

刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開

しづめもと き
鎮 目 征 樹

目次

はじめに	345
第1章 わが国における不真正不作為犯論の現状と一試論の展開	345
第1節 わが国における不真正不作為犯論の現状と問題点	345
第1款 罪刑法定主義との抵触問題	345
第2款 保障人説の展開と同価値性要件	347
第3款 「排他的支配」という基準について	350
第4款 小括	351
第2節 不真正不作為犯の構成要件的限制に関する一試論	352
第1款 試論の出発点—不真正不作為犯の処罰根拠—	352
第2款 効率性による主体の限定	353
第3款 行為選択の自由の事前的保障のための主体限定	355
第4款 小括	356
第2章 刑事製造物責任と不作為に関する議論の検討	357
第1節 問題の所在	357
第2節 革スプレー事件	357
第3節 学説	358
第1款 製品の製造・販売行為（先行行為）を手がかりにした保障人的地位についての議論	358
(1) 義務違反要件必要説	358
(2) 義務違反要件不要説	359
(3) 小括	361
第2款 製造者と欠陥製品の不作為時の関係についての議論	362
(1) 流通におかれた段階で回収義務を否定する見解	362
(2) 流通におかれた段階でも回収義務を肯定する見解	364
(3) 小括	365
第3章 刑事製造物責任の帰責主体と不作為犯論（本稿による試論の展開）	365
第1節 諸説の検討を前提にして	365
第2節 刑事製造物責任における回収義務と効率性	366

第1款	問題の所在	366
第2款	危険性に関する情報掌握の程度	366
第3款	回収措置の具体的権限の所在	367
第4款	製品が企業の「支配領域」内にあることは必要か?	367
第5款	監督官庁に回収命令権等がある場合	367
第6款	小括	368
第3節	刑事製造物責任における行為選択の事前的保障	368
第1款	問題の所在	368
第2款	「事前の選択」の存否を問う考察対象について	368
第3款	他者による介入の可能性の減少	369
第4款	危険の存在	369
第5款	小括	370
結語		370

はじめに

1. 本稿は、いわゆる不真正不作為犯について、これに関するわが国の学説の現状を再検討して、その問題点を明らかにするとともに、ドイツで近年活発に論じられている「刑事製造物責任」の問題を題材にしつつ、様々に変化する社会の実情に対応可能な新しい議論の枠組みを提供することを目指すものである。

2. 不真正不作為犯は、わが国の実務において、これまで放火・殺人等の比較的限られた犯罪について、例外的に問題となっているにすぎなかった。それゆえ、学説上も活発に議論が展開されてきてはいるものの、その理論的な問題点に主たる関心が寄せられていたように思われる。

3. しかし、社会における種々の危険が分散し、かつ危険を現実化させないために企業等の組織体の役割が重要となるなど、不真正不作為犯が従来とは異なる問題状況において論じられるようになりつつあるという現状において、新しい問題状況に対しても対応しうる不作為犯論の展開が必要となりつつある。それゆえ、不真正不作為犯論の問題点は、理論的な重要性だけではなくなっている。

このような新しい問題状況としては、ドイツにおいて、近年になって活発に議論されている「刑事製造物責任」の問題を挙げることができるが、これらは、現代社会特有の新しい現象に対して従来の議論がどのように対応するべきかという問題が顕在化した典型的な例であろう。

このような問題に直面して、学説には、実務の対応を後追いするのみではなく、従来の議論の枠組みでこれに対応することができるのかを再検討し、また、対応することができないとすれば、それに代えて説得力のある新たな枠組みを提示するという役割が求められている。本稿も、このような問題関心に基づいて、従来の不真正不作為犯論において検討が必ずしも十分とはいえなかった点を明らかにしたうえで、新しい議論枠組みの構築を試みるものである。

4. 検討の手順としては、まず、我が国の学説

における不真正不作為犯論の到達点を簡単に振り返り、現在の学説が抱える理論的・実証的な問題点を明らかにしたい(第1章・第1節)。その上で、不真正不作為犯の問題点を解決するための新たな枠組みの提供を試みる(第1章・第2節)。そして、現代的な問題状況を代表する刑事製造物責任について、不作為犯論がかかわる問題点、およびそれに対する学説による解決の試みを検討し(第2章)、最後に、この問題について、本稿が示した枠組みによる解決を提案したいと思う(第3章)。

第1章 わが国における不真正不作為犯論の現状と一試論の展開

第1節 わが国における不真正不作為犯論の現状と問題点

第1款 罪刑法定主義との抵触問題

1. いわゆる不真正不作為犯とは、殺人罪(刑法199条)等の「法の規定は作為を予定しているように見える犯罪が不作為によってなされる場合」⁽¹⁾をいうとされる。どのような場合に不作為が処罰されるかが、条文上具体的に記述されている真正不作為犯と異なり、不真正不作為犯においては可罰的不作為の要件が、文言上は必ずしも自明ではないことから、その成立範囲をめぐる、学説上活発な議論が展開されてきた。

2. この不真正不作為犯の問題性について、かつては罪刑法定主義(法律主義)との矛盾・抵触が主として論じられた。刑法各則の構成要件が、真正不作為犯を除いて、禁止規範違反(作為犯)を規定している⁽²⁾と解するならば、それを命令規範違反に適用することが可能であるかという問題を生ずる⁽³⁾。すなわち、仮に、真正不作為犯以外の規定(例えば、「人を殺した」(199条))が、「結果を惹起する力(因果力・原因力)」を備えた行為(=作為)のみを予定しているとの前提に立った場合、このような結果惹起力という属性を備えていない「不作為」は、存在論のレベルで全く異なるものであるから、これに「作為犯の規定」を適用することはできないということになるはずなのであ

る⁽⁴⁾。

3. この問題に直面し、禁止規範には命令規範違反は含まれないとして、不真正不作為犯処罰は、罪刑法定主義(類推禁止)に反するものとする(その上で一定限度での類推を許容する)見解⁽⁵⁾が主張されたこともあった。もっとも、このような見解は、例外的な現象を一般化することによってかえって根幹を不確かなものとする⁽⁶⁾という問題点もあり、学説の主流をなすには至っていない。

4. それに対して、わが国の多数説は、「人を殺すな」という禁止規範は、例外的に命令規範を含みうる⁽⁷⁾、不真正不作為犯の処罰が類推解釈の禁止に抵触しないとしてきた。しかしながら、このような見解が、作為による実現を定めた構成要件を不作為で実現することが可能であるとするものならば、罪刑法定主義違反との批判を免れることはできない。すなわち「存在構造は異なるが価値的に等しいので同じ規定を適用することを『類推』という」⁽⁸⁾との批判が妥当することになるであろう。本稿は、自然的因果力の有無という存在構造上の差異は、必ずしも刑法上は重要でない⁽⁹⁾と考えるが、「何かをすること」と「何かをしないこと」という範疇的に異なる対象に対して、「何かをするな」という禁止規範を全く同じように適用することは問題がある⁽¹⁰⁾と考える。

もっとも、このような多数説の抱える問題点を自覚し、不真正不作為が、単に価値的ではなく作為と同じ意味で結果を惹起しうるのかどうかを、なお深刻に論じようとする試みもなされている。例えば、すべての不作為を同質のものとするのではなく、「作為」ないしは「準作為」とみなしうる特定の不作為については禁止規範に違反しうる⁽¹¹⁾とする注目すべき見解が松宮教授により主張されている⁽¹²⁾。そして、「準作為」とみなしうる基準に関しては、「作為に付随する不作為や結果への因果を起動する『先行行為』のある場合に、結果に向かう因果経過を、行為者の『延長された腕』による作為と『みなして』、そこから、それが他者を危険にさらさないように配慮する義務を引き出すことが考えられる」「注意すべきは、これは古い『先行

行為説』のように『事後の故意(ないし過失)]を認めるものではなく、結果発生危険が先行行為から発することと事象経過がまだ先行行為者の手に握られていることから導かれる、『自己の振る舞い』全体に対する責任だということである」と述べ、極めて限定された「不真正不作為」⁽¹⁰⁾の処罰を肯定する。例えば、自動操縦中に線路上のまだ停止できる距離に人間を認めた列車の運転手が、手動ブレーキを制動しなかったという場合、彼は列車運行を組織した者として、「作為」を行った者とみなすのである⁽¹¹⁾。松宮教授の見解は、刑法各則の処罰規定が命令規範を含むことができないとの前提に立った場合に、総則の不真正不作為犯処罰規定⁽¹²⁾をもたないわが国において、「不作為」を処罰することを可能ならしめるための筋の通った議論ではある。しかしながら、第一に、不作為とされてきたものを準作為とみなす際に用いる「組織すること」によって生ずる「自己の振る舞い」全体に対する責任という考え方については、刑法上の問責対象としての行為に過大な任務を負わせることになるのではないかと懸念がある。また、第二に、いかなる場合に延長された腕による作為とみなしうるかの基準も必ずしも明確ではないように思われる。例えば、列車運行の事例について、松宮教授は、ひとたび衝突事故が起きた後の被害者を救助しなかったという不作為については、もはや事象は「延長された腕」をも離れており純粹な不作為犯規定でしか処罰されないとするが、この場合に、なぜ「延長された腕」を離れたといえるのかについては必ずしも明らかではない。また、第三に、これは松宮教授の立場からすると外在的な問題でしかないのであろうが、結論として、例えば乳児を家に一人残して出かけた母親が、その後殺意を生じて家に戻らずに乳児を死に至らしめたような場合について、不作為による殺人罪を否定することが妥当であるのかについては、なお疑問が残るのである。さらに、第四に、「何かを為さないこと」を「作為」と「みなす」ことが、作為犯の規定を不作為に適用する類推解釈と本質的に異なるものであるかという点についても疑問が

ある。不作為の中に作為に準ずる性質のものを見出すことができたとしても、それゆえに当該不作為を「作為」としてよいという論理にはやや飛躍があるのではなからうか。以上のような問題点から、不真正不作為を準作為とする構成には、なお問題点があるということになる。

5. 以上のように、不真正不作為犯について、作為犯の規定を不作為に適用する（すなわち禁止規範を命令規範違反に適用する）ことによって処罰を基礎づけようと試みる諸見解は、その際に生ずる「同置問題」に直面したのであるが、これを妥当かつ理論的に筋の通った形で解決することに成功しているとはいえなかった。しかしながら、わが国において近時有力となっている見解は、この（厳密な意味での）同置問題を回避する論理を用意した。それは、一見作為犯処罰を予定しているかのように見える刑罰法規であっても、禁止規範ばかりでなく命令規範をも同時に含みうる⁽¹³⁾とする見解である。すなわち、「人を殺した」という文言は、「何かをすること」と「(期待された)何かをしないこと」を並列していると考えるのである。このような見解に立脚した場合、不作為に対して命令規範を適用するのであるから形式的に罪刑法定主義との抵触問題（同置問題）は生じないということになる⁽¹⁴⁾。また、この見解は通説と同じく不作為の因果関係を肯定するのであるから⁽¹⁵⁾、結果犯に必要とされる「惹起」にもあたるということになる。本稿も、「殺した」という文言に禁止規範違反と命令規範違反の双方が含まれる場合があるとする見解は論理的に可能であると思われるし、罪刑法定主義の問題を最もスッキリとした形で克服できるという点でも優れており、支持できるものと考えられる。

さて、わが国の通説的見解は、以上のように罪刑法定主義との抵触問題を回避し、不真正不作為犯の課題を可罰的不作為の範囲の「明確性」に見出してきた⁽¹⁶⁾。これは、結局のところ一定の範囲で処罰することが法益保護の要請から不可避であると思われる不真正不作為犯の解釈論としては、より実りの多いものであり、妥当な方向性であっ

たように思われる⁽¹⁷⁾。

第2款 保障人説の展開と同価値性要件

1. 以上のような展開を経て、わが国の不真正不作為犯論の中心課題は、いかなる場合に作為義務が認められるかという点(可罰的不作為の要件)の明確さの追求へと移行している。この可罰的不作為の要件の明確化という目標を達成するために、支配的となったのが、いわゆる「保障人説」である⁽¹⁸⁾。これは、行為者が保障人的地位、すなわち作為を命ずるに足る地位（ないし事情）にあることを構成要件要素と解し、保障人の不作為のみが構成要件に該当するという見解である⁽¹⁹⁾。保障人説については、構成要件の違法推定機能を維持し、さらに、作為義務があくまでも刑法上の義務であって、単なる倫理的義務やその他の法領域の義務と区別されるべきことを明らかにした点、不真正不作為犯の成否が、条理や公序良俗に反するかといった不明確な評価的判断と直結することを排除した点で大きな意義があったとされている⁽²⁰⁾。

2. たしかに、保障人的地位を構成要件に位置づけ、その類型化による処罰範囲の明確化を試みたことには大きな意義があったといえよう。しかしながら、保障人説に立つとする見解の多くは、保障人的地位が認められる場合を多元的に理解している。すなわち、法令、契約、引き受け、先行行為、所有者・管理者としての地位ないし支配領域性、危険共同体など、多元的な根拠から、保障人的地位が発生するというのである（多元説）⁽²¹⁾。これらの諸根拠一つ一つは、その妥当性はともかくとして、それなりに明確ではある。しかし、結局のところは、総合判断にならざるをえず、それゆえに明確な基準とはいえない。少なくとも、これら多元的な根拠の背後にある指導原理を明らかにしないことには、判例が拡張的傾向を示し新たな類型を作為義務の根拠として挙げてきたような場合にも、有効な歯止めとはならないのである⁽²²⁾。そして、この指導原理を明らかにするためには、なぜ保障人的地位にある者のみに、不真正不作為犯の主体が限定されるのかということを知

明する必要がある。

この点に関して、多元説の多くは、処罰範囲の限定のために、保障人的地位の要件として作為による結果惹起との同価値性を強調している⁽²³⁾。しかしながら、この「同価値性」は、多元的な根拠の背後に位置する上位指導原理としての機能を必ずしも果たしているわけではないようである。というのは、論者の一人である平野博士も指摘したように、同視しうるかどうかの判断は明確なものではなく、「不作為犯の成立を認めるのが適当である場合に不作為犯は成立する」というトートロジー的な性格のものであることを免れないからである⁽²⁴⁾。また、多元的な根拠と同価値性という視点は互いに連動しており、それぞれを他と切り離して肯定したり否定したりすることのできない性質のものであることに注意しなければならないとの指摘もある⁽²⁵⁾。そうであるとすれば、多元的観点に加えて同価値性を要求しても、それは多元的な観点が作為義務を発生させるということについての後付け的な説明以上の機能は果たさないのではないかという懸念を生ずる⁽²⁶⁾。少なくとも、判例が拡張的傾向を示した際に、「同価値」という視点をもって、その当否を判断することができるのでなければ、これは何らの歯止めも提供することはできないであろう。したがって、「なぜ同価値といえるのか」という点についての検討がなされない限り、「同価値性」は限定基準としての機能を十分には果たしえないものと思われる。よって、多元的根拠に加えて、「構成要件的同価値性」を要求する見解は、なぜ、どのような場合に同価値といえるのかという点についての説明を欠いているという点に根本的な問題を抱えているということになる⁽²⁷⁾。

3. このような多元説とは異なり、同価値性を指導原理として、保障人的地位を限定する一元的な基準を演繹しようとする試みもみられる⁽²⁸⁾。すなわち、作為犯と不作為犯の構造上の差異を提示した上で、これを埋め合わせるための要件として同価値性を論ずる諸見解である。以下、このような試みを行った代表的な論者の見解について検

討したい。

まず、日高義博教授の見解を挙げることができよう。日高教授は、不真正不作為犯と作為犯とを比較した場合に、不真正不作為犯の存在構造上のギャップとなるのは、不作為には自然的にみて原因力が存しないということであり⁽²⁹⁾、不真正不作為犯が存在構造上の差異を乗り越えて、作為犯と構成要件的に等価値であるためには、不作為者が原因を設定したと考えられる場合でなければならないとする。すなわち、不真正不作為犯と作為犯の存在構造上のギャップを、「価値」的に埋める要素を追求するために、作為犯と不作為犯の「因果構造の差異」に着目した上で、両者が同価値といえるためには、不作為者が当該作為をなす以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定している場合でなければならないとするのである⁽³⁰⁾。それゆえに、教授は、作為義務の根拠として、故意・過失に基づく先行行為が必要であるとされた⁽³¹⁾。

この見解の根本的な問題点と思われるのは、「価値的に不作為の因果性を肯定する」＝「不作為に刑法上の原因力が存在する」という前提に立つにもかかわらず、何ゆえに存在構造上の因果力を問題とする必要があるのかということが、必ずしも明らかでないという点である⁽³²⁾。すなわち、不作為に刑法上の因果関係を肯定しつつ、構成要件の段階で再び自然的原因力の有無を問題とする理論的必然性は無いように思われるのである⁽³³⁾。そもそも、因果関係とは別に、自然的原因力が刑法上の処罰を基礎づけるために必要とされる根拠（なぜ、行為者を処罰するために、自然的な原因力が必要なのかということ）を明らかにしない限り、その有無を構成要件において問題にするのは無意味である。また、作為と不作為の構成要件的同価値性は、不作為について問題となるのであって、先行行為について問題となるのではないという点も重要であろう⁽³⁴⁾。たしかに、不作為時点での作為との間に存在論的を過去の事実をもって補うことはできない。このような問題点ゆえに、日高説は、保障人的地位を同価値性を以って限定する試みにおいて、成功を修めたとはいいがたい⁽³⁵⁾。

次に、日高教授と同様、作為犯と不作為犯の構造上の相違を価値的に埋め合わせる要素を追求する論者の一人である西田教授の見解を検討する。西田教授は、同価値性を判断する前提である作為犯と不作為犯の構造上の相違として、「行為者が自己の意思に基づいて、法益侵害の結果へと向かう因果の流れを設定した」という作為犯の特徴と、「すでに発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的態度である」という不作為犯の特徴を指摘する⁽³⁶⁾。その上で、同価値といえるためには、「不作為者が結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと、すなわち、因果経過を具体的・現実的に支配していることが必要だと解すべきであろう。」という⁽³⁷⁾。すなわち、不真正不作為犯には、作為犯が有する因果経過の設定という要素が欠けており、それに基づく差異を価値的に補うために排他的支配を要求するというのである。

西田教授は、なぜ排他的支配という事実状態があると作為と不作為を同価値と評価できるのかという点についての説明を付することで、従来の同価値性説に欠けていた、同価値性を基礎づける事実の規範的根拠を提供したという点において注目し値する⁽³⁸⁾。しかしながら、この同価値性を担保するための「排他的支配」要件の導出根拠に、少なからぬ理論的な問題点があるように思われるのである。それは、西田教授が、不作為の因果関係について、刑法上の因果関係としては、「一定の作為がなされていれば、当該結果は発生しなかったであろう」という関係で足りるとしている⁽³⁹⁾にもかかわらず、不作為は、すでに発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しない消極的な態度であるという自然科学的な観点を強調する点である。因果関係の段階で、一旦刑法上の重要性を否定した、自然科学的因果概念の帰結である「因果の流れへの介入」の有無という差異を、作為義務論において再び強調するという点には疑問がある⁽⁴⁰⁾。すなわち、作為犯と不作為犯の存在論的差異を因果関係の段階で否定しつつ、なお両者を同価値とするために、「因果の流れへの

介入」の有無として作為義務論においてこれを考慮することには無理があるように思われるのである。

また、そもそも西田教授の見解にしたがった場合には、保障人的地位に該当するために、なぜ作為による惹起と同価値でなければならないのか、換言すれば「不作為が作為と構成要件的に同価値でなければならない」という要請が、何処から生ずるのかという点についても検討を要する。というのは、既に述べたように、西田教授は、刑法各則の構成要件が、禁止規範ばかりでなく命令規範をも含むという前提に立たれていたからである⁽⁴¹⁾。このこと自体は全く正当であると思われるが、その際に問題となるのは、この場合に「同価値」であることを要求する⁽⁴²⁾ことの意味である。というのは、従来の諸見解において、同価値性は、作為犯規定を「不作為」に適用する⁽⁴³⁾際に、存在論的なギャップを超えるために必要とされたものだからである⁽⁴⁴⁾。そもそも不作為犯の規定を不作為に適用するという理論構成が可能である⁽⁴⁵⁾ならば、このような価値的担保は不要となるはずである。この点についても、やはり疑問がある⁽⁴⁶⁾。

4. このように、多元的な観点に加えて同価値性を要求する⁽⁴⁷⁾のではなく、作為と不作為の構造上の差異を明らかにした上で、それを価値的に補うという方法論を用いて保障人的地位を限定する学説の試みは、限定的に保障人的地位を類型化できるという点で注目し値するものの、理論的に問題があるということが明らかになったものと思われる。その原因として考えられるのは、因果関係について結果犯に必要な惹起という要件を満足するために作為と不作為の因果構造上の同一性を肯定しつつ、他方で、価値論的埋め合わせの前提となる両者のギャップを捜し求めるという思考様式に、そもそも無理があるのではないかという点である。作為犯と不作為犯の構造上の差異があるとすれば、それは因果構造（因果力）の差異と規範構造の差異であって、前者について不作為の因果関係を肯定し、後者について、刑法各則の条文は、禁止規範と命令規範の双方を含む場合があるとい

う解釈を肯定する以上、両者の差異として残るものは何もないといわざるをえないのである。もっとも、不真正不作為犯においては、因果関係が主体の特定機能を持たない以上、何らかの手段を用いて主体の特定を行うことが必要であることはいうまでもない。これがより根本的な問題である。

第3款 「排他的支配」という基準について

1. なお、上で検討した西田教授の見解も採用する「排他的支配」(排他性)という基準については、その導出の理論的根拠について問題があることはともかくとして、わが国の学説上、非常に有力な見解になりつつある⁽⁴⁸⁾。そこで、この基準がもたらす帰結の当否の当否についても検討しておく。

2. 西田教授同様、排他的支配を作為義務の発生根拠とする佐伯仁志教授は、排他性の内容、換言すれば、如何なる場合に排他性が認められるかについて、より踏み込んだ検討を行っている⁽⁴⁹⁾。ここでは、佐伯教授の議論を参考に、排他的支配基準の内容およびその当否についての検討を試みたい。まず、佐伯教授は、排他的支配について、これを「不作為の時点で、不作為者が因果の流れを掌中に収めている場合」であるとし⁽⁵⁰⁾、さらに、①排他的支配の存在にとって、行為者による意図的な保護の開始・継続は必ずしも必要ない、②空間的な閉鎖性⁽⁵¹⁾は排他的支配を肯定する上での必要条件ではないから、開放された場所であっても、生命に対する危険が高く、他者による救助の可能性がないか、著しく少ない場合は、これを肯定することができる、③排他的支配は、私法上の所有権・占有権によって基礎づけられることもあるが、そのような権限の存在は必要条件ではない、と、3つの観点からの説明を加えている。

3. そしてこのように説明された排他的支配の具体的あてはめとして、例えば、空間的閉鎖性が無くても、寒気の厳しい深夜に人に発見されにくい陸田に放置した場合については、排他的支配が肯定されている。これは、上で示した観点②をあてはめたものであるが、この際に、「被害者の生命

に対する危険が高く、放置した場所が発見困難な場所であれば、その場所を知っている(傍点筆者)行為者に被害者に対する排他的支配を肯定することが可能であろう。」と述べられていることが注目される。これは、「知っている」という、いわば「法益が危険にさらされている状況についての情報を独占していること」による排他的支配の設定ということができよう。これと極めて類似した状況が、「知っている」主体が複数存在し、かつ共犯関係にない場合においても容易に成立しうるように思われる。その場合、すでに「排他」性は無いともいえるが、排他的支配がある場合に特徴的な、他者による救助の可能性を排除するという意味での危険の創出・維持⁽⁵²⁾という状態が、全く同じように肯定できる場合がありうるのである。次のような例を考えてみるとよい。

ある三人組が、遅効性であり効果を発するまで何の自覚症状も無い毒物を共同所有・管理していたという状況下で、近所の小学生が、それをお菓子だと誤認して、飲み込んでしまった。その後、三人は、意思連絡無く、その小学生が毒物を飲み込んでしまったことを、それぞれ別々に知った。しかし、三人は、毒物管理の杜撰さについて責任を追及されるよりは、小学生の死を放置し、自分たちとは無関係な毒物で死亡したと装った方が都合がよいと、それぞれ全く同じように考え沈黙を守った。その結果、応急救護措置を施されなかった小学生は死亡した。

やや、特殊な事例ではあるが、この場合、被害者の生命に対する高度な危険状況が存在し、かつ、被害者の生命が危険にさらされていることについて認知している3人以外の救助はおおよそ期待できないという状況が存在する。このような場合と、たやすく発見しにくい陸田に被害者が放置されていることを、ただ一人知っているという場合と区別する合理的根拠は見いだしがたいように思われる。すなわち、救助をなしうるものが一人なのか二人なのか三人なのかということの差異は、それほど大きなものとはいえない場合もあるのではな

いのだろうか。しかし、佐伯教授は「容易に救助可能な者が複数いる場合には、排他的支配が否定され、不真正不作為犯は成立しない。したがって、子どもが海で溺れているとき、他に救助可能な者が多数いるときは、父親の不作為が殺人罪を構成することはない。」⁽⁵³⁾と述べている。これは、作為犯と同様に、「因果の流れを掌中に収めている」ことを必要とする佐伯説の出発点からすれば当然の帰結ではあるが、これを厳格に解した場合、排他的支配と類似の状況があり、作為義務を肯定することが合理的であるような場合に、これをみとめることが難しくなってしまうという問題があるのである⁽⁵⁴⁾。

以上に述べた問題点を要約すれば、次のようにいうことができよう。「排他的支配」は、物理的閉鎖性の有無とは無関係に成立しうることから明らかのように、ここにおいては他者による救助の可能性の排除という観点が、保障人的地位を基礎づける際の重要な考慮要素となっている。しかし、この「他者からの救助可能性が排除される（あるいは極めて限定される）」という状態は、容易に救助可能な者が複数いる（但し、限定されている）場合にも、成立しうるものである。この両者を厳格に区別するということは、結論のバランスとして問題がある⁽⁵⁵⁾。

4. また、排他的支配という基準は、それを用いる論者によって、その実質的内容が異なってくる可能性があるという点も指摘しておこう。例えば、「排他的支配」は、他者による救助の可能性が低下しているという「排他」性の考慮を強調すれば、その成立範囲をより広いものとして把握することができるように思われる（その方が妥当な結論に落ち着くことが出来る）。しかし、そうした場合、「排他的支配」導出の根拠である因果経過の支配という作為犯との類似性⁽⁵⁶⁾からは離れてしまうという問題があるのである。また、この要件は、一見一元的に見えるが、その実は、支配性、危険創出の維持（＝排他性）等の異質の観点が複数盛り込まれているように思われる。これらの要素をどのように考慮するかによって、不真正不作為犯

の成立範囲が、微妙に異なってくるという問題もある⁽⁵⁷⁾。

なお、排他的支配という基準の有効性については、本稿が主たる検討の対象とする刑事製造物責任のような事案において、少なからぬ問題を生ずるものと思われるのであるが、この点については後述する（第2章）。

第4款 小括

以上のようなわが国の学説の現状についての分析から明らかになったと思われることを要約すると、次のようになる。

わが国においては、不真正不作為犯の罪刑法定主義との抵触問題について、通常は作為犯を処罰する刑罰法規であっても、禁止規範と命令規範の双方が同時に含まれていると説明することによって、これを克服する見解が有力となっている。この見解は、不真正不作為犯処罰の総則規定を設けて、刑罰法規が真正不作為犯で無い限り作為を規定したものであるとの立場を明らかにしたドイツと異なり、不真正不作為犯の総則規定を持たないわが国においては、論理的に可能であり、「類推」という例外的な現象を一般化して罪刑法定主義の根幹を揺るがす見解などに比べ、妥当であるといえる。しかしながら、この立場によりつつ、不作為の因果関係を肯定した場合、不真正不作為犯は、作為を予定しているように見える構成要件にも解釈論上当然に含まれることになるから、いわゆる「同置問題」を生じないことになる。それゆえ、不真正不作為犯の処罰について、「同価値性」を要件とする必然性は無い。また、不作為の因果関係を肯定する以上、自然的因果力ないし因果の流れへの介入の有無を、作為犯と不真正不作為犯の構造上の差異（因果構造の差異）を基礎づける要素として用いることはできない。したがって、保障人的地位を基礎づけるための指導原理として同価値性を要求する有力な見解については、同価値性を考慮する前提たる作為と不作為の構造上の差異を考慮することに無理があるという点で、そもそも問題がある。他方、保障人的地位を基礎づける

事情を多元的に理解し、それら多元的根拠の総合判断を行う際に「同価値性」を考慮する諸見解においては、同価値性が、同義反復以上の機能を果たさず、それゆえに保障人的地位を限定する指導原理が無いという問題点がある。このようなことから見て、わが国の学説は、保障人的地位を限定的に基礎づける試みにおいて、理論的な問題点を抱えているといえる（また、多元的根拠を個別的に示すのではなく、限定的に作為義務を基礎づける見解についても結論の妥当性という点において問題があることを示した。わが国の学説は、処罰範囲・根拠の明確さの要請と、妥当とされる処罰範囲の確保の要請の双方を実現することに必ずしも成功していないのが現在の状況であるといえよう⁽⁵⁸⁾）。このような状況を前提とする限り、社会の様々な変化によって生じた、不真正不作為犯の成否が問題となる新たな現象に直面した際に、学説が理論的に筋が通っており、かつ妥当な処罰範囲を基礎づけることができるかという点については危惧を生ずるのである。

以上のような分析から明らかになった理論的な問題点を出発点にして、次節では、不真正不作為犯の成立範囲を限定するための試論の展開を試みることにしたい（ただし、紙幅の関係上、その概要を示すにとどまらざるをえない）。

第2節 不真正不作為犯の構成要件の限定に関する一試論

第1款 試論の出発点—不真正不作為犯の処罰根拠

1. 前節で試みたわが国の学説の現状分析で明らかになった問題点を概観したうえで、まず、前提とすべきなのは、作為犯と不作為犯の構造上の相違を価値的に埋め合わせる要素を探求するアプローチは採用できないということである。

これは、「不作為による作為犯」（禁止規範の不作為への適用）を、肯定することができるとしても⁽⁵⁹⁾、問題となる。すなわち、作為と不作為の存在構造の差異は、因果力・原因力の有無に求められることが多いのであるが、通説によれば、作為犯も不真正不作為犯も、結果に対して刑法上の因

果性を有するという事は、すでに肯定されているのである⁽⁶⁰⁾。したがって、作為も不作為も刑法上の評価においては、原因力・因果力を有する（あるいは自然的な意味での因果力・原因力の有無は、刑法上は重要性を有さない）と考えるのが自然である。それにもかかわらず、なぜ問責対象たる行為について、刑法上の因果関係の起点となることに加えて、自然的な意味での原因力・因果力を要求しなければならないのかは定かではない。

また、原因力・因果力の欠如が、存在構造上の差異として、なお刑法上も重要であり、その欠如というギャップを埋め合わせることを、不真正不作為犯の成立要件とするならば、一つには原因力を「過去」の時点に求めることが考えられるが⁽⁶¹⁾、その場合、行為時の不作為の存在論的ギャップを過去の事実によって埋め合わせることの困難性という問題が生じる⁽⁶²⁾。また、不作為時の法益ないしは因果経過に対する「排他的支配」を同価値性要件とする試みについても、なぜ排他的支配が同価値といえるのかということの説明は必ずしも成功していなかったのである。

このことから、不作為の自然的原因力の欠如を埋め合わせることは、不要であり、かつ、必要であるとしても困難であるということができよう。

2. また、文理上作為犯を予定しているように見える刑罰法規も、作為犯と不作為犯を同時に規定している場合がありうるとする有力説の前提に立てば⁽⁶³⁾、既に述べたように、そもそも作為犯と価値的に等しい要素を見出す必要すら無いという結論に至る。命令規範・禁止規範という規範構造の差異はあるものの、刑法各則の規定は、禁止規範、命令規範の双方を含みうる場合がありうるから、構成要件該当性に関して、この差異は影響しない。したがって、作為犯と不真正不作為犯の構造上の差異は、因果関係の起点としての行為（結果の帰属の対象たる行為）が、「何かをすること」か「何かをしないこと」であるという形式的差異以上のものではないということになる⁽⁶⁴⁾。もちろん、このような前提に立ちつつも、同一の条文で処罰する以上、価値的な同一性は必要であり、な

お、不作為犯は例外であるから、同価値性を考慮する必要があると考えることは可能であろう。しかしながら、その場合には、形式的・範疇的差異しか有さない両者を埋め合わせる論理を見出すことの困難に直面する。

3. 以上は、構造的差異の埋め合わせとして同価値性を用い、保障人的地位を一元的に限定する試みの問題点であるが、他方で、多元説に立ち、「同価値」性を保障人的地位認定の総合判断における付加的制約原理として考慮する見解もありうる。しかし、前節で述べたように、同価値性が同義反復以上の機能を果たさず、かつ、「保障人的地位」それ自体は限定の論理（指導原理）を持ち合わせていないために作為義務が無限定に拡張するおそれがあるのである。

4. したがって、同価値性を保障人的地位の発生根拠において考慮するアプローチは妥当ではない。このように、構造上の差異を埋め合わせる概念として同価値性を導くアプローチが、必ずしも成功しなかったのは、不作為の因果性を肯定しつつ、前提たる構造上の差異を見出すことができなかったからである。この意味において、不真正不作為犯の処罰を基礎づける積極的な根拠は、発生した結果に対して刑法上の因果性を有する（すなわち結果を因果的に惹起する）ということ以上のものではないということになる。すなわち、不真正不作為犯も、刑法各則の惹起犯の構成要件に該当するのである以上、作為犯との間に因果構造上の差異は無いということである。

5. 他方で、不作為の因果関係が、主体の限定機能を有さないという点は無視しえない。結果を帰属すべき人的範囲を限定することが必要である。また、作為と不作為という範疇的に異なる対象を同一の条文で捕捉する以上、その差異をどのように考慮するかという問題は依然として残る（但し、価値的埋め合わせという方法は使えないが）。

6. 本稿がよって立つべき出発点をまとめると、次のようになるだろう。第一に、不作為が自然的原因力を欠いているということ（あるいは、自然的因果経過の起点を設定していないということ）

は刑法上重要でないから、作為義務論において考慮すべきではなく、また価値的同一性を担保するための付加的要件を導出する際に、これを再び持ち出すことはできない。第二に、不真正不作為犯の積極的な処罰根拠は、結果に対して因果性を有するという点で十分である。第三に、結果の帰属主体を限定する解釈論が必要である。この結果帰属の主体を限定する際には、当然ながら、刑法独自の見地からの、また、明確性を最大限に考慮した基準を提示する必要がある。

このような出発点から、以下では結果帰属主体を限定するための理論的な根拠を解明することを試みたい。

第2款 効率性による主体の限定

1. さて、以上で述べたように、私見の出発点は、作為犯と不真正不作為犯が、結果に対する因果性という積極的処罰根拠において等しく、文言上作為を予定しているかのように見える刑罰法規において並列しようというものである。すなわち、因果構造が等しいのであれば、作為による構成要件実現と不作為によるそれとの間の差異は、一方が「禁じられた作為を行うこと」（禁止規範違反）であり、他方が「期待された作為を行わないこと」（命令規範違反）であるという形式的なものに限定される。この両者は、概念的に独立した存在であり、「どちらか一方に、ある要素が欠けている」という性質の差異は無い。したがって、作為による構成要件実現と不作為による構成要件実現は、刑法上の評価において、完全に等置されることになってしまう。それゆえ、不真正不作為犯の構成要件該当性において、結果と間に因果性が存在すること以上の限定が必要であるとしても、それは、作為犯と不作為犯の構造上の比較に依存することなく、不作為犯内部の問題として、考察すべきであるということになる。

2. まず、このように作為犯と構造を等しくする不真正不作為犯が、作為を予定しているかのように見える刑罰法規によって処罰される場合、何が問題となるのかを振り返ってみよう。繰り返し

になるが、それは、不真正不作為犯においては、相当因果関係が帰属主体の特定機能を持たないゆえに因果関係を有する全ての者に作為義務を肯定する、という明らかに不当な結論をもたらすという点である⁽⁶⁵⁾。

だが、真の問題はここから先にある。それは因果性の平面において全く等しい複数の者の中から、なぜ特定の者のみを結果の回避が義務づけられる者（作為義務者・保障人）として選別することができるのかという点である。すでに、「期待された行為」が為されていたら、結果は防げていたであろうという関係（惹起）が特定されており、結果回避命令を科す利益（法益保護目的）が、明確になっている段階において、不真正不作為犯についてのみ、主体をさらに限定するというのは理論的な困難があるということにならざるをえない。しかし、妥当な結論を導出するためには、不真正不作為犯の主体たる保障人（作為義務者）を特定する理論的根拠を解明する必要があるということもまた確かである。この不作為による結果惹起を肯定する（そもそもこの時点で刑法上の評価はほとんど完了しているといっても過言ではない）がゆえに、構成要件の機能が危機にさらされるという問題を克服するために、いかなる解釈論を展開すればよいか、まず問題となる。

3. 結果に対して因果性を有する行為者が複数存在する場合に、主体を限定しなければならない理由について、結論から述べると、それは、「刑法の謙抑性」に尽きるといえよう。堀内教授が、かつて秘密漏泄罪（134条）の主体限定の性格について述べたように、不真正不作為犯も「刑法の二次的性格による謙抑主義」に基づく主体の限定を内在させた構成要件であると述べることができよう⁽⁶⁶⁾。これをより詳細に述べると次のようになる。

まず、前提となるのは、刑法が法益保護目的を実現するために、国民に何らかの作為を強制する（不作為を処罰する）ということが必要であり⁽⁶⁷⁾、現行刑法も、不作為を結果犯の構成要件において、作為と同時に規定しているということで

ある。問題は、誰に結果回避措置を期待すればよいかであるが、この際、たとえ重要な利益の保全のために、結果回避措置を強制することが必要不可欠であるという合理的な法益保護目的を実現するためではあっても、一定の作為を強制される「命令規範の名宛人」が、およそ結果回避可能な者全てであるという帰結は、あまりに過剰な国民の自由に対する制約であり、到底容認しうるものではない⁽⁶⁸⁾。誰か一人の者に救助を命ずることによって法益保護を実現できるならば、それで済ませる必要がある。もっとも、恣意的に主体を選別して、その者のみに結果回避措置を強制することは、法の下での平等の趣旨に照らしても、許されるものではない。これに対して、不真正不作為犯を否定する立法政策もありえようが、わが国の刑法は、刑法の謙抑（刑罰を背景にした強制を科すことによる有害性を最小限すること）と法益保護目的のバランスという政策的観点から、不真正不作為犯を文言上作為を予定しているかのようにみえる刑罰法規によって処罰する際には、主体を限定する構成要件を設けていると考えることになる。

4. では、刑法は、命令規範（結果回避命令）の名宛人として、いかなる者を予定していると解すべきか。これは、法の下での平等からの要請に照らしても合理的な選別でなければならず、かつ、不明確性を最大限払拭しうる事実的關係に基礎を置く選別でなければならず、また、刑法の目的とは無関係な社会倫理・道徳的な考慮を排除した選別でなければならない。このような要請を満たす結果回避命令の名宛人とは、法益が危殆化された状況下で、結果回避命令を遵守することによって負担しなければならないコストが、最も小さい行為者である。それは、最も効率的に（低コストで）結果回避措置（期待される作為）をなす主体（※以後、「効率的な主体」と略記する場合がある。）である。すなわち、刑法は結果回避可能性を等しく有する行為者の中から、結果回避措置に関して最も効率的な者を特定し、その者に向かって結果回避命令を発すると解することになる。そし

て、その命令が履行されなかったことによって結果が発生した場合に、その者に結果が帰属することになる。

簡潔に要約すると、結果回避措置を最も効率的に為しうる主体のみが保障人的地位に該当する。これが、本稿が示す試論の第一次的結論である。

5. なお、この「効率性」が肯定できる具体的な場合は、期待される結果回避措置との関係から類型化することが可能であると思われる。すなわち、期待される作為（結果回避措置）が、例えば「川に飛び込んで人を助ける」というような純粹に物理的な手段である場合、救助すべき法益との距離、行為者の能力、結果回避措置をなすために必要な情報を誰が有しているか⁽⁶⁹⁾等によって効率性が判断される⁽⁷⁰⁾。これに対して、結果回避措置が、社会的権限の行使であるような場合、事実上の権限を有している者に社会的な観点から判断した効率性が認められることになる。また、結果回避措置によっては、両者の組み合わせによって効率性が判断されることになる。

第3款 行為選択の自由の事前的保障のための主体限定

1. しかしながら、「効率性」に基づいて主体を限定することが可能であるとしても、なお残る問題がある。それは、形式的に、一つの刑罰法規に禁止と命令を同時に規定することが可能であるとしても、禁止規範と命令規範の間には、自由の制約の程度に重大な差異があるのではないかという疑問である。というのは、一般に、一定の作為に出ることを義務づけた場合、他の行為を選択する自由は全く排除されるからである⁽⁷¹⁾。すなわち、有害な結果を回避するという合理的な目的のために、刑法が結果回避命令を発することが許されるとしても、その自由の制限の程度が、一定の行為を禁止した場合と比べて著しく異なるのであれば、問題があるように思われるのである。したがって、命令規範によって法益保護を達成しようとする場合、自由の制約の程度を禁止規範によるそれと同程度に抑制するために刑法をどのように解釈すべ

きかというのが本稿の試論の第二の出発点となる⁽⁷²⁾。

2. 行為（不作為）の時点で、行為者から、行為選択の自由を著しく奪い取る命令規範の特質を考慮した場合、これを禁止規範と同一の条文で処罰する際にどのような考慮が必要だろうか。本稿は、様々な危険を内在させる現代社会において、法益保護を実現するために、命令規範による強度の強制を国民に課することがやむをえないとしても、行為時に確実に剝奪される行為選択の自由を、行為時以前に保障すべきではないかと考える。すなわち、結果回避に関して、最も効率的にそれをなし得る者に命令規範が向けられ、当該作為以外の行動の自由が奪われるのであれば、せめて事前に、そのような地位に就くことについて行為者に選択の機会を保障すべきではないかと考えるのである。不真正不作為犯の主体たる保障人として構成要件に該当しうるのは、そのような、行為時以前の行為選択の自由を保障され、結果、保証人となることを甘受した行為者のみであるという解釈論上の限定を行うことになる。

3. それでは、行為者が、結果回避措置を行うべき地位に就くことを事前に選択したとみなしうるのはどのような場合であろうか。それは、自己の意思に基づいて、将来的に、自己が結果回避命令の名宛人となる地位（本稿の結論においては、最高の効率性を有する地位）に就くことを招来する可能性が典型的に高いと思われる、不作為者の行為が過去に存在する場合であると考えられる。そのような行為の存在が認められるのは、問責対象たる不作為があった（＝結果回避に必要な行為が為されなかった）時点で存在し、かつ発生した結果に実現した危険⁽⁷³⁾（これは、法益に内在する危険⁽⁷⁴⁾も含む）と行為者自身との間に、それより過去の時点で、他者が介入する可能性を減少させる関係⁽⁷⁵⁾を、行為者自らの意思で創出した場合である。この場合には、将来的に他者による積極的な結果回避措置がなされる可能性を減少させ、また、自分自身が、他の行為者に比べ相対的に結果回避措置を効率的になしうる地位に立つことを、

甘受し選択したものとみなしうるからである。

要約すると、禁止規範と命令規範の性質上の相違を根拠とする不真正不作為犯の主体の第二次的な限定として、保障人的地位に該当するためには、行為選択の事前的保障があったとみなしうる場合、すなわち、行為者が自らの意思に基づいて、結果に実現した危険と行為者自身との間に、他者が介入する可能性を減少させる関係が成立することを受け入れたという事情が存在しなければならないということになる⁽⁷⁶⁾。

4. ここで重要となるのは、結果回避に対する効率的地位を将来的に獲得する可能性が、他の法共同体の構成員に比べて相対的に高いといえるのはどのような場合であるかという観点である。より具体的な類型としては、もともと他者の介入が減少している状況下で危険を創出すること、および、既存の危険の周囲に他者の介入が期待しにくい状況を作りだすことが考えられる。

例えば、次のような場合に、事前の行為選択が肯定できよう。判例で問題となった、貰い受けて5ヶ月間養育した嬰兒に食物を与えずに死亡させたという事案⁽⁷⁷⁾については、単独で生命維持が不可能であり、存在自体が生命に対する危険を内在させている嬰兒の養育を、自らの意思で引き受ける行為について、これは、家屋という閉鎖空間に引き入れることによって、他者が介入する可能性を減少させる関係を作り出すものであるから、事前の選択を求めることができよう。また、被告人が自宅に住まわしていた従業員に暴行を加え、骨折等の傷害を負わせたところ、重篤な症状を呈するに至ったにもかかわらず、犯行の発覚をおそれて医師による治療を受けさせず、死亡させた事案⁽⁷⁸⁾については、不作為の時点で、「効率性」が肯定できることは当然であるが、「自宅という閉鎖空間において、自らの意思に基づいて、重篤な傷害を負わせた」という事情について、他者の介入が期待できない場所において危険を創出したという点に、事前の選択を認めることができるように思われる。これに対して、陣痛を催した被告人が便秘による腹痛と思い便所に入っているうちに、嬰

児を便槽内に産み落とし、咄嗟に殺害を決意して放置し、死亡させたという事案⁽⁷⁹⁾については、便槽内に産み落とす行為については、自らの意思に基づくものではないがゆえに、事前の選択を肯定することは困難であろう。

また、交通事故の際の「ひき逃げ」について本稿が提示する試論の枠組みをあてはめると、次のようになる。単純ひき逃げの場合、不作為の時点では、結果回避措置（被害者の救命措置）に関して、効率的地位を認めることができるケースが多いことと思われるが、被害者の生命の危機的状態（結果発生危険）と、自己との間に、他者の介入が期待しにくい状態を自らの意思で設定した契機が過去に認められない。それゆえ、行為者は保障人的地位に該当しない。たしかに、行為者は自動車の運転という一見すると危険な先行行為を行ってはいるが、これは交通事故の結果、法益に重大な危険を内在させるとなった具体的被害者との間に、第三者との比較においてより高い確率で効率的地位に就く関係を創出するものではないからである⁽⁸⁰⁾。これに対して、被害者を一旦救助し、車内に引き入れたような場合⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾や、人里離れた場所に放置した場合については、他者の介入可能性を減少させた点に事前の選択を認めることができよう。なお、交通事故が起こる以前の段階について、停止できる距離に人間を認めた場合に、故意にブレーキを制動させなかった者については、不作為による殺人罪が成立しうる。これは、自らの意思で車を運転するという行為について、危険源たる車との間に、他者の介入可能性を減少させるような関係を成立させたという点で事前の選択を肯定できるからである⁽⁸³⁾。

第4款 小括

以上に述べた試論の結論を要約すると、次のことができる。不真正不作為犯の処罰根拠は、結果回避が可能であったにもかかわらず、それを為さなかったという意味での因果性である。しかしながら、不真正不作為犯の主体となるためには、行為者に保障人的地位という身分が認めら

れなければならない。保障人的地位は、次のような二つの観点から、不真正不作為犯の主体に限定を加えた身分である。第一に、刑法の謙抑性という観点から、保障人に該当するためには、不作為の時点で、結果回避措置（期待される作為）を、最も効率的になしうる者でなければならない、という限定を課す。第二に、不真正不作為犯は命令規範によって行為者から、行為選択の自由を剝奪するものであるから、事前に保障がなされている必要がある。この第2の観点から、保障人に該当するためには、行為選択の自由の事前的保障がなされているとみなしうる場合、すなわち、行為者が過去に自らの意思に基づいて、将来、結果回避措置を効率的になしうる地位につくこと事前に選択したとみなしうる必要がある。それは、自らの意思に基づいて、既存の「危険」との間に、他者の介入可能性を減少せしめるような関係を設定した場合である。

第2章 刑事製造物責任と不作為に関する議論の検討

第1節 問題の所在

1. 前章においては、いわゆる不真正不作為犯について、わが国の学説における議論状況を分析し、その問題点を明らかにするとともに、一試論の展開を試みた。その基礎をなす問題意識の一つとしては、現在の学説が、不真正不作為犯における保障人的地位の範囲を適切に限定するための指導原理の解明に成功していないがゆえに、新たな問題状況への対応において、困難を生ずるのではないかということがあった。

2. 本章では、このような新しい問題の一つである「刑事製造物責任」における不作為責任を議論の対象とする。刑事製造物責任とは、製造物の欠陥によって発生した被害についての製造・販売業者等の刑事責任の問題である。この問題は、「革スプレー事件」(BGHSt. 37. 106.)を契機にドイツで活発に議論されるようになった問題であり、その論点は、欠陥製品の回収義務（不真正不作為犯）にとどまらず、集团的決定が介在した場合の

因果関係等多岐にわたるのであるが、わが国においても、薬害エイズ事件を契機に注目を集めるようになってきている。これは、社会の変化に伴い生じた新たな状況において、不真正不作為犯が問題となる典型的な場合であり、また、不真正不作為犯論の基本的な部分に影響を及ぼしうる重要な問題点を含んでいる。したがって、不真正不作為犯論を議論する際には、取り扱う意義が大きい問題であるように思われる。

3. よって、以下では、刑事製造物責任において、不真正不作為犯の成否が問題となる「欠陥製品の回収義務」等について、主としてドイツでなされた議論を参考にしつつ、その問題点を明らかにすることを試みたいと思う。

第2節 革スプレー事件

1. 少し前に、ドイツの連邦通常裁判所（以後、BGHと略記する。）は、刑事製造物責任について興味深い判断を示した。すでに、わが国においても多くの論稿により紹介されている⁽⁸⁴⁾皮革用スプレー事件判決（BGHSt. 37, 106.）である。この事件は、刑事製造物責任と不真正不作為犯の関係を考える上で非常に参考になり、また、ドイツおよびわが国の議論も、この事案を前提に展開されているので、ここでその概略を振り返っておくことにしたい⁽⁸⁵⁾。

2. 事案は概ね次のようなものである。皮革製品用スプレー（以後、「革スプレー」と略記する）の製造販売会社の取締役である被告人らは、製品の利用者が肺に液状の物質がたまって呼吸困難等の症状を示したという報告を受けて調査を行ったが、原因を特定できなかった。そこで、取締役会において製造を継続し、また、出荷済みの革スプレーの回収もしないとの決定をして、販売を継続し、被害をさらに発生させることになった。

3. BGHは、被害報告を受けた時点から製造販売を継続するという決定までの期間の行為を作為による過失傷害罪とし、また、製造販売を継続し、回収もしないという決定以後の行為を、作為（製造販売行為）および不作為（回収しない行為）に

よる故意の傷害罪とした。不作為の傷害罪の成立に関して、BGHは次のように述べている。「そのような製品を社会にもたらすことによって、義務に違反して、製品の使用者にとっての危険を惹起する者は、原則として、この危険が当該被害の中に実現しないように保障しなければならない。とりわけそれは、その通常どおりの使用が、消費者にとって、一その正当な期待に反して一健康障害発生の危険をもたらすという性質を備えた消費財の製造と販売について妥当する。……このことによって危険を根拠づける被告人らの先行行為は、客観的にも義務に違反しているといえる。これは、法秩序が、誰も事件経過に介入しないとすれば、更なる成り行きの中で、第三者の身体的被害に発展する危険の創出を、例外はあるものの、基本的に禁止しているということからも結論として生ずる。このことは、そのような危殆化態度を、刑罰を用いて処罰する特別な法規範が確証していない場合にも妥当する……」と述べた⁽⁸⁶⁾。つまり、BGHは、先行行為の客観的義務違反性を肯定するためには、危殆化結果の法的な否認があれば十分であるとしたのである。

4. この事件では、回収しないという不作為による傷害罪（不真正不作為犯）の義務の発生根拠に関して、BGHが「客観的な義務に違反する危険な先行行為」を根拠に保障人的地位を認めた点の妥当性が大きな議論を呼ぶことになった。というのは、従来BGHは、先行行為に基づく作為義務について、先行行為が義務違反を伴うことを要求していたと考えられていたが、少なくとも、過失犯における客観的注意義務違反のみとめられない、適法な先行行為から、保障人的地位が基礎づけられるとされたことは無かったからである。それにもかかわらず本判決は無過失でなされた製造・販売行為を根拠に保障人的地位の存在を肯定したのである⁽⁸⁷⁾。それゆえBGHは事後的に明らかになった製品の危険性を以って義務違反を肯定した点について、これが従来の判例の立場を実質的に変更したのではないか、また、このように事後的に明らかになった先行行為の義務違反性に基づいて

保障人的地位を基礎づけることが可能か、という点が問題となったのである。

第3節 学説

第1款 製品の製造・販売行為（先行行為）を手がかりにした保障人的地位についての議論

(1) 義務違反要件必要説

1. まず、先行行為に義務違反性を要求する見解⁽⁸⁸⁾から、BGHの判決を批判するものがある。この批判は、義務違反性を肯定するためには、保障人的地位を基礎づける先行行為であるためには、客観的注意義務違反を必要とする見解からのものである。すなわち、BGHが、本件について、客観的義務違反性を肯定するためには、過失により行為したことを前提とせず、「危険な結果の法的否認」で足りるとして、これを肯定したことについて批判が集中することになった。というのは、先行行為の時点では、製品の危険性は認識しえないものであったゆえに、製造・販売行為について過失犯としての客観的注意義務違反を肯定することができない事案であったからである。

例えば、ザムゾン⁽⁸⁹⁾は、先行行為に注意義務違反性（違法性）を要求する立場から、判例の態度を批判する。彼は、保障人の先行行為は有責である必要はなく注意義務違反を前提とするものではないとしたBGHの判断を、客観的注意義務違反と主観的注意義務違反の混同であると批判する。そして、欠陥商品の回収義務を、刑罰をもって強制することの必要性は肯定しつつも、この要請を先行行為に基づく保障人的地位によって満たすことはできないとする。その理由として、先行行為の違法性を放棄することは、製造物責任以外の領域において、望ましくない結果をもたらすという点を挙げる⁽⁸⁹⁾。

また、ハッセマーは、客観的注意義務違反性の放棄をもたらす帰結について、刑罰介入の予測可能性を奪うものであり、法治国家的観点からみて疑問だとの批判を行っている。BGHが、刑事制裁の対象となる危険な製品の回収義務を根拠づけたことについて、「保障人義務が生じうる先行行為の

危険性は、明確には定まらない」として、これが刑罰の介入を予測することの確実性を低下させると批判する⁽⁹⁰⁾。彼は、刑法が欠陥製品のような新たな危険に対応するために、刑法が明確性と刑罰の介入についての確実性を放棄していると、現状を批判的に分析し、これを法治国家的観点から見て疑問であるとする⁽⁹¹⁾。すなわち、刑法自体が危険の定義について概念的に開かれた状態を保つことは、「危険社会」の要請に沿うものではあるが、刑罰法規の明確性・期待の確実性の観点から疑問であり、また、明確な指図によってこそ、刑法は期待される抑止力を発揮できるのだとする⁽⁹²⁾。

2. 先行行為に、客観的注意義務違反を要求し、不作為者によって対処すべき危険が義務違反の先行行為に客観的に帰属しうること（先行行為と結果との間の義務違反連関）を要求する考え方を前提とすれば、たしかにBGH判決のような考え方には問題があるということになるのであろう。ただ、わが国の解釈論の立場からは、そもそも、このような先行行為の義務違反性を問題とする見解自体、先行行為について、事後の故意・過失を根拠に犯罪の成立を肯定しようとするものになっている⁽⁹³⁾との批判もあるように、果たして採用に値する枠組みかどうかは疑問である。また、義務違反的先行行為に基づく保障人的地位が肯定できないがゆえに、ただちに欠陥商品回収義務の根拠付けを放棄することにも疑問がある。ただし、義務違反性を厳格に要求する見解は、先行行為のみから、保障人的地位を基礎づけようとするドイツの学説状況を前提とする限り、無視できない重要性を有しているということも確かである。すなわち、ハッセマーが述べたように、先行行為による保障人的地位の制限について、義務違反性に代わる如何なる基準がありうるかということが、それ自体大きな問題となるからである。そこで、以下では、義務違反性要件を放棄した諸見解が、これに代わる明確な限定基準を提供することができたのかということを見つめてみることにしよう。

(2) 義務違反要件不要説

1. 以上のような義務違反要件必要説に対して、

先行行為に義務違反性を厳格に要求すること（客観的注意義務違反性を要求すること）を断念し、客観的な危険創出要件への置き換えを主張する見解が見られる。このような考え方によると、革スプレー事件のような事案についても、先行行為に基づく保障人的地位が生ずる余地がでてくることになる。例えば、ヤコブスは、保障人的地位を基礎づける先行行為は、不可避的な日常的行為より高度な危険を伴う行為で足りるとする⁽⁹⁴⁾。すなわち、ヤコブスは、許された危険の範囲にとどまる先行行為であったとしても、①許された危険ではあるが、避けることのできない日常的な行為よりも高度な危険を伴うこと②危険にさらされた者（被害者）が自己に課せられた安全措置を尽くしていること、という二つの前提の下で、救助義務を生ずるとする。そして、このような日常的な行為よりも高度な危険の存在を示す指標として、民法上の危険責任や安全配慮義務の存在を指摘していることが注目される。この「許された危険ではあるが、日常避けて通ることのできない高度な危険」（以降、「特別な危険」と略記する）の存在を肯定できる具体例としてヤコブスが指摘するのは、航空交通、鉄道、狩猟、また製造業、さらに、毒物・爆薬・放射性物質等の多くの人々にとって危険な物質を使用する場合、また医薬品の臨床試験を行う場合等である。また、自動車の運転についても、その危険性が日常避けて通ることのできない危険に近いということを認めつつも、なお「特別な危険」の存在を肯定し、事故の際の救助義務を肯定している。その根拠については、法が車の所有者に危険責任と安全配慮義務を負わせているがゆえに、自動車を運転する危険は、日常的な危険とは評価されないと述べている。そして、本稿が主たる検討の対象とする製造物を流通させる行為についても、製造物責任法の危険責任の規定を指標として、先行行為に基づく保障人的地位を肯定できるとするのである。

また、同様に、ゼールマンも、危険創出・増加的先行行為の場合、保障人的地位は、①通常的生活危険（それに対しては通常誰もが用心をなさな

い危険)を超える危険が存在し、②被害者側も特別な危険を創出していないこと、を前提条件とするとした⁽⁹⁵⁾。彼は、さらに先行行為となる基本的危険惹起に関して、不作為における可罰性と不可罰性の限界に際しては、「不可避的な日常の行為より高度の危険」が存在するかどうかを区別されねばならないと述べている。彼は、この「高度な危険」は、個々の事例に応じて法益関係的に定まるべきであるとする⁽⁹⁶⁾。

また、クーレンも、革スプレー判決が、明示的な判例変更もせずに、先行行為の義務違反性要件を実質的に放棄したという点について、これを批判しつつも、製品の危険性が出荷の段階ですでに認識可能であるかどうかに関わりなく、製造者および販売共同体が、その識見・事実認識・組織に基づいて、第三者より大きな影響力を持ち、自己の製品に由来する危険についての際立った責任を持つという点を指摘する。そして、それゆえに先行行為に基づく保障人的地位が義務違反的先行行為を前提としないという帰結に至る有力説は支持されるべきであるとするのである⁽⁹⁷⁾。そして、日常的な行為に比べて高度に危険な先行行為による危険創出の場合に保障人的地位の根拠としての先行行為を限定する学説が有力化しつつあることについて、更なる具体化が必要であるとしつつも、これ評価する⁽⁹⁸⁾。彼は、「結局のところ、商品の製造・流通は、現代社会においては、一定の製造物の不適當な危険性が販売の段階で既に認識可能であったかどうかにかかわらず、製造者と販売者の保障人的地位を呼び起こすほどにリスクを伴う活動である」と締めくくる。また、キュールも、回収義務について先行行為に基づく保障人的地位の領域での解決を試みる限り、日常的な活動に比べ高度に危険な先行行為による危険創出を要件とし、先行行為の義務違反性の要件を放棄せざるをえないとし、義務違反性要件の修正を主張する。彼は、BGHが義務違反性の根拠とした「事後的にのみ確認可能な危険結果についての法的な否認」は、事前的に決定すべき先行行為の義務違反性を基礎づけることはできないと、革スプレー判決の

問題点を認めつつも、しかし、結論として、事後的にその危険性が確認された製品の回収を製造者に義務づけることは、承認されるべきであるという⁽⁹⁹⁾。なお、製造物については、そのような「高度の危険性」は、製品出荷の際の「潜在的な侵害の可能性」によって存在するという⁽¹⁰⁰⁾。なお、具体例としては、高度の危険性を伴う先行行為を、新しい医薬品を社会に流通させる場合について肯定し、他方で、道路交通への参与については否定している⁽¹⁰¹⁾。

2. 北川佳世子助教授は、このように義務違反要件を不要とする見解について、「このような見解は、先行行為の危険性に目を向けようとするものではあるが、事前のみならず事後にようやく明らかになった危険性をも考慮に入れることで、先行行為を理由とする不作為犯の処罰を無制限に広げてしまっている。その為、無過失の先行行為者を不作為犯に読み替え、ないし転化することにより処罰を可能にしてしまう危険性をはらむものというべきである」⁽¹⁰²⁾と批判を向けている。たしかに先行行為のみを根拠にした保障人的地位を認めつつ、義務違反性の要件を放棄した場合、このような問題が生ずることは否定できないと思われる。しかし、商品の製造・販売は、現代社会においては、製造物の危険性が販売の段階で既に認識可能であったかどうかにかかわらず、大きなリスクを伴う活動であるという実態を重視し、義務違反要件必要説が基礎づけることのできなかつた回収義務について、これを根拠付け、かつ、事後的に明らかになった危険性があれば、すべて先行行為に基づく保障人的地位を肯定するのではなく、「日常的行為よりも高度な危険を伴うかどうか」という一定の限定基準を示したことは、ドイツの学説の現状を前提とする限り、十分に評価に値しよう。

しかし、「不可避的な日常的行為より高度な危険を伴う行為」という基準が、先行行為に基づく保障人的地位一般を限定する要件として、果たして機能しうるものであるかについては、なお疑問がある。すなわち、例えば自動車の運転等、道路交

通への参与について、ヤコブスとキュールが異なる結論を導いていることから明らかなように、その危険が日常的に回避することができる性質のものかであるかという基準で、危険の程度の限界付けを図ることは容易ではないだろう⁽¹⁰³⁾。この基準をより明確化する必要性を意識してか、既に述べたように、ヤコブスは製造物責任法など、民法上の危険責任や安全配慮義務の規定の存在を指標として考慮すべきであるとしている。このようなヤコブスの考え方は、例えば、製造物責任法における危険責任の考え方が、現代社会の大量生産・大量流通という現象によって、不特定多数人に関わる危険を創出するものであるとの政策的考慮に基づいているとの認識があるものと思われるが、このような民法上の規定の存在によって、結論に差異を生ぜしめることは、場合によってはアンバランスな帰結を招くおそれがあるように思われる。例えば、主婦が、ホームパーティに招いた来客に出した料理の中に、無過失で遅効性の毒物を入れてしまったということに後になって気づいたという場合に、救助義務を否定するようなことが、妥当であると断言できるであろうか。先行行為が、主婦の料理か、企業による生産かによって、結論の差異を生ずることに合理的な理由は無いように思われる。また、そもそも国家が一定の政策的考慮に基づいて定めたにすぎない民法上の危険責任の規定を、刑事責任を根拠付ける差異に援用すること自体、疑問なしとはいえない。事実としては同様の危険性を有している行為であるにもかかわらず、異なる政策判断がなされている可能性は否定できないからである。

(3) 小括

1. 以上が、先行行為を手がかりに、欠陥製品の回収義務を根拠づけることを試みる諸見解と、その問題点である。もっとも、このような製造物責任のような事例を念頭に置く限り、先行行為に義務違反性があるか否かで処罰するか否かを決める考え方の有用性はやはり疑わしいように思われる。また、先行行為の危険性を処罰の根拠として問題とすること自体、やはり、先行行為について

事後的故意・過失を根拠に犯罪の成立を肯定するものになっている⁽¹⁰⁴⁾という点で疑問があるのである。また、わが国の実務は、特に先行行為に基づく保障人的地位について、単純ひき逃げについて不真正不作為犯の成立を認めないなど、慎重な態度を示しており、学説も、先行行為を一面的に重視することについて慎重な態度を崩していない⁽¹⁰⁵⁾。このようなわが国の現状を前提とすれば、製造物責任の場面で、製造・販売という先行行為のみを捉えて、保障人的地位を肯定するような議論を採用することについては、やはり慎重であるべきだろう。

2. また、製造・販売行為を先行行為として、経営者の保障人的地位を根拠づける見解に対しては、より根本的な問題として、実際に製造・販売行為を行ったのは、現場の従業員ではないかという点があるだろう⁽¹⁰⁶⁾。井田良教授は、管理・監督過失に関して、これを不作為犯として捉えることにどんなメリットが考えられるかという点について、「全体的な営業活動そのものを、背後の管理・監督責任者たる個人の行為と同一視し、これを作為犯として処罰の対象とするのは、団体責任的発想、少なくとも民事法的発想であり、個人責任の原理を根幹とする刑法的思考になじまないというところに、不作為と捉えるべきより本質的な理由があると考えられる。全体的な営業活動との関係で個人の責任を明確化するためには、『全体の中でその個人が為すことができ、かつ為すべきであったにもかかわらず、為さなかったこと』を特定することが必要となるのである。」⁽¹⁰⁷⁾と述べられたが、企業組織体における先行行為（＝作為）を問題とする場合にも同様の問題が生ずるように思われる。特に、先行する作為に欠ける故意を事後的に補うような理論構成（それが犯罪論の体系上許されるかどうかは甚だ疑問ではあるが）を採用すると、先行行為の具体的特定が大きな問題となるであろう。

3. 以上のようなことから、やはり、不作為の時点での行為者と結果との関係を注意深く分析するアプローチの方が、実りが多いものといえよう。

そもそも、刑法上の非難は、先行行為に向けられるものではなく、不作為それ自体に向けられると考えるべきである⁽¹⁰⁸⁾。

第2款 製造者と欠陥製品の不作為時の関係についての議論

以上の先行行為の問題とは別に、革スプレー事件の場合に、製造物が既に製造者の「支配領域」を離れたにも関わらず、作為義務を肯定したことについても疑義が提起されている⁽¹⁰⁹⁾。

製造物責任が問題となる場合、欠陥製品が、工場や倉庫などの企業内部から、流通業者、小売店、消費者へと移動していくという点に大きな特徴がある。革スプレー事件についても、不作為の時点では製造物が企業の支配領域をすでに離れていたという点を問題とする議論が見られる。以下では、この点についてのドイツおよびわが国の議論を検討したい。

(1) 流通におかれた段階で回収義務を否定する見解

1. 作為義務の根拠として、結果原因に対する事実的支配を要件とする⁽¹¹⁰⁾シューネマンは、解釈論としては製造物が企業の支配領域を離れた場合に作為義務を肯定することを拒絶する。彼は、革スプレー事件以前に、既にこのことを指摘していたが⁽¹¹¹⁾、最近も同様の主張を繰り返している。「刑法上の帰責にとっては、……支配原理が決定的な役割を果たすのであるが、それに従うと、製品が既に流通に置かれた段階においては、製造者が製品に対する事実上の支配を失ったということは否定できない。製造者が後になって製品の危険性についての知識を獲得したとしても、そのことによって事実上の支配の欠如を補完することはできない。なぜなら、このような製品の危険性についての知識は、多くの場合に有しうるものだからである。例えば、原料の検査をする職業⁽¹¹²⁾、商品のテストをする団体、行政当局なども、これらの知識を獲得しうる。しかしながら、これらについて保障人的地位を考えることはないであろう。」⁽¹¹³⁾と。

彼のように「結果原因に対する支配」という帰責根拠を、人間の身体に対する物理的支配からのアナロジーによって導出するのであれば⁽¹¹⁴⁾、当然の帰結であろう。しかしながら、流通に置いた、すなわち企業の事実的支配領域を離れたという、極めて偶然に左右されやすい事実のみをもって、回収義務を一切否定するという結論については、疑問がある。例えば、シューネマンによれば、販売ルートに関する情報を完全に把握しているがゆえに、極めて容易に回収が進むというような場合でさえも、回収義務を一切否定するという結論に至るであろう。だが、このような結論が妥当であるとは到底思われない。また、シューネマンの見解がもたらすアンバランスな結論は、不作為についての問責の対象となるのは企業そのものではなく、企業内部の一構成員であるという点を考えると、より一層明確になるであろう。すなわち、企業内部の一構成員と危険な製品との関係を考えてみると、そもそも、個人は危険物に対して企業組織を介した間接的な支配しか及ぼしていないであるから⁽¹¹⁵⁾、それが、さらに流通におかれたとしても、実態として、その者と危険な欠陥商品との関係はほとんど変わらないからである⁽¹¹⁶⁾。すなわち、流通に置かれるまでは「企業組織を介した支配」を認めるという程度まで、欠陥製品(危険源)に対する事実的支配の概念を抽象化すること自体が、支配概念の明確性・妥当性を失なわしめるものではあるといえまいか。販売・出荷部門が子会社になっている、あるいは、同じ企業グループの別会社になっている場面などを想定した場合、事実的支配によって、限界を設定する試みの合理性はさらに疑わしいものになるであろう。本来、危険源(欠陥製品)という結果原因に対する事実的・現実的な支配を明確に限定するためには、それを物理的に文字通り「支配」している場合に、限定せざるをえないと思うが、そう解した場合、企業内部の個人に対する回収義務を認めることなどおよそ不可能という結論に至らざるをえないであろう。支配という概念を抽象化し、企業組織体を介するような場合にまで妥当させようとするこの

無理が、ここに現れているように思われるのである。

2. さて、我が国でも堀内教授が、革スプレー事件に関し、具体的依存性説（事実上の引き受け説）⁽¹¹⁷⁾の立場から検討を加え、ほぼシューネマンと同様の結論に到達している。すなわち、製造者の保障人的地位について、結果発生の有無が具体的に不作為者に依存するという事実上の関係（事実上の引き受け行為）が生じているかという基準によって判断した場合、「本件事案のように製造業者、卸売業者の手元を離れて流通している製造物については製品に対する排他性が確保されているとも、危険物が自己の支配領域にあるともいえない。したがって、製造会社にも、卸売会社にも市場に出回っている製品をリコールすべき作為義務は生ぜず、消費者の健康被害の点については不作為による傷害罪としての刑事責任を負わないのである」⁽¹¹⁸⁾とされた⁽¹¹⁹⁾。堀内教授の見解によると、出荷以前の段階では、作為義務が認められるとしても⁽¹²⁰⁾、それ以降については、一切認めることができないということになるのであろう。しかしながら、やはり消費者の手元に製品が渡ってしまった後はともかくとしても、製造・販売会社が追跡可能な流通ルートに製品が出回っているうちは、消費者は製品の危険性に関する情報が無いということなどから考えても、法益の保護についての排他性の観点を重視した場合に、作為義務を認めないことが果たして妥当かという点に関し、疑問が残る。危険物が製造者・販売業者の物理的支配領域内にあるかどうかは、法益保護についての排他的依存関係の成否にとっては、あまり関係が無いように思われるからである⁽¹²¹⁾。もっとも、堀内教授は、不作為者の法益に対する密着性、すなわち刑法上禁止された法益侵害等の結果の不発生が不作為者に依存するという点を重視され、結果発生に対する事実上の関係を重視されるがゆえに、このような結論にならざるをえないようにも思われる。この結論の妥当性については、疑問が大きい。

3. わが国で現在有力となっている「排他的支配」を基本に据える見解⁽¹²²⁾についても、「因果経過

を具体的・現実的に支配していたこと」を厳格に解すると、市場に流通した段階で、支配領域性が喪失するという帰結に至る余地も無くはない。排他的支配を重視する北川佳世子助教授は、「不作為者が作為犯と同様、結果に対して刑法上責任を問われるのは、『既に発生した』結果へと向かう現実の因果の流れを事実上排他的に支配したからである」⁽¹²³⁾との前提を採用する。それゆえ、処罰根拠はまさに不作為の実行行為の点に求められなければならないが、したがって「法益侵害結果へと向かう因果の流れが現実には発生した後の、あるいは因果の流れが発生しているのと同視し得るほど危険な状況下に立ち至っている段階において、現実には法益侵害結果へと向かう因果の流れを事実上排他的に支配したにもかかわらず、結果を防止せずに結果を発生させた行為（不作為）」だけが、作為と同価値のものとされるべき不作為の実行行為であるという一般論を展開する。そして、これを取締役の欠陥製品回収義務に当てはめた場合、「製造・販売会社の取締役各人が、既に流通に置かれていた欠陥製品を現実には支配していたか」⁽¹²⁴⁾という観点から保障人的地位を基礎づけるべきであるとする。そして、この支配の程度を判断するにあたっては「製造から卸売、小売業者を通じて消費者の手に渡るまでの間、現実にはどの程度まで製造・販売者が製品の製造・販売ルートを掌握していたのか」を、事例毎に判断しなければならないとする⁽¹²⁵⁾。以上のような北川助教授の見解は、排他的支配の中でも、「販売ルートの掌握」という「支配」の側面を相当に重視されているように思われるが、「他者からの救助の可能性を無くすことによる危険の創出・維持」という「排他」性の側面を重視すれば、たとえ、製造・販売業者による流通ルート掌握の程度が弱いとしても、排他的支配を認める余地があるものと思われる⁽¹²⁶⁾。すなわち、たとえ間に多くの独立した卸売・仲介業者が介入するとしても、製造・販売業者以外に回収をなす者はいない以上、結果発生に至る因果経過は、なお製造者に排他的に支配されているともいえるのではなかろうか。特に、商品の危険性についての情

報を取締役が独占的に握っているような場合については、他者による救助の可能性が無いことは明白である。このことから、明らかなように、「排他的支配」という事実は必ずしも明確に認定できるものではない。それは、論者によって、その理解が異なりうる余地を残している。これが排他的支配を根底にすえる見解の問題点の一つである。

(2) 流通におかれた段階でも回収義務を肯定する見解

1. これに対して、欠陥製品に対する企業の支配関係を保障人的地位の契機としつつも、BGHと同様、流通に置かれた段階においても回収義務を肯定することを試みる見解も存在する。ブラムゼンは、先行行為に基づく保障人義務は、例外なく、少なくとも客観的注意義務違反を備えた過失ある先行行為のみから生ずるとする。先行行為によって創出される（ないしはそれによって増加する）具体的法益に対する危険は、常に、許されず、客観的に予見可能であり、注意義務を尽くした態度によって回避可能でなければならないと述べ⁽¹²⁷⁾、革スプレー事件については、先行行為に基づく保障人的地位を肯定することはできないとの前提に立ちつつも⁽¹²⁸⁾、シューネマンらの見解に対して、「監督的保障人義務」を物理的・現実的な（事実上の）支配関係がある場合に限定するのは不当である⁽¹²⁹⁾との批判を加える。その理由は、「監督的保障人の義務的地位の根拠となり、またその特殊性を付与するような事情が、社会において様々に混じりあっているという複雑な状況を見落としているから」であるという。すなわち、「高度に複雑で継続的な社会的変化の支配の下に置かれた社会においては、あらゆる社会的秩序システムは、互いに、連鎖的な影響関係の下にあり、補完しあい、混じり合い、そして、他の（秩序）システムの変化に対して内部的な発展・分化によって反応するので」、監督的保障義務の発生も、事実的支配関係のみによるわけではないという⁽¹³⁰⁾。そして、「既存の状態の固定化によって社会全体の発展を不可能にすべきでないならば、事実的側面も法的側面も絶対化してはならない」とする。そして、監督的

保障人義務の基礎づけにおいては、事実的支配関係のみならず、法的な影響・処分関係をも援用すべきであるという結論に達する⁽¹³¹⁾。その結果、商品回収義務は、商品がまだ企業の領域ないしは販売網にあるか、あるいはすでに小売店ないしは消費者の手に達しているかに関わりなく存在するということになる。これは、現実に存在し、一般に認められ、委任された特別な社会的地位において固定化された相互的な予期の期待という保障人的地位一般の発生根拠からも説明できるとする⁽¹³²⁾。

要するに、ブラムゼンは、事実上の支配という基準を、法的なレベルにおいて、影響・処分関係という程度にまで緩和するのである。それを可能にするために、彼は、シューネマンとは異なる保障人的地位の基礎づけを用意している。すなわち、ブラムゼンによると、固定化された社会関係における社会構成員の相互的な予期（期待）の保障が保障人的地位を基礎づける以上、当然ながら、企業に製造物に対する法的支配・処分権がある場合、尚、消費者の企業が危険を回避するであろうという予期（期待）は存在するから、それは保護されねばならないというのである。ブラムゼンは、自己の拠って立つ見解から、シューネマンの支配原理を事実的に解する見解を批判するのであるが⁽¹³³⁾、彼のいう「法的な支配・処分権」がある場合に回収義務があるとする結論については、以下のように疑問がある。そもそも、ある社会的な事実状態の分析から、直接規範的な刑法の解釈論を導くようなブラムゼンの方法論自体に問題が無くもなく、また、社会構成員間の予期＝社会関係の保護を刑法の目的に組み入れるということにも疑問があるのであるが⁽¹³⁴⁾、ここでは、彼のいうところの「法的な支配・影響関係」というものが明確に処罰範囲を限定しうるのかという点が問題である。実際、ブラムゼンは、消費者の手に製品が渡ったあとでも、この関係が存在するというのであるから、これはほとんど無限定になるであろう⁽¹³⁵⁾。また、企業の内部の一体誰に法的な処分権があるのかということも必ずしも明らかではない。

ブラムゼンの見解は、革スプレー事案に関して

は、企業内部の個人と危険物（欠陥商品）の関係のみから、先行行為を考慮せずに保障人的地位を導くのであるが、その場合に、このような抽象的な基準を用いることは、解釈論としては必ずしも有用であるとはいえないであろう。少なくとも、我が国の解釈論にこのような基準を持ち込むことは困難である。先行行為を重視しないことは一つの考え方ではあるが、やはり、不作為者と危険源の関係の明確化が必要と思われる。

2. さて、製造者と危険な製品との現在の関係に着目する見解の中で注目に値するのは、製造者による知識の独占⁽¹³⁶⁾や、製品の危険性に関する情報が集中することに起因する企業の特別な影響力⁽¹³⁷⁾に着目する見解である。例えば、ランジークは、BGHの結論に賛同するのであるが、その際、流通業者の手に商品が渡った場合、確かに商品は企業の領域的支配の外に置かれるのではあるが、企業の影響力から脱したわけではないがゆえに、企業によって生じた危険は残存するという。その理由として彼が指摘するのは、商品の危険性を調査するための情報が企業に集中し、企業においてのみ商品の危険性を見極めることができるという点である⁽¹³⁸⁾。それゆえ、彼によると、領域的に商品が離れてしまったあとも、危険に対する企業の管轄は存在し、商品の危険性が伝えられてはじめて、欠陥商品についての管轄は、流通業者に移転するということになるのである。

このような見解に対しては、次のような批判もある。それは、このような考え方を一般化した場合、他者の生命について、唯一救助の可能性を有する者に保障人的地位を認める結論に至らざるをえないとの疑問である⁽¹³⁹⁾。その場合、例えば、旅行者が辺りな地域においてクレパスに落ちた人を発見し、救助の可能性があるときには、保障人的地位が成立することになってしまうのであって、これは、ドイツ刑法323条cが定める不救助罪の趣旨とも矛盾するという。また、すでに述べたように、原料の検査をする職業、商品のテストをする団体、行政当局なども、商品の危険性についての知識を獲得しようとするシューネマンの指摘もあ

る⁽¹⁴⁰⁾。

たしかに、他に救助する者がいないのであれば救助しなければならないという結論は妥当なものとは言いがたい⁽¹⁴¹⁾。しかし、商品の危険性に関する情報が企業に独占的に集中し、小売業者や消費者が結果回避措置を取ることが期待できないという点の指摘は、欠陥商品によって生ずる被害についての社会的実態を最もよく捉えているという点で注目に値するのである（もっとも、これらの見解は基準としてはあまりに無限定であるため、そのままの形で用いることはできないであろう）。

(3) 小括

さて、以上のように、この、製品が物理的支配領域から離れているという事実をどのように考慮すべきであるかという問題については、少なくとも、物理的な支配領域性という観点を過度に重視することは妥当な結論をもたらすものではないということは言えるであろう。むしろ、企業内部と消費者との間に存在する情報格差が重要である。すなわち、他者による法益救助の機会が奪われているという排他性の観点、とりわけ、製品の危険性についての情報が、製造・販売業者によって独占されているがゆえに、他者による救助の可能性がほとんどないということを重視すべきである。もっとも、情報の排他独占による他者からの救助可能性の排除という事情を一面的に重視することもまた妥当ではない。すでに、シューネマンが指摘しているように、このような情報の独占は、危険を創出した企業以外の者にも容易に認めうるからである。したがって、不作為の時点での排他性を重視する見解に立つとしても何らかの絞りをかけることが必要となろう。

第3章 刑事製造物責任の帰責主体と不作為犯論 (本稿による試論の展開)

第1節 諸説の検討を前提にして

1. 以上、ドイツにおいて、革スプレー事件を契機に論じられた欠陥商品回収義務を根拠付ける、保障人的地位に関する議論を概観してきたわけであるが、まず第一に明らかになったことは、先行

行為である製造・販売行為，不作為時の欠陥製品と行為者の関係，どちらか一方を手がかりに，保障人的地位を根拠付け，かつ限界付けするというアプローチは必ずしも妥当な結論に結びつかないということであった。

2. しかしながら，革スプレー事件をめぐる議論において，諸見解より提示された，製造・販売行為の危険性，製品の危険性に関する情報の独占等の「手がかり」一つ一つは，非常に注目値する。以下では，このように諸説により示された保障人的地位を基礎づけ，かつ限定するための事情を参考にしつつ，製造物責任が問題になる場合の不真正不作為犯の成立範囲についての検討を行う。

3. なお，危険な製造物の回収義務が問題となる事案は，非常に複雑である。そこで以下では，次のようなモデル事例を念頭に置きつつ，議論を展開したいと思う。

Xが代表取締役を務める会社は無過失で工業製品を製造・販売した。しかし，ある時，その製品に，利用者の生命にかかわる重大な欠陥が判明した。Xは，回収等の結果回避措置を行わなかった。

この場合，不作為責任の手がかりとなる事情は，過去の時点での製造行為と，不作為の時点における行為者と欠陥製品との関係であろう。どのような理由付けを行うのであれ，この二つの事情を手がかりに不作為責任の追及を考察することになる。この事例を基本に，製品が既に消費者の手に渡ってしまった場合，人事異動があった場合，監督官庁の責任等のヴァリエーションを考えたい。

4. 以下では，第1章で試みた保障人的地位の制約原理についての試論をもとに，刑事製造物責任において，回収義務違反等の不真正不作為犯を問題とする際に，どのような根拠付け・限界付けを行うべきかについて検討したいと思う。

第2節 刑事製造物責任における回収義務と効率性

第1款 問題の所在

1. 第1章における本稿の結論は，第一に，保

障人的地位の制約原理として，結果回避措置を最も効率的になしうる主体でなければならないということであった。すなわち，法益救助にとって，誰が最も効率的な地位に立つかという点を重視すると，結果回避措置＝回収を，他の者との比較において最も効率的に（低コストで）なしうるためにはどのような事情が存在すればよいかを考えればよいということになる。この「効率性」という観点から，刑事製造物責任における作為義務について検討を加えてみたいと思う。

2. 結果回避措置として回収義務を想定した場合，保障人的地位を根拠付けることは可能か，また，可能であろうとしても，誰に保障人的地位が成立することになるのかという問題について，「効率性」という観点は，不作為時に何らかの措置によって，結果回避が可能であることを前提に，当該結果回避措置と行為者との関係において，考察するものである。回収措置に関して，保障人的地位の所在を明らかにするには，効率的地位を基礎づける事情を探ることが必要となる。先に示したモデル事例についていえば，Xはいかなる事情がある場合に，結果回避措置について効率性を有しているといえるであろうかということが問題となる。

第2款 危険性に関する情報掌握の程度

1. ドイツにおける革スプレー事件をめぐる議論においては，「製品の危険性に関する情報が集中すること」を保障人的地位の根拠とする見解がみられた⁽¹⁴²⁾。この見解に対する批判が述べていたように，情報の集中という事情のみをもって保障人的地位を肯定することは，製造物責任以外の局面において，不当な結論をもたらす⁽¹⁴³⁾。

しかしながら，商品の危険性を調査するための情報が企業に集中し，企業内部においてのみ商品の危険性を見極めることができるという事情は，効率性を判断するに当たって重要なファクターの一つとなるように思われる。結果回避措置（回収措置）をなしうる主体は複数存在しうるとしても，その中において，製品の危険性に関する情報を有

している者が、結果回避措置を最も効率的に為しうるものと評価できるのである⁽¹⁴⁴⁾。

2. したがって、一般に企業内部において、欠陥製品の危険性に関する情報にアクセス可能な者が、回収等の結果回避措置について、最も効率的な主体となりうるということができよう⁽¹⁴⁵⁾。それゆえ、例えば、危険な製品が、いまだ企業の敷地内にある倉庫に止まっているという場合、期待される結果回避措置は、「出荷を停止すること」となるのであろうが、この場合には、物理的に製品を支配しているにすぎない倉庫の管理者は、結果回避措置に関して効率性を有するものではないという結論になる。

3. また、製品の流通ルートをどの程度把握しているのかという点について、企業内部の者とそれ以外の者との間において差異があるというファクターも、結果回避措置が回収であるならば、企業内部の者に効率性を根拠付ける一要素になるだろう。

第3款 回収措置の具体的権限の所在

しかし、効率性を判断するファクターとなるのは、製品の危険性についての情報格差のみではない。情報の格差という観点においては、製品を製造・販売し、流通においた企業内部の者も、何らかの事情で製品の危険性を知るに至った外部の者も、等しい効率性を有することになるからである。また、例えば、企業内部で製品の品質検査等に従事する職員が、同じ製品をそれ以前に製造・販売した段階の知識水準では認識することが不可能であった危険性を認知するに至った場合においても、期待される結果回避措置が回収である限りにおいては、効率的地位には無い。すなわち、回収措置をなすことについて効率性を有するためには、企業内部において、製品の危険性についての情報を掌握しているのみならず、回収措置をなすことについて、企業的意思決定をなす具体的な権限を有していることが必要となるであろう。例えば、代表取締役が、製品回収についての決定権を事実上それより下位の者に委譲していたような場合には、

結果回避措置についての効率性は、その者にあるということになるだろう。

第4款 製品が企業の「支配領域」内にあることは必要か？

前章において検討したドイツの議論においては、製品が、流通に置かれることによって企業の「支配領域」を脱したことを以って、保障人的地位を否定する見解がみられた⁽¹⁴⁶⁾。製品が流通に置かれたことは、効率性の所在に影響を及ぼすのであろうか。結論から言えば、効率性の観点からみると、危険な製品が製造業者の物的支配領域内にあるかどうかという点は、ほとんど結論に差異をもたらさないといえるであろう。

というのは、たとえ、物的支配領域外に製品が存在するとしても、製品の危険性についての情報格差から、効率的地位が実際に製品を物的支配領域内に置いている小売店等に成立することは無いからである。また、流通におかれた危険な製造物が、消費者の物的支配領域内に到達したような場合においても、製造企業については作為可能性ないし結果回避可能性の欠如によって、不作為による構成要件実現が否定されることは十分に考えられるが、情報格差に基づく効率性は否定できないので、ただちに回収義務が否定されることにはならない。

なお、期待される結果回避措置が、消費者に対して製品に関する危険情報を知らせる警告措置である場合も、当然ながら、効率性は企業内部の者（さらに企業として警告を発する具体的権限を有する者）に存するということになる。

第5款 監督官庁に回収命令権等がある場合

1. さて、結果回避措置についての最高の効率性を肯定するためには、厳格な意味での排他性が要求されるわけではない。したがって、効率性の程度を同じくする複数の主体に、保障人的地位を肯定しうる場合もある。その一例として、企業自体に自主回収が期待される一方で、監督官庁にも、回収命令等の権限が与えられている場合が考えら

れる。例えば、薬事法69条2項は、厚生大臣の危険回避のための緊急命令の権限を定めている。すなわち、この規定は、厚生大臣に対して、医薬品による保健衛生上の危害の発生又は拡大を防止する必要があると認めるときには、医薬品の製造業者、輸入販売業者若しくは販売業者に対して、医薬品の販売若しくは授与を一時的に停止することその他保健衛生上の危害の発生又は拡大を防止するための応急の措置を取るべき事を命ずる権限を認めている。

2. もちろんこのような行政法上の権限に基づいて、直ちに刑法上の作為義務が生ずるという理由付けは妥当ではない。しかし、危険な製品について、例えば、監督官庁が、製造の許可・承認、生産技術上の指導等の事務を行っている等の実態があるために、製造・販売を行っている企業内部の者と同程度に、製品の危険性に関する情報を掌握しているというような事情が認められる場合には、当該行政官庁内部において、製品の危険性に関する情報を掌握する者と、製造・販売企業内部の者との間には、効率性に差異を生ぜしめる程度の情報格差は認めがたい。それゆえ、さらに、その者が、当該官庁内部において、回収命令について、事実上の決定権を有しているという事情が認められる場合には⁽¹⁴⁷⁾、結果回避措置についての最高の効率性を肯定することができるように思われる。

第6款 小括

以上、刑事製造物責任における効率性の所在についての検討を試みた。その結論をまとめると次のように言うことができよう。

刑事製造物責任において、不真正不作為犯の構成要件要素たる保障人的地位を肯定するために必要な第一の制約原理である効率性を基礎づけるためには、結果回避措置との関係において、企業内部の者が、①製品に関する危険情報を掌握していること（回収義務の場合には、さらに流通ルート

の把握の程度も考慮される）、②その者が、当該結果回避措置をなすことについての意思決定をなし

第3節 刑事製造物責任における行為選択の事前保障

第1款 問題の所在

第1章での検討で示したように、不真正不作為犯は、行為選択の自由の事前的保障という第二の制約原理にも服さねばならない。すなわち、本稿の試論においては不作為以前の時点で、行為者が自らの意思に基づいて、結果に実現した危険と行為者自身との間に、他者が介入する可能性を減少させるような関係が成立することを受け入れたということを示す事情が存在しなければならないのである。企業内部の者に、結果回避措置についての効率性を肯定できるとしても、さらに、このような事前の選択を肯定するための事情がなければ、当該行為者が保障人的地位に立つということではできない。

それでは、先のモデル事例において、回収を行わなかったXが、過去の時点で、事前の選択を行ったという契機を認めることができるであろうか。

第2款 「事前の選択」の存否を問う考察対象について

事前の選択を論ずる際に、まず、前提としなければならないのは、刑事製造物責任が問題となる事例においては、通常、過去に製造・販売を行ったという行為それ自体を事前の選択の契機として考えることはできないという点である。というのは、企業のような組織体において、実際に企業内部の職務分担として、製造・販売を行っているのは、工場のような製造部門や、販売部門の人間であって、企業上層部で意思決定を行った人間ではないからである⁽¹⁵⁰⁾。

したがって、不作為の時点で、結果回避措置に

についての効率性を有する代表取締役等の者が、それより過去の時点で、事前の選択を行ったかどうかを判断するための考察の対象とすべき行為は、①当該製品を製造・販売するという点について、企業的意思決定を行ったと認めるに足る行為（より具体的には、その旨についての従業員への命令等）、もしくは、②回収等について、事実上の決定権を有する地位に就いたという行為、ということなる。そこで、これらの行為について、事前の選択を肯定することができるかについて、検討する。

第3款 他者による介入の可能性の減少

1. 繰り返しになるが、行為選択の事前的保障を肯定できるのは、問責対象たる不作為の時点で存在し、かつ発生した結果に実現した危険と行為者自身との間に、それより過去の時点で、他者が介入する可能性を減少させるような関係を、行為者が自らの意思で創出したといえる場合である。刑事製造物責任においては、この「危険」は、危険な製造物ということになるが、第2款において挙げた①②にこのような要素は認められるであろうか。この点、まず問題となるのは、①や②によって、行為者と欠陥製品との間に、将来的に他者の介入の可能性を減少させるような関係が成立したといえるかである。

2. まず、製造・販売についての企業の意思決定を行ったという点（①）についてであるが、企業が製造・販売を行う際には、一般に製品の安全性に関する情報等を集中的に管理するという事情が認められる。この情報に消費者がアクセスすることは困難である。それゆえ、このような情報の独占的状況下において、「危険な製造物」⁽¹⁵¹⁾を製造するという企業の意思決定を行うことは、「危険」が結果に実現することが他者によって阻止されることを、およそ期待できない特殊な関係が成立すること、換言すれば、将来的に自らが効率的な地位に立つこと、を受容したという契機が認められる。したがって、このことを以て事前の選択があったと評価できるように思われる。

3. 他方、回収等について事実上の決定権を有

する地位に就いたという行為（②）についてはどうか。これは、企業組織体内部の人事異動等によって、そのような地位に就任し、前任者の業務を引き継いだような場合に問題となる。この場合、「危険な製造物」を企業が製造・販売しているということを前提にして、①について述べたような安全性についての情報が集中する地位に自らの意思で就いた、それゆえに、将来的に自分自身が効率的地位に就くことを選択したと評価できる。このことをもって、事前の選択を肯定することができるであろう。但し、着任の際に担当事務の引継ぎがなされていなかったというような特殊事情が認められる場合には、これを肯定することが困難になるであろう。

第4款 危険の存在

1. さて、以上のように、行為選択の事前的保障(効率的地位につくことについての事前の選択)を認めうるとしても、その事前の選択の時点で、当該製品の危険性について、当時の知識水準において未知のものであってもよいかという問題が残る。例えば、革スプレー事件においては、革スプレーに潜む人の健康への危険は、製造・販売の時点では認識しえないものであった。すなわち、危険が認識しえないものであったにもかかわらず、これによって生じた具体的危険が結果に実現しないように結果回避措置をなすことについて、効率的地位に立つことを自らの意思で選択したと評価できるのかという点が問題となるのである。

2. この点については、前章で検討したような先行行為に基づく保障人的地位について、義務違反性要件ではなく、危険性の程度によって限定しようとする試みが、参考になるであろう⁽¹⁵²⁾。もっとも、このような見解の当否について検討した際に述べたように、「不可避的な日常的行為より高度な危険を伴う行為」などという基準は、必ずしも明確なものではなかった。

結論として、「行為選択の事前的保障」を基礎づけるために必要な危険は、「事前の選択」が問題となる時点においては、具体的に認識可能なもので

ある必要はないように思われる。すなわち「潜在的な危険」があるということを認識することができれば十分である。というのは、本稿の議論枠組みにおいては、このような「危険」は、不真正不作為犯の処罰を積極的に根拠付けるために要求されるものではなくて、あくまで、結果回避命令の名宛人となることについて、選択の機会を国民に付与するために要求されるにすぎないからである。したがって、潜在的ではあれ、「危険」があるということについて、行為者が認識可能な事情が存在すれば、将来的に他者の結果回避行為の介入可能性を減少させるような行為の存在と相まって、事前の選択を肯定できるように思われるのである。

製造物責任についてより具体的に述べると、このような「潜在的危険」を肯定するためには、当該製品が、将来の時点において、消費者の生命・身体等の法益に対して、物理的な作用を及ぼすことを予定しているという性質を備えていることが必要であろう。例えば、食品、医薬品、消費者が日常生活において身近に使用する道具（革スプレーなどはこれにあたるであろう）などがこれにあたるといえよう。というのは、これら消費者の身体等に作用することを予定している製品については、製造・販売当時には認識不可能であった危険が後に明らかになった場合、法益に対する切迫した危険に転化するというところを、行為者は経験的に知っているからである。

なお、このような「潜在的危険性」によって危険を限定する試みについては、危険性がはっきりとは決定できない以上、刑罰の介入に対する国民の予測可能性を低下させるという批判はあたらない。というのは、回収義務が問題になるのは、製造物の危険性が顕在化した後のことだからである。

第5款 小括

以上において検討したことをまとめると、刑事製造物責任において、行為選択の事前的保障を肯定するためには、法益に対する潜在的な危険源である製造物を、安全性に関する情報を集中的に管

理する状況下において製造・販売するという企業の意思決定を行ったこと、または、安全性に関する情報が集中する職務上の地位に就いたということが必要となる。

前二節において、刑事製造物責任において、不真正不作為犯の結果帰属主体を確定するための制約原理である、効率性と行為選択の事前的保障が認められるために必要な要件を示した。行為者は、この双方を満たした場合に、保障人的地位にあるものとして不真正不作為犯の構成要件を実現するということになる。

結語—今後の課題—

1. 以上の検討において、本稿は、わが国における不真正不作為犯論の現状を確認し、その問題点を指摘するとともに、様々に変化する社会状況にも対応可能な議論枠組みの提供を試みた。そして、現代的諸問題の一つである刑事製造物責任を題材に、その展開を試みたわけである。

2. だが、不真正不作為犯論が関係する現代的な諸問題は、刑事製造物責任に限られるわけではない。わが国およびドイツにおいて議論の対象となっている、その他の問題についても検討をすすめる必要があるであろう。また、刑事製造物責任一つをとっても、今回検討した作為義務の根拠以外にも、取締役会等の合議体による決定が介在した場合の因果関係等の多岐にわたる論点を含んでおり、真の意味での事案の解決を目指すためには、これらについての考察も必要となるであろう。また、本稿においては、不作為における正犯・共犯の限界という問題について検討を行うことはできなかった。さらに、現代社会において、重要な利益を保護するために、一定の不作為を処罰する際に、その全てについて、不真正不作為犯の議論枠組みで対応することができるわけではないということは言うまでもない。それがどのような場合であり、また、その場合、どのような立法政策が必要となるか、ということも、将来の課題として重要であろう。

これらの点については、今後の研究課題とした

いと思う。

※ なお、本稿の内容は、修士論文をベースとしたものではあるが、紙幅の関係上、議論の詳細は、省略せざるを得なかったということ付記する。

注

- (1) 平野龍一『刑法総論 I』(1972年) 147頁。西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論 I』(1988年) 68頁、山口厚『問題探究刑法総論』(1998年) 31頁、井田良「不真正不作為犯」現代刑事法 3号 (1999年) 87頁など、近時の論稿も同様である。この定義は、「作為を予定しているように見える」という表現からもわかるように、例えば殺人罪の規定(199条)は、作為ばかりでなく、一定の不作為も最初から予定している(それゆえに不真正不作為犯は罪刑法定主義違反ではない)という立場に基づくものである。これに異を唱える見解は、「作為犯の規定によって処罰される不作為」(松宮孝明「『保障人』説について」刑法雑誌36巻1号(1996年) 166頁)の如く微妙に異なる表現を用いる場合がある。なお、この点について、町野他編『考える刑法』(1986年) 45頁以下(林幹人執筆部分)参照。
- (2) つまり真正不作為犯でない限り、不作為犯は禁止規範違反であって、命令規範違反ではないと考えた場合である。
- (3) そもそも命令規範であるならば、このような「適用することができるか」という問題は生じない。この点については後述する。
- (4) 存在構造を全く異にする不作為犯を「作為犯」という概念に包摂することは、確かに論理的な困難を伴う。しかしながら、本稿は、このような「原因力・因果力」を備えていることは、不作為を処罰するための必然的要請ではないと考える(後述)。
- (5) 金澤文雄「不作為の構造(I・II)」広島大学政経論叢15巻(1965年) 1号43頁以下、2号1頁以下、同「不真正不作為犯の問題性」『佐伯還曆・犯罪と刑罰〔上〕』(1968年) 234頁以下。
- (6) 井田・前掲(注(1)) 90頁。
- (7) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年) 225頁、川

端博『刑法総論講義』(1995年) 217頁、等。

- (8) 松宮孝明「『保障人説』について」刑法雑誌36巻1号(1996年) 165頁以下、平山幹子「不真正不作為犯について(一)―『保障人説』の展開と限界―」立命館法学263号(1999年)、222頁。
- (9) 松宮孝明『刑法総論講義第2版』(1999年)。なお、同前掲(注(8))刑法雑誌36巻1号165頁以下、同「不真正不作為犯について」西原古稀第1巻(1998年)159頁以下をも参照。不作為の中に作為に準ずる性質のものを探し出し、それを「準作為」とするのである。
- (10) 松宮教授によれば、まさに「不真正な」不作為であって、「作為」とみなしうるものである。
- (11) 列車運行という先行行為から、手動ブレーキをかけずに人間をひき殺したという一連の行為を、いわば一つの「行為」と評価するものであるといってもよからう。
- (12) ドイツにおいては、総則の処罰規定(ドイツ刑法13条)が命令規範を創出するとの見解が一般的である。
- (13) たとえば、西田・前掲(注(1)) 71頁、山口・前掲(注(1)) 31頁、井田・前掲(注(1)) 88頁など。
 このような見解に対しては、不退去罪(130条)や保護責任者による不保護罪(218条)など、不作為による犯罪実現についても明記された規定がなぜ設けられたのか説明できなくなる、との批判がある(松宮・前掲(注(9))『刑法講義総論第2版』83頁)。しかしながら、このような見解も命令規範を「含むうる」と述べているにすぎない。「人を殺した」という文言について、命令規範を含むと解することが可能であるとしても、130条前段の「侵入」について不退去を含むと解することについては、文理上許される拡張解釈の範囲を逸脱するとの疑念がある。立法者は、文理上不作為を含ませることについて疑問の余地の大きい構成要件については、特に罪刑法定主義の観点から特別の配慮を施したと考える余地もあるように思われる。また、「例えば殺人罪の場合、『人を殺した』という構成要件が、作為ばかりでなく不作為によっても実現されうるといえるのはなぜなのか、その理由は必ずしも明らかにさ

- れていない」(平山幹子・前掲(注(8))立命館法学263号(1999年)220頁)との批判もあるが、殺人罪の構成要件が禁止規範のみを含むとする見解についても規範論理的な理由付けは必ずしも示されていない。
- (14) 規範適用対象における存在構造上の差異は、「不真正不作為」が「作為」にあたるししない限り、そもそも問題とならない。
- (15) 西田・前掲(注(1))73頁,山口・前掲(注(1))32頁等。
- (16) 平野・前掲(注(1))153頁,西田・前掲(注(1))72頁,山口・前掲(注(1))32頁。
- (17) 出発点である罪刑法定主義との抵触問題については、先に述べたように「類推」を用いていると考えざるをえない見解も存在したのであるが、すでに述べたように各則の条文に禁止規範違反と命令規範違反を並列する見解により、この問題は克服された。
- (18) わが国の通説的見解は、不真正不作為犯の体系的な位置付けに関し、「保障人説」をとるとされる。
- (19) 周知のように、保障人説は、ドイツの学説の影響が強い(Vgl. Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111, S. 51ff.)。なお、ナーグラの保障人説を分析した最近の論稿として、松宮孝明・前掲(注(9))西原古稀166頁以下。松宮教授によると、ナーグラの見解は、不作為処罰が明文化されている各則規定の趣旨を類推することで、明文のない刑罰法規の中に不作為犯処罰を読み込もうとするものであって、伝統的な法律主義の考え方と調和しないものであったという。この法律主義からの疑義を立法的に解決したのがドイツ刑法13条であると位置付けられている。尚、平山・前掲(注(8))225頁以下も参照のこと。
- (20) 西田・前掲(注(1))79頁。なお、最近では、「刑法上の作為義務は、刑法の問題として論じれば足りるのであって、刑法外の法的義務や倫理的義務を根拠として持ち出す必要はない。刑法上の作為義務の発生根拠は、刑法独自の立場からより実質的なものが求められねばならない」として、法令、契約、条理を作為義務の発生根拠としてあげる形式的根拠説、行為者と法益主体との特別の社会的関係から法益保護の依存性を規範的に肯定する社会的期待説等を徹底的に批判した論稿(佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『刑事法学の課題と展望香川達夫博士古稀祝賀』(1996年)所収論文95頁以下)が、注目に値する。作為義務からの社会倫理上の義務の排除は、基本的に妥当な方向性を示しているように思われる。
- (21) 平野・前掲(注(1))152頁,等。
- (22) 佐伯・前掲(注(20))102頁。
- (23) 内藤・前掲(注(7))233頁。
- (24) 平野・前掲(注(1))152頁。
- (25) 井田・前掲(注(1))93頁。
- (26) 既に紹介した平野博士の指摘にもあるように、同義反復に陥りかねない性質のものである。
- (27) もっとも、このように、従来の多数説が、保障人的地位の発生根拠について、これを多元的に理解し、具体的事例において刑法上高度の作為義務が基礎づけられるかどうかを総合的に判断する立場をとってきたのは、一元的に、例えば先行行為のみによって作為義務を基礎づけるような立場をとった場合に、保障人的地位の成立範囲が不当に広がってしまうという懸念もあるものと思われる。たしかに、多元的な観点を複数用いて絞込みをかければ、保障人的地位を妥当な範囲に限定することが可能である。しかし、それは保障人説が本来目指したところの明確性の要請を犠牲にすることになるのである。
- (28) しかしながら、後に述べるように、なぜ同価値でなければならないのかという点が、より根本的な問題となる。
- (29) 日高義博『不真正不作為犯の理論(第二版)』(1983年)128頁。
- (30) すでに検討したように、これは、存在構造を異にする対象(不作為)であっても、価値的に等しければ、「作為犯」の規定を適用してよいという考え方であって、類推禁止に抵触するのではないかとの疑問がある。
- (31) この見解については、「事後的判断によって不真正不作為犯の成立範囲が明確に限界づけられる」と

いうメリットが指摘されてはいるが(西田・前掲(注(1))87頁)、他方で、結論の妥当性を巡って、①過失犯や結果的加重犯は、結果防止の可能性と結果発生
の認識があれば、それだけで直ちに、故意不作為犯に転化してしまう(いわゆる単純ひき逃げが故意の発生により殺人となる)(西田・前掲(注(1))87頁)、②保護の引き受けの場合に不作為犯の成立が否定されることになるはずである(嬰兒の母親が餓死させた場合)(西田・前掲(注(1))87頁)という批判がなされている。

(32) 日高説は、禁止規範を「不作為」に適用する際の罪刑法定主義上の問題点として「原因力」の有無を問題にするのであるが、禁止規範適用の対象たる不作為が、原因力という属性を備える必然性は無いように思われる。もっとも、不作為と作為の範疇的差異は残るのであるが、それを価値的に担保する要素を見出すことは困難である。

(33) 西田・前掲(注(1))87頁。

(34) 佐伯・前掲(注(20))100頁。

(35) また、先行行為を根拠に保障人的地位を肯定する見解のより根本的な問題点として、この見解は、悪いことをした者(危険な人間)には、自己の後始末をさせるべきだという倫理的な観点を大幅に導入することにならないかという点がある。すなわち、先行行為は、不作為それ自体の処罰根拠とは本来無関係な過去の事実にすぎない。たしかに、過去に有責性は伴わないものの、法益侵害の危険を創出したこと、それが不作為の時点で実現したことをもって、「他人を害してはならない」という刑法の根本原理に抵触する契機を見いだす考え方もありえようが、そもそも、有責性を伴わない限り、その事実は、刑法上の評価としてなんら非難に値するものではない。それを事後的に故意が備わった段階で処罰するというのは、不当であろう(山口・前掲(注(1))40頁)。ましてや、先行行為の時点で故意・過失を伴うことを要件に、不作為それ自体を処罰するのであれば、すでに構成要件の評価を尽くした事実を蒸し返すということであって更に不当である。やはり、不作為の処罰根拠=法益に対する有害性は、不作為それ自体の中に求められねばならな

い。

- (36) 西田・(注(1))89頁。
- (37) 因果経過の具体的・事實的支配があるといえるためには、①自己の意思に基づいて(因果経過の)排他的支配を設定した場合(事実上の排他的支配)の他に、②規範的に作為が要求される関係(その身分関係、社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負う場合)に基づいて排他的支配を有している場合(支配領域性)も含まれる、とする。単に、「排他的支配」があるだけでは不十分であり、付加的要件として、排他的支配が自己の意思により設定されたこと、及び継続的保護関係の存在を要求するのである。
- (38) この点を指摘するものとして、佐伯・前掲(注(20))105頁。
- (39) 西田・前掲(注(1))73頁以下。
- (40) 尚、西田教授は、不真正不作為犯に欠ける「原因力」を先行行為によって価値的に補いうるとし、先行行為を保障人的地位の一元的な根拠とする日高義博教授の見解(日高義博・前掲(注(20))『不真正不作為犯の理論』128頁以下。)に対して、不作為に原因力がないとするならば、むしろ、不作為の因果性を否定する方が自然であるにもかかわらず、日高教授が、価値的観点から不作為の因果性を肯定している点を指摘し、「そうであるならば構成要件の段階で、ふたたび自然的原因力の有無を問題とし、不作為者による事前の原因設定のみを等価値性の基準とする理論的必然性はないように思われる」という批判を展開されている。この批判は適切であると思われるが、「自然的原因力」も、「因果経過の設定」も実質的な差異は無いように思われるのである。
- (41) これは、「禁止規範を不作為に適用することも、不作為が作為と同価値である場合には許される」とする見解と論理構造を全く異にする。
- (42) 西田・前掲(注(1))71頁。
- (43) これが類推にあたるのではないかとの疑義があることについては既に述べた(本章第1節第1款—4参照)。
- (44) 日高・前掲(注(1))参照。
- (45) 西田教授の前提においては、刑法各則の規定は、

不作為犯の規定と作為犯の規定を兼ねているのであるから、当然このようになる。

(46) もし、同価値性を要求する理由があるとすれば、「殺す」という文言には、作為形態・不作為形態双方の態様が含まれているが、一応、作為が原則であるから、例外である不作為は、作為と価値的に等しいものに限定されねばならないということになるのであろうか。しかしながら、その場合に、その前提となる作為と不作為の差異を見出すことは困難であろう。

(47) このような見解において、同価値性という要素が同義反復以上の機能を果たしていないという点についてはすでに指摘した。

(48) 井田・前掲（注(1)）93頁。排他性を保障人的地位の根拠として重視する見解としては、すでに紹介した西田教授の論文の他、佐伯仁志・前掲（注(20)）香川古稀108頁、山口厚・前掲（注(1)）43頁等がある。

なお、山口教授は、「排他性」の要求について、「(排他性があるときに)不作為と構成要件の結果とが具体的に結び付けられ、不作為による結果惹起の関係が特定される」と述べるにとどまる。すなわち、作為による惹起との存在構造上の差異を埋め合わせるなどということは、一言も述べられていないのであって、この点に西田教授、佐伯教授による排他的支配の導出との重大な差異がある。その上で、「積極的に何もしなければ処罰されない」という「自由主義に基礎を置く刑法の大原則」から、「一定の作為を強制されることは、特別の事情が無いかぎり認められない」（山口・前掲（注(1)）33頁）として、作為義務の発生根拠として、一定の作為を強制するに足る「特別の事情」をさらに要求するわけである。このような従来の「埋め合わせ思考」に縛られた同価値性説とは一線を画する山口教授の排他性の理解は非常に注目に値する。本稿も、不作為と構成要件の結果との間の特定という視点は極めて重要であると考えられる。しかし、結果惹起の関係の特定は、主体の特定機能を持たない不作為の因果性の特殊性ゆえに必要ではあるが、ある程度特定しうるのであれば、それが「排他性」でなければならない必然性は無いように思われる。また、「強い保護義務」がある

場合に、「特別の事情」の存在を肯定する（山口・前掲（注(1)）43頁）ことになると、必然的に多元的考慮の道が開かれることになり、そのことから作為義務に社会倫理の混入を招くのではないかという危惧がある。

(49) 佐伯・前掲（注(20)）108頁。なお、佐伯教授は、排他的支配に加えて、「危険創出」という要件により作為義務の限定を行う。西田教授の見解に対して、「排他的支配を設定すると常に作為義務が生じるのか」、「規範的に作為義務を負う範囲に理論的な限界はないのではないか」（佐伯・前掲（注(20)）論文106頁）との疑問を提起し、代わって「危険創出」という事実的要素による限定を図るのである。危険創出を、「引き受け」と「先行行為」とを統一的に把握するメルクマールとして用いる点に大きな特徴がある。危険創出要件については、「自由主義に基礎を置く刑法の大原則からの要請」（佐伯・前掲（注(20)）111頁）という理論的根拠はともかくとして、その具体的帰結について疑問があるので、以下簡潔に検討しておきたい。佐伯教授は、危険創出について、①引き受け行為によって行われる必要はなく先行行為による場合であっても構わない、②違法なものでなくても構わない、③「刑法上の『行為』でない場合ですらありうる」と述べている。危険創出をこれだけ広範な場合に認めるのは、「排他的支配」要件による十分な限定が可能であるからだと思われるが、このことが不当な結論に結びつく場合があるように思われる。特に、③の点については、ほとんど偶然に危険を創出してしまった場合にまで保障人的地位を肯定することになる懸念があるのである。すなわち、佐伯教授は、「船室で雑魚寝中、寝返りをして他人の幼児に窒息死の危険を生じさせた者」についても危険創出を肯定するが、これが、引受けによる危険創出の場合にも当てはまるならば、例えば、箱詰めされた捨て子を配達された荷物と誤信して自室の中に引き入れた場合にも、排他的支配の獲得による危険創出として、保障人的地位が成立することになるだろう。しかしながら、この事例と、家の中に捨て子をされた事例との間には実態としては大きな差異はない。たとえ自己の行為が関与したとして

も、全く偶然に排他的支配を獲得してしまうような場合にまで保障人的地位を肯定するのは不当とはいえないか。結局のところ、何らかの理由で自己の身体が法益に対する危険を創出した場合には、それが結果に実現しないように、結果回避措置を講ずる義務がある（但し、その時点で排他的支配が存続していることを条件に）というのが、佐伯教授の考え方ということになるのであろうか。

なお、引受けによる危険創出と先行行為による危険創出との関係についても疑問がある。それは、引受けによる危険創出を基礎づける要因として挙げられている「排他的支配の獲得により危険を創出したこと」物理的・空間的な閉鎖性や第三者の信頼による救助可能性の排除（佐伯・前掲（注20）109頁の例を参照）という要素は、ほとんど「排他的支配」と重なるのではないかという点である。

- (50) 佐伯・前掲（注20）論文110頁以下。
- (51) 空間的閉鎖性の例としては、「法益が住居の室内や走行中の車内に存在しており、その場所の管理者が保護を行うことが出来る場合」を挙げている（佐伯・前掲（注20）論文110頁以下）。
- (52) 山口・前掲（注1）42頁。
- (53) 佐伯・前掲（注20）論文110頁以下。
- (54) 空間的閉鎖性のみを排他性判断の要件とすると、容易に救助可能な者が多数いるか否かによって、作為義務の存否を容易に判断することができるのはたしかであるが、結果回避可能性を有する者が、一人ではないがある程度限定されているという状況をも考える必要があるのではないか。
- (55) 佐伯教授が挙げる「寒気の厳しい深夜に事故現場から約三キロ離れた、たやすく人に発見されにくい陸田に放置して逃げた」という下級審判例の事案についていえば、深夜に見回りをしていた農夫が、たまたま被告人の所業を目撃したが、事件に巻き込まれることを恐れてその場を立ち去ったとしよう。しかし、この場合に事故を起こした運転者の排他的支配の消失を理由に、彼の処罰を否定することは、おそらく妥当ではあるまい。しかし、この場合に排他的支配を肯定することは、排他的支配説の論理からは困難といえよう。

- (56) この導出根拠についても、既に述べたように問題がある（本章第1節第2款—3参照）。
- (57) 本稿が主たる考察の対象とする刑事製造物責任における保障人的地位という問題についても、このような問題点が顕在化するものと思われる（第2章第3節第2款—(1)3参照）。
- (58) 山口・前掲（注1）書42頁。
- (59) このような構成が類推禁止に抵触するという点については、前節第1款—4を参照。
- (60) 不真正不作為犯に関する総則規定を持たないわが国において、各則の結果犯の構成要件で不作為をも捕捉し得るといえるのであれば（＝「惹起」に当たるとするならば）、これは当然の前提であるともいえる。
- (61) 日高・前掲（注29）書153頁以下。
- (62) 佐伯・前掲（注20）100頁、岩間康夫「わが国における構成要件的同価値性論—不真正不作為の補足的成立要件に関する一考察—」愛媛法学会雑誌18巻3号（1992年）94頁。
- (63) 既に述べたように本稿は、この見解に賛同するものである（第1章第1節第1款—5参照）。
- (64) すなわち、作為犯と不作為犯は、因果関係の起点となる行為が、一方は「法が禁ずる作為をなすこと」、他方が「法が期待する作為をなさないこと」であるという論理的に異質のものであり、一方に何があり他方に何が欠けているということと比較する性質のものではないということになる。
- (65) なお、このことは、すでに多くの学説によって指摘されている。例えば、堀内捷三『不作為犯論—作為義務論の再構成—』（1978年）249頁以下など。
- (66) 堀内・同252頁。
- (67) 社会において、法益の状態を悪化させるのは、人の積極的な態度のみではない。人の手により適切に管理されることを要する物的な危険源や、それ自体脆弱性を内在させている法益の存在ゆえに、保護すべき法益の状態が不良変更されてしまう恐れは十分にある。基本的には、それは、「事故」として処理されるが、これら物的危険源や内在する脆弱性によって危殆化された法益を放置することは、法益保護という刑法の目的を達成するという観点からす

ると不十分である。

- (68) 例えば、子どもがプールで溺れている際に、10人の大人がその近くにいるという状況を想定した場合、10人全員に法益救助を命令することは、少なくとも刑罰による強制が害悪であるという前提を維持する以上、あまりに無駄が大きいといえるのである。
- (69) 例えば、森の中に瀕死の怪我を負って倒れている人がいることを知っている者が、一人しかいないという場合、その者は救助措置をなすために必要な情報を独占しているから、効率性を有することになる。
- (70) 例えば、部屋の中に幼児が寝ている状況下において、その側にいる人間は、食物を与えるという結果回避措置との関係上、幼児の生命救助に関して、最高の効率性を有する。なお、当然ながら、Aは幼児から1mの距離にいたが、Bは10mの距離にいたというような場合、両者の差異は、厳密には物理的コストとしての差異を生むことにはなるが、この程度の差異は抽象化できるだろう。
- (71) 井田・前掲(注(1)) 89頁。
- (72) 積極的に何もしなければ処罰されないという意味での自由主義(山口・前掲(注(1)) 33頁)を徹底すれば、刑法各則の規定は、真正不作為犯を除いて、作為のみを定めるということになる。しかし、わが国の刑法は、法益保護目的のために作為と不作為を同時に規定する刑罰法規の存在を許容しつつ、そのことにより生ずる自由主義に対する制約を最小化するシステムを用意していると考えられる。
- (73) この危険については、自らの意思で創出した場合と、既に存在している場合の双方が考えられる。
- (74) 例えば、自分自身で栄養補給をすることのできない乳児は、法益自体が常に生命に対する危険を内在させているといえることができるであろう。
- (75) 例えば、物理的に外部から閉鎖された空間に危険を配置することや、危険に関する情報を独占する場合などが考えられよう。
- (76) したがって、本稿が示す試論に対しては、佐伯教授が事実的引き受け説(堀内説)や支配領域性説(西

田説)に対して提起した「最初から何もしなければ作為義務はないのに、保護を始めると作為義務を負わされるのは不都合ではないか」(佐伯・前掲(注(20)) 108頁)との批判はあてはまるものではない。例えば、善意で子どもの世話をした隣人は、そのことによって、他者が介入する可能性を減少させるような関係を設定した場合(外部から隔離された自分の部屋の中に引き入れて世話をしたような場合など)でない限り、作為義務を負うことはない。

- (77) 大判大正4年2月10日刑録21輯90頁。
- (78) 東京地八王子支判昭和57年12月22日判タ494号142頁。
- (79) 福岡地久留米地判昭和48年3月8日判タ264号403頁。
- (80) 交通事故は、自動車という交通手段がある以上、一定の確率で必ず発生する現象である。したがって、運転者と一般の行人との間に、交通事故の被害者を救助するのに効率的な地位に立つ可能性において、何ら差異はない。そうである以上、運転行為それ自体は、事前の選択とは認められないのである。
- (81) 判例では、東京地判昭和40年9月30日下刑集7巻9号182頁の事案など。
- (82) 判例では、東京高判昭和46年3月4日判タ265号220頁の事案など。
- (83) 当然ながら、走行中の車内において結果回避措置をなすのは運転手のみである。
- (84) 松宮孝明「ドイツにおける『管理・監督責任』論」『火災と刑事責任—管理者の過失処罰を中心に—』(1993年)167頁以下、堀内捷三「製造物の欠陥と刑事責任—その序論的考察—」(1993年)研修第546号3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18巻(1994年)4号41頁以下、平山幹子「不真正作為犯について(二)」立命館法学264号(1999年)478頁以下(486頁以下に、現在までに発表された、日独双方の本判決に関する文献が紹介されている。)、等多数。
- (85) なお、この事件については、保障人的地位以外についても、集团的決定が介在した場合の刑法上の因

果関係の有無等、重要な議論がなされている。本稿においては、それらのうち保障人的地位についてのみ検討を行う。

(86) BGHSt. 37, 106, 117

(87) Vgl. Samson, Strafverteidiger 4/1991, S. 184.

先行行為であるスプレアの製造・販売自体には過失犯としての注意義務違反は認められていなかった。なお、先行行為に必要とされる義務違反性の意義についてのドイツの学説・判例の推移の詳細については、平山・前掲（注84）473頁以下を参照のこと。

(88) ドイツの通説は、先行行為はそれ自体が義務に違反するものでなければならないとしてきた。例えば、「防止すべき危険及びそれによって生じた法益侵害が、義務違反的な先行行為に基づいて不作為者に客観的に帰属可能である場合にのみ、不作為者は、この先行行為に基づいて、13条の保障人として、彼により義務違反的に創出された危険が、構成要件的に該当する不法結果において現実化することのないように保障すべきということになる。」（Rudolphi, SK, § 13, Rn. 39a.）などと述べられている。

(89) Samson, a.a.O. (Anm. 87), S. 184.

(90) Hassemer, Produktverantwortung im modern Strafrecht 2. Aufl. (1996), S. 59.

(91) Hassemer, a.a.O. (Anm. 90), S. 54.

(92) Hassemer, a.a.O. (Anm. 90), S. 55.

(93) 山口・前掲（注11）40頁。

(94) Jakobs, AT, 2. Aufl., 29/42, S. 812

(95) NK-Seelmann, § 13, Rn. 110.

(96) 例えば、夜間の泥棒に備えて、家の主が見張りをしており、行為者が泥棒に入った際に、明かりをつけていないために地下室へ落下して怪我を負ったという場合、泥棒には、そのことをもって、先行行為に基づく救助義務が生じることはない（NK-Seelmann, § 13, Rn. 117.）とする。すなわち、そのような窃盗を目的とした侵入は、被害者の生命との関係では、より高い生活危険を創出するものではない、と。

(97) Kuhlen, NStZ 1990, S. 568. クーレンは、法益

侵害の危険を惹起するあらゆる態度が、保障人的地位を基礎づける先行行為にあたるとするのは広きに失するが、それゆえに必要とされる更なる限定について、義務違反性必要説は、妥当な基準を示すことができないとする。

(98) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 97), S. 568f

(99) だが、その詳細な整理は、いまだ成功していない、とする。

(100) この「潜在的な侵害の可能性」は、危険性が予見不可能であったとしても肯定できるとする。

(101) Köhl, AT S. 635f.

(102) 北川佳世子「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71巻（1996年）2号193頁。

(103) この問題点を指摘するものとして、Otto, FS-Hirsch, S. 308. など。

(104) 山口・前掲（注11）40頁。

(105) 既に述べたように、多数説は、多元的観点の一つとして、先行行為を考慮するにすぎない（第1章第1節第2款参照）。

(106) 北川・前掲（注102）188頁以下。

(107) 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』（1995年）205頁以下。

(108) 尚、ホイヤー（GA 1996, S. 176f.）は、先行行為の義務違反性について、適法な先行行為から保障人義務を基礎づける必要性を認識しつつも、ヤコブスらのように危険の程度によって、それを限定する諸見解については、明確性において難ありとする。その上で、適法ではあるが保障人義務を発生させる先行行為について、独自の観点から限定を試みている。すなわち、彼は適法な先行行為に基づいて保障人義務を科すことの問題の所在は、先行行為に条件付きの制裁（サンクション）を科すことになりかねない点にあるとする。すなわち、「先行行為の範囲内において、被害を回避するために十分に努力した者は、保障人義務の負荷によって、間接的にはあっても、この先行行為を根拠に処罰されることはない」という。この前提に立った上でも、ホイヤーは、適法な先行行為が一切保障人的地位を発生させ

ないわけではないとする。彼によると、適法な先行行為によって生じた被害であっても、それが制裁としての性質を持たないのであれば、これについて保障人義務を科すことも許されるという。すなわち、保障義務の発生が、先行行為者に対する不利益の付加となる(=制裁としての性格)ということさえなければ、適法行為によっても、これは生じうるのである。これを刑事製造物責任にあてはめると、製造者は、彼が有害な製品の製造によって獲得したのとちょうど同じ量の利益を、有害製品の回収のために投入することを義務づけられるということになる(彼によると、これを義務づけることは、先行行為により獲得した利益と相関関係にあるもので制裁にはあたらない)。すなわち、適法な先行行為はこの限度で保障人的地位を基礎づけることになる。他方、当然ながら、違法な先行行為については、そのような限界はあてはまらない。まとめると、刑事製造物責任において有害製品の回収を義務づける保障人的地位は、違法に危険が惹起されたか、危険がそれと同時に生じた利益増加の裏面として現れる場合にのみ、発生しうるということになる。

適法な先行行為を根拠に保障人的地位を発生させる必要性を肯定しつつも、その限界を明確にするという試みにおいて、ホイヤーの見解はある程度の成功をおさめていると思われ、興味深いのではあるが、先行行為によって利益を得たかどうか、保障人的地位の有無に決定的な差異を発生させるというのは、刑法の解釈論としては、あまりに無関係なものを取り込みすぎているように思われ、採用するには慎重にならざるを得ない(同趣旨の批判及びホイヤー論文全般の紹介として、岩間康夫「刑法上の製造物責任に関するホイヤーの見解—因果関係と先行行為に基づく保障人的義務に関して—」愛媛法学会雑誌23巻4号57頁以下)。また、先行行為が利益をもたらすものであるかどうかという基準は、製造物責任を限定的に処罰するという意義を有すると思われるが、果たして、本当に合理的な帰結をもたらすものであるのかということについては疑問がある。本文中において、ヤコブスの見解に対する

批判として述べたように、先行行為が企業の営利的行為であるか、主婦の非営利行為であるかによって帰結に差異を生ぜしめることが、説得的であるかについては疑問が残る。

(109) BGHは、製造・販売業者の商品に対する支配力は、自己の支配領域を離れた後も引き続き及ぶとして、かかる異議を退けている。

(110) Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 326f.

この結果原因に対する支配という帰責原理は、人間の身体に対する物理的支配からのアナロジーによって導出されたものである。

(111) Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 99. 「販売された物の有害性が後になって一流通に置かれたあとに一ようやく認識しえた場合には、民法上の回収義務と刑法上の保障人義務とを等置することはできない。なぜなら、もはや流通に置かれた製品に対しては、もはや継続的な事実的支配が及んでいないからである。……企業は既に市場に置かれた製品のその後の運命に影響を与える法的権限を有しない。」と述べる。なお、シューネマンは、支配が喪失した場合でも、支配の放棄が、故意・過失を伴ってなされた場合には、なお支配がおよんでいるとし、保障人的地位に基づく、結果の帰属を肯定する(S. 99)。

(112) 原文では、Materialprüfungsstelle.

(113) Schünemann, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterkassungsdelikte in Deutschland, in; Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte (1995), S. 67.

(114) シューネマンは、作為犯は、侵害経過を、その身体活動およびそれに伴う身体の支配によってコントロールしているので、作為と同価値である不作為についても、この支配に匹敵する強さを持つ法益侵害の根本的な条件(結果原因)に対する支配が必要であったとした。それゆえ、事実経過の現実的支配が必要である。

(115) 例えば、企業が所有する倉庫に欠陥商品が置かれ

ている場合、真に事実的な支配を及ぼしているのは、倉庫の管理者であろう。しかし、この場合であっても、シューネマンは、例えば企業組織を介した経営者の事実的支配を肯定するものと思われる。もっとも、シューネマンも、事実上の支配をあくまで出発点とするがゆえに、危険物と企業組織上位の者との距離があまりに大きくなるような場合については支配関係をみとめることについて慎重である (Schünemann, a.a.O. (Anm. 111), S. 97)。

(110) 特に、流通ルートに関する正確な情報をもっている場合などは、回収に必要な措置・労力などの点で何ら変わるところがなく、そうであるように思われる。

(111) 身分犯は、法益に対する密着性ゆえの法益への重大な影響によって認められているという理解から、法益維持に対して重大な影響を及ぼす「不作為者と結果との間における依存関係」を基礎づける「事実上の引き受け行為」の存在を作為義務の発生根拠とする。そして、この事実上の引き受け行為を認めるために、法益の維持・存続を図る行為 (第一要件) の存在が必要であるとしたうえで、さらに具体的な要件として、(法益の維持・存続を図る行為の) 反復・継続性 (第二要件)、法益の保護についての排他性の確保 (第三要件) を付け加えられる (堀内・前掲 (注(65)) 255頁)。

(112) 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年) 8頁以下。

(113) 但し、堀内教授が、本件のような事案について、過失致死傷罪の成立は肯定しうるとされている点に注意を要する。すなわち、教授は、被害の発生が大量に報告されるに至り、製品の安全性が疑問視され、あるいは健康の被害という具体的結果に対する予見可能性が発生した以上、その製品の使用権限、製造・販売の停止、リコールなどの措置を講ずべき義務が生ずるとする (堀内・前掲研修 (注(113)) 11頁)。この前提には、その理論的根拠こそ明確ではないものの「不真正不作為犯の作為義務と過失犯の注意義務はその義務内容において異なる」(堀内・前掲研修9頁) という認識があるものと思われる。この考え方の背景には、實際上、我が国の実務が、過失

犯の領域においては、たとえ実行行為が不作為形態であったとしても作為義務の根拠付けを行っていない (「作為義務をすでに「業務性」との関係において捉えている」と教授は指摘されている。堀内・前掲研修9頁) ということがゆえに、「作為義務が注意義務の厳密化のためにはたして十分に機能するかは疑わしいといってよい」(堀内・前掲 (注(118)) 研修9頁) という実質的考慮があるようである。この認識は傾聴に値すると思われるが、過失犯の領域において保障人義務の基礎付けが為されていないがゆえに処罰が不当に拡張されているという批判 (神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」『福田平・大塚古稀祝賀・刑事法学の総合的検討 (上)』(1993年) 70頁, 同「ホテル・デパート火災致死傷事故の実行行為性」『火災と刑事責任—管理者の過失処罰を中心に—』(1993) 39頁, 等) にも無視できない重要性があるように思われる。少なくとも、短絡的すぎるとして切り捨てることは妥当ではあるまい。やはり、同じ行為が故意を伴う場合には処罰されないが、過失の場合には処罰されうるとするのはアンバランスといえなくもない。また、堀内教授は、「(注意義務と作為義務を厳格に区別すべきであるという) 主張の意図が過失犯の成立範囲を限定する点にあるとしても、作為義務の有無それ自体必ずしも明確でない以上、不作為犯として構成することがどれほど有効かは疑問である」(堀内・前掲 (注(119)) 研修9頁) といわれるが、—これは、教授の具体的依存性説ではなく、実務の態度について、作為義務の有無が明確でない指摘されているものと思われるが—、明確でない実務の作為義務について、故意犯の領域についても、それが当てはまるということならば大きな問題であるし、その限定を学説は志向してきたのである。ならば過失犯の領域において、そのような努力を試みることは全く無益であるとまではいえまい。この問題は、過失犯論に関する検討を加えない限り、安易に解答を出すべき性質のものではないように思われる。今回は紙幅の都合上、検討を控えるがなお今後の検討課題としたい。

(120) もっとも、堀内説において、作為義務を認めるために必須とされる法益の維持・存続を図る行為の開

- 始を、この場合に認めることについても困難があるう。
- (121) たとえ流通したとしても当該製品の危険性について何も情報が無い小売店は何もできない。
- (122) 西田・前掲(注(1))論文, 佐伯仁志・前掲(注(20))論文。この見解の問題点については既に指摘した(第1章第1節第3款参照)。
- (123) 北川・前掲(注(10)) 200頁。
- (124) 北川・同200頁以下。
- (125) 具体的には、①「間に多くの独立した卸売・仲介業者が介入する」といった事情を、支配領域性を否定するものとして挙げ、②「製販一体という経営路線により、製造・販売、小売りに至るまで、製造・販売者の支配系統が排他的に及んでいる」という事情を、支配領域性を肯定しやすくする要素として挙げている(もっとも「なお回収義務を取締役に根拠づける可能性が残る」というやや微妙な表現を用いている)。また、③「消費者の手に渡った後の製品にまで事実上の支配は及びえない」とするが、その根拠として挙げる「製品の処分権は事実上も完全に消費者の手にあるとしか言えない」という理由づけについては、その趣旨が必ずしも明らかではない。「処分権」というのは、私法上の処分権を意味していると読めなくもないからである。所有権が完全に消費者の手にある以上、回収するのは不可能であるという点を重視しているのだろうか。しかしながら、消費者自身が回収を拒絶する場合はともかくとして、企業側が回収を呼びかけた場合に消費者がこれに応ずる可能性がある以上、これは回収義務を否定する根拠にはなりえないように思われる。
- (126) 但し、製造・販売ルート of 把握が弱い場合、そもそも回収という作為が可能であるかという点が、別途問題となるだろう。
- (127) Bramsen, GA 1993, S. 109. 本論文については、すでに岩間康夫「欠陥製品を回収すべき刑罰的義務の発生根拠について」愛媛法学会雑誌20巻3 = 4号(1994) 201頁以下に詳細な紹介および検討がある。
- (128) この点について、岩間, 前掲(注(27)) 愛媛法学20巻3 = 4号掲載論文223頁は、ブラムゼンがかつて公表したモノグラフィーの立場との矛盾を指摘する。
- (129) Bramsen, a.a.O. (Anm. 127), S. 113.
- (130) Bramsen, a.a.O. (Anm. 127), S. 113.
- (131) 可動物に対する事實的・法的な使用権・影響権ないし処分権によって保障人的地位が生ずるということになる
- (132) Bramsen, a.a.O. (Anm. 127), S. 113.
- (133) シューネマンの結論が妥当でないということについては本稿も賛同する。
- (134) 社会的期待から保障人的地位を導く見解に対して、刑法の大幅な倫理化に繋がるおそれがあるとの旨の批判として、佐伯仁志・前掲101頁を参照のこと。
- (135) 岩間・前掲(注(28)) 214頁。
- (136) Bottke, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 1991, S. 238. (合法的に製品の製造・販売がなされ、事後的に危険性が判明したという場合について) 危険にさらされた者にとって、決定的に重要な、物の危険性についての知識に対する支配(知識の事實的支配)は、企業内部の者が、出荷された製品について、保管しているという意味での事實的支配を及ぼしているかどうか依存しないのであるから、出荷によって製品が領域的・時間的に離れたことにこだわるのは適当ではない、製品および製造物から生じた危険についてのノウハウについて、製造者がとりわけ継続的な近接性を有しているということに鑑みると知識の事實的支配を考慮に入れて保障人的地位を基礎づけることは許されるとする。
- (137) Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 39.
- (138) Ransiek, a.a.O. (Anm. 137), S. 39
- (139) Otto, Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährliche Produkte, in: FS-Hirsch, 1999. S. 301.
- (140) Schünemann, a.a.O. (Anm. 113), S. 67.
- (141) たまたま溺れている人に出くわした場合、これを救助しない場合には殺人罪となってしまうだろう。
- (142) 第2章第3節第2款(2)―2参照。
- (143) 第2章第3節第2款(2)―2参照。
- (144) 製造物の危険性についての情報を有している者

のみが、結果回避可能性を有しているということもできるかもしれない。しかしながら、必要な結果回避措置を為しうる複数の主体の中で、製造物の危険性についての情報格差が生じた場合に、もっとも正確に情報を把握している者こそ効率的に結果回避措置をなしうるということはいえるのではないかとと思われる。

- (14) 後述するように、効率性をみとめるためには、それだけでは不十分である（本章第2節第3款）。
- (14) 第2章第3節第2款(1)―2参照。
- (14) 当該行政官の決定に、関係部局等も当然従ったであろうという実態が認定されねばならないといえるだろう。
- (14) 尚、流通に置いた段階で、結果回避が可能であるにも関わらず、期待される結果回避措置を為さなかったために、欠陥商品が消費者の手に渡り、健康被害が生じたという場合であっても、被害が生じた段階では、すでに報道や企業の警告によって、消費者が製品に潜む欠陥を知っていたということが認定された場合は、別段の考慮を要するということはいうまでもない。
- (14) すなわち、企業組織体内部で、誰が法益保護のために期待される結果回避措置を、最も効率的になしうるのかという点を確定する作業を行うことになる。単純に代表取締役が経営の最高責任者であるから義務の主体になるということではないのである。
- (15) この問題点の詳細については、前章において既に述べている（第2章第3節第1款(3)―2参照）。
- (15) その時点の知識水準において、顕在的な危険を認識できない製造物を、「危険」として捉えることが可能であるかについては、次に述べるように問題がある（本章第3節第4款）。
- (15) 前章において検討したヤコブスらの見解を参照のこと（第2章第3章第1款）。