

## 【論文】

# 過失不作為犯における「注意義務」

平野 潔

1. はじめに
2. 過失不作為犯に関する判例の検討
3. 明石人工砂浜陥没事件
4. 注意義務と作為義務
5. おわりに

### 1. はじめに

近時、わが国では、いわゆる「過失の競合」<sup>(1)</sup>が積極的に議論されている<sup>(2)</sup>。判例に目を転じて、埼玉医大抗がん剤過剰投与事件<sup>(3)</sup>、横浜市立病院患者取り違え事件<sup>(4)</sup>、明石人工砂浜陥没事件<sup>(5)</sup>、薬害エイズ厚生省ルート事件<sup>(6)</sup>、明石市花火大会歩道橋事件<sup>(7)</sup>、日航機ニアミス事件<sup>(8)</sup>、三菱自動車工業トラックタイヤ脱輪事件<sup>(9)</sup>など、枚挙に暇がない。

<sup>(1)</sup>「過失の競合」とは、1つの構成要件的結果の発生に対して複数の過失が存在する場合をいい、①単独の行為者による複数の過失が併存する場合と②複数の行為者の過失が存在する場合に分けることができる（川端博『刑法総論講義 第3版』（2013年、成文堂）229頁）。ここでは、②が問題となる。なお、②の意味における過失の競合の分類に関しては、西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（上）」『法曹時報』30巻2号（1978年）5頁以下、古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定の在り方について」川端博ほか編『理論刑法学の探求5』（2012年、成文堂）3頁以下、同「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）298頁以下などを参照。

<sup>(2)</sup>この問題を取り上げた近時の文献として、大塚裕史「ワークショップ 過失の競合」『刑法雑誌』51巻3号（2012年）416頁、古川・前掲注（1）『理論刑法学の探求5』1頁以下、大塚裕史「過失不作為犯の競合」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年、成文堂）151頁以下、高山佳奈子「複数行為による事故の正犯性」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年、成文堂）179頁以下、嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年、成文堂）205頁以下、甲斐克則「過失の競合」『刑法雑誌』52巻2号（2013年）282頁以下、古川・前掲注（1）『刑法雑誌』297頁以下、北川佳世子「過失の競合と責任主体の特定問題」『刑法雑誌』52巻2号（2013年）314頁以下、松宮孝明「過失の競合」『刑法雑誌』52巻2号（2013年）329頁以下、大塚裕史「過失の競合と過失犯の共同正犯の区別」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（2015年、成文堂）209頁以下など参照。

<sup>(3)</sup>最決平17・11・15刑集59巻9号1558頁。

<sup>(4)</sup>最決平19・3・26刑集61巻2号149頁。

ここ数年注目されている「過失の競合」であるが、実はわが国では管理・監督過失論の中でかなり以前から議論されてきたものであり、十分な判例・学説の蓄積がある。しかし、ここ数年急激に注目が集まるのは、最近の判例で問題となっている類型の多くがこれまでと異なっているからである。すなわち、これまでの管理・監督過失論の形で展開されてきた過失の競合は、監督者・被監督者という上下関係のある者の間の「垂直型」の過失の競合だったのに対し、最近の裁判例で問題となっている過失の競合は、上下関係のない者の間の「水平型」の過失の競合なのである<sup>(10)</sup>。

このような「水平型」の過失の競合事例について、判例は基本的に共同正犯を認めず、個々の行為者の過失を認定する手法を採用している。それぞれの行為者の予見可能性、注意義務、因果関係を認定していく手法である。このような判例の手法を前提とした場合、困難を伴うのが過失不作為犯である。過失不作為犯が水平的に競合した場合、個々の過失犯の成立要件の検討に加えて、さらに複数の関係者の中で誰が刑事責任の主体となり得るかを認定しなければならないが、そこには大きな困難を伴う。この点については、「とりわけ過失不作為犯の場合、認定は慎重でなければならないが、そこには大きな困難を伴う。この点については、「とりわけ過失不作為犯の場合、認定は慎重でなければならないが、そこには大きな困難を伴う。この点については、」<sup>(11)</sup>という指摘もある。

この過失不作為犯の問題は、これまで十分な議論がされてきたとは言い難い側面を有している。「従来、わが国では、過失不作為犯と故意不作為違反は単に主観面において区別されることが暗黙裡に前提とされているためか、故意不真正不作為犯は問題にされても、過失不真正不作為犯の構造の問題が特別に取り上げられ、論じられることはほとんどなかったといえよう」<sup>(12)</sup>「わが国の判例・学説は、必ずしも積極的自覚的には議論してこなかった」<sup>(13)</sup>と評されることもある。とくに、過失不作為犯の客観面の問題、具体的には注意義務と作為義務の関係に関してはほとんど議論がなされていない<sup>(14)</sup>。この点につき明確に警鐘を鳴らされたのは、神山教授である。神山教授は、「過失犯は注意義務違反の行為を対象とするので、ややもすると保障人的義務のない不作為も注意義務違反という判断に取り込まれ、作為は不作為かの区別も曖昧のまま非保障人の不作為が過失犯で処罰

<sup>(5)</sup> 第一次上告審は、最決平21・12・7刑集63巻11号2641頁、第二次上告審は、後述するように、国土交通省近畿地方整備局姫路工事事務所工務第一課課長Aに対するものが最決平26・7・22刑集68巻6号775頁、同事務所東播海岸出張所所長B、明石市土木部海岸・治水担当参事C、同市土木部海岸・治水課課長Dの3人に関するものが最決平26・7・22集刑314号163頁。

<sup>(6)</sup> 最決平20・3・3刑集62巻4号567頁。

<sup>(7)</sup> 最決平22・5・31刑集64巻4号447頁。

<sup>(8)</sup> 最決平22・10・26刑集64巻7号1019頁。

<sup>(9)</sup> 最決平24・2・8刑集66巻4号200頁。

<sup>(10)</sup> 大塚・前掲注(2)「過失不作為犯の競合」153頁。

<sup>(11)</sup> 甲斐・前掲注(2)284頁。

<sup>(12)</sup> 神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田雅章ほか編『福田平・大塚仁博士古稀祝賀 刑事法学の総合的検討(上)』(1993年、有斐閣)46頁。

<sup>(13)</sup> 大山徹「管理・監督過失における作為と不作為」『香川法学』32巻1号(2012年)1頁。

<sup>(14)</sup> これまでこの問題を論じたものとしては、神山・前掲注(12)45頁以下、平野潔「過失不作為犯における注意義務と作為義務について」『法学研究論集』14号(2001年)61頁以下など。

される危険性がある」<sup>(15)</sup>とされ、作為義務と注意義務は明確に区別されなければならないとされている。

この問題については、以前ドイツにおける議論を中心に検討を加えたことがあったが<sup>(16)</sup>、過失不作為犯に関する判例が相次いで出されていることから、改めてこの問題を取り上げ過失不作為犯における注意義務と作為義務の関係について検討を加えてみたい。以下では、まずこれまでの判例を分析し、両者の関係性を把握した上で、近時、過失不作為犯が問題となった明石人工砂浜陥没事件を取り上げて検討を加える。そして、近時の学説検討を踏まえて、両者の関係性を「処罰範囲の限定」あるいは「拡大防止」という観点から明らかにしたい。

## 2. 過失不作為犯に関する判例の検討

### (1)判例における過失不作為犯論

まず、これまでの判例が、過失不作為犯、とりわけ「作為義務」「注意義務（結果回避義務）」についてどのように判断してきたかを検証する。この領域に関する判例は、ホテルやデパートで発生した大規模火災事故を中心とした「管理・監督過失」に関連して展開されてきた。「安全体制確立義務」や「進言義務」などがそれである。この「管理・監督過失」は、大規模火災事故だけでなく、その後広範囲にわたる領域で直接過失行為者以外の過失を認定する際に使われている。続いて、「製造物責任」を巡る判例もいくつか出されている。いわゆる「製品回収義務」である。ここでは、最高裁判所の判例を中心に、それぞれの領域ごとに「作為義務」「注意義務」をどのように判示しているかを見ていきたい。

しかし、過失不作為犯に関する判例を見る前に、確認しておかなければならないことがある。それは、過失不作為犯が問題となった判例の多くが、通常不作為犯で問題となり得る「保障人」あるいは「作為義務」という言葉を使っていないということである。この点については、「不作為犯の成否を考えるにあたっては、次いで、そのような危険源の管理を『誰が引き受けていたか』が問題となる。このような引き受けが認められる主体のことを学説は『保障人』と呼んできた。過失犯に関する判例、裁判例においては、『注意義務を負っていた』と表現されることも多い」<sup>(17)</sup>という指摘がある。この指摘を念頭に置きつつ、検討を行っていきたい。

---

<sup>(15)</sup> 神山・前掲注（12）46頁。

<sup>(16)</sup> 平野・前掲注（14）61頁以下。

<sup>(17)</sup> 島田聡一郎「国家賠償と過失犯」『上智法学論集』48巻1号（2004年）34頁、山本紘之「人工の砂浜の管理等の業務に従事していた者につき砂浜での埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」『刑事法ジャーナル』23号（2010年）81頁注（28）。

## (2)管理・監督過失に関する判例

過失不作為犯は、まず管理・監督過失<sup>(18)</sup>を中心に展開されてきた。管理・監督過失は、「管理過失」と「監督過失」に分けることができ、一般に「管理過失」とは、管理者などによる物的設備・機構、人的体制などの不備自体が結果発生に直結する直接的な過失を言い、「監督過失」とは、直接に結果を発生させる過失（直接過失）をおこなった行為者（直接行為者）に対して、これを指揮・監督する立場にある者（監督者）が、その過失を防止すべき義務を怠った場合であるとされている<sup>(19)</sup>。管理過失では、人的物的な安全対策を講じなかったという不作為が、監督過失は直接過失行為者に適切な指導をしなかったという不作為が、それぞれ問題となっている。

ここでは、最初の一連の大規模火災事故に関する裁判例を概観し、その後医療過誤、雑踏事故、そして航空機事故に関する裁判例に関しても検討を加える。

### ①川治プリンスホテル事件<sup>(20)</sup>

火災事故における管理・監督過失について、最高裁として初めて法律判断を示した<sup>(21)</sup>とされるのが、本件である。

被告人は取締役として、代表取締役社長である夫のBとともに旅館業等を目的とするホテルを共同経営していたものであるが、同ホテルは、建築基準法に違反して新館・旧館の連絡通路の防火戸や旧館階段部分の防火区画が設けられていなかっただけでなく、防火管理者も選任されておらず、消防計画の作成や避難誘導等の訓練も一切実施されていなかった。そのような状況において、建設会社作業員の不注意で新館風呂場付近から出火し、火煙が短時間内に旧館内に流入・充満したため、逃げ遅れた宿泊客等に多数の死傷者を生じさせたというものである。

最高裁は、まず具体的な状況を踏まえて、被告人の地位を実質的観点から認定している。すなわち、被告人は、Bがホテル経営の意欲を失っていたこともあって、常時ホテルにおいて執務し、直接従業員を指揮監督して日常の業務を行うとともに、防火防災管理の業務も行っていたこと、支配人（店長）が任命されていたが、日常の備品購入等少額の支出は別として、それ以上の支出をするには、経理を統括する被告人の承諾を要し、防火防災管理の業務の面でも、その管理運営についてはその都度被告人の指示を受けて処理していたこと、同ホテルでは、被告人およびB以

<sup>(18)</sup> なお、管理・監督過失に関して、これを作為として構成すべきとする見解として、酒井安行「管理・監督過失における実行行為—不作為犯なのか—」西原春夫＝渥美東洋編『刑事法学の新動向 上巻 下村康正先生古稀祝賀』（1995年、成文堂）117頁以下、芝原邦爾「監督過失」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅱ』（1990年、日本評論社）99頁以下、山中敬一「因果関係（客観的帰属）」中山研一＝米田泰邦編著『火災と刑事責任—管理者の過失処罰を中心に—』（1993年、成文堂）88頁以下。過失犯における作為・不作為の区別については、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頁以下など参照。

<sup>(19)</sup> 川端・前掲注（1）231頁。

<sup>(20)</sup> 最決平2・11・16刑集44巻8号744頁。

<sup>(21)</sup> 大塚仁＝川端博編『新・判例コンメンタール刑法2 総則(2)』（本間一也）（1996年、三省堂）205頁。

外に、消防法8条1項にいう「防火対象物の管理について権原を有する者」に当たる者は存在せず、また、同項に規定する防火管理者の選任も行われておらず、支配人以下の従業員の中に実質的にその地位にあったと認められる者も存在しなかったことを考慮しているのである。ここでの手がかりは、消防法上の「防火管理権限者」あるいは「防火管理者」である。「防火管理権限者」に関しては、後述する判例を見ても代表取締役がそれに当たるとする裁判例が多いが、本件では、被告人が「実質的に」どのような地位にあったかを検討し、代表取締役であるBだけでなく被告人もこれに当たるとしている。その上で「被告人は、同ホテルにおいては、防火管理者が選任されていなかったのであるから、必要と認められる消防計画を自ら作成し、あるいは幹部従業員に命じて作成させ、これに基づく避難誘導訓練を実施する義務を負っており、また、被告人は、旧館2階ないし4階への煙及び火災の流入、拡大を防止し、宿泊客等の生命、身体の安全を確保するため、建築基準法令に従い、自らの責任において、新館2階と旧館2階との連絡通路部分に煙感知器連動式甲種防火戸を設置し、旧館2階ないし4階の中央及び西側の各階段部分を防火区画とする義務を負っていた」として、被告人の果たすべき義務の内容を確定している。本件では、形式的に「防火管理権限者」「防火管理者」を主体とするのではなく、被告人の実際の職務内容などを確定した上でその地位を認定し、その注意義務の内容を検討するという手法が採られている。

## ②千日デパート事件<sup>(22)</sup>

次に、雑居ビルで生じた火災事故に関して、ビル管理会社とテナント会社双方の消防法上の管理権限者と防火管理者の注意義務が問題となった事例として、千日デパート事件を検討したい。

事実の概要は、雑居ビルである千日デパートビル3階の、閉店後に行われていた電気工事現場で原因不明の火災が発生し、2階・4階に燃え広がって2階から4階を全焼し、この火災から発生した多量の煙が、エレベーター昇降路を通じて当時営業していた7階のキャバレー「プレイタウン」店内に流入した。さらに、ビルの保安係員による「プレイタウン」への火災発生通報の失念、キャバレー従業員による適切な避難誘導の欠如に、同店に設置されていた救助袋の一部が毀損したことも相俟って、客および従業員118名が死亡し、42名が傷害を負ったというものである。本件では、ビル管理会社の管理課長でデパートの防火管理者であるGと、テナントを経営する会社の代表取締役であり「管理について権原を有する者」であるI、そしてテナントの支配人であり防火管理者であったKが起訴された。

最高裁は、それぞれの役職とともに消防法上の地位を確認した上で、Gについては「自らの権限により、あるいは上司である管理部次長のHの指示を求め、工事が行われる本件ビル3階の防火区画シャッター等を可能な範囲で閉鎖し、保安係員又はこれに代わる者を立ち会わせる措置を採るべき注意義務を履行すべき立場にあった」とし、Kについては「建物の高層部で多数の遊興

<sup>(22)</sup> 最決平2・11・29刑集44巻8号871頁。

客等を扱う『J』の防火管理者として、本件ビルの階下において火災が発生した場合、適切に客等を避難誘導できるように、平素から避難誘導訓練を実施しておくべき注意義務を負っていた」とし、Iについては「救助袋の修理又は取替えが放置されていたことなどから、適切な避難誘導訓練が平素から十分に実施されていないことを知っていたにもかかわらず、管理権原者として、防火管理者である被告人Kが右の防火管理業務を適切に実施しているかどうかを具体的に監督すべき注意義務を果たしていなかった」として、それぞれの注意義務を認定している。いずれも、消防法上の「防火管理権限者」あるいは「防火管理者」の地位からそれぞれの注意義務を導いていると言い得る。

### ③大洋デパート事件<sup>(23)</sup>

大洋デパート事件の事実の概要は、以下の通りである。すなわち、営業時間中の大洋デパート内2階から3階への上り口付近で原因不明の火災が発生し、それが階段に切れ目なく積み重ねられていた段ボール箱を次々焼いて3階に侵入し、そこから8階まで燃え広がりそれらの階をほぼ全焼させた。その際、従業員らによる火災の通報も避難誘導もほとんど行われなかったため、多数の者が逃げ場を失い、あるいは無理な脱出を試みざるを得なくなった結果、店内の客・従業員等104名が死亡し、67名が傷害を負った。この事件では、代表取締役、筆頭常務取締役も起訴されたが、第一審係属中にこの2人が死亡したため、取締役人事部長である被告人E、店舗本館3階の売場課長（営業部第三課長）の被告人F、営繕部営繕課の課員である被告人Gに業務上過失致死傷罪が成立するか否かが最高裁まで争われた。

本論文との関係ではEとGの罪責が重要である。最高裁は、Eの注意義務を検討する前提として、防火管理上の注意義務を負うのは、「一般には会社の業務執行権限を有する代表取締役であり、取締役会ではない」として、防火管理上の注意義務は代表取締役に課せられているものとした。また、「取締役は、商法上、会社に対し、代表取締役の業務執行一般について監視し、必要があれば取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにする職責を有しており、会社の建物の防火管理も、右監視の対象となる業務執行に含まれる」が、商法上の義務が刑法上の注意義務を直ちに基礎づける訳ではないとしている。そして、「代表取締役に右業務の遂行を期待することができないなどの特別の事情のない限り、代表取締役の不適正な業務執行から生じた死傷の結果について過失責任を問われることはないものというべきである」と結論づけている。この見地から、Eには「取締役会の構成員の一員として取締役会の決議を促して消防計画の作成等をすべき注意義務」は存在しないとしている。

また、原判決が認めた「H社長の防火管理上の注意義務の履行を促すよう同社長に直接意見を具申すべき注意義務」についても、「被告人EはH社長から防火管理者に選任されたことも、店

<sup>(23)</sup> 最判平3・11・14刑集45巻8号221頁。

舗本館の維持、管理について委任を受けたこともなく、また、人事部の所管業務の中に防火管理に関する業務は含まれておらず、同被告人が実質的に右業務に従事していたものでもなかった」という事実上の職務から「自ら防火管理上の注意義務を負っていなかった同被告人に、H社長に対し意見を具申すべき注意義務があったとは認められない」としている。ここで重要なのは、「社長に対して意見を具申すべき義務」すなわち「進言義務」について、最高裁が否定した点である。進言義務とは、企業の組織体の中において、自らに与えられている権限のみでは結果阻止に必要な具体的作為を行うことが不可能ないし困難であった者が、必要な権限を有する上司に対して、適切に権限を行使するように働きかけるべき義務である<sup>(24)</sup>。本決定では、Eの具体的職務内容を検討し、実際の「防火管理権限者」である社長とEとの事実上の関係性を踏まえた上で、進言義務を否定した点は注目に値する。次にGに対しては、「同被告人を店舗本館の防火管理者とするH社長名義の選任届が昭和47年12月15日付けで熊本市消防長あてに提出されていた」として、被告人が「防火管理者」であったという事実は認めた。しかし、消防法施行令3条が、防火管理者の資格として定める、「『当該防火対象物において防火管理上必要な業務を適切に遂行することができる管理的又は監督的な地位にあるもの』という要件」については、「その者が企業組織内において一般的に管理的又は監督的な地位にあるだけでなく、更に当該防火対象物における防火管理上必要な業務を適切に遂行することができる権限を有する地位にあるものをいう趣旨と解される」が、「被告人Gがそのような地位にあったとは認められず、消防計画を作成し、これに基づく避難誘導等の訓練を実施するための具体的な権限を与えられていたとも認められない」として、実質的観点からGの権限について検討している。その上で防火管理上の権限を否定して、Gには注意義務は存在しなかったと結論付けている。Gに関係する判示で注目すべきなのは、Gに防火管理者として選任されているという事実を前提にして、その実態がGにあったかを実質的に検討している点にある。

#### ④ホテルニュージャパン事件<sup>(25)</sup>

本件においては、代表取締役の責任が問題となった。被告人は、本件ホテルの建物を所有し本件ホテルを経営していた株式会社ホテルニュージャパンの代表取締役社長である。本件ホテルの建物は10階建てで、4階から10階が客室、貸事務所として利用されていたが、各階にスプリンクラー設備は設置されていなかった上、4階および7階を除いては、これに代わる防火区画も設けられていなかった。また、支配人兼総務部長が防火管理者に選任されて本件建物の防火管理業務に従事していたものの、専門業者による点検整備等が行われていなかったため、防火戸は火災時自動的に閉鎖しないものが多く、故障等により非常放送設備も一部使用不能の状態にあり、平素の消防

<sup>(24)</sup> 齊藤彰子「進言義務と刑事責任」『金沢法学』44巻2号（2002年）134頁。

<sup>(25)</sup> 最決平5・11・25刑集47巻9号242頁。

訓練もほとんど行われていなかった。本件火災は9階938号室の宿泊客のたばこの不始末から出火したものであるが、建物の構造、設備その他の防火管理体制が前述したような状態であったため、火煙が急速に伝送して延焼が拡大し、出火自体は当直従業員らによって早期に発見されたにもかかわらず、初期消火又は延焼防止ができず、宿泊客らに対する適切な通報、避難誘導等も行われなかった。その結果、9階10階の宿泊客を中心に32名が死亡し24名が傷害を負ったというものである。

最高裁は「被告人は代表取締役として、本件ホテルの経営、管理事務を統括する地位にあり、その実質的権限を有していたのであるから、多数人を収容する本件建物の火災の発生を防止し、火災による被害を軽減するための防火管理上の注意義務を負っていたものであることは明らかであり」とした。その上で、具体的には「本件ホテル内から出火した場合、早期にこれを消火し、又は火災の拡大を防止するとともに宿泊客らに対する適切な通報、避難誘導等を行うことにより、宿泊客らの死傷の結果を回避するため、消防法令上の基準に従って本件建物の9階及び10階にスプリンクラー設備又は代替防火区画を設置するとともに、防火管理者であるEを指揮監督して、消防計画を作成させて、従業員らにこれを周知徹底させ、これに基づく消防訓練及び防火用・消防用設備等の点検、維持管理を行わせるなどして、あらかじめ防火管理体制を確立しておくべき義務を負っていたというべきである」として、被告人に注意義務が課されていたことを認めている。

これまでの4つの最高裁判例を比較すると、いわゆる「安全体制確立義務」に関して手掛かりとなるのは消防法に規定されている「防火管理権限者」「防火管理者」である。まずこの法令を手掛かりにして、責任の主体となる者が選ばれている。そして、判例によれば「防火管理権限者」は通常代表取締役であるとされるが、それだけで形式的に判断される訳ではなく、例えば川治プリンスホテル事件のように、実際の職務内容から判断されているようである。これは「防火管理者」についても同様であり、例えば大洋デパート事件のように、形式的に「防火管理者」になっているだけで直ちに刑法上の注意義務が導かれる訳ではなく、実質的に見て、その職責を果たし得る環境があるか否かによって刑法上の責任主体となり得るかが判断されているようである。

続いて、管理・監督過失が火災事故以外の領域に適用されている判例を検討してみたい。

#### ⑤埼玉医科大抗がん剤過剰投与事件

本件は、埼玉医科大学総合医療センターの耳鼻咽喉科の医師が、悪性腫瘍摘出手術後の抗がん剤治療を実施するに当たり、文献を誤読し、週1度投与すべき抗がん剤を連日投与する誤った投与計画を立て、7日間にわたり連日投与したため、当時16歳の女性患者を抗がん剤の過剰投与による副作用により死亡させたという事案である。誤って抗がん剤を投与した主治医のほか、担当医療チームの指導医、耳鼻咽喉科の科長兼教授である被告人の3名が業務上過失致死罪により起訴された。主治医と指導医は1、2審で有罪判決が確定したが、被告人のみが上告した。

最高裁は、治療計画策定段階と治療開始後の段階に分けた上で、前者については「被告人としては、自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、VAC療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討し、これに誤りがあれば是正すべき注意義務があった」として、後者に関しても「少なくとも、被告人には、VAC療法の実施に当たり、自らもその副作用と対応方法について調査研究した上で、乙山（注：指導医）らの硫酸ビンクリスチンの副作用に関する知識を確かめ、副作用に的確に対応できるように事前に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちに被告人に報告するよう具体的に指示すべき注意義務があった」として注意義務を認定している。

本件においては、過失を認定するに先立って、同センター耳鼻咽喉科の診療体制が確認されているが、その中でとりわけ大きな意義を有するのは、科長である被告人が治療に際しての「最終決定権」を有していた点にある。また、右顎下の滑膜肉腫が極めて稀な症例で同科においても臨床実績がなく、また採用された治療方法である「VAC療法」は科長である被告人ですら経験がないものであった。このため、単に指導・指示するという監督過失的側面だけでなく「自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討」すること、「自らもその副作用と対応方法について調査研究」することが求められた事案ではないかと思われる。

#### ⑥明石市花火大会歩道橋事件

明石市花火大会歩道橋事件の事実の概要は、以下の通りである。すなわち、兵庫県明石市において開催された明石市民夏祭りの2日目に大蔵海岸公園で花火大会等が実施されたが、そこに参集した多数の観客が最寄りの西日本旅客鉄道株式会社朝霧駅と大蔵海岸公園とを結ぶ通称「朝霧歩道橋」に集中して過密な滞留状態となり、また、花火大会終了後朝霧駅から大蔵海岸公園へ向かう参集者と同公園から朝霧駅方面へ向かう参集者とが押し合うことなどにより、強度の群衆圧力が生じ、歩道橋上において、多数の参集者が折り重なって転倒するいわゆる群衆なだれが発生し、その結果、11名が全身圧迫による呼吸窮迫症候群（圧死）等により死亡し、183名が傷害を負うという事故が発生した。この事故について、当時の兵庫県明石署地域官A、明石市との間で統括管理会社として警備を行う旨の契約をしていた会社の統括責任者B、明石市市民経済部長C、同部経済産業担当次長Dおよび同部商工観光課長Eの5名が、雑踏警備に過失があったとして、それぞれ業務上過失致死傷罪に問われた。C、D、Eの3名は控訴審までで刑が確定したが、AとBは上告した。それが本件である。

最高裁は、A・B両名について雑踏事故の予見可能性があったことを認めた上で、まずAについては、「明石警察署地域官かつ本件夏まつりの現地警備本部指揮官として、現場の警察官による雑踏警備を指揮する立場にあったもの」とした上で、「午後8時ころの時点において、直ちに、配下警察官を指揮するとともに、機動隊の出動を明石警察署長らを介し又は直接要請することに

より、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があった」として、注意義務を認定している。

また、Bについては、「明石市との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立場にあったもの」であるとした上で、「午後8時ころの時点において、直ちに、明石市の担当者らに警察官の出動要請を進言し、又は自ら自主警備側を代表して警察官の出動を要請することにより、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があった」として、一種の進言義務を認めている。

#### ⑦日航機ニアミス事件

事実の概要は、実地訓練として管制業務を行っていた被告人Aが、航行中の日本航空の旅客機907便と958便が静岡県焼津市上空で異常接近しつつあることを警報により認知し、両機の接触・衝突等の危険を避けるため、巡航中の958便を降下させる意図の下に便名を言い間違えて、上昇中の907便に対して降下を命じるという管制指示を行い、実地訓練の監督者であった被告人Bも、その言い間違いに気づかず、便名を誤った管制指示を是正しなかった。そうしたところ、両機に装備されていた航空機衝突防止装置が作動し、907便では上昇による回避措置の指示が、958便では降下による回避措置の指示が発出された。ところが、907便は上昇による回避措置の指示に従うことなくAの降下指示に従って降下を続け、他方958便は降下による回避措置の指示に従って降下したため、両機がほぼ同高度のまま共に降下しながら急接近し、衝突を避けるため907便が急激な降下操作を行ったことにより、907便の乗客ら57名が重軽傷を負ったというものである。本論文との関係では、とくに監督者である被告人Bが誤った管制指示を是正しなかったという不作為が重要である。

本件では、予見可能性と因果関係が主な争点とされているため、主体の問題や注意義務の問題が詳細に検討されている訳ではないが、Bの注意義務に関しては、被告人Aが958便に対し降下指示をしたものと轻信して、その不適切な管制指示に気付かず是正しなかったことも、被告人Aによる不適切な管制指示を直ちに是正して上記事故の発生を未然に防止するという、被告人Aの実地訓練の指導監督者としての業務上の注意義務に違反したものというべきある」として注意義務違反を認定している。本件では、被告人Bは被告人Aの「実地訓練の指導監督者」であったという地位がポイントとなっている<sup>(26)</sup>。

---

<sup>(26)</sup> なお、本件においては、宮川光治裁判官の補足意見と、櫻井龍子裁判官の反対意見がある。

### (3)刑事製造物責任に関する判例

過失不作為犯が問題となり得るもう一つの場面としては、刑事製造物責任が問われるケースがある。製造物責任に関しては、「製造・販売段階」と「製品流通段階」に分けることができるとされるが<sup>(27)</sup>、とくに過失不作為犯との関係で問題になるのは、後者の場合であり、いわゆる「製品回収義務」が問題となる。ここでは、薬害エイズ事件の厚生省ルートと三菱自動車工業トラックタイヤ脱輪事件を取り上げる<sup>(28)</sup>。

#### ①薬害エイズ厚生省ルート事件

本件は、昭和59年7月から昭和61年6月まで厚生省薬務局生物製剤課長の地位にあった被告人が、HIVが混入しているおそれがある非加熱血液製剤について、行政上適切な措置を採らなかったため、医師からその投与を受けた患者をHIVに感染させた上、エイズを発症させて死亡させたとして業務上過失致死罪に問われたものである。

とりわけ公務員の過失不作為犯の成立に関して「画期的意義」<sup>(29)</sup>を持つとされている本決定であるが、最高裁は、まず「行政指導自体は任意の措置を促す事実上の措置であって、これを行うことが法的に義務付けられるとはいえず、また、薬害発生の防止は、第一次的には製薬会社や医師の責任であり、国の監督権限は、第二次的、後見的なものであって、その発動については、公権力による介入であることから種々の要素を考慮して行う必要があることなどからすれば、これらの措置に関する不作為が公務員の服務上の責任や国の賠償責任を生じさせる場合があるとしても、これを超えて公務員に個人としての刑事法上の責任を直ちに生じさせるものではないというべきである」として、一般的には国の監督権限は第二次的なものであることを認めている。

しかし、①非加熱製剤中にはHIVに汚染されたものが含まれ、HIVに感染してエイズを発症すると高度の蓋然性をもって死に至ること、②同製剤の危険性が共有されておらず、HIVに感染しているか否かの見分けもつかないこと、③国が明確な方針を示さなければ安易な販売、使用が行われる具体的な危険が存在していたことを理由として、「このような状況の下では、薬品による危害発生を防止するため、薬事法69条の2の緊急命令など、厚生大臣が薬事法上付与された各種の強制的な監督権限を行使することが許容される前提となるべき重大な危険の存在が認められ、薬務行政上、その防止のために必要かつ十分な措置を採るべき具体的義務が生じたといえるのみならず、刑事法上も、本件非加熱製剤の製造、使用や安全確保に係る薬務行政を担当する者には、

<sup>(27)</sup> 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』（2015年）9頁。なお、堀内教授は、製品の欠陥が、製品設計の瑕疵に基づく場合、製造工程における瑕疵に因る場合、製造、販売後に明らかになった場合と3つの類型に分けて考えられている（堀内捷三「製造物の欠陥と刑事責任」『研修』546号（1993年）3頁）。

<sup>(28)</sup> 製造物責任に関するわが国の判例に関しては、稲垣悠一『欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論』（2014年、専修大学出版会）139頁以下を参照。

<sup>(29)</sup> 林幹人「過失不作為犯の現状」『法曹時報』63巻12号（2012年）12頁。

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ふべきである」として、本件の特殊事情下においては薬務行政上だけでなく、刑事法上の義務があることを示している。

そして、被告人に関しては、「エイズとの関連が問題となった本件非加熱製剤が、被告人が課長である生物製剤課の所管に係る血液製剤であることから、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のであるから、被告人には、必要に応じて他の部局等と協議して所要の措置を採ることを促すことを含め、薬務行政上必要かつ十分な対応を図るべき義務があった」として、その地位・立場から具体的な義務を措定している<sup>(30)</sup>。

### ②三菱自動車工業トラックタイヤ脱輪事件

本件は、平成14年に発生した、三菱自動車工業株式会社製トラックの左前輪タイヤが、フロントホイールハブの破損により脱落し、歩道上にいた母子ら3人に衝突して、そのうち1人を死亡させた事故である。起訴されたのは、事故の2年半前に生じた中国JRバス事故当時に品種保証部門の責任者であったXと、同部門のバスのボデー・シャシー担当するグループ長の地位にあり、Xを補佐し品質保証業務に従事していたYの2名であった。

最高裁は、「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においては、リコール制度に関する道路運送車両法との関係規定に照らし、D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ことが要請されていたにとどまらず、刑事法上も、そのような措置を採り、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と解される」として、先ほどの薬害エイズ事件厚生省ルート同様、三菱自工内の業務担当者には、道路運送車両法上の義務だけでなく刑事法上の義務が生じているとする。

その上で、まず「被告人Yについては、その地位や職責、権限等に照らし、関係部門に徹底した原因調査を行わせ、三菱自工製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、被告人Xにその旨報告して、関係会議を開催するなどしてリコール等の改善措置を執り行う手続を進めるよう進言し、また、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するよう取り計らうなどして、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が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務があったといえる」として、Yに進言義務を含む注意義務があることを認めた。

---

<sup>(30)</sup> このように事案ごとに、当該製品の危険性や、それに対する支配、管理性などの事情を実質的、総合的に考慮し、刑法上の注意義務として回収等の義務を肯定できるかどうかを判断する考え方は、この決定以降実務上定着しつつあると評価されている（岡部雅人「過失不作為犯における『注意義務』について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014年、成文堂）210頁）。

また、「被告人Xについても、その地位や職責、権限等に照らし、被告人Yから更に具体的な報告を徴するなどして、三菱自工製ハブに強度不足のおそれがあることを把握して、同被告人らに対し、徹底した原因調査を行わせるべく指示し、同社製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、関係会議を開催するなどしてリコール等の改善措置を実施するための社内手続を進める一方、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するなどして、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が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務があったというべきである」として、注意義務を認めている。いずれも、地位、職責、権限等の具体的な事実を検討した上で注意義務を定めている点が特徴的であり、先に見た薬害エイズ厚生省ルート事件と同様の手法が採用されていると思われる<sup>(31)</sup>。

#### (4)小括

これまでの過失不作為犯に関する判例を概観してきたが、判例は、具体的に被告人の職責や職務遂行の実態を考慮して注意義務を認定しているという分析はあながち間違ったものではないと思われる<sup>(32)</sup>。ただし、職責や職務遂行の実態を考慮する際に、その手掛かりが法令等に求められている点は留意する必要がある。林教授も、最近の判例の傾向として、「法令のみならず、職務の『実態』を重視し、しかも『刑法上の』義務を問題とするようになってきている<sup>(33)</sup>」と指摘されている。この傾向は、最近の最高裁判例のみに見られるものではなく、すでに大規模火災事件をめぐる最高裁判例にも見られていたものである。大規模火災事件においては、基本的に消防法上の「防火管理権限者」「防火管理者」が誰であるかを手掛かりとしつつ、実際の組織内における地位や職責、職務遂行の実態を考慮して責任の主体を確定していると思われる。

もう1つ重要なのは、判例においては「作為義務」ないし「保障人的地位」という言葉はほとんど登場せず、「注意義務」の認定のみが行われている点である。判例を検討する前段階でも言及したが、判例は、過失不作為犯を問題にする際には、不作為犯特有の用語はほとんど使わずに処理をしていることが分かる。ただし、上で指摘した責任主体の確定作業は、実は被告人が保障人的地位にあることを確認する作業であり、保障人的地位という言葉は使っていないものの判例は実質的には保障人的地位にある者をまず確定した上で、その者の注意義務の内容を判断しているように思われる。

以上のことをまとめると、判例は、法令を手掛かりとしつつ職責や職務遂行の実態を考慮して責

---

<sup>(31)</sup> 稲垣講師は、製造物責任に関する判例のうち、とくに製品流通後の過失が問題となっているケースに関しては、製造物に内在する欠陥等を原因とした相当広範囲にわたる危険状況があることを前提として、組織関係的な観察をベースに組織内の自然人に対して注意義務の振り分けを行い、安全対策に対する抽象的義務が刑法上の具体的注意義務に具現化する場面において過失責任を認めるという手法が採用されていると分析されている（稲垣・前掲注（28）209頁）。

<sup>(32)</sup> 山本・前掲注（17）81頁、林・前掲注（29）12頁。

<sup>(33)</sup> 林・前掲注（29）12頁。

任主体、すなわち被告人が保障人的地位にあることを確定した上で、その主体に対する注意義務を具体的に認定していると言い得るであろう。

このような状況の中で、明石人工砂浜陥没事件の第二次最高裁決定が示された。本件は、国と市の管理が競合している砂浜で起きた事件であり、双方の複数の関係者が介在しているという特色がある。以下では、章を改めてこの事件を少し詳細に検討してみたい。

### 3. 明石人工砂浜陥没事件

#### (1) 事実の概要

「明石人工砂浜陥没事件」と称される本件は、兵庫県明石市の大蔵海岸東地区に位置し、東側および南側をコンクリート製ケーソンを並べて築造されたかぎ形突堤において、その東側部分突堤のケーソン目地部に取り付けられたゴム製防砂板が破損し、その破損部から目地部付近の砂層の砂が海中に吸い出されて砂層内に大規模な空洞が形成され、平成13年12月30日、その空洞上部を小走りで移動していた被害者（当時4歳）の重みのため空洞が突如崩壊して陥没孔が生じ、被害者がその陥没孔に落ち込んで生き埋めとなり、約5か月後に死亡したというものである。

本件では、国土交通省近畿地方整備局姫路工事事務所工務第一課課長のA、同事務所東播海岸出張所所長のB、明石市土木部海岸・治水担当参事のC、そして同市土木部海岸・治水課課長のDの4人が、業務上過失致死罪で起訴されている。

以下では、本稿の検討対象である「作為義務」「注意義務」の点を中心にしながら、本件の訴訟の経過を見ていきたい。

#### (2) 第一次訴訟の経過

差戻前の第一次第一審<sup>(34)</sup><sup>(35)</sup>は、まず具体的な検討に入る前に、砂浜をバリケードで囲むなどの「安全措置を講じるべき作為義務を被告人4名が負っていたかどうかは、刑法上の評価として判断される」として、検討されるべき対象は「作為義務」とであると明言している。そして、その作為義務を認定するには、被告人らの「権限ないし職責に関する法令上の規定や事務処理上の規則等が重要な指標になる」としつつ、「行政組織の所掌事務に関する法令上の規定や事務処理上の規則等は、その性質上、抽象的、包括的な内容にとどまっていることが多く、明確な定めがない場合もあること、また、法令や契約のみならず、条理や慣習等も刑法上の作為義務の根拠となり得ることからすると、本件で問題となっている大蔵海岸の管理等につき、被告人4名が従前からどのように関わっていたかという職務遂行の実態についても、十分に考慮する必要があると言わなければならない」として、具体的な考慮要素を提示している。この観点から、国交省関係被告人AとB、明石市関係被告人C

<sup>(34)</sup> 神戸地判平18・7・7刑集63巻11号2719頁、判タ1254号322頁。

<sup>(35)</sup> 第一次第一審に関する評釈としては、岡部雅人「人工砂浜における陥没事故発生の予見可能性と国及び市の職員に対する過失犯の成否」『早稲田法学』84巻1号（2008年）205頁以下。

とDについて、公園利用者等の安全を確保すべき業務に従事していたと言えるのであって、その職責および職務遂行等の実態からして、陥没等の発生により公園利用者等が死傷する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を負っていたとした<sup>(36)</sup>。この判決について、岡部准教授は、「公務員の職務上の義務は、基本的には法令を基礎として定められる。しかし、その形式的文言によるだけでは抽象的で不明確である。そこで『職責』及び『職務遂行の実態』を考慮し、当該公務員が法令に基づいて実際にいかなる業務を行っていたかを資料として、その作為義務の内容を具体的に判断する、というのが、本判決の手法であったと解することができよう」とされている<sup>(37)</sup>。

第一次第一審判決で注目すべき点の1つは、被告人らの「作為義務」を認定するとした上で、権限ないし職責に関する法令上の規定だけでなく、職務遂行の実態を踏まえてその内容を確定している点である。これまでの判例が「作為義務」などの不作為犯特有の用語をほとんど使うことなく過失不作為犯の問題を論じていたのに対して、本判決は明確に「作為義務」という用語を使っている。

さらにもう1点注目すべきは、公訴事実にAが姫路事務所や明石市を、Bが明石市をそれぞれ指導する権限があるかのように書かれていた点について、明確に否定した点である。神戸地裁は、「各指導権限の具体的な根拠は明らかではないし、関係証拠によれば、占用等の行政管理事務は河川管理第一課の所掌事務であったこと、東播海岸出張所は、工務第一課の下位組織ではない上、明確な所掌事務の定めもなかったことなどが認められることからすると、被告人Aが明石市や東播海岸出張所に対する指導権限を、同Bが明石市に対する指導権限をそれぞれ有していたものとは認め難い」として、指導権限はなかったとしている。これは、国交省と明石市の間に垂直的な関係があったわけではなく、両者の関係を水平的なものとして評価していることを示している。

検察官が控訴したところ、第一次控訴審判決<sup>(38)</sup>は、第一審では目撃証人らの供述の信用は乏しいとして認定しなかった「東側突堤沿いの11番-12番ケーソン目地部付近よりも北方の砂浜における複数の陥没様の異常な状態」を認定した。そして、第一審がいうような「深さ約2メートル、直径約1メートルの空洞ないしこれに準ずるような大規模な空洞が砂層中に存していること」を予見の対象にすべきではなく、予見可能性が要求される因果経過の基本的部分は、「本件事故現場を含む東側突堤沿いの砂浜のどこかで、ケーソン目地部の防砂板が破損して砂が吸い出され陥没が発生するという一連の因果経過」であるとした上で、被告人らに予見可能性を認めている。大阪高裁は、「本件では、被告人らに関し、人の死傷の結果に対する予見可能性が肯定される場所、原審は、これを否定し、被告人らに対し、犯罪事実を確定せず無罪の言渡しをしている。したがって、予見

---

<sup>(36)</sup> なお、本判決は、被告人らに注意義務がある点を認めながら、「『本件砂浜で現に陥没が発生していたと認められる範囲以外の区域』においては、人の生命、身体に対する危害が惹起される陥没等が発生することが、被告人らにおいて予見可能であったと認めるには合理的な疑いが残ると言わざるを得ない。結局、被告人らに、本件事故発生についての予見可能性は認められないと言うほかない。」として、被告人4人に対して無罪の判決を下している。

<sup>(37)</sup> 岡部・前掲注(35)210頁。

<sup>(38)</sup> 大阪高判平20・7・10刑集63巻11号2795頁。

可能性の存在を前提として被告人らの罪責を確定するためには、さらに、被告人らを取りうる結果回避措置の内容や刑の量定に関する認定判断を必要とするところ、これらの点に関し、当審においては証拠調べを行っていないから、当審において自判しない」として、第一審判決を破棄して、神戸地裁に差し戻した。控訴審は第一審が否定した予見可能性の存在を肯定した上で差し戻しているため、作為義務（注意義務）に関しては何も言及していない。

各被告人が破棄差し戻しを不服として上告したが、第一次上告審<sup>(39)</sup><sup>(40)</sup>も、「実際には、本件事故以前から、東側突堤沿いの砂浜の南端付近だけでなく、これより北寄りの場所でも、複数の陥没様の異常な状態が生じていた」として控訴審判決の事実認定を支持した上で、「以上の事実関係の下では、被告人らは、本件事故現場を含む東側突堤沿いの砂浜において、防砂板の破損による砂の吸い出しにより陥没が発生する可能性があることを予見することはできたものというべきである」として、上告を棄却した<sup>(41)</sup>。上告審においても、作為義務（注意義務）に関しては、とくに言及されていない。

### (3)第二次訴訟の経過

差戻後の第二次第一審では、Aの公判とB・C・Dの公判が分離された。以下では、AとB・C・Dに分けて、それぞれの過程を追っていく。

B・C・Dに対する第二次第一審<sup>(42)</sup><sup>(43)</sup>は、「本件事故発生以前から、東側突堤沿いの砂浜の南端付近だけでなく、これより北寄りの場所でも、複数の陥没様の異常な状態が生じていたのであるからこうした事実関係の下では、被告人らは、本件事故現場を含む東側突堤沿いの砂浜において、防砂板の破損による砂の吸い出しにより陥没が発生する可能性があることを予見することができた」として予見可能性を認めた。その上で、Bに対しては、「東播海岸出張所自ら本件安全措置を講じ、あるいは明石市に要請して」、Cに対しては、「被告人Dら市海岸・治水課職員を指導し」、Dに対

<sup>(39)</sup> 最決平21・12・7刑集63巻11号2641頁。

<sup>(40)</sup> 第一次上告審に関する評釈としては、家令和典「人工の砂浜の管理等の業務に従事していた者につき砂浜での埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」『ジュリスト』1406号（2010年）146頁以下、山本・前掲注（17）77頁以下、家令和典「人工の砂浜の管理等の業務に従事していた者につき砂浜での埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」『法曹時報』64巻5号（2011年）260頁以下、塩谷毅「人工砂浜管理等業務従事者について埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」『平成22年度重要判例解説』（2011年）198-9頁、稲垣悠一「人口砂浜の陥没事故における予見可能性の対象」『専修法学論集』112号（2011年）149頁以下、北川佳世子「明石砂浜陥没事故における因果経過の予見可能性」『判例評論』638号（2012年）182頁以下、家令和典「人工の砂浜の管理等の業務に従事していた者につき砂浜での埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成21年度）』（2013年）16頁以下、古川伸彦「人工の砂浜の管理等の業務に従事していた者につき砂浜での埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」『論究ジュリスト』8号（2014年）226頁以下。

<sup>(41)</sup> 本決定には、今井功裁判官の反対意見がある。

<sup>(42)</sup> 神戸地判平23・3・10裁判所ウェブサイト。

<sup>(43)</sup> 第二次第一審（B・C・D関係）に関する評釈としては、松宮孝明「明石砂浜陥没事件差戻後第一審判決」『法学セミナー』683号（2011年）127頁。

しては「市海岸・治水課自ら、あるいは明石緑化公園協会に指示して」陥没等の発生により本件砂浜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あったと認めた。B・C・Dとも控訴したが、第二次控訴審<sup>(44)</sup>はこれを棄却したため、さらにBらは上告した。

第二次上告審<sup>(45)</sup>は上告を棄却したが、職権でBの業務上の注意義務の有無について判断を示している。最高裁は、「本件当時、本件砂浜の具体的な安全管理が明石市のみに委ねられていたとはいえず、国の組織である姫路工事事務所もその責任を負い、その具体的担当部署の一つである東播海岸出張所としては、自ら又は明石市に対して要請するなどして、本件砂浜の安全管理を具体的に言うべき立場にあって、明石市は、海岸管理者の代行権限者である国から占用許可を受けた者として監督を受ける地位にあり、国と共に本件砂浜の陥没対策に取り組んでいたのであるから、東播海岸出張所の要請に応じないことはなかったと認められる」とした上で、Bの職責、地位、権限や職務の遂行状況などから、「遅くとも打合せの席上で明石市から国としての対応を求められた同年6月以降、国土交通省による陥没対策工事が終了するまでの間、東播海岸出張所自ら又は明石市に要請して安全措置を講じ、陥没等の発生により公園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あったと認められる」と判示した。

一方、Aに対する第二次第一審<sup>(46)</sup>は「国の本件砂浜とかぎ形突堤の安全管理責任は、占用許可によって完全になくなるものではなく、通常は占用の性質にも照らして国が重ねて上記責任を負うものではないが、明石市が安全管理責任を十分果たせない場合には、国の上記責任が顕在化し、同責任と明石市の上記責任が併存すると解するのが相当である」とした上で、Aには、「明石市が安全管理責任を十分に果たせなくなったことが被告人にも明らかになったと認められる、遅くとも本件打ち合わせ以降において、陥没等の発生により本件砂浜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あった」として、Aに対して業務上過失致死罪が成立することを認めた。第二次控訴審<sup>(47)</sup>もこれを是認したため、Aは上告をした。

Aに対する第二次上告審<sup>(48)</sup><sup>(49)</sup>は、「本件当時、本件砂浜の具体的な安全管理が明石市のみに委ねられていたとはいえず、国の組織である姫路工事事務所もその責任を負い、その具体的担当部署の一つである工務第一課としては、自ら又は東播海岸出張所若しくは明石市に対して要請するなど

<sup>(44)</sup> 大阪高判平23・12・2判例集未登載。

<sup>(45)</sup> 最決平26・7・22集刑 314号163頁。

<sup>(46)</sup> 神戸地判平23・10・12刑集68巻6号864頁。

<sup>(47)</sup> 大阪高判平24・7・17刑集68巻6号909頁。

<sup>(48)</sup> 最決平26・7・22刑集68巻6号775頁。

<sup>(49)</sup> 第二次上告審（A関係）に関する評釈としては、古川伸彦「明石砂浜陥没事件第2次上告審決定（姫路工事事務所工務第一課課長関係）」『判例セレクト2014 [I]』（2015年）28頁、同「国から占用許可を得て市が公園の一部として開放し維持管理していた人工砂浜での埋没事故について、同砂浜を含む海岸の工事、管理に関する事務を担当していた国土交通省職員に同砂浜に関する安全措置を講ずべき業務上の注意義務があったとされた事例」『刑事法ジャーナル』43号（2015年）133頁以下、甲斐克則「市が維持管理していた砂浜での事故について国土交通省職員に認められた業務上の注意義務」『平成26年度重要判例解説』（2015年）157頁以下。

して、本件砂浜の安全管理を具体的に行うべき立場」にあったことを認めた上で、「遅くとも打合せの席上で明石市から国としての対応を求められた同年6月15日以降、国土交通省による陥没対策工事が終了するまでの間、工務第一課自ら又は明石市若しくは東播海岸出張所に要請して安全措置を講じ、陥没等の発生により本件砂浜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あった」として、Aに対する業務上過失致死罪の成立を認めている。

#### (4)第二次上告審の評価

本件の第二次上告審に関しては、主としてAに対する第二次上告審決定が注目されている。以下では、この決定を中心に明石人工砂浜陥没事件の評価を試みたい。

まず、本決定は「あくまで本件事実関係に立脚した事例判断であり」、「本件砂浜にかかる管理関係の実態がどうなっていたか、陥没対策への取り組みがどうなっていたか、Aの立場や任務遂行がどうなっていたか、といった現実的・具体的な事情が重視されている」という評価がある<sup>(50)</sup>。確かに、当該決定は事例判断であり、とりわけ過失不作為犯に関して具体的な判断をしている訳ではないが、しかし、その注意義務・作為義務の判断に関してはいくつか検討すべき点が残されている。

問題の1つは、明石市と国（国交省）の関係である。第一次第一審判決は、国は明石市を指導監督する立場ではなかったという判示をし、両者を対等に近いものと捉えて水平的な関係と見ていた。しかし、Bらの第二次第一審判決においては「明石市が本件砂浜等につき国から許可を受けて占用を開始し出してから、第一次的には明石市が本件砂浜等の安全管理の責任を負うに至ったといえる」という、第一次的責任は明石市にあり、国は第二次的な責任しか負わないかのような記述も見られ、両者の関係を垂直的なものへと捉え直している。さらに、Aの第二次第一審判決においては、「国の本件砂浜とかぎ形突堤の安全管理責任は、占用許可によって完全になくなるものではなく、通常は占用の性質にも照らして国が重ねて上記責任を負うものではないが、明石市が安全管理責任を十分果たせない場合には、国の上記責任が顕在化し、同責任と明石市の上記責任が併存すると解するのが相当である」として、第一次的な責任を有する明石市が十分な責任を果たせなくなった場合にのみ、第二次的な責任を有する国が責任を果たすことになることを示している。このような両者の関係性は、薬害エイズ厚生省ルート事件において、製薬会社等と国の責任を想起させるものである。古川准教授は、国交省関係被告人A・Bと明石市関係被告人C・Dの関係について、いずれも砂浜管理業務に従事していたとはいえ、両者の関係は垂直的であると指摘される<sup>(51)</sup>。第一次の神戸地裁のように、両者を水平的に見るのは無理があるだろう。本件砂浜は明石市が占用許可を得て使用していた以上、第一次的には明石市に責任があり、国は第二次的、監督的責任しか問えないだろうと思われる。ただ、このように解する場合、今度は別の問題が生じ得る。それが次の注意義務の内容と主体の問題である。

<sup>(50)</sup> 古川・前掲注(49)『刑事法ジャーナル』139頁。

<sup>(51)</sup> 古川・前掲注(1)『刑法雑誌』168頁、同・前掲注(40)231頁。

注意義務の内容と主体との関係について、松宮教授は、被告人らの過失とされるのは「本件事故地点を含むより広い地域を立ち入り禁止にしなかったこと」であり、具体的に認められた注意義務は「立入禁止区域を、事故地点を含む範囲にまで拡大すること」であるが、その程度の義務であれば、「占有者である明石市が単独でなすべき義務であったように思われる」とされている<sup>(52)</sup>。Bらに対する裁判の第二次第一審判決に関するコメントではあるが、A・Bに関する上告審決定にも同様の批判が可能であろう。同様に、北川教授も、「市に求められた注意義務の内容は、陥没の危険のある区域内の立ち入り禁止措置であり、この点に関する市と国の間で砂浜の陥没状況に関する知識・能力格差も認められないのであれば、信賴の原則の適用により、国の市に対する監督責任は否定され、結局、本件においては、国側担当者の過失責任は肯定できないように思われる」<sup>(53)</sup>とされている。これも第二次上告審決定前に本件について触れられたものであるが、上告審決定に対する批判にも十分なり得るものである。本決定の認定に対する「刑事過失を基礎づけるためには、被告人の情報掌握の度合いと恒常的に国が市に対して当該砂浜の安全対策のためにより具体的な監督権限を行使していたという実証がもう少し必要ではなかったか。本件では、この点が曖昧であった」<sup>(54)</sup>とする指摘も、両者の関係性を前提として国に監督責任を負わせるには、本件上告審決定の判断では不十分であることを示しているものと思われる。

本決定は、これまでの判例を踏襲する形で判断をしており、その意味では何ら目新しさもないものであるが、その分これまでの判例が抱えている問題を浮き彫りにしているといえる。すなわち、過失不作為犯における主体選定すなわち保障人的地位（ないし作為義務）と注意義務の関係性である。そこで、以下では、この両者の関係性を学説はどのように解しているのかを見ていきたい。

#### 4. 注意義務と作為義務

これまでの判例を概観したことから分かるように、判例においては「注意義務」の認定だけを行っており、「作為義務」ないし「保障人的地位」に関してはほとんど触れていない。しかし、職務の実態などから主体を選定することが行われており、これが実質的には「保障人的地位」を確定しているのであると理解されている<sup>(55)</sup>。これに対して、学説では両者の関係をどのように考えるかを巡って見解が対立している。この問題は、過失構造論とも関係を有するよう思われる。そこで、以下では、まず過失構造論との関係を簡単に概観した後、両者の関係について言及している見解の検討を試みたい。

<sup>(52)</sup> 松宮・前掲注(43) 127頁。

<sup>(53)</sup> 北川・前掲注(49) 326頁。

<sup>(54)</sup> 甲斐・前掲注(49) 158頁。

<sup>(55)</sup> 山本・前掲注(17) 81頁注(28)。

<sup>(56)</sup> 過失構造論と不作為犯論との関係については、日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻』（2006年、成文堂）141頁以下、稲垣・前掲注(28) 225頁

## (1)過失構造論と注意義務・作為義務

過失構造論が両者の関係に影響することは周知のとおりである<sup>(56)</sup>。まず、旧過失犯論からすれば、両者の競合はあり得ないことになる。例えば、北川教授は、故意犯と過失犯では主観面の相違があるに過ぎず、過失犯の注意義務違反は結果予見義務違反であるとする、いわゆる旧過失犯論の立場から、「過失不作為犯における実行行為は、故意の不作為犯と同様、保障人による作為義務違反である」<sup>(57)</sup>とされている。このように、旧過失犯論に依拠すれば、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の関係性を問題にする余地はないのである。

これに対して、現在有力に主張されている修正旧過失犯論の場合、構成要件段階においても「許されない危険を越える行為」ないし端的に「結果回避義務違反行為」を観念するので、両者の競合は問題となり得る。例えば、大塚教授は、「作為義務と結果回避義務は、内容的に重なり合うとしても別個のものとして理解すべきである」<sup>(58)</sup>とされ、あるいは「作為義務と結果回避義務は厳格に区別すべきであり、両者の関係を明確にする必要がある」<sup>(59)</sup>とされている。その理由は、「作為か不作為かの区別を曖昧にしたまま結果回避義務違反のみを認定すると、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てしまう」<sup>(60)</sup>という危惧にある。この点は、神山教授の問題意識と軌を一にするものと言えるであろう。大塚教授によれば、作為義務は不作為犯固有のものであるが、結果回避義務は、不作為のみならず作為犯にも必要な要件であるとして<sup>(61)</sup>、その位置づけ異なるものと考えられている。さらに大塚教授は、作為義務には「作為義務の有無」の問題と「作為義務の内容」の問題が存在するとした上で、「作為義務の有無」の問題は保障人的地位の存否の問題であって不作為犯固有の問題であるが、「作為義務の内容」の問題は、作為義務が認められた場合にどのような作為を要求するかという問題であり、結果回避義務の内容の特定の問題と事実上重なり合うとされている<sup>(62)</sup>。

同様に、修正旧過失犯論に立たれる堀内教授、林教授、鎮目教授も両者は分けて考えるものとされている。堀内教授は、「不真正不作為犯の作為義務と過失犯の注意義務はその義務内容において異なるのである」とされる。堀内教授によれば、不真正不作為犯において違法の対象となる不作為は作為と同視できる程度の不作為であるから、作為義務違反性も単なる結果回避義務、結果防止義務では不十分であり、これに対して、過失犯における義務違反性は結果発生にとって実質的に許さ

---

以下、岡部・前掲注（30）200頁以下を参照。

<sup>(57)</sup> 北川佳世子「欠陥製品回収義務と刑事責任」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻』（2006年、成文堂）205頁注（8）。

<sup>(58)</sup> 大塚裕史「過失犯の共同正犯」『刑法ジャーナル』28号（2011年）16頁。

<sup>(59)</sup> 大塚・前掲注（2）「過失不作為犯の競合」155頁。

<sup>(60)</sup> 大塚・前掲注（2）「過失不作為犯の競合」155頁。

<sup>(61)</sup> 大塚・前掲注（2）「過失不作為犯の競合」155頁。

<sup>(62)</sup> 大塚・前掲注（2）「過失不作為犯の競合」155-5頁。このような立場は、後述する岡部准教授の見解に近いものである。

<sup>(63)</sup> 堀内・前掲注（27）9頁。

れない危険な行為に求められることになる<sup>(63)</sup>。林教授も、結果回避義務という概念を用いるかどうかは、過失犯の構造の理解とは無関係であるとされ、それを「許された危険を超えているかという基準によって定めるのであれば、その具体的状況における許された危険の内容を結果回避義務という概念であらわすことは、なんらさしつかえないことである」とされる<sup>(64)</sup>。そして、その結果回避義務は不作為犯における作為義務と重なることもあり得るが、同じではないとされている<sup>(65)</sup>。鎮目教授も、「構成要件該当行為が不作為である場合にクリアしなければならないハードルという意味で作為義務が要求されているのであれば、それは過失犯であっても変わらないはずである」<sup>(66)</sup>。そして、過失犯も故意犯の場合と同様、作為義務の検討は不可欠であるとされる。そして、わざわざ結果回避義務と作為義務を別個に論ずる実益が乏しいとしても「結果回避義務の内容は、作為義務という観点からも基礎付けうるものでなければならない」<sup>(67)</sup>とされて、結果回避義務と作為義務をそれぞれ検討する必要性を説かれる。

このように修正旧過失犯論を主張する論者は、注意義務＝結果回避義務と作為義務は併存すると考えた上で、実質的には重なり合う可能性を認めつつも両者は分けて検討すべきものと解している。

新過失犯論も、修正旧過失犯論と同様、結果回避義務と作為義務が構成要件段階で併存するため、その関係をどのように考えるべきかが問題となる。例えば、大谷博士は、「管理過失においては、被監督者に対する指揮監督の不適切ということよりも、結果回避のために適切な管理をしなかったという不作為、特に安全体制確立義務が重要となるから、その場合には不真正不作為犯の成立要件、特に管理者等に保障人的地位を認めうるか否かの見地から管理過失を把握すべきである」<sup>(68)</sup>とされている。管理過失という限定された場面に関する言及ではあるが、過失犯においても不真正不作為犯の成立要件を要求されていることから、過失犯における客観的注意義務（結果回避義務）と不作為犯における作為義務の関係性が問題となり得ると思われる。この点、吉田教授は、「保障人義務と注意義務の関係については、一方で、保障人義務というのは換言すると、結果発生の阻止義務であり、他方で、保障人の地位にある者のみ注意義務が、結果の発生を阻止するために必要とされる注意を払うということの内容とする義務が課せられるのである。そうすると、過失の不真正不作為犯における注意義務違反と保障人義務違反というのは、注意義務違反が保障人義務違反を含むという形で重なるのである」<sup>(69)</sup>とされ、二つの義務が併存することを認めると同時に両者が重なり合う可能性も認めている。

新過失犯論を主張する論者も、これまで述べてきたように、結果回避義務と作為義務が一定の範囲で重なり合うことは認めつつも、やはり両者は併存するものと考えていると言い得る。

<sup>(64)</sup> 林幹人『刑法総論 第2版』（2008年、東京大学出版会）284頁。

<sup>(65)</sup> 林・前掲注（64）284-5頁。

<sup>(66)</sup> 鎮目征樹「公務員の刑法上の作為義務」『研修』730号（2009年）4頁。

<sup>(67)</sup> 鎮目・前掲注（66）5頁。

<sup>(68)</sup> 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』（2012年、成文堂）197-8頁。

<sup>(69)</sup> 吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』（2010年、成文堂）158頁。

以上のように、修正旧過失犯論および新過失犯論に依拠する場合、結果回避義務と作為義務の関係性をどのように考えるかは、1つの問題となり得ることは間違いない。しかし、その問題に対する回答が明確になっていないのが現状である。そのような中、近時、新過失犯論の見地から、結果回避義務と作為義務の両方を検討する必要はないとする見解が主張されるようになっている。以下では、その二つの見解を検討し、果たして両者を検討する必要が本当はないのかを検討してみたい。

## (2)過失犯と不真正不作為犯論に連結点はなく、過失犯においては結果回避義務のみが問題になるとする見解

日高教授は、跛行的結果無価値論から新過失犯論を採用し、その立場から過失実行行為を考えると、その実行行為には法益侵害の現実的危険性が必要であるとされる<sup>(70)</sup>。そして、日高教授によれば、現に発生した法益侵害結果を事実的前提として、基準行為からの逸脱という不作為が結果発生に至る因果プロセスの中で法益侵害の現実的危険性を帯びるに至った時点をもって、当該不作為は過失実行行為の枠組みの中に取り込まれることになるのである<sup>(71)</sup>。その基準行為からの逸脱の行為態様については、作為の過失実行行為と不作為の実行行為とが存在し、場合によっては作為・不作為混合の過失実行行為も存在することから、不作為の過失実行行為を不真正不作為犯として捉える必要があるかと問題提起をされる<sup>(72)</sup>。日高教授は、まず過失犯の構成要件の規定形式は、故意犯の場合とは異なっており作為の行為態様を前提にした規定とは言い切れないとされ、そこから過失犯においては原型となる犯罪行為形態は存在せず、さらに構成要件的等価値性の判断を導入しなければならない存在構造上の相違も見いだせないことから、不作為的過失犯においては、不真正不作為犯論との連結点はないと結論づけられる<sup>(73)</sup>。

日高教授の見解は、まず条文の規定形式から故意犯と過失犯では構造が異なる点に特色がある。そして、過失犯の場合、作為と不作為の存在構造上の相違も見いだせないとして、過失犯においては作為と不作為の区別は大きな意味を持たず、不作為の場合にだけ処罰を限定する必要はないとしている点も、日高教授の見解の特徴である。

しかしながら、果たして条文の規定形式が明確に異なると言い得るかは疑問が残る。例えば、211条の規定は「業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた」として「させた」と規定している。これに対して、209条は「過失により人を傷害した」と規定している。仮に「した」「させた」

<sup>(70)</sup> 日高・前掲注(56)150-1頁。

<sup>(71)</sup> 日高・前掲注(56)151頁。

<sup>(72)</sup> 日高・前掲注(56)152頁。

<sup>(73)</sup> 日高・前掲注(56)152-3頁。日高教授と同じ見解として、稲垣・前掲注(28)253頁以下。なお、大塚博士は、「結果の発生を回避するための外部的態度に関するいわゆる結果回避義務は、過失犯における作為義務または不作為義務であると解することによって、過失犯における実行行為としての作為、不作為を故意犯における実行行為としての作為、不作為と並行させて理解することが可能となるとおもう」とされている(大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(2008年、有斐閣)211頁)が、この見解も日高教授の見解と同一に方向を示すものではないかと思われる。

という点に重要な違いがあると主張するのであれば、209条と211条は異なった解釈、すなわち209条は作為犯の規定であるが、211条は作為・不作为両方を含み得る規定であるという解釈をすべきことになるように思われる。また、「過失により人を傷害した」「過失により人を死亡させた」のように条文が二段階構成になっている点も故意と過失の規定形式が異なっている根拠に挙げられているが<sup>(74)</sup>、これは38条1項によって過失犯を処罰する場合には条文に明示することが求められているから二段階構成になっているだけであって、それ以上の意味を見出すのは難しいように思われる。

さらに、この見解は、法益侵害の現実的危険性を帯びる段階で過失実行行為に取り込まれるとして、そこで処罰範囲の限定を試みていると思われる。しかし、それで十分な限定が図れるかは疑問が残る。日高教授と同様の立場に立たれる稲垣講師は、堀内教授が「注意義務の内容を作為義務の領域に持ち込むことは作為義務の弛緩を招くことになる」<sup>(75)</sup>と批判されるのを受けて、「過失犯に作為義務論を持ち込み、作為義務が弛緩化した場合、故意不真正不作为犯の成立が拡大する危険性がある」<sup>(76)</sup>と指摘される。ここから、故意不作为犯の弛緩化を招かないように故意犯と過失犯の構造を異なるものと解するという思考が生ずるのだと思われるが、堀内教授が懸念されていたのは「結果回避義務はまさに類型化、定型化された一般的義務」に他ならず、これと作為義務を同視すると「取締罰則上の義務違反でもって直ちに結果回避義務として、過失犯のみならず不真正不作为犯の違法性を基礎づけることになる」ことである。つまり、「過失犯に作為義務論を持ち込むこと」が問題なのではなく、「注意義務の内容を作為義務の領域に持ち込むこと」が問題なのであり、結果回避義務違反が存在することをもって作為義務違反も存在するとして、本来不作为犯において行われてきた限定作業を放棄してしまう点が問題になっているのである。したがって、堀内教授の批判は、過失犯に作為義務を持ち込まず結果回避義務のみで過失不作为犯を基礎づけるだけでは解決しないことになる。結局、過失不作为犯の処罰範囲の限定という観点からは疑問が残ったままなのである。

### (3) 作為義務を「保障人的地位にある者に課される結果回避義務」と捉え、過失犯の注意義務と不作为犯の作為義務は事実上重なるとする見解

岡部准教授は、作為義務は「保障人的地位にある者に課される結果回避義務」と捉えるべきことを主張される<sup>(77)</sup>。岡部准教授によれば、従来から議論されてきた作為義務の発生根拠論からは、保障人的地位まで導くことができても、その者に対して課されるべき具体的な保障人的義務の内容までも導くことはできないのであり、少なくとも過失不作为犯においては、この具体的な義務の内容は、

<sup>(74)</sup> 日高・前掲注(56)153頁、稲垣・前掲注(28)261頁。

<sup>(75)</sup> 堀内・前掲注(27)9頁。

<sup>(76)</sup> 稲垣・前掲注(28)251頁。

<sup>(77)</sup> 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)113頁。

<sup>(78)</sup> 岡部・前掲注(30)205頁。

結果の予見可能性に応じて導かれるところの結果回避義務であるというべきであるとされる<sup>(78)</sup>。この立場によれば、不作為犯における作為義務と過失犯における注意義務とは、事実上重なり合うことになるのである<sup>(79)</sup>。

岡部准教授の見解は、職務実態などから責任主体を限定した上で、「注意義務」を認定している判例の思考に近いものと思われる。主体の限定を「保障人的地位」によって試みており、注意義務と作為義務に関しても、その関係性を明快に示すものであると評価できる。しかしながら、いくつかの点でなお疑問が残る。まず、岡部准教授ご自身が指摘されているところでもあるが、故意不作為犯の作為義務の具体的内容はどのようにして導かれるかという問題である。岡部准教授は、「本稿はもっぱら過失不作為犯の問題を検討するものであるため」として、その点を留保されている<sup>(80)</sup>。しかし、故意不作為犯と過失不作為犯がまったく異なる構造であることが示されていないにも関わらず、故意不作為犯の作為義務の具体的内容を留保して過失不作為犯の作為義務（注意義務）のみを論ずるのは、犯罪論全体の体系から見た場合、不明確な部分を残すことになるであろう。

犯罪論体系という観点からは、もう1つ疑問が残る。それは、「保障人的地位」と「結果回避義務」の犯罪論体系上の位置づけである。岡部准教授は、「構成要件該当性ないし違法性の段階において、作為義務の発生根拠としての保障人的地位の確認作業と、作為義務の具体的内容としての結果回避義務の確認作業とが行われるべきなのである」<sup>(81)</sup>とされているが、それらの作業が構成要件該当性と違法性のいずれで行われるのかは明言されていない。

## 5. おわりに

これまでの判例および学説の検討から、過失不作為犯の課題は、いかにしてその成立範囲を限定するかという点と作為義務・注意義務の関係をどのように解するか、それを体系的にどのように位置づけるかという点にあることが分かった。そして、両者を検討する必要はないとする見解にお不明確な点が残ることも確認できた。

それでは、結果回避義務と作為義務の両者を検討するものと解した場合、どのように考えるべきなのであろうか。最後に検討してみたい。まず成立範囲の限定という観点を考えると、作為義務による限定は一定の効果が認められるであろう。区別説に従い、行為者が類型化された保障人的地位にあるか否かを判断することで、第一の要請の一部は充足されるように思われる。次に、同じく構成要件該当性の段階において注意義務たる結果回避義務の有無を、予見可能性・回避可能性を前提に考えるべきである。その上で、違法性段階において、作為義務の有無を、具体的事情を勘案した上で検討するのが妥当であろう。ここで、結果回避義務と作為義務の関係が問題になるが、結果回

<sup>(79)</sup> 岡部・前掲注（77）113頁。

<sup>(80)</sup> 岡部・前掲注（30）205頁注31。

<sup>(81)</sup> 岡部・前掲注（30）206頁。

避義務は予見可能性・回避可能性に基づいて判断されるべきものであり、作為義務は保障人的地位にある者に対して具体的状況に応じて課せられるものである。両者は、重なり合うこともあるが判断の構造そのものが異なるものである以上、別個の判断を行うべきであろう。また、義務の内容が重なる可能性はあるものの、一般的に「過失の不真正不作為犯における注意義務違反と保障人義務違反というのは、注意義務違反が保障人義務違反を含むという形で重なるのである」<sup>(82)</sup>とされているように、作為義務（保障人的義務）は注意義務（結果回避義務）をより限定することができる可能性がある。その点から考えると、なお両者を検討することは意味があるように思われる。

とくに近時の判例においては、複数行為者の過失が競合するケースが目立ち、広い範囲で過失責任を追及する傾向がみられるが、その方向性については疑問が残る。元々故意不作為犯は、その範囲をどのように限定してくかが課題とされてきた。過失不作為犯にあっては、さらにその範囲が不明確になりやすく、したがって処罰範囲もルーズになる可能性を秘めるものである。その観点からも、処罰範囲をいかに限定すべきかを探求する必要があるように思われる。

---

<sup>(82)</sup> 吉田・前掲注（69）158頁。