

## I. 事実の概要

5

A市(ビニールハウス農園が盛んな都市であり、工事現場付近にもビニールハウスがある)のビル建設工事を行っていた建設会社の現場監督者甲は、作業のためビルの外壁に沿う形で足場を、甲がかねてより建設作業における相談をしていた作業員乙に組ませている。平成28年4月17日、甲は翌日18日の現場付近の天気が荒れ、強風が吹くということをニュースで知り、足場の補強を乙に命令した。この補強は風速30メートルまでの風には耐えられるがそれ以上は耐えられないものである。

10

翌日の18日、現場付近は予想を超える風が吹く台風並みの天気となった。風は最大風速40メートルを記録し、これにより飛ばされてきた隣のビニールハウスのビニールが足場に絡みつき、風の影響を直接に受け、足場の一部が崩壊、その鉄骨が下を歩行していたXに直撃しこれを傷害させた。

15

なお、17日における天気予報によると、18日には所により風速20メートル以上の強風が吹くとされており、甲乙両名ともその予報を見ていた。

このとき甲及び乙の罪責を答えよ。なお特別法に関しては考えないこととする。

20

参考判例：札幌高裁昭和51年3月18日判決

## II. 問題の所在

1. 新過失論に基づき「過失」に結果予見可能性を必要とする場合、どのように認定するべきか。
2. 過失犯に共同正犯が成立する余地があるか。

25

## III. 学説の状況

### 1. 過失の認定について

#### P説(新過失論)<sup>1</sup>

30

行動基準として守られるべき行為(基準行為)を遵守したかという客観的基準によって過失犯の成立範囲を確定すべきだとする説。具体的には、結果予見可能性を前提とした結果予見義務のみならず、結果回避可能性を前提とした結果回避義務違反であるとし、一般人を基準とした客観的注意義務違反として過失を把握する説。

#### P-1説(危惧感説)<sup>2</sup>

35

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ともに、

1 大谷實『刑法総論〔新版第2版〕』(成文堂,2007年)196頁。

2 藤木英雄『刑法総論講義』(成文堂,1975年)240頁以下。

その不安感を払しょくするに足る「結果回避措置」が要求され、それを怠れば過失が認められるとする説。

### P-2 説(具体的予見可能性説)<sup>3</sup>

- 5 「過失」にいう「予見可能性」とは、「危惧感」(を抱くべき状況)を契機として期待される情報収集措置を取った結果、具体的予見すなわち「結果発生 of 許されない危険」の認識が可能であることを意味するとする説。

## 2. 過失犯の共同正犯について

- 10 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)<sup>4</sup>

共同正犯は前構成要件的な行為の共同で足り、それについての意思疎通があれば十分と考える説。

### 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)<sup>5</sup>

- 15 犯罪共同説に立ちつつ、過失の実行行為性を注意義務に違反した結果惹起行為に求め、この行為を共同にする意思と事実が認められる場合には過失共同正犯を肯定するとする説。

### β 説(過失犯の共同正犯の成立を否定する説)<sup>6</sup>

- 20 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とする説。過失行為は無意識的側面が本質であるから、意識的側面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とする。

## IV. 判例

### 1. 過失の認定について

- 25 徳島地方裁判所昭和 48 年 11 月 28 日判決。判例時報 721 号 7 頁。

#### [事実の概要]

- 30 森永乳業徳島工場で製造・販売されていた粉乳の中には多量のヒ素が含まれていたため、これを飲んだ多数の乳児がヒ素中毒により死傷するに至った。同工場では粉乳に第二りん酸ソーダを使用していたが、これを納入する事業者が、産業廃棄物を脱色・再結晶させたものであって多量のヒ素を含む薬剤を、第二りん酸ソーダと偽って納入していたため、本件事故が生じた。

#### [判旨]

結果回避義務の前提としての予見可能性は、「具体的な因果関係を見とおすことの可能性である

3 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣,2016年)255頁。

4 植田重正『共犯の基本問題』(東京三和書房,1952年)110頁以下。内田文昭『改訂刑法I(総論)〔補正版〕』(青林書院,1997年)296頁以下参照。

5 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣,2008年)296頁以下参照。

6 高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』(成文堂,2013年)483頁以下。団藤重光『刑法概要総論〔第3版〕』(創文社,1990年)393頁以下参照。

必要はなく、何事かは特定できないが、ある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはゆかないという程度の危惧感があれば足りる」として、製造課長に業務上過失致死傷罪(刑法 211 条)を成立させた。

[引用の趣旨]

5 本判決は、検察側の採用する P-α 説を明示的に採るものであるため引用した。

## 2. 過失犯の共同正犯について

東京地方裁判所平成 4 年 1 月 23 日判決。判例時報 1419 号 133 頁。

[事実の概要]

10 被告人兩名は、点火したトーチランプを各自 1 ずつ使用し、地下洞道に設置された電話ケーブルの鉛管を溶解開披して断線箇所を探索する作業に従事していた。断線箇所の発見後、被告人兩名は修理方法等を検討するためにトーチランプを放置して一時退出した。しかし、各自のトーチランプが完全に消火されているのかを確認せずに立ち去ったため、完全に消火されなかったどちらか 1 個のトーチランプから防護シートに着火させ、電話ケーブル等を焼損させたとして、業務上  
15 失火罪(刑法 117 条の 2)に問われた事案である。

[判旨]

「本件の解鉛作業の場合等のように、数名の作業員が数個のトーチランプを使用して共同作業を行い、一時、作業を中断して現場から立ち去るときには、作業慣行としても、各作業員が自己の使用したランプのみならず共同作業に従事した者が使用した全てのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の注意義務が、共同作業者全  
20 員に課せられていたことが認められる」。そして、「被告人兩名がこの点を十分認識していたものであることは、兩名の作業経験等に徴して明らかである」。それにもかかわらず、被告人兩名は「これを怠り、前記二個のトーチランプの火が完全に消火しているか否かにつき、なんら相互の確認をすることなく、トーチランプを I Y ケーブルの下段の電話ケーブルを保護するための防護シ  
25 ートに近接する位置に置いたまま、被告人兩名が共に同所を立ち去ったものであり、この点において、被告人兩名が過失行為を共同して行ったことが明らかであるといわなければならない」。

「以上の理由により、もとよりいわゆる過失犯の共同正犯の成否等に関しては議論の存するところであるが、本件のごとく、社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合  
30 においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた上、発生した結果全体につき共同正犯者としての刑事責任を負わしめることは、なんら刑法上の責任主義に反するものではないと思料する」。

[引用の趣旨]

35 本判決は、検察側の採用する甲 1 説の立場で、過失犯の共同正犯を肯定するものであるため引用した。

## V. 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

- 構成要件的结果は、過失犯における行為規範を基礎づけないのであるから、結果の具体的予見可能性がなくとも、過失犯の行為規範違反を肯定できる場合がある<sup>7</sup>。  
したがって、検察側はこの説を採用する。

#### P-2 説(具体的予見可能性説)について

- この説によると、予見可能性の対象は、特定の構成要件的结果の発生及びその結果発生に至る因果関係の基本的部分である。しかし、この因果関係の基本的部分という概念は不明確なものであり、この点においてこの説は妥当でない。  
したがって、検察側はこの説を採用しない。

### 2. 過失犯の共同正犯について

- 15  $\alpha$ -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

行為共同説は近代学派の主観主義に基づくものであり、そもそもこの点において妥当でないと考える。  
したがって、検察側はこの説を採用しない。

- 20  $\alpha$ -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ものである。過失犯においても、一定の結果発生の高度な危険性を有する行為を共同する場合などにおいては、複数人に共通する注意義務に違反することによって構成要件的结果を惹起することが可能なのであり、このような場合には過失犯の共同正犯の成立を認める必要性が生じる。

- 25 したがって、検察側はこの説を採用する。

#### $\beta$ 説(過失犯の共同正犯の成立を否定する説)

- この説は、過失犯の共同正犯の問題はほとんど相互的な監督過失の同時正犯により処理できるとする<sup>8</sup>。しかし、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。  
したがって、検察側はこの説を採用しない。

## VI. 本問の検討

- 35 第 1. 甲と乙の、足場の崩落を防ぎ、鉄骨が通行人に当たらないよう注意する義務があったにもかかわらず、本件足場に風速 30 メートル以上の風には耐えられない補強しか施さず、よって X に

<sup>7</sup> 高橋・前掲 218 頁以下。

<sup>8</sup> 高橋・前掲 483 頁以下。

傷害を負わせた行為につき、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。

まず、前提として過失犯の共同正犯が認められるか問題になるが、検察側は過失による共犯を認める見解に立つ。以下で具体的に検討していく。

5 1. ここでいう「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、人の生命・身体に危害を加える恐れのある行為のことをいうところ、甲と乙の本件足場に補強を取り付ける行為は建設会社の現場監督者と作業員という社会的地位に基づき、建物の建設工事の際には通常反復して行われると考えられる行為であり、また、高所で補強のために金属製の補強具や道具を扱うと考えられることから、人の生命・身体に危害を加える恐れのある行為であるといえる。よって、甲と乙の当該行為は「業務」にあたる。

10 2.(1) 過失犯による共同正犯は、共同の注意義務に共同で違反した場合に成立する。ここでいう「共同の注意義務」とは、二人で予見し、二人で結果回避するという共同義務をさし、自己の行為から結果が発生しないように注意し、互いに協力し合って結果を防止すべき義務が各人に課されていることをいう、その前提として、各人に共同行為関係が存在していることが必要である。また、「共同して違反」とは、共同の注意義務に違反する行為を意思の連絡の下に共同して行うことをいう。

15 (2) 本件において、現場監督者である甲と作業員である乙はその立場を異にするが、甲はかねてより乙に建設作業における相談をしており、甲と乙の間には、強風によって足場が崩落しないように、補強を施すことを共同して相談し、実行するという共同行為関係が存在する。その上、甲と乙は18日の天気が荒れ、強風が吹くことを17日の時点で知っており、何らかの悪天候による事故があるのではないかという一抹の不安を感じる状況にあったのだから、予見可能性が認められる。そして、甲と乙には足場の補強が十分であるかどうかを確認しあい、協力して結果を回避するための共同の業務上の注意義務が課されている。それにもかかわらず、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が共同の注意義務に違反する過失の実行行為であり、その実行行為を甲と乙が意思の連絡の下に行っている以上

20

25

また、甲と乙の当該過失行為がなければ、X 傷害結果は発生しなかったのであり、条件関係が認められる。また、X 傷害結果は、足場に風速30メートルまでしか耐えられない補強しかしなかった本件過失行為の持つ、風速30メートル以上の風が吹けば足場が崩落し、周囲の人を死傷させる危険が現実化したものといえることができ、因果関係も認められる。

30 以上より、甲と乙の当該行為には業務上過失傷害罪の共同正犯（211条前段、60条）が成立する。

第2. では、仮に甲と乙の当該行為に業務上過失傷害罪の共同正犯（211条前段、60条）が成立しないとして、甲と乙にそれぞれ業務上過失傷害罪（211条前段）の単独正犯が成立しないか。

1. 甲の当該行為につき、業務上過失傷害罪（211条前段）が成立しないか。

35 (1) 甲の行為が「業務」にあたることは、前述した通りである。

(2) では、甲が「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、業務を行う際に必要とされる注意義務に違反することをい

うが、具体的には結果予見可能性に基づく結果予見義務と結果回避義務に違反したかどうかについて検討する。

① まず、結果予見可能性の前提となる本件足場が崩落することの予見可能性が甲にあったかが問題になる。この点、検察側は危惧感説を採用しているため、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。

5 本件において、甲は、足場に風速 30 メートル以上の風には耐えられない補強を施させたが、18 日には予想を超える風速 40 メートルの風が吹き、ビニールハウスのビニールが足場に絡みついたことで風の影響をもろに受けて足場が崩壊している。この風速は、所により風速 20 メートル以上の強風が吹くとされた 17 日の天気予報を大きく超えるものであるが、甲はいずれにせよ現場  
10 付近の天気荒れ、強風が吹くことを 17 日の時点で知っていたのであり、比較的高所に設置されると考えられる足場が崩落して周囲の人の死傷結果が生じることに一抔の不安感を抱くべき状況があったといえる。

よって本件足場の崩落に対する予見可能性は認められる。

② 次に、甲には結果回避義務違反が認められるか。

15 本件においては、甲には本件足場が崩れ、周囲の人の死傷結果が生じることに對する不安感を払しょくするために、足場の補強をさらに耐風強度が強いものに代えたり、その数を増やしたりするなどの措置をとって足場が崩落しないようにする注意義務がある。甲は 17 日には既に 18 日に  
20 天気が荒れ、強風が吹くことを知っていたのであるから、当該結果回避措置をとること、またはその措置をとるように作業員に命令することは可能であったと考えられる。また、当該結果回避措置により、足場の崩落による鉄骨の落下を原因とする X 傷害結果を回避できていたと考えられる。よって、結果回避可能性が認められ、甲は本件において当該結果回避措置を講じていないため、甲には結果回避義務違反が認められる。よって、甲は「業務上必要な注意を怠」ったといえる。

(3) 甲が「業務上必要な注意を怠」ったことにより、結果的に X は傷害を負っており、因果関係も  
25 認められる。

以上より、甲の行為には業務上過失傷害罪（211 条前段）が成立する。

2. 乙の当該行為につき、業務上過失傷害罪（211 条前段）が成立しないか。

(1) 前述のように、乙の行為は「業務」にあたる。

(2) では、乙が「業務上必要な注意を怠」ったといえるか。

30 ① 本件において、乙も甲と同様に 18 日に天気が荒れ、強風が吹くことを 17 日の時点で知っており、足場が崩落して周囲の人の死傷結果が生じることに一抔の不安感を抱くべき状況があったといえる。よって乙には予見可能性がある。

② さらに、乙にも甲と同様、その不安感を払しょくするために結果回避措置をとる義務があり、  
35 前述の通り、乙は甲から建設作業の相談をかねてから受けていたのであるから、甲に対して補強強度をより十分なものにするよう進言することが可能であり、結果回避可能性も認められる。そして、乙は本件において当該結果回避措置を講じていないため、甲には結果回避義務違反が認められる。

(3) 乙は「業務上必要な注意を怠」ったといえ、それにより、結果的に X は傷害を負っているため、因果関係も認められる。

以上より、乙の行為には業務上過失傷害罪（211 条前段）が成立する。

## 5 VII. 結論

業務上過失傷害罪の共同正犯（211 条前段、60 条）が成立し、甲と乙はその罪責を負う。

また、共同正犯が成立しないとしても、それぞれ業務上過失傷害罪（211 条前段）の単独正犯が成立し、甲と乙はそれぞれその罪責を負う。

10

以上