

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ「過失犯の不法について」

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 振津, 隆行 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/23745

《翻訳》

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ
「過失犯の不法について」

Hans Joachim Hirsch, Zum Unrecht des
fahrlässigen Delikts, in : Festschrift für
Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag,
2003, SS. 515–536

振 津 隆 行

(訳者はしがき)

ヒルシュ博士の本論文は、2003年に公表されたやや古い文献ではあるが、最近公表した拙稿「過失犯における主観的正当化要素について(1)」(金沢法学 第52巻第1号 2009年所収)の参考となると思われるので、あえて本論文を訳出することにした。ヒルシュ博士から本論文の抜刷を頂戴した直後に仮訳を書いて残しておいたが、いざ翻訳として公表するとなると、かなりの修正を加える必要があることを痛感した。また、大学での仕事も山積しており、寸暇を見つけて訳文を書きつらねたが、同博士の文意を十分に反映しえたかには大いに気にかかるが、前出拙稿の続編を書くためには必要不可欠と考えられる。今回も訳出に際して、翻訳として適切かどうかについて悩むことがしばしばあったが、読者諸賢の御指摘を願うばかりである。もっとも、訳者としてはヒルシュ論文の内容の大意が理解されれば、それで諒として頂きたいとも思料している。本拙訳が学界に何らかの参考として資することがあるとすれば、訳者として望外の幸せである。

では、以下本論文を訳出することにする。

過失犯の不法について

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

本稿が古くからの連帯において70歳の誕生日に最高の祝辞をもって捧げられているエルンスト・ヨアヒム・ランペは、ZStWにおいて公表した二つの論文において過失犯の問題に取り組んだのである。それは「過失の犯罪行為の際の正犯」に関する1959年に公表された重要な論文¹、および1989年の「過失犯の犯行と不法」²についてのすぐれた論稿が重要である。その二つの公刊物において表示されるに至った問題領域についての被祝賀者の強い学問的関心は、この祝賀論集の寄稿において彼によってその当時論じられた問題領域に立ち返るべききっかけとなっている。

I. 展開と問題状況

過失不法の構造については、現在に至るまで何ら全く明らかというわけではない。因果的不法観は、故意および過失の犯罪は責任の領域上で初めて区別されるというところから出発した：不法構成要件は結果の惹起によって充足されるはずであった（若干の故意構成要件では、構成要件上特殊な、特別の主観的不法要素、例えば窃盗における領得の意思によって補充される）³。それについて、前世紀の30年代の始め以来フィナリズムによって行われた批判は、その目を先ず故意犯に向けた。それは目的的行為論でもって操縦する意思は、人間の行為に属するという、例えば殺人に向けられた意思は、殺人行為に属するというを再思させたのである。そこから、故意犯

1 ZStW 71 (1959), S. 579.

2 ZStW 101 (1989), S. 3.

3 v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 26. Aufl. 1931, S. 161 ff.; Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1933, S. 108 ff.を参照せよ。その際、意思が問題となったかぎり、意思の刺激の存在のみが問題であって、意思内容は問題ではなかった；v. Liszt/Schmidt, a. a. O., S. 155; Mezger, a. a. O., S. 109.を参照せよ。

では行為意思としての故意が既に、不法構成要件の中で顧慮すべきであるということ を明らかにしたのである。しかしそうであるなら、過失犯の不法はどのように明らかにされるべきかという問題が提起されたのである。というのも、これにあってはまさに、結果に向けられた意思が欠けるからである。不法の客観的側面は、故意犯および過失犯と同一であろうという因果的不法論によって伝承された見解から出発して、フィナリストは先ず後者では故意犯と異なり、現実的「目的性」ではなく「潜在的目的性」が問題であるというふうに考えたのである⁴。そのもつで、結果を回避したところの可能的「目的性」が理解されたのであった。そのことは過失もまた現実的目的的行為と結びつき、そしてそれ故にただに主観的のみならず、既に客観的な不法の側面上で故意犯と過失犯との相違が明らかとなるという、それ以来フィナリスムスの支配的見解および人的不法論によって主張された見解を展開した被祝賀者の師であるニーゼとは異なっていた⁵。過失犯の不法は、それによれば客観的に注意義務に違反したものとして評価されるべき現実的な目的的行為から成立し、そしてそれでそれに基づく結果が結びつくことになる⁶。たとい、ドグマーティッシュに有効に使われなかったとしても、そのような解決は既に「故意と過失」⁷についてのエンギッシュによる著作の中でスケッチされているということが指摘される。過失犯における結果の法的性格については、その当時は結果が犯罪的不法に属するか否かどうか、もしくはそれは客観的処罰条件を意味するにすぎないのかどうかということは不明確なままであった⁸。そのあと 70 年代において、客観的帰属論が登場したのである。

4 とりわけ *Welzel*, *Strafrecht*, 2. Aufl. 1949, S. 22 f., 85 を参照せよ；故意犯と過失犯の客観的構成要件の一致については、その S. 85 f.

5 *Niese*, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, S. 53 f., 58 ff., 64.

6 *Welzel*, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3. Aufl. 1957, S. 8 f.; *ders.*, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, S. 11 ff.; *ders.*, *Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 128 ff.

7 *Engisch*, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, S. 277 f.

8 *Welzel*, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (o. Fn. 6), S. 19 ff.; *ders.*, *Strafrecht* (o. Fn. 6), S. 135 f. を見よ。

その依拠者達は、再び故意犯と過失犯との客観的構成要件的不法の同一性に賛同しているのである⁹。両者の犯罪の種類にあつては、さらなる客観的な——積極的あるいは消極的な——視点が結果の惹起に付け加わるはずであり、許されない危険の惹起および危険創出における帰属の排除、合意的な他人の危殆化の一定の諸事例の排除、規範の保護目的によっておおわれぬ結果等々の除外。

この展開は、部分問題に当てはまる、すなわち結果の法的性格、注意義務違反と予見可能性との関係、客観的注意違反性の限界、個々の回避可能性(いわゆる主観的過失)の位置づけ、認識ある過失、義務違反連関、認識ある自己危殆化等々の位置づけにかかわる数多くの議論によって付随せしめられたし、またそうされているのである。

そうこうしている間に、ほとんど全ての過失の視点について広範に亘る文献が存在している。ここでは、アウトラインと最も重要な問題のみが取り扱われうるにすぎないということで、いかながら全ての文献上の態度表明を挙示し、そして全ての個別問題を跡づけることは放棄されねばならない¹⁰。

II. 原則的な解決構想について

1. 因果的不法観の不当性は、今日もはやより詳細な根拠づけを必要とはし

⁹ Honig, FG Frank, Bd. I, 1930, S. 174 ff.,に還元され、今日広く普及した客観的帰属論については、とくにRoxin, FS Honig, 1970, S. 133 ff.; ders., Strafrecht Allg. Teil, Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn. 39 ff.; Jakobs, Strafrecht Allg. Teil, 2. Aufl. 1991, 7/35 ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vor § 13 Rn. 91 ff.; m. w. N.を参照せよ。故意犯と過失犯の客観的構成要件の同一性について、明示的に、Roxin, Allg. Teil, Bd. I, § 11 Rn. 44, § 24 Rn. 10 ff.,およびYamanaka, ZStW 102 (1990), S. 928, 944; またM. Fellenberg, Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung, 2000, S. 96, 98.

¹⁰ 新しい状況についての包括的な指摘は、Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungswerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001.

ない。結果の惹起がそれ自体だけで不法を呈示しえないということは元来明白であり、そしてそのような見解がいかにしておよそかくも長きにわたり維持しえたかということは、回顧的には驚きである。過失犯を考察すれば、注意義務違反が存在するときに初めて不法ということが語りうるということは明白なのである。これが現実的な所為の不法と何らの関係をもつことなしに、過去において存在する要因の多数のうちの一つが、結果にとって因果的である。それを超えて、それにおいて法秩序の注意要求と全く一致して行動したところの何者かが、結果に対して因果的となるところの諸事例は社会生活においてほとんど存在しないのである。交通ルールに従って運転する自動車運転手が衆知の例を形成している。そこから、注意に適合した態度が、にもかかわらず現実的にある法益に脅威を与えるときには、緊急権が欠落するであろうということは生じないのである¹¹。なるほど、違法な攻撃がなければ正当防衛の権能は与えられないが、しかし——その衡量でもって——正当化する防衛的緊急避難は残存しているのである¹²。行為の態様の中にある注意義務違反性は、かくして過失犯の第一次的な不法要件を形成している¹³。

潜在的目的性としての過失の把握は、誤った道を形成するのである。それは——示されたように——人が故意犯と過失犯の客観的構成要件が、結果の惹起の中で汲み尽されるといところから出発したということに基づくところのフィナリスムスの依拠者の間では、当惑の構成にすぎなかったのである。それは実体に反して命令犯、すなわちそれにあつては行為者が回避の目的性を形成し、そしてそれでもって結果発生を阻止することをしない犯罪に、過失犯を變形するものである。しかし過失犯は通常の場合には、禁止に

11 Abw. Lampe, ZStW 101 (1989), S. 3, 18 mit Anm. 61.

12 詳しくは Hirsch, FS Dreher, 1977, S. 211, 222 ff.; ders., in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 1994, § 34 Rn. 73 m. w. N.

13 それについて、既に詳しくは Welzel, Strafrecht (o. Fn. 6), S. 128 ff.

対して違反するそのような故意犯と同様である：法秩序はそこでは作為を禁ずるものであり、そして過失の不真正不作為犯においてのみ命ぜられた作為が問題となるのである。一般的な命令から出発した過失犯について主張された注意義務説は、既に一世紀以前に克服されたものである¹⁴。

故意犯と過失犯の不法の客観的側面の同一性から出発する諸見解の伝統の中に、同じく今日の客観的帰属論が進展しているのである¹⁵。正当にも、本説はなるほど故意の結果犯の客観的不法構成要件もまた結果惹起の中で汲み尽されるものではないということとその視角の中に引き入れたのである¹⁶。しかしながら本説は両者の犯罪の種類において、因果性の上に更なる要求をカタログ的に接ぎ木することで満足しているのである。客観的帰属論は、實際上重要性説の更に展開された形態を示すものである。本説は過失犯と故意犯の客観的不法構成要件を同一視し、そして主観的構成要件の領域上で初め

14 それについて詳しくは、*Engisch* (o. Fn. 7), S. 307 ff.そこからの残余は、しかしまた新しい議論において、再三再四浮上している。そのように書いているのは、*Weigend, FS Gössel*, 2002, S. 129, 136：「その違反が過失の可罰性を引き出す行為規範は、かくしてまとめると以下のような内容である：『汝が汝の態度によって、他人の法益を侵害するという仮定への認識可能なきっかけが存在するとすれば、侵害を回避するために必要なものにつき注意し、そして行ない（ないし、しない）のである！』」。かてて加えて、「注意違反性」の概念は、この見解において、過失の事例において全く圧倒的に禁止に対する背反行為を行なわない行為がそうであるということにつき今日原則的な明白性が支配しているにもかかわらず、容易に誤解されうる。法秩序は、結果を引き起こした現実的な行為が遂行されてよいのではないことに関心をもつのであって、行為者がそれを慎重に形成すべきであったということに対して関心をもたないのである。その概念は、しかし市民権を与えられてきたのであり、そしてそれは、公衆が目にするかぎりでは疑念はない。

15 o. Fn. 9.での紹介を参照せよ。

16 人的不法論およびそれに基礎をおくフィナリスムスは、故意行為の不法構成要件を一社会相当性の周延的な諸事例を度外視して一故意の領域にのみ限界づけようと試みた。本説における制限的な客観的要素の統合の可能性（必要性）については、*Hirsch, FS Lenckner*, 1998, S. 119, 132 ff., 141 f.を見よ。

である相違を作出しようとしているということが一般的な帰属論として挙げられている主要な異論なのである。けだし、両者は既に基本的に可能な客観的な行為時点に関して区別されるのである。故意犯の不法は未遂の開始をもって初めて始まるのである。それに対して、過失犯の不法は時間的にかなり以前に存在しうるのである。何年かのちに発生した火事で、人間が逃避する可能性が無いために死に至るようにある家を建築する建築家は、彼の建築方法を通じて過失不法を開始したのである。彼の建築方法において意識的に、そしていつかある時にその種の災害が生じるであろうことを希望して行為したとすれば、それに対して依然として故意行為の未遂の開始は存在しないのである。というのも、謀殺への直接的な開始は存しないからである。客観的な経過は事前的に考察すれば依然として具体化されることはないのであって、そしてまた過失に止まるほどに偶然に委ねられているのである。過失犯と故意犯との客観的な不法構成要件の同一視は、従って排除されるのである¹⁷。

2.a) 既述のように、それに対してヴェルツェルのその後の業績に結びついた支配的見解が、人的不法論の主張者のもとで客観的なものの中にも、故意犯と過失犯との間の相違から出発しているのである。本説は禁止規範を出発点として選択している。これは行為を対象にして、そしてその範囲は行為意思によって限界づけられている。この連関において、もう一度単なる惹起が禁止されうるものではなくて、禁止の対象が意思操縦的な行為でありうるにすぎないことを強調すべきである。過失犯の場合において注意違反的なものと

17 それについて、詳しくは *Hirsch* (o. Fn. 16), S. 119, 138 ff. 時間的な開始の相違につきまた、BGHSt. 42, S. 235, 236 f. において指摘されている。それに対して、過失不法は故意の結果犯の未遂の開始に対して妥当する時点で初めて始まるということが述べられるとすれば（そうするのは *M. Fellenberg* [o. Fn. 9], S. 96, 98）、過失犯ではすでに禁ぜられた危険行為が問題であるということが看過される。

して評価される（意思的な）行為、すなわち禁止の下に陥った、結果との関連において危険な行為が問題なのである。それ故に、結果は過失犯では故意犯とは異なり、行為に属しないのである¹⁸。むしろ、過失結果犯の内部で既に客観的視点において注意違反的な行為の客観的諸事情の間を、例えば一方で当該の見通しの悪いカーブにおける客観的な追い越し、および他方でそれによって招来された結果との間を区別すべきである¹⁹。

さて、この行為にあつては目的性の内容は、法的に何の役割も演じず、そしてそれ故に過失犯では「目的的な」行為概念が前進するものではないということに異論を唱えたのである²⁰。しかしながら、そのような主張は過失犯の余りに皮相的な分析に基づいている。行為意思、かくして「目的性」は、ここではまた實際上大きな意義をもっているのである。けだし、それによってその注意違反性に基づいて検討されるべき行為を規定することが凡そ初めて可能となるからである。すなわち、行為者のいかなる意思的な作為が行われるべきでなかったことが常に明らかにされねばならず、そして意思内容は行為無価値の程度に影響するのである。例えばだれか過失で死の結果を招来するとすれば、行為無価値はその中で注意違反的な（意思的な）行為が存在したということに依じて、様々の重要性をもつのである。それはだれかが認識的および意欲的に自動車道の対抗車線を運行したのかということの中にあるありえ、あるいはしかしだれかが意思的に当該の自動車道を利用するが、しかしいまだそれが対抗車線であったということを経験しなかった、あるいは——他の事態——だれかが子供を認識的かつ意欲的に装填したピストルを発射する試みのために手中にした、もしくは彼がそれをそれは装填されていな

18 それについて詳しくは、Hirsch, ZStW 94 (1982), S. 239, 240 ff., 251 ff.; ders., GS Meurer, 2002, S. 3, 7 ff., 16 ff., m. w. N.

19 既に、客観的構成要件における相違について、また Hirsch (o. Fn. 18), S. 16 ff.を見よ。

20 そうなのは Jescheck, ZStW 93 (1981), S. 3, 16 f.; Jescheck/Weigend, Strafrecht Allg. Teil, 5. Aufl. 1996, S. 221 f. m. w. N.

いと誤認してその子供にある瞬間に銃でねらおうとするという中にありうるのである。また、意思要素は注意違反的な行為が同時に、故意的な抽象的危険性犯、例えば道路交通違反を充足するときには、非常に明確に出現するのである。禁止違反的な行為の中にある行為不法は、かくしてまた過失犯でも存在するのである²¹。発生した結果と関連して注意違反的なものとして評価すべきである意思行為は行為者に負わされるということが、そこから明らかになるのである。

b)禁止から出発する評価を持ち出すところの問題は、結果の地位である。然るときには、これに対して犯罪的不法の中になお余地があるのか、あるいは凡そ客観的処罰条件のような何ものかにすぎないか？その問題は上述の見解の強化のために、「目的的」行為論は過失で挫折するというところに寄与してきたのである。それに対してしかしながら、結果の地位はまた「目的的」行為論から、その問題に迫らなかったそのような論者も論ぜられずに顧慮されずに放置されるものではなかった²²。

結果は単にある種の客観的処罰条件であろうという見解は、アルミン・カウフマンによって根拠づけられた見解によって最も先鋭化して主張された。本説は結果を故意犯にあつてすら不法構成要件の部分として理解しようとならないのである。犯罪不法は、それによれば一般的に規範違反的な挙動行為の中で汲み尽され、それ故に故意犯では終了未遂の中で汲み尽されるべきもの

21 *Weizel*, *Strafrecht* (o. Fn. 6), S. 130 f.; *Cerezo Mir*, *ZStW* 84 (1972), S. 1033, 1043 f.; *Hirsch*, *ZStW* 93 (1981), S. 831, 857 ff.; *Weidemann*, *GA* 1984, S. 408, 409 ff. 最近出版された *Duttge* (o. Fn. 10)のモノグラフィーは、要求された固有の「誘因要素」は、これに触れていない。この要素につき、詳しくはⅢ2。

22 たとえば *Engisch* (o. Fn. 7), S. 342; *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988, S. 50 ff., 507 ff.; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht Allg. Teil*, Bd. I, 8. Aufl. 1992, S. 213 ff.; *Mylonopoulos*, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, 1981; *Wolter*, *FS 140 Jahre GA*, 1993, S. 269, 294 ff.を見よ。

である²³。それに対して、しかしながら完全な行為は志向する者の実現でもって初めて完結を見出すものであるということを持ち出すべきである。それ故にまた行為を給付として特徴づける、すなわち人間が因果的事象を彼の意思に相応して操縦することを通じて、彼によって欲せられたものを実現するという意味において特徴づけるのである。この給付はしかしながら、行為する者が彼によって欲せられたものを達成しないときには失敗したのである。当該の者はそのときには、因果事象を彼の実現意思の実現のために必要な程度まで征服するべく創出しなかったのである；彼には、彼の意思に相応して被覆決定へと達していないのである。志向された行為はそのときには未遂（行為）にすぎないのである²⁴。

終了未遂、かくして単なる挙動活動に行為を制限することはかくして行為者がこの時点で事象を手から放し、そしてある程度運命にその経過を委ねねばならないという論証でもって根拠づけられるものではない。けだし、彼が終了未遂から結果の発生にまで活動した意欲された因果経過は、彼によって操縦された事象のプログラム化された経過の部分である。それ故に偶然ということとは語られえないのである。

23 *Armin Kaufmann*, ZStW 80 (1968), S. 34, 50 f.; *ders.*, FS Welzel, 1974, S. 393, 403, 411; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 118, 148, 231; *Struensee*, GS Armin Kaufmann, 1989, S. 523, 534 ff.; *ders.*, ZStW 102 (1990), S. 21, 49; また *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung, 1995.この一元的-主観的な不法構想とは異なり、他の論者はなるほど故意行為の結果不法を構成要件的不法に算入するが、しかし同じく行為不法から区別する（故意行為での二元的不法観）、そうするのは個々の、*Gallas*, FS Bockelmann, 1979, S. 155, 159.さらなる紹介として *Lenckner*, in; *Schönke/Schröder* (o. Fn. 9), Vor § 13 Rn. 56.

24 この問題につき詳しくは *Hirsch* (o. Fn. 18), S. 3, 10 ff.そこではまた Handlungsunwert の概念の倫理的な Aktunwert の概念との多くの誤解を形成する同一視の根源に関して、S. 8 f.

故意犯の行為不法は、それが主観的未遂論によって示されているように、既に終了未遂でもって完全に充足されていると主張するときには、完全に誤まっている²⁵。すなわち、危険ではない不能未遂で示されるように凡そ行為者の行為を実現するという考えのみしか問題となっていない。主観的未遂論は心情刑法に帰するものであり、そしてそれ故に行為刑法という刑法上の基本原則に矛盾するのである²⁶。

かくして、故意犯でも構成要件的结果は操縦する意思によって包含されているということで、行為に属するのである²⁷。

それ故に、結果の地位の問題は過失犯のみに当てはまるのである。というのも、過失犯では意思は構成要件的结果の実現に向けられていないからである。しかしここで、直接のおよび間接的な犯罪不法の間を区別しなければならないということを顧慮すべきである。直接的な（第一次的な）不法では規範違反的な（禁止違反的な）意思的行為の挙行の不法が問題である一方で、われわれはなるほど意欲されていないが、しかしそれにおいて行為の危険が沈澱する結果において帰属されるべき間接的な不法と関係しているのである。このことは結果的加重犯の諸事例において、また既に構成要件の領域上にある量刑の領域の中で、故意犯において出会すものなのである。それは過失の結果犯では刑罰規定の中で要求されている結果との関連において、既に常に構成要件の不法の部分である。注意違反的な行為、すなわち危険な行為の中に存する禁止関係的な不法、すなわち行為不法の中に過失犯において人が義務違反連関として表示するところの帰属要件によって結合されているのであ

25 そうなのは、しかし o. Fn. 23 で引用された一元的-主観的見解。

26 詳しくは Hirsch, FS Roxin, 2001, S. 711, 721 ff.; ders., FS Lüderssen, 2002, S. 253, 256 f.

27 それについて個々的には、Hirsch, ZStW 94 (1982), S. 239, 240 ff. m. w. N.

る。それ故に過失行為の不法は、純粋な故意行為の二元的な構成要件的不法と対立するのである。その中に矛盾があるのではなくて、その相違は様々な構成要件の構造から明らかとなるのである²⁸。

3. 過失構成要件の中に存する注意義務違反性と予見可能性との相互の関係に関しても不明確性が観察されるのである。判例および若干の教科書においては、両者の観点がしばしば全く区別されており、そしてなるほど不法構成要件が存しているかどうかの検討において、先ず第一に抽象的な「注意義務違反性」が確定され、そしてそれから具体的な予見可能性の存在について問われるというようにして区別されている²⁹。その際、しかしながら予見可能性は伝統的に行為の具体的な注意義務違反性が構成要件的に保護された行為客体に関して確認するために奉仕するものであるということが看過されているのである。社会生活の全ての領域に対して法的に類型化された行為規定が存在しないのみならず、それに対する衝突が必然的にそれぞれの事例において注意義務違反性が毀損された財に関して存在するということも意味しない³⁰。いずれにせよ客観的予見可能性(個々の予見可能性という別に横たわっている問題性はなお以下において)は、それ故に注意義務違反性の構成要素であるが、しかしこれと並んで不法構成要件の中にある観点ではない³¹。

もしも客観的予見可能性の観点をより正確に考察するとすれば、そこでは行為の具体的な危険性(Risikantheit)(すなわち、行為から結果が発生したよう

28 それについて詳しくは、過失犯についての詳述 Hirsch (o. Fn. 18), S. 16 ff. Lampe, ZStW 101 (1989), S. 3, 50 も、彼が「義務違反性の実現」は態度の義務違反性の問題から区別することを通じて、ここでは二元論から出発している。

29 Jescheck/Weigend (o. Fn. 20), S. 577, 586 f. m. w. N.を見よ。

30 後者について詳しくは Lenckner, FS Engisch, 1969, S. 490, 498 ff.; Roxin, Allg. Teil I (o. Fn. 9), § 24 Rn. 14 ff.; Ida, FS Hirsch, 1999, S. 225, 229 ff., 238.

31 Welzel, Strafrecht (o. Fn. 6), S. 132 ff.

に生じうるであろうという客観的な事前的視点から規定される蓋然性)を確定するということが問題なのであるということが示されるのである。³²。危険の特性はしかしながら何かまさにそれ自体だけで十分ではなくて、注意義務違反性のためには多くの必然的な危険によって貫徹された社会生活に鑑みて、法的小よびその他の社会的行為規則の限定された顧慮もまた必要なのである³³。

4. 原則的な観点において過失犯の不法構成要件のために、それ故それが注意違反的な(意思)行為から、そしてそれに基づく結果が存しているということが確定されるのである。それ故に、それは客観的な観点においてまさに故意犯の不法構成要件から区別されるのである。故意犯では結果はまた意欲された事象の部分であるということで行為不法に属する一方で、結果は過失犯ではその外部にあるのである。それは禁止の対象を形成する行為不法の(直接的な、第一次的な不法の)(間接的な不法の)成果なのである³⁴。故意行為

32 筆者がZStW 93 (1983), S. 831, 860において、予見可能性は過失犯の「行為の属性」であると述べたときには、このことはそれ故に、實際上、ここで内容的に危険行為(発生したような結果との関係で)である意思行為が問題でなければならないということの意味していたのである。正当にも、*Struensee*, JZ 1987, S. 53, 57は、しかし行為意思と危険との間の関係はそこでは十分に答えられていなかったと批判したのである(それについて詳しくはIII b 以下)。

33 詳しくは、*Ida* (o. Fn. 30), S. 232, 236 ff. 法的小よびその他の社会的な態度規則は、かくして二様の視点において重要となる：規定の遵守は、客観的予見可能性にもかかわらず、注意違反性を限界づけ、そしてそれに対する違反は、たとえ必然的でないとしても、客観的予見可能性の存在、そしてそれとともに注意違反性に対する徴表を形成する。—規定されていない生活領域において、*Mikus*, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, 2002は、一般的に「過失行為者の判断の中」を目指そうとし(S. 17 f., 171 ff.)、そのことはしかし、かような一般性において法と不法の限界づけがかえってはやけてしまうであろう。—決定性の改善についての更に進行した諸提案は、*Schünemann*, *GS Meurer*, 2002, S. 37, 59 ff.を見よ。

34 結論において大いにそうなのは、また *Lampe*, ZStW 101 (1989), S. 3, 21 ff.

とは異なりここでは結果に関連して真の帰属問題が問題なのである：行為不法から生ずる結果の帰属のそれ。過失犯での行為と結果との間の条件連関に関して、客観的帰属論はそれ故にもっともな適用領域をもっているのである。ところで、故意行為と過失行為の不法のまさに客観的な相違は、とりわけ未遂の開始の諸前提に必要な故意犯の行為不法が当てはまるよりもより以前に、過失犯の行為不法が時間的により早く存在するということが反映しているのである³⁵。

Ⅲ. 個々の問題

1.a) 現代的なドグマティックによる主観的不法構成要件の中に故意を位置づけることは、そこから過失でもまた個々の予見可能性が不法構成要件に属するということが帰結として生じないのかどうかという問題を生じさせたのである。通説はそれを責任において初めて容認している一方で、若干の論者はそれを受け入れようとしているのである³⁶。故意犯の人的不法から実際上ドグマティックに、そこで故意に必要な個々の知見は、過失では個々の予見可能性（認識可能性）とパラレルに並行しているという熟考がどうしても湧き出てくる——そのことをまさにフィナリストも最初から考えていたように。他方で人的不法論の理論的出発点を目から離さないようにしなければならない：それはそれ自体だけでこのことを因果的不法論が主張したように、禁ぜられた行為がただ有意的な——すなわち任意の意思衝動によって引き起こされた——因果の進行に還元すべきものではなくて、行為意思の内容は禁ぜられた行為の規定において顧慮を見出さねばならないということのみ

35 Fn. 17における上記の詳述を参照せよ。

36 *Stratenwerth*, *Strafrecht Allg. Teil*, 1. Aufl. 1971, Rn. 1164 ff.; 4. Aufl. 2000, § 15 Rn. 12 ff.; *Jakobs*, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 48 ff., 55 ff.; *ders.* (o. Fn. 9), 9/8 ff.; *Gössel*, *FS Bengl*, 1984, S. 23, 35 f.; *Weigend* (o. Fn. 14), S. 142 f. m. w. N. 詳しくは、*Castaldo*, *GA* 1993, S. 495 ff.

を意味しているのである³⁷。この具体的な個々の行為意思は故意犯では客観的な構成要件のメルクマールの実現に向けられた故意と同一である一方で、過失行為では注意義務違反的なものとして評価された行為の具体的な、いずれにしても個々の行為意思の顧慮が重要なのである。

その問題はそれ故に注意の尺度もまた既に不法領域上で個別化すべきであるというように過失規範から更に前進して生ずるかどうかということでありうるにすぎない。人はそれに対して「不作為犯では問題外であるものが」妥当しなければならない：すなわち、行為者は法的に命ぜられたやり方において行動する能力があらねばならないと述べたのである；「法は常に可能なことを行なうことのみを要求し（うる）」³⁸。このような評価では不作為犯に対するパラレル、そしてそれに相応してここでは「命ぜられた」注意および「命ぜられた」態度様式が述べられているということで驚かせるのである。過失の作為犯では当該の論者が原則的に承認しているように、命令に対してではなく、禁止に対して違反されるのである。禁ぜられた（客観的に）危険な行為の非行為について、行為する者はしかし常に可能なのである。それを超えて、それ故に不作為犯との比較はここでは当該者が命ぜられた行為の遂行のために物理的・現実的に可能であるということが十分であるということで、更に進行するものではない³⁹。

主観説に対してはとりわけ結果予見能力のない行為者は、結果回避のために動機づけられえないということが持ち出されている。規範は回避動機によって規定される態度を要求しなければならない⁴⁰。しかしそれに対して、

37 理論的出発点およびそこから引き出される結果につき詳しくは、Hirsch (o. Fn. 18), S. 4 ff.

38 Stratenwerth (o. Fn 36), 4. Aufl., § 15 Rn. 13.

39 それについて既に Schünemann, JA 1975, S. 511, 514, は指摘していた。

40 Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt (o. Fn. 36), S. 66.

その背後に今日一般的に否定されているラジカルな命令説が、その不法と責任との交り合った設定の中において透視するということを指摘すべきである⁴¹。その主張者は周知のように、規範はその要求のための有能性——規範によって主観的に動機づけられうるその者に——方向づけ、そしてここから不法と責任との区別の不可能性が引き出されたという見解を主張したのである。この見解はしかしながら克服され、そしてただ依然として歴史的興味しかないのである。

行為の規範違反性に対して、客観的な注意要求の背後への残存は十分であらねばならないということは、以下においても示される：客観的な注意規範は対抗する態度のスタンダードとして必要である。それはそれに一切の者が、彼の態度を方向づけねばならないところの最低限度の要求を表示している。不法が問題なのであるから、行為不法に客観的尺度が本質的に必要である。行為規範は法的同輩が相互に方向づけられうるというような属性のものでなければならない。さもなくば——とりわけ道路交通において重要となる——信頼の原則はもはや維持されえないであろう。主観的な結果予見可能性では先ず規範論的に決められるとすれば、いかにして過失規範が民法的に機能すべきかということが明らかとならないだろう。けだし、民法は明示的に「社会生活上必要な注意」 (§276 BGB)のみを目指しており、そしてその課題は、さもなくばまた全く充足しえないであろうからである。それを超えて主観説に対しては、正当防衛であつれきが生ずるのである⁴²。不法概念はまさに法的同輩の態度を相互に規制し、そして評価するのに奉仕している。人がそれをこの社会的機能から取り去るや否や、その本質内容の中心部分が放

41 既に *Schünemann* (o. Fn. 39), S. 511, 513 f., 516; *ders.*, FS Schaffstein, 1975, S. 159, 163 ff.によって批判している。

42 この問題は、たんに技術的性質のものではない。

棄されるのである⁴³。

最近それに対して、民法において規定された犯罪的不法が触れられないままであり、そして刑罰で威嚇された不法の補足的な要求のみが問題であるということが持ち出された⁴⁴。刑法における個別化された解決は、「刑法的な不法としての態度の特徴づけが、関与する私人の利益の間の衡量の結果」ではなくて「社会的に耐え難い誤まった態度としての刻印づけであろう」ということで支持されている。「人間の共同生活に対する必要な最低限の規制に対する違反ということは」、「それが脅威された法益の危険の予見のために可能なもの（しかしまさに客観的に十分でないもの）を行った者に」は、問題とはなりえないであろう。「ここで刑法的不法の批判的諸事例」において「否定さ」れるという事情は、侵害者が「損害賠償の要求でもってなんの利益も得られずに終わる」ということを必然的に意味するものではない：民法は「善き根拠と」既に客観的な注意規範の違反に結びつくことを通じて被侵害者は毀損者が、刑法的な過失不法の実現が欠けるために刑事訴訟において無罪が言い渡されるときにも、民法上の補償を獲得しうるのである。

しかしながら人がそのようなやり方で、刑罰で威嚇された過失不法を限界づけようと試みるとすれば、刑法上の全体的成果については何ら変わらないのである。けだし、これは不法と並んで常にまた個々の責任を必要とする

43 それについて詳しくは、Hirsch, ZStW 94 (1982), S. 239, 270 ff. 高められた個々人の知見および特別の才能が客観的な注意の尺度を高めうるかどうか、および場合によっていかなる程度で然るかという、最低限の要求から区別される点につき、個々の所にその S. 273 ff. (一方で [例えば、医学的手術の専門領域に関して] その時々々の活動領域の特別の知識ならびに必要な特殊な知見と他方で個々の才能の単なる可能性との間が区別されて)。

44 Weigend (o. Fn. 14), 142 f.

のだから、通説もまた当該の諸事例において可罰性を否定するのである⁴⁵。個々の可能なことは責任領域にとって特徴的なのである。それ故に故意犯においても責任が欠如する場合には、既に不法が否定されねばならないであろうという見解は首尾一貫したものであろう。というのも「客観的な」規範の服従の個々の可能性の欠如が同じく問題であり、そして行為者を社会的に耐え難い態度の故に、「焼き印を押す」ということが同じくここでは正当とされないであろうからである。刑罰で威嚇された不法は行為者と被害者との利益の間の衡量の結果でないであろうという指摘に関連するものは、個々人の法益に関して大いに単純化されているのである。仮に刑法が選択された保護のみを規定するとしても——たとえば民法的に包括的に保護された一般的な人格権に対する関係において——、潜在的な被害者の保護の必要な強度の問題は、刑事立法にとって当然にも重要な役割を演ずるのである。それに応じて本来の不法メルクマール、とりわけ客観的な種類による刑罰で威嚇された不法の確定および限界づけが行われるが、しかし人が責任メルクマールを不法のそれとしてレットルはりをし、そしてそれとともに不法と責任を同水準にするということによってはそうではないのである。

b) 過失不法の主観的側面に関しては、更に態度の「目的性」にあつては「危険症候群(Risikosyndrom)」の表象が必要であろうという見解が見出される⁴⁶。然るときにのみ、「行為無価値」が与えられてもいよう。この関連においてもまた「主観的注意違反性」が重要となる。その際既に先行する批判的な主観主義的見解の解決モデルが、フィナリスムスの内部で重要であり、それは

45 Weigend (o. Fn. 14), S. 143 f.,が不法のために特別の能力を充分たらしめようとしていることは、客観的な注意要求についての彼の限界を見出すのである(o. Fn. 43)、というのも、ここでは刑法的に重要性をもちえないからであり、それは民法の一般的な犯罪法が顧慮されていない。

46 Struensee, JZ 1987, S. 53, 57 ff., und S. 541 ff.

行為刑法の刑法的な基本原理と一致可能ではないのである。過失不法においては（全くあるいは部分的に）実現された禁止された行為の意思側面、すなわち客観的に注意に違反したものとして評価される危険な現実的行為の「目的性」が重要なのである⁴⁷。注意違反的な行為は、見通しの効かないカーブにおける追い越しの中にあるとすれば、かくして当該の場所で遂行された運行経過で必要な自動車運転手の「目的性」が重要なのである。それを超えて、明示的な危険の意識および／あるいは規範違反的な行為の客観的側面の外部にある知見が存在しているということは必要ではない。行為無価値がそのような補足的な主観的状态を要求していないということは、行為不法が規範命令に背反している行為の挙行の中に存しているのであり、ここではそれ故に注意違反的なものとして評価された具体的行為の中に存しているということから生ずるのである。ところで、このことはまた故意の抽象的危険性犯によっても確証される。その主観的な不法構成要件はただこのような犯罪グループにおいて、それ故に行為不法にとって十分な主観的行為側面がなくて困ることなしに、類型化された行為の客観的メルクマールの実現に関する故意を必要とするのである⁴⁸。過失の結果犯ではそこではここで規範内容を形成する具体的危険行為の故に、そのような（具体的に注意違反的なものとして評価される）行為の客観的メルクマールが行為意思の対象を形成しているという

47 それについて詳しくは、上記 Fn. 21 で引用された論者、*Struensee* の主観主義的な（志向的な）行為無価値構想による客観的側面の無視についての *Herzberg*, JZ 1987, S. 536 ff. の批判は当を得ている；それは、しかしながら、それが客観的および主観的に存在する意思行為の重要性に十分な顧慮を与えていないというかぎりでは、余りに広きにわたるものである。

48 抽象的危険性犯についての今日の批判（伝統的に不正確に抽象的危険犯として表示された）は、いくらか異なったものが当てはまる：すなわち、刑事刑法への秩序違反法からのその強力な拡張、ならびに事実上何ら具体的な危険がないそのような事例（かくして単なる規範不服従が問題となっている）が凡そ刑事刑法に属するのかどうかという問題については、*Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, S. 380 ff. m. w. N. を参照せよ。

限りでのみ要求が高まるのである⁴⁹。

特別の知見の諸事例は、ここでは何の特別の問題を意味するものではない。正当にも、それに基づき過失犯の行為不法において主観的なモメントの重要性の確証として指摘されているのである⁵⁰。注意違反的な行為はそれが（意思的な）行為が当該の社会領域の客観的な標準人の事前的な観点から、結果との関連で具体的に危険なように生じたところの通常の事例において規定されているのであり——すなわち、それがそのような結果発生 of 具体的な可能性を予見可能的に示すということ⁵¹——、そして限界づけるに規範的視点が顧慮を見出すのである⁵²。特別の知見にあつては予見可能性の問題はそれに対して知見についてのこのプラスの基底に基づいて答えられる。というのも、具体的に同じく危険な——そして規範的視点をも顧慮して——注意違反的なものとして評価される行為が与えられているというように、行為事情の中に高められた情報基底が存在するからである。行為意思はここではさらにまた危険を示す行為メルクマールにも関係するのである（例えば、自動車運転手の特別の知見が彼によって追い越された自転車乗りの同様の重要性の攪乱に当てはまるときは、必要とされるより大きな間隔を維持しなかった追い越し経過の客観的な危険メルクマールに関係するのである）。構成要件的な結果が既に特別の知見なしに注意違反的な行為に基づくとするれば（例えば、既に追い越し間隔が守られていない）、知見についてのプラスは不法内

49 過失結果犯の危険行為は、具体的危険性犯あるいは適性犯の行為から区別され、前者では行為意思は具体的に危険と評価される行為にのみ向けられねばならず、他方で後者では具体的な適性（具体的危険）それ自体は故意を包括する構成要件要素を形成している。

50 *Struensee*, JZ 1987, S. 53, 59 を見よ。

51 過失行為の具体的危険の規定に対する客観的予見可能性の役割については、上記 II 3 mit Fn. 32 を見よ。

52 それについては、*Ida* (o. Fn. 30), S. 232 を見よ。

容を高める危険行為を充足するところへと導くものであり、それはその客観的側面と同様に、行為意思の内容において量的にのみ基本事例から区別されるのである。

c)責任概念において個々の予見可能性をいかようにつなぎとめるべきかという問題が残っている。行為責任では、不法の知見の可能性とこの知見に従って動機づける可能性が重要である。「個々の結果の予見可能性」という独自の表題に対しては、それ故に何の余地もない。しかしこの「主観的な注意違反」として表示される視点は、凡そ概念上適切に把握されているのか？そこでは本来何が問題なのであるか？その答えは以下の通りである：行為者にとって彼の行為の客観的注意義務違反性が認識可能であったときにのみ、行為者は有責に行為しえたのである。このことはわれわれが見たように、過失犯の規範違反性と同義的である。客観的注意違反性は当該の結果発生の可能性の客観的予見可能性から構成されているということを通じて、それ故に個々の予見可能性でもって彼の行為の客観的注意違反性を認識するという行為者の可能性が考えられているのである。したがって行為者にとって具体的な禁止性、そしてそれと同時に彼の行為の不法が認識可能であらねばならないであろうということが重要なのである⁵³。故意犯における完全な責任のために不法の認識が属する一方で、過失犯では行為者が客観的注意違反を、そしてすなわち不法を認識しえたということだけで十分なのである。故意犯において類型化された規範の知見が重要である一方で、過失犯ではその際具体化された注意違反性が目指されているということは、過失犯が一般条項であり、そしてそれ故に客観的注意違反性は——同じく一般化された評価として——その時々には探究され、そして規定されるということを明らかにするのである。

53 そうするのは、すでに Welzel, Strafrecht (o. Fn. 6), S. 175.

この責任概念に相応する体系的な位置づけは、同時に術語的な直線化へと導くのである。伝統的に承認されてきたものとは異なり⁵⁴、民法の客観的過失概念と、補足的に「主観的注意」に必要となる刑法の過失概念との間を区別するものではない。かえって、その概念は統一的に全法秩序に対して客観的注意違反に制限されるのである。いわゆる「主観的注意」では、民法とは異なり行為者が不法の認識の可能性をもっていたという必要とされる一般的な刑法上の責任要件が問題となるのである。

2. 最近出版されたモノグラフィーにおいては、「動機要素(Verlassungsmoment)」の役割が強調されている：これは、懈怠の特殊なもの(重大な過失)ではなく可罰的な過失全体なのである⁵⁵。実際上過失犯でのその時々⁵⁶の規範命令は、当該の行為の不作为への客観的に認識可能な「動機」を前提にしている。しかしそのことは過失に特有の行為規範が、それが「十分な警告信号にもかかわらず活動すること」を禁ずるという中で決定するという利益を意味しないのである⁵⁶。けだし「十分な警告信号」はそこから具体的事情において行為の危険性が生ずる、すなわち事前的に結果の予見可能性の評価において事前の客観的な標準人に結びつくところの事実なのである。また既にまさに現代の社会生活において、補足的に規範的な視点が顧慮されねばならないということ、かくて規範はその時々⁵⁶に「注意義務違反性」の視角のもとで規定すべきであるということが強調されたのである。

3. 認識ある過失の位置づけが、更なる部分問題を形成している。より正確には：この認識のプラスは、ドグマーティッシュにどこに属するのか？

54 伝統的な見解についてなお内容的に卓越したものとして、Lampe, ZStW 71 (1959), S. 579, 586 ff.

55 Duttge (o. Fn. 10), S. 386, 388, 495, pasim.それは「過失の核心」を形成している(S. 495)。軽率性と単純な過失の段階づけの可能性は、しかし残存するはずである(S. 388)。

56 そうするのはしかし Duttge (o. Fn. 10), S. 495.

周知のように、未必の故意と認識ある過失の限界づけはドグマーティッシュに最も困難な問題の一つを形成している⁵⁷。さて、故意そしてまた未必の故意の今日達成された認識状況によれば不法構成要件の問題であるとすれば、またそれらから限界づけられた認識ある過失のマイナスとしてである。その解決は、それ故に規範命令（禁止）の対象の内部で形成された行為を探究するものであり、かくして注意違反的なものとして評価される行為のそれなのである。これは内容的に、われわれが故意犯のそれから認識しているのと同様に段階づけ可能なものである。ここでは抽象的および具体的に危険な行為（危険行為 [Risikohandlung]）との間、具体的危殆化行為と侵害行為との間が客観的および主観的に段階づけられうるように⁵⁸、注意違反的なものとして評価される行為にあっては、そこで行為者が危険意識をもたず、そして彼が具体的危険を認識したものと間の有意行為との間を段階づけされるのである。そのことは、人が抽象的危険性犯——かくして、ここでは危険な行為 (Risikohandlung) が法律上類型化されている犯罪——を考えたときには、例えば道路交通法に対する違反を考えたときにはまた明白なのである。この犯罪は具体的危険性犯の抽象化にすぎず、かくしてここでは意思によって包括され事前的観点から結果発生の具体的危険が存在する行為の抽象化にすぎないのである⁵⁹。それ故に、われわれは認識ある過失では、そこでは行為者がただに危険な態度が存在するという客観的事情を認識しているだけではな

57 未必の故意と認識ある過失との間を区別し、そして後者を故意に加算しないことの必要性については、詳しくは F.-C. Schroeder, in: LK¹¹ (o. Fn. 12), § 16 Rn. 85 および 117 を見よ。

58 抽象的および具体的危険性行為ならびに具体的危殆化行為の間の段階づけにつき、個々の的には、Hirsch, FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 545, 557 ff. 異説として Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 334 ff.

59 それについて詳しくは Hirsch (o. Fn. 58)；さらには ders., Strafrechtliche Probleme, 1999, S. 623 ff. (=ders., FS Buchla, 1994, S. 151 ff.).

く、それを超えて危険(Risiko)をも認識するような注意違反的な行為グループと関係しているということが明らかとなるのである。

認識ある過失は、かくして過失犯の体系の中に論理的に位置づけられる。

4. 過失の結果犯の結果は、注意違反的な行為の結果であらねばならない。それにつき行為者の因果性が十分ではないということについては今日一致が存在しているのである⁶⁰。いずれにせよ注意違反性は規範的なカテゴリーを意味しているということで、単なる因果関係の問題が問題ではなく、ランペもまた強調しているように⁶¹、条件関係につき述べるべきこととなる。

この義務違反連関として表示される条件関係は、疑わしきは被告人の利益にという原則の適用において明らかになるところの問題性を視野に入れさせる。すなわち、それはそれにおいてなるほど結果の発生と注意違反性との因果性が証明されうるが、しかし結果が行為の注意違反性にに基づいているかどうか疑念が存在するところの諸事例が再三再四浮上しているのである。通説はこのような事例において、In dubio-Satzを指示して無罪を言い渡す一方で⁶²、文献上の見解、すなわち危険増加説は⁶³、周知のように以下のように進行しようとするのである：注意義務違反性にもかかわらず、なるほど結果発

60 *Jescheck/Weigend* (o. Fn. 20), S. 577 ff.,そして、そこでの判例および文献の紹介を参照せよ。

61 *Lampe*, ZStW 71 (1959), S. 579, 598 ff.そこで、個々のに、因果関係の問題と条件連関の相違を明らかにしている。

62 BGHSt. 11, S. 1, 3 f.; 21, S. 59, 61; 24, S. 31, 34; BGH GA 1988, S. 184; *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 9), § 15 Rn. 173 ff. m. w. N.

63 *Roxin*, ZStW 74 (1962), S. 411, 430 ff.; *ders.*, Allg. Teil I (o. Fn. 9), § 11 Rn. 72 ff.,本説の根拠づけ者; *Burgstaller*, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, S. 139 ff.; *Jescheck/Weigend* (o. Fn. 20), S. 585 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 15 Rn. 44, jeweils m. w. N.を参照せよ。

生が注意違反性に基づかないということが示されるときには、無罪を言い渡すべきであろう。しかし疑念のある諸事例においては、結果の惹起者が彼の行為の際に「許された危険」に対して結果招来の蓋然性を本質的に高めたときには、有罪判決が可能であろう。「許された危険」を踏み超えることは注意違反性と同義的であるのだから、そのことは以下のことを意味するのである：この見解によれば、結果は注意違反性の結果であるということが問題ではなくて、注意違反的なものとして評価される「許された」危険に対して危険を本質的に高めた行為が存在し、そして行為者がいずれにせよ結果を惹起したということが付加的に充足されるべきである⁶⁴。かくして注意違反性は結果の中で明らかとなったということは決定的ではない。人がそれを放棄することを通じて、人はしかしまさに過失犯の行為面と結果面との間の具体的な結合部分を持ち出すのである。實際上、危険増加説によりここでは、すなわち惹起された結果が行為者の行為の注意違反性に基づくという推測が打ち立てられるのである。それはまた、その主張者達によって主張されている解決が、結果がまた注意適合的な態度でも生じたであろうということが確定される事例を確認するのである。——事前的な観点から決定された——「許された危険」が同じく踏み越えられる、すなわち注意違反性が存在するにもかかわらず、ここでは彼らは構成要件該当性を否定しようとするのである。正当にもそれ故に、それが *In dubio pro reo* 原則の操作を意味しているということに異論を唱えられているのである⁶⁵。

64 そうするのはまた *Lampe*, ZStW 101 (1989), S. 3, 27.

65 *Arthur Kaufmann*, FS Jescheck, 1985, S. 273 ff.; *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 9), § 15 Rn. 173 ff.; *Hirsch*, in: *LK¹¹* (o. Fn. 12), § 229 Rn. 7; *Otto*, GS Schlüchter, 2002, S. 77, 96 f.; jeweils m. w. N.を参照せよ。*Lampe*, ZStW 101 (1989), S. 3, 50によれば、行為者がそれによって法益侵害を回避しなかったという可能性に鑑みてまた、侵害された規範の意味および目的によれば、行為者に他の態度が「期待可能」であったときには、その行為は構成要件該当的で違法であるはずである。しかしここでは、同じくロクシンの危険増加説に対して提起される疑念が見られるのであり、そして期待可能性の先鋭化しない視点が、さらなる問題を提起する。

5. 正当化事由に関してもまた過失犯は問われているのである。

a) 注意違反性の不法構成要件への所属性を未だ見なかった古い見解は、「許された危険」を優位をもって正当化事由として挙げたのであった⁶⁶。そうこうしているうちに、しかし人はこれらの諸事例においてもっばら既に注意違反性の構成要件問題が重要であるということを認識したのである（例えば、道路交通における「許された危険」は注意に適合した通常の通行方法の限界を際だたしている）。小さな諸事例の領域でのみ、正当化の領域が当てはまるのである；そこでは個々の確定された前提のもとで、構成要件該当的な危険行為への例外権限が容認されるような衝突状況が問題である（例えば、侮辱犯の領域における § 193 StGB による正当な利益の擁護⁶⁷）。

b) 正当防衛は、一見すれば過失犯において何の役割も演じないもののようにも見える。というのもそれは防衛の意思を必要とし、これとは通常故意の態度様式と結びついているからである。しかし、たとえ通常故意行為が問題であるとしても、過失行為は全く考慮されないわけではない。例えば、危険をもって欲せられなかった結果に付着した具体的な防衛行為が必要であったとすれば、そこではそのような過失の挙行は正当防衛によって正当化されるのである⁶⁸。

66 その法理の発展の説明は、*Maurach*, *Strafrecht Allg. Teil*, 2. Aufl. 1958, S. 443 f.を見よ。

67 *Hirsch*, in: *LK*¹¹ (o. Fn. 12), Vor § 32 Rn. 31 ff. m. w. N.

68 全くの通説、*Hirsch*, in: *LK*¹¹ (o. Fn. 12), 1992, Vor § 32 Rn. 49の紹介を参照せよ。*Otto* (o. Fn. 65), S. 95に反して、構成要件の要求としての注意違反性の承認は、正当化の問題が既にそこで考慮されるということを意味しないのである。むしろ、ここでも個々の（注意-）規範に対する矛盾と第二の犯罪領域上で初めて正当化の否定から生ずる具体的な法義務違反性との間を区別すべきである。

c)過失と同意の関係は大いに議論されている。だれかが他人の危険行為に同意し、そしてこれによって損害へと至るような諸事例をいかように取り扱うべきかという問題が、過失構成要件に対して問題が提起されているのである。例としては、とりわけ同乗事例であり、かくて被害者がアルコールを飲んだ自動車運転手とともにその状態を認識して同乗したといったときである。酩酊した自動車運転手は同乗者の同意によって正当化されるどころの過失傷害を構成要件的に犯したのであるのか？結論的には、判例および文献において至るところで——いずれにせよ行為の反良俗性の限界が超えられないかぎり——不法は欠けるということについては一致が存在している。通説はその際、同意による正当化を目指している⁶⁹；それに対して、他説は既に構成要件該当性を否定しようとしているのである⁷⁰。正当化を目指す見解に対しては、結果発生における同意については元来語られえないという問題が提起されている。被害者はこれへと、例えば傷害結果へと至らないであろうということを信託したのである。同意は危険な行為に関係する。意識的な他人の危殆化が意識的な自己危殆化と同一視されようとするれば、構成要件該当性についての結果の「客観的帰属可能性」が欠けるということを述べることによって、この問題を回避しようとする構成要件の解決の諸努力は⁷¹、更に前進するものではない。けだし、他人危殆化と自己危殆化は同様に他人侵害および自己侵害のように相互にほとんど比較可能ではないからである⁷²。その解決はかえって、正当化事由が常に規範違反的な行為に関係するというとこ

69 Hirsch, in: LK¹¹ (o. Fn. 12), 1992, Vor § 32 Rn. 106, および ders., in: LK¹¹ (o. Fn. 12), 2001, § 228 Rn. 13, § 229 Rn. 8, ならびにそこの文献の紹介を参照せよ。死の結果が生ずる危険行為における同意の問題性については、Hirsch, in: LK¹¹ (o. Fn. 12), 1992, Vor § 32 Rn. 95 f.を見よ。

70 Roxin, FS Gallas, 1973, S. 241, 242; ders., Allg. Teil I (o. Fn. 9), § 11 Rnr. 100 m. w. N.

71 このような方向において、Roxin, Allg. Teil I (o. Fn. 9), § 11 Rn. 107.

72 他人侵害と自己侵害に関して、詳しくは Rönnaу, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 41, 116 Anm. 377, 192 ff.

るから生ずるものである。それ故に過失行為において正当化する同意では、結果の間接的な不法が問題ではなくて、注意違反的な行為のみが問題なのである。これが有効な同意によっておおわれているとすれば、過失行為の違法性は欠落するのである。というのも、同意する者に対して行われる注意違反的行為が正当化されるからである。それ故にこの事例状態につき、人が過失犯では規範違反的な行為の直接的な不法と、これを前提とする意欲されざる結果の間接的な不法との間を区別することがいかに重要であるかということが確認されるのである。

d)その見解によれば正当化する事態の誤認は（いわゆる許された構成要件的錯誤）、例えば誤想防衛は不法に当てはまるべきであるという論者がいる：彼らは故意行為の不法を排除し、そして過失不法のみが——その錯誤が回避可能であり、そして過失が処罰されるかぎり——考慮されるべきである⁷³。不法領域におけるこの錯誤諸事例の位置づけは、しかしながら明らかに支持しえない。回避不可能な誤想防衛あるいは誤想防衛において行われた未遂にあっては、まさに不法が一般的に欠落するであろうということを通じて、誤想防衛は正当防衛の存在と同様の効果をもつてもあろう：それは不法阻却事由でもあろう。このことは、かの見解によって正当防衛のメルクマールにおいて確定された法的衝突決定の客観的諸前提がそのような方法で一面的に行為者に有利に移動されるということを示しているのである。しかし、行為者にそれでその種の諸事例において、実体に反して不法が欠けるために証明され、そして——人が首尾一貫して止まるときには——それ故に対抗している者に許容される正当防衛は阻止されるということのみならず、共犯論や過失のドグマーティクに対する問題のある帰結をも生ずるのである。すなわち後者に関しては正当化事由は、過失の行為に関係しうるということを顧慮すべ

73 *Stratenwerth* (o. Fn. 36), 4. Aufl., § 7 Rn. 13 f., § 9 Rn. 158; *Roxin*, Allg. Teil I (o. Fn. 9), § 10 Rn. 23 f.; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 9), Vor § 13 Rn. 19 und 60 m. w. N.

きである。それ故に錯誤に対して相応するものが、故意行為に対して妥当しななければならない。支配的な制限責任説によれば⁷⁴、許容構成要件の錯誤の回避可能性の問題では過失行為のかどで処罰すべきかどうかが決定的なのである。さて、過失犯での正当化の検討は凡そ過失が与えられているということをも前提にするのだから、二つの全く異なる「過失」が問題となったのだということが、とくに明らかとなるのである。一方では結果惹起に関する注意違反性にかかわるものであり、他方で許容構成要件の錯誤の回避可能性にかかわるものである。もし不法と責任の区別を均等化しないとすれば、第二のものにおいて先ず責任問題が問題となる：事態の錯誤に基づく禁止の錯誤の回避可能性のそれ⁷⁵。許容構成要件の錯誤を禁止の錯誤の一般原則に従って、取り扱いうるのではなく、回避可能性で常に——かくして故意の諸事例においても（特別な「故意責任」が欠けるので）過失行為のかどで、（そのかぎりで可罰的に）処罰すべきであるというのが適切であるかどうかは、本稿のテーマにとっては重要ではなく、そこで以前の関連した詳述が参照されるのである⁷⁶。

e) 既述のところから、まさに刑罰威嚇的な過失不法の領域が立法論上制限されねばならないのかどうか、および場合によればいかようにそうなのかという問題が想起させるのである。文献において認識なき過失は刑法における異

74 BGHSt 3, S. 105 ; 194 ; 271 ; 14, S. 52 ; 22, S. 223 ; BGH, NJW 1982, S. 2831, 2832 ; Cramer/Sternberg-Lieben, in : Schönke/Schröder (o. Fn. 9), § 16 Rn. 16 ff. ; Jescheck/Weigend (o. Fn. 20), S. 430, 464 ff., m. w. N.

75 制限責任説に基づいていようということ(BGH, NJW 1982, S. 2831, 2832 a. E.)、法的効果叱責あるいは厳格責任説に基づいていようことで、通説は許容構成要件の錯誤の責任領域で初めての位置づけに対して、Jescheck/Weigend (o. Fn. 20), S. 430, 463 ff. における紹介を参照せよ。

76 Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960 ; ders., ZStW 94 (1982), S. 239, 257 ff.を見よ。

物であろうという見解が見出され⁷⁷、そして他の見解は重大な過失（怠慢）に制限するという傾向がある⁷⁸。考慮すると、過失概念の射程は刑法の過度の伸張をもたらすということが明らかとなる。このことは過失は一般条項であり、そこではその時々に関連事例にとって注意違反性が精確化されねばならないということと関連するのである。また、注意違反的な行為が既に類型化された抽象的危険性犯を充足するところでは、にもかかわらず過失が犯罪行為の不法を肯定しようとするための諸事例が残存している。

認識なき過失は全く刑法から取り除くべきであるという思想は、しかし明らかに極端すぎるのである。既に認識なき過失の諸事例は、認識ある過失よりもより軽いものでなければならないということが何度か指摘されてきた。無認識性はまさに特に良心のとがめがないこと、あるいは無関心に基づきうるのである⁷⁹。また、たいていの法秩序において秩序違反行為が刑法から区別されるのではなく、これに秩序違反として位置づけるべきであることを顧慮しなければならない。認識ある過失に制限することは、秩序違反行為もしくは違反行為において、元来真地面に要求されえないであろうが、当該の諸規定は機能能力を残存すべきである。

同様に、軽率性への制限は排除される。可罰性はより中間の過失をも全く有意味的である——人は道路交通における過失致死もしくは致傷を考えるの

77 *Arthur Kaufmann*, *Das Schuldprinzip*, 1961, S. 156 ff. m. w. N.を参照せよ。

78 そうするのはたとえば *Schlüchter*, *FS Kaiser*, 1998, S. 359 ff. 一切の過失で十分たらしめようとする § 18 StGB の一般規定から異なる個々の結果的加重犯をドイツの立法者が重い結果に関して軽率性を要求しているということは、もっとも、この刑罰を加重する犯罪グループの拡張に対効するという努力でもって明らかとされる。過失責任の限界づけについては、さらに *Otto*, *JuS* 1974, S. 702.

79 *F.-C. Schroeder*, in: *LK¹¹* (o. Fn. 12), § 16 Rn. 121.を参照せよ。

だが⁸⁰——ということを別として、さもなくば損害賠償権もまた行政法に負荷される法的効果も尽しえないであろうという結果が除去されるでもあろう⁸¹。

うまくいくためには、違警罪あるいは秩序違反としてより軽い諸事例を段階づけるべきであり、そしてとりわけそれによれば刑法的な制裁が（秩序違反においてはそれに応じて、秩序違反法的に）、その行為が客観的あるいは主観的諸事由から制裁が誘因とならないほどに軽微であるときには、凡そ欠落するような実体法的規定の導入の可能性の立法者の創設である。

IV. 全体の帰結

故意犯と過失犯は、既に不法構成要件の領域上で区別され、そしてなるほどただに主観的なもののみならず、客観的なものにおいても区別されるのである。過失の作為犯の構成要件的不法は注意違反的なものとして評価される具体的に危険な（有意的）行為およびこれに基づく結果の中に存するのである。注意違反性は、事前的な観点から客観的の尺度に従って規定されるのである。故意の結果犯では、不法は通常禁止違反的な結果実現行為の中に存し、そしてそれに応じた直接的な不法を意味する一方で、過失犯は直接的なおよび間接的な不法から構成されている。後者は行為不法ではなくて、これに帰属される効果なのである。通常の刑法上の過失メルクマールの背後に、個々

80 例えば、鉄道事故、航空機事故あるいは自動車道事故の当該の諸事例において、広範な結果をとまなう過失でもまた、中間的な過失にすぎないのがまれではないが、しかし不可罰は公衆に調停可能ではない。かてて加えて、軽率性のもとにある過失致死や致傷に、害を規制する保証に優位を与えることを考慮する必要があるときには、生ずるであろうところの視角から予防に対する帰結を喪失してはならない。社会的に支持可能な帰結を獲得するために、司法はどちらにしてもまさに軽率性というあいまいな概念をさらに柔軟化させるであろう。

81 そうするのは、§ 163 StGB の諸事例において稀ならずある。

の予見可能性が行為者に対して客観的注意違反性が認識可能的であり、かくして一般的な責任要求は規範違反性の認識の個々の可能性であるという視点を隠しているのである。正当化事由に関しては、故意犯と異なるものが妥当するのである。立法論上、それにおいてその時々¹の犯罪の過失が刑法的な処罰が客観的に不適切であろうほどに軽微な諸事例は、まさに実体法的に可罰性から除外されるべきでもあろう。

(2009年11月17日稿)