

AIの利活用における刑法上の諸問題（2）

——利用者と製造者の刑事責任を中心に——

日 原 拓 哉*

目 次

はじめに

第1章 AI概念の明確化

第1節 AIの歴史

第2節 AIの定義への試み

第3節 強いAIと弱いAI

第4節 汎用型AIと特化型AI

第5節 AIと学習

第6節 AIの利活用と刑法上の問題 (以上, 402号)

第2章 AI製品の利活用における刑法上の諸問題——生命・身体への侵害事例

第1節 問題の所在

第2節 将来的な技術水準のAI製品における具体的検討

第3節 現状の技術水準のAI製品における具体的検討

第1款 事案の概要

第2款 裁判所の判断

第3款 検 討

第1項 自動運行装置（運転支援システム）を利用する道交法上の
ドライバーの義務と過失

第2項 注意義務の確定——予見可能性判断

第3項 注意義務の確定——結果回避可能性

第4項 小 括

第4節 AI製品の利活用による生命・身体侵害における刑法上の一般
的考察

第1款 法的義務が存在するケース

* ひらはら・たくや 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第2款 法的義務が存在しないケース

第1項 AIへの刑事責任？

第1目 先行研究の素描

第2目 AIの刑法上の行為可能性

第2項 不規制による解決

第3項 厳格責任による解決

第4項 過失責任の再考

第1目 開発製造者

（以上、本号）

第2目 技術サービスプロバイダー

第3目 国・地方公共団体（許可責任者）

第4目 利用者

第5目 所有者

第5項 許された危険による解決

第5節 小 括

第3章 さらなるAIの利活用における刑法上の諸問題——財産侵害

第1節 問題の所在

第2節 経済犯罪

第3節 コンピュータ犯罪——行為客体としてのAI

第4節 小 括

第4章 AI製品開発に対する将来的な刑法上の規制

第1節 問題の所在——強いAIとその現状

第2節 規制的措置

第3節 刑法上の保護

第4節 小 括

おわりに

第2章 AI製品の利活用における刑法上の諸問題 ——生命・身体への侵害事例

第1節 問題の所在

AI製品を市場流通させる場合、あらゆる製品の市場流通の場合と同様に、さまざまなアクターが現れる。その範囲は、製造者から個々の販売者、そして利用者にまで及ぶ。そこでまず提起される問題は、製造者が市

場に流通させた AI システムに欠陥があった場合、どのようにして製造責任者に刑法上の責任を問いうるのかということである。特に当該製品搭載の AI システムについては、リスクのある行動をさらに学習させ、その結果、損害が発生した場合に、製造者が非難されうるかどうかが問われる。この問題の解決にあたり様々な試みがなされたことは先述の通りである。しかし近年では、人間が当該 AI 製品を監視するモデルを維持する要請がある。そうだとすると、どの程度まで利用者側、製造者側が AI に対してどこまで監視・管理をしなければならないのかを明確にする必要がある。

第2節 将来的な技術水準の AI 製品における具体的検討

本節ではまず、第1章第6節で示した事例を基調に考察する。ここで、前述した介護ロボット事例ではそのセンサーが周囲の環境を学習して障害物の有無を探知するものであり、その学習結果による判断でAを轆いたものとし、産業用ロボット事例では当該センサーが自立学習により最適化されるものだったところ、その学習結果による判断でBを人間と判断できず圧死させてしまったものとする¹¹³⁾。これら2つの事例における各主体の罪責はどのようなものになるのか。

一見すると、介護ロボットの利用者XにはAの死亡に対する(重)過失致死成否が、運用者(Y)に関してはAの死亡に対する過失致死罪の成否が、さらに、産業用ロボットの管理者であるWにはBの死亡に対する業務上過失致死罪の成否が問題となる。しかしX, Y, Wの注意義務の確定において、「AI製品の予測不可能な動作」をその予見可能性の対象に入れてしまうと、過失の範囲が過度に広がる恐れがあり、利用者・運用者の負担が増加することになる。

そこで、AI製品の製造者(Z, V)を考慮すると両者とも業務上過失致死罪の成否が問題となる。しかし、いずれの事例も必要な注意を尽くして

113) 第1章第6節の事例に関し、本論文の趣旨に適合するように修正させていただきたい。

いたにもかかわらず、刑事責任という負担を課してしまうと、却って技術開発を萎縮させてしまう恐れがあり、AI製品の利活用・普及が法によって阻害されるという帰結を導きかねない。この点において、当該事故を「不幸な事故」として処理する解決方法も考えられるが、この帰結では法感情に背く可能性があるだろう。これら事例では必要とされる注意基準そのものが問題であり、この内容を明確にする必要がある。そこで、現状水準のAI製品——運転支援システム——における先例を参照しつつ、AI製品一般の問題に妥当するような指標を提示する。

第3節 現状の技術水準のAI製品における具体的検討

本節では、AIを搭載した自動運転車（ここでは、SAE基準レベル2相当の運転補助システム搭載の自動運転車）による実際の事故事例（横浜地判令和2年3月30日）¹¹⁴⁾における利用者の刑事責任についての検討を行い、どのような注意義務が利用者に課されるのかを明確にするものとする。

第1款 事案の概要

被告人Xは、2018年4月29日午後2時44分頃、普通乗用自動車を運転し、東名高速道路上り29.7キロポスト付近道路を厚木インターチェンジ方面から横浜町田インターチェンジ方面に向かい進行中、眠気を覚え、前方注視が困難な状態に陥り、前記状態のまま運転を継続したことにより、同日午後2時48分頃、同市同自動車道上り29.2キロポスト付近片側3車線道路の第3車両通行帯を進行中に仮睡状態に陥り、そのまま約130メートル進行し、同日午後2時49分頃、同市同自動車道上り29.1キロポスト先道路において、自車進行通行帯の進路前方に停車していた普通自動二輪車の存在に気付かず、加速した状態で、同車後部に自車前部を衝突させ、その衝撃により同自動二輪車を前方に跳ね飛ばして同車前方に佇立していたA

114) 判例秘書 LLI/DB L07550489。

(当時44歳)並びに座っていたB(当時43歳)及びC(当時44歳)に順次衝突させて同人らを路上に転倒させた上、自転車右後輪で前記Aを礫過し、よって、同人に頭部挫滅損傷の傷害を負わせ、即時、同所において、同人を同傷害により死亡させ、前記Bに全治まで12週間の加療を要する見込みの左足立方骨骨折等の傷害を、前記Cに全治9日間を要する頭部挫創等の傷害をそれぞれ負わせたというものである。

第2款 裁判所の判断

裁判所の認定およびその判断については以下の通りである。

① 被告人の予見可能性

被告人Xの予見可能性について、「本件運転支援システムは、自転車前方の物体を検知できずに、静止した車両と衝突しないようブレーキをかけた後減速したりすることができなくなる場合があるなど、いかなる状況においても適切に動作することを保証されたものではない」として、「被告人が、本件運転支援システムには自転車を前方の物体の手前で停止させて衝突を回避する機能もあると理解していた可能性は否定できない」が、「被告人は、事故を防止する責任は基本的に運転者にあるという説明は受けており……被告人自身の認識としても、本件運転支援システムを作動させたとしても、前方を注視し、何かあったときには運転を替わるという意識を持ち続けて運転しなければいけないと思って運転していたというのであるから、少なくとも、本件運転支援システムが道路状況に応じた適切な動作をしないことがあり得ることは理解していたと認められる」とした。

さらに裁判所は、「本件運転支援システムでは対応し難い事態(例えば、他の自動車が高速度で走行している自転車の直前に急に割り込んできたり、前方から逆走してきたりした場合や、自転車のタイヤがパンクするなどの故障が起きた場合、前車の積み荷が路上に落下した場合等様々な事態が考えられる)が一般的に起こり得ることは明らかであるから、被告人は、本件高速道路という比較的本件運転支援システムを作動させるのに適した場所においても、前方を

注視して自ら適切に被告人車を操作しなければ、本件運転支援システムでは対応し難い事態に対応できず、事故を回避できない場合があり得ることを当然理解していたはずである」ので、「本件運転支援システムが道路状況に応じた適切な動作をせず、又は本件運転支援システムでは対応し難い事態が生じたにもかかわらず、被告人が仮睡状態に陥るなどして前方を注視できず、被告人車を適切に操作しないことによって事故が発生して人が死傷する危険がある」ことを理由にして被告人の予見可能性を肯定した。

② 注意義務違反と結果との因果関係

次に、注意義務違反については、「被告人車が午後2時44分頃に走行していた地点から本件事故の現場までの間に、被告人車を本線車道にはみ出ることなく停車させることができる非常駐車帯が複数あり、そこで一時休息したり同乗者と運転を交替したりすることも可能であったことを踏まえると、被告人は、前記のとおり前方注視が困難になるほど強い眠気を覚えた時点で、直ちに運転を中止すべき自動車運転上の注意義務があったにもかかわらず、これを怠って前方注視が困難な状態のまま運転を継続し、運転中止義務に違反したと認められる」とした。

さらに注意義務違反と結果との因果関係については、「本件運転支援システムの機能は前方の物体との衝突を回避するために設計されたものではないのであるから、客観的には、被告人が自ら被告人車を操作しなければ被告人車が本件バイクに衝突する危険があったことは明らかであり、「そして、被告人が、本件運転支援システムについて、自車を前方の物体の手前で停止させて衝突を回避するように設計されたものであると理解していた可能性は否定できないが、……本件運転支援システムが道路状況に応じた適切な動作をしないことがあり得ることは理解していた」こと、加えて、「本件事故直前の被告人車は、前車が方向指示器を点滅させ車線変更を開始したが、未だ同車の車体の一部が被告人車の走行する第3車両通行帯にある時点から……加速し続けている……被告人車の挙動は、本件バ

イクの手前で余裕をもって停止する前の走行としては不合理なものであり、被告人がこれまで経験してきた被告人車の挙動とは大きく異なることは明らかであるから、被告人が仮睡状態に陥っていなければ、本件運転支援システムが、被告人車を本件バイクの手前で停止させるように動作していない可能性を認識できたはずである」とし、「仮睡状態に陥ることなく前方を注視していれば、……被告人車が本件運転支援システムの動作によっては本件バイクの手前で停止できずに衝突する危険を予見し、急制動の措置を採ることは可能であり、被告人がそのような措置を採っていれば、被告人車が本件バイクに衝突することを回避することができたと認められる」ので、「本件事故は、被告人による前記運転中止義務違反に基づく危険が現実化したものと認められるから、両者の間の因果関係も認められる」と被告人Xの運転中止義務違反と被害者A、B、Cらの致死傷の結果との間に因果関係を認めた。

第3款 検 討

日本では、2020年道路交通法改正により、利用者・整備点検者に自動運行装置の作動状態記録装置による記録（道交法64条の2の2）が、利用者に対して当該自動運行装置に係る使用条件¹¹⁵⁾の遵守（道交法71条の4の2）が創設された。ただし、自動運行装置の利用者の義務は、普通自動車の運転者とはほぼ同様である。なお、この「自動運行装置」はSAE基準のレベ

115)（道路運送法41条2項）

プログラム（電子計算機（入出力装置を含む。この項及び第九十九条の三第一項第一号を除き、以下同じ。）に対する指令であつて、一の結果を得ることができるように組み合わせられたものをいう。以下同じ。）により自動的に自動車を運行させるために必要な、自動車の運行時の状態及び周囲の状況を検知するためのセンサー並びに当該センサーから送信された情報を処理するための電子計算機及びプログラムを主たる構成要素とする装置であつて、当該装置ごとに国土交通大臣が付する条件で使用される場合において、自動車を運行する者の操縦に係る認知、予測、判断及び操作に係る能力の全部を代替する機能を有し、かつ、当該機能の作動状態の確認に必要な情報を記録するための装置を備えるものをいう。

ル3以上のものを指すので、利用者（運転者）に対して課せられる注意義務は、普通自動車のそれと比較しつつ結果予見義務・結果回避義務を検討することとなるものと思われる。

第1項 自動運行装置（運転支援システム）を利用する道交法上のドライバーの義務と過失

現行道交法のもとでのレベル2の自動運転車の利用者の義務やその他禁止行為は、普通自動車の運転者のそれとほぼ同様である。その義務は、本件に関するものならば、道交法70条（安全運転義務）に表れている。道交法70条は、道交法における運転者に課せられる明確な義務（たとえば、71条各号所定の運転者の遵守事項、72条所定の交通事故の場合における緊急措置義務、報告義務など）のみではまかないきれないものがあるため、これを補う趣旨で本条のような総括的かつ抽象的な規定が設けられたとされる¹¹⁶⁾。

道交法70条は非常に抽象的な文言であるため、明確性を欠き拡大解釈されるおそれがあり、厳格に解釈されなければならない。そのような趣旨から、この条文により可罰的とされるのは、道路、交通、当該車両等の具体的状況のもとで、一般的にみて事故に結びつく蓋然性の高い危険な速度、方法による運転行為に限られるべきである（いわき簡判昭和43年6月3日下刑集10巻6号635頁）。また、過失による安全運転義務違反として処断するためには、過失によって、「他人に危害を及ぼすような速度と方法で運転した」ことを認定する必要がある（最判昭和46年10月14日刑集25巻7号817頁）。もっとも、過失により本条の規定に違反し、その結果人を死傷させた場合は、過失運転致死傷罪（自動車運転死傷行為等処罰法5条）が成立し、本条の違反行為がその過失の内容となるとされる¹¹⁷⁾。

本条の罰則（117条の2第6号）の適用にあたっては、比較的重い刑罰を

116) 道路交通執務研究会編著（野下文雄原著）『執務資料 道路交通法解説〔18訂版〕』（東京法令出版、2020年）766頁。

117) 道路交通執務研究会・前掲（注116）768頁。

定めているところ、当該行為が本条の違反行為としてその構成要件を充足しているか否かを十分に検討すべきである（大阪高判昭和38年10月3日高刑集16巻7号550頁参照）。本件事例のように、「居眠り運転」による交通事故の場合は、確かに道交法70条の安全運転義務違反の罪が成立する余地はあるが、このことが過失運転致死傷罪における「過失」の内容となるため、道交法70条違反の罪は個別には成立しない。そこで、本件においては過失犯の検討スキームに従い、注意義務を予見可能性・結果回避可能性の観点から考察すべきである。

第2項 注意義務の確定——予見可能性判断

被告人特有の事情として、(1)本件運転支援システムには自車を前方の物体の手前で停止させて衝突を回避する機能もあると理解していた可能性は否定できない、(2)事故を防止する責任は基本的に運転者にあるという説明は受けていること、(3)本件事故以前の経験から、本件運転支援システムが適切に動作して被告人車が停止する場合には、被告人車が、前方の物体の手前で急制動にならない程度の余裕をもって停止するものと理解していた、というものがある。このうち、(1)・(3)は被告人の予見可能性を否定することに傾く事情とも思われる¹¹⁸⁾。

しかし判決は、「本件運転支援システムに対する被告人の認識を前提としても、本件運転支援システムでは対応し難い事態……が一般的に起こり得ることは明らかであるから、被告人は、本件高速道路という比較的本件運転支援システムを動作させるのに適した場所においても、前方を注視して自ら適切に被告人車を操作しなければ、本件運転支援システムでは対応し難い事態に対応できず、事故を回避できない場合があり得ることを当然理解していたはず」であり、「いかなる状況においても適切に動作することを保証されたものではなく、本件事故当時の被告人車のマニュアルにお

118) 樋笠・前掲(注100)51頁。

いても、運転者は、本件運転支援システムが作動していたとしても、常に道路に注意を払い、いつでも必要に応じて対応できるようにすることが求められていた」ことを理由に、運転支援システムでも対応できない不測の事態が発生するという認識は、普通自動車の運転者と同じく、当該被告人にも存在するとした。そうすると、自動運転車の運転者にも当然、このような予見可能性が認められることになる。

予見可能性の判断にあたっては、行為者が当該事故における「因果関係の基本的な部分」を予見することが可能であったか否かが問題となる。例えば、北大電気メス事件（札幌高判昭和51年3月18日高刑集29巻1号78頁）では、「結果発生の予見とは、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りず、特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味するものと解すべきである。そして、この予見可能性の有無は、当該行為者の置かれた具体的状況に、これと同様の地位・状況に置かれた通常人をあてはめてみて判断すべきものである」とする。

しかし本件事例のように、当該事故の原因の一つとされる、センサーの誤反応やそれに伴うブレーキシステムの誤作動に対するメカニズムを被告人は認識しているわけではない。このことについて、過失運転致死傷罪における死傷結果に至った当該自動車の誤作動のメカニズムは、被告人にとってはブラックボックス化していると言える。この「因果関係のブラックボックス化」については、以下の事例が参考となる。すなわち、近鉄生駒トンネル火災事故上告審決定（最決平成12年12月20日刑集54巻9号1095頁）によると、「右事実関係の下においては、被告人は、右のような炭化導電路が形成されるという経過を具体的に予見することはできなかつたとしても、右誘起電流が大地に流されずに本来流れるべきでない部分に長期間にわたり流れ続けることによって火災の発生に至る可能性があることを予見することはできたものというべきである」という。このように、仮に被告人が当該自動運転システムの誤作動のメカニズムを知らなかつたとし

ても、予見可能性が肯定される余地がある。

さらに、因果経過のプロセスにおいては、本件事例のように、被告人の落ち度（この場合は居眠り）、センサー機器の誤作動、前車の挙動等種々の因果的推移が存在し、「因果経過の基本的な部分」が予見し難いこともありうるが、渋谷温泉施設爆発事故上告審決定（最決平成28年5月25日刑集70巻5号117頁）によると、「結果発生に至る因果のプロセスにおいて、複数の事態の発生が連鎖的に積み重なっているケースでは、過失行為と結果発生だけを捉えると、その因果の流れが希有な事例のように見え具体的な予見が可能であったかどうか疑問視される場合でも、中間で発生した事態をある程度抽象的に捉えたときにそれぞれの連鎖が予見し得るものであれば、全体として予見可能性があると見える場合がある」という。そのため、以上の判例のスキームに従えば、レベル2の自動運転車が予期せぬ挙動をした場合においても、その中間で発生する一般的な不測の事態そのものは予見可能であり、予見可能性は認定されるものと思われる。

しかし、本件事例における予見可能性の具体的対象は、因果的経過を考慮すればむしろ、「事故を回避するために、自動車の異常を察知して、急制動措置を施すこと」にあるものと思われる。だとすると、被告人特有の事情である(3)を仔細に検討すべきであり、この点において、「普通自動車を走行するに当たり、一般的に仮睡状態に陥れば、交通事故を惹起しうること」とは枠組が異なるのである。

第3項 注意義務の確定——結果回避可能性

判決では、「被告人車が午後2時44分頃に走行していた地点から本件事故の現場までの間に、被告人車を本線車道にはみ出ることなく停車させることができる非常駐車帯が複数あり、そこで一時休息したり同乗者と運転を交替したりすることも可能であったこと」および「被告人は、仮睡状態に陥ることなく前方を注視していれば、本件バイクから約19メートルの地点までに、被告人車が本件運転支援システムの動作によっては本件バイク

の手前で停止できずに衝突する危険を予見し、急制動の措置を採ることは可能であり、被告人がそのような措置を採っていれば、被告人車が本件バイクに衝突することを回避することができた」という。

過失犯においては、結果は行為自体の持つ許されない危険が現実化したものでなければならない。この過失犯の「客観的注意義務違反」を求めるには、行為者が物理的・生理的にまだ結果の実現を回避できる時点に求められなければならない¹¹⁹⁾。例えば、最判平成15年1月24日（裁時1332号4頁：第二黄色信号点滅事故）によると、「本件は、被告人車の左後側部にA車の前部が突っ込む形で衝突した事故であり、本件事故の発生については、A車の特異な走行状況に留意する必要がある。……Aは、酒気を帯び、指定最高速度である時速30キロメートルを大幅に超える時速約70キロメートルで、足元に落とした携帯電話を拾うため前方を注視せずに走行し、対面信号機が赤色灯火の点滅を表示しているにもかかわらず、そのまま交差点に進入してきたことが認められるのである。このようなA車の走行状況にかんがみると、被告人において、本件事故を回避することが可能であったか否かについては、慎重な検討が必要である。」……「対面信号機が黄色灯火の点滅を表示している際、交差道路から、一時停止も徐行もせず、時速約70キロメートルという高速で進入してくる車両があり得るとは、通常想定し難いものというべきである。しかも、当時は夜間であったから、たとえ相手方車両を視認したとしても、その速度を一瞬のうちに把握するのは困難であったと考えられる。こうした諸点にかんがみると、被告人車がA車を視認可能な地点に達したとしても、被告人において、現実にA車の存在を確認した上、衝突の危険を察知するまでには、若干の時間を要すると考えられるのであって、急制動の措置を講ずるのが遅れる可能性があることは、否定し難い。そうすると、……被告人が時速10ないし15キロメートルに減速して交差点内に進入していたとしても、上記の急制動

119) 松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社、2020年）135頁以下。

の措置を講ずるまでの時間を考えると、被告人車が衝突地点の手前で停止することができ、衝突を回避することができたものと断定することは、困難であるといわざるを得ない。そして、他に特段の証拠がない本件においては、被告人車が本件交差点手前で時速10ないし15キロメートルに減速して交差道路の安全を確認していれば、A車との衝突を回避することが可能であったという事実については、合理的な疑いを容れる余地があるというべきである」という。このように、結果回避判断に際して、特異な事情が介在している場合には、事故当時の道路状況や被害者ならびに被害車両の状況、さらにドライバー車両の特性等を詳細に検討すべきである。

裁判所は、「被告人車は、……本件バイクから約45.6メートルの地点を時速約13.1キロメートル（なお、この速度は、被告人車の走行状況や本件運転支援システムの作動状況等に関するログデータに基づき認定している。他の時点における被告人車の速度も同様である。）で走行していたが、前車との車間距離が開くことに対応して加速していった。さらに、被告人車は、午後2時49分19秒頃には、本件バイクから約27.5メートルの地点を時速約27.8キロメートルで走行しており、その時点では、前車はほとんど車線変更をし終わっていたところ、被告人車の前方には本件バイクを含め複数の車両が停車していたにもかかわらず、本件運転支援システムがこれらの車両を検知しない状況になったため、被告人車は更に加速し、午後2時49分22秒頃、本件バイクに衝突した……。そして、加速を開始してから本件バイクに衝突するまでの被告人車の最高速度は時速約38.1キロメートルであるところ、この速度を前提として停止距離（空走距離と制動距離の合計）を計算しても、被告人が、仮睡状態に陥ることなく前方を注視し、遅くとも被告人車が本件バイクの約19メートル手前の地点に到達するまでに本件バイクとの衝突の危険を感知して急制動の措置を講じていれば、被告人車は本件バイクの手前で停止することができた」とする。

この点において、被告人側は「本件運転支援システムが搭載された自動車の運転手は、本件運転支援システムの機能を信頼しているため、自車が

進路内の物体と衝突する危険が生じたとしても、本件運転支援システムを搭載していない自動車を運転する場合に危険を感知する時点で衝突の危険を感知するのではなく、本件運転支援システムに異常を感知した時点で衝突の危険を感知するのであり、本件事故においては、被告人車が、一般路走行時の通常の減速加速度では本件バイクの手前で止まらない距離まで減速を行わずに進んだ時点で、本件運転支援システムに異常を感知する」と言うが、裁判所はこの見解を採用していない。しかし、本件事故における自動車はレベル2の自動運転車であり、普通自動車（レベル0）の操作とは同一ではない。そのため、この点も含めて結果回避可能性の判断を為すものであり、この点を完全に捨象して考慮すべきではなかったと考えられる。

第4項 小 括

本件事故におけるポイントは、注意義務の検討スキームにある。裁判所の示す注意義務違反は「一般的に仮睡状態に陥った場合に起こりうる事故を未然に防止する」という、運転中止義務がその内容である。本件事案ではむしろ「運転支援システムの異常を察知した時に急制動を施す」という義務であるものと考えられるが、いわゆる運転支援システムの誤作動に起因する交通事故においてでも、仮睡状態に陥るといった、行為者にとって運転中止義務が認められる事例の場合は、この仮睡状態をもって過失を認定しうことは判示の通りである。しかし、このような事故事例においては、行為者の運転支援システムに対する「過信」が招来した事故であるとも言える。だとすると、政府の推進する自動運転実現の観点からしても、運転支援システムないしは自動運行装置を利用するドライバーには改めて、このような「過信」を起こさせないように啓発する必要性があろう。

ところで、本件事案における量刑事由として、運転支援システムの誤動作に関する事情は一切考慮されていない。仮に、当該行為者が仮睡状態に陥ることなくドライバーが運転した折に事故が発生した事例や、緊急時に

のみドライバーに運転を引き継ぐレベル3の自動運転車で同種の事故が発生した場合でも、普通自動車におけるドライバーの注意義務をそのまま転用するのは妥当とは思えない。過失犯の処罰範囲をみだりに拡大しないためにも、注意義務（特に結果回避可能性）の内容や因果関係の認定にはより慎重な姿勢が必要であると思われる。

第4節 AI製品の利活用による生命・身体侵害における刑法上の一般的考察

第3節で確認したように、AI製品の利活用を通じた事故における刑事責任の確定をするにあたっては、ヒューマンエラーのみならずAI特有の技術的観点も予見可能性や結果回避可能性ないしは因果関係の確定に必要であることがわかる。しかし、AIが関与しない製品に起因する事故と同様の手法で検討するには不十分である。とりわけAI技術に関する部分では複雑かつ高度な専門知識が求められることもあるが、AI製品を利用する主体や事件（事故）に関与する実務家がこれを把握するには困難を伴うことが多い。そこで、AIを利用する主体に対する明確な法的義務付けによって、法的判断がなされるべきと考える。本節では、そのような義務付けに関し、現行法のもとで存在するものと存在しないものについて区別し、その各々について望ましい解決手法を提示することとする。

第1款 法的義務が存在するケース

法的義務は存在するものの例としては、SAEレベル4以上に該当する自動運転車をめぐる利用主体に関する法的義務が道交法に追加されたことは記憶に新しい。

この改正では、「特定自動運行」の定義（道交法2条17の2号）、特定自動運行の許可（道交法75条の12）、特定自動運行計画の遵守義務（道交法75条の18）、特定自動運行を行う前の措置（道交法75条の19）、特定自動運行実施者の遵守義務（道交法75条の20）、特定自動運行主任者の義務（道交法75条の

21)、特定自動運行終了時における義務（道交法75条の22）、特定自動運行中の交通事故における措置（道交法75条の23）¹²⁰⁾とレベル4以上の自動運転車の運行に際して、「特定自動運行主任者」や「現場措置業務実施者」という当該自動運転車を監視する主体を定義して、その運行に関する手順が事細かに規定されている。このように規定されるレベル4の自動運転車の運行にあたっては、人間による監視のもとでその利用を許可するスキームとなっているが、個々で挙げられている主体による運行は「運転」概念には該当しないことに注意すべきである（道交法2条17号参照）。レベル4以上の自動運転車の交通事故事例の場合は「特定自動運行主任者」や「現場措置業務実施者」が行為主体として考慮されるものの、道交法75条の21には罰則規定が設けられておらず、加えて「運転」概念に該当しない以上、過失運転致死傷罪の適用はできない。そうすると業務上過失致死傷罪もしくは過失致死傷罪の適用の問題となる。これら過失の内容における注意義務は新設された特定自動運行主任者の義務などを手掛かりに構成することができるだろう。

これに対して、レベル3の自動運転車について検討すると、まず当該自動車の運転手の運転行為は道交法上の「運転」概念に該当し、自動運行装置の利用者の義務としては、運転者の義務（道交法70条以下）の他に以下の義務が課せられる。それは、作動状態記録装置による記録等（道交法63条の2の2）、自動運行装置を備えている自動車の運転者の遵守事項（道交法71条の4の2）で規定されている。では、レベル3の自動運転車の交通事故の場合、刑法上はどのように処理されるのか。先述の通り、運転者には道交法上の各義務違反および過失運転致死傷罪の適用が考慮される。このレ

120) 罰則として、① 1項前段及び3項前段違反は、117条3項：（人の死傷があった場合）5年以下の懲役又は100万円以下の罰金、117条の5第2項：（人の死傷がない場合）1年以下の懲役又は10万円以下の罰金、123条：両罰規定、② 1項後段及び3項後段違反は、119条2項6号：3月以下の懲役又は5万円以下の罰金、123条：両罰規定、③ 2項違反：117条の5第2項：1年以下の懲役又は10万円以下の罰金、123条：両罰規定、④ 4項違反は、120条2項4号：5万円以下の罰金、123条：両罰規定である。

ベルの運転者に課せられる義務として、普通自動車の運転者に課せられるそれに加えて、オーバーライドに対応できるようにする義務がさらに（間接的に）課せられているといえる（道交法71条の4の2第2項）。しかし、道交法71条5の5号は、携帯電話用装置、自動車電話用装置その他の無線通話装置を通話のために使用し、又は当該自動車等に取り付けられ若しくは持ち込まれた画像表示用装置（後写鏡、窓拭き器その他の視野を確保する装置、速度計、走行距離計その他の計器、原動機付自転車の速度計除く）に表示された画像を注視しないことに限定されている¹²¹⁾。これらの禁止は、通話もしくは画面注視に限定されているため、例えば読書のように「画面以外のものを注視」する行為は対象外となり前方不注視として70条違反となるにすぎない。また、道交法71条4の2第2項や71条5号の5では普通自動車の運転よりも高度の注意をもって運転する義務を利用者に課していると考えられるが、特定自動運行実施者に関する義務と比較すると直接的には規定されていない。そう考えると、オーバーライドに対応する義務を規定した上で、除外要件を設定すべきではないだろうか。

第2款 法的義務が存在しないケース

第1款では法的義務が明文化されているケースについての考察を行った。その内容にはまだ検討すべき点はあるものの、AI製品をめぐる主体の定義およびこれら主体の義務、そして考えられうる刑法上の問題とその解決に係る法律上の解釈の指針は明らかになったといえる。具体的には、レベル3ないしレベル4の自動運転車というAI製品が交通事故により人を死傷させた事例が考えられる。レベル3の自動運転車ならば、道交法上はその利用者が道交法上の「運転者」と認められるので、過失運転致死傷罪の適用の問題となる。またレベル4の自動運転車ならば、利用主体として規定されている特定自動運行主任者や現場措置業務実施者が道交法上の

121) この規定の罰則は道交法117条の4第1号の2によると1年以下の懲役または30万円以下の罰金である。

「運転者」に該当しないため、彼らに対しては業務上過失致死傷罪ないしは過失致死傷罪の適用の問題となる。このとき、過失の内容たる注意義務違反における注意義務の根拠として新設された上記主体の義務を手掛かりに構成することが可能だろう。しかし、刑事責任を導く根拠の一つとなりうる法律上の義務が存在しない場合、AI製品をめぐる製造者や利用者にはどのように刑事責任は負責されることになるのか。この点については現行法の解釈論をベースに検討することにして、必要に応じて立法論を展開したい。

第1項 AIへの刑事責任？

自動運転車における法整備がなされる以前は、自動運転車の事故事例を想定して、当該結果に対する刑事責任の帰属主体が欠如する可能性——帰属の間隙——や分散する可能性が指摘されてきた¹²²⁾。帰属主体が欠如するとなれば、自動運転車による事故が発生したとしても何人も刑事責任を負わないという帰結となり、自動運転車が普通自動車に比して特別視されることとなるが、その理由の説明に窮するどころか、法感情がそれを許さないだろう。また帰属主体が分散するとなれば、自動運転車をめぐる主体（利用者、販売者、開発製造者）に対して常に刑事責任が帰属される可能性にさらされながら自動運転車に関わることとなる。これら状況下においては自動運転車の開発・普及を阻害する可能性がある。そこで帰属主体を一つに集約させる試みとして「AI」に対する刑事責任の帰属が展開されてきた¹²³⁾。

122) 主なものとして、Beck, *Intelligente Agenten und Strafrecht. Fahrlässigkeit, Verantwortungsverteilung, elektronische Personalität, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht - Delikte gegen Persönlichkeitsrechte im türkischen-deutschen Rechtsvergleich* (Band 4), Ankara 2015, S. 179 ff. (その紹介として、根津洗希「スザンネ・ベック『インテリジェント・エージェントと刑法 過失、答責分配、電子的人格』千葉大学法政論集31巻3・4号105頁）、その他にも、根津・前掲（注8）法学新報（中央大）125巻11号（2019年）475頁以下、稲谷・前掲（注8）法律時報91巻4号（2019年）54頁、稲谷・前掲（注8）日本ロボット学会誌38巻1号（2020年）37頁など。

123) 以下の分類は、川口浩一「ロボット・AIに対する刑罰をめぐる最近の議論」法律論

第1目 先行研究の素描

日本における議論の素描としては以下のようなものが挙げられる¹²⁴⁾。例えば、「伝統的な刑法学の立場からは、刑罰とは自然人のように、一人の人格が想定される存在にのみ科すことができるものとされている。このような観点からはAIに刑事責任を問う前提として、そもそもAIに人格を認めることが可能であるのかが問題」¹²⁵⁾とし、「AIが真の意味で我々の社会の対等なメンバーであるとの認識が共有されない限り、AIに独自の刑事責任を問うという方向性は否定されるべき」という消極的見解がある。他方、「①刑罰の目的として、応報刑論を偏重するのではなく、抑止刑論と社会復帰論の意義を再確認すること、②刑法の存在意義を、社会構成員の法益侵害の予防に求めること、③社会の構成員は、人間に限られる必要はない。人間の仲間(fellow)として人間にとって重要な法益を侵害しうるが故に、侵害防止が義務付けられ、その義務が履行できる能力を有する存在であれば、当該能力の源泉を自由意思(free will)と位置づけ、刑法の対象である社会構成員として評価されること、④AIの機能ないし能力が更に発展し、自律的学習能力が高まり、フレーム問題にも一定の対処ができるようになると、AIも社会の構成員となること、⑤AIに対する刑罰は、法益侵害に寄与したアルゴリズムの改変等であり、AIの再利用(AIによる法益侵害の再発防止と、その社会復帰)に資するものであるべきこと、⑥AIに対する刑事裁判は、インターネット上で行われること」¹²⁶⁾と「AIに対する刑罰」の条件を提示しつつこれを積極的に肯定する見解がある。前者の見解においては、人間との同等性を見いだせるか否かというKurt Seelmannの見解と親和的である¹²⁷⁾。さらに後者の見解と

↘叢94巻4・5号(2022年)100頁以下を参考にした。

124) Lohmann, a.a.O. (fn. 49), S. 105 も同旨。

125) 深町・前掲(注8)209頁以下。

126) 今井・前掲(注8)罪と罰222号(2019年)31頁。

127) Seelmann, Zurechnung zu Künstlicher Intelligenz?, FS Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag Teilband I, 2020, S. 695-706.

は議論の方向性は異なり、法人処罰の文脈に引きつけて、AIを法人として擬制し、法人自体の処罰を肯定しうる法秩序が存在する以上は法人たるAIに刑罰を科するという着想のもと、積極的に「AIに対する刑罰」を肯定する見解も存在する¹²⁸⁾。

また、「AIに対する処罰」を肯定する可能性は否定できないという立場の見解もある。これによると、「たとえば事故を起こした自動運転車両に『刑罰』を科す際、どこまでが一人の人格なのかという問題が生じるものの、その範囲を有益性の観点から画定する余地もありうる。その一人の人格に対し、現行法は有効な刑種を予定していないが、再犯防止の観点からは再プログラミング措置が考えうるところであり、その措置を施す際にロボットやAIが苦痛を感じているように『見える』のであれば、この問題も克服しうる。再プログラミングという措置の技術的特性と、未だ犯罪を行っていないロボットやAIないし、自動運転車両にも、刑罰内容と同様のアップデートを施す必要があるため、個人責任の原則との抵触が考えられるが、ロボット法という新たな制度構築や原則の修正によって、あるいは人格の範囲を改めて検討することによって、この問題もまた克服される余地はある」と¹²⁹⁾。しかし、「ロボットやAIに『刑罰』を科すことは、理論的には全く可能性が無いわけではないが、その『刑罰』は真に『犯罪に対する責任非難』という枠内で用いられているかはなお慎重に検討されるべきである。単なる被害への不安から、スケープゴートとしてロボットやAIに『刑罰』を科すのであれば、それは『刑罰』の意義を変容させてしまう」と留保されている。このように、「AIに対する刑罰」の意義・機能の面ではそもそも人間に対する「刑法」と大きく異なり、その導入を目論むとしても解決しなければならない多くの問題を抱えることがうかがえる。

私見としては、この「AIに対する刑罰」にシフトすると、本来であれ

128) Quarck, Zur Strafbarkeit von e-Personen, ZIS 04/2020, S 183.

129) 根津・前掲（注8）法学新報125巻11号（2019年）495頁。

ば結果帰属されるべき行為者が「AI」を隠れ蓑にして帰属から逃れる余地を与える可能性が拭えず、結果として望ましい解決方法ではないように思われる。そもそも AI という被造物たる道具に対してそのような価値を付与する意義も不明確である。さらに、仮に将来的に AI と人間が同等の存在として認められるという状況が到来したとしても未解決の問題は存在する。それは、AI の刑事責任主体性に関する検討と、AI に対する「刑罰」に関する検討が仔細に行われているのに対して、AI が刑法上の行為を為しうるのかという問題である。これを扱う論稿はほとんど見られない。そこで、AI が刑事責任主体性を満たす可能性は留保しつつも、Anna Lohmann の議論に沿って AI の行為性の検討を試みる¹³⁰⁾。

第2目 AI の刑法上の行為可能性

構成要件の検討に立ち入るためには、まず、構成要件的评价の対象となる行為とは何かという行為概念に関する検討が必要である。たとえば無意識の状態での動作など、刑法上重要な行為でなければ刑法上の検討は必要ない。すると、AI が行為概念の前提を満たすことができるのかという疑問が提起される。以下では、行為論に関する議論を踏まえつつ、この問題につき検討する。

(1) 行為論概説

刑法上の行為には限界要素、基本要素、結合要素の3つの機能があるという¹³¹⁾。限界要素とは、例えば睡眠中の寝返りもしくは反射動作のように、およそ犯罪の対象とならないものを行為から除く機能を指す。次に基本要素とは、刑法並びに刑罰法規で規定される、刑法上重要な全ての人間

130) 米法ベースの同様の議論として、Lima, *Could At Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and The Challenges For Criminal Law*, South Carolina Law Review 69, 677, 2018, pp. 681-.

131) その淵源は、*Maihofer*, *Der Handlungs Begriff im Verbrechen System*, 1953, S. 10にある。

的態度を例外なく包含しうる論理的可能性を備える共通の基盤であることをいう。そして結合要素とは、構成要件に該当し、違法で、有責な、という後続する規範の評価を結びつけ、そしてこれら判断を先取りしないようにするものをいう。もっともこれら3つの機能をすべて具備するような行為の定義はほぼ不可能であり、伝統的に議論されてきた行為論のもとではいずれかの機能を犠牲にしなければならないものであった。しかし、その展開を完全に無視しえないため、行為論をめぐる議論を改めて概観することにする。

行為論の出発点は自然的行為論である。この学説の支持者は、行為を「意思に基づく身体の動静」¹³²⁾もしくは「外界に対する有意的態度」で「有意的態度による外界の変更（ある結果）の惹起あるいは不阻止である」¹³³⁾と定義する。そこでは、外界の変化が人間の身体的運動に起因し、それが運動神経を介し、これを動かしている心理的なものに達した場合を行為と定義する¹³⁴⁾。この行為論においては特に「有意性」が求められており、それゆえ反射的動作、睡眠中の動作、無意識下の動作ないしは強制状態における身体的運動を行為から排除することができる。そのため、行為の限界要素機能を満たす。しかし、例えば転轍手が遮断器を降ろし忘れていた事例のような忘却犯（認識なき過失不作為犯）の場合は有意性が存在しないと批判された。

これに対し、いわゆる目的的行為論は、「人間の行為は目的的活動の遂行である」という命題を基に、行為者が一定の目的を予定し、その達成に必要な手段を選択したうえで、目的の達成のためにその行動を計画的に統制することができることにその目的性を基づかせるものとする¹³⁵⁾。これは、故意正犯の背後の過失行為を、過失による不可罰の共犯ではなく、過

132) 山口厚『刑法総論 [第2版]』（有斐閣、2007年）42頁。

133) *von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1919, S. 116.

134) 中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）138頁。

135) Vgl. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 33.

失正犯そのものであるという判例の出現に伴い、これを説明するために、故意作為と過失・不作為はそれぞれ行為の構造が異なるということを前提にする¹³⁶⁾。より詳しく言うと、過失・不作為は、構成要件上重要でない結果に向けられる目的的行為であると説明する。しかし、不作為に対し、不作為者は結果に対して因果的ではないため、その因果経過を操縦することができず、結果として目的的にも行為できないと批判され¹³⁷⁾、過失に対しては、「法的に無意味な目的性を行為概念にもちこむことは問題である」¹³⁸⁾とされたり、過失行為は落ち度のある人間の行為自体を指したりするのであり、それは積極的な目的志向的行為ではない¹³⁹⁾と批判されてきた。そしてこの行為論に対して決定的なのは、第二次世界大戦後の西ドイツ基本法103条2項における罪刑法定原則の明文化に伴い、不真正不作為犯の説明に窮したことである¹⁴⁰⁾。

そこで、不作為の行為性の説明を試みるために社会的行為概念が主張された。この行為概念は、行為を「社会的外界に向けられた有意的態度」¹⁴¹⁾や、「予測可能な、社会的に重要な『結果』の有意的惹起」¹⁴²⁾、「客観的に予測可能な社会的結果へと方向づけられた客観的に支配可能な態度」¹⁴³⁾であるなどと定義する。この行為概念にとっての長所は、少なくとも、作為と不作為、故意と過失など、刑法上重要な行為態様の形態を全て把握するという機能を果たしている点にあるとされる。このような行為態様は、社会的外界を変化させる¹⁴⁴⁾が、例えば睡眠中の動作は、社会的外界を

136) 松宮孝明『刑法総論講義【補訂第5版】】(成文堂、2020年)51頁。

137) 福田平『全訂刑法総論』(有斐閣、2011年)56頁など。

138) 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(弘文堂、1990年)98頁。

139) 大塚仁『刑法概説 総論(第4版)』(有斐閣、2008年)102頁。

140) 松宮・前掲(注136)51頁。

141) *von Liszt/E.Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26 Aufl., 1932, 1 Band, S. 153.

142) *Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl. 1965, S. 38.

143) *Maihofer*, Der soziale Handlungsbegriff, FS-Eb. Schmidt, 1961, S. 151.

144) 佐伯千仞『刑法講義 総論(4訂版)』(有斐閣、1984年)145頁参照。

更することもあるため、刑法上重要でないものであっても、実際には顧慮されるべき経過もなお社会的行為論では「行為」に含まれる。また、社会的行為論に対しては、社会的に耐え難いもので、それゆえに社会的にも重要なものである場合は処罰されるため、結局は、立法者が社会的に重要なものを決定するのではないかと批判される。

さらに、人格的行為概念とは、行為を「人格の表出」¹⁴⁵⁾や、「人格の客観化」¹⁴⁶⁾、「行為者人格の主体的現実化」¹⁴⁷⁾と理解する。特に Claus Roxin の定義では、その態度が（人間の）「心的——精神的な行為の中心」に分類される場合に行為が存在するという¹⁴⁸⁾。注意すべきなのは、反射的行為などは、意思的に支配できず、それゆえに人格性の表出が存在しないので行為からは排除される¹⁴⁹⁾。もっとも、例えば日本刑法39条1項のように、心神喪失者にも「行為」が可能であると規定されているように、仮に統合失調症により心神喪失状態である者に対して行為者人格の主体的現実化（ないしは表出）が認められるかは疑問とする批判がある¹⁵⁰⁾。

なお、著名な裁判例として大阪地判昭和37年7月24日下刑集4巻7・8号696頁がある。裁判所は、「行為者のある外部的挙動がその者の行為と許価され得るのは、その挙動が行為者の意思によつて支配せられているからであつて、右の意思支配が存しない場合には行為も存しないと言うべきであり、ある行為が刑罰法規の構成要件に該当するか否かは、右法規によつて要求される規範に従つて行為者が自らの行動を統制し得る意思の働らき

145) *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Aufl. 2020, § 8, Rn. 31.

146) *Arthur Kaufmann*, Die ontlogische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre, FS-H. Mayer, 1966, S. 79.

147) 団藤・前掲（注138）105頁。なお大塚・前掲（注139）104頁以下では、より詳細な分析とともに、この定義から発展して、行為を「行為者人格の主体的な発現としての有意性に基づく身体的動静であり、一般人の認識判断によって、その社会的意味が認められるもの」と定義する。

148) *Roxin/Greco*, a.a.O. (fn. 145) § 8, Rn. 44.

149) *Roxin/Greco*, a.a.O. (fn. 145) § 8, Rn. 44.

150) 松宮・前掲（注136）63頁。

即ち規範意識の活動に基づいてなされた行為を対象としてなされるべきであ」として被告人の行為の行為性を判断した。もっとも、第二審である大阪高判昭和39年9月29日(判例集未登載)では行為性を認めつつ責任能力が欠けるとしたことに留意しなければならないが、少なくとも実務の見解では、刑法上の行為といえるためには、行為者の「意思」や「任意性」といった意的要素が要求されることが窺え、自然的行為論と親和的である。

(2) AI の刑法上の行為可能性

行為概念を適切に定義するために決定的なものは、冒頭に挙げた3つの要素すべてを把握しなければならないということである。これまでのところ、これら要素を一つに完全に統合することができる学説はないものの、それぞれの行為概念の当否は差し当たって留保しつつ、それぞれの行為概念に従って AI が「行為」できるかどうかが決定的である¹⁵¹⁾。

自然的行為論は、睡眠中の動作がそうであるように、行為をするための意思が全く形成できない場合にのみ、行為性が排除される。AI の場合は、それがある行為をする意思を形成できるかどうかが問題となる。例えば、人間が腕を伸ばすのは、その瞬間にそれを欲する決定をしたからであるという例で明確となる。もし、AI が腕を伸ばせるとすれば、それは AI 自身が決定したのではなく、アルゴリズムが、その瞬間に必要なだと判断したからだろう。AI は外部的に決定された方法、すなわち利用可能なデータを基に行為するが、それ自体は行為する意思を形成するものではない。この点を自立学習に関連づけると、AI 自身がデータを収集し、それに基づいて行動可能となるという可能性を意味するにすぎず、AI がプログラミングから完全に切り離されるということではない¹⁵²⁾。

151) *Lohmann*, a.a.O. (fn. 49), S. 121.

152) 今井・前掲書(注8)525頁以下は、AI に搭載されるシステムに学習機能が具備され、当初想定されえなかった行動選択がシステム上可能となると、AI の意思に基づく、そ

目的的行為論によれば、行為者が一定の目的を予定し、その達成に必要な手段を選択したうえで、目的の達成のためにその行動を計画的に統制することができることが求められる。行為が刑法上重要となるためには、目的に方向づけられた行為、すなわち目的に方向づけられた意思¹⁵³⁾がその行動のトリガーとなる。しかし AI は、そもそも行動を行うように意思を自立的に形成することはできないため、なお意思による、ある目的に方向づけられた行動をとることができない。AI は、事前に実装されたデータや新たに学習したデータをもとに実行するアルゴリズムに基づいて動作する。さらに現状の AI は、自立的に目的基準を設定する段階には程遠く、それに応じて行動できるようにするための目的基準を必要とする¹⁵⁴⁾。目的が確立された場合にのみ、システムは対応するデータによって行動できるのである。

社会的行為論によっても、AI システム側の刑法上重要な行為を構成することには一定の疑義がある。ここで決定的なのは、社会的に重要な態度が存在することである。この学説において刑法上重要な行為とは、何人も社会的に重要な結果を有意的に惹起した場合に存在するが、AI による振舞いが社会的に重要な意義を有するか否かが重要な問題となる。将来的にこれが肯定されるのであれば、AI の行為も肯定できるかもしれないが、これが社会的に重要な意義を有するか否かについての一致は現在のところみられるかは明確ではなく、根拠に乏しいものとなる¹⁵⁵⁾。

人格的行為概念については、その主観面において問題が生じる。結局、「意的」要素が入り込むために、AI がその態度を支配するための意思を形成するか否かの問題に帰着し、結果として因果的行為論における当ては

↘れ自身としての振る舞いが決定されているとし、AI の行為性を肯定できるものとする。
しかし、この説明においては当初の学習機能が人間によるプログラミングに基づいていることを看過している。

153) *Gless/Weigend, Intelligente Agenten und das Strafrecht, ZStW 2014, S. 561 (572).*

154) これについては、*HLEG on AI, a.a.O. (fn. 95)* の定義を参照。

155) See *Lima, supra* (fn. 130), p. 685.

めと同様に AI の行為可能性は現状では否定せざるをえない。

実務上の見解も、前掲・大阪地判昭和37年7月24日によれば、少なくとも行為者の「意思」や「任意性」が行為には要求されることが窺えるから自然的行為論の当てはめと同様に AI には意思・任意性を認めるには困難を伴う。

以上の検討により、AI の行為可能性を認めるのは非常に困難であるといえる¹⁵⁶⁾。

第2項 不規制による解決

第1章第6節で示し、本章第2節に修正した想定事例において、一見すると AI を搭載した機械が人間の意思から離れて動作しており、もはやその AI 製品の製造者や利用者は刑事責任を負えないと考えられるかもしれない。それは、当該製品は、利用者にとって予見不可能な動作をしたため、過失犯における予見可能性を欠くものと考えられ、さらに、製造者側についても必要な注意義務を履行していたとするならば、もはや当該結果に対していかなる主体にも法益侵害は帰属されえないように見えるからである。もっとも前述の検討から、AI が刑法上の行為を為すというには非常に高いハードルが存在するが、むしろこのような AI の予測不可能性こそが注意義務を導くため、AI の挙動が一般的に予測不可能であることは、AI の製造者や利用者を免責しえない。これは動物園の経営者が虎を檻から放し、その虎が歩行者を殺害したとしても、虎は動物であるから制御することができなかったと主張することはできないのと同様であ

156) 付言すると、客観的帰属論でも同様のことがいえる。この場合、「行為」は構成要件に規定された結果が行為者に対して彼／彼女の仕業として帰属できることによって初めて定義できる。この「行為」とは、その者の物理的・身体的能力によって結果発生が回避し得たか否か、そして生じた結果及びそこに至る過程とその出来事に責任を有する者の態度の社会的意味によって決まる(松宮・前掲(注136)53頁以下参照)。このとき、AI の「態度」の社会的意味を論ずる際、社会的行為論におけるロジックと同様に、現状ではこれを有するか否かについては開かれたままである。

る¹⁵⁷⁾。

AIに刑事責任を負わせることは、行為概念の観点から非常に困難であるため、一般的にAIの利用者を免責することは、事実上、例えば自動運転車の誤操作による被害者の傷害に対して誰も刑事責任を問われないことを意味する¹⁵⁸⁾。そのため、自らの行為が他人の生命、身体、財産などの刑法上保護される利益を侵害する可能性を予見できる者は、その行為を慎む責務を負う。したがって、先の動物園の管理者は、虎が解放された場合に人間に危害を加えることを予見した場合、虎を檻から解放することを控えなければならないし、このことは潜在的に危険な製品にも当てはまる。例えば、自動車の製造者が、適切な注意を払って、その自動車のブレーキが悪天候時に作用することが信頼できないことを知りえたにもかかわらず、その自動車を流通に置いた場合、製造者は注意義務に違反することになる¹⁵⁹⁾。これらの検討により、不規制による解決は妥当なものではないことがわかる。

第3項 厳格責任による解決

AIの背後者をねらいとする刑事責任の負責の可否につき、AIの製造者に危険責任（厳格責任）を導入することが有望な解決の糸口であるとされることがある¹⁶⁰⁾。米国では、民事製造物責任における設計上の欠陥、製造上の欠陥、指示・警告の欠陥の立証がそれに該当し、より具体的には、製造者側は危険な欠陥を最小限に抑えるように製品を製造すること

157) *Gleß, Silverman, Weigend, If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars And Criminal Liability*, *New Criminal Law Review*, Vol. 19, Number 3, 2016, p. 420.

158) アメリカ法の民事責任の問題については、例えば *Terwilleger, Navigating the Road Ahead: Florida Autonomous Vehicle Statute and Its Effect on Liability*, 89FLA. B.J., 2015, 26, 27 (205).

159) この検討については第2款第4項で詳細に行う。

160) 日本の議論については、例えば、経済産業省・前掲（注13）64頁参照。米国の議論については *Wagner, Robot Liability* June 19, 2018, S. 13 f., <https://ssrn.com/abstract:3198764>（最終アクセス2022/09/14）を参照。

(製造上の義務)、製品から実質的な危険性を排除するために合理的な注意を払うこと(設計上の義務)、残存する隠れた実質的な危険性について消費者に警告すること(指示・警告上の義務)についての義務を有するものとされる¹⁶¹⁾。厳格責任の文脈では、不可避的な危険な製品の製造者は、その製品に製造上の欠陥がないことを保証し、消費者に隠れた危険性を警告しなければならない¹⁶²⁾。30以上の州が、警告義務や更新義務など、製品の販売後に生じる義務の一部を採用する¹⁶³⁾。しかし、販売後の義務は米国の各州間で統一されておらず、裁判所は製造業者に販売後の更新義務を課すことを繰り返し拒否してきたことに注意しなければならない¹⁶⁴⁾。

刑法上の厳格責任として考えられるものについて、ドイツでは、義務違反ではない許されたりリスク創出につき、民法上の責任に加えて刑法上の責任も問題となるとされる¹⁶⁵⁾。そうしたドイツ刑法におけるリスク責任の例としては、完全酩酊の構成要件(ドイツ刑法第323条a)や喧嘩闘争への関与(ドイツ刑法第231条)が考えられる。これは、行為者に過失責任がなくても「許されざる事象に身を置いた」ためにすべての結果について責任されるという *versari in re illicita* の帰属原理による¹⁶⁶⁾。この可罰性は許されない、もしくは、社会的に不相当で望ましくない(完全酩酊事例の)行為者によるリスク創出と結び付く¹⁶⁷⁾。これは日本法における、許されないリスク責任についての同時傷害の特例(刑法207条)の議論と類似する。完全酩酊の文脈と同様で、その喧嘩闘争に関与することがリスクのある態度

161) *Marks*, US Product Liability Law, 2 INT'L Bus. LAWYER, 1998, p. 69.

162) *Owen*, Inherent Product Hazards, 93 Ky. L.J., 2004, p. 377, 379.

163) *Stilwell*, Warning: You May Possess Continuing Duties After the Sale of Your Product, 26 REV. LITIG. 2007, p. 1035, 1037.

164) *Smith*, Proximity-Driven Liability, 102 GEO. L.J. 1777, 2014, pp. 1802-08.

165) *Fetah-Moghadam*, Innovationsverantwortung im Strafrecht: Zwischen strict liability, Fahrlässigkeit und erlaubtem Risiko – Zugleich ein Beitrag zur Digitalisierung des Strafrechts, ZStW, 2018, S. 881.

166) その概念については *Roxin/Greco*, a.a.O. (fn. 145) § 10 Rn. 122. も参照。

167) その支配的構想への批判については *Roxin/Greco*, a.a.O. (fn. 145), § 23 Rn. 7 ff. を参照。

として評価されることにより当罰性を帯びるのである。もっとも、危険責任的思想に基づく刑罰は例外的なものであるため、これを一般原理として導入するべきでないし、条文の根拠もない。

（1）リスク責任を客観的処罰要件に位置付ける構想

上述したリスク責任について、上記のような状況があつて初めて結果発生は客観的処罰条件として構成することが正当であるとする見解もある¹⁶⁸⁾。しかし危険なAIシステムの市場流通について、結果発生を客観的処罰条件として捉えようとする¹⁶⁹⁾、これは市場流通の不許容性に根拠づけられなければならないという問題に直面する。この場合、「十分な安全性を確保せずに危険な製品を市場流通に置く」という抽象的危険犯の創設を前提とすればよい。ここで、義務違反ではないAIシステムの製造、流通そして利用は、許される社会的に望ましい活動に該当する。しかし、許された態度はすでに概念上、法的な態度予期に違背しえないため、規範妥当を刑法によって確証する必要はない。したがって、許された態度についての刑法上のリスク責任は、刑法の非体系的な枠組破壊として否定されなければならない¹⁷⁰⁾、当該問題の解決に厳格責任のスキームを用いるなどなおのこと適切ではない。

（2）DPAによる解決

厳格責任の関連では、「確率的な危険のシステムによる統制を重視し、情報提供と精神・開発体制の改善、被害者への補償などを自主的に行うことを検察官と約束し、その見返りに刑事訴追を免れるという制度」¹⁷¹⁾の導

168) 犯人が酩酊状態において遂行した犯行が、責任原理に対する違反を妨げるために、過失として扱われるという可罰性を要求する反対解釈については *Roxin/Greco*, a.a.O. (fn. 145) § 23 Rn. 9 ff を参照。

169) *Hilgendorf*, a.a.O. (fn. 107), S. 111.

170) Vgl. *Fetah-Moghadam*, a.a.O. (Fn. 165), S. 882.

171) 稲谷・前掲（注8）日本ロボット学会誌38巻1号（2020年）40頁。その詳細として、➤

入が近時注目されている。これは、DPA (Deferred Prosecution Agreement) という、企業に対して原因究明に必要なあらゆる情報の提供や、必要に応じて再発防止に向けた具体的な改善などを義務付ける代わりに、関係者の訴追を一定期間延期する訴追延期合意を技術開発の発展に伴う社会の変容に伴い、刑罰体系・責任制度の枠組も変化すべきという思想¹⁷²⁾に基づいて導入しようとする試みである。その具体的内容として、① 事故に関するステークホルダーの厳格刑事責任を規定し、事故が起きた場合に、② リスクの発現であれば情報提供と損害賠償、③ 不確実性の発現の場合には情報提供と事故調査委員会による調査への協力及び製品・サービスの改善や組織の改善を約束させて訴追を延期する、というものとして、②～③について不協力・不履行の場合には訴追して相当額の制裁金を課すと共に、認証取消のような厳格な行政制裁を併せて行うという。

しかし特に①について、厳格責任を基調とする制裁は従来の刑罰観とは異なるのではないか、DPA に倣って企業にのみ責任を課すということは、関係する自然人に対する刑事責任は排除されるのか、という疑義が指摘された¹⁷³⁾。それに対して、「厳格な法人処罰や DPA がいない状態で、これだけ複雑な科学技術社会の情報の非対称性にどのように対応するか疑問。また、責任主義はシステムティックなリスクについてはほとんど意味をなさない。複雑なシステムが原因で死亡事故が起きた際に、一見非難出来そうな誰かを処罰して問題解決したことにすることが、我々の科学技術社会を正常に前進させるのか疑問であり、問われ始めているのは、正に刑事司法制度の意義そのものであり、「例えば、ある企業システムに置か

↘ 稲谷龍彦「Society 5.0における新しいガバナンスシステムとサンクションの役割 (上)」
法律時報94巻3号(2021年)105頁。

172) Hilgendorf, Können Roboter schuldhaft handeln?, Nomos 2012, S. 120 と類似した着想である。なお、同論文では刑罰や責任の時代に応じた意味内容の変化の可能性を根拠に、AIの刑事責任の可能性は否定されないとする。

173) 稲谷龍彦「Society 5.0における新しいガバナンスシステムとサンクションの役割 (下)」法律時報94巻4号(2021年)118頁(品田発言)。

れた人が、その置かれた文脈に即して合理的な行為をした結果、『犯罪』を
実行したとして処罰されたとしても、システム自体が温存されれば、その立
場におかれた別の人によって違法行為は繰り返されうる。さらに、製品の品
質に起因する深刻な事故に関して、責任者が刑事罰を科されたにもかかわらず、
その後も品質不正が生じた会社の例などは、企業の構造を変えないと、
人々の行為が変化しないことを象徴しているように思われる¹⁷⁴⁾。

すなわち、事故が起きたからといって、個人責任を追及すれば良いわけ
ではないので、関連する自然人の法的責任については、その追及が有効な
場合に限ってなされるべきである。厳格な結果回避義務を課してゼロリス
クを強調し、個人責任に傾斜する現在の刑事制裁制度は、技術開発に関す
る強烈的な負のインセンティブだとして、新たな責任制度の枠組を強調す
る。しかし、この構想には新たな制度（法人制裁制度）を導入する必要性
が拭えず、それどころか責任や刑罰に対する観点の変化を要するものであ
る。結果としてこの解決方法にはかなりのハードルがあるため¹⁷⁵⁾、再度
製造者や利用者の過失責任を検討すべきだろう。

第4項 過失責任の再考

以上の検討により、AI そのものへの刑事責任の帰属、不規制による解
決、そしてDPAを含む厳格責任による解決にはそれぞれ重大な問題点を
持つことが確認された。そこで本項では、学習を行うAI製品をめぐる主
体における刑事責任の検討を、①開発製造者、②技術サービスプロバイ
ダー、③国・地方公共団体、④利用者、⑤所有者という5つの主体に分
類して検討を行うものとする。

その際、議論の立場として、AIの利活用に関して妥協を許さない規制
を考案するのではなく、相反する利益のバランスを慎重に考慮する必要が
あるという前提で検討を行う。例えば、一方でAIの誤作動による被害者

174) 稲谷・前掲（注173）118頁以下（稲谷発言）。

175) この指摘は、川口・前掲（注123）112頁にもある。

は、その被害に対する補償を受けるという利益があり、他方、製造者は、自らが開発資金を提供した AI を販売することで利潤を得るという正当な利益がある。また、社会全体としては、信頼性の高い便利な技術の利活用だけでなく、自動運転車をもたらす恩恵を含めた技術の進歩にも関心がある。このような利害の対立がある以上、たとえば過失の刑事責任については、中間的な解決策を模索することになる。

第1目 開発製造者

たとえば、AI を搭載した製品によって生命ないしは身体など法益が侵害された場合、それが当該 AI の欠陥によるものであると認定されたならば、製造者には一定の義務が課される。むろん、その「欠陥」は、製造物責任法に従い、製品流通前における、① 設計段階における欠陥（設計上の欠陥）、② 製造段階における欠陥（製造上の欠陥）、製品流通後における③ 利用者に対する指示・警告における欠陥（指示・警告上の欠陥）に分類される。とりわけ、③については利用者への指示・警告のみでは十分でないならば、当該製品の回収義務が生じうる。以下では、この3つの類型を参考に¹⁷⁶⁾、刑事製造物責任に関する検討を行うとともに、製造者側に求められる注意義務の具体的内容をとらえる。

(1) 製造者の行為

製造物責任の領域において AI 製品については、積極的作為は、欠陥のあるプログラミング、欠陥構造、誤った部品の組立、早すぎたロボットの市場解禁、安全でない、もしくは欠陥のある製品の市場流通などに認められうる¹⁷⁷⁾。その一方で、たとえば製品にテスト手続や検査手続、もしくは

176) 以下では、この分類につき *Günther, Roboter und rechtliche Verantwortung*, Herbert Utz Verlag, 2016, S. 152 ff を参照する。なお、この論文を紹介するものとして松尾・前掲(注8)73頁以下。

177) *Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer* (Hrsg), *Produkthaftungshandbuch*, 3. Auflage, C.H. Beck, 2012, § 81, Rn. 4.

は品質制御を実施しなかったり、指示義務を無視したり、製品監視ないしはリコールを実施しなかったりするような不作為の構成要件を満たす可能性がある。その際、積極的作為と不作為の限界づけについて、どの民事上の欠陥カテゴリーが、製造物責任の枠組において存在するのかが問題としなくてよい。なぜなら、そうした欠陥は原則としていずれかの態度に基づいて惹起されるものであるからである¹⁷⁸⁾。しかしながら、大まかな区別も可能であるように思われる。すなわち、製品の欠陥が初めて生じる前に態度が存在するか否か、もしくは、製品の欠陥が公知のものとなった、ないしはそれが認識可能であった後の態度の問題であるか否かに区別されるべきである¹⁷⁹⁾。

製品の欠陥が初めて現れた場合、製造者の側には、例えば監視要求や注意要求が存在しうる。この注意要求は、例えば消費生活用製品安全法や、消費生活用製品安全法施行令・施行規則、JIS規格やISO規格、もしくは他の技術領域からの規則を通じて立てられる。積極的作為も、例えば誤ったプログラミングもしくは製造者による早すぎた市場解禁が存在する場合に考えられるが、このことは現実にはほとんどありえないだろう。やはり、欠陥の周知性によって、公知の危険源、もしくは認識すべき危険源に対応しない、もしくは適切に対応しない場合における不作為が主に問題となるだろう¹⁸⁰⁾。

（2）保障人的地位の発生根拠

保障人的地位とそれに基づく保障義務の枠組においては、先行する作為から保障義務が生じ、その際ここでは、義務違反的な作為と義務に従った作為に区別されるべきである（先行行為）。さらに、保障義務は引受を通じ

178) Günther, aa.O. (fn. 176), S. 215.

179) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), aa.O. (fn. 177), § 81. Rn. 5.

180) Günther, aa.O. (fn. 176), S. 216.

ても生じる(引受による義務)。ここではとりわけ、監視的保障が特別な意味を持つ。

① 先行行為

先行行為による保障人的地位を認めるには、後行する結果発生についての純粋な態度の原因性によって導かれるのではなく、先行する行為が結果発生に近接するという意味での危険を増加させるに至ったといえなければならない¹⁸¹⁾。AI製品の製造者ならば、市場解禁を通じて危険を創出したといえる場合に結果を防止する義務を負うべきといえる¹⁸²⁾。民法上の製造物責任や製造者責任は、この保障人的地位の基礎としても仕えるものとなる¹⁸³⁾。

その場合、義務違反的な先行行為と法に従った先行行為に区別される。さらに、客観的義務違反的な先行行為がすでに存在している限りで、保障人的地位は先行行為により存在し、製造者は結果を防止する義務を負うということが認められる¹⁸⁴⁾。それゆえ一般的に承認される法規に対応していない場合に、義務違反的な態度が構成される。また、製造者がAI製品に関し憂慮すべき試験結果があるにもかかわらず、あえて市場に流通させた場合、結果発生防止についての義務も存在するといえる¹⁸⁵⁾。

問題となるのは、たとえばAIに由来する危険が市場流通後になって初めて認識される場合に、法に従う先行行為が、保障人的地位が先行行為から演繹されるのか否かという問題である¹⁸⁶⁾。例えば、素材の技術や試験

181) *Fischer*, Strafrechtgesetzbuch, 66. Auflage, 2019, § 13, Rn. 47.

182) *Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer* (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 81, Rn. 9.

183) *Fischer*, a.a.O. (fn. 181), § 13, Rn. 71 は先行行為の枠組において人的な非難可能性は問題としない。

184) *Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer* (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 81, Rn. 9.

185) *Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer* (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 81, Rn. 10.

186) Vgl. *Fischer*, a.a.O. (fn. 181), § 13, Rn. 50 ff.

技術がさらに発展したことや、AIシステムが自立してさらに発展し、そこで望まれた特性を示さないことが考えられる。ここで問題なのは、製品がもはや製造者の領域に存在しないということである。違法な先行行為に固執しようとする場合、そのような事例では、製造者の責任を根拠付けることができない。だとすると、製造者には、すでに市場に存在する製品にもはや干渉することはせず、その結果、保障人的地位が存在しないということになる。もっとも、製造者が危険な製品を、その危険性を知っていたにもかかわらず、引き続き販売する場合は、積極的作為に結びつく刑事責任が考えられる。

AI製品のような複雑なシステムの製造者のみが、自らの製品の危険性を探知する可能性があることが疑わしいことを考慮すれば、製品がもはや製造者の領域に存在しないという理由で製造者の責任を根拠付けられないとすることは説得的なものではないだろうし、製品の安全性を信頼し、危険性を知らない利用者は、無防備な状態で危険にさらされることになるだろう。要するに、製造者に義務付けられ、その後認識された危険性を警告させる義務か、もしくはリコールを開始させる義務という製品監視義務が問題となる¹⁸⁷⁾。その場合、本質的には再び危険源の存在が問題となるため、製品監視義務は、先行行為による保障人的地位の特別事例とみなされる¹⁸⁸⁾。したがって、その時点ですでにある程度の欠陥が存在していたということになるので、適法な市場流通ではないということになる。結論として、危険源が主観的に義務違反的でなく創出されたか否かは注目すべきではないということになる¹⁸⁹⁾。

187) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 217. この内容については後で議論を行う。

188) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 218.

189) *Kuhlen*, Strafhftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.7.1990-2 StR 549/89 (NSZ 1990. 588), NSZ 1990. 566 (569).

② 引受による義務

製品製造は、分業的なプロセスが取られることが多い。企業の所有者や、企業を代表する権限を与えられた会社組織のみが義務を引き受けることは現実的ではない。そのため、一定の範囲で他者に義務を委任させることができ、その引受で保障人的地位が生じうる¹⁹⁰⁾。その義務はその人物の活動領域に限定されているので、製品監視に従事する者が、設計上の義務や他の企業分野による義務を履行していないと非難されることはない¹⁹¹⁾。しかしながら、委任された義務を引き受ける人物の選出、監督、指導する義務が存在するため、職務を委任したからといって、会社保有者や代表者はその責任から解放されるわけではない。具体的には、会社の組織構造に応じ、場合によっては中間階層を経由して、適切な選択、監督、指導を施さなければならず、これらの義務は権限ある従業員が負うべきであると思われる¹⁹²⁾。

(3) 保障義務（作為義務）の発生根拠——製品回収義務との関係

製品流通後に製造者が上記における、指示・警告上の義務を履行したとしても、製造物に由来する被害のためにリコールが利用者から報告され続けた場合、必要に応じて製造者はさらなる被害を防止するために当該製品を回収することが求められる。この製品回収を懈怠したために、製造者側の責任者が刑事責任を問われた事例がドイツ及び日本において存在する。本項では、それらの事例について学説の見解も踏まえながら検討を行う。

190) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 218.

191) *Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer* (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 81, Rn. 17.

192) *Kuhlen*, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen in Unternehmen bei der Produktion von Gütern, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des chinesischen und deutschen Strafrechts, 2015, S. 210.

1. ドイツにおける刑事製造物責任の事例

① 皮革スプレー事件¹⁹³⁾ (BGH St. 37 106(1990)) の概要

事案の概要は以下の通りである。1980年の9月末以来、W社が製造し、S、E社を通じて販売していた皮革用スプレーの使用に伴い、呼吸困難、咳、吐き気、悪寒、発熱といった健康障害が生じたという被害報告が相次いで寄せられた。被害者の多くは医師の診察を必要とし、中には肺浮腫で生命の危険に晒され、集中治療室に入院した被害者もいた。診断の結果はほとんどの者が肺水腫であった。最初の被害報告の後、返却されたスプレー缶について会社内部で研究がなされたが、原因は解明されなかった。そこで被告人らの製造会社で内部調査が行われ、当該スプレー缶の原料についての調査及び変更を施して販売を続けたものの、いずれの対策も功を奏することなく、被害の報告はその後も続いた。さらにE社のスプレーに関しても被害が報告されるようになった。

そこで、1981年4月中頃に、E社のスプレーについて製造及び販売停止の措置がとられたが、会社によってその原因を突き止められなかったため、この措置は数日後に撤回された。

その後、1981年5月12日に臨時取締役会が開かれ、W社の取締役である被告人S及びSchも出席した。会社の中央研究所所長(Dr. B)がこの会

193) この事例を紹介する日本語文献として、稲垣悠一『欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論』（専修大学出版、2014年）9頁、岩間康夫「刑法上の製造物責任と先行行為に基づく保障人的義務——近時のドイツにおける判例及び学説から」愛媛法学会雑誌18巻4号（1991年）41頁以下、岩間康夫「製造物責任の事例における取締役の刑事責任——集团的決定に関与した者の答責——」愛媛法学会雑誌22巻1号（1995年）45頁以下、岩間康夫『製造物責任と不作為犯』（成文堂、2010年）5頁以下、岩間康夫「刑事製造物責任の諸論点——とりわけ回収義務の根拠に関するドイツの議論について——」刑事法ジャーナル37号（2013年）4頁、北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点——ドイツ連邦通常裁判所の皮革用スプレー判決をめぐる議論を手掛かりに——」早稲田法学71巻2号（1996年）171頁以下、堀内捷三「製造物の欠陥と刑事責任——その序論的考察——」研修546号（1993年）3頁以下、ヴァルター・ペロン（高橋則夫訳）「刑法における製造物責任——ドイツ連邦通常裁判所「皮革用スプレー判決」をめぐる——」東洋大学比較法31号（1994年）1頁以下、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004年）21頁以下など。

議で、これまでの検査によれば、スプレーの有毒な性質を示す原因物質を認める根拠がないため、製品を回収する理由は存在しないと述べ、さらに、外部機関に調査を委託し、全てのスプレー缶に警告の表示をし、既になされている表示を改善すること等を提案した。取締役会はこの提案に賛成し、販売中止・回収等は、以後の調査により「真の製造物の瑕疵」もしくは「証明可能な消費者へのリスク」が明らかになるまで行わないことについて一致した。この会議の決定は、その後、S社の取締役WとE社の取締役Dに報告され、両人はそれぞれの会社についてその決定に従った。しかしながら、その後も当該スプレーによる被害は続出し、依然として原因となる物質を突き止めることはできなかった。但し、スプレー缶に表示される注意書きの内容が強化・改善された。そうするうちに、1983年9月20日、W社は連邦保健局及び連邦少年家族保健省の介入により、販売中止及び回収の措置をとったが、回収された製品に含まれる製剤の使用を完全に中止したわけではなかった。この1981年5月の臨時取締役会をさむ2つの健康被害についてW社の取締役であったS, Sch, 研究所長であったDr. B, そして販売子会社の取締役であったW及びDは、1981年2月14日から1981年5月12日の臨時取締役会前の健康被害につき過失傷害罪、その後の健康被害につき故意の危険傷害罪で起訴された。LG Mainz で言い渡された原判決によると、被告人S, Sch, W, 及びDに対し、1981年2月14日以降の4件の被害について過失傷害の併合罪を、また、上記の1981年5月12日臨時取締役会の後に発生した38件の被害については危険傷害罪を認め、後者の一連の傷害行為のみを、観念的競合として処理した。またDr. B については、臨時取締役会で不十分な情報提供と助言を行ったために、故意危険傷害罪の幫助を認定した。宣告刑について、SとSchは、過失傷害につき罰金刑、危険傷害につき1年6月の自由刑の併科が、Wは過失傷害につき罰金刑、危険傷害につき1年の自由刑が、Dについては過失傷害および危険傷害につき罰金刑が、Dr. B については危険傷害の幫助として罰金刑が言い渡された。なお、自由刑については執行猶予付きで

あった。この有罪判決に関し被告人らは上告した。

② 皮革スプレー事件の連邦通常裁判所判決

当該事件の判決要旨は以下のようなものであった¹⁹⁴⁾。

- (1) 侵害を引き起こした物質が何であるのかは不明であるとしても、他の侵害原因の存在が考慮されない場合には、製品の性質とその利用者の健康侵害との原因連関を認めることに法的な誤りはない。
- (2) 定められた用法に従って製品を使用した使用者に対して——彼らの正当な予期に反して——健康被害を生じうる危険を基礎づける性質をもつ製品を、製造者および販売業者として市場に流通させた者には、侵害回避が義務づけられる。この義務に有責に従わない者は、それによって生じた侵害に対して、刑法上、不作為によって遂行された身体傷害という点で負責される。
- (3) 製造者および販売業者の保障人的地位から、すでに販売されている健康に対して危険な製品を回収する義務が生じる。
- (4) 有限会社の複数の取締役が共同して回収命令について決定すべき場合には、取締役全員に、回収命令を決定するために、自己に可能であり、また期待される全てのことを行う義務がある。
- (5) 有限会社の取締役が一致して必要な回収をなさないことを決定した場合には、彼らは共同正犯として、不作為から生じた侵害について負責される。
- (6) 協同権限（Mitwirkungskompetenz）があるにもかかわらず、必要な回収の決議を実現するのに関与しなかった取締役らは皆、当該措置を怠ったことについての原因を設定したものであるから、仮にある取締役が回収決議を行うよう要求しても他の取締役の反対によって失敗に終わったであろう場合であっても、彼の刑法上の負責は基礎づけられる。
- (7) 同一の行為命令の侵害から相次いで複数の侵害が生じた場合には、総

194) BGH St. 37, 106.

じて一個の不作为の所為が存在する。

以下では、主に回収義務の根拠づける上記(2)及び(3)について検討を行う。

2. 回収義務の発生根拠に関するドイツの学説

この判例をめぐるのは、以下のような学説の展開が見られる。当初提唱されていた回収義務否定説とは、製造者・販売者は製品を販売によって自己の支配から手放して以降は、その製品から発生する危険を阻止する義務をもちや負わないとするものである¹⁹⁵⁾。

その後展開されたものとして、皮革スプレー事件原審の見解でもある法令根拠説は、民法上の社会安全義務 (Verkehrssicherungspflicht) というこの種の健康被害に関する危険における民法上の製造物責任で認められている製品監視義務から導き出すが、BGH は少なくともこの義務の無条件の導入には疑義を示している。この説を支持する Hilgendorf は、この社会安全義務とは、危険源の開放及び操業によって利益を得、危険の操縦に関する独占的地位を有する者にはこれらの危険について責任を負うことが正当に期待されうるという考察から導かれるとする¹⁹⁶⁾。

BGH の見解を踏襲する学説としては、先行行為説¹⁹⁷⁾が存在する。これは先行行為に基づく保障人的義務として回収義務を根拠づけるものであるが、先行行為の義務違反性を求める見解と求めない見解に峻別される。

先行行為の義務違反性を求めない義務違反不要説とは、事後にようやく製品の危険性が客観的に認識し得るようになった場合にでも、先にそのような製品を無過失で製造・販売した点になお回収義務の発生根拠を求める

195) *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 99.

196) *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft, 1993, S. 14 f.

197) *Kuhlen*, aa.O. (fn. 192), S. 568 f.; *Jakobs*, Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft Bd. IV. 2000, S. 42 f.; *Hoyer*, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaltung. GA 1996, 160, S. 176. : ペロン (高橋訳)・前掲 (注193) 11頁以下。

にあたり、先行行為の限定を、義務違反性要件に代えて、「日常行為と比べて危険を高める先行行為」に求める¹⁹⁸⁾。Lothar Kuhlen は、「今日の社会においては、製品の製造及び販売は、当該製品の不相当な危険性が既に販売時に認識し得たか否かにかかわらず、製造業者及び販売業者の保障人的地位を生ぜしめる危険な行為」¹⁹⁹⁾であるから、この危険な行為に回収義務の発生根拠を見いだすのであると主張する。Walter Perron も、適法ではあるが、客観的に危険な事前行為から保障人的義務が生じることを認め、「経済的企業が、潜在的に危険な製品の製造および販売をすることが許されるのは、これらの製品が販売後もその作用について監視および統制に服されるという条件のある場合だけ」であり「事前には認識できなかった危険が事後的に明らかになった場合には、企業は、消費者を十分保護し、やむを得ない場合には、製品を回収しなければならぬ²⁰⁰⁾という。しかし、事後的に判明した危険をも考慮に入れようとするあまりに、先行行為を理由とする不作為犯処罰を無制限に広げてしまう可能性があるとして批判される²⁰¹⁾。

先行行為に義務違反性を求める義務違反必要説はBGHの見解である。ここで、Joerg Brammsen は、「刑法上の義務違反性は、刑法において規制化されることによって規定される」²⁰²⁾のであるから、本判決のように他の法律違反を挙げても解決できるものではなく、「義務を課された者の人格とその者の具体的な義務範囲とに向けられた人的不法論を基礎に、法益を危殆化する態度の義務違反性は常に行為不法のみから規定されうる」²⁰³⁾

198) Meier, Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der „Lederspray“ Entscheidung des BGH, NJW 1992, S. 3196.

199) Kuhlen, Strafhafung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produktverantwortung, NJW 1990, S. 568f.

200) ペロン（高橋訳）・前掲（注193）11-12頁。

201) 北川・前掲（注193）、193頁参照。

202) Brammsen, Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?, GA 1993, 97, S. 105.

203) Brammsen, a.a.O. (fn. 202), S. 106.

ものであるため、「先行行為に基づく（保障的）義務が発生するのは、少なくとも客観的に過失によってなされた違法な先行行為に限られるのである。つまり、先行する作為によって引き起こされ、高められた具体的法益についての危険は、常に許されないものであり、客観的に予見可能であり、かつ、注意に適合する態度によって回避し得たものでなければなら」ず、「このような刑法上の義務違反性の最低条件が守られなければ、必然的に刑法上の態度秩序が状態保全秩序へと転化されるという責任の拡大へと至」り、「規範の名宛人の決定の自由や影響から引き離されてしまう」²⁰⁴⁾と主張する。この学説については、その先行行為者が誰であるかを特定するかという問題²⁰⁵⁾や、たとえ製造企業内の役職者に何らかの「危険な」先行行為を認めたとしても、人事異動等で当該製品を一切管轄しない部署に転属することになった後、あるいはこの役職者が企業を退職した後にもまで回収義務を課すことは、実態にそぐわない解決である²⁰⁶⁾と批判される。

Brammsen は危険源支配説²⁰⁷⁾を提唱する。これは、危険源を支配した点に作為義務の発生根拠を求める立場であり、不真正不作為犯が、作為犯と同様に刑法上の責任を負うのは、行為時に結果へと向かう因果の流れを支配することが可能で、結果を防止することができたにもかかわらずそうしなかったからだという考え方にに基づき、危険源を支配する者は、そこから法益侵害結果が生じないように、その危険源を監視する義務が生じる（危険源監視義務）。危険物を製造・販売する者も、自らが作り出し、またその支配領域内にある危険物から法益侵害結果が生じないように監視する義務があるというものである。もっとも、一度市場流通に置かれた製品の監視には限界があることを留意しなければならない。この学説においては、さら

204) *Brammsen*, a.a.O. (fn. 202), S. 109.

205) 岩間・前掲（注193）刑事法ジャーナル37号（2013年）8頁。

206) 岩間・前掲書（注193）96頁。

207) *Brammsen*, a.a.O. (fn. 202), S. 108.

に当該監視の程度の明確な基準が必要とされる²⁰⁸⁾。

それ以外にも、情報集中説という、製造者側に当該製造物の欠陥に関する情報のほとんどが集中するという実態に基づき、製造者（あるいは販売者）の製品回収義務を根拠づけようと試みる見解も存在する²⁰⁹⁾。これは、製造・販売者が販売後に当該製造物の健康への危険性について認識する場合、彼は消費者に対する情報提供の拒絶によって、消費者による危険の対処に関する任意の選択（危険を受容するか、回避するか、もしくは緩和させるか）を不可能にしてしまうという現象を、製造販売者の情報独占による消費者の処分権に反した形成支配、あるいは「知識——物的支配」と呼び、それが従来型の占有による物的支配の存否とは無関係に存在するという。

さらに引受擬制説²¹⁰⁾という、消費者に対する保護の引き受けの観点を採用して欠陥製造物の回収義務を説明する立場も存在する。これは、製造物責任における製造者・販売者の義務内容を、製品の現実の回収ではなく、製品使用に関する警告へと修正した上で、この警告義務の本質は製造者が消費者に対し、まさに警告を行うことを約束し、消費者が製造物の危険がないようにする配慮を製造者の手に委ねるという形で信頼するところにある。この学説の特徴は、不真正不作為犯成立の統一的基準として掲げた「結果の原因に対する支配」の下位事例としての「被害者の脆弱性に対する支配（保護的保障の根拠）」を製造・販売企業に認めることにある。なお、Roxinの見解では、商品の危険や欠陥に関する情報が製造者側にしかなく、消費者は製造者に欠陥の存在やその原因等の解明や対策について製造者を信頼し、製造者は相応する範囲で消費者の保護を引き受けなければならないと、その場合の製造者・販売者の義務内容は警告には限定されないとする²¹¹⁾。

208) 後述する「パロマ湯沸器事件」判決も参照。

209) *Botke*, Krankmachende Bauprodukte-Produkthaftung aus zivil- und strafrechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung krankmachender Gebäude (Sick Building Syndrom) Teil 2. ZfBR 1991, S. 237 f.

210) *Schünemann*, Unternehmenskriminalität. in: BGH-FG., 2000, S. 638 ff.

以上、皮革スプレー判決をめぐる様々な学説が展開されたが、回収義務否定説及び法令根拠説を除く学説は、製造者側の処罰を求めるが故に、従来の作為義務の内容につき、例えば「排他的支配」や「情報の集中」、「引受擬制」という法律上の基準ではない幻の基準と「先行行為」とを組み合わせることで、義務付けの限界が不明確になるおそれがあると批判される²¹²⁾。むしろ、作為義務の内容を確定するための明確な基準として、法律上の基準はそれを導く一つのファクターとなるため、存在する限りで法律上の基準を設けるのが一つの解決方法となりうるのである。

3. 日本の刑事製造物責任における作為義務の根拠の学説

回収義務の不履行は、過失不作為犯の注意義務違反とされる。そのため、不作為犯の要件としてみなされる「保障人的地位」ならびに「保障義務（ないしは作為義務）」の発生根拠についての日本の議論を概観する。

まず、通説的見解である形式的三分説とは、法令・契約・先行行為から保障人的地位を求めるものである。むろん、これらは直ちに作為義務の発生根拠とはならないという批判がある。例えば、民法上の義務（扶養義務など）が直ちに刑法上問題となる作為義務を発生させるわけではない。そこでドイツの議論を踏まえる形で日本でも様々な学説が展開された。

その一つが先行行為説である。この学説は、不作為を作為と同視するには、不作為以前に法益侵害に向かう因果の流れを設定したことが必要であり因果の流れを設定する（故意または過失による）先行行為が作為義務を発生させるとする見解である²¹³⁾。ただし、販売後に隠れた欠陥が発覚した場合、人員の異動等配置転換がある場合に作為義務を根拠付けるのが困難とされる。

次に、事実上の引受説とは不作為者が法益保護を事実上引き受けている

211) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teilband II, 2003, § 32 Rn. 210 ff.

212) 岩間・前掲（注193）刑事法ジャーナル37号（2013年）10頁。

213) 日高義博『不真正不作為犯の理論（第2版）』（慶應通信，1983年）154頁。

場合に作為義務が発生するとする見解である²¹⁴⁾。より具体的には、① 法益の維持・存続を図る行為の開始／存在、② そのような行為の反復・継続性、③ 法益の保護についての排他性の確保を考慮し、結果発生の有無が具体的に不作為者に依存するという事実上の引受行為が生じているか否かによって判断すべきとする。もっとも、危険な欠陥製品が自己の支配領域内にない場合は、リコールすべき作為義務（回収義務）は生じないとするところ、後述する薬害エイズ事件（厚生省ルート事件）やパロマガス湯沸器事件などの判例を説明できないことに注意しなければならない。

次に、排他的支配領域性説という、不作為者が自己の意思で排他的支配を獲得したこと、また、自己の意思によらない場合には、事実上結果を支配する地位が生じたことについて規範的要素を考慮することにより、作為義務が発生するという見解がある²¹⁵⁾。ここでの「支配」概念については、事実的支配では上記の事実上の引受説と同様の問題を生じうるので、規範的支配で足りる。また、「排他性」概念については、文字通りの排他性を貫徹すると、薬害エイズ事件（厚生省ルート事件）やパロマガス湯沸器事件における二次的責任を負った被告人の責任について説明できなくなる。そこで、「情報の掌握」という観点から、排他性を基礎づけるのが有効ではないか²¹⁶⁾とする見解もある。これによると、独占的に情報を掌握することにより、規範的支配を危険源に対して及ぼしていたといえるような、結果回避措置をなしうるだけの地位・職責・権限を有する者に作為義務が認められるとする²¹⁷⁾。しかし、この理論では、パロマ湯沸器事件や三菱自動車車輪脱落事故は説明できても、薬害エイズ事件（厚生省ルート事件）の被告人は、国産原料であると偽って販売を続けた「ミドリ十字」関係者がいる中で、その情報を知っていたという証拠が認定されていないにもかかわらず

214) 堀内・前掲（注193）8頁。

215) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第3版）』（弘文堂、2019年）132頁。

216) 岡部雅人「刑事製造物責任における回収義務の発生根拠——わが国の議論状況をめぐって——」刑事法ジャーナル37号（2013年）15頁。

217) 岡部・前掲（注216）16頁。

ならず、同事件での非加熱製剤の危険性をコントロールする「排他的」支配があるとはいえないと批判される²¹⁸⁾。

さらに効率性説という、結果に対して因果性を有する行為者が複数存在する場合には、「結果回避措置を最も効率的に為しうる主体のみが保障人的地位に該当」という見解がある²¹⁹⁾。その内容として、結果回避措置との関係において、企業内部の者が①製品に関する危険情報を掌握していること、とりわけ回収義務の場合はそれに加えて、流通ルートの把握の程度も考慮する、②その者が、当該結果回避措置をなすことについての意思決定をなしうる地位にあることを要件とする²²⁰⁾。ただし、薬害エイズ事件(厚生省ルート)における被告人やパロマガス湯沸器事件などの被告人はそのような地位であったのかは疑問である。

その他、社会的期待説という、社会の「期待」こそが「主体」を選び出す基準として着目されるべきであり、「法益が特に危険に晒されやすく、その要保護性と不作為者が特別の関係に立つと見られる場合、又は、危険源が日常生活上のものを超える危険を潜在的に含んでおり、その危険性と不作為者が特別の関係に立つと解される場合には、不作為者に刑法上の保障人としての『主体』性(身分)を肯定しうる」とする見解がある²²¹⁾。しかし、この見解に対しては、社会的期待とは結局、社会に現に存在する道徳的規範の言い換えにすぎず、このような見解では刑法上の義務と道徳上の義務の区別は質的なものではなく量的なものであるからして、保障人的地位の範囲を不明確にするおそれがあると批判される²²²⁾。

218) 松宮孝明「薬害エイズ事件厚生省ルート事件最高裁決定」医事法学24号(2009年)162頁。

219) 鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号(1999年)355頁。

220) 鎮目・前掲(注219)369頁。

221) 木村亀二「不作為犯における作為義務」同『刑法解釈の諸問題第一巻』(有斐閣, 1939年)248頁, 塩見淳「瑕疵ある製造物を回収する義務について」刑法雑誌42巻3号(2003年)370-371頁など。

222) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編『香川達夫博士古稀祝賀』

最後に、機能的二分説²²³⁾という、作為の機能に着目して、その発生根拠を大別して2つの場合に分類する見解がある。その一方は、当該法益を保護すべき関係に立つ場合の義務の作為義務の発生根拠（保護的義務）、そしてもう一方は、危険源を管理・監督すべき義務が認められる場合の作為義務の発生根拠（危険源監視義務）とする²²⁴⁾。まず、保護的義務については、現実的に危険な状況に陥っている行為客体が、保護を要する状況にあることを作為義務の前提とする。継続的な社会的身分や地位に基づく関係という規範的保護関係に基づく作為義務、不作為者と被害者との間の合意により保護機能を引き受けるべき関係が設定されている場合、ないしは黙示の合意、すなわち危険共同体の場合における任意的・制度的保護関係に基づく作為義務、被害者の法益が、不作為者の先行する法益維持行為によって機能的に支えられており、それがなければ法益が失われていた場合のように、法益が機能的に特定人の作為に依存しているという機能的保護関係に基づく作為義務に分類される²²⁵⁾。それに対して危険源監視義務とは、危険源による危険が被害者に対して現実的に危険な状況を創出していることを作為義務の発生根拠とする²²⁶⁾。この場合、たとえその危険が現実化していなくても、一定の結果発生をもたらす危険源が存在し、当該不作為者がそれに対する管理・監督責任を負い、それを履行していないことが前提となる。そこには、危険な物・設備に関する管理義務に基づく作為義務、第三者の危険行為に関する監督義務に基づく作為義務、不可罰の先行危険行為創出行為に基づく作為義務に分類される。刑事製造物責任の文脈では、専ら危険源監視義務が問題となる。すなわち、製品流通後に判明した欠陥によって生じた被害について製造者に回収を義務づけるには、そ

↘論文『刑事法学の課題と展望』（成文堂、1996年）101頁。

223) 山中敬一『刑法総論（第3版）』（成文堂、2015年）244頁。

224) この着想は不作為犯の文脈における正犯の背後者たる共犯を処罰するための根拠となりうることに留意すべきである。

225) 山中・前掲（注223）244頁以下。

226) 山中・前掲（注223）245頁以下。

の製品が一定の結果発生をもたらす危険源であるとしこれを管理（監視）する義務を負うとすれば、製品回収もまたこの範疇とすることが可能であるから、よって製造者に対して刑法上の「回収」義務を肯定しうる。

以上、刑事製造物責任をめぐる学説を概観してきたが、これら学説は製造者に対する「回収」義務を根拠づけることに重きが置かれていることに注意すべきである。しかし、製造者が刑法上の結果を回避できる措置としては、回収だけでなく消費者に対する製品の警告に関する情報提供²²⁷⁾や指示を行うことでも達成されないかという指摘がある²²⁸⁾。私見としても、製品欠陥に起因する結果発生に関し、製造者には直接的に刑事責任を検討するのではなく、行政法規など一定の法規範の中で製造者に一定の義務付けを行い、その義務違反に対して罰則を設けるというスキームが妥当ではないかと考える²²⁹⁾。そこでは民法上の製造物責任の構造が参考となる。

(4) 作為義務の類型

分業体制を取る製造者内部においては、管轄の異なる主体が複数存在するため、製造物責任の枠組における注意義務は、製造者の活動に応じて区別されるべきである。これら主体に対しどのような義務が課されるのかを、前項で示唆した民法上の製造物責任のスキームを援用しながら考察する²³⁰⁾。すなわち、①設計・製造段階、②指示・警告段階、③製品監視段階の分類²³¹⁾にしたがって先行研究のスキームに従い検討を行う。

227) 岡部雅人「刑事製造物責任における『回収義務』について」早稲田大学大学院法研論集 123号（2007年）116頁以下、岡部・前掲（注216）16頁。

228) 岩間・前掲（注193）刑事法ジャーナル37号（2013年）10頁。

229) この見解は、甲斐勝則「欠陥製品の製造・販売と刑事過失」齊藤豊治・日高義博・甲斐勝則・大塚裕史編『神山敏夫先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2006年）176頁も参照。

230) 民事製造物責任上における製造者に対する社会生活上（取引上）の義務と結びつける着想は、Hilgendorf, a.a.O. (fn. 196) S. 141. と親和的である。実際、彼が主催する RobotRecht チームの研究論文である Günther, a.a.O. (fn. 176), 233 f. や Lohmann, a.a.O. (fn. 49), S. 163 f. もこのような分類を行い、その各々に従って製造者の刑事責任を検討する。

231) 消費者庁消費者安全課『逐条解説 製造物責任法（第2版）』（商事法務、2018年）58-8

① 設計・製造段階

この段階で製造者に対して求められる義務として、製品がその設計の結果求められる ISO 基準、JIS 規格などの安全基準に適するようにする設計上の義務と、個別の製品が設計に従って安全基準を満たすようにする製造上の義務が挙げられる。

これに関する先例として、森永ドライミルク事件差戻審第一審（徳島地判昭和48年11月28日判時721号7頁）では、薬事法および工場に領置していた書籍「註解第六改正日本薬局方」、*「薬の原理とその応用最新薬理学」*の抜粋複写写真²³²⁾を注意基準としたうえで、製造課長・工場長の注意義務を判断しており、組立式サウナ事件控訴審判決（東京高裁昭和53年3月28日刑集33巻7号748頁）でも、判文中ではサウナの構造については専門家（塚本孝一）の鑑定を、無焰着火の原理については、専門家の鑑定ならびに建築学会発行「建築学会論文集（第一六号）」（1940年2月発行）所収の浜田稔・平山嵩共著「木材の加熱による出火の可能性に就て」、*「建築学大系」*全21巻（1956年初版発行）所収の「建築防火論」などの論文が用いて注意義務を認定する。まとめると、問題となる製品が満たすべき基準を充足しているか否かは、その当時の科学技術の水準に応じた規格基準ならびに専門知識により判断される。その際、上記のものがどれほど普及しているかに着目して、製造者はこれらに関する情報の収集に努める義務を負うべきである。

② 指示・警告段階

この段階では、製造者が欠陥なく製品を製造したが、その利用において生じる危険を注意喚起しなかった場合が想定される。具体的には、製造者が必要な警告を行わなかった、ユーザーへの情報提供が不十分であった、

↘59頁を参照。なお、このスキームに従って刑事製造物責任を検討するものとして中川由賀「具体的事故事例分析を通じた自動運転車の交通事故に関する刑事責任の研究②」中京法学55巻合併号（2021年）23頁以下。

232) 判文では「国家が制定した医薬品の公定書であり、医薬品として基礎的に重要性のある代表的医薬品を収載し、その強度、品質及び純度の基準を定めたもの」とする。

既存の危険性を些細なこととして示した場合などが挙げられる。この関連で製造者の指示・警告に関する瑕疵により刑法上の問題を招来した先例としては、厳密には製造物に関するものではないが、渋谷温泉爆発事故(最決平成28年5月25日刑集70巻5号117頁)が挙げられる。その決定要旨において、「被告人は、その建設工事を請け負った本件建設会社におけるガス抜き配管設備を含む温泉一次処理施設の設計担当者として、職掌上、同施設の保守管理に関わる設計上の留意事項を施工部門に対して伝達すべき立場にあり、自ら、ガス抜き配管に取り付けられた水抜きバルブの開閉状態について指示を変更し、メタンガスの爆発という危険の発生を防止するために安全管理上重要な意義を有する各ガス抜き配管からの結露水の水抜き作業という新たな管理事項を生じさせた。そして、水抜きバルブに係る指示変更とそれに伴う水抜き作業の意義や必要性について、施工部門に対して的確かつ容易に伝達することができ、それによって上記爆発の危険の発生を回避することができたものであるから、被告人は、水抜き作業の意義や必要性等に関する情報を、本件建設会社の施工担当者を通じ、あるいは自ら直接、本件不動産会社の担当者に対して確実に説明し、メタンガスの爆発事故が発生することを防止すべき業務上の注意義務を負う立場にあったというべきである」としている。ここでは被告人の職掌が(結果回避)義務を根拠づけていることが窺える。

③ 製品監視段階

この段階では、製品が市場に流通した後に、人の生命・身体への侵害が生じるリスクを回避する場合に製造者にはどのような義務が課されるかが問題となる。この点において、大多数の消費者の手に渡った製造物を各々管理・監視することは到底不可能であり、仮にこのような義務を製造者に課するのは多大な負担となることは考慮するまでもない。そこで、先例を参照しつつ、どのような場合に製品流通後における結果発生が製造者に帰属されるのか、その条件を捉えていく。

六本木回転扉事故（東京地判平成17年9月30日判時1921号154頁）では、「被告人Bは、社内の事故速報を通じ、本件事故前にも自動回転ドアでの複数の事故情報に接し」さらに、「戸先と固定方立との間に児童の体がしばらく挟まれ、その際、児童が頭部挫創等の傷害を負った」事故内容の「報告を受け、かつ、その場で、設計本部としても、大型自動回転ドア『シノレス』の安全対策を検討するよう求められた。したがって、被告人Bとしては、遅くともこのころには、シノレスに設置されている危険防止機能が十分なものではなく、そのままの状態でシノレスの使用を続ければ、挟まれ事故が発生して、通行人を死傷の結果に至らしめることを予見することが可能であったと認められる」として、「被告人Bは、本件事故回避のために本件シノレスに防止柵を取り付けたり、あるいは、緩衝材の取り替えを実施したりすることが十分に可能であり、結果回避可能性があったことに何ら疑いはなく、前記の進入を防止する義務も、死傷の結果を生じさせない装置を取り付ける義務も共に履行されていなかったといわなければならない」として被告人の職掌および事故情報の集中を手がかりに作為義務を認定している。

また、パロマガス湯沸器事件（東京地判平成22年5月11日判タ1328号241頁）でも、「被告人甲山は、パロマ両社において、昭和56年3月以降本件事故までの間、代表取締役社長ないし同会長として、製造販売品の安全確保、事故対応、リコールを含む業務全般を統括し、これらについて事実上の最終決定権限を有していたのであるから、……平成13年1月5日ころから本件事故までの間において、自らないしは被告人乙川等のパロマ両社の関係部署の担当者らに指示するなどして、上記注意喚起の徹底、点検・回収の措置をとるべき刑法上の注意義務を負う立場にあ」として被告人の作為義務を認めている。ここで特筆すべきなのは、直接の事故原因が下請業者による「短絡」であったにもかかわらず製造者側の品質管理部門の最終責任者たる被告人に刑事責任が問われていることである。

さらに、薬害エイズ（ミドリ十字ルート）事件（大阪高判平成14年8月21日

判時1804号146頁)では、「被告人Aは、血液製剤等の医薬品の製造販売等を業とするDの代表取締役社長として、同社の業務全般にわたる重要な案件について協議し決定する機関である常務会と経営会議を主宰し、営業方針等について報告を受けるなど同社の業務全般を統括していたもの、被告人Bは、同社の代表取締役副社長兼研究本部長として、常務会等を構成して同社の意思決定に参画し、被告人Aを補佐して同社の業務全般に関与すると共に、エイズと血液製剤との関わりについての情報収集等の調査を含む医薬品の研究に関する業務を統括していたものであり、いずれも同社の医薬品の製造販売に伴う危険の発生を未然に防止すべき地位にあった」としたように被告人らの職掌が作為義務の検討の際に考慮に入れられている。

最後に、三菱自動車車輪脱落事故(最決平成24年2月8日刑集66卷4号200頁)では事故関係の情報を一手に把握していたことを踏まえつつ、「被告人Yについては、その地位や職責、権限等に照らし、関係部門に徹底した原因調査を行わせ、三菱自工製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、被告人Xにその旨報告して、関係会議を開催するなどしてリコール等の改善措置を執り行う手続を進めるよう進言し、また、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するよう取り計らうなどして、リコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採り、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務が」、また、「被告人Xについても、その地位や職責、権限等に照らし、被告人Yから更に具体的な報告を徴するなどして、三菱自工製ハブに強度不足のおそれがあることを把握して、同被告人らに対し、徹底した原因調査を行わせるべく指示し、同社製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、関係会議を開催するなどしてリコール等の改善措置を実施するための社内手続を進める一方、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するなどして、リコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採り、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務があったというべきである」として、これも被

告人らの職掌に照らして作為義務を認定している。

以上の先例を通した、製品流通後における製造者の作為義務の認定スキームをまとめると以下の通りとなる。すなわち、①当該製品による事故に関する情報が企業内部の行為者に集中し独占されていること（予見可能性の基礎）、②その上で改善措置等の検討をすべきところ、これを懈怠したこと（結果回避義務違反の基礎①）、③行為者に製品を管理する権限が与えられている、または行為者でない第三者による行為が結果の原因として介在する場合は、行為者がその第三者の対する指揮・監督権限を有していること（結果回避義務の基礎②）、④その改善措置・回収措置を行わなかった結果、同種の被害が発生したといえること（因果関係の基礎）である。この中で、②を認定するには法的基準ないしは刑罰法規のみならず、行政法規・民事法規も含めた法的期待状況の存在²³³⁾が望ましいとされる。さらに、法的義務のレベルで規定されてはなくとも、欠陥のある製造物による人の生命・身体被害に対して法秩序がどのような考え方に立つのかを認識するもので足りるとする見解²³⁴⁾も存在するが、依然として規範的判断の域を超えないので、少なくとも法律上で明文化された基準を求める必要があるだろう。事実、薬害エイズ事件（ミドリ十字ルート）の後、企業倫理の遵守に資する規定が創設された。すなわち、薬機法68条の9（現行）は回収義務を含む薬害防止に関する義務規定の創設であり、その実効性を担保するために同法69条で行政による立入検査を実施することが可能となっている²³⁵⁾。

233) 山中敬一「刑事製造物責任論における作為義務の根拠」関大法学60巻5号（2011年）64頁以下。

234) 山中・前掲（注233）65頁以下では、「特定製品」（消費生活製品安全法2条）において製造者に対して事故原因の調査・製品の回収措置ならびにその他の危害の発生・拡大防止を義務付ける消費生活製品安全法38条1項や、薬機法68条の9（旧薬事法77条の4）に規定する回収義務、そして行政官庁（厚生労働大臣）に対しては薬機法69条の3に規定する緊急命令規定、自動車のリコール制度を定める道路車両運送法63条の3を参照する。

235) ただし、罰則規定は存在しない。

(5) AI製品の製造者に課せられる義務内容

(4)で見たように、製造者に対して課せられる注意義務には刑法外の法律上の義務が関連することがある。では、AI製品の製造者に対して課せられる義務内容とはどのようなものとなるか。以下、先述の分類に従い、①設計・製造上の義務、②指示・警告上の義務、③製品監視義務に分類して具体的に検討したい。

① 設計・製造上の義務

製造者は、製品構想の枠組で、最新の技術水準を、流通に置いた時点で顧慮せねばならず、規定に従った利用を通じて設定される安全基準を遵守しなければならない²³⁶⁾。製造者がこの義務を下回る場合、設計上の欠陥が存在する。JIS規格のような、企業相互間の技術的規範が、下限値として考慮される場合、それらが存在する限りで、その製品が技術水準に対応していることを推定させる²³⁷⁾。しかし、技術開発がこれらの基準や規則を超えた場合、承認された技術水準に加えて科学技術の水準を考慮するなど、製造者はこれを超える措置を講じなければならないとされる²³⁸⁾。日本のロボット工学の領域では、すでにISO規格が存在する。たとえば、2016年に公表された、生活用途の支援におけるロボットならびにロボティクスデバイスについてのISO 13482に準拠したJIS B 8445が挙げられる。ここでは、危殆化とリスク低減のための可能な措置に関する規則を制定し、このようなシステムの制御の堅固性に関する最低要件が定義され、技術システムの「自律性」も考慮されるようになった²³⁹⁾。そこでは、以

236) 土倉澄子『逐条講義 製造物責任法 第2版 基本的考え方と裁判例』（勁草書房、2018年）219頁以下。

237) 土倉・前掲（注236）、223頁。

238) *Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer* (Hrsg.), a.a.O. (fn.177), § 24, Rn. 47.

239) この規格における「自律性」とは、「人が介入することなく、現在の状態及びセンサ計測に基づいて、意図したタスクを実行する能力」と定義される。

下のように記載されている。

〔5.12 誤った自律的判断及び動作による危険源

5.12.1 一般 自律的に判断を下し、動作するよう設計された生活支援ロボットは、間違っただ判断及び誤った動作が受容できないリスクの原因とならないよう設計しなければならない。

例1 移動作業型ロボットが間違っただ飲物をつかみ、一杯の水の代わりにコーヒーを出すとするれば、それは受容可能なリスクであるが、もし割れたカップに入った飲物を出すのであれば、そのリスクは受容できない。

例2 搭乗型ロボットが、平たん（坦）な地面において急に予期せぬ回避動作をとるとすれば、それは受容可能なリスクであるが、滑りやすい地面の方へ回避動作をとるならば、そのリスクは受容できない。誤った判断の影響として生じる危害のリスクは、判断の信頼度を上げる（例えば、より良いセンサの使用）か、又は誤った判断の影響を制限する（例えば、使用限界を狭める。）のいずれかによって低減することができる。〕

より高い信頼性に努めたり、誤った決定の効果を軽減したりすることで誤った決定から生じるリスクを低減できると認められる。上記規定は、まだあまり具体的ではないが、ロボットの分野での新たな展開を取り上げている。なお、古い規格しか存在しない場合や、規格が存在しない、または計画されていない場合にも問題が生じる。その一例としては、人間と協働する産業用ロボットが衝突した際の力や圧力の限界値がある。現在、関連する ISO 10218-1 や ISO 10218-2 には、具体的な制限値はいまだ含まれてはいない²⁴⁰⁾。そのため、基本的には、製造者が入手できる最新の技術的・科学的知見に従った設計を方向づけなければならない

240) なお、日本における労働安全衛生規則150条の4では、定格出力が80Wを超える産業用ロボットに接触することにより危険が生ずるおそれがあるときは、柵または囲い等を設けること、と規定する。

い。さらに、新たな規格や規制について常に情報を得るだけでなく、特に規制が存在しない領域では、現在の展開を把握する必要がある。また、規範が古くなればなるほど、可能な限り早く最新の科学技術に基づく規範を照会することが必要となるが²⁴¹⁾、これには、国際科学会議、専門イベント、専門文書などが含まれるものとされる²⁴²⁾。

製造上の欠陥は、個々の部品が製造過程の枠組において、欠陥のない設計の場合における安全性の水準を達成できない場合に存在しうる。製造上の欠陥の原因は、不注意、機械の摩耗、もしくは製造機器の誤操作など多岐にわたる。このような製造上の欠陥や、回避可能な「外れ値」に対応するために、品質管理はそのような欠陥を発見し、これを取り除く製造者の「重要な義務」として存在する²⁴³⁾。もっとも、品質管理の手段は多岐に亘るため、個別事例に応じてその意義や有用性が異なる。AI製品の分野では、目視検査、機械的検査、自動測定器による検査などが重要な役割を果たすが、品質管理の手段は科学技術の水準に適合したものでなければならない²⁴⁴⁾。例えば、目視検査によって、設計に反する組立、固定不良、もしくはケーブル接続の緩みなどの明らかな欠陥を発見することができる。また、機械的検査では、車軸の移動度、部品の耐荷重性、速度、精度、あるいは安全機能を検査することができる。さらに自動測定器による検査は、通常、オートメーション、エレクトロニクス、またはコンピュータの利用を意味し、AI製品のハードウェア機能をチェックするテストプログラムにより、特にソフトウェアとハードウェアの連携において、目視や機

241) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 24, Rn. 47.

242) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 24, Rn. 33.

243) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 24, Rn. 194.

244) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), Rn. 204 ff.

械的なテストの枠組では明らかにならない他の欠陥を検出することができる。例えば、製造領域でのソフトウェアの欠陥は、伝送の不具合や、プロセスやメモリーモジュールの不良などのハードウェアの不具合によって存在し、これらはシステム制御に影響を及ぼすことがある。さらに、自動検査には、純粋な機械的検査や目視検査に比べて、ヒューマンエラーを排除できるという利点がある²⁴⁵⁾。このように、製品製造においては種々の管理手法が存在し、その全てを網羅することは困難であるが、少なくとも製造者に対しては「品質管理」に努める義務を策定しても良いのではないかと考える。

② 指示・警告上の義務

製造者はAI・ロボットの危険性を利用者に対して適切な指示を与える、もしくは警告しなければならない。これは特に利用者による正しい使用方法だけでなく、ユーザーによる誤用にも当てはまるが、とりわけ誤用の場合は、製造者の製造物責任と消費者の成熟性との間で適切なバランスを取る必要がある²⁴⁶⁾。その指示義務は、顧客のAIに対する期待、AIがもたらす危険の程度、そして個別事例でAI製品によって危殆化される人物によって具体化される。自己学習するAIを搭載したロボットの場合は、特にその指示に目を向けるべきであり、製造者はAI・ロボットの態度について特定の状況下では予見できないため、予防的に指示を通じて起こりうる危険に対処しなければならないだろう。

この指示義務は、AIを備えたシステム自らの学習により発展する能力の場合に問題となる。例えば、危険を警告する義務は、その危険が製造者に認識できる限りにおいてのみ存在する。そのため、遠隔的な危険につい

245) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177) § 24. Rn. 210.

246) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177). § 82. Rn. 33; ここでは、民法上の責任枠組における指示義務についての説明が援用される。

ては必ずしもこのことを製造者に期待することはできない²⁴⁷⁾。しかし、何がまだ認識可能で、何がそうでないのかの線引きはどこにあるのかについては、事前の危険調査の領域でも、製造者にとって大きな挑戦となりうるが、それは利用者よりも製造者の方が製品に精通しているであろうから、より発展性のあるシステムの場合には、より高次の基準で指示義務を課すことが正当化されるだろう²⁴⁸⁾。これを十分に遵守するためには、製造者はその後の製品の使用状況を考慮して適切な調査を行い、明らかになった危険性を精確に分析しなければならない。また、製品流通後の指示義務・警告義務については、例えば、製品に内在する危険性が、科学技術の新たな知見の結果として後になって判明した場合、製品が新たな事情の発生からリスクをもたらす場合、あるいは科学技術の新たな知見の結果として製品の危険性から法益が保護される場合などがこれに該当する²⁴⁹⁾。製造者には必要に応じて、事後的に説明を行う義務がある。さらに、指示義務の出発点として考えられるのは、特に学習能力を有する AI システムにおける「可読性」²⁵⁰⁾の構想である。その背景にある理念は、AI 製品が利用者にとって「読むことができる」存在になるということにある。従来、指示は、マニュアル、説明書、文書などによって果たされてきたが、あらゆる種類の指示が常に同じように適しているわけではない。したがって、ある状況下でシステムが自ら指示を出し、製造者がそれによって指示義務の一部を果たしうることは少なくとも考えられる。

いずれにしても、上記で取り上げた義務そのものは法律上の義務として明文化されているわけではない。その個々の内容を網羅することは設計・

247) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 156.

248) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 156.

249) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 157 ff.

250) *Günther/Münch*, Legal Issues of Making a Robot “Readable”, in: Workshop on Robot Feedback In Human-Robot Interaction: How to Make a Robot “Readable” for a Human Interaction Partner, 21 st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, 2012.

製品上の義務と同様に困難ではあるものの、少なくとも製造者は「利用者に対して適切な指示・警告を与える義務」を行政法規ないしは法的拘束力は持たなくともガイドラインのレベルで明文化すべきであろう。なぜなら、回収義務の根拠の議論でも見たように、およそ法律上の義務にないものを根拠にして刑法上の注意義務違反を認定するということは過失の範囲を無制限に拡張することになりかねないからである。

③ 製品監視義務

製造者の義務は、一見して欠陥がないように見える製品を市場に流通させたという事実だけでは消尽しないことは先例のとおりである。そこで考慮される科学技術の水準は、市場流通後に発生するリスクを特定するための尺度として、また、その危険を防止するための措置の尺度として機能する²⁵¹⁾。ここでは、データ保護に配慮しつつ、新たな技術を利用することができるが、以下の事項が考慮される²⁵²⁾。すなわち、エンドユーザーが記入するフィードバックフォームや、AIがデータネットワークを介して製造者に自動的に送信するステータス信号などである。これらのステータス信号は一般的に、システムの状態に関する匿名の情報を提供したり、障害が発生したりする場合には、個別のメッセージで製造者に通知することができる。製造者側が受け取った情報は、直ちに処理・分析しなければならない一方で、AI製品に欠陥があることを知る限りで、危険回避措置を講じなければならない²⁵³⁾。AI製品がネットワーク化されていれば、情報をその製品に送ることも可能であろう。そのような情報としては、警告指示、リコール要求、またはソフトウェアのアップデートを自動的にインストールするという形で考えられる。さらに、ソフトウェアの場合、製造者

251) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 159.

252) *Molitoris/Klindt*, Produkthaftung und Produktsicherheit-Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick, NJW 2008, 1203 によると、チャットルームもしくはYouTube 動画などが製造者の市場監視ツールとして述べられている。

253) *Günther*, a.a.O. (fn. 176), S. 160.

は定期的なアップデートの必要性や、特定のリスクにも注意を払わなければならないだろう。とりわけ AI の領域では、システムの挙動が製造者にとって予測不可能なものもありうるため、製品監視義務は非常に重要な意味を持つ。とりわけ、製品を詳細に観察することでしか認識できないリスクもありうるので、学習能力のあるシステムにおける製品監視、それに伴う措置の義務付けはこの意味で必要だと思われる。

(6) 義務違反と結果との因果関係：不作為の因果関係

刑事製造物責任においては、行為と結果の間にもどのような科学的連関があるのかを疑いの余地なく立証できるとは限らない。例えば、先述した「皮革スプレー判決」では「因果関係が存在することのみが確定している限り、科学的知見によれば、最終的に何が原因で損害が発生したのか」を立証する必要はないという形で締めくくられている²⁵⁴⁾。これは、AI・ロボットの領域では非常に重要なことであり、開発者、製造者、外部の専門家のいずれもが、しばしばその因果関係を科学的に説明できない、少なくとも意見が一致しないことがある。ここで、いわゆる一般的な因果関係で十分である、つまり、ある製品が何らかの形で構成要件の結果をもたらしたと仮定すると²⁵⁵⁾、その結果に対して理解できる他の説明が除外されることが前提条件となるが、この「消去法」では、科学的に疑問のある論証をするリスクがあることも否めない。すなわち、裁判官は裁判で、他のすべての損害原因が存在しないため、製品の欠陥のみが損害について答責的でありうるという知見を得なければならない²⁵⁶⁾。これには2つの問題がある。一つ目は、裁判官は自らが知っている予備的原因しか排除できないため、客観的な不明確性が必ず残ることである。二つ目として、予備的

254) *Beulke/Bachmann*, Die „Lederspray-Entscheidung“-BGH St 37, 106, JuS 1992, 737 (738).

255) *Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer* (Hrsg.), aa.O. (fn. 177), § 81, Rn. 52.

256) *Ebenda*.

原因を排除することを重要視しすぎると、「疑わしきは被告人の利益に」原則の妥当性が否定されてしまうことが問題となる²⁵⁷⁾。少なくとも、認められた科学的知見を看過したり、科学的に承認されていない理論を適用したりするような手続であってはならないといえる。因果関係との関連では、製造工程における分業から生じる問題、すなわち、複数人の異なる誤った態度が存在する場合に生じる問題についても言及されるべきである²⁵⁸⁾。このような諸事情では、誰が具体的な因果関係に寄与したのか、それが実際にこの人物に結果を帰属させるに十分であるのかを、常に正確に確かめるべきであろう²⁵⁹⁾。この点において留意すべきなのは、回収決定における因果関係の問題である。例えば個別の取締役にとって、回収に賛成しても他の取締役は反対するため結局反対した、という場合、その取締役については、義務を果たしていれば、結果が回避可能であったと言うことができない。そうすると、因果関係が認められないことになる。これが、問題となるすべての取締役について妥当する場合、結局、結果発生を誰にも帰属できなくなる。そこで、複数の直接原因をもたらしうる条件が、その全てを取り除いた場合に結果が回避できるとするならば、結果を回避ができるとして、因果関係が認められるという択一的因果関係のスキームを考慮することができる²⁶⁰⁾。しかし、そのためには、回収決定前についても、過失の共同正犯を、回収決定後には故意の不真正不作為犯の共同正犯を認めざるを得ないのではないかという疑問が残る。

日本の不作為の因果関係の先例に関しては、最決平成元年12月15日刑集

257) Ebenda.

258) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 81, Rn. 53. 複数人の帰属については, Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, C.F. Müller, 2 Aufl., 1996, S. 59 ff.

259) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177), § 81, Rn. 54.

260) この点については、前嶋匠「企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係（二・完）：因果関係と共同正犯・共同教唆」関大法学54巻5号（2005年）166頁以下を参照。

43巻13号879頁で「行為者の作為により十中八九結果を回避できたとするならば、刑法上の因果関係は認められる」と、不作為の因果関係の判断基準として合理的な疑いを超える程度に確実に結果発生を阻止できたか否かが分水嶺であることを示し、それと同一のスキームを用いた東京高判平成21年2月2日(刑集66巻4号871頁:三菱自動車車輪脱落事故控訴審判決)も「中国JRバス事故の時点でDハブをリコールしてFハブを装備しておけば、輪切り破損事故の発生はほぼ回避できたといえる」と判示する。しかし、事故原因を直接に惹起したとはいえない製造企業内部の品質管理部門責任者の結果帰属をこの因果的判断のみで認定するには過度な負担を課すことになるだろう。もっとも、前掲・最決平成24年2月8日では、「本件瀬谷事故は、Dハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかった被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえるから、両者の間に因果関係を認めることができる」と義務違反による危険の現実化という積極的判断にシフトしている。なお、同決定の田原裁判官反対意見における「一般に広く用いられている工業技術にかかる製品の瑕疵の有無及びその瑕疵に関する関係者の予見可能性の有無が基本的な論点となっている事件であり、その審理に当たっては科学技術的な観点からの十分な立証がなされるべき」という観点は重要である。というのも、同事件で問題となった事故原因については、長期使用の摩耗による可能性もありえたため、Dハブの摩耗によるものなのか強度不足に基づくものなのかが重要だからである。製造者に課せられる義務の観点からすると、品質保証をその目的とするリコール義務(道路運送車両法63条の3)が課せられるのは強度不足に対応する義務のみであり、摩耗に対応する義務は製造者には課されない(むしろ、利用者に課される点検・整備義務である)²⁶¹⁾。その意味では、製造者に課される義務に懈怠

261) この着想は注意規範保護目的論と親和的である。安達光治「危険の現実化論について」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』(成文堂、2016年)63頁以下参照。また、松宮孝明「判批」立命館法学343号(2012年)616頁は、「本決定は、従来から」

したとしても、直ちに刑事責任が帰属されるという状況にはならない。

まとめると、法律上の義務は刑法上の作為義務を導く根拠であるが、それだけでは十分でなく、刑法上の問題を検討するには、当該義務違反と結果発生との因果関係の検討も必要である。この観点は、製造者に対して、義務違反自体で直ちに刑事責任を負責させないという意味で、過度な負担を強くないという当初のテーゼとも調和する。そして、この因果関係の証明に際しては、第1章でも述べたような説明可能なAI (explainable AI) の作成に努める義務を製造者に課すことが重要であると思われる。なぜなら、因果関係の証明において「因果関係のブラックボックス」の理論により、その因果経過の具体的内容が明確にならなかったとしても、刑事責任（過失責任）が製造者に負責される余地を残すので、結果的にこのことは製造者にとって負担になる可能性があり、AI製品の開発・普及を阻むものとなりうるからである。

（7）帰属阻却要素

客観的帰属論は結果帰属の制限をねらいとするが、この帰属連関は、刑法上の製造物責任の領域で、以下の諸事情によって遮断されうる場合がある。例えば、利用者が、製造者の指示に注意を払わない、もしくはAI製品のリコールがあるにもかかわらず、さらに利用し、それによって損害を被った場合である。これら事例では、被害者の自己答責性が考慮される²⁶²⁾。しかし、その損害が利用者においてではなく、第三者において発生した場合、製品の危険は製造者の態度によってではなく、利用者の態度によってもたらされたものであり、それゆえ、製造者の刑事製造物責任は問題とならない²⁶³⁾。同様のことは、製品の濫用、すなわち利用者が製品

↘『客観的帰属論』のひとつの具体化として主張されてきた、このような『保護目的』ないし『保護範囲』の考え方を、実質的に採用した初の最高裁判例であるといえる」という。

262) 松宮・前掲（注136）46頁、130頁。

263) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), aa.O. (fn. 177). § 81, Rn. 60.

を故意に製造者の目的に反して使用した場合にも妥当する²⁶⁴⁾が、このことに関しては第 4 目で検討を行う。

264) Foeste/Kreifels/Mühlbauer/Schütze/Weide/Westphalen/Wilde/Winkelbauer (Hrsg.), a.a.O. (fn. 177). § 81, Rn. 63.