

Title	過失犯と目的的行為論：過失作為の行為性に関する一考察
Sub Title	Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.2 (1988. 2) ,p.129- 155
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	青柳文雄先生追悼号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880228-0129

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

過失犯と目的的行為論

——過失作為の行為性に関する一考察——

井 田 良

- 一 はしがき
- 二 過失行為における「目的性」
- 三 過失犯における違法判断とその対象
- 四 おわりに

一 はしがき

目的的行為論は過失行為の行為性を説明するのに適していない、とするのが、わが国での通説的見解である。⁽¹⁾ところが、他方で、目的的行為論が過失犯の理論の発展の一翼をになったとするのも、わが国におけるほぼ一般的な理解であるように思われる。⁽²⁾しかし、研究の対象たる過失行為の捉え方を誤った学説が理論的研究の発展を可能にしたというものは、不可解なことのようにも思われ、少なくとも説明を要するというべきであろう。

これに対して、西ドイツでは、つい最近になっても、目的的行為論により過失行為の行為性は無理なく説明できるとするばかりか、目的的行為論によってはじめて適切な過失犯理論の構築が可能となるとする見解が根強く主張されている。⁽³⁾それは、通説が、目的的行為論の過失犯理論を否定する決定的な論拠を提出して来なかったことを示している⁽³⁾と見ることもできよう。

いずれにせよ、私には、論争がすでに過去のものになったと断定することはできないように思われる。そこで、本稿においては、考察の対象を過失作為犯に限定して、議論された論点を整理・検討し直し、いま一度、問題のありかを確認することにした。

- (1) たとえば、団藤重光『刑法綱要・総論』(改訂版・一九七九年)九七頁以下、同「過失犯と人格責任論―過失犯の共同正犯の問題に関連して―」、『日沖憲郎博士還暦祝賀・過失犯(1)基礎理論』(一九六六年)七〇頁以下、同『注釈刑法(2)のI・総則(2)』(一九六八年)一三頁、大塚仁「行為論」同『刑法論集(1)―犯罪論と解釈学―』(一九七六年)四八頁以下、同「過失犯の構造」同『刑法論集(1)』二〇六頁以下、同「犯罪論の基本問題」(一九八二年)三五頁以下、四一頁以下、同「人格的行為論について」、『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷』(一九八三年)一二七頁、二二九頁、同『刑法概説(総論)』(改訂版・一九八六年)九四頁以下、植松正「再訂・刑法概論I総論」(一九七四年)一〇五頁以下、佐伯千仞「四訂・刑法講義(総論)」(一九八一年)一四六頁以下、平野龍一「刑法・総論I」(一九七二年)一一〇頁以下、吉田敏雄「犯罪論における行為概念の研究―存在論的行為概念の樹立をめざして―」北大法學論集二卷四号(一九七二年)九七頁以下、上田健二「行為論の課題と展望」中山研一ほか編『現代刑法講座第一卷』(一九七七年)二二〇頁、中山研一「刑法総論」(一九八二年)一三七頁注(1)、一四二頁、一四三頁注(2)、柏木千秋「刑法総論」(一九八二年)九六頁注(四)、内藤謙「刑法講義・総論(上)」(一九八三年)一五二頁以下、日沖憲郎「人的行為概念」、『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷』一一三頁以下、米田泰邦「行為論と刑法理論」(一九八六年)九頁、二九頁以下注(7)、九六頁以下、大谷実「刑法講義総論」(一九八六年)一一五頁など参照。
- (2) たとえば、大塚『犯罪論の基本問題』(前掲注1)二八一頁以下、福田平二大塚仁『対談刑法総論(上)』(一九八六年)一五二頁以下(大塚の発言)、内田文昭「改訂・刑法I(総論)」(一九八六年)一六八頁、土本武司「過失犯の研究―現代的課

題の理論と実務』(一九八六年)八頁、西原春夫「過失論の展望―旧過失論と新過失論―」藤木英雄・板倉宏編『刑法の争点(新版)』(一九八七年)九三頁など参照。

(c) たゞ、Hans Joachim Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW. Bd. 93, 1981, S. 856 ff., Bd. 94, 1982, S. 251 ff. (たゞ、ヒルシュ(井田訳)「違法論をめぐる議論の現状」同・福田平二宮澤浩一監訳『ドイツ刑法学の現代的展開』(一九八七年)四五頁以下、五七頁以下(参照)); Jürgen Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984, S. 408 ff.; Wolfgang Schöne, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, in: Hilde Kaufmann - Gedächtnisschr. 1986, S. 649 ff.; Eberhard Strunsee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, S. 53 ff.; ders., Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, S. 97 ff.; ders., „Objektives“ Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987, S. 541 ff. たゞ。

二 過失行為における「目的性」

1 過失行為における意思内容の法的重要性

(1) 目的的行為論に対する、現在でもしばしば見受けられる「常套的」批判は、過失行為における目的性は、法的に重要でなく、それを過失行為の本質的要素と見ることはできない、というものである。⁽⁴⁾

しかし、この批判が、行為者の主観的な認識の内容が過失犯における違法判断にあたって重要な意味を有すること自体を否定するものとすれば、それは妥当でないように思われる。たとえば、射撃の練習中に標的の近くにいた人を怪我させてしまったという場合に、行為者がそもそも発砲するつもりであったのかどうか(銃の操作を誤って暴発させてしまったという場合も考えられる)、もし発砲するつもりだったとしても、標的の近くに人がいることを認識していたのかどうかによって、課せられるべき「客観的」注意義務の内容は変わってこざるを得ず、⁽⁵⁾ いずれの場合であるのかを確定しなければ、注意義務違反の存否、およびその程度を決することはできないであろう。より複雑な事例

として、自動車を運転中に、急なカーブを曲がる際、反対車線に侵入し、対向車に衝突させて死傷の結果を惹起したという場合を考えてみよう。たしかに、何のために自動車を運転していたかという終局目標ないし動機の相違(たとえば、帰宅してあるテレビの番組を見ようと思っていたのか、会議に遅れまいとして急いでいたのか、病人を病院に運ぼうとしていたのか)は、それが量刑に影響し得ることは別論として、過失犯の成否を検討する上で問題とならないであろう。そのことは、故意犯の場合と同様であり、たとえば、財物の窃取が、遊ぶ金欲しさのゆえに行われようと、生活の貧しさがその背景にあらうと、犯罪の成否それ自体には影響しないのと同じである。しかし、右の交通事故の例でいえば、自動車の運転行為そのもの、またはその一コマ一コマをも「目的的行為」の単位として捉えることは不可能ではないと考えられる⁽⁸⁾(そのうちのどれが評価の対象として取り上げられるかは、犯罪論的评价の段階で決せられる⁽⁹⁾)ばかりでなく、行為者がいかなる事情を認識していたかを確定することは、注意義務の判断にとっての前提であり、それを欠いては、注意義務違反の認定はおよそ不可能であるように思われる。たしかに、右の交通事故の事例で、いかなる点に注意義務違反が認められるかは事案の個別的事情によってさまざまであろう。すなわち、見通しの悪いカーブであるにもかかわらず先行車を無理に追いつ越そうとして反対車線に侵入したこと、または、カーブを曲がるうとする際にハンドルの操作を誤って曲がり切れずにセンターラインを越えたこと、または、それに先行して制限速度オーバーで運転したことなどが注意義務に違反した過失行為として捉えられる場合もあれば、そもそもブレーキが効かない車を不用意に運転した点に過失の実行行為が認められる場合も考えられるであろう。しかし、いずれにしても、前の車を追い越すために意図的に反対車線に入ったのかどうか、そうではなく、急なカーブのため曲がり切れなかったとして、行為者が制限速度をオーバーしていること(そしてその程度)を認識していたかどうか(道路標識の欠陥やスピードメーターの故障のため制限速度内で走っていると誤信していた場合も考え得る)、そこに急なカーブがあることをあらかじめ知っていたのかどうか、対向車の存在を認識していたのかどうか、ブレーキがうまく効かなかったことが事故の一因であったとすれ

ば、以前からブレーキの故障について知っていたのかどうかなどは、注意義務違反の存否とその程度の認定にとって決定的な意味がある。むしろ、行為者が認識していた事情を前提としてはじめて、いかなる注意義務が課せられるか、そしてそれに違反したかどうかが確定され得るように思われるのである。しかも、右の例で明らかのように、注意義務違反の判断にあたっては、そもそも、行為者が抱いていた（狭い意味での）目的の内容の確定が大前提となるのである——別の例でいえば、行為者が、凍結した路面でスリップするなどして、追越しの意図なく先行車の横に出たような場合、追いつきに当たっての注意義務を問題とすることはできないはずである⁽¹¹⁾。以上と同様のことは、過失犯の成否を検討しなければならぬあらゆる場合に問題となり得るのであり、単に、故意の不存在が過失犯の消極的要件となるという意味においてだけでなく、およそ行為者がいかなる事情を認識していたかを知らなければ、当該事情のもとにおける「客観的」注意義務の内容を明らかにすることは、最初から不可能であるように思われるのである。

こうして、行為者の主観的な認識内容も、違法判断の対象として重要な意味をもち得るとすれば、問題は、目的的行為論が、このような主観的な認識内容をもその一部として含み得るような行為論を構想することに十分に成功しているかどうかに戻着することになる。目的的行為論によれば、犯罪論的評価の対象は、一定の将来の事実の現実化を目的として因果的過程を制御・統制しその目的の実現に導くという、人による目的活動遂行の全過程であって、いかえれば、目的連関 (Finalnexus; Finalzusammenhang) の全体である。このような行為遂行の過程は、主観的意思を切り離してその内容を度外視するかがざり、単なる因果的な結果惹起の過程として捉えられるほかはなく、それは規範による禁止の対象となり得ず、したがって犯罪論的評価の対象ともなり得ないとするのが目的的行為論の主張なのである⁽¹²⁾。過失作為犯においても、このような「目的連関」に属する行為遂行の過程こそが評価の対象とされなければならないこととなる⁽¹³⁾。

目的的行為論にとっての一つの問題は、右のような目的活動遂行の過程に、どのような主観的要素を含めて考える

ことができるかが必ずしも明らかでなかった点にある。故意犯を念頭において考えた場合でさえ、もし、目的的行為が、一定の結果を実現しようという狭い意味の目的ないし意図のみを考慮し、行為状況・手段の危険性などについての認識や、付随的結果の発生についての表象などを無視するとすれば、理由なく違法判断の対象を限定するもの——ただし、後述のように、行為論に違法判断の対象を内容的に制約する機能を認めるべきかどうかはまた別の問題である——といわざるを得ないであろう。しかしながら、右のような主観的要素も行為の要素に属すると考えることは、目的的行為論の基本的発想に照らして、むしろ当然のことなのである。すなわち、ある目的実現のためには、目的の成否に影響する行為事情の認識、因果の流れに関する予見、そして可能な付随的結果の表象などが不可欠であり、それなしには、そもそも一定の目的の実現を目指した因果的過程の制御・統制などおよそ不可能であり、つねに四囲の状況を無視した盲目的で無謀な目的追求活動とならざるを得ないことにもなるからである。

以上のように考える限り、目的的行為論は、犯罪論的評価の対象を明らかにするにあたって、主観的要素と客観的要素とを有機的に結びつけることを可能にし、行為を違法判断の対象たり得る「生きた姿」において捉えるためには行為者の主観的な認識の内容を考慮することが不可欠であることをひとまず論証し得たということができるのである。過失行為における目的性は法的に重要でないという批判が、過失行為における行為者の主観的認識が法的に重要でないという趣旨だとするならば、それは不当であったというべきではないだろうか。⁽¹⁷⁾

(4) たとえば、団藤『刑法綱要・総論』(前掲注1)九八頁、大塚『行為論』(前掲注1)五一頁以下注(一)、同『過失犯の構成』(前掲注1)二〇六頁以下、同『犯罪論の基本問題』(前掲注1)三六頁、四一頁以下、同『刑法概説(総論)』(前掲注1)九四頁、上田『行為論の課題と展望』(前掲注1)二二〇頁、内藤『刑法講義・総論(上)』(前掲注1)一五二頁、米田『行為論と刑法理論』(前掲注1)九頁など、西ドイツの文献のなかでは、とくに Arthur Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, 1967, in: ders., Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, S. 107 ff. の批判が詳細である。

- (5) 本稿は、(客観的)注意義務違反を過失犯の違法要素として把握する通説の見解(文献については、後出注35参照)を前提にして書かれたものである。これに対して、注意義務違反を責任要素として位置づけるのは、平野『刑法・総論I』(前掲注1)一九一頁以下、同『刑法概説』(一九七七年)八四頁以下、同『過失について』二・三の問題」、井上正治博士還暦祝賀・刑事法学の諸相(下)』(一九八三年)二九八頁以下、中野次雄『刑法総論概要』(一九七九年)四八頁、四九頁以下、一一四頁(以下とも、責任類型としての構成要件の要素だとする)、中山『刑法総論』(前掲注1)とくに三七八頁以下、曾根威彦『過失犯の構造』植松ほか『現代刑法論争I』(一九八三年)二四七頁以下(以下とも、一般的予見義務違反を責任類型としての構成要件の要素として位置づける)、内藤『刑法講義・総論(上)』(前掲注1)一〇四頁以下、一九二頁以下など。もともと、「結果発生の危険性」をもって過失犯の違法要素とする場合にも、行為者の主観的認識をいかなる限度で考慮するかという問題は生ぜざるを得ないであろう。
- (6) 目的的行為論の立場から、過失犯における注意義務違反の確定にあたって行為者の主観的な認識内容が重要な意味を有する点を夙に明らかにしようとしたのは、Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, 1964, in: ders, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 139; ders, Zum Stande der Lehre von personalen Unrecht, 1974, in: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, S. 166 f. 以下。『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(七)』(一九七七年)六五頁以下、Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1981, S. 67 f. Rdn. 161 f.; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注3) ZStW. Bd. 93, S. 858 f.; Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt (前掲注3) S. 418 ff., 423 ff.; Strunsee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts (前掲注3) S. 53 ff., 58 ff.; ders, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit (前掲注3) S. 99 f. 以下。
- (7) 土本『過失犯の研究』(前掲注2)一二頁以下も参照されたい。ちなみに、認識ある過失の場合と認識なき過失の場合とでは注意義務の内容が異なり得ることは、以前から問題とされていたところである。たとえば、大塚『過失犯の構造』(前掲注1)二二五頁以下、同『刑法概説(総論)』(前掲注1)二〇七頁、西原『刑法総論』(一九七七年)一七五頁注(一)参照。これに反対するのは、真鍋毅『認識ある過失と認識なき過失』西原ほか編『刑法学3《総論の重要問題Ⅲ》』(一九七八年)七頁以下。
- (8) 「目的連関」は、「目的」が将来のいかなる事実に関係づけられて捉えられるかによって相対的に定められるものであろう

「*Abw.*」 Klaus Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?, 1973, S. 151, 163, 165 ff.; Strunsee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts (前掲注③) S. 56 参照)。自動車運転を例としてみて、自動車の運転そのものが「目的」だとすることはできず(もちろん、それは用語法として誤解を招きやすいことも否定できない)。Arthur Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit (前掲注④) S. 107 参照) または、次のカーブを曲がることや、その場で急停止するのとを「目的」と考えることは不可能ではなからう(なお、Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unechtheitslehre (前掲注⑤) ZStW Bd. 93, S. 887 参照。大塚「過失犯の構造」(前掲注①)二〇六頁以下の批判は、この点を看過しているように思われる)。しかも、およそ一定の将来の事実の表象に指導されて客観的・因果的な事態が統制・制御される関係にある限り、それはすべて「目的活動の単位」として捉えることが可能であり、そのうちのいずれかのみに限定して考える理由はないといえよう。いかなる目的連関が最終的な犯罪論的評価の対象とされるかは、構成要件該当性以降の判断によって決せられる。

(9) なお、構成要件該当性の判断を捨象して、それ以前の段階で行為性を有するものを確定しようとしても、そのようなものは文字通り無限に認識し得るのであって、行為論が刑法的評価の対象を確定するといっても、構成要件的观点を捨象した行為論の段階で評価の対象とその範囲が最終的に確定されてしまうという訳ではない。なお、後出注14、40参照。

(10) Strunsee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts (前掲注③) S. 53 ff. とくは 58 ff. は、行為者が、結果を生じたかた危険要因の一定部分を認識していたとき、過失犯の主観的構成要件 (subjektiver Tatbestand) が充足されることす。その見解についての詳しい検討は、この頁では省略せざるを得なく(批判として、Rolf Dietrich Herzberg, Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorsätzlichen Straftat, JZ 1987, S. 536 ff. など)。(田藤「刑法綱要・総論」(前掲注①)二二二頁)と同じことはできなく思う。

(11) Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt (前掲注⑥) S. 139; ders., Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht (前掲注⑦) S. 167 参照。

(12) 福田平「過失犯と目的的行為論」同「刑法解釈学の基本問題」(一九七五年)三三二頁。大塚「犯罪論の基本問題」(前掲注①)二八六頁以下。同「刑法概説(総論)」(前掲注①)二〇二頁。日高義博「過失犯の構造」植松ほか『現代刑法論争①』(一九八三年)二六〇頁。柏木「刑法総論」(前掲注①)二四二頁以下参照。

(13) 目的的行為論による行為概念の概略については、Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, in:

ders, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 94 f., 108.; ders., Studien zum System des Strafrechts, 1939, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, S. 129 ff.; ders., Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 7 ff., 18 ff.; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961, S. 1 ff.; ders., Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 33 ff. など参照。

(14) そもそも、「目的性」と「故意」とは次元が異なる問題であり、故意行為であるか過失行為であるかも、行為論の段階では明らかにならず、構成要件該当性の判断の段階（以降）ではじめて確定されるのである。福田「過失犯と目的的行為論」（前掲注12）二八頁・同『全訂・刑法総論』（一九八四年）五九頁参照。西下・ノツの文献のなかでは、*ノツ*は「Ofen, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verreckensaufbau?」（前掲注⑧）S. 146 ff., 169.; Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt（前掲注⑧）S. 411, 413 f. 参照。なお、後出注16も見よ。ちなみに、本文のような理解とは異なって、過失行為を、結果を防止する目的的行為をなさなかった「不行為」として捉えるべきだとする見解が、平場安治「刑法における行為概念と行為論の地位」同「刑法における行為概念の研究」（一九六六年）七六頁以下において主張された。しかし、そのように考えるならば、過失行為はすべて不作為として捉えられることにならざるを得ない（か、そもそも、単なる因果的な結果惹起の過程として捉えられるほかはない）ように思われる。

(15) この意味における「目的」は、一定の表象として常にはっきりと心の中に抱かれている必要はなく、場合によっては、暗黙のうちに当然の前提とされていれば足りるように考えられており、むしろその動作が意思による統制の下にあるかどうか、行為性の基準として重視されているといえよう（なお、Weizel, Das deutsche Strafrecht（前掲注13）S. 37 参照。また、Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, S. 111 ff. も見よ）。歩行や自動車の運転などのように「自動化」された行為の場合に、行為遂行の自覚的な認識と意図をつねにもっていないなくても、それは「目的」行為とされる。また、反射的な動作や絶対的強制による動作などについては目的統制の下にないといわれるが、衝動的に行われた動作も「目的」行為であることは否定されな（*ノツ*、Weizel, Das deutsche Strafrecht（前掲注13）S. 37.; Stratenwerth, Strafrecht（前掲注⑨）S. 62 Rdn. 148.; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre（前掲注⑦）ZStW Bd. 93, S. 861 f. 参照。もちろん、それが用語法の問題として若干の無理があることも否定できないであろう。大塚「行為論」（前掲注1）五二頁注（二）、平野「刑法・総論I」（前掲注1）一一〇頁、西原「刑法総論」（前掲注7）七三頁など参照。いわゆる「限界要素」としての機能についてみると、目的的行為概念が他の行為概念と比べてとくに優れているということはできないように思われる。

(16) ヴェルツェルやアルミン・カウフマンは、行為者が「付随的結果」が生じ得ることを認識しても、ただ認識ある過失を肯

定し得るにすぎない場合、そのような結果の発生は「目的連関」から除かれるとする。たゞ、Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, 1964, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 349 f. Fußnote 17; ders., Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, Jus 1966, S. 424; ders., Das deutsche Strafrecht (通説注②) S. 34 ff.; Armin Kaufmann, Der delictus eventualis im Deliktserbau, 1958, in: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 59 ff., 67 ff. 参照。しかし、右のような「付随的結果」が発生し得ることを認識したという主観的事情それ自体は、当然、違法判断の対象として考慮されなければならない。これに対して、発生しないうちと考えた「付随的結果」をそれにもかかわらず発生をせしめた場合、この結果が「目的連関」に属するかどうかならば、「実現意思」が及んでいないという理由でやはり否定すべきこととなるだろう。もつと、未必の故意が認められるか認識ある過失にすぎないかの問題も、犯罪論的評価の次元の問題であって、それによって、目的連関にいかなる事情が属するかが影響されると考えることに対しては、方法的な疑問がない訳ではない。

(17) ウェルツェル自身でさえ、過失行為における目的(終局目標?)は法的に重要でないとしていたが、私にはその真意が不明である。たゞ、Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre (前掲注②) S. 424; ders., Ein unaustrahbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, S. 428; ders., Das deutsche Strafrecht (前掲注③) S. 131; ders., Zur Dogmatik im Strafrecht, in: Reinhard-Festschr., Maurach, 1972, S. 7 f. 参照。なぞ、Werner Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 58 Fußnote 77 参照。

2 過失犯における行為者の主観的認識内容

(1) もちろん、過失犯における注意義務の認定において、行為者の主観的な認識内容が意味を持つことは、目的的行為論に対する賛否とは無関係に、すでに従来から肯定されていたところである。すなわち、認識ある過失の場合と認識なき過失の場合とで注意義務の内容が異なり得ることは以前から指摘されていた⁽¹⁸⁾。そればかりでなく、客観的注意義務(とくに予見可能性)の存否を検討する際に、いかなる事情をその「判断の基礎」とすべきであるかが問題となるとされ、行為時に一般人なら認識し得たであろう事情のほかに、行為者が特に知っていた事情を考慮すべきだとい

われていたからである。⁽¹⁹⁾そこで、たとえば、以前からその車のブレーキの調子が思わしくないことを特に知っていた者には、それを知らなかった者（または知り得なかった者）に対するのは違った注意義務が課せられ得ることになる。同様に、ボクシングや柔道の練習中に、練習の相手が隠れた怪我ないし病気を患っていることをたまたま特別に知っていた者に対しては、それを知らない者と比較して異なった注意義務が課せられ得ることになる。信頼の原則の適用の可否が問題となる場合にも、行為者が特に認識していた事情のいかんによって結論が左右されることもあり得よう。

しかしながら、目的的行為論をとらない場合に、なぜ、右のような主観的な認識内容も違法判断の対象に属するものと考えられてきたのが問題となろう。いわゆる社会的行為論の立場からする一つの解答は、行為者がどのような事情を認識していたかは、行為が有する「社会的意味」の内容を決定的に左右することから、社会的行為論にとっても、行為者の主観的認識は重要な行為の要素であり、それが違法判断の対象となることは当然だとするものであろう。⁽²⁰⁾

社会的行為論の検討はここでの課題ではないが、結論的に言えば、過失犯における違法判断の対象を明らかにするにあたって、社会的行為論がより優れた解決を与えるものとはいえないように思われる。そもそも、行為に「社会的意味」が認められるというのは、ある事態がすでに存在することを前提とした上での、一定の判断の結論であって、いかなる事態について社会的意味が生ずるというのか、その対象の実体を明らかにしなければ問いに答えたことにならないように思われる。「社会的な意味づけ」は、単なる因果的な結果惹起の過程に対して与えられるものなのであるか。もし、そうではなく、「人の動作は、それが一定の内容をもった意思（行為意思）によって動かされ方向づけられることによって社会生活上の意味を帯びる。ことに、数個の動作から成る態度の場合は、これらの動作を行為意思が統制し操縦して一つの統一された全体とすることによってはじめてそれがなんらかの社会的意味を帯びたものになる」⁽²¹⁾とするなら、それは実質的に目的的行為論の主張にほかならないように思われる。目的的行為論も、行為が「社会的現象」としての意味をもち得るためにはどのような構造をもったものでなければならぬかという問題意識

から出発したのである⁽²³⁾。そもそも、「意味の次元」をまったく考慮することなしに、因果的な結果惹起の過程と區別された、人の目的追求活動を「存在論的に」把握することはできないのではないだろうか⁽²⁴⁾。たとえば、「自動車のハンドルを操作してカーブを曲がる」という行為を「意味の次元」を捨象して記述すること自体、およそ不可能である⁽²⁵⁾。逆からいえば、少なくとも作為について見る限り、社会的行為論も、前述したような「目的連関」を前提としなければならぬように思われる⁽²⁶⁾。なお、後述三も参照。

それでは、行為概念から主観的要素を排除する見解についてはどうであろうか。まず、このような見解が社会的行為論の立場から主張される限り、主観的事情をまったく度外視するならば行為の「社会的意味」を認識することもまた不可能ではないかという内在的批判が可能である。しかし、より重要なことは、違法判断の対象としての行為を純客観的に規定し、違法判断の段階になって主観的要素(すなわち行為に含まれない要素)をも判断の対象とするのであれば、違法判断の客体の実体的内容とその要素を明らかにするのが行為論の課題ないし役割だとする限り、「体系矛盾」であるといわざるを得ない⁽²⁸⁾ということである。

これに対して、行為論の課題ないし役割を右とは異なったところに認めることも可能であるかも知れない。すなわち、行為論は、犯罪論の評価の対象の構造とその要素を実体的に明らかにしようとするものではなく、可罰的行為の範囲と限界を形式的に画定するものに過ぎないとするのである。行為の要素としては問題とならない(とされる)主観的要素を、後の評価の段階になって新たに考慮することも差し支えないとする⁽²⁹⁾ことの前提には、このような考え方があるといえよう。しかしながら、後の評価の段階になって、行為の要素でないものをほいほいままに評価の対象に取り込むことを認めることに對する疑問⁽³⁰⁾を別にしても、犯罪論の評価とくに違法判断の対象とその要素を実体的に——すなわち、単なる「内容空虚な形式」としてではなく——明らかにすることは、やはり犯罪論の重要な課題たるを失わないように思われる⁽³¹⁾。過失犯における違法判断の対象とは、注意義務違反の判断の対象たる行為であり、規範が向け

られ、それによって評価される行為であろう。一般人・通常人に対して、いかなる内容の注意義務の遵守を期待し得るのか、また期待すべきなのかは、注意義務の対象たる人間行為のメカニズムを知ることなしに明らかにできないことは余りにも当然のことではないだろうか。犯罪論の内部に人間科学一般との接点を用意するためにも、それを犯罪論の課題の一つとして引き受けることには意味があるように思われる。⁽³²⁾ このことは、目的的行為論の「哲学的基礎」を受け入れるかどうかとはもはや無関係の問題なのである。

ところで、目的的行為論によれば、行為者が現に認識した事情のみが注意義務違反の判断の前提とされなければならないことになるが、注意義務の内容の確定にあたっては、そればかりでなく、一般人なら認識し得たであろう事情も考慮されることは確かである。たとえば、自動車事故の事案で、道路その他の状況から事故の危険性が高いので、これを考慮に入れて減速その他の措置をとらなければならなかったにもかかわらず、行為者がうかつにもそのような状況をまったく意識していなかったような場合を考えれば明らかである。このような事情については、社会的行為論をとった場合にはじめて、これを違法評価の対象となし得るようにも思われよう。しかしながら、右のような、一般人なら認識し得たであろう事情とは、厳密には、違法評価の対象に属する事実ではなく、一定の事情に関する行為者の現実的な認識（行為の要素）とは方法論的な性格を異にするものと考えなければならぬように思われる。⁽³³⁾ それは、むしろ注意義務違反の存否という違法評価の資料として考慮される事情と解することが可能である。⁽³⁴⁾ 注意義務違反の判断にあたっては、たとえば、行為者がそのような事情を認識しない状態で運転を継続したことがその判断の対象とされるのである。

(2) 以上の考察は、さらに別の重要な問題にも目を向けさせることになる。すなわち、行為者の主観的認識が、注意義務の内容の確定の前提になるとすれば、要求される注意義務の内容は、必然的にある程度「主観化」されざるを得ないということである。いいかえれば、通説によって違法要素とされている「客観的」注意義務違反の要件は、行

為者が認識した事情のいかんによって「相対的」に決せられざるを得ないのである。

もつとも、右の問題を別にしても、目的的行為論者をも含めた通説が前提とする(違法要素としての)客観的注意義務違反と(責任要素としての)主観的注意義務違反という二元論⁽³⁶⁾には、そもそもその区別に関し、原理的に不明確なところが残っているように思われる。たしかに、身体的な能力を念頭において考えると、その区別はひとまず明らかであるようにも見える。五官の能力や運動能力などの身体的能力が通常人のそれと比べて明らかに低下した状態で行為した場合については、客観的注意義務違反を肯定した上で、主観的注意義務違反が否定されることは可能だからである。たとえば、自動車の運転中、発作的に腕が痙攣したため、ハンドルの操作を誤って事故を起こしたというような場合である⁽³⁶⁾。しかし、たとえば、視力の低い者が眼鏡をかけずに行為したようなとき、「通常の視力」の者⁽³⁷⁾を基準として客観的注意義務を定めるか、それとも視力の低さをも考慮に入れて「客観的」注意義務の内容を決める——場合によっては、より以前の段階の行為を実行行為とする——かになると、必ずしも明らかでなくなってくる。

理論的にいって、注意義務を遵守する能力に影響する主観的・客観的事情をどの程度まで考慮した上で、「一般人・通常人」をそこに「代入」するのかについては、基準となり得るものが存在し得ないようにも思われる。いいかえれば、一定の個別的な事情を捨象して一般化するにせよ、逆に具体的な事情を考慮に入れて個別化するにせよ、その程度には無限の段階が存在し、そのなかでの一定のレベルを「選ぶ」基準を見出すことは困難であるようにも考えられるのである。また、行動基準の類型化が進んでいない領域においては、「通常人の平均的能力」がどのくらいであるかを決めることが原理的に難しい場合も少なくない。以上のように考えてくると、注意義務違反の有無は、主観的な事情をも充分に考慮した上で一回的に定められるべきで、構成要件該当性の判断の段階と責任の判断の段階に分配することは技巧的であり思考経済に反すると主張することさえ可能である⁽³⁷⁾。

もつとも、右の問題について、いかなる態度決定をしようとも、それは、もはや目的的行為論の採否とは直接の論

理的関係がないように思われる。また、行為者の主観的認識内容を考慮することから生ずる「客観的」注意義務の「ある程度」の「主観化」も、目的的行為論や人的違法論に対する賛否に関わらず、通説が直面せざるを得ない共通の問題なのである。

- (18) 前出注7参照。
- (19) たとえは、藤木英雄『過失犯の理論』(一九六九年)五四頁以下、福田「過失犯の構造について」同『刑法解釈学の基本問題』(一九七五年)五四頁、同『全訂・刑法総論』(前掲注14)一二〇頁、莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』(一九八一年)一七二頁、一七三頁注(1)、大谷『刑法講義総論』(前掲注1)二四〇頁など。また、平野『刑法・総論1』(前掲注1)二〇三頁、同「過失についての二・三の問題」(前掲注5)二九九頁以下も参照。西原『刑法総論』(前掲注7)一八二頁は、これを注意能力の問題として捉え、「客観的予見可能性はないが主観的予見可能性はある場合」として過失が認められるとする。西下イマンの文獻のなかには、たとえは、Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (前掲注6) S. 326; ders., Das deutsche Strafrecht (前掲注2) S. 132; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1978, S. 468 f.; Stratenwerth, Strafrecht (前掲注6) S. 294 Rdn. 1098, S. 295 f. Rdn. 1103; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (徇親控6) ZStW Bd. 94, S. 274; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Aufl. 1984, S. 106 ff., S. 112 Rdn. 99, S. 114 Rdn. 104; Peter Cramer in: Schönke-Schroöder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 22. Aufl. 1985, § 15 Rdn. 139 a; Erich Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1987, Anhang zu § 16 Rdn. 13 ff.; Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 1987, S. 199; Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts (徇親控6) S. 53 f., 58 ff.; ders., Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit (前掲注6) S. 99 f. など、Friedrich-Christian Schroeder, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1985, § 16 Rdn. 147.
- (20) 西原『刑法総論』(前掲注7)八四頁以下、中野『刑法総論概要』(前掲注5)二二頁、大谷『刑法講義総論』(前掲注1)一二七頁など参照。
- (21) 中野『刑法総論概要』(前掲注5)二二頁。
- (22) べーゼ、Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems (前掲注2) S. 7 f., 11 f. 参照。

- (23) Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht (前掲注3) insb. S. 103 ff.; ders., Studien zum System des Strafrechts (前掲注3) S. 120 ff., 124 ff., 129 ff. (以下「ワ」) 行為の構造を論じた同論文の第一部の表題は「社会的行為の基本構造」であった。その「目的論」の発展の過程で、そのような問題意識が失われ、やがて行為の「意味の次元」が無視されるに至った。Claus Roxin, Zur Kritik der analen Handlungslehre, 1962, in: ders., Strafrecht-Hohe Grundlagenprobleme, 1973, S. 82 ff., 90 ff., 94 ff. 参照。
- (24) この点では Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft (前掲注9) S. 347 ff. 及びその「包括性」を参照。
- (25) 人には、相手に聞こえるように侮蔑的な言葉をしゃべることができても、「鼓膜を振動させることを目指して音波を操縦する」(Roxin, Zur Kritik der analen Handlungslehre [前掲注23] S. 82) は不可能なのである。
- (26) 「Wessels, Strafrecht (前掲注2) S. 24 ff.」社会的行為論は目的論を排除するのではなく、これを「包括する」のである。René Bloy, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW Bd. 90, 1978, S. 624 ff., 633 ff., 637 ff., 655 ff.
- (27) たとえば、佐伯『四訂・刑法講義(総論)』(前掲注1) 一四〇頁以下、平野『刑法・総論I』(前掲注1) 一〇九頁以下、中義勝『講述犯罪総論』(一九八〇年) 六二頁以下(ちなみに、中は「このような行為論をとり「評価規範説」を支持し違法状態の観念を承認する一方で、故意犯と過失犯が不法のレベルで区別されることを認め、消極的構成要件要素の理論を採用する。しかしながら、それが首尾一貫した主張であるかどうかには疑問があるように思われる)、中山『刑法総論』(前掲注1) 一三六頁以下、一四八頁、内藤『刑法講義・総論(上)』(前掲注1) 一五七頁以下、一六二頁以下、米田『行為論と刑法理論』(前掲注1) とくに一五頁以下、三三頁以下、四五頁以下、二二四頁以下、二八八頁以下など参照。
- (28) もっとも、前出注27に引用した論者のなかで、中山と内藤は、主観的違法要素の存在を否定している。ただし、行為概念は責任判断の対象を確定するものでもあるとすれば、その限りで本文のような批判はなお妥当するといえるかも知れない。なお、大塚仁は、「刑法的判断の対象としての犯罪概念の基底としての行為には、それが構成要件に該当しうる、また、違法な有責なという刑法的評価を加えうる可能性を含んだ実体がなければならないのですが、主観的な要素を排除してしまったのでは、判断の対象としての任に堪えられないでしょう」とする(福田・大塚『対談刑法総論(上)』(前掲注2) 三三頁。同「行

- 為論」〔前掲注1〕五一頁も参照）が、本文のような認識を前提とするものと考へられる。
- (29) 内藤『刑法講義・総論（上）』〔前掲注1〕一六〇頁以下、一六六頁、米田『行為論と刑法理論』〔前掲注1〕三八頁以下注(13)、七八頁、九八頁注(3)など参照。こうして、行為論をめぐることは、本文および後出注31に示したような基本的な認識の相違が存在するのであり、これを無視して外在的な批判に終始することは「論争の不毛性」をさらに決定的にするものではないように思われる。
- (30) 本文で批判した見解の主張者も、行為概念の内容によって、犯罪論的評価（とくに違法評価）の内容が基礎づけられ制約されることを認めているように思われるのであって、「行為の要素でない」とするものを後に評価の対象として取り上げ得ることを正面から肯定するのは不可解といわざるを得ないように思われる。
- (31) 目的的行為論にとって、刑法的評価の対象となる範囲を形式的に画定する統一的な行為概念を明らかにすることは、規範の対象としての行為の存在構造を具体的に解明することとの関係で、あくまでも二次的な関心事にすぎなかったのである（目的的行為論を支持する Stratenwerth, Strafrecht〔前掲注9〕S. 63 f. Rdn. 150 f. は、その意味で目的的行為論と社会的行為論とは関心方向が異なるのであるから、互いに矛盾するものではないとする。なお、わが国の文献として、平場「行為の目的性—目的的行為論序説—」同『刑法における行為概念の研究』〔前掲注14〕二三頁、二五頁以下も参照）。そのことは、アルミン・カウフマンが、行為概念に対し、統一的な上位概念としての機能（すなわち、基本要素、限界要素、結合要素としての機能）を否定し、違法評価の対象の要素を画定する機能だけを認めたとともに明白に示されている。Armin Kaufmann, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, 1962, in: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 23 ff.; ders., Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht〔前掲注9〕S. 151 ff. (この見解をさらに詳細に展開したのは、Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?〔前掲注9〕p. 69)。このように、目的的行為論にとり、行為概念の問題は、何よりも違法論の事実的基礎の問題であり、不法概念の基礎づけの問題なのである（とくに、Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre〔前掲注9〕ZStW Bd. 93, S. 844 ff. が明快である）。もちろん、だからといって、行為論の独立した意義が否定され、違法論に解消されるということにはならない。違法判断がどのようなものであるべきか、ということは、違法判断の対象がどのようなものであるか、ということを無視して一方的に定め得るものではないからである。
- (32) 過失の認定にあたって、人間一般の注意能力や注意のメカニズムに関する知見が不可欠であることについては、松岡浩

「軍石航空機空中衝突事件の研究—刑事・民事判決における『過失』の認定を中心として—」判例タイムズ三八五号(一九七九年)二頁以下が示唆に富む。

(33) 行為者が認識した事情を前提とし、その上で、そのような事情の下でさらにどのような事情が(一般人に)認識可能であったであろうかが問題とされるのである。『Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt (前掲注c)』S. 425も参照。Strunsee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts (前掲注c)』S. 61も、本文と同趣旨と思われる。

(34) 刑法的評価の「対象」と評価の「資料」の区別については、団藤『刑法綱要・総論』(前掲注1)八八頁以下、同『注釈刑法(2)のI』(前掲注1)八頁参照。

(35) たとえば、団藤『刑法綱要・総論』(前掲注1)一二二頁、三〇九頁以下、三二四頁以下、大塚『犯罪論の基本問題』(前掲注1)二八四頁以下、二八六頁以下、同『刑法概説(総論)』(前掲注1)一九九頁以下、四二二頁以下、福田『全訂・刑法総論』(前掲注14)一一八頁以下、一八四頁以下、福田Ⅱ大塚『対談刑法総論(七)』(前掲注2)一六〇頁以下、一九三頁以下、佐伯『四訂・刑法講義(総論)』(前掲注1)一九四頁以下、二五九頁、二六一頁以下、藤木『刑法講義・総論』(一九七五年)二三八頁以下、二五一頁、荏子『刑法総論』(前掲注19)一六五頁以下、三二二頁以下、三六七頁以下、内田『改訂・刑法I(総論)』(前掲注2)一二八頁以下、一八四頁以下、二四九頁以下、柏木『刑法総論』(前掲注1)八七頁以下、大谷『刑法講義総論』(前掲注1)二二六頁以下、三三三頁など。これに対し、構成要件・違法性の段階でのみ注意義務違反を論ずるのは、中『講述犯罪総論』(前掲注27)一二二頁以下、西原『刑法総論』(前掲注7)一七二頁以下、四一五頁以下、日高『過失犯の構造』(前掲注12)二五八頁以下など。なお、前出注5も参照。西ドイツの学説の状況については、Cramer in: Schönke-Schröder (前掲注19) §15 Rdn. 119 f., 135 f.; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注e) ZStW Bd. 94, S. 266 ff. およびそれぞれに引用された文献参照。

(36) ちなみに、業務上過失については、主観的注意能力が考慮されないとする見解もある。団藤『刑法綱要・総論』(前掲注1)三三〇頁、大谷『刑法講義総論』(前掲注1)二四八頁。本文の例のような事例についても過失責任を肯定する趣旨であるかは疑問であるが、ここではひとまず別論とする。

(37) そればかりでなく、通説のような二元的構成によると、通常人以上の能力(たとえば、特に優れた技術)をもった人間を不当に有利に扱うことになるという危険もある。加えて、行為論における行為能力や、不作為犯の場合の作為可能性のように、責任判断より前の段階で行為者の主観的能力が考慮されることがない訳ではない。そこで、西ドイツでは、主観的能力をす

に(不法)構成要件の段階で考慮すべきだとする見解も主張されている。議論の状況については、Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注c) ZStW Bd. 94, S. 266 ff.; Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jeschek-Festschr., Erster Halbband, 1985, S. 285 ff. 等を参照されたい。また、³⁸⁾た文献参照。

三 過失犯における違法判断とその対象

1 過失犯における違法判断の対象

さらに、目的的行為論に対しては、過失犯においては、目的実現を目指した過程ないし目的連関ではなく、払うべき注意を怠ったという不注意ないし落度が本質的に重要であるという批判が加えられている。⁽³⁸⁾

しかし、この批判には、それが目的的行為論に向けられる限り、いくつかの点で疑問がある。まず、第一に、果たすべき注意義務の遵守を怠ったかどうかというのは、刑法的評価それ自体の問題であって、評価の対象を論ずる行為論の次元の問題ではない。⁽³⁹⁾ 右の批判は、評価の対象の次元(行為論)と対象への評価の次元(構成要件論・違法論)とを混同するものといえることができる。行為論においては、後に注意義務違反の有無の判断を受ける対象がいかなる実体を有するのか、が問題なのである。第二に、右の批判にしたがって、適切な態度をとらなかつたという点に過失行為の実体を求めるとするならば、過失行為はすべて不作為を本質とするものとして捉えられ、ひいては過失犯はすべて不作為犯だということにもなってしまう。もちろん、社会的行為論の立場からすれば、注意義務の懈怠という法律的評価の前提にある、適切な措置をとるべき前法的・社会的「期待」を果たさないという「意味づけ」を伴った作爲こそが、過失行為の実体と捉えられるべきだということになる。⁽⁴⁰⁾ しかし、社会的な「期待」に対する違背というところに過失行為の統一的な要素を求めるとするならば、⁽⁴¹⁾それには問題があるように思われる。まず、「期待」という

のは一つの評価そのものであって、それにより評価の対象が明らかにされたことにならず、そのような「期待」が向けられる対象の実体が何かはわからなければ、いかなる「期待」が向けられ得るのかもはっきりしないはずではなからうか。さらに、社会的な「期待」の観念はきわめて曖昧であって、その要件と限界が明らかでない。構成要件該当性の判断の段階で(客観的)注意義務違反が否定される行為に対して、それにもかかわらず「社会的な期待に背く行為」という性格づけを行うことはできるであろうか。おそらく、社会的な「期待」の存在・不在の限界は、注意義務の存在・不在の限界と一致せざるを得ないであろう。いずれにせよ、注意義務違反の要件とは区別された、社会的「期待」そのものの要件は、社会的行為論者によって明らかにされてはいないように思われる。

(38) Arthur Kaufmann, Die finale Handlungslehre und Fahrlässigkeit (前掲注4) S. 110; Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts (前掲注9) S. 176; ders., in: Leipziger Kommentar (前掲注16) Rdn. 27 vor § 13; Lenckner in: Schönke-Schöder (前掲注16) Rdn. 33 vor §§ 13 ff. わが国の文献のなかでは、団藤『刑法綱要・総論』(前掲注1) 九八頁、同「過失犯と人格責任論」(前掲注1) 七三頁以下、大塚『行為論』(前掲注1) 四九頁、米田『行為論と刑法理論』(前掲注1) 二九頁以下注(7)、九八頁以下がこれに近い。

(39) Armin Kaufmann, Zum Stiaede der Lehre vom personalen Unrecht (前掲注6) S. 167 の反論も同趣旨であろう。

(40) なお、福田「過失犯と目的的行為論」(前掲注12) 二八頁も参照。ちなみに、犯罪論の出発点が行為論か構成要件論かという争いは、たぶんに言葉の争いである。まず、評価の対象である「行為」と、対象への評価である「構成要件該当性」とは、異なった次元にあると一般的に考えられている。犯罪論が犯罪要件論であるなら、構成要件論から犯罪論ははじまるというべきであろう。しかも、犯罪が成立するかどうかを問題とする際に、刑法が処罰の対象として構成要件化しているかどうかの問題を抜きにして、およそ「行為」たるもの——そのようなものは、文字通り無限に認識し得る——が存在するかどうかをいちいち検討することは無駄であり、そもそも不可能だといえるかも知れない(このような理解によると思われるのは、福田「犯罪概念の基底と目的的行為論」同「目的的行為論と犯罪理論」(一九六四年)四二頁、大塚「行為論」(前掲注1)三四頁、内田「行為論」藤木・板倉編『刑法の争点(新版)』(一九八七年)二九頁など)。もっとも、行為論が、方法論的に、構成要件論から超然とし、これを制約する意味をもつことは否定できないであろう。法以前の行為の存在論的構造に立法者がど

これまで拘束されるかの問題を別にしても、行為以外のものを処罰してはならないという原則は、まさに超実定法的基本原则として承認されている。もし実定刑法が行為以外のものを処罰の対象として規定したとき、構成要件論の中に埋没した行為論は、これを批判する根拠とはなり得ないのではないかとこの疑問があるのである(とくに、西原「刑法総論」〔前掲注7〕六九頁参照)。また、判断の方法として、構成要件該当性の判断をそこに同時に予想しながら行為が認識されるのがあつうだとしても(なお、Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?〔前掲注8〕S. 154 ff., insb. 161 ff. 参照)、それは、行為論の論理的先行性を否定する理由にはならないように思われる。もちろん、以上述べたことは、犯罪論的評価の対象はいかなるものであるべきかという一種の目的論的考慮によって、行為概念の内容が規定されること(この問題については、中村直美「刑法における行為概念の意味・機能」法政研究三七卷三・四合併号〔一九七一年〕七九頁以下を参照)を否定しようとするものではない(たとえば、目的的行為論によれば、行為は、「前法的な所与」のなから、違法判断の対象はどのようなものであるべきかという観点から「選び出される」ことになろう)。

(41) 社会的行為論の長所は、とくに、不作為を作為とともに同一の上位概念の下に統合し得る点にあるとされている。社会的行為論を主張する者は、法的評価以前に社会の側からの「期待」というものが存在し、この「期待」を裏切ることによって、不作為は作為と同様な「社会的実在性」を獲得するのだという(たとえば、佐伯「四訂・刑法講義(総論)」〔前掲注1〕一五七頁以下、米田「行為論と刑法理論」〔前掲注1〕二〇頁、五四頁注2)、二七一頁、中山「刑法総論」〔前掲注1〕一六三頁以下、一六五頁注(5))。しかしながら、「社会的実在性」を有することに於いて、作為と不作為を同一レベルにおこうとするのであれば、不作為ばかりでなく作為が、「社会的実在性」を有するための要件をも明らかにしなければならぬはずである。不作為と同一の基準で一つの行為概念の下に統合するためには、その作為を行わないことについて社会的「期待」が存在する場合に限って、作為は「社会的実在性」を有し、「行為」と認められるとするほかはないであろう(たとえば、Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?〔前掲注8〕S. 121, 122 参照)。

2 過失犯における行為無価値と結果無価値

(1) 目的的行為論に対するより重要な批判は、過失犯の違法判断において、結果惹起の無価値性、すなわち結果無価値を正しく位置づけることができない、とする批判であらう。⁽⁴²⁾

過失犯のほとんどは結果犯である。そこで、かつて、目的的行為論の主張者も、目的連関の外にある因果的な結果惹起の過程を違法判断の対象とせざるを得ないのではないか(その意味で、過失犯に関する限り、「因果的行為論」を採らざるを得ないのではないか)という批判が加えられた。これに対する目的的行為論の側からの反論は、目的的行為論は、結果を惹起した「行為遂行の方法と態様」を違法判断の対象とし、注意義務違反の存否を違法判断の中核としようとするものであり、結果の惹起それ自体を問題とするものではない、というものであった。⁽⁴³⁾しかし、そうだとすると、過失犯における結果の発生は、目的連関の外での出来事であるから、故意犯の場合とは異なって、行為の一部ではないとするのはなく、⁽⁴⁴⁾したがって、行為の要素とはならない結果については、違法判断の対象となることを否定せざるを得ないことになるであろう。因果的な結果惹起の過程は、故意行為の場合のように実現意思によってカバーされ目の連関に取り込まれる限度でのみ、違法判断の対象となり得るのである。⁽⁴⁵⁾そこで、目的的行為論者の一部は、結果の発生は、違法(および責任)判断において全く意味をもたない「処罰条件」ないし「処罰必要性の要件」にすぎないと主張する。⁽⁴⁶⁾

過失犯の違法判断において結果の発生・不発生が全く無意味だとすることが妥当でないとするならば、ここで明らかに目的的行為論はシレンマに陥ることになる。しかも、結果の発生・不発生ばかりでなく、結果に至る因果の経過も、違法判断の対象から排除されることになるのである。たとえば、自動車の運転中、進路前方の歩行者をよけようとしてブレーキを踏もうとしたが、誤ってアクセルを踏んだため、衝突して怪我をさせたという場合⁽⁴⁷⁾と、「そのペダル」を踏んだところまでしか意思が及んでいないのであるから、目的的行為論によれば、「車を加速して被害者に衝突させたこと」も目的連関に含まれず、違法判断の対象とならないことになるのである。

おそらく、目的的行為論の立場からする唯一可能な見解は、次のようなものである。すなわち、注意義務違反の行為の危険性が結果として現実化されたこと⁽⁴⁸⁾により、注意義務違反の存在とその重大性が確認されたとして、結果無

価値の実現に注意義務違反を徴表する機能を認めるのである。⁽⁴⁹⁾ 結果の発生・不発生と無関係に注意義務違反の存否とその程度そのものを確定することが困難だとすれば、結果が発生してはじめて重大な注意義務違反の存在が確認されたとする一種のフィクションを認めることも許されるかも知れない。

しかし、翻って考えるならば、右のような、過失犯の違法判断における結果無価値の位置づけに伴うジレンマは、現在の過失犯理論そのものが直面するジレンマなのである。過失（結果犯の処罰に關しては、以前から、その「偶然処罰」としての性格が指摘されてきた。⁽⁵⁰⁾ 結果の発生・不発生は、偶然的な事情に依存するのであり、われわれの多くが刑事責任を問われずにすんでいるのは、われわれの不注意な態度にもかかわらず、たまたま結果が発生せずにとどまっているからなのである。自動車の運転の際の制限速度オーバ―や前方不注意は無数に行われているが、その中から、「偶然の重なり」により結果が生じた「不運な」場合についてのみ、刑事責任の追及が問題となる。結果の発生・不発生が決定的に偶然に左右されることから、その違法要素としての性格を疑ったのは、目的的行為論の主張者ばかりではなかったのである。それだけでなく、行為者が認識した事情（のみ）を前提に考えてはじめて、果たしてそれが刑事責任を問いて得る意識内容なのかどうか、正面から問題とされ得ることになるように思われる。われわれが何を処罰の対象（＝問責の対象）としているのかをはっきりと見定めるためにも、目的的行為論のような理論構成には意味があるといえない訳ではない。

(2) さらに、結果の惹起そのものが違法評価の対象とならないと考えるならば、注意義務の内容が結果から切り離され、およそ何らかの適切な行為をしなかったというだけで注意義務違反の成立を肯定することになるのではないかという疑念も生ずる。現に、目的的行為論の過失犯論に対しては、それが、社会生活上要求される「基準行為」を行わないという不作為に注意義務違反の実体を求めざるを得ないことから、結果との関連が弱められ、適切な行為をしなかったときには、それだけで過失ありということになりやすい、という批判が行われている。⁽⁵¹⁾

しかしながら、目的的行為論は、行為規範(正確には、行動規範〔ないし態度規範〕Verhaltensnormen)の理論を支柱に犯罪論体系を組み立てていることに注意しなければならない。⁽⁵²⁾ 目的的行為論によれば、過失作為の違法は、規範によって禁止された作為を行ったことよって基礎づけられる。刑法による過失犯の規制の目的が法益侵害の結果を防止することに存する⁽⁵³⁾としても、そのため的手段は、不注意で結果を惹起する行為を禁止する規範を設定して、その遵守を要求すること以外ではあり得ず、さらにその禁止の内容は、結果惹起の原因となることなく、社会生活上必要な注意を欠いたまま結果発生の危険と結びついた目的的行為⁽⁵⁴⁾を行うことにほかならないのである。したがって、目的的行為論は、禁止の対象、すなわち過失作為犯の違法評価の対象を一つの作為として捉えているばかりでなく、⁽⁵⁵⁾ 結果を実現した行為について、その結果の回避がおよそ人に可能であり、しかもその行為を禁止することが社会生活上無理でない限度で、その行為に注意義務違反の評価を与えるというのにすぎず、⁽⁵⁶⁾ 結果との関連性を希薄にした上で処罰を肯定しようとする主張なのではないことは明白である。このような規範理論を前提とすること自体の当否はまた別問題であるが、およそ注意義務違反を過失犯の違法要素として構成する限り、これと異なった理論的基礎づけが可能であるかどうか、私には疑問である。要するに、問題は、ある行為が何らかの法益侵害の結果を惹起したというだけで、およそそれが人に回避可能であるかどうかを問わず、しかもそのような行為を禁止することが社会生活にかなる影響を与えるかの考慮を介さずに、違法な行為⁽⁵⁷⁾に法によって禁止された行為という評価を下すことが適切かどうかであり、それが適切でない⁽⁵⁷⁾とするならば、目的的行為論が基礎としたような規範理論を前提とせざるを得ないように思われるのである。⁽⁵⁸⁾

(42) たとえば、平野「過失犯の構造について」同「犯罪論の諸問題(上)総論」(一九八一年)九三頁以下、内藤「刑法講義・総論(前掲注一)一五二頁、米田『行為論と刑法理論(前掲注一)九頁九七頁以下など。西ドイツの学説のなかでは、Mauach/Zipf, Strafrecht(前掲注26)S. 198 Rdn. 45; Jürgen Baumann/Ulrich Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil,

9. Aufl. 1985, S. 205, 207 445°
- (43) Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (前掲註①) S. 320 f., 322 f., 329 f.; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems (前掲註②) S. 8 f., 31, 36; ders., Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre (前掲註③) S. 423 f.; ders., Ein unausrottbarees Mißverständnis? (前掲註④) S. 428; ders., Das deutsche Strafrecht (前掲註⑤) S. 41, 128 ff. 445° 福田「目的的行為論と過失犯」同「目的的行為論と犯罪理論」(一九六四年)一〇三頁、同「過失犯と目的的行為論」(前掲註⑥)三二頁以下など参照。しかも、前述したところから明らかなように、目的的行為論によれば、行為者が認識した限り、必ずしも客観的事実を違法判断の対象となると考えなければならぬことになる。と云ふ Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts (前掲註⑦) S. 54 f., 55 f., 61 参照°
- (44) Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲註⑧) ZStW Bd. 93, S. 857, 859 f., Bd. 94, S. 251. 444° Bloy, Finaler und sozialer Handlungsbegriff (前掲註⑨) S. 640 f. 444° 参照°
- (45) 前田註⑩参照°
- (46) Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht (前掲註⑪) S. 168; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (前掲註⑫) S. 128 ff., 152 ff., 200 ff.; Schöne, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz (前掲註⑬) S. 654 ff. 445°
- (47) 米田「行為論と刑法理論」(前掲註一)九三頁、吉田「犯罪論における行為概念の研究」(前掲註一)九八頁参照°
- (48) Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (前掲註⑭) S. 330; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems (前掲註⑮) S. 36 f.; ders., Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre (前掲註⑯) S. 424 f.; ders., Das deutsche Strafrecht (前掲註⑰) S. 135 ff. 参照°
- (49) 444° Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (前掲註⑱) S. 209 ff. 参照° また、Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (前掲註⑲) S. 330 f.; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems (前掲註⑳) S. 31, 36; ders., Das deutsche Strafrecht (前掲註㉑) S. 136. 445° 福田「目的的行為論と過失犯」(前掲註㉒)一一〇頁は「結果を『制限的』なごし『選別的』機能をもつる構成要件要素だとす°」
- (50) エントに於ける諸見解のごとくは、Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt (前掲註㉓) S. 134 ff. が詳しく°
- (51) 平野「刑法の基礎⑤過失」法学セミナー一三三二号(一九六七年)三六頁以下、同「過失犯の構造のごとく」(前掲註㉔)九八頁、同「刑法・総論Ⅰ」(前掲註一)一九二頁以下、二〇〇頁以下、内藤「違法論における行為無価値論と結果無価値論一

結果無価値論の立場から」中編『論争刑法』(一九七六年)四四頁以下、町野朔「過失犯」町野ほか『考える刑法』(一九八六年)二〇一頁参照。

(52) たよえだ、Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems (前掲注②) S. 4 f.; ders., Das deutsche Strafrecht (前掲注③) S. 30 ff., 37 f.; Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 17 f., 40 ff., 153 f., 287 f. (44頁) Stratenwerth, in: In Memoriam Armin Kaufmann, 1986, S. 21 f., 24 ff. (参照); Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (前掲注④); Maurach/Gössel, Strafrecht (前掲注⑤) S. 62 ff. (マッセル〔阿部純二訳〕「過失犯に関する新旧の理論」法学五一巻三号〔一九八七年〕九二頁以下も参照。もともと、マッセルは、規範は故意犯と過失犯とに共通なものである); Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注⑥) ZStW Bd. 93, S. 839, 846, 848 f., 857 f., Bd. 94, S. 270 f.; Schöne, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz (前掲注⑦) S. 650 ff. など参照。また、増田盛「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢四九巻五号(一九七七年)一〇九頁以下も参照。

(53) たよえだ、Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1982, in: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 263 f.; Maurach/Gössel, Strafrecht (前掲注⑤) S. 63 Rdn. 4; Schöne, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz (前掲注⑦) S. 650 ff. 参照。

(54) 規範による禁止の対象が「目的」行為だと考えてはじめて、過失犯の構成要件の多くが「開かれた」ものとならざるを得ない理由も明らかとなる。たとえ、故意の殺人の場合であれば、殺人目的での行為を禁止するだけで、規範の名宛人にとってかなりの程度に明確な禁止が設定されたことになる。これに対して、過失致死の場合、このような「目的」の内容を示すことによる禁止の明確化はおよそ不可能なのである。

(55) Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt (前掲注⑧) S. 139 f.; ders., Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht (前掲注⑨) S. 167 f.; Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verreckensaufbau? (前掲注⑩) S. 168 Fußnote 704; Maurach/Gössel, Strafrecht (前掲注⑤) S. 81 f. Rdn. 19, S. 83, Rdn. 21; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (前掲注⑥) ZStW Bd. 93, S. 857 f., Bd. 94, S. 269, 276; Weidmann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt (前掲注⑦) S. 415 ff.; Schöne, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz (前掲注⑦) S. 650 ff. 参照 (あつた、Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (前掲注⑧) S. 62)。ただ、つた、また、目的行為論が過失作爲に関し「他行行為」を問題とすべき(中山『刑法総論』〔前掲注①〕一四三頁注(六))ひたつた、明かひたつた。

(56) あつた、Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (前掲注⑨) S. 326 ff.; ders., Das deutsche Strafrecht (前掲注⑩)

S. 132 註・参照。

(57) そればかりでなく、われわれは、人間の能力・可能性の限界というギリギリのところではじめて刑事責任を否定するのではなく、それ以前のいわば「規範的な領域」で可罰性の外枠を画定する努力をすべきなのである。いわゆる新過失論の意図はそのようなところにあつたと理解すべきである。そして、今後の課題は、そのための「規範的な基準」(たとえば、「信頼の原則」はその顕著な成功例である)を明らかにし、その内容をさらに具体化することにあるように思われる。

(58) もっとも、その細部にわたる内容の当否については、なお充分の検討が必要であろう。さらに、客観的注意義務違反のない行為に対して正当防衛が認められるかどうかの問題についても、独自の観点からの考察が必要とされる。

四 おわりに

少なくとも過失作為犯について見る限り、目的的行為論の主張内容に対する通説的批判は、いま一つ説得力を欠いていることが明らかになったように思われる。いかえれば、通説は、目的的行為論の主張者をも承服させるに足りるだけの批判的論拠を提出し得ていないように思われるのである。批判は、目的的行為論の主張の不十分な理解にもとづくものであるか、行為論に関する、目的的行為論とは異なった基本的認識にもとづくものであるか、過失犯理論そのもののジレンマを認識しないものかのいずれかである。たしかに、目的的行為論は、過失作為の行為性を把握する理論として、なお多くの問題を含んでいることは否定し得ないであろう。しかし、だからといって、いわゆる社会的行為論がより説得力のある学説だということとはできないように思われる。

〔追記〕西ドイツ滞在中に執筆したため、とくにわが国の文献については、遺憾ながら充分に参照できなかった。他日、機会を得て、補完したいと思う(一九八七年九月一五日記)。