

過失犯における注意義務

村上朝満

(文理学部 法学研究室)

Obligations of Attention in the Criminal Negligence

By Asamitsu MURAKAMI

一. は し が き

「最もとりつきにくいのが故に見棄てられた継子⁽¹⁾」であった過失犯が、昨今の交通機関のめざましい発達にもない、事故の激発により陽の目をみないわけにはいかなくなった。最近では、刑法理論上最も多く論議されている分野であって^{(2), (3)}、判例研究の上からも幾多の研究成果が発表され⁽⁴⁾、日沖博士選暦祝賀論文「過失犯」の二巻(昭和41年)は我が国の過失論の水準を示すものであった。またその後、続々と論文発表がなされつつある⁽⁵⁾。

その間にあって括弧判決ではあるけれども、最高裁判所が注意義務があるとした事例が出た(昭和42年2月16日第1小法廷決定。最判集21巻1号281頁)のでそれを材料に蛇足ではあるが論じてみたい。先ず順序として学説の粗描をし、次に、特に、「ゆるされた危険」と「信頼の原則」とから論じることにした。

- (1) ビンディングの有名な言葉である。Binding · Die Norman und ihre Übertretung, Bd. 3, S. 546ff.
- (2) 不破武夫・刑事責任論, 井上正治・過失犯の構造, 藤木英雄「過失犯の考察」法協74巻1・3・4号等参照。
- (3) 刑法講座3責任: 119頁以下の福田・大塚の論文とその文献欄や木村亀二編『体系刑法事典』792頁以下過失の欄参照。
- (4) 安西温・自動車事故, 井上正治・判例にあらわれた過失犯の理論, 内田文昭・過失と共犯(総合判例研究叢書刑法26), 大塚仁・自動車事故と業務上過失責任, 判例タイムズ192号交通事故と刑事責任等参照。
- (5) 法律時報39巻4号は「過失をめぐる刑法理論と民法理論」を特集していて興味深い(昭和42年4月号)

二. 過失犯における注意義務の役割

1. 従来 of 過失論

過失犯の歴史は刑法の歴史と共に古いものであるが、その本質に関して詳細な理論を展開して、学説史上、今日の過失論を基礎づけたのは、周知のごとく18世紀末から19世紀初頭にかけての近代刑法学の祖フォエルバッハである⁽¹⁾。

彼は心理強制説に立脚するため、「過失は行為主体の意図に反し単なる自然的諸原因によって違法なる結果を生ずる違法なる意志決定」であり、「国民は違法なる結果を直接に意欲せざる義務あるのみならず、自己の意図に反して有害なる一切の作為、不作為を避くべき一般的義務(Obligatio ad diligentiam)を有する⁽²⁾。その侵害が過失の本質」であると考へた。今日の通説・判例が過失を注意義務違反とするのはここに淵源する⁽³⁾。

即ち過失は故意と並んで犯罪の心理的・主観的要素であり非難に値する意思の状態であった。従って責任論でのみ取扱われた⁽⁴⁾。この見地からは、何らかの有意的行為を原因として因果的に結果が惹起されれば足り、行為と結果との間に因果関係があれば違法性があるとす。そして過失における行為者の心理状態の評価規準としての注意義務の内容は結果を認識・予見するための意識の集中・緊張であった。

- (1) 不破・刑事責任論152頁以下, 井上(正)・過失犯の構造55頁以下, 藤木「過失犯の考察」法学協会雑誌74巻1号, ドイツ18世紀までの研究として真鍋毅「過失犯の歴史的研究」法政研究33巻1号.
- (2) 不破・前掲155頁.
- (3) 不破・井上・刑法総論149頁, 尚その間の沿革は藤木・前掲に詳しい.
- (4) ちなみに, 従来わが国の学説・判例を上げれば

牧野博士「過失は, 一方において, 犯意が犯罪事実の認識を意味するのに対し, その不知を意味するのであるが, また他方において, これを不可抗力と区別せねばならぬ. 言い換えれば, 犯罪事実を認識すべく且つ認識し得たのかかわらず, これを認識しなかった, という点にその本質がある。」(牧野・刑法総論下巻562頁)

小野博士「犯罪構成事実の認識, 其の認容又は違法性の意識を欠くこと」及び「行為者が相当の注意をしながら犯罪構成事実を認識し且つ行為の違法性を意識することによってその行為をしないうことができたであろうという場合であること」が過失の内容とされる(小野・刑法講義171頁)

滝川博士「行為者は事実において構成要件に該当する事実及びその反条理性を認識しないが, 当該の具体的事情からいえば, 認識が可能であり, 従って違法行為の代りに適法行為を期待し得るに拘らず, 敢て違法行為をとった場合に過失責任が成立する」(滝川・犯罪論序説137頁)

木村博士(旧説)「過失は犯罪事実の認識がなかったのであるが, その事実を認識すべきであり且つ認識することが可能であった場合すなわち不注意のあった場合をいう」そして不注意を注意義務の違反と注意能力とに分析せられ論じられるのを特色とする。(木村・新刑法読本217頁, 昭和29年度版)

その他, 園藤・刑法(昭和30年)122~133頁, 井上・刑法学総則(昭和26年)160~161頁等.

判例として, 大審院大正3年4月24日判決(刑録20輯619頁)は, 「過失犯ハ行為ノ結果ニ付キ認識シ得ヘク而カモ認識スルコトヲ要スルニ拘ラズ其義務ニ違背シ注意ヲ欠キタルカ為メニ之ヲ認識セス其結果ヲ発生セシメタルニ因リ成立スル」としている.

2. 新しい過失論

その後周知のように, 規範的責任論の登場により注意義務が違法性の問題として論じられるようになり⁽¹⁾, 特に目的行為論による行為論の再認識に伴ない, 過失行為が論述せられるようになった. 例えば, 目的行為論は「過失行為は構成要件的に重要な結果以外の結果を目的とする目的的行為⁽²⁾」とし, 注意義務に関しても, 違法論, 構成要件論の領域において再検討されつつある. 未だ定説はない. 目的行為論を採用された木村博士は不注意の体系的地位を刑法総論(法律学全集昭和34年)に於ては, 過失犯の違法性を法益の侵害又は脅威という結果的無価値だけでなく, さらに, その行為の無価値性の中に求められるが由に, 不注意は責任の要素ではなく, 過失犯の違法性の要素であると認識せられ, 違法論に位置づけられた. しかしその後, 犯罪論の新構造(上)(有斐閣・昭和41年)ではヴェルツェル, ニーゼ等の分析を経て, 不注意をもって構成要件の要素と解せられるに至っている.

ともかく過失が従来理論の如く, 責任論のみで論じられることなく, 構成要件論, 違法論に於ても論じられなければならないことだけは, 少くとも明白である. しかもそれは注意義務の分析から始まったのであった. そしてまた, 注意義務はその根拠, 標準, 内容などが問題になるが, 「ゆるるされた危険」, 「信頼の原則」はその内容に関連するので, ここで注意義務の内容について若干考察してみたい.

周知の如く, 注意義務の内容は, 結果予見義務と結果回避義務に, そしてさらに, その各々が, 主観的なものと客観的なものとに分析され, それぞれ見解に若干の相異が見られる⁽³⁾.

その場合, 予見義務だけを注意義務と考える立場もあり⁽⁴⁾, 「客観的」予見義務, 「客観的」回避義務は違法の要素であり, これに対し, 「主観的」予見義務, 「主観的」回避義務は責任性の要素だという立場⁽⁵⁾もあるが, 井上(正)教授に従って, 「客観的」予見義務は, 客観的に予見不可能な結果には因果関係を認めえないが由に因果関係の問題であり, 過失犯の違法性とは, 結果回避義務の侵害にあると解し, 結果回避義務を遵守したというためには結果発生を制止のために, 必要とされる意識・無意識な用心深い態度に出たことをいう. また「主観的」結果回避義務はいわゆる期待可能性の有無の問題に帰せられるという意味で, 過失犯の責任要素としては, 「主観的」

予見可能性(義務)を残し、そしてそれで足りると解する⁽⁶⁾。すなわち、結果予見義務の侵害とは、『一般的には予見可能であったが故に「客観的」予見義務が課せられるが、行為者は不注意にも予見しなかった、ということが過失犯の責任性として問題になる』ということである。

そして、私は、「信頼の原則」は、客観的に予見可能であったかどうかの基準であり定型性の問題であるから、構成要件にぞくし、「ゆるされた危険」は危険性と社会的効用との利益較量(従って結果回避義務)の問題であるから違法論で検討をみるべきだと思う⁽⁷⁾。

- (1) 藤木・前掲74(1・19)以下、岡部泰昌「過失における注意義務」ジュリスト300号294頁参照。
- (2) Welzel・Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., 1952, S.7以後、ニーゼに従って今日の彼の理論が出来上るわけである。詳しくは福田・目的的行為論と犯罪理論102頁以下参照。
- (3) 大塚「過失犯における注意義務」刑法講座3:142頁以下参照。
- (4) 平野龍一「過失についての覚書」警察研究24巻3号。
- (5) 福田平「過失犯の構造」刑法講座3:126頁以下。
- (6) 井上(正)「いわゆる結果回避義務について」法政研究34巻1点(昭和42年)35頁以下、同・日沖還暦論文中の「過失犯の違法性」参照。
- (7) 井上・前掲47頁参照。

三. 判 決 例

以上学説の粗描を終り、次に判決例の紹介に移るがやゝ詳しく引用してみることにする。行為と判決理論を詳しく認識する為である。

1. 事案の概要

被告人は、京阪神急行電鉄京都線の電車の運転士で、昭和32年9月19日午後10時47分頃、同線の梅田行電車(2両編成)を運転して、南方駅を発車しようとしたのであるが、発車直前に同駅々掌から、「十三駅裏手のほうに火事があるから注意するように」と警告を受けた。被告人も停車中の右電車運転席から同線十三駅に向う一直線状の線路やや左側の方向に夜空が明るくなっているのを認めた。当時、大阪市東淀川区木川東之町3丁目24番地メッキ業K方とこれに隣接する民家約5戸(合計約80坪)が燃えている最中であって、K方は同京都線下り軌道より南に約32.7メートルを隔てているに過ぎなかった。その地点は南方駅から僅か700メートル足らずである。進行方向の線路は西方約850メートル地点付近まで一直線であり、それより南へカーブしており、それより1,000メートル以上の地点に十三駅があり、南方駅と火災現場と結んだほぼ一直線上に位置している。被告人は十三駅付近の火災だと誤認して発車した上に、火災現場までの見通し線上には家屋があったため、何人を当時被告人のいた位置においても、火災発生場所を正確に知ることが困難であり、被告人が火事は十三駅付近であると判断したことは無理からぬところであった(この点、第一審、第二審判決とも認めている)。

そこで、被告人は十三駅付近では何時でも即時停車できるように減速する(20軒程度)ため、普通は駅間を時速63軒で進行するところを55軒で進行していた。被告人の電車が、事故の発生した踏切(第一高槻踏切——第二種踏切で警報器の設置はなく、踏切警手の勤務は午前7時から午後7時までとなっており、火災当時踏切警手は不在であった)の約90メートル手前の地点に来た時、被告人は、前方に懐中電灯がふられているのを発見し(これはこの時始めてふり出されたものと認められる)、直ちに急停車の措置をとったが間に合わず、踏切上において消火にあっていた消防自動車と衝突して、消防士3名を死亡させ、他3名(巡査1名を含む)に重傷を負わせた。

一方その消防自動車は被告人の運転する電車に対する防護措置は全く取っていなかった。また、検証の結果、夜間本件踏切上の消防自動車を発見するには、120メートルまで接近することを要し、時速55軒で走行している際の本案電車の制動距離は[126.5メートルであるから、この速度で進行し

ている限り衝突は不可避であった。

電鉄会社としては、十三駅付近の火事という情報を聞いて、現場を調査の上、対策を立てることにし、運転係助役を十三駅に向けて派遣したが、被告人の電車の次の急行電車に乗ってようやく南方駅近くまで到着したところであった。会社としてはなんら対策を講じていなかった。

これに対して第一審は「(しかしながら)、このような場合電車運転士としては右火災の場所について正確にこれを知ることができないけれども、或は右火災現場が自己の推測する地点よりもずっと近く、従って右軌道に近接する沿線地域である前記火災現場付近に存在し、その結果右地域の近くの警手不在の右軌道上の踏切りが火災のため諸車、歩行者等で混雑し、踏切外の軌道内にも何時消防士、警察官或は一般民衆等が立入るかも知れないことが予測されるのであるから、危険を認めるときは何時でも急停車をして事故を未然に防止できるよう徐行して進行しなければならない業務上の注意義務があるのに拘らず、不注意にもこれを怠り、右火災が前記現場よりはるかに遠方であると軽信し、通常時速63軒で進行するところを僅か時速約55軒に減じたのみで漫然進行を続けた過失」があると有罪を認めた。

また弁護人が本件事故の原因の全部は消防車の不法な踏切上への乗入れで、高速列車、電車の軌道上には消防車といえども乗入れることは許されないと主張した点につき、裁判所は「一般的にいて専用軌道を有する電車は高速度を持して一定の軌道上を疾走する公許機関であって……電車線路と人道との交叉する踏切において」は危険予防の責任は通行人にあるといえるが、「電車の運転手において通行人等が諸般の状況により電車の進行を怠に介せず線路を横断しようとすることを予測すべき特別の事情がある場合には電車の運転手において踏切点を通しようとする場合電車の速度を低減し又はその進行を停止して、不慮の衝突に備えるべき注意義務」があり、本件の場合も線路付近の火災という特別の事情があるから注意義務があると判断した。

また高速度交通機関の運転士の思考運動系の判断の場合、現在の交通事情のもとにおいては普通人に比して高度の注意義務があるとした。

第二審である原審は、同様の事実を認め、「一般に夜間に発生した火災の位置を正確に認識することの困難であることは経験則上明らかであるのみならず」……「被告人の判断はあくまでも主観的な推測の範囲を出でず、全面的に信頼をおき難いもので」しかも、「火災現場の写真(証第1号の1)によれば、本件事故直前の火勢にはし烈なものがあり、燃え上る火災のため第一高槻踏切付近はかなり明るくなっている状況が認められることも考慮すると、被告人に火災現場が自己の推測よりはるかに近い軌道沿線であるかも知れない旨の原判決指摘のような予測可能性を期待することは、決して被告人のような電車運転士に難きをしいる不合理」はないとし、第一審と同様な判断をくり返し「これを要するに、本件事故は、火災現場に至る道路が狭いため本件の被害消防車が先行の消防車二台に続き右踏切下り線(梅田方面)軌道上に停車して消防活動を行い、上り線(京都方面)電車はすでに右踏切方面で停車していた際に被告人が火災現場を実際よりはるかに遠方であると誤信し、前記のような予測不能の事態に注意を払わず、前記安全運転の義務を怠り通常の時速63キロを約55キロに減じたのみで漫然進行した結果衝突事故を惹起したのであるから刑事責任を免れることはできないとした。

これに対して被告人側は注意義務の範囲に関する大審院高等裁判所の判例に反するとして上告したが、

最高裁判所は、所論引用の判例は、いずれも本件と事案を異にし適切でないから、その前提を欠き、上告適法の理由にならないとして上告を棄却したが、その括弧判決で曰く、「なお、専用軌道を有する電車の運転士は、夜間、踏切警手のいない踏切を通過する際にも、特別の事情のない限り、電車の速度を低減し、もしくはその進行を停止して、不慮の事故に備えるべき義務はないが、本件のように、その進路前方の沿線に火災の発生したことを知り、しかもその発生場所を適確に知

ることができない状況にある等特別の事情のあるときは、運転台からその煙を望見し得る限り、火災発生場所が自己の一応の判断よりもはるかに近い軌道沿線であるかも知れないことを予測し、火災現場に急行する消防自動車や、火災に心を奪われた被災者、見物人等が、電車の進行に注意を払わないで、右現場近くの踏切を横断しようとし、または右踏切やその付近の軌道敷内に立入るおそれがあり、そのため、電車がこれらと衝突する危険のあることを予見して、進路前方に異常を発見した際にこれと衝突することなく直ちに停車し得る程度にまで減速して進行すべき注意義務があるとした原審の判断」は相当であるとした。

以上少し長過ぎた引用のように思われるが、これをみると判例は明らかに従来の過失論に立っていることが認められる。即ち被告人の電車運転により人の死傷の結果が生じているので、構成要件該当性がありしたがって違法である。そして行為者の心理状態について論じ判決のような認定をし、過失を認め、責任を根拠づけている。

そこで、われわれは次に「信頼の原則」と「ゆるされた危険」の法理よりこれを見てみたい。

2. 信頼の原則

信頼の原則 (das Vertrauensgrundsatz; welzel, StR. 9. Aufl., S 119f.) は又「交通上の危険の適切な分配の法理」(Grundsatz der angemessenen Verteilung der Verkehrsgefahren⁽¹⁾) というのは、行為者は相手方が適切な措置に出ることを信頼して行為すればよく、その結果それに反する非常識な進入者があったため死傷事故が発生しても過失犯としての責任を負わないということであり、高速度交通機関の発達による事故の頻発にともない認識されきたった原則である。「信頼の原則」に従って行動した場合、注意義務違反が制限されるわけで、(したがって、構成要件該当性が欠けるから) それだけ被害者が危険を分担したことになる。ドイツではすでに戦前から自動車運転者の過失につき判例上認められているといわれる。

わが国でも自動車運転者については、最近、信頼の原則を採用した最高裁判所の判例が出された(最高裁昭和41年12月20日第3小法廷判決⁽²⁾) が、電車運転手と線路横断者との関係については、すでに破棄差戻の事例ではあるが、大審院の判決がある。大判大正3年3月11日刑録20輯278頁曰く、「現に通行しつつある電車の前路に於て線路を横断せんとする通行人は、衝突の虞なき時期を選択して線路に入ることを要し、……運転手は進行中の電車を停止し、通行人をして先づ線路に入りて之を横断せしめ、其通過するを待って電車の進行を継続するの義務なし。……衝突の危険を予防するの責任は主として通行人にあり。線路を横断せんとする通行人は常に必らず此危険を避くるが為めに周到の注意を為さざるべからず。……運転手は……其通行人が危害を避くるに必要な注意を為し、電車の通行するを待って線路を横断すべしと予期すべき理由あるを以て……通行人が運転手の予想に反して線路内に入り、為めに衝突を来たすも、過失の責は通行人に在り。運転手が電車の速力を減じ又は之を停止して衝突を未然に防止せざりしを理由として、運転手に過失の責ありと謂ふことを得ず」と。しかしながらその破棄差戻しの理由の中で「然れども運転手が電車を操縦するに当りては常に其進路の前方を警戒し危害を未然に予防するの周到なる注意を為すことを要するは其業務の義務なるを以て通行人が其姿勢態度其他の情況に依り電車の進行に介意せずして線路を横断せんとするの危険ありと信すべき理由あるときは通行人に過失の責あると否とに拘はらず衝突を避くるに必要な注意を為す責あり……」と特別の事情があるときは過失の責を免れることはできないのでこの点の有無について審理すべきことを命じたものであった。しかし後の判決(大判・昭和15年7月23日刑集19巻609頁)は、この判例の前半部分をもって「当院の判例」として援用した。これは「信頼の原則」なる用語は用いていないけれども、一般論として、専用軌道を有する高速度交通機関の特色を考慮し、暗に「信頼の原則」を認めたものと解してさしつかえない⁽³⁾。

「特別の事情」があるとした上述の判例は、大審院の判例に反したものではなかったわけである。しかしながら「特別の事情」についてわれわれはさらに考察しなければならない。

これについては、大審院大正14年6月9日は電車の方角1町余の線路上にいた3才の幼女が、一度軌道から立去るのを目撃しもはや危険はないと考えて速力を回復〔(4マイルから8マイルへ(約13キロ))〕して、その場所を通過しようとしたところ、突如として、同女が電車前方約2間の地点で踵を返して軌道に向い歩行してきたため、急停車の措置をとったが間に合わず車体に触れさせて即死させたもので、大審院は「3才前後の幼児は……突如として再び引返し軌道に立入ることあるが如きは稀有の事例に非ず……前示の如き幼児が单身其の進路前方の軌道に佇立し若は徘徊するを認知したときは其の幼児が一旦軌道を立去るも再び引返し軌道に立入る虞あることは当然察知し……随時停車し得べき状態に於て電車を操縦すべき義務」があるとした。この場合、3才の幼児が現に線路近くにいることが確認できていた事例であり「特別の事情」が存したと解されるのでその点では問題はない。

さらに、例えば大判大正14年10月21日(刑集4巻625頁)は電車運転手は「自動車乗用者が電車の進行に介意せず軌道を横断せんとするを認めたる場合には」……危険の発生を予防すべく処置をせよと命じている。また、大判昭和17年2月6日(法律新聞4758号11頁)は、「……通行人を認めたるときは」何時でも停車し、事故が発生しないように処置する注意義務があるものとした⁽⁴⁾。

この三者はいずれも「幼児が……」、「横断せんと認めたる……」、「通行人を認めたるときは……」というように人の死傷に対し非常に蓋然性が高く、いわゆる「信頼の原則」の例外をなすと認めてもよかった事例ではなかったであろうか。尚この点藤木教授は「しかし路面電車ならばともかく、かような専用軌道を有する電車について本件のような事情の下で一時間8マイル(約13キロ)の速力で現場を通行したことを違法だとするのは、……当時の文化的水準の下においてもいかに非常識であり、交通機関の公共性を全く無視する」と述べておられる⁽⁵⁾。

そこで、われわれが取上げた本件事例を観察してみると、被告人は、はたして人の死傷に対して、確認出来るだけの事情を上述の3件の如く、予見出来たであろうか。即ち、被告人が、線路上の消防自動車を認識する以前に「運転台からその煙を望見し得る限り」で信頼の原則を破るだけの、「特別の事情」があったらどうか。上述の3件は現認出来た事例であり、本件は観念的にしか認識できなかった事例ではなかったか。その点事情が違うように思われる。本件のようなものこそ前述の藤木教授の批難が正に当たると思う。

尚最後に大塚教授の分析を聞こう。「一般的に言えば、文明の程度も低く、高速度交通機関も、交通道徳も十分に発達していない社会では、交通機関の速度を維持することよりも、それによって生ずる災害をいかに防止するかという点が重視され、いきおい、交通機関の運転者らに要求される注意義務の程度も大きいものがあるが、文明の進歩するに依じて高速度交通機関の必要度が高まり、その機能が尊重される反面、一般の交通道徳についてもその向上がたよく要望され、交通機関の運転者らに課せられる注意義務の程度も、漸次狭められていく傾向にある⁽⁶⁾。」これは自動車事故についての分析よりの結論であるが、これも専用軌道を有する高速度交通機関である電車についても現われてしかるべき現象であると思う。しかし結論としてはいわゆる「特別の事情」を認める余地を残すべきであろう。

(1) 中義勝「過失犯における許された危険の法理・危険の分配」日沖論文(1)の49頁以下。同掲掲論文、参照。特に58頁のもの、阿部純二「注意義務と危険の分配」ジュリスト刑法判例百選68頁。

(2) ジュリスト年鑑1967年版319頁に柏木教授の解説がある。尚、平野「刑法の基礎」過失(法学セミナー132号43頁)参照。

(3) 植松正・全訂刑法概説I総論258頁。

(4) 判例について藤木・前掲を参照した。

(5) 藤木・前掲74(3・34)、井上・前掲35頁以下、特に38頁に民事責任の問題として取り扱うことを指摘さ

れる。

(6) 大塚・前掲40頁。

3. ゆるされた危険

上述の「信頼の原則」と区別しない見解もあるが、結果発生危険性を認めた上で、「ゆるされた危険」(erlaubtes Risiko)の法理が働らくと解する⁽¹⁾。一般にわれわれの文明生活を維持してゆくにはたとえその行為が危険なものであっても遂行しなければならない場合がある⁽²⁾。しかしここにいる危険な行為でも時代の経過、文明の進化によりその型態が自ずと変化ないし推移することがあるのは認めなければならない。例えば同じ手術でも麻酔薬の発見以前ならば危険な行為であったものが麻酔薬の発見後、それが安全に使用出来るようになった後はその手術は決して危険なものとはならない。この点学説が「ゆるされた危険」の法理と「信頼の原則」の法理とを共に構成要件論に移す傾向がある⁽³⁾のは承服しがたい場合がある。危険な行為の危険性は時代と共に発生・消滅と推移する。だから具体的事例をみた場合、かつて構成要件に該当し違法であった行為が、構成要件には該当するが、違法ではないとみれる場合が生じるのは当然である。医者治療行為である心臓手術を例にとれば、現在一般の外科医が行った場合、定型的に違法であり従って構成要件に該当する⁽⁴⁾。用心深い態度でやったとしても死の結果に対し責任がある。勿論、他の違法阻却や責任阻却の要件があれば別論である。しかし心臓手術の技術が高度に身についた外科医であれば、彼が用心深い態度で手術を行えば、患者の死に対して違法性がなく過失責任はないと考える。このように定型的一般的判断でなく具体的な違法性の認定に対して働く理論として「ゆるされた危険」の法理がある。だから治療行為だからといって人命に対する危険が一般にゆるされるという意味ではない。高速度交通機関の場合も同様である。生活に多くの利便は提供しているという一般的理由でその行為があらゆる場合に「ゆるされた危険」の行為ではない⁽⁵⁾。従って、平野教授が「およそ高速度交通一般について、通常以上の人命に付する危険が許されるものであろうか」という批判は、「ゆるされた危険」の法理と「信頼の原則」の法理とを同一平面で論じ、構成要件で論じる説には向けられるが、これを、違法性における過失の限界とする考えには当たらない。

従って本件の場合、被告人側から、被告人の運転する電車は、高速度交通機関だから、その運転行為によって生じた結果には責任がないとすることもあやまっているし、少し事案をかえて、たとえ「通常時速63kmで進行するところを僅か時速約55kmに減じたのみで、漫然進行を続けた」ことが、他の事情も考慮し、構成要件に該当すると判断されても、さらに具体的にその速度が「ゆるされた危険」の範囲内のものかどうか検討される必要がある。しかして判例の立場はその検討をしている態度が見られるから、その意味では判例が正しい。しかして後、責任の問題を論じるのはいうをまたない。

(1) 藤木・前掲74(1・26); 井上・前掲67頁以下; 中・前掲論文と各引用外国文献参照。

(2) Engisch, a. a. O., S. 28の分類が有名で参考になる。曰く、

1. 人命や健康保持のためにする行為(手術・救助作業)
2. 学問の進歩のためにする行為(危険な実験)
3. 交通上の利益の為にする行為(汽車や自動車の運転)
4. 教育や鍛錬のためにする行為(スポーツ・体操・乗馬)
5. 生産ならびに資材獲得のための行為(採鉱事業・工場や石切場の作業)

等をあげている。

(3) 中・前掲62頁; Welzel, StR, 9. Aufl., S. 50ff.

(4) この点から「ゆるされた危険」は相対的概念である。一部「信頼の原則」と重複する点も認められる。その点「禁ぜられていない危険」(unverbotenes Risiko)あるいは、「社会的相当行為」と呼んだ方が適切かも知れないが、平野教授の指摘されるように、「ポイント以下の行為」だとしても、元来、違法行為ないし結果ではあるが、利益衡量(Güterabwägung)があるが由に許される場合であるから「ゆるされた危険」の概念を維持したい。そうすればやはり違法論に席をおくのが正しい。

- (5) 井上・前掲69頁, 中・前掲53頁等参照.
- (6) 平野・前掲(セミナー) 44頁.

四. あ と が き

過失犯における注意義務の問題は他に多くのものを論じなければならないが、私は、例えば高速交通機関の場合でも、専用軌道を有する電車(路面電車をのぞく)・汽車と、平面を走る自動車と、空間を飛ぶ飛行機類にはそれぞれ違った意味で注意義務が類型化されなければならないと思っている。その間にあつて「信賴の原則」と「ゆるされた危険」は共通な理論として維持出来るものではないかと信じている。また双方とも、さらに論じなければならない問題であるが他日を期したい。

(昭和42年9月30日受理)