

平成30年12月26日

平成30年度新任判事補研修

研修参加に当たって

司法研修所第一部教官室

第1 事前の準備等について

1 自己紹介（平成31年1月17日（木））

「自己紹介」では、各研修員から、一人1分半程度で自己紹介をしてもらいます。自己紹介の順は当日に発表します。各研修員から提出された「自己紹介書」を取りまとめた上、研修員全員に配布しますので、当日はそれを前提に自己紹介をしてください。

2 「合議における判例調査の在り方」（班別）（平成31年1月21日（月））

このカリキュラムでは、左陪席裁判官として、いかにして事件と関連する判例調査を行い、それを合議資料として役に立てるかについて、具体的な判例を取り上げて検討します。当日は、民事配属の者と刑事配属の者に分かれてカリキュラムに参加しますが、現時点では配属は未定ですので、添付資料1（民事裁判）及び2（刑事裁判）の裁判例をいずれも事前に熟読しておいてください。

3 「令状実務の留意点」（班別）（平成31年1月22日（火））

このカリキュラムでは、地方裁判所で実際に令状事件を扱っている裁判官及び司研教官を講師として、実務上の基本的な問題を検討します。研修員は、別紙「「令状実務の留意点」設問」について、意見を述べられるよう、あらかじめ検討しておいてください。

4 修習開始時に配布済みの「10訂 民事判決起案の手引」及び「平成19年版 刑事判決書起案の手引」は、研修員の皆さんが民事事件又は刑事事件のいずれを担当する場合であっても、裁判官として最低限押さえておくべき重要な

事項が記載されていますので、いずれも事前に熟読しておいてください。

第2 その他

研修開始前及び研修期間を通じて、不明な点があれば、第一部教官室所付（XXXXXXXXXX）又は企画第一課企画係（XXXXXXXXXX）に問い合わせてください。

(別紙)

(平成31年1月22日使用)

平成30年度新任判事補研修

「令状実務の留意点」設問

設問1

覚せい剤取締法違反（譲渡）被疑事件の搜索差押許可状の搜索すべき場所として「〇〇ホテル内のA室、B室その他差し押さえるべき物件が存在すると思料される場所」、差し押さえるべき物として「覚せい剤、注射器その他本件に関連すると思料される一切の物」と記載することができるか。

設問2

次の場合において、勾留期間の延長を認めてよいか。

- (1) 勾留事実がA事実であるところ、B事実の取調べ未了を理由として10日間の勾留期間延長請求があった場合
- (2) 共犯者とされている者が未検挙であり、同人の取調べ未了を理由として10日間の勾留期間延長請求があった場合

平成30年度新任判事補研修

参照判例（民事裁判）

「合議における判例調査の在り方」

－1月21日（月）使用－

①損害賠償請求事件

〔昭和58年6月27日・昭和55年（オ）第579号・最高裁判所第2小法廷判決〕
（民集37巻4号477頁）

②損害賠償請求事件

〔平成28年4月21日・平成26年（受）第755号・最高裁判所第1小法廷判決〕
（民集70巻4号1029頁）

民事裁判①

○損害賠償請求事件

(昭和五五年四月第五七九号 裁判)

【原告人】

被控訴人 原告

外五名 代理人 口野昌三

【被告】

被告 国

【第一審】

東京地方裁判所

【第二審】

東京高等裁判所

○判示事項

自衛隊の自動車の運転者が運転上の注意義務を怠ったことにより生じた同乗者の死亡事故と国の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

○判決要旨

自衛隊の会計隊長が、同隊の自動車を運転し、隊員輸送の任務を終了した帰途、路面が雨で濡れ、かつ、アスファルトが付着して極めて滑走し易い状況にあることを看過し、急に加速した等運転者として道路交通法上当然に負うべき通常の注意義務を怠ったことにより右自動車を反対車線に進入させて対向車に衝突させ、その衝突によつて右自衛隊の自動車に同乗を命ぜられた者を死亡させたとしても、それだけでは既に右同乗者に

自衛隊の自動車の運転者が運転上の注意義務を怠ったことにより生じた同乗者の死亡事故と国の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

四七七 (一)

対する安全配慮義務違反があるとはいえない。

四七八 (二)

【参照】民法二条二項 権利ノ行使及義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠實ニ之ヲ為スコトヲ要ス

国家公務員法第三章第六節第三款第三目 公務員等に対する賠償

○主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担とする。

○理 由

上告代理人口野昌三の上告理由第一点について

国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設若しくは器具等の設置管理又は公務員が國若しくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理に当たつて、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務を負っている。(最高裁判昭和四八年(初)第三三八三号同五〇年二月二五日第三小法廷判決・民集二九卷二号一四三頁)。右義務は、国が公務遂行に当たつて支配管理する人的及び物的環境から生じうべき危険の防止について信義則上負担するものであるから、国は、自衛隊員を自衛隊車両に公務の遂行として乗車させる場合には、右自衛隊員に対する安全配慮義務として、車両の整備を十全ならしめて車両自体から生ずべき危険を防止し、車両の運転者としてその任に適する技能を有する者を選任し、かつ、当該車両を運転する上で特に必要な安全上の注意を与えて車両の運行から生ずる危険を防止すべき義務を負うが、運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきものとされる通常の注意義務は、右安全配慮義務の内容に含ま

れるものではなく、また、右安全配慮義務の履行補助者が右車両にみずから運転者として乗車する場合であっても、右履行補助者に運転者としての右のような運転上の注意義務違反があつたからといって、国の安全配慮義務違反があつたものとするとはできないものというべきである。

これを本件についてみると、原告が違法に認定したところによれば、(1) 陸上自衛隊第三三二会計隊長である訴外「等陸尉(以下)」「尉」というのは、昭和四二年六月二十九日、北海道岩見沢市の第三二七会計隊から臨時勤務者(車両操縦手)として派遣されてきていた「一等陸士の勤務期間が終了したので同人を原隊に送り届けることになったが、当時第三三二会計隊には自衛隊の車両操縦手の資格を有している者がなく、幹部で公安委員会の運転免許を有している」「尉も当日不在であつたためと業務連絡の都合上、公安委員会の運転免許を有している」「尉が自ら運転することとした、(2) その際「尉は、会計隊長として、約一か月前に公安委員会の運転免許を取得し、将来操縦手の資格を取得せよと考へていた」「尉に対し、その教育準備として道路状況の把握、車両操縦の奥地の見学、第三二七会計隊の見学等のほか運転助手を勤めさせる目的で、第三三二隊整備の四分の一トントラック(車番〇一―五二九四号、以下「本件事故車」という。)に同乗を命じた、(3) 「尉は、本件事故車を運転して」「一等陸士を第三二七会計隊に送り届けたのも帰途につき、同日午後一時四〇分ごろ、北海道岩見沢市「国道二二号線を岩見沢市方面から幌別市方面へ向け進行中、国道補修工事のため舗装部分の幅が狭くなった道路部分にさしかかり、同所を時速約三三ないし四〇キロメートルの速度で通過したが、その直後、道路の舗装部分の幅が広くなったところに出て時速約四五ないし五〇キロメートルに急加速したため、本件事故車の後輪を左に滑走させ、操縦の余り

自衛隊の自動車運転者が運転上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と国の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

四七九 (三)

四八〇 (二)

ハンドルを切り返して進路を正常に復させる余裕もないまま、本件事故車を道路上で回転させて反対車線に進入させ、折から対面進行してきた訴外「過重の大型貨物自動車の右前部に、自車右側面部を衝突せしめ、その衝撃によつて、本件事故車に同乗していた」「に頭蓋血腫、脳挫傷の傷害を負わせ、同人を同月三〇日午前五時五五分に死亡させた、(4) 「尉は、事故当時降雨のため路面が濡れていたばかりでなく、右補修工事に際し補修部分に塗布したアスファルトが本件事故車の進路の舗装路面上に約四七メートルの長さで亘つて付着し、そのため路面が極めて滑走し易い状況にあつたにもかかわらず、路面に右アスファルトが付着していたのを看過して滑走等の危険はないものと誤信し、漫然アクセルペダルを踏み込んで前記のとおり加速した、というのである。

【要旨】

以上の事実関係によれば、本件事故は、「尉が車両の運転者として、道路交通法上当然に負うべきものとされる通常の注意義務を怠つたことにより発生したものであることが明らかであつて、他に国の安全配慮義務の不履行の点は認め難いから、国の安全配慮義務違反はないとした原告の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。

同第二点について

所論の点に関する原告の認定判断は、原判決提示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、ひつきより、原告の事実に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難するものによらず、採用することができない。

同第三点について

原告が所論の主張を排斥していることは、原判決を覆寫すれば明らかである。論旨は、原判決を正解しないでその不当をいうものによらず、採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 迫野五郎 裁判官 木下忠良 裁判官 宮崎裕一 裁判官 大橋 進 裁判官 牧 圭次)

上告代理人口野昌三の上告理由

第一点 原判決は、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違背がある。

1 国は国家公務員に対し、その公務遂行のための場所、施設若しくは器具等の設備管理又はその遂行する公務の管理にあつて、国家公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務を信義則上(民法一条三項)負っている。

原告が、一尉の安全配慮義務違背を理由とする損害賠償請求権を否定した判断は、法令の解釈適用を誤つたものである。

2 原判決は、一尉は国の安全配慮義務の履行補助者として、自ら本件事故車を運転したのであるから、運転中においても、運転者としての注意義務のみでなく、場合によつては国の安全配慮義務の履行補助者として危険の発生を防止するために必要な具体的措置をとるべき義務を負つたというべきである(原裁判決五丁裏八行目より六丁表二行目)としながら、「国の安全配慮義務の履行補助者が公務の執行として自動車の運行に

自衛隊の自動車の運転者が運転上の注意義務を負つたことにより生じた同乗者の死亡事故と国の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

四八二 (ニ)

四八二 (ニ)

関して負っている注意義務は、自動車運転者が右のような管理権とは無関係に道路交通法その他の法令に基いて運転上負っている注意義務とは、その性質、法的根拠及び内容を異にするのであつて、その者に運転者としての過失があつたことから、直ちに国の安全配慮義務の面でも履行補助者として義務違反があつたと結論づけ得ない」といふ。一尉の過失は同人が国の履行補助者として公務につき有していた管理権とは無関係の運転上の注意義務を怠つたものである(同六丁表六行目同丁裏六行)「から安全配慮義務の違背はないという。しかしながら、本件のように履行補助者が被害者に同乗を命じて自から事故車を運転した場合は、運転上の過失も同乗被害者に対する安全配慮義務の違背となる。

即ち、安全配慮義務の履行補助者としての一尉は、運転者たる一尉に対し、危険の発生を防止するために必要な具体的措置をとるべき義務を負つており、運転者と同一人である履行補助者として危険な運転を制止(減速等の措置をとらせる)しうるのにこれをなさなかつたことは、履行補助者としての過失であり、安全配慮義務違背の責任がある。

履行補助者と運転者が同一人であるので、別人の同乗運転者に対する時のように本件事故を防止するのに時間的余裕などの必要もない。たとえそれが運転者としての過失であつても、それは同時に同一人たる安全配慮義務の履行補助者にとつては危険な運転を阻止しなかつた過失となる。

原判決はこの点の解釈適用を誤つたものと云わねばならない。

4 本件事故発生時の道路の状況は一尉の事故調査官に対する事故当時の供述によれば、事故車の進行して来た岩見沢から事故発生地点に向かい三〇〇メートルの工事中の鋼製の巾を狭くした地域(三分

の1が通行禁止、中央三分の1が舗装が終り、右三分の1が旧舗装のまま、を時速三五ないし四五キロメートルで通りこして、全面舗装となり道路巾の広がったところに出て時速四五ないし五〇キロメートルに加速した。あとで聞くところから舗装直後の降雨のため舗装油が路面に浮き出し通過車両のタイヤに付着して進行方向に長く油痕が伸びていた」(以下第二号証) 一尉供述(調書三三頁)という。

雨の日の舗装直後のアスファルト舗装道路が、舗装油が浮いて極めて滑り易いという事は自衛隊の正規的教育を受け特技を賦与されている操縦者は勿論、たとえ特技保有者でなくとも、多少とも北海道の道路の運転経験者なら誰もが気付くべき事であり、特に 一尉は安全配慮義務の履行補助者の立場にあつて自から車両を運転し、その車に部下隊員に乗車を命じて同乗させたのであるから、右義務の履行補助者として滑り易い道路走行時には特に安全走行を配慮(運転者たる 一尉に無謀な運転をさせない)する義務がある。

原判決も「路面が雨に濡れていたばかりでなく、右補修工事に際し補修部分に塗布したアスファルト(鉱物油)が事故車の進路の舗装面上に約四七メートルの長さ互つて付着し、そのため路面が極めて滑走し易い状況にあつたこと、しかるに、 一尉は路面に右鉱物油が付着していたのを看過して滑走等の危険はないものと堅信し、漫然アクセルペダルを踏み込んで前記のとおり加速したこと、以上の事実を認めることができ、右認定を覆すに足る証拠はない。」(原判決理由二丁(第三二頁)と認定する。

一尉は雨中舗装工事中の三ないし四〇〇メートルの箇所を通過して全面舗装の箇所へ出たのであるから、履行補助者として安全配慮に多少でも気を配つておれば全面舗装の箇所も舗装直後で路面に鉱物油が付着して極めて滑走し易い状態であることに容易に気が付いたはずである。

自衛隊の自動車運転者が運転上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と同一の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

四八三 (七)

四八四 (八)

もしこれに気付かなかつたとしたら安全配慮義務の履行補助者として過失があつたと云わねばならない。

従つて履行補助者としての 一尉は、運転者たる 一尉に、引続き減速して走行し滑走を防止するよう注意すべきであるのに、運転者たる 一尉が無謀にも逆に加速するままに放置したため(この様な場所でのこのような運転をすることは運転者としても経験則上自衛隊車両の操縦者としての資格を欠くと判断される)、自車を二／三回くるくる回張させて対向車線に入り対向車と衝突させる事故を生じさせたものであり、安全配慮義務の履行補助者としての 一尉の義務違反は明瞭である。

即ち本件の場合、運転者たる 一尉の運転上の過失と、国の安全配慮義務の履行補助者としての 一尉の義務違反とが共に存するものであつて、このような、履行補助者が自から事故車の運転者である場合には第一審判決のとおり履行補助者の運転上の過失は安全配慮義務の不履行となるものであり、原判決はこの点の判断を誤つたもので、この誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかである。

第二点 原判決は、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認がある。

一、原判決は、 一尉は、会計隊長として隊の公務の執行を支配管理し、本件事故車の運行を指示して自らその運転者となり、 一尉に對し車両運転の指導教育のため右車両に同乗を命じたのであるから、 一尉は国の安全配慮義務の履行補助者として、 一尉に對し、本件事故車の運行につき安全を配慮すべき義務を負つていたものといふことができる(原判決四丁(五五頁以下)以下)としながら、 一尉は本件事故車の運転につきその資格を有していたものといつて妨げなく、同一尉が自らを運転者として選任したことをもつて安全配慮義務違反であるといふことはできない」として上告人(被控訴人)の主張を排斥した。

二、しかしながら、右判断には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤謬がある。

一尉は本件事故当時までの自衛隊車両の運転歴は、公安委員会免許取得のための訓練のさい、教官が同乗して運転した三〇〇軒（時速五〇軒とすれば六時間）の運転経験を有するのみであつて、そして本件事故車と同じリントラックの操縦はこの三〇〇軒の経験のうちでも「ほんのわずかだった」（証人尋問問答四二頁表九行目）のであり、「本件以前には」王長あるいは他の者を同乗させて地盤状況とか運転状況を見せ、て教育したことはない」（同問答四〇二頁行目一五行目）のであるから、単独で本件事故車と同型車を運転した経験は殆どなかったものと推定される。

しかも日常が運転していた車はパンリカ八〇〇（排気量八〇〇）の小型車でそれ以前はコルト六〇〇の軽自動車、の運転の経験を有するのみである。

一方事故車は排気量二六五九CCの強力なエンジンを持つた車で、の日常運転するパンリカ八〇〇とは三倍以上の排気量を有するうえ、車の重量、ハンドル位置、座高もことなり操縦機能がことなるものであつた。更に、自衛隊においては、昭和四〇年七月一日前までは自衛隊車両を運転し得る者は幹部、曹、士の階級の如何にかかわらず、都道府県公安委員会発行の自動車運転免許証を有するほか、陸上自衛隊操縦免許証を所持している者に限られていた（甲第二号証陸上自衛隊車両の管理運用規則第三〇条）。そしてこの自衛隊操縦免許証は、公安委員会の発行した自動車運転免許証取得者の中から運転心理適性検査に合格した者に対し、自衛隊装備の装填車運転の操縦技術訓練及び車両の構造機能に関する理論教育を実施したりを行つた試験に合格した者に賦与され（甲第二号証同規則三三三條、三五條四項）、しかも免許証に指定された車両に限定される（同規則

自衛隊の自動車運転者が運転上の注意義務を負つたことにより生じた同乗者の死亡事故と陸上の自衛隊者に対する安全配慮義務違反の成否

四八五（九）

三四条）毎年試験を行つて更新するといふ厳格なものであつた。

四八六（一〇）

そして実際の操縦に際しては部隊長の印のある命令である運行指令書の交付を受けねばならない（乙第二号証一五条）。

昭和四〇年七月一日以降は自衛隊車両を操縦する者は公安委員会免許証のほか、自衛隊免許証所持者に限るといふ事を定めた前記（甲第二号証）は改正されて、陸上自衛隊車両運行等に関する連（甲第三号証）になり自衛隊免許証発行の制度は廃止されたが、これは自衛隊車両操縦者の資格制限を緩和したものではない。

即ち自衛隊免許証所有者と同等又はそれ以上の自衛隊車両の操縦に関する教育を受け試験に合格した者に賦与される自衛隊車両操縦の「特技」制度がとつたので、部隊長が車両運行を命ずるとき公安免許を有しかつこの特技保持者（運行任務に適応する技能を有する者）に対し部隊長の命令である運行指令書を交付するのであるから、特技保持者は自衛隊免許証保持者と全く同一であるので、特技賦与をし免許証も出すことは全く二重の手数となるので免許証発行制度を廃したのであつて操縦資格（運転技能）を緩和したものではない。

この間の事情は自衛隊車両運行等に関する連（甲第三号証）の解釈通連（甲第五号証）二頁の（陸上自衛隊自動車操縦免許制度の廃止の項の左の記述に明らかである。

「いわゆる自衛隊制度は、多年施行の結果操縦手等の技能の向上及び車両事故防止に相当の成果があつたことを見おとすことはできないが、特技制度と教育訓練体系の整備にともしない急展的に廃止することとした。これは自衛隊制度を根本的に否定したことではなく、同制度のねらいとするところが特技教育訓練によつて十分達成することができ、しかも陸上自衛隊における人事管理及び教育訓練等の施策が特技を軸にして行なわれる方向に

あるので、今般兩輪の制度を一本化して事務の合理化を図つたことにはかならない。すなわち、陸上自衛隊において常時車両を操縦するものは、車両の操縦又は整備等を行なう職に充てられた陸曹士及び事務官及び自動車操縦教官たる幹部自衛官であつて、当該自衛官は当然関係特技を認定されている者であり、また当該事務官等も（註）事務官には特技制度はないが、公安委員会免許証を有し、かつ所定の教育が施された適格者のはずである。また、車両の操縦は、車両運行指令書により命ぜられた者でなければならず、たとえ自衛隊免許証の所有者であつても運行指令書の交付を受けなければ車両を操縦することができないものであり、免許証はいわば技能証明書の性格しかなかった。従つて自免制度を廃止しても車両の運行上特に問題はなく、さらに自衛隊免許証の発行に要していた事務も皆無となるといふことである。」

以上の記述のとおり、昭和四〇年七月一日迄は自衛隊車両操縦には公安免許証の外に自衛隊免許証と車両運行指令書が必要であつたので、一尉のように自衛隊免許証を所有しない者の自衛隊車両の操縦は許されなかつた。当時であれば、一尉の行為は明らかに操縦資格なき者の違法な行為であつたことは明らかである。

昭和四〇年七月一日以降は自衛隊免許証の制度は廃止されたが、関係特技（土）につき自衛隊装輪車操縦の特技、幹部につき自衛隊車両の特技（甲第四号証別表〇）を認定されている自衛官に対して車両運行指令書が発せられることが前提となつていたのであるから、一尉が関係特技を有しない自己に車両運行指令書を発行することは、車両事故防止のための制度の趣旨を無視した危険な行為といわねばならない。

特技を認定されるためには特技教育を受け技能検定に合格しなければならない（甲第四号証陸上自衛官の特技に関する第五号）。特技「装輪車」の教育基準（甲第六号証）付表第一によれば一三二時間の教育と一人当

自衛隊の自動車運転者が運転上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と国の右関係者に対する安全配慮義務違反の成否

四八七 (二)

四八八 (三)

り実操縦時間二〇時間（時速五〇キロと約一、〇〇〇キロ）が必要とされる（全員が公安委員会の免許証所有者であることは前述した）。そして年一／二回の検定試験により不合格者は特技認定が取消される（甲第四号証第七条）。

しかるに一尉は公安委員会免許取得の際に教育付添いで運転した自衛隊車両（事故車と車種が異なる）の運転歴三〇〇キロの経験を有するのみで、自衛隊装輪車操縦の特技教育を一度も受けたことがなかつたのであるから、単に排気量六〇〇cc、八〇〇ccの私有自動車の運転歴が一万二〇〇〇キロあつたとしても、兩日の舗装道路を排気量が二六五九ccもあり、車種、構造の異なる自衛隊車両を単独で安全に運転する能力があつたとは考えられない。原審判決は「一尉は本件事故車の運転者としてその任に堪える技能を有していたかどうか同人の能力の判定につき明らかな事実関係をなしたものである。」

第三点 原判決は、判決に影響を及ぼすことが明らかな重要な事項について判断を遺脱した違法がある。上告人は原審に対して次の主張をなしたが原判決にはこれに対する判断を遺脱した違法がある。

「公務執行のために国の所有する車両の運転に当たる公務員は、上司の命により、又は自ら上司として命じて、当該車両に他の公務員を同乗させている場合には、右同乗者との関係において、国の安全配慮義務の履行補助者に当るといふべきである。」

本件の場合、一尉は、会計隊長としての権限に基づいて自己を運転者として通行司令書を発し、同時に、亡の上司として同人に乗車を命じたのであるから、車両運転者としての立場と同時に、命令により人員輸送手段（設備）である本件事故車を支配管理して亡の輸送任務を遂行していたものといふべきである。す

2 (事故の発生)

昭和四二年六月二十九日、陸上自衛隊第三三二会計隊長である藤井一等陸尉(以下「一尉」という)が同隊整備の四分の一トントラック(車番〇一五三九四号、以下本件事故車という)を運転して臨時勤務終了時である第三二七会計隊の隊員を同隊に送り届けたのも帰途につき、同日午後一時四〇分ごろ、北海道札幌市見沼市(国道一〇号線上)を岩見沢市方面から札幌市方面へ向け進行中、折から対向進行してきた藤井右側面部を衝突せしめ、その衝撃によつて、本件事故車に同乗していた亡に頭蓋血腫、脳挫傷の傷害を負わせ、同人は同日三〇日午前五時五五分に死亡した。

3 (責任原因)

(一) 右事故は、一尉の以下の注意義務違反により惹起されたものである。

(1) 一尉が本件事故車を運転して時速三五ないし四〇キロメートルで本件事故現場にさしかかった際、当時路面は降雨のため濡れていたばかりでなく、舗装が新しいため油がしみて出ていて、極めてスリッポンしやすい状態になっていたのであるから、かかる場合自動車運転者としては道路を十分注視し、危険な場合、いつでも急停車してスリッポン事故を避けることができるよう、減速進行の措置をして事故の発生を未然に防止すべき注意義務があるのにこれを怠り、時速約五〇キロメートルに加速して進行した過失により、同車をスリッポンさせて道路中央線を越えて反対車線に進入させ本件事故を惹起せしめたものである。

(2) 自衛隊幹部が自衛隊車両を運転するには、陸上自衛官の特技に関する建(三二一六)により公安委員会による運転免許のほかに幹部特許過程(部隊車両)を修了していることが必要であり、その資格がない限り緊急時以外自ら自衛隊車両を運転してはならず、駐屯地乗務隊に車両支配をすべきであるのにもかかわらず、一尉は公安委員会による免許を有してはいたが、右幹部特許過程を修了しておらず、また緊急時でもないのに駐屯地乗務隊に車両支配の委任をすることなく、自ら

自衛隊の自動車(乗客)を運転者が運転上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と同一の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

四九一 (三)

自己に運行指令書を出して本件事故車を運転した。

四九一 (四)

(3) 一尉は自衛隊車両運転の経験が免許取得の際の助手付運転の三〇〇キロメートルのみで、自衛隊車両を運転するに必要技術が未熟であるにもかかわらず本件事故車両を運転した。

(4) 一尉は四分の一トントラックと私有車であるパンプリカ八〇〇との機體上の差を無視し、私有車の運転歴を過信して本件事故車両を運転した。

(5) また、一尉は、亡に同乗を命ずる必要がないにもかかわらず、本件事故車に同乗を命じた。仮に亡を機體手として教育する目的で同乗を命じたとしても、一尉は前記のように幹部特許過程を修了しておらず、教育する資格を有しなかったから、同乗を命じたのは適当でない。

(6) 被告は公務運行に当たる國家公務員に対し、その運行する公務の管理にあつて、國家公務員の生命及び健康を危険から保護するよう配慮すべきいかなる安全配慮義務を負っているものといふべきである。

しかるに、一尉は本件事故車の運転者として、また本件会計隊長として隊員の生命及び健康を危険から保護するよう配慮すべき義務を負っていたのであるから、被告の右義務の履行補助者であつたといふべきところ、同人に前記(1)の(1)ないし(6)のとおり、注意義務違反があつたのであるから、被告は右義務不履行によつて生じた原告らの損害を賠償すべき責任があるものといふべきである。

4 (損害)

(一) 逸失利益

亡は、に出生し、を卒業後、昭和四二年一月一〇日陸上自衛隊に二年任期隊員として入隊し、同年一〇月一日には一等陸士に昇任し、本件事故により死亡しなければ昭和四三年一月九月まで右自衛隊に勤務し、昭和四二年、同四三年に別紙第一計算書記載のとりの俸給及び退職手当を得たはずであり、更に除隊後は六

れ、二二分の二ずつ相続により取得したことが認められる。

3 慰養料

原告 〇、亡 〇を本件事故により失ない多大の精神的苦痛を受けたことは容易に推察されるところであり、右苦痛に対する慰養料は各金二〇〇万円が相当であることが認められ、右2配分のとおり、亡 〇の死亡により、同人の右債権を、原告 〇は三分の一、他の原告らは二二分の二ずつ相続により取得したことが認められる。

ところで、被告は債務不履行の場合には、遺族固有の慰養料請求権は認められないと主張するが、債務不履行の場合といえども右不履行と相当因果関係にあるものとして、原告ら遺族固有の慰養料請求権が認められるものと認めるのが相当であるから、被告の右主張は採用できない。

4 損害の算定

原告 〇と 〇が、被告から、遺族補償一時金、葬祭相償金、退官退職手当として金八万八〇八〇円を支払を受けたことは当事者間に争いがないところ、争訟の全趣旨から、原告 〇は右金員の三分の二、他の原告らは二二分の一ずつ、それぞれ、原告らの右損害賠償債権に充当したことが認められる。

よつて未だ填補されない損害賠償債権は原告 〇が金一四一四万五十六円、原告 〇、同 〇、同 〇、同 〇、同 〇がそれぞれ各金一〇一万四円となることは計算上明らかである。

五 〇らと 〇らとの争いは、原告らの本訴請求中、原告 〇は金一四一四万五十六円、原告 〇、同 〇、同 〇、同 〇、同 〇は各金一〇一万四円及び右各金員に対する本件訴訟差押の日の翌日であることが記録上明らかで昭和五〇年七月九日（本件債務は債務不履行に基つて損害賠償債務であるから被告すなわち本件においては訴訟差押によつて遅滞に陥るものというべきである）から支払済みまで民法所定の年五分の割合による遅延損害金を求める限度で理由があるからこれを正当として認容し、その余は理由がないからこれを失当として棄却すること

自衛隊の自動車運転者が運転上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と同一の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

四九九 (三)

三〇〇 (三)

とし、訴訟費用の負担について民事訴訟法八九条、九二条、九三条を適用し、仮執行宣言についてはこれを認めるのが相当であると認めらるることをこの主文のとおり判決する。

(昭和五三年六月五日 東京地方裁判所民事第二部)

(別紙)

第二計算書

期 (月)	本 件	慰養手当・退職金等	生活費	ライプニツ 敷	現 価
42. 7/1~9/未	1 ± 1 号	7月分 8・9月分 16,500+17,800×2	1 ± 2	0.9523	24,807
〃 10/1~12/未	土庫1号	19,700 × 3	〃	〃	59,528
43. 1/1~1/9	〃	19,800 × $\frac{9}{30}$	〃	0.9070	32,624
退職金 19,800+30×100					

T₁=109,959

昭和 年 月 日	給 与	年間特別給与	年間所得	生活費 係	ライプニツ 敷	現 価
43. 23	2/1~12/未 34,200 × 11	92,800	699,000	$\frac{1}{2}$	0.5070	212,691
44. 23	38,800 × 12	103,700	599,300	〃	0.8638	245,380
45. 24	46,200 × 13	126,800	681,200	〃	0.8327	280,211
46. 25	66,600 × 12	231,400	1,057,000	〃	0.7835	414,079

見し、又は予見し得たのに、あえて運転者に当たった場合であるというべきであるが、次に述べる通り、本件は右のような場合に全く当たらない。すなわち、本件事故車両の運転者を過失するに際しては、業務目的が他部隊へ隊員を送り届けることにあつたのであるから、当該車両を危険なく運転走行できなく通常の運転技能を有している者を選任すれば十分であるところ、**一尉**は昭和四〇年八月二十八日大規模第一種の運転免許を取得し、事故当時までに本件事故車両と同型の車両を含む自動車運転について三〇〇キロメートル位の、また、自己の普通乗用車について一万三三〇〇キロメートル位の各運転経験を有し、途中走行等を含め、自動車運転自体については相当な経験者であつたといえるところ、本件事故車両について同一尉の運転を終する自衛隊の内部規程等は存しなかつたこと、本件事故の発生した道路については、同一尉自身何處も自ら運転して走行しており、道路事情を知悉していたこと、本件道路には通常上何ら危険な箇所又は状況はなく、通常の運転能力を有する者であれば何びとでも安全に走行できる道路であつたこと、同一尉は過去に事故を起こしたことはなかつたこと、事故車両が左ハンドルである点も、さしたる支障となるものではなく、座席の高さの違いや、車体の重量差といったことも、それ自体本件事故と結びつくような危険要素となるものでないこと、以上の諸事情を照らして判断すると、同一尉が自己を本件車両の運転者に選任するに当たつて、本件のような事故の発生を予見し、又は予見し得たものとは到底いえず、右選任には何ら安全配慮義務に欠けるところはなかつたというべきである。本件事故の原因となつた過失は、車種のいかに開かず自動車運転一般に予測されるものであつて、本件事故車に特有なものではなく、**一尉**が本件のごとき初歩的な運転ミスを行つたことは、予測し得なかつたものである。

次に、本件において、**一尉**が車両の運転者であると同時に、右通行する中場合に於ては**一尉**に対し国の安全配慮義務の履行補助者たり得る地位にあつたことは、被訴人もこれを否定するものではないが、右義務には同一尉の車両運転自体にかかわる注意義務は含まないものである。右のことは、国の安全配慮義務の概念自体からも、また、右義務が「ある法律関係に基づいて特別な社会的接縁の關係に入つた当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が自衛隊の自動車の運転者が運転上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と國の古同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

五〇五 (三)

五〇六 (四)

相手方に対して毎週期上負う義務」(最高裁判所昭和五〇年二月二五判決)であつて、しかも当該公務員自身の安全に公務を遂行する義務に伴つて発生する危険又は損害については、不法行為規範(国家賠償法一条、民法七二五条等)による解決が予定されていることから明らかである。

2. 安全配慮義務違反に基づく損害賠償義務は、不法行為規範の中ではなく、契約法的規範の中で成立するものであるから、選任損害金の計算点についても契約法規範に従うべきは当然である。そうすると、履行期について、事故直後の賠償請求の事実等、付随効果をもたらす特別事情の立証がなされない限り、右損害賠償義務は期限の定めのない債務として民法四二三条三項に依り、履行の請求によつてはじめて付随効果の効果が生じることになる。

3. 安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求は、前述のとおり契約法的規範の中で成立するものであるから、債権者の地位にあるのは**一尉**である。したがつて、遺族固有の慰養料が背棄されるためには、被訴人と被控訴人らとの間に遺族の精神的苦痛をも補償するような、いわば第三者のためにする契約のごとき法律関係が形成されている場合でなければならぬ。本件において、かかる特別の事情の主張、立証はないから、被控訴人ら固有の慰養料を認める余地はない。

(被控訴人・附随被訴人らの主張)

1. 損害及び選任損害金に関する主張を次のとおり改める。

(1) 原判決七枚目表六行目に「別紙第一計算書」とあるのを「別紙第二計算書」と、同八行目に「別紙第一計算書」とあるのを「別紙第二計算書」と、同九行目の「右除隊予定日」から同裏一行目の「同四九年までは」までを「右除隊後昭和五二年までは」と、同二行目を「同五〇」とあるのを「同五三」と改め、同五行目から六行目に於けて「昭和五二年分以降については、」とあるのを削り、同八行目に「昭和五二年一月一日時」とあるのを「死亡時」と、同九行目に「金二八五〇万五九七七円」とあるのを「金二二五二万七千七百六円」と改め、同二三枚目及び二三枚目の第二計算書(2)を本判決別紙のとおり改める。

(イ) 原判決九枚目表九行目に「受けたので、右金員を」とあるのを「受けたが、そのうち葬祭給金四万六五六〇円は本訴で請求しない葬祭費用に充てるものであるから、右金員を除く金八四万二五二〇円を」と改める。

(ロ) 原判決九枚目表一〇行目の次に行を改めて次のとおり加える。

(ロ) 弁護士費用

被控訴人(附帯控訴人)らは、弁護士口野昌三、岡佐藤孝一に本件訴訟の進行を委任し、勝訴した場合には第一東京弁護士会弁護士報酬規則に従って手数料及び謝金を支払うことを約した。右弁護士費用のうち金二〇万円は亡■の死に相当因果関係のある損害として控訴人(附帯被控訴人)に請求し得べき金額である。

■ 原判決九枚目表二行目から二行目にかけて「本件訴訟送達の日である昭和五〇年七月九日から」とあるのを「弁護士費用を除く金員については、本件事故の日の翌日である昭和四二年六月三〇日から、弁護士費用については、付帯控訴状送達の日である昭和五四年三月七日から各」と改める。

2 国の履行補助者である■一尉には、次のとおり安全配慮義務の不履行があつたものである。

(一) 一般に、公務員たる上司がその部下に車両の運転を命じて自ら当該車両に同乗した場合において、部下が明らかに危険な車両運転を行つたときは、上司はこれを制止して安全な運転を行うよう注意・指導する義務があるのであつて、これも国の安全配慮義務の履行補助者としての義務の一内容である。本件の場合、■一尉は自らを運転者として運行指令を発したものであるから、同一尉は、通常の場合と異なり、車両運転者としての地位だけでなく、車両運転を命じて自ら当該車両に同乗していた指揮官としての地位をも有していたもので、この二つの地位を兼ね備えていたものである。したがつて、■一尉は、早に車両運転者としての通常の注意義務を負つていただけなく、運転者たる自己をして明らかに危険な運転をさせないよう注意・指導すべき管理者としての注意義務をも負つていたものというべきである。同一尉の車両運転に過失があつたということは、取りも直さず、管理者としての注意義務違反があつたということに他ならない。

自衛隊の自動車運転者が運転上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と同様の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

五〇七 (三)

五〇八 (三)

(ロ) ■一尉は、国の安全配慮義務の履行補助者として、車両を運転する者としてその任に適する技能を有する者を当てるべき義務を負つていたものであるが、同一尉には右義務の違反があつた。すなわち、■一尉は、公安委員会が運転免許を有するのみで、自衛隊免許を賜与されたこともなく、自衛隊車両運転の特技教育も講成教育も受けて、毎年隊内で行われる技術検定なども全く無様であり、自衛隊車両の運転経験は僅か三〇〇キロメートルに過ぎなかつた。そして、本件事故は、■一尉が不慎れなハンドルで勢い任せに大きくトラクタを運転したことが直接の原因となつたものである。したがつて、■一尉は、本件事故車を運転する者としてその任に適する技能を有していなかつたのであり、自己の運転経験からしてこれを十分に認識していたにも拘らず、素直の必要性もないのに、あえて自ら本件事故車の運転に当たつたものである。

(ロ) 公務遂行のために国の所有する車両の運転に当たる公務員は、上司の命により、又は自ら上司として命じて、当該車両に他の公務員を同乗させている場合には、右同乗者との関係において、国の安全配慮義務の履行補助者に当たるといふべきである。本件の場合、■一尉は、会計隊長としての権限に基づいて自己を運転者として運行指令を発し、同時に、亡■の上司として同人に同乗を命じたのであるから、車両運転者としての立場と同時に、命令により人員輸送手段(股車)である本件事故車を支配管理して亡■の送達任務を遂行していたものといふべきである。すなわち、運転中の■一尉は、同乗者たる亡■との関係では、国の人員輸送業務の履行補助者としての任務を遂行していたのである。そして、同一尉は、本件事故車を支配管理する者として、亡■の生命及び健康を危険から保護し、同人を安全に輸送すべき義務があつたことはいふまでもない。しかるに、■一尉は、本件事故車の運転を要つた過失により亡■を死亡させたのであるから、同一尉には国の履行補助者として債務不履行があつたものである。

(ロ) 本件事故について、実質的に考へると、亡■としては、運転技術の極めて未熟な上司の運転する車両に同乗することを命ぜられ、これを拒否することができない立場にあつたのであるから、現実には運転者の技術未熟のために発生した事故の過

を派えらなつて死亡したものである以上、信義則の理念からしても、事故発生危険性の大きい未熟な運転者の運転する車両に同乗することを命じた国側に、損害賠償の責任があるといふべきである。

3 国の安全配慮義務違反を理由とする損害賠償と不法行為による損害賠償とは、いずれも他人の違法行為による損害の填補を求めるものであるから、両者の損害填補の内容と範囲は同一であるべきであり、遅延損害金は本件事故により死亡した日から支払うべきである。そもそも不法行為に基づき損害賠償債務が成立と同時に遅延に陥るとされるのは、公平の観念によるものであり、この公平上の要請は、継続的な契約関係に基づく安全配慮義務違反については一層強いものといふべきである。さらに、安全配慮義務は、契約関係に付随して認められる信義則上の義務なのであるから、その不履行による損害賠償債務につき、一般の期限の定めのない債務と同様に解されなければならない理由はなく、むしろ信義則のとり、公平の観念に基づいて遅延損害金の起算点を定むべきである。

4 本件事故による遺族の精神的苦痛も国の安全配慮義務違反と相当因果関係があり、被控訴人(附帯控訴人)らに固有の慰養料請求権を認めるべきである。前述のとおり、安全配慮義務違反による損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権とで損害填補の内容と範囲を区別すべき理由はなく、また、安全配慮義務は契約関係に付随して認められる信義則上の義務なのであるから、損害賠償請求権の主体の範囲についても、契約関係に立つ者のみに形式的に限定すべき理由はない。そうだとすれば、損害賠償請求権の主体の範囲は、公平の観念のとり、妥当な範囲を定むべきであり、少なくとも不法行為の場合の慰養料請求権者には安全配慮義務違反の場合にも慰養料請求権が認められるべきである。

証拠関係(省略)

理由

一 亡 本件事故当時、陸上自衛隊第三一合隊隊に所属の自衛官で一等陸士であつたこと、請求原因2に記載のとおり、昭和四二年六月二十九日北海道釧路市 国道二号線において、 駐屯地の本件事故車が対向走行

自衛隊の自動車運転者が道路上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と国の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

五〇九 (三)

五一〇 (四)

してきた訴外 運送の大運トラックと衝突し、そのため本件事故車に同乗していた 1 が受傷し、翌日死亡したことは、当事者間に争いが無い。

二 成立に争いのない甲第一号証、乙第二号証、原審証人 1 の証言及び弁論の全趣旨を総合すると、原判決一三枚目表九行目の「本件事故当日」から同一四枚目表一行目の「こと」にまで記載の事実のほか、次の事実、すなわち 1 附は、本件事故直前、国道補修工事のため道路部分の幅が狭くなった道路部分にさしかかり、同所を時速約三十五ないし四〇キロメートルの速度で通過したが、その直後、道路の舗装部分の幅が広くなったところに出で時速約四十五ないし五〇キロメートルに急加速したため、本件事故車の後部を左に滑走させ、後部の余りハンドルを切り返して進路を正常に復させる余裕もないまま、本件事故車を道路上で回転させて反対車線に進入させ、本件事故車を逆走したところ、事故現場付近は、事故当時降雨のため路面が濡れていたばかりでなく、右補修工事に際し補修部分に敷布したアスファルト(鉱物油)が本件事故車の進路の舗装路面上に約四七メートルの長さに亘つて付着し、そのため路面が極めて滑走し易い状況にあつたこと、しかるに、 1 附は、路面に右鉱物油が付着していたのを看過して滑走等の危険はないものと誤信し、漫然アクセルペダルを踏み込んで前記のとおり加速したこと(以上の事実のうち、請求原因3の(1)記載の事実)は、当事者間に争いが無い。以上の事実を認めることができ、右認定を要するに足る証拠はない。右認定の事実によれば、本件事故が 1 附の運転上の過失によるものであることは明らかである。

三 そこで、被控訴人(附帯被控訴人)に安全配慮義務の不履行があつたか否かについて判断する。

国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき施設、施設若しくは器具等の設置管理又は公務員が国若しくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理に当たつて、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務を負うものであり、この義務は、本来の職務権限として又は上司の命を受けて、公務の執行のための人的物的施設及び勤務条件等を支配管理する業務に従事する者が、国の履行補助者として履行すべきものと解され、その具体的内容は、公務員の職務、地

位、進行すべき公務の内容等の具体的状況によつて異なるものと解される。本件のように、自衛隊員を自衛隊車両に公務の遂行として乗車をさせる場合においては、右車両の運行を指示し、隊員に乗車を命ずる者が、当該車両の運行による公務の遂行を管理支配するのであるから、国の安全配慮義務の履行補助者となり、右車両の運行に伴う危険から乗車する隊員の生命及び健康等を保護するよう配慮すべき義務を負う。具体的には、右履行補助者は、車両の整備を十全ならしめて車両自体から生ずべき危険を防止し、車両の運転者としてその任に適合する技能を有する者を選任し、かつ、当該車両を運転する上で必要な安全上の注意を与えて、車両の運行から生ずべき危険を防止しなければならない。さらに、履行補助者自身が当該車両に同乗する場合には、車両の運行中においても、運転者が危険な運転を行うなど事故の発生が予見し得るような場合には、運転者に対して適切な注意を与えるなど、予見し得る危険の発生を防止するよう配慮する義務があるといふべきである。ただし、安全配慮義務は、ある法律関係に付随して信義則上課せられるものであるから、この義務を履行すべき者において危険の発生を予見することができ、かつ、右危険の発生を防止するための措置をとり得る場合には、信義則上当然右措置をとるべき義務を負うものと解するのが相当であるからである。そして、このことは、履行補助者自身が当該車両を運転するため乗車している場合においても同様であつて、その者は、運転者としての道路交通法その他の交通法令上の注意義務を負ふことはもとより、国の安全配慮義務の履行補助者としての前記の義務をも負つており、両者は観念上別個の義務として存在し、いずれの違反に対してもその責任を負ふことができるものと解するのが相当である。

本件においては、前記認定事実によれば、一尉は、会計隊長として隊の公務の執行を支配管理し、本件事故車の運行を指示して自らその運転者となり、一尉に対し車両運転の指導教育のため右車両に同乗を命じたのであるから、同一尉は、国の安全配慮義務の履行補助者として、一尉に対し、前述したところに従い、本件事故車の運行につき安全を配慮すべき義務を負つていたものといふことができる。

そこで、一尉は右安全配慮義務違反があつたか否かにつき考へると、まず、被控訴人(附帯控訴人)らは、一尉は自衛隊の自動車運転者として運行上の注意義務を負つたことにより生じた同乗者の死亡事故と同一右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否 五一一 (要旨)

五二二 (要旨)

本件事故車の運転者としての資格を有していなかつたものであるから、同一尉が自らを運転者として選任した点において安全配慮義務違反があつた旨主張するので、この点について判断する。一尉が本件事故当時として約三〇〇キロメートルの自衛隊車両の運転経験を有していたことは当事者間で争いがなく、前掲乙第二号証、原告証人 〇の証言によれば、

「一尉は、昭和四〇年八月二八日大型第一種の運転免許を取得し、本件事故当時までに、トラックを主とする自衛隊車両を約三〇〇キロメートル、自己所有の小型乗用車を約一万三〇〇〇キロメートル運転した経験を有し、その間無事故、無違反であつたことが認められる。右事実によれば、他に特段の事情の認められない限り、一尉は、本件事故車の運転者としてその任に適合する技能を有していたものといふべきであり、被控訴人(附帯控訴人)らが訴求原因三の(イ)の(四)について主張する自衛隊車両の運転資格を欠くとする事実、これを認めるに足りる証拠はなく、また、本件事故車が左ハンドルであつて一尉の常時運転していた小型乗用車より確かに排気量が大いなる点も、一尉の前記運転経験、取得した免許の種類に照らすと右特段の事情に当たるといふことはできず、他に右特段の事情を認めるに足りる証拠はない。してみると、一尉は、本件事故車の運転につきその資格を有していたものといつて妨げなく、同一尉が自らを運転者に選任したことをもつて安全配慮義務違反であるといふことはできない。

次に、被控訴人(附帯控訴人)らは、国の安全配慮義務の履行補助者である一尉に運転上の過失があつた以上、安全配慮義務違反もあつた旨主張する。なるほど、前述のとおり、一尉は国の安全配慮義務の履行補助者として自ら本件事故車を運転したのであるから、運転中においても、運転者としての注意義務のみではなく、場合によっては国の安全配慮義務の履行補助者として危険の発生を防止するに必要な具体的措置をとるべき義務を負つていたものといふべきである。

しかしながら、前記のとおり、安全配慮義務は、国が公務遂行に関する人的、物的諸条件を支配管理する権限を有することによ來する義務であり、管理権の発動として実行されるものであるから、国の安全配慮義務の履行補助者が公務の執行としての自動車の運行に關して負つてゐる注意義務は、自動車運転者が右のような管理権とは無関係に道路交通法その他の法令

に基いて通路上負っている注意義務とは、その性質、法的根拠及び内容を異にするのであって、その苛むべき通行者としての過失があつたことから、直ちに国の安全配慮義務の面でも履行補助者として義務違反があつたと結論づけ得ないことはいふまでもない。前記の「一時の過失は、同人が国の安全配慮義務につき履行補助者の地位にあることは全く無関係の、」すなわち、同人が国の履行補助者として公務につき有していた前記管理権とは無関係の通路上の注意義務をなつたことによるものである。この点に關連して、仮りに、亡■が罰則のため車両を運転し、亡■が何ら指導教示に当たつてゐたとした場合との義務を考へるとしても、既に運転免許を取得している亡■が自動車運転者としての注意義務を遵守するであらうことは、格別の事情がない限りその監督者においても一応信頼してよいことであるから、前記道路状況のもとで亡■が急加速を行つて車両を指定された事故を招来する危険があることを亡■が「一時において予期し得た」といふ旨の指示を与え、また、前記のとき突発的な事故の状況に臨み、危険防止のため亡■が「一時において予め亡■に對し何らかの指示を与え、事件事故を防止し得たとする時間的余裕もなかつたといわざるを得ないから、本件について、亡■が運転していた場合との義務論を根拠として亡■の安全配慮義務違反を肯定することは適切でない。

そうすると、亡■が「一時に運転者としての注意義務違反があつたから」といつて、安全配慮義務違反もあつたといふことはできず、被控訴人（賠償被控訴人）らの主張は、失当といわざるを得ない。

さらに、被控訴人（賠償被控訴人）らは、亡■は運転技術の未熟な上可の運転する車両に同乗することをせられ、これを拒否できず本件事故であつたものであるから、信義則上固く賠償責任の存在があると主張するが、亡■の運転技術については前記のとおり未熟であつたものとはいえず、自己を運転者に委任した亡■に因果をなしたことにたいに安全配慮義務の違反があつたといえないこと前記のとおりであるから、右主張は採用することはできない。

而し以上認定、顯示したところによれば、被控訴人（賠償被控訴人）が安全配慮義務に違反したものであるといふことはできないから、その他の点につき判断するまでもなく、被控訴人（賠償被控訴人）らの本訴請求は、失当として棄却を免れない。

自働車の自動車運転者が通路上の注意義務を怠つたことにより生じた同乗者の死亡事故と同様の右同乗者に対する安全配慮義務違反の成否

五二四（答）

五二四（答）

よつて、右と結論を與にする原判決を取り消し、被控訴人（賠償被控訴人）らの請求を棄却し、賠償被控訴人及び当事者において主張された被控訴人（賠償被控訴人）らの請求を棄却することとし、訴訟費用の負担につき民事訴訟法九六条、八九条、九三条一項を各適用して主文のとおり判決する。

（昭和五五年二月二八日 東京高等裁判所第八民事部）

（別紙）（関係第一時分審判）（昭和五六年三月二日）

昭和	年令	身 丈	年 間 賃 金	年 間 所 得	生活費	ライゾニツク係数	現 金	債 権
43	23	172.1~173.5	84,200×11+92,800	469,000	1/2	0.3070	212,691	212,691
44	23	84,800×12+103,700	569,800	〃	〃	0.3838	245,880	245,880
45	24	45,200×〃+128,800	681,200	〃	〃	0.3227	280,211	280,211
46	25	68,800×〃+231,400	1,057,000	〃	〃	0.7835	414,079	414,079
47	26	78,000×〃+261,000	1,197,000	〃	〃	0.7432	448,600	448,600
48	27	92,800×〃+293,600	1,409,600	〃	〃	0.7106	498,699	498,699
49	28	112,100×〃+305,700	1,710,900	〃	〃	0.6768	578,968	578,968
50	29	125,500×〃+452,800	1,958,600	〃	〃	0.6448	631,266	631,266
51	30	174,600×〃+613,000	2,707,600	〃	〃	0.6129	830,913	830,913
52	31	186,500×〃+651,300	2,913,300	〃	〃	0.5846	851,537	851,537
53	32	196,700×〃+674,000	3,022,400	〃	〃	0.5568	841,438	841,438

54	33	"	"	"	0.5303	801,363
55	34	"	"	"	0.5050	763,153
56	35	222,400 × 12 + 607,200	3,476,000	"	0.4810	835,873
57	36	"	"	"	0.4581	796,177
58	37	"	"	"	0.4352	758,115
59	38	"	"	"	0.4125	722,139
60	39	"	"	"	0.3957	687,725
61	40	238,100 × 12 + 630,600	3,747,800	"	0.3768	706,085
62	41	"	"	"	0.3589	672,542
63	42	"	"	"	0.3418	640,493
64	43	"	"	"	0.3255	609,984
65	44	"	"	"	0.3100	580,905
66	45	246,600 × 12 + 958,600	3,916,000	"	0.2953	576,285
67	46	"	"	"	0.2812	550,872
68	47	"	"	"	0.2678	524,432
69	48	"	"	"	0.2550	499,366
70	49	"	"	"	0.2429	475,617

四角錐の四角柱の側面を四角柱に延長し、延長した部分の面積を求め、その面積を四角柱の底面積で割る。

四角柱の底面積

四角柱の高さ

71	60	246,500 × 12 + 956,700	3,924,700	"	0.2813	453,891
72	51	"	"	"	0.2803	432,305
73	52	"	"	"	0.2798	411,701
74	53	"	"	"	0.1998	392,077
75	54	"	"	"	0.1903	373,435
76	55	211,600 × 12 + 733,700	3,272,900	"	0.1812	356,594
77	56	"	"	"	0.1726	332,451
78	57	"	"	"	0.1644	309,032
79	58	"	"	"	0.1566	286,268
80	59	"	"	"	0.1491	264,994
81	60	175,300 × 12 + 587,200	2,640,800	"	0.1420	246,871
82	61	"	"	"	0.1352	229,518
83	62	"	"	"	0.1288	214,067
84	63	"	"	"	0.1227	199,613
85	64	"	"	"	0.1168	184,222
86	65	155,200 × 12 + 400,300	2,262,700	"	0.1112	175,806
87	10/10	3867段 2,262,700 × 12 × 0.10	1,759,836	"	0.1059	165,165

7. 4 21,527,756円

民事裁判②

○損害賠償請求事件

(平成26年(受)第755号 破産自判)
同28年4月21日第一小法廷判決

【上告人】被控訴人 被告 国 代理人 定塚 誠 ほか

【被上告人】控訴人 原告 X 代理人 河村 孝

【第1審】大阪地方裁判所 平成25年3月15日判決

【第2審】大阪高等裁判所 平成26年1月23日判決

○判示事項

拘留所に収容された被拘留者に対する国の安全配慮義務の有無

○判決要旨

国は、拘留所に収容された被拘留者に対して、その不脱行が損害賠償責任を生じさせることとなる信義則上の安全配慮義務を負わない。

【参照】民法1条2項 2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

同法415条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律(平成18年法律第58号による廃止前のもの)40条 被収容者疾病ニ罹リタルトキハ医師ヲシテ治療セシメ必要アルトキハ之ヲ病室ニ収容ス

刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律62条1項2号 刑事施設の長は、被収容者が次の各号のいずれかに該当する場合には、速やかに、刑事施設の職員である医師等(医師又は歯科医師をいう。以下同じ。)による診療(栄養補給の処置を含む。以下同じ。)を行い、その他必要な医療上の措置を執るものとする。ただし、第1号に該当する場合において、その者の生命に危険が及び、又は他人にその疾病を感染させるおそれがないときは、その者の意思に反しない場合に限る。

二 飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき。

○主 文

- 1 原判決中上告人敗訴部分を破棄する。
- 2 前項の部分につき、被上告人の控訴を棄却する。
- 3 控訴費用及び上告費用は被上告人の負担とする。

○理 由

上告代理人都築政則ほかの上告受理申立て理由(ただし、排除されたものを除く。)について

- 1 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

(1) 被上告人は、平成18年10月23日に器物損壊罪で逮捕された後拘留され、平成19年3月15日、神戸地方裁判所において、建造物損壊罪で懲役1年の判決を受け、これを不服として控訴し、同年5月10日、神戸拘留所から大阪拘留所に移送され、同拘留所に収容されていた。

(2) 大阪拘留所医務部の医師は、平成19年5月14日、被上告人が11食連続して食事をしておらず、同拘留所入所時と比較して体重が5kg減少しており、食事をするよう指導をしてもこれを拒絶していることから、このままでは被上告人の生命に危険が及ぶおそれがあると判断し、被上告人の同意を得ることなく、鼻腔から胃の内部にカテーテルを挿入し栄養剤を注入する鼻腔経管栄養補給の処置を実施した。その後、カテーテルを引き抜いたところ、被上告人の鼻腔から出血が認められたので、医師の指示により止血処置が行われた。

2 本件は、被上告人が、上告人に対し、被上告人の当時の身体状態に照らして不必要であった上記処置を実施したことが、拘留所に収容された被拘留者に対する診療行為における安全配慮義務に違反し債務不履行を構成するなど主張して、損害賠償を求める事案である。国が、拘留所に収容された被拘留者に対し、未決拘留による拘禁関係の付随義務として信義則上の安全配慮義務を負うか否かが争われてい

る。

なお、被上告人は、上記処置の実施につき国家賠償法1条1項に基づく損害賠償も請求していたが、当該請求に係る請求権は時効により消滅したとしてこれを棄却した原判決に対し不服申立てをしなかった。

3 原審は、前記事実関係の下において、次のとおり判断して、被上告人の請求を一部認容した。

拘置所に収容された被勾留者は、自己の意思に従って自由に医師の診療行為を受けることはできない。そして、拘置所の職員は、被勾留者が飲食物を摂取しない場合等に強制的な診療行為（栄養補給の処置を含む。）を行う権限を与えられている反面として、拘置所内の診療行為に関し、被勾留者の生命及び身体の安全を確保し、危険から保護する必要がある。そうすると、拘置所に収容された被勾留者に対する診療行為に関し、国と被勾留者との間には特別な社会的接触の関係があり、国は、当該診療行為に関し、安全配慮義務を負担していると解するのが相当である。

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

要旨 未決勾留は、刑法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を刑事施設内に限定するものである。このような未決勾留による拘禁関係は、勾留の裁判に基づき被勾留者の意思にかかわらず形成され、法令等の規定に従って規律されるものである。そうすると、未決勾留による拘禁関係は、当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上の安全配慮義務を負うべき特別な社会的接触の関係とはいえない。したがって、国は、拘置所に収容された被勾留者に対して、その不届行が損害賠償責任を生じさせることとなる信義則上の安全配慮義務を負わないというべきである（なお、事実関係次第では、国が当該被勾留者に対して国家賠償法1条1項に

基づく損害賠償責任を負う場合があり得ることは別論である。）。

5 これと異なる原審の上記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決中上告人敗訴部分は破棄を免れない。そして、以上説示したところによれば、被上告人の請求は理由がなく、これを棄却した第1審判決は是認することができるから、上記部分に関する被上告人の控訴を棄却すべきである。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 櫻井龍子 裁判官 山浦善樹 裁判官 池上敏幸
裁判官 大谷直人 裁判官 小池 裕）

上告代理人徳築政則ほかの上告受理申立て理由

(ただし、排除されたものを除く。)

第1	はじめに	1034
1	事案の概要	1034
2	原判決の要旨	1034
3	上告受理申立て理由の骨子	1038
第2	安全配慮義務をめぐる判例及び学説の動向	1038
1	最高裁判昭和50年判決の概要とその意義	1038
2	安全配慮義務に関する一連の最高裁判決の分析と検討	1044
3	安全配慮義務に関する学説の動向	1050
第3	債務不履行責任としての安全配慮義務違反を認めた原判決は、民法1条2項、418条及び刑事収容施設法62条1項2号等の解釈を誤っていること	1053
1	原判決の判示	1053
2	信義則上の付随義務としての安全配慮義務が認められる場合	1055
3	刑事施設の被収容者が飲食物を摂取せず、その生命に危険が及ぶおそれがある場面では契約責任に基礎を置く信義則上の安全配慮義務が問題となる余地はないこと	1058
4	原判決の判断の誤り	1061
5	まとめ	1063
第4	本件措置に安全配慮義務違反があったとする原判決の判断は、刑事収容施設法62条1項2号等の解釈適用を誤っていること	
1	原判決が認定した事実関係	
2	原判決は、刑事収容施設法62条1項2号の措置に係る刑事施設の長の裁量を不当に制限するものであって、刑事収容施設法62条1項2号等の解釈適用を誤っていること	

8 まとめ

第5	本件は法令解釈に関する重要な事項を含んでいること	1064
第6	結論	1064

第1 はじめに

1 事案の概要

本件は、建造物損壊罪で起訴され大阪拘置所に未決拘禁者として収容されていた相手方が、平成19年5月14日、同拘置所医師から、相手方が同意をしていないにもかかわらず、職員数名によって手足を拘束された状態で、強制的に点滴経管栄養補給措置（以下「本件措置」という。）が行われたことにより、鼻血を出すなどの傷害を負ったほか、多大な精神的苦痛を受けたとし、申立人は、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項に基づく損害賠償責任及び相手方に対する安全配慮義務違反を理由とする債務不履行責任を負うべきであると主張して、申立人に対し、慰謝料800万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めた事案である。

国賠法1条1項に基づく損害賠償請求権は、消滅時効の期間を経過して行使されたものであり、申立人は、消滅時効を援用する旨の意思表示をしているため、本件の主な争点は、①国が、刑事収容施設の被収容者に対し、その違反につき債務不履行責任を問われるべき安全配慮義務を負担しているか（争点1）、②申立人に相手方に対する安全配慮義務違反があったか（争点2）である。

一審判決は、①国の未決拘禁者との関係で信義則を根拠とする安全配慮義務を概念する余地はない、②本件措置について違法性を基礎づけるような事情は見当たらないとして、相手方の請求を棄却したため、相手方は、これを不服として控訴した。

2 原判決の要旨

原判決は、概要以下のとおり判示し、申立人に安全配慮義務違反（債務不

展行)があったとする相手方の主張を認めた上、その損害賠償請求は、慰謝料50万円及び遅延損害金の支払を求める限度で理由があるとした。

(1) 争点1について(原判決13ページ)

「安全配慮義務」とは、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の關係に入った当事者間において、当該法律關係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであるところ(最高裁判所昭和50年2月25日第三小法廷判決・民集29巻2号143ページ。以下「最高裁判昭和50年判決」という。)、刑事収容施設の適用により刑事収容施設に拘禁された被収容者は、施設外部の国民と異なり、自己の意思に従って自由に医師の診療行為を受けられるわけではなく、医療行為を受けるためにも、刑事収容施設の職員の協力が不可欠である。そして、同職員は、被収容者が飲食物を摂取しない場合等に強制的な診療行為等を行う権限も与えられているから(刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律(以下「刑事収容施設法」という。)62条1項2号)、その反面、施設内の診療行為等に関し、被収容者の生命及び身体の安全を確保し、危険から保護すべき必要性があり、その必要性は、雇用契約における雇用者と労働者との間の関係などと別異に解すべき論拠がないばかりか、むしろそれ以上の必要性が認められる。

したがって、国は、刑事収容施設の被収容者の診療行為に関して、安全配慮義務を負担していると解するのが相当である。

(2) 争点2について(原判決21ページ)

ア 医師は、被収容者の授食拒否に対し、栄養補給措置を実施するに際しては、まず、被収容者に対し、できる限り、自発的に全食を摂取するように促すとともに、次いで、具体的な栄養補給措置を実施する場合には、被収容者の同意を取り付けるよう試み、さらに、同意が得られない場合には、暗検査によって被収容者の健康状態を十分に検証し、その結果を踏まえて、刑事収容施設法62条1項2号の「生命に危険が及ぶおそれ」

の有無を判断した上、強制的で、かつ危険性も高い鼻腔経管栄養補給措置を実施するより前に、まず、点滴処置や経腸栄養剤の自主的嚥下など、より強制的でなく、危険も少ない代替的手段の実施を試みるべき注意義務があると解するのが相当である。そして、この注意義務は、身体拘束に伴う申立人の強制力行使に本来的に内在する一般的な義務であるほか、前記(1)の安全配慮義務としての義務でもある。

イ 本件措置を実施した医師が、本件措置に際し、相手方に対し食事の摂取を促して拒絶されたことは認められるものの、点滴処置や経腸栄養剤の自主的嚥下(経口摂取)などの実施を試みた形跡がない上、相手方がこれまで11食不食にしていること、本件措置の前の体重測定において、4日前の入所時の体重から5キログラム減少していることのみを判断根拠として、相手方の同意を得ることなく、本件措置を実施したのであるから、前記アの義務違反が認められ、本件措置の実施は違法である。

3 上告受理申立て理由の骨子

(1) 債務不履行責任としての安全配慮義務違反を認めた判断の限り

拘置所の職員が被収容者に対して医療上の措置を執るに当たっては、刑事収容施設法附則14条によって廃止された「刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律」(以下「旧収容等法」という。)の下においても、被収容者の健康状態を常に的確に把握し、適切な医療上の措置を執るべき職務上の法的義務を同法に基づいて負っており、これに違反して被収容者に損害を加えたときは、因賠法1条1項に基づく損害賠償責任を負うことになる(なお、本件措置がされた当時刑事収容施設法は未だ施行されていなかったが、同法の趣旨に照って旧収容等法が適用されるべきであったことは、申立人も争うものではない)。しかし、こうした根拠法令に基づいた職務上の法的義務とは別に信義則上の義務を負わせることは、権力的な公法関係を契約関係のように広く信義則によって規律することになり、法律による行政の原理からしても許されない。その違反につき債務不履行責

任を問われるべき信義則上の付随義務としての安全配慮義務は、当事者の自由意思を前提とした契約関係又は契約関係に準じた関係の下においてのみ認められるものであり、およそ当事者の自由意思を前提としない一方的な支配関係にある国と被収容者との関係においてこれを認めることはできない。

本件では、特に刑事収容施設法62条1項2号の趣旨に沿う措置が問題なのであり、同号は、被収容者が「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」に該当する場合に、刑事施設の長は、医師等による診察を行い、その他必要な医療上の措置を執るものと定めているところ、同号所定の要件が認められる限り、医師による必要な医療上の措置を執ることができることを許容し、当該措置を執るかどうかについて被収容者の同意を得ることを要件としていない。この点は、同項注書きにおいて、同項1号の場合に限って、一定の場合には「その者の意思に反しない場合に限る。」と規定されて、同項2号についてはそのような規定がないことから明らかである。そのため、本件では、拘置所長が、拘置所の被収容者であった相手方において、飲食物を摂取せず、その生命に危険が及ぶおそれがあったものと認め、相手方の意思とは無関係に医療上の措置を執ったことの違法性が問題なのであって、同法に基づく職務上の法的義務に違反したかどうかは国賠法1条1項により問われるべきであり、このような場面において、契約責任に基礎を置く信義則上の付随義務としての安全配慮義務が問題となる余地はない。

したがって、安全配慮義務違反があったとして申立人に債務不履行責任を認めた原判決は、民法1条2項、415条、刑事収容施設法62条1項2号及び同号の趣旨を踏まえた旧収容法等法40条（以下、「刑事収容施設法62条1項2号及び同号の趣旨を踏まえた旧収容法等法40条」を単に「刑事収容施設法62条1項2号等」という。）の解釈を誤るものである（後記第2及び第3）。

(2) 刑事収容施設法62条1項2号等の解釈適用の誤り

刑事収容施設法62条1項2号の、「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」とは、継続的に摂食を拒否していることによって栄養状態が悪化し、生命に危険が及ぶおそれがある場合をいい、摂食の拒否によって生命への危険が現実には切迫するまで待つ必要はなく、相当期間拒食を続けている場合で、被収容者の言動などから摂食拒否を長期間にわたって続けることが明確であり、生命に危険が及ぶおそれが認められれば、そのような危険の発生を見越して、合理的な範囲で速やかに「必要な医療上の措置を執る」（同項注書き）こととされていると解される。いかなる場合に「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」に当たり、いかなる医療上の措置を選択すべきかについては、現場において当該被収容者の言動をよく観察している拘置所長の、医師による医学的な判断を踏まえた専門的裁量に委ねられるべきものである。

前記2(2)アのような手順を踏まなければ、鼻腔経管栄養補給措置を強制的に行うことはできず、安全配慮義務に違反することになるという原判決の判断は、拘置所長の裁量権を不当に制限するものであって、刑事収容施設法62条1項2号等の解釈適用を誤るものである。当時、相手方は、食事の摂取を拒否し、11食不食にしており、4日前の入所時の体重から5キログラム減少していたのであるから、点滴栄養や経腸栄養剤の自主的嚥下（経口摂取）などの実施を試みなかったとしても、相手方に対する安全配慮義務に違反したとはいえず、判決の結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある（後記第4）。

第2 安全配慮義務をめぐる判例及び学説の動向

1 最高裁判所50年判決の概要とその意義

(1) 事案の概要及び判断の内容

最高裁判昭和50年判決は、自衛隊員であった国家公務員が自衛隊の車両整備工場において車両整備中に隊外隊員の運転する自衛隊車にひかれて死亡した事故に関して、遺族が国に対し、国は自衛隊員の使用主として隊員が服務するについてその生命に危険が生じないように注意し、人的物的環境を整備すべき安全配慮義務を負っているのに、国はこれを怠ったとして、損害賠償を請求したという事案である。

同最高裁判決は、以下のとおり判示して、安全配慮義務の成立を否定して遺族からの同義務違反に基づく損害賠償請求を排斥した原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

「国と国家公務員（以下「公務員」という。）との間における主要な義務として、法は、公務員が職務に専念すべき義務（国家公務員法101条1項前段、自衛隊法60条1項等）並びに法令及び上司の命令に従うべき義務（国家公務員法98条1項、自衛隊法56条、57条等）を負い、国がこれに対応して公務員に対し給与支払義務（国家公務員法62条、防衛庁職員給与法4条以下等）を負うことを定めているが、国の義務は右の給付義務にとどまらず、国は、公務員に対し、国が公務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設備管理又は公務員が国もしくは上司の指示のもとに遂行する公務の管理にあたって、公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解すべきである。（中略）国が、不法行為規範のもとにおいて私人に対しその生命、健康等を保護すべき義務を負っているほかは、いかなる場合においても公務員に対し安全配慮義務を負うものではないと解することはできない。ただし、右のような安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入つた当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであつて、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はなく、公務員が前記

の義務を安んじて誠実に履行するためには、国が、公務員に対し安全配慮義務を負い、これを尽くすことが必要不可欠であり、また、国家公務員法98条ないし95条及びこれに基づく国家公務員災害補償法並びに防衛庁職員給与法27条等の災害補償制度も国が公務員に対し安全配慮義務を負うことを当然の前提とし、この義務が尽くされたとしてもなお発生すべき公務災害に対処するために設けられたものと解されるからである。」

(2) 最高裁判昭和50年判決の意義とその背景にある考え方

ア 安全配慮義務違反は債務不履行の一態様として認められたものであること

最高裁判昭和50年判決が認めた安全配慮義務に違反することは、「広い意味での不完全履行の一態様であると解されており、右義務の不履行は債務不履行の一態様にほかならない。」（吉井直明・最高裁判所判例解説民事部昭和55年度415ページ）とされ、最高裁判昭和50年判決は、

「国は、公務災害を受けた公務員に対し、国家賠償法、自賠法等に基づく不法行為責任としての損害賠償義務を負うことがあるのとは別に、国がその公務遂行のための場所、施設若しくは器具等の設備管理又はその遂行する公務の管理にあたって、国家公務員の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務があるとし、雇傭（労働）契約のもとにおいて使用者は被用者に対し信義則上の安全配慮義務を負うかどうか、私人間の場合には右安全配慮義務があるとしても国が特別権力関係にある公務員に対してこの義務を負うかどうか、という問題の双方について一挙に最高裁として初めて積極に判断したものである」（遠藤賢治・最高裁判所判例解説民事部昭和58年度198ページ）とされている。

イ 最高裁判昭和50年判決はドイツにおける判例理論を参考にしたものであること

国と公務員との関係については、最高裁判所昭和49年7月19日第

二小法廷判決（民集28巻5号897ページ）が「基本的には、公法的規律に服する公法上の関係である」と判示しているところ、このような、公法上の法律関係であり、契約関係にはない国と公務員の関係について、最高裁昭和50年判決は、どのような根拠に基づいて国に契約責任に基礎を置く安全配慮義務を肯定したのかが問題となるが、柴田保幸・最高裁判所判例解説民集昭和50年度66ページ以下によると、最高裁昭和50年判決はドイツにおける判例理論を参考にしたとされている。

すなわち、ドイツ民法618条は、「使用者が、労働者の生命及び健康に危険を生じないように配慮すべき義務を負う旨規定する」ところ、「ドイツにおいて、当初の官吏法は、国が官吏に対し安全配慮義務を負う旨の特別規定を設けていなかったが、学説及び判例は、ドイツ民法618条を公法関係に直接適用はないとしながらも、同条の安全配慮義務の根拠にある法思想は一般的に妥当するものであるとして、実定公法における法の欠缺を補充するために右の法思想による解決をはかってきた」ものであるとされ、最高裁昭和50年判決が「『安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきである』と判示しているのは、右のドイツの判例と同様な解釈をとることを明らかにしたものとされている。

ウ 最高裁昭和50年判決が公務員関係において安全配慮義務を認めた理由は雇用契約関係に類似した面があることを考慮したものと考えられること

上記のとおり、最高裁昭和50年判決の根拠とされたドイツの判例は、私人間の雇用契約に認められる安全配慮義務を、国と公務員との関係においても信義則上の義務として認めたというものである。最高裁昭和50年判決も、国と公務員との間における主要な義務として、公務員が職

務に専念すべき義務並びに法令及び上司の命令に従うべき義務を負い、国がこれに対応して公務員に対し給与支払義務を負うことを指摘しているところ、こうした関係は雇用契約と類似しており、この雇用契約と公務員関係との実質的な類似性が同判決において国の公務員に対する安全配慮義務が肯定された実質的な根拠になっているものと考えられる。

すなわち、今日、公務員関係を私法上の労働契約関係とは全く異質の特別権力関係とみる考え方は採用されておらず、「労働提供の方法を指揮する職務命令・業務命令や被用者の規律維持のための懲戒行為などの権力行為は、公務員関係にも私的雇用＝労働関係にも等しく、雇用＝労働関係の本質上、みとめられる」（杉村敏正・改訂行政法講座総論（上）62ページ）ものであり、公務員の職務関係は、「雇用＝労働関係の一種であるが、ただ、遂行すべき職務が公務であるということから、職務その他につき、公法上の規制をうけ、また、労働法上の権利に制約をうける公法上の雇用＝労働関係である」（同138ページ）とされる。また、「公務員になるかならないかは本人の自由であり、両当事者の意思の一致なしには公務員関係は成立しない、という点において、両法関係（引用者注：公務員関係と私的労働契約関係）には、その基本的な権利義務関係において、何らの根本的差違のないことが確認されなければならない」（室井力・特別権力関係論381ページ）とされ、「公務員関係は、法原理の本来としては、対等当事者間の労働契約関係」である（同382ページ）などとする見解が有力に唱えられている。このような点こそが、最高裁昭和50年判決が公務員関係にも安全配慮義務を認めた根拠になっているように思われる（奥田昌道「国の安全配慮義務違反と消滅時効」（昭和50年度重要判例解説・ジュリスト615号58ページ以下）参照）。

以上のとおり、最高裁昭和50年判決が国と公務員との関係においても安全配慮義務を認めた根拠は、元来、私人間の雇用契約においては、

使用者に信義則上の付随義務としての安全配慮義務が認められていることを踏まえ、雇用契約ではないものの、その成立に当たっては当事者の自由な意思が前提となり、一方が職務専念義務等を負い、他方がこれに対応して給与支払義務を負うという点において、対等な当事者間に認められる雇用契約に準じたものであることから、公務員と国の関係にも契約責任を拡張し、国に安全配慮義務を認めたものと見るのが相当である。柴田・前掲判例第88ページも、「安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権」について「契約規範によって生ずるもの」と述べている。

エ 「特別な社会的接触の関係」の意義

ところで、最高裁判昭和50年判決は、「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入つた当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」であると判示している。この部分を見る限りは、上記義務が認められる関係が相当程度広いものであることを示しているとみる余地もないではない。

しかしながら、最高裁判昭和50年判決が上記のような一般的な判示をしたことについては、「きわめて広く、かつ抽象的な取扱いをしたために、それまでの公務員関係（対比は労働契約関係）にしばられた具体性ある取扱いとみ合えないきらいがある。これは、特別権力関係論や労働法学者のいう労働契約本質論に深入りすることを避けたために、『ある法律関係』『特別な社会的接触』といった表現になったのであろうかと思われる」（奥田・前掲「国の安全配慮義務違反と情状時効」58ページ）と評されている。

最高裁判昭和50年判決は、総くまでも公務災害の事案について判示したものであり、国と公務員との関係以外にどのようなものが「ある法律関係」に基づく「特別な社会的接触の関係」に含まれるのかについては何ら判示しておらず、その後の判断に委ねられたとみるべきである。

2 安全配慮義務に関する一連の最高裁判決の分析と検討

そこで、最高裁判昭和50年判決以降、裁判所がどのような法律関係において契約責任を基礎を置く安全配慮義務を認めたかについて通覧する。

(1) 雇用契約関係

最高裁判所昭和59年4月10日第三小法廷判決（民集38巻6号557ページ）は、宿直勤務中の従業員が盗賊に被害された事故につき、会社に安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任があるとされた事例である。

同判決は、「雇傭契約は、労働者の労務提供と使用者の報酬支払をその基本内容とする双務有償契約であるが、通常の場合、労働者は、使用者の指定した場所に配属され、使用者の供給する設備、器具等を用いて労務の提供を行うものであるから、使用者は、右の報酬支払義務にとどまらず、労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っている」と判示しており、国と公務員との関係について判断した最高裁判昭和50年判決の法理が私人間の雇用契約にも妥当することを確認している。

塩崎審判・最高裁判所判例解説民事第59年度139ページは、「本判決は、最高裁が自衛隊の公務災害について認めてきた安全配慮義務の法理を私企業の労働関係にも適用し、私企業における使用者の安全配慮義務の内容を個別的・具体的に明らかにした点に重要な意義を有する」としている。

(2) 元請会社と下請会社の従業員等

ア 最高裁判所昭和55年12月18日第一小法廷判決（民集34巻7号888ページ）は、民間の下請会社従業員の労災事故につき、元請会社らに対して安全保証義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償を請求した事案である。

原告の福岡高等裁判所昭和51年7月14日判決は、「使用者の前記安全保証義務は狭く雇傭契約にのみ存するものではなく、仮令それが部分的にせよ事実上雇傭契約に類似する使用従属の關係が存する場合、即ち労働者が、法形式としては請負人（下請負人）と雇傭契約を締結したにすぎず、注文者（元請負人）とは直接の雇傭契約を締結したものではないとしても、注文者、請負人間の雇傭契約を媒介として事実上、注文者から、作業につき、場所、設備、器具類の提供を受け、且つ注文者から直接指揮監督を受け、請負人が組織的、外形的に注文者の一部門の如き密接な關係を有し、請負人の工事実施については両者が共同してその安全管理に当り、請負人の労働者の安全確保のためには、注文者の協力並びに指揮監督が不可欠と考えられ、實質上請負人の被用者たる労働者と注文者との間に、使用者、被使用者の關係と同視し（マ）できるような経済的、社会的關係が認められる場合には注文者は請負人の被用者たる労働者に対しても請負人の雇傭契約上の安全保証義務と同一内容の義務を負担する」と判示して元請会社に債務不履行責任を認めた。

ト傳書では、債務不履行責任の有無自体は争点とはならず、上記最高裁判決は、元請会社に安全保証義務違反の責任があることを前提として、①同義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償債務は、期限の定めのない債務であり、債権者から履行の請求を受けた時に履行遅滞となる、②同義務違反の債務不履行により死亡した者の遺族は、固有の慰養料請求権を有しない旨を明らかにしたが、判決の中で、元請会社の責任を「雇傭契約ないしこれに準ずる法律關係上の債務不履行」と判示している。

吉井・前掲判例解説421ページは、下請会社の従業員に対する元請会社の損害賠償義務について、「『雇用契約に準ずる法律關係上の債務の不履行』とみるにより積極的に容認したことが判文上読みとれる」としている。

イ 最高裁判所平成2年11月8日第一小法廷判決（判例時報1370号52ページ）は、船主と定期傭船契約及び運行委託契約を締結して船主所有の船舶による貨物の運送を受託していた会社につき、貨物の運送中に死亡した当該船舶の船長に対する安全配慮義務を認めた事例である。

同判決は、「本件船舶の運航委託契約の受託者である上告人は、本件船舶を自己の業務の中に一体的に従属させ、本件事故の被害者である本件船舶の船長に対しその指揮監督権を行使する立場にあり、右船長から實質的に労働の供給を受ける關係にあったというのであり、このような確定事実の下においては、上告人は、信義則上、本件船舶の船長に対し安全配慮義務を負うものであるとした原告の判断は、正当として是認することができる。」と判示した。

ウ 最高裁判所平成3年4月11日第一小法廷判決（判例時報1891号3ページ）は、下請会社の従業員が元請会社に対して安全配慮義務違反に基づく損害賠償を請求した事案である。

同判決は、「上告人の下請企業の労働者が上告人の神戸造船所で労働の提供をするに当たっては、いわゆる社外丁として、上告人の管理する設備、工具等を用い、事實上上告人の指揮、監督を受けて稼働し、その作業内容も上告人の従業員であるいわゆる本工とほとんど同じであったというのであり、このような事実關係の下においては、上告人は、下請企業の労働者との間に特別な社会的接触の關係に入ったもので、信義則上、右労働者に対して安全配慮義務を負うものであるとした原告の判断は、正当として是認することができる。」と判示した。

(3) 最高裁判決は雇用關係又はこれに準ずるような關係に關して安全配慮義務を認めてきたこと

ア 初見佳男・債権総論〔第2版〕1118ページ以下によれば、「安全配慮義務が理論レベルで本格的に議論され始めた昭和50年代には、安全配慮義務は労災・公務災害に限らない広範な守衛範圍を有するものと

して捉えられる傾向にあった。論者によれば、雇用契約・労働契約に伴う労災・公務災害のほか、請負契約・下請負契約に伴う労災事故、さらには、学校事故、医療事故、幼児の保護預り中の事故、運送契約中の事故、交通事故といった場合までもが安全配慮義務の射程に入れられ、「安全配慮義務論」としての解釈に服した（その代表例が、星野雅紀「安全配慮義務とその適用領域について」下森網・安全配慮義務の生成と展開 48頁と、国井和郎「『安全配慮義務』についての覚悟(下)」判タ364号74頁[1978年]である）。しかしながら、最高裁の判例が相次いで出の中で、最高裁が安全配慮義務の概念をもっぱら労災・公務災害の事例に限定して用いる態度であることが明らかとなり（中略）、また下級審レベルまでを見据えても、今日では、安全配慮義務の適用領域が労災・公務災害に学校事故の事例を加えたものに限定されている」と評されている。

イ 雇用契約については、最高裁昭和50年判決以前から、使用者に被用者に対する安全配慮義務があることは当然のことと考えられてきたものであり、最高裁昭和50年判決もこれを前提としていたが、前掲最高裁昭和59年4月10日第三小法廷判決はこれを改めて確認したものである。

問題は、直接の契約関係にない者の間で安全配慮義務が認められるかであったが、前掲最高裁昭和55年12月18日第一小法廷判決及び前掲最高裁平成3年4月11日第一小法廷判決は、元請会社と下請会社の被用者との関係の事案について、元請会社の管理する設備、工具等を用い、事実上元請会社の指揮、監督を受けて稼働し、その作業内容も元請会社の従業員とほとんど同じであったという事実関係の下では、元請会社は、下請会社の労働者との間に特別な社会的接触の関係に入ったもので、信義則上、同労働者に対して契約責任に基礎を置く安全配慮義務を負うとし、また、前掲最高裁平成2年11月8日第一小法廷判決は、運

送委託契約の受託会社と運航船の船長との関係の事案について、会社は船長に対して指揮監督権を行使する立場にあり、船長から実質的に労働を受ける関係にあったということから、信義則上、会社は船長に対して安全配慮義務を負うとしており、その根拠は、要するに、吉井・前掲判例解説が指図するように、安全配慮義務が認められる「雇用契約に準ずる法律関係」があることを前提にしたものと考えられる。

ウ 前記の各最高裁判決のうち「安全配慮義務」の定義を明確に示したのは、最高裁昭和50年判決のほかは前掲最高裁昭和59年4月10日第三小法廷判決のみである。そして、そこでいう「安全配慮義務」とは、前者の事案が公務員関係、後者の事案が私人間の雇用契約関係という違いはあるものの、おおむね、使用者が、その業務を遂行するために設置し、被用者が使用する場所、設備若しくは器具等の設置管理に当たって、又は被用者が使用者の指示のもとに遂行する業務の管理に当たって、被用者の生命、身体、健康等を危険から保護するよう配慮することを義務の内容としている。それ以外の最高裁判決を見ても、「安全配慮義務」という文目は、使用者（実質的使用者を含む。）と被用者（実質的被用者を含む。）との間における上記内容の義務を意味するものに限られており、それ以外のことを内容とする義務についてこれを安全配慮義務としているものがないことからすると、雇用関係又はこれに準ずるような関係（国と公務員との関係、元請会社と下請会社従業員というような実質的使用者と実質的被用者との関係）を前提とした義務として使用されていることは明らかである。

他方で、最高裁昭和50年判決以外に、最高裁昭和50年判決が明示した「右のような安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであつて、国と公務員との間においても別属に

解すべき義務はなく」との観示を用いて安全配慮義務を脱示した最高裁判決は見当たらないのであって、同観示の文言（ある法律関係に基づく特別の社会的接触の関係）のみに依拠して漠然と安全配慮義務の成立範囲を広く解釈するのは、昭和50年代はともかく、現在では誤りというべきである。

エ 国に対して安全配慮義務違反が問われた事案として、いわゆる戦後賠償関係訴訟に当たる一連の強制連行訴訟がある。国の安全配慮義務違反が認められて確定したものは存在しないが、例えば、東京高等裁判所平成14年3月28日判決（訟務月報49巻12号3041ページ）は、「安全配慮義務はある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随的義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負担する保護義務であるが、安全配慮義務違反の法的性質は広い意味での不完全履行の一態と解され、安全配慮義務が発生するための当事者間の法的結合関係は契約関係もしくはこれに準ずる法律関係であることを要するものというべきであり、安全配慮義務は契約的接触から生じる付随義務としての相手方の身体、生命及び財産等に対する保護義務であると解すべきである。」と判示した上、国民徴用令は一方的に公法上の勤務義務を生じさせる行政処分であって、これによって生じる社会的接触は契約的接触であるとはいえないなどとし、強制連行という公法関係に基づく社会的接触により、被控訴人が控訴人ら又はその被相続人らに対し安全配慮義務を負担したとの控訴人らの主張は採用することができないとしている（同旨の判決として、高裁判決のものだけでも、大阪高裁判平成18年0月27日判決・訟務月報58巻5号1683ページ、東京高裁判平成19年3月14日判決・訟務月報54巻6号1292ページ、福岡高裁判宮崎支部平成21年3月27日判決・訟務月報56巻4号1451ページ、仙台高裁判平成21年11月20日判決・訟務月報57巻5号1044ページ、名古屋高

裁金沢支部平成22年3月10日判決・訟務月報67巻6号1361ページ等がある。).

こうした裁判例も、安全配慮義務が契約責任に基礎を置くものであることを踏まえ、安全配慮義務が発生するための当事者間の法的結合関係は契約関係又はこれに準ずる法律関係であることを要する見解に立つものである。

3 安全配慮義務に関する学説の動向

次に、安全配慮義務について、学説がその成立範囲等をどのように分析しているかを概観すると、後記(1)ないし(7)のとおり、安全配慮義務を契約責任の拡張の場面と理解し、表現方法は様々であるが、安全配慮義務が認められるためには、契約関係又は契約関係に準じた関係が存在する必要があると解していることが分かる。

(1) 國井和郎・「第三者惹起事故と安全配慮義務」(民法判例レビュー(民事責任)判例タイムズ529号196ページ以下)は、「安全配慮義務は雇信もしくは労働契約の場合に認められ易いが、契約の類型を問わず、公法上の法律関係でもよいとされている。また、直接の契約関係の存在しない場合でも、安全配慮義務の成立が肯定されているように見える。しかし、その場合でも、契約関係の存否がまったく無視されているとするのは早計であって、実質的に見て契約関係と類似もしくはこれに準じた関係の存在が必要視されている、というべきであろう。そうでなければ、債務不履行構成が妥当しないであろう。」(同199ページ)と述べており、契約責任に基礎を置く安全配慮義務の成立につき、契約関係に準じた実態関係が存在することが必要であり、そうでなければ債務不履行責任は妥当しないと解している(國井和郎・「安全配慮義務」についての覚書(下)判例タイムズ364号58ページ以下の75ページも同旨。).

(2) 星野雅紀・「安全配慮義務とその適用領域について」(下森定範「安全配慮義務法理の形成と展開」33ページ以下)は、「安全配慮義務は、債務

不履行を理由とする賠償責任であるから、契約関係もしくはこれに準ずる法律関係の介在することが必要である(括弧内略)。」「ある種の事故につき、これを使用者の債務不履行責任と構成するには、少なくとも『契約の存在を窺念し得る法律関係』だけは必要であり、ここに安全配慮義務による法的処理の限界が存するといえる。」(同50, 51ページ)と述べ、前記(1)の國井教授の意見と同じ立場を採っている。

(3) 内田貢・「民法Ⅲ 第3版 債権総論・担保物権」は、「契約責任の新たな展開」、「契約上の義務の拡大」の典型的な例として「安全配慮義務」を取り上げ、最高裁判昭和50年「判決のいう安全配慮義務は、『特別な社会的接触の関係』に基づく信義則上の義務とされ、社会生活上の一般的な義務である不法行為法上の注意義務を超えるものとされている。同様な義務は、自衛隊のような公務員の勤務上の事故や通常の雇用契約上の労災事故のほか、学校事故なども含む広い対象を持つ契約上の義務(または契約類似の関係上の義務)として定着しつつある。」(同182, 183ページ)と述べ、安全配慮義務を契約上の義務又は契約類似の関係上の義務と位置づけている。

(4) 滝沢幸代・「安全配慮義務の位置づけ」(加藤一郎先生古希記念・現代社会と民法学の動向上285ページ以下)は、「最高裁判昭和50年判決は(中略)、事案に即して考察しても、国と公務員との関係を私法上の雇信関係に準ずるものと捉えているという理解が妥当であろう。」「しかし、その延長として、判旨が社会的接触関係に言及した部分は、趣旨を不必要に拡大したものであって、むしろ傍論とみるべきではなかろうか。このような理解は、後述の最高裁判決がこの義務の契約的性質を明確にしたことによりいっそう補強されると考えられる。」(同291, 292ページ)と述べている。

(5) 宮本健蔵・「安全配慮義務と契約責任の拡張」は、最高裁判昭和50年判決を始めとする判例の理解につき、「判例は、使用者だけでなく契約的接

触関係に入った当事者の一方または双方がこれを負うべきものとした。すなわち、安全配慮義務は契約類型を問わず法理上一般的に認められる義務として位置づけられた。判例は、雇傭・労働契約の事例において、内容的にはBGB(引用者注:ドイツ民法典)618条1項に対応する義務を問題としながら、保護義務論について述べられている理由づけと結合することによって安全配慮義務を一般化したのである。これによって使用者の安全配慮義務は保護義務と同一化されるに至った。このようなことからすると、判例の安全配慮義務論は(中略)奥田説が主張する契約類型上の一般的な保護義務ないし注意義務を肯定したものと評価することができよう。」

(同177, 178ページ)と述べている。

(6) 潮見・前掲債権総論Ⅰは、「契約責任の拡張理論・付随義務論」の項目で、信義則上の付随義務につき、「ドイツ法学における議論から示唆を得て、『債権関係発生目的の實現に向かって協力しあう関係』として債権債務を捉え、こうした関係にふさわしい権利・義務を両当事者に付与していく思想が提唱された」とした上、「契約関係において債務者は単に給付を實現することへと義務づけられるだけでなく、信義則に照らして相手方当事者の持つ契約利益の實現を保障するためにさまざまな義務を負担することが指摘された(『付随義務論』と称することができる。以下、略)。そのうえで、契約利益實現へと向かう規範群として『契約上の債務』を概念し、それへの違反があった場合に債務者が負担することとなる責任(契約責任)を拡張ないし充実にせよ」とし、「労働災害の場での安全配慮義務・保護義務の承認に代表されるように、これまでは給付利益ではないとして不法行為責任で保護されていた生命・身体・健康・所有権等の利益(いわゆる完全性利益・Integritätsinteresse)の保護を債務に取り込むことで、その違反を契約責任の規律によって処理することが可能となったのである。」(同14ないし17ページ)と述べている。そして、さらに、「最高裁判昭和50年判決とその意義」の項目で、「最高裁が、ドイツの保護義

義務一および憲法における配慮義務 (Fürsorgepflicht) を定めたドイツ民法 618 条の解釈論を下敷きにして、上述した安全配慮義務の一般的定義を述べたと目される点は、強調して余りある。この意味では、今日的な表現を用いるならば、当時の最高裁が用いた安全配慮義務に関する一般定義は、まさに保護義務に関する定義として理解されるべきものである」(同 117 ページ) と述べ、安全配慮義務の法的性質につき、拡張された契約責任としての義務であり、安全配慮義務は契約上の付随義務である保護義務にほかならないと解している。

(7) 前記 2 (3) ア (18 ページ) のとおり、昭和 60 年代において、安全配慮義務は労災・公務災害に限らない広範な守衛範囲を有するものとして捉える傾向にあり、その代表例が、岡井教授や星野氏の論考であったと評されている。しかし、前記 (1) 及び (2) のとおり、その岡井教授や星野氏が、安全配慮義務の成立につき、契約の存在を前提し得る関係又は契約関係に準じた関係が必要であり、そうでなければ債務不履行責任は妥当しないと解している点は特筆すべき点である。これ以外の論者も、安全配慮義務を契約責任の拡張の場面と理解し、安全配慮義務が認められるためには、表現方法は様々であるが、契約関係又はこれに準じた関係が存在する必要があるとしているものと理解することができる。

第 3 債務不履行責任としての安全配慮義務違反を認めた原判決は、民法 1 条 2 項、416 条及び刑事収容施設法 62 条 1 項 2 号等の解釈を誤っていること

1 原判決の判示

原判決は、「安全配慮義務」とは、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものとした上で、国は、刑事収容施設の被収容者の診療行為に関して、安全配慮義務を負担していると解するのが相当であるとして、国と国家

公務員との間の法律関係について国の安全配慮義務を認めた最高裁昭和 50 年判決の判示を引用している (原判決 13 ページ)。

そして、本件における国と刑事収容施設の被収容者との間の医療措置に関して、契約又はこれに準ずる関係が認められないから、最高裁昭和 50 年判決のいう「安全配慮義務」を国は負わないとする申立人の主張に対し、以下のように述べて、これを排斥した (原判決 13、14 ページ)。

① 安全配慮義務は、公法、私法を通じて規定がなく、一般法原理に基づく義務であり、これを認めるべき必要性は、当事者間の一定の接触関係において、一方当事者が相手方当事者に対し、一定の場所、設備等のもとにおいて義務等を命じうるという優位な立場にあることから、相手方当事者は、そのことによる内在的危険を負担しているところ、優位な立場にある当事者は、相手方の上記危険を予測して危険を回避することが可能であるのに、相手方当事者は、自らその危険を回避することが困難であることから、優位な立場にある当事者に相手方当事者に対する保護義務を課するのが相当であるという法的・社会的評価から来るものであって、当事者の意思を反映とするものではない。

② 一般的に、安全配慮義務が債務不履行責任として構成されているのも、義務を課した例と課されなかった例に常に契約関係が存在するからではなく、法的・社会的評価から、「特別な社会的接触」をもって、一種の契約関係と同視しているにすぎないのであり、現に、監獄には契約関係とはいえない公務員の労働関係などにも安全配慮義務が認められているのであるから、安全配慮義務が認められる場合を「契約関係又はこれに準ずる関係」が存在する場合に限定する論拠はない。

③ このような安全配慮義務を不法行為責任とは別に認めるべき実質的必要性は、損害賠償請求権の消滅時効期間の長短にあるが、刑事収容施設の被収容者は、身柄を拘束されている立場上、権利行使の実効性がある程度制約されているのであるから、労働関係などよりも一層、長期の消滅時効期

間により保護すべき必要性が高い。

2 信義則上の付随義務としての安全配慮義務が認められる場合

(1) 「特別な社会的接触の関係」の射程範囲

前記第2で検討した最高裁判和50年判決の意義、その後の裁判例と学説の動向、特に、同3(6)(24ページ)の額見教授の見解のとおり、安全配慮義務は、信義則上の付随義務として発生したのであり、我森教授が「契約の当事者は、単に個々独立の地位債務を負担するだけでなく、そこに一財貨や労働力の移動・配分を担当する、社会的に意義のある——個の協同体を構成するものとして、その関係自体を信義則によって規整すべきもの」(我森榮・債権各論上巻34ページ)とし、これを雇用契約における付随義務としての安全配慮義務の根拠としているのもこの思想に基づくものである。

このような信義則上の付随義務としての安全配慮義務が発生した過程を見るならば、安全配慮義務は、一定の契約関係又はこれに準じた関係があり、契約の本質というべき対等な当事者間に、相互に信頼し合い相協力すべき協同体の関係が成立していることが前提となっているというべきで、このような関係が、最高裁判和50年判決のいう「特別な社会的接触の関係」であるというべきである。

前掲(20ページ)東京高裁判平成14年8月28日判決も、「安全配慮義務はある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随的義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負担する保護義務であるが、安全配慮義務違反の法的性質は広い意味での不完全履行の一種と解され、安全配慮義務が発生するための当事者間の法的結合関係は契約関係もしくはこれに準ずる法律関係であることを要するものというべきであり、安全配慮義務は契約的接触から生じる付随義務としての相手方の身体、生命及び財産等に対する保護義務である」としている。

(2) 契約関係に準ずる法律関係とは、当事者の自由意思により当該法律関係が形成され、安全配慮義務が成立し得る契約関係とその実態(権利義務関係)に差異がなく、契約責任の拡張が正当化され得る法律関係を指すこと
それでは、契約責任に基礎を置く安全配慮義務が生ずる「契約関係に準ずる法律関係」とはどのようなものか、どのような関係であれば安全配慮義務が認められるかが問題となる。

前記第2の1(2)ウ(13、14ページ)並びに同2(2)ア及びウ(16ないし18ページ)のとおり、最高裁判和50年判決が契約関係にない国と公務員との間について、前掲最高裁判和55年12月18日第一小法廷判決及び前掲最高裁判平成3年4月11日第一小法廷判決が、元請会社と下請会社従業員との間について、それぞれ国及び元請会社の安全配慮義務を認めたのは、上記各当事者間においては、安全配慮義務が成立し得る契約関係(私法上の雇用契約ないし労働契約)とその実態(権利義務関係)に差異がないことによると解される。

そして、契約の本質的要害は当事者間の「合意」に基づいた対等な関係があることであり、契約責任である債務不履行責任は、この「合意」に違反した責任であり、この「合意」は私的自治の原則の下で当事者双方の自由な意思により形成されるものであるから、契約関係にはないもののこれに「準ずる法律関係」として契約責任が生じ得る関係といえるためには、少なくとも「合意」と同様に、当事者の任意的な契機により法律関係が形成されたことが必要であるものと解される。これを公務員関係についてみれば、公務員になることを希望する者は、試験を受け任用行為によってその身分を取得するのであるから、そこには任意的な契機を認めることができるのである。

以上の検討からすれば、安全配慮義務が認められる「契約関係に準ずる法律関係」とは、当事者の任意により当該法律関係が形成され、安全配慮義務が成立し得る契約関係とその実態(権利義務関係)に差異がなく、契

契約責任の拡張が正当化され得る法律関係を指すというべきである。

- (3) 権力的な公法関係について広く信義則上の安全配慮義務を認めることは法律による行政の原理からしても許されないこと

最高裁昭和50年判決は、「ある法律関係に基づいて特別な社会的接遇の関係に入つた当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務」として安全配慮義務を認めたが、権力的な公法関係について広く信義則上の安全配慮義務を認めることは法律による行政の原理からしても許されないというべきである。

すなわち、信義誠実とは、社会共同生活の一員として、互いに相手の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動することである（我妻榮・新訂民法総則34ページ）。そして、信義誠実の原則は、特に契約関係を念頭に置いた原則であり、近代社会における私的取引関係は、独立自由の個人の間で行われるものであって、それは相互に相手方を信頼して初めて成り立ち得るとの考え方に依拠したものである。これが法の一般原則として、例えば、行政の違法な活動を信頼して行動した私人を保護する場合等（最高裁昭和52年10月30日第三小法廷判決・判例時報1282号91ページ）、行政の分野にも妥当する場合があるが、法律による行政の原理との調整を要するものである（塩野宏・行政法I〔第5版補訂版〕83ページ）。すなわち、公法関係、特に権力的行政行為といった公法関係は、通常、契約関係のように広く信義則により、当事者間の個別的事実状況に応じて、当事者の負う義務の要件・内容等が変化してしまうことは許されないというべきであり、最高裁昭和50年判決もそのようなことまで想定したものではない。

(4) 小结

以上によると、信義則上の付随義務としての安全配慮義務が認められるためには、「契約関係又はこれに準ずる法律関係」が認められることが必要であり、「契約関係に準ずる法律関係」とは、①当事者の任意により当

該法律関係が形成され、②安全配慮義務が成立し得る契約関係とその実態（権利義務関係）に差異がなく、契約責任の拡張が正当化され得る法律関係である必要がある。

3. 刑事施設の被収容者が飲食物を摂取せず、その生命に危険が及ぶおそれがある場面では契約責任に基礎を置く信義則上の安全配慮義務が問題となる余地はないこと

- (1) 刑事施設における国と被収容者との在監関係は当事者の任意により自由意思を介在して形成された法律関係ではないこと

刑事施設における国と被収容者との在監関係の法的性質は、監禁法（明治41年法律第28号、以下「旧監禁法」という。）、旧収容等法や刑事収容施設法に基づき、国が一方的かつ強制的に被収容者を刑事施設に羁留収容した上で、その改善更生及び社会復帰を図るとともに、同施設内の規律及び秩序を維持する目的で、法令に基づき被収容者の各種権利・自由を制限し得るという公法上の特殊な法律関係である。刑事施設における国と被収容者との関係は、国が一方的かつ強制的に形成したものであり、当事者の任意により又は自由意思を介在して形成された法律関係ではない。すなわち、被収容者は懲役刑の執行その他の法令上の義務として刑事施設に収容された上、旧監禁法、旧収容等法又は刑事収容施設法に基づき、刑務所長等は被収容者に対し各種制限を行使し、被収容者はこれに服するという一方的かつ強制的な関係にあるのであり、当事者の任意により自由意思を介在して形成された法律関係とは認められない。

- (2) 在監関係を規律する旧監禁法、旧収容等法や刑事収容施設法によって被収容者の生命、身体に配慮することが求められていること

そもそも、旧監禁法、旧収容等法や現行の刑事収容施設法は、国に被収容者の人権を尊重しつつ、健康や刑事施設内の衛生の保持を求めているから、刑事施設内において、刑務作業に従事中に被収容者が傷害を負ったとか、暴れるなどした被収容者に対して制止等の措置を執った際に被収容者

が傷害を負ったといった事案は、上記各法律が規定する公法上の義務である職務上の法的義務が問題となり、国賠法1条1項の適用場面として、その義務違反の有無が検討されるべきである。

すなわち、刑事収容施設法は、「刑事収容施設（括弧内略）の適正な管理運営を図るとともに、被収容者（中略）の人権を尊重しつつ、これらの者の状況に応じた適切な処遇を行うことを目的とし（1条）、「未決拘禁者の処遇に当たっては、未決の者としての地位を考慮し、その逃走及び罪証の隠蔽の防止並びにその防御権の尊重に特に留意しなければなら」（31条）、「被収容者の心身の状況を把握することに努め、被収容者の健康及び刑事施設内の衛生を保持するため、社会一般の保健衛生及び医療の水準に照らし適切な保健衛生上及び医療上の措置を講ずるものと」（56条）。さらに、同法62条1項は「刑事施設の長は、被収容者が次の各号のいずれかに該当する場合には、速やかに、刑事施設の職員である医師等（括弧内略）による診療（栄養補給の処置を含む。以下同じ。）を行い、その他必要な医療上の措置を執るものとする」とし、同項2号において「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」と規定する。

そうすると、刑事施設の職員は、これらの規定に基づく公法上の義務として、被収容者の健康状態を常期的に把握し、適切な医療上の措置を執るべき職務上の法的義務を負っており、これに違反して被収容者に損害を与えたときは、国賠法1条1項に基づく損害賠償責任を負うことになるのであるから、かかる義務に違反して被収容者に損害を与えたか否かが問題とされるべきである。

そうである以上、このようにおよそ当事者の自由意思を前提としない一方的な支配関係にある国と被収容者との関係において、上記のような職務上の義務とは別に契約責任に基礎を置く信頼則上の付随義務としての安全配慮義務が国に認められることはないというべきである。

(3) 特に刑事収容施設法62条1項2号との関係では、信頼則上の安全配慮義務が問題となる余地がないこと

本件は、刑事施設の被収容者であった相手方が飲食物の摂取を拒否し続けたことから、医師が、このまま拒食拒否が継続すれば生命に危険が及ぶと判断し、当該状態を打開するため、被収容者に対し栄養補給の措置を執ったという事案である。

刑事施設は、被収容者がその心身の健康を保持し得るよう、必要かつ適切な保健、衛生、医療の措置を講ずべき責任を負う（刑事収容施設法56条、62条参照）。被収容者自ら食事を摂ることを拒否している状態が継続し、生命に危険が及ぶおそれがある場合、刑事施設の長は、医師をして、上記のとおり刑事収容施設法上負う義務に基づき、被収容者の自由意思にかかわらず、医療上必要な措置を執ることが要請される（62条1項2号）。その場合の、刑事施設の職員（医師）と被収容者との関係は、契約関係又はこれに準じた関係にないことはもちろん、互いに相手の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動することが期待される関係が成立していると評価されるような関係にあるともいえない。そもそも信頼則が妥当するのは、互いに相手の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動すること（我妻・前掲民法総則34ページ参照）が期待される関係が成立している場合である。しかるに、国と被収容者との関係において、このような、互いに相手の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動することが期待される関係が成立していないことはもとより、殊に、本件では、刑事収容施設法62条1項2号の趣旨に沿う措置が問題なのであり、同法の適用場面をみた場合、そのような、信頼則上の義務の前提となるべき関係はなおさら認められない。すなわち、同法は、被収容者が「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」に該当する場合に、刑事施設の長は、医師等による診療を行い、その他必要な医療上の措置を執るものと定めているところ、同法所定の要件が認められる限り、医師によ

る必要な医療上の措置を執ることができることを許容し、当該措置を執るかどうかについて被収容者の同意を得ることを要件としていない。この点は、同項注書きにおいて、同項1号の場合に限って、一定の場合には「その者の意思に反しない場合に限る。」と規定されて、同項2号についてはそのような規定がないことから明らかである。そのため、自由意思を前提とした契約関係又はこれに準ずる法律関係は認められる余地がない。

以上のとおり、本件のような場合、拘置所長は、刑事収容施設法62条1項2号の趣旨に於いて適用されるべき旧収容法等に従い、相手方の意思とは無関係に医療上の措置を執ったことの適法性が問題なのであり、同法に基づく職務上の法的義務に違反したかどうかが国賠法1条1項により問われるべきで、およそ当事者の自由意思を前提としない一方的な支配関係にあるというべきであって、「契約関係又はこれに準ずる法律関係」は認められない。このような場面において、信義則上の安全配慮義務が問題となる余地はなく、安全配慮義務を認めることは、法律による行政の原理からしても許されないというべきである。

4 原判決の判断の誤り

(1) 原判決は、安全配慮義務が認められる根拠を正解しないものであること

ア 原判決は、安全配慮義務を「認めるべき必要性は、当事者間の一定の接触関係において、一方当事者が相手方当事者に対し、一定の場所、設備等のもとにおいて勤務等を命じうるという優位な立場にあることから、相手方当事者は、そのことによる内在的危険を負担しているところ、優位な立場にある当事者は、相手方の上記危険を予測して危険を回避することが可能であるのに、相手方当事者は、自らその危険を回避することが困難であることから、優位な立場にある当事者に相手方当事者に対する保護義務を課するのが相当であるとする法的・社会的評価から来るものである」とし、安全配慮義務が「契約関係又はこれに準ずる法律関係」が存在する場合に認められ

る旨の申立人の主張を排斥した（原判決14ページ）。

しかしながら、最高裁判昭和50年判決やその後の裁判例、学説の動向を踏まえれば、信義則上の付随義務としての安全配慮義務は、一定の契約関係又はこれに準じた法律関係があり、対等な当事者間に相互に信頼し合い相協力すべき協同体の関係が成立していることが前提となっているというべきであり、当事者の任意的な契機により法律関係が形成されたことが必要というべきであるから、原判決は安全配慮義務が認められる根拠を正解しないものである。

イ また、原判決は、「厳密には契約関係とはいえない、国又は公共団体の任命行為によって開始される公務員の労働関係」にも最高裁判昭和50年判決において国の安全配慮義務が認められていることを根拠に、安全配慮義務が認められる場合を「契約関係又はこれに準じる関係」が存在する場合に限定されない旨判断した（原判決14ページ）。

しかしながら、前記2(2)（27、28ページ）で述べたとおり、最高裁判昭和50年判決が契約関係にない国と公務員との間において国の安全配慮義務を認めたのは、安全配慮義務が成立し得る契約関係（私法上の雇用契約ないし労働契約）とその実態（権利義務関係）に差異がないことによると評されるのであって、公務員の任用行為については任意的な契機を認めることができ、国と公務員との間においては「契約関係に準ずる法律関係」が認められるのであるから、最高裁判昭和50年判決が国の安全配慮義務を認めたことは、安全配慮義務が認められる場合を「契約関係又はこれに準じる関係」が存在する場合に限定されないとする根拠とはならない。

(2) 刑事施設の被収容者を長期の消滅時効期間により保護すべき必要性が高いとはいえないこと

原判決は、信義則上の付随義務としての安全配慮義務を認めるべき実質的必要性は、「不法行為の損害賠償請求が3年の消滅時効期間であるの

に対し、債務不履行の損害賠償請求権の消滅時効期間が10年であるという損害賠償請求権の消滅時効期間の長短にある」と述べ、「刑事収容施設の被収容者は、身柄を拘束されている立場上、権利行使の実効性がある程度制約されている」ことを理由に、「労働関係などよりも一層、長期の消滅時効期間により保護すべき必要性が高い」などと判示する（原判決14ページ）。

しかし、刑事施設の被収容者についても、刑事収容施設法上、信書を発受する権利が認められており（同法126条等）、本件の相手方のような未決拘禁者については、拘禁の本質からは外部交通の自由を否定すべき理由がないことから、その信書の発受につき、刑事訴訟法により接見交通（書類の授受）が許されない場合を除き、相手方の範囲に制限なく、原則としてこれを許すものとされているのであって（刑事収容施設法134条、林眞琴ほか・運条解説刑事収容施設法改訂版683、684ページ）、訴えを提起することが制約されてはいない。このことは、現実に多数の刑事施設の被収容者が国に対して不法行為に基づく損害賠償を求める訴訟を提起していることから明らかである。原判決の上記判示は、刑事施設の被収容者による国に対する損害賠償請求については、安全配慮義務違反に基づくものであるか不法行為に基づくものであるかにかかわらず、すべからず長期の消滅時効期間により保護すべき必要性があるかのごとき判断であって、相当でないことは明らかである。

したがって、刑事施設の被収容者が「身柄を拘束されている立場上、権利行使の実効性がある程度制約されている」とはいえず、「労働関係などよりも一層、長期の消滅時効期間により保護すべき必要性が高い」とはいえないのであるから、時効期間の長短を理由に国が被収容者に対して安全配慮義務を負うと解することはできない。

5 まとめ

以上のとおり、本件においては、拘置所の被収容者であった相手方は、飲

食物を授取せず、その生命に危険が及ぶおそれがあったとして、拘置所長が、刑事収容施設法62条1項2号の趣旨に沿って適用されるべき旧収容等法に従い、相手方の意思とは無関係に医療上の措置を執ったのであり、このよう場合は、拘置所長の職務上の法的義務違反の有無が国賠法1条1項によって問われるべきであり、このような場面において、契約責任に基礎を置く信義則上の付随義務としての安全配慮義務が認められる余地はない。したがって、安全配慮義務違反があったとして申立人に債務不履行責任を認めた原判決は、民法1条2項、415条、刑事収容施設法62条1項2号等の解釈を誤るものである。

第5 本件は法令解釈に関する重要な事項を含んでいること

刑事収容施設の被収容者に対する国の安全配慮義務を認めた原判決の判断は、極力的な公法関係を契約関係のように広く信義則によって規律することを認めるものであり、根拠法令にのっとって行政上の措置を行うべき行政の在り方にも大きな影響を及ぼすものである。また、特に本件の事実関係の下において、拘置所が執った本件措置を違法であると認めることは、刑事収容施設における被収容者の処遇の在り方に大きな混乱を来すおそれが高い。このようなことから、本件は、法令の解釈に関する重要な事項を含むといえるべきである。

第6 結語

以上のとおり、原判決は、民法1条2項、415条、刑事収容施設法62条1項2号等の解釈適用を誤るものであり、法令の解釈に関する重要な事項を含むといえるべきである。

そこで、申立人は、御庁に対し、本件申立てを受理した上、原判決を破棄し、更に相当の裁判をすることを求める。

以 上

○ 参 照

第1審判決の主文、事実及び理由

口頭弁論終結日 平成25年2月8日

主 文

- 1 原告の請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由

第1 請求

被告は、原告に対し、300万円及びこれに対する平成23年8月6日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事実の概要

本件は、被告法務省矯正局大阪矯正管区大阪拘置所に収容されていた原告が、同拘置所常勤医師から、原告が同意をしていないにもかかわらず、職員数名によって手足を拘束された状態で、鼻腔に約9ミリメートルのチューブを鼻の内部まで挿入され、強制的に鼻腔経管栄養給食（以下「本件栄養給食措置」という。）が行われたことにより、鼻血を出すなどの被害を負ったほか、多大な精神的苦痛を受けたとして、被収容者に対する医師の診察注意義務違反を理由に、被告である国に対し、損害賠償として慰謝料300万円及び訴訟送達の日翌日である平成23年8月6日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める事実である。

1 争いのない事実等

- (1) 原告は、平成18年10月23日に逮捕・拘留され、兵庫県警合警寮留置場で留置された後、同月25日から同県警察本部横山留置場で留置され、同月31日から平成19年8月10日までの間、神戸拘置所に収容され、同日、神戸拘置所から大阪拘置所へ移送された。

- (2) 原告は、同年8月16日、神戸地方裁判所で建造物損壊罪で懲役1年の有罪判決を受け、同月26日に控訴した。

- (3) 大阪拘置所常勤医師である[]（以下「[]医師」という。）は、同年5月14日に原告を診察し、同拘置所職員をして原告に対する本件栄養給食措置を取るよう指示した。

2 争点及び争点に対する当事者の主張

- (1) 国が刑事施設の被収容者に対し、診察注意義務を負うか

（原告）

被告は、刑事収容施設の管理者として、被収容者の人権を尊重しつつ、これらの者の状況に応じた適切な処遇を行うことが求められており（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下「刑事収容者処遇法」という。）1条参照）、刑事施設内で医師が診療行為を行うにあたっては、「社会一般の・・・医療の水準に照らし適切な・・・医療上の措置を講ずるものとする」とされている（同法56条）ことから、被収容者に対し善良な管理者の注意をもって一般人が医療行為を受けると同様に医療上の措置を講ずる義務を負担している。この診察注意義務は、法による収容関係という特別な社会的接触の関係に入った当事者間における付随的義務として被告が被収容者に対して負う信義則上の義務である（最高裁判昭和50年2月26日第三小法廷判決民集29巻2号143頁（以下「最高裁判昭和50年判決」という。）参照）。

（被告）

国と未決拘禁者との関係は、自由意思に基づくものではなく、診療契約が成立するものではない。最高裁判昭和50年判決にいう「特別な社会的接触の関係」は、契約関係又はこれに準ずる法律関係をいうものであり、国と未決拘禁者との関係は、その基礎を欠いている。したがって、被告が、原告に対して安全配慮義務を負うことにはならず、「診察注意義務」を負担することはない。

(2) 本件栄養補給措置を実施する旨の判断及び実施方法の適法性

(原告)

ア 刑事収容者処遇法62条1項によれば、「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」との要件を満たさない限り、意に反する診療行為をすることができないとされている。

イ 原告は、大阪拘置所入所後も水、茶などは普通にとっていたし、ジュース、水砂糖・チョコレート等を摂取していたし、本件栄養補給措置が取られた際に、体重の減少が見られたがなお正常値であり、神戸拘置所入所時の体重よりも重い体重であったので、そもそも原告は生命に危険が及ぶおそれにはなかった。

ロ 医師は、本件栄養補給措置を取るに当たり、①上記栄養摂取状況について確認もせず、さらに、原告が、大阪拘置所に移置される前に、摂食ができなかった場合には、点滴を受けたり、経腸栄養剤を嚥下していたことを「病状連絡票」(乙13)で知っていたはずであり、経口で栄養剤を摂取していることを確認できたはずなのに、それをしておらず、②血圧・脈拍数、体温等の検査や問診等、原告の病状状態を検査する手段を講じず、③経腸栄養剤の自主的嚥下を指導するなど他の代替手段を講じていないばかりか、検討もしておらず、④原告に対しその後も継続的に食事を取らないのか、取れないのか、どのような原因によるものなのかを全く問うことがなかった。

医師は、「生命に危険が及ぶおそれ」の判断について必要な措置をとらないまま、原告の同意がないにもかかわらず、いきなり職員数名をして原告の手足を拘束させ、鼻腔に約9ミリメートルのチューブを胃の内部まで挿入し、強制的に鼻腔経管栄養補給(本件栄養補給措置)を行なった。

ハ そして、本件栄養補給措置は、食事を故意に拒絶していると考えた同拘置所職員及び医師が、これを同拘置所に対する反抗的態度と取り、見

せしめ的に原告の意向や状態を全く無視して強行したものである。

(被告)

ア 刑事収容者処遇法62条1項2号によれば、被収容者が飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるときに、刑事施設の長は、当該被収容者が診療を拒んだとしても、栄養補給の処置を含む診療等を行わなければならない旨定めている。したがって、栄養補給措置は、摂食の拒否によって生命への危険が現実的に切迫するまで留保する必要はなく、相当期間拒食を続けている場合、被収容者の言動などから摂食拒否を長時間にわたって続けることが明確であり、生命に危険が及ぶおそれがあると認められれば、合理的な範囲での実施が許容されるというべきである。

イ 原告は、本件栄養補給措置の実施までに故意に11食分の摂食を拒絶しており、加えて、同措置の直前にあってもかたくなに摂食拒否の態度を改めようとせず、長期にわたって摂食を拒否する意思が明確であった。しかも、わずか4日間に5キログラムの体重減少があること等から、原告の生命に危険が及ぶおそれがあった。

ロ 医師は、本件栄養補給措置を実施するに当たり、血圧及び体重を測定し、血液検査を実施し、さらに、原告に対する摂食指導を行い、原告が摂食拒否の意思を改める意思を全く有しないことを確認した上で、総合的に本件栄養補給措置の必要性を認めたものであり、その判断に不合理な点はない。

エ また、上記のとおり、摂食拒否が改まらなかったのであるから、原告に対して、経腸栄養剤の自主的嚥下を指導することは実現可能性が低く、現実的ではなかったため、生命への危険が及ぶおそれが認められる状況を解消する適切な代替手段は存在しなかった。点滴処置は、500キロカロリーの栄養補給で8時間程度を要するものであり、この間原告が協力する態度をとり続けるとは考えがたい上に、本件栄養補給措置が1200キロカロリーの補給を5分程度で行えることと比べると、その代替措置とはなり

類い。

オ さらに、原告は、榮養剤の自主的嚥下の意思があると表明していない。
また、本件榮養剤給付拒否の際に、「やめてくれ」と叫んだり、抵抗した事実はない。本件榮養剤給付拒否により、原告の鼻腔から少量の出血が生じたが、止血処理が行われており、一連の対応に問題はない。

カ 原告は、大阪拘置所に入所した際、医師や職員に不服を訴え、医師に投薬を求めたがこれを拒否され、何の手立ても打とうとされなかったと主張するが、大阪拘置所では被収容者から口頭で診療の訴い出があれば、緊急の場合を除き「診療願」と題した願書を提出するよう指導しているところ、原告は、入所後本件榮養剤給付拒否がとられるまでの間、これを提出していない。平成19年8月10日の入所時健康診断において原告から不安料経症の申出があり、これを踏まえて、同月11日における■医師による診療で、原告から強度の不眠等の申出があったものの、前日の就寝調査結果から原告の就寝状況は良好であり、他覚的な抑鬱的症状も認めなかったことから、経過観察することとして睡眠薬等を処方しなかったものであり、理由もなく投薬を拒否したものではない。

第3 当裁判所の判断

1 争点(1)について

(1) 原告は、刑事施設被収容者に対する医師の善管注意義務違反を理由として、損害賠償を求め、この善管注意義務については、最高裁判昭和50年判決を引用して信義則上の義務であると主張していることから、原告が主張する善管注意義務というのは、同判決がいうところの安全配慮義務のことをいうものであると解される。

(2) ところで、同判決は、安全配慮義務について、「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」と述べて、国が国家公務員に対して安全配慮義務を負う場合があることを肯定している。しかしながら、安全配慮義務の概念は、もともと私法上の雇用契約関係における労災事故について概念されてきたものであり、国と国家公務員との法律関係は、私法上の雇用契約に類似する関係といえることを考慮すれば、同判決がいう「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係」というには、少なくとも雇用契約類似の関係が求められているというべきである。さらに、安全配慮義務の根拠が信義則に求められる以上、少なくとも当事者の自由意思が契機となって開始されたものではないような関係は、「法律関係に基づく特別な社会的接触」の範ちゅうの外にあると考えるのが相当である。なぜなら、自由意思が契機となって開始される関係であるがゆえに、これに伴う責任として、相互の信頼と誠実な行動によって社会共同生活が円滑に営まれるための原理である信義則が妥当する基礎があると考えられるからである。

(3) そうすると、国と未決拘禁者との関係は、あくまで身体拘束に伴う国の強制力行使に本来的に内在する一般的な義務として存在するものであって、法の規定によって法律関係が開始され、規律されるものであり、自由意思を契機として開始されるものではないから、信義則を根拠とする安全配慮義務を概念する余地はないものといわざるを得ない。その保護は不法行為規範によってのみされるべきものである。本件は、最高裁判昭和50年判決とは事案を異にするものであり、本件には妥当しないものというべきである。

(4) したがって、原告は、善管注意義務違反のみを主張して損害賠償を請求するものであるから、原告の請求は、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。

2 争点(2)について

上記のとおり、原告の請求は、善管注意義務違反にのみ依拠していると解されるが、訴状の事件名に「国家賠償請求」と付し、不法行為を前提とする国家賠償請求をしていると見る余地が全くないわけではないので、念のために、以下に国家賠償請求が認められるか否かについても判断しておく。

(1) 前記争いのない事実等に加え、証拠(甲2、乙9、12ないし14、17ないし19、24、26、31、原告本人、証人[])によれば、次の事実が認められる。

ア 原告は、平成18年10月23日に逮捕・拘留され、兵庫県総合警察署留置場で留置された後、同月26日から同県警察本部篠山留置場で留置された。同月29日には、神戸中央市民病院で受診し、脱水症状が認められたことから給液が実施された。この間、原告は、逮捕後は一貫して食事を取らず、篠山留置場に収容後は湯茶も飲まず、さらに、給与される食事に關して篠山の配飯は絶対に食わん、焚火の水は一切飲まない旨を述べて約1週間絶飲食の状態にあった。

イ 原告は、同月31日から平成19年5月10日までの間、神戸拘置所に収容されていたが、ここでは給食は一切受けない、水も飲まないと述べ、食事は口につけておらず、自己の意志で食事を取ろうとはしなかった。

なお、原告は、神戸拘置所において、抗不安薬(セロシン)、抗てんかん薬(テグレトール)、鎮眠薬(フェノバル)等の処方を受け、その後も追加処方を受けた。

その後も、原告は、不食を継続し、同年11月1日、点滴を一旦は拒否したものの、同月2日、点滴が実施された。

原告は、同月7日の夕食時から、経腸栄養剤(エンシェアリキッド)を飲用するようになり、以降、少量の食事を摂取し、同栄養剤を飲用した。同年12月頃からは、支給された食事を全量摂取するようになったが、刑事事件の判決後から、再び食欲低下を来し、適宜、同栄養剤を処方されていた。

ウ 原告は、平成19年5月10日、神戸拘置所から大阪拘置所へ移送された。同月11日、[]医師が原告を診察したところ、原告から、強度の不眠、自律神経失調症及び鬱症状の申し出があった。

原告は、入所時から11食(同月10日の夕食から同月14日の朝食ま

で)を不食していたところ、舍務担当職員が食事を給与するたびに拒絶するよう指導していたにもかかわらず、同月10日の夕食について「いりません。わしは、ここでは食べる気はありません。」と、同月11日は三食について「いりません。食べません。」「ここに居るあいだは食べません。」等と、同月12日は三食について、手を振り、「いらん。」と、同月13日の三食について「いらん。」と、同月14日の朝食について、「いらぬです。」とそれぞれ述べて拒否した。

[]医師は、同月14日、原告を診察したところ、5キロの体重減が認められ、原告が大阪拘置所入所時から食事を摂取するよう指導されているのに、給与した食事を全く摂取しない状況が継続している上に、[]医師から食事を取るように指導されても、「こんなもの食えるか」と述べていたことから、このまま原告の意思どおり、強固と不食を継続させた場合、その生命に危険が及ぶおそれがあると判断し、原告に対し、本件栄養剤給付指図を実施することにした。

同日午前11時30分から同35分までの間、大阪拘置所医務部診察室において、本件栄養剤給付指図が実施された。[]医師は、准看護師[]、世智康師[]ら被告職員(及び原告?)に対し、栄養剤給付を実施する旨告知し、栄養剤給付の方法として、鼻腔から胃の内部にカテーテルという管を挿入して栄養剤を注入すること、また、管には円滑剤のゼリーを塗付した上で挿入するものの、挿入の際には痛みが生じたり、出血する場合もある旨説明した上で、立ち会っていた処遇部門の職員に対し、原告をベッドへ移動させるよう指示するとともに、[]及び[]に対し、クリニミール(経腸栄養剤)1200キロカロリーの補給を指示した。

処遇部門の職員2名は、原告の両脇を拘えて車椅子から立たせた後、診察机のベッドに原告を仰向けに寝かせ、栄養剤給付の実施に際し、原告が抵抗して身体を揺さぶらないよう、処遇部門の職員3、4人で原告の頭部及び両手足を押さえて身体を固定し、経管栄養カテーテルの先端にゼリー

を挿付し、カテーテルが胃に到達していることを確認の上、[]が、カテーテルに注射筒を接続して経腸栄養剤1200キロカロリー分を注入した。[]が、[]医師の指示により、カテーテルを引き抜いたところ、原告の鼻腔から出血が認められたので、[]医師の指示により止血処置が行われ、同日の原告に対する診療を終了した。

以上の事実が認められる。

- (2) 以上の事実によれば、原告は、大阪拘置所に入所した平成19年5月10日から同月14日の朝食に至るまでの間、食事を摂取するようにとの職員の手導に全く応じることなく、食事の摂取を拒否し続けていたものであり、同日の[]医師による診察でも、「こんなもの食えるか」と述べて、今後も飲食物の摂取を拒否する態度を示したというものであり、体重も入所時から5キログラム減少していたことを踏まえれば、[]医師が、このまま原告が不食を続けた場合、生命に危険が及ぶと判断して、本件栄養補給措置を取ったことに違法性を基礎付けるような事情は見当たらないというべきである。

- (3) これに対し、原告は、大阪拘置所移監以降、水やお茶は普通に飲んでいたり、自費で購入したチョコレートや飴、氷砂糖、ジュース類などは飲食していたと主張し、原告本人尋問にはこれに沿う供述がある。

確かに、被告が作成した不食食育書留簿(乙17)には、同年5月19日の欄に「自弁の牛乳パックを飲んでいる」との記述があり、同日に自弁の牛乳パック又はこれに類するものを口にしていたことが認められるとしても、それ以上に飴、氷砂糖、ジュース類などについては原告の供述以外にこれを裏付けるに足りる証拠はなく、拘置所から給与される食事を一切取らず、体重が入所時からわずか4日で5キログラム減少していることに照らせば、仮に自弁で飲食するものがあったとしても、拘置所から給与される食料の栄養分に達しに及ばないことは明らかであり、自弁により、本件栄養補給措置を必要としないような栄養補給がされていたとはおよそ認めることはできない。

- (4) また、原告は、神戸拘置所では、精神安定剤と睡眠薬の処方により、薬

に慣れるに従い、適切に食事が取れるようになったが、大阪拘置所では、拘置場所が変わったことから精神的に不安定となり、入所当初から経過を見るとして上記薬の処方も認められず、その後も十分な就眠調査が行われず、睡眠薬等を求める要求を聞き入れることなく、本件栄養補給措置が取られたのは、入所時の原告の態度が悪かったことに対する報復目的であると主張する。

しかしながら、証拠(乙14)によれば、平成19年5月10日の入所時健康診断において原告から不安神経症の申出があり、これを踏まえて、同月11日における[]医師による診察で、原告から強度の不眠等の申出があったものの、前日の就眠調査結果から原告の就眠状況は良好であり、他覚的な抑鬱的症状も認めなかったことから、経過観察することとして睡眠薬等を処方しなかったことが認められる。そうすると、原告の主張はその前提を欠くものである。

そして、本件栄養補給措置が取られた経緯は、上記認定のとおりであって、原告が4日もの間食事の摂取を拒否し続けたこと、同月14日の[]医師による診察でも、飲食物の摂取を拒否する態度を示したこと、体重も入所時から5キログラム減少していたことを踏まえての同医師の判断及びこれに基づく措置であって、その過程に不自然なところはなく、入所時の原告の態度から報復目的として取られた措置と認めるに足りる証拠もない。よって、原告の主張は採用できない。

- (5) さらに、原告は、本件栄養補給措置を取られる際に抵抗し、「栄養剤やったら飲めるから、飲ましてくれ」などと言ったが、[]医師からは返答がなく、そのまま本件栄養補給措置を取り続けたと主張し、原告本人尋問にもこれに沿う供述がある。

しかし、上記のとおり、原告は、大阪拘置所に入所以来、4日間にわたり摂食を拒否しており、同年5月14日の[]医師による診断の際にも、摂食を拒否する態度を示したのであるから、仮にそれ以前に病状連絡票(乙13)の記載により、原告が大阪拘置所に移監される前に、経腸栄養剤を嚥下

していた可能性があることを隠蔽していたとしても、原告に対して経腸栄養剤の自主的嚥下を期待できる状態にはなかったものと認められる上、証人■の証言によっても原告が嚥下を求める発言を聞いていないと証言していることを合わせ考慮すると、原告が「栄養剤やったら飲めるから、飲ましてくれ」などと言ったとの原告の供述については、これを裏付けるに足りる証拠が他になく、そのまま信用することはできない。よって、原告の主張は採用できない。

なお、原告は、神戸拘置所では、「約1週間、絶飲食」という状態にあったにもかかわらず、原告が「本日は診療拒否（治療拒否）のため点滴は中止。いざという時は強制的に点滴を。処置をおこなう旨本人にも説明しておく」と述べるに留まり、それ以上の強制措置は行っていない、と指摘している。苟かに、診療録（乙12）によれば、平成18年10月31日に、原告が上記に主張するとおりの診療経過であったことが認められる。しかし、本件栄養補給措置がとられる半年前の当時においても、強制措置がとられる可能性があり、しかもそれが「点滴を。」と点滴に限定するような説明ではなかったことが窺える上、証人■の証言によれば、点滴は経腸に比べてカロリーが不足するというのであるから、これらを合わせ考慮すれば、神戸拘置所における診療経過が上記のとおりであったとしても、これをもって本件栄養補給措置が適法であることになるものではない。

- (6) また、原告は、本件栄養補給措置は、原告に何も告げられないまま車椅子で強引に連れて行かれ、部屋には、ベッドに新聞紙が敷かれており、医師、看護士、フロア担当の係員5、6人が待ちかまえている状態であり、■医師が原告に対しては「鼻からチューブで栄養剤を入れる」というだけで、ほとんど顔面を背向するように、何らの説明をせず、体重等を測ってから、いきなり手足を拘束し、本件栄養補給措置を実施したと主張し、原告本人尋問にもこれに沿う供述がある。しかし、証人■は、■が、原告に対し、診療を行うと告げて原告を車椅子に乗せ、■医師が待機する診療室まで連

れて行った、■医師による診療において食事を取るよう指導されたにもかかわらず、「こんなもの食えるか」と述べて、今後も飲食物の摂取を拒否する態度を示した、診療後に■医師の指示で、本件栄養補給措置を取ることであり、その際に新聞紙をベッドに敷いたと証言している。そして、診療録（乙14）には、■医師が本件栄養補給措置の実施に先立ち、原告の血圧及び体重を測定し、血液検査を実施した旨の記載がある。しかるに、原告の上記主張は、原告の供述以外にこれを裏付けるに足りる証拠はない。そうすると、原告の供述をそのまま信用することはできず、原告が主張するような経緯であったとは認められない。

- (7) そうすると、本件では、仮に原告の請求を国家賠償法に基づくものとみる余地があるとしても、不法行為が成立する余地はなく、国家賠償請求が認められないことは明らかである。

- 3 以上によれば、原告の請求は理由がないから棄却することとし、主文のとおり判決する。

(大阪地方裁判所第24民事部)

第2審判決の主文、事実及び理由

口頭弁論終結日 平成25年11月15日

主 文

- 1 原判決を次のとおり変更する。
 - (1) 被控訴人は、控訴人に対し、80万円及びこれに対する平成23年8月6日から支払済みまで年8分の割合による金員を支払え。
 - (2) 控訴人のその他の請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は、第1・2審を通じてこれを8分し、その5を控訴人の負担

とし、その余を被控訴人の負担とする。

- 3 この判決は、第1項(1)に限り、仮に執行することができる。ただし、被控訴人が30万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

事 実 及 び 理 由

第1 当事者の求めた裁判

1 控訴人の控訴の趣旨

- (1) 原判決を取り消す。
- (2) 被控訴人は、控訴人に対し、300万円及びこれに対する平成23年8月6日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- (3) 訴訟費用は、第1・2審とも被控訴人の負担とする。
- (4) 仮執行宣言

2 控訴の趣旨に対する被控訴人の答弁

- (1) 本件控訴を棄却する。
- (2) 控訴費用は控訴人の負担とする。
- (3) 本件につき、仮執行の宣言を付することは相当ではないが、仮にこれを行う場合には、
ア 担保を条件とする仮執行免脱宣言
イ その執行開始時期を判決が被控訴人に送達された後14日経過した時とすること
を求める。

第2 本訴の概要

1 本訴の要旨

- (1) 本件は、被控訴人が設置・管理する大阪拘置所に未決拘禁者として収容されていた控訴人が、同拘置所常勤医師から、控訴人が同意をしていないにもかかわらず、職員数名によって手足を拘束された状態で、鼻腔からカテーテ

ルを胃の内部まで挿入されるなどして、強制的に鼻腔経管栄養剤給付（以下「本件措置」という。）が行われたことにより、鼻血を出すなどの被害を負ったほか、多大な精神的苦痛を受けたとして、被収容者に対する医師の善管注意義務（安全配慮義務）違反に基づく損害賠償請求権に基づき、被控訴人である国に対し、慰謝料800万円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成23年8月6日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

- (2) 原告は、控訴人の請求を棄却したので、控訴人がこれを不服として控訴した。なお、控訴人は、当審において、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求を従前の善管注意義務（安全配慮義務）違反に基づく損害賠償請求と選択的に追加した。

2 関係法令の定め

- (1) 刑事施設ニ於ケル刑事被告人ノ収容等ニ関スル法律40条

「被収容者疾病に罹リタルトキハ医師ヲシテ治療セシメ必要アルトキハ之ヲ病室ニ収容ス」

- (2) 被収容者の健康管理について（平成3年4月12日矯医938（例規）矯正局長通達）第5（診療の拒否等の場合の措置）の3

「被収容者が故意に診療を拒み、又は飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるときは、遅滞なく、医師による診療又は経管栄養、点滴注射などの栄養供給の処置を執る。」（乙1）

- (3) 「被収容者の診療管理について」の運用について（平成3年4月12日矯医970矯正局医務分科課長通知）第5（診療の拒否等の場合の処置関係）の2

「栄養供給の処置としては、経管栄養及び点滴注射のほかに静脈注射、皮下注射、経養液腸などがあつた。」（乙2）

- (4) 「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」（平成18年6月8日公布、平成19年6月1日施行）（以下「刑事収容施設法」という。）

ア 1条

この法律は、刑事収容施設（刑事施設、留置施設及び海上保安留置施設をいう。）の適正な管理運営を図るとともに、被収容者、被留置者及び海上保安被留置者の人権を尊重しつつ、これらの者の状況に応じた適切な処遇を行うことを目的とする。

イ 56条

刑事施設においては、被収容者の心身の状況を把握することに努め、被収容者の健康及び刑事施設内の衛生を保持するため、社会一般の保健衛生及び医療の水準に照らし適切な保健衛生上及び医療上の措置を講ずるものとする。

ウ 62条1項

刑事施設の長は、被収容者が次の各号のいずれかに該当する場合には、速やかに、刑事施設の職員である医師等（医師又は歯科医師をいう。以下同じ。）による診察（栄養補給の処置を含む。以下同じ。）を行い、その他必要な医療上の措置を執るものとする。（ただし書き省略）

1号（省略）

2号 飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき。

3 前条事実

以下の事実は、当事者間に争いがないか、末尾の括弧内掲記の証拠等によれば、容易に認められる。

(1) 控訴人の逮捕・勾留

ア 控訴人は、平成18年10月23日に、兵庫県警察庁合警察署に、船物損壊罪で逮捕され、同警察署留置場で留置され、その後勾留された。

イ 控訴人は、勾留後の平成18年10月25日から兵庫県警察本部備山留置場で留置された。

ウ 控訴人は、その後、建造物損壊罪で公訴提起されたことから、平成18

年10月31日に、神戸拘置所に移置され、その後平成19年5月10日までの間、同拘置所に収容された。

（以上につき、乙9～13）

(2) 控訴人に対する有罪判決の宣告と控訴人の控訴

控訴人は、平成19年3月15日、神戸地方裁判所から建造物損壊罪で懲役1年の有罪判決（実刑判決）を受け、同月28日に控訴した（弁護の全敗訴）。

(3) 控訴人の大阪拘置所への移送

控訴人は、平成19年5月10日、神戸拘置所から大阪拘置所へ移送され、以後同年12月18日に大阪刑務所へ移送されるまでの間、大阪拘置所に収容された（乙14）。

(4) 控訴人に対する本件措置の実施

大阪拘置所医務部精神科医師である[]（以下「[]医師」という。）は、平成19年5月14日午前11時30分ころから同35分ころまでの間、控訴人を診察した結果、控訴人にその鼻腔から経管栄養カテーテル（ゴム製、直径約9mm弱、長さ約80cm）を胃の内部まで挿入して栄養剤（クリニミール（経管栄養剤））1200キロカロリー一分を注入するという鼻腔経管栄養補給措置（本件措置）を実施することとし、同拘置所職員をして控訴人に対する本件措置を取るよう指示し、自らカテーテルを挿入するなどして、控訴人に本件措置がされた（乙14、18、19）。

(5) 大阪弁護士会の大坂拘置所長に対する催告

大阪弁護士会は、控訴人からの人権救済の申立てを受けて、平成23年3月17日、本件措置につき控訴人に対する人権侵害の事実を認め、大阪拘置所所長宛に、以下のとおりの趣旨の催告をした（甲1）。

「大阪拘置所は、飲食物を摂取しない被収容者に対し、身体の便数を伴う鼻腔経管栄養補給を、その意思に反して行うにあたっては、担当医師によって直接に、①口頭による指導やカウンティングなどの方法により、出

来る限り自発的に食事を摂取するよう促すとともに、③経歴禁食刑の自主的服下など、より強制的でない代替手段の実施を試みた上で、④不食の期間と体重減少の程度だけでなく、間接血圧、尿蛋白、体温等の検査等によって被収容者の健康状態を十分に検証した後に、『生命に危険が及ぶおそれ』の有無を判断して実施するよう勧告する。』

(6) 被収容者の要阻

控訴人は、平成23年7月19日、本件訴訟を提起した（国書なむ実）。

(7) 被控訴人による消滅時効の援用

被控訴人は、平成26年6月26日の当審口頭弁論期日において、控訴人に対し、控訴人の本件情状に関する国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権について、3年間の消滅時効を援用する旨の意思表示をした（国書なむ実）。

4 争点及びこれに関する当事者の主張

(1) 国は、一般的に、刑事収容施設の被収容者に対し、その適正につき債務不履行責任を負わねばならないと認めるべき管理注意義務（安全配慮義務）を負担しているか（争点(1)）

〔控訴人〕

被控訴人は、刑事収容施設の管理者として、被収容者の人権を尊重しつつ、これらの者の状態に応じた適切な処置を行うことが求められており（刑事収容施設法1条参照）、刑務施設内で医師が診療行為を行うに当たっては、「社会一般の…医療水準に照らし適切な…医療上の措置を講ずるものとする」とされている（同法56条）ことから、被収容者に対し適宜な管理者の注意をもって、就人が医療行為を受けるのと同等に医療上の措置を講ずる義務を負担している。この管理注意義務は、法による収容関係という特別な社会的接縁の關係に入った当事者間における付随的義務として被控訴人が被収容者に対して負う信義則上の義務である（最高裁判所昭和50年2月26日第三小法廷判決・民集29巻2号143頁以下「昭和50年

最高裁判決」という。）（参照）。

被控訴人は、国と被収容者との關係は、契約關係又はこれに準ずる法律關係ではないから、一般的に、昭和50年最高裁判決のいう「安全配慮義務」を負わないと主張するが、国と被収容者との法律關係は、国が刑罰権法に基づき強制的に被収容者を収容し留め置く關係であり、施設内での処遇についても刑事収容施設法によって法的な規制がされている關係であるから、昭和50年最高裁判決にいう「ある法律關係に基づく特別な社会的接縁の關係」といえるし、むしろ契約關係よりも、その結びつき、社会的接縁の程度は緊密であるといえる。

また、安全配慮義務の有無は、実質的には、損害賠償請求権の消滅時効と關係するが、民間医師の診療行為に対する管理注意義務違反は、10年の消滅時効であり、拘置所の医師の診療行為に關する同法違反は3年の消滅時効であるとして、両者に區別を設ける実質的な理由は何ら存在しない。

〔被控訴人〕

国と刑事収容施設の被収容者との關係は、自由意思に基づくものではなく、その診療行為に關しても、国と被収容者との間の診療關係の成立を前提とするものではない。昭和50年最高裁判決にいう「特別な社会的接縁の關係」は、契約關係又はこれに準ずる法律關係をいうものであり、国と被収容者との關係は、その基礎を欠いている。

もとより、国は、被収容者の生命・身体等を侵害しないよう配慮する義務を負っているが、それは、身体拘束に伴う国・公共団体の強制力行使に本来的に内在する一般的な義務であって、契約關係又はこれに準ずる法律關係を基礎とする安全配慮義務とは別個の義務である。

したがって、被控訴人が、控訴人に対して安全配慮義務（管理注意義務）を負うことはない。

(2) 本件措置の違法性ないし被控訴人の責任の有無（争点(2)）

〔控訴人〕

ア 刑事収容施設法62条1項によれば、「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」との要件を満たさない限り、囚は、被収容者に対し、意に反する診療行為をすることができないとされている。

そして、意に反する身体への侵襲行為は、国法上、公行・傷害として刑罰を科せられる行為とされているのであるから、逆に、意に反してでも行いうる「生命に危険の及ぶおそれがあるとき」の解釈は、極めて慎重かつ限定的でなければならない。決して被収容者であれば適当でよいということではない。

イ 上記によれば、[]医師としては、控訴人に対し、医療措置を行うに当たって、それが身体への侵襲行為を伴うものであれば、控訴人の状態を適切に把握し、控訴人の措置に対する意思を明確に確認し、より侵襲度の少ない手段を執るなどの注意義務があるのであり、その注意義務の程度は通常の民間の医師、あるいは国公立病院の公務員たる医師と同程度であるといふべきである。

ウ ところが、[]医師は、以下のとおり、本件措置当時、客観的にみて、本件措置を行わなければ控訴人の生命に危険が及ぶおそれがあったとはいえないにもかかわらず、他に身体への侵襲行為が少ない代替措置の検討すら行うこともなく、控訴人の意に反して本件措置を行ったのであるから、本件措置は違法であって、また[]医師には過失もある。

（ア）控訴人は、大阪拘置所入所後も水、茶などは普通に取っていたし、ジュース、米砂糖・チョコレート等も摂取しており、本件措置が取られた際に、体重の減少が見られたがなお正常値であり、神戸拘置所入所時の体重よりも重い体重であったので、そもそも控訴人に生命に危険が及ぶおそれはなかった。

（イ）[]医師は、本件措置を取るに当たり、①上記栄養摂取状況につい

て確認もせず、さらに、控訴人が、大阪拘置所に移送される前に、飯食ができなかった場合には、点滴を受けたり、経腸栄養剤を嚥下していたことを「病状連絡票」（乙13）で知っていたはずであり、経口で栄養剤を供給していることを確認できたはずなのに、それをしておらず、②血圧・脈拍数、体温等の検査や問診等、控訴人の健康状態を検査する手段を採じず、③経腸栄養剤の自主的嚥下を指導するなど他の代替手段を講じていないばかりか、検討もしておらず、④控訴人に対しその後も継続的に食事を取らないのか、取れないのか、どのような原因によるものなのかを全く問うことがなかった。

[]医師は、「生命に危険が及ぶおそれ」の確認について必要な措置をとらないまま、控訴人の同意がないにもかかわらず、いきなり職員数名をして控訴人の手足を拘束させ、鼻腔から約9mmのカテーテルを胃の内部まで挿入し、強制的に鼻腔経管栄養供給（本件措置）を行なった。

（ウ）本件措置は、食事を放棄に拒絶していると考えた同拘置所職員及び[]医師が、これを同拘置所に対する反抗的態度と取り、見せしめ的に控訴人の意向や状態を全く無視して強行したものである。

エ したがって、被控訴人は、国家賠償法1条1項又は安全配慮義務違反（債務不履行）に基づき、控訴人が本件措置によって被った損害を賠償する責任がある。

〔被控訴人〕

ア 刑事収容施設法62条1項2号によれば、被収容者が飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるときに、刑事施設の長は、当該被収容者が診療を拒んだとしても、栄養供給の処置を含む診療等を行わなければならない旨定めている。そして、栄養供給処置は、摂食の拒否によって生命への危険が現実にも迫るまで留保する必要はなく、相当期間拒食を続けている場合、被収容者の言動などから摂

食拒否を長時間にわたって続けることが明確であり、生命に危険が及ぶおそれがあると認められれば、合理的な範囲での実施が許容されるというべきである。なお、控訴人は、本件措置の実施につき黙示に承諾していた。

イ 控訴人は、本件措置の実施までに故意に11食分の摂食を拒絶しており、加えて、同措置の直前にあっても順な摂食拒否の態度を改めようとせず、長期にわたって摂食を拒否する意思が明確であった。しかも、わずか4日間に5kgの体重減少があること等から、控訴人の生命に危険が及ぶおそれがあった。

ウ ■医師は、本件措置を実施するに当たり、血圧及び体重を測定し、血液検査を実施し、さらに、控訴人に対する摂食指導を行い、控訴人が摂食拒否の意思を改める意思を全く有しないことを確認した上で、総合的に本件措置の必要性を認めたものであり、その判断に不合理な点はない。

エ また、上記のとおり、摂食拒否が改まらなかったのであるから、控訴人に対して、経腸栄養剤の自主的嚥下を指導することは実現可能性が低く、現実的ではなかったため、生命への危険が及ぶおそれが認められる状況を解消する適切な代替手段は存在しなかった。点滴処置は、600キロカロリーの栄養供給で3時間程度を要するものであり、この間控訴人が協力する難度を取り続けるとは考え難い上に、本件措置が1200キロカロリーの供給を5分程度で行えることと比べると、その代替手段とはなり難い。

オ さらに、控訴人は、栄養剤の自主的嚥下の意思があると表明していない。また、本件措置の際に、「やめてくれ」と叫んだり、抵抗した事実はない。本件措置により、控訴人の鼻腔から少量の出血が生じたが、止血処置が行われており、一連の対応に問題はない。

(3) 控訴人の国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権の時効消滅の有無

(争点(3))

〔被控訴人〕

控訴人が公務員の不法行為として主張する本件措置は、平成19年5月14日に行われたものであり、控訴人が本件訴訟を提起した平成28年7月19日の時点で、既に3年を経過している。

したがって、控訴人の国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権は時効により消滅している（国家賠償法4条、民法724条前段）。

〔控訴人〕

争う。

(4) 控訴人の損害額 (争点(4))

〔控訴人〕

控訴人は、本件措置により、鼻から出血するなどの傷害を負ったほか、両手両足を拘束された状態で仰向けにされ、鼻から無選失理カテーテルを鼻に挿入するまで挿入されるという屈辱感に満ちた扱いを受け、強い精神的苦痛を被った。

これを慰撫するに足りる慰謝料額は、800万円を下らない。

〔被控訴人〕

争う。

第3 当裁判所の判断

1 因は、一般的に、刑務収容施設の被収容者に対し、その違反につき債務不履行責任を問われるべき管理注意義務（安全配慮義務）を負担しているか（争点(1)）について

(i) 控訴人は、刑務収容施設の被収容者に対する医師の管理注意義務違反を理由として、損害賠償を求めているが、その主張の趣旨からして、控訴人の主張する「管理注意義務」とは、昭和50年最高裁判決のいう「安全配慮義務」と同旨のものと解される。以下、それを前提に検討することとする。

(2) そこで、検討するに、国は、憲法上の国民に対する人権保障（憲法31条～40条）を前提としつつ、刑法、刑事訴訟法などの法律に基づき、一定の要件を満たす場合に、強制的に、国民を閉鎖された刑事収容施設に収容する権能を有している。しかしながら、この権能も法から与えられた目的を達成するために必要最小限において認められるものであり、刑事収容施設内においても、被収容者の人権が尊重されなければならないことはいうまでもなく（刑事収容施設法1条参照）、施設内の医療措置に関しても、国は、基本的には、被収容者に対し、一般人が医療行為を受けるのと同水準の医療上の措置を施す義務を負担しているものというべきである（同法56条）。

ところで、「安全配慮義務」とは、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信頼上負う義務として一般的に認められるべきものであるところ（昭和50年最高裁判決）、前記刑事関係法の適用により刑事収容施設に拘禁された被収容者は、施設外部の国民と異なり、自己の意思に従って自由に医師の診療行為を受けられるわけではなく、医療行為を受けるためにも、刑事収容施設の職員が協力が必要である。そして、同職員は、被収容者が飲食物を摂取しない場合等に強制的な診療行為等を行う権限も与えられているから（刑事収容施設法82条1項2号）、その反面、施設内の診療行為等に関し、被収容者の生命及び身体の安全を確保し、危険から保護すべき必要性があり、その必要性は、雇用契約における雇用者と労働者との間の関係などと別異に解すべき論拠がないばかりか、むしろそれ以上の必要性が認められる。

したがって、国は、刑事収容施設の被収容者の診療行為に関して、安全配慮義務を負担していると解するのが相当である。そして、その義務違反に基づく損害賠償請求権は、他の安全配慮義務違反の損害賠償請求権と同様に、一般債権として、10年の消滅時効期間に服するものと解される。

(3) これに対して、被控訴人は、国と刑事収容施設の被収容者との間の医療給付に関しては、契約又はこれに準ずる関係が認められないから、昭和50年最高裁判決のいう「安全配慮義務」を負わない旨主張している。

しかしながら、安全配慮義務は、公法、私法を通じて規定がなく、一般的法原理に基づく義務であり、これを認めるべき必要性は、当事者間の一定の接触関係において、一方当事者が相手方当事者に対し、一定の場所、設備等のもとにおいて勤務等を命じうという優位な立場にあることから、相手方当事者は、そのことによる内在的危険を負担しているところ、優位な立場にある当事者は、相手方の上記危険を予知して危険を回避することが可能であるのに、相手方当事者は、自らその危険を回避することが困難であることから、優位な立場にある当事者に相手方当事者に対する保護義務を課するのが相当であるとする法的・社会的評価から来るものであって、当事者の意思を論拠とするものではない。

そして、一般的に、安全配慮義務違反が債務不履行責任として構成されているのも、義務を課した側と課された側に常に契約関係が存在するからではなく、この点も法的・社会的評価から、「特別な社会的接触」をもって、一種の契約関係と同視しているにすぎないのである。現に、職務には契約関係とはいえない、国又は公共団体の任命行為によって開始される公務員の労働関係（従前は特別権力関係などと呼ばれていた。）などにも安全配慮義務が認められているのであるから（昭和50年最高裁判決）、安全配慮義務違反が認められる場合を「契約関係又はこれに準ずる関係」が存在する場合に限定する論拠もないものというべきである。

また、このような安全配慮義務を不法行為責任とは別に認めるべき実質的必要性は、不法行為の損害賠償請求権が3年の消滅時効期間であるのに対し、債務不履行の損害賠償請求権の消滅時効期間が10年であるという損害賠償請求権の消滅時効期間の長短にあるが、刑事収容施設の被収容者は、身柄を拘束されている立場上、権利行使の実効性がある程度制約されているのであ

るから、労働関係などよりも一層、長期の拘禁時効期間により保護すべき必要性が高いものといわなければならない。

以上のとおりであって、被控訴人の上記主張は採用できない。

2 本件措置の違法性ないし被控訴人の責任の有無（争点(2)）について

(1) 認定事実

前記前記事実に加え、証拠（甲1、2、乙9、12～15、17～19、21、24、25、28、29、31、32、33、証人[]、控訴人本人）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

ア 警察署に逮捕勾留中の控訴人の授食状況等と警察署の対応

控訴人は、平成18年10月23日に逮捕・勾留され、兵庫県警合巻署署留置場で留置された後、同月25日から同県警察本部篠山留置場で留置された。同月29日には、神戸中央市民病院で受診し、脱水症状が認められたことから輸液が実施された。この間、控訴人は、逮捕後は一貫して食事を取らず、篠山留置場に収容後は湯茶も飲まず、さらに、給与される食事に関して篠山の取扱い絶対に食わん、警察の水は一切飲まない旨を述べて約1週間絶食の状況にあった。

イ 神戸拘置所に勾留中の控訴人の授食状況等と拘置所の対応

控訴人は、平成18年10月31日から平成19年5月10日までの間、神戸拘置所に収容されていた。控訴人の入所時の体重は80.2kgであった。ここでも、控訴人は、当初は、治療は一切受けない、水も飲まないと述べ、食事は口につけておらず、自己の意志で食事を取ろうとはしなかった。そのため、当初は点滴処置も行われなかったが、拘置所の医師は、控訴人に対し、いざという時は強制的に点滴等を行う旨を控訴人に説明した。

なお、控訴人は、神戸拘置所において、抗不安薬（セルシン）、抗てんかん薬（デグレトール）、鎮痛薬（フェノバール）等の処方を受け、その後も追加処方を受けた。

その後も、控訴人は、不食を継続し、同年11月1日、点滴を一旦は拒否したものの、同月2日、控訴人の同意を得た上で、点滴が実施された。

同月4日の診察時、控訴人は、「鼻から入れるくらいならエンシユアを口から飲む。」と述べていた。

控訴人は、同月7日の夕食時から、経腸栄養剤（エンシユアリキッド）を飲用するようになり、以降、少量の食事を摂取し、経腸栄養剤を飲用した。同年12月ころからは、支給された食事を全量摂取するようになったが、刑事事件の判決後から、再び食欲低下を来し、適宜、経腸栄養剤を処方されていた。

なお、控訴人は、神戸拘置所収容中には、施設で提供される食事以外に、自費で、チョコレート、飴、氷砂糖、紙パック入りのジュースなどを間食として購入して適宜摂取していた。

ウ 大阪拘置所に勾留中の控訴人の授食状況等と拘置所の対応

ウ 控訴人は、平成19年5月10日、神戸拘置所から大阪拘置所へ移送された。移送の際、神戸拘置所から控訴人の「病状連絡票」（乙13）が引き継がれた。同票面には、不安神経症、不眠症、便秘症、アレルギー性鼻炎、末梢循環不全、うつ病などの控訴人の病名とそれに対する治療内容のほか、参考情報として、「自己意志による欠食 留置所での留置中、また神戸拘置所入所後約一週間自己意志による欠食が見られ、輸液・エンシユアリキッド処方にて対応した。その後経口授食に問題はないが判決が出てから再び食欲低下を来し適宜エンシユアを処方して対応している。」との記載がされていた。また、控訴人は、大阪拘置所入所の際、上記の神戸拘置所で購入した間食類の残りを大阪拘置所に持ち込んだ。

入所時健康診断において、血圧は、「（収縮期）138mmHg／（拡張期）86mmHg」、体重は「76kg」であった。控訴人から全身倦怠感及び不安神経症の申出があったが、全身倦怠感については、大阪拘置所医

器外科医師の[]が診察したところ、瞳孔、対光反射、心音、血圧及び脈拍等に異常が認められず、腹部の触診でも異常は認められなかった。不安神経症については精神科受診を予定することとした。

- (イ) 平成19年5月11日、大阪拘置所医療部精神科医師の[]医師が控訴人を診察したところ、控訴人から、強度の不眠、自律神経失調症及びうつ症状の申出があった。[]医師は、診察の結果、経過観察することとし、控訴人に経頭蓋筋等も処方しなかった。

控訴人は、入所時から11食(同月10日の夕食から同月14日の朝食まで)を不食していた。ただし、控訴人は、食事とともに提供されるお茶などは飲んでいたし、神戸拘置所から持ち込んだ間食類も時折、食していた。

これに対し、舎房担当職員は、食事を給与するたびに摂取するよう指導していたが、控訴人は、同月10日の夕食について「いりません。わたしは、ここでは食べる気はありません。」と、同月11日は三食について「いりません。食べません。」「ここに居るあいだは食べません。」等と、同月12日は三食について、手を振り、「いらん。」と、同月13日の三食について「いらん。」と、同月14日の朝食について、「いらん。」とそれぞれ述べて相違わず、提供される食事を取らなかった。

- (ウ) []医師は、平成19年5月14日、控訴人を診察したところ、血圧は、「(収縮期)152mmHg/(拡張期)86mmHg」、体重は「71kg」であり、入所時と比較して5kgの体重減が認められた。しかしながら、控訴人の身長は、172cmであるから、体重71kgにおけるBMI(ボディマス指数、体重と身長の関係から算出される、人の肥満度を表す体格指数)は23であり、日本肥満学会の指標では、その正常範囲(普通体重)である18.5以上25未満(18.5未満が低体重(痩せ型)とされる。)におさまっていた。

[]医師は、控訴人が大阪拘置所入所時から食事を摂取するよう指導されているのに、給与した食事を全く摂取しない状況が続いている上に、[]医師から、当日、食事を取るように指導されても、「こんなもの食えるか」と述べたことから、控訴人がこのまま不食を継続した場合、場合によっては、その生命に危険が及ぶおそれがあると判断し、控訴人に対し、本件措置を実施することにした。その判断の根拠は、11食不食及び体重減少の事実、並びに、食事拒絶を継続するとの控訴人の意思表示のみであり、その他の健康状態、すなわち、脈拍数、体温等の検査や問診はしなかった。なお、[]医師は、その際、控訴人の血液を採取し、検査に回したものの、その結果は同月18日に出ており、本件措置を実施する際の判断根拠とはされていない。

- (エ) 平成19年5月14日午前11時30分ころから同85分ころまでの間、大阪拘置所医療部診療室において、[]医師の指示の下、本件措置が実施された。

[]医師は、看護士[]、同[]らに対し、栄養供給を実施する旨告知し、栄養供給の方法として、鼻腔から胃の内部にカテーテル(ゴム製、直径約9mm弱、長さ約80cm)という管を挿入して栄養剤を注入すること、また、管には円滑剤のゼリーを塗付した上で挿入するものの、挿入の際には痛みが生じたり、出血する場合もある旨説明した上で、立ち会っていた処遇部門の職員に対し、控訴人をベッドへ移動させるよう指示するとともに、[]及び[]に対し、クリニミール(経腸栄養剤)1200キロカロリーへの補給を指示したが、その際、本件措置実施につき控訴人の同意を得なかった。

処遇部門の職員2名は、控訴人の両脇を抱えて車椅子から立たせた後、静脈留置のベッドに控訴人を仰向けに寝かせ、栄養供給の実施に際し、控訴人が抵抗して身体を揺さぶらないよう、処遇部門の職員3、4人で控訴人の頭部及び両手足を押さえて身体を固定し、経管栄養カテーテル

の先端にゼリーを塗付して挿入し、カテーテルが胃に到達していることを確認の上、■が、カテーテルに注射筒を接続して経腸栄養剤1200キロカロリー分を注入した。注入終了後、■が、■医師の指示により、カテーテルを引き抜いたところ、控訴人の鼻腔から出血が認められたので、■医師の指示により止血処置が行われた。なお、■医師は、本件措置の実施の前に、その代替手段として、神戸拘置所で実施されていた点滴処置について控訴人の同意の有無を確認していないし、またクリニミールは経腸栄養剤であり、経口で飲むことも可能であり、また別にエンシエアリキッドという栄養剤も存在し、現に控訴人は神戸拘置所ではこれを経口摂取していたが、控訴人に対し、栄養剤の経口摂取も促していない。

付) 控訴人は、平成19年5月18日の時点でも、「鼻の調子が悪く月曜日(注：本件措置日)に出来た傷からまだ少し出血しています」と診療医せんに記述していた。

(2) 事実認定の補足説明

被控訴人は、本件措置につき控訴人の指示の承諾があったと主張しているが、前記認定のとおり、控訴人は、本件措置の際、3、4人の拘置所職員から、頭部及び両手足を押さえられ、身体を固定されていたというのであるから、仮に、控訴人主張のように、本件措置の際に、「何をするんや」「やめてくれ」などという発言がなかったとしても、控訴人が本件措置につき指示の承諾をしていたと認めることは困難である。

(3) 判断

ア 本件措置が行われた平成19年5月11日は、まだ刑事収容施設法が施行されるより前であるが、同法は、既に平成18年6月8日に公布されており、その施行日は、本件措置の約2週間後である平成19年6月1日とされていたのであるから、本件措置についても、同法の趣旨に照らして検討するのが相当であると解される(この点については控訴人・被控訴人と

もに具なる見解を主張していない。)

イ 拘置所内の診療行為や医療上の措置においても、診療や措置を受ける被収容者の承諾を得ることが原則である(刑事収容施設法62条1項1号)。

しかしながら、同項2号は、被収容者が「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」には、被収容者が診療等を拒否した場合でも、診療等を行うことができると規定している。

そして、この診療等は、摂食の拒否によって生命への危険が現実切迫するまで出来ないとすると、場合によれば、診療等が遅きに失って被収容者の生命が失われたりする危険があるから、生命への危険が現実切迫するまで待つ必要はなく、相当期間拒食を続けている状態で、被収容者の旨意などから今後も長期間にわたって摂食拒否を続けることが明確であり、生命に危険が及ぶおそれが認められれば、そのような危険の発生を見越して、合理的な範囲で実施することが許されると解するのが相当である。

もっとも、摂食の拒否に対する医療上の措置といっても、本件のような鼻腔経管栄養補給措置のほかにも、被収容者に経口で栄養剤を飲用させること(自主的嚥下)や点滴処置等が考えられ、措置の種類によって、身体の侵襲の程度も異なることから、拘置所内の診療等に関しても、当然、被収容者の人権が尊重されるべきである上(刑事収容施設法1条参照)、社会一般の保健衛生及び医療の水準に照らして行われなければならないこと(同法56条)に照らすと、被収容者の摂食拒否によって、その生命に危険が及ぶおそれが認められるからといって、医師がどのような栄養補給措置を選択するかについて自由な裁量権が認められているわけではないというべきである。

とりわけ、鼻腔経管栄養補給措置は、鼻腔からカテーテルを通すという措置の性質上、本件のように鼻腔内に管がついて鼻血が出る危険性があるほか、措置中に患者が動いたりすると、カテーテルが気管や肺に入る危険性があるなど、非常に危険性の高い措置である上(証人■もこれを

認めている。), その態様も、経口飲食が可能な被収容者に対し、鼻腔からカテーテルを通すということで、屈辱的な感情を抱かせるものであるから、同措置の選択に当たっては慎重に行う必要があるというべきである。

以上の点に照らすと、医師は、被収容者の摂食拒否に対し、栄養補給措置を実施するに際しては、まず、被収容者に対し、出来る限り、自発的に食事を摂取するよう促すとともに、次いで、具体的な栄養補給措置を実施する場合には、被収容者の同意を取り付けるよう試み、さらに、同意が得られない場合には、顔検査によって被収容者の飽腹状態を十分に検証し、その結果を踏まえて、同法62条1項2号の「生命に危険が及ぶおそれ」の有無を判断した上、強制的で、かつ危険性も高い鼻腔経管栄養補給措置を実施するより前に、まず、点滴処置や経腸栄養剤の自主的嚥下など、より強制的でなく、危険も少ない代替的手段の実施を試みるべき注意義務があると解するのが相当である。

そして、この注意義務は、身体拘束に伴う被控訴人の強制力行使に本来的に内在する一般的な義務であるほか、前記1の安全配慮義務としての義務でもあるというべきである。

ウ これを本件についてみると、前記認定事実によれば、[]医師としては、本件措置に際し、控訴人に対し、食事の摂取を促して拒絶されたことは認められるものの、点滴処置や経腸栄養剤の自主的嚥下（経口摂取）などの実施を試みた形跡がない上、控訴人がこれまで11食不食にしていること、本件措置の前の体重測定において、4日前の入所時の体重から5kg減少していることのみを判断根拠として、控訴人の同意を得ることなく、本件措置を実施したのであるから、上記の義務違反が認められ、本件措置の実施は違法であるというべきである。

この点につき、被控訴人は、①控訴人が点滴処置に協力する態度をとり続けたとは考えられなかったし、経腸栄養剤の自主的嚥下（経口摂取）も実現可能性が低かった。②控訴人が11食分の摂食を拒否し、その態度から冬

場にわたって摂食を拒否する意思が明確であり、控訴人の体重がわずか4日間で5kgも減少したから、控訴人の生命に危険が及ぶおそれがあったと主張している。

しかしながら、前記認定のとおり、控訴人は、神戸拘置所収容中には、点滴処置や経腸栄養剤の自主的嚥下（経口摂取）に応じているのであるから、試みることもなく、実現可能性が低いなどと即断できるものではない。むしろ、前記認定のとおり、神戸拘置所収容中には、控訴人が、「鼻から入れるくらいならエンシユアを口から飲む。」と述べていたことなどからすると、控訴人は、本件措置のような鼻腔経管栄養補給措置を極度に嫌っており、本件においても、医師が説得すれば、少なくとも経腸栄養剤の自主的嚥下（経口摂取）には応じていた可能性が高かったというべきである。

また、殊に、控訴人の体重は、わずか4日間に5kg減少しているのであるが、他方で、神戸拘置所入所時の体重は60.2kgであったこと、減少後の体重でも、BMIは正常範囲内であったこと、その他の控訴人の身体状況は不明であることからすると、11食の不食と体重減少という事実のみからは、控訴人の生命に危険が及ぶおそれがあると判断することは困難である。今後の摂食拒否についても、控訴人が今後も一切摂食しないとまで断言していたことを認めるに足る証拠はないし、神戸拘置所収容中も途中からは支給された食事を全量摂取していることからすると、むしろその可能性は低かったというべきである。

なお、証拠（乙22）によれば、法務技官医務部長の[]は、本件措置を実施したことは適切な判断であるとの意見を述べていることが認められるが、上記で提示した理由から、同意見は採用できない。

したがって、被控訴人の上記主張はいずれも採用できない。

エ そうすると、[]医師が控訴人に対して本件措置を実施したことは違法であり、[]医師に過失も認められるから、被控訴人は、控訴人に対し、本件措置実施につき、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償責任を負うと

ともに、安全配慮義務違反として債務不履行に基づく損害賠償責任も負担しているものというべきである。

3 控訴人の国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権の時効消滅の有無(争点3))について

前記認定のとおり、本件措置が行われたのは、平成19年5月14日であるから、特設の取柄の認められない本件においては、不法行為時も同日であるところ、控訴人が本件訴訟を提起したのは、前記前提事実(6)記載のとおり、平成23年7月19日であるから、既にその時点で3年を経過していることは明らかである。

そして、被控訴人は、本訴において、上記消滅時効を援用する旨の意思表示をしているから(前記前提事実(7))、控訴人の国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求権は時効により消滅したものというべきである(国家賠償法4条、民法724条前段)。

4 控訴人の損害額(争点4))について

前記認定のとおり、控訴人は、本件措置により、鼻から出血するという傷害を負った上、両手両足を拘束された状態で仰向けにされ、鼻腔から強制的にカテーテルを胃に挿入するまで挿入されるという屈辱的な扱いを受けたことにより、精神的苦痛を被ったものと推認できる。

しかしながら、他方で、前記認定のとおり、上記の鼻からの出血は軽度のものであったこと、本件措置は、栄養供給措置であって、措置自体によって控訴人が損害を被ったとは認め難いこと、控訴人も支給された飲食を1食も不食にするなど、医師が栄養供給措置を考慮せざるを得ない状況にした点で落ち度が認められるものである。

以上のほか、本件に現れた諸般の事情を考慮すると、控訴人が本件措置によって被った精神的苦痛を慰撫するに足りる慰謝料額は、50万円をもって相当と認める。

5 結論

以上によれば、控訴人の安全配慮義務違反(債務不履行)を理由とする損害賠償請求は、損害金50万円及びこれに対する訴状送達の日(翌日)である平成23年8月6日から支払済みまで民法所定年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから認容すべきであるが、その余は理由がないから却却を免れない。

よって、原判決を上記の趣旨に変更することとして、主文のとおり判決する。
(大阪高等裁判所第13民事部)

平成30年度新任判事補研修

参照判例（刑事裁判）

「合議における判例調査の在り方」

— 1月21日（月）使用 —

①強盗殺人殺人強盗予備窃盗邸宅侵入被告事件

〔昭和23年3月9日・昭和22年（レ）第204号・最高裁判所第3小法廷判決〕
（刑集2巻3号140頁）

②殺人、器物損壊被告事件

〔平成29年4月26日・平成28年（あ）第307号・最高裁判所第2小法廷決定〕
（刑集71巻4号275頁）

刑事裁判①

○強盗殺人殺人強盗豫備窃盗邸宅侵入被告事件

昭和二十二年(レ)第一〇四號 棄却
同二十三年三月九日第三小法廷判決

【被告人】 被告人

辯護人 戸田 宗孝

【檢察官】 十國寺 宗雄 關興

【第一審】 京都地方裁判所 【第二審】 大阪高等裁判所

○判示事項

- 一、刑訴應急措置法第一二條第一項本文の規定による被告人の訊問請求権と裁判所の告知義務
- 二、判決に示すべき證據説明の程度
- 三、引用した證據の適法な理由を説明することの要否
- 四、強盗殺人行爲に時間的に接近して行われた殺人行爲

○判決要旨

- 一、公判廷において被告人に對し、刑訴應急措置法第一二條第一項本文の規定による供述者又は作成者を訊問する権利のあることを告げて、その訊問の請求をするかどうかを預めなくとも、違法ではない。
- 二、罪となるべき事實につき證據説明をするには、犯罪事實の記載と相まつて證據の内容を知ることができる程度に、その説明をすれば十分である。

三、判決に引用した證據につき、その適法である理由を説明する必要はない。

四、強盗殺人の行爲を終了した後、新たな決意にもとづいて別の機會に人を殺したときは、その殺人行爲が時間的に強盗殺人行爲に接近し、その犯跡を隠べいする意圖の下に行われたものであつても、それは別箇獨立の殺人罪を構成する。

【參照】 日本國憲法の施行に伴う刑事訴訟法の趣旨的指針に關する法律第一二條第一項 証人その他の者(被告人を除く)の供述を録取し、その録取又はこれに代わるべき書類は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機會を被告人に與えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機會を與えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所は、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の權利を適當に考慮して、これを証拠とすることができ。

刑事訴訟法第三六〇條第一項 有罪ノ旨決ラセタルハテ事實及證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ説明シ法令ノ適用ヲ示スヘシ

刑訴第二四〇條 強盗人ヲ殺シタルトキハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス刑ヲ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

同法第一九九條 人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處ス

○主 文

刑訴應急措置法第一二條第一項本文の規定による被告人の訊問請求権と裁判所の告知義務、判決に示すべき證據説明の程度、引用した證據の適法な理由を説明することの要否、強盗殺人行爲に時間的に接近して行われた殺人行爲

○理由

證人戸田宗孝「普通鑑査第一點は「原判決は罪となるべき事實を認めた證據に關する説明が不十分であり従つて理由不備の違法がある。又不當な證據に基いて事實を認定した違法がある。即ち（イ）日本國憲法の施行に伴う刑事訴訟法の總論的措置に關する法律第十二條によれば證人その他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は被告人の請求があるときはその供述者又は作成者を公判期日において訊問する機會を被告人に與へなければこれを證據とすることが出来ない旨を規定してあり原審における公判期日は昭和二十二年九月十一日であるから同法附則第三項に照してもこの規定が原審の證據に適用のあることは明らかである。従つて原審裁判長が公判期日において證據をなすに際しては、すべからず刑事訴訟法第三百十五條や新憲法の基本的人權の尊重に關する趣旨等に照して、被告人に右の法律によつて與へられている防禦權のあることを告げその請求をなすか否かの説明をすべきである。然るに原審公判調書（記録第九二二丁以下）を調べてみても單に刑事訴訟法第三百四十七條の規定に従つて被告の意見を求めているだけでこの説明權行使した形跡を認めることが出来ないばかりでなく原判決中にも漫然と證人 〇〇〇 〇〇〇 や證人 〇〇〇 〇〇〇 に對する豫審期間調書の記載を證據として掲示してあるだけでこれが右述の法律に照して適法な證據である所以を明示していない。又從來一般の判決もこの點にいいない様に見受けられるけれど、しかし乍ら右述した理由に基いてこれは證據説明として不十分であり又右證據はまだ適法な證據となる前提を缺いていると認ずるのが正當であると思う。（ロ）又原判決はその判示事實を認定する證據の一として「（ハ）押收の主文第二項及び第三項

【参考文献】

に記載した各物件並びに柔道着帯紐一本（證第一號）手拭一本（證第四號）の存在」と摘示しているが、原簿公判調書の記載によればこの判事證據物に關し刑事訴訟法第三百四十一條の手続を行つたか否かが明瞭を缺いてゐるからこれもまだ適法な證據と認めることが出来ないものである。（一）更らに又原判決は「各死亡の原因が判示の通りであることは鑑定人 〇〇〇の同人等に對する各鑑定書中それぞれの旨の記載のあることによつて、これを認める」と言つてゐるが「それぞれの旨の記載」という表現では何のことも良く理解し難いものであり判決の證據説明としては不充足であると言わなければなるまい。」というのであるが、

Evidence 11

を問うたとあつて本件被告人に對しても之を示して刑事訴訟法第三百四十一條所定の手續を實行したことが明白であるから、原判決が論旨主眼の各證據物の存在を證據としたことは勿論違法ではない。又判決において罪となるべき事實につき證據説明をするにはその推理判斷の生じた所以を明かにするために犯罪事實の記載と相

刑罰應急措置法第一二條第一項本文の規定による被告人の訊問時を極と裁判官が告知義務を判決に示すべき証拠證明の秘匿、引用した證據の過失を説明することの要否、監禁人行為に時間的接近して行われた殺人行為を抽出

【通旨第三】

俟つて證據の内容を知ることができ程度にその説明をすれば足りるものでそれ以上に詳細にそして又引用した各證據の適法な證據である理由について逐一説明を加えることは必要ではないから、原判決が證據として引用した論旨主張の各證據間關係についてその適法な證據である理由を開示しなかつたからといつて之を違法であるといふことができないことは勿論である。そして又原判決は犯罪事實中に各被害者の死因を「一々詳細に明記した上その證據として鑑定人 作成に係る各鑑定書中の「それぞれの旨の記載」を引用したのであつて右兩者を對照して讀めば各鑑定書に記載せられてゐる死因についての同趣旨の記載により犯罪事實中に記載した各被害者の死因を認定するといふ趣旨であることが了解できるから、原判決の證據説明は缺けるところがあるものといふことはできない。従つて原判決に理由不備の違法があるとする論旨第一點は凡て理由がな

可第二點は「原判決は罪となるべき事實を明示していない不備がある。即ち犯罪事實を明示するためにその日時の表示は不可缺の條件であるが原判決は例示第二の事實を示すに當つて」「(前略)そこで被告人 及び が前記罪及び罪の短刀二口をそれぞれ袋中にし被告人兩名及び 及び 午後八時四十分頃 方に赴き(下略)」と記載し日時を記載してゐない。その前記の記載に照し強盜殺人の罪を行つた日が二十八日であることは知り得るけれど例示罪の日はその他の記載に照しても明瞭を缺いてゐる。この點は明らかに「同日」と記載するのを同月と誤記したものと認められるけれど若し「月」を「日」に訂正しその訂正について誤印を缺くときはやはり刑事訴訟法第七十二條に違反するものと首はなればならぬしその結果同法第四一〇條第二十一條に違反することになるであらうことと考へ合はせるとこの誤記は結局この判決事實摘示を不備なものとなすべき大きな欠陥であるといひなければならぬ。」といふのであるが、

該旨指摘の「同月」という文言の前記の文意に被告人等が同月(二月のこと)二十八日午後八時頃例示第二の起行の相違を

したことが判明され、同第三の事實において右第二の起行に引つて同第三の起行が三月一日午後六時三十分頃行われたことが判明されている上に、右「同月」の後につけて記載してあるのが午後八時四十分頃という時間の記載であつて日の記載でないことを要約すれば、右「同月」が「同日」の誤記であることは明白であるのみならず、假令原判決が右月を日に訂正した場合その訂正の仕方が論旨主張のように刑事訴訟法第七十二條所定の方法に反することがあつたとしても右の方式違背は同法第四十條第二十一條に依る判決に對する檢印を缺く場合に該當せずそのため直に判決の無効を主張するものではないから、原判決が例示第二の起行につて起行の日時を示さなかつたものといふことはできない。従つて原判決には罪となるべき事實を明示しない違法はなく、論旨第二點は理由がない。

同第三點は「原判決は法律の解釋や適用を誤つてゐる違法がある。即ち(イ)原判決は法令の適用を示すに當つて」「第二の強盜殺人の點は同法第二四〇條後段第六十條に「該當すると首つてゐるが一個の強盜罪を犯すために殺人を殺害したときは殺人その殺人行為は同一の目的を遂行する手段として行つた場合と雖も之を數個の強盜致死罪に開釋するのが當然である。このことは從來大審院の判例も同一の見解を示してゐる。従つて判示「第二の強盜殺人の點」については刑法第二四〇條後段第六十條の外に刑法第五十五條が適用されなければならぬ旨である。(ロ)又原判決は判示第三の事實に對して刑法第九十九條第六十條を適用しているが本件記載並びに原判決の判示自體によつて明らかである様に判示第三の殺人は判示第二の強盜殺人の罪を濫減するため、又時間的にも、これに續接して行われたものであるから、刑法第二百三十八條の趣旨にも照し合はせて判示第二の強盜殺人行為の一部分であると認めるのが相當であつて、これとは別個獨立の犯罪と認めるこの部分に刑法第九十九條を適用するのは相當でないと思う。(ハ)又原判決は「第一(一)の邸宅侵入と強盜強奪とは一個の行為で二個の罪名に觸れるものであり、第一(一)(二)の強盜強奪第一、(三)の強盜第二の各強

刑訴訟法第二條第一項本文の規定による被告人の裁判請求權と裁判所の告知義務、判決に示すべき證據開示の程度、引用した證據の適法な理由を説明することの要否、強盜殺人行為に時間的接近して行われた強盜行為

強殺人の所爲はそれぞれ犯意を繼續してなされたものであるから、同法第五十四條第一項前段第五十五條第十條により結局最も重い[]に對する強姦殺人の一罪とし(中略)被告人兩名をいづれも死刑に處する。』旨を判示しているが、刑法第五十五條に所謂「一罪として處断する」というのは、判示の如く数個の行爲の中最も重い一個の犯罪であると擬制することではなくて数個の犯罪を唯單に處分上一罪として取扱うという意味であると解すべきものであるから原判決はこの點において刑法第五十五條の適用を誤つたものであるといわなければならぬ。又同法第五十四條第一項前段の規定は連續犯としての第二(一)(二)の強姦脅迫及び第一(三)の強姦並びに第二の強姦殺人の所爲の全體と第一(一)の邸宅侵入との關係に於いて適用されるべきであるのに原判決はこの點に出でてない。これもまた法律の適用を誤つてゐるものである。』といふのである。

一箇の強姦罪を犯すために殺人を殺害したときはたとへその殺人の行爲が同一の目的を遂行するための手段として行われたものであつても數個の強姦殺人罪に問ふべきことは論旨主張の通りであり、原判決がその法令適用の部の前段において「第二の強姦殺人の點は刑法第二百四十條後段第六十條に該當する」と判示していることはこれ又論旨指摘の通りであるが原判決は一方、犯罪事實の部の末尾のところには「第一(一)(二)の強姦脅迫(同(三)の強姦)第二の強姦殺人の所爲はそれぞれ犯意を繼續して行われたものであると判示し更に法令適用の部の後段においては「第一(一)(二)の強姦脅迫第一(三)の強姦第二の各強姦殺人の所爲はそれぞれ犯意を繼續してなされたものであるから同法第五十四條第一項前段第五十五條第十條により結局最も重い[]に對する強姦殺人の一罪とし」と判示してゐるのであつて、以上を綜合すれば、原判決は判示

第二の事實については殺害の強姦殺人罪の成立を認めるものではあるが、之が犯意を繼續して行われ、右が更に判示第一(一)(二)の強姦脅迫及び同(三)の強姦と共に全體として犯意を繼續して行われたものと認めるので、以上の全體に對して刑法第五十五條を適用し數箇の強姦殺人罪に對し別箇に同法條を適用しなかつたものであると解せられるから、原判決がこれを一個の強姦殺人罪として問へたことは當らない。又原判決が刑法第五十四條第一項前段第五十五條を引用して「結局最も重い[]に對する強姦殺人罪の一罪とし」と判示してゐる事實に徴すれば、右の「一罪とし」というのは、右[]に對する強姦殺人罪の一罪として處断する趣旨であること即ち論旨主張の連續犯を組成する行爲の全體に對し最も重い[]に對する強姦殺人罪の刑をもつて處断するといふ趣旨であることが明白であるから、原判決がこれを「一罪と擬制したものである」と非難することは當らない。又原判決が前記のように刑法第五十四條第一項前段と共に同法第五十五條を適用してゐる事實に徴すれば、原判決が「第二(一)(二)の邸宅侵入と強姦脅迫とは一個の行爲で二個の罪名に觸れるものであり」と判示したのは論旨主張の連續犯を組成する數箇の行爲の中事實上同時に邸宅侵入罪に觸れるものが第一(一)の強姦脅迫の行爲であることを示した迄のことで、法律上において右連續犯を組成する行爲の全體が前記邸宅侵入の行爲と刑法第五十四條第一項前段の關係に立つことを否定する趣旨ではないと解せられるから、原判決が右兩者の間に刑法第五十四條第一項前段の關係があることを認めないものであると論議することは當らない。之を要するに原判決は判示第二の事實につき數箇の強姦殺人罪の成立を認め正當に刑法第五十五條を適用したので、その適用を誤つた違法は存しない。次に、刑法第二百四十條後段の強姦殺人罪は強姦たる者が強姦をなす機會において他人を殺害することにより成立する犯罪であつて、一旦強姦殺人

【要旨第四】

刑罰法第五十四條第一項前段第五十五條第十條により結局最も重い[]に對する強姦殺人の一罪とし(中略)被告人兩名をいづれも死刑に處する。』旨を判示しているが、刑法第五十五條に所謂「一罪として處断する」というのは、判示の如く数個の行爲の中最も重い一個の犯罪であると擬制することではなくて数個の犯罪を唯單に處分上一罪として取扱うという意味であると解すべきものであるから原判決はこの點において刑法第五十五條の適用を誤つたものであるといわなければならぬ。又同法第五十四條第一項前段の規定は連續犯としての第二(一)(二)の強姦脅迫及び第一(三)の強姦並びに第二の強姦殺人の所爲の全體と第一(一)の邸宅侵入との關係に於いて適用されるべきであるのに原判決はこの點に出でてない。これもまた法律の適用を誤つてゐるものである。』といふのである。

の行爲を終了した後、強盗に逃げて別の機会に他人を殺害したときは右殺人の行爲は、たとえ時間的に先の強盗殺人の行爲に接近しその犯跡を隠す意圖の下に行われた場合であつても、別箇獨立の殺人罪を構成し、之を先の強盗殺人の行爲と共に包括的に觀察して一箇の強盗殺人罪とみることは許されないものと解すべきである。ところが、原判決摘示の事實によれば被告人は外二名と共に共謀の上京都市

三月一日午前一時半頃迄の間に右 方南市岡區 東側堤防下 附近及同市 堤防附近において 外二名を殺害して 家より金品を強奪した後右犯行の機覺を防ぐため判示のようないきさつで被告人等の顔を見知つてゐる判示 を殺害しようと同謀し、同人を同市

の空家内に誘ひ出し三月一日午前六時三十分同岡所において同人を殺害したといふのであつて強盗殺人の行爲をした後先の犯行の機覺を防ぐため改めて共謀の上敵時間後別の場所において人を殺害したこと明白であるから、前記の法理により被告人等が判示 を殺害した行爲は

外二名に對する強盗殺人罪に包含せられることなく別箇獨立の殺人罪を構成するものといわなければならない。従つて原判決が之に對し刑法第九十九條を適用したのは正當である。論旨第三點は凡て理由がない。

(その他の上告附屬及び判決理由は省略する。)

よつて刑事訴訟法第四百四十六條により主文のとおり判決する。

以上は裁判官全員一致の意見である。

(裁判長裁判官 長谷川太一郎 裁判官 井上登 裁判官 庄野理一 裁判官 島保 裁判官 河村又介)

○ 參 照

原審判決の主文及び理由

主 文

被告人兩名をいずれも死刑に處す。

押収の銀鍔短刀一口(證第九及び證第十號)及び銀鍔短刀一口(證第十一號)はいずれもこれを沒收する。

押収のカラー一本(證第八號)及び色背腰上服一件(證第十二號)タイシャツ一枚(證第十三號)靴色ズボン、チヨツキ、靴下及びセルシズボン各一箇(證第十五乃至十八號)はいづれもこれを没收する。

の相續人に没收する。

理 由

一、起訴事實

被告人 昭和十九年九月現役入營し昭和二十年九月復員し、東京の銀座區を營んでいたが在營中に見習つた賭博等によけるようになり、そのために昭和二十二年二月下旬頃には約二千圓の借金ができ三月二日の新聞記者の關係上その金をあせり、辻國盛まで金でた。又被告人 は昭和二十年八月一日現役入營し同月二十日復員してから正業につかないで、さつまいも等の園芸をしたり、或は遊樂や賭博等によけり、昭和二十二年二月下旬頃には約五千圓の借金ができ、新聞記者の關係で債權者から厳しい催促を受け金策にあせつた者、辻國盛まで金でた。被告人兩名と關係相被告人 とは親で、それぞれ知合の間柄であつたが、たまたま昭和二十二年二月二十六日被告人 方で三名相會するや 被告人兩名と關係金債に對していたところから、被告人兩名と とは共同して他人から金をを強奪しようとして夫のような犯行を企むに至つた。

第一、被告人兩名は と相談の上、

(一)昭和二十一年二月二十六日午後十時頃、強盗の目的で、被告人二人及び[]は京都市[]が被告人[]所有の黒消短刀一口(證第十一號)を懷中にし、方義隆の竹垣戸をこじ開け同邸宅内に侵入して、[]

(二) 四月二十八日午後二時頃から同六時頃までの間強盗の目的で被告人が盗犯の短刀を懐中にし、被告人兩名及び同市方面に行き、強盗の機嫌をした。

(三) 被告人兩名及び 所有の現金三圓を窃取した。
は同日午後六時頃前所で前所 所有の銀巻箱短刀一口(證第九及び第十號證)及び同

は前記のように金品強奪の目的を達しなかつたため、同月二十八日午後八時頃前記方からの

が裕福な生活をしているので同家に行つて、被哲人
を米の寺主にした。被哲人
が知合の同市阿區
を米の寺主にした。被哲人

に手持現金がいくら位あるかを確かめた上、同人等家人を殺して金品を略奪しようとして決定し

時四十分頃、方に赴き、その家人が、その妻及びその息子三人だけであることを認めたと、被害者人種名及びは同月午後八

持ちかけたところ、同人は今手持現金が少いといふのでその内様の妻及び養子に米の代金を取り寄せるた

はまず米を運搬すると料して
(當 年)を同市
堤防附近で露(田)、

その結果生員動員委員による出立となった。同日午後十一時頃同所で被告人兩名及び[]は共同して前記の短刀を握つて、代る代るの頸部等二十数ヶ所を突き刺

を殺害するため誘い出そうとしたが、同人が既に同家にいなかったため、當時帰宅してゐた（寛政元年）し、更に

に對し、其の還途中軍に故障ができたから手傳つてくれと歎して、同人を同市
東側堤防下

にしてつなぎ合わせたもの（証券関係）でその頸部を固く縛り被告人が格好で足を押つけて動けないうちに持っていた日本手錠を二つ裂

その結果、同人をその場で窒息死させた。それから被告人兩名及び[]は[]方に立ちもどり、翌三月一日午前共同し

て固く縛り、その結果四人をその場で窒息死させた。そして引越と同時に須賀家にあつた所持の現金約七千二百

及び背腹上衣マボン、ワイシャツ、靴下（襪、第七號第八號、第十二號、第十三號、第十五號乃至第十八號）を要求した。

方一押しがけられ、その暴族でござる

(荷)

が来の隠員

か入書中の説文

あり、又被告人友の類も見知つた譯であるので、もしをこのまま放つて置くと、前記犯行が直ぐ發覚する

午前六時三十分頃前夜の米の取引について相談事ができたといつて、同人を同市の

も遅れだし、同市
所有の空家内に隠れ込み、被告人匿名及び
は共同して、必死になつて

の結果頭顱断傷による出血のため、同人をその場で即死させた。

を前記第一(一)(二)の強姦強姦、第一(三)の強盗、第二の強姦殺人の所爲は、それぞれ犯意を継続してなされたもの。

1842

の事實は、各被害者の死亡の原因及び犯意継続の點を除いて、

を説明することの要否、強盜に示す一殺人行為に於ける時間的接近して行われた違法行為を所告知義等の判決に示すべしと認明程度、被告人の辯護請求權と適法な理由を告知することの要否、強盜に示す一殺人行為に於ける時間的接近して行われた違法行為を

一五二
(七)

- (一) 被告人の宣誓証における「私と被告人及びが初めて方に就いた際には、同人等を脅迫して金を強奪しようとしたのである」と、當時はまだ同人等被告人を殺すことまで考えなかった。兇器短刀でを突き刺した際も中であつて、同人を殺すつもりはなかつた。又は私ばかりでなく、被告人及びも代る代る短刀で突き刺したものである。」と陳述する外、兇器と問題旨の供述
- (二) 被告人の宣誓証における「私と被告人及びが初めて方に就いた際には、同人等を脅迫して金を強奪しようとしたのである」と、當時はまだ同人等被告人を殺すことまでは考えなかった。兇器短刀でを突き刺したことはない」と陳述する外、兇器と問題旨の供述
- (三) 原審公判問答中被告人の「は、私、被告人及びが代る代る短刀で突き刺したものである。」と陳述する外、兇器と問題旨の供述
- (四) 原審公判問答中被告人の陳述と問題旨の供述
- (五) 原審公判問答中被告人の陳述と問題旨の供述
- (六) 被告人に對する原審公判問答中「昭和二十二年二月二十六日被告方で戸をどし開ける音がしたので、巡捕が来たと思ひ隠れをしたが、巡捕は居つて行つた。後で聞くと家の竹垣戸がこじ開けてあること知つた。旨の供述
- (七) 被告人に對する原審公判問答中「昭和二十二年二月十八日午後二時頃から大時頃まで方に若い三人の男が来た。その際と後、兇器の短刀短刀一口と本をの現金三圓がなくなつたこと知つた。旨の供述
- (八) 押収の主文第二項及び第三項に記載した各物件並びに銃造短銃一本(短銃一號)手銃一本(短銃問題)の各存在を聯合してこれを認め、及びの各死に原因が兇器の通りであることは、被告人の同人等に対する各鑑定書中それぞれの旨の記載のあることによつてこれを認める。又起訴問題の點は被告人等が短期間内に同様な行爲をくりかへしたとによつて明らかである。

1. 法令の適用

被告人の陳述の所為中第一(一)(二)の強盜罪の點は刑法第二百三十五條第六十條に、第一(一)の強盜侵入の點は同法第二百三十五條第六十條に、第一(三)の強盜の點は同法第二百三十五條第六十條に、第二の強盜罪人の點は同法第二百四十條後段第六十條に、第三の強盜の點は同法第二百三十五條第六十條にそれぞれ記載するが、第一(一)の強盜侵入と強盜罪とは一個の行爲で一個の罪名に属するものであり、第一(一)(二)(三)の強盜罪、第一(一)の強盜、第二の強盜罪人の所為は、それぞれ強盜を構成して成されたものであるから、同法第五十四條第一項強盜罪五十五條第十條により特別最重刑に對する強盜罪人の一罪とし、これと第三の強盜罪とは同法第四十五條第四段の併合罪であるが、強盜罪人の所定刑中死刑を適用するので、同法第四十六條第一項本文によつて他の主刑を併科しないで、被告人等各をいずれも死刑に處する。又押収の主文第二項記載の各物件は本件強盜罪、強盜罪又は強盜の各犯行に供した物であつて強盜以外の者に屬せず或は他人の所有をも許さないものであるから、同法第十九條によりいずれもこれを沒收し、押収の主文第三項記載の各物件は同法第二の強盜罪人の強盜であつて強盜者に没収すべき強盜が明白であるから刑法第二百七十三條第一項により、いずれもこれを沒收する。の相違人に適用することとする。

そこで本文の通り判決をした次第である。

○強盜被告事件(昭和二十二年(九)第二二八號(棄却))

【被告人】 被告人 辯護人 時田 三

【檢察官】 十四寺 宗太郎 氏

【第一審】 大阪地方裁判所 【第二審】 大阪高等裁判所

被告人の陳述と判決の適用

刑事裁判②

○殺人、器物損壊被告事件

(平成28年(あ)第307号 棄却)
(同28年4月26日第二小法廷決定)

【上告申立人】 被告人

【被告人】 ■■■■■ 弁護人 久保博之

【第1審】 大阪地方裁判所 平成27年9月17日判決

【第2審】 大阪高等裁判所 平成28年2月10日判決

○判示事項

侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法36条の急迫性の判断方法

○決定要旨

行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきであり、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容等を考慮し、緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに私人による対抗行為を許容した刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。

【参照】 刑法36条 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減軽し、又は免除することができる。

○主 文

本件上告を棄却する。

当審における未決勾留日数中310日を本刑に算入する。

○理 由

弁護人久保博之の上告趣意は、判例違反をいう点を含め、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。

所論に鑑み、本件における正当防衛及び過剰防衛の成否について、職権で判断する。

1 第1審判決及び原判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) 被告人は、知人であるA（当時40歳）から、平成26年6月2日午後4時30分頃、不在中の自宅（マンション6階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月3日午前3時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つたから待って。けじめとつたから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えると言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

(2) 被告人は、自宅にいたところ、同日午前4時2分頃、Aから、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁（刃体の長さ約13.8cm）にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

(3) 被告人を見付けたAがハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、Aに包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いてAに近づき、ハンマーで殴りかかって来たAの攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、Aの左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。

2 刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除する

ための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和45年（あ）第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意思内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を満たさないものというべきである。

前記1の事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を満たさないものというべきである。したがって、本件につき正当

防衛及び過剰防衛の成立を否定した第1審判決を是認した原判断は正当である。

よって、刑訴法414条、386条1項3号、181条1項ただし書、刑法21条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

（裁判長裁判官 菅野博之 裁判官 小貫芳信 裁判官 鬼丸かおる
裁判官 山本庸幸）

弁護人久保博之の上诉状意

○ 上诉状意書

第1 総論

原判決には、殺人罪について、正当防衛を認めずに有罪にした判例違反がある。また、殺意を認定し、積極的加害意思を肯定して殺人罪の成立を認めた原判決には影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正統に反する。

よって、原判決は速やかに破棄されなければならない。

以下、理由を述べる。

第2 原判決を破棄すべき理由

1 本件の争点及び上诉状書の構成

本件の争点は、第1に殺意の有無、第2に正当防衛乃至過剰防衛の成立の可否である。第2の争点については、専ら、積極的加害意思の有無が争われている。

以下では、まず、積極的加害意思についての判例違反について述べ、本件刺突行為について詳述した後、殺意及び積極的加害意思について重大な事実誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正統に反することを述べる。

2 積極的加害意思を認めた原判決には判例違反があること

(1) 原々審及び原審の認定

原々審は、被告人には、本件現場に赴く際、単なる怒りや攻撃的な感情にとどまらず、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用して、Aを包丁で刺すなどしてやろうという攻撃意思があり、被告人の本件攻撃は、その攻撃意思を実現するための加害行為であったと認定し

(原々審判決5頁、6頁)。原審は、原々審の認定には経験則等に照らし不合理な点はないとしている(原判決4頁)。

(2) 原々審及び原審の認定の根拠

原々審は、①Aと被告人との間の口論及びAが被告人を呼び出したこと、②Aが武器等で被告人を攻撃してくることを想定して被告人が三徳包丁を持参したこと、③Aが被告人をハンマーで襲った際、被告人は驚いて立ち止まったり、たじろいだり、Aから遠くに離れようとする機子がなく、平然と歩いてAに近づいたこと、④Aの3回目の攻撃の前にAの懐に踏み込んで突き刺したこと、⑤被告人が包丁をAに示したり、振り回すといった威嚇的行動や、斬りつけるといった行動を一切取っていないこと、⑥被告人は、理解できない理由に基づくAの行動や言動に立腹していたこと、⑦短時間で極めてスムーズに強い殺意に基づいてAの左胸部付近を狙って力一杯突き刺していることなどから積極的加害意思を認定しており、原審も原々審の判断に誤りはないとし、さらに⑧被告人が用いた包丁が殺傷能力のある凶器であることから、これを持ち出したこと自体が被告人の積極的な加害意思を推認させる事情といえると判示している。

(3) 最高裁判例に反すること

ア 最判昭和46年11月16日及び最高裁判昭和60年9月12日に反すること

最判昭和46年11月16日は、急迫とは、「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っている」ことをいい、「刑法36条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の初害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」と判示している。

また、最判昭和60年9月12日は、「急迫不正の侵害に対し自己又は

他人の権利を防御するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に被害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであっても、その行為は防衛のための行為に当たると解するのが相当」と判示している。

本件において、原々審は、④被告人は、理解できない理由に基づく A の行動や言動に立腹していたことを認定し、原審は、原々審の認定を是認しているところ、かかる認定は、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではないと判示した最判昭和46年11月16日に反する。また、同時に被害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであっても、ただちに防衛の意思を欠くものとはいえないと判示した最判昭和60年9月12日に反する。

イ 最判昭和52年7月21日に反すること

積極的加害意思について言及した最判昭和52年7月21日は、「刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当である」と判示している。

本件において、原々審は、⑤ A が被告人をハンマーで襲った際、被告人は驚いて立ち止まったり、たじろいだり、A から遠くに隠れようとする様子がなく、平然と歩いて A に近づいたこと、⑥被告人が包丁を A に示したり、振り回すといった威嚇的行動や、斬りつけるといった行動を一切取っていないことを積極的加害意思の認定に用いているが、これらの事柄を認定して評価することは被告人に侵害回避義務を課すものであり、最判昭和52年7月21日に反する。

(4) 小括

よって、原判決は最高裁判例に違反するから、速やかに破棄されなければならない。

3 本件刺突行為の認定について判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があること

(1) 原々審及び原審の認定

原々審は、本件実行行為について、「現場の防犯カメラの映像等によれば、後述するとおり、被告人は、石頭ハンマーを持って駆け寄ってくる A に、平然と徒歩で近づいて A の2回の攻撃に対応しつつ本件包丁を持った右手を引いて狙いを付けるとともに、A が3回目の攻撃に入るや、A の懐に踏み込んで勢よく包丁を突き出し、A の左側胸部を突き刺している。」(原々審判決3頁)と認定している。

原審も、殺意の認定に関連して、「被告人は、ハンマーで攻撃してくる被害者から隠れようとする素振りを見せず、被害者の最初の攻撃を左腕で防ぎながら自分の右脇付近に右手を固し、2回目の攻撃も回避しつつ差していた包丁を取り出し、さらに被害者が被告人との間合いを保ちながらハンマーで殴りつけようとしていたところに近づいて、被害者に向けて包丁を突き出しているのであるから、包丁がその刃体の長さよりも3センチメートル近く深く被害者の左側胸部に刺入したのは、被告人が非常に強い力で包丁を突き刺した結果とみるとのが相当である」として、原々審の認定に誤りはないと判示している(原判決2頁)。

原々審も原審も、被告人による本件刺突行為は、A が2回目の攻撃をしてきた後であり、この時の刺突行為が非常に強い力であったと認定しているが、以下のとおり、かかる認定には重大な事実誤認がある。

(2) 被告人による刺突行為は、A の大ハンマーによる3撃目の攻撃の後であること

ア 被告人は A の大ハンマーによる2撃目の攻撃の前に A の懐に踏み込

んでいないことが防犯カメラの映像から確認できること

原々容は上記のとおり、Aの2撃目の攻撃後、3撃目の攻撃の前にAの懐に踏み込んで勢いよく包丁を突き出したと認定している。

防犯カメラの映像を見ると(甲70)、確かに、被告人はAの3撃目の攻撃の前に包丁を突き出しているが、被告人はAの体に密着するようにAの懐には飛び込んではいない。

つまり、被告人が包丁を突き出した後、被告人は、被告人の頭部に向かってAの大ハンマー攻撃を上半身と頭を反らして回避し、その後、被告人はAの体に接近しているというのが、防犯カメラ映像に記録された客観的事実なのである(修正前の防犯カメラの時刻表示:3時52分42秒)。

このことは、甲70の映像をコマ送りして確認すれば、Aと被告人との間に、被告人が用いた包丁の刃の大部分が露出していることから明らかである。

イ 被告人がAの3撃目の大ハンマー攻撃に対し上体を反らすことで回避できたという事情からAと被告人との距離がある程度あったというのが客観的事実であること

Aが用いた大ハンマーの長さは、約47センチメートルある(弁2)。

Aの身長が約169センチメートル(甲62)であることから、大ハンマーを振り回していたAの腕の長さは少なくとも70センチメートル(ちなみに弁譲人は身長163、5センチメートルで、腕の長さは約70センチメートルであった。)である。大ハンマーの長さとはAの腕の長さを考えると、仮にAが脇を詰めた状態で大ハンマーを握っていたとしても、被告人がAの3回目の大ハンマー攻撃に対し上体を反らすことによって回避するには、被告人とAの距離がある程度なければ、例えばはおおよそ1メートル近くなければ、被告人はAの3撃目の大

ハンマー攻撃を避けることはできないはずである。

よって、被告人がAの3撃目の大ハンマー攻撃に対し上体を反らすことで回避できたという事情からAと被告人との距離がある程度あったというのが客観的事実である。

ウ 被告人のAに対峙する立ち姿からすると、被告人の包丁による反撃は力が入らないものであったこと

被告人は包丁を右手に持っていたのであるが、被告人はAに対し、左足を前方に置き、右足を後方に置いており、Aに対し左半身の態勢であった。

Aと対峙した時の被告人の立ち姿が左半身であったということは、被告人の左足を起点に考えた場合、被告人とAの距離はある程度近かったといえるが、被告人の右肩を起点に考えると、Aとの距離は被告人自身の半身分遠い距離にあった。

被告人がこのような態勢であったからこそ、被告人は上体を反らすことで、Aの3撃目の大ハンマー攻撃を回避できたのである。

また、左半身の状態で右腕の包丁を突き出しても、体重が乗ることはなく、腕の力だけしか加わらない。つまり、左半身の態勢から、右腕を突き出しても、力が入らない、いわば、へつぱり腰の状態の威力しかなかったのである。

よって、被告人が自身の左足を右足よりも前に出した状態で右手の包丁を突き出したとしても、それは全く力が入らないものであったというのが客観的事実である。

エ 小括

上記の客観的事実からすると、Aの2撃目の攻撃の際に被告人が突き刺した包丁の刃がAの体に刺さったとしても、その際の刺突は、包丁の刃先がわずかに刺さった程度であったと考えるのが自然である。

被告人が A の左胸部を狙って包丁を突き出したとするならば、被告人自身の体重を乗せるため、右足を前に出す必要がある。しかし、被告人が右足ではなく、左足を前に出していたという事実は、A の攻撃に対し、体重も乗せないまま、無我夢中で反撃する過程で包丁を前に出したと考えるのがむしろ自然である。

よって、A の2撃目の攻撃後、3撃目の攻撃の前に A の懐に踏み込んで勢いよく包丁を突き出したとの認定は誤りである。

- (3) A に生じた刺し傷は A 自身の行動により発生した蓋然性が高いこと
原々審は、被告人が本件に用いた包丁の刃体の長さが約13.8センチメートルであるのに対し、A に生じた刺し傷が包丁の刃体の長さを上回る約16.5センチメートルであり、医師の所見によれば、著しく強い力が加えられたものと推定されていて、非常に強い力で A の左側胸部を突き刺したことが認められるとしている（原々審判決2頁）。

しかし、防犯カメラの映像を見ると、A の3撃目の大ハンマー攻撃後に被告人と A の体が接近し、修正前の防犯カメラの時刻表示3時5分24秒5秒において、A が左手で被告人の右腕を制そうとしており、A は被告人に体を預け、A のかかる行動に対し、被告人は、修正前の防犯カメラの時刻表示3時5分34秒2秒ころまで、後ずさりをし、A は修正前の防犯カメラの時刻表示3時5分34秒4秒に膝を付いて四つんばいの状態になっている（甲70）。

被告人が所持していた包丁の刃先が A に刺さったのが、A の3撃目の大ハンマー攻撃の直前である修正前の防犯カメラの時刻表示3時5分24秒2秒であると仮定すると、修正前の防犯カメラの時刻表示3時5分34秒2秒までの1分もの間、被告人の包丁は A に刺さっていたということになる。

また、被告人の包丁の幅は、約3センチメートル（甲64・写真2）であ

るのに対し、A の傷の幅は4.4センチ、最大伸長は5.0センチ（甲62）であることからすると、A の傷は、包丁の一突きで生じたものではなく、A に刺さったまま、A の動きによって包丁が上下に移動して生じたものであると考えるのが自然である。

さらに、被告人は、A に刺さった包丁が A のセーターに引っ掛かって抜けなかったのを覚えていて供述しているところ（被告人供述問答（1）23頁）、これは被告人が A に刺さった包丁を抜こうとしていたことを示すものであり、包丁を抜こうとしていた際に A の傷口が広がった可能性もある。

加えて、包丁の幅よりも、A の傷の幅が大きいことからすると、きっかけは被告人の攻撃であったにせよ、むしろ、被告人に向かって前進していた A 自身の動きによって生じた傷であると考えべきである。

このような事情からすると、A に生じた傷は、被告人のみの刺突行為によって生じたことについて合理的な疑いを超える立証がされているとは到底言えない。

- (4) 被告人が A の頭を蹴り上げたことは A の発音に端を発するもので、殺意の認定の根拠にはならないこと

被告人が A の頭を蹴り上げたのは、A が「ありがとう」とか「A、逝きますか、死にますか」と発言したことがきっかけである（被告人供述問答（1）27頁）。このような訳のわからない言葉を聞き、何らの落ち度もないのに、いきなり大ハンマーで殴られたことに腹が立ち、激憤し、被告人は A の頭を蹴り上げてしまったのである。かかる時点で、傷害の強い故意は認められるものの、このような実行行為後の事情に端を発する行動で殺意を認定することはできない。

被告人は、B 証人に対し、救急車を呼ぶように依頼した（被告人供述問答（1）28頁、29頁）のであり、これは強い殺意や積極的加害意思を

否定する事情である。

なお、B 証人は、A のたばこをくれという発言以外は聞いていない旨証言しているが（B 証言22頁）、B 証人は、被告人及び A の近くに常においたわけではなく、30秒以上離れていたこともあったから（甲70；修正前の防犯カメラの時刻表示；3時52分59秒から3時53秒3.4秒まで）、B 証人が A のたばこをくれという発言以外は聞いていない旨証言しているとしても、A の「ありがとう」とか「A、逝きますか、死にますか」という発言や、被告人の救急車を呼ぶように依頼する発言がなかったということにはならない。

- (5) 被告人には殺意はなく、被告人の包丁での一突きという態様や殺意から積極的加害意思を認定することは重大な事実誤認であり経験則に反すること

ア 殺意が認められないこと

A の致命傷は、A とのもみ合い若しくは A 自身によって生じたものである蓋然性が高い以上、被告人の殺意が合理的な疑いを越える程度まで立証されているとは到底言えない。また、原々審判決は、被告人が四つん這いになった A の頭部を蹴り上げたことを強制的殺意の根拠にしているが、被告人が四つん這いになった A の頭を蹴ったことは単なる憤怒の感情に過ぎないから、やはり殺意は認められない。

よって、殺意を認定した原判決には、重大な事実誤認があり、破棄されなければ著しく正義に反する。

イ 積極的加害意思も認められないこと

被告人が A の3撃目の大ハンマー攻撃の前に A の懐に踏み込んだ事実はなく、A の左側胸部を狙って力一杯突き刺した事実はない。

よって、積極的加害意思につき、④ A の8撃目の攻撃の前に A の懐に踏み込んで突き刺したこと、⑤短時間で極めてスムーズに強い殺意に

基づいて A の左胸部付近を狙って力一杯突き刺していることを積極的

加害意思の認定の根拠とした原々審及び原審には重大な事実誤認がある。

- 4 積極的加害意思を認定した原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すること

(1) 積極的加害意思の定義と考慮要素

積極的加害意思とは、「予期された侵害の機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思」を言い、相手方の侵害の機会を利用した加害行為であるから、侵害の現実な予期が前提となる。そして、行為者と相手方との従前の関係、侵害の予期の程度、行為者の反撃の準備の状況、侵害に臨んだ理由、相手方が攻撃に至るまでの経緯、反撃の態様等が考慮要素とされる（刑事事実認定重要判決50選上58頁）。

積極的加害意思は、殺意とは異なる法的な概念であって、殺意が認定されても、積極的加害意思が否定された判例は、札幌高判昭和63年10月4日、東京高判昭和62年1月19日、大阪地判平成19年12月27日など多数存在するから、そもそも殺意を積極的加害意思の認定の一事情にするのは誤りである。

積極的加害意思というのは、誤解を恐れずに言えば、相手が攻撃してくるのに、言わば「かこつけて」、相手を傷めつけてやろうとか、殺そうと思う意思を言う。

このように「かこつけて」という要素を考慮しなければ、殺意があるイコール、積極的加害意思があるということになってしまい、法的概念を分けた意味がなくなってしまうからである。

そして、「かこつけて」という事情を考えるにあたっては、従前の人間関係が相当悪化するなどして、相手の攻撃にかこつけて、相手を傷めつけてやろうなどと積極的に攻撃を加えることについて、一般人が了解可能な、相当程度の防衛が必要となる。

しかしながら、以下で詳述するとおり、本件では、被告人が A の攻撃にかこつけて、A を殺そうとする動機は全くなく、積極的加害意思を認める他の事情もない。

(2) 被告人が侵害の機会を利用して A を殺そうという動機がないこと

ア 被告人と A との従前の関係

そもそも被告人と A は、特別親しい間柄ではなかったものの、友人関係にあった（弁15、被告人供述調書（1）4、5頁）。

A が被告人に対して、電話で不合理な騒動をつけてきたのは、犯行前日午後4時30分ころからであり（甲67）、これ以前にトラブルはなく、これ以前のトラブルは立証されていない。

本件犯行前日の平成26年6月2日午後4時30分ころ、A が消火器で被告人宅のドアを叩いたという出来事があったが（甲69）、その際被告人は在宅していなかった（被告人供述調書（1）8頁）。A による行動を知った被告人は、平成26年6月3日午前3時27分ころまで、

A との接触を避けるため、外出していたのである（弁1・写真第1号、被告人供述調書（1）12頁）。

イ 被告人が A との接触を回避していたこと

被告人は、A による器物損壊行為を発見した時点で A に対し攻撃を加えるような行動を一切取っておらず、常軌を逸する A の行動に対し、恐怖心を覚え、外出している（被告人供述調書（1）12頁）。

被告人は A の連絡先を知っていたし、A は被告人を探していたのであるから、被告人が A に玄関のドアを叩いたことについて激高し、A

に攻撃を加えようと思えば、容易であった。にもかかわらず、被告人は A と実際接触していないのであるから、被告人が A と会うために外出をしたわけではなく、被告人が A との接触を回避しようとしていたことは明らかである。

このような回避行動は、被告人の積極的加害意思を否定する重要な事情であるにもかかわらず、原々審及び原審で全く考慮されていない。

ウ A の行動、言動から積極的加害意思を推認することはできないこと

理解不能なことを一方的に言われた場合に平静を保てる人間は多くなく、大半の人間が不愉快な気持ちを抱き、興奮するなどするのが普通であろう。被告人も、意味不明な話をする A に苛立ちや当惑、恐怖、憤慨の気持ちを有していたと思われる。

しかしながら、電話での会話の時点では、被告人は A から具体的な攻撃を一切受けていないのであり、被告人が A の攻撃にかこつけて A を傷めつけてやろうとか、殺してやろうという人間関係は全く見えてこないものである。

被告人が抱いていた A に対する不愉快な気持ちから、ただちに、A が襲ってくるのかこつけて、殺してやろうという意図を推認するのは証拠則に反するものと言わざるを得ない。

少なくとも、被告人が包丁を腰に入れた時点で、A に対し、強い確定的殺意を持っていたことや積極的加害意思を認めるに足る証拠はない。

エ C の仲裁の時点で被告人は冷静な様子であったこと

A は、深夜2時という時間に、C 宅を訪れ、被告人に電話をしているが、被告人と話した C は、被告人の様子が冷静であったと話している（C 証言14頁、16頁）。

仮に被告人が、A の攻撃にかこつけて、A を殺傷しようと思っていたのであれば、C との話の際にも、積極的に攻撃的な発言が出てしかるべきであるが、被告人は冷静であったというのであるから、やはり、被告人には A を殺傷しようとする動機は見当たらない。

オ 被告人は、C の仲裁以後、A と話し合いができると考えたこと

被告人は、A と直接会った理由について、A と話し合うためである

と供述しており（被告人供述調書（1）15頁）、原審弁護人も、被告人は A と話し合うつもりであり、被害者の攻撃を十分想定していたとは言えないと主張している（控訴趣意書7頁）。

かかる原審の弁護人の主張に対し、原審は、「⑤本件犯行の約2時間前には、被害者が電話で被告人に対し『今から行つたから待って。けじめとつたから。』などと怒鳴っていたことや（原審 C 供述）、その後も被告人と被害者との間で1分間に満たない通話が何度も繰り返されていたという通話状況（原審甲67）などからすると、早朝、被害者から電話で呼び出された被告人が、被害者と容易に話し合えるような状態であると認識していたとみることはできない。」（原判決3頁）と判示している。

しかしながら、C が仲裁に入る前は、A が被告人に電話を掛けた回数が24回中19回であり（甲67、平成26年6月3日午前2時15分16秒までの電話のやり取り）、他方、C が間に入った後、被告人と A は、13回電話のやり取りをしているが、うち被告人が5回、A が8回発信している（甲67、平成28年6月3日午前2時15分16秒以降の電話のやり取り）。

上記電話の発信状況を見ると、C が間に入った後は、被告人の方から A に連絡を取る回数が割合的に増えている。A との話し合いが可能と被告人が思ったからこそ、被告人の方から A に発信したのであり、かかる客観的状況は、C が間に入った後、被告人が A と話し合えると思っていたことを強く推認させるものである。

A は、C が被告人と A の間に仲裁に入った後、C から、家に帰るように諭され、「もう帰ります」と言ったのであり（C 証言11頁）、A と被告人との電話での会話も、最初のころよりは落ち着いたと強く推認できる。C 仲裁後の状況からすると、被告人が A と

話し合いができる可能性があると思っていたとしても全く不自然ではない。

さらに、平成28年4月5日付け被告人作成の陳述書にも、C が仲裁に入った後は、A と普通に話ができたとあり、このことから被告人が A と話し合うことができると思っていたことは明らかである。

カ 小括

消火器をドアに叩きつけたり、意味不明な騒音をつけたりしていた A に対し、被告人が A に対して恐怖心を抱いたり、腹を立てたりしたであろうことは推認できるものの、このことから、ただちに A が襲ってくるのかこつけて、A を殺そうという積極的な動機を見出すことは困難である。

よって、原判決には重大な事実誤認があり、破棄しなければ著しく正義に反する。

(3) 被告人は A と会う前にホルモン屋で酒を飲み、シャワーを浴びていること

被告人は、A と会う前に、A を避けるために、西成のホルモン屋に行ったり、津守公園や天王寺公園に行ったりして時間を潰している（被告人供述調書（1）34頁）。

また、被告人は、帰宅後シャワーを浴びている（被告人供述調書（1）13頁）。

原々審判決は、現場に赴いた時点で積極的な加害意思があるとしているが、仮に、理解できない A の行動や自衛で被告人が立腹していたことを根拠にするのであれば、現場に赴く以前からある程度の加害意思が被告人になければ不自然である。

しかしながら、被告人は、前述のとおり、A との接触を避けようとしており、またシャワーを浴びるなどして、いわば日常生活を送っていたので

あり、これらは加害意思と相容れない行動である。

このような客観的な行動からしても、被告人には、A が襲ってくるのかこつて、A を殺傷しようという積極的な動機は見出せない。

- (4) 被告人は A を呼びつけて出向いたのではなく、A の呼び出しに応じただけであること

A は午前4時ころという、通常人が活動をしないう時間帯に、被告人を被告人の家の前に呼び出しているものであり、被告人は積極的に現場に赴いたわけではない。

東京高判昭和82年1月19日は、凶器を準備して侵害の予想される現場に行き、相手方が攻撃する姿勢を示したので機先を制して攻撃した事実で急迫性を肯定した裁判例であるが、相手方に呼びつけられ現場に赴いたことを積極的加害意思の認定にあたり、消極的に評価したものである。

かかる裁判例からすると、被告人が A に呼びつけられたという事実は積極的加害意思を否定する事情として重視しなければならない。

- (5) 被告人が最初から凶器を示していないこと

仮に被告人が、A の攻撃にかこつて、A を殺傷する意図を有していたのであれば、A と対峙する段階で、包丁を隠すこと無く、示していたはずである。

なぜなら、A による最初の攻撃によって、被告人が頭部にダメージを受けたり、腕等を負傷したりするなどすれば、A を殺傷する可能性が無くなる若しくは可能性が低くなってしまふからである。被告人が積極的加害意思を有していたのであれば、まず武器を取り出して機先を制するはずである。

被告人が A に対して包丁を最初から示していないという事実は、持参した包丁が複数で襲われた時の護身用であり、話し合うつもりだったという被告人の供述を裏付けるものである。

- (6) 被告人が想定していたのは A と若い衆2人による拉致の可能性であり、A が武器を持って攻撃してくるという確実な予期はないこと

ア 原々審判決及び原判決の認定

原々審判決は、④ A が武器等で被告人を攻撃してくることを想定して被告人が三徳包丁を持参したと認定し、原判決はこれを是認している。

しかし、以下に述べるとおり、被告人は A が武器等で被告人を攻撃してくることを予想していなかった。

イ A の被告人に対する脅迫文官

A は、被告人に対し、静岡のやくざの名前を出したり、若い衆を2人連れて行くなどの脅迫文官を述べており、被告人は A の言葉が冗談などではないと感じていた（被告人供述調書（1）10頁）。また、A は入れ墨を入れており（被告人供述調書（1）8頁）、被告人は A がやくざではないと思っていたが、A がやくざと繋がりがあり、やくざの若い衆を連れて、被告人を拉致するかもしれないと思っていた（被告人供述調書（1）33頁、41頁）。

A が複数のやくざを連れてくるかもしれないと被告人が考えていたことは、A が入れ墨をしていたことや、「拉致する」という言葉（被告人供述調書（1）31頁）、「静岡のほうのやくざ」と具体的な地名（被告人供述調書（1）10頁）、具体的な組の名前を出した（弁15・8頁、被告人供述調書（1）32頁）ことも影響していると思われる。

また、A は D に対し、「しばくぞ、山につれていくぞ、さちうぞ、家行くぞ、俺は、静岡の〇〇組や、今舎弟を呼んでる」と脅しており（弁14・10頁、11頁）、被告人に対しても同じように脅迫したものと考えられ、D に対する脅迫文官を被告人に言ったとすると、被告人が複数人による拉致の可能性があると考えたのは全く不合理なことではない。

このように、Aの被告人に対する脅迫文面から、被告人が想定していたのは、あくまで複数人による拉致の可能性であった。

ウ 被告人がAから図録をつけられていたE、Dが武器による暴行を受けていなかったことを知っていたこと

確かに、Aは被告人宅のドアを消火器で叩きつけるという常軌を逸した行動をしており、AはCの自宅で、興奮した大きな声で「今から皆つたるから待ってとけとか、けじめとつたるから」という言葉を被告人にしているが（C証言4頁）、Aが本件以前の他者との喧嘩において武器を使用したということを被告人は聞いたことはなく（被告人供述調書（1）7頁）、また、被告人は、Aから図録をつけられたE、Dと会っているが、Aから武器による暴行を受けていないと聞いていた（被告人供述調書（1）39頁）。

Aから図録をつけられたE、Dが、Aから武器等による暴行を受けていないことから、被告人はAが武器等を用いて襲い掛かってくることは予想していなかった。

エ 被告人がAから図録をつけられていたE、DがAと話し合いをしてトラブルを回避していること

被告人は、Aと話し合うために、Aの呼び出しに応じた（被告人供述調書（1）15頁）

実際、Aから図録をつけられていたE、Dは、Aと話し合いをし、その結果、Aは、被告人に対してのみ激昂しているものの、Aと、E、Dは話し合いで終わっている。

このことからすると、被告人がE、Dと同様にAと話し合いで収束し合えなかったとしても不合理ではない。

オ 複数人で来る可能性が全くないと考えていたわけではないこと

被告人は、Aとの電話で、拉致るとかしばくとか脅迫していたAに

対して言い返した理由をについて「DとかEと会って、拉致とかなかった。しばかれもしていないと聞いていたから、大丈夫や思うし。」

（被告人供述調書（1）39頁）と供述しているが、この供述から、被告人が、Aと若い衆2人に襲われるとか拉致されない可能性が全く無いというように考えていたというわけではない。

実際に、被告人はAに勇気強く脅されているのであり、自らの身の安全を図る必要があるから、可能性として、複数人による暴行や拉致を考えるのは自然である。

カ 小括

被告人は、A1人だけであれば、拉致されることはないと思っていたし、1人であれば包丁まで要らないと思っていたが（被告人供述調書（1）18頁）、実際に若い衆2人が来ていた場合のことを想定して、防衛のために、家にあった包丁をタオルで巻き、腰に入れて現場に行ったのである。

よって、原々審判決が、②Aが武器等で被告人を攻撃してくることを想定して被告人が三徳包丁を持参し、これを是認した原判決には重大な事実誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。

(7) 被告人は、Aの周りに2、3人の男がいると認識したこと

被告人は、リサイクルエースの自動販売機の前にいたAの周りに2、3人の男の人がいたことを認識している（被告人供述調書（1）20頁）。

Aは、被告人の姿を確認すると、すぐに被告人に対し肉かかっており、また、被告人がAの周りに2、3人の男がいたことについてどのように感じたのかについての被告人の供述はない。

しかし、被告人は、Aの「若い衆2人」という脅迫文面を聞いており、複数人の拉致の可能性を強く意識していた。

よって、Aの周りに2、3人の男がいたのを被告人が認識した時点で、

同時に、Aの周りの2、3人の男がAとともに被告人に暴行するなどし、成り行き次第では、護身用に隠していた包丁を用いて防衛する必要があると考えたものと強く推認することができる。

(8) 先に攻撃してきたのはAであること

先に大ハンマーで被告人に襲いかかったのは、Aである。これに対して、被告人は防御したが、すぐには反撃していない。

また、理解不能な因縁をつけてきたのはAであり、さらに前述したとおり、被告人はAとの接触を避けようとしていた。

東京地判平成8年3月12日は、けんかが一旦収まった後に、その相手方が包丁を持って仕返しに来ることを予想して護身用に包丁を携帯していたところ、路上において相手方が包丁で切りかかってきたため、その腹部を所持の包丁で突き刺して被害した事案について、被害者がけんかのきっかけを作ったこと、相手方が先に攻撃してきたこと、相手方との接触を避けようとしていたことを重視し、正当防衛を認め、殺人罪につき無罪とした。

なお、東京地判平成8年3月12日の事案でも当該被告人は威嚇行動を取っていないが、積極的加害意思は認定されていないから、威嚇行動を取っていないからといって直ちに積極的加害意思を認めることはできない。

東京地判平成8年3月12日の事案で正当防衛が認められたのは、当該事案で表れた事情につき経験則等に照らし、正当防衛を認めることができたからである。

東京地判平成8年3月12日の事案と本件事案は重要な事情につき重複する事情があり、東京地判平成8年3月12日の事案で正当防衛が認められるのであれば、本件でも正当防衛が認められなければ、論理則、経験則に反するし、著しく正統にも反する。

(9) 生命の危険が切迫した状況下で、威嚇的行動を義務付けることはできないこと

ア 原々審判決及び原判決の認定

原々審は、④ Aが被告人をハンマーで襲った際、被告人は驚いて立ち止まったり、たじろいだり、Aから遠くに隠れようとする様子がなく、平然と歩いてAに近づいたこと、⑤被告人が包丁をAに示したり、振り回すといった威嚇的行動や、斬りつけるといった行動を一切取っていないことを積極的加害意思の認定の根拠とし、また原判決も原々審判決の認定を是認している。

しかし、上記事情は、積極的加害意思を認める根拠にはならない。

イ 被告人の当時の心理状況を考慮すると、被告人に威嚇的行動等を義務付けることはできないこと

客観的事実としては、防犯カメラの映像にあるとおり、Aは被告人の姿を確認するや否や、被告人に対し、走って向かってきている。

しかしながら、Aが大ハンマーを持っていることを被告人が認識したのは、Aが持っていた大ハンマーの鉄の方を向けて振りかかってきたときであるから（被告人供述調書（1）22頁）、被告人の当時の意識としては、Aが自分に向かってきていることについて特段の意識はなかった（被告人供述調書（1）48頁、49頁）。

被告人は左目が弱視であって、また、リサイクルエース側、つまりAの後ろ側に自動販売機があり（B証言11頁）、かかる自動販売機の明かりが、被告人にとっては逆光となり、被告人はAの姿や細かい挙動、所持物を認識しにくい客観的状況であった。このような被告人の認識能力及び現場の客観的状況は、Aが大ハンマーを持っていることに被告人は気がつかなかったという被告人の供述を裏付けるものである。

被告人の意識としては、Aが走って向かっていることがわからなかったし（被告人供述調書（1）49頁）、仮に、Aが走ってきていることがわかったとしても、それは従前の電話での様子から、被告人に対し

て、強く言いたいことがある程度の感覚で、走ってきていること以上に特殊意味を見出すことが出来なっただけに過ぎない。

このように考えることは、A との電話のやり取り、E、D が A と話し合いをした当時の状況から自然である。

よって、被告人が、被告人に対して走ってきていた A に対し、歩いて近づいたことは、当時の状況からして不自然なことではない。

被告人は、A から襲られる直前に A が大ハンマーを持っていると認識したのであるが、被告人は当初、A が武器として用いたハンマーが1メートルもの長さの大ハンマーであると思った（被告人供述調書（1）21頁）。実際は1メートルもの長さはなかったが、被告人の意識としては、それほど大きく見えたのである。A が所持していたハンマーが大きく見えたというのは、B 証人が、事件発生後、警察官に対し、A が持っていたハンマーの柄の長さが1メートルくらいで、ヘッドが10センチ掛ける10センチ掛ける20センチくらいあったと話しており（B 証言14頁）、第三者である B 証人ですら、A が所持していたハンマーが非常に大きなものであったと本件事件当时に認識していたことからすると、実際に A から襲われた被告人が、単に釘を打つ程度の大きさのハンマーではなく、壁を破壊するために用いる「大ハンマー」であると、とっさに思ったことは自然であり、合理性がある。

A の凶器は、ヘッドが約14センチメートル×約5センチメートル、ヘッドの全体の長さが約47センチメートル、全体の重さが2.06キログラム、ヘッドの重さが1.8キログラムあるもので（弁2）、壁を破壊することも可能な極めて危険なものである。

A の大ハンマー攻撃は、刑法36条が想定する「急迫不正の侵害」そのものであり、生命の危険が脅かされる極めて急迫した事象であるから、A が大ハンマーを持っていると被告人が認識した後、被告人に冷静

な意識や判断を求めること自体不合理である。また、最判昭和52年7月21日が、「刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではない」としていることから或時的行動等を義務付けることは経験則等に反する。

ウ 被告人が平然と歩いていたことは、A が大ハンマーを持って走って向かってきていることを認識していないことを裏付けるものであること

被告人は、A に向かって普通に歩いており、驚いて立ち止まったり、たじろいだり、A から遠くに離れようとする様子はない。これは防犯カメラの映像からも認められるし、目撃者の B 証人の証言、被告人の供述からも認められる。

原々審が、上記事情を積極的加害意思の認定の根拠にしているのは、被告人が A の武器等による攻撃を予見していたからこそ、A の行動が予想どおりであって、冷静に対処できたということと考えたからであると解される。

上記の思考は一見すると、論理則、経験則に反するものではないようにも思える。しかしながら、果たしてそうだろうか。

被告人が、A の武器等による攻撃を予見していたのであれば、むしろ、A の攻撃に対し、立ち止まる、半身に構える等の防衛態勢をとり、防衛態勢からの反撃のための準備をするのが通常ではないだろうか。また、被告人が、A の武器等による攻撃を予見していたのであれば、持参していた包丁による反撃のために距離を取るの方がむしろ普通ではないだろうか。

原々審が認定するとおり、仮に被告人が A による武器等の攻撃を予見していたとしても、その武器が具体的に何なのか、長い木刀なのか、ドアを叩いた消火器なのか、刃物なのか、拳銃等の飛び道具なのかまでは

予見してなかったはずである。刃物でいきなり襲われれば、被告人は最初の一撃で致命傷を負ってしまうかもしれない。

このような事態を回避するには、まずは、Aの所持していた武器を殲滅するのが自然であろう。

Aが大ハンマーを武器に選んだのは、たまたまであり、しかも本件事件の直前に、現場のすぐ近くのリサイクルエースで調達したものであるから、刃物で襲われることはないと思って、平然と素手で防御をしたということはあるまい。

被告人は、Aに向かって普通に歩いており、驚いて立ち止まったり、たじろいだり、Aから遠くに離れようとする様子はないが、これは、むしろ、Aが武器等を持っていると予想していなかったからこそその行動と考える方が、論理則、経験則に照らし相当である。

エ 小括

よって、被告人に威嚇的行動を求めること自体、経験則に反するものであるから、原々審が、③ Aが被告人をハンマーで襲った際、被告人は驚いて立ち止まったり、たじろいだり、Aから遠くに離れようとする様子がなく、平然と歩いてAに近づいたこと、④被告人が包丁をAに示したり、振り回すといった威嚇的行動や、斬りつけるといった行動を一切取っていないことを積極的加害意思を認める根拠にしたことは重大な事実誤認にあたり、著しく正義に反する。

- (10) 包丁で一突きにしたという態様から被告人の殺意があることイコール、被告人の積極的加害意思を認めることは経験則に反すること

ア 原々審及び原審の認定

原々審は、⑦短時間で極めてスムーズに強い殺意に基づいてAの左胸部付近を狙って力一杯突き刺していることを根拠に、被告人の積極的加害意思を認定しているが、これは取りも直さず、殺意があるから積極的

加害意思を認定したものである。

しかし、かかる認定は論理則、経験則に反する。

イ 殺意と積極的加害意思は別概念であること

被告人は、Aの左側胸部を狙ったことも、包丁で力一杯突き刺したこともないが、仮にそのような事実を認定できるとしても、積極的加害意思は否定される。

例えば、暴力団幹部から夜突然自宅に来るとの電話を受け、その際の剣幕から、成り行きによっては喧嘩になり、相手方が仲間を連れ凶器を携えて来ると考え、マキリ包丁を用意したという札幌高判昭和63年10月4日の事案では、相手方が自宅に来るなり、居丈高な言動をとり、いきなり頭部を殴打してきたことから、マキリ包丁、被害者の左側胸部を2回突き刺し、左顔面を突き刺し、さらに胸部を突き刺し続けた行為について、札幌高判昭和63年10月4日は積極的加害意思を否定した。この事案では包丁を繰り返し突き刺すという態様から強い殺意が伺われるが、このように強い殺意が認められる場合であっても、積極的加害意思は否定されているのである。

よって、⑦短時間で極めてスムーズに強い殺意に基づいてAの左胸部付近を狙って力一杯突き刺していることを根拠に、被告人の積極的加害意思を認定することは重大な事実誤認であり、著しく正義に反する。

- (11) 包丁の持ち出しだけでは積極的加害意思は認められないこと

ア 原審の認定

原審は、④被告人が用いた包丁が殺傷能力のある凶器であることから、これを持ち出したこと自体が被告人の積極的な加害意思を推察させる事情といえるとしている。

イ 包丁の持ち出しを積極的加害意思の根拠とすることはできないこと

このような認定では、包丁を持ち出した全ての事案において、およそ

正当防衛が認められないことになり、今まで我が国が積み上げてきた判例法理に反することになる。

包丁を持ち出した事案でも、積極的加害意思が否定された判例があることは既に詳述したとおりである。

よって、原審の認定は、論理則、経験則に照らし不合理であり、著しく正統に反する。

(12) 被告人は B 証人に救急車を呼ぶように依頼していること

被告人は、B 証人に対し、救急車を呼ぶように依頼した（被告人供述調書（1）28頁、29頁）。

被告人が、A の襲撃にかこつけて、A を殺傷しようと意図していたのであれば、A を助ける発言をすることはあり得ないことである。

救急車を要請したことは、被告人の積極的加害意思を否定する事情であるのに、これを考慮していない原判決には重大な事実誤認があり、これを破棄しなければ著しく正統に反する。

(13) 小括

以上検討してきたとおり、本件の事実関係では、積極的加害意思を認定することは到底できない。

被告人の行為は、A による大ハンマー攻撃という急迫不正の侵害に対し、自己の生命身体を防衛するためにやむを得ずにした行為であり、正当防衛が成立する。殺人罪について、被告人は無罪である。

にもかかわらず、本件事実関係の下で、積極的加害意思を認定した原判決には重大な事実誤認があり、これを破棄しなければ著しく正統に反する。

第3 結論

したがって、殺意を認定し、正当防衛及び過剰防衛の成立を否定して殺人罪

を認めた原判決は速やかに破棄されるべきである。

以上

○ 上告趣意補充書

第1 被告人は A の左胸部付近を狙っておらず、また積極的に包丁を力一杯突き刺した事実はないこと

1 本件は、殺人罪について、被告人の反撃行為そのもの及び反撃行為の前後が記録された防犯カメラのビデオ映像が残っており、客観的な事実について検証可能な証拠がある事案である。

にもかかわらず、原々審及び原審は、映像をつぶさに確認せず、もっぱら被告人が A の體に踏み込んで勢いよく包丁を突き出し、A の左胸部を突き刺したという事実を認定し、被告人の殺意及び積極的加害意思を認定している。

2 しかしながら、被告人の反撃行為が記録されたビデオの映像からすると、被告人の殺意及び積極的加害意思を認定することは到底できず、原々審及び原審には重大な事実誤認がある。

(1) 本件において最も重要な事実は、被告人の反撃態勢では力を入れることが不可能であったという事実である。

すなわち、被告人が A に反撃する際、被告人は包丁を右手に持っていたのであるが、被告人は A に対し、左足を前方に置き、右足を後方に置いており、A に対し左半身の姿勢であったという客観的事実が存在するのである。

左足を前に出した態勢では、被告人の体重の力は乗ることがなく、腕の力だけしか加わらず、その結果、被告人の A に対する反撃はへつぱり腰の状態の威力しかなかったものであった。

(2) また、A の3撃目のハンマーによる攻撃を被告人が状態を反らすことで回避できたことから、被告人との A との距離は約1メートルほどの距離があったという事実も重要である。

被告人は右腕を目一杯伸ばしても、自分の半身分、Aとの距離が存在するため、被告人が右腕を出した際には、包丁の刃先がAの体にわずかに刺さった程度であった。これは、被告人の用いた包丁の刃の大部分が露出していることから明らかである（甲70、修正前の防犯カメラの時刻表示：3時52分42秒）。

被告人の包丁が深く刺さった状態になったのは、被告人の反撃後、Aが左手で被告人の体を制そうとし、被告人に体を預け（甲70、修正前の防犯カメラの時刻表示：3時52分45秒から3時53分42秒まで）、その後、Aは膝を付いて四つん這いの状態になったことからして（甲70、修正前の防犯カメラの時刻表示：3時53分44秒）、Aが被告人に向かって前進していた際若しくは膝を付いた際に包丁が深く刺さった蓋然性が高い。包丁が深く刺さっていたことをもって、被告人の刺突行為が力一杯のものであったと認定することはできないのである。原々音及び原審は、被告人の反撃後の映像すら適切に評価していない。

(3) 被告人は、Aの突然のハンマー攻撃という急迫不正の侵害に対し、とっさに自分の生命身体を守るために所持していた包丁で無我夢中で反撃をしただけであり、殺意はなく、正当防衛が成立するから、本件で被告人を殺人罪で罰するのは著しく正義に反する。

第2 結論

本件の事実関係において、被告人の殺意を認定することや積極的加害意思を認定することは重大な事実誤謬であるし、正当防衛を認めないというのは最高裁判例にも反するものでもある。

したがって、殺人罪につき、被告人を有罪とすることはできないというべきである。

以上

○ 参 照

第1審判決の主文及び理由

主 文

被告人を懲役9年に処する。

未決勾留日数中290日をもその刑に算入する。

押収してある三徳包丁1本（平成27年押第80号符号1）を没収する。

理 由

（罪となるべき事実）

第1 被告人は、知人であるAから、平成26年8月2日午後4時30分頃、不在中の自室の玄関扉を消火器で殴打されたり、また、そのころから同日午前3時ころまでの間、十数回にわたり電話で身に覚えのない図鑑をつけられて怒鳴りつけられたり、仲間とともに攻撃を加えるなどと言われたりしており、そのようなAの言動に立腹していた。そして、被告人は、同日午前4時2分頃、Aから、被告人方マンション前に来ているから降りてくるよう電話で呼び出されたため、それに応じ、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会にAを包丁で刺すなどしてやろうという意思をもって、自室にあった三徳包丁をズボンの腰部右後ろに差しはさみ自室を出た。

被告人は、同日午前4時8分頃、大阪市（中略）

路上において、A（当時40歳）が石頭ハンマーを持って被告人に向かって駆け寄り、被告人の頭部を目掛けてそのハンマーの柄の部分で殴りかかってきたり、被告人の腰部分近目掛けてそのヘッド部分を振り回してきたりしたため、前記のとおりAを包丁で刺す旨快意し、殺意をもって、Aの左側腹部を、右手に持った三徳包丁（刀体の長さ約13.8センチメートル、当庁平成27年押第80号符号1）で1回強く突き刺し、よって、同日午前4時30分頃、同市阿倍野区内の病院において、同人を左胸部・左肺刺創に基づく血漿吸

引による窒息により死亡させて殺害した。

第2 被告人は、平成26年5月19日午後10時34分頃、大阪市

(中略) F 店において、株式会社 G (代

表取締役 H) が所有するレジスターのお客機用タッチパネルを右手の拳
骨でたたき割り(損害見積額14万6448円)、もって他人の物を損壊した。

(証拠の項目) 省 略

(争点に対する判断—判示第1の事実について)

第1 殺意について

犯行に使用された凶器である三徳包丁(以下「本件包丁」という。)は、刃体の長さ約13.8センチメートルという殺傷能力のあるものである。また、本件包丁は、Aの肋骨を切断し、左肺を貫通し、傷の深さは、本件包丁の刃体の長さを上回る約16.5センチメートルであり、医師の所見によれば、著しく強い力が加えられたものと推定されていて、非常に強い力でAの左側胸部を突き刺したことが認められる。

そして、現場の防犯カメラの映像等によれば、後述するとおり、被告人は、石頭ハンマーを持って駆け寄ってくるAに、平然と徒歩で近づいてAの2回の攻撃に対応しつつ本件包丁を持った右手を引いて狙いを付けるとともに、Aが3回目の攻撃態勢に入るや、Aの脇に踏み込んで勢いよく包丁を突き出し、Aの左側胸部を突き刺している。したがって、被告人は、Aの左胸部付近を狙って積極的に本件包丁を力一杯突き刺したといえる。

以上の刺突状況やそれまでの経緯及び刺突後四つん這いになったAの頭部を被告人が蹴り上げていること等を考慮すると、被告人は、Aが死亡する危険性が高い行為をそれと分かって行ったという意味での殺意が認められるのは当然、それ以上にAに積極的に重篤な傷害を負わせ、その上でAが死亡しようとしまいとどうでもよいという意味での強い殺意をもって、Aを突き刺したと認められる。

第2 正当防衛及び過剰防衛について

1 関係証拠によれば、判示の犯行に至るまでの前提状況のとおり、Aは、当時、その理由とは明らかではないが被告人に対し強く立腹しており、そのため被告人方の玄関扉を消火器で殴打するという常軌を逸した行動を取り、その後、被告人と多数回電話で口論となっていたことが認められる。C証言によれば、本件当日の午前2時15分頃の電話の時点では、Aが被告人に対し「今から行ったるか、待ってけ」と怒鳴るなどし、それに対し被告人が立腹した様子で言い返すなどしており、仲裁的な役割を果たしたCがAに落ち着くようよう言って別れた際にも、Aは納得していない様子だった。そして、その後も、Aと被告人の間では、多数回にわたり電話のやり取りがあり、午前4時頃という時間帯に、Aは、被告人を現場路上まで呼び出している。

このような状況を踏まえると、被告人が本件現場に赴いた時点で、被告人及びAの争いは沈静化しておらず、それまでのAの行動や発言内容からも、Aの求めに応じて被告人が現場に赴けば、Aが、武器等で被告人を攻撃してくることは十分に想定できる状態であったといえる。そのような状況下で、被告人は、自宅にあった三徳包丁を持参することとし、タオルを巻いてズボンの腰部右後ろに差し込み、本件現場に赴いている。

2 本件現場において、Aがハンマーを持って被告人の方に勢いよく駆け寄っていくと、被告人は、それに驚いて立ち止まったり、たじろいだり、Aから遠くに隠れようとする様子は全くなく、そのまま平然と歩いてAに近づき、1回目の攻撃に左腕を出して対応すると、その時点で右手を包丁を刺していた右腰付近に回し、2回目の攻撃に腰を引いて対応すると、右腰付近から三徳包丁を取り出し、Aが3回目の攻撃態勢に入った時点では、包丁を持った右手を引いてAを攻撃できる態勢を取り、同時にAの脇に踏み込んで、前記認定のとおりの本件攻撃に及んでいる。Aがハンマーで被告人に殴りかかっている間、被告人がAを突き刺すまでは、約5秒という極めて短い時間であり、この間、被告人は、包丁をAに示したり、振り回すといった威嚇的行動や、折りつけるといった行動は一切取っていない。

3 これらの被告人の行動状況から見て、被告人は、Aが武器を使用するなど、被告人に相当な危険のある攻撃をしてくることを十分に想定の上で本件現場に赴いたと認めることができる。そして、被告人は、理解できない理由に惹づくAの行動や言動に立腹していたことや、本件現場で威嚇的な行動等を一切取ることなく、短時間で極めてスムーズに強い殺意に基づいてAの左胸部付近を狙って力一杯突き刺していることを考えると、被告人は、本件現場に赴いた時点から、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用して、Aを包丁で刺すなどしてやろうという強い加害の意思があったと認められる。

4 被告人は、本件現場に赴いたのはAと話し合いをするためで、包丁を持って行ったのは、Aが仲間を連れてくるなどした場合に備えて護身するためであった。また、気が付くと、Aがいきなり殴りかかってきていたため、とっさに包丁を突き出したもので、Aの身体のどこを狙うというつもりもなかった旨供述する。しかしながら、被告人とAの本件直前の通話状況に照らしても、被告人とAの争いが収まっているとか、落ちついて話し合えるような関係にあったとは認められないことは前述のとおりである。また、Aが先に攻撃をしてきたのはその通りであるが、その後の被告人の本件攻撃の状況は、犯行現場の防犯カメラに映った被告人の行動から考えても前述のとおりであって、Aに対する報復的な攻撃として包丁を突き刺したものと見るほかなく、もとより防衛的な態度は認められない。したがって、被告人の供述は信用できない。

なお、弁護人は、Aのハンマーによる3回目の攻撃が、被告人の頭部に対する生命への危険を有するものである点を指摘する。しかし、前記認定のとおり、被告人は、Aが2回目の攻撃が終わる3回目の攻撃態勢に入るのとほぼ同時に、Aを突き刺しに行っているから、被告人がAの3回目の攻撃により生命の危険を感じて本件攻撃に及んだものではなく、弁護人の指摘は前提を欠くものである。したがって、Aの3回目の攻撃は、前記判断に影響を与えるものではない。

5 以上によれば、被告人には、本件現場に赴く際、単なる怒りや攻撃的な感情に

とどまらず、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用して、Aを包丁で刺すなどしてやろうという攻撃意思があり、被告人の本件攻撃は、その攻撃意思を実現するための加害行為であったと認められる。

よって、被告人は本件攻撃に出ることが正当化される状況にはなかったといえるから、被告人には、正当防衛も過剰防衛も成立しない。

(法令の適用)

罰 則	条 項
判示第1の事実	刑法199条
判示第2の事実	刑法261条
刑 種 の 選 択	
判示第1の事実	有期懲役刑を選択
判示第2の事実	懲役刑を選択
併 合 罪 の 処 理	刑法45条前段、47条本文、10条（重い判示第1の罪の刑に47条ただし書の制限内で法定の加重）
未決勾留日数の算入	刑法21条
殺 害 役	刑法19条1項2号、2項本文（判示第1の殺人罪の犯行行為の用に供した物で、犯人以外の者に属しない。）
訴訟費用の不負担	刑事訴訟法181条1項ただし書

(量刑の理由)

1 死刑の中心となる殺人罪の犯行は、殺害能力のある刃物をその殺害能力が最も発揮できる用法で使用したものであり、左胸部という人の身体の中心部分を狙って非常に強い力で突き刺した攻撃の態様から見ても、被害者を死亡させる危険性が非常に高いものである。その結果、被告人は、死亡という取り返しのつかない結果を生じさせている。

前述のとおり、本件犯行は、強い殺意に基づくものであり、犯行後に被告人がAの頭部を蹴り上げる行動をしていることから、そこに人の生命を奪むような姿勢は認められない。

他方で、被告人が本件犯行を決意した経緯を考えると、Aの被告人に対する行動や言動は、常軌を逸した面があり、これに対し、被告人は、Aに対し言い返すことなどはあったものの、現場に至るまでは、特段攻撃的な態度を示していない。また、被告人には、現場に赴く時点で積極的な攻撃の意図が認められるとはいえず、それはAが攻撃してきたらという条件付きのものであって、被告人が本件攻撃に出た直接的なきっかけ自体は、Aがいきなり被告人に対し本件ハンマーで攻撃を加えたことにあったといえる。

このように、被告人が本件犯行を決意した動機の間では、Aの不当な行動が強く影響している点は殺人罪の量刑を考える上で、考慮する必要がある。

- 2 これらの点に照らすと、本件の殺人の事案は、けんかないし被害者に害意がある殺人事案の中で重い部類に入るとはいえず、中間的な部類に入る事案として評価した。また、器物損壊事案については、身勝手な理由で粗暴な犯行に及んでいて、与えた財産的被害は小さくなく、その刑事責任を無視するのは相当ではない。
- 3 以上に加えて、被告人には傷害の罰金前科2件があることや、殺人事案の被害者に対する悪意の姿勢は十分なものではないこと、他方、被告人が本件殺人の6日後に自ら警察に通報していることなどの点を考慮して、主文の刑が相当と判断した。

(求刑 懲役10年、三徳包丁1本の没収)

(大阪地方裁判所第12刑事部)

第2審判決の主文及び理由

主 文

本件控訴を棄却する。

当審における未決勾留日数中70日を原判決の刑に算入する。

理 由

本件控訴の趣意は、弁護人結城圭一作成の控訴趣意書に記載のとおりであるか

ら、これを引用する。趣旨は、原判決第1の事実について、被告人に殺意はなく、正当防衛が成立するのに、被告人に殺意を認め、正当防衛も成立しないとして被告人を殺人罪で有罪とした原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認があるというものである。

そこで、記録を調査し、当審における事実取調べの結果を併せて検討すると、被告人が殺意をもって包丁を被害者に突き刺したと認定し、本件当時、このような被告人の攻撃が正当化される状況ではなく、正当防衛や過剰防衛は成立しないとした原判決の判断は正当であり、原判決が争点に対する判断として提示する内容も相当であるから、原判決に事実誤認はない。

まず、原判決の殺意の認定について、所論は、①被告人が本件犯行に用いた包丁は小振りであり、殺傷能力が低いことを原判決は考慮していない、②被告人は、被害者が駆け寄ってくるのに気付かず歩み寄り、その後被害者がハンマーで攻撃しようとしてきたのに気付く、攻撃を避けるため無我夢中で体を動かしていただけで、ハンマーで振り付けた被害者の勢いもあり被告人が突き出した包丁が深く刺さったのであって、攻撃的意図に出たものではないのに、被告人がハンマーを持った被害者に平然と近づき、被害者の膝に踏み込んで包丁を非常に強い力で被害者の左側胸部を突き刺した、という原判決の認定は誤っている、③被告人には被害者を殺害する動機がなく、本件直前に自宅マンションを出た際の被告人の様子も被害者に対する殺意を窺わせるようなものではない、④本件犯行のきっかけは被害者から攻撃を加えられたことにあり、それ以前に被告人が攻撃的な態度を示したことはないという原判決の量刑の理由における提示は、被告人に殺意を認めたことと矛盾している、として、被告人に殺意を認めた原判決の認定を批判する。

しかし、①被告人が本件犯行に用いた包丁は、刃体の長さが約13.8センチメートルで目立った刃こぼれも認められない鋭利な刃物であり(原審甲64)、その殺傷能力が低いなどとはいえない。②防犯カメラで撮影された映像(原審甲70)によれば、本件当時、自宅マンションを出た被告人は、被害者のいる方へまっすぐに歩いて行き、被害者が被告人に向かって駆け寄ってきてもそのまま被

害者の方へ歩み寄っている。そして、被告人は、ハンマーで攻撃してくる被害者から隠れようとする素振りを全く見せず、被害者の最初の攻撃を左腕で防ぎながら自分の右腰付近に右手を回し、2回目の攻撃も回避しつつ差していた包丁を取り出し、さらに被害者が被告人との間合いを保ちながらハンマーで殴り付けようとしていたところに近づいて、被害者に向けて包丁を突き出しているのであるから、包丁がその刃の長さよりも3センチメートル近く深く被害者の左側胸部に刺入したのは、被告人が非常に強い力で包丁を突き刺した結果とみるのが相当であり、これらの点に関する原判決の認定に限りはない。③被告人が、被害者から電話で身に覚えのないことについて複数回怒鳴りつけられ、自宅の玄関扉を傷付けられた挙げ句、本件当日は早朝に自宅マンション前にいるから降りてくるよう呼び出され、会うなりハンマーで殴り付けられたという一連の経過からすると、被告人が、それ以前は被害者と比較的良好な関係にあったとしても、被害者に対して殺意を抱くことも十分考えられる。また、自宅マンションを出る際の被告人の様子も、被害者に対する殺意の推察を妨げる事情とはいえない。④原判決が、本件犯行時点において被告人に殺意を認定したことと、所論の指摘する原判決の量刑理由中の説示との間に何ら矛盾は認められない。その他所論が繰々指摘する点を踏まえて検討しても、被告人の殺意を認定した原判決の判断内容に、経験則等に照らして不合理な点はない。

また、正当防衛の成否について、所論は、⑤本件当時、被告人は被害者と話し合えば問題が解決できる状態であると認識していたのであり、被害者の攻撃を十分に想定していたとする原判決の認定は誤っている。⑥被告人に積極的な加害意思があったのであれば、より殺傷能力の高い凶器を選び、被害者が駆け寄ってきた時点で凶器を手にしたはずなのに、被告人はそのような行動をとっていない。として、正当防衛の成立を否定した原判決の認定を批判する。

しかし、⑤本件犯行の約2時間前には、被害者が電話で被告人に対し「今から行つたから待ってけ。けじめとつたから。」などと怒鳴っていたことや（原審C供述）、その後も被告人と被害者との間で1分間に満たない通話が何度も繰り返されていたという通話状況（原審甲87）などからすると、早朝、被害者

から電話で呼び出された被告人が、被害者と容易に話し合えるような状態であると認識していたとみることはできない。このような状況の中で、被告人は、攻撃を受けた場合に備えて包丁を持ち出したのであるから、被害者の攻撃を十分に想定していたと認められるのであり、原判決の認定に限りはない。⑦被告人が本件犯行に用いた包丁は殺傷能力のある凶器であるから、これを持ち出したこと自体が被告人の積極的な加害意思を推察させる事情といえ、より大きな刃物等を凶器として選ぶ余地があったとしても、上記の推察が妨げられるわけではない。また、被告人は、被害者の攻撃を受けてから、わずか5秒程度という短時間で被害者の腹部を深く突き刺しているものであり、この間、取り出した包丁を被害者に示すなどの示威行動をとらなかったという被告人の一邊の行動からも、その積極的な加害意思が推察できる。被告人の被害者に対する積極的な加害意思を認めた原判決の認定に、経験則等に照らして不合理な点はない。

詭計は理由がない。

よって、刑法396条により本件控訴を棄却することとし、当審における未決勾留日数の算入につき刑法21条を、当審における訴訟費用を被告人に負担させないことにつき刑法181条1項ただし書を各適用して、主文のとおり判決する。

（大阪高等裁判所第4刑事部）