

|      |                           |
|------|---------------------------|
| タイトル | 不作為犯の体系と構造(Ⅷ)             |
| 著者   | 吉田, 敏雄                    |
| 引用   | 北海学園大学法学研究, 46(1): 87-106 |
| 発行日  | 2010-06-30                |

# 不作為犯の体系と構造 (八)

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

### 第二章 不真正不作為犯の構成要件

#### I 客観的構成要件

#### 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）

（第44巻第1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卷第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 (第45卷第1号)

(3) わが国の最近の諸学説

a 先行行為説

b 事実上の引き受け説(具体的依存性説)

c 法益存立の依存関係説

d 物理的危険創出行為、法益・危険源の意識的引き受け説

e 因果経過支配説

f 排他的支配、危険創出(増加)説

g 効率性説

h 機能二分説

i 準作為犯説

(4) わが国の判例

a 法令・任意の義務引き受け(契約)

b 先行行為

c 危険源責任 (第45卷第2号)

II 主観的構成要件

1 故意の内容と対象

2 構成要件の錯誤

III 客観的帰属

1 行為帰属

a 等価値性修正

b 消極的安楽死

2 結果帰属

a 相当性連関

b 危険連関

c 仮定的代替適法行為

第三章 違法性

1 緊急避難

2 保障人の義務衝突

3 被害者の承諾

4 正当防衛

第四章 責任

第五章 未遂

(1) 障害未遂

(2) 中止未遂

(3) 不能未遂

第六章 過失の不真正不作為犯

1 過失の不真正不作為犯概説

2 管理過失・監督過失

(1) 不真正不作為犯としての管理過失・監督過失

(2) 監督過失と信頼の原則

(3) 客観的帰属

(以上本号)

(第45卷第4号)

(第45卷第3号)

## 第六章 過失の不真正不作為犯

### 1 過失の不真正不作為犯概説

過失の真正不作為犯は、刑法典中には見られないものの、特別法中には散見される（例えば、運転免許証の過失不携帯罪）。これに対して、過失の不真正不作為犯は、過失犯規定の存在を前提に、可罰的である。主として、過失の不真正不作為が問題となるのは過失致死傷罪である。

過失の不真正不作為犯の構成要件は、故意の不真正不作為犯の客観的構成要件と過失の作為犯の構成要件から構成される。先ず、結果回義務を基礎付ける状況、命令された作為の非着手（不作為）、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）、結果の発生、不作為の因果関係及び保障人の地位が構成要件要素となる。次いで、注意義務違反の不作為行為が付け加わる。<sup>①</sup>

過失犯が成立する要件として重要なものは、客観的注意義務違反である。客観的注意の内容は、保護法益に対する危険を認識し、適切な評価を下す内面的注意と危険を取り除く措置を採る外面的注意である。すなわち、構成要件の結果の発生の客観的認識可能性から、その発生を避けるための客観的回避義務が生ずる。過失の不真正不作為犯にあっては、客観的認識可能性は保障人の地位を含む構成要件該当状況、不適切な救助行為等に及ぶ。<sup>②</sup>

過失の不真正不作為犯における注意義務と保障人の義務が重なる限り、主観的注意違反も個人の行為能力と一致せ

ざるを得ない。すなわち、主観的注意違反は具体的不作為における個別事情に関わる個別行為能力を含むので、結局、これに解消される。<sup>(3)</sup>

保障人義務と注意義務の関係については、一方で、保障人義務というのは、換言すると、結果発生阻止義務であり、他方で、保障人の地位にある者にのみ注意義務が、つまり、結果の発生を阻止するために必要とされる注意を払うことを内容とする義務が課せられるのである。そうすると、過失の不真正不作為犯における注意義務違反と保障人義務違反というのは、注意義務違反が保障人義務違反を含むという形で重なるのである。<sup>(4)</sup>

次のような場合に過失の不真正不作為犯が認められる。第一に、行為者が不注意にも結果回避義務を基礎付ける構成要件的状况を認識しないとき、行為者が結果の発生を迫っていることを認識しないときと(認識のない過失)<sup>(5)</sup>、認識はしているが、介入せずともやり過ごせると考える場合がある(認識のある過失)。前者は、母親がその子供の重い病気を見過ごし、死なせてしまった場合、後者は、母親がその子供の重い病気に気づきながら、医師に見てもらおうことをせず、死なせてしまった場合である。第二に、行為者が、救助行為の手段があるにもかかわらず、軽率にも、救助に役立つ行為のできる状況にはないと考える場合もある。例えば、行為者が、携帯している電話で救助を要請できるにもかかわらず、うかつにもそれ携帯していることを忘れてしまい、重病人を素人の自分には救うことができないと考える場合である。第三に、命令された作為をするに当たってそれが適切な行為であるとは云えない場合、保障人は命令された作為を試みているが、しかし、同時に、必要な注意を怠っている。例えば、川に飛び込んで救うことができるにもかかわらず、溺れている者には届かない縄をその者めがけて投げ込む場合である。第四に、行為者が保障人

の地位を基礎付ける事実状況を認識しないときも、過失の不真正不作為犯が成立する。溺れて助けを求めている女性が自分の妻であることに気づかない夫とか、車道で自動車に轢かれて倒れている被害者を見たが、実は自分が轢いたことに気づかなかった運転者の場合である。法は保障人に構成要件的状况にある場合にそこに介入することを命令するばかりか、それ以上に、危険に陥っている者が自分の子どもであるか否かに注意を払うこと、自身が結果回避義務を基礎付ける状況を創出したのか否かに注意を払うことを命令している。<sup>6)</sup>

注意義務違反が認められるとき、結果の発生が第三者や被害者自身によって自律的に招来された場合のように客観的帰属が否定されない限り、構成要件該当性が肯定される。

## 2 管理過失・監督過失

### (1) 不真正不作為犯としての管理過失・監督過失

過失の不真正不作為犯においては、保障人義務は、故意の不真正不作為犯の場合とは異なり、結果の発生を直接的に回避する作爲に係るばかりでなく、結果発生の危険を排除すべき行為を行うことにも向けられている。すなわち、結果の発生を回避するべく、かなり早い時期に命令された作爲が履行されなければならない。したがって、保障人として、一定の安全措置を採る義務あるいは他人の危険な作爲を監視する義務を遵守しない者は保障人義務に違反している。<sup>7)</sup> 管理・監督過失と云われる法現象においても、このような保障人の作爲義務違反が問題となっているのである。

わが国において管理過失・監督過失犯論の展開の契機となったのは昭和四八年の「森永ドライミルク中毒事件差戻し第一審判決」<sup>(8)</sup>であった。次いで、昭和五八年から昭和六〇年前半にかけて、ホテルや百貨店の大規模火災に伴う大量死傷事件に関わる「太平洋パートナー火災事件第一審判決」(昭和五八年一月)、「千日パートナービル火災事件第一審判決」(昭和五九年五月)、「川治プリンスホテル火災事件第一審判決」(昭和六〇年五月)、「ホテル・ニュージャパン火災事件第一審判決」(昭和六二年五月)及び都市ガス漏れ事故に関わる「北ガス事件判決」(昭和六一年二月)が管理・監督過失犯論の発展、しかもその不真正不作為犯構成の展開を促したのである。<sup>(9)</sup>

いわゆる監督過失、管理過失では一般的には過失の不真正不作為犯が問題となつているのである。管理過失とは、従業者等の行為への監督の誤りではなく、管理者自身による物的設備・機構(例えば、消火設備、延焼防止設備、非常警報設備、避難設備)や人的体制などの不備自体が結果の発生に結びつく場合をいう。監督過失とは、他人に対する指導・指揮・監督等の不適切さが結果の発生に結びつく場合である。なるほど、安全体制の不備な企業活動を続けているという実体に着目すると、作為犯としての構成も可能に見えるが、しかし、企業活動そのものの社会的有用性、そしてその企業活動に伴う危険がかなり低い事に鑑みると、抽象的危険行為は認められるものの、作為行為の規範的危険性が否定され、したがって、作為の実行行為性は否定される(社会的相当行為)。もし、作為犯と構成するならば、個々の従業員の作為形態の営業行為を全体として捉え、これをもって管理者・監督者の作為行為と見ることになるが、これは擬制にすぎない。しかし、危険性は低いとはいえず、結果の発生回避に備えた安全体制は確立しておかねばならないのである。それをしていないこと、つまり、結果回避措置を採らないという不作為こそが問題とされるべきなのである(第二章I 6(2)d参照)。

判例は火災事故にかかわる管理・監督過失について、その行為の構造を明確に認識することなく、過失犯の注意義務の問題に焦点を合わせている。<sup>10)</sup>しかし、過失の不真正不作為犯にあつては、保障人義務の主体が過失犯の注意義務の主体を限定する、つまり、注意義務は保障人の地位に基礎付けらねばならないのである。したがって、先ず、保障人の地位が確定されなければならないのであり、これによって処罰の範囲も限定されることになる。ホテルや百貨店においては、宿泊客によるタバコの火の不始末、買い物客、宿泊客その他の者による放火、厨房からの出火、その他原因不明の出火による火災の危険を常にはらんでおり、しかも、いったん火災が発生すれば、他人の生命・身体等への大きな被害が生ずる虞がある。この意味で、ホテルや百貨店は危険源といえる。<sup>11)</sup>消防法上の管理権原者たる代表取締役等の経営の最高責任者や名目だけでなく、実質的に防火業務に従事している防火管理者は、火災による死傷の結果の発生する以前の段階から結果の発生を防止することができるような物的設備や人的体制を整備しておく監視保障人義務がある。管理過失の場合には、このような防火管理上の安全体制を整えていないという程度早い時期の不作為が実行行為である。<sup>12)</sup>監督過失の場合には、結果発生に接した時点での不作為が実行行為と見られることが多いであろう。過失の不真正不作為犯において、結果の発生からかなり遡り、まだ具体的危険の発生していない時点で実行行為を認めることに問題はない。故意の不作為犯であっても、具体的危険の発生だけが実行行為の規準というわけではないからである。例えば、時限爆弾の仕掛けられていることに気づいた列車乗務員が、列車乗務交代時に乗客被害の意図で放置したとき、時限爆弾が1日後に爆発するように設定されていたとしても、その時点で殺人の実行行為が認められる。結果発生時点からの時間的間隔の大小が実行行為性の決定的規準となるわけではない。

## (2) 監督過失と信頼の原則

同一の事業活動に関わる複数の者の刑事責任が問題となる監督過失においても、上位者に信頼の原則が適用されてその客観的注意義務違反が否定される場合がありうる。上位者である監督者が下位者である従業員に十全な安全教育・訓練を施している場合には、下位者の注意義務違反行為があっても、上位者の注意義務違反が否定されるのである。最判昭和六三・一〇・二七刑集四二・八・一一〇九「日本アエロジル工場塩素ガス流出事件」は、タンクローリーで運搬されてきた原料の液体塩素を工場の貯蔵タンクに受け入れるに際し、その作業に従事していた未熟練技術員がタンクの受入れバルブを閉めようとして誤ってパージバルブを開け、大量の塩素ガスを大気中に放出させて付近住民に傷害を負わせたという事案であるが、未熟練技術員K、これを指導監督しつつ作業に当たっていた熟練技術員T、受入れ作業担当の班の責任者であった技師F、これらの総括者で人員配置や安全教育の責任者でもあった製造課長Sの四名が業務上過失傷害罪で起訴された。最高裁は被告人四名の業務上過失傷害罪の成立を肯定したが、SとFの監督責任について、「被告人S及び同Fは、未熟練技術員である被告人Kを技術班に配置して液体塩素の受入れ作業に従事させるに当たっては、同人が知識経験の欠如から単独で不的確なバルブ操作をして事故を起す危険が予見されたのであるから、同人に対する安全教育を徹底して行い、熟練技術員の下でなければバルブ操作をしないことなどを十分に認識させておくべきであり、少なくとも急遽同人をを技術班に配置するに際してはその旨を同人に注意しておくべきだった。また、両被告人は未熟練技術員である被告人Kとともに液体塩素の受入れ作業に当たる熟練技術員に対しても、その直接の指導監督の下に被告人Kを作業に従事させ、決して単独でバルブ操作をさせることのないよう安全教育を徹底し、少なくとも被告人Kを急遽技術班に配置するに際してはその旨を熟練技術員に対して注意しておくべきであった。しかるに、両被告人は、これらを怠ったまま漫然被告人Kを技術班に配置して液体塩素

の受入れ作業に当たらせるといふ危険な行為に出て本件事故を招来したものであるから、両被告人に過失があったことは否定すべくもない。」と判示した上で、さらに、原判決、第一審判決が、SとFは「右の安全教育又は指示を行っただけでは足りず、液体塩素の受入れ作業の現場を巡回して監視する義務がある旨を判示している点は、過大な義務を課するものであって、正当とはいえない。すなわち、右の安全教育又は指示を徹底しておきさえすれば、通常、熟練技術員らの側においてこれを順守するものと信頼することが許されるのであり、それでもなお信頼することができない特別な事情があるときは、そもそも未熟技術員を技術班に配置すること自体が許されないことになるからである」と判示して、信頼の原則の適用の余地のあることを肯定している。<sup>11)</sup>

### (3) 客観的帰属

管理・監督過失でも行為と結果の客観的帰属が問題となる。行為の抽象的経験的危険では、発生した結果が、一般的経験からすると、事前の観点から客観的予測可能であり、したがって、不作為と予期される結果の間に経験的相当性があるか否かが問題となる。一旦出火すると、一般的にかかる不作為のために死傷の結果の発生を阻止できなくなることが予見できるし(抽象的経験的危険)、かかる不作為に社会的相当性があるともいえないから、不作為行為の帰属は可能である。結果の経験的危険では、具体的に惹起された結果が、一般的生活経験に照らして、事後の観点から客観的に予見可能であったか否かが問題となる(相当性連関)。不作為の危険領域の外にあるとき、つまり、客観的予見可能性がないとき、結果は不作為と相当性連関にない。管理過失の場合には、一旦出火した後の火災の拡大を阻止する作為義務が問われているので、防火管理体制の不備という不作為によって、出火後の火災の拡大を防ぐことができず、具体的形をまとして生じた死傷の結果を招来したといえる場合に結果の帰属が肯定される。「万一の危機発生」

から生じうる結果発生を回避することが問題となっているのであるから、具体的な出火原因・出火・態様・時期の予見可能性が不要なのは当然である。<sup>(15)</sup>もとより、不作為の時点では予見できなかった事情、例えば、常軌を逸した原因で出火したといったような事情がある場合、相当性連関が欠如する。

(一一一)

## 注

- (1) Vgl. *U. Ebert*, *Stratrecht AT*, 2. Aufl., 1994, 168.; *P. Bringewald*, *Grundbegriffe des Strafrechts*, 2. Aufl., 2008, Rn 639.; *K. Kühl*, *Stratrecht AT*, 6. Aufl., 2008, § 19 Rn 4.
- (2) *H.-H. Jescheck*, *Th. Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996, § 59 VII 2.
- (3) *O. Triffler*, *Österreichisches Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1985, 14. Kap Rn 98.; *M. Hilf*, *Wiener Kommentar zum Strafrecht*, 2. Aufl., 2005, § 2 Rn 47.
- (4) *W. Wohlers*, *Nomos-Kommentar Strafrechtzbuch Bd. 1*, 2. Aufl., 2005, § 13 Rn 21.; *K. Lackner*, *K. Kühl*, *Stratrechtzbuch*, Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 15 Rn 54.; *U. Kindhäuser*, *Stratrechtzbuch*, 3. Aufl., 2006, Rn 31.; *H. Fünfsinn*, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, 1985, 98 ff. *Dagegen Cramer/Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder*, *Stratrechtzbuch*, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 15 Rn 143.
- (5) *Roxin*, *Stratrecht AT II*, 2003, § 31 Rn 197-200.; *Hilf*, § 2 Rn 143.; *ヴェルツェル*は、溺れている子どもが自分の子どもであること(こ)に気がない父親(ち)に溺れている子どもを救えという規範には意味があるが、溺れている子どもが自分の子どもであるか否かに注意を払えという規範には意味がないことを理由に、過失犯の成立を否定する。*Welzel*, S. 223.
- 大谷實『刑法総論(第三版)』二〇〇六年・七八頁は、川で溺れている自分の子について、その父親が自分の子であると気づかないかぎり、保障人の地位はおよそ生じないと論ずるので、過失犯の成立は否定されることになろう。しかし、保障人の地位は客観的に定められるべきもので、行為者の主観に左右されるべきものではないので、本説は適切でない。
- (6) *Th. Weigend*, *Leipziger Kommentar Strafrechtzbuch*, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, § 13 Rn 97.

- (7) W. Gallus, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, 1963, 32. A. Schutzbach, Die strafrechtliche Verantwortung für Betriebsunfälle, 1983, 122.
- (8) 徳島地裁判決・判例時報七二二一七頁(森永乳業徳島工場では、昭和二八年頃から、ドライミルクの溶解度を良好にする安定剤として、「協和産業」から第二燐酸ソーダを買入れ、これを原料に混入してドライミルクを生産していた。ところが、昭和三〇年四月から七月にかけて買入れれた第二燐酸ソーダは、「協和産業」が従来納入していた製品とは別個の、「松野製菓」製造になる、いわゆる「松野製菓」であり、結晶が一見第二燐酸ソーダに似ており、納入品名も「第二燐酸ソーダ」と表示されていたものの、内容は、「松野製菓」がアルミナ製造の際にできた産業廃棄物を脱色・再結晶させたものであって、人体に有害な程度の砒素化合物を含有する粗悪有毒品であった。そのために、右「松野製菓」入りのドライミルクを飲用した乳児中、四九名が死亡し、七二五名が皮膚症状・呼吸器粘膜炎などの傷害を受けた。当時の徳島工場長Oと、製造課長Kが業務上過失致死傷罪で起訴された。工場長は無罪「本件工場長が被告人Oのように事務系工場長である場合には、訴因に掲げるような直接的注意義務はもろろん監督上の注意義務も認めることができなない」。製造課長は有罪「製造課長たる被告人Kも第二燐酸ソーダの使用については、その当初の研究、実験の段階から中心となって関与していて、その後本格的製造に入ってから、毎回の第二燐酸ソーダの発注について、Y副主任をして規格品を発注させるよう指示監督すべき業務上の注意義務を負いながら前記のようにこれを怠り、Y副主任から漫然と単に第二燐酸ソーダのみについて事務課に依頼し、同課から協和産業に対し無規格品の右薬剤を発注するにまかせていたので、納入品は当然成分規格について保証のない無規格品であったから、それが間違いなく第二燐酸ソーダであるかどうかについて無関心であり得る立場ではなく、当然右Y副主任をして右確認のための科学的検査をなさしめ、もって右毒物が粉乳に紛れ込むことを防止すべき注意義務があったといふべきである」。
- (9) 参照、石塚章夫「管理・監督過失論学説史——その不真正不作為犯構成をめぐって」(『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』二〇〇七年所収)四一三頁以下、四二二頁。同「捜査・訴追及び裁判上の立証」刑法雑誌第二八巻第一号二八頁以下。
- (10) ① 最小小決平成二年一月一六日刑集四・八・七四四「川治プリンスホテル火災事件」昭和五五年一月二〇日午後三時頃、川治プリンスホテルの新館(木造一部鉄骨亜鉛メッキ鋼板葺き一部瓦葺二階建)の婦人風呂拡張に伴う旧露天風呂の取り壊し作業に従事していた建設会社の作業員Hが、アセチレン切断による鉄柵切断作業に従事していたところ、不注意により、切断機の炎を婦人風呂外壁の間隙に流入させたため、同所付近から火災が発生した。火災は壁体内を上昇しながら婦人風呂屋根裏に達してから天井に燃え移り、充満した火災及び煙は、屋根裏に接着していた新館二階への階段の天井及び側壁を燃え抜けてフラッシュオーバー現象を起

こし、これにより大量の煙が流出し、煙は右階段部を上昇して新館二階廊下を東方に進み、新館と旧館の接合部である連絡通路を経て旧館（鉄骨木造亜鉛メッキ鋼板葺一部陸屋根五階建）に流入し、さらに、旧館中央階段及び西側階段を上昇して、三階、四階に充滿し、これに続いて火炎が広がっていった。同ホテルには新館と旧館との各連絡通路部分には防火戸の設置がなく、旧館二階ないし四階の中央及び西側の階段部分は防火区画となっていないため、多量の煙や火炎が短時間に、しかも容易に旧館二階ないし四階の各階段、廊下、客室等に流入、充滿した上、同ホテルの従業員による適切な火災通報、避難誘導がまったく為されなかったため、婦人風呂及びこれに隣接する大浴場並びに旧館の二階ないし四階にいた宿泊客及び従業員の数に比べて、外部に脱出することが困難となつて逃げ場を失い、多量の煙、一酸化炭素等を吸入し、あるいは、新館屋根等に飛び降りざるを得なくなり、その結果、老人会の団体客を含む宿泊客四二名及び従業員三名が死亡し、宿泊客二二名が傷害を負つた。この事件について、ホテルの代表取締役Tと、その妻で専務取締役のMが業務上過失致死傷罪で、作業員Hが業務上失火罪と業務上過失致死傷罪で起訴された。第一審（宇都宮地裁）、原審（東京高裁）ともに被告人Mに有罪判決を下した。上告棄却。第一審は被告人H、被告人Tに有罪判決を下したが、両被告人ともに控訴せず。

「被告人（M）は、Tとともに同ホテルの経営管理業務を統括掌握する最高の権限を有し、ホテルの建物に対する防火防災の管理業務を遂行すべき立場にあつたことが明らかであるが、宿泊施設を設け、昼夜を問わず不特定多数の人に宿泊の利便を提供する旅館・ホテルにおいては、火災の危険を常にはらんで、被告人は、同ホテルの防火防災が人的にも物的にも不備であることを認識していたのであるから、いったん火災が起これば、発見の遅れ、初期消火の失敗等により本格的な火災に発展し、建物の構造、避難経路等に不案内の宿泊客等に支障の危険の及ぶ恐れがあることは容易に予見できたものというべきである。ところで、被告人は、同ホテルにおいては、防火管理者が選任されていなかったものであるから、必要と認められる消防計画を自ら作成し、あるいは幹部従業員に命じて作成させ、これに基づく避難誘導訓練を実施する義務を負つており、また被告人は、旧館二階ないし四階への煙及び火災の流入、拡大を防止し、宿泊客等の生命、身体の安全を確保するため、建築基準法令に従い、自らの責任において、新館二階と旧館二階との連絡通路部分に煙感知運動式甲種防火戸を設置し、旧館二階ないし四階の中央及び西側の各階段部分を防火区画とする義務を負つていたというべきである。……本件火災による宿泊客等の死傷の結果は、被告人が右のような義務があるのにこれを怠つたことによる。」

②最高一小決平成二年一月二九日刑集四四・八・八七一「千日デパートビル火災事件」昭和四七年五月一三日午後一〇時二五分頃、大阪市の千日デパートビル（地下一階、地上七階）三階の大部分を賃借していた株式会社ニチイから電気工事を請け負つていた

業者の従業員らが同階売場内で工事をしていた際に、原因不明の火災が同階東側の右ニチイ寝具売場から発生し、二階及び四階にあった衣料品や寝具類はほぼ全焼した上、その際に発生した一酸化炭素を含む多量の有毒ガスが、キャバレー「プレイタウン」専用の南側エレベータの昇降路、E階段、F階段及びビル北側の換気ダクトを通じて上昇し、七階の「プレイタウン」店内に流入し、その結果、一酸化炭素中毒及び救助袋による脱出の際の転落によって、客及び従業員一八名が死亡し、四二名が傷害を負った。この事件については、千日デパートビルの所有者である日本ドリーム観光の千日デパートビル管理部長M(公判係属中死亡)、同管理部課長で千日デパートビルの防火管理者N、日本ドリーム観光の子会社である千日土地観光株式会社が経営するキャバレー「プレイタウン」の代表取締役で管理権原者のK、同支配人で防火管理者Tが、業務上過失致死傷罪で起訴された。第一審(大阪地裁)は被告人N、K、Tに無罪判決を下したが、原審は一審判決を破棄し、被告人三名に有罪を言い渡した。上告棄却。

Nについては、「ドリーム観光としては、火災の拡大を防止するため、法令上の有無を問わず、可能な限り種々の措置を講ずべき注意義務があったことは、明らかである(……)。……本件火災に限定して考えると、当夜工事の行われていた本件ビル三階の防火区画シャッター等(……)のうち、工事のため最小限開けておく必要がある南端の二枚の防火区画シャッターを除く、その余の全部の防火区画シャッター一枚を閉める措置を講じさせるとともに、『プレイタウン』側に火災発生を連絡する体制を採っておきさえすれば、『プレイタウン』への煙の流入を減少させることができただけであり、保安係員又はこれに代わる者から一階の保安室を経由して『プレイタウン』側に火災発生を連絡がされることはいままで、同店の客及び従業員を避難させることができたと認められるのである」と、ドリーム観光としては、少なくとも右の限度において、注意義務を負っていたとすべきであり……そうであれば……被告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」。

Tについては、「被告人Tにおいて、あらかじめ階下からの出火を想定し、避難のための適切な経路の点検を行ってさえいれば、B階段が安全確実に地上に避難することができる唯一の通路であるとの結論に到達することは十分可能であったと認められる。そして、被告人Tは、建物の高層部で多数の遊興客を扱う『プレイタウン』の防火管理者として、本件ビルの階下において火災が発生した場合、適切に客等を避難誘導できるように、平素から避難誘導訓練を実施しておくべき義務を負っていたとすべきである。したがって……右注意義務を怠った被告人Tの過失は明らかである」。

K について、「被告人Kは、救助袋の修理又は取替えが放置されていたことなどから、適切な避難誘導訓練が平素から十分に実施されていないことを知っていたにもかかわらず、管理権原者として、防火管理者である被告人Tが右の防火管理業務を適切に実施しているかどうかを具体的に監督すべき注意義務を果たしていなかったのであるから、この点の被告人Kの過失は明らかである」。

③ 第一小判平成三年一月一日四日刑集四五卷三二二頁「大洋デパート火災事件」昭和四八年一月二十九日の午後一時一〇分頃以後に、営業中の熊本市内の大洋デパート本店店舗本館（地下一階、地上七階、一部九階）の南西隅にあるC号階段の二階から三階への上がり口付近で原因不明の火災が発生し、火災はC号階段に切れ目なく積み重ねてあった寝具などの入ったダンボール箱を次々に焼いて三階店内に侵入し、さらに三階から八階までの各階に燃え広がってそれらの階をほぼ全焼し、午後九時一九分頃鎮火したが、火災に際し、在館者に対し、従業員らによる火災の通報がまったくなされず、避難誘導もほとんど行なわれなかったため、多数の者が逃げ場を失うなどし、その結果、従業員、客及び工事関係者一〇四名が死亡し、六七名が負傷した。この事件について、大洋デパートを経営する株式会社大洋の代表取締役A（第一審係属中に死亡）、筆頭常務取締役B（第一審係属中に死亡）、取締役人事部長C、店舗本館三階の売場の課長で三階の火元責任者D、営繕部営繕課の課員で店舗本館の防火管理者として選任届けの出していたEが業務上過失致死罪で起訴された。第一審（熊本地裁）はC、D、Eの過失を否定し、無罪を言い渡した。原審（福岡高裁）は、第一審判決を破棄し、被告人三名の過失を認め、有罪判決を下した。被告人上告。最高裁は原判決を破棄した上、被告人三名についての検察官の控訴を棄却した。これにより、第一審の無罪判決が確定。

C について、「原判決が被告人Cに大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、是認することができない。多数人を収容する建物の火災を防止し、右の火災による被害を軽減するための防火管理上の注意義務は、消防法は八条一項がこれを消防計画作成等の義務として具体的に定めているが、本来は同項に定める防火対象物を使用して活動する事業主が負う一般的な注意義務であると考えられる。そして、右の事業主が株式会社である場合に右義務を負うのは、一般に会社の業務執行権限を有する代表取締役であり、取締役会ではない。すなわち、株式会社において、通常は代表取締役が会社のため自らの注意義務の履行として防火管理業務の執行に当たっているものと見るべきであり、取締役会が防火管理上の注意義務の主体として代表取締役を履行させているものと見るべきではない。原判決は、被告人Cについて取締役会の構成員の一員として消防計画の作成等に関与すべき立場にあった旨を判示するが、それが一般に取締役会が防火管理上の注意義務の主体であるとの見解の下に取締役である同被告人に右義務があることを判示した趣旨であるとすれば、失当といわざるを得ない。……取締役として、取締役会において代表取締役を選任し、これに適正な防火管理業務を執行することができる権限を与えた以上は、代

表取締役は右業務の遂行を期待することができないなどの特別の事情のない限り、代表取締役の不適正な業務執行から生じた死傷の過失責任を問われることはないものというべきである。これを本件についてみると、……本件において太平洋の取締役会の構成員に過失責任を認めることを相当とする特別の事情があるとは認められない。したがって、原判決が被告人Cに太平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ったとしたのは、誤りといわざるを得ない。さらに、原判決が被告人CにA社長の防火管理上の注意義務の履行を促すよう同社長に直接意見を具申すべき注意義務があったとしたのも、首肯し得ない。……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、A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。

Dについて、「被告人Dがいかなる立場において本件の結果発生を防止する注意義務を負っていたかについてみると、同被告人は、店舗本館三階の売場課長であったが、売場課長であることから直ちに防火管理の職責を負うものとはいえない。そして、被告人Dの売場課長としての職務の中に三階の防火管理業務が含まれていなかったことは、記録上明らかである。また、被告人Dは、店舗本館三階の火元責任者であったが、消防法令の予定する火元責任者の主な職責は、防火管理者の指導監督の下で行う火気の使用及び取扱いであり(……)、火元責任者であるからといって、当然に受持ち区域における消火、延焼防止等の訓練を実施する職責を負うものではなく、防火管理者からその点の業務の遂行を命じられていたなどの事情がなければ、右の職責を認めることができない」。

Eについて、「消防法施行令三条は、同法八条一項に定める防火管理者の資格として、所定の講習課程を終了したことなどのほか、『当該防火対象物において防火管理上必要な業務を適切に遂行することができる管理的又は監督的な地位にあるもの』という要件を定めているところ、右の管理的又は監督的な地位にあるものは、その者が企業組織内において一般的に管理的又は監督的な地位にあるだけでなく、更に当該防火対象物における防火管理上必要な業務を適切に遂行することができる権限を有する地位にあるものという趣旨と解される。しかし、……被告人Eがそのような地位にあったとは認められず、消防計画を作成し、これに基づく避難誘導等の訓練を実施するための具体的な権限を与えられていたとも認められない。もっとも、防火管理者が企業組織内において消防法八条一項に定める防火管理業務をすべて自己の判断のみで実行することができる地位、権限を有することまでは必要でなく、必要があれば管理権原者の指示を求め(同法施行令四条一項参照)、あるいは組織内で関係を有する所管部門の協力を得るなどして業務を遂行することが消防法上予定されているものと考えられる。しかしながら、……被告人Eが消防計画の作成等の主要な防火管理業務を遂行するためには、A社長や常務取締役らに対し、すべてそれらの者の職務権限の発動を求めるほかはなかったと認められるのであり、このような地位にしかなかった同被告人に防火管理者としての責任を問うことはできない。したがって、原判決が被告人Eについて

店舗本館の防火管理者としてA社長らにりん議を上げることにより消防計画を作成し、これに基づく避難誘導等の訓練を実施すべき注意義務があったのは、誤りというべきである」。

④最二小決平成五年一月二五日刑集四七・九・二四二(ホテル・ニュージャパン火災事件決定)本件ホテルの建物は、いわゆるY字三差型の複雑な基本構造を有する鉄筋コンクリート造り地上一〇階、地下二階である。本件火災当時、主として客室、事務所として利用されていた四階から一〇階までの部分については、スプリンクラー設備は設置されておらず、四階及び七階に代替防火区画が設けられていたにすぎず、加えて、防火戸は火災時に自動的に閉鎖しないものが多く、非常放送設備も一部使用不能状態にあり、消火、通報及び避難訓練もまったく行なわれなかった。このような状態の中で、昭和五七年二月八日午前三時一六分、七分頃、九階九三八号室の宿泊客のタバコの不始末により同室ベッドから出火し、駆けつけた当直従業員が消火器を噴射したことによりベッド表面では一旦火災が消失したが、約一分後に再燃し、同室ドアが開放されていたため火勢が拡大した。右出火は当直従業員らによって早期に発見されたが、消防訓練等が不十分だったため、初期消火活動、避難誘導等をほとんど行なうことができず、非常ベルの鳴動操作、防火戸の閉鎖に思いつく者もいなかった。その結果、九、一〇階を中心とする宿泊客三二名が死亡、一四名が傷害を負った。株式会社ホテル・ニュージャパンの代表取締役社長と防火管理者である支配人兼総務部長が業務上過失致死傷罪で起訴された。後者については第一審の有罪判決が確定。「被告人は、代表取締役社長として、本件ホテルの経営、管理事務を統括する地位にあり、その実質的権限を有していたのであるから、多数人を収容する本件建物の火災の発生を防止し、火災による被害を軽減するための防火管理上の注意義務を負っていたのであることは明らかであり、ニュージャパンにおいては、消防法八条一項の防火管理者であり、支配人兼総務部長の職にあつたHに同条項所定の防火管理業務を行なわせることとしていたから、同人の権限に属さない措置については被告人自らこれを行なうとともに、右防火管理業務についてはHにおいて適切にこれを遂行するよう同人を指揮監督すべき立場にあつたというべきである。そして、昼夜を問わず不特定多数の人に宿泊等の利便を提供するホテルにおいては火災発生時の危険を常にはらんでいう上、被告人は、昭和五四年五月代表取締役社長に就任した当時から本件建物の九、一〇階等にはスプリンクラー設備も代替防火区画も設置されていないことを認識しており、また、本件火災の相当以前から、既存の防火区画が不完全である上、防火管理者であるHが行なうべき消防計画の作成、これに基づく消防訓練、防火用・消防用設備等の点検、維持管理その他の防火対策も不備であることを認識していたのであるから、自ら又はHを指揮してこれらの防火管理体制の不備を解消しない限り、いったん火災が起これば、発見の遅れや従業員らによる初期消火の失敗等により本格的な火災に発展し、従業員らにおいて適切な通報や避難誘導を行なうことができないうまま、建物の構造、避難経路等に不案内の宿泊客らに死傷の危険の及ぶおそれがあることを容易に予見

できたことが明らかである。したがって、被告人は、本件ホテル内から出火した場合、早期にこれを消火し、又は火災の拡大を防止するとともに宿泊客らに対する適切な通報、避難誘導等を行なうことにより、宿泊客らの死傷を回避するため、消防法令上の基準に従って本件建物の九階及び一〇階にスプリンクラー設備又は代替防火区画を設置するとともに、防火管理者であるBを指揮監督して、消防計画を作成させて、従業員らにこれを周知徹底させ、これに基づく消防訓練及び防火用・消防用設備等の点検、維持管理等を行わせるなどして、あらかじめ防火管理体制を確立しておくべき義務を負っていたというべきである。そして、被告人がこれらの措置を採ることを困難にさせる事情はなかったのであるから、被告人において右義務を怠らなければ、これらの措置があいまって、本件火災による宿泊客らの死傷の結果を回避することができたということができる。以上によれば、右義務を怠りこれらの措置を講じなかった被告人に、本件火災による宿泊客らの死傷の結果については過失があることは明らかであり、被告人に対し業務上過失致死傷罪の成立を認めた原判断は、正当である。

(11) 札幌地判昭和六一年二月一三日刑月一八卷一・二号六八頁(「北ガス事件」)については、参照、吉田敏雄「熱量変更計画最高責任者の監督過失」ジュリスト八六七号一一頁以下。丸山雅夫「監督過失(2)」刑法判例百選I総論(第六版)二〇〇八年・一一八頁以下。参照、林幹人『刑法総論(第二版)』二〇〇八年・二九九頁以下。前田雅英『刑法総論講義(第四版)』二〇〇六年・二七六頁。なお、井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』一九九五年・二〇五頁は、従業員による客の招致行為を含む企業活動そのものは法人全体の企業活動の一環であって、個人の刑事責任を追及する刑事法にあつては、法人の営利活動を管理・監督者自身の行為と同一視することはできない。そのみならず、招致行為を作為による実行行為と見ることには、入館行為が個々の客自身の自主的判断に基づいているだけに無理があり、やはり、管理権原者や防火管理者等の不作為の態度を問題とせざるを得ないと論ずる。

これに対して、作為犯としての構成を試みる見解もある。山中敬一「因果関係(客観的帰属)」(中山研一・米田泰邦編著『火災と刑事責任』一九九三年所収)六九頁以下、八三頁以下は、注意義務違反には命令の不作為という要素があるが、これにより、過失犯が不作為犯になるわけではない、スプリンクラーをつけない不作為は、死傷の結果に対する過失致死罪を構成しない、なぜなら、過失致死罪の実行行為は、結果発生の上での具体的な危険が発生する時点以降で問題となり、且つ、作為的側面において死傷を惹起するという因果力を要するからである、そして、個々的には様々な作為とスプリンクラー不設置のような不作為の要素からなる複合体としての「危険状態においてうまく作動しない欠陥ある結果防止システムを具体的に危険発生以前に設置した」行為(危険状態拡大源設置行為)に着目し、これがそのような危険状態を創出し、維持し、ここから惨事が招かれた場合に、この全体的システムとしての「危険体制確立・維持行為」が作為としての因果力をもつとし、このように、不作為的要素が同時に全体的な行為複合体における「作為」として

結果に対する因果力をもって初めてこの行為が、事後的に危険実現判断を経て顕在化するところの過失犯の「事前的潜在的実行行為」となると論ずる。本説は、結局、具体的危険発生以前には、スプリンクラー等を設置しないという行為は、不作為としての実行行為たりえないが、全体的な「行為複合」において作為と位置づけられることにより、「事前的潜在的実行行為」になりうると論ずるのであるが、その論理が不明確であるのみならず、スプリンクラー等を設置しないという不作為が「現実の」実行行為となるかどうかは死傷の発生という偶然的事情に左右されるところに問題がある。参照、松宮孝明「刑事法学の動き 山中敬一「因果関係（客観的帰属）」法律時報六六卷九号一一一頁。

酒井安行「管理・監督過失における実行行為——不作為犯なのか」（『下村先生古稀祝賀・刑事法学の新動向』一九九五年・一〇三頁以下も、安全設備の不設置等は実行行為としての不作為ではなく、客体の状況を示す状態にすぎず、漠然とした危険ではなく、具体的な危険のある状況においてホテルへ客を引き入れる行為が実行行為であると説く。本説によっても、ホテルや百貨店において現に出火し、多数の死傷者を出したということから出立して、直近の誘引、招致行為に実行行為性を認めることになるので、作為の実行為性は結果の発生という偶然的事情に左右されることになる。

佐久間修『刑法総論』二〇〇九年・三一〇頁も、不十分な防災体制のままで営業を続けること自体が、多数の人々を危険な場所に招き入れる点で、作為による過失の実行行為と見ることができると論ずる。同旨、堀内捷三『刑法総論（第二版）』二〇〇四年・一三五頁。

日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」（『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』二〇〇六年・一三九頁以下）は、過失実行行為の実体は法益侵害の危険を惹起した客観的注意義務違反の行為であり、その内容は結果回避義務であり、これは、具体的状況によって、作為義務を要求することもあれば、不作為義務を要求することもあり、作為的要素と不作為要素を併せもっている。次に、過失実行行為の形態としては、作為の過失実行行為、不作為の実行行為、場合によっては、作為・不作為の過失実行行為も存在するが、不作為の過失実行行為を不真正不作為犯として捉える必要はない、なぜなら、過失犯処罰規定（刑法第二〇九条、第二一〇条、第二一一条）は作為の行為を前提にした規定ではない、というのも、過失犯における結果回避義務は作為、不作為の両方に向けていることから、作為犯か不作為犯かという二者択一指向は意味を成さないからである、そうすると、結果回避義務違反の行為態様に着目するならば、「作為的過失犯」と「不作為的過失犯」に区別すれば足り、したがって、管理・監督過失において不作為が問題となる場合は「不作為的過失犯」として把握すべきだと論ずる。しかし、本説によっても、「不作為的過失犯」の場合、結果回避義務の主体の限定という問題は依然として残る。参照、石塚（注9「管理・監督過失論学説史」）四三三頁。

(12) 参照、林幹人「監督過失の基礎」(『平野龍一先生古稀祝賀論文集(上巻)』一九九〇年所収)三二五頁以下、三三五頁。同(注11)一五七頁、三〇三頁。

(13) 参照、内田文昭「太平洋デパート火災事故最高裁判決の論点」ジュリスト九九四号(一九九二年二月)四八頁以下、五三頁「一旦火災発生するときには、とり返しがつかなくなるほどに《危険》きわまりない状態を放置しておいたかどうかを問い、それが肯定できるならば、その時点で、業務上過失致死・致傷の《実行行為性》を認めてゆくべきであろう」。

これに対して、神山敏雄『大コンメンタル刑法第二巻』(大塚仁他編)一九八九年・七三一頁は、管理権原者等の保障人義務を原則として否定し、したがって、その不作為は、原則として、業務上過失致死傷罪の構成要件に該当せず、例外として、防火管理者が、契約や事実上の引き受け等によって火災からビルを保護し、客・従業員の生命・身体の安全を保護することを日常業務としている場合には保障人の地位に立つことがありえるが、この場合、過去の防災措置義務違反によるのではなく、勤務時間中の火災発生以後における不作為の実行行為の過失責任が問われると説く。

(14) 札幌高判昭和五六・一・二二刑月一三卷一―二号一二頁「白石中央病院事件」も、病院においてポイラーマンの過失により火災が発生したが、火災報知機の始動により火災を知った夜警員は火災の状況を見て狼狽し、立ち去ったが、見習い看護婦、夜間当直アルバイトの助産婦は当初、報知器の誤作動と思い火災の発生の有無を確認せず、また火災発生を知った後も避難誘導などの適切な措置を講じなかったため、新生児や入院患者ら数名が死傷したという事案について、第一審が、病院長が日ごろの避難訓練をきちんとやっていたれば結果は防止できたとして同人に業務上過失致死傷罪の成立を肯定したのに対して、被告人は、「本件病院の理事長兼病院長として、本件病院の経営及び管理部門全体を統括し、診療部門全体を監督する職責を担っており、旧館出火の場合に備えて新生児及び入院患者並びに付添い人の救出や避難誘導に関する職責をも当然負担していたといわざるを得ないけれども、本件病院の理事長ないし病院長としての立場から考えるとき、当直看護婦や夜警員が当然果たしてくれるものと予想されるような出火通報、非常口開扉及び新生児搬出などの救出活動ないし避難誘導活動が現実に行われていない場合までも考慮に入れて火災発生に備えた対策を定めなければならない」とまでいうのは行過ぎといわざるを得ない」と判示して、無罪とした。

(15) 参照、井田(注11)二一八頁。

これに対して、予見可能性を責任に位置づけ、管理・監督過失については予見可能性を否定する見解がある。松宮孝明『刑法総論講義(第四版)』二〇〇九年・二二五頁は、管理・監督過失について、火災がいつ起こるかわからないということは、火災による死傷の具体的予見可能性がないということであるが、管理者らに抽象的危険の認識がある場合もありうるものの、それは、死傷結果に

対する過失ではなく、抽象的危険犯の故意にすぎず、したがって、危険状態での経営の継続は、抽象的危険犯で対処されるべきで、過失致傷罪で対処すべきでない」と論ずる。町野朔『プレップ刑法（第三版）』二〇〇四年・二一八頁も、ホテルなどの防火火災対策に不備がある以上、一旦火災が起これば宿泊客に死傷の危険の及ぶことは容易に予見できるとはいえ、しかし、そのような火災発生の子見可能性がなければ、結果発生の子見可能性もない論ずる。同旨、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・三五三頁。

## Die Systematik der Unterlassungsdelikte (8)

Toshio YOSHIDA

### Inhaltsverzeichnis

#### Einführung

#### Erster Abschnitt Unterlassungsdelikte im allgemeinen

1. Systematik und Arten der Unterlassungsdelikte
2. Echte Unterlassungsdelikte
3. Unechte Unterlassungsdelikte
4. Komplexe Verhaltensweisen
  - a) Unterscheidung des Tuns und Unterlassens
  - b) Ein einheitliches Gesamtgeschehen
  - c) Mehrphasige Geschensabläufe
  - d) Schwerpunkttheorie
  - e) Unterlassen durch Tun (Band 44, Heft 1)

#### Zweiter Abschnitt Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte

##### A. Objektiver Tatbestand

1. Vorliegen einer die Erfolgsabwendungspflicht begründenden Situation
2. Nichtvornahme der gebotenen Handlung (Unterlassung)
3. Tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme der gebotenen Handlung
4. Eintritt des Erfolgs
5. Unterlassungskausalität (Band 44, Heft 2)
6. Garantenstellung
  - a) Grundlegendes
  - b) Einzelne Garantenstellungen
    - (1) Rechtsvorschrift
    - (2) Freiwillige Pflichtübernahme (Band 44, Heft3/4)
    - (3) Gefahrbegründendes Vorverhalten (Ingerenzprinzip)
    - (4) Veranzwortung für Gefahrenquellen
    - (5) Weitere dogmatische Möglichkeiten? (Band 45, Heft 1)
  - c) Japanische neuere Lehren
  - d) Japanische Rechtsprechung (Band 45, Heft 2)

##### B. Subjektiver Tatbestand

1. Inhalt und Gegenstand des Unterlassungsvorsatzes
2. Tatbestandsirrtum

C. Objektive Zurechnung

a) Handlungsunrecht

(1) Gleichwertigkeitskorrektiv

(2) Passive Euthanasie

b) Erfolgsunrecht

(1) Adäquanzzusammenhang

(2) Risikozusammenhang

(3) Rechtmäßiges Alternativverhalten (Band 45, Heft 3)

Dritter Abschnitt Rechtswidrigkeit

1. Notstand

2. Pflichtenkollision

3. Einwilligung des Verletzten

4. Notwehr

Vierter Abschnitt Schuld

Fünfter Abschnitt Versuch

(1) Tauglicher Versuch

(2) Rücktritt vom Versuch

(3) Untauglicher Versuch (Band 45, Heft 4)

Sechster Abschnitt Fahrlässige unechte Unterlassungsdelikte

1. Fahrlässige unechte Unterlassungsdelikte im allgemeinen

2. Geschäftsleitungs- und Aufsichtsverschulden der Geschäftsführer  
bzw Verantwortlichen

(1) Geschäftsleitungs- und Aufsichtsverschulden als fahrlässiges  
unechtes Unterlassungsdelikt

(2) Geschäftsleitungs- und Aufsichtsverschulden und Vertrauens-  
grundsatz

(3) Objektive Zurechnung

(Band 46, Heft 1)

(Fortsetzung folgt.)