

## 刑法に於ける過失責任の特質と本質

秋 山 哲 治

- 一 過失責任における問題の所在
- 二 過失責任の特質と本質

一

「踏切の遮断機の昇降如何に拘らず自動車を停車させるか車掌を下車先行させる等の適宜の方途を講じて同踏切通過の安全であることを確認して後に同踏切の通過をせねばならぬ業務上の注意義務があるのに拘らず當時たまたま右金山踏切番人をしていたHが右遮断機を降ろさずこれを上方に揚げたままにしてその職場を離れていた重過失によつて、輕卒にも列車との衝突の危険なきものと輕信して前記注意義務を怠つた業務上の過失を免れないのであつて、」(業務上過失致死傷害被告事件、福岡高等裁判所昭和廿六年四月九日第一刑事部判決、高等裁判所判例集第四卷第三號二六八頁)

「自動車運轉手ナルモノカ客用自動車ヲ操縦シテ交叉點ノ如キ交通ノ頻繁ナル場所ヲ通過スルニ當リテハ運轉手タルモノハ一般人命ヲ尊重シ交通ノ危険ヲ避クル爲周到ナル注意ヲ用フヘキ業務上ノ義務アルコト當然ノ事理ニ屬スルモノナル處被告人カ自動車ヲ運轉シテ前記交叉點南行軌道上ニ差掛ルニ及ヒテ始メテ南方ヲ注視シテノ操縦スル、リヤカーノ北行シ來ルヲ認メナカラ尙不注意ニモ之ヨリ先ニ通過シ得ヘント輕信シ依然從前ノ速力ヲ以

テ直進シタルコトハ自動車運轉手トシテ必要ナル級上注意義務を懈怠シタルモノト認ムヘキヲ以テ此ノ點ニ付被告  
人ニ判示業務上過失ノ責アルモノト謂ハサルヘカラス(業務上過失致死傷害致死被告事件、大審院昭和九年七月十二日刑集一三卷一〇二五頁)

以上は交通事故に於ける業務上の過失事件に關する判例の一部分であるが、我々人間の生活における「過失」の一態様を示すものである。國家的社會的生活に於ても若くは個人的生活に於ても、人間は常に大小輕重の差こそあれ種々の「過失」を犯すことを免れない。「過失」こそは人間生活にあつて、寧ろ宿命であると云はねばならない。さればこそ、我々の日常生活に於て、「あやまち」「しくじり」「怪我」「ぬかり」「手落」等の表現が、「過失」と略、同意義に於て屢々用いられるわけでもある。そして「過失」という言葉が通常「過失行爲」と共に「過失意思」を意味する如く、これ等の言葉も、時に「行爲」を意味し、時に「意思」を意味する。

然らば、人間生活に於てむしろ宿命的とも云はれ得べき「過失」、わけても、複雑化した現代の社會生活に於て、寧ろその發生を避け難しと思はれる「過失」が何故に刑法によつて罰せられるのであるか。我々はまづ、過失行爲が如何にして發生し惹起されるものであるかを考へたい。

人間の故意行爲が極めて複雑なる機縁によつて形成される如く、過失行爲も亦、起るところ極めて多様な因縁に基く、としなければならぬ。前記第一例における、自動車と列車との衝突事件に就てこれをみるに、衝突の發生は種々なる因素乃至條件の集積の結果である。即ち、(1)踏切のある場所の地形が悪く列車の進行状況の見透しが出來ないこと、(2)墜道出口と踏切との距離が僅か二十米であること、(3)時間は午後七時を過ぎて居り暗いこと(一月七日の出來事である)、(4)通常の列車通過時刻より七分も早く列車が進行して來たこと、(5)踏切番人が遮斷機を揚げたままにして職場を離れ自宅に歸つていたこと、(6)自動車運轉手は踏切六米手前で速度を時速四、五軒位に緩め且警笛を吹鳴したが、(7)從來列車が接近している場合には警笛吹鳴の前後を問はず踏切番人が踏切

附近の路上に出て遮断機を降していたので其時も踏切番人が自動車の警笛を聞いて番小屋から出て来るかと思つて被告人はしばし前方を注視したが遮断機は揚つたまゝで番人は番小屋から出て來なかつたこと、等々が結果發生の原因として數へられる。併し乍ら斯の如き種々の行爲者の内外にある原因の存在にも拘らず、尙、行爲者が「過失」の故に非難される爲めには、結果發生に對する決定的原因として、換言すれば、斯の如き原因さへなければ結果は發生しなかつたであらうとされる「過失」が行爲者の責任として認められるのでなければならぬ。斯くして、責任としての「過失」の實體が考察されねばならない。勿論「過失」は心理的事實でもある。併し乍ら、刑罰の對象たる「過失」は單なる心理的事實としての過失ではなくして、實は「非難可能性ある過失」でなければならぬ。従つて、責任としての過失の究明は、過失の「非難可能性」の探究とならざるを得ない。「過失」は何故に「故意」とならんで責任条件とされるのであるか。更に、「過失」は如何なる點に於て「故意」と同じく、又、如何なる點に於て「故意」と相違するのであるのか。本稿における考察も斯る意圖のもとに始められたものである。

過失行爲は既に一言した如く多くの社會的原因、又は、物理的原因の集積乃至交錯によつて誘發されるものではあるが、過失行爲の特色は、行爲者の主觀に於て認められる。即ち、行爲者は自己の行爲によつて、その様な結果が發生することを思いもかけなかつた、ということ、別言すれば、現實に發生した違法結果が自己の行爲に原因することは、結果發生の後になつて始めて客觀的に認知されるのではあるが、行爲に際しては全く認識豫見しなかつたものである。更に別言すれば、行爲者の主觀に於ては、發生した結果は偶然的なものとして感じられるのである。然らば斯る性質の行爲の何處に可罰性若くは責任性を見出すことができるのであるか。これに對する回答として既に學界に於て通説が行はれ判例に於ても亦同一見解が示されている。曰く、注意義務違反であ

る。注意義務違反は次のことを意味する。即ち、結果發生の認識豫見が可能であるに不拘、不注意により、これを認識豫見せず、認識豫見あれば結果發生を回避すること可能なるに不拘、不注意により結果を發生せしめたのである、と。——併し、私はこゝで「不注意」の意味するところを更に検討してみなければならぬ必要を感ずる。というのは、「不注意」という言葉は、「意思の緊張の不足<sup>(註)</sup>」と解せられ、この言葉は、規範的意味に於て用いられるに拘らず、やゝもすれば、單なる心理的な意思の状態と誤解され易いからである。上述した如く、「過失」は日常生活に於ては、その外に「あやまち」「しくじり」「怪我」「ぬかり」「手落」等の表現が用いられる。ところでこのような意思乃至行爲の根底に、我々は行爲者の意思の或る態様を見出すのである。即ち、それは「横着」「怠慢」「輕率」「粗漏」「うかつ」等である。過失責任としての注意義務違反における「不注意」とは、實は斯る規範的意味を有つものであるとしなければならぬ。従つて、「意思の緊張」というのは「緊張」という状態に意味があるのではなく、緊張に基いて、行爲者が其の場に臨んで違法結果の發生を避けるため適切なるあらゆる手段を講ずることを意味しなければならぬ。

然らば注意義務違反の「不注意」が何故に刑事責任として非難可能性の實質をもつのであるか。この問題は一見明瞭の如くして、實は甚だしく確定困難な問題を含んでゐるのである。

先づ注意義務の内容如何の問題がある。前掲判例の第二例に於て、注意義務の内容が如何に考へられてゐるかを検討してみることとする。曰く、「自動車運轉手ナルモノカ客用自動車ヲ操縦シテ交叉點ノ如キ交通ノ頻繁ナル場所ヲ通過スルニ當リテハ運轉手タルモノハ一般人命ヲ尊重シ交通ノ危険ヲ避クル爲周到ナル注意ヲ用フヘキ業務上ノ義務アルコト當然ノ事理ニ屬スルモノ」以上述べられたる注意義務は勿論、業務上の注意義務である。斯る業務上の注意義務は一般的に規定せられるを以て足るか、それとも具體的個別的に規定せられなければ

ならないのかは一つの問題であらう。併し、とにかく判例は、「客用自動車ヲ操縦シテ」として自動車の種類を具體的に示し、更に、「交叉點ノ如キ交通ノ頻繁ナル場所ヲ通過スルニ當リテハ」として通過の場所を具體的に示してゐる點から見れば、まさに具體的な義務を示さんとしたものであらう。ところが「一般人命ヲ尊重シ交通ノ危険ヲ避クル爲周到ナル注意ヲ用フベキ業務上ノ義務アルコト」として一般的な注意義務の内容を示してゐる。判例の趣旨は一般的な注意義務に基いて、具體的個別的に「注意」をなすべきである、とするのであらう。従つて、「交叉點南行軌道上ニ差掛ルニ及ヒテ始メテ南方ヲ注視シテノ操縦スル、リヤカーノ北行シ來ルヲ認めナカラ尙不注意ニモ之ヨリ先ニ通過シ得ヘント輕信シ」と述べて、「絛上注意義務ヲ懈怠シタルモノ」と判定したわけである。業務上の注意義務にあつては、注意義務の内容は具體的個別的に法令によつて規定される場合があるが、以上の判例に示される如くその内容が極めて一般的に觀念されることもあるわけである。又、例へば失火罪或は通常の過失致死罪の如きに至つては、その注意義務は、これを具體的個別的に定め得ない。従つて注意義務違反の認定は困難を來す場合が生ずるわけである。斯る場合、注意義務の具體的内容は當該事情に即して具體的に定められる外ないのであるが、而も、具體的に定められる注意義務は行爲者にとつては、まさに犯罪の成立するか否かを決定する重大な意義を有するものとしなければならぬ。

次に注意義務違反、即ち、「過失」を責任のみの問題とするか或はこれを又別に違法性の問題とするかについて、更に又、注意義務の本質を、所謂「結果豫見義務」とするか、或は、所謂「結果回避義務」とするかについてもその主張が分れるのである。私は、これ等の見解主張の分れる根源を發生的考察方法と規範的考察方法の相異に存するものと思うのであるが、此等の問題を探究するために更に前進しなければならぬ。

上述の如く、通説は「過失」の本質を「注意義務違反」となしてゐるのであるが、併し、この通説に對し、獨

特なる人格責任論の立場より批判を下される學者に井上正治教授がある。<sup>(註二)</sup> 即ち、教授は次の如く述べられるのである。

〃過失の本質についてはこれを「注意義務違反」に求めて満足することが通説・判例の態度であるが、注意義務の違反若しくは注意の欠缺ということでは過失の本質を明白ならしめることはできない。それは精々過失の概念をあきらかにすることはできるかもしれない。しかし過失の本質とは過失非難のよつて來るべき所以のものを探究しようとするのであり、これに對しその概念は過失を過失として成立せしめる條件の意であつて、二者嚴重に區別して考察しなくてはならない。<sup>(註三)</sup>〃

然らば教授は「過失」の本質をいづかに求められるのであるか。これにつき次の如く主張せられる。

〃小野博士が「注意の欠缺、不注意ということこそは過失の過失たる所以、即ち過失の積極的本質である」と論ぜられていることには俄に賛成しがたい。瀧川教授が述べられるように、「要するに認識なき過失においても、責任は單に結果を認識しないこと自體を對象とするのではなく、行爲者が結果を認識し得るにかかはらず行爲を思ひ止らなかつたこと、自己を動機づけなかつたことを問題とする」というべきであつて、その意味では「法益侵害の危険を避けるため」に必要な一切の行爲をなさないこと、そのように自己を動機づけなかつたことが法秩序の要求に反することこそ過失の本態である。かような結果回避の態度に出なかつたことは迺れば正に結果發生の蓋然性を豫見しなかつたからであり、又豫見を缺いたことは一應不注意に歸せられはする。そこから、相當な注意さえ拂えば結果を豫見することによつてそのような行爲には出なかつたであらうともい得る。過失が故意と異なる點はこの不知・錯誤に存する。この不知・錯誤と意志の緊張努力の相關關係から、一般に過失は不注意を本質とする<sup>と</sup>考へるのである。しかし過失も——過失こそは故意と異なり——先づ結果を回避すべき行爲に出な

かつたことを非難するのであつて——<sup>(註四)</sup> //

〃過失非難のよつて生ずる所以は、行爲者が法益侵害の危険をさけるため用心深い態度にあつたかどうか存するのであつて<sup>(註五)</sup> //

〃過失にいうところの「注意義務」とは、意志の緊張をいうものではなく、それは「結果を回避すべき意識、無意識なる用心深い態度」と考えられるものにある。——その意味でのみ「注意義務」とは結果回避義務であるといひ得る<sup>(註六)</sup> //

以上の如き教授の御主張に傾聴し且啓發されつゝも、尙私は若干の私見を持つものである。即ち、教授が過失の概念と本質とを區別すべきであると考えられるについては、(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らうか、さすれば過失責任の特長を明かにするために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。以下極めて粗雑ではあるが私見を述べることにする。

「過失」は云うまでもなく「故意」と並んで第二の責任条件である。従つて刑法上の責任としての過失は、所謂「過失的意思」である。即ち、過失は刑法的責任として價值評價された意思でなければならぬ。ところで、價值評價をされるが爲めには、その前提として心理的事實としての意思が實在しなければならぬわけである。私は斯る意味に於て、責任評價以前の「事實としての過失」と、「責任としての過失」を區別するのである。そこで、事實としての過失の特質は、小野博士の「注意の欠缺、不注意といふことこそは過失の過失たる所以」と

指示されるところのものである。併し乍ら注意の欠缺、不注意ということが何故に責任となるのか、換言すれば何故に刑罰に相當するののか、という本來の問題に對しては別に答へられなければならない。これに答へるものが「注意義務違反」である。即ち、注意義務に違反した注意の欠缺、不注意こそが非難に相當する意思であり、責任としての過失である。従つて、「責任としての過失」の實質は注意義務の違反である、としなければならぬ。瀧川博士が「認識なき過失においても、責任は單に結果を認識しないこと自體を對象とするのではなく、行爲者が結果を認識し得るにかゝらず行爲を思ひ止らなかつたことを問題とする」、とされることは過失責任の實體的な考察として首肯されねばならないのであるが、併し、「行爲者が結果を認識し得るにかゝらず行爲を思ひ止らなかつたことは」何に基因するのか、「自己を動機づけなかつたこと」は何に原因を求むべきかを、別言すれば、「思い止らしめるためには何が必要であつたか、何が存在すれば自己を動機づけること」が出来たかを尋ねるとき、注意をすること、用心深いこと、乃至は慎重なる態度、規範的に言へば注意義務の遵守を以てこれに答へなければならぬ。私は「過失」に於ては依然として、「注意」「注意義務」の觀念は重視せらるべきであると思う。されば瀧川博士も次の如く述べられる。「過失は結果を認識しないが、認識しないことが不注意に基く場合である。不注意は注意を拂うべきであつたのに注意を怠つたこと、即ち、注意義務をつくさなかつたことをいう。」<sup>(注八)</sup>

過失の「特質」と「本質」とを區別することが、過失の考察に當つて無益ではないとする私の理由は次の如くである。即ち「過失」は「故意」と共に責任條件であるが故に、「過失」は「故意」と、その責任性に於て、換言すれば責任の本質に於て同質でなければならぬ。即ち、「過失」はその本質に於て「故意」と同様に「非難可能性」である、としなければならぬ、そこで「過失」の「特質」は、「故意」とは異なる點に求められる「非



難可能性」であり、「過失」の「本質」は故意と共通する點に求められる「非難可能性」である、とすることができないであらうか。かくて瀧川博士が「認識なき過失においても、責任は單に結果を認識しないこと自體を對象とするのではなく、行爲者が結果を認識し得るにかゝらず行爲を思ひ止らなかつたこと、自己を動機づけなかつたことを問題とする。」とされるのは、過失の「本質」に對する考察である、とし、又、「過失は結果を認識しないが、認識しないことが不注意に基く場合である。不注意は注意を拂うべきであつたのに注意を忘つたこと、即ち、注意義務をつくさなかつたことをいう。」とされるのは、過失の「特質」に着眼しての考察であるとする事が出来ると思ふのである。そこで井上教授が「過失が故意と異なる點はこの不知・錯誤に存する。この不知・錯誤と意志の緊張努力の相關關係から、一般に過失は不注意を本質とすると考へるのである。」という一般的な考察に對して不満を表せられるのは、從つて、衝くべところを衝かれたものと思はれる。併し乍ら、問題は、「注意」又は「注意義務」の實質を如何に觀念するかという點に於て更に殘されてゐる。井上教授は、注意の觀念を「法益侵害の危険を避けるための意識・無意識の状態に於ける意志の緊張」とする故不破博士の考察を取り上げられ、「かような意志の緊張たる注意がわれわれの今問題にしている過失の本質ではない。」と論ぜられるのである。勿論、私も「過失の本質ではない」とされるについて異議はないのである。併し乍ら、「意志の緊張たる注意」をたゞ、たんに意志の心理的狀態として觀念される點については疑問なきを得ない。不破博士の言はれる「意志の緊張」というのは單なる意思の狀態としての緊張ではなくして、「法益侵害の危険を避けるため」の「意志の緊張」を意味されてゐるのであつて、重點は寧ろ、「法益侵害の危険を避けるため」にあると思はれる。このことは井上教授が同箇所引用される不破博士の「法律上の注意といふ觀念には、或る對象に意識を集中する作用以外に用心深いといふこと即ち慎重に行動して危険の發生から遠ざかる、といふ要素の多分に存することを考へなければ

ばならぬ」という論述の中に充分観えるとと思うのである。「法益侵害の危険を避けるため」に必要な一切の行爲をなすための意志の緊張が「注意」の意味するところであらう。従つて「注意」は、法益侵害の危険回避のための目的的意思活動であり「注意義務」は従つて單に、意思を緊張せしめる義務ではなくて、法益侵害の危険を避けるために注意する義務でなければならぬ。「注意義務」の實質については更に詳しく考察しなければならぬのであるが、一應我々は「注意義務」の言葉を以て如何なる實質を意味せしめてゐるかを反省しなければならぬ。所謂、「結果豫見義務」及び「結果回避義務」を含蓄せしめてゐるのか、それとも「結果豫見義務」のみを意味せしめてゐるのか、この點を明確に觀念することの必要性を痛感する。この點の不明確の故に、實は過失に關する議論において無用の混亂を來してゐると思はれる。

更に井上教授は次の如く述べられている。ク一般に用いられている不注意なる内的行爲は刑法上の過失概念にとつて必要なものではない。何故かなれば、とくに意志の緊張努力を缺いたとしても、全く無意識のうちに、言葉をかえれば自動的にも結果の發生を回避しさえすれば、依然用心深く行動した者であつて過失非難はまぬがれ得るからである。ヴェルツェルも指摘したように、「自動車運轉手は自動車運轉にあつて絶えまなく生ずることあるべき一切の危険と既に習得したその豫防方策を想起し且つこれを明確に意識している必要はない。否、かくの如きことは一般に不可能なことである。彼は決定的な瞬間において正常な反射作用の生ずることを信頼していればよい」<sup>(註一〇)</sup>併し乍ら、斯る考察は前提條件に於て誤つてゐるのではないか、と私は思うのである。即ち、ヴェルツェルの指摘してゐるような自動的に無意識的に結果の發生を回避した場合は、違法結果の起らなかつた場合であつて、換言すれば、無意識に、適當な處置を取り得た場合である。ところで、過失は、正に違法結果が現實に發生した場合の問題である。違法結果の發生しない場合こそは、それが意識的であれ、無意識的であ

れ問題はない。併し乍ら、過失に於ては違法結果の發生によつてのみ、而も違法結果の發生が故意に基因しないことが問題とされるのであるから、不注意は依然として過失概念にとつて必要とならざるを得ないのである。

「意志の緊張」は何等かの目的行動を豫定しての意思活動であつて、目的のない意思の緊張はあり得ない、とも言はれ得るのである。以上の如く所謂、意志の緊張とは法益侵害の危険を避けるために必要な行爲をなす意思活動であるが故に、不熟練の外科醫師が手術そのものに如何に注意を拂つたとしても、引き受くべからざる手術を引受けて失敗したとすれば、注意義務を果たしたものは言はれない、ということになる。併し、假に醫師が不注意に患者の手術を引受け且、不注意に手術をしたとしても、その場合、違法結果の發生を見なければ醫師の不注意は刑事責任の對象となり得ない。又、経験もあり熟練した外科醫師であつて、手術を引受けることに何らの不注意がないとしても、手術そのものに於て不注意がありそのために違法結果を發生せしめた場合、その不注意は違法結果の發生原因として責任の對象となる。

次に「結果回避義務」について井上教授の所論と關連して若干の問題を考察することとする。教授は次の如く述べられる。〃一般に、過失とは注意義務違反であると考えているが、必ずしもその内容は明瞭ではなく、却つて粗雑な概念化であるといわなくてはならない。通説のかような不十分な分析からは、過失理論の解明に役立ち得るいかなる成果も生じ得ないものというほかない。

そこで、先づ「注意義務」とは何であるか、問わるべきであらう。

われわれは注意義務を分析することにより、それは結果回避義務であることを導き出した。<sup>(註二)</sup>

〃過失における一定内容の認識が、結果回避義務の範圍を限定するに役立つのである。故意においては、その認識内容自體に規範的な「意味」が存するので、それだけで責任の現實的存在をみる事ができるが、過失にあつ

ては、結果と関連して結果回避義務違反が確定されてのみ、その認識は責任の現實的存在として個別化する。それ故、過失においては、責任の現實化としての動機が問題となる場合にも、結果回避義務違反としての違法性の判断が密接に関連して来る。そこで一應故意にも存するかにみえる結果回避義務を、過失では殊更論じる意義がある。

〃過失の認識内容は、故意における認識内容と異り、それ自體違法でないのみならず、結果の発生によつてもその違法性は肯定されない〃(註二〇)

そこで私は先づ、結果回避義務は「過失」における特有の義務であるのか、それとも「故意」においても同様に認められなければならないものではないかという點について考へてみたい。教授も「一應故意にも存するかにみえる」とされてゐるのであるが、私見によれば、故意に於て明確に認識されたる結果回避義務を認めるべきである、とするのである。故意に於ける結果認識は云うまでもなく具體的個別的である。即ち、行為者は、自己の行為により具體的個別的なる違法結果の發生することを認識するに拘らず、従つて當然斯る違法結果の發生を回避すべきであるに拘らず、敢て行為に出たのであるから、斯る故意行為は當然に結果回避義務違反であるとなすことが妥當であると思はれるのである。これに對し「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云へるのである。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により、回避すべく且、回避可能な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。換言すれば、過失に於ては結果回避義務に、事實的には、先行する豫見義務違反が認められなければならない。(規範的意味に

於ては別の考察が成立する。このことは後に記すことにする。この點に於て、「故意」における結果回避義務と、「過失」における結果回避義務との相違が存在するのである。(過失に於ける結果豫見義務は、斯る點に於て故意と異るところの特質であるが故に、これを輕視することは許されない)。勿論、過失に於ても一定内容の認識が存在する。併しこの認識内容は違法結果の認識とは規範的な關連はない。それ故に教授の説かれる如く「過失の認識内容は、故意における認識内容と異り、——結果の發生にあつてもその違法性は肯定されない」のである。ところが、教授が一方で、「過失における一定内容の認識が——結果と關連して結果回避義務違反が確定されてのみ、その認識は責任の現實的存在として個別化する。」とされるのは、如何なる意味であらうか。若し過失に於ける認識内容が意味を持つとすれば、斯る一定の認識内容が豫見可能性に關連することにあるとしなければならぬ。即ち、その様な内容認識があれば當然、結果發生についての豫見が可能であるに拘らず豫見しなかつた點について、換言すれば豫見義務違反の點について、認識内容の評価が行はれるのである。とすれば、過失における認識内容は、結果回避義務に連關するものとしてではなく豫見義務に連結するものであるとなし得るのではないであらうか。而して、豫見義務違反は現實的な結果發生に於て始めて「責任」たり得ることは明かである。

(註一) 宮本博士・刑法大綱一五五頁、佐伯博士・刑法總論二三五頁

(註二) 井上教授は最近責任論に關する貴重なる論稿を發表されている。過失の實證的研究(法學理論篇)・故意と過失の限界

(小野博士還曆記念)・違法と責任の關連(法律時報第二十一卷第十一號)・過失の本質と「違法性の過失」(季刊法律學第九號)

(註三) 井上教授・過失の實證的研究一二頁。

(註四) 同書二二頁。(註五) 同書二二頁。(註六) 同書二四頁。

(註七) 瀧川博士・刑法各論(新刊)二二二頁。(註八) 井上教授・過失の實證的研究二二頁。

(註九) 同書二二頁。(註一〇) 同書二二頁。(註一一) 同書四九頁。(註一二) 同書四六頁。

以上に於て、過失責任の問題點を素描したのであるが、以下更に過失責任の特質と本質とを追究してみたいと思う。(論述の不手際のため重複する部分があることを豫め御断りする。)

人間の多くの過失行爲の中、刑法において刑罰に相當するとなされる過失行爲は至つて僅かである。即ち、刑法各本條に於て特別の規定ある場合に限られる。<sup>(註一)</sup>ところで斯る過失責任が成立するためには一定の要件を必要とする。考察の順序が逆になつたとも思うのであるが、斯る成立要件を更めて考察し直すことによつて、前の論述の趣旨を押し進めることにする。

1 行爲者に對して注意義務が科せられていなければならぬ。

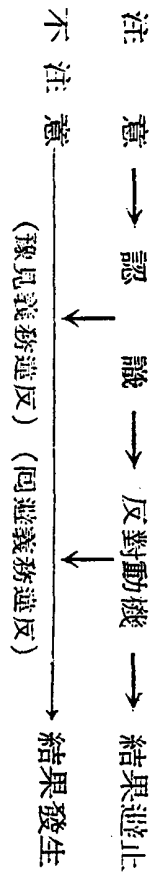
2 當該情況に於て行爲者が注意義務に忠實であれば認識豫見が可能であるに拘はらず、不注意によつて、自己の行爲が犯罪構成要件該當の事實を發生せしめることを認識豫見しなかつた、という事情がなければならぬ。(認識豫見が可能でなかつたら、それは偶發事故であつて行爲者に責任はない)

3 當該情況に於て、犯罪構成要件該當の事實發生の認識豫見があれば、行爲者は、斯る事實の發生を避止すべきであり、且又、避止すべく努力したであらうと推定されるのでなければならぬ。

4 行爲者の結果避止の努力があれば犯罪構成要件該當の事實の發生を避止することが可能であつたに拘らず、結果を發生せしめたという事情がなければならぬ。(若し行爲者の結果回避の努力にも拘らず結果發生の避止が不可能であれば、それは不可抗力として行爲者に責任はない。)

以上の要件を要約すれば、次の如くなる。

行爲者が注意義務に忠實であれば犯罪構成事實の發生を回避し得たに拘はらず、注意義務の違反によつて結果を發生せしめた場合、行爲者に過失責任ありとされる。即ち、「意思」と「結果」とが注意義務違反によつて直結されるとき、當該「意思」に過失ありとされるのである。これを次の如く圖示することができようか。



斯る過失の要件については學界(註二)に於て甚しい異論を見ないのであるが、以下、列記の順序に従い多少の説明を加へることにする。

1 行爲者に對して注意義務が科せられていなければならないという要件について。

注意義務の實質について先づ考察しなければならない。既に一應觸れたのではあるが、注意義務はこれを分析すれば結果豫見義務及結果回避義務となる。併し乍ら、職務命令・取締規則・營業上の關係を規律する法規・特別法等に於て規定されるところの注意義務がある。斯る注意義務は、例へば、汽車運転士の前方注視義務の如く個別的であり明示的であるが故にその内容について確定的であつて議論の餘地はない。ところで刑法に於ける失火罪・過失致死罪等の如きは、規定上具體的個別的な注意義務が指示されてゐるのではない。具體的個別的に如何なる注意が義務づけられてゐたかは、當該事情に即して定めなければならない。斯る當該事情に即して定められなければならない具體的個別的な注意義務の基本的な標準として一般的な注意義務が前提されなければな

らないのであり、斯る意味に於ける注意義務の實質として結果豫見義務及結果回避義務が考へられるのである。それでは、結果豫見義務及結果回避義務の關連は如何に考へるべきであるか。斯る考察は事實的考察の立場に於けるものと、規範的考察の立場におけるものによつてその結論を異にする。即ち、事實的考察に於ては、結果豫見義務が先行條件でなければならぬ。何となれば事實に於ては結果發生の豫見があつて始めて結果回避が可能となるからである。(このことは既に前に述べた)然るに、これを規範的に考察すると、結果回避の義務は豫見義務に先行し前提となる、としなければならぬ。結果回避を目的としてのみ豫見義務が要求され必要とされるからである。即ち、何のために豫見義務が要求されるかの間に答へるものが結果回避義務である。斯くて結果回避義務をつくすことによつて豫見義務を履行し得るのであり、豫見義務の履行によつて結果回避の義務が完遂される前提となるのである。併し乍ら、嚴密には豫見義務に先行する結果回避義務は一般的乃至具體的であるが、豫見義務の後に來る回避義務は、反對動機を形成することにより適法行爲をなす義務であるが故に、個別的であると云はねばならない。併し乍ら、「注意義務」が専ら結果豫見義務の意味に於て觀念される場合がある。即ち、過失に於ては、相當の注意をなせば結果發生の認識豫見が可能であるに拘らず、不注意によつて認識豫見しなかつた。この不注意に基いて、回避可能なる結果を發生せしめた、従つて、結果の發生は過失行爲者の不注意に基因するという考察に基いて、「注意義務」とは即ち、「注意して結果を豫見する義務」であると觀念されるのである。斯る意味に於ける「注意義務」は既に前に述べた如く「過失」に特有のものであるが假にこれを「狹義の注意義務」とし、更にこれに結果豫見義務を加へたものを「廣義の注意義務」とする。

そこで過失責任の第一の要件としての、行爲者に對する注意義務の存在とは、「狹義の注意義務」ではなく「廣義の注意義務」でなくてはならない。即ち、結果豫見義務及結果回避義務を意味するわけである。そして、以上



の如き基本的な義務標準に基いて、具體的情況において如何なる具體的個別的な注意義務が、行爲者に對し要求されるかが定まる。従つて又、斯る考察の下に、行爲者の義務違反が判定されることになるのである。斯くて、本稿の冒頭に掲げた判決文中の「踏切の遮斷機の昇降如何に拘らず自動車を停車させるか車掌を下車先行させる等の適宜の方途を講ずる」注意義務ありとの判定が是認されるわけであり、又、「凡ソ一定ノ業務ニ従事スル者ハ其ノ業務ノ性質ニ照シ危害ヲ防止スル爲實験法則上必要ナル一切ノ注意ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルモノニシテ法令上明文ナキ場合ト雖モ此ノ義務ヲ免ルヘキモノニ非ス」(業務上過失汽車往來危險發生被告事件、大正十二年三月三十一日大審院判決判例集二卷二八七頁、小野清一郎編刑事判例五〇三頁)とし、更に又「鐵道機關手ハ機關車ヲ運轉スルニ際リテハ不斷其ノ進路ノ前方ヲ警戒シテ危害ノ發生ヲ未然ニ防止スル爲周到ナル注意ヲ爲スコトヲ要スルモノナルヲ以テ——或ハ警笛ヲ鳴シテ之ニ注意ヲ與ヘ或ハ事情ニ應シ徐行若ハ急停車ヲ爲ス等相當臨機ノ處置ヲ執リ以テ衝突ヲ豫防セサルヘカラス」(業務上過失致死被告事件院判決、判例集三卷三〇三頁、大正十三年四月四日大審小野清一郎編刑事判例五〇三頁)とする判定の態度も亦肯定せられるのである。

注意義務に於ける注意の程度は、通常人を標準として客觀的に定められる。<sup>(註三)</sup>併し乍ら、通常人を標準とするとしても現實の社會生活の變化に起因して、社會生活上要求せられる注意の程度が變化することも、併せて考察せらるべきであらう。

2 當該情況に於て行爲者が注意義務に忠實であれば認識豫見が可能であるに拘らず、不注意に因つて自己の行爲が犯罪構成要件該當の事實を發生せしめることを認識豫見しなかつたという要件について。

行爲者が、自己の行爲により構成要件該當の事實を發生せしめることを、認識豫見しなかつた、という「過失」特有の心理的事實が、行爲者の不注意に基因する事實は、これを裏返せば、規範的意味に於て、行爲者が注意義務に忠實であれば認識豫見が可能であつた、ということになる。換言すれば、認識豫見の可能なるものを、可能

としなかつたのは、全く行爲者の注意義務怠慢の結果である、という事情が過失責任の成立する一要件であつて、且又、過失責任の特質となるところのものである。若し假りに、行爲者が注意義務を忠實に果たしたとしても、認識豫見し得なかつた、或いは認識豫見を期待し得なかつたという如き事情に於ては、人間の認識能力を超えて發生するところのもの、即ち、偶然的事故として、行爲者の責任に歸し得ない。

以上の如き見解は一般的に行はれるものでありさして異論のないところである。注意を要することは結果豫見義務と、結果豫見の可能性とは相異なることである。(註四)豫見義務は客觀的であり、豫見能力は主觀的である。従つて結果豫見義務の違反は客觀的に認定されなければならぬ。

3 當該情況に於て、犯罪構成要件該當の事實發生の認識豫見があれば、行爲者は、斯る事實の發生を避止すべきであり、且又、避止すべく努力したであらうと推定されるのでなければならぬ、という要件について、

構成要件該當の事實發生の認識豫見があつても尙且、斯る結果の發生を回避しないとすれば、それは當然に「故意」責任を形成する。従つて「過失」に於ては、行爲者は、違法結果發生の認識豫見があれば、これを回避すべく努力したであらうと、推定されるのでなければならぬ。「故意」責任に比較し「過失」責任が輕少であるのは、斯る點もその一つの理由であらう。

この第三の要件は、今少し立入つて考察する要がある。というのは、所謂「認識なき過失」に於ては、行爲者が若し構成要件該當事實の發生を認識豫見すれば、結果發生を回避したであらうと推定されることは極めて自然である。併し「認識ある過失」が尙、「過失」に該當するとすれば、換言すれば「認識ある過失」に於ける「認識」が、尙、行爲者をして結果避止をなさしめなかつたとすれば、この場合の「認識」とは一體如何なる實體をもつものであらうか。この問題は所謂「未必の故意」に連る問題でもある。例へば、踏切を通過する自動車の運

轉手は、通過に際しては、一應、汽車が通過するかも知れないという豫見を持つであらう。そこで、汽車が通過するか、しないかを確めた上で自動車を進せしめるであらう。斯る場合、運轉手は一應事故発生を豫想してそれに對する對策を講ずるわけである。そこで、汽車は通過せずとの確信のもとに踏切を横切つた所、確信に反して現實に汽車が進行し來つたため、衝突したという如き場合、事故發生の一般的な可能性に對する認識豫見があつたとしても、斯る場合「認識ある過失」とは云い難い。「認識ある過失」に於ては、事故發生の認識は更に具體的でなければならぬ。併し乍ら「認識ある過失」にあつても、現實に發生した犯罪構成事實に對する認識があつたわけではない。斯る個別的な認識豫見のもとに行爲がなされたとすれば、それは最早「過失」ではなく「故意」である。従つて、「認識ある過失」に於ける認識は具體的ではあつても、個別的なる認識を缺いているのである。例へば、自動車を入通りの多い場所に乘入れることによつて通行人を傷つける結果になることを認識したとしても、現實に傷害を與へた特定の人に對する傷害の認識は缺いてゐたのである。「未必の故意」に於ても斯る意味に於ける個別的認識を缺いてゐることは同じである。具體的認識の結果が發生した點に於ても兩者は同じである。相違する點は、いづこに求められるか。私は次の如く考へる。

「認識ある過失」に於ては、行爲者は個別的なる違法結果の發生せざることを確信し、尙又、行爲に際して違法結果の發生を避すべく努めたに拘らず、事故を發生せしめた。従つて斯る確信及避す努力に於ける缺陷、即ち輕卒・粗漏・不注意等が「認識ある過失」を特色づける。

「未必の故意」に於ては、行爲者は個別的違法結果の發生を認容し、それ故に行爲に際して違法結果の發生に對し避すの努力を拂はなかつたのであつて、この點に於て、「認識ある過失」と異なる。

以上の考察によつて、行爲者に對し反對動機を要求し得る認識豫見は個別的な違法結果發生の認識豫見でな

ればならないこと、従つて結果回避義務の完遂は個別的な違法結果の避止でなければならぬことが、明かになつたと思う。斯くして、行爲者が具體的な違法結果の回避に努力したとしても、個別的な違法結果の避止に努力するものでなければ、結果回避の義務に忠實であつたとは云はれない、ということになる。例へば、踏切通過に際して自動車運転手が信號機を注意したり、ラッパを鳴らして踏切番人に對し通過を告げたとしても、斯る措置は尙未だ結果回避の義務を盡したとは云はれないのである。これを逆に言へば、假に運転手が斯る注意を怠つたとしても、踏切通過に際し車を停車させ、線路上を汽車が進行するか否かを確かめたとすれば、これによつて、結果回避の義務に違反しなかつたと云い得るのである。

4 行爲者の結果避止の努力があれば、犯罪構成要件該當事實の發生を避止することが可能であつたに拘らず、結果を發生せしめた、という事情がなければならぬ、とする要件について。

行爲者が結果回避の義務を盡したとしても、尙、犯罪構成事實の發生はこれを阻止し得なかつたであらうと推定される場合は、人間の抗し難き不可抗力として、行爲者は責任を阻却されねばならない。

過失責任の成立には結果の發生することが要件である。結果の發生がなければ、不注意・怠慢・輕卒によつて結果發生の危険性・可能性があつたとしても可罰性はない。従つて、「過失の未遂」は認められない。このことは、不注意や怠慢・輕卒の潜在的な危険性が結果の發生によつて顯在的になる、ものと云い得る。潜在的な非難性は、いまだ刑罰に相應しないとするのである。もつとも、「故意」に於ても、行爲者の主觀の範圍にとゞまり何等の客觀的・外部的行爲を發現しないときは不可罰である。豫備行爲・未遂行爲が罰せられるのは、すでに「故意」が外部的・客觀的に發現し、法益侵害の危険性を露呈してゐるからである。これに對し「認識なき過失」にあつては具體的・個別的違法結果發生の認識豫見なく、又、「認識ある過失」にあつても個別的認識を缺くのである。

が故に、違法結果の発生によつてのみ、「過失意思」の非難可能性が顯現されるのである。

以上、過失責任の成立要件について極めて粗雑なる考察をしてきたのであるが、これを要するに、過失責任の成立要件として最も本質的な意義を有するものは何であるかについて結論することとする。責任については規範的に考察されねばならない。そして過失が故意とともに刑事責任の条件であるとすれば、故意と同質の非難可能性でなければならぬ。然らば、過失に於ては、斯る非難可能性はいかなる點に存在するのであるか。私見によれば、過失責任、即ち、非難可能性は前述の「廣義の注意義務」に於ける結果回避義務違反にこそ本質的に認められる。何となれば、規範的意義に於て、過失による違法結果の発生に最も重要性をもつものは、結果回避義務の違反であるからである。別言すれば、過失の本質は、違法結果発生避止の可能なるに拘らずこの可能性を實現しなかつた點に認められる、と考へられるのである。

最後に私は、過失責任の輕重について一言する。勿論過失責任の輕重も、故意責任に通ずる原則によつて計られる。併し乍ら、過失責任に於ては故意責任と異なる特質が存在するのであるから、過失責任の輕重も、この特質を顧慮して計られなければならない。過失責任の特質は前述の如く、「狹義の注意義務」、即ち、豫見義務の違反にあるのであるから、豫見義務違反における責任の輕重が過失責任の輕重の特質となる。豫見義務違反は、違法結果豫見の可能性の存在にも拘らず、義務に違反した點に成立するのであり、注意義務の程度は客觀的であるから、豫見義務違反における責任の輕重は専ら、結果豫見の可能性の大小によつて決定されることになる。斯る可能性の大小は客觀的事情と、主觀的事情によつて計られる。當該客觀的情況に於て通常の注意力を以てして豫見可能性大なりとすれば、斯る場合の注意義務違反は責任大である。主觀的事情に於て通常の注意力の活動を妨げる如き事情ありとすれば責任は少である。一般に業務者は結果發生に對する認識豫見の可能性が大であると

なければならぬ。業務者過失の重く罰せられるのは、注意義務の大なることから理由づけられるのではなく、又、一般的威嚇の意味に於てではなく、豫見についての可能性が大なること、即ち責任性に根據するのではないであらうか。<sup>(註五)</sup>

(註一) 刑法上刑罰を科せられる過失は次の犯罪に限られる。第一一六・一一七條二項失火罪、第一一七條過失激發物破裂罪、第一二二條過失溢水の罪、第一二九條過失往來危險罪、第二〇九條過失傷害罪、第二一〇條過失致死罪、第二一一條業務上過失致死傷罪。

(註二) 小野博士・新訂刑法講義總論一七一頁。佐伯博士・刑法總論二三一、二三二頁。瀧川博士・犯罪論序説(新版)一三七頁。

(註三) 瀧川博士・犯罪論序説(新版)一四〇頁。佐伯博士・刑法總論二三五頁。

(註四) 佐伯博士は豫見義務を主觀的に解される。即ち、同一程度の注意を拂つたとしても、其の結果、豫見せられる事項の範圍は各人皆異つてゐるであらう。これを豫見義務といふならば、豫見義務に關する限り過失の標準は主觀的であるといふことになる、とせられる。刑法總論二三五頁。

(註五) 瀧川博士は近著刑法各論(五〇頁)で次の如く述べられてゐる。ク業務者は認識の範圍が廣くまた認識が確實であるから、従つて、結果に對して鋭く非難せられてよい、というのが業務者に重い刑を科する理由である。一言でいうと、刑を加重せられる理由は、違法論にあるのではなく、責任論にある。井上教授の見解は近著刑法學總則(一六八頁)に於て視はれる。ク知識・經驗の豊富さとともに、通常人に比し、結果回避の可能性の大なることを意味し、結局・結果回避の可能性が大なるにかゝらず結果を回避しなかつたという點で、行爲の違法性が大となるのである。〃