

過失犯における特別知識と 特別能力の考慮について（2）

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 第67巻第2号)
- III 投入義務否定説
 - 1 一般人標準説と投入義務の否定
 - 2 投入義務による行為自由の制限
 - 3 検 討
- IV 投入義務制限説
 - 1 特別知識の投入義務のみを義務づける見解
 - 2 行為者の結果発生認識の内容による制限
 - 3 私的活動か職務活動かによる区別 (以上 本号)
 - 4 社会的諸要素の考慮
- V 考 察
- VI 結 論

III 投入義務否定説

特別知識や特別能力を有する行為者にそれらの投入義務を全く認めない投入義務否定説は、理論的には主張可能であるが、日独では非常に少数である。

1 一般人標準説と投入義務の否定

過失の標準を巡る対立関係が投入義務の問題解決に対応するとすれば、一般人標準説は、投入義務否定説に帰着するべきであろう。我が国において、このように主張する立場が存在する。

佐久間修は、一般人標準説（または平均人標準説）に従えば「たまたま加害者の注意能力が格段に高い場合にも、それをもって刑事責任の範囲が拡張されるわけではない。むしろ、通常人のレベルまで注意義務の上限を引き下げるとすれば、最終的には、当該領域の平均人を標準として過失の有無が決定されることになる」⁷¹⁾という。また過失の標準における「折衷説」⁷²⁾の一種は、原則として行為者標準説を採用するが、行為者の能力が通常人よりも高い場合には、一般人標準説を採用する。折衷説によると、法は通常人以上のものを要求しない⁷³⁾、または注意義務は「国民生活において必要とされる一般的な要求」⁷⁴⁾であるから、注意義務の上限は一般人に要求可能なものにとどめるべきであるという⁷⁵⁾⁷⁶⁾。

しかし、我が国の判例は、一般人を標準にして被告人の予見可能性の有無を判定しているといわれることがあるが⁷⁷⁾、そこでは、一般通常人が認識するこ

71) 佐久間修『実践講座・刑法総論 第4講 過失犯の所在と競合——実行行為と因果関係』警察学論集 第65巻第5号（2012年）143頁。

72) 我が国のその他の折衷説については、松宮（前掲註12）209頁以下を参照。

73) 浅田和茂『刑法総論』補正版 成文堂 2007年 342頁、立石二六『刑法総論』第3版 成文堂 2008年 244頁、団藤重光『刑法綱要総論』創文社 第3版 1990年 343頁。

74) 小野清一郎『刑法概論』法文社 1960年 151頁以下、同『新訂 刑法講義総論』有斐閣 1952年 174頁。同『刑法と法哲学』有斐閣 1971年 269頁以下も参照。

75) もっとも松宮（前掲註12）203頁が指摘しているように、「法は通常人以上のものを要求しない」という主張の内実は明らかでない。

76) ドイツの過失の標準の文脈から投入義務否定説を採用するのは、Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969, S. 54f.

77) 例えば、大塚仁『刑法概説（総論）』第4版 有斐閣 2008年 211頁、佐久間 警察学論集 第65巻第5号 142頁および143頁、前田雅英『刑法総論講義』第6版 東京大学出版 2015年 203頁、牧野英一『刑法総論』有斐閣 1950年 308頁など。なお、松原久利「判批」受験新報 614号（2002年）15頁は、過失判断の際には一般通常人

とができた事情だけでなく、行為者の特に認識していた事情も判断の基礎とされている⁷⁸⁾。そして大判昭和4年9月3日大審院裁判例(3)刑法27頁は、失火の事案につき、一般通常人が認識することができた事情と行為者が特に認識していた事情を基礎として予見可能性の有無を決定するとして、被告人の認識内容を理由に過失犯の成立を認め⁷⁹⁾。またすでにみたように、一般人標準説の中には、薬害エイズ帝京大病院事件判決に反対して、被告人に過失犯の成立を認めるべきであったと主張する見解がある⁸⁰⁾。これによると、とりわけ行為者の特別知識は、(一般人標準の)客観的注意義務を規定する際に考慮されるべきであり、そして特別知識の投入義務も認められるべきであるとする。

このような判例および学説の状況を踏まえると、一般人標準説内部において、投入義務の有無に関する判断に関しては、見解の一致が見られない。したがって、一般人標準説が、投入義務否定説に直結するとはいえない。それゆえ、投入義務を一律に否定するための根拠も、伝統的な過失の標準論以外に求められなければならない。

2 投入義務による行為自由の制限

F. Ch. Schroeder は、過失の標準としては「二重の基準」を採用している。つまり構成要件段階において一般人を標準とした客観的注意義務を措定し、行為者の注意義務内容をこの者の属する「生活領域」を基にして決定すべきであるという⁸¹⁾。しかし F. Ch. Schroeder にとって、過失の標準に関する態度決定は、投入義務を否定する根拠とはならない。

F. Ch. Schroeder は、特別能力の投入を行為者に刑法上の義務として認める

↘を標準とするべきであるという見地から、薬害エイズ帝京大病院事件判決を「不合理とはいえない」とする。

78) 最判昭和27年6月24日集刑第65号321頁。

79) 新過失論の立場からこの判例に賛同しているのは、井田(前掲註58)216頁以下。更に松宮(前掲註15)152頁以下も参照。

80) 前掲注14に挙げた文献を参照。

81) LK-Schroeder, 11 Aufl., 1994, § 16, Rn. 144 ff. (特に146)。

ことは、人の自由意思による安全措置の履行を阻害することになってしまうために、不当であると主張する⁸²⁾。そして同じことが特別知識に基づく投入義務にも当てはまるといふ。例えば特別知識の投入義務を認めると、継続教育の研修課程（Fortbildungskurs）への参加が処罰されることになってしまうといふ⁸³⁾。もっとも、とりわけ特別能力は、その自由意思による使用が広まり標準化されて「生活領域」に組み込まれる場合、その使用が義務付けられることになるとされる⁸⁴⁾。F. Ch. Schroeder が投入義務を認めることに反対するのは、特別な知識や能力の有無に応じて注意義務内容を決定するならば、その知識や能力を獲得しようとする者がいなくなってしまうという懸念にある。

このような社会政策的な見地から投入義務を否定する場合には、本稿がⅡ. 4. で言及した、投入義務による特別な知識や能力を有する者（ここでは自動車工学の専門家）の行為余地の制限がキーになっている。特別知識や特別能力を有する者にそれらの投入を義務付けると、この者が同じ生活領域に属する者よりも不利な取り扱いを受けると考えられる。自発的に特別な知識や能力を身につけた人は、結果回避のためにその知識や能力を義務付けられ、この義務違反には刑罰が科せられるのに対して、特別な知識や能力を持たない者は、結果回避を義務付けられないからである。投入義務を認めることによって個人に生じる負担に鑑み、F. Ch. Schroeder は投入義務を一律に認めべきではないといふ。

3 検 討

投入義務を否定することは、行為者が構成要件実現ないし法益侵害回避のた

82) LK-Schroeder, § 16, Rn. 148. 例えば、自動車保有者に対して通常義務付けられない車両へのテールワイパーの設置、手術の前に行う複雑な検査、交通事故の起こりやすい道路に関して情報を得ることなどによって獲得した能力の投入が挙げられている。

83) LK-Schroeder, § 16, Rn. 148.

84) LK-Schroeder, § 16, Rn. 149. 特別能力が義務に発展する傾向は、例えば雇用時の報酬の高さに表れているという。特別能力を有する者は、その能力のゆえに特別な権利を請求するとされる。

めに自己の特別知識や特別能力を投入しないことを、刑法上非難しないということの意味する。このことは、例えば刑法規範ないし過失犯の構成要件の目的が法益保護にあるとすれば、不当な結論と評価されることになる⁸⁵⁾。しかし、特別な知識や能力を有する者にそれらの投入義務を課するべきでない場合があることは、すでに述べた通りである。この場合、特別な知識や能力を有する者が、本来的には他人の果たすべき義務を履行する場合があり、このことによってその者の行為自由が、他の者よりも制限されることになるからである⁸⁶⁾。このような考えは、上述の F. Ch. Schroeder の見解の背景にもあった。

しかし、行為者が構成要件実現の危険の認識を有し、この認識自体が特別な知識といえる場合にも投入義務を一律に否定すべきであるのかは、慎重に検討されなければならないと思われる。このことは、以下の事例に当てはまるであろう。

自動車を運転していた行為者が、ある交差点では正午頃に児童が頻繁に往来していることを認識していた。ある日の正午頃に、行為者はこの交差点を時速50キロメートルで自車を走行させたが、児童は一人もみられなかった。しかし一人の児童が突然トラックの背後から現れ、交通規則に反してその道路を横断しようとしたため、行為者の車両が当該児童と接触した。仮に行為者が時速30キロメートルで自車を走行させたとする、当該事故を回避可能であった⁸⁷⁾。この行為者は、児童の往来に関する認識を前提にして運転しているので、その特別知識を用いて当該事故を回避すべきであったのかが問われる。

この例において投入義務に基づく行為者の負担は、特別知識を持たない他の自動車運転手には認められないものである。そして投入義務の内容としては、問題となる道路を走行する際には減速することや、その場を迂回して他のルートを走行することなどが考えられるであろう。投入義務否定説によると、この

85) 上記Ⅱ. 1. (3) (拙稿「過失犯における特別知識と特別能力の考慮について(1)」関西大学法学論集 第67巻 第2号(2017年)14頁以下)を参照。

86) 上記Ⅱ. 2. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号 20頁以下)を参照。

87) *Ciacchi*, Fahrtaessigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich, 2006, S. 109 (Fall 2).

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（2）

ような危険除去措置を行為者に義務付けることは、Ⅱ.4.に挙げた自動車工学の専門家の例で投入義務を認めるのと同様に、不当と評価されるであろう。

しかし第一に、この自動車運転手が児童との接触事故を回避しようとする際には、Ⅱ.4.の自動車工学の専門家の例のように特定の専門分野の知見等を發揮することが必要となるわけではない。むしろ、特定の交差点や道路の危険性を認識することは、自動車運転手にとって日常的にありうることである。第二に、特定の道路状況に関する知識の投入義務に合った行動は、Ⅱ.4.の専門知識の投入義務に合った行動とは異なる評価をなしうる。Ⅱ.4.の例における投入義務は、自動車工学の専門知識を有する者が自己または他人の自動車運転に関わる行動のうち、その知識を發揮したとすると構成要件の結果を不発生にせしめたであろう場面を捕捉することになってしまう。自動車工学の専門性による事故回避という投入義務は、自動車運転手のうち、当該の専門知識を有する一部の者にのみ認められるものである。これに対して、特定の道路の危険性に関する知識の投入義務は、その道路を走行する際に生じる。そしてこの、自動車運転手が日常的に獲得しうる特別知識を用いて行う減速等の結果回避措置は、あらゆる自動車運転手に向けられうるものである。

このようにみれば、上の事例における道路の危険性に関する特別知識の投入義務は、その知識の獲得およびその投入義務の履行が、行為者以外の自動車運転手一般にも期待可能であるといえる。そのため、当該の投入義務は、自動車を運転する行為者に認められるものとしては相当であると解される⁸⁸⁾。むしろ、このような事例において投入義務を認めないことは、当該行為者を不当に優遇する帰結であると評価しうる⁸⁹⁾。

88) 鳥田 刑事法ジャーナル 第3号 32頁以下は、「見通しが悪いが、『事故多発注意』という表示がない道路を車で運転して自己を起こした場合、その道路を何度も通っており危険をよく認識しているドライバーは、はじめてその道を通るドライバーよりも、予見可能性が認められやすいだろう」と述べ、この例での過失判断から当該行為者の特別知識を除外すべきでないという。

89) 加えてLK-Vogel, § 15, Rn. 163 は、知識の獲得が自由意思によらない場合にも刑罰賦課を否定することは、「刑法の行為統制力を過大評価している」と述べている。

投入義務否定説もまた、本稿の設定した問題の解決策としては採用できない。投入義務の中には行為者に過度の負担を求めないものがあり⁹⁰⁾、この種の投入義務までも否定すべきではない。

IV 投入義務制限説

ここまでの検討から、投入義務は無限定に認められるべきでなく、かつその全てが否定されるべきでないということが明らかとなった。そして、行為者が自己の特別な知識ないし能力の投入義務を負うか否かを決するのは、当該行為者に向けられる法益（財）保護要請とその者の行為自由の間の緊張関係をどのように調整するべきであるのか⁹¹⁾である。

投入義務を認める場面と認めない場面を想定する投入義務制限説は、その主張者らの提案する投入義務の判断基準、およびこれによって画される投入義務の成立範囲は、様々である。そのため、投入義務に基づく過失犯の処罰範囲を制限する基準としては、どのようなものを選択するべきであるのかが問題となる。

1 特別知識の投入義務のみを義務づける見解

Brugstaller は、客観的注意義務の内容を規定する際には、行為者の認識内容を考慮しなければならず、特別知識を有する行為者には、その投入を義務づけるべきであるという⁹²⁾。すなわち、行為者が結果発生の危険を特に認識していたならば、その認識内容に対応する義務を認めることができるとされる。しかし、特別能力の投入義務は、刑法上の義務として認められるべきではないという。Brugstaller は、客観的注意義務を規定する際に措定される基準人（例えば慎重かつ誠実な外科医）から導出される義務内容は、すでに高度なもので

90) なお鳥田 刑事法ジャーナル 第3号 33頁は、薬害エイズ帝京大病院事件における被告人の特別知識を、前掲註87の例における行為者の特別知識と「同様に評価できるかは一個の問題である」という。

91) このことを述べているのは、Sacher, (前掲註1) S. 252, 259.

92) Brugstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 65f.

あるから、これを超える特別能力の投入までも刑法上の義務として認めることは、法と道徳の区別を無視したものであるとする。それゆえ特別能力の不投入は道徳的非難で済ますべきであるとされる⁹³⁾。過失の標準としては行為者標準説を支持する Weigend⁹⁴⁾ も、同説の帰結として行為者の特別知識に基づく投入義務を認めなければならないという。しかし彼も特別能力の投入義務を認めることに反対しており、その際に Burgstaller の見解を引用している⁹⁵⁾。

Burgstaller と Weigend は過失の標準については対立しつつも、共に特別知識の投入義務を肯定し、特別能力に基づく投入義務を認めるべきではないと主張している。したがって、ここでは投入義務が問題となる個々の事案で行為者が有していたのは特別知識であったのか、それとも特別能力であったのか、過失犯の成否を決定することになる⁹⁶⁾。

93) *Burgstaller*, (前掲註92) S. 66. 同様の解決を提案するのは, *Peter Frisch*, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973, S. 80ff.; *Hirsch*, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre*, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), ZStW 94 (1982), 238ff., 274f.

94) *Weigend*, *Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat*, FS Gössel, 2002, S. 143f.

95) *Weigend*, FS Gössel, S. 143f. もっとも, Burgstaller が特別能力に基づく投入義務を否定する根拠は, 上述のように客観的注意義務の前提にある。

96) *Ciacchi*, (前掲註87), S. 102 によると, このような特別知識と特別能力の区別は, 刑法上の過失を結果の認識可能性(予見可能性)とその回避可能性で構成することに由来している。この過失理解の下では, 行為者の特別知識は予見可能性(およびこれを前提とした回避可能性)に作用するが, 特別能力は回避可能性に直接関係するものである。そのため特別能力の典型例として挙げられるのは, 水難救助に有効な水泳能力や交通事故の回避に資する運転技術による結果回避である。特別能力の投入義務が論じられる際には, 行為者に結果発生の予見可能性が認められることが前提となる。これに対して我が国の過失の標準の議論においては, (特別な)知識や能力は特段区別されずに論じられており, 単に「能力」, または「注意能力」という語などにまとめられることが多い。そのため我が国では, 特別知識と特別能力が, それぞれ予見可能性と回避可能性にどのように関係しているのかも, 意識されているわけでない。過失の標準で注意能力を論じているのは, たとえば植松正(前掲註38) 93頁以下, 同『刑法総論』青林書院 1957年 225頁以下, 大塚仁(前掲註77) 211頁以下, 大塚 早稲田法学会誌 第32巻 (1982年) 67頁以下, 佐久間修

Brugstaller と Weigend が特別能力の投入義務を否定する背景には、その義務内容が行為者に過度の負担を求めるものであるという考えがあるのかもしれない。しかしながら、とりわけ投入義務肯定説にとって、特別知識と特別能力はいずれも法益侵害回避に資するので、それらを区別する必要性は生じない⁹⁷⁾。そのため、特別能力に基づく投入義務のみを否定する理由が必要になる。しかし上の論者らはこの点を説明していない。

上の論者らの見解に従うと、投入義務の有無を判断することが困難な場合がありうる。とりわけ、(a). 大学で土木工学を専攻する学生であった行為者が、建設現場で下働きのアルバイトをしていた際に、自己の専門知識によってコンクリートの耐久性の低さを認識したが、指示通りにそのコンクリートを型に流し込み、これを用いた建築物が倒壊して死傷者が発生したというような事例である。

この事例において、Ciacchi は当該行為者が特別知識を有していたという⁹⁸⁾。このように事例を理解して上の論者らの基準に従うと、当該行為者に投入義務を認めなければならない。他方、Jakobs はこの例において、当該行為者の特別能力を問題にしている⁹⁹⁾。当該行為者の土木に関する知識は、構成要件実現の予測に関する能力であると理解されている。このように解すると、上の論者らの基準によれば、当該行為者に投入義務を認めるべきではないということになる。つまり(a).の事例において、行為者が特別知識を有していたのか、それとも特別能力を有していたのかは、評価が分かれているのである。このよ

↘『刑法総論』成文堂 2009年 148頁、鈴木茂嗣『刑法総論』第2版 成文堂 2011年 123頁、西原春夫 中山研一ほか編『過失から罪数まで 現代刑法講座』第3巻 成文堂 1979年 21頁以下、同(前掲註27) 181頁以下、同(前掲註23) 213頁以下、中野次雄『刑法総論概要』第3版補訂版 成文堂 1997年 52頁以下などである。

97) 前掲註66に挙げた Roxin の指摘を参照。そして投入義務肯定説を支持する Zieschang, AT, Rn. 432 は、特別知識と特別能力の区別は流動的であって、両者を区別する実質的根拠も存在しないと述べている。

98) Ciacchi, (前掲註87) S. 109 (Fall 1), 110.

99) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, Abschn. 9, Rn. 11 (および Abschn. 7, Rn. 50).

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（2）

うな事例を上論者らの基準によって処理するためには、特別知識と特別能力を厳密に定義しなければならない。しかしこの種の事例の解決に利用可能といえる程度の特別知識と特別能力の定義は、上の論者らによってはなされていない。

更に、特別知識と特別能力をそもそも厳密に区別することができないとの指摘がある。例えば(b).特別能力の例とされる高度な自動車の運転技術を発揮するためには、行為者がどのようにハンドルやブレーキを操作すれば事故を回避できるのかを認識していなければならない¹⁰⁰⁾。特別能力の発揮が、これに対応する特別知識を備えていることが前提となっている場合がありうる。

以上のことから、特別知識の投入義務のみを認めるという基準は、投入義務の有無の判断には適していない。

2 行為者の結果発生に関する認識の内容による制限

日独いずれにも投入義務の成立範囲を、行為者の結果発生の子見可能性、または結果発生危険の認識内容にかからしめる立場がある。

古くは趙欣伯が、過失の標準として行為者標準説（主観説）を主張し、行為者の認識内容を基礎にその者の過失を判断すべきであるとしながら¹⁰¹⁾、特別知識に基づく投入義務を常に認めない立場をとった。道路交通において、行為者が普段は特別な注意を払うことが可能であったにもかかわらずこれをなさなかったとしても、直ちに投入義務が認められるべきではないとする。例えば、普段は夜間に馬車を走行させる際には、六個の灯火をつけ、二人の馬丁を従えて道中に警笛を鳴らしていたが、ある夜に限って、通常行われているように二個の灯火と一人の馬丁で警笛を鳴らさずに馬車を走行させていた者が、通行人を死亡させた場合、その者が普段払っていた「特別の注意」を欠いていたこと

100) *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, § 23, Rn. 41; *ders.*, Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonkretisierung, FS Herzberg, 2008, S. 126, Fn. 21; *Ciacchi*, (前掲註87) 2006, S. 102f.

101) 趙欣伯『刑法過失論』清水書店 1926年 316頁。

は、過失判断に関係がないという¹⁰²⁾。これに対して、行為者が結果発生 of 具体的認識を特に有していたならば、投入義務を認めるべきであるとする¹⁰³⁾。例えば、行為者は、普段馬車を走行させるときに、4、5人の子供が馬車に飛びつくなどの悪戯をしてくることを認識しており、六個の灯火を使用して二人の馬丁を従えていればその子供らを容易に発見することができたが、ある夜、二個の灯火と一人の馬丁という状態で走行させたために子供を轢死させた場合、当該行為者には過失が認められるべきであるという¹⁰⁴⁾。同様に Stratenwerth も、行為者が結果発生 of 具体的な危険を認識していた場合に、投入義務を認めるべきであるとする¹⁰⁵⁾。例えば、アウトバーン上での右側の車線を走行する車両が追い越しをしようとすることに偶然気づいた者は、「教育的理由から」、この追い越しを知らなかった者と同じように行為してはならず、事故を回避するために自己の全能力を発揮しなければならないという¹⁰⁶⁾。

Sacher は、特別知識の投入義務の有無は、認識ある過失と認識なき過失とは異なるとする。行為者が構成要件実現の可能性ないしその危険を認識していたときに、行為者の「危険増加因子」に関する認識が、法益侵害結果回避に関する注意義務が生じる程度に、あるいは法益保護が行為自由に優越する程度に現実的であったならば、投入義務を認めることができるという¹⁰⁷⁾。これに対して、特別知識を有する行為者が認識なき過失の態様で行為した場合には、直ちにその知識の投入義務が認められるのではなく、その義務の成立要件として、「認識調達義務」とその違反が必要になるとする¹⁰⁸⁾。例えば、フットボー

102) 趙 (前掲註102) 317頁以下。

103) 趙 (前掲註102) 318頁。

104) 趙 (前掲註102) 320頁。

105) *Stratenwerth*, FS Jescheck I, 1985, S. 301.

106) *Stratenwerth*, FS Jescheck I, 1985, S. 302. 松宮 (前掲註12) 199頁は、趙と Stratenwerth の投入義務の問題に関する立場の類似性を指摘している。

107) 以上については、*Sacher*, (前掲註1) S. 261 ff., 284. 例えば、ある交差点の危険性を認識していたにもかかわらず、当該交差点で必要な減速を行わずに走行した自動車運転手には、投入義務が認められるという (S. 262)。

108) *Sacher*, (前掲註1) S. 262f. 例えば、自己の受けた専門教育によって然るべき

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（２）

ル選手の行為者が、自己の有していた医療の知識を用いてチームメイトの検査を行っていたとすると、この者が血友病であることを認識しえたといえる場合¹⁰⁹⁾、行為者にその専門知識を用いることが義務付けられるのかを、別途考慮する必要があるという。Sacher によると、血友病を罹患しているチームメイトがフットボールに参加するのは自己答責的な自己危殆化であるから、行為者に身体検査を行うために自己の専門知識を用いる義務は認められないという¹¹⁰⁾。これに対して、特別能力に基づく投入義務は、行為者の構成要件実現の危険の徴表の認識に応じて要求される個別の注意の程度（「警告段階」）が変動するため、これに関する明確なルールの定式化は困難であり¹¹¹⁾、特別能力の投入が期待可能である限りで、その投入義務を認めるべきであるという¹¹²⁾。しかし Sacher は道路交通においては、特別能力を有する者の危険の認識内容によって、投入義務の有無を決定している¹¹³⁾。他方、医療分野に関しては明確な態度決定がなされていない¹¹⁴⁾。しかしながら Sacher も、構成要件実現

↘検査をすればチームメイトが血友病患者であることを認識しえたであろうフットボール選手には、いかなる認識適用義務は認められないという（S.262 および 284）。

109) Sacher, (前掲註 1) S.262 および 284.

110) Sacher, (前掲註 1) S.260 (この例について Sacher は、チームメイトの行為は自己答責的な自己危殆化であるので、行為者がチームメイトが血友病患者であることを認識していたとしても、行為者に投入義務は生じないとする)。

111) Sacher, (前掲註 1) S.274f.

112) Sacher, (前掲註 1) S.273f. Sacher は、チームメイトが血友病患者であることを、行為者が認識していたとしても、行為者に投入義務は生じないとする。しかしその根拠は明らかでない。

113) Sacher, (前掲註 1) S.273f. は、例えば休暇中の F1 レーサーが公道で自転車を走行させていたときに、「道路の諸条件がいかなる特別な危険も示していないならば」、平均的な市民の注意をもって行動してよいが、この者がアウトバーンで自動車の最高速度を試すような場合には、行為支配が認められるため、危険の認識、また当該危険が存在する場合に然るべき行動をとるための彼の全特別能力が投入されなければならないという。また、子供が少し離れた海で溺れかけていたならば、100メートル走の選手 (der 100 m-Läufer) は自己の特別能力を救助のために投入しなければならないとされる。これらの諸事例では、特別能力に基づく投入義務の有無が、行為者の危険の認識によって決定されているようにみえる。

114) Sacher, (前掲註 1) S.272 は、その理由として、第一に医師に期待しうるこ

の危険に関する行為者の認識内容を、概ね投入義務を肯定しうる要素と解しているようにみえる¹¹⁵⁾。

上の三者の諸見解とは若干異なる形態においてはあがあるが、投入義務について行為者の認識内容に着目するのが大塚裕史である。大塚は、能力区別説の予見可能性の判断枠組みに賛同する一方で¹¹⁶⁾、以下のように、薬害エイズ帝京大病院事件での無罪判決自体を支持している。大塚によると、責任主義をはじめとした刑法の諸原理から、過失犯では結果発生の「高度の可能性がある場合にだけ具体的予見可能性を肯定すべき」¹¹⁷⁾であり、本件被告人の（高度の）予見可能性判断に際しては、「被告人が収集したエイズウイルスに関する全情報を、結果的に正しかった情報（予見可能性を肯定する方向の材料）と誤っていた情報（予見可能性を否定する方向の材料）に分類し、それを比較考量して判断しなければならない」¹¹⁸⁾。そして、特に帝京大病院内の血友病患者の

ゝとは、新たな学問的知見が医師に伝わることにどのような困難があるのかに依存していること、第二に注意基準の規定は問題となる領域の標準化の度合いの影響を受けるのであり、医療でのその標準化は道路交通と比べると明確ではないことを挙げている。

115) なお Sacher は、故意犯での特別知識の問題を行為支配論によって解決しようとする。行為者が確定的故意を有する場合には、行為者は絶対的な制御を有しているので、法益侵害回避を意のままにするという意味で行為支配が認められるので (Sacher, (前掲注 1) S. 179), 行為自由を考慮した免責の余地はほとんど存在しないという (dies., S. 245)。他方で行為者が構成要件実現の可能性に関する認識を有する場合には、これに加えて法益敵対的姿勢や法益に対する無関心を示す態度をとるならば、当が行為者に行為支配が認められるという (dies., S. 246)。故意犯においても Sacher は、行為者の認識内容に応じて行為支配の要件が異なるとする。

116) 大塚 (前掲註61) 157頁。なお、すでに大塚 早稲田法学会誌 第32巻 87頁以下は能力区別説と類似の見解を主張している。これによると、過失判断の標準とする「具体的類型人」(その内実の例は、同 80頁 註 (47) に示されている) の有するであろう能力は、結果の予見および回避措置の履行のプロセスとの関連では (ア) 「情報収集能力」、(イ) 「情報処理能力」および (ウ) 「回避行動能力」に分けることができ、(イ) 以外は、行為者の有していたものを考慮すべきであるという。なお、大塚は自説を「注意能力対応説」と呼んでおり、その要点は「注意義務を定立するためには行為者個人の注意能力を調査せざるをえない」ことにあるとする (同 91頁)。

117) 大塚 (前掲註61) 149頁。

118) 大塚 (前掲註61) 160頁以下。

HIV 抗体検査の結果に関する被告人の認識には、その高度の予見可能性を否定する方向に作用する事情も含まれており、本件被告人の認識内容から認められるのは、せいぜいのところ結果発生の危惧感であるから、過失犯を基礎づける程度の予見可能性を認めることはできないとする¹¹⁹⁾。

これらの諸見解は、拠って立つ過失犯の諸理論に違いはあるが、行為者の結果発生の認識内容やこれから認められる予見可能性の程度などに着目する点で共通している。この立場によると、本稿のⅡ.4.に挙げた自動車工学の専門家の事例では、投入義務は否定されるであろう。ここでの投入義務の内実は、Sacher のいうところの「認識調達義務」である。その事例において、行為者は、事故の危険である自動車の故障を現実認識していなかったが、自らの専門知識を用いていればその危険を認識可能であったためである。すでに述べたように、以下の理由から、その例において投入義務は認められるべきでない。この事例において、専門知識を用いた車両の検査は、通常は自動車運転手ではなく、販売元等の責任の下でなされるべきであり、その限りで、本来は自動車運転手自身に義務付けられるものではない。そして、専門知識による検査義務を当該行為者に認めるべきであるならば、この者には許されないが、専門知識を持たない自動車運転手には許される行動がありうる。このことは、当該行為者の行為自由を、他の自動車運転手と比べて制限することになる¹²⁰⁾。これに

119) 大塚（前掲註61）158頁以下は、被告人はウイルス学の研究者ではなく臨床医であって、「ウイルス学の文献を読むことで HIV に関する知見を得ていたに過ぎない」ので、「最先端の知見を表わす一つの文献に出会っただけで、臨床医として治療方針を直ちに決断する等ということはある得ない」という。そして大塚は、帝京大一号症例は被告人の主張にもかかわらずエイズ認定がなされなかったこと、一号症例と二号症例にエイズ認定がなされたのが実行行開始後（「本件第一投与行為後」）であったことも踏まえると、被告人は非加熱製剤の投与行為時点で被害者の HIV 感染によるエイズ発症を具体的予見していたとはいいたいとする。また北川佳世子「薬害エイズ3判決における刑事過失論」法学教室 258号（2002年）44頁以下は、個別の論証の点において大塚の見解とは異なるが、過失犯の成立要件として高度の予見可能性を要求し（45頁以下）、本判決の結論自体を支持している（46頁）。

120) 詳細は上記Ⅱ.2.（拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号 20頁以下）。

対して、IV.1.で取り上げた、特別知識の投入義務のみを認める見解とは異なり、行為者が具体的な危険（ないし犯罪事実）の認識を有していた場合には投入義務が発生するならば、特別能力の幾つかの典型例では投入義務が認められる。例えば、休日に自車を公道で走行させるレーサーが、自己の高度な運転技術を発揮すれば事故を回避可能であったことを認識していたが、その代わりに一般的な自動車運転手にとって利用可能な事故回避措置を講じたにとどめたために事故が発生したという場合、投入義務とその違反が認められる¹²¹⁾。

しかしながら、行為者の危険の認識を投入義務の有無の判断基準にするときは、例えばIV.1.(a)の事例においては、行為者が土木に関する専門知識によって認識していたコンクリートの耐久性の低さは、建物の倒壊の具体的な危険であるのか、あるいはその抽象的な危険であるのかを判定しなければならない。この問いには、容易に答えることができないであろう。

この例の投入義務の内容としては、例えば、危険を孕んだコンクリートの使用を中止し、建設現場の監督者や当該コンクリートの使用を中止することのできる権限を有する他の上位者に対して、その危険性を説明することによって危険除去措置を講じさせるように働きかけ、もって結果を回避することが考えられる。このような、組織体内部において下位者が上位者に危険の情報を伝達することを内容とする投入義務は、我が国においては、進言義務の一類型といえるであろう。進言義務とは、「企業等の組織体において、自らに与えられている権限のみでは結果阻止に必要な具体的行為を行うことが不可能ないしは困難であった者が、必要な権限を有する上司に対して、適切に権限を行使するよう働きかけるべき義務」¹²²⁾ であるといわれている。

進言義務は不作為犯の義務であるので、進言義務を負うべき者には、それに対応する作為義務ないし保障人的地位が必要になる。そのため、建設現場にお

121) そのためここに挙げた諸見解は、特別知識に基づく投入義務を認めることに、特別能力のそれを認めることよりも慎重であるといえる。またこの限りで、IV.1.の特別知識に基づく投入義務のみを認める立場とは異なる形で特別知識と特別能力を区別しているのかもしれない。

122) 齊藤彰子「進言義務と刑事責任」金沢法学 第44巻 第2号（2001年）134頁。

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（2）

いて下働きのアルバイトとして行動していた行為者に、（欠陥のあるコンクリートに由来する建物の倒壊という）結果発生防止に関する作為義務ないし保障人的地位が認められるのか否かが判定されなければならない。

特別な知識や能力によって結果発生を具体的に認識していたならばそれらの投入義務を認めるべきであるとする、上の建設現場の例において、行為者が自己の専門知識によって結果発生危険を具体的に認識しつつも、結果発生を防止するために危険を権限のある上位者に報告しなかったならば、行為者の認識内容を理由に投入義務が認められるであろう¹²³⁾。なお、我が国の学説の中には、上位者の適切な行動を期待できず、下位者に十分な予見可能性が認められる場合には、下位者に進言義務を認めるべきであるという見解が主張されている¹²⁴⁾。

しかし、我が国の判例上、進言義務の有無が問題となったのは、ビル火災による死傷事故に関する責任につき、上位者から危険源管理に関する職務を任命された下位者であった事案が多い¹²⁵⁾。そのため判例においては、上の事例の行為者のような立場の下位者は、進言義務の主体としては、問題になっていない。そして我が国の学説は、進言義務を認めることに概ね消極的であり¹²⁶⁾、

123) もっとも、行為者の認識から認められる結果の回避可能性が、進言義務を含めた過失不作為犯の保障人的地位や作為義務と同一であるのかは、一つの論点である。本稿はこの点に立ち入らず、両者は重なり合う部分が多いと解する。作為義務と注意義務は実質的には同一の義務であると解するのは、橋爪隆「過失犯の構造について」法学教室 第409号（2014）117頁。その他には、島田聡一郎「国家賠償と過失犯」上智法学論集48巻1号（2004年）34頁、山本紘之「人工の砂浜の管理等の業務に従事していた者につき砂浜での埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」刑事法ジャーナル23号（2010年）81頁注（28）。

124) 山本紘之「組織活動における過失責任の所在について—近時のドイツの判例を題材に—」大東法学 第21巻 第1号 51頁以下。

125) 例えば千日デパートビル火災事件（最決平成2年11月29日刑集44巻8号871頁）では、デパートビルを所有・管理する会社の消防法上の防火管理者であった管理部門管理課課長、そして大洋デパート火災事件（最判平成3年11月14日刑集45巻8号221頁）では、デパートを経営する会社の取締役人事部長の進言義務の有無が問われた。

126) このように述べているのは、齊藤彰子 金沢法学 第44巻 第2号 145頁や、山本紘之 大東法学 第21巻 第1号 50頁など。

その義務の成立を認める論者らも、進言義務の違反に基づく過失犯の成立範囲を制限しようとしている。進言義務を一定の範囲において認める諸見解からは、例えば上位者と進言義務を負う下位者の関係が親密であること¹²⁷⁾、下位者が上位者に比して事実上の影響力を有していたこと¹²⁸⁾などが、進言義務の成立要件の一部として挙げられることがある。加えて、防火管理体制に関与していない下位者は、危険原理管理との関係では作為義務を負っていないので、その者には進言義務を否定すべきであると主張する見解もある¹²⁹⁾。このような諸見解にとって、上記の、建設現場において下働きのアルバイトをする行為者は、進言義務を負いうる者としては考えられないであろう¹³⁰⁾。このような進言義務を巡る我が国の判例および学説の動向からは、IV.1.(a)の例における行為者に進言義務を認めるのは困難であろうと考えられる。

そして本稿は、以下の理由から、IV.1.(a)の行為者には進言義務を認めることはできないと考える。当該行為者のように、建設現場において下働きとしての立場にある者には、通常、現場の監督者や他の作業員などの指示に従って行動することが求められるであろう。建設現場において当該行為者は、その職務内容から、ほとんど権限が認められない立場にあるものであると解される。その権限の少なさに対応する形で、当該行為者に義務付けられうる危険減殺は、

127) 齋野彦弥「管理監督過失における実行行為の主体」刑法雑誌第34巻 第1号(1995年) 88頁。

128) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』成文堂(1995年) 229頁。

129) 島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性、信頼の原則、作為義務」山口厚編『クローズアップ刑法総論』成文堂(2003年) 112頁。

130) 齊藤彰子 金沢法学 第44巻 第2号 159頁以下は、進言による結果回避措置が専門知識を必要とする場合には、その専門知識を有する下位者に進言義務を認めるべきであるが、結果回避措置が専門知識を必要としない場合に下位者に結果回避義務を認めると下位者が上位者を監視することになり、これは不当な結論であるから、この場合には下位者に情報提供義務のみを認めるべきであるとする。たしかに上記の事例における結果回避措置を履行するためには、行為者が有していた専門知識が必要である。しかし、当該行為者に進言義務を認めることは、この見解が回避しようとする結論である。なぜなら組織体においてはほとんど権限を有さない下位者である当該行為者に、上位者を監視することを認めてしまうからである。

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（2）

特段の事情のない限りにおいて、軽度なものとどまると解すべきであろう。そうであるならば、当該行為者には、上位者に対して危険減殺措置を講じるように積極的に働きかけることを内容とする進言義務の前提である保障人的地位（ないし作為義務）を認めることはできない。反対に、当該行為者に対して進言義務を認めるとすると、進言義務を刑法上の義務とすることに反対する見解が指摘するように、結果回避可能性が認められる限りで下位者に進言義務を認めるという事態が考えられ、その結果、進言義務の射程範囲が非常に広がるであろう¹³¹⁾。

したがって、IV.1.(a)のように、行為者が結果発生を特に認識していたとしても、この者に、危険源管理（およびこの危険に由来する結果の不発生）に対して保障人的地位が認められず、それゆえに投入義務が否定される場合がありうる。このような場合、行為者の結果発生（の危険）に関する認識という基準は、不適當な結論を導き出すことがあると思われる。

3 私的活動か職務活動かによる区別

Wolter は、特別能力に基づく投入義務の有無が問題となる事例群を、行為者が① 私的な関心から獲得した特別能力を投入しなかった場合、② 職務で獲得した特別能力を私的活動で投入しなかった場合、③ 職務中にこれに関連する特別能力を投入しなかった場合に区別する。この主張は、彼の支持する「二重の基準」説への批判に対する反論するためになされている。同説によると、客観的注意義務に関する判断で用いられる基準人を生活領域によって具体化する際には、行為者の特別知識は考慮するが¹³²⁾、行為者の特別能力は考慮されないので、特別能力者を不当に優遇するという批判がありうる。これに対して Wolter は、同説に依拠しても特別能力に基づく投入義務を全く否定するわけ

131) 松宮（前掲註53）99頁は、進言義務が結果防止に直結しないこと、進言の相手方による義務履行の保障がないことに加えて、「進言義務の範囲も、場合によっては企業の作業員全員に及ぶ可能性もある」ことを理由に、進言義務違反に基づく処罰に疑問を呈している。

132) Wolter, GA 1977, 269.

ではないという¹³³⁾。

①と②の場合における特別能力について、Wolter は道路交通のような「客観的で平均的な基準」が妥当する領域において、平等原則や法益保護原則が達成されるには、刑法上の諸要請の内容が引き下げられなければならないと述べている。道路交通の関与者の圧倒的多数が「平均以上」の能力を獲得しうることから（ここでは大型トラックの運転も、平均以上の特別な能力として把握されている）、仮に信頼の原則の基準を人の能力の最高度に設定すると、法益保護を犠牲にして行為自由を不当に拡張してしまうという¹³⁴⁾。このような事態を回避して法益保護を実現するためには、特別能力に基づく投入義務を認めるべきではないとされる。例えば公道を走行するレーサーの行為者が、右車線を高速で追い越そうとした他の運転手と事故を起こしたが、その運転手の存在をレース中であれば気づくことができたとしても、行為者には道徳的非難以上のものは相応しくないとする。この場合、行為者が職務上属する生活領域は、過失判断の基準にはならないという¹³⁵⁾。

これに対して Wolter は、③の場合には、投入義務を認めるべきであるという。この場合に投入義務を否定することは、「法益保護の良い部分の放棄」であるとされる。つまり③には法益保護が尊重されるべきであるから、特別能力を有する者は「職務遂行中」には最善を尽くさなければならないという¹³⁶⁾。Wolter は、私的な活動とは異なり、特別能力を有する者が職務活動をなす場合、その者に対する注意要請には引き上げられなければならないとするのであ

133) そのためIV. 1.および2.の立場と同様に Wolter の見解においても、特別知識と特別能力は過失犯の成否との関係で異なる機能を有するものと捉えられている。しかしすでにみたように、上の特別能力の①から③の区別は、特別知識にも妥当させることが適切であると思われる。

134) Wolter, GA 1977, 270f. これは、ある運転手が規則違反を犯して事故を生じさせたとしても、その相手方の運転手の、先の運転手が高度な運転技術によって事故を回避するであろうという信頼が保護に値するものとされ、前者が免責されてしまう、という趣旨であろう。

135) Wolter, GA 1977, S. 271.

136) Wolter, GA 1977, S. 271.

る。

したがって Wolter によると、投入義務が問題となる場面が標準化された職務活動であったのか、それとも私的な活動であったのかによって、その義務の有無が決定されるという。加えて投入義務を否定する際に、Wolter は帰属阻却原理である信頼の原則を引き合いに出している。特に道路交通における活動に投入義務を認めると、信頼の原則の適用が厳格になって不当な結論を導出することになり、かえって法益保護要請の実現を阻害することになってしまうという。

しかし特別能力を有する行為者が職務に従事する③の場合に限って、なぜ法益保護要請が尊重されるべきであるのかは、明らかでない。そのため③の場合に、特別能力の投入義務を肯定しなければならないという主張は説得的ではない¹³⁷⁾。

そして Wolter のいう（道路交通における）平等で法益を保護する注意要請の内実も明らかでない。先ず、いうところの注意義務の平等性が、仮にそれが万人に妥当すべしという意味であるならば、これは未だ投入義務の判断に直結するものではない。注意義務が万人に妥当するとしても、その違反の判断では個人的な事情を考慮すべきであると考えることができ¹³⁸⁾、このように注意義務の平等性を理解すると、特別能力を有する者には、その投入義務を認めるべきであると解されうるためである¹³⁹⁾。この場合、道路交通で投入義務を認めるからといって、必ずしも信頼の原則の適用が全般的に厳格になるわけではない。

次に、一部の投入義務肯定説の論者らは、客観的注意義務の内容は、自己の知識や能力によって回避可能な法益侵害を回避することであるとする¹⁴⁰⁾。こ

137) なお、職務活動という基準に関して、Castaldo, GA 1993, 495ff., 506 がその内容の不明確さを批判している。

138) Renzikowski, (前掲註41) S. 249.

139) LK-Schroeder, § 16, Rn. 147 は、個人の能力に合わせた平等も支持しようと述べている。

140) これについてはII. 1.(2). (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号 10頁以下)

の主張に従うと、自己の特別な能力によって他の者よりも多くの場面で結果発生を回避しうる自動車運転手には、他の交通関与者による事故回避措置を期待することは許されないことになる。この場合、特別能力を有する自動車運転手に対する信頼の原則の適用は厳格になる一方で、この者に対する信頼が保護されることになる。

そのため、むしろ投入義務を認めることによって、道路交通における法益保護要請は実現されうるのである。そしてこの場合、たしかに特別能力を有する者の行為自由は尊重されないが、他の交通関与者の行為自由が制限されることにはならない。したがって Wolter は、①と②での投入義務の否定も未だ正当化できていない。