

過失犯における注意義務と注意能力との関係

大塚裕史

一 序説

二 注意義務の標準

(一) 客観説

(二) 主観説

(三) 折衷説

(四) 小括

三 注意義務と注意能力との関係

(一) 通説的見解の問題点

(二) 問題点の検討

(三) 類型化の基準

四 注意能力対応説の課題

(一) 客観的違法性論との関係

(二) 責任能力との関係

五 結語

一 序 説

過失における注意義務の標準をどこに求めるかに関して、従来、客観説、主観説、折衷説の三説が対立してきた。そして、これら三説の対立の背景には、いわゆる学派の争いが存在し、近代派の立場から客観説が、古典派の立場からは主観説ないし折衷説が支持されると一般に理解されてきた。⁽¹⁾

しかし、近時、右の定式に満足するこれまでの学説状況に対して、様々な角度から批判的な見解が有力に主張された。すなわち、一方では、古典派に立脚しながら心理学の成果を駆使して客観説の正当性を論証しようとする植松説⁽²⁾の登場が、他方では、三説の対立を止揚しようとする西原説⁽³⁾や、何を客観的に考え、何を主観的に考えるかという形で分析的にとらえる平野説⁽⁴⁾、中野説⁽⁵⁾の登場がこれである。

そこで、このような新たな学説の展開を前に、過失の基準をめぐる論争の具体的意味を探り、どのような視点からこれを解決すべきかを考察し、注意能力概念が過失論で果すべき機能について検討してみることにはしたい。

- (1) 大塚仁・刑法における新・旧両派の理論（昭和三二年）一二七頁以下。
- (2) 植松正「注意能力行為者標準説に対する疑問」日沖還暦・過失犯(1)（昭和四一年）八九頁以下。
- (3) 西原春夫「過失犯と原因において自由な行為」日沖還暦・過失犯(1)（昭和四一年）二二三頁。
- (4) 平野龍一・刑法総論Ⅰ（昭和四七年）二〇六頁。
- (5) 中野次雄・刑法総論概要（昭和五四年）五〇頁。

二 注意義務の標準

(一) 客観説

客観説とは、一般人の注意能力を注意義務の標準とする見解をいう。この説は、二〇世紀初めに、リーブマン⁽¹⁾、フェルネック⁽²⁾、パール⁽³⁾、マンハイム⁽⁴⁾などによって主張されたが、その出発点は必ずしも近代派の教育刑論にあつたわけではなかった⁽⁵⁾。しかし、わが国では、牧野博士⁽⁶⁾が社会保全の必要と教育刑論の観点から客観説を主張して以来、江家博士⁽⁷⁾、市川博士⁽⁸⁾、木村博士⁽⁹⁾など社会的責任論の論者によって支持されてきた⁽¹⁰⁾。

このような状況下で、道義的責任論に立脚しながら、かねてから客観説を主張されていた植松博士は、行為者標準説(主観説及び折衷説)によるときは過失犯の処罰は論理的にも実際的にも不可能になるのではないかという重大な疑問を提起された⁽¹¹⁾。

植松博士は、次のような例をあげて行為者標準説の問題点を指摘されている。すなわち、交通心理学の業績によれば、業務上過失致死傷の事故を頻発する者は、いわゆる焦燥反応の傾向が強いことが明らかにされているが、このような者にとっては焦燥しないことが性格的に不可能であるから、行為者を標準とすれば、焦燥反応により事故を惹起させた者は過失責任を問われることはないはずである。また、著しい近視のため対象を明確に見極める視力のない者が狩猟に出て人を野獣と見誤って射殺したような場合、行為者標準説による限り、彼の視力の限界を越えることだから過失責任を問えないことになる。仮に、狩猟すること自体に過失があるとすると、彼がそれだけの慎重な

思慮を欠くような精神構造の者であるとしたら、やはり不可罰となってしまう。これらは、いずれも妥当な結論とはいいがたい。⁽¹²⁾

このように、行為当時の具体的事情のもとにおける行為者を標準とすれば、その時点で一般人よりも注意能力が低い者はすべて不可罰となり、したがって軽卒な者はつねに責任を免れるが、これでは過失犯を設けた趣旨そのものを没却することになる。そこでこれを避けるために、行為者その人が種々の具体的事情のもとにおいて示す注意能力の平均を標準とすれば、今度は当該具体的事情の下では行為者に不能を強いることになってしまう。この意味で、「過失犯は不能を強いる規範である」というのが植松博士の主張である。⁽¹³⁾

それでは、博士の問題提起をわれわれはどのように受けとめるべきであろうか。思うに、博士が行為者標準説を純粹に貫くことの不可能性を示されたのはきわめて正当であるが、そこからただちに「過失犯は不能を強いる規範である」という命題を導かれた点に問題がある。

なるほど、博士は様々な事例をあげながらもつばら心理学的观点からする論証を試みておられるし、またその事自体、根拠がないわけではない。⁽¹⁴⁾しかし、心理学で実証されているのは、たとえば焦燥性の強い者は比較的事故をおこしやすいという一般的傾向であって、当該行為者が焦燥性のゆえに当該事故を惹起したということまでが証明されているわけではない。つまり心理学の成果は、行動の合理性を実証してはいるが、他行為可能性までを否定してはいないし、またその証明は現在の科学では不可能に近いように思われる。

このように科学的見地から、果して不可能性が真に証明されていると解してよいか問題ではあるが、他方、自然的

事実的可能性の問題を法的可能性の問題に直結させてよいかについても疑問がある。ことに、意思の自由や責任能力の問題において、自然的事実的可能（経験科学）と法的可能（規範科学）とを厳格に区別される植松博士が、⁽¹⁵⁾ 注意力の問題になると突如として両者を同一視して立論されるのは不可解といわなければならない。

さらに、同じく能力を欠きながら、責任無能力者に対しては責任を問わないのに、⁽¹⁶⁾ 注意力のない者に対してはなぜ不能を強いてよいのかについてもその根拠が明らかではない。

以上の検討から明らかなように、植松説がしばしば援用する心理学的成果も、過失行為者の他行為可能性を否定する決め手になりえないばかりか、注意力が法的可能性であることに思いを致すときには、「過失犯は不能を強いる規範である」とする見解をとることはできないと考える。責任の本質を非難可能性と解する以上、「法は何人にも不能を強いるものではない」という原理は、過失犯においてもなお妥当するといわなければならない。客観説は、責任の理念に反するところに最大の弱点がある。

ただここで注目すべきは、客観説の論者といえども、なんらかの形で行為者の個別的事情を考慮しようとしている点である。たとえば、牧野博士は、行為者の地位、職業等を考慮すべきであるとされているし、⁽¹⁷⁾ 植松博士は、視力障害等の個別的事情を考慮に入れるべきであるとされている。⁽¹⁸⁾ また、マンハイムは、今日では純粹な客観説も純粹な主観説も主張されることはないとし、客観説の論者の大多数は、行為者の身体的特徴を考慮に入れていると指摘している。⁽¹⁹⁾ 彼は、一般予防、特別予防の観点からも、⁽²⁰⁾ 責任理念からも客観説が支持されるという結論を導いているが、それは、身体的特徴には限定するものの、行為者の契機を考慮した客観説である。このように、客観説は主観説に対して

実質的な歩み寄りの姿勢をみせているのである。

（二）主観説

主観説とは、行為者個人の注意能力を注意義務の標準とする見解をいう。終局的に行為者個人を基準とする点で折衷説と共通するが、折衷説が一般人の注意能力を標準にして注意義務を定立するのに対し、主観説は行為者個人の注意能力を基準とし、したがってそれに応じて個別具体的な注意義務を定立する点で決定的に異なる。

従来、この説を純粹な形で貫く学説はきわめて少なかったが、近時、西ドイツで、主観的注意義務違反を構成要件に組み入れるという考えを主張する論者があらわれた。シュトラーターヴェルト⁽²³⁾、ヤコブス⁽²⁴⁾、ザムゾン⁽²⁵⁾などがこれである。

その理由として、シュトラーターヴェルトとヤコブスは、第一に、構成要件を基礎づける態度規範は、行為者がそれに基づいて動機づけをすることが可能な限度をこえて命令をしても無意味なので、行為者の個人的能力で満足しなければならぬこと⁽²⁶⁾、第二に、不作為犯では、行為者の作為能力を基準に作為義務を論ずるのだから、過失犯の場合も同様に行為者の注意能力を基準とすべきこと⁽²⁷⁾、第三に、注意能力の高い者を、低い者と同一に扱うのは不都合であること⁽²⁸⁾、の三点を主張している。これに対しては、シュリーネマン⁽²⁹⁾、マイヴァルト⁽³⁰⁾などによって厳しい反論がよせられているのが現状である。

それでは、このような主観説をわれわれはいかに解すべきであろうか。ここでは、右の論争について詳細な検討を

加える余裕がないので、主観説に含まれるいくつかの問題点を指摘するにとどめたい。まず、構成要件の段階で既に行為者標準をもち出せば、違法と責任との区別が難しくなり、主観的違法性論に帰着するおそれがある。⁽³¹⁾これは、単に理論的な問題にとどまらず、西ドイツ刑法六三条などのような、違法だが責任のない行為に法効果を結びつけた保安・矯正処分の規定との関係で難しい問題を残している。すなわち、主観的注意義務違反を構成要件に組み入れると、注意能力のない行為者の過失行為はそもそも違法ではなくなるので、保安・矯正処分の規定の適用をいかに解するかが大きな問題となるのである。⁽³²⁾

また、不作為犯との対比の点については、不作為犯の場合も行為者個人の作為能力を基準にするのではなく、そのような作為能力をもった人一般という形で一般化して考えるべきだとすれば、過失犯の場合だけ行為者を基準とすべき根拠は失われることになる。⁽³³⁾

さらに、実際問題として、一般人よりも高い注意能力をもつ者に、より高度の注意義務を課するのは刑事責任の限界をこえるように思われる。もっとも、行為者にとって認識可能な危険行為がすべて禁止されるわけではなく、許された危険によって修正されるとする見解もあるが、その主張が成功しているかなお疑問が残る。⁽³⁴⁾これに対して、注意能力の低い者の場合、注意能力概念に限定を加えないと、植松博士の指摘のように、軽卒な者ほど責任を免れ過失犯処罰の意義が失われることになってしまう。

以上より、主観説も多くの問題点をかかえていることが明らかになった。もっとも、軽卒な者ほど処罰を免れるという批判を回避するために注意能力概念に限定を加える動きもある。たとえば、主観説をとる趙博士は、行為者の注

意能力をすべて考慮するのではなく、犯罪構成事実に対する認識面に限定するとされている。⁽³⁶⁾これは、もはや純粹な主観説ではなく、修正された主観説であり、客観説に対する実質的な歩み寄りである。このように、行為者の注意能力に何らかの限定を加えない限り、主観説には、具体的妥当性という点で疑問が残ると考える。

（三）折衷説

折衷説とは、注意義務については一般人の注意能力を、注意義務違反については行為者個人の注意能力を標準とする見解をいう。この説は、注意義務は社会生活上要求される一般的なのであって、それをこえる高度な注意を法は要求しないということから、注意義務の定立に関しては客観説をとるが、道義的責任の見地から、注意義務違反の認定については主観説をとるものである。

折衷説は、主として道義的責任論によって理論的基礎を与えられ、小野博士⁽³⁷⁾、滝川博士⁽³⁸⁾、泉二博士⁽³⁹⁾などによって支持された。ところがその後、新過失論が通説化し、なかでも、過失を一方において構成要件又は違法要素としつつ、他方においてなお責任要素と解する体系論が比較的多数を占めるようになると、折衷説は新たな展開をとげた。

新しい形態の折衷説は、客観的注意義務は構成要件ないし違法性に、主観的注意義務違反は有責性に分属させ、客観説と主観説とを体系的に分離した点に特徴がある。このような見解は、現在、わが国においても、⁽⁴⁰⁾西ドイツにおいても、⁽⁴¹⁾通説的地位を占めているといえよう。

このような折衷説に対しては、まず主観説に加えられた批判、すなわち、軽卒な者ほど責任を免れ過失犯処罰の意

義が失われるという批判がそのまま妥当する。また、この説は、客観的注意義務を定立する際に一般人の注意能力を基準にするというが、どのような一般人を基準に考えているのか必ずしも明らかでない。後にのべるように、具体的注意義務を定立する際に行爲者の個別的事情を調査することは是非とも必要であり、これを顧慮せずにいかなる注意義務が定立されているかを考えることは、過失認定の論理構造上不可能であると思われる。折衷説の問題点はまさにそこにあるが、この点については後に詳しく検討する。

(四) 小 括

過失の基準をめぐって諸説が対立している原因の一つは、注意能力概念の内容をめぐる考え方の相違ないしは混乱にある。注意能力とはいかなる能力をさすのかについて、従来、明確な定義づけがなされることは少なく、論者によってその意味するところは必ずしも同一ではなかった。⁽⁴²⁾しかし、一般人の注意能力を標準とするのが客観説であり、行爲者個人を標準とするのが主観説ないし折衷説であるとする点では見解は一致している。

ところで、客観説を純粹な形で貫くことと行爲者とは全く別人たる通常人の注意能力を基準に本人の責任を追及することに、本人を非難する契機が失われることになる。したがって、責任主義の観点からは行爲者の注意能力を完全に無視することは許されないし、その意味で、行爲者の注意能力を終局的な基準とする折衷説が通説的地位を占めているのにもそれなりの理由がある。

他方、主観説や折衷説を純粹な形で貫くことにも事実上困難がつきまとう。実際問題として事故時における人間の

心理や行動は解明し尽されているわけではないからである。たとえば、注意能力の中で最も単純な問題のようにみえる認識能力の問題ひとつをとっても、いわゆる静体視力のほかに、動体視力、移動視力が存在し、さらに耐眩惑性、両眼の視力のバランス、視野の広狭など様々なファクターが関係するが、これらは著しく個人差が激しい上に、これを精確に測定することは容易なことではない。⁽⁴³⁾ まして、精神面、心理面にかかわる注意能力の測定は予想以上に困難である。しかも、各種の心神機能の検査成績を総計してその高低を論ずるだけでは不十分であり、各種心神機能間のバランス状態こそが重要であることにも注意しなければならない。⁽⁴⁴⁾ 事故状況を再現するとしても、その時の心理状態まで精確につくり上げることは困難であるので、行為時における行為者の注意能力を完全に解明しそれを基準とすることは事実上不可能に近いといえよう。主観説、折衷説もその適用においては、ある程度の類型化は避けられないように思われるし、反面、それを行わなければ軽卒な者ほど過失処罰を免れるという不合理な結論を導くことになるう。

この点に関連して、小暮教授が、「責任非難の基準となる行為者も、所詮は、多かれ少なかれ類型的な行為者でなければならぬ。違法判断の基準となる通常人との差は、この意味では、じつは、類型化の程度の差に帰着する⁽⁴⁵⁾」とされているのは、きわめて重要な指摘である。

このように、主観説、折衷説に立脚した場合でも、過失責任を問うためには最終的には行為者個人から離れなければならない⁽⁴⁶⁾とすれば、それはもはや純粋な行為者標準説とはいえず、類型化という一種の擬制を通して客観説に向って一步を踏み出したものといってもあながち誤りではないと思われる。

既にのべたように、客観説の論者も、行為者の職業、地位あるいは身体的特徴などを考慮して、一般人概念に具體的意味をもたせている。このように、客観説といえども行為者の注意能力を全く無視することはできず、また、主観説といえどもすべての注意能力を考慮することはできないとなると、両説の対立は、類型人を設定するに際してどの程度まで行為者の注意能力を考慮するかという見解の相違に帰着すると思われる。

思うに、過失犯の場合、事実の認識を前提とする故意とは異なり、知るべきであったという仮定的判断が本質的につきまとうので、どうしても類型人を設定せざるをえない。しかし、それは過失責任につきまとうやむをえない擬制なので、それが一般的にみても、本人にとっても納得できる程度のもでなければならぬ。したがって、できるだけ行為者に近い段階で類型化を行う必要がある。責任の本質を非難可能性と解する以上、抽象的な類型人ではなく、「行為者本人が属する類型人」すなわち「⁽⁴⁷⁾具体的類型人」を過失の標準とするのが最も妥当であると考ええる。

問題は、行為者の注意能力をもとに具体的類型人を設定する際、どこまで類型化できるか、また類型化すべきかという点である。これは、過失犯処罰の立法趣旨と責任主義の要請との調和の問題でもある。ところで、この点は、注意義務が注意能力といかなる関係に立つかという問題と密接な関連をもつので、以下、章を改めて検討することにした。

- (1) Lippmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 144 ff.
- (2) Ferneck, Die Idee der Schuld, 1911, S. 51 ff.
- (3) Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd.2, 1907, S. 448.

過失犯における注意義務と注意能力との関係（大塚裕史）

- (4) Mannheim, Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 157, 1912, S. 41 f.
- (5) 莊子邦雄・犯罪論の基本思想（昭和五四年）一六四頁以下。
- (6) 牧野英一・重訂日本刑法上巻（昭和一二年）二〇四頁以下。
- (7) 江家義男・刑法総論（昭和二七年）一三五頁。
- (8) 市川秀雄・刑法総論（昭和三〇年）二一七頁。
- (9) 木村亀二・刑法総論（昭和三四年）二五〇頁。
- (10) これに対し、道義的責任論に立ちながら客観説を支持したものに、草野豹一郎・刑法要論（昭和三一年）八七頁、青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論（昭和四〇年）三〇八頁がある。
- (11) 植松・前掲「注意能力行為者標準説に対する疑問」八九頁以下。
- (12) 植松・前掲論文九六―九七頁。
- (13) 植松・前掲論文九九頁。
- (14) この点につき、狩野広之・注意力（昭和五二年）一五七頁以下参照。
- (15) 植松正・再訂刑法概論Ⅰ総論（昭和四九年）一八頁、二二九頁。
- (16) 正田満三郎「過失犯における平均的正常人（通常人）概念の定型化機能」法曹時報二〇巻一号四五頁参照。
- (17) 牧野・前掲書二〇五頁。
- (18) 植松・前掲論文一〇七頁。
- (19) Mannheim, a. a. O. S. 4 f.
- (20) Mannheim, a. a. O. S. 20 ff. 特じ S. 25.
- (21) Mannheim, a. a. O. S. 25 ff., 39 ff.
- (22) わが国で主観説を詳細に展開したものととして、趙欣伯・刑法過失論（大正一五年）三〇九頁以下がある。

- (23) Stratenwerth, Strafrecht, A. T., I, 3. Aufl., 1981, Rdnr. 1096 ff.
- (24) Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 48, 64 ff.
- (25) Samson, Systematischer Kommentar, Bd. 1. A. T. 2. Aufl., 1975, Anh. zu §16 Anm. 13 f.
- (26) Jakobs, a. a. O. S. 1 ff., 12, 48, 54, 65 f., 68.
- (27) Stratenwerth, a. a. O., Rdnr. 1097.
- (28) Stratenwerth, a. a. O., Rdnr. 1098; Jakobs, a. a. O., S. 55 f.; Samson, a. a. O., Anh. zu §16 Anm. 15.
- (29) Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Festschr. f. Schaffstein, 1975, S. 159 ff.
- (30) Maiwald, Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit, Festschr. f. Dreher, 1977, S. 437 ff. 浅田和茂「W・レイヴムルト『酩酊により運転不適格な場合における過失の標準について』」甲南法学110巻111号六六頁以下に紹介がある。

- (31) Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 515 f.
- (32) Samson, a. a. O., Anh. zu §16 Anm. 14 注⁴ 構成要件充足を度外視して行為者の危険性に関連させることとするが、法治国家という観点から問題である。Schünemann, a. a. O. S. 515 参照。
- (33) Maiwald, a. a. O., S. 453 f. 参照。
- (34) Samson, a. a. O., Anh. zu §16 Anm. 14, 16 ff.
- (35) Schünemann, a. a. O., S. 514.
- (36) 趙・前掲書三三二—三三三頁。
- (37) 小野清一郎・刑法概論・増訂新版(昭和三五年)一二八頁。
- (38) 滝川幸辰・改訂犯罪論序説(昭和二二年)一三九—一四〇頁。
- (39) 泉二新熊・増訂刑法大要(昭和一八年)一七八頁。
- (40) たとえば、大塚仁・刑法概説総論(昭和三八年)一六四頁以下、福田平・新版刑法総論(昭和五一年)九五頁以下、一四

過失犯における注意義務と注意能力との関係(大塚裕史)

七頁、団藤重光・刑法綱要総論改訂版（昭和五四年）三〇九頁以下、莊子邦雄・刑法総論〔新版〕（昭和五六年）一六五頁以下、三六七頁以下、内田文昭・刑法Ⅰ総論（昭和五二年）一一九頁以下、一七二頁以下、二三六頁以下、板倉宏「過失犯の研究（3）」警察学論集二〇巻五号四六頁以下など。なお、藤木英雄・刑法講義総論（昭和五〇年）二三八頁以下も実質的には同一の思想に立ぐ。

- (41) たとえば、Bockelmann, Strafrecht, A. T., 3. Aufl., 1979, S. 157 ff.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A. T. 3. Aufl., 1978, S. 481; Blei, Strafrecht I, A. T. 17. Aufl., 1977, S. 264 ff.; Schönke-Schröder, StGB, 20. Aufl., 1980, §15 Rdnr. 108 ff. (Cramer); Schünemann, a. a. O. S. 439 など。

- (42) たとえば、藤木英雄・過失犯の理論（昭和四四年）八七頁は、「行為者が意識・無意識の状態における緊張に欠けるところがなかったならば、注意義務を遵守し得る能力」とし、植松・前掲論文一〇六頁は、「意識を明瞭に用心深く行為する能力」と定義している。

- (43) 鶴田正一・事故の心理（昭和四三年）七六頁以下、一三九頁以下。

- (44) 鶴田・前掲書八八頁。

- (45) 小暮得雄「違法と責任（序説）」北大法学論集一五巻四号六〇頁。

- (46) 中山研一・刑法総論の基本問題（昭和四九年）一九六頁。

- (47) たとえば、「運転者一般」では類型化の程度がまだ抽象的である。「近視のため標識の識別が困難な状態にある運転者一般」という形で具体化する必要がある。

三 注意義務と注意能力との関係

(一) 通説的見解の問題点

今日、比較的多数の支持を得ている見解（新過失論にもとづく折衷説）によれば、まず構成要件該当性ないし違法

性の段階で、平均人を基準とした客観的注意義務違反を認定し、次いで有責性の段階で、行為者個人の注意能力を基準として注意義務を遵守する可能性があるか否かを判断し、主観的注意義務違反を確定する。そこでは、注意義務を定立するに際して行為者に関係する具体的事情は一切考慮の外におかれ、もっぱら平均人のみが基準とされている。

しかしながら、行為者個人の注意能力を全く調査せずに、果して彼がいかなる種類の注意義務に違反したかを確定することが可能といえるだろうか。この点に疑問をもたれ、注意義務は行為者個人の注意能力と密接な関係に立つことを明らかにされたのは、西原教授であつた。⁽¹⁾

西原教授によれば、通説的見解には二つの問題点がある。すなわち、第一の問題点として、教授は、「注意義務というものは、具体的な態度または結果をはなれて抽象的に問題となるのではなく、常にある特定の態度（結果とのあいだに因果関係のある態度）が不注意なものであつたかどうかという評価との関連で問題になってくるものと思う。そして、行為者は、抽象的には数多くの注意義務を科せられているのであって、その数多くの注意義務のうちどの義務に違反したかを決定するには、行為者の注意能力を問題にしないわけにはいかない」とされ、もし注意能力を顧慮しないとすれば、注意義務は個別具体性を失つて抽象的なものにならざるをえないと主張される。

通説的見解に対する第二の問題点として、西原教授は、客観的注意義務を違法性に、主観的注意能力を有責性に配分しようとする理論構成を指摘される。この点につき、教授は、自動車運転者が法定視力に達しない近視で、しかも夜間眼鏡を使用していなかったために通行人そのものを認識しえず、したがって通行人との間に安全な間隔を保ちえず、その結果これに接触して死に致らしめたという事例をあげて次のように説明される。通説的見解によれば、まず

運転者一般を基準として「通行人との間に間隔を保持すべき義務」を設定することになる。行為者は明らかにこの注意義務に違反したので、彼の行為は構成要件に該当し違法である。しかし、彼は、行為当時、間隔を保持すべき注意能力に欠けていたので責任がないことになる。ところで、この場合を無罪とするのはあまりにも不合理な結論であるし、かといって、再び別の注意義務違反を求めて構成要件該当性ないし違法性に戻るとするのも理論構成として妥当でない。⁽³⁾ いずれにせよ、このような結論を導かざるをえないところにこそ、通説的見解の欠陥があるというのである。

（二）問題点の検討

このような西原教授による通説的見解に対する問題提起を、われわれはどのように考えるべきであろうか。近視の運転者についての前掲のような事例を手がかりに検討していきたい。

このような場合、通説的見解の論者は、おそらく、「運転を中止するか、または眼鏡を使用して運転すべき義務」に違反した点に過失を認めるであろう。そして、もしそうだとすると、論者は、たとえ無意識的であるにせよ、行為者個人の注意能力を顧慮していることになる。なぜなら、眼鏡を使用しなければ安全に運転できない程度に視力に障害があるという行為者の主観的事情を顧慮しなければ、右のような内容の注意義務を定立することはできないからである。

この点は、通説的見解の論者の次のような主張の中に、その趣旨を読みとることが可能である。たとえば、藤木博

士は、「結果発生を決定的ならしめる段階をぎり離して考察すれば注意能力を欠くために過失責任を問い得ないように見られる場合でも、その以前の段階においてすでに注意義務に違反する行為が存する場合には、その段階で注意能力の有無を考えなければならない……。例えば、技量が充分でないのに自動車を操縦し、誤って人を負傷させたという場合、衝突の決定的瞬間をとりあげるならば、行為者が能力の及ぶかぎりを尽したことから、責任非難を帰せしめ得ないように見られるが、しかし、かかる者が自動車を操縦すること自体が、注意義務に反した違法な行為であるといわなければならない」⁽⁴⁾（傍点筆者）と主張されている。ここでは、運転技量の未熟さという主観的注意能力の問題が、操縦すべきではないという注意義務としていつしか違法性の問題に転化されて解決されているのである。このことは、結局のところ、注意義務設定に際し行為者の注意能力を顧慮したことを物語っている。

福田教授も、同様の見地から、「客観的注意（社会生活上必要な注意）を遵守している行態は適法である……が、当該行為者にとって、客観的注意を遵守している行態（適切な行態）が具体的にどんなものであるかは、個々のばあいによって異なるものである。たとえば、自動車の運転のような法益侵害の危険を伴う行為のばあい……それを適切に遂行することができない者にとっては、その遂行を思いとどまることが、客観的注意なのである」⁽⁵⁾（傍点筆者）とされている。ここでは、客観的注意義務の内容を確定するためには「当該行為者」に注目しなければならない点が端的に示されているのである。以上から、通説的見解も行為者の注意能力を注意義務確定のための資料として調査していることが判明した。

次に、通説的見解がもつ体系的欠陥について考えてみたい。近視の運転者についての前掲のような事例についてい

えば、「間隔保持義務違反」について構成要件該当性および違法性を認めながら、責任判断まできて、このような義務を遵守する能力がないというので再び別の注意義務違反を求めて構成要件該当性ないし違法性に戻るといふ理論構成は、犯罪体系論の観点からして、きわめて不当である。したがって、論者は、おそらくこのような構成をとらずに、最初から「運転を中止するか眼鏡を使用して運転すべき義務」を設定し、その違反を論ずるのだと主張するであろう。もしそうだとすれば、論者はこの結論を導く過程で行為者個人の注意能力を判断資料として考慮したことになる。

これに対して、行為者個人の注意能力はあくまでも有責性の問題であり、客観的注意義務とは何らの関係ももたないという従来の見解を徹底的に堅持しようとするならば、結論の妥当性を確保するために何らかの理論構成を考える必要がある。この点について論じた文献は見あたらないが、次のような構成が一応考慮に値する。すなわち、「原因において自由な行為」について同時存在の原則を修正しようとする近時の有力説を注意能力の場合にも類推し、注意能力概念を実行行為から切り離し注意能力だけを遡らせる構成がこれである。それによれば、前掲の近視の運転者の事例も、行為者の視力を一切考慮することなく、「間隔保持義務違反」を構成要件ないし違法性の段階で認定し、次に、注意能力はそのような注意義務違反行為の時点には欠けているが、少なくとも運転開始時には存在するので有責性が肯定されることになる。

それでは、このような仮説をわれわれはいかに解すべきであろうか。まず、注意義務というものは、「他人を死に致さないよう注意すべき義務」といふような抽象的、一般的なものではなく、行為がなされた具体的事情を斟酌した

個別的、具体的なものである^(?)ので、注意義務を遵守する能力としての注意能力も、注意義務に対応して個別的、具体的な内容をもつものと考えられるのである。つまり、注意能力の内容は、注意義務とは無関係に考えることのできないものである。

しかるに、右の仮説は、注意義務としては「間隔保持義務」を考えながら、注意能力としては「間隔保持義務を遵守する能力」とは別個の能力をもち出している。すなわち、事故直前においては間隔保持義務を遵守する能力がないので、それ以前の段階に遡るのだが、いくら遡っても、運転開始時には眼鏡を携帯していないのだから、そのような義務自体を遵守する能力はない。そこで、注意能力の内容を変えて、「間隔保持義務を遵守しないような状態になる」という義務、具体的には「運転を中止するか、眼鏡を使用して運転すべき義務」を遵守する能力を考えざるをえない。これは、ある具体的な内容をもった注意能力をそのまま遡らせたのではなく、別内容の注意能力を新たに設定したのにはかならない。原因において自由な行為の理論の場合に責任能力を遡らせる構成に対しては批判も少ないが、少なくとも遡らせた責任能力の内容が同一だからこそ、その能力で実行行為を非難できたのである。注意能力の場合は事情が異なることに注意しなければならない。新たに別内容の注意能力を考えるとときには、当然その前提として、間隔保持義務とは別個の注意義務を想定していることになるが、それならば端的にそのような内容の注意義務違反を当初から問題にすべきではなからうか。

また、注意義務を定立する際に注意能力を完全に無視するという構成をとると、事故直近の危険行為をともかくも注意義務に違反する過失行為とみて構成要件該当性ないし違法性を確定し、次いで、注意義務とは切り離されたなん

らかの能力によってその行為を非難するという結果責任的な非常に粗い議論になりがちである。もちろん、「運転を中止するか、眼鏡を使用して運転すべき義務」を遵守する能力も「間隔保持義務」を遵守する能力も共に、「他人を死に致さないように注意すべき義務」を遵守するという一般的、抽象的な能力を背景にしてはいるが、両者を同一視することは、注意能力をひいては注意義務を一般化するものであるので妥当ではない。新過失論に対しては、個人の能力に応じた義務づけがなされず、行為者の能力を一般化し事件の個別性が捨象され、責任自体の客観化の傾向を生むという批判⁽⁸⁾がなされているが、注意能力や注意義務を一般化することにつながる右の仮説はこのような点からも問題が残ると思われる。

体系的整合性を重視するあまり、注意能力を注意義務から切り離そうとする試みは、義務は可能を前提にするという責任主義の観点から疑問がある。そもそも原因において自由な行為の理論自体が、結論の妥当性を確保するための例外的な理論構成であることも考え合わせれば、他の構成が十分可能であるのに、安易にこの理論を類推するのは妥当でないように思われる。

以上の考察から、通説的見解は、実際的にも体系的にも問題点を含み、これを回避しようとする理論構成も十分に成功しているとは言いがたいことが判明した。やはり、注意義務の定立と注意義務違反の認定とは、注意能力を媒介として相互に関連し合わなければならないのであり、その意味で、注意義務は注意能力と対応関係に立つといえる。⁽⁹⁾

(三) 類型化の基準

これまでの検討により、注意義務を定立する際には行為者の注意能力を顧慮する必要があると考えるが、このことは注意義務の標準の問題といかなる関連をもつてであろうか。

既にのべたように、私は、具体的類型人（行為者本人が属する類型人）を標準にすべきと解するが、その際、行為者の注意能力を調査することによってそのような能力をもった者一般という形で具体的類型人を設定し、それを基準に注意義務を定立するのが最も妥当であると考ええる。

問題は、このような類型人を設定する場合に、行為者のどのような主観的事情を考慮に入れるべきかにある。この点について直接論及した文献はみあたらないが、過失の基準を分析的にとらえる平野博士、中野教授の見解がここで参照されなければならない。

平野博士は、過失の基準に関して、何を主観的に考え何を客観的に考えるかがまさに問題であるとした上で、生理的なものは主観的基準に、規範心理的なものは客観的基準によると主張されている。⁽¹⁰⁾これは、おそらく、人格を生理的な層と規範心理的な層とに二分されたことに対応するものであり、前者には刑罰は作用しえないので、それに対して重い責任を問うことができないという考慮によるものであろう。そこで博士は、過失行為のもつ結果発生の実質的な危険性の判断にあたって、疲労、酩酊、興奮などの行為者の主体的事情を判断資料の中に入れるべきであるとされている。⁽¹²⁾

これに対し中野教授は、問題を意思の緊張たる「注意」の面と「認識、予見」の面の二つに分け、前者は客観的基

準に、後者は主観的基準によると主張されている。⁽¹³⁾ その理由として、教授は、意思を緊張させ意識を集中するような内心の作用については、責任能力を有する以上不可能ということは考えにくく、他方、法秩序の側から行為規範遵守の要求が強いので通常人に可能な程度のものがすべての人にひとしく要求されるが、同じ程度に意識を集中しても、その人の身体的条件、知識、経験などの如何によって認識範囲に広狭の差が生ずるので、このような能力が劣ったために通常人ならば認識しえた事実を認識しなかったとしても責任非難を加えるわけにはいかないとのべられている。⁽¹⁴⁾

これらの見解は、いずれも、過失の基準に関する従来の学説状況に疑問を投げかけ、特に、純粋な主観説も純粋な客観説もこれを書くことはできないという正しい認識のもとに、主観的基準が妥当する領域と客観的基準が妥当する領域とを明らかにしたものと見て注目し値する。しかし、注意能力概念の分析として、生理的能力と規範心理的能力、あるいは認識能力と（狭義の）注意能力という分析だけで十分であるかはなお問題であるように思われる。

まず、平野説についていえば、生理的な面と規範心理的な面との限界が必ずしも明らかでないため、ある過失行為がいずれの側面の欠陥に起因するものかを確定するのが難しいことがある。また、中野説についても、注意と認識とは相互に密接な関係をもち、たとえば、意識を集中すれば認識の範囲が広がることも十分考えられるので、両者を載然と区別できるか疑問が残る。さらに、認識の面で行為者を基準とすると、認識なき過失の場合はほとんどが無罪という結論になるおそれがある。一定の領域とはいえ、主観的基準が妥当する領域を認めることは、その限りで主観説の弱点をそのまま背負い込むことになると思われる。

このように、過失の基準を分析的にとらえる右の見解にはなお問題があるので、これをそのまま類型化の基準にす

るのは疑問である。そこで、注意能力をどの程度まで考慮して具体的類型人を設定すべきかという問題を解明する手がかりとして、法益侵害の結果を予見してから回避措置をとるまでの一連の過程を、情報を収集し、それを処理して、具体的な回避措置をとるという三つの段階に分析し、これに応じて、注意能力を、情報収集能力、情報処理能力、回避行動能力の三つに分けて考察することにした。

まず第一に、情報収集能力とは、法益侵害の危険を予知し適切な結果回避措置をとるよう動機づける上で必要な「判断資料」を収集する能力をいう。ここでは、認識・予見に関係する生理的肉体的能力、知識、経験などが問題となろうが、これらは行為者の能力を考慮して類型人を設定すべきである。なぜなら、この能力に欠陥がある場合には、当該具体的な結果回避措置をとるべきかを判断するための前提となる基礎資料が行為者の認識に到達していないのだから、そのようなところに注意義務違反を認定するのは妥当でないからである。故意犯の場合は、あくまでも行為者が現実にとどくに認識したかが基準となるが、過失犯の場合も、できるだけそれとパラレルに考え、行為者と同じような情報収集能力をもった人一般にとって結果の発生を認識できたか否かが問題とされるべきであろう。

次に、情報処理能力とは、既に収集された情報を適確に判断し、結果回避措置をとるよう自らを動機づける能力をいう。ところで、このような能力は、人格形成まで遡らなければ解明できないほど複雑なものであるし、類型化にもなじみにくい事情である。また、理論的にも、このような能力を考慮すればするほど刑を減輕せざるをえなくなり、ついには不可罰とせざるをえなくなるが、これは少なくとも過失犯の処罰を前提とする現行法の趣旨を没却することになる。もっとも、このように考えると、情報処理能力が通常人よりも劣る者は、若干不利益な状態におかれなくも

ないが、他人の法益を侵害しないよう慎重な配慮をもって行動しなければならないという規範の存在を了知できない者は、最低限必要な知能ないし判断能力が欠けるものとして、責任能力論でカバーされるものと考ええる。

最後に、回避行動能力とは、適切な結果回避措置を物理的にとることができる能力をいう。ここでは、生理的肉体的能力や技量などが問題となるが、行為者の能力を基準として類型人を設定すべきである。なぜなら、回避措置をとることが行為者にとって物理的に不可能なのに注意義務違反を認定して違法だとするのは妥当ではないからである。

以上の考察から、情報収集能力および回避行動能力は、行為者を基準に類型化を行なうべきことが明らかになった。そして、この類型化にあたって考慮される行為者の主体的事情としては、行為者の年齢、性別、職業、技術的能力、知識、経験、視力・聴力などの肉体的能力、酩酊・疲労などの生理的事情などをあげることができるが、これらを注意義務の定立に影響を与え類型化に親しむ限度で考慮すべきであると考ええる。

- (1) 西原・前掲「過失犯と原因において自由な行為」二二三頁以下。
- (2) 西原・前掲論文二二四頁。なお二二八頁註(四)をも参照。
- (3) 西原・前掲論文二二一頁、二二七頁。
- (4) 藤木・前掲過失犯の理論九〇―九一頁。
- (5) 福田平「過失犯の構造」刑法講座三卷一三〇頁。
- (6) 佐伯千仞「原因において自由なる行為」刑事法講座二卷二九五頁以下、西原春夫「責任能力の存在時期」佐伯還暦・犯罪と刑罰(上)(昭和四三年)四〇四頁以下〔同・交通事故と過失の認定(昭和五〇年)二二二頁以下所収〕。結論的に同様な方向を指向するものとして、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)三〇〇頁以下、藤木・前掲刑法講義総論二〇六頁以下。

- (7) 大塚仁「過失犯における注意義務」刑法講座三卷一四六頁以下、井上正治・過失犯の構造（昭和三年）六四頁以下。
- (8) 井上祐司・行為無価値と過失犯論（昭和四八年）三三頁以下。
- (9) 西原春夫「過失犯の構造」中山Ⅱ西原Ⅱ藤木Ⅱ宮沢編・現代刑法講座三卷二二頁。
- (10) 平野・前掲刑法総論Ⅰ二〇六頁。
- (11) 平野龍一「人格責任と行為責任」刑法講座三卷一一頁以下〔同・刑法の基礎（昭和四一年）四二頁以下所収〕。
- (12) 平野・前掲刑法総論Ⅰ一九六頁。
- (13) 中野・前掲刑法総論概要五〇頁。なお、宮本英脩・刑法大綱（昭和一〇年）一五五—一五六頁。
- (14) 中野・前掲書三六—三七頁、五〇頁。

四 違法性と有責性との区別

今日の通説的見解によれば、客観的注意義務の問題は違法性の段階で論じられることになっている。そこで、注意義務を定立するためには行為者個人の注意能力を調査せざるをえないという見解（注意能力対応説）をとると、注意能力の問題は必然的に違法性の段階で登場することになる。それでは、注意能力対応説は果して過失犯における違法性と有責性との区別を曖昧なものにしてしまうであろうか。この問題は次の二つの方向から検討される必要がある。すなわち、第一に、それが今日支配的な客観的違法性論に反しないかという点であり、第二に、犯罪論体系において有責性に位置づけられる責任能力との区別如何という点である。

（一）客観的違法性論との関係

違法性の本質をめぐって、周知のように主観的違法性論と客観的違法性論との対立が存する。⁽¹⁾これは、規範はこれを理解する者にのみ向けられるか否かという点をめぐる争いであるが、今日では客観的違法性論が完全に支配的地位を占めている。それによれば、法の第一の作用は客観的な評価規範であり、それに違反することを違法と解するか、行為が違法であるためには、行為者が規範の意味を理解する能力をもつかどうかは一切問わないことになる。かくして、違法性は評価規範違反、責任は決定規範違反として、両者は截然と区別されることになる。

これに対して、主観的違法性論は、法規範を行為者に対する命令規範と解し、これに対する違反は命令の内容を理解しそれに従って意思決定をなしうる者に対して意味をもつから、責任能力者の行為だけが違法判断の対象になるとする。これは、行為者の「規範」の理解能力を違法性判断に際して考慮する見解であるが、前述のように注意能力概念から情報処理能力を除外して考える限り、注意能力対応説が主観的違法性論に帰着するおそれはない。

ところで、客観的違法性論が、違法は「客観的に」という場合、それは違法判断の客観性を意味するもので、違法判断の対象の客観性までも意味するのではないとされている。⁽²⁾すなわち、「客観的」違法とは、行為を行為者人格からいちおう切り離してみた場合に、それが客観的生活秩序としての法に矛盾するかという価値判断であり、それ以上の意味をもっているわけではない。⁽³⁾したがって、行為をそれ自体として評価する際には、客観的要素のみならず、主観的要素もその対象に含まれることが一般に認められている。⁽⁴⁾

主観的違法要素の存在は客観的違法性論と矛盾するものではないとしても、それをどの程度まで認めるかについて

は今日なお争いがある⁽⁵⁾。この点に関連して、不作為犯における作為能力を主観的違法要素の典型であることを明らかにされたのは、佐伯博士であった。博士は、「不作為の際には、作為によって一定の結果を発生または防・止・し・う・る・者・が（しかも防止しうる者のみ^が）、これを容易になしうる状況の下にありながら敢えて立ち上らず拱手傍観することは好ましくないという評価が先行するから（論理的）、そこで始めて彼に立つて行為せよという命令が発せられるのであって、ここでも評価と命令は論理的には容易に区別しうるのである⁽⁶⁾」と主張されている。

たしかに、不作為犯の場合、行為者の作為能力を調査しなければ、作為義務違反を認定することはできない。たとえば、水泳のできない母親に、河川で溺れている子供を直接救助すべき作為義務を課しても無意味である。せいぜい、他人の助けをかりて救助することの義務性が問題とされるにすぎないであろう。ところで、このことは、不作為犯だけに限らず過失犯の場合にもそのまま妥当するはずである。すなわち、行為者の注意能力を調査しなければ客観的注意義務違反を認定できないのであって、不作為犯について右のことを認める通説が、過失犯の場合にこれを拒否するとすれば、そこには一貫しないものがあるといわなければならない。

かくして、どのような注意義務に違反するかを認定するためには、行為者の主体的事情に立ち入ることは是非とも必要であるし、それは決して主観的違法性論ではない。行為者の主体的事情を違法性の段階で考慮する例としては、佐伯博士のほかに、たとえば、平野博士が、疲労、酩酊、興奮などの生理的事情や技術の未熟さを行為の危険性の判断資料とされている⁽⁷⁾し、井上正治博士が、肉体的欠陥、知識・経験の不足、疲労、興奮、驚愕などを過失特有の違法性阻却事由とされている⁽⁸⁾が、これらの見解も決して客観的違法性論と矛盾するものではない。

なお、最近では、客観的違法性論に立脚しながら、違法判断において既に評価規範と決定規範の二つの機能が作用することを肯定する見解が有力に主張されている。⁽⁹⁾これによれば、違法と責任の区別は、「一般人と具体的行為者」⁽¹⁰⁾ないしは「当為と可能」⁽¹¹⁾との区別として考えられることになる。そこで、行為者個人の注意能力を違法性の段階で調査するとする説は、右の基準に反するのではないかという点が問題となる。しかし、違法性の場面で問題とされる「一般人」概念は、行為を行為者人格から一応切り離してみた場合に、それが客観的生活秩序としての法に矛盾するかを判断するときの基準であり、規範の理解能力など行為者人格と直接的な関連を有する能力をひとまず考察の対象からはずすことを意味しているにすぎない。したがって、既に述べたように、倫理的資質に関わる情報処理能力を注意能力概念から除外して考える以上、注意義務の定立のために行為者人格と直接的な関係のない行為者の主体的事情（たとえば、生理的事情）を考慮したとしても、それは個別具体的状況下における「一般人」を探求することにはならず、なお違法性のメルクマールとしての「一般人」ないし「当為」の問題に属すると考えるべきであろう。

以上の考察から、右にのべたような意味での行為者の注意能力を注意義務確定のための判断資料として考慮し、それにもとづいて具体的類型人を設定しても、それは、客観的違法性論に反し違法と責任の区別を曖昧なものにするものではないと考える。

（二） 責任能力との関係

注意能力対応説をとった場合の第二の問題点は、注意能力の判断が責任能力の判断の先取りになり、違法と責任の

区別が失われるのではないかという点である。たとえば、精神病者が他人の自動車を盗んで運転中、歩行者をはねて負傷させたというような場合、精神病者には注意能力がないのであるから、注意義務もなく、それゆえ、注意義務違反もないということになるのであろうか。この点について、かつて加藤検事は、「注意能力と責任能力を概念的に峻別し、両者をそれぞれ違法要素と責任要素に配属するとしても、両者は密接に関係しているから、注意能力の判断は同時に責任能力の判断をもしていることになるのではないか」と主張され、注意能力対応説の問題性を指摘された⁽¹²⁾。

たしかに、注意能力概念に何ら限定を加えない場合には右の批判は妥当するであらう。しかし、既にのべたように、注意能力概念から、結果発生を回避するため適正な判断をして自らを動機づける能力（情報処理能力）を除き、その他の能力も類型化に親しむ限度で考慮するという見解にたてば、この批判はあたらない。シーヴィーにならつて、人間の資質を、生理的資質、心理的資質、および倫理的資質に分類すれば、⁽¹³⁾責任能力は、倫理的資質、および、心理的資質のうち知性・判断力の面に関わる領域の問題であり、注意能力は、生理的資質、および、心理的資質のうち知識・記憶の面に関わる領域の問題であるといえる。したがって、両者の区別は依然として可能である。注意能力対応説をとる場合には、注意能力概念に限定を加えることが是非とも必要であると考える。

注意能力概念をこのように解すると、責任能力との区別は明らかであらう。たとえば、交差点の手前で信号が赤に変わろうとするのを現認した運転者が、突如心臓発作を起こし——しかも事前にその予見が全く不可能であったとして——ブレーキ操作をとることができず他の車に衝突した場合は、行為者にとっていかなる結果回避措置をとることも不可能であり、行為者の回避行動能力を考慮して設定された類型人を基準にすれば、違反した注意義務を確定する

こともできず、結局、違法性がないということになる。情報収集能力に瑕疵があったために危険性の認識を欠いたような場合も同様である。

これに対して、精神障害のため正常な判断能力を欠く者の不注意な行為の場合は、回避措置をとるよう動機づけるために必要な判断資料はそなわっているのだが、ただそれを適切に判断し動機づける過程に瑕疵があるのにすぎないのであるから、違法な過失行為は存在し、場合によっては責任能力が欠けて過失責任が成立しないことがあるということになる。

このように、注意能力はあるが責任能力はないという事例が考えられる以上、注意能力と責任能力との区別は依然として可能であり、注意能力対応説が、違法性と有责性との区別を曖昧なものにするものではないことはここでも明らかである。

- (1) この対立については、高橋敏雄・違法性の研究（昭和三八年）一頁以下、佐伯千似・刑法における違法性の理論（昭和九年）五五頁以下、竹田直平・法規範とその違反（昭和三六年）二四二頁以下参照。
- (2) たとえば、福田・前掲刑法総論一〇五頁。これに批判的なものとして、内藤謙「違法性における行為無価値論と結果無価値論」中編・論争刑法（昭和五一年）四〇―四一頁。
- (3) 佐伯・前掲書三二頁。
- (4) 高橋・前掲書四五頁以下。
- (5) 内藤・前掲論文四二頁以下、中山研一・口述刑法総論（昭和五三年）一一五頁以下。
- (6) 佐伯・前掲書二六五頁。

- (7) 平野・前掲刑法総論一 一九六頁。
- (8) 井上・前掲過失犯の構造七八―七九頁、同・判例にあらわれた過失犯の理論(昭和三四年) 二二二頁以下。
- (9) 大塚・前掲刑法概説総論二三〇頁、福田・前掲書一〇四頁、西原春夫・刑法総論(昭和五二年) 一一三頁、日沖憲郎「違法と責任」刑法講座二卷八七頁以下、小暮・前掲「違法と責任(序説)」四二頁以下、莊子・前掲刑法総論〔新版〕七五頁など。ドイツでも有力のようである。Jescheck, a. a. O. S. 188 参照。
- (10) 福田・前掲書一〇四頁、小暮・前掲論文五八頁など。
- (11) 西原・前掲書一一三頁。
- (12) 加藤友朗「過失犯に於ける違法性」早大法研論集九号一九頁。
- (13) Seavy, Negligence-Subjective or Objective, 41 HARV. L. REV. 1 (1927).

五 結 語

以上、本稿は、まず注意義務の標準を検討し、純粹な客觀説も純粹な主觀説もこれを採用することはできないので、具体的類型人、すなわち行為者本人が属する類型人を基準にすべきであると解した。次に、個別、具体的な注意義務は、行為者の注意能力を調査することなしにこれを定立することはできず、その意味で、注意義務と注意能力とは対応関係に立つことを確認した。そして、注意能力概念を段階的に分析し、情報収集能力および回避行動能力のみを行為者の注意能力として考慮して具体的類型人を設定し、それを基準に注意義務を定立すべきことを論じた。最後に、注意能力対応説によっても、右にのべたような具体的類型人標準説をとれば、違法性と有責性との区別を不明確なものにするものではないことを明らかにした。

もとより、この結論は、一応の方向を示したものにすぎず、特に類型化に際して考慮すべき行為者の注意能力についての分析は、はなはだ不十分なものである。注意能力の問題は、注意義務の構造論や過失犯の処罰根拠論と密接な関連をもつので、これらの問題を視野におきつつさらに検討を続けていきたい。

〔追記〕 本稿脱稿後、平場安治「過失犯の構造」井上還暦・刑事法学の諸相（昭和五六年）三一〇頁以下に接し得た。同論文は、行為規範の規範としての構造とその対象たる行為の構造とを密接に関連させながら、過失犯の構造を明らかにしようとするもので、示唆を受けるところが多かった。