

刑法における業務の概念

川 本 哲 郎

- 一 はじめに
- 二 業務上過失規定の立法史
- 三 業務上過失の刑の加重根拠
- 四 業務性認定の基準
- 五 立法的解決
- 六 その他の業務
- 七 結び

一 はじめに

刑法では、業務上失火罪（一一七条の二）、業務上過失往来危険罪（一二九条）、業務上過失致死傷罪（二二一条）等について業務上の過失が加重処罰されている。とくに、業務上過失致死傷罪は、戦後のモータリゼーションの発展に伴って、交通事故に数多く適用され、刑事司法を圧迫するまでに至っている⁽¹⁾。また最近では、公害等の企業災害に

関して業務上過失責任を問われる事例も増加しており、他方では業務上火罪についても、大規模なホテル火災等に対する一一七条の二および二二一条の適用が世間の注目を集めているところである。⁽²⁾

一方、学説・判例においても、このような事情を背景として業務上過失致死傷罪は重要な問題として関心を集め、かつての「継子」は今や「寵児」になった観さえ呈した。過失犯の本質をめぐる論争は活発に展開されたし、他方、信頼の原則等について判例法の進展もみられた。⁽³⁾

ところで、業務上過失における「業務」の意義については、戦前から議論の対象とされていたけれども、現在では、昭和三三年四月一八日の最高裁判決が確立した判例として一般に支持されているように思われる。その判旨によれば、「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う行為であって、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必要とする……」⁽⁴⁾。つまり、(1) 社会生活上の地位、

(2) 反復継続性、(3) 危険事務性の三要件で業務性が認定されるというのである。

だが、このような判例の立場に疑問はないであろうか。周知のように、つとに戦前から、判例の「業務」の意義に對しては、その不明確性や範囲の拡大傾向についての批判がみられた。⁽⁵⁾ さらに、数次にわたる刑法の一部改正によって、問題は複雑な様相を呈している。二二一条の業務上過失致死傷罪は、現行刑法典制定当時から規定されているが、その後、昭和二二年には、二二一条の後段に重過失致死傷罪の規定が設けられ、現在では刑法典上の過失には、単純過失、重過失、業務上過失という三種類のものが存在するからである。したがって、業務上過失の過失犯における位置づけ、すなわち、業務上過失と重過失・単純過失との関係・異同を明確にする必要がある。また、その際には、現在の最高裁の判例は、戦前の大審院判例を継承して確立されてきたものであるところから、刑法典の改正が「業務」

の意義に影響をもたらしたかいかも検討される必要があると思われる。

そこで、以下では、前提として、第一に、業務上過失規定の立法史を概観し、第二に、従来から争いのある業務上過失の刑の加重根拠を検討する。そして、それを基にして、第三に、判例を分析し、業務性認定についての判例の基準を批判的に考察したい。また、この問題についての立法的解決に関しても、改正刑法草案を参考にして、検討を加えることとする。加えて、刑法典上に置かれている他の「業務」（業務上横領、業務妨害、正当業務）概念との関係も考察の対象とされるであろう。

(1) 詳しくは拙稿「交通犯罪者の処遇」同志社法学一七一号（昭和五七年）一〇七頁以下参照。

(2) たとえば、熊本地判昭和五八年一月三十一日刑裁月報一五卷一・二号一一九頁、大阪地判昭和五九年五月一日判夕五四二号一四五頁、宇都宮地判昭和六〇年五月一五日判夕五五七号一〇六頁など。

(3) 藤木英雄編「過失犯―新旧過失論争―」（昭和五〇年）参照。

(4) 最判昭和三三年四月一八日刑集一二卷六号一〇九〇頁。

(5) 草野豹一郎「刑法二百十一条に所謂業務の意義」同「刑事判例研究第五卷」（昭和一五年）一六四頁、滝川幸辰「刑法二一条に謂ゆる業務の意義」同「刑事法判決批評第二卷」（昭和一二年）二二二―二二三頁参照。

二 業務上過失規定の立法史

刑法典に業務上過失を加重処罰する規定が設けられたのは、現行刑法典制定時に業務上過失致死傷罪（二二一条）が導入されたのもって嚆矢とする。この規定は、当時のドイツ刑法典から影響を受けたものである。ドイツでは、「官職職業又ハ営業ヲ為スヘキ義務アル者注意ヲ怠リ因テ人ヲ死ニ致シタルトキハ五年以下ノ禁錮ニ加重スルコトヲ

得」(二二二条Ⅱ)、「官職職業又ハ營業上注意スヘキ義務ヲ怠リ因テ人ヲ傷害シタル者ハ三年以下ノ禁錮ニ加重スルコトヲ得」⁽¹⁾(二三〇条Ⅱ)として、業務上の過失が加重処罰されていた。そこで、我が国でも旧刑法改正作業の当初より業務上過失致死傷罪の創設が提案されており、すでに、明治三四年の改正案に「業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ三年以下ノ禁錮又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」(二四八条)という現行法と同様の規定が現われている⁽²⁾。そして、法案審議の段階でも、さしたる反対をみることなく、業務上過失致死傷罪は現行刑法の二二一条として結実したのである⁽³⁾。

現行刑法典制定時には、業務上過失の規定は、一二九条(業務上過失往来危険罪)と二二一条のみであったが、昭和一六年に至って、失火罪について新たに業務上失火が加重処罰されることとなった。現行刑法の一七条の二の新設である。この規定は、改正刑法仮案二六二条を踏襲したものであり、業務上過失だけでなく重大な過失も加重処罰の対象とされた。

しかし、その際の立法理由は不十分なものであり、「業務」の意義が改めて検討されたとか、重過失を加重処罰する必要について議論が尽くされたとは思われない。刑法一部改正当時の解説によれば、昭和一六年の改正は、全体として「戦時下に於ける社会の実情等に鑑み……治安を確保し、国防国家体制の完璧を期する必要」⁽⁴⁾から行われたものであり、一一七条の二の立法理由についても、「現下の経済状態に鑑みその法益の保護を全からしめようといふ趣旨」⁽⁵⁾とか「過失に出でた行為と雖も、それが国家、社会竝に被害者個人に与ふる損害の大なること等の点から考ふるならばその刑が軽きに失する」⁽⁶⁾から、といった説明がなされているだけである。

ともあれ、このようにして、新たに業務上失火が加重処罰されることとなり、また、刑法典に初めて重過失の規定

が設けられたのである。

次いで、昭和二二年には、重過失致死傷罪の規定が二二一条後段に加えられた。この規定も、改正刑法仮案三五四条を受け継いだものであるが、この時期には、「人身保護の趣旨に沿った改正⁽⁷⁾」という理解が、一般であり、重過失致死傷罪を規定することによって従来の単純過失・業務上過失の概念がどのような影響を蒙ることになるのかといった点は、この時点でも、殆ど顧みられていなかった⁽⁹⁾。

以上のようにして、現在の業務上過失ならびに重過失の規定が設けられ、昭和四三年には、さらに二二一条の法定刑に禁錮と並んで懲役が加えられるとともに刑期の上限が三年から五年へと引き上げられて今日に至っているのであるが、この立法史において注目すべきは以下の二点である。

第一に、きわめて弥縫的に立法が行われてきた結果、現行刑法には、単純過失・重過失・業務上過失という三種類の過失が存在するわけであるが、先にもみたように、この区別いかんが立法時には明確に意識されていなかったように思われる。少なくとも当時の文献から、この点についての説明を窺うことはできない。

第二に、したがって、戦後の判例がこの点をどのように自覚的に受けとめてきたかが問題となる。後にみるように、判例は業務概念をかなり拡張解釈してきたといえるが、戦前は、業務上過失か単純過失かという選択しか存在していなかったのであるから、処罰価値の高いものを業務上過失に分類するという方法にも首肯できる面があったと思われる。しかし、重過失・単純過失という二種類の過失が規定されている現在では、個々の事例の違法・責任の程度に応じて適正な処罰が行われることも可能であり、あえて拡張解釈する必要はなくなったのではなからうか。昭和二二年の刑法の一部改正後四〇年近くを経た現在、裁判実務の動向が注目されるところである。

- (1) 今田秀夫「判例を機縁として過失致死傷罪を論ず（一）」法律学研究二八卷九号（昭和六年）一五〇頁より引用。
- (2) 倉富勇三郎他監修「刑法沿革綜覧」（大正一二年）一九七頁。
- (3) 同一一七〇—一七二頁。
- (4) 日沖憲郎「刑法の一部改正について」法律時報一三卷五号（昭和一六年）一二頁。
- (5) 同一三頁。
- (6) 大竹武七郎「刑法の改正について」法曹会雑誌一九卷五号（昭和一六年）六頁。
- (7) 中野次雄「逐条改正刑法の研究」（昭和二三年）一五八頁。
- (8) 例えば、団藤重光「刑法の一部改正について」法律タイムズ一〇号（昭和二三年）三三頁、佐藤藤佐「刑法改正法律案の要綱について」法律新報七三四号（昭和二二年）二二頁、滝川幸辰「刑法の一部改正について」法律文化三卷一号（昭和二三年）四頁など。
- (9) わずかに、「今や刑法学でも軽過失と重過失の区別が解釈論的意義を有することとなった」とする佐伯博士の指摘がみられるのみである（佐伯千仞「改正刑法管見」法律タイムズ一二号（昭和二三年）一八頁）。

三 業務上過失の刑の加重根拠

最初に、業務上過失の刑の加重根拠に関する従来の代表的見解を以下に掲げてみよう。(1)「法益の侵害が比較的的重大で、かつ多数であることによる」(宮本英脩)。(2)「業務者は認識の範囲が広くまた認識が確実であるから、従って、結果に対して鋭く非難せられてよい」(滝川幸辰)。(3)「特定ノ業務ヲ有スル者ノ一般的注意ノ程度ハ常人ニ比シ高度ノモノタルコトアルベク……」(大場茂馬)。(4)「刑の重きは公共危険に鑑み政策的見地より一般予防の為にのみ存在の価値があるに過ぎぬ」(今田秀夫)。

第一説は、違法性に刑の加重根拠を求めたものであるが、これに対しては、「個々の行為だけを取り上げて考える

ときは、かならずしも被害法益が重大だとはかぎらない⁽⁵⁾とする批判がある。また、業務は「定型的に危険⁽⁶⁾」と解する立場もあるが、単純過失の場合と比較して特に危険であるとは思われない。このことは後に判例を検討する際に明らかにしたい。

その他に、「反復継続するがゆえに危険⁽⁷⁾」とする説もみられる。しかし、この立場は二重の意味で不当であると思う。第一に、先の場合と同様に反復継続するからといって、個々の行為が単純過失よりも特段に危険であるとは限らない。第二に、仮に反復継続していれば危険の発生する確率が高いとすると、どの程度の反復継続を要するのかが問題になる。この点を巡っては、反復継続の意思で足りるとする説（意思説）とその意思では足りず反復継続の事実を要するとする説（実績説）との対立があり、後に検討するように、判例の主流は意思説を採用し、また実績説をとる場合でも、二、三回の反復で足りるとされている。したがって、「反復継続するがゆえに危険」であるとするならば、厳格に反復継続の事実（実績）を要件として掲げなければならないと思われるが、その場合には妥当な解決がはかれるとは考えられないであろう。

それだけでなく、第一説は理論的にも欠点を有するようと思われる。このことは、本説の唱道者である藤木博士が、「（この説では）非業務者が業務行為としてなされるのとおなじ性質の行為をする場合に、とくにこれを業務者に比して軽い処罰で済ませる理由を説明しえない⁽⁸⁾」として認めておられるところである。結局、このように違法性という実質的観点を導入すると、この難点を回避するためには、内田教授のように、「業務上過失の構成要件に該当した行為も、違法性・有責性が『重大』でなければ、改めて、単純過失の問題として再構成されなければならない⁽⁹⁾」とするほかはない。

しかし、そうすると次のような批判に遭遇することになる。すなわち、二二一条の法定刑の下限は、単純過失と同じであるから、「事情によっては単純過失と同じ処罰になるので、注意義務違反の程度が低い場合には実際上両者を分ける意味がない」。(10)「(そ)のような操作を認める趣旨と考えることはできない」。(11)

第二説については、「(業務者だからといって)認識の範囲が広く確実であるとはいえない」(12)と考えられる。「業務者であるために、『認識の範囲が広く確実である』べきことが——つまりそのような高度の注意義務が——要求される」(13)のである。

したがって、第三説の立場が基本的に正当であると解される。しかし、高度のあるいは特別な注意義務が業務者に課されるとしても、このことからただちに刑が加重されるという結論が導かれるわけではない。業務者という身分を有することによって、「過失と認められるべき不注意の範囲が一般人よりも広い」(14)というにすぎないからである。

このようにして、業務上過失の刑の加重根拠は、最後の第四説に求められることになる。この説に対しては、「刑事政策のみを旨とす(こ)の立場は、制度の法律の意味を十分考慮するものとはいいがたい」(15)とする批判があるが、逆に、重過失と単純過失という違法性・責任の軽重による分類の他にあって業務上過失という類型が設けられている趣旨を考えれば、刑の加重理由は政策的目的によると解する方が妥当であると思う。

判例もこの立場を採用しているものと考えられる。例えば、「電車運転者ノ注意義務ハ通常人ニ比シ大ナルモノ…」(大判大正三年四月二四日刑録二〇輯二〇九頁)、「鉄道機関手ノ如ク機関車操縦ノ任ニ当ル者ハ通常人ニ比シ重キ注意義務ヲ負担スヘキト勿論」(大判大正一四年六月四日刑集四卷六号三七〇頁)、「一定の業務に従事する者は、通常人に比し特別な注意義務あることは論を俟たない…」(最判昭和二六年六月七日刑集五卷七号一二三頁)、「渡船操

縦ノ業タルヤ渡船ノ転覆其他ノ危険ヲ避クルニ必要ナル注意ト技術トヲ要スルモノニシテ此ノ如キ注意ヲ為スヘキハ其業務ノ性質上渡船守ノ特別義務ニ属スルコト当然ナル」(大判大正七年一月一九日刑録二四輯四頁)などの判例がある。

さらにこのことを明確に示したものとして広島高裁昭和四二年三月一六日判決を紹介しておこう。本判決は、業務上失火罪における「業務」の意義に関して、「業務」とは、人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う事務で危険性を伴うもの、とした後に以下のように判示している。「反復継続の事実自体からして業務に従事する者が当該事務に関する特別の知識・経験を有し、ひいては危険防止についての特別の注意能力を有することが推認せられ、そのような特別の注意能力を有する以上、その能力にもとづく危険防止についての注意義務をその者に対し要求してしめるべきであるから、その知識、経験にもとづき当該事務を行う場合、危険防止についての特別の注意義務を尽すことを懈怠したときは、その事務の危険性と特別の注意能力とに着目して、刑法上これを特別に評価し、業務上過失として普通の過失に比し重く非難の対象とすることとしたのである⁽¹⁶⁾」。

以上、業務上過失の刑の加重理由に関する学説・判例を検討してきたが、そこからは、業務上過失において刑が加重されるのは政策的な理由に基づくものであるということが明らかになった。したがって、業務上過失犯は身分犯であり、業務者という身分を獲得することによって刑が加重されるということになるのであるから、業務者という身分とは何か重要な問題となる。そこで以下では、判例を素材として、業務性認定の基準を検討していきたい。

- (1) 宮本英脩「刑法大綱」(昭和一〇年)二九二頁。
- (2) 滝川幸辰「刑法各論」(昭和二六年)五〇頁。

- (3) 大場茂馬「刑法各論(上)」(大正六年)一三五頁。
- (4) 今田秀夫「判例を機縁として過失致死傷罪を論ず(一)」法律学研究二八卷七号(昭和六年)一四二頁。
- (5) 団藤重光「刑法綱要総論」(改訂版・昭和五四年)三二二頁。
- (6) 井上正治「業務過失における業務の意義」法政研究二五卷二―四合併号(昭和三三年)二八九頁参照。
- (7) 秋山哲治「刑法における業務の意義」綜合法学二卷六号(昭和三四年)二七頁。
- (8) 藤木英雄「過失犯の理論」(昭和四四年)一二二頁。
- (9) 内田文昭「刑法各論(第二版)」(昭和五九年)六一頁。
- (10) 大谷實「刑法各論の重要問題(上)」(昭和五七年)一〇七頁。
- (11) 大谷實「刑法各論」(昭和五八年)六六頁。
- (12) 青柳文雄「刑法通論II各論」(昭和三八年)三三一頁。
- (13) 団藤・前掲書三二二頁。
- (14) 植松正「再訂刑法概論I総論」(昭和四九年)三〇八頁。なお、同「過失致死傷と業務上過失致死傷との分界」日本法学五卷九号(昭和一四年)八六頁以下参照。
- (15) 大塚仁「刑法概説(総論)」(増補版・昭和五〇年)一六七頁。
- (16) 高検速報昭和四二年一二二頁。

四 業務性認定の基準

一 ここでは、最初に業務性の認定について判例の掲げる三要件——(1) 社会生活上の地上、(2) 反復継続性、(3) 危険事務性——を取り上げるが、叙述の便宜上、危険事務性を最初に取り扱う。

危険事務性という要件については、リーディングケースである最高裁昭和三三年四月一八日判決に対する三井調査官の解説において、「刑法二二一条の業務の重点が社会生活上の地位に基き反覆継続して行いう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⁽¹⁾といわれており、また、これを認める学説も散見される⁽²⁾。

しかし、判例を検討してみると、危険事務性という要件は、業務上過失固有のメルクマールとして機能していないように思われる。危険な行為という点では、単純過失致死傷罪でも同様ではなからうか。

判例で単純過失致死傷罪に問擬された事例には、(1)授乳時に眠ったために乳房で乳児の鼻口を圧迫し窒息死させた母親の事例(大判昭和二年一〇月一六日刑集六卷二三頁)、(2)自転車乗用者(大判昭和九年五月一五日刑集一三卷六二六頁)、(3)自動車の運転補助席に便乗した者が、運転を妨害した結果、事故を起こした場合(広島高岡山支判昭和二九年一月一六日高刑集七卷一二号一七一九頁)、(4)電柱に上がって電流の通じている電線を切断して窃取したため残りの電線が地上に垂れ下がり、それによって通行人を感電死させた事例(名古屋高判昭和三二年四月一〇日裁特四卷一〇号二二九頁)、(5)巨大な秋田犬を連れていた際に、その犬が児童を襲い傷害を与えたとき、飼い主に過失傷害罪が認められた事例(名古屋高判昭和三六年七月二〇日判時二八二号二六頁)、(6)入浴客自身が温度調整をするサウナ風呂で、前の客が風呂のガスを点火したままであったので風呂が高温になり、次に入浴した客が火傷を負い死亡するに至った場合にサウナ風呂経営者が過失致死罪の責任を負うとされた事例(仙台高判昭和四六年四月三〇日高検速報四六年一三三号)、(7)付近に高圧線の敷設されている屋上で強風下にテレビアンテナ取り付け作業をした際にアンテナが転倒して高圧線に接触したことによって作業員が感電死した場合に作業主宰者に過失責任が認められた事例(名古屋高判昭和四六年八月五日刑裁月報三卷八号一〇五三頁)などがあり、これらは、いずれも人の身体、生命に危害を加える虞のある行為であると考えられる。

思うに、そもそも過失犯とは結果犯であり、その結果は、まさに当該行為が危険であったがゆえに発生したものである。こう考えると、危険事務性という要件は過失犯一般に共通する要件ではあるが、業務上過失に固有の要件ではないことが明らかになる。危険事務性という要件は業務上過失の要件として維持されるべきであるが、業務上過失と重過失ないしは単純過失とを分かつ基準とはなりえないと思われる。

二 次に、反復継続性については、この要件が認められることに異論はみられないが、先にも述べたように、ここでは、反復継続に関して、その意思で足りるか、それとも反復継続の事実を要するか、という意思説と実績説の対立がある。⁽³⁾ 判例は意思説を採用するものと一般にいわれているが、同じ意思説の基準を採用しながら結論において相反する判例もあり、反復継続性を認定する基準が確立されているとはいえない。

例えば、反復継続性が認められなかった事例としては、(1) 自転車やスクーターで注文取り・商品の配達・集金等に従事していた店員が正月休みに自動車を借りてこれを運転し、事故を起こした場合（東京高判昭和三五年三月二日東時一一卷三号七三頁）、(2) 原動機付自転車の免許を取得した者が、事故を起こす前に一年以上運転に従事していなかった場合（十日町簡判昭和三七年一月八日下刑集四卷一一二号三七頁）、(3) 普通免許を有していた者が大型特殊免許を取得したいと考え、大型特殊自動車を一月の間に工事現場で数回、昼休みの二、三〇分を利用して運転していた事例（釧路地帯広支判昭和四五年六月一二日判夕二五五号三〇九頁）があり、これに対して、反復継続性が認められたものとしては、(4) 自動車の運転免許を取得した後、勤務先で引き続き運転者として働く意思を有し、運転の練習をしていた者が初めて路上運転をして事故を惹起した場合（福島地判昭和三四年六月三日下刑集一卷六号一三九四頁）、(5) (2) の控訴審判決（東京高判昭和三七年五月一日高検速報一〇〇三号）、(6) 運転免許を取

得しようとして、空き地で二回程練習した後、公道上で初めて練習したときに事故を起こした事例（福岡高宮崎支判昭和三八年三月二十九日判夕一四五号一九九頁）、（7）四年前から自動車運転の練習を始め、工事現場の構内で再三自動車運転し、道路上でも三、四回位運転したことがある場合（東京高判昭和四六年二月一八日東時二二卷二号六三頁）、（8）自動車の仮免許を取得し、路上でも二、三回練習をしたことが認められる事例（東京高判昭和四七年三月一〇日判夕二七八号三九五頁）、（9）運転免許証の交付を受けた直後は運転に従事していたが、その後運転経験がほとんどなく、とくに事故に先立つ約一年間は運転をしていなかった場合（福岡高判昭和四四年一〇月一日高検速報一〇六四号）、（10）医師の免許を有さず、医療の知識・経験がないのに十数名に対し医療行為を行っていた事例（福岡高判昭和二五年一月二一日高刑集三卷四号六七二頁）などがある。

これらの事案をみると、実際にはいずれも二、三回は反復継続の事実が認められるものであるにもかかわらず、導かれた結論は異なり、しかもその判断基準も区々に分かれている。すなわち、業務性を否定した（1）は反復継続の意思なしとし、（2）（3）は継続の事実を否定しており、また業務性を認めた判例のなかでも、（4）（5）（9）（10）は反復継続の意思・目的を援用し、（7）（8）は端的に継続の事実だけを認めている。このように、具体的事案の解決に不斉一がみられるのは、反復継続性という要件（基準）が必ずしも明確でないことを示すものではないだろうか。

ここで、意思説と実績説を検討してみると、意思説については、「継続意思という基準は、むしろ業務性を否定する方向で、より多く利用されうる可能性をもつ⁽⁴⁾」とする見解もあるが、先の諸事例をみた限りでは、業務性を肯定する際にも援用されることが明らかである。これは、「意思」という主観的な要素を判断の基準とすることに基因する

ものであり、判断基準の客観性・明確性という点では、実績説の方が優れていると考えられる。⁽⁵⁾

では、実績説に依拠して妥当な結論が得られるであろうか。実績説を採用した場合には、何ををもって実績があったとされるかが問題となるからである。例を自動車運転にとれば、運転経験数年のドライバーに業務性が肯定され、一度もハンドルを握ったことのない者が運転に従事し事故を起こしたときに業務性が否定されることに疑いはない。しかし、限界事例になると判断は困難であり、判例が苦慮してきたのもまさしくそのような事例についてである。とくに、練習回数が二、三回と少ない(6)の事例と運転中止後再開までの間に一定程度の間隔のあった(2)(9)の事例の場合に実績があったと考えられるかどうかは微妙であろう。結局、反復継続の実績という基準もそれほど明確なものではないように思われる。

問題は、なぜ反復継続性という要件が業務性の認定にあたって要求されるのかという視点が欠落しているところにあるように思われる。反復継続性が認められるときに業務性が認定され、業務者の刑が加重されるのは、以下のような理由に基づくものと考えられよう。すなわち、生命・身体に危害を加えるおそれのあるものを反復継続して取り扱う際には、なんらかの技術の習得が要求される場合がある。そして、その習得の過程で危険性ならびに危険防止に関して、知識を獲得することが予想される。そこで、特別の注意義務が要求される。これが、業務上過失を特に重く処罰する実質的な根拠ではなからうか。⁽⁶⁾ 端的にいえば、「危険な事務を反復継続して行おうとする者は、その事務に必要な危険回避の能力を培って事務にあたるべきだ」ということである。⁽⁷⁾ そして、このことを推認させる形式的な要件の一つが反復継続性なのであろう。

こう考えると、判例の立場には、疑問があり、混乱が生じているように思われる。確かに、自動車運転のように、

運転技術の習得が即座に危険防止の手段となる場合には、反復継続の実績を問うことによって業務性の有無を認定できるが、それでも、空き地で二回練習すれば実績ありとするのは余りにも形式的にすぎよう。このことは、危険防止を義務内容とする業務者の場合にさらに明確となる。このような業種としては、プールの監視、防火管理などが考えられるが、ある程度の期間にわたって危険防止のための講習等を受講したうえで初めて業務に従事した際に危険の発生を防止できなかったときに、反復継続の実績が認められないので業務者とはいえない、とするのが不当であるのは明らかであろう。⁽⁸⁾

それに対して、業務者加重処罰の実質的根拠という観点から、業務性を認定する際に、危険防止技術習得の訓練を受け、それによって危険性についての認識を得たことに基づき、行為者に特別の注意能力が期待されるかどうかを基準とすれば、以上のような難点は克服される。例えば、前掲(3)の判例は、「被告人は大型特殊自動車の運転につき、いまだ、社会通念上、特別の知識・経験を有し、そのため特別の注意能力を期待されてしかるべき地位にあったとまでいうことはできない」と判示しているが、反復継続性の認定にあたっては、このような判断が要求されるべきであろう。

さらに、このことを判例の採用する第三の要件である社会生活上の地位を検討することによって明らかにしている。

三 社会生活上の地位という要件を判例はきわめてゆるやかに解してきた。すなわち、「業務トハ法規ニ基キタル職務ノミヲ指称スルニ非シテ契約其他慣例等ニ従ヒ或業務ニ従事スル場合ハ拳ケテ之ヲ包含スル」(大判大正四年五月三日刑録二一輯四五〇頁)、「同種類ノ行為ヲ反覆スル事実ヲ指スモノニシテ其行為カ独立ノ関係ニ於テ行ハルル

ト他人ノ雇庸ニ依リ行ハルルトハ業務ノ觀念ニ影響ヲ及ホスモノニアラス」(大判大正七年一月一九日刑録二四輯七頁)、「人カ継続シテ或事務ヲ行フニ付キ有スル社会生活上ノ地位ニシテ自ラ選定シタルモノヲ謂ヒ其事務ノ公私孰レタルト報酬利益ヲ伴フト否ト將又其者ノ主タル事務ナルト從タル事務ナルトヲ問ハサルモノトス」(大判大正八年一月一三日刑録二五輯一〇八一頁)、「其ノ事務カ主タル職業ナルコトヲ必要ノ条件トセス」(大判大正一二年八月一日刑集二卷六七三頁)、「業務中ニハ性質上不法ナル業務ヲ包含セサルコト論ヲ俟タスト雖同条ノ業務タルニハ常ニ法規ニ基キタルコトヲ必要トスルモノニ非ス而シテ自動車運転手ノ業務ハ其ノ性質上不法ナルモノニ非スシテ只免許ヲ欠ク場合ニ於テ形式上ノ不法ヲ来スニ過キササルヲ以テ之ヲ同条業務ナリト云フヲ妨ケス」(大判大正一三年三月三日刑集三卷二六四頁)、「主タル業務ハ勿論之ヲ準備又ハ補助スル付随事務ヲモ指称スル」(大判昭和一〇年一月六日刑集一四卷一一一七頁)、「その事務は職業或は営業であることを要せず継続的に従事すれば足りまた、自動車運転の如く法規上免許などを必要とする場合でも業務であるためには免許の有無を問うの要はない」(福岡高宮崎支判昭和二七年七月九日判特一九号一七八頁)、「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」「その目的が娯楽のためであっても……業務と認むべきである」(最判昭和三三年四月一八日刑集一二卷六号一〇九〇頁)。

このような判例の立場に対して植松博士は、「適用の實際例においては、その要件を有名無実のもののように扱ひ、かならずしもそれを要件としているものとは思われない」とされ、⁽¹⁰⁾ 社会生活上の地位という要件は不要であると主張される。また団藤博士も「(この要件は)現在では意味を失っている。むしろ、定義からこの要件を削るべきである」⁽¹¹⁾とされている。そして判例にも、「業務とは、他人の生命、身体に危害を加える虞のある行為を反復、継続して

行う場合のその一連の行為を意味するものと解する。それが更に社会生活上の地位に基きなされることを取立てて要件とする必要はない……」(大阪高判昭和三七年一〇月二五日高検速報昭和三七年六号一五頁)と明言したものもある。

このようにして、社会生活上の地位という要件は軽視される傾向にあるのであるが、最高裁は、この要件を削除するまでには至っていないし、それを支持する立場も依然として有力である。例えば、福田教授は以下のように述べておられる。「この要件を削除して、反復継続性だけを業務の要件と解すると、たとえば、母親が乳児に反復継続して授乳する行動まで業務ということになろうが、これは不合理な帰結であろう。そこで、子供の養育、家事、飲食といった自然的生活活動を業務概念から排除するための限定が必要である。ここに、判例が『社会生活上の地位にもとづく』という要件を維持している理由がある……」⁽¹²⁾と。

これに対して、社会生活上の地位という要件が不要であるとする前掲大阪高裁判決は、「母親が乳児に乳をのますことは……生命、身体に危害を加える虞のある行為でないから……業務とは言えない」とする。しかし、危険事務性という要件に疑問のあることは前述した通りであり、また仮に自然的生活活動が危険な行為ではないとしても、自転車の運転行為などの場合は、人の生命・身体に危害を加える虞がないとはいいきれないであろう。従って、社会生活上の地位という要件の要不要ということについては、必要説が妥当であると解するが、問題は、この要件の内容である。この要件が必要であるとされる福田教授にしても、「『社会生活上の地位に基き』とは一般的に『社会人としての立場において』という程の意味⁽¹³⁾」とする静岡簡裁判決の見解に従われ、「その実体は、むしろ社会生活上という程度の意味でしかない⁽¹⁴⁾」とされる。そして、これによって先の自然的生活活動を業務概念から除外されようとするのであるが、このように社会生活上の地位という要件をきわめてゆるやかに解される以上、どの範囲のものが、この要件によって

業務概念から排除されるのが不明確とならざるをえない。

結局、ここでも、社会生活上の地位という要件について、このように議論が錯綜するのは、「社会生活上の地位」という形式的な要件を適用する際に、業務者を加重処罰する実質的根拠が考慮に入れられていないためだと思われる。

では、業務者加重処罰の実質的根拠を考慮に入れた場合に、社会生活上の地位という要件はどのように解されるべきであろうか。前述したところに従えば、社会生活上の地位とは、危険な物を取り扱う際に技術の習得が要求されるべきであろうか。前述したところに従えば、社会生活上の地位とは、危険な物を取り扱う際に技術の習得が要求され、その習得の過程で危険性についての知識を獲得することが予想される地位ということになる。すなわち、このことを反対解釈すれば、或る物を取り扱うについて、その技術が一般に人間の発育過程で習得され、特別の指導・訓練が要求されない場合が、業務の概念から除外されるということになる。従って、従来、議論の際に取り上げられてきた諸事例を検討してみると、睡眠、食事、歩行、子供の養育・監督、主婦の家事、恋愛などの行為は業務とは認められず、また、外見上同性質の行為であれば、それが職業としてなされている場合であっても、業務上過失とはされないという結論が導かれる⁽¹⁵⁾。例えば、保育施設の経営者等がこれにあたるし、判例でも、高校の教諭が体育の授業において、懲罰的な補助運動として課した懸垂運動の降下の際に生徒が転倒負傷した事案について、単純過失罪が適用されたのは、このような理由に基づくものである⁽¹⁶⁾。その他に、自転車の運転は危険な行為であるが、運転に際して特別な技術を要しないので業務上過失とは認められないし、⁽¹⁷⁾犬の飼育についても同様である⁽¹⁸⁾。日曜大工については、業務性を否定する見解があるけれども、⁽¹⁹⁾その内容によっては業務性を肯定すべきであろう。すなわち、かなづち等の工具しか使用しない場合は別として、電動工具などを利用するときには、その経験の程度によっては業務性を認めて差し支えないと解すべきである。

以上のことは、一一七条の二の業務上失火罪の場合にも該当する。業務性が料理店の調理人に認められて、洗濯屋のアイロン係には認められないとする見解があるが、⁽²⁰⁾ 妥当ではない。その業務に固有の危険な大型機器を使用する場合を除いて、いずれも業務とはいえない。調理に際して火を常時取り扱う主婦や喫煙者も二一一条の場合と同様の理由によって、業務者から除外される。

ただし、防火管理に関しては、その実質が問題となる。何らの訓練・講習を受けることなく、たんに役職上火元取締責任者となったにすぎない者が業務者とされないのは無論であるが、⁽²¹⁾ 防火管理について講習を受けた場合であっても、その経験が特別の注意能力を期待されてしかるべき性質のものであったかいなかが具体的に検討されるべきであろう。

以上を要するに、社会生活上の地位という要件の適用を巡っても、業務上過失加重処罰の実質的根拠を考慮に入れば、妥当な結論が得られることが明らかであろう。

ところで、このような考え方は、戦前からすでに存在していたものであり、「業務とは危険を防止するに付き特殊の技能と判断力を必要とする社会的活動を反復継続すべき人の生活上の地位である」という主張⁽²²⁾が見られるし、また戦後にも、柏井判事が提言されているところでもある。柏井判事によれば、「(業務性判断の実質的基準とは)特別の知識・経験を有する者は、その知識・経験にもとづく社会活動をするについて、その知識・経験によってつちかわれた危険防止についての特別の注意能力ひいては特別の注意義務を期待されてしかるべき地位にあり、この地位が業務にほかならないということである」⁽²³⁾。しかし、先にも触れたように、戦前の議論は、業務上過失と単純過失という二分類しか存在しなかった当時のものであり、問題の背景が異なる。また、柏井判事の論文も、業務性についての諸問

題を包括的に論じられたものではない。そのためか、業務者加重処罰の實質的根拠を考慮に入れる立場は、現在でも少数説にとどまっている。だが、この立場を採用するときは、業務性の認定を容易にするばかりでなく、他の問題の解決にも資するところがあると思われる。そこで次に、業務性の認定にあたって、加重処罰の實質的根拠を考慮に入れた場合の二、三の具体的帰結を示しておこう。

四 (1) 第一は、重過失と単純過失、業務上過失の異同についてである。先に述べたように、重過失の規定は新しいものであるので、判例の集積も不十分であり、また、学説上も見解の対立がみられるところである。すなわち、第一説は、重大な過失を「きわめてわずかの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せず、事実の発生を回避することができたであろうというばあいである⁽²⁴⁾」と定義する。第二説は、これに対して、「重大な結果的事態を出現せしめる危険が大きいこと⁽²⁵⁾」を重大な過失のメルクマールとしている。この問題については、先に危険性という要件の問題性を指摘したところからも明らかのように、第一説が正当であろう。「重大な結果も、それが行為者によって容易に予見しうる場合にのみ重過失といえるにすぎない⁽²⁶⁾」からである。

問題は、重過失と業務上過失との関係である。業務上過失は重過失の一部にほかならないとする見解もあるが⁽²⁷⁾、現行法上区分が設定されている以上、両者の異同を明らかにする必要がある。業務上過失の刑の加重根拠を考察したところに従えば、過失犯は注意義務違反の軽重によって重過失と単純過失に区分され、行為者に業務者という身分が存する場合には過失の軽重を問うことなく業務上過失となると解する。従って、業務者が単純過失しか犯さなかった場合も業務上過失とされるし⁽²⁸⁾、業務者と認められれば、重過失を犯したときでも重過失の規定の適用は排除される⁽²⁹⁾。

では、次にどのような場合に重過失致死傷罪が適用されるのかについてみてみよう。行為者が業務者と認められな

い場合に注意義務違反の程度が著しいとき、重過失とされるのであるが、これには大別して二つの場合が考えられる。

第一は、生命・身体に危害を加えるおそれのあるものを取り扱うについて特別な技術の習得が要求されているにもかかわらず、その技術を習得することを怠り、危険な行為を行って結果を発生させた場合である。判例に現われた事例としては、電気に関して特段の知識・経験がないのに、盗難防止のための電撃装置を道路に面して設置し、それに接触した通行人に死傷を与えた事例（札幌高判昭和三四年三月三十一日下刑集一卷三号六〇二頁）、自動車の運転資格をもたず、二、三年前に運転練習をしただけであるにもかかわらず、運転を行い事故を惹起した場合（浦和地越谷簡判昭和三五年三月二二日下刑集二卷三〇四号五〇九頁）、同種の事例で運転経験がなく、運転技術が未熟である場合（名古屋高判昭和三六年六月一四日高検速報二六五号）、以前に原動機付自転車運転免許の法令試験に二度失敗して免許を取得できなかった者が事故を起こした事例（大阪高判昭和三九年六月一六日高検速報三九年の六・一五頁）などがある。

しかし、これ以外に判例では、自動車の運転に関して、いねむり運転（大阪高判昭和三二年六月二八日裁特四卷一三号三一七頁）、整備不良車の運転（東京高判昭和三七年五月一六日高検速報一〇〇五号）、道路左端に駐車している自動車の運転者が右側ドアを不用意に開けたため自転車に接触、死亡事故を起こした事例（仙台高判昭和四三年一月二八日下刑集一〇卷一一号一〇五九頁）に対して重過失が認められているが、妥当ではない。これらの判決は、おそらく反復継続の実績ないしは意思が認定できないところから業務性を否定したものと思われるが、これまでの考察に従えば、いずれも業務者に該当する事案であり、業務者が結果発生防止のための適切な措置をとらなかつたために事故が発生したものである。従って、業務上過失として処断されるべきものであったと考えられる。

第二は、当該行為を実行するにあたって特別の知識・経験を必要としない場合に、著しい注意義務違反によって結果を発生させた事例である。例えば、病的酩酊中の犯行（京都地判昭和三二年六月五日判時一一六号二六頁、東京高判昭和三三年一月三日裁特五卷一二号四九四頁など）、暗夜降雨時に無灯火で自転車を運転して事故を起こした場合⁽³⁰⁾（仙台高秋田支判昭和四四年九月一八日高検速報昭和四四年一六号、高松高判昭和四四年一月二七日高検速報三四〇号）、飲酒酩酊者がホームで人に衝突、転落死亡させた事例（東京地判昭和五六年三月一日判時九九八号一三頁）などが考えられよう。

(2) 第二は、業務上過失致死傷罪と業務上失火罪における業務性認定基準の差異に関する問題である。業務上失火罪について、判例は、業務を(1)火気を直接取り扱う職務、(2)火気発生の蓋然性が高い物質、器具、設備等を取り扱う職務、(3)火災の発見、防止を任務とする職務、と考えているといわれる⁽³¹⁾。そこから、一一七条の二における業務は、「二二一条の場合より厳格に解釈せられ、何らかの意味で職務上の地位と関連づけられていることは明白である⁽³²⁾」という評価が生じているし、また、「業務上過失致死傷罪における『業務』は、すくなくとも業務上失火罪における『業務』の線まで後退するべきではあるまいか⁽³³⁾」という主張もみられる。

これに対して、両者は同一のものであり、基準の表現が異なるのは、保護法益の差異に基づくものであるとする反論がある。「一方が他人の生命・身体にかかわるもの、他方が公共の危険にかかわるものという違いの反映にほかならない⁽³⁴⁾」というのである。

では、業務性の認定に関して、業務者加重処罰の実質的根拠を考慮に入れば、この問題はどのように解決されるであろうか。結論を予め提示すれば、危険な行為を行うときに特別の技術の習得が要求され、その習得の過程で危険

性ならびに危険防止に関して、当然知識を獲得することが予想される者を業務者と考えるならば、一一七条の二と二
一一七条の場合に差異を認める必要はないと思われる。

具体的な事例を素材にこれを検討してみると、第一に、一一七条の二における業務を「職務として、火気の安全に
配慮すべき社会生活上の地位」⁽³⁵⁾に限定しなければ、「家庭の主婦や愛煙家などきわめて多数の者が犯罪の主体とな」⁽³⁶⁾
るとの見解があるが、前述したところから明らかなように、そのような考慮は不要であろう。第二に、火災の発見・
防止を任務とする者は業務者に該当しない⁽³⁷⁾、とする批判がある。しかし、二一一条の場合でも危害の発生防止を義務
内容とする者が業務者とされることに疑いはないのであるから、一一七条の二について、そのような者を排除する必
要はない⁽³⁸⁾。ただし、防火業務に従事する者の業務性の認定にあたっては、業務者を加重処罰する実質的根拠を考慮に
入れることによって、合理的な限定が加えられることは前述の通りである⁽³⁹⁾。

次に、業務上失火罪の判例をみてみると、一一七条の二の規定が昭和一六年に新設されたものであるところから、
判例が十分に集積されているとはいいがたいが、概ね妥当な判断が下されているように思われる⁽⁴⁰⁾。例えば、従来の判
例より業務の範囲を拡大したといわれる最高裁昭和五四年一月一九日判決⁽⁴¹⁾にしても、サウナ風呂の開発・製作担当
者には、「火災の発生を未然に防止するため⁽⁴²⁾にとくに配慮すべき義務がみとめられ、かつそのための知識経験を持つ
ことが期待できたと考えられるので」、業務性が認められたのは妥当であろう。ただし、判例には、教室の火気取扱
責任者である教師（福岡高判昭和三七年二月二六日高検速報八六七号）、自動車の運転手（福岡高宮崎支判昭和四一年
三月一五日下午刑集八巻三号三七二頁、最決昭和四六年二月二〇日刑集二五巻九号一〇八六頁）、日光薬師堂の承仕
（東京高判昭和四七年七月二一日高刑集二五巻三号三一六頁）を業務者と認定したものがあがるが、前述したように、

当該行為者の経験が、特別の注意能力を期待されてしかるべきものであったかいなかを具体的に検討すべきであつたと思われる。もっとも、この問題は、防火教育の普及によって解消されるものであろう。防火の任務に従事する者に適切な防火管理講習が実施されていれば、そのような者を業務者と認定することに支障はないからである。

以上の検討から、この問題に関しても、業務性の存否について、業務者を加重処罰する実質的根拠に考慮を払えば、一一七条の二と二二一条の業務は統一的に解釈できることが明らかになつたと思われる。業務上過失という同一の文言が用いられている以上、特段の不都合が認められない限りは、解釈論としても統一的に理解されるのが望ましいのであるから、ここでも、業務者加重処罰の実質的根拠を考慮に入れることの重要性が確認されるであらう。

五 これまでの考察によって、業務性存否の判断にあたっては、判例が従来基準としてきた(1)危険事務性、(2)反復継続性、(3)社会生活上の地位という形式的な三要件を適用する際に、業務者とは、生命・身体に危害を加えるおそれのあるものを取り扱うときに特別な技術の習得が要求され、その習得の過程で危険性ならびに危険防止に関して、当然知識を獲得することが予想される者であるとする実質的な判断基準を導入する必要性が明らかになつたと思われる。これによって、業務者とされる範囲に合理的な限定が加えられ、したがって、判例の「業務」の意義に対して寄せられてきた「拡張解釈」という非難も解消することとならう。

では、業務者加重処罰の実質的根拠を考慮に入れるだけでなく、端的に、このような実質的判断基準を従来の最高裁の三要件に代えて採用する方が妥当ではないのか。確かに、形式的基準——三要件の形式的な適用によって、判例の間には齟齬をきたしているように見受けられるし、また他方、実質的基準を採用するときは、業務上過失の刑の加重理由、重過失・単純過失・業務上過失の異同、一一七条の二と二二一条の業務概念の統一的理解などの利点が認めら

れる。しかし、最高裁判例の形式的基準——三要件は、戦前の大審院判例から築きあげられてきたものであり、実務にも完全に定着していると考えられる。また、柏井判事は、実質的基準と、判例の採用する三要件——客観的基準との関係について触れられ、「形式的基準を無視するわけにはいかない。むしろ、それは、実務上大いに役立っている」⁽⁴³⁾とされ、形式的基準の利点として立証活動を容易にすることを挙げられている。したがって、業務性の認定にあたっては、形式的基準を適用する際に、業務者加重処罰の実質的根拠を考慮に入れていくという方向が妥当であると考えられる。従来より複雑化した新しい過失犯の出現が見られる今日、その必要性はより大きくなることが予想されよう。実質的基準の重要性が改めて認識されるべきであると思われる。

(1) 三井・最高裁判所判例解説刑事篇昭和三三年度二四九頁。

(2) 例えば、阿部純二「刑法二二一条の業務の意義」別冊ジュリスト四八号(昭和五〇年)一七二頁。

(3) 山本卓「東京地裁における自動車交通事故の現況と問題点」判夕一九二号(昭和四一年)四八—四九頁参照。なお、自動車運転について類型化を試みたものとして、萩原昌三郎「自動車等の業務性について」司法研修所論集四九号(昭和四七年)四六頁以下がある。

(4) 香川達夫「刑法解釈学の諸問題」(昭和五六年)二六九頁。

(5) 大野真義「刑法第二二一条にいわゆる業務の概念について——判例を中心として——」阪大法学六一号(昭和四二年)三五頁。

(6) 前野茂「乗用物操縦者の業務上過失に就て(一)」法曹会雑誌六卷一〇号(昭和三年)四頁以下(とくに一八一—一九頁)、柏井康夫「業務上過失における業務性」ジュリスト三五五号(昭和四一年)五七頁以下参照。

(7) 大谷實「刑法各論の重要問題(上)」(昭和五七年)一〇八頁。

(8) 危険防止を職務とする場合については、注(38)参照。

(9) 東京高判昭和三五年一月一二日は「その仕事は職業としてまたは職業に関連してなされたものか否か……は問わない」としている(高刑集一三卷九号六四九頁)。

- (10) 植松正「再訂刑法概論Ⅱ各論」（昭和五〇年）二七二―二七三頁。
- (11) 団藤重光「刑法綱要各論」（改訂版・昭和六〇年）四二二頁。
- (12) 福田平「業務上過失致死傷罪における業務」ジュリスト増刊刑法の判例第二版（昭和四八年）二二二頁。
- (13) 静岡簡判昭和三五年七月四日下刑集二卷七〇八号一〇七頁。
- (14) 福田前掲論文二二二頁。
- (15) 藤木英雄「業務上過失致死傷罪」注釈刑法（5）（昭和四三年）一一八頁は、「外見上同性質の行為でも、保育施設の経営者・職員、下宿・旅館の管理者・使用人の行為は、業務としての条件をそなえている」とされる。同旨泉二新熊「日本刑法論・各論」（増訂四二版・昭和六年）五六〇―五六二頁。ただし、一人で多数の園児を監督する場合などには業務者としての注意義務が要求されるのは無論である。
- (16) 東京高判昭和四四年一月一五日判時九六七号一三三頁。
- (17) 泉二・前掲書五六二―五六三頁は、自転車について、自転車「メッセンジャーボーイ」は特種の社会的活動として区分されるので業務になるとする。自転車の運転は、「客観的に高度な危険性をもつとは考えられないから……業務とは把握できない」というのは、鈴木享子「業務上過失致死傷罪―『業務』の意義」福田Ⅱ大塚編「演習刑法各論」（昭和四七年）一九八頁。同旨藤木前掲論文一二九頁。
- (18) 犬の飼育については、業務性を否定した前掲名古屋高裁昭和三六年七月二〇日判決と、これを肯定した東京高裁昭和三四年一月一七日判決（高刑集二二卷一〇号一〇二六頁）があり、最近では、土佐犬の飼育方法・飼育態度が余りにもずさんで無責任であったため、近づいた幼児が咬み殺された事例で、飼い主に重過失致死罪の成立が認められている（札幌高判昭和五八年九月一三日刑裁月報一五卷九号四六八頁）。なお、この判例には、植松博士の評釈がある（「時の法令」一二二六号三〇頁）。
- (19) 阿部・前掲論文一七三頁参照。阿部教授は、「家庭という個人の生活圏内で行なわれているかぎり社会的な危険はない」といわれているが、特別な注意能力を期待されてしかるべき地位にあれば業務性を認めるべきであろう。
- (20) 青柳文雄「刑法通論Ⅱ各論」（昭和三八年）一七三頁。
- (21) ただし、判例には、教室の管理責任者である教師に対して、火気取締責任者として業務上失火罪の成立を認めたものがある（福岡高判昭和三七年二月二六日高検速報八六七号）。一方、単純失失罪を適用した事例もある（昭和簡判昭和四四年二

月一〇日学校事故学生処分例集二七八三・七。

- (22) 前野・前掲論文一九頁。
- (23) 柏井・前掲論文五七頁。
- (24) 団藤重光「刑法綱要総論」(改訂版・昭和五四年)三三二頁。
- (25) 須々木圭一「重過失―刑事政策学より見た刑法学の限界序説―」日沖還暦記念「過失犯(2)」(昭和四一年)四二三頁。
- (26) 大谷實「刑法各論」(昭和五八年)七〇頁。
- (27) 井上正治「業務過失における業務の意義」法政研究二五卷二一四号(昭和三三年)二七五頁以下参照。
- (28) 藤木・前掲論文一七九頁参照。
- (29) 仙台高判昭和三〇年一月一六日裁特二卷二三号一〇五―一〇六頁参照。
- (30) 最近の事例としては、自転車に「けんけん乗り」をして、赤色信号を見落とし、横断歩道上の歩行者に突っ込んで傷害を負わせた事案について、重過失傷害罪の成立が認められたものがある(東京高判昭和五七年八月一〇日刑裁月報一四卷七〇八号六〇三頁)。なお、本件評釈として、清水洋雄「自転車が惹き起こした重過失傷害の事例」秋田法学三卷三二―三三頁参照。
- (31) 木村栄作「ディーゼル・エンジン自動車の運転者の失火と業務上失火罪の成否」警察学論集二五卷五号(昭和四七年)一―二三頁、稲田輝明「サウナ風呂の開発・製作の担当者がその構造につき耐火性を検討・確保しなかった場合と業務上失火罪の成否」ジリスト七―一三三号(昭和五五年)八五頁参照。なお、最判昭和三三年七月二五日刑集一二卷一二号二七四六頁は、業務を「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または一部としているもののみに限らず、火災等の発見防止の任務にあたる夜警の如きをも包含するものと解するを相当とする」と述べている。
- (32) 大野真義「業務上過失致死傷罪における業務性」宮沢浩一・大野真義編「判例演習講座刑法Ⅱ(各論)」(昭和四七年)一八二―一八三頁。
- (33) 内田文昭「業務上過失致死傷罪における業務」平野龍一編「刑法判例百選Ⅰ総論」(昭和五三年)一五一頁。
- (34) 船山泰範「過失の性質・種類」西原他編「判例刑法研究3責任」(昭和五五年)一七二―一七三頁。
- (35) 大塚仁「刑法概説(各論)」(昭和五五年)三〇三頁。
- (36) 同三〇四頁。

- (37) 秋山哲治「夜警の業務が刑法一一七条の二の業務に該当するか」同志社法学五二号（昭和三四年）三四―三五頁。
- (38) 船山・前掲論文一七二頁参照。なお、危害の発生防止を義務内容とする職務の代表的な例は、登山、水泳等の際の引率教師である。判例としては、山岳事故につき、札幌地判昭和三〇年七月四日判時五五号三頁、山形地判昭和四九年四月二四日判時七五号三九頁（本件評釈として、山火正則「顧問教師の引率登山の業務性と遭難事故の責任」季刊教育法一三号一―六頁参照）、水泳事故につき、津地判昭和三三年四月一〇日判時一五六号一頁などがある。
- (39) 本論文一五三頁参照。
- (40) 業務上失火罪の判例について詳しくは、森本宏「判例から見た防火管理責任論」（昭和五四年）、防火管理研究会編著「誰にもわかる防火管理責任」（昭和五六年）参照。
- (41) 刑集三三卷七号七二八頁。
- (42) 野村稔「サウナ風呂の開発・製作の担当者と業務上失火罪」ジュリスト七一八号（昭和五五年）二〇〇頁。
- (43) 柏井・前掲論文六〇頁。

五 立法的解決

一 これまで見てきたように、現行刑法の過失の分類は複雑であり、その解釈にもあいまいな点がみられた。そして、そのことを背景にして、業務上過失の規定の存在意義には早くから疑問が投げかけられていた。たとえば、「（業務上過失と単純過失との）区別を設くるの必要毫もなく一律に過失に因り人を死傷せしめたる罪を規定するを以て足り之に対する科刑の範囲を広め刑の量定は判事の裁量に任して然るべきもの⁽¹⁾」とされ、あるいは、「立法論トシテ考フルトキハ、業務上ノ過失ニ付特ニ加重ノ規定ヲ設クル点ニ付テハ疑アリ。何トナレハ、其ノ場合ニ於テモ畢竟善良ナル管理者ノ注意ヲ欠キタルニ於テ他ノ場合ト區別スヘキモノナケレハナリ⁽²⁾」と述べられていたのである。

その後、この説はさらに二つの論拠を得ることになる。第一は、刑法の一部改正によって、昭和一六年に重失火罪、昭和二二年に重過失致死傷罪の規定が新設されたことに伴い、業務上過失は重過失の一類型にほかならないので業務上過失の規定は不要になった⁽³⁾、とするものである。第二は、現行刑法二二一条の母法であるドイツ刑法において業務上過失の規定が一九四〇年に廃止されたことである。これによって、諸外国には「業務上過失および重過失を特別の類型としたものは見当たらない」こととなった⁽⁴⁾。

ドイツでは、業務上過失の解釈を巡って、我が国とほぼ同様の見解の対立がみられた⁽⁵⁾。また、判例にも、自動車の運転に関して、休業中の運転を業務ではないとする一方で、娯楽のための運転を業務とするなど矛盾がみられた。このような事態に対して、たとえば、当時の判例を分析・検討した Plass は、ドイツの判例の底流には、業務者とは「一般人よりも優れた判断と専門知識」(Die bessere Einsicht und Sachkunde) を有する者である、という判断基準が存在することを指摘したが、判例には矛盾がみられるところから、自己の結論としては、業務者に対する信頼を裏切ったところに刑の加重根拠を求める「信頼説」の立場を妥当としていたのである⁽⁶⁾。

このような状況の下で、ドイツでは、一九二七年の刑法改正草案の段階から業務上過失の規定は削除されている。「一般の刑の範囲内で十分考慮できる」⁽⁷⁾ というのがその理由であった。そして、その後も「拡張された刑率の範囲内に於て義務違反の程度を正しく評価することは、裁判官に一任して可なりである。従来は職務上、職業上若は営業上の義務を指示した為、裁判をする上に好ましくならぬ形式主義に墮し、実質上理由のない区別を導くに至った⁽⁸⁾」とか「(業務上過失の) 斟酌は刑の量定に関する事項に属する」⁽⁹⁾ といった評価がなされ、最終的に業務上過失の規定は一九四〇年に削除されたのである。

このような経緯をふまえて、我が国では、平野博士が、「業務上過失の概念に対して学界から基本的な疑問が提起されないのが、むしろ奇妙だといってよい。業務上過失の規定は、削除すべきである⁽¹⁰⁾」と主張された。

だが、我が国の改正刑法草案では業務上過失の規定は存置されている。その理由は、重大な過失の立証・認定に大きな困難が伴うこと、また、危険な業務に従事する者には通常の者よりも高い注意義務を負わせる必要があるということ⁽¹¹⁾にあった。

二 では、本稿のように業務上過失加重処罰の実質的根拠を考慮に入れた場合は、立法問題として、業務上過失の規定は存置されるべきであろうか。結論を予め述べれば、この場合は業務上過失規定不要論からの批判は回避できるように思われる。つまり、この立場に従えば、重過失・単純過失・業務上過失の区別も従来より明確となり、業務性の存否についても、反復継続の意思という主観的要件の客観化が試みられている。さらに、ドイツで一九四〇年に業務上過失の規定が削除された後、我が国では四〇年余りの間に多数の事例が集積されており、判例法の定着が看取される。また、他方では、危険な物を取り扱う際に特別の技術の習得が要求されるという場合は増加を続けており、今後も同様の事態が予想される。そうだとすると、刑の一般予防という見地から、業務上過失という類型を加重処罰することにも相当の理由があると考えられる。したがって、業務上過失の規定を存置した改正刑法草案の立場は基本的には妥当であろう。

ただし、改正刑法草案の規定に問題がないわけではない。第一は、自由刑の上限の問題である。二二一条の自由刑の上限は昭和四三年に三年から五年へと引き上げられ、それは草案にも引き継がれているが、その相当性には疑問がある⁽¹²⁾。第二は、単純過失に関して自由刑が規定されたことである。失火罪については、「火を出す」という基本的な行

為については認識がありながら、公共の危険の発生に関する認識を欠く場合も本条に含まれること⁽¹³⁾や「被害が広範囲に及ぶ危険が大きいこと」⁽¹⁴⁾などを考慮して、罰金のほかに一年以下の禁錮が規定された。また、単純過失傷害罪にも、選択刑として新たに拘留が加えられ、単純過失致死罪には二年以下の禁錮及び拘留が規定されることとなった。その立法理由は以下の通りである。過失傷害罪については、「本条の罪は、飲酒等による粗暴な態度が原因となる場合もあり、必ずしも拘留になじまない罪ではないこと、改正草案における拘留については、厳格な訓練と適切な生活指導を中心とした処遇を行うことが予定されており、過失犯人に対しても効果的であると考えられること、単純過失による傷害についても自由刑を相当とする場合があることなどが考慮されて、拘留を加えることとなった⁽¹⁵⁾。過失致死罪については、「過失ではあっても人の死の結果が生じている場合であるから、生命尊重の見地からみて最高刑が罰金では低きに失し、ことに、多数の人命が失なわれたような場合には、自由刑を相当とする事案が少なくないこと、単純過失致死傷罪と業務上過失致死傷との法定刑の差が大きいため、業務上過失致死傷罪における『業務』の概念が、判例実務上やや広がりすぎているくらいがあることなどから、禁固を規定することとされた⁽¹⁶⁾」。

しかし、第一に過失傷害に対して短期自由刑を科すことには問題がある。理由は、この場合に、交通犯罪者の集禁処遇を念頭においているようであるが、理由書が作成された当時と現在の集禁処遇の評価には変化が生じており、自由刑一般の効果についても評価は分かれている⁽¹⁷⁾。やはり、可能な限り自由刑は回避されるべきであろう。第二に、業務の概念が判例実務上拡大されていることが単純過失の刑の引き上げの理由とされていることは首肯できない。なぜならば、業務性の認定に関して業務上過失加重処罰の実質的根拠を考慮に入れるときには、業務概念の拡大にそれほど不合理性は認められないし、さらには、業務上過失の規定が削除されるならばともかく、単純過失の刑の引き

上げによって業務概念の縮少が実務で行われるという保証はないからである。現実に、昭和二三年に重過失致死傷罪の規定が設けられて以降、判例において業務概念の縮少が行われたわけではない。改正刑法草案立案者の考え方からすれば、重過失が加重処罰されたことによって、業務性の認定に変化が生じたはずである。このことを考えると、改正刑法草案のような規定では、単純過失の刑を引き上げるだけという結果を招くおそれがある。

このように、改正刑法草案の業務上過失についての立場には賛成できない。本稿の立場では、現行刑法の規定によって十分に妥当な結論が得られると思われる。変更を求めるとすれば、二二一条の自由刑の上限を引き下げることである。結論としては、過失犯を分類する形式は、昭和四三年の刑法一部改正以前のものが最も妥当であるということになる。

(1) 前野茂「乗用物操縦者の業務上の過失に就て(二)」法曹会雑誌六卷一一号(昭和三年)五六頁。

(2) 牧野英一「重訂日本刑法上巻」(昭和十二年)二二一頁。また、草野判事も「業務と云ふ觀念を払拭し去るに如かないのではあるまいか」とされていた(草野豹一郎「刑法二百十一条に所謂業務の意義」同「刑事判例研究第五卷」〔昭和十五年〕一六四頁)。

(3) 井上正治「業務過失における業務の意義」法政研究二五卷二―四合併号(昭和三年)二七五頁以下参照。

(4) 沢登俊雄「比較法的にみた日本刑法の特色」平野龍一・平場安治編「刑法改正の研究2各則」(昭和四八年)三三頁。

(5) ドイツの一九四〇年以前の状況については、草野豹一郎「刑法二百十一条に所謂業務上の過失の意義」同「刑事判例研究第三卷」(昭和十二年)二八六頁以下、井上・前掲論文二八七頁以下参照。

(6) Karl=Heinz Plaas, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur qualifizierten Fahrlässigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 305, 1932, S. 13 u. 24ff.

(7) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927, S. 135. なおこの訳書である「一九二七年独逸刑法草案並に理由書」司法資料一二六号(昭和三年)五三三頁参照。

- (8) Gleispach, Tötung, in: Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 1936, S. 380. 本書は直接参照できなかったので訳書〔将来の独逸刑法「各則」上〕刑法委員会事業報告 司法資料二三六号一三二頁〕によった。
- (9) Mezger, Körperverletzung, in: Das kommende deutsche Strafrecht, S. 394, 訳書一五四頁。
- (10) 平野龍一「過失傷害の罪」平野龍一・平場安治編「刑法改正の研究2各則」二九六頁。
- (11) 西原春夫「刑法総論」(昭和五三年)一八六頁。
- (12) 詳しくは、拙稿「交通犯罪者の処遇」同志社法学一七一号(昭和五七年)一〇七頁以下参照。
- (13) 法務省刑事局編「法制審議会 改正刑法草案の解説」(昭和五〇年)二一九頁。
- (14) 同二一五頁。
- (15) 同二七六頁。
- (16) 同二七七頁。
- (17) 前掲拙稿二二八頁以下参照。

六 その他の業務

刑法には、業務上過失以外に、業務者の刑を加重するものとして二五三条の業務上横領と二二四条の業務上墮胎が規定されており、それに加えて、業務が保護の対象とされている二三三条の業務妨害と業務者であることによって違法性が阻却される三五条の正当業務の規定が置かれている。ここでは、業務上墮胎罪を除く業務について、これまでの考察をふまえて、その業務概念を検討する。

(1) 業務上横領 行為者が業務者という身分を有することによって単純横領よりも刑が加重される場合であり、業務概念は基本的に二二一条の業務上過失の「業務」と異なる⁽¹⁾ところはない、といわれている。そして、この立場は

判例の採用するところでもある。判例における業務概念は戦前にほぼ確立されているが、それによれば、「刑法二五三条ニ所謂業務ハ職業若クハ職務ヲ汎称スルモノナルカ故ニ自己ノ事務トシテ行フ場合ナルト他人ノ事務トシテ行フ場合ナルトヲ問ハス」（大判明治四四年三月一六日刑録一七輯二八六頁）、「苟モ一定ノ事務ヲ常業トシテ行フ以上ハ等シク……業務ニ該当スルモノニシテ其業務ノ法令若クハ慣例ニ因ルト将タ契約ニ因ルト又ハ之ニ因リテ生活上ノ利益ヲ得ルモノナルト否トヲ問フコトナシ」（大判大正三年六月一七日刑録二〇輯一二四五頁）、「業務トハ必スシモ独立シテ自己ノ経営スル事業タルヲ要セス又他人ノ業務ヲ分担執行スル者ノ権限カ自己ノ意思ニ依リ適宜裁量ノ余地アルコトヲ必要トスルモノニアラス」（大判大正一四年二月一八日刑集四卷六三三頁）、「業務トハ職務若クハ職業トシテ継続的ニ行フ一定ノ事務ノ汎称ニシテ其事務ノ性質カ継続的ナルコト若クハ其事務ヲ以テ収入ノ目的ト為スコトヲ必要トセス」（大判明治四五年三月四日刑録一八輯四四頁）、「業務上ノ占有ハ他人ノ物ノ占有保管ヲ主タル職務又ハ営業トスル場合ニ於ケル占有ノミニ限局スヘキモノニ非ス苟モ職務又ハ営業ニ付随シテ他人ノ物ヲ占有保管スル以上ハ……業務上ノ占有ニ該当スル」（大判大正一一年五月一七日刑集一卷二八二頁）、「業務トハ法令若クハ契約慣習等ニ依リ適法ナル行為ヲ反復スル場合ハ勿論其他本質上違法性ヲ帯ヒサル行為ノ反復ヲ指称スルモノ」（大判大正九年四月一三日刑録二六輯三〇七頁）と解されており、この立場は戦後の下級審にも引き継がれている⁽²⁾。ただし、業務上過失の場合とは異なり、危険事務性の要件が必要とされないのはいうまでもない。したがって、業務上横領における業務とは、「社会生活上の地位にもとづいて反復または継続して行われる事務⁽³⁾」と定義されることになる。

だが、このような判例の見解についても、これまでの考察に従えば、業務上横領加重処罰の実質的根拠を明らかにする必要があろう。そこで、まず業務上横領の刑の加重根拠をみると、二五三条の場合に単純横領の刑が加重される

理由としては、(1) 犯人と多数者との間の信頼関係を破るものである、(2) 法益侵害の範囲が広く、頻発のおそれが多い、(3) 一般予防のため、ということが挙げられるのは、二二一条の場合とほぼ同様である。しかし、業務上過失とは異なり、横領罪では、違法・責任による加重横領・単純横領というような区別は設けられていない。したがって、この場合は、「他人の物を占有する業務を行う者は横領行為を犯す可能性が高いため、社会の信頼を確保する目的から」⁽⁵⁾ 刑が加重されていると考えなければならない。

次に、業務上横領加重処罰の実質的根拠は、以下のようなものであると考えられる。すなわち、日常生活Ⅱ自然的生活以外の場面において(社会生活上の地位に基づいて)、反復・継続して財物の委託・保管の行われる場合があるが、そのときには特別の信頼関係が発生し、それを破った場合に保管者が加重処罰される、ということである。したがって、ここでも反復・継続については、その意思で足りるか、それとも実績を必要とするかという基準ではなくて、信頼関係が発生していたか否かを考慮する必要がある。つまり、保管の職務・地位に任命されていた場合は、初めて職務に就いた際に横領行為を行ったときでも業務上横領とされるが、それに対して、二、三回財物を保管した場合でも特別の信頼関係が存在していないときは、業務者とは認められない、ということになる。判例では、見習い社員について業務者と認定したものが⁽⁶⁾あるが、見習い社員といえども継続的に財物の保管に従事していた以上は、委託者との間に特別の信頼関係が認められるのであるから、妥当な判断であろう。ただし、保険会社の外務員が、契約者から懇請されて、集金の権限を与えられていない保険料を預かり、保管中にこれを費消した場合に業務上横領罪の成立を否定した判例⁽⁷⁾は、専ら被告人に集金の権限のないことを理由として単純横領罪が成立するにすぎないとしているが、さらに信頼関係の有無を認定すべきであったと思われる。

(2) 業務妨害 業務が保護法益として規定されている場合であり、ここでも、業務概念は、基本的に二二一条の業務上過失のそれと異なるところはない、とするのが通説・判例の立場である。⁽⁸⁾ すなわち、判例によれば、「刑法第二百三十三条ニ所謂業務ハ公務ヲ除ク外精神的ナルト経済的ナルトヲ問ハス汎ク職業其他継続シテ従事スルコトヲ要スヘキ事務又ハ事業ヲ総称スルモノトス」(大判大正一〇年一〇月二四日刑録二七輯六四三頁)、「刑法第二百三十四条ニ所謂人ノ業務トハ犯人以外ノ者ノ業務ヲ謂ヒ其ノ自然人タルト将タ其ノ他ノ集団タルトヲ問ハサルモノトス」(大判大正一五年二月一五日刑集五卷三〇頁)。したがって、業務妨害罪における業務とは、「自然人、法人その他の集団が社会生活上の地位において、あるいはこれと関連して行う職業その他の継続して従事することを必要とする事務(仕事)をいう⁽⁹⁾」と定義される。

ただし、ここでは、「目的論的な差異が生じ⁽¹⁰⁾」、二二一条の場合とは異なった解釈が要求されるとするのが通説である。第一に、業務が、危険を伴うものや危険の発生を防止するものに限定される必要がないのは業務上横領の場合と同様であるが、第二に、娯楽のための自動車運転や狩猟は、「業務として刑法による保護をあたえられるのにはふさわしくない⁽¹¹⁾」として、保護の対象から除外される。第三に、刑法上の保護に値する業務でなければならぬので、違法な業務も保護の対象とされない。ただし、業務が平穩に行われていれば、保護に値するのであるから、当該行為についての権利や免許を有しないときであっても、業務と認められる場合はある。⁽¹²⁾

しかし、これらの通説・判例には批判がある。第一は、業務が経済活動に限定されるべきであるとするものである⁽¹³⁾。第二は、これと関連して、継続性の要件に疑問を提起するものである。平野博士は、「何故継続して行なわれる行為は刑法による保護に値し、一回しか行なわれない行為はそれに値しないのか明らかでない」とされた後で、業務

を「職業またはこれに準ずるもの」に限定することによって、業務概念の明確化をはかるべきであるとされている。⁽¹⁴⁾

ここでも、業務が何故保護されるのかという実質的根拠を明らかにすることが、問題の解明に資すると思われる。すなわち、業務が、刑法によって保護法益とされているのは、個人の社会生活上の地位に基づく人格的活動の自由を保護するためであると考えられる。⁽¹⁵⁾ 人が、社会生活上の地位に基づいて、換言すれば、自然的・日常生活以外の場で、反復継続して行う活動を妨害されるのを放置するときには、活動の継続が困難となり、人格的活動の自由が著しく損なわれるからである。したがって、ここで業務を経済的活動に限定する必要はないし、また、反復継続性の要件も維持されるべきであろう。戦後の下級審の判例には、政党の結党大会を業務としたものと大韓民国青年団支部結成式の業務性を認めなかったもの⁽¹⁷⁾があり、平野博士によって前述のような批判がなされたのであるが、業務を保護する実質的根拠を考慮に入れる本稿の立場からは、これらの判例は妥当なものと解されることになる。

では、社会生活上の地位に基づいて反復継続される自動車の運転は、娯楽のためであるときは、業務として保護されるに値しないのであろうか。自動車の運転は、タクシーのような営業としてなされる場合は保護に値し、そうでない場合は、刑法による保護の対象とならないというのは、あまりにも形式的な解決ではなからうか。ここでも、本稿の見地からは、社会生活上の地位に基づいて反復継続される限り、自動車の運転も業務として保護されるという帰結が導かれることになる。ただし、娯楽のための運転が妨害され、それ以降の運転の継続が困難になるといような事例は稀であり、その意味では、「この種のもは業務として刑法による保護をあたえられるにはふさわしくない」⁽¹⁸⁾のであろう。しかし、何故ふさわしくないのかという「実質的根拠」を業務性の認定の際に考慮に入れることによつて、真に保護されるに値するものを選別すると同時に業務概念の明確化をはかるべきであり、業務妨害罪においても

業務概念の再構成が必要であるという点では、これまでの「業務概念と基本的に異なるところはない」のである。

(3) 正当業務 刑法三五条は、「法令又ハ正当ノ業務ニ因リ為シタル行為ハ之ヲ罰セス」と規定して、正当業務行為を違法阻却事由の一つとして掲げている。「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復継続して行われる行為であり、「必ずしも経済的な対価を追求する『職務』である必要はない⁽¹⁹⁾」とされている。ここでも、業務概念の基本的な部分は、二一条の業務上過失のそれと同一である。しかし、一般に、違法性阻却の根拠は、業務行為ということから正当行為へと移ってきており、業務行為は「正当」な行為の例示にすぎないといわれている。また、町野教授は、このことを背景として、「違法阻却を結論するために、必ずしも具体的な条文にこだわらない、という『超法規的』考え方が実務の上でも定着している状況において、正当業務行為条項を維持する実務的必要性があるとは思われない⁽²¹⁾」として、この条項を削除すべきだとされた。

しかし、本稿の見地からは、正当業務行為の規定を維持することには意義が認められよう。業務自体が正当なものであり、当該行為が業務の正当な範囲に属しているときには、形式的には構成要件に該当するものであっても、「業務上正当な行為である以上は、実質的違法性の判断をまつまでもなく適法とされる⁽²²⁾」のが妥当であると考えられるからである。さらに、これまでの考察に従えば、業務上過失が加重処罰されるのは、危険な事務を反復継続して行おうとする者には特別の注意義務が要求されるからであったが、このことを犯罪の成立を阻却する方向から考えてみると、個々の業務において要求される基準を遵守して行動している場合には、たとえその行動が法益侵害の結果をもたらしたとしても、その行為の違法性は阻却されるのが合理的であると思われる。このことは、正当業務の代表的な例として挙げられる医師の治療行為、弁護士の本業活動、相撲、ボクシング等のプロ・スポーツ、新聞記者の取

材活動などに最もよく妥当するであろう。さらに、プロ・スポーツでなくとも、適切な基準に基づいて行われている以上、アマチュア・スポーツであっても、違法性が阻却されるのは当然であり、業務をこのように広く解釈することは、二二一条との関連で、「刑法解釈の統一性という観点からも必要なことであろう」⁽²³⁾。

判例では、医師、弁護士、新聞記者の職務活動につき、正当行為であるとの主張を排斥したものが⁽²⁴⁾あるが、何れも当該職業において遵守されるべき基準を逸脱したものであり、実質的な違法判断に入る必要性の認められる場合であったので、それ以前の段階で違法性阻却を認めなかった点は妥当であろう。ただし、生徒を学校へ連れ戻す際に有形力を行使した教師の行為を正当業務行為とした事例と、⁽²⁵⁾牧師が犯人を蔵匿した行為を牧会（正当業務）行為として違法性が阻却されるとした判例⁽²⁶⁾は、職務にあたって要求される基準を逸脱したかいなかの問題に関わるものではないと考えられるので、実質的な違法判断に入り、その行為の社会的相当性を判断すべきであったと思われる。

- (1) 団藤重光「刑法綱要各論」（改訂版・昭和六〇年）六二三頁。
- (2) 例えば、高松高判昭和二七年三月二五日判特一七号五〇頁、東京高判昭和三〇年三月一九日裁特二卷六号一六二頁、東京高判昭和三二年一月二三日裁特四卷五号六七頁、東京高判昭和三九年一月二一日高刑集一七卷一号八二頁など。
- (3) 大谷實「刑法講義各論」（昭和五八年）三一頁。
- (4) 大塚仁「注解刑法（増補第二版）」（昭和五二年）一一九五頁。
- (5) 大谷・前掲書三一頁。
- (6) 福岡高判昭和二五年七月二一日判特一一号一四六頁。
- (7) 東京高判昭和三三年三月二一日裁特五卷四号一一頁。
- (8) 団藤・前掲書五一七頁、大塚仁「刑法概説各論（増補二版）」一三六一―一三七頁。
- (9) 大谷・前掲書一四三頁。

- (10) 団藤・前掲書五一七頁。
- (11) 同書五一七頁。
- (12) 大谷・前掲書一四三頁。
- (13) 藤木英雄「刑法講義各論」（昭和五一年）二四九頁。
- (14) 平野龍一「刑法概説」（昭和五二年）一八六頁。
- (15) 大谷・前掲書一四三頁。
- (16) 東京高判昭和三七年一〇月二三日高刑集一五卷八号六二二頁。
- (17) 東京高判昭和三〇年八月三〇日高刑集八卷六号八六〇頁。
- (18) 団藤・前掲書五一七頁。
- (19) 西原春夫「刑法総論」（昭和五二年）二三一頁。
- (20) 中山研一「刑法総論」（昭和五七年）二九七頁。
- (21) 町野朔「違法阻却事由としての業務行為——スイス刑法三二条を中心として——」団藤古稀記念論集第一卷（昭和五八年）二二四頁。
- (22) 大谷實「刑法三五条における業務——牧会行為を業務行為とした判決」同「刑法解釈論集Ⅰ」（昭和五九年）六一頁。
- (23) 西原・前掲書二三一頁。
- (24) たとえば、釧路地判昭和四七年四月五日刑裁月報四卷四号七一頁（医師）、大判大正七年四月二〇日刑録二四輯三五九頁、最決昭和五一年三月二三日刑集三〇卷二号二二九頁、札幌地判昭和四七年二月二五日判夕二九五号四一九頁（弁護士）、最決昭和五三年五月三十一日刑集三二卷三号四五七頁（新聞記者）など。
- (25) 旭川地判昭和三二年七月二七日判時一二五号二八頁。
- (26) 神戸簡判昭和五〇年二月二〇日刑裁月報七卷二号一〇四頁。

以上、業務上過失致死傷罪に関する判例を中心として、刑法における業務概念を検討してきたが、そこから得られた結論は、業務性の認定にあたっては、最高裁の形式的基準（三要件——社会生活上の地位・反復継続性・危険事務性）を適用する際に、業務上過失加重処罰の実質的根拠を考慮に入れるべきであるということであった。実質的根拠とは、生命・身体に危害を加えるおそれのあるものを取り扱うときに特別の技術が要求され、その習得の過程で危険性ならびに危険防止に関して、当然知識を獲得することを予想される者が業務者であり、したがって特別の注意義務が課され、それを怠った場合に加重処罰されるということである。このような実質的基準を導入することによって、業務概念は従来よりも明確化されることになり、業務性の認定も容易になることと思われる。また、刑法における他の業務概念の明確化にも資するところがあることも明らかである。刑法解釈の統一のためにも、実質的基準の導入が検討されるべきであろう。

判例は、刑法定制以降かなりの事例が集積されており、概ね妥当な結論が導かれているといつてよい。判例の結論が妥当であるということは、当罰性において妥当であるということにほかならないが、そこに至る論理には、いま一つあいまいなものがあり、そのことから諸判例の間に齟齬をきたすことになったし、業務性の議論においても無用の混乱を生じることになった。したがって、業務概念が明確にされ、業務性の認定が厳密になされることが要求されているというべきであり、本稿は、その一つの方向を摸索するものであった。ただし、これまでに見てきた諸事例に当罰性が認められるとしても、それらを「業務」という文言で包摂しきれるかどうかは確かに疑問であり、立法的に解決をはかることが望ましいといえよう。刑法改正の際には、さらに検討が加えられるべきであると思われる。