

只木ゼミ前期第 12 問検察レジュメ

文責：2 班

I. 事実の概要

甲、乙は、いずれも通信線路工事の設計施工等を目的とする A 社の線路部門担当作業員として、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の業務に従事していた。

平成 5 年 4 月 7 日午前 11 時 30 分頃、東京八王子市東中野 X 番 Y 丁目 Z 号所在の B 電話株式会社の八王子電話局第三棟局舎の地下から約 130m の地点にある地下洞道(B 社所有、コンクリート造、幅約 2.65m、高さ約 2.35m、合計 42 条の電話ケーブル設置)において、甲及び乙は電話ケーブルの断線探索作業に共同して従事していた。壁面北側に並列して設置されている電話ケーブルについて断線を探した際に、その電話ケーブル上に布製防護シートを掛け、通路上に垂らして覆い、点火したトーチランプ各 1 個を各自が使用し、鉛管を溶解開被する作業中に、断線箇所を発見した。そこで、その修理方法等を検討するため、一時退出した。その際に甲及び乙は、それぞれ使用していた 2 個のトーチランプを消したことを確認せずに退出したため、完全に消火されなかったいずれかの 1 個のトーチランプから防護シートに火が移り、電話ケーブル合計 104 条および洞道壁面 225m を焼燬させ、これにより前期 B 電話株式会社の八王子電話局第三棟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た。

甲及び乙の罪責を検討せよ。

II. 問題の所在

本問では、甲と乙とが完全に消火されなかったトーチランプを放置して退出しているが、いずれのランプが原因かはっきりしない。こういった場合に、甲、乙それぞれに結果を帰責することができるか。過失の共同正犯が認められるかが問題となる。

III. 学説の状況

1. 共同正犯は何を共同するのか

甲説：行為共同説(事実共同説)¹

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説

乙説：犯罪共同説²

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説

¹ 大谷實『刑法講義総論新版第 2 版』(成文堂,2007 年)403 頁参照。

² 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)465 頁。

乙-1 説：完全犯罪共同説³

犯罪共同説の内部において、1 個の、しかも同一の故意犯を共同ないし加担して実現する場合にのみ共犯を認めるべきであるとする説

乙-2 説：部分的犯罪共同説⁴

2 人以上の者が異なった構成要件にわたる行為を共同ないし加担して行う場合においても、それらの構成要件が同質的で重なり合うものであるときは共犯を認めるべきであるとする説

2. 過失の共同正犯の成立について

A 説:過失犯の共同正犯肯定説⁵

共通の注意義務が課せられている場合に、その注意義務に二人以上の者が不可分の関係で違反したとみられる事実が発生したとき、過失の共同正犯を認めるべきとする説。

B 説:犯罪共同説に基づく過失犯の共同正犯否定説⁶

共同正犯成立のためにはその犯罪を共同して実行することについての意思連絡が無ければならないとし、それゆえ各関与者は相互に犯罪事実を認識する必要があるが、過失犯はそもそもこのような犯罪事実の表象にかけているので、過失犯の共同正犯は認められないとする説。

C 説:過失同時犯解消説⁷

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、他社の過失行為を媒介としてその結果が発生したとしても、結果について単独犯としての過失犯の罪責を問い得るとして、過失の共同正犯に当たる事例は同時犯に解消すべきとする説。

IV. 判例

名古屋高判昭和 61 年 9 月 30 日⁸

< 事実の概要 >

被告人兩名は、共に鉄鋼組立工として雇われ、電気溶接等の業務に従事しているものであるが、被告人兩名のうち一方が溶接中は他方がその際発生する火花の飛散状況を監視する方法により、被告人兩名がその分担を交互に交替し共同して右作業を行ったが、火災の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、あらかじめ火花の飛散を防止する処置等を何ら講ぜず、作業終了後もばけつ一杯の水を右溶接箇所には掛けたのみで異常の有無を何ら確認することなくその場を離れた過失により、木造二階建家屋一棟を焼損させた。

³ 井田・前掲 465 頁。

⁴ 大谷・前掲 403 頁参照。

⁵ 大谷實『刑法総論(第 4 版)』(成文堂,2013 年)239 頁。

⁶ 内海朋子「過失の共同正犯をめぐる問題」『法学政治学論究』(『法学政治学論究』刊行会,1999 年) 43 号 351 頁参照。

⁷ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂,2005 年)373 頁以下。

⁸ 刑集 39 卷 4 号 371 頁。

<判旨>

「被告人両名の行った本件溶接作業は対等の立場で二人が一体となって行ったものであり、また、被告人両名は、単に職場の同僚としてあらかじめ前期措置を講ずることなくして前記危険な溶接作業をそれぞれ単独で行ったというものではない。このような場合、被告人両名は、共同の注意義務違反の所産としての本件火災について、業務上失火の同時犯ではなく、その共同正犯としての罪責を負うのが相当である。」

V. 学説の検討

1. 共同正犯は何を共同するのか

(1) 乙説については、共犯現象を共犯者の集団的な合同行為として見ており、完全または部分的に重なり合った構成要件に該当する他人の行為についても共同正犯として責任を負うことになり、罪名と法定刑の分離をもたらすことになって妥当ではない。

(2) 乙-1 説について、たとえば、A と B がそれぞれ殺人と傷害の故意で、X に向けてその背後から拳銃を一緒に発射した結果、一方の弾丸のみが命中して X が死亡した場合、共同正犯は成立せず、それぞれ単独犯の責任を負うにすぎないことになる。したがって、殺意を有する A により X の死が惹起された場合には、A について殺人罪が、B について暴行罪が成立することになるが、A が傷害の故意を有していたに止まる場合には、B には傷害罪もしくは傷害致死罪の共同正犯が成立することと比べて結論が不均衡である。⁹ つまり、片方がより重い罪の故意を有していると、もう一方の刑事責任が軽くなり、妥当ではない。

(3) 乙-2 説について、共同正犯とは「共同して犯罪を実行した者」(60 条)であり、条文を素直に読めば、共犯とは同一の犯罪についてしか成立しないとすする罪名従属性が導かれるのは、ある意味で自然であるといえ、部分的な重なりのみを見て判断するのはこれに反する。また、一方の過剰部分の罪責の処理が問題となり、妥当ではない。

(4) 甲説においては、共犯現象を共犯者相互間の個別的な利用関係と見る、すなわち各構成員が各自の目的をもち、その目的を実現するために集合力を利用し合っている現象として見ており、これを共犯の本質としている。また、本説は実定法上の根拠を 65 条 2 項に求めており、65 条 2 項は素直に読めば各別にその犯罪の成立を認める趣旨を規定していると解する¹⁰ことができるので、前述の共犯の本質とも合致し妥当である。

よって、検察側は甲説を採用する。

2. 過失の共同正犯の成立について

(1) B 説について

まず、犯罪共同説は、現行刑法の解釈としては共同正犯とは特定の犯罪を共同で実行することと考えるのが妥当であるから、共同正犯成立のためにはその犯罪を共同して実行することについての意思連絡がなければならないとし、それゆえ各関与者は相互に犯罪事実

⁹ 山口厚『刑法総論[第2版]』(成文堂,2007年)301頁。

¹⁰ 川端博『集中講義 刑法総論 第二版』(成文堂,1997年)373、374頁。

を認識する必要はあるが、過失犯はそもそもこのような犯罪事実の表象にかけているので共同正犯は問題にならないと主張する説である。この説は、過失犯において実行行為概念を認めず、結果に対し因果性を有する行為と行為者の不注意が存在しさえすれば過失犯が成立するとする伝統的旧過失論に立つことを前提としている。ところが、過失犯論は著しく変容し、近時では過失行為も実行行為、すなわち法益侵害の危険を有した行為あるいは注意義務に違反した行為として把握されることになった。その結果、関与者同士が同一の構成要件に該当する過失行為を行ったのであれば、それは「特定の犯罪」の共同足りえるのであるから、犯罪共同説からも肯定説を支持することが可能となった。

それでもなお、犯罪共同説が過失共同正犯否定説の根拠になりえるとすれば、共同実行意思が関与者の犯罪事実の認識、すなわち故意と同一でなければならない点であろう。しかしながら、刑法 60 条は「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と定めるのみで「共同実行の意思」を要求するわけでも、それは故意でなければならないと明記しているわけでもない。したがって、共同実行意思において認識・意欲されるべき共同行為は法益侵害に向けられている必要はなく、過失行為を共同する意思を持って共同実行意思の存在を肯定することが十分可能である。このように、犯罪共同説に立ったとしても、共同実行の意思は故意である必要はなく同一構成要件該当の実行行為を共同する意思で足りると解釈することで、過失共同正犯を肯定することができるのである¹¹。

以上のように、犯罪共同説は過失の共同正犯を否定する決定的な根拠になりえず、検察側は B 説を採用しない。

(2) C 説について

この説は、過失の共同正犯を肯定して処罰を拡張するよりも、注意義務違反を共同人それぞれ個別に検討して、過失認定の厳密性を維持すべきとし、過失の共同正犯になりうる事例について過失の同時犯として構成すべきであり、あえて過失の共同正犯として構成する必要性はないと主張する説である。各人は他の共同人の行為から生じた結果について責任を負う必要はないのであるから、各人の自己自身の行為に関する注意義務違反を厳密に認定すべきだという内容が含まれていると考えられる。

しかし、この主張に基づき過失の単独正犯として処罰を行う場合、各人の答責領域からの限定がなされ、処罰に限界が生じる。例えば、A と B という二人の人間が、一緒に崖の上からそれぞれ一つの石を同時に落としたりしたところ、崖下にいた C に当たり死亡したが、どちらの落としたりした石が C に当たったか証明出来なかったとする。A と B をそれぞれ過失の単独正犯として処罰しようとする、共同者の危険行為を放置すべきでなかったにもかかわらずこれを怠ったという不作為を処罰する不作為犯構成となるであろう。しかし、他人の不注意な行為に対する監督義務が成立するには、行為者が特別の地位・能力・役割を有している必要があり、同時に石を落とすという約束をしたというだけで、危険な行為から結果が生じないように監督すべき地位が生じるとは考えにくい。このような例においては、

¹¹ 内海・前掲 350 頁参照。

いずれかの行為から結果が生じたのか不明である以上、因果関係を認めることができず、同時犯として両名を処罰することはできないのであり、過失の共同正犯を認める見解との間に結論の差が生じることになる¹²。

このように、共同注意義務違反があるとされ過失共同正犯が成立する、とされる事例において、関与者全員を常に過失単独正犯として処罰できるわけではない以上、依然として過失の共同正犯という概念は必要であると解する。

よって、検察側はC説を採用しない。

(3) A説について

共同行為者が不注意によって過失犯を実現した場合、犯罪を実現する意思の連絡が有り得ないのであり、共同正犯を当然のものとして認めるわけにはいかない。しかし、二人以上の者が相互に利用し補充して行う作業であって、共同者が相互に注意し合って遂行しなければ結果発生の危険がある場合には、その危険回避のために法律上共通の注意義務が課せられている。このように共通の注意義務が課せられている場合に、その注意義務に二人以上の者が不可分の関係で違反とした見られる事実が発生したときは、犯罪的結果の発生を回避するために社会生活上必要となる適切な態度を取るよう注意すべき客観的注意義務に違反する行為を共同者が共同して実行したと言ってよく、過失の共同正犯を認めるべきである。過失の実行行為、すなわち客観的注意義務違反の行為を共同して実行したと言えるためには、その前提として、共同して行為を行うという関係があり、二人以上の者がその共同行為を行うに当たり、相互に利用し補充し合って結果を防止するための共通の注意義務が存在することを要する¹³。

過失の共同正犯肯定説のメリットは、「共同行為者のいずれかの過失があったことは明らかであるのに、結果と個々の過失行為との因果関係を特定できない」場合、過失の共同正犯否定説からは、各自に結果を帰責できず不可罰という不当な結論となるのに対し、肯定説は因果関係を個別的に立証しなくても、共同行為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点である。

ただし、過失の共同正犯を広く認めすぎると、行為共同者の中に全く過失が無かった共同者がいた場合でもその者を処罰することとなり、納得できない結論を導く恐れがある。したがって、過失の共同正犯を認めるのは、直接に結果を発生させたのは他の共同者であれ、自らも同一の注意義務に違反する不注意な行動に出ており、しかも、結果発生の危険ある行為の意識的な共同遂行者で、他の共同者の不注意な行動をチェックし安全を確保すべき義務もあった、と認められるような場合に限られるべきである¹⁴。

以上により、検察側はA説を採用する。

V. 本問の検討

¹² 内海朋子「過失共同正犯論について」『刑法雑誌』(有斐閣,2011年)50巻2号135頁以下。

¹³ 大谷實・前掲238頁以下。

¹⁴ 斎藤信治『刑法総論(第6版)』(有斐閣,2008年)268頁以下。

第一 甲及び乙は、断線探索作業中に、トーチランプを消火したことを確認せず退出し、その結果、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た。

そこで、甲および乙は業務上失火罪(117条の2)の罪責を負わないか。

第二 業務性について

まず、断線探索作業時において退出する際にトーチランプが完全に消火されていることを確認する作業は、本来人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為であって、かつ他人の生命身体の危険を防止することを義務内容とするものであるといえ、「業務」(117条の2)にあたる。

したがって、本問において甲及び乙は業務上必要な注意を怠って発火させ、公共の危険を生じさせていると認定できる。

第三 過失の共同正犯の可否

1. 次に、本文のようにいずれのトーチランプから火が移ったのか不明の場合、過失の共同正犯が認められれば、甲および乙に業務上失火罪の共同正犯が成立する。そこで、過失の共同正犯が認められるか否かが問題となる。

2. そもそも、共同正犯とは何を共同することが要求されるかが問題となる。

この点について、検察側は甲説(行為共同説)をとり、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べきと解する。

したがって、共同正犯が成立するためには行為を共同していれば足り、過失犯を共同して実現する場合においても行為を共同することは観念できることから、過失犯の共同正犯が肯定しやすい。

そのうえで、検察側はA説(過失犯の共同正犯肯定説)を採用し、過失犯の共同正犯は認められると解する。もっとも、過失の共同正犯を認めるのは直接に結果を発生させたのは他の共同者であれ、自らも同一の注意義務に違反する不注意な行動に出ており、しかも、結果発生の危険ある行為の意識的な共同遂行者で、他の共同者の不注意な行動をチェックし安全を確保すべき義務もあった、と認められるような場合に限られるべきである。

3. これを本文についてみると、甲及び乙はお互いにそれぞれが使用したトーチランプの消火確認を失念していることから、消火を確認するという同一の注意義務に違反し不注意な行動にでてしていると認定できる。また、甲及び乙は線路部門担当の作業員であり専門家というべき職業に共同して従事していること、点火したトーチランプを使用し失火など人の生命身体を侵害する危険性が非常に高い行為を含む行為であることを考慮すると、他の作業員の不注意な行動をチェックすべきであり安全を確保すべき義務を肯定できる。

よって、過失犯の共同正犯が成立する。

VI. 結論

甲及び乙は、業務上失火罪(117条の2)の共同正犯(60条)の罪責を負う。

以上