HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	不作為犯の体系と構造(四)
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，45(1)：87-117
発行日	2009-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

不作為犯の体系と構造　(四)

吉田敏雄

目次

はじめに
第一章　不作為犯総説
Ⅰ　不作為犯の体系と種類
Ⅱ　真正不作為犯
Ⅲ　不真正不作為犯
Ⅳ　複合的行為態様における作為と不作為
a　作為と不作為の区別
b　同時的全体事象
c　多段階的事象
d　「非難可能性の重点」説
e　作為による不作為　(第44巻第1号)
第二章　不真正不作為犯の構成要件
Ⅰ　客観的構成要件
A　客観的構成要件要素
1　結果回避義務を基礎付ける状況
2　命令された作為の非着手（不作為）
3　命令された作為に着手する事実上の可能性(個別行為能力)
4　結果の発生
5　不作為の因果関係　(第44巻第2号)

6　保障人の地位
(1)　総説
(2)　保障人の地位
a　法令
b　任意の義務引き受け（契約）（第44巻第3＝4号）
c　危険を基礎付ける先行行為
d　危険源責任
e　その他
（以上本号）

第二章　不真正不作為犯の構成要件

I　客観的構成要件

A　客観的構成要件要素

6　保障人の地位

(2)　保障人の地位

c　危険を基礎付ける先行行為

危険を基礎付ける先行行為による保障人義務は、一九世紀の第一三半期に法律にも契約にも基礎付けられない、しかし、当罰と考えられた不作為を罰するための埋め草として利用されたのであるが、今日一般に承認され、民事法規範の全体的法類推から生ずると理解されている。その基礎にある考えは、結果発生の危険を惹起した者、つまり、新たな危険源を創出した者は、危機に瀕している法益侵害を防止する義務も負うという思想である。[146] 先行行為による保障人の地位の成立を否定する見解もあるが、[147]「他人の法益に危険を惹起することを基本的に予防しなければならないとき、なぜ、こういった危険が招来された後、構成要件該当結果への更なる展開を予防しなければならないとするべき

ではないのか、その理由が分からない。講壇事例で明確にしておこう。歩行者の生命を保護するために、自分の家の屋根瓦が緩んで歩行者の頭の上に落下しないように注意しなければならないとき、それにもかかわらずこういった事故が発生した場合、歩行者を病院へ連れて行くとかその他の面倒を見ることによってその生命を少なくとも保護しなければならない。反対意見は説明のできない評価矛盾を犯している。というのは、最初の危険（事故）が行為者に負責されるとき、事故から発生する危険の展開・増大が見られる場合、ますますもって結果の阻止の責めを負う。構成要件実現に至る因果過程のきっかけにだけ刑法上の責任を負わせ、阻止可能な展開に対しては責任を負わせないというのはわけが分からない[148]」。

しかし、保障人の地位を基礎付ける先行行為の性質を不問にするなら、保障人の地位が不当に拡大することになろう。したがって、先行行為の性質を問題とせざるをえないが、それに関しては諸説が展開されている。もっとも、客観的注意義務違反の認定できる違法な行為であるが、しかし、必ずしも有責とはいえない行為によって他人の法益に切迫した危険を招来する者には、結果発生の阻止義務があるという点では大方の意見の一致が見られる[149]。ここでは、主として過失犯論で展開された客観的帰属論の観点から検討しよう。

aa　先行行為が被害者に対して法的に重要な危険を創出したとは云えない場合。この先行行為は保障人義務を基礎付けない。例えば、サッカーを観戦したい友人を翻意させ野球観戦に誘う者は、野球場に行く途中に、その友人が交通事故にあっても、誘った者が保障人義務を負うことにはならない。道路交通の危険の大きさはサッカー観戦に行く場合と野球観戦に行く場合とで異ならず、野球観戦に誘う行為に交通事故という結果発生の危険性が内在している（抽

象的経験的危険）とはいえないからである。[150]

bb　社会的相当行為が先行行為の場合（許された危険）。社会的相当の先行行為は基本的には保障人義務を基礎付けない。例えば、包丁の借主が、その貸主には思いがけず、第三者を突き刺し、致命傷を負わせるとき、貸主には保障人義務は生じない。包丁を貸与するという行為が危険を伴う行為であっても、それが社会的相当性の範囲を逸脱しない限り、行為帰属は否定されるので、この先行行為が保障人義務を基礎付けることはない。但し、初めから、構成要件実現の危険が認識できるとき、上記の例で言うと、包丁の貸与状況から、その借主がそれを用いて第三者を突き刺すことが認識できる場合は、包丁の貸与に社会的相当性は認められず、貸主には保障人義務が生ずる。[151]

飲食店で酒を飲んで運転能力が無くなっているが、それでも自動車を運転して帰宅したい客に気づいた飲食店主は、その運転をやめさせる保障人義務を有しているかが問題となる。酒を提供するという先行行為から直ちに飲食店主の保障人義務を導くなら、[152]飲食店主は、ある種の補助警察官になってしまう。飲食店主は、客がその店の近くに自動車を止めていないのかどうかを知りえないのであるから、酒の提供がほぼできなくなってしまうであろう。飲食店主の酒の提供によって、客の運転能力が損なわれるが、しかし、まだ責任能力が損なわれていない場合、飲食店主の酒提供行為は許された危険の範囲内にあるといってよいだろう。したがって、それが保障人義務を基礎付けることはない。[153]但し、飲食店主の酒提供行為によって客が責任無能力になった場合、もはや許された危険の範囲内あるとはいえず、飲食店主は、必要であれば警察官を呼んでで客の自動車運転を阻止しなければならない。[154]すなわち、保障人義務が生ずる。

先行行為の社会的相当性の有無につき、事後的管理行為が為されるということを考慮に入れなければ判断できない場合がある。例えば、電気コンロの利用、蛇口からの湯水の利用、森の中で焚き火をするとき、この行為に社会的相当性が認められるのは、後に電源を切る、蛇口を閉める、消火をするといった行為をすることによって先行行為から生ずる危険を排除する場合に限られるのである。[155] 行為者が後に構成要件実現の危険を排除する行為をしないとき、当該先行行為に社会的相当性は認められないのである。

cc　先行行為に信頼の原則の適用がある場合。信頼の原則の適用のある行為というのは許された危険の一事例であり、行為帰属が否定される。例えば、交通規則を遵守して走行している自動車の運転者が、突然その自動車の前に飛び込んできた歩行者を跳ねた場合、行為の帰属は否定される。したがって、死という事実に関しては、いかなる構成要件該当性も否定され、運転者にとっては偶然の事故だったということになる。さらに、こういった場合、被害者側に責任があることが多く、運転者に刑法上の重い負担を負わせるのは適切とは云えない。したがって、道路交通法の救護義務違反には問われうるものの、このような先行行為が保障人義務を生じさせるものではない。[156]

問題となるのは、先行行為に義務違反が認められるが、それが後の結果の発生には影響を及ぼしてはいない場合である。例えば、法定速度違反で走行する運転者が死亡事故を惹き起こしたが、法定速度を遵守していても事故は避けられなかったという場合である。義務違反さえあれば、それと結果発生との関係を問うまでもなく、作為義務を肯定するならば、[157] 運転者は作為による死亡を帰属されることはないが、いわば迂回した形で、不作為による死亡を帰属されることになるが、これは理解しがたい。義務違反の先行行為は危機に瀕している法益保護規範と関係がなければな

らず、そうして初めて結果回避のための作為義務が生ずるのであり、この意味で先行行為と回避されるべき危険との間には義務違反連関が要求されるべきである。[158]

dd　先行行為と切迫している結果発生の間に規範的危険連関が否定される場合。先行行為は、規範違反の結果発生との関係で、当該規範の保護目的が回避しようとする危険を創出したといえなければならない。結果の発生が規範の保護目的の範囲外にあるとき、先行行為と結果の発生の間に因果関係があっても、保障人義務は生じない。[159] 例えば、超過速度運転のために注意義務に違反して自転車運転者を轢いた自動車運転者が、道路わきに意識喪失状態で倒れている被害者を放置していたところ、第三者が被害者のポケットから財布を盗むのを見たがそれを阻止しなかったとき、当該自動車運転者が不作為による窃盗幇助の廉で処罰されることはない。刑法の傷害罪、道路交通法違反罪の規範は窃盗の防止を目的としていないからである。[160]

ee　先行行為が他人の自己危殆化への関与行為である場合。この場合も規範的危険連関が問題となる。薬物使用者が、他人から譲り渡された薬物を使用することで、自ら生命への危険を冒し、傷害を負ったり、死亡しても、薬物提供者が過失致傷や過失致死の廉で処罰されることはない。[161] 被害者の薬物使用は被害者の自由な答責の範囲内にあるからである。そうすると、被害者が薬物使用によって救助を必要とする事態に陥っても、薬物提供者に保障人義務は生じない。[162] 但し、薬物提供者に優越的認識に基づく危険判断がある場合、例えば、重篤の依存、抑うつ薬物嗜癖者に、新しい「薬物」を、その強い効果についての情報を与えずに提供し、嗜癖者が普通の量を摂取して死亡する場合、この結果は薬物提供者に帰属されうるから、このような状態に陥らせたとき、薬物提供者に保障人義務が生ずる。

ff　客観的注意違反の先行行為が正当化事由によって許容されない場合。保障人の地位は客観的注意違反の先行行為から生ずる。例えば、客観的注意違反の運転によって歩行者に瀕死の重傷を負わせ、被害者はそれが原因で死ぬかもしれないことを認容しながら事故現場から逃走する者は、この結果が発生するとき、不作為による殺人罪に問われなければならない。[163] この場合、「高度の要保護性」が生じたときにだけ、例えば、運転者の救助行為がなければ被害者の生命を救うことができない場合にのみ保障人の地位の発生を肯定し、これに対し、交通量の多い道路で発生し、それ故、重傷者が自ら行動を起こさなくとも病院へ搬送される見込みがあるときには保障人の地位の発生を否定する見解もある。[164] しかし、「個々人は、他人が許された危険の範囲内において行う行為に対しては、今日既に自己保護で対処するという重荷を負っている。第三者の許されない危険から生ずる損害に対しても、被害者に可能である限り、被害者に自らを守るようにと押し付けるべきではない」のであって、この種の限定は行き過ぎである。[165]

gg　客観的には注意違反だが、しかし、具体的事例において許容命題によって正当化される先行行為の場合。このような先行行為が保障人義務を基礎付けるかが問題となる。例えば、正当防衛者が違法侵害者に瀕死の重傷を負わせ、引き続いて救助活動をせず、その際その者の死を認容している場合、正当防衛者は保障人とはならない。特別の許容命題によって他人の法益への明白な侵害権を有するとき、他でもなくこの権利を行使することで、侵害の許されるまさにその法益の保障人になるというのは理解しがたいことである。[166] なぜなら、侵害者に発生する法益の危殆化は専ら侵害者の答責領域にあるからである。自分自身に結果の発生を帰属しなければならない侵害者（被害者）は被侵害者から救助されるなどということを期待することはできない。構成要件該当性の段階で問題となる客観的帰属の思想が不法の段階でも意味を有するのである。[167] その上、正当防衛特有の観点も保障人の地位の成立を否定する。すなわち、

正当防衛において保障人の地位が肯定されるなら、違法な侵害者が、自己の責めなく不慮の事故にあった者よりも不当に有利な扱いをされることになる。正当防衛権を行使する者は、本人の個人法益を守るだけでなく、法の確証にも資する行為をもするのであるから、正当防衛者に付加的負担を負わせることにでもなれば、正当防衛権の意味に反する。おまけに、正当防衛者に保障人義務を負わせることになるなら、緊急救助の場合、被侵害者を救助する正当防衛者も保障人義務を負うが、被侵害者の自己防衛に委ねていた第三者は保障人義務を負わないということになろうが、これは不当な結論といえよう。[168]

これに対し、緊急避難の場合は別である。例えば、自動車運転者が自己の生命への危険を避けるためやむを得ず歩道に乗り上げ、そこにいた歩行者をはね重傷を負わせたとき、当該運転者には違法性阻却の緊急避難が成立するが、保障人の地位も肯定されるべきである。なぜなら、正当防衛の場合と異なり、この出来事は、事故とはまったく無関係の緊急避難行為によって侵害される者の答責領域にはないからである。[169] 過剰防衛も先行行為からの保障人の地位を基礎付ける。[170]

hh　正当化された継続犯においてその前提要件が事後的になくなった場合。この場合、保障人義務が生ずる。例えば、乱暴な、公衆に危険な酔漢を一時監禁することが、その者の行動の自由を上回る利益を擁護するために必要であるとき、緊急避難により許されるが、その状態が消失したときは、酔漢は解放されなければならない。解放しない者には不作為による監禁罪が成立する。緊急避難の要件が欠如すると同時に、監禁は違法となるから、それまでの監禁者には許されない危険を除去する責務があるからである。[171]

ii　共犯者の過剰行為　共同正犯の実行後、その一人が単独で同一被害者にもともとの共犯計画には含まれていない過剰の犯罪行為をした場合。例えば、共同正犯者が共同して強盗あるいは傷害行為をした後で、その一人が自己の決意に基づき同一被害者に強姦あるいは殺害行為に出るとき、他の正犯者がその行為を阻止しない場合、当該強姦行為や殺害行為が強盗行為や傷害行為によって促進されしかもそれが認識可能だったといえるような場合には、他の正犯者は強姦行為や殺害行為が実行されないことを信頼してはならず、不作為者には保障人の地位が生ずるが、強姦行為や殺害行為が行われそうもなく、したがって、その予見もできない場合には、不作為者には保障人の地位は生じない。[172]

先行行為が有責であることは要しない。[173]

先行行為が保障人の地位を基礎付ける基本的前提要件は、結果発生の切迫したないし相当の危険を生じさせるということである。すなわち、先行行為はこれと典型的に結びついている危険が実現することを蓋然的にしなければならず、そのときにのみ保障人義務が生ずる。すなわち、先行行為はこれと典型的に結びつく危険を蓋然的にしなければならず、そのときにのみ保障人義務が生ずる。[174] 判断時点は先行行為の終了直後の時点である。[175]

化学工場、修理工場、砕石といった事業活動はかかる危険を生じさせているとはいえないので、その活動自体が保障人の地位を基礎付けることはない。切迫した危険は客観的注意違反があって初めて認められる。

製造業者あるいは販売業者が、用途に従った使用をしても消費者の身体、場合によっては生命にすら危険のある製

造物（例えば、食料品、薬品）を、その危険性が認識できるにもかかわらず、市場に出荷する者は、作為の形態による犯罪に問擬されうるが、現実にその危険性が認識された後には、危険な先行行為に基づき危険回避義務を負うのであり、製造物回収等の措置をとらなければならない。[176]製造又は市場出荷それ自体に客観的注意違反が認められないときは、危険源責任から保障人の地位が基礎付けられる。

先行する（保障人義務違反の）不作為ですら、先行行為からの保障人の地位を基礎付けうる。例えば、家の所有者が義務に違反して固定しないまま放置してある屋根瓦が落下して、その下を歩いていた歩行者が怪我をした場合である。[177]

d　危険源責任

自己の支配領域にある物的危険源から基礎付けられる保障人の地位は、監視保障人の原型であるが、最近になってようやく、危険な先行行為から分離され、独自の保障人の地位として自立することになった。[178]但し、こういった監視義務は、法律、任意の義務引き受けあるいは契約上の付随義務からも生じうる。

民事法上の社会的往来保全の義務（安全確保義務）からの法類推に基づくと、自己の支配領域にある物的危険源（物、装置、施設等）から第三者の法益に危険が及ぶ（及びうる）場合、この者は一般の人々の法益侵害を防止する義務を有する。[179]この監視義務及び危険防御義務は、一方で、社会生活往来者は、原則として、他人の支配領域にある危険支配に介入することが許されず、そこから生ずる危険に対して効果的対処ができないこと、それ故、日常生活において、

この危険支配を信用せざるを得ないし、又、信用しても良いという思想[180]、他方で、物や事業から利益を得る者は、細部においても、そこから生ずる危険を監督し、回避する義務があるという思想[181]に基づくのである。したがって、危険支配を信用しても良いという関係が見られない場合、例えば、他人の庭に生育しているさくらんぼうを無断で摘み取るために、そこにあった梯子を利用したところ、踏み板が壊れて転落した者に対して、その庭の所有者が保障人の地位に立つわけではない[182]。

この保障人の地位は土地・建物の所有者、占有者、事業者（飛行場、鉱山、健康倶楽部、スキー場、水泳場、鋼索鉄道等）ばかりでなく、危険な動物の飼い主（民法第七一八条）、自動車の所持者にも当てはまる。例えば、家の所有者は暴風雨で破壊された屋根瓦が落下しないよう措置をとらねばならず、スキー場の経営者は、斜面安全確保義務を遵守し、スキー客に損害が生じないような措置をとらなければならず、又、犬の飼い主はその犬が逃げ出して他人に危害を加えないような措置をとらねばならない[183]。

危険源責任に基づく保障人の地位は自動車の所持者にも当てはまる[184]。自動車の所持者にはその車が安全な状態で走行できるような状態に保つ義務がある。自動車所持者の監視義務には、運転能力の無い者に利用されることを阻止する義務も含まれる[185]。さらに、自動車の運転のために一時それを利用した者が事故を起こした際、その自動者の所持者が事故現場に居合わせるとき、その所持者はその利用者が走り去るのを阻止しなければならない[186]。これに対して、運転免許のある妻がその運転免許の無い夫に妻の車で運転することを万難を排してまで阻止する義務があるかは疑問である。妻は、その夫の運転を阻止するために、夫の人格を否定するような措置をとらなければならないような状態に

追い込まれかねないからである。[187] さらに、アルコール中毒者に酩酊運転をさせないために自分自身の自動車を処分するという形での自己監視義務があるかも疑問である。というのは、本来的危険は支配されている自動車という物にではなく、それを利用する者自身にあるからである。[188]

一軒家であれ集合住宅であれ、住居も危険源となりうる。例えば、招待客がその訪問宅の欠陥階段を踏み外して怪我をする場合、招待主には不作為による傷害罪または過失致傷罪が成立する。問題は、住居主（所有者であれ借家人であれ）に、その住居の中で第三者の行う犯罪行為を阻止する義務が課せられるかである。[189] 住居それ自体から危険が生じているわけではないので、住居主という属性から監視保障人義務を導出することはできない。[190] そうかといって、客が招待主に対して依存関係にあるわけではないので、依存関係を根拠に保護保障人の地位を基礎付けることもできない。すなわち、住居の不可侵が憲法上保障されているということから、住居権者が、市民として享受している国の保護を引き受けなければならないということには繋がらない。「危険が迫っている」場合には、住居権は後退する。[191] さらに、住居、飲食店はたまた地所で犯罪被害にあう被害者は、他の場所で被害にあう者よりも救助を得にくい、したがって、住居権者に保護保障人の地位を認め、この不足を相殺するべきともいえない。住居や飲食店では、人里離れた場所におけるよりも助けを得にくいとはいえないからである。[192]

住居は、そこで犯行が行われるというだけで既に住居主によって監視されるべき危険源となるのではない。住居主には、住居が具体的犯行の推移においてその特徴の故に犯罪促進的役割を果たしているという「特別の事情」が認められる場合においてのみ、監視保障人の地位が認められるべきである。[193] 犯罪促進的役割を果たしているといえるのは、

例えば、家に（監禁しやすい）地下室があるとか、家が（犯行の気づかれにくい）人里離れた場所にあるとかでは足りず、地下室を防音壁で、外部から入れない地下牢に増築するとか、贋札工場を設けるといった稀な場合が考えられ、この場合、住居主は第三者がこれを犯罪のために利用することを阻止しなければならない。[194]

インターネット・プロヴァイダの刑事責任については、先ず、プロヴァイダ自身が自己のサーヴィスとして違法な情報（猥褻情報、児童ポルノ情報、名誉毀損情報、著作権侵害情報等）を提供する場合が問題となるが、これは作為という行為形態による構成要件該当性が問題となるに過ぎず、不作為の問題ではない。このような場合は、違法な情報をネットワーク上のサーヴァにアップロードし、不特定多数の者に閲覧可能な状態を作出する発信者と同様に、プロヴァイダにわいせつ物公然陳列罪、児童ポルノ公然陳列罪、名誉毀損罪、著作権侵害罪が成立する。次に、プロヴァイダが、自社の会員に対してインターネットへの接続サーヴィスを提供することにより、他社が運用するサーヴァー上に蔵置された違法コンテンツに対して、会員がインターネットを介してアクセスすることへの媒介を行う場合が問題となるが、違法情報の「情報」を違法「情報」それ自体と同視することはできないので、インターネットへの接続にとどまるアクセス・プロヴァイダに刑事責任を問うことはできない。[195]

もっとも問題となるのは、プロヴァイダが自ら運用するサーヴァ上に会員等からアップロードされた違法情報を削除することなく放置した場合とか、違法な情報が書き込まれた電子掲示板の運営者がそれを排除しない場合、つまり、不作為の行為形態の場合である。これについては、上記の監視保障人としての住居主の例との比較によって解決の糸口が与えられる。すなわち、住居の場合と同様に、ホームページ自体（が蔵置されたサーヴァ）が危険源というので

はなく、違法情報（が蔵置されたサーヴァ）が危険源なのである。このような場合、プロヴァイダや掲示板の運営者が、ホームページや掲示板の特徴の故に違法情報のアップロードを促進するといったような犯罪促進的役割を果たしているという「特別の事情」が認められる場合に限って、監視保障人の地位が認められるべきである。[196]

もっとも、プロヴァイダ等に違法情報がサーヴァ上に蔵置されていないかどうかを常時探索する作為義務を課することは適切ではないので、作為義務は違法情報が蔵置された後のその遮断ないし削除義務に限定される。[197]

危険な先行行為の場合とは異なり、危険源に対する監視保障人は、法的に許されたないし社会的相当の活動に伴う危険（源）に対しても責任を負う。例えば、安全規則を厳格に遵守している化学工場であっても、一旦事故が生じ、従業員や第三者に危害が及ぶ場合、社会的往来保全の義務から保障人義務が生ずる。[198]

製造業者や販売業者が、用途に従った使用をしても消費者の生命、身体に危険のある製造物を出荷する場合、製造又は市場出荷それ自体に客観的注意違反が認められないとき、危険源支配からの保障人の地位が基礎付けられる。かかる者は、製造工程や品質管理において第三者を排除しているのであるから、その危険性が覚知又は覚知可能となった後は、自ら品質検査・確認の上、大衆媒体を通じた及び／又は顧客個人への直接の欠陥の公表、警告、欠陥製品を回収する等の積極的な行動を起こす義務がある。例えば、医薬品とか防腐剤といった製品は、無数の化学物質を含むため、製造・販売時点では未知であったものの、その後の時点でその潜在的危険性が認識できるようになるといった事態が生じうるのであり、このような場合、製造業者や販売業者には法益侵害の危険を阻止する義務が課せられる。[199]

その際、危険源支配は、「純粋に事実的な支配」のみならず、「法的影響力状況ないし処分状況」も含む。法益侵害の危険を阻止する上で、「事実上の支配」の存否が重要なのではなく、「影響力」の存否が重要なのである。[200] したがって、製造物がまだ工場、販売網の中にあるのか、あるいは、既に市場に出回っているのか、消費者の手中に到達しているのかに関わらず、当該状況に応じて、警告、製造物回収等の義務が生ずる。[201]

危険源に対する保障人義務の内容と範囲は具体的危険源から生じうる実害の予防に限定される。さらに、危険な先行行為と同じく、監視保障人の義務は自己答責原理によって限定される。例えば、安全確保措置のとられている場所を離れて、意図的に無謀な滑降をするスキー客に対しては、スキー場経営者は保障人の地位にはない。[202]

経営者、したがって、「物的支配者」が法人であるとき、経営関係的保障人義務の担い手ないし第一次的受託者は法人ではなく、その機関構成員である(ちなみに、機関構成員は法人の財産利益の保護保障人でもある)。[203] この点で、保障人義務の個別化が生ずる。[204] 機関構成員でない者の保障人義務は限定されたものになる。[205]

保障人義務は委譲することができる(垂直的権限分与)。他でもなく企業においては、監視義務のそして又保護義務の委譲もかなり重要な役割を果たす。義務を引き受ける従業員（中間管理職、その下位の従業員）は、完全なないし協定した範囲内において委任者の保障人の地位を引き受け、その結果、保障人として他者の義務を引き受けなければならない。但し、自己の保障人義務を果たすために、従業員にその義務を委譲する者は、依然として、選任責任、監督責任ないし管理責任の範囲内で、被委譲者と並んで自らも刑法上の責任を負う。[206] ここに、物的支配を根拠とする負

責から他者の行為に対する負責への変遷がみられるのである。[207] もっとも、この場合、中間管理職の側の過失が認められることが多いであろう。従業員への信頼がおおきくなるほど、本来の監視義務者である義務委譲者への要求はそれだけ減少する。[208]

水平的管轄分配も可能である。企業は、株式会社の取締役会のように、集団管理形態をとる場合が多い。したがって、営業担当とか技術担当といった業務分担が個々の管轄部門責任者の刑事責任に与える影響如何という問題が生ずる。会社法上の準則に応じて、内部的管轄分与の場合であっても、基本的には、機関構成員全員が規範名宛人として、したがって、刑法上の責任を負う。しかし、可能性、期待可能性といった規準から出立すると、管轄を有していない機関構成員に「連帯責任」の意味での責任を肯定するためには、その機関構成員が義務違反を知っていたか、少なくとも危険な状況を知っていたか、又は、これを思いつかねばならなかった場合に限られるべきである。[209] 第一次的責任は管轄部門長にある。[210] 信頼の原則が働くから、その他の管轄を有しない機関構成員は限定的責任を負うに過ぎない。他の管轄部門による継続的監視は、異常であるとか、不十分であるとかが明らかにならない限り、要求されない。管轄機関構成員の業務執行を信頼することが明らかにもはや適当ではない場合に初めて共同責任が生ずる。[211]

e　その他

緊密な自然的結びつき。緊密な自然的結びつきも保障人義務を基礎付けるとの見解が見られる。兄弟姉妹、生活伴侶、婚約者関係においては、お互いに生命、身体に対する重大な危険を回避する義務を負うというのである。もっとも、こういう関係にあることが直ちに保障人義務を基礎付けるものではなく、法的（少なくとも保護者機能を実際に

引き受けたことで具体化された）基礎があること、単に倫理的・道徳的基礎があるに過ぎないのではないことが前提とされる。縁戚関係、姻戚関係は緊密な自然的つながりの範囲外にある。例えば、三歳の女児が水泳場で溺れているとき、一緒に来ていた一八歳の姉には殺人罪の救助義務がある。[212]

しかし、緊密な自然的結びつきがあるというだけで直ちに保障人義務を認めるのは妥当ではない。緊密な自然的結びつきがあるということから独自の保障人義務を導くには、予期に反した法律の欠けつがあることを要するが、この場合、そのような事情は認めがたく、法類推に基づく保障人の地位は否定される。[213] 緊密な自然的つながりがあるということは、任意の義務引き受け又は危険を基礎付ける先行行為の範囲内において付加的役割を果たすにすぎず、独立した機能を有するものではない。[214]

注

(146) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 26.; *Triffterer*, (Fn. 8), 14. Kap Rn 44.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rz 76.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 106, 105.; *Stratenwerth*, (Fn. 44), § 13 B I 1 a) cc) (3).

(147) *Schünemann*, (Fn. 75), 313 ff.; *ders*. Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, 231 ff. 参照、岩間康夫「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――」犯罪と刑罰第四号（一九八八年）、八三頁以下。

(148) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 150.

(149) Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 18.

(150) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 160.

(151) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 161.; *Steininger*, (Fn. 2), Vorbem zu § 2 Rn 80. この先行行為が客観的義務違反ではないのは、誰でも、他人がそれを用いて故意の犯罪を行わないものと信頼してよいからである。但し、「犯罪を犯すことの認識可能性」がある場合は信頼

の原則の適用は無い。自己答責原理から保障人の地位の成立を否定する見解（*Kühl*,(Fn. 52), § 18 Rn 104.; *Sree*,(Fn. 9), § 13 Rn 39）もあるが、これによると、犯罪を犯すことの認識可能性がある場合であっても、保障人の地位は生じないことになろう。本文の事例において、連邦通常裁判所は、被告人の包丁貸与行為と被害者の死亡の間に因果関係があることを理由に保障人義務の存在を肯定した。BGHSt 11, 353 ff.

(152) しかし、かかる事例において、連邦通常裁判所（BGHSt 4, 20）は、飲食店主の保障人義務を肯定し、客が帰宅途中人を轢き殺した場合〔「酒の販売により惹起されるであろう有害な結果発生に対する条件が働かないようにできる限りのことを法的に義務付けられている」として、飲食店主の不作為による過失致死罪の成立を認めた。学説はこれに批判的である。*Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 39.; *Steininger*, (Fn 2), § 2 Rn 85.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 173.

(153) 連邦通常裁判所もその立場を変えた。BGHSt 19, 152〔原則論としては、自己の行為により結果発生の危険を創出した者にはその損害発生をできる限り回避すべき法的義務があるが、飲食店で酒精飲料を販売することは一般に社会的相当と認められる行為に属するのであり、したがって、客がなお自己答責的に行為しうることを合理的に認識しうるかぎり、飲食店主は客の作為、不作為に介入する必要はない〕。*Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 21.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 173. トレクセルは、この場合、保障人義務の発生を否定する根拠を、自由主義の法秩序から相互監視義務を引き出すことはできないところに求めている。*Trechsel*, (Fn. 35), 226.

(154) BGHSt 19, 154.; BGHSt 26, 35. ドイツの判例の詳細については、岩間康夫「先行行為に基づく保障人的義務に関するヤコブスの見解」大阪学院大学法学研究第二八巻第一号（二〇〇一年）一頁以下、八頁以下参照。

(155) *Trifferer*, (Fn. 8), 14. Kap Rn 51f.; *Lewisch*, (Fn. 87), 124.

(156) *Roxin*, (Fn. 5), § 13 Rn 165. かかる事例において、連邦通常裁判所も保障人義務の成立を否定した。BGHSt 25, 218「あらゆる観点で義務に適合した、交通に適切な行為をする運転者は専ら自分に責めのある事故被害者に対して保障人の地位を有しない」。しかし、フックスは、このような自動車事故に許された危険の法理が適用される事例においても、先行行為に基づく保障人の地位の発生を肯定する。その理由は次の通りである。法秩序はあらゆる危険な行為態様を禁止できるというわけではなく、それらを部分的に社会的効用の優越性の故に許容しなければならない。しかし、この特別の効用を有し、危険な行為をすることで自己の行動半径を広げる者は、そこから発生する危険を回避する特別の責めを負う。したがって、適法な先行行為であっても保障人の地位を基礎付けることができると。*Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap Rn 60 f. フロイントも、死の危険を回避しないことについて、許された危険を引き合いに出すことはできないのは、自動車運転という自由の実現形態を認める実質的根拠と不可避的に生じた衝突後の被害者の死に至る放置との間

には関係がないと論じている。*G. Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, 182.

(157) 連邦通常裁判所は、同種の事案で、被告人は「交通規則に違反した行動をとり、この行動が事故と直接の関係にあった」として、保障人の地位を肯定した。BGHSt 34, 82.

(158) *U. Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2006, § 36 Rn 71.; *Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 35a.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 102.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 170.

(159) *Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 35 a.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), 625.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 111.

(160) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 171 f..

(161) 連邦通常裁判所もこういった事例において過失致傷や過失致死の成立を否定する。BGHSt 32, 262.

(162) 連邦通常裁判所はこういった場合において不作為による過失致死や殺人罪の成立を肯定する。BGH, NStZ 4 (1984) 453. Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 22.; SSt 54/21＝JBl 1983, 494［深夜、二人を乗せてヴィーンの森を走行していたところ、このとき強奪の故意を抱いた一人の同乗者が運転者を止めて、他の同乗者から強奪した。強奪者の自己答責的行為は運転者の先行行為を限定するから、犯罪の機会を作ったが、まったく受身的立場にいた運転者には保障人の地位は生じない］。

(163) *Gropp*, (Fn. 35), § 11 Rn 16.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 143, 191.; *Stratenwerth*, (Fn. 44), § 13 Rn 32.; *Wessels/Beulke*, (Fn.), § 16 Rn 725. Vgl. BGHSt 32, 82.; BGH NStZ 1992, 125.

岐阜地裁大垣支判昭和四二年一〇月三日下刑集九巻一〇号一三〇三頁〔被告人が、無免許運転中、自転車で走行中の者に誤って追突して、自転車もろとも橋から二・二メートル下の川に転落させ重傷を負わせたが、そのまま現場から逃走したという事案について、殺人の未必の故意が認定できないとして、殺人未遂罪の成立は否定された〕。

わが国では、日高義博『不真正不作為犯の理論』一九七九年・一五七頁以下が「単純な轢き逃げ」について殺人罪の成立を肯定する。なお、藤木英雄『新しい刑法学』一九七四年・二〇一頁が、「単純な轢き逃げ」の場合、殺人罪の成立を認めるためには、「死の危険を認識しただけでなく、敢えてその状態を利用してその人を死亡せしめようという意思が加わること」が必要だとしているが、このような特殊の主観的不法要素は不要である。

わが国では、「単純な轢き逃げ」について殺人罪の成立を否定するのが通説であるが、保護責任者遺棄罪（刑二一八条）の成立を認める説がある。その作為義務根拠としては、条理（先行行為）（大塚仁『刑法概説（各論）』改訂版・一九八七年・六二頁）又は法令（道路交通取締法第二四条、同法施行令第六七条。現道路交通法第七二条。最判昭和三四年七月二四日刑集一三・八・一一六三）が挙

げられる。これに対して、内田文昭『刑法各論』第三版・一九九九年・八八頁、九〇頁、曽根威彦「交通事犯と不作為犯」現代刑事法第四巻第九号（二〇〇二年）一四頁以下、一七頁は、保護責任者遺棄罪に云う「保護」というのは行為者と被害者の間に排他性のある密接な保護・被保護の生活関係のあることを前提としていることを理由にその成立を否定し、単純遺棄罪に云う「遺棄」は不作為の形態も含むことを前提にその成立を認める。

(164) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rz 22.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 81.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 113.

(165) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 27.; *Triffterer*, (Fn. 8), 14. Kap Rn. 48. vgl. *Otto*, (Fn. 46), § 6 Rn 64［義務違反の作為と結果の発生との間に故意の不作為が挟まり、これにより事象の社会的意味に変化が生ずると、本来の帰属連関が中断され、したがって、過失致死罪と故意殺人罪が成立する］。

なお、イエシェックは、当初、先行行為が保障人義務を基礎付けるためには、第一に、先行の作為が損害発生の切迫した（相当な）危険を惹起したこと、第二に、先行の作為が客観的注意違反であること、第三に、極微の義務違反を排除するという観点から、先行の作為は、損害を回避しないことの刑法上の責めを行為者に負わせることが、社会全体の法確信に照らし擁護できる程度のものでなければならないのであり、これが認められるのは先行行為者が、法益主体自身又は他の保護の用意のある者を排除することで現存の保護関係を消滅させる場合か、自然の力を惹起するか自分に委ねられた人を監督しないというところに現れる新たな危険源を創出する場合に限定される（*H.-H. Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 3. Aufl., 1978, IV 4 a.）、「先行行為に含まれている義務違反の種類及び重さは」一般の人々の法確信に照らし、結果発生に対する刑法上の負責を可能にするほどの「危険の大きさ、切迫性及び意味と適切な関係になければならない」（*H.-H. Jescheck*, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1993, § 13 Rn 34.）として、イエシェックは、危険な先行行為に基づく保障人の地位の成立を些細な客観的注意違反の場合には否定していた。しかし、その後、第三の要件中、「極微の義務違反を排除するという観点から、先行の作為は、損害を回避しないことの刑法上の責めを行為者に負わせることが、社会全体の法確信に照らし擁護できる程度のものでなければならない」という部分が削除されている。*Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), IV 4 a. (AT, 4. Aufl., 565)。

(166) *Lewisch*, (Fn. 87), 125.

(167) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 94.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 182, 186.; *Otto*, (Fn. 46), § 9 Rn 81. 連邦通常裁判所（BGHSt 23, 327）も正当防衛権者の保障人の地位を否定する。「違法な侵害によって自己危殆化を招来する者は、このことによって、無理やり被侵害者を自分のための保護保障人にすることはできない」。ここに客観的帰属の思想が現れている。

(168) *Trifferer*, (Fn. 8), 14. Kap Rn 54.; *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 27「他人の法益への危険を伴う（正当化される及び特に社会的相当の）行為は今日ごく普通のことになっている。こういった源からの危険に注意し防護することは、自分の利益を擁護するために克服しなければならない任務の一つである」。フックスも正当防衛において保障人義務の成立を否定する。保障人義務は危険な先行行為が行動半径を拡大したということを前提とする。当然の行動半径を回復するに過ぎない防御行為は保障人の地位を基礎付けない。強盗犯人を殴り、重傷を負わせ、そこから逃走する者は、正当防衛行為をしたのであり、反撃行為によって自分に当然に認められる活動の余地を違法に拡大したのではなく、回復したにすぎない。正当防衛は行動半径を拡大するのではなく、法適合状態を回復したにすぎない。*Fuchs*, (Fn. 1) 37. Kap Rn 62.

(169) *Kindhäuser*, (Fn. 158), § 36 Rn 68.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 186 ff.; *Hilf*, § 2 Rn 106.

(170) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 106.; *Lewisch*, (Fn. 87), 125.

(171) *Rudolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 40 a.; *Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 36.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 189.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 97.

(172) *Roxin*, § 32 Rn 57.; *Seelmann*, (Fn. 82. Nomos-Kommentar), Rn 113.これに対して、オットーは殺害行為者の自己答責を理由に保障人義務を否定する。*Otto* (Fn. 46), § 9 Rn 84. vgl. *Kühl*, § 18 Rn 104. BGH NStZ 1992, 31. BGH NStZ-RR 1997, 292.

(173) *Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 38.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 110

(174) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 111.

(175) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 20.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rz 78.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 111.

(176) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 20, 22 a.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 79.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 117.

(177) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 114.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 190.否定説として、*Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 77.

(178) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 108.; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 22 a.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 90 ff.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 119.反対、*Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rz 20.

(179) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rz 22 a.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 90.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 119.
もとより、自己の身体も危険源となりうる、例えば、感染症に罹患している者には、それが許された危険の範囲内にないとき、自分に近づかないように他人に注意を呼びかける義務がある。*Frister*, (Fn. 92), 22. Kap Rn 24.

(180) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 59 IV 4 b.; *Rudolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 27.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 106.; *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 48.

(181) *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap Rn 58.
(182) *Donatsch/Tag*, (Fn. 35), 309.
(183) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 22a.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 107.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 92.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 120.
(184) BGH VRS 17［1959］, 388
(185) *Rudolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 30.; *Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 43.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 108. Vgl. BGHSt 14, 24; 17, 289; 18, 359, 361.
(186) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 108. Vgl. OLG Stuttgart NJW 1981, 2369.
(187) *Rudolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 30.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 108. Vgl. OLG Düsseldorf StV 1983, 253.
(188) *Rudolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 30.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 108.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 113.肯定説、*Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 43.; *Jakobs*, (Fn. 79), 29. Absch. Rn 31. BayObLG JR 1979, 289.
(189) ドイツ連邦通常裁判所は当初は基本的に肯定していた。参照、岩間康夫「住居所有者の保障人的義務について――(西)ドイツにおける議論を素材に――」愛媛法学会雑誌第一六巻第三号（一九八九年）三一頁以下。

BGH NJW 1966, 1763（飲食店でそこにいた四人の若者がダンスの誘いを断った女性に頭部等の毛髪を切除する傷害を与えたが、飲食店主（女性）がこれに介入しなかったという事案）「いずれにせよ、被告人が飲食店を営業しているということから、処分権能を有している室内の秩序に配慮すること、特に、本件のように、その客を他の客の狼藉行為から守る法義務が生ずる」。Vgl. RGSt 72, 373.; OGHSt 1, 87.; BGH NJW 1953, 591.

連邦通常裁判所はこの判例を住居所有者にも転用した。BGHSt 27, 10（住居所有者によって招き入れられた年金生活者が、他の客の行った強盗的恐喝の被害に合い死亡したという事案）[住居所有者は犯行を阻止できたにも関わらずそうしなかった。住居所有者は、自分の住居に招きいれ、その保護に出たということによって、「信頼の基礎を作出した」。「住居所有者の招きでその他人の家に入る者は、自分に――住居所有者の支配領域において――重大な危険が生じている場合に、住居所有者が味方してくれるものと信頼してよい」。但し、本判例は、一九六六年判例とは異なり、空間領域支配を排他的に強調しているのではなく、信頼関係を強調していると同時に、保障人義務を重い犯罪に限定している。

引き続き、連邦通常裁判所はこの限定路線を踏襲している。BGHSt 30, 391（主犯者がかねてから求婚していた若い女性を拉致して自分の同郷人の住居に連れてきて、そこで強姦したが、被告人（その住居の所有者とその妻）は主犯者の脅迫の影響下にあり介入しなかったという事案。無罪。「専ら住居所有者としての属性から保障人の地位を導出することはできない」。「住居がその特別の性質

又は状態の故に危険源といえるとき、住居所有者は、それが犯行を容易にする手段とならないような安全策をとるとか監視しなければならない」。「外に向けて遮蔽され、そこの出来事が外部から知覚できない領域」であるというだけでは「特別」の性質とはいえない。)。本判例は、従前の判例との整合性を維持するために、「住居所有者としての属性」と並んで「特別の事情」を強調している。

その後の判例も本判例に従っている。BGH NJW 1993, 76〔自分の住居内での禁制薬物の取引放任は保障人の地位を基礎付けない〕。OLG Stuttgart NJW 1981, 182〔客が禁制薬物を摂取して救助を要する状態になっても、住居所有者には保障人の地位は認められない〕。OLG Zweibrücken StV 1986, 483（共同住居人が土地に大麻草を植えても、その土地所有者には結果阻止義務は無い)。

Vgl. *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 116 ff.; *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 52.

(190) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 120.

(191) BGHSt 30, 394. *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 121.

(192) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 121.

(193) *Rudolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 37.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 115.; *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 52.

(194) *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 52. フロイントは、さらに限定して、「住居その他の部屋自体が自己の組織圏に入れられうる直接の危険源として機能する」場合に限って保障人義務を肯定する。例えば、誘拐犯人がその被害者を餓死させるために他人の住居の地下室に監禁したとき、この事実を発見した住居の管理者には、その地下室が被害者の自由、身体及び生命に対する直接の危険を生じさせていることに鑑み、解放義務が生ずる。*G. Freund*, Strafrecht AT., 1998, § 6 Rn 78.

(195) 参照、塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現代刑事法第一二巻第八号（一九九九年）三五頁以下、三八頁。

なお、ドイツでは、「テレサーヴィスの利用に関する法律（TDG)」第五条（責任）が次のように定めている。「(1)サーヴィスプロヴァイダは、利用に供している自らのコンテンツについては、一般の法律により責任を負う。(2)サーヴィスプロヴァイダは、利用に供している他人のコンテンツについては、プロヴァイダがこのコンテンツについて知っており、かつその利用を防ぐことが技術的に可能でありかつ期待可能であるときにのみ、責任を負う。(3)サーヴィスプロヴァイダは、他人のコンテンツに対する利用のためのアクセスを仲介するのみの場合における他人のコンテンツについては責任を負わない。ユーザーの要求に基づく、他人のコンテンツの自動的かつ短期間の保持は、アクセス仲介とみなす」。参照、米丸恒治「ドイツ流サイバースペース規制――情報・通信サービス大綱法の検討――」立命館法学二五五号（一九九七年）一四一頁以下。

一般に、本条第二項は、他人のコンテンツに供するホスト・プロヴァイダの可罰性について構成要件上の限定を加えたもの、本条

第三項はインターネットへのアクセスを仲介するにすぎないアクセス・プロヴァイダの可罰性を完全に排除したものと理解されている。Vgl. *Wessels/Beulke*, (Fn. 36), § 16 II 5 Rn 723.

(196) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 115 b.

参照、山口厚「プロバイダの刑事責任」（情報ネットワーク法学会、社団法人テレコムサービス協会編『インターネット上の誹謗中傷と責任』所収・二〇〇五年）一一一頁以下、一二四頁も、保障人の地位を、違法コンテンツをプロヴァイダが自ら積極的に利用するために、例えば、アップロードを事実上奨励するような状況の下で、蔵置された違法コンテンツをあえて放置したといったような極めて例外的場合に限定して肯定する。但し、本説は、排他的支配が保障人の地位を基礎付ける必要条件であるから（山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報第五二巻第四号（二〇〇〇年）一頁以下、一六頁）、管理者がプロヴァイダのホスティングサーヴィスを受けて電子掲示板を運用している場合には、遠隔地からのサーヴァに対してアクセス権限を有する電子掲示板の管理者と、サーヴァを管理するインターネットサーヴィスプロヴァイダの両方が違法コンテンツを削除する等の措置をとるべきところ、両者ともに削除措置をとらなかったというような場合、排他的支配は否定されるので、保障人の地位も否定されることになろう。参照、鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現代刑事法第六巻第一号（二〇〇四年）一七頁以下、二〇頁。

なお、次の点に注意を要する。「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」の一部改定（平成一〇年四月）により、「映像送信型性風俗特殊営業」を営む者に自己の自動公衆送信装置を提供している設置者（いわゆるプロヴァイダ）は、その記録媒体に「わいせつな画像を記録したことを知ったときは、当該映像の送信を防止するため必要な措置を講ずる」努力義務を負い（第三一条の八第五項）、これが遵守されない場合、公安委員会は、郵政大臣との協議の後、設置者に対して、「遵守されることを確保するため必要な措置をとるべきことを勧告することができる」（第三一条の九第二項、第三項）こととされたので、この勧告に至った場合には刑法上の作為義務が生ずる。参照、塩見（注195）三八頁以下。

次に、名誉毀損罪については真実性の証明の規定との関連で特有の問題が生ずる。刑法第二三〇条の二第一項は、名誉毀損的表現が①公共の利害に関して、②専ら公益を図る目的で行われた場合、③摘示事実が真実であることを証明すれば、罰せられないとし、③に関しては、判例上、「たとい刑法二三〇条ノ二第一項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しない」とされている（最大判昭和四四年六月二五日刑集二三巻七号九七五頁（夕刊和歌山時事事件））。しかし、プロヴァイダ等に事前に判断材料が与えられているというような事情は稀であり、したがって、常に「誤信したことについて、確実な資料、

根拠に照らし相当の理由」があるとはいえないことになり、プロヴァイダは処罰を免れるためには常に当該コンテンツを削除しなければならないということになろう。しかし、これでは、表現の自由が民主的社会にとって必要不可欠であるという公益の観点から人格権の保護範囲を限定するという本条の趣旨にそぐわない結果となろう。したがって、本条の趣旨からすると、プロヴァイダ等には、例えば、「被害者」等からの削除要求があった等の名誉毀損的表現の真実性についての判断材料が与えられている場合に限って、その刑事責任が問われるとすべきであろう。参照、鎮目（注１９６）二三頁以下。

これらの説に対して、一般的にプロヴァイダ等の不真正不作為犯の成立を否定する説も有力に主張されている。堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」研修五八八号（一九九七年）九頁以下。山中敬一「インターネットとわいせつ罪」（高橋和之、松井茂記編『インターネットと法』〔第二版〕所収・二〇〇一年）七一頁以下。後者は否定説を次のように理由付ける。プロヴァイダによるサーヴァの提供やインターネットへのアクセス可能性の提供は、プロヴァイダに先行行為に基づく管理義務も危険源の管理義務も認められず、保障人的地位も存在しないため、不作為犯として処罰されない、プロヴァイダには、サーヴァに蓄積された他人のデータに対する介入・コントロールの可能性がなく、不作為犯に必要な「危険回避可能性」（作為可能性）も存在しないからである、「検閲の禁止」、「通信の秘密」（憲法第二一条第二項）も、プロヴァイダに他人のデータの内容をコントロールする権限を認めないし、このことは電気通信事業法の定める「電気通信事業者の取扱いに係る通信」の検閲禁止（第三条）、通信の秘密の保護（第四条）からも裏付けられると。しかし、本説は妥当でない。事後的介入は検閲に当たらないし、電気通信事業法のいう「通信」とは秘密性を有する通信を意味するのであり、ホームページや電子掲示板は、電子メールとは異なり、表現に当たり、その性質上通信の秘密の対象にはならないからである。参照、高橋和之「インターネットと表現の自由」ジュリスト一一一七号（一九九七年）、二〇頁以下、三二頁。只木誠「インターネットと名誉毀損」現代刑事法第一二巻第八号（一九九九年）四三頁以下、四五頁以下。

(197)　プロヴァイダ等の削除義務違反行為は共犯（幇助）であるとの主張もあるが、その根拠がつまびらかでない。小向太郎「インターネット・プロバイダーの責任」ジュリスト一一一七号（一九九七年）一九頁以下、二〇頁。只木（注１９６）四九頁。プロヴァイダ等の削除義務違反行為は正犯である。先行の蔵置行為が終了、つまり、正犯行為が終了しているのであるから、削除義務違反行為が共犯（幇助）とはなりえない。山口（注１９６）一一七頁。鎮目（注１９６）一九頁。永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』（二〇〇三年）三〇六頁は、プロヴァイダのわいせつ画像データの放置行為について、すでに記憶・蔵置されたされたデータを再生・閲覧させることを可能にし継続させる行為であるから、（作為）正犯者による陳列行為を容易にしたとは認められず、幇助とはなりえないが、しかし、当該データを削除し、あるいは、その記憶・蔵置者に対し警告を行うなどの措置を講じないことで、当該サイトの開

設・運営者が新たにわいせつ画像データを記憶・蔵置していくことを物理的にも精神的にも促進されているという状況の場合、不作為による幇助の可能性を認める。

(198) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 22 a.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 94.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 94.

(199) *J. Bramsen*, Strafrechtliche Rückpflichten bei fehlerhaften Produkten? GA 1993, 97 ff., 110 ff.; *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 53.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 117. なお、ブラムゼン説の批判的検討について、参照、岩間康夫「欠陥製造物を回収すべき刑法的義務の発生根拠」愛媛法学会雑誌第二〇巻第三・四合併号（一九九四年）二〇一頁以下。

日本の判例は、作為なのか不作為なのかといった行為の構造の問題には触れることなく、業務上過失致死罪の成否を論じている。大阪高裁平成一四年八月二一日（薬害エイズ事件ミドリ十字ルート控訴審判決・判例時報一八〇四号一四六頁）〔ミドリ十字の代表取締役社長であったM、同社代表取締役副社長兼研究本部長であったSは、加熱濃縮血液凝固第Ⅸ因子製剤であるクリスマシンの販売を開始した後は、直ちに非加熱の同因子製剤であるクリスマシンの販売を中止するとともに、加熱クリスマシンHTの販売を回収する措置を採るべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、その結果、大阪医大付属病院に非加熱クリスマシンを販売し、同病院において、医師をして肝疾患に伴う食道静脈瘤の硬化手術を受けた患者一名に対して非加熱クリスマシン三本を投与させ、その患者をHIVに感染させてエイズを発症させ、投薬から約九年八ヶ月後にエイズの症状である抗酸菌感染症等により死亡させたとして業務上過失致死罪により起訴された。第一審各被告人有罪〕「被告人Mは、血液製剤等の医薬品の製造販売等を業とするミドリ十字の代表取締役社長として、同社の業務全般にわたる重要な案件について協議し決定する機関である常務会と経営会議を主宰し、営業方針等について報告を受けるなど同社の業務全般を統括していたもの、被告人Sは、同社の代表取締役副社長兼研究本部長として、常務会等を構成して同社の意思決定に参画し、被告人Mを補佐して同社の業務全般に関与すると共に、エイズと血液製剤との関わりについての情報収集等の調査を含む医薬品の研究に関する業務を統括していたものであり、いずれも同社の医薬品の製造販売に伴う危険の発生を未然に防止すべき地位にあった。被告人らは、加熱クリスマシンHTの販売開始時点において、濃縮血液凝固第Ⅸ因子製剤の加熱化がこれによって状況を決定的に変化させた極めて重要な意義を有するエイズ対策であって、非加熱クリスマシンの販売を継続し、また、医療機関等に販売済みの非加熱クリスマシンを放置すれば、その投与により患者らをエイズウイルスに感染させ、エイズ発症により死亡させる危険性があることを予見することができ、かつ、血友病等の治療のため非加熱クリスマシンを販売することも販売済みの非加熱クリスマシンを留め置くこともその必要がなかったのであるから、直ちに非加熱クリスマ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M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S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Mにその旨を進言すべき義務があった。ところが、被告人両名は、いずれもこの義務を怠り、加熱クリスマシンHTの販売後も引き続き非加熱クリスマ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シンを回収する措置を採らないという過失を犯したものである」。控訴審判決は、一審判決を量刑不当により破棄した上で、Mを禁錮一年六月（実刑）、Sを禁錮一年二月（実刑）に処した。その後、両名の上告は棄却され、確定した。

公務員にも、法令に基づき許認可権限等を有するその所掌事務内において、一旦許認可を与えた後、当該許認可の前提要件が消失し、したがって、その持続効果を解消すべきこととなった時点において、当該許認可を取消す等の当該危険源を監視する保障人義務が生ずる。下記の「薬害エイズ厚生省事件」においても、法令に基づき承認権限を実質的に所掌する公務員には、一旦国によって承認が与えられていた非加熱製剤の危険性が事後的に得られた情報により認識ないし認識可能となった場合には、当該承認の取消し、承認薬剤の回収指示等の必要な危険回避措置（薬事法第六九条の三〔緊急命令〕、同法第七四条の二第一項〔承認取消し等〕、同法第七〇条〔廃棄・回収等の命令〕、医師法第二四条の二〔医師に対する医療等に関する指示〕）を採るべき当該危険源を監視する保障人義務が生ずる。危険源に直接携わる者と並んで公務員にも監視保障人義務が課せられることにより、当該危険源から生じうる結果の発生を効果的に防止できるのである。なお、林幹人「国家公務員の作為義務」現代刑事法第四巻第九号（二〇〇二年）二〇頁以下、同「国家公務員の刑法上の作為義務」法曹時報第六〇巻第七号（二〇〇八年）五七頁以下は、不真正不作為犯の作為義務を一般的に、「排他的支配」の観点から基礎付け、「薬害エイズ厚生省事件」については、「危険源」の「排他的支配」から作為義務を基礎付けることができると論ずる。しかし、論者自身も「排他性」も「支配性」も弱かったと認めているように、本事案を「排他的支配」で説明しようとすると、「排他的支配」概念がどうしても希薄化せざるを得なくなる。参照、岡部雅人「公務員の過失不作為について――薬害エイズ事件厚生省ルート最高裁決定をめぐって――」姫路法学第四九号（二〇〇九年）二八一頁以下。

判例は、国家公務員の作為義務が問題となった次の判例でも、行為の構造論には触れていない。最高裁二小決平成二〇年三月三日（薬害エイズ厚生省事件上告審判決）〔被告人は、昭和五九年七月から昭和六一年六月まで厚生省薬務局生物製剤課長の地位にあったが、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。一審判決（東京地裁）は、被害者Xに対する非加熱製剤の投与当時（昭和六〇年五月ないし六月）は、エイズの感染・発症等の機序に関して未解明の部分が多かっ

た上、血友病患者の治療に適する血液製剤としては、ＨＩＶ感染の危険性のある非加熱製剤しかなく、これに代替する加熱製剤はいまだ承認されていないという時期であったのに対し、被害者Ｙに対する非加熱製剤の投与当時（昭和六一年四月）は、エイズの感染・発症等の機序に関する知見が相当深まっていた上、ミドリ十字社等の製薬会社による加熱製剤の販売が順次開始されていたという時期であったことから、被告人を、Ｘ関係は無罪、Ｙ関係は有罪とした。被告人、検察官の控訴は棄却された。被告人のみ上告。Ｙ関係のみが上告審に係属）「本件非加熱製剤は、当時広範に使用されていたところ、同製剤中にはＨＩＶに汚染されていたものが相当量含まれており、医学的には未解明の部分があったとしても、これを使用した場合、ＨＩＶに感染してエイズを発症する者が現に出現し、かつ、いったんエイズを発症すると、有効な治療の方法がなく、多数の者が高度のがい然性をもって死に至ること自体はほぼ必然的なものとして予測されたこと、当時は同製剤の危険性についての認識が関係者に必ずしも共有されていたとはいえず、かつ、医師及び患者が同製剤を使用する場合、これがＨＩＶに汚染されたものかどうか見分けることも不可能であって、医師や患者においてＨＩＶ感染の結果を回避することは期待できなかったこと、同製剤は、国によって承認が与えられていたものであるところ、その危険性にかんがみれば、ほんらいその販売、使用が中止され、又は、少なくとも、医療上やむを得ない場合以外は、使用が控えられるべきものであるにもかかわらず、国が明確な方針を示さなければ、引き続き、安易な、あるいはこれに乗じた販売や使用が行われるおそれがあり、それまでの経緯に照らしても、その取扱いを製薬会社等にゆだねれば、そのおそれが現実化する具体的な危険が存在していたことなどが認められる。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、薬事法六九条の二の緊急命令など、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、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。そして、防止措置の中には、必ずしも法律上の強制監督措置だけでなく、任意の措置を促すことで防止の目的を達成することが合理的に期待できるときは、これを行政指導というかどうかはともかく、そのような措置も含まれるというべきであり、本件においては、厚生大臣が監督権限を有する製薬会社等に対する措置であることからすれば、そのような措置も防止措置として合理性を有するものと認められる」。上告棄却。

(200) *Bramsen*, (Fn. 198), 113, 119. a. *E. Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft", 1993, 140 f. 参照、神例康弘「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――」（『板倉宏博士古稀祝賀・現代社会型犯罪の諸問題』所収・二〇〇四年）一八三頁以下。

(201) ここでドイツの判例・学説の状況を一瞥しておこう。参照、神例康博「ドイツにおける刑事製造物責任」松山大学論集第一五巻第五号（二〇〇三年）一四一頁以下。岩間康夫「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 ――」愛媛法学会雑誌第一八巻第四号（一九九二年）四一頁以下。

ドイツ連邦裁判所は、出荷時にはその危険性の認識できなかった皮革用噴霧器を、消費者にその使用によって肺水腫の被害が生じているにもかかわらず、回収しなかったという „Lederspray-Fall" Urteil（「皮革用噴霧器事件」判決）において、保障人の地位を「先行した義務違反の危殆化行為」から基礎付けた。「先行行為の客観的義務違反は、行為者が既に注意義務に違反した、つまり、過失行為があったということを前提としない……そのかぎりでは、危殆化結果の法的非是認で十分である。これを招来する者の行為が個人責任の意味で非難可能か否かは重要でない」と。BGHSt 37, 106 ff., 110, 118. Vgl. *H. Frister*, (Fn. 92), 22. Kap Rn 31.

しかし、この根拠付けは一般に受け入れられなかった。行為の義務違反は事前の判断なのであって、「危殆化結果」からの事後的判断ではない。「注意義務違反」のない「客観的義務違反」なるものは認められない。本件では、行為者の作為は「許された危険」を創出したに過ぎないと。*Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 199.; *Rudolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 40 c.

これに対して、学説では、保障人の地位を、判例と同じく先行行為によって基礎付けるが、しかし、「義務違反」ではなく、「高度に危険な先行行為」に求める見解が有力である。*G. Freund*, (Fn. 194), § 6 Rn 69「事後に具体化する損害の発生の可能性を妨げるという多かれ少なかれ明白な又は暗黙裡の ―― 自明の理であるから ―― 留保の付いている高度に危険を伴う行う者は、 ―― この活動をしたいのなら ―― それに相応する特別の責任に基づき行わねばならない。代償として適切な『反対給付』をせずに、相応の利益を望むことはできない」と。わが国では、平山幹子「不真正不作為犯について（3・完）」立命館法学二六五号（一九九九年）六五四頁以下。しかし、この説には、構成要件該当の帰属が問題となる限り、先行行為には事前の判断において危険源創出に義務違反が認められなければならないという先行行為の基本思想に反すること、「普通の」許された危険と「高度の」許された危険の区別は実際にはできないこと、及び、製品の製造・販売といった先行行為に当初から関与しなかった者の保障人義務を基礎付けることができないという批判が加えられる。*Roxin*, (Fn 5), § 32 Rn 202 ff. 参照、北川佳代子「欠陥製品回収義務と刑事責任 ―― 市販後の製品回収義務の根拠をめぐるわが国の議論 ――」（『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』第一巻所収・二〇〇六年）一八一頁以下、一九三頁以下。

さらに、消費者に対する「保護機能の引き受け」という観点から、「メーカー品」の場合には高価であり且つ代価には保護機能を引き受けた代金も含まれていることを理由に「メーカー品」に限って製造物者の保障人の地位を導出する説もあるが（*B. Schünemann*, Unternehmenskriminalität, in: *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, 621

ff.)、この区別の合理的根拠を見出しがたいとして一般的に製造物者の保障人の地位を導出する説もある（*Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 210 ff)。しかし、これらの説に対しては、「擬制」に帰着するとの批判が可能である。*Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 53.

なお、北川佳代子・前掲論文、同「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――」早稲田法学法第七一巻第二号（一九九六年）一七一頁以下、同「欠陥製品による事故と製造者の刑事責任――製品回収義務の発生根拠をめぐるオットーの分析」（『宮澤浩一先生古稀祝賀』所収・二〇〇〇年）四一頁以下、同「薬害エイズ3判決における刑事過失論」法学教室二五八号（二〇〇二年）四四頁以下は、作為義務の根拠については、結果に至る因果関係を具体的・現実的に支配していたことを要求する排他的支配説に立ち、社会の期待を理由として製造者の法的地位や影響力のみを手掛かりに支配概念を拡張すべきでないとした上で、回収義務も既に流通している製品（危険源）を現実に支配したかという観点から基礎付けられるべきであるが、その際、製品が物理的には製造者の手元を離れた後も、それだけでは必ずしも事実上の支配関係が否定されるわけではなく、例えば、ドイツの「皮革用噴霧器事件」では、消費者の手に渡った製品についてはもはや製造者の支配は及ばないが、日本の「薬害エイズミドリ十字ルート事件」では、製造業者によって管理可能な流通ルートに置かれたといえ（「製販一体性」）、市販後も引き続き製品に対する安全監視が行われている場合には、なお事実上の支配が認められるし、「薬害エイズ厚生省ルート事件」では、生物製剤課長は、国内に出回る生物製剤の安全管理を最終的に引き受けており、それは製薬会社に対する監督指導を通じても行われていたのであるから事実上の支配が及ぶと論ずる。本説では、危険源の現実的支配の有無の問題がいつの間にかそれ自体としては危険でない流通経路の支配の有無に変質しているので、複雑な流通経路を介在させると、保障人義務の成立が否定されるということになろう。参照、岩間康夫「製造物責任と不作為犯論」現代刑事法第四巻第九号二六頁以下、二八頁。鎮目（注１９６）、三六三頁。

(202) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6); Z 30 Rn 22 a.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 93.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 122.

(203) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 89.; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 5.

(204) *M. Böse*, Die gesellschaftlichen Regeln über die Geschäftsführung als Grenze von Garantenpflichten am Beispiel der strafrechtlichen Produktverantwortung, wistra 24. Jg., H. 2 (2005), 41 ff, 42.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 103 a.

(205) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 123.

(206) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 103.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 124.

参照、福岡地裁小倉支部判決昭和五三年三月二四日（カネミ刑事事件・判例時報八八五号一七頁）〔カネミ倉庫株式会社が製造した米ぬか油の中に、熱媒体カネクロール（ＰＣＢ）が混入していたため、これを経口摂取した約八九〇名の者が、有機塩酸中毒、いわ

ゆる油症に罹患した事案。当時、右カネミにおける米ぬか油製精の責任者たる工場長Mと米ぬか油製造部門を担当していた代表取締役社長Kが業務上過失致傷罪に問われた。第一審は工場長には有罪判決を言い渡したが、社長には無罪を言い渡した。その無罪理由として判示されたことは、カネミ本社工場における製油業務の技術的側面、すなわち、製油工程、その装置の管理、製品検査等一切は、被告人Mに全面的に委ねられており、被告人Kは、ほとんど関与せず、また、その能力も持ち合わせていなかった、本件カネクロールの管理についても被告人Kには具体的職責が無かった、加えて、被告人Kには、本件脱臭装置につき、それに用いられているカネクロールが過熱分解を起こすことのない適切な装置の配置や運転操作の方法、あるいは、右装置の増設、改造、修理及びその点検等による運転上の各管理等に関する技術的、具体的業務につきその職責になく、また、これらの直接責任者である被告人Mに対し、右の諸点に関して具体的、個別的な指示監督を行い、あるいは、その遂行を監視督励すべき立場にも実質的にはなく、その能力も有していなかった、被告人Kとしては、結局、会社全体の、あるいは製油部の統括責任者として、その業務全般にわたり、一般的、抽象的にこれを掌理統括するという広範な職責から、右の諸点についての一般的、抽象的な監督責任すなわち統括責任を有するものの、本社工場の一部門における多数の装置中の一つに過ぎない脱臭装置に生じた本件結果につき、その回避措置をとり得べき立場にはなかったというものである〕。

(207) *E. Schlüchter*, Der Kaufmann als Garant im Rahmen der unerlaubten Gewässerverunreinigung, in: Festschrift für H. Salger, 1995, 139 ff., 151.

(208) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rz 103.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 124.

(209) *Schlüchter*, (Fn. 204), 152 ff., 161 ff.

(210) *J. Schmidt-Salzer*, Strafrechtliche Produktverantwortung, NJW 1990, 2966 ff., 2970.

(211) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 129.

(212) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 12 f.; *D. Kienapfel*, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JBl Jg. 97, Heft 3/4, 1975, 80 ff., 85.

(213) *Trifferer*, (Fn. 8), 14. Kap Rn 34, 56.; *Fuchs*, (Fn. 1), Kap 37 Rn 48.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 34, 44.; *Lewisch*, (Fn. 73), 117.

(214) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 73.

(つづく)