

刑法における過失の違法性と責任性

秋山哲治

一 まえがき

二 注意義務における「注意」の意義

三 結果回避義務は過失にのみ特有の義務であるか

四 過失の違法性と責任性

さきに、井上正治教授は「過失の實證的研究」（昭和廿五年七月發行）なる勞作をものせられ、通説が過失の本質を「注意義務違反」とすることを疑問とし、『極めて安易に通用してゐる「注意義務」なる概念も、その内容として回避義務と豫見義務の二種のものを包含するのであって、しかも、結果回避義務は違法性に關する問題として、又豫見義務は責任性に關するそれとして、過失には違法性と責任性が密接に關連して存在するのである。』とされたのであつた。

これに對し、筆者は、拙論「刑法に於ける過失責任の特質と本質」（同志社法學第一號昭和廿六年十二月發行）において、若干の疑問とするところを質したのであつた。即ち、『教授が過失の概念と本質とを區別すべきであるとされるについて、(1)私は「事實としての過失」の特質と、「責任としての過失」の特質とを區別すべきであるとし、(2)更に過

失の特質」と「本質」とを區別することによつて、過失の實體を明確になし得るのではないかと考へ、(3)更に結果回避義務は「過失」責任に特有のものであるのではなくて「故意」責任に於ても同様に認められなければならないのではなかろうか、さすれば過失責任の特長を明かにするためには更に別の觀點に立つて究明されるべきではないか、と考へるものである。』としたのであつた。この未熟にして、且、粗雑なる拙論に對し、教授は新たに「過失における注意義務」の論說を發表され(昭和二七年六月二九日執筆法政研究第二〇卷第一號)極めて綿密且つ懇切に拙論を批判せられ、その至らざる點について教示を得ることができたのであり、更に教授の重ねての主張に接することができたことは、筆者にとって、望外の幸せであつた。

井上教授が「過失における注意義務」において解明展開せられた說示の要旨は次の如くであらうか。即ち、一、結果回避義務は過失だけに特有の義務であることを再び力説せられたこと。二、いわゆる注意義務とは結果回避義務である。結果豫見義務は過失の理論構成には全く役立たない。「義務」ではなく可能性を論すれば足りる、として前論を修正せられたこと。三、過失の考察に當つて、拙論がこれを専ら責任の問題としたことは不當である。過失に於ても、結果の發生をふくめた全事象が問題となるが故に、違法性の問題を吟味する意味があることを強調されたこと。四、結果回避義務の成立根據に對する拙論の不備と思はれる點を摘示されたこと、等である。しかして、教授は、新論說を『「過失の實證的研究」の再版のような形になつた』とも述べられるのであるが、然し、前説と比して、留意すべき著しい改變がなされているのである。即ち「過失の實證的研究」において、責任性の問題とされた豫見「義務」を否定され、結果回避義務違反において、違法性と責任性とを考察されることになつたのである。このことは、教授の前説における過失理論の體系的構築における根本的變化であると云はなければならない。

筆者としては、教授の再論により啓發を受けたものがあり、更に、教授の說示につき理解を深めることを得たものがあつたことは感謝にたえないところである。しかし乍ら、教授の教示にもかゝはらず、尙、若干の疑問とせざるを

得ないものがある。再び拙論を草し高教を乞う次第である。前拙論と同様のことを重ねて論することはできるだけ避けることにし、いさゝかなりとも前進のために努力し度いと念するものではあるが、先づ、前拙論において説き及ばなかつた點を補足することにしなければならない。拙論を進めるに當つて、教授のご見識に對し、筆者の未熟の故に生ずる誤解なきよう念するものである。

二

いわゆる注意義務とは結果回避義務である、と井上教授は重ねて強調される。しかして「過失の實證的研究」においては、結果回避義務違反は違法性に關し、結果豫見義務違反は責任性の問題とされたのであつたが、既に一言した如く新論說においては、豫見義務を否定されるところとなつた。

通說において、「注意義務」と說かれているものを、何故、結果回避義務としなければならないか。井上教授の結果回避義務論は先づ、一般に注意義務と云はれる概念が決して刑法における過失の本質を表示するに適當ではない、との斷定から出發する。教授は過失に注意の欠缺、すなわち不注意の存することを、否定されるのではない。併し、一般に注意を解して意思の緊張と解するのであるが、かかる解釋は決して注意義務の本質を示すものではない。正しくは、『結果を回避すべき意識、無意識なる用心深い態度』である、と解しなければならないとされるのが、教授の主張の本旨であるようである。

いはゆる、注意義務における注意がたんに「意思の緊張」という如き心理的事實を意味しているのではない、ということは、極めて明らかである。意思の緊張といふ事實が適法で、意思の不緊張が違法である、といふ如き主張が假にあるとすればその誤りは全く明白である。即ち、故意犯においては、違法結果の發生に對し、極めて大なる意思の緊張があるからである。従つて、意思の不緊張は、違法結果の回避と關係づけられて、初めて、違法なるのである。

通説の言ふ注意義務といふのも、まさに、違法結果回避のための意思の不緊張を意味する、と云はなければならぬ。したがつて、その意味内容さへ明確にしておけば、「注意義務」と表示することは、大して問題ではない、ということになるのである。△法律上の概念はすべて機能概念である。ある種の目的にしたがつて、概念を構成することが正しい。』といふ教授の主張を、「注意義務」という表示を用いる論者が、同様、主張し得るかも知れない。

いづれにしても、いはゆる注意義務が、單に意思の緊張といふ心理的事実を意味しているのではないことは、これ以上多くの議論を進める必要はないと思はれる。たゞ教授は、注意、不注意といふ言葉が使用されるとき、極めて混亂を生じ易いと難ぜられるのであるが、教授の指摘されるところのものが、果して、混亂なりと断定し得るやは疑はしい。又、教授が『そういう意志の欠缺、不注意といふ観念をかりて來なければ、責任としての過失は説明できないだらうか。……わたくしは、過失において、不注意と非難すべき行爲との間に、因果の關聯はあつても、歸責の聯關は認められがたい。』と述べられる點についても亦異見を持たざるを得ない。即ち、意志の欠缺、不注意といふ言語表現は別の表現を用うることは問題でないとしても、過失の解明にあつては、不注意、といふ観念はなんとしても、必要なのであつて、この觀念を無視しては到底、過失の事象は説明できないと思うものである。(このことは後述するところで明かにしたい。)不注意を單に心理的事實と解せず、規範的な、結果を回避する用心深い態度の欠缺と解すれば、教授のように『不注意と非難すべき行爲との間に、因果の關聯はあつても、歸責の聯關は認められ難い』としたくともよいのではないであらうか。殊に教授のように、行爲は行爲者の必然的ほとばしり、であるとの見解に従へば、尙更、正常な意志の欠缺たる不注意は充分に歸責關連が認められるのではないかであらうか。

次の問題の考察に移らう。教授と筆者との考へ方の相異を示す點と思はれる。教授は「注意」の觀念を過失において、必要ではないとされる理由として無意識であつても結果さへ回避すれば過失はない、ことを擧げられるのである。そこで△結果回避だけが過失の義務であつて、結果回避義務さえ遵守すれば、無意識に即ち結果豫見義務に違反して

も、過失も存しなければ、何らの法上の義務違反も現われない。』と主張されるのである。無意識に違法結果の発生を回避している事實は、珍らしいことではなく、むしろ、我々の日常生活に於て、有り勝のことである。或いはそれが普通であるとも云へる。而して、無意識でも違法結果の発生がなければ、過失はないのは勿論であつて、この場合、過失の違法性も責任性もない。過失は既に前掲論において述べた通り、そして教授も、亦同様の見解であるよう、に違法結果の発生した場合のみの問題である。結果の發生後、事後判断によつて、行為者に不注意が認められる場合のみ過失の問題が生ずる。故意の場合を例にとれば一層明瞭になる。無意識で人を殺さない、この場合刑法上ナンセンスである。無意識で人を殺した、違法の問題が生ずる。(主觀的違法論、又は、目的行為論では結論を異にするであらうが)意識して人を殺した、この場合、違法と責任の問題が生ずる。従つて、無意識で違法結果が生じない場合は、刑法上の問題の外である。

教授の言はれる「無意識」の意義を今少し掘り下げて見よう。注意といつても、所謂、通常的な意味における注意——これは行為者が意識の表面において自覺している場合——と潜在的意味における注意があらう。これは、本人は意識の表面においては自覺していないが、潜在意識においては注意しているのであると云へる。井上教授が無意識といはれるのは、この本人は自覺していないが、實は内面において厳しい緊張がある場合であらう。このような潜在的注意は、行為者の自覺的意識の集積、乃至修練の結果、生ずるものとみてよい。それ故、法は、自覺的注意であらうと潜在的注意であらうと、違法結果の発生を回避すべく要求しているのだと云ひ得よう。注意義務をかように解すれば、どうであらうか。

筆者が云う豫見義務における注意にあつても事情は同様である。教授は豫見における注意を單なる心理的注意の意味に解されるようであるが、これは誤解と思はれる。豫見においても、潜在的注意を要求するわけである。従つて、教授がいはれる無意識で結果を回避した場合は、無意識で結果を豫見したことになるのである。

井上教授は主張されるであらうか。論者において、たとへ、そのように注意を解していふとしてもすでに意思の緊張という如き、間違つた觀念を表示する以上、そのような表現は捨て去つて惜しいべくではないと。結果回避義務と稱することが最も適切であるとも。

しかし、尙、それにもかゝらず筆者は、或いは頑迷にも、過失において不注意の觀念の重要を主張したい。その理由は次の如くである。過失責任は、「認識なき結果に對し行爲者は何故刑事責任を負うか」の點にその特質があると考へるのである。行爲者が認識した結果に對し、責任を負うことは明瞭であるとして、過失の責任をいかに基礎づけるのか。この場合、認識せざること自體に責任を見出すのでなければならぬ。認識豫見の可能なるにかゝらず、認識豫見しなかつた。それは不注意に基因するのである。教授も同様のことを述べられるのである。曰く『過失とは、いうまでもなく、注意さえすれば、結果が發生するかも知れないといふ危険性を認識し得て、結果の發生を抑止し得たにもかゝわらず、不注意のため結果發生の危険を豫見せずして結果が發生してしまつた場合である。』と。

筆者は、結果豫見義務と結果回避義務とを一應區別した。豫見義務を觀念したのは次の理由があつた。即ち、現實には結果の豫見のないところに、具體的に結果を回避する努力を求めようがない。結果の不豫見は、故意と異なる過失の特質である。(井上教授は、不豫見であつても結果は回避される、とされるが、これは前述の如く贊同し得ない。)こゝにおいて、豫見義務を強調する理由があつた。

そして次のように記したのであつた。『「過失」に於ては、個別的な結果の認識を缺いてゐるのである。この點のみから言へば過失に於ては故意と同様の意味における結果回避義務は存在しないと言へるのである。何故なれば、認識なき結果の回避を要求することはできないからである。而も尙、「過失」に於て結果回避義務を認める理由は、認識可能な結果を認識せざることにより、回避すべく且、回避可能なる結果を回避しなかつたからである。従つて、これは「認識したとすれば」という推定の上に成立する義務である。』と。この最後の句である、『「認識したとすれ

ば」という推定の上に成立する義務である』といふ部分が、教授によつてその不當なることを指摘され、反省を求められ且又、教授と筆者との見解の相異のキイ・ポイントであらうとも推斷された。

恐らく最も重要なものの一つである問題點から、少しく説明をして頂くことにする。前拙論中の圖示を今一度、想起したい。

前拙論は、過失責任の根據を追究しようと試みたものである。反対動機と回避義務違反を相對して觀念しているのである。従つて筆者においては、これ等、豫見義務及回避義務を、主觀的・意思の形成・發展過程の中に、いはゞ動態的に考へてゐるのである。従つて圖示に於ては、『二つを並列して考えられた』『結果回避義務のほかに、これとなれば』『見えるであらうが、それは、決してさらではなかつた。主觀的・意思形成の發展過程に於て最も重要な機能を果すものは、反対動機であるはづである。反対動機を形成するか否か』規範的責任性を考察するに重要な手がかりとなる。反対動機は故意犯において形成されなかつたか、或いは形成されたとしても更に行爲動機によつて打挫かれたのであり、又、過失犯においてもそれは形成されなかつたのである。この點において、筆者が故意と過失に同様であると言つた意味があり、又、結果回避義務の違反こそ、過失責任の本質だと言つた所以である。過失においては何故に反対動機が形成されなかつたか、それは結果發生の認識豫見を缺いた故に外ならない。ここに過失の特質がある。豫見を缺けば事實的に反対動機は形成されない。又、できないのである。然らば何故に、過失に刑事責任を認めるのか、法秩序は、あくまで、可能な結果回避を要求するからに外ならない。而も結果回避の可能は結果發生の認識豫見を事實的には前提とする。可能な豫見を可能とせず、可能な回避を可能としたかづた點に責任非難がある。『「認識したとすれば』といふ推定の上に成立する義務である』としたのは、事後判断に基いて、認識豫見があれば結果回避が可能であつたとしなければならない、而も可能を實現しなかつたことによつて、責任が生ずるといふ意味であつた。教授は豫見なくして、無意識でも結果を回避し得ることを示すため、再度ヴエルツェルの舉げた自動車運転手の例

を引用されるのであつた。その理論に忠實であれば、豫見義務のみならず「豫見可能性」の觀念も無用となるべきである。豫見可能性は結果回避可能性の中に解消さるべきである。然も尙、教授はそれを有用視される。さすれば、認識豫見は、過失において、容易に捨て難き意味を持つのである。過失においても、結果の發生したことに可罰的意味があるのでなく、發生せしめだと考へられる場合に可罰的意味がある。若し、結果の發生したことに可罰的意味があるとすれば、過失はすべて、可罰的となつてしまふ。注意義務というのは、おそらく、絶え間なく注意せよ、と要求するのではなく、必要なときに、必要な注意をせよ、と命じてゐるのであらう。

全く誤つた思考を例示してみよう。行爲を意思と動作—結果に分ける。そして意思において豫見義務を認め、動作—結果において結果回避義務を認めたとしてみる。これは明かに誤りである。

意思と、及、それから分離された動作—結果に別の獨立した義務が成立するわけはない。

さて、井上教授の新しい見解であるところの、豫見義務と云はなくとも、豫見可能性の觀念でこと足るという教授の見解も確に一見識である。併し乍ら、そのため、過失においては、「不注意」の觀念は必要ない、という結論にはならない筈である。いはゆる、注意義務の表現の代りに、結果回避義務を用うることは、論者の自由であらう。表現の如何にかくはらず、過失は、その本來の性質において、特殊の構造を有する。結果發生の認識豫見を缺くという過失の特質をきはだゝしめる意味において、豫見義務を觀念することは許されないことであらうか。而して、認識豫見の欠缺を行爲者の不注意に歸することができるとすれば、依然として不注意の觀念は、過失における最も重要な觀念ではないであらうか。

(註) (一) 過失における注意義務、法政研究、第二〇巻、第一號、七頁

(二) 同 一頁

(三) 同 六頁

三

結果回避義務は過失にのみ特有の義務であるか。井上教授は、前記において特有の義務なりと主張せられたのであつたし、拙論は、これを故意に共通としたのであつた。更に、教授は重ねて、特有の義務であることを強調せられ、その主張を固持されるのである。

いはゆる、注意義務は結果回避義務である、という教授の主張を前提とすれば、通説が注意義務を過失に特有とするのと同様に、教授の結論はきはめて當然であると云はざるを得ない。しかし、それでは、通説と離れて特に結果回避義務を主張される理由に乏しい。教授には、獨自の見解が存在しなければならない。『過失には未遂は存しない』。結果の発生は過失の属性である。だから逆に、過失非難を免れようとすれば、まず結果を發生せしめないことが必要であり、こゝから結果回避義務を過失を構成する第一の要素があるとしたのである。これが教授の主張される根據の一である。『過失には未遂は存しない。』まさにその通りである。しかし乍ら、故意犯においても、結果の発生のみによつて可罰的とされる犯罪が多くあることを考へれば、結果回避こそ、過失に特有である、とは言へないのでないか。

豫見のない結果の発生は、故意犯ではなく（尤も結果的加重犯については若干疑問があるが）過失に特有であるから、教授の論理を以てしても、認識豫見を缺くことを以つて、過失に特有である、とすることがむしろ妥當ではないであらうか。結果回避の要求は故意犯にも存するとすれば、故意犯には存しない、豫見なき結果の発生を、過失の特性とすることが、筆者には合理的と思はれるのである。

『結果の発生は過失の属性である』まさに然り。しかし乍ら、それは過失のみの属性ではない。過失の特質は、結果発生の態様にある。或いは、發生の仕方、原因にある。換言すれば、結果と行為者との結び付きが、故意と異なる特

殊の構造を有する。この特殊の構造は教授の言はれる結果回避義務の觀念を以てして、充分に盡し得るであらうか。教授は主張される。『故意にも結果回避義務の存することはいうまでもない。……しかし、故意を概念構成するにおいて、結果回避義務といわなければ、説明し得ないような問題が何か残るであらうか。おそらく何も残らないと思う。』

『故意には、結果回避義務を探り上げる必要はない。ところが、過失においては、事情が異なる。過失は、結果の發生をはなれては、具體的・個別的に認識されない。結果を發生せしめない義務が、まず要求されるのである。……結果回避義務といわれるものは、過失特有の義務である。故意には存しない。兩者の關係は、あたかも、作爲犯と不作爲犯との關係と同様である。不作爲犯においては作爲義務が問題となる。しかし、作爲犯において、これと同じ意味で不作爲義務といわれていることを聞かない。』

まさに、不作爲犯においては、作爲義務はその違法性の指標であり、根據である。作爲義務に違反することによつてのみ、不作爲の違法性は根據づけられる。不作爲犯における作爲義務の關係と同様のものとして、從來、通説においては、過失における注意義務が考へられたのである。教授は、注意義務を適當でないとし、結果回避義務をこれに代えられる。結果回避義務と云い、注意義務と云つても、それは、過失をして過失たらしめる特質でなければならない。従つて『故意にも結果回避義務の存することはいうまでもない。』といふ教授の認識が示す如く、故意に共通する結果回避義務は、過失の違法性を指標するには適當ではない、とするのが筆者の主張である。

『故意には、結果回避義務を探り上げる必要はない。』『結果回避義務といわれるものは、過失特有の義務である。』故意にも存することを認められた結果回避義務は遂に、過失特有の義務として、過失の専有獨占するところになつた。その理由はどこにあるか。教授の説示に聽かう。

『過失の概念構成を分析するのに、結果回避義務を必要としたのは、それが過失に特有とまでいえなくとも、過失

には是非必要であつたからである。逆にいえば、故意概念を分析する際、結果回避義務ということをいつてみても、何らの貢献を見出しえなかつたからである。^(四)はたして、教授の言の如く、故意概念の分析において、結果回避義務は何の意味もないであらうか。たしかに、作爲犯にあつては、不作爲義務違反乃至結果回避義務の概念を持ち出さなくとも、その違法性は容易に理解し得られる。法益侵害の事實が餘りにも明瞭であるからである。しかし乍ら、理論上は、作爲犯においても、不作爲義務は當然に考察されなければならないのではないであらうか。不作爲犯が命令規範の違反であるとすれば、作爲犯は禁止規範の違反であるとしなければならない。不作爲義務、結果回避義務を考察することが作爲犯にあつても無意味でないことは次の事實によつても明かである。即ち、作爲犯における行爲者の不作爲義務の自覺は反対動機の形成に關連し極めて重要な意味を持つ。更に、道義上、不作爲を要求される行爲であつても、犯罪を構成しない理由は、云うまでもなく、それが法上不作爲義務に違反しないからにほかならない。

このように考へてみると、故意犯においても不作爲義務の持つ理論的意義は決して軽視し難いのである。不作爲義務と結果回避義務とは同一の觀念内容ではないとしても、更に、作爲犯の違法性を指標するには、不作爲義務と云う表示がより適切ではあるとしても、結果回避義務といふ表示が甚だ適切でないとは云へないのである。過失は、結果の發生をはなれては、具體的・個別的に認識されない。まさに教授の説示の如くである。故意にあつては、事前の認識と結果とか連結し、過失にあつては、事前の不認識と結果とが連結する。結果の發生は故意と過失に共通する。法秩序は、違法結果の發生回避を故意にあつても過失にあつても要求する。それ故に、結果の發生によつて、具體的・個別的な認識がなされる事實にこそ、過失の特質を見出すべきである。換言すれば、違法結果の不認識不豫見こそ、過失の過失たる特質である。

(二) 同 七頁

(三) 同 七八八頁

(四) 同 六一七頁

四

「過失の實證的研究」における、井上教授の研究の特色は結果回避義務を違法の問題として論じられたことであつた。

これに對し、前拙論は、過失の違法性の問題に觸れることなく、拙論の題名の示す如く責任性を考察の對象としてことを論じたのであつた。しかし、これは、教授によつて、その不當を難じられることになつた。

ところで、其後、筆者は刑法各本條の構造について若干の考察をめぐらすことによつて、多小私見を進めるものがあつたと思はれるのであり、これが、又、われわれが、現在、問題としている過失の違法性の考究に關連を有するが故に、以下、極めて簡略に愚見の粗描を試みることとする。

犯罪は言つまでもなく、吾々の社會に於て現實に生起する現象である。従つてそれは、特定の加害者と被害者、特定の時、特定の場所、一定の情況、特定の意思、一定の手段を有つた行爲が存在しなければならない。刑法各本條はかかる現實的具體的事實を抽象して、一定の刑罰を科すべき犯罪を構成するに必要な限度に於てのみ事實を規定する。従つて、各本條の規定する事實は抽象的事實であり、これを法定事實とも稱し得る。このような法定事實は内實的に複雜な構造を有するのであって、これを種々の角度から觀察することが可能である。即ち、犯罪を構成する要件であるとも云はれ得るし、これは又、刑罰に對する關係に於て、可罰要件とも云い得る。法定事實は、違法類型であり、又それは、類型化され違法をも表示する。同時に又、違法行爲類型もあり、類型化された違法行爲もある。

違法類型と類型化された違法とは觀念的に異なる。前者は類型であり、後者は違法である。従つて、違法類型が常に類型的違法を内含するとは限らない。一般に、所謂構成要件該當と言はれる場合は、違法類型に該當すると云う意味の場合もあり、論者によつては、違法行爲類型に該當することを意味している。違法類型が類型たるには類型を構成するに必要な類型的要素が存在しなければならないし、又、かかる要素が統合され特定の類型を形成する一定の要件が存在しなければならない。従つて、犯罪を構成する要件としての可罰的違法類型、即ち、一般に言はれる構成要件に對して、違法類型を構成する要件が觀念されるわけである。それは、それとして、一方、法定事實は前述の如く違法行爲類型を表示しつゝ又、類型的違法行爲を表示する。違法行爲類型が構成されるためには、上述の思考と同様の過程をたどりその構成要素と構成要件とが概念されるわけである。類型的違法行爲にあつても同様である。然らば類型的違法と類型的違法行爲とは如何なる點が異なるか。類型的違法行爲は類型的違法を實現するところの行爲である。

(併し、類型的違法は、常に類型的違法行爲によつてのみ實現されるとは限らない。) 類型的違法が原則的に客觀的因素とするからである。換言すれば、類型的違法行爲の要素としては、違法意思—違法動作—違法結果といふ一連の主觀客觀的行爲が存在するわけである。(勿論陰謀、豫備、未遂は典型的な行爲と異なる) このような見解において、最も問題となるのは、こゝに云ふところの違法意思の性格であらう。「人を殺す」「他人の財物を窃取する」という行爲においては、「人を殺す意思」「他人の財物を窃取する意思」がなければならぬ。かかる意味において法定事實は亦違法意思の類る各犯罪には全てかかる意味における意思が存在しなければならぬ。所謂主觀的違法要素とは異る。所謂主觀的違法要素は前述した私見による類型的違法の要素であるに對し、これは類型的違法行爲の要素である。

さて「過失」においては、故意の如く行爲者自らが認識する違法意思は存在しない。即ち、過失殺人に例をとれば

人を殺さんとする意思は存在しないわけである。過失はまさに、行為の存在構造を異にする。しかし乍ら、過失的意
思、即ち、豫見すべく且、豫見可能な結果の豫見を欠缺することにより、回避可能な違法結果を發生せしめた意思が
存在する、と云はねばならない。従つて、過失行為は、主觀——客觀的行為として充分である。基礎的準備は極めて
不充分ながら、これまでとして、さて、いよいよ本論に進まねばならない。

先づ、井上教授の違法論と責任論とを知らなければならぬ。既に異色ある見解として一般に周知されているところであるが、教授の違法論は人格的違法論とも稱すべく、即ち、違法判断は、現實的人格態度に對する客觀的評價であるとされるのであるし、違法を客觀的評價とされつゝも、尙、多分に主觀的であると云はざるを得ないものである。即ち、『規範的無能力者』の行為は違法判断の對象たり得ない。』^(一)とされるのである。これに對し、『行為を命令性に關係せしめて評價すること、即ち、その動機形成過程を評價の對象たらしめるところに責任性の問題が存する。』^(二)と、又、『責任とは、客觀的に違法と判断された人格態度を、更に主觀的にその潜在的深みに立ち入つて、判断したものにほかならない。』^(三)そして、更に、『行為とは行為者の必然的ほどぼしりである』^(四)とされつゝも尙、現實的人格態度を潜在的人格體系に結びつけて、行為と行為者人格との深き親和性が考え得られるときに責任非難が存在する。』^(五)ともされるのであつた。

井上教授の獨自の考察による以上の違法論、責任論に對しては誤解なきよう將來とも理解を深めたいと思うのではあるが、さしあたり吾、が今問題としている過失論に關連するところとなるのである。

教授は『「法益の侵害』として理解される行為の違法性とは、行為が階級的行為に反すると評價されることである。』^(六)と述べられてゐる。又、『違法とは現實化した人格態度の客觀的法秩序に對する侵害性を、一般的に客觀的に判断することであり、』^(七)とも記されている。換言すれば、違法は階級的當爲違反であり客觀的法秩序の侵害である、ことになる。しかも違法は客觀的であるが故に、判断の對象が行為であつても、人格的態度であつても、客觀的な違法は何

等變りない筈である。たゞ、行爲者の行爲を評價するに當つて、行爲のみを評價の對象とするか、更に人格的態度にまで押し廣げて對象とするかの區別である。客觀的な違法性と、その評價の對象とは別である。評價の對象の相異によつて、客觀的違法は何の影響をも受けない筈である。行爲を對象とした場合の違法性と、人格を對象とした場合の違法性が異なるはづはない。類型的違法と、類型的違法行爲とは識別しなければならない。

違法は客觀的に、責任は主觀的にといふ、所謂客觀的違法論においては、違法判断の對象は行爲の結果であつた。従つて、過失の違法性は、過失行爲の結果を判断の對象にすれば事足るのであつた。ところが、井上教授にあつては、違法判断の對象は、現實的人格態度であり、従つて、單に心理的要素のみならずその背後にある人格的態度を含めて、違法結果の發生に向けられた主觀的（心理的）^(八)・客觀的行爲の全部である。従つて、違法なる現實的人格態度を構成する違法要素を缺く場合は、違法行爲ではないことになる。かくて、まことに『「規範的無能能力者」の行爲は違法判断の對象たり得ない。』（白痴、狂人の行爲は違法行爲ではないことになる。）更に又、結果回避の「可能性」を考えられる場合も、それは違法的意味における可能性を考へねばならないのであつて、生理的、心理的意味での可能性だけが考へられることになる。』そこで井上教授が過失行爲の違法性を考へられるに當つては、過失行爲の主觀（心理的）^(九)・客觀の全系列、換言すれば、過失における現實的人格態度が違法判断の對象となる。ところが、過失行爲には、違法結果發生の認識豫見を有たないのであるが、そのような事實の背後にある人格態度を違法判断の對象とすることになる。而もこの人格態度は、潜在的人格體系と一線を劃されるのでなければならない。『たゞ、違法判断と雖も、人格態度に關連しこれを背景とするという點に着目して、その本質は義務違反性にあると考え』られるのであつた。

かくて、教授の違法性の實體は複雑である。即ち一方において、階級的當爲違反であり、客觀的法秩序の侵害性であるが、他方において、現實的人格態度にまで遡る主觀的な評價である。

井上教授にあつては、結果回避義務違反を、違法の問題として論じられるとき、結果回避の可能性を問ひ、可能性（生理的・心理的意味での）がなければ違法性はないとされるようである。可能性がなければ、客觀的法秩序の侵害性はないことになる。しかし、違法性を客觀的に解する限りこの結論はでてこない。可能性と違法性とを關係づけるためには、違法性を主觀的に解さねばならない。即ち、可能性がない場合は非難性がないと考へるからにほかならない。かくて、教授における主觀的とは單なる心理的意味におけるものではない。

井上教授は更に例示される。曰く、『かりに、結果發生の「可能性を豫見」しても、結果を回避できないような場合は、責任性に立ち入る前に、問題から除くべきである。』と。結果發生の可能性を豫見した場合は「故意」の場合である。客觀的法秩序侵害の意思が存在し、更に違法な結果が發生している場合、客觀的狀況に基いて、行為によつて結果を回避出来なかつたという事情において、客觀的法秩序の侵害性、即ち、違法性がないのであらうか。又、教授は、次のようにも述べられる。曰く、『過失の事象を考察すれば、結果を回避するために、法の要求するあらゆる努力を講じなかつた場合であらう。これがいわゆる不注意である。そして、それは客觀的な態度である。かかる客觀的態度は、結果を回避すべく努力しない動機の形成に歸せられる。そして、それは主觀的な動機であり……これも亦いわゆる不注意である。』と。即ち、客觀的態度としての不注意と、主觀的動機としての不注意とがあり、前者は井上教授のいわゆる現實的人格態度に屬し、後者は、潜在的人格體系に屬することになる。しかし、何故に、結果を回避するに、法の要求するあらゆる努力を講じないことが、潜在的人格體系に屬しないであらうか。結果の豫見に向けられるべき注意のみが潜在的人格體系に屬する理由はないと思はれる。結果の豫見と云い、結果の回避と云い、共に結果という客觀的生起に關する意識乃至態度であるとすれば、結果の豫見に向けられる注意と雖も客觀的であると、云い得られるのではないか。

更に教授は、「可能性」を考へられる場合、結果回避の可能性について「生理的・心理的」意味の可能性を云はれ、

それは違法判断に属するとされるのであるが、かかる意味での可能性は、結果豫見の可能性についても云はれ得るのではないであらうか。即ち、生理的・心理的事情に基因して結果豫見の可能性が左右される場合がある。教授も亦、このことを同様に述べられている。^(二)さうだとすれば、結果豫見の可能性についても違法判断が成立することになる。としなければならない。従つて、結果豫見は、主觀的であり、（従つて責任判断に属するとされる）結果回避は客觀的である（従つて、違法判断に属する、とされる）といふ教授の主張は、可成り疑はしいものがある。

教授は今や從來と異なる見解に到達された。即ち、從來の、結果回避義務違反は違法性に、結果豫見義務違反は責任性に屬するとされた、極めて特色ある見解を放棄され、^(三)過失において存在する義務は、結果回避義務だけである。結果を豫見して、これを回避すれば足りる、といふことになれば、結果豫見義務と稱することは、餘りにも仰々しい。^(四)と云はれることになつた。その理由は、^(五)結果回避義務さえ遵守すれば、無意識に即ち結果豫見義務に違反しても、過失も存しなければ、何ら法上の義務違反も現われない。^(六)からである。（まさに、教授の理論の徹底である。無意識で過失の回避が出来るとし乍ら豫見義務を認められたのは矛盾であつた。）

而して今や豫見義務を否定し「豫見可能性」を強調せられる。曰く、^(七)いわゆる「豫見可能性」は、この非難すべき行爲者人格を確定するための機能概念としてのみ意味をもつ。豫見できたと考えられれば、行爲者人格に對する非難可能性を導き出すこととなる。^(八)と説かれるのである。教授によれば、豫見可能性は機能概念であるから、これによつて責任評値されるのは結局、回避義務違反である。そして、^(九)過失の事象を考察すれば、結果を回避するためには法の要求するあらゆる努力を講じなかつた場合であらう。これがいわゆる不注意である。そして、それは客觀的な態度である。かかる客觀的態度は、結果を回避すべく努力しない動機の形成に歸せられる。それは主觀的動機である。^(十)としておられる點よりして、主觀的動機に責任の対象を求められるかに思はれる。併し乍ら、此際、最も注目すべき論述に接するのである。この點こそ、教授の過失論における根本的態度の變化であると思はれる。

『違法性の評價といふ責任性の評價といふ、いづれも一つの行為を倫理的に評價するという點では、區別がない。違法性と責任性とは一つの倫理的評價のたんなる理論的區別たるにとまる。』

『結果發生の「可能性を豫見」しても結果を回避できないような場合は、責任性に立ち入る前に、問題から除くべきである。こゝにこそ、責任性と違法性を、同一事象に對する評價であつても、理論的に區別する必要があつたのである。』

違法判断の後責任評價がなされるのである。まさに同一事象に對して、違法判断と責任判断がなされるのである。一つの事象を外面的に分析し一を違法とし、他を責任とすることは正しくない。それ故に、嘗て、教授が過失を客観的態度と主觀的態度とに分析して、一を違法、他を責任とし、過失において、違法と責任が絡み合ふと、されたことは、正しい考へ方ではなかつたと思はれる。同時に、私見によれば、違法判断は現實的人格態度に對する評價であり責任判断は潜在的人格態度に對する評價であると、されることも誤解を生じ易いと思うのであるが、どうであらう。

以上において、井上教授の違法と責任に關する論說を顧み、且、若干の疑問をも提示することを許して頂いた次第であつた。違法と責任とは同一事象に對する異つた評價である、といふ教授の見解はいまだ充分明らかに展開されていないのであるが筆者も亦、近來、かゝる考察に多大の關心を抱くものである。

從來、違法は客觀的に、責任は主觀的にと云はれた。併し、それは違法判断の對象が全て客觀的事象であり、責任判断の對象が全て主觀的事實である、ことを意味してはならない。更に又、違法評價と責任評價とか並列的に成立するのではない。違法評價を前提としてのみ責任評價が成立する。従つて、違法ならざる行為で有責なる行為はあり得ない。違法が法秩序の侵害性であるに對し、責任は、法秩序の侵害性に對して加へられる可罰的非難性である。可罰的非難性は、義務性、可能性、意思自律性等の觀念によつて構成されるものであり、「社會一般人」の如き客觀的觀

念、又は、客觀的事情における可能性、違法性の大小等の如き客觀的事象が責任評價の要素となるのである。かくて責任判断の対象も、行爲の主觀的客觀的事實となることになる。

過失の違法性と責任性とら論題の考察は、尙、當然觸れるべく多くの問題を残しつゝも、他日を期して一應この稿を終りたしと思う。

- (一) 刑法學 八五頁
- (二) 同書 八四頁
- (三) 同書 八六頁
- (四) 同書 一〇六頁
- (五) 同書 一〇七頁
- (六) 同書 八六頁
- (七) 違法と責任の關連、法律時報第二卷第一號六〇四頁
- (八) 過失における注意義務、法政研究第二〇卷第一號二十四頁
- (九) 前掲法律時報、第二一卷第一號六〇四頁
- (一〇) 法政研究、第二十卷第一號二五頁
- (一一) 同 二二頁
- (一二) 二五頁
- (一三) 一五頁
- (一四) 同頁
- (一五) 二七頁
- (一六) 三二頁
- (一七) 二一頁
- (一八) 一五頁
- (一九) ザウヨル著 Allgemeine Strafrechtslehre, 1949, S. 61, 望おこし次の如く述べる。“Unrecht und Schuld unterscheiden sich zwar im Massstab, — aber Unrecht und Schuld unterscheiden sich nicht im Gegenstand, denn Wollen und Wirken (Handeln) gehen ineinander über.

（一九）ザウヨル著 Allgemeine Strafrechtslehre, 1949, S. 61, 望おこし次の如く述べる。“Unrecht und Schuld unterscheiden sich zwar im Massstab, — aber Unrecht und Schuld unterscheiden sich nicht im Gegenstand, denn Wollen und Wirken (Handeln) gehen ineinander über.

あ と が き

筆者の未熟の故に、井上教授の折角の御教示に對して、まことに整備を缺いた不充分なお答へとなつた。教授の新論文の掲載せられた法政研究第二〇卷第一號が研究室に届けられたのは昨年十二月初旬であつた。更に研讀の上、執筆すべきであつたが、教授の稿は既に昨年六月にものせられたものであり、筆者もできるだけ早くお答へすることが教授の御獎勵に副うかと思い、早急に筆を執つた次第である。尙、種々の點において御答へすべきものが残されているのであるが枝葉に亘る部分は省略さして頂くこととした。(一九五二・一・九)