

刑 事 判 例 研 究

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

花 井 哲 也

刑法 117 条の 2， 116 条 2 項

昭和46年12月20日第二小法廷決定(昭和45年(あ)第1809号^{業務上失火被告事件})刑集25卷9号1086頁

【事実】 被告人は、群馬県下のT通運株式会社の自動車運転手として、昭和41年4月頃からディーゼル・エンジン装置の普通貨物自動車（7トン車）を運転し、主として大阪方面への輸送業務に従事していた。被告人が運転する上記自動車（日野改造TH80型64年式トラック）運転席左側の床部には、長さ約83センチメートル、幅約16センチメートルのアイランド・ボードと呼ばれる開口部分（チェンジ・レバー、パーキング・ブレーキ取付部分）があり、そこに下からの隙間風を防ぐためにはめ込んである金属製の防風用ブラシが装着されていた。ところが、被告人の搭乗車のブラシは損耗磨滅し、そのためこの部分から隙間風が吹き上げて来るのを日頃不快に感じ、昭和42年2月27日頃上記防風用ブラシの代用として、長さ約89センチメートル、幅員約22センチメートルのゴム板をアイランド・ボードに取り付けた。ところで、アイランド・ボードの床下部分左側約2・5センチメートルのところには、エキゾースト・マニホールドと呼ばれるエンジンの排気管（排気多岐管、各シリンダーからの排気ガスを取りまとめ、エキゾースト・パイプに送り出すためのもの）があり、この排気管は、運転中その中を通過する高熱の排気ガスによって加熱されるため、これに可燃物が接触すると、着火して火災発生の危険があった。そこで、被告人

としては、ゴム板の一部が排気管の熱により軟化してこれと接触することのないよう配慮して、不測の危険発生を防止すべきであった。しかるに、被告人は、このような配慮を欠き、ゴム板の一部が運転席床下の排気管に接触するおそれのある状態で、アイランド・ボードに代用のゴム板を取り付けた（被告人の第一の過失）。そして、被告人は、同年3月5日の午後交替運転手Sと共に貨物を積載し、同自動車を被告人の運転で大阪方面に向って出発した。途中、同年3月6日午前5時30分頃国道一号線の通称鈴鹿トンネルに至る坂道を登坂中、前記ゴム板の一部が排気管の高熱により軟化接触し、鈴鹿トンネル東入口から133.7メートル手前の地点で、同ゴム板の燻焦する臭気を感知したのに、その原因や・その燻焦の個所等を点検確認することなくそのまま運転を継続した（被告人の第二の過失）。そのために、鈴鹿トンネル（全長約245.6メートル）の東入口から約19.3メートル進行した地点で、前記ゴム板が着火して運転席のカーテンなどに燃えあがらせて、同自動車と積載貨物を焼燬させるにいたり、さらには、同トンネル内を通過中の対向貨物自動車など13台とその積載貨物に次々と延焼させ、よって公共の危険を生じさせた。

第一審津地裁は、以上のような事実を認定して業務上失火罪の成立を認め、被告人を禁錮10月に処したが、同罪における被告人の「業務」性をディーゼル・エンジンの動力発生原理に求め、「被告人は、……同自動車の運転中は、動力を発生させるため、気筒内で急激に圧縮して高温になった空気に、軽油を噴射して、自然着火爆発させる等して、火気取扱いの業務に従事していた者である」と判示している。

控訴審名古屋高裁は、弁護人が控訴趣意として、事実誤認（本件の出火原因を争う）、量刑不当のほか、被告人は一審判決のいう火気取扱い業務の従事者にあたらないとして業務上失火罪の成立を争ったのに対し、「本件のようなディーゼル・エンジン自動車を走行させるために必要な動力は、シリンダー内で急激に圧縮されて高圧、高温となった空気に、燃料の軽油

を霧状にして噴射し、これを着火爆発させることによって発生させるものであることが明らかであるから、これと同旨の事実を認定して、被告人が上記説示の意味において火気取扱い業務の従事者に当ることを肯認した原判決の判断は、これを正当として是認すべきである」と判示し、被告人の「業務」性については第一審の判断を全面的に是認したが、量刑不当の主張をいれて一審判決を破棄し、改めて被告人を禁錮10月、執行猶予3年に処した。

被告人側からさらに上告がなされたが、事実誤認（本件の出火原因を争う）、法令違反（審理不尽等）の主張もあるが、上告趣意第一点として、「特に消防法、道路交通法、道路運送法、道路運送車両法中運転者の義務として原判示のこのような火気取扱業務なるものを規定したものなくまた本件事故車を危険物として運転者の特別の注意義務を定めるものの全く存しない本件の場合に原判決が被告人を目して火気取扱業務に従事する者と断定したのは事実誤認である」と主張し、被告人につき業務上失火罪が成立することを争った。

【判旨】 第二小法廷は、上告趣旨をいずれも刑訴法405条の上告理由にあたらないとして棄却したが、かつこの内で、次のように判示した。

「原判決は、被告人の本件失火につき、刑法117条の2前段に規定する業務上失火罪の成立を是認した第一審判決を維持するに当って、本件事故車両に装置したディーゼル・エンジンの動力発生原理を基として、被告人が火気取り扱い業務に従事する者にあたる旨判示したのは、措辞妥当を欠くが、原判決の確定した事実によると、ディーゼル・エンジンの排気管は、運転中温度が著しく上昇し、これに可燃物を接触させると火災発生の危険があるのであり、被告人は、ディーゼル・エンジン自動車の運転者としてこれを安全な状態に保持して運行すべき地位にあり、また、万一燻焦の臭気を感知したような場合には、直ちに運転を中止し応急の措置をとる注意義務があるというべきであるから、被告人が第一審判決の認定する経過で

火を失した場合には、業務上失火罪に該当するものと解するのが相当である」。

【研究】 一 業務上過失とは、刑法117条の2・129条2項・211条における過失規定のように、一定の業務に従事する者がその業務上要求される注意に違反することをいう（業務上の過失についての研究は、藤木「過失犯の考察」法学協会雑誌74巻4号、井上「業務過失における業務の意義」法政研究25巻2～4合併号375頁以下、同「業務過失」法学教室No.7、144頁以下に詳しい）。そして、刑法上、業務上過失における「業務」とは、一般に、人が社会生活上の地位に基き、反覆継続して行なう事務をいうとされている（昭和25年（れ）146号同26年6月7日
第一小法廷判決刑集5巻7号1236頁）。しかも、業務上失火罪における「業務」については、職務上の地位と切り離しては考えられないというのである（藤木「第9章 放火および失火の罪」団藤編・注釈刑法(3)193頁、大塚・注解刑法568頁）。さもないと、主婦や家事使用人、喫煙者など、日常生活上、火気の使用を反覆継続してなすものの行ないをも、すべて業務としなければならないからである。しかし、こうした解釈が妥当でないことはあきらかであろう。

刑法117条の2（業務上失火罪）は、昭和16年法律61号による刑法一部改正の際、失火罪の加重規定として新設されたものであるが、火気は、通常人が日常生活上反覆継続して使用する性質のものであるとの理由から、同条における「業務」を、211条におけるそれよりも限定的に解釈される傾向にあった。たとえば、立法に関与された大竹武士郎博士は、「火を取扱うことを日常の営業としていること、少なくとも、その一部としているをいう」とされており（大竹・改正刑法要義122頁）、また、学説の多くも、「職務上火気を取り扱う業務、少なくとも職務の性質上火気発生の蓋然性が多い業務」などと限定的に解されていた（田原調査官・最高裁判例解説昭和33年度553頁参照）。さらにまた、判例も、はじめは、業務上失火罪が成立するためには、「その者の社会生活上の地位において火気を取扱う

事務を継続して行なうことがその業務の内容をなしている場合に限られる」と「業務」性についてかなり限定的に判示していたが（名古屋高裁昭和29年5月31日判決，高裁判決特報33号85頁，もっとも，「業務上失火罪はその人の従事する業務上必要な注意義務を怠って火を失した場合に成立するのであって，その主体は必ずしも火を取り扱うことを営業または職業の一部としているものに限らない」とのやや広い解釈が仙台高裁昭和27年2月26日判決，高裁判決特報22号102頁にあった），最高裁第二小法廷昭和33年7月25日判決（刑集12巻12号2746頁）は，同条にいういわゆる「業務」は，当該火災の原因となった火を直接取り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，火災等の発見防止等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判示して，さきの名古屋高裁の判例は，これにより変更された。ここに，117条の2の「業務」性についての従来の支配的な見解は崩れ，学説も，火気取り扱い業務の従事者のみに限らないと解するようになってきた（鬼塚賢太郎・最高裁判例解説昭和42年度268頁，松本「刑事判例研究874」警察研究44巻6号126頁参照）。たとえば，「火災の危険性の強い業務ばかりでなく，火災防止の義務ある業務をも意味する」（植松・刑法概論Ⅱ111頁）とか，「社会生活上みずから選択した地位において火を常時とる取うか，あるいは防火の責任を負う者をいう」（藤木・刑法239頁）とかいわれるようになった。しかしながら，単に反覆継続して火気を用いる者を業務者とみとる広い解釈はとられず，いぜんとして，とくに職務としてつねに火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位と結びつけられて理解されることは変わっていない。したがって，本罪における業務者としては，たとえば，調理師やボイラーマンのように，火気の使用を直接の内容とする者，高圧ガスの販売およびガス器具などの取付設置を職務とする者（最高裁第一小法廷決定昭和42年10月12日刑集21巻8号1083頁），ガソリンなどのような引火性のきわめて高い危険物を取り扱うことを仕事の内容とする者（福岡高裁高崎

支部判決昭和41年3月15日下刑集8巻3号372頁），夜警員のように，出火の防止を主たる職務とする者（最高裁第二小法廷判決昭和33年7月25日刑集12巻12号2746頁），劇場・ホテルの支配人などのように，公衆のために出火を防止する義務を負担する者などに限られるべきだとされている（団藤・刑法綱要各論178・9頁，藤木・注釈刑法(4)193・4頁，大塚・前掲書569頁参照）。

二 さて，本件についてみるに，ディーゼル・エンジン自動車の動力発生原理から，その運転者を「火気取り扱い業務に従事する者」と認定した第一・二審の判断は，正当ではないであろう。ちなみに，弁護人の上告趣意によると，「本件事故車両はディーゼル・エンジンであるから，ガソリンエンジンのような気筒内の霧状ガソリンに点火プラグによって発生せしめられた火花を散らしてガソリンに着火させる構造のものとは大いに異なる構造になるものである。すなわち本件事故車のディーゼル・エンジンは軽油を気筒内に噴射ポンプをもって送り込み，これを急激に圧縮することに因って気筒内の霧状軽油を発火させるものであるばかりでなく，この圧縮並びに発火爆発の工程は堅固な容器内における作業であり，完全に外界から遮断された気筒内において発火させるという密室内における工程である」と主張されている。ディーゼル・エンジンがこのような構造である以上，火が直接他に転ずる可能性は皆無といってよいであろう。また自動車運転者としても，エンジンが円滑に回転しているかどうかという点には注意を払わなければならないであろうが，そうした力学的行程の内容については，意識の外にあるのが通常だといわなければならない（松本・前掲警察研究論文128頁参照）。しかし，ディーゼル・エンジンの排気管は運転中高温となり，可燃物を接触させると火災発生の危険がある以上，被告人は運転者として，これを安全な状態に保持して運行すべき地位にある。しかも，自動車そのものも，ガソリン，軽油等引火性の強い物質を常に一定量保有しながら走行している。これらのことを考えると，ディーゼル・エン

ジン自動車の運転者に業務上失火罪の成立を認めた判旨はあながち不当であるとも思われない。しかし、そこではあまりにも行為者の具体的な注意能力が度外視されてはいないであろうか。本件においても、控訴趣意中、(一)本件普通貨物自動車（以下、単に事故車ともいう）のエキゾースト・マニホールドとアイランド・ボードとの間隔が少なくとも5センチメートルはあったこと、及び(二)被告人が取り付けしたゴム板が、アイランド・ボードと全く同じ大きさであったことを主張し、この二点を論拠として、事故車のアイランド・ボードの上に取り付けられたゴム板が、エキゾースト・マニホールドに接触するというがごときことはありうるはずがないと主張している。被告人は、事故車に搭乗するようになって約10ヶ月足らずであるが、同事故車の構造原理についてどの程度の知識をもっていたか、ほとんど検討されていないようである。裁判所は、(一)本件事故車においては、運転席左側下方にそなえつけられた所論アイランド・ボード（長さ約83センチメートル、幅約16センチメートル、厚さ約1・2センチメートルの鉄製のもの）とその左側に位置するエキゾースト・マニホールドとの間隔が、最も少ないところでは僅かに約2・5センチメートルしかなかったこと、及び(二)被告人が有り合わせのゴム・フラップを約89センチメートルの長さに切って、幅約22センチメートル、長さ約89センチメートルのゴム板一枚をつくり、このゴム板をアイランド・ボードの上に（ゴム板の）前後左右の端がそれぞれ3センチメートルぐらいつつはみ出すようにして取り付けしたことは、原判決挙示の前記措信しうる証拠によって、これを明認することができる。してみると、事故車のアイランド・ボード上に取り付けられたゴム板がエキゾースト・マニホールドに接触するおそれのあったこともまたきわめて明らかといわなければならないとして被告人側の主張をしりぞけている。そこでは、エキゾースト・マニホールドなるものが、各シリンダーからの排気ガスを取りまとめ、エキゾースト・パイプに送り出すためのものであり、しかも、同自動車を長時間運転したり、長距離の坂等を運転す

ると前記エキゾースト・マニホールド内を通過する排気ガスの温度の上昇に伴い、同エキゾースト・マニホールドも加熱されるものであるという構造原理は、周知のごとくに考えられている。しかし、ディーゼル・エンジン自動車の運転者は、一般に、こうした構造を知っているのであろうか（もっとも、被告人側からも、この点に関する主張はみられないが）。また、ゴム・フラップは、難燃性の物質ではなく、かえって逆の易燃性の物質ではあったとしても、それを被告人が、販売先で品切れの防風用ブラシの代用とした行為は、ごくあたりまえにやられることのようにも思われる。裁判所は、ディーゼル・エンジンの構造は、全体として出火の危険性が著しく高いものであり、したがって、このような危険な事業に従事している者は業務者であり、その結果、このような者が火災をひき起こしたばあいは、これを重く処罰すると解しているようである。しかし、これは一種の絶対的責任あるいはそれに近いものであり、結果的責任に近づくものである。普通、自動車運転者としては、エンジンが円滑に回転しているかどうかという点に注意は払っても、前述のようなディーゼル・エンジン自動車の特殊な構造には特別の注意を払う必要はなく、その安全な状態を信頼して運転すれば足りるといわなければならない。しかしながら、被告人がアイランド・ボード上に取り付けたゴム・フラップは難燃性の物質で発炎するなどとは到底考えられなかったとしても、運転中ゴム板の燻焦する臭気を感知した以上、直ちに運転を中止し、その点検確認を怠ったことは、きわめて軽率な行為であったといわなければならないであろう。したがって、この点について、被告人に「重大な過失」があったことはいうまでもないことである。

三 本件に関連して、自動車運転者に業務上失火罪の「業務」にあたる
とされた判例を参照しておかなければならない（業務上失火昭和40年（う）第41号昭和
41年3月5日福岡高裁宮崎支部判決下刑
集8巻3号^{372頁}）。次のような事例であった。自動車の運転者Aは左後車輪取付ドラ
ムのクリップナットの緩んでいることに気付かなかったために、走行中、

上記クリップナット6個全部がボルトから外れて左後車輪が車体から離脱しその際左後車輪の直ぐ後方にあったガソリン給油管が壊われてガソリンタンクのガソリンが路上に流出し、そのガソリンから発火し付近の住家等を焼燬したという事案である。裁判所は次のように述べている。

『よって検討するに、刑法117条の2の「業務」とは、単に当該火災の原因となった火気を直接取扱うことを業務の内容の全部又は一部としている場合、又は火災の発見防止等を業務の内容としている場合に限られるべきではなく、引火性の極めて高い危険物を取扱うことを業務の内容としている場合をも含むと解すべきところ、運転には当然に引火性の極めて高いガソリンの保管使用を伴うから、自動車の運転を反覆継続して行なうときはこれを同法条にいう「業務」と解するのが相当である』。

この判例から看取できるところは、火気発生の蓋然性の高いガソリンなどの引火性を常に一定量保有する仕事に従来する者を業務者として容易に業務上失火罪を認めている。しかし、これだけの理由であるならば、ガス、石油、電気等きわめて引火性の高いものを常に数多く保有し、これらのものを安全に使用する仕事に従事する家庭の主婦、あるいは統計上から、火災発生率のもっとも高いタバコを愛喫する者も、業務上失火罪の「業務」者というべきであろう（さきの事例では、「重大な過失」は認めなければならなかった。すなわち、クリップナットが緩んだり、外れたりすると、走行中、異常な状態が感知されるのが普通である。それにもかかわらず、被告人が車体整備が終ったばかりであることを過信して、異常の個所を点検することを怠ったことは「重大な過失」といわなければならないであろう）。業務上の過失が重く処罰される根拠については、いくつかの見解が対立している。すなわち、(一)業務者には、通常人と異なった特別に高度の注意義務が課せられており、これに違反する点に重い責任がみとめられる

（大場・刑法各論上巻130頁，小野・刑法講義各論182頁，団藤・刑法綱要総論256頁，大判大正3年3月24日刑録20輯619頁，同大正12年3月31日刑

集2巻287頁，同大正14年2月25日刑集4巻125頁など），(ニ)業務者に対しては，一般予防的見地から刑が加重されるのである（滝川・犯罪論序説143頁，草野・刑法要論88頁，江家・刑法総論136頁，植松・刑法概論Ⅰ260頁，滝川春雄・刑法総論講義140・1頁，吉川・刑法総論196頁，島田「過失犯」刑事法講座2巻377頁など），(三)業務行為として反覆されるものは，しばしば重大な結果を招き，その客観的法益侵害性が大きく，違法性が重いからである（宮本・刑法大綱292頁，藤木・前掲法学協会雑誌論文441・2頁など），(四)通常人よりも広汎な予見能力をそなえた業務者が，結果の発生を予見せずに結果を発生させれば，責任が重いのである（滝川・刑法各論50頁，佐伯・刑法講義総論263頁，平場・刑法総論講義109頁，宮内・刑法各論講義40頁など），(五)違法性の程度が普通の過失に比して大きいからである（福田・刑法総論106頁，大塚「過失犯における注意義務」刑法講座3，150頁，中・刑法総論127頁，なお，井上・判例にあらわれた過失犯の理論85頁および同・前掲法学教室論文146頁参照）等の学説が争っている。わたくしは，業務上の過失が通常の過失に比べて重く処罰される理由は，業務者は，通常人より高度の注意能力をもつものであるからであると考え（木村・刑法総論250頁参照）。つまり，業務者は反覆累行の結果，自己の行為から生ずる危険な結果についてたやすく気がつくようになってるのが普通であるから，それにもかかわらず結果発生に気がつかなかったのは，通常人より「より大きな怠慢」があったといえるのである。もっとも，こうした危険を伴う業務を行なうには一定の認可あるいは免許などの資格を条件として許されているばあいが多いであろう（西原「業務上過失致死傷罪」下村・八木編・刑法各論247・8頁参照）。しかしながら，これらの判例を通じて実務上理解された自動車運転者の業務上失火罪をみると，運転者は，火災を防止しうる能力が通常人よりも高いにもかかわらず適切な行為をとらなかったというのではなく，火災発生の危険がある以上行為者の具体的な注意能力に関係なく，適切な行為をとらなければならな

かったということになる。しかし、これだけの理由であるなら、とくに業務者の過失に刑を加重する必要はなくなる。なぜならば、火災発生を防止する注意義務は業務者であると通常人であるとを問わず、要求されるものだからである。ところが、注意義務は義務であって、義務はその義務を遂行する能力を前提とする。したがって、注意能力ある者についてだけ注意義務違反が成立する。そのばあい、注意能力の標準については、社会の一般人のそれが標準でなければならない（木村・犯罪論の新構造上巻のとくに208頁以下参照）。そして、社会の一般というばあいに、注意能力の高低によって、社会の一般的な通常人と社会の一般的な業務者とに理解できるのである（莊子・刑法総論292頁参照）。すなわち、業務者は、高度の注意能力をもつものであるから、通常人と同一の注意義務に違反したばあいであっても、通常人と比べて、それだけ注意義務違反の程度がいちじるしいといえるのである。ここに、業務者の注意義務違反に対して刑を加重する根拠があると解すべきである。

四 この点については、最近のものとしては、（現在上告中）、次のような東京高裁の二つの判決が参考になろう。

その一つは、ガソリンの取扱いを業とする者（危険物取扱責任者）のガソリンをつめかえる際の注意義務について、裁判所は次のように述べている。

「しかし、本件は冬期であり、平素火の気のない物置とはいえ工場に接し、流し台の設備もある部屋であること、被告人がガソリンを入れかえようとした地点から約2メートル離れたところにやかんをかけた練炭コンロがあったこと、被告人は同コンロの存在に気づいていたことなどの具体的状況に徴すれば、火気に対し極めて引火性の強いガソリンを取り扱うことを業とし都知事から危険物取扱主任の免許を受けている被告人としては、練炭コンロにやかんがかけてあれば、一応火気があるのではないかと疑ってみるのが当然で、やかんをとってコンロの火気の有無を確認することは

基本的な注意義務であると思われる」(業務上失火昭和48年(う)第893号(昭和48年7月1日東京高裁第二刑事部判決))。

もう一つは、日光輪王寺薬師堂焼失事件で、重要文化財である薬師堂の「承仕」として勤務する被告人A・B両名が600ワットの電熱器によるコタツで暖を取りながら堂内で花札遊びをした後、Aが使用直後の上記電熱器を取り出し、平素職員が座布団を積み重ね取り片づけて置く場所に置いたまま退出し、Bが、それと知らずに上記余熱の高い電熱器の上に座布団4枚を積み重ねて退出した結果、余熱により座布団を燦焼したうえ、堂内全域に火がまわり、これを燃焼炭火せしめたという事案について、裁判所は次のように述べている。

「特に重要文化財である薬師堂の勤務者として火災の発見防止は条理上も慣例上も主要な職務の内容であったことが前掲各証拠から是認される。これを、ただ一般的な事業所や家庭における火災防止の注意と同一にみる所論には賛同することができず、被告人らが特に薬師堂における火気取扱者やその責任者に指定されてもいなかったことは、前記職務に何ら影響を及ぼさない。既に述べたとおり、本件火災は、被告人両名が自ら取扱った火気の不始末に基づくものであって、その限りでは、一般家庭人、事務所における採暖のために使用した火気取扱上の不注意と異ならない。しかし、前記のような重要文化財である薬師堂における火災の発見防止の業務に随伴する注意義務は、拝観客等の喫煙などによる火災発生の予防のみに限られるものではなく、自ら取扱った火気による火災の予防をも当然包含すべきものであって、退堂に際して、自ら使用したのであると拝観客その他の原因によるとを問わず、火災の発見防止に努めることは、業務上の注意義務に属すると解するのが相当である」(業務上失火昭和44年(う)第929号東京高裁昭和47年7月21日第九刑事部判決)。

これらの判示されたところからだけみれば、通常人と比べて、具体的状況に対処しうる能力の高い業務者が想定され、したがって、業務者には高度の注意能力が期待できるとされており、そこに、通常人よりも重く処罰される理由を見い出しているように思われる。すなわち、前者の事例にお

いては、危険物取扱主任の免許を受けている被告人としては、一般人よりもガソリンの取扱いについて豊富な知識・経験をそなえ、(一)火災の発生を予見しえたことは練炭コンロにやかんがかけられたままになっている状況から何人でも火気があるかも知れないと予想できたと思われること、(二)ガソリンの可燃性蒸気がコンロの方に流れこれが火を呼ぶ危険性が大きいことは十分知りえたはずであること、(三)現に被告人自身コンロをみて反射的に危いと思ったといっていること等の具体的状況のもとで火災発生を防止しうる能力が通常人よりも高いにもかかわらず、適切な行為をとらなかったという点に、おなじ具体的状況下における通常人の注意義務違反に比べて、それだけ注意義務違反の程度がいちじるしいとしたのだと思われる。また、後者の事例についても、その出火原因が拝観客の喫煙等でなく、自ら取り扱った火気にある点に特殊性があるが、重要文化財である薬師堂の「承仕」としての勤務者に、ただ一般的な事務所や家庭における火災防止の注意と同一でない、より高い注意を要求したのであり、また要求できるとしたのだと思われる。したがって、これらいずれのばあいも、一般的に117条の2の業務上の注意義務を負っているものと解すべきであって、結局判旨は正当であると考ええる。しかし、これら二つの判決は、さきの自動車運転者のそれとは大いに趣を異にしたものといわざるをえない。すなわち、火災発生の危険がある以上、行為者の具体的な注意能力に関係なく、適切な行為をとらなかった場合には、ただちに業務上失火罪を認めるというのではなく、火災を防止しうる能力が通常人よりも高いにもかかわらず、適切な行為をとらなかったばあいにはじめて業務上失火罪を認めているからである。

五 井上正治博士は、業務上過失に刑を加重する所以のものは、「業務者」の過失であるからではなく、その行為が危険なためであり、しかもそれにつきるといわれている（井上「業務過失」法学教室 No.7, 146頁）。その結果、業務を定義するばあいにも、身分にとらわれて反覆継続の事実

を条件とする必要はなくなって来るのであり、危険な行為でさえあれば、一回的なばあいでも、刑を加重しなくてはならないことになる。それは業務上過失と「重大な過失」の区別を求めることは全く意義のないことになるのである。たしかに、業務上過失は「重大な過失」の一種であり、これを類型化したものだといえる（平野「過失」法学セミナーNo.132, 42頁参照）。すでに早くから、牧野博士をはじめとして、草野先生によっても、業務上過失という特別の規定をおくことには深い疑いが投げられていた（牧野・刑法総論下巻 568 頁，草野「刑法第二百十一条に所謂業務の意義」刑法研究5巻164頁）。しかし、現行刑法はもとより改正刑法草案にも業務上過失の規定がおかれ、通説・判例も業務上過失の規定を廃止すべきことまでは考えていない。そこで、業務上の過失を定めた刑法典の規定については、業務者の注意義務違反の態様に着目して、これを構成要件的に類型化したものと解すべきである。すなわち、業務者は、高度の注意能力をもつものであるから、通常人と同一の注意義務に違反したばあいであっても、通常人に比べて、それだけ注意義務違反の程度がいちじるしい。したがって、業務者の注意義務違反に対して刑が加重されるのであり、この加重される過失行為を類型化して加重構成要件としたものが業務上過失なのであると解すべきである。

最後に、以上のようなことから、もう一度本件にもどって考えてみるに、117条の2の「業務」を、本件のような事案にまで拡張することは、解釈論として、相当の限度を逸脱するものではないかとも思われる。たしかに、ディーゼル・エンジン自動車の機関および排気管の部分は、長時間の運転によって相当の高温となり、それに可燃物を接触させたばあいは容易に発火する。しかも自動車は、ガソリン、軽油等引火性の強い物質を常に一定量保有しながら走行している。これらのことを考えると、ディーゼル・エンジン自動車の構造は、全体として出火の危険性が著しく高いものに当たるとみるのが相当であろう。したがって、これを運転する業務に従事する者

は、一般的に117条の2の業務上の注意義務を負っているものと解するのは、それほど不当であったとはいえないかもしれない。しかし、火災発生危険のある行為でさえあれば、業務上失火罪に該当すると解する判旨に全然疑問がないわけではない。なぜならば、あまりにも、「業務」の概念が拡張されることにもなるであろうからである。本件においても、よほど異常な事態がない以上、ディーゼル・エンジン自動車の構造は全体として出火の危険性はないものと信頼して運転すれば足りると解するのが妥当である（いわんや、ガソリン、軽油等引火性の強い物質を常に一定量保有しているというだけで、「業務」性を認めることには賛成しかねる）。けれど、ディーゼル・エンジン自動車の運転者は、本件のような火災発生危険性について、通常人以上の注意能力をもつものではないからである。ところで、本件の結果を招いた直接の原因は、被告人が運転中ゴム板の燻焦する臭気を感じながら、慢然とそのまま運転を継続したというきわめて被告人の軽率な行為にあったのである。したがって、この点において、被告人に「重大な過失」を認めることの方がより賢明な解釈ではなかったかと思う。