

タイトル	過失犯の構造(二)：社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，42(1)：101-115
発行日	2006-06-30

過失犯の構造 (二)

——社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系——

吉 田 敏 雄

目 次

序論	1
1 ドイツ語圏刑法学の過失犯理論状況	
2 日本刑法学の過失犯理論状況	
本論	
一 構成要件	
I 客観的構成要件要素としての客観的義務違反	
(以上第四一巻第四号)	
II 主観的構成要件要素としての主観的義務違反	

1	故意との対比
2	未必の故意と認識のある過失
3	認識のある過失と認識のない過失
4	規範論と注意義務の個別化
5	不作為犯との対比
6	特別の知識と注意義務
7	引き受け過失

(以上本号)

本論 過失犯の構造

一 構成要件

II 主観的構成要件要素としての主観的義務違反

主観的義務違反とは、自己の精神的(知的)、身体的能力からして、具体的状況の下で、客観的に命令されている注意を遵守できるのにもかかわらず、これを懈怠することである。すなわち、行為者は、行為の時点で、当該行為をしないか(不作為)、注意深い行為(作為)によって、客観的注意命令に対応する行為ができなければならない。認識のある過失では、主観的注意違反は、行為者は結果発生 of 危険を正しく評価しなかったか、あるいは、危険はありそうだと考えたが、結果の発生に明確な態度をとらず、ないし、結果の不発生を軽率にも信じたところにある。いずれにせよ、行為者は構成要件の実現を回避できたということである。認識のない過失では、主観的注意違反は、行為者が、自分の精神的(知的)および身体的状況に基づくと、具体的状況において、行為すべきでなかった、または、他の行為、つまり、注意して他の行為をするべきであることの認識ができ、それ故、それに従った行為ができたというところにある。

主観的注意義務違反は、思いやりがない、無頓着である、軽率である、浅薄であるといったような行為者の性格とか感情の弱さとは関係がない。行為者の人柄が「法的に保護される価値と結びついた人」⁽³⁴⁾からはずれているということは、不法ではなく、責任に関係する問題だからである。

以下、先ず、主観的義務違反を、責任要素としてではなく、すでに、人的行為無価値、つまり、主観的構成要件要

素として位置づけることができるのではないかといった点を検討する。

1 故意との対比

客観的構成要件要素の認識・意欲としての故意は、一般的主観的構成要件要素として主観的構成要件に配置される。したがって、故意犯の責任では、不法の意識、責任能力および期待可能性が問題となるのである。故意犯において不法を主観化する根拠は、行為に内在する、結果発生に対する法的に是認されない危険がそもそも故意によつてはじめに認識可能となるというところにあつた(行為不法)。故意犯で故意が欠けておれば、行為不法は最初から存在しない。故意犯の行為不法は客観的および主観的要素を含むのである。これが人的不法論である。

故意犯と過失犯はそれぞれ独自の犯罪類型であるが、過失犯の構造も、やむをえない理由がない限り、人的不法論の観点から、故意犯と統一的に把握されるべきである。過失犯の構成要件でも、客観的注意違反の行為による特定の結果発生の危険性、すなわち、客観的第三者による結果発生の予見可能性が問題となるのであるが、しかし、同時に、行為者の主観的能力、すなわち、具体的行為者による結果発生の予見可能性が問題となるのである。すなわち、故意犯において、結果を生じさせるための行為者の認識と意欲による行為操縦に相当する機能を果たすのが、過失犯における結果を回避するための個人的能力である。すなわち、過失犯では、主観的注意違反が故意行為不法における意欲的要素の代役を果たしているのである。そうすると、故意がすでに不法要素であることからして、犯罪論体系上、主観的注意違反は、責任要素ではなく、すでに主観的構成要件要素と位置づけられることになる。⁽³⁵⁾ 前者を構成要件に位置づけ、後者を責任に位置づけるなら、それは矛盾することになる。それは、結果の発生だけを構成要件に帰属させ、故意と過失を責任に帰属させた伝統的犯罪概念(因果的行為論)の残滓である。⁽³⁶⁾

2 未必の故意と認識のある過失

未必の故意と認識のある過失は、結果の発生を「可能だと真剣に考える」という認識の面では共通であり、両者の違いは意欲の面にしかない（認容説）。行為者は、未必の故意では、結果の発生に甘んずるが、認識のある過失では、結果発生の危険は実現しないものと信ずるか、どうでもよい。両者は、意志の強度によって異なり、その分水嶺を成す意欲と非意欲の間の移行は流動的である。どちらが存在するかは判断は、故意では主観的構成要件の段階で下されるのであるから、認識のある過失も構成要件に組み込まれざるをえないのである。結果発生の意志が不法に属し、結果不発生の信頼、結果発生の無関心が責任に属するというのは理解しがたいことである。両者ともに主観的構成要件要素であり、行為操縦の形態である。したがって、認識のある過失が構成要件に属するなら、認識のない過失にも同じことが言える。⁽³⁷⁾

未必の故意は主観的不法要素であり、認識のある過失は責任要素であると解するなら、首尾一貫性が欠如することになる。それは次のことから言える。両者は認識の面では同じであるから、主観的不法要素か責任要素かを決めるのは、意欲の面ということになる。しかし、そうなると、後ろに位置する意欲の面が、前に位置する認識の犯罪論体系上の位置を決することになる。これによって、犯罪論体系が破壊されることになる。⁽³⁸⁾

3 認識のある過失と認識のない過失

認識のある過失と認識のない過失の区別は、元来、心理的責任概念に由来するのであるが、上述したように、認識のある過失が構成要件に組み込まれるなら、認識のない過失も構成要件に組み込まれざるをえない。なるほど、認識のない過失では、行為者には結果の発生の認識可能性があるにすぎない。しかし、認識のある過失と認識のない過失

において、結果発生危険の認識の程度に違いがあるといったことから、主観的注意義務違反の体系的な一体性に違いが生ずることにはならない。現実の心理事象と可能的心理事象の違いがあるからといって、犯罪概念の構造の上で、異なった扱いが成されるべきだということにはならないのである。それは、たとえば、責任の領域では、現実の不法の意識も可能的不法の意識も、それらの内容からして、等しく責任に位置づけられていることから分かる³⁹⁾。

故意と認識のある過失では、客観的構成要件要素の現実の認識があるという点では共通であることから、認識のある過失も、故意と同じく、主観的構成要件要素と把握しながら、依然として、認識のない過失は責任に配置されるべきとする学説が見られる⁴⁰⁾。しかし、すでに指摘したように、認識のある過失と認識のない過失を犯罪論体系上異なった扱いをする根拠はない。

4 規範論と注意義務の個別化

一八七八年にフォン・トーンによって開発され、二〇世紀初頭にホルト・フォン・フェルネックによって展開された命令説は、元来、不法と責任を同定し、客観的不法の存在を完全に否定したのであるが、今日、このような形態の命令説は過去のものとなった。しかし、人々の共同生活を規制する社会倫理的規範は、人々を法に誠実な行動をとらせるために、人々を名宛人とするという命令説の基本思想は、故意犯ばかりでなく、過失犯にも、依然として妥当性をもつのである。規範は人々に呼びかけるのであるから、規範は人によって支配された完結状態を客観的に評価するばかりでなく（いわゆる評価規範）、一定の状態を招来するまたは惹起しないように人々に訴えねばならない（いわゆる命令規範）。それ故、規範は命令および禁止である。そうであるなら、規範は規範名宛人の意志に向けられる。その場合、規範が義務付けの力をもつのは、名宛人が具体的場面で、その精神的、身体的可能性に応じて、命令・禁止を

実行できる場合に限られる。なぜなら、規範がその名宛人との関係で意味を有するのは、名宛人が、規範違反を回避できるということが前提となるからである。それ故、法的命令・禁止は、それを個人が遵守しえないとき、その要求性質を失うことになる。個人にとって、予見可能な結果だけが、回避可能である。誰も、自分の力の及ばないことを義務付けられることはない (ultra posse nemo obligatur)。これを積極的に表現すると、「汝できるとき、汝するべし」ということである。⁽⁴¹⁾この点で、「法の実効性はそれに服する者の知性の限界のところまで終わる」という命題が妥当する。⁽⁴²⁾この帰結は、主観的に義務違反の行為をするものだけが不法を行うのであり、したがって、主観的義務違反は構成要件に属する。この主観的能力は期待可能性の能力とは異なる。後者は法に誠実な心情を対象とするからである。これに対して、主観的注意違反は、精神的領域では、知的能力、経験知識に、身体状態では、年齢、性、健康状態、身体的鍛錬、身体的器用に関係する。しかし、行為者に性格的あるいは情緒的欠陥があるということは、行為者が「法的に保護された価値と結びついている人」から逸脱しているということであり、責任に関係する。⁽⁴³⁾

注意義務の主観化は、一般的注意義務を補充するのであり、主観的注意義務は一般的注意義務の個別化以外の何物でもない。それは、不法における注意義務の修正的精密法定化である。それ故、これは不法の次元に属する。そうであるからといって、これによって、一般的注意義務が不明確になるということはない。なぜなら、主観的能力は客観的義務に依拠しており、ただ、この客観的義務が下に向けて限定されるか、必要とあらば、特別の能力がある場合、例外的に上に向けて拡大されるからである(下記6参照)。一般的注意義務の法治国および一般予防上の機能は依然として維持される。⁽⁴⁴⁾

過失を「回避義務違反」と把握する理論も注意義務の主観化を支持する。それによると、刑法の基本命令である「他人を害さないこと (alterum non laedere)」から、十分な回避活動をする義務が生ずる、なぜなら、自由主義の共同

体においては、何ものにも害を及ぼさない行為を効果的に組織立てることが、基本的に、あらゆる主体自身に自己答責的に果たされるべき配慮として委ねられているから、故意にも過失にも特殊の「回避義務違反」が内在せざるをえない。過失の行為無価値は、何らかの「注意義務違反」があるというところではなく、懈怠された注意規範がほかでもなく構成要件の結果の回避に役立つ注意義務違反にある。そして、この回避義務違反は個人的義務違反と理解される。というのは、具体的案件の「回避可能性」の現実的判断を下すためには、常に、特定の行為状況と行為者の個別知識及び能力を考慮することが避けられないからである。⁽⁴⁵⁾

一部の学説も注意義務の修正微細調整の方向にすでに動いているのである。客観的注意違反の尺度として、行為者のおかれた状況にある「比較人」に焦点を合わせ、この比較人が個別化されるほど（例えば、医療事故において、医師一般ではなく、開業医、専門医、大学病院の医師、さらに、特別の高度技術をもつ医師というように個別化される）、比較人には主観的義務が含まれる。それは、客観的注意と主観的注意の一体性を認識させるのである。逆に、主観的注意違反の方からも、それが「基準人」の精神的、身体的能力の尺度によって客観化されるほど、主観的注意違反は客観的注意違反に近づくことになる。例えば、基準人の最低基準を行為者は請け負わねばならない（客観化された——主観的基準）。それ故、行為者は一般的経験基準、知識基準に属する事柄を知らなかったということを盾にとることはできない、過失の基準を極端に主観化することで被告人に「逃げ口上」を与えてはならないとも主張されるのである。⁽⁴⁶⁾ このことは、客観的注意違反と主観的注意違反を不法の領域で一体化させる方向に歩んでいることを示唆するのである。⁽⁴⁷⁾

しかし、注意義務の個別化ということから、客観的注意違反の要件が不要となるものではない。いわゆる「個人回避可能性の理論 (die Lehre von der individuellen Vermeidbarkeit)」は、行為者はどの道その主観的能力によって

払えうる注意だけを要求されるのだから、要求される注意は主観的基準によつてのみ判断されるべきだと主張する⁽⁴⁸⁾。しかし、この見解は、客観的基準がなければ、具体的行為者に要求される注意の基準が欠けることになることを看過しているのである⁽⁴⁹⁾。行為者にはその特別の認識能力からして結果発生⁽⁵⁰⁾の認識が可能であり、その回避が可能であるとしても、現実⁽⁵⁰⁾にその認識がない限り、客観的に要求される注意を払っておればそれで十分なのである（下記6参照）。

5 不作為犯との対比

規範は回避可能な法益侵害に対してのみ向けられるという規範論は、不作為犯に対しても妥当する。不作為犯では、主観的にすでに結果回避の実際の可能性が欠けている者には、構成要件該当行為が認められない。「できないことを義務付けることはできない」のであり、個人的無能力は命令からその効力を奪うのである。

過失犯に対し、不作為犯に対するのと異なつたことが妥当するということになるはずがない。不作為犯との比較は、行為者の義務履行への個人的能力が構成要件要素であることを証明している。なるほど、過失犯は、行為者が必要な注意を懈怠するのであり、それ自体不作為犯ではない。不作為犯では、構成要件実現を阻止する作為の物理的可能性が問題となる。これに対して、過失犯では、これとは幾分異なつた能力が要求される。なぜなら、過失犯では、作為命令ではなく、注意違反の作為または不作為の禁止が問題となり、そこでは、構成要件実現の危険を認識し、したがつて、それを回避する能力が問題となるからである。不作為犯では、命令された作為の物理的可能性がなければ、そもそも行為性が否定されるが、過失犯では、主観的注意違反がなければ、構成要件該当性が否定される。したがつて、過失犯と不作為犯で要求される主観的能力は概念的に完全に一致するというわけではない。しかし、それでも、個人的に回避できる法益侵害だけが違法であるという基本思考は両者に共通であり、したがつて、不作為犯における主観

的能力による客観的義務の限定は、比較しながら、過失犯の構造にも転用可能である。⁽⁵¹⁾

6 特別の知識と注意義務

行為者に結果発生の危険について特別の知識(Sonderwissen)、つまり、偶然知りえた知識とか、他人よりも大きな経験的知識がある場合、これが注意義務を高めることになる。なぜなら、刑法は法益侵害に関心があり、特別の知識のある者にも、それに応じた注意を要求するからである。例えば、ある道路の路面凍結の特別の危険性を認識している者は、他の運転者よりも注意深い運転が要求される。また、所与の状況の下では、医療技術の規準によると必要とはされていない検査をしたところ、患者に極めて稀なアレルギー疾患のあることが判明した場合、医師は、この患者の治療に当たって、この疾患を考慮に入れなければならない。⁽⁵²⁾ この場合、この認識が責任に属するなら、責任がより高い注意義務を基礎付けることになる。しかし、犯罪概念の体系論理からすると、そういうことはありえない。責任というものは不法の範囲内で動くからである。この高度の注意義務は行為不法に属するのである。

行為者に特別の知識があることによつて、一般的予見可能性が個別的に精密法定化されるのである。すなわち、認識のある過失においては、危険を回避するための構成要件的注意義務は、結果発生 of 危険を知っている者に依拠するのである。

通説は、特別の知識が精神的能力という主観的側面に属することから、責任において、構成要件における一般的予見可能性よりも高い行為者の注意義務を基礎付けざるをえない。通説は、客観的注意義務を行為者の特別の知識の分だけ「建て増し」して、個別化する。しかし、刑罰を基礎付ける要素は、本来、構成要件に属するのである。

これに対して、結果発生 of 危険を回避するために特別の知識が必要であるという状況の下で、潜在的特別知識を有

する者が、現実には、特別の知識をもつことなく行為をするとき、この者を、特別の知識の可能性があったというこ
とで、不利益に扱ってはならない。このような場合、行為者に、専門家の「差異化された基準像」というどの道高い
基準が設定されるのであり、これを超えた要求をするべきではないのである。⁽⁵³⁾

行為者の特別の知識と並んで、行為者に特別の能力(Sonderkönnen)がある場合が問題となる。例えば、きわめて
優れた手技を有する外科医が、危険な手術を行うとき、「標準」的医師に要求される「標準的医療行為」は行ったが、
自己の技量を使い切らず、その結果、難治療患者を死なせてしまった場合、主観的注意違反を行為不法と認める立場
からは、過失の構成要件該当性を肯定できそうである。⁽⁵⁴⁾

しかし、行為者の特別の能力は注意基準を左右するべきでなかろう。たしかに、他人の健康のために自己の傑出し
た能力を投入することは望ましいことであるし、勧められるべきことでもあり、しかも、行為者にできることだけが
この者に要求されるのであり、それは決して過大な要求ではないともいえよう。しかし、刑法の力を借りて、自己の
最大の力を発揮するように強制することは望ましくない。それに、どの道、「差異化された基準人」としての洞察力の
ある且つ思慮深い専門「外科医」が基準となるのであり、たんなる「医師」が基準となるのではない。⁽⁵⁵⁾ もしも、個人
の特別の能力が注意義務の程度を決定することになるなら、注意義務の基準は常に行為者の能力ということになり、
当為と能力の二分割が無意味となろう。客観的注意義務の意味は、法的安定性の観点から、能力から導かれる当為に
計算可能な一般的限定を設けるところにあることを忘れてはならない。⁽⁵⁶⁾

7 引き受け過失

行為時点における具体的状況において存在する行為者の能力に照準を合わせて、主観的注意違反の判断がなされる

のであって、行為者の一般的能力に照準が合わせられるべきものではない。したがって、酩酊、疲労、興奮状態といった一時的事情も考慮に入れられる。そこで、行為に当たって、客観的注意に適った行為をするための精神のおよび身体的能力が欠けているが、しかし、行為者にはそれが予見できたとき、過失行為はその前の時点に移される。行為者はこの活動をそもそも引き受けるべきでなかったからである。例えば、疲労困憊の状態にある者とか、癲癇もちの者が自動車運転して、死傷事故を起こしたとか、最新の医療技術を持ち合わせていない医師が、あえて手術を行い、患者を死亡させたといった場合である。伝統的過失犯論によると、認識の要素は責任の要素であるから、移行時点前の行為は責任が否定されるので、改めて構成要件に戻ることになる。そして、前に移行された時点での活動引き受け行為の客観的注意義務違反が問題とされることになる。責任に位置づけられる行為者の主観的能力の存否の判断時点も活動の引き受け時点に移される。「引き受け責任(Übernahmeverschulden)」という古くからの名称もこれを表している。しかし、構成要件該当性、不法、責任、そして、再び、構成要件該当性、不法、責任という操作は、主観的能力を構成要件要素と把握するなら、不要になる。活動の引き受けは不法の内部の問題なのである。したがって、「引き受け責任」ではなく「引き受け過失(Übernahmefahrlässigkeit)」という表現こそが事の実態にふさわしいのである。⁽⁵⁷⁾

(つづく)

注

(34) 中野次雄『刑法総論概要(第三版)』(一九九二年)五二頁以下は、過失「責任」の(主観的)注意義務違反の判断に当たって、具体的行為者の「身体的条件(たとえば、視力)・知識・経験・認識能力」を考慮せねばならず、例えば、かかる能力が劣っているため通常人ならば認識しえたであろう事実を認識しなかったとしても、その者として注意を尽くしている以上、これに対して責任非難を加えるわけにはいかなないと論ずる。これに対して、平野・前掲書(注二二)二〇六頁は、「精神の弛緩」の判断に当たって、「疲労・

「酩酊・興奮」等の生理的なものは主観的基準によるが、「彼は日ごろからうっかり者で、こんなことをしでかすのはあたりまえだ」といった規範心理的なものは客観的基準によると論ずる。

- (35) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S.116. (吉田敏雄訳、二五一頁) ; ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), Rn. 119-121; A. Birkbauer, L. Sautner, H. Wegscheider (Hg.), Strafrecht. Diplomprüfungsfälle und Lösungen, 2002, S.16.
- (36) U. Kindhäuser, (Fn. 15), §33 Rn. 76.
- (37) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S.120f. (甲田訳、二五四頁以下) ; ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), Rn. 126.

C・ロクスーンは、過失基準の主観的個別化に反対するが、認識のある過失では主観的構成要件を承認するが、認識のない過失では主観的構成要件を認めない。C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 46ff, 66ff.

- (38) O. Triffterer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 13, Rn. 25.
- (39) O. Triffterer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 13, Rn. 25.
- (40) H.-H. Jescheck, Fälle und Lösungen zum Lehrbuch des Strafrechts, A.T, mit Aufbaumustern, 2. Aufl., 1994, S.187. H-H・イエシエックによれば、構成要件の段階では、構成要件実現を回避するために命令された客観的注意の違反、侵害ないし危険の結果の発生が構成要件要素であるが、これらと並んで、認識のない過失においては、結果と因果関係を含めた構成要件実現の客観的予見可能性が構成要件要素であり、認識のある過失においては、結果と因果関係を含めた構成要件実現の可能性の予見が構成要件要素である。ただし、認識のない過失においては、責任の段階で、個人的に予見するだけの能力があるにもかかわらず、結果と因果関係を含めた、構成要件実現の予見が欠けていることが問題となるとされる。

学説には、認識のない過失の可罰性を否定する見解が見られる (Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S.162. 甲斐克則訳『責任原理』二〇〇〇年・二三〇頁)。「以上で、認識なき過失においても意思責任を証明しようとする諸可能性は出尽くした。そこから、次のような結論になるのは避けられない。すなわち、特定の構成要件該当結果に対する責任関係が結果発生以前の時点に存する若干の事案(原因において自由な行為のようなもの)を除いて、認識なき過失は、実質的意味における責任ではない、と。」。しかし、認識のある過失と認識のない過失の区別は重過失と単純過失の区別と関係がない。自分の行為から危険の生ずることを考慮に入れているかなり注意深い人がいる一方で、自分の行為から危険の生ずることをまったく考えない非常に軽率な者もいるのである。交通規則に違反して運転する者が、死傷事故の発生の可能性を認識していたか否かで、その不法の程度が左右されるものではない。

3° F. Riklin, (Fn. 14), §16 Rn. 36.

- (41) R. Moos, Die finale Handlungslehre, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. II, 1974, S. 5ff., S.28f.; ders. (Fn. 10. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S.117. (中田隆 三三三頁) ; ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), Rn. 119.; O. Triffterer, (Fn. 16. Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte), S.204f.; Th. Weigend, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, in: Festschrift für K.H. Gössel, 2002, S.129ff., S.143.; K. Seelmann, (Fn. 14), VIII. 2. b); H. Otto, (Fn. 15), §10 Rn. 14.; G. Dutte, (Fn. 15), §15 Rdn. 88-89.

- (42) G. Jakobs, (Fn. 15. Studien), S.68.; O. Triffterer, (Fn. 16. Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte), S.204f.

- (43) O. Triffterer, (Fn. 16. Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte), S.208.

- (44) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S.117f. (中田訳 三三三頁以下)。参照 井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年) 一一四頁。

- (45) D. Dutte, (Fn. 15), §15 Rn. 87, 93-94.; Th. Weigend, (Fn. 41), S.136, 138.

わが国でも、主観的義務違反を構成要件に位置づける見解が見られる。外部的注意義務違反としての結果回避義務違反は、精神を緊張させて結果回避のために自己を動機づける義務としての内部的注意義務違反(主観的構成要件要素)の前提となり、後者は、行為者の能力を標準とした主観的予見可能性および主観的結果回避可能性の範囲において生ずると説かれる(大谷実・前掲書(注二〇)・二二二頁)。

しかし、一般的には、主観的義務違反は責任の領域で扱われる。注意義務の標準につき、行為者の能力を標準とする主観説が妥当であるが(責任の問題)、一般的に要求される相当の注意を払っても事実の発生を免れない場合、構成要件該当性が否定され(客観説)、また、行為者の能力が通常人よりも高い場合、「法は通常人より以上のものを要求するものではないから」、注意義務の上限は、客観説の標準によって画されると説かれたり(團藤重光・前掲書(注一八)・三四三頁)、社会生活上の一般的な意味での「不注意」が、構成要件要素としての過失の成立要件であり、客観的な法の見地から、重大な法益侵害を生み出した「不注意」として評価される「客観的注意義務違反」が、違法要素としての過失の要件であるのに対して、行為者の主観的能力を基準とした「主観的注意義務違反」(結果の主観的予見可能性、結果の主観的回避可能性、結果の不知・不回避、違法性の意識の可能性)が、責任要素としての過失を基礎づけると論じられる(内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』一九八六年・二四九頁以下)。

これに対して、主観的注意義務違反を問題にする余地はないとの見解も見られる。例えば、法は不能を強くないという意味におい

て、一般人でも為しえないような配慮が注意義務の内容となることはないが、しかし、一旦、このような標準に基づいて注意義務が定立された以上、それは、例外的に注意能力の低い者に対しても効力を有すると説かれたり(西原春夫・前掲書(注二〇)・一八一頁)、主観的予見可能性は有責性の段階においても考慮する必要はない、客観的注意義務違反が違法であることの認識可能性が過失行為者の責任を根拠づけると説かれたりもする(川端博『刑法総論講義・第二版』二〇〇六年・九五頁以下)。

- (46) D・キーナツペフェルは、自動車運転者の一般的知識基準として、ハイドロブレーニング、特定の薬剤の副作用、同乗犬によって注意をそらされる危険、冬の橋上凍結の危険等をあげて、D・Kienapfel, Die Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrs, ZV 1977, S.129ff, 162ff, 169; D. Kienapfel, F. Höpfel, (Fn. 10), 225 Rn. 23. しかし、行為者に実際に実行できる以上の実行能力を要求することは必ずしもさう。R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), Fn. 42. (吉田訳、三六一頁注42)。

- (47) R. Moos, (Fn. 16. StGB-Kommentar), Rn. 120.

- (48) G. Freund, (Fn. 15. Strafrecht), §5 Rn. 22ff.; W. Gropp, (Fn. 15), §12 Rn. 80ff.

- (49) G. Stratenwerth, (Fn. 14. Strafrecht), Kap. 4 Rdn. 13.

- (50) U・キントホイザーは次のような例を挙げる。いたちが夜中にある自動車機械工の乗用車の制動機管をかじる。この自動車機械工が翌朝それに気づかず、当該車を運転して職場に行く途中、制動機故障のため人身事故を起こす。この事例では、確かに、自動車機械工は、当該自動車の運転前に、それを徹底して調べておれば故障に気づくことはできたといえる。しかし、客観的基準からして、そのような徹底した調査は要求されないのである。もっとも、いかなる理由からであれ、現実に制動機の故障の認識がある場合、注意違反が認められる。U. Kindhäuser, (Fn. 15), §33 Rn. 28, u. Fn. 26.

- (51) R. Moos, (Fn. 10. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S. 120. (吉田訳、三五四頁) ; R. Moos, (Fn. 16. StGB-Kommentar), Rn. 129; O. Triffterer, (Fn. 16. Merkmale der Fahrlässigkeitsdelikte), S. 205; ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), §6 Rn. 33.

- (52) U. Kindhäuser, (Fn. 15), §33 Rn. 19. 参照、井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(一九九五年)四六頁以下。同、『過失犯における『注意義務』の標準をめぐって』刑法雑誌四二巻二号(二〇〇三年)三三三頁以下。

- (53) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S.121f. (吉田訳、三五六頁) ; ders. (Fn. 16. StGB-Kommentar), Rn. 127.

- (54) G. Stratenwerth, (Fn. 14), Kap. 4, Rdn. 14; Dutge, (Fn. 15), §15 Rn. 97.

C・ロクスレーンは、平均以下の能力しかない者の注意違反は客観的に判断するが、特別の知識、特別の技量のある者の注意違反

- は主観的に判断する。「下」に向けては一般化し、「上」に向けては個別化するというのである。前者と後者は問題点が異なり、このような扱いは矛盾しないというのである。C. Roxin, (Fn. 11), §24 Rn. 46-58. しかし、状況に応じて、注意義務の基礎付けを異にするこのような解決方法には説得力が欠けている。不法の主観化が道半ばにとどまっているのである。G. Dutte, (Fn. 15), §15 Rn. 97.
- (55) M. Burgstaller, (Fn. 2), S.66f.; ders. (Fn. 6), §6 Rn. 55.
- (56) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S.122. (吉田訳 三五六頁); ders. R. Moos, (Fn. 16. StGB-Kommentar), S.66, Fn. 274.
- (57) R. Moos, (Fn. 16. Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit), S.122.
- (過失の)原因において自由な行為でも、直接的に結果を発生させた行為(実行行為)の前の時点における行為(いわゆる原因設定行為)が問題とされる点で、原因において自由な行為と引き受け過失は似ている。しかし、前者では、実行行為時点において、行為性が責任能力が否定されるのに対し、後者では、結果を発生させた時点における行為には、主観的注意違反が否定される。したがって、例えば、薬物を服用してから運転した者が、運転中に眠気を催して、そのため運転を誤り、死傷事故を引き起こした場合、引き受け過失ではなく、過失の原因において自由な行為が問題となるのである。O. Triffterer, (Fn. 16. Österreichisches Strafrecht), Kap. 13, Rn. 72.