

タイトル	過失犯の構造(四・完) : 社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系
著者	吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 42(3): 611-627
発行日	2006-12-31

過失犯の構造 (四・完)

——社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系——

吉 田 敏 雄

目 次

序論

1 ドイツ語圏刑法学の過失犯理論状況

2 日本刑法学の過失犯理論状況

本論 過失犯の構造

一 構成要件

I 客観的構成要件要素としての客観的義務違反

(以上第四一巻第四号)

II 主観的構成要件要素としての主観的義務違反

1 故意との対比

2 未必の故意と認識のある過失

二 客観的帰属

1 行為帰属

a 抽象的經驗的危険

b 社会的相当性(許された危険)

c 信賴の原則

(以上第四二巻第一号)

3 認識のある過失と認識のない過失

4 規範論と注意義務の個別化

5 不作為犯との対比

6 特別の知識と注意義務

7 引き受け過失

- 2 結果帰属
 - a 相当性連関
 - b 危険連関
 - aa 第三者、特に被害者の事後的不適切行為
 - bb 他人の自己危殆化への関与
 - cc 同意のある他人危殆化
 - dd 心理的衝撃損傷と持続損傷
 - c 仮定的適法代替行為
 - aa 仮定的判断要因
 - bb 証明の程度
- 3 注意違反と客観的帰属の関係

(以上第四二卷第二号)
- 三 正当化事由
 - 1 主観的違法要素
 - 2 主観的正当化要素

(以上本号)
- 四 責任
 - 1 責任の概念
 - 2 責任能力
 - 3 不法の意識
 - 4 期待可能性
 - 五 終わりに 主観的注意違反構成要件要素論への批判の検討
 - 1 (積極的) 一般予防機能喪失論
 - 2 不法と責任の混合論
 - 3 主観的注意違反と責任能力の不分明論
 - 4 主観的規準不明確論
 - 5 不平等論
 - 6 被害者保護論

主観的注意違反は主観的違法要素であるから、これが欠けるととき、正当化事由はその対象がなくなる。主観的注意違反を責任要素であると捉える通説によると、正当化事由の存否が論議された後でようやく、主観的注意違反の存否が扱われることになる。主観的注意違反を不法構成要件で扱えば、このような煩わしさから解放されることになる。

1 主観的違法要素

人的不法論からは、正当防衛における侵害行為の「不正」を判断するためには、急迫性のある結果無価値ばかりでなく急迫性のある行為が無価値も考慮に入れられなければならない。それは故意犯ばかりでなく、過失犯にも妥当する。過失犯において、主観的注意違反が主観的構成要件要素であることは、正当防衛権の限定につながるという点で、実践的意義をもつ。侵害行為が正当防衛の意味での「不正」といえるためには、当該行為の客観的注意違反ばかりでなく、主観的注意違反が認められなければならない。例えば、自動車運転者が、突然に襲われた発作的衰弱のために突然適切な運転ができなくなり、歩行者をはねそうになる場合、当該行為に主観的注意違反は認められず、したがって、これに対する正当防衛は許されない。この場合、緊急避難の成否が問題となるのである。⁽¹⁰⁾

2 主観的正当化要素

故意犯においては、構成要件該当行為は、主観的正当化要素がそろわなければ、違法性が阻却されることはない。それは人的不法論の帰結である。主観的正当化要素によって行為が無価値が消滅するからである。過失犯においても、不法を消滅させるためには、鏡像のように、不法を基礎付けるのと同じ要素が必要である。したがって、過失犯の主観的正当化要素としては、正当化事情の実際認識(認識のある過失)または認識の可能性(認識のない過失)が必要である。したがって、構成要件該当行為が実際に正当化状況において行われたこと、例えば、防衛行為が正当防衛状況の下にあったことを認識しなかった、あるいは、その個人的能力から認識できなかった行為者が正当化されること⁽¹¹⁾とはない。

例えば、被侵害者が、防衛のために故意に傷害を負わせようとして、予期せず、侵害者を死亡させたとき、防衛行

為に相当性が認められる限り、死亡という意欲しない結果が生じても、違法性は阻却される。

もつとも、過失犯においては、主観的正当化要素の存否は実践的意義をもたない。客観的正当化事情が存在すると、結果不法は消滅する。現行刑法典において、過失の未遂は不処罰であるから、行為不法が残っても、それだけで処罰されることはないからである。

四 責任

1 責任の概念

責任の本質を行為者の行為への心理学的関与の中にのみ見た^⑩、一九世紀末および二〇世紀初頭の古典的犯罪概念の責任定義は、規範的責任概念によって駆逐された。規範的責任概念によると、責任の本質は、行為者が内心において不法構成要件によって保護される価値に依拠せずに行為をしたこと、このことの行為者に対する個人的非難にある。規範的責任概念の体系は魅惑的なほど単純である。犯罪の客観的部分はすべて不法に属し、主観的部分はすべて責任に属する。その後、二〇世紀前半における規範的責任論の発展過程において、責任には故意、過失という心理学的要素に加えて、意志形成の非難可能性という包括的な、純粹に規範的要素が含まれることが認識されるにいたった。故意と過失は、それだけではもはや責任を構成できなくなったが、しかし、依然として、責任種類とされたのである。一方で、心理学的要素と外からのその評価の間を区別することと並んで、他方で、存在次元に関係する、不法の意識という心理学的要素が分離されたのである。それは、不法の意識に、故意と過失と並んで責任において特別の位置価値を割り当てる、いわゆる責任説によって承認されたのである。

二〇世紀後半に目的的行為論の犯罪概念体系が、故意を価値関係から解放することで、故意を責任から不法構成要件に移したのである。それ以来、故意犯では、不法構成要件の主観化によって、責任は価値関係的要素としか関係がない、つまり、責任能力、不法の意識および期待可能性（誤った判断の非難可能性）としか関係がなくなったのである。

これに対して、過失犯では、主観的存在関係を不法へと移すことは行われなかった。しかし、過失犯でも、注意の主観的部分を構成要件に移すことで、責任の空洞化が生ずることはない。かえって、そのことで、責任の本質が、規範的なものであること、つまり、意志形成の非難可能性ないし心情無価値の非難可能性にあること、換言すると、法に誠実な意志形成の期待可能性にあることが明確になる。過失犯の責任では、個別行為に表れた価値結合の欠如という観点から、客観的および主観的不注意の行為の内的動機に、つまり、動機操縦に欠陥があることが主題となり、過失犯の構成要件では、注意行為への精神のおよび身体的能力を含めて、行為操縦という存在次元が主題となるのである。⁽¹¹⁾

2 責任能力

故意は存在の次元に関係し、責任能力は不法関係的な生物学・心理学的要素である。したがって、故意は責任能力から概念的に独立し、主観的構成要件要素を構成する。同様に、行為者の客観的注意遵守のための精神的、身体的能力は存在の次元に属し、責任能力とは関係がない。それ故、主観的注意違反が否定されるとき、責任能力の問題はその対象がなくなる。⁽¹²⁾

主観的注意違反では、行為者が、自己の精神的、身体的状況から、自分の行為によって、構成要件該当の結果を現

実化しうるということが認識できるといふこと、つまり、因果関係などの事実的関連の評価といった知覚が問題となるのに対して、責任能力では、自分の行為が不法であるとの法的評価ができる精神的能力が問題となる。例えば、重度の精神薄弱の場合によく見られる把握能力、推理能力、判断能力の減退はすでに事実的次元に関係しているので、この場合、すでに主観的注意違反が否定されることになる。⁽¹⁴⁾

3 不法の意識

故意犯と同じく、過失犯でも、不法の意識は責任要素である。認識のある過失では、行為者が、行為時点において、構成要件的结果の発生が可能であると考え、結局はその不発生を信頼するとき、「活性的」形態の現実の不法の意識がある。行為者には行為の不法性は知られているが、行為の瞬間にそれに思いをいたさなかつたとき、「潜在的」形態の現実の不法の意識がある。ただし、行為者には少なくとも不法の意識の可能性があれば、それで足りる。

これに対して、認識のない過失では、常に、不法の意識の可能性だけが問題となる。自分の行為が構成要件を実現するとの認識のない者に、具体的行為の不法を認識するということはありえないからである。⁽¹⁵⁾

4 期待可能性

注意適合的行為の期待可能性という責任要素は主観的注意違反から厳格に分離された独立の規範的要素である。行為者には、客観的注意義務の遵守は可能といえたが、それでも、当該義務は、行為者にとり、当該不遵守を非難できないほどの高い要求である場合、期待可能性が否定される。非難可能性の規準は、具体的状況にいる行為者の類の、法的に保護される価値と内的に結びついている、仮説的に考えられうる動機によって決まる。外的事情の圧力の下に

ある、行為者の立場におかれた比較人からも、不注意の行為を回避するための意志形成が為され、それに従った行為をすることが現実には期待できないとき、行為者は免責されるのである。誰にも刑法という手段で英雄的行為を強制してはならない。⁽¹⁶⁾

認識のない過失では、行為者に、自分の行為によって構成要件を実現する可能性の認識が期待でき、しかも、そういった行為をしないことが期待できなければならない。認識のある過失では、行為者には、自己の行為による構成要件実現の可能性の認識があるから、そうした行為をしないことが期待できるということだけが問題となる。

期待可能性を責任要素としての主観的注意違反から概念的に分離せず、それを限定する原理だと捉える見解がある。⁽¹⁷⁾ そうすることによって、行為者が、きわめて異常な、特定の免責事由に近い状況の下で行為する場合ばかりでなく、きわめて軽い過失を一般的に可罰領域から排除することが可能となるというのである。⁽¹⁸⁾ しかし、それは適切でない。期待可能性は免責事由としてのその機能において先ず責任の積極的基礎付けを論理的に前提とするからである。したがって、期待可能性は主観的注意義務を修正するものではない。また、きわめて軽い過失の可罰性の否定は行為不法における客観的注意義務の要求の減少に帰着するのである。⁽¹⁹⁾ 主観的注意違反を責任要素ではなく、構成要件要素と理解する立場からは、このような問題は生じない。⁽²⁰⁾

結局、主観的注意違反を責任に止めおくことは、故意犯と過失犯の責任構造を異なったものと捉えることになり、心理的責任概念から規範的責任概念への移行を道半ばにとどめることになるのである。

五 終わりに 主観的注意違反構成要件要素論への批判の検討

最後に、主観的注意違反を構成要件要素と見る見解に向けられた典型的批判の妥当性を検討することで、本稿を閉じることにする。

1 (積極的) 一般予防機能喪失論

刑法の(積極的)一般予防機能は、市民に「ポスター宣伝的行動指針」を手渡し、それに従った行動をとることができるようにするのだが、行為規範が専ら個人の能力に依存して定められるなら、この機能が失われるという批判⁽¹²⁾は当たらない。確かに、刑法は規範違反行為に対して制裁をもって臨むことで、行為の許容性を明らかにするのではあるが、しかし、行為規範の詳細な定めを刑法に求めることは過大な要求といえよう。刑法は、「ポスター宣伝的行動指針」ではなく、過失という包括概念を用いているのであって、適法、違法の区別を明確には示していない。しかも、一般的「ポスター宣伝的行動指針」に従うことのできない者にとり、それがいかなる一般予防的機能を果たすのかも問題とされるべきである⁽¹²⁾。

2 不法と責任の混合論

主観的能力をすでに構成要件で考慮することは、不法と責任を混合するものであり、不法と責任の区別の上に立脚する全刑法理論を根底的に踏みつけるものである、なぜなら、「個人の他行為可能性」は「責任の特徴」であるからだという批判も当たらない。なぜなら、行為者の他行為可能性は、行為者の主観的注意違反が確定してからの問題だから

らである。そして、主観的注意違反が構成要件に属するか否かは、上述したように、規範の射程によって決められるからである。主観的注意違反が構成要件に帰属されても、責任には、依然として、期待可能性のほかに、責任能力と不法の意識が残るのである。⁽¹²⁴⁾

3 主観的注意違反と責任能力の不分明論

主観的注意違反を構成要件に配置することで、責任能力の要件である弁識・制御能力との区別が難しくなるという批判も当たらない。⁽¹²⁵⁾ 確かに、この区別は難しいが、しかし、それは、主観的注意違反が責任に配置されていても同じことである。主観的注意では、行為者が、その精神的、身体的能力から、所為状況(例えば、因果関係)を認識し、的確な対処ができたか否かという経験的次元が問題となるのであって、自らの行為が客観的に注意違反だという認識を要するものではない。⁽¹²⁶⁾ これに対し、責任能力では、価値関係的能力、つまり、認識可能な構成要件実現を不法と評価する能力、そして、この法的評価による動機付け能力、これに従った行動能力が問題となる。⁽¹²⁷⁾

4 主観的基準不明確論

過失犯の不法は、客観的基準によってのみ定められるとき、判例は一般的注意準則を定めようという批判も妥当でない。⁽¹²⁸⁾ 判例は、従前通り客観的基準を定めることができるし、加えて、主観的注意基準を一般化可能な方法で析出するべきである。⁽¹²⁹⁾

5 不平等論

客観的注意を構成要件要素とすることで、行為者への過大な要求を遮断することになり、平等原則に適うという批判も適切でない。行為者個人に標準を合わせる主観的基準こそが具体的事例における実質的正義を保障するのである。条件が等しくないところで客観的基準を持ち出すことによって、実質的正義が実現することはない。⁽¹⁰⁾

6 被害者保護論

主観的注意違反が主観的構成要件要素とされることで、被害者の損害賠償請求権が否定されることになるのではないかと疑問も根拠がない。民法上の損害賠償請求義務は、刑法上の注意違反とは関係なく、それ独自の基準、つまり、客観的注意違反と関係している。したがって、刑事被告人に、主観的注意違反が認められず、不法が否定され、無罪が言い渡されても、被害者には依然として損害賠償請求権は認められるのである。⁽¹¹⁾

注

(10) O. Triffterer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 11, Rn. 62; ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), § 6 Rn. 34.

内藤・前掲書(注二一)一一三三頁は、新過失犯論からは、偶然または不可抗力と見るべき場合は客観的注意義務違反がないから違法性を阻却することになり、被害者または第三者はそれに対して正当防衛が許されなくなり、それは不当であると論難する、例えば、車の後ろに幼児が遊んでおり、行為者がこれに気づかず、車を進ませたとき、その状況から行為者に客観的注意義務違反が認められない場合、そばにいた第三者が、その幼児の生命を防衛するため車を停止させようとして、行為者の車のタイヤを破壊したとき、正当防衛が否定されることになり、不当だといえるのであるが、この場合も、緊急避難の成否が問題となるのである。

(11) R. Moos, (Fn. 10. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S. 130f. (吉田訳、五二八頁以下)。

(山) 過失責任の本質が何であるかは責任主義との関係で当時から重要な問題であった。その一は意志責任 (Willensschuld) である。E・F・クラインは、意志責任を故意犯においては「積極的悪しき意志 (positiv-böser Wille)」に求めたが、過失犯においては、意思の欠陥、つまり、「消極的悪しき意志 (negativ-böser Wille)」(「悪しき決断はなかつたが、しかし、よき決断が欠如していた」) に求めた。「積極的悪しき意志」は、許されない行為でないし命令された行為をしないことに向けられているが、「消極的悪しき意志」は、よき故意で、法律違反を避けるために必要な能力と注意に欠けているというのである (E. F. Klein, Archiv des Criminalrechts 1796, Bd. I, S. 56f., 61, Bd. II S. 216f., Bd. III, S. 119f.)。

この考えは後にいたるも影響力をもった。G・W・F・ヘーゲル自身はその著『法哲学綱要』において過失犯に言及することはなく (G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § § 115-128.)、その学説を引き継いだヘーゲル学派は過失犯を何らかの方法で故意犯と結び付けようとした。ヘーゲル学派は、「消極的悪しき意志」から出立し、よき意志の欠如を強調したが、責任を基礎づけるのにそれでは十分とは考えず、過失の中に意志の要素を証明しようとして、違法の結果を現実にも可能ならしめる条件を認識し、意欲したといふことに意志の要素を見たのである (J. F. H. Abegg, Die verschiedenen Strafrechtstheorien, 1835, S. 131.; A. F. Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843, S. 235.; H. Hälschner, Preussisches Strafrecht Teil 2: System des Preussischen Strafrechts, 1858, S. 157f.; C. R. Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 228.)。すなわち、ヘーゲル学派は、E・F・クラインと同じく、過失の中に故意を求め、一切の行為に故意の要素があることを強調したのである (E. Schlüchter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, S. 49.; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 566)。

J・P・A・v・フォイエルバッハは、先ず、犯罪意志に関連づけられた刑罰理論 (心理強制説) を基礎に、行為者に「自己の行為または不作為が違法結果と関連性があることを洞察している」場合だけを、つまり、認識のある法律違反行為だけを処罰しようとした (J. P. A. v. Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa, Bibliothek des peinlichen Rechtes, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzeskunde, in: L. H. von Allmendinger/P. J. A. von Feuerbach (Hrsg.), Teil 2, 1804, S. 214.)。したがって、過失とは「行為が可能または蓋然的な違法結果が因果関係にあることを主体が認識しながら外面的行為を行うこと」と定義された (Feuerbach, Betrachtungen, S. 223.)。これにより、認識のある過失だけが把握されたのである (Feuerbach, Teil 2, 1800, 68.)。最後に、P・J・A・v・フォイエルバッハは認識のある過失を直接過失と表現し (Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 9. Aufl., 1830, § § 56/57 (53/54))、これを、間接過失としての認識のない過失を対置した。J・P・A・v・フォイエルバッハは、その刑罰理論 (心理強制説) と調和させて、認識のない過失を原因において自由な行為に対応させた

のひめ (Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1. Aufl., 1801, § § 62/63 (48ff.))。すなわち、行為者は自ら任意で、違法な意志がなくとも損害を創出しうる状況に身をおいたのである。認識のない過失は注意への義務 (obligatio ad diligentiam) 違反に顕現しており、「故意によって決められる過失」(Feuerbach, Lehrbuch, 1830, § § 54/55 (57)) を成す。したがって、J. P. A. v. v. Foerster は、市民の包括的注意義務に到達したのである (Feuerbach, Lehrbuch, 1801, § § 62/63 (47))。基本的には、今日もなお重要な、注意義務違反という過失基準を明確にしたのである。しかし、これにより、行為者の注意欠如への意志が証明されたわけではなく (E. Schlüchter, S. 51)。

「一般的義務違反ひめ (obligatio ad diligentiam)」「悪意によって惹き起された過失 (durch dolus bewirkter culpa)」を主張した (v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 2, S. 64.; ders. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, § § 54/55)。

K・ボンディングも「意志を人における因果要素に狭めることと、過失の中の故意を肯定する。重要なことは、人は意欲するということであり、何を意欲するかというのではない。したがって、惹起されたことに関する表象がなくとも、それを意欲したと見ることになる」(K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, § 275 (S. 357ff., 366))。このように、K・ボンディングの「認識のない違法の意志 (unbewusst rechtswidriger Wille)」が説明されるひめ (E. Schlüchter, S. 52)。しかし、かかる「認識のない違法の意志」は、『反哲学時代の哲学の幽霊』(Lammusch, zit. nach Exner, 1910, S. 59 Fn. 6) として拒否されたのである。『何かを意欲すること』と『表象されていない出来事を意欲すること』を区別することは……胸に迫りすぎ、当然過失のひめの区別を哲学的に克服することはできないだろう。この克服を実用とすることは必要ならぬ」(M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 182)。「意欲の前提に認識がある」(Exner, (Fn. 3), S. 65)。したがって、「認識のない違法の意志」をもってしては、過失の中に故意を証明することは必要なく (E. Schlüchter, S. 53)。

しかし、シュチュウベル (Stübel) は犯罪の心情を故意、つまり、違法な結果を招来する行為者の願望の中にだけ見つけたのではなく (Zit. nach Exner, (Fn. 3), S. 22f mit Fn. 1) むしろ、自己の作為の違法性についての認識で十分であるべきである。しかし、行為者に行為の責任を負わせるために、すでに、危険な行為を意図的に着手する (die wissenschaftliche Vornahme) ことが十分なら、過失は「故意の二番目の種類」となる (Stübel, zit. nach Exner, (Fn. 3), S. 23 mit Fn. 1)。

そうなること、過失構成要件は危険犯と理解されることになる。それにもかかわらず、危険な行為の意図的着手というだけでは、認識のある過失しか説明できない。認識のない過失も把握できるようにするため、シュチュウベルは更に一歩進む。すなわち、早くも、

認識されることなく危険を生じさせる出来事の惹起を禁止する規範が構想されるのである。そうすると、意図的危険化は無知つまり不注意の出来事の認識ある招来に認められる、例えば、作為をしておれば、「行為が危険である」とを許されないことを知りえたのだが、それをしなかった場合に認められる (Stübel, zit. nach Exner, (Fn. 3), S. 24, Fn. 1)。

ここまでの論者は過失の中に故意を探してきたといつてよいのであるが、今度は、「過失の中に目的性を探す」者が出てきた (Arthur Kaufmann, (Fn. 40), S. 166)。それが目的的行為論を説く H・ヴェルツェルであった。行為者の関係のある目的活動はせいぜい認識のある過失では認められるとしても、認識のない過失では認められない。そこで、H・ヴェルツェルは、当初は、「起こらなかった」目的性を強調した。しかし、これは、E・F・クラインの「消極的悪しき意志」を連想させるため、意味を失った。その代わりに、「行為遂行 (行為手段) の目的的操作」 (H. Welzel, Die Naturrechtslehre des Samuel Pufendorf, 1958, S. 28f.; ders. 1961, S. 30) より明確には、「目的に向けて操作される行為」 (H. Welzel, 1958, S. 28f.; ders. Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 1960, S. 28; ders. 1961, S. 30) に注意が向けられたのである。しかし、これは認識のある過失にのみ妥当することであるが、認識のない過失では、目的性というものは、行為者がそもそも目的意識的に操作したが、目的活動がどこに向けられているかは重要ではないということに尽きる。ここから、行為概念の二分割、つまり、一方では、故意犯においては目的活動の展開、他方では、認識のない過失においてはたんに意志活動として特徴づけられる行為が生ずる。このような分裂した行為概念を H・J・ヒルシュは全体として意志に担われた行為へと縮減したのびある (H. J. Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil I), ZStW 93, 1981, S. 831ff., 850ff.)。このようにして、故意犯と過失犯の共通の土台ができたのだが、しかし、結局、目的性がその独自の意味を失い、因果的考察に近似することになっただけである (E. Schlüchter, S. 49f)。

結局、分かったことは、意志責任論は過失責任の核心を射ていないということである。意欲というものは認識なくしては考えられないのであり、「常にある対象に向けられている」「それ故」「どういった対象との関係でしか」考えられなく (Arthur Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik, in: Hübscher (Hrsg.), Sämtliche Werke, Bd. 4: Schriften zur Naturphilosophie und zur Ethik, Teil 2, 1938, S. 14)。したがって、原因を意欲している者は、また結果の現実の可能性を意欲しているのではない、ましてや、結果それ自体を意欲しているものでもない。過失犯の場合、所為 (結果犯の場合、構成要件該当結果) との関係で、ほかならぬ犯罪意志が欠けているのであり、刑法上関係のある基準点と取り替えるという新解釈を施して、この不存在 (Negativum) を責任を基礎づける (つまり積極的) 意志欠陥へと変えることは出来ない (Engsch, (Fn. 3), S. 457f.; Exner, (Fn. 3), S. 74.; Arthur Kaufmann, (Fn. 40), S. 160)。たんに可能な意志は「幻影」にすぎない (Exner, (Fn. 3), S. 74.; Engsch, (Fn. 3), S. 457f.)。

結局のところ、存在しないものを (Dutge, (Fn. 1), § 15 Rn. 84.; Roxin, (Fn. 11), § 8 Rn. 20.; H. Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 660f.)。必要なら、過失犯には、意志責任が問えない (Arthur Baumgarten, Verbrechenstheorie, 1913, S. 116ff.; O. Germann, Rechtssicherheit, SchwZStr 49, 1935, S. 257ff., 322f.)。少なくとも、認識のない過失には意志責任が問えないことになる (P. Bockelmann, Verkehrrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967, S. 213ff.)。

そこで、次に、悟性責任 (Verstandesschuld) が主張されることとなった。過失の特殊性が、認識のある過失であれ、認識のない過失であれ、行為者には、自己の行為によって刑法上重要な変化をもたらすという意識が欠如しているところにあるのなら、客観的にそこから危険が生ずる「外的事情」を認識している限り、できごとその真実の危険性に関する錯誤こそが刑法上の責任の基礎となりうる (W. Mittermaier, Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit, ZStW 32, 1911, S. 415)。責任能力者は、自分の計画した行為の結果としての法益に対する危険を、その現実内容に照らして詳しく調べるきっかけとすべきところ、これを意志行為によって拒否したとも主張される (A. Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912, S. 94f.)。

しかし、この悟性責任論は、状況が危険であることを認識していないということだけで、行為の結果の「非難可能性」を導き出すことがなぜ許されるのかという問題に答えていない。いずれにせよ、認識のない過失者は、自己の評価からすると無害のできごとに関与しているのであり、これが後に結果の条件となったのである。その点で、結果を惹起する事情を認識しており、それ故、結果の予見が可能であるとしても、認識のない過失者は（ただ不運な、それ故、非難できない）偶然のできごとを惹起した者と異ならないのである (F. Exner, (Fn. 3), S. 63, 66.; E. Schlüchter, S. 56)。

悟性責任が「責任」論とは云えないのは、次のことからわかる。心理強制説から出立する H・L・フォン・アルメンディングンによれば、認識のない過失では、結果と直接結びつく違法の熱望決定が欠如している。錯誤者は自己の誤った表象を真実だと考え、これに基づき、遵法のための決定を下す (H. L. v. Almendingen, zit. nach Exner, (Fn. 3), S. 20)。それにもかかわらず、認識のない過失の処罰は、特別予防の観点から必要である。(この点で、認識のない過失を一般予防と結びつけた J・P・A・v・フォイエルバッハとは異なる)。法的安定性のために、「警告的思考連想として」害悪を科するべきである (v. Almendingen, zit. nach Exner, (Fn. 3), S. 21)。「想起によって将来の同種の事例における熟考のための何らかの刺激が呼び起こされ、……これによりさらなる違法行為が防止されるべきである」 (v. Almendingen, zit. nach Exner, (Fn. 3), S. 21)。国には「親切な行為のある教育者」として生徒に対するように行為者に対しなければならぬ (v. Almendingen, zit. nach Exner, (Fn. 3), S. 22)。これにより、悟性責任が責任を問題としているのではなく、招来の危険の防止を問題としていることが分かる (Schlüchter, S. 57)。

かくして、別の解決策として、**性格責任論**(Charakterschuld)が主張されることになった。危険性を認識していないということが、それ自体としてみれば、「いかなる責任要素」にも欠けているということになれば(Exner, (Fn. 3), S. 66)、「過失に特殊の責任非難を確定するために求められる結節点を行為者の人格態度つまり内的態度に求める可能性が残されないことになる。このことから正当化されるのが、「しつけの足りない、向こう見ずな性格の活動」の中に決定的要因を認識する過失の性格責任の基礎づけである。すなわち、「十分に教育されることになかった性格の持ち主は、その無分別さのゆえに、別の目的のために着手した行為によって、損害を与えたことに責めを負う。したがって、認識のない過失に対する刑罰は、煎じ詰めれば性格刑であり、なるほど、直接的には性格に対する刑罰ではないにせよ、しかし、一般的な刑法の原理に対応して、しつけの悪い無分別な性格の活動に対する刑罰、つまり、個人が知識と注意へ向けてもつとまぐ自己教育しなかったことに対する刑罰である。」(v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1907, S. 444)。

この性格責任論には、過失の事件において、性格の欠陥が常に後の法益侵害を惹起する最終要因なのかという疑問が生ずる。性格的に安定しているものとする交通事故を起こしかねないのである(Schönke/Schröder/Lenkner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, Vor § 13 Rn 109a)。これは別としても、有責な性格形成それ自体ではまったくなく、せいぜいそれが具体的行為に影響を及ぼしており、そこに現れた**個別行為責任**が責任判断にとって基準となるといついかなる場合にも異論は見られないのであるから、性格責任も可罰的過失の特殊の**非難の礎石**とはなりえない(Dutge, (Fn. 1), § 16 Rn. 85; Schlachter, S. 58f)。

以上の論述は、主として、E・シュリヒター及びG・ドゥットウゲに依拠した。参照、不破武夫『刑事責任論』(一九四八年)一五〇頁以下。井上正治・前掲書(注一七)・二一〇頁以下。

- (112) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit.), S. 123f. (吉田訳、五二二頁以下)。
- (113) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Fahrlässigkeit.), S. 126f. (吉田訳、五二五頁)；ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar.), S. 64.
- (114) O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), § 6 Rn. 95.
- (115) O. Triffterer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 13, Rn. 62f.
- (116) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit.), S. 123ff. (吉田訳、五二二頁以下)；ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), Rn. 131；O. Triffterer, (Fn. 16. StGB-Kommentar), § 6 Rn. 35.

参照、RGSt. 30, 25 (1897) [暴れ馬事件] (辻馬車の御者が、その馬に尻尾で手綱を絡ませる悪癖があり、そのため雇い主にほかの馬と取り替えるよう要求したが容れられず、それ以上要求すると解雇されて一家が路頭に迷うような状況だったので、その暴れ馬を

御していたところ、通行人をはねてその足を骨折させたという事件。ライヒ裁判所は、当時既に判例 (RGSt. 3, 208; 6, 249, 250; 8, 66, 67; 24, 417, 418) で認められていた過失犯の成立要件である一般の注意違反と個別的注意違反が本件事案でも肯定されるとした上で、義務の重要性と職を失うという心配がある関係において、義務の履行が期待できたかを問題として、無罪を言い渡した。これにより、判例上、過失犯の責任要素として、適法行為の期待可能性が要求されることとなった。この背景には、それまでの法実証主義的考察方法に代わって価値論的考察方法が有力になりつつあった事情がある。

大判昭八・一一・二二刑集二二・二〇七二〔第五柏島丸事件〕(定員の五倍余りの呉市海軍工廠通勤客を乗せたため沈没し多数の死傷者を出した事案。本判決は、原判決の禁固刑を破棄して、罰金刑を言い渡した。その背景には、海軍工廠に通勤する職工らが乗船に殺到していたこと、取締りの警察官の態度も職工通勤の関係上寛大であったこと、船主が被告人船長の採算再三の注意にもかかわらず多数の乗客の搭載を命じていたこと、被告人は特別法犯事件で執行猶予中の身分であったこと、しかも、貧困であったことなどが指摘できる。本判決は、期待可能性理論に拠るとは明言していないが、その影響を受けた代表的判例と考えられる。)

(117) M. Burgstaller, (Fn. 6), Rn. 101.; ders. (Fn. 2), 199.; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, (Fn. 10), S. 505, 597. 上述の事案〔暴れ馬事件〕でライヒ裁判所は「自ら職を失うようなことをすることは義務として期待できない」という理由で「この御者を無罪としたが (RGSt 30, 25) この判例を、H.-H. イエシエック、Th. ヴァイゼントは、主観的注意義務違反が期待可能性の思想によって制限される例として挙げてゐる。

(118) M. Burgstaller, (Fn. 6), § 6 Rn. 105.

(119) D. キーナツプフェルと F. ヘルペルは、期待可能性は、客観的注意を自己の精神的、身体的事情から遵守できたが、特別の理由から行為者を非難できない場合だと論じて、期待可能性と主観的注意違反を峻別してゐる。D. Kienapfel, F. Höpfel, (Fn. 10), Z26 Rn. 24. しかし、主観的注意違反は不法の領域に属する。

(120) R. Moos, (Fn. 10, Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S. 124f. (中田監 五十三頁以下); ders., (Fn. 16, StGB-Kommentar), Rn. 125.

(121) B. Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikts. JA 1975, S. 511, 514.

(122) Th. Weigend, (Fn. 41), S. 142f.

(123) B. Schünemann, (Fn. 121), S. 513; ders, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, S. 159f.; H. J. Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte

Strafrechtswissenschaft (Teil II). ZStW 94 (1982); S. 266ff., S. 269.; D. Kienapfel, F. Höpfel, (Fn. 10), Z 26, Rn. 4.; Burgstaller, (Fn. 6), Rn. 27.

- (27) O. Triffterer, (Fn. 16. Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte), S. 206.
- (28) B. Schünemann, (Fn. 121), S. 788.
- (29) O. Triffterer, (Fn. 16. Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte), S. 206.
- (30) H.-H. Jescheck, A. T., 3. Aufl., 1977, S. 458.; Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, S. 393ff., S. 406.; B. Schünemann, (Fn. 121), S. 514.; ders., (Fn. 123), S. 168.
- (31) O. Triffterer, (Fn. 16. Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte), S. 206.
- (32) H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Aufl., 1988, S. 510.
- (33) A. R. Castaldo, (Fn. 15. Offene und verschleierte Individualisierung), S. 495ff., S. 499f.
- (34) Th. Weigend, (Fn. 41), S. 143.