



# 過失犯における正犯概念（三・完）

——火災事件をめぐる議論を素材に——

松 宮 孝 明

## 目 次

### 一 問題の所在

### 二 種 極 説

(一) 正犯概念を意識しない立場

(二) 限縮的正犯概念との調和を肯定する立場

(三) 体系二分論を基礎とする「危惧感説」

(四) 過失致死傷罪の実行行為を広く捉える立場（各論的解決）

(五) 帰属論的立場（その一）（以上三三五号）

(六) 帰属論的立場（その二）

(七) 過失共犯の可罰性を認める立場（限縮的正犯概念）

(八) 小 括

### 三 消 極 説

(一) 不作為犯の実行行為から限定する立場

(二) 「実質的な危険」から限定する立場

(三) 故意犯と同じ「予見の対象」から限定する立場

(四) 過失共犯の可罰性を否定する立場（限縮的正犯概念）

(五) 小 括（以上三三八号）

### 四 検 討 課 題

(一) 大洋デパート上告審決定による歯止め

(二) 過失の共同正犯との整合性

(三) 故意犯と過失犯の実行行為における共通性

(四) 予見対象に関する共通性

(五) 過失による自殺関与の扱い

(六) 小 括

### 五 展 望——過失犯における「限縮的」正犯概念の妥当性——

（以上本号）

#### 四 検 討 課 題

(一) 大洋デパート上告審決定による歯止め

一 過失犯における正犯概念を考察するに当たって、とくに大規模火災事件における管理者的地位にある人物の正犯性を考察するに当たって、わが国で最も注目される判例は、一九九一年一月四日の「大洋デパート火災事件」<sup>(1)</sup> 最高裁判決である。ここでは、防火管理の不十分なデパートで一〇四名もの死者と六七名もの負傷者が出た火災事件において、取締役兼人事部長や火元の売場課長、および実権のない防火管理者に対し、業務上過失致死傷罪について実質的に無罪の判断が示された。<sup>(2)</sup> とくに、取締役兼人事部長の無罪理由は、特別の委任を受けたなどの特別の事情がない限り防火管理上の注意義務を負うのは業務執行権のある代表取締役のみであり、平取締役にすぎず防火管理業務に従事していたわけではない被告人には、取締役会で決議を促したり社長に直接意見を具申して防火管理義務の履行を促す注意義務はないとした判示部分は注目される。

具体的には、最高裁は、事業主が株式会社の場合、防火管理上の注意義務を負うのは、「一般には会社の業務執行権限を有する代表取締役であり、取締役会ではない。すなわち、株式会社にあつては、通常は代表取締役が会社のため自らの注意義務の履行として防火管理業務の執行に当たっているものと見るべきであり、取締役会が防火管理上の注意義務の主体として代表取締役に右義務を履行させているものとみるべきではない。」と述べた。つづいて、会社の建物の防火管理も取締役会による監視の対象となる業務執行に含まれるとしつつ、「取締役としては、取締役に於いて代表取締役を選任し、これに適正な防火管理業務を執行することができる権限を与えた以上は、代表取締役に右業務の遂行を期待することができないなどの特別の事情のない限り、代表取締役の不適正な業務執行から生じた死

傷の結果について過失責任を問われることはないものというべきである。」と述べて、取締役会が防火管理についての決定権を留保していたとか社長に適正な防火管理業務遂行の能力が欠けていたとか長期不在であるなどの事情がない限り、被告人に「取締役会の決議を促して消防計画の作成等をすべき注意義務」はないとした。さらに、社長に直接意見を具申すべき義務については、「自ら防火管理上の注意義務を負っていなかった同被告人」に、社長に対し「意見を具申すべき注意義務があったとは認められない。」としたのである。<sup>(3)</sup>

二 原判決<sup>(4)</sup>が取締役会において決議を促す義務および社長に直接意見を具申する義務——両者をあわせて、仮に「進言義務」と呼ぶことにする——の違反を根拠に、被告人に過失を認めたことと比較して、<sup>(5)</sup>最高裁のこの判示は意味深いものである。というのも、本判決に対する調査官解説では、「株式会社においては、防火管理上の注意義務の主体は、取締役会ではなく、代表取締役であるとすると、取締役の監視、是正の懈怠を防火管理上の注意義務違反と見ることができないことは当然である。」<sup>(6)</sup>とする指摘があるからである。つまり、最高裁は、本判決において、「取締役の監視、是正の懈怠」という不適切な行動を、結果発生との間の（仮定的）因果関係等の他の要件を問うことなくそのみで、「防火管理上の注意義務違反」ではないとしたことである。<sup>(7)</sup>言い換えれば、このような不適切行動は、本件火災事件における業務上過失致死傷罪の「正犯」を構成する不適切行動ではないとしたのである。<sup>(8)</sup>

同時に本判決は、自らは直接に火災による死傷結果を防止する責務を負っていない場合に、直接の義務者に対する「進言義務」違反によって「正犯」を拡大する方法をも否定した。これについても、本判決の調査官解説は、「ある者が意見具申、進言をしなかったことを過失と認めるためには、その者が結果発生を防止する注意義務を負っていることが第一の条件となる。」<sup>(9)</sup>と述べている。意見具申ないし進言によって他人の権限行使を求める義務は、直接に結果防止の義務を負う者が、現実には自らの権限ないし権能だけでは結果を防止できない場合に限って認められる、とい

うことである。これは、厳密には、結果防止義務を負っている他人に注意を促す「進言」義務ではなく、自己の結果防止義務の履行に当たって他人の協力を求める「要請」義務というべきであろう。したがって、結論的には、単なる「進言義務」の違反は過失致死傷罪の「正犯」を構成しないということである。

さらに、本判決は、被告人が「取締役という地位にあったこと、社内の防火管理につき関心をもつて助言や指導をしていたことなど原判決が判示する事情を考慮しても、自ら防火管理上の注意義務を負っていなかった同被告人に、Y社長に対し意見を具申すべき注意義務があったとは認められない。」と判示している<sup>(10)</sup>。これは、直接に結果防止の義務を負う「地位」というものは、本人の個人的・主観的な関心や判断のないし行動によって左右されるものではないことを示している点で、極めて興味深いものである。要するに、「正犯」ないし結果の帰属を決めるのは客観的な「役割」なのであつて、主観的な関心や行動なのではないということ、本判決は認めているということである。

三 右の考察から明らかなように、「大洋デパート火災」上告審判決は、火災の際の防火管理の不備から生ずる死傷結果について、業務上過失致死傷罪の「正犯」の範囲を、客観的な「役割」から見て、直接に防火管理責任を負う者に限定し、背後の監督機関である「取締役会」の構成員への「監督義務」を介した「正犯」の拡大や、部下や従業員への「進言義務」を介した拡大を否定した。その限りで、本判決は、「社会的に相当」とはいえない不適切行動が結果発生と因果関係ないし不作為の場合の仮定的因果関係に立つ可能性のある場合でも、過失致死傷罪の「正犯」に当たらない場合があることを示している。

もつとも、その結論は、被告人の「注意義務」を否定するという方法で行われていることには、注意が必要である。ここで我々は、「拡張的ないし統一的正犯概念」であつても、およそ不注意ないし注意義務違反のない者を、その行動が結果発生と因果関係ないし仮定的因果関係に立つから——かつ、結果発生の予見可能性があるから——という理

由だけで、過失致死傷罪の「正犯」とするものではなかったことを想起しなければならない。とくに、本件で問題となっている注意義務は、消防計画の作成と実施にせよあるいはそれらを実施するよにとの「意見具申」ないし「進言」にせよ、いずれも不作為犯の作為義務と目されるものであつて、被告人に作為義務ないし「保障人的地位」がなければ——作為犯にも「保障人的地位」が必要かという問題は別にして——そもそも過失致死傷罪は成立しないのである。ゆえに、「拡張的ないし統一的正犯概念」から見れば、本判決は、単に「注意義務」の範囲を原判決よりも狭く解しただけであつて、注意義務違反の行動の中にさらに「正犯」と「共犯」との区別があり前者のみが可罰的価値を持つと判示したものと見るのは早計であるといふことになる。

ただ、そう見る場合でも、本判決が他人に注意を促す「進言」を、特段の事情がない限り、「注意義務」ではないとして、結果防止と間接的な関係にしか立たない措置を、「注意義務」から除外した結論をどのように説明するかという課題は残る。「注意義務」はないから「正犯」でない、という形式的な理屈の前に、そのような間接的な措置はなぜ「注意義務」ではないのかが問われなければならないのである。

- (1) 最判平成三・一一・一四刑集四五卷八号二二頁。
- (2) より正確に言えば、第一審の無罪判決を破棄した控訴審判決を破棄して控訴棄却の自判をしたことで、第一審の無罪判決が確定したのである。
- (3) 刑集四五卷八号二二八頁以下参照。
- (4) 福岡高判昭和六三・六・二八高刑集四一巻二号一四五頁。
- (5) 原判決のこのような理論構成の問題点については、かつて、松宮孝明「進言義務」と過失不作為犯」南山法学二二巻一号（一九八九）九三頁以下、同「大洋デパート火災と管理・監督責任」法学教室一一三号別冊判例セレクト89（一九九〇）三二頁で指摘したことがある。
- (6) 出田孝一「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（平成三年度）（一九九三）一九七頁。

(7) 本判決は、被告人に「原判決が判示するような注意義務はなかった」として、「その余の点について判断するまでもなく、無罪の結論を導いている。刑集四五卷八号二一九頁。

(8) 出田・前掲一八九頁も、「これは、過失犯の正犯性の問題である」と整理している。

(9) 出田・前掲二〇一頁。

(10) 刑集四五卷八号二一九頁。

## (二) 過失の共同正犯との整合性

一 つぎに、過失犯についても刑法六〇条の「共同正犯」の適用を認める判例を素材に、その前提となる「正犯概念」について検討しよう。

周知のように、最高裁は一九五三年一月二三日の決定<sup>(1)</sup>において、過失による有毒飲食物取締令違反の事件について刑法六〇条の共同正犯の適用を認めた。この裁判例を嚆矢として、内田文昭教授は、ヴェルツェル流の「客観的注意義務」の考え方に基づいて、伝統的な「犯罪共同説」によっても、注意義務違反を意識的に共同する場合には、過失犯にも共同正犯が認められるという考え方を提唱した<sup>(2)</sup>。これによって、共同者のいずれの行為から結果が発生したか明らかでない場合でも、そのいずれかの行為から結果が生じたことが明らかであれば、全共同者に過失犯の罪責を認めることができるからである<sup>(3)</sup>。もっとも、ここでは、過失犯にも故意犯と同じ限縮的正犯概念が妥当するから、共犯規定も適用があるのだという論証方法が採られていた。

二 しかし、すでに本稿の冒頭<sup>(4)</sup>で触れたように、「目的的行為概念」というのは、そもそも、過失犯に共同正犯を含む共犯規定の適用はないという結論を導くために唱えられたものであって、しかも、その結論は、ヴェルツェルが戦後に、過失を「潜在的目的性」ではなく、「犯罪的でない結果を目指す目的性」で説明するようになった後も変わっ

ていないのである。<sup>(5)</sup>つまり、「目的的行為概念」をベースとする過失論は「故意犯には限縮的正犯概念が妥当し、過失犯には統一的正犯概念が妥当する」という意味での二元主義ないし「二元的正犯概念」と不可分なのであって、そのような考え方をベースにしながら過失犯に故意犯と同じ「限縮的正犯概念」が妥当すると主張するのは矛盾である。理論的に見ても、結果発生の原因となった客観的注意義務の違反について、なお、意識的な共働がありうるという指摘は、意識しなかった結果の発生に対する共同正犯の成立を論証するものではない。なぜなら、もしも理論の前提が、「共同正犯は、犯罪結果の客観的な共同惹起ばかりでなく、意識的に共働した犯罪についてのみ成立する」つまり、犯罪の共同実行事実に加えて、「犯罪の共同実行の意思」が不可欠だというものであるのなら、客観的注意義務の違反——たとえばスピード違反——が意識的に共同になされていることを指摘しても、そこに成立するのは客観的注意義務違反——たとえばスピード違反——の共同正犯にすぎないからである。意識していなかった結果発生について共同正犯が可能であるか否かという問題は、未解決のままである。

これについては、さらに、結果的加重犯の共同正犯の場合は、意識的な共働のある基本犯とそれのない加重結果とについての共同正犯が認められている、とする反論が予想される。しかし、これも助けにはならない。なぜなら、このような場合は、実は基本犯の共同正犯と加重結果についての「同時犯」が成立しているのであって、結果的加重犯の「共同正犯」というのは、厳密には、このような「共同正犯」と「同時犯」の複合形態なのだ、とする説明が可能だからである。実際、このような説明はドイツの多数説である。<sup>(7)</sup>

三 もつとも、ここからは、「目的的行為概念」をベースにする「二元的正犯概念」では、そもそも過失犯の共同正犯は認められない、という関係にあることは理解されよう。過失は「行為」ではない、あるいは故意犯と同じ意味での「行為」ではないと考えることによって、故意犯と同じ区別基準での「正犯」と「共犯」の区別、および共同正



犯を含む共犯規定の適用の余地はなくなるのである。

しかし、ここで、「過失は行為である」とする最近の目的的行為論ないしフィリスムスの見解——ヴェルツェル、アルミン・カウフマンに続く世代という意味で、「第三世代」のフィリスムスとも呼ばれている見解——に言及する必要がある。ここでは、「過失」というのは結果発生危険ないし徴候の認識であると解される。<sup>(8)</sup>

この構想は、行為者の現実の認識を重視して過失の有無を判断するという点では、行為者にとっての結果発生の見可能性である「主観的予見可能性」を重視する見解に近く、その限りでは注目に値する。この点では、主観的なものを「客観的」と呼んで、とくに認識なき過失における「主観的構成要件」を全面的に否定するロクシン<sup>(9)</sup>らの見解よりも優れていると思われる。しかし、「主観的予見可能性」と異なり、この構想では、行為者の現実の認識自体が過失犯の主観的構成要件であつて、結果発生予見可能性がそののではない。ゆえに、その内容は、具体的な状況や行為者の知識および生理的能力に応じて多様なものになる。なぜなら、どのような認識があれば結果発生徴候の認識であるといえるかは、具体的な行為状況や行為者自身の自然法則などに関する知識および危険制御能力に左右されるからである。その結果、この構想では、たとえば過失結果犯は、具体的な状況と具体的な行為者によって多様な内容の主観的構成要件をもち結果の発生を客観的処罰条件とする故意の危険犯に転化されることになる。しかし、たとえば故意の殺人罪であれば、具体的な方法の相違にもかかわらず、自己の行為によって他人を殺害するという点では、故意の内容は共通である。これに比べれば、この構想の場合は、主観的な構成要件の内容に共通性がないという意味で、(1)それは主観的要件についても制定法による明確な規定を要求する罪刑法定の原則に矛盾する。つきに、(2)それは実際には、危険徴候の認識を「無関心」(Gleichgültigkeit)のゆえに欠いた「重過失」の行為者に罪責を認めないことによつて、当罰的な行為を正しく評価できないという欠陥をもつ。さらに、結局のところこの構想は、「過

失」という固有の責任形式を認めず、すべてを「故意」に一元化することになるが、そうなるのと、たとえば違法性の錯誤——ドイツでは「禁止の錯誤」——の場合に、いわゆる「嚴格故意説」を採らないなら、(3)違法性の錯誤の「回避可能性」があれば責任を認めるといふ態度と矛盾する。なぜなら、「過失」とはそもそも、結果が発生すると思わなかったという意味での錯誤の「回避可能性」だからである。そして最後に、(4)このような構想は *versari in re illicita*と同じであつて、危険「行為」に対する責任をもつて発生した「結果」に対する責任に代えるものであり、責任主義から見て疑問が大きい。ゆえに、このような「過失結果犯」を「故意危険犯＋客観的処罰条件」という犯罪に転化する構想は、支持できない。

しかし、いずれにせよ、この構想の支持者らは、このようにして「過失は行為である」と論証することで過失犯に共犯規定の適用を肯定しようとしているわけではない。つまり、この構想においても、「過失」は依然として、「故意」とは異なる「行為」なのである。

四 このように、「目的的行為概念」をベースにして限縮的正犯概念に依拠した過失共同正犯論を展開することは矛盾である。また、「目的的行為概念」に限らず、共同正犯の根拠を「犯罪共同実行の意思」に求めるなら——それが「犯罪共同説」の前提であつたはずである——、*versari in re illicita*によらずして結果に対する責任を説明することは不可能である。なぜなら、右の前提によるなら、共同正犯の成立範囲はあくまで、共同の実行を約した犯罪の範囲にとどまるべきだからである。

しかしながら、問題の核心は、そのような「正犯としての共同責任」——一般に「一部実行の全部責任」と呼ばれるもの——を根拠づけるのは、故意の犯罪の共働しかないか、というところにある。この点では、刑事責任がおよそ故意責任にとどまるなら、故意責任でない共同責任というものも認められるべきでないであろう。しかし、人の死傷

のような重大な結果に關しては、刑法は「過失責任」も認めているのである。換言すれば、「過失致死傷」も「犯罪」なのである。そうであれば、「犯罪」についての心理的共働という出発点に固執するより、この死傷結果について、過失の「正犯」として共同の責任を負うという結論を理論的に根拠づけることができるかどうか、端的に問われるべきである。

實際、学説では、たとえばすでに平野龍一博士が、共同作業の中には、相手の行為についても注意しなければならぬ場合と、相手に任せてしまつてかまわない場合とがあつて、過失の共同正犯というのは前者の場合を把握するものであると指摘して<sup>(10)</sup>いた。それは、後の学説によつて、複数の関与者が共働で一つの作業をすることを前提にして、その中で各人が相互に自分の行為ばかりでなく相手の行為からも悪しき結果が出ないように注意しあう關係を指稱している<sup>(11)</sup>と解された。さらに、下級審判例にも、過失の共同正犯をそのような「相互監視的な注意義務」の違反がある場合と捉え、その上で建築作業の現場監督と部下との關係について、部下には現場監督を監視する義務はないことを理由に過失の共同正犯の主張を退け、彼らの休憩中のタバコが原因となつた火災について現場監督にだけ業務上失火罪を認め<sup>(12)</sup>た。

五 もつとも、過失の共同正犯がそのような「相互監視義務」の場合に尽きるのであれば、それは「同時犯」に解消することも可能に見えてくるであろう。というのも、たとえばAとBの兩名が共同で電話線地下ケーブルの点検作業をした後に、互いのアルコール・トーチランプの消灯を確認する注意義務があつたのに、これを怠つていずれかのランプから火災が発生した場合<sup>(13)</sup>、これをA、B兩名の業務上失火罪の共同正犯とする代わりに、Aが過つて自己のランプから出火させたか、あるいは過つてBのランプの消灯を確認しなかつたかのいずれかによつて、Aに択一的に業務上失火罪の単独正犯を認め、同じようにしてBにも択一的に業務上失火罪の単独正犯を認めるといふことも、考え

られないではないからである。<sup>(14)</sup>

ただし、この場合には、二つの点で問題が出てくる。一つは、過失共同「正犯」が自己の行為に対する直接の過失責任と他人の行為に対する間接的な「監視」責任とで択一的に構成されるものだと解するには、その前提として、他人の行為に対する間接的な「監視」責任——それも、共同正犯が問題になる場合は、監督者と部下といった上下関係ではなく、水平的な関係である——の懈怠だけでも、過失の「正犯」が成立すると解さなくてはならなくなる。しかしそれは、限縮的正犯概念から見れば、たいていは、過失の「正犯」ではなくて過失的「共犯」ではないかという疑念を呼び起こすものである。また、単なる水平関係でも「監視」義務を認めてその違反を過失「正犯」とすることは、先に見た大洋デパート火災最高裁判決が「監督」責任の拡大を厳格に抑制したことから見ても、問題ををはらむ。要するに、このような「同時犯」への解消論は、暗黙のうちに、大洋デパート火災控訴審判決が採ったような幅広い注意義務と「拡張的ないし統一的正犯概念」を前提としているものだと言われるのである。

もう一つの問題は、共同でなければ結果が回避できないような注意義務がある場合である。たとえば、ドイツ連邦通常裁判所の一九九〇年七月六日の判決——いわゆる「皮革スプレー事件」判決<sup>(15)</sup>——の事案のように、有限会社の経営者が共同で製品の回収決定をする義務があると見られる場合、「同時犯」構成では、各人の回収提案が役員会において多数決で否決された可能性が残ること、そしてまた他の役員に同調を促していた——その意味で「監視」責任は果たした——としても、その役員が同調を拒否した可能性が残ることを、各被告人がすべて援用できるのである。こうなると、各人が違反した注意——正確には、作為——義務の違反と結果発生との間の仮定的因果関係が証明できないので、未遂処罰規定のない過失結果犯では、全員が無罪となる。<sup>(17)</sup>

また、逆に、個々の役員は、自分が賛成しなくても残りの役員で相対多数となるから、自分が回収に賛成か反対か

は結果の防止にとって条件関係に立たない、という抗弁もできるであろう。つまり、回収反対が多数であった可能性を援用することもできるし、回収賛成が多数であった可能性を援用することもできるのである。このような場合には因果関係ないし仮定的因果関係の起点となる作為ないし不作為を個別的に考えては意味がない。むしろ、製品の回収決定と結果防止との仮定的因果関係については、共同での回収決定自体が、因果関係の起点とされなければならない。<sup>(18)</sup>そして、そこに至るまでの各人の関与に必要な要件は、まさに共同正犯を含む共犯論の中で、そして共同正犯の前身である「正犯としての共同責任」を発生させるのにふさわしいものは何かという形で、機能的に決定されるべきである。ゆえに、「共同正犯」という法形相 (Rechtsfigur) は、「同時犯」に解消できるものではない。

六 それでは、「共同正犯」という法形相にふさわしい要件は何であろうか。それは結局のところ、その結果の発しないし防止が、当該関係者全員の共同の任務であるということに尽きるであろう。この点では、たとえば「大洋デパート事件」最高裁判決が、「注意義務」とは、結果防止義務を負っている他人に注意を促す「進言」義務では足りず、自己の結果防止義務の履行に当たって他人の協力を求める「要請」義務でなければならない旨を示唆したことは重要である。つまり、共同「正犯」というからには、そこで違反した「注意——ないし作為——義務」の内容は、自分が結果を防止する義務でなければならないのである。

もっとも、この判決は社長と部下という「上下関係」の事案に関するものであったことには注意が必要である。「共同」正犯というからには、「自分が結果を防止する義務」が水平的な関係においても認められなければならない。それは、要するに、「自分達が協力して結果を防止する義務」ということになる。単に「他人の注意を促す義務」では足りないのである。<sup>(19)</sup>

ゆえに、結果防止について分業的な注意の義務がある場合、たとえば、建物の解体作業の際に——両方同時には見

られないので——Aは下の道路の右側を、Bは左側を注視するという関係にあった場合——かつ、両者が信頼にたる人物であった場合<sup>(20)</sup>には、右側から来た歩行者に廃材が当たってこれを負傷させたことについては、たとえBがAとともにその廃材を落としたとしても、Aのみが罪責を負うことになる。また、AとBが共に左右双方について相互の作業の安全を確認する義務があるのであれば、A単独でまたはB単独で落とした廃材が歩行者に当たってこれを負傷させたときでも、両者が共同正犯となる余地がある<sup>(21)</sup>。

七 右の検討から、ここでもまた、「他人に注意を促す」義務の懈怠という意味での「他人の結果惹起の促進」ないうし、「他人の結果防止懈怠の放置」は、共同「正犯」を根拠づけるものでないことが確認された。また、過失の共同正犯は、過失をそもそも「行為」でないとしたり故意とは異質の「行為」であるとするとフィナリスムスからは導けない法形相であることも確認された。

しかし、実は、オリジナルな「拡張的正犯概念」との関係では、これではまだ「限縮的正犯概念」の優位性を指摘したことになる。なぜなら、自然主義などによる古典的・因果的な行為概念を基礎とする「拡張的正犯概念」では、故意の教唆および幫助は本来は正犯で、ただ制定法が特別にその可罰性を限定しただけだと見るので、過失犯と故意犯とで「行為」の構造に質的な差異はなく、ゆえに、過失犯にも何らかの要件の下で共同正犯を認めることは可能だからである<sup>(22)</sup>。ゆえに、結論に至るには、もう少し検討を続けなければならない。もともと、過失の「共同正犯」は、「自分達が協力して結果を防止する義務」の違反であることを要する、と述べた段階で、すでに「他者の不注意への関与」<sup>(23)</sup>の場合は除かれてはいるのである。

(1) 最判昭和二八・一・二三刑集七卷一三〇頁。

(2) 内田文昭『刑法における過失共働の理論』(一九七三)参照。

- (3) このような「実益」が発揮される事件には、失火関係のものが多い。名古屋高判昭和六一・九・三〇高刑集三九卷四号三七頁、東京地判平成四・一・二三判時一四一九号一三三頁などが、そのである。
- (4) 立命館法学二三五号四頁。
- (5) その点では、木村竜二博士や福田平博士が、目的的行為論によって過失犯の共同正犯を基礎づけようとしたのは、理論の本質を理解していなかったものであるように思われる。木村竜二『刑法総論(阿部純一・増補版)』(一九七八)四〇五頁、福田平『全訂刑法総論(第三版)』(一九九六)二六五頁参照。
- (6) 「客観的な共同惹起」という観念が可能であることは、民法七一九条の共同不法行為を想起すれば、理解されよう。
- (7) 結果的加重犯の「共同正犯」に関するドイツの学説状況については、丸山雅夫『結果的加重犯論』(一九九〇)三五七頁以下参照。
- (8) その代表は、過失犯においても故意犯と同じような「目的性」を見出して、これを「主観的構成要件」と位置づけようとするエバハルト・シュトルエンゼーらである。Vgl. Eb. Strunsee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, S. 53; ders., Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, S. 97; ders., "Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987, S. 41. わが国では、花井教授や井田教授が、このような見解に好意的である。花井哲也『過失犯の主観的構成要件』朝日法学論集一号(一九八八)一五一頁以下、同『過失犯の基本構造』(一九九二)五三頁以下、井田良『過失犯と目的的行為論』法学研究六一巻二号(一九八八)一二九頁以下、同『犯罪論の現在と目的的行為論』(一九九五)三六頁以下、同『過失犯の基礎理論』現代刑事法八号(一九九九)七二頁以下参照。
- (9) Vgl. C. Roxin, Strafrecht AT Bd.1, 3. Aufl. 1997, S. 943f.
- (10) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五)三九四頁以下参照。
- (11) たとえば、前田雅英『刑法講義総論(第三版)』(一九九八)四二六頁。
- (12) 秋田地判昭和四〇・三・三一下刑集七巻三号五三七頁。
- (13) 業務上失火罪について過失の共同正犯を認めた東京地判平成四・一・二三判時一四一九号一三三頁の事案を素材にしている。なお、この判決は、控訴審判決である東京高判平成五・九・二によっても認められた。
- (14) 実際、前田・前掲書四二七頁は、このような構成を主張して、過失の共同正犯というものを「不必要」だとみなしている。もっとも、理論的に可能なことを「不必要」とする趣旨は明らかでない。
- (15) BGHSr. 37, 106.



(16) 現に、この事件では、後に役員会で回収の是非を議論したとき、回収に賛成した役員はいなかったのである。

(17) この点、BGHの「皮革スプルー判決」は、エンギッシュの「重畳的因果関係」の考え方を使得って (K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 30.)、多数の作為が競合して初めて結果が発生した場合に各作為と結果発生との間に因果関係が認められるのと同じように、多数の作為が競合して初めて結果が防止できる場合にも、各不作為と結果との間の因果関係は認められるとする。しかし、エンギッシュの考え方は、「合法的条件公式」によって不作為にも作為と同様の結果との間の「条件関係」が認められるとする点です。に失当であるし、本判決の支持者からも、その説得力を疑われている。なお、エンギッシュ説に対する的確な批判は、アルミン・カウフマンによって展開された。Vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 57ff. 要するに、「不作為」とは単に「作為がない」という状態ではなくて、「作為義務がありかつ作為の能力もある不作為者Xによる作為の不実行」であると考えるなら、エンギッシュのような論理的因果関係説によっても、「不作為がない」場合とは、単に「Xが作為をする」場合はかりでなく、「Xに作為の能力がない」場合等をも意味するので、「Xの不作為がなければAの負傷結果は生じなかった」とはいえなくなる、というのである。

(18) Vgl. G. Jakobs, Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, Festschrift für K. Miyazawa, 1995, S. 419. なお、松宮孝明「ドイツにおける『管理・監督責任』論」中山研一＝米田泰邦編著『火災と刑事責任―管理者の過失処罰を中心に』(一九九三)二〇六頁以下、岩間康夫「刑法上の製造物責任に関するマコプスの見解について」『愛媛法学会雑誌』三卷一号(一九九六)五五頁も参照されたい。

(19) 結論において類似するのは、S. Kamm, Die fahrlässige Mirtäterschaft, 1999, S. 202ff. もっとも、結果が共同でしか実現できないような状況を作り出す諸事情を「現実的に認識していなければいけない」とするのは、過剰な心理主義である。それは「認識可能でありかつ認識していなければならなかった」ということで足りる。

(20) もっとも、そうでないときでも、いきなり共同作業者全員に責任が認められるのではなくて、むしろ監督者などの上位者に責任が遡及するであろう。監督者にとっては、この作業全体が、自分の任務だからである。

(21) 平野・前掲書三九四頁以下も同旨。なお、一九八七年にスイスの連邦裁判所は、つぎのような事案について、過失犯の共同正犯を認めた。すなわち、山小屋からの帰路、AとBは道路の右の川岸に巨大な一個の岩石があるのに気づき、Aがその岩石をその岸から突き出した岩壁を経て下に転がそうと考えた。二人は、その川岸にしばしば人がいる可能性があること、とりわけ釣り人がいる可能性があることや、巨大な岩石がたまたまそこにいる人に当たる可能性があることも知っていた。ゆえに、BはAの提案で、誰かがそこにいないか確認をするために前方を見ようと三歩前に出て、誰かが下にいないか呼びかけた。もっとも、Bは自分の居場所から右の川岸の方は見なかった。呼びかけても誰も心えな



いので、BはAのもとに戻り、一〇〇キログラムを超える岩を下に転がり、その後Aは、五二キログラムの岩を同様に転がした。坂の下にいた釣り人に二つの岩石が当たって釣り人は死亡したが、どちらが致命傷となった岩を落としたのかわからなかった。スイス連邦裁判所はこの事案について、「このような状況では、各人の個別的寄与が構成要件該当結果によって因果的であったか否かが問われるのではなく、共同で実行された行為全体と生じた結果との間の因果関係が認められるか否かが問われるべきである。」と判示した(BGE 113 IV, S. 58 (80))。なお、ドイツのヨアヒム・レンツィコフスキーは、この裁判例と「皮革スプレー判決」を手がかりとして、過失犯にも共同正犯が可能であり、しかもそれは「限縮的正犯概念」によって根拠づけられるべきだと主張している。Vgl. J. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997。なお、内海朋子「過失共同正犯肯定説における帰責問題について」法学政治学研究所四八号(二〇〇一)七一頁(九〇頁)は、「主観的要件を一切放棄する見解は『共同正犯』としての共通項を、故意共同正犯との間に果して見出しうるのか」との疑問を提起しながらも、「各行為者が共同目的を達成するのに社会的に不相当な、不適切な態度をとるにより、各々の不注意を互いに助長しあうという実体を考えるべきり、共同注意義務を課してそのような事態を事前的に抑止する」という形で過失共同正犯を観念することも不可能ではない」とする。しかし、「共同注意義務を課してそのような事態を事前的に抑止する」という形で過失共同正犯を観念する」のであれば、たとえば互いのトーチランプの消灯を指差し確認するといった義務からでもわかるように、「共同注意義務」が、現実の主観——ここでは「認識」——によって初めて根拠づけられるとするのは矛盾でありかつ余計なことである。そもそも、「認識可能性」でさえ、義務のないところでは論ずる意味がない。とりわけ過失不作為の共同正犯を考えればわかるように、過失の共同責任を根拠づけるのは、「各々の不注意を互いに助長しあい、または、各々の不注意を互いに防止しあうという実体」が、いずれも、「自分達のしわざまたは任務」であるという事情なのである。

(22) 実際、初期のメツガーは、過失の共同正犯を認めていた。Vgl. E. Mezger, Strafrecht, 1931, S. 422.

(23) それでも、それは「注意義務」自体の限定によってもたらされた結論であり、「正犯概念」の問題ではないとする反論が予想されるが。

### (三) 故意犯と過失犯の実行行為における共通性

一 目的的行為概念に触発された「二元的正犯概念」は、過失正犯の成立範囲を故意正犯より幅広く認める。また、本来の「拡張的正犯概念」は、故意犯では教唆や幫助に当たる行為態様も、本来は「正犯」であるから、——ドイツ刑法では、教唆および幫助は明文で故意の場合に限られていたので——このような刑罰縮小事由が妥当しないと考え

られる過失犯では「正犯」になると考える。言い換えれば、客観的には故意犯の正犯に当たらない行為態様も、過失犯では、過失であるがゆえに、正犯に当たるといのである。

しかし、このような主張は、過失致死傷罪のような単純結果犯であれば説得力をもつように見えるが、行為態様が限定される「拳動犯」ないし一定の拳動を介して結果が発生することを要件とする犯罪では、その欠陥を露呈する。たとえば、わが国では、「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」いわゆる公害罪法の三条に規定されている過失によって有害物質を排出する罪について、その「排出」を同法二条に規定されている故意犯の場合と同じとする最高裁判例がある。<sup>(1)</sup>

二 そこでは、まず、公害罪法一条一項が「工場又は事業場における事業活動に伴って人の健康を害する物質（身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質を含む。以下同じ。）を排出し、公衆の生命又は身体に危険を生じさせた者は、三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。」と規定し、これを受けて同法三条一項が「業務上必要な注意を怠り、工場又は事業場における事業活動に伴って人の健康を害する物質を排出し、公衆の生命又は健康に危険を生じさせた者は、二年以下の懲役若しくは禁錮又は二百万円以下の罰金に処する。」と規定している。ここにいう「排出」について最高裁は、「工場又は事業場における事業活動の一環として行われる廃棄物その他の物質の排出の過程で、人の健康を害する物質を工場又は事業場の外に何人にも管理されない状態において出すことをいうもの」と解した。そのため、過失による突発的事故でたまたま有害物質を漏出したケースには、この法律は適用できなくなつたのである。<sup>(2)</sup>

いずれにせよ、ここでは、「排出」という行為態様は、それが故意で行われるか過失で行われるかに関わりなく、同じものであるという考え方が前提とされている。その意味で、最高裁は、過失犯の場合の方が故意犯の場合よりも

一般的に、「正犯」ないしその客観的成立要件の範囲が広いということとはできない、と考えているように思われる。

三 もつとも、このように正犯概念の二元化が貫徹できない場合があることは、実は、ヴェルツェルも認めていたことである。<sup>(3)</sup>そこでは、ドイツ刑法にある過失偽証のような「混合的」惹起構成要件の場合には、正犯は、構成要件に該当する目的な部分行為の実行に依存するとされている。しかし、構成要件の一部が目的的行為とされているからといつても、その部分自体は犯罪ではなく価値的には中立的な行為であつて、犯罪となる部分の中核は非目的的部分にある。それにもかかわらず、犯罪とならない非本質的な部分の目的性のゆえにここで二元主義が妥当しなくなるというのであれば、たとえば運転者がスピードの出しすぎは意識して起こした死亡事故の場合でも、スピードを出しすぎて運転するという目的的行為部分に着目して二元主義を否定することができるはずである。<sup>(4)</sup>また、構成要件が目的的行為態様を含むという意味で「混合的」なものになるかどうかは「立法の偶然」に左右されるのであつて、決して「故意行為」と「過失行為」の本質的な差異に由来するものではない。ゆえに、ヴェルツェルのこのような論理で二元主義を擁護することもまた、無理である。

そして、同じことは、教唆や幫助もまた本来は「正犯」なのだとする「拡張的正犯概念」にも妥当する。過失による有害物質の「排出」と「排出」の教唆ないし幫助とが——制定法以前の社会的評価としても——同じでないことは、一目瞭然である。

(1) 最判昭和六二・九・二二刑集四一巻六号三五五頁（大東鉄線事件）、最判昭和六三・一〇・二七刑集四二巻八号一一〇九頁（日本アエロジル事件）。

(2) 前掲最判昭和六二・九・二三刑集四一巻六号二五五頁、最判昭和六三・一〇・二七刑集四二巻八号一一〇九頁、もつとも、このような限定解釈は、すでに公害罪法制定時から、立案当局者も含めて、多数説だったよつである。これに対して、「排出」を「有害性のある物質を、事業主の行為によつて、管理されていない状態において事業所以外の公衆の生活圏内に放出すること」と解し、「放出」「飛散」「漏出」等も広く「排

出」に含まれるとする見解もある。

(3) Vgl. H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S.491, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 160, Fn. 69.

(4) 二〇〇一年に新設された危険運転致死傷罪(刑法二〇八条の二)の適用は、さしあたり度外視して考えよう。

#### (四) 予見対象に関する共通性

一 さらに、故意犯と過失犯とで「認識・予見の対象」は異なるか、という問題がある。この問いは、故意の予見の対象を、(客観的)構成要件要素を始めとする犯罪成立の客観的要件であると解し、かつ過失犯はその認識を不注意で欠いたために犯罪的結果を引き起こしたものだとする理解を前提とする古典的な犯罪体系論では、肯定されるものである。それは同時に、古典的な「限縮的正犯概念」を前提とする。ここでは、たとえば故意の殺人罪と過失致死罪とでは、犯罪——より正確には「正犯」——成立の客観的要件は同じなのである。

これに対して、本来の「拡張的正犯概念」では、少し事情が異なる。ここでもまた、故意犯と過失犯とで「認識・予見の対象」は異なる。ただし、そこには、故意犯であれば教唆や幫助に当たる場合も入ってくるのである。ゆえに、故意の殺人罪と過失致死罪とでは、犯罪成立の客観的要件は同じであるが、そこにいう「犯罪」には、故意犯であれば教唆・幫助に当たる場合も含まれる、ということになる。

「二元的正犯概念」の場合には、事情は全く異なる。ここでは、過失犯は故意犯に対して全く異質なもの(alind)であって、両者の成立要件の間には何らの関連もない。ゆえに、故意の要件は、過失犯における「認識・予見の対象」を画するのには何の役にも立たない。

二 もっとも、この問題を検討する前提として、故意の要件自体を簡単に振り返ってみる必要がある。というのも、

故意を単純に「結果発生の意欲」とだけ定義したのでは、認識的要素の果たす役割が無意味になるからである。その結果、「丑の刻参り」のような迷信的な行為の場合でさえ、殺人罪の故意があるということになってしまふ。この結論の不当性は、たとえば、「丑の刻参り」をたまたま目撃した被害者が、しかもたまたま心臓の悪い人で、その異様な雰囲気にショックを受けて心不全を起こして死亡したという事例を考えれば明らかになる。つまり、この場合には意欲した通りの結果が起きたのだから、このような迷信家にも殺人罪が成立してしまふのである。このような不合理な結論を避けるために、「丑の刻参り」それ自体を「殺人の実行行為でない」とする考えもあるが、その場合には逆に、被害者の心臓の欠陥を知ってこれを利用してしまふとして「牛の刻参り」を見せた人物もまた、——法則的・合理的に行動しているのに——殺人罪でないことになってしまふであろう。このような事情を知らなかったら「実行行為でない」というのは、「知らなかったら危険でない」というのと同じく、非常識な結論である。ゆえに、不合理な結論を避けようとするのなら、犯罪の故意とは、合理的・科学的に見て、結果発生のある程度の見通しのある行為をするという認識および意思でなければならない。

その意味で、故意の少なくとも認識的要件は、それが結果の発生にとつて「迷信的」ないし「不能な」ものであつてはならない。「不能犯」が可罰的未遂でない、つまり「犯罪」でないのなら、「不能犯の故意」も「犯罪の故意」ではない。

また、「正当防衛」のような違法性阻却事由に当たる行為は「犯罪」でないと考えるなら、正当防衛で結果を発生させる場合には、科学的裏づけのある結果発生の確実な認識があつても、それは「犯罪の故意」ではない。いわゆる「許された危険」——それをどのように定義するかという問題は別にして——の場合にも、その認識だけでは「犯罪の故意」は根拠づけられない。その意味では、「犯罪の故意」には、構成要件の違法な実現という意味での「結果」

發生の「許されない危険を持つ行為」であるとの認識が必要であらう。

三 「認容」という情緒的要素が故意に必要か、という問題もある。わが国の通説は、一般に、結果發生の認識がありながら「起きてもかまわない」と思つてとか「あえて」行為した場合に、故意があるとす<sup>(2)</sup>。しかし、これに対しては、犯罪となるべき事実を認識して行為に出た以上「犯罪をする意思」はあるのであつて、意思的要素はすでに「行為」に含まれており、それ以上に「認容」を要求する必要はないとする見解がある<sup>(3)</sup>。

また、大審院や最高裁の裁判例で用いられている「あえて」という言葉は、被告人の心理状態を指すものとしては用いられていない。たとえば、昭和十三年三月一六日の最高裁判決<sup>(4)</sup>では、「或は贓物であるかも知れないと思ひながらしかも敢てこれを買受ける意思」と書かれていたのであつて、「敢てと思ひながら買受ける意思」とはどこにも書かれていないのである。むしろそれは、そのような認識がありながら行為を思いとどまらなかつたのは「あえて」であつて、故意犯の責任非難に値する、という裁判官の評価を表現したものと見るべきである<sup>(5)</sup>。その意味で、決定的なのは、その行為を思いとどまる動機となるべき「犯罪事実の認識」である。

四 さて、話を過失犯に戻そう。この過失犯における「認識・予見の対象」という問題については、軽トラックによる交通事故の際、後部荷台に無断で乗車していた者を知らずに転落死させたという事件の最高裁決定<sup>(6)</sup>と、それに關する担当調査官の解説<sup>(7)</sup>が興味深い。すなわち、この調査官解説では、故意の現実の予見と過失の可能的予見とでは基本的に予見の対象は同じであるとする見解が示されたのである。ここでは、故意犯と過失犯の体系を二元化することは考えられていないといつてよい。

すなわち、最高裁は、軽トラックに無断で同乗していた被害者らが被告人の無謀運転のために死亡したという事案について、「右のような無謀ともいふべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を惹起するかもしれない

ことは、当然認識しえたものというべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前記兩名が乗車している事実を認識していなかったとしても（業務上）過失致死罪が成立すると判示した。これについて、右の調査官解説は、これはいわゆる「法定的符合説」に依拠して、故意犯の予見の対象と過失犯の予見可能性の対象は同じであることを根拠に、同種の構成要件の結果が予見可能であれば生じた結果について過失があるとしたものだと言説したのである。

五 もつとも、厳密に言えば、このような理由で、過失における予見可能性に「法定的符合説」を妥当させることはできない。というのも、この事件の原判決は、本件において被告人に無断同乗者の存在が「予見可能」であることを認めていたし、逆に本最高裁決定も、無断同乗者の存在の「認識可能性」まで不要としたわけではないからである。つまり、「判例の射程」という視点で見れば、この結論は「過失犯における予見可能性にも法定的符合説が妥当する」という見解でしか説明できないものではない。<sup>8)</sup>

また、「法定的符合説」そのものの理解についても、これを因果関係における「相当性」などの「予見可能性」によって符合の範囲を画されるもので、生じた構成要件の結果が予見可能な範囲内で故意の符合を認める見解<sup>9)</sup>と解する余地がある。たとえば、室内にいる相手を殺そうと思って撃った弾丸が跳ねて、ひそかに天井裏に潜んでいた空き巣に命中して死亡させたという場合には、「法定的符合説」の論者の中でも、「天井裏にいる人の死亡」が予見不可能であることを理由に故意の符合を認めない見解はかなりある。ゆえに、「予見の対象」が「予見可能性の対象」と同じであることは、過失犯にも「法定的符合説」が妥当すべきことを論理的帰結とするものではない。<sup>10)</sup>

しかし、最高裁の考え方が、故意犯における「予見の対象」と過失犯における「予見可能性の対象」とを同じものと考えていることは、重視されてよい。それは、結論的にも妥当である。そこでは、「正犯概念」を二元化することは考えられていない。



六 これに対して、「二元的正犯概念」に立つヴェルツェル<sup>(12)</sup>や「拡張的正犯概念」の傾向を持つロクシン<sup>(13)</sup>は、過失犯に具体的予見可能性を不要とする傾向にある。ロクシンの場合、過失犯の成立要件は「客観的帰属」そのものであつて、故意犯はこれに故意が加わつたものにすぎない<sup>(14)</sup>。そのような見解の場合、それは当該結果を発生させたことに對する非難たりうるか、という問題も検討されなければならない。カール・エンギツシュは、まさにこの問題を理由にして、故意の場合に反対動機になりうるものが、過失の場合、認識可能でなければならぬと考へたのであつた<sup>(15)</sup>。そのような構成を採らずに、過失犯を取締法規違反の結果的加重犯と捉える場合には、その認識対象は取締法規違反の事実そのもので足りることになるが、それは逆に、その場合の非難の対象は取締法規違反そのものだということの意味するものともなる。そこでは、文字通り、「結果発生は偶然」であつて、処罰条件にすぎないことになる。そこであれば、問題は、結果の発生を待つてしか処罰できない過失結果犯の要件成就(つまり結果の発生)を座して待つてではなく、有効な事前規制によつて悲劇の起こる前に行政が介入すべきであるということになる。それを抜きにして、過失結果犯の成立要件のみを緩和しても、問題の解決にはならない<sup>(16)</sup>。

七 もっとも、右のような批判は、過失犯を故意犯とは全く異質なものとする「二元的正犯概念」には当てはまるが、本来の「拡張的正犯概念」には当てはまらない。というのも、そこでは、故意犯と過失犯とで「正犯」の客観的な範囲は同じであつて、ただ、故意犯の「正犯」の中には、制定法上、教唆や幫助とされる刑罰縮小事由も含まれてゐるとされるだけだからである。実際、右のような故意犯の認識対象と過失犯の認識可能性の対象とは同じだとして詳細に分析を加えたエンギツシュも、「拡張的正犯概念」を主張していたのであつた<sup>(17)</sup>。したがつて、我々には最後にこの「拡張的正犯概念」の検討が残されているのである。

(1) 「不能犯」の場合も未遂としても処罰の余地を残すドイツ刑法では、少々違つた考慮が必要であるが。



- (2) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（一九九〇）二九六頁。
- (3) 平野・前掲書一八五頁。
- (4) 最判昭和三三・三三・一六刑集二巻三三〇二七頁。
- (5) 松宮孝明『刑法総論講義（第二版）』（一九九九）一六六頁も参照されたい。
- (6) 最決平成一・三三・一四刑集四三巻三三〇二六頁。
- (7) 安廣文夫・ジュリスト九四一号（一九八九）九七頁、同「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成元年度）』（一九九一）八六頁。
- (8) 「判例」の意味については、松宮孝明『判例』について、浅田和茂ほか編『井戸田侃先生古稀祝賀論文集・転換期の刑事法学』（一九九九）六七三頁以下を参照されたい。
- (9) 松宮『刑法総論講義（第二版）』一七九頁。
- (10) たとえば、福田 平『刑法総論（第三版）』（一九九六）一一六頁、一一八頁。
- (11) 詳しくは、松宮孝明「過失犯における『予見の対象』判タ七二四号（一九九〇）七五頁以下を参照されたい。
- (12) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 98ff.
- (13) クラウス・ロクシン（山中敬一訳）『客観的帰属論』関西大学法学論集四四巻三三〇（一九九四年）二六五頁（二六九頁）、同・ノモス六号（一九九五年）三三二頁および「質疑応答」ノモス六号三四頁を参照されたい。
- (14) Vgl., Roxin, Strafrecht AT, S. 943f.
- (15) K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 373ff.
- (16) その点で、危険運転致死傷罪（刑法二〇八条の二）の新設は、矛盾を激化させるだけである。過失致死傷罪の結果犯としての性格から生ずる、防火管理に関する刑事政策上の限界については、松宮孝明「火災事件と管理・監督過失」立命館法学二二八号（一九九二）二六頁以下を、さらに、航空機事故や鉄道事故を含めた交通事故に関する問題点については、松宮孝明「交通事故における刑事過失責任追及の意味」法と心理 一卷一号（二〇〇一）三三頁以下を参照されたい。
- (17) Vgl., K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 82ff.

(五) 過失による自殺関与の扱い

一 筆者は、すでに別項で、ある人物が自分の生命身体に対する危険は意識しつつも大丈夫だと考えて自己の生命身体を危険にさらすような行為に出た場合に、これに関与した人物がどうなるかという問題を、「被害者の自己答責性」というタイトルの下で検討したことがある。<sup>(1)</sup>そこで、ここでは、ある人物が、他人の故意の自殺をうっかり手伝わす羽目になった場合を中心に検討してみよう。

二 ドイツの連邦通常裁判所は、一九七二年に、俗に「拳銃自殺事件判決」(BGHSt. 24, 32)と呼ばれる判決を言い渡した。これは、警官が自動車のダッシュボードに装填した拳銃を置き忘れたところ、彼の恋人がその拳銃で自殺した事件について、ドイツ刑法では故意による自殺幫助が処罰されないのだから過失によるこのような行為を過失致死として処罰するのは矛盾であるという理由で被告人を無罪としたものである。さらに、「過失的」自殺への過失関与の例であるが、一九八四年には、いわゆる「ヘロイン注射事件判決」(BGHSt. 32, 262)によって、ヘロインに急性中毒死の危険があることを知りながらヘロイン常習者にヘロインを渡したところ彼がこれを自分で注射して中毒死したという事件について、同様に自殺共犯不可罰の考え方を類推して過失致死罪の成立を否定した。

その結論は、ドイツ刑法における自殺関与の不可罰から論証される。すなわち、ドイツ刑法では、他人の自殺を故意で手伝った者でさえ不可罰とされているのだから、他人の自殺を過失で手伝ったにすぎない場合には、ましてや不可罰だといっているのである。逆に、他殺に対する同意の場合には、ドイツ刑法には特別の減輕規定はなく、せいぜい、囑託殺の場合にかつ囑託が動機となった場合にだけ、ドイツ刑法二一六条に減輕類型が規定されているにとどまる。ゆえに、「被害者の同意」によって殺害行為を不処罰とすることはできない。この自殺関与不可罰という点は、わが国と背景事情を異にするが、それは後に検討することにして、右の「拳銃自殺事件判決」の結論を、「二元的正犯概念

念」や「擴張的正犯概念」で説明できるかどうか、検討してみよう。

三 まず、「二元的正犯概念」の場合、過失犯は故意犯に対して全く異質なものと解されることになる。この場合、故意犯として不可罰であることは、過失犯としても不可罰であることを必ずしも意味しない。たしかに、ドイツ刑法では、自殺関与の処罰規定はない。しかし、それは故意で自殺に関与しても故意の自殺関与罪はないというだけであって、それを何らかの注意義務に違反するものとして過失致死の正犯として処罰することは否定されない。<sup>(3)</sup>なぜなら、自殺関与者も自己の行為によって他人の死を惹起しているであって、「あらゆる形態の回避可能な惹起は過失による惹起の構成要件に該当するのであり、過失惹起の正犯」<sup>(4)</sup>であるとするとその前提を充たしているからである。つまり、ここでは、「自殺」への関与もまた、自殺者自身の行為を介した過失的「他殺」と解される。そして「他殺」であれば、被害者の囑託があっても、その行為は「やってはいけない」ものであつて違法であり、過失致死罪が成立することになる。

しかし、このような結論は、自殺関与を不処罰としたドイツの立法者の予想を越えるものであり、その結論は法感情に反するものである。<sup>(5)</sup>ゆえに、この場合に自殺関与も他殺の「正犯」だとする帰結は妥当でない。むしろ、そのような結論を回避できる「限縮的正犯概念」に依拠すべきだということになる。

四 もつとも、「二元的正犯概念」や「擴張的正犯概念」の側からは、このような「自殺関与」の場合には、ドイツの立法者はそれを不可罰としたのだから、それは「やってよい」行為であつて、ゆえに過失的な自殺関与もまたやってもよい行為であり、何ら「注意義務」に違反するものでない、という反論が予想される。つまり、厳密に言えば自殺関与は、何ら注意義務違反という意味での過失ではないから、どのような正犯概念に立とうとも不可罰なのである。

これに対しては、すでに別項で批判を試みて<sup>(6)</sup>ある。それは要するに、「拳銃自殺事件」の拳銃放置のような不適切行動が、自殺に用いられたがゆえに「注意義務違反」でないとするのは事後の偶然に依拠する論理であつて、仮にそれが他殺に用いられたり、暴発して第三者が巻き込まれたりしたら、その原因となつた拳銃放置を「自殺の関与」のゆえに「注意義務違反」でない、とすることはできないというものである。<sup>(7)</sup> 過失の内容——むしろ、たいていは、作為ないし不作為義務の内容であるという方が正確のだが——である「注意義務違反」は、言葉の性質上、注意すべきときに決まつていないと意味がない。事後の他者の介入のいかんで結論が変わるのであれば、むしろそれは因果関係や結果の規範的帰属の問題である。

それでは、これを「相当因果関係」の否定によつて解決できるかといつと、そうでもない。というのも、因果関係の「相当性」というのはそもそも確率判断であるから、相手の自殺が相当な確率で予想される場合には、「相当性」は否定されないからである。これに対して、「相当性」を確率判断に限定しないで「自殺」の場合は「相当性」は否定されると決めておけばいいではないか、という反論も予想される。この結論は妥当である。しかし、その結論に至るために採つた「こういう場合は『相当性』は否定されると決めておく」という方法は典型的に「規範的」なものであつて、それはもはや、オリジナルな相当説の域を越えて、客観的帰属論の領域に入り込んでいるといわざるをえない。しかもそれは、このような事態が、過失犯の成否を検討する場合でも、「自殺」であると評価されることを前提としてゐる。つまり、過失による自殺関与の場合に過失「正犯」が否定されるのは、それが「自殺」への関与つまり自殺「共犯」だからだ、ということである。そこでは、「正犯」とそうでない「共犯」との区別は、不可欠の前提となつてゐる。

五 くわえて、わが国の場合には、自殺関与も刑法二〇二条前段で処罰される。ゆえに、「自殺関与はやつてもよ

い行為だから注意義務違反でない」という論理は、そもそも使えない。しかし、「限縮的正犯概念」が妥当するならば場合でも、過失による自殺関与は不可罰であるという結論は変わらない。なぜなら、刑法二一〇条および二二一条にある過失致死罪は、過失による「他殺」を把握するものだからである。つまりそれは、「他殺」の限度で、一九九条の故意の殺人罪および二〇二条の囑託・承諾殺に対応するのであって、「自殺」である二〇二条前段の罪とは関係がない。ゆえに、刑法が故意の自殺関与を処罰していても、過失致死罪は過失による自殺関与を把握しない。自殺関与自体は決して「やってよい」行為ではないが、現行日本刑法では、過失によるそれは可罰性をもたないのである。六 ももちろん、その場合でも、「二元的正犯概念」を採る場合には、事情は異なる。「二元的正犯概念」においては、故意犯についての刑法の規定は過失犯にとって意味を持たない。ゆえに、自殺関与が処罰されようがされまいが、不適切な行為によって他人の自殺を助長した者は過失致死の「正犯」になりうる。

これに対し、「拡張的正犯概念」の場合には、事情は複雑である。ここでは、「共犯の従属性」をいかに解するかによって、結論が異なりうる。たとえば、「共犯の処罰根拠」における「純粹惹起説」のように、「従属性」とは純粹事実的なものであって、要するに誰かによって結果惹起が媒介されることを言うのだと解すれば、被害者自身による媒介の場合もまた従属共犯つまり教唆・幫助は成立しうることになる。そして、この立場にあつては教唆・幫助は本来正犯なのであるから、特別の規定のない過失犯では、過失致死の「正犯」が成立しうることになる。逆に、「従属性」とは要するに「正犯の不法の存在を要する」という意味であると解するならば、「混合惹起説」の考え方であり、そしてそれが、本来の共犯の従属性の意味に近いと思われるが——、「自殺」の場合には、一九九条や二〇二条後段に対する従属共犯の前提となるべき「正犯の不法」が存在しないので、そもそもこれらに対する教唆・幫助もありえず、ゆえに「拡張的正犯概念」からも、過失致死の「正犯」は否定されるという結論になるようにも見える。しかし、

それは同時に、関与者から見れば「他人の死の惹起」であつても、「自殺」という事態では、関与行為の評価は単純な「他殺」ではなくて、「自殺関与」となるのだという、関与形式の質的区別を暗黙の前提にしている。<sup>(10)</sup> しかも、「拡張的正犯概念」が本来「従属性」要件を欠くために「共犯」になりえないものを「正犯」で拾うものであるなら、このような限定は矛盾である。<sup>(11)</sup>

七 ゆえに、わが国においても、否それどころか、わが国においては一層、過失による自殺関与の不可罰を説明するには「限縮的正犯概念」に依拠しなければならぬことが明らかになった。これに対して、「二元的正犯概念」は「自殺」関与も「他殺」惹起の正犯となることを否定できず、それを否定するためには、こつそりと「自殺関与」と「他殺」の区別を、そして同時に自殺「共犯」——厳密に言えば、二〇二条前段との関係では、「自殺共犯」という名の「正犯」であるが——と他殺「正犯」の区別を「裏口から引き入れ」なければならぬこと、「拡張的正犯概念」では、「従属性」の理解の仕方によっては「限縮的正犯概念」と同じ結論に至るが、それもまた、共犯の「従属性」の頸木から逃れるという「拡張的正犯概念」の本来の提案理由を無にするものであり、また、それも、「注意義務違反」や「因果関係」がありながら、「自殺」の場合には結果の帰属を否定するという点で、すでに「自殺関与」と「他殺」との、つまり自殺「共犯」と他殺「正犯」との区別を前提にしているということが明らかになったものと思われる。

(1) 松宮孝明「被害者の『自己答責性』と過失正犯」指宿 信ほか編『誤判救済と刑事司法の課題・渡部保夫先生古稀記念』(二〇〇〇)(以下渡部古稀)五三三頁。なお、「被害者の自己答責性」論の詳細については、塩谷 毅「自己危殆化への関与と合意による他者危殆化について」(二)(二)(三)(四・完)『立命館法学』二四六号八五頁、二四七号七五頁、二四八号八〇頁(以上一九九六)、二五一号(一九九七)六七頁を参照された。

(2) W. Gallas, Sonderheft der ZStW 1957, S. 19; ders., Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 144. すびにヘルツェルも「過失の正犯はまだく

独自の種類の正犯であって「ドグマティックの中心にある目的的な正犯とはまったく関係がない。」と述べていた。H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 120 (160).

(3) ヴォルフガング・フリッシュも、「共犯の一定の制定法上の前提（正犯行為）が充足されていないことから、正犯的犯罪実行の可能性と限界の方向では、そもそも何も出づけない」と指摘している。W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S.159.

(4) Welzel, a. a. O., S. 160.

(5) そのうちであるからして、「拳銃自殺事件判決」の結論は、拡張的正犯論者も含めて、ほとんどの刑法学者に支持されたのである。

(6) 松宮「被害者の『自己答責性』と過失正犯」『渡部古稀』五三五頁参照。

(7) 現行「このような場合に、拳銃放置に過失致死罪を認めたように裁判所の判例もあった。」RGSt 34, 91.

(8) 故意の自殺関与のみが処罰される理由を、故意の自殺関与の場合には生命法益にまつわる社会的諸利益のゆえに完全な正当化には至らないことに見出す見解もある。しかし、それ自体の当否は別にしても、保護法益に着目するのなら、問題は過失的自殺関与の場合でも同じであった。そこでも、生命には様々な社会的諸利益がまつわっているがゆえに、完全な正当化は無理である。むしろ、「過失」という責任形式の軽微性のゆえに、刑法三八条一項本文の故意犯処罰の原則に戻っただけで、過失的自殺関与が「やってはいけない」行為であることは、過失的器物損壊の場合と同じであると考えらるべきである。

(9) リューターセンに代表される見解である。K. Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25.

(10) 「拡張的正犯概念」を採用しながら「拳銃自殺事件」判決を支持するシムンケルは「この矛盾を犯しているのである。」G. Spendel, Fehltässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JSt 1974, S. 749ff. 批判の詳細については、松宮「被害者の『自己答責性』と過失正犯」『渡部古稀』五三三頁以下参照。

(11) 一八七一年ドイツライヒ刑法典の「極端従属形式」を前提にした解釈論において、共犯者が正犯に責任能力があると誤想した場合の「処罰の間隙」を「正犯」で埋めようとした「拡張的正犯論者」の試みについては、松宮孝明「非故意行為に対する共犯——故意への従属性について——」立命館法学「三三二」三三三号（一九九四年）二四八頁以下を参照された。



## (六) 小 括

一 以上、(一)「大洋デパート火災事件」最高裁判決の意味、(二)過失の共同正犯と正犯概念との関係、(三)対応する故意犯と過失犯における「実行行為」ないし客観的成立要件の共通性、(四)故意犯における「予見の対象」と過失犯における「予見可能性の対象」の共通性、(五)過失による自殺関与の取り扱いを素材として、これらの問題と正犯概念との関係および「限縮的正犯概念」の妥当性を検討してきた。ここでは、まず、(一)最高裁は「大洋デパート火災判決」において、火災の際の防火管理の不備から生ずる死傷結果について、業務上過失致死傷罪の「正犯」の範囲を、客観的な「役割」から見て、直接に防火管理責任を負う者に限定し、背後の監督機関である「取締役会」の構成員への「監督義務」を介した「正犯」の拡大や、部下や従業員への「進言義務」を介した拡大を否定した。その限りで、本判決は、「社会的に相当」とはいえない不適切行動が結果発生と因果関係ないし不作為の場合の仮定的因果関係に立つ可能性のある場合でも、過失致死傷罪の「正犯」に当たらない場合があることを示唆したのである。ついで、(二)過失の共同正犯を認める判例の態度は、過失犯には共犯規定はそもそも妥当しないとする「目的的行為概念」に基づく「二元的正犯概念」では説明できないものであることが、明らかにになった。同時に、ここでは、過失の共同正犯の要件は関与者が「正犯として」、共同の過失責任を負うのにふさわしいものでなければならず、結論的には、「その結果の発生ないし防止が、当該関係者全員の共同の任務である」といえる場合に限られ、他者に注意を促す義務では足りないことが明らかにされた。逆に、そうであれば、それは規範的に「共同の注意義務」がある場合であればよく、関与者の「現実の認識」に固執すべきものではないことも明らかにになった。また、(三)「実行行為」ないし正犯の客観的成立要件については、公害罪法の「排出」概念のように、わが国の判例もまた、過失「拳動犯」になると故意犯との共通性を前提にしており、その意味で「過失」であるがゆえに「正犯」が広いという論理は使えないことが明らか



にされた。さらに、(四)過失犯の「予見可能性の対象」は対応する故意犯の「予見の対象」と同じであつて、行為の反動機となるべき結果発生の「許されない危険を持つ行為」であることの認識の可能性が必要であること、わが国の最高裁も、この点では同じ前提に立っていることが明らかにされた。最後に、(五)過失による自殺関与の不可罰という結論は、わが国の刑法でも、「限縮的正犯概念」を採用し自殺関与の可罰性が故意の場合に限定されていることを直視すれば、十分に承認できることが明らかにされた。同時に、これらの結論をすべて担保するには、結局のところ、「限縮的正犯概念」が過失犯にも妥当することを認めざるをえず、「二元的正犯概念」や「拡張的正犯概念」では、どこかにほころびが出ることも明らかにされたと思われる。

二 もっとも、問題は、そのような結論が「大規模火災事件」の諸判決において貫徹されておらず、相互に矛盾が見られることである。ゆえに、最後に、この問題に簡単に言及して、本稿を終えようと思う。

## 五 展 望——過失犯における「限縮的」正犯概念の妥当性——

一 筆者は、一九九四年に公刊した本稿の冒頭部分において、「真の問題は、このような前提と結論との矛盾を指摘した場合に、学説は前提を探るのではなく、結論に合わせて前提を変えてしまうのではないかという点にある。つまり、過失犯における『限縮的正犯概念』の妥当性それ自体が、鼎の軽重を問われているのではないかということである。この妥当性が論証できなければ、ドイツにおけるのと同じように、伝統的な犯罪体系は崩壊してしまつてある」と述べ、その上で「正犯概念という観点から、火災事件をめぐる学説の動向を素材として、この問題を検討しようと思う。その過程で、『限縮的正犯概念』からの逸脱が、犯罪体系上、どのような矛盾を生み出すが明らかにされる。」という形で、本稿の課題設定をした。<sup>(1)</sup>

二 それに続く検討では、次のことが明らかにされた。すなわち、「大洋デパート上告審判決」を別にして、失火や放火の疑いのある火災の場合にも建物管理者の業務上過失致死罪による罪責の追及が行われたが、その有罪の論理は、故意または重大な過失による消防法上の防火管理の懈怠を、火災とそれによる人の死傷結果の発生を条件として処罰するというものであり、しかもそこで前提とされる過失致死傷罪の「実行行為」は、場合によっては二〇年から四〇年も継続する不作為状態であつて、ゆえに人の死傷という結果の発生も一般的・統計的・抽象的にしか予見できず、それどころか一般的・統計的にならずに現実に予見されている場合もあるのであつて、そこでは、「犯罪事実の認識のある場合が故意で、その認識はないが認識の可能性がある場合が過失である」とする二つの責任形式の基本的な区別すら妥当しないという状態にあつた。

三 このような裁判例をめぐつて様々な学説が展開されたが、火災事件において建物管理者等の過失致死傷罪を認める積極説は、いずれも、伝統的な限縮的正犯概念と調和し難いものであつた。具体的には、(一)正犯概念を意識しない立場では、そもそも故意正犯との比較検討が行われておらず、またその結論は、限縮的正犯概念が予定する具体的予見可能性要件を満たすものではなかつた。(二)限縮的正犯概念と調和すると述べる見解も、形式的には「非故意行為を利用した間接正犯」という構成によつて説明しえたかに見えたが、実際には予見可能性の具体性を満たしていないかつた。(三)逆に、「危愆感説」では、本来体系二分論から出発しているのに、正犯概念の二元性は明言されておらず、限縮的正犯概念が維持されると述べられていたが、実際には、それは故意犯に限られたものであつた。(四)故意殺人罪と過失致死罪とに各別構成要件において差異があるとする見解では、たしかに故意犯と過失犯との構造的な差異を根拠とする二元的正犯概念は回避されていたが、しかし、「わざと死に致した」場合をお過失犯とする矛盾を犯すことになつた。しかも、この構成によつても、殺人罪や傷害罪の共犯の故意にもならないような認識が可能でな

い場合に、過失致死傷罪が成立することを十分に説明することはできなかった。(五) 帰属論的立場では、異なった正犯概念を採用することによってしか、建物管理者等の過失致死傷罪を説明できないことが次第に自覚されてきた。(六) さらに、同じく帰属論的な発想の中には、具体的予見可能性を不要と明言する立場も現れた。しかしそこでは、伝統的な責任主義、とくに行為責任主義との矛盾もまた、あらわになった。最後に、(七) 過失による共犯を肯定する見解でも、その前提となる正犯概念は、必ずしも故意犯と同じものとはいえないように思われた。結局、火災事件において管理者らの過失致死傷罪を認めるためには、限縮的正犯概念を放棄して、故意犯との関係を完全に断ち切った二元的正犯概念を採用しなければならないことが、明らかにになった。そしてそれは、過失結果犯の要件として、具体的予見可能性要件を放棄するところまで至ったのである。

四 逆に、反対説は、(一) 不作為犯の実行行為、(二) 「実質的な危険」、または(三) 故意犯と同じ「予見の対象」などから過失犯の成立範囲を限定し、火災事件において管理者らの過失致死傷罪成立に消極的な立場をとる。しかも、これらはずべて、暗黙のうちに、リスト・ペーリンク体系に基づく「限縮的正犯概念」を前提としていた。これを自覚的に展開したのが、(四) 過失による共犯を不可罰と見る「限縮的正犯概念」の立場である。

しかし、真の問題は、これらの見解が、積極説の明示的または黙示的にとる「拡張的または二元的正犯概念」に対して、その前提の違いを意識して有効な批判を加えてきたかどうかにあるのであって、残念ながら、これについては否定的に答えざるをえなかった。積極説が「限縮的正犯概念」から逸脱することを指摘すれば十分だと考えていたふしがあったからである。しかし、この逸脱を自覚している見解に対しては、これでは水掛け論にしかならないのである。

五 ゆえに、ドグマティックにおいて水掛け論を回避するためには、より広い視野からの結論の妥当性と相互の体

系的整合性とを追求せざるをえない。しかも、その結論の妥当性は、わが国の法実務において暗黙の前提とされているものも含めた妥当性であり、結論相互の体系的整合性は、それらの横系のつながりとそれを織り成す縦系の質の良さによって担保される。本稿が検討課題で用いた横系は「管理・監督過失」の判例における妥当な限界づけの具体例である。「大洋デパート上告審判決」であり、過失の共同正犯の処理であり、実行行為や予見対象における故意犯との整合性であり、そしてまた、過失による自殺関与の妥当な処理であった。そして、そこで用いられた縦系は、「正犯」と教唆・幫助という意味での「共犯」との関係に関する「正犯概念」であった。そして、その検討の結論としてやはり過失犯にも「限縮的正犯概念」が妥当すべきであり、かつそのみが、以上で検討した横系と縦系との関係を整合的に織り成すことができるというものであった。

このような結論からすれば、やはり、出火による人の死傷という最終結果が、殺人罪や傷害罪の故意に必要な程度に具体的なものとして予見可能でない限り、言い換えれば、不作為を含めて、これらの犯罪を構成するのに必要な程度に「許されない危険な行為」であることが認識可能でない限り、過失致死傷罪を成立させることは体系的矛盾をきたすことになる。

六 これに対しては、とにかくも防火管理上の落度がある場合に過失致死傷罪の成立が否定されるのは不都合であるという批判が予想される。そして、その立場からは、過失犯の伝統的・整合的な体系にこだわらずに、それを犠牲にしても、このような場合は過失致死傷罪を認めるべきであるという主張がなされることになる。同時に、その方が、刑事責任の追及によって被害者の救済や安全の向上を図ることができる、と。

しかし、そのような主張自体が、すでに矛盾をはらんでいることに注意しなければならない。まず、(一)防火管理上の落度があっても、過失致死傷罪は誰かが死傷しなければ適用できないということが、忘れられている。真に安全の

向上を願うなら、火災発生のかんに関わらず、問題があれば消防行政を活用して改善を図るべきである。事前にはそれができないが、火災発生後は居丈高に責任を追及できるというのは、一種の「結果責任」である。次に、(一)火災発生や人の死傷のメカニズム、建物を管理している会社などの組織内部での権限分配などの解明に時間がかかる事件では、有罪判決によって指摘される火災当時の「注意義務」が、しばしば、すでに時代遅れとなっていることがある。たとえば、「千日デパートビル火災事件」では、被告人らによって手動式の防火シャッターを毎日上げ下げする義務があるとされた。<sup>(3)</sup>しかし、実は、この事件の控訴審逆転有罪判決の時点では、すでにほとんどのデパートでは防火シャッターは電動巻上げ式に変わっていたのであって、裁判所の指摘する「注意義務」は、全く無意味なものになっていたのである。さらに、このような場合には特に、(二)原因解明と刑事責任の追及が矛盾する可能性がある。というのも、すでに航空機事故や鉄道事故で指摘されているように、事故について最も詳しい専門家が刑事責任の追及を受けるおそれがあることを理由に原因解明への協力を拒否することが、黙秘権その他の自己負罪拒否特権という権利として認められるからである。同時に、刑事責任の追及を主眼とする警察組織では、工学的・専門的な安全対策に必要な情報が収集段階から漏れてしまったり毀損されたりすることがあるため、かえって有効な事故対策の定立に障害となるという問題も指摘されている。<sup>(5)</sup>さらに、(四)被害者の救済は、関係者に過度の注意義務を言い渡しかつ執行猶予付きの名目的な有罪判決で済ませるのではなくて、きめの細かい経済的および心理的な援助によって達成されるべきである。意識的な法違反でない事故において刑事罰によって被害者を慰謝しようとし、そのために無理に過失を認めるのは、「野蛮」といへばいい。<sup>(6)</sup>

要するに、過失致死傷罪という過失結果犯の刑事責任の追及は、社会の安全の向上にとっても、被害者の救済にとっても、実はあまり有効でないものである。それよりは、欠陥がすでに指摘され自覚されている場合には、行政によ

る指導、勧告、命令とそれを担保する行政法上の罰則が、そうでなくて事故原因の究明と対策の確立が急務な場合には、場合によっては刑事免責を伴う専門家による事故調査の優先とそれへの協力義務およびそれを担保する罰則が、<sup>(6)</sup>まだ有効性をもつ。被害者救済のためには、可能な限り、刑事罰以外の方法が社会全体によって追求されるべきである。

七 いずれにせよ、過失致死傷罪による刑事責任追及は、実務的に見ても、このような様々な問題点を持っているのである。それを、他の領域における妥当な結論とそれを担保する体系的・整合的な過失犯のドグマティックを犠牲にしてまで追求する必要は存在しない。安全の向上は、もつと総合的な見地から図られるべきなのである。

(1) 松宮「過失犯における正犯概念(一)——火災事件をめぐる議論を素材に——」立命館法学二三五号(一九九四)六頁。

(2) とりわけ、ホテル・ニュージャパン火災事件」の場合に、そのようにいえよう。最決平成五・一一・二五刑集四七巻九号二四二頁参照。

(3) 大阪高判昭和六二・九・二八判時二二六二号四五頁、最決平成二・一一・二九刑集四四巻八号八七一頁参照。

(4) 地下鉄事故で、捜査当局が現場の線路を切り離して持ち出したという失態も、まだ記憶に新しい。

(5) 詳細は、安部誠治監修、鉄道安全推進会議編『鉄道事故の再発防止を求めて——白米英の事故調査制度の研究——』(一九九八)一七三頁。なお、松宮「交通事故における刑事過失責任追及の意味」法と心理一卷二号(二〇〇一)二二頁以下も参照されたい。

(6) 航空機事故調査制度については、土本武司「航空機事故と刑事責任」(一九九四)七六頁、鉄道事故調査制度については、安部誠治監修、鉄道安全推進会議編・前掲書参照。