

# いわゆる段階的過失について

中 野 次 雄

これは、昭和五六年一月一四日に法学部三〇一教室で行った最終講義をほとんどそのまま活字にしたものである。

## はじめに

本日、ここに当早稲田大学法学部における最終の講義をいたしますことは、わたくしにとってまことに感慨深いこととであります。

ところで、この最終講義の題目をどうするかについて、いろいろ考えたのでありますが、今から五年余り前、わたくしがこの客員教授に就任することについて西原教授とお話をしていました時に、「早稲田に來られたら、その間に『段階的過失』の問題をひとつまとめてみてはどうですか。」という意味のことを言われたことを思い出しました。これは、わたくしが年來あたためていたテーマでもありますので、その御報告の意味で、これを最終講義の題目とす

いわゆる段階的過失について（中野）

ることにいたしました。不幸にして西原教授と結論を異にしましたが、これは学問の世界ではありがちなことであります。ただ、本日は時間の制約もあり、はたして十分皆さんに納得のゆくお話ができて御期待にそえるかどうか自信がありませんけれども、お許し願いたいと思います。

# 一

さて、段階的過失という問題が刑事裁判の実務で論議されるようになってから、もはや久しいことになります。

まず、段階的過失とはどういうものであるか。それは、結果を発生させる原因となった同一人の過失による行為が二個以上段階的に存在している場合である、というように一応定義しておいてよからうかと思います。たとえば、これは実際にわたくしが実務でぶつかった例ですが、あるトラックの運転手が、自らトラックに荷物を積み、かつ自らそのトラックを運転してある場所へ届けるというような場合に、まず、その積み荷のしかたが粗雑で、ある程度の動揺によっても落下する危険のあるような積み方をした。しかも、その後そのトラックを自分で運転して行く途中に、運転のしかたが乱暴であったためにトラックが不必要に大きく動揺し、そのため積み荷が落ちて附近にいた通行人を傷つけた、というような場合がその一つの例であります。この場合、しっかり積み荷がしてあれば、少しぐらい運転が乱暴でも荷は落ちなかったはずであり、また荷の積み方は粗雑であっても、運転のしかたが慎重であれば荷は落ちなかったであろうというような関係にありますから、その二つの過失による行為は、両々相まって結果を発生させたといえます。

また、もっとしばしば見られる例としては、酒酔い運転と運転中に起こした過失致死傷を挙げることができます。すなわち、その者が酒に酔って注意力が散漫になっていたために前方注視を怠り、事故を起こしたというような場合がそれであります。この場合も、運転を予定しながら酒を飲んだ行為、あるいは酒に酔っているのに運転したという行為、それと前方不注視のまま進行を続けたという三つの過失による行為が、結果発生の原因となっているわけであります。

さて、この段階的過失について問題となるのは、当該過失犯の構成要件に該当する行為——以下これを「実行行為」と申しますが——その当該過失犯の構成要件に該当する行為は、前後二個以上ある行為のすべてがそうであるのか、それとも、結果に直結する最後の行為——これを「直近行為」と言うことにしますが——それだけか、ということでもあります。さしあたり、西原教授の用語例を借用して、前の考え、すなわち、二個以上のすべての行為が過失犯の構成要件該当行為だという考え方を「過失併存説」、最後の直近行為だけを過失犯の実行行為とみようとする説を「直近過失一個説」と呼ぶことにいたします。

しかし、なぜそういうことが問題になるのか、どちらでも同じことではないかと考える方があるかもしれません。しかし、実務においては、まず第一に、起訴状においては公訴事実、有罪判決においては「罪となるべき事実」すなわち構成要件に該当する事実を示さなければなりません。そのためには、実行行為を特定する必要があるわけで、それはまた、訴因の特定の問題でもあります。後日において訴因変更の問題が生ずることを考えますと、これは、どちらでもいいというような問題ではありません。また、罪数の問題も、なにを構成要件に該当する行為と考えるかによ

って、結論を異にしてくるはずであります。それらの点を考えますと、やはりこれは十分問題とする価値のある問題だと思われるのであります。

ところで、実務においてこの段階的過失の問題が一般にはつきり意識される契機になったのは、昭和四〇年三月二〇日の札幌高等裁判所判決<sup>(2)</sup>であつたといつてよろしいと思います。この判決の事案は、次のようであります。すなわち、トラックの運転手である被告人が、運転免許を持たない、しかも運転技量の未熟な同乗者のAから、しつこく自分に運転させると要求されて、運転をその無免許の人間にゆだねたのでありますが、自分はその助手席に座っていないが、漫然仮睡、つまり居眠りをしていて、適切な指示助言を与えることを怠つたために、運転していた者が運転操作を誤り、対向車と衝突して、人身事故を起こしたというのであります。原判決は、被告人の過失を否定して無罪を言い渡したようではありますが、これに対し検察官が控訴しまして、被告人には、第一に、Aに——Aとは免許を持たない同乗者ですが、その男に——運転をまかせた過失と、第二に、Aに対する運転操作の指導監督を誤つた過失と、二個の注意義務違反があるというふうに、検察官は控訴趣意で主張をいたしました。これに対し、札幌高等裁判所は、結論としては被告人の過失責任を認めて有罪にしたのでありますが、検察官が主張する二個の過失のうち、後のほうの適切な指示助言を怠つた点だけを、罪となるべき事実としてとらえております。そして、その一般的前提として、過失の存否を判断するには、結果を起点として因果の連鎖を遡り、その者の作為または不作為によつて因果の流れを変え得たと目される最後の分岐点につきまず過失責任の有無を検討し、それが否定されてはじめて、それ以前の段階に遡つて同様の検討をくり返すべきである。もし、結果に接した時点で過失が認められるならば、それがその

過失犯の構成要件該当部分、つまり、罪となるべき事実であり、その場合、それ以前の段階について注意義務の存否を問題とすることは、被告人の刑事責任を追及する上でまったく無意味である、という趣旨の説示をいたしております。これは、明らかに、前に述べた直近過失一個説の立場をとったものと考えられます。

これに對しましては、これを支持する論者と、過失併存説の立場からこれに反對する論者とが對立しております<sup>(3)</sup>、わが西原教授もまた、その教科書において、併存説を支持しておられます<sup>(4)</sup>。下級審の判例もまた二つに分かれて<sup>(5)</sup>いるというのが現状であります。

## 二

さきにわたくしは、段階的過失の問題は、当該過失犯の構成要件該当行為すなわち実行行為はどれなのかという問題だと申しました。しかし、その問題の設定のしかたにも、異論が考えられないわけではありません。たとえば、正田満三郎教授のように、過失犯には行為というものはないのだと説かれる学者もあります<sup>(6)</sup>。これによれば、右の問題設定はそれ自体無意義になってしまうでしょう。しかし、犯罪とはなんらかの行為であると考えらるわたくしにとりましては、過失犯に行為がないということは到底理解のできないことであります。また、同教授を除く他の学者はすべて、過失犯にもなんらかの行為——それを「行為」と呼ぶか、他の名称、たとえば行態というような名称で呼ぶかは別であります——が存在することは否定してはいないとみて差し支えないと思います。ヴェルツェルもまた、過失犯について、構成要件的行為 Tatbestandshandlung という概念を認めているのであります<sup>(7)</sup>。

したがって問題は、過失犯における行為とはどのようなものかということになります。この点については、いわゆる新過失論が出てくる以前のいわゆる伝統的過失論は、故意犯に対する過失犯の特殊性をもっぱら責任の面だけで考えておりましたから、行為の面ではそこに区別はないと考えられていたように思われます。このことを明言されたのは宮本英脩博士で、博士は、過失犯について、「違法行為一般としていへば、その問題となる事項の範囲は故意の場合と同一である。蓋し故意に為すことが許されない行為は過失に依つて為すことも亦許されないからである。」<sup>(8)</sup>と言っておりますが、それは、まさにそのことを言おうとされたものと思われまます。

それでは、いわゆる新過失論においてはどうか。そもそも、なにを新過失論と呼ぶかについても問題がないわけではありませんけれども、一口に言つて、過失犯の違法面における特殊性に着目し、客観的注意義務違反ということを中心として過失犯の構造を考える立場だ、と定義しておいても、大きな誤りはないだろうと思います。しかし、その新過失論が過失犯の行為をどう考えているのかについては、率直に言つて、一部の論者を除いて必ずしも明瞭であるとは言えないように感ぜられます。

平野龍一教授は、新過失論とは、客観的注意義務違反という不作為を過失行為だと考える理論だと言っております。<sup>(9)</sup>しかし、はたしてそこまで言えるかどうかはわたくしは疑問に思うのでありまして、新過失論者の中でも、過失犯の実行行為という概念を認める福田平<sup>(10)</sup>、大塚仁<sup>(11)</sup>両教授などは、注意義務違反ということとは別に行為を考え、注意義務違反はむしろその行為の違法性に関する要素と考えておられるように理解されるのでありますが、たしかに、新過失論者の中に、注意義務に違反したことをそのまま不作為としての実行行為と考える人があってもおかしくないは

ずでありますし、少なくとも新過失論が、ともすれば一般の人々に、過失行為をそういう不作為だと思わせる傾向をもっていることは認めざるをえないところだろうと思います。

しかし、過失犯の行為を客観的注意義務違反という不作為と考えることが不当であることは、平野教授がくり返して指摘されているとおりでありますし、<sup>(12)</sup> わたくしもまた、同じ趣旨のことを「刑法総論概要」の中で述べておりますので、時間の関係上、ここでは詳細な説明を省略させていただきたいと思えます。要するに、前方注視を怠ったという不作為、あるいは、手術用の器具の消毒を十分にしなかったという不作為、そういうものが過失行為であるのではなくて、そのまま自動車を横断歩行者に向けて同じ速度で走らせたという作為、あるいは、消毒不完全の器具を使用して手術をしたという作為、すなわち結果を発生させた行為そのものが過失犯の実行為でなければならないと考えるのであります。

しかし、そのように考えたからといって、それで過失犯の行為の問題が解決されたとはまだ言えません。周知のとおり、故意犯では、いかなる行為をもって実行行為とみるかという問題は、実行の着手の問題、正犯と加担犯（すなわち狭い意味の共犯）との区別の問題として論じられており、そこでは明らかに、実行行為とそれに至らない行為つまり予備行為あるいは加担行為とが区別されております。過失犯の構成要件該当行為の場合はどうであるか、それを考えてみなければなりません。

過失犯においてなにが構成要件該当行為つまり実行行為なのかを特定することが、訴因ないし判決理由の罪となるべき事実との関係で、さらには罪数決定のためにも必要であることは、さきほど段階的過失の場合について述べたと

ころでありますが、さらにこれを一般的に言いますならば、過失犯の未遂を処罰していない現行法のもとでは、実行の着手時期の問題は実益を持っておりませんけれども、その行為が過失犯の実行行為なのか、それとも故意犯の教唆・幫助行為に対応するところの実行行為とはいえない一種の加担行為であるのかという問題は、重要性を持っております。なぜなら、もしそれが実行行為であるならば、行為者は当然それから生じた結果について過失犯としての刑責を負担しなければならぬのでありますが、もしそれが加担行為たる性質を持つにすぎないと考えれば、現行法上、過失による教唆・幫助は処罰されないという多数説をとる限り、かりにそのために結果を生じたとしても、その行為は不処罰だということになるからであります。したがって、この過失犯の過失行為の実行行為性の問題は、やはり重要な問題だといわなければなりません。

さて、古く、伝統的過失論の時代に、泉二新熊博士は、「過失ニ因リ相当因果関係ヲ発生セシムルヲ過失行為ト称ス」と説かれました。<sup>(14)</sup>要するに、結果に対して相当因果関係にたつ過失行為はすべて過失犯の構成要件該当行為だという趣旨でありましょう。そして、この考え方は、新過失論の時代になりましたも、強く、一般の実務・学説を支配しているようにわたくしには感ぜられます。

今日の相当因果関係論においては、因果関係の相当性の範囲は、かつての「経験上通常」というのから「稀有でない」、「そういうこともありうる」という程度に緩められてきております。したがって、故意犯の場合でいいますと、結果から逆に遡って考えて、実行行為はもとより、予備行為、あるいは教唆・幫助行為もやはり結果に対して相当因果関係ある行為だということにならざるをえません。それゆえ、過失犯において、結果と相当因果関係にたつ行為は



すべて構成要件該当行為だということは、故意犯の場合だと予備行為・加担行為であるものが、過失犯ではすべて構成要件該当行為、すなわち実行行為になってしまふことを意味します。現に、西ドイツでは、過失犯には、故意犯のような正犯・共犯の区別はない、というのが通説だといわれておりますが、それはすなわち、結果との間に因果関係のある行為をすべて過失犯の構成要件の行為だと考える考え方にほかならないわけであります。しかし、西ドイツでも、そのままでは過失犯の成立範囲が広くなりすぎると考えられるところから、それを限定するために、別に、客観的帰属の理論ないしはその一つとしての規範の保護目的の理論などが説かれていたというのが、西ドイツの現在の学説状況であるようにわたしには思われます。

これに對しまして、わが国では、特に、新過失論をとらない学者の側から、過失犯の実行行為そのものの範囲をもっと限定すべきだという主張がなされていることに注意する必要があります。たとえば、その急先鋒である平野龍一教授は、それは単に結果に対して因果関係があるというだけの行為ではなくて、結果発生の「実質的で許されない危険」を持った行為でなければならぬ、とはつきり主張されました。<sup>(17)</sup> また、内田文昭教授は、これを、「当該構成要件に規定された結果を惹起しうるほどの実質を備えた」行為だとし、その実質としての危険性は、「具体的な状況下における当該行為そのものの現実的可能性」だというふうに説いています。<sup>(18)</sup> さらに、新過失論者であるところの福田平教授もまた、「過失犯における構成要件の行為は、……構成要件の結果惹起の現実的危険性をもった非故意の行為である」と説かれています。<sup>(19)</sup> これもほぼ同趣旨だろうと思います。こういう見解が、かなり有力に主張されているところに、わが国と西ドイツとの学説状況の差を認めることができるようであります。

わたくしもまた右の考え方に賛成する者の一人であります。故意による結果犯の場合、その実行行為性のメルクマールは、結果発生の危険の程度、すなわち、わたくしの考えでは「直接の危険性」でありますけれども、<sup>(20)</sup>刑法は、このような危険性のある行為だけを実行行為として処罰するのを原則とし、これを予備行為あるいは従属性の適用のある加担行為と区別しているわけであります。これは、あくまで行為の客観的な危険性、法益侵害性に着目して、それが直接の危険であるか間接の危険であるかによって可罰評価を区別しているものとみななければなりません。そうしてみると、この刑法の立場は過失犯においてもとられているとみるのが一貫します。なぜなら、故意行為か過失行為かは、行為者に責任非難を加える面ではきわめて重要な区別でありますけれども、行為の客観的な危険性、客観的な法益侵害性という点では本質的に変わりがないと考えるからであります。刑法が過失犯に限って危険性の弱い行為をも処罰しようとしていると考えるのは、右に述べた刑法の可罰評価の根本趣旨に反し、故意犯の場合と釣り合いを失うものでありまして、それにもかかわらずなぜそうしなければならないのか、その理由を発見するに苦しむからであります。

第一に、故意と過失とは異なる責任形式でありますけれども、未必の故意と認識ある過失との区別の問題にみられるように、実際にはその区別に非常にデリケートなものがある場合があることは否定できないところで、そういうデリケートな一線を少し越えるか越えないかで実行行為の範囲が根本的に違ってくるということには、はたして合理的な理由があるであらうでしょうか。

また、過失犯の法定刑が故意犯のそれよりも一般的にみてかなり軽いことは確かですが、それは、責任類型

の軽重に理由があるのであって、刑が軽いから実行行為の範囲を拡張してよいということにはなりません。ことに業務上過失致死傷罪のようにかなり重い法定刑を定めている過失犯処罰規定が出現している現在においては、なおさらのことだろうと思います。

第三に、過失犯においては、結果との間に他人の行為が介在し、したがって、時間的にみて結果発生よりかなり早い時点における過失行為が実行行為としてとらえられることが少なくありません。最近の判例に現れたサウナ風呂の製作・販売行為が失火罪の過失行為とされた事案<sup>(21)</sup>では、製作・販売と火災発生との間に一年以上の間隔があるようでもあります。そういう、結果から時間的に非常に手前の行為が過失の実行行為とされる事例が往々にしてありますのは、おそらく、社会には危険を伴う仕事が続次数人の手を経て行われることが多いことに基づくのであらうと思います。そして、このような過失行為を処罰するためには過失犯の実行行為の範囲をある程度緩やかに考える必要があるのではないか、という考えがあるかもしれません。しかし、そういう行為が処罰されるのは、その行為の終了によって事態を他人の手、すなわち因果の流れにゆだねたという点で、やはり「直接の危険」を生ずるからであります。この点については、あとでもうちょっと触れたいと思いますが、直接の危険というのは決して時間的な切迫性を意味するわけではありません。したがって、かような行為を処罰するために実行行為の範囲を相当因果関係ある行為にまで広げる必要はないとわたくしは考えます。

これを要するに、結果発生の直接の危険ある行為だけを実行行為として処罰するという刑法の大原則は、故意犯と過失犯とで共通であるべきであって、過失犯なるがゆえに処罰すべき行為の範囲が広くてもよいという理由は成り立

たないとわたくしは考えるのであります。

### 三

さて、以上のことを前提として、段階的過失の問題に戻りますが、この問題における過失併存説と直近過失一個説との違いは、結局のところ、過失犯の実行行為一般について、結果に対し相当因果関係に立つ行為であればすべてそれに該当すると考えるのか、それともこれをもっと限定して、実質的な危険、現実的危険ないしは直接の危険性をもつ行為に止めるかという立場の相違に帰着することが明らかになります。もし、相当因果関係にある行為で足りるというのならば、段階的過失における前後の行為は当然いずれも結果に対して相当因果関係に立ちますから、自然、両者ともに過失犯の構成要件該当行為を構成するという過失併存説にならざるをえないことになります。これに対して、直近過失一個説は、過失犯の実行行為を危険性によって限定する立場をとるのでなければ説明できないであります。かつて直近過失一個説を相当因果関係の有無で説明しようとする試みがなされたことがあります。それが成功したと思えないのはそのためであります。

わたくしは、すでに、過失犯の実行行為を故意犯のそれといわばパラレルに限定する立場を正しいと考えるということを示しました。したがって、段階的過失の問題について、結論として直近過失一個説をとることになるのは、右に述べたところから明らかであります。たとえば、冒頭に挙げた事例、すなわち、トラック運転手が複雑な積み荷をし、しかも乱暴な運転をしたため、その荷が落下した場合でいいますならば、もしこれを故意犯の場合にひき直せ

ば、その荷を積む行為は、落下という結果からみればまだ予備行為であって、実行行為でないといわなければなりません。したがって、過失犯の場合もこれと対比して考える私の立場からすると、その場合の過失行為、実行行為はやはり乱暴な運転をした行為だけだということになるわけであります。

しかし、このように直近過失一個説を主張するにつきましては、これに対して過失併存説の側からなされているいくつかの批判に答えておく必要があります。

第一に江崎太郎判事（当時）は、一個の結果の原因となる過失行為は数個あっても差し支えない、その数個の過失は同一人によるものでも数人によるものでも同じではないか、と言われました。<sup>(22)</sup> たしかに、数人の過失行為が競合することがあるのは、事実として認められるところであります。右の積み荷の設例で申しますならば、トラックに荷を積んだ者とトラックを運転した者とが別人であった場合には、最初に荷を積んだ者にも過失犯の刑責を認めてよいであります。ということ、その場合は、積み荷行為をその者の過失実行行為とみるということでもあります。それならば、同一人が積み荷をしかつ運転した場合でも、その積み荷行為は実行行為でなければおかしいのではないか、というのが江崎判事の言おうとされたところだと思われれます。これはまことにもつとも聞こえる議論であります。しかし、結果犯における実行行為を直接の危険という基準で考えますならば、行為者が同一人であるか数人であるかによって結論を異にするのは、決しておかしいことではありません。この点について参考となるのは、ドイツの刑法学者ロクシンの「実行未遂の開始」という論文<sup>(23)</sup>であります。ロクシンは、夫の旅行中に妻が、夫を毒殺する目的で、夫がいつも自分で飲むコーヒーの粉に毒を混ぜておいたという設例を挙げまして、この毒を混ぜた段階では、事態は

まだ完全に彼女の手中にある、手のうちにあるのであって、彼女はいつでもその毒の入ったコーヒーの粉を捨てることが可能である。このように事態がまだ行為者の支配下にある場合は、実行の着手は存在しない、予備段階にすぎない。いよいよ彼女がその事態から手を離れたとき、たとえば夫がもう帰宅したとか、そうでなくてもその妻が毒入りコーヒーをそのままにして旅行にでかけてしまったというような場合に、はじめて実行の着手がある、とロクシンは言うのであります。おそらくこれは、その時期が来た時にはじめて不作為としての実行行為があると考えるのではないかと思うのでありますが、これをわたくし流に言い換えますと、事態を手から離して因果の流れにまかせたときにはじめて直接の危険が発生するのであって、事態が行為者の支配下にあるかぎり、まだ直接の危険は生じていないということであります。これは故意犯の設例であつたわけでありますが、実行行為を故意犯のそれと基本的にパラレルに考えようとするわたくしにとっては、そのまま借用することのできる理論であります。すなわち、積み荷の例で申しますと、運転手は、そういう粗雑な積み荷をしても、あとで直すこともできるし、また慎重な運転をすることによって積み荷の転落を防止することもできたわけであります。つまり、事態ないし事の成り行きはまだ彼の支配下、手中にあつたわけで、積み荷をしただけではまだいわば予備の段階にあつたわけであります。積み荷転落の直接の危険は、乱暴な運転行為によって生じたのであり、それを実行行為と考へべきだということになります。これに対して、その粗雑な積み荷をした者は積み荷をするだけで、他人がそのトラックを運転する場合を考えてみますと、そのトラックを運転者に引き渡したときに、彼は事態を手から離し、因果の流れにまかせたことになりましたから、そこに彼の関係では直接の危険が発生したということができ、この場合は実行行為を認めることができます。このように事態

を手から離れたかどうかで実行行為性を考えるならば、同一人が引き続き運転することになっている場合にはまだ実行行為は存在していないが運転を他人にまかせる場合にはすでに実行行為が存在すると考えることは、なんら矛盾しないわけであります。

次に、石井一正判事による批判に<sup>(24)</sup>触れますと、第一に、実務上、直近過失を認定することが困難な場合が多いということが言われております。それは、実際そうであるかもしれませんが。しかし、そのことが過失併存説の論拠になるというのは、わたくしにはなほだ理解しがたいところであります。まさか、認定できない直近過失行為と、これに先行する過失行為との併存を認定せよという刑事裁判の鉄則に反することを主張されるわけでもないでありましょう。したがって、あるいは、直近過失一個説は直近行為のみを過失行為とみるから、直近過失行為が認定できない以上、過失行為というものがなくなって、無罪にせざるをえないことになる、とこういうふうに考えているのかもしれませんが。しかし、これは、直近過失一個説に対する明らかな誤解であります。この説は、直近過失行為だけを実行行為とみるといっているのであって、その前段階の行為が過失による行為であることまで否定しているわけではありません。そして、直近過失行為が認定できなければ、その前段階の過失の認められる行為を直近過失行為と認定すべきであることは、重い罪の証明が不十分な場合に認定の可能な軽い罪で有罪にするのと同じことであります。なお、直近行為と先行行為とのいずれに過失があるのか確定しがたい場合があるということも言われております。そういう場合もあるいはあるかもしれませんが、あったとしても、そういう場合が過失併存説を採れば解決できるとは到底思われません。けだし、それは二個の過失行為がそもそも認められない場合だからであります。<sup>(25)</sup>

それから第二に、石井判事は、過失行為の競合を否定できない事例として、前方不注視と高速運転が重なり合つて事故を起こしたという事例を挙げておられます。しかし、これは、いわゆる注意義務に違反した不作為を過失行為と考える誤りにでているものでありまして、だからこそそこに過失行為が二個あると考えるのでありますが、前に述べたように、この場合、行為としては目的物に向けて高速で自動車を走らせたという一個の行為しかないのでありますから、そもそも段階的過失の問題ではないわけであります。この場合の速度違反は、行為を違法ならしめるひとつの要素でありまして、前方不注視は、運転者が認識すべきものを認識しなかったということにかかわる責任要素としての過失を示すものであるのにすぎません。いいかえるならば、この場合には二個の行為がはじめから存在しない、したがってそれは段階的過失の問題ではないのだということです。

最後に、過失併存説の側からの直近過失一個説に対する批判として、直近過失一個説をとると適切な責任判断ができなくなる場合が生ずるというふうに言われております。たとえば、西原教授は、「過失の程度というものを考慮するためには、直近過失の原因たる過失も、直近過失と併列している過失も、当該結果発生についての過失として認定すべきであろう。」として、これを過失併存説をとる理由としておられます<sup>(26)</sup>。その他にもこれと同じような批判は多くなされております。たしかに、責任非難は直近過失行為よりもその前提をなす過失行為のほうにより多く向けられる場合が少なくないであります。初めに述べました札幌高等裁判所判決の事案をみましても、無免許の人間に運転を委ねた前段階の過失のほうが重い非難に値するのではないかと江崎判事は指摘されましたが、それはごもっともであります。したがって、もし直近過失一個説をとった結果事案に即した適切な責任判断ができないことになる



いうのであれば、それは当然反省しなければならないことであります。

考えてみますのに、過失併存説からの右の批判の前提には、責任要素というものは実行行為の時点に存在しなければならぬという、いわゆる「責任要素と実行行為との同時存在の原則」があるわけでありまして、それはまた同時に、責任の量は実行行為の時点において存在する要素によつてのみ決定されるという考えにもつながり、その結果として、直近過失行為以前の段階における過失は一切考慮できないと考えるところからきていると思われます。しかし、責任評価というものはたしてそういうものでありましようか。ここでわれわれが当然思い出すのは、「原因において自由な行為」の問題であります。この問題について、同時存在の原則に固執する従来の多数説は、原因行為と実行行為とみる結果、実行の着手時期の点と、限定責任能力の状態での行為の処置の点で、すでに破綻をきたしたとわたくしには思われます。規範的責任論によれば、責任非難とは、その違法行為をしないことがその行為者に期待されたにもかかわらず、その期待を裏切ったことに対する非難であります。そうであるならば、そのような期待可能の関係が認められる以上は、その期待の理由となる責任要素が当該行為の時点以前に存していても少しも差し支えはないはずであります。すなわち、当該行為と先行行為の間に因果関係があり、先行行為の際に、結果行為についての予見もしくは予見可能性を含めた十分な責任要素が存在しているならば、結果行為に完全な責任を認めてよいとわたくしは考えます。<sup>(27)</sup>そして、そういう考え方は、「原因において自由な行為」の問題のように責任の存否についてだけでなく、責任の量——それは刑の量定という形で現れるわけではありますが——の決定についても同様に妥当するはずであります。すなわち、実行行為以前に存する責任要素を刑の量定にあたって考慮することは、裁判実務においては

「情状」という名のもとにつねに行われているところなのであります。

これを段階的過失の一つの場合、すなわち、自動車運転を予定している者が酒を飲み、酩酊状態で運転を開始し、走行中前方注視が不十分であったために横断歩行者の発見が遅れてこれに衝突したという事例について考えてみましょう。この場合の直近過失行為、すなわちわたくしのいう実行行為は、歩行者に向けて自動車を走らせた行為だといふことになりますが、その部分だけをみますと、酩酊しているという前提のもとでは、前方不注意についての非難は、正常人の場合に比してむしろ軽いといえるわけであります。しかし、その原因となっている運転開始行為、さらにはその原因となっている飲酒行為をしないことの期待はきわめて大きかったわけで、その期待に反したことに對する非難は、同時に当該実行行為をしたことに對する非難でもあるわけありますから、これを重ね合わせるならば、この実行行為に對する責任非難はきわめて大きいといふことができます。それは、当然、刑の量定に際して考慮せられるべきものでありまして、このように行為の実行行為性と責任の問題とを区別して考える考え方をとりますならば、直近過失一個説は、なんら適切な責任評価を妨げるものではありません。それと同時に、右に述べたように、直近行為以前の時点における不注意もまた当該責任量の決定には大きな意義を有することになりますから、最初に紹介しました札幌高等裁判所判決が、「それ以前の段階に属する注意義務の存否を論ずることは被告人の刑事責任を追究するうえで全く無意味である」というふうに説示したことは、どう考えても言い過ぎであり、少なくとも無用の誤解を招くものといわなければなりません。

## むすび

以上見てきましたように、裁判実務の面から発生したこの段階的過失の問題も、少し掘り下げて考えて行くと、いくつかの基本的な問題に突き当たることが明らかになりました。さしあたって考えられるその問題の一つは、過失犯の構造と関連して、過失犯にも故意犯と同じように実行行為とそれ以外の予備・加担行為の区別があるかという問題であり、その二は、結果犯における実行行為のメルクマールとしての直接の危険という概念の適用の問題であり、第三には、実行行為の責任をなによって判断するかという問題があったわけであります。これらは、いずれも刑法総論におけるきわめて重要な問題だといえることができます。その意味で、本日の最終講義の題目としてこの一見些細に見えるテーマを取り上げたことも、わたくしの当早稲田大学における五年間の勉強の成果の一部を御報告することになったわけでありまして、必ずしも無意義でなかったように思われます。

御静聴を感謝いたします。

(1) 西原春夫・刑法総論(昭五二) 一七七頁。

(2) 高裁判集一八卷二号 一一七頁。

(3) 支持説(直近過失一個説)として、佐野昭一「過失の構成と訴因」(判例タイムズ二六二号二〇五頁以下)特に二二六頁以下、片岡聡・裁判官からみた過失事犯(自動車事故)捜査の要諦二頁以下、同「過失の認定に関する実務上の諸問題」(法曹時報二七卷九号一頁以下)、朝岡智幸「業務上過失致死傷の問題点」(実務法律体系四卷)八八頁以下・一〇三頁以下、海

いゆる段階的過失について(中野)

老原震一・法曹時報二三卷五号の座談会「自動車交通事故と刑事上の諸問題(下)」中の四頁下段の発言、同「交通事件」(公判法大系Ⅲ一二八頁以下)一三四頁など。

反対説(過失併存説)としては、後に引用する江崎太郎・石井一正各氏と西原教授のほか、篠田公穂「いわゆる『段階的過失論』について」(判例時報八五五号一二頁以下、八五七号二六頁以下)、正田満三郎・刑法体系総論一〇八・九頁など。

(4) 西原・前掲。

(5) 直近過失一個説をとるものとして、前掲札幌高判のほか、東京高判昭和四六年一月二五日判例タイムズ二七六号三七一頁、同昭和四七年一月一七日同二七七号三七五頁など。

過失併存説をとるものとして、東京高判昭和四四年八月四日判例タイムズ二四二号三一三頁、同昭和四七年七月二五日同二八八号三九六頁、秋田地判昭和四八年一〇月五日同三〇七号三一四頁など。

(6) 正田・刑法における犯罪論の批判的考察二頁以下・一五六頁、同・刑法体系総論一〇二頁以下その他。

(7) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 131ff.

(8) 宮本・刑法大綱一五四頁。

(9) 平野・刑法概説八八頁。

(10) 福田「過失犯の構造」(刑法講座3)一二六頁以下、同・新版刑法総論七二頁以下。

(11) 大塚「過失犯における注意義務」(刑法講座3)一四三頁以下、同・刑法概説(総論)一二五頁以下。

(12) たとえば、平野・刑法・総論Ⅰ一九三頁以下、同「過失犯の構造について」(司法研修所論集一九七二—Ⅰ)三頁以下。

(13) 中野・刑法総論概要九二頁以下。

(14) 泉二・増訂刑法大要一七六頁。

(15) Vgl. Claus Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 241.

(16) これらの理論については、斉藤誠二「いわゆる客観的な帰属の理論をめぐって——危険をたかめる法理と規範の保護目的

の理論をも含めて——」(警察研究四九卷八号三頁以下)に紹介がある。

(17) 平野・刑法・総論Ⅰ一九三頁以下。

(18) 内田・刑法Ⅰ(総論)一一九頁以下。

(19) 福田・新版刑法総論七三頁。

(20) 参照、中野・前掲書八二頁。

(21) 最決昭和五四年一月一九日刑集三三卷七号七二八頁。

(22) 江崎・判例タイムズ一九九号七三頁以下(前掲札幌高裁判決の研究)、特に七五頁。

(23) Claus Roxin, *Der Anfang des beendeten Versuchs*, *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, S. 213ff.

(24) 石井「交通事故における過失の個数」(判例時報八〇八号三頁以下、八〇九号三頁以下)。

(25) ただし、この場合はいわゆる択一的認定の問題があることに注意。

(26) 西原・前掲。

(27) 参照、中野・前掲書五三頁・一八三頁以下。

〔附記〕以上の注は、印刷に付するにあたって、読者の参照の便宜のために最小限度において記載したものである。