

刑法二二一条一項における業務上過失及び重大な過失の概念

佐藤 輝 幸

第一章 問題の所在

刑法二二一条一項は、業務上過失致死傷罪及び重過失致死傷罪について、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処すると定め、罰金刑以下の法定刑しかない単純過失致死傷罪（二〇九条一項、二一〇条）を大幅に加重している。

判例・学説は、一般に、業務上過失について、社会生活上の地位に基づき、反復継続して行われる行為であって、人の生命身体に対する危険を有する行為を言うとする。判例・学説は、趣味や娯楽によるものも含み、反復継続の意思のみで足りると、非常に広く解している。これは、単純過失致死傷が非常に軽い一方で、重過失致死傷が戦後に制定されたため、自動車の運転による過失を業務に含める必要があったためであると考えられる。しかし、このような

解釈は、文言からの逸脱が大きく、責任主義の観点からも疑問がある。重過失致死傷罪が制定された後には、業務上過失を廃止すべきであるという立法論も主張されていた。

このような状況において、平成一九年改正によって刑法二二一条二項に自動車運転過失致死傷罪が新設され、自動車の運転による過失に関しては、全てこの規定によって対応されることとなった。

この改正の当否については議論があるが、少なくとも解釈論上は、この規定によつて、自動車運転過失を業務上過失から除くことができたのであるから、これを契機として、業務上過失概念を適切に限定すべく再検討する必要がある。後述するように、業務上過失については、加重根拠について、現在有力な見解である重大過失説と義務加重説のいずれにも難点があるので、まず、その加重根拠を明らかにしなければならない。

他方、二二一条一項が定めるもう一つの過失の加重類型である重大な過失（以下、「重過失」とする）は、過失それ自体の程度に着目する点で、より基本的な加重類型であると考えられる。しかし、従来、業務上過失によってほとんどの事案が処理されたため、重過失の概念は、ほとんど明らかにされてこなかった。しかし、より基本的な加重類型であるという体系的な理由と適切に業務上過失が限定されれば重過失の適用が増すはずであるという実際的な理由により、その内容を明らかにしなければならない。

以下では、これらの概念を明らかにするため、まず、ドイツ及びオーストリア刑法における類似ないし関連する概念を比較法的見地から参照する（第二章）。次に、重過失概念の内容を検討する（第三章）。さらに、業務上概念の加重根拠を明らかにした上で、それに基づいて業務上過失概念の内容を検討する（第四章）。最後に、業務上過失と重過失の関係について述べたい（第五章）。

第二章 比較法的検討

まず、比較法的見地から、我が国における業務上過失及び重過失の概念と類似ないし関連する概念として、ドイツにおける「Leichtfertigkeit」、一九四〇年改正前ドイツ刑法に存在した「業務上（vermöge seines Amts, Berufes oder Gewerbes）義務づけられた注意の下での過失」、オーストリアにおける「schweres Verschulden」及び

「besonders gefährliche Verhältnisse」の下における過失」の各概念について検討する。

第一節 ドイツにおけるLeichtfertigkeitの概念

一 総説

（一）まず、我が国の重過失と類似するLeichtfertigkeit⁽¹⁾について検討する。Leichtfertigkeitは、通常の犯罪の要件のほか、結果的加重犯の加重結果の惹起に関する要件として、多く用いられている（例えば§251 StGBなど）。

（二）一九六二年刑法草案（E1962）では、§18 Abs. 1が認識なき過失、Abs. 2が認識ある過失について定める。そして、Abs. 3は、重過失（grob fahrlässig）に行動する者がleichtfertigに行為すると定め⁽²⁾。

同草案理由書では、Abs. 3は、Leichtfertigkeitにおいて本質的に高められた過失が重要であることを示しており、その過失は、Abs. 1とAbs. 2がいう意味での過失であるから、民法上の重過失と混同されるおそれはないと述べられている。そして、過失が重大であるかどうかの問題になり得る場合として、①重大な不注意（grobe Achtslosigkeit）によって行為者が構成要件の実現を認識しなかったとき、②軽薄な無思慮（frivole Rücksichtslosigkeit）により明らかに認識された構成要件の実現の可能性を無視したとき、③行為

者が特に真剣に受取るべき義務 (besonders ernst zu nehmende Pflicht) に違反したとき」の三つを挙げている。¹⁷

(三) これに対し、刑法改正対案は、§ 18 Abs. 3 § 1962 を不必要な言い換えであるとして、Leichterfertigkeitの定義規定を置かなかつた。¹⁸ 現行法もLeichterfertigkeitを定義していない。もっとも、学説においては、六十二年草案の三類型を念頭に議論を行うものも多くみられる。

(四) 判例においては、Leichterfertigkeitは重大な過失を言うとして解しているようである。すなわち、ライヒ裁判所一九三六年二月八日判決では、§ 164 Abs. 5, Abs. 1, Abs. 2 aF. StGB (一九三三年刑法) のleichtfertigな虚偽告発について、Leichterfertigkeitは、通常の過失 (gewöhnliche Fahrlässigkeit) ではなく、重過失 (grobe Fahrlässigkeit) と同一視されるべきであるとした。¹⁹

また、連邦通常裁判所一九八四年二月九日判決は、§ 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG (麻薬法) の覚醒剤の譲渡による致死について、Leichterfertigkeitとは、高度の過失を示しており、従って、重大な程度の過失であるとした。これは、原審の述べた「重大な不注意 (grobe Achtlosigkeit)」の概念に対応し、致死の可能性がしきりに思い浮かんだにもかかわらず、特別な軽信 (besondere Leichtsinns)²⁰ 又は特別な無関心 (beson-

dere Gleichgültigkeit) によつて顧慮しなかつた者がleichtfertigに行動したといえるとした。

さらに、連邦通常裁判所一九九四年二月二三日判決は、ツェレ上級地方裁判所が、本件においては、認識ある過失とLeichterfertigkeitは同一であると判示したので、Leichterfertigkeitは、重過失を意味するのであり、認識ある過失は、重過失と同一視されないし、認識なき過失よりも常により重大 (schwerer) であるとも限らないから、Leichterfertigkeitと認識ある過失の同一視を疑わしいとした。もっとも、「本件において」という具体的事案の評価としての重大性を示したものにすぎないと解釈して結論は肯定している。

二 学説

学説においても、判例と同様、Leichterfertigkeitは、過失の程度の重いものと一般に考えられているが、その内容については争いがある。現在、最も一般的な見解と思われるのは、民法上の重過失 (grobe Fahrlässigkeit) にほぼ対応するものである。なかでも、違法(ないし客観的要素)については、民法上の重過失と同様の判断をし、責任(ないし主観的要素)については、具体的な行為者を基準に判断するものが多い。²¹ しかし、この見解には、民法上の重過失自体、明確でないという問題がある。そこで、判例・通説とは異なった点に着目する見解及び判例・通説の言う過失の程度の重い場合とはいかなる場合かをよ

り具体化しようとする見解を参照したい。

A 動機、目的等に着目する見解

(1) マウラッハは、身代金目的誘拐 (§ 239 a StGB)、人質 (§ 239 b StGB) 並びにハイジャック及び航空機損壊 (§ 316 c StGB) の結果的加重犯についての検討の中で、注意義務に関して、誘拐犯等には、被拐取者等の安全性に対する注意義務は存在しないことから出発する。そして、これらの構成要件における *Leichterfertigkeit* (§ 315 c StGB (交通危険)) の「無思慮 (*Rücksichtslosigkeit*)」との類似性を指摘する。¹²⁾ すなわち、行為者が利己的な動機、無法な方法で人に緊急の生命の危険及び被害を生じさせるようなときに、無思慮が認められるが、そのような人の生命に対する極端な不注意がこれらの三つの構成要件にも要求されるとする。

(2) マイヴァルトも、結果的加重犯における *Leichterfertigkeit* の概念について検討した。まず、六二年草案理由書で指摘された上述の三つの例について、これらは異なった次元にあるとする。すなわち、①重大な不注意は、ほぼ精神の緊張の不足の意味での義務違反の次元に対応する。③行為者が特に真剣に受け取るべき義務は、被侵害法益の価値に関係し、さらに、法益に対する高められた責任も意味する。②軽薄な無思慮は、これらと全く異なり、目的手段関係の評価に関係する。

行為者が得ようとする目的を当該具体的手段によって達成しようとすることが重大な無思慮として評価されるかどうかが問題となる。従って、達成しようとする目的の価値と危険にさらされる法益の価値及び危殆化の程度の間の不均衡によって、*Leichterfertigkeit* が肯定される。¹³⁾

前二者の要件については、まず、重大な不注意や高められた義務に対する違反が客観的基準に基づいて確認される。主観的要件については、行為者の個人的な能力の基礎の下でも注意規範の重大な無視としての高められた非難が可能かどうか、また、客観的に存在する高められた義務に対する違反が行為者の個人的な能力に従っても、認識し得た (認識なき過失の場合) かまたは現に認識した (認識ある過失の場合) かが検討される。¹⁴⁾

軽薄な無思慮の例については、まず、注意深い同胞の客観的基準 (*objektiver Maßstab eines sorgfältigen Mitbürgers*) において、法益侵害の危険と被侵害法益の価値に従って、自己の達成しようとする目的についての他人の法益の危殆化が軽薄な無思慮と評価されるべきかが確認される。次に、この非難が行為者の個人的能力と知識の基礎の下で高められるべきかが調べられる。¹⁵⁾

(3) これらの見解に対しては、基本犯の成立によって利

己的な動機や違法な目的が認められるのであるから、結果的加重犯の要件として機能しないという批判があり、妥当な批判であると思われる¹⁸⁾。

しかし、マイヴァルトが重大な不注意と特に真剣に受け止められるべき義務について、精神の緊張の不足の面と被侵害法益の高さの二つの次元から、義務違反の程度が高まるとした点には意義があると思われる。

B 行為の危険性に着目する見解

(一) ロクシンは、*Leichterfugkeit*を不法と責任の包括的要件であるとし、その重点は、不法にあるとする。そして、第一次的には、特に危険な行為が*Leichterfugkeit*を基礎付け、それがある場合に、行為者の能力及び認識を検討すべきとする。また、危険な行為の社会的評価と法益の価値の衡量によって、同じ危険でも結論が異なりうるとする¹⁹⁾。

(二) この見解に対しては、危険な行為から、直接に注意義務違反が短絡されるべきではないとの指摘がある¹⁸⁾。また、行為の危険性のみでは、やはり、結果的加重犯が限定できないように思われ、より詳細な主観面の分析が必要であろう。

C 過失の要素に着目する説

(一) 判例・通説は、前述の通り、*Leichterfugkeit*を重大な程度の過失と解するが、その内容は明らかではない。そこで、さらに、どのような場合に過失が高められる

のかについて論じるものもある。

テックホフは、行為者が生活上必要な注意を著しく無視したときには、その精神的能力 (*Geisteszugabe*) の活用を非常に怠ったか、客観的に高められた義務に違反したと認められるため、*Leichterfugkeit*が肯定されるとする²⁰⁾。

また、シュテルンベルク・リーベン²¹⁾は、特に真剣に受け止められるべき義務から注意義務違反が、高度の結果発生の蓋然性から予見可能性が、それぞれ通常の過失に対して高められる内容として関連づけられるとした²²⁾。

(二) これらの見解は、我が国の重過失について、注意義務違反の高い過失と捉える見解と類似しており、その内容として、それぞれ二つの要素を考えていることは、参考になる。もともと、両者の関係やその具体的内容は、不明確である。

(三) ヴェクシャイダーは、過失の構成要素は、客観的注意義務違反、客観的予見可能性、主観的注意義務違反及び主観的予見可能性が基礎であることを前提とする。*Leichterfugkeit*を「通常の過失 (*normale Fahrlässigkeit*)」と比べて高められた程度の過失と理解すると、その比較の基準が問題となるが、ヴェクシャイダーは、過失の平均的事案について、「平均」が経験的な概念とすれば、事実関係の多様性から、規範的な

概念とすれば、様々なレベルにおける様々な要因が規範的考察において共同作用することから、平均概念を明確にすることはできないとする⁽²²⁾。そして、「通常の(normal)」ないし「平均的(mitteler)」過失に対する高まりとしてLeichterfögtigkeitを理解する場合にも、同一の問題が生じるとする。

そこで、ヴェクシャイダーは、Leichterfögtigkeitを高められた不法と高められた責任を意味するとする。過失の全要件が重要であるから、ここで言う「高める(Steigerung)」とは、注意義務違反にも、予見可能性にも関係する⁽²³⁾。

客観的注意義務違反に関しては、①特に重要な注意規範に対する違反か、②個々の規範はあまり重要でないが多数の規範に対する違反、のいずれかの場合に、Leichterfögtigkeitが認められうるとする⁽²⁴⁾。また、主観的注意義務違反に関しては、Leichterfögtigkeitでは、行為者が困難なく注意義務の規律を認識でき、守ることができたという積極的根拠を要求すべきとする⁽²⁵⁾。

Leichterfögtigkeitにおける客観的予見可能性は、「行為者の立場で、社会生活領域の一員である、判断力に優れ、思慮深い第三者が結果発生の蓋然性が高いと考えられるような場合」に肯定されるとし、結果発生可能性がまさに差し迫っていなければならないとする⁽²⁶⁾。

Leichterfögtigkeitにおける主観的予見可能性に関して

も、行為者に危険が特に高いと容易に判断できたという積極的根拠が必要であるとする。認識ある過失では、結果の認識は、主観的予見可能性の高められた形態の手がかりとなる。認識なき過失では、主観的には全く認識していなかったとしても、行為者がその状況で高い被害の蓋然性を容易に認識できたであろうときには、Leichterfögtigkeitの責任の根拠として十分である⁽²⁷⁾。

以上から、ヴェクシャイダーは、Leichterfögtigkeitの一般的概念について、以下の定義をする。

「特に重大な注意義務又は少ししか重要でない注意義務の多数に違反し(客観的注意義務違反)、義務を認識し、それに従うことが容易な立場にあったにもかかわらず(主観的注意義務違反、行為者の立場に置かれ、行為者の社会生活領域の一員である、判断力に優れ、思慮深い第三者にとつて、構成要件の結果の発生が高度に蓋然的であると判断されたであろう場合において(客観的予見可能性)、行為者が容易に高い危険を認識し得たか・現に認識していたとき(主観的予見可能性)、そのような者は、leichtfögtigに行動した」⁽²⁸⁾。

もっとも、ヴェクシャイダーは、この定義について、類型的な修正を認めている。例えば、認識ある過失のもとでは、部外者には、ほとんど認識可能性がなかったとしても、Leichterfögtigkeitを認めるし、注意義務の履行が容易であればある程、注意義務の重要性又は数

の要求が低下するとする⁽³⁹⁾。挙動犯では、構成要件的结果の予見可能性は不要であり、注意義務違反の中で、「判断力に優れ、思慮深い第三者が蓋然性をもって事情を適切に認識しうるかどうか」が問題になる。結果的加重犯では、注意義務違反は、基本犯によって既に存在しているから、加重結果の蓋然性が高いと認識可能でなければならぬという予見可能性の問題のみを検討すればよいとする⁽⁴⁰⁾。

(四) ヴェクシャイダーが平均的な過失と比較する立場に對し、「平均」の概念の不明確さを指摘している点は正当である。しかし、それに代わる基準として、過失の四要素が高いことを要求していることについては、疑問がある。本稿では、過失論及び過失の標準について、詳しくは立ち入らないが、*Leichterfertigkeit*⁽⁴¹⁾による加重に関連する限りでも、以下のように、その問題性が明らかになる。

まず、注意義務違反に関して、重要な注意規範と下位の注意規範を区別する根拠が不明である。具体的状況の下で、個別に考慮するほかにないのではなからうか。また、それ以外の、一般的な注意義務の基準がない領域においては、「行為者の立場に置かれ、行為者の社会生活領域での、判断力に優れ、思慮深い第三者にとって、注意義務が特に明白である場合、特に重要な注意違反」を認めうるとするが、一般的に認められた

基準がないのに、どのような場合が「特に明白」なのかも不明である。

次に、主観的予見可能性が肯定される状況で、行為者と同じ状況、社会生活領域を基準にした客観的予見可能性が否定されることがあり得るのであろうか。あり得るとして、その場合に、主観的に予見可能であったにもかかわらず、その検討以前に、違法性が阻却されているという結論が妥当なのであろうか。特に、*Leichterfertigkeit*とは、主観的には「容易に認識できたであろう」ときに、あえてそれに加えて客観的に高度に認識できることを要求する必要性があるとは、到底思われない。ヴェクシャイダーが認識ある過失では、客観的予見可能性を不要とすることからしても、主観的予見可能性のみを問題とすればよいのである。

(五) ビルンバウムも、侵害犯における*Leichterfertigkeit*について、構成要件要素としての客観的注意義務違反と客観的予見可能性、及びそれに対応する責任要素としての主観的注意義務違反と主観的予見可能性が加重の対象となるとする⁽⁴²⁾。もともと、客観的注意義務違反と客観的予見可能性は、相互に補充しあう関係であるとして、特に重要な法益侵害又は危殆化の認識が可能である場合か、又はあまり重要ではない法益の侵害又は危殆化が明白に認識できる場合が*Leichterfertigkeit*に当たりうるとする⁽⁴³⁾。そして、責任においては、個人的能

力及び知識によって、このような高められた注意義務及び予見可能性の存在を認識し得たことを要求し、例外的に、一時的な障害等によって、これが不可能であった場合には、責任を阻却する^⑧。

(六) ビルンバウムの見解においても、ヴェクシャイダーと同様に、端的に主観的注意義務違反と主観的予見可能性のみを問題とすればよいという問題がある。さらに、ビルンバウムが被侵害法益の重要性を問題とする点は、生命に対しては、予見可能性が低くても *Leichterfertigkeit* に当たりうるとすると、処罰を限定する機能を果たさないという疑問がある。もともと、注意義務違反と予見可能性が相互に関連しあっていることを指摘している点は、我が国の重過失の解釈においても参照に値すると思われる。

D 検討

ドイツにおける *Leichterfertigkeit* の解釈について、判例・通説は、過失の重大な場合をいうと解しているが、その具体的内容は明らかではない。これを明らかにしようとする学説の試みも、あまり成功しているようには思われない。もともと、そのような試みにおいて、いずれも、加重の対象として、複数の要素が考えられており、単一の要素ないし類型のみが考えられているわけではないことは、我が国にも参考になると思われる。従来の我が国の重過失についての解釈の多くは、過失の一要素に着目し、その増加に

よって、重過失を統一的に説明しようとしてきたと思われるが、過失の構成要素は、過失の成否を念頭に置いたものであって、過失の程度を問題とする場合には、各要素が絡み合つて増減しうるから、このような複数の要素を考慮する見解には合理性があるように思われる。

第二節 戦前のドイツにおける業務上過失の概念

§ 222 Abs. 2 RStGB (一八七一年ドイツ帝国刑法) は、行為者が公務、職務又は営業(以下、「公務等」とする)によって、特に義務付けられた注意を怠った場合の過失致死を五年以下の軽懲役として、Abs. 1 の単純過失致死の三年以下の軽懲役を加重していた。また、過失致傷についても、§ 230 Abs. 2 RStGB が三年以下の軽懲役として、Abs. 1 の単純過失致傷の二年以下の軽懲役を加重していた。さらに、軽い故意及び過失による傷害については、§ 232 Abs. 1 が公務等の義務違反により傷害が生じた場合を除いて、親告罪としていた。

これらの規定は、一九四〇年に削除された。その際、§ 222 RStGB は、五年以下の軽懲役に、§ 230 RStGB は、三年以下の軽懲役にそれぞれ引き上げられた(現 § 229 StGB に対応)。また、§ 232 RStGB は、特別の公的利益のある場合に職権で起訴し得るとした(現 § 230 Abs. 1 StGB に対応)。

以下では、この公務等の概念及びこれらの規定の削除理

由につき、若干の検討をすることとした。⁴⁷⁾

一 判例の概観

(一) ライヒ裁判所一八八二年二月九日判決は、§232 RStGBの「職務 (Beruf)」について、特別な義務を伴う自ら選択した生活上の地位をいうとし、両親の教育はこれに当たらないとした。⁴⁸⁾

ライヒ裁判所一八八〇年二月二日判決は、§232 RStGBの職務上の義務について、当該行動方法が全ての者に要求されるべきときであっても、職務固有の行為に関しており、職務の実行によって、若しくは、職務の実行のために獲得された特別な専門知識により、より慎重でより注意深い行動方法が要求される場合には、職務上の義務に当たるとした。

ライヒ裁判所一九〇四年一月二二日判決は、「職務」は「営業 (Gewerbe)」とは異なるから、唯一の又は主要な生業 (Lebensstätigkeit) を構成する必要はないが、行為者が特別の専門知識又は注意が必要な活動の実行をかなりの程度継続的なものとして、生活の目的 (Lebenszweck) の一つとすることを選択したことにあるとした。

(二) これらの判例からすると、①特別の専門知識又は注意を要する活動を②自ら選択して、③かなりの程度反復継続する意思を持っていたことが公務等の要件となると解される。②は、我が国の業務上過失の一般的な

解釈で要求されていない要件で注目値する。また、③についても、複数回行う場合であっても、散発的なものでは足りず、かなりの程度行う決意を要求している点で、我が国の判例・通説よりも厳格である。ライヒ裁判所の理解する加重根拠は、特別の専門知識等に基づく特別の義務が課せられていることにあると解されるが、これは、我が国の義務加重説に類似していると評価できる。

二 削除理由の検討

(一) 業務上過失規定の削除の理由は、政府提案によれば、自動車運転中の過失の場合に、職業運転手だけを加重することになるが、職業運転手と自家用車運転者の刑を区別するのは適当でないことにあるようである。また、オルスハウゼンによると、業務性を個別事案において過失を重くしうる事情にすぎず、一般的な加重要件としないことで、特に職業的な自動車運転者の問題を解消することが意図されたとする。⁴⁹⁾

なお、一九三六年改正草案 (E1936) もこの規定を削除しているが (§41)、その理由書によれば、公務等であるかの区別は、望ましくない形式主義 (unterfeuchter Formalismus) で、不当な結果に至るためであるとされていた。⁴⁹⁾

(二) 以上のような業務上過失規定の削除理由は、それなりに合理性があると思われる。我が国の業務上過失の

解釈においても、同一の行為であるにもかかわらず、異なった取扱いをするのであれば、同一の行為をした業務者と非業務者の差異を合理的に説明する必要がある。これについては、第四章で検討したい。

第三節 オーストリアにおける *schweres Verschulden* の概念

一 総説

(1) § 88 Abs. 2 ÖStGB (オーストリア現行 (一九七四年) 刑法) は、過失 (軽) 傷害について、重大な落ち度 (*schweres Verschulden*) がなく、かつ同条各号のいずれかに該当する場合には、§ 88 Abs. 1 ÖStGB によって処罰されないと定めている。

(2) この「重大な落ち度」の概念は、加重された過失を意味するとされている。民法上の重過失に対応するとされるが、その上で刑法固有の解釈が必要であるとすると見解も有力である。いずれにせよ、認識ある過失と認識なき過失の区別とは無関係である⁽⁵¹⁾。

具体的には、①行為者に異常な (*ungewöhnlich*)、際立った (*auffallend*) 注意義務違反があり、②行為者にとって、損害の発生が、単にわずかに可能性がある (*entfernt möglich*) ものとしてではなく、蓋然性がある (*wahrscheinlich*) ものとして予見可能であったこと、が主要な基準とされる⁽⁵²⁾。

(三) この基準について、ブルクシュタラーは、さらなる明確化が必要であるとする。そこで、ブルクシュタラーの見解を検討したい。

二 Burgstaller の見解

(1) ブルクシュタラーは、重大な落ち度の犯罪構造について「行為者が重大な落ち度の責任を負うかどうかは、その行為において実現した行為が無価値及び心情無価値に依存し、結果無価値には依存しない」という理解を前提として、際立って、かつ異常な不注意があるかどうかは、当該行為の構成要件該当性、違法性及び責任が重要であり、原則的に、全事情が考慮されるべきであるとする⁽⁵³⁾。

(2) これについて、ブルクシュタラーは、当初 (一九七四年)、①当該行動がどの程度客観的注意義務に違反しているか、②正当化事由の要素、すなわち、不法を減少させるような事情が存在するかどうか、③個々の責任要素がどのような形で現実に現れたか、が調べられなければならない、としていた。

このうち、最も重要なものは、客観的注意義務違反⁽⁵⁴⁾ (1) による基準で、そのうち、行為の危険性の程度が重要である。現実が生じた結果の発生について蓋然性が高いと予見可能でなければならないという判例の基準は、この行為の危険性の一要素に過ぎない。これに加えて、客観的注意義務違反の枠において、少なく

三 検討

(一)

とも、差し迫った法益侵害の大きさとリスクを伴う行動の社会的な価値及び社会的通常性も考慮すべきとしていた。

さらに、具体的に実現した責任要素③、特に主観的注意義務違反及び当該行動の行為者個人の精神的及び身体的関係を基準にした期待可能性、を考慮に入れなければならないとしていた。

ブルクシュタラーの近時(二〇〇六年)の説明では、ある事案において、「重大な落ち度」の不法要素が満たされるかどうかの基準としては、a当該行動が人的損害を危惧させる蓋然性の程度、b脅かされた結果の重大さ、c当該行動の社会的価値及び社会的通常性、d違反された義務の数及び重要性、e注意義務違反回避のために具体的に必要であったコスト、が考慮されるべきであるとする。さらに、重大な落ち度の不法要素が実現したにもかかわらず、具体的事案において、当該注意義務違反の人的非難可能性の範囲を少なからず減少させるような事情が存在する場合には、重大な落ち度は否定されるべきであるとする。

まず、前提として、ブルクシュタラーは、重大な落ち度は結果無価値に関わらないとするが、我が国の新旧過失論のいずれに立ったとしても、ブルクシュタラーの挙げる不法要素のいくつかは、構成要件要素な

(二)

いし違法要素(新過失論)、又は責任要素として取り込むことが可能であるように思われる。従って、我が国の重過失及び業務上過失の検討において、ブルクシュタラーの考慮要素を参照することにも意義がある。

新旧の各考慮要素の関係は、必ずしも明らかでないが、不法要素については、①当該行動がどの程度の客観的注意義務違反があるかという要素は、a当該行動が人的損害を危惧させる蓋然性の程度、b脅かされた結果の重さ、dその時々違反された義務の数及び重要性に、②不法を減少させるような事情が存在するかどうかは、c当該行動の社会的価値及び社会的通常性、e注意義務違反の回避のために具体的に必要であったコスト、としてそれぞれ発展、具体化されたものと考えられる。

これらのうち、a、b、d及びeの各要素は、我が国の重過失においても、考慮され得るように思われる。他方で、業務に社会的有用性があるにもかかわらず重く処罰されている我が国では、cの要素は、考慮に入れがたいようにも思われる。しかし、行為の社会的通常性は考慮しうるし、社会的有用性がないのに、あえて行った場合もeの要素の一事情として我が国でも考慮する余地があるように思われる。ブルクシュタラーの指摘する事情を我が国の解釈においてどのように活かすべきかについては、私見において述べることに

にした。⁽⁸⁾

第四節 オーストリアにおける *besonders gefährliche Verhältnisse* の概観

一 総説

(1) § 81 Abs. 1 Z1 ÖStGB (オーストリア現行 (一九七四年) 刑法) は、「特に危険な状況 (*besonders gefährliche Verhältnisse*)」の下での過失致死を三年以下の自由刑として、§ 80 ÖStGBの通常の過失致死の一年以下の自由刑より加重してゐる。また、過失傷害について、§ 88 Abs. 3 ÖStGBは、§ 81 Abs. 1 Z1 ÖStGBを準用し、六月以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金として、§ 88 Abs. 1 ÖStGBの通常の過失傷害の三月以下の自由刑又は一八〇日以下の日数罰金より加重してゐる。過失重傷害でも、§ 88 Abs. 4 ÖStGBの後段は、§ 81 Abs. 1 Z1 ÖStGBを準用して、二年以下の自由刑として、同条前段の通常の過失重傷害の六月以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金より加重してゐる。

(1) § 337 lit. a StG (一九五二年オーストリア刑法) 下におけるオーストリア最高裁判所の判例は、同条の「特に危険な状況」について、複数人に対する危険を要求し、すなわち、「行為が、一般的経験によって特に広範囲にわたり、重大で、かつ、すぐには全く全体

が理解できないような (*zunächst gar nicht überblickbar*)、身体及び生命に対する損害が予測されるべき事情の下で行われたとき、または、そのような損害の発生する蓋然性が、当該事情のために、特に重大である」こととしていた。⁽⁹⁾しかし、現行法制定後のオーストリア最高裁一九七七年三月三〇日決定⁽¹⁰⁾は、「個別的な通常事例 (*spezifische normalfälle*)」に比して、異常に高い事故の蓋然性 (*außergewöhnlich hohe Unfallwahrscheinlichkeit*) という意味で、質的に高められた危険と理解すべきであり、その際、旧法とは対照的に、1人の人に対するそのような具体的危険で十分である」として従来の判例を変更した。その理由として、§ 89 ÖStGB *„eines anderen“* という文言、§ 177 ÖStGBの過失公共危険罪が新設され、過失による「多数の人の身体又は生命 (*Leib oder Leben einer größeren Zahl von Menschen*)」に対する危険の惹起が別に規定されてゐること⁽¹¹⁾及び、法文上も、*„besonders gefährliche Verhältnisse“*の通常の用語法上も、複数人に対して高められた危険を要求する根拠がないことを挙げている。

現在の学説も、微妙な違いはあるが、前掲オーストリア最高裁一九七七年決定とはほぼ同様の定義をする⁽¹²⁾。複数の人に対する危険についても、必要説に一定の合理性を認めつつも、§ 177 ÖStGBが新設されたこと

及び、§ 81 Abs. 1 Z 1 ÖStGBは、公共危険犯ではなく、1人の他人に対する死を惹起する侵害犯であり、特に危険な状況は、法定刑を高めるために、この死という無価値に追加的に付加されるものに過ぎないことなどを理由に不要とする。⁽⁶³⁾

(三) 判例・学説が要求する「異常に高い事故の蓋然性」は、事故を志向する複数の要因の積み重ねによつて根拠付けられる。このいわゆるモザイク理論 (Mosaiktheorie) は、現在、一般に受け入れられているようである。⁽⁶⁴⁾ もっとも、異常に高い事故の蓋然性は、唯一の要因からも生じ得る。⁽⁶⁵⁾

(四) また、シュタインガーやブルクシュタラーは、特別の危険性連関を要求する。すなわち、質的に高められた危険状態が認定されたとしても、さらに、「特別な危険性が生じた結果に特別な影響を及ぼさなければならぬ、すなわち、違反が特に危険な状況を基礎付けるには、生じた結果がまさにその注意規範の保護目的と解されるような、特別な危険性連関が存在しなければならぬ」とする。この関連性に欠ける場合は、単に§ 80 ÖStGB等によつて、処罰される。⁽⁶⁶⁾

(五) 主観面については、キーナプフェルは、加重された主観的要件として、特別な注意を要求する。すなわち、「行為者が、自ら、この事情とその加重された危険を認識していなければならぬ」⁽⁶⁷⁾ ず、少なくとも「それらが

正当な注意のもとで認識可能でなければならない」とする。⁽⁶⁸⁾ この特徴的な注意義務違反は、特に強調され、*„Leichterföhrigkeit“* と呼ばれ、§ 81 Abs. 1 Z 1 ÖStGBは、§ 80 ÖStGBと比べて、客観的にだけでなく主観的要求もより厳格であるとする。そのため、認識なき過失では、足りないのではないかとの疑問を示している。⁽⁶⁹⁾

他方、ブルクシュタラーは、「特別な危険性を根拠づけるような具体的な状況は、その危険を高める重要性において、行為者にとつて、認識されたか、個々の事後的・経験的知識及び個々の知的能力によつて、認識可能でなければならない」が、「具体的に行為の特別な危険性を基礎づける事情について、その危険を増加させることへの重要性を『容易に』認識 (erkennen) 又は実感として理解 (nachvollziehen) できなければならぬ」という意味での「際立った注意義務違反」による特別な責任の必要条件は、要求すべきでないとする。⁽⁷⁰⁾

二 検討

(1) § 81 Abs. 1 Z 1 ÖStGBの解釈として、現在のオーストリアの判例・通説が複数人に対する危険性を要求していないことについて、侵害犯と公共危険犯の区別という観点から、前者については、1人に対する危険で足りるという議論自体は、妥当であると考ええる。

我が国においても、重過失ないし業務上過失の対象

として、複数人に対して危険を生じさせるものであることは、侵害犯である二二一条一項との関係では不要であると考えられる。公共危険犯である一一七条の二及び一二九条二項との関係では、議論の余地があり得るように思われるが、本稿の範囲を超えるので、指摘のみにとどめる。

(二) 「特別の危険」の判断に際して、モザイク理論からより危険性を高める複数の要因と唯一の特に重要な危険性を高める要因を考慮すべき場合があること自体は、正当であろう。しかし、その基準については、必ずしも明確でない。⁷² わらに、§ 81 Abs. 1 Z1 ÖStGBが「状況」に着目するのに対して、我が国の刑法では、「過失」に着目することに注意が必要であり、参照に値するが、そのまま我が国の解釈に持ち込むことはできない。

(三) また、シュタイニンガー及びブルクシュタラーが特別の危険性連関を要求することについて、我が国の業務上過失の議論においても重要であると考ええる。⁷³

第三章 重大な過失

刑法二二一条一項後段の規定は、昭和二二年改正によって定められた（当時の法定刑は、三年以下の禁錮又は千円以下の罰金であった）。しかし、その改正の趣旨は必ずしも明らかでない。中野次雄は、「新憲法の定める人身保護

の趣旨に沿った改正といい得る」とする。⁷⁴ しかし、改正刑法仮案の考え方を採用したとも述べており、戦前からの考えに基づき、新憲法とは関係がないようにも思われる。また、改正が人身保護の趣旨にあるとしても、その趣旨から、重過失の内容を導き出すことはできない。

そこで、以下では、重過失に関する判例・学説の議論を参照しながら、その内容を検討することにする。

第一節 判例

一 最決昭和二九年四月一日集刑九四号四九頁

(一) 事案は、被告人が飲酒酩酊の上、無免許で自動三輪車を運転して、人の雑沓するヤブサメ競技中の場所に乗り入れ、競技をしていた被害者に至近距離まで気づかず衝突し、全治二ヶ月の重傷を負わせたというものである。

(二) 原審は、被告人は、当時心神耗弱にあったと認定した上で、「注意義務は行為者に関係なく客観的に正常の精神状態にある通常人を標準として定べきものであって、被告人は当時この注意義務を果たすことは可能であった」として、重過失を肯定した。

(三) 最高裁は、「無免許で自動三輪車を運転したこと、飲酒酩酊の上でこれを運転したこと、人の雑沓する場所に同車を乗入れたこと」及び「前方注視義務を怠ったこと」をもって、重過失としていることが判文上明ら

かである」とし、原判決を維持した。

(四) 本決定について、平野潔は、「無免許運転、酩酊運転、人の雑沓する場への乗り入れ、前方不注視という過失が相俟って重大な過失となることを示している」と解している。もっとも、平野自身も認めるとおり、本件事案は、必ずしも、そのような複数の過失があいまったものと解さなければ重過失が認定できないわけではない。しかし、そうだとしても、さしあたり、本決定がそのような見解に親和的であると見ることもできよう。

また、平野は、本件が加療二ヶ月の傷害であるから、結果の重大性は必ずしも重要なファクターとは考えられていないとする。しかし、最高裁が加療二ヶ月を重大な結果でないと評価したかどうかは明らかではないので、最高裁が結果の重大性の要否についての態度を明らかにしたものとすることはできないように思われる。

また、原審が心神耗弱を認定した上で、注意義務は通常人を標準とすることについては、最高裁では、判文上明示的には、論じられていない。無免許運転、酩酊運転、人の雑沓する場所への乗入れ、前方不注視によって重過失を認定しているとして原判決を肯定しており、客観的行為を挙げていることからすれば、原審と同様、注意義務は通常人を標準に判断している

ものと考えられる。

二 最決昭和四〇年四月二一日刑集一九卷三号一六六頁

(一) 事案は、被告人が自己の担当業務外の作業として、製品運搬用エレベーターの減速機に注油するため、メタルカバーを取り外したが、本来、同カバーの取外しに際しては、安全ピンを装着するが昇降台を下まで降下させる必要があったのに、これを怠ったことにより、被害者が昇降台に乗り、落下、死亡したというものである。

(二) 重過失部分についての第一審⁽⁷⁸⁾の認定事実は、安全装置「の安全ピンの差込みの有無を確かめ、差込んでなければこれを差込むか又は昇降台を下まで降下させ落下することのない状況に置いてからメタルカバーの取外しにかかるべき当然の注意義務があり、この僅かの注意を払ことにより事故を容易に防止し得たにもかかわらず、被告人は何らの措置を講ぜずその附近には(被害者)他数名が掃除をして居たのに只漫然と自己の担当業務以外である前掲減速機に注油のためメタルカバーを取り外した重大なる過失によって、」被害者を死亡させたというものである。

原審は、「被告人が当時通常人の注意を払ったならば本件致死の予見は可能であつたというべきである」と予見可能性を肯定した上で、「本件昇降台は本来危険性を伴うものであり、その操縦係としても時には安

全ビンの挿入を怠る事なきを保し難いものであるところ、被告人が本件昇降台の危険性を念頭に浮べたならば、極めて容易に本件の事故を防止し得たのに拘わらず、被告人は右の危険性を少しも顧慮しなかつたのであるから、被告人の過失は重大であるというべき」とした。

最高裁は、業務上過失致死の訴因に対し訴因罰条の変更の手続を経ないで重過失致死罪を認定した一審判決を是認した原審の判断は正当であるとした。

(三) 一審、原審とも重過失の根拠として、安全ビンを差し込むか昇降台を下に降下させておくことによる事故の防止の容易性を挙げる。また、一審認定事実は、「只漫然と」、つまり精神の緊張を欠いたとの評価もある。原審もこの点につき特段の説明をしないまま控訴を棄却しているから、この評価を是認していると言うべきである。原審の判断を是認した最高裁も、事故の防止の容易性及び漫然と行爲したことを本件の重過失の根拠として認めているのではないかと推測される。

両者の関係については、原審判決及び最高裁決定から直接には明らかでないが、精神の緊張を欠いたことにより、容易であるはずの結果回避行動に出なかつたという両者のつながりがあれば足りるものと考えられる。しかし、これらが一般的要件であるのか、具体的事案における個別の事情なのかは、明らかでない。

この場合、原審は、通常人を基準として予見可能であったとしているから、予見の容易性ないし高度の予見可能性は、必要としない。

また、原審は、「被告人は右の危険性を少しも顧慮しなかつた」と認定し、弁護人も予見可能性がなかった旨主張しているから、本件は、認識なき過失であることが明らかである。

三 最決昭和五〇年五月二七日刑集二九卷五号三四八頁

(一) 最高裁は、適法な上告理由にあたらないとした上で、かつこ書で、「なお、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、運転開始後約一〇〇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自車を道路右側のブロック塀等に衝突させて、同乗者三名に傷害を負わせたという本件事案について、酒酔い運転の罪と重過失傷害の罪は、刑法四五条前段の併合罪の関係にあるとした原判決は、正当である」とした。

(二) 本決定は、運転技術の未熟及び酒酔いのため自動車の運転を避けるべき「注意義務」を怠って、あえて運転を開始したことを重過失と認定している。

四 最決昭和六〇年一〇月二日刑集三九卷六号三六二頁

谷口補足意見

(一) いわゆるウレタンフォーム事件での谷口正孝裁判官の補足意見は、業務上過失の加重理由は、二二一条（及び一一七条の二）の「予定する保護法益との関係においてその侵害行為が単純過失による場合に比べて特に過失の程度が重いとされたからであり、その重い過失により両法条の予定する保護法益を侵害した者として業務者を考えたからであり」、「すなわち、特定の業務に従事する者については、当該保護法益侵害の危険を回避するについて特に重い注意義務（業務上業務上の注意義務という）が課せられるのであり、その重い注意義務に違反したが故に刑が加重されるという構造になるわけである」とした。

しかし、業務を「人が継続してある事務を行うについて有する社会生活上の地位であつて自ら選択したものをいう」と解した場合、それによって、刑の加重根拠を直ちには導き得ず、「裁判所をして『余りにも喜ばしくない形式に墮せしめ、また実質上理由なき区別に没頭せしめた』という批判を免れない」と指摘する。そして、「重過失の各加重類型が整備された現在、右各規定前段の業務概念の意味を解釈する作業は、法律が存するが故にということだけで、裁判所に実益のない努力を強いているもののように思われ」、本件の法

廷意見は、「まさに、本件被告人については、原判示の人の死の結果及び原判示建造物焼燬の結果の発生することは容易に予見しえたところであり、従つて客観的にみてそれらの結果の発生は容易に回避しえたということ（原判決はその点を詳細に説明している）を強いて業務に結びつけて説明しただけのこと」であり、重過失の事案として解決し得たとする。

結論としては、業務上過失は、既に存在意義を失つたが、未だ明文及び判例の集積がある以上、法定意見の通りに解釈し、「業務上の過失と重過失とを同趣旨に帰する規定として扱う方法を選ばざるをえない」とした。

(二) ここでは、重過失の解釈について検討する。

本補足意見は、業務上過失を重過失と同一の「特に重い注意義務違反」という加重根拠に基づくとしている。一方で、具体的事案においては、結果発生の予見の容易性があり、従つて客観的な結果回避の容易性があったことを強調している。このことからすると、結果発生の予見の容易性と客観的な結果回避の容易性が認められる場合に、特に重い注意義務違反が認められると考えられる。もつとも、両者のいずれが必要なのか、他に代替可能な要素があるのかなどは、明らかでない。

五 小括

以上の判例から、重過失概念についての最高裁の立場として読み取れるものをまとめる。

(一) まず、昭和四〇年最高裁決定から、重過失は、認識なき過失にも認められることが明らかである。

(二) また、昭和五〇年最高裁決定からは、重い注意義務違反を重過失として捉えていると読み取ることができ、これは、加重根拠を特に重い注意義務違反とする昭和六〇年最高裁決定谷口補足意見からも裏付けられる。

もっとも、(特に) 重い注意義務違反のの中身については、昭和二九年最高裁決定から、客観的に通常人を基準とするものと考えられるということ以外、明らかでない。昭和四〇年最高裁決定は、通常人の通常の予見可能性と結果回避の容易性を前提とし、精神の緊張を欠いたことにより結果が発生すれば足りるとする。

他方で、昭和六〇年最高裁決定谷口補足意見は、具体的事案においては、結果発生の子見の容易性と客観的な結果回避の容易性があったことを特に重い注意義務違反の根拠としている。

このうち、結果の子見の容易性については、昭和四〇年最高裁決定は、これを要求していないが、昭和六〇年最高裁決定谷口補足意見は、これに言及している。谷口補足意見も、判例の蓄積を業務上過失の存続の理由としていることから、これまでの最高裁の枠組みを

否定するものではないとすれば、具体的事案について、原審が認定したものを述べただけであると考えられる。他方で、同補足意見は、精神の緊張を欠いたことを述べていないが、過失論の変容から、過失の一般的要件として、精神の緊張を要求しなくなったものと思われる。そうすると、最高裁は、各判断に共通する要素である結果回避の容易性を重視しているのではないかと推測される。もっとも、昭和四〇年最高裁決定は、原審を肯定しただけであるし、昭和六〇年最高裁決定谷口補足意見は、法廷意見ではないから、どこまでが、最高裁の見解であるのかは明らかでない。

また、昭和二九年最高裁決定を複数の義務違反が相まって重い注意義務違反になるとする読み方がある。このような読み方をすれば、結果回避の容易性に代替する要素と考えることも可能である。もっとも、事案から、結果回避が容易であったとも考えられる。

(三) 結局、最高裁は、(特に) 重い注意義務違反を重過失としているが、重過失の事案が少ない上、最高裁が積極的にその中身に踏み込んだ判断をしておらず、その中身は、不明瞭である。

第二節 学説

一 認識ある過失と捉える説

瀧川幸辰は、「重大な過失は認識ある過失をいうのであ

ろうか」として、疑問を示しつつも、この立場に立つものと思われる。⁽⁸⁰⁾

しかし、認識なき過失であっても、重過失となり得るし、認識ある過失であっても軽過失となり得ると思われる。

二 道義的責任が特に重い場合と捉える説

小野清一郎は、重過失を道義的責任の特に重い場合とする。これは、具体的場合における行為の状況を国民的道義観念に照らして、批判し、判断するほかにないとする。

しかし、これは何ら具体的な説明になっていない。小野自身、実際の直感を必要とする⁽⁸¹⁾と認めている。

三 注意義務違反の程度の高い過失と捉える説

次に、重過失を注意義務違反の程度の高い過失と捉える立場を検討するが、ここで問題となる注意義務違反の内容については、論者によって異なっている。この違いは、古典的なモデルでは、論者の採る過失構造論と一致する⁽⁸²⁾が、現在では、必ずしも古典的な過失構造論の帰結と一致するとは限らない。過失構造論は、本稿の範囲を超えるので、重過失において加重されるべき内容に限定して、注意義務違反の内容を検討する。

A 社会的相当性からの逸脱の程度に着目する説

福田平は、(注意)義務違反の程度が著しいということ、社会的相当性からの逸脱の程度がはなはだしいこととあり、違法性の大きいことになるとする⁽⁸³⁾。

しかし、この見解からは、社会的相当性の判断基準が不

明であり、小野説と同様の問題がある。さらに、社会的相当性が定まるとしても、その逸脱の程度の判断方法も明らかでない。

B 結果回避のための意思的努力の程度に着目する説

(二) 中野次雄は、過失の中核を「或る事の内容を明瞭に意識している状態(心理学上の「注意」の概念)」の欠缺であると解し、行為者が「かかる意識状態を生ぜしむべき意志的努力を怠ったところに刑事責任発生を理由がある」とする。その上で、「重大な過失を注意を怠る程度の大なる場合、いかえれば、軽度の注意を以てしても事故発生を防止し得たにもかかわらずこれを缺いた場合を指す」とする⁽⁸⁴⁾。

(二) 「或る事の内容を明瞭に意識している状態」にいう

意識の対象が明らかでないが、結果発生を意識、すなわち、結果の予見を指す⁽⁸⁵⁾とすると、軽度の注意で予見できたからといって、その対策が困難であれば、結果の回避も容易になるとは限らない。そうすると、結果予見及び結果回避のための対策の認識の両方が問題になると解すべきである。従って、重過失は、そのような結果予見及び結果回避方法の認識のための意志的努力を怠る程度の大きいこと、ということになる。

このような、結果発生を防止するための、結果の予見ないし結果回避方法の認識のための努力を求めることが、刑罰の目的の一つであると言えることができるし、

そうであれば、これを怠ったことが個人的非難を高めるということもできる。このように解すると、中野説は、基本的に過失犯の処罰根拠から重過失の加重根拠をうまく説明していると思われる。

(三) しかし、中野説が、この「意識の状態を生ぜしむべき意志的努力を怠る程度の大なる場合」という定義を「軽度の注意を以てしても事故発生を防止し得たにもかかわらずこれを缺いた場合を指す」といいかえているのは、適切でない。このような見解からは、軽微な意志的努力では意識できないが、通常の意志的努力で十分意識できた場合に、一切意志的努力を行わなかったとしても、単純過失にとどまることになる。しかし、意識が困難である場合の方が、より意志的努力が求められるはずであるのに、これを一切行わなくても、単純過失にしかなり得ないというのは妥当でない。従って、前者の定義が妥当である。⁽⁸⁷⁾

(四) 平野龍一は、過失を注意義務違反、すなわち精神の緊張を欠いていた状態と解した上で、重過失は過失の程度の高いものであるとする。精神の緊張を欠いていたとは、意志的努力を怠っていたこととほぼ同様の意味であると思われる。さらに、平野は、具体的に、①結果発生の可能性が高いとき、②酔っ払い運転など精神の弛緩が大きかったときを挙げる。①は、結果発生の可能性が高いにもかかわらず、結果を予見しなかつ

たときは、精神の弛緩が大きかったといえ、②は、精神の弛緩が大きいため、危険が大きくても予見ができなかったであろうといえるとして、重過失といえるとする。前述の中野説の言い換えの問題は、①の場合のみに着目し、②の場合を把握できていないことにあるから、平野の言い換えは、適切な具体化であるといえる。

C 軽微な注意で結果の予見が可能であつたどうかに着目する説

(一) 団藤重光のように、重過失はわずかの注意で結果発生の表象（認識・予見）が可能であつた場合を言うとする見解についても、軽微な注意に着目する点で中野説の後段の言い換えと同様の問題が生じる。

(二) 内藤謙も、行為者が結果発生を容易に予見しえた場合、従って結果発生を容易に回避しえた場合、いいかえれば、行為者がきわめてわずかの注意を用いることによって結果を予見することができ、従って、その行為に出ないで結果の発生を容易に回避することができたであろう場合に重過失を認めるとする点では、同様の問題がある。もっとも、内藤は、具体的には、二類型に分け、①行為から結果が発生する危険性が高度であるとき、②行為者の責任に関する具体的事情からして結果発生を容易に予見しうるのに予見せずに行為に出て、結果を発生させたときを挙げる。予見の容易な

場合である②に加えて、①の場合を指摘することが、予見の容易性のみでは説明できないことを自ら明らかにしているものといえる。この具体例自体は、ほぼ平野説に対応しており、内藤説自身の定義には反するが、妥当であるといえる。

D 基準行為からの逸脱の程度に着目する説

(一) 藤木英雄は、重大な過失とは、注意義務違反の自体の違法性が特に強度である場合をいい、重大な結果を惹起しやすい事情の下においてその行為者に遵守を要求される注意義務の基準から大きく逸脱するときに認められるとする。定型的危険性の高い行為については、反復継続しない為、業務性が欠ける場合に、特に軽微な過失を除き重過失が認められるとする。また、定型的危険が認められない行為でも、具体的事情のもとでは、行為が異常な危険度を帯びることがありうるとする。^{②③}

(二) しかし、基準行為からの逸脱の基準が明らかでない。基準行為を定める規範の重要性で考慮するということも考えられるが、*Leichterföhrigkeit*に関するヴェクシャイダーの見解に対する批判でも述べたように、規範の重要性を導く更なる基準を具体的に定めることはできないように思われる。結局、具体的事案において、危険性が高いものを逸脱の程度が高いと後付けられるだけ
に思われる。

(三) そもそも、新過失論が基準行為を定めるのは、行為規範を明らかにする為であって、基準行為通りに行動するかどうかが必要である。その逸脱行為は、程度を問わず、禁止されるべき行為である以上、逸脱の程度は、本来、考慮することが予定されていないのである。従って、新過失論の立場からも、基準行為の逸脱の程度に重過失の根拠を求めることはできない。

E 予見義務違反及び結果回避義務違反の両方に着目する説

(一) 大谷實は、通常の過失に比べて、容易に結果の発生を予見することができ、かつ容易に結果の発生を回避しうるので、その注意義務を怠って結果を発生させた場合をいうとする。^{④⑤}

内田文昭は、違法性に関しては、当然に結果の予見が可能の場合に、当然に要請される結果防止措置を講ぜず、あるいは結果を認識して防止措置を講じる努力をおよそ払わないことを要求し、責任に関しては、行為者個人の能力に照らして、容易に結果の予見、回避ができるのに何らその努力を払わない場合、又は本人自身が認識した結果に付き回避措置を何ら講じないことを要求する。^{⑥⑦}体系的な位置付けはともかく、大谷説と近い立場であろう。

(二) 山口厚は、過失とは、注意義務違反であり、結果予見義務違反、結果回避義務違反であるから、これらの

義務違反の程度が重い場合が重過失であるとする。すなわち、容易に予見しうるのに予見しなかった場合、行為者に求められる結果回避義務行為からの隔たりが大きく、危険性が高い場合をいうとする。

西田典之は、前述の平野説と同一の結論を採るが、過失の内容としては、予見義務違反だけでなく結果回避義務違反も考慮する。^⑧

(三) 大谷説は、予見の容易性と結果回避の容易性をいずれも要求する。それに対し、山口説及び西田説は、予見義務違反の程度が高い場合と、結果回避義務違反の程度が高い場合の二類型と考えている。しかし、後に述べるように、結果回避の容易性の中で、予見の容易性を考慮に入れば足りると考える。このことからすれば、山口説が予見義務違反又は結果回避義務違反の高い場合と捉えることは、いずれかの義務違反があれば、結果回避ができないという意味では、妥当である。行為が重大な結果を招くおそれを含むことを要求する説

(二) 藤木英雄は、「死傷の原因となる行為が、一般に、一歩誤れば重大な結果を招くおそれを多分に包含した性質のものであることが分かっており、当該行為をするものに対してとくに慎重な態度を期待される性質のものであるか、あるいは、当該具体的な事情の下では、その行為が甚だ危険であることが容易に察知でき、と

くに慎重な態度を要求される場合であることがあげられなければならない、要するに、行為の具体的な人身に対する危険性が著しく大なる行為をなす際の過失であつて、その行為者がその危険性を知っているか、あるいは容易に知り得べき状況にあつた場合のそれが、重大な過失であるというべき」とする。

その後、藤木は、前述の通り、さらに、基準行為からの逸脱の大きさも要件に加えるが、重大な結果の生じやすい状況であることを要求することに変更はない。

齊藤信治は、重大な結果をもたらしかねない顕著な事情の存在と注意義務違反の程度のとくに大きいことの両者を要求する。^⑨

(二) これに対して、須々木圭一も「重大の結果的事態を出現せしめる危険が大きいこと」を要求するが、重過失が挙動犯にも認められるべきである以上、重要なのは、発生すべき結果の重大さであつて、結果を生じさせる危険性ではないとする。^⑩

(三) しかし、いずれの説も、たとえ一人に対する軽傷にとどまるものであつても、その結果が容易に予見されるべきであるような状況で、結果の予見・回避をしなかった場合まで、単純過失にとどまるというのは、二一条が致傷の場合を何ら限定せずに定めていることからすれば、明らかに不当である。

(四) 西原春夫は、この説と些細な注意を払うことによつ

て注意義務を尽くしたのにこれを怠った場合をいうとする説は、総合する必要があるとし、いずれの場合であつても重過失の成立を認める^⑧。

この見解は、危険性という注意を要求する程度を高める事情とわずかな注意すら怠つたという主観的な事情をいずれも考慮するという点で、重要な指摘である。しかし、多数に対する重大な危険やわずかな注意で結果の予見・回避ができたことは、完全に独立の要素ではなく、関連・連動する部分があるし、この二類型だけで、重過失の全ての場合をカバーし尽くしているかは、なお疑問がある。重過失の本質は、この表面に現れた二類型の背後に存在する理念に求めるべきである。

(五) さらに、内田文昭は、上記の結果予見・回避義務違反の重大性に加え、(既遂の場合には)発生した結果が現に重大であることを要求する^⑨。

これに対しては、重大な結果を生じさせる危険性の大きさを要求する須々木圭一^⑩からも、挙動犯において、重過失を認め得ないことになると批判されている。

重過失致死傷に限つてみても、法定刑の下限が単純過失致死傷と同一であることや致傷の程度について何ら条文上限定がないことからすれば、この要件は不要とすべきである^⑪。

第三節 私見

一 注意義務違反の内容

(一) 私見は、まず、重過失とは、過失の程度が重い場合、すなわち、過失の要素たる注意義務違反の程度が重い場合であると解する。

そこで、注意義務違反の内容として、何を考えるべきであるかが問題となる。まず、予見義務違反のみを問題とする見解は、妥当とは思われない。予見義務は、それ自体が目的ではなく、その予見によって、結果を回避することが最終的な目的であるはずである。予見が容易であつても、結果回避が(不能ではないが)困難な場合がありうる。また、そのような場合には、現に予見していたとしても、結果回避が困難なのだから、無過失かせいぜい単純過失と評価されるべきであり、予見しても結果発生の回避可能性が高まらない場合まで重過失として非難すべきではない。逆に、現に結果を予見し、結果回避が容易であつたにもかかわらず、結果回避行為をとらなかつた場合には、仮に、通常であれば予見が困難だとしても、責任非難が加重されるべきである^⑫。

(二) また、結果回避が容易である場合を重過失とする見解も妥当でない。このような見解からは、単に結果回避が(容易ではなく)可能であるに過ぎないが、著しく注意を欠いたような場合は、単純過失として評価さ

れることになる。しかし、結果を回避すべく一層の注意が必要であるにもかかわらず、そのような注意を著しく怠ったことを通常よりも重く非難できないというのは、妥当でない。結局、結果回避が容易であるにもかかわらず、これを怠った場合は、重過失として重く処罰することが妥当であるというに過ぎず、逆は成り立たない。

(三) そこで、私見は、注意義務違反の程度の重い場合とは、予見可能性を前提とした結果回避義務違反の程度が著しい場合をいうと解する。予見可能性がなければ、責任を問えないことは当然であるが、予見可能性が存在すれば、その高低は、独立に問題とならないと考える。予見可能性の高低は、結果回避行為の容易性など他の事情と併せて結果回避可能性の高さを判断する一事情に過ぎないと解すべきである。

また、ここでのいう結果回避義務違反の程度は、想定される基準行為からの逸脱の大きさを意味するわけでもない。基準行為というものを設けても、そこからの逸脱の程度を比較することはできないからである。むしろ、中野説が前提としていたように、行為ではなく、結果回避に必要な意思的、精神的努力を基準とすべきではなからうか。求められる意思的、精神的な努力を怠ることが、行為者の個人的な非難に値し、その怠った程度が基準に比して高ければ、非難可能性も高いと

言えるからである。ここでのいう、意思的、精神的努力は、結果回避に向けられた努力でなければならない。あくまでも、回避のために、予見が必要となるに過ぎない。

ここで基準として比較の対象とするべきは、「平均」的な過失における努力ではない。ヴェクシヤイダーも言うように、個別の事案において異なる状況の下で、平均を導くことはできないし、過失の「平均」を決めること自体に意味がないからである。従って、ここで基準とすべきは、当該事案、当該行為者にとって結果回避のために必要であった意思的、精神的努力である。その基準に対して著しく下回る努力しかなかったことが、個人的な非難を高め、重過失と評価されるのである。この立場からは、重過失と單純過失を区別するのは、当該個人を基準として責任段階においてなされることになる。

さらに、前述の通り、結果回避可能性が高いことは、その程度の回避の努力すらしなかったという点で重過失を基礎づけるが、必要条件ではない。結果回避が困難場合に、意思的、精神的努力を怠ってもよい理由にはならないが、結果発生の危険がある行為をする以上、結果回避に向けた努力は、一定水準以下であってはいらない絶対的レベルがあると考えられるからである。

二 具体的判断方法

(一) 意思的、精神的な努力を基準とすることについては、基準が不明確になるとの批判がなされるかもしれない。しかし前述の通り、基準行為からの逸脱の大小という基準による明確化は、逸脱の程度を定められない以上、重過失と単純過失の区別に用いることは、原理的に不可能である。

確かに、意思的、精神的な努力の程度として捉えること、規範的、評価的な概念となり、曖昧さが増すことは否定できない。しかし、刑法上、規範的概念、精神的概念を完全に排除することはできない。そして、直接把握することはできないが、所与の意思的、精神的な努力の程度を位置付けることは、理論的には可能である。

(二) しかし、理論的には可能であっても、心理的要素の程度の位置付けを直接行うことは、現実には不可能であるので、具体的には、外界に現れた事実から間接的に、その程度を判断するほかない。

例えば、重大な落ち度に関するブルクシュタラーの基準を参考にすれば、当該行動が人的損害を危惧させる蓋然性の程度が高い場合や生じ得た結果が重大である場合は、要求される意思的、精神的な努力の程度も高くなる。当該行動の社会的価値及び社会的通常性並びに注意義務違反の回避のために具体的に必要であつ

たコスト等が低いにもかかわらず、適切な結果回避のための行為がなされなければ、通常、結果回避に向けた意思的、精神的な努力の懈怠が大きいと言える。

同様に、オーストリアにおけるモザイク理論を参照すれば、複数の規範に違反する場合も、意思的、精神的な努力の懈怠の程度が大きいことを推認させる。すなわち、複数の義務違反があれば、意思的、精神的努力がそれなりにすらなされていたと言い難いからである。

(三) このような事情を具体的な事案において判断して、意思的、精神的な努力の程度を判断するべきである。

この際、複数の義務違反行為があったとしても、それぞれを過失行為として判断する必要はなく、その全てが意思的、精神的努力の懈怠を表象する事実である。

三 非親告罪に関する問題

(一) 重過失の場合には、傷害結果が発生したにとどまる場合でも非親告罪とされていることについて、一言したい。

致死の場合には、二一〇条が単純過失であっても非親告罪としているが、死亡という重大な結果に着目したものと考えられる。

これに対して、致傷の場合については、前述のように刑法二二一条一項後段の規定が新憲法制定による人身保護の要請にあるのだとすると、重過失であっても、

被害者本人が告訴していない場合にまで、公訴提起を可能とする必要性はないように思われる。

(1) ドイツでは、§ 230 Abs. 1 StGBが職権訴追の要件として定める「特別の公的利益」について、我が国であれば業務上過失又は自動車運転過失に含まれると思われるものを除けば、同種前科と特別に^③leichtfertigeな場合が考えられているようである。しかし、同種前科については、§ 230 Abs. 1 StGBが、故意の(軽)傷害も含む規定であるので、過失の場合がどこまで考慮されているのかは、よく分からない。

(2) さらに、我が国では、一般に重過失の場合を非親告罪としており、そのような限定はない。また、我が国の行刑では、注意力が上がり、今後の過失を減らす特別予防効果がどれほどあるのかも疑問であるから、死亡に至らず、被害者も告訴によって処罰を望んでいない事案まで、公訴提起及び処罰を可能にする必要性は低いと思われる。

そうすると重過失一般について、非親告罪とする積極的理由はないように思われる。業務上過失致死傷と同様に扱うという立法技術的な理由によって、非親告罪となっているのではないかと推測される。

従って、告訴のない公訴提起には、慎重であるべきであろう。立法論的には、重過失致傷を親告罪として、単純過失致傷と平仄を合わせることも考慮に値するも

のと考える。

四 結論

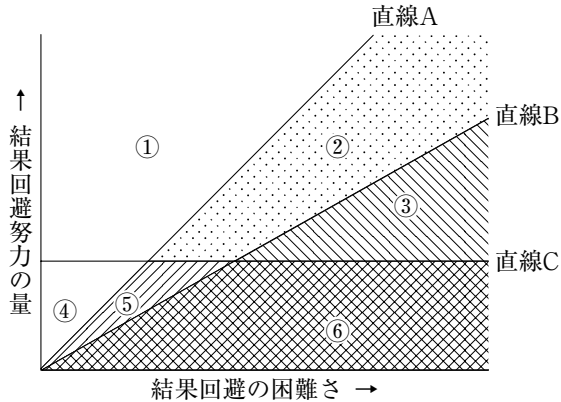
以上より、私見は、重過失である注意義務違反の程度の重い場合の基準について、結果回避に向けた意思的、精神的努力に着目し、事案に応じた相対的な基準と絶対的な基準の二つの基準が必要である、と考える。すなわち、一方で、結果発生の危険が大きい場合には、より慎重に行わなければならないから、結果回避に向けて、より大きな意思的、精神的努力が要求されるはずであって、行為者の払った努力がその要求される努力の水準から大きく下回っている場合には、その注意義務違反の程度が高まる。他方で、危険発生の危険が大きくない場合であっても、結果発生の危険を有する行為である以上、通常期待される最低限度以下の努力しか行われない場合には、そもそも、そのような最低限の努力すらしなかったという意味で注意義務違反の程度が高い。

これらのいずれかに該当する場合には、注意義務違反が重く評価され、非難可能性が高まるから、重過失として、重く処罰されるべきである。

これを模式的に表したものが下図である。

X軸が結果回避の困難さ、Y軸が結果回避のための意思的、精神的努力の程度を示す。

直線Aが結果回避に必要な、意思的、精神的努力の程度を表し、直線Aより上の領域(①、④)であれば、通常結



果回避が可能である。仮に、結果が発生したとしても相当因果関係がない。

直線Bは、危険性の程度による相対的な重過失の基準である。

直線Cは、危険な行為を行う以上要求される絶対的な重過失の基準である。

直線B、Cのいずれかを下回り、直線Aを上回らない場合には、重過失が認定される(③、⑤、⑥)。

第四章 業務上過失

重過失の場合には、その加重理由は、文言通り過失が重大であるためであるといえるため、その内容のみが問題となった。しかし、業務上過失においては、刑の加重根拠から明らかにしなければならない。そして、その根拠に基づいて、業務の内容を確定する必要がある。

以下では、まず、判例を検討した後、これらの問題についての学説を検討する。

第一節 判例の検討

一 大判大正八年一月三日刑録二五輯一〇八一頁

(一) 事案は、狩猟免許を有する被告人が狩猟中に、不発弾の填換をしようとして、火薬を置いたところ、不発弾の雷管が爆発して、火薬に点火し、周囲にいた七名にやけどを負わせたというものである。

(二) 大審院は、刑法二二一条の業務とは、「人力継続シテ或事務ヲ行フニ付キ有スル社会生活上ノ地位ニシテ其自ラ選定シタルモノヲ云ヒ、其事務ノ公私孰レタルト報酬利益ヲ伴フト否トヲ分タス、又其者ノ主タル事務ナルト従タル事務ナルトニ何等ノ関係アルコトナシ」とし、「狩猟ハ之ヲ業務トスル者ノ他尚業務ニアラ

スシテ娛樂ノ為ニ之ヲ行フ者ノ存在スルハ言フ須タサル所」であるとする。本件では、被告人が狩猟を常業とした事実は証拠不十分であり、(単純)過失傷害として告訴がないため公訴棄却した原審を是認した。

(三) 本判決は、業務の意義について、反復継続性と生活上の地位に加え、自ら選定したことを要求している。現在ではこの要件が指摘されないが、重要な要素であるように思われる。

二 最判昭和二六年六月七日刑集五卷七号一二三六頁

(一) 事案は、(事件当時、車掌が本務であつた)被告人が上司に無断で、電車の運転をし、制限速度を超過してカーブを通過しようとしたところ、電車が転覆し人を死傷させたというものである。

(二) 最高裁は、刑法二九条二項、二二一条にいう業務とは、「各人が社会生活上の地位に基き継続して行う事務のことであつて、本務たると兼務たるとを問わないものであり」「上司の許可を経ないで判列列車の運転に従事したからといって」、業務上の行為でないとはいえないとした。

(三) 本判決では、社会生活上の地位及び反復継続性の要件が明示されている。しかし、本務と兼務を問わず、上司の許可を得る必要はないという以上の内容は明らかにっていない。

三 最判昭和三二年三月二六日刑集一一卷三号一一〇八頁

(一) 本判決は、被告人が自動車運転していたところ川に転落したという事案に関するものであるが、重要な点は、上告理由として、刑法二二一条による刑の加重は、注意義務の標準は、客観的に平等に定まり、業務者かどうかによつて差別するべきでないから、業務者であるために重い刑を科すのは、憲法一四条の平等原則に反すると主張した点にある。

(二) 最高裁は、この上告理由に対して、刑法二二一条が重い刑罰を定めているのは、「人の地位、身分によつて差別を設けたものではなく、いかなる地位、身分にあるものでも、いやしくも一定の業務に従事する者は全て同条の適用を受け、また業務の種類によつてもなら異なる取扱いをするものではない」く、同条は、「業務について特別の注意義務を定めたのであつて、人が誰であるかは問うところではなく、そして人が一定の業務に従事しているということは、その人の属性による刑法上の身分であつて、憲法一四条の社会的身分とは言えない」とした。

(三) 本判決は、業務者に特別の注意義務が定められているという、後述の義務加重説に加重根拠を求めているといえる。

四 最判昭和三三年四月一八日刑集一二卷六号一〇九〇頁

(一) 事案は、部品会社の監査役である被告人が休日

樂のために狩猟免許を有して狩猟を行っていたところ、同伴者に散弾銃を命中させ、傷害を負わせたというものである。

原審は、前掲大判大正八年一月一日に従い、娛樂のための狩猟である本件は、業務とは言えず、単純過失致傷に当たるとして、告訴のない本件を公訴棄却した。

(二) 最高裁は、刑法二二一条の業務とは、「本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて」、「かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによつて収入を得るにあるとその他の欲望を満たすにあるとは問わないと解すべきである」として、前掲・大正八年大審院判決を変更した。そして、本件では、被告人が毎年狩猟免許を受けて狩猟を続けており、本件当時も自己の猟犬を使用して狩猟行為をしていたことから、反覆継続していたことが推測され、本件狩猟行為は業務に当たるとした。

(三) 本判決は、業務上過失は、職務等によつて行われる場合に限定せず、娛樂等による場合も含むとした。調査官解説は、「社会生活上の地位」という表現は、社会生活上の活動である職務、職業又は營業を他と區別するために使用されたものであり、娛樂やスポーツの狩猟家を含めることは、「いえないことはないにして

も、本来の意味からは遠ざかる感を免れず、限定の意義が薄くなる」とする。さらに、判旨が「本来人が社会生活上の地位に基き」(傍点三井)としていることについて、本来はどのような要件を必要とするが、常にそうではないという意味に解されないこともないが、本件被告人のような狩猟家も社会生活上の地位であると認めた趣旨とする。

(四) しかし、調査官の二つの読み方以外にも、「本来」の読み方があり得る。すなわち、「本来」は、社会生活上の地位に基づいて行うことが通常予定されている態様の行為であることを意味し、行為者がたまたま社会的地位に基づいて行っていなかった場合も含むと解するのである。本件で言えば、毎年反覆継続して猟銃を用いた狩猟を行うことは、通常は、職業的狩猟家が行うことが予定されているのであるから、被告人が娛樂として行つたとしても、そのような狩猟行為をあえて行つた以上は、業務に当たると解することができる。筆者は、後述の理由から、この読み方を主張する。

(五) さらに、本判決によつて、他人の生命身体に対する危険を有する行為であることが必要とされ、現在の判例・通説で支持されている三要件が全て最高裁で認められたと言える。

(六) また、本判決の新たな主張は、娛樂等も業務に含まれうるとする点に限られていると解される。大判大正

八年の自ら選定したものを言うとする部分は、本判決の業務の定義の部分では触れられていない。

五 最決昭和六〇年一〇月二一日刑集三九卷六号三六二頁

(一) 事案は、以下のようなものである。被告人は、ゴム会社の工場部門の責任者として、易燃性であるウレタンフォームの取扱、保管及びこれによる火災の防止等の業務に従事していた者であるが、ガス切断機による切断作業を監督していた際に、ウレタンフォームに火花が飛び散っており、燃え移って火災になるおそれがあったにもかかわらず、何らの措置を講じなかったため、工場を全焼させ、七名を死亡させたという事案である。

(二) 最高裁は、業務上失火における業務について、「職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位をいう」ものと解し、業務上過失致死における業務について、「人の生命・身体の危険を防止することを義務内容とする業務も含まれる」とした。

本件では、「被告人は、ウレタンフォームの加工販売業を営む会社の工場部門の責任者として、易燃物であるウレタンフォームを管理するうえで当然に伴う火災防止の職務に従事していた」として、本件事案の経過の下では、業務上失火および業務上過失致死に当たるとした。

(三) 谷口裁判官の補足意見の要旨は、前章で述べたので、

省略する。

(四) 本判決は、業務上失火と業務上過失致死傷における業務上過失概念を明らかにした点と、「危険を防止することについても業務性を基礎づけるとした点に意義がある。

(五) また、谷口補足意見は、基本的に法廷意見の見解を肯定するとするが、重大過失説に立つものであり、義務加重説に立つとされている従来の判例の問題点についても指摘している。さらに、自ら選択したことを要件として明示している点にも着目したい。

第二節 業務上過失の加重根拠

一 重大過失説

(一) 平野龍一は、業務上の行為から結果が発生することは、一般の人よりも容易に知りうるはずであるにもかかわらず気がつかなかったことを、それだけ過失が重大だといえるからであるとし、重過失を類型化したものであるとしている^⑬。

福田平が、業務者が高度の注意能力を持つから、通常人と同一の注意に違反したばあいであっても、通常人と比べて、その違反の程度が著しく、その行為の社会的相当性からの逸脱の程度がはなはだしい結果、行為が無価値及び違法性が大きいとするのは、この立場を新過失論から説明したものであると言えよう^⑭。

これらの見解からは、論者の重過失の位置付けにより、違法又は責任が加重されることになる。

(二) この見解に対しては、業務者であるからといって、常に結果の予見及び回避可能性が常に高いとは限らないという批判がなされている。また、業務以外でも反復継続すれば、加重されるべきことになるという指摘もある。

(三) そこで、内田文昭は、業務上過失も類型的な重過失の一種であり、構成要件上は、業務上過失に分類するが、違法性・責任が重大であるかを検討し、重大性が認められない場合には、改めて単純過失の構成要件として検討する必要があるとする。

しかし、この見解は、業務上過失を定める意味が乏しく、現行法の解釈としては、採りがたい。

二 違法重大説

(一) 宮本英脩は、被害法益が重大又は多数であるために、重く処罰する必要があるからであるとする。

しかし、この説に対しては、業務上過失であつても常に被害法益が大きいとは限らないという批判がなされている。もっとも、この批判に対しては、宮本の立場では、業務について、性質上、通例何人かの生命又は身体に対する危険を伴うことを要求するから、違法性が重大であると言ひ得るのではないかと思われる。

さらに、被害法益が多数であつても、責任も重くない

場合でなければ、被害法益自体によつて刑罰を加重することは、責任主義に反するとの指摘もなされている。また、むしろ未熟な非業務者による行為の方が法益侵害の危険性が大きいという批判もなされている。

(二) 小林憲太郎は、業務とは、それ自体が類型的に他人の生命身体と関わりを有して、その遂行方法がまずいと、他人の生命身体を侵害しがちな事務であるために、反復継続されることでより強度の注意が要求されるものを言ふとし、加重根拠は違法性の高さに求められるとする。

この説明は、危険性と反復継続性が要求される理由をうまく説明でき、重要な指摘を含んでいるが、発生した結果が同じであつても、なお違法性が高い理由を明らかにする必要がある。

(三) 林幹人は、危険性の高さだけでなく、重い結果を引き起こす危険も含んでいることが、不法を高めるとする。しかし、重い結果の危険の要求に関しては、宮本説と同様の問題がある。なお、林は、器物損壊の危険では足りないとするが、道交法一六条が業務上過失建造物損壊を処罰しており、建造物損壊も重い結果にあたるするのであれば、極めて軽い結果を除くという程度の意味しか有しないであろう。

(四) 西原春夫は、業務者には、通常人の行えない権利が排他的に付与されている反面として刑が加重され、業

務上の注意は、「高度」なものではないが、「特別な」義務であるから、通常の注意義務違反よりも違法性の程度が高いとする⁽¹¹⁾。

しかし、そうであれば、「業務」は、通常人が行い得ないものに限られ、かつそのような業務だからこそ課されている注意義務の違反でなければ、違法性を高め得ないことになる。この説の論者がそこまで限定する意図であるかは明らかでないが、このような限定は、業務上過失往来危険の解釈としてはともかく、業務上過失致死については疑問がある。

また、違法性が重大であると言うことに對して、致死の場合には、二一〇条と二一一条の法定刑の下限は同一であるから、軽微な違法性も含まれているはずであるという指摘がなされている⁽¹²⁾。

(五) 柏井康夫も、特別の知識・経験を有する者には、「高度」ではないが、「特別」の義務が課されているとする。そして、義務加重説に對してなされている業務者と非業務者で、注意義務の内容は変わらないはずであるとの批判に對しては、業務者は、特別の注意能力を発揮して、結果を回避すべきであったのにこれを行ったことが非難され、後者は、そもそもそのような特別の注意を必要とする行為を行うべきではなかったとして非難されるという点で異なっているとする⁽¹³⁾。従って、業務性によって、違法性が加重され、重過失

は、責任が加重されるとする⁽¹⁴⁾。

柏井は、明確に、特別の知識・経験を有する者に業務者を限定する。そして、反覆継続性は、特別の知識・経験を推認させる事情であるとする。

しかし、この見解によれば、明らかに職業等として反復継続して行っていたにもかかわらず、特別の知識を学習しなかった者は、業務者ではなく、重過失として処罰すべきであることとなる。このような結論は、条文の文言及び構造からあまりに乖離している。さらに、何が特別の知識・経験であるのかの基準が全く明らかにされていない。また、例えば、一般の医師の特別の知識・経験と専門医としてのさらなる特別の知識・経験の関係などが問題になり得る。

また、仮に、特別の知識・経験を有する者を排他的に行う権限が与えられている者と解するのだとすれば、西原説と同様の批判がなされよう。

三 責任重大説

(一) 曾根威彦は、西原説と同様に、通常人には行い得ない特別な権利が排他的に付与されていることを理由とするが、違法性ではなく、注意義務を尽くすことに對する期待が一般に比べていっそう強いという見地から、義務に違反した場合に責任非難が高められるとする。

(二) 曾根がこの加重根拠を主張するのは、業務概念を限定するという意図と結びつく。すなわち、義務を尽く

すことに対する期待が高いことに加重の根拠を求めるため、社会生活上の地位について、社会生活上の活動である職務・職業・営業として行われる主たる事務及びそれに付随する従たる事務に限定する^⑧。しかし、義務を尽くす期待が高い理由につき排他性を根拠とするのであれば、単に社会生活上の活動ではなく、排他的に特権として付与された職務・職業・営業にさらなる限定がなされなければならないはずである。また、免許制度等があるものは、排他的に権利が与えられているため、義務を尽くす期待が高いといえ、論者の意図する自動車の除外にも結びつかない。

また、責任が重大とする場合も、違法性が重大であるとする説と同様に法定刑の下限が同一であるという批判を免れない。

(三) 山中敬一は、刑事政策的見地から、特に高い注意義務を要求し、さらに業務者の高い注意能力が一定程度擬制されており、可罰的責任が高まるとする^⑨。

しかし、刑事政策的見地の内容及びなぜそのような擬制が可能となるのが不明である。

(四) 義務加重説

(二) 大場茂馬は、特定の業務を有する者は、業務上必要な注意を為す義務があり、それにも拘わらずその義務を怠つて、人を死に致すときは、その罪が常人に比し重いとす。これに加えて、特定の業務を有する者は、

その業務を有する当然の結果として常人が有しない業務上の義務を有することがあるとする。その注意義務の内容は、法令若しくは慣習により定まるとする^⑩。

しかし、この説明では、後者に当たらない業務者も存在するが、その場合の注意義務の内容及びその罪が常人よりも重い根拠が明らかにならない。

(二) 小野清一郎は、業務者は業務者として普通人よりもすぐれた認識能力があり、またその業務上格別に慎重であることが要請され、期待されているから、たとえ心理的には通常人の過失の程度であっても、それに対する道義的非難は大きいことが加重されている理由となるとする^⑪。

(三) 団藤重光は、業務者であるために特に重い注意義務違反が課される身分犯であると解している^⑫。しかし、業務者が事実上つねに認識の範囲が広く確実だとはいえないから、「認識の範囲が広く確実である」べきという高度の注意義務が要求されているとする。従つて、行為者の具体的能力は顧慮されず、行為者に業務上必要な注意をするだけの能力がなくても、業務者としての予見及び回避可能であれば、責任は阻却されないとする^⑬。

前掲・昭和三二年三月二六日最高裁判決もこれに近い立場であると考えられる。

(四) この見解に対しては、同一の客観的事情の下におい

て同一の行為をする者に要求される注意義務は、業務者であれ非業務者であれ異なる理由はないと批判されている。

これについて、植松正は、業務に関連する特定の事項に関しては、注意可能な範囲が一般人よりも広くかつ広いと言えるから、業務上特別の注意義務を考えること自体は、全く理由のないことではないとしつつも、これは、業務者について過失を認める不注意の範囲が一般人よりも広いことの根拠にはなるが、刑罰加重される理由にはならないとする。

さらに、内藤謙は、通常の過失の標準で折衷説を採っても、業務上過失では固い客観説となり、そのよ

五 業務加重説及び重大過失説に純化できないとする説

(一) 山口厚は、業務加重説は、一定の危険な行為について、行為者の能力とは別に、業務上過失が実際には広く適用されている現実を説明しうるが、そうした現実が不当ではないという為には、過失の重大性が肯定される必要があるという重大過失説の指摘は無視しえないとする。そのため、業務行為の危険性又は反復継続性により重過失を典型的に肯定しうるような事例について、業務上過失致死傷が適用されるべきとし、行為の危険性と反復継続性は、相互補完的な要素であるとする。

山口は、この意味において、業務上過失を「類型化された重過失」と解する。

(二) 山口が行為の危険性と反復継続性を相互補完的に捉える点については、正当であると考えられる。しかし、危険性については、非業務者が危険な行為を行っても必ずしも重過失に当たるとは限らないし、反復継続性の根拠を重大過失説と同様に結果予見及び結果回避能力の向上の期待に求めるのであれば、実際に予見能力が高いとは限らないという批判が可能であり、なぜ、反復継続性があれば、行為の危険性を補いうるのかを説明する必要がある。

六 一般予防説

(一) 植松正は、業務者が通常人よりもその業務に関して注意が行き届くことから、注意義務が加重されることに加え、特別の業務に従事するものには、特に重い刑事責任を負担させて、一般人より多くの注意を喚起させる必要があると解せられるからであるとする。

また、中野次雄も、業務による場合は事故発生の機会が多いことと、慣れによって注意を怠りがちになるため、絶えざる注意を要求する一般予防を目的としたものだとする。

(二) 町野朔も、基本的に重大過失説の立場に立つが、業務者が常に予見能力が向上しているとは限らないにもかかわらず、重く処罰される理由は、危険な行為に従

事する者に警告を発するという一般予防的な考慮によるものといわざるをえないとする^⑧。

(三) 斎藤信治は、生命・身体に対する危険をとくに含む行動を反復継続する意思とその客観的裏づけのある者が、その行動に際し、一般の単純な過失致死傷と比べて、特別予防・一般予防的な働きかけを特に強める必要性・合理性があると^⑨する。

しかし、ただ、業務として行っただけで重い刑罰を科されたとしても、特別予防の効果は疑わしいと思われる。

(四) これらの見解に対しては、刑事政策上の理由だけでは足りないとの批判がなされている^⑩。

確かに、責任主義の見地から、さらなる根拠を必要とするということは、否定できないが、一つの根拠として、危険な業務を行うものに対する警告という意義を否定することもまたできないように思われる。

七 私見

(一) 重大過失説には、必ずしも現に予見可能性・回避可能性が高いとは言えないという問題があり、違法又は責任加重説も違法又は責任が必ずしも高くない場合があるという問題があった。義務加重説も、予見義務及び結果回避義務に関して業務者と非業務者と異なる理由はない。山口説は、行為の危険性と反復継続性を相互補完的に捉える点では、妥当であるが、その根拠が

十分に明らかになっていないとは言えない。一般予防説は、政策的意図を刑法の体系上位置づける必要がある。

(二) そこで、私見は、行為者の義務や能力ではなく、前掲・大正八年大審院判決が「自ら選定」したことに言及することに着目する。すなわち、自ら選択して、あえて危険な行為を行った以上、自らの過失によりその危険が現実化した場合には、その結果を引き受けるべきであって、単純過失よりも重い個人的非難を受けるべきであると言えるからである。従って、一種の責任加重説と言えるが、その加重根拠を行為者自らの選択に求めるのである。

この任意の選択については、前述のライヒ裁判所の判例のほか、若干の学説でも採用されている。すなわち、大場茂馬は、業務とは、官職、職業、営業等にして自ら選択したある人の生活における地位を謂うとし、自然に有する身分上の関係は、業務ではないとする^⑪。さらに、宮本英脩は、業務を職業と職務に分類し、職業とは、任意に反復する意思を持つてすること、職務とは、義務として反復する意思を持つてすることをいうとする^⑫。ここで、宮本説での職務についても、この義務が、職業に付着するものであれば、職業に就いたことで、任意の選択が認められる。そのような任意の選択が認められないものは、あるいは戦前であれば、徴兵制や世襲的身分等により存在し得たかもしれない

が、現在では、ほぼ考えられないように思われる。中野次雄は、業務とは、危険な行為を反復継続するような「地位を行為者が選択したものをいう」としている。このように危険性に着目すると、責任加重とするよりも、違法加重とする方がより直接的であるようにも思われる。しかし、オーストリアにおける § 81 Abs. 1 Z1 ÖStGB の議論と同様、我が国の二二一条一項による業務上過失致死傷罪も、危険犯ではなく、侵害犯であるから、そのような危険性があっても、人の死傷という結果無価値を高める要素ではない。また、いわゆる行為無価値論の立場に立ったとしても、危険性を含むとはいえ、通常適法な「業務」それ自体をとらえて、行為無価値、すなわち「違法」を高める要素と考えるべきではない。

一般予防の見地からは、あえて危険な行為を選択する者に対して、過失行為について処罰を加重することを示すことで、選択の際に考慮を促し、注意義務を怠らないように強い警告をしているということができる。

以下では、この見地から、業務上過失の要件を検討したい。

第三節 業務上過失の要件

一 「業務上必要な注意」の意義

(一) まず、刑法上の全ての「業務」概念を共通に理解することについて、検討する。業務妨害における保護の対象と刑を加重する要素を同一に解するのは、不合理である。業務上過失の局面において、業務の価値に着目する必要はないし、業務妨害において、危険性や注意義務に着目する必要もないはずである。また、業務上横領においても、故意犯である横領において、横領の危険性や横領しない義務を要件として考えることは、不当である。さらに言えば、業務上墮胎すら、共通に理解することになりかねず、明らかに不当である。

従って、基本的には、各条文の枠内で検討すれば足りる。もっとも、業務上失火や業務上過失往来危険においては、問題がありうる。公共危険犯である両罪には、別の考慮要素も含まれうるようにも思われるが、本稿では、この問題には立ち入らず、業務上過失致死傷に限定して検討することにした。

(二) また、業務上過失の検討において、「業務」を「業務者」として、身分犯として捉える見解が多い。身分犯と明示していないものも、暗黙のうちに「業務者」として行為者に着目するものが多いように思われる。しかし、具体的過失行為から離れて、職業及びそれに類するものに従事する者としての一般的な身分を二

「一条が要求していると解するべきではない。そもそも、文言的にも、二二一条一項は、一二九条二項との対比からすれば、「者」に着目していない。一二九条二項の場合には、汽車、電車若しくは艦船の往來に従事する者は、（間接的な従事者を含めても）十分に限定できるし、そのような業務に従事する者は、（運転者等として）通常職業的に関与することが予定されるのに対して、二二一条一項の場合には、そもそも従事者にそのような限定を付すことが難しい上、職業等として従事する者以外にも同様の行為をすることが考えられることから、この文言の違いは、理由がある。

（三）業務者として捉える見解には、重大過失説や義務加重説と結びついて職業及びそれに類するものに従事することに意義を見いだそうとする意図も見受けられる。

しかし、ある職業等の義務に属するからといって、直ちに二二一条の言う業務上必要な注意に当たるとは思われない。

例えば、実験物理学の教授は、一定の実験においては、生命・身体に対する危険性が高く、また、そのための特別の知識もあるから、どの立場からも業務性を肯定できよう。他方で、法律学の教授は、そのような危険性もないし、その知識も生命・身体保護のためには役に立たないから、業務性が否定される。しかし、学生の質問の対応等の事務は両者共通である。そして、

これらについては、通常、生命、身体への特別の危険はない。にもかかわらず、業務を身分と解すると実験物理学の教授の場合には、その教授たる身分に基づいて後者の業務も行っているため、業務性が否定できない。その上、同一の事務であるのに、専門が実験物理学か法律学かで、業務性の判断が異なるのも不当である。

この例から、ある職業等を取り出して、それに従事する者を二二一条の業務者とすることは、妥当でないことが明らかであろう。

従って、個別の行為に着目して、加重に値する「業務上必要な注意」が要求されるかどうかを判断すればよいのであって、「業務者」であるかどうかは、重要ではない。

（四）そして、ここで「業務上必要な注意」という文言に注目すべきである。すなわち、あくまでも「注意」を分類するものであるので、行為者の地位や動機は、重要ではなく、当該行為に必要とされる注意が業務上のものといえるかどうかの問題とされるべきである。

このことと、私見が前掲・最決昭和三三年四月一八日の「本・来人が社会生活上の地位に基づき反覆継続して行う」（傍点筆者）という文言を「当該行為が、本来であれば、職業等に基づいて行うことが予定されている」と解することをあわせると、そのような行為を

自ら選択してあえて行うことが（一般的な意味で）業務として考えられている場合で、その行為に付着する義務として当然要求される注意義務が「業務上必要な注意」であると言える。通常は、業務として行われるものであるから、その注意義務の対象者は問題とならない。行為者自身にとっては、職業等の意味で業務ではなかったとしても、その行為に要求される注意義務は、類型的に業務上要求された義務であり、自ら選択してあえてその行為を行う以上、注意の性質は変わらない。

（五） そうであれば、副務や付随的事務であっても、通常、職業等としてのみなされる事務であれば、業務上過失を基礎付けうる。

以下では、この観点から、判例・学説において、業務の要件として検討されている社会生活上の地位、反復継続性、危険行為性の三要件について検討する。

二 危険行為性

（一） 危険行為性の要件は、義務加重説からは、危険な業務及び危険を防止することを義務内容とする業務に従事する者であってはじめて特別の注意義務が要求される。義務加重説以外の立場でも、業務概念の限定と違法性、責任を高める要素として、あるいは一般予防の必要性から、一般に要求されている。

（二） 危険行為を自らすすんで行ったことが非難を高める

と解する私見によれば、当然に、危険行為性が必要である。また、危険を防止する業務であっても、自らがあえて選択して、そのような危険を防止する義務を負ったにもかかわらず、これを怠った場合には、非難が高められるから、前掲・昭和六〇年最高裁決定は、正当である。しかし、前述の通り、「職業」としての危険性をみるのは、妥当ではなく、注意が必要な行為の危険性でみるべきである。また、反復継続性の検討で詳しく論じるが、一回の行為を取り出すと危険性が必ずしも高くない行為であっても、反復継続することによって、危険性が高まる場合には、あえて反復継続したことでより同様に非難が高まるから、業務上過失を認めることができる。

（三） 一般予防の観点からも、国民に行為を行うかどうかの選択及び行為の実行に際して特に注意を促すために、特に刑を加重すべき危険である必要がある。さらに、その行為の危険が現実化した場合以外は、加重してもその危険性に対する国民への警告に資さない。従って、行為者が選択する際に判断要素とすべき危険性に限定すること、刑法の謙抑性の見地から、行為が業務とされる理由である危険性が現実化した場合に限られる。社会生活上の地位

（二） 不要説もあるが、一般には、育児、家事等の純然たる私生活上の行為を除外する限度で意味を持つとされ

る。⁽⁸⁾

(二) しかし、この要件は、より積極的な意味を認めるべきである。私見のように社会生活上の地位を自ら選定したことを要求する見解⁽⁹⁾からすれば、社会生活上の地位とは、必ずしも営利等の目的は必要ないが、自ら選択した職業等及びこれに類する行為である必要がある。前述のように、危険性を有する行為を含む必要があるが、そのような危険な職業に伴う活動を自ら選択して行った結果、まさにそのような危険が現実化したことにより責任を高めると考えるからである。逆に言えば、業務とは、日常的な行為としては行われていない行為であると言うことができる。

(三) しかし、前述のように、前掲・昭和三三年四月一八日判決の「本来」を重視して考えれば、業務上過失自体は、当該事案においてまで、このような社会生活上の地位に基づく必要はない。本来そのような職業等として行われ、かつ日常的に行う必要のない危険な行為をあえて行った以上、自らが社会生活上の地位を有していないとしても、社会生活上の地位に基づくものと同様か、それ以上の責任があると言えるからである。

四 反復継続性

(一) 一般に、業務という言葉の意味から要求されているようである。反復継続の意思があれば足りるとする見解も多い。⁽¹⁰⁾

(二) これに対し、重大過失説の立場から、現に反復継続したことにより、その経験・知識によって結果の発生を容易に予見しうるようになるから、反復継続の事実を要求する見解もある。⁽¹¹⁾

しかし、現実に反復継続していても、現に結果の予見が容易になるとは限らない。

(三) 伊東研祐は、注意義務の内容は、当該行為の危険性との関連で、あるいは事務内容自体として定めるべきものであるから、同一行為である限りは、反復継続性により格別の差異が生じるものではなく、そのようにして定まった内容を遵守する義務の程度も、反復継続性によって、特に高度になるわけではないとする。

従って、反復継続性は、処罰の加重を積極的・実質的に基礎付けるものではなく、「危険性又は危険防止義務性」を画する下位的要件であるとする。⁽¹²⁾

(四) 確かに、反復継続していても、個々の行為については、同一の注意が要求される。しかし、反復継続することで、一回だけの行為よりも結果発生の危険性が高まる。そして、その危険性を知りながら自ら選択して行為を反復して行えば、その高められた危険が現実化した場合には、責任が高いと言える。

そうであれば、一回限りであっても、高い危険性があり、日常生活では、行われていないような行為を自ら選択してあえて行ったような場合は、反復継続性を

要求する必要はない。

他方、日常にも普及して一回限りでは危険性がそこまで高くない行為を日常生活以上に反復継続して行う場合については、日常生活で行われる以上に危険性が高まるか、危険の範囲が広がるのであれば、それをあえて選択して行った以上は、やはり責任を高める。この意味で、小林憲太郎が、反復継続性と危険性が相まって、類型的に重大な結果を生じさせることを指摘していることは、正当である。⁽¹¹⁾

例えば、飛行機の操縦は、通常、訓練を積んで、職業的に行われることが予定され、日常生活で行われることがなく、一回でも十分に危険性が高いといえるから、反復継続性は不要である。

これに対して、料理は、反復継続していると言えるが、日常生活でも行われており、家族や友人に対して出した料理で食中毒が発生したとしても業務とは言えない。他方、同じ料理でも、料理店が行っている場合には、より多くの人が食することになり、危険性が高まると言える。従って、このような意味で、大規模に行っている、すなわち、反復継続の回数・頻度が高いことが業務上過失を基礎付ける。

(五) このような社会生活上の地位に基づくことによって、不特定多数人の法益に影響する可能性があることを加重根拠とする見解に対して、酒井安行は、業務上過失

致死傷を公共危険犯化することになると指摘する。⁽¹²⁾

確かに、反復継続によって、通常、危険の「範囲」が拡大するが、私見のように解すると、危険の「頻度」を拡大することの方がより重要であり、危殆化される対象の不特定性及び多数性は重要ではない。従って、私見は、業務上過失を公共危険犯として加重しているものではなく、批判は当たらない。

(六) この意味で、従来の判例・学説が一回か複数かを考慮することは、不当な形式主義であつたと言える。職業等の社会的地位に基づいて行うべき危険な行為であれば、一回であつても業務であるとしてよいし、日常生活で行われる行為であれば、単に複数回であればよいのではなく、日常生活を超えて、通常、職業としてでなければ行われない程度に反復継続して行うことが重要である。

この判断は、その行為の普及度や技術的な危険性等によって、時代や社会によって変化するものである。その意味で、一九世紀や二〇世紀の初頭においては、自動車が進んで珍しく、職業的な運転手か技術者のような者が運転することが予定されていたとすれば、危険が高い以上、一回限りであっても、業務性を認めることができる。それに対して、現在では、自動車の普及が進んでおり、日常生活上も使用されているから、最高裁が反復継続の意思を基準に業務上過失かど

うかを判断し続けたのは、不当であつた。

(七) この観点からは、反復継続する意思があれば、過去に既に反復継続した必要はない。反復継続する意図で自ら行為を行うことを選択した以上、いつ行為に含まれる危険性が現実化するかは、重要ではないからである。

(八) また、副次的な意味として、業務上過失致傷については、反復継続の意図があれば、被害者の告訴がなくとも、今後の反復による危険性があるから、特に公益的な利益が認められ、非親告罪とすることを正当化できる。

第四節 結論

(一) 以上より、私見をまとめると、まず、業務上過失致死傷の刑の加重根拠は、行為者が自ら選択して、本来業務として行われるような危険を含む行為をあえて行ったことによつて、行為者について、業務者か否かとは関係なく個人的に責任非難が高められる点に求められる。

(二) この加重根拠に照らせば、業務上過失における「業務上必要な注意」とは、「本来」業務として行われることが予定され、日常では行われないような行為をあえて行う際に要求される注意と言うことができる。従つて、行為者が業務者であつたかどうかや実際に業

務として行われたかどうかは、問題とならない。ここで言う「業務」とは、通常の文言の定義に従い、自ら選択して行う職業等に類するものとして従事される社会生活上の地位を指す。

(三) そして、あえて引き受けたことを非難するのであるから、危険な行為である必要がある。しかし、日常でも行われる行為や危険性のそれほど高くない行為があつても、日常で行われる以上に反復継続し、危険が現実化する可能性を高める場合には、業務となり得る。その意味で、危険性と反復継続性は、相互補完的である。従つて、危険性が高く、日常で行われない行為であれば、必ずしも反復継続される必要はない。他方で、日常においても反復継続されるような行為であれば、それによつて生じる危険の頻度又は範囲を上回り、本来業務として行われることが予定される程度に反復継続される必要がある。この見地から、反復継続性を要求する場合でも、その意思で足りる。

(四) さらに、まさにその選択する際に考慮されるべきであつた危険が現実化したことが必要である。

(五) 以上を定式化すれば、①本来自ら選択した社会生活上の地位に基づいて行われるべき②危険な行為又は③反復継続することによつて危険性が高まる行為を④自ら選択して行い、⑤まさにその危険が現実化したこと、が要件となる。

第五章 業務上過失と重過失の関係

最後に、以上の業務上過失及び重過失の概念を前提に、両者の関係について検討する。

第一節 判例

一 仙台高判昭和三〇年一月一六日刑集二二卷一三三号二九九四頁

(一) 事案は、自動三輪車の幹旋業に付随して、自動三輪車の運転も行っていた被告人が被害者に接触し、傷害を負わせたというものである。

当初、検察官は、重過失致傷の訴因及び罰条で起訴したが、その後、差戻後第一審において、業務上過失致傷の訴因および罰条を予備的に追加した。差戻後第一審は、重過失致傷の事実を認定した。

(二) 仙台高裁は、刑法二二一条(二項)前段及び後段の法意について、両規定の対照及び「従来過失致死傷のうち業務上の過失に基くものみを重く罰し、その他一般の場合においては重過失に基くものと軽過失に基くものとを区別することなく軽く罰していたのは新憲法の基調とする人身保護の精神に副わないものとし、一般の過失致死傷のうち重過失に基くものを業務上の過失に基くものと同列に重く罰することとして同法第二二一条に後段の規定を新設追加するに至った立法の

経過並びに趣旨」に徴すれば、「いやしくも業務上必要な注意を怠り人を死傷に致した以上、その重過失に基くと軽過失に基くことを問わず、ひとしく前段のいわゆる業務上過失致死傷罪を構成し、後段の規定は、その他の一般過失致死傷のうち重過失に基くもののみをいわゆる重過失致死傷罪として処罰する趣旨である」とした。この解釈から、「業務上の過失によって人を死傷に致すにおいては、それが重過失に基く場合であっても、前段の業務上過失致死傷罪を構成し、後段の重過失致死傷罪に間擬すべきものではない」とし、本件では、仮に重過失が認められるとしても、業務上過失致死傷罪を構成するとし、破棄自判した。

(三) なお、最高裁では、この論点は特に取り上げられず

(上告理由にもなっていない)、本判決が維持された。

二 最決昭和六〇年一〇月二一日刑集三九卷六号三六二頁

谷口補足意見

第3章第1節及び第4章第1節で既に述べたため、省略する

第二節 私見

前掲・昭和三〇年仙台高裁判決が重過失を業務上過失の補充類型と捉え、谷口裁判官が業務上過失の意義を否定することは、それぞれ、業務上過失についての義務加重説や重大過失説からは、理由がある。しかし、重過失を意思的、

精神的努力が不足していたことと捉え、業務上過失を本来業務として行われることが予定される危険性を有する行為を自ら選択してあえて行うことが責任を高めると捉える私見からは、両者はその帰責の根拠が全く異なるものであり、いずれも、固有の意義を有する。

また、必ずしも重過失が業務上過失を包摂するものでもないから、両罪の罪数関係は、択一関係としての法条競合ということになる。

第六章 結論

以上の検討から得られた私見を要約すると以下の通りである。

(一) 重過失は、注意義務違反の程度が重い場合であると解する。この注意義務違反の程度の重い場合の基準は、結果予見可能性を前提として、結果回避に向けた意思的、精神的努力に着目し、行為の危険性に応じて求められる意思的、精神的努力との比較による相対的な基準と危険を含む行為を行う以上最低限要求される絶対的な基準の二つの基準を考えるべきである。すなわち、一方で、結果発生危険が大きい場合には、より慎重に行わなければならないから、結果回避に向けて、より大きな意思的、精神的努力が要求されるはずであって、行為者の払った努力がその要求される努力の水準から大きく下回っている場合には、その注意義務違反

の程度が高まる。他方で、危険発生の危険が大きくない場合であっても、結果発生危険を有する行為である以上、通常期待される最低限度以下の努力しか行わない場合には、そもそも、そのような最低限の努力すらしなかったという意味で注意義務違反の程度が高い。

(二) 業務上過失の加重根拠については、自ら選択して、危険な行為をあえて行った以上、その危険が現実化した場合には、業務者であるか否かにかかわらず個人的非難が高まり責任が加重されると解する。

この加重根拠からすれば、「業務」とは、自ら選択した社会生活上の地位に基づく職業に類する行為を指すが、「業務上必要な注意」としては、「本来」そのような業務として行われることが予定される行為を、あえて選択した場合にも、その行為に必要とされる注意を怠れば、非難が高まるという点では異ならないから、現に業務として行われる必要はない。そして、業務上過失の要件は、①本来自ら選択した社会生活上の地位に基づいて行われるべき②危険な行為又は③反復継続することによって危険性が高まる行為を④自ら選択して行い、⑤まさにその危険が現実化したこと、と定式化することができる。

従って、重過失と業務上過失は、それぞれ固有の意義を有し、罪数論的には、法条競合のうちの択一関係

にある。

- (三) 以上のような解釈が、業務上過失及び重過失についての議論の一つの契機となり、わずかもこれらの概念の解明に貢献できれば幸いである。

また、従来の過失構造論や過失の実行行為論等の議論とは、異なる視点からの指摘を行った部分があり、その点と過失犯論全体との整合性、及び、業務上過失と公共危険との関係については、今後の課題であり、研究を続けたい。

注

- (1) 最判昭和三三年四月一八日刑集一二卷六号一〇九〇頁参照。
- (2) 本稿は、千葉大学大学院専門法務研究科において、二〇一〇年度「自主研究・論文作成」科目に提出したものを一部修正したものである。紙幅の都合により、省略、削除した部分がある。
- (3) 一般に、「軽率」と訳されるが、本稿では「ニュアンスを維持するため、あえて原語の *leichtfertig* を表記する」。
- (4) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) 1962 mit Begründung, 1962, S. 132.
- (5) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1969, S. 56f.
- (6) RGSt. 71, 34.

- (7) BGHSt. 33, 66.
- (8) *Leichtsinne*「軽率」と訳されることが多いように思われるが、*Gleichgültigkeit*との対比から認識ある過失に近しいメンタスがあると思われる *leichtfertige* 軽率性との区別のため「軽信」の訳語を当づいた。
- (9) BGH StV 1994, 480.
- (10) Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010, S. 113; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 569; Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder, 28. Aufl., 2010, § 15 Rn. 105 und 205; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl., 2010, S. 255.
- (11) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 1092f.
- (12) Maurach, Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, Heinitz-FS, 1972, S. 417.
- (13) Maiwald, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, S. 259.
- (14) Maiwald aa.O. (Anm. 13), S. 259.
- (15) Maiwald aa.O. (Anm. 13), S. 259f.
- (16) Vgl. Arzt, Leichtfertigkeit und recklessness, Schröder-GS, 1978, S. 127 (und 120f.) ; Tenckhoff, Die

leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 (1976), S. 908ff. Roxin, aa.O. (Anm. 11), S. 1093f. 丸山雅夫「ドイツ刑法における「leichtfertigkeit」の要件」商学討究三七卷一・二・三号（一九八七）四三五頁も参照。

- (17) Roxin, aa.O. (Anm. 11), S. 1094.
- (18) Sternberg-Lieben, Sch/Sch, § 15 Rn. 205
- (19) Tenckhoff, aa.O. (Anm. 16), S. 911f.
- (20) Sternberg-Lieben, Sch/Sch, § 15 Rn. 205
- (21) Wegscheider, Zum Begriff der Leichtfertigkeit, ZStW 98 (1986), S. 647f.
- (22) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 649.
- (23) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 649.
- (24) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 650.
- (25) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 651f.
- (26) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 652.
- (27) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 652f.
- (28) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 653.
- (29) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 654.
- (30) しかし「シュクシャイダー」は「注意義務違反に直接対応する要素は、故意には存在しない」との立場に立つこと（Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 647.）をいうと、注意義務違反に対応する要件はないはずの故意犯たる基本犯の要件を満たせば、注意義務違反が問

題とならなくとすることは、矛盾するように思われる。
 (31) 例えは、古川伸彦『刑事過失論序説』（成文堂、二〇〇七）一三二頁以下、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、二〇〇四）一五一頁以下参照。
 (32) 前掲注（30）もこの問題点を示す例であると考えられる。

- (33) Wegscheider, aa.O. (Anm. 21), S. 650f.
- (34) Birnbaum, Die Leichtfertigkeit – zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz, 2000, S. 160ff.
- (35) Birnbaum, aa.O. (Anm. 34), S. 197.
- (36) Birnbaum, aa.O. (Anm. 34), S. 202ff.
- (37) 紙幅の都合により我が国の業務上過失の解釈論に資すると思われるものに限る。詳細は、松宮・前掲注（31）七八頁以下等を参照。
- (38) RGSt. 6, 24.
- (39) RGSt. 1, 203, 2の他、RGSt. 3, 84. など参照。
- (40) RGSt. 37, 306.
- (41) Vgl. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Aufl. 1931, S. 473. 但し、Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, S467f.; Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 17. Aufl. 1895, S. 509; Oshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 7. Aufl. 1906, S. 820. など、領主や軍人等を念頭に、否定説や例外を認める見解が多い

- (41) パールは、職務上の過失の一般的加重自体に反対)。
 (42) 反対。 *Frank* aa.O. (Anm. 41), S. 475 ; 公務等に対する信頼の低下を根拠とする。
 (43) *Deutsche Justiz, Rechtspflege und Politik*, 1940, S. 508. ただし、原典を入手できなかったため、平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究と各則』(東京大学出版会、一九七三)二九五頁〔平野〕に依拠した。
 (44) Vgl. *Olshausen*, Kommentar Zum Strafgesetzbuch für Deutsche Reich, 12. Aufl. 2. Teil, 1942, S. 1630f. 1085.
 (45) *Regge/Schubert* (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abteilung, Band 1, 2. Teil, S. 247.
 (46) „Schuld“ & „Fahrlässigkeit“ の区別するたゑ、 „Verschulden“ に「落ち度」の訳語を用ひゑ。
 (47) *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 203; *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 2. Aufl., 2008, S. 156.
 (48) Vgl. *Bertel/Schweighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, 11. Aufl., 2010, S. 46; *Fabrizy, StGB*, 10. Aufl., § 88 Rz. 3; *Kienapfel/Schroll* aa.O. (Anm. 47), S. 156. 現行法制定前の事実について一九七一年刑法改正法 (StRÄG 1971) による「重大な落ち度」の概念に言及した OGH 一九七一年十一月十五日決定 (StS 42/49) も同旨。
 (49) Vgl. *Kienapfel/Schroll* aa.O. (Anm. 47), S. 156. したがって *Burgstaller* aa.O. (Anm. 47), S. 203 以下民法及び社会保障法上の重過失を指すものと異なる。
 (50) Vgl. *Burgstaller*, WK, 2. Aufl., 41. Lfg., 2006, § 88 Rz. 19; *Kienapfel/Schroll* aa.O. (Anm. 47), S. 156.
 (51) OGH StS 42/49. Vgl. *Burgstaller* aa.O. (Anm. 47), S. 203; *Burgstaller*, WK, § 88 Rz. 19; *Fabrizy, StGB*, § 88 Rz. 3; *Kienapfel/Schroll* aa.O. (Anm. 47), S. 156. *Bertel/Schweighofer* aa.O. (Anm. 48), S. 46 以下「事故の相当の蓋然性」と際立った注意義務違反を挙げゑるが、内容的にはこの基準の言い換えである。
 (52) *Burgstaller* aa.O. (Anm. 47), S. 204; *Burgstaller*, WK, § 88 Rz. 20.
 (53) *Burgstaller* aa.O. (Anm. 47), S. 204f. Vgl. *Burgstaller*, WK, § 88 Rz. 21ff. *Bertel/Schweighofer* aa.O. (Anm. 48), S. 46; *Kienapfel/Schroll* aa.O. (Anm. 47), S. 156 以下同旨。
 (54) *Burgstaller* aa.O. (Anm. 47), S. 205.
 (55) *Burgstaller*, WK, § 88 Rz. 23f.
 (56) 病氣、深刻な家庭問題、極度の過重労働を例として挙げる。
 (57) *Burgstaller*, WK, § 88 Rz. 25.

- (58) 後掲第三章第三節二(一)参照。
- (59) なお、§ 81 Abs. 1 Z3及びAbs. 24⁴ StRÄG 2001 (二〇〇一年刑法改正法、二〇〇一年一月一日施行)により追加された。以下では、改正前の条文に言及する際は改正後の項番号等に従って表記を統一する。
- (60) OGH StS. 35/46. *Kienapfel* Zur Auslegung des § 81 Z1 StGB. ÖJZ 1977, S. 655ff. は、これを公共の危険を前提としていたと評価する。
- (61) OGH StS. 48/24. 身体検査を行おうとした警察官に対して、装填済みで安全装置の外された拳銃を突きつけて、脅迫、連行しようとしたところ、もみ合いになり、その中で発砲がなされ、警察官に傷害を負わせたという事案である。一番は、この警察官以外の者に対する危険を認定していたが、オーストリア最高裁は、特に危険な状況の認めるためには、そのような多数に対する危険は不要であるとした。
- (62) Vgl. *Bertel/Schweighofer*, aaO (Anm. 48), S. 20; *Burgstaller*, WK. 2. Aufl., 39. Lfg., 2002, § 81 Rz. 10; *Fabrizy, StGB*, 2010, § 81 Rz. 2; *Kienapfel/Schroll*, aaO (Anm. 47), S. 75; *Tipold, Birkbauer/Hilf/Tipold, Strafrecht Besonderer Teil I*, 2011, S. 56.
- (63) *Bertel/Schweighofer*, aaO. (Anm. 48), S. 22; *Burgstaller*, WK. § 81 Rz. 8f; *Fabrizy, StGB*, § 81 Rz. 2 und 2b; *Kienapfel*, aaO. (Anm. 60), S. 656; *Kienapfel/Schroll*, aaO. (Anm. 47), S. 75; *Steininger*, „Besonders gefährliche Verhältnisse“ (§ 81 Z1 StGB) und „fahrlässige Gemeingefährdung“, *Pallin-FS*, 1989, S. 435ff. 以下、*Burgstaller*, WK. 1. Aufl., 9. Lfg., 1981, § 81 Rz. 7ff.
- (64) *Burgstaller*, WK. § 81 Rz. 12.
- (65) *Kienapfel* aaO. (Anm. 60), S. 657. Vgl. *Kienapfel/Schroll*, aaO. (Anm. 47), S. 76f.
- (66) *Steininger*, aaO. (Anm. 63), S. 441. Vgl. *Burgstaller*, WK. § 81 Rz. 18.
- (67) *Kienapfel*, aaO. (Anm. 60), S. 657. Vgl. *Kienapfel/Schroll*, aaO. (Anm. 47), S. 75f.
- (68) *Kienapfel* aaO. (Anm. 60), S. 657.
- (69) *Burgstaller*, WK. § 81 Rz. 22.
- (70) Vgl. *Bertel/Schweighofer*, aaO. (Anm. 48), S. 22.
- (71) *Burgstaller*, WK. § 81 Rz. 23.
- (72) キーナプフェルも明確性原則に対する問題や業務におけるサイク理論の拡大の虞れを指摘しつつある(*Kienapfel*, aaO. (Anm. 60), S. 657. Vgl. *Kienapfel/Schroll*, aaO. (Anm. 47), S. 75f.)⁴。なお、本章第一節のサブチャイターに対する批判も参照。
- (73) 後掲第四章第三節二(三)参照。
- (74) 中野次雄『逐条改正刑法の研究』(良書普及会、一九四八)一五八頁。

- (75) 中野・前掲注(74) 一五八頁。
- (76) 広島高判昭和二八年六月一日高裁判事判決特報三
一七頁。
- (77) 平野潔『重大な過失』について(1) 弘前大学人
文社会論叢 社会科学篇二一〇(二〇〇九) 一八二頁。
- (78) 伊予三島簡判昭和三八年二月五日刑集一九卷三三
一七一頁。
- (79) 高松高判昭和三九年七月二〇日刑集一九卷三三
一七五頁。
- (80) 瀧川幸辰『刑法各論』(世界思想社、増補版、一九
六八)『瀧川幸辰刑法著作集第二卷』(世界思想社、
一九八一)所収、二七六頁。
- (81) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(有斐閣、増補版、
一九五〇) 一七五頁。
- (82) 小野・前掲注(81) 一七五頁。
- (83) 内藤謙『刑法講義総論(下) I』(有斐閣、一九九
一) 一一五九頁以下、伊東研祐『現代社会と刑法各
論』(成文堂、第二版、二〇〇二) 八六頁参照。
- (84) 団藤重光編『注釈刑法 第二卷Ⅱ 総則(3)』(有
斐閣、一九六九) 三九四頁以下「福田平」。
- (85) 中野・前掲注(74) 一五八頁以下。なお、同『刑法
総論概要』(成文堂、第三版補訂版、一九九七) 一二
七頁も参照。
- (86) この言い換えと同様の定義とするものとして大塚仁
『刑法総論』(有斐閣、第四版、二〇〇八) 二一八頁、
佐久間修『刑法各論』(成文堂、二〇〇七) 七五頁、
葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』(有斐閣、
二〇〇九) 一〇八頁。さらに、山中敬一『刑法各論』
(成文堂、第二版、二〇〇九) 七七頁以下は、同様の
定義をした上で、実際上は、業務者であったならば、
業務上過失となったであろう過失が重大な過失である
と云うてよいとする。
- (87) この限度で、須之内克彦『刑法概説各論』(成文堂、
二〇一一) 三五頁以下が、きわめてわずかな注意を払
うことによって事実を見ることができたか、また
は著しい注意義務違反のために、当然予見すべきで
あったのにこれを見なかった場合の二類型を挙げ
るのは、妥当である。
- (88) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、一九七
七) 八四頁。
- (89) 平野・前掲注(88) 八九頁。同旨、小暮得雄他編
『刑法講義各論―現代型犯罪の体系的位置づけ』(有
斐閣、一九八五) 五三頁「町野朔」。
- (90) 団藤重光『刑法綱要総論』(創文社、第三版、一九
九〇) 三四六頁。結論同旨、川端博『刑法各論講義』
(成文堂、第二版、二〇一〇) 一〇八頁、曾根威彦
『刑法各論』(弘文堂、第四版、二〇〇八) 三四頁、
松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂、第四版、二〇〇

九) 二二八頁。中山研一『刑法各論』(成文堂、一九八四)七二頁以下は、瀧川説がとりえないとすれば、このような規範的な定義しかとりえないとする。さらに、これに行為の危険性を要求する見解にも言及するが、賛否を明らかにしていない。

- (91) 内藤・前掲注(83) 一一五九頁以下。同旨、町野朔『刑法総論講義案Ⅰ』(信山社、第二版、一九九五)二六五頁以下、堀内捷三『刑法総論』(有斐閣、第二版、二〇〇四) 一三六頁以下。

- (92) 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、一九七六) 二五三頁。同旨、伊東・前掲注(83) 八六頁、高木典雄「自動車による業務上(重)過失致死傷事件における過失の認定について」司法研究報告書二一輯二号(法曹会、一九七〇) 二六頁。

- (93) 第二章第一節二参照。

- (94) 大谷實『刑法講義各論』(成文堂、新版第三版、二〇〇九)、但し、故意に近い無謀な場合も挙げる。高橋則夫『刑法総論』(成文堂、二〇一〇) 二一六頁は、予見可能性を予見義務とすることは認めない(高橋・前掲二〇六頁以下)が、予見可能性の程度を問題しているの、ここに分類する。中森喜彦『刑法各論』(有斐閣、第三版、二〇一一) 二八頁も同旨か。

- (95) 内田文昭『刑法各論』(青林書院、第三版、一九九七) 六三頁以下。なお、内田自身は、違法性につき大

塚、責任につき団藤を引用するが、結果予見義務のみでなく結果回避義務を重視していると言える。

- (96) 山口厚『刑法各論』(有斐閣、第二版、二〇一〇) 六六頁。

- (97) 西田典之『刑法各論』(弘文堂、第五版、二〇一〇) 六一頁。

- (98) 西田典之『刑法総論』(弘文堂、第二版、二〇一〇) 二六一頁。

- (99) 団藤重光編『注釈刑法 第五卷 各則(3)』(有斐閣、一九六五) 一七八頁以下「藤木英雄」。

- (100) 齊藤信治『刑法総論』(有斐閣、第六版、二〇〇八) 一四五頁以下。なお、「注意義務違反の程度のところに大きいこと」は、内藤説と同様の理解を採るものと思われる。

- (101) 須々木圭一「重過失—刑事政策学より見た刑法学の限界序説—」日沖還暦「過失犯(2) 具体的問題」四二〇頁以下。

- (102) 西原春夫『刑法各論』(成文堂、一九七七) 一八七頁。

- (103) 内田・前掲注(95) 六三頁以下。

- (104) 須々木・前掲注(101) 四二五頁以下。

- (105) 同旨、須々木・前掲注(101) 四一九頁以下。須々木はさらに、既に結果の重大性は、通常の過失において構成要件的に考慮されているとする。

- (106) Vgl. Wegscheider aaO. (Anm. 21), S. 654.
- (107) 中野・前掲注 (74) 一五八頁以下。
- (108) 中野説の「意志」という文言には、心理学的色彩が付着しているため、「意思」という文言を用いる。ただし、法律用語として厳密な意味で用いるのではなく、むしろ一般用語としての「意志」に近い意味も含んでいる。
- (109) Vgl. Tenckhoff aaO. (Anm. 16), S. 905f.
- (110) Vgl. Wegscheider aaO. (Anm. 21), S. 649.
- (111) 第二章第三節三 (11) 参照。
- (112) 第二章第四節一 (三) 参照。
- (113) 二〇九条二項が親告罪としていることについて、明治四〇年改正政府提出案理由書は、「實際ノ必要ニ基ツキタルモノニシテ職權ニ依リ之ヲ処断スル価値ナキニ因ル」としている（倉富勇三郎他監修・松尾浩也増補解題『刑法沿革綜覧』（信山社、一九九〇）二二〇一頁以下）。實際の必要が何を指すのかは、よく分からない。さしあたり、前田雅英ほか編『条解刑法』（弘文堂、第二版、二〇〇七）五七三頁は、二〇九条二項が告訴を要求している理由を違法性の輕微さと民事上の損害賠償で足りる場合があることを理由にしている。そうすると、逆に、死亡の場合は、結果が重大であるために非親告罪であると考えられる。
- (114) Vgl. Stree/Sternberg-Lieben, Sch/Sch, § 230 Rn. 5.
- (115) 東京高判昭和二九年四月一三日刑集一二卷六号一〇九九頁。
- (116) 三井明「判解」最判解昭和三三年度二四九頁。
- (117) 本章第二節七参照。
- (118) 平野・前掲注 (88) 八九頁。同旨、大塚・前掲注 (86) 二一七頁以下（同「自動車事故と業務上過失責任」（日本評論社、一九六四）では、個別的な予見の容易性のみならず、業務者一般の行為として、一般的・客観的に違反の程度が違法性も重く、責任及び違法性の両面で加重されると解している）、小暮他・前掲注 (89) 五四頁「町野」、佐久間・前掲注 (86) 七三頁、内藤・前掲注 (83) 一一六五頁以下、町野・前掲注 (91) 二六七頁以下。瀧川・前掲注 (80)（著作集第二卷・二七七頁）もこの趣旨か。なお、堀内・前掲注 (91) 一三七頁は、同様に予見の容易性を言うが、輕過失であっても、重い責任が擬制されているとする。前田雅英『刑法各論講義』（東京大学出版会、第四版、二〇〇七）六一頁以下もこの趣旨か。
- (119) 福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第五版、二〇一一）一三六頁以下。
- (120) 中野・前掲注 (85) 一二八頁、西田・前掲注 (97) 六一頁以下、宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂書房、第四版、一九三五）二九一頁以下、同『刑法学粹』（弘文堂書房、第五版、一九三五）、山中・前掲注 (86)

七六頁。

(121) 斎藤・前掲注(100) 一四〇頁。

(122) 内田・前掲注(95) 五九頁以下、六三頁以下。

(123) 同旨、川本哲郎「刑法における業務概念」同法三七卷一・二号一四二頁。

(124) 宮本・前掲注(120) 大綱二九二頁、同・学粹、五五六頁。船山泰範『刑法の役割と過失犯論』(北樹出版、二〇〇七)一〇七頁も同旨か。

(125) 大塚・前掲注(86) 二一七頁、団藤・前掲注(90) 三四五頁以下、内藤・前掲注(83) 一一六四頁以下。

(126) 宮本・前掲注(120) 学粹五五四頁。

(127) 内藤・前掲注(83) 一一六五頁。

(128) 大塚・前掲注(86) 二一七頁、曾根威彦『刑法の重要問題「各論」』(成文堂、第二版、二〇〇六) 五四頁。

(129) 小林憲太郎「重要条文コンメンタール刑法 8 業務上過失致死傷(二二一条)」法教二六一号(二〇〇二)三三二頁以下、伊藤涉他『アクチュアル刑法総論』(弘文堂、二〇〇五) 一二七頁「小林憲太郎。川端・前掲注(90) 九七頁、深町晋也「判批」刑法判例百選Ⅰ(第五版、二〇〇三) 一二二頁も同旨か。

(130) 林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、第二版、二〇〇七) 六七頁以下。

(131) 西原・前掲注(102) 一八六頁、同『刑法総論上巻』(成文堂、改訂版、一九九八) 二二二頁、高橋・前掲

注(94) 二一五頁。

(132) 川端・前掲注(90) 九六頁以下。

(133) 柏井康夫「業務上過失における業務性」ジュリ三三三号(一九六六) 五七頁以下。

(134) 柏井・前掲注(133) 五八頁以下。なお、業務上重過失は、違法及び責任が加重されるとする。

(135) 曾根・前掲注(128) 五六頁以下。

(136) 山中・前掲注(86) 七七頁。なお、同『刑法総論』(成文堂、第二版、二〇〇八) 六四一頁も参照。

(137) 大場茂馬『刑法各論上巻』(中央大学、第六版、一九一三) 一四四頁以下。

(138) 大場・前掲注(137) 一四九頁。

(139) 小野・前掲注(81) 一七五頁以下。

(140) 団藤・前掲注(90) 三四五頁以下。中義勝『刑法各論』(有斐閣、一九七五) 四九頁以下も同旨か。妥当性は別論として、現行法の解釈論として、支持するものとして西田・前掲注(97) 六一頁以下。

(141) 団藤・前掲注(90) 三四五頁以下。

(142) 大塚・前掲注(86) 二一七頁、同・前掲注(118) 二四頁以下、曾根・前掲注(128) 五四頁以下、瀧川・前掲注(80) (著作集第二巻・二七七頁)、内藤・前掲注(83) 一一六三頁以下、中野・前掲注(85) 一二八頁、

中森・前掲注(94) 二七頁、堀内・前掲注(91) 一三七頁、宮本・前掲注(120) 大綱五五四頁以下。なお、

北川佳世子「業務上過失の意義」刑法の争点(有斐閣、二〇〇七)一四五頁は、これを法の下の平等の見地からも説明するが、同じものを同じに、違うものを違つて扱うことは、法の下の平等に反しないから、業務者という地位は、一般人とは異なる地位にあるという理解を前提とする義務加重説に対する妥当な批判ではなく、むしろ、責任主義から説明すべきである。

(143) 植松正『再訂刑法概論I総論』(勁草書房、一九七四)三〇八頁。同旨、川本・前掲注(123)一四二頁。

(144) 内藤・前掲注(83)一六三頁。

(145) 山口・前掲注(96)六七頁。

(146) 山口・前掲注(96)六七頁。

(147) 植松正(日高義博補訂)『新刑法教室II各論』(信山社、二〇〇一)二二六頁、同・前掲注(143)三〇八頁。同旨、川本・前掲注(123)一四二頁。中森・前掲注

(94)二七頁が行為の一般的危険に基づく政策的側面があるとするのもこの趣旨か。もともと中森は、このような政策的加重規定を置く必要性については疑問とする。

(148) 中野・前掲注(85)一二七頁。

(149) 町野・前掲注(91)二六八頁以下。同旨、前田・前掲注(118)六二頁。

(150) 斎藤・前掲注(100)一四一頁。

(151) 曾根・前掲注(128)五五頁、内藤・前掲注(83)一

一六四頁。大塚・前掲注(86)二一七頁は、制度の法律的意味の考慮に不足するものがあるとする。

(152) 大場・前掲注(137)一四五頁以下。

(153) 宮本・前掲注(120)大綱二九一頁、同・学粹五五四頁。

(154) 中野・前掲注(85)一二七頁。

(155) Vgl. Kienapfel a.O. (Anm. 60), S. 656.

(156) この点に関して、橋本正博教授、本庄武准教授の指摘が契機となった。

(157) 前掲・最判昭和三二年三月二六日。ただし、前掲・最判昭和三三年四月一八日は、業務は「行為」であるとする。内田・前掲注(95)五九頁、川端・前掲注

(90)九七頁、川本・前掲注(123)一四三頁、佐久間・前掲注(86)七三頁、団藤・前掲注(90)三四五頁、中・前掲注(140)四八頁、中山・前掲注(90)七〇頁、宮本・前掲注(120)学粹五五四頁。

(158) 明らかにこの意図が伺えるものとして、例えば、瀧川・前掲注(80)〔著作集第二巻・二七七頁〕。

(159) 同じく、例えば、団藤・前掲注(90)三四五頁以下。

(160) 条解・前掲注(113)五七五頁も行為者の属性よりも行為の危険性により類型的に解釈されているとする。

また、酒井安行「業務上過失致死傷罪における業務概念についての管見」岡野古稀『交通刑事法の現代的課題』(成文堂、二〇〇七)三三九頁以下は、過失行為

の類型であることに重点を置くべきとするが、行為者要素と行為要素の複合概念であるとする。

- (161) 団藤重光『刑法要綱各論』（創文社、第三版、一九九〇）四三三頁以下。

- (162) 山口・前掲注（96）六九頁。

- (163) Vgl. Steininger, aaO. (Anm. 63), S. 441, Burgstaller, WK, § 81, Rz. 18.

- (164) 団藤・前掲注（161）四三三頁以下、中・前掲注（140）四八頁。なお、柏井・前掲注（133）六〇頁も参照。

- (165) 小暮他・前掲注（89）五四頁以下「町野」、須之内・前掲注（87）三四頁、内藤・前掲注（83）一一六八頁、中森・前掲注（94）二七頁以下、西田・前掲注（97）六二頁、前田・前掲注（118）六三頁以下、町野・前掲注（91）二七〇頁以下、山口・前掲注（96）六八頁、山中・前掲注（86）七六頁以下。このうち、内藤は、不要説の論者が業務上過失においては、行為者の具体的能力を顧慮しないことと結びつくことで、さらに問題性が大きくなることも指摘する。

- (166) 前節七参照。大場・前掲注（137）一四五頁以下、中野・前掲注（85）一二七頁、宮本前掲注（120）大綱二九一頁、同・学粹五五四頁参照。

- (167) この点を指摘するものとして、小林・前掲注（129）三二頁。

- (168) 川端・前掲注（90）九九頁、瀧川・前掲注（80）

〔著作集第二巻・二七六頁〕、西田・前掲注（97）六二頁以下、山中・前掲注（86）七七頁。

- (169) 川本・前掲注（123）一四八頁以下、内藤・前掲注（83）一一七一頁、林・前掲注（130）六八頁以下、町野・前掲注（91）二七二頁。曾根・前掲注（128）五八頁、前田・前掲注（118）六三頁は、原則は、習熟による期待の高さから同様の結論を導くが、訓練や免許制度のある行為は、反復継続の意図及び将来においても継続する客観的可能性があれば足りるとする。
- (170) 条解・前掲注（113）五七六頁。伊東・前掲注（83）八四頁以下。

- (171) 伊藤他・前掲注（129）一二六頁以下「小林」参照。
- (172) 酒井・前掲注（160）三三八頁。ただし、違法加重とすることが前提とされている。

- (173) 酒井・前掲注（160）三四五頁以下も、判例・学説の危険性について、あるかないかの二元的に判断する傾向を批判する。ただし、酒井は、危険性と反復継続性の他に、本来的な業務との関連性の強さ等も考慮に入れる。

- (174) この意味で、川本・前掲注（123）一四一頁の、「反復継続するがゆえに危険」と解すると、反復継続の実績が必要であるが、妥当な解決が図れない、という批判は、私見に対しては、当たらない。そのような危険を含む行為を選択したことが責任を高めるのであるか

ら、既に危険がどの程度生じていたかは、重要ではないのである。

(175) 仙台地石巻支判昭和三〇年八月四日刑集一二卷一三
号二九九一頁。

(176) 最判昭和三三年九月一〇日刑集一二卷一三号二八九
七頁。