

過失不作為の競合事案における個人の注意義務の論定

谷井 悟 司*

要 旨

近時、管理・監督過失事案や刑事製造物責任事案に関して重要な最高裁判例・裁判例が相次いで登場している。これらは、多数の関係者がそれぞれ不注意にも必要な措置を採らなかったことにより事故が生じたという意味で、いわゆる過失不作為の競合事案と呼ばれるものである。この種の事案においては、事故発生にかかる関係者らの過失責任を解明することは容易ではない。とりわけ、無数に存在しうる関係者の中から、当該事故発生を防止するために誰がどのような注意義務を負うべきであるのかを特定することは、個人の過失責任を明らかにする上で不可欠な作業であるものの、そこには多くの困難が伴う。本稿は、このような問題意識から、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するために必要な判断枠組みを理論的に分析し、実践的な判断手法を提示することを試みるものである。具体的には、過失不作為犯を過失作為犯とは異なる消極的な危険創出・結果惹起行為と捉え、その構造を危険の存在・保障人的地位・注意義務という3つの観点から分析できることに着目し、そこから、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたっては、注意義務の基礎となる危険の把握、保障人的地位による注意義務の主体の特定、注意義務の内容の確定という3段階の判断構造を組み立てることが有用であることを明らかにする。

目 次

- I はじめに
- II 実務の傾向と理論的課題
- III 予備的考察
- IV 過失不作為の競合事案における個人の注意義務の判断手法
- V おわりに

I はじめに

複数の行為者の過失が重なり合うことにより1つの構成要件、たとえば、業務上過失致死傷罪など、が実現される場合を一般に、過失の競合という。とりわけ、これが行為者の不作為による場合、すなわち、過失不作為の競合が、近時実務上注目を集めている。というのも、このような過失不作為の競合をめぐるのは、ここ数年の間に重要な最高裁判例・裁判例が相次いで登場しているからである。これらは主として、管理・監督過失や刑事製造物責任に関わるものであるが、そこでは、多数の関係者がみなそれぞれに事故防止のために必要な措置を採らなかったがゆえに、大規模な事故

* たにい さとし 法学研究科刑事法専攻博士
課程後期課程
2015年10月2日 推薦査読審査終了
第1推薦査読者 只木 誠
第2推薦査読者 曲田 統

発生へと至ったのである。ここに過失不作為の競合事案の特徴を見出すことができよう。すなわち、この種の事案では多くの場合、関係者の中の誰一人として、外形的にみれば、当該事故を積極的にひき起こすような行為も、そしてまた、事故防止のために必要な行為も行っていないのであり、この意味で“誰も何もしていなかった”のである。

さて、このような過失不作為の競合事案においても、刑法上過失責任が問われるのは、あくまで個人である。そして、過失とは一般に注意義務違反であると理解されているところ、特定の個人に対して刑事過失責任を追及するにあたっては、まずもって、その者が負うべき注意義務を明らかにしなければならない。しかしながら、特定の個人が負うべき注意義務を解明することは、とりわけ過失不作為の競合事案においては容易ではない。そこには、外形的には一様に何もしていなかったかのように見える無数の関係者が存在するにすぎないのであって、このような“誰も何もしていなかった”関係者の中から、一体“誰が”“どのような”注意義務を負うべきなのかを明らかにすることの困難は想像に難くない。過失不作為の競合が問題となる場合、裁判所は常に、“誰が”“どのような”注意義務を負うべきなのかを検討しなければならないのであるが、その際裁判所が個々の事案における具体的事情を柔軟に勘案しつつも一貫した判断を下すことが可能となるためには、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を判断するための具体的基準を理論的に明らかにすることが不可欠であるといえよう。

本稿は、以上のような問題関心から、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するために必要な判断枠組みを理論的に分析し、実践的な判断手法を提示することを試みるものである。そこで、以下ではまず、過失不作為の競合が問題となった近時の主要な判例・裁判例を分析し、そこに含まれる裁判実務の傾向と理論的課題

を抽出する(Ⅱ)。そして、本稿での検討の前提となる過失不作為犯の構造とその成立要件を明らかにした上で(Ⅲ)、そこから導かれる過失不作為の競合事案における個人の注意義務の具体的な判断手法を示すこととする(Ⅳ)。¹⁾

Ⅱ 実務の傾向と理論的課題

1. 近時の主要な関連判例・裁判例

(1) 明石市砂浜埋没事件

人工砂浜の管理責任をめぐる市と国の関係者らの過失不作為の競合が問題とされた事例として、明石市砂浜埋没事件²⁾が挙げられる。本件は、国が所有し、占用許可を得て明石市が維持管理していた人工砂浜において、大規模な陥没の発生により被害者が生き埋めとなって死亡した事故につき、市の職員2名と国の職員2名の過失責任が問われたものである。

まず、市の職員であった被告人2名については、市が本件砂浜を占用しており、中でも被告人両名が所属する土木部海岸・治水課が維持管理や整備に関する事務などを所掌するものとされていたこと、被告人らはその責任者としての地位・職責・権限を有し、その職務を実際に遂行していたことなどを総合考慮して、陥没等の発生により利用者等が死傷に至る事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務が肯定された上で、そのための具体的な安全措置を採るべき注意義務があるとされた。

そして、国の職員であった被告人2名については、国が本件砂浜の安全管理をすべき基本的責任を負っていたのであり、その責任を実際に担うものとされていた姫路工事事務所の中でも、被告人らが所属していた工務第一課・東播海岸出張所が具体的担当部署の1つであったと認められること、本件砂浜に関する日常的な管理の状況や国と市との間の取決めの内容などに照らしても、本件砂浜の具体的な安全管理が市のみ委ねられていたとはいえず、国側の組織である工務第一課・東

播海岸出張所が本件砂浜の安全管理を具体的に行うべき立場にあったこと、そして、被告人らがその責任者としての地位・職責・権限を有し、その職務を実際に遂行していたことなどを総合考慮して、陥没等の発生により利用者等が死傷に至る事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務が肯定された。

本件では、被告人らの注意義務を認定するにあたり、所有権者たる国と占有者たる市レベルでの、そして、その中の具体的な組織レベルでの本件砂浜に関する管理責任の所在に加えて、被告人らの地位・職責・権限・職務遂行の実態などが重視されている。このような本件砂浜の管理責任の所在に関しては、国から占有を許可された明石市になお第一次的な管理責任が存在し、国はあくまで市に対する監督責任を有するにすぎないのであって、本件砂浜の管理に関しては国が市を信頼することが依然として許容されることを理由に、国側の過失責任を肯定することを疑問視する見方もある³⁾。もっとも、日常的な維持管理であれば格別、少なくとも本件砂浜における陥没続発のような異常事態への対応といった具体的な安全管理に限って言えば、市の管理形態に変更がなく、これに対処する市側の知識・能力に大きな問題がなかったとしても、なお明石市のみ委ねられていたとはいえないとして、市側だけでなく国側にも管理責任が並列的に存在することを肯定した判断にも一定の合理性は認められるように思われる。このような、複数の組織にまたがり一方の主体のみに結果発生の防止を委ねることはできないとして、複数の主体にその責任が並存することを認めた判断は、過失不作為の競合事案に関するその他の同種事案にも共通するものであるように思われる。

(2) 明石市花火大会歩道橋事件

例えば、同じく複数の組織・主体にまたがる管理・監督過失責任と関連して過失不作為の競合が問題となった明石市花火大会歩道橋事件では、⁴⁾花火大会において歩道橋上で発生した群集なだれ

により参集者194名が死傷した事故につき、明石市職員3名、警備会社支社長、明石市警察署地域官、そして、後に強制起訴された同署副署長の計6名の過失責任が問われたが、そこには、明石市砂浜埋没事件と類似した判断を見て取ることができる。

まず、市職員3名、警備会社支社長、警察署地域官については、いずれも本件歩道橋への流入規制を実施すべき具体的な注意義務が認定され、過失責任が肯定された。その際、市職員らについては、花火大会の実質的な主催者はあくまで明石市であり、契約に基づき会場警備の実施を警備会社に委託していたとはいえ、会場警備に関して警備会社を全面的に信頼することが許される状況ではなかったこと、各人が会場警備を含む開催業務の責任者としての地位・職責・権限を有していたことなどが考慮要素として指摘された。また、警備会社支社長については、明石市から会場警備の実施を委託されていた警備会社において、契約に基づく警備員の統括責任者として、現場の警備員による雑踏警備を統括する地位・職責・権限を有していたことなどが挙げられた。そして、警察署地域官については、現地警備本部指揮官としての地位・職責・権限を有していたこと、市職員および警備員による自主警備によってはもはや対処しえない状況にあったことなどが考慮されている。

他方で、同署副署長については、本位的訴因として、本件歩道橋への流入規制を実施すべき注意義務が、そして、予備的訴因として、自ら警備計画を策定するなどして雑踏事故の発生を未然に防止する体制を構築すべき注意義務の有無が争われたものの、当日の警備段階での予見可能性が認められないとして前者の注意義務が否定された一方で、警備計画策定段階での予見可能性・結果回避可能性自体は認められるものの、計画策定の権限と責任を付与されていた同署地域官や計画策定の最終的な決定権限を有する署長に比べて、被告人の有する権限や行使できる影響力が限られていた

ことを理由に後者の注意義務も否定された。

これら一連の注意義務の判断に関しては、いわゆる結果回避義務としての注意義務の前提となる予見可能性・結果回避可能性の有無が考慮されたとどまらず、被告人同士あるいは被告人らが所属する組織同士の関係や、各組織内部で会場警備業務に関して各人らが有する地位・職責・権限それ自身が考慮要素として重視されているように思われる。これらの考慮要素と注意義務の存否・内容との間にある論理的関係は必ずしも明らかではないものの、他者（あるいは他組織）に結果発生の防止を委ねることができない状況、ならびに、結果発生防止の責任者としての地位・職責・権限を考慮して個人の注意義務を認定するその判断枠組みは、先にみた明石市砂浜埋没事件と共通するものであるといえよう。

(3) 薬害エイズ事件——ミドリ十字ルート・厚生省ルート——

また、刑事製造物責任をめぐる過失不作為の競合が問題となった薬害エイズ事件ミドリ十字ルート⁵⁾ および厚生省ルート⁶⁾ では、薬害発生の防止につき「第一次的な」責任を負うものとされる製薬会社や医師を超えて、「第二次的、後見的な」責任を負うにすぎないものとされる厚生省職員にまで過失責任を肯定する際に、同様の判断がみられる。本事案は、製薬会社であったミドリ十字の代表取締役3名が、HIVに汚染された自社製の非加熱製剤につき販売中止・回収の措置を採らず、そして、血液製剤などの生物学的製剤の安全確保に関する事務全般を統括していた厚生省薬務局生物製剤課長が同社をして同非加熱製剤を販売中止・回収させる措置を採らなかったために、これを投与された患者が死亡したというものである。⁷⁾

まず、代表取締役3名に関するミドリ十字ルートでは、被告人らが各人の地位や統括していた業務内容に照らしてそれぞれ「同社の医療品の製造販売に伴う危険の発生を未然に防止すべき地位にあった」ことを前提として、同非加熱製剤の販売

継続・回収不実施による患者の死亡の危険性について被告人らが予見可能であったことなどを考慮し、被告人らに同非加熱製剤の販売中止・回収の措置を採るべき業務上の注意義務が肯定された上で、かかる注意義務として被告人らが採るべき具体的な措置が認定されている。

そして、生物製剤課長に関する厚生省ルートでは、被告人が薬務局生物製剤課長としての地位・職責・業務内容に照らして「血液製剤等の生物学的製剤の安全性を確保し、その使用に伴う公衆に対する危害の発生を未然に防止すべき立場」にあったことを前提として、本件非加熱製剤の投与により患者が死亡する高度の蓋然性、このような本件非加熱製剤の危険性に関する認識が関係者に必ずしも共有されていたとはいえず、医師や患者において結果回避を期待できなかったこと、本件非加熱製剤は国によって承認が与えられていたものであり、国が明確な方針を示すことなくその取扱いを製薬会社等に委ねた場合、不適切な販売・使用が行われる具体的な危険が存在していたことなどを考慮して、被告人には「薬務行政上……のみならず、刑事法上も……社会生活上、薬品による危害発生の防止の業務に従事する者としての注意義務が生じたものというべきである」とした上で、かかる注意義務として被告人が採るべき具体的な措置が認定されている。

(4) 三菱自工タイヤ等脱落事件

その他にも、同じく刑事製造物責任をめぐる過失不作為の競合が問題とされた事例として、三菱自工タイヤ等脱落事件⁸⁾が挙げられる。本件は、三菱自工の品質保証部門の部長およびグループ長が、ハブの輪切り破損によってタイヤ等が脱落する事故が続発する中、自社製バスについて生じた同種事故である中国JRバス事故につき、同製品に関するリコール等の改善措置の実施に必要な措置を何ら採らなかったため、その後に発生した自社製トラックでの同種事故により歩行者3名を死傷させたというものである。これについて最高裁

は、被告人両名に中国JRバス事故の事案処理の時点で同種ハブを装備した車両につきリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採るべき業務上の注意義務を認め、これを怠った被告人らの過失の競合を肯定した。

本件では、中国JRバス事故の事案処理の時点において予見可能性が存在したことを前提に、同時点でのハブの強度不足のおそれの強さや予測される事故の重大性・多発性に加えて、三菱自工による事故関係情報の掌握、道路運送車両法の関係規定、被告人らの地位・職責・権限を総合考慮して上記注意義務が認定されている。⁹⁾ もっとも、「三菱自工でリコール等の改善措置に関する業務を担当する者」たる被告人に上記注意義務が認められることを確認した上で、改めて被告人両名の地位・職責・権限に照らして具体的な注意義務の内容が認定されていることに鑑みると、そこでは、単に予見可能性・結果回避可能性を前提とした注意義務の判断にとどまらず、被告人らの上記注意義務の具体的な認定に先立ち、結果発生に至る危険の存在を前提に、まずもって被告人両名が当該注意義務を課されるべき主体であることを認定しようとする姿勢が見て取れるように思われる。

(5) JR福知山線脱線転覆事件

さらに、脱線事故防止対策の責任をめぐって鉄道会社取締役らの過失不作為の競合が問題となったJR福知山線脱線転覆事件では、¹⁰⁾ JR西日本が管轄する福知山線内で快速列車を運転していた運転士が、適切な制動措置をとらないまま転覆限界速度を超える約115km/hで同列車を曲線に進入させたところ、同列車が脱線・転覆し、線路脇のマンシヨンの外壁等に衝突したことで、同運転士と多数の乗客が死傷した事故につき、同社の鉄道事業に関する安全対策の実質的な最高責任者であった取締役鉄道本部長と、後に強制起訴された同社の歴代の代表取締役社長3名の過失責任が問われた。

結論としては、鉄道本部長・歴代3社長のいず

れについても、本件曲線において速度超過による脱線転覆事故が発生することを具体的に予見することは不可能であったとして過失責任が否定されたものの、¹¹⁾ 本事案で興味深いのは、検察段階での訴追対象者の選定である。すなわち、検察側は、鉄道本部長のみを訴追し、歴代3社長については全員不起訴処分としており、過失責任を追及すべき、あるいは、少なくとも追及することが可能であるのは、被告人ら4名のうち鉄道本部長だけであると判断しているのである。この点、被告人ら4名に関する公訴事実ならびにこれに対する訴追者側の釈明・説明に照らすと、注意義務の前提となる予見可能性や結果回避可能性を基礎付ける理論構成や、その際の考慮要素として挙げられた事情がほぼ共通している。それゆえ、検察側は、歴代3社長についても、鉄道本部長と同じく予見可能性ならびに結果回避可能性が認められうるとして、過失責任を問うべく訴追することも可能であったように思われる。それにもかかわらず、検察側が、鉄道本部長のみを訴追し、歴代3社長については過失責任を追及すべきではない、あるいは、少なくとも追及することが不可能であるとして不起訴処分とした判断の背後には、予見可能性や結果回避可能性にとどまらない、たとえば、被告人らの地位・職責・業務内容や被告人同士の人的関係といった、注意義務の存否に関する人的制約が考慮されているように思われる。¹²⁾

2. 分 析

以上、近時の判例・裁判例を概観してきたが、いずれも過失不作為の競合事案における個人の注意義務の認定に関する一般的な判断手法を提示しているものとは言い難い。もっとも、そこで用いられる判断枠組みや考慮要素には少なからず共通点が見て取れるように思われる。そこで以下では、これらの判例・裁判例でなされた各判断の共通点を抽出・検討することを通じて、過失不作為の競合事案における個人の注意義務の認定に関する判

例実務の傾向を分析し、そこに含まれる理論的課題を把握することとしたい。

まず、これらの5つの事案すべてに共通してみられる特徴として、しばしば指摘されているように、¹³⁾ 被告人の過失行為が作為であるのか、それとも不作為であるのかを区別することなく、注意義務が認定されているかのようにみえる点が挙げられる。そこでは、被告人の過失行為が一見すると明らかに不作為であるように思われる場合であっても、いわゆる作為義務や保障人的地位といった不真正不作為犯に固有の要件には特段言及がなされることなく、過失犯の中核的要件たる注意義務あるいは結果回避義務の有無が端的に問題とされている。例えば、先に挙げた薬害エイズ事件ミドリ十字ルートでは、一見すると作為のように思われる非加熱製剤の販売継続と、不作為のように思われる販売済みの非加熱製剤の回収措置不実施とが互いに区別されることなく、また、作為義務ないしは保障人的地位が明示的に認定されることもないまま、被告人らに販売中止措置ならびに回収措置を採るべき注意義務が認定されており、このような特徴が顕著にあらわれていることが窺える。¹⁴⁾ そして、このような特徴は、上記の5つの事案より以前に遡ってみても、多くの判例・裁判例に共通してみられるものであり、¹⁵⁾ まさに過失不作為の競合事案に関する裁判実務上の1つの傾向を示すものといえよう。¹⁶⁾

もっとも、これらの5つの事案やそれ以前の事案も含めた過失不作為の競合事案に関する裁判実務の傾向において、注意義務の認定にあたり被告人の過失行為が不作為であることが何ら考慮されてこなかったと特徴づけることにはなお検討の余地が残されているように思われる。というのも、たしかに一見すると裁判所は作為義務や保障人的地位を明示的に検討することなく、過失犯における具体的な注意義務の存否・内容を判断しているように思われることは否定しがたいものの、他方で、かかる具体的な認定に先立ち多くの場合、被

告人らが一定の措置を採ることにより事故発生を防止すべき地位にあったこと、あるいは、被告人の地位などに照らして具体的内容はともかく何らかの措置を採ることにより事故発生を防止すべき注意義務があったことなどが認定されているからである。たとえば、薬害エイズ事件厚生省ルートにおいては、被告人が「厚生省における同製剤に係るエイズ対策に関して中心的な立場にあったものであり、厚生大臣を補佐して、薬品による危害の防止という薬務行政を一体的に遂行すべき立場にあった」ことが、また、三菱自工タイヤ等脱落事件においては、「三菱自工でリコール等の改善措置に関する業務を担当する者」たる被告人には「リコール等の改善措置の実施のために必要な措置……を採り、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故の更なる発生を防止すべき注意義務があった」ことがそれぞれ認定されている。これらの認定を、不真正不作為犯に固有の保障人的地位あるいは作為義務を認定したものと直ちに評価することができるかは別としても、単に予見可能性と結果回避可能性を前提とした過失犯における注意義務の判断にとどまらず、誰が結果防止のために一定の作為に出るべき注意義務を負う者なのか、すなわち、注意義務の主体の限定が裁判実務においても考慮されているように思われる。このことは、公判において実際に被告人の注意義務を認定する段階にとどまらず、例えばJR福知山線脱線転覆事件におけるように、検察段階で訴追対象者が選別される際にも考慮されうるものであるように思われる。そして、このような考慮は、関係者の中の誰も結果発生の原因となる積極的な危険行為を行っておらず、誰が当該結果発生を防止すべきであったのか直ちには判別し難い過失不作為の競合事案であることを意識してなされたものと思われ、この点も、当該事案における個人の注意義務の認定に関する判例実務の傾向を示す共通点の1つといえよう。

また、被告人らに注意義務を認定する過程で考

慮されている具体的事情の類似性・共通性も目を引く。先に挙げた5つの事件は、それぞれ事案を大きく異にしているものであるにもかかわらず、そこで考慮要素として指摘されている事情は、大別すると次の3つの要素に類型化できるものと思われる。すなわち、①結果発生に至る客観的な危険性の存在、②被告人の地位・職責・権限、③結果発生を他の主体に委ねることが許されない状況の3要素である。①の要素としては、例えば、事故の発生へと至りかねない危険な状況や製品の欠陥の存在が指摘されており、②の要素としては、注意義務の存在を肯定したと否定したとにかかわらず、すべての事件において、被告人らが事故防止の責任者としての地位・職責・権限を有していたのか、そして場合によってはさらに、それに基づく実際の業務内容・職務遂行の実態はいかなるものであったのかが着目されている。それに加えて、③の要素としては、たとえば、薬害エイズ事件や三菱自工タイヤ等脱落事件において、当該製造物の品質情報の遍・掌握により、結果防止が他者に期待できなかったことが、また、明石市砂浜埋没事件や花火大会歩道橋事件においても、一方の被告人がもう一方の被告人にのみ結果発生を防止を委ねることは許されず、各被告人の管理責任や会場警備責任がいわば並存しうることが指摘されている。この③の要素は、とりわけ薬害エイズ事件や明石市歩道橋事件のような、被告人らの中に結果防止につき第一次的な責任を負う者と第二次的・後見的な責任を負うにすぎない者が存在する場合に、後者の責任主体にまで注意義務を肯定するに際して重要視されているものとみられる。このように、上記3要素を総合考慮して被告人の具体的な注意義務を認定している点もまた、過失不作為の競合事案における判例実務の判断傾向を示す共通点の1つといえる。

以上の分析から、過失不作為の競合事案における個人の注意義務の認定に関する判例実務の傾向が一定程度明らかになったものと思われるが、そこ

には更なる検討を要する理論的課題が残されていないのであろうか。この点、被告人の過失行為を作為・不作為に区別することなく、注意義務ないし結果回避義務が認定されている傾向を捉え、「作為か不作為かの区別を曖昧にしたまま結果回避義務のみを認定すると、作為義務を負わない者の不作為までが過失犯で処罰される危険性がある」として¹⁷⁾このような裁判実務の傾向を問題視する見方もある¹⁸⁾。しかしながら、先の分析からも明らかになったように、裁判実務もまた両者の区別を完全に等閑視し、ただ単に注意義務ないし結果回避義務のみを問題としているものとは言い難く、具体的な注意義務の認定に先立ち、被告人らが一定の措置を採ることにより事故発生を防止すべき地位にあったこと、あるいは、被告人の地位などに照らして具体的内容はともかく何らかの措置を採ることにより事故発生を防止すべき注意義務があったことなどを認定することで、被告人の過失行為が不作為であることが意識され、保障人的地位あるいは作為義務それ自体、または、少なくともそれに類似した何らかの要件・要素に関する判断がなされているものとみられる。このことに鑑みれば、このような形で裁判実務の傾向を問題視することが適切であるのかは、なお慎重な評価を要するものと思われる。

むしろ着目すべきは、このような裁判実務の傾向を、作為・不作為を区別することなく注意義務ないし結果回避義務の存否のみを問題として一元的に判断しているものとみるのか、それとも、作為義務ないし保障人的地位の有無を問題とした上で具体的な注意義務を認定しているものとみるのかを問わず、過失不作為の競合事案における裁判所の判断構造ないし判断過程と、上述した3要素をはじめとする具体的な考慮要素とが、理論的どのような関係に立つものであるのか、そしてまた、注意義務の認められる限界がどのように設定されているのかが、従来の裁判所の判断からは必ずしも明瞭とは言い難いように思われる点であ

る。従来の裁判実務において、過失犯における注意義務は、予見可能性・結果回避可能性を前提とした予見義務・結果回避義務からなるものと理解されているが、¹⁹⁾ 先に挙げた3要素すべてが、このような従来の裁判実務の理解から説明できる考慮要素ばかりではない。たとえば、結果発生に至る客観的な危険性の存在や被告人の地位・職責、そして、結果発生の防止を他の主体に委ねることが許されない状況といった考慮要素は、過失犯において注意義務を構成する上記の各要素をいかにして基礎づけ、また、限界づけるものとされているのであろうか。過失不作為の競合事案においては、前述したとおり、保障的地位にない者、あるいは、作為義務を負わない者にまで注意義務が課されることで、過失犯の処罰範囲が不当に拡張されるおそれがある旨指摘されていることに鑑みれば、数ある関係者の中から誰が注意義務を負うべきなのか、その者が負うべき注意義務はいかなるものであるのか、そして、それらの限界はどこにあるのかといった問題を、理論的な枠組みの中で根拠づけることが重要であるといえよう。それにあたっては、過失不作為の競合事案における個人の注意義務の判断構造とそこで重視されるべき考慮要素を具体化し、それぞれの理論的意義・関係を明らかにすることが不可欠であると思われる。

Ⅲ 予備的考察

過失不作為の競合事案において、注意義務の主体の特定および内容の確定、そして、それらの限界づけといった具体的問題を解決し、当該事案における個人の注意義務を論定するにあたっては、「過失不作為の競合論」とでも言うべき特別な理論的枠組みが存在し、また、必要とされるわけではない。たしかに、過失不作為の競合事案においては、注意義務の主体として想定されうる行為者や、結果発生の防止のための具体的措置というものは限りなく存在しうることから、²⁰⁾ たとえば、

過失単独犯の場合や、過失作為の競合事案と比較すると、個人の注意義務を論定することにはより多くの困難が伴う。しかしながら、このような困難性を伴う過失不作為の競合事案といえども、その際には、行為者一人一人について過失不作為犯の成否を検討することが必要であり、また、それで足りる以上、²¹⁾ まずもって過失不作為犯の成立に必要な要素・要件を抽出する作業が必要となる。そこで以下では、予備的考察として、過失不作為犯の構造を明らかにし、そこから過失不作為犯の成立要件を導出することとする。

1. 過失不作為犯の構造

過失不作為犯の構造を明らかにするのに先立ち、これと対置される過失作為犯の構造に若干言及することとする。この点、過失作為犯は、注意義務に違反して積極的な作為に出ることにより、具体的な危険を創出し、もって結果を惹起するものということができよう。かかる構造を有する過失作為犯においては、行為者自身が危険創出を自ら積極的に行ったがゆえに、このような危険を除去・防止して結果回避すべき注意義務は当該行為者自身が負うべきであるということに異論はないように思われる。すなわち、過失作為犯における注意義務の発生根拠は、まさに行為者自身の積極的な危険創出であるといえよう。²²⁾

これに対して、過失不作為犯は、行為者自身が結果発生に至る危険創出を自ら積極的に行うものではない。行為者自身が作為により積極的に危険を創出し、結果を惹起していることが外形上比較的明らかな過失作為犯と異なり、過失不作為犯においては、特定の行為者による危険創出・結果惹起が直ちには判別し難い。とはいえ、このような過失不作為犯であっても、過失作為犯と同じく結果犯として処罰されるものである以上、そこでは特定の行為者が結果発生に至る具体的な危険を創出し、もって結果を惹起したものと評価できなければならないのである。

それでは、いかにして、このように行為者による危険創出・結果惹起が外形的には識別困難な過失不作為犯について、危険創出・結果惹起を認めることができるのであろうか。たしかに、過失不作為犯は、行為者自身が結果発生に至る危険を自ら積極的に創出するものではない。しかしながら、あくまで結果発生に至る具体的な危険が現に存在することを前提に、これを除去・防止すべきであったにもかかわらず、「一定の期待された作為を行わない」で、すなわち、注意義務に違反して、当該危険を防止・除去することなく、結果を惹起したものであるということができよう。²³⁾ 換言すれば、過失不作為犯においては、本来であれば行為者の作為によって除去・防止され存在・発生するはずのなかった危険や結果が、行為者がそれを怠ったことによって、実際には存在・発生することになったのである。²⁴⁾ この意味において、過失不作為犯においても、消極的なものではあるが危険創出・結果惹起というものが看取できるものと思われる。それゆえ、このような消極的な危険創出・結果惹起という点に、過失作為犯と異なる過失不作為犯の特殊性があり、それと同時に、同じく危険創出・結果惹起行為であるという意味での過失作為犯との共通性が存在するものといえよう。このように、注意義務に違反した消極的な危険創出・結果惹起であることが、過失不作為犯の本質なのである。²⁵⁾

過失不作為犯の特徴ないし本質をこのように理解した場合、過失不作為犯の構造は次のように記述されよう。すなわち、過失不作為犯とは、①結果発生に至る具体的な危険が存在する状況下で、②当該危険を除去・防止して結果を回避すべき特定の行為者が、③そのために必要な措置を採るべきであったにもかかわらず、④漫然これを放置して、⑤当該危険を除去・防止することのないまま結果を惹起した、というものである。①の要素は、過失不作為犯の中核たる消極的な危険創出・結果惹起の基礎をなすものであり、また、③④⑤の要

素はそれぞれ、過失不作為犯に限られず、過失犯一般にいうところの注意義務、注意義務違反、結果発生・因果関係に対応する要素である。むしろ過失不作為犯の構造を理解する上で最も重要であるのが、②の要素である。ここでいう②の要素があるからこそ、①の危険を、あくまで消極的な形であるとはいえ、過失作為犯の場合と同様、その特定の行為者自身が当該不作為により創出したものとみることが可能となるのである。裏を返せば、過失作為犯と同様、行為者が具体的な危険を創出し、結果を惹起したものとみするためには、その者がかかる危険を除去・防止して結果発生を回避すべき特定の人物であったといえることが必要となるのである。この意味において、消極的な危険創出行為たる過失不作為犯の構造の中核となっているのが、②の要素であるといえよう。

2. 過失不作為犯の成立要件

以上のような過失不作為犯の構造から導出されるその成立要件は以下のとおりである。すなわち、①結果発生に至る具体的な危険の存在、②当該危険を除去・防止して結果を回避すべき保障人的地位、③そのために必要な措置を採るべき注意義務、④当該注意義務の違反、⑤結果発生・因果関係の5つである。これらの要件は、先にみた過失不作為犯の構造における①～⑤の要素とそれぞれ対応するものである。各要件の具体的内容およびその判断方法について検討する前提として、本節では、各要件の理論的關係を明らかにすることを主たる検討課題としたい。というのも、過失不作為犯の成立要件については、しばしば不真正不作為犯に固有の要件たる保障人的地位ないし作為義務の要否や、作為義務と注意義務との理論的關係について疑問が差し向けられているからである。そこで、本稿の主題たる過失不作為の競合事案における個人の注意義務の論定にあたり実践的な判断手法・構造・基準を提示するためにも、あらかじめこれらの疑問に取り組むことで、まずもって

過失不作為犯の成立要件相互の理論的關係を明らかにし、各要件の理論的意義を分析することが有用であろう。それゆえ以下では、注意義務を論定する上で主としてその關係が問題となるであろう①～③の要件について若干の検討を加えていきたい。

この点、本稿のように①～③の要件を掲げる理解に対しては、不真正不作為犯に固有の要件たる保障人的地位、より端的に言えば、それを発生根拠とする作為義務という概念と、過失犯に特有の注意義務、より具体的には、結果回避義務という概念とがいかなる關係に立つのか、という点について疑問が向けられよう。業務上過失致死傷罪などの不作為犯は過失不真正不作為犯ではない以上、そもそも保障人的地位・作為義務は何ら問題とならないとする見解を除いて、²⁶⁾ わが国の学説上、従来比較的多数の見解が、この種の過失不作為犯を過失不真正不作為犯であるとした上で、過失不作為犯においても保障人的地位ないしは作為義務と注意義務との区別の重要性を主張している一方で、²⁷⁾ 両者は實質的に重なり合うものである以上、区別することに大きな意義はないとする見解も近時提唱されつつある。²⁸⁾ 過失犯の実体を主として予見義務違反に求める伝統的な旧過失論²⁹⁾を除けば、過失犯の実体を結果回避義務違反に求める新過失論³⁰⁾・新新過失論（危惧感説）³¹⁾の立場からはもとより、旧過失論に依拠しつつ結果回避義務違反をも過失犯の要件として導入するいわゆる修正旧過失論³²⁾の立場からしても、過失犯における注意義務ないし結果回避義務は構成要件段階・違法性段階に位置づけられることとなる一方で、不真正不作為犯における作為義務もまた一般的には構成要件段階ないし違法性段階に位置づけられるものである以上、過失犯における注意義務・結果回避義務と不作為犯における作為義務とは、体系上の位置づけという点で共通し、そしてまた、同じく結果回避のために必要な一定の措置を採るべき義務であるという点で内容的にもほぼ

一致するものと言わざるをえない。³³⁾ この意味においては、先にみた、両者は實質的に重なり合うものである以上、区別することに大きな意義はないとする指摘は正当であるように思われる。過失不作為犯における注意義務は、實質的に作為義務に等しいものといえよう。

しかしながら、むしろここで重要なのは、両者の発生根拠なのである。これは、換言すれば、注意義務・作為義務の負担主体をいかにして特定するのか、という問題でもある。この点、先にみたとおり、過失作為犯においては、行為者が作為により自ら積極的に危険を創出することが注意義務の発生根拠となるのに対して、これと対置される過失不作為犯においても、注意義務の発生根拠を、同じく行為者自身の危険創出に求めることが可能であるように思われる。すなわち、結果発生に至る具体的危険が存在する状況下で、当該危険を除去・防止して結果を回避すべき特別な地位にある行為者が、そのために必要な措置を採らないという不作為によって自ら消極的に危険を創出することになるという点に、注意義務の発生根拠を見出す余地があるということである。行為者が結果発生危険に対して特別な地位を有しており、必要な措置を採らなければ当該危険を自らが惹起したものと評価されてしまうからこそ、当該行為者にこのような消極的な危険創出行為たる不作為を禁ずる注意義務、すなわち、危険を防止・除去して結果を回避する作為に出るべき注意義務が課されることになるのである。³⁴⁾ このように、不作為行為者による消極的な危険創出を基礎づけ、無数に存在しうる関係者の中から一定の人物のみを注意義務の主体として特定すると同時に、当該行為者への義務づけを正当化する注意義務の発生根拠となるのが、結果発生危険に対して行為者が有する特別な地位であり、これこそがまさに、従来の不作為犯論におけるいわゆる保障人的地位なのである。³⁵⁾ このような危険と行為者の特別な關係に着目した保障人的地位による人的限定は、予

見可能性・結果回避可能性を前提とした過失犯における注意義務の概念とは、その趣旨を異にするものと思われる。³⁶⁾とはいえ、保障人的地位により注意義務の主体が特定されるとしても、さらに実際にその者が負うべき具体的な義務の内容が確定されなければならない。すなわち、そこではさらに、予見可能性・結果回避可能性といった種々の事情に鑑みて、当該行為者が実際に採るべき措置・採ることができる措置の具体的内容が吟味される必要がある。それゆえ、予見可能性や結果回避可能性といった、いわゆる注意義務に関する議論が改めて別途手掛かりとなるのである。³⁷⁾

したがって、先にみた①～③の要件を掲げる本稿の理解を前提にした場合、たしかに作為義務と注意義務とは実質的に重なり合うものであり、両者を区別する必要はないものの、②の要件である保障人的地位は、注意義務・作為義務の発生根拠ないし当該義務の主体の特定という観点から、そして、③の要件である注意義務は、行為者が負うべき義務の具体的内容の確定という観点から、それぞれ要求されるものであり、両要件は互いに異なる意義・機能を有するものと理論的に整理することができる。³⁸⁾そして、これらの要件の前提として、①の要件である結果発生に至る具体的危険の存在が、注意義務の基礎づけ、あるいは、不作為による消極的な危険創出の内実という観点から要求される。従来の判例・学説上、しばしば過失不作為犯においては、①～③の要件が「注意義務」という概念のもと特段意識的に区別されることなく一括して検討されているかのような印象を受けるが、上述したように、これらは互いに異なる理論的意義・機能を有し、それぞれ別の観点から要求されるものであることに照らせば、各要件の理論的意義や機能に着目しながら1つ1つ慎重に検討を加えることが有用であると思われる。

IV 過失不作為の競合事案における個人の注意義務の判断手法

以上の予備的考察を前提に、以下では、過失不作為の競合事案における個人の注意義務の判断手法を提示することを試みる。それにあたっては、すでに述べたように、過失不作為犯の成立要件の中でも注意義務の認定と直接的に関わる①結果発生に至る具体的危険の存在、②当該危険を除去・防止して結果を回避すべき保障人的地位、③そのために必要な措置を採るべき注意義務が中心的な考察対象となることから、これらの要件がもつ理論的意義・機能に着目しながら、以下ではさらに検討を進めていくこととする。

1. 3段階の判断構造とその実益

過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたっては、上記①～③の要件に対応する形で、まずその第1段階として、①結果発生に至る具体的危険が把握されなければならない。これは、注意義務の基礎となるものであり、また、不作為による消極的な危険創出の内実をなすものである。このような危険が存在するからこそ、関係者らに当該危険を除去・防止して結果発生を回避する措置を義務づける契機が生じる。

そして第2段階として、②当該危険を除去・防止して結果を回避すべき主体、すなわち、注意義務の主体が特定されなければならない。ここでは、先に述べたとおり、いわゆる保障人的地位の存否が問題となる。過失不作為の競合事案においては、保障人的地位を有しない関係者はそもそも注意義務を負わないのであり、このように注意義務の主体たりえない関係者を除外し、真に注意義務の主体たるべき一定の人物の選択がなされることとなる。

さらに第3段階として、③当該行為者が負うべき注意義務の具体的内容が確定されなければならない。ここでは、保障人的地位にある行為者が、

先にみた具体的危険を除去・防止して結果を回避するために実際にどのような措置を採るべきであったのかが検討される。

以上の3つの段階を経て、過失不作為の競合事案における個人の注意義務の論定はなされることとなる。

ところで、近時、過失不作為犯に限られないものの、過失の競合事案一般における個人の注意義務の論定手法が有力に提唱されており、そこでは、本稿が提示する判断手法でいうところの②と③の段階が意識的に区別されることなく注意義務(ないし基準行為)の存否・内容が判断されている。³⁹⁾ これに対して、すでにみてきたように、従来の学説の多くが、過失不作為犯の競合事案においても②と③の段階を区別し、とりわけ②の段階である保障人的地位の判断の重要性を指摘しているものの、⁴⁰⁾ そこでは、過失不作為犯も不真正不作為犯である以上、当然に保障人的地位の認定が不可欠であると述べるにとどまり、⁴¹⁾ 過失不作為犯の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたり、実際に②と③の段階、すなわち、保障人的地位の存否の判断と注意義務の内容の判断とを区別する実益について、十分な説明がなされてこなかったように思われる。⁴²⁾ そこで以下では、各段階における具体的な判断構造を明らかにするのに先立ち、このような3段階の判断手法を採る意義について若干言及しておきたい。本稿の提示する判断手法には、大別すると3つの側面で実益があるものと思われる。

第一に、実体法的・理論的側面での実益である。しばしば指摘されているように、過失不作為犯、とりわけ、それが競合する事案においては、本来であれば保障人的地位にない者、すなわち、作為により結果発生を回避すべき義務を負わないはずの者までもが、予見可能性・結果回避可能性が認められることを理由に注意義務を課され、過失責任を問われかねないとして、処罰範囲が不当に拡大するおそれがあるといわれている。⁴³⁾ この

問題は、関係者の中の誰も結果発生の原因となる積極的な危険行為を行っておらず、誰が当該結果発生を防止すべきであったのか直ちには判別し難い過失不作為の競合事案において、注意義務の有無を判断する際に、いわゆる予見可能性・結果回避可能性の存否を検討するだけでは、真に注意義務を負うべき主体を特定するのが困難であることに起因するものと思われる。⁴⁴⁾ 予見可能性・結果回避可能性は注意義務を肯定するための必要条件に過ぎず、十分条件ではないのであって、可能性から直ちに義務が導かれるわけではないのである。それゆえ、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたっては、まずもって特定の関与者が注意義務の主体とされる基準、すなわち、注意義務の発生根拠を明らかにすることが重要なのである。⁴⁵⁾ この点において、本稿の提示する判断手法は、注意義務の発生根拠として保障人的地位の有無を検討することで、真に注意義務を負うべき主体を特定した上で、その者が実際に負うべき注意義務の具体的内容を明らかにするものであることから、このような理論的要請に応えることが可能となるものと思われる。

そして第二に、裁判実務との整合性という側面での実益である。たしかに、従来の裁判実務においては、被告人の過失行為を作為・不作為で区別せず、一見すると明らかに不作為であるように思われる場合であっても、作為義務や保障人的地位に特段言及することなく注意義務が認定されると指摘されており、また、従来の裁判実務は法人・組織レベルでの注意義務の発生根拠ないし注意義務の内容を観念した上で、法人・組織内の個人が負うべき注意義務の内容を分配・確定するといういわゆる段階的思考を用いているものと分析する見方が近時有力になりつつあることに鑑みれば、⁴⁶⁾ 本稿の提示する判断手法はこのような裁判実務の判断枠組みと必ずしも整合しないようにみえるかもしれない。もっとも、先の分析からも明らかになったように、従来の裁判実務もまた両者

の区別を完全に等閑視し、ただ単に注意義務のみを問題としているものとは言い難い。すなわち、そこでは、保障人的地位ないし作為義務それ自体、あるいは、少なくともそれに類似した判断がなされており、②と③の段階がそれぞれ意識され、注意義務の主体を特定するために注意義務の発生根拠を明らかにしようとする姿勢が垣間見えるものといえよう。このことに照らせば、本稿の提示する判断手法は、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたって従来裁判実務が採用してきた判断枠組みと基本的に整合しうるものであり、また、具体的事案に関する裁判所の判示内容を理論的に分析する上で有用な手掛かりになるものと思われる。

さらに第三に、手続法的側面での実益である。過失不作為の競合事案においては、裁判上被告人の注意義務の存否を判断することが容易ではないのはもちろん、そもそも数ある関係者の中から一体誰を訴追するのかという訴追対象者の選択判断についても困難が生じる。先にみたように、最終的には注意義務が否定される可能性が残るものの、事後的に結果から遡ってみれば、一定の時点において予見可能性・結果回避可能性を備え、一見すると注意義務が認められそうな関係者は相当数存在しうる。そのような関係者の中から、真に過失責任を問われるべき人物のみを訴追することは、検察官であっても決して容易ではないであろう。もちろん、検察官には訴追裁量が認められているとはいえ、過失不作為の競合が問題となる事案の多くは裁判が長期にわたる傾向があり、その間被告人の地位に置かれることによる事実上の負担も軽視できない一方で、⁴⁷⁾ 検察審査会による強制起訴制度により被告人として訴追されうる行為者の範囲が今まで以上に拡大していることに照らせば、訴追対象者の選択判断の合理性を担保する要請は小さくないと思われる。このような要請に応える一つの解決案として、訴追段階でも予め関係者各人について保障人的地位の存否を検討

することで、真に注意義務を負うべき主体と想定される人物を特定することも考えられるのではないか。⁴⁸⁾ この意味において、保障人的地位を重視する本稿の判断手法は、訴追対象者の選択判断という手続法の観点からも少なからず意義があるものと思われる。

以上述べてきたように、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたっては、結果発生に至る具体的危険を把握し（第1段階）、次いで、当該危険を除去・防止して結果を回避すべき主体、すなわち、注意義務の主体を特定した上で（第2段階）、さらに、当該行為者が負うべき注意義務の具体的内容を確定する、という3段階の判断構造が必要かつ有益であることが明らかとなった。そこで、以下では、各段階の具体的な判断構造を分析することにより、各段階における実践的な判断基準を定立することを試みる。

2. 注意義務の基礎となる危険の把握

まず、第1段階として、注意義務の基礎となる結果発生に至る具体的危険が把握されなければならない。ここでは、具体的危険の程度と内容を解明する必要がある。⁴⁹⁾

前者の危険の程度という点については、結果発生、多くの場合、人の死傷を伴う事故の発生に至る危険がどの程度存在するのかが問題となる。すでに述べたように、結果発生に至る危険は、一定の行為者に当該危険を除去・防止して結果発生を回避する措置を義務づける契機となるものであるが、その程度が抽象的なものととどまる、すなわち、人の死傷結果発生の抽象的な危険が存在するに過ぎないのであれば、行政法上の義務を課すことは正当化されても、刑法上の義務を課すことはなお正当化されえないであろう。刑法上の義務、すなわち、例えば業務上過失致死傷罪における注意義務が課されるためには、その保護法益たる人の生命・身体に対する具体的な危険が存在しなければならないのである。行政法上の義務が直ちに

刑法上の義務となるものではないとの指摘がしばしばなされているが、かかる指摘の趣旨は、両者が基礎とする危険の程度には相違があるという観点から説明できよう。⁵⁰⁾ それゆえ、あくまで刑法上の注意義務の有無を問題としている以上、それを課すことが正当化されるに足りるほど具体的な、人の生命・身体に対する危険が存在しなければならないのである。⁵¹⁾ その際には、想定される結果の重大性、結果発生の確率の大小、結果発生に至るまでの時間的切迫性などの事情が考慮されるものと考えられる。

後者の危険の内容という点については、結果発生に至る危険が具体的にどのような内容を有するものであるのが問題となる。先にみた危険の程度という観点から、人の生命・身体に対する具体的な危険が存在することが確認されたとしても、そこから直ちに、第2段階である保障人的地位による注意義務の主体の特定が可能となるわけではない。結果発生に至る危険の具体的内容如何によって、保障人的地位が認められる範囲には差異が生ずるものと思われる。このことは、いわゆる刑事製造物責任を例に挙げると容易に説明されよう。すなわち、製造物の使用・消費により人の死傷結果が生ずる高度の危険が存在する場合に、それが当該製造物の設計・製作上の欠陥に基づくものであれば、それを製造・販売していた関係者が保障人的地位にあることは直感的に理解可能であろうが、それがもっぱら使用者側の不適切な使用や第三者の不適切な改造などに基づくものであることが明らかであった場合には、当該製品の製造・販売者が保障人的地位にあると直ちには言い難い。後者の場合には、むしろそのような不適切な行為を行った使用者や第三者が本来的には当該危険を除去・防止すべきであって、製造・販売者にまで当該危険の防止・除去を義務づけることにはなお慎重な検討を要するものと思われる。⁵²⁾ このように、結果発生に至る危険の具体的内容如何によって、保障人的地位の認められる範囲に差異

が生じることから、第2段階の判断に先立ち、予め当該危険の内容を明らかにしておくことが必要といえる。⁵³⁾

以上のように、第1段階においては、注意義務の基礎となる危険の具体的な程度と内容が把握されることとなる。⁵⁴⁾

3. 保障人的地位による注意義務の主体の特定
次に、第2段階として、保障人的地位の存否の判断を通じて、関係者の中から当該危険を防止・除去して結果発生を回避すべき注意義務を負う主体が選別・特定されなければならない。それゆえ、ここでは、保障人的地位の発生根拠が問題となる。

保障人的地位の発生根拠をめぐっては、従来学説上、これを法令／契約・事務管理／条理・慣習に求めるいわゆる形式的三分説⁵⁵⁾をはじめ、先行行為を根拠とする見解⁵⁶⁾ 事実上の引き受けを根拠とする見解⁵⁷⁾ 排他的支配を根拠とする見解⁵⁸⁾ や、結果回避措置を実施する効率性を重視する見解⁵⁹⁾ 社会的期待を根拠とする見解⁶⁰⁾ などが主張されている。他方で、保障人的地位の発生根拠を一元的・統一的に説明することの困難性・問題性もしばしば指摘されており、⁶¹⁾ 多元的に捉えることを評価する見解も登場している。⁶²⁾

それでは、保障人的地位の発生根拠をいかに理解し、注意義務の主体を特定するためにいかなる基準を定立するべきであろうか。この点、必ずしも過失犯の場合に限られるものではないが、不作為犯の構造にその手掛かりを求めることができるように思われる。すなわち、先にも述べたように、不作為犯の構造は、結果発生に至る具体的危険が存在する状況下で、当該危険を除去・防止して結果を回避すべき特定の行為者が、そのために必要な措置を採らないという不作為によって自ら消極的に危険を創出する点に見出される。そして、そのような特定の行為者が不作為という態度をとることによって当該危険が防止・除去されないこと

が確実化するがゆえに、当該危険を防止・除去し結果発生を回避すべき注意義務・作為義務がその者に課されることが正当化されうるといえる。それゆえ、自らの不作為により当該危険が防止・除去されないことが確実化するといえる程に、行為者が当該危険に対して他者とは異なる特別な立場にあることが、保障人的地位を基礎づけるのであり、また、注意義務・作為義務の発生根拠となるのである。そして、このような危険に対する特別な立場は、当該危険を防止・除去する期待が他でもない当該行為者に対して向けられていたことから基礎づけられるものと思われる。すなわち、結果発生に至る危険を防止・除去することが他でもない特定の行為者に対して向けられていたからこそ、その行為者は当該危険に対して他者とは異なる特別な立場に立たされることとなり、そのため、このような特別な立場にある者が自ら危険の除去・防止のために必要な措置を採らないことによって当該危険が防止・除去されないことが確実化するものといえるのである。

以上のことから、保障人的地位の発生根拠は、自らの不作為によって結果発生に至る危険が防止・除去されないことが確実化するといえるほどに、当該危険を防止・除去する期待が向けられていたことに求められるものと解する。そして、このような期待の有無は、危険の防止・除去に対する特定の人物への期待が民事法上あるいは行政法上の義務という形で現れているものといえる関連法規から読み取ることができよう。それ以外にも、従来保障人的地位の発生根拠として考えられてきた、先行行為や、事実上の引き受け、排他的支配といった要素も、このような期待が誰に向けられていたのかを判断する重要な指標になるものと位置づけられる。また、情報の掌握などによって当該行為者以外の主体に危険の防止・除去を委ねることができないという状況の存在も考慮されうるであろう。というのも、このような状況が存在する場合には、当該行為者自身に当該危険を防

止・除去する期待が向けられるのであって、他でもないその者がかかる期待をいわば裏切ることによって、すなわち、自らの不作為によって、結果発生に至る危険が防止・除去されないことが確実化するといえるからである。また、企業・組織内部でこのような期待が向けられていた個人を特定するにあたっては、構成員の地位・職責・権限・業務遂行の実態などといった事情も重要な考慮要素となる。高度に分業化が進み部課係単位にまで個人の担当業務が細分化されている比較的大規模な企業・組織においては、必ずしも代表取締役といった意思決定機関のみが企業活動すべてを担っているわけではなく、構成員各人がそれぞれの地位・職責・権限に応じて業務遂行を担当することが一般的であろう。そのため、結果発生に至る危険を防止・除去する期待も、企業・組織の意思決定を司る代表取締役のみに向けられるのではなく、当該危険の防止・除去するために必要な業務を担っている下位の構成員に向けられることもあるのである。⁶³⁾

このような視点から、しばしば裁判実務上肯定されている注意義務の並存を説明することができよう。⁶⁴⁾ 例えば、薬害エイズ事件においては、薬害発生の防止に関する第一次的な責任を負うミドリ十字側関係者のみならず、第二次的・後見的な責任を負うに過ぎない厚生省側関係者までもが注意義務を負うものとされた。⁶⁵⁾ この点、薬害が発生する危険を防止・除去する期待は、まずもって薬品の製造・販売を行っていた者に向けられており、その者がこの期待を裏切り、自ら薬害発生の防止に必要な措置を採らない不作為によって、当該危険が防止・除去されないことが確実となるがゆえに、ミドリ十字側関係者に注意義務を肯定することができよう。これに対して、第二次的・後見的な責任を負うに過ぎない厚生省側関係者について言えば、原則として、薬害が発生する危険を防止・除去する期待はミドリ十字側関係者に向けられている以上、直ちにこのような期待が向けら

れることはなく、自ら薬害発生の防止に必要な措置を採らない不作為によって当該危険が防止・除去されないことが確実となるわけではない。もっとも、ミドリ十字側関係者のみに薬害が発生する危険を防止・除去することを委ねることができない特別な事情が存在する場合には、かかる期待はミドリ十字側関係者のみならず、その背後者たる厚生省側関係者にまで及び、その者がこの期待を裏切り、自ら薬害発生の防止に必要な措置を採らない不作為によって、当該危険が防止・除去されないことが確実となるがゆえに、厚生省側関係者に注意義務を肯定することが可能となるのである。このような意味において、異なる企業・組織の個人間において、また、同一の企業・組織内部の個人間において、注意義務が並存する余地を窺念しうるのである。⁶⁶⁾

以上のように、第2段階においては、結果発生に至る危険を防止・除去する期待が多数の関係者の誰に対して向けられていたのか、そして、誰がこのような期待を裏切り、自らの不作為によって当該危険が防止・除去されないことが確実となったのかを見定める作業を通じて、保障人的地位による注意義務の主体の特定がなされることとなるのである。

4. 注意義務の内容の確定

そして、第3段階として、保障人的地位にある当該行為者が負うべき注意義務の具体的内容が確定されなければならない。その際、結果発生の回避を確実化するためにより多くの措置を義務づけようとしても、行為者にとって過度な負担となりかねないし、他方で、被告人の行動の自由を考慮して可能な限り負担の少ない限られた措置を義務づけるとしても、それが結果発生の回避にとって有効なものでなければ行為者に結果回避義務として注意義務を課す意味がない。それゆえ、ここでは、結果回避への有効性の担保と行為者の行動の自由の保障とを調和させつつ、行為者が負うべき

注意義務の具体的内容を見定める必要がある。

保障人的地位にある行為者が負うべき注意義務の具体的内容を確定するにあたっては、次のような3つのプロセスを経て考察することが有益であると思われる。すなわち、第1に、結果発生に至る具体的な危険を防止・除去し当該結果を回避するために必要な措置を措定し、第2に、行為者の地位・職責、行為者間の人的関係を考慮して、当該行為者にどこまでの措置を採ることが求められるのかを明らかにした上で、第3に、行為者の認識内容や権限などに照らして導かれる予見可能性・結果回避可能性を考慮して、実行可能な措置に限定する、というものである。以下では、それぞれの具体的な判断内容を分析する。

まず、第1に、結果発生に至る具体的な危険を防止・除去し当該結果を回避するために必要な措置を措定する。注意義務とは結果回避義務であり、結果を回避するために有効な措置を考えるにあたっては、その原因となる危険を防止・除去するためにどのような措置を採ることが望ましいのかを考察することが有用である。ここでは、前述の第1段階において把握された、注意義務の基礎となる結果発生に至る危険の具体的な程度と内容が指針となる。すなわち、結果発生に至る危険の具体的な程度・内容に応じて、これを防止・除去するために必要な措置を定めていくのである。⁶⁷⁾たとえば、雑踏事故の危険が存在するのであれば、それが発生するおそれのある区域・時間帯で雑踏警備を行うべきであり、⁶⁸⁾砂浜の陥没によって人が死傷する危険が存在するのであれば、当該砂浜の中でそれが発生するおそれのある区画で立入規制を行うべきであり、⁶⁹⁾製造物の欠陥により使用者が死傷する危険が存在するのであれば、それが発生するおそれのある製造物すべてを市場から回収するべきなのである。⁷⁰⁾これらの危険が存在しない区域・時間帯、区画、製造品については、雑踏警備、立入規制、回収をする必要はない。このように、結果発生に至る危険の具体的な程度と内

容は、まさに注意義務の基礎をなすものであると同時に、その限界を示すものでもあるといえよう。⁷¹⁾

そして、第2に、行為者の地位・職責、行為者間の人的関係を考慮して、当該行為者にどこまでの措置を採ることが求められるのかを明らかにする。ここでは、先の第1において指定された措置の中から、行為者に実施することが求められる措置を選び出す必要がある。その際、指定された措置が行為者単独で実施可能なものであれば当該措置がそのまま実際に実施することが求められる措置となるが、⁷²⁾ 多くの場合、指定された措置が企業・組織レベルではじめて実施可能なものといえよう。⁷³⁾ その場合には、当該企業・組織内部における行為者の地位・職責に応じて、先に指定された措置を当該企業・組織に実施させるために必要な措置が、ここでいう当該行為者に実施することが求められる措置となろう。⁷⁴⁾ また、行為者間で上司・部下といったような上下関係が存在する場合、とりわけ上司の立場にある者についていえば、前述した必要な措置を直接的に実施することが望ましいこともあるが、多くの場合、当該措置を間接的に実施する、すなわち、自己の部下に指示して当該措置を実施させることで足りることとなる。⁷⁵⁾

さらに、第3に、行為者の認識内容や権限などに照らして導かれる予見可能性・結果回避可能性を考慮して、実行可能な措置に限定する。ここでは、先の第2において選び出された当該行為者に実施することが求められる措置の中から、当該行為者が実際に実行可能な措置を絞り込む必要がある。これはまさに、注意義務が予見可能性と結果回避可能性の存在を前提とすることから導かれる限定である。裁判実務上も、先にみたとおり、被告人の地位や職責と並んでその者が有する権限が考慮要素として挙げられており、行為者の権限という観点から注意義務の具体的内容が限定・確定されていることが窺われる。

このような権限による注意義務の内容限定に関して最も問題となるのは、いわゆる進言義務であろう。この問題は、多くの場合、組織・企業内部で行為者間に上司・部下の関係が存在する際に、とりわけ部下の注意義務の内容を確定するにあたって顕在化する。この問題をこれまでの本稿の判断枠組みに即して記述するならば、次のとおりとなる。すなわち、保障人的地位にある部下もまた、結果発生に至る具体的な危険を防止・除去し当該結果を回避するための措置を企業・組織に実施させるために必要な措置を実施することが求められるものの、これを直接的に実施する権限を持たず、多くの場合、このような権限は上司に存することから、あくまでこれを間接的に実施する、すなわち、権限を有する上司にこれを進言し実施させることが可能であるにすぎないのである。学説上、このような進言義務を肯定することに対しては懐疑的な見解も存在するが、⁷⁶⁾ 結果発生に至る危険を防止・除去し結果を回避すべき保障人的地位にある部下が、そのために必要な措置の“一手段”としていわゆる進言義務を負うことにはそれほど問題がないように思われる。というのも、当該部下もまた、保障人的地位にある以上、本来であれば自ら当該危険の防止・除去、結果発生回避をなすべき地位にあるのであって、そこには正犯としての第一次的責任を基礎づける素地が存在することを十分肯定できるものと考えられるからである。他方で、進言することにより危険の防止・除去、結果発生回避が可能であることから直ちに保障人的地位を肯定するとすれば、そのような理解には賛同できない。先にも述べたとおり、予見可能性・結果回避可能性は注意義務を肯定するための必要条件に過ぎず、十分条件ではないのであるから、進言による結果回避可能性から直ちに注意義務の存在を引き出すことはできないものとする。このような進言義務は、保障人的地位にある者が負うべき注意義務の一態様にすぎないのであって、保障人的地位や注意義務を直接

的に基礎づける要素ではないのである。⁷⁷⁾

以上のように、第3段階においては、結果発生に至る具体的な危険を防止・除去し当該結果を回避するために必要な措置を措定し、当該行為者にどこまでの措置を採ることが求められるのかを明らかにした上で、当該行為者にとって実行可能な措置に限定するというプロセスを経て、保障人的地位にある当該行為者が負うべき注意義務の具体的内容が確定されることとなるのである。

V おわりに

本稿では、近時管理・監督過失や刑事製造物責任に関して重要な最高裁判例・裁判例が相次いで登場している過失不作為の競合事案において、関係者各人の過失不作為責任を検討する上で最も重要な問題の一つといえる個人の注意義務の存否及び内容を論定するために必要な判断枠組みを理論的に分析することを通じて、その実践的な判断手法を提示するべく検討を進めてきた。ここで、本稿の検討から明らかになったことを簡単にまとめておきたい。

まず、近時の主要関連判例に目を向けると、ここでは、しばしば指摘されているように、行為者の態度を作為・不作為とに区別することなく過失犯における注意義務の認定のみが問題とされているように思われるものの、かかる認定は、不作為犯における保障人的地位ないし作為義務に類似した判断や実際に行為者が負うべき注意義務の内容に関する判断といった複層的・複合的な判断からなるものであり、各事案における具体的事情が複数の異なる観点からそれぞれ考慮されていることが分かる。このような裁判実務の傾向に鑑みれば、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたっては、そのための判断構造とそこで重視されるべき考慮要素を具体化し、それぞれの理論的意義・関係を明らかにすることが学問上のみならず、実務上も重要であるといえよう。

そして、過失不作為の競合事案といえども、個人の注意義務を論定するにあたっては行為者一人一人について過失不作為犯の成立要件が充足されているか否かを検討すれば足りるところ、過失不作為犯の構造が特定の行為者による消極的な危険創出・結果惹起であることに照らせば、その成立要件は、①結果発生に至る具体的危険の存在、②当該危険を防止・除去して結果回避すべき保障人的地位、③そのために必要な措置を採るべき注意義務、④当該注意義務の違反、⑤結果発生・因果関係の5つからなることが明らかとなった。

そこで、以上のような過失不作為犯の成立要件、とりわけ、①～③の要件に鑑みれば、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するためには、まず、結果発生に至る具体的危険の程度・内容を把握し、次いで、当該危険を防止・除去する期待が関係者の誰に対して向けられているのかという観点から導かれる保障人的地位の存否によって注意義務の主体を特定した上で、さらに、保障人的地位にある行為者が負うべき注意義務の具体的内容を確定する、という3段階の判断が必要であるとの私見を提示した。また、かかる判断に含まれる、複数の側面からの実益が明らかとなったこともここで指摘しておきたい。

本稿で示した判断手法に従えば、具体的事案において個人の注意義務を論定するにあたって、そこで競合している過失の態様が作為であるのか、それとも不作為であるのかをまずもって区別することが重要となろう。⁷⁸⁾ この点、過失作為が積極的な危険創出であるのに対して、過失不作為は危険の存在を前提とした消極的な危険創出であるという両者の構造上の差異に基づけば、行為者の行為によって初めて危険が創出されたのか（過失作為）、それとも、それより以前からすでに危険が存在していたのか（過失不作為）が、両者の区別基準となるように思われる。⁷⁹⁾ もっとも、このような理解によると、たとえば、製造物責任事案において、取締役が単に回収措置を怠ったのではな

く、積極的に回収不実施（あるいは、製造・販売の継続）の決議をした場合など、両者の区別が困難な場面も生じるであろう。⁸⁰⁾このような場合も含めた、過失犯における作為と不作為の明確な区別基準の確立については、本稿では十分な検討を加えることができなかったため、今後の課題としつつ、他日を期したい。また、本稿で提示した判断手法が今後も生起するであろう過失不作為の競合事案においても実際に機能しうるものとなるのかという問題や、過失作為の競合事案における個人の注意義務の論定という問題についても、検討・検証していかなければならない。この点も併せて、別稿に譲ることとする。

- 1) なお、過失の競合といった場合、そこには過失同時犯と過失共同正犯という2つの領域が含まれるものの、本稿では、後者の領域を除いた、いわゆる狭義の過失の競合における個人の注意義務の問題を主として取り扱うこととする。過失共同正犯の問題を考えるにあたっては、共同正犯の本質である一部実行全部責任の原則に立ち返って考察することが必要であり、これについてはすでに、拙稿「過失共同正犯の処罰根拠とその成立範囲について」大学院研究年報44号（2015年）355頁以下で検討を加えている。
- 2) 本件の訴訟経緯は若干複雑であるが、本稿では、主に本件砂浜の管理責任の所在などと関連して被告人らの注意義務の存否が直接的に争われた第二次上告審（最決平成26年7月22日刑集68巻6号775頁・最決平成26年7月22日集刑314号163頁）を取り上げる。
- 3) 北川佳世子「過失の競合と責任主体の特定問題—過失不作為犯の競合を中心に—」刑法雑誌52巻2号（2013年）325頁以下。
- 4) 最決平成22年5月31日刑集64巻4号447頁。なお、上告したのは警備会社支社長・警察所地域官のみであり、控訴を取り下げた市職員1名については第一審（神戸地判平成16年12月27日刑集64巻4号501頁）で、それ以外の市職員2名については原審（大阪高判平成19年4月6日刑集64巻4号623頁）で、それぞれ有罪が確定している。また、強制起訴された

警察署副署長については、大阪高判平成26年4月23日LEX/DB 25503829。

- 5) 大阪地判平成12年2月24日判タ1042号判例時報1728号163頁。なお、本件は、大阪高判平成14年8月21日判時1804号146頁、最決平成17年6月27日公刊物未搭載を経て確定した。
- 6) 最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁。なお、本稿では、ミドリ十字ルートとの関係で過失不作為の競合が問題となる、被告人が製薬会社をして非加熱製剤の販売中止および回収させる措置を採らなかった過失責任に関する判断を取り上げることとする。
- 7) 薬害エイズ事件に関しては、その他にも、帝京大学医学部附属病院第一内科長の過失責任が否定された帝京大ルート（東京地判平成13年3月28日判時1763号17頁）がある。
- 8) 最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁。
- 9) パロマガス湯沸器事件（東京地判平成22年5月11日判タ1328号241頁）においても、類似した認定がみられる。
- 10) 神戸地判平成24年1月11日LEX/DB 25480439。また、強制起訴された歴代3社長については、大阪高判平成27年3月27日LEX/DB 25506197。
- 11) この点については、古川伸彦「鉄道・航空機事故の最新判例を『読む』」法学教室395号（2013年）14頁以下、大塚裕史「鉄道事故と企業幹部の管理・監督責任JR福知山線脱線転覆事故判決を契機として—」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）650頁以下なども参照。
- 12) たとえば、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論（下）—ドイツの判例を中心に」判例時報2110号（2011年）10頁は、予見義務・結果回避義務からなる注意義務違反を中心に過失犯を立件する傾向になれば、検察側は被告人4名全員を起訴することも可能であったが、それにもかかわらず全員の起訴に踏み切らなかったのは、鉄道本部長と歴代3社長の地位と「業務内容の相違」、すなわち、「脱線事故防止の現場責任者の職務に従事していた」か否かが、作為との同価値性に関連して考慮されたものと指摘する。
- 13) たとえば、大塚裕史「過失不作為犯の競合」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）154頁以下、岡部雅人「過失不作為犯における『注意義務』について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀

- 論文集〔上巻〕』（成文堂，2014年）196頁，稲垣悠一「刑事過失責任と不作為犯論—とりわけ刑法上の製造物過失事例に関連して—」専修大学法学研究所紀要40巻（2015年）5頁以下など。
- 14) 北川佳世子「欠陥製品回収義務と刑事責任—市販後の製品回収義務の根拠をめぐるわが国の議論—」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂，2006年）186頁以下。なお、被告人らの両行為をいずれも過失不作為と捉えるものとして、日山恵美「刑事製造物責任と取締役の行為主体性」広島法学26巻4号（2003年）172頁以下がある。
- 15) たとえば、デパートやホテルといった大型建造物の火災事故につき経営者などの管理・監督責任が問題となった一連の最高裁判例（最決平成5年11月25日刑集47巻9号242頁（ホテルニュージャパン事件）、最判平成3年11月14日刑集45巻8号221頁（大洋デパート事件）、最決平成2年11月29日刑集44巻8号871頁（千日デパートビル事件）、最決平成2年11月16日刑集44巻8号744頁（川治プリンスホテル事件））がその代表例として挙げられよう。これについては、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論（上）—ドイツの判例を中心に—」判例時報2107号（2011年）4頁も参照。
- 16) たとえば、神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」『刑事法学の総合的検討 福田平・大塚仁博士古稀祝賀（上）』（有斐閣，1993年）46頁は、このような裁判実務の傾向を、注意義務と作為義務との渾然一体的な把握として評すると同時に、これを問題視している。
- 17) 神山・前掲注16）46頁。
- 18) また神山は、デパートやホテルの火災事故に関する一連の最高裁判例を例に挙げ、最高裁が「行為構造について、作為であるか不作為であるかを明確にすることなく、管理権原者であるトップ等の抽象的注意義務違反を認定して有罪にしてきた」ことを問題視し、裁判実務上あまり意識されてこなかった過失犯における作為と不作為の区別問題の重要性を指摘する（神山・前掲注15）4頁、同・前掲注12）9頁以下）。同様の問題意識を従来の裁判実務に対して示すものとして、その他にもたとえば、大塚・前掲注13）154頁以下など。
- 19) たとえば、最決昭和42年5月25日刑集21巻4号584頁（弥彦神社餅撒事件）など。
- 20) たとえば、注意義務の主体として想定される行為者という点についていえば、従来は検察官によって訴追された被告人のみが基本的には注意義務の主体として想定され、その者について注意義務の有無を実務上・理論上検討すれば十分であったのに対し、検察審査会による強制起訴が認められている現在では、かりに検察官による訴追がなされなかった者であっても、検察審査会の強制起訴により訴追される可能性がなお存在しうることから、注意義務の有無を検討すべき行為者の範囲は今まで以上に拡大しているということができよう。なお、同趣旨の問題意識を持つと思われるものとして、高山佳奈子「複数行為による事故の正犯性」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣，2012年）181頁以下も参照。
- 21) 大塚・前掲注13）153頁。
- 22) たとえば、大塚・前掲注13）155頁は、「作為は法益侵害に向けての因果の流れを設定する行為であるから、過失作為犯においては、作為行為者が結果回避義務を負う主体となる」としているが、これは、法益侵害に向けた因果経過の設定を過失作為犯における注意義務の発生根拠と理解しているものとみられ、本稿と理解を同じくするものであると思われる。
- 23) たとえば、島田聡一郎「国家賠償と過失犯—道路等管理担当公務員の罪責を中心として—」上智法学論集48巻1号（2004年）28頁は、「結果が生じる危険を積極的に増大させる作為」と対置し、「すでに存在している危険な状態を積極的に解消しない不作為」と定義する。
- 24) この点、高山佳奈子「過失不作為犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（成文堂，2003年）57頁以下は、あくまで過失犯に限られない不作為犯一般を念頭に置いたものであるが、作為犯を「法益侵害に向かっていない事実経過をこれに向かわせるもの」として、不作為を「侵害に向かっていない法益の状態を改めないもの」としてそれぞれ定式化した上で、不作為は「『事実に評価するならば法益状態が悪化に向かっていないが、法的に評価するならば、作為義務のある者が法益を保護するはずであるから、法益状態は悪化に向かっていない』といえるとき……可罰的評価の対象となるのであり、「不作為が処罰されるのは、『法的にみれば』事実経過が結果発生へと向かっていないはずであるにもかかわらず、これを結果発生へと向けたことによる」と

- する。このような法益状態に関する法的評価と事実に評価の“差”こそが、本稿のいう消極的な危険創出・結果惹起の内実と等しいものと思われる。
- 25) 以上述べたことは、注意義務という過失犯固有の要素を取り除けば、故意作為犯と故意不作為犯との間にも共通して当てはまるものであり、むしろ、不作為犯一般に妥当する基本原理であるともいえる。
- 26) たとえば、日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006年）152頁以下、稲垣悠一「欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論」（専修大学出版局、2014年）223頁以下。
- 27) たとえば、神山・前掲注16）46頁、大塚・前掲注13）154頁以下、北川・前掲注3）314頁以下、岡部・前掲注13）196頁以下、古川伸彦「いわゆる製造物責任事案における過失不作為犯の認定について—三菱自工製トラック車輪脱落事件上告審決定を素材として」『研修803号』（2015年）3頁以下など。
- 28) たとえば、成瀬幸典「判批」『刑事法ジャーナル33号』（2012年）126頁、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』（成文堂、2014年）212頁以下など。
- 29) たとえば、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）96頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009年）210頁など。
- 30) たとえば、団藤重光『刑法要綱総論〔第3版〕』（創文社、1990年）333頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）202頁以下など。
- 31) たとえば、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）238頁以下。なお、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）217頁、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2013年）92頁。
- 32) たとえば、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007年）228頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）261頁など。
- 33) 過失犯における注意義務と不作為犯における作為義務との関係を、両者の体系的地位という観点から詳細に整理・分析するものとして、岡部・前掲注13）197頁以下がある。
- 34) 同趣旨の理解を示すと思われるものとして、高山・前掲注24）58頁以下。
- 35) 同様に、注意義務・作為義務の発生根拠としてのみならず、主として過失不作為の競合事案において当該義務を負うべき主体を特定するための基準として、保障人的地位の意義・機能を捉え、その重要性を指摘するものとして、大塚・前掲注13）155頁以下、北川・前掲注3）315頁以下など。
- 36) 北川・前掲注3）315頁。
- 37) 岡部・前掲注13）205頁以下。
- 38) 岡部・前掲注13）205頁以下も、不作為犯における保障人的地位の問題を「義務の発生根拠」の問題として、過失犯における注意義務の問題を「義務の具体的内容の問題」として整理している。なお、大塚・前掲注13）155頁以下は、作為義務と結果回避義務（客観的注意義務）は厳格に区別すべきであるとするが、「作為義務の有無」の問題を結果回避義務の主体を特定するための保障人的地位の存否の問題として位置づける一方、「作為義務の内容」の問題は結果回避義務の内容の特定の問題と事実上重なり合うものと捉えており、この点では本稿の理解と趣旨を同じくするものと思われる。
- 39) たとえば、樋口・前掲注28）195頁以下、稲垣・前掲注26）263頁以下など。
- 40) たとえば、大塚・前掲注13）154頁以下、岡部・前掲注13）196頁以下。
- 41) たとえば、神山・前掲注16）5頁以下は、業務上過失致死傷罪などの不作為が不真正不作為犯である以上、そこでは当然に保障人的義務が論証されなければならないとする。これに対しては、不真正不作為犯として捉えることを疑問視し、保障人的地位ないし義務の問題は生じないとする指摘もある（日高・前掲注26）152頁以下、稲垣・前掲注26）223頁以下）。
- 42) 同趣旨の指摘をしていると思われるものとして、たとえば、成瀬・前掲注28）126頁など。また、樋口亮介は、過失の競合事案において注意義務を確定するにあたり従来の作為義務論は十分機能してこなかったように思われると指摘する（法の経済分析研究会「研究会・法人処罰と過失犯論」新世代法政策学研究5巻（2010年）375頁〔樋口発言〕）。
- 43) たとえば、神山・前掲注16）46頁、大塚・前掲注13）155頁、北川・前掲注3）314頁など。
- 44) 実際に、たとえば前掲最判平成3年11月14日や前掲大阪高判平成26年4月23日（予備的訴因に関わる部分）においては、予見可能性・結果回避可能性が認められたにもかかわらず、最終的には被告人の注

意義ないしその違反が否定されている。

- 45) たとえば、北川・前掲注3) 314頁以下など。なお、本稿の立場とは異なり、過失不作為の競合事案において個人の注意義務を論定するにあたり、明示的には②と③の段階を区別しない判断手法をとる樋口・前掲注28) 208頁も、注意義務の主体を特定するために注意義務の発生根拠を論じることが重要であるとしている。
- 46) 樋口・前掲注28) 247頁以下。なお、最高裁が段階的思考を採用したことは、担当調査官によっても度々指摘されている。たとえば、千日デパートビル事件に関する原田國男「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成2年度』（法曹会、1992年）255頁以下、三菱自工タイヤ等脱落事件に関する矢野直邦「判解」法曹時報67巻4号（2015年）267頁以下。
- 47) 管理・監督過失事案を念頭に置いたものではあるが、同様の問題意識を示すものとして、石塚章夫「捜査・訴追及び裁判上の立証」刑法雑誌28巻1号（1987年）28頁。
- 48) 訴追対象者の選定における保障人的地位ないし作為義務概念の有用性を指摘するものとして、石塚・前掲注47) 32頁以下、松宮孝明「白石中央病院火災事件判決について」刑法雑誌28巻1号（1987年）53頁以下。
- 49) 本稿の検討対象の範囲を若干踏み越えるものがあるが、この第1段階の判断は、過失不作為と発生結果との間の因果関係を検討する上でも重要な意義を持つことを指摘しておきたい。近時の判例・学説上、因果関係を肯定するためには行為者の行為に含まれる危険が結果の中に現実化しているといえることが必要である旨しばしば指摘されている。そして、過失不作為犯の場合、その構造が注意義務に違反した消極的な危険創出であることに照らせば、このような結果発生に至る具体的危険こそが、不作為によって消極的に創出される危険なのであり、過失不作為犯における実行行為たる注意義務違反行為に含まれる危険そのものであるといえる。それゆえ、過失不作為犯においては、このような注意義務の基礎となる具体的危険が発生結果に現実化しているか否かが問われることとなるのである。実際に、前掲最決平成24年2月8日において、このことが問題となった。この点については、拙稿「判批」法学新報122巻3＝4号（2015年）347頁以下を参照。
- 50) 実際にこのような観点から説明がなされたと思
- われるものとして、前掲最決平成20年3月3日、前掲最決平成24年2月8日など。
- 51) 危険源管理の引受けを理由とする保障人的地位が認められるためには道路などの营造物の瑕疵が刑法上も危険源と評価できることが必要であるとす島田・前掲注23) 29頁以下も同趣旨のものと思われる。
- 52) 実際にこのことが問題となったものとして、前掲最決平成24年2月8日、前掲東京地判平成22年5月11日など。
- 53) 島田・前掲注23) 32頁以下においても、類似した指摘がみられる。
- 54) 本稿と同じく、注意義務を認定するにあたり危険の内実を明らかにすることの必要性を説くものとして、古川伸彦『刑事過失論序説—過失犯における注意義務の内容—』（成文堂、2007年）207頁以下、樋口・前掲注28) 256頁以下。
- 55) たとえば、大塚・前掲注30) 153頁など。さらにこの見解を徹底し、法規範のみを根拠とするものとして、高山・前掲注24) 67頁以下。
- 56) たとえば、日高義博『不真正不作為犯の理論〔第2版〕』（慶應通信、1983年）154頁など。
- 57) たとえば、堀内捷三『不作為犯論』（青林書院新社、1978年）254頁など。
- 58) たとえば、大塚・前掲注13) 158頁以下、北川・前掲注3) 315頁以下など。
- 59) 鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号（1999年）355頁以下。
- 60) たとえば、塩見淳「瑕疵ある製造物を回収する義務について」刑法雑誌42巻3号（2003年）370頁以下など。
- 61) たとえば、岡部雅人「刑事製造物責任における『回収義務』について」早稲田大学大学院法研論集123号（2007年）107頁以下など。
- 62) たとえば、岡部・前掲注61) 114頁、樋口・前掲注28) 214頁以下など。
- 63) たとえば、前掲最決平成24年2月8日においては、代表取締役ではなく、品質保証部門の責任者が注意義務の主体とされた。これに対して、同じく刑事製造物責任が問題となった前掲大阪地判平成12年2月24日や、東京地判平成22年5月11日においては、代表取締役が注意義務の主体とされたが、これは、実際に当該代表取締役らが品質保証業務を担っていたことによるものと思われる。

- 64) この問題について詳細な検討を加えるものとして、古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」刑法雑誌52巻2号（2013年）297頁以下。
- 65) 前掲最決平成20年3月3日参照。
- 66) 同様のことは、第一次的責任者・第二次的責任者といった区別を明示的には用いてはいないものの、管理責任や会場警備責任について対等であったとは必ずしも評価し難い被告人らにつき、一方の被告人がもう一方の被告人にのみ結果発生の防止を委ねることは許されない状況を重視して注意義務の並存を肯定した前掲最決平成26年7月22日・最決平成26年7月22日や、前掲最決平成22年5月31日についても当てはまるものと思われる。
- 67) 樋口・前掲注28) 209頁以下は、このことを、アメリカ・ドイツ不法行為法と対比した日本の判例の系譜的考察を素材として導き出しており、注意義務の内容は危険との比例性によって定まるとしている。
- 68) 前掲最決平成22年5月31日参照。
- 69) 前掲最決平成26年7月22日・最決平成26年7月22日参照。本件では、立入規制すべき範囲も問題となっていた。
- 70) 前掲大阪地判平成12年2月24日、前掲東京地判平成22年5月11日、前掲最決平成24年2月8日参照。中でも、パロマガス湯沸器事件では、被告人が負うべき注意義務の範囲について、短絡が問題となる湯沸器が全国に存在したこと、すなわち、結果発生の危険が全国規模で存在したことを指摘した上で、「すべての7機種を対象としなければ有効な安全対策にはならない。……したがって、被告人両名に義務付けるべき事故防止対策を論じる場合、その対象としては全国すべての7機種に対するものにならざるを得ない」と判示しており、同様の考慮が窺える。
- 71) このような考え方は、必ずしも過失不作為犯に限られるものではないであろう。というのも、過失作為犯の場合であっても、結果発生に至る危険を行為者が作為により創出したからといって、当該行為に出ることそれ自体が直ちに全面的に禁止されるわけではなく、当該危険の程度・内容に応じてこれを防止・除去するに足るほどの措置をとった上で当該行為にでることはなお許容されうるといえるからである。このように、過失作為犯においても、行為者によって創出された結果発生に至る危険の程度・内容が、注意義務の内容を確定する上で重要となるのである。
- 72) たとえば、前掲最決平成20年3月3日、前掲最決平成22年5月31日など参照。
- 73) たとえば、前掲大阪地判平成12年2月24日、前掲東京地判平成22年5月11日など参照。
- 74) たとえば、前掲最決平成24年2月8日参照。
- 75) たとえば、前掲最決平成24年2月8日参照。もちろん、間接的な措置のみならず、直接的な措置までもが求められ、両者の措置がともに注意義務の内容となることもある。たとえば、前掲最決平成22年5月31日など参照。また、上下関係がなくとも、両者の措置をとることが注意義務の内容とされたものとして、たとえば、前掲最決平成26年7月22日・最決平成26年7月22日など参照。
- 76) たとえば、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004年）214頁以下。もっとも、松宮は、「『進言』を怠った点で非難すべき部分はあるけれども、それは直ちに過失結果犯による処罰、とくに『保障人的地位』を基礎づけるものにはならない」（同220頁）と述べており、進言義務が注意義務の内容となることを全面的に否定しているわけではなく、後述する本稿の理解と趣旨を同じくするものと思われる。
- 77) 同趣旨の指摘をなすと思われるものとして、たとえば、石塚・前掲注47) 34頁など。このような問題を回避するためには、本稿が提示したように保障人的地位の有無を確認した上で注意義務の内容を確定するという判断手法が有効となろう。
- 78) この問題については、山本紘之「作為と不作為の区別について—過失犯における区別を主眼として—」法学新報113巻3＝4号（2007年）515頁以下が参考となる。
- 79) 同趣旨の理解を示すと思われるものとして、日山・前掲注14) 172頁以下。
- 80) この場合にも、日山・前掲注14) 172頁は、過失不作為の問題と捉えるが、取締役の当該決議以降に製造・販売された製造物から生じる危険については、それ以前に製造・販売された製造物に由来する危険とは異なり、やはり当該決議によって初めて創出されたものとみることも可能であるように思われる。

