

氏名 (生年月日)	ヤマ モト ヒロ ヌキ <b>山本 紘之</b> (1978年12月18日)
学位の種類	博士 (法学)
学位記番号	法博乙第114号
学位授与の日付	2024年3月14日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第2項
学位論文題目	<b>近代刑法原理と過失犯論</b>
論文審査委員	主査 只木 誠 副査 曲田 統・安井 哲章・高橋 直哉・北川 佳世子

### 内容の要旨及び審査の結果の要旨

#### I 本論文の主題と構成

山本紘之氏より提出された博士学位 (乙) 請求論文『近代刑法原理と過失犯論』の構成は以下の通りである。

#### 序章

#### 第1部 基礎理論

- 第1章 予見可能性の「契機」について
- 第2章 予見可能性の「契機」の実態について
- 第3章 過失犯における情報収集義務について
- 第4章 予見可能性の判断枠組みについて
- 第5章 過失犯の処罰限定論について

#### 第2部 周辺問題

- 第6章 過失犯における主観的正当化要素について
- 第7章 過失不作為犯をめぐる議論の素描
- 第8章 過失犯における作為と不作為
- 第9章 過失不作為犯における限定要素
- 第10章 複数関与者における過失責任の画定
- 第11章 過失犯における遡及禁止論について

## II 本論文の概要

### 1. 本論文の目的および構成

本論文は、これまで一貫して過失犯論を研究してきた筆者による研究を『近代刑法原理と過失犯論』というタイトルの本書にまとめあげたものである。すなわち、本論文は、いまなお論争が続き、決着をみない過失犯論の個々の問題について、比較法的手法を用いて、同時に、我が国の学説・判例のそれぞれの現状を正確に描き出し、過失犯論、とりわけ「予見可能性」についての判断基準を提示しようと試みたものである。

そこでの考察は、近代刑法の原理である責任原理と罪刑法定主義、特に明確性の原則という視点から過失犯論を再構築することを意図しており、すなわち、本論文は、ドイツで過失犯論の第一人者で代表的オピニオンリーダーであるグンナー・デュトゲの指摘に示唆を得て、明確性の原理の要請に沿う過失犯論と、我が国のこれまでの議論との接合を図るものである。

本論文は2部構成をとっている。第1部では、基礎理論として、責任原理と明確性の原理に沿う過失犯論の全体像の構築を試みる。それを踏まえて第2部では、違法性、不作為、共犯といった周辺問題を扱い、もって過失犯論の全体像を示そうとしている。本論文の特色は、比較法的手法を用いつつ、我が国とドイツの学説と判例を丹念に紹介した上で自説を補強している点にあり、それが本論文の主張を説得的なものにしているといえよう。以下、敷衍する。

序章は、第1部の全体像を概説するものである。

責任主義とは責任がなければ犯罪は成立しないとするものであるが、本論文は、この責任主義にかなった過失犯論の構築のためには、行為者の認識を出発点としなければならないとする。犯罪事実の認識・認容がある故意犯と異なり、過失犯は一般には「無意識」のうちに行われるという点にその本質があると説かれてきたが、行為者の認識を明らかにしなければ、行為者個人の責任を問うことはできないとされており、このような認識は判例実務からも看取し得るという。

そこで、本論文は、予見可能性の判断において判例が用いる「因果経過の基本的部分」を経て構成要件実現に至ることを連想し得る事情を「契機」と呼び、この契機を認識していれば、その認識を根拠に行為者の予見可能性、そして刑事責任を問うことが可能であるとする。問題は、「契機の認識」に至らない程度の抽象的な危険の認識しかない場合であるが、本論文は、抽象的な危険の認識しかない場合は前方注視義務のような情報収集義務を行為者に課し、それを通じて予見されたであろう事情の存否の如何を刑責判断に組み込むことによって行為者に刑事責任を問うことが可能となるとし、このような試論によって、刑事責任を問わなければ処罰の不均衡が生じるといった事例はなくなるのではないかと主張する。

以下の第1部は、このような主張に基づく構成の試論を敷衍するものである。

### 2. 「第1部 基礎理論」の概要

第1部では、過失犯論、とりわけその要件である「予見可能性」を考察している。

「第1章 予見可能性の『契機』について」では、筆者は、先に述べたデュトゲが「契機」を過失責任の要素とした背景を明らかにし、これに対する批判を検討することを通じて、「契機」の必要性を論証する。

すなわち、予見可能性を肯定する要素としての「契機」を過失責任の要素とすることは、責任原則に合致するとする一方で、義務を忘却した場合（例えば、投棄を失念した場合等）不可罰となってしまうなどの批判がなされているという。しかし、これについては、本論文は、義務を認識している時期へと問責対象の時点を移し替えることによって可罰的とすることが可能であるとし、基本的視座としてデュトゲがいうような契機の認識を基軸として過失概念を構成していくことが妥当であるとしている。

「第2章 予見可能性の『契機』の実態について」では、筆者は、日本とドイツの裁判例を通じて、上記「契機」の具体化を試みようとする。

そもそも、契機とは、ドイツの裁判例から見出されるものであるが、筆者は、過失犯の類型ごとに検討を加えたうえで、契機を基軸とした過失概念による結論が、少なくとも我が国の実務において受容可能であることを示そうとする。そして、例えば交通事故において子どもが被害者である場合、被害者となり得る当該子どもの存在は行為者にとって「契機」たり得る事情であるが、前方を注視してこれを認識していたが衝突した場合が可罰的とされる一方、前方不注視のためこれを認識しないまま衝突した場合は不可罰とされることは、均衡を欠くといわざるを得ない。このようにして、契機概念を基軸とすることが正当であり、我が国の実務にも受容可能であるとする一方、なお、そうであるとしても、前方を注視していなかったために子どもや標識を見落としていた場合に過失責任を問えないというのは不合理であるとして、情報収集義務の検討の必要性を指摘し、次章に移る。

「第3章 過失犯における情報収集義務について」では、筆者は、まず、情報収集義務の内容を明らかにしようとする。すなわち、日本で伝統的に説かれてきた結果予見義務においては構成要件的結果が予見義務の対象であったように思われるのに対して、情報収集義務は、当該行為は危険か否かの判断を行うための情報が対象となり、したがって、間接的な義務にとどまるとし、それゆえに、契機よりも抽象的な危険事情が認識されている場合にこそ意義を有する、とする。

その上で、不注意のため上述の契機の見落としていた場合行為者に責任を問えないということは不合理であることから、情報収集義務違反の存否の如何をもって予見可能性、過失責任を基礎づけ得るとしている。そして、情報収集義務は、それ自体を独自の注意義務として位置づけるべきではなく、非難の重点となるのはあくまで直接の結果回避義務とすべきであるとし、このような情報収集義務の性質に鑑みると、これが課されるのは直接の結果回避義務が課されるべき時点に先んじた抽象的な危険の認識の存否の時点にとどまる場合と考えるべきである、とする。

なお、筆者は、予見可能性の結果回避義務定立機能に照らせば、情報収集義務の履行によって、

故意犯の成立に必要な事柄が認識されていることまでは要求されないが、予見可能性は主観的帰責機能も有すべきであるから、義務の懈怠が直ちに刑法的な帰責につながると解すべきではないとし、渋谷温泉施設爆発事件において、被告に結果回避義務の懈怠があつたとしても、例えば排気ファンの存在によって結果回避が確実であり、それがゆえに、情報収集義務の履行によつても具体的な予見に到達できない場合は、行為者は免責されるべきであり、これを否定すべきではないであろうとして、同事件における大谷補足意見を字義通り解することに警鐘を鳴らしている。

「第4章 予見可能性の判断枠組みについて」は、以上で検討してきた契機と情報収集義務を基軸とした予見可能性の判断方法をあらためて確認し、筆者の過失概念を展開するものである。

すなわち、筆者は、契機の認識があればそれを根拠に予見可能性を認め、行為者の責任を問うことに問題はなく、契機の認識がない場合でも情報収集義務を履行したとすれば契機に到達し得たといえる場合にも予見可能性を認めるという判断構造が導き出される。そして、情報収集義務の履行を仮定した予見の「可能性」判断は、違法性の意識の可能性の判断における照会義務を通じた判断に通底するものであり、行為者に不当な仮定を行つたり、行為者の可能性を擬制したりするものではない、としている。なお、情報収集義務の発生根拠としては、伝統的には特別法がひとまずの目安とされてきた、としつつも、筆者は、特別法違反が直ちに刑事過失を基礎づけるものではないとしている。

「第5章 過失犯の処罰限定論について」では、従来、過失犯処罰の拡大が、とりわけ医療現場において医療の萎縮をもたらしているという防御的医療論が主張され、事実上の結果回避可能性という視点において、具体的には、重大な過失のみを処罰するという処罰限定論が主張されてきたことに対して、筆者の考え方が提示されている。そして、そのような立場には立たないことの理由として、例えば、過失犯処罰を重過失によるものに限るという処罰限定を行つたとしても、何が処罰される重過失にあたるのかという判断には、やはり不明確性がつきまとうからである、とする。すなわち、処罰限定論に対して、明確性の原則から契機概念を提唱し、契機概念を基軸とする筆者の過失概念は、行為者が行為規範に直面したことに着目するものであるから、一定の明確性を担保することができるとしており、行為規範と特別法やガイドラインを関連づけることによって、さらなる具体化を図ることができるとするのである。

また、重大な過失といつても、初歩的なミスもこれに含まれ得るところ、本論文は、初歩的なミスのすべてが重大な過失となるというわけではないと批判を加えている。

このように考えることによって、本論文が提唱する契機と情報収集義務を基軸とする過失概念のもと、責任主義と明確性の原理に沿う過失判断が担保されるとするのが、第1部の結論である。

### 3. 「第2部 周辺問題」の概要

第2部からは、違法性などの周辺問題が検討されている。

「第6章 過失犯における主観的正当化要素について」では、まず、過失犯における主観的正当化要素を手がかりとして過失犯の違法性の問題を取り上げている。従来、過失犯においては無意識がその本質であるとされていたため、主観的正当化要素の扱いが問題となり、例えば防衛の意思必要説は過失犯においてこれを徹底できないという批判が加えられていたが、本論文において、筆者は、たしかに主観的正当化要素を不要とすることはできないとしながらも、その上で、過失犯においては犯罪成立の判断における主観的要素の重要性が故意犯よりも微弱なものであることに照らせば、主観的正当化要素の内容もまた故意犯よりも微弱なもの、緩和されたもので足りる、としている。

そして、過失不作為犯で問題となるのは、作為と不作為の区別、注意義務と作為義務の機能の峻別、正犯性の問題であるとして、第7章以下では、筆者は、例外的現象形態である不作為犯を取り上げている。

「第7章 過失不作為犯をめぐる議論の素描」では、過失不作為犯の問題について我が国における議論を概観し、①過失犯における作為と不作為の区別の問題、②作為義務と注意義務の区別の問題、そして、③主体の選定という問題があることを整理し、作為と不作為の関係を考察する基礎を明らかにしようとしている。なお、特に②と③の問題については、判例と学説の歩み寄りが見られることを指摘している。

「第8章 過失犯における作為と不作為」においては、第7章の議論を受けて、作為と不作為の区別を検討し、筆者は、ドイツの判例で用いられている非難の重点説は、たしかに単独では曖昧にすぎるといわざるを得ないことから、種々の学説を検討したうえで、法益侵害（の危険）という点と非難の重点は両立し得ることを踏まえて、法益侵害との関係（性）において非難の重点を判断することによって基準の具体化を図ることができるとしている。

「第9章 過失不作為犯における限定要素」では、筆者は、渋谷温泉爆発事件などの判例を詳細に検討しつつ、過失不作為犯という類型において、予見可能性や作為義務といった要素がどのように機能しているかを明らかにしようとする。予見可能性に関しては、現在の裁判例では、「因果関係の基本的部分」の認識という定式が用いられているが、この定式について、筆者は、従来、その内実が曖昧であったことは認めざるを得ないものの、同定式が有する結果回避義務定立機能と主観的帰責機能という二つの役割の重要性は否定できないとする。その上で、義務懈怠があったからといって直ちに帰責を認めるべきではなく、行為者に帰責が可能かどうかを検討するために、事後的に判明した事情であっても、二次的（あるいは三次的）な回避措置によって結果が確実に回避できたか否かの検討はなされるべきであるとしている。

「第10章 複数関与者における過失責任の画定」では、過失責任が広がりすぎると危惧されている複数関与者の事例のうち、ドイツにおいて有名なブッパータール事件と学校崩落事件の判例を批

判的に検討して筆者の私見が展開されている。すなわち、筆者によれば、前者においては、医療分野以外でも信頼の原則は維持されるべきであり、また、後者においては、上位者（経営者）からの指示があったとしても、下位者の責任を否定すべき理由はないとしている。

「第11章 過失犯における遡及禁止論について」では、第10章と同様、複数関与者の事例につき、遡及禁止論を手がかりとして過失犯の正犯性を明らかにしようとしている。

検討素材として、精神病に罹患していた息子の銃乱射を防止しなかった親の刑事責任が問われたヴィネンデン銃乱射事件を挙げつつ、本章において、筆者は、遡及禁止論は、故意行為の介在という一事によって背後者の問責が不可能になるという意味で理解されるべきではなく、他者の行為の防止までもが注意義務として課されている場合は過失責任が問われ得る意味において遡及禁止論は機能していると理解されるべきであるとしている。

### III 本論文の評価

我が国において、刑事過失が問題となる事件は少なくないなか、刑法上の過失については、現在では、新過失論が判例・多数説となっている。新過失論においては、過失は、責任の問題として論じる以前に、まず、違法要素ないし構成要件要素の問題であるとされる。新過失論では、処罰限定機能となる実行行為は、客観的注意義務違反行為、すなわち基準からの逸脱行為であり、結果回避義務違反、例えば、交通事故における「減速しない」、すなわち「ブレーキを踏まない」という不作為が過失の中核となるのであって、予見可能性は、一般人をして結果回避を動機づける程度のもので足りることになる。

このように過失犯の成立要件には、予見可能性の存在と結果回避義務の違反があるが、新過失論の一般化によって、予見可能性は一般人をして結果回避を義務づける程度のものでよいとされ、処罰限定の機能は限定的なものとなっているとされている。そして、近時の有力な学説も結果回避義務を重視していることから、なお一層、予見可能性の位置づけは軽いものとなっている。しかし、責任主義に照らせば、行為者の認識、認識可能性を軽視して過失犯処罰がなされているとすれば、それはゆゆしき問題である。

本論文は、筆者のこのような問題意識に立って、過失犯におけるあるべき予見可能性の内実について論じたものである。同時に、過失犯に特徴的である犯罪成立要件及びその具体的な適用に当たっての不明確性を直視して、近代刑法原則に照らして過失犯の成立要件について検討し直し、あらためてこれを明らかにしようとしており、独自の視点に立った意欲作である。

過失犯と責任主義の関連は古くから指摘されてきたところ、認識なき過失の処罰を否定すれば、当罰性という点において難点があるとされてきた。本論文において、筆者は、ドイツの学説から導かれる、行為者における「契機」の認識という考え方を基軸の一つとしつつも、その認識が存在しない場合、抽象的な認識しか認められない場合に、情報収集義務を介して行為者における可罰性追及の可能性を拓くことでかかる難点を克服できると説く。このような「契機の認識」を

きっかけとした情報収集義務を介した予見可能性という筆者の構想は予見可能性判断あるいは予見可能性の認定の精緻化に資するものである。また、従来の我が国の議論には見られなかった罪刑法定主義（明確性の原則）と予見可能性（契機の認識）の関連性も指摘しているという点において、これまでの判例・多数説に反省を迫るものといってもよいであろう。ドイツの議論を参照しつつ、予見可能性における「可能性の内実」をめぐる指摘や情報収集義務をめぐる議論といった我が国の議論とのあいだに接点を見出し、我が国で展開されてきた過失犯論に接合させた点に新規性が見出され、それは、本論文の価値を高めている大きな要素ともなっている。また、筆者は、本論文の第2部において、過失と違法性、過失における作為と不作為の区別、そして過失の共犯といった過失犯論全体に及ぶ問題に検討を加えているが、その検討・考察が学界に与える寄与も決して少なくないと思われる。

このように、本論文は、予見可能性をめぐる問題について新たな視点の提供を試み、また、過失犯処罰の指針を提供して我が国の実務にも資する貢献をなした点で意義があり、なるほど魅力的である。とはいえ、その説の新規性、独創性ゆえに、少なからざる疑問や批判が提起されることもまた想起される場所である。その一つが、情報収集義務と抽象的危険の関係の捉え方である。筆者は、認識された危険を情報収集によって打ち消すことで、情報収集義務は果たされたとする。もっとも、抽象的危険の内実を、かりに、文字通り極めてわずかな危険でも足りるとするならば、筆者が自身はその立場にはないとするいわゆる危惧感説と変わらないものになってしまうのではなからうか。また、因果関係の基本的部分の認識の具体的な内容や予見の対象が、筆者の説くところにもかかわらず、限界事例においては未だ十分には明らかにされていないように思われることから、抽象的危険の内容の明示、すなわち、情報収集義務が課される「抽象的な危険」とはどの程度の危険なのかといった具体像を明らかにすることが今後の課題として求められるであろう。また、例えば、統一的正犯概念がとられているドイツの議論を、限縮的正犯概念を採用している我が国の理論にいかに取り入れるかという点についても、論文中においてその問題を取り上げて説明がなされているにもかかわらず、疑問なしとしない。

とはいえ、本論文は、いわば今後の過失犯論を見据えた基礎的な、総論的な枠組みを設定することを意図したものであり、なるほど、筆者の見解には、上記のような疑念が生じ得るものであるとしても、これまで、判例・多数説の側で、予見可能性の具体的内容・程度、判断過程をこれほど精緻、かつ分析的に明らかにしてこなかったという意味からも、筆者において、今後、上記の課題に一つ一つ向き合うことで、それらの疑念に対する回答がなされるであろうこと、また、理論上も実務上一層有益な示唆を学界に与える得ることであろうことが期待されることである。この度の審査において、そのような可能性に本論文の大きな価値を見いだすことができるという点において、審査委員一同の一致した意見であった。

#### IV 結論

本論文は、刑事過失犯論のうち、予見可能性における「可能性」の問題が未解決であるという基

本的な疑念をもとに、行為者にとって予見が「可能であった」という判断はどのようにして担保されるのかという問題意識のもと、「契機」と「情報収集義務」を基軸として予見可能性の判断基準の問題に新たな視点を加え、同時に、明確性の原則の要請に沿った基準を打ち立てようとした点に価値があり、その点で、現在の判例・多数説の理解に一石を投じるものとなっている。そして、その立場においては、筆者の見解は、論理的にも十分に成り立ち得るものであるといえよう。

以上を総合的に判断するに、審査委員一同の意見として、この度山本紘之氏より提出された本論文は博士（法学）の学位を授与するに値するものと思料する次第である。