

平成21年 4月30日現在

研究種目：若手研究(B)
 研究期間：2007～2008
 課題番号：19730054
 研究課題名（和文） 現代型過失犯罪に対する刑事法上の対応に関する比較的研究
 研究課題名（英文） Comparative Study of Current Problems on Criminal Negligence

研究代表者
 古川 伸彦（Furukawa, Nobuhiko）
 名古屋大学・大学院法学研究科・准教授
 研究者番号：00334293

研究成果の概要：

私の研究関心は、犯罪事実の認識・予見である故意を欠くにもかかわらず、例外的に処罰対象となる（刑法 38 条 1 項但書）過失犯について、伝統的な理論刑法学を踏まえながら、日独の最新の刑事法学の比較研究に基づいて、その帰責基準を精緻化し、もって具体的問題の解決を目指す点にある。2007 年度後半から在外研究を開始し、現代的な刑事過失論に重要な影響を与えているドイツの諸理論の展開を分析しつつ、我が国の議論状況と比較・検討する作業に、十全に従事できた。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	1,500,000	0	1,500,000
2008年度	1,400,000	420,000	1,820,000
総計	2,900,000	420,000	3,320,000

研究分野：刑法学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：刑事法学・刑法・犯罪論・刑事過失論・客観的帰属論・ドイツ

1. 研究開始当初の背景

過失犯をめぐる問題は、理論的にも実際的にも重要である。いまや全犯罪の半分以上が過失犯であり、その大半は交通関係業過である。しかし、過失犯処罰規定においては、何が「過失行為」に該当するのか、という点が明示されておらず、それゆえ、故意のない行為が、いかなる限度で過失犯として処罰対象となるか、という判断の基準の定立は、刑法

解釈学へ委ねられている。こうして、「危険社会（Risikogesellschaft）」とも表現される現代社会において、過失犯の問題の喫緊性は、増大する一方である。

刑事過失論の包括的な先行研究としては、趙欣伯『刑法過失論』（1926年）、不破武夫『刑事責任論』（1948年）、井上正治『過失犯の構造』（1958年）、藤木英雄『過失犯の理論』（1969年）、西原春夫『交通事故と過失の認定』（1975年）、松宮孝明『刑事過失

論の研究』(1989年)等を挙げることができ、その数は、たしかに決して少なくない。しかしながら、「過失犯をめぐる議論は錯綜し、複雑な様相を呈しており」(井田良「過失犯理論の現状とその評価」研修686号(2005年)3頁)、明解で実用的な過失判断の理論枠組に対する需要は高い。

後述するとおり、本研究の着眼点を構成する客観的帰属論は、ドイツにおいて、過失犯を念頭に置いて展開されてきた。我が国においても、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(1984年)、同『刑法における客観的帰属の理論』(1997年)等の先行研究があるが、その理論的な意義は、必ずしも定着していない。また、田宮裕「過失に対する刑法の機能」『日沖憲郎博士還暦祝賀 過失犯(1)』(1966年)等によって提起された、過失処罰の刑事政策上の問題は、あまり研究が進んでいない。そのことは、「応報的処罰の要請と規範による行動コントロールの要請とが悲劇的に分裂する」(井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)126頁)とすら評されるところである。

このように、刑事過失論をめぐる、問題領域の重要性それ自体は意識されつつげながらも、今日に至るまで解決の指針の確立されていない課題は、なお山積している。

2. 研究の目的

上述したとおり、いかなる場合に、いかなる根拠から、刑法上の過失責任が認められるか、という問題を探究することは、正しく現代社会の要請するところであり、ここに私の研究の出発点がある。この点については、従来、我が国、および我が国と法律状況の共通するドイツにおいて、行為者の行為が「注意義務違反(Sorgfaltspflichtverletzung)」と評価される必要がある、というテーゼが、広汎に共有されてきた(たとえば西田典之『刑法総論』(2006年)239頁、Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 563等参照)。

しかし、「注意義務違反」というトポスの内実の理解は、確立していない。内実の不明な概念に基づく処罰は、正当化しえない。そこで、これを解明する契機として、「行為者の行為を、合義務的な代替行態と置換したうえで、仮定的な結果回避可能性を要求する」という発想の妥当する問題状況に着目した。近時の最高裁判例(最決平成15・1・24)も、かかる発想をストレートに適用して無罪を言い渡したが、その命題の内容も根拠も自明ではない。ここでは、行為時の「義務」如何、つまり過失犯における「法の期待」の内容如

何、が問われる。

そこで、我が国の諸見解が、過失犯における「法の期待」について、どのように(意識的または無意識的に)想定しているか、という分析軸を設定した。その検討から、「法の期待」の限界を画定する視座として、まず、その主観的な限界として、①行為時に(客観的に)現存する法益侵害の危険の認識可能性、②その危険の消滅必要性の認識可能性、③その危険の消滅可能性、という観点が、つぎに、その客観的な限界として、④その危険を消滅させる必要性、⑤危険消滅行為が仮定的に刑法上の構成要件を実現しないこと、という観点が析出された。

こうして、現在までの研究においては、過失判断の基本的視座として、過失犯における「法の期待」を分析軸とするアプローチから、その限界を画定する諸々の原理的観点を析出した。かかる着眼点は、高度化・複雑化する過失事犯において、抽象的な刑法規範を示すのみではなく、具体的に「行為者は何をすべきであったか」という準則を示すことにより、過失犯の罪責を問われる行為の範囲を明確化し、もって国民生活の自由と安全を担保しようとする試みといえる。しかし、それはあくまでも理論的基礎であり、応用的な問題領域が残されている。

たとえば、行為時に現存する法益侵害の危険に対して、「法の期待」を限界づけるべき独自の意義を見出すことから、後述する「危険引受け」や「許された危険」の問題が、さらに「法の期待」に影響を与えうる要素として現れる。また、上述した判断枠組は、過失犯の構成要件該当性を規定するものであり、それにつづく有責性の段階においては、過失犯の責任要素として「結果惹起の予見可能性」や「結果回避の予見可能性」が要求され、その判断枠組が問題となる。これらの理論的課題に取り組み、刑事過失論の全体構想を確立することを目指す。

3. 研究の方法

上述の理論的課題は、我が国と法律状況を等しくするドイツにおいて、先進的な議論が蓄積されているテーマである。まず、行為時に現存する法益侵害の危険について、被害者の意思に基づく引受け(Übernahme)のある場合には、その危険を消滅させる必要性が失われることから、当該危険が現実化して法益侵害の発生へ至っても、その結果が行為者に帰責されることはない、とされる。また、被害者の意思に基づかないが「許された危険(erlaubtes Risiko)」の枠内にある場合にも、やはり消滅させる必要性が失われる、とされる。問題は、そのような危険の「引受け」や

「許容」の要件如何である。

さらに、「結果惹起の予見可能性」や「結果回避の予見可能性」の判断においては、実際の結果惹起プロセスに、予見しえない事情が介在するケースや、仮定的な結果回避プロセスが、偶然的な事情に依存するケースなど、比喩的にいえば「行為時の注意義務の予定しない事態の生じたケース」の取扱いが、主として問われる。これらも、注意義務論の先に現れる問題領域として、ドイツにおいて「規範保護目的論 (Lehre vom Schutzzweck der Norm)」の名の下に展開されている議論である。ドイツの理論状況を精査することによって、以上の問題領域を探究する。

上述の問題意識は、ドイツにおける伝統的な刑法解釈学の最先端にある「客観的帰属論 (Lehre von der objektiven Zurechnung)」を構成する。その基本的思想は、①行為者による「許されない危険」の創出、②その危険の結果における実現、という観点から、行為者に対する当該結果の帰属を根拠づける、という考え方である。そして、①を裏から規定する「許された危険」については、19世紀以来、判例・学説上——時代に応じて変化する社会の実情を反映しながら——発展・深化しつつきている。その現在に至る議論状況を把握する。

一方、「危険引受け」については、①行為時に被害者が危険を引き受けており、その危険が現実化した場合、②行為後に被害者（または第三者）の自己（または被害者）を危殆化する行為が介在し、法益侵害結果の発生へ至った場合、という2つの問題領域が挙げられる。上述の問題関心は、前者を念頭に置くものであるが、ドイツにおいては、両者の統一的な解決が、「自己答責性原理 (Prinzip der Eigenverantwortlichkeit)」という指導理念から図られている。このような射程のヨリ広いアプローチを検討し、解釈論上応用的な示唆を獲得する。

他方、「規範保護目的論」については、①注意規範保護目的論と、②構成要件射程範囲論、という2つの問題領域が挙げられる。前者では何らかの物理的事実の介在が、後者では何らかの人間の行為の介在が、結果責任を疑問視させる。「客観的帰属論」の文脈でいえば、いずれも上記「②その危険の結果における実現」の議論に属するが、そこには多様な問題状況が含まれている。それぞれの問題状況において犯罪の成立を否定する実質的な根拠の分析から、責任判断を支える原理的な考慮を析出することによって、この議論のもつ意義を解明する。

くわえて、ドイツにおける「客観的帰属論」が、今日的な刑事学 (Kriminologie) の観点をも強く意識しながら展開されていることにも注目している。その基本的思想は、「目

的論的—刑事政策的体系構想 (teleologisch-kriminalpolitischen Systementwurf)」とも表現される場所である (たとえば Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, 4. Aufl., 2006, S. 221 等参照)。刑罰予告による犯罪抑止というメカニズムが——故意犯に比べて——働きにくい過失犯においては、とくに刑事政策論の果たすべき役割が大きいので、その理論的示唆を生かして研究する。

4. 研究成果

前述したとおり、現在までの研究においては、とくに「行為者の行為を、合義務的な代替行態と置換したうえで、仮定的な結果回避可能性を要求する」という発想の妥当する問題状況に着目し、過失判断の基本的な枠組の定立を企図してきた。その研究成果については、すでに日本刑法学会第84回大会 (研究報告 VII) において要旨を報告し、著書『刑事過失論序説』(2007年、成文堂) において詳細を著した。なお、同書に対する書評論文として、甲斐克則「過失犯における注意義務内容と危険の認識——古川伸彦著『刑事過失論序説』(成文堂、2007年)を読む——」川端博=浅田和茂=山口厚=井田良 (編)『理論刑法学の探究(1)』171~193頁(2008年、成文堂)がある。

本研究は、それにつづく研究段階として、先進的な議論の蓄積されているドイツを比較法の対象としながら、過失犯の成否をめぐる、上の問題状況に包摂されない理論的課題や、犯罪論と密接な関係をもつ刑事政策論の知見の有する意義を探究するものである。この目的を達成するため、2007年度前半において、我が国の議論に関する重要な資料を、とくに判例状況を分析するための基礎となるマテリアルを収集したうえで、同年8月から、ドイツ・ハイデルベルク大学刑事学研究所において、客員研究員として在外研究に従事している。それによって、刑事過失論の基礎的な問題領域に取り組んできた現在までの研究を、さらに応用的な問題領域へ発展させることを企図した。

刑事過失をめぐる、近年の我が国の判例・学説は、ドイツの「客観的帰属論」に、意識的または無意識的に影響されている。ドイツ刑法学において構成要件の帰属の基礎を成す概念 (たとえば「許されない危険 (unerlaubtes Risiko)」の創出や、その「実現 (Verwirklichung)」) は、すでに我が国においても、過失犯罪の成否 (なかんずく因果関係の要件の充足の有無) の判断に際して——明示的には言及されなくとも——大きな意味を与えられている。そこで、本研究に当たっては、前述したとおり、主としてドイツ

における客観的帰属論の展開に着眼した。具体的には、いまだ我が国に紹介されていない文献等を収集・分析することによって、同問題に関して見識を深めた。また、近年のドイツの刑法解釈論は、刑事政策論と密接な関連を有している。ハイデルベルク大学では、刑事学の教授と社会学の教授の共同開催によるゼミナールへの出席等を通じて、刑事政策学や犯罪社会学といった重要な隣接領域にかかる学問的な知見も獲得した。くわえて、弁護士・検察官・裁判官ら法曹実務家のもとへフィールドワーク・インタビューに赴くことによって、抽象的な法理論それ自体のみならず、その具体的な適用のありようについても見識を深めた。

さらに、ドイツの他大学・研究機関を訪問しての研究者との情報交換や、独日法律家協会 (DJJV) バーデン＝ヴュルテンベルク部会 (2008年2月、於：シュトゥットガルト)・国際刑法学会若手部会 (2008年4月、於：テュービンゲン)・南ドイツ＝スイス刑事学会 (2008年7月、於：フライブルク)・ドイツ少年裁判所＝少年審判補助者連合 (DVJJ) バーデン＝ヴュルテンベルク部会 (2008年10月、於：シュヴェービッシュ＝グミュンド)等の学会・シンポジウムへ出席しての研究者との意見交換等、在外研究のメリットを十分に活用できた。

その成果の一部は、とくに「被害者の自己危殆化行為の介在」ゆえに行為者の刑事過失責任の限界が問題となる事案類型の一つとされている「救助事故」に焦点を当てて、ハイデルベルク大学の Marsilius-Kolleg 主催の学際シンポジウム (2009年2月)、および Institut für Kriminologie 主催のコロキウム (2009年3月)において研究発表を行い、意見を収集する機会を得た。この問題は、現にドイツの学説上、上記の客観的帰属論と関連して重要な役割を果たしており、実務上も最近、2008年2月20日のシュトゥットガルト地方裁判所決定 (NJW 2008, S. 1971 ff.) において、被告人による失火行為後に消火活動に従事した消防隊員が事故死した場合、被告人が過失致死罪の責任も負うか、という形で争点となったが、我が国においては議論の蓄積がまだ乏しく、理論的にも実際的にも大きな意義をもつ。

本研究が主たる対象とした、ドイツにおいて、故意犯・過失犯に通有する負責原理としての地位を築いている客観的帰属論についていえば、その実態の探究は、我が国において、過失犯固有のドグマーティクを超える射程を有する犯罪論上の示唆を獲得することを意味する。その成果は、研究期間満了後できるだけ早く、所属機関の紀要「名古屋大学法政論集」などに公表したい。また、在外研究期間は2009年8月まで与えられており、

これを通して得られた人的関係の、将来的な維持に努めたい。具体的には、ドイツ刑法学会 (2009年5月、於：ハンブルク)・ドイツ連邦法務省 (BMJ) = 日本法務省 (MOJ) 共同開催シンポジウム (2009年6月、於：ベルリン) 等へ参加する機会があり、それは今後の研究の発展に資するであろう。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[学会発表] (計 2 件)

① 発表者名：古川伸彦

発表標題：

Tödlicher Unfall bei Feuerwehreinsatz nach Brandstiftung

学会等名：

Institutskolloquium (Institut für Kriminologie der Universität Heidelberg 主催)

発表年月日：2009年3月17日

発表場所：ハイデルベルク大学 (ドイツ)

② 発表者名：古川伸彦

発表標題：

Die Selbstverantwortung des Opfers als ein möglicher Ausschlussgrund für die Verantwortlichkeit des Täters

学会等名：

Winterschule „Verantwortlichkeit – eine nützliche Illusion?“ (Marsilius-Kolleg der Universität Heidelberg 主催)

発表年月日：2009年2月11日

発表場所：ハイデルベルク大学 (ドイツ)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

古川 伸彦 (Furukawa, Nobuhiko)

名古屋大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：00334293