

第1、反対尋問

- ・ :なぜこの判例を引用したのか。
- ・ :「犯罪実現の因果性を強める行為」であって「構成要件にふれない行為」とは具体的にどのようなものか。
- ・ :過失犯における相互利用・補充とはどのようなものか。

第2、立論

学説の検討

1、共同正犯は何を共同するのかについて(論点1)

この点、検察側の採用するA-1説(かたい行為共同説)は、構成要件を無視しており採用し得ない。

思うに、共同正犯における一部実行全部責任が認められる根拠は、共同者が相互に利用・補充しあって、犯罪実現の因果性を強めることにある。そしてその犯罪実現とは、法益侵害およびその危険性の惹起、すなわち構成要件の実現であるから、構成要件による限定を加えるB説(犯罪共同説)が妥当である。

また、構成要件が部分的に同質で重なり合う場合には、その限度で共同者が相互に利用・補充しあって、犯罪実現の因果性を強めたと言えるので、その限度で共犯の成立を認めるB説(犯罪共同説)の中の部分的犯罪共同説¹を採用する。

2、過失の共同正犯において、共同実行の意思が認められるかについて(論点2)

この点、検察側は共同の注意義務に共同して違反する意思があれば、共同実行の意思が認められるとして説(肯定説)を採用しているが、共同の注意義務に共同して違反する意思なるものは観念できない。

思うに、無意識に基づくことを本質とする過失犯において、共同実行の意思は観念しえず、説(否定説)を採用すべきである。

本問の検討

弁護側の採用する説(否定説)からは、過失の共同正犯は認められない。したがって、甲および乙それぞれが消火確認を怠ったことと結果との因果関係が不明な本問においては、甲および乙のどちらも過失の未遂犯であり不可罰となる。

また、仮に過失の共同正犯を認める見解にたったとしても、本問においては、甲および乙はそれぞれトーチランプを1個ずつ使用して、別個に作業している。このような状況においては、甲および乙に、互いの消火を確認する共同の義務は認められない。したがって、共同の注意義務に共同して違反したとはいえず、共同実行の意思は認められない。

結論

以上より、甲および乙はなんら罪責を負わない。

以上

¹ 大谷實『刑法講義総論 新版第2版』(2007)成文堂 403以下