

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ A 説の検討において「注意義務違反は各行為者ごとに論ずるべきであるため、～過失犯の共同正犯を認めるべきである。」とあるが、「危険回避のための共通の注意義務が課される」ような場合には、共同者間に意思連絡が存在するというだけでよいか。
2. 検察レジュメ A 説の検討において「共通の注意義務」とあり、C 説の検討において「共同注意義務」とあるが、「共通」の注意義務と「共同」の注意義務は異なるものであると考えられる。「共通の注意義務」とは区別されるところの「共同の注意義務」とはどのようなものか。
- 10

## II. 学説の検討

A 説(過失犯の共同正犯肯定説)について

- 15 この説は共同行為者に対して共同の注意義務が課せられている場合に、共同行為者がその注意義務に共同して違反したとみられる客観的な事情が存在するときは、過失犯の共同正犯の構成要件該当性があったとし、共同行為者の各自に責任過失も認められるときは過失犯の共同正犯が成立するとする説である<sup>1</sup>。

- 20 そもそも、共同正犯の処罰根拠は共謀に基づく犯罪実現における各人の行為の地位・役割の重要性によって、一部分担にもかかわらず、相互的に行為が帰属され全体の責任を負う点に存すると解するところ、共同正犯成立には、事前に結果を認識し、犯罪事実全体における自己の地位・役割が把握されていなければならない。しかし、「共同義務の共同違反」という論理は以上の意思疎通の問題を看過し、客観的要素のみで共同正犯の成立を認めており、妥当ではない。

よって、弁護側は A 説を採用しない。

- 25 B 説(過失犯の共同正犯否定説)について

犯罪共同説は、無意識的部分を本質とする過失の場合に、共同正犯は認められないとして過失の共同正犯を否定してきた。

- 30 しかし、問題はその一方を重視しなければならないかにある。過失行為が刑法上意味を持つのは、意識的部分それ自体においてではないし、また無意識的部分それ自体においてでもない。過失行為は、あくまでも注意義務を媒介としてはじめて、刑法上意味のある行為となりうるのである。

今ここで問題としているのは、注意義務に媒介された過失「行為」の共同が可能かどうか、つまり構成要件的行為の共同の可否に他ならない<sup>2</sup>。

よって、弁護側は B 説を採用しない。

- 35 C 説(過失同時犯解消説)について

<sup>1</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第3版増補版]』(有斐閣,2005年)281-282頁。

<sup>2</sup> 川端博『刑法総論講義』(成文堂,2006年)530頁。

この説は、理論上は過失の共同正犯が認められ得るとしても、過失犯処罰の拡大を防ぐという観点から、過失の単独正犯に解消するという説である。

5 60条の解釈として、理論上、過失の共同正犯を認め得るのは、過失の単独正犯としての罪責を負う場合でなければならず、過失の単独正犯が成立しないところに過失の共同正犯を認めることは妥当ではない。なぜなら、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となり<sup>3</sup>、責任主義に反するうえに、共同義務とは、「自己の行為から構成要件の結果が発生しないように配慮するばかりでなく、他の共同者の行為からも構成要件の結果が生じないように配慮することを内容とするもの」とされ、それは結局横の関係における相互監視義務に基づく一種の監督過失を認めるものにほかならない<sup>4</sup>からである。このように解するならば、修正されていない構成要件たる単独正犯が認められるところに、修正された構成要件たる共同正犯を認める必要はなく、過失の共同正犯は過失の単独正犯に解消すべきものである。

よって、本説をもって妥当とすべきであり、弁護側はC説を採用する。

### III. 本問の検討

15 1. X及びYがトーチランプの炎の消化を確認せず立ち去った行為について、業務上失火罪(117条の2前段)の共同正犯(60条)が成立するか。

20 2.(1) X・Yはともに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って溶解して行う断線検索作業を業務とする者である。作業現場で火災が発生すれば確実に電話という通信手段を害すことになるため、X・Y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ったといえ、当該行為は「業務」にあたる。

(2) また、本件洞道は、「現に人が住居せず、かつ、現に人がいない建造物」(109条1項)であり、B株式会社所有のものであるから、「他人の所有に係る第百九条に規定する物」(116条1項)にあたる。そして、電話ケーブル合計104条もB株式会社所有であったことから、「前二条に規定する物以外の者」(110条1項)にあたり、「第百十条に規定する物」(116条2項)にあたる。

25 「失火」(116条1項2項)についての過失は後述の通り認められる。これによって洞道側面が焼損しており、「焼損した」(116条1項)といえる。また、電話ケーブル合計104条も焼損し、B株式会社八王子電話局第3棟局舎に延焼する恐れが生じたことから、「物を焼損し、よって公共の危険を生じさせた」(116条2項)といえる。

したがって、X・Yの行為は「第百十六条」「の行為」(117条の2)にあたる。

30 (3)ア. 「失火」(116条1項2項)、「必要な注意を怠った」(117条の2前段)は過失行為をさすが、過失の共同正犯は認められるか。

イ. この点、弁護側はC説を採用するところ、過失犯においては共同正犯を認める必要はなく、単独正犯の検討で足るものとする。よって個々の過失について検討する。

35 ウ. XとYは上述の通り仕事上の業務としてトーチランプを扱う者であり、放置したときに他の物に燃え移るといった危険性は十分に予見できたものと考えられる。そして、作業員は自己のトーチランプだ

<sup>3</sup>井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)476頁。

<sup>4</sup>西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)383頁。

けでなく、もう片方の作業員が安全にトーチランプを使用し、完全に消火したことを確認する等、相互の監督義務、すなわち共同注意義務があったといえる。

しかしながら、XもYも洞道を退出するに際してトーチランプの相互的な安全確認を行っておらず、上記共同注意義務を怠っている。

5 エ. よってXとYはそれぞれ過失行為を行ったといえる。

3. しかし、X・Yのどちらのトーチランプによって引火し電話ケーブル等を焼損させたのかは不明であるから、Xの行為と結果の間の因果関係及びYの行為と結果の間の因果関係は認められない。

4. 以上より、X及びYはなんら罪責を負わない。

#### 10 IV. 結論

X及びYは罪責を負わない。

以上