

業務過失における業務の意義

井上, 正治
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1352>

出版情報 : 法政研究. 25 (2/4), pp.275-292, 1959-03-05. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

業務過失における業務の意義

井 上 正 治

は し が き

一 業務過失 (Berufs od. Gewerbefahrlässigkeit) についてはいろいろ争いが多い。現行法は、業務上失火(一一七)、業務上過失往来危険(一二九)、業務上過失致死傷(一二)の限られたばかりにつき、業務過失として処罰すべきことを規定している。そして、業務過失は、ふつうの過失のばあいと比べ、かなり刑が加重される。しかし、問題はまずここにある。どういう合理性があって、刑を加重することになったかを考えてみると、刑を加重するだけの理由を探し出すことは必ずしも容易ではない。これは、われわれが通説に異を立てつとに提唱したところであつて、いくつかの判例を涉獵しながら、業務過失なる類型をむしろ払拭すべきことをさえ主張しておいた。

もちろん、学説の大部分は、業務過失に刑を加重すべき所以をなんとか理クツづけてはいる。それでも、「業務」とは何かを詮じつめてみると、やはり業務過失と重大な過失とを区別することはむずかしくなってしまう。それほどいう意味であつたらうか。最近、業務過失における業務の意義につき、一つの判例が出たので(最判昭三三年四月一日九〇頁)、これを手がかりに、この点を検討してみようというのが、本稿の目的である。これは、いうまでもなく、ひいては、業務過失の規定を排止すべきである、というわれわれの主張を、別の形で裏付けることにも役立つ。

二 すでに考察したところであるが、フランス刑法にならった旧刑法の過失致死傷罪には、業務を前提とした特別

の規定はなかった。現行法は、ドイツ刑法に従ったものであろうが、そのドイツ刑法でさえ、職務・職業・營業をあげて刑を加重する規定を廃止した。一九四〇年のことである。かつて、グライスパツハは、そういう特別の規定は、「判例をして余りにも喜ばしかざる形式に墮せしめ、また実質上理由なき區別に汲頭せしめた」と述べ、メツガーも、量刑の問題として考慮すれば足りる、と批判したのである。

こういうように比較法的な考察の教えるところからみても、業務過失なる類型にたいし疑を投じて来たのは必ずしも理由のないことではなかった。のみならず、わが国においても、われわれと同じように、業務過失の規定を払拭すべきことを提唱された論者も皆無ではない。

(一) 井上・過失犯の判例と批判(五九九)〔警察研究二八卷(七号)一〇号〕は、業務過失の検討にあてられている。とくに、その五では、業務過失に刑を加重するだけの理由に乏しいことを理論的に研究しておいた。

(二) Gleispach, Tötung, Gürtner : Das kommende deutsche Strafrecht, Besond. Teil, 2. Aufl., 1936, S. 380.

(三) Mezger, Körperverletzung, Gürtner : op. cit., S. 394.

(四) 藤木助教教授には、業務の理解につき詳しい見解がみられる(藤木・過失犯の考察(三))。牧野博士、市川教授は、業務過失なる類型にたいし、早くから疑を投じておられた。

一 判例にあらわれた業務の意義

一 まず検討しようとする判例は、さきに指摘しておいた最判昭和三三年四月一八日のものである。その判示事項は、一、刑法第二二一条の業務の意義、二、免許を受け反覆継続してなす娛樂のための狩猟行為と刑法第二二一条の業務、に関する。いいかえれば、娛樂のため銃器を使用する狩猟行為が刑法第二二一条の業務となるかどうか、が問

題となった。まず、判例にあらわれたところから事実を引用しておこう。

被告人は、東京都発行の乙種狩猟免許状をもち、狩猟に従事していた。さらに、被告人は、昭和十一年以来一〇数年にわたり、狩猟家としての経歴をもち、本件当時は、武蔵野猟友会員であった。昭和二十七年一月二三日午前七時頃、有雞頭二連獵銃をもって、Sとともに東京都北多摩郡田無町所在三共製薬工場東側に在る雑木林内に入り狩猟をなし、西方より東方に向い草叢中を進行し略ぼ中央部のボサ附近を通過する際、南方約三間位先のボサ中に小寿雞一羽が飛び出し東北方のボサの中に飛び去るのを目撃したので、これに向けて発砲した。ところが、約一七・八メートル離れたボサ蔭にいたSの身体に命中させてしまった。この事実にたいし、第一審は業務上過失傷害と認定している。ところが、原審は、「被告人は、本来、株式会社Tの監査役であって、会社の役員としての職務を営業としていた者であり、本件狩猟は、一月二三日の勤労感謝の日に娯楽のためにこれを行ったものであることを窺がい得るものはあっても被告人が、狩猟を前示冒頭にいわゆる業務としていた事實は、これを証拠上確認するに由がない」として、単なる過失傷害の罪に問うべきであると判断した。そして、その先例として、大判大正八年一月一日（刑録二〇八）を引用している。

検察官は、この大正八年一月一三日の先例は、娯楽のために行う狩猟行為であっても、その事実態様によっては、いわゆる業務たりうると判示したものであり、むしろ、職業としてなす者のばあいと被告人の如く余暇娯楽のためになすばあいとにより区別していない、となして、却ってこの先例を手がかりに判例違反を主張した。そして、また、その主張を裏付けるために、あわせて、大判昭和十三年一月二六日（刑集一七卷）（九〇一頁）をも先例としてあげている。

最高裁判所は、検察官の判例違反の上告趣意は理由がないものとして採用しなかった。しかし、職権調査の結果、刑法第二二一条の解釈につき一つの見解を明らかにし、原判決を破棄して差し戻したのである。

刑法二二一条にいわゆる業務とは、本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行ふ行為であつて（昭和二五年（小）一四六号同二六年六月七日第一小法廷判決、集五卷七号一二三六頁参照）、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによって収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあるとは問わないと解すべきである。従つて銃器を使用してなす狩猟行為の如き他人の生命、身体に危害を及ぼす虞ある行為を、免許を受けて反覆継続してなすときは、たといその目的が娯楽のためであつても、なおこれを刑法二二一条にいわゆる業務と認むべきものといわねばならない。

二 檢察官が判例違反を主張するため先例とした大判大正八年一月一三日は、「狩猟ハ之ヲ業務トスル者ノ外尚業務ニアラスシテ娯楽ノ為ニ之ヲ行フ者ノ存スルハ言ヲ須タサルトコロニシテ……従テ或者ノ狩猟行為ヲ其者ノ業務ナリヤ否ヤハ狩猟法ニ關係ナキ純然タル事實問題タルヤ疑ヲ容レス」 「狩猟ヲ營業トセサル狩猟免許者カ銃獵中過テ火藥ヲ爆發セシメ他人ニ火傷ヲ負ハシメタル行為ハ刑法第二百十一条ニ該當スヘキ業務上ノ過失傷害ニ非スシテ同法第二百九条ノ過失傷害ニ外ナラサルモノトス」というのである。この判旨だけからみると、かりに免許をえていても狩猟を營業としないものの過失傷害は、業務上の過失傷害ではない、と解さざるをえない。本件の原審が、この判例を引用して、娯楽のためにする狩猟行為は、第二二一条にいわゆる業務ではない、と解したことも十分に理由があつた。檢察官の上告趣意によれば、原審にはこの判例の解釈に誤りがあると攻撃されているが、実は逆に、檢察官こそこの判例の解釈を自分流に歪めたのではなからうか。大正八年一月一三日の先例をこう解釈することが正しければ、本判例は大正八年のそれとは大いに趣を異にしたものといわざるをえない。すなわち、たんに職業または營業上の行為にかぎらず、その行為の性質上、反覆継続してなされれば、業務過失となる。しかも、説をなすものいわく、「判旨全体を通じて刑法二二一条の業務の觀念の重点が社会、生活上の地位に基き反覆継続して行ふ行為ということよ

りも、人の生命・身体に危害を加える虞ある行為の反覆継続ということに移って行こうとする傾向を看取することができるように思う」とさえ指摘された。^(二)

この点は、業務過失における業務の意義を考えるばあいには、かなり重要な問題となるわけだが、それを考察する前に、検察官の上告趣意に引用されている第二の判例をみておこう。いわく――、

貨物自動車運転ノ免許ヲ受ケ其ノ業務ニ従事スル者カ貨物自動車運輸業者ニ雇ハレ甲地ヨリ乙地ニ貨物ノ輸送ヲ為シタルニ偶々閑暇ヲ得テ同僚相伴ヒ自動車ヲ操縦シテ浜遊ヲ為シ酩酊シテ帰途運転手トシテ為スヘキ注意ヲ欠キタル為自動車ヲ以テ人ヲ死ニ致シタルトキハ業務上過失致死ノ責任ヲ免レサルモノトス。蓋自動車運転ノ如ク人ノ生命身体ニ対シテ危害ヲ及ホスヘキ虞アル行為ヲ継続反覆スヘキ地位ニ在ル者ハ常ニ斯ル危害ヲ及ホササルヘキ特別ノ注意ヲ為スヘキ義務アルコト当然ニシテソレハ業務トシテ為ス運転行為タルト余暇ノ運転行為タルトニ依リ差異ヲ見サレハナリ

これは、貨物自動車の運転手たる業務に従事する者が偶々運送業務の余暇における貨物自動車運転中に惹起した過失致死の事件であった。そういう事案のため、最高裁判所のいうごとく、先例として本件事案には適切ではないことになるのであろうか。これは、判例の理解のし方として、^(三)慎重に検討を要する問題である。いうまでもないことだが、判例を正しく理解しようとするれば、まず、何が重要な事実であるかを確定することからはじめなくてはならぬ。一は、貨物自動車の運転手が余暇に浜遊のため貨物自動車を運転して事故をおこしたものであり、他は、狩猟免許をえている者が娯楽として銃器を使って狩猟をなした事故をおこしたものである。其体的な事実としては全く違ふ。しかし、先例にとり重要な事実といわれるものは、そういう具体的事実の相違をある程度一般化するところに生れるはずである。昭和一三年の判例は、「人の生命身体にたいし危害を及ぼすべき虞のある行為を反覆継続するものは第

二二一条にいう業務者である」と判示したのではあるまいか。そういう理解が正しければ、昭和三年の判例と同旨とみてよく、検察官の判例違反の主張は、この点において理由があったのではなからうか。そうであればこそ、雜貨輸入商が自家用自動車の運転に従事していた際の事故（大判大二年八月一日刑集二卷六七三頁）、洋服裁縫業者が附随事務として小型自動車（大判昭一〇年一月六日刑集一四卷一一一七頁）を操縦中に惹起した事故（大判昭一四年五月二三日刑集一八卷二八三頁）、あるいは、運転手兼車掌たる地位にあり車掌を本務としていた者が上長の許可を受けな（最判昭二六年六月七日刑集五卷一二三六頁）いで電車運転をして惹起した事故（五二六）など、すべて第二二一条にいわゆる業務者の事故ということにもなる。

こういう考え方にたいしては、もちろん、厳しい批判がないわけではない。瀧川博士は、さきの洋服裁縫業者が附随事務として小型自動車の操縦中に惹起した事故の判例にたいし、「本判決が主たる業務のみならず、附随事務につき業務上の過失を認むべきであるというは、一般論としては正しい」となしつつ、「がこれを事案に適用した結果、洋服裁縫業者がオートバイを以てミシン機械を運搬する場合に業務上の過失を認めたことは正しくない。自動車運転手の業務上の過失は自動車を運転する仕事及びそれに附随する仕事（自動車を修繕し掃除する等）について認むべきである。私は洋服裁縫業者、医師、学校教師等が裁縫品の運搬、患者への往診、講義に行く等のため自家用自動車を運転する場合に、自動車運転手の業務上の過失を認めることには賛成しかねる」と批判された（七）。そうなると当然、「苟くも業務者である限りは主たる業務のみならず業務に附随する仕事についても業務上の過失責任を負うべきであるというてよいが、他方、業務者と雖も業務に関係なくこれを行う場合は業務上の過失責任を負ういわれはない」ともなる（八）。

三 ところで、最近、業務上の失火罪にたいし、最高裁判所の一つの判例が出た。いわゆる京都駅の失火事件に関

するものである（最判昭三三年七月二十五日）^{（九）}
判例時報一五八号四頁。

京都駅旧本館の階上の一部には、某会社経営の食堂があった。その従業員K子らは、昭和二五年一月七日、終業後たる午後九時頃、従業員更衣室に設備してあった約四ポンド約二五〇ワットの電気アイロンをその専用の栓受に接続して使用した後、外すことを怠って通電状態のまま退去した。そこで、長時間にわたるアイロンの過熱により翌朝午前四時一五分頃発火したものである。この食堂では、昭和一二、三年頃から専従の夜間警備員をおき、営業終了後午後九時三〇分頃から翌朝六時三〇分までの間、同出張所の使用する食堂、調理室、配膳室、事務室および従業員更衣室を数回巡視の上異状の有無を確かめさせ盗難火災などの防止に当らせており、専従者が定休日その他差支えあるときは、他の従業員が専従者に代っていたのである。被告人は昭和一五年一月頃から、この食堂の料理人として雇われていたが、成年以上の女子従業員は四、五名にすぎないので、被告人もこれまでしばしば、夜警専従者に代って夜警の職務に従事していた。本件火災の前夜も、被告人が専従者に代って夜警の任に当っていた。ところで、被告人は、更衣室に従業員用の電気アイロンが設備され平素これを使用していることを熟知していたが、本件火災の前夜午後九時三〇分頃、夜警として巡視の際、更衣室へも行ったが、同室の電燈を消し戸締をしただけで、当該電気アイロンについては不注意にも通電状態のまま放置されていたのを看過し、そのコードを栓受から外さなかったこと、その上、一夜に数回巡視すべき義務があるのに被告人は右一回巡視しただけでその後の巡視をしなかったのである。そこで、判示していわく――、

以上の事実関係からすれば、被告人は本来は食堂の料理人であって夜警専従者ではなかったとはいえ、従来から屢々専従者の代行者として夜警の任に当って来たものであり、したがって当夜における被告人の夜警は、所論の如く単なる一時的なものではなく、業務として夜警に従事していたものというべきである。そして夜警としての職務

内容は専従者であると代行者であるによりその間に少しも差異はなく、そして本件夜警の具体的職務内容は前示の如く午後九時三〇分から翌朝六時三〇分まで数回にわたり前記各室を巡視し、異状の有無を確かめ、盗難及び火災等の発見防止にあるのであるから、そのうちには当然従業員更衣室備付の電気アイロンが通電状態のままに放置されてあることの有無の点検及びその善後措置並びに右アイロン過熱の発見及びその防止措置の諸行為も含まれていゝるものと解すべきであることはいうまでもないところである。されば本件火災はK子等が電気アイロンを通電状態のまま放置したことが根本の原因をなしたものではあるが、被告人が夜警として、右アイロンの通電状態を早期に発見してそのコードを栓受から外し若しくは数回の巡視によりその過熱状態を早期に発見防止すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠ったことにより本件火災が発生したものであることが明らかであり、被告人は刑法一一七条の二前掲の刑責を免れないものといわねばならない。すなわち同条前掲にいう「業務」はこれを所論の如く当該火災の原因となった火を直接取扱うことを業務の内容の全部又は一部としているものみに限定することなく、本件夜警の如きもなお包含するものと解するを相当とする。

上告論旨には、名古屋高裁昭和二九年五月三一日言渡の判決が、業務上失火罪における業務の意義につき先例として引用されている。これは、中日球場の管理部長が業務上失火罪、業務上過失致死傷罪の罪名で起訴され、無罪となつた事案である。^(一)判旨の一つとして、次のように述べられている。

業務上失火罪における業務は、その者の社会生活上の地位において火気を取扱う業務を継続して行うことが、その業務の内容をなしている場合に限られるものと解すべきである。……管理部長としての被告人の業務の内容は極めて複雑であり、同建物の維持、保管、修理、危険防止、清掃等一切に互るものと認むべきであり、而も被告人は事実上防火責任者の地位にあつたものと認められるが、火災防止の責任と火気を取扱を業とするとはその観念を異

にするものであるから被告人には業務上失火罪に謂う業務を有しておいたものとは謂い雖い……。

こう判示されたところからだけみれば、この名古屋高裁の判例は、こんどの最高裁の判例とくい違ふ。現に、最高裁は、「右刑法一一七条ノ二の業務に関する所論引用の名古屋高裁の判例は右の限度においてこれを變更し」たと見え結んでゐる。しかし、厳密にいえば、名古屋高裁が「火災防止の責任と火気の取扱を業とするとはその觀念を異にする」と判示したところも、そしてまた、最高裁の判旨にみえる『業務』はこれを所論の如く当該火災の原因となつた火を直接取扱うことを業務の内容の全部又は一部としているものみに限定することなく……」という点も、実は傍論の域を出ていない。もし、同じく火災防止の責任を扱つたにしても、中日球場の管理部長と京都駅内にある食堂の夜警との間に、大きな違いがあれば、二つの判決を單純に矛盾するときめてかかるわけにはいかない。その間に重要な事実として相違がないときにはじめて、最高裁は名古屋高裁の先例を變更すべき必要が出てくる。

京都駅の食堂で火災が発生しかねない危険性は、食堂経営という点からも中日球場の比ではあるまい。とくに、京都駅の食堂で出火したのは夜間ではあつたし、夜警のほか従業員は誰もいない状況であつた。こういうばあい、火災の危険を早期に見出してこれを防止すべき責任を夜警に負わせることは当然のことであつた。かりに中日球場の管理部長に火災防止の責任が認められるにしても、京都駅食堂の夜警と比較すれば、その職責の差は相当に大きいとみるのが常識であろう。こういう事実の相違が、二つの判決において結論を異にする事になつたのであるし、そうであるかぎり、この二つの判決は、先例として決して矛盾してはいない。判例としては、考え方の底に、業務とは、「その性質上、出火の危険に直面する蓋然性の多い職務」を意識していたとみることができよう。

江家教授は、第一一七条の二の業務を「その執行上、火気発生(一三)の蓋然性が多い業務」と解されている。ここに、「その執行上……」と解されることが、どういう意味かは必ずしもはっきりしたものではないが、職務(一三)じたいが「火

「火気の取扱を業とする」職務に限られるのであろうか。^(二四) いかえれば、最高裁や名古屋高裁の判旨にあったように、気発生の蓋然性の多い」ものという意味であろうか。いいかえれば、最高裁や名古屋高裁の判旨にあったように、「火気の取扱を業とする」職務に限られるのであろうか。^(二四) もしそうであれば、京都駅食堂の夜警のごときをここに含ませることは必ずしも疑いのないわけではない。しかし、これは甚だ限定的な解釈であるし、そう限定しなければならぬ理由にも乏しい。こうして、もっと緩やかに解しておいてよいこととなる。

ところでここで、さきに引用した最高裁第二小法廷の昭和三三年四月一八日の判例と京都駅失火事件の判例とを比較してみよう。前者において、最高裁は、業務を定義して、「かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを要する」と説示していたのである。そして、学説の中にも、こういう見解をはっきり支持しているものも少なくない。^(二五) しかし、この判例が業務につき、こう厳しい定義をあたえたものならば、京都駅失火事件の判例との間には、距離のあることを認めざるをえない。

四 しかし、最判昭和三三年四月一八日を先例として理解するにはもっと慎重でなくてはならない。判旨としては、業務につき、二つのものが掲げられていた。その第二の判旨は、「銃器を使用してなす狩猟行為の如き他人の生命、身体等に危害を及ぼす虞ある行為を、免許を受けて反覆継続してなすときは、その目的が娯楽のためであつても、なおこれを刑法二二一条にいわゆる業務と認むべきである」という。これだけが先例として通用すべきものと思ふ。そこから抽象的に、第一の判旨のごとく「業務とは、……かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とする……」と宣言されたところにまで、先例としての拘束力を認めることはできない。いうまでもなく、「他人の生命身体等に危害を加える虞」のないばあいについては別に判断されているわけではなく、その虞のないばあいでも、具体的事情によっては、業務過失にいわゆる業務となるかどうかは、その都度判断すべきものである。そういう例外の一つを業務上失火にあてはめてみた際、火気を取り扱っていないなくとも、その性質上出火

の危険に直面する蓋然性の多い職務に新たらしく数えただけではないか。自動車の運転や汽車の運転は、行為じたい「他人の生命身体に危害を加える虞あるもの」であろう。これにたいし、踏切警手のごときは、「他人の生命身体に危害を加える虞あるもの」ではない。しかし、踏切警手が事故をおこせば業務過失に問われることを何人も疑わないであろう。このばあいを業務に包含せようとすれば、他人の生命身体に「危険を伴うような性質のある職務」とひらく定義すべきことになる。業務上過失致死傷における「業務の意義」としては、それで十分である。こう定義することになれば、それは業務上失火における「業務」のそれと全くパラレルではないか。

そしてまたそれは理由のないことではない。失火は、火の取扱に疏漏があったばあいのみならず、出火の危険の考えられるところで警備に怠慢があったばあいにも生じる。失火における注意義務違反を考える際、この二つの行為の態様に区別のあるはずはない。青柳氏のいわれるごとく、これら二つをひっくりくるめて、「出火の危険を伴うような性質のある職務」と表示しておけば適切だろう。判例が、業務過失における業務の意義につき、ここまで意識して緩やかに解することになったとすれば、理論的にみてそこに一つの問題がひそむように思う。

(一) この判例については、法曹時報一〇卷七号六一事件として、三井調査官の解説がある。

(二) 三井・前掲一〇四頁。

(三) わが国におけるこれまでの判例の理解のし方につきいかに問題が多いかは別に考察したことがある。井上・「判例の理解のし方」(法律時報三〇卷六号、八号)。

(四) この判例にたいする批評として、瀧川・「刑法二二一条に謂ゆる業務の意義」(刑事法判決批評二卷二二八頁以下)がある。その他「業務」にたいする判例批評としては、同・「業務上過失致死罪における業務の意義」(公性雑認五卷一号一一七頁以下)において、大判昭一三年四月一九日(刑集一七卷三四五頁)が批判されている。なお、草野・「刑法第二百十一条に所謂業務上の

過失の意義」(刑事判例研究三卷二八六頁以下)、同・「刑法第二百十一条に所謂業務の意義」(同五卷一五四頁以下)もあげることができる。この後者の判例批評は、本文に引用しておいた大判昭和十四年五月二三日にたいするものである。

その他、司波・「休業中の自動車運転手と業務」(刑事判例評釈集一卷一七三頁以下)、中西・「自動車運転手の常務以外の運転も亦刑法二二一条の業務に該当する」(同四六頁以下)

(五) その他、自動車の運転を教授する者に在っては其の運転が教授の際なると否とを問わず業務としたものとして、大判大七年十一月二〇日刑録二四輯一四一三頁、あるいは、農を本業とする者がこれに必要な肥料を運搬するため、自家用として平素から荷馬車により肥料・農産物を運搬するを業務となした例として、大判昭九年五月二四日刑集一三卷七六五頁参照。

(六) ドイツの判例を若干あげておこう。顧客にたいする奉仕のため自転車を利用するのは肉商の業務行為である (一九〇〇年一月二二日 *Entsch. Bd.*)。銃器を携帯して山林を見廻る管理者が職務用以外の銃器をもって窓外の暗闇に向って発射した行為でさえ業務となす (一九一〇年十一月一〇日 *Entsch. Bd.* 54, S. 234)。工場所有者が工場経営に関連する旅行用に自動車を利用するばあい業務なりとし (一九一五年六月十九日 *Entsch. Bd.* 59, S. 269)、医師が往診のためにする自動車の運転を業務に数えた (一九一〇年十一月六日 *Entsch. Bd.* 64, S. 430)。

(七) 瀧川・前掲刑事判決批評二二二頁以下。

(八) 瀧川・前掲公法雑誌一一九頁。

(九) 判例時報に連報されたほか、田原義衛・「京都駅失火事件の上告審判決」ジュリスト一六三号二八頁参照。

(一〇) K子等はどういう理由で使いかけた電気アイロンを松受から外さないで退去したかは、田原・前掲にくわしく記されている。

(一一) この判決は、井上・過失犯の判例と批判(一五)(警察研究二九卷六号)三〇頁に紹介しておいた。

(一二) 江家・刑法概論(各論)・昭三二年・八六頁、同・刑法各論・昭三一年・一〇〇頁。

(一三) そのほか、木村・ハンドブック刑法各論九七頁、青柳・刑法各論一二四頁も同旨。

(一四) 大竹・改正刑法要義一二三頁は、同条の業務を「火を取扱うことを日常の常業としていること、少くともその一部として
いる」ばあいと解される。

(一五) 小野・新訂刑法講義各論・昭二四年・一八二頁、団藤・刑法綱要・昭三二年・二五六頁。

二 判例の傾向にたいする批判

一 業務過失を問題とする際、学説は一面いかなる行為を「業務」にふくましめるかに議論を集中し、そして判例の態度に批判を浴びせる傾向にあった。自動車の運転を例にとろうか。その中には、タクシーの運転者のように社会生活上本来の仕事とみられるばあいもあるが、医師が往診のためあるいは商人が配達の便宜から自家用車を運転したりする種類のものも少くない。またあるいは、ドライブのためにクラブから車を借りて運転したり、タクシーの運転者でありながら日曜日の慰安のために家族を同乗させて郊外に出ることだである。自動車の運転が本来の仕事であれば、業務過失における業務者の典型であることに異論はない。問題は、本来の仕事を補助したり娯楽のための仕事まで、「業務」に数えうるかどうかにある。ドイツの学説をみれば、フランクのように、^(一)自転車で工場へ通うごとき、職務・職業・営業上の活動をたんに準備し支持するばあい、あるいは娯楽のため御者が馬をかるごとく、職務・職業・営業上の行為と内容は同じだが実質的にこれにぞくさないばあい、などは業務でないという。また、あるいは、オルスハウゼンや^(二)ビンディンクは、ひろくこれらすべてを業務に数えた。そしてまた、それは、ドイツの判例の立場でもあったのである。中には、折衷的に、娯楽のため馬をかる御者のごときは業務者とはなしえないと考えるものもあった。ヴァヘンフェルトなどがそれであるが、わが国では、瀧川博士にその見解が^(四)みられた。しかし、小野博士は、たんに娯楽のためであっても、業務過失に^(五)いわゆる業務に数えられる。

瀧川博士をはじめとする制限説は、本来の仕事あるいはそれを補助するための仕事をもふくめて、そういう立場にある人の過失は何故業務過失として刑を加重されることになるかに焦点をおいて考える。逆にいえば、娯楽のためにドライブした自動車運転者のごときは、いかなる理由から業務過失とみられないのであろうかを問題とする。そして、これを詮じつめていくと、いわゆる制限説は、業務者という身分にとらわれていることとなる。そうすると、本稿で考察している二つの判例のごとく、臨時のものは、業務者といえるかどうか疑わしくなる。しかし、制限説は業務過失に刑を加重される所以のものを合理的には説明しえていない。その理由はこうである。瀧川博士のごとく、業務者は、一般人に比し、危険な結果を予見する程度もより確実でありその範囲もより広い、という点に刑罰が加重される理由を求めるとすれば、娯楽のためのドライブが除外されるわけではない。^(六)それに、他人の生命身体にたいして危険な行為だから刑を加重すると考えれば、ドライブのばあいだって同じことではないか。こうして、ドイツやわが国の判例のように、業務過失の範囲を無制限に解そうとする見解を却って支持せざるをえないこととなる。

二 いわゆる無制限説は、制限説とは違って、業務上過失致死傷ならば、他人の生命・身体にたいして危険な行為だから刑を加重すべきだと考える。こういう見解は、本稿のはじめに引用した最判昭和三三年四月一八日にもみられるのであった。そして、この判例の事案は、銃器を使った狩猟行為だから、他人の生命・身体にたいして危険な行為といふことができる。しかし、肥料や農産物の運搬を荷馬車を使ってなす行為^(一九〇〇年一月二二日)、あるいはドイツの判例にあるように、肉商が自、転車を利用して顧客に奉仕する行為^(一九〇〇年一月二二日)などをも「業務」に数えることができるであろうか。これは否定さるべきだろう。^(七)

こういう見解が支持されることになれば、業務過失に刑を加重する所以は、「業務者」の過失であるからではなく、その行為じたいが業務とみられるからであり、いいかえれば、その行為じたいが危険なためである。そこから、

京都駅食堂の夜警は、かりに臨時のものであっても、業務過失の責任を負うことにもなるし、娯楽のための狩猟もここにふくまれる。業務をこのように解すると、ふつういわれているごとく、反覆継続の事実を条件とする必要はない。危険な行為でさえあれば、一回的なばあいでも、業務過失として刑を加重する必要がでてくる。^(八) 実はこういう結論になることじたい、業務過失なる類型を必要としないことを意味しはしないか。なぜかなれば、「重大なる過失」といわれる範疇こそ、こういう事例を考えていたと思われるから。

三　ここで、重大な過失とは何かに一言ふれて「むすび」に代えておこう。それは、まず第一に、行為じたいが定型的に危険なばあいの過失たるこというまでもない。自転車や荷馬車の操作は、定型的に危険だとはいえない。これに反し、自動車の運転ならば危険だとみられる。この意味では、ふつう、自転車による事故は重大なる過失にふくまれない。その限りでは、重大なる過失と業務過失とは重り合う。そしてそれを区別することは現行法のたてまえを理解するには必要ではあるが、区別することは容易でもないしまたひきつづき述べるように無駄なことだと思う。第二に重大な過失は、業務過失にふくまれないものまで刑を加重することもある。たとえば、同じく自転車の運転であっても、闇夜に無灯火で運転したばあいを考えよ。こういう事故に刑を加重することは十分合理性がある。

ところで、この二つの類型をひっくりかえして、重大な過失とはなにであろうか。国藤教授は、重大な過失とは注意義務違反の程度のいちじるしい場合、すなわちわずかな注意を用いることによって事実を表象することができ、したがってその行為をしないことができたであろうという場合とされる。^(九) 木村教授が注意義務の重大な懈怠に重大な過失を求められるのも同じ趣旨とみてよからう。^(一〇) これらの所説は、責任性の面において、重大な過失を特徴づけるものであ

った。わずかな注意を用いればその行為をしないことができたのに、その程度の注意さえ用いなかった姿態構造は、より非難に価するようにみえよう。しかし、わずかな注意によって結果を避けたと認められるのは、行為者の注意能力がふつうの人より高いためだろうか。そうであるにしても、注意能力が低いにもかかわらず敢えて行為に出たことに、却って重い非難が加えられることがありはしないか。こう考えると、行為者の注意能力が高いとか低いとかいうだけのことから、直ちに、刑に軽重の差を生ずべき所以のものは出てこない^{二二}。あるいは客観的にみて、容易に結果を避けえたといわれるばあいであろうか。このばあいなら、そういう結果を避けるためにわずかな注意で足りたかどうかを問題にする前に、ふつうなら容易に避けうる結果を発生させたことに、より大なる非難を求めるべきである。これは違法性の判断である。そこで、いいかえれば、すでに違法性において過失に軽重をおきうるのに、わざわざ持つて廻って、責任性の軽重に根拠を求める必要はない。こう考えることが、過失概念の構成として「注意」なる観念を否定するわれわれの立場によく合致しないであろうか。

そこで、われわれとしては、客観的にみて容易に結果を避けたと認められるかどうか、いいかえれば、結果の客観的予見可能性の範囲が大であるときに、重大な過失といわれるものを認めておけば足りる。その一つのばあいとして、行為じたいが定型的に危険なばあいが考えられる。そして興味のあることは、業務過失として論じられる多くのばあいがこれにぞくするのである。その意味からも、それらを業務過失としてあいまいな類型でとらえるより、むしろ重大な過失とみる方がすっきりしよう。

- (一) Frank, Das strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 475.
- (二) Olshausen, Kommentar, Bd. II, 11. Aufl., 1927, S. 1000.
- (三) Binding, Normen, Bd. IV, 1919, S. 488.
- (四) 瀧川・刑事法判決批評(二卷)二二〇頁。
- (五) 小野・刑法講義各論一八三頁。
- (六) 娯楽のための自動車運転をいわゆる業務に数えた最近の判例として、大阪高判昭和三二年五月二〇日判例時報一二〇号二七頁、札幌高判昭和三〇年一月二二日刑集八卷一一一八頁、東京高判昭和二年四月一三日判例時報二九号六九八頁など参照。これらの判旨は、井上・過失犯の判例と批判(二〇)警察研究二九卷一二号六四頁以下に引用しておいた。
- (七) 藤木・過失犯の考察(三)(法協七四卷)四四二頁(四四二頁)四四五頁は同旨。
- (八) 藤木助教教授は、「しかし『業務』の概念をここまで拡張することは、解釈論として、罪刑法定主義などの点からもやや相当の限度を逸脱するものであるといえよう。これについてわたくしは次に問題とする『重大な過失』がまさにこのような場合を念頭においているのではないかと考えている」(藤木・前掲)とされる。逆説的にいえば、だからこそ、業務過失と重大な過失とを区別する必要はないこととなる。なぜ、特別に区別しなくてはならないのか。
- (九) 団藤・刑法一一八頁。団藤教授の所説に影響されたかにも見える判決として、大阪高判昭和三二年一月一日高裁特四卷五八五頁参照。この判例は、井上・前掲(二〇)六七頁に引用しておいた。
- (一〇) 木村・新刑法読本二二一頁。

(一一) 藤木助教は、同旨のことを業務過失において述べておられる

(藤木・前掲
四四〇頁以下)。