

## 過失犯の罪数

只 木 誠

序

第一章 ドイツの判例・学説

第二章 わが国の判例

第三章 わが国の学説

第四章 判例・学説の検討

結

序

「過失によって複数の結果を発生させた場合、たとえば、不注意な運転によって複数の人に傷害を負わせた場合、……裸火を携えて多くの建物を回ったためにそれらの建物から出火させた場合、行為単一（広義の一罪・観念的競合）が成立しうるであろうか」<sup>1)</sup>。

従来、わが国では、過失犯の罪数については、あまり統一的には検討されていなかった。罪数の問題それ自体が、そもそも十分に検討されてこなかったことに加え、それがほとんどの場合具体的事案に結びつけて論じられてきたことなどが理由として考えられる。しかし、過失犯の罪数は、過失犯の事例において不可避免的に問われる以上、刑法上重要な問題であることにかわりはない。

本稿は、過失犯における罪数の問題について、ドイツの判例・学説、わが国の判例・学説を紹介し、若干の検討を付そうとするものである。

---

1) Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, S. 110.

## 第一章 ドイツの判例・学説

ドイツにおいて、過失犯の罪数は、いくつかの類型に分けて論じられている。「発生した結果が一個の場合」、「複数の刑罰法規に違反あるいは同一刑罰法規に複数回違反した場合」、「過失の単純行為犯の場合」、「故意犯と過失犯との競合の場合」がこれである。以下、順に判例・学説を紹介しよう。

### 一 発生した結果が一個の場合

発生結果が一個の場合、その犯罪の単複につき、学説では「禁じられた結果を惹起する意思活動、すなわち、外界において認識可能な事象としての『過失の態度』」が、一個の法益侵害を引き起こしたならば、犯罪的単一性が認められ、発生結果が一個であるかぎり、「たとえ不注意な態度が比較的長い間継続したとしても」<sup>2)</sup>、「たとえ複数の注意義務違反が基礎にあったとしても、常に行為単一が存する」<sup>3)</sup>とされる。

判例でも、この点については同様に解されている。道路交通危険罪の単複が問題となった、BGH VRS 9 353 の事例は、被告人が、酒に酔って自動車で行中、折から反対車線を走行中のBの車と接触し同車に重大な損害を与えつつ、そのまま逃走し、その後、歩行者C女を轢きそれによって同女が傷害を負うに至ったにもかかわらず、これをそのままにして逃走したところ、同女は出血多量で死亡した、というものである。BGHは、次のように判示して、過失致死罪(222条)および事故現場から不法にはなれる罪(142条。以下「逃走罪」と略す)を、過失による道路交通危険罪(1952年法315条a(道路交通の危殆化)および1935年法316条(過失により315条の行為をなす罪)を指す)とそれぞれ所為単一(観念的競合)の関係にあるとし、このほかC女に対するひき逃げ行為に逃走罪を認めた。

BおよびBの自動車を危殆化し、公共の危険を発生させた被告人の所為は、過失による道路交通危険罪(315条、316条。人間の生命身体、あるいは重要な

## 過失犯の罪数

他の人の財産的価値に対する危険の発生を予期しなければならなかったのにもかかわらず、これを過失によって欠いたことにより道路交通を危殆化した罪)の構成要件にあたる。この犯罪行為は、二つの自動車が接触することによって既遂に達するが、なお終了せず、危険な走行という状態を除去することで初めて終了する。道路交通を危険にすることは、継続犯である。一個(回)の走行の間、公共の危険が繰り返し発生させられても、それによって刑罰法規が複数回侵害されることはない。正当にも、それ故、LGは、死亡したC女との関係では独立の道路交通の危殆化を認めていない。二つの道路交通の危殆化(Bに対する第一の危殆化と、C女に対する第二の危殆化)は、むしろ自然的観察をなせば一個の行為単一である、と。なお、この判例では、このような継続犯と過失致死罪とは、同一行為によって引き起こされているから観念的競合(所為単一・旧73条、現行法52条)の関係にあること、故意犯と過失犯とは観念的競合になりうるという判断も同時に示された<sup>4)</sup>。

### 二 複数の刑罰法規に違反あるいは同一刑罰法規に複数回違反した場合

行為者が高速で運転中、過失により次々に複数の人を跳ね飛ばし傷害を与えた場合、軽率に爆発を生ぜしめ複数の人を死に至らしめた場合のように、複数の刑罰法規に違反あるいは同一刑罰法規が複数回侵害された場合、行為単一の成否はどのように論じられるべきか。この問題については、ドイツでは、一般に不真正不作為犯の場合においてと同様の解決策が講じられている<sup>5)</sup>。

そこでまず、不作為犯に関してみると、たとえば Höpfner<sup>6)</sup>は次のように説く。井戸、穴蔵などに蓋をしないでおく等の罪(旧刑法367条1項2号)に長年にわたり違反し続け、その間に事故が発生した場合、前後にわたる行為者の行為を一個とみることはできず、したがって、行為者は重ねて処罰されてもよい。「(蓋をせよという)命令規範が遵守され、……これが充足されない限り、……規範の内的性質ゆえに(追求された目的の達成のために)、規範から導かれる義務を履行せよという状態が発生し、命令は繰り返され、各義務者には新たな義務が発生する。すなわち第一の命令と同様の内容をもつ第二(第三

等々の命令が発せられるのである。かかる場合、命令の各々の不履行は、それぞれ一個の不作為となる」。換言すれば、「危険な状態が続くなかで発生した義務者の認識した各々の事故は、安全策を講じる義務を新たに発生させるのである。そこで状況に応じて適切な時間内に義務が履行されないならば、複数の不作為が認められなければならない」と。

不真性不作為犯の場合にも、これにかかわるところがない。たとえば、落石により、一方の子供は死に至り、他方の子供は傷害を負うことがわかりながらあえて救助しない母親は、殺人罪と身体傷害罪という二つの犯罪を一個の救助行為をなさないことで実現したのである。というのは、母親には、一方の法益を救い他の法益を犠牲にすることはできず、母親は「すべてか、あるいは無か」を選択しうるにすぎないからである。しかし、かりに、母親が一方の子供の死後に、他方の子供を傷害から守ることができたであろうときには、殺人罪と傷害罪との二つの行為（行為複数）が存在する。というのも、危険にさらされている法益の各々につき、尊重あるいは軽視する意思決定を別個に行うことができたからである、とこのように説明されている<sup>7)</sup>。

このように、不真正不作為犯においては、複数の結果が発生しても、先行する結果発生の後、行為者が次の結果に関して回避義務をもはや履行しえないときには、行為単一とされるところ、過失犯においても、これと同様に、「過失によって複数の違法な結果を発生させても、それぞれの違法な結果の発生の際に、およそ注意義務に従う可能性がもはや存しない場合には、観念的競合となる」。これを、Maiwald は、「自ら一合法的に一態度を取り一える一可能性 (die Möglichkeit des Sich-rechtmässig-verhalten-könnens)」と称した<sup>8)</sup>。Bockelmann/Volk も、一個の意思活動があれば、自然的意味における一個の行為が存するという原則から出発し、この原則は不作為犯と過失犯にも妥当するとして、同一の注意義務違反に基づくときには、それによって複数の結果が発生しても、一個の行為であるという<sup>9)</sup>。

したがって、たとえば、運転手がスピードを出しすぎて道路からはずれて暴走し複数の人を傷害あるいは死に至らせた場合、軽率に爆発を生ぜしめそれによって複数の人を死亡させた場合には、それぞれの結果発生の間でたとえわ

## 過失犯の罪数

ずかな時間的間隔が存したとしても、もはやその時間内ではさらなる結果の発生を未然に防ぐという義務を履行しえないので、複数の過失犯は行為単一（ここではしたがって観念的競合）となるとされる一方<sup>10)</sup>、たとえば、長時間安全注意義務に違反し走行しながら、その不注意によって、次々と複数の人を傷害した場合には、たとえ行為者がそれぞれの事故の発生に気付かなくとも、行為複数（ここではしたがって実在的競合＝併合罪）が成立するとされる。

前者、すなわち観念的競合か単純一罪かが争われた事例としては、BayObLG NJW 1984 68がある。事案は、自動車が車道中央部に進行したため二人の警官の乗車するパトロールカーをして左車道へと回避せしめたというものであるが、LGはこれに関して、二個の、道路交通を故意で危険にする罪（315c条1項）の成立を認め、それらを観念的競合（所為単一）とした。被告人が上告し、OLGは、次のような理由で、原審判決を破棄し、一個の、道路交通を故意で危険にする罪の成立を認めるにとどまった。

道路交通を故意で危険にするという構成要件は二回充足され、この二つの所為は互いに同種類の観念的競合の関係に立つとする原審刑事部の認定は適切ではない。たしかに、複数の人を危険にするときには同種類の観念的競合が存するとされるのが一般であり<sup>11)</sup>、歩道を歩いていた二人を危険にしたという事案につき、BGH VRS 55 (1978) 1851は、「二人を恐怖させ身体もしくは生命を危険にする……ような方法で複数人を危険にするならば……同種の観念的競合が存する」とし Schöneke-Schröder-Cramer, StGB 18. Aufl. 315b Rdn. 23<sup>12)</sup>でも、同様の見解が見られる。しかし、これを一般化してよいかは疑問である。BGHが個々の具体的判断を越えて、複数の人を危険にするならば常に同種の観念的競合が存すると解しているといつてよいかには、疑念の存するところである。現行法においては、本罪の成立には実際に複数の人ないし物を危険にすることではなく、それに適する行為によって道路交通を危険にすることで足りる。また、本項を一個の人あるいは物に対する具体的危険犯として形成する背後には、不特定の人と物に対する抽象的危険という考えが立法理由として存した。とりわけ本項は、少なくとも一人の身体もしくは生命または著しい価値を有する他人の物の危険化を要件としていると理解すべきである。行為者

が、一個の具体的危険に至る一個の行為（315条にあたる行為）で複数人を危険にしあるいは傷害を加えたとしても、道路交通を危険にする罪の（同種類の）観念的競合ではなく、単にそれについての一個の犯罪行為が存するにすぎない、とした。本件では、被害者二人が同一自動車の中にいたということが観念的競合ではなく一個の犯罪とされた理由であったと思われる。

後者、すなわち、行為複数（実在的競合＝併合罪）を認めた判例としては、RGSt 16 290がある。某工場で、1885年5月に労働者A、1886年1月に労働者B、1886年3月に労働者Cのそれぞれが乾燥炉の雨水の水路（Regenkanale）に転落するという三個の事故が生じた。事故の原因は、転落防止の設備の不備にあるとされた。工場の操業の最高指揮監督（Oberleitung）者として、転落防止柵等の設置につき権限を有していた被告人は、1884年に右雨水の水路を視察し、それが危険であることを認識してはいたが、多大な費用のかかることを理由に、転落防止柵等の改修を断念したのである。第一審は、被告人は、1885年ないし1886年における三個の独立の行為、すなわち職務上必要な注意を払わなかった過失によって三個の身体傷害を惹起したものであるとした。

RGは次のように判示して、原審判断を追認した。

1. 原審は、三個の事故と被告人が過失により右改修を行わなかったこと（*fahrlässige Unterlassen*）との間の因果関係を認定したが、これは正当である。というのも、原審は、被告人は右不履行により三人の労働者の身体傷害を引き起こしたこと、彼は工場管理者として必要とされた注意を払っていれば、彼の不作為の結果としての右身体傷害の可能性を予見できたことを認めているからである。

2. また、三個の独立の過失傷害という犯罪が存するとする原審の認定にも法的な瑕疵はない。このような認定は、次の考えに基づく。すなわち被告人の過失は各々の事故ごとに独立の犯罪行為となる。というのは、保安措置の一回の不履行が、同時かつまとめて三個の事故を引き起こしたのではなく、各々の事故に先立つ右措置の不履行が直後の事故の原因であり、個々の事故の間には保安設備を設けるための十分な時間があったからである。その際、被告人が以前の事故を知っていたか否かは重要ではない、というのがこれである。

## 過失犯の罪数

たしかに、このように三個の独立の犯罪行為（所為）を認めるについては不当であるとの批判がある。この場合には、三個の事故が発生する全時間を通じて継続し、三個の事故の原因となる、義務に違反した右不履行は単に一個の行為である。したがって、このような不作為（不履行）は単に一回のものであり、その継続中に時間的に離れて三個の事故が生じたとしても、なんら不作為が複数となることはない、というのがこれである。しかし、このような異議は、原審が、三個の身体傷害が被告人の一個の不作為によって引き起こされたにもかかわらず、複数の過失によって引き起こされたものであると認めたというならば、なるほど理由のあるものである。しかし、原審は、上述のとおり、三個の事故の各々が独立した同種の一過失である一不作為に由来する、ということ認めているのである。その前提となるのは、個々の事件には、その間に、設備の不備の危険を確認し、それを除去する義務を新たに自らに課すに十分な時間が存したにもかかわらず、このような義務を果たすべきならぬの行動もとらなかった被告人は、第一の事故に先立つ必要とされた保安設備の改修をなさなかったことによる義務違反のみならず、第二、第三の事故の前にも同一の、しかし第一の義務とは独立の義務違反を犯したという認識である。したがって、新たに発生した事故は、新たな独立の義務違反に基いているという理由で、新たな独立の過失による身体傷害として行為者に帰属せしめられるのである。その際、上述のごとく以前の事故について認識していたか否かは問題ではない。これらの事故の原因となった被告人の不作為は、時間的に離れて存したのであり、原審の明確な認定通り、必要な保安設備を設けるためには十分な時間があつたのである。新たな独立の可罰的不作為は、個々の事故の間の比較的長い時間的間隔と、これによって基礎づけられる新たな注意の必要性だけで基礎づけられるのである。

このように、本判決は、同一の義務の不履行によって時間的に隔てられた複数の事故・複数の傷害が発生した場合に、複数の過失犯の行為複数（実在的競合）が認められるとした。

### 三 過失の単純行為犯の場合

過失の単純行為犯にあつては、もちろん結果の発生が要件にされておらず、したがって過失によって構成要件要素である義務—たとえば、卑金属の取引に関する法律 (unedleMG) 18条では、刑罰要素であるところの入手すべき財物の贓物性を認識すべき義務、大麦の最高価格に関する法律では、最高価格を認識すべき義務—に違反してある一定の行為をなすことにより犯罪は成立する。そして、ここでも「行為者が個々の部分的行為の間にそのつど新たに注意命令 (Sorfgaltsgebote) を充足しえたか否か」が<sup>13)</sup> 行為単一と行為複数を分かつ基準となり、「個々の構成要件の実現される間に、行為者が、もはや『義務に従え』という命令に実際には従いえない場合」には、複数の活動がなされても行為単一が認められる<sup>14)</sup>。先の例では、卑金属販売者が、過失により收受した贓物の積み荷を少しずつ降ろし取得した場合には、行為単一が認められ<sup>15)</sup>、その贓物を順次 (nach und nach) 購入した場合には、行為複数が認められる<sup>16)</sup>。同様に、大麦の最高価格を照会すべき義務は、取引ごとに新たに発生するものである以上、数回の取引における注意義務違反は、行為複数となる<sup>17)</sup>。

### 四 故意犯と過失犯との競合の場合<sup>18)</sup>

故意犯と過失犯の観念的競合 (所為単一) について、代表的な犯罪につき概観しよう。

過失致死罪 (222条) と妊娠中絶の罪 (218条) とは観念的競合とされている<sup>19)</sup>。過失致死罪と妊娠中絶の罪の教唆・幫助とは、観念的競合の関係に立つ<sup>20)</sup>。過失致死罪 (222条) と逃走罪は実在的競合<sup>21)</sup>とされる。

同一の被害者に対する過失致死罪と殺人未遂罪との関係については、一律に決しえない。

BGHSt 7 287 の事例は、被告人は飲酒運転により被害者を轢き、この被害者は、事故後一五分ないし二時間の間に死亡したが、直ちに医者による手当を



## 過失犯の罪数

受けさせても十中八、九助からなかったであろうというものであった。被告人は、少し走行した後、一端は事故現場に戻り、被害者の生存を確認したにもかかわらず、そのまま走り去ったというものである。BGHは、過失致死罪と謀殺（他の犯罪行為を隠蔽するための殺人）未遂罪とは実在的競合（所為複数）の関係にあるとした原審判決を、その罪数判断については、次のような理由で是認した。

まず、過失によって引き起こされ、殺人の故意に包摂された死という結果が一個（ein und dieselbe）であったということは重要ではない。というのは、この結果は過失行為（過失犯 Fahrlässigkeit）にあっては意欲されておらず、故殺未遂にあっては獲得されていないからである。また、所為の内的側面がこのように異なるというだけでは、確かに行為単一は、原則上排除されないが、しかし決定的なのは、殺人行為は過失による交通事故の惹起と併発したのではなく、後者が既に発生したのちに初めて（前者が）行われたということである。故意ならびに過失という責任形式がそこで互いに調和して結合する単一の行為は、それ故存しない（RGSt 48 250 252; DR 1943 753 Nr 11), と<sup>22)</sup>。

BGHSt 20 269の事例は、被告人は女性にピストルをつきつけて脅し性交を行おうとしたところ、同女が抵抗したため、その際銃弾が発射され、その肺に命中した。被告人は、同女が倒れるとこれを姦淫し、彼女が泣き叫び始めると殺害しようとその首を絞めつけた。しかし、彼女の死はこれによってではなく、その少しあとの右銃創による内出血によって発生した、というものである。BGHは、謀殺未遂および過失致死罪の各々と観念的競合（所為単一）にある死の結果をともなった強姦（177条、178条）を認めた原審判断を次のような理由で認めた。

すでに、当刑事部は、故意によって死を惹起した場合、行為者は強姦罪（177条）、性的強要罪（178条）だけでなく謀殺罪（211条）以下に従っても有罪とされ、両者は、観念的競合に立ちうることを判示している<sup>23)</sup>。同様のことは、首尾一貫して死の結果を過失によって惹起した場合についても当てはまらなければならない（Schönke/Schröder, 12. Aufl. §56 Rdn.5; Maurach, 4

Aufl. S. 421.)<sup>24)</sup>。しかも、強姦罪、性的強要罪と殺人罪、過失致死罪との保護法益は異なるので、過失致死罪による評価も必要である。したがって、死の結果をともなった強姦と過失致死罪は観念的競合である、と。

このほか、過失傷害罪(230条)は、逃走罪および救助の不履行(323条c)と実在的競合となりうる。また315条以下の交通機関に対する危険行為の罪とは観念的競合となり、完全酩酊の罪(323条a)とは、過失による *actio libera in causa* があれば観念的競合となる。故意の傷害と過失の傷害は、後者が第三者に向けられているときにのみ観念的競合となる<sup>25)</sup>。

また、無免許運転のような継続犯の実行行為と(過失による)身体傷害罪その他の犯罪の実行行為が部分的に重なっていれば、観念的競合とされる<sup>26)</sup>。

自動車の無権限使用罪(248条b)と道路交通にかかわる犯罪(過失致死罪(222条)、過失傷害罪、道路交通に対する危害行為(315条c)、交通における酩酊(316条)など)とは、通常は観念的競合であり、それは、実行行為が重なっているからであるとされる。

この問題に関して、RG 68 218 は、運転者の逃走罪と過失致死罪とは、それ自体をみると、別個の犯罪所為であり、いかなる部分においても同一行為によって結びつけられておらず、それらは実在的競合にあるとしつつも、しかし、これら二つの犯罪は、自動車の無権限の使用という同一の違反を通して、それぞれの独自性を失い、これら三個の違反は、観念的競合(所為単一)の関係にあるとし、MDR Herlan 1955 528 は、被告人が、無免許で他人の自動車を権限なく運転し、まず、窃盗を行い、追跡されるとフルスピードで逃走、その際多くの人に危険を与え、一人の女性にぶつかり、最後に建物にぶつかった事例につき、自動車の無権限使用、無免許運転、道路交通の故意による危殆化そして過失傷害は、同時に発生し、互いに観念的競合の関係にある一個の所為であるとした。

## 五 検 討

以上、要するに、ドイツの判例・学説では、(i)過失による一個の法益侵害の

## 過失犯の罪数

事例では、注意義務違反の単複、過失行為の継続いかんにかかわらず過失行為は一個とされ、一罪が認められ、(ロ)過失による複数の刑罰法規の違反あるいは同一の刑罰法規に複数回違反した事例では、ある結果発生後に行為者が次の結果をもはや回避しえないときには、すでに「自ら一合法的に一態度を取り一える一可能性」がないとして、それら複数の結果を引き起こした過失行為は一個とされ観念的競合が認められ、(ハ)同様に、過失による単純行為犯の事例では、行為者が個々の部分的行為の間にそのつど新たに注意命令を充足しえない場合には、複数の活動がなされても観念的競合が肯定され、(ニ)故意犯と過失犯との競合の場合には、罪数判断はかなり複雑となってくるが、基本的に(ロ)(ハ)の原理が妥当しているのではあるまいか。

さて、過失犯の罪数がとりわけ問題となる(ロ)(ハ)の場合に、ある注意義務違反の後にさらなる注意義務を履行しえない場合には、二つの注意義務違反は観念的競合とされるのであるが、これはどのような事情に基づくものであろうか。過失犯の罪数は、不作為犯の罪数と同様に決せられるとされる。そこで、不作為犯の罪数をその基準とその根拠ともども若干詳しく振り返ってみよう<sup>27)</sup>。

不作為によって複数の刑罰法規に違反した事例で、観念的競合にいう「一個の行為」を行為者による不作為と命令違反ないし禁令違反との関係で促えた場合、ある規範の発生後に、もはや行為者が他の規範違反の発生を防止しようとして介入することができない場合には、行為者の態度にとって二つの規範違反は同時に生じている、すなわちそれは一個の不作為（一個の行為）によって発生せしめられたものであると解してよいと思われる（回避不可能性説）。

そして、この立場は、観念的競合の性質からも導かれると思われる。観念的競合の一罪性の根拠は、ドイツ刑法の各草案ならびに学説によれば、量刑にとって重要な事実の「二重評価の禁止」、実在的競合と比較しての「類型的違法・責任減少」に求められるべきであるとされており、不作為犯の一罪成立を認めるにあたって、右一罪性の趣旨に照らして責任についての事実の「二重評価」の回避を基礎としなければならない。さて、ここでいう「責任減少」とは、次のような内容である。すなわち、実在的競合とは、数個の規範にそれぞれ別個に違反する場合であり、行為者がその度ごとに新たな犯罪からの方向転換をす

ることができたにもかかわらず、ある規範違反意思とは別個の新たな意思で規範違反に携わる場合であり、したがってここでは複数の刑罰の前提である複数の独立した有責な意思決定が肯定されるのに対して、観念的競合とは、複数の犯罪実現が時間的に近接し、ある規範違反と他の規範違反との間に熟慮可能性はなく、ある結果発生と他の結果発生との合間に法遵守の可能性がない場合であり、ここでは行為者には、法に忠誠な態度をとるか、さもなくば一個の自然的行為によって必然的に二つの犯罪を行うかのいずれかの可能性しかないのであり、したがって一回の規範違反、決意の単一性が肯定され、複数の刑罰の前提である二つの独立した有責な意思決定は肯定されない、と説明される。それゆえ、観念的競合は、実在的競合に比して、減少した責任に照らして処断の点で寛大に扱おうとするものである。ある結果発生までの連続行為や真正不作為犯において、単一の動機状況を破るところの（単一の動機状況でなければ、行為は複数とみなされ実在的競合が認められることになる）、行為者に働きかけてさらなる行為を思い止まらせる「倫理的警告」が存しない場合に行為単一が認められるのも、同様の理由によるものである<sup>28)</sup>。

この回避不可能性説からみた場合、過失犯につき問題となった上述判例の結論はおおむねこれを支持できるであろう。ただ、当然ながら、判例では、このような基準による観念的競合を認める前に、法益の単一による行為単一の存否を判断している。BGH VRS 9 353 や BayObLG NJW 1984 68などはその例である。また、もちろん、BGH VRS 9 353 においても、飲酒による酔いが軽く、かつ第一と第二の事故とが時間的に離れていれば、二個の独立した危険な走行が認められる可能性がでてくるであろうし、BayObLG NJW 1984 68でも、二人に対する危険行為が時間的・場所的に離れていれば、二つの公共危険を発生させた二つの行為が肯定されるであろう。また、故意犯と過失犯との競合関係の事例の中で、BGHSt 20 269の判例では、後の強姦の時点で新たな行為が生じているので実在的競合とすべきであるとの考えもあろうが、死の結果をもとなった強姦罪は、わが国の強盗罪と同様一種の結合犯であることがこのような結論の基礎にあったものであると思われる。

2) Maiwald, a. a. O., S. 70ff. 85ff. 110f.; Voger, Leipziger Kommentar, 10. Aufl.

## 過失犯の罪数

- 1979, Vor § 52 Rdn. 42. Vgl. Bockelmann/Volk, Strafrecht, AT. 4. Aufl. 1987, S. 253.
- 3) Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht, AT. 4. Aufl. 1988, S. 646f.
  - 4) BGH は、故意の挙動態様 (Begehungsweise) と過失の挙動態様とが併発しても、観念的競合性を認めることの妨げにならず、したがって当該継続犯と第一の逃走罪とは観念的競合 (所為単一) であることを確認し、また、第一の逃走罪と過失致死罪、第二の逃走罪と過失致死罪は実在的競合 (所為複数) の関係にあるとし、さらに、逃走罪が二個である事例では、もし第二の事故後の逃走が第一の事故に関する発覚を免れることにもまた資するものであった場合には、観念的競合性の関係に立つことなどを判示した。
  - 5) Vgl. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW, Bd. 67, S. 42; Jescheck, a. a. O., S. 646f.; Maiwald, a. a. O., S. 110f.; Vogler, a. a. O., vor § 52 Rdn. 42; Bockelmann/Volk, a. a. O., S. 253.
  - 6) Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. I, 1901, S. 250. Höpfner は、そのような状態として、命令に違反する不作為ゆへの有罪判決をあげる。
  - 7) Maiwald, a. a. O., S. 106f.; Jescheck, a. a. O., S. 647. Vgl. Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 262.
  - 8) Maiwald, a. a. O., S. 111; Jescheck, a. a. O., S. 646f. ただし、309 条 (失火) のような公共危険犯の場合、複数の建造物から出火させたとしても行為者の態度が同一状況内にあり、注意命令が独立して再び行為者に帰せしめられないときは、先の BGH VRS 9 353 と同様に、行為単一となる。
  - 9) Bockelmann/Volk, a. a. O., S. 252f. Vgl. BGHSt 18 379; Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch(StGB), Kommentar, 24. Aufl. 1991, § 218 Rdn. 59.
  - 10) Vgl. RGSt 2 256.
  - 11) Vgl. Dreher-Tröndle, StGB, 41. Aufl., § 315b Rdn. 10 und § 315c Rdn. 22; Schönke/Schröder/Cramer, StGB § 315b Rdn. 16, § 315c Rdn. 44; Schönke/Schröder/Stree, StGB § 52 Rdn. 25f.; a. M. Engelhardt, DRiZ 1982 106.ただ、Dreher-Tröndle, StGB, 45. Aufl., 1991, § 315 b Rdn. 10では315条 b の一罪成立とする。
  - 12) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, StGB § 315b Rdn. 16.
  - 13) Jescheck, a. a. O., S. 646f.
  - 14) Maiwald, a. a. O., S. 112.
  - 15) Maiwald, a. a. O., S. 112. ただ、同一の具体的状況に起因しても、一身専属的法益の場合には、行為複数となる。
  - 16) Vogler, a. a. O., Vor § 52 Rdn. 42.
  - 17) RG 53 226; Jescheck, a. a. O., S. 646.
  - 18) 上述 BGH VRS 9 353 も、故意と過失との観念的競合を認めた一例である。
  - 19) BGHSt 1 280.
  - 20) BGHSt 1 280; MDR/D 71 722. Vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB § 218 Rdn.59.
  - 21) Vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB § 222. Rdn. 6.
  - 22) この判例では、殺人の故意が認められるかという点も一つの問題である。判例は、殺人の故意は、その故意を生じた時点で生命という法益が先行行為によりすでに消滅

- させられているとしても否定されないとしつつ、しかし BGH は、本件では 211 条謀殺罪にいう隠蔽にあたる殺害行為はないとして、この点の原審判断を退けた。Vgl. RG HRR 1942 Nr 608.
- 23) BGHSt 19 102 106.
- 24) ただ、Schönke/Schröder/Lenckner, StGB § 177 Rdn. 16. は、本条 3 項の罪(死の結果をともなった強姦)と故殺との観念的競合を認めるが、過失致死罪は、成立しない(zurücktreten)という。
- 25) Schönke/Schröder/Eser, StGB § 230. Rdn. 8.
- 26) Schönke/Schröder/Stree, StGB § Vor 52 Rdn. 89; Schönke/Schröder/Eser. StGB § 248b Rdn. 14; Vgl. VRS 30 283.
- 27) 拙稿「不作為犯の罪数」法学新報97巻7 = 8号175頁以下参照。
- 28) Vgl. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, 1909, S. 563; Höpfner, a. a. O., S. 250; Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1909, SS. 49ff. 83ff.; derselbe, Die Idealkonkurrenz, Festgabe für Frank, Bd. II 1930, SS. 187ff. [193, 196, 209]; Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstag u. zeitlich gestreckter Gesetzesverbrechen, 1981, SS. 117ff., 135ff., 144. 拙稿「観念的競合の一罪性とその根拠」法学新報95巻5 = 6号163頁以下、同・前掲「不作為犯の罪数」184頁注8, 190頁以下参照。

## 第二章 わが国の判例

一 過失犯の罪数に関する典型的な事例として、まず過失により多数の人を死傷に至らしめた、以下のような過失致死傷事件がある。

①大判大2年11月24日刑録19巻1326頁は、多数の児童をのせた小漁船を転覆させ一六名を死に致したという事案につき、「凡ソ過失犯ノ如ク結果ノ発生ヲ以テ構成要件ト為ス犯罪ニ在リテハ其犯罪タル結果カ数個アルトキハ之ニ応シテ数個ノ犯罪存スヘキモノニシテ其数個ノ犯罪カー一個ノ行為ニ因リテ生シタル場合ニ於テハ一個ノ行為ニシテ数個ノ罪名ニ触ルルモノト解スヘキモノトス」とし、②大判大7年1月19日刑録24輯4頁(刑抄録74巻9648頁)は、船の渡守であった被告が不注意により渡船の操縦を誤りこれを転覆させ五名を溺死させた事例につき、「一個ノ過失行為ニ因リ数人ヲ死ニ致シタルトキハ数罪ヲ構成スルモノニアラサルモ刑法第54条ニ所謂同一ノ行為ニシテ数個ノ罪名ニフルルモノ」とし、③大判昭8年2月3日法律新聞3534号9頁は、徐行をせず加えて前方注視義務を怠ったため対向車に衝突し自転車を転落させ、二名を死に致し、六名に傷害を負わせたという事案につき、「一個の過失行為に因り数人を死傷に致したるときは刑法第54条第1項前段所謂一個の行為にして数個の罪名に触る

## 過失犯の罪数

る場合なり」とし、また、④大判昭8年2月7日新聞3676号16頁は、踏切看守が列車の通過に際してその注意を怠り遮断機を閉鎖せず、よって三名を死に致したるときは、「一個ノ業務上過失行為ニ因リ数人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テハ被害者ノ員数ニ応シ格別ニ刑法第211条ノ罪名ニ触ルルモノニシテ所謂一個ノ行為ニシテ同一ナル数個ノ罪名ニ触ルルモノ」であるとした。このように、過失が一個であれば一個の過失行為が認められ、そこから複数の結果が発生しても観念的競合は成立するとされる。そして、ここでいう一個の過失行為（実行行為）は、たとえば、ゴルフコースの増設工事に際し工事責任者が防災防御措置を講ずべき業務上の注意義務を負っていたのに、これを怠った過失であろうと<sup>29)</sup>、炭坑でメタンガスが突出した際保安関係職員が坑内全停電等の応急措置をとらせるための手段を尽くすことを怠った過失であろうと<sup>30)31)</sup>、その方法・態様を問わない。

観念的競合か併合罪かが争われた事例として、⑤東京高判昭39年7月22日東高刑時報15巻7=8号155頁は、原判決が、甲・乙の乗車する軽自動二輪車との衝突によって生じた甲・乙に対する業務上過失致死傷罪を想像的競合の一罪とし、これと丙の乗用車との衝突による業務上過失傷害とを併合罪としたのに対して、「本件においては相手方の車は二台であって、被告人の車とこれらとの衝突は前後しているけれどもその原因は……被告人の一個の過失行為にあるのであって、而も右時間的前後の差はまさに瞬間の差と云つて差支えなく、一台目との衝突後新に別個の注意義務を生じているのにこれをも怠り二台目と衝突した場合は全く趣を異にするものである。従つて本件事案においては一個の過失行為による二個の衝突、三名の致死傷の結果を発生せしめたもの、すなわち想像的競合の関係に立つものと解するのが相当」であるとした。⑥東京高判昭28年7月20日東高刑時報4巻2号44頁では、ブレーキの操作にのみ気を配り前方にある派出所に注意せず運転進行したため、自動車を同派出所に衝突せしめ同所内に乗り入れ、その結果、直接または同所内破壊によって同所にあった四人の者に傷害を負わせた行為につき、原判決が被告人の所為が併合罪の関係にある数罪を構成するものと解したのに対して、「被告人の過失による行為は自然的事実としては一個しかなかつたというべきであり、これによって数個

の結果を発生せしめたというのであれば、その数個の罪は……観念的競合……の関係に立つものであつて、……併合罪ではないといわなければならない。原判決は四名の者の傷害がかならずしも同一瞬間に発生したものでないことからこれを併合罪だと判断したものかもしれないが、結果の発生が同時でなかつたということは別に観念的競合の関係の成立を妨げるものではない」とした。また、⑦東京高判昭37年10月18日高刑集15巻7号591頁は、大型貨物自動車を運転し踏切を通過しようとした際、一旦停止して安全を確認する義務を怠り、踏切上に進行したため、自車を電車と衝突させ、運転手、乗客各一名に傷害を負わせたという事案につき、原判決が道路交通法違反と過失往来危険および業務上過失傷害の三個の罪を併合罪として処断したのに対して、「過失往来危険の罪および業務上過失傷害の罪とは、……一個の過失行為により同時に犯かされたものと認めるを相当」であるとした。また、いわゆる水俣病事件の上告審である⑧最3決昭63年2月29日刑集42巻2号314頁は、チッソの元役員であった被告人らが二年間、連日、メチル水銀を含む工業廃水を工場外に排出していた業務上過失により、汚染した魚介類を摂取した7名を死亡ないし傷害させたという事案に、各業務上過失致死傷罪は観念的競合の関係にあると判示した。

二 過失の単純行為犯に関しては、旧鉱業法上の「過失侵掘の罪」につき業務上の過失行為の罪数が問われた判例がある。

⑨最1決昭28年10月8日刑集7巻10号1899頁の事例は、甲は、A坑において請負人数十名をして、B坑において請負人数名をして、それぞれ業務上の注意義務を怠り、鉱区外に侵掘するに至らせたというものであるが、これに対して決定は、甲には、旧鉱業法（昭和25年法律第289号によるか改正前のもの）94条2項（過失により鉱区外に侵掘したる罪）を、また鉱業権者であった乙に対しては、同法10条（鉱業権者としての転嫁責任）を、それぞれ適用処断すべきであるところ、「その犯罪の個数は過失に因る鉱区外の侵掘行為の個数により定まるものといわなければならない」として、甲においては、業務上の注意義務を怠りAおよびBにおいて侵掘するに至らしめたというのであるから、「二個の過失による侵掘あること明白であつて、原審がこれを併合罪」としたのは当



## 過失犯の罪数

然であると判示した<sup>32)</sup>。

三 一方、故意犯と過失犯（その多くは行政取締法規違反の罪と過失致死傷罪）との観念的競合の成否が争われた事例として、以下のものがある。

過失犯と故意犯とは観念的競合の関係に立たないとした大審院時代の判例がある。⑩大判大11年10月24日刑集1巻585頁は、無免許医業と業務上過失致死について、「全然犯罪ノ構成ヲ異ニセル別個ノ所為ニ屬シテハ故意犯ニシテ他ハ過失犯ナレハ」観念的競合の成立を認めることはできないとしたが、これは「一個の行為」を画する基準にいわゆる罪質説によったものである。このような流れに属する最高裁時代の判例として、先の⑦東京高判昭37年10月18日では、道路交通法違反の罪（信号無視回転）と過失往来危険罪および業務上過失傷害罪につき、前者が故意犯であり後者は過失犯であるとの理由から観念的競合を否定し併合罪を認めた<sup>33)</sup>。しかし、故意犯と過失犯の観念的競合を否定する根拠はない。上述のごとくドイツの学説・判例においても、わが国のそれにおいてもこれを認めるのが一般である。

さて、⑪最2判昭23年3月20日刑集2巻3号256頁は、メタノールであることは知っていたが、過失によりその有毒性を知らず、飲料としてこれを他人に譲渡し、譲受人がそれを飲んで死んだ事案につき、故意による有毒飲料物取締令1条違反の罪（メタノールの譲渡）と過失致死罪との観念的競合とした原審判断を維持した。また、⑫最2決昭49年10月14日刑集28巻7号372頁は、信号機の表示する信号によって一旦停止することなく漫然交差点に侵入し人身事故を発生させた場合、信号無視の罪と業務上過失傷害罪とは観念的競合であるとし、⑬名古屋高金沢支判昭37年5月1日高刑集15巻6号411頁は、踏切前一旦停車・安全確認義務違反と業務上過失致死傷罪とは観念的競合であるとの判断を示した。さらに、⑭山口地判昭40年5月28日下刑集7巻5号1131頁は、狭い店内で被害者に対して殺害目的で日本刀を振り回して闘争中、石油ストーブが横倒しになった結果、建造物を焼燬するに至らせた事例に、失火罪と殺人未遂罪との、⑮福島地会津若松支判昭50年6月24日刑集32巻1号28頁は、狩猟のため据銃を設置しておいた結果、あけびを採集していた人に傷害を負わせた事例に業務

上過失傷害罪と危険猟法の罪（鳥獣保護及狩猟ニ関スル法律第15条，危険な狩猟方法を用いる罪）との，⑯大阪高判昭54年3月23日刑裁月報11巻3号109頁は，業務上過失致死罪とふぐの肝臓授与の罪との観念的競合を認めた。なお，⑰最2決昭33年3月7日刑集12巻3号462頁は，過失による有毒飲食物等取締令違反の罪と旧酒税法の無免許酒類製造の罪とを観念的競合であると解した。

四 このほか，道路交通法(ないし道路交通取締法)にいう酩酊運転および居眠り運転と業務上過失致死傷罪に関しては，次のような裁判例が見られる<sup>34)</sup>。

道路交通法上の酩酊運転の罪と刑法典上の業務上過失致死傷罪に関しては，周知のごとく実務上，争いが存した。⑱最2決昭33年3月17日刑集12巻4号581頁は，酩酊して自動車を運転した末に業務上過失致死を惹起したときには，道路交通取締法違反罪と業務上過失致死罪とは併合罪であって，観念的競合ではないとしたが，同じ年の，⑲最1決昭33年4月10日刑集12巻5号877頁は，極度の疲労と睡気のため正常な運転ができない虞れがあったので，いったん運転を中止し，もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務を怠り無謀運転をなし，その結果まず甲の運転する自転車に追突し，同人を路上に転倒させて傷害を負わせ，さらに，乙の自転車に追突して同人を即死させたという事例につき，居眠り運転の罪と業務上過失致死傷罪とは観念的競合の関係にあるとした<sup>35)</sup>。なお，本件第一審は，業務上過失傷害罪および業務上過失致死罪と旧道路交通取締法7条1項3号の無謀運転の罪とをそれぞれ観念的競合とし，これらの罪と同法24条1項の救護措置等違反の三者につき併合罪を認めたが，これに対して，業務上過失傷害罪と業務上過失致死罪とは観念的競合の関係にあることを主な論点として控訴がなされ，これに依りて，第二審は，業務上過失傷害罪と業務上過失致死罪とは「時間的に前後しており法律的観察においては」両罪の間に観念的競合の関係を肯定することはできないとした（なお，第二審は，その上で，一個の無謀行為と二個の業務上過失致死傷行為とがそれぞれ観念的競合の関係にある場合には，刑法54条1項前段10条を適用し結局一罪とし，そのもっとも重い刑に従い処断すべきであるという）。さらに控訴趣旨と同様の内容をなす上告趣意に対して，最高裁判所は，この点に関する

## 過失犯の罪数

右原審の判示を正当として、上告を棄却した。さて、居眠り運転罪と業務上過失致死罪とを観念的競合と解したこの判決によって、酒酔い運転罪と業務上過失致死傷罪に関するも、判例は観念的競合説に落ち着くかに見えたが、②最3判昭38年11月12日刑集17巻11号2399頁は、被告人が、飲酒の後、自動車を正常に運転できない虞があり、さらに酔いが回って前方注視等が困難となり、正常な運転ができなくなる状態であるのに、あらかじめ休息して酔いの覚めるのを待つことなく、あえて自動車を運転し始め、前方注視を怠り漫然直進したため、街路灯に自車を衝突させ、ハンドルを左右にとられたため、対向自動車に自車を衝突させてそこに乗っていた者に傷害を負わせた場合は、道路交通取締法違反（飲酒酩酊による無謀運転）の罪と業務上過失傷害罪との併合罪が成立すると判示した。ただし、運転中止義務違反ではなく酒酔い運転中の前方注視義務違反に過失を認定したため、酒酔いが業務上過失の内容になっていた場合については、観念的競合と解する余地を残した。しかし、観念的競合における「一個の行為」を自然的観察・社会的見解に立って判断すべきとした②最大判昭49年5月29日刑集28巻4号114頁（以下②昭和49年判例と略記する）は、この点を明確に否定して、酒に酔った状態で自動車を運転中に過失により人身事故を発生させた場合における道路交通法65条、117条の2第1号（昭和45年法律86号による改正前）の酒酔い運転の所為と、業務上過失致死の所為とは、酒に酔った状態で運転したことが右過失の内容をなすものかどうかにかかわらず、併合罪であると判示した<sup>36)</sup>。そして、②最3決昭50年5月27日刑集29巻5号348頁は、この判断を押し進め、運転技術が未熟であり、しかも酒酔いのため自動車の運転を避けるべき注意義務があるのにこれを怠り、あえて運転を開始した重大な過失により、運転開始後約100メートル進行した地点で酒の酔いと運転技術未熟のための確なハンドル操作ができず、衝突事故を起こし、同乗者に傷害を負わせた場合、道路交通法65条1項、117条の2第1号の酒酔い運転の所為と、重過失傷害罪の所為とは、併合罪であるとした<sup>37)</sup>。

29) 大阪高判昭53年2月21日刑裁月報10巻1=2号65頁。

30) 福岡高判昭55年3月27日刑裁月報12巻3号89頁。

31) これらの判例の延長線上のものとして、東京高判昭28年7月20日東時4巻2号44頁、東京高判昭39年7月22日東時15巻7=8号155頁、東京地判昭47年7月3日判例

- タイムズ 283号 254頁, 名古屋高判昭47年2月28頁高刑集25巻1号26頁, 大阪地判昭54年4月10日判例時報949号135頁, 東京高判54年11月19日刑裁月報11巻11号1358頁, 福岡高判昭61年5月26日刑裁月報18巻5-6号602頁, 大阪高判昭62年9月28日判例時報1262号45頁。中谷雄二郎『大コンメンタール刑法(第三巻)』(1990年)159頁参照。
- 32) なお、「単純行為犯」が刑法上認められるか、もし認められるとしていかなる範囲でかというのも一個の問題である。大塚仁『刑法概説総論(改訂増補版)』(1991年)154頁, 内田文昭『刑法I(総論)(改訂版)』(1986年)106頁, 中谷・前掲書158頁, 同「罪数の判断基準(上)」判例時報1242号7頁参照。
- 33) 東京高判昭35年8月29日高刑集13巻6号513頁は, 酒酔い運転をしてはいけないという規範の遵守義務違反が同時に事故の発生を未然に防止すべく注意しなければならない義務違反となることはないという。
- 34) このような, 継続犯と即成犯とは観念的競合とならぬとした判例として東京高判昭27年5月20日高等裁判所刑事判決特報34号26頁。なお, 大判昭8年6月2日刑集12巻642頁。
- 35) なお, 最2判昭31年11月30日刑集10巻11号1557頁は, 無資格運転と業務上過失傷害罪とを(間接的に)併合罪とした。高田卓爾『注釈刑法(2)のII』(1969年)624頁参照。
- 36) 前掲BGH VRS 9 353事例は, 本件判断の基礎とされた事例と酷似しているにもかかわらず, 本件と反対の結論に至り, いわゆる二分説とも結論を異にする。「自然的」観察といってもわが国とドイツでは, その内容を異にするという点は重要である。注58に掲げた文献参照。
- 37) そのほか, 一個の過失によるとして観念的競合を認めた事例として, たとえば, 業務上過失致死罪と業務上過失建造物損壊罪とに関する東京高判昭37年10月22日高刑集15巻8号617頁, 業務上過失致死傷罪と業務上失火罪と業務上過失激発物破裂罪とに関する新潟地判昭53年3月9日判例時報893号106頁, 業務上失火罪と業務上過失致死罪とに関する大阪高判58年3月22日刑集39巻6号396頁等参照。

### 第三章 わが国の学説

一 わが国において, 過失犯の罪数そのものを論じた文献は少ない。しかも, そのほとんどは具体的な判例を素材としたものであって, 過失犯一般を射程にその罪数を検討したものではない。そこで, 以下においては, 過失犯の罪数を論じる前提として, まず, 観念的競合における「一個の行為」について, これをめぐる学説状況の概略を示し, その上で, 上記酒酔い運転と業務上過失致死に関する②昭和49年判例と⑧昭和63年熊本水俣病刑事事件上告審決定に関する議論とを紹介することにする。

二 刑法54条1項前段にいう「一個の行為」の認定については, 周知のごと

## 過失犯の罪数

く学説は多岐に分かれるが、一般に次のように整理される<sup>38)</sup>。まず、後述の二分説のほか<sup>39)</sup>、㉑㉒昭和49年判例の法廷意見と同じく、自然的観察・社会的見解によるもの<sup>40)</sup>、㉓、㉔を必要条件としつつ構成要件の差ないし層といった性質を加味して判断するもの<sup>41)</sup>、㉕分割可能・不可能説(意思説)、すなわち「単一の意味行為」ないし単一の「実現意思」を指向し、その基準として「それぞれ具体的な場合ごとにその行為者が行為を分割して、一つの構成要件に該当する行為だけをし、他の構成要件に該当する行為をしないことが可能であったか」を問うもの<sup>42)</sup>、また、現在有力に主張されているのは構成要件の「重なり合い」を手掛かりにする考え方で、これはさらに、㉖構成要件の行動要素に関する数回的な評価を受けた自然的行為が全部的に重なり合っていることを要するとする全部合致説<sup>43)</sup>、㉗少なくともその主要部分の重なりを要するとする主要(重要)部分合致説<sup>44)</sup>、㉘その一部の重なりで足りるとする一部合致説<sup>45)</sup>、㉙着手の段階で数個の罪名に触れていれば足りるとする着手一体説<sup>46)</sup>、㉚観念的競合の手続き的一体性を重視することから、一方の犯罪の解明が他方の犯罪の解明へも導くという「捜査の波及性」の関係を指向する構成要件的行為の時間的一致・社会的統一説<sup>47)</sup>、㉛行われた行為の罪質を問う罪質説<sup>48)</sup>、などに分かれている。ただ、これらの基準は必ずしも互いに排他的関係にあるものではない。

過失犯の罪数に関して、中谷判事は、「注意義務は、構成要件的行為たる過失行為を規定する構成要件の要素であるから、注意義務(結果回避義務)の全部又は一部が、他の過失犯の注意義務・不作為犯の作為義務・作為犯の不作為義務(禁止)と合一するときは、構成要件的行為の全部又は主要部分が重なり合うと解される。したがってこのような場合には、他の過失犯・不作為犯・作為犯との間に観念的競合の成立が認められる」とする<sup>49)</sup>。ただ、故意・作為犯と異なり過失犯の場合には、実行行為の特定自体に困難性が存するゆえに、構成要件の「重なり合い」を標準とするにしても、さらなる考慮が必要であると思われる。この点で二分説と言われる藤木教授の見解は、いかなる場合を「一個の行為」とみなすべきかに答えるものであり、これが判例・学説に与えた影響は少なくない。

さて、藤木博士は、行政取締規則違反と、業務上過失致死傷罪との関係につき、次のように考える。具体的な個性をもった結果発生 of 危険を防止するための適宜の措置であるところの業務上過失致死傷罪における注意義務と、一般的・定型的な危険状態を回避することを目的とした行政取締法上の注意義務との関係は、「時に重なり合うことはあるが、常に両者が一致するわけではない。具体的な結果回避措置が、同時に保安法規上の安全義務と一致する場合においては、一個の行為が、同時に業務上過失致死傷罪と保安法規違反の罪とを構成し、そうでない場合、すなわち、法規違反があっても、それで直ちに事故が発生するわけではなく、なお、別の措置によって結果を回避することが可能であるときは、法規上の義務と注意義務とは一致せず、この場合には、二つの罪は併合罪の関係にあるとみるべきである。……前方注視や、臨機の措置をとることが殆んど不可能とみられる程度に酩酊している場合には、酔いがさめるまで一旦休息し、安全に運転できるようになってから運転を再開する注意義務を負うとみるべきで、これは酩酊運転の禁止と一致するから、(業務上過失致死傷罪との関係は)観念的競合とみるべきであるが、あるていど酩酊状態にあっても、一応被害者との衝突を回避できる可能性が残されている場合、具体的な、徐行をしなかったこと、一旦停車をしなかったこと等の行為が注意義務違反とみられるときは、両罪は重なりあわず、併合罪となると解する。……また、同一の過失により人身事故と家屋損壊事故を惹起したときは、業務上過失致死と業務上過失建造物損壊罪との観念的競合(東京高判昭37年10月22日刑集15巻8号617頁)となる」とする<sup>50)</sup>。

三 酒酔い運転罪と業務上過失致死傷罪に関する②昭和49年判例については、いかなる基準により「一個」の行為と評価するかという問題と、そこでいう一個の過失「行為」はどのように捉えるかという二つの問題がある。

まず、前者につき、法廷意見は、「刑法54条1項前段……にいう一個の行為とは、法的評価をはなれ構成要件的観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとして評価をうける場合」をいうところ、酒酔い運転中に誤って人身事故を発生させた場合、「もともと自動車を運転する行

## 過失犯の罪数

為は、その形態が、通常、時間的継続と場所的移動を伴うものであるのに対し、その過程において人身事故を発生させる行為は、運転継続中における一時点一場所における事象であって、前期の自然的観察からするならば、両者は、酒に酔った状態で運転したことが事故を惹起した過失の内容をなすものかどうかにかかわらず、社会的見解上別個のものと評価すべきであって、これを一個のものとみることはできない。」と判示して、自然的観察・社会的見解を強調した。これに対して、岡原反対意見は、観念的競合にいう一個の行為を確定するには、法的評価を入れない純客観的評価は不可能であり、妥当でもないとし、その確定は様々な要素を評価の客体とした総合的価値論的评价であるとしたうえで、具体的注意義務を維持することができない程度に酔った状態で自動車を運転する場合には、運転の避止、ないし中止義務に違反して運転を継続したことが過失であり、右状態の継続する限り「道交法違反は継続し、かつ、業務上過失の関係で運転中止義務に違背した過失行為は引き続いて存するのであって、その義務違背運転を原因として人身事故を起こした場合には、その運転行為は観念的競合の一個の行為と見るべきものである」という。この点に関する限りこれは二分説である。さらに、この岡原反対意見に対して、岸補足意見は「事故惹起の時点において、運転者が心神喪失・心神耗弱、またはその程度にいたらない酩酊状態のため行動力を欠くいずれの場合であっても、反対意見がいうような、事故惹起時点よりもさかのぼって、運転避止ないし中止義務違反や酒酔い運転行為が過失の内容をなすかどうかによって、観念的競合と併合罪とを区別しようとする……必要はない」という<sup>51)</sup>。

次に、過失行為について、岸補足意見は、事故惹起の時点において、運転者が心神喪失・心神耗弱、あるいはその程度に至らない刑法上の顧慮に値しない酩酊状態のため行動力を欠いたいずれの場合にも、事故惹起の時点における行為を捉える。これに対して、岡原反対意見は、叙上のような酒酔い状態では、過失行為はまさに運転を避止ないし中止すべきであるのにこれに違背して運転を継続することであり、右状態が続く限り運転行為は観念的競合の一個の行為であるという。

これも、二分説が、酩酊ないし泥酔状態に陥り正常な運転を行えない状況

にあつては、過失行為を酒酔い運転開始後になされた一連の運転行為全体として捉えるのと同様である<sup>52)</sup>。さらに、鈴木教授は、二分説では過失行為の捉え方が広すぎるとして、「酒酔い運転行為が決定的に事故に連なるに至る直前の段階において、運転を中止せずそのまま酒酔い運転を継続したところに直接の過失を求め、過失行為もその時点以降の運転行為として捉えるべきではないか」とする<sup>53)</sup>。

四 ドイツにおいて過失犯の罪数に関する典型的な判例として引用されるRG 16 290と構造上類似するのは水俣病判決である。その最大の論点が観念的競合における公訴時効算定であった本事件では、過失犯の罪数は直接の争点とされたものではない。しかし、そこには、過失犯の罪数にとって重要な問題点を含んでいると思われる。

ところで、刑法54条にいう観念的競合・牽連犯の科刑上一罪の時効の起算点については、従来、これを個別的に観察し、個々の構成要件の結果発生ごとに時効が開始するという個別説(通説)と、これを一体として観察し、最終の結果が発生した時点から全体についての時効が進行するとする一体説(判例)との間に争いがあるにせよ、そこで基礎とされていた事例では、同一の過失行為と複数の結果がほぼ同時に発生しているという点では共通の前提から出発していたのである。ところが、熊本水俣病事件では、複数の結果が相互にかなりの時間的間隔をおいて発生したという点に特徴があり、この点で通常観念的競合の事例とは異なった様相を呈していた<sup>54)</sup>。しかし、従来の観念的競合の形態とはかなり異なったこのような過失行為による複数の結果発生という事例であったにもかかわらず、また、観念的競合を認めるか否かで公訴時効等の問題に対する結論を大きく異にすることになるにもかかわらず、観念的競合それ自体の成立如何については、ほとんど言及されなかったのが現状であった。

そのようななかで、土本教授は、「一個の行為で数個の結果を発生せしめたときは、本来的には数罪の過失犯が成立しそれが観念的競合にあたることになる」と一般論を展開し、先の①大判大2年11月24日判例、③大判昭8年2月3日判例を引用する。ただ、これらの判例の事案は、「いずれもその傷害の結果



## 過失犯の罪数

が過失行為に接近した時期で、かつほとんど同時期発生しているのに対し、水俣病事件の事案は、その傷害の結果が過失行為からかなり離れた時期でかつ相互にかなりの時間的間隔をおいて発生している点が異なり、「複数の一身専属的法益を害する結果が長期間にわたって、相互にかなりの時間的間隔をおき、区々に発生したという点は、かかる態様の事案をも観念的競合と認めてよいかどうかを躊躇させるものがなくはない」と、疑問を提示しつつも、「しかし、甲および乙の過失行為（有毒物を含んだ廃水の排出行為）は、アセトアルデヒドの製造という単一の意味に基づき、同一の手段方法により、継続して行われたものであり、そこにおいては、時間の流れという縦の関係においても、甲および乙の注意義務違反という横の関係においても、これを分断することは不可能であり、したがってその行為は包括的に一個のものと評価せざるを得ない」という<sup>55)</sup>。

さらに、本判決において基礎にされた事案につき観念的競合を認めたことにつき問題点を指摘するのは、鈴木教授である。すなわち、「従来、観念的競合における『一個の行為』は、通常当該行為の重なり合いのいかんで判断されることが多かった（競合型）。しかし、本件においては、発病の原因となった排水行為がそれぞれ重なり合っているかどうかは、必ずしもそれほど重要視されていないのではないか。むしろ、それらが一連の排出行為によって惹起されたというところに、観念的競合とされている真の理由があるといつてよいのではないかとの疑問を禁じえないのである。もしそうだとするとA～Gの発病の原因となった排出行為が相互に重なり合うことなく、継続的にいわば連鎖的關係に立つことが明白な場合であっても、観念的競合を肯定するという方向へむかうことになろう（連鎖型）。もし、そうではなく伝統的な重なり合いに着目しているのだとすれば、はたして本件を簡単に観念的競合といってしまうとよいかには、なお疑問が残るのである。もっとも、重なり合いの可能性も否定はできないから、プロ・レオ原則に基づき観念的競合を認めたと解する余地もありうるかも知れない。しかし、そこから時効未完了等の帰結が導かれるのであれば、このような解釈にも疑問が残ろう。いずれにせよ本件においては、観念的競合論それ自体についても、一種の問題提起がなされているといつてよいよう

に思われる」とする<sup>56)57)</sup>。

- 38) 本稿では、以上の文献のほか、おもに次の文献を参照した。中山善房「観念的競合における『一個の行為』について」＜＝「一個の行為」＞』刑法雑誌21巻2号134頁，同「罪数論の現状」中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』167頁，同『判例刑法研究(4)』(1981年)309頁，同『大コンメンタール刑法(第三巻)』(1990年)1頁以下，鈴木茂嗣「観念的競合について」刑法雑誌21巻2号123頁，同「罪数論」『現代刑法講座(第三巻)』(1979年)283頁，同「刑事交通事件と罪数」判例タイムズ262号237頁，同「判例における観念的競合論の新展開」＜＝「新展開」＞』判例タイムズ311号7頁，山火正則「科刑上一罪について」刑法雑誌23巻1＝2号1頁，16頁，同「いわゆる信号無視の罪と業務上過失傷害罪との罪数関係」神奈川法学11巻23号99頁，同「酒酔い運転の所為と運転開始直後の重過失傷害の所為とが併合罪とされた事例」＜＝「併合罪とされた事例」＞』刑事判例評釈集36・37巻179頁，拙稿「観念的競合と自然的行為単一性」中央大学大学院研究年報17号I-2・108頁，116頁参照。
- 39) 藤木英雄『過失犯の理論』(1969年)332頁，348頁，莊子邦雄「酩酊運転による事故責任」判例評論27号13頁，木宮高彦「無謀操縦と業務上過失致死傷罪との罪数関係」判例評論33号9頁，大塚仁『刑法各論(上)(改訂版)』(1984年)136頁，阿部純二「酩酊運転と業務上過失傷害との関係」続刑法判例百選242頁，高田・前掲書625頁，西原春夫「酩酊運転と刑事責任」植松博士還暦祝賀『刑法と科学・法律編』(1971年)275頁，谷口正孝「交通事故と罪数」ジュリスト431号367頁。内田・前掲書352頁。なお，曾根教授は，両罪が一部分において重なる場合では，酒酔い運転が過失の内容となっているときには牽連犯，なっていないときには併合罪とし，両者が時間的・場所的に重なり合う場合には観念的競合を認める。曾根威彦『刑法総論』(1987年)314頁。
- 40) 伊達秋雄「罪数論(一)-(六)」法律のひろば9巻1-6号，同「酒気帯び運転と業務上過失致死傷罪の関係」日沖博士還暦祝賀『過失犯(2)』(1966年)213頁，中義勝「過失往來妨害と業務上過失傷害罪」交通事故判例百選206頁，田中久智「飲酒運転と業務上過失傷害罪」交通事故判例百選202頁。なお，中山判事は自然的観察・社会的観察により行為者の動態が「一個の行為」とみざるをえない場合と具体的事案における実行行為の「相互依存性」，「合一性」および「発展的結合性」を勘案しての「一個の行為」とみてよい場合との二つの類型を認める。前掲『大コンメンタール』36頁。
- 41) 平野龍一「短刀の不法所持と短刀を突きつけての強盗とは併合罪か」刑事判例評釈集11巻390頁，高田・前掲書619頁，谷口・前掲論文374頁。
- 42) 中野次雄「共犯の罪数」斉藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』(1964年)353頁，同旨，井上正治「無免許運転の所為と乗車制限違反の所為とが同一の運転の機会に行なわれた場合の罪数」法律のひろば20巻4号51頁，同一の基準として，西原春夫『刑法総論』(1977年)378頁。
- 43) 山火・前掲「科刑上一罪について」21頁。
- 44) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(1990年)458頁，福田平『刑法総論』(1976年)241頁，大塚・前掲『刑法概説総論』437頁。
- 45) 平野龍一『刑法総論(Ⅱ)』(1975年)425頁，なお伊達秋雄『刑法入門』(1960年)168頁。
- 46) 植松正『刑法概論I(再訂版)』(1974年)376頁。大谷實『刑法講義総論(第三版)』

## 過失犯の罪数

- (1991年) 489頁。
- 47) 鈴木・前掲「観念的競合について」129頁，同・前掲「罪数論」296頁，同・前掲「刑事交通事件と罪数」237頁，同・前掲「新展開」7頁。なお，田宮裕「観念的競合と併合罪」『刑法の判例（第二版）』（1973年）168頁参照。田宮教授も，同様の理解から，かねてより，酩酊運転と過失致死傷とを観念的競合と解していた。
- 48) 正田満三郎「無免許運転の罪と酒酔い運転の罪は観念的競合となりうるか(4)」判例時報748号8頁。
- 49) 中谷・前掲書158頁。
- 50) 藤木英雄『注釈刑法（五）』（1970年）181頁。同・前掲『過失犯の理論』332頁。
- 51) 法廷意見・補足意見は，行為の時間的場所的量的重なり合いに主として着目し，岡原意見は，行為の法的評価，質的重要性に着目しているとの評価（判例時報739号37頁）と，法廷意見は時間的一致説を基礎として，「構成要件の行為を前提に，その行為間の統一性を考えるにあたっての自然的観察を強調するもの」であるとの理解（鈴木・前掲「新展開」9頁）がある。
- 52) 藤木・前掲『過失犯の理論』333頁。なお，<sup>②</sup>昭和49年判例以前の，最2決昭和46年6月4日判例タイムズ263号196頁の岡原裁判官の意見参照。
- 53) 鈴木・前掲「新展開」9頁。同・前掲「観念的競合について」133頁。
- 54) 板倉宏「公訴時効の起算点」法律のひろば41巻6号40頁，虫明満「罪数と公訴時効の起算点」『包括一罪の研究』（1992年）393頁，渡辺修「熊本水俣病事件と公訴時効」刑法雑誌29巻4号546頁等参照。
- 55) 土本武司「公訴時効・胎児性致死傷（中）」警察学論集32巻8号101頁。
- 56) 鈴木茂嗣「迅速裁判違反と公訴時効をめぐる」法律時報60巻9号34頁。ただし，教授は，「行為連鎖型とみる場合にも，これらの行為はまさに構造的過失によるものであり密接な関連を有する一体の行為といえてよい。このような場合には，厳密には行為競合といえないときにも，これに準じて『一個の行為』によるものと解してよいのではないか」とする。
- 57) なお，水俣病上告審において，最高裁は，業務上過失致死罪の時効が完成したか否かの判断には，それ以前に業務上過失傷害罪の時効期間が経過したか否かは格別の意義は有しないと，業務上過失傷害罪の公訴時効の完成は業務上過失致死罪の公訴権を消滅させるわけではないとした，一，二審判決の結論を支持した。この立場に立つと，業務上過失傷害罪の時効完成時からその後の被害者の死亡時期までは処罰の間隙が生じることになる。これを疑問視し，板倉教授は，水俣病のような傷害の実態を継続犯として捉え，業務上過失傷害罪の時効は進行しないというのである（板倉宏「水俣病刑事判決をめぐる」判例タイムズ385号109頁）。同旨，飯田英男「公訴時効の起算点」続刑事訴訟法（実例法学全集）（1980年）120頁。船山泰範「公害犯罪と刑事責任」法学セミナー299号170頁。しかし，過失傷害を継続犯とみることには，批判が寄せられている。虫明満「公訴時効の起算点」香川法学8巻2号87頁，浅田和茂「熊本水俣病最高裁決定の検討・総説」刑法雑誌29巻4号517頁。

## 第四章 判例・学説の検討

以下，観念的競合にいう「一個の行為」に関する諸説を検討し，その後過失

犯の罪数をめぐるわが国の判例・学説の検討を行うことにする。

一 「一個の行為」に関する学説にあって、㉔は、それだけでは基準として不十分であることは多くの学説の指摘するところであり、わが国とドイツの「自然的」観察を比較した場合、そこから得られる自然的行為単一性の内容も機能も異にすることからも明らかであり<sup>58)</sup>、㉕はその実質は構成要件的行為の重なりを基準とするものであり、過失犯にあっての具体的基準という点では他の説、とりわけ二分説に接近することになるであろうし<sup>59)</sup>、㉖は、「行為者が行為を分割して一つの構成要件に該当する行為だけをし、他の構成要件に該当する行為をしないことが可能であった」、すなわち分割可能であったとしても、分割しなかった場合には観念的競合の成立を認めてよい<sup>60)</sup>。また、その場合には、併合罪と比べての責任の減少を肯定すべきであって、したがって、分割不可能な場合には「単一的意思行為」があるとして、これを観念的競合の一罪性の肯定根拠とすることはできない。この点は過失犯の競合においても同様である。㉗は、観念的競合の成立範囲が狭くなることに対する疑念が払拭されず<sup>61)</sup>、㉘は、主要部分の内容がとりわけ継続犯と即成犯との併発にあっては不明確であり、㉙は、偽造文書行使しての詐欺取財や銃刀法違反と殺人を観念的競合と解するのであるが、前者は実行行為が全部重なっているとも解せられ<sup>62)</sup>、後者についてはその根拠と至る結論の妥当性につき説明が必要であり、あまりに観念的競合の成立範囲が広がる虞なしとしないのであり、㉚に関しても着手概念に不明確性が残ることのほか、即成犯と継続犯の着手時期が同じであれば、継続犯がその後いかに長時間にわたり継続しようとも観念的競合とせざるをえない、などその具体的帰結に対する批判が提起されている<sup>63)</sup>。㉛については、確かに「捜査の波及性」という目標との関わりでは、機能的かつ実践的である。ただ、その「統一」性の判断に「捜査の波及性」という観点が介入するとすれば、「時間的一致」という要件の基礎をなしていた「ある時点での行為は全体としてその人のその時点での全人格の表現である」とする教授の説明<sup>64)</sup>との関連が問われることになる。㉜は、罪質の同一性を強調するのであるが、包括一罪や法条競合ならば格別、一個の行為による数個の法律違反を規定する

## 過失犯の罪数

現行刑法条の文言に反する虞がある<sup>65)</sup>。最後に、中谷判事の説について、たとえば、酒酔い運転中の自動車事故の事例では、過失犯における注意義務の全部または一部が、作為犯における不作為義務と一致しているとして、観念的競合を認める結果に至らないであろうか。少なくとも、②最3決昭50年5月27日判例のように、運転未熟で酒に酔った状態で運転しその直後に事故を起こした場合には、観念的競合を認めることになるのではないか。しかし、この結論を判事は否定するようである。

二 ただ、観念的競合における「一個の行為」を検討するにあたって、過失犯においては過失犯の一個の行為、ないし一個の過失というものをどのように解するかが重要となる。この点に関して、ドイツでは過失犯は不作為犯と同様の罪数基準が妥当するとされていることは、先に紹介したとおりであり、また、このようなアプローチは正当であると思われる。ところで、かつて、私は「不作為犯の罪数」において、次のように考えた。不作為犯では、「それ自体のうちに個数ないし異同の契機となる外的事象」はなく<sup>66)</sup>、したがって「一個の行為」を認める基準としては、ある規範違反と他の規範違反との「同時性」を問うことが妥当である。しかし、「同時性」という概念はさらに内容の具体化を必要とする。この点に関しては、ある規範違反後に他の規範違反を回避しえたか否かを問い、それが不可能な場合に二つの規範違反態度は行為者にとって同時に生じていると解する考え（回避不可能性説）が有効であると思われる。というのも、この場合、「ある規範違反の発生後に、もはや行為者が他の規範違反の発生を防止しようとして介入することができない場合」、すなわち、「行為と行為の合間で熟慮可能性・法遵守の可能性がない場合」（観念的競合）には、「現実の事象の進行に介入しえたのにこれをせず、その事象の進行するに任せた場合」、すなわち、「結果発生を防止する可能性があるにもかかわらず別個に複数の規範に違反した場合」（併合罪・行為複数）とは異なり、数度の法の軽視は認められず、一個の行為者態度が見て取れるからである。行為者の生の活動・生の断片がある構成要件を充足し、同時に他の構成要件にも該当すること、換言すれば複数の構成要件を充足する複数の態度に「時間的同一性（一

致)」があることは、一個の人格態度を示す 實在根拠となるからである<sup>67)</sup>。そして、このような考えは、また、観念的競合は違法ばかりでなく責任の減少でもあるとする、観念的競合の一罪性からも首肯されるのではないかと。

このような不作為犯の場合の観念的競合にいう「一個の行為」に関する基準は、過失犯にも当てはまると考える<sup>68)</sup>。すなわち、ある過失による結果惹起の後さらなる過失による新たな結果惹起を回避できなければ、ある注意義務の違反後に行為者が注意義務を遵守しさらなる結果を回避できた場合と異なり、一個の注意義務違反しか認められず、したがって二つの過失犯は同時に生じており、二つの過失犯を行った行為者態度（過失行為）は一個であるとして、観念的競合の「一個の行為」を認めてよいと思われるのである。そして、この理は、故意犯と過失犯の事例でもかわるところはない。

ところで、近時、林教授は、②昭和49年判例につき、酒酔い運転の罪と業務上過失致死罪とが「併合罪とされるべきなのは、業務上過失致死罪の行為は新たな別個の意思発現と認められるからである」とし、したがって、「酒に酔った状態で運転したことが事故を惹起した過失の内容をなすものかどうかにかかわらず」併合罪とすべきとする点を疑問視し、「酒酔い運転の最初の行為のみが事故を惹起した過失行為と認められる場合には、別の新たな意思発現を認めることはでき」ず、「一個の同時的意思発現」を認めるべきであるとして、先の②最3決昭50年5月27日判例につき否定的な立場に立っている<sup>69)</sup>。また、鈴木教授は、上述のごとく観念的競合にいう「一個の行為」を行為の「単一性」すなわち「統一性」と解し、観念的競合の成立につき構成要件該当の行為の社会的一体性を問題とする。そして、その具体的基準を行為の「時間的一致」にもとめる。というもの、上述のごとく、教授によれば、「ある人のある時点での行為は全体としてその人のその時点での全人格の表現である」からである<sup>70)</sup>。本稿は、これらの見解に従いつつも、右「一個の同時的意思発現」といい、「全人格の表現」といい、その実体は、観念的競合の一罪性というところの責任減少の側面を強調したものであって、「一個の行為」の実質的根拠であるとしてこれを位置付け、またその意図するところは二分説や私見と同様なものであると考えて、その具体的基準を回避不可能性説に求めるものである。

## 過失犯の罪数

最後に、私見では、具体的事案を基礎にし、そのうえでの「回避できたか否か」という規範的な判断に際して②昭和49年判例にいう「自然的観察・社会的見解」を挿入すべきであると考える点でも、不作為犯の罪数の場合と同様である。したがって、後で述べるごとく、先の②最3決昭50年5月27日判例は限界事例に属すると思われるが、かりに100mも走行せず、まさに運転直後の事故であれば、観念的競合の成立する可能性は否定しえないことになる。

三 このように「一個の行為」の基準を設定した場合、他の、二分説、分割可能・不可能説（および、西原説）、着手一体説といかなる点で異なるであろうか。まず、回避不可能性説は、二分説の具体的で実質的な基準となると考えられよう。すなわち、二分説は、その対象としている過失の内容に着目する点では、過失の内容・態様の同一性（一致）を問うものであるが、「一個の行為が、同時に業務上過失致死傷罪と保安法規違反の罪とを構成し、そうでない場合、すなわち、法規違反があっても、それで直ちに事故が発生するわけではなく、なお、別の措置によって結果を回避することが可能であるときは、法規上の義務と注意義務とは一致せず、この場合には、二つの罪は併合罪の関係にあるとみるべきである」として、かかる基準から「一個の行為」の成立を論じている以上、これは回避不可能性説のそれと同一方向を指向するものといってよい。二分説では、酒酔いが過失の内容となっているかどうかを標準として、それが肯定されることで二つの行為の形態的同一性が認められるとされるのであるが、と同時にその場合、一方の規範違反の後に他の規範違反を回避できなかった、すなわち二つの行為の同時性が肯定されると解すべきである。ただ、二分説は酒酔い運転が業務上過失の内容となっているときに過失は一個であるとして「一個の行為」を認めるのに対して、回避不可能性説は、これにとどまらず、酒酔い運転直後に業務上過失致死傷罪を惹起させ、前者が後者の過失の内容となっていない場合でも観念的競合を認める。この点で二分説の意図するところを敷衍して、統一的に「一個の行為」を論じることができるのではあるまいか。

次に、故意犯に関する分割可能・不可能説、とくに西原説とも、回避不可能性説は同一の思考の方法をとる。ただ分割不能説には上述のごとく難点があ

り、西原説も、「ある行為をしようとするとはほぼ必然的に他の規範にも違反してしまう」場合に観念的競合を、「ある規範違反の行為をしようとする場合に、他の規範に違反することを避けようとするれば避けられた、にもかかわらず避けなかった」場合に実在的競合の成立を認めるのであるが、ここでは複数の規範の抽象的内容だけが、行為の行われた具体的な状況から切り離されたところで問題にされているように思われる。したがって、この説では、無免許運転と酒酔い運転、無免許運転と自動車検査証の有効期間満了後の運転とは併合罪となり、また交通事故を起こしながら道路交通法72条1項前段の救護義務違反と、後段の報告義務違反の罪とが併合罪となるのである。しかし、「一個の行為」は、あくまで具体的な行為者の態度と現実の事象を基礎に判断されるべきであり、上述のごとく、行為者が「分割しなかった」、ないし「避けなかった」場合、これらの事例については、観念的競合が認められるべきである。分割可能・不可能説が過失犯の罪数にも適用されるとするならば、そこでもやはり、具体的な事象を基底に可能性を判断するのではなく、規範相互の関係においてこれを行えば、観念的競合の成立は狭くなってしまふ。

最後に、着手一体説に対しては、山火教授から「酩酊運転開始と同時に過失によって人を傷害しそのまま運転を継続した場合」に酩酊運転の罪と過失傷害罪とを観念的競合とせざるをえないではないかとの正当な批判がある<sup>71)</sup>。これについて、酩酊運転であっても行為者にいまだ制御能力が完全にかけていない場合、酩酊運転と過失致死傷は一個の行為となり、これはその後の酩酊運転とは別個の行為になると解してよいと考える。過失傷害の発生により、酩酊運転行為はその前後で分断されると思われるのである。着手一体説が過失犯の罪数についても転用可能であるとするならば、山火教授の指摘するとおり、継続犯（たとえば、道路交通法違反）と同時に過失致死傷罪を犯しそのまま前記違反を継続すると、すべてが観念的競合となってしまう、妥当でない。

そして、過失行為が時間の経過とともに直線的に継続し、その間に複数の結果が時間を異にして発生した場合、あるいは⑪最2判昭23年3月20日や、あるいは⑫福島地会津若松支判昭50年6月24日、⑬大阪高判昭54年3月23日の各判例においてのように、故意犯と後の過失犯の実行行為が一般的には重なっている



## 過失犯の罪数

とされるであろうが、後者の結果発生が前者から時間的に離れて生じているような場合、着手一体説や、構成要件の重なり合いを基準とする説からすると観念的競合を認める結論にいたることになると思われるのに対して、回避不可能性説からすると、併合罪の成立の余地がでてくると考えられる。この点で、同じ故意犯と過失犯の事例でも、⑫最2決昭49年10月14日、⑬名古屋高金沢支判昭37年5月1日、⑭山口地判昭40年5月28日等の観念的競合の成立を肯定してもよい事例と性質を異にするので考えるのである。

四 このような考えは、実は特異なものではなく、わが国の判例においてもしばしば、その判断の基礎とされていたのである。たとえば、「(二台の自動車との衝突)の時間的前後の差はまさに瞬間の差と云って差支えなく、一台目との衝突後新に別個の注意義務を生じているのにこれをも怠り二台目と衝突した場合とは全く趣を異にする」として、観念的競合を肯定した⑤東京高判昭39年7月22日はその典型であり、踏切を通過の際一旦停止を怠ったため、自車を電車と衝突させ、運転手らに傷害を負わせたという事案につき、「過失往来危険の罪および業務上過失傷害の罪とは、……一個の過失行為により同時に犯かされたものと認るを相当」であるとした⑦東京高判昭37年10月18日も同様である<sup>72)</sup>。また、⑨最1決昭33年4月10日では、居眠り運転の罪と業務上過失致死傷罪につき前者は後者の過失の内容をなしていたとして観念的競合が認められたが、断続的に複数回居眠り運転をしながら運転継続中、その最後の居眠り運転から事故が発生した場合などは格別、居眠り運転後、いったん運転を中止し、もって事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務を履行するまもなく事故を発生させた場合などは、先の回避不可能性説の基準からしても妥当といふべきであり、他方この判例において問題となったもう一つの論点、すなわち業務上過失傷害と業務上過失致死との関係についても、判例は、「時間的に前後しており法律的観察においては」両罪の間に観念的競合の関係を肯定することはできないとした原審の判断を支持しており、これも回避不可能性説からよりよく説明できる<sup>73)</sup>。もちろん、そこでいう同時性という基準は、物理的なものでもなく、論理的順序を問うものでもない。それは、上述のごとく、行為者を

基準とした具体的かつ規範的な判断であり、その判断を行うにあたっては社会的・自然的な評価が介在することを認めなければならない。「原判決は四名の者の傷害がかならずしも同一瞬間に発生したものでないことからこれを併合罪だと判断したものかもしれないが、結果の発生が同時でなかったということは別に観念的競合の關係の成立を妨げるものではない」とした⑥東京高判昭28年7月20日判例はこの趣旨で理解されるべきである<sup>74)</sup>。

ところで、先の故意犯と過失犯との罪数判例を見た場合、保安法規上の違反があっても、そこから事故が直結するのではなく、さらに別の措置によって後の結果回避の可能性がある以上は、二分説、回避不可能性説からは、「一個の行為」を認めることはできない。判例⑫、⑬、⑭の結論は正当であり、⑪ではメタノールの譲渡と被害者がこれを飲料する時期、⑯ではふぐの肝臓の授与と致死の結果の回避時期とが接着していたことを前提として正当、⑰では、危険な狩猟方法に当たる行為がなされたことが、後の過失致死傷罪の過失の内容とされた、あるいは両者の実行行為は重なっているとされたのかもしれないが、私見によれば併合罪を認めるべきであった事例であると思われるので、その結論には疑問がある。

しかし、従来言われてきたところの二分説は、「酒に酔った状態で運転したことが事故を惹起した過失の内容をなすものかどうかにかわりなく」とした⑳昭和49年判例によって、明確に否定された。そして、㉑最3決昭50年5月27日判例はこの延長線上にあり、酒酔い運転の罪と重過失傷害罪を併合罪と判示したが、酒に酔った状態で道路に面したガレージから道路に出た瞬間に事故を起こした場合、いずれの立場でも観念的競合は否定されないと思われるが、かかる場合との対比上、これら判例には疑問が残る。もっとも、後者の事例では、100m 走行したという時間的・場所的間隔からして限界事例に属するものであるが、酒酔い運転後に結果回避義務を果たしえたとして、結論的には判例の見解が支持されようが、その理由付けは批判されるべきである。最高裁の判断には、酒酔い運転の罪と過失致死傷罪の關係を画一的に律しようとする意図が見えるが、罪数を一般的・抽象的に決する態度は、具体的妥当性を軽視し、余りにもその結論についての法的安定性を偏重するものであって、このような姿

## 過失犯の罪数

勢に対しては、罪数論は具体的事案を基礎にした個別・具体的な判断であるべきとの批判がなされるべきである<sup>75)</sup>。この点で、先の②最2決昭49年10月14日に関して、岡原意見が「信号無視一時不停止が事故の原因にならずに（相当進行してから）新たに前方注視義務懈怠があり、それが原因となって事故を起こしたとき……を想定すれば、……この場合後の過失が事故に結びつくことによって一時不停止は……事故の結果に対して原因とはなら」ず、したがって、この場合にも観念的競合を認めるのであれば、停止線を超えた時点で既遂となり、違法状態のみ続く「そのすでに完了した行為と後に新たに発生した行為との間に一箇性を認めることとなって論理的におかしい」とし、「あらゆる形態に前記の判例理論が適用するかどうか」は、検討されなければならないとする指摘は重要である。

五 ②昭和49年判例とそれに対する疑問点についてはすでに述べたが、ここで当該判例で展開された補足意見と反対意見について若干検討しよう。上述の岸補足意見は酒酔いの程度を問わず事故惹起の時点における行為に過失を認めるが、これに対しては、「刑法上の顧慮に値しない程度の酩酊状態」であり操縦能力に不足がない以上、酒酔い運転行為以外の別個の過失行為によって結果が発生した、換言すれば酒酔い運転中にその後の結果を回避する行為をとりえた場合と、酒酔い運転行為が過失の内容になった、換言すれば過失によるさらなる結果を回避できなかった場合とは区別されるべきであり、この区別は、行為者の人格の主体的現実化としての過失「行為」の個数にとって重要といわざるをえないのではあるまいか<sup>76)</sup>。また、岸補足意見が過失行為を「事故惹起時の行為」として捉える点についてはどうか。思うに、これが、事故惹起時の行為を衝突行為そのものであるとすれば、過失行為の範囲は「狭きに失し」<sup>77)</sup>、その時点で結果の発生がおよそ不可能であればその行為は過失でもないのではあるまいか<sup>78)</sup>。また、この見解が、かりに過失行為をそれ以前の結果回避の可能性のある時期にまで遡って認めるとすれば、二分説や鈴木教授の考えとの差異はなくなってしまいます。岡原反対意見はどうか。この見解は若干不分明なところもあるが、酒酔い運転と過失致死傷罪に関する限り二分説と同様の立場にた

つものといえよう。本稿は、未遂犯につき実質的客観説を採り、かつ、結果発生の具体的危険を未遂犯の処罰根拠と、したがって実行の着手時期は具体的危険発生時であると解する立場から（この点でも、不作為犯の罪数と同様）、二分説同様、酒酔い運転が業務上過失致死傷の内容をなすと、すなわち、「前方注視や、臨機の措置をとることが殆ど不可能とみられる程度に酩酊している場合」にはその時点から過失行為が継続していると考えるのである。この点に関して、鈴木教授は、これでは過失行為は広がりすぎるとの疑問を呈するが、二分説も上述のごとく酒酔い運転が業務上の過失致死傷の内容とするにはかなりの限定を設けているというべきであり、そうであれば両者の差異は実質的には存しないのではあるまいか<sup>79)</sup>。

六 最後に、過失犯の罪数が（消極的に）問われた、⑧昭和63年水俣病決定を検討しよう。

この判決での事案は、鈴木教授の指摘するごとく、従来判例が基礎にしてきた過失行為の「重なり合い」では説明が困難な事例であるように思われる。少なくとも、本件で基礎にされた事案は従来観念的競合のそれとは異なった形態であり、ある犯罪が発覚することによって他の犯罪が容易に発覚するというものではなく、このことから観念的競合の成立はそれほど自明なことではないと思われるのである。この点に言及することなく判例が観念的競合を認めた点には、疑問が存する。本件事例に複数の過失行為を認め、それによる複数の結果惹起として併合罪を認める余地はなかったのであろうか。併合罪とすべき実体を観念的競合であると評価したことに無理があり、その結果として多くの問題点が生じることになった、たとえば、典型的な型の観念的競合の時効完成につきそれまで採られてきた一体説をそのまま適用したならば、合理的な解決へ至らないとしてその修正を迫られたのではなからうか、という危惧さえおぼえる<sup>80)</sup>。

さて、本件を回避可能性説で捉えた場合には、どのような結論に至るであろうか。本件では、連日にわたる排出行為により八個の死傷の結果が発生している。かりに、時間的に間隔をおいて発生したそれらの結果が、たとえば当初

## 過失犯の罪数

の排出行為が決定的な原因となり、これにより順次に結果が発生させられたため、ある結果の発生後にさらなる結果の発生を未然に防止することができなかったならば、これらの結果は同時に生じていると解され、観念的競合という「一個の行為」が肯定されよう。これに対し、かりに本件で、ドイツ RG 16 290 判決、すなわち行為者の過失により時間的にはなれて三人がそれぞれ傷害を負った事例と同様、複数の結果の間に行為者にさらなる結果を回避する可能性があったとするならば、過失行為は一個ではなく、したがって併合罪が成立すると解すべきである。

なお、本件決定の射程につき、鈴木教授は、「実体法や手続の基礎理論に触れる論点を含んでいるという点では、むしろかなりの普遍性をもつ事件であったといつてよい」<sup>81)</sup>とする。しかし、本件は未曾有の公害事件であり、そこで基礎にされた事案は、教授も認められるように、「特殊な事案」であり、したがって本件で示された実体法・手続法上の諸問題に関わる数多くの判断については、その射程はこれを狭く解せざるをえないと思われる。

- 
- 58) 安村勉「観念的競合と実在的競合」『判例によるドイツ刑法(総論)』(1987年)226頁、拙稿・前掲「観念的競合と自然的行為単一性」115頁、同「複数の行為の後に発生した被害者の死」比較法雑誌22巻2号135頁、同「強盗とその後に行われた犯罪との罪数関係」比較法雑誌23巻4号95頁。
- 59) たとえば、高田・前掲書625頁参照。
- 60) 同旨、林幹人「罪数論」『刑法理論の現代的展開(総論)』(1990年)297頁注8。なお、㉔ないし㉕の見解から、同一人に対して殴打と侮辱を同時に行う場合や両手で複数の被害者に対してスリを行う場合、二刀流・二挺拳銃で複数人を殺傷する場合には併合罪が成立すると解する見解もあるが、観念的競合を認めてもよいと思われる。この点では㉔説に対する批判があてはまる。
- 61) 山火教授は、この疑問をかねてより予想して、その場合は牽連犯の可能性を検討すべきであり、たとえば贓物であることの情を知りながら脅迫して(偽同手段を用いた場合も同様に解するのであろうか)これを交付させた場合、脅迫罪と贓物收受罪との牽連犯であるとする。山火・前掲「科刑上一罪について」23頁。しかし、かかる事象につき二個の行為を認めることは困難ではあるまいか。牽連犯の成立には、手段・目的、原因・結果の関係があること、罪名を異にすること、さらには包括一罪については、異種類の(混合的)包括一罪は限定的にしか認められないことから、観念的競合の成立を狭める結果となることには疑問がある。
- 62) 山火・前掲「科刑上一罪について」21頁以下。
- 63) 山火・前掲「科刑上一罪について」22頁参照。たとえば、銃砲刀剣等の不法所持と強盗または殺人に関して、学説(団藤・前掲書459頁一既判力を問題とする一、平野・

- 前掲刑事判例評釈集388頁, 藤木英雄『法釈刑法(外)』(1966年)106頁, 反対, 大谷・前掲書490頁), 判例(最1判昭24年12月8日刑集3巻12号1915頁, 反対, 大阪高判昭24年12月19日刑事判決特報7巻76頁(観念的競合))は併合罪であるとする。また, 高田・前掲書620頁は, 騒擾罪とその間になされた殺人がかりに着手の同時性を要件とするならば不当に観念的競合の成立を制限することになるとする(ただ, これは「一個の行為」の問題だけでなく, 騒擾罪の構成要件の内容の問題でもある)。
- 64) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(1979年)251頁。なお, 「捜査の波及性」によっては, 観念的競合にいう「もっとも重い刑による処罰」という54条の「吸収主義(総合主義)」を観念的競合の一罪性との関係で説明しえないのではないか。観念的競合の一罪性の説明は, 実体法と手続法両者への配慮が必要であるとしつつも, やはり後者に重点をおくべきだとし, 処断刑の効力よりも一事不再理効に重きをおく。もっとも, 時間的一致・社会的統一性によって捉えられた「観念的競合が, 併合罪と異なりより軽く罰せられる理由も, 同一の社会的な行為がそれぞれの構成要件の評価の対象の中核部分をなしているということから, 十分説明できるように思われる」としている。なお, 注79参照。
- 65) 高田・前掲書622頁, 624頁, 鈴木・前掲「新展開」7頁。わが国でもドイツでもこれが通説であり, 最高裁もたとえば過失犯と故意犯であるから観念的競合を認めないという立場は採っていない(たとえば⑩最2判昭23年3月20日判例)。したがって⑪大判大11年10月24日判例や東京高判昭35年8月29日(注33)の判例は批判されるべきである。なお, 無免許運転と制限乗車人員超過運転とを「それぞれ全く性質を異にする事項に関する」とした原審判断を肯定して併合罪とした最2判昭40年1月29日刑集19巻1号26頁の判例を, 無免許運転と無車検車両運転とを観念的競合と解した最大判昭49年5月29日刑集28巻4号168頁は, 変更した。
- 66) 松本一郎「不作為犯の罪数」刑法判例百選I総論(第二版)200頁。
- 67) 拙稿・前掲「不作為犯の罪数」183頁, 191頁。ドイツでこのような見解にたって観念的競合を論じる論者としては, Baumgarten, Werle などであり, このような立場で不作為犯の罪数を論じるのは, Beling, Puppe, Höpfner, Peters などである。Vgl. Maiwald, a. a. O., S. 97.
- 68) ドイツでは, 上述のごとく過失犯の罪数と不作為犯の罪数を統一的に解決している。わが国でも従来, 過失犯には不作為犯が考えられるだけであったという指摘もあるが, 現在ではこの問題は, なかなく監督過失について論じられている。この点に関しては, 大塚仁『刑法論集(1)』(1976年)225頁。刑法理論研究会『現代刑法原論(改訂版)』(1987年)238頁, 松宮孝明「大規模火災事件における予見可能性」法学教室126号63頁, 山中敬一「デパートビル火災と管理監督過失」法学教室129号92頁, 前田雅英『刑法総論講義』(1988年)370頁, 同「監督過失について」法曹時報42巻2号1頁, 同『現代社会と実質的犯罪論』(1992)238頁参照。本稿ではこの問題につき検討することはできなかったが, 過失犯の罪数については, 不作為犯の罪数と同様に解釈することが妥当であると思われる。
- 69) 林・前掲論文290頁。林教授は, 観念的競合の一罪性を責任減少で捉える立場であり, その点で本文の主張には一貫性がある。なお, 山火教授も早くから⑫最3決昭50年5月27日判例を批判し観念的競合説を主張していた(山火・前掲「併合罪とされた事例」184頁)。
- 70) 鈴木・前掲書252頁, 同・前掲「観念的競合について」129頁。同旨, 最大判昭51

## 過失犯の罪数

年9月22日刑集40巻8号1640頁における団藤裁判官の補足意見、同旨、高木典雄「道路交通法72条1項前段の義務違反の罪と同項後段の義務違反の罪との罪数関係」『最高裁判所判例解説・刑事編（昭和51年度）』278頁など。

- 71) 山火・前掲「科刑上一罪について」22頁。
- 72) ただ、この判例では、道路交通法違反の罪も観念的競合の関係にある。なお、上述の、業務上過失致死と業務上過失建造物損壊罪との観念的競合を認めた東京高判昭37年判例、同じく、⑨旧鉱業法に関する最1決昭28年10月8日も、回避不可能性説から説明できる。
- 73) ただ、この昭和33年判例の事案で、先の業務上過失傷害の後にさらなる業務上過失致死を回避できたかは、もちろん事実認定の問題ではあるとはいえ、かなり疑問が残る。
- 74) 回避が可能か否かは、事実的な判断ではなく、行為者がしようと思えばできたかを問う規範的な判断である。したがって、RG 16 190 のいうように、行為者がそれぞれの事故の発生に気づいたか否かは、この判断に影響しない。この点でも、不作為犯にあってと同様である。なお、道交法の規定（酒酔い運転の罪）を補充的なものとして、刑法の罪（業務上過失致死傷罪）が成立した場合、これに吸収されると解する説として、田宮・前掲論文166頁、下村康正「酒酔い運転と業務上過失致死傷罪」ジュリスト567号70頁参照。興味深い考え方であるが、これは、両者の構成要件の内容の問題であり、道路交通法の目的は人身の安全のほか円滑な道路交通の維持にあると解されることから、道路交通法違反の罪が刑法の罪に吸収されたかについては、検討を要するであろう。
- 75) なお、具体的な犯罪の数を数えることを罪刑法定主義の要請として強調するのは、中山判事である。中山・前掲「罪数論の現状」169頁。同・前掲「一個の行為」138頁、同・前掲『判例刑法研究(4)』310頁、同・前掲『大コンメンタール刑法（第三巻）』5頁。しかし、本稿の趣旨がそこでいう「具体的」の内容と必ずしも一致するものではないかもしれない。なお、⑩昭49年判例により、酒酔い運転の罪にあたる行為が業務上過失致死罪における唯一の過失内容となっているときには両罪は観念的競合であるとした大阪高判昭43年11月30日高刑集21巻5号630頁の判例の趣旨は否定された。また、無免許運転または過労運転の罪と業務上過失傷害罪とを併合罪とした高松高判昭50年2月10日『罪数関係裁判例（特別法）（改訂版）』（1991年）662頁も⑩判例に沿うものである。
- 76) 岸補足意見に対する批判的検討として、鈴木・前掲「新展開」331頁。なお、⑩昭和49年判例における江里口補足意見は、岸反対意見のいう、運転避止、または中止違反が過失の内容とされる程度の酒酔い運転と、その程度に至らないそれとの限界づけの困難を指摘する。
- 77) 鈴木・前掲「新展開」9頁。
- 78) 平野・前掲書195頁。
- 79) 藤木教授（『刑法講義総論』（1975年）334頁）は、「酒酔い運転の状態が即当該事故の発生につながる過失行為と認められる場合」に限定する。しかし、鈴木教授は、業務上過失致死傷における過失の内容が酒酔い運転に求められる場合にも、兩行為の間に相当程度の時間的一致が認められず、通常は一個の行為は否定されるという。鈴木・前掲「新展開」12頁。

- 80) なお、このように実体法上の罪数論と手続法上の時効論とは、密接な関係にあるとされるのが一般である。ただ、罪数論を訴訟法上の効果を目的として論じるべきではない。この点につき、虫明・前掲論文 220 頁は「罪数は実体法的概念であり、一罪か数罪かが、既判力の及ぶ範囲という訴訟法的考慮によって決定されると考えられるのは疑問である。(なお、同教授は、観念的競合の数罪性から個々の結果ごとに公訴時効の起算点を求める。虫明・前掲書 396 頁)」、林・前掲論文 270 頁は「現行法上の併合罪と科刑上一罪は、実体刑法に規定され、処断刑の重さと内容の違いを基礎づけているものである。……実体的な根拠によって併合罪である場合を、訴訟法上の見地から科刑上一罪としてはならないと思われる。」とする。同旨、前掲②昭和49年判例における岡原反対意見。私も、かつて観念的競合の吸収主義の根拠は手続法にあるのではなく実体法に求めなければならないと主張し、犯罪論としての罪数論を強調した。拙稿・前掲「観念的競合の一罪性とその根拠」188 頁、同「観念的競合の一罪性」中央大学大学院研究年報14号 I-2・154頁。渡辺・前掲論文 552 頁は、「時効は処断の対象となる犯罪を画する制度であり、他方、科刑上一罪とは、処断の方法に関する概念である。したがって、時効完成の基準が、科刑上一罪か否かにより決せられるというのは、本末転倒ではないか」という指摘は右の意味では重要であると思われる。
- 81) 鈴木・前掲「迅速裁判違反と公訴時効をめぐって」36頁。

## 結

本稿では、過失犯の罪数（観念的競合）を、ある結果発生の後次の結果発生に関して行為者が結果回避義務をもちや充足し得ないときには、「自ら一合法的に一態度を取り一える」可能性がなく、それゆえもはや新たな注意義務に従うことができないとして、それら複数の結果を引き起こした過失行為は「一個の行為」と評価してよいと主張した。これはあたかも、結果回避義務や命令尊重義務違反を内容とした不作為犯において、不作為による複数の構成要件実現の事例で、ある義務違反の発生後に、もはや行為者が他の義務違反の発生を防止しようとして介入することができない場合には、行為者の態度にとって二つの規範違反は同時に生じている、すなわち一個の不作為によって発生せしめられたものであると解してよいと考えられるのと同様である。そして、②昭和49年判例のいう「自然的観察・社会的見解」は、この回避の「可能性」についての規範的判断に結び付けるべきであると思われる。そして、回避不可能性説は、観念的競合の一罪性の根拠にもふさわしい基準なのであると考える。ドイツでは、その根拠を二重評価の禁止を理由とした、実在的競合と比較しての



## 過失犯の罪数

「類型的違法・責任減少」に求めるべきであるとされており、不作為犯の罪数にとって重要なのは、責任減少を理由に責任について「二重評価」を回避することであると解されている。ところで、この「責任減少」とは、別個の故意あるいは過失により数個の規範にそれぞれ違反し、刑の加重ないし併科の刑罰の前提である複数の独立した有責性が肯定される実在的競合に対して、複数の犯罪実現が時間的に近接し、ある規範違反と他の規範違反との間に熟慮および法遵守の可能性はなく、行為者には一個の有責性しか肯定されないということである。

そして、このような思考は判例においてもしばしばみうけられるところである。また、学説においても同様であって、「一回の人格態度」や「一回の人格の発露」が観念的競合の一罪性であると解されており、問われているのはいかなる場合がその「一回」を右一罪性との関わりで定めるかである。本稿は、これについて、上のように解することで、過失犯の罪数一般につきいかなる基準を設定することができるかを模索したものである。故意犯と過失犯とは観念的競合とはならないとか、酒酔い運転と業務上過失致死傷は併合罪であるとか、一時不停止の罪と業務上過失致死傷は観念的競合であるというふうに、ともすると、「一般的な」判断に至りがちな判例に対して、これはかりに法的安定性に資することはあっても、量刑の基準たる観念的競合規定の趣旨には反する（この意味で、二分説、⑫最2決昭49年10月14日での岡原意見や、上掲 BayObLG NJW 1984 の判例の態度は、正当である）と思われる。この点を、本稿は、ドイツの議論を紹介し、過失犯の罪数を不作為犯の罪数の延長線上の問題として捉え、両者には同一の原理が作用していることを確認しつつ論じたものである。