

【翻訳】

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)[十八]

クラウス・ロクシン 著
谷脇真渡 訳

第24章 過失

序論

1 過失行為は、「法律が過失行為を明文で刑罰をもって威嚇する」場合にのみ可罰的である(15条)。このことは、生命・身体の侵害または危殆化、すなわち、とりわけ過失致死(222条)、過失傷害(230条)および公共危険犯(306条 ff.)の場合に当てはまるが、環境刑法(324条 ff.)、破産犯罪(283条 ff.) および数多くの特別刑法の規定においても当てはまる。過失犯の実際的な重要性は、増大する技術化とそれによってもたらされた危殆化にともない(とりわけ道路交通においてであるが、企業や家庭においても)飛躍的に上昇した。おそらく全犯罪の半分が過失犯である。

2 これに対応して、かつてはしばしばなおざりにされていた過失犯の学問的取り組みも驚くべき発展を遂げた。正当にも Burgstaller は、すでに1974年に、過失犯の学問的浸透ははまだ極めて不十分であるという常に繰り返されてきたテーゼはもはや維持できない、と力説していた。同様に Schünemann も、その1年後、過失犯は刑法解釈学の継子から寵児になった、と強調していた。もっとも、学問的努力の強度は、概念形成、体系的な分類および実際的な結論について、故意論におけるのと同様のコン

センサスや明確さをいまだに提供していない。しかしながら、描くべき過失の「新しい像」は、現在基本的特質においては、固定されたものとして考えられている。

A. 構成要件

第 1 節 責任形式から構成要件の犯罪類型へ

3 比較的最近の、ほぼ一致した見解によれば、過失は構成要件の問題である。過失行為は、個々の事例において正当化あるいは免責されうる。しかし、そもそもそれが過失だったのかどうかは、構成要件において決まる。これに対して、この領域において戦後まで主張されていた古典的な理論は、もっぱら過失を故意と並ぶ、それよりも軽い責任形式と考えていた。それゆえ、極端な例を挙げてこれを明示すると、ある若者が自分の恋人を待ち合わせ場所に呼び出したが、彼女は偶然落ちてきた隕石が当たって死亡したという場合、旧い理論によれば、構成要件に該当する違法な殺人であるが、過失責任が欠けているため処罰されないにすぎなかった。これに対して、現在の見解によれば、惹起者の行為に全く非難の余地がない場合、すでに過失致死の構成要件を実現していないのである。

4 このような根本的な体系的変遷には、さまざまな展開が寄与した。すでに Engisch は、規範論的考察に基づいて、過失犯に固有の「必要な注意を怠ること」は構成要件要素でなければならないということを明らかにした。決定規範、すなわち立法上の命令が構成要件の基礎をなしている場合、この規範は単なる結果惹起ではなく、一定の注意違反行為だけを禁止しているのである。行為無価値を構成要件に移動させようとする傾向は、目的的行為論によって強められた。目的的行為が、あらゆる処罰可能な態度、あるいは少なくとも作為犯の基礎をなしているということを前提とするのであれば、過失犯の構成要件を結果に限定することは不可能である。過失行為も潜在的あるいは現実の目的的行為であることを説明する試みにおいて根拠が変化していくことは別として（詳細は、第 8

章、Rn.20ff.、および後述 Rn.67)、この理論によれば、構成要件は、いずれにせよ過失を構成している要素においてのみ認められる行為無価値を明示しなければならないのである。すでに故意を責任から主観的構成要件へと移動させた目的主義の人的不法論は（詳細は、第 10 章、Rn.88ff.）、実際、過失体系の転換にも著しく貢献した。

5 最後に、客観的帰属論（詳細は、第 11 章、Rn.39ff.）も、目的主義に対する批判から生まれたものではあるが、過失を構成要件で考慮する。というのは、客観的構成要件への帰属が、行為者によって創出された、許された危険を超える規範の保護目的の範囲内にある危険の実現を要件とする場合（第 11 章、Rn.44）、結果は、単に条件説を用いてではなく、過失行為を基礎づける基準によって帰属されるからである。

6 このように、過失行為を構成要件の問題として扱うことの必要性は、不法論の変遷（決定規範を再び取り上げること、人的不法および客観的帰属論を承認すること）から生じ、それは不法論の全領域に、それゆえ故意犯にも当てはまる。しかし、そのような分類に対する過失固有の論拠もある。というのは、広範囲にわたって許された危険が限界づけをするが、その限界を越えた場合に過失となることについては、争いはないからである。したがって、許された危険によってカバーされたものは、過失ではない。しかし、論理的に考えてみると、許された危険は、まずもって責任が阻却されるのではなく、すでに不法が脱落されていなければならないのである。

7 過失の行為無価値を構成要件に含めることについては、広範囲にわたって見解が一致しているのに対して、最近、結果は過失犯の構成要件に属し、不法の外に置かれる単なる客観的処罰条件なのではないかという問題について争いがある。規範論的な手がかりを極端化している比較的最近の理論は、行為を禁止することはできるが、結果を禁止することはできないという論拠をもって、行為無価値（すなわち、過失行為）を

構成要件の中にとどめておこうとする。これは、結果のみを構成要件要素とし、結果無価値は構成要件要素から追放したという古典的な見解の正反対を行くものである。行為無価値と結果無価値は同じように構成要件に属するという極端な諸見解の間を取りもち、結論的に通説と一致する見解は、すでに構成要件論において詳細に根拠づけられている(第 10 章、Rn. 88ff.)。そこを参照していただきたい。

第 2 節 過失行為の基準

8 過失行為の内容に関する要素について問題にする場合、判例および文献におけるさまざまなメルクマールの豊富さに逢着する。まず、たいていの場合、「注意義務違反」が挙げられる。それに加えて、結果の「予見可能性」、「認識可能性」および「回避可能性」が過失行為の要件とされる。さらに、過失責任を限界づけるために、客観的帰属論が援用されている。たいていの場合、行為不法のために注意義務違反が、また結果不法のために帰属可能な構成要件該当結果の惹起が必要とされる。しかし、個別的には、上述の基準は相互に非常にさまざまな関係において据えられている。

9 それゆえ、Jescheck/Weigend は、過失犯における行為不法としての「注意義務違反」と結果不法としての「結果の発生、惹起および予見可能性」とを区別する。彼らは、客観的帰属の問題と考える「違法連関」を「惹起」の限度で扱っている。同様に Cramer も、注意義務違反を過失行為の行為不法とするが、この注意義務違反は回避可能性、予見可能性並びに社会的に相当な危険の超過という基準によって具体化しようとする。結果無価値において、彼は違法連関と規範の保護目的による把握に分類する。他の論者たちは、注意義務違反という基準を完全に放棄し、このメルクマールの代わりに、起こりうる構成要件実現の「予見可能性」あるいはその「回避可能性」を前面に押し出す。しかしながら、この場合でも、客観的帰属の要素は考慮に入れられている。

10 正当なのは、過失犯の構成要件は、行為の追加的記述を含んでいない限りにおいて、もっぱら客観的帰属論によってのみ充填されるということである（上述第11章、Rn.44参照）。すなわち、客観的構成要件に帰属される結果は、過失によって惹起されたのであり、それに対してさらなる基準を必要としない。実際、注意義務違反というメルクマールの背後には、過失の要件をそのような一般条項よりも正確に示すさまざまな帰属要素が隠れている。

11 まず、行為者がはじめから法的に重要な危険を創出していない場合、注意義務違反が欠けている。若者が恋人を待ち合わせ場所に呼び出したが、そこで落ちてきた隕石に当たって彼女が死亡したという事例（Rn.3）において、明らかに注意義務違反がないので彼を非難することはできない。しかし、危険の創出が欠けていることで、帰属の阻却に対する根拠はより厳密に示される。さらに、例えば、行為者が完全に道路交通法規に従って運転していたが、ある者が彼の車に向かって飛び出してきたので負傷させてしまったという場合、注意義務違反は否定されるべきである。しかし、許された危険の遵守を指摘することが、過失の阻却に対する正確な根拠づけをはじめて可能にする。最後に、例えば、ある者が他人の故意の自己危殆化にのみ関与した場合、あるいは信頼の原則を援用することができる場合、注意義務違反が欠けている。しかし、これは、それぞれの構成要件の保護目的がそのような結果を包摂していないということに基づいている。

12 したがって、注意義務違反というメルクマールは、一般的な帰属基準を超えていない。それは、この基準よりも曖昧であり、それゆえ不要である。それどころか、それは正確には「規範論理的に誤って」受け止められている。というのは、それが過失作為犯は必要な注意を怠ることにあるという印象を呼び起こし、不作為犯において誤った新しい解釈を引き起こすおそれがあるからである。しかしながら、行為者が非難されるのは、彼が何かをしなかったからではなく、彼が許された危険によってカバーされず、

また構成要件の保護目的によって包摂された危険を創出し、それが構成要件的结果において実現されたからである。正当にも Jakobs は、「作為の領域において、マッチの注意深い取り扱いが命令されているのではなく、不注意な取り扱いが禁止されている。つまり、取り扱いに対する義務は存在しないのである」と述べている。それに加えて、注意義務を考慮に入れることは、抽象的危殆化の禁止あるいは非法律的な社会生活上の規範（詳細は、Rn.15ff., 18ff.）に対する違反から当然に過失の帰属が推論されるという誤った認識へと誘う。また、しばしば行われるような、注意義務違反と結果帰属を相互に分離することもできない。なぜなら、帰属の要件は注意義務違反のそれと同じだからである。

13 同様のことは、予見可能性（もしくは認識可能性）や回避可能性のようなメルクマールについても存在する。結果が予見可能ではなかった場合、隕石事例（Rn.3）のように、すでに法的に重要な危険の創出が欠けているか、あるいは、例えば被害者が事故の結果ではなく病院の火災で死亡した場合、創出された危険の実現が欠けている。同様のことは、回避可能性にも当てはまる。ある者がスピード超過運転をしていたところ、不幸にも彼の車に向かって歩行者が飛び込んできたので、たとえ法定速度を遵守していても侵害結果は回避できなかつたであろう場合、危険の実現の欠如により、過失は認められない。したがって、過失の構成要件実現を確定するために、客観的帰属論を上回る基準は必要ではない。

第 3 節 許されない危険の創出の具体化について

14 それにもかかわらず、何が「許されない危険の創出」と考えるべきかを決定する際、判例と文献が注意義務違反の確定のために作り上げたすべてのものを考慮に入れることもできるし、また入れなければならぬ。計り知れないほど膨大なご都合主義（とりわけ道路交通法について）を拡大することは、教科書の表現において可能でもなく、意味のあることでもない。しかしながら、そこから過失の決定にとって役立ついくつ

かの指針を獲得することができる。

1. 法規範

15 多くの生活領域、とりわけ道路交通において、立法者は抽象的な危険化の禁止を打ち出しているが、この禁止の違反は、一般的に許されない危険の創出を基礎づけている。それゆえ、優先通行権が付与された者に対する傷害を刑法 230 条により可罰的とするためには、通常は優先通行権の無視だけで十分であろう。また、スピード違反の禁止は、それに起因する殺人などの過失を基礎づける。判例はこれについて、道路交通法規は、「経験と熟慮に基づく、起こりうる危険の包摂的な予見の成果であり、その存在によってすでにその違反によって事故の危険を実現する可能性があることを意味している」と述べている。

16 他方で、道路交通法規の違反は、確かに許されない危険の創出を示すものではあるが、必ずしも基礎づけるものではないということが認められている。というのは、抽象的には危険なものが、個々の事例においては危険でないこともありうるからである。判例は、このような場合、抽象的な「注意義務違反」が存在するにもかかわらず、「予見可能性」を否定することによって切り抜ける。「刑法 222 条の意味における過失の刑法上の概念にとって、もっぱら警察の道路交通法規に従っていたか否かだけが決定的なのではない。予見可能性は、常に個々の事例の事情に依存しているのであり、可罰的な道路交通違反の存否とは切り離して吟味されなければならない。そのような違反が、それ自体独力でかつ必然的に過失非難を基礎づけるわけでも、この非難が道路交通法規の遵守によって無条件に阻却されるわけでもない……」（BGHSt 4,185）。それゆえ、例えば連邦通常裁判所は、かつて（旧道路交通規則 10 条 1 項 3 号により）禁止されていた交差点での追い越しは、追い越された者の生命に対する法的に重要な禁止の基礎づけにとって必ずしも十分ではないとした。「……完全に見通しが利く交差点での追い越しは、その他の点では規則通りの運転をしている場合であれば、それ自体は危険なものではなく、危険は

追い越された者の重大な落ち度によってはじめて生じうるのであるから、事故の予見可能性を追い越し禁止の違反を理由としてのみ肯定することは許されない」(BGHSt 4,187)。もちろん、ある者が道路交通規則を厳格に遵守したが、それにもかかわらず過失により有罪判決が下されるという逆の場合は、道路交通規則の遵守が具体的な状況下で明らかに事故に至らざるをえなかったという例外的な状況においてのみ生じうるにすぎない (BayObLGSt 59,13)。

17 いずれにせよ、生じた結果を防止することを目的とする法規範の違反は、通常は十分な危険の創出と認めなければならないであろう。すなわち、生じた結果があまりにもかけ離れている場合、たいていはその規範が予防しようとした危険は実現されていないので、過失の帰属はこのような理由から除外される。刑法上の製造物責任についての基本的な判決において、連邦通常裁判所は、一方で「民法上の製造物責任に対する基準となる同じ義務が、刑法上の答責性の根拠にもなるということに、かなりの根拠がある」と強調しているが、他方で「損害賠償へと方向づけた民法の責任原理が、十分な吟味をすることなしに刑法上の答責性の確定に用いられてはならない」と述べることによって、明確な判断を避けている。

2. 社会生活上の規範

18 法律上の危殆化の禁止と並んで、とりわけ「社会生活上の規範」の違反があり、そこから許されない危険の創出が演繹される。その場合、私的な利益団体、とりわけ科学技術の分野や一定のスポーツ種目の実施のために創出された「規則集」が重要である。それゆえ、DIN 規格 (ドイツ工業品標準規格) だけでも約 12,000 があり、その一部は安全の目的を追求している。それに加えて、ドイツ電気技師団体によって作成された約 2,500 もの規定をもつ VDE 規定集、ドイツガス・水道専門家協会 (DVGW) の規則集、ドイツエンジニア協会の VDI 要綱、さらに国際スキー連盟 (FIS) の規則などのような周知のスポーツ規則がある。

19 そのような社会生活上の規範の違反も、実務上、過失の基礎づけによく考慮されている。しかしながら、これらの規定に立法者の抽象的危殆化禁止と同じ意味を認めることはできない。というのは、これらの「規範」において問題となる許された危険の限界づけは、利益と結びつけられた私的機関による場合、立法者によるのと同じ権威と客観性をもって行われることはできないからである。その「規範」は、はじめから誤っていたり、あるいは技術的な発展により時代遅れになっていたり、あるいは具体的な事例に適合していなかったりすることがありうる。そのことは別としても、行為が社会生活上の規範からほんの少し逸脱しているにすぎない場合や、安全が別の方法で保障される場合、刑法上は認められない危険と認識することはできないであろう。そこから、確かに社会生活上の規範の違反は、過失を確認するための1つの根拠とはなる。しかしながら、創出された危険の独立した裁判所による調査を不要とするものではない。他方で、社会生活上の規範の遵守が、許されない危険の創出を必ずしも阻却するものではない。「異常な危殆化状況」の場合、その要求は「平均的な事例を念頭に置いた規則から生じる」よりも厳格でありうる。

20 同様に、スポーツ規則の違反も、たとえこれが選手の身体的安全性を守るためのものだとしても、直ちに刑法上の過失を基礎づけるものではない。というのは、例えばサッカーのような格闘スポーツ種目の場合、激しい攻撃から結果として生じる比較的軽微な規則違反は回避不可能であり、甘受されるからである。また、選手がペナルティキックを招く場合も、いまだ許された危険の範囲内にとどまっている。このことは、規則違反により重大な傷害の危険が創出された場合にはじめて越えられる。

第3節 信頼の原則

a) 道路交通において

21 法規範と社会生活上の規範は、多かれ少なかれ、許されない危険の創

出の存在を認めるための重要な手がかりを提供するのに対して、とりわけ道路交通刑法において、現在では一般に認められている信頼の原則は、許されない危険の増大を否定するための原理である。その最も一般的な形式において、信頼の原則とは、道路交通において規則に従って行為する者は、その反対の認識を認めるための具体的な根拠が存在しない限り、他人も同様に行為すると信頼することが許されるというものである。したがって、例えば優先通行権者は、交差点で他の運転者の起こりうる道路交通違反を考慮して自車のスピードを落とす必要はなく、通常の場合、自分の優先通行が尊重されるということを前提にしてよいのである。このことが行われず衝突という事態に至った場合、過失はもっぱら優先交通を無視した場合にのみ存在する。

22 この信頼の原則は、帝国裁判所がとりわけ歩行者に対して「不信頼の原則」を何度も優遇してきた後で、現代の道路交通の要請に順応して、判例によって展開されたものである。例えば、優先通行権者も待機義務者の道路交通違反の可能性を考慮して、まず停止しなければならないとしたとすると、優先通行権はほとんど無価値になってしまい、迅速な道路交通はもはや不可能となってしまうだろう (BGHSt 7,121f.)。したがって、許された危険の 1 つの適用事例にかかわる問題なのである。これに対して、Schumann は、信頼の原則を自己答責の原則から基礎づけようとする。しかしながら、この見解に対しては、危険が増大する場合 (例えば、他人の認識可能な運転ミス)、信頼の原則はその優位性を直ちに奪われ、すなわち、道路交通違反者は、自身の自己答責にかかわりなく保護されるということを述べることができる。Kuhlen は、「利益考量においては、法益保護の観点の他に、他人の自己答責性や注意義務者の行動の自由も考慮に入れなければならない」ということを指摘している。

23 この原則は、他人の規則に従った道路交通行為を信頼することが認識可能な程度に正当化されない場合には、適用できない。このことは、小さい子供、比較的大きくても奇妙な行動をする子供、障がいのある、高

齢の、あるいは明らかに地理不案内の成人歩行者、特に危険で見通しが利かない道路交通状況で、しかも他の道路交通関与者が規則を守っていないことが認識できる場合に当てはまる。運転者は、他人が優先通行に注意を払わないということに気づいた場合、それゆえ停止しなければならず、自己の「権利」を信頼して通過してはいけない。「あまりにも頻繁なので、良心的な運転者は思慮深く考慮に入れなければならない」道路交通違反の場合もまた、判例によれば、信頼の原則は否定されることになる。

24 さらに、多くの判決は、自ら道路交通違反を犯す者は信頼の原則を援用することはできないという。しかし、これは、道路交通違反が事故に影響を及ぼさなかった多数の事例では不当である。例えば、飲酒により運転不可能な状態で自動車を運転した者であっても、他人が彼の優先通行を無視しており、その事故は運転者が酔っていなくても回避できなかったであろうといえる場合は、信頼の原則によって不可罰としなければならない。信頼保護の喪失を理由として、酔った運転者を「処罰すること」は、ヴェルサリ原則による禁じられた処罰制裁である。これに対して、自己の過失ある行為によって他の道路使用者の安全を脅かし、これによって事故に寄与した者は、実際に信頼の原則を援用することはできない。しかし、それは、そのような異常な道路交通状況においては最初から他人の事故回避行為を信頼してはならない、ということから直ちに帰結されることなのである。

b) 分業による共同作業の場合

25 信頼の原則は、他の生活領域のどの範囲まで拡張されるのかは、いまだほとんど解明されていない。原則的に認められているのは、分業の場合、とりわけ医療行為（例えば、手術チーム）への拡張である。この点、すでに連邦通常裁判所も、「それに関与している専門医は基本的に、他の専門分野からの同僚による誤りのない協力を信頼することができる」ということを認めている。しかし他方で、他人の明らかな誤りは指摘され

るべきであり、場合によっては、誤りを正すべきであるということも信頼の原則に合致する。さらに、分業による共同作業において、関与者（例えば、手術を指導する医師）が特別な監督義務（例えば、未経験の助手医に対して）あるいはそれ以外の監督任務を有している場合、信頼の原則は認められない。このような、信頼の原則を無効にさせる特別の義務が誰に向けられ、またそれがどこまで及ぶのかは、分業の個々の形態に応じて、より詳細に調査されなければならない。とはいえ、その指針は、最も権限のある関与者であっても、他人を考慮して、彼が自分自身の業務負担分をおろそかにする危険なしに果たすことができる程度の監督義務しか負わされていないというものでなければならない。

c) 他人の故意犯罪を考慮して

26 最後に、信頼の原則は、通常他人が故意の犯罪行為を行わないということを信頼してよい場合にも適用されるべきである。というのは、購入者やその他の受取人の故意犯罪にまで配慮しなければならないとしたら、ナイフ、マッチ、ライター、燃料用アルコール、斧、ハンマーの販売やそれらの物品の譲渡は不可能となってしまふからである。このことは、他のことでも当てはまる。他人に、故意犯罪への機会を与えることを予測しなければならないとしたら、道路交通の断念の場合と全く同様に、現代の社会生活は不可能となるであろう。この限りにおいて、これも許された危険の問題の1つである。すなわち、回避不可能な危険は、信頼の原則がこの領域にも与える個人および社会的利益のために甘受されるのである。

27 ここに、古くから、またさまざまな根拠づけによって現在においてもなお主張されている故意犯に非故意で関与することは不可罰であるという、遡及禁止の理論の本質がある。それは、もちろん、かつてしばしば承認されていたような、直接実行者の故意行為が因果関係を中断するか、過失による共犯の不可罰性から第三者は決して答責性を問われないということではない。というのは、存在している因果関係が「中断され

た」と考えることはできないし、過失結果犯の場合、統一的正犯概念が当てはまるので、故意行為の過失による惹起の場合は、共犯ではなく過失正犯が問題となっているからである。また、故意行為者の自己答責性を理由として、違法連関や責任連関をもつばら否定することはできない。というのは、非故意行為者が故意行為の耐えられない危険を創出した場合、故意行為と並んで過失帰属の可能性を阻却する理由がないからである。したがって、その解決策は絶対的遡及禁止には存在しない。むしろ、信頼の原則の、すなわち許された危険の限界を定めることが問題である。

28 正確には、信頼の原則はある行為が潜在的な故意行為者の認識可能な犯罪傾向を促進する場合、もはや適用するとはできない。したがって、激しく殴り合っている同志に、その求めに応じてナイフを貸し与えた場合、受け取った同志がそれを使って故殺を犯した場合、自分自身に殺意が無くても、少なくとも過失致死では可罰的である。もちろん、認識可能な犯罪傾向の場合も、「促進」が欠けている場合には、過失帰属は阻却されなければいけない。なぜなら、第三者の行為は、故意行為者の側による任意の結びつけによって結果の原因になったにすぎないからである。A男がB女に、「私を見放さないでくれ。さもなければ誰かを殺す。」と言ったにもかかわらず、B女は自分の決心に従って別れた場合、彼女はA男によって脅迫が実現されたとしても、過失致死で可罰的になることはない。

29 「認識可能な犯罪傾向の促進」という基準は、「認識可能な犯罪決意の促進」というメルクマールよりも許された危険の限界づけに適している。というのは、犯罪決意は、ほとんどが外からは明確には認識できないであろう、内部的事象だからである。その上、際どいところでいまだ気持ちが揺れている者に、犯罪遂行を容易にするための機会が与えられてはならない。また、故意の第二行為がある場合、第一行為はその客観的意味が犯罪遂行にのみ役立つ場合、過失行為として帰属可能であるというJakobsの試みも、必ずしも十分説得力があるとはえない。というのは、

犯罪遂行にのみ役立ちうる行為は、存在しないからである。毒物や拳銃も不可罰な目的のために使用されうる。直接的行為者が何ために何を使用するかは、常に彼の意図次第なのである。故意行為の遂行のための具体的な根拠があった場合、あるいは「他人の犯罪行為があまりに明らかなので、それを前もって考慮に入れないことは非常識である場合」、非故意による関与は過失に帰属できる、というような他の定式化は傾向としては正しいが、抽象的すぎる。というのは、認識可能な犯罪傾向のみが、犯罪行為を前もって考慮に入れないことは非常識であるといえるような具体的な根拠を提供するからである。

30 実務上の効果として、このような解決策は、通説から部分的に異なる結論に至る。既婚男性の愛人が、彼のために疑わしい状況の下で毒薬を手に入れ、それを使って彼が妻を殺害したという事例で、RGSt 64,375 が、愛人に過失致死罪の判決を下したことは正当である。愛人は、「彼は本当は奥さんに何の手出しもしないであろう」と「まさに述べた」のであるから、彼女には彼の犯罪傾向が認識可能であったのである。同様に、ある者が「火災の『好ましさ』についての軽率な発言によって」、話し相手を放火へと動機づけたという事例においても、失火罪が認められる (BGE 105 IV 330ff. には反対)。それどころか、犯罪遂行に対する報酬について話し合っていたのであるから、すべてはほんの「冗談で」言っただけであるというきっかけを与えた者の反論は、確かに故意を阻却しうるが、「冗談」を現実の唆しと理解した者の認識可能な犯罪傾向を阻却しうるものではないのである。

31 他方、帝国裁判所 (E 61,318) が、火災の危険があり、賃借人が火災によって死亡した住居の建築者にその火災が故意によるものであったとしても、過失致死罪の判決を下そうとしたことは、賛同に値しない。というのは、いかなる根拠も存在しない故意による火災発生を、建築者は考慮に入れる必要がないからである。火災の危険性によって非故意的に発生した火災の場合、過失処罰を肯定しうるということは別問題である。

同様のことは、物品を不注意に保管していたため、他人が故意行為の手段あるいは道具として使用したというかなり議論されている事例についても当てはまる。自殺を試みようとして、ナイトテーブルの引き出しの中に毒薬と拳銃を、鍵をかけずに保管していた者は、そのことから結果として生じた事故については、場合によっては答責性があるが、しかし、ある者がそれらを使用して行った故意の殺人については答責性はない。また、飲食店に身につけていた武器を置いてきた警察官や猟師も、他人がそれらを使用して行った故意行為については、認識可能な犯罪傾向の場合にのみ、過失行為者として責任を負う必要がある。

4. 細分化された基準人

32 許されない危険を確定するためのこれ以外の補助的手段は、「細分化された基準人」である。つまり、行為者の生活領域に属する良心的で思慮深い人間は、具体的状況下で、どのような行為をするのだろうかを問題とするものである。したがって、煙突掃除人や配線工が勤務中に法益侵害を惹起した場合、良心的で思慮深い煙突掃除人や配線工の行為が基準とされる。行為が基準人をもとに設定された範囲を越えていない場合、危険の創出あるいは少なくとも許された危険の超過は存在しない。それゆえ、過失は問題とならない。これに対して、行為者がこの架空の比較対象となる人物が行ったであろうよりも大きな危険を創出した場合、過失構成要件が実現される。

33 このようなモデルの短所は、その基準人の行為を確定することが容易ではない場合がしばしばあることである。たいていの場合がそうであるが、職務や業務の規則を遵守した遂行が問題となる限りで、当該生活領域において周知のさまざまな規則を、たとえそれが法規範や社会生活上の規範の形式で編纂されていないものであっても、指導的観点として使用することができる。ここには、医療や建築技術などが属する。さらに、企業において、しばしば事故防止規定が制定されているが、基準人は通常その無視が許されないだろう。同様に、「基準に適合した」教師は、通

常遠足や修学旅行において生徒を監督するための指示書に照らし合わせるべきである。また、職業領域以外でも、しばしばそのような規則が存在する。例えば、良心的で思慮深い医薬品使用者は、薬の使用上の注意書を、基準に適合したヨット乗りや登山家は、水難・山岳遭難対策組織の警告を無視しないであろう。また、(旧)連邦保健庁が打ち出したスローガン「コンドームが守る」のような、当局の勧奨にも基準人は注意を払うであろう。

5. 調査義務と不作為義務

34 特殊な生活領域について成文化された行為基準が欠けている場合、2つの一般的規則が指導的な役割を果たす。すなわち、ある行為を行おうとする者は、その行為の危険を刑法上の保護法益と判断することができない場合、調査しなければならない。調査が可能でない、あるいは調査が功を奏しない場合、その行為は断念されなければならない。そして、法益を危殆化する可能性のある何かを行おうとする者や、身体的欠陥あるいは練習不足と不器用のためその危険を回避する能力がない者は、その行為を思いとどまらなければならない。さものなれば、その行為を引き受けることについてすでに過失が存在することになる（いわゆる引き受け過失）。要約すれば、何かを知らない者は調査しなければならない、何かをすることができない者はそれを思いとどまらなければならないのである。

35 したがって、患者が医者に「ちょっと心臓が悪い」と知らせてきた場合、あらかじめ内科的な診察をしないまま全身麻酔を施すことは過失となる（BGHSt 21,59）。ある病気の治療について、正確に事情が判らない医師は、専門文献から情報を入手しなければならない（RGSt 64,263,269;67,12,23）。もはや正確には記憶していない証人は、虚偽の証言を避けるために、（例えば、書面資料をもとにして）陳述の準備をしなければならない（RGSt 62,126,129f.）。

36 引き受け過失の事例も非常に多い。例えば、自動車運転者が、もはや正しく見ることができない、病気あるいは高齢により反応能力が著しく

低下している、疲労困憊である（BGH VRS 5 [1953],477）、初心者が特に難しい道路交通状況に対応できない（OLG Hamm VRS 25 [1963],455）、あるいはてんかん発作を起こす傾向があることを知っているにもかかわらず運転した場合、彼は過失で行為している。本を販売する者が、その本のもつ青少年に対する有害性を知能の低さのため認識することができない場合、「専門家の助けを借りて確認する」か、この仕事を断念しなければならない（BGHSt 10,134f.）。

6. 利益と危険の衡量

37 これまで挙げてきた具体化の基準によっては包摂されない事例では、その行為が構成要件的法益侵害の認識可能な危険を孕んでいるかどうかを問題にすべきである。重要で、したがって過失帰属の基礎となるためには、どの程度の危険でなければならないかは、何よりその危険な行為の社会的意味に依拠している。社会的に是認されない無益な行為（例えば、バイクによる暴走運転や大はしゃぎの射撃）の場合、それが事故に至った場合には、測定可能なあらゆる危険が過失処罰を引き受ける。これに対して、社会的に承認された行為（例えば、指定されたグラウンドでのサッカーのような）の場合、小さな危険は許容される。すなわち、観客の方へ飛んだボールによってある観客が負傷した場合、この結果はその選手には帰属されない（とはいえ、彼が意図的に、例えば怒りに任せて観客の方へとシュートした場合は除かれる。）。救急車の緊急走行のような社会的に必要な行為の場合、許されない危険への限界を越えない限り、それはそれでもう少し大きな危険が引け受けられうる。したがって、法律上規定されている許された危険の場合に合致する衡量事象が問題である。

38 行為者の行為の社会的意味の他、この衡量にとって、さらに別の事情も基準となる。つまり、差し迫った被害の程度や危険を完全に排除するために必要な経費である。例えば、書店主に納入されたすべての本とパンフレットについて、可罰的な「部分」を見つけるために通読することを要求することはできない。というのは、それは書店の経営を麻痺さ

せるからである。出版物の 1 冊 1 冊が一時的に広まることは、重大な被害をもたらさないで、そのような場合の過失は否定されるべきである。

第 4 節 構成要件の保護範囲の具体化について

39 過失帰属は、許された危険だけでなく、当該構成要件の保護範囲が越えられた場合もできない。このことは、故意による自己危殆化における関与、同意に基づく他人危殆化および他人の答責範囲への分類という実際上最も重要な事例群について、すでに客観的構成要件への帰属のところで詳細に論じた (第 11 章 ,Rn.91 ff., 105ff., 111ff.)。そこを参照していただきたい。

40 保護範囲を他の帰属基準から区別することは必ずしも明確ではないし、文献においても一致していない (統一的に展開されていない)。信頼の原則は、部分的には他人の答責範囲による帰属制限と解釈されるが (Rn.22)、本書では許された危険に分類されている (Rn.21ff.)。他方で、他人の故意の自己危殆化への関与を、保護範囲論の代わりに許された危険に分類するというものも考えられるだろう。本書が目する区別の基準は、許された危険においては危険を増大させる特別の事情 (信頼の原則の場合、例えば、他人の認識可能な過失行為) が考慮されなければならないが、例えば、故意の自己危殆化への関与においては、極めて高度の危殆化でも依然として過失帰属を基礎づけるものではないというものである。

41 他の分類上の差異は、術語的な不均衡に起因する。例えば、Cramer は、保護範囲の観点の下で議論された多くの事例群が、「すでに行為者に課されている注意義務の大きさと限界に」関係していると述べているが、これは全くもって正しい。許された危険の範囲内で行為するが、その行為が構成要件の保護範囲により包摂されていない者は、注意義務に違反していない。しかしながら、帰属論の基準は、漠然とした、必ずしも正確

ではない注意義務違反の基準を一層明確にし、補充されるべきであるから（Rn.10ff.）、Cramerの指摘から異議は生じない。

42 客観的構成要件への帰属のところ論じられなかった保護範囲論の追加の事例群として、ここではショック被害と後続被害の事例群を検討する。

43 ショック被害とは、親しい間柄の人の死、負傷あるいはそのような人に降りかかった災難について聞き知った場合に、第三者が受ける身体的被害である。例えば、ある人を過失により死に至らしめることは、その人と親しい間柄である人たちの健康をも危殆化しうるものであるということ否定できない。しかし、——民事法上の後続被害の補償の問題は別として——刑法上そのような効果を最初の惹起者に帰属しようとするなら、それは広すぎであろう。刑法上の殺人や傷害の禁止の保護目的は、直接被害者以外の者を精神的ショックの身体的効果から守ることまでは及ばないのである。

44 また、最初の被害から事後的に発生する後続被害も、無制限に帰属可能なわけではない。事故の被害が（短期間であれ長期間であれ）継続的に死へと発展した場合、その他の要件も存在するのであれば、もちろん過失致死を認めなければならないだろう。したがって、たとえ被害者が事故の際に被った内部的傷害がもとで何年にも及ぶ長患いの末に死亡したというものであっても、過失致死である。しかし、完全な回復可能性はないものの病気が落ち着いている場合に、一般的な抵抗力や機能の低下から生じた後発結果は、もはや222条、230条の保護目的により包摂されていると考えることはできない。例えば、ある者が足の切断手術の後病院を退院し、何年も経ってから歩行困難に起因する転落により負傷あるいは死亡したという場合、最初の事故の惹起者は、第2の事故が足を切断された者自身の過失で（共同）惹起されたかどうかにかかわりなく、第2の事故についてさらに刑法上の責任は問われない。というのは、確

かに最初の事故によって創出された危険が、やはり後発結果の中に実現されているが、被害者のより大きな生命の危険は、すでに事故に続く刑事手続において量刑に際して考慮されているので、このような後発結果は、新たな刑事罰を呼ぶことはないのである。

45 後発結果が、徐々に、かつ恒常的に進行する病気に起因する場合も、その帰属から阻却されうるかどうかの問題は、解明されていない。Schünemann は、被害者が何年も経ってから死亡する過失による HIV 感染の事例において、この問題を投げかけた。229 条は、(裁判上全く役に立たない) 222 条による処罰を阻却し、それゆえ、被害者の死亡をこの規定の保護範囲から取り除く特別規定であるという彼のテーゼはさらなる熟慮が必要である。

第 5 節 過失の基準の一般化か個別化か？

46 これまで詳述してきた過失の確定のためのすべての規則は、客観的基準を前提とし、行為者の個人的能力がこの基準に合致するという通常の場合を基礎に置いていた。しかし、個々の事例においては、個人的能力は、一般的要請に合致するものよりも低い場合も高い場合もある。例えば、外科医や自動車運転者が弱視や腕や手の運動障がいのため、あるいは高齢による能力低下のため、もはや医術の規則や道路交通規則に適合した状況の中にいないという場合がありうる。他方で、上述の「基準人」よりもはるかに高い能力で物事を成し遂げる天才外科医やベテランレーサーが想定されうる。行為者の個人的能力を過失の確定においてどこまで考慮すべきかという問題は、活発な論争の対象となっている。

47 通説は、「二重の基準」を前提としている。この「二段階説」によれば、過失犯の構成要件は、上述 (Rn.14ff., 39ff.) の詳細に具体化された客観的基準に違反することによって実現されるのに対して、行為者がこの要請に対応しえたかどうかは、もっぱら過失責任の問題であるとする。「過

失行為の客観的側面が確定された場合（不法構成要件）にはじめて、個別的行为者の知識、教養、技能、能力、生活経験、社会的地位に基づいて、彼が一般的な注意義務および予見義務をなお果たせたかがさらに検討されうる（責任構成要件）。したがって、ある者が道路交通違反によって事故を起こしたが、彼は平均を大きく下回る能力しかなかったためにその違反を回避することができなかったという場合、彼は当該過失犯の構成要件を違法に実現したことになる。もっとも、彼の個人的無能力を理由として過失責任が阻却されるにすぎない。もちろん、行為者が自分の無能力を認識することができた場合は、そもそも彼が運転したこと自体にすでに、客観的・主観的過失が存在する（引き受け過失, Rn.34,36 参照）。

48 これに対して、著名な論者によって主張される少数説は、すでに過失構成要件の実現が行為者の個人的能力に依拠しているということを前提としている。それゆえ、法律関係の通常の関与者よりも高い能力を有する者は、より高いものが要求され、彼は、その能力を用いなかったことが結果を惹起した場合、過失として処罰されうることになるが、通常能力を有する人の場合は、同じ行為をしてもそれは相当だったと判断されることになろう。逆に、「細分化された基準人」（Rn.32ff.）の能力を下回り、そのために構成要件の結果を惹起した者は、刑法違反で行為したことにはならないが、平均的能力を有する市民は、同じ行為をしても、過失で処罰されることになろう。もちろん、行為者の能力が少なくとも自分の無能力を認識するために十分ある場合には、この説の立場からも、彼の引き受け過失は過失として処罰されることになる。

49 結論的に、2つの見解の差は、論争の激しさから想像されるものよりさほど重大ではない。というのは、平均以下の能力の場合、能力の欠陥が構成要件を阻却するのか（つまり個別化説）、それとも責任が落ちるのか（つまり二段階説）はともかく、行為者の可罰性は彼の能力を超えてはならないということについては、見解が一致しているからである。また、引き受け過失に関しても違いは生じない。実質的な違いは、平均以上の

能力の場合についてだけある。というのは、客観的基準によれば、誰も一般的に要求される以上のことを行う必要はないが、個別化説は、超過能力を用いることまでをも要求するものであるから、その限りではより厳しいのである。しかしながら、このような相違は、一方では、客観説も専門家については特別の基準人（生活領域）を設定し（Rn.32ff., 56）、他方では、個別化説によっても、平均以上の能力を有する行為者は、通常の場合、許された危険の客観的基準（例えば、信頼の原則）に添うことによって、再び相対化される。

50 その他の点では、実質的に正当な解決策は、これら両極端な見解の真ん中に行く。すなわち、平均以下の能力は、過失犯の構成要件および違法性を阻却しえないが、平均以上の能力は用いられなければならないのである。したがって、「以下」については一般化され、「以上」については個別化されるべきである。この折衷説は、以下のような考慮に基づく。

51 平均以下の能力が、不法ではなく責任を阻却しうるということは、犯罪論の構造から生じるものである。個人的な他行為可能性は——少なくとも作為犯の場合——もっぱら責任の問題であるが、客観的構成要件への帰属は、行為者の個性に左右されない危険の創出および保護目的の基準に結びついている。構成要件の実現が個別化基準に左右されるのであれば、不法と責任の分離が部分的に断念されることになる。というのは、確かに個別化説によっても、責任能力、潜在的な禁止の認識および期待可能性は、不法から分離されるべき責任の構成要素として残っている。しかし、責任能力の欠如（例えば、酩酊あるいは精神的・心理的障がいの場合）は、まさに「道具的可能性」、すなわち、遂行能力をも決定的に侵害することを常としているので、責任の欠如はそのような場合、間接的に構成要件阻却に至ることになる。

52 実際の帰結としても、無能力に構成要件を阻却する効果を認めることには反対である。例えば、硬化症、視覚障がいまたは酩酊といった欠

陥のため、回避不可能な事故を起こした自動車運転者が、適法に行為していたならば、引き受け過失という構成でも、彼の過失責任を基礎づけることはできないであろう。というのは、自分の欠陥を知りながら運転する者は、適法に行為したことになり、このことについて過失として彼を非難することは適切ではないからである。このため個別化説は、平均以下の能力を有する被害惹起者の場合、違法性ではなく、せいぜい構成要件実現あるいは「当罰的不法」を否定することしかできない。したがって、個別化説でも、少なくとも違法性を基礎づけるために、やはり一般的基準を必要とする。しかし、個別化説は、一般的基準に違反する行為の構成要件該当性をも本当に否定することはできない。というのは、引き受け過失は、非刑法的な違法行為の惹起の点ではなく、まさに構成要件の過失不法を惹起する危険の点にあるからである。また、無能力が、構成要件でも違法でもなく、「刑事法上の制裁のきっかけ」を与える「当罰的不法」だけを阻却するとされるのであれば、なぜ、具体的行為者と関係づけられた制裁必要性の問題が、突然不法の問題になり、他の場合のように答責性の問題とはならないのか、もはや理解することができない。また、刑法上の不法すらない行為に、いずれ必要となる保安処分を結びつけることも困難である。

53 これに対抗するために、個別化説の主張者たちによってとりわけ持ち出される、法律上の命令は、個人的に「可能なことをする」という趣旨のものでしかない、という規範論理的な論拠は、受け入れられない。規範はすべての者に向けられている。そして、能力が疑わしい者に、少なくとも何が期待されているのかをわからせ、場合によってはその者が引き受け過失に陥らないようにするためという理由から、規範はすべての者に向けられなければならない。行為者が規範違反を回避することができたかどうかは、この場合、通常は事後的にようやく確認しうる責任の問題である。規範違反それ自体は、能力の欠陥によっては排除されないのである。これとは別の考え方をしようとするなら、なぜ責任無能力そのものや回避不可能な禁止の錯誤も構成要件該当性を阻却としないのか、適切に理解する

ことができない。しかし、そこまでいけば、不法と責任を 1 つにするかつての命令説 (第 10 章, Rn.90ff. 参照) への回帰になってしまうだろう。

54 しかし他方では、個別化説が正当であると認められうる場合がある。それは、特別な能力がある場合であり、個別化説の実際の意味はもっぱらここにある。平均的な道路使用者の自動車に歩行者が飛び込んだ場合、通常の能力を有する運転者にはそれが避けられなかったのであれば、この道路使用者は過失で行為するものではない。しかしながら、はるかに高い運転技術を有し、回避やスピンした自車のコントロールがなお可能な「ベテランラリー選手」は、その能力を駆使しなければならず、不注意からそれをしなかった場合は、過失致死で可罰的となるのである。他のすべての見解では、人命の犠牲が不必要に許されてしまうことになるが、それはわれわれの法秩序の基本と相容れないであろう。同様に、技術と腕前において世界的にもライバルがいない優秀な外科医が、——その水準をはるかに下回って——平均的外科医における最低水準のことしか行わずに患者を手術して死なせることは、許されないのである。これは不作為犯の場合と異ならない。すなわち、水難救助員としても活動している水泳の世界チャンピオンが、同僚よりも 2 倍の早さで泳げるときは、同僚と同じ速度で泳いで水難者を溺死させることは許されないのである。

55 結論の正当性は、すでに言及された根拠——回避可能な法益侵害は回避されなければならないということ——の他に、特別な知識が過失を基礎づけることは争いなく認められているという事情にも裏づけられている。自動車運転中にエンジンの故障を認識しながら、または一定の徴候から認識すべきであった運転者は、過失で行為しているのである。そのような欠陥を知るための根拠が与えられていない者は、許された危険の範囲内で行為する者である。特別な知識について当てはまることが、特別な能力については当てはまらないということがあろうか？

56 さらに、過失基準の一般化の主張者たちが、特別な「生活領域」

(Rn.32ff.)を設定することで、かなり広範囲にわたって個別化を行っているということも加わる。例えば、一般医と専門医、「普通の自動車運転者」とレーサー、小規模自営販売業者と株式会社の社長では、要求されるものが区別されている。Schünemannは、ある医者が「ほんの少しの外科医にしか習得できないような」より良い手術方法を開発した場合、この類い稀な優秀な外科医の技能を、等しくすべての外科医に対する客観的基準として採用し、それと同時に代表的な普通の外科医に対する要求を過度に拡張する。しかし、上述の外科医が、その新しい方法を習得している世界で唯一の外科医であるときは、どうなるのであろうか。その場合、客観的基準を彼に合わせて定めるか、あるいは彼のために「外科医の世界的大家」という独自の生活領域を設定するのであれば、それは實際上、無制限な「上方への個別化」に至る。そうであれば率直に、この正当性を認めるべきであらう。なぜなら、ますます特殊化され、関与者の個人的能力に応じて段階づけられた生活領域の設定には、いずれにしても限界がないからである。

57 特別な能力がある場合の個別化に反対して持ち出される論拠は、いずれにしても弱い。特別な能力を有する者にも必ずしも最高の行為を要求できるわけではないという異議は当たらない。なぜなら、特別に有能な者には、彼の平均的により高い能力が要求されているだけであって、追加的努力が要求されているわけではないからである。特別な能力の存在はしばしば立証不可能なものであるということは正しい。しかし、その場合は、当然のことながら、特別な能力が判断の基礎に置かれることもないのである。

58 最後に、平均以下の能力の場合には、一般的な基準が当てはめられ、これに対して平均以上の能力の場合には個別的な基準が当てはめられる場合も、それは観点の恣意的な転換ではない。Samsonは、「なぜ行為者の能力が平均以上の場合のみ注意義務を定めることになり、平均以下の場合にはそうならないのか」の根拠がないとしているが、上述したとおり

である (Rn.51 - 53)。すなわち、客観的な最低基準に至らない場合の構成要件該当性を基礎づける根拠は、平均以上の能力の領域に対しては全く当てはまらないのである。他方、ここで個別化につき主張したこと (Rn.54 - 57) は、能力不足の場合には当てはまらない。つまり、両者は根本的に異なった問題なのである。

第 6 節 認識なき過失と認識ある過失

59 過失は、認識なき過失と認識ある過失の 2 種類に分けられる。1962 年草案は、この差を以下のように特徴づけようとした。すなわち、認識ある過失の行為者は、「自分が法律上の構成要件を実現する可能性があると思った」が、「自分がそれを実現することはないであろう信じて行為する」(18 条 2 項) 場合であるのに対して、認識なき過失の行為者は、必要な注意を怠ったため構成要件実現を「認識していない」(18 条 1 項) 場合なのである。認識ある過失を定義づけるという試みは、それを未必の故意からも認識なき過失からもはっきり区別されるものでなければならない。

60 その場合、実際上の意味は、とりわけ未必の故意と層を分けることにある。というのは、認識ある過失の構成要件実現は、全く可罰的ではないか、せいぜい故意のそれよりもはるかに軽い基準において可罰的であるにすぎないからである。これに結び付けられた諸問題は、すでに本書において詳細に論じられている (第 12 章、Rn.21ff.)。そこで展開された見解は、認識ある過失の行為者は、許されない危険の創出にもかかわらず結果の不発生を信頼しているのに対して、未必の故意は、起こりうる法益侵害を認める決意として表出するというものであるが、法律にならなかった 1962 年草案の定式化と完全に一致する。それは、未必の故意と認識ある過失との間には可罰性の相違を基礎づける不法と責任の差が存在するということを前提とするものであるが (第 12 章、Rn.22ff.)、その際、認識ある過失を未必の故意の中に入れ込む見解 (第 12 章、Rn.38ff.) や、立法的に 2 つをアングロ・アメリカの「recklessness」のような「第三の責

任形式」に統合しようとする見解（第12章、Rn.68）をすべて拒絶した。したがって、これらの問題についてはここで改めて取り上げることはしない。

61 これに対して、認識ある過失と認識なき過失とを区別することに大きな意味はない。というのは、立法者が両者の区別に異なった法的効果をどこにも認めていないからである。もっとも、他の事情が同じであれば、認識ある過失は認識なき過失よりも当罰性が高いので、この区別は量刑において効果を現すだろう。確かに、認識ある過失と認識なき過失との間において、責任内容の点で本来の「段階関係」はない、と一貫して指摘されている。なぜなら、「すでに、侵害可能性の不予見へと導く不注意それ自体が、結果の不発生を信頼することよりも重大」でありうるからである。しかし、認識なき過失の責任内容がより重いのは、甚だしい不注意を、結果の不発生について信頼することがすでにおおよその理由があるという事例と比較する場合にのみ甘受することができる。これに対して、許されない危険の創出が同程度である場合、認識ある過失は認識なき過失よりも当罰性がある。なぜなら、構成要件実現の可能性の表象は、認識なき過失の場合に行為者に事故に由来する危険を認識するために与えられた根拠よりも著しく強い反対動機を提供するからである。

62 部分的には、認識なき過失は、一般に有責行為の性質が否認されているが、このことを一貫すると、認識なき過失を不可罰とせざるをえないことになるだろう。例えば、「自分が行なったこととは別の決心をすべきであったという意識に全く至っていない行為者に、誤った決心をしたことについて責任を負わせることはできない」。「法益の危殆化は、全く意識の領域に入っておらず、そこから意思によっても包摂されえない」と主張される。しかし、刑法における責任は、認識ある法益侵害や危殆化のみを引き合いに出せばよいのではない。ある者が、危険を基礎づける事情を認識している場合、彼がそこから法益侵害の可能性を推論しなかったことにすでに過失責任が存在する。例えば、ある者が、噛み癖のある

しつけがされていない犬を自由に走り回させていたので、それがもとでその犬が子供に突然襲いかかり、そして噛み殺した場合 (OLG Stuttgart NJW 1976,1852)、彼がこのような結果を考慮していなかったということは、過失に何も変更を生じさせない。それどころか、危険を基礎づける事情の単なる認識可能性だけで十分である。思いもよらない事情を考慮することは誰にもできないという認識は、間違っている。われわれのあらゆる社会生活は、人間は自分に由来する危険を調査し、回避することが可能であるということに基づいている。もし、このような前提が間違っているというのであれば、例えば自動車運転者は、必然的に耐えられない危険を伴うことになり、したがって運転を中止しなければならなくなってしまうだろう。

63 構成要件実現の可能性がどんなに小さいものであっても、それをすべて表象すればすでに認識ある過失を認めるのに十分であるかどうかという問題は、必ずしも争いがないわけではない。1962 年草案の定義に表れている通説はこれを承認するが、Jescheck/Weigend は、認識ある過失の行為者が、「保護された行為の客体に対する具体的な危険の存在」を認識すること前提とする。具体的危険は、もちろん単なる可能性よりもはるかに高いものである。正当なのは、帰属論の基本思想に方向づけられる中間的な解決策である。それによれば、行為者は、特別の可能性、すなわち、法的に重要で、かつ許された危険を超える危険を表象しなければならない。自分の放ったシュートがゴールを掠め、ひょっとしたら観客を負傷させるかもしれないという可能性を考慮するサッカー選手は、この結果が実際に生じた場合、彼は認識ある (あるいは認識なき) 過失で行為しているのではなく、そもそも構成要件に該当していないのである。他方、行為者が具体的危険 (すなわち、かなり高度の蓋然性) を認識する必要は全くない。認識なき過失が、許されない危険の創出のみを要件とするのであれば、認識ある過失の場合もそうする他ない。過失行為の構造は、認識ある過失の場合も、認識なき過失の場合も同じである。このことから、両者を区別する意味が比較的小さいといわれるのである。もちろん、危

険がどんなに大きいものであろうと、認識ある過失は、行為者が構成要件に該当する法益侵害の可能性を少なくとも表象していた場合に存在する。それゆえ、彼がこのような可能性を認識していたはずであろうということだけでは不十分である（OLG Stuttgart NJW 1976,1852）。

64 ある行為が、認識ある過失でもあり認識なき過失でもあるという場合がしばしばある。例えば、ある者が、実際の結果発生の確率は25%であったが、10%であると考えて結果は発生しないと信じていた場合、彼はすでに認識ある過失に基づき行為している。しかし、著しく大きな危険の認識可能性の中に、さらに追加される認識なき過失も存在するのである。

65 認識ある過失は必然的に危殆化故意と一致しているのかどうかという問題が、古くからの論点の1つとして存在する。少なくとも具体的危険犯の場合のように、わかりやすい危険の故意が要求される場合、そのような同一性は存在しない。というのは、認識ある過失にとっては、はるかに低い危険の表象ですすでに十分だからである。行為者は、このような場合、侵害も具体的な危殆化も生じないであろうと、軽率にもあっさり信頼することがありうる。これに対して、危殆化故意にとっては、許された危険を超えた危険の表象ですすでに十分であるとする、認識ある過失と危殆化故意は、知的領域においては対等ということになる。しかし、ここでも、行為者が、発生するかもしれないと認識した危険を発生しないであろうと慎重さを欠いて信頼することは、常に考えられる。その場合、行為者は、侵害および危険を引き合いに出して、同様に認識ある過失に基づいて行為しているにすぎない。

第7節 過失犯の客観的構成要件と主観的構成要件

66 過失犯において、客観的構成要件と主観的構成要件とを区別することができるか、またどのように区別することができるかは、不明確で、ほとんど論じられていない問題である。Stratenwerthは、過失犯においても「外

「客観的構成要件と主観的構成要件」に分類することには反対する。なぜなら、過失行為者の実現意思は、刑法上重要な結果には向けられていないからである。しかし、それを認めると、主観的構成要件の概念は、片面的な故意のみということになってしまう。認識ある過失の場合、許されない危険のような全行為事情の表象および構成要件実現の不発生への信頼にある主観的構成要件を認めることが適当である。というのは、それは未必の故意における故意と対をなすものであり、主観的構成要件の2つの形式の近接性と違いを説明するからである。

67 これに対して、認識なき過失には、主観的構成要件が欠けている。なぜなら、行為者は、客観的構成要件のメルクマールおよび要件を、直接に自分の表象の中に受け入れていないからである。これと異なる見解を唱えるのは、Struensee である。彼のいう過失犯の主観的構成要件とは、「行為者が発生した結果の諸条件から、法秩序の評価を基準として耐えられない危険（「許されない危険」）を生じさせる、構成要件的に重要な部分を認識している」ことである。例えば、赤信号で交差点を進入する者や見通しの利かないカーブで追い越しをかける者は、危険に関連する事情を認識しながら実現し、まさにそれによって過失で行為しているのである。このようにして、Struensee にとっては、「法的に是認されない目的性は…過失犯の不法も構成するのである。それと同時に、故意不法と過失不法とが同種の構造であることを明示する。」この説によると、それは、過失行為者の目的的实现意思が及ぶべき書かれざる危険構成要件だけである。過失には——認識なき過失も——主観的構成要件があるが、その対象は行為事情ではなく危険要素である。

68 これについては、2つの批判がある。第1に、この見解によれば、過失の欠如は、常に危険要素の不認識に基づくものでなければならず、したがって、錯誤の場合ということになる。しかし、そうではない。許された危険の範囲内で行為する者は、何かあるものの不認識のためではな

く、もっぱら彼が法的に是認されない危険を創出しなかったため、不可罰なのである。そして第2に、過失は、確かに危険を基礎づける要素の認識に基づく場合がしばしばあるが、決してそれが必要不可欠なわけではない。自動車運転者に、赤信号やカーブにすら気づいていないという不注意がある場合、彼は危険に関係する事情をまさに認識することなく実現したにもかかわらず、惹起された被害は過失に基づくものとして彼に帰属されるのである。同様のことは、単なる失念の場合にも当てはまる。

69 これに関連して、行為者が認識したことが過失の基礎づけにとって重要であり、したがって、客観的帰属は部分的に内心的要素に結びついているということは否定されない。しかし、そこから主観的構成要件を作り出すことはできない。なぜなら、このような事情は、抽象的に生み出されうるものではなく、危険を基礎づける要素の認識は、他の危険要素の認識によって、あるいは単なる認識しなければならないことによっても、常に置き換えることができるからである。

第8節 不法と責任を段階づける故意、軽率性、単純および軽微な過失

1. 故意と過失

70 ある者が、故意で行為したのか過失で行為したのか、はっきりしないという場合も珍しくない。このことは、特に未必の故意と認識ある過失の限界領域において当てはまるが、故意と過失の他のあらゆる現象形態についても当てはまる。例えば、行為者が意図的に偽誓したのか、それとも単に認識なき過失で虚偽の陳述をしたにすぎないのか曖昧な場合がありうる（BGHSt 4,340）。ある者が、彼を握手で迎えようとする者に、手に握り持っていたポケットナイフで切りつけ創傷を負わせた場合、この傷害行為は、意図的かもしれないし、未必の故意によるものかもしれないし、認識ある過失によるものかもしれないし、あるいは認識なき過失によるものかもしれないということでさえ否定できないのである（BGHSt 17,210）。

71 故意か過失かの二者択一の他、行為に責任がかけていた可能性も問題になる場合、無罪判決を下さなければならないことについては、争いがない。しかし、行為者が故意か過失で行為したということが確実である場合に、どのように判断すべきかは、長い間、活発な議論の対象であった。「疑わしきは被告人の利益に」の原則が、故意犯としても過失犯としても無罪判決を下さなければならないという命題と並んで、一部では、択一的認定が許容されるという認識も主張されていたし (BGHSt 4,340)、一部では、過失構成要件は、故意行為の可能性がある場合も包摂する「受け皿構成要件」であるという認識も主張された (BGHSt 17,210)。

72 現在、完全な通説は、故意と過失は「段階関係」にあり、それゆえ不明確な証拠状況の場合、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により、過失で有罪判決を下しうるということを前提とする。その際、もちろん、「概念論理的段階関係」は、ほとんどの論者によって拒絶されている。したがって、例えば凶器携帯窃盗 (244 条) が単純窃盗の要件をすべて含んでいるというのと同じ意味で、あらゆる故意行為の中に概念必然的に過失行為が含まれていると主張されているわけではない。むしろ、故意と過失はお互いを概念的に排除するということが、圧倒的に認められている。すなわち、結果発生を認容する (未必の故意) 者が、同時に結果不発生を信じる (認識ある過失) ということはない。また、行為事情の実現を目指す者 (意図) が、そのような結果が発生する可能性を知らなかった (認識なき過失) というはずはないのである。しかし、このことは、故意と過失の間に「規範的段階関係」を認めること、すなわち、同一の法益侵害の場合において故意に過失よりも大きな不法と責任とを認めることを変更するものではない。

73 この場合、論理的な段階関係の場合のような分類的概念とそれら相互の関係ではなく、評価の違いなのである。ある行為の社会的否認の程度、つまり否定的評価は、結果惹起への内的関与の度合いに伴って相対的に

強くなる。この内的関与は過失行為の場合より故意行為の場合の方が大きいから、疑わしい場合は、より軽い帰責形式を判断の基礎にしてよいのである。連邦通常裁判所も、現在では、過失と故意が「軽重」の関係にあり、このような「規範倫理的段階関係」の場合も、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用されうることを認めている（BGHSt 32,48,57）。

2. 軽率性

74 それどころか、それによって、故意と過失とを漸次的な段階関係に導きうる場合、過失の内部においても、より強い形態とより弱い形態とに区別できるということが明らかである。立法者は、多くの場合、単純な過失ではなく、加重形式、すなわち軽率性を可罰性の要件とすることによって、これを有利に用いている。軽率性は、部分的に基本構成要件において現れている（例えば、97条2項、138条2項、109条g4項、264条3項、345条2項、さらに軍人刑法〔WStG〕21条、41条3項、公課法〔AO〕378から381条）。さらに目立っているのは、結果的加重犯におけるこのメルクマールを頻繁に使用していることである。例えば、176条4項、177条3項、178条3項、239条a2項、239条b2項、251条、283条4項2号、283条5項2号、316条c2項である。最後に、軽率性は、特に重い場合に対する規定例にも用いられている。例えば、310条b3項2号、311条3項、311条a3項2号である。

75 もっとも、個々の事例において、軽率性はいつ認められるかは、ほとんど明らかにされていない。1962年草案は、「重大な過失で行為する者が、軽率に行為する者である」という概念規定を置くことを敢行した（18条3項）。それゆえ、現在では文献においても、軽率性は、一般的に「重大な過失」と呼ばれている。しかし、これについて、たいしたことは得られていない。というのは、民法上の重過失の概念は、刑法にとってはほとんど意味がないからである。すなわち、この概念は、第1に、民法においても明確な輪郭が獲得されてないし、第2に、刑法は個人的な無能力を（少なくとも責任において）民法法よりもはるかに強力に考慮しなければなら

らないので、転用することはできないのである。

76 はっきりしているのは、「著しく増大された過失」に関わる問題であるということである。草案は、「ある過失がいつ重大な過失とみなされるかは、判例が決定する必要がある。行為者が、構成要件を実現することを、重大な不注意で認識しない場合、さらに、明白に認識された構成要件実現の可能性を軽薄な傍若無人さで無視する場合も、これを考慮しうる。また、行為者が、特に真剣に受け止めるべき義務に違反する場合も考慮に値する」と述べている。

77 判例は、さしあたり重大な過失が存在するかどうかという問題を事例に関連づけて判決を下すだけで、より詳細な抽象的釈義を放棄している。結果的加重犯（麻酔剤交付により軽率に死を惹起する、麻酔剤取引法〔BtMG〕30 条 1 項 3 号）を引き合いに出して、「特別な無思慮や特別な無関心から、おのずと彼の胸に湧いてくる死へと進行する可能性に注意を払わない者は、軽率に行為している」と述べている。構成要件実現の可能性がおのずと胸に湧いてくるという考えは、他でも見られる。

78 文献においても具体的な説明は不十分である。Maurach は、軽率性を「責任形式」と理解し、315 条 c における「無謀」という概念との「緊密な類似性」を強調する。無謀は、行為者が「利己的な動機から不遜な方法で、…人を差し迫った生命の危険へと」導く場合に存在するという。また、Maiwald も、軽率性は「残酷な」、「粗暴な」および「無謀な」のような心情要素に近接するものであるとする。このことは、違法目的を目指して努力する場合、結果的加重犯において確認されているように、すでにあらゆる予見可能性、すなわちあらゆる過失が軽率性を基礎づけているという、注目すべき結論に彼を導いている。すなわち、「違法目的を追求すること——例えば、強盗、強姦、人質誘拐、ハイジャック——は、被害者に対するあらゆる予見可能な危険が…軽率性を特徴づける軽薄な無謀として現れる」。

79 他の論者たちは、軽率性の本質的概念要素を不法の側へと移す。Tenckhoffは、軽率性を徐々に増大された過失、重大な注意義務違反と理解し、それは行為者が「精神力の投入を甚だしくなおざりにする場合や、彼に客観的に当てはまる義務的地位を侵害する場合に存在するが、とりわけ被害発生の際の蓋然性が高度な場合に存在する」とする。もっとも、増大された非難は、「人的知識および能力を根拠としても加えられ」なければならないとする。Volkは、軽率性の確定について、「特に危険な行為の事例群…を作」ろうとする。これに加えて、「増大された主観的非難可能性の要件が実現」されなければならないとする。「人間の無能さ、驚愕、狼狽、高度の興奮による誤った行為」の場合、それが欠けるとする。最後に、Wegscheiderは、「特に重要な注意義務…あるいは数多くの重要性の低い注意義務に」違反すること、並びに結果の高度の蓋然性を要求する。このことは、行為者も主観的に認識していなければならず、あるいは認識しなければならないとする。

80 軽率性を不法と責任に波及するメルクマールと考えることは、正しい。その際、構成要件的不法に重点が置かれるべきである。このことは、軽率性を構成要件において扱うことを正当化する。というのは、立法者が、処罰を特別の過失に従属させる場合、行為者の心情ではなく不法の増大を引き合いに出すことが、法益保護を考慮に入れた行為刑法に合致するからである。換言すると、軽率性の評価は、第一次的には、特に危険な行為に付与されなければならないのであって、特に非難すべき内心の態度ではないのである。行為者が、高度に危険な行為をあらわした場合において、このことは彼の認識と能力が「細分化された基準人」のそれに合致する場合には、軽薄な無謀（すなわち、増大された責任）を推論することを認めるのである。しかし、このことは、通常を持ち合わせた行為者の場合、より高度の不法はより高度の責任をも招来するという一般的な理解を証明したにすぎない。行為者が、ほんの少しの危険を創出したにすぎない場合、Maiwaldが結果的加重犯について主張した見解に合

致するような、軽率性は非難すべき心情の「過剰の」程度によって基礎づけられているというわけでは決してない。

81 しかし他方で、たとえ行為者が著しい危険を創出した場合でも、責任を減少する事情が軽率性を阻却しうる。このことは、まず、平均以下の能力が、責任阻却ではなく、規範遵守を著しく困難にするにすぎない場合に当てはまる。したがって、知的障がい者やその他の障がい者は、(特に増大された引き受け過失は留保して) 他の事情が同じならば、「通常人」には当てはまるであろう、軽率性の非難を免れる。同様に、21 条により重要な状況に関連した責任減少事由 (高度の激情、狼狽、恐怖、驚愕) は、行為者の行為の危険性により示された軽率性を阻却しうる。

82 そのような解決策は、Volk (Rn.79) の文献において略述されている考え方に最も近い。軽率性は不法の側から確定する「特に危険な行為」という概念をより具体化しようとする場合、パーセントで提示されるべき特定の増大の程度を挙げることができず、すでに軽過失の概念において明らかになっている理解を引き合いに出さなければならない。何が法的に重要な危険なのかは、画一的に確定することはできず、危険な行為の社会的評価と脅かされた法益に依拠するので (Rn.37 f.)、この観点が軽率性を判断する場合も重要である。ある危険の創出は、例えば、無意味な自動車レースの場合は軽率とみなされなければならないが、緊急を要する救急車の走行が問題となる場合には、—— 同じ危険であるにもかかわらず—— いまだそこに至っていない。結果的加重犯については—— その限りでは、Maiwald の考え方 (Rn.78,80) に相対的な正しさがあることを認めなければならないが——、軽率性は、確かに行為者の犯罪目的設定があるため、いかなる過失においても認められるべきではないが、増大の程度が比較的小さい場合は認められるべきであるということから推論される。同様のことは、危殆化された法益の価値にも当てはまる。人命が脅かされている場合は、限定された物の価値が問題となる場合よりも軽率性が肯定されやすい。

83 特別な能力は、軽過失にとって重要であるので（Rn.54ff.）、軽率性の判断にも影響を及ぼさざるをえない。平均をはるかに超える能力を有する人物には軽率としての責任が負わされうる懈怠が、平均的な能力を有する行為者の場合には、軽過失とみなされうる。同様に、事情が同じであれば認識ある過失（Rn.61）の当罰性はより高いが、軽率性においても影響をもたらす。したがって、認識なき過失の行為者の場合、彼が引き起こした危殆化は、——他にまだ考慮すべき事情から生じる変動を伴うが——構成要件実現の可能性がまさにおのずと胸に湧いてくるほど大きなものでなければならぬのに対して、行為者が認識ある過失で行為した場合、すでに許された危険を少なからず超える危険の増大は軽率と評価されなければならない。

84 これに対して、特に真剣に受け止められるべき義務や特に重要な義務の違反という観点には、単純な過失を基礎づける場合の注意義務と同様（Rn.10ff.）、独自の意味はほとんどない。これについては、（生命のような）特に高位の法益に対する許されない危殆化なのか、それとも創出された危険の度合いが特に高いのかということ（その際、いくつもの小さな危険が1つの大きな危険へと累積することもある。）を意味するにすぎない。これらは重要な観点である。しかし、これらが軽率性の問題を論じ尽くしたわけでもないし、義務違反という術語の衣を着せる必要もない。

3. 軽微な過失

85 軽微な過失行為を刑事罰から解放することは、古くからの法政策的要請である。というのは、軽微な不注意は、それだけを見れば有責な不法を基礎づけるとしても、軽微な不注意が折りに触れて生じるということは、——生活全体に注意を向けると——良心的な人間でさえ必ずしも回避しえるものではないからである。しかし、そうすると、刑事罰は適切ではない。なぜなら、あらゆる者が帰せられるような責任には、刑事罰で有効に対処することはできないからである。被害結果を民事的に補

償すれば十分なのである。

86 軽微な過失の確定は、本質的に、軽率性について展開された基準を正反対の方向へ向けることによってなされる。それゆえ、重要な限界をほんの少し越えるにすぎない危険の創出は、社会的に承認された行為の場合には軽微な危険を基礎づけるが、社会的に是認されない行為の場合、それどころか結果的加重犯の場合には、基礎づけない。また、客観的な基準においては必ずしも軽度とはいえない過失でも、行為者に重大な処罰減輕事由が存在することにより、軽微な過失へ下がりうる。さらに、たとえ明文規定はなくとも、軽微な過失行為に対する無罪の要請は、すでに現行法上、そのような場合を期待不可能性という責任阻却事由の下に置くことによって、考慮することができる（詳細は、Rn.115ff.）。

第 10 節 過失犯と罪刑法定主義

87 どのような行為が過失なのか、法律には詳しく定められていない。しばしば、過失犯の構成要件は開かれており、それは裁判官の評価によって満たされるべき、あるいは少なくとも補充されるべきものと強調される。このことは、過失犯処罰と法的明確性の原則とは両立できるのかという問いを投げかける。裁判官が個々の事例においてはじめてとられるべき行為を確定するというを前提とすると、両者が両立できるのか疑問が生じうる。過失を、目的主義の立場からは当然視されるように、危険構成要件の「故意の」違反の点に、すなわち、例えば誤った追い越しや、優先通行の意識的な無視や、赤信号を無視しての通行などの点に認めるならば、法律で確定されていない犯罪記述がたいへんな数になり、その未完成性と抽象的な確定可能性の欠如が、過失犯の法的明確性についての重大な疑いを呼び起こしうる。他方で、過失犯の客観的構成要件は、対応する故意犯のそれと全く同じである（故意犯の場合は、主観的構成要件が付け加わるだけである）ということを描き出すことができる。このような視点においては、法的明確性に関して故意犯と過失犯とで相違

はなく、それゆえ憲法的疑念は根拠がないことになる。

88 衡量判断からは、過失犯は確かに明確性において故意犯よりも劣るが、憲法的要請には完全に合致するものであるという結論に至る。実際、過失を定めるための客観的帰属の基準が故意犯にも同様に適用される限りでは、過失行為と故意行為との間に違いはない。許された危険の範囲内にある「故意」は、対応する非故意行為と同様、帰属できない。しかし、明確性についての違いは、故意行為者は自分の行為をたいていの場合には自ら正しく法律に当てはめており、一義的な不許容性が通常の場合は容易に認識可能であり、また行為者にも認識されている危険を創出するということから生じる。これに対して、過失行為は、犯罪目的設定が欠けるので、帰属可能な限界領域に属することが、はるかに多い。つまり、ここでは、何がまだ規範の保護範囲の中であり、何がきわどいところで許された危険の向こう側にあるのか、というしばしば不明確な問題が、はるかに多く生じるのである。

89 それにもかかわらず、このことによって、法的明確性が十分であることに疑問が生じることはない。というのは、過失構成要件は国民に対して、無数の記述されない「危険構成要件」の獲得不可能な認識ではなく、法的評価に沿った危険判断を要求しているにすぎないからである。しかし、このような危険判断は、通常、個人にとって全くもって可能であるし、法規範（Rn.15ff.）、社会生活上の規範（Rn.18ff.）、信頼の原則（Rn.21ff.）、職業上の基準、管理命令、操作説明書、使用説明書（Rn.33）によって、さらに容易になるものである。そこから、素人は、ある行為が過失なのかどうかという問題について、たいていの場合、例えば、正当防衛や未必の故意の限界に関する問題よりも、専門的に判断できるのである。

90 もちろん、行為者に、自分が危険を惹起し、かつ過失で行為していることが、全くあるいはほとんど認識不可能な場合も、依然として数多く存在する。これは、例えば、彼に経験、知識または能力が欠けている

ためであるにせよ、あるいは彼の行為が法的に許容された危険の限界をほんの少し越えたにすぎないためであるにせよ、でもある。しかし、まさにそのような場合には、回避不可能な禁止の錯誤 (Rn.103ff.) だけでなく、主観的無能力 (Rn.107ff.) または期待不可能性 (Rn.115ff.) が、行為者の責任あるいは答責性を阻却しうる。したがって、過失犯における構成要件の明確性が故意犯の場合より劣っている限りで、それは、拡張された免責可能性によって十分補われているのである。

B. 違法性

第 1 節 基本的な問題

91 過失犯においても正当化事由が考慮されるということは、必ずしも自明のことではない。多くの正当化事由、とりわけ国家の強制権行使 (例えば、仮逮捕あるいは逮捕) の場合、どのような過失による構成要件実現がそれによって正当化されるべきかを表象するのは困難である。他の場合も、例えば緊急状態での抵抗の場合、社会的に是認された行為については、そうでない行為の場合よりも高度の危険が許される範囲に収まるため (Rn.37 参照)、結果の非故意的惹起は許された危険によりすでに構成要件該当性がないとする方が自然である。また、正当化事由を不要とする理由として、過失犯では構成要件と違法性が交錯していることを挙げることもできる。というのは、過失構成要件は「開かれた」ものであり (Rn.87)、一般的帰属判断によりはじめて補充されるべきものであるが、その一般的帰属判断は、具体的状況の考慮なしにはできないし、正当化事由に余地を残すような抽象的な犯罪類型を作り上げることを困難にするからである。

92 それにもかかわらず、過失犯においても正当化の可能性が認められる。少なくとも、正当防衛 (32 条)、緊急避難 (刑法 34 条、民法 228 条、904 条) および推定的承諾は、過失犯においても役割を演じている。非故意による構成要件実現の不可罰性は、少なからぬ場合において、正当化

状況を要件とすることでしか説明することができず、そこから構成要件阻却と解釈することはできない。

第2節 正当防衛

93 このことは、過失犯を二重に正当化しうる正当防衛を引き合いに出して説明するのが一番よい。まず、防衛措置の「意図しない効果」も、この効果が「正しく選択された防衛方法の典型的な危険に属する」場合（BGH NStZ 1988,408f.）、すなわち、「危険を孕んでいる防衛手段から生じた」結果にかかわる問題である場合（BGHSt 27,314）、正当防衛によってカバーされる。行為者が、正当防衛状況において、「装填されたピストルを殴る道具として使用することが許されていた」場合、殴った際に意図せずに発射された弾丸により攻撃者に与えられた重い傷害は、したがって、正当防衛によって正当化される（BGHSt 27,313）。ある者が、正当防衛状況において他人の左腕を手拳で殴ったが、その際意図せずに顎にも当たり脳震盪を生じさせた場合、この結果に基づいて、過失犯で責任は問われない（BGH NStZ 1988,408）。このような場合、非故意で引き起こされた結果は、まさに最初から典型的な危険であったので、構成要件該当性はある。基礎にある正当防衛行為がなければ、過失傷害が認められるだろう。32条によってカバーされる防衛の効果にかかわる問題であるという事情だけが、故意の防衛殴打とともにその非故意の結果をも正当化する（上述第15章,Rn.45も参照）。

94 次いで、判例によれば、過失による構成要件実現は、所与の状況において故意でも惹起することが許されていた場合、正当防衛によって適法と認められる。したがって、ある者が攻撃者を警告発砲によって制止しようとした際、誤って命中して彼に致命傷を負わせ、よって死亡させた場合、この過失致死は、たとえ故意で攻撃者を射殺したとしても32条で許容されていたであろう場合でも、正当防衛によって正当化される（BGHSt 25,229）。このような状況の場合も、それ自体過失行為を正当化する正当

防衛状況のみである。

95 正当防衛の事例において正当化は、防衛の意思あるいは少なくとも正当防衛状況の認識を要件とするかという問題については、争いがある。もちろん、行為者の認識が意図しない結果へ及ばなければならないということを要求することはできない。というのは、そうすると認識なき過失の場合、およそ正当化は問題にならないということになってしまうからである。しかし、正しくは、—— 故意犯の場合と同様に —— 正当化を肯定するためには、行為者が正当防衛状況において必要な正当防衛行為を行うことの表象によって導かれたということが要求されるだろう。上述の例（装填されたピストルでの殴打、腕への手拳での殴打、警告発砲）でも、その他の通常の場合でもこれが欠けることはない。

96 しかし、過失行為者が何か客観的に正当なことを引き起こしたが、正当防衛状況を認識すらしていなかったという事実関係も考えられる。「武器を不注意に取り扱っている際に銃が暴発し、それが攻撃者を負傷させたが、行為者は彼の存在を認識していなかった場合」や、何も知らない行為者が、「事故を装った自動車強盗の襲撃を、不手際で自車を強盗の車に突き当てることによって、最後の瞬間に回避した」場合である。このような場合は、正当化されない。しかし、構成要件実現は客観的には許容されているので、結果無価値が欠けている。行為無価値、すなわち過失の未遂だけが残るが、それは通常不可罰である。それゆえ、過失犯における主観的正当化要素は不可罰を認めるために通常は必ずしも必要ではないということは、通説にも合致し、結論的にも正当である。しかし、このことは可罰性についてのみ当てはまるのであって、正当化についても当てはまるというわけではないことは、必ずしも十分明確に強調されていない。

第 3 節 緊急避難

97 同様に、過失行為は緊急避難によっても正当化されうる。確かに、正

当な利益に役立つ行為の場合、構成要件を阻却する許された危険はその他の場合よりも多い（Rn.37）。しかし、救助目的で法規範の性質をもつ抽象的危険化禁止が違反される場合、正当化のみが問題になるだろう。したがって、さもなければ死亡するであろう事故の被害者を、かなり飲酒（315条c）しているにもかかわらず病院へ搬送するため車を走らせたが、飲酒状態のために他の道路使用者を負傷させた者は、過失で行為している。しかし、構成要件該当性的には230条の下に置かれた彼の行為は、34条により正当化される。同様のことは、ある自動車は生命を脅かす方法で反対車線を走行している自転車運転者に突然向かってきたので、著しい危険があるにもかかわらず歩道上へ回避して、実際に歩道上で歩行者を押し倒して負傷させたという場合にも当てはまる。

98 主観的正当化要素についても、正当防衛の場合と同じことが当てはまる。したがって、上述の例と同じように、行為者が、緊急避難状況と彼が追求する利益の本質的優勢を認識している場合、彼は正当化される。このような認識（例えば、歩道上を走行する自転車運転者が、彼に迫る自動車に全く気づいていない）が行為者に欠けている場合、確かに正当化は生じないが、結果無価値が欠けているので可罰性も生じない。

99 このことは、過失拳動犯にも当てはまる。Jescheck/Weigendは、過失拳動犯において行為者が不可罰となるためには、「正当化事由の与える権限を行使する目的で行為した」ことが必要であるという。そこから、酩酊状態で事故現場まで自分の運転無能力を考慮することなしに運転した者（316条2項）は、たとえそこで救助を行ったとしても、すでに運転を開始した時から救助を意図していたときにしか34条で正当化されないとする。このことは、結論としては正しいが、その根拠は、単に運転者が他の行為で救助する決意をしていなかった限り、その運転には客観的にいかなる救助効果も有しないということにあるのである。これに対して、ある者が316条2項の要件の下で救急車を病院まで運転した場合において、これによって人命が救われたならば、彼は自分が重傷者を運んだことを

知らなかった場合でも、正当化はされないが、しかし不可罰なのである。

第 4 節 推定的承諾および承諾

100 最後に、推定的承諾は、正当化事由として過失行為についてある程度役割を演じている。このことは、とりわけ医療行為について当てはまる。意識不明で、重傷を負った事故の被害者において、緊急手術を公道上でしかも不十分な器具で実行しなければならない場合、これは、医療法に適合しておらず、もしかすると健康上の被害が過失によって引き起こされうるかもしれない。しかしながら、この手術によってのみ生命を維持できた被害者の推定的承諾が前提されているので（第 18 章, Rn.24f. 参照）、正当化された行為が存在するのである。

101 これに対して、過失行為に対する承諾は、広く行きわたった見解とは逆に、正当化の問題ではないと考える。この問題は、本書で主張した理論によれば、承諾は、正当化事由ではなく、構成要件阻却事由であるということからすでに生じているからである（詳細は、第 13 章, Rn.2ff.）。それは別としても、承諾は稀な場合にしか存在しない。というのは、争いはあるが正当な見解によれば、承諾は、過失行為者に由来する危殆化だけでなく、不法を本質的に共に基礎づける結果にも及ばなければならないが、自己侵害に対する承諾は稀にしか証明できないからである（これについての詳細と承諾が注意の要求の減少かで激しく揺れている判例については、第 11 章, Rn.105ff.）。行為者が、単に危殆化にだけ「承諾した」場合、「同意に基づく他人危殆化」が問題となっている。これが、規範の保護目的という観点の下で、どういう場合に客観的構成要件への帰属を阻却するのかは、すでに詳述してある（第 11 章, Rn.105-110）。そこを参照していただきたい。過失による侵害結果に対する現実の承諾があるわずかな場合も、過失構成要件の保護目的に含まれず、すでに客観的構成要件への帰属を阻却する。それどころか、軽微な侵害に至るスポーツの規則違反は、いまだ許された危険の範囲内にある場合もしばしばある。

C. 責任と答責性

第1節 一般的責任阻却事由

102 過失が責任形式として考えられていた限りで（Rn.3）、個々の責任阻却事由を明らかにするきっかけは存在しなかった。というのは、責任とともに過失それ自体が消失したからである。しかしながら、過失が構成要件の帰属の問題と認識されるようになってからは、一般的責任阻却事由が過失犯においても適用可能であることが判明した。したがって、当然のように行為者の責任無能力（20条）は過失行為による処罰をも阻却する。緊急避難（35条）が故意による第三者侵害を免責する場合、これはいよいよもって過失行為にも適用しなければならない。それどころか、過剰防衛（33条）の場合、正当防衛の限界の過失による超過は、故意による過剰よりも頻繁に起こる。

103 禁止の錯誤（17条）の規定を過失犯に適用することだけは、若干の困難を来す。というのは、禁止の錯誤は、通常構成要件の故意を前提条件とし、その提訴機能が回避可能な禁止の錯誤において故意処罰を正当化するからである。しかし、構成要件の故意は、過失犯の場合必然的に欠けるのである。

104 認識ある過失の場合、この問題は容易に解決できる。なぜなら、行為者は常に構成要件実現の可能性を認識し、そしてすでにそこから、法律に従った行為への動機を得ることができたはずだからである。行為者が、自分自身が許された危険の程度を超え、また構成要件を実現するかもしれないことを（未必の故意なしに）認識しているが、錯誤により正当化事由でカバーされると信じている場合、禁止の錯誤がある。そのような場合としては、例えば、ある医者が、宴会からさほど重病ではない患者のところへ呼ばれ、彼には事故を起こすかもしれないということが明らかであったにもかかわらず、完全に運転不可能な状態で運転する場合がある。彼

がその事故は起きないと信頼し、その他の点では錯誤により緊急避難 (34 条) で正当化されると信じていたが、彼の運転無能力状態により死亡事故を引き起こした場合、認識ある過失における禁止の錯誤の状態にある。この錯誤が回避可能であった場合、過失致死に対して下されるべき刑 (230 条) は、49 条により減軽されうる。例えば、宴会に参加している多くの弁護士がその医者に誤ったことを教えたので、錯誤が回避不可能であった場合、過失致死は責任阻却され、不可罰である。

105 認識なき過失の場合、行為者は構成要件実現の可能性を認識していないので、このような理由から彼は不法の意識を持ちえない。しかしすでに、構成要件の認識の欠如が、(間接的に) 違法性の意識を阻却するので、本来の、錯誤による法的評価に限定された禁止の錯誤は不可能であるように見える。それにもかかわらず、認識なき過失の場合も、構成要件の認識の欠如によって覆い隠されているだけの禁止の錯誤がある。この錯誤は、行為者が構成要件実現の可能性を認識していたと仮定した場合、独立の考慮に値し、可視的となる。例えば、ある者が何も盗らずに逃走している窃盗犯人を警告発砲により制止させようとしたが、その際不注意のため彼の足に命中した場合、これ自体が過失傷害による処罰を正当化する。しかしながら、行為者が故意による足への発砲も逮捕目的であれば許されると信じており、彼は警告発砲で正当化されると考えた行為よりも小さい行為を行うつもりであったという場合、これは行為者を寛大に扱わなければならない禁止の錯誤である。というのは、故意行為の場合に責任を減少させる何かは、過失行為の場合も同じでなければならないからである。通常の場合について認められるべき禁止の錯誤の回避可能性は、構成要件実現の仮定的表象を持つべき警告機能から生じる。しかし、その錯誤が、(例えば、誤った法的助言のため) 回避不可能であった場合、故意による足への発砲の場合と同じように、免責されなければならない。

106 認識なき過失における禁止の錯誤は、行為者が危険の不許容性のもととなる法規範を認識していないという方法でも、特に頻繁に生じ

る。それどころか、「注意規範の内容を確定」することが困難であるため、Armin Kaufmann は、過失は「禁止の錯誤の専門領域そのもの」と述べている。例えば、ある者が、市街地を（50km/hではなく）70km/hで走行していることに気づかずに、この速度での走行が錯誤によって許されていると考えていた場合、速度超過違反により生じた事故は過失によるものであるが、禁止の錯誤においても引き起こされている。というのは、行為者は許された危険の限界を誤って設定し、それにより禁止されていたことを構成要件該当性がないと思っていたからである。たとえ、彼が意識的に70km/hで走行し、事故の可能性を甘受していた場合でも、禁止の錯誤は彼の責任を減輕する。そういうわけで、過失行為の場合もそうする他ないのである。

第2節 付加的責任阻却事由

1. 個人的無能力

107 上述の責任阻却事由の他、行為者の個人的無能力も過失行為による可罰性を阻却することが認められている。それどころか、広く行きわたった少数説によれば、無能力はすでに構成要件実現を妨げる。支配的であり、その限りでは本書も支持する「二段階説」によれば、無能力は、確かに不法を阻却しないが責任を阻却する（詳細は、Rn.46ff.）。したがって、行為者が、過失行為により可罰的であるためには、規範の保護範囲にある許されない危険を実現しただけでは足りない。許されない危険の創出と保護目的関係とが彼にとって主観的に認識可能であったこと、およびその結果が回避可能であったことがなければならない。

108 したがって、例えば、未経験のため自分の行為により発生する交通の危険を認識することができず、また運転実習をしていないため差し迫っている構成要件実現の危険を回避することができない自動車教習所の生徒が交通事故を起こした場合、この生徒は免責される（OLG Hamm VRS 56[1979],347 参照）。もちろん、このことは、自動車教習所の教員が適時

に介入することができた場合、この教員の処罰を阻却するものではない。また、経験豊富な自動車運転者が、「ほとんど気づかぬうちに進行していた老衰により運転無能力になり」、この彼には認識不可能な欠陥のため、ある日重大な事故を引き起こしたという場合も、この運転者は免責される。さらに、老齢に起因する短期記憶不全により、重要な情報をすぐに忘れてしまい、それにより被害を引き起こした者や、乏しい判断力のため誰でも一度は巻き込まれる複雑な状況に対処することができない者 (RGSt 22,163;RGJW 1928,1505 参照) なども免責される。

109 たいていの場合、すでに自分の落ち度により惹起した危険の個人的な認識不可能性は、結果の主観的回避不可能性に至る。したがって、この結果の主観的回避可能性に独立の意味はない。しかし異なった場合もありうる。例えば、ある者が運転中に心筋梗塞や脱力状態の発作を被った場合、彼は、事情によってはそこから生じる危険を十分認識することができたが、それを克服する能力をもはや持っていないということはある。この場合も行為者は免責される。

110 しかし、身体的・精神的性質の認識された、あるいは認識可能であった欠陥は、通常、行為の時点で結果が回避不可能な場合でも、引き受け過失を基礎づけるのであるから (Rn.34,36,47,52)、重要な意味は、主観的認識可能性あるいは現実に認識したことにある。自分の老齢、病気あるいは弱視によりもはや道路交通の要請に対応することができないことを知っている者は、彼の無能力から場合によっては生じるかもしれない法益侵害を、すでに運転を開始する際に認識することができるし、運転の断念により回避することができる。事故の時点における回避不可能性は、もはや彼を処罰から解放することはできない。すでに運転の引き受けに過失が存在するのである。

111 引き受け過失の法解釈上構築された概念は、いまだほとんど研究されていない。引き受け過失は、構造的に過失の原因において自由な行為に

対応するが、行為者が行為の時点で20条の意味においてではなく、「単に」個人的能力の意味において責任無能力であるという点が異なる。過失を基礎づけるために、場合によってははるか昔のことである行状責任をもち出すとすれば、この法解釈上構築された概念は、法治国家的に憂慮すべきものとなりうる。例えば、手術に際して十分な能力が欠けているため満足のいく手術ができなかった外科医が、かつて医学についての専門教育を必要な熱意をもって受けなかったことや、道路交通規則を知らずに運転する者が、自動車教習所での学科教習を十分注意して聞いていなかったことをもち出すなどである。このような懸念は、許されない危険行為の開始以前へ遡ることはせず、その外科医が手術の準備にとりかかった時、自動車運転者が運転を開始した時などに、彼らが引き受けた任務を果たす能力がないことを認識できたかどうかという点だけを問題とすることによって、払拭することができる。そうすることにより、過去における懈怠によってではなく、このことによってのみ、責任非難は基礎づけられるのである。

112 したがって、個人的無能力は、引き受け過失により境界線が引かれた——比較的狭い——範囲内においてのみ免責される。それにもかかわらず存在している故意犯との関係において責任阻却の可能性を拡張することと、実定法の文言を超えることは、責任主義に直接立ち戻ることにより正当化される。行為者に対して、異なる行為をすることができたのではないかということを非難することができない場合、必然的に責任を阻却する。故意行為に向けられた実定法の責任阻却事由はこのような場合を含まないということは、何の変更もない。というのは、故意犯の場合、行為者が構成要件実現の可能性を認識し、回避ではなく、まさに惹起しようとしているので、そのような責任阻却事由の可能性は問題にならないからである。

113 実務では、過失責任を確定する場合において、個人的な認識可能性や回避可能性をさらに検討することなしに過失の不法から直接、行為者

の責任を推論させることにより、基本的に認められた個別化基準が必ずしも徹底されているわけではない。例えば、知能の程度が低く、そのため行為の時点で結果回避能力のない行為者の引き受け過失は、行為者の知的な欠陥が、自分の無能力を認識することさえも、はじめから妨げているのではないかという当然の問題を追求することなしに、簡単に肯定されている (BGHSt 10,133)。また、連邦通常裁判所も、21 条の状態で自分が創出した危険を、事情によってはもはや認識することはできなかった酩酊した行為者に「十分すぎる特権を与えること」を「実質的に不当なこと」としている (BGH NStZ 1993,33)。他方で、故意犯の場合のように、過失犯の場合も、不法が責任を指し示す。したがって、身体的・精神的欠陥、認識の欠如あるいは状況の特別な困難性に対する徴候が何もない場合、行為者は過失の客観的基準を主観的にも考慮に入れることができたであろうということを前提にすることができる。

114 その他に、性格の欠陥が責任を阻却しないという場合にのみ「個別化の限界」がある。したがって、行為者は、自己の個人的無能力を基礎づけるために、自分が無謀な、無頓着な、軽率な、あるいはうわべだけの人間であるから仕方がないということを引き合いに出すことは許されない。しかし、その他の点では、「行為者の知能、教育や経験知識並びに性別、年齢その他の身体的事情」は、例えば行為の時点での過労や異常な興奮も、個人的な認識可能性と回避可能性を検討する際、考慮しなければならない。

2. 期待不可能性

115 主観的無能力と並んで、現在では例外なく期待不可能性が、過失行為において責任を阻却するものとして認められている。このような展開の出発点となったのは、暴れ馬事件 (RGSt 30,25) である。この事件は、ある御者が「暴れ馬」として制御不能となる傾向のあることを知りながら、その馬を使って走行させていたところ、実際にこの馬が通行人に足の骨を折る重傷を負わせた。御者には、自らが引き起こした「危険の認識」(前

掲,27) が決して欠けているわけではなかったにもかかわらず、帝国裁判所は、彼は同様にその馬の欠陥を熟知していた彼の雇い主の命令に従って行為していたのであり、もし服従拒否をしたならば失業を覚悟しなければならなかったということを理由に、無罪判決を下した。「したがって、割り当てられた馬を使用することにより…他人を傷害する可能性を認識しながら仕事に従事することよりも、雇い主の命令に従わず職を失うことを甘受することが、Aに義務として期待しえたのか、それとも彼は傷害の危険の考慮を後回しにしてよかったのかが、検討されなければならないのである…」(前掲,28)。

116 現在では、労働法上の理由から行為者がこのような強制状況に置かれることはもはやありえず、彼は過失傷害で処罰されうるであろう。しかし、当時の状況を前提とすると、過失不法は依然として肯定できる。というのは、必ずしも少なくない危険が存在し行為者もその危険を認識していたことに鑑みれば、許された危険を肯定することはできないからである。また、職を維持する利益が第三者の健康の危殆化を回避する利益よりも優ることは決してないので、正当化的緊急避難(34条)も認められないからである。しかしながら、この事例は、少なくとも35条とは親密な関係にある。というのは、経済的な生存の基盤を失うおそれは、「生命、身体または自由に対する危険」の場合に予想されるのと同じような重大な損失を意味するからである。このような過度の責任減少は、不法の観点からすると必ずしも小さいとはいえない過失を、軽微性の段階へ下げるものである。35条は、故意犯を念頭に置いているので、当罰性が低い過失行為の免責を、生命、身体または自由に対する危険がある場合の他、他の重大な危険がある場合にも慎重な類推適用によって及ぼすことは正しい。それゆえ、期待不可能性は、正当にも故意犯の場合には狭い35条の限界を拡張する。

117 このことが正しいならば、過失がその他の種類の著しい責任減少によって軽微と考えられる場合にも、免責されなければならない。このこ

とは、特に主観的無能力に近接する、行為者にとって他行為は全く不可能ではないが著しく困難であるという事例に当てはまる。それは、夫の重大な事故の知らせを聞いたある夫人が、事故現場へと急いだが、その際、興奮のあまりアイロンのスイッチを切り忘れ、それにより火事になったという講壇事例にみられる。また、直前に妻が死んだ病院に、父親が子供を適時に連れて行くのを怠ったという場合も、それは同様のショックに基づくものである。正当にも、RGSt 36,78 は、この事例にも期待不可能性を認めている。もっとも、この 2 つの事例は不作為に関係するものである。しかし、ここには、行為者が驚きのあまり自分の落ち度なしに生じた、思いがけない道路交通上の危険について不適切な反応を示すというしばしば起こる状況も属する。全事例群について免責が認められる理由は、この事例群が主観的無能力の限界領域にあり、答責性阻却が主観的無能力の確定に際して必然的に現れる不確実さを補整することもできるという点にもある。

118 正当にも、路面電車の車掌の過失が誤りのある服務規程に従った点にのみあったという事例においても期待不可能性が認められている (RGSt 74,95)。この事例は、回避不可能な禁止の錯誤の限界線上にあったのである。同様に、過失行為が 20 条または 33 条のそれに近い意識状態で行われた場合も、その過失行為を免責することができるであろう。

119 さらに、過失の軽微性が、不法の限界をほんの少し越えたにすぎないということに基づいている場合も、答責性の阻却を肯定すべきである。注意深い者自身が、危険な仕事や道路交通において、許された危険の限界をほんの少し越えたにすぎない場合や、小さな不注意について責任があるにすぎない場合、それはまだ刑法上の当罰性には至っていない (Rn.85f. 参照)。生涯にわたって機械のような正確さを要求することは、期待不可能なのである。

120 期待不可能性の射程範囲についてだけでなく、責任および答責性の

範囲内でのそれに対する正確な分類についても争いがある。時折、判例においても、無能力と期待不可能性は明確に区別されずに用いられている。それは、両者が、とりわけ責任減少による軽微性の領域（Rn116 – 118）で密に接しているという限りでは理解できる。しかし、それは正しくない。というのは、無能力は、責任に関するもの、つまり行為者はおよその他の行為をすることができたかどうかという問題に関するものであるのに対して、期待不可能性は、（減少した）責任が存在する場合において、予防の観点から処罰の必要が欠けることにより、刑法上の答責性のみを阻却するものだからである。

121 また、期待不可能性は、過失犯において、独立の（超法規的な）責任阻却事由と認めるべきなのか、それとも「主観的注意義務の限定」の問題なのかについても意見の相違がある。しかしながら、これら2つの分類は両立不可能ではない。というのは、確かに、期待不可能性は、過失的で有責な行為の答責性を限定するものではあるが、それは軽微性という独自の根拠をもつものであるから、独立の責任阻却事由の性格が排除されるものではないし、それを原則的に認めることは現在では慣習法上保障されているからである。

（たにわき・まさと 桐蔭横浜大学准教授）