

過失犯における他者に対する信頼許容の根拠とその判断構造

博士論文要旨

関西大学大学院法学研究科博士課程後期課程

12D1004 森川智晶

博士論文「過失犯における他者に対する信頼許容の根拠とその判断構造」は、全10章(本論は第2章から第7章、加えて補論がある)で構成されている。以のその概要を示す。

いわゆる「信頼の原則」によって、他者の適切な行動を信頼した行為者の過失が否定されることは、我が国において広く承認されている。しかし我が国の学説上、信頼の原則の適用条件、または他者に対する信頼が許容される諸条件は未だ漠然とした形でしか明らかにされていない。このことは、特に複数人の共同作業により生じた損害の責任が問われる場合に顕著である。

このような不十分さは、信頼の原則の基礎付けを巡る議論が、十分になされていないためであるように思われる。その根拠の内容に応じて、許されるべき信頼の範囲の外郭が定まってくるのみならず、その根拠は信頼許容の判断構造の基礎と考えられる。しかし、我が国において他者に対する信頼の許容の根拠に関する議論はなされているが、これはまだ決着をみていない。そこで本論文は、過失判断において他者の適切な行動に対する信頼を許容すべき根拠を、関係する日独の議論の検討を通じて探求する。その上で、信頼許容の判断構造を提示する。

第1章においては、本論文の提起した問題と関係する日独における現状を確認および分析する。具体的には、信頼の原則の意義およびその適用条件に関連する諸判例、および学説における同原則の法的性質(体系的地位)に関する議論を概観する。

日独の判例は、信頼の原則の適用について、概ね二つの段階に分けて検討しているように思われる。第一に、行為状況においてそもそも信頼の原則の適用がありうるのかという、同原則の前提条件の確認である。この条件が確認される時、行為者は他者を信頼することが許される。もっともこの信頼は一般的なものであり、それ自体は行為者の過失責任を免除するものではない。そこで、第二に、他者が不適切な行動をしたことに関して行為者に予見可能性が認められるのか、が検討されている。すでに許容された他者への許された信頼が、「特段の事情」が存在していたとしても、引き続き許容されるのかが問われている。そして道路交通においては第二の判断が、他の領域においては第一の判断が重視されているように思われる。

我が国における同原則の法的性質を巡る議論は、このような適用条件論を検討する際の出発点としての機能しうる。信頼の原則の法的効果を予見可能性の認定に関連付ける旧過失論は、上記の第二の判断の意義を説明しうる。対してその効果を注意義務の認定に関連付ける新過失論は、上記の第一の判断の意義を説明しうる。しかしそれ以上のことは、法的性

質の議論からは言及することはできない。それゆえ信頼の原則の適用条件を考察するには、その基礎付け論に目を向ける必要となる。

第 2 章においては、信頼の原則を予見可能性の有無の基準と解する立場を検討する。たしかに、信頼が許されるか否かを最終的に根拠付けるためには、他者の行動に関する予見可能性判断が必要となる。しかし予見可能性判断は、その基礎とされるべき諸事情（ここでは、行為状況や他者の行動等）の評価によって変容する。このような諸事情の評価として、個別の状況に妥当する経験則によって他者の行動予測を行うべきであるという経験則説が主張されている。

しかし、信頼を許容する（危険減少的）経験則が信頼許容の判断でなぜ考慮されるべきであるのかが説明されていない。ゆえに経験則説は、他者を答責的な者としてではなく危険源と理解し、その不適切な行動が行為者に予見不能な場合にのみ信頼を消極的に容認するという「不信の原則」に帰着することになってしまう。

第 3 章においては、信頼の原則を自己答責原理に求める立場を検討する。自己答責的な者は原則的に自己の行為の結果に対して答責的であるとともに他者を害さないことを義務付けられるため、自己答責的な他者には適切な行動を信頼してよいという主張がある。たしかに個人の自己答責性は、抽象的なレベルで他者に対する信頼を規範的に許容するための根拠となりうる。そのため自己答責性原理を基礎にすると、信頼する者は自己の行為に対して一次的な義務を負うが、信頼しうる他者の行為に対する配慮は二次的な義務となり、この義務を前者に認めるためには追加的根拠が必要となる、ということになる。

このような考えを一貫させると、行為者が自己答責的な他者の不適切な行動を認識したとしても、この者に対する信頼は引き続き許容されるという、不当な判断を導出しかねず、このような判断を回避しえない。そのため自己答責性原理のみを前提とすれば、行為者が自己答責的な他者の落ち度を認識（または認識可能）である場合、他者に対する信頼を否定すべきであるという結論を述べることはできない。他者への信頼が常に違背の可能性を含んでいることを踏まえて信頼の許容判断がなされるべきであり、このことは自己答責性説からは説明されえない。

第 4 章においては、社会的な観点に着目して、信頼の原則を基礎付ける必要であるとする立場を検討する。これには種々のヴァリエーションがある。その多くは、信頼の原則の基礎付けに成功していない。例えば利益衡量的な発想では、財保護利益よりも、他者への信頼の許容による免責が優先される場合を見出せない。また、許された危険から信頼の原則を基礎付ける見解もみられるが、前者は、相互的な行為の観察を含む後者の特殊性を説明しえない。

他者への信頼を許容するための根拠を挙示しうるのは、社会的相当性または類似の思考

を背景にして、社会生活においては相互的な行為や分業体制においては答責性の分配がなされいるという実態を、刑法上の判断に反映させるものである。特に注目されるのは、水平的または垂直的分業において他者への信頼が許される条件として、各分業に典型的な危険の防止を必要とする「分業の原則」や、より一般的に行為者の地位や権限等の社会的な観点に鑑みて過大な注意義務の履行を免除すべきであるとする、注意義務の内容確定プロセスの理論である。これらは、他者への信頼を一般に許容する根拠を挙示しており、その許容の判断手法を提示している。しかし、これらの立場は、刑法または注意義務設定の目的を法益の保護に求める。つまり社会的な観点からの信頼の許容と、法益保護を衡量するという枠組みを前提としている。このような枠組みでは、上述の利益衡量的な発想と同様、他者への信頼の許容を正当化することはできない。

第5章においては、刑法規範を行為予期として把握し、かつ規範の目的を社会生活の可能化・維持に、刑法の目的を規範妥当の維持に求める立場を検討する。この立場によると、規範は名宛人の行動を方向付けることによって、その共同生活を規定するものであり、名宛人らの間には、規範遵守行動を相互的に期待・信頼できる状態が形成されるとする。このことから自己答責原理と類似した形式で、名宛人らの中に信頼関係が観念される。ただ、行為予期としての規範が名宛人の行動を拘束するためには、その内容が名宛人にとって現実的でなければならないから、名宛人の義務の源泉となる行為予期の内容を具体化するためには、名宛人がその都度に担う「役割」や社会生活上のルールを考慮する必要があるとする。

この立場によると、信頼の原則は、一定の活動を分業する者らの答責分配の調整原理であり、分業の相手方としての他者が自己の社会的な役割に期待される行動をするであろうという信頼することが許容されうるとされる。そして共同作業や道路交通とでは、他者への信頼の許容をもたらす分業の内容が異なるとする。共同作業においては、分業が適切に成立する限り、他者が落ち度を犯す可能性を通常見込む必要がないのに対して、道路交通においては他者の典型的な落ち度を見込まなければならないとするのである。

もっとも、行為予期としての規範理解から生じる規範遵守に関する相互的な信頼の内容は単純であるのに対して、過失犯において問題となる他者への信頼の内容はより複雑である。規範理解から生じる許された信頼を、分業の相手方に対するそれにまで展開する必要がある。しかしこの議論が十分になされていない。

第6章においては、刑法規範をその名宛人を行為予期として把握した場合、法的に保護されるべき他者への信頼とは何か、その許された信頼が、過失犯における信頼の問題解決にどの程度寄与するのかを考察する。

規範を行為予期として把握するならば、規範は、規範遵守能力を有する名宛人に規範遵守を動機付ける。他者が規範遵守能力を備えているならば、通常、規範適合的な行動をするであろうと期待・信頼することができる。したがって、名宛人の義務の構成要素である行為予

期には、他者への許された信頼の観点が内在している。しかし、規範としての予期が妥当するためには、予期に社会構造が反映されなければならない。規範が社会生活に妥当するためには、行為予期を役割に同定すべきである。そうすることで、規範の名宛人には、その者の担っている役割に期待される行動をするであろうと期待・信頼することができる、とより良く説明される。このように行為予期を把握するならば、規範の名宛人の行動選択およびその負担軽減がより具体化される。規範遵守行動は役割の担い手に期待される行動を要求されるので、その役割を超えた行動は義務付けられない。また他者がその役割への期待に適った行動をするであろうと通常見込むことができ、その他の行動を見込む必要がなくなる。そして役割およびこれに期待される行動を明らかにするためには、社会生活上の（法）規則を考慮する契機が生まれる。役割による予期（規範）の把握は、規範の目的との関係で合理的である。名宛人の行動を方向付ける予期として規範を理解した場合、役割への期待・信頼は法的に保護されなければならない。

刑法上の義務一般が危険の防止（管理）を内容とするならば、行為者の役割が（注意）義務の発生根拠を、役割に期待される危険防止措置が義務の内容を意味する。行為者の役割は、第三者の見地からみた、その社会生活上の地位を意味する。例えば行為状況の性質、危険行為の性質、職業、職制、資格、契約または法規則上の地位などが、役割の考慮要素となりうる。役割に期待される行動は、例えば職制、職責、職制上のルール、契約内容、同業者の典型的な行動、法規則上に規定される行動等を考慮要素として具体化される。

役割への期待が法的に保護されるべきであるとしても、このことは刑法上の義務内容を確定する際の基本的な方針であるにとどまる。過失犯において他者への信頼の許容が問題となるのは、行為者の役割に対して、他者の落ち度の補正が何らかの形で含まれる場合である。しかし、この信頼の問題が生じる諸条件は、ここまでの考察からは未だ獲得されない。また前章で確認したように、信頼の原則の議論において問題となる他者の不適切な行動を役割概念によって把握すると、落ち度を役割に典型的なものと同型的なものに分けることができる。行為者に他者の落ち度の補正が期待されるとしても、その期待がどのような他者の落ち度の補正を対象としているのかも未決定である。

第 7 章においては、前章の考察を前提として、過失犯における他者に対する信頼許容に関する判断構造を示すことを試みる。

過失犯において行為者が他者を信頼してよかったのかという問題を論じるためには、行為者の負う注意義務に他者の落ち度が何らかの形で含まれていなければならない。このことが認められるのは、行為者と他者がその実施自体が許されている活動に関与する場合である。

行為者が他の関与者の落ち度の補正を義務付けられているにもかかわらず、その者に適切な行動の実施を信頼することが通常許されるのは、彼らが活動の実施について分業関係に立つ場合である。分業体制下で、行為者らの注意義務は、各人の役割に由来する一次的な

ものと、他者の役割および活動自体に由来する二次的なものに分けられる、つまり注意義務が多層化することによって他者への信頼が許されることになる。過失犯における他者への信頼許容の根拠は、任務分配に基づく役割の分担（分化）に求められる。

分業の相手方としての他者に対して通常向けることのできる信頼の内容およびその許容の諸条件は、分業の種類、特に任務分配の仕方によって異なる。

まず機能的に分割された任務を行為者に分配するという分業の種類がある。機能別分業は、関与者らに専門的な任務を課すことによって関与者らの課業にかかる負担を軽減し、もって効率的な活動の実施を目的とする。各人は自己に割り当てられた任務遂行について一次的な答責を負うのに対して、自己の任務とは機能的に異なる任務の遂行には権限を有さない。ただ各人は自己の任務の担当者という役割のみならず、分業の関与者という役割も負うため、権限外の任務遂行については二次的な答責を負う。

機能別分業において、自己とは別種の任務を負う他者に対してそのような信頼を向けることが許される諸条件は、その分業の種類である垂直的分業と水平的分業の中で分化する。いずれの分業の種類においても、他者へのそのような信頼が許されるためには、他者が割り当てられた任務（役割）の遂行に必要な「権能」を有していることが必要である。これは垂直的分業においては上位者の一次的な答責に割り当てられ、上位者や第三者が権能に瑕疵のある下位者の指導・監督をするならば、その者に任務を分配することは許される。また、この分業形式において給付の授受がなされる場合、他者からの給付に瑕疵がないことを確認する必要がある。給付の瑕疵の有無の確認に関する行為者の一次的な義務は、通常、垂直的分業においては上位者に割り当てられ、水平的分業においては給付を授受する者らに割り当てられる。

他者が任務遂行に伴う危険を管理するであろうと、行為者が信頼できるとしても、他者が役割への期待に反して落ち度を犯したことが行為者に認識可能である場合、他者に対する信頼はもはや許されない。その落ち度の補正は、行為者の分業の関与者としての役割に基づき、二次的な注意義務として発動する。

道路交通においても信頼の原則が適用されるべきであるならば、交通関与者らが交通の危険の防止に関する分業を行っているとする必要がある。道路交通に妥当するのは、関与者らに同一または類似の任務を分配するという「並行的分業」に類似したものである。法規制とその遵守の実態および判例の動向等からすると、交通関与者らには、事故を発生させる危険の防止に関する一次的な注意義務を相互独立した形で負い、その義務には他の関与者の典型的な落ち度の補正を含んでいるといえる。つまり、交通関与者は自らの役割に適った危険防止措置を選択する際、他者がそのような落ち度を犯す可能性を見込まなければならない。対して、他の交通関与者がその役割に非典型的な落ち度を行うことはないであろうと信頼することが通常許される。

一定の活動に関与する行為者らが上記のような分業を行わず、単にその活動を共同する場合、行為者らに任務分配はなされないために各人の役割も分化しない。そのため相手方を

信頼することはできず、各人には活動に由来する危険の防止が重疊的に課せられることになる。

以上の考察からすると、信頼の原則は、一定の活動に複数人が関与する事例群における行為者の注意義務の内容を定める際の指導原理である。同原則の射程は、伝統的に理解されているものよりも広くなる。そして共同作業と道路交通とでは、他者への信頼を許容する分業の性質が異なるため、それぞれに妥当する「信頼の原則」もまた異なる。

補論として、過失犯における特別知識と特別能力の問題を取り上げる。行為者が一般通常人であれば有さなかったであろう自己の高度な知識や能力を危険防止に投入しなかったことが過失的と評価されるべきか、つまり行為者は特別な知識や能力の「投入義務」を負うかが問われる。この問題は、本論文の立場によると、次のように解決される。特別な知識や能力の投入義務は一律に肯定も否定もされるべきでなく、その成立範囲が限定されるべきであるところ、このことは行為者の役割によって決定されるべきである。行為者が危険防止のために投入すべき知識や能力は、行為者と同じ役割を担う者が行為状況において通常有するであろうといえるものである。それゆえ、行為者が有していた知識や能力のうち、その役割外的なものは、その者の過失判断において考慮されてはならない。このことは、上記の他者の落ち度の区別的な取扱いと同様に、予期としての規範理解および役割への予期の同定から導出される。

目次

序論

第1章 現状分析

第1節 ドイツ判例の概観

第1項 道路交通における信賴の原則の適用

第1款 信賴の原則の承認と定着

第2款 信賴の原則の適用限界

第2項 医療現場における信賴の原則の適用

第1款 水平的分業における信賴の原則

第2款 実施される処置の「調整」義務

第3款 垂直的分業における信賴の原則の適用

第4款 信賴の原則の適用の可否に関する判断手法

第3項 他の共同作業における信賴の原則

第1款 ブッパータールモノレール事件判決

(1) 事案の概要

(2) 原判決の要旨

(3) 本判決の要旨

(4) 本判決の評価

第2款 ゴルトベルク事件判決

(1) 事案の概要および原判決の要旨

(2) 本判決の要旨

(3) 本判決の評価

第4項 分析

第2節 我が国の判例の概観

第1項 危険の分配としての信賴の原則

第2項 道路交通における信賴の原則

第1款 昭和41年判決

第2款 昭和42年判決

第3款 信賴の原則の適用限界

第3項 道路交通以外の領域への信賴の原則への適用

第1款 対等関係における分業体制や役割分担の評価

第2款 水平的分業における役割分担以外の考慮要素

第3款 監督過失事案における信賴の原則

第4項 森永ドライミルク事件における信賴の原則

第1款 組織間の信頼の原則

第2款 徳島工場内での職制に基づく注意義務の分配

第5項 分析

第3節 信頼の原則の法的性質を巡る議論の概観

第1項 信頼の原則の法的性質

第1款 学説状況

第2款 行為者が規則違反を犯した場合における信頼の原則の適用

第3款 信頼の原則の適用条件と同原則の基礎付けとの関係

第2項 その他の議論

第1款 一般的な適用条件

第2款 信頼の原則の新たなモデル

第4節 小括

第2章 他者の行動予測としての信頼

第1節 具体的予見可能性の認定手段としての信頼の原則

第1項 他者に対する信頼許容にとっての予見可能性の意義

第2項 「具体的」予見可能性の判断

第1款 予見可能性の精緻化に必要な議論

第2款 予見可能性の「難易」

第2節 経験則に基づく適切な行動の蓋然的予測

第1項 他者に対する信頼の許容判断

第2項 経験的判断の性質

第1款 法益保護要請の意義

第2款 危険減少的な経験則の法的重要性

第3節 小括

第3章 自己答責原理による信頼の原則の基礎付け

第1節 「事象経過の支配可能性」に基づく注意義務の一次性・二次性

第2節 法秩序の下で妥当する自己答責原理

第3節 信頼の純規範的な許容とその帰結

第4節 他者に対する信頼の許容判断

第5節 信頼許容の判断にとっての自己答責原理の意義

第6節 小括

第4章 社会的観点に基づく信頼の原則の基礎付け

第1節 報奨としての信頼の原則

- 第1項 報奨としての免責の意味
- 第2項 信頼許容の判断構造に内在する問題
- 第2節 利益衡量に基づく信頼の許容
 - 第1項 財保護と円滑な高速度交通の利益の衡量
 - 第2項 拡大された利益衡量説
 - 第3項 信頼の許容の根拠付けについての行為自由の意義と利益衡量の意義
- 第3節 許された危険の法理の「応用」としての信頼の原則
- 第4節 社会的相当性
 - 第1項 Welzelの当初の見解
 - 第2項 社会的相当性と信頼の原則の関連付け
 - 第3項 信頼の社会的相当性
- 第5節 「危険の分配」としての信頼の原則
 - 第1項 加害者と被害者間での危険の分配
 - 第1款 信頼の原則の理解
 - 第2款 道路交通以外の領域における信頼の原則の理解
 - 第2項 社会的危険の適正な分配
 - 第1款 信頼の原則の理解
 - 第2款 他者に対する信頼の許容判断
- 第6節 分業の原則
 - 第1項 他者に対する信頼の許容判断
 - 第1款 水平的分業
 - 第2款 垂直的分業
 - 第2項 分析と検討
- 第7節 「注意義務の内容確定プロセス」の理論
- 第8節 他者に対する信頼の許容の基礎理論的な正当化
- 第9節 小括

第5章 他者への信頼の許容を内在する基礎理論

- 第1節 社会生活の可能化を目的とする規範
- 第2節 他者への信頼許容の根拠付けとの関連
 - 第1項 Jakobsの見解
 - 第1款 役割概念の意義
 - 第2款 許された危険の理解
 - 第3款 信頼の原則の理解
 - (1) 共同作業における信頼の原則
 - (2) 道路交通における信頼の原則

第4款 検討

第2項 Bautista Pizarro の見解

第1款 規範的な行為予期の保障とその現実性

第2款 信頼の原則の理解

第3款 「抽象的人格性」概念

(1) 形式的要件

(2) 実質的要件

第4款 有責な行為予期の違背

第5款 検討

第3節 小括

第6章 予期の安定化と信頼の許容

第1節 行為予期としての規範構想から生じる他者への信頼

第2節 予期の同定基準としての役割

第3節 導出される他者に対する信頼の許容判断

第4節 役割への期待からの違背

第5節 役割および役割への期待の具体化

第1款 相互行為

第2款 役割

第3款 役割への期待

第6節 過失犯における他者への信頼許容判断との不十分さ

第1款 行為者らへの注意義務の重疊的な負荷

第2款 行為者の二次的な注意義務の根拠付け

第3款 通常許容されうる他者への信頼の二つの形式

第7章 他者に対する信頼の許容判断

第1節 行為者らの活動の共同

第2節 分業による任務分配と役割分担の意義

第3節 分業の形式に応じた他者に対する信頼の許容判断

第1項 機能別分業において原則的に許容される他者への信頼

第1款 任務分配と権限移譲

第2款 任務分配と権限移譲に含まれる危険の典型とその減殺

(1) 水平的分業における他者に対する信頼の原則的な許容の諸条件

① 潜在する典型的な危険の減殺

② 事前の調整による特殊な危険の防止

③ 給付提供時の誤解の解消

(2) 垂直分業における他者に対する信頼の原則的な許容の諸条件

- ① 下位者の選任としての権能の確認、任務分配・権限移譲としての指示
- ② 下位者の指導・教育
- ③ 権能を有する下位者の監督
- ④ 特定の上位者の一次的な注意義務の履行

(3) 二次的な注意義務

第2項 並行的分業

第1款 並行的分業としての道路交通の理解

第2款 原則として許容される他の交通関係者への信頼

第3款 予見可能性判断

第4款 信頼許容判断に影響する行為者の規則違反

第3項 共同関係にある他者への原則的な信頼が許されない場合

第4節 信頼の原則の理解

補論 特別知識・特別能力と信頼の原則

第1節 問題の所在

第1項 「投入義務」

第2項 検討順序

第2節 投入義務肯定説

第1項 学説状況

第1款 (伝統的な) 過失の標準の意義

第2款 可能性が義務となるか

第3款 法益保護

(1) 回避可能な法益侵害を回避する義務

(2) 義務の判断基準としての法益保護

第4款 社会的連帯

第2項 検討

第3節 投入義務否定説

第1項 一般人標準説と投入義務の否定

第2項 投入義務による行為自由の制限

第3項 検討

第4節 投入義務制限説

第1項 特別知識の投入義務のみを義務づける見解

第2項 行為者の結果発生認識の内容による制限

第3項 私的活動か職務活動かによる区別

第4項 社会的諸要素の考慮

- 第 1 款 「標準」、生活領域に妥当する規則
- 第 2 款 行為標準、「正当性のひな形」、「知覚可能性」
- 第 3 款 過失の標準と行動準則
- 第 4 款 行為者の役割
- 第 5 款 検討
- 第 5 節 考察
 - 第 1 項 役割の内容と役割の担い手の行動
 - 第 2 項 投入義務の有無
 - 第 3 項 我が国の判例との関係
- 第 6 節 まとめ

結論と今後の展望

序論

我が国の過失犯論において信頼の原則は定着している。最高裁判所は、昭和40年代に道路交通事故の過失責任が問われた多数の事案に信頼の原則の適用を認め、同原則は、「判例上不動の地位を占めるに至る¹」¹たといわれる。最高裁判所として、道路交通に初めて信頼の原則を初めて適用したによると、「自動車運転としては、特段の事情のないかぎり、右側からくる他の車両が交通法規を守り自車との衝突を回避するため適切な行動に出ることを信頼して運転すれば足りる」という。その後、最高裁判所が道路交通事故に信頼の原則を適用することはほとんどなくなった。しかしこれは、判例に信頼の原則が定着しなかった²というよりも、「信頼の原則が問題となり得るような事案については、判例の趣旨を十分考慮した上で捜査処理の実務が行われてきた」³と理解しうる⁴。少なくともこの分野において、信頼の原則は、実務上の事案処理に定着しているのみならず、いわば溶け込んでいるといえる。

判例は、チーム医療や工場操業等による事故、火災事故等といった共同作業により生じた事故においても、信頼の原則による過失限定の可能性を認めている。信頼の原則により過失犯の成立範囲を限定するという判例の立場は、現在、大筋で受け入れられている⁵。

判例における信頼の原則の射程に対応する形で、学説上、信頼の原則は、「行為者がある行為をなすにあたって、被害者あるいは第三者が適切な行動をすることを信頼するのが相当な場合は、たとえその被害者あるいは第三者の不適切な行動によって結果が発生したとしても、行為者はそれに対して責任を負わない」⁶のものであると、定義されている。いまや、「刑法の教科書においてもそれに言及しないものはないと言ってよい状況にまで至ってい

1 沼野輝彦 西原春夫他編『判例刑法研究 第3巻』有斐閣 1980年 226頁。

2 齋野彦弥「結果回避可能性(上)——最近の最高裁判例を契機として——」現代刑事法6巻4号(2004年)58頁。

3 判例時報1806号(2003年)159頁(匿名コメント)。更に永井敏雄「黄色点滅信号時の交差点事故について」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』判例タイムズ集 2006年 382頁、大野勝則「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成16年度)』法曹界 2007年 325頁。

4 葛原力三他『テキストブック刑法総論』有斐閣 2009年 104頁(葛原力三)は、「今日では、判例によっても学説によっても、信頼の原則がリジットな大原則として宣言されることは少なくなってきた」と指摘する。

5 道路交通以外の領域において、信頼の原則の適用を否定すべきであるとするものとして、例えば神山敏雄「信頼の原則に関する一考察」『西原春夫先生古希祝賀論文集 第二巻』所収 成文堂 1998年 64頁、土本武司『過失犯の研究』成文堂 1986年 138頁以下。なお、井上祐司『行為無価値と過失犯論』(昭48年・1973年)59頁以下は、「信頼の原則は、ナチスの交通政策とナチス法思想の一端を担って登場した」(79頁)と指摘する。信頼の原則の出自をこのように断ずることはできないと主張するのは、齊藤誠二「信頼の原則とナチスの法思想(1)(2・完)」判例タイムズ 701号(昭1973年)8頁以下、702号(1973年)13頁以下を参照。

6 西原春夫『交通事故と信頼の原則』成文堂 1969 14頁。

る」⁷といわれている。

学説上の信頼の原則の議論は、幾つかの論点に大別できる。①法的性質または体系的地位、②信頼の原則の適用条件、③信頼の原則の理論的な基礎付けである。

このうち最も広く議論されているのは①である。これは、過失構造論上の対立軸を背景にして、判例の中で生まれた信頼の原則を、過失犯論の中へどのように位置づけるかを問うものである。

②について、学説は主として関係する判例における信頼の原則を（批判的に）評価するという手法を採用している。この手法により、道路交通における信頼の原則の適用条件は、概ね明らかにされているように思われる。判例には、道路交通における信頼の原則の適否に関する事例判断が豊富に積み重ねられており、これを類型化することが可能であったからである。ここで類型化が可能であるのは、事故加害者の過失責任の成否が問えばよく、事故の態様は限定的であり、交通関係者には共通の交通規則が妥当するので、種々の判示に共通項を見出しやすいからである。学説は、道路交通において判例が展開した信頼の原則の適用入準論を、概ねフォローしているといえる。

対して、道路交通以外の領域（以下、これを共同作業と呼ぶ）における信頼の原則の適用条件に関しては議論の様相が異なり、適用基準の類型化はほとんど進んでいない。その原因は複数考えられる。まず関係する判例が、道路交通に比べて相当に少ないからである。次に、共同作業においては、道路交通の場合に比して、事実関係の個別性、特殊性および複雑性が際立つからである。医療や工場等の組織内部でのルール、事故の直接惹起者と行為者の関係性は様々であるのみならず、両者の間に第三者が介在する場合もありうる。それゆえ学説上、監督過失事案には、信頼の原則の適用を認めるのが通説とされるが、その適用条件は未だ明らかでない。

判例にとって、共同作業における信頼の原則は、その適用によって被告人の過失を否定するのみならず、被告人に一定の危険防止措置を免除するものでもある。例えば、日本アエロジル事件上告審判決は、未熟練技術員を液体塩素の受入れ作業に従事させた被告人の過失を認めたが、「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」とし、そのような措置に加えて本件第一審判決および控訴審判決が是認した「液体塩素の受入れ作業の現場を巡回して監視する義務……は、過大な義務を課すものであって、正当とはいえない」と判示した。本件において判例は、被告人の監督責任を認める一方、「信頼の原則の適用により、その責任範囲を限定」⁸しており、その根拠を、組織内部の被告人の「地位」に鑑みた、危険防止措置の「過大性」に求めている。

⁷ 松宮孝明『刑事過失論の研究』補正版 成文堂 2004年 47頁。

⁸ 平山幹子「判批」成瀬幸典他編『判例プラクティス刑法Ⅰ 総論』信山社 2010年 137頁、更に樋口亮介「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定」高山佳奈子他編『山口厚先生献呈論文集』所収 成文堂 2014年 245頁。

とはいえ、学説においては、北大電気メス事件や横浜市大患者取違え事件を契機として、共同作業においては、明確な役割分担または分業が必要であるといわられるようになってきている⁹。加えてドイツにおける水平的分業と垂直的分業¹⁰の議論を参照する見解もみられるようになった¹¹。着目されているのは、「背後者の直接行為者に対する立場・性質の観察」および「行為者間の分業体制の実態・性質の観察」¹²である。しかし、なぜ分業体制の確立が信頼の原則の適用を許容するのには、理論的な説明が必要である。そして、どのように分業体制の確立やその評価をなすべきであるのかも問題となる。これらの問題は、判例が行為者の地位・職責・権限等を基に注意義務の内容を確定していること¹³と関連しているのかもしれない。しかしこのことは、分業体制と信頼の原則の関係を説明するわけではない。地位等の諸事情は分業体制の構成要素であるにすぎない。

更に、近時、分業体制にある被告人の「地位」が、信頼の原則の適用に大きくかかわることが示唆する判例が現れた。それは、建物の駐車場のスロープの崩落により発生した死傷事故につき、建物の設計に関わった複数の一級建築士のうち、その計画の一部としての構造変更業務を担当した被告人の過失責任が問われた「コストコ事件」¹⁴である。

⁹ 例えば、飯田英男「判批」渡辺陽三編『医療過誤判例百選』第2版 1996年 51頁、中谷瑾子「判批」『昭和49年度重要判例解説』有斐閣 1975年 139頁、井田良「医療事故と刑事過失論をめぐる一考察」高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古希祝賀論文集 [上巻]』所収 成文堂 2014年 617頁、船山泰範「判批」津田憲司編『医事法判例百選』第1版 2006年 187頁、山中敬一『刑法総論』第3版 成文堂 2015年 403-404頁等。

¹⁰ *Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin*, 1984, S. 4-8. ドイツにおける、このような分業形式に着目してチーム医療における信頼の原則については、萩原由美恵「チーム医療と信頼の原則 (1)」上智法学論集 第49巻第1号 (2005年) 49頁以下。

¹¹ 古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定の在り方について」川端博他編『理論刑法学の探求 (5)』成文堂 2012年 12頁以下、更に大塚裕史「過失犯論の近時の動向」法学教室 395号 (2013年) 9-10頁を参照。

¹² 古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定の在り方について」川端博他編『理論刑法学の探求 (5)』成文堂 2012年 23頁。

¹³ このように指摘するものとして、例えば、川田宏一「判解」法曹時報 70巻6号 (2018年) 188 - 189頁、更に樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み(1)」法曹時報 69巻12号 (2017年) 35頁、成瀬幸典「判批」刑法ジャーナル 33号 (2012年) 127頁注15、谷井悟司「判批」法学セミナー769号 (2019年) 28-29頁等。

¹⁴ 事案は概ね以下の通りである (本件については、稲垣悠一「建造物の設計・施工・管理上の注意義務」専修法学論集第133号 (2018年) 71頁以下、船山泰範「建設設計・施工における刑事責任——コストコ事件を手がかりに——」法学紀要第59巻 (2018年) 55頁以下、拙稿「判批」龍谷法学 51巻4号 (2019年) 633頁以下も参照)。

本件建物の事故の主な原因は、建物と駐車場のスロープの接合部の床スラブをつなぐのではなく、ガセットプレートでつないだために建物の構造耐力が低下していたことにあった。このような建物の危険な構造は、被告人を除く (従前の) 設計担当者らが当初から構想していたものであり、その設計構想通りに、建物が施工されたのであった。そのような

本件第一審判決¹⁵は、被告人が建物の構造設計の担当者として設計に関与していたと評価した。被告人は、その立場上、建物の構造耐力上の安全性を脅かす要因を除去すべき高度の注意義務を負っており、意匠設計担当者と構造設計担当者の設計の齟齬を認識可能であるならば、それを解消するために必要な措置を講じなければならないとした。被告人は、自らの担当した建物の構造変更業務を実施する際に、意匠設計と構造設計の齟齬を示す本件矩計図を認識していた。そのため被告人は、構造設計担当者として、設計上の齟齬を意匠設計者へ確実に伝え、その内容を正確に把握できるように適切に配慮すべき注意義務を負い（配慮義務）、これを懈怠したと評価した。

対して、控訴審判決¹⁶は、第一審判決の説示する「配慮義務」は、協働して設計を行う契約当事者双方にあり、かつ、高度の注意義務を負担する建築士相互に認められるとしつつも、結論において被告人の過失を否定した。控訴審判決によると、被告人は、従前の設計構想の構造変更のみを担当していたと評価した。そして被告人の構造変更業務の内容の適切さは、従前の設計構想を取りまとめていた者によって確認されることが予定されていたこと等から、被告人は、自身の構造設計を、他の関与者らに伝達するために必要な措置を講じることを「本来的な配慮義務」を負っており、被告人はこの義務を履行したと評価した。被告人らの（水平的な）分業体制を別様に、そして被告人の担当業務が他者よりも限定的であったと認定することによって、被告人が本来履行すべき注意義務の内容自体を限定された。

ただ、控訴審判決は、「通常ではない特段の事情…変更後構造図を踏まえても、なおそこに示された施工をしないこと（スラブを接合しないこと）が想定されるとして配慮義務を尽くすべき事情があり、それについても被告人が予見可能であったとするならば…配慮義務が生じ」うるとして、被告人が従前の設計担当者が危険な設計構想を共有していたという特段の事情を予見しえたかを問う必要があるとした。

被告人が建物の設計の危険を示す意匠図（矩計図）を構造変更業務の際に考慮しなかったが、この判断は構造設計を専門とする一級建築士としては妥当であったこと、被告人の担当した構造変更業務の内容には、他の設計担当者らから誤りが何ら指摘されなかったこと等から、被告人には上記「特段の事情」を予見するのが困難であったとして、被告人を無罪とした。

無罪判決の主たる理由は、被告人らの（水平的な）分業体制の細やかな評価、特に被告人が構造設計全体ではなくその一部のみを担当していたという実態から、その「本来的な」注

建物の危険な設計構想は、意匠設計担当者の作成した矩計図に示されていたが、被告人とは別の構造設計担当者が作成した建物の構造図等には示されていなかった。

被告人が担当した構造変更業務は、「従前の」構造設計担当者が作成した建物の構造図と構造計算書を変更するというものであり、当該業務の際に上記矩計図や「変更前構造図」と「変更前構造計算書」を確認していた。しかし被告人は、意匠図と構造図に齟齬があったとしても、建築確認申請が終了した後は、構造図を優先するのが通例であるから、矩計図に示された瑕疵を、従前の設計担当者らに伝達しなかった。

¹⁵ 東京地判立川支部平成 28 年 2 月 8 日 LEX/DB25542742。

¹⁶ 東京高判平成 28 年 10 月 13 日東高刑時報 67 卷 1=12 号 142。

意義務を他者よりも限定したことに求められると思われる。そのような被告人の「立場」にとって、(第一審判決が過失責任の根拠とした) 意匠設計と構造設計の齟齬の認識は、他者への信頼を覆す「特段の事情」ではなく、その他に他者への信頼が否定される事情も見しえなかった¹⁷。

控訴審判決には「信頼」や「期待」という語は一度も登場しない。その判示全体をみれば、信頼の原則を適用して被告人の過失を否定したと評価しうる¹⁸。被告人らの分業体制をいかに把握するか、その体制中で被告人の「本来的な」注意義務は何か、そして被告人はどのような条件下で追加的な配慮をなすべきであったのかを検討しており、各論点は有機的に関連している。この関連の中に、信頼の原則の思考が溶け込んでいるように思われる。つまり、本件においては、他者への信頼が「相当」であったのかという問題は、多様な論点を含んでいる。

このような判示は、我が国における信頼の原則を巡る既存の議論は射程を超えたところに位置しているのではないだろうか。

そうだとすると、学説上の議論は、この種の判例の立場を未だ十分に捉えきれていないように思われる。この意味において、既存の議論には未だ不十分さを残している。

本論文は、以上のような信頼の原則の適用条件に関する議論に残る不明瞭さを改善するには、信頼の原則の議論③に目を向けるのが有益でないかと推測する。つまり、他者への一定の信頼がなぜ刑法上に許容されるべきであるのかである。その理由が明らかになれば、その信頼の許容の可否を判定するための基本構造、および信頼の原則の射程を明らかにできるように思われる。

すでに議論③は、未だ学説上一致がみられないことは、小林憲太郎によって指摘されている。小林憲太郎は、適切にも、信頼の原則が「犯罪論体系上、いかなる部分に位置付けられるかや、それがどのような根拠に基づき、またどの範囲で認められるのかについては、学界でも帰一するところがない。この中でも特に重要なのは二つ目の問題である。この原則は、その根拠が妥当する範囲で認められ、また各々の体系において、その根拠が更生する犯罪成立阻却事由に位置づけられるからである」¹⁹と指摘している。本論文は、このような意識を共有し、議論③に取り組むものである。

以下では、信頼の原則の基礎付けに関する諸学説を取り上げ、それらが信頼の原則の基礎付け、または(同原則の適用不適用を論じない見解もありうるため) 他者への信頼の刑罰的な許容がいかに根拠付けられているのかを考察する。

以下の議論では、道路交通における信頼の原則の議論も対象ことになる。議論③には、多

¹⁷ 以上については、拙稿 龍谷法学 51 卷 4 号 649 頁以下および 659 頁を参照。

¹⁸ 拙稿 龍谷法学 51 卷 4 号 658 頁以下(特に 660 頁)。すでに樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み(3)」法曹時報 70 卷 2 号(2018 年) 22 頁注 164。

¹⁹ 小林憲太郎『刑法帰責——フィナリスムス・客観的帰属・結果無価値論』弘文堂 2007 年 158 頁。

様な立場が展開されており、そのほとんどは道路交通および共同作業に共通する根拠を展開しているからである。そして、考察にあたっては、関係する我が国の諸学説のみならず、議論の構造が非常に似ているドイツの諸学説もあわせて取り扱うこととする。

本論文の考察順序は次の通りである。まず現状分析として、日独の判例における信頼の原則の運用の実態を概観し、および我が国における信頼の原則の主たる議論である、信頼の原則の議論を概観する（第1章）。

その後、日独の学説における信頼の原則の基礎付けに言及する諸学説を、以下のように分類して順次取り上げる。まず、他者への信頼の問題は、行為者の（経験的な）予見可能性判に含まれるという行為者の認識（可能性）に着目するもの（第2章）、信頼の原則をその自己答責性に求め、規範的な基礎付けを志向するもの（第3章）、社会生活やそこで生じる人々の相互的な関係に着目するもの（第4章および第5章）である。

以上の諸学説の考察を行った後、本論文の立場を明らかにすることを試みる（第6章および第7章）。

第1章 現状分析

本章においては、先に示した問題意識に関連する日独の諸議論を確認することを目的とする。具体的には、過失犯における信頼の原則に関する日独の諸判例、および我が国における同原則の法的性質の議論等を順次取り上げ、概観する。ドイツ学説における信頼の原則の理解を巡る議論は、本論文の考察対象となるものである。そのためドイツの学説の議論は、本章においては立ち入らず、次章以降に取り上げることにする。

第1節 ドイツ判例の概観

第1項 道路交通における信頼の原則の適用

ドイツ判例における道路交通の信頼の原則の適用は、1935年のライヒ裁判所の判決によって承認され、その後定着していったという理解が一般的である。それ以前は、自動車運転手は他の交通関係者の適切な行動を信頼してはならないとするのが、裁判所の基本的な立場であった。例えばかつてのライヒ裁判所によると、「交通の願望および推定的ないし現実的な必要性への顧慮が道路上の人の生命の安全に優先されてはならない」のであり、「全ての道路利用者は現に存在する諸事情に配慮しなければならない、つまり、人の不完全性のゆえに全ての道路利用者がまったくもって妥当な行動をすることはおよそ達成不可能であることにも配慮しなければならない」¹。それゆえ特に、自動車運転手は道路上における他者の不合理な行動をも場合によって計算に入れることを義務付けられるとした²。もっとも他の交通関係者の誤った行動が「日常の生活経験の外」にあるといえるならば、その行動に関する被告人の予見可能性を否定しなければならないとされていた³。つまり当時の判例の多くは、自動車運転手に（現在よりも）広く他者への配慮を義務付けつつも、生活経験（の内外）という基準によって事故発生に関するその責任を免除するという枠組みを用意していた。それゆえ道路交通における当時の判例は、自動車運転手の過失判断において、他者の適切な行動を（基本的に）信頼してはならないという、「不信の原則」を採用にしていたといわれている⁴。

第1款 信頼の原則の承認と定着

上述の判例の厳格な態度は当時の道路交通の観察、特に交通整備、関連法規および交通教

¹ RGSt 65, 135 (139 f.).

² RGSt 61, 121.

³ RG JW 1935, 3311 (Rn. 22); RG JW 1925, 973 (Rn. 23), RGSt 65, 135.

⁴ *Gülde*, Der Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht als Element der Vernekehrssicherheit, ZVS 1952, 258 (259 f.). 更に *Bautista Pizarro*, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht, 2017, S. 27; *Duttge*: in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2020, § 15 Rn. 141; *Jordan*, Mißvertrauensgrundsatz und Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehrsrecht, dargestellt an Hand der Literatur und Rechtsprechung zum Vorfahrtsrecht, 1960, S. 27-33.

育の不十分さ等に基づいているといわれている⁵。しかし 1920 年後半から道路条件等の整備や優先交通制度の樹立（1929 年）や帝国道路交通例第 25 条の制定（1934 年）等の法整備がなされた。このような道路交通状況の変化を受けて、ライヒ裁判所は 1935 年に、道路交通において信頼の原則を採用するに至った。同裁判所は、自動車対歩行者との事故につき、「自動車運転手はおよそ考えらるあらゆる不注意な行動を顧慮する必要はなく、むしろ、全ての存在する事情を合理的に熟慮すれば計算に入れることが動機付けたであろうような不注意な行動を念頭に置けば、もってその義務を果たしたことになる」として、被告人の過失を否定した⁶。つまり、自動車運転手が顧慮すべき他者の不注意な行動の内容を限定することにより、自動車運転手の責任の軽減が図られた。その後も交通事犯に信頼の原則を適用する判例が登場し⁷、この姿勢は連邦通常裁判所の判例に引き継がれた。

連邦通常裁判所が初めて同原則の適用を認めたのは、原動機付自転車と歩行者（難聴かつ高齢で 10 歳の姪を連れていた歩行者）の事故であった。この事案につき判例は「一般に、そして特別の理由のない限り、自動車運転手は成人の不合理な態度または予期すべからざる交通規則違反の態度を計算に入れる必要はない。成人が周囲を見渡さないかその他自己の意図を告げずに突然車道に立ち入ることも計算に入れる必要はないのであり、その成人が事前に車道の側を歩いていた場合でも同様である。そうでなければ、自動車運転手がいかに大きな注意を払ったとしても流動的かつ迅速な道路交通はほとんど不可能になってしまうであろう」⁸と述べ、ライヒ裁判所時代に展開された過失限定の思考を継受している。その後、判例は、道路交通における信頼の原則を、「交通規則に適った振る舞いをする交通関係者は、特段の事情がこれに反対しない限り、他の交通関係者が交通を義務違反的態度によって危殆化しないことを計算に入れることができる」⁹と定式化している。

更に、判例は、優先道路を時速 50 から 60 キロメートル走行していた被告人が、建物により見通しのきかない横道との交差点にさしかかった際、一時停止標識が設置されている右側の横道から突然自転車運転手が一時停止をせず交差点に進入したために轢死された事案につき、判例は、優先通行制度が尊重されなければ、交通の円滑性が害されることになるとして、被告人に信頼の原則を適用した¹⁰。優先道路上からは、見通しの悪さゆえに被害者の行動を認識しえないという事情が、優先通行権の侵害を考慮に入れるべき特段の事情にはあたらないとされたのである。このような優先者通行権者への信頼の原則の適用に関

⁵ 我が国においてこのことを指摘するものとして、例えば西原春夫『交通事故と信頼の原則』成文堂 1969 年 86 頁、更に松宮孝明『刑事過失論の研究』成文堂 2004 年 58 頁も参照。

⁶ RGSt 70, 71. この判決が信頼の原則の適用を初めて認めた判例であるというのが一般的な理解である。ただ、すでに RG JW 1936, 450 および RG JW 1936, 454 は、いずれも車両同士の事故の加害者であった優先通行権者の待機義務者への信頼を許容した。

⁷ 例えば RG JW 1936, 450; RGJW 1936, 454 等。

⁸ BGHSt 3, 49.

⁹ BGHSt 13, 169. 更に BGHSt 9, 92, BGHSt 10, 3, BGHSt 12, 81 も参照。

¹⁰ BGHSt 4, 47.

する考えは、1954年の連邦裁判所民刑連合部決定に引き継がれた。同決定によると、優先通行権者が待機義務者によるその権利侵害を計算に入れること（そして当該権利侵害の際に停止可能な程度に減速等をする義務）は、優先通行権の目標とした交通の円滑化が（特に都市部において）広範にわたり達成されないことになるだけでなく、現実の運転の実態にそぐわないものであり、かえって追突や無理な追い越し等の異なる危険を誘発し、都市部の交通において運転者に過大な要求をすることになる、とする¹¹。

このような交通政策的観点から信頼の原則の適用を是認する判例の登場によって、交差点における事故においては一般に優先通行権者の過失を否定するようになり、信頼の原則の適用が拡大されることになった¹²。しかし、交通政策的見地から他の交通関与者に対する適切な行動への信頼の許容を説明するとしても、個別の事案における信頼の原則の適用如何を決定付けるものとはなりえない。特に信頼の原則の適用が問われるような一定の損害発生、特に人の死傷結果が生じた場合、先のような政策的考慮では、加害者の過失を否定することはできない。交通の円滑さといった利益が人の生命身体という利益に優越する場合を想定しがたいからである。実際、判例も「緊急状態を別にすれば、たとえ目的地への即座の到達を追及する背後に是認されるべき動機がある場合であっても、人の生命と迅速な移動の欲求は全く比較されない価値である」¹³と述べている。

判例において道路交通において上記のような信頼の原則が妥当する根拠は、道路環境の整備や交通教育の発達が他の交通関与者への信頼を許容する程度にまで向上した、という道路事情の変化にあるように思われる。

第2款 信頼の原則の適用限界

判例によると、信頼の原則の適用が否定されるのは、「あらゆる諸事情を思慮深く評価したときに」他の交通関与者の義務違反的態度を見込む「契機」が認められる場合であるという¹⁴。このような他者への信頼を否定する「特別な事情」としては、規則に適った行動をとらないであろうと一般に予想される人物の類型（例えば幼児、高齢者、病者、酩酊者等）¹⁵や、明らかに規則に反した振る舞いを想起させる諸事情をいう¹⁶。このような諸事情に関する予見可能性が行為者に認められることが、他者への信頼許容を否定するために要求されている。例えば幼児が通行しているとしても、このことを行為者が認識するかその可能性

¹¹ BGHSt 7, 118.更に BGHSt 4, 47 も参照。

¹² これについては、松宮孝明『刑事過失論の研究』補正版 2004年 67頁以下を参照。

¹³ BGHSt 16, 149.

¹⁴ BGHSt 13, 169.

¹⁵ BGHSt 14, 97.

¹⁶ BGHSt 12, 81.

が認められなければ信頼の原則の適用は否定されないのであり¹⁷、同じことは高齢者¹⁸や酔酩者¹⁹に当てはまる。

「特別の事情」に関する予見可能性判の枠組みの一つを示すものとして、次の連邦通常裁判所の判例がある²⁰。事案は、被告人が夜間に自動車を走行させて道路の左端の停留所に停車していたバスの横を 2.30 メートルの間隔をとって通過しようとした際、バスの背後から 8 歳の少女が飛び出したためにこれを衝突して傷害を負わせたというものである。判例は、本件の被害者の態度は「道路交通の発展からみて、そして進歩した交通経験と交通教育に照らして、もはや典型的な交通違反とみられなくなっている。このようなことが起きるのは比較的稀である。自動車運転手が交通に不慣れな者の態度に注意を払わなければならないのは、運転手がその人をそのような者として認識した場合、あるいは合義務的な注意を払ったならば認識していたに違いない場合、または彼らへの接近を示す特別な事情（例えば学校、子どもの遊び場、老人ホームの近所、あるいはスクールバスの使用）がある場合にのみ、彼らの行動に注意すればよい」と判示した。そして本件被害者の行動は経験的に稀であるため、バスが停留所に停車していたことは、被告人が特別な注意を払うべき特別の事情ではないと評価した²¹。反対に判例は、他者の不適切な行動が自動車運転手にとって「一般的に知られている危険」、つまり「典型的な危険」である場合、自動車運転手はそのような危険を計算に入れた上で自車を走行させる義務を負うとする²²。

判例は、信頼の原則の適用を妨げる特段の事情としての相手方の不適切行動の危険が交通の実態からして典型的なものであるのか否か（その発生頻度がどの程度のものであるのか）を、その行動の予見可能性の有無を判定する際に考慮している。この予見可能性判断は、道路交通における他者の非典型的な危険行動を、行為者は原則として計算に入れて行動する必要はないという意味も含んでいる。この点において、当該の判断は他者に対する信頼の

¹⁷ BGH VRS 28, 371. なお BGHSt 9, 92 は、被告人が運転していた自動車と接触した幼児に成人（難聴で高齢の者）が付き添っていたことに着目して、信頼の原則の適用を認めた。更に 10 歳の少年は、信頼の原則適用の例外には当たらないと判示したものとして、BGH VRS 23, 276.

¹⁸ 例えば RGSt 72, 55; BGH VRS 17, 204.

¹⁹ 例えば BGH VRS 18, 52; BGH VRS 18, 128.

²⁰ BGHSt 13, 169.

²¹ 同様に BGHSt 12, 81 は、対向車がすれ違いの直前に突然前照灯を上向きに戻したために被告人が眩惑されて運転を誤り、道路のみ側を歩行していたに 3 名の歩行者に衝突して 1 名を死亡させた事案につき、対向車による（交通規則違反である）前照灯を上向きに戻す行為は「もはや全ての運転手にその違反を計算に入れることを要求しうるほど頻繁なものではない。経験的にみて、少なくとも最近では交通教育の増大の結果、大多数の自動車運転手は対向車が通過するまで前照灯の切り替えを待つのが通例である。……その種の違反は、誠実な運転手に、他の自動車と対抗する際に、常にこの危険に適応しそれに応じて大幅に減速することを、刑罰によって威嚇して期待すべきほど頻繁ではない」と判示している。更に BGHSt 5, 271 等を参照。

²² BGHSt 5, 271 は、アウトバーン上での追い越しのための車線変更が含まれているところの、すでに追い越し車線にいる車両との衝突の危険を、そのように評価している。

原則的な許容にもかかわっているといえる²³。なおこの予見可能性判断は、判例が従来採用していた生活経験に基づくものに通じるところがあるともいえる²⁴。

また、判例は「自ら交通秩序に従って行動している交通関係者は、原則として他の交通関係者も妥当する交通規則を遵守するであろうということを期待してよい」²⁵とも述べている。これはドイツの学説の一般的な理解によると、信頼の原則の適用限界の一つを言い表している。つまり、自ら交通規則に違反した者には信頼の原則の適用可能性がないとされる²⁶。

もっとも、交通規則に違反した者には信頼の原則の適用可能性が否定されるというような形式的な判断はなされていない。むしろ被告人の規則違反が交通の安全に与える影響を加味した上で、その者への信頼の原則の適用の有無を判断するという姿勢がみられる。

例えば、被告人が夜間に凍結した道路上で追い越しのためにセンターラインを超過して自転車を走行させたため、対向してきた（速度超過の）原動機付自転車と総突してその運転手が死亡した事案につき、連邦通常裁判所は次のように判断した。「このような交通規則違反によって、被告人は既存の交通事情下では、自己の対向してきた原動機付自転車運転手が規則に適った態度をとるであろうとの信頼の基礎を自ら破壊したことになる。というのも、道路交通において交通の安全を脅かす規則違反を自ら行った者は、それが他の交通関係者との衝突を招く場合、多かれ少なかれ同様に自己に寄与した他の交通関係者の違反を計算に入れる必要はないということを援用しえないからである」²⁷。ここでは交通規則違反が交通の安全を脅かすものといえるのかを基準として、その違反者に信頼の原則の適用を判断しなければならないという考えが示されている。つまり判例には、交通規則違反の中には違反者に対する信頼の原則の適用を妨げるものがあるという理解がある。

それではいかなる規則違反が、「交通の安全を脅かす」ものとして信頼の原則の適用を排除するのが問われる。判例の中には、規則に違反した被告人の事故発生に関する予見可能性の有無に着目するものがある。例えば、被告人が交差点で自転車を追い越そうとした際（この行為は道路交通令により当時禁止されていた）、その自転車が突然左折したためにこ

²³ これに対して、他者の不適切な行動の頻度を重視しなかった判例としては、BGHSt 7, 118; BGHSt 8, 200 等がある。

²⁴

²⁵ BGHSt 12, 81. なお連邦通常裁判所は本判決によって、類似の事案において対向車両が前照灯を上向きにして事故を眩惑することをも計算に入れなければならないと評価した連邦通常裁判所の判例（BGHSt 1, 309）を変更した。更に BGHSt 10, 3 (4) も参照。

²⁶ このように解するものとして、例えば Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, S. 62; *Fischer*, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 68 Aufl., 2021, § 222 Rn. 14; *Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 33/33; *Kretschmer*, *Jura* 2000, 270; *Kühl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 Rn. 39; *Pupe*, *Jura* 1998, 21 等がある。

²⁷ BGH VRS 13, 225. すでに他者への信頼許容の判断にあたって他者の不適切な行動に関する予見可能性の検討の必要性を説くものとして、RGSt 73, 187. 同様の立場を表明する判例として、例えば BGHSt 13, 172; BGH VRS 33, 370; BGH VRS 35, 116, 181; BayObLG 58 221, 222; OLG Frankfurt JR 1994, 77 等がある。更に RGJW 1930, 2873; RG 60, 48 も参照。

れと衝突した事案につき、「通常の規則に適った走行方法をとればそれ自体危険ではなく、危険が生じうるとすればそれは追い越される者の重大な責任によるものであるから、追い越し禁止の違反がなされたことだけでは事故に関する予見可能性を一般に肯定することは許されない」とした。同様に、被告人が速度超過をした場合²⁸や右側通行命令の違反²⁹があったとしても、そのような違反からは事故発生の予見可能性は認められないとされている。

更に判例の中には、被告人が規則に違反した場合における信頼の原則の適用の可否を判断する際に、例えば被告人の規則違反が、他者の誤った行動を誘発するものであるのか³⁰、他者を危険状況にもたらしめるものであったのか³¹、発生した事故に対して起因性が認められるのか³²等の観点を、規則違反者に対する信頼の原則の適用の可否を判定する際に考慮するものがある。この種の判断枠組みも、被告人による規則違反が内包する事故発生の危険性の程度の評価ともいえる。これらの危険の評価は、先の予見可能性の判断資料として整理することができるであろう。そうすると信頼の原則の適用にとって重要なのは、行為者の違反によって他者の不適切な行動が予測しうるのかという判断であり、行為者による交通規則の遵守事態に着目する必要はないともいえる³³。

以上の諸判例は（自己の規則違反の危険性の評価を含む）他者への信頼を覆す諸事情が行為状況において経験的に予測可能といえるのかを問題としている。そして交通関与者（特に自動車運転手）には、経験的に予測可能な他の交通関与者の不適切な行動を計算に入れて自己の行動を選択するという注意義務を負うとされている。このことの裏面として、交通関与者は他の関与者の非典型的な危険行動を計算に入れる必要がないこととなる。そのため上記の他者の行動の経験的な予測判断は、他者への信頼を許容する機能をも有している。

第2項 医療における信頼の原則の適用

従来から信頼の原則による過失処罰の限定は、ドイツの学説においては道路交通のみならず分業的な共同作業、特に医療分野にも適用されるべきであるとの指摘がなされていた³⁴。ドイツにおいて医療における分業において信頼の原則の適用による免責が明示的に認められたのは1979年であり、医的分業における信頼の原則の適用に関する判例の立場の基礎となるのは、麻酔医と外科医および一般医師の間での水平的分業における医療過誤の事案に関

²⁸ BGH VRS 6, 200.

²⁹ BGHSt 4, 182.

³⁰ 例えば BGH VRS 14, 294; Karlsruhe VRS 57 411.

³¹ BGH DAR 54 58; BGH VRS 33, 370, BGH VRS 35 116.

³² OLG Neustadt DAR 1954, 259.

³³ MK-Duttge, § 15 Rn. 144; SK-Hoyer, Anh. zu § 16 Rn. 56; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 24 Rn. 24.

³⁴ 信頼の原則の意義や医療におけるその適用条件に関して見解は異なるが、例えば Exner, FG Frank, Bd.I, 1930, S. 569 f.; Engisch, Langenbecks Arch. klin. Chir. Bd 297, 1961, S. 236 f.; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 189; Stratenwerth, FS Eb. Schmidt, S. 390 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 133.

する連邦通常裁判所の判決である³⁵。事案の概要は次の通りである。

患者 S が、手術での麻酔の開始により、嘔吐した胃の内容物を吸い込んだことによって発生した吸引性肺炎のために死亡した。S を診察した一般医師は、S の症状が急性の（場合によって穿孔を伴う）虫垂炎であると診断し、この診断を麻酔医であった被告人に電話で伝え、被告人に病院へ来るように求めた。しかし S は腸麻痺を併発しており、その兆候である嘔吐や異常な渴感覚等を示しており、麻酔の開始前に S の胃と腸は数リットルの未消化の食物で満たされていた。被告人が病院に到着したときに S はすでに手術台の上に横たわっており、被告人には、一般医師に詳細を聴く機会や手書きで判読困難な診断の所見を通読する機会がなかった。被告人は S に「今日は本当に何も飲食していないか」と質問し、S は「少量の水しか飲まなかった」、「若干嘔吐した」と答えた³⁶。これによって被告人は S が通常の急性虫垂炎であるとの確信を得たために腸麻痺を考慮せず、患者の腹部の触診や腹鳴の聴診を行わなかった³⁷。また執刀医も、一般医師の診断を腹部の簡易的な検査によって確認した。S は麻酔を準備する際に胃の内容物を誤嚥し、被告人はまず肺の吸引を試みたがこれは成功せず、その後聴診をしたが音は聞こえず、チアノーゼもみられなかった。S は手術中横になった状態で胃ゾンデへ更に嘔吐した。手術終了後、被告人は S への術後の輸液の注入の指示に従って、看護婦長に看護を委託し、電話番号を残してその場を後にした。

連邦通常裁判所は次のように説示して、本件被告人の過失を否定した LG の判決³⁸を維持した。まず、被告人と執刀医の術前の業務が異なることが指摘されている。被告人は麻酔科医として雇用契約およびその職業像に基づいて患者の術前の処置を義務付けられており、被告人が決定した麻酔の準備には、患者が正気であることの確認および 7 時間から 8 時間の絶飲食がなされていない場合には吸引という当然に予想される危険の回避も含まれていた。これに対して執刀医は、患者の同意の下、詳細な検査に従って侵襲の是非、場所および時間を決定する。外科医は手術のリスクを十分に検討し、少なくとも麻酔の一般的なリスクをも計算に入れていた。

連邦通常裁判所は、このような分業体制下において麻酔医は、執刀医が自らの活動を適切な形で麻酔科医の活動と調整すること、特に麻酔の手續の基礎となる適切な診断

³⁵ BGH, NJW 1980, 649.

³⁶ しかし実際、S は麻酔を開始する前夜に炭酸水の瓶を 6 本、朝には更に約 2 リットルのカモミールティーを飲んでた。

³⁷ 仮に被告人が腸麻痺を考慮に入れていたとすると、7 時間から 8 時間の絶飲食した場合にも胃と腸が満たされていることを想定して、麻酔を準備する際に嘔吐したものの誤嚥しないように配慮しなければならなかったであろうと認定されている。

³⁸ LG は、被告人に対する過失犯の成立を否定した。まず一般に麻酔での吸引性肺炎を回避するための絶対的に安全な方法は一般に存在しない詳述し、手術室における医師の共同作業では信頼の原則が適用されるとした。同原則によると、手術の秩序立てて進行するという利益のためには、手術に関与した専門医らは他の専門領域の同僚らの誤りのない共同作業を原則として信頼することができる。被告人は一般医師および執刀医の診断を信頼することが許されたため、被告人は麻酔の効力を確認するという自己の義務を十分果たしたと評価された。LG の判決に対して、S の夫であった付帯私訴人が上告した。

を下すことを信頼してよいとする。この信頼には、本件においては腸麻痺を示唆し、異なる麻酔の使用が必要となる腹鳴が認められなかったという被告人への指摘も含まれるとされる。

次に、被告人は外科医の診察結果の再検討、特に再度の腹鳴の聴診を義務付けられなかったとされた。このように解すべき理由として、連邦通常裁判所は次の2点を挙げている。第一に、診断結果の再検査は、本件のように急を要するとみなされた手術の場合には患者に対する高められた危険を含むものである。第二に、執刀医と麻酔科医がそれぞれの力を相互的な監視のために分散させるならば、手術室でのあらゆる形態の共働は疑わしくなり、患者に対する追加的なリスクと結びつくことになってしまう。

もっとも、特別な事情が被告人に外科医の診断が正しくなかったということを推論させる場合、つまり被告人が診断した医師の専門分野に関する資質に疑いを持たなければならぬ場合には、事情が異なりうる。しかしこのような事情は本件においては認められない。一般医師の他に、執刀した専門医も（被告人と同様に）、患者の症状を単なる虫垂炎と診断して腸麻痺とは診断しなかった。虫垂炎は最も頻繁になされている外科的侵襲であり、その種の侵襲の範囲内では合併症は発生しないということが一般に知られている。これらの諸事情は、患者が普通の虫垂炎であったことを示唆していた。それゆえ被告人には、一般医師や執刀医の診断を再検査することは義務付けられないとした。

第1款 水平的分業における信頼の原則

先の事案において、水平的分業の相手方としての他者の信頼が許容されるとした理由は、その分業活動の円滑な実施の必要性に求められている。他の専門分野の医師の監督が義務付けられるならば、分業の意義を損なうのみならず、（本件においては特に）患者に対する危険を増加させるものであったというのである。もっとも、このような分業関係に信頼の原則は絶対的に適用されるのではなく、他の医師の不適切な行動を認識するための契機が行為者に認められるならば、もはや他者への信頼は許されないとされている。

その後、連邦通常裁判所は、「全ての医師は、自己の任務領域に発生する危険に対処しなければならない。しかし医師は、明らかな能力不足（Qualifikationsmängel）または誤った態度が認識可能でない限り、他の専門領域の同僚も自らの任務を要請された注意をもって果たすことを信頼することが許されなければならない。その限りにおいて、相互的な監視義務は存在しない」³⁹と判示し、この種の分業における同僚医師への信頼を原則的に許容するという態度を示している⁴⁰。もちろんこの判例が指摘しているように、水平的分業において

³⁹ BGH VersR 1991, 695. 更に BGH NJW 1987, 2293; OLG Hamm 1994, 145; OLG Hamburg 1996, 56; OLG Naumburg MedR 2005, 232, 233.

⁴⁰ 例えば、手術中における外科医と麻酔医の水平的分業において麻酔医が自身の任務領域に属する麻酔に関する過誤により患者を死亡させた事案につき、外科医に信頼の原則の適用を認めたものとして OLG Naumburg MedR 2005, 232 (233)がある。その他に医師らの水平的分業における信頼の原則の適用について判示したものとして、例えば BGH NJW.

も、他者の能力不足等の他者への信頼を動揺させる特段の事情が認識される場合には、もはや信頼の原則は適用されない。このことは、道路交通において適用される信頼の原則と同様である。

医師らの間での信頼の原則を否定した判例として、例えば次の連邦通常裁判所の判例⁴¹がある。事案は次の通りである。放射線治療の専門医であった共同被告人 Dr. Kü が実施していた放射線治療は、共同被告人の医学物理学者 Kr. が治療機器のプログラミングを誤ったため、通常の 2 倍以上の時間患者に放射線を照射するものであった。しかし、Dr. Kü の休暇中に代理人として当該の治療を患者に実施した放射線治療の専門医の被告人は、Dr. Kü から当該の治療を引受ける際にその正当性を確認しなかった。更に、当該の治療に使用した機器の放射線量の測定によってその異常を認識した検査技師が、その機器を使用してはならないと被告人に伝達していた。それにもかかわらず被告人は従前と同様の治療を患者に実施した。

連邦通常裁判所は、信頼の原則が妥当するのは「同僚の下準備の合規則性に関する重大な疑いが明らかでない場合にのみ」のであり、「治療の過誤のリスクおよびこれから生じる患者の危殆化が大きくなれば、それだけ一層、信頼の原則妥当への諸要求が高くなる」と、信頼の原則の適用について一般に述べている。加えて本件において、「専門医の立場」からすれば、Dr. Kü の治療が医療水準にはもはや適合していなかったことは明らかであったため、被告人は、共同被告人の示した照射時間の正当性を信頼することができなるとされた⁴²。

ところで、一般に水平的分業は、(執刀医や麻酔医のように)異なる専門分野の医師らが同等の地位で治療行為を分担するものであるといわれている。しかし、このような分業関係をいかなる諸事情から認められるのかが問題となる。連邦通常裁判所⁴³によると、この問題に関して重要となるのは、通常その病院において妥当している任務分配、またはこれとは異なって個別事案の特殊性のゆえに定められた関与する医師らの間での個人的な取り決め、これがなされない場合には、副次的に医師会によって定められた規約が効力を有するという⁴⁴。すなわち、問題となる医師らの分業が信頼の原則の適用を受ける水平的なものであるかを判断するには、その者らの分業関係(任務分配)の実態を観察することが必要である

1984, 1400 (麻酔医と泌尿器科医の分業について); BGH NJW 1987, 2293(麻酔医と婦人科医の分業について); OLG Oldenburg MedR 1999, 36(神経科医と神経外科医の分業について)等がある。

⁴¹ BGHSt 43, 306.

⁴² 更に、例えば BGH VerR 1991, 695; OLG Köln MedR 2009, 303 を参照。

⁴³ BGH NJW 1980, 651 (652). 本件は、概ね以下のような事案であった。患者が約 7 時間に及ぶ外科手術の後、外科医が受け持つ集中治療室に搬送され、そこで一般医師および看護師が夜間の当直を担当していた。患者は夜間に著しい術後出血による大量失血を起こしたにもかかわらず当直医がこれに気付かず、処置もなされなかった。そのため翌朝の救命措置も功を奏さず、患者は心肺停止により死亡した。

⁴⁴ BGH は本事案につき、アフターケアにおける重複または欠如を回避するためには、患者が麻酔から覚醒するまでの境界領域、更に麻酔効果が完全なくなるまでの時間については担当領域についての具体的な区分が必要であるとした。

とされている⁴⁵。

第2款 実施される処置の「調整」義務

医師らの水平的分業に関する連邦通常裁判所の民事判例⁴⁶には、異なる専門分野の医師らは術中に施す処置等を術前に「調整（Koordination）」する義務があることを認めたものがある。同判決は、医療分野における信頼の原則に関する刑法上の議論において参照されているのみならず、連邦通常裁判所が建設現場での分業により発生した死傷事故の刑事責任が問題となった事案⁴⁷に信頼の原則の適用を認めた際にも引用されている。

本判決によると、「麻酔医は手術の処置の必要条件を顧慮して当該処置によって設定される諸要請内部での麻酔医学上の方式の選択を、手術医と話し合っ決定しなければならない」という原則が妥当し、この原則は「内容上、水平的分業……の本質的な原理に合致する」という。そして本件においては「患者の福利が最高位の要請と指針であるから、手術に参加する医師らの共働には、患者保護のために異なる専門分野によって使用される方式または器具の何らかの不調和を防止するため、分業の特殊な危険を抑止しなければならない、ゆえに複数の医師らが関与する場合には意図された処置の調整が必要である」とし、当該義務は、分業自体から生じると判示した⁴⁸。もっとも、本件麻酔医は、上告審において口頭で当該の病院においては斜視の手術においてこれまで焼灼器は使用されていなかったため、当該器具の使用を顧慮する必要がなかったと主張していた。しかしBGHは、仮にそのような麻酔医の主張が「真実」であると仮定しても、手術に関与した麻酔医らの注意義務違反は、「彼らが経験していたであろう当該の手術に関して要請された術前の取り決めを行わなかった、という点に存する」として、麻酔医の主張を退けた⁴⁹。

このような調整義務は、その不履行に過失が認められていることから、水平的分業に対する信頼の原則の適用の内在的に制限するものと解すること可能である。つまり調整義務の履行は、水平的分業における他者への信頼の原則的な許容を認めるための前提と解しうる。そうすると、水平的分業における他者への信頼は、関与者らの行為により生じる危険防止を事前の調整によって低減した場合に許容されると考えることができるであろう。もっとも、上記の事案において、例えば麻酔医が患者への危険防止のための執刀医との調整をせずに手術を開始したことを認識していたという点に着目すると、この認識は、（他者の不適切な行動を含めた）患者に対する一連の処置の危険性に関する認識（予見）可能性を基礎付けるともいえる。このように解すると、分業の相手方との調整の不実施は、判例が信頼の原則の原則的な適用を妨げる特別な事情の具体的形態として位置づけることも可能であろう。

⁴⁵ 開業医と病院勤務医の任務分配について判示したものとして、例えばBGH NJW1989, 1538がある。

⁴⁶ BGH NJW 1999, 1799 (1780).

⁴⁷ BGH NJW 2009, 240. これは、本章第3項第2款において取り上げる。

⁴⁸ BGH NJW 1999, 1981.

⁴⁹ Ebd.

調整の不実施が、患者への侵害の危険性の高さを認識するための契機と解しうるからである。

第3款 垂直的分業における信頼の原則の適用

他者の適切な行動への信頼が医的分業の利益および過度な注意要請の回避という見地から保護されうるならば、職制に基づいて医師らの中に上下関係のある垂直的分業にも、信頼の原則の適用がありうると考えられる。判例においてこのような発想は、信頼の原則の適用という形ではないが、以前からみられた。すでにライヒ裁判所は、看護婦や助手が然るべき教育・訓練を受けており、慎重に行動し、自己の業務に精通しているのであれば、医師はその者らの行動を信頼することが許されるとした⁵⁰。そしてライヒ裁判所および連邦通常裁判所は、垂直的分業における上位者としての医師が下位者の肉体的欠陥や経験不足等を予見可能であるならば、医師の下位者に対する監督義務は認められるとする⁵¹。それゆえ従来から、特に医師への注意要請が過度に高められるべきでない⁵²という考えの下、その義務内容の限定がなされていた。

医師らの水平的分業への信頼の原則を認めた 1979 年の連邦通常裁判所の判例の判断枠組みは、垂直的分業にも適用されている。例えば、日勤終了後の時間帯に原因不明の出血で患者が入院し、在宅待機していた上級医師が当直の医師に対して、当該患者の出血の原因を探るための検査の実施および患者の症状に変化がみられれば直ちに自らに伝達するように指示したが、当直医師が患者の容態の悪化を夜のうちに伝達せず、翌朝に患者が死亡した事案につき、上級医師には当直医の能力不足や彼を信頼しえないことを示す根拠が存在しなかったため、上級医師は当直医の適切な行動を信頼することが許されると判断された⁵³。また医師同士の垂直的分業のみならず、上位者としての医師の非医師に対する信頼の保護も是認されている⁵⁴。

⁵⁰ 例えば RG JW 1927, 2699; RG MMW 79, 1139.

⁵¹ RGU v. B 11. 1910; BGH NJW 1955, 487.

⁵² BGHSt 3, 91; BGH NJW 1955, 487.

⁵³ BGH NStZ 1983, 263. 同様に多胎妊娠をしていた患者が一人目の分娩の後、母体に胎児がいたにもかかわらず、(多数の通常出産を単独で担当していた)一般医師が胎児への酸素供給を妨げる薬剤の投与したために胎児に傷害を負わせた事故につき、その医師に分娩の指揮を委任する際に、この者に先の薬剤の効果の伝達に加えてその薬剤は分娩後でなければ使用してはならないと一般医師に指示していた上級医師の過失を否定したものとして BGH 1988, Urt. v. 21. 10. 1988-4 StR 56/87. 更に BGH NJW 1999, 695 も参照。

⁵⁴ 例えば BGH NJW 1951, 566; BGH NJW 1979, 1935. また近時、OLG Dresden MedR 2009, 410 は、医師が MTRA (レントゲン撮影や放射線治療等を実施する、我が国における診療放射線技師に相応する職種の略称) に対してシンチグラフィに必要な少量の放射性テクネシウムの静脈への注射の患者への投与を指示したところ、これによって患者の上膊部の動脈および正中神経を侵害した事案につき、医師の過失を否定した。同判決は、MTRA が当該の処置に関して豊富な知識・経験を有していたこと、テクネシウムの注射の危険性は採血と同程度であってその危険を完全に回避することはできないこと、更に指示した医師はガラス板越しに MTRA による患者への注射を監視していたことから、医師が

もっとも垂直的分業における上位者はその職制上の地位から下位者の監督する地位にある。そのため上位者の下位者に対する信頼が許容されるべきであるならば、それはどのような場合であるのかが問われる。この点につき判例は、上位者は下位者との関係において次の三つの義務を負うとしている。業務の適切な遂行を下位者に期待しうるのかを注意深く検討する「選任義務」⁵⁵、業務遂行に必要な指導を実施する「指導義務」⁵⁶、そして監督義務⁵⁷である。これらの義務を上位者が履行すれば、下位者が委任された業務を独立して実施するであろうと信頼することに正当性が認められ、下位者の過誤が上位者の過失ではないとされる⁵⁸。反対に、下位者が必要な知識や経験を有していないために委任された治療行為を安全になしえないことが明らかであるならば、下位者の適切な行動を上位者が信頼することは許されないとされる⁵⁹。つまり、上位者がそのような義務を履行することが、その下位者に対する信頼が許容されるために要求されている。

水平的分業の場合と類似した形で、判例は、下位者の行動の危険性の程度と、その者への信頼の許容が対応関係にあることが前提にしているといえる。下位者が委任される業務に関して精通しているのであれば、この者による業務遂行に伴う危険は低いといえるので、当該者への業務委任およびその適切な遂行への信頼が許容される余地が広がる。反対に下位者が必要な能力等を有していない場合、その者の適切な行動への信頼は許容されにくいといえよう。これらのことは、信頼の原則の適用を妨げる特段の事情としての下位者の過誤に関する上位者の予見可能性判断にも反映される。上位者の業務委任や権限移譲が適切になされていれば、下位者の過誤を予見することは困難となり、反対に上位者が業務委任等を不適切に行う場合、下位者が適切に行動しないであろうとの予測が成り立ちやすいといえる。

もっとも、上位者による上記の委任等に関する義務の（不）履行と上位者に対する信頼の原則の適用の関係にも、水平的分業における「調整義務」と同様、二通りの理解がありうるであろう。医的分業への信頼の原則の適用の根拠が分業の利益に求められうるならば、例えば上位者がある手術の経験のない医師に当該の手術を単独で実施するよう指示する等、自己の選任義務等を懈怠した場合、上位者が下位者に対して適切に業務の委任等を行うことは、下位者に対する信頼を許容するための前提条件であると解することができる。他方、上位者は手術を指示された医師の経験不足を認識しており（または認識可能であり）、自己ま

MTRA を信頼することができ、かつその信頼を覆す事情は認められないとした。

⁵⁵ BGH NJW 1984, 655.

⁵⁶ BGH NJW 1981, 628.

⁵⁷ OLG Köln MedR 1984, 67.

⁵⁸ OLG Zweibrücken VersR 2000, 728 (729).

⁵⁹ 例えば BGH NJW 1984, 655 は、上級医師が専門医になるための研修中であった一般医師に対して、この者が一度も経験したことがなかったリンパ節の摘出手術の実施を指示し、一般医師が当該の手術の監督を受けずに実施したために患者の抹消神経を傷つけて傷害を負わせた事案につき、上級医師の権限移譲の瑕疵および監督体制の不確立に過失を認定した。同様の判断として、例えば OLG Düsseldorf VersR 2005, 230 (231)等がある。

たは第三者による下位者の指導や監督がなされることの必要性（それらを欠いた場合の危険の増大）を認識可能であろう。このようにみれば、上位者の下位者に対する不適切な業務委任等は、医的分業において通常許容される他者への信頼を例外的に否定する事情と位置づけることもできる。

また、上位者に対する下位者の信頼の保護も認められている。例えば、病院の外来診療部門に勤務していた一般医師が患者に対する自己の処置方法を上級医師と取り決めたならば、前者は後者の指導を信頼することができ、不十分な診察に対して原則として答責的ではないとされる⁶⁰。もっとも、上位者の指示等の正当性を疑うための根拠が認められるといった特段の事情が存在する場合、もはや下位者が上位者の指示等を信頼することは許されない⁶¹。更に、下位者が自己の限られた経験の故に必要な処置を講じえないことを認識可能であるならば、下位者は「直ちに権能を有する医師に助言を求め、助言を求められた医師は自己の十分な経験に基づいて治療を引受け、必要な指示を与えなければならない」⁶²。それゆえ垂直的分業の構造からして下位者の上位者に対する信頼は保護されやすいが、下位者が上位者の指示等を盲目的に信頼して行動することは許されないとされている。

以上の諸判例からすると、垂直的分業の関与者らは、他の関与者が適切な行動をするために一定程度の配慮をしなければならず、その配慮の内容は関与者らの地位やその者の危険の認識に応じて定まるとされている。特に、上位者が下位者に対して業務を委任する際に負うことになる義務の履行は、上位者への信頼の原則の適用を是認するための条件とされている。判例によると、このような他者への配慮要請は、「患者の入院治療に専門医の水準が確保されなければならないという患者の諸利益に方向付けられた原則」⁶³によって根拠付けられている。この説明は、先にみた水平的分業にある医師らに認められうる調整義務と同様の発想に基づいているといえる。

第4款 信頼の原則の適用の可否に関する判断手法

ドイツ判例は、医療分野での共同作業の必要性に鑑みて、そこでの信頼の原則の適用を認めている。ただ、このことは、医療分野において他者への不信頼を前提にすべきであるならば、かえって治療による患者への危険が高まる、ということにとどまる。このことは、ドイツ判例が、治療の過誤の危険およびこれによる患者の危殆化の程度が高くなれば、それだけ一層、信頼の原則の妥当への要請が高くなる⁶⁴、と一般に述べていることから読み取れる。

個別の場合における信頼の原則の適用は、次の二つの段階に分けて判断されているよう

⁶⁰ OLG Köln VersR. 1993, 1157. 同様のものとして、BGH MedR 1994, 490, OLG Düsseldorf, VersR 2001, 460; OLG Hamm VersR 2006, 353 = MedR 2006, 236.

⁶¹ 例えば、OLG Hamm MedR 2006, 236.

⁶² OLG Düsseldorf Arztrecht 1996, 295 (297)は、病院内部で垂直的分業にある医師らに関してこのように述べる。

⁶³ OLG Düsseldorf Arztrecht 1996, 295 (297).

⁶⁴ BGH 43 306 (311); BGH MedR 1998, 218 (219).

に思われる。第一に行為者と他者との間での分業体制の確立の有無である。行為者ら間に分業体制の確立がしていたかの判断は、行為者らが担当する職務の専門性の相違や、治療に関する職務分担の実施の有無に尽きるわけではない。他者への信頼の許容を伴う形で分業が成立するためには、行為者らが一定の義務を履行しなければならないとされている。このことは、分業・協働が種々の典型的な危険を含んでいることに由来する。例えば *Ulsenheimer/Gaede/Bock* は、医療分野の分業一般には、関与者が必要な教育・経験を有していないこと、講じられるべき措置が十分に調整されていないこと、不完全かつ不明確な（相互的）情報提供、任務分配の際に誰も管轄を有さない「空席」が残されること、といった危険を含んでいると指摘する。そしてこれらの危険からは、能力不足、調整の瑕疵、コミュニケーションの瑕疵、権限の境界設定の瑕疵、権限移譲の瑕疵といった、「組織の瑕疵」が生じるという⁶⁵。そのような分業に付随する瑕疵は、患者への危険を意味するから、患者の治療に関与する者らによって除去されるべきものである。その危険除去がなされている場合に初めて、他者が適切な行動をするであろうという信頼が一般に許容されることになる。反対に、分業の危険が行為者らによって防止されなかったのであれば、行為者らの共同作業が患者に及ぼす危険性が、他者への信頼を許さない程度にまで高まることになる。

第二に、分業の相手方としての他者の落ち度またはこの徴表といった信頼を覆す特段の事情が、行為者にとって認識（予見）可能であるかどうかである。他者の落ち度は、分業体制を構築する際には減殺されていた治療による患者への危険の高まりを徴憑している。ゆえに他者の落ち度を認識可能であるならば、治療を通じて生じうる患者の危険の防止が要請されうる。この判断がなされるのは、行為者らの間に分業体制が確立している場合、すなわち事前に落ち度を犯した他者への信頼が一旦は許容されている場合である。共同作業の相手方としての他者への信頼を許容する分業体制が確立していないのあれば、他者への信頼はおおよそ許されない、という判断となるからである。

以上のようにドイツ判例をみれば、医療分野における他者への信頼の許容には二つの種類があると考えられる。まず、個別の共同作業において、その相手方としての他者に対する信頼が一般に許容されうるか否かである。これは分業体制の確立による個別の治療行為の全般的な危険が適切に低減されているかどうかの評価にかかわる。次に、すでに許容された他者への信頼が、他者が落ち度を犯したにもかかわらず、引き続き許容されうるのかどうかである。

第3項 他の共同作業における信頼の原則の適用

先のみたように、医療分野においては、分業の利益および関与者らの注意義務の限定の必要性という見地から、一定の条件が付された上で信頼の原則の適用が（分業形態にかかわらず）広く認められている。分業の意義・必要性から他者への信頼が許される余地が認められるべきであるならば、医療以外の分業的な共同作用にも信頼の原則が適用されると考えら

⁶⁵ *Ulsenheimer/Gaede/Bock*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl., 2020, Rn. 196, 295.

れる。このような見地から、学説においては、例えば組織的な分業体制内部での責任の所在が問題となる事例群には信頼の原則が適用されうるとの指摘がなされてきた⁶⁶。

これに対して、ドイツの判例において、医療以外の共同作業において信頼の原則の適用を明示的に認めたものはほとんどみられなかった⁶⁷。ただ近時、建設作業における分業活動に信頼の原則の適用を是認した判例が登場し、注目されている。以下では、建設現場における同原則の適用が争点となった二つの判例を取り上げる。

第1款 ブッパータールモノレール事件

まず取り上げるのは、ブッパータールモノレール事件である。本件は、乗客5名が死亡し、少なくとも37名が負傷したモノレールの脱線事故につき、建設作業に関与した複数名の過失責任が問われた事案⁶⁸である。

(1) 事案の概要

ブッパータールモノレールの橋げたの交換の際にロバートダーム広場駅構内の指示構造物の一部の取替がなされ、この建設作業の終了後に、モノレール区間の交通制限が解除されて最初にオーバーメルン方面へ向かう三両編成の列車が、206 支柱区域の走行区域に約26cm 突出していた「鉤爪」(Krallen) にモノレールが接触したために脱線し、破損した。この事故によって、乗客5名が死亡し、少なくとも37名が負傷した。本件事故は、以下のような複数人の過誤が共同原因であったとされた。

本件建設作業の以前から、206 番支柱区域にはその両線路に存在する延長部分の固定のために、いわゆる延長部分連結が橋げたの T 支柱に取り付けられていた。それぞれの延長部分の前後は各6つの「鉤爪」という高さ約50cm、幅約40cm以上、厚さ2cmの二分割の鉄鋼版で作られたネジによって固定され、鉤爪の間はピストン圧力シリンダー構造によって強固に固定されていた。

この補助構造物の設置および解体はA社の責任の下に行われ、被告人Fがその解体を事故前日の2009年4月12日の夜まで指揮していた。被告人Fは同日23時30分頃、被告人

⁶⁶ このように指摘するものとして、例えば *Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S. 19 f.; *Welzel*, (Fn. 34) S. 133. 更に *Roxin/Greco, Strafrecht AT I*, § 24 Rn. 25 も参照。特に製造物責任に対する信頼の原則の適用可能性を指摘するものとして *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1938 f.; *Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, S. 130 ff (特に S. 134 ff.). これに対して、例えば *Brugstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt*, S. 63 は、(利益衡量的な見地から) 道路交通以外の領域における信頼の原則の適用は、道路交通におけるよりも限定されることを示唆する。

⁶⁷ *Renzikowski, Strafrechtliche Haftung bei arbeitsteilung am Bau-zum Urteil des BGH vom 13. 11. 2008-4 StR 252/08, StV 2009, 444* は、判例はこのような領域への信頼の原則適用についての「非常に消極的」であったと述べている。

⁶⁸ BGH NJW 2002, 1887. 我が国において本判決を紹介するものとして、山本紘之「ドイツ刑事判例研究(67)」比較法雑誌第41巻第1号(2007年)237頁以下がある。

W および I に、206 番支柱に接する延長部分の解体を指示した。被告人 F は、被告人 W および I に同行して北側部分の作業矢倉の組み立て Gondola に登り、モノレールの足場での独立作業が認められていた W および I に延長部分の解体の仕方を説明した⁶⁹。被告人 W および I は、手動式のキャタピラ付き車両を使って圧力シリンダーを撤去してから、北側の橋げたから両側の鉤爪の解体を開始し、これをほとんど終えたところで被告人 L および S が加わった。被告人 L および S は作業を手伝うために来たと説明し、解体は円滑に終了した。被告人 L および S が異論を唱えることなく参加したことからして、被告人 W および I は、被告人 F が延長部分の解体を手伝わせるために被告人 L および S を派遣したと推測した。

被告人 W および I は、北側の鉤爪を完全に解体してから、南側の橋げたの延長部分を他の組み立て Gondola から取り外すため、被告人 L および S とともに作業矢倉の組み立て Gondola から立ち去った。その後、被告人 W、I、L および S は、両側の鉤爪をそれぞれ取り除くために二手に分かれた。

被告人 W および I は、後方の、バルメン方面に取り付けられた鉤爪を共同で解体した。被告人 W および I は、被告人 L および S も同様に行動して別のフォーヴィンゲル方面にある鉤爪の解体を即座に終えたと誤想して、橋げたに登り、後に控える作業矢倉の効果作業の準備をしていた。降下作業に必要な電動キャタピラ付き車両を作業矢倉へ移すことが困難であることが判明し、被告人 W および I が車両の正しい進行方向について討議している間、それまで組み立て Gondola にとどまっていた被告人 L および S のうちの 1 名が橋までやって来て、被告人 W および I にどのように進むべきかを示したが、これが被告人 L と S のいずれかであったのかは明らかにされなかった。被告人ら 4 名は作業矢倉を解体し、続いてモノレールの橋げたを通じてロバート・ダーム広場方面へ戻った。

解体作業に従事していた被告人 L、S、W および I が 209 番支柱区域の線路にいた作業責任者の被告人 F に会ったとき、L、S、W または I のうち 1 名が、4 名が延長部分の解体を完了し、作業矢倉は解体され、後はキャタピラ付き車両が撤去されるだけであると F に伝えた。被告人 F に作業状況を伝えたのが誰であったのかは明らかにされなかった。それゆえ、オーバーメルン方面の走行区域内では鉤爪の 1 つが取り外されておらず、6 つのネジによって T 支柱に取り付けられたままであった。

ところで、ブッパータール都市施設部によって監督責任者に任命された被告人 B は、彼が「建設計画分野」の責任者に任命した技術者に、建設作業の実施に関する安全計画の作成を依頼した。規則集 (Regelwerk) によると、区間を解放して運転を再開する前には、監督者、鉄道監視者、建築監視者が相互に独立して走行区域に衝突の可能性がないことを再点検しなければならなかった。しかしながら、事故当夜に作業指揮をしていた F も、鉄道技術

⁶⁹ 金属製の作業矢倉 (長さ約 4m、高さ 1m) には約 2m の中央スペースにそれぞれ左右に分割された作業区画があり、この作業区画の周囲は金属製の保護格子で囲われていた。延長部分が解体されることになっていた 206 番支柱区域では、橋げたの中央に取り付けられた 1 つのケーブルランプによって照らされており、この明かりは鉤爪のネジとナットを認識しうるには十分な明るさであった。

監視をしていた E も、建築監視者であった被告人 P も、区間解放前の 206 番支柱区域内で予定されていた管理を、要請された注意をもって実行しなかった。

(2) 原判決の要旨

原判決は、被告人 F、E および P に対して過失致死および過失致傷の所為単一を理由とする有罪判決を下した⁷⁰。他方、被告人 B、L、S、W、I は無罪とした。

これによると、被告人 W および I が以下のように想定したことを非難しえないとされた。すなわち被告人 F が彼らのもとに被告人 L および S を送り、この者らを残りの鋼鉄の鉤爪を解体する任務を負うことになるように最後の延長部分の解体に関する分業に組み込んだ、という想定である。その限りにおいて、各人が原則として自分自身が他者の保護された法益を侵害しないようにのみ自らの態度を調整しなければならないという程度に複数人の答責領域を限定する、信頼の原則が妥当するとした。被告人らは分業的に作業をしていたのであるから、被告人 W および I は、同僚らが残りの鋼鉄の鉤爪を規則通りに解体したことの確認を義務付けられないとした。

そして原判決は、たしかに被告人 L および S の少なくとも一方はきわめて高い責任を負っていたことを認める。しかし、被告人 W および I の作業に加わったという根拠からは、答責領域が限界付けられるならば、鋼鉄の鉤爪が解体されなかったことに関して専ら被告人 L および S が問題となるであろうということしか確定されないとした。被告人 L および S のうち 1 名が先に作業矢倉を離れた時に至るまで、いかなる理由から解体がなされなかったのか、そして誰が最後まで作業矢倉にとどまっていたのかが明らかでなかった。それゆえ被告人 L および S の一方または他方に関係する更なる具体的な責任の割当は不可能であるとされた。

被告人 L および S の無罪に対して検察および付帯私訴人 T が上告し、被告人 W および I の無罪に対して検察官が上告した。

(3) 本判決の要旨

連邦通常裁判所は、以下のように判示して原判決を一部破棄し、事件を新たな事実審裁判官に差し戻した。

被告人 W および I に本件事故の危険除去に関する保障人的地位が認められることを次のように説示している。206 番支柱区域に取り付けられた延長部分が交通領域内の障害物として公衆に対する特別の危険源となっており、モノレールの運営者は自身の社会生活上の安全義務の範囲内で義務付けられていたこの危険の除去を、相応する契約受験の締結によって入札団体 ARGE に委託し、同団体は、その答責領域に延長部分の解体も属していた A 会社の指揮監督の下で鉄骨建設工事を実施した。ARGE に指定された建築指揮者は、本来の

⁷⁰ 原判決は、判決の確定を条件として被告人 F を罰金刑に、被告人 E を 8 月の自由刑に、被告人 P を 1 年 8 月の自由刑に処し、両者の自由刑の執行を猶予した。

建設工事後の通行区域からの延長部分の解体に対して答責的であった。建築指揮者 F、同じく通行区域に衝突の可能性がないことを独自に制御する義務を負った被告人 E および P と並んで、被告人 W および I も、刑法典 13 条 1 項によって 206 番支柱区域内での延長部分に由来する公衆に対する危険の防止を義務づけられていた。つまり、被告人 W および I の保障人的地位は、被告人 F により割り当てられた業務の事実上の引き受けによって根拠付けられたのであり、決定的なことは義務領域の事実上の引き受けのみであり、それに相応する契約上の義務までは存在しなくてもよい⁷¹。

次に被告人 W および I の解体作業に被告人 L および S が加わったという事情は、前二者を（事故の直的な原因であった）4 つ目の鉤爪の解体に関する保障人的地位から解放することはないとする。被告人 L および S という第三者が被告人 W および I という当初の保障人の義務を共同で引き受けたということは、当初の保障人の保障人的地位には原則として関係がない。しかし、そのような共同の引き受けは、引き受けられた保護の任務の完全な遂行に向けられた保障義務およびこれから生じる注意義務を修正しうる。それゆえ、当初の保障人は引き受けた危険除去をやはり必ずしも自手的に実施しなくてよく、それを引受けの用意のある第三者に完全に委託する、または分業として委託することができる。

連邦通常裁判所は、本件において問題となる共同の引き受けを分業として行う場合にいかなる注意義務が認められるのかは、個別事案の諸事情によると述べつつも、特に重要になるのは、（当初の）保障人が除去すべき危険の程度、および危険源除去に関与した他の保障人の信用性であるとした。鉤爪の危険性の高さを考慮すれば、被告人 W および I は、被告人 L および S が組織内部の分業という方法で彼らに委ねられた 4 つ目の鉤爪の除去を規則通りに実施したことを適当な措置によって確認するという義務を少なくとも負っていた。このような被告人 W および I への義務付けにあたり、BGH は服務規程に言及している。服規規定の 33 によると、全従業員は作業の中断時および終了後にはその区間が安全であることを自ら確認しなければならないとされていた。そして建設現場の全従業員には建設会社およびブッパータル都市施設局によって服務規程（Dienstanweisung）の教化がなされていた。服務規程の 33 においては、線路交通の区域から障害物を除去する際、危険除去の共働を引受けた全従業員に認められる特別な注意義務が考慮されていたというのである。

更に連邦通常裁判所は、事実認定に従えば、そのような制御を被告人 W および I 義務付けることは期待可能性の観点と矛盾しないという。というのも、4 名の被告人らは同一の場所で作業に従事し、各人の作業状況は各人にとって同程度に容易な形で概観（および聴取）しえたといえるからである。他者が分業的に引き受けた任務の規則通りの遂行に対する包括的な信頼の保護は、特に医的治療行為の領域において異なる専門分野の医師らに関して、すなわち明確に限界付けられた任務に関して承認されているが、本件においては初めから

⁷¹ ここで連邦通常裁判所は、被告人らにこのような義務付けを認めるためには、両名にモノレール利用者の保護が労働契約上義務付けられなければならないという、弁護人の主張を退けた。

考慮の対象となりえない。他方、被告人 L および S が 4 つ目の鉤爪を規則通りに解体することに関して認識可能な危険状況があったにもかかわらず、被告人 W および I が立ち去ることを許容するような特別な事情が存在していたのどうかは、新たな事実審裁判官によって明らかにされなければならないとした。

また連邦通常裁判所は、以下のように説示して、被告人 L および S にも保障人地位が認められうるとした。特に両者が被告人 F の指示に基づいて 206 番支柱区域内に到着した時点で未了の業務を被告人 W および I と共に遂行することを引受けていたならば、危険源としての鉤爪を除去する義務を根拠付ける保障人的地位が認められる。もっとも、この点について原判決は確定的な認定をしていない。また被告人 L および S が未了の任務に任意で関与することによって保障人（被告人 W および I）の義務を共同で引き受けた場合にも、被告人 L および S に保障人的地位が認められる。この場合、必要になるのは、帰属可能な方法による、一定の任務の受任によって、他の保障人が危険防止の際に援助者の答責的な共働への信頼が根拠付けられるということである。被告人がこのような諸原則に従って保障人的地位を有していた限り、誰が最後に作業矢倉を立ち去ったのかが明らかにされていないということは、被告人らの有罪と矛盾しない。

連邦通常裁判所は、原判決が 206 番支柱区域内で作業していた被告人全員に対する包括的な信頼の保護を不当に前提としており、この限りにおいて原判決の認定には不備があるか、あるはそれを維持する状況証拠が欠けているとした。そして、個々人に割り当てられた鉤爪の解体に関して 4 名の作業員を 2 名ずつに分けるという原判決の想定は、被告人 W および I の証言に基づいていると指摘した。このような方法で被告人 L および S に責任を負わせて自らは責めを免れようという当然の動機に鑑みれば、被告人 W および I の証言は、起訴内容について黙秘していた被告人 L および S の有罪判決の基礎付けのためには検討されえないわけではない。それゆえ連邦通常裁判所は、上司によって被告人 W、I、S および L に割り当てられた任務およびこれらの被告人相互の分業を含めた 206 番支柱区域における延長部分の解体に関する認定を破棄するとした。

(4) 本判決の評価

本件における主たる争点は、206 番支柱区域の作業をしていた被告人らに危険源（鋼鉄の鍵爪）撤去に関する保障人的地位および作為義務（保障義務）の存否、その内容如何であった。ただ被告人らが共同作業をしていたことから信頼の原則の適用可能性を検討する必要が出てくる。それゆえ各人に作為義務が認められるとしても、その義務の発生根拠となりうる彼らの当該作業の引き受け、特に被告人 L、S の作業への参加をいかに評価すべきか、他の作業員の適切な行動への信頼が許容される余地があったが問題となった⁷²。

本判決は、現場作業員らの共同作業における危険管理の引き受けにおける作為義務の内

⁷² 山本 比較法雑誌第 41 巻第 1 号 246 頁、更に *Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, § 19, Rn. 6 を参照。

容を判示することを通じて、その共同作業に対する信頼の原則の適用に関する態度決定をしている。上司からの指示および業務の引き受けにより生じた被告人 W および I の作為義務は、その作業に途中から関与した被告人 L および S が引き継ぐことによって消失するのではなく、この者らの適切な作業の完了を確認するという義務に変容するにすぎないとする。そして現場作業員らには、鉤爪を撤去すべき注意義務が、その地位に応じて重疊的に認められている。この認定は、注意義務の内容は危険の程度に依存するという想定に加え、次の 3 点を理由にしているように思われる。鉤爪の危険性が非常に高度であったこと、全従業員に対して事前に教化されていた服務規程の内容、そして当該確認措置の容易性である⁷³。その結果として本判決は、医療分野での水平的分業における相互的な信頼の保護は、本件のように「統一的な作業過程」を有する共同作業にはおよそ認められないとしている。このように判示した上で、監督者による現場作業員らへ鉤爪の撤去作業の割当に関する事実認定の破棄差戻がなされている。これらのことから本判決は、関与者らの間に明確な分業・任務分担が存在する共同作業には、信頼の原則の適用がありうることを示しているといわれている⁷⁴。

本判決に対して、ドイツの学説からは、206 番支柱区域で作業に当たっていた被告人らへの信頼の原則の適用可能性を否定した点に対して批判がなされている。例えば、本判決は「全員が全員を監視しなければならないという点検義務」すなわち「包括的な信頼の原則の妥当の例外」を認めているが、それでは本件のような大規模な建設計画において共同作業自体が成り立たなくなってしまうと指摘する見解がある⁷⁵。これによると、被告人 W および I のように自ら引き受けた危険源の自主的な除去を、他者（被告人 L および S）に委託することは通常許されるのであり、そのような他者への委任が許されないのは、特別な事情により一身専属的な義務（「特別な (qualifiziert) 法義務」）が問題となる場合のみであるという。そして本件においては、現場作業員らが鍵爪の解体について取り決めを行っていたこと、および監督者による点検（これによる委任された業務遂行の瑕疵の補正）が予定されていたことから、そのような特別な事情は認められない。それゆえ結論の点において、LG 判決が支持されるべきであるという⁷⁶。

また、被告人 W および I を免責すべきであるとしつつ、原判決も支持しえないとする見

⁷³ これに対して、*Puppe*: in *Nomos Kommentar StGB*, Vor § 13 Rn. 164 は、本判決を引用して「特別な危険の場合には、同等の共同者らの管轄分配は……二重の保証

(*Doppelsicherung*) を予定することができ、その結果、全ての者が同一の危険に対処する義務を負い、その際に他の関与者の義務履行を信頼することは許されない」という。ここでは危険の高さが、他者への信頼の許容を否定する事情として理解されている。しかし先の挙げた本判決の内容から、このような理解が得られるのかは疑わしい。

⁷⁴ 例えば *Renzikowski*, *StV* 2009, 444.

⁷⁵ *Freund*, *Garantenpflicht bei arbeitsteiliger Beseitigung einer Gefahrenquelle Wuppertaler Schwebebahn*, *NStZ* 2002, 424 f.

⁷⁶ *Freund*, *NStZ* 2002, 424 f. 同様の批判として、*Bußmann*, *NStZ* 2009, 386; *Duttge*, *HRRS* 2009, 147.

解も主張されている⁷⁷。本件において現場作業員らの注意義務違反の「検討範囲は、引き受けられた任務の一般的な危険性に限定される（およびこれから導出される抽象化された『注意義務』を許容する）のではなく、危険状態の現状復帰という追求された目的が本来企図されたものとは異なる方法で達成されることになるところの、現場でなされた具体的な取り決め」⁷⁸が重要であるという。この見解によると、被告人 W および I は、被告人 L および S に作業を委託し、この者らの引き受けた作業の遂行に対する信頼を否定すべき事情が認められないため、被告人 W および I に過失犯の成立を認めるべきではなかったとする。他方、被告人 L および S は作業の引き受けによって、当該作業の被告人 W および I による遂行を信頼することができず、L または S のどちらかが先に作業矢倉を立ち去ったのかが不明であるという事情は、両名の免責をもたらさないとする⁷⁹。この見解は LG 判決と類似した形で、被告人 W らが鉤爪の解体作を 2 名 1 組で実施していたという見方を前提にしているといえよう。いずれにしても本判決への批判は、被告人ら（少なくとも W および I）に対して信頼の原則の適用を否定すべき理由が十分に説明されていないという点で一致している。

これに対して本判決に支持する見解も存在する。本判決が現場作業員らに対して信頼の原則の適用を否定した点を是認する理由として、まず、本件においては作業員らの間には、信頼の原則が適用される医的分業のような、「分業に関する明確な取り決め」は認められなかったとする。すなわち被告人 L および S は、被告人 W および I の作業を「手伝い」に来たのであるが、その「手伝う」とは、「鉤爪の自己答責的な解体から当初指示された作業員の作業中の単なる補助作業を経て（鉤爪には基本的に手を付けないままに）作業矢倉の単なる解体にまで」の援助という意味を含みうる⁸⁰。つまり被告人 L と S が、被告人 W と I の作業へどのように関与したのかは不明瞭であると指摘する。そして、本件における重大な危険はわずかな管理措置によって除去された、すなわち本判決のように危険源除去の容易性を理由として、被告人らに信頼の原則の適用は認められないという⁸¹。

本判決に関する学説上の評価の違いは、主に、現場作業員らの分業関係の評価に由来してい

⁷⁷ *Duttge*, Rechtsprechungsübersicht zur (strafrechtlichen) Fahrlässigkeit - - Kontinuität und Wandel seit der Jahrtausendwende, NStZ 2006, 269 f.

⁷⁸ *Duttge*, NStZ 2006, 269.

⁷⁹ *Duttge*, NStZ 2006, 270 によると、被告人 L と S が、作業矢倉を立ち去ることについて明確な取り決めを行ったという（事実審では認定されていない）事情が認められれば、その場を二番目に立ち去った者の最後に立ち去った者への信頼が根拠付けられえたと述べている。このような本判決に関する *Duttge* の評価に賛意を示すものとして、山本紘之「組織活動における過失責任の所在について——近時のドイツの判例を題材に——」大東法学第 21 巻第 1 号（2011 年）47-48 頁。

⁸⁰ *Kudlich*, Anmerkung zu BGHSt 47, 224, JR 2002, 466 ff., 469 f.

⁸¹ *Kudlich*, JR 2002, 470. また山本 比較法雑誌第 41 巻第 1 号 237-238 頁は、本判決が被告人らの義務付けを根拠付けるために危険防止措置の容易性を挙げている点につき、「その『容易』の程度如何によっても、課されうる義務の程度は異なることなろう」と指摘し、要請される危険防止の措置の容易であったとすれば本判決を是認しうるとする。

るといえるであろう⁸²。本判決の反対説は、作業員らは事前の取り決めによって水平的分業の関係にあったために信頼の原則の適用を（少なくとも被告人 W および I に関しては）認めるべきであり、本判決のように作業員らの中での他者への信頼を一律に否定すべきではないという⁸³。他方、肯定説は、本件において他者への監視（または作業の完了の確認）を免除するような鉤爪の解体作業に関する取り決めが作業員らの中で十分になされていなかったと評価する。このような現場作業らの分業という事実の法的評価が、（事実認定の問題ともいえるが）許される他者への信頼の内容と範囲、そして各人の注意義務の内容の確定と関連付けて論じられているのである。

第 2 款 ゴルトベルク事件

ブッパータールモノレール事件において BGH は、共同作業の関与者らに対する信頼の原則の適用をおよそ否定した。対して、連邦通常裁判所が同様に複数人による建設作業による事故に対して信頼の原則の適用を初めて認めた⁸⁴ものとして「ゴルトベルク事件」⁸⁵がある。

(1) 事案の概要および原判決の要旨

本件は、G 市の公立学校の改修工事の際に当該建造物が崩落したために作業員 5 名が死亡し、4 名が負傷したという事故に関して、その工事に関与した被告人 W および C の過失責任が問われた事案である。本件の事実関係は以下の通りである。

崩落した学校の改修工事は、G 市によって、すでに有罪判決が確定した共同被告人 T（個人事業主）に受注された。T は、H 会社（H. Betonbohr- und Sägetechnik）との下請契約により、同社に改装工事の一部を委託した。H 会社の支店長が被告人 W であり、現場作業員の一人が被告人 C であった。なお G 市の依頼に基づいて、建設計画事務所（Bauplanungsbüro）L が、この改装工事に関する静力学的試算を実施した⁸⁶。

改装工事のうち、本件において重要となったのは、建物の 1 階部分にあった R123 および

⁸² *Renzikowski, StV 2009, 445, Fn. 38* も参照。

⁸³ それゆえ反対説にとって、本判決が作業員らの注意義務の根拠付けおよびその内容の具体化の脈絡で作業の完了の確認を命じる服務規程を考慮することは、作業員に過度な負担を伴う注意義務を認めるものであると評価しうるであろう。もっとも本判決は、服務規程に沿った形で認められた被告人 W および I に認めた鉤爪解体の「確認義務」は、その履行の容易さゆえに、過度な負担ではないと評価している。それゆえ反対説のいうように、現場作業員らが対等関係にあったことや作業員らが現場で行った取り決めに重視とすべきであるということ（またはその両方）から、現場作業員らに「確認義務」を認めるべきでないと主張しても、これは本判決への有効な批判とはいえないであろう。

⁸⁴ *Renzikowski, StV 2009, 444.*

⁸⁵ BGH NJW 2009, 240. 我が国における本判決の先行研究として、山本 大東法学第 21 卷第 1 号 33 頁以下があり、本事案の呼称はこの山本の論考（同 35 頁）に倣っている。

⁸⁶ 山本 大東法学第 21 卷第 1 号 35-36 頁以下は、本件においては「G 市の委託によって建築計画を立てた L 社」の「事業主」が T であり、T が下請契約によって（被告人 W および C の所属する）H 会社に対して壁の撤去作業を委託したことには言及していない。

R124 の教室を 1 つの大きな音楽室を設置するため、その二つの部屋を隔てていた幅 7.22 m、高さ 3m の壁を区画 I から IV に分けて順次撤去することであった。その二つの部屋を隔てている壁は、鉄筋コンクリートでできており、この壁は建物を支える役割を果たしていた。この工事を完了させるためには、2 つの作業が必要であった。先ず、建物に支柱を設置して、その支柱を補強する作業であり、この作業を T が担当した。次に、鉄筋コンクリートの壁をコンクリートカッターによって撤去する作業であり、この作業を T は H 会社に委託した。なお、G 市の依頼に基づいて改修工事の施工以前に建築計画事務所 L が実施した静力学的試算によると、改修工事を施工するためには、20kN の許容重量を有する支柱を建物全体に 336 本設置し、特に一階には 98 本の支柱を 0.15m 間隔で設置した上で建物の天井を補強するために 20/20 の角材と鉄製の梁を設置することが必要であった。しかし、H 会社の作業員 C は、上司 W に対して、0.15m 間隔で支柱を設置するとコンクリートカッターを使用することができないと伝えた。被告人 W はこのことを T に連絡してその問題についての意見を求めようとしたがこれは徒労に終わり (vergeblich)、その後、被告人 C は被告人 W の依頼に基づいて T に対して静力学者に問い合わせるように依頼した。しかし T が静力学者に問い合わせることはなかった。もっとも T は、改装工事に関する G 市からの問い合わせに対しては、静力学者に問い合わせることは不要であり、全て上手くいっていると伝えていた。

2004 年 8 月 4 日、T は支柱設置作業を自己の作業員 2 名に指示し、作業員らは一階の建物を支える壁の両側には現場にあった 29 本、建物全体として 98 本の支柱を設置し、その支柱の許容重量は一本だけが 20kN であり、その他のほとんどは 16.5kN であった。そして天井を補強するために、20/20 の角材の代わりに 3、4 本の支柱、そして鉄製の梁の代わりに長さ 2.40m で 15/25 の角材が使用された。T が作業員らに指示した支柱設置作業は、L が試算した静力学的な水準を全般的に下回っていた。2004 年 8 月 12 日に、C は R123 と R124 の間にある壁の区画 I から III を撤去した。

事故当日である 2004 年 8 月 13 日、C は T に対して、本日区画 IV の撤去を実施すると伝えた。これに対して T は、すでに撤去された区画 III の部分を支柱によって更に補強する必要があることを認識していたので、自己の従業員らに対して区画 III の補強および C への協力を指示した。T の従業員らはその補強作業を完了した後に初めて、C は区画 IV の撤去に着手した。しかし、撤去作業の直後、当該建物が崩落した。LG は、以下三点が本件事故の原因であるとした。第一に T が設置を指示した支柱の数が L の静力学的試算よりも少なかったこと、第二に設置された支柱の大多数の許容重量が L の試算よりも低かったこと、第三に天井を補強するために 20/20 の角材を使用しなかったことである。

原判決は、G 市から委託を受けた建築事業主 T に過失犯の成立を認めたが、H 会社の W および C の罪責を否定した。LG は、W および C の過失の有無を判断する際、T と H 会社の間に締結された下請契約を基準とし、そもそも支柱の設置および補強作業は H 会社の任務領域に属さないもので、その業務に由来する危険の除去に関して W に保障人的地位は認められないとした。そして C は自らが撤去した壁の危険性を認識しておらず、その危険を認

識する必要すらなかったと判示したのである。

(2) 本判決の要旨

連邦通常裁判所は原判決の W および C の無罪判決自体を維持したが、上記 LG の判決理由を破棄し、両者の無罪理由を以下のように説示した。

連邦通常裁判所は本件における W および C の罪責の有無を検討するにあたり、民事判例を参照して社会生活上の安全義務を次のように理解した。民事判例によると、危険を創出ないし保全する者は、他者の保護のために必要な予防措置を講じなければならないが、絶対的な安全は達成不可能であり、このことは社会生活上の安全義務に妥当する。よって社会生活上の安全義務の内容は、他者を損害から保護するために個々の全体状況によると期待可能であり、かつ思慮分別のある慎重な人が必要かつ十分と巻会える措置の履行である。このような民事判例において展開された原則を基準とすると、行為の危険性が認識可能である場合、損害の蓋然性と強度が大きくなるにつれて注意要請が高くなる、つまり危険の程度に注意義務の内容が依存するとした。

このような社会生活上の安全義務の理解を前提として、連邦通常裁判所は、本件事故の危険源が建物の一階を支えていた壁に存在したことを確認した上で、被告人 W および C の答責性について次のように判示している。まず連邦通常裁判所は、本件事故の対する責任を、T と W・C の下請契約に基づく任務分配に対応する形で認定した。すなわち、本件事故に対する第一次的な責任は共同被告人 T にあり、W および C には二次的な責任が認められるとした⁸⁷。しかし、このような契約内容等のみを理由として W および C の答責性を否定すべきではなく、H 会社は、壁の撤去作業に対して管轄を有していたのであるから、当該作業に由来する危険から第三者を保護するために必要な予防措置を講じる義務が直ちに否定されるわけではないとする。本件のように、危険な建設事業に複数の者が関与する場合、関与者らは、第三者に対する回避可能な危険を除去するために、期待可能な方法で相互に情報提供をし、意見を調整することを義務付けられ、とりわけ自らの危険な行為を開始する以前に安全措置の実施が必要であるならば、危険源に対して答責的な者は、期待可能な範囲内で、その必要な安全措置が実施されたのかを確認しなければならず、その実施を盲目的に信頼してはならないという。H 会社が撤去した壁に特別な危険が存在していたということから、H 会社に事実上の引き受けが認められるので、被告人 W および C には保障人的地位が認められるとする。そして T と H 会社が共同作業をしていた以上、W および C の注意義務の内容は、契約上の義務履行に限定されるわけではないという。

しかし W および C は以上の危険除去に関する二次的な注意義務を履行したと評価され

⁸⁷ この点につき、連邦通常裁判所は、「被告人 W および C の関係における T の義務の地位には、T が H 会社と締結した下請契約に基づく任務分配、およびこの契約の基礎にあった、支柱による補強を通じての当該壁の撤去の保全の実施は建設業者としての T の任務領域に属していたとする履行目録も対応していた」と述べている。

た。連邦通常裁判所は、C および W がコンクリートカッターを用いて壁の撤去作業を行うために、当初の L の静力学的試算に基づく建物への支柱計画を変更するように T に対して求め、これを受けて T は静力学者に連絡をとることを約束した、という事情に着目し、たとえ、本来の計画と比べて支柱の数を減らすことが重大であったとしても、被告人らの（二次的な）社会生活上の安全義務は、静力学者が先の変更を実際にも是認したか否かを再度問い合わせることを要求しないと判示した。

このような再度の問い合わせは、特別な危険状況が被告人らにとって明らかであった場合のみ必要であり、本件にいて、そのような事情は認められないとされた。連邦通常裁判所は、以下の LG における認定を参照している。すなわち、建築主 G や安全コーディネーター M も、G が本件事故前日に T が参加した当該建設現場での協議において支柱による天井の補強を検討していたにもかかわらず、本来予定されていた支柱の間隔の維持を主張しなかったこと、被告人兩名は T によって予め行われた支柱の設置に欠陥があることを認識しえる特別な専門知識を有していなかったこと、また彼らの撤去作業に関する専門分野の経験からもその欠陥を認識しえないこと、および彼が T を特段信用できないという事情は存在しなかったことである⁸⁸。更に連邦通常裁判所は、被告人兩名が建造物の安全に対する自らの答責を意識していたことは、被告人 C が事故当日の朝 T に対して壁の区画Ⅳの撤去を通知し、その作業の続行を含む安全性の諸理由から区画Ⅲの梁の補強が適切になされるまで待機していたという点に明らかであるとした。これらの諸事情から、被告人兩名は、撤去作業の継続に対する静力学的疑念が存在するか否かを今一度明示的に問い合わせる必要はなかったとされた⁸⁹。

⁸⁸ ここで BGH は、水平的分業における医師らの術前の調整義務を説示した上記の BGH, NJW 1999, 1779 を援用している。このことから BGH は T を含めた被告人らは水平的分業の関係にあったとみていることが推察される（このように解するものとして、例えば *Kraatz, Zur Strafhaftung der Beteiligten am Bau – zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 252/08 in deisen Heft, Satz 212-, JR 2009, 187*）。また *Duttge, Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit Besprechung von BGH, Urteil v. 13.11.2008 - 4 StR 252/08 (BGH HRRS 2009 Nr. 91), HRRS 2009, S. 150* は、一般に「例えば下請業者への委託による業務の一部の権限の委譲は、本来的には建築主に対して引き受けた全体の答責（Gesamtverantwortung）から解放せず、その結果、水平的分業ではなく、垂直的分業が前提とされなければならない」と指摘する。しかし *Duttge* によると、BGH の G 市と T らの関係性に関する「誤った分類」は、権限委譲者（T）の「義務者的地位（Pflichtenstellung）に関してのみ重要であり」、（被告人 W および C を含む）H 会社という委託を「引き受けた者のそれに関しては重要ではない」とする（*ebd.*）。そして、委託を引受けた H 会社側は「水平的分業の場合と同じように、原則として自己の義務領域に限定され、具体的な損害をはらんだ経過に対する『十分説得力のある根拠』が存在する場合にのみ、その義務の範囲を超えた要求がなされうる」と述べている（*ebd.*）。

⁸⁹ 山本 大東法学第 21 巻第 1 号 43 頁以下は、本件の事実関係につき、T と被告人 W および C は上位者と下位者の関係にあり、彼らは垂直的分業の関係にあったとみている。このような被告人らの分業関係の理解は、同論文において引用されている *Kraatz, JR 2009, 182 ff (insb. 186 ff)* および *Duttge, HRRS 2009, 145 ff. (insb. 149 f)* の見解に関する山本の理解に由来していると思われる（山本 大東法学第 21 巻第 1 号 38-41 頁を参照）。し

(3) 本判決の評価

本件における死傷事故の原因は T の実施した改修工事の不適切な下準備であったが、その事故は、下請契約に基づいて壁の撤去作業を担当した H 会社の作業員（被告人 C）の行為によって直接的に引き起こされた。このことから、事故を因果的に惹起した被告人 C、およびこの者を監督する地位にあった被告人 W の事故発生に対する罪責が問題となりうる。もっとも両被告人が所属する H 会社側は、事故発生以前に二度にわたって改修工事の静力学的な安全性について T に問い合わせていたにもかかわらず、T はこれに応じなかったという事情があった。それゆえ H 会社側が T により設定された工事の瑕疵を除去するためにどの程度配慮すべきであったのか、または T の適切な行動をどの程度信頼してよかったのかが問題となった。

本判決には、連邦通常裁判所が建設工事に信頼の原則の適用を初めて明白に適用したという点に意義が認められるのみならず、そこに示された被告人 W および C の無罪の理由にも注目すべきものがある。本判決は、問題となった危険除去の「一次的な」注意義務を負っていたのは T であって、H 会社（被告人 W および C）が負っていたのは「二次的な」ものであったとして、T と被告人 W・C の注意義務の内容を別様に扱っている⁹⁰。原判決が契約上の分業関係と同様に他方の業者の適切な行動への信頼を許容することによって被告人 W および C に問題となった危険源を除去すべき注意義務（社会生活上の安全義務）の発生自体を否定したのに対して、本判決は、(T を含めた) 3 名の関与者の刑法上の答責に「段階を付けた」⁹¹といえる。

更に W および C が自己の二次的な注意義務を履行したという両名の過失の否定を決定付ける判断は、二つの段階を有している。第一に、W および C の当該義務のいわば「本来的な」内容は、事故当日およびこれ以前に T への静力学上の安全性を問い合わせであるとされた。このことは、被告人らの改修工事に関する分業関係が成立しており、事故防止の危険を防止すべき第一次的責任が T にあることから、T の適切な行動を被告人らは通常信頼しうる、という評価に基づいている。第二に、事故防止につき二次的な責任を負う W・C に、T への信頼を否定する事情の予見可能性の有無が判定されている。この予見可能性を条件として、彼らの二次的な注意義務は、T に再度の問い合わせを行うことにまで「拡大」されることが予定されている。そしてこのような「特段の事情」の予見可能性が否定されたのである。実際の任務分配を考慮して信頼の原則の適用を判断する手法は、先にみた判例が医師らの共同作業を水平的分業として把握する際の考慮と、同様の発想に基づくものであるとい

かしすでにみたように、Kraatz と Duttge は本判決に検討を加えるにあたって、T と H 会社の水平的分業を念頭に置いているように思われる（これについては直前の注を参照）。

⁹⁰ Kraatz, JR 2009, 188 は、H 会社の支店長であった被告人 W が被告人 C の監督的地位にあった点に鑑み、W に認められたのは「再間接的な (sekundäre-sekundäre) 社会生活上の安全義務」であったと指摘している。

⁹¹ Bußmann, Verkehrssicherungspflicht bei Abbrucharbeiten, NStZ 2009, 386.

えよう。

本判決は、二次的な注意義務を理由として被告人 W および C は T を盲目的に信頼することは許されないとしつつも、最終的には被告人両名の T に対する信頼を許容している。(事故当日およびこれ以前に) T への静力学上の安全性を問い合わせたことをもって当該義務を履行したと評価した。このことから本判決は、他者への信頼が原則的に許容される医師同士の水平的分業の諸判例と、信頼の原則の適用可能性が否定されたブッパータールモノレール事件のような共同作業のケースの中間に位置付けられることがある⁹²。

もっとも、本判決によると、本件のような共同作業の関与者らに生じる二次的な注意義務は、「期待可能な方法で相互に情報提供をし、第三者に対する回避可能な危険を除外するために調整する」ことである。このような各人の作業から生じる危険の防止に関する相互的な義務は、判例が医師らの水平的分業の前提として挙げている「調整義務」⁹³に対応するものといえなくもない。いずれの義務も、関与者らの行為の組み合わせにより生じる危険を、事前の調整を通じて除去することを内容としているからである。

ブッパータールモノレール事件との比較において、本判決は、明確な分業がなされている(建設の)共同作業には信頼の原則の適用があるとの判断を示したと分析されている⁹⁴。本件における信頼の原則の実質は、事故の危険防止に関する一次的な注意義務を T に認定することである。このことによって被告人 W および C に二次的な注意義務が認められているからである。連邦通常裁判所は、「被告人 W および C の関係における T の義務の地位には、T が H 会社と締結した下請契約に基づく任務分配、およびこの契約の基礎にあった、支柱による補強を通じての当該壁の撤去の保全の実施は建設業者としての T の任務領域に属していたとする履行目録も対応していた」と述べることによって、各人に注意義務を分配している。それゆえ本件における分業の明確さは、T と H 会社との職務分担の実態から認められているのであろう。

本判決が信頼の原則を適用して被告人らに無罪を言い渡したことは、学説からの一定の賛同を得ている⁹⁵。しかし過失否定の理由付けに関しては異論が提起されている。例えば本判決が被告人らの注意義務を定めるにあたって民事判例を出発点に据えたことは「あらゆる有責な損害惹起に対する法益保護を基礎とする刑法にはなじまない」という指摘がある⁹⁶。これによると、本件においては民事判例を参照しなくとも、T と H 会社の(水平的)分業関係および H 会社内部での被告人 W および C の間での壁の撤去作業に関する委任関係を検討すれば、本判決と同一の結論に至ることができるという⁹⁷。また、本判決は

⁹² *Bußmann*, NStZ 2009, 386.

⁹³ 本章第 1 節第 2 項第 1 款 (2) を参照。

⁹⁴ *Renzikowski*, StV 2009, 445 f.

⁹⁵ *Bußmann*, NStZ 2009, 386.

⁹⁶ *Kraatz*, JR 2009, S. 186 f.

⁹⁷ *Kraatz*, JR 2009, S. 187 f. *Kraatz* は (明示的ではないが) 概ね次のように述べている。まず、被告人 W と C は使用者 (Arbeitgeber) と従業員の (垂直的分業の) 関係にあり、(事実審では明らかにされていないが) 従業員たる C が指示に従って行動するなら

被告人 C の過失を否定したことには賛同しつつも、本判決による被告人らに対する注意義務の根拠付けを批判する見解もある。この見解は、自己答責性および限縮的正犯概念を背景にすると、C は自ら建物の倒壊を直接的に惹起したことによって、C には被害者らの生命と身体に危険自体を創出しないという一次的な注意義務が生じるという。もっとも C は自己の義務を T に委任したことによって、T には「演繹された答責性」が認められるとする⁹⁸。このように C を直接行為者と解した場合、BGH が同人に認めた二次的な注意義務とは、委任を受けた T が一次的な注意義務から要請された措置を講じたのかを確認するための認識調達義務を意味するという。そして C は、T に対して問い合わせを行ったことにより（実際に T は静力学者に問い合わせなかったが）回避不可能な構成要件的錯誤に陥っており、T がこの錯誤の解消に対して答責的であったとする⁹⁹。

他方、被告人兩名の無罪判決に反対する見解もみられる¹⁰⁰。これによると、本件のような改修工事は天井と壁を十分に支柱で支えた場合にのみ実施されてよいということは「素人にさえ全くもって自明」であり、その自明な危険性の認識により、被告人らは「可能な限りの注意」を払わなければならなかったとする。（被告人らが認識していた）T の実施した補強作業が（支柱の質・量の両面で）L 社の試算を下回っていたこと適っていたこと、被告人 C の問い合わせに対して T は静力学者の必要な鑑定を伝えると単に約束にすぎなかったことに加えて、T は G 市の問い合わせに対して静力学者への再度の問い合わせは不要であると述べたこと等も考慮すると、静力学の専門家ではない T が C に問い合わせを約束したことは、「正当化される信頼の根拠というよりもむしろ不信頼の契機」であるという。また、本判決が被告人らの過失を否定するにあたって着目した、兩名が補強作業の専門知識を有していなかったことや、（少なくとも静力学の専門家ではない）G 市および M が事故前日に T に異論を唱えなかったことは、被告人らの罪責の成否の決め手にはならないとする。

つまりこの見解は、L の試算と T による作業内容の齟齬の認識から、被告人らには結果発生の見込み可能性が認められるべきであり、この想定の下で本件事実関係を評価するならば、本件の幾つかの行為事情には、本判決とは異なる意味が認められるとするのである。

ば、彼は、規則通りに第三者に対する必要な安全措置を顧慮した下でその指示がなされたことを原則として信頼することができるという。また C は T と「段階的な経過を伴う水平的分業」の関係にあったため、T の支柱による補強作業の合規性に関しては「単に二次的な点検義務」を負うにすぎないとする（*ders.*, 187）。そして支店長であった被告人 W も、引き受けた壁の撤去作業に関して注意義務を負うが、先の分業関係および C に二次的な注意義務が認められるため、W には、C の点検活動に疑念が生じた場合に指示を通じて C に働きかけるという「再間接的な」注意義務が生じるというのである（*ders.*, 187 f）。

⁹⁸ 以上については、*Renzikowski, StV 2009, 445*。このような被告人 C および T の法的地位の理解からすると、本判決が義務領域の引き受けを根拠に被告人らの注意義務を認めた背景には形式的法義務説の向きがあり、しかしこのような論証は「他者を侵害してはならない者は他者を侵害しないことへの配慮を義務付けられるという、トートロジーに陥っている」と批判している（*ebd.*）。

⁹⁹ *Renzikowski, StV 2009, 446*。

¹⁰⁰ 以下については、*Duttge, HRRS 2009, 150*。

このような「起訴された個々の人物のパースペクティブからの状況に応じた認知心理学的な行為の諸条件の注意深い分析」¹⁰¹からすると、Cには遅くとも事故当時の朝における壁の撤去作業の開始前に、Tによる補強作業に関する疑念が信頼できる形で晴らされたのか等を再度問い合わせて確認をするための十分根拠のある契機が存在していた。更に、被告人Wは「明らかに事態の解明にほとんど尽力せず」、Cの上司としての地位にもかかわらず結局は問題をCに「背負わせる」ことしかしなかったとする。よって、被告人WおよびCがTの適切な行動を信頼することは許されなかったとされる¹⁰²。

被告人らに過失犯成立の当否はひとまず措くとして、このような本判決への批判は、次のことを示唆している。本判決の認定よりも被告人らには高度の注意要請が向けられるとすれば、このことは事実関係の評価のみならず、最終的には罪責判断にも影響を及ぼすということである。このような批判は、ブッパータールモノレール事件において（連邦通常裁判所の理解とは異なり）被告人らの間には水平的分業が認められるために他者への信頼を許容すべきであったという主張と、基礎的な構造の点において同様のものであるといえる。いずれの事件においても、関与者ら間での信頼の許容の可否の検討は、すでに関連する諸事情の法的評価から始まっているのである。

第4項 分析

道路交通や医療をはじめとする共同作業においては、他者が適切な行動をとるであろうという信頼を基礎とした上で機能しているという実態があり、この実態から乖離することなく過失犯処罰の範囲を画する必要がある、という思考が、判例の背景にはあるように思われる。このことは、不信の原則を基礎とした過失判断の拒絶も含意している。

諸判例が示す信頼の原則適用の可否に関する判断は、二つのステップで構成されているように思われる。第一に、他者に対する信頼が一般に許容されるのか否か、第二にその許された信頼を覆す特段の事情が予見可能であったのか否か、である。この二つの判断ステップの様相は、道路交通と共同作業の分野とでは異なる。

道路交通においては、交通政策的観点から、交通関与者は規則に適った行動をとるであろうという一般的・抽象的な信頼が許容されている。そして、道路交通において行為者が他者に適切な行動を信頼してよかったのかは、問題となる道路状況の危険性の評価を踏まえた他者の経験的な行動予測によって判定されているように思われる。「特段の事情」が、すでに許容されている他の交通関与者への信頼を否定するという性質のものであるならば、ここでの他者への信頼の許容判断は、次の二通りである。他の交通関与者に対する信頼が、この者の不適切な行動にもかかわらず引き続き許容されるのか、それとも行為者が特段の事

¹⁰¹ *Duttge*, HRRS 2009, S. 150.

¹⁰² このような *Duttge* の見解と類似の評価を示すものとして山本 大東法学第 21 巻第 1 号 43 頁以下（特に 45-48 頁）がある（ただし同 48 頁は、*Duttge* とは異なり、本件においては T と被告人 W および C の「垂直的關係間における信頼が問題になっている」と解している）。

情を予見可能であるために、他者への信頼はもはや許されないのか、である。いずれにしても、特段の事情に関する予見可能性の有無が、信頼の原則の適用範囲を画することになる。

共同作業の相手方としての他者への信頼の一般的な許容にとって決定的であるのは、行為者らの間に分業体制が成立しているか否かである。分業の成立には、「調整義務」、「選任義務」や「監督義務」といった各種の義務が、履行されなければならないとされる。このような義務の不履行は、共同作業の危険を高めることを意味し、他者への信頼の許容を否定する方向に働く。ゆえに当該の義務は、道路交通規則の各種の義務のうち、他者への信頼の許容を否定する行為者の規則違反と、同様の機能を有していると解しうる。次に、他者の不適切な行動の予見可能性判断は、第一の判断において認められた分業体制の影響を受けている。特に分業の水平的と垂直性、行為者と他者の任務の専門性の相違の程度は、予見可能性の成否にとって重視されている。共同作業においては、他者に対して一般に許容される信頼の程度に関する第一の判断が、行為者の予見可能性の有無という第二の判断と密接な関係にあるように思われる。

共同作業における他者への信頼の許容判断は、道路交通のそれよりも複雑化している。共同作業における信頼の原則適用の可否には、次の三つに分けられる。①分業体制の有無の判定により、不適切な行動をした他者との関係において行為者に信頼の原則がおおよそ適用可能であるのか否か、②他者の不適切な行動の予見可能性の有無、③ゴルトベルク事件に関する一部の諸学説が指摘しているように、行為者が認識しえた他者の不適切な行動の危険を防止するための措置を講じたか否かである。それゆえこの領域においては、道路交通のように、他者の不適切な行動に関する行為者の予見可能性の有無のみを問題にしても、信頼の原則の適用範囲を明らかにすることはできないと考えられる。

第2節 我が国の判例の概観

判例がいつから信頼の原則（の思考）を用いて過失犯の成否を判示しているのかについては理解がわかるが、すでに大判大3年3月11日刑録20輯278頁が、信頼の原則を考慮していたといわれることがある。本判決は、盲目の歩行者が線路を横断した際に電車と衝突して傷害を負った事案につき電車運転手の過失が問われた。本判決は、歩行者は電車が走行してくる線路を横断しようとする際、衝突の恐れがない時を選択して線路に進入する必要があり、衝突の危険がある場合には線路の側面に佇立して電車の通過を待って線路に入るべきであるとする。他方、運転手は進行中の電車を停止して歩行者を先に線路を横断させるか、線路を通過するのも待って電車の進行を継続する義務はないとした。

最高裁が初めて信頼の原則を適用したのは、最判昭和41年6月14日刑集20巻5号449頁である。本件は、終着駅で被告人である乗客係に起こされて乗車した酔客が線路敷に転落したが、被告人はこのことに気付かず客扱いの合図を車掌に送ったために電車が発車し、酔客が電車とホームの間で挟まれて死亡したという事案であった。

本判決は、「原判示の職責を有する乗客係がその業務に従事するに当たって、旅客のなか

に酩酊者を認めたときは、その挙措態度等に周到な注意を払い、車両との接触、線路敷への転落などの危険を防止する義務を負うのは勿論である。しかし、他面鉄道を利用する一般公衆も鉄度交通の社会的効用と危険性にかんがみ、みずからその危険を防止するよう心掛けるのが当然であつて、飲酒者といえども、その例外ではない。それ故、乗客係が酔客を下車させる場合においても、その者の酩酊の程度や歩行の姿勢、態度その他外部からたやすく観察できる徴憑に照らし電車との接触、線路敷への転落などの危険を惹起するものと認められるような特段の状況があるときは格別、さもないときは、一応その者が安全維持のために必要な行動をとるものと信頼して客扱いをすれば足りると解するのが相当である。また、右係員が客扱いを終了し、その旨の合図を車掌に送るに当たつても、線路敷などに転落者があることを推測させるような異常な状況が認められない限り、このような特殊な事態の発生をつねに想定して、ホームから一見して見にくい車両の連結部附近の線路敷まで逐一点検すべき注意義務があるとまで考えるのは相当ではない」と判示した。

先に挙げた二つの判例は、被告人の過失を否定するために用いた信頼の原則が許された危険および「(加害者と被害者の間での) 危険の分配の法理」に基づくものであると理解しているといわれる¹⁰³。最判昭和 41 年 6 月 14 日の調査官解説によると、このような危険の分配は、鉄道交通の社会的効用と危険性を衡量するという意味での許された危険の適用の一場面であるのみならず、信頼の原則の「基底」をなすものとされる¹⁰⁴。

ここでの危険の分配の法理は、複数の機能を有している。第一に、高速度交通という社会的に有用な活動の危険は、一定程度許容されるべきであり、その危険防止(制御)の責任は行為者(交通機関)にのみ割り当てられるのではなく、当該行為に関与する者からも負担しなければならない。一方の者にとって、他方に割り当てられた危険防止については、他方が実施するであろうと一般に信頼することができる¹⁰⁵。その結果として、一方の危険防止の負担が軽減されることになる。ただし、このような一方の危険防止の負担軽減は、特段の事情が認められない場合に限るとされる。危険の分配によつてもたらされた行為者の負担軽減は、特段の事情が認められない限り是認され、この場合に信頼の原則が適用される、ということになるであろう。このようにみれば、危険の分配は、信頼の原則の適用による過失否定の前提条件として取り扱われているように思われる。

最判昭和 41 年 6 月 14 日は、相手方が危険を理解し、自らこれを防止する能力を備えていることを要求している。相手方が危険防止に必要な能力を有していないといった、特別な危険状況が認められるならば、危険の分配による被告人の注意義務の負担軽減(およびこれ

¹⁰³ 市川郁雄「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 41 年度』法曹界 1973 年 97—98 頁。

¹⁰⁴ 同上(なお同 99 頁は、「信頼の原則もしくは危険の分配の法理」と述べており、両者が同列に取り扱われているようにもみえる)。

¹⁰⁵ 最判昭和 41 年 6 月 14 日が、被告人が「一応その者が安全維持のために必要な行動をとるものと信頼して客扱いがをすれば足りるものと解するのが相当」と述べているのは、この趣旨であろう。

による過失の否定) がなされないとする。ただ、本件における被害者の酩酊の程度は、この者に割り当てられた危険防止の負担に必要な能力を欠いていなかったとされた。

第2項 道路交通における信頼の原則

最高裁が道路交通においてはじめて信頼の原則を適用したのは最判昭和41年12月20日刑集20巻10号1212頁¹⁰⁶である。本判決は、「自動車運転としては、特段の事情のないかぎり、右側からくる他の車両が交通法規を守り自車との衝突を回避するため適切な行動に出ることを信頼して運転すれば足りる」として、本件被害者の「車両のように、あえて交通法規に違反し、自車の前面を突破しようとする車両のありうることまでも予想して右側に対する安全を確認し、もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務はないものと解するのが相当である」と判示した¹⁰⁷。これは判例における信頼の原則のリーディングケースであるといわれている¹⁰⁸。

本判決によると、自動車運転手は、他の自動車運転手が規則遵守的な行動をするであろうと信頼することが許され、特段の事情のない限り、他の運転手があえて交通法規に違反した行動を取ることを予想した上で事故発生の防止措置を講じることを義務付けられないとされる。ここでも信頼の原則は、先程と同様に、許された危険と危険の分配の法理を基に理解されている。

最判昭和42年10月13日刑集21巻8号1097頁¹⁰⁹は、自動車運転手の過失判断における信頼の原則の意義について以下のように説明している。すなわち、「車両の運転手は、互に他の運転手が交通法規に従って適切な行動に出るであろうことを信頼して運転すべきものであり、そのような信頼がなければ、一時といえども安心して運転をすることはできない

¹⁰⁶ 事案は、被告人は、左側方のみを注意して右側方の安全を確認せず時速5キロメートルで右折を開始したとき、自身に進路を譲ってくれるために停車すると即断した被害者が右側方から第二種原動機付自転車を運転し走行してくることに約5メートルの距離まで接近してからはじめて気づき、直ちに急停車したが自車を被害者の車両に衝突させて、被害者に傷害を負わせたというものである。

¹⁰⁷ 更に本判決は、原判決が過失認定の際に着目した「被告人の車の一時停止のため、右側からくる車両が道路の左側部分を通行することは困難な状況であったとか、本件現場が交通頻繁な場所であることなどの事情は、かりにそれが認められるとしても、それだけでは、まだ前記の特別な事情にあたるものとは解されない」とした。

¹⁰⁸ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第11巻』第3版 青林書院 2014年 17頁(和田雅樹)は、本判決は「交通事故というより一般的な場面において、正面から信頼の原則を適用したものであり、先例的価値が高いとされている」と述べている。なお戦後昭和30年代には、自動車運転手の過失を否定する際に信頼の原則を認める地裁ないし高裁判決がなされた一方、自動車運転手に対して厳格な過失責任を認める最高裁判例がみられた。

¹⁰⁹ 事案は、被告人が第1種原動機付自転車を運転して幅員約10メートルという見通しの良い道路を進行し、進路右側の小路に入るためにセンターラインの若干左側から右折合図をしながら時速約20メートルで右折をしたところ、時速60ないし70キロメートルで被告人の車を追い越そうとしていたAの第二種原動機付自転車で気づかずこれと衝突し、Aを死亡させたというものである。

ものである。そして、すべての運転者が、交通法規に従って適切な行動に出るとともに、そのことを互に信頼し合つて運転することになれば、事故の発生が未然に防止され、車両等の高速度交通機関の効用が十分に発揮されるに至るものと考えられる。したがって、車両の運転者の注意義務を考えるに当たっては、この点を十分に配慮しなければならない。

このように信頼の原則を理解した上で本判決は被告人について、「センターラインの若干左側から、右折の合図をしながら、右折を始めようとする原動機付自転車の運転手としては、後方からくる他の車両の運転手が、交通規則を守り、速度をおとして自車の右折を持つて進行する等、安全な速度と方法で進行するであろうことを信頼して運転すれば足り、本件 A のように、あえて交通法規に違反して、高速で、センターラインの右側にはみ出してまで自車を追越そうとする車両のあることまでも予想して、右後方に対する安全を確認し、もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務はない」と判示した。

本判決は、信頼の原則により、自動車運転手の間では交通規則に適った行動をするであろうとの相互的信頼が許容されるという。このような信頼は、特段の事情により否定されうるのものであり、一般に許容されるにとどまる。ただその結果として、他の運転手が「あえて」交通規則違反を見込む必要がないとされている。このような思考は、先の危険の分配の法理を基づくものといえる。

第 3 款 信頼の原則の適用限界

ここまでにみた諸判例によると信頼の原則は特段の事情がない限り適用されうるとする。しかし同原則の適用を否定する特段の事情がどのようなものであるのかは個別具体的事案の中で確定されるものである。判例の集積からすると、以下のような諸事情が信頼の原則の適用を否定する方向に働くものであると解されている。

第一に、行為者の交通規則等の違反が危険を増大させるといえる場合、信頼の原則は適用されないとする。例えば被告人が大型貨物自動車を三差路で規則に反した形で右折させた際に後続して被告人者を追い越そうとした被害者の原動機付自転車に自車をさせて同人を死亡させた事案につき、東京高判昭和 43 年 8 月 28 日判時 541 号 88 頁は、被告人の右折方法は、規則に適った方法よりも後続車両との衝突の危険を一層伴うことは明らかであるから、被告人は右折にあたり後続車両との安全を十分確認する等の注意義務があったにもかかわらずこれを怠ったとして、被告人に過失を肯定した¹¹⁰。最高裁も類似の立場をとり、最判昭和 47 年 11 月 16 日刑集 26 卷 9 号 538 頁は、自動車をする被告人が当時の道交法に反して交差点手前 6 メートルの点から右折を開始したところ、後方から中央線を右側にはみ出して高速度で追い越そうとした被害者の運転していた自動二輪車と接触した事案につき、被告人の右折方法が「規定に従った右折方法により場合に比し、直ちに対向車線内で後続車との衝突の危険が一層増大するものとは認めがたい」として、被告人にとって被害者の

¹¹⁰ 更に、大型貨物自動車を運転していた被告人の左折方法の危険性に着目して過失を認定したものとして、東京地判昭和 47 年 8 月 1 日判時 690 号 100 頁がある。

無謀な運転を予期しえた等の特段の事情がない限り、被告人に過失を認めることはできないとした。なお行為者の交通規則違反が、直ちに信頼の原則の適用を妨げないということは、すでに最判昭和 42 年 10 月 13 日によって認められている。本件被告人は右折時に道路交通法によって義務付けられていたいわゆる二段階右折をしなかったが、この交通規則違反は、被害者の高速度での追い越しがありうることも予想して事故発生を未然に防止すべき「注意義務の存否とは関係のないことである」と述べ、信頼の原則の適用によって被告人の過失を否定した。この判示から学説では、行為者自身の交通規則違反が相手方の行動に影響を与えるものではない場合、または自身の規則違反が相手方にとって既成事実となっているために相手方の適切な対応が予測される場合には信頼の原則の適用があるという理解が提示されている。

第二に、事故の相手方が典型的に欠けるか減少しているといえる場合、信頼の原則の適用が否定されやすい。特に判例は相手方が児童であった場合、被告人の過失を肯定している。例えば東京高判昭和 42 年 9 月 21 日高刑集 20 卷 4 号 553 頁は、被告人が道路左側に 7 歳の自動を見かけたにもかかわらず自転車を減速させて進行したところ、児童が急に道路上に駆け出したために急制動をかけても間に合わなかったために自転車を児童に衝突させた事案につき、児童が「容易に不測の行動に出ることを予想された」として被告人の過失を認定した¹¹¹。これに対して最決昭和 45 年 7 月 28 日判時 605 号 97 頁は、普通貨物自動車を運転していた被告人がバスから下車した道路を横断しようとしてその後方から出てきた 4 歳の女兒に自転車を衝突させて死亡させた事案につき、「原審が、被害者が 4 才の幼児であることを理由にして、信頼の原則の適用を否定したのは、正当ではない」として、事故の相手方が 4 才の児童であったとしても信頼の原則の適用がありうることを指摘している¹¹²。また事故の相手方が老人である場合¹¹³や酩酊者であった場合¹¹⁴について信頼の原則の適用を否定したものが存在する。これに対して事故の相手方（被害者）が歩行者や自転車運転手の場合、判例は信頼の原則の適用を広く認めている¹¹⁵。最判昭和 46 年月 25 日刑集 25 卷 4 号 655 頁は、大型貨物自動車と自転車との衝突事故につき、「あえて法規に違反し自転車の左方を強

¹¹¹ その他に児童との接触事故につき信頼の原則の適用を否定したものとして、大阪高判昭和 45 年 8 月 21 日高刑集 23 卷 3 号 577 頁、広島高判昭和 57 年 10 月 15 日高刑速（昭和 57 年）570 頁等がある。

¹¹² もっと本判決は本件の道路状況その他の事情からすると、バスを下車した人が直後に道路を横断しようとすることがありうることを予見可能することが客観的にみて不可能ではなかったとされたため、信頼の原則の適用を否定して被告人に過失を認めた。

¹¹³ 大判大 15 年 2 月 14 日刑集 5 卷 17 頁。

¹¹⁴ 東京高判昭和 32 年 11 月 19 日東高刑時報 8 卷 12 号 402 頁。

¹¹⁵ 歩行者との関係において信頼の原則の適用を認めたものとして、例えば名古屋高判昭和 34 年 3 月 16 日、大阪高判昭和 42 年 10 月 7 日高刑集 20 卷 5 号 628 頁、大阪高判昭和 63 年 7 月 7 日判タ 690 号 242 頁等がある。自転車との関係において適用を認めたものとして、例えば東京高判昭和 42 年 12 月 15 日判タ 221 号 263 頁、広島高判昭和 43 年 7 月 19 日下刑集 10 卷 7 号 715 頁、大阪高判昭和 44 年 3 月 14 日刑月 1 卷 3 号 202 頁等がある。

引に突破しようとする車両のありうることまでも予想した上での周到な後方安全確認をなすべき注意義務はないものと解するのが相当であり、後進車が足踏自転車であつてもこれを例外とすべき理由はない」として、信頼の原則の適用を認めた。

第三に、行為者が相手方の規則違反等の不適切な行動を認識しているかそれらを（容易に）予見可能であった場合には、信頼の原則は適用されないということは多くの諸判例によって認められている。例えば最判 42 年 3 月 16 日判時 480 号 67 頁は、対向車が被告人の運転する車両の進路である道路の左側部分を通り容易に右側に転じない場合、「自動車運転手としては警音器を吹聴して対向車に避譲を促すとともに、すれ違っても安全なように減速して道路左端を進行するか、一時停車して対向車の通過を持って進行するなど、臨機の措置を応じて危害の発生を未然に防止すべし注意義務がある」として信頼の原則の適用を否定した¹¹⁶。また被告人が道路状況等からして前方注意義務を尽くしていれば他者の不適切行動を認識しえた場合¹¹⁷、あるいはそのような行動が被告人の事故現場の交通事情に関する認識から予見可能であったといえる場合¹¹⁸、信頼の原則の適用は否定される。

第 3 項 道路交通以外の領域への信頼の原則の適用

判例は、道路交通における事故のように加害者（信頼する者）と被害者（信頼される者）が対向型の過失類型のみならず、複数人が分業ないし共同作業を行う場合にも信頼の原則の適用を認めている。判例における信頼の原則のリーディングケースが道路交通における最判昭和 41 年 12 月 20 日であるとする見方からは、判例は同原則を道路交通以外にも「拡大」したといわれる。

判例は、特段の事情のない限り、道路交通において自動車運転手をはじめとする交通関与者は互いに交通規則に従った事故の防止措置を講じることを信頼することができるという。ここでは、交通法規を基礎とした危険防止の負担が関与者らに分配されるとする。しかし分業的な共同作業においては、通常交通規則のような詳細なルールは存在しない。ゆえに信頼の原則が適用されるとしても、いかなる事情から共同作業を行う者の「適切な行動」が想定されうるのか（各人に危険防止の負担が分配されるのか）、そして「特段の事情」とは何かが問われる。

¹¹⁶ 更に大阪高判昭和 42 年 8 月 29 日下刑集 9 卷 8 号 1056 頁を参照。

¹¹⁷ 例えば東京高判昭和 49 年 11 月 26 日東高刑時報 25 卷 11 号 104 頁、東京高判昭和 55 年 3 月 4 日刑月 12 卷 3 号 69 頁、東京高判 59 年 11 月 28 日判時 1157 号 162 頁等がある。

¹¹⁸ 例えば、仙台高判平成 5 年 2 月 1 日判時 1501 号 160 頁は、事故現場では夜間の時間帯には閑散としていて制限速度を超過して走行する車両が稀ではないことを、被告人が認識していたことから、右折時には対向者の動静に注視し、一時停止して直進者の通過を妨害しないようにして右折進行すべき注意義務を被告人に認めた。その他には、福岡高判昭和 56 年 8 月 27 日判時 1053 号 191 頁、東京高判平成 10 年 12 月 1 日東高刑時報 49 卷 1=12 号 84 頁等がある。

第1款 対等関係における分業体制や役割分担の評価

先のような作業ルールが存在しない場合、判例は、職制や契約等に基づく分業体制や役割分担の内容を手掛かりとして、信頼の原則の適用を判断しているように思われる。

すでに「水平的」分業での事故に信頼の原則を適用したものとして、映画撮影時の事故に関して映画監督の過失が問われた東映琵琶湖岸撮影火傷事件控訴審判決（大阪高判昭和39年1月30日）¹¹⁹がある。本判決は、被告人が専属契約に基づいて監督業に従事し、他のスタッフを選任、監督する関係ではなく「横の協力関係において共に映画製作に従事していた」のであり、本件ロケーションにおいては映画の演出効果を担当しており、その他の業務については「一々具体的には何ら関係をもしなかった」と認めた。加えて、ロケーション規定によると本件ロケーションの安全管理の責任者はUであり、Uが「本件ロケーションに際し不測の事故発生を未然に防止すべき第一次の業務上の注意義務がある」とした。これらの認定を基礎として、「被告人は監督として本件映画の芸術的演出にその主要な任務がある」のであり、各部門の担当者に対して指揮、監督する権限はなく、「各部門の担当者を信頼し…それぞれ善処して負傷等の不慮の事故を招くが如きことはないと確信し、ひたすら本件映画の芸術的演出のみをねらった撮影に専念したことはむしろ当然」であるとし、被告人の監督責任を肯定した原判決を破棄し、被告人に無罪を言い渡した。

危険防止措置に関する役割分担の明確性が問題となったものとして、横浜市大病院患者取違事件がある。第一審判決¹²⁰は、本件病院内においては声掛けやカルテ等によって患者の同一性確認が相当の注意をもってなされていたと認めた。そのため手術の関与者らの間では同一性確認について役割分担がなされていたとして、各人の職責に応じた過失責任を認め、心臓手術において麻酔導入前に同一性確認を実施し、麻酔導入後に抱いた患者の同一性に関する疑念を他の医師らに提起し、看護師をして病棟に問い合わせを行った（最も若い「ファースト」の）麻酔科医の過失を否定した。これに対して上告審決定¹²¹は、患者の同一性確認は医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であって、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護師の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましいとし、本件病院における同一性確認に関する慣行は不十分であったと評価した。そして上告審決定は、手術に関与する医師、看護師等は「各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」として、他者による同一性確認を信頼することは許されないとして、同一性確認を自ら

¹¹⁹ 大阪高判昭和39年1月30日判時373号48頁。本件においては、映画のロケーションとして、浜辺に建てた7、8戸の建物に模した藁葺のセットを一举に燃え上がらせ、多数のエキストラに逃げ惑わさせるとともにセットの前面において海賊に扮した役者に演技をさせるというシーンをワンカットで撮影した際、燃えやすい建物のセットに燃焼剤を使うなどしたためにセットが猛烈な勢いで燃え上がったために44名が負傷し、映画監督として当該のシーンを構想し、それを他のスタッフと共に撮影を行った被告人が起訴された。

¹²⁰ 横浜地裁平成13年9月20日刑集61巻2号149頁。

¹²¹ 最決平成13年3月26日刑集61巻2号131頁。

確実に実施しなかった被告人の過失責任を肯定した。

北大電気メス事件控訴審判決¹²²も、起訴された執刀医と看護師には水平的分業またはこれに類似の分業関係にあったとみた上で、前者の過失を否定したように思われる。

本判決によると、電気メスの接続点検は、看護師が所属する手術部の任務であって、電気メスのケーブル点検は「極めて単純容易な補助的作業に属する」ものであり、当該作業を実施した看護師は「経験を積んだベテラン」であったと認定した。他方、本件手術の「成否の鍵を握るのは執刀医の執刀」であり、「チームの成員による補佐があるとはいえ、執刀そのものは常に執刀医のみに課せられた作業であつて、他の者の代りうるところではな」く、本件手術には、執刀医より経験・能力に優れた医師が指導医兼助手として関与していたことから、少なくとも執刀医は「指導医を凌駕してチームを指揮・統率すべきまでの地位になかつた」とした。加えて、電気メスのケーブルの接続が、看護師のみならず執刀医をして二重、三重に点検されるべきか否かが問題となるどころ、「看護婦の措置を信頼する余地を許さないとするは、当該医療行為における医師の役割や医師による点検の実施が当該医療行為自体に及ぼす影響をも無視することになり首肯しうるところではな」く、指導医もしくは助手による点検も考えられるのみならず、本件当時の他の医大の手術室で実施されていた電気メス本体とケーブルの色テープによる区別も誤接続防止に有効であったこと、機器自体の事故防止は本来的には手術部が講じるべきものであったのであり、「誤接続防止のため他にとりうべき方策がありうるのにその措置がとられない状態で、執刀医にのみその負担を代替させることは……合理的であるとはいえない」とした。

これらの諸事情から、執刀医が電気メスのケーブルの接続に関して看護師の「作業を信頼したのは当時の具体的状況に徴し無理からぬものであつたことを否定できない」とし、執刀医が、電気メスの変調の認識を端緒として「ケーブルの誤接続による傷害事故発生を予見してこれを回避すべくケーブル接続の点検をする措置をとらなかつたことをとらえ、執刀医として通常用いるべき注意義務の違反があつたものということとはできない」と判示した。

本件手術に関する執刀医と看護師の分業体制の評価は学説上が分かれている。執刀医への信頼の原則の適用に関して重要となるのは、診察部と手術部の関与者らの分業であるとするならば、両者が対等な関係あつたと捉える余地がある¹²³。このような両者の関係性の理解は、執刀医が、電気メスのケーブルの接続を点検すべき注意義務という看護師と同質の義務を負っていたのかを問題とすることになる。対して、本件執刀医と看護師は、垂直的分業の関係にあるとみる見解もみられる¹²⁴。医師は、看護師との関係において、通常は監督的地位に立つからである。また、信頼の原則の適用に関しては関与者らの間に明確な分業体制・

¹²² 札幌高判昭和 51 年 3 月 18 日高刑集 29 卷 1 号 78 頁。

¹²³ 例えば、井田良「医療事故と刑事過失論をめぐる一考察」高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古祝賀論文集 [上巻]』所収 成文堂 2014 年 617-619 頁、

¹²⁴ 例えば、花井哲也『過失犯の基本構造』信山社 1992 年 239 頁、古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定の在り方について」川端博他編『理論刑法学の探求⑤』成文堂 201 年 所収 19-21 頁等。

役割分担が必要であるという見地から、本件にはそれが欠如していたという理解もみられる¹²⁵。

冒頭にあげたコストコ事件の控訴審判決は（水平的な）分業体制・役割分担の下で、被告人が自らの注意義務（配慮義務）を果たしたのみならず、他者の不適切な行動（危険な設計構想を共有していたこと）を予見しえなかったことを理由として、被告人の過失が否定された。

これに対して、温泉施設の爆発による死傷事故につき、その施設の設計を担当した被告人の過失が問われた渋谷シエスパ事件においては、温泉施設の一次処施設の保守管理事項に関する施工主への説明は、会社の内規上、施工担当者がなすべきものであった。そのため弁護人は、設計担当であった被告人は当該施設の保守管理事項を施工主に対して適切に説明することを信頼しえたと主張した。

第一審判決¹²⁶は、内規上は被告人が施工担当者を指揮・監督する立場にないことを認めつつも、「設計部門担当者が設計意図を施工部門の担当者に適切に伝えるなどし、取扱説明会等で施工部門が設備の保守管理につき安全上遺漏のないように的確な説明がなされるように配慮していれば、特段の事情のない限り施工部門の担当者を信頼し、設計部門の担当者が、施工部門の行う説明内容を逐一説明するなどの万全の配慮を行うまでの必要はないともいえる」とし、被告人が施工担当者に当該施設の保守管理事項を適切に説明していなかったため、信頼の原則は適用されないと判示した¹²⁷。この点について控訴審判決¹²⁸および上告審決定¹²⁹も是認し、上告審決定は、被告人は施工担当者を「信頼する前提がない」とした。

本件においては被告人が一次処理施設の保守管理事項を施工担当者に遺漏なく伝達するための「配慮義務」を履行することが、信頼の原則適用の前提であると評価されている。そして被告人は当該義務の不履行によって保守管理上の危険を創出したために、他者への信頼が許されないと解されている。本件における被告人の配慮義務の違反は、判例が信頼の原則の適用を妨げる自動車運転手自身の規則違反による危険の増大という事情と同様に取り扱われている。

組織内部の職制から生じる水平的な分業からすると危険防止措置が他者に割り当てられ

¹²⁵ 飯田「判批」 51頁、船山 医事法判例百選 187頁、更に中谷 昭和49年度重判解139頁も参照。

¹²⁶ 東京地判平成25年5月9日刑集70巻5号210頁。

¹²⁷ 第一審判決は、「確かに、大成建設の内部規定及び実務慣行上、設備取扱説明会の実施責任者は施工部門の担当者とされ、通常、設計部門の担当者が関与することはなく、また、設計担当者が施工担当者を指揮・監督する立場にもないことが認められる。設計部門担当者が設計意図を施工部門の担当者に適切に伝えるなどし、取扱説明会等で施工部門が設備の保守管理につき安全上遺漏のないように的確な説明がなされるように配慮していれば、特段の事情のない限り、施工部門の担当者を信頼し、設計部門の担当者が施工部門が行う説明内容を逐一説明するなどの万全の配慮を行うまでの必要はないともいえる」。

¹²⁸ 東京高判平成26年6月20日刑集70巻5号312頁。

¹²⁹ 最決平成28年5月25日刑集70巻5号117頁。

るとしても、行為者自身が結果発生の危険を創出したといえる場合、職制上の任務分配は過失判断の指針とはならないのみならず、行為者は当該の他者を信頼することは許されず、創出した危険を除去すべき義務を負うとされた。

第3款 監督過失事案における信頼の原則

判例は、従来から組織において監督的地位にある者にも信頼の原則の適用を認めている。

例えばコンテナ製造工場内で天井のクレーンによりコンテナに接触し足場支柱との間に挟まれて圧死した事故について、現場責任者であった被告人が起訴された大阪高判昭和50年8月29日高刑集28巻3号329頁は、本件工場内ではコンテナ作業に関するルールが周知徹底されていたこと、被告人がコンテナ吊り上げの際にコンテナと足場台の間に人がいないことを確認していたことから、被告人の監督責任を否定した。これによると、被告人は「吊り上げられたコンテナに近寄らないであろうことを信頼してクレーン操作を指揮すれば足り、他の作業員が、あえて右ルール及び警告に反して移動中のコンテナに近づきこれと足場台の支柱との間にはさまることのありうることもまでも予想して、移動中のコンテナに近づきこれと足場台との間の安全を確認し、もって事故の発生を未然に防止すべき注意義務はないものと解するのが相当」とした¹³⁰。

ここでは、問題となる危険の防止に関する作業ルールが被監督者らの間で周知徹底されていたこと、および被害者がそのルールを遵守しないことを予見させる事情が存在しなかったこと等を理由として、監督的地位にあった被告人が、被害者（被監督者）の適切な行動を信頼することができることとされた。

ボイラーマンの過失により発生した火災に対して下位者（見習看護婦および夜警員）が不適切な非難誘導等を実施したために新生児や入院患者が死亡した火災に対する監督責任が問われた白石中央病院事件控訴審判決¹³¹は、病院の経営及び管理部門全体を統括し、診察部門全体を監督する地位にあった病院長の監督過失を否定した。病院長は、その職責からして、出火に備えた救出や避難誘導活動を負担すべきであったが、その「立場から考えると、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……救出活動ないし避難誘導活動が現実に実行されないであろうという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都までというのは行過ぎといわざるを得ない」とした。

そしてすでにみたように、最高裁も日本アエロジル事件上告審判決¹³²において、「安全教

¹³⁰ 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（下）」法曹時報30巻3号（1978年）25頁は、本判決を「判例上確立した信頼の原則適用の際の用語例を、工事災害の際の過失認定にそのまま使用した先駆的な判例」とであると評している。類似の判例として、例えば高知地安芸支判昭和43年12月17日下刑集10巻12号1231頁、福島地判昭和42年6月7日下刑集9巻6号841頁、大阪高判昭和51年12月21日判時859号107頁、大阪高判昭和62年10月14日判時1264号137頁等がある。

¹³¹ 札幌高裁昭和56年1月22日刑月13巻1・2号12頁。

¹³² 最判昭和63年10月27日刑集42巻8号1109頁。

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」として、被監督者に対して信頼の原則を適用されうることを認めている¹³³。そして、検察が訴因として挙げた被告人自ら現場を巡回する等の注意義務は、被告人が安全教育等を徹底すれば熟練技術員らに直接行為者の監督を信頼しうるために「過大な義務を課す」とした（特段の事情によって信頼することができない場合、「そもそも未熟練技術員を技術班に配置すること自体が許されない」ことになるとする）。

反対に、監督的地位にある者が被監督者への指導教育等の自らに要請される措置を履行しないならば、被監督者に適切な行動を信頼することはできない、ということになる。

例えば、新潟地判昭和 53 年 3 月 9 日判時 893 号 106 頁は、液化塩ビモノマーが噴出する危険のあるストレーナーバルブの操作にかかるハンドル回しの使用方法に関して作業員を全く教育していなかったことから、作業員の適切な行動を信頼することができず、作業員の不適切な行動を被告人らが予見可能であったとして、両名には過失責任が肯定された。

また、広島地判平成 8 年 3 月 28 日判タ 949 号 97 頁も、橋梁架設工事中の橋桁効果作業に習熟していない作業員らは何らの指導も監督も受けることなく作業に従事したために生じた死傷事故について、橋梁架設工事の元請会社の工事部長、工事現場代理人、現場代理人補佐であった被告人らにそれぞれ過失を肯定した。ここでも、作業員らの指導・監督の不実施が特段の事情として取り扱われ、被告人らの他者（特に作業員ら）に対して信頼することは許されないとした。

監督者への信頼の原則の適用可能性について、問題となる危険防止に関する被告人らの分業体制の細やかな評価が重要となったものとして、埼玉医大事件上告審決定¹³⁴がある。本件は、大学附属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者に対する化学療法（VAC 療法）を実施した主治医が、抗がん剤の投与計画の立案にあたって文献を誤読し、週 1 回投与すべき抗がん剤を連日投与するとともに、その副作用に適切に対応することなく患者を死亡させた事案につき、診療科長であった被告人の監督責任を肯定した。

本件耳鼻咽喉科においては、指導医と主治医と研修医からなるチーム内で立案した治療方針を、医局会議を経て、科長が最終的に決定する体制がとられていた。このような職制に加えて、主治医の過失が文献の誤読という単純なミスであるのみならず、これを指導医も看過していたという事情があったため、指導医を含めた患者の担当医の上位の立場であった被告人に過失責任が成立しうるかが問題となりえた。

本決定は、被告人は VAC 療法について自ら調査検討し、立案された投与計画の誤りを是正すべき注意義務、そして同療法の副作用に関しても自ら調査検討し、主治医ら副作用時の対応を事前に指導し、副作用発現時には報告するよう指示すべき注意義務を負っていたにもかかわらず、これらを怠ったとし判示した。本件には、被告人は主治医の経験の浅さから

¹³³ 本件被告人については、監督者として果たすべきであった被監督者への安全教育等を適切に実施しなかったために過失責任が肯定された。

¹³⁴ 最決平成 17 年 11 月 15 日刑集 59 卷 9 号 1558 頁。

同人の指導監督する必要があると考えていたこと、本件被害者の症例（右顎下滑膜肉腫）が極めて稀であり、同科には同症例の臨床経験を持った医師がおらず、治療方法や上記抗がん剤の毒性や副作用等に関して十分な知識を有する医師もいなかった、という事情があった。このような諸事情から、被告人は、職制上は患者の治療するチームの統括者であったが、本件患者との関係においては、主治医とその指導医を指導監督すべき立場にある者と評価されている。

これらの諸判例は、監督者が自らの職責等から要請される安全体制の確立や、被監督者の指導教育（体制の構築）やその者への的確な指示等の措置を講じることが、監督者が被監督者を信頼しうるための前提条件として取り扱われている。

そして、日本アエロジル事件上告審判決によると、作業班の従業員を配置する権限を有する責任者と末端の未熟練な従業員（技術員）との関係においても、信頼の原則の適用可能性がありうるとされる。もっとも本件においては、責任者と作業員の間、後者の指導能力を有する者が配置されていたことが重要である。この者に未熟練な従業員の指導を委任しうる状況であったため、責任者が果たすべき注意の内容が制限されたといえる。

そうではなく、監督者が、一定の任務について未熟な被監督者を直接的に指導監督するのであれば、監督者へ信頼の原則を適用する余地は少なくとも限定され、場合によってはその余地が認められないことになるであろう。例えば、日航機ニアミス事件上告審決定¹³⁵は、指導監督者であった航空管制官は、実地訓練中の航空管制官の不適切な管制指示を直ちに是正し、事故発生を未然に防止するという注意義務を負っていたにもかかわらず、これに違反したと評価され、信頼の原則適用の余地は認められなかった。

第4項 森永ドライミルク事件における信頼の原則

最後に、複数の立場の異なる者らとの間の信頼関係が問題となり、工場長であった被告人への信頼の原則の適用に関する判断が三度変遷したものとして、森永ドライミルク事件¹³⁶がある。

第1款 組織間の信頼の原則

¹³⁵ 最決平成22年10月26日刑集64巻7号1019頁。

¹³⁶ 本件は、森永乳業徳島工業が製造した乳児用調製粉乳にヒ素が混入されていたために発生した死傷事故についての過失責任が問われた。粉乳にヒ素が混入した経緯は次の通りである。森永乳業徳島工場は、地元の有力な薬商であった協和産業から第二リン酸ソーダを合計13回購入して粉乳の安定剤として使用していた。しかし協和産業から第10、11、13回目に購入した薬剤は第二リン酸ソーダと外観が類似していたが、化学成分の点でそれとは異なりかつ多量のヒ素を含有した特殊化合物（「松野製剤」）であった¹³⁶。本件においてはこの事故に関する製造課長および工場長の監督責任が問われた。被告人らには、部下をして第二リン酸ソーダ購入の際に予め局方品や試薬等の規格品を指定するか、その使用の際に化学的検査を行う注意義務の存否が問われた。

旧第一審判決¹³⁷は、組織体同士の関係に信頼の原則を適用することによって、被告人らの過失を否定した。これによると、工業用第二リン酸ソーダ自体は安全な薬品であったこと、当時は松野製剤のような第二リン酸ソーダの粗悪品が納入されてくる可能性を予測できなかったこと、協和は信用ある商店であってこれまで森永に納入されたものに全然事故がなかったことから、協和がこれまでと同様の品質のものを納入するであろうという森永の信頼は法的に許容され、かつ信頼を動揺させるような特別の事情は認められないとした。ここでは最終的には被告人らの監督者責任を否定したが、その実質的根拠は森永と協和産業の間の（水平的な）信頼関係の保護に基づいている¹³⁸。

しかし控訴審判決¹³⁹は、高速度交通機関の運転手に信頼の原則がありうるのは、運転手が他者の不適切な行動を常に想定して事故防止のために最善の策を講じなければならないならば高速度交通危険の迅速性が著しく損なわれてしまう恐れがあるためであり、このような事情が食品製造業者である森永と薬品製造業者や販売業者との関係には認められないとした。そのために森永と協和との関係には「信頼の原則が適用される余地は全くない」とし判示した。その上で、被告人らには規格品の指定ないし化学的検査をすべき注意義務を負っていたとして両名に過失を認定した¹⁴⁰。

第2款 徳島工場内での職制に基づく注意義務の分配

差戻後第一審判決¹⁴¹は、控訴審判決と同様、森永は食品製造業者として製造した食品の安全性を消費者に保証すべきであって、「消費者に危険を転嫁するような形で手抜きをすることは許されない」とする一方、「本件のような場合においても企業内の同僚相互間の信頼関係に基づく信頼の原則が適用され」うると述べた。

製造課長は、自ら第二リン酸ソーダの研究を行い、第二リン酸ソーダの使用についての最高責任者であったことから、第二リン酸ソーダの類似有毒品が紛れ込むことを防止するために監督すべき立場にあったと認めた。そのため製造課長には製造副主任をして、規格品を使用させるべき注意義務の違反、そして工業用第二リン酸ソーダを使用するときには化学的検査を実施させるべき注意義務の違反を認定した。

これに対して工場長には以下の理由から無罪が言い渡された。まず、規格品の発注使用に関する監督義務に関する判示は以下の通りである。規格品である第二リン酸ソーダの発注依頼をなすべき直接の責任は製造課副主任に、その発注依頼が規格品でない場合に職責上こ

¹³⁷ 徳島地判昭和38年10月25日下刑集5巻9・10号977頁。

¹³⁸ 森永は食品製造業者としてたしかに消費者に対して製造した食品の安全性を保証する責任を負うといえる。しかし旧第一審判決のように協和産業に対する信頼を許容するならば、森永は消費者に対する製品の安全性の保証を果たしていたといえることができるであろう。

¹³⁹ 高松高裁昭和41年3月31日高刑集19巻2号136頁。

¹⁴⁰ 本判決に弁護側が上告したが最高裁（最判昭和44年2月27日刑集170号383頁）は控訴審判決を是認し、事件を第一審に差し戻した。

¹⁴¹ 徳島地判昭和48年11月28日判時721号7頁。

それを是正する義務は製造課長にあった。第二リン酸ソーダを含めた製造に要する日用品小物資材の購入は事務課長の専決事項であった。それゆえ日用小物資材であって新規購入の薬剤にも当たらない本件第二リン酸ソーダの発注使用について、工場長は副主任や製造課長に直接具体的に指揮監督する職責がなく、仮に製造課長以下同課員において第二リン酸ソーダの発注使用について瑕疵があっても、これを職責上事前の検閲あるいは承認更には事後における点検等によって是正する機会を有しないと判示した。次に、部下をして化学的検査を行わせるよう監督する義務は、専門技術上の問題であるから、事務系出身であった工場長の「職責外というべきである」と判示した。

第5項 分析

概観した我が国の諸判例から読み取れる信頼の原則の適用に関する判断は、基本的にドイツ判例と同様の構造を有していると思われる。すなわち、まず、他者が適切な行動を信頼するであろうという信頼が、一般に許容されるのかどうか判断され、その信頼が個別の場合における具体的な他者との関係においても許容されたであろうかが問われているように思われる。つまり、ここでも他者に対する信頼の許容判断は二段階で行われていると考えられる。

我が国の判例に特徴的であるのは、信頼の原則を採用するにあたって「危険の分配」という思考を参照する点である。危険の分配は、これに言及する判例において、道路交通を含めた高速度交通において、その関与者らが適切な行動をするであろうという信頼を一般に許容する機能を有しているように思われる。それゆえ危険の分配は、判例において、信頼の原則の適用の判断構造の一部をなしているといえるが、それのみによっては信頼の原則の適用範囲は確定されえない。我が国の判例にとっても、信頼の原則の適用の要件は、主として、個別の場合に他者への信頼の許容を覆す特段の事情に関する行為者の予見可能性の有無である。

共同作業の領域においては、我が国の判例は、その相手方としての他者に対する信頼の一般的な許容を一律に是認するのではなく、ドイツの判例と同様、行為者らの間に分業体制や役割分担が明確に成立していたのかによって、他者に対する信頼の許容の可否を判断しているように思われる。監督過失が問題となる場合においては、監督的地位にある者が安全体制の確立や指導教育を実施することが、被監督への信頼の許容判断にとって重視されている。これは、被監督者の行動の危険性を除去するための措置といえ、ドイツの判例における指導義務に対応したものといえる。行為者らの間に分業体制が確立していたのかは、職制や契約内容や、法令、各人の地位や権限等、種々の事情を考慮した上で判定されている。もっともこの点に関する判例の評価については、北大電気メス事件をはじめとして、学説から別様の評価がありうる場所である。

いずれにしても、そのような他者への信頼を許容するためのいわば前提条件が充たされないのであれば、不適切な行動をした他者との関係において、行為者に信頼の原則の適用可

能性が否定されている。これは、分業の危険性が除去されていないため、行為者にとって他者の不適切な行動に関する予見可能性が肯定されやすいといえるかもしれない。もっとも、日本アエロジル上告審決定は、監督者が被監督者を信頼しえないとしても、監督者が被監督者の行動の危険を防止するために講じるべき措置には、両者の職制上の関係性に鑑みて、一定の限界があることを示唆している。

そして判例は、分業体制の確立によって許容された信頼を否定する特段の事情が存在していたのかを検討している。判例において、共同作業における特段の事情として扱われているのは、「シエスパ事件」のように、行為者が自らの任務遂行の際に危険を創出することや、他者の不適切な行動に関する予見可能性が認められることである。他者の不適切行動の予見可能性判断は、すでになされた分業体制の評価の影響を大きく受けているように思われる。このことは、北大電気メス事件やコストコ事件に当てはまる。行為者と他者の分業関係を医師と看護師や、構造設計担当者と意匠設計担当者という具合に大まかな形で捉えれば、行為者には他者に対する監督やその行動への配慮を要請しやすくなるために、他者の不適切な行動に関する予見可能性が肯定されやすいといえる。

第3節 信頼の原則の法的性質を巡る議論の概観

我が国の学説上、信頼の原則の議論として一般になされているのは、その適用がもたらす法的効果、またはその解釈論上の位置付けである。この議論の問題意識は、我が国の判例が（新たな）過失限定の原理として承認した信頼の原則を、既存の過失犯論（特に過失構造論）の下で信頼の原則をどのように理解すべきか、というものである。学説上、信頼の原則の法的性質を予見可能性にかかわるものと解するのか、それとも「義務」にかかわるものと解するのかについて争いがある。

第1款 学説状況

過失犯の違法性を法益侵害結果と解し、過失犯の本質を責任段階の結果の個人的な（具体的）予見可能性に求める旧過失論および修正旧過失論は、過失を否定する信頼の原則を、予見可能性を否定する原理と解するのが一般的である¹⁴²。信頼の原則の適用は、行為者には他者の不適切な行動が予見可能でなかった、ということの意味する。なお、一部の論者らは、責任段階における予見可能性は、行為者の個人的（主観的）なものであり、他者を「信頼す

¹⁴² 例えば、曾根威彦『刑法総論』第4版 弘文堂 2008年 176頁、内藤謙『刑法講義総論(下)I』有斐閣 1991年 1148頁、西田典之・橋爪隆『刑法総論』第3版 弘文堂 2019年 288-289頁、平野龍一『刑法総論I』有斐閣 1972年 197-198頁、前田雅英『刑法総論講義』第7版 東京大学出版会 2019年 216-217頁、同「予見可能性と信頼の原則」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古希祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』成文堂 2006年 78頁、町野朔『刑法総論講義案I』第二版 信山社 1998年 292-293頁、松原芳博『刑法総論』第2版 日本評論社 2017年 299頁、松宮孝明『刑法総論講義』第5版補訂版 成文堂 2018年 224頁、山口厚『問題探求 刑法総論』有斐閣 2002年 164頁。

るといふことは内心の問題であつて主観的要素であるから責任の次元でとらえるべき」であると主張する¹⁴³。これは過失の本質を責任段階の主観的予見可能性に求める旧過失論の立場から、信頼の原則の法的性質の理解を、積極的に説明するための試みといえる。ただ、行為者の内心の問題としての「信頼」の理解は、(修正)旧過失論内部で共有されているわけではない。

なお、新過失論に立脚しつつも、信頼の原則を予見可能性の認定基準として把握する喧嘩がある。同原則は、事實的・自然的予見可能性の中から刑法上の予見可能性を選び出すものであるという¹⁴⁴。この見解は、予見可能性概念が本来的には不明確であるため、これを信頼の原則によって規制することを企図している。

対して、構成要件・違法段階における結果回避義務を基調とした客観的注意義務の違反を刑事過失の中核に据える新過失論にとって、信頼の原則は、客観的注意義務の内容に影響を及ぼすものとして理解される。信頼の原則の法的性質に関しては様々な理解がある。同原則を(客観的)予見可能性が認められるにもかかわらず予見義務を否定するものであるとする見解¹⁴⁵、または結果回避義務の内容を制限する基準であるとする見解等¹⁴⁶である。信頼の原則は予見可能性判断よりも、(特に他者の不適切な行動という)危険性の評価に影響を及ぼすものとして受け止められている。

なお、我が国の判例は、特に道路交通において信頼の原則を適用する際、あえて交通法規に違反する行動までも予想して、事故発生の未然に防止すべき注意義務はない、といった表現を一般に用いている。このような表現は、信頼の原則が一定の注意義務を免除する原理と

¹⁴³ 例えば、神山敏雄「信頼の原則に関する一考察」『西原春夫先生古希祝賀論文集 第二巻』所収 成文堂 1998年 49-50頁、大塚仁他編『大コンメンタール刑法 第3巻〔第38条～第42条〕』第三版 青林書院 2015年 351-352(神山敏雄)、塩谷毅「信頼の原則に関する序論的考察」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古希祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』成文堂 2006年 97頁等。

¹⁴⁴ 西原春夫『交通事故と信頼の原則』20頁以下、同『刑法総論(上巻)』改訂版 成文堂 1993年 205頁。

¹⁴⁵ 例えば、金沢文雄 平野龍一編『刑法の判例』第2版 有斐閣 1972年 76頁、板倉宏「過失犯の研究(4)」警論 20巻6号 89頁。

¹⁴⁶ 例えば、藤木英雄『刑法総論講義論』弘文堂 1975年 249頁、土本武司『過失犯の研究』成文堂 1986年 54頁、板倉宏『刑法総論』補訂版 勁草書房 2007年 283頁、井田良『講義刑法学・総論』補訂版 有斐閣 2011年 212頁、高橋則夫『刑法総論』第4版 成文堂 2018年 233頁等。また、客観的注意義務自体の認定基準である解するのは、団藤重光『刑法綱要総論』創文社 1990年 334頁、福田平『全訂 刑法総論』第5版 有斐閣 2011年 128頁、大谷実『刑法講義総論』新版第5版 成文堂 2019年 191頁等がある。更に、大塚裕史他『基本刑法I 総論』143頁(十河太郎)も参照。なお、山中敬一『刑法総論』第3版 成文堂 2015年 401頁は、信頼の原則は「第一次的には」危険創出連関を否定する原理であるとする。なお、山口厚『刑法総論』第3版 2016年 有斐閣 257頁は、「信頼の原則は、行為の危険性の観点から結果回避義務の内容を限定するもの」とする。

して捉える¹⁴⁷ことも、注意義務を課するために必要な程度の予見可能性を否定する原理として捉える¹⁴⁸ことも可能である¹⁴⁹。更に、信頼の原則には客観的注意義務に作用する合と、予見可能性に作用する場合がありますので、どちらか一方で「説明することはできず、また、しいてそのようにする必要はない」¹⁵⁰という指摘もなされている。

第2款 行為者が規則違反を犯した場合における信頼の原則の適用

信頼の原則の法的性質の議論における争点は、行為者が交通規則に違反した場合に信頼の原則の適用がありうるのか否かという問題であるとされる。信頼の原則を予見可能性の問題であると解する旧過失論にとって、行為者が道路交通等の規則に違反したことは、同原則の適用とは基本的に関係がない。もっとも行為者の規則違反は、それが他者の不適切な行動を誘発させる場合等、行為者の予見可能性の有無に影響を及ぼすならば、信頼の原則の適用に影響を及ぼしうるという。そして旧過失論は、新過失論を次のように批判する。新過失論は、行為者の違反した規則法規を加味するのであるから、行為者が規則法規に違反した場合、すでに信頼の原則は適用されえないことになり不当であると指摘する。

もっとも新過失の構想する客観的注意義務において、行政取締規則は行為の違法性の徴憑であって違法性自体ではない。たしかに新過失論の中には、行為者が規則違反を犯した場合には信頼の原則の適用を否定すべきであると主張する見解がある。しかしこの主張は、自ら規則違反をしておいて他者に適用な行動を要求することは許されないという公平の観点を強調すること、またはクリーンハンズの原則を基礎とすることから導き出されるのであり、過失構造論に由来するのではない。他の新過失論の論者は、行為者の規則違反が事故発生の直接的な原因となった場合には、信頼の原則の適用を認めない見解が多数である。それゆえ、行為者の規則違反の問題について、学説上、争いはほとんどみられない。

第3款 信頼の原則の適用条件と同原則の基礎付けとの関係

信頼の原則の法的性質を巡る議論は、既存の過失構造論へ、より新たな原理としての信頼の原則またはその過失限定機能を取り込むためのものである。このような性質上、そこでは、

¹⁴⁷ 岡部雅人「信頼の原則の体系的地位」愛媛法学会誌 第42巻第3・4合併号(2016年)124頁、沼野輝彦 西原春夫他編『判例刑法研究 第3巻』有斐閣 1980年 245頁。また調査官解説においても、同様の理解が示されている、すでに市川 最判解刑事篇昭和41年度 99頁、鬼頭賢太郎「判解」最判解刑事篇昭和41年度 288-289頁、更に大野勝則『最高裁判所判例解説刑事篇 平成16年度』法曹界 2004年 321頁。

¹⁴⁸ 例えば片岡聰『最高裁判例にあらわれた信頼の原則』東京法令出版 1975年 14-28頁(特に21-27頁)。

¹⁴⁹ 大谷實『刑法解釈論集I 刑事法学研究 第三巻』成文堂 1984年 140頁は、「最高裁判所が、信頼の原則を適用するにあたって、どのような観点から注意義務を否定し免責しているのかは、にわかに断定しがた」と述べている、更に岡部 愛媛法学会誌 第42巻第3・4合併号 124頁も参照。

¹⁵⁰ 林幹人『刑法総論』第2版 東京大学出版会 2008年 298頁。

信賴の原則の適用基準の具体化や同原則の理論的な基礎付けという問題に、言及する必要はない。ただ、過失構造論を背景にして信賴の原則を論じるのであれば、よって立つ過失論に応じて、信賴の原則の適用基準に関する議論は大まかに決まってくるであろう。

旧過失論にとって、信賴の原則は予見可能性の認定基準として機能する¹⁵¹。同原則の適用手基準を論じるならば、同原則の適用を妨げる「特段の事情」の明確化、または他者の行動の蓋然的な予測判断の明確化等が試みられることになるであろう。このような議論は、判例の道路交通における信賴の原則の適用に関する判断手法との親和性を有している。

しかし、このように信賴の原則の適用範囲の限界付けを予見可能性判断によって行うのであれば、共同作業における信賴の原則の判断について論じることは困難であろうと思われる。すでにみたように、判例は、共同作業の関与者らの間で、その相手方への信賴を許容する分業が成り立っていたのかを、信賴の原則の適用との関連で問題としており、このことは「特段の事情」に関する予見可能性判断の前提条件といえる。信賴の原則の適用範囲が予見可能性判断によって画されるとしても、その判断において、他者への信賴の許容がどのような意義を有するのかが明らかにされる必要があるであろう。

新過失論は、客観的注意義務の制限原理として信賴の原則を把握しようとする。同原則は、許された危険や社会的相当性、更に「危険の分配」といった規範的な諸原理と関連付けられることになる。このことは、社会生活において必要不可欠な道路交通や共同作業の効用が損なわれるべきでないという観点から、他者に対する信賴の規範的な許容の（社会的な）必要性を論じる端緒となりうる。それゆえ新過失論は、各領域における信賴の原則の基礎付けとその一般的な妥当、すなわち他者が適切な行動をするであろうという信賴の一般的な許容を説明しやすいであろう。

しかし、許容された他者への信賴が、どの程度過失の否定の効力を有するのか、その信賴がどのような場合に終了するのかを明らかにする必要がある。このような信賴の原則の適用限界の問題であり、特段の事情の予見可能性判断にかかわる。

このように解された他者への許された信賴には、高速度交通や道路交通といった一定の活動領域における事故の過失責任を考えると、考慮されるべき「一般条項」¹⁵²としての意義が認められうる。ただ、日独の判例は、特に分業体制が確立した下でその相手方としての他者が適切な行動をするであろうという信賴が一般に許容される場合、その信賴は他者の不適切な行動に関する予見可能性を否定する方向で働くものとして機能しているように思われる。このような判例の立場と整合性を保つのであれば、他者への信賴の一般的な許容が予見可能性判断にどの程度の影響を及ぼすのかを検討する必要があるであろう。この問題は、他者への信賴の一般的な許容をどのように基礎づけるのかにかかわる。他者への信賴の一般的な許容の基礎付けに関して、新過失論内部での見解の一致はみられない。その基礎付けを利益衡量や許された危険に求めるものや、それらに加えて社会的相当性や危険の分配概念等

¹⁵¹ 西田典之他編『注釈刑法 第1巻 総論 §§1~72』有斐閣 2010年 581頁（上寫一高）。

¹⁵² 石塚章夫「監督者の刑事過失責任について（一）」判例時報 945号（1980年）6頁。

に見出すものもある。もちろんこのような議論は、すでに信頼の原則の法的性質の議論の射程を超えたところに位置している。

過失構造論において旧過失論と新過失論のどちらに依拠するのかは、信頼の原則の適用の問題に関しては、決定的な問題にならない。法的性質を巡る議論における旧過失論と新過失論から読み取れる信頼の原則の適用条件論は、すでにみた日独の判例から読み取れる信頼の原則の適用の可否に関する判断手法を捕捉することができない。それゆえ本論文の問題を考察するにあたっては、信頼の原則の基礎付け論に目を向ける必要がある。

第4節 小括

本章の内容をまとめると、次の通りである。本論文の問題意識に関係する日独の判例を概観した結果、信頼の原則の適用に関しては、共通する方向性がみられた。それは、信頼の原則の適用は二つの段階を踏んでいる、というものである。

第一に、他者が適切な行動を信頼するであろうという信頼が、一般に許容されるのかが判断されている。行為状況に信頼の原則が適用される前提条件が揃っているのか、行為者は他者をおよそ信頼してよかったのかが問題が問われている。第二に、いわゆる「特段の事情」に関する行為者の予見可能性判断である。これは、すでに許容された他者への一般的な信頼が、不適切な行動をした他者との関係においても、引き続き許容されたであろうかが問われている。そして道路交通においては第二の判断が、共同作業においては第一の判断が信頼の原則の適用の可否に重要な役割を果たしているように思われる。

対して、我が国における信頼の原則の法的性質を議論においては、その法的効果に関して学説の対立がみられる。しかし、その対立は信頼の原則の適用条件には直接的な影響を及ぼすものではなく、その条件の内容を論じるにあたっての出発点となりうるにとどまる。

第2章 他者の行動予測としての信頼

信頼の原則は、専ら予見可能性の問題、つまり他者の不適切な行動に関する蓋然性判断の問題であるとする立場がある。これによると、行為者にとって他者の不適切行動が蓋然的であるのかが、行為者の他者に対する信頼の許容を決定付けるものとされる。

ところで、信頼の原則の適用が問題となる事例群においては、誰が他者の不適切行動に由来する危険を除去すべきかが問われるはずである。つまり他者の落ち度は、行為者または他者（第三者）が単独または共同で答責的となる可能性がある¹。加えて他者の落ち度の危険について行為者が答責を負うとしても、ドイツ判例が指摘するように²、他者の落ち度に関する行為者の答責が一次的な場合のみならず、二次な場合も想定されうる。

信頼の原則を専ら行為者の予見可能性の有無と解する立場は、他者の行動に由来する危険の実現を阻止すべきであるという注意義務が行為者に認められるのか否かを問題とする。つまり、行為者の単独答責の有無のみが検討の対象となっている。その立場においては、行為者には他者の落ち度を補正することを（少なくとも潜在的には）期待するということが前提とされており、行為者が実際に補正しえたのかを予見可能性判断を通じて確認することになる。これに対して、他者が自らの落ち度を補正することは直接的に問題とされない。この意味において、他者は基本的に自律的・自己答責的な主体とは認められていない。したがって行為者の自律性が前提とされている一方、他者には常に不完全な自律性が認められることになる³。

このような立場は、信頼の原則の意義の理解、特に他者の適切な行動に関する信頼許容をいかに評価するかに応じて、二つに大別される。

第1節 具体的予見可能性の認定手段としての信頼の原則

（修正）旧過失論の多数の論者らは、信頼の原則について次のように主張する。過失犯の成否は、個人的な結果の具体的（または「ある程度高度の」）予見可能性の有無によって決まるという見地からすると、信頼の原則の適用は、（因果経過の基本部分としての）他者の不適切な行動の予見可能性が認められないことを言い換えたに過ぎない⁴。つまり、同原則による過失否定の実質は、他者の不適切な行動に関する蓋然性が事実上低いため、行為者の具体的予見可能性が否定されるということである⁵。それゆえ、信頼の原則は、具体的予見

¹ *Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 181-182.*

² BGH NJW 2009, 240. 本判決の内容については、第1章第1節第3項第2款（2）（3）を参照。

³ *Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 186* 頁も参照。

⁴ 町野朔『刑法総論講義案I』第二版 信山社 1998年 293頁および302頁（信頼の原則を、「予見可能性不存在の大まかな原則」と解する）。更に今井猛嘉「判批」芝原邦爾他編『刑法判例百選I総論』第5版 有斐閣 2003年 107頁は、「被害者等の適切な行為を信頼するに足る事情がある場合は、不適切な行為に出た結果として結果が発生することについての予見可能性が認められないというにすぎない」という。

⁵ 内藤謙『刑法講義 総論（下）I』有斐閣 1991年 1147頁（1148-1149頁も参照）、西

可能性の有無を判断する際の「大まかな原則」⁶、つまり予見可能性を認定するための下位基準⁷であるから、同原則には過失犯論上の独自の意義は認められないとする⁸。もっとも我が国の判例および学説は、従来、行為者に予見可能性が認められれば、その過失を肯定してよく、その結果として過失犯の成立範囲が広範に認められてきたことに鑑みれば、信頼の原則には次のような意義があると考えられる。すなわち同原則は、過失を肯定するには具体的予見可能性が必要であること、またはその判断を慎重に行うべきであることをリマインドさせるものである⁹。

以上のように判例が信頼の原則によって過失犯の成立範囲を制限してきたことを認めつつも、同原則に解釈論上の独自の意義を認めない立場は、「無効化説」¹⁰と呼ばれる。

第1項 他者に対する信頼許容にとっての予見可能性の意義

「法は不可能を要求しない」とするならば、人は常に理想的な形で危険を管理することはできないと考えなければならない。人が本性的に不完全であることを基礎とするならば、人が有責に不適切な行動をする可能性も否定することはできない¹¹。そのため、他者が常に適切な行動をとるであろうと信頼することはできない。他者の行動に関する予見可能性を検討する際、他者が不適切な行動をする可能性を否定するためには、規範的な説明が必要となる。

信頼の原則の適用が否定される場合、行為者が他者の落ち度を補正しなかったことを過失と評価することになり、これは、当該落ち度の補正が行為者の注意義務の内容であったことを意味する。そのような義務を行為者に認めるためには、動機付けの可能性との関係で、他者の不適切行動に関する行為者の予見（認識）可能性が、責任主義から要請される。反対に、（認識調達義務を介しても）行為者にとって他者の不適切な行動が予見しなかったということは、行為者には他者の行動の補正への動機付けられえなかったことを意味する。このことは、消極的な形ではあるが、他者に対する信頼を終局的に許容することになる。信頼の

田典之・橋爪隆（補訂）『刑法総論』第3版 2019年 289頁、松原芳博『刑法総論』第2版 日本評論社 2017年 299頁。更に曾根威彦『刑法総論』第4版 弘文堂 2008年 176頁、島田聡一郎「過失」今井猛嘉他『刑法総論』第2版 有斐閣 2012年 173, 181頁も参照。

⁶ 山口厚「過失犯の成立要件」法学教室 305号（2006年）121頁。

⁷ 林陽一「信頼の原則」津田憲司編『刑法の争点』有斐閣所収 2007年 77頁。

⁸ 平野龍一『刑法総論I』有斐閣 1972年 197-198頁。もっとも平野は、以下にみるように「経験則説」的な主張も行っている。

⁹ 山口厚『問題探求 刑法総論』有斐閣 1998年 164頁。また、曾根（前掲注5）175頁は、「信頼の原則は、過失の一般的（客観的）予見可能性という抽象的な判断基準を具体化するための思考上の基準を提供するもの」と解する。

¹⁰ この呼称は、小林憲太郎『刑法的帰責—フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』弘文堂 2007年 160頁に倣っている。

¹¹ 行為者自身も不適切な行動をする可能性がありうるとともに、常に他者の行動の危険を防止できるわけではない。

原則の適用の可否を予見可能性と関連付けて論じることには、十分な意義がある。

信頼の原則が他者の行動に関する予見可能性の問題に尽きるならば、同原則の適用は、他者が不適切な行動をとることはないであろうとの判断の上で行動したことは過失的ではないということになる。このような状況判断がなぜ許されるのかを検討することが、予見可能性の文脈において他者に対する信頼許容の根拠を論じることがを意味する。無効化説にとって、状況判断の許容根拠に関する議論は不要であって、他者の不適切な行動に関する予見可能性がないことを論じればよい。

もっとも、信頼の原則が専ら予見可能性判断の有無にかかわるとしても、他者に対する信頼許容の根拠を論じる必要がなくなるとは考えられていない。例えば西原春夫は、信頼の原則は事実的予見可能性の中から法的予見可能性を選び出す基準を提供するものであると解するが¹²、他者に対する信頼許容の根拠について検討を加えており、その根拠を許された危険および社会的相当性に見出そうとする¹³。また旧過失論の見地からも、例えば個人を「独立した責任主体」とみなす想定¹⁴により、またはいわゆる「経験則」の見地から、他者の適切な行動を信頼してよい場合を積極的に論証する試みがなされている。旧過失論においては無効化説の信頼の原則の理解が「自然」¹⁵であるとまではいえず、その陣営から他者に対する信頼許容の根拠付けを論じる必要がある指摘もなされているのである¹⁶。したがって無効化説のように予見可能性判断に取り込まれた信頼の原則に独自の意義がないと解することは、一つの決断である。

第2項 「具体的」予見可能性の判断

他者に対する信頼の許容の根拠を積極的に挙示する必要はないとしても、同原則の名実される具体的予見可能性の判断が精緻化される必要があろう。そうでなければ、無効果説が意図する過失犯の成立範囲の制限は達成されないからである。

第1款 予見可能性の精緻化に必要な議論

¹² 西原春夫『交通事故と信頼の原則』1969年 成文堂 23頁および29頁。

¹³ 西原（前掲注12）37-41頁。

¹⁴ 島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性、信頼の原則、作為義務」山口厚編『クローズアップ刑法総論』所収 成文堂 2003年 93-94頁。

¹⁵ 林（前掲注7）77頁。

¹⁶ 浅田和茂『刑法総論』第2版 2019年 成文堂は、信頼の原則を「許された危険の法理の具体化といってよいが……危険分配の法理をその内容としている」（357頁）と解するが、旧過失論の見地から「信頼の原則が適用されてきた事例の多くは、結局、過失がない場合として処理しうるように思われる」と指摘しつつも、「このことは、もちろん、それを信頼の原則の問題として説明することを妨げるものではない」（359頁）という。同旨の主張は、中山研一『新版概説刑法I』成文堂 2011年 169-170頁にみられる。また神山敏雄『西原春夫先生古希祝賀論文集 第二巻』成文堂 1998年 49-50頁は、信頼の原則が責任過失を限定するものと解した上で、道路交通における「当該原則は現代の大量交通システムの円滑化のための政策的観点から根拠づけられる」とする。

無効化説の前提から出発すると、行為者の認識内容および個別具体的な事情を精確に吟味して行為者の予見可能性を判定しなければならない¹⁷。しかし個別の状況において、予見可能性を肯定する方向に働く諸事情とこれを否定する方向に働く諸事情が混在しているのが通常である。行為状況に存する諸事情の中からどれを判断資料として考慮するのかによって、予見可能性の判断は異なってくる。他者の行動予測に関する諸事情としては、種々の法則的知識や経験則のみならず、問題となる行動の性質やこれに関連する（法）規則、慣行等がありうる。予見可能性の有無によって過失犯の成立範囲を制限しようというならば、例えばその判断資料を特定ないし限定するための枠組みを設けることが一つの方法であろう。なお、予見可能性の対象は因果関係の基本部分としての他者の不適切な行動となるが、その概念自体、一定の幅をもっている。特に行為者の予見可能性が問われる時点において不適切な行動をする他者が行為者の眼前にいない場合、行為者は一定の事情から他者の行動を予測することになる。それゆえここでも、いかなる事情を予見可能性の判断資料とすべきであるのか、という問題が生じる。

予見可能性判断の基準としては、（行為者の一定の「知識」や「能力」等を備えた）基準人が用いられるのが一般的である。しかし、その基準人にいかなる人物を措定するのかによっても、予見可能性判断は異なってくる。そして異なる判断基準が用いられたために他者の行動予測が異なったといえるのが、冒頭で取り上げたコストコ事件である。

第一審判決は、構造設計を担当する一級建築士を基準として他の設計担当者の不適切な行動（特段の事情）に関する予見可能性を判断した。そのような基準人に基づく予見可能性判断においては、建物の構造設計の安全性を阻害する要因が特段の事情と解された。そして第一審判決は、被告人が矩計図の危険性およびこれと構造設計図の間の齟齬を認識していたことから、被告人に過失を認めた。

これに対して控訴審判決は、被告人は構造設計を専門とする一級建築士であるのみならず、設計計画の途中から建物の構造変更業務という一部の業務のみを担当し、被告人の業務内容を他の設計担当者らが確認する手はずになっていたことを指摘している。控訴審判決によると、そのような計画の途中から設計の一部を担当した専門家にとって、他者への信頼が否定される特段の事情は、他の設計担当者らが（通常は採用しないような）危険な設計構想を前提としていたことである。このような特段の事情は、被告人の立場に置かれた構造設計を専門とする一級建築士が予見することは困難であったとして、予見可能性を否定している。

第一審判決にとって、被告人は構造設計の安全性を保全することを要請されていたため、建物の安全性を阻害する要因が、広く「特段の事情」とされた。対して控訴審判決のように被告人の任務および要請される危険防止措置を限定するならば、特段の事情は従前の設計構想の異常性である。つまり予見可能性の基準の内容に応じて予見の対象が異なっている

¹⁷ 内藤（前掲注5）1149-50頁。

18. それゆえ信頼の原則が問題となる場合、予見可能性判断をもって過失犯の成立範囲を限定しうるならば、予見可能性の判断基準をいかに具体化するのかという問題に取り組む必要があるだろう。

以上のように、予見可能性を精緻化するには具体的事情の評価が必要になってくる。しかし無効果説からは、信頼の原則の適用が問われる場合における予見可能性の判断手法に関する議論は乏しい。明確な議論としては、北大電気メス事件のようなチーム医療における執刀医は、いわば緊急状態にあるから、他者の不適切な行動に関する予見可能性を認めることは困難であると指摘するものがある¹⁹。これ以外に、無効化説からは、他者に対する信頼が問題となる場合における予見可能性に関する議論は特になされていない²⁰。

対して、無効果説の中には、信頼の原則に独自の意義を認めないとしつつも、特に監督過失に関しては、信頼の原則の思考を取り込むものがみられる。例えば、工事を依頼した会社の幹部に通常過失責任がないことの根拠が「信頼しうる下位者に工事を依頼した場合には、その作業員が作業上過失を犯すことについて（ある程度高度な具体的）予見可能性が無い」ことに求められることがある²¹。このように監督過失を論じるならば、信頼の原則の独自の意義を否定しつつも、予見可能性判断において同原則（または信頼の相当性や信頼の許容という観点）を考慮する必要性が意識されているように思われる²²

近時、無効化説を主張していた山口厚は、具体的予見可能性を厳格に要求すると、処罰範囲を過度に縮小してしまうため、旧過失論はある程度緩やかに予見可能性を認めており。これは管理監督過失の事案において顕著である。それゆえ過失犯処罰の範囲を画するためには予見可能性のみでは不十分であり、結果回避義務の判断が必要であるという²³。山口は、信頼の原則を「行為の危険性の観点から結果回避義務の内容を限定するもの」としている

¹⁸ 信頼の原則における予見可能性の対象が、道路交通においても一義的に決まるわけではないと指摘するのは、小林（前掲注 10）159-160 頁。

¹⁹ 町野朔「過失犯における予見可能性と信頼の原則」ジュリスト 575 号（1974 年）78 頁、同（前掲注 5）301-302 頁。同様に医療においては手術中のみ信頼の原則の適用を認めるべきであると主張するものとして *Engisch, Langenbecks Arch. klin. Chir., Bd. 288, S. 587* がある。しかし我が国に関していえば、横浜市大病院患者取違事件上告審決定（最決平成 13 年 3 月 26 日刑集 61 卷 2 号 131 頁）におけるように、執刀医に過失を認定する際に手術の緊急状態性には着目しておらず、その上告審決定が信頼の原則の適用条件として明確な分業を示唆したこと自体は、学説によって概ね受け入れられているように思われる。これらのことに鑑みれば、手術中が緊急状態であるとする理解が執刀医の免責をもたらすと、直ちにいえるわけではない。

²⁰ 例えば西田・橋爪（前掲注 5）291 頁は、監督者の過失は「現場の作業員等のミスが監督者によって具体的に予見可能であったのかにより決定されることになる」と述べるにとどまる。

²¹ 山口（前掲注 9）177 頁。更に、道路交通および共同作業において「信頼が相当といえる」かを問っているのは、松原（前掲注 5）299 頁、更に曾根（前掲注 5）も参照。

²² 大塚裕史「監督過失における予見可能性論（2）」113 頁以下も参照。

²³ 山口厚『刑法総論』第 3 版 有斐閣 2016 年 256 頁。

理解に転じている²⁴。このような信頼の原則の理解に関する山口の見解の変遷は、無効果説の基礎とする「固い」予見可能性判断では、特に「組織型」の事案における過失犯の成立範囲の明確化および限定を成し遂げることができないということを示唆している。

信頼の原則に独自の意義はなく、それは予見可能性判断の一部にすぎないという主張することはできる。また信頼の問題を予見可能性判断に関連付けることにも意義が認められる。しかし無効果説は、他者の行動予測を踏まえた具体的予見可能性判断を正面から論じているとはいえない。同説は、信頼の原則による過失限定を、他者の不適切行動の予見可能性が認められないこととして表現しているにすぎない。仮に信頼の原則が予見可能性判断に解消されるとしても、当該判断を無効化説が想定している以上に精緻化しなければならないであろう。そのためには、無効化説以外の立場が行っているように、他者に対する信頼がなぜ許容されるべきかという問題を論じることが一つの方法である²⁵。

第2款 予見可能性の「難易」

ところで我が国には、予見可能性の「高低」よりも、更に程度を設定することのできる予見可能性の「難易」を論じる方が有益であるという見解がある。これによると、刑事過失を認めるには、少なくとも結果発生の予見可能性が「ある程度容易」であることが必要であるという²⁶。

予見可能性の難易の判定要素として、危険の性質の評価（存在形態の顕在性か伏在性、それが突如襲来したのか否か）、危険の洞察の心理的余裕の有無、行為者の「本来的役割」、慣行、類似事象の安全性に対する信頼、社会通念²⁷、(技術的) 行動準則等を列挙している。

²⁴ 山口（前掲注23）257頁。

²⁵ 無効化説を主張する内藤（前掲注5）1184頁は、「信頼の原則適用の具体的基準を示すことは、どの学説によっても……困難である」という。しかしこのような評価は（これが最終的には適当といえるとしても）、信頼の原則による過失限定の（規範的）意味をも吟味した上で、なされるべきであろう。なお、規範的・総合的判断としての信頼の原則による監督過失の限定をできるだけ限定しつつ監督過失の限定を目指した石塚章夫（「監督者の刑事責任について（一）」判例時報945号（1980年）6頁）は、判例分析に基づいて監督過失に予見可能性が認められる場合を三つの類型にわけ（「監督者の過失責任について（二）」判例時報946号（1980年）35頁）、複数の監督者の中から監督責任を負うべき者を予見義務（保証人的地位）の有無の検討によって特定し、この者に結果回避義務を認定しうるのかを考えるべきであるとする。そして結果回避義務が安全体制確立義務を内容とする場合、監督者の被監督者への信頼の許容を討すべきであるとした（「監督者の刑事責任について（三）」判例時報948号）年1980年10頁以下）。

²⁶ 以上については、渡辺保夫「刑事上の過失について」刑法雑誌20巻3・4号（1975年）339-340頁。

²⁷ 渡辺 刑法雑誌20巻3・4号348頁注（8）は、過失事案における注意義務を「(A) 当該具体的事情下で要請される注意義務の内容が、社会通念上、一義的に明確になっている」類型と、「(B) それほど一義的に明確になっていない」類型に整理している。(A) は結果発生の予見可能性が相当程度困難であっても過失を認めうるが、(B) の場合には注意義務が「構成要件の上で書かれていないし、社会通念としても書かれていない」ので、

(それぞれが絶対的ではない) 判定諸要素を総合した上で予見可能性が判断されるべきであり、この一連の判断に信頼の原則が位置づけられている。

職業や職掌等から構成される行為者の本来的役割は、「関心の方向を規定し、注意の配分もこれに規定される」とし、これは特に組織型の過失事案における過失認定に意義があるとする²⁸。また社会的必要性を背景とする慣行は「個人ないし社会の営為は単純化され省力化され、これによって他の多くの重要困難な業務の遂行が可能」になるという²⁹。役割や慣行は、その「背景にある危険に盲目」となり、「それを超えて思慮と洞察を働かせることは仲々に困難」にするものであると指摘する³⁰。それゆえ、予見可能性を実質的・具体的に解すべきであるならば、このような本来的役割と慣行も考慮せざるを得ないという。

この見解は、予見可能性判断においては危険の評価のみならず、行為者の社会的特徴やその行動を方向付ける諸事情の重要性を説いている。特に事故発生に複数人が関与する場合、その見解の背景には、各人に注意義務が分配されるという思考がみられる。予見可能性の難易に基づく過失判断手法に賛同するか否かはさておき、その手法が過失事案における判例の思考を一定程度表現したものであるといえよう。上記のような判定要素についての議論をする代わりに、予見可能性の「高低」や「具体性」にのみ着目する無効果説は、予見可能性判断をブラックボックスにしたまま、信頼の原則の解釈論上の意義を否定していると評価しうる。

第3節 経験則に基づく適切な行動の蓋然的予測

信頼の原則は予見可能性判断に作用するとしつつも、それは専ら経験則の適用の問題であると解する立場がある。以下、信頼の原則を経験的な予測の問題と解する立場を、「経験則説」と呼ぶ。

Brinkmann にとって、「信頼の原則とは経験則の適用である」³¹。経験則とは、「特定の諸前提が認められる場合にはとある事象が発生しうる」ということを内容とし、危険予測(危険判断)に作用を及ぼすものである。よって経験則は事実的なものであって、法的には常に中立的である³²。経験則は、その獲得のプロセスの点で集団的なものと個人的ものがあるが、いずれも「独自のダイナミズムを内包し、経験則はいわば成長するのであり、更に消失したりもする」³³。そして経験則は作用の点で二つに分けられる。すなわち、危険予測を根拠付ける「危険増加的」経験則と、それを妨げる(「中和する」)「危険減少的」経験則で

「ある程度容易」以上の予見可能性が過失認定に要求されなければならないとする。

²⁸ 渡辺 刑法雑誌 20 卷 3・4 号 343-344 頁。

²⁹ もちろん、渡辺 刑法雑誌 20 卷 3・4 号 344 頁は、千葉大採血ミス事件判決を挙げ、「行為当時を基準として」明らかに不道理な慣行は考慮に入れられるべきであると述べ、一定の慣行を予見可能性判断から除外する必要があると指摘している。

³⁰ 渡辺 刑法雑誌 20 卷 3・4 号 344 頁。

³¹ *Brinkmann*, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, 1996, S. 139.

³² 以上については、*Brinkmann*, (Fn. 31) S. 141.

³³ *Brinkmann*, (Fn. 31) S. 146.

ある³⁴。

我が国においても、経験的判断が信頼の原則の適用と関連付け論じられている。例えば、平野龍一は、道路交通において「交通規則遵守の慣行が確立していないときは、事実上交通規則に違反してとび出してくることがある程度予測できる」のに対して、交通規則遵守の慣行が確立してくると、「他の者が交通規則にしたがって行動するであろうと『事実上』予測できる」ようになると指摘する³⁵。また松宮孝明は、分業的な共同作業につき、「社会生活は『管理・監督』を含む様々な『分業』事によって維持されており、そして通常なら、ほとんどの場合それでも事故は起きない」のであるから、「事前の安全体制が比較的妥当なものであれば、『管理・監督』関係下でも、部下ないし仲間の適切な行動を信頼することが許される」ようになるとする³⁶。他者が適切な行動をするであろうと経験的に予測（信頼）してよい場合には、この「通常」の状況を覆す特段の事情を行為者の認識可能でない限り、他者の行動に対する信頼を許容することができるという。

また、経験総説の見地から、他者の適切な行動に対する「信頼の相当性」判断は、「相当」因果関係の判断であるとする見解がある。他者が義務違反的行動に出ないことが経験的に通常であるといえる場合、他者がなした不適切行動は、結果に至る過程に介在した異常な因果経過（の基本部分）であると解しうるからである³⁷。このような信頼の原則の理解は、我が国の判例が「夜間潜水事件」³⁸等において行為者の義務違反的行動が他者の義務違反的行動を「誘発」した場合には行為者の過失を認定していることとの整合性を保つことが企図されているようである³⁹。信頼の原則を相当因果関係に位置付けるとしても、ここで重要になるのは、他者に対する信頼の許容根拠の内容である。この見解も、他者に対する信頼許容の

³⁴ *Brinkmann*, (Fn. 31) S. 141. Brinkmann は、ドイツの過失犯論においては「危険増加的な経験則のみが言及されており、「危険予測の際には危険減少的な経験則も考慮されなければならないということが暗黙裡に自明であるとされている」と指摘している

(*ders.*, S. 142)。我が国において Brinkmann と類似の経験則説を支持するのは、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要 9 号（2000 年）139 頁。

³⁵ 平野（前掲注 8）198 頁。車両対車両に関して同様の主張をするのは前田雅英「予見可能性と信頼の原則」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』成文堂 2006 年 80 頁。

³⁶ 松宮孝明『刑法総論講義』第 5 版補訂版 成文堂 2018 年 228 頁（更に 224-225 頁）。これに従うものとして塩谷毅「信頼の原則に関する序論的考察」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』所収 成文堂 2006 年 99 頁、103 頁および 105-107 頁。更に、浅田和茂ほか『刑法総論』改訂版 青林法学双書 1997 年 234 頁（松宮孝明）も参照。

³⁷ 深町晋也「信頼の原則について」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』所収 成文堂 2006 年 125-126 頁。

³⁸ 最決平成 4 年 12 月 17 日刑集 46 卷 9 号 683 頁。

³⁹ また、先の他者の行動予測に関する規範理解は、予見可能性判断よりも行為状況の（外部的）判断の意味合いが強い因果関係判断の方がなじみやすいという考えがあるのかもしれない。

根拠を他者の適切な行動を行為者に予測させる経験則に求めていることから⁴⁰、経験則説のヴァリエーションであるといえる。

日独の判例は、通事情や交通教育の発達につれて交通関係者が法規則に適った行動をとるようになってきたことから、自動車運転手の過失判断において不信の原則から信頼の原則へ転換したという理解は一般的である。このことを、交通関係者に関する経験則が危険増加的なものから危険減少的なものに変化してきたと表現することは可能であろう。

経験則説は、信頼の原則の法的性質の議論においては無効果説とまとめて、同原則を予見可能性判断に位置付ける立場に分類されることがある⁴¹。たしかに経験則説の中には、信頼の原則による過失否定に独自の規範的意義を認めないものがある⁴²。そして信頼の原則を専ら予見可能性の問題と解することから、行為者には基本的に他者の不適切な行動を是正することが潜在的に義務付けられているという考えを基礎としている点でも共通している。しかし経験則説は、他者の適切な行動に対する信頼許容を危険減少的経験則に基づく予測によって説明しようとしている。信頼の原則による過失限定の実質を、行為者にとっては他者が適切に行動するであろうと予測することが相当であったという評価に見出しているからである。この点で、経験則説は無効化説とは異なる議論の方向性を有している。

第1項 他者に対する信頼の許容判断

経験則説の性質上、他者への信頼許容の判断は、常に個別具体的で、フレキシブルなものである⁴³。経験則は、「統計的なものではなく、独自のダイナミズムを内包し、経験則はいわば成長するのであり、更に消失したりもする」⁴⁴からである。経験則説にとって、信頼の原則の適用が適用されるのは、他者が適切に行動するであろうと経験的に予測しうる場合、つまり危険減少的な経験則が行為状況に妥当している場合である。しかし、行為状況においては、通常そのような予測を可能にする危険減少的な経験則と、他者への不信を動機付ける危険減少的な経験則が同時に存在しているであろう。それゆえいかなる場合に、危険減少的な経験則に依拠して他者の行動を予測してよいのかが問題となる。

Brinkmannによると、これは「規範的問題」である。他者への信頼を許容する危険減少的な経験則が適用されるには、その「発生の蓋然性」が、危険増加的経験則の発生の蓋然性よりも「明らかに高度でなければならない」。この二種の経験則の蓋然性が同一であるときには、いわゆる「ノンリケット」であり、他者が不適切な行動を取るであろうという危険判断が正当化されるという⁴⁵。このような経験則の発生の蓋然性の比較という見地から、他者

⁴⁰ 深町（前掲注37）125頁。

⁴¹ 小林（前掲注10）158-159頁。

⁴² このように述べるものとして、例えば平野（前掲注8）197-198頁、Brinkmann, (Fn. 31) S. 138.

⁴³ Brinkmann, (Fn. 31) S. 146は、このことを経験則説のメリットと解する。

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Brinkmann, (Fn. 31) S. 143.

の行動予測は次の 3 つに分けられる。第一に他者が適切な行動をするであろうと通常予測することができるという判断に至る場合、第二に他者が不適切な行動をするであろうと通常予測することができるという判断に至る場合、第三に行為状況が未解明のままであるという「ノンリケット」の判断に至る場合である。第一の場合にのみ、他者に対する信頼が許容される。ただしこの場合にも、危険減少的な経験則の内容とは反対のことを推測させる事情が行為者に認識可能である場合、他者に対する信頼はもはや許されないとする。これに対して、他者の適切な行動への信頼が許されない第二および第三の場合には、「経験に従って『不信の原則』が根拠付けられる」⁴⁶。しかし、このような経験的判断の場合分けのみならず、更に次のことが信頼の原則の適用に関しては問題となる。

我が国の経験則説によると、信頼の原則の適用が適用される場合とは、「行為者に認識可能な一般的経験則からみて不適切な行動の頻度が低く、かつ、具体的にみても不適切な行動を予想させる特別な事情が行為者に認識できない場合であり、反対に「経験則上、不適切な行動の頻度が高い場合には、仮にそれが法規違反の行動であっても、それを予想して結果発生の可能性を吟味しなければならない」⁴⁷という。更に、行為者の規則（義務）違反行為が他者に対する信頼許容を決定付けるわけではないということが強調されている。その上で、特に道路交通において行為者が規則違反行為をした場合における信頼の原則の適用について、以下の様な類型化がなされている。第一に、行為者の規則違反行為が（経験的に）相手方の行動に影響を及ぼすものではない場合、予見可能性は認められない。第二に、自己の規則違反行為が他者にとって「既成事実化」しており、それに対する他者の適切な行動が予測される場合には、予見可能性は認められない。第三に、過去の経験から他者の不適切な行動が予測される場合には、予見可能性は認められる⁴⁸。いずれの場合にも、自己または他者の不適切な行動が経験則にまでに高められていることが他者の信頼許容を決定する事情であると考えられている。

更に松宮は経験則説に基づく予見可能性判断を、「能力区別説」の見地から次のように説明している。すなわち、予見可能性の有無は、行為者の「状況」に置かれた法の期待する規範遵守意思としての「倫理的能力」⁴⁹を有する「慎重な人」の（仮定的）行動をもって判定されるべきであるから⁵⁰、信頼の原則の適用が問題となる場合に「基準とされるべきは、『行為者と同じ具体的事情』の下におかれた『標準的な慎重さ』をもった人物である」という⁵¹。

⁴⁶ 以上については、*Brinkmann*, (Fn. 31) S. 143-146.

⁴⁷ 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』成文堂 2004年 352頁、同（前掲注36）225頁。同旨のものとして塩谷（前掲注36）99頁。深町（前掲注37）127-128頁は、より細かな類型化を行っている。

⁴⁸ 松宮孝明『刑事過失論の研究』補正版 成文堂 2004年 49頁。

⁴⁹ 松宮（前掲注47）によると、倫理的能力は、「法ないし法益への配慮ないし慎重さ」（350頁）を内容としており、行為者に対する非難可能性およびその動機付け（期待可能性）にかかわるものであるという（159-161頁および164-165頁）。

⁵⁰ 松宮（前掲注47）174-176頁および350頁。

⁵¹ 松宮（前掲注47）353頁。

また、予見可能性の判断基準としての倫理的能力は、これをどのように具体化するのかわかると、いかなる事情を判断資料として考慮するのかわかると、予見可能性の有無は変わってくるであろう⁵²。

第2項 経験的判断の性質

経験則説にとって、他者が適切な行動をするであろうという予測が許されるのかは、そのような予測が確立しているかに依存している。ゆえに重要になるのは、他者の行動に関する「規範的期待」ではなく、個別の状況における「事實的期待である」⁵³。例えば赤信号では停止しなければならないという法規則（法規範）が妥当するのは、その遵守が経験則に高められた場合である。法規範は、それが合規的に遵守される場合に初めて名宛人の行動を方向付けることができるものとして構想されることになり、その一般的な遵守が確認される場合に初めて、他者を一般に信頼することが許されることになる⁵⁴。つまり規範の妥当は経験的にのみ確認され、法規範の「作用機会」が規範に名宛人に対する方向付けの力を提供するものである⁵⁵。それゆえ法規範が遵守されない場合にも、その方向付けは維持され、他者への信頼も許容されうるという理解は否定される。したがって経験則説にとって、「一般的な信頼の原則は存在しないのであって、あらゆる個別の場合には他者を信頼してよいのかを新たに検討しなければならない」⁵⁶。このような信頼の原則の理解は、同説が信頼の問題の事實的側面に着目することの帰結である⁵⁷。

しかし **Brinkman** が指摘するように、経験則は、特定の諸前提が認められる場合にはとある事象が発生しうることを述べるものではなく⁵⁸、法的に中立である。そのため行為者が他者の（不）適切な行動を蓋然的に予測しうることは、行為者がその不適切行動の危険防止のための行動をとるべきであるのか否かに言及するものではない⁵⁹。例えば、経験的に幼児、高齢者等が道路交通において（一定の能力の低下や欠如から）不適切な行動をするであろうという予測から、他者の行動に由来する危険の防止が、例えば自動車運転手に対して義務付けられるということとはできない。反対に、自動車運転手や成人の歩行者が交通規則に従って行動するであろうという予測が成り立つことは、この予測を基礎として自車を操縦させることが許されるのか否かを決定しない。同じことは道路交通以外の場合にも当てはまる。例えば一定の危険を伴う作業をする作業員の監督過失が問題となる場合、当該作業に関する慣行やルールから作業員らに適切な行動を予測できるということ自体は、監督者の

⁵² 松宮（前掲注48）119頁は「経験判断が、やや甘いものであるか、それともすこし慎重なものであるかが、結論を大きく左右する」と指摘する。

⁵³ 深町（前掲注37）125頁。

⁵⁴ 深町 本郷法政紀要第9号 140頁。

⁵⁵ *Bautista Pizarro*, (Fn. 1) S. 184-185.

⁵⁶ *Brinkmann*, (Fn. 32) S. 146.

⁵⁷ *Bautista Pizarro*, (Fn. 1) S. 184.

⁵⁸ *Brinkmann*, (Fn. 31) S. 146.

⁵⁹ *Bautista Pizarro*, (Fn. 1) S. 186.

過失責任の有無を左右しない。したがって、他者の行動予測自体は、その内容にかかわらず、関係者の行動を法的に拘束しない。

このことは、過失犯論一般に関係する「可能性」と「義務」の関係にかかわるものである。行為者に結果発生危険の認識可能性が認められることが、その危険防止措置を行為者に要請するわけではない。つまり（経験的予測に基づく）可能性が義務を根拠付けるわけではない。例えば、行為者が自己の有する特別知識によって結果発生を予見可能であったにもかかわらず、その知識を危険防止のために用いなかったために結果が発生したとしても、このことから直ちに行為者が結果発生に対する責任を負うわけではない。行為者が自己の知識による危険予測に基づいて結果発生回避を義務づけられていた、という説明が加わることによって初めて、その知識の不投入を過失的であると評価することができる。つまり、可能性と義務を結び付けるものが別途要求される。

他者の行動に関する事実的な期待（予測）に従って行動することが個人の行動選択に対して拘束力を有するのは、その事実的な期待が、法的・規範的にも裏打ちされていることが必要である。そうでなければ事実的な期待は、法的には、可能的な判断の一つであるにすぎない。それゆえ「分業が確立しており、しかも規範的にそうすべきというだけでなく、事実上も通常分業者はそのように行動しているということ」⁶⁰を信頼の原則の適用条件にすることは、経験則の立場から直ちにいえるわけではない。ここでは、経験的な予測と法的な信頼許容の判断が混同されている。先に挙げた経験則説の論者らが主張する経験的な判断は、未だ刑法上の信頼の問題に関係していない。

経験的な他者の行動予測に行為者が自身の行動を方向付けることが、なぜ法的に要請されるべきであるのかが問題となる。経験的判断に規範的意義を付与することによって初めて、他者の経験的な行動予測が行為者の過失判断を指導すると解することができる。そのため、危険減少的・危険増加的な経験則が、刑法上の予見可能性の際に考慮されるべきであるとするための理論的な説明が要求される。

第1款 法益保護要請の意義

刑法の任務は法益保護にあるという日独における一般的な理解は、経験則の立場をある程度説明することができる。法益保護を前提にすると、法益保護要請を実現可能な者には、法益侵害回避のために必要な行動をとることが刑法上要請される。この行動には他者の不適切・危険な行動に由来する危険の防止も含まれる。行為者に向けられた法益保護要請を具体化する際には、法益保護に資する諸事情に法的重要性が認められることになる。そして法益保護の実効性を担保するためには、行為状況における危険増加的な経験則に刑法上の重

⁶⁰ 塩谷（前掲注36）107頁。なお、塩谷はここで、「分業者に当該仕事を適切にこなす専門的能力があること」と、「監督者が分業者に過酷なノルマを課すなど、分業者が適切に行動できなくなるような労働環境を設定したのではないこと」も、信頼の原則の適用条件として挙げている（更に同106頁も参照）。

要性を認めることが望ましい。それは他者の不適切行動に由来する危険による法益侵害の可能性を行為者に想到させる、つまり行為者に法益侵害回避措置を動機付けうるからである。したがって、危険増加的な経験則の判断基準としての意義は、刑法の任務を法益保護と解することから説明することができる⁶¹。

これに対して、刑法の任務を法益保護と解することは、危険減少的な経験則を刑法上の判断に考慮することと両立しない。法益保護を効率的に実現するためには、他者の危険の除去を行為者に要請することが望ましいからである。例えば法益保護を基礎として監督過失を論じるならば、他者に仕事を委任すること自体は許容されうるが、あり得る損害を回避するためには他者の監督が期待されるべきであり、その者を信頼してよいという意味で監督者が「手抜き」をすることは許されないといわなければならない。刑法の任務を法益保護に求める限り、予見可能性判断における危険増加的な経験則に刑法の重要性を認めることができる。危険減少的な経験則に法的重要性を認めることができなくなる⁶²。法益保護を基礎とするならば、経験則説は、危険増加的な経験則の妥当を前提とした予見可能性判断を前提とすることになる。この場合、信頼の原則を承認することはできず、不信の原則を基礎とした過失判断をせざるをえない。

不信の原則の下では、他者は常に不適切な行動をしかねない人物とみなされる。行為者には、他者が不適切な行動をするであろうということを前提として注意深く行動することが要請される。よって、信頼の置けない他者がなす落ち度の補正は、行為者の一次的な注意義務であると解されることになる。そのため、行為者は、他者が適切な行動をしているのかを逐一確認する必要がある。この意味において、他者の行動予測に資する行為者の認識調達義務は、行為者の個人的な認識可能性を基に成立しうる。その結果、行為者が他者の行動に由来する危険を予見しえないが、これを回避しえない場合にのみ、行為者の過失は否定される。つまり他者に対する信頼は、消極的な形でのみ許容されることになる⁶³。そうすると、行為者は他者の行動に危険がないことを確認する必要が生じる。その結果として、経験則説は過失犯の成立範囲を広く捉えることとなり、個別行為者の行為自由を強度に制限することになる。経験則は、過失判断に危険減少的な経験則を取り込むための枠組みを備えていないがゆえに、自説の意図とは反対の方向に向かうこととなる。

第2款 危険減少的な経験則の法的重要性

他者が通常適切に行動するであろうという（危険減少的）経験則の予見可能性判断への取り込みが、経験則説においては、他者の信頼の許容の根拠付けにあたる。このことは、同説の立場から他者の適切な行動を信頼することが許されると主張するためには、必要である。

⁶¹ *Brinkmann*, (Fn. 31) S. 146 を参照。

⁶² このような理解を回避するならば、例えば、刑法の任務を法益保護以外に求めることによって経験則に法的重要性を認めるための論証を行うことが一つの方法であろう。

⁶³ このような不信の原則の下では、道路交通において生活経験を基に予見可能性を判定したかつてのドイツ判例よりも、過失犯の成立範囲を広く捉えることになりうる。

経験則説の見地から、分業的な共同作業信頼の原則が通常適用される（ここでは他者に対する信頼は通常許容される）と主張する見解がある。これによると「およそ部下ないし仲間の行動への『信頼』が許されないのであれば、一定の活動を任せて『監督』すること自体も許されず、すべてを自分の手で行うしか、過失責任を免れる道はないことになる。……社会生活は『管理・監督』を含む様々な『分業』によって維持されており、そして通常なら、ほとんどの場合それでも事故は起きない。したがって、事前の安全体制が比較的妥当なものであれば、『管理・監督』関係下でも、部下ないし仲間の適切な行動を信頼することが許されるのは当然である。」⁶⁴

他者への信頼が許されなければ社会生活上の分業がおよそ成り立たないということの指摘は、共同作業に信頼の原則の適用を認める契機となりうる。同じことは道路交通に関して当てはまるであろう。他者の行動を含め「何もかもを漠然と『疑う』」⁶⁵ような「杞憂」⁶⁶といえる高度な慎重さを求める注意義務を個人に認めるべきではなく、このような義務の是認を回避する方法の一つとして、他者の適切な行動への信頼の一般的な許容が想起される。

個人に過度な慎重さを求めるべきでない（その行為自由を強度に制限すべきではない）という考えから、信頼の原則による過失限定に意義を見出し、その意義を予見可能性判断に反映させることは可能である。このことは松宮の見解に当てはまる。すでにみたように、予見可能性判断においては、行為者と同じ具体的事情の下におかれた法の期待する倫理的能力を有する「慎重」な人の行動が重要になるとされる。松宮は、予見可能性の判断基準として過失犯の成立範囲の広狭に作用する倫理的能力（要求される慎重さ）は、一般的・標準的なものでなければならないことを指摘している。この指摘は、当該能力が非難可能性の基準であるから行為者以外の観点でなければならないという趣旨⁶⁷のみならず、「異常な慎重さ」を注意要請にすることを個々に求めてはならないという趣旨も含んでいる。後者は次のように説明されている。「世俗の社会において人々の注意を喚起し死亡事故の防止に努めるのが刑法の任務であるなら、多くの人々にできそうもないと思わせるような高度な要求は、かえって法の軽視を招き有害である」⁶⁸。それゆえ信頼の原則の適用が問題となる場合、同原則の適用（ここでは予見可能性の判断）「基準とされるべきは、『行為者と同じ具体的事情』の下におかれた『標準的な慎重さもった人物』である。これは……決して『聖人君子』の慎重さを備えた人物ではなく、社会に現存する市民の規範意識を視野に入れて措定されなければならない」⁶⁹という。このように行為自由の保障という見地から注意要請を標準化することによって、その高度化に歯止めをかけることは可能であろう。

⁶⁴ 松宮（前掲注 36） 228 頁。

⁶⁵ 同上。

⁶⁶ 松宮（前掲注 36） 223 頁。

⁶⁷ 松宮（前掲注 47） 157-161 頁。

⁶⁸ 松宮（前掲注 47） 350 頁。

⁶⁹ 松宮（前掲注 47） 351 頁。

しかし行為自由の保障の観点から信頼の原則による過失限定の意義を認めることは、特定の活動領域における信頼の原則の一般的な妥当を説明しただけではなく、同原則の適用を「事実上の経験的判断」⁷⁰として構想することにも寄与しない。更に、そのような行為自由の観点は、他者に対する信頼を許容するための要素となりうるが、これを根拠付けるわけではない。それゆえ、例えば社会生活上の分業によって作業の効率化と負担軽減がなされているという実態の指摘⁷¹は、その実態を基礎とした予測判断を法的に正当化しない。この正当化をなすためには、例えば社会的相当性のように、分業の「実態」を法的な現実性としての意義を認めるというような理論構成が必要になる。しかしこれは、経験則説の前提とは相容れない⁷²。

深町晋也は、経験則説から出発して、信頼の「原則」を次のように理解している⁷³。「行動規範」からある活動領域の行動規範が「詳細」に規定されているのであれば、「規範であること自体」がその関与者に対する規範遵守への「インセンティブ」になり、他者に規範遵守行動をとるであろうと通常予測することができるという。そして道路交通における自動車運転手に関する交通取締規則は詳細に規定されているから、自動車運転手には適切な（規範遵守的）行動を通常（特段の事情のない限り）経験的に予測しうるとされる。更に、行動規範が自己または他の参加者への危険と「直結」しているか否かも、他者に対する信頼を根拠付けるファクターであるとされる。そのような危険と直結する規範は、自己保存本能または他害回避本能に基づくインセンティブを名宛人に対してもたらずので、名宛人の規範遵守が通常であると予測しうるといふ。このことから、道路交通における歩行者には、規範遵守的行動を通常予測することができる。とされる。

以上のような信頼の原則の一般的な妥当に関する主張の背景には、以下の想定があると考えられる。行動規範（法規則）は自ら名宛人の行動を方向付けるものであり、名宛人は規範の方向付けに従う（規範遵守的な行動をする）というものである。このような想定の下では、規範が詳細に規定されていること、および規範内容が危険と直結していることが、他者に規範遵守行動を通常予測可能になるための条件がとして機能することになる。前者の場合、名宛人としての他者の行動の予測を具体的に予測可能となり、後者の場合には、規範に従う名宛人が危険な行動をしないであろうと通常予測可能となる。このことから、いずれの

⁷⁰ 塩谷（前掲注 36）99 頁。

⁷¹ 塩谷（前掲注 36）103 頁。

⁷² 塩谷（前掲注 36）105 頁は、監督過失における信頼の原則の適用条件を論じる文脈において、信頼の原則の予見可能性の判定基準に位置付けた上で同原則を社会的相当性（および許された危険）によって把握する西原春夫の見解（おそらく、西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（上）」法曹時報 第 30 巻第 2 号（1978 年）15 頁）を援用する。しかし両者は、同原則の基礎付け（他者に対する信頼許容の基礎付け）の点では、全く異なる立場にある。*Bautista Pizarro, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht, 2017, S. 188* は、「事実的な規範遵守に基づく規範の方向付けの力の承認は、法規範の抗事実的な性格を見誤っている」と指摘する。

⁷³ 深町（前掲注 37）126-127 頁。

場合においても、名宛人（他者）が規範に反する行為をするであろうと予測することが困難になる。そのため当該行為の予見可能性は（特段の事情のない限り）否定されることになる、といえる。

深町の見解をこのように把握するならば、それはもはや経験則説の前提を超え出たものであるといえる。信頼許容の根拠付けの源泉は、方向付けモデルとしての行動規範およびこれに対する名宛人の応答に関する規範的な想定にあるといえ、危険減少的な経験則への法的重要性の付与は、専ら規範的になされるからである。深町の見解は、一定の規範が妥当する領域において経験則説では他者の信頼許容を法的に根拠付けることができない。

信頼の原則を予見可能性に関連付けた上で、規範的想定をもって他者に対する一般的な許容を根拠付けるという方向を推し進めるならば、島田聡一郎に行き着くであろう⁷⁴。島田は、信頼の「原則」を認めるためには、「他人が独立した責任主体である以上、原則として……法秩序の期待するとおりに行動することを想定してよい」というルールを設ける必要があると指摘する⁷⁵。つまり「『人は自由だから原則として犯罪を犯さない』という想定から出発する」ことで、他者への信頼の一般的な許容を根拠付けるのである。このように解された信頼の原則の妥当を否定する特段の事情が認められない限り⁷⁶、他者の不適切な行動に関する予見可能性は否定されるとする⁷⁷。以上の島田の見解が経験則とは異質のものであることは明らかである。それは、むしろ自己答責性原理によって信頼の原則を基礎付ける見解⁷⁸に近いといえる。

したがって経験則説は、他者の適切な行動の蓋然的な予測を、その者への許された信頼であると説明することに成功していないと評価することができる。そうすると、経験則説は、法益保護を基礎とする限り、不信の原則を前提とした予見可能性判断を採用せざるをえない、ということになる。しかしこのよう立場は、我が国の判例における信頼の原則の理解と調和しないのみならず、過失犯の成立範囲を拡大するものといえる。よって、他者に対する信頼許容の根拠付けのモデルとして、経験則説を採用することはできない。

第4節 小括

現状の予見可能性の議論からすると、信頼の原則による処罰範囲の制限の意義を論じないわけにはいかない。特に予見可能性の判断基準と判断資料に関する議論は、信頼の原則の適用が問われる場合において使用に耐えるものではない。むしろ信頼の原則、特に他者の適

⁷⁴ 島田（前掲注14）92-94頁。

⁷⁵ 島田（前掲注14）94頁（このような想定から信頼の原則を把握しなければ、「人はいつ何をするかわからないから、ミスも犯すこともあり得る」という考えを排除できず、この考えに基づいて「他人の行動に万全の注意を払っていなければならない」という個々人の行為自由を大幅に制約する事態が生じかねないという）。

⁷⁶ 島田（前掲注14）94-97頁。

⁷⁷ 島田（前掲注14）97頁。

⁷⁸ このような見解は、第3章にて取り上げる。

切な行動の信頼を許容することがなぜ許されるのかの議論を、予見可能性判断に還元する試みがなされるべきであろう。

ただ他者の信頼許容の根拠を探求するとしても、これを他者の行動の事実に予測であると解するならば、信頼の原則の過失限定の意義を説明することはできなくなってしまう。まず経験則説自体からは、なぜ経験則が法的判断に取り込むべきであるのかを述べるできないため、経験則と信頼許容の関連付けを成し遂げることができない。そのため同説の主張を基礎付けるためには、更なる論証を要する。もっとも法益保護を前提とすると、他者の適切な行動に対する信頼を許さない方向に働く経験則を過失判断に取り込む意義を説明する反面、当該行動への信頼を許容する方向に働く経験則の取り込みを否定することになる。その結果として、経験則説は不信の原則に帰着してしまう。そして不信の原則を基礎とした予見可能性判断を回避するためには、例えば、行為自由の保障や「方向付け」のモデルとして（行動）規範を基礎として、危険減少的な経験的予測に法的重要性を認めるための論証が必要になる。しかしこの論証は、経験則説の範疇を超えることになる。

このようにみると、信頼の原則を予見可能性判断に解消されるか否かにかかわらず、他者の適切な行動に対する信頼を許容するための根拠を論じる必要があるだけでなく、その根拠は規範的に裏付けられたものでなければならない。このような見地は、無効果説や経験則からは出てこないものである。よって他者に対する信頼の許容に関する議論を予見可能性または事実に予測の問題に収斂させるというアプローチには賛同できない。

第3章 自己答責原理を基礎とした信頼の原則

学説上、個人に認められる自己答責性原理から信頼の原則を基礎付け、自己答責的な他者に対しては適切な行動を信頼することは許されるとする立場がある。以下では、「自己答責原理説」による信頼の原則の理解を取り上げ、その当否を検討する。

第1節 「事象経過の支配可能性」に基づく注意義務の一次性・二次性

信頼の原則の議論において自己答責性に着目する立場はドイツの議論から我が国にもたらされた。ドイツにおいては当初、**Stratenwerth** が、医療現場における分業的な共同作業における医師の過失責任を制限するためには信頼の原則が適用されるべきであり¹、このためにはいかなる理論構成がとられるべきであるのかという問題意識の下で、自己答責原理説を展開した。

彼によると、従来の過失犯論においては、行為者個人に対して要請される注意の内容を許された危険と予見可能性によって決定するという、「孤立して行動する個人というモデル」が想定されてきた。このモデルは、特に手術のような分業活動のように行為者の過失の有無を他者の行動を加味した上で判断する必要がある場合、経験則を基礎とした予見可能性判断によって個人（特に手術を行う医師）の責任制限を図る。しかしその予見可能性判断の基礎にある経験則には「信頼できる同僚がかつて期待された行動をしなかった」というものも含まれる。そのためこのモデルでは、医療への信頼の原則の適用、および医師の責任限定を認めることは困難であると指摘する²。また彼は、利益衡量の観点も医師らの分業に信頼の原則の適用を認めるためには不十分であると指摘する。分業活動の利益は不利益なしには考えられず、加えて利益衝突の場合にいかなる判断をなすべきであるのかは、利益衡量の観点からは明らかにならないからであるという³。

他者の適切な行動に対する規範的な信頼を根拠付けるため、**Stratenwerth** は、以下のように複数人が犯罪へ故意的に関与する場合における正犯と共犯の答責の根拠付けの違いに着目している⁴。故意正犯としての「一次的な答責」は事象経過の支配、つまり行為支配によってのみ基礎付けられる。その他の関与形式の可罰性は、共犯の従属性に示されているように、先の一次的な答責から「演繹」されたものである。つまり共犯の答責は二次的なものである。行為支配概念は、物質世界で発生した事象経過と行為者の関係の特徴付けるものであり、行為者と他者の関係を把握しないからである。他者が道具として行動する場合にのみ、他者の事象経過への介入は行為支配に影響を及ぼさないが、他者が事象経過を自ら制御するならば、行為者の行為支配が否定される。

¹ *Stratenwerth, Arbeitsteilung und Ärztliche Sorgfaltspflicht*, in Paul Bockelmann und Wilhelm Gallas Hsg. Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1971, S. 383 ff. S. 388.

² 以上については *Stratenwerth*, FS Eb-Schmidt, S. 387, 392.

³ *Stratenwerth*, FS Eb-Schmidt, S. 389.

⁴ 以下については *Stratenwerth*, FS Eb-Schmidt, S. 390.

彼は、以上の故意犯における正犯と共犯の答責性の違いを過失犯に類推している⁵。過失犯においては、事象経過の支配（制御）可能性（予見可能性と回避可能性）が、「一次的な注意義務」を基礎付ける。それゆえ事象経過が「一人の行為者の答責のみが問われるならば」、その事象の予見可能性のみが決め手となる。しかし過失的な共同作業の場合には、いかなる限度で他者の注意が欠如する可能性をおよそ考慮しなければならないのかが、追加的に問われる。事象経過自体に必然的に結びつく危険と他者の注意の欠如の危険は異なるレベルにあるからである。それゆえ、ある者が事象経過を制御可能であるならば、この者の不適切な行動に関して、他の者の落ち度は「演繹された注意義務の違反」、つまり「二次的な」注意義務の違反としてのみ説明される。二次的な注意義務が問題となる場合、他者が事象経過を制御可能であるならば、その者は「答責的な人」であるから、その注意の欠如について行為者は責任を負う必要がないとされる。「社会生活において複数人の行為態様に関わる場面では、通常全ての関係者は、他者が同様に法秩序の諸要請を受けているために注意義務に適った振る舞いをするを信頼してよいとされなければならない」という。他者の注意義務適合的な態度への信頼の許容は、「他者の自己答責性」に求められるという。なお、ここで想定する個人の自己答責性の内容は、単なる自律的な決定や行動をする能力ではなく、個人に向けられた「期待についての権能」、特に個人の危険の制御能力である。

これに対して、他者の注意の欠如が個別具体的な場合に徴憑されない限り、他者の単なる注意の欠如を考慮に入れることを要請する注意義務は存在しないという。行為者に二次的な注意義務が生じるのは、他者に対する信頼が一定の諸事情によって打ち破られる場合、つまり他者の不適切な行動に関する予見可能性が行為者に認められる場合であるとする。例えば、「他者の注意の欠如によって危険がすでに生じた場合」や「病弱さまたは身体の障害」のみならず、「若さゆえの経験不足」等や「運転技術がないか運転免許を有していない」ことも挙げられている⁶。これらは、彼の想定する「自己答責性」としての事象（の危険）の制御の欠如を意味しているからである。

以上の *Stratenwerth* の見解において、他者への信頼許容の根拠付けは、他者の注意の欠如に関する行為者の注意義務（答責性）を、その発動に追加的な根拠を要する「二次的な」ものとして構想する点にある。この義務の二次性は、故意犯における行為支配概念の過失犯への演繹、および他者の自己答責性によって説明されている。もっとも前者の観点からすると、人は一次的な答責領域（自己の態度）を支配可能であるが、二次的なそれ（他者の態度）を支配不可能であると想定することになり、他者の注意の欠如に関する二次的な注意義務を行為者に認めることができなくなる。しかし上記のように、場合によっては他者の行動に関する二次的な注意義務が行為者に認められるべきであるならば、支配可能性概念は、二次的な注意義務にも関連する必要がある⁷。支配可能性概念は先の答責性の質的な区別、およ

⁵ 以下については *Stratenwerth*, FS Eb. Schmidt, S. 391-393.

⁶ 以上については *Stratenwerth*, FS Eb. Schmidt, S. 392.

⁷ このように指摘するのは、*Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., S. 558 f.更に

び他者に対する信頼の許容の基礎付けに寄与するものではない。

彼の見解における他者への信頼の基礎付けとしては、答責的な者は通常自己の態度の結果に対して一次的な答責を負い、これについて他の者は二次的な答責のみを負うことになるという想定が残ることになる。ただ彼の想定する答責性は事象の制御可能性であり、他者の不適切な行動を認識可能であれば、その行動に介入する（二次的な）義務が行為者に生じるとされる。そのため、他者の制御可能性についての配慮が、なぜ通常不要であるといえるのかが問題となる。この点に関して **Stratenwerth** は、答責的な人の態度には（その決定がかかわるため）因果律とは異なるルールに従うと指摘する⁸。しかしこのことから、他者に対する行為者の配慮が二次的なものになるとまではいえないであろう。

それゆえ彼の見解は、自己答責性によって他者に対する信頼を許容しようとするものであるといえるが、その説明が十分に成功しているとはいえない。

第2節 法秩序の下で妥当する自己答責原理

Schumann によると、法秩序の下では人は自由な自己決定をなすことができ、それゆえに「良くも悪くも」自己の行為に対して自ら責任を負うという人間像を基礎としているという⁹。万人は、「原則として答責的な法構成員として」取り扱われなければならない¹⁰。それゆえ個人は原則として自己の行為の結果に対してのみ答責的であり、他者のそれについては答責的ではない。このような自己答責原理は、結果が被害者または第三者の行動を介して発生する場合における「答責領域の限界付け」をもたらす¹¹。それは、被害者または第三者の自由かつ答責的な行為の結果は、原則として第一行為者の答責領域には帰属されえないという形でなされる¹²。

自己答責原理は、人の行為を「自然的因果性」ではなく「意志自由」の意味に従って構想する「非決定論の有利となる決定」の帰結であり¹³、複数人の間での行為者に認められる全ての行為不法の意味を定義するという¹⁴。このことから信頼の原則も、自己答責原理によっ

Wilhelm, Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht, MeDR 1983, S. 48 も参照。

⁸ *Stratenwerth, FS Eb. Schmidt, S. 391.*

⁹ *Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 1*

¹⁰ *Schumann, (Fn. 9) S. 4 f., 6.*

¹¹ *Schumann, (Fn. 9) S. 1.*

¹² *Schumann, (Fn. 9) S. 1.*

¹³ *Schumann, (Fn. 9) S. 5.*

¹⁴ *Schumann, (Fn. 9) S. 1 ff* 彼によると、自己答責原理は、行為者の設定した因果経過に介入した被害者や第三者が直接的に結果を惹起した場合に、行為者の結果帰属を否定する点で、因果関係の中断論や遡及禁止論と同様である。ただ自己答責原理は、それらの理論よりも、行為者の結果帰属の問題を「より高次の帰属段階に移行させる」という (*ders.*, S. 4)。

て把握することができるとする。すなわち、万人は自己の答責の範囲内で、自己行為が危険ではないこと（危殆化の禁止）に配慮しなければならない一方で、他者が注意義務違反的に振舞うであろうということを見込む必要はない¹⁵。この信頼の原則は、特別な諸事情の下でのみ他人の答責領域を捕捉し¹⁶、これは同原則の例外ではなくその妥当の内在的制限であるという¹⁷。

このように自己答責原理を結果帰属の基礎に据えるならば、これによって他者への信頼の規範的な許容を説明可能であろう。ここでのポイントは、答責的な主体の一次的な注意義務を自己行為による危殆化の不発生への配慮に限定することにある。これによって、他者が自身の一次的な注意義務を履行することは、行為者の一次的な義務にはならないことと解することができるからである。それゆえ *Stratenwerth* が構想したように、個人の自己答責性に着目して、他者の注意の欠如への配慮を行為者の二次的な注意義務であると解する（もって他者への信頼を規範的に許容する）ためには、自己答責原理の参照が必要となる。

第3節 検討

第1項 信頼の純規範的な許容と答責分配の思考

信頼の原則が自己答責原理の表れであるならば、他者に対する信頼の許容は純規範的に説明される。自己答責的な者が適切な行動をするであろうという信頼は、現実には反して際限なく許容され、自己答責的な他者に向けることの許される信頼には、その違背のリスクが含まれることはないからである。その結果、他者に対する信頼許容の問題は、他者の行動の（経験的な）予測や予見という観点から切り離して考えられることになる¹⁸。

また自己答責原理は、自由な法秩序の下で妥当する根本的なものとされている。そのため同原理によって他者の適切な行動への信頼を許容することは、刑法の任務を法益保護と解することと調和可能である。刑法上の法益保護要請の基礎には自己答責原理が存在するので、刑法上の義務内容は、自らの行為によって他者の法益を危殆化または侵害しないことに

¹⁵ *Schumann*, (Fn. 9) S. 4 f., 6. それゆえ *Schumann* は、信頼の原則を他者の行動に関する経験的な予測の観点によっては根拠付けることができないと指摘する (*ders.*, S. 8 f.)。同原則を利益衡量によって基礎付けるアプローチに対する彼の批判については、*ders.*, S. 9-12 を参照。

¹⁶ *Schumann*, (Fn. 9) S. 6.

¹⁷ *Schumann*, (Fn. 9) S. 12. 同様に自己答責原理説を主張するものとして、小林憲太郎『刑法的帰責—フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』弘文堂 2007年 163-164頁がある。小林によると、自己答責原理説は「個々人を独立した自律的人格とみなし、その発展を他者から阻害されない代わりに、その過程でコンフリクトが生じないことを、人を当てにせずに自分自身で保証しなければならないという、現代社会の基本理念を素直に理論化したものであり、基本的に支持できる」という（164頁）。

¹⁸ *Jakobs*, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, *ZStW* 89 (1977), 13 f, 29 f. *Kuhlen*, *Fragen einer strafrechtlichen Prdukthaftung*, 1989, S. 130 も参照。

限定される、と解しうる。この場合、自己答責原理は法益保護要請を制限し、この制限の実質が他の答責的な者への信頼の許容であるということになる。

ところで、信頼の原則は他者に自己答責性が認められる限り適用されるのであるから、同原則は答責的な者らの行動を規定する原理として機能することになる。自己答責的な主体らは、他者を危殆化しないことを保障しあい、他者がそのように行動することに配慮する必要がないという（規範的な）信頼関係に立つ。

このような信頼関係を違った観点からみれば、自己答責原理は、答責的な者らにあらゆる侵害の回避を要請するのではなく、各人に自己行為による他害禁止の義務を負う代わりに他者の義務履行に配慮しなくてよいという形で、各人に答責（注意義務）を分配しているともいえる。Schumann によると、道路交通における優先通行権の尊重は待機義務者の答責領域に属するので、その適切な行動を優先交通権者は信頼してよい。つまり優先通行権の実現は待機義務者の事柄であるから、このことを優先通行権者が配慮する必要がないとされる¹⁹。Stratenwerth のいう行為者の注意義務の一次性・二次性という理解は、先の答責分配の思考を注意義務論で表現したものであるといえるかもしれない。

第2項 答責領域の拡大としての「特段の事情」

自己答責原理説によると、答責的な主体らの間には規範的な信頼関係が成立し、この関係は法的に保護される（信頼の原則が適用される）。このことの裏返しとして、自己答責的でない主体の行動には信頼の原則は適用されないことになる。他者に自己答責性が（初めから、または途中から）認められないことは、自己答責原理説にとって、信頼の原則の適用を妨げる「特段の事情」といえる。自己答責性は自己決定にかかわるものであるから、例えば幼児等には適切な行動を信頼することは許さず、手術関与する医療従事者が手術中に意識を失う場合にも同様の評価がなされるであろう²⁰。それゆえ、行為者が、結果を発生させた自己答責的でない他者の行動に配慮しなかった場合、そのような配慮の不実施に関して行為者に過失非難を向けることが可能となりうる。つまり非答責的な他者との関係でのみ、行為者の答責領域は拡大されうる、といえる。それゆえ行為者が、他者が答責的な主体ではないことを徴表する（特段の）事情を認識可能であるならば、この者をもはや信頼することは許されないといえる。そして他者の自己答責性の欠如の徴憑以外の諸事情は、他者に対する規範的な信頼の許容に影響を及ぼさない、と考えるのが自然である。

しかしながら以下でみるように、自己答責原理説はその他の諸事情が認められる場合にも、行為者の答責領域が他者のそれにまで拡大しうると主張している。

第1款 他者の不適切行動に関する予見可能性

一般に、行為者にとって他者の不適切な行動が予見可能であるならば、この者に対する信

¹⁹ Schumann, (Fn. 9) S. 24.

²⁰ 小林（前掲注）169-171頁は、これを「内在的制限」と呼ぶ。

頼はもはや許されるべきではないということは認められている。しかし自己答責原理説によれば、他者が不適切な行動をとるであろうという経験的に予測可能であったことは、他者に対する信頼を否定すべき理由にはならない。他者が答責的者である限りその適切な行動を信頼してよいというのが同説の主旨であるから、不適切な行動をする他者が答責的な人物であるならば、信頼の原則の適用を否定する「合理的な理由はない」ということになるからである。「自己答責性が認められる以上、信頼の原則の適用も可能となるはずである。」²¹

もっとも自己答責原理説からは、例えば他者の適切な行動に対する期待が「状況」に関する諸事情によって「具体的に打ち破られる」場合には、信頼の原則の適用は「当然に」否定されるべきであろう。行為者が他者の不適切な行動に関する具体的な兆候が認められる（またはその行動を認識する）場合には、行為者は他者が不適切な行動をしているという「現実自らを調整しなければならない」とする²²。しかし自己答責原理説の前提からすると、他者の自己答責性の有無以外の事情が、信頼の許容判断を左右することはないはずである。落ち度のある行動に対して十分な根拠のある具体的な誘因が存在する場合には適切な行動を信頼することは許されないという一般的に認められている制限は、自己答責原理説からは説明できない²³。

これに対して、他者の不適切な行動に関する具体的な兆候が認められる場合には信頼の原則の適用があるとしつつも、同原則の効果は、他者が適切に行動することを行為者が前提にしてよいということにとどまるとする理解がある²⁴。行為者に要請される注意を判断するためには、「現に存在する事実関係を前提にしなければならない」ので、「他者の不適切な振舞いが現に行われているか、あるいは他者の現在の態度を将来の適切な振舞いと整合的に説明する余地がもはや失われている場合には、行為者のなすべき態度も他者の不適切な振舞いを前提に決定されなければならない」という。

ここでは信頼の原則の適用は、不適切な行動をした（自己答責的な）他者になお適切な行動を規範的に予想させるものであるにすぎず、行為者の過失を否定するものではない。行為者の過失を検討する際には、他者の現実の不適切な行動を基礎としてなされるからである。つまり、自己答責的な他者は規範的に信頼することができるが、他者の現実の不適切な行動を基礎として行為者の過失判断を行わなければならないとする。しかしこのような信頼の原則の「外在的制限」²⁵は、自己答責原理説の前提からもたらされないだけでなく、信頼

²¹ 平野潔「信頼の原則と自己答責原理」『人文社会論叢（社会科学篇）』16号（2006年）97頁。

²² *Schumann*, (Fn. 9) S. 14 f.

²³ *Kuhlen*, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, S. 130; *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band , 5. Aufl., 2020, § 24 Rn. 22. 更に塩谷毅「信頼の原則に関する序論的考察」齊藤豊治『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』所収 成文堂 2006年 95頁、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号（2000年）158頁注14。

²⁴ 以下については、小林（前掲注17）166-169頁。

²⁵ 小林（前掲注17）166頁。

の原則の一般的な理解（その適用が行為者の過失を否定する）とは整合しない。

このような自己答責原理説の問題点は、信頼許容の判断が自己答責原理に基づく答責領域の規範的な切り分けによって行われ、このことが他者の行動に関する予見可能性判断と分離していることに由来する。ただ自己答責原理説の論者にとって、他者の不適切な行動を行為者が認識した場合にも他者への信頼を許容することは望まれていないのであろう。しかし自己答責的な他者に対する信頼が許されないという判断は、自己答責原理説の前提を崩すことになってしまう。

第2款 答責的な者らの関係性の修正

自己答責性の有無が信頼の原則の適用基準であるならば、自己答責的な者らは「対等」な立場にあり、その他の個々人の事情は信頼許容の判断にとって重要ではない。例えば道路交通においては、「車両の運転手であろうが、歩行者であろうが、答責性が認められる点では全く同じである」と解されるため、「およそ歩行者に対しても答責的たるべしとの前提を採用するのは、被害者の自己保護義務を承認することになりかねず、不当な帰結に至る」という批判が当てはまるであろう²⁶。つまり、自己答責原理説に従えば、道路交通であれ、共同作業であれ、着目されるのは活動の関与者の自己答責性の有無となるはずである。

また、自己答責性によって構成された信頼の原則は、事象経過自体に結び付く危険と他者の不注意による危険を異なる次元で理解するから、その二つの危険が区別されていない道路交通においては「道路交通規則により示されている細分化された注意要請に対応することは困難であろう」と指摘がなされている²⁷。

対して、自己答責原理説は、共同作業における信頼の原則については、自己答責性以外の事情を加味して、信頼の原則の適否を決することを試みている。

例えば **Stratenwerth** は、医師が医療関係者の助力を用いて自己の活動を行う場合には、他者の「資質」の欠如に基づく危険に配慮する義務を負うという。医師が分業の相手方として看護師を選任する場合、看護師の「資質」の有無を、その者の教育、経験、「信頼度」によって判断しなければならないという。そして医師が、看護師の「資質」に疑いを持つならば、この者に業務を委ねてはならないか自ら指示または監督することを義務付けられると

²⁶ 深町晋也「信頼の原則について」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』成文堂2006年124頁。

²⁷ *Kirschbaum*, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, 1980, S. 212 f. この批判に賛同するものとして、*Schroeder in StGB Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., 1994, § 16 Rn172. 更に *Kirschbaum*, a.a.O., .S. 211 は、自己答責原理説は信頼の許容と予見可能性判断を分離させるために、道路交通においては「Güldeタイプの『信頼の原則』に接近」という。または大塚裕史「過失犯における結果回避可能性と予見可能性—黄色点滅信号事件最高裁判決を手掛かりに—」神戸法学雑誌54巻4号（2005年）36頁注（5）は、自己答責原理に依拠すると、「交通法規に違反し不適切に行動する者は道路交通の危険を自ら引き受けなければならないということになりかねない危険がある」と指摘している。

いう。「医師が例えば、共同作用をする看護スタッフが必要な業務を自ら実施することを信頼してよいかは、再び、その教育、経験、信頼性（确实度）に依存している」という。医師が専門医を招聘するような場合には、先の義務（違反）は認められないとする²⁸。つまり、分業の相手方の地位に応じて、医師がその資質の有無を確認する義務を負う場合（確認しなければ、看護師を信頼してはならない）と、これを負うことがない（確認しなくても専門医を信頼してよい）場合があるという。

このような他者の「資質」の有無に対して行為者が払うべき注意の相違は、監督過失が問われる垂直的分業の場合には信頼の原則の適用範囲が狭く、水平的分業の場合には信頼の原則が適用されやすいという、一般的な理解に対応している。しかしながら、このような理解は自己答責原理説からは直接には導き出すことはできないはずである²⁹。

第一に、他者の「資質」として、業務遂行に必要な個人の諸事情という自己答責性概念以上の事柄が要求されている。第二に、行為者（医師）の注意義務の内容が分業の相手方との地位に応じて変化するという点も、自己答責原理説の前提の射程外に位置しているか、「資質」が自己答責性を意味しているのであれば、これが社会化している。

先の医師の例にも当てはまるが、行為者が他者（背後者）の給付を受け継ぎ、これを自己の活動に利用する場合³⁰には、行為者と他者の「行為」には重なり合っている部分がある。このような個々人の答責領域の確定する要素としての行為が重なりあう場合は、自己答責原理説のいう答責分配（信頼の原則）によって想定されていない。

ゆえに Schumann によると、そのような場合、行為者らの答責領域は自己答責性原理だけでは確定しえないことを認めた上で³¹、行為者の答責領域を確定するためには、社会的役割と社会通念上これと結び付く任務（社会生活上の安全義務）の「引き受け」を考慮することが必要であるとする³²。

Schumann によると、例えば、ジャーナリストが情報屋から情報を得た場合には、彼はその情報を再検討する義務を負うため、情報屋に対する信頼は直ちに許されないのは「当然」であるとする。この場合、他者の不適切な行動に配慮するという程度に行為者の答責領域が拡張されるという。他方、ジャーナリストが通信社から情報を得た場合には、これを再検討する必要はないので、通信社に対する信頼は許されるという。情報提供者の信用性に応じて、公表する事実の正しさを保障しなければならないジャーナリストのなすべき行動が変わっ

²⁸ *Stratenwerth*, FS Eb. Schmidt, S. 393-397.

²⁹ 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣 2015年 213頁注39)は、自己答責原理説に従えば、手術による患者への損害や大規模な工場の事故による第三者への損害といった「相互に準則の遵守が要求される者以外の人に結果が発生する場合」、最初から信頼の原則を適用できないことになってしまうと批判している。

³⁰ この場合、自己答責原理説において答責領域を限界付ける各人の「行為」概念が曖昧になると指摘するのは、*Brinkmann*, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, 1996, S. 134.

³¹ *Schumann*, (Fn. 9) S. 19, 24

³² *Schumann*, (Fn. 9) S. 24 ff.

てくることが説明されているように思われる³³。

また、私的な依頼人（発注者）購入者等としての他者の給付を要求する者に対する注意義務の制限は、特に広範である。この場合には、一定の専門資格を必要とする給付が問題となるならば、私的な購入者（Abnehmer）が対応する職務または職業の遂行を通じてこの資格事態を必要とする者を頼った場合、彼は通常自身に要求されうることを全て行わなければならないとする³⁴。

対して、他者の給付を自己の職務活動の行使のために利用する者は、高度の注意が期待されるのであり、その者は、背後者を選任する際に「自己の職務の答責を自覚した構成員の注意」を保持しなければならないとする³⁵。

このような個々人の社会的な役割や社会生活上の安全義務基礎とした議論は、共同作業における注意義務の分配を念頭に置いたものと解される。しかしこれは、論者も認める通り、自己答責原理説の前提からは導き出されるものではない。ここでは自己答責原理に基づく議論の限界、および個々人の答責領域を社会的・相互的な観点から論じる必要性が認められている。

すでにみたように同説は、道路交通における優先交通権の尊重は待機義務者の答責領域に属すると説明する。このことを自己答責原理から説明するためには、両者の答責領域が限界付ける「行為」が、相互独立の形で形成されていなければならない。しかし優先交通権者

³³ *Schumann*, (Fn. 9) S. 22 は、通信社は報道可能な情報を提供するために業務を行っているために信頼しうると説明する。しかしこの基準でいくと、情報屋が無名の通信社で「タレコミ」を行っている場合には、情報屋に対しても信頼の原則を適用することになるであろうと指摘されている。更に、小林（前掲注 17）169-170 頁も参照。

³⁴ *Schumann*, (Fn. 9) S. 25 f. 例えば自己の納税申告を税理士に処理させた納税義務者は、納税申告の何らかの誤りを見通す必要はなく、新車の購入者には、彼がその車で交通に関与する前に、ブレーキを検査すること、車輪のナットの具合の点検または車両証明書を手掛かりに許容されたタイヤの型が設置されているのかの確認は、期待されえない。自動車運転手は、自動車工場が修理を規則通りに実施したのかを、同様にほとんど点検する必要はない。この種の諸事例において異なることが妥当しうるのは、委任者、依頼者等が—例えばより以前の経験に基づいて—他者の給付能力または信頼性を疑う具体的な契機を有する場合のみであるとする。

³⁵ *Schumann*, (Fn. 9) S. 26 -29. 例えば、編集者がたしかに信頼できる有名な通信社を信頼しうらば、その報道を読まずに配布することは許されず、それは完璧に、そして、当該報道の正当性に疑念を根拠付ける矛盾と不明確さを免れる程度に注意して読まなければならない。医師が業務用器具の製造者を信頼してよいということは、彼が新品の危惧を全体として検査せずに使用してよいわけではない。彼はその器具を予め完全に検査する必要はないが、恐らくその機能を検査しなければならないか、検査させなければならないという。彼によって使用された薬剤に関する一定の点検義務は、医師が更に勉強するという義務を内容としている。調整品（Präparat）の包装の封入への指示の正当性に対する原則として認められる信頼は、その薬剤を含めた経験に関する文献から情報を得る義務から、医師を解放するわけではない。それゆえ彼は、文献を調べて製造者が提示しなかった有害な副作用を知った後に、その薬剤を使用したならば、彼は義務違反的に行動するという

(行為者)が自転車を危険なく走行させるという一次的な義務は、待機義務者の規則に適った車両の操縦を前提としている。この場合、前者の行為は後者の行為を含んでおり、それらを分離して考えることはできないとも解しうるであろう。しかしそれでも、優先交通権の尊重が待機義務者の答責領域に属するといえるならば、これは自己答責原理ではなく道路交通規則を解釈した帰結であるといえる。

第3項 自己答責原理に基づく判断の非現実性

自己答責原理は個々人の答責領域を規範的に限界付ける。そのため、同原理は、自己答責的な者らの間で他者を侵害しないことについての信頼を許容するための根拠となる。そして、他者に対する信頼が専ら規範的観点から説明されるため、行為者が行動する際に、他者が不適切な行動をするかもしれないという経験則を考慮する可能性が排除される。このような経験的・事実に側面を(ほとんど)考慮の対象としないという自己答責原理説の特徴は、個人の注意義務の履行負担を軽減する反面、種々の問題をもたらす³⁶。

専ら自己答責原理によって構想された同原理は、他者が答責的である限り、その適切な行動に対する信頼が裏切られることはない。その結果として、他者の不適切な行動を認識したとしてもその者が適切に行動することを過失的であると評価する余地を見出すことができない。また分業関係下にある者らの中での信頼が問題となる場合、関係者らの職務や地位等の事情を、信頼許容の判断と結びつけられない。それゆえ自己答責原理説は、社会的役割等の外在的観点を参照して予め規範的に定まった信頼関係を変更しようとしている。

自己答責原理説は、他者の適切な行動に対する信頼許容をシンプルに説明できることと引き換えに、信頼許容判断を説得的なものにするために自らの前提に逆らう必要がある。よって専ら自己答責原理説によって他者に対する信頼許容を根拠付けるべきではないといえる。

第4項 信頼許容の判断にとっての自己答責原理の意義

しかし自己答責原理説は、信頼許容の根拠を巡る議論に重要な主張をしている。答責領域の規範的な他者は自身の答責領域に対して一次的な責任を負うために、行為者に他者の不適切な行動の防止を(二次的に)義務付けるためには別途根拠を要するという主張は、信頼の原則の規範的な根拠付けにとって有益であるように思われる。特に分業的な共同作業は、通常(特段の事情のない限り)他者が自身の業務を適切に遂行するであろうと信頼できなければ分業自体が成り立たない。そして分業の相手方の動静を逐一確認することを刑法上の注意義務として一般に認めることは、社会通念とは相当に乖離している。

そうすると、分業の相手方が適切な行動をとるであろうと信頼してよいと解すべき場合

³⁶ 石井徹哉「過失犯論」曾根威彦他編『重点課題 刑法総論』成文堂 2008年 184頁は、自己答責原理説は「自律的人格を基礎にして信頼の原則を基礎づけるが、それは統制による犯罪予防と相容れない」と指摘する。

がある。答責領域の限界付けという見地からすると、他者の適切な行動に対する信頼が許される場合には、行為者の答責領域には他者の落ち度の防止が含まれていないといえる。反対に、その信頼が許されないのは、行為者の答責領域に他者の落ち度の防止が割り当てられている場合、つまり行為者の答責領域が他者のその一部にまで拡張している場合である。しかし、自己答責原理説のように、行為者らの答責領域を専属的なものと解するならば、信頼許容判断が硬直的になってしまうことは、すでにみたとおりである。

そのため同説の主張を幾らか割り引いて、答責的な主体は自己の答責領域の展開に対して「優先的に」責任を負うという程度に理解するのが適当であろう³⁷。つまり答責的な者らは互いに自己の答責領域の安全性について一次的に配慮する注意義務を負うという形で、各人の間では答責（注意義務）が分配されていると考えることができる。

そのため同説の主張を幾らか割り引いて、答責的な主体は自己の答責領域の展開に対して「優先的に」責任を負うという程度に理解するのが適当であろう。つまり答責的な者らは互いに自己の答責領域の安全性について一次的に配慮する注意義務を負うという形で、各人の間では答責（注意義務）が分配されていると考えることができる。このことは、他者の答責領域に生じる危険防止は行為者に義務付けられないか、少なくとも「二次的な」注意義務になるということ意味している。しかしこれらのことを信頼の問題を純規範的に捉える自己答責原理のみから考えるのでは適切ではない。同説の論者らが示唆しているように、答責分配のより立ち入った検討は、社会的観点をもってなされるべきであろう。

実際、Stratenwerth は後に、自己答責的な者も自己の態度によって信頼に違背しうるとして、信頼の原則を専ら自己答責性から説明することに反対している³⁸。信頼の原則は「社会的相互行為の通常過程」の可能化という一般的な思考に基づいているとし、これ自体が許された危険を特徴付ける思考であるという³⁹。これによると、絶えず他者の可能的な落ち度ある態度に配慮する義務の想定は、社会的相互行為の過程にとっての障害を意味することになるという。自己答責原理による注意義務の制限は「普遍的」ではなく、むしろ特定の事物領域および特定の諸条件下でのみ要請されることを認めている⁴⁰。信頼の原則の限界は、他者の落ち度ある態度に関する監督義務が根拠付けられる場合であるとす⁴¹。またドイツ他の見解も、自己答責原理に基づく規範的な信頼関係の保護を否定した上で、同原理を特に道路交通における優先交通権の保護は待機義務者の答責領域に属するというを説明する際に援用する。つまり、自己答責性の基礎にある答責分配の思考のみが採用され。信頼の原則のその他の点は、許された危険を用いて説明しようとする⁴²。

³⁷ *Bautista Pizarro*, *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht*, 2017, S. 205 f.

³⁸ *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht AT*, § 15, Rn. 65.

³⁹ *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht AT*, § 15, Rn. 65, § 8, Rn. 32, Fn. 36.

⁴⁰ *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht AT*, § 15, Rn. 65.

⁴¹ *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht AT*, § 15, Rn. 66.

⁴² 例えば *Kuhl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2018, § 17 Rn. 37. 更に信頼の原則の基礎付けのために許された危険と自己答責原理を挙示する見解として、例えば *Kindhäuser/Hilgendorf*, *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*, 8. Aufl., 2019,

もつとも、他者の行動への配慮を内容とする行為者の二次的な注意義務が、信頼の原則の適用が問われる場合において常に問われることになるのかは、別途検討する必要がある。分業的な共同作業を行う場合において、関与者らの注意義務の負担を軽減するためには、有益な視座を提供しうる。

しかしそのような二種類の答責の区別が、その他の領域においても妥当するのかは明らかでない。例えば道路交通における車両対車両の事故の責任について、相手方の走行に配慮することを専ら二次的にのみ義務付けてよいとは直ちにいえぬ。自動車運転手の一次的な注意義務が専ら自車の安全な走行を保証することに尽きるのか、同時に他者に対する配慮をも含んでいるのかという問題、その上で信頼許容の判断との関連で他者の行動の予見可能性いかに取り扱うべきかという問題に取り組む必要がある。もちろん、これらの問題は自己答責原理に基づく答責分配の射程外にある。

自己答責原理の特徴の一つは、人の行動の予測の問題を信頼許容の判断から分離しようとすることである。これは、自律的な他者の不注意に基づく危険は、その他の自然的な事象経過と結びつく危険とは異なる次元に位置するものであるという理解が前置されている。しかし特に道路交通においては、その二つの危険を厳格に区別することは困難である。そのため道路交通における他者の信頼許容を判断するためには、その行動予測をいかになすべきかという問題にウエイトが置かれるのであろう。このことが自己答責原理説においては捨象されている。

第4節 小括

自己答責原理説は、自己答責的な他者への信頼の許容を基礎付けることができている。そして、その他者への信頼の許容を純規範的に捉えられる点に特徴がある。しかしこの特徴は、事實的または認知的観点を捨象する問題点を含んでいる。このことは、自己答責原理説も理解されている。そのため、同説の論者らは、信頼の原則の適用条件、または他者への信頼の許容判断において、自己答責性以外の観点の考慮し、結論の妥当性を図ろうとしている。しかしそのような同説の前提の修正は説得的とはいえない。このような修正は、個別事案における信頼の問題を適切なものとするためには、事實的・認知的な観点を考慮する必要性が示唆しているように思われる。

したがって、自己答責原理説も、信頼の原則の基礎付けとしては支持しえない。

第4章 社会的観点に基づく信頼の原則の基礎付け

自己答責性説と同様、日独においては規範的な観点から信頼の原則、および他者への信頼を論じる諸見解は、多数存在する。本章において取り上げるのは、一定の社会的な観点、特に社会生活の維持と行為自由の保障の必要性に着目して信頼の原則、および他者に対する原則的な許容を基礎付けようとする代表的な諸見解である。これは、自己答責性説とは異なり、他者への信頼の許容を純規範的に把握するのではなく、答責能力を有する他者を信頼することが許されない場合があるとする。とはいえ、論者らの着眼する社会（生活）は様々であり、その着眼点と他者への信頼の問題との関連付けも多様である。

第1節 報奨としての信頼の原則

信頼の原則は、自ら適法に行動した者のみ与えられる「報奨」であると解されることがある。信頼の原則の適用は、適法に行動する者が他者も同様に行動するであろうと信頼することを許容する。反対に、自ら「違法な」行動をする者は、このことからすでに他者が自身の落ち度に配慮するであろうと信頼することは許されないという。

報奨説の先駆として取り上げられるのは、Güldeの見解である。これによると、信頼の原則は、「共同体思考に基づく国家社会主義的な世界観の成果」であるとした¹。道路交通という交通関与者の共同体は危険共同体であり、そこでは規律正しく適性のある交通関与者を前提にしているとする。道路交通の危険を克服するには、規律正しく適性のある交通関与者が自ら交通規則を遵守するとともに、他の交通関与者による規則遵守を信頼しうるのでなければならないという。道路交通における法秩序の任務は「民族全体」の保護であるとされる。交通事故数を減少させるため、交通規則の遵守に信頼の原則を適用することによってそれを促進し（その限りで、信頼の原則の適用は交通規則の遵守への報奨である）、交通規則を遵守しない者に不利益を課すべきであるという交通政策的観点が強調された²。

（道路交通における）信頼の原則が「自己の善行（*Wohilverhalten*）に対する報奨」であるという理解は、第二次大戦後のドイツにおいて現れる。これによると、信頼の原則は、国家社会主義的なイデオロギーではなく、適切な行動をする者にのみ他者の適切な行動への信頼は許されるという一種の公平性の思考、および道路交通規則1条に基づく交通関与者らの相互的配慮によって説明される。つまり、自ら違法な行動をした者が、他者には適法な行動を期待することは許されないという考えが前面に押し出される。ここでも道路交通が一種の（倫理的な）共同体であるという思考が基礎にある。信頼の原則の適用を報奨と解す

¹ Gülde, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, JW 1938, S. 2785.

² Gülde, *Das Reichsgerichts und die Kraftwagenunfälle*, RdK 1932, S. 321. ders, JW, S. 2787 は、道路交通において交通関与者に対して他者が不適切な行動に出るかもしれない見込むべきであるとするならば、これは「個人主義的な不信の原則への回帰」であって、「ナチス法秩序の指導指導の放棄」を意味し、信頼の原則を放棄しなければならないになってしまうとした。

ることから、同原則は適切な振舞いをした者にとっての「黄金の橋」といわれることがある³。

報奨説にとって、行為者が適法な行動をしたか否かが信頼の原則の適用、つまり他者に対する信頼許容の可否を決定する。反面、他者の行動予測や行為状況の評価等の事實的・經驗的觀點は、信頼許容の判断から排除される。また同説による信頼の原則の理解は、法的要請を道徳的・倫理的な要請と同視しているとも解しうる。報奨説によると、行為者は適切な行動をなすことを通じて自らが誠実であることを他者に示すことを義務付け、この義務履行の恩典として他者への信頼が許されるからである。反対の規則に違反する者はその違反のみを理由に信頼の原則による「優遇」を期待しえない⁴。

我が国において、同様の思考は、道路交通における信頼の原則にクリーンハンドの原則を妥当させる見解にみられる。これによると、信頼の原則は、その適用を受ける者の行為には、これに社会的非難が向けられないという意味における社会的相当性があることを前提としなければならないとする。ゆえに、行為者が犯した交通規則違反と交通事故の間に条件関係が認められるならば、行為者には信頼の原則を適用されないとする。クリーンハンドの原則を基に他者への信頼の許容を判断すべき理由として、以下三つのことが挙げられている。第一に、当該者に他者が交通規則に違反しないであろうという信頼を許容することは、正義・公平に反することである。第二に、信頼の原則の適用は客觀的・類型的に判断されなければならないにもかかわらず、交通規則に違反した行為者に対する信頼の原則の適用の可否の判断は個別具体的にせざるを得ないために妥当でないことである⁵。

第1項 報奨としての免責の意味

信頼の原則の実質としての報奨が（注意）義務の履行を理由とする免責であるという理解は、同原則の意義を説明するには不十分である。自らに割り当てられた義務履行が免責をもたらすのは義務自体の性質である。つまり自らの負う義務を履行しても処罰がありうるということはある。そのためこのことを「報奨」または信頼の原則として取り立てて呼ぶ必要はない⁶。

行為者自身が交通規則を遵守する等の適切な行動を取ることがその免責の唯一の要件と

³ *Krumme*, Wandlung des Vertrauensgrundsatzes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZVS 1961, 1 ff., *Kirschbaum*, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980, S. 117.

⁴ *Krumme*, ZVS 1961, 1 f.

⁵ 土本武司『過失犯の研究』成文堂 1986年 83-84頁。すでに三ツ木健益「信頼の原則の原点にかえり」法律のひろば 26巻 10号 30頁。

⁶ 深町晋也「信頼の原則について」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』成文堂 2006年 117-118頁は、交通事故数を減少させるためには、むしろ規則を遵守しない（しえない）者には刑法上の保護が与えられないことにアプローチすることが有益であると指摘する（しかし同時に、このような「制裁説」は被害者の自己保護義務を承認しかねないために不当であると評価している）。

すると解することが維持しえない場合もある。とりわけ道路交通における交通関連法規の中には、徐行義務を課す当同時に一時停止義務を課すというような、他者に対する不信頼を前提とした「二重の危険防止措置」が多く含まれている。このような義務を履行した者を免責するということを、特段報奨という必要はないだけでなく、その義務履行自体が他者に対する更なる配慮を否定する根拠になるわけではない⁷。反対に報奨説によると、行為者が他者への不信を前提にした義務に違反した場合には、他者に適切な行動をもちや信頼することは許されない。この場合、行為者が自己の義務を履行するの否かにかかわらず、行為者の側からすると他者は信用できない人物として想定されなければならない。その点において、不信の原則が前提とされているのではないかといえる。

第2項 信頼許容の判断構造に内在する問題

報奨説等の上記主張に従うと、行為者が違法行為をしたために信頼の原則が適用されない場合、行為者は他者のあらゆる不適切な行動を見込まなければならない。違法な行為をした行為者は、他者のあらゆる態度であってもこれに自らの態度を整序することを義務づけられることになる。このことは、自ら違法な態度をした行為者は、その違法態度の結果に対する影響等を検討することなく、結果発生に対して責任を負わなければならないとされる。他者の不適切な行動の中には、行為者によって予見ないし回避不可能なものも含まれるからである。しかし、報奨説の前提からすると、予見・回避不可能な（他者の不適切行動に起因する）結果の発生も、違法行為をした行為者が引き受けるべき責任として説明される。しかしこのような説明は、違法行為をした行為者に結果責任を認めることに等しくなる⁸。

行為者の違法行為または交通規則違反は、報奨説にとって、信頼の原則の適用を妨げる条件である。しかしながら、日独の判例および学説上、例えば免許不携帯のような行為者の規則違反は、信頼許容の判断に影響を及ぼさないとすることに広く見解の一致がある。加えて、道路交通において行為者の規則違反行為が、交通の危険を高めるもの、または他者の不適切な行動を「誘発」させるようなものであれば、行為者が他者の適切な行動を信頼することは許されないという結論は、一般に受け入れられている。しかし報奨説（やクリーンハンドの原則）の主張を額面通り受け取ると、そのような結果発生に寄与しないといえる「軽微」な規則違反が信頼の原則の適用を妨げないと述べることができない。報奨説がこのように主張するためには、信頼の原則の適用を妨げる行為者の規則違反行為または違法行為に一定の限定を付すための説明が要求される。

報奨説の基本思想を一貫させた信頼許容判断は提示されていない。その代わりに、例えば、違法な行為をした者は他者に対する信頼を許されないが、自己の違法行為と関連しない他

⁷ 小林憲太郎『刑法的帰責—フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』 弘文堂 2007年 174頁、塩谷毅「信頼の原則に関する序論的考察」 齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』 成文堂 2006年 98頁。

⁸ 松宮孝明『刑法総論講義』 第5版補訂版 2018年 成文堂 224頁。

者の違法行為を見込む必要はないといわれることがある。つまり違法な行為をした行為者であっても、依然として他者の「ひどく無分別な」行為の不発生を信頼することは許されるという。この意味において信頼の原則は、「分離可能性」を有しているという。このような分離可能性に反対する同説の論者らは、信頼の原則の基礎付けとして公平原理に基づく報奨説を維持するか、「不信の原則」を採用しないことを信頼の原則と同義と解した上で、行為者自身が違法行為をした場合における他者への信頼許容の問題を結果の予見可能性判断として処理する。すなわち、行為者が、他者の不適切な行動を惹起した場合には、その他者の行動が「生活経験」からすると予見しえないならば、行為者の他者に対する信頼は未だ許容されるとする。つまり、他者の「全く不合理な態度」を見込む必要はないという程度に、他者の行動に関する予見可能性を制限すべきであるという。しかしこのように解すると、前提とされていた行為者と他者の公平性の観点が失われることになる。

報奨説または信頼の原則をクリーンハンズ的に理解する見解は、次の二点を認めていることになる。公平性による信頼の原則基礎付け不十分であること⁹、行為者自身が違法行為をしたとしても未だ他者に対する信頼を許容すべき場合があるということである。

第2節 利益衡量に基づく信頼の許容

第1項 財保護と円滑な高速度交通の利益の衡量

ドイツの判例は道路交通において信頼の原則を適用するにあたり、財保護利益と円滑な高速度交通の維持という利益を衡量した¹⁰。その二つの利益を衡量して後者が優越する場合、行為者の他者の適切な行動に対する信頼が保護されるとする。信頼の原則は、道路交通における自動車運転手の注意義務の内容が「過大」になることを回避するためであったと指摘されている¹¹。

侵害された個別的な財保護利益と活動の一般的な性質を示す高速度交通という利益は、別次元に位置するのではないか、という疑義がある。前者は個別事案における個人に属する利益であり、後者は個別事案において問題となる行為が備える一般的な利益である。仮に両利益の衡量が成り立つとしても、身体の完全性や生命という財が侵害された場合、財保護利益が優越することになり、高速度交通の維持が優先することにはならないであろう。法益論において人の生命・身体は特に保護される必要性があると考えられるからである。このことは、刑法の任務を法益保護とするならば、例外なく妥当する。それゆえ、特に交通事故によ

⁹ 塩谷（前掲注7）99頁は、信頼の原則のクリーンハンズ的な理解について、「事実的な観点から離れて、規範的に見て両者がパラレルであるべきだというのは、実はクリーンハンズ原則の『根拠』ではなくクリーンハンズ原則の『内容そのもの』に過ぎない。クリーンハンズ原則の『根拠』そのものは、未だ十分に提出されていない」という。

¹⁰ 第1章第1節第1項第1款を参照。

¹¹ 我が国の学説において、高橋則夫『刑法総論』第4版 成文堂 2018年 233頁注47は、信頼の相当性判断は「危険の衡量、利益の衡量による判断」とする。これに賛同するものとして岡部雅人「信頼の原則の体系的地位」愛媛法学会誌 第42巻第3・4合併号（2016年）116頁。

って不適切な行動をした被害者が死亡した場合には、上記の利益衡量によって、他者の信頼を許容することはできない。それゆえ上記の利益衡量によって許容されるのは、せいぜいのところ、危険行為の遂行や当該行為による他者の危殆化であろう。例えば道路交通において絶えず発生する事故にもかかわらず自動車運転による他の交通関係者の危殆化の許容は可能であろうが、結果惹起が許容されるわけではない。利益衡量によって、交通事故の加害者の責任を免除するならば、先のような一般的な諸利益の衡量によるのではなく、緊急避難のような個別具体的な利益衡量による免責に関する明文規定が要求されるべきであろう。

上記の利益衡量は許された危険といわれることがある。しかしこのように解しても同様である。そのような許された危険では、少なくとも法益侵害の惹起に関する責任から行為者を解放することはない。

第2項 拡大された利益衡量説

近時のドイツにおける信頼の原則の議論で主張されている利益衡量説は、高速度交通のような一般的な利益ではなく、個人の行為自由と法益保護利益を衡量すべきであるというものである。これによると、信頼の原則による過失否定は、行為者の行為自由の利益が法益保護利益を衡量して前者が優越した場合に正当化されるのであり、この衡量の際に不適切な行動をした他者の自己答責性を加味すべきであるという。これは、「拡大された利益衡量説」と呼ばれている¹²。

この見解によると、自己答責原理は、行為者に自己答責的な他者の落ち度ある態度の具体的な兆候が存在する場合に、この者をもはや信頼してはならないのかを、説明することはできない¹³。その意味において、専ら自己答責原理によって注意義務を具体化することはできないのであり、それは「特定の専門分野および特定の諸条件下においてのみ」妥当する¹⁴。自己答責原理は、具体的領域において信頼の原則の妥当を認めるための「出発点の推定 (Ausgangsvermutung)」としての意義を有するにすぎないとする¹⁵。

信頼の原則の適否を決定するのは、行為自由と法益保護の利益衡量であるとする。自由な法秩序においては行為自由を積極的に承認する必要性が認められるが、仮に他者に対する信頼が許されないとすると社会的および法的に有益な活動と個人の行為自由を制限することになってしまう。個人の行為自由の拡大と利益とその尊重により可能とされる社会的活動の促進という利益を実現するために、信頼の原則によって他者の信頼が許容されるべきであるという¹⁶。このような行為自由と法益保護の利益衡量には、不適切な行動をした他者の自己答責性が影響を及ぼすとする。不適切な行動をした他者に当該の行動に対する自己

¹² *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, 130 ff.

¹³ *Kuhlen*, (Fn. 12) S. 131; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6 Aufl., 2011, § 15 Rn. 65.

¹⁴ *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, § 15 Rn. 65.

¹⁵ *Kuhlen*, (Fn. 12) S. 134.

¹⁶ *Kuhlen*, (Fn. 12) S. 132 f.

答責的であるならば、このことは他者と行為者の共同答責の可能性を否定しないが、少なくとも他者の法益の要保護性を減少させるという¹⁷。

もっとも信頼の原則の適用とこれによる行為者の行為自由の尊重は、法益保護利益を害することを意味する。そのため行為自由の利益は常に信頼の原則の妥当を際限なく正当化するわけでない。信頼の原則の適用は、以下のような場合に制限されるという。

第一に、行為者の社会的役割が他者に対する信頼と矛盾する場合である。例えば、行為者が他者の監督、監護または保護をする地位にあるならば、その地位と他者に対する信頼保護は矛盾することになる。ゆえに、そのような社会的役割は他者に対する信頼を許容しないとされる。

第二に、他者が自己の行動に対して自己答責的ではない場合、その者の法益保護利益は、行為者の行為自由の利益を優越し、行為者には他者を配慮するための注意義務を根拠付けるといふ。このような配慮義務は、パターンリスティック的思考から根拠付けられるとする¹⁸。

最後に、他者の不適切な行動を認識するための「十分に説得力の契機」が行為者に認められる場合である。法益侵害に至る具体的な危険が行為状況に存在し、これを行為者が認識可能であるならば、法益保護が行為者の行為自由の利益に優越する。この場合、他者（被害者）の自己答責性の有無は問題にならないとされる。というのも、他者が侵害される可能性が、（法秩序からは自己保護が期待されるにもかかわらず）他者を侵害から保護するという「配慮的・連带的」な義務を基礎付けるからであるという¹⁹。

以上のような三つの事情が認められない場合、行為者の行為自由拡大の利益が他者の法益保護の利益に優先され、他者に対する信頼が規範的に許容されるということになる。「刑法上の信頼保護とその正当な制限は、たしかに『必然的に』演繹されえないが……つまり個人の行為自由の自由主義的な協調と社会国家的な連帯の公準との間の緊張領域の中間として示される」²⁰。

この見解にとって、信頼の原則の妥当とこれによる過失否定は一般に推定されるにすぎない。すでにみたように自己答責性説にとって、他者の自己答責性はこの者に対する信頼を抽象的に許容する根拠として機能していた。これに対して、拡大された利益衡量説において、他者に自己答責性があることは、法益保護利益を減少させ、それが無いことは非自己答責的な者の法益保護に「配慮・連帯」に関する注意義務の根拠とされている。同説において、他者の自己答責性は利益衡量を調整する機能を有するが、信頼の許容を根拠付けるのではない。

¹⁷ *Kuhlen*, (Fn. 12) 133 f. 更に *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, S. 189 ff.を参照。Frisch は、「決定的な規範的考慮の諸帰結を心理学化して書き改めたもの」と解する (ders., 191)。

¹⁸ *Kuhlen*, (Fn. 12) S. 134.

¹⁹ *Kuhlen*, (Fn. 12) S. 134.

²⁰ *Kuhlen*, (Fn. 12) S. 133; *Frisch*, (Fn. 17) 190 f.

第3項 信頼の許容の根拠付けについての行為自由の意義と利益衡量の意義

他者に対する信頼を一般に許容するためには、行為自由の保障という観点に着目することは必要であろう。例えば自動車運転手の注意義務として他者の動静に可能な限り配慮することを注意義務の内容として求めることは、一般に否定されるべきであるといえる。このような考えの背景には、自動車運転手の行為自由を不当に制限するような内容の注意義務を認めるべきではないといえるからである。よって、行為自由を「過度に」制限する注意義務を否定するためには、他者が適切な行動をとるであろうと信頼して自らの行動を決定してよい場合がありうる、という視座を想定することはできる。しかしこの想定は、行為自由の観点から他者に対する信頼の法的許容の必要性を表すにとどまり、行為自由の尊重の程度やその尊重がなされるべき場合を決めるための議論がさらに要求される。

そしてこのような行為自由の保障の観点から信頼の原則を基礎付けるためには、行為自由と法益保護の利益衡量によっては達成されえない。人の行為自由に、人の生命や身体という法益以上の価値を見出すことはできないと考えられるからである。このことは、法益保護を基礎とするならば否定することはできない。上記のような衡量モデルにおいても、許容されるのはせいぜい個々の活動による他者の危殆化にとどまるであろう。それゆえ、法益保護の反対利益として行為自由を据えるとしても、信頼の原則を基礎付けることはできないであろう。

加えて、行為者が他者に対して監督者ないし監護者として振舞うならば信頼の原則が適用されないとする判断自体にも問題があろう。監督・監護義務を負う者が被監督（監護）者との関係で常に信頼を許されないとするのは、分業活動が広く行われている現状、および判例の立場には両立しない。このような事態を回避するためには、被監督者の適切な行動を信頼しうる余地、および監督義務を否定すべき余地を認めるべきであろう。

したがって、高速度交通であれ個人の行為自由の拡大であれ、反対利益として法益保護が設定される限り、過失犯の成否が問われる人の生命・身体という法益侵害が発生した場合、利益衡量によって他者に対する信頼を許容することはできない。

第3節 許された危険の法理から信頼の原則の理解

信頼の原則は許された危険によって基礎付けられるとする見解が、特にドイツの学説の通説的見解であるといわれている²¹。許された危険の形態には種々のものがあるが²²、主題と

²¹ *Brinkmann*, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, 1996, S.122; *Roixn/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl., 2020, § 24 Rn. 22. このことを我が国において指摘しているものとして、例えば平野潔「信頼の原則と自己答責原理」『人文社会論叢（社会科学篇）』16号（2006年）85頁。

²² 許された危険の学説上の展開については、内田文昭『「許された危険」法理の反省』研修第525号（1992年）3頁以下、小林憲太郎「許された危険」立教法学第69号（2005年）43頁以下、篠田公穂「許された危険の理論についての一考察——その内在原理について

されるのは、行為者が社会生活上必要な注意を払ったとしても、なおその行為に残存する危険である。その内容は概ね次の通りである。

危険行為を一律に違法なものとして禁止するならば現代の社会生活は成り立たなくなってしまう、このことを回避するために一定の危険行為を許容されなければならない。そこで、行為・活動の社会的な必要性・有用性を理由として、それによる危険・危殆化は甘受されなければならないとする。このことを踏まえて、行為者の注意義務の内容を定めるのであれば、行為者が要請される社会生活上の注意を払ったのかが問題となる。行為者が当該注意を払ったにもかかわらず生じた危険の実現は許されたものであり、その危険が行為者にとって予見可能かつ回避可能であったとしても、行為者には過失非難は向けられない。このような意味での許された危険は、社会的相当性の表れである²³。

許された危険の法理を複数人が行動する場面への「適用事例」²⁴が信頼の原則であるとす²⁵る。

信頼の原則は、たしかに許された危険の歴史的展開の延長線上に位置づけることができる²⁶。許された危険の法理と信頼の原則はいずれも結果が発生した場合にも行為者の答責を否定するために有用であり、個人の予見可能性から注意義務の内容を導出する過失犯論を克服するためのものである。いずれの法理も、行為者の行為自由を規範的に確保および拡大することを通じて社会生活の可能化に資するものであり、社会生活上必要な注意の内容を制限および具体化するものとして位置付けられることができる²⁷。そして信頼の原則が適用

て——」刑法雑誌第 27 巻第 2 号（1986 年）293 頁以下、花井哲也『過失犯の基本構造』信山社 1992 年 251 頁以下等を参照。

²³ 許された危険をこのように解するものとして、例えば *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 579; *Roxin/Greco*, AT I, 5. Aufl., § 11 Rn. 66; *Sternberg-Lieben/Schuster* in SchönkeSchröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 144-146; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 32; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 132.n

²⁴ *Roixn/Greco*, AT I, § 24 Rn. 22 等。

²⁵ *Roixn/Greco*, AT I, § 24 Rn. 22. その他に例えば、*Brugstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 63; *Eidam*, Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-) Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatz – ein Überblick, JA 2011, 916; *Kretschmer*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 2000, 270; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn. 148; *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1982, S.174; *SK-Hoyer*, Anh. § 16 Rn. 39; *Welzel*, Strafrecht, S. 132 等。学説状況については、更に *LK-Vogel/Bülte*, 13. Aufl., § 16 Rn. 225 を参照。我が国において信頼の原則の根拠を、専ら許された危険に求めるものとして、例えば川端博『刑法総論講義』第 3 版 成文堂 2013 年 218 頁、平野潔『人文社会論叢（社会科学篇）』16 号 97 頁、横沢亘「ドイツにおける信頼の原則の根拠の検討」法学研究論集第 41 号（2014 年）20 頁および 33 頁等。更に、鈴木茂嗣『刑法総論』第 2 版 2011 年 成文堂 125-126 頁、山中敬一「信頼の原則」中山研一他編『現代刑法講座 第 3 巻 過失から罪数まで』成文堂 1979 年 83 頁も参照。

²⁶ 中山研一『新版概説刑法 I』成文堂 2011 年 169 頁。

²⁷ *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 17 Rn. 36.

される場合、構成要件の結果として実現した危険は、行為者の側からみると許された危険であると表現することも可能である。それゆえ従来から論じられてきた許された危険から、信頼の原則を基礎付けるという発想は想像に難くない。

もっとも、許された危険の法理が念頭に置いているのは行為者の行為自体の許容であり、ポイントは、行為者自身が社会生活上必要な注意を払ったか否か、行為者が危険行為をなすにあたり、いかなる注意を払うことが要請されるのかが問題となる。つまり許された危険は、行為者の行為を取り上げて、その危険性を評価するという枠組みである。これに対して、信頼の原則が適用となる場合、他者の不適切な行動に由来する危険を行為者が防止すべきであったのかが問われうる。ここに挙げた「許された危険説」に従うと、他者の行動に由来する危険を踏まえて行為者が社会生活上必要な注意を払ったのかということの問題になる。この場合、行為者の払うべき注意の内容に、どの程度他者の危険管理が含まれるのかを検討する必要がある。他者が適切な行動をすることに対して、行為者がどの程度配慮することが、社会生活上必要なものとして要請されるのかが問われる。

そうすると、許された危険と信頼の原則とは、考慮の対象となる危険の性質は同一ではない。信頼の原則の適用が問われる場合、許された危険におけるように、行為者の行為を単独で取り上げてこれを評価することでは十分とはいえない。その場合には、他者との相互的な関係を踏まえ、行為者の行為を評価する枠組みが必要となる²⁸。つまり、「信頼の原則における許されない態度の決定は、狭義の許された危険の超過という単純なモデルよりも一層と複雑である」²⁹。このような信頼の原則の適用が問題となる場合の特殊性は、許された危険概のみでは説明されえない。許された危険を信頼の原則をどのように「適用」するのかは、別途論じなければならない³⁰。

またこの立場からすると、信頼の原則による過失否定は、許された危険から演繹されるということになる。しかしこの場合、許された危険は過失が否定された場合の説明であり、過失否定の根拠ではなく、その実質は、行為者が社会生活上必要な注意を払うことにある。つまり、個人に要請された注意は個人的な予見（回避）可能性よりも限定されるべきであり、この注意を払うこと以上の措置を講じる必要がないということである。それゆえ行為者の注意が社会的相当な程度でなければならないということ、つまり社会的相当性の思考を過失判断に取り込むことが本質的である³¹。よって検討されるべきは、社会的相当性（および社会生活上必要な注意）の観点から、なぜ他者に対する信頼が許容されるのかを論じる必要があるであろう。

したがって許された危険から信頼の原則を導出するとしても、それは直ちになしうるものではなく、両者を媒介する枠組みが必要であろう。また、許された危険自体に行為者の過

²⁸ 上記「拡大された利益衡量説」を念頭においてであるが、以上のことを指摘するものとして *Bautista Pizarro, Da erlaubte Vertaruen im Strafrecht, 2017, S. 195 f.*

²⁹ *Bautista Pizarro, (Fn. 28) 21, 87,*

³⁰ 横沢 法学研究論集第 41 号 31-32 頁。

³¹ 横沢 法学研究論集第 41 号 32 頁も参照。

失を否定する程度の説明力が備わっているともいえない。むしろ着目すべきは許された危険ではなく、行為者の注意義務の具体化により影響を及ぼす社会的相当性であろう。

第4節 社会的相当性

すでにみたように許された危険自体は他者に対する信頼を許容するための根拠たりえない。許された危険説の基礎にある社会的相当性の方が、信頼許容の根拠付けにとってはより重要であろう。社会的相当性を提唱した **Welzel** の当初の見解によると、それを次のように論じていた。

第1項 **Welzel** の当初の見解

社会的相当性は、自然主義的・因果的な法益侵害説および行為論への批判に由来している。財保護理論（法益侵害説）によると、法益の原初状態の侵害が犯罪であり、刑法の意義が法益をあらゆる侵害的作用から保護することに求められる。しかし、そのように法益と刑法の意義を把握すると、あらゆる社会的な生活が停止することになる³²。**Welzel** は、このような財保護理論の「根本的な誤り」は、それが「現実の社会的な生活領域においてではなく、生きておらず機能的でない世界に存在している」ことであると指摘している³³。

Welzel によると、「法的な現実性」はその「社会生活という所与の現実性」におけるものであり、その構造と社会倫理的な意味は、自然科学的な概念世界によっては捕捉されえない³⁴。法の世界は、有意的な、意味を含んだ世界であると主張する³⁵。この現実性の理解を基にしつつ社会生活の停滞を回避するためには、**Welzel** は、「社会的な共同生活という歴史的な秩序に対応した通常の状態」を前提にしなければならないとする³⁶。

（すでに当時の）社会生活では、高度に危険な活動が絶えずなされており、そこで法益は常に制限（危殆化）されているということが前提とされる必要があると指摘されている。例えば個人の移動の自由は、それが常に相互的に制限されているということを基礎とせざるをえない。この意味において、社会は危険に慣れているという傾向を示しており、社会に受容された危険は、社会生活の日常的な構成部分として受け入れられて注目されることはない。そのため、法益は社会生活の中で「機能」している場合に認められるのであり、刑法が応答すべき法益は、「必然的に前提とされる毀損の程度を超える特定の種類の作用」であり、倫理的に秩序付けられた共同体の存在とは両立しないものを選択して禁止するという³⁷。こ

³² *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 139.

³³ *Welzel*, (Fn. 32) S. 139 f. 彼は、財保護理論にとって、法益は、「財保護理論によると、法益は、ガラス戸棚の中で加害的な影響から注意深く守られている博物館の展示品」とであると述べている (*ders.*, S. 140)。

³⁴ *Welzel*, (Fn. 32) S. 140.

³⁵ *Welzel*, (Fn. 32) S. 153.

³⁶ *Welzel*, (Fn. 32) S. 151.

³⁷ 以上については、*Welzel*, (Fn. 32) S. 140 f (彼によると、「特定の種類の法益侵害を視野に入れたときのみ、法益は存在するのである」とする)。

のような秩序になかった社会生活の状況を法的現実性と解することは、様々な解釈論上の領域に影響を及ぼすとされる。

法的現実性の理解と関連して、行為も、社会的に重要な現象として社会性の中で把握されなければならないという。Welzel にとっての広義の行為である回避可能な「惹起」や目的的行为も、特殊刑法的な不法を完全に形成せず、それらは「抽象」とどまる。不法を形成するのは、国民の共同生活という歴史的に形成された秩序内部で機能的に展開する行為であるとする。そして、歴史的に条件づけられた秩序に従って個々になされる活動は、「社会的相当」なものという³⁸。

個々の行為の（社会的）意味は、社会の倫理的な秩序の観点から把握されることになる。例えば鉄道旅行やこれを勧める行為が社会的相当な行為の例として挙げられている。それゆえ、社会的相当な行為は、構成要件に該当しないという意味において違法性を有さない³⁹。反対に社会的相当性を超過した行為が構成要件に該当する。社会（不）相当性は、不法な態度の類型化、より厳密には構成要件該当態度の下限の形成にかかわる⁴⁰。そして、構成要件該当性が否定される社会的相当性の特殊なケースとして、許された危険が位置付けられており、両者の相違は法益の危殆化の度合いにあるという⁴¹。

個々の行為や構成要件（要素）の意味は、社会（倫理）の観点から規定される。つまり行為等の意味内容には、社会の意味内容が反映されなければならない。これを Welzel は、社会的相当性の方法論上の機能と呼ぶ。「諸要素」自体が意味と意義を有しており、諸要素は意味を総体の意味から受け取り、総体に諸要素が属する。総体の有意的な秩序は、その「部分」を観察する際には必然的に前提とされる。

社会的相当性の思考は、過失犯において「社会生活上必要な注意」という形で、法的には常に承認されてきたという。その注意の程度は、社会的相当性によって決定される。日常生活において、法益侵害は認識可能であるにもかかわらず、その全てを回避することはできない。ゆえに社会生活上必要な注意として期待されるのは、「社会的相当な危険をおよそ回避する」ことではなく、危険を社会的相当な程度を超えて増加させないことのみであるとする⁴²。

以上の社会的相当性は、構成要件の一般的な解釈原理として構想されている。法的現実性としての社会の実態、特に生活における危険の受容という事実を刑法上の判断に反映する必要性が説明されている⁴³。そしてそれは、日常の生活において広く行われている行為にはじめから構成要件該当性を否定し、処罰対象から除外するという機能を有する⁴⁴。つまり社

³⁸ Welzel, (Fn. 32) S. 141 f.

³⁹ Welzel, (Fn. 32) S. 142.

⁴⁰ Welzel, (Fn. 32) S. 142, 151.

⁴¹ Welzel, (Fn. 32) S. 143.

⁴² Welzel, (Fn. 32) S. 177.

⁴³ Cancio Meliá, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung*, GA 1995, S. 183 f.

⁴⁴ 藤木英雄『可罰的違法性』学陽書房 1975年 85頁、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』

会的相当性は、構成要件解釈に行為の社会的通常性の有無という観点を提供するとともに、刑法上の視点を社会生活に向けさせようとしている⁴⁵。

ここにいう「通常性」は、社会における慣行等の事実的なもののみを内容とするのではなく、共同体の観点からの規範的な側面をも包含したものである⁴⁶。社会相当性を基礎とする構成要件判断は、社会における行為の受け止め方に着目するという意味において事実的・文脈依存的ではあるが、現状肯定的な判断に至るわけではなく、規範的・価値的観点からの検討を予定している。

謙抑性の観点から、刑法が社会生活に過度な干渉することを回避すべきであるならば、これを解釈論上で実現するための理論的な枠組みは、いかなる立場にも必要となる⁴⁷。そして社会相当性への採否は別にして、当罰性判断において、そのような社会生活の実態を考慮するための枠組みを用意する必要性もまた、否定することはできないであろう⁴⁸。

社会的相当性が、行為の社会的通常性の有無の観点から構成要件解釈を指導するものであるとすると、それは信頼の原則の議論と密接な関係を持つことになる。社会には、「他者が許されない振る舞いをしないことに対して配慮が常になされなければならないならば、協同、まさに社会的接触はおよそ不可能である」という実態が存在し、これに社会的相当性が認められるのであれば、「このそれ自体月並みな認識に……信頼の原則が基づいている」⁴⁹といえる。このような理解が成り立つのであれば、社会的相当性を背景にして、信頼の原則を論じることに、理論的な意義を見出すことができそうである。

しかし、社会的相当性は、それ自体は社会的に通常な行為の構成要件該当性を否定するとどまり、それが（過失犯）構成要件の解釈全体を指導するとしても、信頼の原則の適用如

成文堂 2003年 83頁。

⁴⁵ *Welzel*, (Fn. 32) S. 151; *Voßgätter genannt Niermann*, Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung, S. 48 f.

⁴⁶ *Cancio Meliá*, GA 1995, S. 183 f.; *Voßgätter genannt Niermann*, Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung, 2004, S. 48 f. 更に、*Schaffstein*, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72, S. 376 および中義勝「行為の社会的相当性と構成要件該当性」関西大学法学論集 第13巻 第1号（1963年）15-16頁（社会的相当性を、超法規的または超実定的な構成要件阻却事由と呼ぶ）も参照。

⁴⁷ 安達 立命館法学第327・328号 43頁、藤木『可罰的違法性』80頁も参照。

⁴⁸ 例えば三枝有「可罰的違法性論と社会的相当性論」中京大学大学院生法学研究論集 4巻（1984年）1頁以下は、社会的相当性は、「現実の社会生活に存在することを許容された無数の法益侵害を、構成要件の保障機能を最大限発揮させることにより」構成要件段階で排除する点で優れているが、それが人的不法論（行為無価値論）を基礎としていたために構成要件の保障機能の曖昧なものにしてしまったと批判し（4-5頁）、結果無価値論の立場から、社会的相当性の代わりに可罰的違法性を採用すべきであるとする（5頁、19-21頁）。

⁴⁹ *Renzikowski*, Strafrechtliche Haftung bei arbeitsteilung am Bau-zum Urteil des BGH vom 13. 11. 2008-4 StR 252/08, StV 2009, 443.

何、他者への信頼の許容の判断といった、より個別的な論点に関する態度を決定付けるわけではない。

第2項 社会的相当性と信頼の原則の関連付け

ドイツにおいて判例が採用した信頼の原則を「一般的な解釈原理に高めあげた」のは、Welzel であるといわれることがある⁵⁰。彼が自身の教科書において信頼の原則について初めて言及したのは、第3版以降であった。同原則に関する彼の理解は、第3版から第6版までのものと、第7版以降のものとは内容が幾分異なる。

教科書第3版において、Welzel は、過失犯の（不法）構成要件を、結果無価値と行為無価値に分けて論じ、後者は要請された注意の無視によって法益侵害を惹起することであるとする。そして客観的注意は、社会生活において法益侵害回避のために要請される目的的操作の程度の保持であり、「慎重な人」が計画された行為による法益の危殆化を予見可能であることが必要であるという。この意味における法益の危殆化の予見可能性が認められるのであれば、客観的注意は、法益の社会的不相当な危殆化を回避するよう行為を目的的に操縦することになる。もっとも、客観的注意として、法益の危殆化と結びつくあらゆる行為の不作为が要求されないのであり、それは法益危殆化の社会的相当な程度の保持を意味するという。客観的注意は、「社会生活に適合した」ものであり、通常「中程度の」、「平均的な」程度のみを要求するとして、ここで民法典第276条が参照されている。そして許された危険は、「社会的相当な危殆化の下位事例であるにすぎない」とされている⁵¹。なお、この当時 Welzel は、信頼の原則を、「社会的危険の適正な分配の原則」の問題として論じていた⁵²。

対して、Welzel の過失犯論および信頼の原則の理解として一般に認識されているのは、1960年に公刊された教科書の第7版⁵³以来のものである。ここでは、過失犯の構成要件には構成要件的行為が規定されていないという意味において「開かれた」ものであるため、それを「補充を要する」として、過失犯の構成要件的行為を明確化する必要があるとする。そのために彼は民法典276条を援用して、「過失的に行為するのは、社会生活上必要な注意を無視した者」であるとする。客観的注意に適うのは、「行為者の立場に置かれた慎重かつ誠実な人が講じたであろう態度」であるとする。そして客観的注意は、社会生活上必要な注意にほかならないと明言するのみならず、その注意を具体化するために、基準人の仮定的行動を考慮すべきであるとした。そして従来された客観的注意の認定基準としての一つとして

⁵⁰ このように指摘するのは、内田文昭『刑法概要上巻（基礎理論・犯罪論（1））』青林書院1995年457頁注(1)。

⁵¹ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 3. Aufl., 1954, S. 96-98. この議論の体系的な位置付け等は異なるが同趣旨の主張は、ders., Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958, S. 113-114までみられる。

⁵² これについては、本章第5節第2項において取り扱う。

⁵³ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 1960, S. 114-116; ders., (Fn. 32) S. 324-327.

の客観的予見可能性と許された危険は相当因果関係と同義であるとされている。更に、注意義務違反的であるのは、「社会生活上通常な」または「社会的相当な」程度を超える危殆化であるとするが、その裏面である許された危険を限界付けるのは、先の「慎重な人」であるという⁵⁴。

社会生活上必要な注意の内容を実質的に具体化するものとして、信頼の原則が挙げられている。信頼の原則により、全ての交通関与者は、他の交通関与者も通常適切に行動することを原則として信頼してよく、為者には、自己の態度を適切な形成するための基礎が提供されるとする⁵⁵。そして信頼の原則は、道路交通のみならず医療やその他の分業的な共同作業の場合にも適用されるとし、例えば外科医が手術中で看護師の適切な助力を信頼しなければならず、外科医が看護師の落ち度を制御しえない限りその結果発生は前者の行為は違法ではないという⁵⁶。

以上、Welzel の教科書第 7 版以降における見解は、自身の従来の見解を下敷きにしつつも、過失犯の構成要件該当性、特に開かれた過失犯の構成要件的行為の要素を分析している点に特徴がある。このような理論の展開の背景には、客観的注意を確定すること自体は困難ではあるが、その方法論を挙示する必要があるという考えがある⁵⁷。その結果として、基準人の行動により、客観的注意を具体化するという方法が案出されたように思われる。他方、社会的相当性の観点は、従来の見解よりも相対化されているようにみえる。このような方法論の中に、信頼の原則が組み込まれているように思われる。それゆえ同原則は、許された危険、および社会的相当性と一定の関連にあるように思われる。しかしそれらと信頼の原則の理論的な関係は明らかでない。判例による信頼の原則の適用を、客観的注意の確定の議論に位置付けてはいるが、同原則の基礎付けはなされていない⁵⁸。

⁵⁴ 以上について *Welzel, Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 131-133 においても同様の見解が示されている。

⁵⁵ *Welzel, Das Deutsche Strafrecht*, 7. Aufl., 116; *ders., Abhandlungen*, S. 328.なお、*ders., Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., S. 132 は、判例における道路交通での信頼の原則の適用状況が紹介されている。

⁵⁶ *Welzel, Das Deutsche Strafrecht*, 9. Aufl., S. 119.

⁵⁷ *Welzel*, (Fn. 32) 325.

⁵⁸ 松宮孝明『刑事過失論の研究』補正版 2004 年 78 頁が、Welzel の 1961 年に公刊された著作 (*Welzel*, (Fn. 32) S. 315 ff) をして、「どこまでが原則でどこから例外が認められるのか、それを規定する一般原理は何か、ということは全く示されていない。示されているのは『思慮深い誠実な運転手ならとったであろう行動』を基準とするという発見公式だけである」と評価するのは適当である。同様の評価は、*Welzel, Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 132-133 にも当てはまる。ここでは、道路交通における判例を概観しているにとどまり、共同作業における信頼の原則については *Stratenwerth, Arbeitsteilung und Ärztliche Sorgfaltspflicht*, in Paul Bockelmann und Wilhelm Gallas Hegg. Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1971, S. 383 等の共同作業への信頼の原則の適用を認める見解を参照しているが、医師の看護師の過誤に関する責任がないというのが、その場合における同原則に関する理論的な議論を展開していないからである。

福田平によると、結果の予見可能性・回避可能性に対応した内容の注意義務を個人に認めると「われわれの社会生活の文化的水準は、破壊されてしまう」から、構成要件的過失を基礎付ける社会生活上必要な注意（客観的注意）の内容を、社会的相当な範囲にとどめるべきであるという。しかし社会生活上の必要な注意は、抽象的な概念であるので、その内容の具体化が必要である⁵⁹。そして信頼の原則は、社会生活上必要な注意の内容を具体化するための方法的原則であり、行為者の行為が社会的相当性の範囲内にあるか否かの判断にかかわるものであるという。同原則は他者の適切な行動に対する行為者の「信頼が社会的に相当とみとめられるかどうか」という視点を提供するとされる⁶⁰。このように信頼の原則を理解すると、その適用範囲は道路交通のみならず、「多数の者が仕事を分担する共同作業のすべてに妥当する」⁶¹という。

しかし、信頼の原則の根拠付けを、福田の見解にも見出すことはできない。たしかに社会的相当性を基礎にして過失犯論を論じるならば、行為者の注意義務の内容は社会的相当な危険の低減を上回るものではあってはならないという解することができる。そのためには、社会生活上の実態を過失判断に取り込むことが必要になるであろう。このような社会的相当性からの諸要請と信頼の原則の議論を関連付けることが必要である。それゆえ、他者に対する信頼の法的保護の根拠が、なぜ社会生活上必要な注意の挙示で足りるのかが問われる。しかしこのことは福田によっても行われていない。彼にとって、信頼の原則（信頼の社会的相当性）は、社会的相当性から導出される社会生活上必要な注意を具体化する方法論にすぎないからである。信頼の原則は、福田の見解において、未だ外在的なものであるにとどまる。ゆえに、信頼の原則によって「特別の事情のないかぎり、行為者は、他の者が適切な行動をとるであろうことを信頼してよく、したがって、他の者が不適切な行動に出ることまで考慮する必要はない」⁶²とまではいえない。

我が国における信頼の原則を巡る議論の礎を築いた西原春夫によると、（予見可能性の認定基準としての）同原則は、許された危険の限界を画する原理の一つである⁶³。「事実上の予見可能性があるにも関わらず刑法上の予見可能性を否定し、そうすることによって予見

⁵⁹ 福田平『全訂刑法総論』第5版 有斐閣 2011年 128頁によると、当該注意は「個々の具体的事情を考慮して、社会的相当性の見地から……危険行為の社会的有用性・必要性、予想される危険の蓋然性、侵害されるべき法益の価値などを考慮して、行為者にどのような注意を要求することが社会的に相当かという観点に立って」具体化されるという。

⁶⁰ 福田（前掲注59）128-130頁。医療行為の社会的相当性に関する福田の見解については、福田・大塚『刑法総論Ⅰ 現在社会と犯罪』有斐閣 1979年 215-220頁（福田）。同様に信頼の原則を「社会的相当性の問題」として把握するものとして、例えば吉田敏雄「過失犯の構造（三）社会倫理的犯罪概念から見た過失犯の犯罪論体系」北海学園大学法学研究 第42巻第2号（2006年）382頁。

⁶¹ 福田（前掲注59）129頁。

⁶² 同上。

⁶³ 西原春夫『交通事故と信頼の原則』成文堂 1980年 39-40頁。

の必要性を否定する信頼の原則の登場が、どうしても不可避となる」⁶⁴とする。そして、許された危険は、社会生活上必要な注意を払った行為によって結果が発生させたとしても当該行為を適法にするものであり、その行為の適法化の根拠は、社会的相当性に求められる。社会的相当性は「それぞれの時代の社会倫理秩序に照らし社会生活上相当と考えられる目的・手段による場合には違法性が否定される、と解する理論」であるという。社会的相当な「信頼の上に展開された態度もまた、許された危険として社会的に相当とみられ適法化されるという点において、信頼の原則、許された危険、社会的相当性の三者は相互に関係しあうことになる」。信頼の原則は、具体的な場合に他者を信頼することが「社会的相当」な場合にのみ、その信頼を是認することによって、行為者の行為を適法にするものであるという。「信頼の相当性」は、信頼の社会的相当性を意味するとされる⁶⁵。

西原によると、信頼の原則は事実的な予見可能性の中から刑法的な予見可能性を選び出すための基準である。他者の適切な行動に対する行為者の信頼が相当であるならば、結果発生（またはこれが由来する他者の不適切な行動）に対する事実上の（否定できない）予見可能性は認められるにもかかわらず、その信頼の相当性を根拠に刑法上の予見可能性が否定されるという。

西原は、信頼の原則が道路交通と監督過失が問題となる共同作業に適用可能であると主張しており、このことを社会相当性の観点から説明している。車両対車両の関係においては、信頼の原則の適用が通常であり、車両対歩行者の関係においてその適用は例外的であるという。車両の運転手は「運転免許取得のために法令の教育を受け、法令試験の合格が不可欠条件とされ、しかも交通秩序にしたがわないと危険であるが故にそれへの関心も深く、それへの習熟の機会に恵まれている」のに対して、歩行者は「わずかに若干の交通教育を受け、交通規則に関する若干の知識を持ち、その他はほとんど自己保存本能のみによって身を処している」として、両者に対する「信頼の度合いは絶対に異ならざるをえない」と評する⁶⁶。

また、監督過失が問題となる事例群に関しては次のように述べて信頼の原則の意義を主張する。「社会生活の中には監督者の被監督者に対する信頼が大きければ大きいほど点検なしにこれに委ねるという実態があり、そこに分業が成り立ち、エネルギーの効率ははかられている。そこで、当該状況におかれた監督者一般の立場からみて、そのような信頼をするのが相当と判断できる場合には、その信頼にもとづく委任もまた法律上許されているといわねばならない。それなくしては、分業はおよそ禁止されるべきこととなるからである。法が一定限度において分業を是認しているとするれば、その『限度』というのは……結局信頼の相

⁶⁴ 西原（前掲注 63）40 頁。

⁶⁵ 以上について、西原（前掲注 63）40-41 頁。許された危険、社会的相当性および信頼の原則の相互関係を同様に把握する見解として、花井（前掲注 22）232-234 頁がある。もっとも花井は、信頼の原則を過失認定の一原則として余りに過大に評価されてはならない」とし、同原則は「過失犯の成立範囲を認定する解釈原理（説明手段）」にすぎない」とする（同 233 頁）。

⁶⁶ 西原（前掲注 63）60-61 頁。

当性の判断に帰着する」という⁶⁷。他者の適切な行動をとるであろうという信頼に社会的通常性・相当性が認められるならば、その信頼が刑法的に保護される必要がある、ということが示唆されている。つまり、他者が適切な行動をするであろうという予測が社会生活上の通常といえる限り、それに依拠した行動選択は社会相当性を有しており、もって非難されないということになる。このような信頼の原則の理解は、先にみた経験則説が目指した、危険減少的な経験則に基づく他者の行動予測の規範的な基礎付けと通底している。

なお、監督過失に関する言明は、分業体制下での共同作業の関与者らの間には、信頼の原則が適用される、ということの意味している。これは日独において、『「信頼の原則」は、分業と共働が必要な領域ではどこでも妥当すべき』⁶⁸と解する立場と通底している。

このように社会的相当性と信頼の原則を関連付けるならば、他者に対する信頼の許容の根拠が、一応は提示されることになる。それは、他者への信頼に社会的相当性が認められるならば、その信頼は許容されるということである。ただ、このことは、信頼が社会生活上通常なものであるために保護の必要性が認められる、ということの意味するにとどまる。実際、「特段の事情」が認められれば、信頼の原則の適用がないとされる。それゆえ社会的相当性が許容するのは、一般に他者が適切な行動をするであろうという信頼である。

第3項 信頼の社会的相当性

信頼の原則の適用基準としての「信頼の相当性」には、批判がなされている。行為者が他者の「適切な行為を信頼したという事実を『相当か』『不相当か』と判断する基準は必ずしも明らかではなく、そこに判断者の個人差が大きく影響する余地を残している」⁶⁹というものである⁷⁰。信頼の相当性自体には、信頼の原則の適用範囲を画する説明力がほとんど備わっていないからである。行為者に（他者への信頼を許容する）信頼の原則が適用されることと、行為者の他者に対する信頼が相当である、という二つの事柄が説明する内容に、ほとんど違いはない。

ただ上記の諸見解にとって、適用基準は信頼の「社会的」相当性である。この基準にも信頼の「相当性」への批判が当てはまるのかが検討する余地は多少なりとも残っている。

福田によると、信頼の原則の適用を決定付ける「信頼の社会的相当性」の有無の判定は、大まかにいえば、「個別の具体的事情」を基に判断されなければならないといわれている。

⁶⁷ 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（上）」法曹時報 第30巻第2号（1978年）15頁。

⁶⁸ 中谷瑾子「判批」『昭和49年度重要判例解説』有斐閣 1975年 139頁。

⁶⁹ 大塚裕史「監督過失における予見可能性論（一）」早稲田大学大学院法研論集 48号（1988年）82頁。すでに井上祐司『行為無価値論と過失犯論』成文堂 1973年 80頁。

⁷⁰ このような批判は、特に監督過失の処罰範囲の画定につき、信頼の原則を過失判断の「一般条項」と捉え、予見可能性判断を精緻化すべきであるとする立場から、特に唱えられている、例えばその他には、石塚章夫「監督者の刑事過失責任について（一）」判例時報 945号（1980年）6頁、三井誠発言「ワークショップ 監督過失」刑法雑誌 第26巻第1号（1984年）132頁、花井（前掲注22）236頁

個別具体的判断の必要性はほとんどの判断基準にかかわる事項であるので、このように主張することに特段の意義はない。問題はその判断の構造である。考慮されるべき「個々の具体的事情」として、「危険行為の社会的有用性・必要性、予想される危険の蓋然性、侵害されるべき法益の価値など」が挙げられている⁷¹。しかし、上記の考慮要素の相互関係、そして信頼の相当性の判断構造は示されていない⁷²。

西原によると、道路交通において信頼の原則が適用されるには、主観的要件と客観的要件があるという。主観的要件は、加害者の被害者に対する信頼の存在とその相当性、および事故原因となった規則違反が加害者に存在しないことに分けられ、信頼の相当性の有無は、特段の事情の不存在を意味する。例えば自転車運転手が子どもである場合⁷³、加害者が被害者の規則違反を認識している場合や、他者の規則違反が既成事実となっているからそれを容易に認識しうる場合には、信頼の相当性が否定されるという。対して、客観的要件⁷⁴は、交差点における車両対車両の事故といったように、交通事故の類型ごとになされている。その議論の主眼は、「車両対車両の場合はこの原則が適用にならない『特別の事情』は何か、車両対歩行者の場合にはこの原則が適用になる『特別の事情』は何か」という点に置かれてい

⁷¹ 福田（前掲注 59）129 頁。

⁷² 森永ドライミルク事件につき、福田は差戻後第一審判決について検討を加え、同判決が徳島工場に、第二リン酸ソーダを協和に注文する際に局方品を指定すべき注意義務、これに反して工業用第二リン酸ソーダを使用する際には、使用前に化学検査を実施すべき注意義務を認めた点、つまり協和との関係において徳島工場側に信頼の原則を適用しなかったことを正当と評価している。第二リン酸ソーダには局方品と試薬、無規格品（工業用）があり、最後者は「その製造工程が粗雑で純度も低く異物が混入する可能性画ないとはいえないもの」であり、それを食品添加物として使用する場合、協和が正規品を納入するであろうという信頼に社会的相当性は認められないとする。しかし、このような評価が上記の福田の見解からどのように説明されるのかは明らかでない。福田の見解からすると、工業用第二リン酸ソーダには不純物が混入する可能性があること、これを食品添加物に使用することの危険性という信頼の相当性を否定する事情のみならず、「松野製剤」のような「粗悪品が薬品業界にもこれまで全然存在しなかった」こと、徳島工場と協和の従前の商取引上の「信用度」の高さ（これらの事情に鑑み、井上正治「森永ドライミルク中毒禍事件の判決」法律時報 第 36 卷第 3 号（1964 年）68-69 頁は、本件事故は「全く不測の事故といふべき」と評する）といった点を衡量する必要があるように思われる（林幹人『刑法総論』296 頁は、本件においては「信頼の原則を適用すべきであったのではないかという疑いがある」と述べている）。また福田は、同判決が工場長と製造課長の罪責認定の前提とした「両者の職務権限、業務内容に関する認定が妥当であったかどうかは疑問なしとしない」と述べるものの、信頼の相当性の有無については何ら言及していない。信頼の原則の適用範囲が道路交通に限定されないのであれば（福田（前掲注 59）129 頁）、本件被告人らの間での信頼の原則の適用の可否について論じるべきであるように思われる。

⁷³ 西原（前掲注 63）48-53 頁、例えば自転車運転手が子どもである場合（51 頁）、加害者が被害者の規則違反を認識している場合や、他者の規則違反が既成事実となっているからそれを容易に認識しうる場合（52 頁）には、信頼の相当性が否定されるという。

⁷⁴ 客観的要件の内容は明言されていないが、おそらく「交通関与者から交通秩序にかなった適切な行動が期待できるようになった場所、場合」（西原（前掲注 63）60 頁）を指すのであろう。

る⁷⁵。信頼の原則は、前者の場合には通常適用され、後者の場合には通常適用されないとする。この理解は、自動車運転手と歩行者とでは、交通秩序の遵守への関心や、交通教育を受ける機会や交通規則に関する知識が、典型的に異なることに求められている⁷⁶。

監督過失が問題となる分野における信頼の相当性判断について、西原は道路交通におけるような信頼の原則の適用条件論や典型的な判断を展開していない。当該判断は、監督者の被監督者に対する信頼が「当該状況におかれた一般人の立場からみて相当」⁷⁷といえるか、決せられるとする。その判断の過程において、二つの要素が考慮されているように思われる。

第一に、分業の相手方としての他者が担当する任務の危険性の高低が挙げられている。その危険が高ければ、他者の注意以外に危険回避を保障する機構がより多く必要となり、その危険が低ければ、他者に当該任務を一任しても、信頼の相当性が認められやすい、とする。

第二に、監督者と被監督者の間に役割分担が確立していたか否かである。役割分担が徹底されていれば、「それだけ信頼の原則を適用する余地が広」⁷⁸くなり、「分業が確立していない」のであれば、「信頼の相当性の判断に関しては結論を異にしうる」⁷⁹という。

第三に、職制や職務上の慣行、問題となる危険に関する監督者らの職務権限の有無やその回避能力の有無が考慮されている。森永ドライミルク事件のように、監督者（工場長）は、工場内の職制や慣行、自らが食品添加物の発注使用等につき指示や指導をする能力を有していなかったことから、第二リン酸ソーダの安定剤としての使用方法を開発し他製造課長に、その使用発注の「一切を……委ね、有害物質を使用することはないであろうと信頼することは相当」⁸⁰とする。

このような監督者の被監督者に対する信頼の相当性判断は、西原が構想する、許された危険および（特に）社会的相当性により基礎付けられた信頼の原則の枠内に収まっているのか、という疑問が生じる。森永ドライミルク事件につき、西原は、役割分担の有無のみならず、その内部的な関係も考慮した上で、被監督者への信頼の相当性を決定すべきであるとする。しかし、西原が監督過失の文脈における相当性判断の基準とするのは、分業の確立である。分業体制の内部構造の評価が信頼の社会的相当性とどのような関係にあるのかが、明らかにされなければならない。

また信頼の原則の適用を決定付ける分業の確立が、どのように判定される認められるのかは明らかでない。西原は、北大電気メス事件においては、執刀医と看護師の間には明確な役割分担がなされていたとする⁸¹。

⁷⁵ 西原（前掲注 63）62 頁。

⁷⁶ 西原（前掲注 63）60-61 頁。

⁷⁷ 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（下）」法曹時報第 30 巻第 3 号（1978 年）30 頁。

⁷⁸ 西原 法曹時報 第 30 巻第 3 号 18 頁。

⁷⁹ 西原 法曹時報 第 30 巻第 3 号 20 頁。

⁸⁰ 西原 法曹時報 第 30 巻第 3 号 10 頁。

⁸¹ 西原 法曹時報 第 30 巻第 3 号 17-19 頁。

本件においては執刀医と看護師の間には、明確な役割分担は認められなかったのではないか、という理解もありうる。例えば、本件においては、診療科と（不十分な体制であった）手術部の間で業務分担が確定されていたのかに疑問の余地があったこと、本件病院と同様に中央手術部システムを導入している大学病院等においても人的・物的制約から嚴重なダブルチェック体制が問われているところもあること⁸²、執刀医が手術チームの統率者でなかったとしても、チームの指揮統率者が確定されえなかったこと⁸³等、関与者らの分業体制に確立に疑問を生じさせる事情が、本件には存在していたからである。このような本件の反対説の指摘を踏まえると、西原のように、電気メス接続業務が診療部の専権事項と解するには、未だ不十分であり、他への信頼が許される分業の内容を精緻化する必要があるだろう。しかしこのような議論は、構成要件解釈の指導原理としての社会的相当性の射程を超えているのではないか、という疑問が生じる。

しかし、本件には明確な役割分担が存在しなかったという見解もみられる。それゆえ、分業体制を観察・評価をするための枠組みが必要となる。

このようにみれば、社会的相当性は、社会生活上の実態を刑法上の判断へ取り込みうるから、他者への信頼の一般的な許容の規範的な基礎付けに寄与しうる。しかし社会的相当性は、信頼許容の基礎付けの出発点となりうるにとどまると考えるべきであろう。むしろ社会的相当性を背景として、社会生活上の実態を過失判断、特に信頼の許容判断へ組み込むための枠組みが用意されなければならない。

第5節 「危険の分配」としての信頼の原則

社会的な活動領域の関与者らが一定程度の危険を引受けているという視座は、ドイツのみならず我が国において、信頼の原則の文脈で取り上げられる。それは「危険の分配」と呼ばれている。「危険の分配」の内容は論者によって異なっており、二つに大別される。いかなる内容の危険の分配を基に信頼の原則を論じるかに応じて、その概念と社会的相当性の関連が異なり、他者に対する信頼許容の根拠付けにとってのその意義も異なる。

第1項 加害者と被害者の間での危険の分配

「危険な事態に関与する複数の行為者の中で、刑法上の注意義務をどう定めるのが適切であるのかという問題」が、「危険の分配」と呼ばれることがある⁸⁴。例えば、交通事故の加害者（行為者）の注意義務の内容を論定する際には、事故の相手方としての被害者の注意義務の内容を問題とすべきであるという。加害者の注意義務の内容は狭いならば、被害者のそれが広がるのに対して、加害者の注意義務内容が広がるならば、被害者のそれが狭くな

⁸² 飯田英男「判批」渡辺陽三編『医療過誤判例百選』第2版 1996年 51頁、中谷瑾子「判批」昭和49年度重判解 139頁。

⁸³ 船山泰範「判批」津田憲司編『医事法判例百選』第1版 2006年 187頁。

⁸⁴ 福田・大塚（前掲注60）316頁（大塚仁）。

る、ということである⁸⁵。危険の分配は、特に道路交通において信頼の原則の適用が問題となる事案の処理の仕方を、加害者としての行為者の過失の有無を被害者の危険の負担の有無という観点を用いて説明するものといえる。

危険の分配がどのようになされるべきであるのかは、「それぞれの社会における具体的要請に即して定められるべきであり、社会の変遷に応じて異なったものとなる」⁸⁶という。道路交通における危険の分配は、「自動車の高速度交通機関としての地位をどこまで尊重するか、また、自動車交通のもたらす人の生命・身体等への侵害をどの範囲まで許容するか」によって決定されるという。

第1款 信頼の原則の理解

このような危険の分配と表裏をなすものとして信頼の原則が位置付けられる。同原則は、加害者が自らに割り当てられた危険を除去したこと、他方で被害者が自らに割り当てられた危険除去を実施していなかった場合に、加害者の責任を免除するものであると解される。危険の分配と同様、信頼の原則の適用も社会的な諸事情を基に判断されるべきであるという。信頼の原則の適用には、「行為者が相互に相手方の行動を信頼しうる客観的条件が備えられている」必要がある、「その条件の完備の程度に応じて、信頼の内容も異なるべきことになる」⁸⁷という。

危険の分配と信頼の原則を表裏の関係と捉えることによって、信頼の原則には幾つかの視座が提供される。第一に、加害者（行為者）の注意義務内容を論定する際には被害者の注意義務内容を検討する必要があること、第二に、両者の注意義務の内容は連動すること、最後に個別事案において信頼の原則の適用を判断するにあたっては社会的要請を考慮する必要があることである。

このように危険の分配を論じても、信頼の原則や他者に対する信頼の許容が理論的に基礎付けられるわけではない。他者に対する信頼がなぜ許容されるのかという問題は、信頼の原則の裏面である危険の分配の理論的な正当化にかかっている。行為者の注意義務の内容の負担が軽減されてよいのか、そしてこの負担軽減がなぜ被害者に対する危険防止の責任の割当によって説明されるべきであるのかが問題となる。

例えば、信頼の原則が適用されるのか否かは、被害者が実現した結果の危険を引き受けていたと認められるのかによって決定されるという主張がある。信頼の原則が適用されるの

⁸⁵ 大塚仁「過失による交通事犯と危険の分配」刑法雑誌 第10巻第2号（1959年）281-282頁、同『刑法概説（総論）』第3版増補版 有斐閣 2005年 223-224頁、大谷實『刑法講義総論』新版第5版 成文堂 2019年 190頁、神山敏雄「信頼の原則に関する一考察」『西原春夫先生古希祝賀論文集 第二巻』所収 成文堂 1998年 64頁。

⁸⁶ 福田・大塚（前掲注60）316頁（大塚）。

⁸⁷ 福田・大塚（前掲注60）317頁（大塚）。更に大塚（前掲注85）223-224頁、大谷（前掲注85）191頁も参照。また危険の分配には言及していないが、これに類似した形で信頼の原則を論じるものとして、野村稔『刑法総論』補訂版 1998年 成文堂 179-180頁（特に180頁）。

は被害者が危険防止を引受けるべき場合であり、このことから、加害者からすると被害者が適切に危険防止措置を講じると予測しうる場合であったという。それゆえ信頼の原則は経験則にかかわるものであり、行為者の他者の不適切な行動に関する予見可能性に作用するものであるとする⁸⁸。この主張は、他者（被害者）に対する信頼がなぜ許容されるのかという問題に言及しているのではなく、被害者が事故防止の危険を引受ける場合が信頼の原則の適用がなされるべき場合である、ということの説明している。しかし、なぜこのような理解がなされるべきであるのかは論じられていない。

他の見解によると、社会的に有用かつ必要な活動が安全にその目的を達成するためには、その活動にかかわる各人の協力が必要であり、その活動に妥当するルールに従って適切に行動することが各人に要請されるという。例えば交通の円滑化・能率化を図るため、危険の分配によって各人の危険の負担が認められなければならないとする⁸⁹。このような他者に対する信頼許容の根拠付けには、許された危険による他者侵害の許容と同様の思考が存在しているといえる。しかしすでにみたように、許された危険類似の思考では、人がその活動により危殆化されることを許容しうるが、その危険による損害の甘受までも正当化することはできない。このことは、特に刑法の目的が法益保護であるならば、一層許容することはできないであろう。したがって、このような観点から、信頼許容を正当化することはできない。高度交通の目的達成のために危険の分配がなされるべきであるという主張は、交通政策として位置づけることもできる。実際、信頼の原則の正当性は、道路交通の政策的目標としての交通の円滑化を達成に求める見解も主張されていた。しかし他者に対する信頼が政策的観点から必要とされるとしても、このことの刑法的意義については別途検討を要する。

第2款 道路交通以外の領域における信頼の原則の理解

加害者と被害者の間の危険の分配と信頼の原則を同視するならば、複数人による分業活動によって第三者に損害発生した場合に対して信頼の原則を適用することは困難であると解するのが自然であろう。例えば、患者が死亡した手術に関与した医療関係者らや死傷結果が発生した企業活動の関係者らは「加害者」の立場であるから、加害者と被害者の間での危険の分配を内容とする信頼の原則の射程は及ばないといえるからである⁹⁰。

⁸⁸ 井上正治「判批」判例時報 456号（1966年）124頁。このような危険分配の理解は、英米法における「危険引受」論に基づいている（同「過失犯における因果関係の役割」36-38頁）。なお、井上は、危険分配は構成要件論に位置するのに対して、許された危険は「社会的効用と危険性との利益衡量の問題だから違法論において検討されるべき」ものとして理解している（同「過失犯における因果関係の役割」38頁および同判例時報 456号124頁も参照）。

⁸⁹ 木村静子「信頼の原則」法学セミナー4号（1969年）45-46頁。

⁹⁰ 例えば井上正治「森永ドライミルク中毒禍事件の判決 1・2」は、差戻前第一審判決を論評するにあたって、専ら被告人らの結果の（客観的）予見可能性について論じており、森永の協和に対する信頼（感）を予見可能性判断の考慮要素として取り扱っている。大谷（前掲注 85）195頁は、監督者は他者を監督する義務を負うことからその者を信頼するこ

対等な関係での分業活動と比べて、監督的地位にある者は被監督者を信頼しうる範囲は、その地位ゆえに狭くなることは確かである。しかし監督者は被監督者を常時する監視すべき注意義務を負うわけではないので、被監督者への信頼がおよそ許されないわけではないであろう。すでにみたように我が国の判例によると、道路交通以外の領域においても信頼の原則の適用がありうるとしており、そして「加害者」同士の間での信頼関係にも法的保護が認められうると考えている。判例が示しているように、行為者が監督者に要請される注意を払い、かつ被監督者の不適切な行動を認識しがたいという状況であれば、行為者に結果発生 of 責任を認めることはできないであろう。

他方、加害者と被害者の危険分配として信頼の原則を理解する立場から、交通事故以外の領域にも同原則の適用を認めるべきであるという主張がなされている。大塚仁は、医療等においては複数人の共同作業が必要となるので、関係者らの中での相互的な信頼が必要になるという。また監督過失の場合においても、信頼の原則の適用による行為者の注意義務内容の制限は「当然」ありうるという。大塚は、交通事故における信頼の原則（危険の分配）をその他の領域における「行為の性質に応じて若干の修正を加えつつ適用することができよう」と主張する。例えば、医師に対して他の医療関係者に対する信頼を許容せず、「医師にいちいち確認すべき義務を課するとすれば、医師の負担はほとんど無限となり、とうてい円滑な医療行為はなしがたい」ため、医療過誤事案には信頼の原則の適用を認めるべきであるという⁹¹。

道路交通以外の領域における過失犯の成立範囲を画するためには信頼の原則の適用が必要であるとしても、大塚の前提とする信頼の原則が、道路交通以外の領域に適用可能であるとは直ちにいえぬ。加害者と被害者の中での答責分配としての信頼の原則にいかなる修正を施せば、加害者間のそれを構築できるのかが問われる。しかし、なされるべき修正の内容は、大塚によって説明されていない。信頼の原則に適用領域の限定がなく、いずれも上記「危険の分配」によって説明可能なのであれば、同原則の基礎付けの仕方や他者への信頼許容の根拠の内容は、道路交通とその他の領域においては、異なってくるであろう。

第2項 社会的危険の適正な分配

社会的相当性によって注意義務概念（構成要件該当性）を理解する見解の一部の論者らは、社会生活においては一定の活動に関与する者らが相互的に配慮をして社会生活を送っているという実態に着目し、複数人が活動する領域の観察を端緒に、他者に対する信頼を一般に許容する必要があると主張する。この場合、先の程とは異なる形で社会生活を観察し、社会における「危険の分配」が論じられる。

とは基本的に許されない旨を述べている（ただ、上記「危険の分配」の裏面としての信頼の原則の監督過失事案への原理的な適用可能性について、どのような解が前提とされているのかは、明らかでない）。

⁹¹ 以上について、福田・大塚（前掲注 60）329-330 頁（大塚）。

かつて Welzel は、自身の教科書の第 3 版の中で、客観的注意の確定に関する文脈において、「危殆化を伴う当該活動が……社会的に『通常』であれば、それだけ一層、被危殆化者にもこの通常の危険の考慮が期待されなければならない」危険を内包する活動が社会的に「通常」であるならば、「それだけ一層、被危殆化者にもこの通常の危険の顧慮が期待されなければならない」という。つまり社会生活に適合した危険を回避するための要請は、一面的に危殆化者の負担とされてはならないとする。Welzel は、これらのことをまとめて、「社会的危険の適正な分配の原則」と呼んだ。つまり、社会的通常性の認められる活動にはその原理が妥当し、危険の防止は、関与者らに分配されなければならないという。Welzel は、社会的危険の適正な分配の原則が妥当する場面として、道路交通を挙げており、そこに信頼の原則の適用を認めた判例を援用している⁹²。

もっとも、社会的危険が活動の関与者らに分配されるのは、社会的相当性に由来する発想であろうと考えられる。しかし、この「危険の分配」と信頼の原則はいかなる関係にあるのかは、詳述されなかった。その後、すでにみたように Welzel は、その規範的原理の展開ではなく、過失犯の構成要件の「補充」を志向し、客観的注意の認定に関する方法論を論じる方向性を選んだ⁹³。すでにみたように、教科書第 7 版以降は、「危険の分配」に言及せず、「社会生活への関与は、一定の危険を引受けなければ、ほとんど不可能である」⁹⁴と述べるにとどまった。

社会的危険の適正な分配の原理は、我が国の新過失論または危惧感説等の立場に継受されている。例えば、中義勝は、「社会生活が高度の科学技術的内容をそなえるにしたがい、これから派生する危険もまたようやく日常化するとともに、各人が各もちばにしたがつて行為するものであるとの相互的信頼を前提にするのでなければ、今日の社会生活はその日常的テンポをもつてする運営をすら不可能ならしめられるであろう」と指摘し、「社会生活の常軌的運営そのものにある程度の危険が伴うことをさげえないとすると、これに対する危険負担もまた各人の立場立場によつて分配されるものであるといわねばならない」という。このような、一定の活動に関与する者らの「行為ごとに存するルールにしたがつて行為するものである」ということを相互に前提とし前提とされつつ企業全体ないし社会生活全般の運営に参加することを、社会的危険の適正な分配の原則と呼ばれている⁹⁵。

また、藤木英雄は、行為に社会的な価値が認められるとき、「社会もその行為により直接・間接に利益をうけるのであるから、当該行為が本来の目的を実現しつつ安全に遂行される

⁹² Welzel, *Das Detusche Strafrecht*, 3. Aufl., 1954, S. 98-99. 彼は、「社会生活に適合した危険回避のための要請が、一面的に危殆化者の負担にするあらゆる過大な要求は、社会のイニシアティブを最も困難な形で麻痺させるであろう」と述べている (S. 99)。このような信頼の原則の理解は、ders., *Das Detusche Strafrecht*, 6. Aufl., 1958, S. 114-115.

⁹³ 本章第 4 節第 2 項を参照。

⁹⁴ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 7. Aufl., S. 115.

⁹⁵ 以上につき、中義勝「過失犯における許された危険の法理・危険の分配」青木清相ほか編『過失犯 (1) 基礎理論 日沖憲郎博士還暦祝賀』所収 有斐閣 1966 年 54-55 頁。

ことに協力し、危険防止の責任を分担すべき場合が認められなければならない⁹⁶という。行為者が、発生が予想されうる事故に関してどこまでの結果回避措置を講ずる責任を負うべきかを問題とする必要があり、その際には「社会・公衆もまた自己の法益を保全する責任を負うべきことを、十分に考慮に入れなければならない⁹⁷とする。また、板倉宏は、社会生活に必要な不可欠な活動から生じる危険の防止は、専ら行為者の負担になるのではなく、「関係者間で合理的に分担すべきである」とし、活動の関与者らが「その能力に応じて合理的に分配するというのが、社会生活上のルール⁹⁸であるという。中は、活動の危険防止の負担は、関与者らの立場に応じて分配されるとするのに対して、板倉はその能力に応じて分配されるという。

いずれにせよここに挙げた論者らは、活動の関与者らが、他者が適切に行動しているのかを逐一確認しなければならないならば、活動の目的達成やその効用が阻害されることになり、このことは現在の社会生活の実態にはそぐわないという社会的相当性の思考を前提としている。活動の危険防止の負担が、合理的な形で関与者らに分配されているという実態が認められる以上、その実態に合わせる形で、刑法上要請される危険防止負担も、関与者らに分配されなければならないとする。社会生活上の危険防止に関する協力分担関係に社会的相当性を認め、これを過失判断に反映させるべきであるとする。その結果として、他者が自らに割り当てられた危険防止を講じるであろうという行為者の事実的な期待が、危険の分配が適正になされてる限り、法的にも保護されるべきであるという。

第1款 信頼の原則の理解

社会的危険の適正な分配の原則も、信頼の原則と表裏の関係にあるとされる。両者は、「同一の事項に対する異なる表現にすぎぬものであり、信頼の原則は、危険の分配が適正に行われているということ、すなわち、各人がそれぞれのもちばごとに危険予防措置を講じるものであるということ相互に信頼するということの意味するものであるにすぎない⁹⁹。

活動に由来する危険の分配が適正になされているのであれば、「特別な事情でもない限り、危険防止を負担すべき他人も適切に行動するであろうと信頼して行動することが許される¹⁰⁰。他者への許された信頼に応じて行為者の危険防止措置が軽減され、その結果として、行為者が講じた措置が「次善の策あるいは三善の策¹⁰¹であったとしても、過失責任が否定される余地が認められることになるという¹⁰²。信頼の原則は、「他人の行動が適切に行われるも

⁹⁶ 藤木英雄『過失犯の理論』1969年 有信堂 60-61頁（64頁注7においてWelzelの見解が引用されている）、更に62-63頁も参照。

⁹⁷ 同 62-63頁。

⁹⁸ 板倉宏『刑法総論』補訂版 勁草書房 2007年 281-282頁。

⁹⁹ 中『過失犯（1）』54-55頁。

¹⁰⁰ 板倉（前掲注98）282頁。

¹⁰¹ 藤木英雄『過失犯：新旧過失論争』学陽書房 1975年 65頁。

¹⁰² 信頼の原則の基礎付けにつき概ね同旨のものとして、例えば伊東研祐『刑法講義 総論』日本評論社 2010年 150-151頁、植松正『再訂刑法概論 I 総論』第8版 勁草書房

のと一応は信頼することを許し、その限度において注意義務を軽減する」¹⁰³ものであり、注意義務の認定基準とされる¹⁰⁴。

「危険防止について協力分担関係にあるすべての分野」¹⁰⁵には、信頼の原則の適用可能性が認められることになるので、その本来的な適用領域は、協力分担関係および相互的な信頼の許容が必要となる共同作業ということになる¹⁰⁶。信頼の原則は、個別事案における信頼の原則の適用の可否ではなく、特に共同作業による事故の責任の所在が問題となる場合には、常に考慮されるべきものといえよう¹⁰⁷。このような注意義務内容の認定は、経験則説が企図していた、危険減少的な経験則による予見可能性の制限と同様の方向性を示している。共同作業には他者への信頼が必要であるという実態は、一種の経験則であるといえるからである。そのような経験則を基に過失判断を行うのではなく、その社会的相当性に鑑み、経験則を行為者の注意義務の内容を具体化する際の重要な考慮要素として認めるという説明がなされている。このことによって、経験則の他者に対する信頼の許容判断への取り込みが、より説得的に説明されているように思われる。

第2款 他者に対する信頼の許容判断

社会的危険の適正な分配の原則の裏面としての信頼の原則の適用基準が、どのように具体化されるのかが問題となる。

まず、活動の社会生活上の必要性和有用性に鑑み、行為者らの注意義務の負担軽減がなされる必要があるかどうか問われる¹⁰⁸。活動の価値とその危険性を衡量した結果、その危険

1974年 298-300頁、大谷實『刑法解釈論集 I 刑事法研究 第三巻』成文堂 1984年 47頁。谷口正孝「危険の分配—道路交通における—」『ジュリスト』142号(1957年) 23頁、日高義博『刑法総論』成文堂 2015年 358-360頁。なお、土本(前掲注5)も同様の理解を示すが(51、53頁)、信頼の原則はここまで挙げた社会的危険の適正な分配として信頼の原則を把握する諸見解は、新過失論や危惧説、またこれに親和的な立場を採用するものであるが、同様の理解は、旧過失論にもみられる。例えば、浅田和茂『刑法総論』第2版 成文堂 2019年 357頁および357頁、立石二六『刑法総論』第3版 成文堂 2008年 251-252頁、中山(前掲注26) 169頁および170頁である。

¹⁰³ 植松(前掲注102) 304頁。

¹⁰⁴ 大谷(前掲注102) 150頁は、信頼の原則を「刑法上の過失行為を成立せしめる行為の危険性を判定するための準則」であるとする。

¹⁰⁵ 藤木英雄『刑法講義 総論』弘文堂 1989年 245頁。

¹⁰⁶ 例えば沼野輝彦 西原春夫他編『判例刑法研究 第3巻』有斐閣 1980年 256頁、藤木(前掲注105) 245頁、同(前掲注101) 65頁。

¹⁰⁷ 天野武一裁判官は最判昭和48年5月22に理刑集5号1077頁への反対意見において「未知の危険に対し危険発生の場合の責任の負担を誰に帰せしめるかの課題を解く尺度を『信頼の原則』に求めるのであれば、この原則をもって有か無かそのいずれかを選択するほかない基準事態の認識につながる危険の配分すなわち責任分配の程度の問題としてこれを評価し適用するところに、現実適応した至当な解決があるというべきである」と述べている。

¹⁰⁸ 植松(前掲注102) 300頁、更に大谷(前掲注102) 160頁も参照。

性があまりにも高度であれば、その活動に許された危険を認める余地は認められず、もって他者への信頼を認める必要はないとされる。これは、行為状況に他者への信頼の許容を見出すための前提条件といえる。

次に、問題となる行為状況の危険の防止負担が、行為者らの間にどのような形で分配されていたのかを明らかにする必要がある。「適正な危険の分配」の内容が、ここでは信頼の原則の適用基準の実態であるが、それは事例ごとに検討されるべきものである。道路交通と共同作業とでは、一般に妥当する「危険の分配」が異なるであろうし、共同作業といっても形態が様々であるから、具体的な場合における「危険の分配」を明らかにするには、事例群の類型的な分析と検討が必要となろう。しかしこれらのことは、論者らによってほとんど行われていない。もっとも信頼の原則の適用条件に関して、次のように述べられている。

第一に、信頼の原則適用には、関与者らの間で分業や役割分担が確立していることが必要とされる。例えば藤木英雄は、医師と薬剤師との関係においては、相手方の適切な行動を信頼することは通常許されるとするが、医師と看護師のように監督関係が存する場合、医師は看護師固有の職責に属する事項に限っていえば、監督上の過失を問われない場合がありうるという¹⁰⁹。また伊東研祐は、信頼の原則の適用には「機能・役割上でいわば統合的なルールに服する対等な関係にする者同士であること」が必要であり、自動車運転手と歩行者・自転車運転手、監督者と非監督者の間には、基本的に信頼の原則の適用はないとする¹¹⁰。つまり、信頼の原則の適用を是認する「危険の分配」としての分業や役割分担は、対等関係を前提とするものでなければならないとされている。

しかし、共同作業における信頼の原則の適用が、対等な関係に限定される理由は明らかでない。監督者が被監督者の行動を逐一確認することが、社会生活上の実態とは必ずしもいえないであろう。むしろ監督者が、被監督者を直接指導するのではなく、例えば被監督者(ら)を統括する立場にあって、かつ両者の間には、被監督者を直接指導監督する中間的な地位に立つ者が存するのであれば、監督者に対する信頼の原則の適用を一律に否定することはできないであろう。

仮に、信頼の原則が対等関係にのみ適用されるとしても、その適用を是認する分業体制がどのようなものであるべきかが問題となる。*Wilhelm* は、複数人が共通の行為目標を実現するために協働する場合を「広義の分業」と呼び、これは「法的考察の出発点としては不適格」であるとした。その概念においては、個々人の引き受ける任務の内容、個々人が仕事全体に対して有する持分等が、言及されえないからである。それゆえ彼女は、分業を更に区別する必要があるとして、信頼の原則の適用が認められるのは、水平的分業(狭義の分業)と垂直的分業であると主張した¹¹¹。そして対等関係にある者らの分業は、必ずしも水平的分業

¹⁰⁹ 藤木(前掲注105) 248頁

¹¹⁰ 伊東研祐『刑法講義 総論』日本評論社 2010年 150-151頁

¹¹¹ *Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin*, 1984, S. 3 f.

を意味しない。

上掲の「分業」や「役割分担」が、水平的分業を意味しているのとしても、次は、そのような分業の成立条件とは何か問題となる。しかしこのことは、論者らによって検討されておらず、他者への信頼を許容する分業や役割分担が認められるのかどうか、が挙げられているにとどまる。

第二に、「危険の分配」のルールとして、活動の危険が関与者らどの程度割り当てられるのかを明らかにするためには、各人が危険防止能力をどの程度備えているのかを検討すべきであるといわれることがある。車両対歩行者の事故において、車両運転手に信頼の原則が適用されるためには、「歩行者が、みずからの安全を守るために、適切、合理的な避譲をなす者であることを前提としている」¹¹²という。そして、安全性を保証して消費者に食品を提供する食品メーカーは、「危険から事故を防衛する有効な手段を持たない」消費者との関係においては「最善の手段を尽くして、結果発生防止に万全を尽くすべきであり、わずかの手間を惜しんで安全のために検査を怠るようなことがあってはならない」という¹¹³。

いずれの場合も、一方と他方が、問題となる危険の防止に資する能力をどの程度有しているのかが問題となっている。しかし、食品メーカーと消費者の関係の理解が、社会生活の実態を反映していると言い切れるのかについては、検討の余地がある。論者らが念頭に置いている森永ドライミルク事件において、森永乳業徳島工場は、差戻前第一審判決を除き、たしかに購入した工業用第二リン酸ソーダの化学検査を行うべき注意義務を負うとされていた。この意味において、メーカーは、消費者との関係において手抜きをすることは許されないと、判例も評価しているように思われる。ただ、徳島工場が仮に協和に局法品を注文した場合にもその化学検査をすべき注意義務を負っていたわけではない。このことは、見方を変えると、局法品に関しては協和に対する信頼が許されるものであった、という評価を含んでいるように思われる。このような評価が是認されるのであれば、たとえメーカーであったとしても、薬商の適切な行動を信頼し、その限りにおいて、自身の消費者に対する安全保証についての負担を免除されているように思われる。

なお、仮に「危険の分配」の内容が精緻化されるとして、その内容が、他者への信頼の許容を否定する諸事情の予見可能性とどのような関係にあるのかが問題となる。例えば、「危険の分配」による他者への信頼の許容と、行為状況の異常や他者の不適切な行動に関する予見可能性が相互独立の関係にあるならば、「危険の分配」は、信頼の原則の規範的意義を説明する概念であるにとどまる。対して、「危険の分配」により許容された他者への信頼が、「特段の事情」の予見可能性にも作用する、とも考えることはできる。しかし、論者らの主張からは、いずれとも判断しがたい。

結局、ここでいわれている「危険の分配」と、他者への信頼の許容判断の理論的なつながりが、明確化されていない。社会的相当な危険の分配が妥当する下では、他者への信頼が原

¹¹² 藤木（前掲注 105）248 頁。

¹¹³ 藤木（前掲注）64-65 頁。

則的に許容されるという主張は、先の社会的相当性に比べてより説得的である。しかし、それは標語的な意味以上を有してイなのではないように思われる。社会生活の実態から他者への信頼の法的許容を論じ、その実際の許容を分業や役割分担に求めるのであれば、分業等を刑法的な観点から評価することが必要になる。しかし、このことは、社会的危険の適正な分配の原則の論者らによって行われていない。むしろ議論は、その前段階、すなわち社会生活上の実態としての「危険の分配」に社会的相当性という意味における刑法上の重要性を認めることにとどまっているように思われる。

第6節 分業の原則

日独においては、「分業と共働が必然的なものとして展開されている」ところでは、信頼の原則が妥当するという理解がある¹¹⁴。これは「分業の原則」と呼ばれることがあり、ドイツにおいては、主に医療の専門化とチーム化の意義と必要性に鑑みて、信頼の原則の適用を認める必要性を認めるために、かねてより論じられてきたものである¹¹⁵。

第1項 他者に対する信頼の許容判断

分業の原則からすると、行為者と他者の間に分業が必要であり、かつそれが成り立っているのであれば、他者が適切な行動をするであろうという信頼が許されるといえる。実際、井田は、行為者と他者の間に「加害的結果の不発生をひとまず確実視させる」役割分担の体制が確立し、これによって「他の関与者が不適切な行動に出ることはないという信頼を正当化する事実関係が存在」¹¹⁶が、信頼の原則適用の前提であると述べている。反対に、行為者らの間で分業が確立していないならば、行為者らは共同する作業に由来する危険を防止すべき注意義務を、重疊的に負うとされる¹¹⁷。

もっとも上述のように、いかなる形式の分業であっても信頼の原則が適用されるのか、そして分業からの加害的結果が発生可能性、および関与者らの行動の危険性がどのように判

¹¹⁴ *Engisch, Die Haftung des operierenden Chirurgen nach den §§ 222, 230 StGB für Fehler der Operationsschwester, Langenbecks Arch. klin. Chir., Bd. 288, 1958, S. 582.* 米田泰邦『管理監督過失処罰 刑事法研究第四巻』成文堂 2011年 49頁。

¹¹⁵ 建設事業への信頼の原則の適用について分業の必要性を指摘するものとして、例えば *Freund, Garantienpflicht bei arbeitsteiliger Beseitigung einer Gefahrenquelle Wuppertaler Schwebebahn, NStZ 2002, 424.*

¹¹⁶ 井田良「医療事故と刑事過失論をめぐる一考察」高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』所収 成文堂 2014年 617頁。

¹¹⁷ なお、分業体制の確立した活動においては、関与者らが自らの引受けた任務について自己答責性を有するのであり、このことが関与者らの注意義務の負担を限定すると説明されることがある。しかしこれには、共同作業の危険防止に関する関与者各人の答責性が、役割分担によって分配される任務を基に（制限的に）具体化され、他者の権限事項についてはその者の判断を尊重すべきであるという説明が先行する。この説明は、役割分担を基にした答責分配に社会的相当性を認めることに他ならない。関与者らの自己任務に対する自己答責性は、そのような注意義務の分配の帰結である。

定されるのかについて、更に検討する必要がある¹¹⁸。

現在のドイツにおける議論は、**Wilhelm** の見解¹¹⁹に倣って、他者への信頼が許される分業は水平的分業と垂直的分業である解した上で、それぞれにおける信頼の許容判断が論じられている。そこでの議論は、分業体制下でその相手方としての他者を一般に信頼しうるためには、分業に由来する危険（瑕疵）が防止されなければならない、というものである。例えば、資質の瑕疵、調整の瑕疵、コミュニケーションの瑕疵、権限の境界設定の瑕疵、そして権限移譲の瑕疵（**Delegationsmängel**）¹²⁰等が挙げられている。

第1款 水平的分業

信頼の原則が適用される形で水平的分業が成立するためには、そこでは誰も担当しない任務領域が残されるという危険が生じうる。そのため関与者らは、例えば取り決めを通じて権限を明確に限界付けられなければならない。その際、関与者らは、自らの引受けた任務遂行の危険を制御するために必要な能力を有している必要がある。更に、任務分配を取り決める場合には、関与者らは第三者（患者）保護のために、相互的な情報提供を行い、各人の行動の組み合わせによる損害発生を未然に防止しなければならない¹²¹。

以上のような種々の措置が講じられた場合、信頼の原則が適用され、他者が「自己の権限（**Zuständigkeit**）の範囲内で必要な注意を払う」と信頼してよく、特段の事情のない限り、その行動を再検討する必要はないといわれる¹²²。つまり、対等関係にある関与者らで構成される組織活動に由来する危険を防止すべき注意義務は、任務と権限の分配を通じて、他者への信頼を許容する形で関与者らに割り当てられるという¹²³。

¹¹⁸ 井田（前掲注 116）617 頁以下は、北大電気メス事件の執刀医の罪責を検討するにあたり着目すべきは、電気メスの接続点検業務について診療科と手術部の間で役割分担がなされていたかであり、電気メスケーブルの接続が極めて単純容易な補助的作業であったこと、およびその誤接続による事故が本件まで発生していなかったことからすると、電気メス接続業務が「手術部の看護師側専権的管轄事項とされることになるのは理解できる」という（618 頁）。

¹¹⁹ **Wilhelm**, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984, S. 4-8.

¹²⁰ **Ulsenheimer/Gaede/Bock**, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl., 2020, Rn. 196, 295.

¹²¹ 以上について、**Brose**, Aufgabenteilung im Gesundheitswesen Horizontale und vertikale Arbeitsteilung auf klinischer und präklinischer Ebene, in: Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2000, S. 54-57. 更に **Schmidt-Salzer**, Strafrechtliche Produktverantwortung, NJW 1988, 1940 も参照。

¹²² **Laufs/Kern/Rehborn**, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., 2019, § 99, Rn. 4.

¹²³ **Schmidt-Salzer**, NJW 1988, 1940. 様々な異なる地位にある医師らの水平的分業の事例群を詳細に整理しているものとして、**Ulsenheimer/Gaede/Bock**, Arztstrafrecht, Rn. 225 ff. およ萩原由美恵「チーム医療と信頼の原則（1）」上智法学論集 第 49 巻第 1 号（2005 年）60 頁以下。更に **Laufs/Kern/Rehborn**, Handbuch, § 99 Rn. 10-13 も参照

第2款 垂直的分業

分業の原則の議論がより活発であるのは、上下関係と指揮命令関係によって特徴付けられる垂直的分業に関してである。ここでは、上位者と下位者という素朴な分業体制よりも、病院や企業といったより大きな組織を念頭において議論が展開されている。

組織体は、その活動を刑法上の諸要請に適った形で実施されるために必要な注意義務の履行を負っており、その義務は、本来的には、企業では取締役会等の業務執行者、病院では医長または主任医師といった地位にある者（以下、便宜上、このような地位にある者をまとめて業務執行者等と呼ぶ）に生じる¹²⁴。業務執行者等は、自らの地位に由来する活動全般の危険を防止すべき注意義務を除けば¹²⁵、組織体に関係する注意義務の履行を、下位者への委任または指示の形で、この者に委ねることができる。業務を委任された下位者には、当該業務に関する権限が付与されるとともに、これに対応する答責が生じる¹²⁶。

上位者が下位者に任務を委任する場合、下位者による義務履行を保全するために必要な措置を講じることを義務付けられる。まず、下位者が委任される業務に必要な専門知識や技能を有する人物でなければならない（選任義務）。次に、被委任者に委任する業務を詳細に定義することにより、当該者の答責領域を十分明確に画定し（指示義務）、任務遂行に必要な教育を受けさせなければならない（教育義務）。更に、被委任者が委任された業務をこなしたことを確保しなければならない（監督義務）¹²⁷。上位者が、下位者への任務委任のために必要な注意義務を履行するならば、上位者は下位者の行動を点検または再検討する必要はなく、下位者の適切な行動を信頼することが許されるとする¹²⁸。もちろん、上位者に、下位者の義務履行への疑念に関する具体的な契機が存在する場合、上位者には、下位者の行動に介入すべき注意義務が生じる¹²⁹。同様に、義務履行を委任された下位者も、上位者からの指示等への疑念に関する具体的な契機が存在するならば、上位者をもはや信頼することはできないという¹³⁰。

¹²⁴ 製造物責任が問われる企業活動に関して、このように述べるのは、*Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1942. 医療分野に関しては、*Ulsenheimer/Gaede/Bock*, (Fn. 120) Rn. 268.

¹²⁵ *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1941. 彼によると、業務執行者は、「全般的な組織化義務」を企業内部の従業員に委任することができないと指摘する。当該義務は、「業務の進行が確保されるための全般的な諸前提を生み出す」ことを内容にするとされる（*ebd.*）。

¹²⁶ *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1940.

¹²⁷ *Ulsenheimer/Gaede/Bock*, (Fn. 120) Rn. 280. 選任義務、教育義務および監督義務に言及しているのは、*Duttge*, *Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit*, ZIS 2011, 351 f.; *Eidam*, *Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes - ein Überblick*, JA 2011, 915. 教育義務の代わりに指示義務に言及しているのは、*Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1941 f.

¹²⁸ *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1938 f. 反面、義務履行の委任の要件が充たされない場合、委任者の被委任者に対する信頼は正当ではないと評価される（*ders.*, 1939）。

¹²⁹ *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1941 f.

¹³⁰ *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1939.

第2項 分析と検討

以上の議論においては、水平的と垂直的分業における信頼の原則の適用条件が、明確化されている。いずれの分業形式においても、以下の二つが必要とされる。

第一に、行為者らの間での分業が明確になっていることである。これは、関与者らが引き受ける任務遂行の権限の評価によってなされるべきであるという。特に垂直的分業においては、組織活動に由来する危険を防止すべき注意義務は、各人の引き受けた職務上の地位と権限に応じて分配されるという「組織関係的考察方法」¹³¹または「段階的思考」¹³²が前提とされている。

第二に、任務と権限を分配する際、それぞれの分業に内在する危険が、関与者らによって除去されることである。ここでは、他者の信用性は、その者が自らの引き受ける任務遂行に必要な能力や認識等をどの程度備えているのかによって、決定されると考えられている¹³³。

このような理論構成において、他者への信頼の許容の根拠が挙示されるためには、まず、なぜ分業体制を基にした注意義務の具体化、特にその範囲を個々人の権限によって限界付けるべきであるのかが問題となる。他者への信頼の可否は、分業体制下での注意義務の分配と、これを基礎とした危険の予防的な除去によって判断されるからである。

もっとも、他者への信頼が一般に許容される形で行為者らの中に（特に水平的）分業が成立した場合、このことが信頼の許容を覆す「特段の事情」の予見可能性判断に影響及ぼすのか、当該判断に影響を及ぼすとすればそれはどのようなものが問題となる。分業体制下での相互的な信頼を保護する必要があるならば、信頼の一般的な許容は、他者の不適切な行動に関する予見可能性の認定を困難する事情として取り扱われることになるであろう。しかし、このような議論は分業の原則の立場からは十分になされていないように思われる。特

¹³¹ BGHSt37, 106. これについては差し当たり稲垣悠一『欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論』専修大学出版局 2014年 75頁以下を参照。

¹³² 樋口亮介「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定」『山口厚先生献呈論文集』所収 成文堂 2014年 246頁以下を参照。

¹³³ 水平的分業と垂直的分業における信頼の原則の適用範囲の差異は、監督責任の有無に尽きるが、このことは、上記二つの要件から、次のように説明することができるであろう。水平的分業は、各人が独自の任務領域と権限を有する関係に立つこと、そして各人が引き受けた任務遂行に必要な資質と情報を備えることが必要である。そのため水平的分業が成立すると、そこには信頼の原則が適用されると考えることができる。対して垂直的分業においては、上位者が（本来的には）自己の任務を、指示命令を通じて下位者に実施させるものである。そのため、下位者に自己の任務を実施させる上位者には、任務分配に付随する瑕疵を防止すべき義務が割り当てられる。そして、下位者が任務遂行に必要な能力を十分に備えていなければ、その不足分由来する危険防止は上位者に割り当てられることになるであろう（*Eidam*, JA 2011, 951 は、このことの裏面として、「独立せずに」行動する下位者は上位者の指示の正当性を信頼しうることを意味すると指摘する）。それゆえ垂直的分業の場合、（監督義務の履行を条件として）上位者が下位者を信頼しうるための条件は複雑化し、そのハードルが高くなっているといえる。

にドイツにおける議論の重心は、他者への一般的な信頼を許容する分業の成立要件にあるように思われる。

この点に関連する主張として、予見可能性判断においては「慣行」を考慮すべきであるというものがある。そのような判断資料に個別の分業における慣行的なものが含まれるのであれば、分業体制の実態の（法的）評価を予見可能性に関連付けることができるであろう。しかし慣行には、「悪しき慣行」も含まれる。ゆえに慣行を予見可能性判断（過失判断）に取り込むとしても、一定の限定を付すための枠組みが必要になる。

ところで、例えば医療における分業の必要性和意義を指摘しても、**Stratenwerth** が述べているように、分業を「法的評価のカテゴリーに組み入れることは、未だほとんど成し遂げられない」¹³⁴。それゆえ彼は、分業の関与者らの自己答責性に着目して、医療における信頼の原則の基礎付けを試みた。しかしこのコンセプトには賛同しえないことはすでに述べた通りである。

この問題について、**Schmidt-Salzer** は、「自己の支配領域および答責領域に対する個人の答責という原則を考慮すると、刑法上の注意義務は実際の分業から生じるという命題が妥当する」のであり、企業活動や医療においては「事分的分業の刑法的把握に関する問題」が表面化するという¹³⁵。おそらくここでも、社会的危険の適正な分配の原則と同様、組織内部では注意義務が分配されること、分業の危険が予め除去していれば、その相手方を信頼するという社会生活上の実態に、社会的相当性が認められる、という発想が存在しているように思われる。例えば、井田は、「今の社会においては、複数人による共同作業が、一定の作業分担の下に行われており、精度の高い効率的な共同作業を成り立たせるためには、それぞれの関与者が自己の領域に集中して正確な仕事を行うことが要求される」¹³⁶とするならば、その目的達成のためには、関与者らが一定の行動準則に従った行動をするであろうという信頼関係が必要であり、これを法的にも保護されなければならないという¹³⁷。

共同作業の危険防止に関する関与者各人の責任は、役割分担によって分配される任務を基に具体化されること、他者が有する権限事項¹³⁸についてはその者の判断を尊重すべきであることに、社会的相当性が認められるならば、そのような（一次的な）責任の分配と権限の尊重は、刑法上の判断にも反映されなければならないといえる。このように解すると、分業の原則は、社会的危険の適正な分配の原則においては不明瞭であった信頼の許容判断を、更に展開させたものといえるかもしれない¹³⁹。

¹³⁴ *Stratenwerth*, FS Eb. Schmidt, S. 388.

¹³⁵ *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1942.

¹³⁶ 井田（前掲注 116）617 頁。

¹³⁷ 井田良『刑法総論の理論構造』成文堂 2005 年 122 頁。信頼の原則は「社会的に不可欠な共同作業を可能にするための共働者間の役割分担に関する社会的ルールを基礎とするものにほかならない」という（同頁）。また、米田（前掲注 109）49 頁も参照。

¹³⁸ 山中敬一『刑法総論』第 3 版 2015 年 403-404 頁。

¹³⁹ 最判昭和 41 年 6 月 14 日刑集 20 卷 5 号 449 頁は、社会的危険の適正な分配の原則および分業の原則を基礎とした信頼の原則の適用により、被告人の過失を否定した旨の判示

信頼の原則は、ここでも注意義務の内容を具体化するための「方法的原則・思考上の基準」¹⁴⁰として機能していると思われる。複数人による共同作業から生じた事故の責任の所在を検討する際には、念頭に置かれることになるであろう。信頼の原則は、行為者の過失を否定する「例外原理というものではない」¹⁴¹のみならず、問題となるのはその適用の「可否」ではなく、その範囲であるといえる¹⁴²。

分業の原則を基に、信頼の原則を捉えるならば、行為者が意識的に他者と共同作業をしない場合にも、行為者の注意義務の内容を具体化する際には、他者への信頼の問題を検討することが、理論的には一貫することになる。例えば分業の原則の見地から信頼の原則を論じる米田泰邦は、行為者に要請される結果回避措置（制御手段）を明らかにするには、行為に際

をしたといわれている。同判決のこのような判示は、その上告理由の主張を概ね受容した結果であるように思われる。その上告理由には、みられる上記のような社会的危険の適正な分配の思考を読み取ることができる。本判決の上告理由は、原判決が認定した以下二つの注意義務は被告人に認められないと主張した。第一に、酩酊した被害者の安全を確認して場合によっては待合室等の安全な場所に誘導する注意義務、第二に、客扱い終了の合図をする際に電車と近接するホームとの間隔部分の異常の有無を確認する注意義務である。第一の被害者の安全確認義務について、電車内で乗客が酩酊したまま電車が発車することは頻繁にあり、鉄道法等や会社の内規上酔客の乗車を拒否しえないことを指摘する。交通機関はその必要有益性の故に、高速度運転の危険が許されるとともに、この危険は社会的に分配されるべきものであるという。本件においては交通機関の側である駅務係としての被告人に危険回避のための義務が課せられるとともに、社会の側である本件被害者にも危険回避のための注意が要請されるとする。第一の注意義務を認めるならば、「電車のダイヤは乱れ、迅速、性格を旨とする鉄道の使命は全く没却されることになる」と指摘する。鉄道交通の危険が社会的に受容されているという理解から、その危険の防止は、客の側にも割り当てられうるとする。ここには社会的危険の適正な分配の原則の思考を見出すことができる。第二のホームと間隔部分の異常を確認する注意義務が認められない旨の主張において、この注意義務が事故防止に有効かつ被告人に履行可能であったと述べても、特に駅務係と車掌の相互的な業務分担の関係が言及されている。電車到着後のホームの監視は本来的には車掌の管轄事項であるとする。駅務係が行うべき客扱い終了の合図は、車掌の運転士に対する出発合図を補助する役割を果たすにすぎず、出発の合図それ自体ではない。駅務係は、社内の乗客を社外に誘導して乗客を全員下すことで自己の責任を果たしたと評価することができ、加えて本件においては酩酊していた被害者は一人で歩くことができたため、被害者が線路上に転落することはないであろうと信ずることができたとする。被害者に生じた危険を防止すべき答責は、被害者と鉄道会社の間のみならず、後者に属する車掌と駅務係の間でも分配されるべきであるとしている。現実の分業関係からすると、ホームと間隔部分の異常確認に関して一次的な答責を負う車掌を補佐する駅務手は、被害者自身による危険防止のみならず、車掌による危険防止も信頼することが許されたとする。分業の原則類似の思考から、駅務係の注意義務の内容を限定しつつ具体化すべきであるとされている。以上のことから、本件においては、交通従業員（駅務手）のみならず被害者側にも事故回避への注意を払うことを信頼することが許容されるのであり、その信頼のために発生した事故は、「許された危険として社会的に是認されなければならない」とする。

¹⁴⁰ 福田（前掲注 59）129 頁。

¹⁴¹ 井田（前掲注 116）620 頁。

¹⁴² 米田（前掲注 114）100 頁。

して問題となる「危険が無視しうるかどうか」¹⁴³に着目すべきであり、この際には「他の社会構成員に対するさまざまな信頼の上に組み立てられていることに注意しなければならない」という¹⁴⁴。

そうすると、行為者の過失の有無を判定するにあたっては、その行為のみが単独で評価されるのではなく、個々人の義務は他者との相関関係の中でのみ把握される、ということになる¹⁴⁵。確立した分業体制下でも、特に垂直的分業における上位者は監督義務を負うため、下位者の過失行為は無関係ではない。ただ、上位者が下位者をどの程度信頼しうるのかは、下位者が負っている一次的な注意義務の内容を明らかにする必要がある。つまり、行為者の注意義務の内容は、他者に対する期待を前提にしなければ明らかにならない。

共同作業に関与する行為者の注意義務の内容を明らかにするための枠組みは、例えば新過失論のように、「一般通常人」の仮定的行動を検討するという手法では不十分であり、他者との社会的・相互的な行為の評価を内在する枠組が必要になる。同じことは、行動準則および基準行為に関しても当てはまる。

なお分業の原則は、共同作業の関与者らでの注意義務の分配と相互的な信頼の許容の必要性を説明することに優れている。他方、上記の議論が、道路交通における信頼の原則に関しても当てはまるのかどうか問題となる。

共同作業と道路交通とでは、関与者らの関係性が異なることは、概ね認められている。共同作業では、関与者らの協力分担関係の必要性が高く、(概ね)共通の目的達成のために行動し、典型的に関与者らの関係性が緊密となりうる。対して道路交通において、関与者らは「行きずり」の関係であり、意識的に共同しているのではなく、各人の匿名性は高い。

これについて、分業の原則は、あくまで共同作業における信頼の原則の適用を具体化するものであり、その思考は道路交通には妥当しないと考えることは可能である。そうすると、両領域における信頼の原則は、基礎付けも含めて幾分異なる性質を有することになるであろう¹⁴⁶。

反対に、道路交通に一定の分業関係を認めることも考えられる。この場合、道路交通において確立しうる分業の構造を分析する必要がある。ただ、交通関与者らの間に垂直的分業

¹⁴³ 米田（前掲注 114）38 頁。米田は、過失判断では問題となる危険が制御可能な間接的危険であるのか、制御不可能な直接的危険であるのかを指標の一つとする（これについては同 37-40 頁および 96-99 頁を参照）。

¹⁴⁴ 米田（前掲注 114）96-97 頁。例えばドライバーが市販の自動車の安全確認をしなくてよいのは、その確認がメーカー等によってなされているという信頼が許されているためであり、このように解するのは、社会生活が「複雑に入り組んだ人間関係の上に組み立てられ、日常生活のすみずみまで、多くの人手をかけた生活用具が充満していることからの必然的帰結である」とする。更に *Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn. 146 も参照。

¹⁴⁵ 稲垣（前掲注 131）94 頁を参照。

¹⁴⁶ *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1942 は、分業体制下での注意義務の分配と他の関与者へ信頼の問題は、道路交通に当てはまるとは述べていない。

が成立しないことは確かである。加えて、交通事故防止のため（特に）自動車運転手には二重の危険防止義務が課せられていると解するのであれば、水平的分業を認める余地もないであろう。分業の原則が道路交通における信頼の原則を基礎付けうるとしても、共同作業における議論がそのまま妥当するのではなく、一定の修正が必要になるであろう。

上記の議論を道路交通に敷衍するならば、交通に由来する危険の防止措置は、自動車運転手や歩行者といった「地位」に応じて分配されると考えることになるのかもしれない。自動車運転手や成人の歩行者といった道路交通における行動準則に適った行動を選択可能な者に対しては、適切な行動をするであろうと信頼することが通常許されうるであろう。対して、子どもや高齢者や酩酊者といった自ら交通の危険を防止する能力を十分に備えていない者には、適切な行動を信頼することはできないと考えられうる。しかし、特に自動車運転手は、前方注視義務といった「二重の危険防止」措置を講じるべき義務を負うといわれる。そして、特に自動車運転手の注意義務は、時間的・場所的に変換する道路状況と、「行きずり」の他者との関係において決まってくる。そのため共同作業よりも、他者との信頼の関係は流動的なものとなるであろう。

第7節「注意義務の内容確定プロセス」の理論

我が国の裁判実務で用いられている法技術の言語化といわれる注意義務内容確定プロセスの理論によると、我が国の判例からは、注意義務設定時点の危険を把握した上で、注意義務の内容をその危険との比例性によって決定する、という思考を読み取ることができる。つまり危険比例性が、注意義務の内容を明らかにする際の指導原理であるとする。

危険比例性は、大きく分けて、以下の判断ステップを構成している。①有効な危険防止措置の特定、②当該措置の履行可能性と過大性の吟味、および③考えられる複数の危険防止措置の負担の比較（より負担の軽い措置を義務付ける）である¹⁴⁷。

危険比例性がこのような構造を有する理由は次のように説明される。社会生活に危険が生じている以上刑法によってその危険をコントロールすることには十分な理由があるとし、このような「危険の防止という規範的観点」から、注意義務設定の目的は、人身の安全確保や失火の防止であるという。それゆえ、上記①が説明される。この観点によって、危険防止の義務付けは、広範に認められうる。「危険の防止という規範的見地からすれば、複数の人間に危険を防止するための注意義務を重疊的に負担させるのは合理的な態度というべき」

¹⁴⁷ 樋口（前掲注132）222頁。同「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み（1）」法曹時報第69巻第12号（2017年）45-46頁は、危険比例性をより詳細に、6つの観点に分割している。類似の判断枠組みを新過失論の見地から主張するものとして、稲垣悠一「不作為的過失と不作為犯論——注意義務確定の手法と関連して——」刑事法ジャーナル46号（2015年）33-34頁、同「過失犯における注意義務確定のプロセス——不作為的過失を中心に——」高橋則夫他編『日高義博先生古稀祝賀論文集上巻』成文堂2018年303頁。

148であるとされる。

しかし、危険の防止という観点を突き詰めると過失犯の成立範囲が拡大しかねない。そのため義務の内容確定にあたっては、過剰処罰の回避という観点をもあわせて考慮すべきであるとする。これにより、上記②および③が説明される。危険の防止は注意義務内容の大枠を基礎付け、過剰処罰の回避は、先の観点から想定されうる注意義務内容を限定・特定する。

信頼の原則は、過剰処罰回避の観点から要請される、個別行為者に想定される注意義務の履行負担の過大性の有無に関する判断として説明されている。行為者が履行可能かつ危険防止に有効な措置であっても、その措置の履行負担が過剰であってはならないというのである。

危険比例性の一部として把握された信頼の原則は、「危険の内実に比して、当該危険の防止に有効な具体的措置から生じる負担が過大でないかを勘案して義務内容の限界を見極める」ものであり、この衡量により、過大な履行負担を伴う当該措置を免除するものとされる。いかなる措置が過剰であるのかは、「社会の意識を反映して決断することが要請される問題」あるという¹⁴⁹。その判断の際には、他の同業者の講じるであろう危険防止措置¹⁵⁰、緊急事態の発生や被害者を含めた利害関係者の危険等の受容の度合い¹⁵¹や、当該措置にかかるコスト¹⁵²等が挙げられている。社会生活の実態から義務内容の過大性を判断することは、(過失犯の)構成要件解釈に際して社会的相当性の思考を前提にすることに相応している。

信頼の原則は、危険とその防止措置の個別具体的な衡量を内容とし、行為者のあらゆる注意義務の免除を認めるものではない。上記の危険の防止という規範的観点から、「一人の者に複数の危険防止措置を義務づける場合もあるし、複数の者に危険防止措置が義務づけられることも要請されうる」¹⁵³という。そのため、ある危険防止措置がその過大さ故に免除されるとしても、他の(より負担の軽い)措置が行為者に義務付けられることもあれば、他者への信頼が許される場合であっても、行為者に危険防止措置が要請される場合があるとする。

以上の信頼の原則に関する議論においては、本論文の関心であるところの、他者への信頼の許容は明確に言及されているわけではない。ただし、このことは、組織活動における信頼の原則に関する議論において、次のように論じられている。

第一に、組織活動における危険の程度と危険防止措置の負担の衡量にあたっては、役割分担の有無が重視されている。明確に役割分担がなされる場合、危険防止の責任者による危険防止措置を「事実関係の一つに書き込むことが可能である」ので、組織活動から生じる危険

148 樋口亮介「刑事過失と信頼の原則の系譜的考察とその現代的意義」東京大学法科大学院ローレビュー4号(2009年)195頁。

149 樋口(前掲注132)224頁。

150 同上。

151 樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み(1)」法曹時報第69巻第12号(2017年)47-49頁。

152 樋口亮介「企業災害・両罰規定における個人の過失責任」刑法雑誌第58巻第1号(2019年)5-6頁、8頁、15頁。

153 樋口(前掲注132)239頁、241頁。

の程度が減少するという。組織内部の当該の責任者以外の者は、その危険の程度が軽減するため注意義務から除外される「個別の措置の範囲がより拡張されうる」という¹⁵⁴。役割分担がなされていない場合、「誰も危険防止措置をとらない恐れ」があるため、行為者らの共同作業の危険は「より増大することさえありうる」¹⁵⁵からであるとする。第二に、注意義務の内容は、危険の程度のみならず、注意義務の発生根拠としての法令上の義務や契約による引受けの影響を受けるとされる¹⁵⁶。第三に、組織内部において個人が担う職責・地位・権限は、その者への注意義務の分配根拠であるのみならず、「比例原則・義務履行の可能性という視点から義務内容の確定に当たっての考慮要素にもなる」という。特に、個人の職責に「相応させて注意義務の分配を認める場合……注意義務の内容は現実の職責に相応する範囲に限定されるであろう」とする。

役割分担、法令・契約または職責に基づく要請を超えた危険防止措置の義務付けは、行為者に過大な負担であり、当該の防止措置は、(契約の相手方や組織内部の他の関与者といった)他者が通常負担すべきものとして取り扱われている。このような衡量も危険比例性の一部としての過大性判断であるという。他者への信頼の原則的な許容を前提として、行為者の注意義務の内容を具体化することが予定されているといえる。

注意義務の内容確定プロセスの理論にも、信頼の原則は状況に応じて適否が判断されるのではなく、過大性判断という形で常に注意義務の内容確定にかかわるものとして把握されている。過大性判断は、上述した社会相当性の観点を多分に含んだものである。役割分担をはじめとした注意義務内容の制限に資する一定の諸事情が、過大性判断に取り込まれているのは、それらが(過大性判断に根底あると考えられる)社会相当性の観点を徴表するものだからであろう。これらの点から、同理論も、社会的危険の適正な分配により信頼の原則を基礎付ける諸見解の延長線上に位置づけることができるであろう。

第8節 他者に対する信頼の許容の基礎理論的な正当化

社会における分業による各人の負担軽減と個人の自己の仕事への集中という実態に法的重要性を認めること自体の正当化が問われる。なぜ社会相当的な危険の分配のルールを基礎とする注意義務の内容確定(信頼の原則)は、どのように正当化されるのか、ということである。というのも、分業の原則を主張する論者らは、刑法の任務を法益保護に求めた上で、社会的相当性の思考あるいは行動準則を基に注意義務の内容を定めるべきであるとする。しかし、法益保護とそのような注意義務の内容確定が調和を保つことができるのかは疑わしい。社会的通常性を基に行為者の他者に対する信頼が許容されるということ、行為者には法益保護要請が向けられないことを意味する。この場合、法益保護要請が放棄される理由は直ちに明らかにはならず、別途説明が必要である。このことに関連するのは、社会生活上必

¹⁵⁴ 樋口(前掲注132)242頁。

¹⁵⁵ 樋口(前掲注132)242頁。

¹⁵⁶ 樋口(前掲注132)218-219頁。

要な注意を超える内容の注意義務は過大であるという主張である。このように主張するためには、(少なくとも過失犯の) 構成要件解釈は社会生活における通常性を基準にすることが正当化されることの説明がされなければならない。そうでなければ、単に個別の注意義務の内容の不当さを指摘するにすぎない。

注意義務内容確定プロセスの理論にも同種の状況がみられる。同理論において、注意義務設定の目的である社会に対する危険防止という観点から、行為者に履行可能かつ危険防止に有効な措置であることが要求される。このような危険防止の観点から演繹される注意義務の内容確定の観点は、法益保護要請に基づくものと同種のものである。信頼の原則を含めた社会的通常性により過酷な履行負担を伴う注意義務を排除する必要性は、過剰処罰回避の観点から導出される。この観点が考慮されるべき理由は、危険防止の観点から導出される処罰範囲を制限する必要性にあり、過剰処罰回避に資する具体的な考慮要素の法的重要性は、主に我が国の判例の判示内容から参照されている。それゆえ、信頼の原則にかかわる関係者らの社会的な諸事情事情を注意義務の内容確定の際に考慮することに、理論的な根拠を挙示することができない。したがって、社会的通常性に着目して信頼の原則を基礎付けようとするならば、法益保護の観点を刑法の任務とすることを回避することが求められる。

分業の原則、および注意義務の内容確定プロセスの理論が主張する、分業や役割分担に社会的通常性を見出すのみならず、それらを基に注意義務の内容を具体化するという手法は、注目すべきものがある。しかしながら、そのように社会的な諸事情を過失判断に取り込むための理論的な前提が十分に整えられていないように思われる。

第9節 小括

以上、社会的な観点から信頼の原則および他者に対する原則的な信頼の許容を基礎付けようとする複数の立場を検討した。各立場が着目する社会的な観点は様々であり、ゆえに信頼の原則等の基礎付けに関する評価も異なる。信頼の原則の基礎付け自体に成功しているとはいえないものや、同原則を基礎付けが展開されているが(例えば道路交通における)他者に対する信頼の原則的な許容を根拠付けることができないものもある。

このような学説状況の中で、そのような信頼の許容の基礎付けとして有用であるのは、社会相当性の見地である。ただ、信頼の(社会的)相当性を論じることは、有用ではない。注目すべきは、社会生活においては活動の危険防止の負担は複数人に分配されているという(経験的な)事実を刑法上の重要性を付与し、それを過失判断に取り込む手法である。そのような社会の実態に鑑みれば、道路交通や共同作業において、他者に適切な行動を信頼することは通常(規範的に)許されるべきであるという説明しやすいからである。

ただ、社会においてなされている危険の分配自体が、信頼の許容判断を指導するわけではない。重要なのは、危険の分配の思考を前提として行為者と他者の分業関係や役割分担の内容を観察して、他者に通常向けることが許される信頼の存否と範囲を論じることである。このような方向性を示しているのが、分業の原則を基に把握する立場、および注意義務の内容

確定プロセスの理論である。前者は他者への信頼を原則的に許容する分業の成立条件について論じ、後者はより一般的な規範的枠組みの下、役割分担の有無に加えて個々人の地位・職責・権限等を注意義務の内容に取り扱うことにより、その内容の過大化を防止する必要性を説く。

社会相当性を端緒とした他者への信頼の許容を基礎付けうる諸原理の正当化が問題となる。このような行為自由の保障をもたらす判断枠組は、現在ほとんどの諸学説が前提とする刑法(規範)の目的としての法益保護思想とは両立しない。すでに述べたように、刑法規範が法益侵害の回避に資する行動選択を名宛人に求めているのならば、注意義務の内容は、他者への不信頼を前提として構成されるべきである。その方が、効果的な法益の保護をより期待しうるからである。他者への信頼の基礎付けに資する社会的相当性や危険の分配の背景にあるのは、行為自由の保障であるから、これを強調すれば、刑法の目的としての法益保護を阻害するからである。他方、社会相当性を基礎として他者への信頼を許容するとしても、刑法の目的を社会倫理の維持といった価値秩序の保護に求めると、先程とは別の問題が生じる。そのため、社会生活上の実態を基づく他者への信頼の許容の根拠付けの正当化のためには、新たな基礎理論を用意しなければならない。

第5章 他者への信頼の許容を内在する基礎理論

ここまでの各章における検討から以下のことが明らかとなる。まず、信頼の原則によって他者が不適切な行動を取ることを逐一確認するような注意義務の内容を一般化しないためには、他者に対する信頼を規範的に許容する枠組みが必要になる。更に、自己答責性のように信頼を専ら純規範的に捉えることを回避するならば、危険の分配説のように社会的通常性のような観点が必要である。もっともそのような社会的通常性の観点の過失判断への取り込みは、法益保護や社会倫理の維持以外の規範理解を背景としなければならない。以上の方向性で他者に対する信頼許容の根拠を検討していくならば、刑法の目的を法益保護ではなく、予期の安定化に求める学派に目を向けることに意義がある。

第1節 社会生活の可能化を目的とする規範

社会学者の Luhmann のシステム論に倣って、Jakobs は刑法の目的を予期の安定化と解する。現在の、高度に匿名の接触（ないし匿名の相互行為）が大量になされる（複雑で）「多元的な社会」においては、他者の個人的な諸事情を厳密に予測しえないという認識を基礎とする¹。このような社会においては、人々の社会的接触（相互的なコミュニケーション）が成立するには、他者の行動予測のために指針を提供する「規範的予期」つまり「抗事実に安定化された行為予期」²としての規範が必要になる³。規範は、規範の名宛人の動機付けに作用することによって、名宛人らの相互的な行為を規範遵守的なものへ方向付けるものである⁴。そうすると規範の目的は、人の行動の制御自体ではなく、これを通じて予期の保障がなければ存立しない社会生活（コミュニケーション）を可能にすることであり、刑法の目

¹ Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken: Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, ZStW 107 (1995), 843 ff., 859 f.; ders., Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, Abschn. 1, Rn. 4 ff.

² Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 1987, S. 43. 予期の違背は、違背者（予期からの逸脱行動をした者）が誤っていたとして処理されることになり、そして規範的予期の安定化によって、人々の行動選択は制限されつつも、その選択の余地が保証される（ders., S. 40 ff.）。規範的予期は、その違背にもかかわらず固持される予期である。規範的予期は、「開かれた、まだ決定されていない未来を、したがって他者の自由な行為を、視野に入れることができる。なぜなら、そこでは、予期されざる行為を逸脱として位置づける可能性が与えられており、この可能性が現在において確実性を提供するからである」（ders., S. 129）。ただし、規範的予期にも認知要素が含まれているので、規範的予期は、規範的要素が支配的な予期であるという（ders., S. 50 f.）。

³ Luhmann (Fn. 2) S. 29 ff.によると、予期概念は、社会システムにおいて複雑性が増大するのに伴って単純化と負担軽減のために必要となる。その対策として、社会システムは、人の従う客観的で有効な予期を示すことで「予期の予期」を規制し、その確実性を産出する。これによって自己の行動の確実性と他者の行動の計算可能性が生じる。「予期の予期」の確実性は、あらゆる相互行為の不可欠の基礎である。

⁴ 松生光正「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌 第50巻第1号 55頁。

的は予期の安定化である⁵

社会的接触を可能するためには、次の二つの規範的な予期が必要になるとする。まず規範の名宛人は自らの自由領域の展開（組織化）によって他者に与えるような影響を発生さないようにする、つまり他者を害さないという消極的な内容の行為予期である。当該予期によって規範の名宛人は自己の行為自由を獲得すると同時に、他者を不当に害さない組織化についての義務（組織化管轄）およびその結果に対する答責を負う。次に規範的な一定の諸制度が秩序に従った機能を果たすという予期が必要であるとする。この予期は、特に諸制度が個々人の組織化領域に調整されるという、積極的内容を持つ（制度的管轄）⁶。

規範の目的が社会生活の可能化であることは次の二つのことを含意している。規範が妥当しているというためには、それが名宛人らの現実の（社会的な）コミュニケーションを指導しうる程度に「現実的」なものでなければならない。そしてこの規範妥当の現実性に対応する形で、規範の名宛人は規範に応答しうる人物でなければならない。それゆえ名宛人は、少なくとも責任能力（帰属能力）を有する（法的）人格（Person）でなければならない⁷。

第2節 他者への信頼許容の根拠付けとの関連

上記のモデルの有する特徴は、他者の信頼許容の基礎付けにとって意義がある。まず法益保護要請を刑法（規範）の目的と解することは否定される。法益の保護は、規範の名宛人が行為予期に適った行動をした結果として（偶然的な事情がない限り）達成されるが、法益保護自体が規範の名宛人に要請されるわけではない。このことから信頼許容を判断する際に不信の原則を基礎とせざるをえないという事態が回避されうる。

次に規範の名宛人は答責的な主体（人格）でなければならないから、自己答責性説に類似の見地から、他者への信頼を規範的なレベルで根拠付けることが可能となる。規範の名宛人には、行為予期に適った行動をするであろうと期待することができる。もともと規範の目的が社会生活の可能化であり、これは規範の名宛人らの相互的なコミュニケーションの指導ないし方向付けによって行われる。それゆえ規範行為者らに向けられた行為予期（これに基づき生じる義務）の内容を明らかにするためには、行為者と他者の相関関係およびこの関係を構成する社会的な諸事情が考慮されなければならない⁸。刑法上の帰属判断は社会の規範的原理の理論的な再構成であり、これは「社会の法的体制を刑法的に見る」ことを意味する

⁵ *Jakobs, AT, Abschn. 7, Rn. 35. Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 80 ff.*も参照

⁶ 以上については *Jakobs, AT, Abschn. 1, Rn. 7.* なお、近時 *Jakobs* はこのような管轄を、「消極的義務」および「積極的義務」と定式化している（*ders., System der strafrechtlichen Zurechnung 2012, S. 28, 83-84* を参照）。

⁷ 反面、人格性が認められない人物は、規範に方向付けを理解しえないのみならず、規範に応答することができない。それゆえ人格性の欠ける責任無能力や刑事未成年は、刑法上の帰属の対象にはならない。以上については、*Jakobs, AT, Abschn. 17, Rn. 1, Abschn. 18 1.* 更に *Pawlik, FS Otto, S. 147* も参照。

⁸ 松生 刑法雑誌 第50巻 第1号 56頁。

9. 他者の信頼許容を規範的なレベルだけではなく、社会生活という事實的・經驗的なレベルでも基礎付ける必要がある。このことから自己答責性説における信頼許容判断に含まれている諸問題を回避する余地が認められる。加えてその刑法モデル **Welzel** の社会相当性に存在している考察方法をより発展させているといえる¹⁰。

ただ規範的な行為予期としての規範理解の下で、過失犯における信頼の原則をどのように解するのか、その適用が問われる事例群において他者への信頼をどのように根拠付けるのか、そして信頼許容の判断構造が決定されるわけではない。以下では、先の様な規範理解を採用する二つのアプローチを取り上げて検討する。

第3項 **Jakobs** の見解

上記の刑法モデルを提唱した **Jakobs** によると、信頼の原則は、他者が誤りを犯す経験にもかかわらずその適切な態度を許容するものであり、その法的性質は許された危険と遡及禁止にかかわっているという。そして彼の信頼の原則の議論には、規範の名宛人を人格としてだけではなく、社会的な役割の担い手として理解することが重要になる。

第1款 役割概念の意義

Jakobs によると、「人格はある集団内部においてはある役割を有し、それゆえに規範的合意を通じて獲得された形態を有している。その形態の中に義務も権利もまとめられており、この意味においてある地位が基礎付けられる」という。つまり人格概念には、すでに一定の役割を伴っているという。そして、行為解釈(その意味解釈)について次のように主張する。まず「人の主観性は……他者が決して直接に入手することはできず、常に表明を介して、つまり、その表明に存在する者がまさにそのコンテクストの中で解釈されなければならないという客観化を介してのみ伝達される。」現在の「大量で匿名の接触、またはほぼ匿名の接触、およびこれによって個人の生活形成を可能にする多元的な社会」¹¹におけるコミュニケーションでは、「他者の個人的な能力の予期は不可能であり、そのためにステレオタイプの状況に関しては標準が形成されなければならない」¹²。

規範がコミュニケーションを指導するのであれば、それは規範の名宛人の行動を調整する規範的な行為の標準(ひな形)を提示することになる。そして、標準化は主として役割の形成によって行われるとする¹³。それゆえ規範の名宛人は、「自己の恣意的な選好を有する個人」¹⁴ではなく、「調整された任務領域」¹⁵を割り当てられた者、つまり一定の社会的な役

⁹ *Müsig*, FS **Jakobs**, S. 408 f.

¹⁰ *Bsutista Pizarro*, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht, 2017, S. 113.

¹¹ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 ff., 860.

¹² *Jakobs*, Norm Person, Gesellschaft, 3. Aufl., 2011, S. 96.

¹³ *Jakobs*, (Fn. 12) S. 96.

¹⁴ *Jakobs*, (Fn. 12) S. 95.

¹⁵ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 ff., 859. 加えて *Jakobs*, (Fn. 12) S. 57 も参照。

割の担い手とみなされなければならないという。例えば医師のような職業や、自動車運転手といった役割を担う者、または自ら特定の役割を有することを示す形で振舞う者は、その役割に期待される行動や給付を行われなければならないが、自己の役割に期待されない行動を実施する必要はない¹⁶。規範の名宛人に期待される行動の内容・範囲は、自らの役割に限定され、その結果として各人の負担が軽減される。したがって役割は、「相互の予期と、そのときどきの反応可能性とをたばねる」¹⁷のものであるとする。

役割は、講学上の用語では保障人（的地位）に相応する概念であるとする¹⁸。保障人的地位は *Jakobs* の刑法モデルにおいて、結果不作為犯のみならず結果作為犯にも共通する責任の要件である¹⁹。保障人的地位は、作為犯においては行為者の自己行為による損害の因果的惹起により認められるが、現在の行為がなくとも他者への指示等を通じて行為者の自由領域の影響が認められる限り、行為者に損害防止に関する保障人的地位が肯定されうとする。そして不作為犯においては、事物の支配や危険な事業の操業および（契約等に基づく）引き受け等をもって、保障人的地位が認められるとする。つまり構成要件実現の発生に対する行為者の責任が論じるためには、その不発生に対する保障人的地位が認められなければならない。この地位が行為者に認められない場合、構成要件実現は行為者とは無関係の出来事として処理されることになる²⁰。

規範の名宛人が一定の社会的な役割をする人物として想定されるべきであり、役割が保障人的地位を意味しているならば、（結果犯の）答責性を根拠付けるためには、行為者が個別の状況においていかなる役割を有しており、その役割に対していかなる義務が認められるのかを検討することが求められることになるであろう。それゆえ *Jakobs* の刑法モデルにおいて役割は、その担い手の（注意）義務を根拠付けのみならず、その義務内容を具体化にも作用する機能が認められているといえる。

規範の名宛人（人格）を役割の担い手と解するならば、役割の担い手らの間には、各人には役割に期待される行動（適切な行動）が相互的に予期しうる。*Jakobs* によると、「他人から傷つけられないことを要求することができるのは、彼ら自身もまた他人を傷つけてはならないという人として市民の役割」が主題化されるからであり、ここでは「相互の消極的な一定の役割」が問題になるという²¹。したがって役割概念は「関心を方向を規定し、注意の

¹⁶ *Jakobs*, (Fn. 12) S. 95 ff.

¹⁷ ギュンター・ヤコブス（花井哲也訳）「客観的帰属——特に『許された危険』、『遡及禁止』、『信頼の原則』という刑法的な制度の領域について」朝日法学論集第10号（1993年）6頁。

¹⁸ *Jakobs*, AT Abschn. 7 Rn. 47.

¹⁹ *Jakobs*, AT, Abschn. 7 Rn. 58.

²⁰ ヤコブス（花井訳）朝日法学論集第10号6頁は、規範の名宛人を役割の担い手と解することによって「人はすべてあらゆる事柄に関係しているのではなく、自己の保障人としての地位の違反の結果であるものに保障人として関係している」とする。そして「だれが何のための保障人であるかの」確定が、客観的帰属論であるとされる。

²¹ ヤコブス（花井訳）朝日法学第1号6頁-7頁。

分配も……規定」²²するものとして構想されている。

第2款 許された危険の理解

規範の目的が社会的接触の可能化と維持にあるならば、幾らかの行為予期の可能性は代償として受け入れられなければならない (Rn. 35)。それゆえ専ら利益衡量によって許容される危険行為はほとんど存在せず、圧倒的多数の危険行為は、一定の会的接触の可能性を維持するためには当該行為の受容が必要であるか (慣行として) 通常であるために、すでにその外部的形態のみに基づいて予期に違背しないゆえに許容される (Rn. 36 f., 42, 47)²³。すなわち社会的相当性理論と同様に行為の社会的通常性の見地から、その危険が許容されるべきであるとする。

(危険) 行為が許されるのか否かは、個別の社会的文脈に応じて相対的に決定されるという。その判断の際には、危険により脅かされる財のみならず、「生活領域」や行為者の役割を含めた「行為状況」を基礎としなければならないとする²⁴。というのも、行為状況において行為者の担っていた役割 (保障人) の内容に応じて、その者が問題のなる危険を制御するために投入すべき知識・能力が決定されるからである²⁵。

第3款 信頼の原則の理解

信頼の原則は、「他人が誤りを犯すという経験にも関わらず、その正当な態度を期待すること」を許容するものであり、同原則は「許された危険のみの下位事例ではなく、遡及禁止のそれでもある」という。共通の活動や匿名の接触において、人が誤る可能性があるにもかかわらずその者の適切な行動を期待することが許されるべき場合があるならば (その限りで誤りは許された危険)、落ち度を犯した者がこれについて単独で答責を負うことになる (その限りで他者への遡及の禁止) からである²⁶。

信頼の原則の適用が論じられる事例群においては、他者の「落ち度ある態度の予見可能性にもかかわらず信頼する者の潜在的な負責の免除 (信頼による責任の免除)」をすべきか、それとも「他の人格のみが犯罪的に形成した状況における信頼する者の潜在的な負責 (他者の瑕疵の可能的な帰属)」をすべきかが問題になると指摘する。というのも、損害経過に関する答責性はその惹起者にのみならず、加害の経過に「損害がないこと」を保障すべき者にも根拠付けられうるからであるという。よって、「信頼の原則は、因果経過それ自体が信頼

²² 渡辺保夫「刑事上の過失について」刑法雑誌 20 卷 3・4 号 (1975 年) 343 頁。

²³ *Jakobs, AT, Abschn. 7 Rn. 35-37*. これは「歴史的是認による許された危険」と呼ばれている (Rn. 36)。

²⁴ *Jakobs, AT, Abschn. 7, Rn. 45, 47 ff.*

²⁵ *Jakobs, AT, Abschn. 7, Rn. 49*. 行為者が役割に基づいて危険の制御・防止のために自己のどのような知識・能力を投入すべきかという問題は、行為者が特別知識や特別能力を有していた場合に先鋭化すると指摘する。

²⁶ *Jakobs, AT Abschn. 7 Rn. 51*. 信頼の原則適用の法的効果を同様に解するものとして、花井哲也『過失犯の基本構造』信山社 1992 年 232 頁。

する者の答責となりうる場合にのみ、必要となる」²⁷。

行為者が他者の適切な行動を信頼してよかったのと判断する必要があるのは、行為者が他者の犯した落ち度を通じて損害が発生しないことについて、潜在的・二次的な形で保障人的地位を有する場合であるという²⁸。ここでも自己答責性説と同じく、信頼の原則の適用が問題となる人物の注意義務には一次的なもの（他者の落ち度の補正を含む）二次的なものが含まれている、という理解がある。

(1) 共同作業における信頼の原則

共同作業の関与者らは、たしかに自らがその活動を「標準に即して形成」²⁹することを保証しなければならない。しかし、その際に他者への信頼が許されないのであれば、「全ての者が制御可能な全てのことを制御しなければならない」³⁰。そうすると、「効果的な分業が不可能になってしま」い、「少なくとも他者の活動に対する制御的な配慮は、自己の活動に対する完全な配慮を排除することになってしまう」³⁰。

この意味において関与者らへの注意要請が「過大な要求」とならないためには、答責が関与者らに分配されなければならない。そこで **Jakobs** は、関与者らが「分業的に他の（そしてこれが決定的なのであるが）権限を有する人格を利用し、その給付を信頼してよい」と解する余地が認められなければならないとする³¹。このことが信頼の原則の実質とされる。彼にとって、信頼の原則は、「答（当）責の配分による分業を可能にするもの」である³²。

信頼の原則は、関与者らの間で他者への信頼を許容する形で各人に答責を分配し、各人の保障人的地位を（通常）制限することをもって、活動の関与者らの行為自由を社会的相当な程度に保障するものといえよう。他者への信頼の許容の根拠は、共同作業や道路交通の関与者らが各人の保障人的地位から生じる（注意）義務が過大なものになることを回避する点にあるといえる。この意味において、彼の見解には、「社会的危険の適正な分配」や分業の原則類似の発想が存すると思われる。

もちろん、共同作業の他の関与者への信頼が許されるとしても、その活動の「標準に則した結果それ自体が保障されなければならないため、信頼する者……が、関与した他の役割の担い手（**Funktionsträger**）の一人について、何かうまくいかなくなる可能性に気付いた時には、介入しなければならない」³³とする。すなわち、第一に、上記の答責分配により許容されるのは、他の関与者が通常適切な行動をするであろうという一般的な信頼であるすぎない。一旦は許容された信頼を覆す事情が行為者に明らかになった場合にはもはや信頼は

²⁷ *Jakobs*, AT Abschn. 7 Rn. 52.

²⁸ ヤコブス（花井訳）朝日法学論集第10号 22-23頁。

²⁹ *Jakobs*, System, S. 31.

³⁰ *Jakobs*, AT Abschn. 7 Rn. 53.

³¹ *Jakobs*, (Fn. 6) S. 31.

³² ヤコブス（花井訳）朝日法学論集第10号 21頁。更に *Jakobs*, AT, 7 Abschn. Rn. 53; *ders.*, System, S. 31 も参照。

³³ *Jakobs*, (Fn. 6) S. 32.

許されないとする。そして、分業の関与者らは活動の結果に（恐らく）危険がないことについても（潜在的に）保障人的地位にあるということが示唆されているように思われる。

(2) 道路交通における信頼の原則

Jakobs は、「ある（または全）関与者の任務が、他人の落ち度ある態度を補正することであるならば、許された態度は問題にならない」とし、このことは道路交通に当てはまるとする。交通関与者らは、他者を保護するために規則遵守的な行動を自ら取らなければならないが、交通関与者は「わずかなミスをおかすもの」であるから、他者による自己の保護が「常に 100% うまく行くと信頼することは許されない」³⁴とする。この意味において、道路交通においては、一定の損害経過の不発生が、関与者らへの義務付けによって「幾重にも規範的に保証」されているという³⁵。

ただし、道路交通にも答責分配（信頼の原則）が妥当するという。道路交通には、「個々の因果経過が相互的に影響を及ぼしうる」が、「関与者各人が全ての影響可能性を制御しなければならないという分業ではなく、専ら特定の、全ての影響可能性をなお分配されていない注意をもって制御しなければならないという分業が必要となる」³⁶という。

彼によると、道路交通において、「極端に犯罪的な、役割を逸脱的な態度の不発生」は、信頼することが許されるのであり、このことは、行為者が「違法に」振舞う場合にも妥当するという。当該態度による損害の回避は、自由領域の保有者自身によってのみ効果的になされうるからであるとする³⁷。

対して、交通関与者の落ち度が「日常生活において頻繁に行われているのみならず、加えて社会的相当な態度からは極端に区別されない」ものであるならば、その落ち度による由来する損害経過の不発生は、交通関与者らによって「多重的に規範的な保障」がなされなければならないとし、その種の落ち度を犯した者がそれを単独で補正すべき場合（単一の保証）は、非常にわずかであるという。そのような落ち度ある態度をとる者は、「自己の役割にとどまっており、この者がその役割を離れない限り、他者はその者を「受け入れなければならない

³⁴ ヤコブス（花井訳）朝日法学論集第 10 号 22 頁。Jakobs, AT, Abschn. 7, 55 c aa) は、例えば「自転車運転手を追い抜く自動車運転手は、たしかに自転車運転手が突然左に曲がることを見込む必要はないが（信頼の原則）、その軌道（Spur）が数センチメートル左にふらつくことを排除してはならない。このことに対応して、自転車運転手は、追い越しをする自動車運転手がわずか数センチメートルのみの安全車間距離しか空けないことを見込む必要はないが（信頼の原則）、自転車運転手は、然るべき安全車間距離をぎりぎり数センチメートルになるまで損害なく利用可能であるということを前提としてはならない」という。

³⁵ Jakobs, AT, Abschn. 7 Rn. 55 c aa).

³⁶ Jakobs, AT, Abschn. 7 Rn. 53.

³⁷ Jakobs, AT, Abschn. 7 Rn. 55 c bb). 例えば、強要目的で見通しの良い道路の真ん中で横になる者は、そこに近づいて来る運転手がその者を認識してブレーキをかけること、そしてそのブレーキがきちんと手入れされていることを期待してよい。しかし急カーブの背後で横になっている者は、非常制動が上手くいくことを信頼してはならない。

ない」とする³⁸。交通関与者らの注意義務には、他の関与者の典型的な落ち度の補正が含まれているとする。

したがって道路交通には、「極端に犯罪的な、役割を飛び越えた態度の不発生に調整された信頼の原則」³⁹が妥当すると解されているように思われる。しかしこのような信頼も無限定に保護されるわけではなく、「役割を飛び越えた態度」をとる者にとってその態度が「加害結果をもたらしかねないという意味での支配が手に負えなくなった」ことが信頼する者に明らかとなった場合、その信頼の許容は終了するという。この場合、信頼する者は、当該態度により生じた「緊急状態」を引受けなければならず、その根拠は再び「複数人による多重的保障」に求められている⁴⁰。

道路交通における「多重的保障」という想定は、そこでの信頼の原則の構造を決定する機能を有している。まず「多重的保障」は、交通関与者らに相互的な配慮を根拠付けている。これによって、共同作業においては二次的な注意義務とされる他者への配慮が、交通関与者の一次的な注意義務にいわば格上げされている。更に、その想定は、他者が犯した役割に非典型的な落ち度の補正を信頼する者の二次的な注意義務に位置付ける根拠でもあるとされている。

第4款 検討

Jakobs の見解の特徴は、他者の役割を基準としてその落ち度を区別し、他者の役割に典型的な落ち度にどの程度の配慮すべきであるのかを、妥当する分業体制に応じて決定する点にある。共同作業と道路交通に適用される信頼の原則には二つの種類があり、その種類に応じて、他者に向けることが通常許される信頼の内容も異なるとされる。共同作業においては、他者に適切な行動の実施を通常信頼してよい。そして道路交通では、他者が役割に非典

³⁸ *Jakobs, AT, Abschn. 7 Rn. 55 c aa*. 例えば、「自転車運転手を追い抜く自動車運転手は、たしかに当の自転車運転手が突然左に曲がることを見込む必要はない」が、「その軌道が数センチメートルふらつくこと」を見込まなければならないという。他方、その「自転車運転手は、追い越しをする自動車運転手がわずかに数センチメートルのみの安全車間距離しか空けないことを見込む必要はないが、自転車運転手は、然るべき安全車間距離をぎりぎり数センチメートルになるまで損害なく利用可能であるということ」を前提にしてはならないとする。同様のことが、「後続損害」のケースにも妥当するという (*Rn. 55 cc*)。

³⁹ *Jakobs, AT, Abschn. 7 Rn. 55a*. このような他者への信頼の制限を伴う答責分配が、刑法の目的としての「予期の安定性を損なうこと」はないと指摘する。その理由として次の二点が挙げられている。第一に、その答責分配がなければ、交通関与者らの注意要請が過大なものになってしまうために「結論が最終的にはより悪いものになってしまう」こと、第二に、「落ち度はまさしく管轄を有する者の落ち度として処理されうる」ことである (*Rn. 53*)。

⁴⁰ *Jakobs, AT, Abschn. 7 Rn. 55a*. 例えば、待機義務者が優先通行道路へ向こう見ずに接近する場合、優先通行道路を走行する者は、優先通行の遵守を信頼してよい。しかしながら接近してくる者が未だ緊急制動をなしうるのであれば、許された信頼は終了するとされている。

型的な落ち度をしないであろうと信頼することが通常許される。このような信頼の原則の理解は、道路交通の危険の管理は多重的に規範的な形で保証されなければならないという理解に由来しているように思われる。

しかし **Jakobs** の見解においては、共同作業において他の関与者の落ち度の補正が、なぜ信頼する者の「二次的な」注意義務になるのかが明らかではない。たしかに保障人的地位は、因果経過に由来する損害の不発生を含みうる。そして、他者の非典型的な落ち度を犯した場合、その補正を信頼する者の一次的な注意義務として認めるべきでないことは、社会的相当性の見地から説明しうる。しかしこれらのことは、他の関与者が犯した役割に典型的な落ち度の補正が、信頼する者の二次的な注意義務に位置付けられることを意味しない。共同作業に由来する危険を防止すべきであるならば、関与者らに各人の役割に典型的な落ち度の補正を相互的に義務付けられると解する方が望ましいであろう。この場合、効率的な分業が実現されないとは直ちにいけない。

もっとも、信頼する者が他の関与者の落ち度の補正を二次的な注意義務として負うことは、共同作業における危険防止も多重的になされるべきであるということの意味しているとも考えられる。関与者らは自らが落ち度ある態度をしないことを一次的な注意義務として負い、その際に他の関与者の落ち度の可能性を見込む必要はないが、信頼される関与者の落ち度が明らかになった場合にのみ介入するという形で、その落ち度の危険が（信頼する者によっても）多層的に管理されている、ともいえる。このような形で危険管理の多重的な規範的保証が共同作業に妥当するのであれば、信頼される者の落ち度の補正は、信頼する者にとっては二次的な注意義務である、と説明可能であろう。

そうすると、危険防止の「多重的」保証は、信頼の原則の適用可能性がある事例群一般に妥当するが、その保証内容は、問題となる活動が共同作業か道路交通かで異なるということになる。しかしこのように危険管理の多重的保証の射程を捉えるならば、**Jakobs** の見解における信頼の原則の根拠づけが不十分なものであるという疑念が生じる。多重的保証が共同作業にも認められるべきであるならば、それは、道路交通において他の交通関与者に向けて信頼が、共同作業のそれよりも弱まることの根拠にはならない。それゆえ、共同作業と道路交通において他者に通常向けることが許される信頼の内容がなぜ異なるのか、特に他者の（役割）典型的な落ち度の補正義務の位置づけがなぜ両領域において異なるのかが問題となる。しかしこの点に関して、**Jakobs** はそれぞれの領域における答責分配の内容を述べているにすぎず、両領域における答責分配の正当化はなされていない。

以上のようにみれば、**Jakobs** の見解では、他者が通常「適切な行動」をするであろうとの信頼は抽象的には根拠付けられている。一定の活動の関与者の注意義務の内容が過大なものになることを回避すべきであるという考えからは、他者が役割に非典型的な落ち度を犯さないであろうという信頼が通常許されるべきであろう。しかし、共同作業と道路交通において通常許される他者への信頼の内容が異なるという主張は、十分に根拠付けられていない。彼の想定する共同作業と道路交通における答責分配を導出するためには、それぞれに

おける分業の更なる分析と検討が必要になるであろう。

対して、日独の判例および学説においては、共同作業者の間に信頼の原則の適用が否定される場合があることが認められている。つまり、共同作業を実施したことから、他の関与者に適切な行動を信頼することが許されるわけではなく、関与者らの間に他者への信頼の許容を根拠付ける分業または（明確な）役割分担がなされていたかが問題とされる。

このような議論につき、**Jakobs** は、「信頼の原則が認められないならば、複数の関与者らは相互に責任を負う」と述べており、他者への信頼がおよそ許されない場合があるとする。では、いかなる場合に他者に一定の行動を信頼することが許されるのかが問われる。ただ、**Jakobs** は、「状況に応じて義務がその関与者らにどのように分配されるか、または一面的な義務としてどのように委ねられるのかに関する個別の事柄は、例えば道路交通法のような個々の規制領域の解釈に属する」⁴¹と述べるにとどまる。

以上の検討からすると、**Jakobs** の見解は、他者に通常向けることが許される信頼の内容を領域ごとに精緻化している。そうすると、領域に応じて、他者への信頼の許容の根拠付けも精緻化される必要がある。しかしこれが適切になされていないといえる。

第2項 **Bautista Pizarro** の見解

Bautista Pizarro によると、信頼は客観的には違背されるリスクをはらんでいるが、主観的、精神的には負担を軽減するものという **Amelung** の見解⁴²、および、信頼の原則を「法の負担軽減法則」と解する **Lampe** の見解⁴³を参照し、信頼は、少なくとも若干の実情の不認識にもかかわらず行為することであり、あらゆる社会的関係の基盤であると解する⁴⁴。信頼がなければ自己表現および他者とコミュニケーションを構築する可能性は全く発生しないからである。信頼は社会的な（法的形態を含めた）相互行為を可能にするものであり、人の自由な展開のために必要不可欠のものであるとする⁴⁵。

信頼の法的保護が規範によってなされるものであるならば、規範違反がなされたとしても、規範の妥当が引き続き維持されることが必要になると主張する。このように規範のメカニズムを構想するためには、規範を命令や強制ではなく予期構造と解した場合、つまり規範が人々の間のコミュニケーションを方向付け（または指導し）、規範が人々の行動に対して拘束力を有さなければならないという⁴⁶。したがって予期としての規範理解およびその目的を社会生活の可能化（行為自由の保障）に求めることは、他者への信頼の保護を論じるため

⁴¹ 以上について、*Jakobs*, AT, Abschn. 7, 55 c d).

⁴² *Amelung*, Opfer und Normvertrauen, FS Eser, 1999, S. 8.

⁴³ *Lampe*, Rechtsanthropologie: Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht. Erster Band, 1970, S. 313.

⁴⁴ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 238-239. 類似の指摘として、*Renzikowski*, Strafrechtliche Haftung bei arbeitsteilung am Bau-zum Urteil des BGH vom 13. 11. 2008-4 StR 252/08, StV 2009, 433 f.

⁴⁵ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 220, 245 ff.

⁴⁶ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 19 f, 207, 254-258 (insb. 256 f.) und passim.

に必要な理論的前提であるとする。

第1款 規範的な行為予期の保障とその現実性

規範目的が行為自由の保障であるならば、あらゆる行動に関する予期が規範的に保証されるべきではない。そのように予期の規範的な保証がなされるならば、規範が名宛人の行動を直接操縦することになり、自由な行為裁量は認められないことになるからである⁴⁷。よって規範的な行為予期による方向付けは、現実の社会生活にとって最低限のものでなければならないという⁴⁸。どのような予期が、最低限度の規範的な方向付けと解されるべきであるかは、「社会における学習過程」に目を向ける必要があるとして、利益衡量説的な思考を用いて具体化しようとする⁴⁹。規範的予期が違背された場合、違背の責任は違背者特有の事柄として説明され、抗事実に維持されるということになる。これに対して、最低限の行為の方向付け以外の「認知的」予期は、現実的に適合する利益が優越するものということになる

規範的予期が規範の名宛人に対して拘束力を有するためには、規範の名宛人にとって予期が事実的にも妥当している状況がなければならないとする。規範的な行為予期は、違背されるリスクを常に含んでいるのであるからである。それゆえ名宛人にとって、他者への信頼が保護されるためには、(信頼を含む) 行為予期が他者との相互的な行為という事実の中で裏付けられていなければならないと主張する⁵⁰。

個別の状況において規範的な(最低限の) 行為予期が安定しているのかを否かを判断するためには、その予期の内容に関連する社会生活上の答責分配に関するルールや、(Schumann に倣って)⁵¹規範の名宛人がその時々担っている役割を考慮する必要性が生じるとする⁵²。

第2款 信頼の原則の理解

Bautista Pizarro は、自己答責性説(特に Stratenwerth のコンセプト)に倣って、規範の名宛人を答責的な者(人格)と承認することを、信頼の原則および他者への信頼許容を基礎付けるための出発点に据える⁵³。人格として承認された規範の名宛人らの間には、自己の自由の適切な管理について自らを答責的とする(何人も害しない)ことが予期されうるから、(特に)他者を害さないことについての信頼関係が形成されるとする⁵⁴。各人は自己の自由領域の展開への配慮について一次的な注意義務を負い、これは信頼する者にとって二次的

⁴⁷ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 266-267.

⁴⁸ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 266-267.

⁴⁹ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 248-267.

⁵⁰ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) 252-255.

⁵¹ *Schumann*, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S. 24 ff (*Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 237, Fn. 896)。

⁵² *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) 235 f.

⁵³ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 220 f.

⁵⁴ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 255.

な義務となるという形で答責分配がなされる⁵⁵。もっとも規範の名宛人に自由を承認することの裏面として、名宛人が規範（予期）に反するリスクも常に想定されうる。このことを踏まえて信頼の原則が承認されるべきであるとするならば、同原則は行為者と落ち度ある態度をした他者との間での答責分配の調整原理であるという。

信頼の原則の適用可能性が問題となる事例群においては、行為者が他者の行動に由来する危険の防止（管理）についての保障人でなければならない⁵⁶。いかなる理由から行為者にそのような保障人的地位が認められるのかが問題となる。

Bautista Pizarro は、行為者が他者の落ち度の補正を二次的な注意義務として負うのは、両者が一定の活動を分業的に実施する場合であると主張する。その根拠は、分業に由来する危険の管理が多重的に保証されているという想定に求められている⁵⁷。彼女によると、分業は、これに内在する危険の管理に関する答責を他者と分割することを含んでいる。分業による答責分配は、一方の関与者の落ち度に対する答責を他方の者に根拠付ける。行為者が他者と分業を開始することによってすでに、行為者は他者の落ち度の補正に関する保障人的地位を有することになるという。*Bautista Pizarro* は、*Jakobs* の主張する危険管理の多重的な規範的保証という想定を分業活動一般に妥当するものと捉え、関与者らに他の関与者の落ち度の補正義務を基礎付けるために用いている。

もっとも規範の名宛人らの関係には、自己答責原理が妥当することを強調する。「答責を法における他の人格と分割する者は、原則として、他の人格の態度の帰結に対して答責を負う必要はない。したがって、答責は原則として自己の組織化領域に限定される」⁵⁸という。他者の落ち度ある態度に対する答責は、信頼する者の二次的にのみ根拠付けられうるとする。信頼する者にとって、信頼される者の落ち度が明らかになった場合、前者の答責領域は、その落ち度の補正にまで拡大するという。対して、信頼する者にとって信頼される者の落ち度が明らかでない、すなわち、信頼される者の行動に対する規範的な予期（他者が危険管理の心構えを有していること）が行為者にとって裏付けられていると判断できるのであれば、行為者に他者の落ち度の補正義務は発動することはない⁵⁹。信頼される者が規範違反行為をしたとしても、この者が規範適合的に振舞うであろうと、信頼する者が引き続き予期してよい場合がありうるという。

したがって、分業の関与者らの保障人的地位は、多層的な構造を有しているとされる。関与者らは各々に割り当てられた任務に関連する危険を管理する一次的な注意義務を負うのみならず、他者の落ち度を含めた答責分配に由来する危険の管理を二次的な注意義務とし

⁵⁵ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 233 ff. 信頼される者の自己答責性を信頼保護の前提として認めることは、自由な法秩序における刑法における責任原理からの帰結であるという (S. 229)。

⁵⁶ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 86.

⁵⁷ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 160

⁵⁸ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 233 f.

⁵⁹ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 160.

て負う。

第3款 「抽象的人格性」概念

Bautista Pizarro は、信頼の原則が適用されるためには、まず信頼が許される人物に備わっているべき要件を明らかにすべきであるとして、この要件を人格概念に見出す⁶⁰。他者が通常適切な行動をするであろうという信頼を許容する要件としての人格概念を、彼女は「抽象的人格性」⁶¹と呼ぶ。この概念は、「刑法上の責任原理の答責形式」から導き出されているという⁶²。彼女によると、信頼しうる他者は、「抽象的人格性」を備えた人物であるとされる。他者の抽象的人格性の存否は、他者が適切な行動をするであろうと信頼が許容されるための判断として位置付けられている。その人格概念は、「形式的要件」と「実質的要件」の二つで構成されている⁶³。

(1) 形式的要件

他者が信頼しうる人物であるというためには、その者が規範遵守に必要な能力を有している必要があり、その能力は、責任能力に関するドイツ刑法典 20 条を信頼の原則が問題となる事例群に「類推適用」することによって具体化されるという⁶⁴。

信頼できるパートナーは帰属能力のみならず、加害結果の洞察（知的）能力、更に危険防止に必要な知的・生理的な「能力」を有している人物であるとされる。このような能力を備えた者は規範遵守の「資質」を有する人物であるといえるから、その適切な行動を信頼することが規範的に許容されうるというのである。他者への信頼が許されるためには、この者が一定の理由から「自らの任務を果たす力がない」ことに関する具体的な根拠が認められないことが要求されるとする。この他者への信頼許容に必要な能力は、「いかなる行為の文脈においても、個々の権能を行使するための」要件であり、抽象的人格性の「形式的要件」と呼ばれている⁶⁵。個々の場合におけるこの要件の内容は、問題となる活動領域や他者の社会的役割に応じて分化されるという⁶⁶。

⁶⁰ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 221.

⁶¹ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 221 ff., 224.

⁶² *Bautista Pizarro* (Fn. 10) S. 225.

⁶³ このような人格性の理解は、*Jakobs, Schuldprinzip*, 1993（本書の邦訳として、松宮孝明訳「責任原理」同編『ギュンター・ヤコブス著作集第1巻』所収 成文堂 2014年 33頁以下）が背景にある。彼によると、「形式的責任は、管轄を持つ者がそもそも抽象的には人格として、つまり権利の保持者かつ義務の名宛人として描かれることができるということを前提と」し、「実質的責任は、その具体的な秩序に対してなんら説得力のある代替秩序が存在しない限りで、つまり規範服従者をこの秩序のメンバーとして自己定義する以外に方法がないという限りで存在する」とする（*ders.*, S. 34, 松宮訳 65頁）。

⁶⁴ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 226, 227.

⁶⁵ 以上については *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 224-229. 形式的要件は、「危険管理の際の他者の権限行使に関する形式要件」（*dies.*, S. 229）である。

⁶⁶ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 227-229によると、例えば、成人の交通関与者には当該の

形式的要件は、他者がそもそも信頼できるパートナーであるのかどうかの判断にかかわるものである。活動や分業を開始した時点やそれ以降に、信頼する者にとって信頼される者が当該要件を充足していないことが明らかになった場合、前者は後者が規範適合的行動をとらないであろうと予期しうるので、もはや後者の適切な行動を信頼することが許されないという判断が導き出される。よって、形式要件を備えていないことが明らかである人物と分業を開始した者は、その人物の行動に配慮することを二次的な注意義務として負うことになる⁶⁷。

そして *Bautista Pizarro* は、相互行為の性質上、他者がその役割等から要求されている形式的要件を備えているのかの確認等の措置の履行が行為者の一次的な注意義務の内容に含まれる場合があると主張する。このような場合として次の二つが挙げられている⁶⁸。

第一に、垂直的分業における監督者である。監督者は、被監督者に指示を与えるか仕事を委任することによって分業を開始させるため、その者との答責の分割に関する保障人である。被監督者に要求される抽象的人格性の形式的要件を備えさせるべき義務、または被監督者がそれを備えていることを確認すべき義務を、監督者は自己の一次的な注意義務として負うとする。監督者は、これらの義務履行により、被監督者が事実的にも規範適合的行動をするであろうと信頼することが許されるという。これらのことから、監督者が被監督者に委任することが許される任務は、後者の知識および経験により果たしうるものに限定される⁶⁹。被監督者の能力では適切に管理しえない危険を含んだ任務を委任することは監督者の過失を根拠付けることになる。

第二に、他者の抽象的人格性を事前に確認すべき場合として、銃器、爆発物または自動車といった危険物の管理者がこれを他者に譲渡する場合が挙げられている。管理者は、危険物の保管に関する保障人である。危険物の管理者が自らの答責を他者と分割する際、法律上定められたその管理の実施を一次的な注意義務を負い、これには他者の「資格」および規範遵守の心構えの有無の確認が含まれるとする。それゆえ、管理者がこのような確認義務を果たさず、危険物を取得した他者が第三者を侵害した場合、管理者には「第三者の犯罪行為の回避」に関する答責が問題となりうるという。

(2) 実質的要件

抽象的人格性には、形式要件のみならず「実質要件」も存在するという。この要件は、免

要件の充足が通常認められるが、幼児にはこれが否定される。医療スタッフの場合、各人の「専門教育と経験」によって当該要件の内容が決められるとする。形式的要件を備えない帰属無能力者は規範に異議を唱えることができないのみならず、この者に規範が作用を及ぼしえないとする (*dies*, 225 f)。

⁶⁷ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 258-260.

⁶⁸ 以下については、*Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 261 f.

⁶⁹ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 229. 反対に、委託された任務遂行には不十分な権能しか有さない者は、このことを監督者に報告すべき義務を負い、その者が当該任務を不十分な能力のまま実施するならば、引き受け過失が問題になるという (*ibd.*)。

責的緊急避難に着想を得ている。Bautista Pizarroによれば、ドイツ刑法典 35 条の免責的緊急避難は、抽象的人格性の形式要件を備えた者が『自然的実存』として振舞うことを法秩序が承認している、ということの意味している。このように答責的な人物に期待可能性がない場合、信頼の原則の議論にも認められるべきであるとする。形式要件を備えた人物にも、「危険を損害なく管理しうるための必要な実質的諸条件」が認められるのか、そして信頼される者の「実質的な欠損をどのように補償するのか」を検討しなければならないとする⁷⁰。

抽象的人格性の形式要件を備えた者が行う分業においては、関与者らには割り当てられた危険の管理を期待可能であるが、道路交通における危険管理は別様に取り扱われなければならないという。道路交通における答責分配（分業）は、道路交通規則 1 条からすると、「注意深い態度に関する一般的な義務と相互的配慮に関する一般的な義務」によって定義されるとする。道路交通の危険は関与者らによって「共同で管理」されるのであり、関与者らには「相互的な配慮義務が根拠付けられる」⁷¹という。よって道路交通においては、他者へ通常向けることの信頼が制限されるとする。信頼を制限する事情として、次の二点が挙げられている。

第一に、大規模事故や異常な天候によって道路交通の危険が通常よりも高まっている場合、たしかに自動車運転手に対しては道路交通の危険に反応することがなお期待しうる。しかし彼にその危険を「100 パーセント」損害のない形で管理することを予期しえないとする。他者への信頼は通常の場合よりも制限され、その制限の程度に応じて、行為者には他者の落ち度の補正が割り当てられることになるという。

第二に、他の交通関与者の落ち度である。その補正に関する答責は「複数の行動者に分配」⁷²されるといふ。「全ての交通関与者は、場合によっては発生する他者の落ち度ある態度に反応しなければならない」というのである。もっとも、役割逸脱的（非典型的）な落ち度を犯す者は、「最も基本的な安全措置をなおざりにして」おり、「重大な方法で、行為自由の注意深い管理について自身に要求された義務を否定している」といふ。そのような他者の落ち度の補正を信頼する者に義務付けることは、「一次的な答責分配の趣旨と矛盾する」から、その落ち度の補正は、他者の答責領域にのみ属するといふ⁷³。

それゆえ、交通関与者は、他の関与者の役割に典型的な落ち度を補正することを、自らの（一次的な）注意義務として負うといふ⁷⁴。信頼される者がそのような落ち度が犯すならば、「道路交通の通常の関係が効力を失っている」⁷⁵から、その者への信頼の保護は「通常の状態

⁷⁰ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 229-231.

⁷¹ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 166. 道路交通において、危険を損害なく管理するという規範が「理念としてのみ」残っているといふ (*dies.*, S. 262)。

⁷² *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 263.

⁷³ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 170-172. 役割逸脱的な態度は「規範的に基礎付けられた行為予期から完全に逸脱した態度」であるといふ (*dies.*, S. 170)。

⁷⁴ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 179-182, 262 f.

⁷⁵ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 263.

態のように具体化されえない」⁷⁶という。つまり **Bautista Pizarro** は、**Jakobs** と同様に道路交通における信頼の原則を理解し、交通関係者の落ち度の区別的な取扱いを提案している。もっとも彼女は、信頼する者に、他の関係者の非典型的な落ち度の補正は義務付けられないとする点で、**Jakobs** とは異なる答責分配を主張している。

以上が、**Bautista Pizarro** によって展開されている抽象的人格性の実質要件に関する議論の概要である。彼女自身は、実質要件の内容を明確にしていない。しかし以上のことからすると、実質要件とは、形式要件を備えた他者への予期（期待）を低減させる事情の不存在といえるであろう。

なお、実質要件の第一のものは専ら道路交通における答責分配を説明するためのもの出るが、第二のものとしての道路上の事故や悪天候は、行為状況における異常事態の発生と抽象化すれば、これは道路交通以外にも想定されうるであろう。例えば、共同作業中に発生した、関係者以外の者の行為によって生じた事故等である。もっとも、実質的要件は道路交通に関するものしか挙げられていない。そゆえ実質要件は、道路交通における他者への信頼が、他の領域と比べて制限されることを説明するためのものなのかもしれない。

第4款 有責な行為予期の違背

信頼される者が以上の抽象的人格性を備えているならば、その者は信頼に値する人物、つまり自らの行動を規範的な行為予期に調整する心構えを有する者であるとみなされる。この場合、信頼する者には、自らの行為を信頼される者の規範適合的行動に調整する（その行動を信頼する）ことが許されるという⁷⁷。

しかし **Bautista Pizarro** は、信頼される者に抽象的人格性が認められる（信頼できる）としても、この者の有責な形で行為予期に違背する可能性を否定することができないことを強調する。信頼される者が自らの行動を予期に調整していないことの具体的兆候が信頼する者にとって明らかとなったならば、後者が前者を信頼することはもはや許されない。その兆候の認識（可能性）によって、信頼される者の役割に対する規範的予期の効力が低下するために、その者とのコミュニケーションが変更され、信頼する者の答責領域は、他者の落ち度ある態度の補正にまで拡大し、二次的な注意義務が発動する⁷⁸。信頼する者はそのコンフリクトを相互行為の間は単独で解決しなければならず、この場合、信頼される者は人格であるにとどまるが、形式的意味においてであるにすぎないという⁷⁹。

第5款 検討

⁷⁶ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 231.

⁷⁷ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 254.

⁷⁸ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 263-268. この注意義務が信頼する者に認められるのは、信頼する者が分業活動（危険管理に関する一次的な注意義務の他者との分割）を開始したことにより、他者の落ち度の補正に関する保障人的地位を有するからである。

⁷⁹ *Bautista Pizarro*, (Fn. 10) S. 267.

分業の相手方としての他者への信頼の許容判断は、その者が規範的予期に自らを動機付けていることの事実的な裏付けの有無を意味し、その判断は二段階で行われる。第一の判断が抽象的人格性の有無である。信頼される者が抽象的人格性を備えているのであれば、その者が行為予期に適った（適切な）行動をするであろうと通常信頼してよいことになる。ただ、垂直的分業や道路交通においては、信頼される者への信頼の制限が予定されている。抽象的人格性の有無に関する判断によって、信頼される者への信頼を許容する分業（答責分配）が成立するのか、これが成立した場合には、分業の相手方をどの程度信頼することが通常許されるのかが明らかとされる。第二に、答責を分配する分業が成立した場合、その分業関係を覆す事情が信頼する者に明らかになったかどうか、つまり一旦は許容された信頼が引き続き許されるのか、それともはや許されないのかが問われる。その信頼を否定する事情としては、信頼される者の有責な規範違反行動、および、その者の抽象的人格性の事後的な欠落である。このように、**Bautista Pizarro** は、行為予期としての規範理解から他者への信頼許容を基礎付け、その許容判断を具体化している。

Bautista Pizarro にとって、他者への許された信頼の根拠は、予期としての規範理解の下で、規範の名宛人らを答責的な人格として承認することである。自己答責性説に生じる問題点を回避するために、彼女は、予期としての規範理解から導出される社会的な観点を加えることによって、自己答責原理に基づく答責分配の硬直的なルールを修正しようとしている。このことは、彼女の見解が提示する他者に対する信頼の許容判断、特に抽象的人格性の議論から読み取れる。

しかし抽象的人格性の実質化は、責任原理（および自己答責原理）ではなく、予期としての規範理解によってなされているのではないか、という疑問が生じる。形式要件には二つの性質の異なる能力を含んでいる。その一部は、責任能力および生理的・知的能力である。これらを他者に対する信頼の許容判断の際に考慮する必要性は、責任原理から説明することは可能であろう。形式要件を備えてないにもかかわらず行為した者には、**Bautista Pizarro** によると、引き受け過失が認められうる。この点において形式要件は、「過失の標準」において論じられている「能力」と一致する。実際、過失の標準の議論において、行為者の能力を過失判断で考慮する必要性は責任原理から導出されるという主張はなされており、このことは引き受け過失への非難の構造を考えれば賛同することができよう。

形式要件には、個々人が担っている役割に要求される能力、経験等も含まれている。これらは、規範の名宛人が個人的に有する「能力」ではなく、その者が有していることを期待される能力であり、その考慮の必要性は、自己答責原理等からは導出されない。たしかに過失の標準において、一般人の能力を標準とする客観説の中には、行為者の「役割」に要求される能力を過失判断の際に考慮すべきであるという主張はみられる。しかしこの主張は、注意要請は一般人を標準とすべきであるということの帰結である。

この文脈において、**Bautista Pizarro** は、自己答責性説を支持しつつも信頼の原則の議論において役割概念を考慮しようとする **Schumann** の見解を援用している。しかしこの

Scumann の見解は十分に根拠付けられていないことはすでに述べた通りである。Bautista Pizarro の見解からすると、形式要件がそのような社会化された「能力」を含む根拠は、予期として規範が規定する名宛人らのコミュニケーションが社会における答責分配および役割を基に構成されるということに求めることの方が自然であるように思われる。

道路交通においては相互的な配慮が求められているために、交通関与者には、形式要件を備えた他者が典型的な落ち度を犯す可能性を見込むことが要求されるとする。このことは他者に適切な行動を完全に期待しえないという意味において、たしかに免責的緊急避難と通底している。しかし、他者に適切な行動を完全に期待しえない、つまり予期違背の可能性がありうるということは、他の領域にも当てはまる。そのような可能性を通常考慮しなくてよいのは、彼女の規範理解からすると、行為予期が（形式要件を備えた）規範の名宛人の行動を方向付けることによって行動選択の負担を軽減しているからであろう。そして事故等の事態は緊急事態といえなくもないが、このことと、他者が役割に典型的な落ち度を犯すことを同列に扱うべき必要性は十分に説明されていないように思われる。交通関与者の落ち度の区別的な取扱いも、道路交通における分業・答責分配の把握の仕方の問題であり、免責的緊急避難の意味における期待可能性、および自己答責原理から説明可能ではない。

また、Bautista Pizarro は、垂直的分業や危険物の提供のように信頼する者が信頼される者の抽象的人格性の形式要件の有無を確認すべき場合があるとする。これは、個々の活動に妥当する答責分配、特に信頼する者の保障人的地位の内容をいかに把握すべきであるか、という問題である。しかし自己答責原理からは、分業の関与者らが自己の答責領域について一次的な答責を負うべきであると主張することはできるが、特定の人物の保障人的地位が、他者への配慮を含むのであれば、それをどの程度含むのか、という問題を決定することができない。

彼女の見解によると、適切な行動をするであろうと通常信頼することができるのは、抽象的人格性の両要件を備えた人物である。その実質要件が道路交通における信頼の問題に関する議論であるとする、その他の領域における先の信頼の許容は、信頼される者の形式概念の有無にかかっているということになる。共同作業や分業の相手方を通常信頼してよいのは、その者が担う役割に必要な能力や経験等を有していないことが明らかにならない場合、または一定の分業においては信頼する者が相手方のその能力等の保持を確認した場合である、といえよう。これらの場合、関与者らは分業に由来する答責を、相手方への信頼の許容を伴う形で分割しているということになる。このように他者へ通常向けることができる信頼の条件を理解するならば、Jakobs の見解と同様に、共同作業の関与者らに同一義務が重疊的に課せられる場合、つまり信頼の原則の適用がおよそ適用されない事例群を想定することは困難であろう。すでに述べたように、この種の事案では、共同作業の相手方への信頼を許容する形での分業がなされていたのか否かが問われるからである。

Bautista Pizarro は、他者への信頼を保護する必要性を、予期としての規範理解の下での自己答責性原理に見出そうとする。たしかに、他者への信頼の保護は、根源的には自己答責

原理に求められる。自己答責原理から導出される信頼の原則（答責分配の調整）は、予期としての規範理解から導出されるものと比べて硬直的であるので、導出される信頼許容判断を修正しなければならないからである。対して、後者には、社会における答責分配のルールや規範の名宛人の役割（への期待）という概念を刑法上の判断に取り込むため、より多様な判断が可能になる。このような社会的な観点を含んだ他者への信頼許容判断のその基礎を自己答責原理に求めることは可能ではある。しかし彼女のようにあくまでも当該判断および信頼の原則の本質を自己答責原理に求めると、すでに述べたように、理論的な説明が困難になる場面が生じる。信頼の原則、および他者への信頼の根拠は、許容社会的・事実的事情の考慮を予期としての規範が社会生活の可能化を目的としていることから説明する方が、理論的にはより説得的であるように思われる。

第3節 小括

規範をその名宛人の行動を方向付ける予期として把握し、規範の目的を社会生活の維持と可能化、そして刑法の目的を予期の安定化に求めるならば、規範を名宛人に対する命令と解することを回避でき、他者への信頼の許容を論じるための理論的な基盤を獲得することができる。

このような規範理解を前提とする上記の二つの見解は、いずれも信頼の原則を分業関係における答責分配を規定するものと捉えている。しかし両者の議論の力点は別々のところにある。**Jakobs** は、規範の名宛人は調整された任務領域を有する役割の担い手と解した上で、役割から導出される保障人的地位が過大なものになってしまうことを回避する点に、他者への信頼を許容する必要性を見出す。そして共同作業と道路交通における信頼の原則の形式を区別する。しかし両領域における他者への信頼を許容すべき根拠について踏み込んだ検討がなされていない。それゆえ、信頼の原則をそのように区別すること、および領域ごとに他者への通常許される信頼の内容が異なることが十分に説明されていない。

対して **Bautista Pizarro** は、行為予期によって方向付けられるのは人格のみであるという点を重視する。彼女にとって、人格としての規範の名宛人らに妥当する自己答責原理に基づく答責分配、すなわち各人は自らの答責領域について優先的な答責を負うという発想が、信頼の原則の議論の基礎であるのみならず、その本質でもあるとする。そのため信頼の許容判断の中核に、自己注責性に予期としての規範概念から導出される社会的なコミュニケーションを取り込んだ抽象的人格概念を据える。しかし、彼女の提示する他者への信頼許容判断は、自己答責原理から導出される諸判断を社会的な観点でもって補強または修正したものであり、理論的に賛同できない点がある。むしろ **Jakobs** のように、自己答責的な名宛人らの信頼関係を、社会に存する答責分配や役割を基に具体化したものが、信頼の原則にとって本質的ではないか、と考えられる。

したがってこの二つの見解のいずれにも全面的に賛同することはできない。しかしそうであるからといって、上記の規範理解が他者への信頼の許容の根拠の基礎を提供していることに変わりはない。

第6章 予期の安定化と信頼の許容

刑法規範が名宛人の行為を方向付ける行為予期であるならば、その目的は、予期がなければ成立しない社会生活の可能化に求められる。もっとも、予期としての規範が、社会生活を規律することを更に分析する必要がある。ポイントは、規範の名宛人の行動選択の可能性の範囲を限定することによってその選択の省略、単純化や負担を軽減し、もって名宛人に一定の行為自由を保障することにある。規範的な行為予期によって規範の名宛人らの一定の行動の自由が制限されるが、その他の行動に関しては名宛人らの自由裁量の余地が残されているという状態が目指される。

第1節 行為予期としての規範構想から生じる他者への信頼

規範的予期としての規範が行為自由の保障をもたらすのであれば、規範(的な行為予期)による方向付けは名宛人のあらゆる行動を対象とするわけではない。規範があらゆる行為を方向付けるのならば、規範が名宛人の行為を直接操縦することになる。この場合、規範は命令的な性質に転化してしまう¹。その目的達成のために必要な予期のみが法的に保障され、その他の点については名宛人の自由な選択に委ねられる必要がある²。

犯罪と刑罰を規定する刑法の規範が行為自由の保障に資する最低限の方向付けを提示するならば、その内容は差し当たり、他者を害さないことになる。他害禁止の予期は、規範の名宛人の行動を拘束することになるため、名宛人の義務の源泉といえる。相互的な関係の中で、名宛人らは互いに自らに向けられた予期に適った行動をとることを一次的な義務として負う。名宛人らの間の相互的な行為では、その相手方が自己または第三者を害することはないであろうと通常を期待・信頼することが、予期によって保障されることになる。規範的予期の妥当によって、他害禁止に関する信頼関係が形成されることになる。よって、上記の刑法の目的と刑法規範の理解には、他者への信頼の許容が内在しているといえる。

規範の名宛人らの間で許容される相互的な信頼は、名宛人らの行動選択の負担を軽減する。この負担軽減は二つの側面を有している。まず、各人は予期に適った行動を選択すれば、通常、自らの行動が他者を害する危険性を有しているのかを追加的に調査することや確認をすることは不要になる。そして自らの行動選択の際、同じ様に規範によって方向付けられる他の規範の名宛人が規範に反する行動をとる可能性を、通常考慮に入れる必要もない。つまり、他者との関係における自己行為の危険の予測に関する負担、および他者の行動予測に関する負担が軽減される。

規範によるその名宛人の行動の方向付けは、その行動選択の動機付けに作用するものである。規範が命令に転化しないためには、その方向付けが名宛人にとって強制としてではなく自明のものとして受け入れられることが必要であろう。名宛人が規範的予期の方向付けに従った行動をとるのは、名宛人がその予期の内容を自らの行動選択の前提となっている

¹ *Bautista Pizarro*, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht, 2017, S. 219, 246 f.

² *Bautista Pizarro*, (Fn. 1) S. 252

場合である。規範による方向付けは、その内容を把握し、かつそれに従うための能力を有する者にのみ有効である。よって規範の名宛人は、規範遵守能力を有する者に限定されることになる³。規範が名宛人の動機付けの過程に関わるのであれば、名宛人による規範の遵守も不遵守も、事実的にのみ確認することができる。人の意思決定を直接的に把握することはできないからである。ある者が規範に自らの行動を実際に方向付けているかどうかは、行為状況やその者の行動から把握するほかない。

他害禁止を内容とする規範的予期に基づく他者への信頼が許容されるためには、少なくとも、その他者が規範による方向付けを把握し、これに従って行動するために必要な能力を有する場合に限られる。このような規範遵守能力を有さない者は、規範からの方向付けに従うことができない。それゆえ、当該能力を有さない者と関わる場合、この者が自らの行動を規範からの要請に整序するであろうと信頼することはできない。

他者が信頼できる人物であるのか、つまり自らを規範遵守に動機付けているのかの確認が全ての規範の名宛人に妥当する一般的な義務であると解することは回避されるべきであろう。そのような義務は、他者との（匿名の）関わり合いを避けることのできない現在の社会生活の実態にはなじまないからである⁴。それゆえ、他者が一般に規範遵守能力を有しているであろうと予期することは許される必要があるであろう。

規範的な行為予期が名宛人らの間に信頼関係の中で許容されうる他者への信頼には、自己答責性説に対する批判が向けられるとも考えられうる。行為予期から導出される信頼関係は、自己答責原理を基礎とした答責分配と同様、純規範的に構成されると解する余地が存在するからである。ただ、個別具体的な他者の外形的特徴や動静、そして行為状況等からその者に規範遵守能力を有していないことが行為者にとって明らかになった場合、その者に規範遵守行動を期待することができない。規範遵守能力は他者への信頼の前提条件だからである。よって他者が一般に規範遵守能力を有していると予期しているであろうと予期できるとしても、個別具体的な他者の外形的特徴や動静、そして行為状況等からその者に規範遵守能力を有していないことが行為者にとって明らかになった場合、その者に規範遵守行動を期待することができない。この意味において予期概念は、事実的な観点および認識的な観点と不可分である。問題になるのは、規範遵守能力を有する他者が予期に違背した行動をとっていることを行為者が認識したか、これを認識可能であるという場合である。この場合に、行為予期による方向付けが抗事実的なものになってしまわないかは、未だ明らかでないからである。

しかし自己答責原理に対する批判は、上記の予期に基づく信頼には当てはまらない。規範が保障する他者の予期の予期は、他者が規範適合的な行動を常にとることや、他者の予期違背の可能性がないことを保障しないからである。たしかに、予期によって名宛人らは互い自

³ このことから、道路交通において幼児や重度の酩酊者に「適切な」行動を信頼しえないことが説明される。

⁴ *Jakobs, ZStW 107 (1995), S. 860.*

己の行為選択と他者の行動予測の際に規範的な行為予期を拠り所にすることができると同時に、その予期に反する可能性を通常見込む必要がない。しかし、他者が規範的な行為予期に従うと期待することができるとしても、その違背の可能性が消えるわけではなく、隠蔽されているにすぎない。違背が明らかになったならば、そのことに対処する必要がある。規範遵守能力を有する他者が予期に反する行動をしていることが行為者にとって明らかになった場合、行為者はそのことを踏まえて自らの予期適合的な行動をとる必要があるといえる。この場合、その他者が予期に適った行動をするであろうと期待することはできない。予期概念から導出される他者への信頼は純規範的・抗事実的な性質のものではない。その信頼は規範遵守能力を有する他者への信頼を一般に保証するのであり、個別具体的な信頼をも保証するのではない。

規範的な行為予期としての規範によって許容されうる他者への信頼が純規範的ではないとしても、他者を害さないという行為予期およびこれに基づく信頼関係は、現在の社会生活においては、名宛人らの行為自由を強度に制限するものとなりかねない。規範が他者を害さない行動を選択するように名宛人の行動を方向付け、これによって名宛人らの関係を調整するのであれば、各人は行動選択の際に他害へと発展しうる行動を差し控えることになりうる。しかし、この場合、他者の危殆化自体が違法とされかねない。そこでは社会的相当性や許された危険の思考が外在的なものになるからである。

危険が遍在すると同時に一定の危殆化に慣れている現在の社会において、他害に至りうる一定の行動選択自体が許容されるという程度に、規範の名宛人の行為自由が保障される必要がある。そのように行為自由が保障されるためには、上記のように漠然とした行為予期は不適當であろう。このことは、特に過失犯に顕著である。過失犯の罪責判断は、他者への一定の危殆化が許容されうることを前提としており、かつそのような危殆化許容と他者への信頼の許容の基礎付けの問題は密接な関係性にある。それゆえ、上記のような漠然とした行為予期およびこれに基づいて許容される信頼関係は、過失判断、特にそこでの信頼許容判断の根底に存するであろうがこれらの判断を指導するものとはいえない。

それゆえ、規範遵守能力を備えた規範の名宛人ら間に観念される他害禁止に関する相互的な期待・信頼を法的に許容しても、社会生活の可能化・維持という規範の目的は達成されない。

第2節 予期の同定基準としての役割

刑法規範を規範的な行為予期と解する立場によると、行為予期の名宛人は規範遵守能力を有する（抽象的）人格ではなく、一定の社会的な役割の担い手である⁵。規範の目的が社会生活の可能化と維持、そして各人の行為自由の保障であるならば、予期の予期は名宛人らの行動選択の共通の基盤として機能する。この基盤は、規範遵守能力を有する者（人格）は他者を害さないであろうという抽象的な行為予期では、規範の目的達成のためには不十分

⁵ これについては、第5章第2節第1項第1款、同章第2項第2款および第3款。

であり、その内容をより具体化する必要があると考えられる。

もっとも、規範の名宛人を役割の担い手と解することの根拠付けが必要である。しかし、人格概念に役割概念や社会での任務分配を含んでいるという想定⁶や、今日の社会では匿名の接触が可能になっているために個々の規範の名宛人の行為解釈には（脱個人的という意味での）客観的な標準が必要であるという想定⁷から、直ちに予期を役割概念によって具体化する必要性が説明されえない。

予期の内容が抽象性または具体性という観点からは、Luhmannにとって、予期連関の同定の対象、または予期の意味総合の議論と関連している。行為予期が名宛人の行動に作用するメカニズムに着目すると、予期を抽象的な類型と具体的な類型に分けることができる。規範が名宛人に対して提示するのは、個別具体的な文脈の影響をあまり受けない抽象的な行為予期類型である。他方、規範の名宛人は行為予期に従った行動を選択する際に準拠するのは、抽象的な予期ではなく、その内容を個別具体的な文脈に加工したものである。予期の予期の保障による社会生活の可能化と維持をもたらすのは、抽象的な予期類型である⁸。「意味的な同定が個々の予期すべてではなく、より抽象的な予期類型に関係づけられ、その予期類型が恒常性を保ちながら個別的予期を生み出すための準拠として機能するならば、投射された世界像が見通しがたいものであっても、そこから来る要求は処理可能な枠内にとどまることになる。このような迂回によらずには、多種多様な多くの予期の内容的な調整も実現されえないであろう」⁹。

名宛人の社会生活の形成にかかわる抽象的な行為予期がどの程度抽象化されていけばよいか、「いかなる抽象度で予期体系を形成すれば摩擦が最も少なくてすむか」¹⁰が問われる。抽象的な行為予期の抽象度の特定（その意味の同定・総合）は、予期としての規範の内容の妥当性の問題であるのみならず、規範が妥当するための条件でもある。「人は自己の予期をその都度新たにつくり出したり、その時々状況から引き出したりする必要はなく、意味的に整序されたかたちですでに与えられている文脈から、必要に応じて予期を取り出し根拠づければよい」という状態があつて初めて、「規範は『妥当』しうるものとしての性格をもち、法は人が『もつ』ことのできるものとしての性格を有するに至る」¹¹からである。

Luhmannによると予期の意味の同定対象には4つの種類があり、具体性の高い順に並べると人物、役割、プログラムそして価値である。そして現在の社会において、予期は役割とプログラムの重点が置かれているとする。現在の複雑な社会においては、他者の行動可能性を逐一調査・熟慮すること、または他者の行動を常時監視することは、通常要請されない。

⁶ *Bautista Pizarro*, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht, 2017, S. 235.

⁷ *Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), 843 ff., 860.

⁸ *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 1987, S. 81-83.

⁹ *Luhmann*, (Fn. 8), S. 83.

¹⁰ *Luhmann*, (Fn. 8), S. 85.

¹¹ *Luhmann*, (Fn. 8), S. 84.

このような他者の行動の調査や監視等は個々人の一次的な義務になることを通常回避するためには、行為予期の同定対象が、あまりにも漠然としたものであってはならない。他方、規範目的達成には相互的な予期が規範の名宛人らにとって現実的でなければならない。そうでなければ、規範は、行為の方向付けによる社会生活の可能化という自己の目的を達成できないからである¹²。予期の現実性という要請は、行為予期の内容に社会生活の実情やそこでの実践を反映させることによって、充たされる。規範の名宛人の行動選択にかかる負担軽減が社会的に通常な程度で達成されるような形で、(抽象的な)行為予期の内容が同定されなければならない。

行為予期としての規範の内容が社会的相当なものであるべきならば、規範の名宛人の義務内容は社会的通常な範囲にとどまらなければならない。この意味において、行為予期から導出される義務内容が過大なものであってはならない。予期を役割に基づいて具体化すると、その過大性¹³がより明確となる。

規範による方向付けが役割の担い手に向けられるのであれば、自己の役割に向けられる期待に適った行動をとることが、規範の名宛人の一次的な義務となる。反面、自己の役割に期待されない行動は一次的な注意義務の内容にはならない。このことから、規範の名宛人の(注意)義務の内容が限界付けられる。その役割への期待を超えた行動の義務付けは、これは過大な要求といえるので、否定されなければならない。また、自らが役割への期待に沿うように行動する際には、相互行為の相手方としての他者の行動予測が前提となる。この予測も役割概念によって規制される。他者にもその役割に適った行動の実施を期待することが通常許されるからである。他者もその役割に期待される行動をするであろうと見込んだ上で、自らのとるべき行動を選択することができる。ここでも、過大性の観点が具体化される。役割への期待を基準として他者の行動を予測すればよく、その役割には想定されない行動の可能性を見込む必要がないからである。そして行為予期を役割に同定するならば、(具体的な)行為予期の内容が「現実離れ」したものになってしまうことを回避しうる。具体的な行為予期の内容を特定する、つまり役割の担い手に期待される行動を明らかにする際には、関連する(慣行的な)行動準則や(法)規則¹⁴を考慮しなければならないからである。

¹² Luhmann, (Fn. 8), S. 85-93.

¹³ これを注意義務内容の確定の際に考慮すべきであるというのは、例えば稲垣悠一「過失犯における注意義務確定のプロセス——不作為的過失を中心に——」高橋則夫他編『日高義博先生古稀祝賀論文集上巻』成文堂 2018年 303頁、樋口亮介「——注意義務の内容確定基準比例原則に基づく義務内容の確定——」高山佳奈子他編『山口厚先生献呈論文集』成文堂 2014年 222-224頁等。

¹⁴ ギュンター・ヤコブス(花井哲也訳)「客観的帰属——特に、『許された危険』、『遡及禁止』、『信頼の原則』という刑法的な制度の領域について——」朝日法学論集第10号(1993年)7-8頁、更に過失判断における行動準則や慣行を考慮する意義を指摘するものとして、井田良「医療事故と刑事過失論をめぐる一考察」高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集[上巻]』成文堂 2014年 618-620頁、米田泰邦『管理監督過失処罰 刑事法研究第四巻』成文堂 2011年 39頁および98-99頁。

以上のことから、行為予期を役割に同定することに賛同することができる。そのように解することによって、規範の名宛人らに向けられる行為予期および相互的な信頼関係が、社会的相当性の見地を含むことになる。このように行為予期の内容が社会の観点を反映することが、現在の社会における規範妥当を正当化する。

したがって、他者が適切な行動を実施することへの信頼の根本的な根拠付けがなされる。規範の名宛人の行為を方向付ける行為予期としての規範を理解した上で予期を役割に同定することにより、(他者を含め)人が適切な行動を実施するという期待(信頼)を通常許容する必要性が生じるからである。そのような規範の目的と機能を理解するならば、名宛人間の予期適合的行動に関する相互的な信頼が観念される。他者が行為予期に適った(適切な)行動をするであろうという期待(信頼)は、規範の目的としての社会生活の可能化および維持のために必要である。よってその信頼は、通常許容される必要がある。ただ、規範目的の達成および規範妥当のためには、名宛人が行動選択の際に準拠する(抽象的)行為予期は、役割を基準としなければならない。そうすることによって、規範による名宛人の行為の方向付け、名宛人への規範遵守への動機付けが現実的なものといえるからである。

第3節 導出される他者に対する信頼の許容判断

規範の名宛人の義務と基礎となる行為予期を役割と解するならば、規範の名宛人に対して法的に要請されるのは、その者が担っている役割に期待される行動である。その行動は、注意義務の内容となる。役割への期待を超えた行動の実施は、注意義務の内容として認めることはできない。これは、役割の担い手には過大な要求と評価されるからである。役割への期待からの違背は、履行すべき注意義務の違反を意味する。名宛人が有責的に役割への期待に違背するならば、違背はその者が優先的に責任を負うべきである。その違背は自らの自由な行動選択の結果だからである。

行為者と他者を役割の担い手同士の相互行為とみたとき、行為者は、他者が役割への期待に適った行動をとるであろうと信頼することができる。この信頼は、他者が役割に違背することはないという予測を含んでいる。行為者は、一次的な注意義務として役割への期待に適った行動を選択する際、他者が同様にその役割への期待に適った行動をするを見込むことができる。他者への信頼の許容は、名宛人が自らの行為選択の際に予測すべきところの他者の行動パターンを特定ないし限定するという形で、他者の行動に関する認識調達や情報収集にかかる負担を軽減する。信頼の許容は、名宛人の状況判断や予測判断を規制と簡略化をもたらす。

この信頼は、規範遵守能力を有する者の全てに向けることができるわけではない。他者に役割の担い手としての行動を信頼するためには、他者が規範遵守能力のみならず、その役割の担い手の備えているべき権能(知識や能力等)を有している者でなければならない。他者が権能を有していない場合、他者に役割への期待に適った行動をおよそ信頼することはできない。この場合、行為者は他者の不信頼を前提にして、自らの一次的な注意義務を履行す

るために必要な行動をとらなければならない。よって、他者が対応する権能を有することが、その者を信頼できるための前提条件となる。ただ、他者がその役割の権能を有しているのか否かを確認することは、これが行為者の有する役割に期待されない限り、認められるわけではない。他者の権能の確認義務が行為者の役割に期待されない場合、それは役割の担い手にとって過大な要求といえるからである¹⁵。

他者が役割の担い手としての権能を有するとしても、行為者はその他者を常に信頼することができるわけではない。予期の同定対象を役割に求めても、規範による方向付けの機能は変化せず、それは依然として、名宛人の行動選択の動機付けるにすぎない。他者が役割への期待に自らを方向付けていないことが行為者に明らかになる場合、行為者は他者をもはや信頼することは許されない。他者がその役割に必要な権能を有していないことや、役割への期待から逸脱している行動をしていることを行為者が認識可能であるならば、行為者は他者の現実の行動を前提として、自らの行動を選択しなければならない。よって、他者には役割の担い手としての行動を一般に信頼することが許されるにすぎないのであり、その信頼が抗事実に許されるのではない。

行為予期を役割によって具体化した場合に獲得される他者への信頼の許容判断は、次の通りである。他者がその役割の権能を有していないこと、または他者が役割への期待から違背しているという特段の事情が行為者に明らかになっていない限り、行為者はその者が役割の担い手として行動するであろうと信頼することができる。

第4節 役割への期待からの違背

規範的な行為予期（役割への期待）の違背は、「標準」や「常態」としての行為予期に適っていないものを意味するから、肯定的なものも否定的なものも含んでいる。行為予期としての刑法規範からの違背としてより重要なのは後者、つまり行為予期に反して社会不相当な危険を伴うものである。個別状況において具体化された行為予期が名宛人の義務であるならば、その予期の違背は義務違反を意味している。義務違反としての予期違背は、違背者が自らを規範的予期に方向付けていないことを表している。

相互行為の相手方の予期違背という事実が行為者に認識可能であれば、相手方が役割への期待に適った行動をするであろうという期待は、その事実的な裏付けを欠いている。この場合、行為者は、認識可能な相手方の違背を前提として自らの行動を選択しなければならない。規範的な予期としての役割への期待が裏切られるならば、このことについては「学習的な態度」でその違背という事実に「自らを適応させる」ことが必要である¹⁶。違背によって行為状況に生じたか増加した危険を前提として、行為者は、自らの役割に期待される危険制

¹⁵ 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』判例時報社 2018年 364頁、米田泰邦『管理監督過失処』96-98頁。更に佐伯千仞『刑法講義（総論）』有斐閣 1968年 263-265頁を参照。

¹⁶ *Luhmann*, (Fn. 8) S. 52-53.

御行動をとらなければならない。なお、発生した違背を踏まえて自らの行動を選択する必要性は、その違背が有責になされた否かにかかわらず、認められる。違背が行動選択の際に考慮すべきであるのは、それが行為状況を構成する事情の一つだからであり、その違背が有責になされたどうかは重要ではない。

相互行為の相手方が自らの役割への期待に適った行動をするであろうという規範的な期待は、その者の違背によって少なくとも動揺する。そして違背によって、相手方への規範的な期待は、すでに行為者の行動の指針としての妥当性を喪失しうる。この場合、違背を認識可能な時点以降、違背者が役割への期待に適った行動をするであろうという信頼することはもはや正当化されない。つまり、相手方の違背の認識（可能性）は、その者に向けることが許された信頼の効力を否定する根拠となる。行為者が違背者に予期適合的な行動を信頼しうるためには、その者が自らを規範的予期に方向付けていることが、行為者にとって認知できなければならない。

予期の違背は、多かれ少なかれ相手方にとって「不意打ち」¹⁷である。役割の担い手同士の関係における他者の行動予測と自己の行動選択は、互いの役割を基準とした予期の予期を前提とするからである。それゆえ違背の程度が大きくなれば、その選択を誤らせることにもなりうる。つまり違背が相手方にとって予想外の出来事であるがために、その者も役割に違背した行動をとったと評価しうる場合がある。また違背は、相互行為の相手方の不適切な行動選択を誘発しうる。違背は社会的に不当相当な危険を伴うから、違背の程度が大きくなるにつれて、それに伴う危険は高くなる。それゆえ違背が重大であれば、それは相手方に期待される危険制御の支障となりうる。

行為予期の違背の程度は、違背者の担う役割に予測される一連の行動からの乖離の程度によって決まる。相互行為の相手方の役割にはおよそ想定されないといえる危険な行動は、その役割からの大幅な逸脱といえる。このように解すると、故意的な犯罪行為としての予期違背は、通常、役割からの大幅な逸脱であるといえる。役割を基準とした相互的な期待が妥当しており、他者があえて予期に反した社会的に不当かつ危険な行動をすることは通常想定する必要がないからである。このことの例外は、行為者が他者にその役割に期待された行動を実施させるべき地位にある場合か、他者の犯罪行為に自ら関与する場合である。他者の故意的な犯罪の実施は、事前的にも事後的にも通常予測が困難であると一般にいわれるが、このことは予期違背の重大性から説明することができる。

第5節 役割および役割への期待の具体化

以上のような構造を有する役割への期待の内容が、個別の場合においてどのように具体化されるべきであるのかが問われる。役割は、他者との社会生活上の関係において、第三者の見地からみた対象者に向けられた期待の束であり、刑法上は、危険の防止に関する期待が問題となる。第三者的視点から、行為者がいかなる地位にある者として危険防止に関わって

¹⁷ Luhmann, (Fn. 8) S. 53.

いたのかを検討することになり、これは行為者の（注意）義務内容を確定することを意味する。

行為者の役割への期待を明らかにするには、その役割の内容を具体化するのみならず、これに先んじて、行為者と他者との相互行為（相互的な関係）の内容を決定する必要がある¹⁸。役割は他者との相互行為、相互的な関係の中でのみ把握されるものである。役割を明らかにするためには、相互行為の内容、行為者とどのような人物が相互的な関係にあったのかが問題となる。

第1款 相互行為

相互行為は現実の事実関係から把握される。これは、問題となる行為状況を人的な観点からどのように把握すべきかが問題となる。ここでの目的は行為者の責任非難の可否であり、彼が問題となる危険を防止すべきであったのかを問うものである。そのため、危険の発生や実現によって損害を被った者は、相互行為に必ず含める必要がある。しかしその他に、相互行為を具体化する際に遵守すべき条件はない。

相互行為の相手方には、問題となる危険の実現としての損害を被った者の他に、その危険に何らかの形で関わっている者を含めることもできる。例えば路上で行為者が手拳で A の頬を殴打するという場合、行為者と A が相互的な関係にあるといえるが、その場に居合わせた B を含めても良い。つまり加害者の答責性を検討するにあたって、被害者のみならず第三者の存在を考慮することは可能である。この場合に B を相互行為に含めることにどの程度の意義があるのかは、ここでは重要ではない。相互行為の類似の把握の仕方は、過失犯においてもありうる。例えば、患者が手術により損害を被った場合、その手術に関与した者と患者との関係を捉えることだけでなく、手術を実施した病院の責任者等を考慮してもよい。

また、相互行為の相手方が複数考えられるとしても、損害を被った者以外を捨象してもよい。例えば行為者の給付が C および D を介して E に提供され、その提供後に給付の危険が E に実現するという場合である。この事実から、行為者と CDE 全員を含めた相互行為として把握することがもちろんのこと、行為者と C および E の相互行為（D を捨象）や、行為者と E の相互行為（C および D を捨象）として把握することも可能であり、C 以下が自然人でなくてもよい。

更に、相互行為を一つの単位として、より複雑な相互行為を理解することも可能である。

¹⁸ 小田直樹「過失犯の構造と認定」井上正仁他編『三井誠先生古稀祝賀論文集』所収 有斐閣 2012年 138頁は、過失判断において「現象を相互作用として捉えるスタンスが必要であり、他者との関係の捉え方は、『帰属』をめぐる議論の展開になるであろう」と指摘している、更に同「過失の『問い方』について」神戸法学雑誌 63巻2号（2013年）9頁注（23）は、「過失犯を『危険行為』と描く場合、その『危険』は、物理法則的な問題を超えて、社会的な連携の関係、相互作用の影響に基づく、他者行為を経由した結果発生を顧慮するものでなければならない」と述べている。

行為者が G に生じた危険を防止すべきであったのかを問う際に、行為者と F が相互行為の関係にあると認めた上で、これと G が相互行為の関係にあると認めることもできる。このような相互行為は、末端の従業員が過失的に惹起した損害につき、企業の代表者の当該従業員の属する部署の責任者に対する監督責任を問う場合に当てはまる。この場合、企業（代表者）と損害を被った者の相互行為を問題とするために、代表者と部署の責任者との間、第三にその責任者と従業員との間にそれぞれ相互行為を観念する、更にこれら二つの関係から、代表者と従業員との関係性をも把握することができる。

以上、相互行為の把握の仕方には多種多様なパターンがありうる。しかし個別事案の事実関係から相互行為を把握するのが適当であるのかを考えることに実益はない。その把握は行為者らの役割およびそれに対する期待の内容を論定するための前提条件に過ぎないからである。

第 2 款 役割

把握された相互行為の中で関与者らの役割は決定される。すでに述べたように、行為予期の実体としての役割は、その担い手の義務内容の基礎となる。それゆえ役割は、過失犯において注意義務の発生根拠としての機能を有する。

役割は、相互行為における危険の防止への関与の仕方を外部的・社会的に評価したものである。規範の名宛人は、通常複数の役割を有しているものである。役割の具体化は、行為者らが有している役割のうち、問題となる相互行為において関連するものを選び出すことを意味する。

役割を徴表する諸事情は多岐にわたる¹⁹。例えば、なされた（違法）行為の性質や特徴、法令・職制・契約・条理から生じる地位の引受け、職掌や職務経験等が挙げられる²⁰。そして行為者の役割を具体化するのは、刑法上の答責の有無や程度を判定することが目的である。そして過失犯においては、注意義務が発生する時点が問題となる。それゆえ過失犯においては特に、行為者の答責性を問われる行為状況も考慮される必要がある。そうでなければ、以降の刑法上の（特に注意義務に関する）判断が漠然としたものとなり、個別の場合における個人の答責性の吟味としては不適當といえるからである。行為者がいかなる社会生活上の地位を有する者として、どのような状況において損害発生危険に關与していたのかが検討される。

¹⁹ 樋口（前掲注 13）214 頁。

²⁰ 判例は注意義務の内容を定める際に（従来から）被告人の地位、職責および権限を考慮していると指摘されている（最近では、例えば最決平成 26 年 7 月 22 日刑集 68 卷 6 号 775 頁、最決平成 28 年 5 月 25 日刑集 70 卷 5 号 117 頁）。このことを指摘するものとして、例えば、谷井悟司「判批」法学セミナー 769 号（2019 年）28-29 頁、樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み(1)」法曹時報 69 卷 12 号（2017 年）35 頁、古川伸彦「判批」判例セレクト 2012〔I〕法学教室 389 号（2013 年）29 頁、山本紘之「結果回避義務について」刑事法ジャーナル 50 号（2016 年）28 頁。更に川田宏一「判解」法曹時報 70 卷 6 号（2018 年）188-189 頁も参照。

例えば、交通事故に関する行為者の過失責任が問われる場合、その役割を単に「自動車運転手」と把握するのではなく、「右折しようとする車両の運転者」²¹や「センターラインの若干左側から、右折の合図をしながら、右折を始めようとする原動機付自転車の運転者」²²といった行為状況や被告人の行動等も考慮して、行為者の役割が具体化されるべきであろう。過失犯において、行為者の役割の構成要素として、行為者の「地位」と行為状況を考慮することが必要であるとしても、その諸要素の具体化の程度に上限と下限はない。「公道を走行する自動車運転手」や、「病棟で患者を診察・処置する医師」というように行為者の役割を具体化すること自体は可能である。

役割の具体化により、その担い手が有するであろう知識や能力、つまり権能が決定される。権能の内容は役割の内容に依存している。例えば役割が「工場内で一定の職務に従事する作業員」である場合と、「未熟練作業員」や「熟練作業員」である場合とでは、要求される権能の内容は異なる。

権能が特定されると、これを基準として、役割の担い手が有する知識や能力等の選別がなされる。その者の有する知識・能力等のうち、その役割に関連するものが、刑法上の判断の考慮要素となり、役割外的なものは除外される。行為者の有する知識や能力等が、その役割の権能の内容より高度なものを有する場合、いわゆる特別知識や特別能力が問題となる。他方、行為者が役割に要求される権能を有さないにもかかわらず、その役割の担い手として振舞うならば、引き受け過失の成否が問題となる。

第3款 役割への期待

役割の内容が決定されると、それに対する期待を具体化することができる。役割への期待の内容は、刑法上の義務の内容を意味する。過失犯における行為者の担う役割への期待は、その注意義務の内容となる。ここで検討すべき役割への期待は、問題となる損害結果の危険の防止措置である。その期待の内容を具体化するためには、防止されるべきであった危険の内容とその行為者の認識可能性が明らかにされなければならない。

問題となる危険は、損害の発生を因果的に説明できるように把握されなければならないであろう。この意味において、事故原因や被害者の死因・傷害の原因、これらに関連する専門家の所見等は、問題となる危険の内容を把握するための重要な参考資料であるといえる²³。

しかし危険の捉え方は様々である。その内容の具体的に把握することも抽象的に把握することも排除されえない。そして個別の危険の把握自体を取り上げてその当否を論じるこ

²¹ 最判昭和 45 年 9 月 24 日刑集 24 卷 10 号 1380 頁。

²² 最判昭和 42 年 10 月 13 日刑集 21 卷 8 号 1097 頁。

²³ 稲垣悠一「建造物の設計・施工・管理上の注意義務」専修法学論集第 133 号（2018 年）50 頁は、特に建築物・工作物の事故について、事故原因の特定がその過失責任の所在と程度を検討する上での「理論的考察の起点となる」と指摘する。同様の指摘はすでに、藤木英雄『刑法各論——現代型犯罪と刑法』有斐閣 1972 年 209 頁以下にみられる。

とは、名宛人の刑法上の義務内容の具体化の議論にとって、有意義ではない。重要なのは、それを基に具体化される役割への期待の内容が社会的通常性を担保するという意味において妥当といえるのかである²⁴。ただし、導出された役割への期待に社会的な妥当性が認められない場合、その期待の基礎をなす危険の具体化または抽象化の度合いが適切でなかった、という場合はありうる。危険の把握の妥当性は、具体化される役割への期待の内容の評価に依存している。

法は不可能性を要求しないという命題に従う限り、損害の危険が行為者にとっての認識可能性が認められなければならない。この可能性があることは、行為者に役割への期待としての危険防止措置を動機付けるための必要条件だからである。危険の認識可能性は、新過失論における予見可能性判断と同一の構造である。すなわち、当該判断は、行為状況に置かれた役割の担い手が、行為時に問題となる危険を予測可能であったかによって決定される。

役割への期待は、当該の役割にある者が行為状況において問題となる危険を防止するためにとるであろう仮定的行動により具体化される。これは、行為者の結果回避義務の内容に相当する。当該行動の考慮要素となる諸事情は、権能によって選別された行為者の知識や能力の他に、法規則、契約上の義務、職責から期待される行動、職掌や職制、一定の領域内部で妥当する慣行、同業者の動向、更に自らの危険創出行為等がある。契約、職掌や職制等は、役割を具体化する際の考慮要素であるのみならず、役割への期待のそれでもある。

役割は、注意義務の発生根拠として機能するのみならず、注意義務の内容（役割への期待）の確定にも作用することになる。役割とその期待が概念的に密接な関係にあることに加えて、それぞれを具体化する際の考慮要素が重複するためである。役割の内容の具体性の程度は、その期待の内容に反映される。例えば行為状況における行為者の役割が医師であるとしても、その役割を「医療従事者」や医師のように抽象化することも可能であり、内科医や外科医、または循環器科医や神経内科医、消化器外科専門医等に具体化することも可能である。更に、このように職業を手がかりに役割を特定していくなれば、当該職業に関する行為者の経験年数や実績、組織内部や業界内での位置付けという要素を役割に付与することになる。役割の内容が抽象的であればあるほど、それだけ一層、役割への期待も抽象的なものになり、包括的な危険防止・管理行動が行為者の注意義務として認められることになる。反対に、役割の内容が具体的であれば、それだけ一層役割期待としての危険防止行動もより特定される。

そして行為者の役割への期待を明らかにするためには、相互行為の相手方の役割をも具体化することが必要である。行為者の負担の程度は、相互行為の相手方との相関関係の中でのみ把握することができる。例えば、交差点における事故の加害者である自動車運転手が果たすべき注意の内容は、その被害者が車道を横断する歩行者であったのか、対向車または後

²⁴ 注意義務の内容を定める際の危険の把握方法を論じるものとして、例えば樋口 法曹時報 69 巻 12 号 28-29、船橋亜希子「過失犯における予見可能性の対象について」法学研究論集 45 号（2016 年）100 頁注 98 等。

行車であったのか、左方から交差点に進入した車両であったのかにより変わる。

特に日常生活の危険の防止が問題となる過失犯において、注意義務は、相互行為の関与者各人に割り当てられるのが通常である。ある製品の危険の防止にかかる負担はその製造者（側）と使用者の間で分配される。もちろんその危険を防止すべき注意義務のほとんどは、その危険の制御に関する知識や能力等を豊富に有する（と考えられる）製造者に割り当てられ、製品自体の安全性の保証とその安全な使用方法の表示や警告は、製造者が使用者との関係において履行すべき注意義務である²⁵。対して使用者は、製品の安全性を通常自ら点検する必要はないが、それを安全に使用すべき義務を負う。同様の関係性は、医師が患者に処方する薬剤の危険性に関しても当てはまるであろう。これらの場合、製造者や医師に危険を防止すべき注意義務がより多く割り当てられるが、相互行為の相手方が注意義務を負わないわけではない。

以上のように具体化される役割への期待が、行為者の注意義務の内容として適切であるのかどうか、という疑念が生じる。相互行為と役割及びそれに対する期待の内容それぞれを具体化するための方法には、そのような疑念を払しょくする仕組みが備わっていないからである。

そこで、具体化された注意義務の履行に伴う負担が、役割の担い手にとって過大であるかが検討されなければならない。ここでは、行為者と同じ役割を有する同業者等の動向が重要になる。この過大化の禁止は、役割期待の構造に基づく義務内容の内在的制限である。役割の担い手が行為状況において想到しないか選択しえない危険防止行動を、行為者の義務内容であると解することはできない。例えば行為当時には関連する法規則によって命じられていなかったのみならず、同業者も行っていなかったといえる場合²⁶や、当該措置が同業者にとっては時間的余裕やコストの面から通常実施し得ないといえる場合等が考えられる

²⁵ 判例は、例えば、森永ドライミルク事件（例えば高松高判昭和 41 年 3 月 31 日判例時報 447 号 3 頁、徳島地判昭和 48 年 11 月 28 日判例時報 721 号 7 頁）におけるように、食品製造業者が消費者との関係において危険を転嫁するような「手抜き」をすることは許されないとし（西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（下）」法曹時報第 30 巻第 3 号（1978 年）6-7 頁が指摘するように、「一切の」手抜きが許されないのかには議論の余地がある）や、医師は患者との関係において（静岡地裁昭和 39 年 11 月 11 日）、を負うと解している。

²⁶ 吊橋の落下による死傷事故の過失責任が問われた一ツ瀬川吊橋落下事件判決（宮城地判昭和 62 年 3 月 26 日判例タイムズ 663 号 213 頁）は、検察官が注意義務の内容において主張した吊橋の設計基準が行為当時の吊橋の設計者には認識されていなかったことから、被告人らの過失を否定した。その他には、ハイドロプレーニング現象に関する被告人の予見可能性判断が争点（の一つ）となった大阪高判昭和 51 年 5 月 25 日刑月 8 巻 4・5 号 253 頁および全日空宮崎航空滑走路オーバーラン事件控訴審判決（福岡高判宮崎支部昭和 57 年 2 月 23 日刑月 14 巻 5・6 号 537 頁）においても、同業者の行動が重要とされた。ジェットコースターの整備不良に起因する死傷事故に対する昇降機検査資格者であった被告人らの過失責任が問われたエキスポランド事件判決（大阪地判平成 21 年 9 月 28 日裁判所ウェブサイト）も参照。

27. このような場合、導出された注意義務の内容を行為者に課すことは、行為者に過大な要求であると評価することができる。

第5節 過失犯における他者への信頼許容判断としての不十分さ

先に示した他者への信頼の許容判断によると、行為者にとって他者の権能の有無や予期違背（落ち度）が明らかになった場合、行為者は他者に役割の担い手としての行動の実施を信頼することはできない。この場合、行為者には少なくとも、他者の予期違背を前提として自らが役割への期待に適った形で、他者や第三者を害さないよう行動することが要請される。行為者の一次的な義務の内容が、他者の予期違背行動を踏まえて具体化される、ということである。しかしこのような他者への信頼許容判断は、過失犯におけるその判断を指導するものであるにすぎない。後者の判断は前者よりも複雑だからである。

第1款 行為者らに対する危険防止の重疊的な義務付け

日独の判例は、共同作業による死傷事故につき、当該作業の関与者らが危険防止に関する同一（同種）の注意義務を重疊的に負う場合があることを是認している²⁸。共同作業者らの一次的な注意義務は他者の不信頼を前提としており、その注意義務を領域的に把握するならば、彼らの義務は重なり合っている。

このような他者の不信頼を前提とした一次的な注意義務の構想は、行為者らの関係を役割の担い手同士のそれとして捉えると、想定することができない。ここまでの議論からすると、行為者と他者が役割の担い手としての権能を有しているのであれば、相手方の違背行為が明らかにならない限り、役割への期待に適った行動の実施を信頼することができるからである。

第2款 行為者の二次的な注意義務の根拠付け

過失犯において信頼の原則の適用可能性が論じられる他の事例群では、他者には通常適

²⁷ 例えば福知山線脱線事故強制起訴事件上告審決定（最決平成29年6月12裁時1678号3頁）においては、本件事故現場にATSを設置すること等を動機づける程度の危険に関する被告人らの予見可能性を否定する際に、本件事故以前には曲線へのATS整備などが義務付けられていなかったことに加えて、他の鉄道事業者が曲線にATSを整備しておらず、そしてATSの整備箇所を選別する方法を採用してなかったという事情等が挙げられている。この点についての詳細な検討は、齊藤彰子「判批」刑事法ジャーナル54号（2017年）159-160頁にみられる。この検討に基本的に賛同していると思われるのは、谷井悟司「判批」法学新報125巻3・4号（2018年）157-159頁。また強制起訴に基づく福島第一原発事故の刑事裁判における津波の予見可能性判断につき「同業他社の運用」を考慮すべきであるとするのは、土井和重『『未知の危険』と過失犯における予見可能性—福島原発事故の刑事責任を巡る議論を契機として—』北九州市立大学法政論集45巻3・4号（2018年）128-129頁。

²⁸ BGH NJW 2002, 1887（ブッパータールモノレール事件）および最決平成13年3月26日刑集61巻2号131頁（横浜市大病院患者取違事件）。

切な行動の実施を信頼することができるが、特段の事情によりその信頼がもはや許されない場合がありうるということが認められなければならない。行為者は他者が役割の担い手としての行動をとることを一般に信頼することは許されるが、その予期違背行動が行為者に明らかになった時点から、他者を引き続き信頼することが許されない。そして他者への信頼が許されないということは、行為者が他者の犯した落ち度（その一次的な注意義務の違反）に対して共同答責的となる、ということの意味している。行為者の二次的な注意義務と落ち度を犯した他者の一次的な注意義務は、重なり合っている。

適切な行動の実施を通常信頼することが許される他者が不適切な行動をとった場合にも、その者を行為者が引き続き信頼してよいのかが問題となる場合、他者の落ち度を行為者に負責する判断と、他者に対する信頼を許容して行為者を免責する判断、いずれなしうる理論構成が用意されなければならない。そのためには、他者が役割への期待に適った行動をすることに配慮すべき義務を、行為者が二次的な注意義務として負うという形で、行為者の答責領域の潜在的な拡大を根拠付ける必要がある。その二次的な注意義務が発動しない限り、行為者が他者を信頼したことを許容する余地を確保するためである。この種の事例群において、行為者の注意義務が「多層化」²⁹していなければならない。

役割の担い手同士として把握された行為者と他者の関係には、行為者が先の二次的な注意義務を負う場合が含まれてはいる。しかしこのことが全ての関係に当てはまるわけではない。役割の担い手ら同士の関係において、他者の行動に配慮すべき二次的な義務は通常根拠付けられないであろう³⁰。これらの場合、他者に予期に適った行動を信頼できないとはいえるが、行為者が他者を引き続き信頼してよいか、ということは問題にはならない。他者の予期違背は、通常その者にのみ帰属可能であって、行為者へ帰属されることはない。

行為者に他者の行動への配慮（その落ち度の補正）を内容とする二次的な注意義務を認めることは、行為者の担っている役割（保障人的地位）にそのような配慮が期待されていることを意味する。二次的な注意義務の根拠付けは、行為者の役割への期待の内容次第であるが、その内容は行為者と他者との関係性の把握の仕方に依存している。役割は他者との関係の中でのみ特定することができるからである。よって、上記のように行為者らの関係性を単に役割の担い手と捉えるだけでは、行為者に二次的な注意義務が認められる場合を特定するためには不十分である。

²⁹ *Schmidt-Salzer, Strafrechtliche Produktverantwortung*, NJW 1988, 1937 ff 1942.

³⁰ 例えば、歩道上でAが通行人Bにナイフで切り付けて傷害を負わせた場合、Bが自らをナイフで切りつけようとするのを、Aがその行動から予想しえたとしても、AがBの傷害行為を阻止すべき義務を負うわけではない。AはBによる傷害から専ら自己を保護ための行動をとることは許されるが、通常Bの犯罪を阻止する義務を負わない。AがBの犯罪実行という予期違背を認識したことは、Bの罪責の成否に関係がない。仮にBが第三者に傷害を負わせたとしても、この結果は通常Aに帰属しえない。また、CとDが連れ立って道路を歩いているとき、Cが転倒して対向していた児童Eと衝突してこの者に傷害を負わせた場合、仮にDがCの転倒を予見可能かつ回避可能であったとしても、CがEに対して傷害結果を過失的に惹起したことは、通常Dに帰属されることはない。

第3款 原則的に許容される他者への信頼の二つの形式

信頼の原則を巡る議論において通常論じられる他者への信頼は、その者が「適切な行動」をするであろうというものである。他者への信頼が役割を基に構成されるのであれば、信頼の対象である「適切な行動」を、役割の担い手が通常選択するであろう危険防止措置の実施という内容で解することができる。この行動への信頼は、「他者が役割に違背することを見込まなくてよい」ことを含意している。そのような信頼が通常許されるのであれば、他者の役割から逸脱という意味での過誤を犯す可能性、すなわち危険防止行動をとらない可能性や危険防止行動を不適切に実施する可能性を考慮した上で自らの行動を選択しなくてよい、ということになる。この場合、他者の過誤を補正すべき義務は、行為者の二次的な注意義務としてのみ根拠付けることができる。他者が役割に違背している可能性を積極的に調査することは、行為者の一次的な注意義務として構成されえない。二次的な義務が発生するのは、他者の不適切な行動の兆候が行為者に明らかになる等の特別な場合である。この場合にはじめて、行為者が他者の行動に由来する危険の防止措置を実施しなくてはならない。つまり、行為者の注意義務が、他者の落ち度の補正にまで拡大する。

ところで、Jakobsらが指摘するように、他者の役割の担い手として犯す落ち度は、二つに大別することができる³¹。個別の役割に典型的な落ち度と、非典型的な落ち度である。これらは、その予見可能性の難易や予見に伴う負担の軽重の点で、別様に扱うべきであろう。前者の落ち度は、役割の内容が確かなものになるにつれて類型化がなされうるものであり、社会生活において認知されていくものであるといえる。このような落ち度の類型化に伴い、その落ち度の兆候の類型化もなされうるであろう。それゆえ他者の犯した役割に典型的な落ち度に関する予見可能性が問題となる場合、その類型や徴表の認識を媒介にする等して、その予見可能性を認めることは比較的容易であろう。しかし役割に非典型的な落ち度の内容は、その担い手にはおよそ予期・想定されていない行動である。その落ち度は多様な形態を有し、類型化は困難である。それゆえ、役割に非典型的な落ち度に関する予見可能性は、通常認められないであろう。もちろん、その落ち度を現認した場合やその危険の実現が差し迫っていることを徴表する諸事情を認識した場合等、当該の落ち度に関する特別な知識を有している者には、その予見可能性を認めやすいであろう。他者が役割に期待される危険防止行動をするであろうと通常信頼することが許される状況において、他者が犯した落ち度が役割に典型的なものであるのか非典型的なものであるのかは、その認識（予見）可能性の認定の難易、すなわち二次的な注意義務の発動の有無に対して典型的な影響を及ぼすものである。

もっとも他者の「適切な行動」への信頼は、必ずしも危険防止措置の実施への信頼を意味するわけではない。たしかに、役割の担い手に「適切な行動」の実施を一般に信頼できるのであれば、他者が役割に非典型的な落ち度をするを見込んだ上で自己の行動を選択す

³¹ 第5章第2節第1項第3款、同節第2項第3款を参照。

る義務を一般化することはできない。その義務は、役割の担い手への不信頼を意味するからである。

しかし他者が役割に典型的な過誤を犯す可能性を見込んだ上で自己の行動を選択する義務は、役割の担い手への信頼の原則的な許容と両立しうる。この場合、他者が役割に期待される危険防止行動を実施するであろうと信頼することは許容されないが、他者が通常役割に非典型的な過誤を犯さない、つまりその役割から逸脱しないことを信頼することは許される。このような信頼は、非典型的な過誤の発生可能性を考慮に入れる必要がないため、その分だけ行動選択にかかる負担が軽減されるからである。この場合、他者の役割に非典型的な落ち度を補正することは、行為者の一次的な注意義務からは除外される。それは、他者の非典型的な落ち度が行為者に明らかになった場合にのみ、二次的な注意義務としてのみ認められることができる。

他者へ一般に向けることの許される信頼には二つの形式がありうる。まず、他者が役割に期待された危険防止行動をするであろうという信頼である。この信頼が許される状況において、他者の過誤の補正は、行為者の二次的な注意義務として構成される。行為者は、他者の行動の適切さに関する情報収集活動を通常義務付けられない。ただ、他者の不適切な行動が行為者にとって明らかになった場合、行為者の二次的な注意義務が発動し、もはや他者が役割に期待される危険防止措置を講じると信頼することが許されなくなる。

そして他者が役割に非典型的な落ち度を犯さないであろうという信頼も観念しうる。この信頼が許容される状況において、行為者は自己の一次的な注意義務を履行するために、他者の動静を注視しなければならない。他者の行動に関する情報収集活動を実施した上で、自らの行動を選択することを義務付けられる。しかし行為者が通常収集すべき情報は、他者が役割に典型的な落ち度を犯しているかどうかであり、他者が役割に非典型的な落ち度を犯す可能性を考慮する必要はない。

個別事案における他者への一般に許容される信頼にどちらの形式が妥当するのかは、行為者に他者の不適切な行動に関する認識可能性が認められるのかという、他者への具体的な信頼の許容判断に影響を及ぼすであろう。その形式に応じて通常法的に保護される他者への信頼の内容が異なる。そして特に他者が役割に典型的な落ち度を犯した場合における予見可能性は、それぞれの形式において異なる意義を有する。前者の形式の場合、その予見可能性判断は、行為者の二次的な注意義務の発動条件である。そして役割の担い手が落ち度を犯すこと自体が通常想定されないものとして取り扱われる。後者の形式において、その予見可能性は、行為者の一次的な注意義務の内容を具体化する際の考慮要素である。他者の役割に典型的な落ち度は行為者が予見すべきものであり、その予見可能性を認定することは比較的容易である。

一般に許容される他者への信頼に二つの形式があるならば、それらがどのように分化するのか、両形式がいかなる場合に認められるのかを検討する必要がある。これらは他者の信頼許容判断の一部となりうるからである。しかしその諸問題も、上記のように役割の担い手

らの相互的な関係を前提としただけでは解決することができない。

第7章 他者に対する信頼の許容判断

規範としての行為予期を役割に同定することから導出される諸判断は、過失犯における他者への信頼の許容判断を基盤となる。しかし前章において想定している行為者と他者の相互的な関係は、本論文の考察対象を曖昧に捉えているにすぎない。

過失犯における他者の信頼許容判断の構造を明らかにするには以下の諸点を検討しなければならない。まず、なぜ行為者の役割への期待に他者の行動への配慮（その落ち度を補正）する義務が含まれるのか、その配慮義務がその実施にかかわる履行負担の軽減を伴う形で、行為者の一次的または二次的な注意義務として認められるのはなぜか、である。

第1節 行為者らの活動の共同

他者に対する信頼の許容の可否が問題となるのは、行為者と他者が単に相互的な行為をしているだけではなく、両者が一定の活動に関与し、その活動について共同をしている場合である。

活動の共同により、行為者らはその「関与者」としての役割を担う者として振舞うことになる。その役割には、活動に由来する危険を全般的に管理することが期待される。各人に管理が期待される危険の中には、他の関与者の落ち度が含まれる。行為者らは当該の危険の管理を一次的な注意義務として、かつ相互独立の形で負うことになる。このことは、各人には他者の過誤の補正を内容とする二次的な注意義務が発生しない、ということも意味している。行為者らの相互的な関係が同一の活動の共同という形で特徴付けられる場合、行為者が他者に「適切な行動」を信頼することはおよそ許されない。

活動の共同は、行為者らの答責領域に他者の過誤を補正すべき義務を含む形で、その領域を拡大する。つまり活動の共同は、他者に対する信頼の許容の問題が生じるための前提条件である。

第2節 分業による任務分配と役割分担の意義

活動の関与によって行為者の一次的な注意義務に割り当てられた他者の過誤の補正（義務）が、行為者の二次的な注意義務へ位置づけられる場合（その諸条件）を明らかにしなければならない。これが過失犯における他者に対する信頼の許容判断の根拠となる。そのためには、活動に関与する行為者らの関係性の中から、他者に「適切な」行動をするであろうと信頼することが通常許される場合を明らかにする必要がある。

行為者が他者の適切な行動を通常信頼してよいが、場合によっては他者の過誤を補正すべき義務を負うのは、行為者と他者が活動を分業する場合である。ここにいう分業は、活動の関与者らの役割が一定の仕方で分化することによって各人の課業が活動それ自体の実施ではない状態を指す。分業が他者への信頼の許容に資するのは、その実施目的に由来する。分業は、活動にかかる任務を関与者らに分配し、各人の任務遂行にかかる負担を軽減するこ

とにより、活動の効率性を上昇させるために行われる。規範の名宛人の注意義務の実体がその者の役割への期待であるならば、分業がもたらす負担軽減は、行為者らの注意義務の履行負担をも制限する。

分業により行為者らは自らに割り当てられた任務に対応する役割を担い、その役割に向けられる期待に適った行動をとることを自らの一次的な注意義務として負う。刑法上、各人は自己の役割期待に適った形で、任務に関連する危険を通常管理しなければならない。分業が任務分配と負担軽減を内容することから、通常、各人の任務の内容が活動自体の実施にはならない。それゆえ活動自体を危険なく実施するという包括的な注意義務も、一次的な義務として構成されない。行為者らは分業の形式に基づいて、活動に由来する危険を単独で管理するのではなく、通常は共同かつ部分的に管理することになるからである。この意味において、分業の関与者らの一次的な注意義務の内容は制限される。もっとも、各人は一次的な注意義務のみを履行すればよいわけではなく、自己に割り当てられた役割に期待される行動の実施以外の事項を二次的な注意義務として負うことになる。なぜなら、自己の任務の遂行に基づく役割は、その活動の関与者という包括的な役割の基に構成されるからである。

これらのことから、分業の相手方としての他者には、その役割期待に適った行動をしようとする通常見込むことができるようになる。反面、他者がその他の行動をする可能性を通常考慮に入れる必要はない。そのような他者の行動へ配慮は、行為者の二次的な注意義務に位置付けられる。行為者が有する役割には、その活動の関与者という要素を含んでいるからである。しかし、そのように注意義務の内容が多層化することも、分業に関与する者らの負担を軽減する。分業により、行為者らがなすべき活動の危険管理に関する（義務の履行）負担は、以上のように二重に軽減される。

行為者らの関係性を分業、すなわち役割分担の上での活動の実施と解するならば、少なくとも、その相手方が自らの役割期待から大幅に逸脱する行動をしないでであろうと信頼することが通常許されなければならない。そのような逸脱行動を分業の関与者の一次的な注意義務と解することは、任務分配と役割分担自体が許容されることと矛盾するからである。ただ、分業をしたからといって、その相手方に向けることができる役割期待（信頼）の内容が、その任務の適切な実施（および関連する危険の適切な管理）になるわけではない。相手方が役割期待に違背する可能性を踏まえて、自らの行動を選択することが自己の一次的な注意義務である、という形での分業も考えられる。しかし相手方が役割の担い手であればおよそ選択しないでであろう行動をとる可能性を見込んだ上で、自己の行動を選択することを一次的な注意義務として認めることはできない。そのような一次的な注意義務から関与者を解放することが、分業の目的だからである。

分業の成否は、彼らの関係性の（外部的な）評価の問題である。一定の諸事情を考慮すると、活動の関与者らの間で役割分担がなされていると解しうるのかが重要である。役割分担の有無の判断は、上述した相互行為と役割の具体化の延長線上に位置する。分業は、相互行為や役割を具体化する諸事情から読み取られるものである。特に、相互行為に関わる（一部

の) 者らの間での契約、職制 (上のコミュニケーション) や「取り決め」、法規則等が考慮要素になるであろう¹。

そして分業の成否が評価的な問題であるならば、関与者らの意識的な役割分担は必要ではない。例えば関与者らが活動を分業的に実施 (役割を分担) していると考えていたとしても、このことが事実関係から読み取れなければ、彼らに分業が成立するとはいえない。また、道路交通の関与者らの間にも、役割分担を観念することが出来る限り、分業が成立するとみることができる。そこでは道路交通規則や経験的判断等が、交通関与者 (または自動車運転手や歩行者、更には細かな「人通りのない夜間の交差点へ進入しようとする自動車運転手」という役割分担を認めるための事情であると解することができるであろう。

第3節 分業の形式に応じた他者に対する信頼の許容判断

先の述べた分業において、その相手方に向けてのことのできる役割期待の内容は漠然としている。行為者の側からすると、他者は自己の役割に適った危険管理行動をかもしれないし、その役割に典型的な違背をするかもしれない。そしていかなる場合であっても、他者が予期に違反する可能性を完全に消去することはできない。役割から大幅に逸脱せずに行動するであろうとの信頼が許される場合、行為者の本来的な役割期待には、他者の過誤の補正義務が含まれるからである。

行為者らが分業をしているとしても、他者が自己の役割期待に適った危険管理をするであろうと信頼することが通常許されるわけではない。そのような信頼が保護されるためには、行為者の一次的な注意義務に他者の過誤の補正が含まれない状態が必要である。

すでに述べたように、個々人の役割期待の内容は、その具体化の際に考慮する諸事情に応じて異なり、その期待は役割の担い手の行動であるから、役割をどのように把握するのにも依存している。ここで問題としている分業関係にある者らの役割期待の内容は、更に、各人への任務の分配の仕方によって変化する。任務分配の仕方に応じて、役割分担の他者に通常向けることが許される信頼の内容が異なる。

以下では分業を、任務を分割した上でこれを関与者らに分配するものと、同内容の任務を関与者らに分配するものに分ける。この形式において、分業の相手方としての他者に通常向けることができるの信頼の内容は異なり、ゆえに信頼の許容判断の構造も異なる。

第1項 機能別分業において原則的に許容される他者への信頼

他者が自らの担当する任務を適切に実施するであろうと信頼することが通常許されるた

¹ Brose, Aufgabenteilung im Gesundheitswesen Horizontale und vertikale Arbeitsteilung auf klinischer und präklinischer Ebene, in: Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2000, S. 54-57. なお、Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 1987, S. 87 は、「いくつかの役割は第一次的に上下関係によって定義づけられ、別のいくつかの役割は構成員たる資格によって定義づけられる」と指摘する。

めには、分業の関与者らに限定的な任務の遂行に専念させることによって、各人の負担軽減がなされることが必要である。分業が、活動実施のための任務をその機能や専門性に分割し、この分割された任務を関与者らに分配する形で行われる、ということである。以下、この種の分業を、経営組織論における用語法に倣って、「機能別分業」²と呼ぶ。

機能別に任務が分配される場合、行為者らは、通常自らに割り当てられた任務の遂行について意思決定をする権限を有する。そして権限に基づく行動とその結果に対して（良くも悪くも）一次的な答責を負う。この答責には自己の権限の範囲内で生じる危険を制御することも含まれる。対して、自己の任務とは機能的に異なる任務については自らの権限が及ばないため、その遂行および危険の管理に対して一次的な答責を負うことができず、せいぜい二次的な答責を負うにとどまる。そして、ある任務について権限を有さない者は、その任務の「担当者」という役割の担う者に対して、この者が当該任務を危険なく遂行するために行動するであろうと、期待することができなければならない。そのような信頼が許されないのであれば、機能別分業自体を禁止することになってしまうからである。

自らの任務への集中を実質とする機能別分業が成り立っている場合、その相手方がその任務を適切に遂行するであろう、すなわちその任務担当者という役割の担い手として当該任務に付随する危険を制御するであろうという期待・信頼が原則として許される。この場合、関与者らは自らの任務を危険なく遂行するという注意義務を履行するにあたって、相手方が任務遂行の際に過誤を犯す可能性が否定されないにもかかわらず、これを通常考慮する必要はない。分業の相手方の適切な任務遂行への相互的な予期が保証される限り、相手方の過誤に関する認識を調達し、その過誤の危険を防止することが関与者らには義務付けられない。

このような任務分配は、共同的な分業を行う企業や組織の活動として広く実施されている。例えば、企業の事業を部門別または職能別に分割する場合等である。そしてこの形式は、刑法上の信頼の原則を巡る議論において論じられている垂直的分業と水平的分業に分けられる³。垂直的分業において、上位者は活動の企画立案またはこれを下位者への指示・監督するという任務を負い、下位者は上位者の企画等に従って実行・実現する任務を負う。つま

² 沼上幹『組織デザイン』日本経済新聞社 2004年 46-48頁。その他に、例えば坂爪裕「セル採算方式と分業の新展開：導入企業8社の事例研究」日本経営学会誌第16巻

(2006年) 99-100頁、高尾義明『はじめての経営組織論』有斐閣 2019年 90-93頁および97-98頁、十川廣國編『経営組織論』第2版 中央経済社 2013年 31-33頁（清水馨）、槇谷正人『ビギナーズ経営組織論』中央経済社 2018年 109-110頁および113頁を参照。

³ 沼上（前掲注2）頁43-44頁および46-51頁。同書では、刑法上論じられている垂直的分業は「機能別分業の一種」と解されており、水平的分業は「直列的」なものと「並列的」なものに分けられている。高尾『はじめての経営組織』90-93頁は垂直的分業を組織の「垂直的分化としての階層化」、水平的分業を「水平的分化としての部門化」と呼び、槇谷『ビギナーズ経営組織論』113頁は、前者を「ピラミッド型」、後者を「フラット型」と呼ぶ。更に、坂爪 日本経営学会誌第16巻 99-100頁も、機能別分業には垂直的なものと水平的なものがあることを指摘している。

り任務を基本的に「考える」と「実行する」に分けるものであり⁴、主として、前者を上位者が、後者を下位者が担当することになる。水平的分業の典型例として論じられる手術における麻酔医と執刀医は、手術という活動のうち各々の専門分野に該当する部分を担当するのであり、ここで任務は職能別または専門別に分割されている。

第1款 任務分配と権限移譲

行為者と他者との間で機能別分業が成立するならば、他者が自らの役割に期待される危険防止措置を講じるであろうと信頼することが通常許容される。機能的分業が成立するためには、まず形式的に、行為者と他者が機能的な観点から別種の任務を担当していることが必要である。これは各人の役割の具体化を意味する。つまり行為者らの担う役割が、機能的にみて別種のものでなければならない。行為者と他者の役割がそのように具体化できるのであれば、他者がその役割への期待に適った行動をとるであろうと規範的には期待・信頼することができる。

しかし、そのように関与者らの間で役割分担がなされていたとしても、他の関与者に対する上記の信頼が通常許容されるとはいえない。関与者らが任務担当者という役割を担うことのできる人物であるのか、他の関与者にその任務の「適切な」遂行をどの程度期待できるのかは、別途検討されるべきものである。実際、企業・組織活動は（一人会社を除くと）分業的になされるのであり、その活動が一定以上の規模になれば、分業は機能別になされる。しかし、企業・組織活動の関与者らの間で、他の関与者への信頼の許容が常に認められるわけでない。更にいえば、分業の相手方に信頼をおよそ向けることが許されないと解すべき場面もありうるであろう。

我が国の判例⁵および学説上⁶、役割分担の確立やその明確さが、信頼の原則の適用基準として言及されている。（機能別）分業にも同原則が適用される場合と、それが適用されない場合があることが念頭に置かれている。

第2款 任務分配と権限移譲に含まれる危険の典型とその減殺

分業は効率的な活動の実施という利益をもたらすとともに、一定の不利益をも内包している。その不利益には、活動の非効率化や関与者らのモチベーションの低下のような経営論的観点のみならず⁷、関与者または第三者に対する損害発生の危険も含まれる。機能別分業

⁴ 沼上（前掲注2）頁43-44頁および43-44頁。

⁵ 特に最決平成19年3月26日刑集61巻2号131号。

⁶ 例えば、飯田英男「判批」渡辺陽三編『医療過誤判例百選』第2版1996年51頁、井田良「医療事故と刑事過失論をめぐる一考察」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』所収 成文堂 2014年617頁、西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（下）」法曹時報30巻3号（1978年）17-19頁等。

⁷ 経営組織論的な意味における機能別分業のメリットとデメリットに関してまとめているものとして、坂爪 日本経営学会誌第16巻99-100頁100頁、より詳細には沼上幹『組織デザイン』58頁以下を参照。

が内包する損害発生の危険の典型といえるのは、割り当てられた任務に要求される権能を持たない者を関与させること、権能を有する関与者らの任務分配に際しての調整不足、コミュニケーションの瑕疵等である⁸。これらは、関与者らが割り当てられた任務を安全に遂行しないという事態を生ぜしめうる。このような想定される危険は、分業の開始後に生じうる他者の過誤の源泉となりうる。

当該危険の制御は、機能別分業の関与者らによって果たされるべき事柄であり、彼らの注意義務として構成されるべきものである。分業の開始は、関与者らの意思決定に基づくからである。よって当該の危険が事前に減殺されて初めて、その分業の相手方としての他者への信頼の原則的な許容という利益が関与者らにもたらされる。その場合、第三者の見地からすれば、問題となる機能別分業の危険が制御されていると評価できるからである。

もっとも、事前にその危険を完全に除去することは、機能別分業を実施しない以外にはおよそ不可能であるのみならず、その分業の実施自体が許されていることに鑑みれば、過剰な期待でもある。ただ機能別分業の開始時点に、それに内在する上記の典型的な危険が関与者らによって社会的相当な程度にまで低減されることは期待されうる。よって機能別分業に典型的な危険がその程度にまで事前的に減殺されることが、その分業の成立条件となる。以下、これを水平的分業と垂直的分業に分けて検討する。

(1) 水平的分業における他者に対する信頼の原則的な許容の諸条件

水平的分業において、各人の一次的な注意義務の源泉となる任務領域から生じる役割（一次的な注意義務）には、他の関与者への配慮が通常期待されない。その分業体制下では、関与者らが対等な関係⁹にあること、および、関与者らに割り当てられる任務の遂行権限が各人にも完全に移譲されるため、関与者らは相手方に対する指示・命令権限を有さないことが前提とされるからである。

関与者らに任務とその権限が完全に移譲されるという水平的分業の性質上、それが成立するためには、関与者らが自らに割り当てられる任務の遂行に要求される権能を有していなければならない。すなわち、関与者らが担当する任務は、その者の知識や能力、経験や資格等によって危険なく遂行しうるであろうといえるものでなければならない。そうでなければ、他者への原則的な信頼の許容をする形で、水平的分業が成立したとは評価しえない。

① 潜在する典型的な危険の防止

水平的分業が開始する際には、任務分配の際に任務遂行に必要な権能を有さない者を、そ

⁸ このような機能別分業の瑕疵については、*Brose*, (Fn. 1) 52, 66 ff.; *Schmidt-Salzer*, NJW 1988, 1940; *Ulsenheimer/Gaede/Bock*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl., 2020, Rn. 196, 295. *Wilhelm*, *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin*, 1984, S. 23 ff. 更に萩原由美恵「チーム医療と信頼の原則 (1)」上智法学論集第49巻第1号(2005年)55-56頁。

⁹ *Wilhelm*, (Fn. 8) S. 3 f.

の分業に関与させるということは回避されなければならない。このことを防止すべき義務は、水平的分業を企図して分業の相手方を選任する者に割り当てられる。水平的分業において、任務の遂行権限は、それを割り当てられた者にのみ属するからである。選任者は、委任しようとする任務の遂行に要求される権能を備えている人物を分業の相手方として選択する必要がある。当該任務に要求される権能を備えていない人物の選任という危険を防止するためである。そのため、選任しようとする者の有する知識・能力、経験や資格等から、その者が権能を備えているのかが注意深く吟味されなければならない。選考の対象者が権能を有していないことが明らかになるならば、その者との水平的分業を断念するか、またはその者を選任するならば、当初委任しようとした任務の内容を、その者の知識等によって危険なく遂行できる程度に縮小させ、その余の任務は自ら遂行するか第三者に委任する等の措置を講じる必要がある。

選任過程において選任者が払うべき注意として、どのような知識や能力、経験・資格等の有無を吟味すべきかは、委任しようとする任務の内容、特にその専門性の有無と程度に依存する。委任する任務が比較的単純な作業であるならば、選考対象者の知的・身体的能力に著しい欠如がないことを確認することで足りるであろう。対して建物の建設計画や手術のように専門性の高い任務を委任することによって水平的分業を企図するならば、対応する資格の有無、当該任務の内容に合致または類似する経験等の有無をも確認することになるであろう。任務を十分に把握しない危険と権能を有さない者の選任という危険と競合する場合、前者が他者の過誤として表面化することになり、後者はその過誤の危険性の高さを裏付ける事情として機能するであろう。なお、選任過程において、委任者が当該の任務に関して専門知識を有していないならば、選任に関わる者はそのために必要な情報を自ら収集することも必要になるであろう。

行為者が、権能を有さない（対等関係にある）人物を選任したならば、行為者は、当該任務には不適格な人物を分業活動に関与させたことになる。他方で、自らが割り当てられた任務の危険を制御できないにもかかわらずその任務を引受けたならば、その引き受け行為自体に過失非難が向けられうる。そして委任を引受けた者に引き受け過失が認められることは、選任者の過失を根拠付けうる事情となる。選任者は、活動の関与者としての自己の役割から当該任務を危険なく遂行することを期待されるにもかかわらず、その危険を制御できない者を関与させたことによって、自らの役割への期待に違背するからである。選任者は、被委任者の権能の欠如を認識可能である限り、この者の過失行為に対して共同答責的となる。この場合、任務を引受けた者の落ち度が、当該任務の担当者という役割の担い手にとって典型的なものであるか、それとも非典型的なものであるかは、選任者に対する過失非難の有無を左右しない。選任者が当該者を信頼することは未だ許されていないからである。

反対に、行為者が自らの能力では危険なく遂行しえない任務を引受けたならば、その引受け行為に行為者への過失非難が認められうるのみならず、行為者を選任した者にも過失が根拠付けられうる。

選任過程の実質をなす他者との任務分配においては、関与者らの任務領域の範囲が事前に明確化されなければならない。水平的分業において、関与者らは通常自己の任務遂行についてのみ権限を有する。そのため、担当者が明確に決まっていな任務が存在すると、当該任務の不実施により加害的な危険が生じうるのみならず、当該任務の遂行に不適格な人物がそれを担当することによって同様に加害的な危険が生じうる。よって誰がどのような任務を担当するのか、(分業の開始時点において) 担当者が不明瞭な任務領域が存在しないのか事前に確認されなければならない¹⁰。

更に、関与者らが(少なくとも) 自らの遂行すべき任務の内容について十分に把握していないという危険が生じうる。そのため、他者を選任する側は、任務する委任の内容のみならず、企図した水平的分業全体の内容をも説明する必要がある。そして、選任された者も、選任者と同様の注意義務を負うことになる。対等関係を前提とする水平的分業において、被委任者も自らに割り当てられる任務を引受けるのか否かを決定することができ、任務分配の後、被委任者には割り当てられた自らの任務を通常単独で危険なく遂行することが期待されるから、自らの負えない任務を引受けること自体に過失非難が根拠付けられうる。

② 事前の調整による特殊な危険の防止

水平的分業が特に複数の異なる専門家同士によって構成され、これが成立する場合、関与者らが提供する給付の組み合わせによって特殊な危険が創出される可能性がありうる。この危険は特に、例えば手術のように関与者らが同一の場所的空間において同時的に協働する場合に表面化しうる。この場合、他の関与者が提供する給付に瑕疵があること、または瑕疵のない給付の提供を受けた者がその内容を誤解する危険がありうる。ただ、協働の段階において、関与者らは自らに割り当てられた任務の遂行に集中する必要がある。これと同時に他者への恒常的な配慮をなすべきであるならば、各人の任務の危険ない遂行が妨げられることになってしまう。そのため手術のように給付提供が同一の時間・場所でなされる水平的分業において、給付の瑕疵や誤解のリスクの除去が関与者らの一次的な注意義務の内容と解されるべきでない。

それゆえ BGH 判例¹¹が指摘するように、その関与者らは、各々が提供する給付の内容を事前的に調整することを自らの一次的な注意義務として負うことになる。この事前の調整は、給付の結合が同時的になされる水平的分業が成立に関する追加的な条件と位置付けられる。その種の水平的分業において、任務分配のみならず、関与者らが提供しようとする給付の内容のすり合わせを行うことが求められる。このような提供する給付に関する事前の調整は、関与者各人の一次的な注意義務として構成されるべきものである。当該の調整がな

¹⁰ 任務分配の欠如あるいはその瑕疵が問われた事案として、最決平成 13 年 3 月 26 日刑集 61 卷 2 号 131 頁。このような任務分配が適切になされていない場合、判例の判示と同様に、関与者らには分配されていない任務の危険防止義務が重疊的に課せられることになる。これについては、本章第 3 節第 3 項で取り上げる。

¹¹ BGH NJW 1999, 1799 (1780).

される段階では、各人が自らの任務に必要な権能を有しており、任務担当者として提供する給付の内容を自らの判断で決定することができるからである。

③ 給付提供時の誤解の解消

機能別分業において給付の提供が直接的に行われる場合、上述のように提供される給付の瑕疵が生じる危険や、給付の提供者にその給付の内容理解に誤解が生じるという危険がありうる。この場合、他者が提供する給付の瑕疵の有無を積極的に確認することは、通常義務付けられないであろう。そこでは事前に権能を有する関与者らに完全な任務遂行の権限を委譲することをもって効率的な活動の実施を図るものであり、他者から提供される給付の瑕疵の確認は、自らの任務の危険のない遂行を妨げることになるからである。そのような他者の給付の適切さを確認すべき義務が生じるのは、対応する取り決めやルールが妥当していることが必要になろう¹²。

対して、給付に関する被提供者の誤解という危険の防止は、その提供者と被提供者双方の一次的な注意義務となる¹³。給付の提供者は、被提供者に対してその給付の内容を理解できるように説明する必要がある¹⁴。ただ水平的分業において提供される給付は専門的になりがちであるから、その内容が被提供者にとって一義的でない場合がありうるからである。よって、給付の内容に関する情報提供がなされなければならない。ただ、給付に関する情報の全てを提供する必要はない。被提供者は提供者の任務に関して専門知識を有しているわけではないため、多量の情報は被提供者の任務遂行を妨げることになるであろう。被提供者にとっては、自らの任務遂に際しての給付の危険性およびその管理の仕方であり、これにかかる情報が重要となる。この点について、提供者は被提供者に対して必要な情報を提供することを自らの一次的な注意義務として履行しなければならない。

被提供者も、その給付の瑕疵の存在を通常疑う必要はないが、その給付を自らの任務遂行

¹² *Brose*, (Fn. 1) S. 59 を参照。このような見地からすると、ブッパータールモノレール事件 (BGH NJW 2002, 1887) においては、服務規程に全従業員は作業の中断時および終了後にはその区間が安全であることを自ら確認しなければならないと定められていたのみならず、作業員らに教化されていた（これについては、第 1 章第 1 節第 3 項第 1 款 (3)）という事情は、（水平的な分業の関係にあったとみえる）他者への信頼の許容を否定するものと解しうる。そうすると、本件被告人らの間に任務分配がなされいたとう指摘（例えば、*Freund* NStZ 2002, 424 f.）は、本判決への批判として必ずしも適当ではないように思われる。

¹³ *Schumann*, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S 21 ff.

¹⁴ 「渋谷シエスパ事件」第一審判決（東京地判平成 25 年 5 月 9 日刑集 70 卷 5 号 210 頁）が、被告人が施工部門に対して「設備の保守管理につき安全上遺漏のないように的確な説明がなされるように配慮していれば、特段の事情のない限り、施工部門の担当者を信頼し、設計部門の担当者が施工部門が行う説明内容を逐一説明するなどの万全の配慮を行うまでの必要はないともいえる」と判示した。ここでは、給付提供における情報提供と配慮が、相手方への信頼許容の条件と解されている。

のために危険を生じさせずに利用するために必要な情報をえること、および、その（瑕疵のないと考えてよい）給付の利用に関して疑問点や不明点が生じた場合には、これを提供者に問い合わせる等して自ら解消することを、一次的な注意義務として負うことになる。しかし、問い合わせに応じて提供者は何ら応答や対応をしない場合は別として¹⁵、非提供者は提供者からの応答等の内容の適切さを通常信頼することができるであろう。この段階において被提供者は、提供者による任務の適切な遂行を信頼することは許されているからである。提供者からの応答自体を再検討することが被提供者の一次的な注意義務と解すべきであるならば、被提供者の担当任務への集中によるその危険のない遂行、および分業活動の円滑さを損なうことになる。このことは、水平的分業を構成する任務が関与者らの職能に応じて分割および分配され、提供者と被提供者の任務の専門性に生じる相違が大きくなれば、より強く妥当する¹⁶。専門家として行動する提供者からの情報の信用性を、その任務に関する専門知識を有していない被提供者が、自ら吟味することは困難になるからである。よって被提供者が提供者から受けた給付の内容に関する説明、および自らの給付に関する問い合わせに対する被提供者からの応答等を、自らの任務遂行にあたって前提としてよい¹⁷。つまり被提供者は、給付を自らの任務遂行のために危険なく利用するために必要な措置を講じることを一次的な注意義務を負うが、給付の内容の適切さを検討することをも当該義務として負うわけでない。

被提供者にとって給付に瑕疵があることに疑念を抱かせる事情が存在するのであれば、

¹⁵ 小学校の改修工事での事故の過失責任が問われた「ゴルトベルク事件」(BGH NJW 2009, 240)において、特に現場で小学校のコンクリートの撤去作業をした被告人は、(水平的)分業の相手方による危険な支柱設置作業(静力学的見地から要請される支柱よりも相当に少ない支柱での建物の補強)を現認していたことから、少なくとも相手方の給付提供の瑕疵に疑念を持ちうる状況に置かれていたとみることができる。しかしこのことから、被告人がその危険を完全に防止すべき(二次的な)注意義務が生じる(例えば、*Duttge*, HRRS 2009, S. 150 更に山本紘之「組織活動における過失責任の所在について——近時のドイツの判例を題材に——」大東法学第21巻第1号43頁以下、特に45-48頁)と解するべきかは別途検討の余地がある。

¹⁶ 水平的分業における関与者らの専門分野の相違をその相手方への信頼の許容と関連付けるのであれば、執刀医と麻酔医の協働関係では注意義務の分配(および信頼の許容)を是認しやすく、関与者らの任務に専門性が低い共同作業においては、それを否定することになるのかもしれない。もっとも、ドイツ判例のように、信頼の原則がブッパータルモノレール事件における共同作業にはおよそ適用されない(BGH NJW 2002, 1887)とまでいえないであろう。

¹⁷ 例えば、ゴルトベルク事件において現場作業員であった被告人が、事故当日に分業の相手方へその任務の適切さを問い合わせたこと、コストコ事件(東京高判平成28年10月13日東高刑時報67巻1=12号142)において、被告人の実施した構造変更業務について、従前の設計担当者らからの問い合わせがなかったことは、被告人の相手方への信頼を許容する方向で働く事情として、考慮されうるであろう。ゴルトベルク事件に関して、そのような評価をするものとして、例えば *Renzikowski*, *Strafrechtliche Haftung bei arbeitsteilung am Bau-zum Urteil des BGH vom 13. 11. 2008-4 StR 252/08*, StV 2009, 446.

もはや被提供者が提供者への信頼は許されない。被提供者は、その事情の認識可能性および自らが同一の分業に関与していることを根拠として、二次的な注意義務を負う。この場合、被提供者は、自らに提供された給付の瑕疵を除去するために必要な措置を講じる必要がある。

(2) 垂直分業における他者に対する信頼の原則的な許容の諸条件

上下関係によって特徴付けられる垂直的分業は、上位者が自らの指示命令権限を行使して下位者に任務遂行を指示することによって開始する。下位者は上位者からの指示に通常従って行動するからである。また、開始された垂直的分業の内容の変更またはその中断や終了をする権限も、上位者が有するのであり、下位者は有さない。

下位者に委任される任務は、上位者自身または組織のより上位に位置する者が企図・組織化した活動の一部分である。下位者にとって、自らに委任される任務は、本来的には他者（上位者）の任務領域に属するものである¹⁸。そして上位者は、自らの権限を用いて下位者に任務を遂行させるから、上位者という地位には少なくとも分業を危険なく実施することが期待され、この期待には監督による下位者の過誤の事前的補正が含まれる。

このように解すると、垂直的分業においては、任務遂行に関する権限は、下位者へ完全に移譲されるのではなく、上位者にも残されたままである。このことは、下位者が適切に自らの任務を遂行することは、下位者のみならず上位者によっても保証されるべき事柄であるのみならず、その保証は両者の一次的な注意義務であるということの意味している。よって垂直的分業においては、下位者の過誤の補正は、上位者と下位者双方によって多重的に管理され、その管理は両者の一次的な注意義務の履行という形で構成される。

ただ、垂直的分業においても上位者は、下位者が委任された任務を危険なく遂行するであろうと原則的に信頼することが許容される余地が認められなければならない。そうでなければ、上位者は下位者の犯す過誤について連帯責任を負うことになり、この責を逃れるためには下位者の動静を絶えず注視しなければならなくなってしまう、効率的な活動の実施という（垂直的）分業の利点が失われてしまう¹⁹。

上位者が、下位者の適切な任務遂行を一次的な注意義務として負担するのは、下位者の監督にとどまる。下位者によるその役割への違背を認識可能である場合のみならず、より事前的にその行動の適切さを保証することが、上位者という地位には通常期待される。この意味において、上位者の下位者に対する信頼は制限される。しかし上位者が自らの監督義務を果たすならば、上位者は、更に下位者の行動に注意を払う必要はなく、下位者が適切に任務を遂行するであろうと信頼することは原則として許容される。この限度において、上位者の負

¹⁸ *Ulsenheimer/Gaede/Bock*, (Fn. 8), Rn. 267.

¹⁹ 古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定の在り方について」川端博他編『理論刑法学の探求⑤』所収 成文堂 2012年 20頁は、「上位者は、原則として会社に職責を委任・委譲し、場合によっては上位者に固有の（下位者のなしえない）いわば高次の業務を分担・遂行する立場にある」と指摘する。

担が軽減される。

水平的分業と同様、垂直的分業が成立するためにも、典型的な危険の減殺措置が取られるべきであり、これは上位者と下位者の一次的な注意義務の一部を構成する。しかし上述した上下関係と下位者への不完全な任務の委任と権限移譲という垂直的分業の性質上、当該の危険減殺措置の履行負担は、上位者により多く割り当てられることになる。

① 下位者の選任としての権能の確認、任務分配・権限移譲としての指示

上位者が下位者に対して任務を自律的に遂行させる場合、上位者の下位者に対する信頼が原則的に許容されるためには、まず上位者は、下位者が当該任務の権能を有しているのかを確認（権能を備えた者を選考）しなければならない。そして上位者は、下位者に明確な指示を発することによって、下位者が任務の内容とその遂行に伴う危険の防止措置の内容について誤解しないように配慮しなければならない。これらの措置は、上位者の一次的な注意義務である。

水平的分業と同様、この選任過程においても、他者への信頼が原則として許されるのか否かの判断にとって重要になるのは、上位者から下位者への指示に関するコミュニケーションである。上位者の指示内容は、包括的なものと具体的なものに分けることができる。これらは、下位者に移譲される権限（裁量）の程度によって分けられる。包括的な指示は、下位者に任務遂行の仕方等を決定する権限等が委譲される²⁰。具体的な指示は、下位者の任務遂行の仕方を特定することになるので、下位者の裁量的な判断の余地は少なくなる。下位者が委任された任務について権能を有するならば、指示内容を具体的にすれば、下位者が当該任務を危険なく実施するであろうと上位者はより強く期待することができるであろう。

上位者が、ある任務の権能を有さない下位者に対して当該任務の単独での遂行を指示したならば、すでに上位者は下位者の適切な行動を信頼することが許されない。この場合、上位者としての役割への期待からの逸脱を意味するからである。そのような任務の委任は、下位者への任務の「押しつけ」²¹と評価しうるから、上位者の個々の役割からの非典型的な逸脱といえる。よって、上位者は下位者による適切な任務遂行およびその危険の管理を信頼することはおよそ許されないのであり、下位者による過失的な結果惹起に対して共同答責的となる。対して、指示を受けた下位者は、自らが委任された任務の権能を有していないことを認識可能である限り、当該任務を引受けらなければ、この行為自体に過失が認められうる。そのため下位者には、自らの能力では制御できない危険を含む任務を担当しないことが求められる。下位者自身も、垂直的分業に関与する以上、自らの任務に由来する危険を防止す

²⁰ 例えば企業の代表者が新製品の開発を関係部署に指示するように、委任する任務の権能を上位者が有していないが下位者は有している場合や、医師が患者の経過観察を看護師に委任するように、上位者が任務遂行の筋道を立てた上で、下位者の裁量に委ねる場合等である。

²¹ *Wilhelm*, (Fn. 8) S. 6 f. もっとも *Wilhelm* は、「指示と任務を押し付ける委任は……一義的な形で相互に区別されない」と指摘している（*dies.*, S. 113）。

ることを一次的な注意義務として負うからである。

② 下位者の指導・教育

垂直的分業においては、委任しようとする任務に必要な権能を有さないか不十分な権能をする者を、下位者として選任すること自体は許容されうる。そうでなければ、雇った「未経験者」に任務を委任した場合に、垂直的分業が成立しないことになってしまい、そのような者との垂直的分業が一般に行われているという実態を説明することができないからである。ただしその場合には、下位者を指導・教育することにより、事前的または状況に応じて、この者の不適切行動の危険を減殺するための措置を実施しなければならない。信頼の原則的な許容に必要な権能を備えていない者には、任務遂行を指示することはできる。しかしその者に当該任務の権限（遂行にあたっての裁量）を委譲するならば、その者には制御しえない危険の制御を委ねることになるからである。下位者の指導教育は、垂直的分業における任務分配の条件の一種であり、任務分配の権限を有する上位者の一次的な注意義務として構成される。つまり、上位者の一次的な注意義務は、任務分配の前後における下位者への指導教育の義務を含むという形で拡大し、下位者の知識や能力等の不十分さが埋め合わせられなければならない。

上位者が下位者になすべき指導教育の程度や期間は、委任しようとする任務の危険性や専門性の高低と下位者の知識や能力の水準等に依存するであろう。更に、上位者は指導教育を行うのみならず、下位者による任務遂行に立ち会った上でその危険の防止に努めなければならない場合もありうる。これは上位者に要請される監督義務の一種であるといえる。つまり、下位者の習熟度に応じて、上位者が負担すべき監督義務も拡大しうる²²。

また、指導教育を要する下位者へ任務を委任する場合、上位者の下位者に対する指示は具体的になされる必要があるだろう。そのような下位者に裁量権を与えることになる包括的な指示をすると、その者が任務の内容を誤解する危険や独断で行動するという危険の発生が、権能を有する者よりも強く予想されるからである。

下位者を指導・教育する義務も、上位者が自ら実施する必要はなく、それを第三者に実施させることは許される。上位者と第三者が、下位者の指導教育に関して垂直的分業を実施するということである。この場合に上位者の下位者の適切な行動に対する信頼が通常許容されるためには、第三者の選任が適切になされる必要がある。先程と同様に、上位者は、第三者が指導教育に関する権能を有していることを確認した上で、第三者に明確な指示を出さなければならない。このような上位者と第三者の間での任務分配に際しての危険減殺措置がなされるならば、当初は上位者の一次的な注意義務に含まれていた下位者の指導教育が、第三者の一次的な注意義務となり、上位者の一次的な注意義務には第三者の監督が残存す

²² このような意味において、埼玉医大事件上告審決定（最決平成17年11月15日刑集59巻9号1558頁）は上位者が下位者に委任した任務遂行を（監督義務を除き）全面的に委ねることが許されないと判示したといえる。

る。上位者が第三者の監督によってこの者が指導教育を適切に実施していることが確認できるのであれば、その確認を以て、上位者は下位者の適切な任務遂行を通常信頼することが許される²³。

上位者が、任務の権能を有さない下位者に対して指導教育および監督等の危険減殺措置を講じることなく当該任務を委任するならば、上位者は「未熟練な」者を任務の担当者を選任（配置）したことになる。この選任行為は、上位者が担う役割からの大幅な逸脱（自らの一次的な注意義務の違反）を意味し、下位者への不信頼を根拠付ける。加えて、選任を通じてなされる上位者の予期からの逸脱は、下位者が任務を引受けた後に犯した過誤によって結果を生じさせた場合、その過誤（危険）および（または）結果に関する上位者の予見可能性を肯定する方向に働き事情としても機能する。上位者は下位者の行動予測は、適切な任務遂行への不信頼を前提とすることになる。ゆえに、上位者の指示に基づいて行動する「未熟練者」には不適切な任務遂行の可能性を見込みうるからである²⁴。

任務に関する下位者の習熟度が高まると、それだけ一層、上位者がこの者に向けることが許される信頼の余地が拡大する。指導教育の結果として、下位者が自律的に任務を遂行できると期待することが許されることになるであろう。ただし、下位者に任務と権限を完全に移譲できないという垂直的分業の性質上、依然として上位者は監督義務を負う。

なお、権能を有さない下位者に指導教育を行ったとしても、その者に任務を委任することが許されない場合がある。それは法規則等によって、一般に有資格者のみが実施してよい任務を、上位者が無資格の下位者に委任する場合である。このような任務の委任は、例えば、医師のみが実施することのできる絶対的医行為にあてはまる。医師が当該行為を看護師等の非医師に委任するならば、この者を信頼することはもはや許されない。

③ 権能を有する下位者の監督

上位者から下位者への任務遂行の指示と対応する権限の移譲にあたっての典型的な危険が減殺されるならば、上位者には下位者の適切な任務遂行を通常信頼することが許される。任務遂行にかかわる危険の制御に関する答責の主要な部分が、その担当者である下位者へ移行するからである。しかし上位者の一次的な注意義務を基礎付ける任務には、下位者の監督権限が含まれており、下位者の任務遂行に伴う危険性を制御することが期待される。しかし、上位者が任務担当者として適性を有する下位者の行動を絶えず監督すべきであるならば、監督以外の上位者の任務の効率的な遂行を妨げることになり、このことは垂直的分業の

²³ 森永ドライミルク事件差戻後第一審判決（徳島地判昭和48年11月28日判時721号7頁）は、文系出身の工場長が自らではなしえない化学検査を含む業務の遂行権限を製造課長に移譲していたという職制に鑑みて、前者に信頼の原則を適用したと解される。日本アエロジル事件上告審判決（最判昭和63年10月27日刑集42巻8号1109頁）は、このような見地から、信頼の原則の適用可能性を指摘したように思われる。

²⁴ このような観点で監督過失を認めたものとして、例えば新潟地判昭和53年3月9日判時893号106頁、広島地判平成8年3月28日判タ949号97頁。

意義と相容れない。もっとも、垂直的分業の任務分配の性質上、下位者が担当する任務は、本来的には上位者のものである。それゆえ上位者は、自らの代わりに任務を遂行する下位者の行動に危険がないことを、一定の程度と頻度で監督することが求められる。

上位者には、下位者による任務の実施状況、または任務遂行によって産出された給付の撫養を適宜確認する必要がある。その際、下位者の任務遂行の仕方や給付に瑕疵が認められる等、下位者を是正する必要性を認めた場合、上位者は下位者に対して追加的な指導を行う、あるいは当初の指示（委任した任務）を変更するか場合によっては撤回すること等の措置を講じる必要がある。

下位者の担当する任務に伴う危険の制御・管理は、主として下位者に、そして補充的に上位者に一次的な注意義務として割り当てられることになる。上位者による監督は、すでに事実的に裏付けられた下位者への期待（信頼）が任務分配以降も引き続き妥当性を保持するための措置である。この意味において監督は、水平的分業における給付提供時の危険減殺措置と類似の構造を有している。

上位者の下位者に対する指示が包括的であるのか、それとも具体的であるのか、（特に包括的な指示の場合）当該任務の権能を上位者が有しているのか（上位者が任務にどの程度精通しているのか）、当該任務の遂行に要する期間等によって異なるであろう。

監督の過程においては、上位者が任務遂行に立ち会う場合は別として、下位者は任務の実施状況またはその成果等を上位者に報告等をし、これらの内容を上位者が確認することになる。そこでは、上位者が報告内容を誤解する危険が生じうる。この危険の減殺について両者は共同答責的である。上位者は下位者の報告を単に確認するのみならず、その内容に疑問や不明点があればこれらを解消するための措置を講じる必要がある一方で、下位者は明確な報告を実施する必要がある。

④ 特定の上位者の一次的な注意義務の履行

上位者の下位者に対する信頼が原則として信頼されるためには、上述のように適切な選任と指示（任務分配）、必要に応じて指導教育を実施し、自らの監督義務を履行することが必要である。このような一連の垂直的分業に典型的な危険の減殺の他に、下位者に対する信頼が許容されるための条件として、安全体制確立義務の履践が加わることがある。例えば、危険を含んだ作業ルールの策定とその周知、指導教育体制の確立等である。先に言及した適切な選任と指示等の措置は、主に下位者の個別の任務に関する過誤の危険の減殺に資するものであるのに対して、そのような体制の構築は、下位者の過誤の危険全般を減殺するために必要な措置であり、これは個別の指示の危険減殺の基盤となるものである。

安全体制の確立に必要な権限を本来的に有するのは組織の代表者である。その地位の性質上、代表者は活動を危険なく実施することを一次的な注意義務として負う主体だからである。もっとも代表者が有する安全体制の確立に関する権限は、下位者に移譲可能である。この場合、権限を委譲された下位者が、体制確立を自らの一次的な注意義務として負い、そ

の義務履行の監督が代表者の一次的な注意義務となる。ただ、当該義務の履行の仕方を決定する権限自体は、代表者に由来する。そのため代表者が安全体制を自ら確立しないのみならず、この義務の履行を下位者にも委任しないのであれば、代表者はその体制確立を前提とした下位者による危険の制御を信頼することができない。

(3) 二次的な注意義務

行為予期（信頼）の妥当は、対応する事実の存在という裏付けを要する。機能別分業においても他者への信頼も純規範的に保護されるのではなく、その信頼（期待）を裏付ける事実が存在して初めて、それに準拠した行動選択が正当化される。そして信頼の許容は他者の行動予測を規制するものである。そうすると、他者の過誤（役割からの違背）というその者への信頼を覆す事実が存在し、かつこれを行為者が認識するか認識可能であれば、一旦は許容された他者への信頼はもはや行為者の行動選択に対する拘束力を失う。この場合、行為者には二次的な注意義務が発動することによってその答責領域が拡大し、この義務は他者の過誤の補正を内容とする。

行為者と他者（ら）の間で機能別分業が成立する場合、それに潜在する典型的な危険は、関与者らによって社会的相当な程度にまで多面的かつ多重的に減殺されているはずである。そして当該分業の相手方には、適切な任務遂行を原則的に信頼することが許されている。機能別分業においては、他者への信頼が強く保護される。また、機能別分業の下では、他者の過誤がその役割に非典型的なものであったならば、その過誤自体の認識やこれを徴表する事実の認識が、行為者に二次的な注意義務としての危険防止措置を履践させる動機付けとして機能しがたいであろう。そこでは他者に危険防止行動の実施の信頼が原則的に許されることから、すでに他者が役割に違背する可能性を、行為者が通常考慮する必要がない。そして役割に非典型的な違背自体が、役割の担い手には通常想定されない行動であるといえる。それゆえ、他者が役割の担い手としては異常な行動をしていると予想できなかったといえる場合が少なくない。このことは、他者に割り当てられた任務の遂行の仕方が特定されている場合、または他者に移譲される任務遂行に関する権限が大きく、かつ当該任務が行為者の専門外である場合には、より一層当てはまる。事前に他者の選任や指示等の際に典型的な危険が減殺されている限り、前者の場合には行為者にとって他者の任務の処理方法・手順を具体的に予測できるために、他者が非典型的な過誤を犯すであろうという予測を立てることが困難である。また後者の場合には、行為者には他者の行動の適切さを評価しがたいからである。

とはいえ、行為者が分業の相手方の過誤を、その危険が実現する前に現認した場合、この認識がその過誤の補正（またはその危険の防止）を内容とする二次的な注意義務を行為者に生じることには、恐らく疑いがない。例えば工場長やある部門の責任者という地位にある行為者が、他害の危険を伴う作業のルールを策定するのみならず、これを作業員らに周知徹底をしていたにもかかわらず、ある作業員が当該作業を誤った手順で実施していることを発

見した場合²⁵、または外科手術に術者として関与した行為者が助手や看護師の不適切な行動をしていることを認めた場合等である。

行為者がある事情を認識し、かつそれを基に他者の過誤を予測しうる場合にも、行為者はその者を引き続き信頼することがもはや許されない。他者の過誤を徴憑する事情の認識を条件として、関与者らには二次的な注意義務が生じ、その違背から生じる過誤を防止することが要請されうる。しかし、機能別分業においては、行為者が認識した事情から他者の過誤を推論することが困難といえる場合は少なくない。行為者と他者との間の任務は機能的に分化するのみならず専門化しうるので、行為者が過誤を犯した他者の担当する任務の権能を有さないことが多い。例えば、行為者が水平的分業の相手方としての他者が担当する任務に精通していない場合や、ある任務の権能を有さない行為者がその権能を有する下位者に対して当該任務の遂行を包括的に指示する場合である。これらの場合、行為者は他者の行動やその他の事情等がその過誤を徴憑していると判断するために必要な知識や能力を十分に備えていない。

行為者が認識した事情が他者の犯した過誤を徴憑していることを自らでは推論しがたいとしても、その認識から他者への信頼に疑念を抱くことがありうる。行為者に二次的な注意義務が発動する。当該の認識によって行為者の他者に対する信頼が動揺するからである。例えば、行為者が他者から給付提供を受ける場合や、自らの監督義務を履行するために下位者の任務の実施状況等の報告を受ける場合、そのような疑念が生じがちである。この場合、行為者は差し当たり、他者の行動や給付の適切さを他者に問い合わせる等をしてその行動等に関する情報収集、または他者に自らの行動や給付の点検を依頼する等して、自らに生じた他者への疑念を払しょくするための措置を、二次的な注意義務として履践しなければならない。

行為者の問い合わせ等に対して当該の他者が何ら対応しない場合、行為者にとってその者への疑念は（結果的に他者が過誤を犯していなかったとしても）強まることになる。そのため、行為者の二次的な注意義務の内容は、他者にありうる過誤の補正等といったより実効的な危険防止措置の履践に変容するであろう。対して、行為者の問い合わせに対して（過誤を犯した）他者からの返答や応答を受けたならば、行為者はこれによって自身の疑念が（存続しているにもかかわらず）解消されたと捉えたことを非難できない場合がありうる。このことが特に当てはまるのは、行為者が他者の担当する任務に精通していない場合である。行為者は、他者からの応答等を自らでは適切に評価できないため、他者の過誤を見抜けないため、行為者に他者の過誤の危険を防止するためのより実効的な措置を期待することは困難である。更に、他者が犯した過誤がその役割には非典型的なものであったならば、その困難性はより高まる。それゆえ行為者が上述の情報収集や点検の依頼を実施したことをもって、行為者は（特定の任務担当者という役割に加えて）分業の関与者としての役割を果たしたと評価するべきであろう。

²⁵ 例えば、大阪高判昭和 50 年 8 月 29 日高刑集 28 卷 3 号 329 頁。

上述の他者に対する問い合わせ等は、他者に対して自らの行動の適切を確認するための契機を提供するものであり、他者の過誤の補正をするため措置として、つまり二次的な注意義務として（弱い程度であるが）実効性を有している。もともと、二次的な注意義務は、他者への問い合わせのみならず、他者の過誤を未然に防止するためにより実効性のある措置でなければならないと解することも可能であろう。しかし、このように二次的な注意義務に危険防止の実効性を担保しようとするならば、行為者は例えば他者からの対応等の適切さを担保するため、例えば他者の担当する任務に精通している第三者に問い合わせる等して他者の応答を評価するための更なる措置を講じる必要がある。しかしこのような措置は、それに要する時間や種々のコストを理由として行為者に実現可能性が認められない場合や、当該措置を履行することによって行為者が自身の一次的な注意義務の履行を阻害する要因にもなりうる。すなわち、二次的な注意義務に他者の過誤に由来する危険防止措置としての実効性を強く要求するならば、二次的な注意義務の成立範囲を制限してしまうか、行為者自身の過誤を誘発するという別種の問題を引き起こすことにもなりかねない。それゆえ、二次的な注意義務としては、他者への問い合わせ等といった、それ自体では他者の過誤を防止しえないが多少の実効性を備えた「働きかけ」の実施も含まれるべきである。

第2項 並行的分業

経営組織論においては、「並行分業」という分業形式が言及されることがある。これは、同一または類似の課業が複製され、これを関与者らが分担するという分業である。例えば複数人が同一の事業所内で相互独立して同一の製品を製造する場合である。関与者らは場所や設備、作業ルールやマニュアル等を共有し、活動全体を分担する。この場合、関与者らに生じる負担軽減は専ら数量的である。彼らは自らで活動自体を実施するからである。並行的分業は、形式的には同等の者らの間で行われるため、水平的分業の一種といえるが、先に取り上げた職能別・専門的な水平的分業とは、任務分配の仕方が異なる²⁶。

複製された同一または類似の任務の分配を内容とする並行的分業の性質上、関与者各人の役割やこれに期待される行動も本質的に相違がない。しかし彼らは、自らの任務の遂行にあたって基本的に他の関与者らと協働せず、相互独立した形で自らの任務を遂行するという関係に立つ。加えて、並行的分業の関与者らが提供する給付は、それ自体活動の成果の一部であり、各人の給付の総和が活動全体の成果となる。ある関与者が任務遂行の際に過誤を

²⁶ 沼上（前掲注2）頁44・45頁、これによると、同一作業の数量的な分担の他にも、「並行分業」には以下の形態があると指摘している。企業が本社の他に地域ごとに支店や工場を設置して企業活動を分担する、顧客のタイプ別に関与者の課業を分担するというものである。支店や工場同士、そして「企業向け」職務の部署や担当者と「一般消費者向け」職務の部署や担当者間に並行的分業が成立する。このように空間的に作業が分担されるとき、並行的分業は並列的に行われる。また、シフト制のように時間的な活動の分担も並行分業の一種である。この場合、並行的分業は直列的に行われる（同49頁も参照）。並行分業については、更に、坂爪 日本経営学会誌第16巻100-101頁も参照。

犯す等の異常事態が発生した場合、その者が担当する活動の機能は低下または停止するが、活動自体が成り立たなくなってしまうわけではない。並行分業の関与者らは自らの任務にかかる一次的な注意義務を負うが、他の関与者の過誤の補正に関する二次的な注意義務を通常負うことはない。このような並行的分業の性質上、関与者間に信頼の問題が発生しない。

並行的分業にも、任務の権能を有さない者が関与する、または関与者が任務の内容を誤解するという典型的な危険が潜在している。ただ、関与者らが任務を相互独立かつ自律的に引き受けるのであれば、そのような危険を減殺すべき注意義務は、任務の委任者と被委任者に分配される。企業組織活動として並行的分業がなされる場合、並行的分業が単独で実施されるのではなく、上位者が下位者にそれを指示することによって開始するのが通常である。上位者は下位者が任務の権能を備えていることを確認し、および明確な指示を行わなければならない。下位者が権能を備えていないのであればこの者を指導教育すべき注意義務を負うことになる。対して、下位者は任務の自立的な遂行を引受けるのであれば、自ら引き受け過失を犯さないため、そして上位者からの指示を誤解しないために必要な措置を講じる必要がある。ここでも、典型的な危険の減殺にかかる負担は、上位者（委任者）により多く割り当てられることになる。上位者が、並行的分業の開始、変更および中止する権限を有するからである。

並行的分業の関与者らが過誤を犯した場合も、その者に対する信頼の許容が問題となるとすれば、それは当該者の監督者の過失の成否との関連で論じられることになる。例えば、工場内で同一作業に相互独立して従事する複数の従業員のうち一名が過失的に損害を引き起こしたならば、その従業員への信頼の許容が問われるのは、その者が属する部署の職長や工場長といった、当該の従業員の監督を自らの一次的な注意義務として負う者である。

また、シフト制のような直列的な分業において、勤務交代の際に他の関与者に対する信頼の許容の可否という問題が生じる。しかしこの問題は、上述した水平的分業における給付提供時の危険減殺措置同一の構造であり、退勤時に自らの任務遂行の上司等に対する報告が内部ルールとして徹底されているのであれば、垂直的分業における監督義務が問題となる。

第1款 並行的分業としての道路交通の理解

道路交通において他の交通関与者への信頼が原則として許されるのであれば、上述の機能別分業と同様の構造が見い出されなければならない。まず交通関与者らに他の交通関与者の過誤を補正すべき注意義務が基礎付けられる必要がある。このことは、各人が道路交通を利用することによって説明可能である。道路の（共同）利用という活動の関与者には、交通関与者という役割を担うことにより、その利用に伴い発生する危険の制御をすることが期待され、この危険には他者の過誤が含まれている。交通関与者らには、他者の過誤を含めた道路利用にかかる危険の共同での制御が期待される。

道路交通への関与によって基礎付けられた他者の過誤の補正を関与者らの二次的な義務に位置付けるためには、関与者らの相互行為に分業体制が見いだされる必要がある。しかし

交通関与者らの関係性は、共同作業の関与者らのそれとは相当に異なる。

そもそも交通関与者らは、何らかの「任務」を負っているわけではないので、見出される「分業」というのはメタファーである。道路交通における「分業」の実質は、交通の利用に伴い生じる危険の減殺に関する負担の分配である。関与者に要瀬される交通の利用に伴う危険の減殺は、彼らの「任務」であり、当該危険の減殺措置は、関与者らの任務遂行の結果として提供される「給付」といえる。このように分業を把握すると、交通関与者らに要請される危険減殺措置という任務が、交通関与者らにどのような仕方で分配されるのかが問われる。

交通関与者らの間での任務分配を含め、交通関与者らの行動を方向付ける役割とこれに対する期待を具体化する際の考慮要素として第一次的に重要であるのは、道路交通法である²⁷。同法の諸規定の多くは、交通関与者らの道路の利用に関する行動選択の標準的な指針として機能している。その諸規定の全てが自己または他者への期待の内容になるわけではないとしても、同法の規定から離れて当該義務を規定することはできない。歩行者や自動車運転手等（更に細分化が可能な）個別の交通関与者の役割への期待としての一次的な注意義務は、それを具体化する際の他の考慮要素を措くと、主として道交法から導出されると考えるべきである。

道交法は、その目的である道路上の安全と円滑の実現のために、交通関与者らの行動を規定している。これらのうち、交通関与者の刑法上の一次的な注意義務の内容の基盤となるものは、各人の道路の利用に伴って生じる危険の減殺措置である。例えば信号機と道路標識の遵守は全ての交通関与者の義務である。自動車運転手は、道路の様々な部分およびその利用方法ごとに一定の行動を要請・禁止されている。調整されている車両同士の接触・衝突の危険がありうる追い越しに関しては、追い越す側と追い越される側がとるべき・とらざるべき行動が規定されている。更に、自動車運転手は、安全運転義務に基づいて前方や他の関与者の動静の注視、他の交通関与者の然るべき予測をなす必要があり、各種の「運転手の遵守事項」等に基づいて、一定の道路の部分においては徐行等の措置を講じるべき義務を負う。他方、歩行者も横断歩道や信号等に従う場合を除き、車両の直前直後で道路を横断すること、および車道の斜め横断も禁じられている。自動車運転手と歩行者という異なる地位にある者らの関係においても、事故防止のための行動が相互独立の形で要請されている。

交通関与者の一次的な注意義務の基盤となりうるこのような諸規定は、交通関与者相互に割り当てられている。つまり関与者らへの相互的な義務付けにより、交通の危険の多重的な防止が企図されている。特に交差点をはじめとした交通関与者等の接触・衝突の危険が類型的に高い道路の部分においては、その関与者が自動車運転手であろうと歩行者であろう

²⁷ このように指摘するものとして、例えば、すでに植松正『再訂刑法概論 I 総論』第8版1974年299頁。更に小田直樹「過失犯の構造と認定」井上正仁他編『三井誠先生古稀祝賀論文集』有斐閣2012年140頁は、道路交通法に限らず取締規則につき、それは「表側では『危険』の認識を推定させる指針になり、裏側では『制御』の標準的な手段を例示する指針となる」とする。

と、各人の立場に応じた危険減殺措置が義務付けられており、各人の義務履行による危険の多重的な防止が予定されている。

交通関与者らに要請される危険制御措置（一次的な注意義務）の内容は、交通関与者らに自らの道路の利用方法、利用する道路の部分や他の関与者との接触の仕方等に応じて分化している。交通関与者らの役割やこれに対する期待は、上記のように分化しており、そして自動車運転手は歩行者に比して、自動車走行の危険性の高さゆえに、より多くの制御措置を負っている。特に安全運転義務は、自己または他者の道路利用に伴う危険の多重的な減殺措置の履践を自動車運転手に求めている。

交通関与者らのなすべき道交法上の危険の制御措置は、いずれも交通の安全のために提供が要求される給付であり、その果たす機能の面で異なるわけではない。また、交通関与者全員が危険制御措置を履行することによって、交通の安全が初めて実現するのではない。一方の関与者が規則違反により危険を高めたとしても、他方の制御措置によって安全が保たれることはありうる。各人に要請される危険制御の総和が、道路交通の安全な利用という活動全体を意味する。交通の安全な利用という活動全体に由来する義務を負うのではなく、自らの道路の利用に伴って生じる義務を履行することが求められる。各人は、実現されるべき交通の安全に必要な措置を数量的に分担している。交通関与者らには、自らの道路の利用に伴う危険の減殺が「任務」として割り当てられるという任務分配の仕方は、並行的分業のそれと同様である。自らの道路の利用に伴う危険の減殺という任務が複製され、その内容が交通関与者らの利用方法に応じてアレンジされた上で各人に分配されている。そして交通関与者らは、道路と交通規則等を共有して、当該義務の履行をすることによって、交通全体の危険を共同管理している。このような任務の分担は、道路交通への関与が、交通の危険を防止すべき義務を基礎付けるとするならば、交通関与者らの負担を一応軽減していることになる。各人は交通全体の危険を防止する必要はなく、自らの道路の利用に基づいて生じる危険を防止すればよいからである。

対して、関与者らの任務遂行にあたっての相互依存性の低さという並行的分業の特徴は、道路交通においてそのまま当てはまらないであろう。交通関与者らが分業の「給付」として提供する自らの危険の制御は、通常、他者の事実的または仮定的な「給付」提供を前提としている。交通関与者らの注意義務の内容は、他者の行動選択に依存する部分が多い。それゆえ道路交通における分業は、交通関与者らに類似の任務を割り当てるという点において並行的分業の要素を備えているが、これと同じ構造を有しているのではない。

第2款 原則として許容される他の交通関与者への信頼

交通関与者らに要請される危険減殺措置の内容は、多くの場合、個別の交通状況とその認識（可能性）のみならず、他の交通関与者の行動予測の影響を受ける。このことは、特に自動車運転手が履行すべき安全運転義務、特にこれを構成する前方注視、動静注視や安全確認に当てはまる。交通関与者に期待される行動の内容を具体化するためには、他者に対して通

常向けることが許される期待はどのようなものかが問題となる。

自動車運転手の多少の速度超過、歩行者用の信号機が設置されていない横断歩道で歩行者を優先しないこと等は、日常的に発生している出来事である。加えて、(特に前後の車両とある程度の車間距離がある場合において) 方向指示器による合図のない車線変更や、短時間の前方・動静中止の不実施等の軽度の安全運転義務違反も時折みられる。成人の歩行者に関していえば、右側通行は徹底されておらず、左右を確認した上ではあるが信号機が接手される場所や横断歩道(付近)以外の歩道から車道を横断するといった行動は、まま発生する。このような規則に反して交通の危険を高める行動は、発生頻度は場所や時間帯等によって変わるが、道路交通における常態かこれに近い頻度で発生している。このような規則に関しては、違反が経験的に予期される他者が当該規則を遵守した形での危険減殺措置を履践するであろうという期待は、行動選択の指針としての拘束力を、少なくとも完全な形では備えていない。

以上のような道交法の交通関与者らに対する事実的な妥当性の程度に鑑みれば、交通関与者には、基本的に交通規則や道路標識に沿った危険減殺措置を講じつつ道路を利用するが、一定の規則違反的な行動をすることがありうるというものであろう。自らの道路の利用との関係においてかかわる他者の役割および交通状況から想定される典型的な規則違反(違背)を見込んだ上で、自らの取るべき危険制御措置を選択・履践することが各人の一次的な注意義務となる。自動車運転手は徐行義務の生じない道路の部分においては多少の速度超過をして自車を走行させる、または多少の運転ミスや周囲の確認の不実施を犯しうるであろうということ等を見込んでおく必要がある²⁸。

交通関与者に想定される交通規則の違反は、それが交通に危険をもたらす者である限り、通常予期の違背と評価しうる²⁹。しかし、ある規則の違反が他者の担う役割に典型的な違背といえるのであれば、その違背は行為者にとって不意打ちとはいえない。道路交通の相互行為の性質上、行為者が自車を走行中に取りべき危険減殺措置を選択する際に、他の自動車運転手への予期を前提とするのであり、その予期には当該の典型的な規則違反が含まれるからである。むしろこの場合に、行為者が他者の規則遵守を前提とした危険減殺措置を講じ、交通事故が発生したのであれば、そのような行為者の状況判断や行動選択に過失非難が向けられうるであろう。

対して、個別の状況における他者の役割には通常予期されない規則違反を見込んだ上で行動することは求められるべきでない。他の交通関与者のどのような行動が非典型的な規

²⁸ 例えば、最判昭和 52 年 12 月 7 日判時 875 号 123 頁は、被告人に直進対向車が指定最高速度の 10 ないし 20 キロメートル程度超過して走行していることを予測した上で、右折の際の安全を確認すべき注意義務を認めた。更に松宮孝明『過失犯論の現代的課題』成文堂 2004 年 352-353 頁も参照。

²⁹ ただし、特に自動車運転手の幾らかの速度超過は、(徐行が要請される場合を除くと) 多くの道路においてはもはや役割への期待といえ、違背としては評価しえないかもしれない。

則違反にあたるのかは、その役割の内容や個別の交通状況に応じて変容する。ただ、自動車運転手は、他の運転手が制限速度を大幅な超過していることや、クリアランス時間経過後に対面信号の指示に反して交差点に進入してくることに、成人の歩行者がみだりに車道を横断すること等は、経験的には予測されない異常な行動であるといえる。仮に、個別的な他者のそのような非典型的な違背（逸脱）をも考慮に入れることが交通関与者の一次的な注意義務の内容に含まれるならば、交通の円滑を損ねるばかりか、衝突等の危険を加味して急制動を実施することが義務付けられうるため、交通の危険をもたらす行動を要請しかねない。他者の非典型的な違背の補正は、交通関与者の一次的な注意義務からは除外されるべきである。

以上のことからすると、道路交通において他の関与者への原則的に許容される信頼の内容とは、その役割からすると非典型的な規則違反（予期違背）をしないであろう、という消極的なものである。道路交通における「特段の事情」は、他者の担う役割には通常想定される必要のない非典型的な規則違反である。反面、交通関与者各人が担う役割に想起される典型的な規則違反は、「特段の事情」には該当しない。

第3款 予見可能性判断

他者がその役割への期待からの非典型的な違背をした場合、これにより生じた交通の危険の減殺は第一次的に当該他者の責任である。しかし道路状況と違背者との相互行為は、通常の場合から変更され、その変更の程度は交通の危険性の上昇の度合いを意味している。他者の非典型的な違背を認識しうる行為者にとって、それは道路の状態を特徴付ける事情の一つである。その違背の危険減殺に関する答責は、二次的な注意義務として行為者にも割り当てられることになる。二次的な注意義務は、他者が生じさせたある種の「異常な」危険の減殺措置を内容とする。当該の義務は、追加的な危険減殺措置の履践を求めるという意味において、行為者の注意義務の範囲を拡大するものである。ゆえに行為者の注意義務の内容がその違背が存在しなければ許容されうる行為者の交通規則の典型的な違背が、許されないと評価される場合がありうる。例えば、自動車運転手が横断歩道上に幼児を認めたならば、その道路において自動車が横断歩道付近を減速することなく通過することが常態化していることは、行為者を免責する方向に働くわけではない。

交通関与者に二次的な注意義務を根拠付けうる契機の種類は、以下の3つに大別される。第一に、異常な天候や交通事故直後の様な行為状況が通常の状態から乖離している場合である³⁰。外部的な状況により、他者が危険減殺措置を講じるであろうと期待するための前提が欠如するからである。

第二に、他者が役割の担い手としての権能を備えていないか、これを不十分に備えている場合である。例えば監護者による監護がなされていない幼児や児童³¹、傷病者や高齢者、酔

³⁰ *Bsutista Pizarro*, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht, 2017, S. 231; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., 2020, § 24, Rn. 24

³¹ 大阪高判昭和45年8月21日高刑集23巻3号577頁、広島高判昭和57年10月5日

酩酊者等である³²。そのような者は歩行者や自転車運転手、場合によっては自動車運転手といった役割には自己の知識や能力が不適性であるにもかかわらず、交通に関与している。このような交通関与者が制御できない自己の行動の危険は、この者とかかわる権能を有した関与者によって補正されることが期待される。

第三に、行為者が、権能を備えている（であろう）他者の非典型的な違背を視認するか、交通事情からそのような違背を特に予測可能であった場合である。例えば、自動車運転手が自転車を急発進・急加速させることや極端な高速度で走行させていることや、成人の歩行者の車道への飛び出し等を視認した場合や、それらを自身の経験や交通事情から認識しえた場合等である。

交通関与者の各役割に典型的な違背とは異なり、非典型的な違背は、基本的には予想外の出来事であり、そのような違背の対処に通常備えておく必要はない。他の交通関与者の役割からの非典型的な違背の認識可能性が行為者に認められるためには、一定の事実からその違背が明白に認識または推測できなければならないであろう。

例えば、自動車を運転する行為が交差点を右折進行する際、歩道上に自転車運転手や歩行者が停止していることを一応確認したが、横断歩道上の対面信号の赤色信号を無視または看過して進行中の自転車運転手に認識せず、これに自転車を衝突させたという場合である³³。この場合、行為者は、歩道上に自転車運転手等を認めたことをもって、赤色信号に反した自転車等の車道の横断する可能性をも見込んだ上で注意深く右折をする必要はない。行為者としては、自転車運転手等が対面信号機の赤色信号に従って横断しないであろうと、期待することが通常許されるといえるからである。それゆえ、行為者には二次的な注意義務が未だ派生しないと解すべきである。仮に、行為者が、被害者が横断歩道に向かって自転車を走行させていることを認識したとしても、赤色信号の無視や看過を予測しえない場合にも、行為者の被害者に対する信頼は依然として許容されるであろう。このような赤色信号に従って被害者が車道の横断を控えるであろうと期待すること行為者に許されるなくなるのは、行為者が被害者の走行させる自転車の速度等の走行態様の認識から、その者が横断歩道の手前で停車しないことが予測しうる場合であろう。行為者にそのような予測を可能にさせる事実が、いわゆる特段の事情といえる³⁴。

高刑速（昭和 57 年）570 頁等。

³² 酩酊者に関しては、東京高判昭和 32 年 11 月 19 日東高刑時報 8 卷 12 号 402 頁、高齢者に関しては、大判大 15 年 2 月 4 日刑集 5 卷 17 頁。

³³

³⁴ 大阪高判平成 27 年 5 月 19 日 LEX/DB25540516。自動車運転手が、走行中の道路の前方に数名の児童らや酩酊者らが連れ立って歩いているところを視認したのであれば、その認識に基づいて自動車運転手に二次的な注意義務を認めることは困難ではないであろう。自動車運転手にとっては、相手方が歩行者としての権能を少なくとも欠いている人物であることが明らかになっているからである。自動車運転手が自身の経験から特定の道路の特定の時間帯には指定制限速度を大幅に超過して進行する車両が散見されることを予測可能なのであれば、その予測から自動車運転手には二次的な注意義務が発生するといえるであ

非典型的な違背は、基本的にその相手方には不意打ちとして受け止められる。道路交通における相互行為の性質上、交通関係者による他の関係者の行動に由来する危険は間接的なものである。行為者が他者の非典型的な違背を現認したとしても、両者の位置関係や、行為者が適切な危険制御措置を講じるための一定の時間的な余裕を必要とする。これらのことから、他者の非典型的な違背の危険の制御可能性（損害の回避可能性）を行為者に認めることが困難といえるであろう。

このことは、特に他者のそのような違背と突発的に遭遇した場合に当てはまる。例えば、自動車を運転する行為者が交差点を左折する際に、左方から信号機の赤色灯火の表示を無視して交差点を横断しようとした歩行者や自動車運転手と接触して事故を生じさせたが、他者の違背を視認するまではこれを予測できなかったという場合である。つまり、他者の過誤を補正しえた時点において、行為者には当該他者の行動の異常性に関する予見可能性が認められない。そのため行為者には二次的な注意義務を認めることができない。

対して、自動車運転手が他者の非典型的な違背を視認した時点において、道路上の両者の距離が離れていればそれだけ一層、行為者に二次的な注意義務を根拠付けうる。同じことは、自動車運転手が当該の違背を行為状況から予測可能であった場合にも当てはまる。いずれの場合にも、その危険を減殺するための時間的な余裕より多く存在しており、回避可能性が認められやすくなる。このような場合、例えば自動車運転手の安全運転義務を構成する種々の義務が、他者の非典型的な違背の可能性を基に具体化され、通常の場合に比べてより慎重な安全確認や前方注視等が、二次的な注意義務の内容となりうる³⁵。ただし、自動車を走行させる行為者が、対向する運転手の非典型的な違背を認識したとしても、その違背の程度があまりにも極端であるならば、行為者にはその回避可能性が認められず、ゆえに二次的な注意義務が行為者に成立しない場合は考えられる。例えば他者が自動車を走行中に持病により意識喪失に陥る等したため、その自動車が暴走している場合である。

第4款 行為者の交通規則違反と他者に対する信頼の許容

上述のことから、行為者の規則違反(その役割への期待からの違背)を犯したとしても、(権能を有する)他の交通関係者によるその危険の減殺を期待できなくなるわけではない。問題は、行為者の規則違反の態様が、その役割の担い手に通常想定されうる典型的な予期違背であるかどうかである。行為者の交通違反がその役割に典型的なものといえるならば、その危険の減殺は他者の一次的な注意義務の内容に含まれる。他者にとって行為者の違反

ろう。また、顔なじみの親が子どもを連れ立って歩いている場合であっても、その親が日頃から道路上での子どもの観護を適切に実施していないことを自動車運転手が特に認識しているのであれば、子どもの飛び出しに備えておくことは困難でない。自身の(場合によっては特別な)認識により、その運転手が払うべき注意は高度化する。その認識を有さない運転手には要請されない慎重さが要請される。

³⁵ 例えば、仙台高判平成5年2月1日判時1501号160頁、東京高判平成10年12月1日東速刑時報49巻1~12号84頁等。

は、自らの道路利用にあたって見込んでおくべき可能性である。そのため行為者は、他者が当該危険を前提とした行動をとるであろうと信頼することが通常許される。

これに対して、行為者が役割に非典型的な違背を犯した場合、自らの行動の危険の減殺を他の交通関与者に期待することは基本的に許されない。行為者は自ら高めた交通の危険を、通常、単独で制御することを一次的な注意義務として履行しなければならない。ただ、他者が行為者の非典型的な違背を認識・回避しえたのならば、他者には二次的な注意義務が生じる。その危険の減殺について、両者は共同答責的となる。

行為者が犯す役割への期待からの違背の態様が典型的なものといえるのかを判定するためには、個別の交通状況において、その違背により生じる危険が自らの行動選択の前提となる他の交通関与者の視点からなされる。交通関与者一般例えば、行為者の速度超過や規則違反的な車線変更が他者によって典型的であるのか否かは、道路における信号機等による交通整理の有無や当該道路の見通しの良さや交通量の他³⁶に、行為者と他者の位置関係が重要である。行為者の速度超過や車線変更の態様を見込んでおく必要があるのは、通常、行為者と同一方向を進行する自動車運転手、または対向車線を走行する者である³⁷。対して、例えば、行為者が交差点を南方から北方へ自車を高速度で走行させて交差点を通過する場合、その行動の評価が、交差点の東方で対面信号の表示に基づいて停止している自動車運転手の観点から評価される必要はない。この運転手は、行為者の高速度により生じる危険を通常配慮しなくてよいからである³⁸。

第3項 共同関係にある他者への原則的な信頼が許されない場合

他者への信頼の許容の問題に関連する相互行為として、行為者らが活動を単に共同する場合がある。同じ活動に関与する行為者と他者の間に、機能別分業や並行的分業の成立に必要な取り決めを何ら行わない、すなわち相手方への原則的な信頼を許容する任務分配・役割分担をしないということである。この場合、行為者らはその活動の関与者という同様の役割を担う。活動を単に共同するのであれば、関与者らの間には並行的分業も成立しないので、関与者各人に割り当てられる注意義務の履行負担は数量的にも軽減されない。その役割には活動全体に由来する危険の防止が期待され、これが関与者各人の（一次的な）注意義務となる。ゆえに関与者らは、活動の危険を防止すべき注意義務を重疊的に負うことになる。活動の関与によって拡大された各人の答責領域（一次的な注意義務）が、分業の成立によって制限されず、二次的な注意義務が観念されないため、他者への信頼の許容が認められない。

単なる共同作業においては活動の危険防止が関与者各人に義務付けられるため、共同作

³⁶ 東京高判昭和 59 年 3 月 13 日高刑速昭和 59 年 147 頁

³⁷ 東京高判昭和 55 年 3 月 4 日刑月 12 卷 3 号 69 頁

³⁸ 他方、対面信号の赤色灯表示に反した道路の利用は、特にクリアランス時間の経過後は、ほとんどの道路の部分において、交通関与者らの非典型的な違背といえる、このことは、（更に細分化されるであろう）自動車運転手という役割には、特に当てはまるであろう。

業の相手方としての他者が犯す落ち度の補正は、結果的に、関与者らによって保証されるべき事項となる。ただ、他者の犯した過誤を行為者に帰属するためには、その危険に関する予見可能性や回避可能性が行為者に認められなければならない。

もっとも、一定の活動を共同するにあたって関与者らが任務分配や役割分担を何ら行わない、ということは稀である。活動の関与者らは、担当する任務を多かれ少なかれ分かれ分割するのが通常である。実際は、(特に機能別)分業を特徴付ける任務分配が一部不十分であったために、活動を構成するある任務の担当者が誰であるのかが全く取り決められていなかった、少なくとも曖昧なままにされた場合である。この場合、関与者らの間で担当者が明確でない任務の履践、およびこれに伴う危険を防止すべき注意義務は、複製された上で、関与者各人に(その履行負担が軽減されることなく)割り当てられる。その根拠は、活動の関与者としての役割を引受けたこと、および、関与者らの行った任務分配に求められる。彼らは、活動に由来する危険の防止を期待される地位にあるのみならず、任務分配を通じて担当者が明確でない任務という危険を生み出したからである。

割り当てがなされていない任務の危険防止は、関与者らのうち誰かが実施してもよい反面、誰かがなさなければならない、という性質を有する。この意味において、関与者らは他者による当該義務履行の履行を期待・信頼することができない。関与者らの中での任務の割り当て(役割分担)がなされていない任務が内包する危険が(当該任務の不履行等により)損害として実現したならば、関与者各人は相互独立して、その損害発生責任の帰属主体となりうる。

なお、分業体制の下で担当者が明確でない任務に伴う危険を防止すべき注意義務を関与者各人が負うとしても、各人の当該義務の具体的な内容、つまり当該義務に適った行為は異なりうる。関与者らはすでになされた役割分担によって、すでに各自の任務の範囲が決まっている。そのため関与者らは、各自の担当する任務から生じる役割に期待される態様で、彼らに割り当てられていない任務に伴う危険を防止する為に必要な措置を講じなければならない。

このように(機能別)分業の関与者らの間で担当者が明確化されなかった任務に含まれた危険を防止すべき注意義務が、関与者らに重疊的に認められたものとして、横浜市大患者取違事件上告審決定が挙げられる。本件においては、患者の確実な同一性確認に関する体制が病院全体でも確立されておらず、被告人らの間でもなされていなかったという評価がなされている。これは病院内での同一性確認として慣行的に行われていた方法が、特に患者の手術への関与者という役割を担う者へに期待される危険防止措置としては不十分であったという理解を前提としている。

被告人らは患者の手術という活動を構成する多くの任務に関して水平的および垂直的分業の関係にあったはずである。しかし、そのような機能別分業関係がもたらす被告人らの役割とこれに期待される危険防止の特定・限定という作用は、患者の同一性確認という任務には及ばない。手術関与者らの間で同一性確認という任務に関する役割分担がなされていない

いのであれば、当該任務の担当者が決まっていなかったかその方法も不十分であるから、それに伴う危険防止は、関与者ら全員に課せられ、もって他の関与者による履行を当てにすることはできないという評価が成り立ちうる。このような同一性を確認すべき注意義務の根拠は、手術への関与にあると考えられる。当該義務の重疊的な割り当ては、手術に関する分業により特定された具体的な役割ではなく、被告人らの保有する手術に関与した者といった、より抽象的な役割を基になされている、ということである。対して（麻酔科）医師や看護師といった被告人らの具体的な役割は、同一性確認義務に適った行動を具体化する際の考慮要素として位置付けられうる。

本件上告審における被告人は、患者への麻酔導入後に複数の諸事情の認識から患者の同一性について疑いを抱いたため、他の関与者への疑問提起や病棟看護師に連絡を取る等の行動をとっていた。しかし、患者の同一性を確認すべき注意義務は、「医療行為を正当化するための大前提であり、医療関係者の初歩的・基本的な注意義務」であるとして「確実」な措置を履行したとは評価されず、そのために被告人は一応の努力をしたにとどまるとされている。

このような被告人の行動の評価について、学説からは、被告人に同一性確認に由来する危険を防止することは相当に困難であったといえるとの主張がみられる。この主張は、医師らの関係を前提とした麻酔導入後における被告人らのコミュニケーションの評価を背景にしている。年齢が若く（麻酔）医師としての経験の浅かった被告人が提起した同一性に関する疑問は、経験豊富な主治医や指導的地位にあった麻酔医によって否定されたのである。それゆえ被告人の過失を否定する余地があったとする。被告人の上記行動の評価にあたって、当該手術に関与した医師らの上下関係を加味すべきであるとする。

ただ、被告人の過失を否定するためにその関与を共犯的なものとして解するにせよ、その適法行為の期待可能性を否定するにせよ、本件手術に関与した医師らの「力関係が支配する領域」³⁹を考慮しなければならない。

本論文からすると、そのような医師らの上下関係を前提とし、かつ被告人の責任を免除するのであれば、手術に関与した者らの間に、同一性確認という任務について機能別分業が成立していたとみる必要がある。このように解するためには、まず、本件病院内（特に麻酔科）でなされていた同一性確認のための慣行に合理性を認める必要がある。加えて、主治医と（セカンドの）麻酔医は、同一性確認を被告人に委任する一方、前二者が手術の実施や中断等に関する権限を有する、という形式での垂直的分業の関係下で手術に取り組んでおり、医師らは手術室に患者を搬入する看護師と別の分業関係あったとみることになる。つまり同一性確認に関して被告人が担う役割は、上位の医師らの監督を受けつつ看護師の同一性確認の適切さを確認するという自己の任務を果たすべき「ファースト」の麻酔医、といったものになるであろう。

³⁹ 例えば、甲斐克則「医療事故と過失の競合—横浜市大患者取違え事件最高裁決定を契機として—」『医療事故と刑法』所収 2012年 成文堂 116頁。

このように各人の関係を把握すると、被告人は、看護師が医師らに提供した給付（患者を取違えずに搬入すること）の適切さを自ら確認することを自身の一次的な注意義務として負い、この行動の適切さを他の医師らは監督することを各々の一次的な注意義務という負う。そして被告人が患者の同一性に疑問を提起した麻酔導入後は、被告人は手術の続行の適否という自らの権限外の事項に移譲が発生したことを認識したのであり、この認識によって被告人には上位の医師らとの関係において二次的な注意義務を負う。被告人は、手術の続行に関する権限を有する他の医師らに対して、患者の同一性に疑義があることを伝え、手術の続行の適否を再考すること等を進言しなければならない。このことは、被告人の権限が及ばない事項に生じた危険であるから、被告人に対する当該危険の防止への期待には限度がある。ゆえに被告人が、上位の医師らに同一性に関する疑問の提起や、病棟看護師への連絡という措置を実施したことをもって、自らの二次的な注意義務を履行したと評価しうる。

このように被告人が（二次的な）注意義務を果たしたと評価すること自体は可能であるが、上告新決定とは幾分異なった形で、行為者らの任務分配と役割分担を理解することになる。このことは、被告人の注意義務の内容や同一性確認を含めた手術への関与の度合いを批評するならば、事実関係の評価に相当程度絡んだ被告人らの関係性をも評価する必要があるであろう。

第4節 「信賴の原則」の理解

以上の考察からすると、信賴の原則は、過失判断を指導する基礎的な原理であるといえる。信賴の原則は、主として行為者の一次的な注意義務の内容を制限しつつ具体化する。行為者の役割には期待されない危険防止措置が、その一次的な義務内容から除外される過程で、他者の落ち度を補正すべき義務が、二次的なものになる。

二次的な注意義務の内容は、共同作業と道路交通とで異なる。共同作業の場合、他者の行動の危険を防止すべき注意義務は、その落ち度の予見可能性を停止条件とする。なお、水平的分業においては給付の収受の際、垂直的分業においては（定期的な）監督措置を実施する際に、他者の行動の適切さを確認すべき義務が一次的な注意義務として生じる。道路交通においては、他者がその役割に非典型的な落ち度を犯す可能性を考慮に入れることが、その者が役割に必要な権能を備えている限り、通常免除される。

共同作業と道路交通とでは、他者に対して向けることが許される一般的な信賴の内容が異なる。信賴を許容する分業の内容が異なるからである。そうすると、この二つの領域における「信賴の原則」は異なるといえる。

このように解すると、個別の事例判断において信賴の原則の適用・不適用を論じることは有用ではない。共同作業を何ら分業せずに行うという稀な場合を除き、複数人が共通の活動に関与する場合、先の信賴の原則は多かれ少なかれ適用されるからである。

補論 特別知識・特別能力と信頼の原則

行為状況に成り立っている社会的・相互的な関係性、特に分業関係からして、他者による危険防止措置に関する行為者の信頼が刑法上許容されている場合、通常、行為者には他者が「不適切な」行動に関する予見可能性は認められない。より厳密に言えば、その場合、行為者には、他者への不信頼を前提にした行動選択を動機付ける程度の予見可能性が認められないということである。それゆえ、信用のおける他者が不適切な行動をすることは、行為者にとって、多かれ少なかれ「想定外」の出来事である。そうすると、すでに根拠付けられた他者への信頼を覆す事情を行為者が認識する場合、「行為者はいわば『特別な知識』を……利用可能であって、その知識は彼に特別な注意を払わせる」といえる¹。

更に、他者への信頼を否定する事情に関する認識の獲得、またはその認識から他者の不適切な行動の推論が、個別具体的な行為者であれば可能であったが、同一の状況に置かれた「一般通常人」であればなしえなかった、ということが考えられる。このとき、行為者は二重の意味において「特別な認識・知識」を有していたといえる。

一般通常人との比較という意味における行為者の特別な知識は、他者への信頼の許容範囲の限界付けにかかわる。例えば、機能別分業の開始時点において、行為者が他者の「権能」の有無を調査すべき役割にあるとき、自己のそのような「特別な」認識や知識を駆使して、他者の調査をなすべきかが問題となりうる。同じことは、信用のおける他者との関係においても表面化する。行為者が、一般通常人は持ちえない特別知識をもって、他者への信頼を覆す事情を予見しえたが、同一状況に置かれた一般通常人は、そのような知識(または「能力」)を有さないため、他者の不適切な行動を認識・予見しなかった場合が考えられる。この場合、特別な知識の保持を理由として行為者には他者を信頼することができないと解すべきかが問われる。

また道路交通、およびその典型的な危険が除去された機能別分業体制の下で、他者への信頼がもはや許されない場合、行為者は他者の不適切な行動に由来する危険の防止を要請される。ただ、行為者がその危険を除去・制御しうる「能力」を備えていなかった、またはそれを発揮しえなかったならば、行為者にその危険の実現を非難しえない。しかし反対に、行為者が他者の行動の危険防止に資する「特別な能力」を備えていた場合にも、それを発揮して構成要件実現を阻止することが、行為者に要請されるのかが問われる。ここでも、他者への信頼の許容がどの程度妥当するのかが問われる。

したがって、他者への信頼許容判断において、行為者の有する「特別な」知識や能力をどのように取り扱うかは、行為者の他者への信頼の許容範囲、つまり行為者の過失犯の成否にかかわる。これは、予見可能性や回避可能性判断において行為者の知識や能力をどのように取り扱うべきか、という一般的な議論に含まれる。

¹ Duttge : in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2016, § 15, Rn. 146 (傍点は、原典においてはイタリック体)。

そこで本論においては、過失犯におけるこのような特別な知識と能力の問題について論じる。

第1節 問題の所在

過失犯において、行為者の構成要件実現やその危険（ないしこれを徴表する事情）に関する知識ないし認識そしてその回避に関する「能力」は、行為者行為の構成要件該当性、危険性や違法性、義務違反性の判断において重要なファクターとなる。ただ行為者の知識や能力といっても、誰もが有するという意味で一般的なものもあれば、特定の人やごく限られた人のみが有するものもある²。

行為者の認識・知識および能力のうち「平均以上」のものは、「特別知識（認識）（Sonderwissen）」および「特別能力（Sonderfähigkeit）」と呼ばれることが多い。特別知識や特別能力とは、行為者が有していたが、一般通常人は有さなかつたであろうといえる知識・能力と理解されるのが一般的である³。過失犯において考慮される特別知識としては、例えば我が国の判例が予見可能性判断で考慮する「行為者の特に認識していた事情」（大判昭和4年9月3日 大審院裁判判例（3）27頁）のみならず特定の専門分野の知見などが、そして特別能力としては、高度な自動車の運転技術や、卓越した外科医手術の手技などが挙げられることが多い。

第1項「投入義務」

行為者が自己の特別知識や特別能力によって構成要件的結果を予見ないし回避することが可能であったにもかかわらず、それらを用いず、一般通常人にも履行可能な程度の措置を講じるにとどめたため、その後客観的構成要件が実現した場合、当該行為者が特別知識や特別能力の投入を義務づけられていたのか否かが問われる。つまり、当該行為者の義務内容は、自己の特別な知識や能力を投入することであったのか（それゆえにそれらの不投入は不注意な行為と評価されるのか）、それとも一般的ないし標準的な知識や能力によってなしうる結果回避措置を履行するのみでよいのかが、決定されなければならない。以下ではこのような場合に過失犯を基礎づける注意義務のことを、便宜上、特別知識や特別能力の「投入義務」と呼ぶ⁴。

² *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 24 Rn. 53; *Sacher*,

Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006, S. 17.

³ もっとも、特別知識と特別能力の概念規定は、我が国でもドイツでもほとんどなされていない。なお、*Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, . Aufl. § 17, Rn. 31 は、その知識と能力を「通常的能力を有する者とは異なって、彼（行為者：筆者）の認識および能力が一般的な注意要請を果たしうるためには全く使用する必要のないものである」という。

⁴ 投入義務の違反とは、行為者による自己の特別知識や特別能力の不投入である。しかしこのことから、その不投入が不作為というわけではない。なおそのように解するものとして *Wolter*, Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkenbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA 1977, S. 257 ff., 271.

我が国のいわゆる薬害エイズ帝京大病院事件⁵は、投入義務の存否が争点になった事案であるといわれることがある。というのも本件被告人は、当時の我が国における血友病研究の権威であり、そして帝京大学病院に存在していた固有の情報などから被害者のエイズによる死亡を予見可能であったと判示されたからである⁶。本件での無罪判決に対して、学説の多くは批判的であり、本件被告人の行為に過失犯の成立を認めることを疑問視していない⁷。これに対して、本判決に賛同する学説も少数ながらある。例えば井田良は、本判決の立場を

⁵ 東京地判平成 13・3・28 判例時報 1763 号 17 頁。本件は、血友病患者であった被害者は、昭和 60 年 5 月から 6 月の間に、手首関節内出血の治療のために帝京大学病院に来診した際、3 回にわたり内科医によって非加熱第Ⅷ因子製剤クリオブリン（以下、非加熱製剤と呼ぶ）を投与され、これにより HIV に感染し、その後エイズを発症し平成 3 年 12 月に死亡したという事案である。

当時、被告人は厚生省エイズ研究班班長を務めていた血友病治療の最高権威であり、かつ同病院の第一内科長・同内科血液研究室の責任者として血友病患者に対する基本的治療方針を決定していた。被告人は、内科医をして、出血が生命に対する切迫した危険がない場合には、非加熱製剤の投与を控えさせる措置を講ずべきであったのに、漫然とその投与を継続し、よって被害者を死亡させたとして、業務上過失致死罪で起訴された。これに対して東京地裁刑事第 10 部は、次のように判示して被告人を無罪とした。

被害者のエイズによる死亡に関する被告人の予見可能性について、世界の最先端のウイルス学者が本件当時に公表していた見解等に照らせば、HIV の性質や抗体陽性の意味については、なお不明の点が多々存在していた。帝京大学病院には、被告人がギャロ博士に依頼して昭和 59 年 9 月頃に入手した同病院血友病患者の HIV 抗体検査の結果（48 名のうち、約半数の 23 名が抗体陽性）や、エイズが疑われる二症例など同病院に固有の情報が存在していた（これらが本件における被告人の特別知識といわれる）。しかしこれらを考慮しても、本件当時、被告人において、抗体陽性者の「多く」がエイズを発症すると予見しえたとは認められないし、非加熱製剤の投与が患者を「高い」確率で HIV に感染させるものであったという事実は認め難く、被告人には、エイズによる血友病患者の死亡という結果の予見可能性はあったが、その程度は低いものであったと認められる。

この程度の予見可能性を前提としてなされた被告人の結果回避義務判断では、非加熱製剤を投与することによる「治療上の効能、効果」と予見することが可能であった「エイズの危険性」との比較衡量、さらには「非加熱製剤の投与」という医療行為と「クリオ製剤による治療等」という他の選択肢との比較衡量が問題となる。そして刑事責任を問われるのは、通常血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、およそそのような判断はしないはずであるのに、利益に比して危険が大きい医療行為を選択してしまったような場合であると考えられるが、本件当時、我が国の大多数の血友病専門医は、各種の事情を比較衡量した結果として、血友病患者の通常出血に対し非加熱製剤を投与していた。この治療方針は、帝京大病院に固有の情報が広く知られるようになり、エイズの危険性に関する情報が共有された後も、加熱製剤の承認供給に至るまで、基本的に変わることはなかったため、被告人が非加熱製剤の投与を原則的に中止しなかったことに結果回避義務があったと評価することはできない。

⁶ 井田良『変革の時代における理論刑法学』慶応義塾大学出版会 2007 年 191 頁によると、本件では「被告人は当時の血友病治療の最高権威であり、通常専門医とは質量ともに異なった情報に接していたことから、加重された注意義務を課せられるのかどうか問われた」。同旨の主張がみられるのは、島田聡一郎「薬害エイズ事件判決が過失犯論に投げかけたもの」刑事法ジャーナル第 3 号（2006 年）32 頁以下。

⁷ これは下記第 2 節で取り上げる。

「行為の時点においてしたがうことの要求される行動基準ないし行動準則が注意義務内容を決める」と解して、本判決を自身の支持する新過失論に親和的なものであるという⁸。

投入義務は、特別な知識や能力を有する行為者にのみ認められるものであり、一種の、刑法的過失の上限を定める義務である。それゆえに、投入義務の存否が問題となる事案は、過失犯の限界事例であるといえる。例えば法益保護や財保護の観点を強調すれば、特別な知識や能力の投入は法益や財保護を実現するものであるから、投入義務は認められるべきであろう。しかし法益保護要請は、許された危険や信頼の原則などの帰属阻却原理が過失犯で論じられていることに鑑みると、無限定に実現されるべきではない。したがって特別知識や特別能力を有する行為者の投入義務の存否の判断に際しては、その者の知識や能力のゆえに認められる構成要件実現の回避可能性と、その者の過失犯の処罰範囲ないし責任の重さが勘案されなければならない。

そして投入義務はあくまで注意義務の一類型である。そのため投入義務の問題解決の根本的な部分は、過失犯論一般から切り離して論じることができない⁹。例えば行為者の個人的で高度な知識や能力がその者の注意義務内容を規定する際にどのような形で考慮される

⁸ 井田良（前掲注6）155頁以下、166頁以下および191頁以下。

⁹ もっとも投入義務の問題は理論的色彩が強く、実践的意義に乏しいと思われる（この点を指摘しているのは、LK-Vogel, 12. Aufl., 2007, § 15, Rn. 159）。実際、我が国では過失犯で特別知識や特別能力の投入義務の存否が問われた裁判例は、ほとんど存在しない。これには我が国の刑事裁判の制度も影響しているであろう。すでに島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして—」立教法学第57号(2001年)53頁が、中立的行為による幫助の文脈で指摘しているように、我が国の刑事裁判では刑事訴訟法第248条により起訴便宜主義が採用されているために、構成要件的结果の予見可能性や回避可能性が特に認められる者を検察官が不起訴処分としているケースもあるのではないかと推測されうる。もっとも投入義務は、とりわけ医療過誤の事例群では、重要な論点になりうるであろう。それは医師の職務内容、すなわち医師には治療や人命救助が期待可能であるという点に由来していると思われる。山下裕樹『『ロボットと法』シリーズの論文紹介(2)』千葉大学法学論集 第31巻第3・4号(2017年)137(142)頁が指摘しているように、医師には、非医師よりも人命救助に資する知識や能力を豊富に有する(獲得しうる)ために、それらを人命救助に発揮することを要請しうる。この医師に対する特別な知識や能力の投入要請は、医師に医療現場以外の場面でも専門的な知見等を発揮することのみならず、そして個別の医師が、例えば行為当時の臨床医が行う標準的な治療と比較するとより高度ないし特別な知識や能力を有していたならば、この自身に特有の知識等を用いること(これに薬害エイズ帝京大病院事件を分類することができるであろう)も含んでいる。このような要請を刑法上広く認めるならば、医師一般あるいは高度な知識や能力を有する医師にとって、刑事訴追のリスクが高まることになる。しかし、医師に刑事責任を認めること自体に、疑義が示されている(例えば樋口範雄『医療と法を考える—救急車と正義』有斐閣2007年152頁以下は、医療事故とその他の事故を比較して前者の特殊性を指摘しており、藤木英雄「医療事故における因果関係と過失」ジュリスト548号(1973年)303頁は、医師の刑事訴追は医学発達を阻害しうるので、「注意義務の適正な限定」への注意を喚起している)。この点に鑑みれば、医師に投入義務を認めるべきか否か、またはこれをいかなる範囲内で認めるべきかを論ずることには、一定の意義があるように思われる。

べきであるのかは、従来から「過失の標準」の枠組に位置付けられている問題であり、これは過失犯全体に及ぶものである。このようにみれば、過失犯における特別知識や能力を有する者の注意義務内容に関する考察は、その他の過失犯の事例群の考察にも、一定の寄与をもたらすものと思われる。

しかし我が国において投入義務の存否に関する議論は、帝京大病院事件判決の評価と関連付けてなされたものがほとんどであり、上のような論点を視野に入れた研究は未だなされていない¹⁰。

第2項 検討順序

上のような投入義務の問題解決を探求することを目的として、その義務の存否を論じる我が国の学説とドイツの学説を取り上げて考察する。具体的な順序は次の通りである。

まず、投入義務の存否を論じる諸学説を三つの立場に分類する。すなわち投入義務の存否が問題となる場合に、その成立を常に肯定する立場、常に否定する立場、一定の限度で認める立場である。以下では、便宜上これらを順に投入義務肯定説（第2節）、投入義務否定説（第3節）、投入義務制限説（第4節）と呼んで取り上げ、それらが投入義務の存否が問われる諸事例の解決として適切であるのかを論じる。そしてこの三つのグループを検討した後には本論文の立場を示す（第5節）。

第2節 投入義務肯定説

特別知識や特別能力の投入義務をいかなる場合でも認める投入義務肯定説は、ドイツでは通説であり¹¹、すでに述べたように我が国の多くの学説も投入義務が問題となった帝京大ルート事件の無罪判決に反対している。本論の課題は、投入義務肯定説が投入義務の問題解決として妥当であるのかを判断することである。そのためには、まずは肯定説を主張する諸見解を取り上げて、同説の根拠を探求することが必要であろう。

第1項 学説状況

第1款（伝統的な）過失の標準の意義

「過失の標準」では、行為者の過失を判断するためには誰の能力を標準とすべきかが問われる。我が国では、大まかにみれば行為者の能力を標準とする説と一般人の能力を標準とす

¹⁰ このような我が国における投入義務の議論状況は、すでに *Kuzuhara, Zum Problematik des sog. Sonderwissens und der sog. Sonderfähigkeit des Täters als Maßstab der Fahrlässigkeit—ein Vorstudie zu Fahrlässigkeitskriterien*, *Kansai University Review of Law and Politics*, No. 15, 1994, S. 37 および島田聡一郎 *刑事法ジャーナル*第3号 32頁によって指摘されている。

¹¹ この理解は、例えば *MK-Duttge*, § 15, Rn. 98; *Kasper*, „Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte“, *JuS* 2012, 16 ff., 20; *Murmann*, *Grundkurs* 2. Aufl. 2013, § 23, Rn. 37; *LK-Vogel*, § 15, Rn. 161 などにみられる。

る説が対立してきた¹²。

現在のドイツの過失犯論においては、行為者の個人的能力の体系的な位置づけにつき争いがある。通説は、構成要件段階に一般人標準の客観的注意義務を据えて責任段階に行為者標準の主観的注意義務を措く、つまり「二重の基準」を設ける見解である。これに対して少数説は、行為者の能力をすでに構成要件段階で考慮すべきであるとして、行為者を標準とした注意義務内容の規定を主張している¹³。

ところで投入義務肯定説を唱える論者らは、そのような形での過失の標準の議論では、見解が一致していない。例えば帝京大ルート事件判決に反対する諸学説の過失の標準に関する立場は客観説や折衷説のような一般人を標準とする見解¹⁴、注意義務で重要となる能力を質的に二分した上で異なる標準を設定する能力区別説¹⁵、そしてこの議論の枠組を過失構造論で捉えた上で旧過失論を支持する立場¹⁶に分かれている。このうち一般人標準（客観説と二重の基準説）説の支持者は、本判決が結果回避義務判断で一般通常人（「通常の血友病専門医」）を設定したこと自体には賛同するが、その無罪判決には反対している。そしてドイツの二重の基準説の多くの論者も投入義務肯定説を支持しており、二重の基準説は、投入義務の問題解決に関しては少数説（行為者標準説）と見解が一致しているといわれることもある¹⁷。

投入義務肯定説を主張する一般人標準説には、次のような批判がある。すなわち、注意義務を規定する際に一般人を標準としながら行為者の個人的（ないし主観的）な特別知識や特別能力を考慮することは、「客観的」注意義務の「中途半端な個別化」¹⁸であって、理論的一貫性を欠く¹⁹。実際、一般人を標準とする見解の多くは、（客観的）注意義務を規定する際に

¹² 過失の標準における詳細な学説状況については、松宮孝明『刑事過失論の研究』補正版成文堂 2004年 121頁以下（我が国の学説状況に関しては193頁以下）。加えて古川伸彦『刑事過失犯論序説—過失犯における注意義務の内容—』成文堂 2007年 142頁以下、金煥全「日本の過失犯論—注意義務の標準の問題を中心に—」『西原春夫先生古希祝賀論文集 第二巻』所収 成文堂 1998年 93頁以下を参照。

¹³ ドイツでの過失の標準の議論を概観するには *Kühl*, AT, § 17, Rn. 22 ff.が有用と思われる。

¹⁴ 板倉宏『薬害エイズ第一審判決について』現代刑事法 3巻7号（2001年）48頁以下、船橋亜希子「医療過誤における注意義務の一考察——薬害エイズ帝京大病院事件判決を素材として——」法学研究論集 第38号（2013年）99頁以下、船山泰範『刑法の役割と過失犯論』北樹出版 2007年 211頁、前田雅英「予見可能性の内容・程度と許された危険」研修 637号（2001年）3頁以下。

¹⁵ 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』成文堂 2004年 175頁以下、山口厚「薬害エイズ事件三判決と刑事過失論」ジュリスト 1216号（2002年）17頁。

¹⁶ 甲斐克則「薬害エイズ事件帝京大ルート第一審判決」平成13年度重要判例解説（2002年）154頁以下、同「薬害と医師の刑事責任——薬害エイズ帝京大ルート第一審判決に寄せて——」広島法学 25巻2号（2001年）69頁以下。

¹⁷ *Kasper*, JuS 2012, 16 ff., 20.

¹⁸ *MK-Duttge*, § 15, Rn. 98.

¹⁹ 例えば *Castaldo*, „Offene und verscheirte Individualisierung im Rahmen des

行為者の個人的な知識や能力を考慮するための理論的な説明を行っていないと評価せざるをえない。現在のドイツの過失犯論の基礎を築いた²⁰Welzelは、客観的注意の規定では行為者の認識内容を考慮しなければならないという²¹。しかしこの主張は、少なくとも投入義務の存否との関係では、非常に曖昧である。というのもそれだけでは、①そもそもなぜ客観的注意で行為者の認識が考慮されなければならないのか、②行為者のあらゆる認識が考慮されるのか、そして③行為者の認識が客観的注意の内容にどのような形で反映されるべきかなどが、説明されていないからである²²。

しかしこの批判は適切とは思われない。例えば西原春夫は、平均以下の能力を有する行為者に「引き受け過失」が認められる場合、上記の諸見解に実際上の相違がないと指摘している。一方で行為者標準説は、「単に違反した注意義務選択にあたって行為者の注意能力を考慮する」見解でなければ、当該行為者に危険行為の引き受けを非難することはできず、その限りで一般人標準説と「合一しうる余地を残す」のであるという²³。他方で一般人標準説の趣旨も「同一事情のもとにおかれた一般人に共通に向けられているという意味において『客観的』に把握する」ものならば、行為者標準説と同一の結論に到達しうる²⁴。

この理解を前提とすれば、一般人を標準として注意義務を規定するとしても、行為者の（特別な）知識や能力は考慮されるのであり、その限りで、一般人標準と行為者標準説に違いはない。それゆえ先のように一般人標準説を批判したところで、同説が投入義務を認めることはできないとはいえない。

他方、投入義務を認めるためには、行為者の特別知識や特別能力を注意義務の規定の際に考慮しなければならない。その限りで投入義務肯定説は、行為者標準説ないしドイツの少数説と一致している。しかしドイツの少数説の主張者としてよく挙げられるJakobsは、投入

Fahrlässigkeitsdelikt“, GA 1933, S. 495 ff., 504.; *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, § 5, Rn. 30; *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4 Aufl, 2015, §17, Rn 134.

²⁰ この理解は、*Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 261 にみられる。

²¹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 132.

²² 高橋則夫『刑法総論』第3版 成文堂 2016年 234頁は、（過失犯の）行為規範の名宛人は一般人であり、過失犯の行為規範違反の判断基準は行為者の生活領域の属する一般人であるので、行為者の認識や能力が判断資料と考慮しうるという。しかし規範の名宛人が行為者の属性を備えていることからといって、過失判断で行為者の認識や能力を考慮することを意味しない。また同 229頁は、「行為規範は、抽象的危険性についての行為者あるいは（行為者を含む）一般人の認識可能性に基づいて機能する」という。

²³ 西原春夫「過失犯と原因において自由な行為」『過失犯(1) 基礎理論 日沖憲郎博士還暦祝賀』所収 有斐閣 1966年 223頁以下。

²⁴ 西原（前掲注23）224頁。類似の分析は、大塚裕史「過失犯における注意義務と注意能力との関係」早稲田法学会誌 第32巻（1982年）71頁以下および73頁以下にみられる。なお大塚は過失の標準での争いの原因の一つは、「注意能力概念の内容をめぐる考え方の相違ないしは混乱にある」という（同75頁）。加えて松宮（前掲注15）152頁以下も、行為者の「運転能力とか行為時の認識などは、『客観的注意義務』あるいは『予見可能性』を判断する際に、すでに考慮されている」と述べている。島田聡一郎 刑事法ジャーナル第3号 32頁以下も参照。

義務の問題に関しては肯定説ではなく、投入義務制限説を支持している²⁵。そして行為者標準説（主観説）を支持する趙欣伯も、投入義務については投入義務制限説の論者である²⁶。つまり行為者の知識や能力を重視して注意義務を規定する見解が、必ずしも投入義務を常に肯定するわけではないのである。

注意義務の規定で一般人を標準としてもその一般人が行為者の特別な知識や能力を備える人物であるならば投入義務の成立を認めることができ、行為者を標準とする見解からは投入義務の成立範囲を制限すべきであるとの主張がある。つまり過失の標準での一般人標準説と行為者標準説の対立は、投入義務肯定説の採否には関係がない。それゆえ投入義務をいかなる場合にも肯定するための根拠は、上のような過失の標準の議論以外に存在する。このような理解を前提にすれば、投入義務肯定説の根拠は、以下の三つである。

第2款 可能性が義務となるか

投入義務肯定説の中には、たしかに投入義務の成立を認める旨の主張がなされているが、その根拠が明確に示されていない諸見解がみられる。例えば *Haft* は、客観的注意義務を規定する際には「何らかの特別知識と特別能力は……考慮されるべきである」と主張するが、その根拠を特に示していない²⁷。また帝京大ルート事件判決の反対説の一部も、投入義務を認める論拠を明確に示していない。反対説のうち一般人標準説は、本判決が結果回避義務判断で用いた「通常の血友病専門医」を基準としたことを適切なものと評価する一方で、本件被告人は特別知識を有していたために、過失犯を認めるべきであったという²⁸。板倉宏は、被告人の認識内容は過失犯を基礎づけるには十分であったと解し²⁹、更に結果回避義務の基準は本判決よりも更に個別化されたものを設定すべきであったという³⁰。そして甲斐克則は、

²⁵ *Jakobs* の見解は下記IV. 4 で取り上げる。同じく少数説の論者である *Weigend* も投入義務制限説を採用している（これについてはIV. 1.）。

²⁶ 趙の見解は下記IV. 2. で取り上げる。

²⁷ *Haft*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 1998, S. 167. 同様の主張として、*Blei*, *Strafrecht I Allgemeiner Teil*, 18. Aufl. 1983, S. 300 f.; *Kasper*, *JuS* 2012, 16 ff., 20; *Krey/Esser*, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 2012, Rn. 1349; *Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2016, § 52, Rn. 20 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2011, § 15, Rn. 14; *Tobepel*, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, S. 37; *Zieschang*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2012, Rn. 432. 我が国では、瀧川幸辰『犯罪論序説（改訂版）』団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第2巻』所収 世界思想社 1981年 132頁（なお *von Liszt/Eb. Schmidt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1. Band, 1932, S. 278, Fn. 11 も参照）および 西原春夫『刑法総論』成文堂 1977年 181頁。

²⁸ 船山（前掲注14）211頁。

²⁹ 板倉宏 現代刑事法3巻7号（2001年）51頁以下。

³⁰ 板倉宏 現代刑事法3巻7号（2001年）53頁以下（「厚生省エイズ研究班長として国内

本判決の被告人の認識内容の評価のみならず³¹、そして結果回避義務判断では、被告人が我が国の血友病の基本的な治療方針を決定しえた立場にあったため、被告人と血友病専門医を同列に置くことになる「医療水準」ではなく、「むしろ外国事情を含む経験則を根拠にした『医学水準』こそ考慮すべき」³²であるという³³。以上の論者らは、被告人の特別知識を過失犯成立に十分な事情と捉えるのみならず、被告人に認められる立場のうち、より結果の予見・回避に資するもの（特に厚生省エイズ研究班班長）を考慮する必要性を強調している³⁴。

ところで注意義務一般について、「過失すなわち注意義務違反とは、結果の予見可能性があり、結果回避行為が可能であるのに予見せず、または、予見しても適切な結果回避行為を行わずに結果を発生させたことであるといえよう。そして予見可能性があれば予見義務があるのは当然であり、回避可能性があれば結果回避義務があるのは当然であるから、結局、過失とは結果の予見可能性があるのに結果回避行為をとらなかったことを意味することになる」³⁵といわれることがある³⁶。この考えは投入義務肯定説に帰着する。「可能性が義務と

外の最新のもっとも詳しい情報に接し、最高権威者として、血友病の基本的治療方針を決定しうる指導的立場にいるような専門医としての平均人)。そして板倉は、被告人の立場に「通常の血友病専門医」を基準とした本判決は「注意義務のハードルを低くしてしまう」と批判している。板倉の結果回避義務の基準に対しては、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』成文堂 2007年 88頁からの批判がある。

³¹ 甲斐克則 平成13年度重判解 155頁および同 広島法学 25巻2号 88頁は、本件を認識ある過失の事案であって、被告人の認識内容からすれば具体的予見可能性を認めることができ、ゆえに過失責任を問うことができたという。なお佐久間修「判批」刑法判例百選 I 総論 第5版(2003年) 111頁も参照。

³² 甲斐克則 平成13年度重例解 154頁、同 広島法学 25巻2号(2001年) 77頁以下。

³³ 最近では船橋亜希子 法学研究論集 第38号 99頁以下が、医療慣行と医療水準がいかなる場合に注意義務の判断基準とされるのかを、医療過誤の刑事裁判例の検討(110頁以下)も踏まえて論じ、結論として本判決に反対している。

³⁴ これに対して本判決は、被告人の血友病治療の方針変更への影響力等の有無は本件被害者の死亡との関係では明らかでないとした(判時1763 179頁以下)。同旨の主張として島田聡一郎 刑事法ジャーナル第3号 35頁、山口 ジュリスト 1216号 16頁。

³⁵ 西田典之『刑法総論』第2版 弘文堂 2010年 257頁。西田によると、このことは「常識的判断過程に対応するもの」であるという(同頁)。Herzberg, „Die Schuld beim Fahrlässigkeitdelikt“, Jura 1984, 402 ff., 410は、注意義務適合的であるのは「自己に利用可能な……全ての技術や知識を損害回避に利用する者のみである」という(加えて406も参照)。

³⁶ Gropp, AT, § 12, 48は、「行為者が予見可能であるならば、彼にはその実現を回避する義務がある。もっとも、この義務は、事態無価値の実現がなされないという全作為犯罪の背後にある義務に他ならない(傍点は原典ではイタリック体)とし、Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, 29 Aufl., 2014, § 15, Rn. 133は「刑法上保護された法益に対する危険回避の義務は、具体的な生活状況においてそのためになされうることの最善で決定される。それゆえ万人には、ある活動の実行ないし引受ける際に『行為者の状況に置かれた慎重な人』がなしうる注意を払うことが義務付けられる」としてこれを「平均的要請」と呼び(Rn. 133)、「何人も危険回避のためになしうること最善をなさなければならない」(Rn.

なる」べきであり、かつ、特別な知識や能力を有する行為者が構成要件的结果を阻止しえたのであれば、行為者には例外なく投入義務の成立が認められることになるからである。実際、「行為者個人の能力がきわめて高く容易に予見できたのであれば、過失犯の成立を認めるべきである」³⁷という主張もある。この「可能性が義務となる」という想定は、先に挙げた帝京大ルート事件判決の反対説にも存在している。反対説は、本判決の結果回避の判断基準（通常の血友病専門医）の評価に相違があるにもかかわらず、被告人に構成要件実現を予見しないし回避できたならば、過失犯を認めるべきであるという点で一致している。

たしかに「法は不可能を要求しない」とすると、可能性は義務の必要条件である³⁸。しかしこのことから、個別行為者に対してその者に可能な構成要件実現の回避措置を義務づけることは帰結しない³⁹。それゆえ行為者の可能性をその義務規定の十分条件とするには更なる根拠が求められる⁴⁰。

139)という。同旨のものとして、*Beck*, „Achtung: Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit!“ — Teil 1, JA 2009, 111 ff., 114; *MK-Duttge*, § 15, Rn. 98; *ders.*, „Erlaubtes Risiko“ in einer personalen Unrechtslehre, FS Maiwald, 2010, S. 144; *Kasiske*, *Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil*, 2011, Rn. 281.

³⁷ 林幹人『刑法総論』第2版 東京大学出版社 2008年 293頁。

³⁸ これに対して植松正「注意能力行為者標準説に対する疑問」『過失犯(1) 基礎理論 日沖憲郎博士還暦祝賀』所収 有斐閣 1966年 94頁以下は、過失犯には「不能をしいる規範」が妥当するという。しかしこのような過失犯の理解は、今日支持されていない。植松説に対する批判は大塚裕史 早稲田法学会誌 第32巻 70頁以下、および松宮（前掲注12）198頁注（10）にみられる。

³⁹ この点につき *Engisch* は、義務規定で行為者の構成要件実現の回避可能性に着目することは、「可能性が義務となる」と同義ではないと主張している。*Engisch*, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, 352 ff.（本書の邦訳として荘子邦雄・小橋安吉訳『刑法における故意・過失の研究』一粒社 1989年 425頁以下）は、「外部的注意」の規定では個別行為者の事情を考慮しなければならない主張する。しかし *Engisch* は、行為者が「特別な治療処置を心得ており、心ならずも（例えば事故のような場合）負傷者の処置を任せられた」ときに、当該行為者が自己の特別な治療処置を用いれば負傷者を救助可能であったならば、「彼は、その治療処置を施すことについて、その治療処置を充分にこなしているということ」を考慮に入れる必要があるのか、それとも、彼の注意義務はそれ以外の通常の治療方法の使用を超えないでよいのか」を問うており、特別知識や特別能力の投入義務の存否は「価値の問題」であり、「アプリアリに肯定することもできないし、また否定することもできない」ものであるが、「もしこの問題が肯定されるものとすれば、特別な意味において、注意義務は行為者の個人的な能力に左右されるということとなる」（*ders.*, S. 355 [荘子・小橋訳 428頁]）という（傍点は原典ではイタリック体）。

⁴⁰ そもそも行為者の「可能性」、そしてこれを構成する行為者の（特別）知識・能力などの諸事情の重要性はどのように判断されるのかということも、注意義務を規定する際には重要である。この場合、行為者に想定されうるあらゆる可能性、そしてこれを構成する行為状況や行為者の諸事情の全てが、考慮されるわけではない。*Schmoller, Zur Argumentation mit Maßstabfiguren Am Beispiel des durchschnittlich rechtsteuern Schwachsinnigen*, JBl 1990, 631 ff., 640 は、例えばカラーサイズが42のワイシャツを着た行為者の判断が問題となるならば、「カラーサイズ42のワイシャツを着た注意深い

第3款 法益保護

(1) 回避可能な法益侵害を回避する義務

ドイツでは、行為者が自己の特別知識や特別能力を用いて構成要件的結果を回避しないこと、つまり当該行為者に特別な知識や能力の投入を義務づけないことは刑法の法益保護要請に反するとの考えから、投入義務は認められるべきであるという見解がある。この見解によれば、特別知識や特別能力によって構成要件実現を回避可能な者にこれを求めないことは、法益保護の観点からは不当であるとされる⁴¹。つまり、投入義務を否定することは、法益保護が実現可能であったにもかかわらずこれを行わなくてよい場合を認めることになるため、特別知識や特別能力を有する者を不当に「優遇」⁴²することになるのである。

しかし刑法（規範）の目的や任務が法益保護にあるとしても、直ちに投入義務が常に肯定されるわけではない。刑法の機能ないし目的の理解と注意義務の規定をめぐる議論は同じ次元のものではない。法益保護が注意義務の規定に反映されるべきであるならば、それがどのような形で成されるのかは、更に検討されなければならない。この点につき過失犯では、行為者の責任を制限する許された危険や信頼の原則などの行為者への結果帰属を阻却する

人」を比較の人物（*Vergleichsperson*）として引き合いに出すことは全く不要であると指摘している。このことは行為者の認識内容についても当てはまるであろう。例えば、過失犯の存否に関する刑事責任の存否が問われる場合、例えば医師である行為者が緊急搬送された事後的被害者の手術の開始時に、この者が着ていたシャツのカラーサイズを認識していたとする。この場合、行為者の「特別知識」は、通常注意義務判断からは排除されるであろう。実際は、行為者の「可能性」を構成する（行為者の知識や能力などの）諸事情の選別が、何らかの方法でなされるものである。その際、注意義務の構成要素となる行為者の知識・認識や能力の刑法的重要性は、常に注意義務判断の前提にある刑法規範の理解や構成要件の意義ないし目的、行為状況などのその他の諸要素との関連で決定されることになるであろう。換言すると、刑法的判断の資料となるデータは、何らかの考量を経た上でなければ、獲得されえない。そのため、行為者の認識や能力、そしてその立場の全てが刑法的評価の資料の候補となりうるが、当該評価の資料であるとまではいえない。しかし判断資料として行為者の知識や能力の重要性の判断は、行為者の「可能性が義務となる」というだけでは、行うことができない。

⁴¹ 例えば *Castaldo*, GA 1993, 495 ff., 503; *Freund*, AT, § 5, Rn. 29 ff., insb. 33; *ders.*, Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit: Zum Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung, FS Küper, 2007, 72 f.; *Gropp*, AT, § 17, Rn. 134; *Kretschmer*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 2000, 267 ff., 272; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 84 ff., insb. 85 f.; *Murmann*, Grundkurs, § 23, Rn. 38 ff., insb. 41; *Quentin*, Fahrlässigkeit im Strafrecht, JuS 1994, L 49 ff., 51; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 233; *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 61 f. (山中監訳 (前掲 注 1) 623 頁以下 [趙・葛原訳]。明示的ではないが、おそらく *Rostalski*, Normentheorie und Fahrlässigkeit Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, GA 2016, 81, Fn. 29 も同旨であろう。我が国で類似の主張をしているのは、林幹人「エイズと過失犯」判例時報 177 号 (2002 年) 16 頁 (および 17 頁も参照)。

⁴² *Castaldo*, GA 1993, 495 ff., 503; *Kretschmer*, Jura 2000, S. 267 ff., S. 271.

法形象がよく議論される。そしてこのような法形象と法益保護要請の関係性は、投入義務の存否が問われる事案でも考慮されなければならない。その関係性は、刑法の機能・目的の議論によって決定するものではない。

(2) 義務の判断基準としての法益保護

増田豊によると、故意・過失犯の行為（行動）規範は法益保護を直接に実現する手段である⁴³。行為規範は、法益保護という目的を達成するため、法益侵害回避のための行動を個人に義務づけるが、その規範内容は、広義の比例の原則に従って規定されなければならないという。行為規範は、法益保護を実現するために適合的・有効で、かつ必要不可欠なものではないため、規範の内容（法益保護）は行為者に認められる法益侵害の可能性に限定されるという⁴⁴。行為規範は「命令であれ禁止であれ、その充足のために要求される行動に関して行為者個人の能力を考慮に入れなければ、まさに機能不全の状態に陥ることになる」⁴⁵という。そのため行為規範は法益保護という目的を達成するために「行為者に可能なことだけを義務づけるもの」⁴⁶とされるのである。行為者行為の「不注意性」⁴⁷判断では、個別行為者の知識や能力という「行為者個人のパースペクティブ」⁴⁸が考慮されなければならないとされる。増田は、そのように過失判断で行為者の知識や能力を考慮しつつも、規範は「個人に一定の行動を要求するものであるという意味において……客観的」なものであるという⁴⁹。ただ、注意義務の規定の際に用いられる「慎重な人」などの基準人は、「それ自体が重要なのではなく、あくまでも行為者の具体的な行為者個人の能力を認定するための『デフォルト値』（default value）」としての意義が認められるにすぎないという⁵⁰。

以上の増田の見解は、刑法規範の機能が法益保護であるとした上で、規範の要請の限界が個別行為者の有する法益保護に利用可能な知識や能力にあるという。この考えに従うと、投

⁴³ 増田豊『規範論による責任刑法の再構築—認識論的自由意志論と批判的責任論のプロジェクト—』勁草書房 2009年 168頁および185頁。

⁴⁴ 増田（前掲注43）169頁以下および177頁。

⁴⁵ 増田（前掲注43）190頁。

⁴⁶ 増田（前掲注43）177頁。

⁴⁷ 増田（前掲注43）189頁は、注意義務概念を「規範論理的」考察から、とりわけ過失作為犯で用いると、「過失犯の構造につき誤解を招きかねないものであり、不当なもの」という。なぜなら禁止規範によって具体化がなされるという過失作為犯の義務は不注意な行為の不作为義務が内容とされるべきところ、同概念を前提にすると、当該義務の内容が、注意そのものを内容とする作為義務になってしまうからであるとされる（同旨のものとして、田村翔「個人的な不注意行為により創造された危険と結果帰属——とくに引き受け過失を問題として——」法学研究論集 第43号（2015年）68頁）。しかし論理的には行為の不注意性を判断するための比較対象として、注意深い行為が必要となる、西原春夫（前掲注23）224頁を参照。

⁴⁸ 増田（前掲注43）191頁。

⁴⁹ 増田（前掲注43）191頁、これは「客観的な法秩序のパースペクティブ」といわれている（同194頁も参照）。

⁵⁰ 増田（前掲注43）191頁。

入義務は常に認められる。行為者の特別な知識や能力であれば法益保護が実現できる場合に、投入義務が論じられうるからである。

松宮孝明は過失の標準で能力区別説を支持し、注意義務の規定を *Engisch* に倣って故意犯と過失犯に共通の危険（存否）判断⁵¹と、この判断で認められた危険を個別行為者が認識可能であったのかに関する「固有の過失」判断（これは過失の標準における能力区別説に相当する）とで構成する。「固有の過失」判断では「倫理的能力」と「手段的能力」が考慮され、それぞれには異なる標準が設定される⁵²。倫理的能力は「法ないし法益への配慮ないし慎重さ」⁵³、または「結果回避への関心に関する法の規範的要求」、つまり法益侵害や結果回避についての「期待可能性」⁵⁴にかかわるものであり、この能力は、行為者のものではないという意味で標準的なものでなければならないという。行為者の倫理的能力が法の期待する水準を下回っていたか、それが欠如していたことが、その者に対する過失非難を基礎づけるので、行為者の倫理的能力は考慮されるべきでないといわれる⁵⁵。つまり倫理的能力は、「行為者の行為の不注意性を決定する尺度」であり、それは「行為者の外に求めざるをえない」⁵⁶。これに対して過失判断で重要な倫理的能力以外の能力、つまり危険の除去や予測にかかわる手段的能力は、行為者のものが考慮されなければならないという。行為者が構成要件の結果を予見できたのか、またはそれを回避するためにどのような措置を履行可能であ

⁵¹ 松宮（前掲注 15）154 頁によると、危険判断（作為犯では広義の相当性ないし実行行為性、不作为犯では作為義務に相当する）では、「最も洞察力のある人間」あるいは「最高度の知識」を基準として、行為者の危険制御能力や法則知識を資料として「実質的で許されない危険」の存否が判断されるという。これについては *Engisch* (Fn. 39), S. 352 ff., [莊子・小橋訳 425 頁]も参照。

⁵² 倫理的能力と手段的能力という用語は、*Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes*, FS Jescheck, Bd. I, 1985, S. 285 ff. (紹介として松宮孝明「H・H・イェシエック記念論文集の紹介(一)」立命館法学 第 185 号(1986 年) 71 頁以下がある)に由来する。*Stratenwerth*によると、「手段的能力 (*instrumentelle Fähigkeit*)」は許されない危険の除去に関する能力であり、そのために必要な能力が「倫理的能力」(S. 287)であるとされる。たとえば自動車運転手の「能力」のうち、手段的能力とは運転能力(「車両の制御、適時に危険を認識すること、適切な反応をすること」)のみであるとするため、「法的になされるべきことを決定する行為者の能力」(S. 288)が倫理的能力であると思われる。

⁵³ 松宮孝明『刑法総論講義』第 4 版 成文堂 2009 年 221 頁。

⁵⁴ 松宮（前掲注 15）160 頁。

⁵⁵ 松宮（前掲注 53）220 頁は、「予見の『可能性』は、行為者に一定程度の『慎重さ』ないし『結果回避への関心』があったならば当該結果が予見できていたか、という形で問われる。その際、多くの人々が本気で受け止めないような『異常に高い慎重さ』は、要求されてはならない。なぜなら、そのような高度の要求を伴う責任非難では行為者に『運が悪かった』と思わせるだけで、規範意識の強化による犯罪予防に役立たないからである」という。加えて松宮（前掲注 15）159 頁以下および 164 頁も参照。

⁵⁶ 松宮孝明（前掲注 15）157 頁。なお松宮は、倫理的能力はドイツの過失犯論では行為者の立場におかれた「分別のある慎重な人」や「誠実で慎重な人」と呼ばれていると述べている（同頁）。

ったのかは、行為者の手段的能力を考慮しなければならないからである⁵⁷。

したがって行為者の行為を刑法上非難するためには、法の期待する規範遵守意思（倫理的能力）を有する人物の仮定的行動が必要になる。しかしその人物が個々の状況でどのような結果回避措置をとったであろうかを検討するためには、行為者の規範遵守意思以外の知識や能力（手段的能力）が考慮されなければならない⁵⁸。松宮説も、投入義務肯定説に至ると考えられる。これによると行為者の注意義務内容はその者の「手段的能力」によって決まるものであり、そして手段的能力は規範遵守意思以外のものを意味するので、行為者の特別知識や特別能力も含まれるからである。

松宮は、帝京大病院事件判決での注意義務の判断基準（倫理的能力）は、当時の米国でのエイズに関する情勢や我が国の一部の製薬会社の行動に加えて、我が国の血友病患者団体の行動をもとに具体化されるべきであり、そのような諸事情から構成される基準人は非加熱製剤の投与という治療方針を変更したであろうと考えられるため、本件では過失犯の成立が認められるべきであったという⁵⁹。本判決が被告人の立場に「通常の血友病専門医」を設定することは、一方で被告人の立場や認識内容などの行為者に特有の諸事情を無視し、他方で「我が国の医師ではなくて、外国の医師や我が国の患者、製薬会社関係者を含む『慎重で誠実な人』一般を代入すべきだとする過失判断の規範的な側面を無視するものとなっている」⁶⁰という。

⁵⁷ もし手段的能力を行為者以外に求めるならば、例えば引き受け過失の存否が問題となるような場合、平均を下回る行為者の注意義務内容は、その者にとってはおよそ履行不可能であり、「法は不可能を要求しない」という命題に反する責任非難となってしまう。過失犯には「不能を強いる規範」が妥当するという植松の見解については前掲注 38。なお松宮孝明（前掲注 15）163 頁注 48）は、行為者の手段的能力の考慮は、危険行為の許容が能力の高低に応じて決まることになるので、高度な能力を有する者に不利益をもたらすことにはならないという。

⁵⁸ 高橋（前掲注 22）234 頁注 51 は、自らの立場は能力区別説と同じ立場であると述べている。しかし高橋の見解では、行為規範の名宛人が一般人であるということが投入義務の議論とどのような関係にあるのかが明らかでない（これについては上記Ⅱ. 1.）。それゆえ高橋説と能力区別説を同視することはできない。これに対して、同じく規範の名宛人を一般通常人と解する井田良『講義刑法学・総論』有斐閣 2008 年 215 頁以下および同（前掲注 6）184 頁以下は能力区別説に近い見解を主張している（井田の見解は下記Ⅳ. 4. で取り上げる）。

⁵⁹ 松宮（前掲注 15）175 頁以下および同（前掲注 34）31 頁。

⁶⁰ 松宮（前掲注 15）183 頁。古川（前掲注 12）149 頁は、汚染された血液製剤を輸血に使用する場合を例に挙げて、「一般的に使用されている血液製剤の製造過程において、実は汚染防止の不備があることを認識し（え）た医師は、一般的には当該血液製剤が使用されているからといって、①その血液製剤を使用して感染を生じさせれば違法であり、②その血液製剤を使用しても感染が生じたであろうことにより免責されない、と解するのが相当であろう」と主張している。古川の著作の書評である甲斐克則「過失犯における注意義務内容と危険の認識——古川伸彦著『刑事過失犯序説』（成文堂、2007 年）を読む——」川端博ほか編『理論刑法学の探求』成文堂 2008 年 181 頁は、その「輸血事故事例」は「薬害エイズ帝京大ルートを示唆する事例」であり、古川の「論理は、私が上記事件の判

松宮も増田と同様に、過失判断では個別行為者の知識や能力のみならず、個別行為者からは離れた法（規範）の結果回避や法益尊重の観点をも考慮しなければならないという。そして松宮説は、倫理的能力のみを、行為者のものではないという意味で「一般化・客観化」する点を過失非難の観点から説明しているのが特徴的であり、これは増田説にはみられないものである。この点を措くと、増田説における「客観的な法秩序のパースペクティブ」と「行為者個人のパースペクティブ」の関係は、松宮説における「倫理的能力」と「手段的能力」の関係と類似している。

大塚裕史は、松宮説の「固有の過失」判断（能力区別説）における倫理的能力と手段的能力は、前者が注意義務（予見可能性）の判断基準として、後者がその判断資料として機能していると分析している⁶¹。大塚の分析に従えば、両説は法益保護要請を単に刑法（規範）の機能であると解するのみならず、その要請を注意義務の規定の次元にまで組み込んだ理論を展開しているといえる。そしてこのような注意義務の規定の構想下では、法益保護に関連しない諸事情、例えば社会相当性のような「常軌性判断」⁶²の注意義務の規定に対する重要性は低く見積もられる⁶³。

第4款 社会的連帯

伊東研祐は、行為者の注意義務を規定する際には行為者の高度な知識や能力を考慮しなければならないといい、投入義務肯定説の立場をとる。伊東によると、投入義務を負う行為者の責任は他の者よりも重くなるが、行為者は「社会生活における構成員として継続的且つ相互補完的に機能している以上、可能な注意を怠って良いとする合理的根拠はない」⁶⁴という。つまり投入義務の賦課は、その義務を負う行為者の社会との結びつきや連帯によって正

例分析で行った論理と軌を一にするところがある」という。甲斐の見解は本論文では上記Ⅱ. 2.で取り上げた。その他には鎮目征樹「判批」刑法判例百選Ⅰ総論 第6版（2008年）113頁、島田聡一郎『薬害エイズT大学病院事件1審判決』判例セレクト 258号（2001年）29頁、林判例時報 1775号 17頁、山口ジュリスト 1216号（2002年）17頁を参照。

⁶¹ 大塚裕史「薬害エイズと具体的予見可能性」『刑事法の理論と実践 佐々木史郎先生喜寿祝賀』所収 第一法規 2002年 157頁。

⁶² 松宮（前掲注15）156頁は、「常軌性判断」を前面に押し出すものとして、客観的注意概念に社会相当性を取り込む *Welzel* (Fn. 21), S. 132 を挙げている。

⁶³ 松宮（前掲注15）166頁以下によると、倫理的能力は「法と行為者との緊張関係の中で決まる」ものであり、そこでは『社会常識』というものも一定の役割を果たすであろう」という。なお同156頁によると、客観的注意義務は結果回避可能性の要素かあるいは結果予見のための情報収集行動の前提であり、客観的注意義務で措定される基準人には行為者本人の知的・生理的能力を推定する手掛かりとしての意義は認められるが、それは実体刑法上の過失犯構成要素ではないという。加えて同164頁以下および増田（前掲注43）192頁も参照。

⁶⁴ 伊東研祐『刑法講義』日本評論社 2010年 148頁以下。なお伊東は帝京大ルート事件判決に関しては、そこでなされた利益衡量の内容を批判し、本判決に反対している（同153頁）。

当化されうるといふ。

このような社会的連帯によっても、投入義務肯定説は主張可能と考えられる。ただ伊東が投入義務の賦課を正当化するために連帯を持ち出す理由は、明らかでない。なお投入義務の議論で連帯論拠を用いることは日独の学説の中では珍しい。

第2項 検討

投入義務肯定説によれば、当該行為者が標準的な知識や能力でなしうる結果回避措置を選択することは、不注意な行為と評価される。そのため、投入義務肯定説は、特別な知識や能力を持つ者の行動を抑制することになる。当該行為者にとって、特別な知識・能力が利用可能な状況には常に犯罪成立の可能性が付きまとうので、そのような状況に関わらないことの方が有益であるといえるかもしれない。もっともこのような特別知識や特別能力を有する者に生じる不都合は、投入義務肯定説に影響を及ぼさない。ここで重要なのは、投入義務を常に認めることが、過失犯処罰の限界付けとして適切であるのかということである。

投入義務肯定説は次の例で、過失犯の成立を認める。例えば、自動車工学の専門家であった行為者は購入した新車を走行させて事故を起こしたが、その自動車にはブレーキに当初から異常があり、これが事故原因であったが、事後的な検証によるとその異常は自動車運転手一般には認識できなかったのに対して、行為者であれば認識可能であったという場合⁶⁵である。自動車運転手には、自動車の走行前に安全点検を義務づけることは可能であろう。しかしこの安全点検として上のような特別な知識や能力の投入が含まれるのか、つまりその安全点検としてどの程度の行動が要請されるのかは更に考慮されるべきである。

同説に従うと、当該行為者は、自動車工学の専門性を用いて自動車の故障有無を確認した上で、その車両の使用を控える等して事故を回避しなければならなかったといえる⁶⁶。つま

⁶⁵ この例は、増田（前掲注43）191頁 事例Ⅲを基にしている。本来の例は、自動車工学の専門家であった行為者が、自動車のエンジンの故障を認識せずに、これを走行させて事故を起こした場合に、その故障は自動車運転手一般には認識できなかったが、行為者であれば認識可能であったというものである。

⁶⁶ 増田（前掲注43）193頁以下は、前掲注65に挙げた自動車工学の専門家の例では、行為者の特別な「能力」の投入義務の存否が問題となり、結論としてその義務の成立を認めるが、その理由は次の事案の解決との整合性であるという。増田は、同じくエンジンの故障した自動車で事故を起こした行為者が「自動車のメカニズムにつき平均的な知識（能力）しかなかったが、自己の原因になった〈危険な〉事情についての『特殊な認識』がたまたま存在した」（同193頁 事例Ⅰ）場合、行為者行為には「明らかに不注意性が認められる」という（同頁）。そしてこのように特別知識を有する行為者の行為には過失が認められるならば、同じことを特別能力の場合にも認めることが「少なくとも論理的には一貫する」という（同194頁）。つまり増田は、本文に挙げた例での（特別能力の）投入義務の成立根拠を、特別能力と特別知識の同一の取扱という点に見出している。しかし増田説では、個別行為者が法益侵害を回避可能であったかが決定的であるので、その回避可能性が行為者の知識に由来するのか、それとも能力に由来するのかは重要にはならないはずである。この点について *Roxin, AT I, §24, Rn.62*（山中監訳（前掲注1）624頁〔趙・葛原訳〕）が、投入義務肯定説の立場から「特別な知識について認められることが、どうして特

り当該行為者の投入義務の内容は、自動車の走行前に専門家としての車両の安全点検を行うことであり、当該行為者がこれを怠ることは不注意な行為と評価される。

ただ、この例での自動車の安全点検に関する義務は、もし所有者が自動車のメカニズムについて標準的な知識を有する者であったならば、その自動車の製造元や販売元などに認められるものであろう。投入義務肯定説によれば、当該行為者が結果回避に資する高度な専門性を有していたことを理由に、そのような本来製造元などに認められるべき安全点検義務が当該行為者に課せられることになる。そして投入義務が認められるならば、行為者には、許された危険や信頼の原則などの帰属阻却原理は適用されない。つまり、自動車工学の専門家である行為者は、自己の購入した新車には異常がないことや、その引き渡しの時点までに安全点検が担当部署によってなされているであろうということを信頼することは許されないことになる⁶⁷。

たしかに法益保護の実現の観点からは、自動車工学の専門家の行為者に上記の投入義務は課せられるべきである。しかし、以下の2つの理由から、投入義務を常に肯定することには疑問がある。

第一に、自動車工学の専門家が自動車を走行させる場合などには、自動車のメカニズムについて平均的な知識や能力を有する者として振る舞ってもよいような多くの場面（例えば休暇中や、友人の自動車を運転する場合）でも、当該行為者の行動は強度に結果不発生の予防措置に固定されることになる。そしてこのような投入義務に適った行動には、素人の自動車運転手からみれば自動車走行に由来する危険があるとは認識できない場合も含まれるであろう。つまり、投入義務を常に肯定するならば、特別な知識や能力を有する行為者の行動する自由を、その他の者に比べて極端に制限することになってしまうのである。

第二に、上記の投入義務は、事前に他者（例えば当該車両の販売元等）が果たしておくべき安全点検を内容としており、そのため上記の投入義務は、すでに自動車運転手が車両の走行前に果たすべき安全点検の内容を超えているといえる。投入義務肯定説は、投入義務の成立範囲を個別行為者の特別知識や特別能力から認められる結果の予見・回避可能性によって決定する。しかしこれは、投入義務成立範囲が限定されていないともいえる。そして上の自動車工学の専門家の例から読み取れるように、投入義務肯定説は、結果として他人が果たすべき義務内容まで、特別な知識や能力を有する者に投入義務として認めてしまうことになる。このような場合にまで特別な知識や能力を有する行為者に可罰性を認めることは、過失犯処罰の限界を超えているように思われる。

したがって、行為者の特別な知識や能力が法益（財）保護を達成できるとはいえこれを貫徹すること、および投入義務を常に認めることはできない⁶⁸。それゆえ投入義務の成立範囲

別な能力について同様に妥当しないはずがあろうか」と述べている。

⁶⁷ その信頼は、自動車工学に関する知識を有さない者の場合には、保護されるであろう。

⁶⁸ *Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015* は、泥棒が夜間に自動車整備工 M の自動車を毀損し、M が翌朝出勤のために自動車を運転するときにはそのブレーキ

は、少なくとも制限されるべきであると解される⁶⁹。

本稿の投入義務肯定説の評価に対して、同説からは次のような反論が考えられる。すなわち、行為者の特別知識や特別能力はその者にとって「通常」のものであり、特別知識や特別能力の投入義務は個別行為者に「最善」を求めることではないという⁷⁰。つまり自己の回避可能な法益侵害の回避を要求することは全ての者に対して画一的に要請されるため、その点で特別知識や特別能力を有する者は特段不利に扱われるわけではないとされる。しかし上の例の検討から明らかになったのは、投入義務の問題解決では、特別知識や特別能力を有する行為者に認められうる投入義務の内容がどの程度のその者の行為自由を制限するのかを考慮しなければならない、ということである。そのため投入義務が行為者の「最善」を求めているのか、それとも彼の「通常」を求めているのかは投入義務の問題解決にとって決定的ではない。

第3節 投入義務否定説

特別知識や特別能力を有する行為者にそれらの投入義務を全く認めない「投入義務否定説」は理論的には主張可能であるが、日独では非常に少数である。

第1項 一般人標準説と投入義務の否定

過失の標準を巡る対立関係が投入義務の問題解決に対応するとすれば、一般人標準説は、投入義務否定説に帰着するべきであろう。我が国において、このように主張する立場が存在する。

佐久間修は、一般人標準説（平均人標準説）では「たまたま加害者の注意能力が格段に高い場合にも、それをもって刑事責任の範囲が拡張されるわけではない。むしろ、通常人のレ

が利かなくなっており、Mが傷害結果を伴う事故を起こしたという例を挙げている（S. 238, Fall 14）。Kindhäuserは、たしかにMが運転開始以前にその自動車を点検していればブレーキの故障を発見することができたが、ここでの論点は「Mにそのような調査が法律上そもそも期待されうるのか」であり、「Mの個人的能力と知識を用いることはこの問題への解答には寄与しないので、注意義務の特定では、当該生活領域の慎重かつ誠実な関与者」が基準になるため、Mの可罰性は否定されるべきであるという（a.a.O., § 33, Rn.53f.）。Kindhäuserは、この例と類似の本文に挙げた自動車工学の専門家の可罰性も否定するであろう。

⁶⁹ このようにみれば、注意義務の判断基準として被害者の立場を考慮する松宮の見解（前掲注59）には、薬害エイズ帝京大病院事件判決の当否を措くとしても、賛同することはできない。すでに島田 刑事法ジャーナル第3号 36頁が指摘するように、「一般に、被害者となり得る者は、用心には用心を重ねることがあるので、行為者にそこまでの回避義務を尽くすことを要求するのは、やはり行き過ぎ」である。そして本文に挙げた自動車工学の専門家の例でも、被害者の立場を顧慮して投入義務を認めるべきでない。

⁷⁰ 若干ニュアンスは異なるが、概ねそのように主張するのは、例えば *Castaldo*, GA 1933, S.500; *Freund*, AT, §5, Rn.33; *Roxin*, AT I, §24, Rn.61.; *Sch/SchSternberg-Lieben/Schuster*, §15, Rn.140. これに対して *Kretschmer*, Jura 2000, 272 は、就中特別能力者は「自己の能力の最善を投入しなければならない」と述べている。

ベルまで注意義務の上限を引き下げるとすれば、最終的には、当該領域の平均人を標準として過失の有無が決定されることになる¹という。また過失の標準における「折衷説」²の一種は、原則として行為者標準説を採用するが、行為者の能力が通常人よりも高い場合には、一般人標準説を採用する。折衷説によると、法は通常人以上のものを要求しない³、または注意義務は「国民生活において必要とされる一般的な要求」⁴であるから、注意義務の上限は一般人に要求可能なものにとどめるべきであるという⁵。

我が国の判例は、一般人を標準にして被告人の予見可能性の有無を判定しているといわれることがあるが⁷、そこでは、一般通常人が認識することができた事情だけでなく、行為者の特に認識していた事情も判断の基礎とされている⁸。そして大判昭和4年9月3日大審院裁判例(3)刑法27頁は、失火の事案につき、一般通常人が認識することができた事情と行為者が特に認識していた事情を基礎として予見可能性の有無を決定するとして、被告人の認識内容を理由に過失犯の成立を認めた⁹。またすでにみたように、一般人標準説の中には薬害エイズ帝京大病院事件判決に反対して、被告人に過失犯の成立を認めるべきであったと主張する見解がある¹⁰。これによると、とりわけ行為者の特別知識は、(一般人標準の)客観的注意義務を規定する際に考慮されるべきであり、そして特別知識の投入義務も認められるべきであるとする。

このような判例および学説の状況を踏まえると、一般人を標準として過失判断を行う論者らには、投入義務の有無に関する判断に関しては、見解の一致が見られない。したがって、一般人標準説が、投入義務否定説に直結するとはいえない。それゆえ、投入義務を一律に否定するための根拠も、伝統的な過失の標準論以外に求められなければならない。

1 佐久間修『実践講座・刑法総論 第4講 過失犯の所在と競合一実行行為と因果関係』警察学論集 第65巻第5号(2012年)143頁。

2 我が国のその他の折衷説については、松宮(前掲注12)209頁以下を参照。

3 浅田和茂『刑法総論』補正版 成文堂 2007年 342頁、立石二六『刑法総論』第3版 成文堂 2008年 244頁、団藤重光『刑法綱要総論』創文社 第3版 1990年 343頁。

4 小野清一郎『刑法概論』法文社 1960年 151頁以下、同『新訂 刑法講義総論』有斐閣 1952年 174頁。同『刑法と法哲学』有斐閣 1971年 269頁以下も参照。

5 もっとも松宮(前掲注12)203頁は、「法は通常人以上のものを要求しない」という意味は明らかでないという。

6 ドイツで過失の標準の文脈から投入義務否定説を採用するのは、*Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau*, 1969, S. 54 f.

7 例えば、大塚仁『刑法概説(総論)』第4版 有斐閣 2008年 211頁、佐久間 警察論集 第65巻第5号 142頁および143頁、前田雅英『刑法総論講義』第6版 東京大学出版 2015年 203頁、牧野英一『刑法総論』有斐閣 1950年 308頁など。

8 最判昭和27年6月24日集刑第65号321頁

9 新過失論の立場からこの判例に賛同しているのは、井田(前掲注58)216頁以下。更に松宮(前掲注15)152頁以下も参照。

10 前掲注14に挙げた文献を参照。

第2項 投入義務による行為自由の制限

F. Ch. Schroeder は、過失の標準としては「二重の基準」を採用している。つまり構成要件段階において一般人を標準とした客観的注意義務を措定し、行為者の注意義務内容をこの者の属する「生活領域」を基にして決定すべきであるという¹¹。しかし F. Ch. Schroeder にとって、過失の標準に関する態度決定は、投入義務を否定する根拠とはならない。

F. Ch. Schroeder は、特別能力の投入を行為者に刑法上の義務として認めることは、人の自由意思による安全措置の履行を阻害することになってしまうために、不当であると主張する¹²。そして同じことが特別知識に基づく投入義務にも当てはまるという。例えばその投入義務を認めると、継続教育の研修課程 (Fortbildungskurs) への参加が処罰されることになってしまうという¹³。もっとも、とりわけ特別能力は、それらの自由意思による使用が広まり標準化されて「生活領域」に組み込まれる場合、その使用が義務付けられることになる¹⁴。F. Ch. Schroeder が投入義務を認めることに反対するのは、特別な知識や能力の有無に応じて注意義務内容を決定するならば、その知識や能力を獲得しようとする者がいなくなってしまうという懸念にある。

このような社会政策的な見地からの投入義務を否定する場合には、本稿が II. 4. で言及した、投入義務による特別な知識や能力を有する者（ここでは自動車工学の専門家）の行為余地の制限がキーになっている。特別知識や特別能力を有する者にそれらの投入を義務付けると、この者が同じ生活領域に属する者よりも不利な取り扱いを受けると考えられる。自発的に特別な知識や能力を身につけた人は、結果回避のためにその知識や能力を義務付けられ、この義務違反には刑罰が科せられるのに対して、特別な知識や能力をもたない者は、結果回避を義務付けられないからである。投入義務を認めることによって個人に生じる負担に鑑み、F. Ch. Schroeder は投入義務を一律に認めべきではないという。

第3項 検討

投入義務を否定することは、行為者が構成要件実現ないし法益侵害回避のために自己の特別知識や特別能力を投入しないことを、刑法上非難しないということを意味する。このことは、例えば刑法規範ないし過失犯の構成要件の目的が法益保護にあるとすれば、不当な結論と評価されることになる¹⁵。しかし、特別な知識や能力を有する者にそれらの投入義務を課すべきでない場合があることは、すでに述べた通りである。この場合、特別な知識や能

¹¹ LK-Schroeder, 11 Aufl., 1994, § 16, Rn. 144 ff. (特に 146) .

¹² LK-Schroeder, § 16, Rn. 148. 例えば、自動車保有者に対して通常義務付けられない車両へのテールワイパーの設置、手術の前に行う複雑な検査、交通事故の起こりやすい道路に関して情報を得ることなどによって獲得した能力の投入が挙げられている。

¹³ LK-Schroeder, § 16, Rn. 148.

¹⁴ LK-Schroeder, § 16, Rn. 149. 特別能力が義務に発展する傾向は、例えば雇用時の報酬の高さに表れているという。特別能力を有する者は、その能力のゆえに特別な権利を請求するとされる。

¹⁵ 上記 II. 2. を参照。

力を有する者が、他の者よりも不利な取り扱いを受ける、または前者は、本来的には他人の果たすべき義務を履行しなければならなくなるからである¹⁶。このような考えは、上述の F. Ch. Schroeder の見解の背景にもあった。

しかし、行為者が構成要件実現の危険の認識を有し、この認識自体が特別な知識といえる場合にも投入義務を一律に否定すべきであるのかは、慎重に検討されなければならないと思われる。このことは、以下の事例に当てはまるであろう。

自動車を運転していた行為者は、ある交差点では正午頃に児童が頻繁に往来していることを認識していた。ある日の正午頃に、行為者はこの交差点を時速 50 キロメートルで自車を走行させたが、児童は一人もみられなかった。しかし一人の児童が突然トラックの背後から現れ、交通規則に反してその道路を横断しようとしたため、行為者の車両が当該児童と接触した。仮に行為者が時速 30 キロメートルで自車を走行させたとすると、当該事故を回避可能であった¹⁷。この行為者は、児童の往来に関する認識を前提にして運転しているので、その特別知識を用いて当該事故を回避すべきであったのかが問われる。

この例において投入義務に基づく行為者の負担は、特別知識を持たない他の自動車運転手には認められないといえる。そして投入義務の内容としては、問題となる道路を走行する際には減速することや、その場を迂回して他のルートを走行することなどが考えられるであろう。投入義務否定説によると、このような危険除去措置を行為者に義務付けることは、II.4.に挙げた自動車工学の専門家の例で投入義務を認めるのと同様に、不当と評価されるであろう。

しかし、この自動車運転手が児童との接触事故を回避しようとする際には、II.4.の自動車工学の専門家の例のように特定の専門分野の知見等を発揮することが必要となるわけではない。むしろ、特定の道路の危険性を認識することは、自動車運転手にとって日常的にありうることである。そして、特定の道路状況に関する知識の投入義務に適った行動は、II.4.の専門知識の投入義務に適った行動とは異なる評価をなしうる。自動車工学の専門性による事故回避という投入義務は自動車運転にかかわるほとんどの場面を捕捉することになる。そしてこの投入義務は、自動車運転手のうち、当該の専門知識を有する一部の者にのみ認められるものである。更に、その投入義務が捕捉しているのは、自動車工学の専門知識を有する者が自己または他人の自動車運転に関わる行動のうち、その知識を発揮したとすると構成要件的结果を不発生にせしめたであろう場面である。

これに対して、特定の道路の危険性に関する知識の投入義務は、その道路を走行する際に生じる。そしてこの、自動車運転手が日常的に獲得しうる特別知識を用いて行う減速等の結果回避措置は、あらゆる自動車運転手に向けられうるものである。

そうすると、上の事例における道路の危険性に関する特別知識の投入義務は、その知識の

¹⁶ 本論第 2 節第 2 項を参照。

¹⁷ *Colombi Ciacchi, Fahrtaessigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich*, 2006, S. 109 (Fall 2).

獲得およびその義務履行が、行為者以外の自動車運転手一般にも期待可能であるので、自動車を運転する行為者に認められるものとしては相当であると解される¹⁸。むしろ上の例で投入義務を認めないことは、当該行為者を不当に優遇する帰結であると評価しうる¹⁹。

投入義務否定説もまた、本稿の設定した問題の解決策としては採用できない。投入義務の中には行為者に過度の負担を求めないものがあり²⁰、この種の投入義務までも否定すべきではない。

第4節 投入義務制限説

ここまでの検討から、投入義務は無限定に認められるべきでなく、かつその全てが否定されるべきでないということが明らかとなった。そして、行為者が自己の特別な知識ないし能力の投入義務を負うか否かを決めるのは、当該行為者に向けられうる法益（財）保護要請とその者の行為自由の間の緊張関係をどのように調整するべきであるのか²¹にかかっているのである。

投入義務を認める場面と認めない場面を想定する投入義務制限説は、その主張者らの提案する投入義務の判断基準、およびこれによって画される投入義務の成立範囲は、様々である。そのため、投入義務に基づく過失犯の処罰範囲を制限する基準としては、どのようなものを選択するべきであるのかが問題となる。

第1項 特別知識の投入義務のみを義務づける見解

Brugstaller は、客観的注意義務の内容を規定する際には、行為者の認識内容を考慮しなければならず、特別知識を有する行為者には、その投入を義務づけるべきであるという²²。すなわち、行為者が結果発生の危険を特に認識していたならば、その認識内容に対応する義務を認めることができるとされる。しかし、特別能力の投入義務は、刑法上の義務として認められるべきではないという。Brugstaller は、客観的注意義務を規定する際に措定される基準人（例えば慎重かつ誠実な外科医）から導出される義務内容は、すでに高度なものであるから、これを超える特別能力の投入までも刑法上の義務として認めることは、法と道德の

¹⁸ 島田 刑事法ジャーナル 第3号 32頁以下は、「見通しが悪いが、『事故多発注意』という表示がない道路を車で運転して自己を起こした場合、その道路を何度も通っておち危険をよく認識しているドライバーは、はじめてその道を通るドライバーよりも、予見可能性が認められやすいだろう」と述べ、この例での過失判断で当該行為者の特別知識を捨象すべきでないという。

¹⁹ 加えて LK-Vogel, §15, Rn. 163 は、知識の獲得が自由意思によらない場合にも刑罰賦課を否定することは、「刑法の行為統制力を過大評価している」と述べている。

²⁰ なお島田 刑事法ジャーナル 第3号 33頁は、薬害エイズ帝京大病院事件における被告人の特別知識を、前掲注 87 の例における行為者の特別知識と「同様に評価できるかは一箇の問題である」という。

²¹ このことを述べているのは、Sacher, (前掲注 1) S. 252, 259.

²² Brugstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 65 f.

区別を無視したものであるとする。それゆえ特別能力の不投入は道徳的非難で済ますべきであるとされる²³。過失の標準としては行為者標準説を支持する Weigend²⁴も、同説の帰結として行為者の特別知識に基づく投入義務を認めなければならないという。しかし彼も特別能力の投入義務を認めることに反対しており、その際に Burgstaller の見解を引用している²⁵。

Burgstaller と Weigend は過失の標準については対立しつつも、共に特別知識の投入義務は肯定し、特別能力に基づく投入義務を認めるべきではないと主張している。したがって、ここでは投入義務が問題となる個々の事案で行為者が有していたのは特別知識であったのか、それとも特別能力であったのかが、過失犯の成否を決定することになる²⁶。

Burgstaller と Weigend が特別能力の投入義務を否定する背景には、その義務内容が行為者に過度の負担を求めるものであるという考えがあるのかもしれない。しかしながら、とりわけ投入義務肯定説にとって、特別知識と特別能力はいずれも法益侵害回避に資するので、それらを区別する必要性は生じない²⁷。そのため、特別能力に基づく投入義務のみを否定する理由が必要になる。しかし上の論者らはこの点を説明していない。

上の論者らの見解に従うと、投入義務の有無を判断することが困難な場合がありうる。と

²³ *Burgstaller*, (前掲注 92) S. 66. 同様の解決を提案するのは、*Peter Frisch*, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973, S. 80 ff.; *Hirsch*, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)*, ZStW 94 (1982), 238 ff., 274 f.;

²⁴ *Weigend*, *Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat*, FS Gössel, 2002, S. 143f.

²⁵ *Weigend*, FS Gössel, S. 143f. もっとも、Burgstaller が特別能力に基づく投入義務を否定する根拠は、上述のように客観的注意義務の前提にある。

²⁶ *Colombi Ciacchi*, (前掲注 86) 2006, S. 102 によると、このような特別知識と特別能力の区別は、刑法上の過失を結果の認識可能性（予見可能性）とその回避可能性で構成することに由来している。この過失理解の下では、行為者の特別知識は予見可能性（およびこれを前提とした回避可能性）に作用するが、特別能力は回避可能性に直接関係するものである。そのため特別能力の典型例として挙げられるのは、水難救助に有効な水泳能力や交通事故の回避に資する運転技術による結果回避である。特別能力の投入義務が論じられる際には、行為者に結果発生の予見可能性が認められることが前提となる。これに対して我が国の過失の標準では、(特別な)知識や能力は特段区別されずに論じられており、単に「能力」、または「注意能力」という語などにまとめられることが多い。そのため我が国では、特別知識と特別能力が、それぞれ予見可能性と回避可能性にどのように関係しているのかも、意識されているわけでない。過失の標準で注意能力を論じているのは、たとえば植松正 (前掲注 38) 93 頁以下、同『刑法総論』青林書院 1957 年 225 頁以下、大塚仁 (前掲注 77) 211 頁以下、大塚 早稲田法学会誌 第 32 卷(1982 年) 67 頁以下、佐久間修『刑法総論』成文堂 2009 年 148 頁、鈴木茂嗣『刑法総論』第 2 版 成文堂 2011 年 123 頁、西原春夫 中山研一ほか編『過失から罪数まで 現代刑法講座』第 3 卷 成文堂 1979 年 21 頁以下、同 (前掲注 27) 181 頁以下、同 (前掲注 23) 213 頁以下、中野次雄『刑法総論概要』第 3 版補訂版 成文堂 1997 年 52 頁以下などである。

²⁷ 前掲注 66 に挙げた Roxin の指摘を参照。そして投入義務肯定説を支持する *Zieschang*, AT, Rn. 432 は、特別知識と特別能力の区別は流動的であって、両者を区別する実質的根拠も存在しないと述べている。

りわけ、(a). 大学で土木工学を専攻する学生であった行為者が、建設現場で下働きのアルバイトをしていた際に、自己の専門知識によってコンクリートの耐久性の低さを認識したが、指示通りにそのコンクリートを型に流し込み、これを用いた建築物が倒壊して死傷者が発生したというような事例である。

この事例において、Colombi Ciacchi は当該行為者が特別知識を有していたという²⁸。このように事例を理解して上の論者らの基準に従うと、当該行為者に投入義務を認めなければならない。他方、Jakobs はこの例では、当該行為者の特別能力を問題にしている²⁹。当該行為者の土木に関する知識は、構成要件実現の予測に関する能力であると理解されている。このように解すると、上の論者らによると、当該行為者に投入義務を認めるべきでないということになる。(a).の事例において、行為者が特別知識を有していたのか、それとも特別能力を有していたのかは、評価が分かれている。このような事例を上論者らの基準によって処理するためには、特別知識と特別能力を厳密に定義しなければならない。しかしそのような事例解決に利用可能といえる程度の特別知識と特別能力の定義は、上の論者らによってはなされていない。

更に、特別知識と特別能力をそもそも厳密に区別することができないとの指摘がある。例えば(b). 特別能力の例とされる高度な自動車の運転技術を発揮するためには、行為者がどのようにハンドルやブレーキを操作すれば事故を回避できるのかを認識していなければならない³⁰。特別能力の発揮が、これに対応する特別知識を備えていることが前提となっている場合がありうる。

以上のことから、特別知識の投入義務のみを認めるという基準は、投入義務の有無の判断には適していない。

第2項 行為者の結果発生に関する認識の内容による制限

日独いずれにも投入義務の成立範囲を、行為者の結果発生の予見可能性、または結果発生の危険の認識内容にかからしめる立場がある。

古くは趙欣伯が、過失の標準として行為者標準説(主観説)を主張し、行為者の認識内容を基礎にその者の過失を判断すべきであるとしながら³¹、特別知識に基づく投入義務を常に認めない立場をとった。道路交通において、行為者が普段は特別な注意を払うことが可能であったにもかかわらずこれをなさなかったとしても、直ちに投入義務が認められるべきで

²⁸ *Colombi Ciacchi*, (前掲注 86) S. 109 (Fall 1, ここでは、行為者は「土木建築の学生」となっている), 110.

²⁹ *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, Abschn. 9, Rn. 11 (および Abschn. 7, Rn. 50).

³⁰ *Murmann*, *Grundkurs Strafrecht*, § 23, Rn. 41; *ders.*, *Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung*, FS Herzberg, 2008, S. 126, Fn. 21; *Ciacchi*, (前掲注 86) 2006, S. 102 f.

³¹ 趙欣伯『刑法過失論』清水書店 1926年 316頁。

はないとする。例えば、普段は夜間に馬車を走行させる際には、六個の灯火をつけ、二人の馬丁を従えて道中に警笛を鳴らしていたが、ある夜に限って、通常行われているように二個の灯火と一人の馬丁で警笛を鳴らさずに馬車を走行させていた者が、通行人を死亡させた場合、その者が普段の事故の「特別の注意」を欠いていたことは、過失判断に関係がないという³²。これに対して、行為者が結果発生 of 具体的認識を特に有していたならば、投入義務を認めるべきであるとする³³。例えば、行為者は、普段馬車を走行させるときに、4、5 人の子供が馬車に飛びつくなどの悪戯をしてくることを認識しており、六個の灯火を使用して二人の馬丁を従えていればその子供らを容易に発見することができたが、ある夜、二個の灯火と一人の馬丁という状態で走行させたために子供を轢死させた場合、当該行為者には過失が認められるべきであるという³⁴。

同様に *Stratenwerth* も、行為者が結果発生 of 具体的な危険を認識していた場合に、投入義務を認めるべきであるとする³⁵。例えば、アウトバーン上での右側の車線を走行する車両が追い越しをしようとするに偶然気づいた者は、「教育的理由から」、この追い越しを知らなかった者と同じように行為してはならず、事故を回避するために自己の全能力を発揮しなければならないという³⁶。

Sacher は、特別知識の投入義務の有無は、認識ある過失と認識なき過失とでは異なるとする。行為者が構成要件実現の可能性ないしその危険を認識していたときに、行為者の「危険増加因子」に関する認識が、法益侵害結果回避に関する注意義務が生じる程度に、あるいは法益保護が行為自由に優越する程度に現実的であったならば、投入義務を認めることができるという³⁷。これに対して、特別知識を有する行為者が認識なき過失の態様で行為した場合には、直ちにその知識の投入義務が認められるのではなく、その義務の成立要件として「認識調達義務」とその違反が必要になるとする³⁸。例えば、フットボール選手の行為者が、自己の有していた医療の知識を用いてチームメイトの検査を行っていたとすると、この者が血友病であることを認識しえたといえる場合³⁹、行為者にその専門知識を用いることが義務付けられるのかを、別途考慮する必要があるという。*Sacher* によると、血友病を罹患し

³² 趙（前掲注 102）317 頁以下。

³³ 趙（前掲注 102）318 頁。

³⁴ 趙（前掲注 102）320 頁。

³⁵ *Stratenwerth*, FS Jescheck I, 1985, S. 301.

³⁶ *Stratenwerth*, FS Jescheck I, 1985, S. 302. 松宮（前掲注 12）199 頁は、趙と *Stratenwerth* の投入義務の問題解決の類似性を指摘している。

³⁷ 以上については、*Sacher*,（前掲注 1）S. 261 ff., 284. 例えば、本稿 III.2. の例のように、ある交差点の危険性を認識していたにもかかわらず、当該交差点で必要な減速を行わずに走行した自動車運転手には、投入義務が認められるという（S. 262）。

³⁸ *Sacher*,（前掲注 1）S. 262 f. 例えば、自己の受けた専門教育によって然るべき検査をすればチームメイトが血友病患者であることを認識しえたであろうフットボール選手には、いかなる認識適用義務は認められないという（S. 262 および 284）。

³⁹ *Sacher*,（前掲注 1）S. 262 および 284.

ているチームメイトがフットボールに参加するのは自己答責的な自己危殆化であるから、行為者に身体検査を行うために自己の専門知識を用いる義務は認められないという⁴⁰。これに対して、特別能力に基づく投入義務は、行為者の構成要件実現の危険の徴表の認識に応じて要求される個別の注意の程度（「警告段階」）が変動するため、これに関する明確なルールの定式化は困難であり⁴¹、特別能力の投入が期待可能である限りで、その投入義務を認めるべきであるという⁴²。ただし *Sacher* は、道路交通において、特別能力を有する者の危険の認識内容によって、投入義務の有無が決定している⁴³。他方、医療分野に関しては明確な態度決定がなされていない⁴⁴。ここでも、構成要件実現の危険に関する行為者の認識内容を、概ね投入義務を肯定しうる要素と解しているようにみえる⁴⁵。

上の三者の諸見解とは若干異なる形態においてではあるが、投入義務について行為者の認識内容に着目するのが大塚裕史である。大塚は、能力区別説の予見可能性の判断枠組みに賛同する一方で⁴⁶、以下のように、薬害エイズ帝京大病院事件での無罪判決自体を支持して

⁴⁰ *Sacher*, (前掲注 1) S. 260 (この例で *Sacher* は、チームメイトの行為は自己答責的な自己危殆化であるので、行為者がチームメイトが血友病患者であることを認識していたとしても、行為者に投入義務は生じないとする)。

⁴¹ *Sacher*, (前掲注 1) S. 274 f.

⁴² *Sacher*, (前掲注 1) S. 273 f. *Sacher* は、チームメイトが血友病患者であることを、行為者が認識していたとしても、行為者に投入義務は生じないとする。しかしその根拠は明らかでない。

⁴³ *Sacher*, (前掲注 1) S. 273 f. は、例えば休暇中の F1 レーサーが公道で自車を走行させていたときに、「道路の諸条件がいかなる特別な危険も示していないならば」、平均的な市民の注意をもって行動してよいが、この者がアウトバーンで自動車の最高速度を試すような場合には、行為支配が認められるため、当該危険が存在する場合に然るべき行動をとるための彼の全特別能力が投入されなければならないという。また、子供が少し離れた海で溺れかけていたならば、100メートル走の選手 (*der 100 m-Läufer*) は自己の特別能力を救助のために投入しなければならないとされる。これらの諸事例では、特別能力に基づく投入義務の有無が、行為者の危険の認識によって決定されているようにみえる。

⁴⁴ *Sacher*, (前掲注 1) S. 272 は、その理由として、第一に医師に期待しうることは、新たな学問的知見が医師に伝わることにどのような困難があるのかに依存していること、第二に注意基準の規定は問題となる領域の標準化の度合いの影響を受けるのであり、医療でのその標準化は道路交通と比べると明確ではないことを挙げている。

⁴⁵ *Sacher* は、故意犯での特別知識の問題を行為支配論によって解決しようとする。行為者が確定的故意を有する場合には、行為者は絶対的な制御を有しているので、法益侵害回避を意のままにするという意味で行為支配が認められるので (*Sacher*, (前掲注 1) S. 179)、行為自由を考慮した免責の余地はほとんど存在しないという (*dies.*, S. 245.)。他方で行為者が構成要件実現の可能性に関する認識を有する場合には、これに加えて法益敵対的姿勢や法益に対する無関心を示す態度をとるならば、当が行為者に行為支配が認められるという (*dies.*, S. 246)。故意犯においても *Sacher* は、行為者の認識内容に応じて行為支配の要件が異なるとする。

⁴⁶ 大塚 (前掲注 61) 157 頁。なお、すでに大塚 早稲田法学会誌 第 32 卷 87 頁以下は能力区別説と類似の見解を主張している。これによると、過失判断の標準とする「具体的類型人」(その内実の例は、同 80 頁 注(47)に示されている)の有するであろう能力は、結果の予見および回避措置の履行のプロセスとの関連では (ア)「情報収集能力」、(イ)「情

いる。大塚によると、責任主義をはじめとした刑法の諸原理から、過失犯では結果発生「高度の可能性がある場合にだけ具体的予見可能性を肯定すべき」⁴⁷であり、本件被告人の（高度の）予見可能性判断に際しては、「被告人が収集したエイズウイルスに関する全情報を、結果的に正しかった情報（予見可能性を肯定する方向の材料）と誤っていた情報（予見可能性を否定する方向の材料）に分類し、それを比較考量して判断しなければならない」⁴⁸。そして、特に帝京大病院内の血友病患者の HIV 抗体検査の結果に関する被告人の認識には、その高度の予見可能性を否定する方向に作用する事情も含まれており、本件被告人の認識内容から認められるのは、せいぜいのところ結果発生「の危惧感であるから、過失犯を基礎づける程度の予見可能性を認めることはできないとする」⁴⁹。

これらの諸見解は、拠って立つ過失犯の諸理論に違いはあるが、行為者の結果発生「の認識内容やこれから認められる予見可能性の程度などに着目する点で共通している。この立場によると、本稿のⅡ. 4.に挙げた自動車工学の専門家の事例では、投入義務は否定されるであろう。ここでの投入義務の内実は、Sacher のいうところの「認識調達義務」である。その事例において、行為者は、事故の危険である自動車の故障を現実に認識していなかったが、自らの専門知識を用いていればその危険を認識可能であったためである。すでに述べたように、以下の理由から、その例において投入義務は認められるべきでない。この事例において、専門知識を用いた車両の検査は、通常は自動車運転手ではなく、販売元等の責任の下でなされるべきであり、その限りで、本来は自動車運転手自身に義務付けられるものではない。そして、専門知識による検査義務を当該行為者に認めるべきであるならば、この者には許されないが、専門知識を持たない自動車運転手には許される行動がありうる。このことは、当該行為者の行為自由を、他の自動車運転手と比べて制限することになる⁵⁰。これに対して、本節第 1 項で取り上げた、特別知識の投入義務のみを認める見解とは異なり、行為者が具

報処理能力」および（ウ）「回避行動能力」に分けることができ、（イ）以外は、行為者の有していたものを考慮すべきであるという。大塚は自説を「注意能力対応説」と呼んでおり、その要点は「注意義務を定立するためには行為者個人の注意能力を調査せざるをえない」ことにある（同 91 頁）。

⁴⁷ 大塚（前掲注 61）149 頁。

⁴⁸ 大塚（前掲注 61）160 頁以下。

⁴⁹ 大塚（前掲注 61）158 頁以下は、被告人はウイルス学の研究者ではなく臨床医であつて、「ウイルス学の文献を読むことで HIV に関する知見を得ていたに過ぎない」ので、「最先端の知見を表わす一つの文献に出会っただけで、臨床医として治療方針を直ちに決断する等ということとはあり得ない」という。そして大塚は、帝京大一号症例は被告人の主張にもかかわらずエイズ認定がなされなかったこと、一号症例と二号症例にエイズ認定がなされたのが実行開始後（「本件第一投与行為後」）であったことも踏まえると、被告人は非加熱製剤の投与行為時点で被害者の HIV 感染によるエイズ発症を具体的予見していたとはいいがたいとする。また北川佳世子「薬害エイズ 3 判決における刑事過失論」法学教室 258 号(2002 年) 44 頁以下は、個別の論証の点において大塚の見解とは異なるが、過失犯の成立要件として高度の予見可能性を要求し(45 頁以下)、本判決の結論自体を支持している(46 頁)。

⁵⁰ 詳細は上記Ⅱ.4.。

体的な危険（ないし犯罪事実）の認識を有していた場合には投入義務が発生するならば、特別能力の幾つかの典型例では投入義務が認められる。例えば、休日に自車を公道で走行させるレーサーが、自己の高度な運転技術を発揮すれば事故を回避可能であったことを認識していたが、その代わりに一般的な自動車運転手にとって利用可能な事故回避措置を講じたにとどめたために事故が発生したという場合、投入義務とその違反が認められる⁵¹。

しかしながら、行為者の危険の認識を投入義務の有無の判断基準にするとときは、例えばIV.本節第1項の事例(a)においては、行為者が土木に関する専門知識によって認識していたコンクリートの耐久性の低さは、建物の倒壊の具体的な危険であるのか、あるいはその抽象的な危険であるのかを判定しなければならない。こ問いには、容易に答えることができないであろう。

この例の投入義務の内容としては、例えば、危険を孕んだコンクリートの使用を中止し、建設現場の監督者や当該コンクリートの使用を中止することのできる権限を有する上位者に対して、その危険性を説明することによって危険除去措置を講じさせるように働きかけ、もって結果を回避することが考えられる。このような、組織体内部において下位者が上位者に危険の情報を伝達することを内容とする投入義務は、我が国においては、進言義務の一類型といえるであろう。進言義務とは、「企業等の組織体において、自らに与えられている権限のみでは結果阻止に必要な具体的行為を行うことが不可能ないしは困難であった者が、必要な権限を有する上司に対して、適切に権限を行使するよう働きかけるべき義務」⁵²であるといわれている。

進言義務は不作為犯の義務であるので、進言義務を負うべき者には、それ対応する作為義務ないし保障人的地位が必要になる。そのため、建設現場において下働きのアルバイトとして行動する行為者に、（欠陥のあるコンクリートに由来する建物の倒壊という）結果発生の防止に関する保障人的地位ないし作為義務が認められるのか否かが判定されなければならない。

特別な知識や能力によって結果発生を具体的に認識していたならば、それらの投入義務を認めるべきであるとする、上の建設現場の例において、行為者が自己の専門知識によって結果発生の危険を具体的に認識しつつも、結果発生を防止するために危険を権限のある上位者に報告しなかったならば、行為者の認識内容を理由に投入義務が認められるであろう⁵³。なお、我が国の学説の中には、上位者の適切な行動を期待できず、下位者に十分な予

⁵¹ そのためここに挙げた諸見解は、特別知識に基づく投入義務を認めることに、特別能力のそれを認めることよりも慎重であるといえる。またこの限りで、IV.1.の特別知識に基づく投入義務のみを認める立場とは異なる形で特別知識と特別能力を区別しているのかもしれない。

⁵² 齊藤彰子「進言義務と刑事責任」金沢法学 第44巻 第2号（2001年）134頁。

⁵³ もっとも、行為者の認識から認められる結果の回避可能性が、進言義務を含めた過失不作為犯の保障人的地位や作為義務と同一であるのかは、一つの論点である。本稿はこの点に立ち入らず、両者は重なり合う部分が多いと解する。作為義務と注意義務は実質的には同一の義務であると解するのは、橋爪隆「過失犯の構造について」法学教室 第409号

見可能性が認められる場合には、下位者に進言義務を認めるべきであるという見解が主張されている⁵⁴。

しかし、我が国の判例上、進言義務の有無が問題となったのは、ビル火災による死傷事故に関する責任につき、上位者から危険源管理に関する職務を任命された下位者であることが多い⁵⁵。そのため判例においては、上の事例のように、建設現場においてアルバイトとして働く下位者は、進言義務の主体としては、問題になっていない。そして我が国の学説は、進言義務を認めることに消極的であり⁵⁶、その義務の成立を認める論者らも、進言義務の違反に基づく過失犯の成立範囲を制限しようとしている。進言義務を一定の範囲において認める諸見解からは、例えば上位者と進言義務を負う下位者の関係が親密であること⁵⁷、下位者が上位者に比して事実上の影響力を有していたこと⁵⁸などが、進言義務の成立要件の一部として挙げられることがある。加えて、防火管理体制に関与していない下位者は、危険原理管理との関係では作為義務を負っていないので、その者には進言義務を否定すべきであると主張する見解もある⁵⁹。このような諸見解にとって、上記の、建設現場において下働きのアルバイトをする行為者は、進言義務を負いうる者としては考えられないであろう⁶⁰。このような進言義務を巡る我が国の判例および学説の動向からすると、建設現場の例における行為者に進言義務を認めるのは困難であると考えられる。

(2014) 117 頁。その他には、島田聡一郎「国家賠償と過失犯」上智法学論集 48 卷 1 号 (2004 年) 34 頁、山本紘之「人工の砂浜の管理等の業務に従事していた者につき砂浜での埋没事故発生の予見可能性が認められた事例」刑事法ジャーナル 23 号 (2010 年) 81 頁注 (28)。

⁵⁴ 山本紘之「組織活動における過失責任の所在について一近時のドイツの判例を題材に一」大東法学 第 21 号 第 1 号 51 頁以下。

⁵⁵ 例えば千日デパートビル火災事件 (最決平成 2 年 11 月 29 日刑集 44 卷 8 号 871 頁) では、デパートビルを所有・管理する会社の消防法上の防火管理者であった管理部管理課課長、そして大洋デパート火災事件 (最一小判平成 3 年 11 月 14 日刑集 45 卷 8 号 221 頁) では、デパートを経営する会社の取締役人事部長の進言義務の有無が問われた。

⁵⁶ このように述べているのは、齊藤彰子 金沢法学 第 44 卷 第 2 号 145 頁や、山本紘之大東法学 第 21 号 第 1 号 50 頁など。

⁵⁷ 齋野彦弥「管理監督過失における実行行為の主体」刑法雑誌第 34 卷 第 1 号 (1995 年) 88 頁

⁵⁸ 井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』成文堂 (1995 年) 229 頁。

⁵⁹ 島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性、信頼の原則、作為義務」山口厚編『クローズアップ刑法総論』成文堂 (2003 年) 112 頁。

⁶⁰ 齊藤彰子 金沢法学 第 44 卷 第 2 号 159 頁以下は、進言による結果回避措置が専門知識を必要とする場合には、その専門知識を有する下位者に進言義務を認めるべきであるが、結果回避措置が専門知識を必要としない場合に下位者に結果回避義務を認めると下位者が上位者を監視することになり、これは不当な結論であるから、この場合には下位者に情報提供義務のみを認めるべきであるとする。たしかに上記の事例における結果回避措置を履行するためには、行為者が有していた専門知識が必要である。しかし、当該行為者に進言義務を認めることは、この見解が回避しようとする結論、すなわち組織体においてはほとんど権限を有さない下位者である当該行為者に、上位者を監視することを認めてしまうからである。

そして本論文も、以下の理由から、当該の行為者には進言義務を認めることはできないと考える。当該行為者のように、建設現場において下働きとしての立場にある者には、通常、現場の監督者や他の作業員などの指示に従って行動することが求められるであろう。建設現場において当該行為者は、その職務内容から、ほとんど権限が認められない立場にあるものであると解される。その権限の少なさに対応する形で、当該行為者に義務付けられうる危険減殺は、特段の事情のない限りにおいて、軽度なものとどまると解すべきであろう。そうであるならば、当該行為者には、上位者に対して危険減殺措置を講じるように積極的に働きかけることを内容とする進言義務の前提である保障人的地位（ないし作為義務）を認めることはできない。反対に、当該行為者に対して進言義務を認めるとすると、進言義務を一律に否定する見解が指摘するように、結果回避可能性が認められる限りで下位者に進言義務を認めるという立場に等しくなり、その結果、進言義務の射程範囲は、非常に広くなるであろう⁶¹。

したがって、行為者が結果発生を特に認識していたとしても、この者に、危険源管理（およびこの危険に由来する結果の不発生）に対して保障人的地位が認められない場合がありうる。このような場合、行為者の結果発生（の危険）に関する認識という基準によっては、不適当な結論を導き出すことがあると思われる。

第3項 私的活動か職務活動かによる区別

Wolter は、特別能力に基づく投入義務の有無が問題となる事例群を、行為者が①私的な関心から獲得した特別能力を投入しなかった場合、②職務で獲得した特別能力を私的活動で投入しなかった場合、③職務中にこれに関連する特別能力を投入しなかった場合に区別する。この主張は、彼の支持する「二重の基準」説への批判に対する反論するためになされている。同説によると、客観的注意義務に関する判断で用いられる基準人を生活領域によって具体化する際には、行為者の特別知識は考慮するが⁶²、行為者の特別能力は考慮されないため、特別能力者を不当に優遇するという批判がありうる。これに対して Wolter は、同説に依拠しても特別能力に基づく投入義務を全く否定するわけではないという⁶³。

①と②の場合における特別能力について、Wolter は道路交通のような「客観的で平均的な基準」が妥当する領域において、平等原則や法益保護原則が達成されるには、刑法上の諸要請の内容が引き下げられなければならないと述べている。道路交通の関与者の圧倒的

⁶¹ 松宮（前掲注 53）99 頁は、進言義務が結果防止に直結しないこと、進言の相手方による義務履行の保障がないことに加えて、「進言義務の範囲も、場合によっては企業の作業員全員に及ぶ可能性もある」ことを理由に、進言義務違反に基づく処罰に疑問を呈している。

⁶² Wolter, GA 1977, 269.

⁶³ そのため IV.1. および 2. の立場と同様に Wolter の見解においても、特別知識と特別能力は過失犯の成否との関係で異なる機能を有するものと捉えられている。しかしすでにみたように、上の特別能力の①から③の区別は、特別知識にも妥当させることが適切であると思われる。

数が「平均以上」の能力を獲得しうるから（ここでは大型トラックの運転も、平均以上の特別な能力として把握されている）、仮に信頼の原則の基準を人の能力の最高度に設定すると、法益保護を犠牲にして行為自由を不当に拡張してしまうという⁶⁴。このような事態を回避して法益保護を実現するためには、特別能力に基づく投入義務を認めるべきではないとされる。例えば公道を走行するレーサーの行為者が、右車線を高速で追い越そうとした他の運転手と事故を起こしたが、その運転手の存在をレース中であれば気づくことができたとしても、行為者には道徳上の非難以上のものは相応しくないとする。この場合、行為者が職務上属する生活領域は、過失判断の基準にはならないという⁶⁵。

これに対して **Wolter** は、③の場合には、投入義務を認めるべきであるという。この場合に投入義務を否定することは、「法益保護の良い部分の放棄」であるとされる。つまり③には法益保護が尊重されるべきであるから、特別能力を有する者は「職務遂行中」には最善を尽くさなければならないという⁶⁶。 **Wolter** は、私的な活動とは異なり、特別能力を有する者が職務活動をなす場合、その者に対する注意要請には引き上げられなければならないとするのである。

したがって **Wolter** によると、投入義務が問題となる場面が標準化された職務活動であったのか、それとも私的な活動であったのかによって、その義務の有無が決定されるという。加えて投入義務を否定する際に、 **Wolter** は帰属阻却原理である信頼の原則を引き合いに出している。特に道路交通における活動に投入義務を認めると、信頼の原則の適用が厳格になって不当な結論を導出することになり、かえって法益保護要請の実現を阻害することになってしまうという。

しかし特別能力を有する行為者が職務に従事する③の場合に限って、なぜ法益保護要請が尊重されるべきであるのかは、明らかでない。そのため③の場合に、特別能力の投入義務を肯定しなければならないという主張は説得的ではない⁶⁷。

そして **Wolter** のいう（道路交通における）平等で法益を保護する注意要請の内実も明らかでない。まず、いうところの注意義務の平等性が、仮にそれが万人に妥当すべしという意味であるならば、これは未だ投入義務の判断に直結するものではない。注意義務が万人に妥当するとしても、その違反の判断では個人的な事情を考慮すべきであると考えることができ⁶⁸、このように注意義務の平等性を理解すると、特別能力を有する者には、その投入義務を認めるべきであると解されうるためである⁶⁹。この場合、道路交通で投入義務を認めるか

⁶⁴ *Wolter*, GA 1977, 270 f. これは、ある運転手が規則違反を犯して事故を生じさせたとしても、その相手方の運転手が高度な運転技術によって事故を回避するという信頼が保護に値するものとされ、前者が免責されてしまう、という趣旨であろう。

⁶⁵ *Wolter*, GA 1977, S. 271.

⁶⁶ *Wolter*, GA 1977, S. 271.

⁶⁷ なお、職務活動という基準に関しては、 *Castaldo*, GA 1993, 495 ff., 506 がその内容の不明確さに対して批判している。

⁶⁸ *Renzikowski*, (前掲注 41) S. 249.

⁶⁹ *LK-Schroeder*, § 16, Rn. 147 は、個人の能力に合わせた平等も支持しうると述べてい

らといって、必ずしも信頼の原則の適用が全般的に厳格になるわけではない。

次に、一部の投入義務肯定説の論者らは、客観的注意義務の内容は、自己の知識や能力によって回避可能な法益侵害を回避することであるとする⁷⁰。この主張に従うと、自己の特別な能力によって他の者よりも多くの場面で結果発生を回避しうる自動車運転手には、他の交通関与者による事故回避措置を期待することは許されないことになる。この場合、特別能力を有する自動車運転手に対する信頼の原則の適用は厳格になる一方で、この者に対する信頼が保護されることになる。

そのため、むしろ投入義務を認めることによって、道路交通における法益保護要請は実現されうるのである。そしてこの場合、たしかに特別能力を有する者の行為自由は尊重されないが、他の交通関与者の行為自由が制限されることにはならない。したがって **Wolter** は、①と②での投入義務の否定も未だ正当化できていない。

第4項 社会的諸要素の考慮

第1款 「標準」、生活領域に妥当する規則

① **Wolfgang Frisch** は、刑法上の危険判断では、さまざまなファクターから危険判断の対象となるものを選別しなければならず、その際にはファクターの「相対的価値 (*Stellenwert*)」に着目すべきであるという⁷¹。**Frisch**によると、構成要件該当的行為の多くは、行為者が特定の「社会的役割」(例えば行為者の「生活領域」に属するなどの基準人、医師などの職業)を引受けた帰結であり、その役割は「予期」を規定し、予期は役割の担い手の知識や能力に結びつくという⁷²。すなわち、行為者の社会的役割に予期される知識や能力が、その者の行為評価の際に考慮されるべきものになるという。

この危険判断の「方法論的側面」⁷³を基に、**Frisch** は投入義務の問題に言及している。予期された知識や能力(「標準」)を基にすると「危険がない」という判断に至り、かつ個人がその「標準」以上の判断能力を有していないならば、投入義務を認めるべきではないという。これに対して、予期された知識や能力による危険判断が不確かになるか、または個人が、危険の存在を確認しうるような追加的な知識を有する場合には、投入義務を認めるべきであるという⁷⁴。

Frischによると、投入義務の有無は、第一に標準(予期された知識や能力)に依拠した場合に危険の不存在に関する判断が明確に導き出せるか否か、第二に行為者が自己の役割から予期される以上の危険判断に関する知識(や能力)を有していなかったか否か(これが肯定されるならば、行為者の知識や能力が判断の基礎として考慮される)によって、決せられ

る。

⁷⁰ これについては本論第2節第1項第1款。

⁷¹ *Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 131.*

⁷² *W. Frisch* (前掲注 141) S. 132.

⁷³ *W. Frisch* (前掲注 141) S. 130.

⁷⁴ 以上について、*W. Frisch*, (前掲注 141) S. 132 f.

るとされる。

② **Mikus** にとって、刑法は規範的な行動制御の体系であり、刑法の行為規範は人の行動に働きかける方向付けのひな型を設定するものであるという⁷⁵。この刑法の目的および規範の機能の理解から、道路交通や医師法のような生活領域においては、(潜在的) 行為者はそこに妥当する規則を行動選択の基準ないし指針にする。そして個々の生活領域に規則 (**Regel**) が存在するならば、投入義務を否定するべきであるという。

例えば休日の自動車運転手は、時間に余裕があるかといって法定速度を下回る必要もなく、より良いブレーキシステムの導入は、そのための資金を有している者に義務付けられるわけではない。このような「危険閾の標準化」⁷⁶がなされている場合には、追加的な危険減殺措置を講じる必要はないという⁷⁷。

これに対して、高度な運転技術を有するレーサーは、道路上で子供との衝突を回避するために自己の特別能力を「当然に」投入しなければならないという。このような「特殊な危険状況」においては、法定速度などの規制領域は終了しており、法秩序はレーサーに対して(ブレーキ、車線変更や警笛などの一定のヴァリエーションを含んだ) 結果回避を要請しているからであるという⁷⁸。そのレーサーに対する規範の要請は、専ら子供との衝突の回避、およびそのために必要な特別能力の発揮であるとされる。

③ **Frisch** および **Mikus** の見解によると、原則として、行為者行為は行為者の社会的役割から予期される知識や能力(「標準」)や、問題となる生活領域に妥当する規則を基に評価される。他方、行為者が特別な知識や能力を有していたならば、例外的に、その行為評価には別個の判断枠組みが採用されることになる。

Frisch の見解は、投入義務肯定説に帰着すると考えられる。行為者が特別知識や特別能力を有していた場合、社会的観点を重視した「標準」による判断は適用されないからである。**Mikus** も、例えば本論第2節第2項に挙げた自動車工学の専門家の事例や、その他の投入義務が問題となる多くの諸事例において「特別な危険状況」を認めるので、投入義務の成立を認めるべきであるとする。そのため **Mikus** も、投入義務肯定説に近い立場をとっていると考えられる。

しかし行為者が自己の特別な知識や能力によって構成要件実現を回避可能であったとしても、行為者にその回避を常に義務付けるべきではない場合がありうる。すでに述べたように、特別知識や特別能力の投入義務は、行為者ではなくその他の者が通常履行すべき内容の義務を行為者に認める場合がありうる。また投入義務の成立範囲を一定程度制限しなければ、行為者が自己の特別な知識や能力によって回避可能な損害を常に回避する義務を負うことになる。このように投入義務の成立範囲を理解すると、特別な知識や能力を有する行為

⁷⁵ **Mikus**, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, S.19.

⁷⁶ **Mikus** (前掲注 145) S.84.

⁷⁷ 以上について **Mikus** (前掲注 145) S. 84.

⁷⁸ **Mikus** (前掲注 145) S.84 f.

者の行為自由を、そのような知識や能力を有さない者と比べてより制限することになる。しかしこのことを過失犯処罰として是認するべきでない⁷⁹。

第2款 行為標準、「正当性のひな形」、「知覚可能性」

Colombi Ciacchi は、投入義務の有無を、行為状況において問題となる生活領域の関与者に妥当する行為標準などを基準にして判断するべきであるという（下記③および④）。その出発点は、ドイツ刑法典における過失犯の処罰規定と基本法 103 条 2 項から生じる明確性の要請との関係にある（下記①および②）。

①Colombi Ciacchi は、ドイツ刑法典が過失概念を定義していないこと、そして過失概念の解釈に関しては判例および学説の見解が未だ一致していないことを確認した上で、刑法上の過失概念を基本法 103 条 2 項の明確性の要請と可能な限り調和した形で解釈しなければならないと述べている⁸⁰。それゆえ刑法典上の過失概念のような不明確な一般条項を具体化する際には、「一義的で、争いのない、一般に承認されて固定した社会規範」を参照しなければならないとする⁸¹。

②Colombi Ciacchi は、行為者行為による、いわゆる「特別規範」（例えば行政規則やその他の規則や社会における慣行など）の違反を、注意義務違反性の「徴憑（Indiez）」と理解するドイツの支配的見解とは異なり、特別規範と注意義務違反性の関係を、以下のように理解している。

行為者による特別規範の違反が注意義務違反を意味するのは、その規範違反が他の階級または同一階級の特別規範によって許容されておらず、かつこの違反が具体的結果に実現した場合である。他方、行為者が特別規範の遵守した形でなした行為の注意義務違反性が否定されるのは、その特別規範が具体的に実現した行為を許容しており、かつこの行為が他の階級または同一の階級の特別規範によって禁止されていなかった場合のみである。すなわち、特別規範の遵守および違反は、客観的帰属の危険実現の観点および特別規範が競合する場合を考慮することで、注意義務違反性の有無に関する判断を決定づけるものになるという⁸²。

特別規範の遵守および違反が注意義務判断を決定づけるとしても、特別規範の内容が個別の事案において具体化されなければ、明確性要請に適った過失解釈とはいえない。なぜな

⁷⁹ 投入義務肯定説については上記 II.4. および IV. 2. を参照。

⁸⁰ *Colombi Ciacchi*, (前掲注 86) S. 34, 42.

⁸¹ *Colombi Ciacchi*, (前掲注 86) S. 42 ff. *dies.*, 101 は、「裁判所は、個別事案における行為の注意義務適合性と注意義務違反性を決定する社会的な規範および標準を、決して自ら決定してはならず、発見することのみが許される」と述べている（加えて S. 98）。

⁸² *Colombi Ciacchi*, (前掲注 86) S. 93 f., 184. そして *dies*, S. 87 f. は、ドイツの支配的見解は、特別規範について最低限のことしか述べておらず、例えば特別規範の違反を注意義務違反性の徴憑と解して、許されない危険に関する判断を利益衡量によって行う *Roxin*, AT I, § 24, 14 ff., 19, 37 f. を、判例が注意義務違反性を発見するために適用した方法論の詳細な記述であるにすぎないと評価している。

ら、多くの特別規範は、その内容が不明確なままに規定されているからである⁸³。Colombi Ciacchi は、特別規範を具体化する方法には次の三つのものがあると述べている。

第一に、大抵の特別規範は、「社会的な行為標準」によって具体化されるという。これは、個々の生活領域において実際になされている実践のうち、法規範に違反しておらず、かつ生活領域の関与者がその実践の正当性に確信を有しているものである。すなわち、特定の生活領域に属する者らが、非正当性が明らかである実践に従っている場合、その実践は当該者らの行為の注意義務違反性を判断するためには考慮されるべきでないといわれる。どのような実践が社会的な行為標準であるのかは、生活領域に属する者がその正当性に確信をすることのみならず、その正当性に刑事訴訟における鑑定人も信頼を置いていることが要求される⁸⁴。

第二に、このような生活領域の関与者一般に当てはまる基準のみならず、とりわけ特別能力の投入義務の有無が問題となる場合のように⁸⁵、特定の個人に妥当する標準も存在するという。行為者が当該の行為以前にある特定の領域において反復された活動を通じて、明確な、客観的に観察可能かつ記述可能な「正当性のひな形 (Richtigkeitsmuster)」が形成される場合、そのひな形からの逸脱が注意義務違反性を基礎付けるという⁸⁶。

第三に、特別規範の中には、例えば道路交通の規則、または使用者と労働者との労働契約およびこれに適用される規則のように、その具体化が個別事案の諸事情によってなされるものがあるという⁸⁷。Colombi Ciacchi は、この第三の場合にのみ、先の行為標準や「正当性のひな形」によっては特別規範を具体化することができないため、別の基準が必要になると主張する。そして上の過失犯と明確性要請との関係から、当該の過失判断の基準は、裁判官の裁量に委ねられるのではなく、行為者の生活領域に属する基準人が視認可能および聴取可能な

諸事情であるとする (Colombi Ciacchi は、これを「知覚可能性基準」と呼ぶ) ⁸⁸。

③以上の過失犯論の構想から、Colombi Ciacchi は、個別行為者に投入義務が認められるのか否かは、主として行為状況において基準となる特別規範 (およびその具体化) の特殊な問題であるとする⁸⁹。そして Colombi Ciacchi は、行為者の有する特別能力を注意義務違反性の判断に取り込むことに、原則として反対している。

傑出した水泳能力を有するプロスイマーはその能力を用いて構成要件実現を回避すべきであるという主張を、Colombi Ciacchi は次のように批判している。すなわち、そのような

⁸³ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 185.

⁸⁴ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 94.

⁸⁵ 特別能力の投入義務の有無に関する *Colombi Ciacchi* の見解は下記③。

⁸⁶ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 105. そして *dies.*, S. 94, 117 は、この正当性のひな形も、鑑定人によって発見されることになるとする。

⁸⁷ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 117 f.

⁸⁸ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 118 f., 186.

⁸⁹ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 111.

「レース中」の高度な能力を、例えば溺れている者を救助するような緊急事態と比較することはできない。例えばレースに勝つという意思は行為者行為の給付に対してポジティブな効果をもたらすのに対して、緊急状態において現れる不安やパニックなどは通常身体および精神を麻痺させる作用を有する。それゆえにレースという状況に妥当することは、特別知識や特別能力の投入が問題となるような、緊急状態の基準にはならないとする⁹⁰。

もっとも *Colombi Ciacchi* は、先の特別規範の具体化の第二の方法である「正当性のひな形」の基準を用いて、特別能力の投入義務を認めるべき場合があるという。すなわち、「行為以前に一定の領域における反復活動を通じて、明確で、客観的に観察可能かつ記述可能な、その者の標準として妥当しうる行為のひな形」が形成されるならば行為者行為の過失判断の際に、その者の特別能力を考慮しなければならないという。行為者行為を、このような「行為者の身体および精神状態からは独立した正当性のひな形」から逸脱したものと評価しうるならば、当該行為に注意義務違反性を認めるべきできるとする⁹¹。

④そして *Colombi Ciacchi* は、特別知識が典型的に論じられる事例群においても、③と同様に「正当性のひな形」が基準になるとする。もっとも *Colombi Ciacchi* は、特別知識の投入義務を否定するための論証を、個別事案における行為標準や「正当性をひな形」を用いて行っているようにはみえない。むしろ、特別知識を有する上記の行為者には「結果管轄」ないし結果回避に関する保障人的地位が認められないことを、投入義務を否定するための実質的な根拠としているように思われる。

例えば、先の建設現場において下働きのアルバイトとして働き、自己の有していた土木工学の専門知識を用いたとすれば結果発生を認識可能であった学生には、その業務内容に鑑みれば、行為者に「結果管轄」が認められないので、自らの専門知識を用いる必要がないとする⁹²。しかし、その行為者らの結果管轄を否定すべき理由を *Colombi Ciacchi* は明示していない。ただ、その特別能力の解決（上記③）を踏まえて考えると、行為者は問題となる行為状況において自己の特別知識を反復して用いなかったという事情が、過失判断を決定的

⁹⁰ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 103 f.

⁹¹ *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 105 f. 例えば、ある外科医が先進的な手術方法を習得して、これをすでに何度か正確に用いており、その外科医が後にその先進的な方法を用いたとき、客観的な、特定の点に限られた (*punktuell*) 落ち度を犯し、これによって患者の死亡または身体傷害を惹起したならば、その外科医に注意義務違反を肯定することができるという。

⁹² *Colombi Ciacchi* (前掲注 86) S. 109 f. そして当該の学生は、建築家や建築技師が自己の任務を規則通りに (*ordentlich*) 果たしたのか否かをチェックする義務も負わないという (*dies.*, S. 110)。そして *Ciacchi*, (前掲注 86) S. 109 f. は、飲食店のウェイトレス K が知人 B に、B の注文したキノコ料理を給仕したが、数か月前に B の主治医でもある K の父親は、B が致死的なキノコアレルギーを患っていることを K に打ち明けていたという事例に関しても、特別知識の投入義務を否定すべきであるとする。B には、客の食事の選択に干渉することによって自己の職務規則に反する行動が義務付けられず、B の行為は自由意思による自己危殆化であるという (*dies.*, S. 110)。特別知識の投入義務の有無が問題となるその他の諸事例およびそれらの解決は、*dies.*, S. 97, 109 f. に示されている

するものと捉えられているのかもしれない。

加えて *Colombi Ciacchi* は、特別知識の中には、その「対象が不明確な特別規範を具体化する特殊な行為規則の構成要素」⁹³であるものが含まれていると述べている。このような特別知識が問題となる場合にのみ、上の特別規範の具体化の第三の方法である「知覚可能性」基準（上記②）を適用する必要があるとする。

例えば、先程の建設現場で働く土木科の学生が、雇用者から建築物（またはコンクリート）の再検査を明示的に依頼されていたならば、行為者の職務上の義務内容を拡張しようという⁹⁴。この場合、「労働関係の具体化を必要とする特別規範」が問題となり、その内容は、問題となる生活領域において、知覚可能な諸事情を基に決定されるべきであるという⁹⁵。

更に本論第3節第3項で取り上げた自動車運転手の例⁹⁶において、*Colombi Ciacchi* は、ドイツの道路交通規則（StVO）の速度に関する規定である3条が重要になり、同条1項⁹⁷からは、許容される走行速度の上限を法定速度と解することができるが、その下限については同条2項⁹⁸から不明確な程度にしか明らかにならないため⁹⁹、上の「知覚可能性」基準を適用すべきであるという。この基準によると、平均的な自動車運転手が、行為状況において児童を道路上に発見しえなかったのか否かが重要になる。そして、当該行為者は、交差点の進入時点に子供を発見しなかったので、行為者行為に注意義務違反性を認めることはできないという¹⁰⁰。

したがって *Colombi Ciacchi* によると、過失犯において論じられている特別知識には二

⁹³ *Colombi Ciacchi*（前掲注 86）S. 187.

⁹⁴ *Colombi Ciacchi*（前掲注 86）S. 111.

⁹⁵ *Colombi Ciacchi*（前掲注 86）S. 183.

⁹⁶ *Colombi Ciacchi*（前掲注 86）S. 109 (Fall 2). ある道路の特定の時間帯に児童が多く往來することを認識していた自動車運転手の行為者が、その道路を走行する際には子供が見られなかったため、自転車を法定速度で走行させて児童との接触事故を起こしたが、行為者が法定速度よりも減速させて自転車を走行させていたならば、当該事故を回避可能であったという事例である。

⁹⁷ ドイツの道路交通規則 3 条 1 項は、「車両を走行させる者は、車両を絶えず制御する程度の速度でのみ走行させることが許される。当該速度は、特に道路状況、交通状況、視程および気象状況ならびに人的能力および車両および貨物の性質に合わせなければならない。視程が霧、降雪または降雨によって 50 メートルを下回るとき、より低速度での走行が要請されていないならば、時速 50 キロメートル以上の速度で走行させてはならない。見通すことのできる距離の範囲内で維持されうる程度の速度での走行のみが許される。しかしながら、対向車両が危殆化されうるであろう程度に狭小である車道上では、少なくとも見通すことのできる距離の半分の範囲内で維持されうる程の低速度で走行しなければならない。」と規定している。

⁹⁸ ドイツの道路交通規則 3 条 2 項によると、「十分に説得的な根拠がなければ、車両が交通の流れを阻害する程の低速度で、車両を走行させてはならない。」

⁹⁹ *Colombi Ciacchi*（前掲注 86）S. 117.

¹⁰⁰ *Colombi Ciacchi*（前掲注 86）S. 117 f. それゆえ行為者は、「児童が現れたならば、車両を適時停止させる速度を保たなければならないという（*dies.*, S. 118 加えて S. 111 も参照）。

つのものがある。それは、特別規範の構成要素であるのものと、その構成要素でないものに分けられる。特別規範のうち、その具体化が個別の行為状況の諸事情に依存しているものであるならば、行為者の特別知識は、特別規範の構成要素であるとされる。この場合にのみ、行為者の特別知識の投入義務の有無を、生活領域に属する平均的な関与者を用いた「知覚可能性」基準によって判断すべきであるとする。

⑤Colombi Ciacchi の見解の特徴は、行為者行為の過失の有無を判断するにあたって、特別規範の遵守および違反、更に行為者の生活領域の構成員の現実の行動を加味した上での仮定的（理想的）行動に着目（「社会的な行為標準」）するという点にある。この行動は、生活領域において活動する者らが正当であると考えるものに限られており、特定の生活領域において実践されている「悪しき慣行」は、その内容に含まれていない。この点から、社会的な行為標準を個別行為者の注意義務の内容を、生活領域に属する者にとって、概ね納得のいくものにするができるであろう。そして、その標準の正当性は訴訟段階における専門家の証言によって裏付けられるものとされている。このことによって、行為標準の正当性を、（ある程度）第三者的な視点を前提にしているという意味において、客観的に決定することができると思われる。

また Colombi Ciacchi は、投入義務の肯定のみならずその否定も、社会的諸要素を基にした判断枠組みを用いて説明しており、この点で Frisch や Mikus の見解とは異なる。加えて特別知識や特別能力の刑法的重要性の有無は、行為者が行為以前にそれらを用いた活動を反復して行っていたのか否か（正当性のひな形）または、一部の特別規範に限って、平均人の認識可能であった事情（知覚可能性）によって決定されるという。

Colombi Ciacchi は投入義務の成立範囲を非常に制限している。本論第3節第3項に挙げた特定の交差点の特定の時間帯において児童との交通事故を起こした自動車運転手の過失を判断する際には、「知覚可能性」基準の適用により、行為者ではなく個々の生活領域の平均的な関与者が認識可能であった諸事情が考慮されることになる。そのため、その自動車運転手が、当該の交差点において児童を発見しなかったならば、その特別知識の投入義務は否定される。

例外的に投入義務を肯定すべきであるのは、行為者が以前に反復して自己の特別な知識や能力を使用しており、これによって行為者に妥当する個人的な標準が成形されていたという事情が認められた場合である。しかし、この高度な知識や能力の「反復使用」という事情から行為者に個人的な標準が妥当するならば、もはや投入義務は問題にはならない。なぜなら、行為者の有していた知識や能力を、基準人は通常有さないであろうという事情が認められる場合に、「特別」な知識や能力の投入義務が論じられるためである¹⁰¹。行為者が自己のある知識や能力を用いてなしうる行動が標準化されているならば、もはやその知識や能力は「特別」とはいえない。

Colombi Ciacchi にとって、行為者の有していた知識や能力が、行為状況における行為者

¹⁰¹ 本論第1節第1項。

の社会的な立場との関係において、どのようなものと評価されるのかは、過失判断を決定づけるものではない。そのため自動車運転手が有していた自動車工学の専門知識も、父親から知らされた客のアレルギーに関するウェイトの認識も、等しく過失判断から除外される。これらの諸事例の解決の当否を措くとしても、例えばⅢ. 3.に挙げた事例の自動車運転手である行為者が有していた特別知識は、他の自動車運転手も獲得しうるものであると解される。そのような知識の投入は、たしかに当該行為者に対して個人的に認められる注意義務である。しかし、その義務から生じる負担は、他の自動車運転手に期待可能なものと評価しうる。そのため当該知識の投入義務は、自動車運転手としての行為者に認められるべきであると思われる¹⁰²。このようにみれば、当該行為者行為の過失判断に、「知覚可能性」基準を適用することには賛同しえない。

以上のように投入義務の成立範囲を制限する Colombi Ciacchi の見解は、特別な知識や能力を有する行為者を不当に優遇してしまう場合があると評価しうる。

第3款 過失の標準と行動準則

新過失論を支持する井田良は行為者の知識および能力を（客観的）注意義務の判断資料として考慮し、そして特別知識や特別能力の投入義務を認めるべき場合があるとする（下記①）。しかし他方で、「行動準則」の類型化が進んでいる領域においては、特別知識や特別能力の投入義務を否定すべき場合があると主張する（下記②）。

①井田は、客観的注意義務の内容を規定する際（過失の標準）には行為者の知識や能力を取り込まなければならないとする理由を、刑法規範が人に作用を及ぼすメカニズムに求めている。すなわち「刑法は、一定の知識や能力を持った人が現に存在し、社会において現に活動していることを前提とした上で、その知識を活用し能力を発揮して法益侵害の結果を回避することを義務づけるのであって、その逆ではない。刑法は、知識のない人に知識を与え、能力のない人に能力を与えることはできないのである」という。そのため行為者の知識・能力や行為の客観面や主観面などのうち、規範が影響を及ぼしえない諸事情は、「現実のそれをそのまま前提として受け入れるほかない」とされる¹⁰³。

これに対して、刑法規範は、人の「一般予防効果を持ち得る要素」、「行為規範にしたがうために必要な能力」に影響を及ぼすことができるという。この刑法規範が影響を及ぼしえない人の知識や能力に関しては、行為者が現実には有していたものが客観的注意義務に取り込まれなければならないとする。刑法規範が影響を及ぼしうる、法益保護の動機づけにかかわる規範遵守意思は、行為者のものは捨象されるという意味において一般的・客観的なものが考慮されなければならないという。

以上の過失の標準における井田の「客観説」によると、特別知識や特別能力の投入義務を

¹⁰² 本論第3節第3項。

¹⁰³ 以上については井田（前掲注6）185頁以下および同『講義刑法学・総論』有斐閣2008年216頁以下。

認められうる。例えばボクシングや柔道の練習相手に「隠れた怪我ないし病気を患っていることをたまたま特別に知っていた者」¹⁰⁴や、ブレーキの異常を認識していた者に対しては、「それを知らなかった者に対するのとは異なった注意義務が課され得る」という¹⁰⁵。同じことは行為者が特別能力を有する場合にも当てはまるとされる¹⁰⁶。すなわち「まったく同一の危険行為であっても、各人の有する注意能力の違いに応じて、刑法は異なった注意義務の遵守を要求する。つまり、過失の内容が異なる」¹⁰⁷という¹⁰⁸。

② 井田によると、新過失論における客観的注意義務の（予見可能性を前提とする）結果回避義務は、行為規範から導き出される社会的な行動準則であり、行動準則とは、行為者の立場におかれた一般通常人の行動である。そして「一般通常人」は、国民一般などの漠然とした集団ではなく、「行為者の属性……職業やその専門分野などによって類型化」された、「当該の社会的活動の領域に局限された人の範囲」であるという¹⁰⁹。

このような結果回避義務を客観的注意義務に備えた新過失論によると、行為者に予見可能性が認められる場合にも、直ちに結果回避義務は認められるわけではないという。井田は、特に信頼の原則を引き合いに出して、新過失論は「社会的に不可欠な共同作業を可能にするための共働者間の役割分担に関する社会的ルールの形成を促し、これとあいまって法益を保護しようとする」ので、「他者の管轄領域内の事柄については、かりに自己の領域からも『その様子がかいま見える』としても……、それに対応した結果回避措置までとることは要求されない」¹¹⁰と主張する。

以上のことは、投入義務の有無が問題となる事例にも妥当しうるといえる。行動準則の類型化が進んでいる領域においては、客観的・規範的に結果回避義務の内容が制限される。これに対して、行動準則の類型化が進んでいない領域においては、「行為者の主観的な注意能力

¹⁰⁴ 井田良「過失犯の基礎理論」現代刑事法 第1巻第8号（1999年）79頁。

¹⁰⁵ 井田（前掲注6）187頁。

¹⁰⁶ 井田（前掲注6）192頁以下。とりわけ同192頁は、「人並み外れた能力を持つ人というのは、いわば機械や道具が身体の一部として備わっている人であるから、別に扱う理由はないと考えられる」という。

¹⁰⁷ 井田（前掲注6）185頁以下。

¹⁰⁸ 以上の、過失の標準で井田が主張する「客観説」は、能力区別説の一種といえる。刑法規範が人の行動選択に作用可能であるために一般化・客観化される規範遵守意思と、規範が作用しえないその意思以外の諸事情という区別は、能力区別説の倫理的能力と手段的能力のそれに対応しているからである。実際、松原芳博『刑法総論』第2版2017年303頁注44は、井田の「客観説」を能力区別説に分類している。本論文によると、能力区別説は、個別行為者の有していた（手段的）知識や能力から認められる法益侵害回避の予見ないし回避の可能性が、その者の注意義務の内容とすることになる。

¹⁰⁹ 井田（前掲注6）184頁、同（前掲注58）215頁も参照。

¹¹⁰ 井田（前掲注6）155頁。井田は、信頼の原則による結果回避義務の否定は「社会的に不可欠な共同作業を可能にするための共働者間の役割の分担に関する社会的ルールを基礎として、予見可能性の有無にかかわらず結果回避義務を限定するものとして理解できる」と述べている（同192頁）。加えて井田（前掲注58）63頁注57も参照。

の限界と結果回避義務の限界とが一致する傾向にある」¹¹¹。したがって行為者の活動領域において行動準則の類型化がどの程度なされているのかが、投入義務の有無を判断する際に着目されている。もっとも、行為状況で行動の指針としうる行動準則は、何らかのルールであるというだけでは足りず、それには、行為当時において「一応の合理性」が認められる必要があるとする¹¹²。

結果回避義務の内容が上のように規範的に制限されうるという見地から、井田は薬害エイズ帝京大病院事件判決を支持している。井田は本件における被告人の結果回避義務判断につき、非加熱製剤の使用とエイズ発症による死亡との間の法則的知識の適用が問われたのではなく、「その法則的知識が臨床的な治療手段の選択に関する行動準則の基礎になっていた」と分析している。そして、基礎医学のレベルにおける新たな知見は、一定の「客観化」を経た後に臨床の治療水準を変化させるのであるから、本判決は、被告人が決定した臨床上の治療方針に対しては、「加重された結果回避義務を課すことはできないという結論を導いた」¹¹³という。

③過失の標準における井田の主張（上記①）に従うと、投入義務を肯定することになるであろう。行為者の有していた特別知識や特別能力は、客観的注意義務の内容を決定する際の資料として考慮されなければならない、それらから認められる結果回避可能性が、行為者の義務内容とされるからである。それゆえに特別な知識や能力を有する行為者には、原則としてそれらの投入義務を認めなければならない。これに対して、行為状況において一定の合理性が認められる行動準則が妥当していたという事情が認められるならば、行為者の注意義務内容は、その者の結果回避可能性に関わらず、行動準則に適った行動に制限される。

井田の見解は、投入義務の問題に関して、Frisch および Mikus とは異なる形態の「原則・例外」という理論構成を採用している。行為者の有する特別知識や特別能力は、原則として客観的注意義務の内容を決定する際の資料として考慮すべきであるが（過失の標準）、一定の合理性を伴う行動準則が行為状況に存在する場合には、例外的に、当該行為者に投入義務を認めるべきではない（行動準則による結果回避義務の内容の規範的制限）。

そして上記三者の見解とは異なり、井田の見解は、その構成上、投入義務肯定説にも、投入義務否定説にも至るわけではない。投入義務の有無は、個別の行為状況に行動準則が存在したか否かにかかっているからである。

行為者の状況に置かれた一般通常人の行動を意味する行動準則を発見するためには、個別事案における一般通常人がどのような人物であるのかを、第一に決定しなければならないであろう。井田によると、一般通常人は、行為者の属性、職業やその専門分野などによって類型化され、行為者の社会的活動の領域に局限される。行為者の状況に置かれた一般通常人の行動を意味する行動準則を発見するためには、個別事案における一般通常人がどのよ

¹¹¹ 井田（前掲注6）192頁。

¹¹² 井田（前掲注6）177頁。

¹¹³ 井田（前掲注6）193頁以下、同（前掲注58）210頁および同頁注33）。

うな人物であるのかを、第一に決定しなければならないであろう。一般通常人は、行為者の属性、職業やその専門分野などによって類型化され、行為者の社会的活動の領域に局限されるであろう。

ただ、行為者の立場に代入可能な基準人としては、通常複数のものが考えられる¹¹⁴。しかし井田の見解において、行為者のいかなる属性などが、一般通常人の構成要素として考慮されるべきであるのかは、説明されていない。行為者の立場に置かれるべき一般通常人がどのようにして形成されるべきかが明らかにならなければ、投入義務を否定する機能を有する行動準則も、明確化されないであろう。加えて、行動準則の「合理性」をどのように決定すべきであるのかも、問題になってくるであろう。

もちろん一般通常人の内容の決定、そして行動準則の内容およびその合理性の有無に関する判断は、個別事案の諸事情に依存する部分が多いであろう。しかし、それらの判断の枠組みの指針が示されていないならば、投入義務の成立範囲を恣意的に決定することになりかねない¹¹⁵。それゆえに、投入義務の成立範囲を決定するための枠組みについて、井田の見解には不明確さがあるといえよう。

第4款 行為者の役割

Jakobs は、行為者の「役割」に着目して、投入義務の成立範囲を制限すべきであると主張するが（下記③、④）、過失の標準においては行為者標準説（ドイツにおける少数説）を支持している。**Jakobs** が過失の標準において行為者標準説に与する理由は、過失不法を規定するためには個別行為者の知識や能力を前提とすべきであり、これを否定するならば、不法の内実を単なる不服従と解することになってしまうという点にある¹¹⁶。この主張は、行為者のあらゆる知識や能力が過失判断の資料の候補であることを含意しているが、いかなる知識や能力が判断資料として考慮されるのかという問題に及んでいない。**Jakobs** は、投入義務の成立範囲の問題解決を、刑法（規範）の目的・任務に関する理解、およびこの理解を基とした危険判断から演繹している（下記①、②）。

① **Jakobs** は **Luhmann** の予期概念を参考にして刑法（規範）を理解している¹¹⁷。現在の、高度に匿名の接触（ないし匿名の相互行為）が大量になされる多元的な社会においては、

¹¹⁴ 例えば、ある者は特定の分野を専門とする医師であり、父親でもあり、そして自動車運転手ないし道路交通の関与者でもありうる。

¹¹⁵ 行動準則の合理性に厳格な要件を設定して、投入義務の成立範囲は広がるのに対して、その合理性を、例えば **Ciacchi** の見解のように理解するならば、投入義務はほとんど認められなくなるであろう。

¹¹⁶ **Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 65 f.** そして **ders, AT, Abschn. 9, Rn. 13** は、客観的予見可能性は「客観的故意」と同様に余計な概念であるとする。

¹¹⁷ **Luhmann** および **Jakobs** の「予期としての規範」に関する主張を詳細に取り上げているのは、松生光正「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌 第50巻 第1号（2010年）53頁以下。

他者の個人的な諸事情を厳密に予測しえないという¹¹⁸。Luhmannによると、このような社会において社会的接触を可能にするためには、「規範的予期」つまり「抗事実に安定化された行為予期」¹¹⁹としての規範が必要になるという¹²⁰。それゆえ刑法の目的ないし任務は、人の行動の制御にではなく、行為予期の保障がなければ存立しない社会生活を可能にする点、つまり予期の安定化にあるという¹²¹。このことから、(刑)法規範は「方向付けのモデル」¹²²と解されることになる。

②このように理解された刑法規範が妥当する下では、行為者およびその関与者らは、「高度に異なった意図と選好を有する個人 (Individuen)」¹²³ではなく、「調整された任務領域」¹²⁴を割り当てられた人格 (Personen) とみなされる。そして、予期の安定化を志向する刑法理解から、人格の義務内容の決定は、「標準」や「役割」などの「客観的なひな形」を基礎に据えて行われなければならないという。とりわけ「役割」(例えば医師のような職業や、自動車運転手)があるとみなされる者、または自ら特定の役割を有することを示す形で振舞う者は、その役割に対して期待される行動や給付を行われなければならないとする¹²⁵。

更に行為者の行為の危険性判断について、Jakobs は、行為者行為の危険に捕捉された財

¹¹⁸ Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken: Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, ZStW 107 (1995), 843 ff., 859 f.; ders., AT, Abschn. 1, Rn. 4 ff.

¹¹⁹ Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., 1987, S. 43. 予期の違背は、違背者 (予期からの逸脱行動をした者) が誤っていたとして処理されることになり、そして規範的予期の安定化によって、人々の行動選択は制限されつつも、その選択の余地が保証される (ders., S. 40 ff.). 規範的予期は、その違背にもかかわらず固持される予期である。規範的予期は、「開かれた、まだ決定されていない未来を、したがって他者の自由な行為を、視野に入れることができる。なぜなら、そこでは、予期されざる行為を逸脱として位置づける可能性が与えられており、この可能性が現在において確実性を提供するからである」 (ders., S. 129)。ただし、規範的予期にも認知要素が含まれているので、規範的予期は、規範的要素が支配的な予期であるという (ders., S. 50 f.)。

¹²⁰ Luhmann (前掲注 189) S. 29 ff.によると、予期概念は、社会システムにおいて複雑性が増大するのに伴って単純化と負担軽減のために必要となる。その対策として、社会システムは、人の従う客観的で有効な予期を示すことで「予期の予期」を規制し、その確実性を産出する。これによって自己の行動の確実性と他者の行動の計算可能性が生じる。「予期の予期」の確実性は、あらゆる相互行為の不可欠の基礎である。

¹²¹ Jakobs, AT, Abschn. 7, Rn. 35. Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 80 ff.も参照

¹²² 松生 刑法雑誌 第 50 巻第 1 号 55 頁。

¹²³ Jakobs, ZStW 107 (1995), 843 ff., 860.

¹²⁴ Jakobs, ZStW 107 (1995), 843 ff., 859. 加えて Jakobs, Norm Person, Gesellschaft, 3. Aufl., 2011, S. 57 も参照。

¹²⁵ Jakobs (前掲注 194) S. 95 ff. 更に Müssig, Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht – Zu Ansätzen einer Systematisierung –, FS Rudolphi, 2014, S. 175 f. を参照。

のみならず、行為状況を考慮しなければならないと主張する。例えば、原子炉の危険を判断する際には、その危険性ゆえにあらゆる専門知識が取り込まれるのに対して、自動車の安全性の判断には熟練した技術者の知識が基準になるとする。刑法上問題となる危険は、「専門領域に応じて変動する危険の相違を考慮した下で」判断されなければならないとする¹²⁶。ここにいう「行為状況」は、行為者に発揮が要請される専門性、すなわち役割を意味しているのであろう。

以上のようにみれば、刑法および刑法規範の理解から、**Jakobs** は、人格の果たすべき役割を基にして刑法上の評価活動を行う必要性を導き出していると思われる。

③**Jakobs** は、行為者の役割の内容を決定するにあたって、個別の状況下で行為の相手方、とりわけ被害者との関係に着目して、行為者が社会的にみてどのような人物とみなされていたのかを考慮していると思われる。

例えば、自動車のエンジニアであった行為者が、ある中古車を購入しようとして、試乗の際に自己の特別な工学の知見によってその自動車のブレーキが間もなく利かなくなるということに気づいていたにもかかわらず、その自動車の所有者に対して何も告げずにそれを返却し、所有者が当該車両の故障によって事故を起こした、という場合である。**Jakobs** によると、当該行為者は、問題となる自動車の所有者との関係において、「潜在的な顧客」という役割が認められる¹²⁷。これに対して行為者が、歩行者との関係では自動車運転手とみなされるという。そして行為者が当該の自動車を更に走行させる場合、自己の特別知識を用いて故意的に許されない危険を創出していると思われる¹²⁸。

行為者と被害者等との関係が、刑法上の評価に考慮されるという考えは、**Jakobs** が予期概念によって刑法（規範）を理解していることに由来していると思われる。松生光正は、行為予期として刑法規範を捉えることの帰結の一つとして、「自己答責的な他者が規範的意味で主体となる」ことを挙げている¹²⁹。このことは、遡及禁止の意義の基礎づけのみならず

¹²⁶ *Jakobs*, AT, Abschn. 7, Rn. 47 (このことは、危険が存在するか否か、そしてそれがどのくらいの高さであるのか、ということ誰が判断するのかという問題に関して述べられている、加えて Rn. 45 も参照)。

¹²⁷ *Jakobs*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, GS Armin Kaufmann, 1989, S. 286. 加えて *Jakobs*, AT, Abschn. 7, Rn. 49; *Luhmann* (前掲注 189), S. 282 ff., 312 ff. を参照。

¹²⁸ *Jakobs*., GS Armin Kaufmann, S. 286 (当該のエンジニアが当該車両を更に走行させて歩行者と事故を起こしたならば、殺人行為が問題になるとする)。そして *ders.*, AT, Abschn. 7, Rn. 50 は、行為者が積極的に特別知識を使用した場合、発生した結果は行為者に帰属されると述べている。また、集中的な研究で古い治療の標準を乗り越えた医師が家庭医として行動する場合には、家庭医の役割には研究の知識が含まれないので、古い標準に依拠した治療方法を選択することが許されることになるとする。ここでも当該の医師がなすべき行動は、診療所で患者の処置をするときと、研究所などで専門的な研究を行うときとは、その者に予期される知識や行動が異なるとされている (*ders.*, FS Armin Kaufmann, S. 287)。

¹²⁹ 松生 刑法雑誌 第 50 卷 第 1 号 56 頁。ここで松生は、その他に、規範の目的を法益保護と解することになる「命令説的な考え方の問題点を回避」できること (これについて

130、役割の規定にもかかわるものと思われる。すなわち、Jakobsのように刑法規範を理解すると、問題となる行為者の行為の評価は、行為者と同じく役割の担い手となりうる他の者（Jakobsにとっては、いずれも「人格」）との相互行為であることが前提となるからである。

行為者の役割の内容を行為者行為の相手方との関係で決定することは、井田の見解における、基準人（「一般通常人」）の内容を決定することに通底しているといえよう。また、Jakobsは、基準人が行為者の特別知識を獲得可能であったならば、行為者に特別知識の投入義務を認めることを相当と解している点で、投入義務を非常に狭い範囲内でのみ認めるColombi Ciacchiの見解とは異なっている。

④Jakobsは、行為の危険性判断に関係しうる「知識」を三つに区別し、この区別によって特別知識および特別能力の投入義務の問題を解決するべきであると主張する。その三つの知識とは、以下の通りである。

第一の知識は、行為者の状況において「注意深い人物」が有しうる「状況知識（Situationswissen）」である。この知識は危険判断において考慮されるべきであるとする¹³¹。

第二に、行為者が有していた知識のうち、「行為者の状況において行動する基準人」も有するといえるものもありうる（「拡張された状況知識（erweitertes Situationswissen）」）。これは、例えば、行為者が子供のために飲み物のビンを開けた際に、中身が明らかに腐っていることに気づいたにもかかわらず、それを与えたために子供が病気になった場合、もしくは、行為者が近所の子供が重度のヘーゼルナッツアレルギーにかかっているに関する認識である。「拡張された状況知識」は、「たしかにその具体的形態においては予期されないが、何らかの偶然知識が具体的に予期可能な知識に加わることは十分に予期可能であり、それゆえにこの知識は……考慮されるべきである」¹³²という。

第三に、行為者が「所与の状況においても、その他の状況においても予期されえないために、その投入も保証されない能力によってのみ」獲得した「特別知識」は、危険判断から除外されるべきであるという¹³³。つまり、この特別知識の「獲得は、全ての者にもその行動がなされる役割の担い手にも期待されるのではなく、むしろ具体的には関連していない特別な役割……に属する能力を前提とする」¹³⁴。

は同 50 頁以下も参照)、および「刑法の適用における帰属の意義を社会的文脈において明らかにできる」ことを挙げている。

¹³⁰ 松生 刑法雑誌 第 50 卷 第 1 号 56 頁は、自己答責的な他者に規範違反として帰属がなされるならば、「それにより紛争が解決されるから、それ以外の者には帰属されないという遡及禁止の意義もより説得的に基礎づけられる」という。

¹³¹ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 32.

¹³² 以上については、Jakobs（前掲注 201）S. 32。「拡張された状況知識」に関する他の諸事例は ders., S. 33, Fn. 66 に挙げられている。

¹³³ Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2013, S. 30.

¹³⁴ Jakobs（前掲注 201）S. 33; ders, Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, RW 2010, S. 283 ff., 310（本論文の翻訳である玄守道 訳「刑法上の故意

Jakobs の見解における「拡張された状況知識」と「特別知識」は、行為状況における行為者の役割を基準として区別されている¹³⁵。つまり投入義務の肯定およびその否定を、行為者の役割の内容から説明している。そして役割とは、行為者の「生活領域」に属する基準人と類似の概念であるという¹³⁶。個別事案において想定される役割の「担い手」という基準人が、行為者の有していた知識を獲得可能であったのか否かによって、特別知識の投入義務の有無が判断されている。

例えば、建設現場において下働きとして勤務する土木工学の学生は、自己の危険発見に関する特別能力を発揮する必要はないという¹³⁷。行為者は、行為状況において土木に関する専門知識を有する者ではなく、建設作業を補助する「下働き」とみなされている。そのため、当該行為者の有していた専門知識は、その行為の危険・過失判断から除外されることになる。同様に、先程③に挙げた自動車のエンジニアであった行為者が、仮に問題となる自動車の故障を自己の専門知識によって認識可能であったとすると、投入義務の有無が問題となる。Jakobs の見解に従うと、当該行為者は、自動車保有者に発生した結果に対して刑法上の責任を負わないこととなる¹³⁸。この例においても、行為状況において当該行為者は客として振舞っていたと社会的には考えられるので、行為者の有していた専門知識はその行為の評価には現れないこととなる。

概念に関する新しいものと古いもの」松宮孝明 編訳 『ギュンター・ヤコブス著作集 第1巻』所収 成文堂 2014年 237頁以下も参照)。そして *ders.*, S. 311, Fn. 102 (玄訳 274頁) は、特別知識は「分離可能な役割においてのみ存在しうる」と述べている(傍点は原典においてイタリック体)。

¹³⁵ 同旨の見解として、例えば *Pawlik* (前掲注 20) S. 343; *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision*, 1999, 257 ff.; 加えて *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, 168 f. も参照。また *LK-Vogel*, § 15, Rn. 163 も、特別能力を有する人格が役割外のコンテキストにおいて行動する(例えば「経験豊富なラリー競技参加者」が休暇中に自動車を運転する)ならば、その特別能力の投入を、「少なくともそのコンテキストに適った範囲内」で認めるべきであると述べている。

¹³⁶ *Jakobs*, AT, Abschn. 7, Rn. 48. これに対して、*Jakobs*, *Zuständigkeit durch Wissen?*, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 235, Fn. 4 (この論考の紹介として、川口浩一監訳・森川智晶 訳「「特別知識」に関する最近の文献(1)・(2)」関西大学法学論集第65巻第2号(2015年)65頁以下、第66巻第1号(2016年)151頁以下がある)は、保障を規定する際には「役割」と「保障領域」を混同してはならず、刑法上の帰属において、役割はせいぜいのところ補助概念であるとして、自身の以前の諸論考を役割と保障を混同していると述べている。しかし、保障概念を刑法的帰属の中核に据えるとしても、Jakobs の見解に従って、投入義務の有無を判断しようとするならば、行為者の役割がいかなるものであったのかが過失犯の成否にとって決定的になると思われる。

¹³⁷ *Jakobs*, AT, Abschn. 9, Rn. 11 (ここで Jakobs は、過失侵害犯においては「構成要件実現の予測に関する特別能力のみが問題となる」と述べている) および *ders.*, Abschn. 7, Rn. 50.

¹³⁸ 松宮孝明「判批」医事法判例百選 第2版 有斐閣 2014年 31頁は、Jakobs の見解に従うと、このような例(*Jakobs* (前掲注 201) S. 32 ff.)における行為者行為は、「故意犯にも過失犯にもならない」ことを指摘している。

⑤Jakobs の見解において、行為者の特別知識は、その特別な能力によって獲得されるものであると定義している。その限りにおいて、Jakobs は、特別知識と特別能力を区別して取り扱い、更に後者を前者の上位概念であると把握している。

このような特別知識と特別能力の関係性の理解は、Jakobs が刑法上の過失を構成要件実現の予測可能性（およびこれに基づく回避可能性）として論じていることに由来する¹³⁹。つまり、「予見の本質は、予見者が自己の主観的に知っている、想起するまたは過去の事実と経験則（予測の基礎）から将来の帰結を推論する」¹⁴⁰ことによって検討されることになる。過失の有無は、行為者が構成要件実現の予測しえたかによって判断され、投入義務の有無は、行為者の特別能力から得られた特別な知識が、予測判断の基礎に含まれるのかによって、決定されるという。それゆえ Jakobs は、建設現場において下働きをしていた土木工学の学生の例において、特別能力の投入義務を論じている。

しかしながら、構成要件実現の予測可能性という判断枠組みは、投入義務の有無が問題となる一部の諸事例の特性を捉えることは困難である。例えば高度な運転技術を有するレーサーの投入義務の有無のような、特別能力の投入が典型的に論じられる場合、行為者には構成要件実現の予測可能性は認められるが、このことは争点にはならない。その場合に問題となるのは、構成要件実現の回避が高度な自動車の運転技術を有していた行為者には可能であったといえるが、それが他の者には不可能であった事情をいかに評価すべきか、ということである。特別能力の投入義務が論じられる典型例においては、行為者に認められる結果の予見可能性の評価が前面に表れるわけではない。

Jakobs によると、行為の危険性判断の際には行為者の専門性が考慮され、そして行為者の役割は、行為者行為とその行為の相手方との関係において決定される。たしかに行為の相手方との関係に着目すると、行為者に想定可能な複数の役割から特定のものを（一定数の諸事例においては）選択することができるであろう。

しかし、行為者の役割の担い手が行為者の特別な知識や能力を獲得可能であったのかという点は、行為者の役割の内容とは別個に検討されなければならない。例えば、薬害エイズ帝京大病院事件判決において、たしかに被告人の有していた特別知識は、厚生省エイズ研究班班長としての役割に依存している。しかしこのことから直ちに、被告人の行為に特別知識の投入義務が認められるべきか否かを、判断することはできないように思われる。

東京地裁が結果回避義務判断の際に考慮した「通常の血友病専門医」という役割の担い手（基準人）には、患者の死亡させないために最新の研究を調査することなどが期待されるとするならば、通常の血友病専門医も被告人の特別知識を獲得するであろうと解することが可能であると思われる¹⁴¹。これに対して、通常の血友病専門医が、行為当時になされていた

¹³⁹ Jakobs, AT, Abschn. 9, Rn. 2 ff.

¹⁴⁰ W. Frisch (前掲注 141) 24 ff. 加えて SK-Hoyer, Anh. 16, Rn. 27 および 28f. も参照。

¹⁴¹ 例えば船橋 法学研究論集 第 38 号 114 頁は、医療過誤に関する（裁）判例を分析した上で、医師には「危険性が明らかになっている、ないし危険性が明らかになっているとまではいえずとも安全性に疑問があるという場合に、高度の注意義務が要求」されるとす

標準的な治療方法を採用するであろうといえるならば、その役割の担い手が行為者の特別知識を獲得するとはいえない。

要するに、役割の担い手（基準人）がどのような行動をとるであろうかという点を明らかにしなければ、役割の担い手が、行為者の特別な知識や能力を獲得するであろうか否かを判断しえない。この点についての **Jakobs** の見解は明らかでない。

第5款 検討

行為状況、または行為者ないし当該行為に見出される何らかの社会的な諸要素を考慮して、投入義務の肯定および（または）否定を判断することは、その状況などに見出される「常軌性」¹⁴²を基礎として、過失判断を行うことを意味する¹⁴³。この常軌性判断をどのように運用するのかについて、上の論者らの見解は一致していない。この見解の不一致は、各々が主張する投入義務の成立範囲に現れている。

Frisch や **Mikus** のように、標準や規則を基礎とした過失判断を、投入義務の有無が問題となる場合に適用しないことには賛同できない。そして **Colombi Ciacchi** のように、投入義務をほとんど認めないという立場も支持しえない。

他方、井田および **Jakobs** の見解は、投入義務を一律に肯定および否定するわけでもない。加えて、両者の見解によると、投入義務肯定説および投入義務否定説に生じる諸問題を、原理的には回避可能であろう。それは、II.4.に挙げた自動車工学の専門家の例においては投入義務を否定し¹⁴⁴、本論第3節第3項における自動車運転手に投入義務を認める¹⁴⁵ということである。

そして、いかなる根拠から投入義務の成立および不成立を基礎付けるのかという点について、投入義務の問題解決に際して社会的なものを（例外的に）考慮しない **Frisch** および **Mikus** の見解を除くと、残りの諸見解を二つに大別することができる。

この点について、井田は、二元的な立場を採用している。まず個別行為者の結果回避義務（客観的注意義務）の内容は、その者の有していた（行為規範の作用が及ばない）知識や能力から認められる法益侵害回避行動であり、このことは特別知識や特別能力の投入義務の

る。また甲斐 広島法学 第25巻 第2号 77頁以下は、本件における被告人の結果回避可能性につき、「まずは帝京大学病院でできることを行うべきである」という。

¹⁴² 松宮（前掲注15）156頁。

¹⁴³ それゆえここでは、許された危険の文脈で度々論じられているように、行為の有用性と法益侵害の程度の衡量、またはこの類する「利益」衡量というような思考が前面に現れるわけではない。

¹⁴⁴ このことを、井田は、当該の行為状況には行動準則が見いだされないために、行為者の注意義務の内容が個別化されると説明し、**Jakobs** は、行為者の特別知識を、行為者に認められる役割の担い手が獲得可能であったと説明する、ということの意味する。

¹⁴⁵ このことを、井田は、当該の行為状況には行動準則が見いだされないために、行為者の注意義務の内容が個別化される説明し、**Jakobs** は、行為者の特別知識を、行為者に認められる役割の担い手が獲得可能であったと説明する、ということの意味する。

有無が問題となる事案にも妥当する。この場合、行為者行為に刑法上の過失を肯定することとなる。もっとも、行動準則が行為状況に存するならば、先のように認められうる個別行為者の結果回避義務は、行動準則適合的な行動に制限される。行動準則による投入義務の否定は、過失の標準から帰結される原則的な法益保護の、例外的制限である。

しかし、このような井田の理論構成に対しては、Frisch が、先ず行為の危険性を「最高の知識」という基準によって判断した後に、当該を許された危険によって許容するという立場に対して向けている批判が妥当すると思われる。すなわち、井田のように一旦は行為者の行為を「消極的に評価」し、それを行動準則という、先程とは異なる評価を内容とする「修正段階」において再び考慮することは、『禁止された行為』の外郭を素描するためには、「不相当かつ迂遠である」と評価しうる¹⁴⁶。上でみたように、井田の見解における一般通常人および行動準則を投入義務の問題解決に用いるためには、それらの更なる明確化が必要になるならば¹⁴⁷、先の Frisch の批判は無視できないように思われる。

他方、Colombi Cacchi および Jakobs は投入義務の肯定および否定を、社会的諸要素によって一元的に説明する。前者によると、基本法の明確性の要請に適った過失犯解釈をなすためには過失が刑法典において定義されていないために、社会的な諸事情を考慮せざるを得ない。そのため、社会的な諸事情を過失判断で考慮することに関する、積極的な根拠が挙げられているわけではない。これに対して、後者によると、過失判断において行為者の役割を基礎とするべきであるのは、刑法規範は（行為）予期を安定化させることによって社会生活を可能とする機能を有し、規範からの標準的な要請は役割という形態をとるためである。

両者の見解は、相互排他的ではないであろう。ただ、Colombi Ciacchi にとって、明確性の要請と調和した過失犯解釈を達成するために、社会的な諸要素を考慮しなければならないのであり、当該要素の過失判断への取り込みは、消極的に論証されている。他方 Jakobs は、当該要素の考慮を刑法（規範）の機能から導出しており、これはそのため社会的諸要素へのこれを積極的に論証しているという。そうであるならば、予期として刑法規範を理解することによって行為状況における社会的な諸事情を刑法的判断に取り込むことは、明確性の要請と調和した過失犯解釈にも資すると思われる。特別知識や特別能力を有する行為者に投入義務の成立を肯定すること、およびその義務を否定することの根拠を、刑法規範の意義を予期の安定化により社会生活を可能とすることに求めることが、理論的には一貫しているといえよう。

しかしすでに述べたように¹⁴⁸、役割理論が実際にどのような帰結に至るのかは、その運用次第である。投入義務の有無を決定している行為者の役割の内容をいかに決定するのかは、更に具体化する必要があるであろう。

社会的諸要素を考慮して行為者行為の過失を判断するならば、投入義務の成立範囲を柔

¹⁴⁶ 以上については、W. Frisch（前掲注 141）S. 131 f.

¹⁴⁷ 上記IV. 4. 3. ③.

¹⁴⁸ 上記IV. 4. (4). ⑤.

軟に決定することができると思われる。それゆえに特別な知識や能力を有する行為者にはそれらの投入義務を認めることが過失犯処罰として適切であるのかという問題に答えるには、行為状況に発見される社会的な諸要素を考慮することが肝要であろう。そのため、社会的な諸要素を用いた投入義務の有無に関する判断を、可能な限り明確化することが必要となる。さもなければ、当該判断が不安定、または恣意的なものになってしまうからである¹⁴⁹。

第5節 考察

これまでに行った、過失犯における特別知識および特別能力の投入義務の問題に関する学説状況の概観から、その問題解決には、投入義務制限説、とりわけ社会的諸要素を考慮することによって投入義務の成立範囲を制限する見解が適切であることが明らかとなった。投入義務の肯定および否定を一元的に説明するべきであるならば、刑法規範を予期概念によって把握し、過失判断の際に行為者の役割に着目することは有益であると思われる。そして **Jakobs** のように特別能力を特別知識の上位概念と把握する必要があるならば¹⁵⁰、第一に、行為者の役割の内容、つまり行為者の立場におかれるべきその者の役割の「担い手」、すなわち基準人としてどのような人物が想定されるのかが問われる。

第1項 役割の内容と役割の担い手の行動

すでに述べたように、行為者には通常、複数の役割または基準人が想起可能であるから¹⁵¹、行為者に考えられる複数の役割の中から、行為状況に適したものを選択しなければならない。(規範的な行為) 予期概念を基に行為者行為の刑法的評価を行うならば、当該行為が常に他人との相互的な相互的な関係の下で理解される。このことから、行為状況および行為者が行為状況の相手方との関係において、行為者行為に見出される典型的な特徴から、役割の内容を決めることが考えられる。非常に単純な例を挙げると、行為者が公道において自動車を運転していた際に、交通事故を起こした場合、行為者に当てはまる役割は、自動車運転手になるであろう。

そして行為者の職業を手掛かりにして役割の内容を決定することは、その内容の具体化に資するものである。しかしながら、行為者の職業をどのように把握するのかに応じて、役割の担い手の行動も変化するであろう。

例えば建設現場において働く土木工学の学生の役割が、建設作業員一般であり、その役割からは、他の作業員および第三者のために安全に建設作業を行うことが期待されるならば、建設現場に由来する危険の除去に資する知識や能力は、役割の担い手が有すべきものといえる。それゆえに、自己の専門知識によってコンクリートの欠陥を発見することができた行為者には、その知識の投入義務を認めなければならない。しかし、行為者にその専門知識の

¹⁴⁹ もっともこの不安定さは、いかなる理論構成にも伴うものであると思われる。

¹⁵⁰ 本論第4節第4項第5款。

¹⁵¹ 本論第4節第3項第3款。

投入義務を認めることは、この例における投入義務の形態である進言義務の議論も踏まえると、過失犯処罰としては適切とはいえない¹⁵²。そうであるならば、当該行為者の役割の内容は、より具体的に理解しなければならない。

それゆえ、行為者行為の相手方との関係において行為者の職業を考慮するとしても、更にその職務内容および雇用者ないし行為の相手方との契約内容なども、考慮されるべきであろう。このように行為者の職業のみならずその職務内容などによって役割を決定するならば、例えば病院において患者を治療する医師に当てはまる役割を、当該病院内におけるその医師の専門性などを考慮した上で、決定することができる¹⁵³。同様に、建設現場において下働きとして働く土木工学の知識を有していた行為者の役割を決定する際には、雇用契約に基づき行為者に割り当てられた職務内容を考慮する必要があるだろう。

ここまでの考察は、行為状況における行為者の役割がいかなる内容であるのかという問題にかかわるものである。しかし行為者の役割の内容が決定したことによっても、役割の担い手が、行為者の特別な知識や能力を獲得するであろうか否かは明らかでない。役割の内容の決定は、当該役割と行為者の知識や能力の社会的な結びつきの有無、すなわち投入義務の有無に関する判断に、必ずしも直結するわけではないからである。

そうであるならば、行為者の役割の担い手にとって、行為者の知識や能力のいかなるものが獲得・利用可能であったのかを検討することが重要であろう。この問題に答えるためには、役割の担い手が、どのような行動をするであろうかを検討することが必要であると思われる。行為状況において役割の担い手がとったであろう行動が明らかになれば、その行動をなすために行為者の特別な知識や能力が必要であったかが判明し、そして行為状況における行為者の役割と行為者に想定しうる他の特別（潜在的）な役割の限界付けが可能になると思われるからである。

行為者に当てはまる役割の担い手（基準人）の行動を検討する際には、Colombi Ciacchiの見解における「社会的な行為標準」が参考になるであろう¹⁵⁴。Colombi Ciacchiによると、行為者行為の過失の有無を判断するためには特別規範と、その内容を具体化の必要性から基準人の実際の行動および仮定的・理想的行動を考慮しなければならない。すなわち、行為状況における行為者の役割の担い手に妥当する諸規則、および役割の担い手が確信を有して選択する行動を考慮するならば、役割の担い手の行動を明らかにすることができるであろう¹⁵⁵。

¹⁵² 本論第4節第2項。

¹⁵³ 井田（前掲注6）185頁注（5）。

¹⁵⁴ 本論第4節第2項第2款。

¹⁵⁵ *Kubiciel*（前掲注201）S. 169; LK-Vogel, § 15 Rn. 223; *Pawlik*（前掲注20）S. 340 f. 中立的行為による幫助の文脈からは、*Kubiciel*, *Strafbarkeitsrisiken für Softwareproduzenten -Die Programmierung einer Internetausgaböse als Beihilfehandlung-*, *wistra* 2012, 453 ff., 456（本論文の翻訳として、川口浩一 監訳・森川智晶 訳「ミヒャエル・クビチエール『ソフトウェア作成者に対する可罰性のリスクー幫助行為としてのファイル交換ソフトのプログラミング』」関西大学法学論集 第63巻

したがって、特別知識や特別能力を有する行為者の行為状況における役割を基に、その者に投入義務を認めるべきであるのか否かを判断するためには、以下の順序をとるべきである。

まず、行為者に妥当する役割がいかなる内容であるのかを決定しなければならない。そのためには、行為者行為のその相手方との関係における外形的特徴、行為者の職業および職務内容ないし契約内容を考慮する必要がある。次に、投入義務の有無を判断するために、行為者の役割の担い手が行為状況においていかなる行動をとったであろうかを検討しなければならない。このことは、行為者と同じ役割を有する者が正当性と考える行動を考慮することによって達成されるであろう¹⁵⁶。

以上の手順を踏んだ上で、行為者の有していた知識や能力が、行為者に妥当する役割の担い手に獲得可能であったのか否かを判定可能である。このことによって、当該行為者に投入義務を認めるべきであるのか否かを判断しうる。

第2項 投入義務の有無

行為者の役割、およびその役割の担い手の行動を考慮するならば、行為者の有していた特別な知識や能力が排除される場合がありうる。つまり、特別な知識や能力の投入義務否定される場合がありうる。

例えば、プロのレーサーである行為者が、休日に公道上で事故を起こした場合、事故の相手方との関係において、行為者はレーサーではなく、自動車運転手とみなされるであろう。そして公道において自動車を走行させる者が、傑出した運転技術によって交通事故を回避するための措置を講じることは、通常想定されないとされる¹⁵⁷。同じことは、II.4.に挙

第4号(2013年)209頁以下)

¹⁵⁶ なお、船山泰範「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古希記念論文集 [上巻]』成文堂 2014年 416頁および422頁は、行為者の結果回避措置を決定する際には行為者の立場、状況および職業などを基礎としなければならないとする点で、本稿の立場と類似している。同説の根拠は、法源たる判例(同413頁以下)、とりわけ森永ドライミル事件第一審判決(徳島地判昭和48年11月28日判時第721号7頁)の「行為者の地位又は職業などが考慮されなければならない」という判示に求められている(同416頁)。ただ、結果回避措置を決定するにあたり、複数考えられる行為者の立場や職業などをどのように考慮すべきであるのかは、船山の見解からは明らかでない。また、同説の力点が存するのは、「予見可能性と結果回避措置の分離」(同421頁以下)、結果回避措置の検討を重視することと同時に予見可能性を危惧感で十分とすること(同412頁、431頁以下および434頁)などである。

¹⁵⁷ それゆえ Sacher の見解(前掲注113)とは異なり、レーサーが構成要件実現の危険を認識していた場合であっても、その者には自動車運転の高度な運転技術の発揮は要請されない。

そして、次の例においても投入義務を認めるべきではない。すなわち、かつてレーサーであったために高度な運転技術を有していた行為者がタクシードライバーとしてタクシーに乘客を乗せていた際に、他の自動車との事故を起こして乘客が傷害を負ったが、行為者が自己の特別能力を発揮したとすると当該事故を回避可能であったと認められたが、行為

げた自動車工学の専門家である行為者の例にも当てはまる。当該行為者が単に自動車を運転する際には、専門家ではなく自動車運転手一般とみなされうる。そうであるならば、通常の自動車運転手に義務付け可能な自動車の点検はどのような行動を含んでいるのかが問題となる。その行動に当該行為者の専門知識の発揮が含まれないといえるならば、自己の有していた専門知識から後の交通事故を回避可能であったとしても、その者に対して直ちに自動車の欠陥の有無を調査する義務が生じるわけではない。

自らの有していた土木工学の専門知識によって構成要件実現を回避可能であった行為者は、行為状況（建設現場）においてコンクリートの欠陥を見抜くことができるものとしては振舞っていたのではない。そして土木工学の知識を用いた危険除去活動も、行為者に対して履行が求められる建設現場における下働きというその業務内容からは、生じない。それゆえに当該行為者に投入義務を認めるための理論的な前提が欠如する¹⁵⁸。もっとも、当該行為者が、専門知識を備えていることを理由として、例えば建設現場の責任者や雇用者から、コンクリートの検査を業務として命じられていたという事情が認められるならば、行為者の役割が異なってくる¹⁵⁹。

以上のような場合に、特別な知識や能力を有する行為者に投入義務を認めることは、その者の行為状況における役割から期待される行動に比して、過度の要求であると解される¹⁶⁰。

者が通常の自動車運転手にもなしうる事故の回避措置を講じたという場合である。この例において、たしかにタクシードライバーに対しては、乗客の安全に配慮すること、および乗客を危険化しないことが義務付けられる。しかしながら、乗客の側からは、行為者が高度な運転技術を有する者であると考えられていない限りにおいて、行為者の義務の履行として要求される行為も標準化されるであろう。他方、タクシードライバーの義務の内容は、事故の相手方の自動車運転手との関係においては、後者の義務内容と質的な違いはないであろう。事故の相手方の自動車運転手側からみても、行為者が高度な運転技術を有する人物であるとは通常想定されないからである。それゆえ本稿によると、乗客および事故の相手方との関係においても、行為者に期待される「能力」は、自動車運転手一般に要請可能なものに標準化される。

¹⁵⁸ 中古車のブレーキの故障を認識可能であったエンジニアの行為者の役割は、その自動車の保有者との関係においては、自動車のメカニズムを熟知するエンジニアではなく、Jakobs が指摘するように「潜在的な顧客」とであると解される。この役割の担い手に対しては、自動車運転手一般がなすであろう安全措置であり、そしてこのような行動に行為者の専門知識を用いた行動が含まれないとすると、行為者に投入義務を認めることはできない。

¹⁵⁹ この場合、行為者に期待される役割に、行為者は有していたが他の建設作業員は有していなかった専門知識が取り込まれ、この点において行為者の役割が個別化される。

¹⁶⁰ 学説上、行為者に考えられる複数の注意義務の内容のうち、その義務履行に伴う負担が過大なものとなりうるという主張はすでになされている。樋口亮介「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定」高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』所収 成文堂 2014年 222頁は、系譜的分析から、危険との比例性の具体的内容として、「①当該危険防止の有効性、②当該危険に比して義務内容が過大でないこと、③複数の措置が考えられる場合にはより負担の軽い措置を義務内容とすること」を挙げている。②に関しては、「一定の危険に対して、どの程度の措置を義務づけることが許容されるか、ないし、過大と評価されるかは一概に決まるものではなく、社会の意識を反映し

次に、行為者の役割、および役割の担い手の行動の内容を決定することによって、投入義務を認めるべき場合も説明することができる。

特定の場所の特定の時間帯における児童の往来を認識していた自動車運転手は、その行為の性質から、自動車運転手としての役割を果たすべきであったと考えられる。そして、自動車運転手は、行為者の認識内容のような特定の道路状況に関する危険について認識することが通常であるのか、そしてこの認識を有していたとするとどのような結果回避のための行動をとるであろうかが問題となる。この問題が肯定されるべきであろう。なぜなら、同一の道路を日常的に自動車で通行することによってその道路に係する（危険）情報を獲得すること、およびこの情報を基に他者を危険化させないための措置を講じることは、自動車者一般に想定可能な事柄といえるからである。この場合、たしかに、自動車運転手としての役割から生じる注意義務の内容は、当該行為者の認識内容によって、その認識を有さない自動車運転手の役割適合的な注意義務の内容と比べると拡張される。しかし、当該行為者に特別知識の投入義務を認めることは、自動車運転手としての役割から認められる注意義務の範疇に収まることになる。

行為者の役割などに着目して投入義務の有無を判断する本稿の立場からは、薬害エイズ帝京大病院事件判決は、被告人に妥当する役割の内容、およびその役割の担い手の行動を考慮した上で、被告人の行為に過失犯の成立を否定したと説明することができる。

本件において、被告人は大学病院に勤務する血友病専門医でもあり、当時の厚生省エイズ研究班の班長でもあった、ということが認定されている。この点につき、本判決は、後者の被告人の立場を本件被害者の死亡との関係においては重要ではないとし、被告人の結果回避義務を判断するにあたっては、「通常の血友病専門医」を設定した。

このような判示は、被告人に考えられる複数の役割の中から被害者の死亡に係する役割を選択し、この行為状況に重要な役割を基に過失判断を行ったものであると解される¹⁶¹。そして本判決は、被告人の結果回避義務の有無について、当時の通常の血友病専門医が血友病患者に対して非加熱製剤を投与していたことを考慮し、結論としてこの行動が被告人のなすべき結果回避義務であったとした。この判示は、本稿によると、被告人に妥当する役割の

て決断することが要請される問題である」（同 224 頁）と述べている。加えて同「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定——」刑事法ジャーナル 第 39 号（2014 年）48 頁以下、とりわけ 50 頁および 51 頁注（10）も参照。そして船橋 法学研究論集 第 38 号 114 頁以下は、危険の認識（可能性）を条件に医師に対して医療慣行を超えた「高度の注意義務」を認める場合があるとしつつも、「刑事責任の認定に一律に『医療水準』を求めるのは、医師に過度な負担を負わせるものであり、支持することはできない」とする（115 頁以下）。

¹⁶¹ これに対して松宮 医事法判例百選（前掲注 204）31 頁は、本件被告人に妥当する「標準」については、行為当時に非加熱製剤の使用を中止していた一部の医療機関を考慮すべきであり、そして本件被告人に妥当する役割を当時の我が国の血友病研究の権威であり厚生省エイズ研究班班長と解するべきであると主張する。同旨のものとして、例えば板倉 現代刑事法 第 3 巻第 7 号 53 頁以下。

担い手（通常の血友病専門医）の行動を基礎として、被告人の役割相当な内容の注意義務を規定したものであるといえる。

したがって本稿からみれば、薬害エイズ帝京大病院事件判決は、先ず被告人の役割の内容を決定し、次いで役割の担い手の行動を検討することによって、被告人行為の過失の有無（同時に投入義務の有無）を判断したと考えられる。

もっとも、このような本判決の当時の血友病専門医の行動の評価については、学説からは強い批判があるのはすでにみたとおりであり¹⁶²、その批判は熟慮すべきものである。本稿の立場からいえば、本判決とその反対説の相違は、そもそも被告人の役割を「通常の血友病専門医」と解するべきであるのか、そしてその基準人の行動をどのように解するべきであるのかという点にあると思われる。後者の相違について、通常の血友病専門医といえども、その役割からは血友病患者を治療するための最善の行動を選択することが期待されるならば、非加熱製剤の投与による危険を認識可能であったならば、反対説の一部がいうように、被害者に対する非加熱製剤の投与を思いとどまるべきであったと解するべきであろう¹⁶³。これに対して、本判決のように、非加熱製剤の投与が行為当時の血友病専門医にとっては未だ合理的な選択であったと解するならば、他の血友病専門医よりも多くの情報を有していた被告人に「加重された」¹⁶⁴注意義務を認めることはできないという判断を導出しようである。

このような被告人の結果階義務の有無に関する判断の評価の当否（または被告人の役割およびその役割の担い手の行動の評価の当否）を描くと、本判決の無罪判決の構造自体は、説明可能である。複数の役割が想定されえた被告人は、行為状況における特に本件被害者との関係においては、厚生省エイズ研究班班長のような権威者としてではなく、血友病専門医として行動していたと評価しうる。そのため行為者の有していた特別知識は過失判断において重要ではなくなる。そしてこのような役割からは、行為当時の他の血友病専門医がなすべき行動として、非加熱製剤の投与が当時の臨床の水準に鑑みれば、落ち度があったとは評価できないと解しうる。

3. 我が国の判例との関係

薬害エイズ帝京大病院事件判決のように、投入義務の有無が問題となったわけではないが、我が国の判例および裁判例の中には、行為者の役割の担い手およびその行動を考慮することを行為者行為の過失の有無の判断枠組みに取り込んでいると評価しうるものが存在する。

被告人の職務内容を考慮した上で、被告人の注意義務の内容を判示したものとして、いわ

¹⁶² これについては、本論第2節第1項第1款、第2款、および第3款(2)を参照。

¹⁶³ 例えば前掲注211に挙げた文献を参照。そして鎮目 刑法判例百選 I 総論（前掲注60）113頁は、「医療行為に関する衡量判断は、微妙で、見解が分かれうるものであり、とりわけ、本件のそれは……『賭け』ともいふべき特色をもつ」と指摘している。

¹⁶⁴ 井田（前掲注6）191頁。

ゆる渋谷温泉施設爆発事故事件最高裁決定¹⁶⁵を挙げることができる。本件は、温泉施設の温泉水の一次処理施設でのメタンガスの漏出、およびその爆発によって死傷者が発生し、その一次処理施設の設計担当者であった被告人が、業務上過失致死傷罪に問われた事案である。最高裁は、被告人は温泉施設の「建設工事を請け負った本件建設会社におけるガス抜き配管設備を含む温泉一次処理施設の設計担当者として、職掌上、同施設の保守管理に関わる設計上の留意事項を施工部門に対して伝達すべき立場にあり、自ら、ガス抜き配管に取り付けられた水抜きバルブの開閉状態について指示を変更し、メタンガスの爆発という危険の発生を防止するために安全管理上重要な意義を有する各ガス抜き配管からの結露水の水抜き作業という新たな管理事項を生じさせ……水抜きバルブに係る指示変更とそれに伴う水抜き作業の意義や必要性について、施工部門に対して的確かつ容易に伝達することができ、それによって上記爆発の危険の発生を回避することができたものであるから、被告人は、水抜き作業の意義や必要性等に関する情報を、本件建設会社の施工担当者を通じ、あるいは自ら直接、本件不動産会社の担当者に対して確実に説明し、メタンガスの爆発事故が発生することを防止すべき業務上の注意義務を負う立場にあった」ことを認め、被告人の過失を認めた。

本決定の特徴は、注意義務判断において、本件温泉施設の設計という被告人の立場を基に、被告人がガス爆発を防止するためにはいかなる措置を講じるべきであったかの検討に、重点を置いていることに見出される。この点は、行為者の注意義務の内容を決定するにあたって、行為者の役割に着目し、そして役割の内容を決定するために行為者の職務内容や契約内容を考慮するものと表現することも可能であろう。

また旅客を乗せた高速バスを運転していた被告人が、雨中の高速道路を走行中に発生した(部分的)ハイドロプレーニング現象によって当該バスを転覆させて乗客などに死傷させた事案につき、大阪高判昭和51年5月25日刑月8巻4・5号253頁は、被告人の当該行為に対する過失犯の成立を否定した¹⁶⁶。大阪高裁は、被告人が「湿潤した路面が…すべりやすい状態になり得ること」というスリップ現象(「第一の場合」)に関する認識を有していたのか、それともハイドロプレーニング現象(「第二の場合」)による「極度にすべり易い状態

¹⁶⁵ 最決平成28年5月25日刑集70巻5号117頁。本決定の評釈としては、岡部雅人「判批」愛媛法学会誌第43巻第1・2号143頁以下、北川佳世子「判批」法学教室第433号(2017年)68頁、古川伸彦「判批」『平成28年度重要判例解決』有斐閣2017年162頁以下、前田雅英「判批」捜査研究第787号(2016年)67頁以下、松宮孝明「判批」TKCローライブラリー新・判例解説Watch刑法No.144(2017年)文献番号z18817009-00-071141466、同法学セミナー第747号(2017年)125頁。更に大塚裕史「結果の予見可能性と因果経過の予見可能性——渋谷温泉施設爆発事故最高裁決定を契機として——」井田良ほか編『山中敬一先生古希祝賀論文集[上巻]』所収成文堂2017年505頁以下、杉本一敏『因果関係の基本的部分』の予見可能性について——渋谷温泉爆発事件決定を契機に——刑事法ジャーナル第50号(2016年)4頁以下、山本紘之「結果回避義務について」刑事法ジャーナル第50号(2016年)27頁以下を参照。

¹⁶⁶ 本判決の評釈としては、勝山國太郎「判批」別冊ジュリスト第94号(1987年)238頁、同「判批」別冊ジュリスト第152号(1999号)232頁、西原春夫「判批」判例タイムズ第345号(1977年)頁がある。

が生じ得ること」に関する認識を有していたことが考えられるが、本件においては「第二の場合」が問題となっていることを確認した後に、被告人の認識内容およびこれに基づき認められる結果の予見可能性の有無を判断するために、以下の諸事情を挙げている。第一に、本件事故は、日本道路公団や運輸省陸運局、京都府警の合同調査会議では原因不明とされたが、その後の科学警察研究所交通部の調査によって初めて、ハイドロプレーニング現象によるものであったことが解明され、このことが報道機関を通じて広く一般の自動車運転手に知られるようになったということである。第二に、本件事故現場付近が非常に滑り易いということは、警察や日本道路公団などから公表されておらず、被告人の勤務していた会社からも自主規制や特別の指導がなされていなかったということである。そして第三に、本件事故現場の制限速度は、本件事故後に時速 100km から 80km に変更された（被告人は事故現場でバスを時速約 100 キロメートルで走行させていた）ことである。これらの諸事情を考慮した上で、大阪高裁は、本件事故の原因となったハイドロプレーニング現象を「自動車運転手一般」とりわけ事故の発生した高速道路を走行させる「高速バス運転者一般」は予見可能性することができなかつたとして、被告人に無罪判決を言い渡した。

本判決は、被告人の予見可能性判断に際して自動車運転手および高速バス運転手一般を基準人として設定し、この基準人に結果の予見可能性が認められるのかによって、被告人の予見可能性判断を行っている。そして行為当時の基準人の予見可能性の有無を判断するために、基準人の行動やこれにかかわる行政規則などを内実とする上記三つの諸事情を考慮しているといえる。

更に行為者の過失判断にあたって契約内容に言及したものとしては、大判大 3 年 11 月 25 日刑録 20 輯 2254 頁がある。本件は、製糸工場の煙突火災につき、工場主と煙突の掃除に関して雇用契約を結んでいた被告人に、失火罪が問われた事案である。被告人は雇用契約に基づき 5 日毎に煙突の掃除を行うことになっており、煙突の火災が被告人の掃除の 4 日後に発生した。大審院は、被告人の負担すべき危険予防の責任は、雇用契約によって定まるとし、この契約内容を踏まえた上でなければ、被告人に対して火災当時にその危険の除去を求めることはできないと判示した。被告人の注意義務の内容を決定するにあたって重要な社会的な要素といえる被告人と雇用者と間の上記雇用契約の内容からは、本件火災の翌日に煙突の掃除を行うことは期待可能であるとすぎないと解される¹⁶⁷。

もっとも、就中結果回避義務の判断の基礎に基準人を据えることは、判例においてはかつてから認められてきたものであるという指摘がある¹⁶⁸。しかしそうであるとしても、なぜ判例が過失判断に行為者の立場に置かれた基準人を設定するのかは、従来学説によって説明されていない。この点について、本稿の上記考察によると、基準人およびその行動を基礎と

¹⁶⁷ 樋口（前掲注 230）219 頁は、行為者の注意義務の発生が「契約による引受けを根拠とする場合、危険の程度以外に引受けた範囲を考慮して注意義務の内容を定めることが考えられる」と指摘している。そして樋口は、本件につき、被告人の雇用契約の内容を踏まえると「常に煤煙の堆積に注意する義務はないと判示されている」と述べている。

¹⁶⁸ 例えば、山本 刑事法ジャーナル 第 50 号 28 頁。

することによって、特別知識や特別能力の投入義務の肯定および否定を説明することが可能であり、過失犯処罰としての投入義務の成立範囲を適切に画定することができるといえる。

第6節 まとめ

特別知識や特別能力を有する行為者の行為に投入義務の有無が問題となるあらゆる場合に、投入義務を肯定すること、およびそれを全面的に否定することは、過失犯処罰としては支持できない。前者は行為者の行為自由を不相当に制限し¹⁶⁹、後者は行為者を不当に優遇する形で免責する¹⁷⁰からである。

投入義務の問題解決としては、投入義務制限説が適切である。同説の中でも、社会的諸要素を考慮する見解、とりわけ行為者の役割の内容によって、投入義務の成立および否定を説明する見解がある支持されるべきである。その他の投入義務制限説は、投入義務の有無に関する判断基準を提供することに成功していないもの¹⁷¹と、その帰結が特別な知識や能力を有する行為者の行為自由を不当に制限するもの¹⁷²に分けられる。

社会的諸要素を基礎とした諸見解の中でも、その特徴である常軌性判断によって、投入義務の肯定および否定を一元的に説明することが、投入義務の問題解決として適当である。そして学説を概観した結果として、役割理論が、その一元的説明に適していると考えられる。このように解すると、投入義務の有無は、行為者の有していた特別知識や特別能力が、行為状況における行為者の役割の担い手が獲得可能であったのか否かによって、決定されるべきである。この判断枠組みは、刑法の目的を予期の安定化、そして行為予期として刑法規範を理解することから導出される¹⁷³。

このように投入義務の有無を判断するためには、第一に行為者の役割の内容を決定しなければならない。そのためには、行為者行為のその相手方との関係における典型的な特徴、行為者の職業や職務内容ならびに契約内容などが考慮されるべきである。第二に、役割の担い手が行為状況においてとったであろう行動を決定しなければならない。そしてこの行動をなすために行為者の特別知識や特別能力の投入が期待可能であるのか否かによって、投入義務の有無は決定される。役割の担い手の行動を決定するためには、行為者の役割の担い手が確信を有する行為である。したがって特別知識や特別能力の投入の成立範囲は、行為者の役割の内容および役割適合的な行動によって、決定されるべきである¹⁷⁴。以上の判断枠組みを用いれば、特別な知識や能力を有する行為者の注意義務を行為状況における役割に沿うものとして特定することができる。このことは、投入義務の肯定および否定を含んでいる

¹⁶⁹ 本論第2節第2項。

¹⁷⁰ 本論第3節第3項。

¹⁷¹ 本論第4節第1項。

¹⁷² 本論第4節第2項。

¹⁷³ 本論第4節第4項第5款。

¹⁷⁴ 本論第5節第1項。

175。

175 本論第 5 節第 2 項。

結論と今後の展望

本論文の考察結果をまとめると次の通りである。

第2章においては、信頼の原則を予見可能性の認定基準と解する立場を検討した。ここでは、他者への信頼が許されるか否かは、その行動の経験的な予測判断に尽きるとされる。しかし、信頼の問題が行動予測の判断に尽きるとしても、他者への信頼の許容を規範的に基礎付ける必要がある。そうでなければ、他者を答責的な者としてではなく危険源と理解し、その不適切な行動が行為者に予見不能な場合にのみ信頼を消極的に容認するという「不信の原則」に至りかねない。

第3章においては、自己答責原理により、信頼の原則を純規範的に捉える立場を検討した。これによると、自己答責的な者は原則的に自己の行為の結果に対して答責的であるとともに他者を害さないことを義務付けられるため、自己答責的な他者には適切な行動を信頼してよいとされる。たしかに個人の自己答責性は、抽象的なレベルで他者に対する信頼を規範的に許容するための根拠となりうる。自己答責的な他者の行為に対する配慮は二次的な義務となり、この義務を前者に認めるためには追加的根拠が必要となる、と説明しうる。しかしこの立場は、行為者が自己答責的な他者の不適切な行動を認識したとしても、この者に対する信頼は引き続き許容されるという、不当な判断を導出しかねず、このような判断を回避しえない。

第4章においては、社会的な観点に着目して、信頼の原則を基礎付ける必要であるとする立場を検討した。その中で、他者への信頼を許容するための根拠を挙示しうるのは、水平的または垂直的分業において他者への信頼が許される条件として、各分業に典型的な危険の防止を必要とする「分業の原則」や、より一般的に行為者の地位や権限等の社会的な観点に鑑みて過大な注意義務の履行を免除すべきであるとする、注意義務の内容確定プロセスの理論である。これらは、分業体制や役割分担が確立している下では、関与者らに注意義務が分配され、もって他者への信頼を許容する必要性を説明しうる点で優れている。しかしながら、このよう信頼の原則の理解は、刑法規範が法益保護を目的とするならば、正当化されえない。

第5章においては、他者への信頼の許容の根拠を、刑法規範を行為予期として把握し、かつ規範の目的を社会生活の可能化・維持に、そして刑法の目的を規範妥当の維持に求める立場を検討した。この立場によると、規範は名宛人の行動を方向付けることによって、その共同生活を規定するものであり、名宛人らの間には、規範遵守行動を相互的に期待・信頼できる状態が形成されるとする。このように、他者への信頼の規範的な許容の基礎付けを、規範理解から説明しようとする点で注目し値する。もっとも、この立場からは、行為予期としての規範理解に内在する相互的な信頼の内容から、過失犯において問題となる他者への信頼許容判断がどのように具体化されるのかが、未だ明らかでない。

第6章においては、前章において検討した立場が示す基礎理論を基本的に適切と捉えた上で、予期としての規範構想から導出される他者への許された信頼の内容とを検討した。

規範を行為予期として把握するならば、規範は、規範遵守能力を有する名宛人には規範適合的な行動をするであろうと期待・信頼することができる。しかし、規範としての予期が妥当するためには、予期に社会構造が反映されなければならない。規範が社会生活に妥当するためには、行為予期を役割に同定するべきである。そうすることで、規範の名宛人には、その者の担っている役割に期待される行動をするであろうと期待・信頼することができる。

役割への期待が法的に保護されるべきであるとしても、このことは刑法上の義務内容を確定する際の基本的な方針であるにとどまる。過失犯において他者への信頼の許容が問題となるのは、行為者の役割に対して、他者の落ち度の補正が何らかの形で含まれる場合である。しかし、この信頼の問題が生じる諸条件は、ここまでの考察からは未だ獲得されない。

第7章においては、前章の考察を前提として、過失犯における他者に対する信頼許容に関する判断構造を示すことを試みる。

過失犯において行為者が他者を信頼してよかったのかという問題を論じるためには、行為者の負う注意義務に他者の落ち度が何らかの形で含まれていなければならない。このことが認められるのは、行為者と他者がある実施自体が許されている活動に関与する場合である。

行為者が他の関与者の落ち度の補正を義務付けられているにもかかわらず、その者に適切な行動の実施を信頼することが通常許されるのは、彼らが活動の実施について分業関係に立つ場合である。任務分配に基づく役割分担によって、行為者らの注意義務は、各人の役割に由来する一次的なもの、他者の役割および活動自体に由来する二次的なものに分けられるからである。分業の相手方としての他者に対して通常向けることのできる信頼の内容およびその許容の諸条件は、任務分配の仕方によって異なる

機能別分業において、関与者各人は自己に割り当てられた任務遂行について一次的な答責を負うのに対して、自己の任務とは機能的に異なる任務の遂行には権限を有さない。ただ各人は自己の任務の担当者という役割のみならず、分業の関与者という役割も負うため、権限外の任務遂行については二次的な答責を負う。

機能別分業において、自己とは別種の任務を負う他者に対してそのような信頼を向けることが許されるためには、その分業に由来する危険が防止されなければならない。この危険が防止される場合、他者が適切な行動をするであろうという信頼が一般に許容される。その危険防止義務が、関与者らの間でどのように分配されるのかは、垂直的分業と水平的分業の中で分化する。

他者が任務遂行に伴う危険を管理するであろうと、行為者が信頼できるとしても、他者が役割への期待に反して落ち度を犯したことが行為者に認識可能である場合、他者に対する信頼はもはや許されない。その落ち度の補正は、行為者の分業の関与者としての役割に基づき、二次的な注意義務として発動する。

道路交通においては、関与者らに同一または類似の任務を分配するという「並行的分業」類似的分業が妥当する。交通関与者らは、事故を発生させる危険の防止に関する一次的な注

注意義務を相互独立した形で負い、その義務には他の関与者の典型的な落ち度の補正を含んでいるといえる。つまり、道路交通においては、他者が役割に非典型的という意味で「不合理な」行動をすることはなであろうという信頼が、一般に許容されうる。交通関与者は、自らの役割に適った危険防止措置を選択する際、他者がその役割に典型的な落ち度を犯す可能性を見込む必要がある。

一定の活動に関与する行為者らが上記のような分業を行わず、単にその活動を共同する場合、行為者らに任務分配はなされないために各人の役割も分化しない。そのため相手方を信頼することはできず、各人には活動に由来する危険の防止が重疊的に課せられることになる。

以上の考察からすると、信頼の原則は、一定の活動に複数人が関与する事例群における行為者の注意義務の内容を定める際の指導原理である。同原則の射程は、伝統的に理解されているものよりも広がる。そして共同作業と道路交通とでは、他者への信頼を許容する分業の性質が異なるため、それぞれに妥当する「信頼の原則」もまた異なる。

補論として、過失犯における特別知識と特別能力の問題を取り上げる。行為者が一般通常人であれば有さなかったであろう自己の高度な知識や能力を危険防止に投入しなかったことが過失的と評価されるべきか、つまり行為者は特別な知識や能力の「投入義務」を負うかが問われる。この問題は、本論文の立場によると、次のように解決される。特別な知識や能力の投入義務は一律に肯定も否定もされるべきでなく、その成立範囲が限定されるべきであるところ、このことは行為者の役割によって決定されるべきである。行為者が危険防止のために投入すべき知識や能力は、行為者と同じ役割を担う者が行為状況において通常有するであろうといえるものである。それゆえ、行為者が有していた知識や能力のうち、その役割外的なものは、その者の過失判断において考慮されてはならない。このことは、上記の他者の落ち度の区別的な取扱いと同様に、予期としての規範理解および役割への予期の同定から導出される。

以上の本論文の示した、他者への信頼の許容に関する諸判断は、その判断が問題となりうる領域を共同作業と道路交通に二分したものである。特に共同作業は医療や建設作業といったように細分化されうるものであり、そのような領域ごとの検討が必要になる。また、本論文の議論は、注意義務の発生根拠や、予見可能性判断を含めた注意義務の内容確定の議論にかかわる。そのような議論において、本論文の主張がどのように位置づけられるのか、そしてどのような意義を有するののかは、別途検討の余地がある。加えて、本論文においては、行為者が特別な知識や能力を有する場合における過失判断について検討したが、その反対の場合、つまり引き受け過失の問題には立ち入ることができなかった。これらは、今後の課題である。