

「明石歩道橋事故」と過失犯の 共同正犯について

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 事実の概要
- 3 最高裁の判断
- 4 副署長に対する起訴状における過失の内容
- 5 過失犯の共同正犯をめぐる判例の現状
 - 5.1. 戦前の大審院判例
 - 5.2. 戦後の判例
 - 5.3. 上下関係がある場合
 - 5.4. 小 括
- 6 過失犯の共同正犯をめぐる学説の状況
 - 6.1. 古典的な対立状況
 - 6.2. とりわけ1970年代後半以降の学説の動き
 - 6.3. とりわけ今世紀（2001年以降）の動き
 - 6.4. 小 括
- 7 本件事案に関して
 - 7.1. 一審判決および控訴審判決が認定した事情
 - 7.2. 副署長の裁判における公訴事実
 - 7.3. 単独犯と共同正犯の関係

1 問題の所在

2001年7月21日、明石市民夏まつり花火大会開催時に、雑踏事故により、死者11人、負傷者183人という大惨事に至った「明石歩道橋事故」と呼ばれる事件がある。この事件につき、業務上過失致死傷罪を理由として、明

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

石警察署，明石市，警備会社の関係者が起訴された。

この事件の被告人は，当時，明石警察署地域官で当日は現地警備本部指揮官でもあったA，明石市から雑踏警備を委託された警備会社Cの大阪支社長B，商工業，観光等に関する所管事務の基本計画および執行方針を策定するとともにそれらの執行を統括する権限を有する明石市市民経済部長D，同部経済産業担当次長かつ本件夏まつりの実施運営本部実施責任者E，同部商工観光課長兼Z観光協会事務局長かつ本件夏まつりの実施運営本部実施副責任者Fの5名である。この裁判では，第1審で，全員に禁錮2年6月が言い渡されたが，そのうち，明石市関係のD，E，Fについては，5年の執行猶予が付された¹⁾。このうち，A，B，D，Fが控訴したが，いずれも棄却され²⁾，さらに，実刑を言い渡されたAおよびBは上告したが，これも棄却された³⁾。

他方，神戸検察審査会は，当時の兵庫県警明石警察署の署長Gおよび副署長Hについても，起訴相当の判断を複数回にわたって示していたが，神戸地検は，いずれの回も証拠不十分として不起訴としていた。この間，検察審査会法が改正され，2009年から検察審査会の2度目の起訴相当議決(=「起訴議決」)には指定弁護士を検察官役とする起訴強制の効力が認められたため，改正後に，さらに2度の起訴相当議決がなされ，それに基づき，2010年4月20日に，Hに対して，業務上過失致死傷罪を理由として，指定弁護士による公訴提起がなされた。なお，起訴議決当時，Gは，すでに死亡していた。

本件については，Hの公訴提起までに，すでに事件から8年余が経過しており，したがって，これがH単独の犯罪であれば，すでに2006年7月に 当時の刑訴法250条によって 5年の公訴時効が完成しており，2010年の公訴時効延長改正の遡及適用はないため，刑訴法337条4号によ

1) 神戸地判平成16・12・17 刑集64巻4号501頁。

2) 大阪高判平成19・4・6 刑集64巻4号623頁。

3) 最決平成22・5・31 刑集64巻4号447頁。

り、免訴となる可能性がある。他方、これが、すでに有罪が確定したAとの間で業務上過失致死傷罪の共同正犯となるのであれば、刑訴法254条2項により、Aが起訴されてからその刑が確定するまでの間（2002年12月26日～2010年5月31日）、その公訴時効は停止していたことになる。この場合には、時効完成を理由とする免訴はない。

そこで、本稿では、本件業務上過失致死傷事件において、Hに、Aとの間で同罪の共同正犯が成立するか否かを検討してみようと思う。それは、まず、本件の事案の概要を分析して、有罪とされたAに認められた注意義務違反を確認し、それがHに対する公訴事実にも照らして「共同正犯」の内実をなすものであるか否かを検討し、次いで、そのような場合に現在の判例および学説は、過失犯の共同正犯を認めるものであるか否かを検討するという順序で行われる。

2 事実の概要

本件に関する平成22年5月31日の最高裁決定によれば、本件の主要な事実関係は、以下のようにまとめられている。

「(1) 平成13年7月20日及び同月21日の2日間にわたって兵庫県明石市において開催された第32回明石市民夏まつりの2日目に、午後7時45分ころから午後8時30分ころまでの間大蔵海岸公園で花火大会等が実施されたが、そこに参集した多数の観客が最寄りの西日本旅客鉄道株式会社朝霧駅と大蔵海岸公園とを結ぶ通称朝霧歩道橋に集中して過密な滞留状態となり、また、花火大会終了後朝霧駅から大蔵海岸公園へ向かう参集者と同公園から朝霧駅方面へ向かう参集者とが押し合うことなどにより、強度の群衆圧力が生じ、同日午後8時48分ないし49分ころ、歩道橋上において、多数の参集者が折り重なって転倒するいわゆる群衆なだれが発生し、その結果、11名が全身圧迫による呼吸窮迫症候群（圧死）等により死亡し、183名が傷害を負うという事故が発生した。

(2) 被告人Aは、兵庫県明石警察署地域官として、本件夏まつりの雑踏警備計画の企画・立案を掌理するほか、本件夏まつりにおける現地警備本部指揮官として、現場において雑踏警戒班指揮官ら配下警察官を指揮して、参集者の安全を確保すべき業務に従事していたものである。本件当日、大蔵海岸公園及びその周辺には、管区機動隊員72人を含め総勢150人以上の警察官が配置され、被告人Aは、雑踏警戒班を指揮するのみならず、機動隊についても、明石警察署長らを介し又は直接要請することにより、自己の判断でその出動を実現できる立場にあった。

被告人Bは、警備業を営む株式会社Cの大阪支社長であり、本件夏まつりの実質的主催者である明石市と株式会社Cとの契約に基づき、明石市の行う本件夏まつりの自主警備の実施についての委託を受けて、本件夏まつりの会場警備に従事する警備員の統括責任者として、明石市の担当者らとともに参集者の安全を確保する警備体制を構築するほか、これに基づく警備を実施すべき業務に従事していたものである。本件当日、被告人Bは、総勢130人以上の警備員を統括していた。

(3) 本件夏まつりに関しては、その当日に至るまでにも、以下のような雑踏事故の原因となり得る事情等があった。

ア 本件夏まつりの会場となった大蔵海岸公園は、朝霧駅の南方に位置し、同駅とは、本件歩道橋によって接続されており、朝霧駅を利用して集まってきた参集者を始め、多くの観客が歩道橋を通過して大蔵海岸公園に参集することが予想されるものであった。

イ 本件歩道橋は、全長約 103.65 m、歩行者有効幅員約 6メートルであって、歩道橋南側は展望に適したテラス兼エレベーターホール（合計約69.9平方メートル）となっており、歩道橋南端部には、約80度に西向きに折れた幅約 3.2メートル、長さ約 18 m、48段の階段（途中2か所に踊り場がある。）があり、これによって約 7.2メートル下の大蔵海岸公園を東西に走る市道大蔵町48号線の南側歩道に接しているが、歩道橋のこのような構造や、歩道橋南端部や南側階段は大蔵海岸

東側の堤防から打ち上げられる花火の絶好の観覧場所となることから、その南端部付近や南側階段において参集者が滞留し、大混雑を生じることが容易に予想されるものであった。

ウ 本件夏まつりにおいては、180余の夜店が本件歩道橋南側階段下の市道大蔵町48号線の南北歩道に出店することとなっていたことから、夜店周辺に参集者が密集して人の流れが滞り、また、歩道橋南側階段南西側の芝生広場（海峡広場）は花火を観覧するのに絶好の場所であることから、そこに参集者が集まって場所取りなどを行うことにより、歩道橋南側階段からの参集者の流出が妨げられ、それらによっても、歩道橋南端部付近や南側階段において参集者が滞留することなどが予想されるものであった。

エ 本件夏まつりの花火大会は、平成13年7月21日午後7時45分に開始され、午後8時30分に終了することが予定されていたため、花火大会の開始時刻に合わせて朝霧駅側から多数の参集者が本件歩道橋を通過して大蔵海岸公園に集まってくることに、また、花火大会終了前後からは、いち早く帰路につこうとする参集者が朝霧駅方面に向かうために歩道橋に殺到すること、それによって、歩道橋内において双方向に向かう参集者の流れがぶつかり、滞留が一層激しくなることが予想されるものであった。

オ 大蔵海岸公園においては、平成12年12月31日から翌平成13年1月1日にかけて、約5万5000人が参集したいいわゆるカウントダウン花火大会が行われたが、その際、大蔵海岸公園に向かう参集者が本件歩道橋に集中して相当の混雑状態となり、特に午前0時10分の花火終了直後からは、歩道橋内を朝霧駅から大蔵海岸公園に向かう参集者と同公園から朝霧駅方面に向かう参集者とが歩道橋南端部付近や南側階段で押し合うなどして110番通報が多数されるほどの混雑密集状態となったため、花火大会終了後、歩道橋北側出入口付近において、警備員が流入規制をするとともに、歩道橋南側階段下において、警備員約10人と

警察官数人が横に並んで人垣を作るなどして参集者の流入を規制し、歩道橋をう回させるために歩道橋南側階段から西側通路への誘導広報を徹底し、さらに、歩道橋南側階段下において、上に登ろうとする参集者を整列させて整理して、歩道橋上及び歩道橋南側階段上にいた参集者の混雑をいったん完全に解消させてから、同階段下から退場する参集者について歩道橋を北側に通行させる方法をとるなどして、辛うじて雑踏事故の発生を防止することができた状況であった。

カ 本件夏まつりは、従来からの会場を変更して、大蔵海岸公園において初めて行われたものであって、夏まつりについては同会場での雑踏警備の実績はなく、前記カウントダウン花火大会が参考になるものであったが、本件夏まつりには、カウントダウン花火大会をはるかに上回る10万人を超える参集者が見込まれた上、その行事の性質上、幼児を含む年少者や高齢者なども多数参集してくることが予想されるものであった。

キ 本件夏まつりに向けて、明石市、株式会社C及び明石警察署の三者により、雑踏警備計画策定に向けた検討が重ねられてきたが、そこでは、本件歩道橋における参集者の滞留による混雑防止のための有効な方策は講じられず、また、歩道橋の混雑状況をどのようにして監視するのか、そして、混雑してきた場合にどのような規制方法をとるのか、どのような事態になった場合に、警察による規制を要請するのか、その場合の主催者側と明石警察署との間の連携体制をどのようにするのかなどといった詳細について、具体的な計画は策定されていなかった。

(4) 本件当日においては、事前に予想されたとおり、午後6時ころから、朝霧駅側から多数の参集者が本件歩道橋に流入し始め、午後7時ころには、歩道橋に参集者が滞留し始め、次第に歩道橋の通行が困難になりつつあった上、午後7時45分の花火大会開始に向けて、更に多くの参集者が歩道橋に流入して滞留し、混雑が進行する状況になっていた。

(5) 被告人Aは、花火大会開始前において、前記(3)アないしエ、力及びキ並びに(4)のうち少なくとも客観的事実については認識しており、また、(3)オのカウントダウン花火大会の際に混雑が生じたことも担当者から説明を受けて知っていたものであるところ、さらに、本件当日午後8時ころまでには、被告人Bから、本件歩道橋内の混雑を理由に歩道橋内への流入規制の打診を受け、また、雑踏警戒班の指揮官を務めていた配下警察官から、歩道橋内の非常な混雑状態及び今後更に混雑の度を増す不安を理由に、歩道橋内への流入規制のため会場周辺に配置されている管区機動隊の導入の検討を求める旨の報告を受けたことなどにより、遅くともその時点では、歩道橋内が流入規制等を必要とする過密な滞留状態に達していることを認識した。しかし、被告人Aは、午後8時ころの時点において、直ちに、流入規制等を行うよう配下警察官を指揮するとともに機動隊の出動を明石警察署長らを介し又は直接要請する措置を講じなかった。

(6) 被告人Bは、花火大会開始前において、前記(3)アないしエ、力及びキ並びに(4)のうち少なくとも客観的事実については認識しており、また、(3)オのカウントダウン花火大会の際には、被告人Bは、会場である大蔵海岸に設置された大蔵警備本部の管制責任者として警備業務に従事し、本件歩道橋の混雑状況やこれに対していかなる措置をとって転倒事故等の発生を防止したかなどについて認識していたものであるところ、さらに、本件当日午後8時ころまでには、本部直轄遊撃隊の警備員から、歩道橋内の非常な混雑状態を理由に警察官による歩道橋北側での流入規制の依頼を要請されたことなどにより、遅くともその時点では、歩道橋内が警察官による流入規制等を必要とする過密な滞留状態に達していることを認識した。しかし、被告人Bは、午後8時直前ころの時点において、被告人Aに対し、一度は『前が詰まってどうにもなりません。ストップしましょうか。』などの言い方で、歩道橋内の警察官による流入規制について打診をしたものの、被告人Aの消極的な反応を受けてすぐに引き下がり、結局、被告人Bは、明石市の担当者らに警察官の出動要請を進言し、又は自ら自主警備側

を代表して警察官の出動を要請する措置を講じなかった。

(7) ところで、本件歩道橋の周辺には、朝霧駅北側及び夏まつり会場の西側に当たる大蔵海岸中交差点において、それぞれ相当数の機動隊員が配置されていたのであり、機動隊に対して遅くとも午後8時10分ころまでに出勤指令があったならば、機動隊は、花火大会終了が予定される午後8時30分ころよりも前に歩道橋に到着し、歩道橋階段下から歩道橋内に流入する参集者の流れを阻止し、歩道橋南端部付近にいる参集者の北進を禁止する広報をし、階段上の参集者を階段下に誘導し、さらに、歩道橋北側からの参集者の流入を規制して北側への誘導を行うことなどにより、滞留自体の激化を防止し、これによって、群衆なだれによって多数の死傷者を生じさせた本件事故は、回避することができたと認められる。」

3 最高裁の判断

この事件に対する最高裁の判断は、以下のとおりである。

「前記のとおり、被告人Aは、明石警察署地域官かつ本件夏まつりの現地警備本部指揮官として、現場の警察官による雑踏警備を指揮する立場にあったもの、被告人Bは、明石市との契約に基づく警備員の統括責任者として、現場の警備員による雑踏警備を統括する立場にあったものであり、本件当日、被告人兩名ともに、これらの立場に基づき、本件歩道橋における雑踏事故の発生を未然に防止し、参集者の安全を確保すべき業務に従事していたものである。しかるに、原判決の判示するように、遅くとも午後8時ころまでには、歩道橋上の混雑状態は、明石市職員及び警備員による自主警備によっては対処し得ない段階に達していたのであり、そのころまでには、前記各事情に照らしても、被告人兩名ともに、直ちに機動隊の歩道橋への出動が要請され、これによって歩道橋内への流入規制等が実現することにならなければ、午後8時30分ころに予定される花火大会終了の前後から、歩道橋内において双方向に向かう参集者の流れがぶつかり、雑踏

事故が発生することを容易に予見し得たものと認められる。そうすると、被告人Aは、午後8時ころの時点において、直ちに、配下警察官を指揮するとともに、機動隊の出動を明石警察署長らを介し又は直接要請することにより、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があった⁴⁾というべきであり、また、被告人Bは、午後8時ころの時点において、直ちに、明石市の担当者らに警察官の出動要請を進言し、又は自ら自主警備側を代表して警察官の出動を要請することにより、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったというべきである。そして、前記のとおり、歩道橋周辺における機動隊員の配置状況等からは、午後8時10分ころまでにその出動指令があったならば、本件雑踏事故は回避できたと認められるところ、被告人Aについては、前記のとおり、自己の判断により明石警察署長らを介し又は直接要請することにより機動隊の出動を実現できたものである。また、被告人Bについては、原判決及び第1審判決が判示するように、明石市の担当者らに警察官の出動要請を進言でき、さらに、自らが自主警備側を代表して警察官の出動を要請することもできたのであって、明石市の担当者や被告人Bら自主警備側において、警察側に対して、単なる打診にとどまらず、自主警備によっては対処し得ない状態であることを理由として警察官の出動を要請した場合、警察側がこれに応じないことはなかったものと認められる。したがって、被告人兩名ともに、午後8時ころの時点において、上記各義務を履行していれば、歩道橋内に機動隊による流入規制等を実現して本件事故を回避することは可能であったといえることができる。

そうすると、雑踏事故はないものと轻信し、上記各注意義務を怠って結果を回避する措置を講じることなく漫然放置し、本件事故を発生させて多数の参集者に死傷の結果を生じさせた被告人兩名には、いずれも業務上過

4) 以下、下線は、すべて、筆者が付したものである。

失致死傷罪が成立する。」

つまり、最高裁は、Aの注意義務違反を、遅くとも午後8時ころまでに本件雑踏事故の発生が予見できたことを前提に、「午後8時ころの時点において、直ちに、配下警察官を指揮するとともに、機動隊の出動を明石警察署長らを介し又は直接要請することにより、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき」なのにこれを怠った点に見出しているのである。

なお、本決定が「被告人Aは、雑踏警戒班を指揮するのみならず、機動隊についても、明石警察署長らを介し又は直接要請することにより、自己の判断でその出動を実現できる立場にあった。」と判断した背景には、原判決によれば、Aが、署長Gから「もしものことがあれば機動隊を使えばいい」とか「地域官は、全部隊を使って思い切ってやれ。総指揮官は俺やから、何か手に負えないことがあったら、俺も行って指揮する」などと告げられていたことなどから、「それがAに機動隊に対する直接の指揮権を与えたものかどうかは判然としないものだったが⁵⁾」、少なくとも、署長は、Aの求めがあれば、Aをして、機動隊等を動員指揮させていたといえたことを理由とする。そうでなければ、機動隊への出動命令は警察署長の権限であって、A単独で即断できるものではないはずだからである。したがって、少なくとも、このような共同指揮権限の事実上の付与ともとれるような事実があったことが、Aの「進言義務」の違反を、単なる共犯とりわけ従犯 的なものでなく、署長らとの共同正犯的なものに引き上げる事情であったと考えられる。

4 副署長に対する起訴状における過失の内容

ところで、副署長Hに対する起訴において、指定弁護士は以下のような

5) 本件原判決が引用する1審判決の言葉である。

訴因を主張している。まず、その本位的訴因は、「Aは現地において、被告人（＝H）は署本部において、それぞれ雑踏警備の状況を的確に把握できる立場にあったことから、本件歩道橋において警察官による規制を必要とする程度の過密な滞留が生じ、雑踏事故発生の危険が現実化しそうな場合に適切に対応するため、自ら又は配下警察官をして、歩道橋への参集者の流入・滞留状況や配下警察官による雑踏警備の状況実施を常時監視し、その危険が現実化しつつあった同日午後7時30分ころから午後8時10分ころまでの間に、警備会社と連携し、又は、本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に指示して、参集者の迂回路への誘導や群衆の分断等により、本件歩道橋南側階段下からJR朝霧駅へ向かう参集者の流入阻止を中核として、本件歩道橋内への流入規制を実施し、又はGに進言して実施せしめ、もって、Aと共同して、雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、そのような事故は発生しないと軽信してこれを怠り、Aとともに漫然放置した、又は、雑踏事故の発生を未然に防止すべき各業務上の注意義務がAとともにあったにもかかわらず、いずれも、そのような事故は発生しないと軽信してこれを怠り、それぞれ漫然放置した。」というものである。

ついで、その予備的訴因として、「本件事故を防止するために、被告人（＝H）は、Aとともに、本件夏まつり当日に至るまでに、本件夏まつりに関する明石署の雑踏警備計画において、本件歩道橋を警備要点として指定するとともに、花火大会開始前からの参集者の迂回路への誘導や群衆の分断による本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、又はGに進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させ、もって、Aと共同して、雑踏事故の発生を未然に防止する体制を構築すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、これを怠り、Aとともに漫然放置した、又は、雑踏事故の発生を未然に防止する体制を構築

すべき各業務上の注意義務がAとともにあったにもかかわらず、いずれも、これを怠り、それぞれ漫然放置した。」ことも主張されている⁶⁾。

つまり、本位的訴因では、本件最高裁決定と同じく、本件事故当日午後8時ころまでに、警察力を用いて本件歩道橋への流入規制を実施する注意義務の違反が主張され、加えて、予備的訴因では、雑踏警備計画策定およびその徹底における不備が注意義務違反とされているのである。この本位的訴因は、本件控訴審および最高裁がAに対して認定した過失の内容を踏襲したものであり、予備的訴因は、本件1審および控訴審がAらの罪責に関して言及した計画策定段階での過失を意味する。また、は過失の共同、は過失の競合を、それぞれ意味するものと思われる。

そこで、Hについても、その注意義務違反が、本件最高裁決定が認めたような、遅くとも午後8時ころまでに本件雑踏事故の発生が予見できたことを前提にした、「午後8時ころの時点において、直ちに、配下警察官を指揮するとともに、機動隊の出動を明石警察署長らを介し又は直接要請することにより、歩道橋内への流入規制等を実現して雑踏事故の発生を未然に防止すべき」なのにこれを怠ったという点に求められるとすれば、あるいは、これに加えて、「雑踏事故の発生を未然に防止する体制を構築すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、これを怠り、漫然放置した」点に認められるとすれば、それは、Aの注意義務違反とともに、過失の共同正犯を構成する可能性がある。そこで、以下では、従来の判例が、実際にどのような事例で、過失の共同正犯を認めあるいは否定してきたかを検討してみよう。

6) 下線および は筆者が付したものである。

5 過失犯の共同正犯をめぐる判例の現状

5.1. 戦前の大審院判例

戦前の大審院の判例は、過失の共同正犯の成否に関しておおむね否定的であったと評されるのが一般である。たとえば、明治44年3月16日の大審院判決⁷⁾は、「被告等ハ共同的過失行爲ニ因リテ他人ヲ死ニ致シタルモノナレトモ共犯ニ關スル總則ハ過失犯ニ適用スヘキモノニ非サルヲ以テ原判決ニ於テ被告等ノ過失致死罪ヲ處斷スルニ付キ刑法第六十條ヲ適用セザリシハ相當ナリ」と述べて、過失致死罪に共同正犯規定の適用がないと判示している。また、大正3年12月24日の大審院判決⁸⁾も、訴訟費用の分担についての判示であるが、「二人ノ共同過失ニ因リテ他人ヲ死傷ニ致シタル犯罪ハ共犯ニアラス故ニ之ニ關シテ生シタル公訴訴訟費用ニハ刑法施行法第六十七條ノ適用ナキモノトス」と述べている。

もっとも、昭和10年3月25日の大審院判決⁹⁾は、被告人が他の人物と共同して、病氣治療と称して被害者に擦過傷を負わせ、細菌に感染させて死亡させた業務上過失があると判示しており、これに対しては、過失の共同正犯に好意的ではないかという評価もある。したがって、大審院が一貫し

7) 大判明治44・3・16 刑録17輯380頁。もっとも、その事実関係の詳細は不明である。

8) 大判大正3・12・24 刑録20輯2618頁。

9) 大判昭和10・3・25 刑集14巻339頁。そこでは、「原判決ノ認定シタル事實ニ依レハ被告ハ被告九一ト共同シテ田中靜雄ニ對シ祈禱ヲ施シ其ノ病魔ヲ退散セシムヘク手ニテ靜雄ノ身體ヲ擦リ又揉ミタルカ同人ノ下腹部及鼠蹊部ニ病魔アリト做シ特ニ強ク揉ミタル結果下腹部ニ擦過傷ヲ負ハシメタルヲ以テ被告等ハ右損傷ニ付テハ細菌ノ侵入ニ因リ疾病ヲ醸スルコトナキ様細心ノ注意ヲ拂ヒ消毒其ノ他安全ナル方法ヲ施シ若シ悪化ノ虞アル場合ニハ醫師ノ治療ヲ受ケシムル等危険防止ノ爲周到ナル注意ヲ爲スヘキ業務上當然ノ注意義務アルニ拘ラス其ノ儘放置シタル爲該損傷ヨリ化膿菌侵入シ其ノ結果敗血症ヲ惹起セシメ靜雄ヲシテ死亡スルニ至ラシメタルト謂フニ在ルヲ以テ即チ原判決ハ被告兩名カ靜雄ニ對シ擦過傷ヲ負ハシメ業務上注意義務ヲ缺キタル爲メ該擦過傷ヨリ細菌ヲ侵入セシメタルト認定シタルコト明白ナルヲ以テ所論ノ點ヲ判示スルノ要ナク從テ原判決ハ理由不備ノ違法アルコトナシ論旨理由ナシ」と判示されている。

て、過失の共同正犯を否定してきたと断言することはできない。むしろ、死傷結果の発生に関して、複数の行為者がその原因となった行為を共同して行った場合には、共同正犯を認める余地を残していたともいえよう。

5.2. 戦後の判例

これに対して、戦後の判例では、有毒飲食物等取締令違反に関する昭和28年1月23日の最高裁判決が、過失の共同正犯を認めたことにより、これを認めるいくつかの下級審判例がみられるようになった。

まず、俗に「メタノール事件」とも呼ばれる先の昭和28年1月23日最高裁判決¹⁰⁾では、「原判決は、被告人兩名の共同経営にかかる飲食店で、右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには『メタノール』を含有するか否かを十分に検査した上で、販売しなければならない義務のあることを判示し、被告人等はいずれも不注意にもこの義務を懈り、必要な検査もしないで、原判示液体は法定の除外量以上の『メタノール』を含有しないものと轻信してこれを客に販売した点において有毒飲食物等取締令四条一項後段にいわゆる『過失二因り違反シタル』ものと認めたものであることは原判文上明らかである。しかして、原判決の確定したところによれば、右飲食店は、被告人兩名の共同経営にかかるものであり、右の液体の販売についても、被告人等は、その意思を連絡して販売をしたというのであるから、此点において被告人兩名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのであって原判決がこれに対し刑法六〇条を適用したのは正当であって、所論のような違法ありとすることはできない。」と判示して、実際には有毒な「メタノール」を含有していた出所の不確かな液体を、被告人らはその意思を連絡して販売をした事実を根拠に、共同正犯の成立を認めている。これは、いわゆる「行為共同説」と呼ばれる見解に依拠して、結果発生の原因となる危険行為を、それと知らずに共同して行ったことに、共

10) 最判昭和28・1・23刑集7巻1号30頁。なお、この判決には、過失犯には共同正犯を認めるべきでないという小谷勝重裁判官の少数意見が付されていた。

同正犯の成立に必要な「共同実行の意思」を見出したものと思われる。

もっとも、この判決では、すでに、原判決が、「被告人両名の共同経営にかかる飲食店で、右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには『メタノール』を含有するか否かを十分に検査した上で、販売しなければならない義務のあることを判示し、被告人等はいずれも不注意にもこの義務を懈り、必要な検査もしないで、原判示液体は法定の除外量以上の『メタノール』を含有しないものと軽信してこれを客に販売した点」を強調していたことに注目しなければならない。つまり、この事件では、被告人らには、いずれも、販売しようとする液体の「メタノール」含有検査をすべき義務があり、かつ、いずれもそれを怠ったという、後述する「共同の注意義務の共同の違反」が認められる事案だったのである。

なお、この判決の2年前に、これに類似する「メタノール」販売について、その販売を依頼した被告人を教唆犯として起訴した事案につき、これを無罪とした昭和26年11月7日の東京高裁判決¹¹⁾があることに注意しなければならない。そこでは、「教唆とは他人をして犯意を起こさせることを要素とする行為であるから過失犯に対する教唆という観念はこれを認める余地がない。ところで起訴状の記載を見るに被告人が、右飲料水を製造し且つその売却方を右平野モンに依頼するにあたりまた同女がこれを販売するにあたり被告人及び平野モンはいずれもこれが、一立方センチメートル中二ミリグラム以上のメタノールを含有することを認識していたという趣旨にとれるように示されている。しかしながら右平野モンが同飲料水を販売するにあたり右のような認識のなかったことは前記のとおり原審において既に確定した事実であり記録に徴しても右認定が誤であると思われる点はない。そこで若し被告人が規定量を超えるメタノールを含有するものであることを認識しながら右飲料水を前記平野モンの過失を利用して販売するという犯意を有していたとしたら被告人にいわゆる間接正犯の責を問

11) 東京高判昭和26・11・7判特25号31頁。

うて然るべきであるが被告人にかかる犯意があったことも記録上これを認定することができないから被告人の所為を間接正犯であるとする訳にも行かない。これを要するに被告人に対する有毒飲食物等取締令違反教唆の公訴事実はこれを認めるに足る犯罪の証明がないものといわざるを得ないからこれを有罪と認定処断した原判決は違法でありこの点において破棄を免れない。」と判示されている。この判決は、一般には、過失犯に対する教唆犯の成立を否定したものと解されているが、被告人にも故意がなかったとされていることから、より正確には、過失犯に対する過失による教唆を否定したものである。

加えて、さらに重要なことは、この事案の結論を、昭和28年1月23日最高裁判決の事案と比較するなら、単に「メタノール」を含むおそれのある怪しげな液体の販売を依頼したにとどまる場合は過失の共同正犯ではなく、不可罰の過失的教唆であるが、販売店が被告人らの共同経営による場合には、たとえ被告人の一人が仕入担当であったとしても¹²⁾、液体の「メタノール」検査につき共同の注意義務を負う共同正犯となるということである。これを総合すれば、判例は、過失の共同正犯は可罰的であるが、過失的教唆は不可罰と考えていることになる¹³⁾。

この昭和28年1月23日最高裁判決を契機として、昭和31年10月22日の名古屋高裁判決(失火)、昭和36年8月3日の佐世保簡裁判決(過失往来危険)、昭和40年5月10日の京都地裁判決(業務上過失致死)、昭和61年9月30日の名古屋高裁判決(業務上失火)、平成4年1月23日の東京地裁判決(業務上失火)、平成12年3月21日の札幌地裁小樽支部判決(業務上過失致死傷)、平成12年12月27日の東京地裁判決(業務上過失致死)などが、過失の共同正犯を認めた裁判例として続くことになる。しかし、同じく過失

12) 本判決の原審東京高判昭和25・9・12刑集7巻1号38頁によれば、被告人のうちの一人が仕入れてきたこの液体を、相手方の被告人が販売したと認定されている。

13) これに対して、直接実行者が過失であることを知って利用した故意の背後者は、間接正犯になる。

の共同正犯肯定判例といっても、その理論構成の重点は、次第に変化していることに気づかれる。以下では、これを明らかにしよう。

まず、昭和31年10月22日の名古屋高裁判決¹⁴⁾は、「原判決の確定したところに依れば被告人兩名は共同して素焼こんろ二個を床板の上におき之を使用して煮炊を為したものであり過熱発火を防止する措置についても被告人等は共に右措置を為さずして飯宅したと謂ふのであるから此の点に於いて被告人兩名の内に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのである¹⁵⁾。されば原判決が之に対し刑法第60条を適用したのは正当であつて所論の如き法令の適用に誤はなく論旨は理由がない。」と判示して、共同性の根拠を「共同して素焼こんろ二個を床板の上におき之を使用して煮炊を為した」ことに求めている。しかし、この判決でも、同時に、「過熱発火を防止する措置についても被告人等は共に右措置を為さず」と判示されているので、その背後には、被告人兩名に「過熱発火を防止する措置」をとるべき共同の注意義務があり、「共に右措置を為さず」という点にその共同の違反が認められるとする考え方を看取することも不可能ではない。

昭和36年8月3日の佐世保簡裁判決¹⁶⁾も、被告人らが、本件観光船を認めるや「酔余好奇心からこれを運航しようと企て共に同船に乗り込んだのであるが兩名ともこの種船舶運航の技能も経験もなく、且つ同所附近は屈曲の多い海岸線のある危険海面でもあるので、衝突、座礁等の事故発生が十分予想されたのであるから自らこれを運航すべきでないのに拘らず、不注意にも被告人テナントは同船の操舵を、同ジョーダーノはその機関部の操作をなし兩名共同して同船を運航した過失によりその操舵を誤り、同船を右棧橋より西方約二百米の対岸に衝突座礁させ、前記無謀操舵並び

14) 名古屋高判昭和 31・10・22 裁特 3 卷21号1007頁。

15) もっとも、認定された事実によれば、最終的には、二個のこんろの火は、飯宅前に、そのうちの一個のこんろにまとめられている。

16) 佐世保簡判昭和 36・8・3 下刑集 3 卷 7=8 号816頁。

に衝突により同船に対しダリンドメピンの脱落、キール包板船首在下部金物の各破損船体のひずみ等を生ぜしめ以て一時航行を不能ならしめて同船を破壊したものである」と判示して、「兩名共同して同船を運航した」ことが強調されている。しかし、具体的にみれば、被告人の一人は操舵を、他の一人は機関部の操作を担当していたのであるから、被告人らにこの種船舶運航の技能と経験があれば、衝突座礁の原因を操舵担当の被告人のみの責任とすることも可能であったであろう。この判決がそうせず兩名の共同過失としたのは、兩名が「この種船舶運航の技能も経験もなく、且つ同所附近は屈曲の多い海岸線のある危険海面でもあるので、……自らこれを運航すべきでない」という共同の注意義務に共に違反していたことを重視したからにほかならない。

さらに、昭和61年9月30日の名古屋高裁判決¹⁷⁾では、「(1) 被告人兩名の行った本件溶接作業（電気溶接機を用いて行う鋼材溶接作業）は、まさに同一機会に同一場所で前記H鋼梁とH鋼間柱上部鉄板とを溶接固定するという一つの目的に向けられた作業をほぼ対等の立場で交互に（交替して）一方が、溶接し、他方が監視するという方法で二人が一体となって協力して行った（一方が他方の動作を利用して行った）ものであり、また、(2) 被告人兩名の間には、あらかじめ前説示の遮へい措置を講じないまま本件溶接作業を始めても、作業中に一方が溶接し他方が監視し作業終了後に溶接箇所にはげつ一杯の水を掛ければ大丈夫である（可燃物への着火の危険性はない）からこのまま本件溶接作業にとりかかろうと考えていること（予見義務違反の心理状態）についての相互の意思連絡の下に本件溶接作業という一つの実質的危険行為を共同して（危険防止の対策上も相互に相手の動作を利用し補充しあうという共同実行意思の下に共同して）本件溶接作業を遂行したものと認められる」ことが強調されている。これは、危険な行為を不注意に、かつ共同して行ったことを過失共同正犯の根拠と

17) 名古屋高判昭和61・9・30 高刑集39巻4号371頁。

したもので、後に検討する内田説の影響がみられるものである。しかし、この判決でも、「被告人兩名には、電気溶接機を用いて本件溶接作業を行うに当たり、作業開始前にあらかじめ溶接箇所周辺の可燃物が発火しないよう輻射熱やスパッタなどを遮へいする措置を講じておかなければならない（換言すれば右措置をしないまま右作業を始めてはならない）という業務上の注意義務があった」ことが指摘されている。これは、つまり、危険な作業を共同して行ったということは、それが直ちに過失の共同正犯を根拠づけるのではなくて、その根拠となるべき「共同の注意義務」を根拠づける一事情だということである。また、そうでないと、注意すべき領域が完全に分担されている場合に分担者のうちの一名がその注意を怠った場合でも、危険な作業を共同していたという事実だけで、共同作業員全員が過失の共同正犯になりかねない。

このように、従来の下級審判例では、表面的には危険な作業の共同という事実が強調されているが、その背後には、「共同の注意義務の共同の違反」という、因果性や心理的事実には解消できない規範的思考が垣間見える。そして、このことをより明瞭に示しているのが、次に挙げる平成4年1月23日の東京地裁判決¹⁸⁾である。

すなわち、この判決では、火災の発生を未然に防止するために、「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、共同作業員全員に課せられていたことが認められる」と判示されている。ここでは、危険な作業を共同して行ったという事実自体ではなく、そもそも「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

18) 東京地判平成4・1・23 判時1419号133頁。なお、この判決は、控訴審判決である東京高判平成5・9・2 公刊物未登載によっても認められた。

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」注意義務のあること、そしてその義務が被告人らによって守られなかったことが、端的に過失の共同正犯を根拠づけているのである。

くわえて、平成12年3月21日の札幌地裁小樽支部の判決¹⁹⁾は、ガイドである被告人兩名が雪上散策ツアー中に雪崩に巻き込まれる危険性がある場所で休憩したため、ツアー参加者2名が雪崩によって死傷した事案で、被告人らの行為は、雪崩の発生およびそれに伴う遭難という結果の予見可能性および予見義務が具体的に肯定される状況の下で、業務の性質上共同して負っていたツアー参加者の死傷結果を回避すべき注意義務に違反したものであり、また、被告人らの争う結果回避可能性も過失行為と結果との間の因果関係も認められ、業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立すると判示した。

また、平成12年12月27日の東京地裁判決²⁰⁾は、手術を受けた入院患者である被害者に対し、抗生剤に引き続いて血液凝固防止剤を点滴するに際し、血液凝固防止剤と消毒液とが取り違えて投与され患者が死亡した業務上過失致死事件について、看護師たる被告人Aには、患者に投与する薬剤を準備するにつき、薬剤の種類を十分確認して準備すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠って、血液凝固防止剤と消毒液とを取り違えて被害者の床頭台に準備した過失があり、看護師たる相被告人Bには、患者に薬剤を投与するにつき、薬剤の種類を十分確認して投与すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠って、床頭台に準備された薬剤の確認を怠って消毒液を被害者に点滴した過失が認められるとし、両過失の相重なり合いによる業務上過失致死罪の共同正犯の成立を認めている。ここでは、Aには「患者に投与する薬剤を準備するにつき、薬剤の種類を十分確認して準備すべき業務上の注意義務」とその違反が認められ、Bには「患者に薬剤を投与するにつき、薬剤の種類を十分確認して投与すべき業務上の注意義務

19) 札幌地小樽支判平成12・3・21判時1771号168頁。

20) 東京地判平成12・12・27判時1771号168頁。

務」とその違反が認められるというように、一見すると、「共同の注意義務」ではなくて異なる注意義務がある場合にも過失の共同正犯が認められているかのようである。それにもかかわらず、本判決が二人の看護師に共同正犯を認めたのは、二人が共同してこの患者に血液凝固防止剤を点滴する作業に従事しており、その際に薬剤を確認して患者の安全を確保する義務は同一であると考えられたためであろう²¹⁾。

21) そのほかに、過失の共同正犯を認めた裁判例として、踏切事故による業務上過失致死事件に関する京都地判昭和40・5・10下刑集7巻5号855頁がある。この判決は、「そもそも共同正犯を定めた刑法第六十条は、必ずしも故意犯のみを前提としているものとは解せられない。のみならず、共同者がそれぞれその目的とする一つの結果に到達するために、他の者の行為を利用しようとする意思を有し、または、他の者の行為に自己の行為を補充しようとする意思を有しておれば、そこには、消極論者がいわれるような共同正犯の総合的意思であり、その独自の特徴とせられるところの決意も、共同者相互に存在するとみられ得るのであるから、これ等の決意にもとづく行為が共同者の相互的意識のもとになされるかぎり、それが構成要件的に重要な部分でないとしても、ここに過失犯の共同正犯が成立する余地を存するものと解するのが相当である。」として、過失共同正犯を認める一般論を展開している点で注目されるものである。しかし、その事案は、踏切警手の相番であるSは、踏切道における列車予定時刻の約五分前から踏切道に立ち出で列車の接近を確認することにつとめ、本番であるMは、踏切西寄り北側に設けてある保安係詰所内で、列車が踏切に接近すると電灯が消えブザーが鳴る仕組みになっている列車接近表示器や、反射用鏡等により列車の接近を確認することにつとめ、それぞれ列車の接近を確認したときは、たがいに手笛等でその旨を通知し合い、かつ、本番は相番の合図により、踏切道に設置してある四条通に対する交通信号灯を青色から黄色を経て赤色に切りかえた後、踏切道の遮断機を閉鎖する措置を講ずることになっていたところ、「不注意にも、被告人Sにおいて、同日午前七時四十五分頃踏切道に立ち出たが、前記第三六二号列車の先行上り列車が約六分遅れて通過したので、第三六二号列車の通過もまた相当遅延するものと考え、二条駅方面を注視するかたわら、右線路と交叉する四条通の交通状態を眺め廻したり、同詰所内に設置してある列車接近表示器を確めに行ったり、同詰所南側附近の路上に撒水したり等して、同列車に対する注意警戒はもちろん、その警笛にすら注意を欠き、また被告人Mにおいて、列車接近表示器が正常に作動するものと轻信し、その作動のみに気を奪われて二条駅方面の注視を怠り、且つ同列車の警笛にすら注意を欠いた各過失により」踏切事故を起こしたというものであり、本番のMは、相番のSの過失に関わらず、単独で列車の接近に注意すべき義務を怠ったとされているのであって、過失の共同正犯を適用すべき事案であるようには思われない。もしも、この場合に踏切の遮断による安全措置が両名の共同の義務であるなら、むしろ、Mは、その作業分担により、Sの列車接近合図を信頼してよいとする「信頼の原則」が妥当すべき事案であったように思われる。

その後も、平成16年5月14日の東京地裁判決²²⁾は、病院の外科医師である被告人兩名が、Aに対し、胆嚢摘出手術を行い、その後の術後管理を行うに当たり、胆管損傷の有無を確認する等の業務上の注意義務を怠った過失により、Aを転院先の病院で死亡させたという事案で、被告人兩名は、本件手術を実施するに際し、胆管損傷を起こした場合でもそれを開腹手術中に発見して適切な処置を行うことができるよう、術中胆道造影を行って損傷の有無を確認すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、Aの術後の管理を行うに当たり、各検査を実施してAの術後の胆汁漏出の原因を究明するとともに、適切な処置を行うべき業務上の注意義務があったのにこれを怠った過失が認められ、Aは、本件手術後の被告人兩名の前記各過失行為により死亡するに至ったものと認められるとして、被告人兩名を有罪としている。

ほかに、外科医AおよびBが患者の治療に当たり、十二指腸後腹膜穿孔をCT画像等診断の際に見落とし、必要な措置を取らずに患者を死亡させた事案で、兩名に業務上過失致死罪を認めた平成11年1月14日の大阪簡易裁判所の略式命令²³⁾は、起訴状では兩名の共同過失とされているのに、略式命令では、共同正犯(刑法60条)が適用法令に掲げられていないというものである。

これに対し、下級審には、過失の共同正犯を否定したとみられる裁判例も存在する。しかし、その中でも、過失犯には共同正犯はありえないとして理論的にその可能性を否定したものはわずかである。

たとえば、昭和52年2月24日の仙台高裁判決²⁴⁾には、業務上過失傷害罪に関して、「過失犯について理論上共同正犯の成立を認めない」という文言が見える。しかし、これは、故意犯である鳥獣保護法違反につき、起訴状にも原判決にも「共同して」等の文言や刑法60条の記載がないことに

22) 東京地判平成16・5・14 LEX/DB28095650。

23) 大阪簡略式平11・1・14判夕1035号60頁。

24) 仙台高判昭和52・2・24刑集32巻1号29頁。

対し、本判決が、公訴事実「二名の者が同一の日時場所において熊を捕獲するために『共に』据銃をした結果人に傷害を負わせた旨の記載があれば、他に格別の説明が附されていない限り、それを共同で行ったことを現わしたものと解するのが、相当」であって、「偶々これを記載しなかったからといって直ちに共犯の摘示がないとか、裁判所として釈明義務を怠ったとして論難すべきものではない」と述べて控訴趣意に答える中での判示に続いて、「本件起訴が故意犯である鳥獣保護法違反（同法第十五条・第二十一条第一項第一号）の事実（共同正犯）と業務上過失傷害の事実（所謂過失共働）とが観念的競合の関係にあるものとしてなされていることは公訴事実の記載によって自ら認められるところであるから、過失犯について理論上共同正犯の成立を認めない以上原審には所論のような釈明義務を怠った審理不尽の違法があるということとはできない」と述べたものにすぎない。いわば、鳥獣保護法違反に関して60条の摘示を忘れた原判決を救済する中で示されたものなのである。

むしろ、否定判例の多くは、事件が共同正犯と評価することに適さなかったものである。たとえば、大塚 仁が過失の共同正犯に適さない例として挙げている昭和32年4月1日の広島高裁松江支部判決²⁵⁾は、バスの車掌が、7歳の幼児が乗車する際扉を完全に閉めずに発車の合図をし、その後幼児が乗降口から落ちてバスに轢かれ死亡したという事案に関して、「自動車運転者は車掌から停車合図があつたときは、たとえ道路の曲り角で停車禁止区域であっても、危険防止のための処置として必要なときは、非常措置として、急停車をし、危険を未然に防止すべき義務があるものにして、車掌の停車合図を受けながら、その事由を確認することなく漫然進行を続け、ために危険を生じたときは、業務上守るべき注意義務を欠いたものというべきである」と判示している。この事件では、車掌は7歳の幼

25) 広島高松江支判昭和32・4・1高刑集10巻3号217頁。これは、大塚 仁『犯罪論の基本問題』（1982年）317頁が、「判例はあらゆる事態を通じて過失犯の共同正犯の成立を認めているわけではない」として挙げる裁判例のひとつである。

児が乗車する際扉を完全に閉めずに発車の合図をしたという過失が認められるが、運転手に認められた過失は車掌の停車合図にしたがってバスを停車するという義務の違反であり、両者の義務内容が異なっている。

次に、業務上過失致死傷罪に関する昭和32年7月20日の広島高裁判決²⁶⁾は、「或る患者に対する診療行為が二人以上の医師により共同して行われその医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療過程に於て、医師の過失の存した場合は、その内の或医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責を明かにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するものと解するを相当とすべき」であると述べて、看護師による誤注射を防げなかった二人の担当医を有罪としているが、その際、職権で、「原審は被告人の判示所為を以て〇（共同担当医 筆者注）との共同正犯として之に対し刑法第60条を適用しているが、本件は被告人と右〇及 Y（誤注射をした看護師 筆者注）の過失行為が競合したに過ぎないのであって、刑法にいわゆる共犯ではないから原判決が被告人の本件所為に前記法条を適用したのは法令の適用を誤ったものと謂うべきであるが右は刑事訴訟法380条にいわゆる判決に影響を及ぼすべき法令の適用の誤とは云えないから原判決を破棄する理由とはならない。」と判示している。ここでは、共同担当医との共同正犯を認めた原判決をわざわざ否定する職権判断が付されている。しかし、ここで問われているのは、被告人および共同担当医の看護師に対する監督義務の懈怠であり、かつ、そのような監督義務は各被告人単独で可能かつ結果回避も可能なのであるから、本判決は、そのような単独での義務履行および結果回避ができる事案は、過失の共同正犯には適さないと考えたように思われる。

26) 広島高判昭和 32・7・20 裁特 4 巻追録696頁。

5.3. 上下関係がある場合

他方、被告人らが対等・平等な関係にない場合には、双方向的な共同の注意義務ではなく、一方向的な監督義務しか認められないことを根拠に、過失の共同正犯を否定した裁判例もある。

まず、重過失失火罪に関する昭和40年3月31日の秋田地裁判決²⁷⁾は、現場監督である被告人が配下の従業員とともに工事の休憩中に行った喫煙が原因で火災が起きた事案に関し、「被告人自身率先して喫煙などを慎むべき注意義務を有するとともに、配下の従業員に対しても喫煙などを避けしめるように措置すべき注意義務を有していたのに拘らず、被告人が同時に右二個の注意義務を怠り、その結果、被告人自身を含む三名いずれかの喫煙により火を失して、他人の現在する建造物を焼燬したものであり、しかも当時の状況に照し右二個の注意義務はいずれも刑法にいう重過失と評価するのが相当であるから、いずれにしても被告人は刑法一一七条の二後段、罰金等臨時措置法第二条第三条所定の罪を犯したものとといわなければならない。（なお検察官は、被告人はA及びBと意思を通じ、同人等と共同して喫煙した重大な過失により本件火災を惹起したものであって、被告人等三名について過失の共同正犯が成立するという見解をとっているが、被告人とA等との間に屋上工事についての共同目的ないし共同行為関係というものは存したが、喫煙については、たんに時と場所を同じくしたという偶然な関係があるにすぎなく、これらの者が喫煙について意思を通じあったとか、共同の目的で喫煙をしたというような関係があったとみることはできなく、本件について、過失の共同正犯の理論を適用するのは相当でない。」と述べている。つまり、監督者である被告人は、「自身率先して喫煙などを慎むべき注意義務を有する」だけでなく、「配下の従業員に対しても喫煙などを避けしめるように措置すべき注意義務を有していた」、つまり一種の監督義務を負っていたのであるから、火災の原因となった喫

27) 秋田地判昭和40・3・31下刑集7巻3号536頁。

煙が誰のものか不明であっても、いずれかの注意義務違反で罪責を負うことになるが、反対に、配下の従業員は、現場監督や他の従業員の喫煙に対して監督義務を負わないので、原因となる喫煙が不明な場合、罪責を負わないこととなるのである。このような場合には、義務の内容が「共同で結果を防止すべし」というものではないので、後に述べるように、「共同の注意義務」がなく、ゆえに、過失の共同正犯が妥当する領域ではないと考えられる。

他方、現場の従業員に安全管理を委ねることが適当と考えられる場合には、管理者ないし監督者は、現場従業員のミスについて罪責を負わない。たとえば、業務上過失致死罪に関する昭和51年10月25日の越谷簡裁判決²⁸⁾は、地上に係留中のアドバルーン内に二人の子供が入って酸素欠乏症により死亡したという事案について、「過失犯の特質から考えて、共同で犯罪を実行しようという意思の連絡なしでも、共同行為者のそれぞれが各自不注意な行為に出でてそれぞれの不注意が相互に影響しあうことにより全体として一個の不注意が形成され、それにもとづく結果が発生したという評価が下される場合には過失共同正犯が成立すると考えられる²⁹⁾」として一般論では過失の共同正犯の可能性を認めた上で、被告人と現場で作業に当たっていた従業員との間に共同実行の相互的な意思の連絡があったとは認められないうえ、被告人と従業員とがそれぞれの不注意な行為に出でそれぞれの不注意が相互に影響しあうことによって全体として一個の不注意が形成され、それに基づいて結果が発生したとも評価することはできない上、「現実に発生した事故との関係においてこれを見た場合、現実にアドバルーンを掲揚し繫留する業務をしていない被告人自身に当該事故の発生を予測することができこれを防止することができる立場にあったとは限らないし、これを関係者の意思の点よりみても、現実にアドバルーンを掲揚し

28) 越谷簡判昭和51・10・25判時846号128頁。

29) この判示部分に関しては、内田文昭「過失共犯論」法学教室3巻192頁が引用されている。

繫留する業務を担当している者は、自己の業務執行中発生した事故についての刑事上の責任を自己が負うつもりで業務を執行するのがむしろ通常であるといえることができるからであり、業務の執行を管理する者がその業務の執行を従業員に委ねた後従業員の業務の執行について刑事上の過失責任を問われるためには、従業員の業務の執行が未熟であるとか、その者の業務の執行が事故発生につながるということが明らかに予想され、従業員の業務の執行を中止させ自ら業務の執行にあたるのが相当とするような事情があった場合、あるいは、管理者が従業員に対し適切な指示助言により事故の発生を避けることができる性質のものであったというような特殊な事情を必要とする」と解して、現場の従業員のみには過失があると判示している。このような場合には、現場従業員に対する関係で一種の「信頼の原則」が妥当すると考えられるのであり、いずれにしても、過失共同正犯の妥当領域ではない。

5.4. 小 括

以上、戦前から最近までの過失共同正犯に関する裁判例を概観して明らかになったことは、まず、判例は、一定の場合に、過失犯についても共同正犯を認めるということである。次に、初期の判例では、危険な作業を意思を通じた行ったという「危険行為の共同実行の意思」が重視されていたが、その後しだいに、「共同の注意義務の共同の違反」が重視されるようになったということである。そこでは、何らかの作業を共同して行う意思であったというよりも、現に、結果防止のための共同の注意義務が課されているという規範的な関係が決定的である。もちろん、注意義務の内容が異なれば、共同正犯の成立は否定される傾向にある。もっとも、「注意義務の共同性」を包括的に考えるのか、それとも細かく具体的に考えるのかによって、結論が左右されることもある。最後に、複数の被告人間に上下関係があり、監督関係が一方的で義務内容が異なる場合や、監督者が現場の従業員を信頼して任せてよい場合には、過失の共同正犯は適用されない。

6 過失犯の共同正犯をめぐる学説の状況

6.1. 古典的な対立状況

過失犯の共同正犯の可否をめぐるのは、周知のように、これを否定する「犯罪共同説」とこれを肯定する「行為共同説」の古典的な対立があった。たとえば、「犯罪共同説」の代表的な見解とされる団藤重光の見解では、共同正犯の主観的要件として、「共同正犯が成立するためには、各正犯者相互に、特定の犯罪を共同で実行するという『共同実行の意思』が必要³⁰⁾」とされ、また、平場安治も、目的的行為論の考え方に忠実に、過失犯の本質は結果の回避であって、その点では不作為と同じであり、行為に積極的な意味はないがゆえに『行為の共同』もありえない³¹⁾という見解を示していた。

これに対して、肯定説の代表としては、主観主義刑法学の陣営に属する牧野英一や宮本英脩、木村亀二の「行為共同説」が、共同正犯の主観的要件は、各正犯者相互に何らかの行為を共同で実行することと解し、犯罪結果を目指さない過失犯の場合にも共同正犯を認めていた³²⁾。他方、客観主義刑法学の陣営からも、佐伯千仞や植田重正、中 義勝が、行為共同説の立場から、これを認めていた³³⁾。とりわけ佐伯は、行為共同説に加え

30) 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』(1990年)393頁。

31) 平場安治「過失共同正犯 それはあるか」法学論叢59巻3号(1953年)119頁は、「過失においては必ずしも行為を必要とせず(たとえば泥酔して人を殺傷した者が泥酔すると凶暴性を発揮することを知りえたばあい)又行為の定型性は重要でない。むしろ過失一般に本質的なことは結果回避である。即ち自己の支配圏を流れた因果関係に対する不干涉である。その意味では不作為と同一構造を持つ。」と述べている。これは、1939年に発表されたドイツの目的的行為論者であるヴェルツェルの初期の見解に倣ったものである。

32) 牧野英一『重訂日本刑法上巻』(1937年)460頁、宮本英脩『刑法学綱要』(1935年)460頁以下、木村亀二『刑法総論』(1958年)405頁参照。

33) 植田重正「過失犯と共同正犯」関大法学3巻3号114頁以下、佐伯千仞『刑法講義(総論)』(1968年)348頁以下、中 義勝『講述犯罪総論』(1980年)244頁以下参照。なお、山中敬一『刑法総論 [第2版]』(2008年)849頁も、類似の見解を採る。

て、過失犯の定型性が故意犯より緩やかであることを否定するという意味で過失犯にも厳密な意味での「限縮的正犯概念」が妥当することを前提として、「共犯規定は、行為者が他人の行為を通じて自己の犯罪を実現する方法的類型」であり、「片面的共同正犯」も「過失の共同正犯」もありうると主張していたことが注目される³⁴⁾。

6.2. とりわけ1970年代後半以降の学説の動き

もっとも、「犯罪共同説対行為共同説」の図式で示されてきたこの対抗関係は、1960年代ころから崩れ始め、70年代には、この傾向は顕著となる。とりわけ、内田文昭と福田平は、犯罪共同説からの過失共同正犯肯定説を精力的に展開し、注目を集めた³⁵⁾。さらに、藤木英雄および大塚仁が、これに続いた³⁶⁾。とりわけ、内田や福田は、木村と同じく、ドイツのヴェルツェルが提唱した目的的行為論に依拠した過失犯構造論を基礎にして、「客観的注意義務違反」の意識的な共同が可能であることを、過失共同正犯を認める根拠としていた。

しかし、目的的行為論はそもそも過失犯に共犯現象を一切認めない二元主義的な正犯概念を採用するものであるのに、その過失犯構造論を過失共同正犯の根拠とできるのかという疑問は別にしても³⁷⁾、その理解は「特定の犯罪実行の客観的な共同」を論証するものにすぎず、共同正犯の主観的要件である「犯罪共同実行の意思」の存在を論証するものではない。というのも、可燃物への遮蔽措置を怠って二人で溶接作業を行ったという昭和61年の名古屋高裁判決³⁸⁾の事案を例に取って説明するなら、そこで意識

34) 佐伯・前掲書328頁以下参照。

35) 内田文昭『刑法における過失共働の理論』(1973年)2頁以下、222頁以下、福田平『刑法総論』(1965年)215頁参照。

36) 藤木英雄『刑法講義総論』293頁以下、大塚仁『犯罪論の基本問題』(1982年)315頁以下、同『刑法概説(総論)[第2版]』(1986年)253頁以下、同「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報43巻6号(1991年)1頁以下参照。

37) この点に関しては、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2004年)65頁、318頁以下参照。

38) 前掲名古屋高判昭和61・9・30高刑集39巻4号371頁。

的に共同されているのは、あくまで、溶接作業であって、「火を失すること」ではないからである。その際、確かに、二人の被告人は「遮蔽措置を講じないまま溶接作業を行う」ことによる失火の可能性を考えなかったという不注意な心理状態にあった点で共通しているが、それは「競合」であって「共同」したものではない。というのも、「失火の可能性を考えなかった」ことについては、二人の間に共謀はないからである。むしろ、この見解において過失犯の共同正犯を認める鍵となる概念は、「共同の注意義務の共同の違反」である。

たとえば、大塚 仁は、「数名の行為者の過失にもとづいてある犯罪的結果を惹起した場合に、その行為者間に共同行為がなされていたというだけで、当然に過失犯の共同正犯が成立するものではなく、共同行為者に共通した注意義務がうかがわれ、その共同の違反があったといえる場合に限って過失犯の共同正犯をみとめうるものと解する³⁹⁾」と述べている。その「共同行為者に共通した注意義務(=共同の注意義務)」とは、数名の作業員がビルの屋上から丸太を投げおろす事例では、「下の通行人に傷害を与えないように、安全を十分に確かめてから、投げ降ろさなければならぬ⁴⁰⁾」というものであり、この場合の不注意には、「自分さえ注意義務を守っていればよいというものではなく、仲間の者にも注意を払わせなければならなかったのに、それを怠ったという場合も含まれるべき⁴¹⁾」だとされるのである。

ここで決定的なのは、決して、「下の通行人に傷害を与えないように、安全を十分に確かめてから、投げ降ろさなければならぬ」注意義務に違反した不注意な心理状態の共同なのではない。そのような心理状態が意識的に共有できるかどうかという問題を別にしても、ここで決定的なのは、「下の通行人に傷害を与えないように、自分が安全を十分に確かめてから、

39) 大塚・前掲『犯罪論の基本問題』323頁。

40) 大塚・前掲書321頁。

41) 大塚・前掲書321頁。

投げ降ろさなければならぬばかりでなく、他の作業員にも安全を十分に確かめてから、投げ降ろさせるように気をつけなければならない」という「共同の注意義務」の存在である。同時に、この義務の存否は、作業員らの意思疎通の有無に左右されるものではないことも、指摘しておかなければならない。というのも、「共同の注意義務の共同の違反」という観念は、もともと、ドイツのロクシンが「義務犯」や不作為犯の共同正犯の成立要件として唱えていた「共同の義務の共同の違反」に由来するものであり⁴²⁾、そして、このような共同の義務は、行為者の認識や意欲に関わりなく、存在するものだからである。そして、この点は、先にみたように、行為者相互の意思連絡の内容それ自体よりも、「共同の注意義務」の有無を重視する近年の判例の傾向とも符合するのである。

さらに、内田文昭や福田 平の場合は、故意・過失を不法構成要件の要素に引き上げるヴェルツェルの目的的行為論体系に触発されつつも、ヴェルツェルと異なり、正犯概念において過失犯に統一的正犯体系が妥当するという二元主義をとらずに、過失犯にも「限縮的正犯概念」が妥当することを出発点としていることが注目されるべきである。

この点を捉えて、過失共同正犯は、過失犯にも限縮的正犯概念が妥当することを前提とするものであるという理解を示したのが、平野龍一である。すなわち、「故意があれば教唆・幫助にあたる行為が、過失であればただちに正犯になるとは思われぬ⁴³⁾」というのである。その上で平野は、「一方が他方の行為についてまで注意しなければならない場合」に共同責任を認めるのが、過失共同正犯論だと解する。言い換えれば、注意義務の

42) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 469f. ロクシンにとっては、過失犯も不作為犯と同じく、結果を回避する義務に違反することがその正犯性を根拠づける「義務犯」(Pflichtdelikt)であり、そして、ロクシンは以前に、同じような「共同の義務の共同の違反」という要件で過失犯の共同正犯を認めていたことがある。Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. und 2. Aufl.

43) 平野龍一『刑法総論』(1975年)393頁。この点は、過失犯に対する過失による教唆の可罰性を否定した、前掲東京高判昭和26・11・7判特25号31頁の結論とよく符合する。

分担により他方に任せた注意義務の履行について他方に任せてしまっ
てよいという「信頼の原則」が妥当する場合には、過失共同正犯は成立し
ないのである⁴⁴⁾。これをさらに言い換えて、危険な作業に従事する者の
間に、結果を回避する義務を履行することについて相互に監視しあう
義務がある場合が、過失の共同正犯が成立する場合だと解してもよい
であろう。

もっとも、このような「相互監視義務の相互違反」という構成に
対しては、それは自己の行為に対する注意義務違反と相手方の行為に
対する監視義務違反の複合した単独犯が並列する同時犯に解消する
ことができるので、あえて過失犯の共同正犯を認める必要はないと
する批判が加えられた⁴⁵⁾。トーチランプの消火確認義務違反から
火災が生じた事案に関する平成4年の東京地裁判決⁴⁶⁾を例に取れば、
被告人兩名は、それぞれ、自己のトーチランプの消火を確認する
義務を怠ると同時に、相手方のトーチランプの消火も指差し確認
する義務を怠ったという二つの注意義務違反のいずれかによって、
火災を引き起こしたのであり、これらはそれぞれ業務上失火罪の
同時犯関係に立つというのである。

さらに、近年では、端的に、過失犯に統一的正犯概念が妥当す
べきであるから、過失の共同正犯はありえないとする批判が加え
られている⁴⁷⁾。このようにして、一時は肯定説が通説化するか
と思われた状況は、否定説によって揺り戻しを受けているという
のが、1990年代までの学説の状況であった。

6.3. とりわけ今世紀(2001年以降)の動き

しかし、相互監視義務の相互違反による同時犯への解消という
動きもまた、今世紀に入ってから、反批判にさらされる。それは、
結果防止のために複数の者の共同の作為を必要とする過失不作為
犯の指摘である。

44) 平野・前掲『刑法総論』395頁参照。

45) 前田雅英『刑法講義総論[第5版]』(2011年)506頁、西田典之『刑法総論[第2版]』
(2010年)383頁参照。

46) 前掲東京地判平成4・1・23判時1419号133頁。

47) 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(1988年)339頁、同『刑法総論』(2010年)438頁参照。

たとえば、ドイツ連邦通常裁判所の1990年7月6日の判決（いわゆる「皮革スプレー事件」判決⁴⁸⁾）の事案のように、有限会社の経営者が共同で製品の回収決定をする義務があるとみられる場合、「同時犯」構成では、各人の回収提案が役員会において多数決で否決された可能性が残ること、そしてまた他の役員に同調を促していた（その意味で「監視」責任は果たした）としても、その役員が同調を拒否した可能性が残ることを⁴⁹⁾、各被告人がすべて援用できるのである。こうなると、各人が違反した注意（正確には、作為）義務の違反と結果発生との間の仮定的因果関係が証明できないので、未遂処罰規定のない過失結果犯では、全員が無罪となる⁵⁰⁾。

また、逆に、個々の役員は、自分が賛成しなくても残りの役員で相対多数となるから、自分が回収に賛成か反対かは結果の防止にとって条件関係に立たない、という抗弁もできるであろう。つまり、回収反対が多数であった可能性を援用することもできるし、回収賛成が多数であった可能性

48) BGHSt 37, 106.

49) 現に、この事件では、後に役員会で回収の是非を議論したとき、回収に賛成した役員はいなかったのである。

50) この点、BGHの「皮革スプレー判決」は、エンギッシュの「重畳的因果関係」の考え方を使得って（K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 30.），多数の作為が競合して初めて結果が発生した場合に各作為と結果発生との間に因果関係が認められるのと同じように、多数の作為が競合して初めて結果が防止できる場合にも、各不作為と結果との間の因果関係は認められるとする。しかし、エンギッシュの考え方は、「否定の否定の法則」によって不作為にも作為と同様の結果との間の「条件関係」が認められるとする点ですでに失当であるし（エンギッシュ説に対する的確な批判は、アルミン・カウフマンによって展開された。Vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 57ff. 要するに、「不作為」とは単に「作為がない」という状態ではなくて、「作為義務がありかつ作為の能力もある不作為者Xによる作為の不実行」であると考えるなら、エンギッシュのような論理的因果関係説によっても、「不作為がない」場合とは、単に「Xが作為をする」場合ばかりでなく、「Xに作為の能力がない」場合等をも意味しうるので、「Xの不作為がなければAの負傷結果は生じなかった」とはいえなくなる、というのである）、結果に現実に作用する作為の「重畳的因果関係」の考え方は、結果に作用しない不作為には転用できない。

を援用することもできるのである。このような場合には、因果関係ないし仮定的因果関係の起点となる作為ないし不作為を個別的に考えては意味がない。むしろ、製品の回収決定と結果防止との仮定的因果関係については、共同での回収決定自体が、因果関係の起点とされなければならない⁵¹⁾。そして、そこに至るまでの各人の関与に必要な要件は、まさに共同正犯を含む共犯論の中で、そして共同正犯の中身である「正犯としての共同責任」を発生させるのにふさわしいものは何かという形で、機能的に決定されるべきである。

また、過失共同「正犯」が自己の行為に対する直接の過失責任と他人の行為に対する間接的な「監視」責任とで択一的に構成されるものだと解するには、その前提として、他人の行為に対する間接的な「監視」責任それも、共同正犯が問題になる場合は、監督者と部下といった上下関係ではなく、水平的な関係である の懈怠だけでも、過失の「正犯」が成立すると解さなくてはならなくなる。しかしそれは、限縮的正犯概念から見れば、たいていは、過失の「正犯」ではなくて過失的「共犯」ではないかという疑念を呼び起こすものである。また、単なる水平関係でも「監視」義務を認めてその違反を過失「正犯」とすることは、故意犯であれば幫助的なものにすぎない幅広い注意義務の違反を正犯に格上げする、「拡張的ないし統一的正犯概念」を前提としているように思われるのである⁵²⁾。ゆ

51) Vgl., G. Jakobs, Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, Festschrift für K. Miyazawa, 1995, S. 419. なお、松宮・前掲『過失犯論の現代的課題』37頁以下、岩間康夫『製造物責任と不作為犯論』(2010年)166頁以下も参照されたい。

52) このように対等・水平関係にある共同者を「相互監視義務の相互違反」構成を通じて同時犯とすることに対しては、ときおり、上下関係のない共同者相互間には監督関係を認めることはできず、したがって、これを相互の監督過失と解することはできないとする批判が加えられる。山中敬一・前掲『刑法総論[第2版]』849頁、山口厚『刑法総論[第2版]』(2007年)358頁以下。たしかに、前掲東京地判平成4・1・23判時1419頁133頁が認めているトーチランプの指差し確認のようなものについても、相手方のランプが消火されていないことに気づいた時には自ら消火する義務を含むのであって、必ずしも、相手方の注意を喚起する義務に限定されるものではない。つまり、厳密には、「監視」や「監督」の義務ではなく、「共に結果を防止する義務」が問題なのである。

えに、このような考え方は、過失単独犯の成立範囲を拡張しすぎるきらいがある⁵³⁾。

したがって、これらの難点を回避するためにも、「過失の共同正犯」という法形相（Rechtsfigur）は、「過失の同時犯」に解消できるものではない⁵⁴⁾。しかも、近年の見解は、その「共同正犯性」を、行為者の何らかの意識的な行為の共同によって根拠づけるものではなく、むしろ、「共同の注意義務の共同の違反」という客観的な要素によって根拠づけようとするのである。そこで、過失共同正犯を根拠づける最近の見解として、嶋矢貴之、内海朋子および金子 博の見解を紹介して検討する。

まず、嶋矢貴之⁵⁵⁾は、山口 厚の見解⁵⁶⁾に依拠して、過失犯の共同正犯は個別の過失犯処罰規定が刑法60条により拡張されると解することで罪刑法定主義上の疑念を回避しようとする。その上で、共同正犯における「一部実行の全部責任」を基礎づける構成要件該当結果に対する因果性は、故意のない場合でも存在する物理的因果性と、結果発生の危険をもった行為を実行するという意思の連絡による心理的因果性によって肯定することができ、その共同性は、「共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果

53) 現に、大洋デパート火災事件に関する最判平成3・11・14刑集45巻8号221頁が、「取締役としては、取締役会において代表取締役を選任し、これに適正な防火管理業務を執行することができる権限を与えた以上は、代表取締役に右業務の遂行を期待することができないなどの特別の事情のない限り、代表取締役の不適正な業務執行から生じた死傷の結果について過失責任を問われることはないものというべきである。」と述べて、取締役会が防火管理についての決定権を留保していたとか社長に適正な防火管理業務遂行の能力が欠けていたとか長期不在であるなどの事情がない限り、被告人に「取締役会の決議を促して消防計画の作成等をすべき注意義務」はないとしたことに注意が必要である。ここでは、最高裁が、相手方に対して上位関係のない被告人には、監視・進言等の義務を課していないことを看過してはならない。

54) これらの問題点を総合的に指摘するものとして、松宮・前掲『過失犯論の現代的課題』323頁以下。

55) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（1）」（2・完）法学協会雑誌121巻1号（2004年）77頁、121巻10号（2004年）151頁参照。

56) 山口・前掲『刑法総論〔第2版〕』355頁以下参照。

的影響力を経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する⁵⁷⁾」ことによって肯定することができるとして、過失の共同正犯を肯定する。これを図式的に表現すれば、過失の共同正犯は、限縮的正犯概念を前提とした危険行為実行の共同による双方向的な因果的影響、つまり行為共同説によって認められるというのである。

しかし、この見解は、因果的より正確には、仮定的な因果的影響を考察する前提として、すでに作為義務の違反が必要となる過失不作為犯の共同正犯の成否を、言い換えれば「共同の作為義務の共同の違反」の有無を、それが前提とされるべき共同の因果性によって根拠づけるというパラドックスに陥る。先の「皮革スプレー判決」の事案を例に取れば、個々の取締役の製品回収提案の不作為が結果と仮定的因果関係に立つか否かという問いは、あらかじめ、提案を怠った取締役全員に「共同の作為義務の共同の違反」が認められて初めて回答可能となるのに、嶋矢の見解では、回答の前提となるべき「共同の作為義務の共同の違反」ないし「共同性」の成否そのものが、因果性の共同によって根拠づけられるのである。これでは、個々の取締役が、互いに回収提案の不作為を助長しあったという特殊事情がない限り、過失犯の共同正犯は成立せず、誰も有罪にならないという結論になってしまう。とりわけ、どの取締役も製品回収のことなど何も考えなかったので何らの会議も開かれなかったという、もっとも法益軽視的な態度が明かな場合に、誰も有罪とならないという結論は、到底満足できるものではない。

したがって、嶋矢自身も、過失不作為の共同正犯に関しては、「他者に対して干渉(作為を促す、阻止する)義務が、そもそも認められるか、というのが第一の先決問題」であり、「それを前提として、義務が承認され、その内容が共同行為者への干渉をするものであり、かつ共同行為者の側にも問責対象者に対しての干渉を内容とする義務が承認される場合」に、

57) 嶋矢・前掲法学協会雑誌121巻10号191頁。

「相互に補完・補充する関係となり、共同正犯原理と調和する形で、不作為においても共同正犯が承認される」と述べている⁵⁸⁾。つまり、この見解でも、共同正犯における共同性を根拠づけているのは、双方向的な因果的影響力以前に、関係者の相互干渉義務の存在である⁵⁹⁾。

この点では、犯罪共同説を前提として、結果を引き起こした危険行為自体についての共同の行為決意を重視する内海朋子の見解も、満足できるものではない。そこでは、一方で、「複数人が同一目的の行為に共同して関与している状況下では、行為者の一人が、共同目的を達成するのに社会的に不相当な、不適切な態度をとることにより、他の行為者に安心感を与えてその意思の弛緩を招き、その行為者にも同一の態度をとらせることによって、自己の不注意の態度をさらに促進・強化させるような心理状態が存在しうる⁶⁰⁾」として共同の行為決意の意義が強調される。しかし、他方で、内海は、その核心は「現実には、そこに他人がいるからということでお互いに意思の弛緩を招き、より作業が危険になったことの証明が問題になっているわけではなく、共同行為として評価されることによって増大する危険性を、複数の人がいることからどちらかは危険に気づくか、結果回避措置に出ることにより、危険を確実に管理することが法的に期待されているという点⁶¹⁾」に求める。そこでは、現実に行為者間に共同の行為決意があったことよりも、むしろ、各人共同で危険を確実に管理する法的な期待のほうが決定的であるようにみえる。そしてまた、「法的な期待」とは、

58) 嶋山・前掲法学協会雑誌121巻10号192頁。

59) しかも、相互干渉義務は、それが各自単独で履行されたことによって「合理的な疑いを容れない程度に」結果が回避されることを保障するものではない。なぜなら、ある取締役が危険な製品の回収決定を他の取締役に働きかけても、事実としてそれが拒否される可能性は残るからである。その意味で、この相互干渉義務の履行による「他の取締役も協力して製品回収を決定すべきである」という規範的判断を経ない「仮定的因果関係では、やはり共同性は根拠づけられない。

60) 内海朋子「過失共同正犯肯定説における帰責問題について」法学政治学論究48号（2001年）82頁。

61) 内海・前掲法学政治学論究48号82頁。

一般には、法的義務にほかならない⁶²⁾。

これに対して、金子 博は、共同正犯における共同性の根拠を、端的に、協力して当該結果を回避すべき「共同義務の共同違反」に求める。そこでは、因果主義による共同性の根拠づけでは、「構成要件の実現の帰属根拠を因果的惹起に求めるがゆえに、刑法上の共同性が過度に拡張され、反対に、不作為犯では、因果的惹起では説明できない」とされ、さらに、何らかの危険行為を共同で実行する意思を強調するわが国の「共同義務の共同違反」説では、「自然主義・心理主義的側面が規範的側面と混在した共同性が前提とされており、根拠および成立条件が不明瞭である」と批判される⁶³⁾。とりわけ、欠陥製品回収義務の共同決定の意思疎通なき不作為のような過失不作為犯の場合には、「共同の行為決意」も「(双方向的)因果的惹起」も認められないのである。筆者もまた、「共同の注意義務の存否は行為者らの意思疎通の有無に左右されないのであるから、何らかの『行為』の共同実行の意思は不要とすべきである⁶⁴⁾」と思うので、金子の考え方は基本的に妥当であると考ええる。

このような学説の発展方向は、基本的に、わが国の下級審判例の発展方向と同じであるように思われる。というのも、わが国の判例理論の一応の到達点を示したと思われる前述の平成4年1月23日東京地裁判決⁶⁵⁾では、一方で、「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、共同作業者全員に課せられていたこと」が過失共同正犯の根拠とされているが、他方で、

62) 事実、フランツ・フォン・リストは、法的な作為の期待を「法的作為義務」と呼んでいる。Vgl., F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. u. 22. Aufl. 1919, S. 127.

63) 金子 博「過失犯の共同正犯について 『共同性』の規定を中心に」立命館法学 326号(2010年)168頁参照。

64) 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』(2009年)269頁。もちろん、不要なのは「現実の」意思である。帰属判断の際に、作為の共同実行の意思を「仮定する」ことは必要である。

65) 前掲東京地判平成4・1・23判時1419号133頁。

消火確認義務違反についての意思疎通の有無は問題となっていないからである⁶⁶⁾。

6.4. 小 括

以上を総括すれば、過失犯の共同正犯をめぐる問題の核心は、そのような「正犯としての共同責任」一般に「一部実行の全部責任」と呼ばれるものを根拠づけるのは、故意の犯罪の共働しかないか、というところにある。この点では、刑事責任がおよそ故意責任にとどまるなら、故意責任でない共同責任というものも認められるべきでないであろう。しかし、人の死傷のような重大な結果に関しては、刑法は「過失責任」も認めている。換言すれば、「過失致死傷」も「犯罪」なのである。そうであれば、「犯罪」についての心理的共働という出発点に固執するより、この死傷結

66) なお、この点では、現実の意思疎通が問題とならない過失不作為共同正犯の典型例と思われる製品回収義務違反の事例において、共同正犯規定の適用がなされていないことが問題となる。たとえば、トラックの車輪を固定するハブの欠陥による脱輪によって死傷事故が起きた「三菱自動車タイヤ脱輪死傷事件」では、複数の被告人等に共同正犯規定を適用することなく、業務上過失致死傷罪が同時犯の形で認められている（第一審は横浜地判平成19・12・13判タ1285号300頁、その控訴審は東京高判平成21・2・2LEX/DB25450861）。しかし、個々の被告人の単独判断では欠陥車のリコールが決定できなかった以上、共同正犯規定の適用なしに有罪を認めることには問題がある。同旨の疑問を提起するのは、金子・前掲立命館法学326号178頁。もっとも、この点が争点とならなかったことについては、これを強く主張しなかった弁護人にも問題があるかもしれない。ただ、最近、ドイツでは、同時犯のまま、共同正犯肯定説と同じ結論を導く構成が主張されている。これは、カール・エンギッシュが提唱した不作為の重疊的因果構成、つまり、AとB両名が作為をして初めて結果が防止できた場合でも、AとBが単独では結果を発生させられなかったが、全員の作為が競合して初めて結果が発生した「重疊的因果関係」の場合と同じく、AおよびB両名の不作為が重疊的に因果関係を有すると考えるのである。Vgl., K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 30. この考え方は、1990年のドイツ「皮革スプレー事件判決」(BGHSt 37, 106)でも用いられ、最近では、グロップなどがこの見解を復活させようとしているものである。しかし、各人の作為が現実に結果発生に作用した場合と異なり、不作為では、結果回避ができるのにそれをしなかったことが各人に帰責されるのであるから、共同正犯規定を用いなければ、これは無理な構成であろう。

果について、過失の「正犯」として共同の責任を負うという結論を理論的に根拠づけることができるかどうか、端的に問われるべきである。肯定説は、このような方向を目指して発展してきたといえよう。

事実、前述のように、すでに平野龍一が、共同作業の中には、相手の行為についても注意しなければならない場合と、相手に任せてしまってかまわない場合とがあって、過失の共同正犯というのは前者の場合を把握するものであろうと指摘していた⁶⁷⁾。それは、後の学説によって、複数の関与者が共働で一つの作業をすることを前提にして、その中で各人が相互に自分の行為ばかりでなく相手の行為からも悪しき結果が出ないように注意しあう関係を指称していると解された⁶⁸⁾。さらに、下級審判例にも、過失の共同正犯をそのような「相互監視的な注意義務」の相互的違反がある場合と捉え、その上で建築作業の現場監督と部下との関係について、部下には現場監督を監視する義務はないことを理由に過失の共同正犯の主張を退け、彼らの休憩中のタバコが原因となった火災について現場監督にだけ業務上失火罪を認めたものがある⁶⁹⁾。

もっとも、過失の共同正犯がそのような「相互監視義務の相互的違反」の場合に尽きるのであれば、それは「同時犯」に解消することも可能にみえてくる。というのも、たとえばAとBの両名が共同で電話線地下ケーブルの点検作業をした後に、互いのアルコール・トーチランプの消灯を確認する注意義務があったのに、これを怠っていずれかのランプから火災が発生した場合⁷⁰⁾、これをA、B両名の業務上失火罪の共同正犯とする代わりに、Aが過って自己のランプから出火させたか、あるいは過ってBのランプの消灯を確認しなかったことのいずれかによって、Aに択一的に業務上失火罪の単独正犯を認め、同じようにしてBにも択一的に業務上失火罪の

67) 平野・前掲『刑法総論』394頁以下参照。

68) たとえば、前田・前掲『刑法講義総論(第4版)』453頁。

69) 前掲秋田地判昭和40・3・31下刑集7巻3号537頁。

70) 業務上失火罪について過失の共同正犯を認めた前掲東京地判平成4・1・23判時1419号133頁の事案を素材にしている。

単独正犯を認めるということも、考えられないではないからである⁷¹⁾。事実、学説では、前述のように、この方向で過失共同正犯の同時犯への解消が唱えられたこともあった。

ただし、この場合には、前述のように、二つの点で問題が出てくる。一つは、過失共同「正犯」が自己の行為に対する直接の過失責任と他人の行為に対する間接的な「監視」責任とで択一的に構成されるものだと解するには、その前提として、他人の行為に対する間接的な「監視」責任　それも、共同正犯が問題になる場合は、監督者と部下といった上下関係ではなく、水平的な関係である　の懈怠だけでも、過失の「正犯」が成立すると解さなくてはならなくなるということである。しかしそれは、限縮的正犯概念から見れば、たいていは、過失の「正犯」ではなくて過失的「共犯」ではないかという疑念を呼び起こすものである⁷²⁾。要するに、このような「同時犯」への解消論は、過度に広い注意義務と「拡張的ないし統一的正犯概念」を前提としているものなのである。

もう一つの問題は、共同でなければ結果が回避できないような注意義務がある場合である。たとえば、ドイツ連邦通常裁判所の「皮革スプレー事件」判決の事案のように、有限会社の経営者が共同で製品の回収決定をする義務があるとみられる場合、「同時犯」構成では、各人の回収提案が役員会において多数決で否決された可能性が残ること、そしてまた他の役員に同調を促していたとしても、その役員が同調を拒否した可能性が残ることを、各被告人がすべて援用できるのである。こうなると、各人が違反した注意義務の違反と結果発生との間の仮定的因果関係が証明できないので、未遂処罰規定のない過失結果犯では、全員が無罪となる。

71) 実際。前田・前掲書506頁は、このような構成を主張して、過失の共同正犯というものを「不必要」だとみなしている。もっとも、理論的に可能なことを「不必要」とする趣旨は明らかでない。

72) また、単なる水平関係でも「監視」義務を認めてその違反を過失「正犯」とすることは、先にみた大洋デパート火災最高裁判決が「監督」責任の拡大を厳格に抑制したことからみても、問題をはらむ。

また、逆に、個々の役員は、自分が賛成しなくても残りの役員で相対多数となるから、自分が回収に賛成か反対かは結果の防止にとって条件関係に立たない、という抗弁もできるであろう。このような場合には、因果関係ないし仮定的因果関係の起点となる作為ないし不作為を個別的に考えていては意味がない。ゆえに、「共同正犯」は、「同時犯」に解消できるものではない。

むしろ、製品の回収決定と結果防止との仮定的因果関係については、共同での回収決定自体が、因果関係の起点とされなければならない。そして、そこに至るまでの各人の関与に必要な要件は、まさに共同正犯を含む共犯論の中で、そして共同正犯の中身である「正犯としての共同責任」を発生させるのにふさわしいものは何かという形で、機能的に決定されるべきことになる。

それでは、「共同正犯」という法形相にふさわしい要件は何であろうか。それは結局のところ、その結果の発生ないし防止が、当該関係者全員の共同の任務であるということに尽きるであろう。この点では、たとえば「大洋デパート事件」最高裁判決⁷³⁾が、「注意義務」とは、結果防止義務を負っている他人に注意を促す「進言」義務では足りず、自己の結果防止義務の履行に当たって他人の協力を求める「要請」義務でなければならない旨を示唆したことは重要である。つまり、共同「正犯」というからには、そこで違反した「注意 ないし作為 義務」の内容は、自分が結果を防止する義務でなければならないのである。

もっとも、この判決は社長と部下という「上下関係」の事案に関するものであったことには注意が必要である。「共同」正犯というからには、「自分が結果を防止する義務」が水平的な関係においても認められなければならない。それは、要するに、「自分達が協力して結果を防止する義務」ということになる。単に「他人の注意を促す義務」では足りないのでは

73) 最判平成3・11・14刑集45巻8号221頁。

る⁷⁴⁾。

ゆえに、結果防止について分業的な注意の義務がある場合、たとえば、建物の解体作業の際に、たとえば両方同時には見られないので、Aは下の道路の右側を、Bは左側を注視するという関係にあった場合、かつ、両者が信頼にたる人物であった場合⁷⁵⁾には、右側から来た歩行者に廃材が当たってこれを負傷させたことについては、たとえBがAとともにその廃材を落としたとしても、Aのみが罪責を負うことになる。また、AとBが共に左右双方について相互の作業の安全を確認する義務があるのであれば、A単独でまたはB単独で落とした廃材が歩行者に当たってこれを負傷させたときでも、両者が共同正犯となる余地がある⁷⁶⁾。

74) 結論において類似するのは、S. Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 202ff. もっとも、彼が、結果が共同でしか実現できないような状況を作り出す諸事情を「現実認識していなければいけない」とするのは、過剰な心理主義である。それは「認識可能でありかつ認識していなければならなかった」ということで足りる。

75) もっとも、そうでないときでも、いきなり共同作業者全員に責任が認められるのではなくて、むしろ監督者などの上位者に責任が遡及するであろう。監督者にとっては、この作業全体が、自分の任務だからである。

76) 平野・前掲『刑法総論』394頁以下も同旨。なお、1987年にスイスの連邦裁判所は、つぎのような事案について、過失犯の共同正犯を認めた。すなわち、山小屋からの帰路、AとBは道路の右の川岸に巨大な二個の岩石があるのに気づき、Aがその岩石をその岸から突き出した岩壁を経て下に転がそうと考えた。二人は、その川岸にしばしば人がいることがあること、とりわけ釣り人がいることがあることや、巨大な岩石がたまたまそこにいる人に当たることも知っていた。ゆえに、BはAの提案で、誰かがそこにいないか確認するために前方を見ようと二三歩前に出て、誰かが下にいないか呼びかけた。もっとも、Bは自分の居場所から右の川岸の方は見なかった。呼びかけても誰も答えないので、BはAのもとに戻り、100キログラムを超える岩を下に転がし、その直後にAは、52キログラムの岩を同様に転がした。坂の下にいた釣り人に二つの岩石が当たって釣り人は死亡したが、どちらが致命傷となった岩を落としたのかわからなかった。スイス連邦裁判所は、この事案について、「このような状況では、各人の個別的寄与が構成要件該当結果にとって因果的であったか否かが問われるのではなく、共同で実行された行為全体と生じた結果との間の因果関係が認められるか否かが問われるべきである。」と（BGE 113 IV, S. 58 (60)）。なお、ドイツのヨアヒム・レンツィコフスキーは、この裁判例と「皮革スプレー判決」を手がかりとして、過失犯にも共同正犯が可能であり、しかもそれは「限縮的正犯概念」によって根拠づけられるべきだと主張している。Vgl. Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997. なお、内海・前掲法政治学論48号

右の検討から、ここでもまた、「他人に注意を促す」義務の懈怠という意味での「他人の結果惹起の促進」ないし「他人の結果防止懈怠の放置」は、それ単独では、共同「正犯」を根拠づけるものでないことが確認された。

以上をまとめるなら、次のように言うことができよう。すなわち、過失の共同正犯は、「共同の注意義務の共同の違反」があった場合に認めることができるということである。この「共同の注意義務」には、複数の人物が共同して危険な作業に当たる事例について、その作業に出ないこと自体が義務となる場合⁷⁷⁾と、その作業の際に互いの行為についてもその安全を確認しあう義務のある場合⁷⁸⁾、安全を確認して結果を防止する義務が同じ作業に従事する複数の人物に重疊的に課せられている場合⁷⁹⁾、協力し合って結果を防止すべき義務が複数の人物に科せられている場

90頁は、「主観的要件を一切放棄する見解は『共同正犯』としての共通項を、故意共同正犯との間に果して見出しうるのか」との疑問を提起しながらも、「各行為者が共同目的を達成するのに社会的に不相当な、不適切な態度をとることにより、各々の不注意を互いに助長しあうという実体を考えうるかぎり、共同注意義務を課してそのような事態を事前的に抑止するという形で過失共同正犯を観念することも不可能ではない」とする。しかし、「共同注意義務を課してそのような事態を事前的に抑止するという形で過失共同正犯を観念する」のであれば、たとえば互いのトーチランプの消灯を指差し確認するといった義務からでもわかるように、「共同注意義務」を、現実の主観 ここでは「認識」 によって初めて根拠づけられるとするのは矛盾でありかつ余計なことである。そもそも、「認識可能性」でさえ、義務のないところでは論ずる意味がない。とりわけ過失不作為の共同正犯を考えればわかるように、過失の共同責任を根拠づけるのは、「各々の不注意を互いに助長しあい、または、各々の不注意を互いに防止しあうという実体」が、いずれも「自分達のしわざまたは任務」であるという事情なのである。

- 77) 観光船の無断操縦に関する前掲佐世保簡判昭和36・8・3下刑集3巻7=8号816頁は、このグループに属する。
- 78) 有毒飲食物等取締令違反に関する前掲最判昭和28・1・23刑集7巻1号30頁やこんろの消火確認懈怠に関する前掲名古屋高判昭和31・10・22裁特3巻21号1007頁、トーチランプ消火確認懈怠に関する前掲東京地判平成4・1・23判時1419号133頁など、過失の共同正犯が認められた事例の多くは、このグループに属する。
- 79) 薬剤投与事故に関する前掲東京地判平成12・12・27判時1771号168頁は、このグループに属する。

合⁸⁰⁾等がある。また、この「共同の違反」は、これらの「共同の義務」を負う者が、それぞれその義務に違反した場合に認められる。反対に、共同義務者のうちの一部の者が、たとえば(1)危険な行為に出ることを真摯に阻止しようとしたが失敗した場合や、(2)相手方に注意を促したにもかかわらず相手方がこれを軽視して安全確認を怠った場合、(3)ある程度の関係者が協力しないと結果が防止できない事例でそれに満たない数の関係者が結果回避措置への協力を呼びかけたが十分な協力が得られなかった場合等には、これらの者については「共同の違反」は否定されよう⁸¹⁾。

7 本件事案に関して

7.1. 一審判決および控訴審判決が認定した事情

そこで最後に、以上のような判例・学説の動向からみて、本件歩道橋事故事件につき、AとHとの間に、業務上過失致死傷罪に関して共同正犯の

80) その際、結果の防止は、複数の人物が協力し合って初めて確実なる場合と、そうでなくても結果の防止は可能だが、複数の人物が協力し合うことによってより容易に結果が防止できる場合とがある。溶接作業に基づく失火に関する前掲名古屋高判昭和61・9・30高刑集39巻4号371頁は後者の例であり、共同正犯規定は適用されていないが、「三菱自動車タイヤ脱輪死傷事件」に関する前掲横浜地判平成19・12・13判タ1285号300頁および前掲東京高判平成21・2・2LEX/DB25450861は前者の例である。さらに、踏切事故に関する前掲京都地判昭和40・5・10下刑集7巻5号855頁は、遮断機操作を担当する本番にとっては後者の例であり、相番にとっては合図に応じて本番が遮断機を降ろすことが結果回避にとって必要なので前者の例となる。

81) なお、西田・前掲『刑法総論[第2版]』383頁は、「共同義務の共同違反」は「共犯理論からは論理的に導き得ない外在的制約」と述べる。しかし、たとえばA・Bが強盗を計画し、Aが暴行、Bが財物の奪取を分担した場合、A・Bの行為はそれぞれ暴行および財物奪取の結果と物理的および心理的因果性を持つが、それが全体として強盗罪の共同正犯になることを、このような物理的および心理的因果性のみによって根拠づけることはできない。そこには、これらの行為を全体として強盗と評価する規範的かつ社会的な視座が必要である。「共同義務の共同違反」もまた、そのような規範的かつ社会的な視座から認められるものであり、「共犯理論からは論理的に導き得ない外在的制約」などではないのである。金子・前掲立命館法学326号47頁以下参照。

関係が認められるか否かを検討してみよう。

まず、本件の第一審判決には、以下のような判示がある。すなわち、「市役所関係被告人相互間においても、本件夏まつりの準備状況や本件夏まつり当日の状況についての認識は異なり、本件事故発生の予見義務を認めるべき事情は同じではないのであるから、被告人D、被告人E及び被告人Fについても、過失の共同正犯ではなく、過失の競合とみるのが相当である。」という部分である。しかし、これは市役所関係の被告人に関する評価にすぎない。彼らについては、その置かれている立場が微妙に異なるので、「共同の注意義務」自体が認めにくいものと思われる。

また、この判決にある「本件は、平成13年7月21日に開催された第32回明石市民夏まつりにおいて、実質的主催者である明石市の市民経済部長であった被告人D、同部経済産業担当次長であった被告人E、同部商工観光課長であった被告人F、警備員の統括責任者であった被告人B及び明石警察署の地域官で現地警備本部指揮官であった被告人Aが、それぞれ、前記のとおり、本件歩道橋における参集者の流入・滞留状況及び雑踏警備の実施状況を常時監視し、自主警備要員あるいは警察官らによる、参集者の迂回路への誘導や分断等、歩道橋への流入規制を実施・実現するという業務上の注意義務を怠った過失の競合により、本件歩道橋において、多数の参集者が折り重なって転倒するいわゆる群衆雪崩を発生させ、その結果、11名を死亡するに至らせ、183名に傷害を負わせたという業務上過失致死傷の事案である」という判示部分も、市役所、警備会社、警察署関係の被告人らの過失を総合して述べたものにすぎない上、これらの被告人の注意義務は、必ずしも「共同の注意義務」と評すべきものではないのであるから、AとHとの間に過失の共同正犯が成立することを否定する趣旨のものではない。

さらに、第1審判決には、次のような判示もみられる。すなわち、「G署長やH副署長に本件事故発生に何らかの責任があるとしても、それはあくまでも、被告人らの過失と競合するにすぎないのであって、被告人らの

業務上過失責任を否定するには至らない」という部分である。しかし、この判示部分は、共同正犯関係にあるAにつき単独犯を認定し、かつ、他の者の過失の有無はAの過失を否定しないと述べたものにすぎない。ゆえに、この部分を根拠として、この判決がAとHとの間の過失共同正犯の成立を否定したものと解することはできない。

むしろ、この判決には、「G署長及びH副署長は、管区機動隊等の指揮権を有していたのであるから、適切な時機に管区機動隊等に対して出動を命じて強制的な規制をしていれば、本件事故の発生を防止し得た可能性は否定し難く、また、署本部に入ってくる様々な情報やテレビモニターを通じて把握できた本件歩道橋の混雑状況から、歩道橋南端部付近や南側階段の雑踏状況を的確に把握して、それらの情報を被告人Aを始めとする現地警備本部の警察官に提供するなどして規制を促していれば、被告人Aにおいて、管区機動隊等による規制を実施するとの判断が適切にできた可能性も否定し難いところである」という判示もみられる。これは、機動隊投入による流入規制の実施が、実際には、A単独ではなく、GやHの出動命令があって初めて、確実に実施できたことを示すものである。したがって、むしろ、この部分は、AとHとに、機動隊等の警察力による流入規制の実施を通じて本件事故を防止する共同の義務が課せられていたことの根拠となるべきものである。

最後に、本件の控訴審判決にある「複数の者が別々の立場から同一の結果を回避する義務を負う場合において、それらの者の注意義務違反が競合してその結果が生じた場合には、ある行為者以外の者が注意義務を尽くしていれば結果の発生を回避できた場合であっても、当該行為者に注意義務違反がなければ結果が回避されていたと認められる以上、その行為者も過失責任を免れないことは自明であり、これらの所論は採用できない」という判示部分も、警備会社関係の被告人に注意義務違反があっても警察関係者が注意義務を尽くしていれば結果は防げたという事情は抗弁にならないことを指摘したものにすぎず、これらの者の間での「注意義務違反の競

合」は、AとHとの間での過失の共同正犯の成立を否定するものではない。

7.2. 副署長の裁判における公訴事実

ところで、前述のように、副署長Hの裁判における指定弁護人の掲げた公訴事実は、その共同正犯の主張に限ってみれば、本位的訴因では、「Aは現地において、被告人(=H)は署本部において、それぞれ雑踏警備の状況を的確に把握できる立場にあったことから、本件歩道橋において警察官による規制を必要とする程度の過密な滞留が生じ、雑踏事故発生の危険が現実化しそうな場合に適切に対応するため、自ら又は配下警察官をして、歩道橋への参集者の流入・滞留状況や配下警察官による雑踏警備の状況実施を常時監視し、その危険が現実化しつつあった同日午後7時30分ころから午後8時10分ころまでの間に、警備会社と連携し、又は、本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に指示して、参集者の迂回路への誘導や群衆の分断等により、本件歩道橋南側階段下からJR朝霧駅へ向かう参集者の流入阻止を中核として、本件歩道橋内への流入規制を実施し、又はGに進言して実施せしめ、もって、Aと共同して、雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、そのような事故は発生しないと軽信してこれを怠り、Aとともに漫然放置した」というものであり、予備的訴因では、「本件事故を防止するために、被告人(=H)は、Aとともに、本件夏まつり当日に至るまでに、本件夏まつりに関する明石署の雑踏警備計画において、本件歩道橋を警備要点として指定するとともに、花火大会開始前からの参集者の迂回路への誘導や群衆の分断による本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、又はGに進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたと見え、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させ、もって、Aと共同して、雑踏事故の発生を未然に防止する体制を構築すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、これを怠り、Aとともに漫然放置し

た」というものである。

これらは、いずれも、雑踏警備の実施状況を常時監視し、自らまたはGに進言して警察力を投入して本件歩道橋内への流入規制を実施することや、雑踏警備計画策定の段階で本件歩道橋を警備要点として指定するとともに本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、またはGに進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させることを具体的内容とする「共同の注意義務」とその違反を主張するものであり、これまでの判例や学説の見解によるなら、過失の共同正犯が優に認められるものであることは明らかであろう。これは、先に述べたグループのうち、「協力し合って結果を防止すべき義務が複数の人物に科せられている場合」に属する事案である。

なお、本件では、午後8時10分までに本件歩道橋への流入規制のために機動隊の出動を直接またはGを通じて命じなかったという不作為に関しては、AとHとの間に意思の疎通はないし、命じなかった結果、歩道橋への人の流入阻止を通じて防止できたはずの死傷結果に対する「(双方向的)因果的惹起」はない。「仮定的因果関係」も、Gが単独で出動を命じれば、あるいは、AまたはHが単独で直接または間接に出動を要請しておれば、裁判所の認定によるなら死傷結果は防止できていたのであって、AとHの双方に双方向的因果的影響はない。しかし、これまでの検討から明らかのように、何らかの危険行為を行う、または、何らかの結果防止措置を取らないという点に関する意思疎通という心理的事実は、「共同の義務の共同の違反」とっては本質的なものではない。同様に、双方向的な「因果的惹起」や「仮定的因果関係」も、過失の共同正犯にとって本質的なものではない。大事なことは、Hも、Aとともに、本件雑踏事故の防止のために雑踏警備の実施状況を常時監視し、自らまたはGに進言して警察力を投入して本件歩道橋内への流入規制を実施するという「共同の

注意義務」を負っており、そしてそれをAとともに怠ったという事実、あるいは、雑踏警備計画策定の段階で本件歩道橋を警備要点として指定するとともに本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、またはGに進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させるという「共同の注意義務」を負っていたのにそれを怠ったという事実である⁸²⁾。

7.3. 単独犯と共同正犯の関係

最後に、本件では、すでにAに対する業務上過失致死傷罪の単独犯での有罪判決が確定しているのですから、このような場合にもなお、Aとの関係で、Hに対する業務上過失致死傷罪の共同正犯での有罪判決が可能かという疑問に答えておこう。

平成21年7月21日の最高裁決定⁸³⁾は、被告人以外にも共謀共同正犯者がいる疑いのある窃盗の被疑事件に関して、「検察官において共謀共同正犯者の存在に言及することなく、被告人が当該犯罪を行ったとの訴因で公訴を提起した場合において、被告人1人の行為により犯罪構成要件のすべてが満たされたと認められるときは、他に共謀共同正犯者が存在するとしてもその犯罪の成否は左右されないから、裁判所は訴因どおりに犯罪事実を認定することが許されると解するのが相当である」という判断を示している。また、昭和28年11月10日の最高裁判決⁸⁴⁾は、被告人がAと共謀し

82) 付言すれば、ここにいう「共同の注意義務」は、本件のような不作為犯タイプの事案では、「共同の作為義務」と呼ぶ方が相応しい。両者をあわせて「共同の義務」と呼ぶならば、過失犯や不作為犯の共同正犯は、まさに、このような「共同の義務」の「共同の違反」の場合に認められるべきものであって、それが故意犯であるか過失犯であるかということには、本質的な差異はないと考えるべきであろう。

83) 最決平成21・7・21刑集63巻6号762頁。

84) 最判昭和28・11・10刑集7巻11号2089頁。

て、Bを欺罔し、金員を騙取したとする詐欺の被疑事件に関して、「本件のような場合には、単独犯として起訴されたものを共同正犯としても、そのことによって被告人に不当な不意打を加え、その防禦権の行使に不利益を与えるおそれはないのであるから、訴因変更の手續を必要としないものと解することが相当である」と判示している。つまり、被告人の防禦権の行使に不利益を与えない限り、単独犯から共同正犯への評価替えは、訴因変更なくしても許されるとするのである。

このような判例からすれば、本件の場合も、検察官が共同正犯者の存在に言及することなくAの単独犯で公訴を提起した場合において、すでにA一人で業務上過失致死傷罪の成立要件のすべてが満たされたと認められるときに当たるので、裁判所がAの単独犯を認定することは許されるし、また、不告不理の原則からみて、裁判所はそのような判断しかなしえないと解される。ゆえに、すでにAが単独犯で確定有罪判決を受けているという事実は、他に共同正犯者がいる場合に、その者につき共同正犯として有罪判決を言い渡すことを妨げるものではない。また、単独犯として有罪が確定したAを、他の共同正犯者の裁判において、その共同正犯として扱うことも許されるものと解される。