

■ 刑法学講座

ドイツ刑法と日本刑法における刑事過失認定(1)

— その相違点を中心として —

慶應義塾大学 法学部専任講師・ドイツ弁護士 フィリップ・オステン

近年、航空事故において、パイロットや管制官など、航空従事者が刑事責任を追及されるケースが相次いでいます。航空事故をなくし、安全運航を進めていこうという思いは、航空人としての共通の理念です。

しかし残念ながら、航空機の運航には、いくつもの複合的なスレットが存在しており、いつもの防御の壁をエラーが突き抜けて、不幸な航空事故が起きるわけです。にもかかわらず、ひとたび航空事故が起きると、当該パイロットは、常に、犯罪者扱いされるのであれば、我々も「刑法」に対する理解を深めておく必要があるのではないのでしょうか。

世界の法体系は、イギリスやアメリカを中心とする英米法系と、ドイツやフランスを中心とする大陸法系に分けられます。日本の刑法は、明治時代に、ドイツ刑法を継受して生まれたものです。そのような歴史的沿革を考えると、本家のドイツでの刑事過失と比較しつつ、わが国の刑法を学ぶことも、有意義ではないかと考えました。(因みに、現在、ドイツは日本に次ぐ航空輸送大国ですが、航空事故において、パイロットが刑事罰を科せられたケースはほとんど見当たりません。)

そこで、法務委員会では、まず刑法学の基礎知識として「刑事過失の認定」について、日独の違いを含めて勉強するため学習会を企画しました。講師に日独刑法と国際刑法が専門の慶應義塾大学のオステン先生をお招きし、2月8日、協会会議室にて開催しました。

法務委員長 熊坂 洋二
(ボーイング777型機 機長)



Prof. Dr. Philipp OSTEN (フィリップ・オステン)

1. はじめに

はじめましてフィリップ・オステンです。今回は、「ドイツ刑法と日本刑法における刑事過失認定 - その相違点を中心として」と題してお話させていただきます。

最初に、「刑事過失論」の日独比較において、どういうところに意味があるのか、そして、比較法そのもの—とくに刑事法の学問領域において—の意義と限界について、少しだけ考えてみたいと思います。

日本法、ことに日本の刑法と刑法学は、ドイツ法に負うところが多いといわれております。

しかし、近年の法制史研究により、明治期日本における法継受の過程が決して単純な「西洋化」の過程ではなかったことが示されたように思います。当時の日本人たちは、外国法にダイレクトに追随し、それらをただ輸入するということはしなかったのです。この事実を、近代化を担った日本人たちの自立的思考態度ないしプ

ライドの高さの現れとしてポジティブに評価するか、それとも、その守旧的態度こそがまさに日本の近代化に不徹底さ、ゆがみとひずみ、後進性を生じさせたネガティブに評価するかで基本的立場は分かれるでしょう。ステレオタイプということになりましょうが、実務家は前者の、学者は後者のスタンスに親近性を持つと思います。20世紀後半までの日本の刑事法は、この両者の相互作用のなかで発展し、全体としては、日本法としての自立性・独立性が高められていく過程であったと総括できると思います。

ドイツ刑法・刑法学が日本の学説に対して及ぼす影響の近年の変化を示すバロメーターとして、『刑法判例百選』の総論編を調べてみました。1984年に第2版が出ています。執筆者を見ますと錚々たるメンバーが並んでいます。この第2版の102ある判例の解説の中でドイツ法についての何らかの言及があるものは26あります。4つに1つの解説がドイツ刑法に言及しているのです。それからほぼ20年を経て、2003年に第5版が出ています。執筆者が若返った、この第5版では、103ある判例の解説の中でドイツに言及するものは殆ど姿を消しました。僅かに3つしかないのです。なお、これは正確な比較にならないのですが、第2版では、84ある最高裁の判例の解説のなかで「調査官解説」（調査官＝最高裁判決等の下書き（起案）を担当する裁判官）を引用しているものは23で、比率として27%であるのに対し、20年後の第5版では、71分の31で、44%に比率が上がっています。つまり、日本の判例を理解し評価しようとする際に、ドイツの学説を尺度とするような手法は、研究者の間でもすたれてしまったということです。

私の報告では、まず、日本刑法に対するドイツ法の影響をごく簡単にご紹介したいと思います。次に、日本における過失論をなるべく簡潔に概観することにしたい。そして、現在の、ドイツにおける刑事過失認定について見た後に、両国の議論を比較した結果として判明した、わずかの違い・相違点について若干のコメントを

述べることにします。なお、私の今回の報告は、航空についての専門知識不足のため、基礎的な刑法一般論にとどまることとなりますが、ご了承ください。

2. 日本刑法へのドイツ法の影響

(1) 法典への影響

まずは、過去を振り返ることからはじめます。日本の刑法はドイツ刑法から何を学んだのでしょうか。明治期においてドイツ法の影響が強まったのは、1880年代以降のことですが、ここでは「ドイツ法の二重の継受」という現象が起こったとすることができますと思います。すなわち、まず第1段階として、法典レベルの継受があり、その後、第2段階として、学説レベルでドイツ理論の継受が行われたということです。法典レベルでの継受は批判的かつ慎重なものでしたが、ドイツ学説の継受はより直接的で、しかも徹底したものでした。

現行の刑法典への影響ということであれば、当時の欧州における新派理論が大きなインパクトを持ったことは明らかですが、当時のドイツ刑法の規定の翻訳的な条文などはほとんど存在せず、ドイツ刑法も「参考」にされたことは間違いがない」という程度のことしか確言できません。

いずれにしても、現行刑法典の成立にあたってのドイツ刑法の影響を明らかにすることはそれほど簡単な作業ではありません。特定の国の刑法典を参考にしたというのではなく当時の欧州諸国の刑法・刑法草案の条文を広く参酌したといわれるのですが、それがきつと事実と合致しているのでしょう。

(2) 学説への影響

法典への影響と比較すると、学説への影響は直接的であり、決定的でありました。それは継受というより「輸入」といったほうが正確でさえありました。刑事過失論についても、後で述べるように、そのとおりです。

日本の大学における刑法研究者の養成は、小さな教室で先生を囲んで行われる「原書購読」を通じて行われることが伝統になりました。「原書」という言葉には、翻訳書ではない、もともとの言語で書かれた本という以外に、知識のルーツであり、学問のオリジナルな源泉であり、偽物ではなく本物であるというニュアンスがあります。たしかに、ドイツ刑法学の継続的な影響のもとに刑法学の研究が蓄積されていくにつれて、日本の現行刑法の研究なのか、ドイツ学説の研究なのかの判別できない事態が生じ、わが国の実定法解釈論とドイツ刑法に関する比較法研究が渾然一体となってしまうという現象が生じました。ドイツ刑法学をある程度深く知らなければ、日本の刑法学そのものが理解できないという倒錯した状況にもなったのです。折しも、1880年からの100年間は、傑出した刑法学者たちが活躍したドイツ刑法学の黄金時代でもありました。法は大学において作られる、学問の中で作られるとするヨーロッパ大陸法の古典的な信念がなおギリギリ通用力を持った時期であったとさえいえましょう。

ドイツの学説が立法と裁判実務への影響力を失い始めるのは1980年代後半以降のことでしょう。日本の状況との関係でも注目されることですが、ドイツの刑事立法が「重罰化」の傾向を示しはじめたのが1990年代に入る頃からのことで、その傾向は1998年の「第6次刑法改正法」による刑法各則の大改正において1つの頂点を迎えたのです。これにより、傷害罪、放火罪、児童等に対する性犯罪の刑が加重され、また刑の幅が広がられました。

しかし、何より、このような大きな改正が政治家と官僚主導のもとに刑法学者の関与なしに行われたことがドイツの刑法学者にショックを与えました。

話を元にもどして、それでは、結局のところ、本質的に見て、ドイツ刑法（学）の継受はわれわれに何をもたらしたのでしょうか。それはいうまでもなく、抽象度の高い概念を用いて法判

断を体系化するという方法論でした。ドイツ法学における体系的思考は、もともと17世紀以降の近代自然法論の所産とされています。公理を置き、そこから定理を導き、個別の命題を証明するという数学的思考に影響を受けつつ、抽象的な命題から個別の命題を論理的に演繹できるように全体をピラミッド化する。それが法的ルールを1つの法典としてまとめ上げる法典編纂の動きにつながっていきます。ドイツ刑法学から日本の刑法学が学んだものは、このような法解釈学の手法ないし思考方法だったと思われるのです。

3. 日本における過失論

日本刑法38条1項には「罪を犯す意思がない行為は、罰しない」と規定されています。これは、原則として、故意がある場合のみを処罰することを規定したものなのです。（＝故意犯処罰の原則）。故意とは、犯罪となる事実を認識しつつ敢えて行為に出るという心理状態をいいます（故意＝「認識」＋「意思」）。したがって、犯罪事実を認識せずに行為したときは、故意は否定されるわけです。（例えば：他人の傘を自分の傘だと思って間違えて持って帰ってしまった場合などは、窃盗罪は成立しません）

38条1項の但し書きで「法律に特別の規定がある場合は、この限りでない」とは規定されていますが、責任主義が刑法の大原則であり、「少なくとも過失がなければ処罰できない」とするのが、その内容ですから、たとえ「特別の規定」を設けたとしても、無過失の行為を処罰することは許されないのは当然です。

犯罪の成立に故意が必要な犯罪を故意犯といい、過失を要件とする犯罪を過失犯といいます。

条文になにもことわり書きがない限り、それは故意犯の規定であり、これに対して、とくに「過失により」とか「業務上必要な注意を怠り」という文言が加えられているのが過失犯の規定です。

現在では、犯罪は三つの段階からなる、とす

る犯罪論体系が支配的となっています。つまり、構成要件該当性、違法性、有責性の三つです。

- ・ 構成要件該当性とは、法律において犯罪として規定された行為類型（＝構成要件）に該当するかどうか（例：殺人罪＝人を殺すという行為）
- ・ 違法性とは、 刑事的な違法性があるかどうか＝処罰に値するほどの（量と質の）違法性を備えた行為であるかどうかを判断する（＝可罰的違法性） この違法性を阻却（＝除外・排除）する理由（違法性阻却事由、例：正当防衛）が存在しないかどうかを検討する
- ・ 有責性（責任）とは、刑罰を科すべきだという非難される責任がある行為であるかどうかの判断（「責任非難」；日本の場合＝意思決定要素すなわち故意をここで検討するとする説が多い）＋責任阻却事由が存在しないかどうか（例：精神障害→責任能力の問題）

そこで、問題となるのは、この3段階の犯罪体系において、過失をどこに位置づけるか、ということです。その位置づけの如何によって、過失犯の成立範囲が大きく異なる可能性もでてくるのです。しかしこの問題をめぐっては現在でも考え方の対立が存在します。

(1) 伝統的（旧）過失論

旧過失論は、過失犯を次のように考えていました。過失犯は故意犯と構成要件該当性・違法性の段階までは同じ内容を持ち、両者は責任の段階ではじめて区別されるものである。つまり、故意犯が犯罪事実を認識していた場合であるのに対して、過失犯は犯罪事実を認識してはいなかったが、その可能性（＝予見可能性）があった場合だということです。すなわち、過失犯の本質は「予見可能性」という責任要素にある、ということになるわけです（「責任要素としての過失」）。

例えば、ピストルで人を殺した場合、そのことを認識していた場合には故意の殺人罪である

のに対して、ピストルに弾が入っているとは思わなかったとか、客体が人（人間）だと思わなかったとかの場合において、（しかし）その認識・予見の可能性があるときに過失犯（＝過失致死罪）が成立する、ということです。このような例を旧過失犯論は明快に説明することができるわけです。

(2) 新過失論

しかし、以上のように、旧過失論が、結果予見可能性を比較的ゆるやかに認めているので、「結果責任」的な運用になりがちです（＝処罰の範囲が広すぎる）との批判から、とくに自動車事故などの激増に対応して、結果を回避する義務を制限することにより注意義務の負担の軽減・合理化を図るために主張されたのが、新過失論です。新過失論は、「注意義務とは何か」、つまり注意義務の内容に主眼を置き、注意義務は結果の発生を予見する義務と、それに基づいて結果の発生を回避する義務から構成されます。言い換えれば、結果発生についての予見可能性があって、それに基づいて結果回避義務があるにもかかわらず、結果を回避する措置をとらなかったために結果が発生した場合に、過失犯が成立する、という訳です。

このようにして、新過失論は、過失犯の重点を、責任要素としての予見可能性から、違法要素としての行為の態様（形態）に移し、一定の義務、つまり結果回避義務に反したかどうか、という行為無価値を重視しています。過失犯の本質は結果の発生ではなく、落ち度ある行為（＝社会生活上要求される行為基準から逸脱した行為）という意味での「結果回避義務違反」にあると主張し、「行為無価値論」と結びついたので

- ・ 犯罪論の二つの基本的な立場には、結果無価値と行為無価値の概念がある（ドイツに由来する→直訳！）。
- ・ 結果無価値（＝旧過失論の根底をなす概念）つまり現実起こった悪い結果（結

果の無価値)に、不法(刑事的違法性)の本質があるとする考え方。刑法の保護対象である法益(刑法によって守られるべき利益)が侵害されたときにはじめて刑法(処罰)は登場すべきである。また、刑法の目的は法益の保護にあるとされることから、法益侵害説と結びつく。

→問題点:結果のみが違法性の判断対象となれば、処罰範囲が広すぎる(すべての事故は犯罪となりかねない!)+(結果が起きない)未遂犯をうまく説明できない

- ・行為無価値論は、行為者の内心の悪さ(心情無価値)による行為そのものに、刑事的違法性の本質があるとする考え方である。刑法の目的は、一定の社会規範を遵守させることにあり、行為が法規に反したことを違法性の実質と捉えることから、規範違反説と結びつく。
→問題点:「刑法の倫理化」との批判
- ・行為無価値二元論:現在では、法益侵害説+規範違反説、両説を包含した折衷説が有力に主張される。

話を新過失論に戻しますと、この説は、結果予見可能性があっても結果回避義務がないとして過失犯の成立が否定される場合があるとする点にその特色があります。この点に関して、さらに、(論者によりますが)社会的に有益な行為(例えば、医師による手術、自動車運転など)については、結果予見可能性があっても結果回避義務(=たとえば、手術を行わないなど)に対する違反が直ちに生じないで適法である場合があるのであり、過失犯の成立を否定しなければ社会生活は麻痺する、と主張するのです。その論拠として、社会的相当性(=行為無価値型概念!)に由来する「許された危険」や「信頼の原則」の理論を援用するのです。(←これらにつき、ドイツで発展した概念であるため、後に詳述する)。

(3) 危惧感説(新新過失論)

危惧感説は、新過失論から派生し、公害や薬害の増加を受けて、これらの「未知の危険」による結果発生を重視して、新旧過失論がともに要求する具体的予見可能性に代わって、「およそ何らかの悪い結果が生ずるという漠然とした危惧感・不安感」があれば予見可能性があったことになるという見解です。いうまでもなく、この説に対しては、過失犯の成立範囲=処罰範囲を拡張しすぎ、責任主義に反するおそれがある、との批判がなされており、現在支持するものはあまりないのです。

(4) 判例の立場

判例は、ごく簡単にいってしまえば、過失の成立要件を、結果発生を予見することの可能性とその義務の有無、および結果発生を未然に防止することの可能性とその義務である、と考えていますが、学説の展開をとくに反映していないし、必ずしも一貫性があるとはいえません。

(5) 現在の主要論点:予見可能性の判断基準および対象

予見可能性の判断基準について、行為者本人を基準にするのか(=主観説)、それとも(抽象的な)一般人を判断基準にするのか(=客観説)が問題とされています。しかし、すべての要素について行為者本人を基準とするときは、予見しなかったのは予見し得なかったからだ、ということになり、およそ予見可能性要件は成立しえなくなると考えられます。反対に、すべての要素について一般人を基準として判断することは、予見可能性要件の責任要素としての性格に反することとなりかねません。従って、問題は、何について客観的に、何について主観的に判断するかということになります。

刑法の目的を法益の保護にあるとして、刑法は人に法益侵害回避のための動機づけを与えようとするものだという立場からは、法益侵害回避に向けての関心(努力)については客観的に判断すべきだ、すなわち、およそ人間に対して

そのような状況の下で要求し得る関心（努力）を基準とすべきでしょう。実際の行為者がそれを欠いていたために（本人にとって）予見不能であったとしても、それを（客観的な基準に）置き換えたときには予見可能であったときに、予見可能性の要件が充足されることになります。

これに対して、その他の（具体的な）経験や知識については、行為者本人を基準としなければなりません。刑法は、ただ「悪い」ということを根拠としてのみ人を非難できるのであって、「愚か」だというだけで、非難することはできないのです。同じように、たとえば視力などの生理的能力についても、行為者本人を基準としなければなりません。具体例を挙げるとするならば、自動車運転中、突如、視力を失ったために予見不能であった場合、視力を失っていない一般人を基準にして、予見可能性があった、とすることはできないのは当然です。

この点に関連して、運転中に運動能力を失ったような場合をどのように考えるか、という典型的な問題があります。この場合においても、本人を基準にして判断すべきであるが、このような場合、責任の段階の前に、そもそも結果

回避義務を履行する能力がなく、結果回避義務違反、すなわち過失犯の違法性（または構成要件）がそもそも認められないのです。言い換えれば、結果回避義務の前提としての結果回避措置をとる可能性についても、行為者本人の（主観的）生理的能力を基準として判断されることになります。

なお、予見可能性の基準とは別の問題として、（具体的な）予見可能性の対象とは何か、という点については、それほど見解が分かれていません。具体的な予見可能性といっても、実際に発生した事態の具体的結果と因果関係の詳細な点を予見する必要はありません。因果関係の基本的な部分とその種の構成要件的结果（たとえば、およそ人が死亡するという結果）の発生を予見しえたならば、それで足りると考えられています（井田良教授の比喻を拝借していえば：「テレビのスイッチを入れたときに、何らかの映像が映し出される」だけが重要であり、具体的にどのような映像が映るのかとか、どのような技術的仕組みによって映るのかはまったくどうでもいい場合がある、ということです）。

（以下次号）