

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 1 頁 35 行目で「結果発生の一抔の不安感、危惧感を抱くべき状況があれば予見可能性が認められる」とあるが、検察側の採用する危惧感説は結果の具体的な予見可能性を不要とする点で責任主義に反すると考えられる。その点についてどのように考えるか。
- 10 2. 検察レジュメ 4 頁 21 行目「共同義務の共同違反の存在が認められれば共同正犯の成立を認める」とあるが、共同正犯性を認める際に必要な意思連絡という心理的因果性についてはどのように考えるか。
- 15 3. 検察レジュメ 4 頁 29 行目「過失犯によっても共同して結果を惹起することが可能であるから、同時正犯ではなく共同正犯の成立を認める必要がある。」とあるが、同時正犯ではなく共同正犯の成立を認めるメリットは何か。
4. 検察レジュメ 5 頁 22 行目「そのような確認をせずに足場に風速 30 メートル以上の風には耐えられない補強しか施さなかった行為」とあるが、弁護側はかかる行為を作為か不作為かどちらと考えるか。

II. 学説の検討

1. 過失の認定について

P-1 説(危惧感説)について

過失犯には結果回避義務違反の前提として予見可能性が必要とされる。この説において予見可能とは、結果の発生の具体的因果関係の予見までは必要でなく、一般人ならば少なくともその種の結果発生がありうるとして、具体的に危惧感を抱く程度のものであれば足りるとする¹。

これによれば、不安感が少しでもある以上それに対応した対策を立てるべきだということになるが、危険に満ちた現代社会で不安を感じないと言うことはありえず、不安を感じた場合には何らかの結果回避義務が課されることになる。そうなると、結果が発生した以上過失が否定されることはなくなるため、過失犯成立の範囲が無限定に流れるおそれがあり、結果責任を肯定することになる²。

つまり、この説は抱くべき危惧感を解消しないという行為無価値一元論に立脚する過失犯論であるといえ、具体的予見可能性を不要とする点で責任主義に反する。結果惹起を違法要素として無視できない以上、責任要素として結果の予見可能性を無視することはできないが、この説は責任非難を軽視し、責任要件を空洞化すると考えられ妥当でない³。

したがって、弁護側はこの説を採用しない。

¹ 藤木英雄『刑法(全)[第4版]』(有斐閣,2013年)67頁。

² 山口厚・佐伯仁志『刑法判例百選 I 総論[第7版]』(有斐閣,2014年)105頁。

³ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2016年)244頁。

P-2 説(具体的予見可能性説)について

予見可能性に関して、因果経過の基本的部分を含んだ具体的予見可能性が必要であると
する説である⁴。予見可能性の対象となる因果関係の基本的部分とは、結果に直結する事実
であり、それを予見すれば結果の発生が予見できるような事実を指すと解する⁵。予見可能
性は、究極的には結果回避義務を生じさせるものであるから、何が起こるか分からないとい
った単なる危惧感・不安感では足りず、一般人を結果回避へと動機づける程度のものでなけ
ればならないと考える⁶。

したがって、弁護側はこの説を採用する。

10 2. 過失犯の共同正犯について

α-1 説(過失犯の共同正犯の成立を行為共同説から肯定する説)について

この説は、共同実行の意思に関し、行為を共同にする意思があれば足り、結果を共同にす
る意思を必要としないとして過失犯の共同正犯を認める説である⁷。

検察側と同様の理由により採用しない。

15

α-2 説(共同義務の共同違反の存在から過失犯の共同正犯の成立を肯定する説)

この説は、共同行為者に対して共同の注意義務が課されている場合に、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事態が存在するときは、そこに過失犯の構
成要件該当性があるため過失犯が認められるとする説である⁸。

20 共同義務の内容は、「共同者の各自が自己の行為について注意を払うだけでは足りず、他
の仲間の者の行為に気を配る義務と解されているが⁹、これはほとんどの場合、相互的な
監督過失の同時正犯に解消できるものである¹⁰。

25 また、共同違反とは、過失の実行行為の過失同時存在では足りず、過失の実行行為を行う
ことの意味疎通を必要とする。しかし、過失の実行行為は、結果発生によって特定の過失犯
に対する違法な危険性が確定されることから、事前に当該過失犯の実行行為を共同者が意
思疎通するわけではない。また、そもそも過失犯は、結果発生を認識・予見していないとい
う無意識的側面が本質であるため、意識的部分についての意思連絡をもとにして過失共同
正犯を論じるのは、過失犯の本質に反する¹¹。

30 さらに、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、一部負担にもかかわらず、相互的に行為が帰属され、全体の責任を負う
点に存するため、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

⁴ 前田雅英『刑法総論講義[第6版]』(東京大学出版会,2015年)219頁。

⁵ 前掲・山口・佐伯 105頁。

⁶ 川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂,2013年)213頁。

⁷ 前掲・前田 369頁参照。

⁸ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣,2008年)296頁以下。

⁹ 前掲・大塚 297頁。

¹⁰ 高橋則夫『刑法総論[第2版]』(成文堂,2013年)483頁以下。

¹¹ 団藤重光『刑法概要総論[第3版]』(創文社,1990年)393頁。

ていなければならない。「共同義務の共同違反」という考え方は、以上のような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いるといえ、妥当でない¹²。

したがって、弁護側はこの説を採用しない。

5

B 説(過失犯の共同正犯の成立を否定する説)

この説は、共同正犯においては特定の犯罪を共同して実現する意思が必要であり、したがって、故意の共同が不可欠の要件となる説である¹³。

10 刑法 38 条 1 項の故意処罰の原則からも、個々人の関与形態に合わせた予見可能性の判断を中心とした過失単独正犯の認定をできる限り追求すべきで、過失の共同正犯を用いて安易に処罰を拡大することは許されないと考えられる¹⁴。

したがって、弁護側はこの説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

15 第 1. 甲と乙が共同して、建設した足場が崩壊しないように適切に補強する義務に違反し、その足場の一部が崩壊したことによって下を歩行していた X に傷害を負わせた行為につき、甲と乙に業務上過失傷害罪の共同正犯(211 条前段、60 条)が成立しないか。

これについて弁護側は、B 説(過失の共同正犯を否定する説)を採用していることから過失の共同正犯は成立しないと考える。

20 第 2. 次に、甲と乙に業務上過失傷害罪(211 条)の単独正犯が成立しないか検討する。

1. 甲の罪責

(1)甲が建設会社の現場監督者として乙に足場の補強を行い、安全を確保するように指示をすべき義務があったにもかかわらず、必要な措置を怠り、結果 X を負傷させた行為につき業務上過失傷害罪(211 条前段)が成立しないか。

25 (2)①211 条における「業務」とは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・身体等に危害を加える恐れのあるものをいうところ、甲は建設会社の現場監督者という社会生活上の地位を有し、その地位に基づき乙に足場の補強を命じており、かかる行為は足場に不具合があった場合には繰り返し行われる行為といえるため反復継続性が認められる。そして、足場の補強という比較的危険な機材等を高所で行う作業を命
30 令することは、周辺住民及び現場作業員の生命・身体等に危害を加える恐れのあるものといえ、「業務」に当たる。

②では、X は「業務上必要な注意を怠」ったといえるか。

「業務上必要な注意を怠」ったとは、業務に関連して要求される注意義務に違反すること、つまり結果発生の予見可能性を前提として、結果予見義務を負っているにもかかわらず、か
35 かる結果回避義務に違反したことをいう。

まず、結果発生の予見可能性が認められるかについて検討する。結果発生の予見可能性と

¹² 前掲・高橋 483 頁以下。

¹³ 前掲・高橋 480 頁。

¹⁴ 前掲・前田 371 頁。

は、危惧感や不安感を抱いたといった抽象的なものでは足りず、一般人を結果回避へと動機づける程度の具体的な危険の認識のことをいう。

本件では、乙の立てた足場は風により吹き飛ばされたビニールハウスが絡みついたことにより、より大きな風の影響を受けて崩壊している。甲は前日に、18日には所により風速
5 20メートル以上の強風が吹くという予報を受けて乙に命令し、30メートルまでたえられるように補強を行っているが、事前情報と大きく異なり当日は風速40メートルを超える強風を記録した。そして、風により飛ばされたビニールハウスのビニールが足場に絡みつくと
10 いった事情は通常起こりえないことと言え、予測は困難である。そのため、本件結果発生
の予見可能性は、一般人を結果回避へと動機づける程度のものとは言えない。したがって、ビニールが絡まったことによる足場の崩壊という事故は偶発的事象により引き起こされたものであり、甲が事前に得た情報からはかかる結果を具体的に予測することは不可能であった
といえ、結果発生の予見可能性は認められない。

(3)よって、甲には業務上過失致死罪(211条前段)は成立せず、いかなる罪責も負わない。

2. 乙の罪責

15 (1)乙が作業員として、建設した足場を補強し安全を図り、崩壊しないように対応する義務があったにもかかわらず、必要な措置を怠り、結果 X を負傷させた行為につき業務上過失
傷害罪(211条前段)が成立しないか。

(2)①「業務」とは上記の通り行為を指すところ、乙は建設会社の作業員であり、本件足場の補強もかかる社会生活上の地位に基づき行われ反復継続して行われるものと言える。そして、足場の補強という建設作業は、建設機材といった比較的危険なものを高所で取り扱う行為であり、他人の生命・身体に危害を加える恐れのあるものといえる。したがって乙の行為は「業務」に当たる。

20 ②では、乙は「業務上必要な注意を怠」ったといえるか。

「業務上必要な注意を怠」ったとは、上記行為を指す。まず、結果発生の予見可能性が認め
25 られるかについて検討する。

結果発生の予見可能性とは、上記のところ、乙においても、甲と同様に事前の風速20メートル以上の風が吹くという情報に基づいて足場の補強という作業に準じており、それを大きく上回る風速40メートルという風が吹き、飛ばされたビニールが足場に絡みつくと
30 いった具体的事情のもと結果を予測することは、作業員という異なる立場であったとしても不可能である。そのため、本件結果発生の予見可能性は、一般人を結果回避へと動機づける
程度のものとは言えない。したがって、予測可能性は認められない。

(3)よって、乙に業務上過失傷害罪(211条前段)は成立せず、いかなる罪責も負わない。

IV. 結論

35 したがって、甲と乙はいかなる罪責も負わない。

以上