

## 只木ゼミ前期第 12 問弁護レジュメ

文責：1 班

### I. 反対尋問

1. 検察側は 38 条 1 項が 60 条以外の規定にも適用されると考えているか。
2. 検察側は過失の教唆犯、幫助犯についてはどのように考えているか。
3. 検察側は 207 条についてどのように考えているか。
4. 検察側は「一部実行の全部責任」の法理の根拠をいかに考えているか。
5. 検察レジュメ V.学説の検討 2(3)において、過失の共同正犯成立に「共通の注意義務」を要求しているが、この共通注意義務が存在するか否かを判断する基準は何か。また、注意義務の内容はいかに決するか。

### II. 学説の検討

#### 1. 共同正犯は何を共同するのかについて

##### (1) 甲説の検討

甲説(行為共同説)は 2 人以上の者が特定の犯罪を共同して実現する場合は勿論のこと、単なる行為を共同して各自の意図する犯罪を実現する場合も共犯とする。甲説によれば、共同されるのは行為であり、それもその行為の客観面(因果関係・因果性)の事実に限られ、共犯者が同一の故意・過失を有する必要はない<sup>1</sup>。

甲説は各人の行う構成要件該当行為の間に全く重なり合いが認められない場合や一方的な行為の利用関係しかない片面的共同正犯の場合にも共同正犯を肯定する。これは犯罪行為としての処罰の枠を無視することによって共犯の成立範囲を無限定なものとし、因果関係さえ肯定されれば共同正犯を認めるという結論にいたるものであり<sup>2</sup>、妥当でない。また、共同正犯について規定する刑法 60 条の「共同して」という文言にも馴染みにくい<sup>3</sup>。さらに、甲説は共同される対象を行為(あるいは事実)とするが、どのような行為を共同するのか明らかでないため基準としての明確性にかける。

よって、弁護側は甲説を採用しない。

##### (2) 乙説の検討

ア. 乙説(犯罪共同説)は複数者の行為が同一の犯罪に関わり、同一の犯罪をともに行おうとする合意

があつてはじめて共同正犯が成立すると考える。乙説によれば、共同されるのは犯罪であり、原則的には同一の故意のある者の中でしか共同正犯は認められないこととなる。

共同正犯について規定する 60 条によれば、全体行為の一部しか分担していない者も実現された違法事実の全体についての正犯とされる。すなわち、60 条は「一部実行の全部責任」の法理を明文化していると考えられる。この法理によれば、共同正犯者は、自分が

<sup>1</sup> 斎藤信治『刑法総論(第 6 版)』(有斐閣,2008 年)266 頁。

<sup>2</sup> 井田良『講義刑法学・総論(第 6 版)』(有斐閣,2013 年)467 頁。

<sup>3</sup> 斎藤信治・前掲 266 頁。

引き起こした結果についてのみならず、共同者が引き起こした結果についても正犯として刑事責任を問われ、他の行為者の行為によって因果関係を拡張されることとなる。このような因果関係の拡張が正当化されるのは、共同正犯における正犯性が共同正犯者全員による共同実行の意思に基づいて行われた各人の行為については、各行為者の行為と最終的な結果との間に他の共同者の意思決定を介在させた因果関係が存在するからである。

そうだとすれば、法の予定する共同正犯の正犯性とは同一の犯罪を実現しようとする合意に基づいて作業分担が行われることにより生じるといふべきである<sup>4</sup>。

よって、同一の犯罪をともに行おうとする合意を要求する乙説が妥当である。

イ. 次に、乙-1説と乙-2説について検討する。

乙-1説(完全犯罪共同説)について、検察側と同様の理由により採用しない。

乙-2説(部分的犯罪共同説)について、乙説(犯罪共同説)は規範の尺度で現象を「犯罪」として分節化するのであるから、事実の一部を他の構成要件該当事実として評価する可能性は排除されない<sup>5</sup>。そうだとすれば、構成要件が別の犯罪の構成要件として評価可能な部分を含む場合にはその範囲では共同惹起したとの評価が可能である。

よって、構成要件の重なり合いにおいて共犯の成立を認める乙-2説が妥当である。

ウ. 以上より、弁護側は乙-2説を採用する。

## 2. 過失の共同正犯の成立について

### (1) A説の検討

A説(過失の共同正犯肯定説)は、複数の行為者に共通の注意義務が課せられている場合において客観的注意義務違反の行為を共同して実行したと認められる場合には過失の共同正犯を肯定する。

もっとも、過失犯にも実行行為性が認められるからその共同が可能であるという論理は、実行行為の同時的存在という物理的因果性だけで共同正犯を基礎づけることになってしまい、共同正犯と同時正犯との区別が失われる結果となり妥当でない。また、A説は共犯における意思疎通の問題を看過し、客観的要素のみによって共同正犯の成立を認める結果となっており、前述したとおり乙-1説を採用する弁護側からは肯定しがたい<sup>6</sup>。

また、A説が各人の行為を切り離して検討したときには独立の過失正犯の要件が充足されていないにもかかわらず60条を適用するものであるとすれば、なぜ単独正犯に還元できない連帯責任を認めうるのか。過失の単独正犯を認めえないところに共同正犯を認めることは、過失のないところに刑事責任を認めることであって妥当でない<sup>7</sup>。

最後に、A説は検察レジュメにあるとおり「因果関係を個別に立証しなくても、共同行為

<sup>4</sup> 井田良『刑法総論の理論構造(初版)』(成文堂,2005年)351頁。

<sup>5</sup> 橋本正博「犯罪共同説と行為共同説」『刑法の争点』(有斐閣,2007年)99頁参照。

<sup>6</sup> 浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂,2007年)437頁以下。

<sup>7</sup> 井田良『講義刑法学・総論(第6版)』(有斐閣,2013年)476頁。

関係と共通の注意義務を証明すれば、両方の過失として捉えることができる」とするが、この共通の注意義務がいかなる場合に認められるのか明らかでなく、基準としての明確性に欠ける。

よって、A説は妥当でない。

## (2) B説の検討

B説(犯罪共同説に基づく過失犯の共同正犯否定説)は、犯罪共同説を前提として共同して同一の犯罪を実行する意思を要求する一方、過失犯は犯罪事実の表象を欠くため共同正犯は問題とならないとする。過失犯の本質をその無意識的側面にあると捉え、過失の共同正犯の事例ではそもそも共同実行の意思を形成しえないと考えるのである。

たしかに、犯罪共同説を前提として共同して同一の犯罪を実行する意思を要求する点には前述のとおり弁護側も同意する。しかし、B説は、結果が予見できたのに予見しなかったという点で注意を欠く非難に値する心理状態として過失の内容を把握する伝統的な旧過失論に基づく見解であるから、過失を結果予見可能性に基づく結果回避義務違反ととらえる新過失論を採用する弁護側からは支持できない。

よって、B説は妥当でない。

## (3) C説の検討

C説(過失同時犯解消説)は過失犯においては、発生結果との間に相当因果関係を肯定できる限り、他者の過失的行為を媒介としてその結果が発生したとしても、結果につき単独犯としての過失犯の責任を問いえることを前提に、過失の共同正犯を過失の同時犯に解消する。

これについて、仮に過失の共同正犯を認めるならば、各行為者に過失の単独正犯が認められない場合にも「一部実行の全部責任」を認めて60条を適用し構成要件の修正を認めることになるが、このような連帯責任を認める理論的根拠が明らかでない。

また、現行法の解釈としては刑法38条1項の故意犯処罰の原則もあり、個々人の関与形態に合わせた予見可能性判断を中心とした過失単独正犯の認定をできるかぎり追求すべきである<sup>8</sup>

よって、C説が妥当であり、弁護側はC説を採用する。

## III. 本問の検討

### 第1.甲の罪責について

1. 本問において、甲は本件地下空洞で電話ケーブルの断線探索作業中にトーチランプを消したことを確認せずに退出している。その結果、本件局舎に延焼するおそれのある状態を発生させ、もって公共の危険を生じさせている。

そこで、かかる甲の当該行為について業務上失火罪(117条の2)が成立しないか。

2. まず、甲の行為は「業務」(117条の2)にあたるか。

<sup>8</sup> 前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(東京大学出版会,2011年)506頁。

- (1) この点について、「業務」とは、前述の通り職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位に基づき、反復継続して行われる事務をいう。
- (2) 本問において、甲はA社の作業員として電話ケーブルの接続部を被覆している鉛管をトーチランプの炎により溶解開被して行う断線探索作業等にに従事している。断線探索作業は、トーチランプを扱うことから火災を発生させる危険性がある作業といえる。そのため、作業員として断線探索作業を行う者として、甲は職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位にあるといえる。
- (3) したがって、甲は「業務」者たる地位にあたる。

3. では、甲は「必要な注意を怠った」(117条の2)といえるか。

- (1) この点について、過失犯の構造をいかに解すべきか。

そもそも、過失犯における違法性の実質は結果無価値のみならず、社会生活上要求される適切な行為をとらなかったという行為無価値にもあり、結果の発生を回避するために適切な行動をとらなかったという行為無価値(結果回避義務違反)の行為が構成要件に類型化されていると考えられる。

したがって、過失犯の構造については、客観的な結果回避義務違反が過失犯独自の実行行為であると解する。

そして、責任主義の観点から結果回避義務を課するためには結果の予見が可能でなければならないから、結果回避義務を前提とした。予見可能性を要求すべきである。この予見可能性を前提とした結果回避義務違反が認められれば、「注意を怠った」といえる。

(2)では、甲に予見可能性及び結果回避義務違反が認められるか。

ア. まず予見可能性が認められるか。

本問において、甲は地下洞道において断線探索作業を行っているが、本件地下洞道は幅と高さは共に約2、3mほどの広さしかなく、42条もの電話ケーブルが敷き詰められている。このような狭い洞道内で火災事故が一度発生すれば、消火活動は困難であり、火が広がり、局舎等の近隣の建物に延焼するおそれがあることは予見しうるから、予見可能性が認められる。

イ. では、結果回避義務違反が認められるか

ここに「結果」とは本問におけるB電話株式会社の局舎に延焼するおそれのある状態を生じさせ、公共の危険を生じさせたことをいう。甲については本件洞道を退出する前に自己が使用していたトーチランプを指を指し声に出して確認を行うことなどをして火災が生じることを未然に防ぐ義務があるといえる。

それにもかかわらず、甲はトーチランプの火が消えたことを確認する等の措置を何ら講じることなく、火災が生じることを未然に防ぐ義務を怠ったといえることから結果回避義務違反が認められる。

4. しかし、本問において、甲及び乙のいずれのトーチランプの火から電話ケーブル及び洞道壁面を焼燬させ、局舎に延焼するおそれのある状態を発生させ、公共の危険を生

じさせたかは不明である。

したがって、甲の当該行為と結果との因果関係は認められない。

5. よって、甲の当該行為に対し業務上失火罪(117条の2)は成立しない。

## 第2. 乙の罪責について

1. 本問において、乙は本件地下空洞で電話ケーブルの断線探索作業中にトーチランプを消したことを確認せずに退出している。その結果、本件局舎に延焼するおそれのある状態を発生させ、もって公共の危険を生じさせている。

そこで、かかる乙の当該行為について業務上失火罪(117条の2)が成立しないか。

2. まず、乙の行為は「業務」(117条の2)にあたるか。

(1)この点について、「業務」とは、前述の通り職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位に基づき、反復継続して行われる事務をいう。

(2)本問において、乙は甲と同様にA社の作業員として電話ケーブルの断線探索作業等に従事している。前述の通り断線探索作業は、火災を発生させる危険性がある作業といえる。そのため、作業員として断線探索作業を行う者として、乙は職務として火気の安全に配慮すべき社会生活上の地位にあるといえる。

(3)したがって、乙は「業務」者たる地位にあたる。

3. では、乙は「必要な注意を怠った」(117条の2)といえるか。

(1)この点について、弁護側は予見可能性を前提とした結果回避義務違反が認められれば、「注意を怠った」といえると解する。

(2)では、乙に予見可能性及び結果回避義務違反が認められるか。

ア、まず予見可能性が認められるか。

本問において、乙は地下洞道において断線探索作業を行っているが、狭い本問洞道内で火災事故が一度発生すれば、消火活動は困難であり、火が広がり、局舎等の近隣の建物に延焼するおそれがあることは予見しうるから、予見可能性が認められる。

イ、では、結果回避義務違反が認められるか

ここに「結果」とは本問におけるB電話株式会社の局舎に延焼するおそれのある状態を生じさせ、公共の危険を生じさせたことをいう。乙については本件洞道を退出する前に自己が使用していたトーチランプを指を指し声に出して確認を行うことなどをして火災が生じることを未然に防ぐ義務があるといえる。

それにもかかわらず、乙はトーチランプの火が消えたことを確認する等の措置を何ら講じることなく、火災が生じることを未然に防ぐ義務を怠ったといえることから結果回避義務違反が認められる。

4. しかし、本問において、甲及び乙のいずれのトーチランプの火から電話ケーブル及び洞道壁面を焼燬させ、局舎に延焼するおそれのある状態を発生させ、公共の危険を生じさせたかは不明である。

したがって、甲の当該行為と結果との因果関係は認められない。

5. よって、乙の当該行為に対し業務上失火罪(117条の2)は成立しない。

第3. そこで、甲及び乙の当該行為に業務上失火罪の共同正犯(117条の2、60条)が成立しないか。

この点について弁護側は乙-2説(部分的犯罪共同説)及びC説(過失の同時犯説)を採用するところ、過失犯においては、共同正犯は成立しないと考える。

したがって、甲及び乙の当該行為について業務上失火罪の共同正犯(117条の2、60条)が成立しえない。

第4. 以上により、甲及び乙は何ら罪責を問われない。

#### IV. 結論

甲及び乙は何ら罪責を負わない。

以上