

日本過失犯理論之發展及其現代之課題

—大規模事故及刑事責任—

陳運財譯*

目 次

壹、問題之所在	一、管理過失・監督過失之意義
一、結構型災害及刑事責任	二、管理監督過失之兩種類型
二、日本之大規模事故及刑事責任	三、安全體制之確立義務
三、事故之諸類型及過失犯理論之發展	四、管理監督過失及不作為犯
貳、過失犯理論之發展	五、風險系統之架構責任
一、舊過失論	六、判例上之管理監督過失
二、新過失論	肆、管理監督過失論之理論上及刑事政策上的
三、危懼感說（新新過失論）	課題
四、舊過失論之再生	一、管理監督過失論之理論上的課題
五、作者個人之見解	二、管理監督過失論之刑事政策的意義
參、管理・監督過失論之發展	

* 日本神戶大學法學博士，東海大學法律系暨法研所副教授

本文係精研刑法過失犯理論之日本學者山中敬一教授於一九九五年十一月七日蒞東海大學演講之原稿，經徵得山中教授之首肯，全譯如下，以饗讀者。戰後日本高樓大廈火災及瓦斯爆炸等所謂之都市型災害以及公害、食品中毒事故相繼發生，對於這些大規模事故，日本之學說及實務究竟如何探究其刑事過失責任，其界限何在，應以何種理論來賦予過失犯處罰之根據等，議論之動向及所面臨之課題，在國內重大意外事故頻仍的現在，特別值得我們重視和參考。

壹、問題之所在

一、結構型災害及刑事責任

隨著科學技術之發達，不僅是對人的生命或身體，對於環境造成嚴重災害之大規模事故亦逐漸增加。工廠、鐵路之營運，食品、藥物之製造販賣，化學物質之生產、排放，高樓大廈之火災以及瓦斯爆炸等所謂之都市型災害、公害或食品中毒事故，並非是偶發之災害，若是以長遠之歷史觀察，這些均是個個企業在追求利潤之經濟成長優先政策下所引發出來之「結構型災害」，而我們正處於此種災害頻仍之危險時代中。在此一危險社會中，因個人之小過失，經由制度或設備內風險系統之結構，導致造成損害之擴大，剝奪多數生命及傷害之事故日漸增多。對於這些大規模事故，如何追究其刑事過失責任，其界限何在？又應以何種理論來賦予過失犯處罰之根據等問題，近些年來，是日本過失犯理論的重要課題。

為提供比較法上之參考，以下即從歷史沿革之角度，介紹日本之刑事實務及理論對於大規模事故如何處理，並檢討目前過失犯理論所面臨之課題。

二、日本之大規模事故及刑事責任

1. 列車事故

日本於戰後之1950年代初期開始，首先，因列車事故造成多數乘客死傷之事故頻傳。關於此種事故，除了業務上過失往來危險罪之規定外，業務過失致死罪是否成立是爭論之問題。當時，被大幅報導之事故有「櫻木町事件」（1951年4月26日發生，（註一））、「參宮線事件」（1956年10月15日發生，（註二））及「三河島事件」（1962年5月3日發生，（註三））等事件。上述之三事件所具有之共通點在於，均屬肇因於施工者、車站職員及列車駕駛員等之過失相互競合，所引發重大之事故。其中，關於櫻木町事件及三河島事件並有最高

（註一） 最決昭和35・4・15刑集14卷5號591頁。

（註二） 津地判昭和38・5・15判時344號5頁

（註三） 最判昭和48・4・17判時701號115頁。〔第1審〕東京地判昭和40・5・27判時416號3頁。

法院之判例存在。當時，此種過失之競合——亦即，因某人之過失致發生第一次之結果（第一次事故），之後再累加上他人之過失的介入而發生第二次的結果（第二次事故）的情形——應如何處理，為爭論的問題所在。當時，實務上之判例即已指出，過失之競合有「同時競合之類型」以及「累加競合之類型」（註四）。因此，有關這些列車事故之過失競合問題的處理，可謂是處理涉及多數人之過失犯問題的第一步。

2. 車輛交通事故

而進入1960年代後，交通事故成了嚴重的社會問題，在此一社會背景下，「容許之危險」或「信賴之原則」的法理受到重視及研究，日本之過失犯理論有了飛躍性的發展（註五）。另外，補充說明的是，在1968年，為了有效應付發生頻仍之交通事故，業務過失致死傷罪的法定刑由有期徒刑之「禁錮3年」提高為「懲役5年」。

3. 食品事故

1955年以西日本為中心，發生了飲用奶粉之嬰兒呈現下痢嘔吐症狀之集體中毒事件。稱為「森永奶粉事件」。對於因企業製造販賣之食品所引發之大規模中毒事故，能否有業務過失致死傷罪之適用問題，本案是最早之先例，且對於之後過失犯理論之發展產生很大的影響。在此一事件中，因森永乳業德島工廠所製造之奶粉中參雜有多量之砒素，致使飲用之嬰兒發生砒素中毒。在德島工廠，作為奶粉安定劑之第2磷酸蘇打係由某產業公司購入，而於該事件發生前所購入之第2磷酸蘇打，其包裝之容器雖有「第2磷酸蘇打」之字樣表示，惟實際上卻是含有多量砒素之粗劣特殊化合物。就此一事件，森永乳業之德島工廠長及製造課長均以業務過失致死傷罪被提起公訴。第一審判決兩人無罪，之後，第二審判決撤銷原判決，發回德島地院。對此，被告上訴最高法院，被駁回，二審判決確定，本案重回德島地院審理。最後，於事故發生後之第18年，1973年德島地院作出判決，判決的結論

（註 四） 最決昭和35・4・15刑集14卷5號598頁。

（註 五） 此一時期，關於過失犯之論文集，參照「過失犯」(1)(2)（日沖憲郎博士還曆祝賀）(1966年)。

是，製造課長有期徒刑 3 年，工廠長無罪（註六）。此一事故之刑事責任部分終於解決。

就過失理論之層面而言，此一事件中，特別是，行為人對於粗劣製品之購入、中毒事故之發生以至於有死傷者產生之因果經過及結果間，須有何種程度之「予見可能性」的問題，以及此種企業間之交易中，對於交易對方的行動有無「信賴原則」之適用的問題，引發了學界的討論（註七）。本案是日本刑事法學首次面臨之所謂大規模災害「未知事故」之過失責任問題的事件。

4. 「集體醫療」之醫療過誤

之後於 1970 年代末期，擴大信賴原則之適用範圍的重要領域中，值得注意的是「北大電氣手術事件」之判決（註八）。此一事件中，構成集體醫療之醫師與護士間有無信賴原則之適用係爭論的焦點。1970 年，北海道大學醫學部附屬醫院對一名幼兒實施電氣手術之治療，此項手術除了一名開刀之被告醫師外，另有三名醫師作為助手參與，再加上三名護士及一名麻醉醫生所組成之醫療隊伍負責實施。電氣手術是將「對極板」附著於患者之腳部，使高頻率之電流通過患者全身之回路，而利用回路中高度之電阻所產生的高熱來切割身體組織。然而，護士中之一人卻將電氣手術之一端與對極板之電線誤接，因對極板產生高熱致使患者之下腿部產生不得不加以切斷之灼傷。負責執刀之醫生以及該名護士二人被論以業務過失致傷之罪責。

對於該名護士之過失，醫師是否應負監督責任，或者是認為有信賴原則的適用，是本件之論點。本事件與交通事故中「個人模式」之信賴原則的適用不同，係屬於加害者相互間，亦即，「複數人模式」乃至於「組織模式」之信賴原則的適用

（註 六） 德島地判昭和 38・10・25 下刑集 5 卷 9 = 10 號 977 頁、高松高判昭和 41・3・31 高刑集 19 卷 2 號 136 頁、最 1 小昭和 44・2・27 判時 547 號 92 頁、德島地判昭和 48・11・28 刑月 5 卷 11 號 1473 頁。

（註 七） 本判例之評論，參照井上祐司・ジュリスト 569 號 107 頁、內田文昭・判夕 309 號 102 頁、福田平・判例評論 186 號 34 頁、西原春夫・ジュリスト 552 號 30 頁、三井誠・ジュリスト 552 號 36 頁、中義勝・ジュリスト 565 號 136 頁、板倉宏・判時 721 號 3 頁、法時 46 卷 2 號 83 頁、藤本英雄・警察研究 45 卷 3 號 3 頁。

（註 八） 札幌地判昭和 49・6・29 判時 750 號 29 頁、札幌高判昭和 51・3・18 高刑集 29 卷 1 號 78 頁（判夕 336 號 172 頁）。

問題，故引發學界間之議論（註九）。第一審否定監督責任之存在，判決該名醫師無罪。第二審亦否定醫師之監督責任及結果之預見可能性，認為有信賴原則之適用。

5. 大規模火災事故

之後，於1970年代，旅館、百貨公司等大規模火災之發生造成多數市民死亡之事故頻仍，而關於這些事故之法院判決於1980年代起相繼出現，對過失犯理論產生了很大的影響。在日本，1970年代是高度經濟成長的弊端在多數之場合上顯露出來的年代。當時之日本，經濟成長列為最優先考量，為了扶植企業，個人之生活或環境被抑制於後，企業採取營利優先政策，為了追求利潤而犧牲了安全。其中，最重大之侵害，莫過於公害之頻頻發生以及其所導致之龐大損害，特別是多數人員的傷亡。不僅止於環境破壞及公害問題，欠缺防災設備之建築物火災所造成之多數死傷，以及造價便宜之地下鐵施工現場的瓦斯爆炸等事故亦釀成了很多所謂的「都市型災害」。

其中，公害事件發展成刑事案件者有，從窒素水俣工廠所排放出來的有機水銀殘存於魚介類中，導致攝取此類魚介之多數人（含胎兒）死傷之「水俣病刑事案件」（註一〇）。還有，瓦斯爆炸事故之刑事案件有，1970年4月地下鐵工地現場發生瓦斯爆炸造成79人死亡、380人受傷之「天六瓦斯爆炸事故」（註一一）。關於大規模之火災事故，最近，最高法院所作出之四件判決特別重要。計有川治王子飯店火災事件（註一二）、千日大樓火災事件（註一三）、大洋百貨大樓火災事件（註一四）以及新日本飯店火災事件（註一五）。在這些火災事件中，追

（註九） 特別是，參照米田泰邦「醫療における未知の事故とチーム醫療における醫師の刑事責任（上）（下）」判タ315號19頁以下、316號49頁以下。

（註一〇） 最決昭和63・2・29刑集42卷2號314頁。

（註一一） 大阪地判昭和60・4・17判時1165號28頁、大阪高判平成3・3・22判時1458號18頁。關於第一審判決，參照山中「ガス爆發事故と刑事責任」ジュリスト840號26頁以下。

（註一二） 最決平成2・11・16刑集44卷8號744頁。

（註一三） 最決平成2・11・29刑集44卷8號871頁。

（註一四） 最決平成3・11・14刑集45卷8號221頁。

（註一五） 最決平成5・11・25刑集47卷9號242頁。

究經營業者之最高負責人之過失責任，並宣告判處徒刑之最早的先例，是1985年之「川治王子飯店火災事件」的第一審判決（註一六、一七）。此類大規模火災之特徵在於，不是失火的直接原因不明，就是因投宿旅客就寢時抽煙不慎或大樓內部施工時因某種原因引發火警；而且防災門未關閉、防火計劃未預先建立、未進行防火訓練或未設置自動噴水設備，以及其他未為適當之誘導逃生避難等之原因，更使火災擴大，造成多數人員來不及逃避而喪生之事故型態。在此，不僅是造成直接失火原因之人的過失責任，經營者或中層管理幹部之管理監督過失更是追究的焦點。歷來，當某一組織體惹起事故造成損害時，刑法首先即論處直接行為人之過失責任，至於上層人員之責任則多半不受追及。而因上述火災事故之發生，上層人員之過失責任的追究成為重要的課題。

三、事故之諸類型及過失犯理論之發展

根據以上之檢討可知，在日本，關於複數人員間之過失競合的事件，首先，①以列車事故為中心，在「同時的・並列的過失競合類型」以及「累加的過失競合類型」中，判斷有無過失責任是問題所在。其競合型態的特徵是，各個過失彼此之間係對等地競合。在此，「予見可能性」及「相當因果關係」是主要之論點。②同樣地，森永奶粉事件中，「結果之予見可能性」是重要之論點。於此事件中，試圖對於難以具體予見之事項的「予見可能性」，探索理論上有無將其概念擴大之可能；相反地，為了限定行為人之過失責任，理論上，「信賴原則」不僅止於交通事故中加害者與被害者之間，在「加害者相互間」是否亦有其適用，亦被深入的討論。③在北大電氣手術事件中，複數之參與者組成隊伍形成所謂「集體醫療」，其中，關於角色、權限及義務之分擔比較明確的案件，認為其最高責任者具有「監督責任」而成立過失犯之理論，與能否相互信賴其他參與者會採取適當之行動，而適用所謂的「信賴原則」以否定過失犯之成立的理論，發生衝突。還有，④大規模之火災事件，除了直接之失火原因外，另因建築物之管理者乃至於所有者「違反確立安全體制之義務」而使風險源之危險擴大，導致重大損害之案件中，逐漸論及該管理者乃至於監督者對於設備及人之「管理監督過失」。亦即，歷來之過失責任實際上僅限

（註一六） 宇都宮地判昭和60・5・15判時1154號68頁。

（註一七） 關於本判例，容後詳述。

定於直接之違反義務者，而爲了追究在其背後作爲「管理監督者」之上司乃至於組織之負責人的過失責任，「管理監督過失論」之理論開始發展。

接著，即依尋此項過失理論之發展沿革，舉出其各個理論之特徵如下。

貳、過失犯理論之發展

一、舊過失論

傳統上，過失與故意同是責任之要素，定位於責任論之領域。因此，視過失之本質爲，行爲人因「欠缺意思之緊張」以致不注意之一種心理狀態，此一見解稱爲「舊過失論」或「傳統之過失論」（註一八）。此項見解，在當時係屬於以故意犯爲中心架構犯罪論之體系，過失犯論反而被視爲「繼子」相待的時代，故在此背景下，過失與故意並列，同是主觀的心理狀態，屬於責任的要素。所謂過失，是違反注意義務，而注意義務之違反係由結果予見義務之違反以及結果迴避義務之違反所構成。根據此項見解，過失被視爲是責任問題，故過失之主要內容乃著重於行爲人具有予見可能性，卻違反其「予見義務」之問題上；故意犯與過失犯兩者在構成要件及違法性之領域層面並無差異，過失之有無，於責任之領域中始成問題。當結果發生，而行爲與結果之間若有因果關係者，則可肯定構成要件該當性及違法性，過失之有無，乃於責任論之階段判斷之。

二、新過失論

相對地，認爲過失犯不應於進入責任論中始予討論，於違法論乃至於構成要件論之階段，過失即屬問題之見解，稱爲「新過失論」。新過失論之出現，顯然是受到目的行爲論的影響，依據目的行爲論之見解，故意之問題，不應等到責任之領域始予探討，故意無寧是構成要件乃至於實現不法之意思，是違法論中賦予行爲無價值獲其憑據之重要的主觀要素（主觀之違法要素）。與其並行的，若有因果關係及

（註一八） 關於新舊過失犯之論爭，參照藤木英雄編著『過失犯 新舊過失犯論爭』（1980年）。

結果之發生，則過失亦屬違法之要素，而不應僅於責任中檢討過失之有無，行為人若已盡「社會生活上必要之注意」義務者，行為無價值將被否定，本身即不存在不法之過失。因此，可謂過失在違法論中亦屬具有重要意味的要素。

在舊過失論之下，表示心理狀態之「予見可能性」是構成過失概念的核心；相對地，於新過失論中，因認為過失係屬於違法乃至於構成要件之問題，故強調「行為」的層面。因此，認為過失之核心是存在於行為人未採取適當之行為以迴避結果之發生，竟採取不注意之行動的「行為」本身。亦即，與結果之「予見義務」相比，無寧是結果之「迴避義務」於過失犯之要件中具有較重要的意義。它是客觀的，非主觀的。如此，構成要件・違法階段之過失，係以一般人為標準，判斷其予見可能性及迴避可能性之「客觀的過失」，而進一步為了賦予過失犯之非難可能性，於責任階段，以行為人本人為標準判斷結果之予見可能性及迴避可能性的「主觀的過失」亦須同時存在。因此，於新過失論中，過失之概念雙重地使用，「客觀的過失」是在構成要件、違法論之階段中；「主觀的過失」則於責任階段，認為過失係具有雙重體系之地位的見解，日漸增多。

再者，新過失論亦可說是用來處理日漸增多之交通事故的理論。這是因為將過失犯論引進違法性之階段後，若行為人有遵守注意義務，縱使不幸發生結果，則不僅不具責任，本已非屬違法。亦即，無過失之惹起結果即為可「容許之危險」；只要行為人有盡到社會生活上必要之注意，縱使因事故致生法益侵害之結果，亦可認為不違法，而無須像從前一樣負擔嚴格之過失責任。此項見解，有助於使日益大量且高速化之交通實現順暢且有效率之目的。1966年，最高法院判決於道路交通事故中，首次適用「信賴原則」（註一九），認為被害人之不注意實質上有可能否定加害人過失之成立。

三、危懼感說（新新過失論）

1960年代後半，於多數公害事件之民事裁判中，已認識到「因果關係」或「過失」之認定的困難；又如同前述之「森永奶粉中毒事件」（註二〇），經驗上

（註一九） 最判昭和41・12・20刑集20卷10號1212頁。

（註二〇） 於森永奶粉中毒事件之判決中，明顯地採取危懼感說的有，第二審判決（德島高判昭和41・3・21高刑集19卷2號136頁）以及撤銷發回後之第一審判決（德島地判昭和48・11・28刑事裁判月報5卷1號1473頁）。德島地方法

對於災害發生之因果歷程的知識仍未確立，故如何思考此種「未知事故」發生之予見可能性，係問題所在（註二一）。此一事件促使了將予見可能性之概念予以從寬解釋之理論的產生。亦即，所謂的結果予見可能性之概念，無須像從前一樣將其解釋為以「因果歷程的基本部分」乃至於「因果關係之概要」之予見可能性為必要（註二二）；而是行為人只要有結果發生之漠然的不安感或危懼感即為已足，此一看法稱為「危懼感說」。

然而，危懼感說並非僅是關於放寬予見可能性概念之理論，更基本的是涉及過失犯整體構造之理論。首先，危懼感說明顯地認為過失之核心，在於「違反結果之迴避義務」，予見可能性只不過是擔負次要的角色而已。因為，所謂過失，是指行為人有違反道路交通法等取締法規之行為，應迴避結果之發生卻不迴避之「有懈怠之行為」而言。因其是「違反行動準則」之行為，故行為人是否有採取迴避結果之行動乃具有重要之意義，至於予見可能性則較不重要。因此，根據此一理論，「行為無價值」才是過失犯之核心，過失責任之追究，只要行為人對於結果之發生具有「危懼感」之意義下的「予見可能」，即為已足。

危懼感說，在理論上，同時也衍生了另一主張，即所謂之「企業組織體責任論」（註二三）。依企業組織體責任論之見解，「於企業災害中，並非僅是將分擔企業組織體一部分活動之個人行為予以分別觀察，藉以判斷其有無可罰之違法行為，而是應先將企業組織體之活動予以整體觀察把握」、「接著，著眼各個行為人在該組織體之活動中所擔負之角色，檢討其行為之可罰性」。亦即，此一理論並非將過失視為是意思之緊張，而是視為客觀上違反迴避結果之行動準則的一種狀態；對於企業組織體之活動，亦得設定行動準則之違反，故可見其理論是根據危懼感說之見解所導出的。

院認為，「予見可能性，並不以具有能預測具體之因果關係之可能性為必要；雖無法特定係何種事項，但只要具有某種危險之發生不能全部加以忽視之程度，即為已足」。

（註二一） 米田・前掲（注九）論文・判タ 316 號 52 頁以下參照。

（註二二） 要求須有「因果歷程之概要」之預見可能性者有，東京地判昭和 47・6・24 判時 675 號 107 頁。要求須有「因果關係之基本部分」者有，北大電氣メス事件第 2 審判決（高刑集 29 卷 1 號 78 頁）。

（註二三） 倡導此項理論者為板倉宏教授，參照板倉『現代社會と新しい刑法理論』（1980 年）44 頁以下、86 頁以下。

對於危懼感說，不僅是舊過失論者，新過失論者亦施以激烈的批判，其結果直至今日，僅存少數之支持者。批評之理由：第一，以「違反結果迴避義務」之觀點將過失之本質視為是「違反客觀之行動準則」的見解，無異於是認為一有違反行政取締法規之行為即有過失，顯然過於偏重行為不法之「行為無價值論」，將導致過失犯處罰範圍的不當擴大。第二，若放寬結果予見可能性之概念，以漠然之「危懼感」即為已足，則一有事故發生均可肯定行為人具有危懼感，近乎結果責任，將使責任主義流於空洞化（註二四）。另一方面，對於企業組織體責任論，則有如下之批評：亦即，為何能將企業組織體之活動視為一體來加以掌握，刑法理論上之根據何在，仍未交代清楚；而且，要在企業組織體內部確認出某一個人的責任，與直接檢討個人之行為與結果之間有無歸屬關係，同樣困難。苟非如此，則此項理論，在立証上，顯然採取企業組織體內部一定有誰應該負責之前提，這無異是意味著將被告「推定有罪」。

四、舊過失論之再生

在上述之過失犯理論的動向中，就一般之刑法理論而言，因學說上批判行為無價值論而標榜結果無價值論之見解，逐漸有力發展，故關於過失犯，反而有將過失回歸責任之領域，基於結果無價值論之立場以堅持舊過失論之見解，再次生氣盎然（註二五）。然而，此一結果無價值論之復活本身，理論上，並無新意。其中，視過失犯為「實質地不被容許之危險」的見解（註二六），雖然使人感覺到又有一新的過失論的萌芽，但其提唱者仍未將此一理論予以明確地體系化。

五、作者個人之見解

就過失犯論而言，吾人基本上是從舊過失論出發，試圖提供新的過失構造論。而其出發點，係對於新過失論所提唱之「構成要件・違法」階段中之「過失」，亦即，「違反注意義務」之內容為何，具有何種意義，抱持著疑問而來。

於故意犯中，因實行之著手，實行行為開始，而實行行為係由故意所支撐著：

（註二四） 三井誠「予見可能性」前掲・藤本編著『過失犯』144頁以下參照。

（註二五） 參照井上祐司『行為無價值と過失犯論』（1973年）33頁以下。

（註二六） 平野龍一『刑法總論Ⅰ』（1972年）104頁。

相對地，於過失犯中，相當於故意之主觀要素並無必要，新過失論及新新過失論所說之客觀上有懈怠的行為（行為之風險性），正意味著結果發生之事前的風險（製造風險關連），而經由此一被製造之風險，於事後實現了結果（實現風險關連），據此，關於構成要件・違法階段之過失犯的檢討，應為已足。基於此種問題意識，新過失論所討論之「客觀的過失」，其實無非是客觀歸屬論中之「製造風險」的問題，可以將其還元於「客觀歸屬論」中（註二七）。

吾人當時即已論証主張，主觀的過失本來應置於責任之階段，以個人之予見可能性及個人之迴避可能性作為其責任非難之根據。所謂客觀的過失，應可歸由「客觀歸屬論」予以解決，而不具意義。客觀歸屬論，原則上，是由事前判斷之「製造風險關連論」及事後判斷之「實現風險關連論」所構成（註二八）。其中，「製造風險關連論」正是歷來過失犯所主張之「客觀之違反義務行為」（註二九）。而且，過失犯之實行行為，並非光有事前製造風險之行為即可認定其存在，定要因其製造之風險，事後具體地發展成現實之風險者，始能回溯地將其評價為實行行為（註三〇）。因此，製造風險之行為尚不足以賦予過失犯不法之根據，惟有當其產生具體之風險時，始具備過失犯之「風險無價值」（註三一）。而進入此項具體風險階段之實行行為和結果之間具有實現風險之關連時，客觀上該結果將可歸屬於該行為，而使過失犯之「結果無價值」獲其依據。

（註二七） 山中『刑法における因果關係と歸屬』（1984）291頁以下參照。

（註二八） 有關筆者個人之客觀歸責論，參照山中「危險創出連關の構想について」法學論集43卷1=2號395頁以下、山中「危險實現連關論の理論的基礎」法學論集45卷2=3號〔未刊〕其概要，參照山中（淺田・齊藤・佐久間・松宮共著）『刑法總論』（1993年）74頁以下。

（註二九） 山中『刑事法入門』（1994年）184頁以下參照。另外，在德國學者亦採同樣之見解，參照（Roxin, *Strafrecht AT*, Bd. 1 2. Aufl., S. 892）。該論著之註15中有引用筆者以德文發表之論文內容（Yamanaka, *Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels*, *ZStW* 102, S. 928 ff.）。

（註三〇） 關於故意犯實行之著手，參照 vgl. Yamanaka, *Versuchsbeginn im japanischen Strafrecht*, Hrsch/Weigend(Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, S. 111 ff..

（註三一） 討論過失犯實行之著手之論著，參照山中「過失犯における『予見可能性』と『實行行為』」刑法基本講座〔第2卷〕。

吾人認為，藉由此一新的過失構造論的展開，可以提供較周延之理論以根本解決過失犯問題所生之新的現象。

參、管理・監督過失論之發展

一、管理過失・監督過失之意義

管理・監督過失論之產生，與舊過失論、新過失論乃至於危懼感說均無關係，係實務上爲了追及組織體內部上層者之過失責任而架構的理論。因此，其「理論化」尚未十分充足，可謂仍處於形成途上之理論，關於其意義或理論架構，仍有很多問題理論上有待解決。

所謂管理過失，係指對於構成風險源之物或設備的管理，負有責任者之過失而言。相對地，監督過失是，對於他人之行動負有監督使其不爲不適當行動之責任之謂。惟實際上，例如，建立防災計劃、設置自動噴水設備以及進行消防訓練等防火之「安全體制確立義務」（風險系統架構責任）（註三二），整體而言，有時是併存著對物・設備及對人之責任，故此一概念上之區別並非是絕對嚴密的。

二、管理・監督過失之兩種類型

關於管理過失，一般又可分爲下述兩種類型（註三三）：一是，管理者對於風險源現時即將侵害法益之際所負之防止義務。例如，有人飼養之狗即將咬人時，阻止其發生之義務；另一是，爲了確保物、設備或動物等「風險源」之安全，預先有實施防止結果發生之措施的義務而言。例如，於旅館之走廊或客房內預先設置自動噴水設備之義務。前者之管理過失，是以風險源所生之風險已達具體之危險狀態時的防止義務爲其內容。後者，風險源所生之風險仍僅止於製造風險之階段的管理過失。

監督過失一般亦可分爲兩種類型：一是，在風險發生當時，因爲對於直接過失

（註三二） 參照石塚章夫「監督者の刑事過失責任について」(1)判時 945 號 4 頁以下。

（註三三） 參照山中「西ドイツ刑法における監督責任論」『法と政治の理論と現實』（關西大學百周年記念論文集）〔上卷〕（1986年）442 頁以下。

行爲人之行動未施以適當之監督，致有結果發生之危險者之監督過失。例如，手術時，因醫師對於護士之行動未爲適切之監督，致使病患死亡者即其例；另一則是，監督者因未預先適當地實施人員或直接行爲人之訓練等措施，導致於別的原因所產生之風險狀態中直接行爲人無法正確行動時之監督過失。例如，在多數大樓火災中可見，因爲監督者並未預先適當地選任行爲人或實施訓練，致有人被燒死之情形。在此，比較有問題的是第二種類型，上層部之監督過失以屬於此種類型者居多。

再者，因爲監督過失是以直接行爲人之過失行爲做中介項，故與過失之共犯成立與否之問題亦有關連。但是，對於否定過失之共犯成立的德國學說及日本之通說而言，提及此一問題是多餘的。相對地，對於肯定過失共犯之少數說而言，則爲必須解決的問題。況且，縱使不將過失共犯論擺在前面，在考察監督過失之「處罰根據」時，與所謂之「共犯之處罰根據」論平行地解釋此項問題的重要性，亦不容忽視。亦即，可以想像的是，監督過失責任是以監督之懈怠本身做爲處罰之根據；或者是與通常之過失相同，應以最終結果發生之予見義務的違反・迴避義務的違反做爲處罰之根據？於理論之模式上，可能有此不同之解釋（註三四）。

三、安全體制之確立義務

特別是，關於上述第二種類型之監督過失，一般是與管理責任同時定位於「安全體制確立義務」之中。因爲，以人之危險行爲爲中介項之監督過失和以危險之物做爲中介項之管理過失，並非個別地發生在完全不同的場合，實際上兩者經常均屬以整體之風險複合體中的一個因子同時存在。

而此一違反安全體制確立義務之過失的特徵，無疑的，和製造瑕疵汽車之製造物責任類似，在開始違反義務之時點下，只有結果發生之抽象的風險存在，之後在因別的直接原因所生的具體風險狀況下，該風險逐漸具體化；而其違反義務之狀態，至結果發生之時點爲止始終持續存在。

四、管理・監督過失及不作爲犯

判例於認定管理・監督過失之有無時，有些將管理監督過失明確地架構成「過

（註三四） 在德國，關於違反「秩序違反法」第130條所定之監督義務之本質，有此兩種見解之對立。參照山中・前揭論文（註33）408頁參照。

失之不作為犯」(註三五)，而且近年來學說上，將其解釋為不作為犯，乃有力之見解(註三六)。吾人早期曾為文介紹指出，德國之監督過失論是在不作為犯中被討論，當時態度雖有所保留，但較傾向於不作為犯說(註三七)，之後直至現在，個人已明確採「作為犯說」(註三八)。

不作為犯說認為，管理者未在旅館之走廊設置自動噴水設備，是一種「不作為」，故僅具有保證人地位之人負過失責任，在此一意義下，將其架構成不作為犯的話，較能限定過失責任之範圍。反之，若將未設置自動噴水設備狀態下之營業「行為」架構成「作為」，則該項作為於火災發生之好幾年前即開始持續存在，其過失行為與法益侵害之間顯然距離太遠(註三九)。

在此，再度思考管理監督過失中之第二類型。此種類型具有，由管理監督者事先製造出風險的狀況，之後因別的原因發生具體之風險，而導致結果發生之特徵。故若由此出發架構理論的話，可謂管理監督者事先製造出將來風險可能擴大的狀況，係實施了「風險擴大源之設定行為」(註四〇)。

關於不純正不作為犯之成立，並非不論行為之時間、場所或與法益侵害之危險距離有多長，均可成立不作為犯，而應該說是當「具體之風險狀態」已迫近之時

(註三五) 大洋デパートビル火災事件第2審判決(福岡高判昭和63・6・28判時1309號14頁)即採不作為犯說。參照山中「因果關係(客觀的歸屬)」中山研一・米田泰邦編著『火災と刑事責任』(1993年)78頁以下。

(註三六) 採不作為之立場者，林幹人『刑法の基礎理論』(1995年)98頁以下、石塚章夫「捜査・訴追および裁判上の立証」刑法雜誌28卷1號(1987年)38頁、松宮孝明「白石中央病院火災事件判決について」刑法雜誌28卷1號54頁以下。於例外之情形下採不作為之立場者，神山敏雄「ホテル・デパート火災致死傷事故の實行行為性」『火災と刑事責任』61頁以下。

(註三七) 筆者雖然於過去之論著中有傾向於不作為犯說，但並未明確表示。參照山中・前掲(註33)論文・442頁、山中「管理監督過失に関する西ドイツの理論狀況」刑法雜誌28卷1號95頁。至於，在「デパートビル火災と管理監督過失」法學教室129號93頁一文中，認為千日百貨大樓火災事件之負責人的實行行為係「不作為」。

(註三八) 山中・前掲(註35)論文85頁以下。

(註三九) 林・前掲書(註36)98頁以下參照。

(註四〇) 此一部分之詳細討論，參照山中・前掲(註35)論文88頁以下。

點，始有不作為犯成立之餘地。例如，當自己的小孩子即將在池塘溺斃之具體風險狀態發生時，不予以救助之父親始有成立不作為殺人罪之問題存在。相對的，某父親將獵槍放置於餐桌上而離家外出時，其小孩持該把獵槍玩弄，不慎將另一名小孩射殺之事例中，該父親應加以非難的並不是未把獵槍收藏妥當之「不作為」，問題是在於將危險物品放置於桌上之「作為」上。在此例中，未達具體風險狀態前之父親的行為，因尚未具有必須發動刑法規範加以制裁之具體風險狀態存在，故要求「作為」之規範不生作用，既然無法想像有任何所謂「作為」之要求，自然無由成立不作為犯。因此，在此種情形下，以具體風險狀態之發生與法益侵害結果間具有因果關係為限，應稱其為「作為」，一般而言，僅處於製造風險狀況之階段，理論上並無不作為犯之問題存在。

五、風險系統之架構責任

基於上述觀點，縱使有風險狀況之製造，而尚未達到具體之風險狀態時，例如，在未設置自動噴水設備之狀態下營業，而尚未發生客人亂丟煙蒂失火之情形，在此種階段中之「行為」並非不作為，而是作為；可謂是製造出風險狀況的「作為」。亦即，該建築物之結構乃至於設備內「系統之架構」所潛在的危險，是管理監督者所製造出來的；而且認定有製造風險系統之「作為」存在時，始得論處管理監督者「過失作為犯」之責任，故此項「作為」之認定，亦具有限定過失責任之意義，稱其為「風險系統之架構責任」。

六、判例上之管理・監督過失

因為時間上的關係，無法就上述四個判例均分別予以檢討，在此，僅以比較單純之「川治王子飯店火災事件」為例（註四一），檢討管理監督過失之問題點。

（事實） 昭和55年11月20日下午3時許，位於川治溫泉之川治王子

（註四一） 字都宮地判昭和60・5・15判時1154號68頁、東京高判昭和62・2・12判時1233號30頁、最決平成2・11・16刑集44卷8號744頁。關於包含此一事件在內之大規模事故之判例，以德文發表之論著，參照 Yamanaka, Umweltkatastrophen und Theorie der Aufsichtsfahrlässigkeit in der neuen japanischen Judikatur, Kansai University Review of Law and Politics No. 11 (1990), S. 85 ff.

飯店（係由五樓之舊館及二樓之新館併鄰，中間以通道連接之建築），因建築工人H使用瓦斯切斷機熔接鐵欄杆不慎，引發舊館女性澡堂附近失火，短時間內舊館內之通路部分即充滿濃煙，導致不及逃離之投宿旅客及職員計45人死亡、22人受傷之慘重事故。至於新館內之受傷者僅有二名，火災發生時，職員並未為適當之誘導避難。平時該飯店對職員若有實施誘導避難之訓練，則受傷之二人本來可安全避難的。另外，舊館內多數之死傷者，係因新舊兩館間之通道充滿濃煙以致無法避難所造成，若當時舊館之各樓梯間設有防火之區隔以及連絡通路設有煙霧感知連動式之甲種防火門的話，火災所生之濃煙到該達連絡通道時起，大約可以阻隔多量之濃煙及火勢迅速竄入舊館之時間達三十分鐘之久。

本件，飯店之代表董事T、同為董事之妻M，以及工人H以涉嫌業務上過失致死傷罪，被提起公訴。

（第一審判決） 「該館店顯然該當於消防法第8條所定之防火對象物，而負有選任防火管理者及設置各種防災設備等之義務。然而，本件中可以認定的是，在昭和47年至昭和49年間，除擔任總經理之K外，未有人被選任為防火管理者，而上述之R不僅未被明示地賦予防火防災業務之管理營運，反而接受被告M之命令致力於投宿旅客之爭取工作，而非旅館內相關業務之推行」。「T是代表董事，為掌理統籌該館店經營及事務管理之最高責任者」，「同時，M是董事，與T共同為該館店之最高責任者，特別是，自昭和54年起，比T還更積極地從事該館店之經營。防火防災業務屬於旅館經營管理之一部分自不待言，故被告T及M兩人不僅該當於消防法第8條第1項所謂之『管理權原者』，且法理上，為確保投宿該館店之旅客及職員等多數人員生命及身體之安全，當然負有講求防火防災之萬全對策的一般義務，此項義務可謂是刑法上之注意義務」。如此，本判決認為「火災發生之危險係經常存在，而一旦發生火災，因遲延察覺及早期滅火之失敗等，導致火勢擴大，對於不及逃離之客人有造成死傷危險之虞，是顯而易見。因此，刑法上做為注意義務之根據的予見可能性，只要有上述程度危險性之認識可能性即為已足」，故判處T有期徒刑2年6個月（緩刑3年），M有期徒刑2年6個月（另外，H有期徒刑1年6月、緩刑3年）。

本判決認為，①T與M係具有消防法上「管理權原者」之地位，而且②法理上，應負防火防災上講求物的・人的安全措施之一般義務，據此，認定有「刑法上之義務」。

首先，所謂「管理權原者」是消防法第8條所定之概念，係指對於做為防火對象之建築物的管理具有權原之人，就其義務而言，負有指定防火管理者、制定消防計畫以及實施避難訓練等之義務。此項「管理權原者」被視為是「安全體制確立義務」者之前提。關於此點，在其他大規模之火災事件中，可謂絕大多數的案例均是追究「管理權原者」及其選任之「防火管理者」的責任。另一方面，本判決也肯定有結果發生之「予見可能性」存在。亦即，認為①火災發生之危險是經常存在之事實、以及②「一旦發生火災」，危險可能有擴大之虞，是「顯而易見的道理」，而肯定其予見可能性。

（第二審判決） 上訴駁回。第二審大體上追認第一審之結論，其中亦檢討了予見可能性及迴避可能性的問題。

（最高法院判決） 「設置住宿設備，不問晝夜供不特定之人住宿之用的旅館及飯店，經常隱藏有火災發生之危險，本案被告對於該館店並不具備人的及物的防火防災對策，顯有認識，故一旦發生火災，由於發現太遲及初期滅火失敗等會導致火勢的漫延擴大，對於建築物之結構及避難通道等不熟悉的投宿客及職員將有造成死傷之危險乙事，可謂是容易予見的」。「被告在採取必要之措施以履行前述之義務上，並無特別困難之情事存在，而且關於因本件火災所生之旅客及職員死傷之結果，被告若能預先制作消防計劃，據此實施誘導避難之訓練；同時設置防火門及防火區隔，則可認為，兩方面之措施相互作用，將可迴避本件火災之死傷結果。」

據此，可謂最高法院亦肯定第一審及第二審的判斷。本判決後半段之論點，在第二審亦是問題所在，主要係為回答辯護人上訴之主張。亦即，辯護人於上訴理由中主張，本案中致使旅客無法避難之原因是因為火災發生於澡堂屋頂之內側，使得發現火災之時機太遲的特殊情形所致，故本件結果之發生與事前有無實施誘導避難之訓練並無關連；「未實施誘導避難訓練」之義務違反與結果之間不存在「因果關係」。對此，最高法院認為，本案中若能盡到「設置防火門・防火區隔」及「實施誘導避難訓練」「兩者」之義務，「兩者競合」可迴避結果之發生。

（管理監督過失案例之問題點） 由本件之「事實」及「判決」明顯可知，在以管理・監督過失為論點之案例中，一般認為有下述之情形。①管理監督義務者是在怠於「設置防火門・防火區隔」或「實施誘導避難之訓練」的狀態下進行營業。②出火原因是建設公司工人作業中的過失所致，而非管理・監督義務者責任所及之事項。然而，③因事前欠缺「安全體制的確立」，導致結果的發生。④認定

消防法上「管理權原者」之地位者，具有管理・監督義務。⑤予見可能性，可由「危險經常存在」、「一旦發生火災」及「得易予見會導致死傷事故」予以認定。⑥結果之迴避義務，並非分別檢討個個迴避義務是否能單獨防止結果之發生，而是所有的迴避義務「競合」之下，得以防止結果之發生為已足。

在此，先檢討本判決中所謂管理權原者之「安全體制確立義務」具有何種性質。於本判決中，此項「義務」係做為認定「不作為犯之保證人義務」之用，或是做為認定「過失犯之注意義務」之用？並無法明確得知。然而，因為舊過失論乃至於新過失論係以「予見可能性」及「迴避可能性」為「注意義務」存在之前提，故若將本案中之「安全體制之確立義務」解釋為「注意義務」，先判斷「注意義務」是否存在，之後再檢討「予見可能性」乃至於「迴避可能性」，則其論理順序顯然與上述過失論之主張相反。當然，若不以「不作為犯」，而是以「作為犯」來架構本案之義務，則「保證人之義務」並不成為問題。依據吾人之見解，在此類判決中，管理權原者「架構風險系統」之作為，係問題所在；此項「義務違反」是具有以「作為」方式「製造風險」的意味。

肆、管理監督過失論之理論上及刑事政策上的課題

一、管理監督過失論之理論上的課題

上述之論述，僅止於指出管理監督過失理論上的幾個問題點，至於在何種條件下可以認定有「管理監督義務」？此項義務之實體內容，理論上意味著什麼？所謂之「予見可能性」，特別是關於「火災之發生」，因為究竟會在那一個時點發生並無法具體予見，故要求至何種程度之予見可能，即為已足？以及關於「違反義務與結果之關係」如何思考等，理論上，管理監督過失論仍包含有各式各樣的問題，而為解決這些管理監督過失的問題點，歷來之過失犯論實有再檢討之必要（註四二）。

（註四二） 參照山中・前掲（注35）論文96頁以下之檢討。另外，就一般論而言，參照山中『刑法における因果關係と歸屬』（1984年）第1章。

因時間及篇幅的關係，在此無法就這些問題進行檢討，最後，僅就管理監督過失之刑事政策上的意義，予以說明。

二、管理監督過失論之刑事政策的意義

歷來之過失犯理論因以直接行為人之過失為中心，故關於企業組織體內部所發生之過失事故，往往傾向於僅處罰現場職員之過失罪責而已。之後，因管理監督過失論的出現，過失犯之處罰亦及於組織體之上層。誠然，戰後日本廉價的都市政策、建築計劃及企業追求利潤之優先政策下所衍生的「結構型災害」中，將過失責任僅集中於現場職員之處罰，而對於「製造風險設備」「經營風險設備」之責任者，卻無須使其擔負同等之刑責，是不當而且不公平的。因此，刑法之過失犯論，在理論上可能的範圍內，應該提供得以追究製造體制風險之責任者之過失責任的理論依據。但是，諸如危懼感說或企業組織體責任論，係採「處罰優先」之過失論，存在著使傳統過失犯之予見可能性或個人責任之原理瓦解的危險，難以令人認同。至於，管理監督過失論雖試圖將過失犯之處罰及於組織體之上層，然而，究竟組織體中之「誰」對於結果之發生應負過失責任，管理監督過失論仍然尚未提供足以特定過失責任對象之理論構造。若將此項責任者之特定，委由檢察官之起訴權宜決定，亦非公平。因此，如何架構理論以實現「僅處罰有責任者，而不罰及無辜」之基本的刑事政策，可說是日本之學說必須擔負的課題。上述吾人所論述之見解，即是為求解決此一課題的一項嚐試。

同時，必須強調的是，過失犯之處罰，不得做為緩和社會憤怒災害之手段（刑罰之社會鎮靜化機能），亦不能僅為將職員之處罰提昇為管理幹部之處罰而極盡其機能。此即意味著，我們應該明確體認到，過失犯處罰所具有之刑事制裁之社會形成機能的界限；不能使過失犯之處罰承負過度之一般預防的機能。關於防火、防災之對策，並非屬刑事法之直接課題，建全消防、建築或都市計劃法制以及具體政策之執行，才能真正有助於一般預防的機能。

最後，可推知的是，在台灣過失犯之理論及實務上亦存在有同樣之問題，個人今日之演講，若能從比較法之觀點提供各位新的認知和想法，不勝欣慰。