

いわゆる結果回避義務について：平野教授に答える

井上, 正治
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1545>

出版情報：法政研究. 34 (1), pp.35-49, 1967-07-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

いわゆる結果回避義務について

— 平野教授に答える —

井 上 正 治

戦後間もなく、わたくしは「過失犯の実証的研究」(昭二四年)を發表し、その中で、過失犯の違法性と責任性という区別を明らかにして、過失概念の体系的構造を考えてみた。そこでは結果回避義務はその違法性の要素であり結果予見義務はその責任性の要素とみるべきだというのが、わたくしの主張したかったことである。これにはエンギツシュの「故意および過失の研究」(Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930)に学ぶところの大きかったことはいうまでもない。それでも、わたくしとしていえることは、たんに、それまでただ責任要素としてだけ論じられていた過失の中から違法要素を発見したということだけではなく、過失犯の違法性を過失「行為」の違法性としてとらえようとしたところに苦心があったということである。それ故、わたくしの見解は、過失における従来の心理説(mental theory)を批判して、行動説(conduct theory)を刑法の中に導き入れようとしたものであり、エンギツシュに学んだこともその点についてであった。だが、当時としてはまだ、エンギツシュもそのいわゆる外部的注意義務を違法性の要素として理解していたのではなかった。だが、わたくしはそれを違法論に位置づけることを試みてみたのである。

ところで、わたくしの体系は、わが学界で好意的に迎えられなかったし、のみならず、これまでの通説の側から厳しい批判をうけることとさえなった。その批判の一つとしては、秋山教授の「刑法における過失責任の特質と本質」(同志社法学一一号・昭二六年四二頁以下)がもっとも早いものであり、また更に、過失犯の違法性ということを意識しつつも、やはり伝統的な心理説に傾いた立場からわたくしを批判されたものとして、平野教授の「過失についての覚書」(警察研究二四卷三号・昭二八年二七頁以下)も大体その頃のものであった。秋山教授に対しては、わたくしは、「過失犯における注意義務」(法政研究二〇卷一号・昭二七年一頁以下)を発表して、一応その批判に答えておいた。いまから一五年も前のことである。

その後のわが国における過失犯の研究は実に目覚ましいものがあつた。木村博士をはじめとして、藤木・大塚・福田・内田・井上(祐)の諸教授も、機会あるごとにその所説を発表されてきたし、ついに、日沖教授の還暦論文集二巻は、過失犯を特輯して、過失犯の研究に関するわが学界の水準を示すことに成功したのである。^(二)そうして、光栄にも、わたくしの見解は、その論文集の諸所で批判をうけることになったのであって、わたくしとしてはそれに一々答えたい気持は十分にあるが、しばらく割愛することとして、ここでは平野教授がごく最近発表された「過失」(法学セミナー一三二号・昭四二年三六頁以下)について、わたくしの見解を述べてみることに止める。そこでは、わたくしのいわゆる「結果回避義務」という概念が批判されているので、本稿では専ら、その「結果回避義務」について改めて考えてみるものが中心となる。

結果回避義務なるものを通説はどう理解するか、その点は大塚教授の所説の中に端的に出て来る。

「注意義務の構造についても、右の体系論の問題と関連して種々の見解が行なわれている。エンギツシュは、外部的注意として、危険な行為の抑止としての注意(Sorgfalt als Unterlassung gefährlicher Handlung) 危険状態

における外部的行為としての注意 (Sorgfalt als äusseres Handeln in Gefahrensituation)」、法遵守義務の履行としての注意 (Sorgfalt als Erfüllung der Rechtsbeachtungspflicht) の三種を区分し、これを心情の所作である内部的注意 (innere Sorgfalt) に対立させた。井上教授は、注意義務を結果回避義務と結果予見義務に分ち、前者を違法性の要素、後者を責任の要素と解せられるとともに、前者の内容を、危険の発生を制止する態度、危険な状態における用心深い態度、および熟考義務に区別されている。いずれも、注意義務の構造を分析したものでして、意義を認めなければならない。ただ、エンギツシュの見解は、その内部的注意の検討に不十分なものがあるし、井上教授の立場は、結果予見義務をもっぱら責任の要素とみられる点に批判をまぬがれぬとおもふ。結果予見義務と結果回避義務とを区別するばあいにも、前者にも、行為者自身に対して個別的に要求されるもののほかに、平均人を対象として一般的に予想されるものが考えられるとともに、後者にも、行為者自身の個人的能力を基準としてその違反の有無を論じなければならない一面があるのであって、結局、両者がそれぞれ違法性および責任の両面に属し、違法性の面では平均人を基準とし、責任の面では具体的行為者を標準とすることによって、異った現象形態を示すとみるのが論理的であろう。^(二)

要するに、結果回避義務・結果予見義務といっても、いずれも主観的なものと客観的なものがあるはずであって、「客観的」予見義務、「客観的」回避義務は違法性の要素であり、これに対し、「主観的」予見義務、「主観的」回避義務は責任性の要素だというわけである。^(三) わたくしのように、結果回避義務は違法性に、結果予見義務は責任性にぞくすべきだと考えることは誤っているということになる。

そこで、こういう見解に対するわたくしの反論は、まず第一に、「客観的」予見義務なるものを認めることは正しくないというところからはじまる。なるほど、客観的なものは違法性に主観的なものは責任性にとりていう発想方法は、

刑法学の体系としては一応もつともなものにきこえるが、過失犯における注意義務を客観的なものと主観的なものとに分ける考え方は、しかし必ずしも十分に検討された結果の理論とはいえないように思われる。もちろん、発生した結果が客観的に予見できなかったらばあいなら、いかなる結果回避義務も課せられない。その意味では、結果の発生が客観的に予見可能なものだったかどうかということは、結果回避義務を求めるときの前提条件となる。しかし、それは、客観的に予見不可能な結果には因果関係を認めえないというだけのことであって、過失に特有のものではない。それ故因果関係のない結果にはいかなる注意義務も認められないのは当然のことである。これは相当因果関係論における客観説だといってよい。^(四)しかし、それじたいが注意「義務」をなすものではない。客観的予見可能性の問題を客観的予見「義務」にすりかえて注意義務の一つであるかのようにいうことには賛成できない。

次に、「主観的」結果回避義務といわれるものについて一言しておかなくてはならない。責任とは非難可能性にある。だから、主観的に、行為者じしん結果回避の可能性がなければ、過失「責任」は存しない。その意味では、主観的結果回避義務なるものがあったてもよいが、その義務づけも結局いわゆる期待可能性があるかないかという問題に帰せられるのであって、その意味では、これまた過失特有のものではなく、故意にも妥当する。しかし注意義務とは過失特有のものである。だから、注意義務の問題を議論しているところで、期待可能性の問題が登場して来たのではおかしい。そうなると、藤木教授のように、「責任を問題とするにあたり、違法要素としての注意義務と並んで、さらに責任要素としての注意義務をとくに認める必要はない。責任の段階では、かかる心理状態の下において行為したことにについて行為者に責任非難を帰しうるかどうかを問題とすれば足りるのである」^(五)というべきこととなる。しかし、それでは過失における責任要素の分析が十分でない嫌いがのこる。過失犯の責任要素としては、それ故、やはり、「主観的」予見可能性ということは残るし、そしてそれだけで足りる。行為者じしんに予見可能でなければ、それ以

上結果回避の可能性（すなわちいわゆる非難可能性）があったかどうか、その点の検討に立ち入るまでもなく、責任非難は生じない。それを予見「義務」とよんで注意義務の一つに数えるか否かは問題にはなるが、後述することとする。

さて、そう考えて来ると、過失犯の違法性は、結果回避義務の侵害にあるということになる。結果回避義務を遵守したというためには、法によって禁じられた結果の発生を制止するため、必要とされる意識・無意識な用心深い態度に出たことをいうのである。そのように法によって要求された態度がとられていれば、いかに重要な結果を惹起しても、過失犯として責めらるべきものは出て来ない。これは過失犯としての「違法」な行為がないということである。

過失犯における注意義務違反が違法要素だということは、すでに古く、今世紀のはじめラートブルッフによって主張され、^(七)エクスナーによって展開されたところだったし、^(八)わが国では、不破博士のつとに指摘されたところでもあった。^(九)

しかし、そこで「注意」義務といわれるものは、もっぱら心理的なものとしてとらえられていたところに特徴がある。その限りでは伝統的な見解を出していない。ただ、要求された注意義務が客観的に妥当な範囲をこえるべきではないということを強調したところに特色があったのであって、結果さえ発生すればなんでも無反省に過失として非難して来たそれまでの態度に一定の限界を劃そうとしたことになったのである。そこに十分意義があった。課せらるべき注意義務は客観的な範囲をこえるべきでないということになると、それは当然違法性の問題を扱っているわけである。しかし、それらの学説は、まだ、違法性の要素としての注意義務を過失「行為」という面ではとらえていなかったところに限度がみられた。

心理的な意味での不注意は過失犯に特有な要素である。行動説も決してそれは争わない。^(一〇)ただ過失犯の構造を考え

る際、その不注意という心理現象だけを強調することをしないだけのことである。というのは、不注意において過失をとらえると、過失か不可抗力かの区別がどうしてもあいまいになるからである。そのいい例が平野教授の論じられたところにも出て来る。

わたくしのいう結果回避義務というのは、ヴェルツェルのいう「社会生活上要求される義務」あるいは「基準的行為をする義務」と同じものであるつもりだし、平野教授も一応それを認められながら、しかし厳格に言えば両者は同じではないと批判される。「たとえば「警笛をならす行為」の場合、両者は一致する。信号のない交差点をすぎるとき、賢明で思慮ぶかい人は、警笛をならすであろう。」『しかし、トラックをバックさせて発進させようとするとき、車の後に子供が遊んでいないかどうかをたしかめるため一度車を降りて見に行くという行為は、そのような状況のもとでは、賢明で思慮ある人のするであろう行為であり、それをしないのは「基準的行為」から逸脱しているであろうが、そのような行為は結果回避の効果をもたない。ただ、そこに子供がいるということを確認させるという効果をもつだけである。運転者は認識してもなおバックして子供を轢き殺すかもしれない。逆にいえば、子供がいるかどうかをたしかめずに発車すれば、「基準的行為からの逸脱」はある。しかし、具体的な場合に子供はいなかったとすれば、結果が発生するはずはないから、結果回避義務違反とはいえないであろう。しばしば判例にでてくる「前方注視義務違反」というのも、同じ性質のものである』（三八頁）。

車の後を確認しないで発車させればたしかに不注意だったといつてよい。だがわれわれは不注意があってもそれを直ちに注意義務に違反したものとはいわないのである。不注意のため結果が発生して、はじめて刑法上の問題となり（構成要件該当性）、それから結果回避義務違反の有無が検討される（違法性）。逆にいえば、いくら注意しても、その注意が結果の回避に向けられていなければ、やはり過失となる。だから、後に子供のいることを確認してもその

まま車をバックさせて轢き殺せば、確認したことは刑法上なんの意味ももたない。言葉をかえていえば、無意識にでも、結果を回避できればそれで文句はないのである。だから、注意とか不注意とかいう概念は、かなりあいまいなものであって、そのあいまいなものを過失犯の概念要素にもってくるところが初めからわたくしの批判しようとして来たところであった。前方注視義務違反が結果回避義務違反に問われるのは、前方を注視すれば「賢明で思慮ある人」なら、警笛をならすなりして結果を回避したであろうと認められるからである。前方を注視しなかったため警笛もならさなかったようなばあいには、ふつうなら、この警笛吹鳴を怠ったことが結果回避義務違反に問われるのであって、警笛を鳴らしても間にあわなかったときにだけ、遡って前方注視義務違反が結果回避義務違反となる。

そもそも現代の複雑な社会生活の中では、多くの危険がつねにわれわれをとりまいていていものといわなくてはならない。だからいってみれば、人間の生活は不注意の連続だとも考えられ、その不注意が日々非難されるのでは生活できない。どんなに大きな不注意があっても、結果さえ惹起しなければ法はこれを許容する。そこに法と倫理の限界があるともいえる。だから、不注意の中から罰せられるものとしからざるものとを区別するためには、その不注意が結果惹起の態度として外にあらわれたかどうかによるべきである。わたくしのいう結果回避義務違反は、罰すべき不注意を具体的にとらえるための機能概念である。だからこう考えれば、もし危険に直面して適当な結果回避の措置がとられたということになれば、精神を緊張させたことでもありまたそうして結果防止の行為にも出たことであって、平野教授のいわれる「二重の意味」を結果回避の措置に認めていることとなる。だから、わたくしに対するその点の批判は当たらない。

それ故、過失犯の現代的構造としては、過失とは、平野教授のいわれるごとく、危険をおかす行為といふべきものではなく、逆に危険の中であってその危険をさけようとしないう行為とみる方が正しい。複雑な現代社会においては、

われわれはいつもたくさん危険にとりかこまれているのであるから、必要なときにその危険を避ける行為に出さえずれば非難はなく、その行為に出なかったところに、刑法上の過失が成立する。この事情は、いわゆる「危険の発生を制止する態度」をとらなかつたばあいでも同じである。この「危険の発生を制止する態度」じたいはいうまでもなく一種の作為の構造をもつ。しかし、過失犯では、この作為が作為として意味があるのではない。たとえば、犬をクサリから解き放てばそれで子供にかみつく危険が生じることとなるが、その危険を招いたことが過失行為となるのではなく、生じた危険を避けなかつたものとしてその面で過失行為として非難されるわけである。だから、過失行為はいつも不作為の構造をもつ。

こう考えることは、あるいは過失と不作為とを概念的に混同するものだという非難があるかも知れない。現に、大塚教授にもそういう批判がみられるし、^(一一)また平野教授のつとに指摘されて来たところでもあった。^(一二)しかしそうは考えない。一つ例をあげてみると、^(一三)ある乗客が石油カンのような可燃物をもってバスに乗りこみ、そこに隣の乗客がタバコをすって引火したというようならばあいなら、可燃物をもちこんだ乗客もタバコをすった乗客も一応結果回避義務違反があったといわれうる。のみならず、その二人だけではなく、バスの車掌も運転手も石油カンを持ちこませないように制止すべくその点で結果回避義務違反がないかどうか問題となるだろう。誰に不作為犯を認めるべきかということ、この四人のうち、誰が結果の発生を制止すべき保証人的地位 (Garantenstellung) にあつたかという点 (正確には作為義務があつたかという点) ^(一四)を検討してきまる。通常は注意義務の課せられる者は作為義務もあるということであるが一致するだろうがつねにそうだとはいえない。元来、過失は行為とみるべきであるが不作為にはもちろん行為性はない。それをみても両者は混淆されていいはずはないのであって、観念的にはっきり区別しておかなくてはならないが、その区別は、わたくしのいう結果回避義務を否定すればよいということではないように思う。結果回避義務とい

う概念を認めておいても、右のように考えれば両者は区別できる。すなわち不作為犯は誰が保証人的地位にあったかを考える理論である。通常は、注意義務の課せられるものは保証人的地位にあったということになるが、しかし、論理的には、保証人的地位にあるから過失が問題になるといふべきである。不作為犯における作為義務は過失が問われるかどうかを問題とし (Ob)、結果回避義務は過失が問題となるばあいそれではいかに行為すべきだったかを検討する順序となる (Wie)。ただそれでも疑問がないわけではない。過失不作為犯は、過失が行為である以上、やはり「行為」としてとらえられなくてはならないが、故意不作為犯は行為ではなく、同じ不作為犯でありながら、故意犯と過失犯との間には、構造上違いがあるように思われる。たとえば、池で自分の子供が溺れているそばを父親が「通りすぎた」というばあい——それは不作為犯だが——、過失によるものだったら「通りすぎた」ことが行為としてとり上げられるが、故意のばあいには「通りすぎた」ことには何の意味もない。故意も、責任説によれば、もともと行為要素として意味があるのだから、不作為犯のばあいにも、どこかに行為を見出すべきだが、しかし不作為犯では専ら故意は心理的に扱われている。そうだとすれば、過失も不作為犯では心理的に不注意として扱えば足りることも考えられる。

しかし、法の要求する一定の作為に出たといわれるためには、いかに行為すべきだったかという *Wie* の問題は残る。だからやはり過失「行為」はいる。ところで、過失「行為」なるものの機能は、その目的性 (Finalität) とまた因果性 (Kausalität) によって、発生した結果を行為者に帰属させる (Zurechnung) ところにあるのであるが、不作為犯では、その帰属性は、すでに行為者が保証人的地位にあることによって尽されている。この「帰属性」という観点からは、過失不作為犯を過失「行為」とする必要はなく、ただ不注意として心理的に過失をとらえれば足りるように思われる。たしかに帰属性という点だけからみれば、保証人的地位にあるかどうかということだけを確定すれば

十分であるが、それでも過失「行為」としてとらえなくてはならない理由は、過失を不注意としてその心理的側面においてとらえることは不確かなものが残って法的安定性を害するからである。さきにも述べたごとく、過失を行為において理解しなくてはならない所以のものも実はこの点にあったのである。だから、過失不作為犯における過失「行為」のもつ役割は、一般の過失犯においてのように、その「帰属性」にあるのではなく、もっと初歩的にその存否を明確につかもうというところにあるのであった。

このようにして、過失の違法性を結果回避義務違反に求めても、過失犯と不作為犯とはやはり区別できるし、また区別しなくてはならない。ところで、実際に、過失犯において、行為者が保証人的地位にあつたかどうかを問題にしなければならぬばあいというのは、そう多くはない。たとえば、自己の自動車で通行人を轢き殺したというばあいのように、行為者の行為が直接結果を惹起したときには、保証人的地位にあつたかどうかを問うまでもない。そうではなく、さきの例のように、池で子供が溺れているのにうっかりそこを通りすぎてしまったというごとく、純粹に不作為の構造をもったときにだけ必要となるのである。過失犯の例としては、そうしたばあいは決して多くはない。そうすると、右のようにみて、観念的には不作為犯と過失犯とを区別できても、多くのばあいには両者はやはり密接に關係していることになりはしないかという疑問が残る。だが、ここで、一つの提案をしておくと、そもそも過失不作為犯というのは、不作為犯の種概念だろうかということである。実はそうではなく、過失不作為犯は、過失犯じたいにおける態樣的区別ではないかと疑問をもっている。すなわち、不作為犯では、故意を心理的に違法要素として扱えば足り、過失不作為犯は過失犯に本籍をおくべきではないだろうかということになる。そうすれば、わたくしの学説はもっと説得力をもつ。

次に、過失の違法性を結果回避義務違反ということに求めると、ヴェルツェルの説くように、いわゆる行為無価値

(Handlungswert) の理論をとり結果無価値 (Erfolgswert) の理論を否定すべきではないかという疑いが出て来る。^(一五) 平野教授もそう批判された(三九頁)。もし、過失犯の違法性は、行為無価値にあるということだと、過失犯にも未遂が考えられる。しかし、わたくしは年来、それを強く否定して来たのであるが、^(一六)そこに理論として矛盾があることになるだろうか。たしかに、過失犯に未遂がないという考えは、結果無価値の理論をとるから出て来るものだが、それでいて、他方で行為無価値の理論をとることは矛盾がある。蓋し、両者の理論は、法規範の構造について理解を異にするところに出発があるから、都合次第で結果無価値と行為無価値の理論を並べて違法論を構成することはできない。併列させて考えられた行為無価値の理論は、正しい意味での行為無価値の理論ではなく、もってまわった結果無価値の理論に他ならない。しかし、結果無価値は結果の惹起しないところには構成要件該当性はないという意味で、構成要件該当性を判断するための尺度であり、行為無価値はそれでも違法といえないのではないかという行為者的行為として評価するための違法評価の規準だというふうに區別して位置づけければ、理論として一応貫する。また過失犯においてはとくにそう考えるべきである。というのは、一定の結果が発生してはじめてその結果を避けるために行為すべきだったか——課せらるべき結果回避義務——がはっきりと確定できるからである。結果さえ惹起しなければ、いかに不注意があっても、刑法上の問題とはならない。これがわたくしの理論の出発でもあった。結果が発生するまでは、それ故、過失犯はいわゆる「開かれた構成要件」の構造をとるといふべきだが、しかし、その内容をなす結果回避義務は、右のように、結果の発生をまっぴらに確定できるといふ意味では、「開かれた構成要件」の理論を過失犯でとったからといってその構成要件があいまいになるとはいえない。不注意というあいまいなものを本態とするよりは却って明確なものとなる。過失犯の構成要件を「開かれた構成要件」と理解することに對して加えられた平野教授の非難は(三九頁)、この意味でも当たらない。また、結果回避義務を考へることが

行為無価値の理論におちつかざるをえないという批判は、以上のように考えることで反論できるように思う。過失犯に未遂はない。それは、結果回避義務という観念をとることの論理的帰結だといわなくてはならない。

最後に、結果回避義務にしろ結果予見義務にしろ、過失犯の構造として、「主観的なものと客観的なもの」とを區別して客観的義務は違法性の要素として主観的義務は責任性の要素として課せられる、という通説の発想方法を批判しておく必要がある。「主観的」結果回避義務という観念は期待可能性のことであって過失犯特有のものではなく、また客観的予見の「可能性」は要素となっても「客観的」結果予見義務なる観念は存しないことについては、既に述べておいた。だから、ここでは再びその点を問題とするものではなく、結果回避義務にしろ結果予見義務にしろ、一つの義務が同時に責任論では主観的に働き且つまた違法論では客観的に働くという考え方に疑問を提起しておきたいのである。すでにその点については別に論及したことがあるが、結論的にいってそういう考え方は正しくない。結果回避義務を求めるばあいにも、色盲なら色盲である行為者の立場において、結果を回避するためにいかに行為すべきだったかを判断すべきであり、その意味では主観的だが、ただいかなる程度にまで、行為者じしんの資質を考慮に入れるかということ^(二八)で、見解に差があり、見方によってある程度主観的でもありまたある程度客観的でもあるわけである。学説としてはそこに区別はあるが、一つの学説が、違法論と責任論で標準を区別して、違法論では客観的だが、責任論では主観的だということになるのは賛成できない。違法論でも、たんに通常人・平均人という客観的なものを標準とするのではない。争いのないところでも、田舎の医者^(二九)の医療過誤ならその田舎の医者^(三〇)の立場において結果回避義務を求めるべきであって、その限度ではやはり主観的である。「違法は客観的に責任は主観的に」という伝統的な考え方が、結果回避義務についても客観的・主観的の區別をおこうとしたものだろうが、それだけにそこには苦心の跡がなく常識的にすぎる。のみならず、「違法は客観的に責任は主観的に」というテーゼの誤解もあるように思

う。というのは、このテーゼは本来「責任なき違法」はないという主観的違法論を批判しただけのことにすぎないのであって、評価の対象につき客観的・主観的という区別をおくもので、評価の規準について違法論では客観的規準が働き責任論では主観的規準が働くということをもっていいものではないと解する。

その意味からでも、いわゆる主観的過失・客観的過失の観念には疑問が残る。

上述のごとく、客観的予見可能性があったかどうかが過失犯の成立を限界づける。いわゆる「信頼の原則」(Grundsatz des Vertrauens) 或いは「危険分配の法理」(Grundsatz der angemessenen Verteilung der Verke-
hrsgefahren) は、この客観的予見可能性があったかなかったかの標準となるものであって、信頼の原則は「許された危険」(erlaubtes Risiko) の法理といわれるものとは違^{一九}う。「許された危険」のばあいは、危険性と社会的効用との利益較量の問題だから違法論で検討されることになるが、「危険分配」のばあいは、被害者が危険を引き受けたとみるべきがため結果の客観的予見可能性の問題となり、^(二〇)構成要件論にぞくする。平野教授が、「信頼の原則は予見可能性の原則(そして、それには程度の限定があること)の^(二一)一つのあらわれであるように思われる」(四三頁)と指摘されたことは正しかった。

ところで、客観的予見可能性があっても、行為者じしんが予見できなかったときには、やはり過失は存しない。客観的に予見可能な結果を行為者じしん予見しなかったとしても、それだけで責任を認めていいわけではなく、予見しえたのに予見しなかったばあい^(二二)にだけ過失が認められる。「主観的」予見可能性という標準はやはり過失犯に必要である。この点が刑事過失と民事過失の違いではないだろうか。これを予見「義務」とよぶかどうかはたいした問題ではない。ただ、たんに予見「可能性」として考えれば責任阻却事由として働くだけだし、予見「義務」と考えれば、正
面から責任成立の要素として扱わなくてはならなくなる。それだけの区別はありそうである。

(一) これに対する批判として、大野・過失犯の最近の理論・熊本法学八号・昭四二年一一頁以下、香川・過失犯をめぐる諸問題・法律時報四五三号・昭四二年四〇頁以下がある。とくに、大野教授は、わたくしが、ヴェルツェルの最近の学説によれば構成要件は刑法規定の禁止の素材にすぎない、となしたことに對し、「教授のヴェルツェルの最近の学説の理解が正しいといえるかどうかは疑問がないではない」(一一三頁)と批判されている。これは、おそらく、ヴェルツェルが注意義務を過失犯の構成要件要素としたことから、むしろ構成要件を違法類型と解することになったのではないかという解釈かも知れないが、そこは問題のあるところであって、慎重な検討を要するように思う。

(二) 大塚・過失犯における注意義務・刑法講座3・昭三八年一四二頁。

(三) 福田・過失犯の構造・刑法講座3・昭三八年一二八頁、一二九頁。団藤・刑法綱要総論・昭三二年二五一頁も同旨。

(四) 井上・民事過失と刑事過失・法律時報四五三号・昭四二年八頁以下参照。なお、井上・過失犯における因果関係論の役割・法律時報三六九号・昭三五年三一頁以下参照。

(五) 藤木・過失犯の考察(一)・法協七四卷三号・昭三二年二八九頁。

(六) ヘルムート・マイヤーは、違法性の要素として「客観的注意義務」違反をあげ、また責任要素として「主観的注意義務」違反をあげている(H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 140ff.)。わたくしも早くは、内面的注意義務として結果予見義務をあげていたが、その後、前掲「過失における注意義務」では責任要素として注意義務をとくにあげてはいない。同旨・藤木・前掲。しかし、注意義務とよぶかどうかは後述することくそう本質的な問題ではないように思う。

(七) Vgl., Radbruch, Über den Schuldbegriff, ZStW., Bd. 24, 1904, S. 346ff.

(八) Vgl., Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 193.

(九) 不破・刑事責任論・昭三三年一八〇頁。

(一〇) 心理説と行動説との区別は、英米法で問題になったものだが、その大要は、伊藤・過失の意味とその史的素描・法協六七卷三号・昭二四年二四五頁以下参照。なお、井上・前掲「民事過失と刑事過失」六頁。

(一一) 大塚・前掲一四三頁以下。

(一二) 平野・前掲三九頁。

(一三) これは実際にあった事例である。東京高判昭二七年六月一七日刑集五卷一〇七八頁。井上・判例にあらわれた過失犯の

理論・昭三四年二二九頁。

(一四) 井上・前掲二二七頁参照。

(一五) しかし、そう考うべきではないことにつき、井上・違法論の法理・法政研究三三卷三二六合併号・昭四二年四九七頁以下。

(一六) 井上・過失犯の構造・昭三三年九九頁以下。

(一七) 井上・前掲「民事過失と刑事過失」五頁以下。

(一八) 井上・前掲。Prosser, Law of Torts, 2, ed, 1955, P. 116ff.; Moreland, A Rationale of Criminal Negligence, 1944, P. 69, 86ff., 90. 井上・前掲「判例にあらわれた過失犯の理論」六四頁以下参照。

(一九) 井上・前掲「理論」二八五頁参照。

(二〇) これは、英米法の「危険引受」(assumption of risk)の原則の大陸法的表現のようと思う。井上・前掲「過失犯における因果関係論の役割」三八頁。井上・酔客のホームからの転落事故につき駅員の過失責任が否定された事例・判例評論九五号三四頁参照。