

■ 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(2)

— 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

前号では、2005年2月8日、JAPA 法務委員会学習会に於いての慶應義塾大学法学部フィリップ・オステン先生の講演「ドイツ刑法と日本刑法における刑事過失認定」の前半部分をご紹介します。

まず、オステン先生は刑事過失論の日独比較を論じる前提知識として、わが国の刑法がドイツから継受されたものであるが近年、自立性・独立性を高めつつあること、他方、欧州においてもわが国同様に刑法の重罰化の潮流が生じつつあることを紹介されました。次に、わが国の刑法における犯罪の捉え方は、構成要件該当性、違法性、有責性の三要素で検討すること、また、過失の構造、つまり注意義務の内容については、新過失論、旧過失論、危惧感説に学説は分かれていることなどを解説されました。

今回は、ドイツにおける過失認定はどのようなものか、今後のわが国の刑事過失認定の方向性などについてのオステン先生の講演を掲載したいと思います。

法務委員長 熊坂 洋二
(ボーイング777機長)

4. ドイツにおける過失論

今回の報告で、先に日本の過失論を概説したのは、その主要な展開・学説がドイツのそれとほぼ一致しているからです。最初に申し上げたように、ドイツ刑法学の日本の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直「輸入」といったほうが正確です。このことは、過失論にも当てはまり、過失



Prof. Dr. Philipp OSTEN (フィリップ・オステン)

の理論的根拠づけに若干の形式的な違いこそあっても、過失認定の「結論」部分においては、それほど大きな相違がないように思われます。従って、以下においては、現在のドイツの判例・通説の立場をごく簡単に紹介することにとどめたいと思います。日本と同じような3段階の犯罪論体系をもつドイツにおいては、過失の位置づけ・構造は次のように考えられています。

●TB (構成要件該当性) :

まず、構成要件該当性の段階においては、主として客観的な判断基準が重視されます。最初に、行為者の動作(=実行行為)により、構成要件的な結果が因果関係に基づき引き起こされたかどうかを判断します。ここでいう因果関係とは、条件説のことです。

・条件説：因果関係の判断にあたり、「前者(行為)がなかったら後(結果)も生じなかったであろう」(条件関係の公式)という考え方であり、結果に対する

無数のすべての条件を等価と解する（等価説とも呼ばれる）。

そして、つぎに、客観的な予見可能性を中心とした客観的な注意義務違反が存在するかどうかを検討します。この場合注意すべきは、予見可能性の判断基準について行為者に要求される（ドイツ判例の）基準は、日本の判例と若干違って、「行為者が属する社会生活領域での誠実に思慮深い人間」であり、しかも、行為者がいた具体的状況におけるこのような人間を想定します。つまり、構成要件の段階において、ドイツの判例は状況の危険性を「事前に」考察するのです。

そこで、客観的注意義務違反の内容を限定するため、よって過失犯処罰を適正化するために、「許された危険」の法理と「信頼の原則」という二つの原理がドイツの判例上戦前から確立されており、日本にも、戦後、導入されたのです。

「許された危険」とは、「社会にとって有益（有用）ないし必要な行為は、他の法益を侵害する危険を伴うものであっても適法である」とする理論です。例えば、救急車が高速度で走ること人は人を轢く高度の危険をもった行為ですが、患者を救うという社会的有用性と衡量にかけると（天秤にかけると）、たとえ事後的に、その結果として人をひき殺してしまい、患者も死亡したとしても、その時点では許される行為となるわけです。

他方、「信頼の原則」とは、行為と結果との間に、被害者もしくは第三者の不適切な行動が介在している場合に、適切な行動を信頼して行為したときには、過失犯の成立は否定される、という理論であり、ドイツのみならず、日本の通説・判例によって広く承認されているものです（とくに、交通事故、自動車運転者の注意義務を認定するに際して採用される法理。なお、この原則は、淵源的には「危険の分配」の理念と同質であるとする見解もある）。

次のステップとして、構成要件的結果を、行為者の行為の「せい」にする（＝帰属させる）

ことが適切であるかどうかを規範的に（再び）判断する。これを客観的帰属論と呼びます。

因果関係に関する条件説に修正を加えるのです。つまり、行為者により惹起された危険が（構成要件の）結果において実現したかどうか、という規範的判断を行うことです（例：立法趣旨（立法者により想定された適用場面）、保護法益が向けられた方向性、など）。

●Rw（刑法的違法性）：

ドイツ刑法では、ここで主として違法性阻却事由の（不）存在を検討します。

（日本との相違：可罰的違法性の理論は存在しない！）

●Sch（責任 有責性）：

責任（有責性）の段階においては、構成要件該当性の段階において客観的な基準から判断されたすべての要素が、行為者本人に立脚して主観的な基準から再び判断されることになります。つまり、主観的な注意義務違反、とくに主観的な予見可能性が問題となるのです。結果の予見可能性についての主観的基準は、原則として、注意義務の認識可能性と履行可能性の場合における基準と同様なのです。

例：知能的に幼稚な農民の女性が、消毒せずに娘に施した堕胎（人工中絶）の場合、その女性は「手術」の結果としての娘の死を（主観的に）予見することができなかったとして無罪とした判例がある。

また、注意義務の内容を制限する原理として、「期待可能性」の法理が採用されることもあります（日本でも広く承認されている原理）。

期待可能性とは、すべての犯罪成立要件・責任要素があっても、ごく例外的な事情の下で、行為者に適法行為を期待できなかったということで責任を否定する考え方（→異常な事情が客観的注意義務の履行を期待不可能にする場合に、過失の責任非難は欠落しうる）。

例：暴れ馬事件（19世紀ドイツ）→御者は、繰り返し暴走していた馬を馬車につなぐことを

拒絶すれば解雇されると思い、馬車につないで走り出したら人を轢き死亡させた。判例は、解雇されるおそれがあったことを考慮して、注意義務を果たして馬を馬車に繋がらないことは期待不可能であったとして無罪にした。

5. 日本特有の法理：「監督過失」および「管理過失」

以上みてきたように、日本とドイツの過失認定において、さほど大きな、実質的な違いがあるとはいえません。もっとも、日本特有の過失論も存在します。それは、監督過失および管理過失の法理です。

監督過失とは、事故が発生した場合、それを惹起した直接過失行為者に対して、これを指揮監督すべき立場にある者（「上司」など）の過失責任をいいます。つまり、人に対する指導・監督のあやまりが過失犯を成立させるわけです。

他方、管理過失とは、管理監督者自身の不適切な管理行為に過失責任が肯定される場合をいいます。監督過失の場合には、監督者である行為者が直接過失行為者である部下を信頼することが許される場合があるのに対して、管理過失の場合には、信頼の原則がはたらく余地がない、ということに、このように区別をする実益があるとする学説もあります。

いずれの場合においても、結果発生（事故）の現場から遠いところにいる上級管理者に結果発生の具体的予見可能性を肯定しうるかどうかは問題となります。

しかし、最高裁は、とくに旅館やホテルにおける火災などについて、消防法上の管理権限者、防火管理者などの管理監督者に「注意義務」が認められる以上、その違反に過失責任が成立するのは問題がない、という態度をとっています。（例：日本航空123便事故：監督責任が否定されたこともある）。

6. おわりに

以上のように、ドイツ刑法を手がかりにして、

日本の刑事過失論を根本から問い直すのが困難であることが示されたと思います。むしろ、とくに航空事故との関連において、刑事訴追実務の違いを検討することに意義があるように思います。つまり、刑事司法、とくに検察による捜査・起訴の実務を比較検討することによって、日本への示唆を得ることができるかも知れません。ただ、ドイツの場合、航空事故に関連して検察内部のデータに基づいた実証的な研究はまだほとんどなされていないようです。もっとも、刑事訴訟法、刑事司法制度の基本原理は日本のそれと異なっていることに留意する必要もあります。

- ・起訴法定主義：ドイツで採用。検察官に起訴・不起訴についての裁量権はほとんどない。
- ・起訴便宜主義：日本が採用。（但し、検察審査会法の改正により変わるかも……）
- ・職権主義・実体的真実主義：
「裁判所は、真実を発見するため、職権で、裁判をするのに意義を有するすべての事実および証拠について、証拠調べを及ぼさなければならない」（ドイツ刑訴法244条2項）

航空事故に関する数少ないドイツの判例においても、航空事故における過失認定について特別な新しい法理を導き出したものはなく、自動車事故についての過失認定の手法がほとんどそのまま航空事故にも適用されているようです。

今後、航空事故のように、事故原因として極めて複雑な要因が錯綜するような事件を適切に処理できるように、過失論は如何にあるべきかについて、本格的な研究を進めることは、日独の刑法学に与えられた、残された課題の一つであるように思われます。

さて、最後に、冒頭に触れたところにもどりたいと思います。近年、ドイツ的な体系的思考方法は日本では静かですが確実に自明性を失いつつあり、危殆に瀕しているのではないかと思います。それはアメリカ法の影響が

ついに刑法学のコアな部分にも及んできている
ということを意味するものと捉えることもでき
ましょう。

今後の日本のモデルはアメリカ法なのかもしれ
ません。

現に、刑法典の規定も、社会の変化への対応
に遅れて、不整合さを露呈するに至っています。
そして、日本では伝統的に弱かったとされる一
般国民の側からする「市民的安全ないし保護の
要求」が、次第にメディア等を通じてより直接
に国に向けられるようになり、現在では、国民
が国家機関を対等な契約当事者のように意識し
て、1つの公的サービスの給付として刑罰によ
る保護を求めるようになるに至っています。こ
れは、厳罰化・必罰可の傾向にあらわれ、そし
て近時の航空事故関連の刑事訴追実務にもあら
われる現象でもあるかもしれません。

※文中下線と強調はオステン先生が施されたものです。

[参考文献]

- ・井田良著『基礎から学ぶ刑事法（第2版）』
（有斐閣2002年）
- ・町野朔＝中森喜彦編『刑法1総論（第2版）』

（有斐閣2003年）

- ・松宮孝明著『刑事過失論の研究（補正版）』
（成文堂2004年）
- ・西原春夫監訳・イエシエック＝ヴァイгент著
『ドイツ刑法総論（第5版）』
（成文堂1999年）
- ・「現代刑事法」2000年7月号（特集「過失犯論」）
（現代法律出版）
- ・土本武司著『航空事故と刑事責任』
（判例時報社1994年）
- ・池内宏著『航空事故の過失理論』
（成山堂書店2005年）

■講師略歴

1973年ドイツ生まれ。

慶應義塾大学法学部法律学科卒業、ベルリン・
フンボルト大学法学部（ドイツ）卒業、
慶應義塾大学大学院法学研究科博士課程修了、
2003年より慶應義塾大学法学部専任講師。法
学博士。

ハーマン・ヘンメルラート&パートナー外国
法事務弁護士事務所所属ドイツ弁護士。

専門 刑法、国際刑法、司法制度論