HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法の経済分析研究会(5) : 研究会・法人処罰と過失犯論
Citation	新世代法政策学研究, 5, 315-404
Issue Date	2010-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43734
Type	departmental bulletin paper
File Information	5_315-404.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

≪法の経済分析研究会(5)≫

研究会・法人処罰と過失犯論

報告者
　樋口　亮介〔東京大学法学部〕
コメンテーター
　瀬川　信久〔北海道大学法学部・GCOE 事業推進担当者〕
　村松　幹二〔駒澤大学経済学部〕
討論発言者（発言順）
　久保　大作〔中央大学法学部〕
　安井　哲章〔中央大学法学部〕
　町野　和夫〔北海道大学経済学部・GCOE 事業推進担当者〕
　会沢　　恒〔北海道大学法学部・GCOE 法の経済分析班班長代理〕
　加藤　貴仁〔神戸大学法学部（当時）〕
　松中　　学〔新潟大学法学部〕
　南　　健悟〔旭川大学経済学部〕
　長井　長信〔北海道大学法学部〕
　深町　晋也〔立教大学大学院法務研究科〕
　宮澤信二郎〔北海道大学法学部・GCOE 特任准教授〕
　城下　裕二〔北海道大学法学部〕
司　会
　得津　　晶〔GCOE 事業推進担当者〕

【目　次】

企画趣旨説明（司会）……317
基調報告：法人処罰と過失犯論（樋口亮介）……319
コメント１－民事不法行為法の視角から（瀬川信久）……342
コメント２－経済学の視角から（村松幹二）……348
討　論……350

【細目次】

企画趣旨説明（司会）……317
基調報告：法人処罰と過失犯論（樋口亮介）……319
一　法人処罰をめぐる議論の現状……320
１．議論の系譜……320
(1) 法人実在説の受容（1960年代まで）……320
(a) 当初の刑法学説……320
(b) 過失推定説の影響……321
(2) 組織モデルの台頭（1970年代）……323
(a) 藤木英雄による理論化……323
(b) 板倉宏による理論化……325
(3) 議論の膠着……325
２．刑法理論による法人処罰の基礎づけ……327
(1) 刑法上の諸概念の規範的論拠の探求……327
(2) 法人への刑法の適用の典型例としての同一視理論と組織モデル……327
二　日本の刑事判例にみる過失の構造……328
１．問題点……328
２．大審院判例にみる過失判断の構造とその系譜……328
(1) 過失判断の構造……328
(a) 過失判断の定式……328
(b) 信頼の原則……329
(2) 過失判断の系譜：日本の刑事判例における信頼の原則とアメリカの不法行為法……330
３．現在の判例の検討……333
三　注意義務の負担主体としての法人……334
１．判例法理の析出……334
(1) 森永ドライミルク事件……334
(2) 千日デパートビル事件……336
２．問題点の検討……337
(1) 職責の範囲の確定方法……337
(a) 危険を生じさせる積極的活動から法人・組織の注意義務が設定される場合……337
(b) 危険を生じさせる積極的活動以外から法人・組織の注意義務が設定される場合……338
(2) 信頼の原則による注意義務の免除……339
(a) 法人間における信頼の原則……339

(b) 法人・組織内部の自然人間における信頼の原則……340
①防火管理……340
②チーム医療……340
コメント１－民事不法行為法の視角から（瀬川信久）……342
コメント２－経済学の視角から（村松幹二）……348
参考資料……349
討　論……350
瀬川コメントへの応答……350
村松コメントへの応答……352
樋口報告の内容確認……354
他の法分野の権利義務と刑法の権利義務の関係……360
最安価回避者について……362
系譜の問題、「危険」概念、「法人・組織」……363
刑法と刑事訴訟法の観点の違い……370
商法・会社法の議論との関係……372
職責に応じた注意義務の確定……374
企業内の個人の賠償責任……375
法人の監督義務という問題の立て方の問題……381
法人固有の刑事責任……385
予見可能性について……388
注意義務の免除と賦課について……392
会社の規模による区分と民事・刑事による抑止対象の相違との関係……395
法人処罰の機能・法人を処罰する犯罪の範囲／法人の故意……396
会社規模による区分……400
法人処罰と捜査可能範囲との関係……404

企画趣旨説明

司会：得津晶　それでは時間になりましたので、本日の研究会を始めさせていただきます。本日は刑事法研究会およびグローバルCOE研究会の共催で、樋口亮介先生に法人過失についてご報告をいただくことになっております。まず、この研究会を始めるに当たりまして、今日の研究会の趣旨みたいなものを２分ほど、まだ間に合っていらっしゃらない先生がいらっしゃるまでの間に簡単に説明をしておきたいと思います（企画趣旨説明に

御関心のある方は得津晶「過失責任というドグマーティク」北大法学論集60巻4号をご参照ください)。

本日の研究会は法人過失、法人の過失というものを帰責事由として課すことの意味を刑法の観点から樋口先生にご報告をいただくことになっております。そして、この御報告に対して民法の観点から、とりわけ民事不法行為の観点から瀬川先生にコメントをしていただき、その後、駒澤大学経済学部の村松幹二先生に経済学、とりわけ法の経済分析といわれる立場からどのようなこと、どのような示唆が得られるのかということをコメントしていただいて、より深い洞察をしていただこうという趣旨で始めさせていただきます。

これに及びまして1点ご説明しておきたいのは、民法と刑法の対話とか経済分析と法学といった観点からすれば、こういうテーマが従来から意義深いものであるということは、おそらく争いはないと思います。このことは皆さんもご理解いただけるのかなと思うのですけれど。ただ、この財源でもあります北大GCOEとの関係で、とりわけ多元分散型統御とか方法論にこだわるといった、どちらかというと新しいことをやろうとしているこの研究会が、伝統的なテーマである法人の過失というテーマをそのまま取り扱うのはなぜかということを簡単にご説明申し上げておきたいと思います。

本日、御報告いただく樋口先生は、ご著書『法人処罰と刑法理論』の中で、法人処罰を刑法体系の中で位置付けることを、自然人処罰を念頭に置いて議論の蓄積されてきた刑法理論との接合という観点から、ご考察なさっています。これに対して、グローバルCOEは多元分散型とか、何かとりあえず新しい方法論をやろうということですので、樋口先生の方法論とGCOEの方向性は、ややもすると正面から反するような気がしないでもないのです。それにもかかわらずなぜこのような研究会を開催するのかというと、新しい方法論をやるときに、とりわけ法の経済分析なんかが典型なのですけれども、例えば会社法や、もしかしたら契約法、そういった分野は非常に受けがいいというか、相性がいいと思われている分野については研究が盛んにおこなわれているわけですが、これに対して、相性が悪いと思われている分野もあるわけです。法の経済分析で言いますと、今回は法人に特化してみましたけど、一応、刑法理論というのは、おそらく相性が悪いと思われているのではないでしょうか。

このように相性が悪いと思われているのかもしれませんけれども、実際、議論を突き合わせてみると本当に相性が悪いのかどうかというのは、やってみないと分からないので、取りあえずやってみようという趣旨でこの企画をスタートさせました。かなり挑戦的な意図で、この研究会をやらせていただくことになりました。このことによって、伝統的な法律学と法の経済分析等の機能主義的な分析との架橋という本研究会の大目標の一つに近づけるのではないでしょうか。

それでは、遅れていた先生もいらっしゃいましたので企画趣旨説明は終わりにしまして、簡単に樋口先生のご経歴を説明いたします。2002年に東京大学法学部卒業後、直ちに東京大学大学院法学政治学研究科助手に採用となりまして、指導教員は有名な山口厚先生です。

2005年に助手論文、この本にもなっておりますし、法学協会雑誌にも連載されました『法人処罰と刑法理論』という論文をご提出なされまして、2005年以降、東京大学法学部政治学研究科助教授、そして現在は准教授ということになっております。それでは樋口先生、長々と申し訳ありません、ご報告をお願いします。

基調報告：法人処罰と過失犯論

樋口亮介〔東京大学法学部〕　得津先生にご紹介いただきました樋口です。本日はGCOEの趣旨と合っているのかよく分からないんですが、得津君に北海道に来て何かやりませんと言われたので、じゃあ、やろうということになりました。テーマは「法人処罰と過失犯論」というテーマで報告させていただきたいと思います。

パートは大きく分けて3つに分かれています。

まず、法人処罰をめぐる議論の現状です。これに関しては、本年1月に著書『法人処罰と刑法理論』を出版しましたが、本日の議論に必要な範囲で概要を説明させていただきたいと思います。

その次に、先ほど得津先生からご紹介いただきましたが、刑法体系の中に法人を位置付けるというアプローチからすると、そもそも刑法体系の意味を明らかにしなければいけないということで、法人の過失を論ずる以前

に、そもそも過失の構造というのはどういうものかという点を議論します。

最後は注意義務の負担主体としての法人というテーマです。本当は、法人の過失プロパーを論じようと思っていたんですが、うまくまとまりませんでした。そこで、現在の日本の刑事判例の中には、法人を注意義務の負担主体と考えた上で、その法人の内部の自然人の刑事責任を追及していくという法理が存在するんですが、それについて説明させていただきたいと思います。内容的に私法、民法とか商法とかとも関わりが非常にあるテーマだと思いますので、質疑の方を楽しみにさせていただいております。

一　法人処罰をめぐる議論の現状

では早速、法人処罰をめぐる議論の現状について説明していきたいと思います。大きく分けて、議論の系譜と私の立場について説明させていただきたいと思います。

1．議論の系譜

法人処罰をめぐる議論の系譜は、我が国では３つの時期に分けて、説明するのが妥当かと思います。1960年代までと70年代、そして80年代以降です。

(1) 法人実在説の受容（1960年代まで）

まず1960年代までです。我が国の法人処罰をめぐる議論というのは1900年前後ぐらいから始まるわけですが、それから60年間はほとんど民法の法人実在説を受容するか否かという点だけが基本的争点になっていたと考えていいと思います。

(a) 当初の刑法学説

当初の刑法学説は法人実在説を拒否していました。もともと周知の通り、法人実在説の大家であるギールケは、機関のなすことが法人のなすことであると考えていました。従って当然、機関のなした犯罪について、法人が犯罪をなしたと考えて法人を処罰してよいと主張し、その主張に従う刑法学者も少数ですが存在しました。しかし、大多数の我が国の刑法学者は、法人実在説に基づいて法人処罰を認めることを拒否していました。

その理由ですが、私法上、機関の行為と法人の行為を同一視できるとしても、刑法上はそうではないとして、機関の犯罪は機関の犯罪であって法人の犯罪たり得ないと理解されていました。つまり、刑法上の見地から見

て同一視が不可能であるというのが論拠でした。これは当時のドイツ刑法学の通説で、日本の学者は、その議論の影響を受けていたということです。

ただ、問題は日本では明治33年以降、業務主処罰規定というものが導入されており、そこで法人処罰が認められていた点です。具体例の条文、独占禁止法95条を挙げてみます。「法人の代表者または法人もしくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人または人の業務または財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人または人に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する」。こういった条文は特に租税関係を中心に古くから我が国に定着し、実際に法人を処罰するという例も多く見られます。

そうすると、法人実在説を拒否して法人処罰はできませんよと言っているにもかかわらず、法人を処罰する条文はあるので、これをどう説明したものかという点が問題になります。この点について、明治・大正期、そして昭和初期ぐらいまでの学説は、圧倒的に代位責任で説明していました。つまり、この業務主処罰規定というのは、刑法の原則である自己責任の原則、自らの行為そして自らの精神に基づく犯罪についてのみ責任を負うという刑法の大原則の例外であって、他人の行為、他人の精神に基づく他人の犯罪について別の人が責任を負うということを認める条文である、と。したがって、肉体も精神も持たない法人であっても、他人であるところの代表者や従業員の犯罪について、この条文に基づいて刑事責任は認められるものだという説明で満足されていました。

(b) 過失推定説の影響

これが当初の議論だったんですが、これが変わるのが1930年代以降です。それは過失推定説の影響でした。先ほど申し上げました業務主処罰規定、これを代位責任で説明するというのが古くからの通説だったんですが、これに敢然と異を唱えたのが美濃部達吉先生です。

美濃部先生は周知の通り、天皇機関説事件を受けて戦争が終わるまでの間、公的に発言する機会を制約されており、それで暇だったのかもしれないんですが、行政法上の刑事罰則についてすいぶん多数論文を発表されています。刑法学者である我々からすれば非常にありがたいことですが。

当時の刑法学者の間において圧倒的通説であった、業務主処罰規定は代位責任を認めるものとの議論に対して、自己責任というものを高唱する刑

法学者が、なぜこの点についてのみ大原則の例外を認めるのか理解できない。従って責任主義、自らが行ったことについてのみ人は責任を負うという大原則に基づいて、業務主処罰規定も解釈すべきである、として過失推定説を主張しました。つまり先ほどの条文で申し上げますと、独占禁止法95条の条文に、実際の条文にないものの、「但し十分な監督をしていれば処罰を受けない」という但し書きを読み込むという解釈論です。こう解釈することによって代位責任を回避できると。自己責任の下に自らの監督義務違反についてのみ責任を負うようになると。要するに民法715条但し書きのような発想です。

ただ、注意が必要なのですが、今、申し上げました過失推定説というのは、法人処罰の理論構想とは一切無関係である点です。過失推定説は、業務主が自分の従業員の犯罪について監督しているかどうかを問題にするものであって、法人処罰の理論構想とは関係がない議論なんですね。

それにもかかわらず、あまりそういった点は意識されずに、といっても美濃部先生は非常に自覚的に議論をされていたんですが、業務主処罰規定というのは従来、代位責任を認めるものといわれてきたが、自己責任を確保すべく美濃部先生が過失推定説を主張されたと何となく理解されてしまいました。そうして、何としてでも法人の自己責任を確立しなければいけないという問題意識だけが刑法学に導入されました。

美濃部先生の精密な理論構想はあまりよく理解されずに、ただ自己責任の原則に例外を認めてはいけないと。従って法人にも自己責任を認めるべきであるという問題意識だけが刑法学説に導入されました。そして、その結果どういう議論が起きたかと申しますと、法人実在説の受容が生じました。

従来、機関の行ったことは法人の行ったことであるという命題について、刑法上の見地から犯罪については認められないとして拒否してきたんですが、いざ法人の自己責任を確保する必要があるという問題意識が浸透しますと、法人の自己責任をもたらすロジックとして、当時、刑法学者が知っていたのは、法人実在説のみであるということで、法人実在説の受容が始まりました。その際、法人実在説を拒否してきた従来のロジック、刑法上の見地というロジックはあっさりクリアされて、刑法上の見地から見ても機関の犯罪は法人の犯罪と考えてよいという命題が確立されます。これ

が1950～60年代ごろです。

しかし、そこに根拠は一切なかったというのが実情でした。ここまでが1つの流れです。本来理論的な議論が、業務主処罰規定という法人処罰とは関係ない実定法に関する解釈論の奇妙な影響を受けながら発展してきたということです。

ここでいったん、機関の犯罪イコール法人の犯罪という命題が確立しました。そして、業務主処罰規定の解釈論としては、機関自身が犯罪を行えば、それは法人自身の犯罪である、と。機関ではない従業員の犯罪については、過失推定説を使って機関の監督義務違反が法人の監督義務違反であるといった議論が確立します。

(2) 組織モデルの台頭（1970年代）

(a) 藤木英雄による理論化

それに対して藤木英雄先生が、まったく違う理論構成として組織モデルを主張したのが1971年以降のことです。これまで法人実在説というのは、機関の犯罪イコール法人の犯罪と言っていたんですが、機関といっても実際に念頭に置かれていたのは代表者です。特定の代表者、特定1名の代表者の犯罪が法人の犯罪、と理解されていたんですが、それでは法人の犯罪の実態をとらえていない、と。法人というのは複数の人間が集積したもので、その組織全体が犯罪を行うという認識ですね。当時、公害問題が非常に問題視されていたことがこの認識の背景にあります。企業が巻き起こす公害について、特定の代表者を法人の犯罪と同視するというのは擬制にすぎず、実態としては企業組織全体が公害を巻き起こすという状況認識、これが藤木先生の問題意識にありました。

問題はそれをどうやって理論化するかです。いかにして、企業組織が犯罪を犯しているという素朴な認識を刑法上の概念に高めるかといった点が問題になったんですが、そこで使用されたのが、美濃部達吉先生の理論構想です。その構想は、肉体も精神もない犯罪類型によって法人を処罰するというものです。注意が必要なのは、この構想は先ほど申し上げました過失推定説とは一切関係なく主張されたという点です。

繰り返して申し上げてきましたように、法人が刑法の名宛人にならないという最大のポイントは、要するに法人は肉体も精神もないという点です。

刑法というのは、悪しき肉体、悪しき魂に基づく犯罪を処罰するものということで、そもそも刑法の予定する処罰対象に法人が入ってこないというのがポイントだったんですが、美濃部先生は刑法の予定する処罰対象を広げればいい、と考えました。

肉体と精神に基づく犯罪というのが本来の犯罪類型であるものの、各種の行政罰則については行政法上の義務違反のみが問題となり、犯罪の構成要件要素に肉体や精神は入ってこない。そうすると、肉体や精神がなくても法人も名宛人にできるという議論を美濃部先生は主張しました。といっても、これだけですと行政罰則に妥当するだけですので、公害問題対策に法人処罰を使用するという藤木先生の問題意識からすれば使い勝手が悪い状態です。

ここで藤木先生は、過失犯の理論構想を媒介にして一気に美濃部先生の議論を現代化したんですね。ポイントは、藤木先生が、過失犯は肉体も精神もない犯罪類型だという理解に立脚していった点です。

刑法学説上、有名な争いで、後ほどもう一度過失犯プロパーのところで説明しますが、新旧過失論争というものがあります。旧過失論というのは、心理的な要素である故意のアナロジーとして過失を説明します。その心理的要素としての過失が過失犯の処罰根拠になるということです。それに対して、心理的要素ではなく外形的な行為に注目する、国家的に要求される外形的な義務の違反が過失犯の中核を成すというのが藤木先生の理解による新過失論です。この議論に基づきますと、刑法の予定する処罰対象が、肉体と精神に基づく故意犯と、肉体も精神もない過失犯というように大きく二分化されます。そして、肉体も精神もない犯罪である過失犯については、法人も名宛人にできるという構想が導入可能になります。

こうして藤木英雄先生は、過失犯については企業組織自体が国家的に要求される義務の違反によって処罰できると主張しました。これは公害問題を念頭に置くと分かりやすいわけですね。公害物質を工場から排出してはならないという注意義務が法人に妥当し、そして実際に排出していれば、法人内部の個々の自然人の動きは棚上げして法人を処罰できるという議論です。

藤木先生の理論構想は精密だったんですが、理論的に重要な難点としては、故意犯についてまったくもって法人を処罰できないという点が挙げられます。藤木先生の議論が登場した1970年代当時は過失犯が大きな問題だったわけですが、現在では経済犯罪が主たる議論の対象になっておりまして、例えば独占禁止法なんかもこれは当然故意犯なわけですが、こういった条文についてまったく法人が処罰できないという、かなり重大な難点があります。

そういう難点があるんですが、当時そういう理論的難点が意識されたかというと、そういうわけでもなくて、純粋に藤木先生の理論モデルは難しくて、あんまりみんなに理解されなくて棚上げされたというのが実際のところだと思います。

(b) 板倉宏による理論化

1970年代終わり頃から大幅に受容されたのは板倉宏先生の議論です。彼の理論構成も非常に興味深いものがあります。

藤木先生と板倉先生は一緒に科研費を取って研究会とかもしていたようなんですが、当時の公害問題を背景において、法人を処罰にするに当たって特定の自然人を媒介しなくてよいという問題意識は共通していたんです。

ただ、その理論化のプロセスがまったく異なりました。板倉先生は、企業が組織として犯罪を起こすという社会的な認識をそのまま刑法上の概念構成に使用します。要するに社会通念として企業組織が犯罪を犯す。したがって、企業組織が犯罪の主体であるという形です。

社会的な認識について刑法ドグマーティックに基づく構成を試みた藤木先生と違って、社会的な認識をそのまま刑法上の概念に取り込んだという点が板倉先生の特長です。社会通念にのっとってみて、企業が犯罪を犯している場合に企業が処罰されるという率直な議論ですね。こうすれば企業の処罰は論者ごとの社会認識に応じて自由自在になります。

(3) 議論の膠着

こうして議論の膠着が生じました。このように説明しますと、社会通念に基づいて法人の処罰要件をつくるなんて、それは無理だろう、議論が一致するわけがないじゃないかと、今の目から見ると思うんですが、1975年に板倉先生が発表した論文は影響力を持ち、検察官に好評に受け入れられて、社会通念に基づいて法人の処罰要件をつくればいいという動きが生じ

たようです。

1978年に法務省内部での検討の成果として発表された処罰案は、社会通念に基づいて企業処罰の要件をつくっていくという方法論に立脚しています。その後の学説は、その法務省案に引きずられて、基本的な視点として社会通念論を採用した上で、各自がこれは狭過ぎる、これは広過ぎると争って議論は膠着してしまいました。

1978年以降の議論において注目されるのは、機関の犯罪イコール法人の犯罪という法人実在説がもたらした行為主体の制約が、あっさり捨象された点です。

ぜひ私法学者の方に教えていただきたいんですが、私が理解するところでは、法人実在説というのは、代理という法律関係は自然人間同士でも存在している法律関係であるのに対して、機関という法律関係は、まさしく法人にしか存在しない法律関係であると考えた上で、その機関という組織法上の法律関係の成立によって、法人をそのまま自然人の法体系に取り入れることができるという発想に立脚するものと思われます。法人プロパーの特殊な法律問題というのは機関を備えるところまでで、機関が備わったら、その機関のやることは法人のやることと同一視できますので、あとは自然人の法体系と同じ議論ができるという議論だったからこそ、刑法にもそのまま妥当し、機関の犯罪について法人を処罰できる、と考えられたのではないでしょうか。

このような理解によると、機関という法律関係の存在は無視しえない役割を果たすはずなんですが、1978年以降の議論は、あっさりそういった問題を棚上げして、要するに特定の人間による犯罪が法人の犯罪であるという発想だけを残して、あとは社会通念で同一視の基準を定めようとしました。そうして、同一視の主体を機関に限定する必要はなく上位の意思決定権者も入れてよい、さらには中間管理職も入れてよい、もっと広げて末端従業員も法人の意思決定権限者である、といった議論が展開されました。しかし、社会通念論に依拠する限り、各自の印象を超えた議論が行われることは期待できず、率直にいって議論の労力は浪費されたように思われます。

２．刑法理論による法人処罰の基礎づけ

(1) 刑法上の諸概念の規範的論拠の探求

こういった議論の反省を踏まえて、どうすればうまくかみ合った議論ができるのか、と考えてみますと、法人実在説を拒否する根拠であった、刑法上の見地に真摯に立ち向かうしかないように思われます。藤木先生は過失犯の理論構想それ自体に立ち戻って、過失犯の範囲では法人を処罰できると主張されましたが、このアプローチを犯罪論全体に広げる、という方向性です。刑法上の諸概念の意味を真剣に受け止めて、それが法人に適用可能になるかを逐一考えていくしかないんじゃないのかというのが現在の私の考えです。

このアプローチによると、行為、故意、過失といった諸概念の規範的論拠を探求した上で、その規範的論拠が満たされれば、肉体、精神がなくても当該概念を適用できる、と考えることになります。例えば、行為というのは危険の創出に読み替えることができますし、故意は危険が実現していくことへの無関心な態度をとらえるものであるといった理解も可能だと思います。このあたりは今後の刑法体系の研究に委ねるところです。

(2) 法人への刑法の適用の典型例としての同一視理論と組織モデル

従来議論されてきた同一視理論と組織モデルというのは、結局のところ、こういった刑法上の諸概念を法人に適用していくといった際の典型例にすぎないと理解することができます。つまり、同一視理論というのは特定の人間による法人の活動から生じる危険の実現とその無関心に注目するのに対し、組織モデルというのは複数の人間による法人の活動から生じる危険の実現と全体としての無関心に注目するもの、ということです。

故意を例にしますと、基本的な視点としては法人の活動から生じる危険の実現に対する無関心が問題なわけですが、それが特定1名を通じて生じる場合をとらえるのが同一視理論であり、複数名を通じて生じる場合をとらえるのが組織モデルであると理解すればいいのかなと考えております。ここまでの議論が、私の著書の内、本日の議論につながる範囲での紹介です。あと、系譜の部分については著書の補遺として、「法人処罰の系譜的考察」という論文を早稲田のCOEとの関係で企業と法創造４巻１号に載せましたので、興味ある方はご参照ください。

二　日本の刑事判例にみる過失の構造

1．問題点

次に過失の構造に入っていきます。これはかなり民法の議論と関連するので、ぜひ質疑で教えていただきたいと思っているんですが、まず私が考えた問題点について説明します。

判例は、予見可能性と結果回避義務という定式を採用しているというのが一般的な理解です。これは先ほど申し上げました新過失論ですね。外形的な義務違反を問題とする立場に判例は立脚しているということです。

日本で新過失論を採用する論文が出始めたのは昭和15～16年以降なんですが、一般的に定着したのは昭和30年代以降です。ここでも藤木先生が重要な役割を果たしました。ところが判例の定式というのは明治36年にすでに確立しているんでね。

そして、過失犯論において重要な議論とされている信頼の原則、他者が適切な行動を振る舞うと信頼した場合には過失は否定されるという議論があるんですが、これも学説上議論され始めるのは昭和30年代以降なんですが、判例では大正３年にすでに信頼の原則は確立されています。

何故、このような奇妙な齟齬が生じるのかというのが私の問題意識です。従来の刑法の過失の研究書を見ると、かなり分厚いものでさえ、裁判所が無意識的に採用していたと書かれるにとどまっているんですが、そんなわけはないだろう、と考えて調べてみました。

2．大審院判例にみる過失判断の構造とその系譜

(1) 過失判断の構造

この系譜の齟齬を解明するには、そもそも判例における過失判断の定式を精密にとらえることが必要であり、そして、その内容を精密にとらえた上で、当該内容を有した比較法上の知見を探ることが重要であると考えました。ということで、まず、過失の構造を精密に理解したいと思います。

(a) 過失判断の定式

古典的判例における過失判断の定式ですが、これは4点にまとめることができます。まず、Ⅰ危険を生じさせる状況を記述する。そして、Ⅱ当該危険を防止するという規範的見地に立脚して、Ⅲ注意義務の具体的内容を確定する。最後に、Ⅳ当該義務内容に被告人が違反したかを判断するという順序です。この４点の過失判断の定式は、平成以降の判例でも圧倒的に定着しているものと理解できます。

具体例として、我が国に過失判断の定式を導入した大判明治36年７月17日刑録９輯1239頁を紹介します。本件では、電車が踏切を通過する際の状況として、踏切の見通しが利かない、人馬の往来が頻繁である、そして、踏切番人がいないという３点が記述されています。そして、こういう状況下で踏切を通過すると、衝突の危険が生じるわけですから、その危険を防止するという規範的見地にのっとって、約100メートル前で汽笛を鳴らすことと、容易に停車できる準備をすることという２つの注意義務が導出されています。被告人は何もしなかったというわけではなくて、踏切前の約30～40チャイン、このチャインというのはチェーンのことで１チャインが約20メートルなんですけど、約600～800メートル前で汽笛を鳴らして、時速30マイルから18マイルに減速したんですが、この行動について注意義務の内容に照らして不十分という判断がなされました。

このように、客観的状況を記述し、そこから生じる危険の防止という規範的見地に基づいて注意義務を具体化し、その注意義務の内容に照らして被告人の行動を判断する、という手順が採られています。

(b) 信頼の原則

信頼の原則の内容を精密にとらえることに議論を移します。日本に大正３年に導入された信頼の原則は(a)で検討した過失判断の定式を前提としたものです。というのは、信頼の原則は、過失判断の定式から導出される注意義務を免除するという構造を持っているからです。

信頼の原則において重要なのは、危険の防止という規範的見地が複数の人間に同時に妥当するという前提状況の存在です。とはいえ、複数の人間が危険の防止ができるという状況に立つとき、複数の人間全員が注意義務を果たさなければいけないというのが原則になります。というのは、ほかの人が危険の防止をしてくれる、と全員が信頼すると誰も危険の防止を行わず危険が放置されることになるからです。原則は全員が注意義務の履行をすべきなんですが、例外的に、ほかの人間による危険の防止が確保されていて、かつ、注意義務を免除することが公共の利益の実現に資する場合には、特定の人間の特定の注意義務を免除することが認められます。

といっても抽象的で分かりにくいでしょうから具体例として、大正３年

3月11日刑録20輯278頁の事案に沿って説明します。本件は踏切の衝突事故が問題になったケースです。踏切というのは類型的に電車と通行人が衝突する危険が生じる場所であって、その危険の防止という規範的見地は、運転手にも通行人にも妥当します。原則として、運転手も通行人もそれぞれが衝突しないように注意をする必要があるということです。例外的に電車の注意義務の免除を認めるための規範的考慮についてみますと、電車は通行人と違って急には止まれないので、都市交通の必要性から通行人に注意をさせて電車の進行を円滑にするという議論がなされています。このような考慮から、電車運転手の停止義務を免除するという帰結が導出されています。

ここで注意が必要なのは、電車運転手には複数の注意義務が課されるのであって、その内の停止義務は免除されるとしても、前方注視義務は免除されない点です。踏切を通過する際には、踏切の前に立っている通行人を見ても止まらなくてもいいんですが、前をちゃんと見ておいて、いざ人が立ち入ってくるときには、電車は止まらなければいけないということです。前方注視義務の免除が否定される理由としては、前方の不注視というのはあまりに危険であることに加えて、前方注視義務を免除しても電車交通の円滑に役に立たないということを挙げることができます。踏切でいちいち止まらないというのは電車の進行の円滑に役立ちますが、前を見ていようが見ていなかろうが、電車の進行スピードは変わりませんので、前方注視を免除する理由はないということです。

(2) 過失判断の系譜：日本の刑事判例における信頼の原則とアメリカの不法行為法

今までの議論をまとめると、危険の防止という規範的見地をポイントにして、さらに他者による危険の防止の可能な状況を前提に、注意義務の免除を勘案していくということになります。

この過失の構造はアメリカの不法行為法に見いだすことができ、その議論が我が国の過失の系譜ではないかと思われます。

この系譜調査では、瀬川信久先生の星野先生古稀の論文を参照させていただきました。ただ、瀬川先生は大阪アルカリ事件を取り上げて危険便益計算の系譜という視点からアプローチしていますが、大阪アルカリ事件は

大正5年ですが、それより早く信頼の原則が導入されているので、大阪アルカリよりさらに早くアメリカ不法行為法の影響はあったのではないかと私は推測しています。

(a) テリーの教科書

まず、瀬川先生が注目される東京帝国大学の外国人教師であったテリーの残した書物のうち、不法行為法の教科書に注目すべき叙述があります。抜粋しますと、“a person is usually justified in assuming that others will conduct themselves rightly and reasonably”、他者が自身で適切、かつ、合理的に振る舞うであろうと考えることは通常正当であるということです。さらに、“reliance upon the proper conduct of others must not be persisted in the face of known facts making it unreasonable”、他者の適切な行動への信頼を不合理にする事実が認識された場合には信頼は主張されてはならない、ということですね。このような議論は、信頼の原則として現在の日本の教科書にも書いてある内容ですが、テリーの教科書は1895年に出たもので、圧倒的に早い段階です。

(b) 判例

ですが、テリーの教科書の信頼の原則に関する記述は抽象的で具体的内容は乏しいので、日本の判例における過失の構造の系譜を明らかにするには、当時のアメリカ判例における鉄道事故において展開されている具体的な議論を調査して日本の判例と比較する必要があると考えました。この調査の結果、大正3年判決と驚くほど文面が類似するアメリカの判例を見つけました。

イリノイ州の判例である St. Louis, Alton & Terre Haute Railroad Company vs. William Manley, 58 Ill. 300 (1871) と、大正3年判決を比較してみます。

大正3年判決の280頁では、「前方電車線路に向ひ進行する通行人あることを認識したるときは常に必す電車の進行を停止し通行人か線路を通過するを待ちて其進行を継続するの義務ありや否や」という問題設定がなされています。一方、イリノイ州の判例の305頁を見ますと「was it the duty of the engineer, when he first saw the wagon, at a distance, approaching the crossing, to apply the brakes and stop the train, to allow the appellee time to cross with his wagon?」と述べられています。そして、電車の停止義務を否定する部分を見ますと、イリノイ州の判例の305、306頁では「When the

engineer saw the wagon at a distance, approaching the crossing, and the signal was sounded, he had a right to suppose the appellee, in obedience to the known custom of the country, would stop, and not attempt to pass immediately in front of a swiftly advancing train;」と述べられており、大正３年判決に対応しそうな叙述を探しますと「電車の運転手は其進行の前路に当り線路の方向を取りて歩行し来る通行人あることを覚知するも其通行人が危害を避くるに必要なる注意を為し電車の進行するを待って線路を横断すべしと予期すべき理由ある」（281頁）と論じられていることに気がつきます。

このように、電車の停止義務を否定する場合、その理由付けが問題になるんですが、イリノイ州のこの判例は理由づけを書いていません。そこで、別のアメリカの判決を探してみたら、大正３年判決と類似する議論をする判決を複数見つけました。本日は、ミシガン州の判例である The Lake Shore and Michigan Southern Railway Company vs. Mary J. Miller, 25 Mich. 274 (1872) の要旨部分を紹介しますと、そこでは、「that locomotives and heavy trains can not be suddenly stopped or turned out of their course, and that the authority given by law to railroads to cross highways, and fixing no limit to their speed, necessarily gives them the preference at the crossings, otherwise their rate of speed must be so reduced, and the regularity of trains so interrupted, as to defeat the very object and purpose of railroad transportation.」と書かれています。要するに、電車の停止義務の免除を、電車は急に止まれないということと、鉄道を認める法令の趣旨から基礎づけられています。この議論と同じ理由づけを大正３年判決も採用しています。280頁から281頁にまたがって、「電車か交通機関として公許せらるる以上は各人は其進行を妨害するの行為を避止せさるへからさるのみならす」「電車の操縦進退は通行人の動作の如く自由ならさるを以て」「通行人に於て可及的衝突の危険を予防し電車の進行を円滑ならしむるは都市の交通上必要なるを以てなり」と述べられています。

不十分なりに調べた上で、ドイツやフランスには同じような議論はどうもなさそうで、イギリスもちょっと調べた限りではなさそうだったので、たぶんアメリカの影響じゃないかなと推測しています。

この推測は、当時の大審院判事がアメリカの判例に触れる機会があったことから補強できます。当時の大審院判事は、アメリカに出張して勉強していましたし、大正３年の判決が出たのは３月11日なんですが、この直前に司法大臣になった奥田義人という人が、『私犯法・私犯法判決例』という本を出しているほどです。

３．現在の判例の検討

これが系譜ということですが、系譜の勉強をすると、じゃあ、それが今、何の役に立つのということを絶対言われるので、今も役に立つよという話に入りますと、最決平成16年７月13日刑集58巻５号360頁ですね、これは本当はもっとややこしい事案なんですが、ものすごく単純にすると、全部赤色信号の状態の交差点への進入が問題になった事件です。

信号というのは普通どこか赤でどこか青なんですが、数秒間、全部赤の状態になります。この全部赤のときに、全部赤だから誰も来ないだろうと思って油断して交差点に入るということがあります。他の人が同時に同じような油断をして衝突事故を起こした場合、交差点に入った人に過失が認められると判断した事件なんですが、これは結構理屈が難しい。

有力な議論は、過失の中核は予見可能性であって、信頼の原則というのは、その予見可能性をなくす事情であると考えます。他の人が適切に振る舞うと期待できるから予見可能性はなくなるという議論がされるんですが、全部赤色状態の交差点の場合は、他の人が交差点に進入してこないという事実上の期待が発生します。そうすると、複数の車両が交差点に同時に進入して衝突事故を起こした場合、複数の運転手全員が無罪ということになると思いますが、これはちょっと支持しにくいかな、と思います。

危険の防止という規範的見地に立脚する場合、交差点というのは複数の車両が進入してくるといった形で、類型的に衝突の可能性が高まる場所ですから、衝突の危険を回避する合理的システムが要請されます。道路交通法の優先通行権、典型が青と赤の場合、青の人が優先的に通行できるというものですが、衝突の危険がある場合に通過をしていい人と、通過をしてはいけない人というのをルールとして定める必要があります。

全赤色状態というのは全員に優先通行権がなく、全員が注意しなければならない状態です。したがって、交差点進入時の注意義務について、信頼の原則による免除というのは考えられないということになり、同時に全赤状態の交差点に進入した全員を有罪にしてよい、と考えることができます。

ここまでが日本の刑事過失の構造と系譜、そして、その現代的意義という話です。ここまでの分析について『東京大学法科大学院ローレビュー』という雑誌の第４巻に掲載しました。

三　注意義務の負担主体としての法人

２つ目の大きな固まりが終わって、ようやく３つ目の固まりなんですが、注意義務の負担主体としての法人という話です。本当は最初、法人の過失の成立要件をやろうかと思ったんですが、日本の刑法典に法人処罰規定がないので日本刑法には素材がなさ過ぎてうまくいきません。そこで、アメリカの不法行為判例を見てみたんですが、今度は逆に量があり過ぎてどこから手を付けていいのか難しく、今回は断念しました。鉄道会社にはフェンスを作る義務があるかという問題で、アメリカは大陸鉄道が長いから作らなくていいとか面白い判例があったりするんですけど、残念ながら、現段階ではまとめるのが大変なので、本日は十分に固まっている素材と入れ替えます。

それは、森永ドライミルク事件をきっかけとして登場し、平成以降の最高裁判例に定着した議論です。議論の内容は、危険の防止という規範的見地に基づく過失判断の定式を前提として、その注意義務の負担主体を法人・組織と考えた上で、その注意義務を法人・組織内部の自然人に職責に応じて分配していって、法人・組織内部の個人の刑事責任の範囲を確定するというものです。

１．判例法理の析出

(1) 森永ドライミルク事件

判例法理の登場のきっかけとなったのは高松高裁の昭和41年の森永ドライミルク事件第２審の判決です（高松高判昭和41年３月31日高刑集19巻２号136頁・判時447号３頁）。

著名な事件ですが事案を紹介しますと、森永というのは当時、全国に30個くらい工場を持っていたんですが、そのうちの１つの徳島の工場で粉ミルクについて発見が行われます。粉ミルクというのは、当時の技術では作るのが難しかったそうで、徳島工場で研究が行われた結果、ボイラーを洗うための工業用薬剤である第２リン酸ソーダを粉ミルクに入れるときれいに製造できるという発見がなされました。

そこで、その第２リン酸ソーダを購入して、それを粉ミルクの製造過程で混ぜていたんですが、徳島工場としては、第２リン酸ソーダが人体に害はないということを調べてはいました。ですが、ある時、ヒ素が入った薬剤を作った業者がいまして、工業用薬剤としては使えるだろうということで、これは詐欺になると思うんですが、第２リン酸ソーダという名前を付けて販売しました。これが出回って、森永が気付かずに購入して粉ミルクに混ぜて幼児が多数死傷したというひどい事件です。

この事件で第２審は興味深い判示をしました。抜粋しますと、「本件工場が乳児用調整粉乳を製造するにあたり、原料牛乳に安定剤として第二燐酸ソーダを添加しようするとき、本件工場の従業員らのうちの何人かに、規格品発注（使用）義務及び化学的検査義務」（高刑集19巻２号250頁・判時447号40頁１段目）があるというものです。

ロジックとしては、ニで検討した過失の判断定式にのっとって、赤ちゃんが飲む粉ミルクというものを作るときに工業薬品を混ぜると万が一の危険があり得るから、万が一の危険を回避できるように絶対に大丈夫なものを注文するか、絶対に大丈夫という保証がないものを買うときには自分で検査をする義務、どちらかが生じるという議論を前提としたものです。ただ、その義務が森永の徳島工場の全体の誰かに帰属するという、すごくあいまいな判示をして無罪判決を出した１審を破棄差戻しにしました。その差戻し第１審が昭和48年に出ます（徳島地判昭和48年11月28日刑月５巻11号1473頁）。

この差戻し第一審で提示されたロジックというのは、第２審の後に出た藤木先生の議論の影響を受けたのではないか、と思われます。藤木先生は、法人自体が注意義務の負担主体であると考えた上で、その地位に応じて個人の注意義務を確定していけばいい、という議論をしたんですが、差戻し第１審はこの議論と似た判示をしています。抜粋しますと、「まず構成要件該当性ないし違法性の問題として、(ⅰ)ひとまず、個々人の具体的状況を捨象して本件工場の企業組織体としての行動について（その全体をあたかも１人の自然人の行動と同様にみて）、その適否を客観的に考察し…、(ⅱ)ついで、本件工場における工場長あるいは製造課長たる者は、当該具体的状況の下に於いて、客観的にいかなる注意義務を負うかを検討」とい

うものです。

(2) 千日デパートビル事件

この法理は登場してから、ほとんど無視されていました。井上祐司先生という大変優れた過失の研究者が、こんな判文は初めて見たが、今後も見ないんじゃないかって書いていたんですが、その予想は外れて平成２年の千日デパートビル事件（最決平成２年11月29日刑集44巻８号871頁）で最高裁が採用するところとなります。

この千日デパートビル事件というのは、大阪で起きた有名な事件です。千日デパートビルという雑居ビルで、下の階の営業終了後も上の階でキャバレーの営業はしていたところに火が出て、防火対策がなされていなかったため、キャバレーの中の人が多数死亡したという、今でも起きるタイプの事案です。

昭和40年代以降、防火管理をサボっているところで火が出て人がいっぱい死ぬという事件が最高まで何件も上がってきたんですが、千日デパート事件では、ドリーム観光、これは株式会社の名前ですが、ドリーム観光としては火災の拡大を防止するため法令上の規定の有無を問わず、可能な限り種々の措置を講ずべき注意義務があったという判示がなされました。ここでは、ビルは多数の人間が集まって、いったん火災が生じたら大人数の死傷が生じるという危険な状況において、その当該危険を防止する規範見地から設定される防火管理義務が、株式会社であるドリーム観光に帰属するという議論が前提になっています。その上で、ドリーム観光の義務を内部の自然人に分配していくということです。この議論が非常に明瞭に見て取れるのが原田國男先生による調査官解説です。抜粋しますと、「(ⅰ)まず、その法人としてどのような注意義務があったかを確定した上、(ⅱ)その組織において、誰が右の注意義務を具体的に負っていたか、言い換えれば、誰が右義務を履行すべき立場にあったかを確定するという手法を取っているものである」(原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事編 平成２年度』255頁) ということです。

２．問題点の検討

(1) 職責の範囲の確定方法

最高裁の判文、さらには原田先生の解説は、非常に明瞭な筆致であるにもかかわらず、刑法学会ではあまり検討対象にされていません。組織を義務主体と考えた上で、組織内の個人責任を追及する議論は板倉先生がかなり積極的に発表していたんですが、残念ながら、あまり反応がないのが実情だと思います。ですが、無視してはいけない重要な議論ですので、問題点を検討しますと、クリティカルに重要になるのは職責の範囲の確定方法です。そこで、従来の判例との関係から職責の範囲の確定方法について、一応の類型化をしてみましょう。

これはかなり難しいもので、私もうまく決めきれていないのですが、危険を防止する規範見地から設定される注意義務のパターンを２つに分けて検討してみたいと思います。

(a) 危険を生じさせる積極的活動から法人・組織の注意義務が設定される場合

１つ目が法人・組織が危険を生じさせる積極的活動を行っている場合です。その活動の危険性から注意義務が設定される場合、内部に危険を生じさせる積極的活動を行っている人がいます。例えば森永ドライミルク事件の場合においては、工業用の薬剤を発注する発注業務を担当している人たちですね。その担当部署というのがあるはずで、その部署の人たちが責任者になると。そして、その発注業務を担当している部署の上位に属する監督者も、当該部署の活動の範囲で監督責任を負うでしょう。この人たちが職責として注意義務の分配を受けるということになると思います。

実際、森永ドライミルク事件で起訴された１個下のレベルにいた製造副主任という人が、工業用の薬剤を発注するに際して厳密に薬剤を発注するか、化学検査を行うという注意義務を負担すると考えた上で、その製造副主任の上に属する製造課長が監督義務者になると認定されています。

それに対して工場長も起訴されていたんですが、事務系の工場長というのは、その監督のラインに立たないということで無罪になっています。要するに実際の積極的活動に関して担当する部局と、その監督するラインに乗っている人たち全員が、監督義務を負担するという構造になっているようです。

それに加えて危険を生じさせる積極的活動を法人が行っている場合、その部署とは関係なく危険を防止する職責を企業内で定めるということが頻繁にあります。分かりやすいところで鉄道を走らせる場合に、運転している人が危ないわけですが、その危なさを避けるために踏切番人というのを置くと。今どき普通信号ですが、昔はよく踏切番人を置いていたので、こういう形で企業が自らの活動から生じたそういう危険を減少させるために設定した職責に立つ人、こういう人たちも職責として注意義務の分配を受けるということを考えていいと思います。

(b) 危険を生じさせる積極的活動以外から法人・組織の注意義務が設定される場合

2つ目が、危険を生じさせる積極的活動以外から法人・組織の注意義務が設定される場合、例えば爆発物などの危険源を保有している場合です。ビルの管理もここに含めてよいと思いますが、この場合はかなり難しい。

危険を防止する職責を有する者が企業内で決まっている場合、その人に注意義務を分配してよいと思います。例えば、防火管理者が選任されている場合、その人が職責として防火管理業務を行う義務があることになります。

問題は、危険を防止する職責を定めていない法人です。法人・組織が注意義務を負担しているにもかかわらず、内部でその履行者について何も定めていない。これはよくあることでして、ビル火災の場で人が多数死ぬような場合は、だいたいそういうケースです。このようなケースが実際に争われたのが大洋デパートビル事件（最判平成3年11月14日刑集45巻8号221頁））です。

この事件では防火管理者が選任されていたんですが、名目だけで何の権限も与えられていなくて、防火管理をできなかったという状況でした。こういう場合、代表取締役社長が処罰されそうなんですが、死亡してしまっており防火管理と関係ない業務を担当していた平取締役が訴追されて最高裁まできたという事件です。

この事件で、最高裁は防火業務を負わない平取締役を無罪にしたんですが、そのロジックが実に不思議です。抜粋しますと、「株式会社にあっては、通常は代表取締役が会社のため自らの注意義務の履行として防火管理業務の遂行に当たっているものとみるべきであり、取締役会が防火管理の注意義務の主体として代表取締役に右義務を履行させているものとみるべきではない」という判示です。この判示に関して調査官解説をみますと、商法上そうなっているからと書いてあるんですが、商法学者の人が見て支持可能なものなのでしょうか。後で教えてもらいたいんですが、少なくとも、刑法学者からするとあまり腑に落ちない議論です。

法人内部に全然防火管理体制がない場合に、代表取締役こそが防火管理義務を負担する主体であるというんですが、これは大洋デパート事件がうまくマッチする事案だったにすぎないわけでして、例えば、先ほどの森永の事件のように、工場を多数持つ食品製造会社などを考えればマッチしない議論です。

刑法上の注意義務の分配の方法としては、防火管理が必要なビルの管理について実質的に権限を有する者の職責とみるべきじゃないでしょうか。つまり、法人の負担する注意義務を実質的に履行できるような立場にある人を職責の負担者と規範的に見て、刑法上の個人責任を追及していく他ないんじゃないかなと私は思います。大洋デパートビルの事案は、そのビルの実質管理者が代表者であったにとどまる、ということになります。

(2) 信頼の原則による注意義務の免除

ここまで説明してきました、法人の負担する注意義務を職責に応じて分配するというロジックでいくと、個人の刑事責任を追及する可能性が広がることになります。薬害エイズなんかでも厚生省の内部の官僚が有罪になりましたけど、あまりに刑事責任の追及範囲が広いんじゃないかという問題が生じるところです。

そこで重要となるのが刑事責任の限定の方法ですが、ここでは信頼の原則による免除を検討したいと思います。信頼の原則による免除も2つあると思います。1つは法人同士、法人相互に信頼の原則を適用するパターンと、もう1つが内部の自然人相互に信頼の原則を適用するというパターンです。

(a) 法人間における信頼の原則

まず1つ目のパターンですが、これは先ほど挙げました森永ドライミルク事件が分かりやすいと思います。

食品製造における原材料の仕入れについて、これは全てについていちいち仕入れたものを化学的に検査するなんてことをやるのは大変な負担に

なるわけですね。森永ドライミルク事件においては、この仕入れの契約に際して、食品製造に使用するということを明示せずに薬剤を購入していたという事情がありまして、これが重要だと思います。こういう場合、食品が製造されて消費者の元に届いて口の中に入っていく過程において、森永の徳島工場という組織体がチェックをしない限り、食品製造から生じる危険の防止主体がいなくなってしまうといった状況があるからです。

これに対して、契約上、原材料の販売者側が無害性を保証しているという場合、契約条項に基づいて原材料を購入する側、つまり食品を製造する業者ですが、その注意義務を免除することを認めていいように思います。そうでなければ食品の値段が大変上昇してしまうということになるかと思います。

ただし、契約上、販売者側が無害性を保証する条項を入れているものの、実際には何もやっていないことが明らかな場合には話は別です。原材料の購入者側が、質の低いことが明らかな販売者から原材料を仕入れて格安で食品を製造して儲けておいて、いざ、食品被害が生じたときに、契約を盾にとって責任は販売者側にだけあります、と主張してきても、そのような主張は認めるべきではありません。このときには購入者側の注意義務を免除するための前提状況が欠落していると考えるべきです。

(b) 法人・組織内部の自然人間における信頼の原則

次に、内部の自然人における信頼の原則ですが、具体例として、防火管理と最近問題になっているチーム医療を挙げてみます。

①防火管理

防火管理についてですが、防火管理者の上司にあたる管理権限者には監督義務はあるものの、原則としていちいち個別に防火管理者の行動をチェックをする必要はないと論じられています。これは信頼の原則によって注意義務が免除されるからと考えられています。

防火管理という法人が負担する注意義務について、防火管理者が実際の防火管理業務を行う義務を負い、その上司が監督義務を負うのですが、防火管理者が第1次的な責任者であることを理由にその上司の監督義務が原則として免除されると理解できます。

②チーム医療

注意義務の実際の履行者が1次的責任を負うことを理由に上司の監督

義務を免除するという議論は、チーム医療にも妥当します。埼玉医科大学事件（最決平成17年11月15日刑集59巻9号1558頁）という、非常に難しい病気で、従来、埼玉医科大学で1度もやったことがない抗がん剤を投入したという事件があります。抗がん剤を投与した主治医が1週間と1日を見間違い、抗がん剤を大量に投与して、あっという間に患者が死んでしまったという事件なんですが、主治医に過失があるのはよいとして、科長も有罪にされました。しかし、抗がん剤の適切な投与の1次的な責任者というのは主治医です。その上、主治医を指導する指導医までいた。科長は、その主治医と指導医の上司にあたる。

そうすると、先ほどのロジックでいくと、科長は逐一主治医をチェックしなくていいわけですから無罪になりそうです。しかし、本件の事案においては、その抗がん剤が新しいもので治療に問題が生じる恐れがあったという特殊な事情を認定した上で科長を有罪にしています。

つまり、1次的な責任者がいるものの、その1次的な責任者による危険の防止が十分に期待し得ない状況を認定した上で、指導医を有罪にしているわけです。ここでは、原則として監督義務を免除するという構造を前提に例外事情が認定されているわけでして、上司に対する責任追及を緩和するということが可能なわけです。

ここまでの議論をいわば縦型とでも呼びますと、横型と名付けることができるタイプの事件があります。それは、横浜の患者取り違え事件（最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁）です。この事件では、患者を取り違えた手術に関与した医者と看護士が有罪になったんですが、ポイントは、手術の関与者全員が同一性確認の1次的な責任者、という点にあると思います。

この事件では、手術のチームの構成員はかなりの数がいたんですが、その全員が手術を受ける患者さんの同一性をチェックする義務を負担するという判示が前提になっています。その上で、役割分担の明確化が信頼の原則による注意義務の免除に必要という判示がなされました。埼玉医科大学事件よりも厳しい判示をしたわけです。

これはなぜかというと、上下関係があって、かつ、下の人間が1次的な責任者であることがはっきりしている場合、上の人間に対する刑事責任の追及を緩和してもいいんですが、全員が同一レベルに立って、同じ内容の

義務を負担している場合、安易にほかの人が何とかしてくれるだろうという信頼を許すと、全赤色信号状態と同じように、全員が油断した結果、同一性が確認されないまま患者の体が切られてしまったのに全員が無罪という事態が生じるからだと思います。注意義務を負担する人々がこのように横の関係に立つ場合、明確な役割分担がない限り、信頼の原則による注意義務の免除を認めるべきでないと考えられるのです。

注意点ですが、縦型でも上位者こそが1次的な責任者になる場合もあります。例えば、電車の運転の際に、電車の運転助手というのを乗せている場合が挙げられます。こういった場合、電車の運転手が上司で助手がその部下ですが、運転手こそが1次的な責任者になります。結局、役割分担というものを見て、信頼の原則による注意義務の免除を考えていくわけですが、縦型の場合、その役割分担が横型よりも見やすいということかと思います。

このあたりはちょっと先々週に食中毒になりまして、原稿を十分に用意できなかったんですが、私からの報告は以上とさせていただきたいと思います。

司会　どうもありがとうございました。それでは続きまして先ほど最初に申し上げましたように、民事不法行為法上の法人の過失という民法の観点から瀬川先生、そして経済学の観点から村松先生にコメントをいただきます。瀬川先生よろしくおねがいいたします。

コメント１－民事不法行為法の視角から

瀬川信久〔北海道大学法学部〕　今日は本当に面白いお話をありがとうございました。民法ではあまり議論をしていない問題であり、ずいぶん教えていただきましたが、その分コメントは初歩的なものになりますがよろしくお願いします。前もっていただいた論文を読ませていただいて、過失の方を中心に考えてきたのですが、法人の責任についても少しコメントしたいと思います。

樋口さんの論文の狙いは、新過失論の内容を明確にすること、処罰要件を具体的に提示することだとおっしゃっています。そのときの視点は２つだろうと思います。

１つは、過失犯の犯罪行為の類型、民法の方で言うと侵害類型についてその特徴をできる限り明らかにすることと、もう１つは責任要件の概念が何のためにあるのかをはっきりさせることです。樋口さんの先ほどの報告でも、刑罰を何のために科すのかというところから議論しなければいけないとおっしゃっていますが、その通りだと思います。

この２つの観点から見ていくときに、まず侵害類型あるいは犯罪行為の類型なんですけれども、樋口さんが取り上げている明治、大正の鉄道事故とそれから新過失論が念頭に置いた類型は、特徴が違うんじゃないかと思います。

過失に関する民法学説の展開の方からみてゆきたいと思います。私は民法の不法行為法の学説しか知らなかったのですが、樋口さんの論文で刑法の過失論の歴史を教えていただき、あまりによく似ているので少し驚いています。

民法典制定前まで遡ってみると、学説は過失を必ずしも予見可能性ととらえていなかったようです。当時の日本の不法行為法では、フランス法と英米法の影響が強かったのですが、709条に当たるフランス民法典の1382条の要件はフォートです。このフォートというのは、当時フランスではilliciteとも言われていました。ドイツ語だとUnerlaubtであり、「許されていない」「けしからん」という意味です。「不法」という意味であって「過失」ではありませんでした。フランスの19世紀後半までの学説では、フォートの判断の中で主観的な要素よりも客観的な要素を考慮しています。フランスでは、今も基本的には同じです。英米法も、ネグリジェンスの要件を適切な注意（due care）としていましたが、その内容を主観的な予見可能性に限定してはいませんでした。

ところが現行民法典が制定されるころから、主観的な要素と客観的な要素を峻別するドイツ法の影響かと思うんですが、過失を予見可能性ととらえる動きが強くなりました。それを鳩山先生が明確にされて、その後、我妻先生を経て、これが60年代前半まで民法の通説でした。

これに対して、60年代後半になると、「過失の客観化」という言葉で、過失を主観的な予見可能性ではなくて、行為義務違反ととらえる見解が主張されました。それは、なすべき一定の行為をしなかったこと、適切な行

動パターンからの逸脱を、過失と考えるものでした。この過失学説は、典型的には自動車運転事故を考えていたと思います。しかし、その後議論を経て、今は多くの学説が、過失を結果回避義務違反ととらえています。

問題はその結果回避義務違反の意味です。一般には、「予見義務に裏付けられた予見可能性を前提とする結果回避義務の違反」と理解されています。これを分解すると、予見可能性というのが基本にあって、その予見可能性を判断する前提として予見義務を負うとし、もう１つ、予見義務を負って予見可能性がある場合でも、結果回避義務がなければ過失はない、こういう構造になっています。予見可能性に、その前段階として予見義務、調査義務がくっつき、他方でその後の段階に、結果回避義務違反がなければ責任を負わないという考えがくっついています。このくっついている２つのものをみることで、結果回避義務説の意味をみることができると思います。

先ほども言いましたように、日本では過失を予見可能性とする考えは、だいたい明治の末から大正初めくらいに、鳩山先生などが明確にされました。しかし、同時に、それだけだと責任を負わせ過ぎるという考えが出てきました。これは樋口さんの報告で出された鉄道事故、あるいは、大阪アルカリ事件の問題です。

刑法の方でも、新過失論の背景として、高速度交通機関や鉱山・工場の経営、土木・建築事業などを考えています。これらはそれ自体危険だけれども、同時に、大きな利益をもたらすものだから、危険をある程度甘受する必要がある、決められたルールに従っていれば、あるいは一定の防止措置をとっていれば、予見可能性がある場合でも責任を負わなくてよいという考えですね。この考えに基づいて、民法では大阪アルカリ事件で、責任を免れるだけの防止措置をとっていたかが問題になったわけです。

もっとも、鉄道事故や自動車事故の場合には、大阪アルカリ事件とちがって、危険を認識した時に行為者個人の手で止めることが一般には容易です。鉄道の場合だと難しいことが多いかもしれませんが、自動車の場合は、特に戦前の自動車は、普通の街中を走っているのでは50キロというのは相当速い方ですから、運転者が危ないと認識したときにブレーキをかけて回避できる速さでした。今でも路面電車の接触事故の場合には、そういう運転手の行動に着目して過失を判断しています。このように、交通事故の場

合には、事業活動の便益を損なわないで侵害を回避できるので、事業活動の効用と一定の防止措置を理由に過失を否定する例はごく少数です。しかし、他方で、交通は、道路という限られた空間を多数の車や人が行き交うわけですから、被害者を含めてお互いにルールを守らないと交通システム全体がうまくいかず、皆がその便益を受けられない。そこで、信頼の原則の考えに従って、被害者がとるべき行動を前提として加害者が運転していたら、たとえ予見可能性があっても過失はないとする裁判例が昔からあります。この信頼の原則と、大阪アルカリ事件の大審院判決が考えていることは、両方とも予見可能性説の修正ですが、少し違うと思います。

以上が、結果回避義務説が予見可能性説と異なる第１の点ですが、それに加えてもう１つ、予見可能性の前に予見義務を付加したことがあります。自動車事故の場合にも、ちゃんと周りに人が来ないか注意せよという義務があり、それを予見義務と言うことができます。事実、刑法学ではこれを予見義務と言っているようです。ただ、これは運転者の人としての注意力によるためか「予見可能性」の中で考え、民法学が予見義務というときは、輸血梅毒事件とか東京スモン事件のような場合を考えています。問診をして梅毒の危険がないかどうかを調査する義務、薬の分子構造を調べて末梢神経に害がないかどうかを予見する義務です。これは人の体内に異物を入れることはそもそも危険だという疑惑があることから、非常に高い予見義務を課すものです。これを課すのは、医者とか化学工場とか専門家だけで、そういう人に課して過失を広げています。

予見可能性説から結果回避義務説への転換を決定的にしたのは、この予見義務、調査義務を過失判断の中に取り入れたことだと思います。

民法の過失は、「この人を轢く」という具体的な予見可能性があれば問題なく認められますが、そうじゃなくて、「この人」と特定していなくても、今このスピードで走っていたらこの道路を歩いている人たちの誰かぶつかるかもしれないというある程度抽象的な予見でも可能であれば、過失は認められます。

しかし、そこまでですと、熊本水俣病事件のように、それまでそういう被害の前例がなかった、戦前イギリスの印刷工場での前例しかなかった場合、あるいはスモン事件でも同じですが、過失を認めることは難しい。

そのときに、こういう廃液を川に流したら、人間を含む動植物に何らか

の危害が生じるんじゃないかという疑惑、危惧があります。そこで、危惧があるときに重い調査義務を課して、そして、その調査をしたら抽象的な予見可能性が得られただろうという場合に過失を認めたわけです。輸血梅毒事件ですと、問診をしても、血液提供者はうそを言った可能性が大きいけれども、しかし、うそを言えないような問診をしたら答えただろう、だから予見可能性があるという論理を民事判例はとっているのです。そうして過失を広く認めるのです。

刑法の過失論も基本的には、民法の結果回避義務説と同じ仕組みで過失を拡大してきたようにみえます。そこで念頭に置いているのは、鉄道事故・自動車事故の場合よりもレベルの高い予見義務、非常に高い調査義務を要求しているという気がします。1982年の『刑法の争点（新版)』では西原春男先生が、一番新しい『刑法の争点』では高山佳奈子先生が、交通事故を考えながら新過失論が、公害を考えながら新・新過失論が出てきたとおっしゃっているんですが、民法学では、行為義務説が新過失論に、結果回避義務説が新過失論と新・新過失論の中間に位置するように思われます。

中間というのは、結果回避義務説は、危惧感だけで過失を認めるわけではないからです。危惧感に基づいて調査をするとある程度具体的な予見可能性を得られたことを要求しています。

平野先生の新・旧過失論は、「義務に反して、実質的で許されない危険に気づかなかったとき」を過失とされますが、「実質的で許されない危険」という言葉の中にいろんなものをいれていらっしゃる。それを具体的に分解するといま述べたようなことになるように思います。

刑法では信頼の原則は過失の問題、許された危険は違法性阻却の問題とされているようですが、民法では過失を客観化して両方とも過失の問題と考えるのが一般的です。

ただ、許された危険の中には、違法性阻却事由とされているものもあります。例えば、水虫放射線治療事件や薬害のように、その行為自体が被害者の利益、つまり結局は副作用が生じたその治療行為は、実は被害者の利益でもあったという場合には、被害者の利益を考えると過失はなかったとしていていますが、これに対し、名誉棄損のときの、公益事項性、公益目的性、真実性を理由に責任を否定するのは、違法性阻却と考えているので、

考える袋が異なっています。ただ、具体的な事案のレベルでは、民法も基本的には刑法とかなり似た判断をしています。そこのところの加害類型や犯罪類型の構造的特徴を、拾いだしてくることが重要だと思いました。

最後に法人の責任についてですが、民法の方では715条の使用者責任と、それから法人自身の709条の責任、これらをどうとらえるかということで、しばしば議論されています。今日のご報告で気になったのは、法人自身の刑事責任の追及なのか、それとも法人の中の関係者の刑事責任の追及なのかによって、だいぶ話が違うのでないかという点です。

それで民法で議論しているのは、法人というか、人を使って事業を遂行している使用者が責任を負うかです。そこで重要なのは、法人あるいは使用者が事業執行上与えた指示と被用者の行動との距離だと思います。例えば熊本水俣病事件では、一番末端の現場で廃液のバルブを開いた人は、法人に言われたことをそのまま忠実に執行して加害した場合に、法人の責任を709条によって認めました。他方、715条の判例で多いのは、例えば庶務課長が自分の権限を乱用して無効な株券を発行して、相手方に損害を与えたという事例で、つまり被用者が私的な利益のために使用者の指示から逸脱している場合なんです。

さらに、715条責任の事例の中には、競争関係にある２つの英会話学校の一方の会社の従業員が、他方の会社の看板を壊して回ったので壊された方が相手の会社を訴えているものがあり、使用者責任を認めています。つまり、逸脱しているけれども、使用者のために行為をしているときには使用者の責任を認めています。

715条がもともと考えていたのは、被用者が言われたことをまじめにやっていたけれど、うっかり間違ったという場合です。例えば会社の運転手が運転して、うっかりミスをして交通事故を犯したというのは、忠実に実行していて事故のときだけうっかり間違いをしたという場合です。715条の場合には、だいたい以上の４つくらいあると思うんですけど、使用者への帰責の意味はどれかによって違います。この使用者への帰責という観点から言うと、故意という侵害の認識、過失と侵害の認識可能性と、逸脱していることの認識・認識可能性とは別のレベルの問題であることに注意する必要があります。

司会　どうもありがとうございました。それでは続きまして村松先生にコメントをお願いします。

コメント２－経済学の視角から

村松幹二〔駒澤大学経済学部〕　駒澤大学の村松です。一応コメントというので１枚紙（企画責任者注：後掲参考資料）を配ったんですが、そのうちの下の経済学的視点からと経営学的視点からという部分に関しては、どちらかというと、今、質疑応答というよりは、休憩時間を挟んだ後の自由討論のときの素材にしてもらったらいいのではないかと思いました。その前に読んでいて、疑問を持ったところを１カ所だけ言わせていただきます。

ここで挙げられている例の大正時代の電車の例とか汽車の例とかですと、加害者、被害者という２人の関係の間での信頼の原則ですけども、それと組織が間に入ってきた場合に、組織の中での個人間での信頼と、それと組織自体を信頼するという考え方は同じような原則で全部とらえられるとお考えなのか、法人処罰がある場合には組織に対する信頼とは別に考えるべきなのか、どう考えるのか私は分からなかったものですからお聞きしたいと思いました。

後の経済学的視点からというところは、どちらかというと過失の話ではなくて、個人処罰がある場合に、それがどういう効果をもたらすのかが経済学的には気になるところですので、それについてのコメントをさせていただきました。自由討論のときの素材にしたいと思っております。

司会　どうもありがとうございました。
（休憩前終了）

参考資料
「法人処罰と過失責任」へのコメント（村松幹二先生当日配布資料）

駒澤大学経済学部　村松幹二

信頼の原則は「被害者」「加害者」間での信頼の原則と，複数加害者間での信頼の原則は同じものか？
法人処罰があるときに，「法人に対する信頼」は？

経済学的視点から
経済学でも，法人実在論的視点と，法人を契約の束（集合体）と捉える視点がある。
- 法人は，個々人ではできないような活動を可能にする。（分業の利益，信用，のれん価値）　→ 法人実在論的視点の必要性。
- 法人の利害は，すべて関係者の利害に還元される。→ 法人名目論的視点の必要性

法人処罰の影響（目的外の影響を含む）の分析の必要性
スティグマ効果による不利益もすべて誰かの不利益に還元される。その意味で代位処罰ともいえる。
→　誰が負担するのか？
- 公開企業の場合，その利害関係者（株主，経営者，従業員，消費者，取引先，金融機関など）はみな，不利益の一部を負担する可能性がある。
  例：ダグタイル鋳鉄管事件（独禁法違反）；法人に対し課徴金が課され，公共事業への指名停止が行われたが，ダグタイル鋳鉄管は日本で3社しか作っておらず，その3社が談合していた。そのため課徴金が課されても，その分の損失はすべて製品価格に上乗せすることが可能であり，事実上消費者が負担したともいえる。
- 公開企業と中小企業，他の法人では，負担者が大きく異なる可能性。
- 株主代表訴訟との関係は？社会的制裁との関係は？倒産した場合，合併した場合は？

経営学的視点から
- 「まっとうな経営者」の視点からは，どこまでコンプライアンスをすればよいのかが最大の問題。
- 過失，法人処罰はいずれも行為の有無ではなく，行為（注意）水準の問題になる可能性が高い。しかし，基準を明確にしないと適切な抑止はできない。
- 明確化には，注意・監督のレベルではなく，01で測れるような注意・監督項目のリストが必要か。

討　論

司会　それでは時間になりましたので、後半の部を始めたいと思います。それでは、まず、瀬川先生、村松先生からのコメントに対して樋口先生から何か再コメント等ございましたら、お願いします。

瀬川コメントへの応答

樋口　じゃあ、それぞれ、瀬川先生と、村松先生のコメントにお答えします。

瀬川先生のコメントのうち、信頼の原則の問題と許された危険の問題を分けて考える、さらに、許された危険といっても、被害者のためになる場合と社会的利益の追求の場合を分ける、という点は全く正当だと思います。過失を限定する、という点で共通するといっても、限定の仕方・根拠が異なるものを一緒にして論ずるのはおかしいことですから。

これに対して、鉄道事故という類型と、それ以降の新過失論が念頭置いた類型、公害や薬害だと思いますが、その両者の特徴は違うんじゃないか、という点につきましては疑問があります。と申しますのは、事実認識としては類型的に異なるというのはまったく争わないところですが、実際の事実群の類型を超えて、当該類型ごとに規範的視点は同一ではないか、と思われるからです。

学説史として、結果回避義務という議論は、当初は交通事故で過失の範囲を限定するためにでてきたのに対し、その後、公害や医療事故・薬害において刑法では危惧感説、民法では予見義務、という形で過失の範囲を拡張する方向に動いた、というのは瀬川先生の整理されたとおりだと思います。ですが、明治・大正期から結果回避義務論を採用していた判例法において、鉄道事故と公害・薬害で法的構造に相違を認めているかは疑問があります。むしろ、法的構造が同一であるからこそ、公害・薬害問題の過失責任の追及が裁判所において可能であったの対し、学説はその連続性を認識できず、新たな枠組みを与えて説明しようとしたのではないか、と思われるのです。

瀬川先生ご指摘のとおり、交通事故についても、およそ列車という重い物体が高速度で疾走するという非常に抽象的な形で規定された危険に対して、その危険を防止するために前方注視義務を課されるという形で万が一の事態に備えるための義務があるわけですが、これは、薬害を防止するための調査義務と同一の法的構造を備えているんじゃないでしょうか。そして、こういった義務を果たした結果、具体的な危険が顕在化した場合、飛び出してきた人を轢くことを回避する義務、薬の副作用を避けるための説明を周到に行う義務、という形で当該義務に対応した義務が設定される、という形で、危険の内容に応じて義務の内容に変化するのも共通だと思います。

学説がこのような理解を行わず、危惧感や予見義務といった説明を行うのは、昭和30年代に結果回避義務論が登場した際に、それ以前の予見可能性概念に強く拘束されて、結果回避義務の前提に予見可能性がいるという定式を維持したからじゃないでしょうか。そして、公害・薬害が問題となり予見可能性を前提とするという定式が困難をもたらした際に、刑法では前提となる予見可能性の程度を薄めるというアイデアが登場したのに対し、民法では予見可能性を導出する予見義務というアイデアが出たといえるかもしれません。ですが、予見可能性を緩和するアイデアが必要、と感じさせたのは、実は予見可能性概念への無意識的な拘束が原因であったのではないでしょうか。危惧感説に対しては、過失責任を問う根拠として危惧感は薄弱であるとの批判が一般的ですが、民法の予見義務も、その予見義務の導出根拠が問題になるように思われます。この導出根拠を抽象的危険に求めるのであれば、結局、予見義務といっても危険の防止のために課される結果回避義務の一種に過ぎない、ということになりはしないでしょうか。

本日説明させていただきました危険の防止という規範的見地から具体化していくという議論は、すごく単純な視点なんですが、それを従来の議論が十分に自覚していたかは疑わしいように思われます。アメリカ法に注目するというのは、危険の防止という規範的見地を持って、そして、事案の類型ごとにその規範的見地を具体化していくとどうなるかというのを見ていくという重要な視点をもたらすんじゃないか、と期待しているところです。

あと、709条と715条の部分についてですが、709条で本来法人の責任を直接問えるにもかかわらず、715条という規定も存在するのは715条の責任

のほうが広い場合があるからだと理解しました。私的利益を図る行動、相手の看板を壊すなどの法人内での自己の権限と関係のない行動、さらには、末端従業員の過失などは、刑法の議論でいきますと当該行為を法人の行為と同一視する要件が備わっていない場合であって、そういう場合はせいぜい両罰規定が定める監督義務違反が成立するにとどまる、ということだと思います。

私的利益を図る場合がわかりやすいと思うのでもう少し説明しますと、法人の刑事責任にしろ、法人の賠償責任にしろ、行為者が法人加害目的を有する場合には、法人処罰はできない、ないし、法人は賠償責任を自己責任としては負担しないという議論が一般的だと思います。法人自身が犯罪を犯した、法人自身が不法行為を犯したという評価が成立するのは、個人行為者が法人加害目的を持たない場合に限られるということです。それに対して、法人が監督義務違反を犯したという評価は、直接、行為者が法人加害目的を有していた場合でも成立するわけです。脱税を例に挙げますと、従業員が自分のために脱税すると、同時に横領になるわけです。会社の財産を横領してそれを帳簿に載せないと脱税が生じるんですが、こういった場合、日本の裁判所は、法人を租税法上の義務違反として処罰するんですが、法人自身が脱税したと評価せずに、従業員の脱税について監督義務を怠ったという形で処罰をするのが現在の議論になっています。

村松コメントへの応答

次に、村松先生の前半のコメントですが、これは従来からかなり刑法学でいわれていた議論です。村松先生からいただいていたものの１つ目、信頼の原則というのは被害者・加害者間で、被害者に悪いところがあるんだから、加害者もちょっとは免除してあげようという議論から信頼の原則は生じたということです。それを複数加害者間、例えば複数の法人加害者間とか、法人内部の複数の自然人が加害者になっている場合に拡張していいのかということなんですが、私自身はいいと考えています。危険の防止という規範的見地の実現において、複数の人間が存在する場合ということに変わりはありませんから。

許された危険という法理では、被害者の利益になる場面と、公共・社会の利益になる場面は全然違います。被害者の利益を考慮して、例えば薬害

エイズなんかで被害者自身の治療という利益に資するからこそクリスマシンを投与する場合と、被害者自身はさておき、クリスマシンの投与が医療の進歩という点で社会的に望ましいから投与するという理屈付けは全然違うわけです。しかし、信頼の原則という法理では、あくまでも危険を防止する主体というものが他に存在して十分に危険を防止できるという状況を前提として、別の人の注意義務を免除するという構造になっていますので、その意味で同一に扱っていいんじゃないかなと思います。

あとは経済学とか経営学なんですが、これは正直よく分かりません。専門が異なる者同士の議論で、よくある難しいことなんですけど。代表訴訟との関係とかも、私はぜひ商法学者に教えていただきたいです。どこまでコンプライアンスすればいいのかとか、このあたりはかなりアクチュアルな問題かもしれないですけど。基準を明確にしないと適切な抑止はできないというのは、それはそうなんですが、危険の防止という規範的見地から申しますと、事案類型に応じるとしかいえないように思います。例えば、防火管理をどれぐらいやればいいかという場合、実際の刑事裁判なんかでは、シャッターを何枚下せばよかったのかと争われたりしているんですが、いろいろ勉強していても、状況ごとに火事に対して十分なぐらい頑張れといったような程度が現状でして、なかなか明確になるものでもないのかなという感じです。

理屈としては、実際に処罰されるのに基準が不明確だと過剰適応で事故防止に非常にコストを払い過ぎてしまうということが生じるというのはまったくその通りなんですが、実際の刑事裁判には、ひどい事案が上がってくるので、あまりそういった問題が深刻には生じていないというのが現状ではないかな、と感じています。刑事裁判を見ていく限りでは、ぎりぎりのラインでの線引きということはなかなか問題にしにくいのかなと今のところは思います。

あとは法人処罰による周囲への悪影響ということですが、これはよくいわれるんですが、仕方がないというしかありません。刑罰が目的外の影響を含むというのは、個人処罰でも同じことですし。よくいわれることは家族がものすごく困るとかですね。社会的に何らかのマイナスの作用が生じるのは、刑罰に限らず法がアクションをとる場合、目的以外の影響・負の影響というのは常に生じるわけで、法人処罰プロパーの問題ではないのか

なという気はしますね。

あとは、公開企業と中小企業で分けるのかというのは、これはかなり立法するときはアクチュアルな問題になり得ると思うんですが、分けなくてよいかなと思います。ただ、商法の方だと分けた方がよいと思われるんでしょうか。

樋口報告の内容確認

司会　どうもありがとうございました。それでは自由討論になりますので、どなたからでもご自由にご発言等をお願いします。どなたもいらっしゃらないようでしたら、じゃあ、最初に、皆様がお考えをまとめるまでのお時間を置く意味も込めて一応、私の方から樋口先生の報告の確認として3～4点ほど質問させていただいて、その後、皆さんにお任せしたいと思います。あまり大した質問ではありません。時間稼ぎですから。

まず1点目ですが、気になったのは、法人実在説という言葉と、機関の行為が法人の行為に帰属するということとの関係についてロジックがちょっと分からなかったということです。私には法人実在説だから機関の行為が法人の行為に帰属するという論理関係がちょっと見えないなという気がします。

法人実在説という学説を私は正確に理解しているわけじゃないのですけども、要するに法人擬制説との対比等で出てきているわけでして、この2つの考えのどこが違うのかというと、個人の集積がしょせん法人なんだから法人なんてフィクションなのだという法人擬制説に対して、いや、個人の集積だけでは説明し尽くせないものがあるのだというのがおそらく法人実在説の一番の肝とされている所ではないでしょうか（相本宏「法人論」星野英一責任編集『民法講座1巻』144頁、172頁）。そうなると、法人実在説の観点と、今おっしゃった美濃部達吉先生の機関の行為が法人に帰属するんだという観点とはあまり関係がない。むしろ反する可能性すらあるわけですね。というのは、法人なんて個人の集積なのだから、個人の行為が法人なのだと言ってしまえば、むしろ擬制説の方が今言った説明（機関の行為が法人の行為に帰属する）と近いような気がするからです。

どちらかというと村松さんのレジュメ（参考資料参照）にあった法人実在説的視点というのが、今、民事法学というか商法学の中の感覚に近いよ

うに感じました。ただ、最近の民商法では、実在説だから、擬制説だから、といったそういう頭ごなしの議論というのはしていないので（内田貴『民法Ⅰ〔第4版〕』217頁）、法人実在説についてもあまり正面から取り扱ってはいないのですけれども。それでも、一応、法人実在説概念に、法人処罰論と民事法とでちょっとずれがあるなというのが1点目です。

2点目は、結局、結果回避義務というのはちょっと抽象的なのだとして、危険の抑止、危険の防止という観点から規範的判断にするのだというのが樋口先生の過失判断の肝であるような気がするのですけども、そこには2点問題があるような気がします。まず1点目は、じゃあ、具体的にどのように判断するのか、結局やっていることは今までと同じじゃないかというのが1点です。

また、2点は危険概念についてです。結果じゃなくて危険に着目することに問題はないかということです。今まで法律、刑法学がとりわけ「結果回避可能性」と呼ばれている場合がそうだったのかもしれないのですけど、どちらかというと曖昧な危険というふわふわした概念よりも法益侵害の結果を処罰対象と考えてきたところがあるので、急に危険と言われると、危惧感説や新過失論・旧過失論の対立の話にもありましたけども、どのレベルまで抽象化することができるのかという問題があると思います。法益侵害に対して、実際に100％実現している結果に対して、どの程度のものを危険として認識するのか、判断するのか。もしかしたら、樋口先生の議論によると、危険を認識した後、どれだけの注意義務を具体的内容として課すのか、そもそも義務を課すのかという規範的判断があるとおっしゃっていましたので、このレベルで処理するのかもしれません。ですが、どのレベルから危険を考えていくのか、どのレベルから防止すべき危険と考えるのかという入口の問題があるのかなという気がします。

最後に、それでは危険がもう既にあると仮定しまして、その危険の防止の規範的判断を行いましょうという場面についてです。規範的判断っていうからには、もちろん必ずしも簡単に判断するおつもりはないのだと思われるのですけれども、例えば、いろいろなところでよくいわれている話ですが、最もコスト、費用の安い人に負担させるのだと考えれば、法と経済学の観点が流入しやすいように思います。樋口先生は一番コストの安い人に負担させるのだという結論を取るおつもりはないかもしれませんけれ

ども、コストの観点が規範的判断の重要な判断要素であることはおそらく否定なさらないとも思いますので、法と経済学と刑法とは相性が悪いと私が冒頭にちょっと言ってしまいましたけども、樋口先生の議論であれば、必ずしもそうではない方向が見えてくるのかなという気がしました。このことは財源との関係で一応言っておきます。別に反論があればいいのですけれども、なければそのまま流す感じでかまいません。

樋口　反論というか、ご質問ありがとうございます。法人実在説と法人擬制説についてですが、21世紀前後の法人処罰の文献を見ますと、得津さんのおっしゃる通り、実在説というのは個人の集積を超えるんだよということで組織モデルにつながって、擬制説というのは同一視理論とつながる。スイスの本なんかでは、だいたいそう整理されています。

ですが、私もちゃんと法人実在説をやったわけじゃないですけど、ギールケのテキストの読みとしては、それは本来の議論からずれている。定義次第のところはあるんですが、少なくとも大家である彼は社会的な実在性というのを、直ちに法律関係に高めるわけじゃない。要するに、社会的実在を率直な法律概念に反映すると板倉先生の世界にいっちゃうわけで、社会的にこうだから法律上もこうだよと、そんな議論ではないと思います。社会的な実在という認識をいかにして、私法、公法、両方に反映させようかという問題があるわけです。両方にまたがるんですが、それをどうやって導入していくかという問題において、機関という概念を使う。たぶん彼の議論においては、社会的な実在という認識について、いかにして私法・公法両方に法人を登場させるかという形で法律的な構成がなされているんだと思います。実際、サヴィニーは法人擬制説で、必要な範囲においてのみ擬制するという形で、法人処罰を否定していました。法人処罰という見地から見ると意味深い対立が、その対立は法人処罰の可否ということですが、法人擬制説・実在説に存在した。法人処罰を肯定するロジックである法人実在説は、法人処罰の要件まで規律するので非常に意味深いものだったと思います。その後の議論で、概念をルーズに使っているのが問題なんじゃないでしょうか。

あと、危険の防止って持ち出してもそんなに具体的じゃないよということですが、それはその通りなんですけど、少なくとも、当該状況に合理的

平均人を置くというよりはましでしょう。不十分なんですが、何もないよりはましなんじゃないかということですね。今後、事案類型に応じて具体化していくと言っちゃうと、本当にできるのかということですけれども、ネグリジェンスの20世紀前後ぐらいの本を見ると、とてつもない量の事案類型を挙げて具体化していて、その世界にいってしまうんですかということが問題になりますね。

20世紀以降のネグリジェンスについてアメリカの教科書なんかを見ると、理論化することで判例の引用が減っていくんですよね。そして、アメリカの20世紀の不法行為において、理論化のプロセスにおいて危険便益計算が出てきたり、危険の防止じゃなくて危険な行為という形で過失が定義されたりしています。私は危険の防止というのを一貫して使っているんですが、これには理由がありまして、危険の防止という視点がないと複数人に危険の防止が妥当して合理的なシステムをつくるという議論が出てこなくて、危険な行為について、その危険性とメリットを危険便益計算の対象にするという形になっていて、このあたりの変容がかなり問題じゃないかと思うんです。

ちょっと話がぼうっとしてきましたが、危険の防止という規範的見地をどういう形で具体化していくか、その際に素材となりうるアメリカの不法行為におけるネグリジェンスがどんなふうに変容して、そこに問題がなかったのか。私は問題だったと思うんですが、そのあたりをもう少し研究して詰めるということでご勘弁ください。ぜひ、刑法学者だけじゃなくて私法学者の方々と一緒にこの辺はやっていきたいなと思っています。

あとは抽象化のレベルですが、これは線引きするのは無理だと考えています。例えば鉄道の前方注視義務もそうですが、およそ走っているときは常に前を見るという義務が発生するわけですから、すごく危険は抽象化していて、高速で走っていたら前を見ろという形で抽象化のレベルというのは際限ないわけです。ただ、その抽象化に応じて義務の内容が変わっていくというふうに理解します。

具体的に目の前に人がいると、その人をひかないようにその人の動きを見るというふうに義務が具体化されますし、そうじゃなくて、具体的に人がいるわけじゃないけれども、例えば見通しの悪い踏切を通るときには減速するとかいうように、危険のとらえ方は無限で、それを何らかの形で限

定するというのは不可能だと思います。ただ、危険に対応する義務というのは、当該危険に対応する形で具体化できるというふうに感じます。もっとも、こうなってきますと、先ほどの危険の防止という見地で過失の範囲が本当に具体化できるのか、という問題に帰ってくるわけですが。

最後に最安価コストのところですけども、鎮目征樹さんという学習院の先生が、過失犯ではなく不作為犯の議論としてですが、最安価コスト者に危険防止の作為義務を課すという議論を提示しています。刑法学会ではあんまり評判がよくないようですが、私個人はそんなに悪くない議論かなと思っています。ただ、判例を調べた限りでは、そういった形で議論しているものはそんなには見当たらないですね。実際には危険な活動に関与しているか、危険な活動に対する防止を職責にしているかということだけが問題になって、そういった人たちは事実上、最安価コストの地位に立つことが多いんでしょうけど、それが処罰の基礎づけに出てくるかと言われると、今のところは出てこないという感じです。

司会　ありがとうございました。確かに、法人実在説といってもいろいろな理解があると思うのですね。その中でどのように理解するのかという問題があると思うのですけれども、個人の集積にこだわらない、個人の集積ではつくれないところがあるのだという国家論に関する最初のギールケの着眼点（遠藤泰弘『オットー・フォン・ギールケの政治思想』68頁以下）からすると、必ずしもそこは論理的にはつながらない（遠藤・前掲92頁によると、部分の行為が全体の行為を意味する機関概念・代表概念は、州・領邦の権限の強い北ドイツ連邦を一人前の国家と評価するために、団体人格の分裂を回避するため作られたものとされている）。おそらくいろいろな学問でいろいろな論点で法人擬制説・法人実在説が使われていたので（川島武宜『民法総則』88頁）、法人処罰の場面と民事法分野とではちょっと違うところがあるんじゃないかと思いました。私はこの話の専門家ではありませんのでボロが出る前に辞めることにしまして、それでは、どうぞご自由にお願いします。

久保大作〔中央大学法学部〕　すみません、時間稼ぎ第２弾と思って出てきたんですが、中央大学の久保です。私も刑法は西田先生に単位を落とされて以来ずっとごぶさたしていますのであまり専門家とも言えない状況ですが、ちょっと気になった点を１つだけ質問させていただこうかと思っています。

樋口先生のご報告ですと**三**の**２．**の「(1) 職責の範囲の確定方法」に当たろうかと思いますが、おそらく刑事責任を具体的に誰に割り振っていくか、あるいは法人処罰のときの過失の犯罪主体を誰に割り振っていくかというところで職責の範囲の確定が問題になってくるんだろうということなんですが。

そのときに、御報告ですと(a)危険を生じさせる積極的行動か、(b)そうでない場合かということでバイパスして、そのときに、じゃあ、誰がその職責を負うんですかという判断をしている、区別をなさっているんですが、これが本当に質的に違う分け方なのか、あるいは単に量的なものなんじゃないかという気がしていて、そのときに(a)と(b)との違いは単に量の違いであって、質的に何か違うのではない。だから、結局これはグラデーションの問題で、２つで截然と切り分けられるものなのではないんじゃないかという気がするんです。

例えば、さっき(b)のところで危険物を倉庫に置いてあるとか、あるいは電気を通すとか、そういう話というのはいろいろ出てくる。類型的に見ればそんなにリスクが高いものではないわけですけども、行為するものは何らかのリスクを負っている。高速で電車を走らせるとか、そのときにはリスクが高いわけで、単に例えば電気のスイッチを入れるとかというのはリスクが低い。そういうリスクの高低はあるわけですけども、それが質的に２つに截然と分けられるものではないと考えたときに、結局両方とも同じことを言っているんじゃないんですかという気がします。

そのときに、じゃあ、例えば(a)の方で、その活動に関与した人が職責を負う人です、(b)の方は防止する職責を有する人ですというふうに言ったときに、じゃあ、例えば高速で運転しているときに基本的に危険を防止する職責を有する人というのは結局は積極的に活動に関与している人なんじゃないんですかというと、ラベルの張り替えをしているだけなんじゃないんですかという、そういう気がしたんですが、その辺についてちょっとお聞かせください。

樋口　この辺はおとといあたりから大慌てで書いたころで、固まってないというのはその通りですが、基本的にリスクの程度差ではなくて、**三2.**(1)(b)の危険を防止する具体的職責の定めがない場合を問題にするために一応こういう分け方にしました。だからこの分け方が一概にいいわけじゃないんですが、要するに積極的活動がある場合はその活動への関与者が最低限の職責を負担するわけですね。

それに対して、積極的活動がない場合、例えばビルの管理というのは誰が積極的にやっているのかというのがよく分からないわけです。その上、法人の内部に危険を防止する職責の定めもない場合、法人内の誰に職責を割り振っていけばいいか分からないという問題が生じます。この問題を指摘するためにこういう場合分けにしてみたという意図ですので、リスクの程度差に注目したものではありません。

要するに誰に責任を追求すればいいか分からない、かといって全然追求しないというわけにもいかないという状況が問題です。そういう意味では積極的活動があっても同じような問題が生じるわけですね。要するに積極的活動にかかわる人が一応、防止主体なんだけれども、その人たちがいくら頑張っても危険の防止の程度として不十分で、法人の負担する注意義務の履行にならない場合、積極的活動への監視以外に危険を防止する職責を有する者を法人本来、設置しなきゃいけないんですが、それを設置を果たしてないといった場合も同じような問題が生じるので、ちょっと分け方は考えた方がいいかもしれないですね。

久保　ありがとうございました。

他の法分野の権利義務と刑法の権利義務の関係

安井哲章〔中央大学法学部〕　中央大学の安井と申します。専門は刑事訴訟法です。樋口先生のご報告ですと、**三1.**「(1)判例法理の析出」の箇所のところで、千日デパートビルから後はこの前の森永ドライミルクを含めてですが、言わずもがなのことでもあるんですが、過失で出てくる義務は、事業者に科せられている行政法上の義務がまずあって。これは樋口先生の見解というよりは、判例がこう考えているという、その整理をなさったものと理解はしているんですけれども、行政法上の義務がいつの間にか刑事

法上の義務になっているという点についてです。

それで、今回いろいろな分野の研究者、法律でもさまざまな分野の法律家が集まって、また経済学の先生方が集まって、他領域での権利義務関係の確定とか義務の確定がどう刑事法に影響してくるのか、この事案も含めてお伺いしたいと思いますが。

樋口　行政法上の義務と刑法上の義務が異なるというよく言われる一般的な命題なんですが、他にも問題になる命題として、例えば民事過失と刑事過失は刑事過失の方が程度として重いとかいうのもありますが、そういう抽象的な命題でみんな満足しちゃうんですよね。

ですが、沿革を見ていくと、民事過失と刑事過失は同じという大審院の判例があったりします。それで理由は何でかなと思って見ていくために、今回の調査で大審院の裁判官の名簿を民事、刑事、30年分チェックして、どの判決にどの裁判官が関与していたかを見たんですが、刑事部で判決を書いていた人たちが、その後民事部に移っていたりするわけです。

そういうのを見ていくと、一般的に受け入れられている命題というのは、何となく直感的に妥当しそうなんですが、よく見ていくと違うじゃないかということがあるわけです。行政法上の義務と刑法上の義務が異なるというのも心地よい命題なんですが、よくよく内容を考えてみると、何でそんな言明が成立するかというと、刑法上の義務の具体的な規範的根拠を従来、放置してきたからじゃないかと思います。

危険の防止という見地に立った場合、当該具体的状況下において危険の防止的見地から刑法上の注意義務は具体化されます。行政法というのは、当該具体的状況じゃなくて一般的状況における危険の防止という見地に立っていますから、危険の防止という点で両者は共通するわけです。そうすると、あとは結局、当該具体的状況が一般的状況と同じ類型に属するものである場合、両者の目的は同じなわけですから、行政法上の義務と刑法上の義務がまったく一致していいわけです。それに対して、行政法上の要請が生じる一般的状況とは異なる状況下では刑法上の義務は行政法上の義務とは異なるでしょう。

このように、一般的な命題に満足せずにより内容を突き詰めていくと、ほとんどの場面において行政法と刑法の義務は一致するという方がむし

ろ自然じゃないでしょうか。ただ、行政法上の義務を予定しない場合、例えば千日デパートの判示には法令上の規定を問わずというフレーズが入っているんですけど、これが入っているのは行政法が一般的な状況として想定していない場面にあっても、具体的状況下において危険の防止の見地から義務を科すのが妥当な場合もあるという趣旨であると理解しています。

最安価回避者について

町野和夫〔北海道大学経済学部〕　北大経済学部の町野です。法律の細かいことは分かりませんが、先ほど得津さんが確か最少のコストでできる人が…、という話をされたとき、それは刑法ではあまり人気がないというのを聞いてびっくりしたんですが。

もう少し考えると、最初に、例えば危険管理者とかであれば、最小のコストでそれを避けられるべき人がそこに就いているべきであって、さっきの工場の話ですと、科学者じゃない事務屋がそこに就いていたらおかしい話になるわけですね。だから、そこまで考えると、それは刑法ではない別のところで考えるべきという話なのか、やはりそれは法律を作るときの問題なのか分からなくなります。当然企業は合理的に行動すれば一応、一番詳しい人にその職を任せるはずですから、どうしてそれが無視されるのかというところが素直にびっくりしたんですけど。

樋口　最小コストの議論が刑法学で評判悪いのは、単に法と経済学に対する敵視、というかつて私法学で問題となった態度が残っているということかもしれません。また、どうやって刑法学に導入すればいいのか、よくわからない、というだけのことかもしれません。

一方、企業が適切な人事配置を無視してる、という問題については、正直、私にはよくわかりません。ただ、森永の事案では、製造課長が知識を十分にもっていて実際の製造を指導していた、というものです。裁判所がそう考えた、というわけではありませんが、このような森永の工場の体制に応じて、監督義務を履行するコストが小さい製造課長が責任を負い、コストが大きくなる工場長が免責される、といった議論もできるでしょうか。こういった議論であれば、刑法学と法と経済学の接点も見つかるのかもしれません。

瀬川　民法の方で言いますと、複数の人のうち結果回避コストが大きい人と小さい人といる場合でも、被害者の損害の賠償という制度目的からは、2人とか3人とか複数いた方がいいわけです。これに対し、事故の抑止、つまり将来を見ての一般抑止ということを制度目的にすれば、最安価回避者にしておくのが、こういう類型では主として注意すべき者以外は注意しなくていいことになるので、社会全体の効率性からは一応いいわけです。

でも、やっぱり民法では不法行為法の制度目的を損害の填補と考えるので、こういう考え方をしないと思うんですけど、刑法では刑罰の目的を犯罪の抑止とはあまり言わないのでしょうか。

樋口　抑止という方が最近は多いと思いますけど。

瀬川　これも、さっきおっしゃったように、これはあまりひどい、どの立場に立っても文句なく有罪というのは、抑止を基礎にした効率性という発想じゃないでしょう。あんまりひどいので、そこのところを気にしないでしょう。

樋口　そうなんですが、刑法の目的論としては抑止刑論が一般的だと思います。だから、そういう意味では民法よりむしろ刑法の方が最安価コスト論に親和性があるかもしれません。

瀬川　逆に言うと、そこで抑止という言葉で考えていることが、法と経済学が考えている抑止とはずれている。

樋口　それはおっしゃる通りですね。やっぱり事故をゼロにしなくちゃいけない。事故により生じるコスト回避措置にかかるコストをトータルで考えずに、事故をゼロにするんだというのが抑止論だから、抑止の定義が違う。

系譜の問題、「危険」概念、「法人・組織」

会沢恒〔北海道大学法学部〕　この分野はよく勉強していないので雑駁な

感想ばかりになるかと思いますが、数点ご質問ないしはコメントしたいと思います。

まず、私のフィールドから絶対発言しなければならないのは、過失判断枠組の法継受という点ですが、いかんせんエヴィデンスが弱いというか、状況証拠しかありませんので、そうかもしれないし、そうではないかもしれないというふうになるかと思います。もし今後、直接証拠が出てくれば、例えば裁判官のメモ書きか何かが出てきたりすると確定するかもしれませんが、それはなかなか難しいだろうということで。

ただ、状況証拠をより強力にするためにということで、今日の報告ではいきなり判例集に言及されましたが、そうではなくて例えば、当時ポピュラーであった教科書にこの判例が出てきているとか、そういう事情があると、ご指摘のイリノイやミシガンの判例により行き着きやすかったということになるかと考えられますので、状況証拠がより強くなるのではないかと思います。

それから、より比較法の観点から興味深いだろうと思われる点としては、日本の判断の枠組みがアメリカの不法行為法に淵源があるとしたとして、なぜ当時の裁判官はアメリカの不法行為法を見ようと思ったのかという問いは面白い問いかと思います。暫定的な、仮説的な回答は鉄道の事案であったから、鉄道の事件が頻繁に出ていた国を見たというのが１つあり得ますが、これは仮説としてはちょっと弱いかもしれません。

さらに妄想を広げますと、19世紀、とりわけ後半のアメリカの過失不法行為法について、ある学説によれば、これは企業・法人の責任を限定するために厳格責任から過失責任に移行したのだという主張があり――本当にそうかということは向こうでも議論になっていますけども、仮にこの説を受け入れるとすると――日本の裁判官が刑事責任を拡張するために、ご指摘の定式化を採用したというのは、ズレがあるので興味深い、というのが３点目です。

その上でそれ以外の点について、すでに出ている点の雑駁な感想っぽくなりますが、先ほど先生の方から危険の概念の抽象化ということについて、これは、ある所で切ることはできない、危険とそれに対する対応、行為義務との相関関係の問題として取り扱うのだというご回答でした。私も同様の感想を持ちまして、今日の議論、樋口理論の枠組みというのはかなり重

大な部分を危険という概念に依存をしているのではないかと。

その観点からすると、抑止との関係で危険なき状況、ゼロの状態が望ましいという議論がちょっと出ましたけれども、そもそも危険のない状況を目指すのだとするとそれは膨大なコストを伴い、我々が現代において知っているような社会を存続させることができないようなところまで目指すということになりかねませんので、やはりこの「危険」という概念の内実をもう少し鍛えていく必要があるのでないか、その点についてもうちょっと立ち入ったご意見を敷延してお伺いしたいと思います。

なぜそういうことが問題になるかというと、例えば村松先生がご指摘されたコンプライアンスの問題などともつながってきます。今日の議論の中で、刑事裁判に出てくるのは悪い、とんでもない事案ばかりだというご指摘がありましたが、行為者、現実のアクターの立場からすると、どこまですればどうなるのか分からないという状況というのは、どうしようもなくなって、最も望ましい行動は引きこもりであるということになりかねませんので、ここを線引きするロジックを提出していかないと、ちょっときついのではないかと思った、という雑駁な感想です。村松先生はそれに対する回答として、メモの一番下にある、0・1で測れるようなリストを作るというような対応を指摘されていて、おそらくこれは企業法務などでも似たような行動は出ているようにも思われます。というのが大きく２つ目の問題意識です。

それに関連して、最安価回避者の基準への言及がありましたが、これの枠組みが民事不法行為法の場合と違うのではないかという先ほどの瀬川先生のご指摘に私も同感です。なぜ最安価回避者に責任を負わせるべきかという議論をするかというと、事故はゼロにならないというのが不法行為法の経済分析の大前提でして、事故はゼロにならないのだけれども抑止にも費用が掛かるから、トータルコストを最小化するにはどうしたらいいのかということで、そこで例えば、ある行為を行うかどうかの意思決定者に社会全体の費用を集約させましょう、という議論になっていきます。先ほど、そもそもトータルコストを最小化するという発想は刑法学にはないというご指摘がありましたけども、そうだとするとそこら辺にズレがあります。さらにさかのぼりまして、ではなぜ刑事法学は、あるいは国家はかかる行為者に対して刑事罰を科したいのかということがより根本的な問題

として出てくるのではないかと思われました。

それから、今日の議論というのは、タイトルは法人処罰になっていますけれども、3番の議論は法人の注意義務を見た上で、その注意義務を関係している自然人に割り振っていくという形で議論されていましたが、ここから戻す方の議論、いかなるアクターが行為をしたということが法人の責任につながるのかということについては、法人の注意義務が設定されているのだからそれを満たしたかどうかさえ判断すればそれでいいということで議論は済んでいるということなのか、あるいは内部のアクターの行為の帰結を法人に帰属させる方についてもうちょっと議論を立てる必要があるのかどうか、この点も確認したく存じます。

それに関連して、3番目の議論での語法では「法人・組織」となっていました。つまり、狭義の法人、法的な主体性を認められたエンティティの問題系と、それに限定されない組織一般の問題系とをかなり連続的なものとして把握されているように思いますし、実際、中身の検討においても、法人法上の機関の問題と、従業員なども含め、法人法からはみ出ているアクターの問題とを連続的なものとして把握しておられますけれども、その点について、これはそれでいいのかということを逆に商法学者にお伺いしたいのですが。逆に法人法の中身においてもこの問題が敷衍されるはずでして、例えば親子会社などにおいて、今日の議論というのはどういうふうに適用されるのかという点について、ちょっと確認していただきたいということです。雑駁な感想ばかりで申し訳ありませんけれども、以上です。

樋口　ありがとうございます。ご質問を大きく分けると系譜の部分と危険の部分と法人・組織の部分という感じでしょうか。

系譜の部分からいいますと、かなり頑張って調べたんですが、直接の典拠は見つかりませんでした。当時の大審院の裁判官の名前を順番にNDL-OPACとか皓星社のデータベースとかに、全部入れて調べたんですけど、直接的典拠になるような資料は残念ながら出てきませんでした。

アメリカのポピュラーな教科書も見たんですが、それを大審院の裁判官が見たかの確証を持てないので、典拠にしにくいと感じました。テリーが注で引用するニューヨーク州の判例があるので一応それは東大ローレビューの論文の注27で引用したんですけど、法的構造がイリノイ州の判例ほど明瞭ではないので、系譜の典拠としてはあまりよくないのかなという感じです。一応、間接推量にできそうな資料は思い付く限り当たったんですが、この程度に収まったというのが実情です。

論文の方ではもう少し丁寧にやっているんですけど、基本的にはイリノイ州の判例法が最も資料としてはよいかなと思います。直接の典拠が確定できない場合どうするかというと、補助資料をひたすら増やすしかないんですけど、判例の文面が大幅に似ているというアプローチは比較的ましかなと考えて、こういう形にしました。

あと、なぜ当時の裁判官はアメリカを見たのかという点ですが、アメリカを見たというより、たぶん全部見たんじゃないかなと思います。そして、一番使えそうなのを使ったのかなと、主観的な印象ですが。当時の大審院の裁判官の構成を見ると、世界各国いろいろなところに行っているんですね。論文や資料とかを見るとブラジル法典はこうなっていると書いてあったり、重要な論者である泉二新熊なんかは、インド刑法典のコメンタールとかイタリアの新法典とかにちゃんと目を通してすごくよく勉強しています。なので、当時の司法省は、今の学者が一人で全部追い掛けて調べるのは無理というくらいよく調べているんですけど、その中で使えそうなものを論点ごとにピックアップしているのかなという感じが調べた限りはしました。

あとは、19世紀の後半にアメリカ法の背景が日本にあったかですが、たぶんそこまでは当時の日本人は考えてなかったんじゃないのかなという感じがします。そもそも19世紀前半は侍の時代ですので、どういうふうに対照すればいいのかは、ぜひ法制史家に教えていただきたいぐらいでして。19世紀前半の日本の刑事法と19世紀後半の日本の刑事法とどうやって比べられるのか、私にはおよそ分かりません、お恥ずかしい限りですが。

一応、背景としては当時の日本において鉄道を大幅に敷設していくということで、適切な義務を肯定する範囲・否定する範囲をハッキリさせるというのは、早急な課題だったということは想像可能です。帝国鉄道協会雑誌という雑誌がありまして、そこは司法省の関係者がいっぱい属しているので順番に見ていったんですけど、事故の数とか比例しているのかなと思って調べましたが、別にそんなこともなくて、当時の日本の状況を見ても、やっぱりよく分からなかったというのが実情ですね。

あと、ちょっと危険概念に寄り掛かり過ぎてごまかしていると言われましたけど、それはその通りで、問題解決をできる視点を具体化していくというのは、これから頑張るということで勘弁してください。

ただ少し補足するとしますと、危険の防止を追及し過ぎると社会活動が停止するというのは有名な定式で、ドイツ刑法の議論を受けてわが国でもよく知られているところですが、アメリカでも議論があります。東大ローレビューで引用しましたが、有名な刑法学者であったウォートンはネグリジェンスの著名な本も書いています。彼の本を見ると危険の防止といっても、ゼロにするということじゃないよとちゃんと書いてあります。じゃあ、どうするんだと読み進めますと、イン・プロポーション・トゥ・リスクでしたか、危険と比例して義務内容が確定するということしかなくて、注に山のように判例は引いてあるというものだったかと思います。

よく分からないのは、一般に我々は危険の防止という観点に立ちつつも、ただそれをひたすら追及するわけではないというときに、普通は回避コストというのを考えるわけですね。それに対して、当時のアメリカの議論は危険の程度と比例するとだけ書いて、危険便益計算を別の項目に書いているんですね。これは瀬川先生がすでにご指摘されているところですが、そこでいう危険便益計算の便益というのはすごく具体的な利益で、抽象的な社会的利益じゃなくて、社会を円滑にするのが比例の問題であって、それは別問題ですと書いてあるんです。なぜ別立てになるのかまではよく分からなくて、その辺はぜひ私法学者の人にばっちりした論文を書いていただきたいところです。アメリカの当時の判例は数があり過ぎて、とてもじゃないけど調べきれず、今回は倒れ込むように原稿の締め切りが来たという状況ですけど、もし機会があれば、今後何らかの形で研究をしてみたいところです。ですが、このあたりはやっぱり、私法学者との共同じゃないとなかなか深まった論文が書けないんじゃないのかな、という感じです。

あと、国家はなぜ刑罰を科したいのか、という点ですが、もう少し補足願えるでしょうか。

会沢　仮に民事不法行為法が抑止の機能――「目的」とするかどうかは別途検討する必要がありますが、さしあたり「機能」――を持つとして、不法行為法によって抑止の最適化を行うことができるとすると、それに加えて刑事制裁を加える意義というのはどのように考えられるでしょうか。〔あるいは民事責任によっては最適抑止を達成できないと考えるか、いずれにせよ〕民事不法行為法には回収されない、刑事法の独自の意義ないし機能を再確認する意味はあるのではないでしょうか。

樋口　抑止という目的からすれば、不法行為法より刑法の方が最適解になる、という議論がありえるでしょうか。起訴の主体が違うわけですし、裁判費用も違う、といった点から。刑法の方が安定的に抑止という社会的財を供給できるでしょうね、和解とかもないですし。という意味では、そういう質問に対して、どちらかというと刑法の方が使い勝手がいいのかなという気はします。

それ以外には、同じ抑止という機能を持つとしても、国家が手段にヴァラエティーを持つという説明もできるかと思います。法人処罰の機能について、著書の中で、スティグマに注目しましたが、刑罰のみが有する強力なスティグマ、これは使い方を間違えると危険なわけですが、一方で、使い方によっては他の手段よりも効率的な抑止手段となる、という議論です。

最初にいただいた質問の続きに戻りまして、法人の義務違反の成立要件ですけれども、法人が負担する注意義務を自然人に分配して、自然人が義務違反になったらただちに法人の義務違反が成立するかですけど、それは今のところ、暫定的ですけど、そうじゃないんじゃないかなと感じます。義務違反にも程度の問題がありますから。法人の義務を分配していって、ものすごく多数の人間が職責として義務履行主体になる。そのうち、まったくの末端従業員によるいわゆる単純ミスがあって、ほかの人はみんな職責に基づく義務を履行していた場合、その末端従業員は処罰されますが、法人は程度の問題として免責ということがあってもいいのかなと考えていますが、そのあたりはもうちょっと詰めなきゃいけないところです。

あとは、組織と法人の連続性ですが、これは商法の人にとおっしゃっていたので、ぜひ商法の人に。一応の指摘として、刑法上の危険の防止という見地からすると、法人と組織を区別する理由はないというのが１点。もう１点が、チーム医療の場合に関して、大学病院って、大学の部分組織なわけです。さらに、判例は、病院内の当該患者のために組んだチームを注意義務の負担主体と考えているようにも読めます。こういう判例の分析の

ため、この「法人・組織」というのを今日の報告に導入したということです。

あと、親子会社ですけど、それは分かればそれに越したことはないんですけど、どうするんですかね。今後確かに問題となるんでしょうけど。 この辺は、率直に申し上げてそんなに議論もなくて、どうしたものかという感じです。一応、私の理屈からいくと、刑法上の視点から決めていくんでしょうけど。親会社が子会社に対して監督義務の主体にでもなるんでしょうか。それとも子会社と親会社を一体のものとして、同一視理論みたいに、子会社の犯罪＝親会社の犯罪とするのか、何か選択肢はいっぱいありそうですけど、ちょっとご勘弁ください。

刑法と刑事訴訟法の観点の違い

安井　なぜ刑事法は行為者の処罰を考えるのかというご指摘で、これは刑法の発想と刑事訴訟法の発想がこのあたり全然違うことでして。刑法はあるかないかだけの議論で、樋口先生の論文も法人処罰となっておりますが、処罰されるのが前提ということでの議論が指摘されていて。ですから、このあたり村松さんのレジュメというか質問との対応関係で、法人処罰の影響（目的外の影響を含む）の分析の必要性で、スティグマ効果による不利益もすべて誰かの利益に反映されるということに関して、樋口さんは法人処罰ではプロパーではないというお答えでしたが、ただ、これは法人処罰のときにむしろ特に顕著に現れて、アメリカでサーベンスオクスレー法ができて、結局会社がつぶれまくって、アンダーセンがつぶれてアンダーセンの世界中の会計士が一時的ではあるけれども全員失業しちゃったという状況があって、結局タフポリシーで何が何でも法人処罰をすればいいということではないということに今気付いて。

じゃあ、どうするかというと、これは先ほど瀬川先生ご指摘の刑事の処罰の狙いにかかわるとは思うんですが、先ほど会沢さんがおっしゃった不法行為でいいじゃないかという話とも民事上のこともかかわるとは思うんですが、行政上の制裁は取りあえず科しておいて、その後にコンプライアンスプログラムの策定等を義務付けて、一定期間猶予期間を置いて、企業の体質改善が図れているのかどうかということをチェックして、図れていれば訴追免除ということで訴追を遅らせるという方式も成り立つわけですね。これは我が国にも持ってこられる考えですので、訴追裁量がありますので。

ただ、我が国の法務省はそこまでの権限があるかどうか、検察と法務省との関係はどうなのか。アメリカの場合、連邦犯罪であれば司法省の方はどんどん来られるということはできますし。アメリカの発想からいうと、あれだけ車会社を保護しようと、失業者を出さないようにしようとなっているのもありますので、処罰するということ以外のことも、実際の事情を考えているというのもありますが、それが実体法レベルになると、そういう議論は除いて犯罪の成立、不成立だけを取りあえず考えるということですので、そのあたりはむしろ酷な質問というか、かみ合わないことですので、そのあたりはむしろモデルの改善のような気がします。

会沢　ちょっとここで議論しちゃっていいですか。今のコンプライアンス・プログラムが策定されて体質改善を図れたことをもって訴追免除するという議論なのですが、前提というか背景として、プリー・バーゲニング（答弁取引）のシステムがあると思われますが。先ほど、日本の検察官には裁量があるというご指摘でしたけれども、しかしプリー・バーゲニングのカルチャーはないわけで。

安井　オフィシャルなプリー・バーゲイニングはないんですけど、インフォーマルなプリー・バーゲイニングはあるとも言えるので。

会沢　ただ、逆にオフィシャルではない、インフォーマルであるが故に、本当にその企業の体質改善が図られたかについて担保する手段がないということになるのではないかと。

安井　我が国ではそういったことを検察が最後まで責任を持ってやるという期待されていないというのがありますので、その制度を我が国に持ってくるのは難しいんですけれども、ただ何でもかんでも訴追すればいいんだということではないという一定の考え方はあると思うんですけれども、要するに社会通念という懸念はおっしゃった通り、すぐ社会通念がどうこうとか、そういった法外要素を持ち込んで処罰の方向に向ける一定の弾みにはなるものなのかなという。まったくお答えにはなってないんですけれ

ども、おっしゃる通りのことはあり得ると思います。

商法・会社法の議論との関係

司会　商法のお話が出てきたので、加藤先生お願いします。

加藤貴仁〔神戸大学法学部〕　得津先生から指名がありましたので。私も、経済学のことは分からないので財源に配慮することはできません。まず、報告の**三２．**(1)「(b)危険を生じさせる積極的活動以外から法人・組織の注意義務が設定される場合」で、樋口さんがおっしゃっていた大洋デパートビル事件についてです。こういうことを商法が定めているかというお話だったかと思いますが、最近では、次のような考え方が有力だと思います。まず、例えば会社が何らかの民事責任を負ったり刑事罰則を受けたりする可能性があるとします。そして、会社がそのようなリスクを認識した場合には、そのリスクに適切に対応する体制をつくらなければならないことになります。ただし、そのような体制をつくらなければいけない義務を誰が負担するかという点については、不明確な点もあります。この点については、先ほど得津先生ともお話させていただいたのですが、個別具体的な状況によりますが、多くの場合、取締役会と代表取締役の双方が負担すべきだと思います。

会社法上、一部の会社については、取締役会が必ずリスク管理体制について何らかの決定をしなければならないことが義務づけられています。大規模な会社では、事実上、この義務によって、取締役会に、リスク管理体制を構築することが義務づけられることになります。この場合でも、具体的なリスク管理体制は、取締役会の決議に基づいて、代表取締役やその他の担当取締役が構築することになります。したがって、代表取締役・担当取締役も、リスク管理体制構築義務を負うことになります。

問題なのは、まったくリスク管理体制がなかった場合と、おそらく大洋デパートビルには一応、防災管理者はいたので、名目的に何らかのリスク管理体制はあったのですが、それが結局うまく機能しなかった場合、これまでのお話を伺っていると、会社法上の評価と刑法上の評価にはかなりずれがあるかなと思いました。というのも、会社法上のリスク管理体制というのは、リスクをゼロにすることを目的にはしないのです。最近の有力な

学説では、取締役会が費用と便益を計算してリスク管理体制を構築していれば、義務違反はないとされています。たとえば、樋口先生の論文にも書いてありましたけど、コンプライアンスプログラムがあったからといって、会社法上も、常に免責されているわけではないと思います。ただ、免責の範囲は、もしかしたら、会社法と刑法に差があるのかもしれないという印象は受けました。

あと、先ほど会沢先生がおっしゃっていた、法人と組織の話についてです。僕はこれは着目する視点が違うだけで、法人イコール組織だと思っています。法人というのは結局何も目に見えないものなので、実体は組織でしかないわけです。だから区別はできないと思います。法人処罰というのは組織処罰なので、もちろん法人処罰という場合には具体的に処罰の対象になる組織を念頭に置いた上で、その中の権限分配などを見ていく必要があると思います。

そして、権限分配について会社法が想定しているのは、取締役会や代表取締役を頂点において、その下に使用人全員がぶらさがるというものです。ですから、末端使用人の義務違反を法人の義務違反と評価できるかどうかというのは、会社法で考えると、さっき言った管理体制があるかどうかということに帰結するのかなという印象を受けました。これくらいでいいでしょうか。

司会　親子会社についてもお願いします。

加藤　ああ、親子会社でした。親子会社の場合、例えば金融商品取引法など業法の中には、子会社の違法行為について親会社が責任を負うという規定は、すでに存在するんですね。子会社の行為を親会社の行為として罰することの趣旨が、代位責任なのか否かは議論はあるのかもしれません。しかし、現在の会社法では、親子会社の形態を持っている場合には、親会社が企業の集団について何らかの体制をつくらなければならないないということについても、親会社の取締役の義務の内容に含まれると考えられつつあるように思われます。したがって、企業グループというのも、やはり組織なので、組織を構成する子会社の違法行為を根拠にして親会社を法人処罰の対象にすることにも、私は違和感はないですね。

あと、もしかしたらちょっと問題になるのは、親子会社というのは持株会社とかそういうのも出てくると、ちょっと厄介な検討をしなきゃいけないのかなという印象を受けました。

松中学〔新潟大学法学部〕　持株会社、持合といったこともあり、親子会社と実際のグループ、実質的に「組織」といえるものは必ずしも一致しない場合もあります。

加藤　そうそう。だから実際に親会社と言っても、本当に形式的なものだという感じで。いいでしょうか、得津先生。

司会　どうもありがとうございます。

職責に応じた注意義務の確定

瀬川　ちょっと質問していいですか。さっきの会沢さんの質問の終わりの方にあった法人自身の責任という質問と関連して私もお聞きしたかったんですが、ご報告の「三　注意義務の負担主体としての法人」のところに挙がっている事例は、森永ドライミルク事件にしても、千日デパートビル事件にしても、チーム医療にしても、みんな関係する自然人の刑事責任が問われているわけです。こういう問題を考えるときに、法人とか組織ということを出さなくても、普通の自然人の犯罪行為と同じように考えることができないのでしょうか。例えば暴力団の末端の組員が人を殺したというときに、実行した組員は刑事責任をもちろん普通に問われます。その直ぐ上の組長がそれについて刑事責任を負うかどうかはたぶん、殺害の指示をしていたか、その前提として対立抗争がどういう状況だったとかという事情によると思いますし、さらにその上の、上部組織の組長の刑事責任も結局、同じように判断するのであって、法人とか何とかという問題ではないように思うのです。

つまり、自然人の刑事責任を考えるときに法人とか団体ということを考慮するのは、例えば企業の従業員が業務上過失致死傷罪を犯したが企業内部の指揮命令でその活動を強制されていたことを理由に、何か免責事由を働かせるということがあるかもしれないけれども、それ以外では、普通に

考えたらまずいんですか。法人の責任を問うときは特別に考えないといけないことは分かりますが、自然人の責任については普通に考えてよいように思うのです。

樋口　職責に応じた注意義務の確定という法理はかなり古くから、大正時代からあるんですが、従来の刑法学説では、作為義務論という論点があって、一定の組織体の内部で、誰が積極的に注意義務の履行を果たすかというのは作為義務論の形で議論されていたんですが、あんまりうまくいっていないというのが現状だと思います。

従来の作為義務論というのは、ひき逃げとか幼児の放置とかを念頭において、危険の創出とか排他的支配とかいろいろなことをいわれてきたんですが、1990年代以降ぐらいから企業組織体の内部の個人の責任追及において従来の作為義務論というのはどうもうまくいかないんじゃないかという問題が生じました。

従来の刑法の作為義務論というのは、1対1で、しかも故意犯を念頭に置いているのが普通だったんですけど、こういう議論の延長線上としましては、やくざの親分が鉄砲玉が走っていかないように監督していないといけないとかの議論までなら考えられるところです。しかし、企業組織内部において作為義務論でアプローチするというのはポピュラーな議論ですが、あまりうまく当てはまらないように思います。少なくとも判例法理として、妥当かどうかはともかく、法人の負担する注意義務を分配するという法理で実際の問題が処理されているということは指摘する必要があると思います。

企業内の個人の賠償責任

ちょっと話が戻っちゃうんですけれど、加藤さんのおっしゃっていたことをもうちょっと聞きたいんですが。代表者にぶら下がったようなイメージがあるということですが、民事訴訟を起こすときに、代表者以下の関わっていそうな従業員全員が賠償請求の対象になったときって、どの範囲で個人で賠償責任が発生するのかについてどういう議論があるんでしょうか。例えば、工場を多数持っている会社の 1 つの工場で火事が起きて従業員が死んだとか、ないし巻き込まれて誰かが死んだときに、工場長と防火

管理者、さらには代表者が個人賠償責任の追及の対象になるような場合ですね。特に会社がつぶれちゃったりしたら、非常に重要だと思うんですけど、どの範囲で個人賠償責任が成立するのかって、私法学者の間ではどういう議論があるんですかね。これは民法の人に聞くべきかもしれないですけど、代表者に絞るというロジックはかなり不利ですよね。

加藤　代表者に絞ることの意味が、お二人の間で分かれている気がします。代表者がリスク管理体制を構築しなければならないといっても、たとえば、30個くらいある工場を逐一、代表取締役とかが見回って監視しても、事故を防ぐことは困難です。この場合、代表取締役に、因果関係が存在しないとか、結果回避義務がないとか、要は努力しても事故を防ぐことはできませんでしたという抗弁をさせないために、代表取締役の下に従業員がぶら下がっているという論理構造が取られるのだと思います。すなわち、代表者の責任を認めるための議論です。ですから、火事を起こしてしまったことに対する代表者の義務違反の内容と、例えば火の不始末をした直接的な従業員の義務違反の内容は異なることになります。

樋口　一番下の不始末と一番上の体制管理の中間、工場なんかだと工場長にやらせる方がいいとかいう議論はあるでしょうか。代表取締役に賠償させるのか・免責するのかという論点と、代表取締役以下の人で個人責任はどの範囲まで及ぶのかという論点が出てきて、議論はかなり複雑になりそうです。例えば、工場という法人内部の中間組織におけるボスである工場長が個人賠償責任を負う場合に、今度は代表者にまで賠償責任を負わせていいのかという問題がありえて、個人責任を追及するパターンって、この人に絞るとか、この範囲の人全部が負うとか、ものすごくいろいろなバリエーションがあると思うんです。こういう議論は、民事法上、どうなっているんでしょうか。教えていただきたいところです。

瀬川　その問題意識はあります。判例も変遷してきたところです。現時点で整理すると、まず一つの出発点は、監督者個人が709条の要件を満たすかどうかです。それと並んで、715条の２項の代理監督者の責任の規定でつかまえています。

この代理監督者の責任について、古い判例は、代理監督者であれば特に議論することなく当然に肯定していましたが、1960年代に、代理監督者が加害被用者を現実に監督していたことを要件に責任を負うとするようになりました。その後も、当然の責任と考える裁判例もありますが、基本的には自己責任的に考えています。自己責任、代位責任というと何か２つ違ったものがあるみたいですが、これは四宮先生がおっしゃっているんだけど、重点の置き方による相対的な違いで、結局、現実に監督関係にあったことに着目して負わせれば自己責任的です。

だから、代理監督者については、一定の義務違反を理由とする責任、自己責任的なものを考えています。ただ、それでカバーできないものもあって、下級審裁判例には現実の監督関係の有無ではなくて、当為として指揮監督すべき関係にあったときに代理監督者責任を認めるものもあります。この辺のことは、神田孝夫先生の『使用者責任』(289頁以下) が詳しいです。

結局、代理監督者自身の不法行為責任は、末端の現場監督者から取締役のような上位の監督者まで、基本的には自己責任を問うていくわけです。加害行為者が12歳以上で714条の監督者責任が適用されない場合には、判例は親の監督義務違反の責任を709条によって、つまり完全な自己責任として認めています（最判昭和49年3月22日民集28巻２号347頁)。法人や使用者の責任もこの親の709条責任と同じような現象で、当該事案の様々の事情から何らかの監督義務とその違反を715条２項あるいは709条の解釈として認めているのです。

それでさっきの、「注意義務の主体としての法人」という問題は、各個人の監督義務・防止義務の根拠付けの問題でないかという質問になるのです。組織というのはここでは作為義務の根拠付けに使われているのでないでしょうか。

南健悟〔旭川大学経済学部〕　あと代理監督者責任の場合、最高裁判例（最判昭和42年５月30日民集21巻４号961）によると現実に監督できる人だけが責任を負うとされています。実際、たとえば、ヤマト運輸事件（東京地裁平成18年４月７日労判918号42頁）という事件がありますが、これは事業所内でフォークリフトをバックさせていて、ほかの従業員にけがをさせた事件です。このときに、ヤマト運輸が大きい会社だったため、事業所ご

とに支店長クラスの人がおり、そこにはいなかったけれども、支店長は事業所内でフォークリフトを運転する際にはきちんと指導監督しなければならなかった。それなのにもかかわらず事故が発生してしまったということで責任を認めたという事案があります。つまり、判例の立場に従えば、事故を起こした従業員に近くなればなるほど監督義務違反という形で、民法715条２項による責任が発生するのかなと思います。

樋口　民事の方の説明を伺うと、瀬川先生が挙げられるような事例は不作為の方向で709条の要件を組み立てていくというやり方や715条２項で現場における具体的な監督関係を問題にしたりする、ということですね。

ですが、そういう考え方でいきますと、企業災害の事例では個人賠償責任が難しくなりそうです。というのは、森永ドライミルク事件もそうですけど、企業災害では、具体的当該場面における監督関係というよりは、一般的な危険の防止が問題になります。その一般的な危険が何らかの形で現実化し得るんですが、一つの形で具体化したというときには、かなり上位に位置する人の責任を追及するときには、瀬川先生が説明されるような709条にいくというのは難しいんじゃないのかなというイメージがあるんです。

瀬川　たしかに、法人企業が従業員に指示し従業員が指示をそのままやって侵害したときは、法人企業の使用者責任を広く認めていますが、その企業の取締役や幹部従業員個人の民事責任を認める裁判例は多くないようです。でも、証券会社の不当勧誘やマルチ商法で、証明は難しいんだけどどうも会社ぐるみでやっているというようなときには、関与した幹部従業員の責任を709条や719条で認めています（例えば、福岡地判平成６年２月18日判時1525号128頁）。

樋口　そういった企業ぐるみというパターンはいいんですけど、企業災害のパターンにおいてあまり個人の賠償責任追及されている事例はないんですかね。刑事の方がむしろここは積極的にいっているということなんでしょうか。保険の処理か、それとも企業を訴えて満足しているんでしょうか。被害者からすると、刑務所に入れてさらにお金を取って苦しめてやろうという発想があってもおかしくないという感じがするんですけども。

瀬川　豊田商事のような場合は意図的な侵害ですが、樋口さんが問題にしてらっしゃるのは、企業活動で過失で侵害した場合の関係者の個人責任ですね。民事では結局お金の問題だと考えるからか、これまでは使用者責任を追及して、個人の責任を追及することは少なかったのかも知れません。

南　たとえば、カネミ油症事件（福岡高裁昭和59年３月16日判タ520号93頁）では代表取締役も訴えられていますよね。それで責任が認められていますよね。有機的組織体としての企業自体が責任を負う場合に、代表取締役も代理監督者として責任を負うとされています。

樋口　ただ、カネミでは、刑事の第一審で代表取締役は無罪になっています（福岡地裁小倉支判昭和53年３月24日刑月10巻３号313頁）。そこでは、職責に注目する形で、適正な装置を置くなどの具体的な注意義務が否定されています。民事でも、そういう具体的な注意義務を肯定したわけではないですよね。そうすると、有機的組織体である企業が負担する責任が、どういうロジックで代表取締役の民事責任を発生させるのか、という興味が生じます。民事と刑事で過失の限界が違うのか、それとも、通常の過失ではない責任を負わせているのか。

企業内の個人責任の追及方法を民事と刑事で比較する、という作業は一度やってみる価値がありそうですね。

瀬川　ああ、266条の３の取締役が不法行為で何か認めたものがちょっと前にもあるじゃないですか。

南　最近も改正前の商法266条の３の取締役の責任を不法行為で認めた週刊新潮名誉毀損事件（東京地裁平成21年２月４日判タ1299号261頁）があります。『週刊新潮』で名誉棄損となるような記事を書いたとして新潮社の代表取締役が訴えられ、そのような名誉棄損を起こすような記事を書くことを防ぐような管理体制を構築すべき義務があったとして責任が認められたという事件だったと思います。

樋口　この事件では、編集長も責任を負っていますね。代表取締役と編集長は、社内体制を構築すべき地位、編集への関与というそれぞれの根拠で責任を負う、企業内の個人責任追及は、色んな根拠がありうる、ということですね。刑事責任と対比できそうな民事の事件は他にあるでしょうか。

南　代理監督者に関しては、交通事故の判例集を見ると、運輸会社等で交通事故を起こしてしまった事件を見かけます。

樋口　実際に誰が責任追及されているでしょうか。

南　代表取締役が多いです。大きな会社であることはあまりありませんので、そういう意味では代表取締役に責任追及しやすいのかな、と感じます。

樋口　刑事との対比からすると、運輸会社の従業員の事故について代表者まで刑事で過失責任が問われる、というのは通常なさそうな気がします。もっとも、両罰規定で個人業務主の責任追及ですと、従業員の違反行為から直ちに責任追及されていますから、そちらに近いんでしょうね。ただ、両罰規定や715条の過失と、刑法の通常の過失・民法709条の過失がどう違うのかはもっと詰めて考えないといけないですね。特に、通常の過失で危険の抽象化を認めると過失の成立範囲が広がるので、両罰規定の過失がどういう点で違うのかはかなり問題になるところです。

民事刑事の比較という点で他に、チーム医療を考えますと、刑事責任で埼玉医科大と患者取り違え事件を報告で検討しましたが、民事では説明責任について最高裁判例が最近出ています（最判平成20年４月24日民集62巻５号1178頁）。原審が説明義務違反をチームのボスに認めたものを最高裁でボスは監督してたら主治医に説明させれば足りるとして破棄しました。

チーム内での個人賠償責任という関心からしますと、最高裁の事案と違ってチーム医療において説明を一切してないときに、誰が個人賠償責任を負うのかが気になります。医療チームが例えば、総責任者である執刀医と二人の助手から構成されているという場合、３人全員が同時並行で説明責任を負う、ということがあるんでしょうか。

瀬川　そのチームのあり方によるのではないでしょうか。さっき話しのあった、全員負うのと、縦型、横型という考え方をしていくんじゃないかと思います。詳しくないんですけど、ドイツの組織編成上の過失というのは、使用者責任が自己責任で、免責が認められている、その意味で個人責任と同じですから、組織編成上の過失という形で責任追及を考えますが、日本でいうと709条に基づく監督義務の拡大と同じです。

法人の監督義務という問題の立て方の問題

樋口　ここまで色んな議論が出てきましたが、法人の過失責任にせよ、個人の過失責任にせよ、複数のロジックが併存しうると思います。それぞれのロジックは相互に排斥しあうわけではないので、原告ないし検察官としては、過失責任を問うに際して注意義務の構成を色々考えてみる必要がある、ということになります。

その過失の構成の一方法として、管理・監督義務というものがあります。この管理・監督義務は個人であれ、法人であれ、負担しうるものです。ただ、法人が管理義務とか監督義務を負うという命題には、問題が含まれていることに注意が必要です。刑事では両罰規定の解釈論である過失推定説の悪影響で法人が監督義務の主体という問題設定がなされるんですが、民事でも715条の法人自身が監督義務の主体であるという構成を709条にも及ぼして、法人が監督義務違反を犯したかという問題を立てると、見落としが生じることに注意すべきだと思います。というのは、末端従業員の何らかの義務違反というのが、法人の過失責任の成否において考慮ファクターでなくなるという問題が生じるんです。

法人というのは代表者や従業員から構成されています。従業員が個人である代表者と監督・被監督の関係に立つというのは問題ありません。ですが、法人というのは代表者と多数の従業員の全体から成立しています。ですから、代表者だけでなく、従業員の行動も、法人の過失の存否の判断ファクターに取り入れてよいと思います。ところが、法人が監督義務違反を犯したかという問題を立てると、従業員が犯した過失は法人の過失の判断ファクターになりうるという議論が飛ばされちゃうという問題が生じるんです。法人が監督義務違反を犯したかという問題を立てることは当然行われていいんですが、それは法人の過失の一形態に過ぎないことに十分に

注意すべきだと思います。監督義務違反ではなく、法人が過失を犯したかという問題設定を行うと、末端従業員の過失も代表者の監督過失も、そして代表者自身の直接過失すべてが法人の過失のファクターに入れることができます。もちろん、法人の過失の内実がそれで直ちに明らかになるわけではないですが、法人内の多数構成員の内の誰に注目して法人の過失を考えるかという問題をスルーしちゃいけないと思います。

そうじゃないと、例えば複数の末端従業員全員が同時に過失を犯しているときは足し算して法人の過失を認めていいという議論がイギリスにはあるんですけど、監督義務違反という問題を立てると、監督される対象である末端従業員のミスは、監督する側のミスを構成しないという関係に立っちゃうので、こういう場合でも法人の監督義務は否定されます。そして、法人の監督義務違反という問題の立て方以外に、法人の過失を問う方法があり得るということを意識しないと、法人の過失責任自体が否定されるということになってしまいます。これは非常に問題があるということを拙著に書いたんですけど、あまり理解されていないかもしれないです。

加藤　もちろん、従業員の直接的な加害行為について不法行為責任が成立する可能性があります。そして、仮に、従業員が会社の事業活動を実行する中で不法行為責任を負う場合には、直観的に考えれば、法人自身の活動として、法人の不法行為と評価されるべき場合が存在するように思います。ところが、代表者の監督義務違反の有無という問題の立て方をすると、その副作用として、従業員の行為自身を法人の行為と規範的に評価することが可能であるか否かという論点を落としてしまうことになります。

樋口　そうです。その通りです。イギリスで、監督義務違反からねじれが生じた二つの判例があります。スーパーマーケットでの不当表示が問題になったんですが、企業の本社は不当表示がでないように教育体制を整備していました。ですが、一つのスーパーマーケットで不当表示が行われてしまった。一つの判例では、末端従業員のミスで不当表示がなされたんですが、その上司の監督義務違反を根拠に法人が処罰されました。ですが、もう一つの判例では、上司レベルの人が自分で不当表示をしてしまった。その場合には監督義務違反がないとして法人は無罪になりました。上位レベルの人が自分でミスしたら法人は無罪なのに、監督ミスなら法人が有罪というのはいかにもおかしいですが、監督義務違反という構成だけで法人の責任を考えるとこういうことも起きてしまいます。

加藤　民法でも、会社は民法709条で不法行為責任を負うわけですよね。その場合、監督義務以外でも負うのではないのですか。実際、例えば、さっき瀬川先生がおっしゃった不当勧誘では証券会社が被告になるわけですけど、証券会社自身の説明義務違反が不法行為責任の根拠とされています。したがって、結局、民法でも、監督義務や監督上の過失という媒介以外ですでに法人の不法行為能力を肯定しているわけです。このことを刑法解釈論の中で考えると、監督上の過失以外に、そういう法人自身の過失というものをちゃんと考えないとだめだということなんじゃないかと。

瀬川　樋口さんのお話で、法人の責任を追及する仕方として、法人の監督義務違反を問うやり方と、法人の過失を問うやり方があること、そして、法人の監督義務違反というやり方でカバーできるのは、法人の過失というやり方でカバーできる場合の一部であることが解りました。問題は、両者の関係ですね。考え方の内包がどこまで同じでどこが違うのか、それから、考え方の外延、つまりそれぞれを適用した結果がどこが重なってどこがでズレているかかです。

参考になるかどうかわかりませんが、民法の状況についてお話ししておきます。民法は法人が権利義務の主体になることは当初から認めています。法人擬制説とか法人実在説とかの議論はありますが、それは説明の違いで、法人が権利義務の主体になることには異論がありません。ですから、樋口さんの言う法人処罰創設機能に相当する問題は民法では理論的な問題にとどまっています。あるのは、受皿的構成要件創設機能に相当する問題です。

この問題に関する民法の考え方は、自然人が他の自然人の不法行為について責任を負う場合と同じです。法人法改正の前の民法44条の理事等の行為による法人の損害賠償責任、715条の使用者責任です。715条が当初念頭に置いていたのは、人力車の車夫が運転ミスで通行人を負傷させたような場合、つまり、被用者は使用者の指示どおりに遂行していたが個人的なミ

スで加害したという場合でした。この責任の実質的な根拠ですが、715条は当初、法人の監督義務の違反と考えていました。このことは、同条の１項但書で、選任監督に過失がないときは責任を負わないとしていたことに現れています。その後、判例はこの免責を認めなくなったので、監督義務違反という考えはなくなったようにみえますが、しかし、「事業の執行について」の判断の中で、手形用紙や会社印、あるいは業務用車をきちんと管理しないで加害被用者が私的目的で偽造したり運転したのでないかをチェックしているので、高度化・広範化しているけれども、実質的な根拠は管理監督義務違反だと思います。この点で、外形理論を過度に強調すべきでないと考えています。44条の方は715条１項の但書に当たる規定がなく、実質的な根拠付けの議論もないようです。このように未確定のところがありますが、715条の責任は基本的には監督義務違反ととらえられてきました。いずれにしても、他人である自然人の行為について法人が責任を負うととらえてきました。

ところが、1970年前後から、法人自身の不法行為としてとらえるべきだとの学説が主張され裁判例が現れました。この学説が考慮したのは２つの点で、第１は、被害者が、加害企業の内部の加害従業員を特定して因果関係と過失の立証しなければならないのは負担が重すぎる、加害行為者を特定しなくても賠償請求できるようにすべきだということ、第２は、被用者自身に被害者に対する不法行為責任を負わせるべきでない、また、被害者に賠償した使用者に対する求償義務を負わせるべきでないということでした（拙稿「法人の不法行為」内田・大村編『民法の争点』276頁参照）。しかし、この学説が念頭に置いていたのは公害や薬害の事件で、被用者が使用者の指示を個人的なミスもなく忠実に遂行して加害したような場合です。このような場合にいま言った２点を考えるのはよく分かります。これとの対比でみると、以前の事案は、手形の偽造や業務用車の無断使用運転中の事故のような、被用者が使用者の指示を逸脱して加害した場合だったので、使用者責任の実質的な根拠を逸脱行為の管理監督義務の違反と考えていたと思います。これに対し、法人自身の不法行為で考えている公害、薬害事件では、被用者の指示逸脱はないのでその管理監督義務の違反を使用者責任の根拠にできません。ここでの法人の注意義務違反は第三者を加害するような事業活動を被用者に指示したことにあります。

それからもう一つ、下級審裁判例では最近、企業の安全配慮義務違反の不法行為責任が、雇用関係以外の、ホテルや駅、病院等での負傷事故・殺傷事故、旅行中・スポーツ中の事故などに拡大していますが、そこでは企業の事故防止義務違反が問われています。この作為義務違反の場合にもしばしば、担当従業員に対する監督義務の違反ではなく、直接に法人企業の過失で議論しています。

このように民法では、従業員が指示に反した場合－それにはミスによる場合と意図的な場合とがありますが－には法人の監督義務違反の問題にしていますが、指示どおりに執行して加害した場合や不作為の不法行為の場合には、法人そのものがその作為あるいは不作為をやっているとして、監督義務違反の問題にしていません。

法人固有の刑事責任

長井長信〔北海道大学法学部〕　刑法の長井と申します。今ほどのお話ですと、この問題の実体は、監督する側と監督される側という対立構造で捉えるのではなくて、要するに全体の総和について注意義務違反があるはずだということだと思いますけど。だからこそ、法人固有の注意義務違反みたいなものを考えるということだと思うんですけれども。

そうしますと、従来いろいろ議論されてきた、実行行為者というか、起訴の対象となるのが誰になるのかという問題と関連するのではないかという気がします。つまり、商法上の問題だとかいろいろあるのかとは思うんですが、従前、自然人を起訴の対象としてきているわけです。でも、こういった場合には、末端の従業員であれ、あるいは取締役であれ、個人レベルでは、要するに犯罪の主体ではないわけですね、一要素ではあるけれども。こういう方向で法人レベルでのみ犯罪が成立すると考えてしまってよいのでしょうか、それとも、個人の犯罪の実行行為を同時に認定しつつ、いわば重畳的に法人の責任というものを関連させて考えるのでしょうか。

樋口　重畳的に法人全体の注意義務違反とその内部に属する個々人の注意義務の両方を犯罪主体として追及していくということだと思います。

長井　ただ、その前提としてやっぱり個人の責任というのは、法人全体と

してようやく犯罪、注意義務違反が認定できるというような場合になって初めて、個人独立で注意義務違反を観念できるのでしょうか。というのでは不思議な話であるような気がしますけど。

樋口　それ自体としては過失と認めにくいような軽微なミスが重なっていって、法人だけが責任を負うということはあると思います。実際にはあまりないのでしょうけど、理論としてはあると思います。

長井　となると、法人処罰の際に個人の責任も認められているというのは、あくまで実際上の問題だということですね。

樋口　ええ。理論としては要するに法人のみが全体を集積して責任と負うということはあると思います。

瀬川　ちょっとそこで聞きたいんだけれども、法人が全体として集積して負う注意義務は従業員個人の注意義務よりも高い場合が多いと思うんですよね。末端の人はそれぞれの社会的地位や専門に応じて注意義務を負うにとどまるのですから。そこのところが、それこそ法人実在説の考え方を根拠にするんですかね。何となく法人実在説が責任論で意味を持つのは、そこだけという感じがするのですが。

会沢　もし仮に事業者が自然人であった場合を考えて、それで数多くの従業員がぶら下がっている場合においても同様のシチュエーションが発生するわけで、その場合に事業体全体にかかる注意義務は法人であろうが個人事業主であろうが同じはずなので、今、瀬川先生がおっしゃったような、法人だからプラスアルファの注意義務を課すという議論は成り立たないのではないかと。

樋口先生が問題にしている法人処罰の対象としての法人とは、私が先ほど触れた法人か組織かという対抗との関連で、組織全体が包含されているとすると従業員との関係では雇用関係しかないはずで、法人の機関ではないですよね。それを従業員まで含めてくくってしまっているということは、法人ではなくてむしろ組織の問題として把握する見方で考えているように思われます。

その延長ということになりますが、この組織として囲んだ外側にさらにアクターがぶら下がっている場合があります。請負とか事業提携といった場合です。なおかつ、とりわけ企業法務のような観点などからすると、いかに自分が責任を負わないかということを考えて組織を組むということがあり得ると思うので、逆に言うと、どういうふうに組織を組めば法人本体まで責任を負わなくて済むのだろうかということについて、ちょっと見通しのようなものがあればご教示いただけませんでしょうか。

樋口　まず法人と外部の関係ですけど、自然人相互で適用される信頼の原則が、法人間においても適用されると考えられます。問題は、法人が外部の法人と関わったとき、どの程度責任を負うか、ないしどうすれば免責されるのかですね。参考になる事件として、大阪でガス管工事の際に爆発が起きた事件があります（大阪高判平成３年３月22日判時1458号18頁）。この事件では、大阪市交通局が発注者で、建設業社が請け負って、さらにガス管を管理している大阪ガス、３つの主体に属する多数の個人の刑事責任が問題になりました。その際、いきなり個人に注目するのではなく、まず３つの法人間の責任関係を考えるという態度がとられています。ガス管を扱うという危険性をともなう工事の責任について、契約関係を密に見て、契約関係上、発注者である大阪市交通局は鉄道建設にすべて委ねることは許されないという議論がなされています。

ということで、外部委託の趣旨が問題になると思います。外部に託していっても大丈夫なように、危険の防止が外部の人間に十分である、外部の人に委ねきってよいという関係を構築しなければなりません。

逆に、例えば元請け、下請けの関係で、ほとんどの危険防止にかかわる作業は元請けの方がやっている場合には、元請けが大幅に責任を負って下請けは契約関係で頼まれたことだけやっておけばいいということもありえると思います。古い刑事事件で、煙突を清掃するという契約をしたときに、５日に１回掃除すれば足りるという契約で、掃除の後４日目に火事になった事件というのがあるんですけど（大判大正３年11月25日刑録20輯2254頁）、そういうときには、掃除する方に義務はないと判示されています。責任は煙突の所有者が負うということになるでしょう。そういった形

で、外部への委託の趣旨に応じて免責は決まっていると思いますが、趣旨に応じるといっても、刑法の目から見て危険の防止が十分に図られているか、というチェックがなされるかと思います。

もう１個の法人が内部でどういう合理的組織体制をとるべきかということですけど、法人が負担する注意義務による免責が認められるには、危険の防止という、さっきから出てくるマジックワードなわけですけど、危険に比例した十分な防止義務が履行されていることが必要ということになります。最近の議論では、この点についてコンプライアンスプログラムに注目するのが有力です。簡単にいうと、防止義務の内容として、組織の体制を整えることに加えて、その体制がちゃんと動いていることを確認するということになると思います。危険を防止する職責を負う部門の整備と、さらに、危険の防止を職責とする部門に属する人たちがその職責を十分に把履行していることが必要です。ただ、そのような議論では、複数の人間の集積体である組織のうち、監督部門に属する人間のミスだけを法人のものとして、実行部門に属する人のミスを法人のミスと評価しない、ということが暗黙の前提になっているか、少なくとも、実行部門より監督部門の人間の行動を優先的に法人の行動と評価すべき、という立場が前提になるはずです。しかし、そのような前提を採用する理由はないと私は考えています。ですので、法人の責任を考えるには、危険な活動を行う部門に属している人々が危険の防止のための注意義務を履行しているか、というチェックも必要なんじゃないか、と考えて著書にもそのように書きました。監督部門に属する個人の責任の成立範囲と法人の責任の成立範囲が違ってくる部分があると思います。

予見可能性について

深町晋也〔立教大学大学院法務研究科〕　樋口さんの議論は、①まずは法人なり組織なりに注意義務を課した上で、次に②その内部の自然人に対して過失責任を分配するといういわば二段階の思考プロセスを辿っていますが、①の局面では予見可能性があまり機能しないという主張はそれなりに理解できる反面、②の局面では、どの自然人に注意義務を配分すべきかを考える際に、当該自然人が有している知識（・能力）ひいては予見可能性が考慮されるのではないでしょうか。その限りでは、危険のみで判断することはできず、なお予見可能性という概念の意義は否定できないように思うのですが。

樋口　職責に応じた自然人への分配という法理において予見可能性が考慮される、というご指摘ですが、まず、それ以前に、過失の判断定式において、危険の防止といっても個人の認識も考慮されることは私も認めています。それは、およそ認識不可能な事実を、危険を基礎づける状況の記述に入れてはいけないからです。ですから、既に①法人ないし組織に注意義務を負担させるというレベルで、認識不可能な事実から注意義務を負担させてはいけない、という形での限定が働きます。

これに対して、②内部分配のレベルで個人の知識の作用を認めてよいかという問題はかなり難しいと思います。というのは、およそ認識不可能な事実から義務負担が生じるのは不当である、という要請は働くのですが、職責上、注意義務の履行が期待される個人には、必要な知識を備えるという情報収集義務を負担させてよい、とも考えられそうだからです。

一方で、そもそも必要な知識を持ち合わせていない個人については、法人・組織内において当該問題に関する職責を負っていない、というように職責の範囲確定の考慮要素として機能する、という側面もあると思います。実際、森永ドライミルク事件でも工場長の無罪は、こちらの側面から基礎づけられているように思われます。

ただ、いずれの議論にしろ、従来の予見可能性という概念とは相当議論を異にすることは間違いないんじゃないでしょうか。

深町　従来、「結果の予見可能性」と言われてきた議論は、主として行為者に対する責任非難を基礎付けるものとして理解されてきた（例えば、松宮孝明『刑事過失論の研究』310頁）のに対して、近時、過失犯で問題となっている「予見可能性」というのは、樋口さんが説明されるように、行為者に対する責任非難としての「結果の予見可能性」とは異なる（むしろ抑止などの観点から要求されている）ものだと私も考えております。したがって、「結果の予見可能性」という概念を敢えて使用しないというのは別に構わないのですが、行為者の有する知識あるいはそれに基づく「予見可能性」が過失責任を基礎付ける上でなお重要であるという点は認めるべ

きではないでしょうか。樋口さんの議論を聞くと、やや予見可能性という概念を性急に排除しているような印象を受けたのですが。要するに、二段階の思考プロセスを採ること自体は理解できるものの（特に、薬害エイズ厚生省ルートに関する最決平成20年３月３日刑集62巻４号１頁のような事例では、①まずは厚生省にこそ回収すべき義務が認められ、そして②厚生省の中で被告人に対して過失責任が分配されるという思考プロセスを経ることには十分に理由があると思われます)、そうした思考プロセスにおけるそれぞれの段階において、「予見可能性」が機能しうることを正面から認めるべきではないでしょうか。例えば、患者取違え事件における最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁は、被告人が患者の同一性に疑いを持つに至ったものの、確実な確認措置を採らなかった点に過失を見出しており、予見可能性判断になお意義を認めているように思われます。

樋口　法人の負担する注意義務の分配、という発想が受容可能なものという評価をいただけている点は率直に嬉しいですね。これに対して、予見可能性のほうについては、本日の報告や論文が、予見可能性という言葉を使ってよいようなものを全く排除しているという印象を与えたとしますと、説明不足、舌足らずであったと思います。ちょっと長くなってしまいますが、東大ローレビューの論文で、行為者の知識という問題を扱わなかった理由を説明することで補足してよろしいでしょうか。

今回の議論で距離を置きたかったのは、故意のアナロジーから「結果の予見可能性」として過失を定式化する議論です。これに対して、不可能な義務負担を避けるために、①義務の導出根拠となる危険を基礎づける事情又は危険自体の予見可能性は必要でしょうし、他にも、②信頼の原則の前提をなす他者による危険の防止可能性を欠落させる事情についても予見可能性が問題になる、といった形など多くの形で予見可能性は機能します。

それにもかかわらず、論文から削除したのは、「予見可能性」というタームの機能があまりに多岐にわたり、系譜分析を成立させることができず、論文としてまとまりきらなかったからです。

誤解を避けるべく、「結果の予見可能性」と区別する意味で、認識可能性という言葉に変えて説明を続けさせていただきます。ロジカルな分析としましては、①危険又は危険を基礎づける事情の認識可能性、②信頼の原則の前提を消失させる事情に対する認識可能性、という形で、過失の判断定式の中での認識可能性の機能が認められますし、日本の判例でこのような見地から認識可能性が認定されているのは間違いないところです。ただ、こういった議論が、日本の判例と照応できる形でアメリカ不法行為法に見出せるか、という調査を十分に行えなかったので、論文の性質上、言及を回避しました。

また、故意のアナロジーから「結果の予見可能性」として過失を理解した場合、過失の存否と過失による帰責の範囲、という区分は問題とならず、因果関係論と予見可能性を個別にチェックすれば足りるのに対し、危険の防止という見地から注意義務を設定する場合、注意義務違反の問題から独立して、義務違反からの帰責範囲、という新しい論点が登場します。この帰責範囲を規律する視点として、結果の予見可能性は機能しうるのか、それとも、危険実現という枠組みで一元的に説明すれば足りるのか、といった問題も生じるところですが、この問題は因果関係論とも関係し、比較法研究も進んでいない現段階での考察の公表を断念しました。個別の具体的な事情について予見可能性はいらない、といった議論は結局、注意義務の設定根拠となった危険がその後の結果にまで実現しているかという判断に還元されるんじゃないか、という印象を現段階では持っているんですが。

さらに、ご質問の点と関係します、法人内の個人責任の問題についても、先ほども申し上げた、認識を持たない場合の情報収集義務を法人・組織内の個人にどこまで課してよいかについて、従来の裁判例を見る限り、そういうアプローチをするものがなく、議論の素材を欠き、考えもまとまらなかったので、執筆の対象にしませんでした。

以上の事情ですが、まったく個人的な勉強の進展度から論文に反映しなかった部分から誤解を招いたとしたら反省する次第です。冒頭の瀬川先生のコメントで整理していただいた学説の議論も、結果の予見可能性という問題と、危険の認識可能性という問題を分けたほうがよりうまく理解できるか、と思います。例えば、予見可能性を導出する予見義務、という議論も、製薬に伴う抽象的な危険の認識を根拠に情報収集義務が課され、当該義務を履行した際に薬の副作用・身体への害悪という具体的危険が顕在化する場合（認識できる場合)、その具体的な危険に対処すべく、危険の程度や対処可能性に応じて、薬の危険性の周知徹底義務なり、販売の停止義

務なりが課される、といった位置づけが可能だと思います。

予見可能性が機能しうることを正面から認めるべき、というご指摘については、イエスと答えてもよいのかもしれませんが、故意のアナロジーから結果の予見可能性が必要、という議論に拘束されてきた従来の議論にからめとられることが怖くて素直にイエスといえないんです。認識・認識可能性が機能するのはいかなる場面で、いかなる形か、そして、その機能を認める規範的根拠は何なのかについて明晰に把握し、過失の構造化を進めていくことが必要なのであって、その作業を経ていない現段階では、予見可能性が機能しうるといった総括的な命題を述べることは差し控えたいんです。そうでないと予見可能性的なものは異なる複数の観点で問題となりうる、ということが見落とされる恐れがあるように思われます。

例えば、深町さんが挙げられた薬害エイズと患者取り違えでは認識の機能は相当異なります。というのは、薬害エイズなどのように、問題となっている物質の危険性に関する情報を組織内の個人が保有しているという場合、その者の認識は、職責の範囲の認定事情として機能すると同時に、情報収集義務という論点を棚上げにしたまま、当該個人に注意義務を課しても過剰な負担にならないということを確認する機能を果たします。これに対して、患者取り違え事件では、組織内の個人の情報保有という局面と異なり、認識のレベルに応じて一般的な情報収集義務に比して加重した義務が課されるという議論が問題になっています。手術の関与者に常に要求される同一性確認のレベルと、同一性について疑義が生じた際に要求される確認のレベルは違う、ということですから、薬害エイズとは異なる議論です。

深町さんのご指摘で、そもそも今日の報告や論文で予見可能性、認識・認識可能性が過失の成立範囲にどうかかわるかを論じていないのは問題であろう、という点は、そこはそうです、これから頑張ります、というしかありません。ですが、予見可能性は過失判断の中で機能しうる、という命題だけではダメで、複数の観点から慎重に検討していくことが必要であろう、という点は深町さんも認めてくださるんじゃないでしょうか。

注意義務の免除と賦課について

深町　もう一つ質問をしてよろしいでしょうか。信頼の原則における義務

の免除という点に関することなのですが、樋口さんの議論の中で、極めて正当な指摘だと思ったのが、自動車運転者が有するさまざまな義務（例えば一時停止義務、徐行義務など）の中で、前方注視義務の免除はできないという点です。この点はあまり議論されていないのですが、一部の実務家はこの点を意識的に議論しており、信頼の原則の適用においては、前方注視義務のような車両の運転者の基本的な注意義務を免除することはできないと指摘しています（片岡聰『最高裁判例にあらわれた信頼の原則』57頁）。但し、そうすると、どのような義務が免除可能な「基本的な義務」で、どのような義務がそうではないのかを区別する必要が生じます。交通事故をめぐる過失犯の成否に関しては、道路交通法がこのような区別をするに際してかなり示唆を与えると思われますが、必ずしもそういったものばかりではありません。そこで、樋口さんの議論の枠組みにおいて、免除可能な義務と免除不可能な義務とはどのように区別されるのでしょうか。

樋口　その点は東大ローレビューの論文に書きましたが、①危険の防止と②公共の利益の実現という2点から考えていくことになります。前方注視義務につきましては、①前方を見ないで運転される車から生じる危険を防止するシステムは普通つくられていないこと、②前方義務を免除することから通常何らメリットは生じないこと、という2点から義務は免除されないのだと思います。逆にいえば、①②が肯定される特殊な事情下では例え前方注視義務であっても免除が認められてよいと思います（前方注視義務の免除を認めた稀有な事例として、大判昭和19年5月9日刑集23巻111頁）。

ですから、カテゴリカルに免除が認められないという意味での基本的な義務、というのは存在しないんじゃないでしょうか。患者取り違え事件でも、「基本的な注意義務」という言葉は使われていますが、同一性確認の役割分担によって免除が認められうることが示されています。例えば、防火対策についても、防火設備の整備が期待される職責を担う人間が企業内に複数存在する場合、その複数人の間で信頼の原則による防火設備整備義務の免除が認められるかどうかの判断についても、各自の役割分担が明確であるかが考慮されるでしょうから、法的構造として本質的差異というものはないように思います。

深町　患者取り違え事件といえば、そもそも病院の関係者全員に患者の同一性確認義務が課される理由も良く分からないところがあります。例えば、患者に対する説明義務を考えてみると、それが関係者全員に課されるかといえば、かなり無理があるように思うのですが、なぜ関係者全員に同一性確認義務が課されるのでしょうか。その理由につき、樋口さんの議論の枠組みからですとどのように説明されるのでしょうか。

樋口　説明義務は不法行為の問題で、刑法に上がってくるには説明義務違反＝傷害罪という説を採用する必要がありますが、それはさておき、全員に課すのがおかしいという感覚は確かにありますね。同一性確認義務が、関係者全員に課されることと対比すると説明が必要なところです。

難しい問題ほど基本に遡るのが大事だと思います。同一性確認義務と説明義務の負担範囲についても、医療チーム内部への職責に応じた分配という基準、さらに、信頼の原則による免除の可否という観点で考えていくべきでしょう。

同一性確認義務が医療チームに帰属したうえで、個々の行為者の職責に応じて分配されるわけですが、患者の同一性を各自の職責に応じて確認するのは容易です。これに対して、説明責任は、各自の職責に応じて全員に課すといいにくい。これは、同一性の確認は、各自が自分の目の前にいる人の顔なり名前なりをチェックすれば足りるのに対し、病状や手術内容の説明を行うには、病状や手術に関する知識が必要ですし、さらに、患者との接点も必要だからだと思います。

さらに、役割分担の関係で、説明責任は信頼の原則による免除が認められやすいのかもしれません。というのは、同一性確認については、明確な役割分担がない限り、チーム内の誰の役割かはっきりしないのに対し、説明責任は患者と接点持つ者の役割といえるからかもしれないからです。ただ、実際にそういう慣行があるのか知らないので何ともいえないところですが。最終的には、瀬川先生の指摘されたとおり、チームの在り方によるんでしょう。

深町　「予見可能性」判断にどのような意義を見いだすかという点で、なお樋口さんの議論について私がクリアーに理解できていない部分は残ります。また、「予見可能性」自体についての樋口さんの抵抗感については理解したつもりですが、私自身は「予見可能性」判断を肯定しつつ、その内実を複数の視点からより分析的に検討すべきだとの理解を（現状では）採っているので、その限りでは樋口さんの拘りにはなお違和感を覚えます。しかし、「予見可能性」判断がともすれば不明確なブラックボックスになっていたこと自体は認めざるを得ないでしょう。更に、いかなる義務をいかなる根拠で課し、また免除するのかという点については相当に難しい問題で、樋口さんがおっしゃるように「予見可能性」判断のみに解消するべきではないのでしょうが、いざ基準を出そうとすると、中々すっきりとは行かないですね。

樋口　妙なこだわりで議論を混乱させたくはありませんが、議論の内実を深めることを棚上げして整理の仕方をめぐって議論が空転する、という現実が色んな論点で過去に生じてきたことを考えると、同じようなことが予見可能性という概念をめぐって生じることが怖いんですよね。今後、しっかりと予見可能性的なものの内実を深めた上で、過失の成立範囲の具体的基準の検討をさらに進めて、十分に議論がまとまった段階で概念的な整理についても適切な方法を考えてみたいと思います。

会社の規模による区分と民事・刑事による抑止対象の相違との関係

宮澤信二郎〔北海道大学法学部〕　北大グローバルCOEで法と経済学を勉強しています宮澤と申します。

全体のご報告については難しくてなかなかよく分からなかったのですが、すごく興味のわいた点が2点ほどありまして。（一点目は）村松先生のコメントのところで出てきた公開企業と非公開企業を区別するか否かというところで、そういう意識はまったく今のところないようだというコメントだったんですが、この点については両者の区別をする会社法が専門の（神戸大学の）加藤さんに、どのように考えたらよいのかについてコメントを求めたかったのですが、でもちょっと自分で考えていました。

それで（二点目ですが、）会沢先生が不法行為法があれば十分で、刑事訴追は必要ないかもしれないというコメントをされていた点です。この点は一般的に法と経済学でどういうふうに考えていたかということを思い

出しながら（一点目と合わせて）考えていたんですが、不法行為法の場合は、たぶん当事者間の問題解決、そして取引におけるコストを考えて抑止というものを考えます。それに対して刑事法だと、社会全体に与える影響も考えて、その社会的コストを削減するために刑事法がありますとするのがたぶん一般的だろうと思います。

そうだとすると、その辺のコストの認識、当事者にとってのコストと社会的コストの区別のところが公開企業と非公開企業を民事法では区別して、刑事法では区別しなくていいという根拠になり得るのではないかと考えていました。つまりどういうことかというと、民事法においては当事者がどういう当事者なのかというのが（コストの構造を通じて）結論に影響してきますけれども、刑事法の場面では当事者がどういう当事者なのかということはそれほど重要じゃなくて、社会全体にどういう影響を及ぼすかということの方が重要なので、当事者が公開企業か非公開企業かはあまり影響がないということなのかなと考えました。これでいいのかということについて皆さんのお考えを聞かせていただければと思います。特に法と経済学の観点から村松先生にちょっとコメントをいただければと思います。

村松　ちょっと考えさせてください。

法人処罰の機能・法人を処罰する犯罪の範囲／法人の故意

長井　今のご質問につなげて１つ質問があるのと、もう１つは刑法のプロパーがしつこいのにありますので、差し控えるべきかどうかちょっと迷っています。

今のご質問は、つまり刑罰の役割というか刑法、もうちょっと言いますと、会沢先生のご質問にもありましたように、企業犯罪・法人処罰をなぜ積極的に考えなければいけないのかという、樋口先生の論文そのものの存在意義につながることになるのかと思います。それは我々もいろいろ考えていることなんですけれど。

もうちょっと言いますと、例えば今現在は両罰規定で、実際上は企業犯罪とか企業の処罰、法人処罰等が実際上はある程度は達成されているだろうと考えることもできます。これにプラスアルファして、刑法理論の中で法人処罰を一生懸命正当化しても実際上有効に機能する場面はそうはないんじゃないかというのが１つ目の実際上の問題です。そうであれば、なぜそこまで一生懸命議論する必要があるのか。

だから、逆にいうと、先ほど樋口さんがちらっとおっしゃった、僕が活躍できるところはどこかというところにつながるのですね。法人処罰を議論するところのプラスの意味はどこにあるのか。それを、全体で考える必要があるのかなとか、どこを目指されているのかなということを、少し具体的に、こういう問題は解決できますよというのがご示唆いただいた具体例です。

もう１つは、それにも関連するのかと思うんですけれども、今日のお話は全体の過失判断と法人処罰にうまくまったくつながっているのか、私にはよく分からなかったんです。あえて言いますと、樋口先生の報告の「１．議論の系譜」の「(3) 議論の膠着」があって、**２.**のところで、刑法理論による法人処罰の基礎付けというところの「(1) 刑法上の諸概念の規範的論拠の探求」のところです。今日は過失犯のところでしたが、樋口先生はどうも目指されるところでは、故意の問題も当然に射程に入れながら、企業ぐるみで何らかの逸脱行為をする場合を当然念頭に置いているわけですね。そこでちょっとお伺いしたいのは、１つは先ほど得津先生もご質問された、つまり故意を危険あるいは危険の創出というふうにとらえられるのか、あるいは危険の実現というふうに考えられるのか。

もう１つが、故意という概念を危険実現への無関心という点です。私どもの理解では、故意というのは少なくとも未必の故意であったり、未必の故意の中に、あるいは消極的認容とかいう理解は一般的に判例通説として増えているんですけれども、無関心というともう少し広いのかなという気もするんですけれども、そこら辺のご趣旨はどういうことなのでしょうか。

もう少し言いますと、こっちの勝手な当て推量で言うと、危険を組織ぐるみで実現してといった場合にどういう客体に結果が発生するか分からない、そんなことはどうでもいいやと思っているような場面、例えば企業、製造物にかかわるような場面、つまり客体を特定できないような類型についてもある種の無関心を根拠に故意を認めてしまってよいのでしょうか。それは危険の実現についての認識の度合いとたぶん相関してくるんだと思うんですけれども。そういったことも含めて企業ぐるみで、つまり法人処罰の対象というふうに取り込めるんだとお考えなのかどうなのかとい

うことをお伺いしたい。二点になるのか結局のところ一点になるのかわかりませんが質問は以上です。

城下裕二〔北海道大学法学部〕　関連する質問なのですが、よろしいでしょうか。法人処罰の問題において「この種の犯罪については自然人のみを主体にすべきであって、法人を主体にすべきではない」という議論があるのかどうか、教えていただければと思います。

樋口先生もご著書の中で紹介されているように、イギリスでは2007年にコーポレート・マンスローター（法人致死罪）を処罰する特別法が立法されましたが、最初の印象では、経済事犯などではない純粋に個人的な法益に対する罪について法人を主体とすることに、違和感があったのです。そのうちにコーポレート・マーダーという類型も立法化されるのかと…。処罰の必要性は理解できるのですが、それを制約する原理、つまり特定の領域の犯罪について、法人処罰を制限しようという考え方はないのでしょうか。

樋口　じゃあ、順に答えていく形でよろしいですか。まず法人処罰の実際上の必要性という観点からすると、何のために頑張って議論するのかという点ですが、実際上の必要性と理論化は別問題で、理論的に考えることに意味がないとまでは長井先生も言われないんじゃないでしょうか。実際、法人処罰を試金石に刑法理論を考えると、刑法ドグマティックに没入するより、ちょっと距離を取れて思考が深まるな、と思いました。

理論化という問題はさておき、法人処罰の必要性のほうを考えてみますと、法と経済のこの研究会でそれを言ったらおしまいよという話になるかと思うんですけど、これこそ最も社会的に望ましい制度であるという分析も、刑法理論と形は全然違えども、実は一つの理論モデルであって、決定打がないのが現状じゃないでしょうか。そうではなく、本当に実際上あれば便利かというレベルで考えますと、現在、両罰規定で処罰していることとの均衡上、過失致死罪などの犯罪類型にも法人処罰があればいいのに、という感覚が生じていると思います。そういう感覚を取り込む際には、刑法理論に基づいた法人処罰の理論化が有効に機能するんじゃないでしょうか。

もっと望ましい社会的制度に関する議論があった方がいいんじゃない

かとも思ったんですけれども、学問的にまとめることができませんでした。まったく個人的主観なんですが、合理的思考に基づいた制度がうまくいかないことも多々あるわけでして、結局はやってみないと分からなくて、法人処罰だって作ってみてうまくいけばいいなぁ、という程度です。

法人を処罰する犯罪の範囲についてですが、刑法理論からみて範囲を限定する理屈はないと思います。あとは、法人処罰が必要と感じられる類型に限定して導入するか、必要性は感じられていない範囲でもどうせ立法するなら一括して導入するか、という問題になると思います。個人的には立法するなら、どの犯罪について導入するかについて議論するという無駄な労力を払うより全部入れる方がいいんじゃないかと思います。現在は必要性が低くても、一定の犯罪に限定して導入したら、その導入された犯罪との均衡上、またもや不処罰が不均衡と感じられる犯罪類型が出てきて拡張、などという実に無駄な事態が生じることも十分考えられるところです。コーポレートマーダーなんて当然認めていいですし、それどころか、法人の強姦も認めていいでしょう。法人の重婚があり得るという論文がイギリスにあったりするんですけど、結婚相談所が怪しいことをやったり、あとは風俗関係の企業、そういうところが怪しいことをやったら当然処罰されるべきですね。あまり予想しにくいことでも、実際に事案として生じたときに処罰規定がなくて困るということはあり得るので、全犯罪類型に法人処罰を導入してもいいんじゃないでしょうか。

あと、法人の故意ですけれども、故意論は素人なので、故意の専門家の長井先生に聞かれると参るところです。未必の故意との関係ですけど、最近流行らないですけど、責任主義との関係から考える必要があるかな、と思います。そもそも責任主義がいかなる内容を持っているかが問題となるところですが、いわゆる性格論的責任論を取り上げてみますと、エクスナー、エンギッシュ、我が国では大谷実先生の初期の議論がそうだと思うんですけど、法益侵害への人格のなじみが刑法上の責任の根拠である、と考えます。こういう考えを徹底すると、法益侵害に対して人格が相応している場合に故意が現れるというところに行きつきます。故意というのは特別予防の必要性を測定する要素であるという立場であれば法人の故意を認めることに抵抗はないでしょう。というのは、規範的視点から未必の故意の範囲を確定するというアプローチがあり得ると思うので、そういった見

地から見ると、無関心ということで未必の故意を規律するとともに、法人の故意も認めることもあっていいのかなということです。ですが、まだ故意について全然勉強してないので、今回の過失の研究もそうですけれども、今後いろいろ勉強することが多いなという程度で現段階では収めいただいて、10年後に答えられるように今頑張っております。

会社規模による区分

村松　公開企業と中小企業という形で分ける必要があるのか、ないのかというところで、刑法で考える社会への影響という意味では同じなので分ける必要はないんじゃないかと。

負担という側面から見ると大きいけれども、社会への影響という点では小さいと思います。そういう意味で、私も実は分ける必要があるのかどうかは判断し難いと思っているところはあります。実際に法人処罰が入るとして、刑法関係の事案が入ってくると、倒産する企業がばんばん出る可能性があります。今、課徴金が結構大きな額が科されている独禁法違反では、独禁法違反するぐらいの会社ですから、ほとんど独占に近い状態の企業で、つぶれない企業も多いです。中小企業による独禁法違反ではそうでないケースも多いですが。倒産しない企業に課徴金を科すのと、かなり倒産する確率が上がってしまうような科し方では意味が違ってくるので、影響はだいぶ違うと思います。そこで公開企業と中小企業を分けるということはないと思うんですけれども、法人処罰の影響という点ではつぶれやすさとその影響も引っ掛かっています。

樋口　租税関係については、正直、色んな企業が違反していると思いますが、何故かはわかりませんが、従来あまり倒産という問題は論じられていないですね。租税関係は倒産状況と無関係に多くの企業が違反しているからか、罰金額が低いせいか、よくわかりませんが。つぶれるとしたらやっぱりマスコミに取り上げられるような大規模な形態になるんでしょうか。ですが、そういう大規模事案で企業をつぶれしちゃいけない、とアプリオリにいえるか自体がまた問題になりそうです。

松中　逆に、公開企業と中小企業を分けたほうがよいと考えるのでしたら、

その理由はどのようなものがあるのでしょうか。というのも、少なくとも現在、必ず分けなきゃいけないようなもの、例えば何か上場企業しかあり得ないような犯罪なんかは、法律の規定の仕方でもうすでに分けられているわけですよね。

樋口　それはそうです。

松中　株価操作は零細企業にとっては何の関係もないわけで、現状からこれ以上公開・非公開とか、あるいは規模によって変えるというのは必ずしも必要じゃないということなのかなというふうに思うんですね。

樋口　本の中では分けるロジックは書いてないんですけど、確かにおっしゃる通り、刑法の議論だと、上場企業じゃないと身分犯における身分を備えない犯罪については上場企業しか入ってこないので、個別法令ではそういう規定方式で分けて、一般法令では分けないというのもありかなという気もしてきました。

松中　結局、個別的にやる場合、身分犯というやり方だと、身分の規定の仕方で、問題となる行為に応じて色々な分け方ができると思うんです。他方で、個別の行為に関してではなく、一般的に分けるとなると、これは会社法でもおそらく一緒で、公開・非公開、中小企業と厳密に分けるのは、法技術的にも非常に難しいという問題があるのかと思います。会社法では公開会社とそうでない会社などをある程度分け、個別の行為ごとに公開・非公開、機関設計などを組み合わせてルールを定めています。ただし、例えば公開会社といっても通常は「閉鎖会社」と呼ばれるような会社まで含まれる定義になっているなど、タイプ別の規制を厳格に推し進めるというわけでもないと思います。特に法務省の人から見たら、詳細な分類のコストは極大なので（あまり）気にしないということではないかと思います。

司会　ほかにございますか。どなたもいらっしゃらないようでしたら、何となくなのですが、一応、加藤さんがちょっと言ったことに1点、私としてちょっと反論があるので言っておきたいことがございます。加藤さんは

先ほど親子会社の話で、法人イコール組織と見て考えるのだと強調しておっしゃっいました。私もかなりの部分その通りだと思うのですけれども、逆にいうと、法人イコール組織と見える場面で妥当するモデルがこれなのだということに過ぎないのではないでしょうか。やっぱり法人イコール組織と見えない場合というのがあるのかなという気がします。従来、商法学者の多くは、一律の基準で公開会社と非公開会社で分けるのは法技術的にあまりうまくいかないんだと認識を持っているというお話を松中先生もされていました。

公開、非公開を一律に区分するには良い基準がないから諦めるという議論も分からなくはないんですけれども、会社・法人をある程度類型化できるのではないかという気がします。樋口先生が危険の防止義務を誰に負担させるか規範的な判断を施す、とおっしゃっていますが、逆にいえば、そのような判断を施せる範囲が組織であり法人であると考えると、加藤先生もおっしゃってはいましたが、完全親子会社、一人会社の場合のように、やはり親会社に負わせていい場面というのはいくらでも出てくるわけですね。いくつかの法人が集まって組織と見える場面ということになるのでしょうか。

言い方によっては、会社法学者なんかからすると、それは法人格の否認の法理で例外的な場合なんだという言い方をすることもできるのですけれども、法人格否認の法理というのは一律に法人格を否定するんじゃなくて、当該法律関係に限って否認するということになります。そして、ここで問題にするのは刑事法の分野であるので、刑事法の観点から、(ここで過少資本は問題にならないとして) 濫用型、いわゆる濫用といえるかどうかという評価の問題になります。仮に樋口先生の考え方を取るとすれば、危険の抑止として、誰に義務を負わせるかというと、規範的な判断をすることのできる範囲かどうかが濫用といえるかどうかの基準になると思います。こう考えると、結局、どこに義務を負担させるかの規範的判断ができる範囲こそが大事で、法人かどうか、会社かどうかは理論的には無関係なのではないでしょうか。

ですから、やはり法人イコール組織といえるような状況が、圧倒的に多いのは事実だと思いますけれども、必ずしもそれだけで論理が通るわけではなくて、(持株会社は事業部門制よりも独立性を強めるためにあえて子

会社化したような場合もあってどちらとも言えずちょっと微妙になってくるのですけど)、従来の完全親子会社の場合には法人を基準に考えてよいのかということが問題になるのではないでしょうか。ちょっと加藤先生がおっしゃっていたように、内部統制システムの構築義務が、最近いろいろなところで、課される方式が決まってきていると言われていまして、私もその通りだと思うんですけれども、義務として本当にしっかり中身のある内部統制義務をつくらなければいけないと思われている会社という中には、少なくとも一人会社は入っていない気がするんです。

確かに、会社法348条4項3項4号・会社法施行規則98条1項5号、会社法362条5項4項6号・会社法施行規則100条1項5号などに親子関係の体制について取締役会で決定しろと書いてありますから、親会社のいる子会社に対しても組織としてふるまえ、親会社の言いなりになるなという考え方が出てきているのは事実です。このルールは適切な親子関係を構築する実体的な義務を認めたのだという考えることもできます。ですが、早稲田の上村先生とかに言ったら怒られるのかもしれませんけれども、実際の立案担当者はこのルールは体制をどうするかを決めさえすればいいんだと言っているのですね (相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法』334頁)。要はどういう体制があるのか、はたまた、ないのかを決めればいいだけであって、うちは何もやらないよと言うのもありだよということになっています。その代わり何もしないなら理由はちゃんと説明できないと別途善管注意義務違反の責任が発生しかねないけどね、という理解のようなのです。

じゃあ、親子関係について何もしなくてもよい場面というのは、実際どういう場面があるのかというと、おそらく、普通はなくて、仮にあるとすれば、一人会社、完全な閉鎖会社の場合になると思うのです。ここでは、独立している組織と見られるような子会社の場面と、そうではないまったくもって完全に親会社と一体となっている子会社の場面とで、100条1項5号の意味合いが違うのではないかという気がするのです。会社法施行規則100条1項5号の問題から一般化するのは無理があるのかもしれませんが、やはり法人と組織というのは、ずれる場面があるのではないでしょうか。そもそも、法人って、考え方にもよるのですが、星野先生の論文なんかによると、しょせん財産分離以外の何物でもないという考え方 (星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」『民法論集第一巻』270－271頁)

も一方にはあるわけですので、組織イコール法人となる場面と、スキームとして法人を使っているだけ、財産分離のためだけに使っている場面とをある程度分ける必要があるのかなという気はします。そして、樋口先生の考え方にとって大事なのは、注意義務の割り当てを考えることのできる範囲という意味での組織なわけですから、こういった観点から会社を類型化することも考えてよいのではないかという気がします。それを、公開会社・非公開会社という言い方がよいのかと聞かれるとさすがにちょっと躊躇しちゃいますが、組織イコール法人という考え方を原則にするのはおかしいのではないかということで、どっちも原則ではなく類型化するということを考えてよいのではないかと思います。加藤先生の言っていることとそんな違いはないじゃないかという気もしますが、一応加藤先生への反論ということで、商法学者も一枚岩ではないよということを強調させていただきます。

法人処罰と捜査可能範囲との関係

村松　違う話になってしまうんですけれども。法人処罰を刑法全体に入れることの意義について考えたときに、検察は捜査能力が高いし、きっちり捜査して、個人を特定できるようにすることが役割なのかなとも考えられます。民法の方が損害賠償で特に個人を特定せず、刑法の方が特定するというのも、そこに原因があるんじゃないかなと思います。個人を特定しやすくするためにも、法人処罰を入れておいた方が捜査がしやすいという感覚が実際の法務省にあるのかなと。これは法と経済学の視点ではなくて、昔、法務省にいたときの視点で、言わせていただきました。

樋口　基本的に日本の検察官のメンタリティーとしては、真実の解明ということを重視します。とにかく資料を集めるということをやりますし、裁判になると個人の経歴が判決に出てきます。ただ、法人処罰のメリットとして捜査のしやすさまで考えているかはちょっと分からないですね。

司会　それでは、時間もだいたい規定の時刻になっていますので、本日はこれで終わりにしたいと思います。本日はどうもありがとうございました。(拍手)