

過失犯における特別知識と 特別能力の考慮について（1）

森 川 智 晶

目 次

- I 問題の所在
 - 1 「投入義務」
 - 2 検討順序
- II 投入義務肯定説
 - 1 学説状況
 - (1) (伝統的な) 過失の標準の意義？
 - (2) 可能性が義務となる？
 - (3) 法益保護
 - ① 回避可能な法益侵害を回避する義務
 - ② 義務の判断基準としての法益保護
 - (4) 社会的連帯
 - 2 検 討 (以上, 本号)
- III 投入義務否定説
- IV 投入義務制限説
- V 考 察
- VI 結 論

I 問題の所在

過失犯において、行為者の構成要件実現やその危険（ないしこれを徴表する事情）に関する知識ないし認識そしてその回避に関する「能力」は、行為者行為の構成要件該当性、危険性や違法性、義務違反性の判断において重要なファクターとなる。ただ行為者の知識や能力といっても、誰もが有するという意味で一般的なものもあれば、特定の人やごく限られた人のみが有するものもある¹⁾。

1) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 24 Rn. 53 (邦訳として山中敬一監訳『ロクシン刑法総論 第1巻 [基礎・犯罪論の構造]』信山社 2009年)

行為者の認識・知識および能力のうち「平均以上」のものは、「特別知識（認識）(Sonderwissen)」および「特別能力 (Sonderfähigkeit)」と呼ばれることが多い。特別知識や特別能力とは、行為者が有していたが、一般通常人は有さなかったであろうといえる知識・能力と理解されるのが一般的である²⁾。過失犯において考慮される特別知識としては、例えば我が国の判例が予見可能性判断で考慮する「行為者の特に認識していた事情」³⁾のみならず特定の専門分野の知見などが、そして特別能力としては、高度な自動車の運転技術や、卓越した外科医手術の手技などが挙げられることが多い。

1 「投入義務」

行為者が自己の特別知識や特別能力によって構成要件的結果を予見ないし回避することが可能であったにもかかわらず、それらを用いず、一般通常人にも履行可能な程度の措置を講じるにとどめたため、その後客観的構成要件が実現した場合、当該行為者が特別知識や特別能力の投入を義務づけられていたのかが問われる。つまり、当該行為者の義務内容は、自己の特別な知識や能力を投入することであったのか（それゆえにそれらの不投入は不注意な行為と評価されるのか）、それとも一般的ないし標準的な知識や能力によってなしうる結果回避措置を履行するのみでよいのかが、決定されなければならない。以下ではこのような場合に過失犯を基礎づける注意義務のことを、便宜上、特別知識や特別能力の「投入義務」と呼ぶ⁴⁾。

↘619頁〔趙晟容・葛原力三訳〕; *Sacher, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, 2006, S. 17.

2) もっとも、特別知識と特別能力の概念規定は、我が国でもドイツでもほとんどなされていない。なお、*Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017 § 17, Rn. 31は、その知識と能力を「通常的能力を有する者とは異なって、彼（行為者：筆者）の認識および能力が一般的な注意要請を果たしうるためには全く使用する必要のないものである」という。

3) 大判昭和4年9月3日 大審院裁判判例(3)27頁。

4) 投入義務の違反とは、行為者による自己の特別知識や特別能力の不投入である。しかしこのことから、その不投入が不作為というわけではない。なおそのように

我が国のいわゆる薬害エイズ帝京大病院事件⁵⁾は、投入義務の存否が争点に

↓解するものとして *Wolter*, Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkenbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA 1977, S. 257 ff., 271.

5) 東京地判平成13・3・28判例時報1763号17頁。本件は、血友病患者であった被害者は、昭和60年5月から6月の間に、手首関節内出血の治療のために帝京大学病院に来診した際、3回にわたり内科医によって非加熱第Ⅷ因子製剤クリオプリン（以下、非加熱製剤と呼ぶ）を投与され、これによりHIVに感染し、その後エイズを発症し平成3年12月に死亡したという事案である。本件は「薬害エイズ帝京大ルート事件」といわれることもある。

当時、被告人は厚生省エイズ研究班班長を務めていた血友病治療の最高権威であり、かつ同病院の第一内科長・同内科血液研究室の責任者として血友病患者に対する基本的治療方針を決定していた。被告人は、内科医をして、出血が生命に対する切迫した危険がない場合には、非加熱製剤の投与を控えさせる措置を講ずべきであったのに、漫然とその投与を継続し、よって被害者を死亡させたとして、業務上過失致死罪で起訴された。これに対して東京地裁刑事第10部は、次のように判示して被告人を無罪とした。

被害者のエイズによる死亡に関する被告人の予見可能性について、世界の最先端のウイルス学者が本件当時に公表していた見解等に照らせば、HIVの性質や抗体陽性の意味については、なお不明の点が多々存在していた。帝京大学病院には、被告人がギャロ博士に依頼して昭和59年9月頃に入手した同病院血友病患者のHIV抗体検査の結果（48名のうち、約半数の23名が抗体陽性）や、エイズが疑われる二症例など同病院に固有の情報が存在していた（これらが本件における被告人の特別知識といわれる）。しかしこれらを考慮しても、本件当時、被告人において、抗体陽性者の「多く」がエイズを発症すると予見しえたとは認められないし、非加熱製剤の投与が患者を「高い」確率でHIVに感染させるものであったという事実は認め難く、被告人には、エイズによる血友病患者の死亡という結果の予見可能性があったが、その程度は低いものであったと認められる。

この程度の予見可能性を前提としてなされた被告人の結果回避義務判断では、非加熱製剤を投与することによる「治療上の効能、効果」と予見することが可能であった「エイズの危険性」との比較衡量、さらには「非加熱製剤の投与」という医療行為と「クリオ製剤による治療等」という他の選択肢との比較衡量が問題となる。そして刑事責任を問われるのは、通常血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、およそそのような判断はしないはずであるのに、利益に比して危険が大きい医療行為を選択してしまったような場合であると考えられるが、本件当時、我が国の大多数の血友病専門医は、各種の事情を比較衡量した結果として、血友病患者の通常出血に対し非加熱製剤を投与していた。この治療方針は、帝京大病院に固有の情報が広く知られるようになり、エイズの危険性に関する情報が共有された後も、加熱製剤の承認供給に至るまで、基本的には変わることなかったため、

なった事案であるといわれることがある。というのも本件被告人は、当時の我が国における血友病研究の権威であり、そして帝京大学病院に存在していた固有の情報などから被害者のエイズによる死亡を予見可能であったと判示されたからである⁶⁾。本件での無罪判決に対して、学説の多くは批判的であり、本件被告人の行為に過失犯の成立を認めることを疑問視していない⁷⁾。これに対して、本判決に賛同する学説も少数ながらある。例えば井田良は、本判決の立場を「行為の時点においてしたがうことの要求される行動基準ないし行動準則が注意義務内容を定める」と解して、本判決を自身の支持する新過失論に親和的なものであるという⁸⁾。

投入義務は、特別な知識や能力を有する行為者にのみ認められるものであり、一種の、刑法的過失の上限を定める義務である。それゆえに、投入義務の存否が問題となる事案は、過失犯の限界事例であるといえる。例えば法益保護や財保護の観点を強調すれば、特別な知識や能力の投入は法益や財保護を実現するものであるから、投入義務は認められるべきであろう。しかし法益保護要請は、許された危険や信頼の原則などの帰属阻却原理が過失犯で論じられていることに鑑みると、無限定に実現されるべきではない。したがって特別知識や特別能力を有する行為者の投入義務の存否の判断に際しては、その者の知識や能力のゆえに認められる構成要件実現の回避可能性と、その者の過失犯の処罰範囲ないし責任の重さが勘案されなければならない。

そして投入義務はあくまで注意義務の一類型である。そのため投入義務の問題解決の根本的な部分は、過失犯論一般から切り離して論じることはできな

↘被告人が非加熱製剤の投与を原則的に中止しなかったことに結果回避義務があったと評価することはできない。

6) 井田良『変革の時代における理論刑法学』慶応義塾大学出版会 2007年 191頁によると、本件では「被告人は当時の血友病治療の最高権威であり、通常の専門医とは質量ともに異なった情報に接していたことから、加重された注意義務を課せられるのかどうかが問われた」。同旨の主張がみられるのは、島田聡一郎「薬害エイズ事件判決が過失犯論に投げかけたもの」刑事法ジャーナル第3号（2006年）32頁以下。

7) これは下記Ⅱで取り上げる。

8) 井田（前掲註6）155頁以下、166頁以下および191頁以下。

い⁹⁾。例えば行為者の個人的で高度な知識や能力がその者の注意義務内容を規定する際にどのような形で考慮されるべきであるのかは、従来から「過失の標準」の枠組に位置付けられている問題であり、これは過失犯全体に及ぶものである。このようにみれば、過失犯における特別知識や能力を有する者の注意義務内容に関する考察は、その他の過失犯の事例群の考察にも、一定の寄与をもたらすものと思われる。

しかし我が国において投入義務の存否に関する議論は、薬害エイズ帝京大病

9) もっとも投入義務の問題は理論的色彩が強く、実践的意義に乏しいと思われる（この点を指摘しているのは、LK-Vogel, 12. Aufl., 2007, § 15, Rn. 159）。実際、我が国では過失犯で特別知識や特別能力の投入義務の存否が問われた裁判例は、ほとんど存在しない。これには我が国の刑事裁判の制度も影響しているであろう。すでに島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして——」立教法学第57号（2001年）53頁が、中立的行為による幫助の文脈で指摘しているように、我が国の刑事裁判では刑事訴訟法第248条により起訴便宜主義が採用されているために、構成要件の結果の予見可能性や回避可能性が特に認められる者を検察官が不起訴処分としているケースもあるのではないかと推測されうる。もっとも投入義務は、とりわけ医療過誤の事例群では、重要な論点になりうるであろう。それは医師の職務内容、すなわち医師には治療や人命救助が期待可能であるという点に由来していると思われる。山下弘樹「『ロボットと法』シリーズの論文紹介(2)」千葉大学法学論集 第31巻第3・4号（2017年）137(142)頁が指摘しているように、医師には、非医師よりも人命救助に資する知識や能力を豊富に有する（獲得しうる）ために、それらを人命救助に発揮することを要請しうる。この医師に対する特別な知識や能力の投入要請は、医師に医療現場以外の場面でも専門的な知見等を発揮することのみならず、そして個別の医師が、例えば行為当時の臨床医が行う標準的な治療と比較するとより高度ないし特別な知識や能力を有していたならば、この自身に特有の知識等を用いること（これに薬害エイズ帝京大病院事件を分類することができるであろう）も含んでいる。このような要請を刑法上広く認めるならば、医師一般あるいは高度な知識や能力を有する医師にとって、刑事訴追のリスクが高まることになる。しかし、医師に刑事責任を認めること自体に、疑義が示されている（例えば樋口範雄『医療と法を考える——救急車と正義』有斐閣 2007年 152頁以下は、医療事故とその他の事故を比較して前者の特殊性を指摘しており、藤木英雄「医療事故における因果関係と過失」ジュリスト548号（1973年）303頁は、医師の刑事訴追は医学発達を阻害しうるので、「注意義務の適正な限定」への注意を喚起している）。この点に鑑みれば、医師に投入義務を認めるべきか否か、またはこれをいかなる範囲内で認めるべきかを論ずることには、一定の意義があるように思われる。

院事件判決の評価と関連付けてなされたものがほとんどであり、上のような論点を視野に入れた研究は未だなされていない¹⁰⁾。

2 検討順序

本稿は上のような投入義務の問題解決を探求することを目的として、その義務の存否を論じる我が国の学説とドイツの学説を取り上げて考察する。本稿の具体的な順序は次の通りである。

まず、投入義務の存否を論じる諸学説を三つの立場に分類する。すなわち投入義務の存否が問題となる場合に、その成立を常に肯定する立場、常に否定する立場、一定の限度で認める立場である。以下では、便宜上これらを順に投入義務肯定説（Ⅱ）、投入義務否定説（Ⅲ）、投入義務制限説（Ⅳ）と呼んで取り上げ、それらが投入義務の存否が問われる諸事例の解決として適切であるのかを論じる。そしてこの三つのグループを検討した後に本稿の立場を示す（Ⅴ）。

Ⅱ 投入義務肯定説

特別知識や特別能力の投入義務をいかなる場合でも認める投入義務肯定説は、ドイツでは通説であり¹¹⁾、すでに述べたように我が国の多くの学説も投入義務が問題となった薬害エイズ帝京大病院事件の無罪判決に反対している。本章の課題は、投入義務肯定説が投入義務の問題解決として妥当であるのかを判断することである。そのためには、まずは肯定説を主張する諸見解を取り上げて、同説の根拠を探求することが必要であろう。

10) このような我が国における投入義務の議論状況は、すでに *Kuzuhara, Zum Problematik des sog. Sonderwissens und der sog. Sonderfähigkeit des Täters als Maßstab der Fahrlässigkeit—ein Vorstudie zu Fahrlässigkeitskriterien*, Kansai University Review of Law and Politics, No.15, 1994, S.37 および 高田 刑事法ジャーナル第3号 32頁、山下 千葉大学法学論集 第31巻 第3・4号 136(143)頁以下によって指摘されている。

11) この理解は、例えば *MK-Duttge*, 3. Aufl., 2017, § 15, Rn. 98; *Kasper*, Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, JuS 2012, 16ff., 20; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 23, Rn. 39, 41; *LK-Vogel*, § 15, Rn. 161 などにもみられる。

1 学説状況

（1）（伝統的な）過失の標準の意義？

「過失の標準」では、行為者の過失を判断するためには誰の能力を標準とすべきかが問われる。我が国では、大まかにみれば行為者の能力を標準とする説と一般人の能力を標準とする説が対立してきた¹²⁾。

現在のドイツの過失犯論においては、行為者の個人的能力の体系的位置づけにつき争いがある。通説は、構成要件段階に一般人標準の客観的注意義務を据えて責任段階に行為者標準の主観的注意義務を措く、つまり「二重の基準」を設ける見解である。これに対して少数説は、行為者の能力をすでに構成要件段階で考慮すべきであるとして、行為者を標準とした注意義務内容の規定を主張している¹³⁾。

ところで投入義務肯定説を唱える論者らは、そのような形での過失の標準の議論では、見解が一致していない。例えば薬害エイズ帝京大病院事件判決に反対する諸学説の過失の標準に関する立場は客観説や折衷説のような一般人を標準とする見解¹⁴⁾、注意義務で重要となる能力を質的に二分した上で異なる標準を設定する能力区別説¹⁵⁾、そしてこの議論の枠組を過失構造論で捉えた上で旧過失論を支持する立場¹⁶⁾に分かれている。このうち一般人標準（客観説と二

12) 過失の標準における詳細な学説状況については、松宮孝明『刑事過失論の研究』補正版 成文堂 2004年 121頁以下（我が国の学説状況に関しては193頁以下）。加えて古川伸彦『刑事過失犯論序説——過失犯における注意義務の内容——』成文堂 2007年 142頁以下、金煥全「日本の過失犯論——注意義務の標準の問題を中心に——」『西原春夫先生古希祝賀論文集 第二巻』成文堂 1998年 93頁以下も参照。

13) 最近のドイツにおける過失の標準の議論を概観するには *Kühl*, AT, § 17, Rn. 22ff. が有用と思われる。

14) 板倉宏『薬害エイズ第一審判決について』現代刑事法 3巻7号（2001年）48頁以下、船橋亜希子「医療過誤における注意義務の一考察——薬害エイズ帝京大病院事件判決を素材として——」法学研究論集 第38号（2013年）99頁以下、船山康範『刑法の役割と過失犯論』北樹出版 2007年 211頁、前田雅英「予見可能性の内容・程度と許された危険」研修637号（2001年）3頁以下。

15) 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』成文堂 2004年 175頁以下、山口厚「薬害エイズ事件三判決と刑事過失論」ジュリスト 1216号（2002年）17頁。

16) 甲斐克則「判批」平成13年度重要判例解説（2002年）154頁以下、同「薬害と

重の基準説) 説の支持者は、本判決が結果回避義務判断で一般通常人(「通常の血友病専門医」)を設定したこと自体には賛同するが、その無罪判決には反対している。そしてドイツの二重の基準説の多くの論者も投入義務肯定説を支持しており、二重の基準説は、投入義務の問題解決に関しては少数説(行為者標準説)と見解が一致しているといわれることもある¹⁷⁾。

投入義務肯定説を主張する一般人標準説には、次のような批判がある。すなわち、注意義務を規定する際に一般人を標準としながら行為者の個人的(ないし主観的)な特別知識や特別能力を考慮することは、「客観的」注意義務の「中途半端な個別化」¹⁸⁾であって、理論の一貫性を欠く¹⁹⁾。実際、一般人を標準とする見解の多くは、(客観的)注意義務を規定する際に行為者の個人的な知識や能力を考慮するための理論的な説明を行っていないと評価せざるをえない。現在のドイツの過失犯論の基礎を築いた²⁰⁾ Welzel は、客観的注意の規定では行為者の認識内容を考慮しなければならないという²¹⁾。しかしこの主張は、少なくとも投入義務の存否との関係では、非常に曖昧である。というのもそれだけでは、① そもそもなぜ客観的注意で行為者の認識が考慮されなければならないのか、② 行為者のあらゆる認識が考慮されるのか、そして③ 行為者の認識が客観的注意の内容にどのような形で反映されるべきかなどが、説明されていないからである²²⁾。

ㄨ医師の刑事責任——薬害エイズ帝京大ルート第一審判決に寄せて——」広島法学25巻2号(2001年)69頁以下。

17) *Kasper*, JuS 2012, 16ff., 20.

18) *MK-Duttge*, § 15, Rn. 98.

19) 例えば *Castaldo*, Offene und verscheirte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikt, GA 1933, S. 495ff., 504.; *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2008, § 5, Rn. 30; *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, § 12, Rn. 134.

20) この理解は、*Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 261 にみられる。

21) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 132.

22) 高橋則夫『刑法総論』第3版 成文堂 2016年 234頁は、(過失犯の)行為規範の名宛人は一般人であり、過失犯の行為規範違反の判断基準は行為者の生活領域の属する一般人であるので、行為者の認識や能力が判断資料と考慮するという。シ

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（1）

しかしこの批判は適切とは思われない。例えば西原春夫は、平均以下の能力を有する行為者に「引き受け過失」が認められる場合、上記の諸見解に実際上の相違がないと指摘している。一方で行為者標準説は、「単に違反した注意義務選択にあたって行為者の注意能力を考慮する」見解でなければ、当該行為者に危険行為の引き受けを非難することはできず、その限りで一般人標準説と「合一しうる余地を残す」のであるという²³⁾。他方で一般人標準説の趣旨も「同一事情のもとにおかれた一般人に共通に向けられているという意味において『客観的』に把握する」ものならば、行為者標準説と同一の結論に到達する²⁴⁾。

この理解を前提とすれば、一般人を標準として注意義務を規定するとしても、行為者の（特別な）知識や能力は考慮されうるのであり、その限りで、一般人標準と行為者標準説に違いはない。それゆえ先のように一般人標準説を批判したところで、同説が投入義務を認めることはできないとはいえない。

他方、投入義務を認めるためには、行為者の特別知識や特別能力を注意義務の規定の際に考慮しなければならない。その限りで投入義務肯定説は、行為者標準説ないしドイツの少数説と一致している。しかしドイツの少数説の主張者としてよく挙げられる Jakobs は、投入義務の問題に関しては肯定説ではなく、投入義務制限説を支持している²⁵⁾。そして行為者標準説（主観説）を支持する

↘ かし規範の名宛人が行為者の属性を備えていることが直ちに、過失判断で行為者の認識や能力を考慮することを意味するわけではない。

23) 西原春夫「過失犯と原因において自由な行為」『過失犯(1) 基礎理論 日沖憲郎博士還暦祝賀』有斐閣 1966年 223頁以下。

24) 西原（前掲註23）224頁。類似の分析は、大塚裕史「過失犯における注意義務と注意能力との関係」早稲田法学会誌 第32巻（1982年）71頁以下および73頁以下にみられる。なお大塚は過失の標準での争いの原因の一つは、「注意能力概念の内容をめぐる考え方の相違ないしは混乱にある」という（同 75頁）。加えて松宮（前掲註15）152頁以下も、行為者の「運転能力とか行為時の認識などは、『客観的注意義務』あるいは『予見可能性』を判断する際に、すでに考慮されている」と述べている。島田 刑事法ジャーナル第3号 32頁以下も参照。

25) Jakobs の見解は下記IV. 4. で取り上げる。同じく少数説の論者である Weigend も投入義務制限説を採用している（これについてはIV. 1.）。

趙欣伯も、投入義務については投入義務制限説の論者である²⁶⁾。つまり行為者の知識や能力を重視して注意義務を規定する見解が、必ずしも投入義務を常に肯定するわけではないのである。

注意義務の規定で一般人を標準としてもその一般人が行為者の特別な知識や能力を備える人物であるならば投入義務の成立を認めることができ、行為者を標準とする見解からは投入義務の成立範囲を制限すべきであるとの主張がある。つまり過失の標準での一般人標準説と行為者標準説の対立は、投入義務肯定説の採否には関係がない。それゆえ投入義務をいかなる場合にも肯定するための根拠は、上のような過失の標準の議論以外に存在する。このような理解を前提にすれば、投入義務肯定説の根拠は、以下(2)から(4)の三つである。

(2) 可能性が義務となる？

投入義務肯定説の中には、たしかに投入義務の成立を認める旨の主張がなされているが、その根拠が明確に示されていない諸見解がみられる。例えば *Haft* は、客観的注意義務を規定する際には「何らかの特別知識と特別能力は……考慮されるべきである」と主張するが、その根拠を特に示していない²⁷⁾。また薬害エイズ帝京大病院事件判決の反対説の一部も、投入義務を認める論拠を明確に示していない。反対説のうち一般人標準説は、本判決が結果回避義務判断で用いた「通常の血友病専門医」を基準としたことを適切なものと評価する一方で、本件被告人は特別知識を有していたために、過失犯を認めるべきで

26) 趙の見解は下記IV. 2. で取り上げる。

27) *Haft*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1998, S. 167. 同様の主張として, *Blei*, Strafrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983, S. 300f.; *Kasper*, JuS 2012, 16ff., 20; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, Rn. 1349; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2016, § 52, Rn. 20f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 15, Rn. 14; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 37; *Zieschang*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Rn. 432. 我が国では、瀧川幸辰『犯罪論序説（改訂版）』団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第2巻』所収世界思想社 1981年 132頁（なお *von Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1. Band, 1932, S. 278, Fn. 11 も参照）および西原春夫『刑法総論』成文堂 1977年 181頁。

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（1）

あったという²⁸⁾。板倉宏は、被告人の認識内容は過失犯を基礎づけるには十分であったと解し²⁹⁾、更に結果回避義務の基準は本判決よりも更に個別化されたものを設定すべきであったという³⁰⁾。そして甲斐克則は、本判決の被告人の認識内容の評価のみならず³¹⁾、そして結果回避義務判断では、被告人が我が国の血友病の基本的な治療方針を決定しえた立場にあったため、被告人と血友病専門医を同列に置くことになる「医療水準」ではなく、「むしろ外国事情を含む経験則を根拠にした『医学水準』こそ考慮すべき³²⁾」であるという³³⁾。以上の論者らは、被告人の特別知識を過失犯成立に十分な事情と捉えるのみならず、被告人に認められる立場のうち、より結果の予見・回避に資するもの（特に厚生省エイズ研究班班長）を考慮する必要性を強調している³⁴⁾。

ところで注意義務一般について、「過失すなわち注意義務違反とは、結果の予見可能性があり、結果回避行為が可能であるのに予見せず、または、予見しても適切な結果回避行為を行わずに結果を発生させたことであるといえよう。

28) 船山（前掲註14）211頁。

29) 板倉 現代刑事法3巻7号51頁以下。

30) 板倉 現代刑事法3巻7号53頁以下（「厚生省エイズ研究班長として国内外の最新のもっとも詳しい情報に接し、最高権威者として、血友病の基本的治療方針を決定しうる指導的立場にいるような専門医としての平均人」）。そして板倉は、被告人の立場に「通常の血友病専門医」を基準とした本判決は「注意義務のハードルを低くしてしまう」と批判している。板倉の結果回避義務の基準に対しては、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』成文堂 2007年 88頁からの批判がある。

31) 甲斐 平成13年度重判解 155頁および同 広島法学25巻2号 88頁は、本件を認識ある過失の事案であって、被告人の認識内容からすれば具体的予見可能性を認めることができ、ゆえに過失責任を問うことができたという。なお佐久間修「判批」刑法判例百選Ⅰ総論 第5版（2003年）111頁も参照。

32) 甲斐 平成13年度重判解 154頁、同 広島法学25巻2号77頁以下。

33) 最近では船橋 法学研究論集 第38号 99頁以下が、医療慣行と医療水準が異なる場合に注意義務の判断基準とされるのかを、医療過誤の刑事裁判例の検討（110頁以下）も踏まえて論じ、結論として本判決に反対している。

34) この点につき本判決は、被告人の血友病治療の方針変更への影響力等の有無は本件被害者の死亡との関係では明らかでないとした（判時1763 179頁以下）。同旨の主張として島田 刑事法ジャーナル第3号 35頁、山口 ジュリスト 1216号 16頁。これに対して松宮孝明「判批」医事法判例百選 第2版（2014年）31頁。

そして予見可能性があれば予見義務があるのは当然であり、回避可能性があれば結果回避義務があるのは当然であるから、結局、過失とは結果の予見可能性があるのに結果回避行為をとらなかったことを意味することになる³⁵⁾といわれることがある³⁶⁾。この考えは投入義務肯定説に帰着する。なぜなら万人に「可能性が義務となる」という命題が妥当し、そして投入義務が問題となる行為状況では特別な知識や能力を有する行為者であれば構成要件的結果を阻止しえたことが前提であるので、当該行為者には例外なく投入義務の成立が認められることになるからである。実際、「行為者個人の能力がきわめて高く容易に予見できたのであれば、過失犯の成立を認めるべきである³⁷⁾」という主張もある。この「可能性が義務となる」という想定は、先に挙げた薬害エイズ帝京大病院事件判決の反対説にも存在している。反対説は、本判決の結果回避の判断基準（通常の血友病専門医）の評価に相違があるにもかかわらず、被告人に構成要件実現を予見ないし回避できたならば、過失犯を認めるべきであるという点で一致している。

35) 西田典之『刑法総論』第2版 弘文堂 2010年 257頁。西田によると、このことは「常識的判断過程に対応するもの」とであるという（同頁）。*Herzberg, Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984, 402ff., 410* は、注意義務適合的であるのは「自己に利用可能な……全ての技術や知識を損害回避に利用する者のみである」という（加えて 406 も参照）。

36) *Gropp, AT, § 12, Rn. 137* は、「行為者が予見可能であるならば、彼にはその実現を回避する義務がある。もっとも、この義務は、事態無価値の実現がなされないという全作為犯の背後にある義務に他ならない」（傍点は原典ではイタリック体）とし、*Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl., 2014, § 15, Rn. 133* は「刑法上保護された法益に対する危険回避の義務は、具体的な生活状況においてそのためになさるうことの最善で決定される。それゆえ万人には、ある活動の実行ないし引受ける際に『行為者の状況に置かれた慎重な人』がなしうる注意を払うことが義務付けられる」としてこれを「平均的要請」と呼び（Rn. 133）、「何人も危険回避のためになしうることの最善をなさなければならない」（Rn. 139）という。同旨のものとして、*Beck, Achtung: Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit!— Teil 1, JA 2009, 111ff., 114; MK-Duttge, § 15, Rn. 98; ders., „Erlaubtes Risiko“ in einer personalen Unrechtslehre, FS Maiwald, 2010, S. 144; Kasiske, Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil, 2011, Rn. 281.*

37) 林幹人『刑法総論』第2版 東京大学出版社 2008年 293頁。

たしかに「法は不可能を要求しない」とすると、可能性は義務の必要条件である³⁸⁾。しかしこのことから、個別行為者に対してその者に可能な構成要件実現の回避措置を義務づけることは帰結しない³⁹⁾。それゆえ行為者の可能性をその義務規定の十分条件とするには更なる根拠が求められる⁴⁰⁾。

38) これに対して植松正「注意能力行為者標準説に対する疑問」『過失犯(1) 基礎理論 日沖憲郎博士還暦祝賀』有斐閣 1966年 94頁以下は、過失犯には「不能をしいる規範」が妥当するという。しかしこのような過失犯の理解は、今日支持されていない。植松説に対する批判は大塚 早稲田法学会誌 第32巻 70頁以下、および松宮(前掲註12) 198頁 註(10)にみられる。

39) この点につき Engisch は、義務規定で行為者の構成要件実現の回避可能性に着目することは、「可能性が義務となる」と同義ではないと主張している。Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, 352ff. (本書の邦訳として 莊子邦雄・小橋安吉訳『刑法における故意・過失の研究』一粒社 1989年 425頁以下) は、「外部的注意」の規定では個別行為者の事情を考慮しなければならない主張する。しかし Engisch は、行為者が「特別な治療処置を心得ており、心ならずも(例えば事故のような場合) 負傷者の処置を任せられた」ときに、当該行為者が自己の特別な治療処置を用いれば負傷者を救助可能であったならば、「彼は、その治療処置を施すことについて、その治療処置を充分にこなしているということを考慮に入れる必要があるのか、それとも、彼の注意義務はそれ以外の通常の治療方法の使用を超えないでよいのか」を問うており、特別知識や特別能力の投入義務の存否は「価値の問題」であり、「アプリオリに肯定することもできないし、また否定することもできない」ものであるが、「もしこの問題が肯定されるものとするれば、特別な意味において、注意義務は行為者の個人的な能力に左右されるということとなる」(ders., S. 355 [莊子・小橋訳428頁]) という(傍点は原典ではイタリック体)。

40) そもそも行為者の「可能性」、そしてこれを構成する行為者の(特別)知識・能力などの諸事情の重要性はどのように判断されるのかということも、注意義務を規定する際には重要である。この場合、行為者に想定されうるあらゆる可能性、そしてこれを構成する行為状況や行為者の諸事情の全てが、考慮されるわけではない。Schmoller, Zur Argumentation mit Maßstabfiguren Am Beispiel des durchschnittlich rechtsturenen Schwachsinnigen, JBl 1990, 631ff., 640 は、例えばカラーサイズが42のワイシャツを着た行為者の判断が問題となるならば、「カラーサイズ42のワイシャツを着た注意深い人」を比較の人物(Vergleichperson)として引き合いに出すことは全く不要であると指摘している。このことは行為者の認識内容についても当てはまるであろう。例えば、過失犯の存否に関する刑事責任の存否が問われる場合、例えば医師である行為者が緊急搬送された事後的被害者の手術の開始時に、この者が着ていたシャツのカラーサイズを認識していたとする。こゝ

(3) 法益保護

① 回避可能な法益侵害を回避する義務

ドイツでは、行為者が自己の特別知識や特別能力を用いて構成要件の結果を回避しないこと、つまり当該行為者に特別な知識や能力の投入を義務づけられないことは刑法の法益保護要請に反するとの考えから、投入義務は認められるべきであるという見解がある。この見解によれば、特別知識や特別能力によって構成要件実現を回避可能な者にこれを求めないことは、法益保護の観点からは不当であるとされる⁴¹⁾。つまり、投入義務を否定することは、法益保護が実現可能であったにもかかわらずこれを行わなくてよい場合を認めることになるため、

ゝの場合、行為者の「特別知識」は、通常注意義務判断からは排除されるであろう。実際は、行為者の「可能性」を構成する（行為者の知識や能力などの）諸事情の選別が、何らかの方法でなされるものである。その際、注意義務の構成要素となる行為者の知識・認識や能力の刑法的重要性は、常に注意義務判断の前提にある刑法規範の理解や構成要件の意義ないし目的、行為状況などのその他の諸要素との関連で決定されることになるであろう。換言すると、刑法的判断の資料となるデータは、何らかの考量を経た上でなければ、獲得されえない。そのため、行為者の認識や能力、そしてその立場の全てが刑法的評価の資料の候補となりうるが、当該評価の資料であるとまではいえない。しかし判断資料として行為者の知識や能力の重要性の判断は、行為者の「可能性が義務となる」というだけでは、行うことができない。

41) 例えば *Castaldo*, GA 1993, 495ff., 503; *Freund*, AT, § 5, Rn. 29ff., insb. 33; *ders.*, Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit: Zum Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung, FS Küper, 2007, 72f.; *Gropp*, AT, § 12, Rn. 134; *Kretschmer*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 2000, 267ff., 272; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 84ff., insb. 85f.; *Murmann*, Grundkurs, § 23, Rn. 38ff., insb. 41; *Quentin*, Fahrlässigkeit im Strafrecht, JuS 1994, L 49ff., 51; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 233; *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 61f. (山中監訳 (前掲註1) 623頁以下 [趙・葛原訳]) 明示的ではないが、おそらく *Rostalski*, Normentheorie und Fahrlässigkeit Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, GA 2016, 81, Fn. 29 (この文献を含めた *Rostalski* の過失犯についての見解を紹介するものとして田村 翔「過失犯の規範構造についての省察——ロシュタルスキーの見解を考察の対象として——」法学研究論集 第46号 (2017) 42頁以下) も同旨であろう。我が国で類似の主張をしているのは、林幹人「エイズと過失犯」判例時報 177号 (2002年) 16頁 (および17頁も参照)。

特別知識や特別能力を有する者を不当に「優遇」⁴²⁾ することになるのである。

しかし刑法（規範）の目的や任務が法益保護にあるとしても、直ちに投入義務が常に肯定されるわけではない。刑法の機能ないし目的の理解と注意義務の規定をめぐる議論は同じ次元のものではない。法益保護が注意義務の規定に反映されるべきであるならば、それがどのような形で成されるのかは、更に検討されなければならない。この点につき過失犯では、行為者の責任を制限する許された危険や信頼の原則などの行為者への結果帰属を阻却する法形象がよく議論される。そしてこのような法形象と法益保護要請の関係性は、投入義務の存否が問われる事案でも考慮されなければならない。その関係性は、刑法の機能・目的の議論によって決定するものではない。

② 義務の判断基準としての法益保護

増田豊によると、故意・過失犯の行為（行動）規範は法益保護を直接に実現する手段である⁴³⁾。行為規範は、法益保護という目的を達成するため、法益侵害回避のための行動を個人に義務づけるが、その規範内容は、広義の比例の原則に従って規定されなければならないという。行為規範は、法益保護を実現するために適合的・有効で、かつ必要不可欠なものでなければならないため、規範の内容（法益保護）は行為者に認められる法益侵害の可能性に限定されるという⁴⁴⁾。行為規範は「命令であれ禁止であれ、その充足のために要求される行動に関して行為者個人の能力を考慮に入れなければ、まさに機能不全の状態に陥ることになる」⁴⁵⁾という。そのため行為規範は法益保護という目的を達成するために「行為者に可能なことだけを義務づけるもの」⁴⁶⁾とされるのである。行為者行為の「不注意性」⁴⁷⁾判断では、個別行為者の知識や能力という「行為

42) *Castaldo*, GA 1993, 495ff, 503; *Kretschmer*, Jura 2000, S. 267ff, S. 271.

43) 増田豊『規範論による責任刑法の再構築——認識論的自由意志論と批判的責任論のプロジェクト——』勁草書房 2009年 168頁および185頁。

44) 増田（前掲註43）169頁以下および177頁。

45) 増田（前掲註43）190頁。

46) 増田（前掲註43）177頁。

47) 増田（前掲註43）189頁は、注意義務概念を「規範論理的」考察から、とりわけ過失作為犯で用いると、「過失犯の構造につき誤解を招きかねないものであり、

者個人の「パースペクティヴ」⁴⁸⁾が考慮されなければならないとされる。増田は、そのように過失判断で行為者の知識や能力を考慮しつつも、規範は「個人に一定の行動を要求するものであるという意味において……客観的」なものであるという⁴⁹⁾。ただ、注意義務の規定の際に用いられる「慎重な人」などの基準人は、「それ自体が重要なのではなく、あくまでも行為者の具体的な行為者個人の能力を認定するための『デフォルト値』(default value)」としての意義が認められるにすぎないという⁵⁰⁾。

以上の増田の見解は、刑法規範の機能が法益保護であるとした上で、規範の要請の限界が個別行為者の有する法益保護に利用可能な知識や能力にあるという。この考えに従うと、投入義務は常に認められる。行為者の特別な知識や能力であれば法益保護が実現できる場合に、投入義務が論じられうるからである。

松宮孝明は過失の標準で能力区別説を支持し、注意義務の規定を Engisch に倣って故意犯と過失犯に共通の危険(存否)判断⁵¹⁾と、この判断で認められた危険を個別行為者が認識可能であったのかに関する「固有の過失」判断とで構成する。「固有の過失」判断では「倫理的能力」と「手段的能力」が考慮

↘「不当なもの」という。なぜなら禁止規範によって具体化がなされるという過失作為犯の義務は不注意な行為の不作为義務が内容とされるべきところ、同概念を前提にすると、当該義務の内容が、注意そのものを内容とする作為義務になってしまうからであるとされる(同旨のものとして、田村翔「引受け過失論考察のための序章——規範論的観点から——」法学研究論集 第41号(2014年)81頁)。しかし論理的には行為の不注意性を判断するための比較対象として、注意深い行為が必要となる、西原(前掲註23)224頁を参照。

48) 増田(前掲註43)191頁。

49) 増田(前掲註43)191頁、これは「客観的な法秩序のパースペクティヴ」といわれている(同 194頁も参照)。

50) 増田(前掲註43)191頁。

51) 松宮(前掲註15)154頁によると、危険判断(作為犯では広義の相当性ないし実行行為性、不作为犯では作為義務に相当する)では、「最も洞察力のある人間」あるいは「最高度の知識」を基準として、行為者の危険制御能力や法則知識を資料として「実質的で許されない危険」の存否が判断されるという。これについては Engisch (Fn. 39), S. 352ff., [莊子・小橋訳425頁]も参照。

され、それぞれには異なる標準が設定される⁵²⁾。倫理的能力は「法ないし法益への配慮ないし慎重さ」⁵³⁾、または「結果回避への関心に関する法の規範的要求」、つまり法益侵害や結果回避についての「期待可能性」⁵⁴⁾にかかわるものであり、この能力は、行為者のものではないという意味で標準的なものでなければならないという。行為者の倫理的能力が法の期待する水準を下回っていたか、それが欠如していたことが、その者に対する過失非難を基礎づけるので、行為者の倫理的能力は考慮されるべきでない⁵⁵⁾。つまり倫理的能力は、「行為者の行為の不注意性を決定する尺度」であり、それは「行為者の外に求めざるをえない」⁵⁶⁾。これに対して過失判断で重要な倫理的能力以外の能力、つまり危険の除去や予測にかかわる手段的能力は、行為者のものが考慮されなければならないという。行為者が構成要件の結果を予見できたのか、またはそれを回避するためにどのような措置を履行可能であったのかは、行為者の手段

52) 倫理的能力と手段的能力という用語は、Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes, FS Jescheck, Bd. I, 1985, S. 285 ff. (紹介として松宮孝明「H・H・イェシュック記念論文集の紹介(一)」立命館法学 第185号(1986年) 71頁以下がある)に由来する。Stratenwerthによると、「手段的能力(instrumentelle Fähigkeit)」は許されない危険の除去に関する能力であり、そのために必要な能力が「倫理的能力」(S. 287)であるとされる。たとえば自動車運転手の「能力」うち、手段的能力とは運転能力(「車両の制御、適時に危険を認識すること、適切な反応をすること」)のみであるとするため、「法的になされるべきことを決定する行為者の能力」(S. 288)が倫理的能力であると思われる。

53) 松宮孝明『刑法総論講義』第5版 成文堂 2017年 223頁(原典では太字)。

54) 松宮(前掲註15) 160頁。

55) 松宮(前掲註53) 220頁は、「予見の『可能性』は、行為者に一定程度の『慎重さ』ないし『結果回避への関心』があったならば当該結果が予見できていたか、という形で問われる。その際、多くの人が本気で受け止めないような『異常に高い慎重さ』は、要求されてはならない。なぜなら、そのような高度の要求を伴う責任非難では行為者に「運が悪かった」と思わせるだけで、規範意識の強化による犯罪予防に役立たないからである」という。加えて松宮(前掲註15) 159頁以下および164頁も参照。

56) 松宮(前掲註15) 157頁。なお松宮は、倫理的能力はドイツの過失犯論では行為者の立場におかれた「分別のある慎重な人」や「誠実で慎重な人」と呼ばれていると述べている(同頁)。

的能力を考慮しなければならないからである⁵⁷⁾。

したがって行為者の行為を刑法上非難するためには、法の期待する規範遵守意思（倫理的能力）を有する人物の仮定的行動が必要になる。しかしその人物が個々の状況でどのような結果回避措置をとったであろうかを検討するためには、行為者の規範遵守意思以外の知識や能力（手段的能力）が考慮されなければならない⁵⁸⁾。松宮説も、投入義務肯定説に至ると考えられる。これによると行為者の注意義務内容はその者の「手段的能力」によって決まるものであり、そして手段的能力は規範遵守意思以外のものを意味するので、行為者の特別知識や特別能力も含まれるからである。

松宮は、薬害エイズ帝京大病院事件判決での注意義務の判断基準（倫理的能力）は、当時の米国でのエイズに関する情勢や我が国の一部の製薬会社の行動に加えて、我が国の血友病患者団体の行動をもとに具体化されるべきであり、そのような諸事情から構成される基準人は非加熱製剤の投与という治療方針を変更したであろうと考えられるため、本件では過失犯の成立が認められるべきであったという⁵⁹⁾。本判決が被告人の立場に「通常の血友病専門医」を設定することは、一方で被告人の立場や認識内容などの行為者に特有の諸事情を無視し、他方で「我が国の医師ではなくて、外国の医師や我が国の患者、製薬会社

57) もし手段的能力を行為者以外に求めるならば、例えば引き受け過失の存否が問題となるような場合、平均を下回る行為者の注意義務内容は、その者にとってはおよそ履行不可能であり、「法は不可能を要求しない」という命題に反する責任非難となってしまう。過失犯には「不能を強いる規範」が妥当するという植松の見解については前掲註38。なお松宮（前掲註15）163頁註48）は、行為者の手段的能力の考慮は、危険行為の許容が能力の高低に応じて決まることになるので、高度な能力を有する者に不利益をもたらすことにはならないという。

58) 高橋（前掲註22）234頁註51は、自らの立場は能力区別説と同じ立場であると述べている。しかし高橋の見解では、行為規範の名宛人が一般人であるということが投入義務の議論とどのような関係にあるのかが明らかでない（これについては上記Ⅱ.1.）。それゆえ高橋説と能力区別説を同視することはできない。これに対して、同じく規範の名宛人を一般通常人と解する井田良『講義刑法学・総論』有斐閣2008年 215頁以下および同（前掲註6）184頁以下は能力区別説に近い見解を主張している（井田の見解は下記Ⅳ.4.で取り上げる）。

59) 松宮（前掲註15）175頁以下および同（前掲註34）31頁。

関係者を含む『慎重で誠実な人』一般を代入すべきだとする過失判断の規範的な側面を無視するものとなっている⁶⁰⁾という。

松宮も増田と同様に、過失判断では個別行為者の知識や能力のみならず、個別行為者からは離れた法（規範）の結果回避や法益尊重の観点をも考慮しなければならないという。そして松宮説は、倫理的能力のみを、行為者のものではないという意味で「一般化・客観化」する点を過失非難の観点から説明しているのが特徴的であり、これは増田説にはみられないものである。この点を措くと、増田説における「客観的な法秩序のパースペクティブ」と「行為者個人のパースペクティブ」の関係は、松宮説における「倫理的能力」と「手段的能力」の関係と類似している。

大塚裕史は、松宮説の「固有の過失」判断（能力区別説）における倫理的能力と手段的能力は、前者が注意義務（予見可能性）の判断基準として、後者がその判断資料として機能していると分析している⁶¹⁾。大塚の分析に従えば、両説は法益保護要請を単に刑法（規範）の機能であると解するのみならず、その要請を注意義務の規定の次元にまで組み込んだ理論を展開しているといえる。そしてこのような注意義務の規定の構想下では、法益保護に関連しない諸事情、

60) 松宮（前掲註15）183頁。古川（前掲註12）149頁は、汚染された血液製剤を輸血に使用する場合を例に挙げて、「一般的に使用されている血液製剤の製造過程において、実は汚染防止の不備があることを認識し（え）た医師は、一般的には当該血液製剤が使用されているからといって、① その血液製剤を使用して感染を生じさせれば違法であり、② その血液製剤を使用しても感染が生じたであろうことにより免責されない、と解するのが相当であろう」と主張している。古川の著作の書評である甲斐克則「過失犯における注意義務内容と危険の認識——古川伸彦著『刑事過失犯序説』（成文堂、2007年）を読む——」川端博ほか編『理論刑法学の探求』成文堂 2008年 181頁は、その「輸血事故事例」は「薬害エイズ帝京大ルートを暗示する事例」であり、古川の「論理は、私が上記事件の判例分析で行った論理と軌を一にするとところがある」という。甲斐の見解は本稿では上記Ⅱ・2. で取り上げた。その他には鎮目征樹「判批」刑法判例百選Ⅰ総論 第6版（2008年）113頁、島田聡一郎「判批」判例セレクト 258号（2001年）29頁、林 判例時報 1775号 17頁、山口 ジュリスト 1216号 17頁を参照。

61) 大塚裕史「薬害エイズと具体的予見可能性」『刑事法の理論と実践 佐々木史郎先生喜寿祝賀』第一法規 2002年 157頁。

例えば社会相当性のような「常軌性判断」⁶²⁾の注意義務の規定に対する重要性は低く見積もられる⁶³⁾。

(4) 社会的連帯

伊東研祐は、行為者の注意義務を規定するには行為者の高度な知識や能力を考慮しなければならないといい、投入義務肯定説の立場をとる。伊東によると、投入義務を負う行為者の責任は他の者よりも重くなるが、行為者は「社会生活における構成員として継続的且つ相互補完的に機能している以上、可能な注意を怠って良いとする合理的根拠はない」⁶⁴⁾という。つまり投入義務の賦課は、その義務を負う行為者の社会との結びつきや連帯によって正当化されうるといふ。

このような社会的連帯によっても、投入義務肯定説は主張可能と考えられる。ただ伊東が投入義務の賦課を正当化するために連帯を持ち出す理由は、明らかでない。なお投入義務の議論で連帯論拠を用いることは日独の学説の中では珍しい。

2 検 討

投入義務肯定説によれば、当該行為者が標準的な知識や能力でなしうる結果回避措置を選択することは、不注意な行為と評価される。そのため、投入義務肯定説は、特別な知識や能力を持つ者の行動を抑制することになる。当該行為者にとって、特別な知識・能力が利用可能な状況には常に犯罪成立の可能性が付きまとうので、そのような状況に関わらないことの方が有益であるといえるかもしれ

62) 松宮（前掲註15）156頁は、「常軌性判断」を前面に押し出すものとして、客観的注意概念に社会相当性を取り込む *Welzel* (Fn. 21), S. 132 を挙げている。

63) 松宮（前掲註15）166頁以下によると、倫理的能力は「法と行為者との緊張関係の中で決まる」ものであり、そこでは「『社会常識』というものも一定の役割を果たすであろう」といふ。なお同156頁によると、客観的注意義務は結果回避可能性の要素かあるいは結果予見のための情報収集行動の前提であり、客観的注意義務で措定される基準人には行為者本人の知的・生理的能力を推定する手掛かりとしての意義は認められるが、それは実体刑法上の過失犯構成要素ではないという。加えて同 164頁以下および増田（前掲註43）192頁も参照。

64) 伊東研祐『刑法講義』日本評論社 2010年 148頁以下。なお伊東は薬害エイズ帝京大病院事件判決に関しては、そこでなされた利益衡量の内容を批判し、本判決に反対している（同 153頁）。

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（1）

ない。もっともこのような特別知識や特別能力を有する者に生じる不都合は、投入義務肯定説に影響を及ぼさない。ここで重要なのは、投入義務を常に認めることが、過失犯処罰の限界付けとして適切であるのかということである。

投入義務肯定説は次の例で、過失犯の成立を認める。例えば、自動車工学の専門家であった行為者は購入した新車を走行させて事故を起こしたが、その自動車にはブレーキに当初から異常があり、これが事故原因であったが、事後的な検証によるとその異常は自動車運転手一般には認識できなかったのに対して、行為者であれば認識可能であったという場合⁶⁵⁾である。自動車運転手には、自動車の走行前に安全点検を義務づけることは可能であろう。しかしこの安全点検として上のような特別な知識や能力の投入が含まれるのか、つまりその安全点検としてどの程度の行動が要請されるのかは更に考慮されるべきである。

同説に従うと、当該行為者は、自動車工学の専門性を用いて自動車の故障有無を確認した上で、その車両の使用を控える等して事故を回避しなければならなかったといえる⁶⁶⁾。つまり投入義務肯定説に従えば、当該行為者の投入義務

65) この例は、増田（前掲註43）191頁 事例Ⅲを基にしている。本来の例は、自動車工学の専門家であった行為者が、自動車のエンジンの故障を認識せずに、これを走行させて事故を起こした場合に、その故障は自動車運転手一般には認識できなかったが、行為者であれば認識可能であったというものである。

66) 増田（前掲註43）193頁以下は、前掲註65に挙げた自動車工学の専門家の例では、行為者の特別な「能力」の投入義務の存否が問題となり、結論としてその義務の成立を認めるが、その理由は次の事案の解決との整合性であるという。増田は、同じくエンジンの故障した自動車で事故を起こした行為者が「自動車のメカニズムにつき平均的な知識（能力）しかなかったが、自己の原因になった（危険な）事情についての『特殊な認識』がたまたま存在した」（同 193頁 事例Ⅰ）場合、行為者行為には「明らかに不注意性が認められる」という（同頁）。そしてこのように特別知識を有する行為者の行為には過失が認められるならば、同じことを特別能力の場合にも認めることが「少なくとも論理的には一貫する」という（同 194頁）。つまり増田は、本文に挙げた例での（特別能力の）投入義務の成立根拠を、特別能力と特別知識の同一の取扱という点に見出している。しかし増田説では、個別行為者が法益侵害を回避可能であったかが決定的であるので、その回避可能性が行為者の知識に由来するのか、それとも能力に由来するのかは重要にはならないはずである（これについては上記）。この点について *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 62（山中監訳（前掲註1）624頁（趙・葛原訳））が、投入義務肯定説の立場から「特別な知識につい

の内容は、自動車の走行前に専門家としての車両の安全点検を行うことであり、当該行為者がこれを怠ることは不注意な行為と評価される。

ただこの例での自動車の安全点検に関する義務は、もし所有者が自動車のメカニズムについて標準的な知識を有するにすぎない者であったならば、その自動車の製造元や販売元などに認められるものであろう。投入義務肯定説によれば、当該行為者が結果回避に資する高度な専門性を有していたことを理由に、そのような本来製造元などに認められるべき安全点検義務が当該行為者に課せられることになる。そして投入義務が認められるならば、当該行為者には、許された危険や信頼の原則などの帰属阻却原理は適用されない。つまり、自動車工学の専門家である行為者は、自己の購入した新車には異常がないことや、その引き渡しの時点までに安全点検が担当部署によってなされているであろうということを信頼することは許されないことになる⁶⁷⁾。

たしかに法益保護の実現の観点からは、自動車工学の専門家の行為者に上記の投入義務は課せられるべきである。しかし、以下の2つの理由から、投入義務を常に肯定することには疑問がある。

第一に、自動車工学の専門家が自動車を走行させる場合などには、自動車のメカニズムについて平均的な知識や能力を有する者として振る舞ってもよいような多くの場面（例えば休暇中や、友人の自動車を運転する場合）でも、当該行為者の行動は強度に結果不発生の予防措置に固定されることになる。そしてこのような投入義務に適った行動には、素人の自動車運転手からみれば自動車走行に由来する危険があるとは認識できない場合も含まれるであろう。つまり、投入義務を常に肯定するならば、特別な知識や能力を有する行為者の行動する自由を、その他の者に比べて極端に制限することになってしまうのである。

第二に、上記の投入義務は、事前に他者（例えば当該車両の販売元等）が果

ゝて認められることが、どうして特別な能力について同様に妥当しないはずであろうか」と述べているところである。

67) その信頼は、自動車工学に関する知識を有さない者の場合には、保護されるであろう。

たしておくべき安全点検を内容としており、そのため上記の投入義務は、すでに自動車運転手が車両の走行前に果たすべき安全点検の内容を超えているといえる。投入義務肯定説は、投入義務の成立範囲を個別行為者の特別知識や特別能力から認められる結果の予見・回避可能性によって決定する。しかしこれは、投入義務成立範囲が限定されていないともいえる。そして上の自動車工学の専門家の例から読み取れるように、投入義務肯定説は、結果として他人が果たすべき義務内容まで、特別な知識や能力を有する者に投入義務として認めてしまうことになる。このような場合にまで特別な知識や能力を有する行為者に可罰性を認めることは、過失犯処罰の限界を超えているように思われる。

したがって、行為者の特別な知識や能力が法益（財）保護を達成できるとはいえこれを貫徹すること、および投入義務を常に認めることはできない⁶⁸⁾。それゆえ投入義務の成立範囲は、少なくとも制限されるべきであると解される⁶⁹⁾。

本稿の投入義務肯定説の評価に対して、同説からは次のような反論が考えられる。すなわち、行為者の特別知識や特別能力はその者にとって「通常」のも

68) *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015 は、泥棒が夜間に自動車整備工Mの自動車を毀損し、Mが翌朝出勤のために自動車を運転するときにはそのブレーキが利かなくなっており、Mが傷害結果を伴う事故を起こしたという例を挙げている (S. 238, Fall 14)。Kindhäuser は、たしかにMが運転開始以前にその自動車を点検していればブレーキの故障を発見することができたが、ここでの論点は「Mにそのような調査が法律上そもそも期待されうるのか」であり、「Mの個人的能力と知識を用いることはこの問題への解答には寄与しないので、注意義務規定では、当該生活領域の慎重かつ誠実な関与者」が基準になるため、Mの可罰性は否定されるべきであるという (a.a.O., § 33, Rn. 53 f)。Kindhäuser は、この例と類似の本文に挙げた自動車工学の専門家の可罰性も否定するであろう。

69) このようにみれば、注意義務の判断基準として被害者の立場を考慮する松宮の見解（前掲註59）には、薬害エイズ帝京大病院事件判決の当否を措くとしても、賛同することはできない。すでに鳥田 刑事法ジャーナル 第3号 36頁が指摘するように、「一般に、被害者となり得る者は、用心には用心を重ねることがあるので、行為者にそこまでの回避義務を尽くすことを要求するのは、やはり行き過ぎ」である。そして本文に挙げた自動車工学の専門家の例でも、被害者の立場を顧慮して投入義務を認めるべきでない。

のであり、特別知識や特別能力の投入義務は個別行為者に「最善」を求めることではないという⁷⁰⁾。つまり自己の回避可能な法益侵害の回避を要求することは全ての者に対して画一的に要請されるため、その点で特別知識や特別能力を有する者は特段不利に扱われるわけではないとされる。しかし上の例の検討から明らかになったのは、投入義務の問題解決では、特別知識や特別能力を有する行為者に認められうる投入義務の内容がどの程度その者の行為自由を制限するのかを考慮しなければならない、ということである。そのため投入義務が行為者の「最善」を求めているのか、それとも彼の「通常」を求めているのかは投入義務の問題解決にとって決定的ではない。

70) 若干ニュアンスは異なるが、概ねそのように主張するのは、例えば *Castaldo*, GA 1933, S. 500; *Freund*, AT, § 5, Rn. 33; *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 61.; *Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15, Rn. 140. これに対して *Kretschmer*, Jura 2000, 272 は、就中特別能力者は「自己の能力の最善を投入しなければならない」と述べている。