

タイトル	過失における不法要素としての主観的注意違反(上)
著者	モース, ラインハルナ; 吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 41(2): 347-363
発行日	2005-09-30

過失における不法要素としての

主観的注意違反（上）

ラインハルト・モース

吉田敏雄（訳）

目次

一	序	四・1	心理学的存在次元と規範的責任概念
二	学説の状況	四・2	期待可能性からの分離の帰結
三	不法の主観化	四・3	軽微な責任における行為無価値と心情無価値
三・1	故意との対比	四・4	責任能力からの独立性
三・2	注意義務の個別化	四・5	責任における主観的構成要素の二重の地位
三・3	不作為犯との対比	五	犯罪概念の他の要素への影響
三・4	未必の故意と認識のある過失	五・1	客観的帰属への地位
三・5	特別の知識と注意義務	五・2	正当化事由の位置
三・6	引き受け過失（以上本号）	五・3	正当化事由の主観化
四	責任の規範化	五・4	「刑罰で警告された行為」の制裁前提

一 序

過失犯の理論を巡る被祝賀者の功績は知られている。一九七四年に公刊された過失犯の書物⁽¹⁾において、そして、その前の、一九七三年のオーストリア裁判官協会のオッテンシュタイン研修セミナー⁽²⁾において、ブルクシュタラーは「新しい過失理論の概要」を紹介した。オーストリアでは、過失は歴史的にはテレジアナ（一七六九年）における非正規の刑罰（*poena extraordinaria*）への配置によつて、及び、ヨゼフィーナ（一七八七年）以来、こういった犯罪を違警罪（*Polizeiübertretungen*）に整序することで、一般的犯罪概念としては未発達に止まっていた。⁽³⁾一九七五年まで効力をもった、過失を代表する旧刑法三三五条の規定はこれらの違警罪に由来するものだった。過失は、行為者に認識可能な、生命の安全の抽象的危殆化だったのであり、侵害結果は客観的処罰条件だったのである。ブルクシュタラーはドイツで承認されている体系を出立点とした、すなわち、過失の基礎には二重の注意違反がある、つまり、一方で、客観的な、一般的に拘束力のある注意義務に違反する行為、他方で、行為者の特別の、主観的可能性を基準とするこの義務の侵害。ブルクシュタラーの詳細

述によると、⁽⁴⁾ドイツにおける完全に通説的、現代の過失理論においては、客観的注意違反は不法構成要件に属し、主観的注意違反は責任に属するということで一致が見られる。

被祝賀者はこの理論的基本構想を、過失において故意におけるのと同じく責任形態しか見ない、オーストリアの伝統的見解に対置・貫徹させたのである。⁽⁵⁾ブルクシュタラーは、客観的に命令された注意の遵守は許された危険の部類に入り、正当化事由であるとのリットラー、ノヴァコフスキー及び、グラスベルガーの折衷的見解を反駁し、⁽⁶⁾問題となっているのは構成要件における禁止された行為であるということを精密に論じた。過失概念を構成要件と責任に分割することにより、故意と過失に対する単一の犯罪概念はもはや存在しないこともはっきりとした、⁽⁷⁾というのは、伝統的、古典的理論によると、犯罪を作り出す不法構成要件は、故意に対しても過失に対しても、結果とこれを惹起する、法的に中立な行為から成り立っていたからである。犯罪概念の両形態の違いは、責任態様にしかなかった。さらに、犯罪概念の単一性は、目的的行為論の結果として、故意が構成要件に移されることで破壊されたのである。⁽⁸⁾そうになると、故意も過失の注意違反の客観

的部分も、不法を、単なる結果惹起を越える新しい行為概念によって基礎づけるという同じ機能を果たすことになった。しかし、行為不法の内容はそれぞれ異なっていた。これにより、ブルクシュタラーはオーストリアにおける現代過失理論の基礎を築いたのである。

ただし、過失では、主観的注意違反が責任に残ること、古い体系の残滓に手が着かなかった、他方、故意が責任から構成要件に移されることで、それまでの責任概念との完全な断絶が生じたのである。故意犯では、責任は、行為者の存在事象への心理学的関係から解放され、完全に、行為者の価値態度という心理学的要素（責任能力と不法の意識）並びに法に誠実な行為への努力が欠けていたことの非難（期待可能性）に限定されたのである。これに対して、過失犯では、責任は依然として両観点、つまり、心理学的存在次元と価値次元を包含したのである。

新しい過失理論は、まず、注意違反の客観的部分を不法構成要件に移したのである。客観的注意違反行為の詳細な定義、特に、客観的結果帰属における危険関連の理論の展開による

構成に、被祝賀者の特別の関心が向けられたし、向けられている、このため、その名前は国際的にも現代過失犯論と結びついているのである。⁽⁹⁾

二 学説の状況

主観的注意が責任に属することは、ブルクシュタラーにとつて⁽¹⁰⁾、又、オーストリアの通説にとつても⁽¹¹⁾、客観的注意違反が不法構成要件に属するのと同じく、自明のことである。そのことは、刑法六条がその過失の法律定義で二重の注意違反に触れていることから、はつきりしているように見える。

しかし、過失の両要素をこのように分割することは、通説が思うほど、昔から自明のことだったというわけではなく、逆に、主観的注意違反は行為不法に組み入れられるべきなのである、何故なら、そうすることが、様々な理由から、いつそう大きな首尾一貫性をもつからである。この見解はますます認められるようになっていく。それは、オーストリア刑法ではとりわけトリフテラー⁽¹²⁾によって、ドイツでは重要な、そして増えつつある学説によって支持されており、⁽¹³⁾スイスでは完全に通説となっている。⁽¹⁴⁾ 両隣国では法状況がオーストリア

とは異ならないから、オーストリア通説ははじめから絶対的説得力を主張できるものではない。

刑法六条から直ちに両過失要素が不法と責任に分かたれることにはならず、ただ通説がこの分割を主張しているだけである。命令された注意とその遵守への個人的能力を直接並立させている刑法六条の条文構成からしてすでに、当為と能力の機能的一体性が認識できるのであり、それは、両要素は責任において一体を為すという法制定時の見解にも相応するのである。立法資料を見ると、注意義務とそれを遵守する個人的能力が責任非難を基礎づけるとされている。⁽¹⁵⁾例えば、フォレッガーも、刑法の起草者の一人であるが、法律施行後な数年の間、刑法六条を全体として責任に帰属させたのである。⁽¹⁶⁾

イエシュックは刑法六条をブルクシュタラーと同じ意味で理解している。イエシュックには、過失の複雑な法律定義は「刑法理論の言葉に直すと」構成要件と責任への分割を意味する。⁽¹⁷⁾構成要件は過失では客観的範疇として理解されるべきであり、責任は主観的範疇として理解されるべきである。基礎付けのために、イエシュックはツイップとともに、一体と

なつて不法へ移すことは「主観的誇張」だというのである。⁽¹⁸⁾目的的行为論による不法の主観化がもちだされ、この主観化はなるほど支持できるが、しかし、故意に限定されなければならぬと言っているのである、目的的行为論の創始者であるヴェルツェル自身もそう主張したのであるが。⁽¹⁹⁾不法の主観化の根拠が目的意志によつて因果的行为を結果へと被覆決定するところあつたとすれば、それは過失には欠けている。リットラーも、不法概念は客観的にしか理解できないという自己の理論に基づき、一方で、ヴェルツェルのした客観的注意違反を「不法要素」に組み込むことに賛成できたが、他方で、故意を構成要件に移すことには猛然と反対した。⁽²⁰⁾主観的過失は新古典主義的犯罪概念の延長上では責任にあり続けたのである。このことから明らかになることは、不法が主観的要素を全く含まないか、せいぜい故意犯でそれが許される、他方で、主観的犯罪要素の祖先から受け継いだ砦としての責任が価値を低下させられるという命題、これに過失の分割問題はおおよそのところ依存しているということである。⁽²¹⁾

ブルクシュタラーはトリフテラーの反対意見を拒否するに当たつて、さもないと過失責任が空洞化し、不法からの分離

が疑問視されることになるということで自己の体系を正当化するキーナツペフル／ヘッペル⁽²²⁾を引証している。もちろん、その前提には、不法と責任はこれでしか、そして他の方法では分離できないということが、特に、責任は存在関係の心理学的要素なしには実体をもはやもたないという考えがあるのだが、しかし、これは先ず根拠づけられねばならないことである⁽²³⁾。さらに、キーナツペルの出立点は、新古典的体系と同じく、不法は基本的に客観的要素だけを含む（未遂と結果の切断された犯罪における拡張された故意は例外）、心理的要素は責任に属するということであるが、しかし、これは故意犯ではブルクシュタラー⁽²⁴⁾と通説の見解では異なっている。主観的過失を責任に放置することは新古典的理論の痕跡である。それは道中場に止まっているのである⁽²⁵⁾。

三 不法の主観化

1 故意との対比

過失犯において不法を主観化するための本質的論拠は、その間に一般的に認められた故意犯における不法の主観化にある。両者の間に犯罪構造において対称性があり、それはやむを得ない理由がない限り放棄されてはならない。行為不法の

一体的理解が問題となっており、これは故意犯では客観的及び主観的要素を含むのである。それはなるほど故意犯ではすでに次の理由から必要になる、つまり、行為に内在する、結果発生に対する法的に認識されない危険はそもそも故意によつて初めて認識可能であるということである、他方、過失では、特定の結果に対する危険はすでに行為の客観的注意違反によつて性格づけられる。しかし、故意犯の目的的行為は行為不法の概念を経由してずっと前に不法の主観化に発展した。行為の目的性はもはや決定的でなく、不法構成要件への主観的構成要件の組み込み一般が問題なのである。行為不法⁽²⁶⁾というのは、人の行為の客観的、主観的次元を把握する人の不法である。過失犯において結果を回避するための個人的能力は、故意犯において結果を生じさせるための行為者の認識と意欲による行為操縦と同じ機能をもっている⁽²⁷⁾。

適切にも、キーナツペル／ヘッペルは、過失の客観的要素と主観的要素を先ずひとまとめに説明している、それは両要素が一緒になつて過失の定義を構成するからである、他方、刑法六条が触れている期待可能性だけが独自の機能を果たす⁽²⁸⁾。けれども、キーナツペル／ヘッペルは後の章で主観的

料 部分を責任に配分している。⁽²⁹⁾したがって、両名は、故意は責任に属するという、自己のなお主張する、伝統的体系との体系的整合性を保っているが、しかし、前に印象的に記された、客観的及び主観的過失という単一の概念複合体を裂いているのである。

2 注意義務の個別化

客観的注意は、誰にでも向けられた、注意義務に違反することの一般的禁止であり、注意義務は、実定化された注意規範から、あるいは、ブルクシュタラーが明確にした、行為者の立場にある洞察力のある且つ思慮深い人という「差異化された基準像」への要請から、各事情に応じて定まる（刑法六条）⁽³⁰⁾。この抽象的「基準像」は注意義務遵守能力が類型的にあるものと見なされるのであり、通例を特徴づける。誰もが義務を最善を尽くして遵守するように要請される。しかし、一般的義務が、当該者を専ら個人的に「義務づけることができる」のは、当該者が、一般的注意義務を自己の個人的精神的及び身体的能力からして果たすことがそもそもできた場合である（刑法六条）、⁽³¹⁾というのは、自己の力を越えては誰も義務づけられないからである（*ultra posse nemo obligatur*）⁽³¹⁾。

主観的能力にはとりわけ行為者の個人的経験及び認識力による結果の予見可能性が属する。⁽³²⁾注意義務の主観化は客観的注意義務の積極的義務要請を補充する。それ故、主観的注意義務は一般的注意義務の個人化以外の何物でもない。それは、「一般から特殊へ」の二番目の段階で、不法における注意義務の修正的精密法定化である。それは責任が前提とする義務の一部である。

様々な論者が正当にも示唆しているのだが、不注意行為の禁止は、命令規範として、ないし具体的にかかわる者の行為操縦への規範命令として理解されるべきであり、それはこの者に自己の実行可能な行為要請を遵守することを訴えるのである。⁽³³⁾それは先ず、形式的、客観的評価に限定されない、社会の一般的意識のなかに源があり、規範に精神的、身体的に遵守できるすべての者に話しかける不法に係る。⁽³⁴⁾

この結論には、広く行われている、「回避義務違反」としての過失の定義も到る⁽³⁵⁾。禁止されるのは回避可能な結果危険の非回避である。回避可能性は最終的には具体的人物に依存する。この者が結果惹起を避けられないなら、この者に回避義

務はない。社会的に堪えられない失策行為が問題となっていないのではない。⁽³⁶⁾

行為者の一般的注意義務遵守の個人的能力を含めることが一般的基準の明確化を無視することになるはずがない、⁽³⁷⁾なぜなら、主観的能力は客観的義務に基づき、客観的義務は下に向けてのみ限定され、あるいは、必要とあれば、特別の能力がある場合、例外的に上に拡張されるからである（参照、三5）。一般的義務それ自体の存立と調査の二段階制には変わりがない。これをオーストリア刑法六条は定めている。⁽³⁸⁾この客観的要素と主観的要素への二分割は専ら不法の内部で行われるのであり、不法と責任に分かたれるのではない。一般的基準の法治国上及び一般予防上必要な機能は依然として維持される。一般的基準がないなら、個別化は関係点が無くなり、過失の構成要件該当性は主観的なものの中に溶解してしまう。

構成要件における義務の主観化による個別化に対して、擬制的「差異化された基準像」という客観的基準はそれ自体ですでに、実際の状況にある具体的行為者に向けられる、広範

囲の個別化を含んでいるとの批判があるが、それは有効でない。この具体化は、依然として、一般的、客観的義務、行為者の特別の地位にある誰にも当てはまる義務に関係している。基準は特定の類要素によつて差異化される。この「種」は主観的能力を徴表する。しかし、それはこの行為者の現実の主観的能力をまだ考慮していない。更に一步進めて、徴表された主観的能力の検証が行われる。これによつて義務づけられた規範の領域が見捨てられるのではない。規範違反の責任は別の問題である。客観的注意義務の具体化と行為者の義務履行の主観的能力が一緒になつて注意義務を構成する。

それ故、この一体性の故に、実務が時に、客観的義務の具体化を逆に責任における主観的義務のところで検証する傾向にあることは驚くに足らない。⁽⁴⁰⁾これによつて、分離理論の実践的重要性が回避され、そのために、理論の猛度が生じない。ブルクシュタラーは、なるほど、この混合に警告を発しているが、⁽⁴¹⁾しかし、それでも明らかになるのは、行為者の客観的義務遵守の主観的能力が客観的義務とともに機能的一体性をなすということであるが、ただし、両要素のこの結合は不法構成要件において行われるべきなのである。

類似の傾向は、主観的義務はそれ自体として再度「基準人」の尺度によって客観化されるべきということから出立する通説の一部にも見られる。例えば、キーナツペル／ヘツペルが要求しているのだが、行為者は主観的領域において「基準人」の能力の「最低基準」を請け負わなければならないと⁽⁴²⁾。このことは、すでに前に検証された、不法構成要件の差異化された基準像と結びつくこと、あるいは、主観的注意違反の領域で後に初めて検証されるべき期待可能性の拡大に帰着する、もつとも、期待可能性ないし非難可能性は過失の主観的構成要件とは直接の関係が無く、これを前提とすることは正しく認識されている。主観的能力が客観化されるほど、それは客観的能力に近づく。ブルクシュタラーも正当にも、そうなること「客観的注意違反に対する独自の主観的注意違反が実際には放棄される」ことになるという理由から、主観的なもののこの客観化に反対するのだが⁽⁴³⁾、ここでまたもや認識できることは、主観的注意違反においては実際には客観的義務の個別化が問題となっているということである。

3 不作為犯との対比

真正及び不真正不作為犯では、行為者の実際の個人的可能

性、知識、能力及び経験による命令された結果回避ないし行為への行為者の個人的能力は構成要件に属する。その基礎付けは、「できないことを義務づけることはできない」の原則から来る⁽⁴⁴⁾。個人的無能力は命令からその効力を奪う。責任における期待可能性からの必要な区別もここでは問題を生じさせない。

過失犯の主観的注意違反でも、事は異なつてはならない⁽⁴⁵⁾。なるほど、過失犯では行為者は必要な注意を怠るけれども、過失犯自体は不作為犯ではないのは、過失犯は介入への一般的行为命令を定めているのではなく、注意違反の作為又は不作為の禁止を定めるからである⁽⁴⁶⁾。過失における結果危険の回避ないし認識、支配の能力は、概念的には、不作為犯における行為義務・保障人義務の現実の履行可能性と完全に同一というわけではない⁽⁴⁷⁾。しかし、個人能力の基準による客観的義務の限定原理は両者に当てはまるし、比較しながら、過失の構造に転用可能である。

4 未必の故意と認識のある過失

通説によると、過失では、主観的要素は責任に数えられる

から、認識のあるあるいは認識のない過失は犯罪概念のこの段階で初めて可能である。これに対して、故意犯では、ブルクシュターも主張する主観的不法論によると、主観的要素は不法構成要件に属する。⁽⁴⁸⁾ 未必の故意と認識のある過失は直接隣り合わせの関係にある。それどころか、「可能だと真剣に考える」（刑法五条一項二文）の認識程度は両者で一致するのであり、そうすると、違いは意欲にしかない。⁽⁴⁹⁾ 行為者は未必の故意では結果発生に甘んずるが（刑法五条一項二文）、認識のある過失では、結果発生 of 危険は実現しないものと信ずる、又は、それは行為者にはどうでも良い。両法形象は個別事例で主観的危険計算を考慮してのみ区別できるのである。何がむしろ故意における意欲的危険引き受けを支持し、何が軽率、無関心又は場合によって向こう見ずな、危険の非実現への信頼を支持するのか。意欲と非意欲の間の移行は流動的である。故意ではこの考量は主観的構成要件で生ずるべきであるから、認識のある過失は不可避的に構成要件に組み込まれる、両者を不法と責任に分割することはできない。

そもそも認識のある又は認識のない過失があるか否かという調査がすでに一体を為している。危険を認識する程度は主

観的注意義務違反の体系的一体性を粉碎しない。それ故、故意への区別が問題ない場合でも、認識のある過失と認識のない過失は、認識のある過失を故意から区別する難しい事例におけるのと異なった地位をとるはずがない。認識のある過失は不法構成要件に、しかし、認識のない過失は責任におかれるという逃げ道は、構成要件と責任の間に分けることの問題性をいつそう明らかにするだけである。⁽⁵⁰⁾

5 特別の知識と注意義務

通説によると、特別の危険についての個人の特別知識は注意義務への相応のより高い要請を基礎づける。⁽⁵¹⁾ 知識が責任に属すべきならば、このことは、不法に拠るよりも、責任によってより高い義務性が基礎づけられることを意味する。しかし、犯罪概念の体系論理からするとそういうことはありえない、責任というものは不法の範囲内で動くからである（所為責任）。したがって、特別知識は注意義務を高めるというそれ自体正しい命題は、この義務が行為不法に属することを条件づけるのである。行為者の認識を、ある場合には、行為者の責任軽減のために責任に、ある場合には、負責拡張の特別知識にあつては構成要件に分離帰属させることはできない、何故

なら、どちらの場合も主観的負責決定注意違反が問題となっているからである。

故意の認識要素と一致する当該者の現実の特別知識は、過失が通常出立点とする単なる予見可能性以上のものである。特別知識は、認識して危険を冒す行為者の実際の予見によって一般的予見可能性を精密化するのである。換言すれば、危険を回避するための構成要件の注意義務は、認識のある過失では、結果危険を知っている者に依拠して定まる。⁽⁵²⁾ 非遵守は社会的に不相当である。

これに対して、危険回避のために特別認識が前提となる状況における潜在的特別認識は、認識なく行為する者において、どのみち高められた、専門家の差異化された基準像の基準をこえて要求されるべきでない。行為者がそれについて考えたならば、行為者にはそれ以上に個人的に認識可能であったということによって、この者が不利益に扱われるべきでない。

当該者が、専門家の差異化された基準像の水準を超える個人的能力をもっているとき、特別可能性が注意義務を高める

か否かという特別に争いのある問題は、ブルクシュタラーによってとりわけ実践的、刑事政策的理由から否定される。この見解には賛成すべきである、もっとも、主観的注意違反を行為不法に移す場合相応の拡大した注意義務の構成は可能である。⁽⁵³⁾ 個人の特別の可能性がそれぞれ注意義務の程度を決定するなら、客観的尺度は余計となり、刑法六条が出立点とする当為と可能性の二分割が無視されることになる。義務の尺度となるのは、常に当該者の可能性となろう。当為の計算可能な限界が失われてしまう。

6 引き受け過失

一致した見解によると、行為に当たって、注意適合の行為をするための精神的及び身体的能力が欠けていることが、行為者に予見可能であったとき、過失行為者の負責は行為の前の時点に移すことができる。⁽⁵⁴⁾ 行為者はこの活動をそもそも引き受けてはならなかった。負責特点の前移行は認識の次元で行われるのであり、したがって、通説によると、責任において行われる…行為時点での主観的帰属が責任の次元で排除されると、法的判断は構成要件に戻る。そこでは、法的判断は前移行された活動引き受け時点での客観的注意義務によって

導かれる。これに対応して、通説によると、責任における主観的能力の判断時点も活動の引き受けに移る。「引き受け責任（Übernahmeverschulden）」という古くからの名称がこの立場を明らかにしている。⁽⁵⁵⁾しかし、犯罪概念の段階の内部での負責代替というこの交代劇は不要である。先ず、実行行為の時点での責任からの下車、次いで、前移動された時点での不法への新たな乗車、その結果としてのこれに適する引き受け責任。これに対して、主観的能力が構成要件で調べられるなら、負責時点の代替は負責を基礎づける不法の内部で動く（引き受け責任に代わって引き受け過失）⁽⁵⁶⁾。

（二二）

注

- (1) *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrsstrafsachen (1974).
- (2) *Burgstaller*, Grundzüge einer neuen Fahrlässigkeitsdogmatik, StPDG 1 (1973), 105ff.
- (3) Vgl. *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert (1968), 135ff, 177ff, 258ff, 262ff, 323f, 470f, 512. 参照'旧刑法三三五条の概念について'例えは、

Graßberger, Schuldgehalt und Grenzen der Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechtes in Österreich, ZfRV 1964, 18ff, 20f; *Reitmaier*, Die objektive Erfolgszurechnung im österreichischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des fahrlässigen Erfolgsdelikts (1998), 33ff; *Moos*, Die finale Handlungslehre, StPDG 2 (1974), 1ff, 27.

- (4) *Burgstaller* (FN 1), 16ff, 21ff.
- (5) Vgl. *Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts AT² (1954), 165f, 213, 217ff; *Nowakowski*, Zur Theorie der Fahrlässigkeit, JBl 1953, 506ff; *ders*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955), 70, 72; *Graßberger*, ZfRV 1964, 24; aM *Burgstaller* (FN 1), 23f, 26f, 28f, vor allem in Anschluß an *Jescheck's* Lehrbuch.
- (6) *Burgstaller* (FN 1), 25ff; Vgl. auch *ders*, WK-StGB 2. Aufl. §6 Rz 30 (im Folgenden nur: WK) gegen *Rittler* (FN 5) 127, 217, 219; *Nowakowski*, Grundzüge, 62; *ders*, JBl 1953, 507 (総論や各論'ders', Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19ff, 30f); *Graßberger*, ZfRV 1964, 23. Siehe näher zu *Rittler* unten FN 20.
- (7) *Burgstaller* (FN 1), 27f; *ders*, WK §6 Rz 31.
- (8) *Burgstaller* (Fn 1), 29, 175; 旧刑法の罪過について' *Moos*, StPDG 2 (1974), 1 ff, 9ff, 26ff, 28.
- (9) Vgl. grundlegend *Burgstaller* (FN 1), 31ff, 69ff; *ders*,

料

StPdG 1 (1973), 109ff, 117ff; *ders*, WK §6 Rz 33ff, 60ff; §80 Rz 10ff, 64ff; Vgl. anerkennend etwa *Reitmaier* (FN 3), 43,

資

53.

- (1) *Burgstaller* (FN 1), 21ff, 23, 184ff; *ders*, WK §6 Rz 23, 26, 83ff, 93ff. 刑法六条が区別するべきは、行為者の精神的及び身体的能力に關係する、狭義の主観的注意違反と、結果の主観的帰属可能性と呼ばれる個人的予見可能性を分ける。以下は、断らないう限り、両者は簡明に主観的注意違反と言ふことに出来る。ヘルムシュタマーのこの意味で用いる *Burgstaller*, WK §6 Rz 96.

- (11) Vgl. *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT 1, 8. Aufl. §17 Rz 2, 9f; *Leukauf/Steininger*, StGB, 3. Aufl. Vorbem. §1 Rz 45, §6 Rz 3a, 14ff; *Mayerhofer*, StGB, 5. Aufl. §6 Anm 1; *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht AT, 10. Aufl., Z 26 Rz 2, 4, 18 (im Folgenden nur: *Kienapfel/Höpfel*); *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht BT 1, 7. Aufl. §80 Rz 18ff; *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT, 6. Aufl. Kap 26 Rz 2ff, 9; *Fabrizzy*, StGB, 8. Aufl. §6 Rz 13 hinsichtl. der persönlichen Vorhersehbarkeit; EvBl 1991/185. — An Einzelveröffentlichungen s. *Platzgummer*, Die „Allgemeinen Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurfes im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236ff, 240; *Nowakowski*, JBl 1972, 30f; R. Seiler, Die Bedeutung

des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht, Maurach-FS (1972), 75ff, 79; *ders*, Die Aufbauelemente des Fahrlässigkeitsdeliktes, Wesener-FS (1992), 447ff, 448; *Kienapfel*, Die Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrs, ZVR 1977, 129, 172; *Zipf*, Der strafrechtliche Schuld begriff, JBl 1980, 186ff, 188f; H. *Steininger*, Ausgewählte Probleme der Fahrlässigkeitsdelinquenz, Bezauer Tage 1981, 189ff, 190, 193, 207ff; zustimmend *Reitmaier* (FN 3), 55 FN 129.

- (21) *Triffiterer*, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl. (1994) (im Folgenden nur: AT), Kap 13 Rz 24ff (auch Kap 12 Rz 25, 27ff); *ders*, Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte und ihre Bedeutung im Verbrechenssystem, Andrejew-FS (1988), 189ff, 201ff; *ders*, Triffiterer-Kom, §6 Rz 33ff, 86ff; *Birkbauer*, in: Birkbauer/Sautner/Wegscheider (Hrsg), Strafrecht, Diplomprüfungsfälle und Lösungen (2002), 16, 66, 132, 185, 207; *Lösching-Gspandl/Schick*, Strafrechtsfälle, 3. Aufl. (2003), 77, 85, 209f.

- (31) 特定の「新進の学者及びその10年間の業績を著する」*Duttge*, Münchner-Kom (2003) §15 Rz 69ff, 94ff; *ders*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwertes von Fahrlässigkeitsdelikten (2001), 80ff; *Sauer*, Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung (2003), 18ff, 57ff, 110ff (不法構成要件における個人的認識可能性の

「*罪の過失概念*」④基礎的種類）；*Weigend*, Zum Ver-
haltensunrecht der fahrlässigen Straftat, Gössel-FS (2002),
129ff, 138ff; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2002),
195ff; *ders*, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA
1994, 204ff; *Grobbe*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2001), §12 Rz
88ff; *Freund*, Strafrecht AT (1998), 15ff; *Kremer-Bax*,
Personales Verhaltensunrecht der Fahrlässigkeit (1999),
85ff, 133ff, 160ff; *Castaldo*, Offene und verschleierte In-
dividualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts,
GA 1993, 495ff; *Wolter*, Strafwürdigkeit und Strafbefür-
tigung in einem neuen Strafrechtssystem, Zur Struktur-
gleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt, 150
Jahre GA, Pötz-FS (1993), 269ff, 295f; *Gössel*, Alte und
neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, Bengel-FS (1984),
23ff, 32ff; *ders*, Norm und fahrlässiges Verhalten, Bruns-
FS (1978), 43ff, 51f; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 9/8ff;
ders, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt (1972), 64ff,
69; *Stratenwerth*, (Deutsches) Strafrecht AT, 4. Aufl. §15
Rz 12, 44; *ders*, Zur Individualisierung des
Sortalsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-
FS I (1985), 285ff; *Samson*, SK-StGB, 7. Aufl. Anhang zu §
16 Rz 10ff; *Otto*, Grundlagen der strafrechtlichen Haftung
für fahrlässiges Verhalten, Schlüchter-GS (2002), 77ff, 91;
ders, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre,

5. Aufl. (1996), §10 Rz 13ff; *Struensee*, Der subjektive
Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53ff; *ders*,
„Objektives“ Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987,
541 ff. — 既述の意義を述べ’ *Jescheck*, Aufbau und Be-
handlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht
(1965) (Freiburger Rektoratsreden NF 39), 9, 21, 29; *Je-
scheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts At, 5. Aufl.
(1996), 565, 594 mWn (im Folgenden nur: *Jescheck/*
Weigend); monographisch *Kaminski*, Der objektive
Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts (1992).
- (14) Vgl. *Jenny*, Basler-Kom (2003), Art 18 Rz 70, 80f;
Rehberg, Strafrecht I, 6. Aufl., 235; *Riklin*, Schweizer-
risches Strafrecht, AT I, 2. Aufl. (2002), 145; *Seelmann*,
Strafrecht AT (1999), 135; *Stratenwerth*, Schweizerisches
Strafrecht, AT I, 2. Aufl. §16 Rz 12; *Trechsel/Noll*, Schwei-
zerisches Strafrecht AT I, 5. Aufl., 273; *Trechsel*, StGB, 2.
Aufl. Art 18 Rz 33; *Donatsch*, Sorgfaltsbemessung und
Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt (1987), 104ff.
- (15) EBRV StGB 1971, 68.
- (16) *Foregger/Serini*, StGB, 2. Aufl. (1978), §6 Anm I. 兼川
隆 (1984) の§5 Anm I 163’ ‘トキニミカニチ’ 罪状が故意に
同つて責任の帰属を求めるとき、不法の帰属を求めるとき
阻却のついでである。’ Ebenso noch *Fabrizzy* (FN 11) §5 Rz 2.
- (17) *Jescheck*, Heinz Zipf und seine Bedeutung für die verglei-

- chende Strafrechtsdogmatik, in: Triffterer ua (Hrsg), Heinz Zipf (1939-1992), Reden zu seinem Gedächtnis am 5. November 1994, 25ff, 29; Jescheck/Weigend (FN 13), 575.
- (8) Jescheck, Heinz Zipf (FN 17), 30; Maurach/Zipf (FN 11) §17 Rz 2; Zipf, JBl 1980, 188:「一面的過剩解釈の主観的不当性」。
- (9) Zuletzt Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl (1969), 130, 175f.
- (20) Rittler (FN 5) 217 FN 3:「卓越してヴェルツェルは……」。s zum Vorsatz ebendort Vorwort VII, 73. ヴェルツェルは注意違反を不法構成要件に組み込んだが、リットラーは不法要素を構成要件から切り離れた。Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems (1951), 21ff, 27. リットラーには「注意適合行為は違法性を阻却したのである。リットラーは「客観的注意違反を責任に割り当てることから離れはしなかった。Vgl. Rittler (FN 5) 213, 217, 219, und oben Text bei FN 6.
- (21) 以下の議論を手短に論述したので筆者の責任概念に関する注釈書でも『Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), StGB-Kom (10. Lfg), §4 Rz 118ff.
- (22) Burgstaller, WK §6 Rz 27; Kienapfel/Höpfel, Z 26 Rz 4.
- (23) ヴァイゲントは正當にもシュリーネマンやカミンスキーのこういった論点先取り窃取の誤謬を非難している。Weigend, Gössel-FS, 142; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungseilakte, JA 1975, 511ff, 513; Kaminski (FN 13), 80ff.
- (24) Burgstaller (FN 1), 29, 175.
- (25) Vgl auch Freund (FN 13), 149.
- (26) Vgl Moos, StPdG 2 (1974), 28; ders, Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik, JR 1977, 309ff; Jescheck/Weigend, 240 mwN; Freund (FN 13), 148.
- (27) Triffterer, AT (FN 12) Kap 13 Rz 25; ders, Triffterer-Kom §6 Rz 44; Birkbauer (FN 12), 16.
- (28) Kienapfel/Höpfel, Z 25 Rz 6ff.
- (29) Kienapfel/Höpfel, Z 26 Rz 4, 18.
- (30) Burgstaller (FN 1), 54ff; ders, WK §6 Rz 38 mwN.
- (31) フロイントは具象的に説明している「法廷にいつも二人の人物がいる、一人は肉と血から成る人、一人は人造人間」。「具体的行為者又は不作為者が技巧形象の属性をもつ人であるなら、その者は過失の行為をしただろう」。しかし、その者はそうではなく、この属性はその者には欠けている。Freund (FN 13), 150. So auch Otto, Grundkurs (FN 13) §10 Rz 14. —「規範論理的考察」からの異説を唱えるのがロクスレーンである。Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl. §23 Rz 53. 規範はすべての人に向けられているのであるから、規範を遵守する個人の可能性がないということは責任にしか属しえない。さもなければ不法と責任は相互に混同されることになる。——この論理からすると、規範の普遍からそれぞれ特殊へのさらなる発展という大いなる可能性が全く遮られてしまう。

- (32) Vgl. Weigend, Gössel-FS, 134, 139. Siehe auch oben FN 10.
- (33) Vgl. Weigend, Gössel-FS, 139f; Freund (FN 13), 19; Jakobs, Studien (FN 13), 64f.
- (34) 故意犯は承認を要するが、過失犯は認められ有効とされているものの規範理解については Moos, StPDG 2 (1974), 11f, 28ff; 一般予防との関連の詳細は, ders, Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-FS (1989), 283ff, 300ff; — ショーネマン、ホルシタ、ロクスローンは、これにより、不法と責任の混同を合弁する中、禁令説が主張されているが、その見解を容認しない。Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Schaffstein-FS (1975), 159ff, 163ff; Hirsch, Der Streit im Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW 94 (1982), 239ff, 269 oder Roxin, AT (FN 31) §23 Rz 53. 中、禁令説を長らくとりもち、議論の対象となつてきた。
- (35) Dutge, Münchner-Kom §15 Rz 87, 93f; ders, Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, GA 2003, 451ff, 458, 463; Otto, Schlüchter-GS, 89f; ders, Grundkurs (FN 13) §10 Rz 11ff; Samson, SK-StGB (FN 13) Anhang zu §16 Rz 14; Weigend, Gössel-FS, 136, 138.
- (36) Vgl. Weigend, Gössel-FS, 142; Dutge, Münchner-Kom § 15 Rz 96; Stratenwerth, Jescheck-FS, 285, 293f.
- (37) しかし、例えば、ショーネマンはこれを恐れている、Schünemann, JA 1975, 511, 514; ders, Schaffstein-FS, 163ff; Hirsch, ZStW 94 (1982), 270f; Jescheck/Weigend, 565; Kühl, Strafrecht AT (1994), 524.
- (38) Vgl. Burgstaller, WK §6 Rz 25.
- (39) Vgl. auch Weigend, Gössel-FS, 141f; Stratenwerth, Jescheck-FS, 293ff, 296.
- (40) キーナッペルは、実務が、すでに客観的過失の次元が欠けているので、実体問題を「性急にも」主観的過失次元にずらしていることを非難する。Kienapfel, ZVR 1977, 168.
- (41) Burgstaller (FN 1), 185.
- (42) Kienapfel, ZVR 1977, 169; Urteilsanm, JBl 1990, 467; Kienapfel/Höpfel, Z 25 Rz 23; H. Steininger, Bezauer Tage 1981, 200f, 207; EvBl 1991/185: 自らの職種や活動領域の一般的経験水準、認識水準に属することを知らなかったことを行為者は主観的注意違反に際して盾に取ることはできないと。キーナッペルはイエシエック／ヴァイゲント (Jescheck/Weigend, 595) を引用するが、そこには誤解がある。イエシエックによると、明らかに、行為者の個人的水準自体が基準である(主観的規準)。もちろん、行為者の能力は常に暗黙の内に同じ属性をもつ他の人間と比較して判断される、というのは、行為者の無能力は一般的経験からしか判断できないのであり、主観的自己評価によって判断できるといえるものではない。しかし、この理由から、行為者に実際に実行できる以上の実行能力を要求する、「客観化された——主観的規準」

と言っている。

- (43) *Burgstaller*, *Urteilsanm.*, JBl 1992, 401; *ders* (FN 1), 189. ブルクシュタラーは「エシエックと同じく主観的注意における比較人を「精神的及び身体的装備の点で」同一視する。したがって、比較人は不要になる。客観化されるのは価値結合だけである。これは、行為者が請け合わねばならない期待可能性における性格的及び感情的欠陥に属する。Vgl. auch *ders*, WK §6 Rz 87 mwN; R. Seiler, *Wesener-FS*, 462; *Triffterer*, *Triffterer-Kom* §6 Rz 87 mwN, *Fuchs* (FN 11) Kap 26 Rz 4; *Dutige*, *Münchener-Kom* §15 Rz 199f; *ders*, GA 2003, 464; *Cremer/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder*, 26. Aufl. §15 Rz 113:「場違い」。
- (44) HM; Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, Z 28 Rz 5, Z 29 Rz 7; E. *Steininger*, *Triffterer-Kom* §2 Rz 26f mwN; *Jescheck/Weigend*, 616f. 不真正不作為犯でも、昔、保障人の地位は責任に係するのびはなかついて争いがあつた。Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, Z 30 Rz 2 mwN.
- (45) 特にシュートリーテンヴェルトが強調する。Stratenuwerth, *Jescheck-FS*, 209ff. サムソンの異説 (*Samson* (FN 13) Anhang §16 Rz 14a) 行為者は過失においては行為を単に不作為しうるだけであるという説は、この一般性において妥当でない。というのは、すでに始まった行為が正しく行われている、あるいはその他回避可能性がないとき、不作為では役立たないのであり、主観的能力が問われる。
- (46) Vgl. *Burgstaller*, WK §6 Rz 57; *Triffterer*, *Triffterer-Kom* §6 Rz 22 mwN.
- (47) Vgl. auch *Jescheck/Weigend*, 617. エシエック／ヴァイグントは「不作為犯において結果回避のための物理的能力に完全な個別化を要求するが、しかし、「認識基礎」では客観的規準で満足する。
- (48) *Burgstaller* (FN 1), 29, 175.
- (49) Vgl. *Burgstaller*, WK §6 Rz 9f, 17ff; *Triffterer*, *Triffterer-Kom* §6 Rz 6, 1ff; E. *Steininger*, *Triffterer-Kom* §5 Rz 94ff, 97ff mwN.
- (50) ロンズレーンは「主観的要素によつて過失規準を個別化する」と断固として反対するが、「未必の故意への対応物」として「認識のある過失とは主観的構成要件を承認する」と賛成するが、認識のない過失とは主観的構成要件が欠ける。Roxin, AT (FN 31) §24 Rz 46ff, 66ff.
- (51) *Burgstaller* (FN 1), 64ff; *ders*, WK §6 Rz 55f; *Kienapfel/Höpfel*, Z 25 Rz 14; *Kienapfel/Schroll*, BT I, 5. Aufl §80 Rz 18; *Fuchs* (FN 11) Kap 12 Rz 19; *Leukauf/Steininger* (FN 11) §6 Rz 13; *Fabizy* (FN 11) §6 Rz 10 aE:「平均を超える能力がある場合、客観的注意違反の規準は高められえないが、しかし、おそらく主観的注意違反の規準が高められる」。
- (52) *Burgstaller* (FN 1), 65; *ders*, WK §6 Rz 55. ブルクシュタラーは「行為者の特別認識は「客観的予見可能性ないし危険性の概念の中で始めから処理される」と言う。ブルクシュタ

ラー自身、この場合、その他の体系と異なつて、主観的帰属可能性を不法構成要件に組み込む。Vgl. auch Weigend, Gössel-FS, 143.

(53) Vgl. etwa Dutte, Münchener-Kom §15 Rz 97; GA 2003, 463f; Samson (FN 13) Anhang zu §16 Rz 15; Freund (FN 13), 153f; Castaldo, GA 1993, 497, 503ff.

(54) Burgstaller (FN 1), 192; ders, WK §6 Rz 108ff, 114ff, §80 Rz 44f, 124f; Jescheck/Weigend, 580, 595 mwN; Triffterer, Triffterer-Kom §6 Rz 41f; ders, AT Kap 13 Rz 41f, 69ff; Fuchs (FN 11) Kap 26 Rz 7; Kienapfel/Höpfel, Z 25 Rz 26f; Kienapfel/Schnoll, BT I (FN 51) §80 Rz 124f; Birkbauer (FN 12), 207.

(55) Siehe näher Burgstaller (FN 1), 192f mit FN 39; ders, WK §6 Rz 108ff.

(56) Roxin (FN 31) §24 Rz 52. 主観的注意違反を不法に組み込むと、自己の無能力を知りながら相応の行為を引き受ける者は、「適法行為を生じさせることにならう」とのロクスイーの反論は適切でない。不法は、なるほど、注意適合行為の主観的無能力によつて生ずるのではないが、しかし、引き受け過失では行為は前にずらされ、その結果、行為者は行為の具体的実行能力があるのである。

* 本拙訳はオーストリアはリンツ大学のラインハルト・モース教授 (Prof. Dr. Reinhard Moos) の論文「Die subjektive

Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement, in: Burgstaller-Festschrift 2004」を、同教授の快諾を得て翻訳したものである。