

過失犯における特別知識と 特別能力の考慮について（3・完）

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 第67巻第4号)
 - 4 社会的諸要素の考慮
 - (1) 「標準」, 生活領域に妥当する規則
 - (2) 行為標準, 「正当性のひな形」, 「知覚可能性」
 - (3) 過失の標準と行動準則
 - (4) 行為者の役割
 - (5) 検 討
- V 考 察
 - 1 役割の内容と役割の担い手の行動

- 2 投入義務の有無
- 3 我が国の判例との関係

VI 結 論

4 社会的諸要素の考慮

(1) 「標準」、生活領域に妥当する規則

① Wolfgang Frisch は、刑法上の危険判断では、さまざまなファクターから危険判断の対象となるものを選別しなければならず、その際にはファクターの「相対的価値 (Stellenwert)」に着目すべきであるという¹⁴¹⁾。Frisch によると、構成要件該当の行為の多くは、行為者が特定の「社会的役割」（例えば行為者の「生活領域」に属するなどの基準人、医師などの職業）を引受けた帰結であり、その役割は「予期」を規定し、予期は役割の担い手の知識や能力に結びつくという¹⁴²⁾。すなわち、行為者の社会的役割に予期される知識や能力が、その者の行為評価の際に考慮されるべきものになるという。

この危険判断の「方法論的側面」¹⁴³⁾を基に、Frisch は投入義務の有無が問題となる事例群を以下の二つに区別して論じている。予期された知識や能力（「標準」）を基にすると「危険がない」という判断に至り、かつ行為者がその「標準」以上の判断能力を有していないならば、投入義務を認めるべきではないという。これに対して、予期された知識や能力による危険判断が不確かになるか、または行為者が、危険の存在を確認しようとする追加的な知識を有する場合には、投入義務を認めるべきであるという¹⁴⁴⁾。

Frisch によると、投入義務の有無は、第一に標準（予期された知識や能力）に依拠した場合に危険の不存在に関する判断が明確に導き出せるか否か、第二に行為者が自己の役割から予期される以上の危険判断に関する知識（や能力）を有していなかったか否か（これが肯定されるならば、行為者の知識や能力が

141) Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 131.

142) W. Frisch (前掲註141) S. 132.

143) W. Frisch (前掲註141) S. 130.

144) 以上について、W. Frisch, (前掲註141) S. 132f.

判断の基礎として考慮される)によって、決せられるとされる。

② Mikus にとって、刑法は規範的な行動制御の体系であり、刑法の行為規範は人の行動に働きかける方向付けのひな型を設定するものであるという¹⁴⁵⁾。この刑法の目的および規範の機能の理解から、道路交通や医師法のような生活領域においては、(潜在的)行為者はそこに妥当する規則を行動選択の基準ないし指針にする。そして個々の生活領域に規則 (Regel) が存在するならば、投入義務を否定するべきであるという。

例えば休日の自動車運転手は、時間に余裕があるかといって法定速度を下回る必要もなく、より良いブレーキシステムの導入は、そのための資金を有している者に義務付けられるわけではない。このような「危険閾の標準化」¹⁴⁶⁾ がなされている場合には、追加的な危険減殺措置を講じる必要はないという¹⁴⁷⁾。

これに対して、高度な運転技術を有するレーサーは、道路上で子供との衝突を回避するために自己の特別能力を「当然に」投入しなければならないという。このような「特殊な危険状況」においては、法定速度などの規制領域は終了しており、法秩序はレーサーに対して(ブレーキ、車線変更や警笛などの一定のヴァリエーションを含んだ)結果回避を要請しているからであるという¹⁴⁸⁾。そのレーサーに対する規範の要請は、専ら子供との衝突の回避、およびそのために必要な特別能力の発揮であるとされる。

③ Frisch や Mikus の見解によると、原則として、行為者の行為はその者の社会的役割から予期される知識や能力(「標準」)や、問題となる生活領域に妥当する規則を基に評価される。他方、行為者が特別な知識や能力を有していたならば、例外的に、その行為評価には別個の判断枠組みが採用されることになる。

Frisch の見解は、投入義務肯定説に帰着すると考えられる。行為者が特別

145) Mikus Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, S. 19.

146) Mikus (前掲註145) S. 84.

147) 以上について Mikus (前掲註145) S. 84.

148) Mikus (前掲註145) S. 84f.

知識や特別能力を有していた場合、社会的観点を重視した判断を行わないからである。Mikus も、例えばⅡ.4.に挙げた自動車工学の専門家の事例や、その他の投入義務が問題となる多くの諸事例において「特別な危険状況」を認めるので、投入義務の成立を認めるべきであるとする。そのため Mikus も、投入義務肯定説に近い立場をとっていると考えられる。

しかし行為者が自己の特別な知識や能力によって構成要件実現を回避可能であったとしても、行為者にその回避を常に義務付けるべきではない場合がありうる。Ⅱ.4.で述べたように、特別知識や特別能力の投入義務は、行為者ではなくその他の者が通常履行すべき内容の義務を行為者に認めることになる場合がありうる。また投入義務の成立範囲を一定程度制限しなければ、行為者が自己の特別な知識や能力によって回避可能な損害を常に回避する義務を負うことになる。このように投入義務の成立範囲を理解すると、特別な知識や能力を有する行為者の行為自由を、そのような知識や能力を有さない者と比べてより制限することになる。しかしこのことを過失犯処罰として是認するべきでない¹⁴⁹⁾。

(2) 行為標準, 「正当性のひな形」, 「知覚可能性」

Ciacchi は、投入義務の有無を、行為状況において問題となる生活領域の関与者に妥当する行為標準などを基準にして判断するべきであるという（下記③および④）。その出発点は、ドイツ刑法典における過失犯の処罰規定と基本法103条2項から生じる明確性の要請との関係にある（下記①および②）。

①Ciacchi は、ドイツ刑法典が過失概念を定義していないこと、そして過失概念の解釈に関しては判例および学説の見解が未だ一致していないことを確認した上で、刑法上の過失概念を基本法103条2項の明確性の要請と可能な限り調和した形で解釈しなければならないと述べている¹⁵⁰⁾。それゆえ刑法典上の過失概念のような不明確な一般条項を具体化する際には、「一義的で、争いのない、一般に承認されて固定した社会規範」を参照しなければならないとす

149) 投入義務肯定説については上記Ⅱ.4. およびⅣ.2. を参照。

150) Ciacchi, (前掲註86) S. 34, 42.

る¹⁵¹⁾。

②Ciacchi は、行為者行為による、いわゆる「特別規範」（例えば行政規則やその他の規則や社会における慣行など）の違反を、注意義務違反性の「徴憑（Indiez）」と理解するドイツの支配的見解とは異なり、特別規範と注意義務違反性の関係を、以下のように理解している。

行為者による特別規範の違反が注意義務違反を意味するのは、その規範違反が他の階級または同一階級の特別規範によって許容されておらず、かつこの違反が具体的結果に実現した場合である。他方、行為者が特別規範を遵守した形でなした行為の注意義務違反性が否定されるのは、その特別規範が具体的に実現した行為を許容しており、かつこの行為が他の階級または同一の階級の特別規範によって禁止されていなかった場合のみである。すなわち、特別規範の遵守および違反は、客観的帰属の危険実現の観点および特別規範が競合する場合を考慮することで、注意義務違反性の有無に関する判断を決定づけるものになるという¹⁵²⁾。

特別規範の遵守および違反が注意義務判断を決定づけるとしても、特別規範の内容が個別の事案において具体化されなければ、明確性要請に適った過失解釈とはいえない。なぜなら、多くの特別規範は、その内容が不明確なままに規定されているからである¹⁵³⁾。Ciacchi は、特別規範を具体化する方法には次の三つのものがあると述べている。

第一に、大抵の特別規範は、「社会的な行為標準」によって具体化されると

151) Ciacchi, (前掲註86) S. 42ff. そして *dies.*, S. 101 は、「裁判所は、個別事案における行為の注意義務適合性と注意義務違反性を決定する社会的な規範および標準を、決して自ら決定してはならず、発見することのみが許される」と述べている（加えて S. 98）。

152) Ciacchi, (前掲註86) S. 93f., 184. そして *dies.*, S. 87f. によると、ドイツの支配的見解は、特別規範について最低限のことしか述べておらず、例えば特別規範の違反を注意義務違反性の徴憑と解して、許されない危険に関する判断を利益衡量によって行う *Roxin*, AT I, § 24, 14ff., 19, 37f. は、判例が注意義務違反性を発見するために適用した方法論を詳細に記述しているにすぎないと評価している。

153) Ciacchi (前掲註86) S. 185.

いう。これは、個々の生活領域において実際になされている実践のうち、法規範に違反しておらず、かつ生活領域の関与者がその実践の正当性に確信を有しているものである。すなわち、特定の生活領域に属する者らが、非正当性が明らかである実践に従っている場合、その実践は当該者らの行為の注意義務違反性を判断するためには考慮されるべきでないといわれる。どのような実践が社会的な行為標準であるのかは、生活領域に属する者がその正当性に確信をしていることのみならず、その正当性に刑事訴訟における鑑定人も信頼を置いていることが要求される¹⁵⁴⁾。

第二に、このような生活領域の関与者一般に当てはまる基準のみならず、とりわけ特別能力の投入義務の有無が問題となる場合のように¹⁵⁵⁾、特定の個人に妥当する基準も存在するという。すなわち、行為者が当該の行為以前にある特定の領域において反復された活動を通じて、明確な、客観的に観察可能かつ記述可能な「正当性のひな形 (Richtigkeitsmuster)」が形成される場合、そのひな形からの逸脱が注意義務違反性を基礎付けるといわれる¹⁵⁶⁾。

第三に、特別規範の中には、例えば道路交通の規則、または使用者と労働者間の労働契約およびこれに適用される規則のように、その具体化が個別事案の諸事情によってなされるものがあるという¹⁵⁷⁾。Ciacchi は、この第三の場合にのみ、先の行為標準や「正当性のひな形」によっては特別規範を具体化することができないため、別の基準が必要になると主張する。そして上の過失犯と明確性要請との関係から、当該の過失判断の基準は、裁判官の裁量に委ねられるのではなく、行為者の生活領域に属する基準人が視認可能および聴取可能な諸事情であるとする (Ciacchi は、これを「知覚可能性基準」と呼ぶ)¹⁵⁸⁾。

③ 以上の過失犯論の構想から、Ciacchi は、個別行為者に投入義務が認め

154) Ciacchi (前掲註86) S. 94.

155) 特別能力の投入義務の有無に関する Ciacchi の見解は下記 (ウ)。

156) Ciacchi (前掲註86) S. 105. そして *dies.*, S. 94, 117 は、この正当性のひな形も、鑑定人によって発見されることになるとする。

157) Ciacchi (前掲註86) S. 117f.

158) Ciacchi (前掲註86) S. 118f., 186.

られるのか否かは、主として行為状況において基準となる特別規範（およびその具体化）の特殊な問題であるとする¹⁵⁹⁾。そして Ciacchi は、行為者の有する特別能力を注意義務違反性の判断に取り込むことに、原則として反対している。

傑出した水泳能力を有するプロスイマーはその能力を用いて構成要件実現を回避すべきであるという主張を、Ciacchi は次のように批判している。すなわち、そのような「レース中」の高度な能力を、例えば溺れている者を救助するような緊急事態と比較することはできないとする。例えばレースに勝つという意思は行為者行為のパフォーマンスに対してポジティブな効果をもたらすのに対して、緊急状態において現れる不安やパニックなどは通常身体および精神を麻痺させる作用を有すると指摘する。それゆえにレースという状況に妥当することは、特別知識や特別能力の投入が問題となるような、緊急状態の基準にはならないとする¹⁶⁰⁾。

もっとも Ciacchi は、先の特別規範の具体化の第二の方法である「正当性のひな形」の基準を用いて、特別能力の投入義務を認めるべき場合があるという。すなわち、「行為以前に一定の領域における反復活動を通じて、明確で、客観的に観察可能かつ記述可能な、その者の標準として妥当しうる行為のひな形」が形成されるならば行為者行為の過失判断の際に、その者の特別能力を考慮しなければならないという。行為者行為を、このような「行為者の身体および精神状態からは独立した正当性のひな形」から逸脱したものと評価しうるならば、当該行為に注意義務違反性を認めるべきできるとする¹⁶¹⁾。

④ そして Ciacchi は、特別知識が典型的に論じられる事例群においても、③と同様に「正当性のひな形」が基準になるとする。もっとも Ciacchi は、特

159) Ciacchi (前掲註86) S. 111.

160) Ciacchi (前掲註86) S. 103f.

161) Ciacchi (前掲註86) S. 105f. 例えば、ある外科医が先進的な手術方法を習得して、これをすでに何度か正確に用いており、その外科医が後にその先進的な方法を用いたときに、客観的な、特定の点に限られた (punktuell) 落ち度を犯し、これによって患者の死亡または身体傷害を惹起したならば、その外科医に注意義務違反を肯定することができるという。

別知識の投入義務を否定するための論証を、個別事案における行為標準や「正当性をひな形」を用いて行っているようにはみえない。むしろ、特別知識を有する上記の行為者には「結果管轄」ないし結果回避に関する保障人的地位が認められないことを、投入義務を否定するための実質的な根拠としているように思われる。

例えば、IV.1.(a)の建設現場において下働きのアルバイトとして働き、自己の有していた土木工学の専門知識を用いたとすれば結果発生を認識可能であった学生には、その業務内容に鑑みれば、行為者に「結果管轄」が認められないので、自らの専門知識を用いる必要がないとする¹⁶²⁾。しかし、その行為者らの結果管轄を否定すべき理由を Ciacchi は明示していない。ただ、その特別能力の解決（上記③）を踏まえて考えると、行為者は問題となる行為状況において自己の特別知識を反復して用いなかったという事情が、過失判断を決定するものと捉えられているのかもしれない。

加えて Ciacchi は、特別知識の中には、その「対象が不明確な特別規範を具体化する特殊な行為規則の構成要素」¹⁶³⁾であるものが含まれていると述べている。このような特別知識が問題となる場合にのみ、上の特別規範の具体化の第三の方法である「知覚可能性」基準（上記②）を適用する必要があるとする。

例えば、先程の建設現場で働く土木科の学生が、雇用者から建築物（または

162) Ciacchi (前掲註86) S. 109f. そして当該の学生は、建築家や建築技師が自己の任務を規則通りに (ordentlich) 果たしたのか否かをチェックする義務も負わないという (dies., S. 110)。また Ciacchi, (前掲註86) S. 109f. は、飲食店のウェ이터 K が知人 B に、B の注文したキノコ料理を給仕したが、数か月前に B の主治医でもある K の父親は、B が致命的なキノコアレルギーを患っていることを K に打ち明けていたという事例に関しても、特別知識の投入義務を否定すべきであるとする。K には、客の食事の選択に干渉することによって自己の職務規則に反する行動が義務付けられず、B の行為は自由意思による自己危殆化であるという (dies., S. 110)。特別知識の投入義務の有無が問題となるその他の諸事例およびそれらの解決は、dies., S. 97, 109f. に示されている

163) Ciacchi (前掲註86) S. 187.

コンクリート)の再検査を明示的に依頼されていたならば、行為者の職務上の義務内容を拡張しようという¹⁶⁴⁾。この場合、「労働関係の具体化を必要とする特別規範」が問題となり、その内容は、問題となる生活領域において、知覚可能な諸事情を基に決定されるべきであるという¹⁶⁵⁾。更にⅢ.3.で取り上げた自動車運転手の例¹⁶⁶⁾において、Ciacchiは、ドイツの道路交通法(StVO)の速度に関して規定している3条が重要になり、同条1項¹⁶⁷⁾からは許容される走行速度の上限を法定速度と解することができるが、その下限については同条2項¹⁶⁸⁾から不明確な程度にしか明らかにならないため¹⁶⁹⁾、上の「知覚可能性」基準を適用すべきであるという。この基準によると、平均的な自動車運転手が、行為状況において児童を道路上に発見しえなかったのか否かが重要になる。そして、当該行為者は、交差点の進入時点に子供を発見しなかったので、行為者行為に注意義務違反性を認めることはできないという¹⁷⁰⁾。

164) Ciacchi (前掲註86) S. 111.

165) Ciacchi (前掲註86) S. 183.

166) Ciacchi (前掲註86) S. 109 (Fall 2). ある道路の特定の時間帯に児童が多く往来することを認識していた自動車運転手の行為者が、その道路を走行する際には子供が見られなかったため、自車を法定速度で走行させて児童との接触事故を起こしたが、行為者が法定速度よりも減速させて自車を走行させていたならば、当該事故を回避可能であったという事例である。

167) ドイツの道路交通法3条1項は、「車両を走行させる者は、車両を絶えず制御する程度の速度でのみ走行させることが許される。当該速度は、特に道路状況、交通状況、視程および気象状況ならびに人的能力および車両および貨物の性質に合わせなければならない。視程が霧、降雪または降雨によって50メートルを下回るとき、より低速度での走行が要請されていないならば、時速50キロメートル以上の速度で走行させてはならない。見通すことのできる距離の範囲内で維持されうる程度の速度での走行のみが許される。しかしながら、対向車両が危険化されうるであろう程度に狭小である車道上では、少なくとも見通すことのできる距離の半分の範囲内で維持されうる程の低速度で走行しなければならない。」と規定している。

168) ドイツの道路交通法3条2項によると、「十分に説得的な根拠がなければ、車両が交通の流れを阻害する程の低速度で、車両を走行させてはならない。」

169) Ciacchi (前掲註86) S. 117.

170) Ciacchi (前掲註86) S. 117f. それゆえ行為者は、児童が現れたならば、車両を適時停止させる速度を保たなければならないという (*dies.*, S. 118 加えて S. 111 も参照)。

したがって Ciacchi によると、過失犯において論じられている特別知識には二つのものがある。それは、特別規範の構成要素であるのものと、その構成要素でないものに分けられる。特別規範のうち、その具体化が個別の行為状況の諸事情に依存しているものであるならば、行為者の特別知識は、特別規範の構成要素であるとされる。この場合にのみ、行為者の特別知識の投入義務の有無を、生活領域に属する平均的な関与者を用いた「知覚可能性」基準によって判断すべきであるとする。

⑤ Ciacchi の見解は、行為者行為の過失の有無を判断するにあたって、特別規範の遵守および違反、更に行為者の生活領域の構成員の現実の行動を加味した上での仮定的（理想的）行動に着目（「社会的な行為標準」）。この行動は、生活領域において活動する者らが正当であると考えるものに限られており、特定の生活領域において実践されている「悪しき慣行」は、その内容に含まれていない。この点から、社会的な行為標準を個別行為者の注意義務の内容を、生活領域に属する者にとって、概ね納得のいくものにするのであろう。そしてその標準の正当性は訴訟段階における専門家の証言によって裏付けられるものとされている。このことによって、行為標準の正当性を、（ある程度）第三者的な視点を前提にしているという意味において、客観的に決定することができると思われる。

また Ciacchi の見解は、投入義務の肯定のみならずその否定も、社会的諸要素を基にした判断枠組みを用いて説明しており、この点で Frisch や Mikus の見解とは異なる。加えて特別知識や特別能力の刑法的重要性の有無は、行為者が行為以前にそれらを用いた活動を反復して行っていたのか否か（正当性のひな形）、または一部の特別規範に限って、行為者の生活領域に属する基準人を用いた「知覚可能性」基準によって決定されるべきであるとするのが特徴的である。

Ciacchi は投入義務の成立範囲を非常に制限している。Ⅲ.3. に挙げた特定の交差点の特定の時間帯において児童との交通事故を起こした自動車運転手の過失を判断する際には、「知覚可能性」基準の適用により、行為者ではなく

個々の生活領域の平均的な関与者が認識可能であった諸事情が考慮されることになる。そのため、その自動車運転手が、当該の交差点において児童を発見しなかったならば、その特別知識の投入義務は否定される。

例外的に投入義務を肯定すべきであるのは、行為者が以前に反復して自己の特別な知識や能力を使用しており、これによって行為者に妥当する個人的な標準が成形されていたという事情が認められた場合である。しかし、この高度な知識や能力の「反復使用」という事情から行為者に個人的な標準が妥当するならば、もはや投入義務は問題にはならない。しかし一般に、行為者の有していた知識や能力を基準人は通常有さなかったであろうという事情が認められる場合にのみ、「特別」な知識や能力の投入義務が論じられる¹⁷¹⁾。行為者が自己のある知識や能力を用いてなしうる行動が標準化されているならば、もはやその知識や能力は「特別」とはいえない。

Ciacchi にとって、行為者の有していた知識や能力が、行為状況における行為者の社会的な立場との関係において、どのようなものと評価されるのかは、過失判断を決定づけるものではない。そのためⅡ.4. に挙げた事例において行為者が有していた自動車工学の専門知識も、Ⅳ.4.(4) ④に挙げた父親から知らされた客のアレルギーに関するウェイトの認識も、等しく過失判断から除外される。これらの諸事例の解決の可否を措くとしても、例えばⅢ.3. に挙げた事例の自動車運転手である行為者が有していた特別知識は、他の自動車運転手も獲得しうるものであると解される。そのような知識の投入は、たしかに当該行為者に対して個人的に認められる注意義務である。しかし、その義務から生じる負担は、他の自動車運転手に期待可能なものと評価しうる。そのため当該知識の投入義務は、自動車運転手としての行為者に認められるべきであると思われる¹⁷²⁾。このようにみれば、当該行為者行為の過失判断に、「知覚可能性」基準を適用することには賛同しえない。

以上のように投入義務の成立を実質的には否定している Ciacchi の見解は、

171) 上記Ⅰ.1. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号1頁以下)。

172) 上記Ⅲ.3. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第4号28頁以下)。

特別な知識や能力を有する行為者を不当に優遇してしまう場合があると評価しうる。

（3）過失の標準と行動準則

新過失論を支持する井田良は行為者の知識および能力を（客観的）注意義務の判断資料として考慮し、そして特別知識や特別能力の投入義務を認めるべき場合があるとす（下記①）。しかし他方で、「行動準則」の類型化が進んでいる領域においては、特別知識や特別能力の投入義務を否定すべき場合があると主張する（下記②）。

①井田は、客観的注意義務の内容を規定する際（過失の標準）には行為者の知識や能力を取り込まなければならないとする理由を、刑法規範が人に作用を及ぼすメカニズムに求めている。すなわち「刑法は、一定の知識や能力を持った人が現に存在し、社会において現に活動していることを前提とした上で、その知識を活用し能力を発揮して法益侵害の結果を回避することを義務づけるのであって、その逆ではない。刑法は、知識のない人に知識を与え、能力のない人に能力を与えることはできないのである」という。そのため行為者の知識・能力や行為の客観面や主観面などのうち、規範が影響を及ぼしえない諸事情は、「現実のそれをそのまま前提として受け入れるほかない」とされる。

これに対して、刑法規範は、人の「一般予防効果を持ち得る要素」、「行為規範にしたがうために必要な能力」に影響を及ぼすことができるという。この刑法規範が影響を及ぼしえない人の知識や能力に関しては、行為者が現実に有していたものが客観的注意義務に取り込まれなければならないとする。刑法規範が影響を及ぼしうる、法益保護の動機づけにかかわる規範遵守意思は、行為者のものは捨象されるという意味において一般的・客観的なものが考慮されなければならないという¹⁷³⁾。

以上の過失の標準における井田の「客観説」よると、特別知識や特別能力の投入義務が認められる。例えばボクシングや柔道の練習相手に「隠れた怪我な

173) 以上については井田（前掲註6）185頁以下および同『講義刑法学・総論』有斐閣 2008年 216頁以下。

いし病気を患っていることをたまたま特別に知っていた者」¹⁷⁴⁾ や、ブレーキの異常を認識していた者に対しては、「それを知らなかった者に対するのとは異なった注意義務が課され得る」という¹⁷⁵⁾。同じことは行為者が特別能力を有する場合にも当てはまるとされる¹⁷⁶⁾。すなわち「まったく同一の危険行為であっても、各人の有する注意能力の違いに応じて、刑法は異なった注意義務の遵守を要求する。つまり、過失の内容が異なる」¹⁷⁷⁾ という¹⁷⁸⁾。

② 井田によると、新過失論における客観的注意義務の（予見可能性を前提とする）結果回避義務は、行為規範から導き出される社会的な行動準則であり、行動準則とは、行為者の立場におかれた一般通常人の行動である。そして「一般通常人」は、国民一般などの漠然とした集団ではなく、「行為者の属性……職業やその専門分野などによって類型化」された、「当該の社会的活動の領域に局限された人の範囲」であるという¹⁷⁹⁾。

このような結果回避義務を客観的注意義務に備えた新過失論によると、行為者に予見可能性が認められる場合にも、直ちに結果回避義務は認められるわけではないという。井田は、特に信頼の原則を引き合いに出して、新過失論は「社会的に不可欠な共同作業を可能にするための共働者間の役割分担に関する

174) 井田良「過失犯の基礎理論」現代刑事法 第1巻第8号（1999年）79頁。

175) 井田（前掲註6）187頁。

176) 井田（前掲註6）192頁以下。とりわけ同192頁は、「人並み外れた能力を持つ人というのは、いわば機械や道具が身体の一部として備わっている人であるから、別に扱う理由はないと考えられる」という。

177) 井田（前掲註6）185頁以下。

178) 以上の、過失の標準において井田が主張する「客観説」は、能力区別説の一種といえる。刑法規範が人の行動選択に作用可能であるために一般化・客観化される規範遵守意思と、規範が作用しえないその意思以外の諸事情という区別は、能力区別説の倫理的能力と手段の能力のそれに対応しているからである。実際、松原芳博『刑法総論』第2版 2017年 303頁 注44)は、井田の「客観説」を能力区別説に分類している。なお本稿によると、能力区別説は、個別行為者の有していた（手段的）知識や能力から認められる法益侵害回避の予見ないし回避の可能性が、その者の注意義務の内容とすることになる。これについては、上記Ⅱ.1.(3).②（拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号 15頁以下）。

179) 井田（前掲註6）184頁、同（前掲註58）215頁も参照。

社会的ルールの形成を促し、これとあいまって法益を保護しようとする」ので、「他者の管轄領域内の事柄については、かりに自己の領域からも『その様子がかいま見える』としても……、それに対応した結果回避措置までとることは要求されない」¹⁸⁰⁾と主張する。

以上のことは、投入義務の有無が問題となる事例にも妥当しうるといえる。行動準則の類型化が進んでいる領域においては、客観的・規範的に結果回避義務の内容が制限される。これに対して、行動準則の類型化が進んでいない領域においては、「行為者の主観的な注意能力の限界と結果回避義務の限界とが一致する傾向にある」¹⁸¹⁾。つまり行為者の活動領域において行動準則の類型化がどの程度なされているのが、投入義務の有無を判断する際に着目されている。もっとも、行為状況で行動の指針としうる行動準則は、何らかのルールであるというだけでは足りず、それには、行為当時において「一応の合理性」が認められる必要があるとする¹⁸²⁾。

結果回避義務の内容が上のように規範的に制限されうるといえる見地から、井田は薬害エイズ帝京大病院事件判決を支持している。井田は本件における被告人の結果回避義務判断につき、非加熱製剤の使用とエイズ発症による死亡との間の法則的知識の適用が問われたのではなく、「その法則的知識が臨床的な治療手段の選択に関する行動準則の基礎になっていた」と分析している。そして、基礎医学のレベルにおける新たな知見は、一定の「客観化」を経た後に臨床の治療水準を変化させるのであるから、本判決は、被告人が決定した臨床上の治療方針に対しては、「加重された結果回避義務を課すことはできないという結論を導いた」¹⁸³⁾という。

180) 井田（前掲註6）155頁。井田は、信頼の原則による結果回避義務の否定は「社会的に不可欠な共同作業を可能にするための共働者間の役割の分担に関する社会的ルールを基礎として、予見可能性の有無にかかわらず結果回避義務を限定するものとして理解できる」と述べている（同 192頁）。加えて井田（前掲註58）63頁註57）も参照。

181) 井田（前掲註6）192頁。

182) 井田（前掲註6）177頁。

183) 井田（前掲註6）193頁以下、同（前掲註58）210頁および同頁註33）。

③ 過失の標準における井田の主張（上記①）に従うと、投入義務を肯定することになるであろう。行為者の有していた特別知識や特別能力は、客観的注意義務の内容を決定する際の資料として考慮されなければならない、それらから認められる結果回避可能性が、行為者の義務内容とされるからである。それゆえに特別な知識や能力を有する行為者には、原則としてそれらの投入義務を認めなければならない。これに対して、行為状況において一定の合理性が認められる行動準則が妥当していたという事情が認められるならば、行為者の注意義務内容は、その者の結果回避可能性に関わらず、行動準則に合った行動に制限される。

井田の見解は、投入義務の問題に関して、Frisch および Mikus とは異なる形態の「原則・例外」という理論構成を採用している。すなわち、行為者の有する特別知識や特別能力は、原則として客観的注意義務の内容を決定する際の資料として考慮すべきであるが（過失の標準）、一定の合理性を伴う行動準則が行為状況に存在する場合には、例外的に、当該行為者に投入義務を認めるべきではない（行動準則による結果回避義務の内容の規範的制限）。

そして上記三者の見解とは異なり、井田の見解は、その構成上、投入義務肯定説にも、投入義務否定説にも至るわけではない。投入義務の有無は、個別の行為状況に行動準則が存在したか否かにかかっているからである。行為者の状況に置かれた一般通常人の行動を意味する行動準則を発見するためには、個別事案における一般通常人がどのような人物であるのかを、第一に決定しなければならないであろう。井田によると、一般通常人は、行為者の属性、職業やその専門分野などによって類型化され、行為者の社会的活動の領域に局限される。

ただ、行為者の立場に代入可能な基準人としては、通常複数のものが考えられる¹⁸⁴⁾。しかし井田の見解において、行為者のいかなる属性などが、一般通常人の構成要素として考慮されるべきであるのかは、説明されていない。行為

184) 例えば、ある者は特定の分野を専門とする医師であり、父親でもあり、そして自動車運転手でもありうる。

者の立場に置かれるべき一般通常人がどのようにして形成されるべきかが明らかにならなければ、投入義務を否定する機能を有する行動準則も、明確化されないであろう。加えて、行動準則の「合理性」をどのように決定するべきであるのかも、問題になってくるであろう。

もちろん一般通常人の内容の決定、そして行動準則の内容およびその合理性の有無に関する判断は、個別事案の諸事情に依存する部分が多いであろう。しかし、それらの判断の枠組みの指針が示されていなければ、投入義務の成立範囲を恣意的に決定することになりかねない¹⁸⁵⁾。それゆえに、投入義務の成立範囲を決定するための枠組みについて、井田の見解には不明確さがあるといえよう。

（4）行為者の役割

Jakobs は、行為者の「役割」に着目して、投入義務の成立範囲を制限すべきであると主張するが（下記③、④）、過失の標準においては行為者標準説（ドイツにおける少数説）を支持している。Jakobs が過失の標準において行為者標準説に与する理由は、過失不法を規定するためには個別行為者の知識や能力を前提とすべきであり、これを否定するならば、不法の内実を単なる不服従と解することになってしまうという点にある¹⁸⁶⁾。この主張は、行為者のあらゆる知識や能力が過失判断の資料の候補であることを含意している。しかし、この主張からはいかなる知識や能力が判断資料として考慮されるのかという問題の解決が、導き出されえない。Jakobs は、投入義務の成立範囲の問題解決を、刑法（規範）の目的・任務に関する理解、およびこの理解を基とした危険判断から演繹している（下記①、②）。

① Jakobs は Luhmann の 予期概念を参考にして刑法（規範）を理解して

185) 行動準則の合理性に厳格な要件を設けるならば、投入義務の成立範囲は広くなるのに対して、その合理性を、例えば Ciacchi の見解のように理解するならば、投入義務はほとんど認められなくなるであろう。

186) *Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S. 65f. そして結論において *ders.*, AT, Abschn. 9, Rn. 13 は、客観的予見可能性は「客観的故意」と同様に余計な概念であるとする。

いる¹⁸⁷⁾。現在の、高度に匿名の接触（ないし相互行為）が大量になされる多元的な社会においては、他者の個人的な諸事情を厳密に予測しえないという¹⁸⁸⁾。Luhmannによると、このような社会において社会的接触を可能にするためには、「規範的予期」つまり「抗事実に安定化された行為予期」¹⁸⁹⁾としての規範が必要になるという¹⁹⁰⁾。それゆえ刑法の目的ないし任務は、人の行動の制御にではなく、行為予期の保障がなければ存立しない社会生活を可能にする点、つまり予期の安定化にあるという¹⁹¹⁾。このことから、(刑)法規範は「方向付けのモデル」¹⁹²⁾と解されることになる。

② このように理解された刑法規範が妥当する下では、行為者およびその関

187) *Luhmann* および *Jakobs* の「予期としての規範」に関する主張を詳細に取り上げていているのは、松生光正「客観的帰属論と過失共犯」*刑法雑誌* 第50巻 第1号(2010年) 53頁以下。

188) *Jakobs*, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken: Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?*, *ZStW* 107 (1995), 843ff, 859f.; *ders.*, *AT*, Abschn. 1, Rn. 4ff.

189) *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., 1987, S. 43. 規範的予期の違背は、違背者(予期からの逸脱行動をした者)が誤っていたとして処理されることになり、そして規範的予期の安定化によって、人々の行動選択は制限されつつも、その選択の余地が保証される(*ders.*, S. 40ff.)。すなわち規範的予期は、その違背にもかかわらず固持される予期である。規範的予期は、「開かれた、まだ決定されていない未来を、したがって他者の自由な行為を、視野に入れることができる。なぜなら、そこでは、予期されざる行為を逸脱として位置づける可能性が与えられており、この可能性が現在において確実性を提供するからである」(*ders.*, S. 129)。ただし、規範的予期にも認知要素が含まれているので、規範的予期は、規範的要素が支配的な予期であるという(*ders.*, S. 50f.)。

190) *Luhmann* (前掲註189) S. 29ff.によると、予期概念は、社会システムにおいて複雑性が増大するのに伴って単純化と負担軽減のために必要となる。その対策として、社会システムは、人の従う客観的で有効な予期を示すことで「予期の予期」を規制し、その確実性を産出する。これによって自己の行動の確実性と他者の行動の計算可能性が生じる。「予期の予期」の確実性は、あらゆる相互行為の不可欠の基礎である。加えて *Müssig*, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, *FS Rudolphi*, 2004, S. 167f. を参照。

191) *Jakobs*, *AT*, Abschn. 7, Rn. 35. *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, S. 80ff. も参照

192) 松生 *刑法雑誌* 第50巻 第1号 55頁。

与者らは、「最高度に異なった意図と選好を有する個人 (Individuen) ではなく」¹⁹³⁾、「調整された任務領域」¹⁹⁴⁾を割り当てられた人格 (Personen) とみなされる。そして、予期の安定化を志向する刑法理解から、人格の義務内容の決定は、「標準」や「役割」などの「客観的なひな形」を基礎に据えて行われなければならないという。とりわけ「役割」（例えば医師のような職業や、自動車運転手）を担っているとみなされる者、または自ら特定の役割を有することを示す形で振舞う者は、その役割に対して期待される行動や給付を行われなければならないとする¹⁹⁵⁾。

更に行為者の行為の危険性判断について、Jakobs は、行為者行為の危険に捕捉された財のみならず、行為状況を考慮しなければならないと主張する。例えば、原子炉の危険を判断する際には、その危険性ゆえにあらゆる専門知識が取り込まれるのに対して、自動車の安全性の判断には熟練した技術者の知識が基準になるとする。刑法上問題となる危険は、「専門領域に応じて変動する危険の相違を考慮した下で」判断されなければならないとする¹⁹⁶⁾。

以上のようにみれば、刑法および刑法規範の理解から、Jakobs は、人格の果たすべき役割を基にして刑法上の評価活動を行う必要性を導き出している。

③ Jakobs は、行為者の役割の内容を決定するにあたって、個別の状況下で行為の相手方、とりわけ被害者との関係に着目して、行為者がいかなる人物として社会的にみなされていたのかということを考慮していると思われる。

例えば、自動車のエンジニアであった行為者が、ある中古車を購入しようとして、試乗の際に自己の特別な工学の知見によってその自動車のブレーキが間もなく利かなくなるということに気づいていたにもかかわらず、その自

193) 以上については *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843ff., 860.

194) *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843ff., 859. 加えて *Jakobs*, Norm Person, Gesellschaft, 3. Aufl., 2011, S. 57 も参照。

195) *Jakobs* (前掲註194) S. 95ff. 更に *Müssig*, FS Rudolphi, S. 175f. を参照。

196) *Jakobs*, AT, Abschn. 7, Rn. 47 (このことは、危険が存在するか否か、そしてそれがどのくらいの高さであるのか、ということ誰が判断するのかという問題に関して述べられている、加えて Rn. 45 も参照)。

動車を保有者に対して何も告げずに返却し、保有者が当該車両の故障によって事故を起こした、という場合である。Jakobs によると、当該行為者は、問題となる自動車の保有者との関係において、「潜在的な顧客」という役割が認められる¹⁹⁷⁾。これに対して、行為者は、歩行者との関係では自動車運転手とみなされるという。そして行為者が当該の自動車を更に走行させる場合、自己の特別知識を用いて故意的に許されない危険を創出していると評価される¹⁹⁸⁾。

行為者と被害者などの行為者行為の相手方との関係が、刑法上の評価に考慮されるという考えは、Jakobs が予期概念によって刑法（規範）を理解していることに由来していると思われる。松生光正は、行為予期として刑法規範を捉えることの帰結の一つとして、「自己答責的な他者が規範的意味で主体となる」ことを挙げている¹⁹⁹⁾。このことは、遡及禁止の意義の基礎づけのみならず²⁰⁰⁾、役割の規定にもかかわるものと思われる。すなわち、Jakobs のように刑法規範を理解すると、問題となる行為者の行為の評価は、行為者と同じく役

197) *Jakobs, Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, GS Armin Kaufmann, 1989, S. 286. 加えて *Jakobs, AT, Abschn. 7, Rn. 49; Luhmann* (前掲註189), S. 282ff, 312ff. を参照。

198) *Jakobs.*, GS Armin Kaufmann, S. 286 (当該のエンジニアが当該車両を更に走行させて歩行者と事故を起こしたならば、殺人行為が問題になるとする)。そして *ders.*, AT, Abschn. 7, Rn. 50 は、行為者が積極的に特別知識を使用した場合、発生した結果は行為者に帰属されると述べている。また、集中的な研究で古い治療の標準を乗り越えた医師が家庭医として行動する場合には、家庭医の役割には研究の知識が含まれないので、古い標準に依拠した治療方法を選択することが許されることになる。ここでも当該の医師がなすべき行動は、診療所で患者の処置をするときと、研究所などで専門的な研究を行うときとは、その者に予期される知識や行動が異なるとされている (*ders.*, FS Armin Kaufmann, S. 287)。

199) 松生 刑法雑誌 第50巻 第1号 56頁。ここで松生は、その他に、規範の目的を法益保護と解することになる「命令説的な考え方の問題点を回避」できること（これについては同 50頁以下も参照）、および「刑法の適用における帰属の意義を社会的文脈において明らかにできる」ことを挙げている。

200) 松生 刑法雑誌 第50巻 第1号 56頁は、自己答責的な他者に規範違反として帰属がなされるならば、「それにより紛争が解決されるから、それ以外の者には帰属されないという遡及禁止の意義もより説得的に基礎づけられる」という。

割の担い手となりうる他の者（Jakobs にとっては、いずれも「人格」）との相互行為であることが前提となるからである。実際 Jakobs は、特に道路交通を例に挙げて、その領域に關与する者らには損害経過の不發生が義務付けられていることによって、危険の管理は「多重的に（*mehrfach*）」保障されていると述べている。そして、このような危険の多重的（かつ規範的）保障は、日常生活のほとんどの場面において存在しており、逆に、むしろ「単一の（*einfach*）」保障が認められる状況は非常に僅かであるという^{200a)}。

行為者の役割の内容を行為者行為の相手方との関係で決定することは、井田の見解における、基準人（「一般通常人」）の内容を決定することに通底している。また、Jakobs は、基準人が行為者の特別知識を獲得可能であったならば、行為者に特別知識の投入義務を認めることを相当と解している点で、投入義務を非常に狭い範囲内でのみ認める Ciacchi の見解とは異なっている。

④ Jakobs は、行為の危険性判断に關しうる「知識」を三つに区別し、この区別によって特別知識および特別能力の投入義務の問題を解決するべきであると主張する。その三つの知識とは、以下の通りである。

第一の知識は、行為者の状況において「注意深い人物」が有しうる「状況知識（*Situationswissen*）」である。この知識は危険判断において考慮されるべきであるとする²⁰¹⁾。

第二に、行為者が有していた知識うち、その知識を「行為者の状況において行動する基準人」も有するといえる知識もありうる（「拡張された状況知識（*erweitertes Situationswissen*）」）。これは、例えば、行為者が子供のために飲み物のビンを開けた際に、中身が明らかに腐っていることに気づいたにもかかわらず、それを与えたために子供が病気になった場合、もしくは、行為者が近所の子供が重度のヘーゼルナッツアレルギーにかかっているに関する認識である。「拡張された状況知識」は、「たしかにその具体的形態においては予期されないが、何らかの偶然知識が具体的に予期可能な知識に加わることは十分に予

200a) *Jakobs* AT, Abschn. 7, Rn. 55, C aa)

201) *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 32.

期可能であり、それゆえにこの知識は……考慮されるべきである²⁰²⁾ という。

第三に、行為者が「所与の状況においても、その他の状況においても予期されえないために、その投入も保証されない能力によってのみ」獲得した「特別知識」は、危険判断から除外されるべきであるという²⁰³⁾。つまり、この特別知識の「獲得は、全ての者にもその行動がなされる役割の担い手にも期待されるのではなく、むしろ具体的には関連していない特別な役割……に属する能力を前提とする」²⁰⁴⁾。

Jakobs の見解における「拡張された状況知識」と「特別知識」は、行為状況における行為者の役割を基準として区別されている²⁰⁵⁾。つまり投入義務の肯定およびその否定を、行為者の役割の内容から説明している。そして役割とは、行為者の「生活領域」に属する基準人と類似の概念であるという²⁰⁶⁾。個

202) 以上については、*Jakobs* (前掲註201) S. 32. 「拡張された状況知識」に関する他の諸事例は *ders.*, S. 33, Fn. 66 に挙げられている。

203) *Jakobs*, *Theorie der Beteiligung*, 2013, S. 30.

204) *Jakobs* (前掲註 201) S. 33; *ders.*, *Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff*, RW 2010, S. 283ff., 310 (本論文の翻訳である玄守道 訳「刑法上の故意概念に関する新しいものと古いもの」松宮孝明 編訳『ギュンター・ヤコブス 著作集 第1巻』所収 成文堂 2014年 237頁以下も参照)。そして *ders.*, S. 311, Fn. 102 (上記玄訳 274頁) は、特別知識は「分離可能な役割においてのみ存在しうる」と述べている (傍点は原典においてイタリック体)。

205) 同旨の見解として、例えば *Pawlik* (前掲註20) S. 343; *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision*, 1999, 257ff.; 加えて *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, 168f. も参照。また *LK-Vogel*, § 15, Rn. 163 も、特別能力を有する人格が役割外のコンテキストにおいて行動する (例えば「経験豊富なラリー競技参加者」が休暇中に自動車を運転する) ならば、その特別能力の投入を、「少なくともそのコンテキストに適った範囲内」で認めるべきであると述べている (この見解に賛同しているのは、*Kühl*, AT, § 17, Rn. 32, Fn. 75)。

206) *Jakobs*, AT, Abschn. 7, Rn. 48. これに対して、*Jakobs*, *Zuständigkeit durch Wissen?*, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 235, Fn. 4 (この論考の紹介として、川口浩一監訳・森川智晶 訳「『特別知識』に関する最近の文献 (1)・(2)」関西大学法学論集 第65巻 第2号 (2015年) 65頁以下、第66巻 第1号 (2016年) 151頁以下がある) は、保障を規定する際には「役割」と「保障領域」を混同してはならず、刑法上の帰属において、役割はせいぜいのところ補助概念であるとして、自

別事案において想定される役割の「担い手」という基準人が、行為者の有していた知識を獲得可能であったのか否かによって、特別知識の投入義務の有無が判断されている。

例えば、IV.1.(b)の建設現場において下働きとして勤務する土木工学の学生は、自己の危険発見に関する特別能力を発揮する必要はないという²⁰⁷⁾。行為者は、行為状況において土木に関する専門知識を有する者ではなく、建設作業を補助する「下働き」とみなされている。そのため、当該行為者の有していた専門知識は、その行為の危険・過失判断から除外されることになる。同様に、先程③に挙げた自動車のエンジニアであった行為者が、仮に問題となる自動車の故障を自己の専門知識によって認識可能であったとすると、投入義務の有無が問題となる。Jakobs の見解に従うと、当該行為者は、自動車保有者に発生した結果に対して刑法上の責任を負わないこととなる²⁰⁸⁾。この例においても、行為状況において当該行為者は客として振舞っていたと社会的には考えられるので、行為者の有していた専門知識はその行為の評価には現れないこととなる。

⑤ Jakobs の見解において、行為者の特別知識は、その特別な能力によって獲得されるものであると定義している。その限りにおいて、Jakobs は、特別知識と特別能力を区別しており、更に後者を前者の上位概念であると把握している。

このような特別知識と特別能力の関係性の理解は、Jakobs が刑法上の過失

、身の以前の諸論考は役割と保障を混同していると述べている。しかし、保障概念を刑法的帰属の中核に据えるとしても、Jakobs の見解に従って、投入義務の有無を判断しようとするならば、行為者の役割がいかなるものであったかが過失犯の成否にとって決定的になると思われる。

207) Jakobs, AT, Abschn. 9, Rn. 11 (ここで Jakobs は、過失侵害犯においては「構成要件実現の予測に関する特別能力のみが問題となる」と述べている) および Abschn. 7, Rn. 50.

208) 松宮孝明「判批」医事法判例百選 第2版 有斐閣 2014年 31頁は、Jakobs の見解に従うと、このような例 (Jakobs (前掲註201) S. 32ff.) における行為者の行為は、「故意犯にも過失犯にもならない」ことを指摘している。

を構成要件実現の予測可能性（およびこれに基づく回避可能性）として論じていることに由来していると思われる²⁰⁹⁾。つまり、「予見の本質は、予見者が自己の主観的に知っている、想起するまたは過去の事実と経験則（予測の基礎）から将来の帰結を推論する」²¹⁰⁾ ことによって検討され、過失の有無は、行為者が構成要件実現の予測しえたかによって判断される。そして投入義務の有無は、行為者の特別能力から得られた特別な知識が、予測判断の基礎に含まれるのかによって、決定されるという。それゆえ Jakobs は、建設現場において下働きをしていた土木工学の学生の例（上記Ⅳ.1.(a).)において、特別能力の投入義務を論じている。

しかしながら、構成要件実現の予測可能性という判断枠組みは、投入義務の有無が問題となる一部の諸事例の特性を捉えることは困難である。例えば高度な運転技術を有するレーサーの投入義務の有無のような、特に特別能力の投入が典型的に論じられる場合、行為者には構成要件実現の予測可能性は認められるが、このことは争点にはならない。その場合に問題となるのは、構成要件実現の回避が高度な自動車の運転技術を有していた行為者には可能であったといえるが、それが他の者には不可能であった事情をいかに評価すべきか、ということである。特別能力の投入義務が論じられる典型例においては、行為者に認められる結果の予見可能性の評価が前面に表れるわけではない。

Jakobs によると、行為の危険性判断の際には行為者の専門性が考慮され、そして行為者の役割は、行為者行為とその行為の相手方との関係において決定される。たしかに行為の相手方との関係に着目すると、行為者に想定可能な複数の役割から特定のものを（一定の諸事例においては）選択することができるであろう。

しかし、行為者の役割の担い手が行為者の特別な知識や能力を獲得可能であったのかという点は、行為者の役割の内容とは別個に検討されなければなら

209) *Jakobs*, AT, Abschn. 9, Rn. 2ff.

210) *W. Frisch* (前掲註141) 24ff. 加えて *SK-Hoyer*, Anh. 16, Rn. 27 および 28f. も参照。

ない。例えば、薬害エイズ帝京大病院事件判決において、たしかに被告人の有していた特別知識は、厚生省エイズ研究班班長としての役割に依存している。しかしこのことから直ちに、被告人の行為に特別知識の投入義務が認められるべきか否かを、判断することはできないように思われる。

東京地裁が結果回避義務判断の際に考慮した「通常の血友病専門医」という役割の担い手（基準人）には、患者の死亡させないために最新の研究を調査することなどが期待されるとするならば、通常の血友病専門医も被告人の特別知識を獲得するであろうと解することが可能であると思われる²¹¹⁾。これに対して、通常の血友病専門医が、行為当時になされていた標準的な治療方法を採用するであろうといえるならば、その役割の担い手が行為者の特別知識を獲得するとはいえない。

要するに、役割の担い手（基準人）がどのような行動をとるであろうかという点を明らかにしなければ、役割の担い手が、行為者の特別な知識や能力を獲得するであろうか否かを判断しえない。この点についての Jakobs の見解は明らかでない。

（5） 検 討

行為状況、または行為者ないし当該行為に見出されうる何らかの社会的な諸要素を考慮して、投入義務の肯定および（または）否定を判断することは、その状況などに見出される「常軌性」^{[212)}を基礎として、過失判断を行うことを意味する²¹³⁾。この常軌性判断をどのように運用するのかについて、上の論者

211) 例えば船橋 法学研究論集 第38号 114頁は、医療過誤に関する（裁）判例を分析した上で、医師には「危険性が明らかになっている、ないし危険性が明らかになっているとまではいえずとも安全性に疑問があるという場合に、高度の注意義務が要求」されるとする。また甲斐 広島法学 第25巻 第2号 77頁以下は、本件における被告人の結果回避可能性につき、「まずは帝京大学病院でできることを行うべきである」という。

212) 松宮（前掲註15）156頁。

213) それゆえここでは、許された危険の文脈で度々論じられているように、行為の有用性と法益侵害の程度の衡量、またはこの類する「利益」衡量というような思考が前面に現れるわけではない。

らの見解は一致していない。このような見解の不一致は、各々が主張する投入義務の成立範囲に現れている。

Frisch や Mikus のように、標準や規則を基礎とした過失判断を、投入義務の有無が問題となる場合に適用しないことには賛同できない。そして Ciacchi のように、投入義務をほとんど認めないという立場も支持しえない。

他方、井田および Jakobs の見解は、投入義務を一律に肯定および否定するわけでもない。加えて、両者の見解によると、投入義務肯定説および投入義務否定説に生じる諸問題を、原理的には回避可能であろう。それは、II .4.に挙げた自動車工学の専門家の例においては投入義務を否定し²¹⁴⁾、III .3.の自動車運転手に投入義務を認める²¹⁵⁾ということである。

そして、いかなる根拠から投入義務の成立および不成立を基礎付けるのかという点について、投入義務の問題解決に際して社会的なものを(例外的に)考慮しない Frisch および Mikus の見解を除くと、残りの諸見解を二つに大別することができる。

この点について、井田は、二元的な立場を採用している。先ず個別行為者の結果回避義務(客観的注意義務)の内容は、その者の有していた(行為規範の作用が及ばない)知識や能力から認められる法益侵害回避行動であり、このことは特別知識や特別能力の投入義務の有無が問題となる事案にも妥当する。この場合、行為者行為に刑法上の過失を肯定することとなる。もっとも、行動準則が行為状況に存するならば、先のように認められうる個別行為者の結果回避義務は、行動準則適合的な行動に制限される。行動準則による投入義務の否定は、過失の標準から帰結される原則的な法益保護の例外的制限である。

214) このことは、井田の見解によると、行為状況に行動準則が見いだされ、これには行為者の専門知識を用いた結果回避措置は含まれないという説明とされ、Jakobs の見解によると、行為者に認められる役割の担い手には行為者の専門知識の獲得が期待されないと説明されるであろう。

215) このことを、井田は、当該の行為状況には行動準則が見いだされないために、行為者の注意義務の内容が個別化される説明し、Jakobs は、行為者の特別知識を、行為者に認められる役割の担い手が獲得可能であったと説明する、ということの意味する。

しかし、このような井田の理論構成に対しては、Frisch が、先ず行為の危険性を「最高の知識」という基準によって判断した後に、当該を許された危険性によって許容するという立場に対して向けている批判が妥当と思われる。すなわち、井田のように一旦は行為者の行為を「消極的に評価」し、それを行動準則という、先程とは異なる評価を内容とする「修正段階」において再び考慮することは、「『禁止された行為』の外郭を素描」するためには、「不相当かつ迂遠である」と評価しうる²¹⁶⁾。上でみたように、井田の見解における一般通常人および行動準則を投入義務の問題解決に用いるためにはそれらの更なる明確化が必要になるならば²¹⁷⁾、先の Frisch の批判は無視できないように思われる。

他方、Cacchi および Jakobs は投入義務の肯定および否定を、社会的諸要素によって一元的に説明する。前者によると、基本法の明確性の要請に適った過失犯解釈をなすためには過失が刑法典において定義されていないために、社会的な諸事情を考慮せざるを得ない。そのため、社会的な諸事情を過失判断で考慮することに関する、積極的な根拠が挙げられているわけではない。これに対して、後者によると、過失判断において行為者の役割を基礎とするべきであるのは、刑法規範は（行為）予期を安定化させることによって社会生活を可能とする機能を有し、規範からの標準的な要請は役割という形態をとるためである。

両者の見解は、相互排他的ではないであろう。ただ、Ciacchi にとって、明確性の要請と調和した過失犯解釈を達成するために、社会的な諸要素を考慮しなければならないのであり、当該要素の過失判断への取り込みは、消極的に論証されている。他方 Jakobs は、当該要素の考慮を刑法（規範）の機能から導出しており、これはそのため社会的諸要素へのこれを積極的に論証しているという。そうであるならば、予期として刑法規範を理解することによって行為状況における社会的な諸事情を刑法的判断に取り込むことは、明確性の要請と調和した過失犯解釈にも資すると思われる。特別知識や特別能力を有する行為者

216) 以上については、W. Frisch（前掲註141）S. 131f.

217) 上記Ⅳ.4.3.③.

に投入義務の成立を肯定すること、およびその義務を否定することの根拠を、刑法規範の意義を予期の安定化により社会生活を可能とすることに求めることが、理論的には一貫しているといえよう。

しかしすでに述べたように²¹⁸⁾、役割理論が実際にどのような帰結に至るのかは、その運用次第である。投入義務の有無を決定している行為者の役割の内容をいかに決定するのかは、更に具体化する必要があるであろう。

社会的諸要素を考慮して行為者行為の過失を判断するならば、投入義務の成立範囲を柔軟に決定することができると思われる。それゆえに特別な知識や能力を有する行為者にはそれらの投入義務を認めることが過失犯処罰として適切であるのかという問題に答えるには、行為状況に発見される社会的な諸要素を考慮することが肝要であろう。そのため、社会的な諸要素を用いた投入義務の有無に関する判断を、可能な限り明確化することが必要となる。さもなければ、当該判断が不安定、または恣意的なものになってしまうからである²¹⁹⁾。

V 考 察

これまでに行った、過失犯における特別知識および特別能力の投入義務の問題に関する学説状況の概観から、その問題解決には、投入義務制限説、とりわけ社会的諸要素を考慮することによって投入義務の成立範囲を制限する見解が適切であると考えられる。投入義務の肯定および否定を一元的に説明すべきであるならば、刑法規範を予期概念によって把握し、過失判断の際に行為者の役割に着目することは有益であると思われる。というのも、このように解すると社会的諸要素を過失判断へ取り込むことを積極的に基礎づけることができ、投入義務の有無を一元的に説明することができるからである。加えて Jakobs のように特別能力を特別知識の上位概念と把握する必要がないとすると²²⁰⁾、先ずもって行為者の役割の内容、つまり行為者の立場におかれるべきその者の

218) 上記Ⅳ.4.(4).⑤.

219) もっともこの不安定さは、いかなる理論構成にも伴うものであると思われる。

220) 上記Ⅳ.4.(4).⑤

役割の「担い手」, すなわち基準人としてどのような人物が想定されるのかが問われる。

1 役割の内容と役割の担い手の行動

すでに述べたように, 行為者には通常, 複数の役割または基準人が想起可能であるから²²¹⁾, 行為者に考えられる複数の役割の中から, 行為状況に適したものを選択しなければならない。そのためには, 個別行為者に想起される幾つかの社会的諸要素のうち, どのようなものが行為者の注意義務の内容を決定する上で考慮されるべきであるのかを検討しなければならない。(規範的な行為) 予期概念を基に行為者行為の刑法的評価を行うならば, 当該行為が常に他人との相互的な相互的な関係の下で理解される。このことから, 行為状況および行為者が行為状況の相手方との関係において, 行為者行為に見出される典型的な特徴から, 役割の内容を決めることが考えられる。非常に単純な例を挙げると, 行為者が公道において自動車を運転していた際に, 交通事故を起こした場合, 行為者に当てはまる役割は, 自動車運転手になるであろう。

そして行為者の職業を手掛かりにして役割の内容を決定することは, その内容の具体化に資するものである。しかしながら, 行為者の職業をどのように把握するのかに応じて, 役割の担い手の行動も変化するであろう。

例えばⅣ.1.(a)の建設現場において働く土木工学の学生の役割が, 建設作業員一般であり, その役割から他の作業員および第三者のために安全に建設作業を行うことが期待されるならば, 建設現場に由来する危険の除去に資する知識や能力は, 役割の担い手が有すべきものといえる。それゆえに, 自己の専門知識によってコンクリートの欠陥を発見することができた行為者には, その知識の投入義務を認めなければならない。しかし, この例における行為者に対して, その専門知識の投入を義務づけることは, この例における投入義務の形態である進言義務の議論も踏まえると, 過失犯処罰としては適切とはいえない²²²⁾。

221) 上記Ⅳ.4.(3).③

222) 上記Ⅳ.2. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第4号 38頁以下)

そうであるならば、当該行為者の役割の内容は、より具体的に理解する必要がある。

それゆえ、行為者行為の相手方との関係において行為者の職業を考慮するとしても、更にその職務内容および雇用者ないし行為の相手方との契約内容なども、考慮されるべきであろう。このように行為者の職業のみならずその職務内容などによって役割を決定するならば、例えば病院において患者を治療する医師に当てはまる役割を、当該病院内におけるその医師の専門性を考慮した上で、決定することができる²²³⁾。同様に、IV.1.(b)の建設現場において働く土木工学の知識を有していた行為者の役割を決定する際には、雇用契約に基づき行為者に割り当てられた職務内容を考慮する必要があるであろう。

ここまでの考察は、行為状況における行為者の役割がいかなる内容であるのかという問題にかかわるものである。しかし行為者の役割の内容を決定したとしても、役割の担い手が、行為者の特別な知識や能力を獲得するであろうか否かは明らかでない。役割の内容の決定は、当該役割と行為者の知識や能力の社会的な結びつきの有無、すなわち投入義務の有無に関する判断に、必ずしも直結するわけではないからである。

そうであるならば、行為者の役割の担い手にとって、行為者の知識や能力のいかなるものが獲得・利用可能であったのかを検討することが重要であろう。この問題に答えるためには、役割の担い手が、どのような行動をするであろうかを検討することが重要になると思われる。行為状況において役割の担い手がとったであろう行動が明らかになれば、その行動をなすために行為者の特別な知識や能力が必要であったのが判明し、そして行為状況における行為者の役割と行為者に想定しうる他の特別（潜在的）な役割の限界付けが可能になると思われるからである。

行為者に当てはまる役割の担い手（基準人）の行動を検討する際には、Ciacchi の見解における「社会的な行為標準」が参考になるであろう²²⁴⁾。

223) 井田（前掲註6）185頁 註(5)。

224) 上記IV.4.(2).②。

Ciacchi によると、行為者行為の過失の有無を判断するためには特別規範と、その内容を具体化の必要性から基準人の実際の行動および仮定的・理想的行動を考慮しなければならない。すなわち、行為状況における行為者の役割の担い手に妥当する諸規則、および役割の担い手が確信を有して選択する行動を考慮するならば、役割の担い手の行動を明らかにすることができるであろう²²⁵⁾。

したがって、特別知識や特別能力を有する行為者の行為状況における役割に基づいて、その者に投入義務を認めるべきであるのか否かを判断する際には、以下の順序によるべきである。

まず、行為者に妥当する役割がいかなる内容であるのかを決定しなければならない。そのためには、行為者行為のその相手方との関係における外形的特徴、行為者の職業および職務内容ないし契約内容を考慮する必要がある。次に、投入義務の有無を判断するために、行為者の役割の担い手が行為状況においていかなる行動をとったであろうかを検討しなければならない。このことは、行為者と同じ役割を有する者が正当性を確信する行動を考慮することによって達成されるであろう²²⁶⁾。

225) *Kubiciel* (前掲註20) S. 169; LK-Vogel, § 15 Rn. 223; *Pawlik* (前掲註20) S. 340f. 中立的行為による幫助の文脈からは、*Kubiciel*, Strafbarkeitsrisiken für Softwareproduzenten -Die Programmierung einer Internettauschböse als Beihilfehandlung-, *wistra* 2012, 453ff, 456 (本論文の翻訳として、川口浩一 監訳・森川智晶 訳「ミヒヤエル・クビチエール『ソフトウェア作成者に対する可罰性のリスク-幫助行為としてのファイル交換ソフトのプログラミング-』」関西大学法学論集 第63巻第4号(2013年)209頁以下)。

226) なお、船山康範「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古希記念論文集 [上巻]』成文堂 2014年 416頁および422頁は、行為者の結果回避措置を決定する際には行為者の立場、状況および職業などを基礎としなければならないとする点で、本稿の立場と類似している。同説の根拠は、法源とされる判例(同 413頁以下)、とりわけ森永ドライミルク事件第一審判決(徳島地判昭和48年11月28日判時第721号7頁)の「行為者の地位又は職業などが考慮されなければならない」という判示に求められている(同 416頁)。ただ、結果回避措置を決定するにあたり、複数考えられる行為者の立場や職業などをどのように考慮するべきであるのかは、船山の見解からは明らかでない。また、同説の力点が存するのは、「予見可能性と結果回避措置の分離」(同 421頁以下)、結果回避措置の検討を重視することと同時に予見可能性を危惧感で十分とすること(同 412頁, 431頁以下および434頁)などである。

以上の手順を踏んだ上で、行為者の有していた知識や能力が、行為者に妥当する役割の担い手に獲得可能であったのか否かを判定可能である。このことによつて、当該行為者に投入義務を認めるべきであるのか否かを判断しうる。

2 投入義務の有無

上のように行為者の役割、およびその役割の担い手の行動を考慮するならば、行為者の有していた特別な知識や能力が排除される場合がありうる。すなわち、特別な知識や能力の投入義務否定される場合がありうる。

例えば、プロのレーサーである行為者が、休日に公道上で事故を起こした場合、事故の相手方との関係において、行為者はレーサーではなく、自動車運転手とみなされるであろう。そして公道において自動車を走行させる者が、傑出した運転技術によつて交通事故を回避するための措置を講じることは、通常想定されないとと思われる²²⁷⁾。同じことは、II.4.に挙げた自動車工学の専門家である行為者の例にも当てはまる。当該行為者が単に自動車を運転する際には、専門家ではなく自動車運転手一般とみなされうる。そうであるならば、通常の

227) それゆえ Sacher の見解 (前掲註113) とは異なり、レーサーが構成要件実現の危険を認識していた場合であっても、その者には自動車運転の高度な運転技術の發揮は要請されない。

本稿によると、次の例においても投入義務を認めるべきではない。すなわち、かつてレーサーであったために高度な運転技術を有していた行為者がタクシードライバーとしてタクシーに乗客を乗せていた際に、他の自動車との事故を起こして乗客が傷害を負ったが、行為者が自己の特別能力を發揮したとすると当該事故を回避可能であったと認められたが、行為者が通常の自動車運転手にもなしうる事故の回避措置を講じたという場合である。この例において、たしかにタクシードライバーに対しては、乗客の安全に配慮すること、および乗客を危殆化しないことが義務付けられる。しかしながら、乗客の側からは、行為者が高度な運転技術を有する者であると考えられていない限りにおいて、行為者の義務の履行として要求される行為も標準化されるであろう。他方、タクシードライバーの義務の内容は、事故の相手方の自動車運転手との関係においては、後者の義務内容と質的な違いはないであろう。事故の相手方の自動車運転手側からみても、行為者が高度な運転技術を有する人物であるとは通常想定されないからである。それゆえ本稿によると、乗客および事故の相手方との関係においても、行為者に期待される「能力」は、自動車運転手一般に要請可能なものに標準化される。

自動車運転手に義務付け可能な自動車の点検はどのような行動を含んでいるのかが問題となる。その行動に当該行為者の専門知識の発揮が含まれないといえるならば、自己の有していた専門知識から後の交通事故を回避可能であったとしても、その者に対して直ちに自動車の欠陥の有無を調査する義務が生じるわけではない。

IV.1.(a)の自らの有していた土木工学の専門知識によって構成要件実現を回避可能であった行為者は、行為状況（建設現場）においてコンクリートの欠陥を見抜くことができるものとしては振舞っていたのではない。そして土木工学の知識を用いた危険除去活動も、行為者に対して履行が求められる建設現場における下働きというその業務内容からは、生じない。それゆえに当該行為者に投入義務を認めるための理論的な前提が欠如する²²⁸⁾。もっとも、当該行為者が、専門知識を備えていることを理由として、例えば建設現場の責任者や雇用者から、コンクリートの検査を業務として命じられていたという事情が認められるならば、行為者の役割が異なってくる²²⁹⁾。

以上のような場合に、特別な知識や能力を有する行為者に投入義務を認めることは、その者の行為状況における役割から期待される行動に比して、過度の要求であると解される²³⁰⁾。

228) 上記IV.4.(4).③における中古車のブレーキの故障を認識可能であったエンジニアの行為者の役割は、その自動車の保有者との関係においては、自動車のメカニズムを熟知するエンジニアではなく、本稿によると、Jakobs が指摘するように「潜在的な顧客」であると解される。この役割の担い手に対しては、自動車運転手一般がなすであろう安全措置であり、そしてこのような行動に行為者の専門知識を用いた行動が含まれないとすると、行為者に投入義務を認めることはできない。

229) この場合、行為者に期待される役割に、行為者は有していたが他の建設作業員は有していなかった専門知識が取り込まれ、この点において行為者の役割は個別化される。その結果として、行為者に当てはまる役割の担い手または基準人の内容自体が、IV.1.(a)の場合とは異質のものとなる。これについては上記IV.4.(2).⑤を参照。

230) 学説上、行為者に考えられる複数の注意義務の内容のうち、その義務履行に伴う負担が過大なものとなりうるとい主張はすでになされている。樋口亮介「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定」高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』所収 成文堂 2014年 222頁は、系譜的分析から、危険との比例性の具体的内容として、「①当該危険防止の有効性、②当該危険に比し

次に、行為者の役割、および役割の担い手の行動の内容を決定することによって、投入義務を認めるべき場合も説明することができる。

Ⅲ.3. に挙げた特定の場所の特定の時間帯における児童の往來を認識していた自動車運転手は、その行為の性質から、自動車運転手としての役割を果たすべきであったと考えられる。そして、自動車運転手は、行為者の認識内容のような特定の道路状況に関する危険について認識することが通常であるのか、そしてこの認識を有していたとするとどのような結果回避のための行動をとるであろうかが問題となる。この問題が肯定されるべきであろう。なぜなら、同一の道路を日常的に自動車で行き通ることによってその道路に係る（危険）情報を獲得すること、およびこの情報を基に他者を危険化させないための措置を講じることは、自動車者一般に想定可能な事柄といえるからである。この場合、たしかに、自動車運転手としての役割から生じる注意義務の内容は、当該行為者の認識内容によって、その認識を有さない自動車運転手の役割適合的な注意義務の内容と比較すれば拡張されたものとなる。しかし、当該行為者に特別知識の投入義務を認めることは、自動車運転手としての役割から認められる注意義務の範疇に収まることになる。

行為者の役割などに着目して投入義務の有無を判断する本稿の立場からは、薬害エイズ帝京大病院事件判決は、被告人に妥当する役割の内容、およびその役割の担い手の行動を考慮した上で、被告人の行為に過失犯の成立を否定した

ㄨて義務内容が過大でないこと、③複数の措置が考えられる場合にはより負担の軽い措置を義務内容とすること」を挙げている。②に関しては、「一定の危険に対して、どの程度の措置を義務づけることが許容されるか、ないし、過大と評価されるかは一概に決まるものではなく、社会の意識を反映して決断することが要請される問題である」（同 224頁）と述べている。加えて同「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定——」刑事法ジャーナル 第39号（2014年）48頁以下、とりわけ50頁および51頁註(10)も参照。そして船橋 法学研究論集 第38号 114頁以下は、危険の認識（可能性）が認められることを条件に、医師に対して医療慣行を超えた「高度の注意義務」を認める場合があるとしつつも、「刑事責任の認定に一律に『医療水準』を求めるのは、医師に過度な負担を負わせるものであり、支持することはできない」とする（115頁以下）。

と説明することができる。

本件において、被告人は大学病院に勤務する血友病専門医でもあり、当時の厚生省エイズ研究班の班長でもあった、ということが認定されている。この点につき、本判決は、後者の被告人の立場を本件被害者の死亡との関係においては重要ではないとし、被告人の結果回避義務を判断するにあたっては、「通常の血友病専門医」を設定した。

このような判示は、被告人に考えられる複数の役割の中から被害者の死亡に関係する役割を選択し、この行為状況に重要な役割を基に過失判断を行ったものであると解される²³¹⁾。そして本判決は、被告人の結果回避義務の有無について、当時の通常の血友病専門医が血友病患者に対して非加熱製剤を投与していたことを考慮し、結論としてこの行動が被告人のなすべき結果回避義務であったとした。この判示は、被告人に妥当する役割の担い手（通常の血友病専門医）の行動を基礎として、被告人の役割相当な内容の注意義務を規定したものであるといえる。

したがって、薬害エイズ帝京大病院事件判決は、先ず被告人の役割の内容を決定し、次いで役割の担い手の行動を検討することによって、被告人行為の過失の有無（同時に投入義務の有無）を判断したと考えられる。

もっとも、このような本判決の当時の血友病専門医の行動の評価については、学説からは強い批判があるのはすでにみたとおりであり²³²⁾、その批判は考慮に値するものである。本判決とその反対説の相違は、そもそも被告人の役割を「通常の血友病専門医」と解するべきであるのか、そしてその基準人の行動をどのように解するべきであるのかという点にあると思われる。後者の相違につ

231) これに対して松宮 医事法判例百選（前掲註204）31頁は、本件被告人に妥当する「標準」については、行為当時に非加熱製剤の使用を中止していた一部の医療機関を考慮すべきであり、そして本件被告人に妥当する役割を当時の我が国の血友病研究の権威であり厚生省エイズ研究班班長と解するべきであると主張する。類似の主張として、例えば板倉 現代刑事法 第3巻第7号 53頁以下。

232) これについてはⅡ.1.(1).(2)、および(3).②（拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号 7頁以下および15頁以下）を参照。

いて、通常の血友病専門医といえども、その役割からは血友病患者を治療するための最善の行動を選択することが期待されるならば、非加熱製剤の投与による危険を認識可能であったならば、反対説の一部がいうように、被害者に対する非加熱製剤の投与を思いとどまるべきであったと解するべきであろう²³³⁾。これに対して、本判決のように、非加熱製剤の投与が行為当時の血友病専門医にとっては未だ合理的な選択であったと解するならば、他の血友病専門医よりも多くの情報を有していた被告人に「加重された」²³⁴⁾注意義務を認めることはできないという判断を導出しようである。

このような被告人の結果階義務の有無に関する判断の評価の当否（または被告人の役割およびその役割の担い手の行動の評価の当否）を措くと、本判決の無罪判決の構造自体は、説明可能である。複数の役割が想定されえた被告人は、行為状況における特に本件被害者との関係においては、厚生省エイズ研究班班長のような権威者としてではなく、血友病専門医として行動していたと評価しよう。そのため行為者の有していた特別知識は過失判断において重要ではなくなる。そしてこのような役割からは、行為当時の他の血友病専門医がなすべき行動として、非加熱製剤の投与が当時の臨床の水準に鑑みれば、落ち度があったとは評価できないと解しよう。

3 我が国の判例との関係

薬害エイズ帝京大病院事件判決のように投入義務の有無が問題となったわけではないが、我が国の判例および裁判例の中には、行為者の役割の担い手およびその行動を考慮することを行為者行為の過失の有無の判断枠組みに取り込んでいると評価するものが存在する。

被告人の職務内容を考慮した上で、被告人の注意義務の内容を判示したもの

233) 例えば前掲註211に挙げた文献を参照。そして鎮目 刑法判例百選Ⅰ総論（前掲註60）113頁は、「医療行為に関する衡量判断は、微妙で、見解が分かれうるものであり、とりわけ、本件のそれは……『賭け』ともいべき特色をもつ」と指摘している。

234) 井田（前掲註6）191頁。

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（3・完）

として、いわゆる渋谷温泉施設爆発事件事最高裁決定²³⁵⁾を挙げることができる。本件は、温泉施設の温泉水の一次処理施設でのメタンガスの漏出、およびその爆発によって死傷者が発生し、その一次処理施設の設計担当者であった被告人が、業務上過失致死傷罪に問われた事案である。最高裁は、被告人は温泉施設の「建設工事を請け負った本件建設会社におけるガス抜き配管設備を含む温泉一次処理施設の設計担当者として、職掌上、同施設の保守管理に関わる設計上の留意事項を施工部門に対して伝達すべき立場にあり、自ら、ガス抜き配管に取り付けられた水抜きバルブの開閉状態について指示を変更し、メタンガスの爆発という危険の発生を防止するために安全管理上重要な意義を有する各ガス抜き配管からの結露水の水抜き作業という新たな管理事項を生じさせ……水抜きバルブに係る指示変更とそれに伴う水抜き作業の意義や必要性について、施工部門に対して的確かつ容易に伝達することができ、それによって上記爆発の危険の発生を回避することができたものであるから、被告人は、水抜き作業の意義や必要性等に関する情報を、本件建設会社の施工担当者を通じ、あるいは自ら直接、本件不動産会社の担当者に対して確実に説明し、メタンガスの爆発事故が発生することを防止すべき業務上の注意義務を負う立場にあった」ことを認め、被告人の過失を認めた。

本決定の特徴は、注意義務判断において、本件温泉施設の設計という被告人の立場を基に、被告人がガス爆発を防止するためにはいかなる措置を講じるべ

235) 最決平成28年5月25日刑集70巻5号117頁。本決定の評釈としては、岡部雅人「判批」愛媛法学会誌 第43巻 第1・2号 143頁以下、北川佳世子「判批」法学教室 第433号（2017年）68頁、古川伸彦「判批」『平成28年度重要判例解決』有斐閣 2017年 162頁以下、前田雅英「判批」捜査研究 第787号（2016年）67頁以下、松宮孝明「判批」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 刑法 No. 144（2017年）文献番号 z18817009-00-071141466、同 法学セミナー第747号（2017年）125頁。更に大塚裕史「結果の予見可能性と因果経過の予見可能性——渋谷温泉施設爆発事件事最高裁決定を契機として——」井田良ほか編『山中敬一先生古希祝賀論文集 [上巻]』所収 成文堂 2017年 505頁以下、杉本一敏「『因果関係の基本的部分』の予見可能性について——渋谷温泉爆発事件事決定を契機に——」刑事法ジャーナル 第50号（2016年）4頁以下、山本紘之「結果回避義務について」刑事法ジャーナル 第50号（2016年）27頁以下を参照。

きであったかの検討に、重点を置いていることに見出される。この点は、行為者の注意義務の内容を決定するにあたって、行為者の役割に着目し、そして役割の内容を決定するために行為者の職務内容や契約内容を考慮するものと表現することも可能であろう。

また旅客を乗せた高速バスを運転していた被告人が、雨中の高速道路の走行中に発生した（部分的）ハイドロプレーニング現象によって当該バスを転覆させて乗客などに死傷させた事案につき、大阪高判昭和51年5月25日刑月8巻4・5号253頁は、被告人の当該行為に対する過失犯の成立を否定した²³⁶⁾。大阪高裁は、被告人が「湿潤した路面が…すべりやすい状態になり得ること」というスリップ現象（「第一の場合」）に関する認識を有していたのか、それともハイドロプレーニング現象（「第二の場合」）による「極度にすべり易い状態が生じ得ること」に関する認識を有していたことが考えられるが、本件においては「第二の場合」が問題となっていることを確認した後に、被告人の認識内容およびこれに基づき認められる結果の予見可能性の有無を判断するために、以下の諸事情を挙げている。第一に、本件事故は、日本道路公団や運輸省陸運局、京都府警の合同調査会議では原因不明とされたが、その後の科学警察研究所交通部の調査によって初めて、ハイドロプレーニング現象によるものであったことが解明され、このことが報道機関を通じて広く一般の自動車運転手に知られるようになった。第二に、行為当時本件事故現場付近が非常に滑り易いということは、警察や日本道路公団などから公表されておらず、被告人の勤務していた会社からも自主規制や特別の指導がなされていなかった。そして第三に、本件事故現場の制限速度は、本件事故後に時速100kmから80kmに変更された（被告人は事故現場でバスを時速約100キロメートルで走行させていた）。これらの諸事情を考慮した上で、大阪高裁は、本件事故の原因となったハイドロ

236) 本判決の評釈としては、勝山國太郎「ハイドロプレーニング現象による事故」別冊ジュリスト 第94号（1987年）238頁、同「ハイドロプレーニング現象による事故」別冊ジュリスト 第152号（1999号）232頁、西原春夫「ハイドロプレーニング現象と過失」判例タイムズ 第345号（1977年）頁がある。

プレーニング現象を「自動車運転手一般」とりわけ事故の発生した高速道路を走行させる「高速バス運転者一般」は予見可能性することができなかったとして、被告人に無罪判決を言い渡した。

本判決は、被告人の予見可能性判断に際して自動車運転手および高速バス運転手一般を基準人として設定し、この基準人に結果の予見可能性が認められるのかによって、被告人の予見可能性判断を行っている。そして行為当時の基準人の予見可能性の有無を判断するために、基準人の行動やこれにかかわる行政規則などを内実とする上記三つの諸事情を考慮しているといえる。

更に行為者の過失判断にあたって契約内容に言及したものとしては、大判大3年11月25日刑録20輯2254頁がある。本件は、製糸工場の煙突火災につき、工場主と煙突の掃除に関して雇用契約を結んでいた被告人に、失火罪が問われた事案である。被告人は雇用契約に基づき5日毎に煙突の掃除を行うことになっており、煙突の火災が被告人の掃除の4日後に発生した。大審院は、被告人の負担すべき危険予防の責任は、雇用契約によって定まるとし、この契約内容を踏まえた上でなければ、被告人に対して火災当時にその危険の除去を求めることはできないと判示した。被告人の注意義務の内容を決定するにあたって重要な社会的な要素といえる被告人と雇用者と間の上記雇用契約の内容からは、本件火災の翌日に煙突の掃除を行うことは期待可能であるとすぎないと解される²³⁷⁾。

もっとも、就中結果回避義務の判断の基礎に基準人を据えることは、判例においてはかつてから認められてきたものであるという指摘がある²³⁸⁾。しかしそうであるとしても、なぜ判例が過失判断に行為者の立場に置かれた基準人を設定するのかは、従来学説によって説明されていない。この点について、本

237) 樋口（前掲註230）219頁は、行為者の注意義務の発生が「契約による引受けを根拠とする場合、危険の程度以外に引受けた範囲を考慮して注意義務の内容を定めることが考えられる」と指摘している。そして樋口は、本件につき、被告人の雇用契約の内容を踏まえると「常に煤煙の堆積に注意する義務はないと判示されている」と述べている。

238) 例えば、山本 刑事法ジャーナル 第50号 28頁。

稿の考察によると、基準人およびその行動を基礎とすることによって、特別知識や特別能力の投入義務の肯定および否定を説明することが可能であり、過失犯処罰としての投入義務の成立範囲を適切に画定することができるといえる。

VI 結 論

本稿の考察は、以下のようにまとめられる。

特別知識や特別能力を有する行為者の行為に投入義務の有無が問題となるあらゆる場合に、投入義務を肯定すること、逆に、これを全面的に否定することは、支持できない。前者は行為者の行為自由を不相当に制限し²³⁹⁾、後者は行為者を不当に優遇する形で免責する²⁴⁰⁾からである。

投入義務の問題解決としては、投入義務制限説が妥当である。同説の中でも、社会的諸要素を考慮する見解、とりわけ行為者の役割の内容によって、投入義務の成立および否定を説明する見解が支持されるべきである。その他の投入義務制限説は、投入義務の有無に関する判断基準を提供することに成功していないもの²⁴¹⁾と、その帰結が特別な知識や能力を有する行為者の行為自由を不当に制限するもの²⁴²⁾とに分けられる。

社会的諸要素を基礎とした諸見解の中でも、その特徴である常軌性判断によって、投入義務の肯定および否定を一元的に説明することが、投入義務の問題解決として適当である。そして学説を概観した結果として、役割理論が、その一元的説明に適していると考えられる。このように解すると、投入義務の有無は、行為者の有していた特別知識や特別能力が、行為状況における行為者の役割の担い手が獲得可能であったのか否かによって、決定されるべきである。この判断枠組みは、刑法の目的を予期の安定化、そして行為予期として刑法規

239) 上記Ⅱ.2. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号 20頁以下)

240) 上記Ⅲ.3. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第4号 27頁以下)

241) 上記Ⅳ.1. および3. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第4号 30頁以下および41頁以下)

242) 上記Ⅳ.2. (拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第4号 33頁以下)

範を理解することから演繹される²⁴³⁾。

このように投入義務の有無を判断するためには、第一に行為者の役割の内容を決定しなければならない。そのためには、行為者行為のその相手方との関係における典型的な特徴、行為者の職業や職務内容ならびに契約内容などが考慮されるべきである。第二に、役割の担い手が行為状況においてとったであろう行動を決定しなければならない。そしてこの行動をなすために行為者の特別知識や特別能力の投入が期待可能であるのか否かによって、投入義務の有無は決定される。役割の担い手の行動を決定するためには、行為者の役割の担い手が確信を有する行為である。したがって特別知識や特別能力の投入の成立範囲は、行為者の役割の内容および役割適合的な行動によって、決定されるべきである²⁴⁴⁾。以上の判断枠組みを用いれば、特別な知識や能力を有する行為者の注意義務を行為状況における役割に沿うものとして特定することができる。このことは、投入義務の肯定および否定を含んでいる²⁴⁵⁾。

最後に、残された課題とその克服につき一言しておく。

先ず本稿冒頭において述べたように、特別知識や特別能力の投入義務は、注意義務の一類型である。そのため、過失犯論一般といかなる関係にあるのかという点が問われる。例えば、過失の標準の議論である。本稿によると、基準人である役割の担い手は、行為状況およびそこに見出される社会的諸要素によって形成される。そして役割の担い手の行動によって、行為者の知識や能力の刑法上の重要性が、決定される。この考えは、判断基準と判断資料を区別するという点において、能力区別説²⁴⁶⁾と類似している。すなわち、行為者の役割および役割の担い手の行動は、注意義務を決定するための判断基準となり、その行動に必要な行為者の知識や能力は判断資料となる。

本稿の見解と能力区別説の理論的な枠組みにおける相違は、主に二つ存在す

243) 上記Ⅳ.4.(5).

244) 上記Ⅴ.1.

245) 上記Ⅴ.2.

246) これについては上記Ⅱ.1.(3).②（拙稿 関西大学法学論集 第67巻 第2号 15頁以下）を参照。

る。第一に本稿の注意義務の判断基準（役割の担い手という基準人）は、能力区別説の倫理的能力を有した「慎重な人」のように、個別行為者から独立したものではなく、行為状況や社会的諸要素によってその内容が変化する。第二に、本稿の注意義務の判断資料は、能力区別説の手段的能力のように行為者の有するもの全てではなく、先の判断基準によって選び出される。すなわち本稿によると、基準人の内容のみならず、過失判断に取り込まれる行為者の有していた知識や能力の刑法的重要性の有無も、社会的な諸要素を基に決定される。

もっとも本稿の考察は、専ら平均以上の知識や能力を有する行為者を念頭に置いたものである。それゆえ、本稿の見解を過失の標準に落とし込むためには、見解の相違が事例解決に現れる²⁴⁷⁾、いわゆる引き受け過失が問題となる平均以下の知識や能力を有する行為者の過失判断にも利用可能であるのか否かを検討しなければならないであろう。

更に、過失犯の成否が問題となる諸事例を、例えば交通事故、企業災害や医療過誤のようなカテゴリーに分類して考察する場合、本稿の提示した判断枠組みがそれぞれのカテゴリーにおいてそのまま利用可能なのか否か、あるいは一部修正を要するのか否かは、なお検討されなければならない。

そして医療のように専門性によって業務が細分化されており、かつ研究と臨床において情報量に差が生じることがありうる領域においては、行為者の役割や役割の担い手の行動を決定することは困難になるであろう²⁴⁸⁾。また医療慣行と医療水準が意思の責任を検討する際に重要な役割を果たしているのは周知のとおりである²⁴⁹⁾。このような医師の刑事責任を巡る議論にみられる特性を踏まえて、本稿の行為者の役割を用いた判断枠組が医療過誤の事案に利用可能

247) このように指摘しているのは、松生光正「過失犯と客観的帰属論」現代刑事法第4号（1999年）26頁。

248) 樋口 刑事法ジャーナル 第39号 55頁註(38)は、「注意義務の発生根拠の義務内容への影響が大きく問題になるのは、医療過誤でないかと推測される」と述べている。

249) 我が国におけるこの議論に関しては、例えば萩原由美恵「医療過誤における刑事責任の限定」中央学院大学法学論集 第24号1・2号（2011）年 123頁以下、船橋法学研究論集 第38号 99頁以下、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ（序論 医療過誤）』成文堂2014年 411頁以下および422頁以下などを参照。

過失犯における特別知識と特別能力の考慮について（3・完）

であるのかは、更なる検討を要する。そのためには、第一に、医師の治療に対する過失犯の成否が争点となった判例および裁判例に関する研究が必要となるであろう。