Ⅲ必然の認識による支配も法的規制と答責性の「問題の解決に關係をもつ」(三八頁)とする。彼はここでも第一の場合と同じように「自由」の側面と「不自由」の側面とを區別する。そしてこの自由—不自由の概念が法的答責性との關係でもつ意識を次のようにいう。「人間の環境と自己自身の支配としての法違反者の意思の自由と不自由は、様にこの違反に対する非難と答責性を基礎づける。自由というのは人が社会的に有害な目的を達成するために客観的法則を利用したからであり、不自由とは人間が客観的法則を認識出来るし、これを自己と社会のために利用できるのでにこの可能性が利用されずその結果反社会的態度に出たからである。」(三八頁)。

これが彼の基本的態度であり、ここからウチエプスキー理論の評価がみちびかれる。肯定的側面としては①答責性を選択の自由においた点において。②エンゲルスの哲学的意味での意思自由を法的答責性の領域に機械的に広げて法的答責性を基礎づけることをしなかつたという点において。否定的側面としては①彼のいう形式的自由としての選択の自由は、彼において真の意味の意思自由の質をもたせられていない。②彼のいう哲学的意味の自由は犯罪者にはみとめられていない。哲学的意味における自由とは全社会の利益に合致した目的に限られないことを理解していない点である。

第一の選択の自由は決して「形式的自由」として現実的自由から區別されるものではなく、哲学的意味の自由と丁度同じ程度において「現実的な自由」なのである。それは「現実的な能力と可能性を含むという意味で哲学的自由と同様である」



(三九頁)。しかしそれにもかかわらず、この二つの自由の概念は言葉の上でのみ一致しているだけであって、別のものである。この二つのものは哲学的自由が相対的意思自由の発展の「土台であり前提である。」(三九頁)という関係にたつ。

私はサモンチェンコの立場について第一の自由はよく理解できるが、第二の自由—所謂古典的なエンゲルスの命題のとりあつかい方は充分理解出来ない。一番理解出来ないのは、自由—不自由という形でとりあげるとき、そこにいわれている「客観的法則」の内容がまるで別々のものである点である。即ち自由の場合には、例へば犯罪手段の道具のもつ物理的性質、法則性などが客観的法則としてとりあげられており——その点は曾て私も指摘した(井上祐司・犯罪構成要件についての覚書、ソヴェト法学第一巻三号(昭三〇)五八頁註②)——不自由の場合には諸々の社会発展法則に合致した行為、結局適法行為のことが客観的法則としてとりあげられている。こういう性質も意義もおかされたコンテクストも異なる二つの「客観的法則」をこういう形で第二の自由として統一的に論じねばならぬ必然性がよく理解出来ないのである。

更に彼の第一の自由の概念は、意思自由の問題のもつ正しい側面をとり出していると言うべきであろうが、意識の存在被拘束性という問題点が完全にスポイルされており、その点で中山助教授が「ブルジョアの相対的意思自由論」と何ら区別がないとされる批判に私も全面的に賛成である。しかし中山助教授はそのことのみならず、あまり決定論と意思自由—道義的非難とは両立しないのではないかと、両者の理論的統一の見通しに悲観的に対される(前掲、七七巻三号三〇、三二頁)。そしてソヴェト社会における適法行為選択の社会的担保という事実(これを「実質的責任関係」といわれる)から、ソヴェトの刑事責任に対し国家は道義的説得性をもちうるとされる。この立場は基本的には中山助教授の「ソヴェト刑法」一〇一頁以来の主張であるが、これに対して私はその論拠が「ソヴェト刑法の倫理性・違法評価の合理性の証明」としての意味しかないと批判した。中山助教授が意思自由の問題を具体的な社会的現実の中でとらえようとされる立場は基本的には正しいが、しかしたくさん問題を一つのことと解決してしまおうとされる性急さがあるように思う。とくに行為の自由と意思自由との区別があいまいであると思う。阿南成一・社会的自由と倫理的自由、自由の法理、三一五頁以下は立場は異なるがこの区別を明確にしている。私には「アプリオリに意思自由をとりあげる」という木田教授の批判があつたけれども、依然としてこの問題が社会的現実としてみても決して犯罪行為の問題につきるものではなく、人間行為一般、法一般従つてまた社会構成体をこえた広い視野の中でまず基礎づけらるべきだとする立場にたっている。私は本文のような意思自由論に到達するまでに折々に論じたことがあるが、基本的には同じ方向を進んでいる。前掲ソヴェト法学一巻三号(昭三〇)三九頁、紹介・マカシヴ

イリー『過失の刑事答責性』法政研究二六卷一号一〇一頁、一一〇頁、井上祐司・社会主義刑法における構成要件の概念と近代刑法学、季刊法律学二七号・昭三四・五五頁、紹介・サファアロフ『ソ同盟における犯罪者の人格と犯罪原因について』法政研究三十卷一号(昭三八)六三頁、八七頁四参照。

なお、エンゲルスの古典的命題が刑事答責性と直接の關係がないとする、ウチェブスキーを近く承認しているのは、ヤ・エム・ブライニン、ソヴェト刑法における刑事答責性と其の基礎、一九六三年、七七頁である。「人間のこの能力は所与の人の意思がマルクスレーニン主義的な意味において自由か不自由かとは独立して帰責の必須の前提たる役割を演じうる」と。ただし意思自由の問題を責任能力の問題に還元している点で批判をまぬかれない。内的条件の外的条件からの独自性という問題ならそれでも答えとなるが、今日の意思自由論の真の問題点はいわゆる人格・性格からの意思の独自性にあることを深く自覚すべきであろう。井上教授は曾て「刑罰の虚偽性」と「責任非難の虚偽性」を説かれた(刑法総論・昭二五再版、七三頁、一二〇頁)。人格は素質・環境へと因果的に遡及すべきなのに、敢てそれを法的な人格によって打切り、当為形成的人格を形成しなかった反当為的人格構造を非難するところに後者の意味をみとめられる。階級社会における刑事答責性の問題を考える際にはこの「虚偽性」の問題は当然にとりあげねばならない。しかし、その問題は意思自由論の外側にある問題で、むしろ違法論の問題である。

(二) 性格の発展の中にとくに過失責任の根拠をみとめるのは、不破博士、井上教授、団藤教授、安平教授である。そしてアメリカのゼロム・ホール教授の過失を刑事責任から排除せよとする主張も、認識なき過失における責任の根拠が人格形成にしかあり得ず、その過程を刑事裁判の審判の対象にすることの不適当さと、その間の非難の大きい論理的な計量不可能に基礎づけられている。(J. Hall, *Negligent behavior should be excluded from penal liability*. Col. L. Rev. Vol. 63. pp. 632-644).

ただこの際、過失について人格的契機を考える場合に、次の三つの点が考慮されるべきである。

第一は、いわゆる「自動化された行為準備の集積」という問題、無意識の意欲といわれる問題である。たしかにある種の過失は不十分な「行為準備の集積」に因る場合がある。しかし、この際にも、過失非難の根拠は、その集積の欠如、無能力それじたいではなく、かかる欠如じたいが行為者の能力をもってして認識し得たのに彼が顧慮しなかった軽率にあるという

点である（ヴェルツェル・福田・大塚、目的行為論序説七九頁）。

第二に、自動化、無意識的注意の問題である。この点について更に三つの問題がある。まず、計画的な意思活動の繰返しによって自動化されるのは、操縦技術その他機械的な身体的操作に意欲的な注意がむけられる必要がなくなればなくなる程、行為者は、例えば前方注視とか、その他危険防止に必要な側面へ意識的な注意を分配することができる（ヴェルツェル・福田・大塚、前掲七八頁）。つまり危険の防止行為が全体的に無意識の世界に自動化されるものではないということである。次に、吾々の注意力は常に意識的にのみ現れるのではなく、無意識的注意の存在を否定出来ない（チエプロフ・山啓訳、ソヴェト心理学一四一—一六四頁、とくに一四六、一五七頁参照）。例へば、大きな音とかその他異常な外的刺激により、吾々は無意識にその対象に注意をむける。更に、この無意識的注意は行為者人格の一部をなす興味の対象と密接に関連している。平素から法秩序に関心をもち、人命尊重の態度が当人の人格の特長の一部になっている場合は、そうでない人格の場合と比べて、危険の対象に無意識的注意がむけられるであろうことは容易に想像することが出来る。しかし、こういう無意識的注意による事故防止、その欠如による事故の発生が、現在の過失事案の中でどの程度の比重をしめるかは一応問題とされてよい。むしろ、大半はいろいろの外的事情による注意の逸散による事故の方が重要と考えられよう。意識的な注意の欠如の方が大切である。無意識的注意の欠如の場合においても、それが同時に意識的注意の逸散、必要な対象への注意分配の欠如が同時に認められる場合が多いと考えてよい。最後に、法秩序への関心、人命尊重も、複雑な生活過程の中で適時に現れるためには、やはり、常時の注意深い態度の集積あればこそ始めて期待出来るものであって、平素から不注意な行動をとっている者に適時に注意深い態度をとるよう期待することは出来ないであろう。しかし、再びこの際にも、注意すべきは、そういう繰返しによって無意識の世界に定着するのは、注意深い態度の外形、動作じたいであると言うべきではなからうか。一応下をのぞくとか、一応左右に首をまわすとか、一応手をのばして位置を確認するとか。危険の表象を得るために必要な外形的身体活動は、意識的注意活動の集積によって自動化され、無意の世界に定着するが、むしろ、かかる機会が頻繁になると、必ずしも危険の表象と結合せず、外形的動作だけが自動的に繰返される危険もある。その時危険の表象を得るためには、やはり意識的な精神作用が必要である。事故と疲労との密接な関係もこのことを論証している。このように考えてくると、過失非難の契機はやはり行為時の意識過程の中にあるといつてよいであろう。ホール教授をふくめて、過失をかなり年少時代からの人格形成に求める態度の中には一つの誇張があるのではないであらうか。

第三に、以上の反省にも拘らず、吾々の生活体験上明白なことは性格特徴として注意深い人と不注意な人との区別がみと

められことである。また、自動化された外的動作から多くは危険の表象が生れるものである。従って性格的契機と事故の法則性を否定することはできない。それは刑事法学が吾々に教へるところである。しかもこういう性格的な次元にも責任の契機を見出すことが出来よう。したがって問題はそこまで言はなくても過失責任が意志責任として理解出来はしないかということである。

そこで、この人格特長としての不注意な性格も人格の一部であるが故に正に社会的規定性によって生れ、変化してゆくものであり、正に問題の過失犯の内容となるべき行為を通じて既に一定の影響のもとにおかれたものであったのである。結果を予見しなかったのは正に彼の性格がそのようにあらしめたのだと結果的に言ってみたとところで問題は一つも解決されない。又それではかかる性格の伸長増強の過程も日常の意識的努力による克服の途も理論的にとざされていることになる。当該行為の過程を人格の発展、形成から遮断してしまつて考察することは正しくない。「行為の決定的瞬間」という表現もかなりデリケートであつて、そういう形で過失が吟味されることはあり得ない。一定の行為過程の中での意識過程の特長の中に結果予見へと向い得た一定の事実をとらえて過失非難を考えなければならぬ。行為者自身の現実の能力を基準として結果予見へと向い得たときのみ過失非難が出来る。

また、過失を意思責任で説明せんとする時次の井上教授の教示は充分に考慮されねばならない。「全く結果の表象を欠如する認識なき過失には動機を問題とする余地が存しない」(井上正治・過失犯の構造、二二六頁)。結果についての動機は論ずる余地はないが、この場合でも一定の心理過程の経過がある。例えばレバーがひけなかつた駅長代理は、それをポイントの鎖の故障と判断して手信号で発車させるといふ一定の外部的行為とその意思決定をしている。この場合でも過失犯罪は、単純な心理のみからなる訳でないから発車させるといふ一定の外部的行為とその意思決定が問題とされ、そういう決意をするに至つた動機過程——鎖の故障と軽信した——がやはり非難されると考えることは出来ないであらうか。もっとも井上教授はこの点についても「勿論認識なき過失にも行為意思は存在する。しかしそれは因果関係の意欲であつて、かような因果関係の意欲にはまことに結果の表象を欠如するという理由のために、帰責連関を求めるとは出来ない」(同上二二五頁、同趣旨六一頁)と説かれる。ところで責任判断の中核は、過失責任においても瑕疵ある動機形成過程におくのが意思責任論であらう。そしてそれは現に存している。教授の指摘は、意思内容が結果の表象を含まない以上結果との関係での帰責連関は認め得ないといふのである。故意責任においては正にそうであつた。それと同じ内容の帰責連関を過失に求めることは出来ない。その差が両者の責任の差と考へるのは安易すぎるのであらうか。更にまた、井上教授は伝統的過失論に対して、注意義務の侵害と不予見との間の循環論法を指摘される(同上二四一頁、二二八頁註三四参照)。その平面においては正に然りである

が、さきにも述べたように過失においても一定の現実の心理経過を問題とし、それから動機過程の瑕疵を結論する。そのことよって伝統理論は、「予見出来る結果を予見せず、よって避け得る結果を避けなかった」というすべてを一挙に認定してしまつて循環論をさけてるように思はれる。

(三) 因果法則という一方交通ではなく、相互作用という觀念については次の著書に多く負うている。ルビンシュテイン<sup>11</sup>寺沢恒信訳・存在と意識(下)(青木書店、一九六一年)心理現象の決定、「環境—社会的ならびに自然的な—から人々の生活がそのなかでおこなわれている外的情況の全総体から、生活の諸条件が選り別けられること—このことのために、生活の主体としての人間の能動性、選択性が客観的に現れでている」(三一—三二頁)。「主観とそれによつて反映される客観的現実との合法的相互關係のこのような—弁証法的—唯物論的な理解は、反映は一方では主観によつて、他方では客観によつて決定されている、と主張する二要因理論を、その根本において解消させている。反映とは心理活動である。そしてその所産は、客観それ自体によつて決定されているのでも、客観から独立して主観それ自体によつて決定されているのでも、一方プラス他方によつて決定されているのでもない。心理現象は反映される客観によつて決定されている。この場合に、これらの現象の客観への依存關係は、それらと主観との相互關係によつて媒介されているのである」(三一—三八頁)。五、行動の決定における心理現象の役割「実際に、心理活動によつて(心理的なものの反映的性格のゆえに)行動が条件づけられているということが、心理的なものの外界への依存關係を媒介している」(三三—三三頁)。「注意の作用が遂行される過程で周辺から中枢へと不断に伝達の信号が到来し、その分析と綜合とがこれらの作用または運動を制禦することを可能ならしめる、と主張する考へは、刺戟—反応という図式の拒否の、外的衝撃の機械論的理論の拒否の生理学的表現であり、個体と世界との相互作用の決定的役割の承認である」(三三四頁)。三人間について。心理学における人格の問題「外的原因は内的条件によつて媒介されてのみつねに作用する……注意の心理現象を説明するに當つて、人格は、あらゆる外的影響がそれを通して屈折されるところの、内的諸条件の一つに結びつけられた総体として現われる」(四二—四三頁)。「内的条件は、外的条件の影響のもとに形成されるが、しかしながら、その直接的機械論的な投影ではない。内的条件は發展過程で形成されかつ変化しながら、その現象が蒙ることのできる外的影響の特定の範囲を条件づけている。この一般の命題は、人格の發展の理解にとつて特別の意味をもっている」(四三—四四頁)。これらの箇所から本文のような推論をした訳であるが、ルビンシュテインの右の論理によれば内的過程の統一としての人格の發展の過程で外的条件が内的過程に投影すると共に、外的な

ものの中の何がとりいれられるかを内的なものが決定するという主体と外界との相互作用・弁証法を説いているが、その相互作用の具体的な構造までは説明してくれていないし、更に内的条件としての人格そのものの意思過程における発展の姿を説明してはいない。外界に行為によって現実<sup>(1)</sup>に働きかけることによる自己自身と世界との変革は説いている（三三七頁）が、その論理では決定論と選択の自由は結びつけられない。

（四）平野竜一・行為責任と人格責任、刑法講座三卷、同・意思自由と刑事責任、自由の法理参照。

## 二 過失犯における構成要件と違法

一 過失を既に構成要件又は違法の段階で論ずる最近の過失理論（以下「新過失論」とよぶ）は、刑法理論史上いかなる役割を担って登場したかということから本項の問題にとりかかろう。

私は新過失論は次のような機能を果たすために登場してきたように思う。

- （一）個人の能力に応じた義務づけではなく、社会的に必要な能力の予定とそれ以下の無能力者への刑罰による教育。
  - （二）平均的な結果回避措置をとりさえすればそれで刑事責任から解放される。
  - （三）各個人の現実の能力が事実上斟酌されにくい状況が生れ、責任じたいの客観化への傾向を生む。
- 順次これらの点を考察してみよう。

まず、伝統的過失論は因果関係と行為者の予見可能性<sup>(2)</sup>予見義務違反で過失犯を構成した。したがって、「才能は法的には同時に責務なのである」（ナークラー）とする命題が妥当し、平均以上の才能を有する人に対しては義務は加重されるという立場にたつ。しかし、こういう理論は近代社会にとって必ずしも充全な構成とはいえない。各人の能力

説は各人の努力と負担において形成されるのに、より多く努力しより多くの負担を費した者に重く義務が課され、反対にこれを怠った者に軽い義務が課されるのでは、私的所有を基礎とした社会体制の構成原理と矛盾する契機がひそむ

ことは否定出来ない。この一般人基準による結果予見、危険の認定という過失基準の客観化の要求は、他面では産業革命による機械、鉄道の普及に伴った事故の増大に対処する必要に基くとともに、他方一定の危険に対処しうる水準的技能を労働者につけさせんとする法の教育的機能の要求を示すものである。<sup>(二)</sup>

次に、権利侵害が権利衝突の理論を自らの補充として必要としたことが新過失論の誕生を促した次の理由である。そこから、「許された危険の法理<sup>(三)</sup>」や「信頼の原則」が主張されてきた。ここには、一定の平均的回避手段をとりさえすれば一切の刑事責任から解放されるという思想が働く。このことは他人の労働力の雇傭に基いて危険作業を営む危険企業において、事故や災害の予防手段に鋭い形で現れる。これら保安手段への投資は直接的に生産過程に反映してこないために個別資本の立場としては識らず識らず懈怠され勝ちである。個別資本の結果予防手段は事実上企業利潤へのマイナス要素として観念されるからである。<sup>(四)</sup> そこから各個別資本への劃一的な基準が、企業の側からも、又災害防止への後見としての国家の側からも要求され、各種の危険作業の保安諸規程、安全技術規程等々の取締規則の出現をみる。これらの規則じたいが直ちに過失の理論構成の一部をなす訳ではないが、行為としての過失、<sup>(五)</sup> 相当な結果回避義務という概念用具を過失理論において用いる背景をなしていると考えてよいであろう。

最後に、新過失論においても伝統理論の責任論がそのままの形で残っているのだから、平均以下の能力者が無能力の故に刑罰を受けることは理論的にはない筈である。しかし、一方において能力の客観化が観念されると、事实上その標準に達していないことじたいに、或は、自己の無能力を自覚しなかったことに、過失がとわれ、結局は主観的事情が考慮されにくくなる。藤木助教授も「一般人の程度に注意義務を遵守できない者にとっては、別箇の観点から、一般

人と異った注意義務を課せられることがあるので、自動車の運転などについて、注意能力の欠如、責任の欠如を理由として過失責任が否定されることは、実際上は生じ得ないものと考へられる。<sup>(六)</sup>とある部面に限ってではあるがこのことを明言せられている。

以上の三つの点は、自らの政府と司法部をもつに至ったブルジョアジーが全社会の名において伝統的過失論にせまったその時々々の要求を反映するものである。そこに一貫する流れは、主観的要素の客観化、規範化の傾向である。それらの傾向は上からの社会の要求を反映しているという意味で支配的な刑法理論として今後もその方向を強めてゆくであろう。<sup>(七)</sup>

それならば伝統的過失論はその意味を失い消えてゆかねばならないといえるであろうか。第一に新過失論の予定する「全社会」という立場の含む矛盾について、第二は新過失論じたいのもつ理論的弱点について、問題がある。

まず、第一の問題は結局は各人の世界観にまで連なる実践的価値意識の問題であるからここで深く論ずるのは適当でないし、又その用意もない。私の結論だけをいえば、新過失論の以上の諸実践的要求は、被害者の立場から考えた場合に不当であるばかりでなく、社会全体の考え方としても個人の配慮への重点が余りにも微弱である。基本的人權の思想は永久の価値として刑法理論にも貫徹されねばならない。新過失論はいわゆる「福祉国家」理論と同様に、現存社会の矛盾に無感覚すぎるくらいがある。その点で伝統的過失論の主観説の背景とする個人主義的原理は今日においても妥当させねばならない。

次に、新過失論の理論的弱点とは、この立場によって具体的事件の解釈を行なうときに生ずる諸困難のことをいう。新過失論が現実の社会に生きた理論として貫徹しているであろうことは、企業災害によって訴追される事案が全体の数において極めて少ないということ、軌道交通における踏切事故において常に訴へられるのは民事刑事をとわ



論 説 ず、軌道車側でなく通行者側であること、などから推論出来る。しかし、現実の刑事過失事案の処置についてはこの理論はいくつかの困難を示す。私はさきにこの立場から未熟な疑問を公にしたが、<sup>(八)</sup>今再び同じ問題をここに論ずることになった。次に理論的弱点を分析しよう。

二 まず新過失論における過失論の大体の構造をスケッチしておかねばならない。

(一) 構成要件該当性又は違法性の問題。<sup>(九)</sup>ここでは二つの問題が解決される。(イ)客観的注意義務違反 (ロ)構成要件的结果の発生<sup>(一〇)</sup> 狭義の相当性<sup>(一〇)</sup> 危険の実現<sup>(一〇)</sup> 既遂の問題 (エンギッシ)。 (イ)の客観的注意義務違反は更に二つの部分に分れよう。(a)危険 (結果発生)の蓋然性<sup>(一〇)</sup>の大きさの計算 (広義の相当性 (エンギッシ) 又は知見的視点による相当性 (ヴェルツェル) 構成要件的行為の問題 (b)当該行為の担う社会的有用性と (a)の危険の大きさとの比較考量 (規範的視点による相当性 (ヴェルツェル) 純粹の違法判断)。

(二) 責任性の問題。ここでは行為者の現実の能力を基準とした主観的注意義務違反 (主観的予見可能性<sup>(一〇)</sup> 期待可能性)。

井上教授、藤木助教授らの新過失論の構成のあとを引ついで現在最も勢力的にこの立場を推進されている第一人者たる内田文昭助教授について (内田文昭・綜判研・刑(26)過失と共犯、二二ノ二三頁)、結果予見可能性と「具体的注意義務」との区別の仕方をうかがうことにしよう。

三 内田助教授は大判昭九・七・一二 (刑集一三・一〇二五) の判例につき、この問題を次のように展開された。この判例は交叉点におけるタクシーとオートバイの衝突事故であり、オートバイ運転者の死亡、タクシーの乗客の傷害につきタクシー運転手たる被告人に有罪を認めた事案であった。本件の一つの特長は被害者たるオートバイ操縦者が信号無視をして交叉点につきこんできた点にあった。藤木助教授は本件の有罪を認められる。何故なら「例外の場合として

相手方が規則を無視して不当な行動に出ることが認められる場合には事故防止のために最大限の努力をなすべき責任が負担せしめられる」（藤木・法協七四卷二七四頁）からであった。問題は内田助教授の理論構成にある。内田助教授は「しかし、相手方の無謀操縦が現認出来た場合ですら衝突回避への最大限の義務を負わせることは問題ではないか。理論的には、無謀操縦に対しては積極的に正当防衛をなさうということも意識すべきではあるまいか。」（内田・判研叢書<sup>66</sup>二四頁）とされた上、私に対しては『衝突ノ危険アルコトヲ感知シ得べき地位』にあった被告人には、『警告的な事実の認識があったことから結果の予見可能性』が肯定されるわけであるから、苛酷な判決ではないとせられる。本件において、結果の予見可能性はあった、といえよう。しかし、だからといって『注意義務』もあった、とはいえない」と批判される（内田・前掲書二四頁）。

内田助教授は、こういう事案にまで注意義務を課すことは「信頼の原則」を無意味なものとするばかりであって、特定の構成要件実現回避のためにはなにをなすべきかという視点から構成せられた「具体的注意義務」を問題とすべきであるとされ、正に本件ではかかる具体的注意義務の不存在として無罪とすべきであったとされるのである。

第一に本件について私が有罪とした判決を苛酷でないとしたのは単に「警告的な事実の認識」があったことだけに基いて主張する積りではなかった。本件事実は当該稿で明記したように、早朝の臺雨の中の出来事であったこと、当時死亡被害者は頭巾を深くかぶり毫も被告人の方を見ることなく進行しているのを被告人たるタクシ―運転手は現認していた事案であった。これらの諸事実関係は本件の具体的因果の発展にとって何れも極めて重要な事実である。これらの事実のすべてが如何なる理由によるのか内田助教授の本件判例引用文の中から省略されている。これらの諸事実は正に内田助教授にとっても被告人に注意義務を課したことが「相当」であり、その主張にかかる「信頼の原則をふまえた具体的注意義務」ありと認定させしめる程の重要な事実ではないのだろうか。

論 説  
しかし、私がここで言わねばならないのはそのことではない。伝統的過失論には、因果関係と主観的な予見義務以外の概念用具はありやうがないのだから、この範囲内で右の諸事実の意味を位置づけねばならない。

内田助教教授は本件被害者の行為を「無謀操縦」と規定される。語感から重大な過失非難のこめられた言葉としては受取れる。果してそうであろうか。右の諸事実を加えてみたときこの程度の被害者の行為は通常おかされる過失であると考えてよいのではないだろうか。とすると、被害者の過失は新しい因果系列の初動としての意味をもち得ないことになる。本件事故の原因は被告人の立場からみたととき被告人が慢然オートバイよりも先に交叉点を通過しうると判断したことにあつた。この被告人の判断がどうして生れたのか明白ではない。優先順位又は正当な通行権が自己にあるのだから被害者は当然に道をゆずるべきだし、ゆずるだろうから衝突は生じないと信じたのか、慢然タクシーの方が先に渡りきれると判断したのか。本件のもとでは前者の判断も後者の判断も軽卒というの外ないであろう。こういう判断通りに事実が進まないことを被告人が気付き得たと考えられるところに過失非難があると言わねばならない。結果の予見可能性も以上の判断過程を経て始めて肯定される。つまり結果の予見可能性は右の具体的事実を前提にして確定されるし、因果の系列も確定される。

この判断過程の中には、危険、法益較量は具体的に役割を演じていないのである。（二）

内田助教教授は本件について結果の客観的予見可能性を肯定されながら、具体的注意義務はないとされるのであるが、その理由を本件についてももう少し説明して戴きたいと願うのは私の不明の所為であろうか。

本件事実で正当防衛さえ意識せよと強く主張されるのは、相手方の違法行為を斟酌し、更に他の正当防衛の要件が具備した場合のことを仮定されてのことであるけれども、それでも尚、この程度の違法性は生命と引換えにされても然るべきものとは到底考ええないのである。具体的注意義務を否定される意図は、無謀者こそ自らの死を回避すべき

第一次責任者とされる点にあらう。さきに私の列挙した重要な事実がすべて存在しない場合を仮に想定するならば、私も内田助教授の結論を支持することが出来る。それは、「具体的注意義務」という因果関係と責任との間に「違法性」という中間領域を承認し、交叉点交通上に内在する論理的危険を回避するために二人の関係者のなすべき回避措置につき法益較量を行ない、その結果オートバイ運転手に義務づけを容認するという論理をとるからではない。これらの事実がなければ、被告人にとり結果の予見は具体的に不可能となり責任がおちるからにすぎない。

新過失論の理論的困難は、このように、責任判断の先取りという点に現れる。<sup>(一三)</sup>

四 藤木助教授は国鉄参宮線列車事故の判例（判例時報三四四号五頁）を素材として新過失論の「信頼の原則」を浮きたたせて論じられた。<sup>(一四)</sup> 従来の自説を一步展開されたと考えられるので重要な論稿である。そこで、ここでも新過失論における「信頼の原則」の意義と伝統的過失論との関連を考えてみよう。

本件は単線軌道において運行遅延により平常の上下線列車の行き違い駅が一駅変更になり、その停止駅での信号を見おとして停車しなかったため、安全側線をこえて第一事故が生じ、更に脱線して上り線にかかっていた下り客車に上り列車がつきこんできて第二事故を生じ、よって四十名の死者と六十余名の負傷者を出した事件であった。第一事故が下り列車運転者、補助者の不注意による停車信号の看過に基づくことは容易にみとめられ、一番問題となったのは、第一事故と第二事故との時隔の問題であった。そこに本件事故の本体たる第二事故についての駅側被告人らの過失の有無がかかっていた。検察官は三一秒の時隔があったと主張し、駅側弁護人は八秒しかなかったと主張した。結局裁判所は多くの資料を分析して二十秒と認定した。そして駅側被告人たる助役、信号係、転轍手の三名を無罪としたのであった。<sup>(一五)</sup>

藤木助教授は本件事案の中で特に転轍手の無罪理由の中に理論的に「信頼の原則」の作用を説かれるのであった。

安全側線の先で目前に第一事故を目撃した転轍手たる被告人は、駅事務室に電話で事故を通報し、そこから信号を上り列車に送らせようとしたが、応答がなく、そのうちに南方から列車の前照灯が現れてきたので、合図燈を赤色にかえ列車に向って十数米走ったが時既におそく第二事故を防ぐべく列車の進入を阻止できなかったものである。

檢察官は、当被告人としては脱線転覆から上り列車の現場に差しかかる迄は、被告人の位置においては四十秒の時隔<sup>(二五)</sup>があった筈だから第一事故の目撃と同時に合図燈を列車にふりながら危険を知らせる義務があるのに、不注意にもこれに思い至らず、徒らに架電に無為の時を費したため上り列車に有効に合図することが出来なくなったと非難するのであった。

私は本件の事案で重要なことは、正にもっとも争われたように時隔のことであると思う。転轍手の過失の有無を考へる場合でもやはりこの二十秒という時間が決定的な意味をもつ。藤木助教授は、二十秒という具体的な時間の量を事件の概要からはずされている。もっとも、藤木助教授のこの論稿の主眼が判例解釈ではなく、理論的に「信賴の原則」を説くにあつたので、敢てこの具体的事案にはそれ程の意義をおかれなかつたのかもしれない。藤木助教授も本件の事実からは転轍手の行為には基本的に事実問題としての因果関係が存在しない点で既に有罪が否定される事案であつたことを認められている。その上で、尚「信賴の原則」に基く注意義務の妥当な限界づけという点からも一定の意義を判決に認めようとするのであつた。

藤木助教授は、被告人は直ちに上り列車に向って走るといふ手段をとらず、駅事務室への電話連絡によって停止信号を出させようといふ手段をとつたところ、偶々駅事務室が無人であつたといふ不運のため、徒に時を過したことが問題になつたとされ、この際、被告人が駅事務室が無人であり、連絡不能となるといふ事情を計算に入れて行動しなかつた点が注意義務違反となるか否かが問題点であるとされて次のように答えられる。

「一見すると、緊急事態の発生時には、直ちに自己の手でなし得る最善の回避手段をとることが必要視されるようではあるが、上司や同僚の行動を介して、適確な回避手段をとることができる場合に、上司・同僚の冷静な態度を期待して、その方法をえらぶということは、国鉄のごとき組織体においては、むしろ最も適切な方法であり、ことに事故発生の際といえども、停車場における乗務活動の中核ともいべき駅事務室又はその近傍に職員が一人も居ないということは通常考えられないところであり、この点から、(被告人)の過失責任を否定した判旨は、信頼の原則の理念を正當に適用したものととして高く評価することができよう。」と。

上り列車に向って直ちに走るといふ第一手段と本件のような架電行為といふ第二手段が同じような有効な結果回避措置であるとしたとき、たまたま第二手段をとったところ、予期に反して無人による連絡不能のため効を奏せず、やむなく残った第一手段に向ったところ、これまた時既に遅く効を奏しなかったという場合において、藤木助教授は「信頼の原則」の意義をいかに読みこもうとされるのであろうか。

本件では駅事務所の電話口近辺に關係職員が無人の状況であったという「通常考えられない」事情があったため本来なら有効な結果回避措置たり得た第二手段は失敗に歸したのであった。

第二手段を執ったことが何故過失とならないのであろうか。藤木助教授は次のように説かれる。列車の敏速安全な運行のため有機的に組織された国鉄企業体においては各同僚の行為は互に誠実に遂行されることを予定して組立てられており、それを信頼してのみ円滑に運営されるという判決の第一事故注意義務否定の根拠をまず認められ、これを「信頼の原則」とされる。そして、具体的に、駅事務室という中枢部分の電話口近辺には誰か關係職員が職責上存在して、ありうべき連絡をうけて適宜の処置のとれるように、業務は分担されており、そういう同僚の誠実な職責の遂行を信頼して、架電によって結果回避を図ろうとした被告転轍手の行為には違法性はないとされるのである。

架電行為も或は偶然の故障によって、或は、本件の場合のように異常事態発生のため電話口の無人ということによって、結果回避としての効果をもたぬことも論理的にあり得ない訳ではない。そういう危険はふくみながらも、敢て職員無人という結果を無視して架電行為に出ることが許されるのは、同僚職員が誠実に電話口に出ることを期待して行爲することによってのみ架電連絡は成り立ちうる訳であって、一々その無人を疑ってかかっているのは、凡そ電話による連絡業務の存在を否定することになるからである。特別の状況があって、電話連絡の無効を予知せしめる事情がない以上、架電行為に出ることは、電話連絡のもつ通常の有用性、結果回避の成功の見込の故に、万一ありうべき連絡不成就、それと必然的に結びついている結果回避の失敗の危険性をも許すのである。架電行為のもつ危険性はその有用性との相関の中に全体的に評価され、リスクの合理性、不合理性が決定されなければならない。言葉は異なるけれども、藤木助教授の論理は右のようになるであろう。

私はそう理論構成すべきではないと思う。架電行為が過失として非難されるかどうかは、その失敗—電話口の無人状態—が予見できるかどうかによってきまる。異変の場合であるから或は電話口が無人であることも予見できると言えるかもしれない。しかし事からは事実問題であるから結局証拠によって争われることになる。通常の電話連絡の状況、職員全体の配置、その他多くの事実が必要であろう。無人の状況が「通常考えられない」と認定されることによって、結局結果の具体的予見不可能が確定され、過失が否定されるのである。

しかし、注意すべきは、架電行為を選んだことじたいと、架電行為に徒らに時間を費すこととの区別である。裁判所が否定した検察官主張の転轍手の義務の内容が、直ちに汽車に向って走らなかつたことにあるのか、一応架電を選んでも相手が出ないという行為後に判明した具体的状況から無人を予知して一刻も早く架電連絡による結果回避措置にみきりをつけて、汽車に向って走れということなのか、必ずしも明確ではない。何しろ秒単位の問題であるだけに

デリケートであるが、義務の内容が後者ならば、「徒らに費された時間」がどれだけか、何故に被告人がそう固執したのか、その時の具体的な心理状況を基礎に判断されよう。何れにしよ、本件では最初にのべたように、二十秒という時間が決定的な意味をもつ訳であって、正に一般に判断力がにぶる異変のなかで二十秒というトッサの間にこれだけの行動が出来た転轍手が過失非難される筈はない。裁判所が第一事故の注意義務否定に用いた「相互信頼」をここで用いずに、被告人の行動を「最良の方法」とまでのべているのもよく肯けるところである。裁判所の計算によれば一秒で五米走るとするのであるから第一事故発生直後すぐ列車に向って走ってもそう多くを近づくことは出来ない。秒速一六・六米で近づいてくる列車に向って既に暗くなりかけていた当時、しかも上り下りの勻配のある鉄橋の向う側にいるという条件の下では助役、信号係と同じく、因果関係を否定することも出来た筈である。有効停車隔離二〇〇メートルとすると鉄橋を渡りきってすぐ非常制動をかけなければならぬ。そこまでは列車は約八秒を要しよう。その間被告人は四〇米を走るとして、両者の間に尚、一五七米の隔りがある。そこで停止の合図燈を確認出来なければ走らなかつたことは結果にとり因果関係がない。「信頼の原則」はシュトラーターテンベルトによって具体化されたとされるが、そのとく第一次的責任、第二次的責任の区別も、わが判例が展開してきた「通常の場合における通行人への結果回避の分配」——「特別の情況のある場合の軌道側の注意義務」という構成（昭一五・七・二三）刑集一九・六〇九と同じ論理と思う。こういう論理の有効性は「通常—特別」の区別が明確に限界づけられ得ていることを予定する。しかし、実は具体的にいかなる事実があった時にそれを通常といい、特別というかが正に問われているのが実情である。例えば本件のような場合、電話連絡にどれだけ秒数を費したことが通常であるかというような認定は、もろもろの具体的状況をもとにして争い尽されてこそ決定さるべき問題であって、「同僚の誠実な職員遂行の見込」という一般論ではどうしようもない問題ではないのだろうか。特別の事情があれば電話連絡をあてにすることはそれじたいが過失になるとい



説 われても、どれだけのが特別なのかの認定を前提せざるまい。ところが正にそのことこそ結果への具体的因果系列の予見可能性の問題ではないのか。さきに新過失論は責任論の先取りであるとしたのもこのことであつた。

五 要するに、新過失論の基礎は固有の違法論にあるわけであるから、その批判も、違法論じたいをもっと根本から追求しなければならぬであらう。しかし、そういう留保を置いた上で本項での私の論旨を要約すれば次のようになる。新過失論の前提とする法益較量の思想は基本的人権の尊重と調和しない側面があるし、具体的過失の認定にあって必ずしも有用な概念用具ではない。即ち、――

(イ) 法益の危殆——法益較量、つまり「構成要件—違法」という形で過失犯を構成するとき、そこには本来の過失犯の実体とは無縁な、行政秩序上の違法評価や、経営学ないし行政学的な諸考慮が、無媒介に過失論の理論構造の中にとりいれられることになる（註一一判例(一)批判第三および註一五参照）。

(ロ) 右の構成は、過失犯の一部をベルサリ・イン・レ・イリキタの法理で構成した封建的な刑事過失論に近親性を示すものである（註一一参照）。

(ハ) 以上の難点を避ける為には、事実上は具体的予見可能性という責任判断を違法論の中に先取りせざるを得ない。

(一) 澤登佳人・故意過失概念の新構成（昭三一）四八頁。

(11) Winfield, *The History of Negligence in the Law of Torts*, 1926, 42 L. Q. Rev. 184, 195; Prosser, *Law of Torts* (1955) 177は、十九世紀半ばに、曾て場合訴訟の中に心理的過失として例外的にみとめられていた民事過失が、独立の不法行為類型の一つとして「行為としての過失」が登場するに至った社会的背景として本文の趣旨を指摘する。古い訴訟形式たるトレスパスの訴と場合の訴とは直接侵害と間接侵害という区別に基いていたが、この区別の消失は、反面では次のべている社会関係の複雑化をも物語るであらう。こういう民事過失における変化はやはり刑事過失の上にも当然に影響す

る。勿論、損害の公平な分配を理念とする民事過失（ここにも通常過失と重過失の区別がある）とは異り刑罰を前提とする刑事過失としてはいくつもの媒介を置いて考えねばならない。そういう留保の上で、刑事過失につきこの社会的背景を指摘した L. Hall, *The Substantive Law of Crime*, 1937, 50 Harv. L.Rev. 616, 642; J. Lekschas, *Über die Straf-würdigkeit von Fahrlässigsigkeitsverbrechen*, 1958, S. 21, Anm. 33 を理解する事が出来る。井上祐司・レクレーヤスの刑事過失論の展開・法政研究二九巻四号一九頁、四八頁註(五)参照。

医療過誤における無謀の判断基準につき主観説―『もしある人が真摯にかつ誠実に患者を治療するために彼の最善の技能を使って手術するならば、それから死が生じても彼は故殺にき有罪でない―から客観説―『医師は誠実な意図にかかわらず無謀につき有罪となる。無謀は客観的に認定され、医師は自らの無知のかくれみのかくれまの出来ない―へは転換を鮮かに示しているのは、アメリカの判例として *Commonwealth v. Thompson*, 6 Mass. 134 (1809) から *Commonwealth v. Pierce*, 138 Mass. 165 (1884) への変化である。イギリスにおいて同じくこの問題で主観説を詳細に展開したのは *R. v. Butchell* (1829) 3 C. p. 629; T. C. C. 105 であり、反対に客観説を示したのは *R. v. Bateman* (1925) 19 Cr. App. R. 8 における原審の立場である。社会的背景に關していえば、イギリスのブッチェル事件につきハロック判事が次のようにのべていることは、この理論的転換の具体的意味を示す要因を指摘するものとして印象的である。曰く、「私の見解としては、当事者が正規の外科医かそうでないかによって何の差異もないと思う。実際、国の辺りな地方では、もし正規の外科医でなければ治療が許されないとすれば多くの人は死んでゆくにまかされることになる。」つまり一國における医療制度の展開過程一応の水準化という社会的事実が、医療過誤の客観説への転換の一つの要因となっているとよいであろう。

なお、ピアス事件の客観説を述べたのは周知の通りホームズであった。本判決でホームズが民事基準において用いられていた外的基準を刑事過失について採用するに当り刑法の本質規定を既にこの時点で指摘しているのは、たしかに資本主義後期理論のパイオニアたるにふさわしい。曰く、「刑法は共同社会のため、その全員の安全のため、行為の一般基準を少くとも一般的消極的制約を確立することをその直接の目的、任務としている。」ここには一九世紀的な個人の権利を國家の刑罰權力の恣意からいかに守るかという意味での保障機能よりも、社会的利益を促進するものとしてとらえられている。

F.B. Sayre, *Public Welfare Offenses*, Col. L. Rev. 33 (1933), pp. 55-88, 井上祐司・英米制定法犯罪における絶

対責任と過失・現代の共犯理論、六二七頁参照。

客観的基準が能力のおとった人に一番苛酷な結果を生むことになる点についてホームズはいう。「正にそうである。そうであつてこそ正によろしいのである。法の威嚇が一番多く危機にさらされるのは正にこうした能力のおとった人達、つまり、激情、無智、愚鈍などによつて失策を一番しがちな人達によつてであるから。」(Holmes, *The Common Law*, (1963 ed.) p. 43) この思想は既に早く牧野博士の刑法理論の一部であつた。牧野英一・刑法総論(昭二七)「能力を養わしめるがために刑罰を科する必要がある」(三〇八頁)この点について、ホームズの刑法の客観性の理論を曾て鋭く批判したゼロム・ホール教授が「刑法原理」の新版で「メンス・レアの原則の客観的意味」という立場から、結論的にはホームズの理論に近づいていることは注目される。とくに無謀についての次の説明はホームズの概念構成と全く一致している。「無謀の事案でも重要な事実の現実の認識が問われるとき被告人じしんの現実の心理が問題となるが、事態の危険性の評価は客観的に合理人が危険をみとめるか否かが基準となり、自分が危険性に気づかなかつたということの立証は許されない」(J. H. au, *General Principles of Criminal Law*, 1961, p. 120)。ホール教授が純粋の道義的・非難現実的叱責の立場から、「刑法にふくまれている価値と矛盾する価値の排除という刑事責任の客観性」を理由として、その制約の立場へ向つたことは、規範主義刑法理論の現れとしてとらえることが出来る。それはそれとして、多方面に活躍したホームズを一つの特長づけで語ることは冒険にすぎないけれども、ホームズのこの客観的責任の理論をマーク・ドゥボルフ・ハウ教授は「ゴモン・ロト」の紹介の中で次のように性格づける。カントの『何人も他人のための手段とされるべきではない』という立場に対するにホームズの予防刑法の立場、カントの平等のドグマに対するに法・社会の基礎にある自己優先の原理の承認、個人利益に優先する公共の権威の承認というホームズの立場に、ハウ教授は十九世紀における団体主義 *Collectivism* と後の社会ダーウィニズム(スペンサー) *Social Darwinism* の先駆という二つの性格をみている。Mark Dewolf Howe, *The Common Law* (1963) Introduction i-xxii. アメリカのマルキスト、ハリー・ウエルズは法理論の分野におけるプラグマチズムの代表者としてホームズを位置づける。南北戦争にひきつづくことなくとも一八八〇年までに資本家階級は、急速に集中する企業と企業合同と階級的にめざめたプロレタリアートの出現の前に、自然法理論では階級法の妥当性を説得する力を失つてきたばかりではなく、「革命的でぶっそうな教義」とさへなつたことのために、新しい法理論を必要としたし、それを実現したのがホームズの法理論だという。ウエイルズ(山田英世・長田五郎訳、プラグマティズム(理論社、一九五六

年) 八〇—九八頁。

ただ吾々はホームズの理論の中に、やはり資本主義後期の法理論の先駆者としての特長、つまり自然法思想を背骨とする伝統的法理論から完全にぬけきっていない母班のあることを忘れてはならない。第一に、彼は、謀殺・故殺・事故の区別は行為に客観的に附着する危険性の程度にあるとしたが、危険性の判断の構造については、今日の吾々の相当因果関係論における主観説と同じく、現実の行為者に現実認識されていた事情のみを基底としている。その事情からの「結果の予見」——いわゆる判断基底から区別された蓋然性判断——においてのみ合理人の判断を代用したのであった。彼の立場からは「合理人に予見可能な事情」によって判断基底を構成して、後のモートラント教授のように完全に客観化を貫くことも出来ぬ道理はない。彼は「社会の平均人に非難可能でないような行為を処罰する法は社会に堪へ得ないものとなる」それは社会の道義感情を震撼させる」とか、(客観的に)「害悪の可能性が予見される場合にのみ刑罰は威嚇力をもちうる」とか、彼の法の基本的理解から出てくる命題を責任論で具体化するが、これらの論理からは、右の主観説は説明しにくいからである。第二に、故意による器物損壊においては、所有者に対する敵意という動機の邪悪さが必要であり、これは客観化されず、現実の心理を必要とする。この点につきホームズは「刑法は原則として動機なぞどうあると外的行為規則との一致でもって満足するものであるが、場合によっては、外的不一致が一定の動機に伴われて始めて有害性をもつからだ」ととく。そしてこの際も刑法が道義的非難を例外的に残しているからではなく「敵意は損害賠償ではつぐなわれず、復讐心を刑罰で満足させる必要があるからであり、かりにそういう説明が穩当を欠くというなら、一般に、陰險な攻撃者の発見困難がたまたま發覚した場合を民事以上の有害性をもつものとして扱ふ立法政策だ」と説く。しかし被害者の方から問題を説くならば、損壊の様から攻撃者の動機を犠制することの方がむしろ一貫するといえそうである。第三に、未遂において、その基本類型が現実の意図から初まったとする未遂類型をホームズはみとめるが、更に、彼は未遂を広げて、第三の未遂の類型を提唱する。基本行為だけでは結果発生の傾向性がなく、事後の補充行為と一体となって初めて傾向性を獲得するような場合において、もし基本行為の時に行為者に補充行為についての随伴的意図が現実であれば、基本行為の実行終了のときに未遂を認めうる。この第三類型の未遂には現実の意図が必要だが、それをホームズは「動機の邪悪さ」から出てくる要件でなく「傾向性の証拠」としての意味をもつからだという。それなら全く彼の論理は実体法上の要件と訴訟との混同とならう。第四に、窃盗について領得の意思を要求する。

(三)「許された危険」の法理の中核は、法益侵害行為の裏面をなす法益維持増進の行為としての意義を比較して行為の違法性を評価する立場だといってよい。マウラッハによりこの法理を基礎づけたとされる (Maurach, DS, A. T., 1958, S.433) ビンデングは、この法理の根本思想を次のようにいう、「すべてその危険と結びついた行為が、法の立場から回避可能であるか、回避不可能であるか、つまり、どうでもよいものか、避くべからざるものかによって決定される。法的に避くべからざる行為だとされるためには、当該行為の法的価値と危険の比例が行なわれる」 (Binding, Normen, IV(1919) S. 432) 行為の効用と危険との較量という思想は、緊急避難の思想と一面の共通性をもつが、リスクの許容性という形で論じたのは、私はチェコ刑法学者・ミルジチカが最初であると思う。彼は第三の責任形式としての『認識責任』において結果予見の有無の基準として「危険概念」の重要性を指摘し、その中で「正常な危険」 (normal Gefahr) を論じ之を定式化して  $M \frac{Z}{W \times U}$  ( $M$  || 許容される侵害可能の量、 $Z$  || 行為目的の社会性、 $W$  || 危険にさらされた法益の価値、 $U$  || 危険の程度とひろがり) とした (Miricka, Die Formen der Strafrechtliche Schuld, 1903, S.)。

既に、ドイツではパール||リープマンが、リスト||フランクの通説的過失構成——客観的注意の欠缺、主観的な予見の欠缺——に反対して、過失責任の客観説をとなえた。それは法の一般性と認定手続の道具の外的性質とからの帰結だとした。同種の企業がどういう設備をやっているかが常に問題だと予防手段の平均化の必要をも説いている (M. Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 144, 146.) ただ彼らは帰属可能な結果 zurechenbar Erfolg (リープマン) 又は法的に意味のある因果rechtlich beachtlich Erfolg (パール) として、何れも許された危険を因果関係として論じている。これは彼らの犯罪論体系が、客観的側面としての行為—因果、主観的側面として帰属能力と責任形式、この面側面の合体によって不法が構成されるとする立場にたっていたからであった。彼らの因果関係論は彼らのいうように Haftung の問題として考えられており、今日の違法論といってよい。この段階では過失責任の客観説と法的因果関係論と、治療行為や緊急行為の研究を背景にした「許された危険」「適度の危険」「正常の危険」の法理とは併列して論じられている。運動競技の規則、建築規則、医術の規則に従へば、そこに既に含まれている危険については許されると考へられた。許された危険を独立の違法阻却事由として構成し、かなり詳細に構造を明らかにしたのはさきのビンディングである。既に、彼の前にはエックスナーの過失論の本格的な研究もありマンハイムの過失判例の分析もなされていた。しかし、基本的な思考としては、行為目的とその有用性、危険の程度の比較較量につきる。ミルジチカを出でないと言ってよい。

また、ボルトの過失理論は、存在構造への力説にもかかわらず、解釈論としては相当因果、構成要件、違法、責任がそれぞれ少しづつがぶつており、細分化の論理的破綻を示すと共に過失犯の複雑さを示す。不作為犯と作為犯とを区別し、また客観的注意と社会的相当性とを区別し、後者を違法論としての期待可能性として論ずる。G. Boldt, *Zur Struktur der Fahrlässigkeit*, ZW. 68(1956)S. 335-346, 351, 372-373. またマイホーファーの四つの部分（①不法事実関係Ⅱ理性人にとつての結果の客観的予見可能性と所為の客観的支配可能性②不法非難Ⅱ理性人にとつての不法な行態の客観的予見可能性と客観的回避可能性③責任事実関係Ⅱ『私の人格』にとつての結果の主観的予見可能性と所存の主観的支配可能性④責任非難Ⅱ『私の人格』にとつての不法な行態の主観的予見可能性と主観的回避可能性）からなる人的帰属理論体系は理論的にはきれいであるが、実践の判断においての各々の区別、限界はまた困難を伴うであろう。（Maihöfer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, S. 155, 163, 147, 153, 157.）  
 Heizer, *Unrechtsbegriff u. Schuld begriff beim Fahrlässigkeitsdelikts*, 1951 Heft 21, S. 828-829; J. Baumann, *Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung*, MDR 11-(1957) S. 646-648.)

(四) フォン・ハールはいう「吾々は個人に世間が通常考慮するよりもより慎重に行為するように義務づけることは出来ない」。『ぢもないと吾々は殆んどの企業経営が費用と面倒のゆえに経営できなくなるまでに回避措置をせりあげる傾向を認めることになろう』（v. Bar, *Gesetz u. Schuld*, II, S. 453. Anm. 350.）また、ビンディングも「危険が適度かどうかという問題」において「危険は少なからず金銭的理由によつて動機づけられる。工場経営は最良の設備を使へば全然又は甚だ不十分にしか利潤をあげ得ない」（Binding, *Normen IV*, (1919) S. 446 vnm.46）と率直に述べる。

(五) 不法行為における過失の行為説の構成は、Henry T. Terry, *Negligence*, 29 Harv. L. Rev. 40 (1915); Henry W. Edgerton, *Negligence, Inadvertence and Indifference. The Relation of Mental States to Negligence* (1926) 39 Harv. L. Rev. 849 に明確にみる事ができる。これらの理論はホームズを通じてモラント教授に顕著にみることが出来る。モラント教授の理論は既に井上教授によって紹介されているからここではふれない。シーヴィの詳細で体系的な論文は現在でも刑事過失論に参考となる。少し長くなるが彼の論旨をあげておこう。

シーヴィは第一に人間の資質を(一)身体的資質(感覚・身長・体重など) (二)心理的資質(知知識Ⅱ事実の意識・注意人事

実への心理の集中V・過去及び現在の印象感覚・両印象感覚の結合作用に基く記憶、(ロ)判断力II印象感覚の結合作用・結合に要する時間の長短)(三)倫理的資質(イ)意志過程(ロ)諸利益の評価に基く善悪の弁別力)に三分する。このような主体的主観的諸事実を基準としてのみ過失を評価するなら純粹の主観的基準、眞の *moral fault* に基く認定が成立する。しかし彼は法律は未だ曾てこういう純粹の主観説にたつたことはないという。

そこで次に問題となるのは現実の法がこの主観説からどの点で乗離しているか。これが重要である。(1) (三)の倫理的資質に関しては責任無能力以外は法は行為者の現実の能力を問題としない。その意味で法的叱責 *legal fault* は標準化された意志過程と評価過程を前提とする。しかし、法はいろいろの方向において(一)と(二)の要素については行為者の現実の能力を考慮している。(2)危険概念においては全知の標準人を前提すれば確実性という概念しかあり得ず危険はなくなる。そこで出来事の発生に関する標準化された知識というものはあり得ないから「行為者の知識を付与された標準人」が基準となる。危険の合理・不合理については純粹に算術的蓋然性の問題A純粹の判断過程の問題Vと衝突する二つの利益の比較考量という問題A倫理的資質にかかわる問題Vを含む。従って、後者については標準化された社会的評価の仕方が基準となる。法はまた判断力についても客観的基準をとる。 *Subnormal mentality* の人々によつても行動の抑制は一般に可能であり、彼らをして他人へ害悪を齎らさないようにより大なる労力を用いるようにしむけることは可能である。彼の愚かさの結果は愚か者の上におちるべきだというのは不正ではない。他方標準以上の判断力は後述の知識・技能と密接に結合しているから、その高い現有能力が基準となる。判断時間の問題は知識・身体的能力の差としても現れるが、緊急状態においては特に重大な意味をもつ。(3)身体的資質については完全に行為者の能力が基準となるAジャンプ能力・身体的欠陥・神経組織の欠陥V無器用というのも神経反応の欠陥A寒さによるしびれ・年令による手のふるえ・幼児のふるえ足Vによるときは考慮される。しかし倫理資質の欠陥A注意がたりなかったり他人への思いやりが少なかったりVによる無器用さは考慮されない。注意すべきは、身体欠陥のある人は事故時に合理的に行動しないからという理由ではなくて、自己の欠点に気づかず彼のような人間が行くべきでないところに入ったという理由で過失ありとされることがある。自己の無器用さを知っている人はこういう問題がある。この自己認識の義務については後にふれる。(4)知識については。各人は経験を異にするし誰でも全知ではあり得ない。ある状況をめぐる諸事実についての標準的知識などあり得ない。しかし社会のすべての人は共通の経験をもちそれゆえある事項については『共通の知識』をもつという推論は成りたつ。この推論は被告人に不利な推定を創造するに充

分である。△推定であつて、実体上の判断基準でないことに注意▽。記憶に關しては意志過程からある相対的独立性をもっているから純粹の身体的過程と同じく標準化されるべきではない。△記憶の欠缺は視力の欠陥と同じように取扱われる▽このことは現在の知識の欠缺が先行の判断力・倫理能力の欠缺による場合でも同じである。ただ認識の義務づけがある条件下においてのみ責任の根拠となる。その条件とは、「行為者が諸事実を知っているべきであつたという事実から一部責任を引だすに當つては、法は、彼がそれを知らないことが原告、又は原告の地位に一般にたちうる範囲の人に対して害を齎すであろうという行為者が現に知つたとき。しかし彼が標準的倫理的判断的資質をもちいたら気づいたであろうところの時点をかかほつて進むものではないし、又進んではならない。しかしもし行為者が彼が知識を得又は維持しておこうとしないことが害の原因となると期待できるその時点において、それをおこたるならば彼はその懈怠について有責となる。」この責任の新しい根拠△睡眠や忘却犯の責任の基礎∥認識義務▽は身体的欠陥のある場合、未知の行為過程に介入する場合など同じである。これらの場合行為を有責たらしめるものは、知識の現在の欠缺にあるのではなく、又現実の行為に対してでもない。それは、誰かが現存しない機能又は不完全な機能にその後もあてにすることからうけるであろう侵害を行為者がその時気づき得たであろうという条件下にその時あつた際における、過去の懈怠にたいしてである。(5)技倆Skill—これは知識・判断力・身体的資質の合成物である。この中で標準化されるのは判断力だけであるから、技倆について標準的なものはあり得ない。それは標準的視力がないのと同じ位確かである。ただ引受の法理 *assumpsit* や公言の原理 *holding out* による場合は別である。これらの責任の基礎にはシーヴィは特にふれないが認識義務にあるといえないであろうか。かくて、彼は過失の規準について次のように結論する。

「要するに、標準化された人は存しない。行為者の一定の性質、彼の身体的属性、彼の知的能力、もしすぐれていれば彼の知識及び行為時又はそれと関連のある時点において平均的な倫理的資質と少くとも平均的心理的資質を用いたらんには得べきであつた知識——こういふものを引合に出すことなしには何が合理的か不合理かをきめられるものは何一つない。成程過失は *moral fault* には依存しない。しかし、吾々が『客観的』という言葉に過失においてのみ使われる特別の意味を創造しない限り、客観的過失行為というものがあつたというものはあつていない。

行為者の資質に依ることなしに責任をきめることがよいことかどうかは別問題である。行為に対する責任は、民衆の正



義感に通常おくれながらついてゆくものである。古代法においては復讐が害の原因者におとずれねばならぬというのが『正義』であった。経済的伸展と個人主義の時代には、損害の負担は害悪の原因が悪人又は愚か者であった場合にのみかされるのが『正義』であった。人間の動機についての唯物論的見解と國家の機能についての社会的見解とともに、吾々は、害の負担は特定のグループの人々か又は社会全体に移すことによつて、すべての有責な行為に対して責任をかすという最初の結論にもどることもできるし、どんな行為に対しても責任をみとめないこともできる。法律家は社会が何を望んでいるか（それが時と処において何が正義かを決定してきた）を第一に発見し、そして、その要求を満足させるためにどういう規則が適用されるべきか（私はそれが法の目的であると思う）を第一に発見することなしには、吾々の現在の過失の法理が正義か不正義かを決定することはできない。」

(六) 注釈刑法(5)各則(3)一一四頁。

(七) (一)は過失責任の客観説であり、(二)が真の新過失論であり、(三)は新過失論の転開の芽にすぎない。これらを一括して新過失論としてとらえることはたとえ巨視的なコンテクストであっても粗雑すぎることを自認せざるを得ない。しかし、敢て放置したのは、もっと巨視的に言へば、いわゆる主観主義刑法理論と、規範主義化した客観主義刑法理論との均質性がこの中に自ら現れているとする予測があったからである。その上で、(一)は刑法の促進機能に應じて、過失を伝統理論による無罪者に拡大してゆくという俊厳化の方向で刑法の客観化が行なわれた。(二)では、平均的なことさへやれば刑事責任はまぬかれるという事、能力がある者、強い者は、自らの能力の限界によつてではなく、平均的能力者のところで無罪となり、或は、強い者はその全社会的利益のためという名分によつて弱者の侵害が許される。ここでは刑法理論の客観化は今度は緩和化の方向で行なわれた。(三)はその両方を実現せんとする。ここでは弱者には俊厳に強者には緩和にということが実現される。

(八) 井上祐司・交通事故判例における予見可能性、刑法雑誌一〇卷二号一一〇頁。

(九) 大塚仁・過失犯における注意義務、刑法講座三卷一三六頁は体系構成に苦心されているが私の不明のせいか難解である。

(一〇) 内田助教授は「危険の実現」ということをよく用いられるし、また「危険の引受」とか「人に危険性を委ねる」とか「危険の現実化にキッカケを与える」とかも用いられる。エンギッシは、曾て因果關係論において「危険の実現」といいたし、シュトラーターテンベルトも第一次注意と第二次注意とを分け、それと同時にそれらの注意義務違反（危険行為）の中に体化されている危険性が現実化したとき（既遂）過失犯が成立するとした。しかし、さきの内田助教授の用語法はこのエンギッシ

Ⅱシュトラーターベルトの用語法とやや違った場面で用いられているように思われる。昭二八・一二・二二刑集七・一三・二六〇八(ヌペルカイン事件)の事案につき薬剤師と薬局事務員の行為はヌペルカインたることを気づいた看護婦が介在したとしても、結果との相当因果関係はあるとしながら、気づきながら処置台に放置した看護婦に第二類型の実行行為をみとられ、前二者には実行行為性を否定される。その理由に曰く「未だ構成要件の実現に接近した危険性を生ぜしめていないばかりでなく、その危険性を引受ける他人にして自己の危険性を直ちに現実化するようなきっかけを与へてはいないからである」(内田・綜判研刑26、一二七頁)。前二者が共犯になるか否かにはふれておられないが、曾て警研誌上でもこの判例にふれ次のようにとかれた。前二者の「不注意が正に結果のなかに現実化していったとはいえない……問題は信頼の原則を無効にするような具体的状況下の「不注意な行為」すべてが第二次の責任の主体となるべきかどうかにあると思う」。シュトラーターベルトのみとめた第二次の注意の主体を内田助教教授は過失共犯として構成されるようである。しかも昭三二・一・二四刑集一一・一・二三〇の上告論旨の批判に当り内田助教教授は「上告論旨は因果性の問題と実行行為の問題とを混同しているように思われる。抽象的危険が感得されるかどうかは、予見可能性の問題であり、その危険の現実化の問題は実行行為の問題であると思う。」(同上六〇頁)とされる。ここでは危険の現実化が実行行為の問題(構成要件の行為の問題)となっている。エンギツシⅡシュトラーターベルトの用語法によって過失犯の構造を示すなら、第一次的又は第二次の注意義務違反(過失犯の構成要件の行為Ⅱ正犯行為の問題)と、そこに含まれた危険の實現(既遂の問題Ⅱ構成要件の結果の問題)ととえた方がよいように思う。とすると、本件で薬剤師が赤印で激薬の表示をしないで製剤した行為の危険性が実行行為の問題であり、あと薬局員↓看護婦一↓看護婦二↓患者の死に至る因果の系列の中に製剤行為の危険が体化していったか否かの問題——これが故意犯なら既遂の問題である——が過失犯の構成要件の結果の問題として考へられることになる。従ってこういう事件の展開の仕方の通常性を端的にとうことだけが問題であって客観的予見可能性というものは問題とならない。従ってまた、実行行為(広義の危険判断)の際のような存在論的な条件の確立通常人の予見し得た事情及び本人の特に知っていた事情、それに基づく蓋然性判断というような問題のたて方ははしないではないだろうか。これは、ヌペルカイン事件についても、標識板取替作業事件についてもいえる。後者の事件でも最初の信号保安係の瑕疵のある取換作業に構成要件の行為の問題があり、あと転轍手と駅長代理の行為の介入にもかかわらず、その結果の中に当該作業にふくまれている危険が實現したといえるかという構成要件の結果の問題がたてられることになる。しかしこれは規範主義的な、また、新過失

論による過失犯のとりえ方であつて私の採用するところではない。

(一一) 私はこれらの事故や災害の予防措置一般に利益較量や發生の蓋然性や又それらに必要な経費、労力が無關係とまでいう積りはない。事故防止対策は刑事政策というよりは一つの大きな社会問題であり、文化問題でさえある。その防止については右の資本主義的計算を超えた色々の配慮が必要である。しかし、刑法における過失判断はそれは平面を異にする問題である。保安設備がますます完璧に仕上げられてゆくためにあらゆる人が努力すべき責務がある。しかし、ある具体的な事件ではその時の保安設備がまず前提となる。これは取締規則や平素の業務慣行についても妥当する。何よりも刑事過失は既に發生した具体的結果を具体的な被告人に帰しうるか否かの問題である。従つて警察行政上の基準を完全に尽していても事情によつては基準以上のある具体的な保安手段をとらなかつたことに過失非難の生ずることがある。反対に基準以下であつても行政上の責任が問われるのは別として必ずしもそこに過失非難が生ずることにはならない。過失がもし新過失論のいうように特定の行為、不行為の問題とすればこういうことは必ずしも一貫してとりこむことの出来ない処理ではなからうか。

(一二) 内田助教授の実行行為として過失の型を提唱される立場に対しても過失の認定のもつ個別的な具体的な判断の必要性という私の立場から検討しなければならないが、本稿ではとりあげる余裕がなかつた。綜判研の判例の検討の中で説かれた中で一、二の判例のとりあげ方について触れたい。(一) 最決昭三二・一・二四刑集一一・二三〇(内田・綜判研)の標識板取替作業事件について、「立場上から生ずる行為の危険性」という過失実行行為の一類型の実例を訴外助役にとめられる。彼はレバーをひいたがひけないのをポイントの鎖の故障と判断し、手信号で発車させたが、線路が開通になつていなかったため脱線露覆し往来危険を生ぜしめたというのであった。助役の職責は、信号保安係の不注意や転轍手の不注意のあることも前提して、それを最終的にチェックする如く構成されているものであるから、その職責を全うしなかつた以上、その行為についてさらに具体的に検討されるまでもなく、立場ゆえの実行行為を認めるとされる。こういう論理で過失の認定出来る場合のあることは否定は出来ないであらう。しかし、本件の如き事実の場合にはこういう認定は性急すぎると思う。まず、職責の配分は相互のチェックをしつつ組立てられる場合もあれば、相互の責任の分担のみで進行する場合もある。本件の場合にはそういう大前提じたいが問題である。次に、レバーをひいたがひけないとき、標識燈によつて示されている開通の信号を信頼して、その異常をまず自己の責任領域下にあるポイントの鎖の故障と判断したことが過失かどうかを判断しないでは本件の助役の過失は決定出来ないと思う。もともと職責上、又は服務規則によつて、レバーがひけないときは原因

を確かめてからでないといふ業務に移るなどという一応の手順はあろう。しかし、反面助役には時間通りに列車を発車させるといふ服務規律もあるに違いない。こういう相矛盾する服務規律の衝突の中におかれているのである。だから新過失論は具体的条件を背景にして、パンクチュアルに列車を発車さすという利益を優先させ、レバーの事故原因の確認を事後にまわしたことの違法評価を行なうのであった。本件高裁はこの問題を取替作業をした保安係の過失と結果との因果関係が否定されない理由として論じた。しかし、内田助教授は何故かこの問題にはふれられることなく、職責上チェックする責務がある」とされる。確かに、原因を確かめしないで発車するということが危険性はある。しかし、その行為のもつ有用性との比較なしに行為の定型的違法が認められる程、職責とは一義的に、他の要因と切り離されたものとして、存在しうるものであるか。第三に、こういう法益較量も服務規律の衝突の比較も、経営字ないし行政学的関心や服務規律違反という行政秩序上の違法性の評価としてなら格別、刑事過失論にはその席をもたない。助役に過失非難がかけられるのは目前に発車時刻が迫っている（緊急避難の要件を満たす特別の事情が特にあるなら別である）からなのではない。往來危険の予見を不可能とする事情——取替作業の瑕疵による閉塞と開通と逆になるような夜間信号状況の発生という異常事実——があったからである。第四に、本判決の被告人たる信号保安係の取替作業の瑕疵は、内田助教授によれば、転転手の不注意（信号燈のみみて誰かがよくあったように今度も転転してくれられたものと信じ、軌条尖端の状況を確認しなかった）の中に、そして結局は助役の不注意——実行行為の中に「解消・包含され」「危険の現実化は形式的に不可能」であるから実行行為がないとされ、共犯をみとめられる。共犯と正犯の結果との間に相当因果関係を認められる内田助教授が共犯の行為のふくむ危険（取替作業の瑕疵）につきその現実化を否定されるのは、論理的に一貫して主張出来るのであろうか。この判例については、井上教授は、助役の異常な行為のため被告人の地位からは客観的に予見不可能であるので相当因果関係はないとされる。（井上正治・判例にあらわれた過失犯の理論二七三頁）。（二）仙台高判昭三〇・六・二一高裁特報二・一二・六一九（内田・総判研一〇四頁）のトラック運転助手の注意義務に関する窓へのぶらさがり事件について、内田助教授は、本判決が相当因果関係、一般的注意義務、具体的注意義務の關係について明確な主張を展開していると評価される。本件の助手は具体的注意義務にも違反したが、それも無罪になったのは、内田助教授によれば、まさに、彼らに構成要件的な実行行為がないからだとされる。本件で判決が無罪にした理由は、有罪とされた運転手が、助手のところまで生じている一切の事情を全部認識していたからに外ならない。助手の義務は事態を運転手に通知する義務につきると判決は考えたので、既に知っている運転手に通知する義務もないとした

のであった。しかし、本件そのままの事実につき内田助教は何故具体的な注意義務があったと主張されるのか、その論理は必ずしも明らかとは言えない。運転手に代って——被害者たるぶらさがって助手の一人の手にかまっている者のための正当防衛すら許されるとされる——停車措置が出来たとされる。三人乗っていて、窓ぎわの被害者の手をつかまえている助手に一体どんな具体的な停車措置が出来たのであるか。中の助手に働きかけるにしろ、車内の何かに働きかけるにしろ、本件状況のもとでは、被害者の危険状況を運転手たる被告人に自覚せしめて停車せしめる以外に方法はないであろう。つまりは通知義務を出でない。現状の認識、又は認識可能性について助手と運転手との間にツレがあって初めて助手の通知義務は意味をもつ。そのツレを認めうるか否かが重要であって、ツレがなければ、判決のように義務がないと言つてよい。

内田助教教授の過失実行行為類型化の理論はその構成の方法論として優れたものがあり、啓発されること多大であるが、私としては伝統的過失論の行き方——条件関係と主観的予見可能性——から離れることはできない。未だ何の具体的検討も思索もなしに発言することはいけないことではあるが、故意犯の体系に並行して過失犯を構成するという出発点にも問題はありはしないか。理論体系の統一を守ることが必要であり、ドイツ刑法理論の長所でもあるが、犯罪の中核をなす故意犯の構造を何から何まで過失犯にそのままとりいれて構成しうるものであろうか。因果関係の判断、作為—不作為の区別の意義性、未遂の論理的可能性、共犯の可能性、これらすべてが今日鋭く争われているが、私は故意犯という犯罪の中核にある構造からの亜種、ツレとして過失犯の構造を十分に意識して論理を整理してゆくことも一つの方法と思う。

(二三) 藤木英雄・鉄道事故における職員の注意義務の限界についての一考察、警研三五卷三号三頁以下。

(二四) 判決は助役、信号係の無罪の決定的理由を、何らの結果防止措置をとらなかつた—呆然としてなすところのなかつた彼らの過失と結果との間には因果関係がない—という点にみとめた。何故なら、直ちに回避措置として遠方信号機に停止信号を出し、よって上り列車がかりに非常制動をとったとしても、その間に十三秒の時間を最低必要とする。十三秒の間に上り列車は接触地点に向って二一五メートル接近する(時速六十軒)、第二事故との時隔を二十秒とすると、事故当時上り列車と接触点との距離は三三三メートル(60K/h×20秒=332m)であるから、制動をかけた地点と接触点との間隔は僅か一一七メートル(332m-215m=117m)であつた。これでは停止するまでの距離は約二〇〇メートルであるから衝突はやはり不可避である。従つて助役、信号係の過失と結果との間には因果関係がないとした。次に、転轍手の無罪については過失がな

い、という点にみた。まず駅舎に向つて架電して停止信号を要請せんとしたが連絡がつかず、その後列車に向つて走つて知らせんとした被告人の行為は妥当・最良の方法で法の要求する結果避止義務をつくした、と。前段の無罪論理は無罪判決によく見られるが、そこにいう「過失」という言葉、場合によっては「不注意」という言葉は問題がある。一見過失がまずあつて、次に因果関係がないとするようである。一体因果関係のないところにも過失はあるという前提をとるかのようである。こういう用語法上の「過失」とか「不注意」とかは日常用語としてのそれで、過失責任としての法的意味のそれではない。因果関係がなければ過失さえない。

この場合停止信号に切かえることをしないという不作為と結果との間の因果関係をどうように論ぜられている。そして作為義務たる停止信号を出していたら結果はさけ得たかという形で因果が論ぜられる。しかし、果して本件の場合法的意味において駅助役や信号係に積極的に「作為義務」があると言えるのであろうか。その点を本判決は何ら確定していない。檢察官は注意義務の内容としてそのことを主張した。裁判所はさきのような論法を法的意味において用いるなら、やはり「作為義務」の存在を確定せねばなるまい。

(一五) 檢察官の過失追及の前提は二重構造をとっている。駅側被告人らは、最初の転覆した下り列車が平常と異り当駅で待合せるべく入駅してくるに当つては、二つの上り、下り列車の運行状況に細心の注意を払い、厳格に注意し、仮に下りが通過せんとするが如き気配を認めるときには、その安全のため敏速適格な行動をとる配慮をもって入駅を待機する業務上の注意義務を各三名に夫々予定し、更に、転轍手には、本文のような業務をみとめた。この二重の業務のため、第二事故との間の時隔がそれぞれ現在していた地点との関係で助役には約一分、信号には五〇秒、転轍手には四〇秒と、それぞれ、第一事故と第二事故との時隔三一抄という主張の上に、若干の時間が加えられて、第一事故直後ではなく夫々の目前を下り列車が通過した時点から、注意義務の発生をといいたものと思われる。しかし、裁判所は最初の入駅に當つての義務は認めるべきでないとして否定し、しかも時隔を三一抄でなく二十抄と認定し、この二十抄の間に各人のなすべき注意義務の問題を論じ、何れも之を否定し無罪とした。裁判所は第一事故の入駅の際の注意義務を否定するに當つて曰く、「各担当部問の職責の業務に相互信頼をよせて初めて列車の円滑な運行が期待出来る。従つて、檢察官のいうような入駅に當つての駅側の待機義務をみとめることは、機関車の乗務員が一般に当然なさるべき信号確認すら怠り易きものなりとの不信感を前提とするもので、列車運転業務の円滑な遂行を不可能とする。よつて待機に當つての被告人らの態度に何らの欠点をもみとめ得ない」と。そし

て、転轍手の第二事故の本文にのべてある義務否定の根拠には特に信頼の原則は用いながったが、この第一事故の義務否定の根拠には、確かに「信頼の原則」という規範的相当性判断が含まれている。

従って、この点についても新過失論の論理と伝統的過失論との相違を追及してみよう。一々通過駅が停止駅に代ったたびに停止信号だけではならず、乗務員の信号無視をすら予期してそれにそなえる義務を課しては、駅長が駅長として、信号係が信号係として十分な職責をすら円滑に果せなくなる。各持場々々の職責を完遂させることの全体の利益が、こういう場合先行者の万一にはありうる不注意を計算にいれることを不要とする。私はこういう論法は業務分配の経営学ないし行政学的論理であり、そのままでは過失理論に席をもたないと思う。最初の列車が入駅してくる際に助役らはおそらく通過してしまふなどは予期しなかつた。しかし、第一事故がおこる迄は三十秒あつたと検察官は主張するが、その間にホームで見ている以上ある時点で気づくのが通常であろう。その時点が殆んど第一事故発生時点と近接していれば独立に論ずる余地はない。従つて、第一事故発生時点より以前の時点に行動をおこす必要があり、それが可能であつた時に、初めて入駅待機の際の事情が問題となる。その問題のきめ手になるのは乗務員がその時に停止信号をみることを怠るといふ事実が駅側被告人らに予見出来るかどうかである。通常は通過駅であるのにその際に特別に停止駅になつたといふ状況の変化は、下り列車乗務員が停止信号を見落した条件であつたし、また、駅側被告人らにとり万一の不注意を予見せしめる一応の根拠ではある。判決はそういう万一の不注意を予見して事に当る義務はないといふ。判決理由を新過失論の言葉でいえば次のようになる。乗務員の万一の不注意を無視して業務に当ることは、論理的には一定の危険性（結果発生の蓋然度—尤も低いので可能性、形式的可能性といつてよい）を帯び、法益侵害の危険をはらむ（これをヴェルツェルは知見的視点からの相当性判断という。構成要件的行為といつてもよい）。しかし、他方、正に吾々はその程度の危険を無視して業務に当っていることによつて助役は助役とし、信号係は信号係としての職責がつとまっているのだから、さきの法益危険行為の裏側としてのこの行為のもつ社会的有用性の評価と一緒にして、全体として行為を評価する、全法秩序の精神から具体的に評価すれば、結局その行為は違法ではない。従つて義務を認める必要はない（これをヴェルツェルは規範的視点からの相当性判断という）。

私はここでもそういう判断は経営学ないし行政学的論理であつて過失解釈論ではないと思う。問題はそういう不注意が駅側に予見出来るような何らかの具体的な事情があつたか否かである。その為にはいろいろの事実が証拠でもつて争われよう。通常の状態からのこの程度の変化で乗務員が信号を見あやまるといふことは、乗務員がこういう情況の変化のない場合でも、

過失犯の若干の問題 (井上)

平素からあまり信号は確認しておらず、平常の予定された運転を繰返しているという事実でも予定しない以上は、予見出来ないというべきである。よって予見不可能により義務がないと言わねばならない。

(以上)