

欠陥車両による交通死亡事故に関する 自動車修理工場長の保障人的義務

— ドイツ連邦通常裁判所第4刑事部2008年3月6日判決 —

岩 間 康 夫

目 次

- 1 はじめに
- 2 本判決の事案と判決要旨
 - (1) 事案
 - (2) 判決要旨
- 3 本判決の問題点
 - (1) 工場長の保障人的義務の根拠
 - (2) 義務づけられる作為の内容とその限界
 - (3) 過失犯の注意義務と保障人的義務の関係
 - (4) 運転手の自己答責性（危険の引き受け）
- 4 おわりに

1 はじめに

ドイツの不真正不作為犯をめぐる判例は最近においても多様な事例を取り扱い、従来の不作為犯の論点に新たな問題を投げ掛けている。ここに紹介する連邦通常裁判所（BGH）第4刑事部の2008年3月6日判決¹⁾においても、自動

(1) BGHSt. 52, 159; NJW 2008, 1897; NStZ 2008, 391; HRRS 2008 Nr. 429; NZV 2008, 360; DAR 2008, 346.

車修理工場の工場長が不十分な整備のまま関連する運輸会社にトレーラーを返却したため、その走行中にブレーキが効かなくなって発生した交通事故により、当該トレーラーの運転手を含む3名を死亡させたという事案が問題となり、BGHはこの被害者3名に対する修理工場長の保障人的義務自体は肯定しつつ、工場長が義務つけられた作為（社長の説得等）をしていたならば死亡の結果が発生しなかったと言えるかという因果関係に関する認定が不十分たとして原判決を破棄している

従って、本判決では實際上、主として不作為の因果関係の問題が重要となるが、それに先立つ部分である工場長の保障人的義務（刑法上の作為義務）の発生根拠に関する見解も興味深い。しかしながら、それには若干の疑問も禁じえない。また、問題となった罪責がドイツ刑法221条の過失致死罪ということで、過失犯における保障人的義務に関する特殊な問題にも関わりうる。そこで、本稿ではこのBGH 2008年3月6日判決を紹介し、それに対する評釈で現時点で知りえたものとも照らし合わせながら、BGH第1刑事部による本件工場長における保障人的義務の捉え方を中心に、わが時の近時の判例とも対照させながら、若干の考察を行ないたい。

2 本判決の事案と判決要旨

(1) 事案

本件の事案は大意以下の通りである

被告人はコンクリート運輸会社に、当初は運転手として採用され、2001年以降は会社の所有する自動車修理工場長に就いていた。その工場では整備作業や比較的軽度の修理、特にディスクブレーキ及びドラムブレーキ、そしてブレーキライニングの交換も、当該会社クルーフの50台以上のトラックについて行なわれていた。それ以上の修理は専門の修理工場に委託された。当該修理工場においてはさらに2名が従事していたが、彼らは被告人の指示に服していた。被告人は自動車の領域に関する職業教育を受けていなかったが、遂行される作業に関して必要な基本知識は有していた。当該修理工場にはブレー

キ検査場がなく、ブレーキ装置への作業結果はブレーキ試験及び走行試験によって統御された。

当該コンクリート運輸会社所有のセミトレーラー（運転手 Ma）によって事故が惹起され、Ma を含め、計 3 名が死亡した。Ma はブレーキの完全な故障のため自動車に対する制御を失い、ブレーキが効かないままスーパーマーケットの建物に激突したのである。事故の時点ではトレーラーの右前輪のブレーキ、後輪車軸のブレーキ、及びトレーラーの繋留車両のブレーキが機能していなかった。トレーラーの後輪のブレーキライニングは数ヶ月前に交換されていたにもかかわらず、まったく損耗していた。何故なら、Ma が前輪のブレーキの欠陥のため—被告人はそのことを認識していたが—トレーラーの斜行を避けるべく、主としてハンドブレーキを使用していたからである。ハンドブレーキは前輪ブレーキに作用せず、トレーラーの他のブレーキにのみ作用した。右側前輪のブレーキは、ブレーキライニングが調節装置の欠陥によりブレーキディスクに接続しなかったため、機能しなかった。トレーラーのブレーキが機能したならば、本件事故はブレーキによって回避されえたであろう。本件事故の前、被告人は試験走行を行なったが、その際、ブレーキの問題が飛躍的に増大し、トレーラーは道路交通においてもはや運転できないことを確認した。被告人は、ブレーキの問題は前輪ブレーキの破損した調整装置が原因であると推測したが、目視さえすれば、後輪車軸のブレーキライニングも完全にすり減っていることを確認することができた。しかし、彼はそれ以上の検査をしなかった。彼は運輸会社の社長（以前の共同被告人であった S）にこの事実を知らせ、ブレーキの問題のため、調整装置を修理しなければもはやトレーラーの走行はできないと説明した。それに対し S は、調整装置は既に注文しているが、Ma には翌週までトレーラーをさらに使用させると応答した。即ち、Ma は手際よく車両を操縦するであろう、と。被告人は S を翻意させようとはせず、Ma に対しては、調整装置が注文済みであることだけを伝えた。Ma はトレーラーをさらに事故の前数日間使用していた。——

原審（LG Detmold）は被告人に対し、過失致死罪により 9 月の自由刑を言い渡し、その執行は保護観察のため猶予された。原判決は義務違反を、被告人

か後輪車軸のブレーキライニングの進行した摩耗を確認せず、それ故 S にブレーキ状態の劇的な悪化について包括的に知らせなかったところに見え、さらに、被告人は後輪車軸のブレーキ欠陥を発見した場合には、独自に修理を実行したであろう。何故なら、彼はブレーキライニングの交換のような日常的な措置については社長の同意なしに行なうことかできたから、とも判示された。

(2) 判決要旨

被告人からの上告に対し、BGH 第 1 刑事部は破棄差戻の判決を下した。まず、第 1 刑事部は原判決を以下のようにまとめる。

LG は交通死亡事故に関する以前の共同被告人 S 及び被告人の刑法的答責性を肯定した。

以前の共同被告人 S は、彼が、ブレーキの状態のため車両かもはや制御不可能たという 6 月 19 日における被告人の具体的指摘にもかかわらず、自動車の運行停止を促さず、Ma がかさらにそれを運転するのを許容したことの責を負う。LG は被告人の義務違反を、彼が修理工場の労働者としての性質において走行試験と並んで少なくともブレーキの日視検査を行なわねばならず、その際、彼は後輪車軸のドラムブレーキの摩耗の進行に気づいたであろうところに見え、さらに、彼は以前の共同被告人 S に、ブレーキ作用の劇的な悪化についてより具体的に情報を与えなければならなかった。彼は単に様子を見るだけで何もしないという S の反応を異議なく甘受してはならなかった。……彼は危険な逸走を伴うブレーキ試験を経験した。彼は S にこれを報告しなければならなかった。それにより、車両が制御不可能であるとの言明が、躊躇する社長を説得する、より一義的な表現形式を得たであろう。この義務違反は交通死亡事故にとって因果的でもある。というのは、既に少なくともその責任ある日視による点検をすれば、トレーラーの後輪車軸におけるブレーキの摩耗に気づいたであろうから。被告人はこの場合に自発的に作業の停止 (Workstattstopp) を決定したのである。それは彼が社長の同意を要しない純粋な日常的措置であった、と。

しかし、第 1 刑事部は原判決を非難する。まず、本件被告人の保障人的義務

の発生根拠については、以下のように判示される。

「なるほど LG は、被告人は作為による過失致死の責を負うのか、あるいは不作为によるその責を負うのかについて判示しなかった。しかし、法的評価における考察は、LG が被告人に対する所為非難の重点を——以前の共同被告人 S とは異なり——『専ら』不作为に見たことを十分明らかに帰結する。その限りで当刑事部はまた、被告人が自動車工場の命令権を有する労働者としての性質において保障人的地位を有し、それ故彼には交通事故の被害者に対する結果回避義務も課されたことについて疑問を有しない。交通安全のために、自動車のその時点で交通にとって安全な状態について法律上、一次的には所有者（道路交通許可法 31 条 2 項）及び自動車運転者（道路交通法 23 条 1, 2 項）が管轄することは、この保障人的地位の肯定を妨げるものではない。そのことは既に、所有者が彼の答責性を専門知識を有し信頼できることが明らかな補助者の配置により制限しうるが故に、妥当する（文献引用略—紹介者注）。このような所有者、本件では運輸会社の社長の答責性と並ぶ被告人の保障人的地位は、労働関係の範囲内における整備任務の引き受けから生じた。それは彼により整備されるべき会社の車両の運行により公衆に対して存する危険の除去に関する。それ故、整備義務の労働契約による引き受けは同時に、彼の監視する会社車両の不十分な整備により作出される危険領域に入るすべての交通関与者に対する保護機能も根拠づけた（それについては、当刑事部の BGHSt. 47, 224 [229] = NJW 2002, 1887 = NSTZ 2002, 421 も参照）。」

次に、第 4 刑事部は被告人に義務づけられた作為の内容については原判決に賛成したのであるが、当該不作为と死亡結果との因果関係の認定に関して原判決に異議を唱える。即ち、

「LG は会社の所有する自動車工場内での被告人の活動領域に関してなされた認定により、被告人は 2004 年 6 月 19 日にブレーキ検査を怠ってはならず、彼にとって可能な目視点検をしなければならず、それによりトレーラーの後輪車軸のブレーキの悲惨な状態が発覚したであろうことをも前提とするが、適切である。LG が被告人に、以前の共同被告人 S に対しトレーラーのブレーキ状態の劇的な悪化について全範囲にわたって『より一義的に』報告しなかったこ

とを非難することにも異議は唱えられえない。しかしながら、LGは——上告趣意が正当に主張するように——この義務違反が死亡事故の原因であったことを十分証明していない。

なるほどLGは、被告人が——少なくとも責任を負う目視点検をすれば、彼はトレーラーの後輪車軸のブレーキライニングの摩耗に気づいたであろう——自発的に作業の停止を決定しえた（し、そうしなければならなかった）ことを認定した。というのは、会社所有の工場におけるブレーキライニングの必要な交換は、彼が原則として社長の同意を要しない日常的措置であったから。しかし、それを直ちに前提とするのは、被告人が後輪車軸の欠陥を次に予定されるトレーラーの投入までに残された時間において除去しえた場合のみである。そうであったことについて原判決は態度決定していない。また原判決からは、次の走行前に後部車軸のブレーキライニングだけが交換された場合に事故が回避されたのか否かは引き出されえない。

自ら自動車を必要な修理の実行まで運行停止にすることが被告人の権限内ではなかった場合には、被告人は彼の保障人的地位から生じる義務を原則として社長への報告によって履行したであろう。というのは、それによって彼は自らに付託された車両所有者の答責性を再び所有者に返上するから。なるほど、被告人には——LGが意図したように——雇用者にブレーキ効果の劇的な悪化について思い切って報告し、その反応を異議なく甘受しないようには要求されなかった。しかしながら、被告人は彼の引き受けた答責を、共同被告人Sに対し、彼にとって事実的に可能で規範的に期待可能な範囲内でブレーキの認識しうる状態、それ故本件では後輪車軸のブレーキがほとんど摩耗していることについて完全に指摘した場合にのみ満たしたのである。しかし、彼がそうしなかったということは、この懈怠が交通死亡事故において因果的に作用したことをも直ちに証明するものではない。その限りで——LGが法的評価の中でそれを前提としたように——なるほど原則的に、トレーラーの前部ばかりでなく後部の車輪においてもブレーキが悲惨な状態あったことに関する包括的な啓発が『躊躇する社長をも納得させ』『Sが営業的考慮を放棄すること』が期待されたかもしれない。しかし、共同被告人Sが後輪車軸のブレーキにも欠陥

ありとの被告人の指摘によって実際に『態度を変え』たであろうか否かは証明されておらず、それ故さらに説明を要する。』

このように、BGH 第4 刑事部は、被告工場長のとるべき作為の内容である後部車輪を含めたブレーキの検査（目視でよい）及び検査結果の社長への報告（これらの点については原判決を是認している）のいずれについても、死亡事故との（準）因果関係が証明されていないという理由で、破棄差戻の判決を下したのである⁽²⁾。

この事件及び原審・上告審の判決から窺い知れる不真正不作為犯の論点としては、本件原判決破棄の理由となった、不作為と結果との因果関係の問題⁽³⁾もさることながら、むしろ次に掲げる諸点の方が理論的興味を惹くように思われる。即ちそれらは、自動車整備・修理工場長がそこで不十分にしか整備されなかった車両から走行上発生する危険（従って、それによる法益侵害）についていかなる根拠に基づいて保障人的義務を負うものと解すべきかという、作為義務の発生根拠の問題、次に工場長がなすべき作為の内容とその限界（特に期待可能性の問題）、その際、本件のような過失不作為犯の場合には、過失に關す

(2) なお、新たな審理において有罪の判断に到達した場合には、ドイツ刑法13条2項による刑の任意的減軽の余地についても検討すべしと本判決は末尾で付言している。

(3) 本判決も不作為の場合、結果との因果関係を、もし期待された作為がなされていたならば結果が（確実性に接着する蓋然性を以て）発生していなかったであろうかという、仮定的条件を付け加えた上での裏返された条件関係で十分としており、これはわが国の最高裁判例におけると同様と言える。最決平元・12・15 刑集43・13・879（十中八九事件）参照——「原判決の認定によれば、被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ころの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時一三年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前二時一五分ころから午前四時ころまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。」

る結果回避義務（注意義務）と不真正不作為犯の保障人的義務の關係である。さらには、トレーラー運転手 Ma の死亡については、彼が自らしかるべき危険に赴いたことから、その自己答責性により（わが国の最近の議論でいえば、「危険の引き受け」）被告人らの刑事責任が制限されうるのではないかという点も想起されるところである。

そこで、次項では、本稿執筆時点で筆者の知りえたボッシュ及びキュールの本件評釈を適宜引用しつつ、それらの問題についてごく簡単に検討してみることにする。

3 本判決の問題点

(1) 工場長の保障人的義務の根拠

本判決は原審と同様、自動車修理工場長の整備不良トレーラーによる死亡事故を回避すべき保障人的義務を工場長としての地位、具体的には労働関係の範囲内における整備任務の引き受けから根拠づけ、そこには彼の監視する会社車両の不十分な整備により作出される危険領域に入るすべての交通関与者に対する保護機能も含まれているとした⁽⁴⁾。ここでは「引き受け」という言葉が目

(4) 因みに、この箇所第4刑事部は同刑事部による BGHSt. 47, 224 判決を括弧書きで引用しているので、この判決を簡単に紹介しておく。事案は、ヴッパータール・モノレールの軌道設備更新工事にあたり、除去すべき構造物が放置されたまま工事が終了したため、運行再開後に営業車両がその障害物に衝突、脱線し、そのままヴッパー川に転落したため、乗客5名が死亡、少なくとも37名が負傷したというものである。そこで、被告人たる作業員の「保障人的地位は被告人Fから彼らに与えられた任務の事実的引き受けによって根拠づけられた。任務は運行営業に対する、強力なことの知れ渡っていた危険源の意図的除去に関した。それ故、この任務遂行の事実的引き受けは被告人のロープウェー利用者に対する保護機能を根拠づけた。弁護人により主張される見解とは異なり、その限りで、被告人がそのような保護機能を引き受けるよう労働契約上義務づけられていたのか否かは重要でない。保障人的地位にとって決定的なのは、義務領域の事実的引き受けのみであって、しかるべき契約上の義務の存在（でもあるわけ）ではない」と判示されている。

惹くが、別に工場長が直接、被害に遭ったスーパーマーケットの客や運輸会社の運転手の生命の保護を労働契約によって引き受けたわけではないと見るべきであろう⁽⁵⁾。何故なら、ここで交通事故の被害者に対する保護の事実的引き受けを認めるということは、いわば不特定多数人に対し、個別に引き受けの意思を明示黙示のうちに表明しないままこれを認めてしまうことになり、極めて技巧的だからである。また、そればかりでなく、保護の事実的引き受けという、ドイツ及びわが国を問わず見解の対立なく好意的に認められてきた義務づけ根拠が、従来の保障人的義務の発生根拠には当てはまらないが当罰的な事象において不真正不作為犯を成立させるための方便として濫用される恐れが憂慮されるからである⁽⁶⁾。他方、整備不良車両の返還を危険な先行行為と見て工場長に

(5) もっとも、Kuhl, NJW 2008, S. 1899 [本件評釈] は、本件工場長の保障人的義務の発生根拠を、監視者の保障人においても認められるべき（本件ではすべての交通関与者に対する）保護の事実的引き受けに求めている。

(6) この手法を徹底させれば、保護の引き受けが保障人的義務の統一的根拠にまで登りつめることになろうが、それによって、従来認められてきた多種多様の義務づけ根拠の特殊性や成立範囲限定の試みがないがしろにされる恐れは否定できない。

ところが、わが国の刑事製造物責任に関する学説には、製品の使用者等の法益保護の引き受けを介して、製造者の製品回収等の作為義務を認めようとする見解も存する。即ち、北川佳世子「欠陥製品回収義務と刑事責任——市販後の製品回収義務の根拠をめぐるわが国の議論——」神山古稀1巻（2006）181頁以下（201～2頁）は自動車販売のケースを念頭に置いて、次のように論じる。「また、自動車のように製造業者が市販後も販売店を通じて製品等の安全保証のためにユーザー管理を行っている場合にも同様のことがいえる。このような場合には、製造業者らには販売後の製品に対する影響力しか認められないのではなく、製品の安全管理についての自己の意思に基づく引き受けがあり、製品の使用者がそれに依存している事実関係、すなわち、とくに安全管理面での事実上の支配・依存関係が認められるために、製品回収義務を肯定されると判断できる。」もっとも、自動車メーカーが販売店への車両引き渡しの後はまったくわれ関せずの態度を貫徹することはできないであろうから、北川教授の限定的前提条件はほぼ常に充足され、結局事実上、被害者への保護の引き受けを介した製造物責任が認められることになろう。そして、それは本件でBGH第4刑事部が判示したところに近い説明ではないかと思われる。このように、この北川教授の設例においては、

交通事故等の阻止を義務づけることも——この発生根拠を凡是認する限りは⁷⁾——考えられようが、むしろ、工場長が運輸会社の保有する整備不良車

自動車メーカーのユーザーに対する保護引き受けの意思表示は、販売後の支援体制を整えておくことによって比較的容易に認めうることになろう（ドイツにおける類似の見解として、Schünemann, Unternehmenskriminalität, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. IV, 2002, 621, S. 640f. Roxin, Strafrecht AT Bd, II, 2003, S. 782f. なお、北川教授はかつてより、刑事製造物責任における製造・販売業者の製品回収義務の根拠を、流通に置かれた製品を現実支配していたと言えることに求めていた、北川「製造物責任をめぐる刑法上の問題点——ドイツ連邦通常裁判所の皮革用スプレー判決をめぐる議論を手掛かりに——」早法71巻2号（1996）171頁以下（200～201頁以下）。

また、齋藤彰子「公務員の職務違反の不作为と刑事責任」金沢49巻1号（2006）46頁以下（94頁以下）及び齋藤（同名タイトル）刑法47巻2号（2008）50頁以下（58頁以下）は薬害エイズ事件における当時の厚生省生物製剤課長の一般市民に対する保障人的地位を市民の無保護性及び薬事法に規定された製薬会社や医師に対する指示・命令権限から、その無保護性を埋め合わせるべく課長自らその危険阻止任務を引き受けている「と考えることができる」（齋藤・刑法47巻2号59頁）ことから根拠づけている。齋藤准教授は、「それを回避するのに専門的な情報や特別の介入権限を必要とする危険が問題となっており、そのような情報及び権限が一般市民には与えられていないために私的な保護可能性が存在しない場合には、国家は、情報が自らに集中する仕組みを構築し、結果回避に必要な権限を独占することによって、他の保護可能性を排除しているとみることができる」（齋藤・刑法47巻2号60頁）と説明する。官僚に刑法上の作為義務を認めることにより国民の法益侵害について過失不作為犯の罪責を負わせることの当否（齋藤・刑法47巻2号61頁以下参照）自体はさておき、この齋藤説及び上記北川説で意図されている保護の引き受けはもはや「事実的な」引き受けではなく、規範的引き受けないしは引き受けの擬制であって、製造物責任とか薬害事件といった個々のケースでは望ましい解決をもたらさうとしても、そのような義務づけ根拠を一般的に認めることによる懸念は、本文に記した通りである。

- (7) この点につき、拙稿「先行行為に基づく保障人的義務の成立範囲について——（西）ドイツにおける議論を素材に——」犯罪と刑罰4号（1988）83頁以下（95頁以下）参照。なお、後述の皮スプレー事件判決（BGHSt. 37, 106）においては、スプレーの製造会社及び販売会社の取締役の保障人的義務の根拠が危険な先行行為に求められている、本稿注(9)も参照。

欠陥車両による交通死亡事故に関する自動車修理工場長の保障人的義務

両という危険源を不十分な整備後も依然として、運輸会社グループ内で一定の権限を有する社員という立場において支配していたと言いうるのではなかろうか（かくして、「機能説」にいう監視者の保障人的義務が工場長に課されたと見ることになる）⁽⁸⁾⁽⁹⁾。その際、本件で整備工場の工場長は、いわば欠陥製造

(8) 監督過失の事例について同旨を指摘しているのは、林幹人「国家公務員の作為義務」現刑41号(2002)20頁以下(24頁)。

(9) これがもし、一般の自動車利用者から当該修理工場に整備・修理の依頼があり、工場長（あるいはその他の従業員）が不十分な整備状態のまま依頼者に自動車を返却して、事故が発生したというような場合であれば、製造物責任の下位事例として取り扱うことができよう（なお、わが国でも、2002年に三菱自動車のトレーラーにおける車軸周辺部品「ハブ」の強度不足によりタイヤが脱落して母子3名が死傷し、さらに同年、同社のトラックにおけるクラッチ系統部品の欠陥により同車が暴走して運転者が死亡するという事故が立て続けに発生し、前者については平成19(2007)年12月13日、後者については平成20(2008)年1月16日に、いずれも横浜地裁により、前者の事件では当時の市場品質部長及び同部グループ長が、後者の事件では三菱自動車から分社した三菱ふそうトラック・バスの当時の会長、社長、副社長、及び品質・技術本部長が業務上過失致死傷罪により有罪の判決を受けている〔全員控訴〕）。ドイツでもいわゆる皮スプレー事件(BGHSt.37,106; 事案と判決内容については、拙稿「刑法上の製造物責任と先行行為に基づく保障人的義務——近時のドイツにおける判例及び学説から——」愛媛18巻4号(1992)41頁以下参照)を契機に刑法上の製造物責任(特に製品回収義務を介した不真正不作為犯構成を巡って)が活発に論じられるようになった(ドイツ及びわが国の議論状況の概観等につき、拙稿「製造物責任と不作為犯論」現刑41号(2002)26頁以下参照)。しかし、製品回収義務の根拠づけについては(もちろん、凡そそれに否定的な態度をとらない場合に限られるが)、上記BGH判決が危険な先行行為にそれを求めたものの、この義務づけ根拠に対する(特にわが国の学説において厳しい)批判的風潮もあり、なお未解決の問題と言わざるをえない(前掲注(6)の北川教授の論文2本も「先行行為」以外による製品回収義務を根拠づけようとする試みである)。また、Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl., 1991, 29/42ff. 等で主張される見解を背景として、「自分の自由な行動から生じた結果についての責任は自分で負わなくてはならないし、自分の自由な行動によって自分の守備範囲に危険が生じたときはそこから他人に害が及ばないように配慮しなければならない」との原則から、「自分の自由な行動」としての活動であるのなら、製品の製造・販売時には製品の危険性について主観的にも客観的にも過失はなく、それ自体は無過失で行われた活動で

物の一種と言える整備不良車両を親会社であるコンクリート運輸会社（具体的には同社の運転手 Ma）に引き渡した後も問題のトレーラーを支配していると言えるのかという点が検討されなければならないが、点検・整備を依頼した者が一般の自動車利用者である通常の場合とは異なり、運輸会社内の整備工場という位置づけに過ぎなかった本件の場合、運輸会社側にトレーラーの占有が戻った後も、被告工場長はなおも同車に対する危険源支配を維持していたと見る余地があろう。このようにして、同人の保障人的義務を認めることには、それが——危険源支配、あるいは危険な先行行為に基づく——監視者的保障人としてであれば、結論的には問題ないと思われる¹⁰⁾。

あっても、後にその危険性が判明した場合にはこれを回収しなければならない、ということも明らか」として、刑法上の製造物責任を積極的（ほぼ無限定）に認めようとする平山幹子（伊東研祐編著）『はじめの刑法』（2004）118頁、同『不作為犯と正犯原理』（2005）181頁（もっとも、後者の著書での説明は、先行行為に基づく保障人的義務の文脈において行なわれているので、この平山説は先行行為に基づく保障人的義務の原理を言い換えたものと思われる）、さらには Freund の所説を援用し、製造物の製造・販売という『高められたリスクを伴う行為』は相当の危険回避措置を講じることを条件に許容されているとして、製造業者等の「特別の答責性」は製品出荷後も継続すると主張する神例康博「欠陥製造物の回収とその限界に関する覚書——いわゆる薬害エイズ・ミドリ十字事件刑事判決を契機として——」板倉古稀（2004）183頁以下（191～2頁）も注目に値する。この神例（Freund）説は、上述の平山（Jakobs）説と同類の見解としてまとめることができよう。その他、製造物に関する情報の所在等を基準に、結果回避を最も効率的になしうる者を保障人とする見解として、鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要 8号（1999）343頁以下（365頁以下）もユニークな試みであるが、詳細については、例えば前掲拙稿本注・現刑 41号 26頁以下における紹介を参照されたい。

(10) なお、本判決を取り扱う Bosch, Garantenpflicht eines KfZ-Werkstattleiters, JA 2008, 737, S. 739 Anm. 4 は、本件被告人の保障人的義務は保護の引き受けの要素といわゆる社会安全義務との結合に基づくとの折衷的評価を加えている。また、わが国においても、島田聡一郎（山口厚編著）『クローズアップ刑法総論』（2003）101頁が大規模建造物の火災事故のケースに関して、危険源の管理と共に、来場する客の保護を事実上引き受けた点にも保障人的義務の根拠を求めているが、ここで想定されている自らの支配する一定の空間に招き入れた被害者と本件のような公共の空間にいる被害

(2) 義務づけられる作為の内容とその限界

それでは、義務づけ根拠（危険源監視義務）の点で問題はないとして、本件被告人にはどこまでの作為が義務づけられえたのであろうか。本件第4刑事部によれば、被告工場長は少なくとも彼にとって可能であった目視による後輪部分をも含めたブレーキ点検をすべきであり、それによって発見された場合には、当該トレーラーの後輪ブレーキに関する欠陥（摩耗）についても合わせて運輸会社のS社長に報告しなければならなかったという。但し、BGH第4刑事部は原審のように「彼は単に様子を見るだけで何もしないというSの反応を異議なく甘受してはならなかった。……彼は危険な逸走を伴うブレーキ試験を経験した。彼はSにこれを報告しなければならなかった。それにより、車両が制御不可能であるとの言明が、躊躇する社長を説得する、より一義的な表現形式を得たであろう」というような、S社長の心変わりに向けて説得することまでは明示的に義務づけず、ブレーキ点検の結果を報告すれば、それが「期待されたかもしれない」と述べるにとどめ、あとはそのような義務適合的態度とS社長の車両運用の断念との間の因果関係の問題（証明なし）として処理したのである。

たしかに、本件欠陥トレーラーを管理する最高の責任者はその車両が所属する運輸会社の社長Sであり、被告人はそのいわば付設工場の工場長に過ぎない（しかも、元々は運輸会社の運転手として採用された人物である）。そのように見れば、被告人の死亡事故回避のためになすべき措置は、整備の際の車両における欠陥の発見とS社長への正確な報告に尽きると言うべきであろう⁽¹¹⁾。

者とでは事情が異なるため、島田説によっても上記基準の併用が本件事案に当てはまることにはならないように思われる。

(11) なお、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2004)216頁以下は、上司への進言義務を以て保障人的地位を肯定することはできないと主張し、後述の大洋デパート火災事故最高裁無罪判決における進言義務を介した業務上過失致死傷罪の構成に異議を唱えている（さらに、同『刑法総論講義〔第3版〕』(2004)93頁）。もっとも、本件事案は、島田・前掲注⑩110頁の分類中という「作為義務を負う者が当該結果回避措置を自ら単独の権限でも履行できるが、上位者に進言して履行してもらうことも可能な

被告人がその限りの責を果たしたのであれば、後はS社長の自己答責的な判断にこそ事故に関する刑事責任が結びつくことになろう⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

場合」にあたると思われるので、「このような場合に、進言も行わず、自ら直接回避措置（本件工場長の場合ならば、目視による車両全体の点検で後部車輪のブレーキ摩耗を発見した上で、自らの権限でブレーキ・ライニング等を交換するか、車両を運行させない措置をとること―引用者注）もとらなければ、作為義務違反となることは当然であろう。」島田・前掲箇所。なお、進言義務に関するわが国学説の紹介として、齋藤彰子「進言義務と刑事責任」金沢44巻2号133頁以下（145頁以下）を参照。因みに、齋藤・同論文161頁以下は、部下の上司に対する進言義務について、組織内での当該部下の役割（権限）の度合いに応じて上司を説得することを通じた結果回避義務もしくは上司への情報提供義務を認めることに積極的であるが、その場合であっても当然、不作為と結果との修正された条件関係という関門はなお残ることになろう。

(12) Bosch, a. a. O. (Anm. 10), S. 739 は、本BGH判決と同様、本件工場長が当該車両を必要な修理が完了するまで自主的に運行停止の措置をとれなかった限りにおいて、彼は自己の保障的義務を原則として社長への報告を以て履行したことになると述べている。何故なら、それにより工場長は彼に付託された自動車所有者としての答責性（道路交通法等を根拠とする）をS社長に返上することになるからという。その意味で、第4刑事部が、工場長が本件におけるS社長の反応を無批判に受け入れたことのも非難可能性に言及する理由が不可解であるとボッシュは本判決を批判している。

(13) この点にも関連する最近のわが国において注目すべき判例として、最決平19・3・26刑集61・2・131がある。事案は、ある大学病院で患者を取り違えて外科手術が実施されたというもので、最高裁は本件手術に関与した中では最も経験の浅い麻酔科医師の注意義務に関し、麻酔導入前の同一性確認措置が不十分であったことに加え、「麻酔導入後には、外見の特徴や経食道心エコー検査の所見等から患者の同一性について疑いを持つに至ったところ、他の関係者に対しても疑問を提起し、一定程度の確認のための措置は採ったものの、確実な確認措置を採らなかった点において、過失があるというべきである」と判示した。本件では被告人が手術されようとしていた患者との外見の特徴や検査結果の著しい相違から、目の前の患者が本来手術されるべき患者ではないとの疑問を抱くに至り、主治医の外科医師らに対し、髪の色が短く色も違うなどと指摘したものの、主治医の1人が、散髪にでも行ったのではないかなどと言ったのみであり、それ以上に明確な返答はなかったという事情があった。しかしながら、最高裁は「この点に関し、他の関係者が被告人の疑問を真しに受け止めず、そのために確実な同一性確認措置が採られなかった事情が認められ、被告人としては取り違え

しかし、そのように考えたならば、被告人は後輪部分をも含めたトレーラーの点検を怠り、そのためS社長に当該トレーラーのブレーキに関する決定的欠陥について正確な情報を与えることが（過失により）できなかったのであるから、上記保障人的義務を果たさなかったことになり、死亡結果との因果関係に依存せずに処罰はできないか。そこで想起されるのが、幫助犯としての評価である⁽¹⁴⁾。

防止のため一応の努力をしたと評価することはできる。しかしながら、患者の同一性という最も基本的な事項に関して相当の根拠をもって疑いが生じた以上、たとえ上記事情があったとしても、なお、被告人において注意義務を尽くしたということではないといわざるを得ない」と断じている。これに対しては、例えば大塚裕史教授は、「自分よりは患者のことをよく知っているはずの主治医がY（本件被告人のこと—引用者注）の疑問を一蹴しており、Yのさらなる疑問提起を期待するのは難し」く、「医師として経験豊富なZ、B（執刀医及び被告人を指導する立場の麻酔医のこと—引用者注）や、患者との接点の多い主治医から、提起した疑問を否定されたYに、これ以上の確認措置を求めるのは事実上困難であり、確実な回避措置ではなかったとして刑罰を科すのは結果責任に近く適切とは思われない」と批判している（大塚・受新 2008年12月号120頁）。なお、本件第一審判決（横浜地判平13・9・20判タ1087・296）は「被告人Yが提起した患者同一性に関する疑義を重大に受け止めず、同一性確認についてより豊富な情報量を有する立場にあり、あるいは被告人Yを指導、補佐すべき立場にありながら、被告人Yの疑問を排斥した他の在室者の罪が問われず、患者の同一性確認のため正当な問題提起をし、相応の努力をした被告人Yにさらに尽くすべき義務があるというのは過酷に過ぎて賛同できない」として、この麻酔科医師の注意義務違反を否定していた。

- (14) もっとも、本件は過失致死罪の成否が検討された事案であるから、たとえ（不作為による）幫助犯との評価が妥当であったとしても、過失による共犯が否定される限りは、被告人の可罰性は認められないことになるが（Kühl, a. a. O. (Anm. 5) 及び Bosch, a. a. O. (Anm. 10), S. 738 参照）、仮に本件でS社長及び被告人に死亡事故に関する認容でも存在していたような場合には重大な問題になりうるであろう。なお、S社長への有罪判決の詳細については知りえなかったが、危険車両の適切な管理を怠ったという不作為的側面と共に、運転手を道具としてそのような車両を道路交通において運用したという作為的側面も十分存在しており、かつ役割の上ではS社長が重大で被告人はそれに従属するような立場にあったことに鑑みれば、以下に引用する児童虐待放置事件との類似性を認めることができよう。

ここで参考になるのが、児童虐待放置事件に関するわが国の下級審判例である。札幌高判平12・3・16判時1711・170では、内縁の夫による自分の連れ子に対する暴行を阻止せずに死亡させた被害者の実母につき、原審の無罪判決とは異なり、傷害致死罪の不作为による幫助犯の成立が認められている。原審釧路地判平11・2・12判時1675・148が、不作为による幫助犯の成立のため正犯者による「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらずこれを放置したこと」を要求し、具体的には専ら当時内縁だった夫による暴行を実力を以て阻止する作為のみを想定した上で、そのような作為の期待可能性が極めて小さかったことから母親の幫助犯としての責任を否定したが、札幌高裁は、そのような作為に関して作為の事実的及び規範的可能性は肯定しつつ、さらに、母親に要求されるべき作為の内容を原審よりも緩和し、夫に対して言葉で制止を試みる程度でもかなりの効果が期待できたとし、それを義務づけられる作為の内容に取り込んだ。札幌高裁はそうにして、「被告人の右不作为の結果、被告人の制止ないし監視行為があった場合に比べて、AのDに対する暴行が容易になったことは疑いがないところ、被告人は、そのことを認識しつつ、当時なおAに愛情を抱いており、Aへの肉体的執着もあり、かつ、Aとの間の第二子を懐妊していることもあって、Dらの母親であるという立場よりもAとの内縁関係を優先させ、AのDに対する暴行に目をつぶり、あえてそのことを認容していたものと認められるから、被告人は、右不作为によってAの暴行を容易にしたものというべきである」との結論に至った（有罪）。このように、もし幫助犯として考察したならば、本件工場長のなすべき措置としても可能な限り入念な点検を前提として、S社長に当該トレーラーの状態を正確に報告するだけで十分であったと解する余地もあろう。もっとも、上記の札幌高裁判決のような論旨では、そのような比較的容易な措置を怠っただけで、少なくとも幫助犯としての責任が生じることになってしまうが⁽¹⁵⁾、その点については慎重でなければならぬだろう。

(15) このような帰結について批判的なのは、中森喜彦（本件評釈）「傷害致死行為に対する不作为による幫助の成立を認めた事例」現刑29号（2001）95頁以下。

しかしながら、BGH 第 4 刑事部は、問題となる犯罪が過失犯であるため、正犯としての可能性しか残っていないとの事情もあってか、被告人の上記内容の不作为と被害者の死亡との間に因果関係を要求する立場を前提として、(目視点検により摩耗が発見できたであろう後輪のブレーキライニングの、彼の専権で行ないえた交換との因果関係と並んで)それにより S 社長の態度が当該車両の運用停止に向けて変わったのかという点の証明が不可欠だとした。それにより、上記札幌高裁判決のような比較的安易な不真正不作为犯の成立に歯止めがかかったと言え、それは侵害犯に関する以上は当然のことかもしれないが、法益保護を内容とする保障人的義務の本質とも合致する妥当な判断と言ってよい。

なおその際、(不作为用に修正された)条件関係の判断に、他者の決断という心理的作用に関する予測が入り込まざるをえなくなるが、この点本件を評釈したボッシュは、心理的に媒介される因果経過においては、個人が一定の状況でどのように行為したであろうかということが事後的にほとんど認定されえないことから、そのような場合には、被告人により情報提供義務が履行された以上、「疑わしきは被告人の利益に」により、情報受領者がそれによっても態度を変えなかったであろうことを常に前提としなければならないと主張している¹⁶⁾。ボッシュによれば、第 4 刑事部は皮スプレー事件判決 (BGHSt. 37, 106) におけると同様、不作为の条件関係の判断において第三者の義務適合的態度を仮定してしまっていると批判する。即ち、皮スプレー事件においても、当該スプレーに関する健康侵害の危険についてたとえ当該会社によって回収に向けた措置がなされたとしても、多数の消費者がそれを意に介することなく、

16) Bosch, a. a. O. (Anm. 10), S. 739. わが国でも、島田聡一郎「国家賠償と過失犯——道路等管理担当公務員の罪責を中心として——」上法 48 卷 1 号 (2004) 1 頁以下 (35 頁注 98) が、「進言したとしてもそれが受け入れられなかった合理的疑いが残る場合に処罰すべきか否かについては見解が分かれているが、否定すべきであろう」と述べている。なお、他人の心理を介した条件関係の認定困難性について、林幹人『刑法総論 [第 2 版]』(2008) 377 頁以下も参照。

あるいは健康への危険を認識しながらもスプレーを使用したであろうにもかかわらず、結論的にその回収が会社に義務づけているからである、と¹⁷⁾。本稿ではこのような他者の態度が仮定的条件となる場合の条件関係に関する問題には立ち入らないが、本件の抱える1つの問題として意識しておく必要はあるだろう¹⁸⁾。

(3) 過失犯の注意義務と保障人的義務の関係

次に、上述の通り、本件は過失致死罪の成否が問題となったことから、過失不作為犯における注意義務（過失を根拠づける）と保障人的義務（不作為と作為との同価値性を基礎づける）との異同及び異なる場合の両者における関係が問題となる。

第4刑事部の判決理由を表面的に読む限りでは、本件の原審LG Detmold

(17) Bosch, a. a. O. (Anm. 10), S. 739 Anm. 8.

(18) 因みに、わが国の千日デパート火災事故に関する第一審の大阪地判昭59・5・16判時1133・20は、当該雑居ビルを所有する会社の管理部長が防火シャッター閉鎖のために要する保安要員の増員やビルに人居するテナントにおける工事への立会人員の確保を社長等の上司に進言したとしても、その実効性に極めて疑問があったことを理由に、進言義務自体に消極的な態度を示した。それに対して、同事件の控訴審たる大阪高判昭62・9・28判時1262・45では、「被告人Nが同デパートの店長等の上司に対し右シャッターの閉鎖の必要性について進言していたならば、上司としてもこれに対応した体制作りを実行したであろうと考えられる」、「防火管理者である被告人Nとしても、同ビル内のシャッター等の現状、燃えやすい商品等が多量に置かれてあったこと、人の現在状況等にかんがみれば、万一の火災の発生に備えて、三階の工事現場に保安係員を立ち合わせるよう上司に要請すべき義務があった」と述べ、原審の判断を否定している。なお、同事件上告審決定（最決平2・11・29刑集44・8・871）は、「そうであれば、D観光の千日デパート管理部管理課長であり、かつ、『千日デパート』の防火管理者である被告人Nとしては、自らの権限により、あるいは上司である管理部次長のMの指示を求め、工事が行われる本件ビル三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合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いうべきであり、右義務に違反し、本件結果を招来した被告人Nには過失責任がある」と判示し、結論的に当該被告人に進言義務も認めている。

は両者を明示的に区別して考察しなかった模様であるが、本上告審判決は「LGが被告人に対する所為非難の重点を——以前の共同被告人Sとは異なり——『専ら』不作為に見たことを十分明らかに帰結する」として、原判決が過失不作為犯の構成を採用したと解して議論を進め、保障人的義務の発生根拠の問題にも正面から検討を加えている。また、上述の皮スプレー事件判決においても、BGH（第2刑事部）は、過失致傷罪の罪責に関しても、製造・販売会社取締役の保障人的義務の根拠づけにかなりの紙幅を費やしていた¹⁹⁾。

この点、わが国では必ずしも両者の義務を区別せずに、注意義務の問題として説明する方法も有力ではないかと思われる。少なくとも、判例ではその傾向が強いようである²⁰⁾。最近でも、いわゆる厚生省（当時）の課長の過失責任が問われた薬害エイズ事件厚生省ルート最高裁決定（最決平20・3・3刑集62・4・567）においては、「このような状況（非加熱製剤によるHIV感染・エイズ発症による死亡の危険、医師や患者におけるその認識の不十分さ、販売・使用の継続するおそれ—引用者注）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、業務行政上、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業務行政を担当する者には、社会生活上、薬品による危害発生の防止の業務に従事する者としての注意義務が生じたものというべきである」といった表現がとられており、実質的には保障人的義務の根拠づけが論じられているように読めるものの、最終的には「注意義務」としてまとめられ

19) 前掲拙稿注(9)愛媛18巻4号46頁以下参照。

20) 町野朔『刑法総論講義案I〔第二版〕』（1995）261、306頁参照。さらに島田・前掲注(10)99頁はこのような傾向を指摘の上、「判例のような認定手法ではやはり保証人的地位の検討がおろそかになり、過失不作為犯の処罰範囲が拡張される危険が残らないではないように思われる。過失不作為犯においても、故意不作為犯の場合と同様の観点から保証人的地位が基礎づけられねばならず、それは積極的に認定されるべきであるように思われる」と主張している。なお、同・前掲注(10)34頁も参照。

ている。また、同じ薬害エイズ事件のミドリ十字ルート控訴審判決（大阪高判平 14・8・21 判時 1804・146）では、当時のミドリ十字社の社長及び副社長に「直ちに非加熱クリスマスシンの販売を中止するとともに、販売済みの非加熱クリスマスシンの回収措置を取るべき業務上の注意義務があった。すなわち、被告人甲は、代表取締役社長として、常務会等に諮るなどして、販売中止、回収の措置を実行すべき義務があり、被告人乙は、代表取締役副社長兼研究本部長として、常務会等において、販売中止等の措置を取ることを提言するとともに、被告人甲にその旨を進言すべき義務があった。ところが、被告人兩名は、いずれもこの義務を怠り、加熱クリスマスシン HT の販売後も引き続き非加熱クリスマスシンを販売するとの営業方針を常務会等で了承し、その後も、非加熱クリスマスシンの販売を継続するとともに、販売済みの非加熱クリスマスシンを回収する措置を採らないという過失を犯した」と判示している。さらに、このミドリ十字ルートと同様、（業務上）過失致死傷罪における注意義務の内容の一部として、社長等の上司に対する進言義務の存否が問題となった大洋デパート事件上告審判決（最判平 3・11・14 刑集 45・8・221）においても、最高裁は火災事故が発生したデパートを経営する株式会社「太洋」の取締役人事部長 X に関して、店舗本館の防火管理についてはオーナー社長が包括的な権限及び義務を有していた等の事情から、「原判決が被告人に太洋の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があるとしたのは、誤りといわざるを得」ず、また、社長がを防火管理者に選任する等の事情が認められないため、「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、Y 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」と述べ、「太洋」の営繕部課員の Z についても、「Y 社長ら太洋の上層部の者は、被告人 Z が防火管理者に適した地位、権限のないことを十分認識しながら、同被告人を防火管理者に選任し、さらに、同被告人から上申があった後も何らの措置を採ることなく放置していたものであるから、同被告人において、Y 社長に対し自己に防火管理業務を遂行するのに必要な権限の委譲を求め、あるいは他に適切な地位、権限を有する者を防火管理者に選任するように進言するなどの注意義務はなかったというべきである」と判示し、やはり注

意義務に統括した形で、被告人の結果回避義務の存否を説明している。

他方学説においては、両者を一体として見てよいとする見解も一方で主張されてはいるが、少なくとも建前上は両者を峻別して個々に検討すべきとする見解が有力のように見受けられる²¹⁾。ここでは、近時主張される見解の一例として、日高教授及び堀内教授の所説のみを紹介しておく。まず、日高教授は、両義務の緊密な関係を主張される。教授によれば、過失犯の構成要件の規定形式は必ずしも作為の行為態様を前提とした規定だとは言えず、過失犯の結果回避義務は作為・不作為の双方に向けられているとし、「不作為的過失犯」の場合も不真正不作為犯との接点はないとする。もっとも、教授は過失犯における結果回避義務といわゆる保障人的義務とは同一ではないとし、両者の併存する場合もありうるとする。しかしながら、その場合であっても、過失犯の成否を決するのは客観的注意義務としての結果回避義務違反であるとしている²²⁾。

他方、堀内教授は注意義務の内容を作為義務（保障人的義務）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として両者の一体化に反対する。何故なら、それにより取締罰則上の義務違反であっても直ちに結果回避義務違反として、過失犯のみならず不真正不作為犯の違法性をも基礎づけることになるが、それは不真正不作為犯の成立要件として作為との同視性あるいは同価値

21) この問題に関するわが国の学説における議論状況の紹介（両説の主要な論者を含め）については、例えば堀内捷三「製造物の欠陥と刑事責任——その序論的考察——」研修546号（1993）3頁以下（8頁以下及び8頁注12）、平山幹子・前掲注（9）『正犯原理』95頁注43（平山准教授自身は両者の区別を前提とされるようである）を参照。また、ドイツの議論状況に関しては、神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田＝大塚還暦（上）（1993）45頁以下参照（神山博士自身は区別の必要性を強調される、同論文46頁他）。ドイツの議論状況に関しては、例えばVogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 244ff. 参照（Vogel自身は両義務の区別を支持している、Vogel, a. a. O., S. 249f.）。なお、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）101頁以下（106～7頁、113頁）も参照。

22) 日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」神山古稀1巻（2006）139頁以下（152～3頁）。

性を要求してきた学説の意図や作為義務論の展開に反するからである²³⁾。もっとも、皮スプレー事件におけるような製品回収義務については、市場に出回っている製造物には製造会社・卸売会社による法益保護の排他性が確保されていないとして作為義務については否定しながら²⁴⁾、過失犯における注意義務を認めることによって過失犯成立の余地は留保されている²⁵⁾。堀内教授はこの点明記されないものの、この見解も、過失犯の場合には作為犯・不作為犯の区別は存しないとする日高説と結局同様の発想によるものであろうか。

思うに、過失犯における注意義務も、いわゆる新過失論及びわが国の実務上の取り扱いによれば、究極的には「結果回避義務」として構成されるのであり、不真正不作為犯の成立要件である保障人的義務（刑法上の作為義務）と同じ方向を目指す義務であることは認めざるをえず、実際問題として思考経済上の理由もあり、両者に共通の考察がなされることが多かろう。しかしながら、不作為犯における過失（注意義務違反）には、場合によっては不注意により自己の保障人的義務の存在を認識できなかったという内容すら含まれるはずであり、理論的には両者が同一であるとは言えない²⁶⁾。また、保障人的義務は故意犯にも共通する結果回避義務として²⁷⁾、当然、注意義務から切り離された考察に服すべきものである。従って、少なくとも建前上は、過失犯たる不真正不作為犯において、注意義務と保障人的義務とは別個にその存否が検討されるべきであろう。その意味において、本件 BGH 第 4 刑事部の説示内容も妥当と考える。

(4) 運転手の自己答責性（危険の引き受け）

最後に、死亡した被害者のうち、トレーラーを運転していた運輸会社社員に

23 堀内・前掲注 20 9 頁。

24 堀内・前掲注 20 8 頁。

25 堀内・前掲注 20 11 頁。

26 同旨、田寺さおり「製造物責任領域における刑事責任の可能性」明治学院大学大学院法学ジャーナル 16 号（2001）57 頁以下（103 頁）。

27 林幹人「国家公務員の刑法上の作為義務」曹時 60 巻 7 号（2008）57 頁以下（59 頁）参照。

関する被告人の過失致死罪の成立に関しては、この被害者がトレーラーの交通における危険を認識していたにもかかわらず自らその運転に及んだことから、被害者の自己答責性による刑事責任の限定が認められないか、問題にすることができよう。近時のわが国でも議論が活発になされる、いわゆる「危険の引き受け」に関連する問題である²⁸⁾。つまり、本件に即して言えば、死亡したトレーラーの運転手は交通事故の危険を了承しながら運転に臨んだため、それにより生じた死亡の結果すら、自己に引き受けたものとして、他の行為者（即ち、運輸会社の社長や修理工場長）の刑事責任は排斥されるのではないかというわけである²⁹⁾。

しかしながら、仮に「危険の引き受け」による行為者の罪責軽減を一般的に認めるとしても、少なくとも本件に関する限りでは、このトレーラー運転手の置かれた事情をも考慮に入れざるをえないであろう。適法行為の期待可能性という概念を生み出すきっかけとなった暴れ馬事件（RGSt. 30, 25）における御者と同様、本件運転手が社長の命令及び工場長からのブレーキ交換の見通しに関する補足的報告にもかかわらず運転を拒否することが、事実的には可能であっても、規範的にそれを期待できたか、疑問の余地は残るであろう³⁰⁾。また、これまでサイドブレーキの「活用」によってかろうじて当該トレーラーを操縦できていたという事実³¹⁾も、むしろ最終的な被害者の1人たる運転手にとって

28) わが国においてこの議論のきっかけとなったのが、いわゆるダートトライアル事件に関する千葉地判平7・12・13判時1565・144である。また、ここで問題とする事項に関する詳細な研究として、例えば塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（2004）特にその171頁以下、島田・前掲注(10)123頁以下などがある。

29) Kühl, a. a. O. (Anm. 5) は、この点に関して本判決を批判できるかもしれないと示唆している。

30) この点に関連して、塩谷・前掲注28)355頁も参照。なお、被告工場長自身における作為の期待可能性の存否も検討に値するが、この点につき、Bosch, a. a. O. (Anm. 10), S. 739によれば、生命あるいは身体に対する危険が差し迫っていることに鑑み、本件では工場長における作為の期待可能性を否定する余地はない。

31) Bosch, a. a. O. (Anm. 10), S. 739参照。

有利な事情として援用できるのではなかろうか。そのように考えれば、「危険の引き受け」論が、本来の同意よりは被害者側に危険や侵害に関する緩やかな認識しかないケースに関してまで¹²¹⁾、いわば被害者の自業自得を断罪するかの如き若干思い切った議論であることにも鑑みれば、上述のような運転手が自らによるトレーラーの運転を甘受したという点は、この運転手の死亡に関する社長や工場長の過失致死罪の罪責には影響を与えないと解すべきではなかろうか。むしろ、当該社員に社内の地位に基づいて運転を命じた点の過失こそ強調されるべきであろう。

4 おわりに

以上の検討によれば、本件 BGH 第 4 刑事部の判旨は概ね妥当と思われる。従って、本件自動車修理工場長には整備不良車両による交通事故において死亡した 3 名全員について、義務づけられた作為（目視点検による後輪等におけるブレーキ不良の発見及びそれを前提とした社長への「正確な」報告）の懈怠と結果との間に因果関係さえ認められれば、過失致死罪の成立自体は認めてよいであろう。その際、本罪の成立にとって最大の難関は、社長が被告人の進言を受け入れたであろうかという点である。原審が認定した範囲内においても、被告工場長は運輸会社の社長に対して彼の推測する限度でトレーラーの走行継続は危険である旨報告しているのであって（しかし社長に事実上拒絶されている）、これがさらに後輪ブレーキが摩耗していることまで正確に報告したとして、果たして社長の態度を変えさせることができたのかどうかは疑問と言わざるをえないし、その点の心理的因果の判断自体に困難が伴うことは、既に紹介したドイツの一部学説の指摘する通りである。

さらに、仮にこの点の条件関係まで肯定されて、不作為による過失致死罪が成立したとしても、本判決が末尾で新たな審理に際して要請しているように、

121) 林幹人・前掲注119『総論』173頁以下参照。

欠陥車両による交通死亡事故に関する自動車修理工場長の保障人的義務

量刑の点で被告人には寛大な措置が必要であろう。本件で交通死亡事故に関して主として責任を負うべきは、欠陥車両の運転続行を命じた運輸会社の社長であり、元々この運輸会社の一運転手として採用されたという経緯のある被告人は、名目上はたしかに大型車の修理整備工場長の長ではあったとは言え、交通死亡事故に至る本件事象においては、後輪ブレーキの故障までは気づかなかったもののトレーラーの危険に関する報告を現に社長に対して行なっていたことからすれば、従犯的役割しか演じていないと評価されるからである。BGH 第4刑事部が当然とは言え、工場長の保障人的義務違反と結果との因果関係に着目し、そしてもしそれが認められたとしても、被告工場長に対する刑の減輕（ドイツ刑法13条2項）の可能性を検討すべしと差戻後の審理を担当する裁判官に要請していることからすれば、BGHもこの工場長の刑事責任はさほど重くないと見ているものと思われる。

なお、末尾になって記すのは既に遅きに失しているかもしれないが、本件被告工場長に作為による（過失あるいは故意の）殺人としての刑事責任の可能性が認められないだろうか。即ち、修理・整備の不十分なまま当該トレーラーを工場から返却した点を実行行為として捉えるのである。その際、後輪のブレーキまで故障している点を見落としていけば、そこに少なくとも過失を認めることができよう。但し、これまで不作為犯構成に関して検討したのと同様、死亡結果との間には、運輸会社社長の運行継続への決断及び被害者の1人である運転手による走行という自己答責的な他者の態度が二重に介在しており、因果関係の問題が重要となることに違いはない。もっとも、当該修理工場が実体として運輸会社の一部門を成しているに過ぎず、当該トレーラーの運行について作為犯としての責任をまず負うべき人物は運輸会社の社長であることに鑑みれば、修理の不完全さに対する非難はその後の態度（社長に正確な報告をし、場合によってはできる限りの説得を試みる）に関する作為義務に解消されるとも言えるだろう。ただ、そうすると、社長に対する報告・説得の時点で工場長がこのまま当該トレーラーを走行させたならば事故が起きうることを予見していたとすれば、その中には交通関与者の死傷も含まれていることが通常ではなかろうか。そこまで思いを致せば、工場長にはさらに進んで、故意不作為犯としての

罪責さえ視野に入ることになる。もちろん、これは事実認定如何に依存することであるから、本稿でこれ以上詮索するのは差し控えることにしたい。