

## 博士学位請求論文要旨

論文題目：近代刑法原理と過失犯論

学位申請者名：山本紘之

本論文は、近代刑法の原理である責任主義と罪刑法定主義（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試みるものである。責任主義と過失犯論の関連はかつてから意識されており、甲斐克則『責任主義と過失犯論（増補版）』（成文堂、2019年）をはじめとする先行業績の蓄積がある。本論文はそのような従来議論状況を踏まえつつ、これまでの検討が不足していた、罪刑法定主義との関連も踏まえた過失犯論を展開するものである。

過失犯と明確性の原理の関連は、*Gunnar Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001 で指摘されたものである。本論文は、こ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、わが国のこれまでの議論との接合を図るものである。

本論文は叙上の視座から、二部構成をとっている。第1部は、責任主義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す。以下、敷衍する。

序章では、第1部の全体像を概説する。

責任主義にかなった過失犯構築のためには、行為者の認識を出発点としなければならない。一般的には過失犯は無意識にこそその本質があると説かれてきたが、行為者の認識を問わなければ行為者個人の責任を問うことはできないし、そのような考え方は実はわが国の裁判例においても散見されるところである。行為者が——伝統的な考え方によれば——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うる事情（本論文ではこれを「契機」と呼ぶ）を認識していれば、その認識を根拠に行為者の刑事責任を問うことに大きな疑問はない。他方、それに至らない程度の抽象的な危険の認識しかない場合も、結論としては刑事責任を問わなければ処罰の不均衡が生じる可能性がある。そこで、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課し、それを通じて予見されたであろう事情を組み込むことによって刑事責任を問うことが可能となる。以下の第1部は、このような構成を敷衍するものである。

第1章「予見可能性の『契機』について」では、「契機」の必要性について検討する。たしかに、行為者の認識を起点とすることは行為者の責任を担保できる一方で、可罰性を不当に縮減するおそれがある。上記のデュトゲの見解に対しては、投薬を失念した場合に不可罰になってしまうという結論の不当さや、過失と軽率さの混同という批判が加えられてきた。しかし、投薬を失念した場合については、投薬を命じられた時点を問責対象時点とし、その時点で確実な投薬を可能にする措置を課すことによって責任を問うことが可能である。また、認識された危険の具体性によって軽率さとの区別はなお可能であるから、軽率さとの混同という批判も当たらない。このようにして認識を起点とすることは必要であり可能である。もっとも、シュトルエンゼーの言う危険症候群の認識といった、これまで主張されてきた過失犯における認識要素は、その内実が不明確であるため、基本的な視座としてはデュトゲの言う契機が妥当だとするのが本章の結論である。

第2章「予見可能性の『契機』の実態について」では、前章で基本的視座として設定した、デュトゲの言う契機の具体化を試みる。デュトゲは、ドイツの裁判例から具体像を抽出しているため、まず彼の挙げる裁判例を概観する。次いで、それらの裁判例とわが国の裁判例を比較し、デュトゲの述べる契機を基軸とした過失概念による結論が、少なくともわが国の実務において受容可能であることを示す。もっとも、被害者となりうる子どもの存在は「契機」たりうる事情であるが、前方を注視してこれを認識していたが衝突した場合を可罰的とする一方、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することは、不均衡と言わざるをえない。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、わが国の実務にも受容可能であるとしても、上記の不均衡を解消することが必要であるとして、前方注視義務に代表される情報収集義務の検討の必要性を指摘して本章を結ぶ。

第3章「過失犯における情報収集義務について」では、前方注視義務に代表される情報収集義務が、過失犯においてどのように位置づけられるべきかを明らかにする。情報収集義務は、かつてエンギッシュが示したように予見可能性との関連で問題になる概念であり、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い。なぜなら、情報を収集するだけでは構成要件実現を回避できないため、非難の重点となるのは直接の結果回避義務だからである。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ときよりも抽象的な危険の認識にとどまる場合と考えるべきである。

また、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情が認識されていることまでは要求されない。故意犯の成立に至らない程度の事情であっても、結果回避義務を課すことはありうるからである。しかし、予見可能性は主観的帰責機能も有するべきであるから、義務の懈怠が直ちに刑法的な帰責につながると解するべきではない。したがって、近時、大谷直人裁判官が渋谷温泉施設爆発事件において、「そうした行動をとることを怠った被告人について、排気ファンの存在をもってその過失責任を否定することはできない。」としたが、少なくともこれを字義通り解すべきではない。義務の懈怠があったとしても、たとえば排気ファン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を履行しても結果を予見することが不可能であることが証明されれば、行為者は免責されるべきである。

第4章「予見可能性の判断枠組みについて」は、これまで敷衍してきた、契機と情報収集義務を基軸とした過失概念を構築するものである。契機の認識があれば行為者の責任を問うことに問題はない。しかし情報収集義務の懈怠があった場合に免責することは処罰の不均衡をもたらすから、情報収集義務の履行によって予見に到達しえたかを検討する必要がある。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において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ったり、行為者の可能性を擬制したりするものではない。

第5章「過失犯の処罰限定論について」では、処罰限定論を通じて、私見と明確性の原則との関連を明らかにする。過失犯処罰が医療現場の萎縮をもたらすという防御的医療論が主張されているが、私見はそのような立場に与しない。というのは、たと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ったとしても、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。デュトゲが明確性

の原則から契機概念を提唱したことから明らかなように、契機概念を基軸とする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。さらに、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。このような立場は、近時、明確性の原則との関連で主張されている、その遵守によって免責が担保される「セーフゾーン」という考え方も通底するものである。

第6章「過失犯における主観的正当化要素について」からは、第2部に移る。まず第6章では、過失犯における違法性の問題を、私見が重視する主観的要素から問い直している。従来は過失犯においては無意識がその本質だとされていたため、防衛の意思のような主観的正当化要素の扱いが問題となっていた。すなわち、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のである。本章ではドイツの議論を参考にして、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が、主観的要素が故意犯よりも微弱なものであることに照らせば、主観的正当化要素も故意犯よりも微弱なもので足りる。

第7章「過失不作為犯をめぐる議論の素描」では、過失不作為犯という問題を検討するために、これまでのわが国の議論を振り返る。それを通じて、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ことを明らかにする。

これを受けて、まず第8章「過失犯における作為と不作為」において作為と不作為の区別を検討する。なるほどたしかに、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言わざるをえない。そこで、法益侵害という学説からも主張されている点を踏まえ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。

第9章「過失不作為犯における限定要素」においては、近時のわが国の裁判例を素材に、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する。予見可能性に関しては、たしかに近時、因果関係の基本的部分という定式について疑念も向けられている。その定式が、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を担ってきたことから、内実が曖昧であったことはたしかに否定できない。したがって、二つの機能をそれぞれ別の要素で果たそうとする試みまでも否定する必要はないが、いずれかの要素で二つの機能を担保することは維持しなければならない。このような視座から、すでに第4章でも述べたように、義務懈怠があったからといって直ちに帰責を認めてよいということにはならず、行為者に帰責が可能かどうかを検討するために、二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する。

また、予見可能性さえあれば結果回避義務を課してよいということにもならないはずであるから、作為義務という要素が機能する余地はたしかに残されている。

第10章および第11章では、過失責任の拡散が問題になりやすい、複数関与者の事例を検討対象とする。まず、第10章「複数関与者における過失責任の画定」においては、近時ドイツで問題となり、基本書等でも挙げられることの多い、ブッパータル事件と学校崩落事件を素材として、私見のベースとなっているデュトゲの見解の具体的なあてはめを

素描することを試みる。

次いで、第 11 章「過失犯における遡及禁止論について」においては、遡及禁止論を手がかりとして、過失犯の正犯性の一端を明らかにすることを試みる。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る。この事案では、他者の故意行為が介在しているにもかかわらず、背後者である親の過失責任が認められている。この点を捉えれば過失犯では遡及禁止論が機能する余地がないと解することも不可能ではないかもしれない。しかしそうではなくて、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の遡及禁止論（近代的遡及禁止論）が採られていないということを意味するにすぎず、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問責が可能になるという意味において遡及禁止論は機能しており、ヴィネンデン銃乱射事件は、そのような義務が認められた一事案として解すべきである。

以上