

| | |
|--------------|---|
| Title | 過失の共同正犯 |
| Author(s) | 平野, 潔 |
| Citation | 人文社会科学論叢, 3, p.99-119, 2017 |
| Issue Date | 2017-08-31 |
| URL | http://hdl.handle.net/10129/6131 |
| Rights | |
| Text version | publ isher |



<http://repository.ul.hirosaki-u.ac.jp/dspace/>

【判例研究】

過失の共同正犯

平野 潔

花火大会が実施された公園と最寄り駅とを結ぶ歩道橋で多数の参集者が折り重なって転倒して死傷者が発生した事故について、警察署副署長に同署地域官との業務上過失致死傷罪の共同正犯は成立しないとされた事例

最高裁第三小法廷平成28年7月12日決定（平成26年（あ）第747号業務上過失致死傷被告事件）
刑集70巻6号411頁

【事実の概要】

平成13年7月21日午後7時45分頃から午後8時30分頃までの間、兵庫県明石市大蔵海岸公園において、第32回明石市民夏まつりの行事である花火大会等が実施されたが、その際、最寄りの西日本旅客鉄道株式会社朝霧駅と同公園とを結ぶ通称朝霧歩道橋に多数の参集者が集中して過密な滞留状態となった上、花火大会終了後朝霧駅から同公園へ向かう参集者と同公園から朝霧駅へ向かう参集者が押し合ったことなどにより、強度の群衆圧力が生じ、同日午後8時48分ないし49分頃、同歩道橋上において、多数の参集者が折り重なって転倒し、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本件事故が発生した。

被告人は、当時兵庫県明石警察署副署長であった者である。神戸地方検察庁は、被告人を不起訴処分としたが、検察審査会が平成22年1月27日に起訴すべき議決（強制起訴の議決）をし、検察官の職務を担う指定弁護士が、被告人の過失について、本位的訴因を本件当日の雑踏事故防止義務違反とし、予備的訴因を警備計画段階の雑踏事故防止体制構築義務違反として、平成22年4月20日に公訴の提起を行った。

本件の公訴時効については、本件事故の最終の死傷結果が生じたのが平成13年7月28日であるから、同日から進行しており、本件起訴時点では公訴時効期間の5年が経過していた。しかし、指定弁護士は、明石警察署地域官であるBが、平成14年12月26日に本件事故に関して業務上過失致死傷罪で起訴され、平成22年6月18日に有罪判決が確定しているところ、Bと被告人との間には、業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するか、共同正犯が成立しないとしても、Bの過失と密接な関係にある被告人の過失が競合して本件事故が発生したのであるから、刑事訴訟法254条2項により、Bに対する公訴の提起によって時効が停止し、同人に対する裁判の確定によってその進行を始

めることになるから、公訴時効は完成していないと主張した。

第一審（神戸地判平25・2・20⁽¹⁾）は、本位的訴因、予備的訴因ともに具体的な予見可能性があったと認めることができないから過失はなく、業務上過失致死傷罪は成立しないとした上で、Bとの間に共同正犯は成立しないから、公訴時効が完成していると言わざるを得ず、被告人を免訴すべきであると結論づけた。

控訴審（大阪高判平26・4・23⁽²⁾）も、第一審の判決について多くの問題があることを指摘しつつも、最終的には、予備的訴因、本位的訴因ともに過失を認めることはできず、被告人について免訴を言い渡した第一審の判断は正当であるとした。

これに対して、指定弁護士が上告をした。

【決定要旨】

「本件において、被告人とB地域官が刑法254条2項にいう『共犯』に該当するというためには、被告人とB地域官に業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立する必要がある。

そして、業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要であると解される場所、以上のような明石警察署の職制及び職務執行状況等に照らせば、B地域官が本件警備計画の策定の第一次的責任者ないし現地警備本部の指揮官という立場にあったのに対し、被告人は、副署長ないし署警備本部の警備副本部長として、C署長が同警察署の組織全体を指揮監督するのを補佐する立場にあったもので、B地域官及び被告人がそれぞれ分担する役割は基本的に異なっていた。本件事故発生の防止のために要求され得る行為も、B地域官については、本件事故当日午後8時頃の時点では、配下警察官を指揮するとともに、C署長を介し又は自ら直接機動隊の出動を要請して、本件歩道橋内への流入規制等を実施すること、本件警備計画の策定段階では、自ら又は配下警察官を指揮して本件警備計画を適切に策定することであったのに対し、被告人については、各時点を通じて、基本的にはC署長に進言することなどにより、B地域官らに対する指揮監督が適切に行われるよう補佐することであったといえ、本件事故を回避するために両者が負うべき具体的注意義務が共同のものであったということとはできない。被告人につき、B地域官との業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立する余地はないというべきである。」

(1) 刑集70巻6号483頁。

なお、本件第一審判決の判例評釈としては、松宮孝明「公訴時効停止要件としての『共犯』の意味」『法学セミナー』707号（2013年）117頁、土本武司「過失の競合と公訴時効の停止—明石歩道橋事故免訴—」『捜査研究』744号（2013年）127頁。

(2) 刑集70巻6号544頁。

なお、本件控訴審判決の判例評釈としては、松宮孝明「明石歩道橋事故強制起訴事件控訴審判決」『新・判例解説 Watch』vol.16（2015年）163頁以下。

【研究】

1. はじめに

本件は、「明石歩道橋事故」「明石市花火大会歩道橋事故」と称される、歩道橋上の雑踏事故の警備の不備等が問われた事件の最高裁決定である⁽³⁾。本件に関しては、明石警察署長Cをはじめ、明石警察署の関係者5名、明石市の職員6名、警備会社の大阪支社長の計12名が書類送検され⁽⁴⁾、最終的には、当時の兵庫県明石署地域官B、明石市との間で統括管理会社として警備を行う旨の契約をしていた会社の統括責任者D、明石市市民経済部長E、同部経済産業担当次長Fおよび同部商工観光課長Gの5名が、雑踏警備に過失があったとして、それぞれ業務上過失致死傷罪で起訴された⁽⁵⁾。本決定の被告人は、現場の警備を担当していた明石警察署の副署長であったが、この時は、当時の署長Cとともに、書類送検はされたものの結局不起訴処分となっている。その後、署長Cとともに3回、検察審査会で起訴相当の議決を受けたが、いずれも最終的には検察が不起訴の判断をした。そして、平成16年法律第62号の改正検察審査会法のもとで、2度目の起訴相当の議決（強制起訴）がなされ、本件起訴に至っている⁽⁶⁾。

事実の概要でも触れたところであるが、本件は、起訴がなされた時点で公訴時効が完成しており、被告人の過失単独正犯としての責任を問えないことが、起訴当時確定していた事案である。被告人に刑事上の責任を問うには、他の関与者、より具体的に言えばBとの間に共犯関係が存在すると認められる必要があった。そのような事情のもとで、最高裁は、被告人とBとの間に共同正犯は認められないとして、被告人を免訴とした。

本決定の意義は、「刑法犯では初めて、最高裁が過失犯の共同正犯に関する判断を示したこと、それも『共同の注意義務に共同して違反したこと』という要件を示して積極説に立つことを明示したことにある」⁽⁷⁾とされている。そこで、本稿では、過失犯の共同正犯について、これまで判例はどのように解してきたかを明らかにして、本決定の位置づけを明確化した上で、本決定が示した「共同義務の共同違反」の内容について検討を加えてみたい。

⁽³⁾ 本決定の判例評釈としては、松宮孝明「過失犯の共同正犯 明石歩道橋事故強制起訴事件上告審決定」『法学セミナー』743号(2016年)123頁、成瀬幸典「業務上過失致死傷罪の共同正犯の成立が否定された事例」『法学教室』435号(2016年)178頁、前田雅英「過失の共同正犯」『捜査研究』790号(2016年)41頁以下、嶋矢貴之「歩道橋での雑踏事故における警察署副署長の同署地域官との業務上過失致死傷罪の共同正犯の成否」『平成28年度重要判例解説』(2017年)116-7頁、金子博「明石歩道橋事故強制起訴事件最高裁決定」『新・判例解説Watch』vol.20(2017年)211頁以下など。さらに、古川伸彦「過失犯はいかにして『共同して』『実行』されうるか—明石歩道橋事件を機縁として検討の道筋を洗い直す—」『刑事法ジャーナル』51号(2017年)4頁以下、金子博「過失共同正犯論の現在—最高裁平成28年7月12日第三小法廷決定を契機として—」『刑事法ジャーナル』51号(2017年)11頁以下も参照。

⁽⁴⁾ 朝日新聞2002年5月10日朝刊1面。

⁽⁵⁾ 朝日新聞2002年12月27日朝刊27面。

⁽⁶⁾ 当時の署長Cは、2007年7月に死去しているため、副署長だけが強制起訴の対象となった。

⁽⁷⁾ 松宮・前掲注(3)123頁。

2. 判例における過失の共同正犯

まず、判例が過失の共同正犯をどのように解してきたかを、大審院、最高裁、下級審に分けて概観してみたい⁽⁸⁾。

(1) 大審院における過失の共同正犯

大審院の判例は、おおむね60条以下の共犯規定は過失犯には適用されないとして、過失の共同正犯を否定してきた。例えば、大判明44・3・16刑録17輯380頁は、「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サリシハ相當ナリ」として、共犯に関する総則規定は過失犯には適用されないことを明言しているし、また、大判大3・12・24刑録20輯2618頁も、「二人ノ共同過失ニ因リ他人ヲ死傷ニ致シタル犯罪ハ共犯ニアラス」として、過失の共犯（共同正犯）を否定している。例外的なのは、大判昭10・3・25⁽⁹⁾である。被告人2名が、被害者の精神病平癒のための祈祷を行ったが、その際両名は被害者の身体を強く擦ったり揉んだりした結果、下腹部に擦過傷を負わせ、そのまま消毒をせずに放置したため、被害者を敗血症で死亡させたという事案である。このような事案に対して、大審院は、211条とともに60条を適用している。しかし、判決文の中に過失の共同正犯についてはまったく言及されていない。

(2) 最高裁における過失の共同正犯

最高裁に至って、過失の共同正犯を肯定する判例が出現する。最判昭28・1・23⁽¹⁰⁾、いわゆるメタノール販売事件判決と言われるものである。被告人2名は、飲食店を共同経営していたのであるが、飲食店から仕入れた「ウイスキー」と称する液体にメタノールが含有していないことを検査した上で販売しなければならないのにこれを怠って販売し、これを飲んだ客が中毒により死傷するに至ったという事案である。

最高裁は、「原判決は、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『過失ニ因リ違反シタル』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

⁽⁸⁾ 過失の共同正犯に関する判例については、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第2版 第5巻』〔村上光鷗〕(2005年、青林書院)163頁以下、川端博＝西田典之＝原田國男＝三浦守編『裁判例コンメンタール刑法 第1巻』〔高橋則夫〕(2006年、立花書房)537頁以下、内海朋子『過失共同正犯について』(2013年、成文堂)4頁以下など参照。

⁽⁹⁾ 刑集14巻339頁。

⁽¹⁰⁾ 刑集7巻1号30頁。

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。」として、過失の共同正犯を正面から認めている⁽¹¹⁾。しかし、本判決は、過失の共同正犯を認める根拠には触れず、成立要件に関してもほとんど言及していない。ウイスキー販売の「意思の連絡」のあることが、共同正犯との関係では唯一示されている要件であり、最高裁もこの点を重視して過失の共同正犯を認めたとと思われる。

その後、本決定が登場するまで、最高裁は過失の共同正犯を認めていない。一方、下級審においては、本決定以降もその判断は分かれていた。以下では、下級審判例がどのような場合に、どのような要件のもとに過失の共同正犯を認めているのかを確認してみる。

(3) 下級審における過失の共同正犯

①名古屋高判昭31・1・22⁽¹²⁾

本件事案は、被告人2名が、素焼こんろ2個を事務所内に持ち込み、炭火を入れて煮炊きの仕事をしていたが、床板の上に置いておけば過熱発火の危険性があるにも関わらず何の調査もしないでこれを使用し、完全に消火しないまま帰宅した結果、建造物を焼損したという、失火罪の共同正犯が問題となった事案である。

名古屋高裁は、「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販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」と判示し、共同正犯の成立を認めている。

本判決では、過失の共同正犯に関するこれ以上の詳しい記述はないが、その判示内容から2つのポイントを指摘できるように思われる。第1点は、「共同して」という判示は、原判決において示された「被告人兩名は意思を連絡して本件こんろを使用し…」に対応していると読めることである。これは、最判昭28・1・23でも示されているのと同様、意思の連絡があることを前提としているのではないかと考えられる。第2点は、「被告人等は共に右措置を為さずして」という判示から、本判決は必ずしも相互に注意をすることを要求している訳ではなく、むしろ各々がそれぞれの措置をしなかった点を過失と捉えている節がある点である。

⁽¹¹⁾ なお、本判決には、「私は過失犯には共同正犯を認むべきものではないと信ずるから、本件に刑法六〇条を適用した原判決は失当であり、論旨第二点は結局理由があるから原判決は破棄すべきものである。」とする少数意見が付されている。

⁽¹²⁾ 高刑裁特3巻21号1007頁。

②広島高判昭32・7・20⁽¹³⁾

本件は、医療過誤に関するものである。被告人および原審相被告人Aが、外来患者で右肩胛関節の脱臼を訴える被害者に全身麻酔を施すに際し、看護師Bにオーロパンソーダを指示したにも関わらず、Bの注射液誤認によりクロロフォルムを注射したため、被害者は注射液の中毒による心臓衰弱で死亡した。

広島高裁は、原審の事実認定を是認した上で、職権で「原審は被告人の判示所為を以てAとの共同正犯として之に対し刑法第六〇条を適用しているが、本件は、被告人と右A及びBの過失行為が競合したに過ぎないのであつて、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つたものと謂うべきである」としている。

本判決は、過失の共同正犯の理論的可能性を否定したものとまでは言えず⁽¹⁴⁾、また、本件において過失の共同正犯の成立を否定した理由も明らかではない。

③佐世保簡略式命令昭36・8・3⁽¹⁵⁾

本件は、過失往来妨害罪の共同正犯が問題となった事案である。被告人2名は、酔余好奇心から、運転技能も経験もないにも関わらず観光船に乗り込み、1名は操舵を、もう1名は機関部の操作をなし、棧橋から西方200mの対岸に衝突・座礁させ、一時航行を不能ならしめて破壊したというものであるが、佐世保簡裁は、「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」として、共同正犯を認めている。

本略式命令には、とくに要件等に触れた部分はない。最判昭28・1・23や名古屋高判昭31・1・22で示されたような「意思の連絡」に関する記述も見られない。

④秋田地判昭40・3・31⁽¹⁶⁾

本件は、工務店の工事責任者であった被告人が、秋田県庁庁舎の正面玄関に続く広間の屋根のトタン板葺替工事に従事し、A・Bらを指揮監督していたが、庁舎は木造で、桁板が一部露出などした状態であり、当時は連日の晴天、高温続きで、風速6mの風を伴っていたので、喫煙による火災の危険が一層高まっていたにも関わらず、Aに喫煙させ、Bの喫煙を黙認し、被告人自らも喫煙した結果、3名いずれかの喫煙による煙草の吸殻または破片の一部が風によって桁板に達し、秋田県庁舎および県議会議事堂の一部を焼燬したというものである。

秋田地裁は、本件火災の原因が、被告人の喫煙に起因するのか、従業員2名の喫煙に起因する

⁽¹³⁾ 高刑裁特4巻追録696頁。

⁽¹⁴⁾ 本判決は、過失の共同正犯を理論的に否定した判決であると評されるが(川端ほか編〔高橋〕・前掲注(8)540頁、大塚仁=川端博編『新・判例コンメンタール 刑法3』〔松村格〕(1996年、三省堂)168頁など)、理論的に否定しているところまで判決文から読み取ることは困難であると思われる。

⁽¹⁵⁾ 下刑集3巻7=8号816頁。

⁽¹⁶⁾ 下刑集7巻3号536頁。

のかは不明であるとした上で、「本件のような気象条件、木造建物の屋上工事の際中においては、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」として、被告人に対して、被告人自身の行為に関する注意義務に加えて、従業員に対する監督者としての注意義務を課している。

過失の共同正犯に関しては、判決文中括弧書きで触れられており、「被告人と右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合ったとか、共同の目的で喫煙をしたというような関係があつたとみることができなく、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」としている。

本判決は、本件における過失の共同正犯の成立は否定したものの、過失の共同正犯そのものを否定している訳ではない。判決文によっても「共同の目的ないし共同行為関係」「意思を通じ合う」などの条件が揃えば、過失の共同正犯が成立する可能性を示している。

⑤京都地判昭40・5・10⁽¹⁷⁾

本件の事実の概要は、以下の通りである。すなわち、四条踏切では、本番と相番と称する2人の係員が協力してその業務を担当し、相番は、踏切道における列車予定時刻の約5分前から踏切道に出て列車の接近を確認することに努め、本番は、保安係詰所内で、列車が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って列車の接近を確認することに努め、それぞれ列車の接近を確認した時は、互いに手笛等でその旨を知らせ合い、かつ、本番は相番の合図により、踏切道に設置してい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替えた後、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。事故当日は、濃霧で見通しが悪く、また列車接近表示器が度々故障して鳴動しないことがある中で、相番であったAは、前の列車が遅延したことから当該列車もまた遅延するものと軽信して線路上から注意を逸らし、また本番であったBも列車接近表示器が正常に作動するものと軽信して、警笛の吹鳴に気づかず、交通信号灯の切り替えや遮断機の閉鎖等の措置を講ずることができなかった。その結果、踏切内に進入してきた自動車と列車とが衝突し、2名を死亡させた。

京都地裁は、まず「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

⁽¹⁷⁾ 下刑集7巻5号855頁。

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」と判示し、過失犯の共同正犯を肯定することを明言する。ここでも「他の者の行為を利用しようとする意思」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」という、主観的要素が強調されている。その上で、「Aは、相番として列車接近の確認につとめ、これを確認したときは本番である被告人Bにその旨を合図し、且つ、交通信号の切りかえや遮断機閉鎖の時期をも合図によつて知らせること等を分担し、被告人Bは、本番として列車接近表示器の作動を見守り、または相番からの合図によつて列車接近の確認につとめ、これを確認したときは相番である被告人Aにその旨を合図し、且つ被告人Aからの合図によつて、交通信号の切りかえや遮断機閉鎖の措置を講ずること等を分担し、もつて、被告人両名が相互に協力して踏切道における交通の安全を確保することにつとめていたのであるから、被告人両名のそれぞれの注意義務をつくすることによつて一つの結果到達に寄与すべき行為の或る部分が、相互的意識のもとに共同でなされたものであることは、優にこれを認めることができる」として、本件において過失の共同正犯が成立することを認めている。

本判決における義務も、必ずしも相互監視的なものではなく、判決文によれば、むしろそれぞれの義務内容が別々に認定されているように思われる。

⑥越谷簡判昭51・10・25⁽¹⁸⁾

本件の事案は、以下の通りである。被告人は、アドバルーン会社の代表取締役であるが、建売住宅販売宣伝のためのアドバルーンを掲揚を請け負い、アルバイト学生のAを伴って宅地造成地に掲揚設備を整えた上、Aに2日目と4日目にアドバルーンを掲揚すること、3日目にアドバルーンを繋留する場合には監視することを指示した。Aは、2日目に掲揚し、夕方には繋留した。3日目は、繋留したまま4回監視に訪れたが、その4回目にアドバルーンが潰れているのを発見し、調べたところ中に小学生2名が入っていた。Aは救出措置を講じたが及ばず、2名は酸素欠乏症で死亡した。

越谷簡裁は、「過失の共同正犯も正犯であるから、一個の犯罪実現に数人の行為者があつた場合彼等を共同正犯とするためには、当該犯罪が彼等の共同で実行されたという評価がなされなければならない、この場合共同実行という概念には次の二つの型が考えられる。それは、共同行為者のおのおのが他人の協力を待つまでもなく彼自身の行為によつてそれぞれ当該犯罪構成要件に予定された実行行為を完成する不真正の共同正犯と共同行為者が共同することによつて一体となつてはじめて実行行為が完成するいわゆる真正の共同正犯である。…両者とも、共同で犯罪を実行しようという相互的な意思の連絡なしには共同正犯は成立しないが、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

⁽¹⁸⁾ 判時846号128頁。

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」として、「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る」場合には、過失共同正犯が認められる余地があるとした。

越谷簡裁は、このように理論的には過失の共同正犯は認められ得るという立場を採りつつ、本件においてはその成立を否定している。すなわち、本件の認定事実を前提にすると「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A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」として、過失の共同正犯を認めなかったのである⁽¹⁹⁾。

⑦仙台高判昭52・2・24⁽²⁰⁾

本件は、被告人が、Aとともに熊を捕獲することを企て、熊の通り道に据銃を仕掛けて熊を捕獲しようとしたが、誤ってあけび採りに来ていた2名に当たってしまい、傷害を負わせたというものである。

仙台高裁は、「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つ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つた審理不尽の違法があるということとはできない」と判示した。本判決は、明確に「過失犯について理論上共同正犯の成立を認めない」と述べており、理由は不明確であるが過失犯の共同正犯を否定する判例であると考えられている⁽²¹⁾。

⁽¹⁹⁾ さらに越谷簡裁は、「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事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事が相当とするような事情のあった場合、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され、…管理者の不注意が従業員の不注意と同格の関係において結果発生へと一体化していることを要し、相互に同格の形において不注意を促進しあい影響しあうことが必要」であるとした上で、本件では、特殊な事情もなく、被告人の不注意とAの不注意とが同格の関係において結果発生へと一体化しているとは評価できないとして、被告人の管理者としての過失も否定している。

⁽²⁰⁾ 刑集32巻1号29頁。

⁽²¹⁾ もっとも、本判決については、「この判決は、業務上過失致傷罪と観念的競合の関係にある鳥獣保護法違反の罪（故意犯）について共同正犯を認めながら罰条欄に刑法60条の摘示を欠いた原判決を救済した面が強く、過失共同正犯に関する先例としての価値は小さいと見られる」という指摘もある（塩見淳『刑法の道しるべ』（2015年、有斐閣）118頁注21）。なお、松宮孝明『『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について』『立命館法学』338号（2011年）156-7頁も参照）。

⑧名古屋高判昭61・9・30⁽²²⁾

本件は、溶接工であった被告人2名が、料理旅館の拡張工事に関連して、ほぼ骨組みの完成した建築物（食堂）の天井部H鋼梁にこれを支えるH鋼間柱を電気溶接機を用いて溶接して固定するという作業をするにあたり、溶接箇所周辺にはベニヤ板残存部、その裏のモルタルが剥離して露出している下地（フェルト）、乾燥した木ずりなどの可燃物が存在していたのであるから、電気溶接の際に発生する輻射熱や火花などによって可燃物が燃焼しないように、あらかじめ薄鉄板などの不燃物で遮へいしたり、着火しやすい箇所にあらかじめ水をかけておく等の処置をし、作業終了後も直ちにその場を離れることなく、しばらくの間監視を続け着火等の異常がないことを確認してから離れるように措置すべきであったのに、そのような措置を講ずることなく溶接作業を開始したため、可燃物が発火して燃焼をはじめ、旅館客室などに使う建造物を焼燬したという事案にかかるものである。なお、被告人両名は、一方が溶接をする際には、もう一方が監視をするという形で作業を行っており、作業終了後には、バケツ1杯の水を掛けただけでその場を立ち去っている。

以上のような事実について、第一審は、被告人両名がそれぞれ各自の注意義務を怠ったため本件の火災が生じたとして、両者を業務上失火罪の同時犯であるとした。これに対して名古屋高裁は、「原審で取り調べられた全証拠を検討しても、本件火災が被告人両名のいずれの溶接作業に起因するものであるかという点を明らかにし得る資料は見当たらないのであるから、仮に被告人両名が各自原判示のような注意義務を（抽象的に）負っているとしても、これと本件火災との間に因果関係があること、換言すれば本件火災の発生を回避するために被告人両名が各自原判示のような具体的注意義務を負っていることの証明がないといわざるを得ない」「原審で取り調べられた各証拠によれば、本件溶接作業の際発生した熱又は火花（スパッタ）などのため右溶接箇所周辺の可燃物が燃え出したことにより本件火災が生じたことの認められることは後述のとおりであるが、それ以上にこの発火が火花から可燃物への着火であることとか右着火が本件梁への着火であることとか本件梁への着火が本件火災の発端であることとかの諸点（したがって、スパッタが本件梁に着火することのないように遮へい措置をしなければならないという業務上の注意義務が一そしてこれのみが一あること）はいずれもこれを認めるに足りる証拠がない」「前記各証拠によれば、当裁判所の後記認定のとおり燃え出した前記可燃物が被告人両名からは視認できない場所にあり、しかも、右発火後の火の回りが極めて早かつたことが認められ、したがって仮に被告人両名が各自原判示のような『監視』や『確認』を十分にしていたとしても、被告人両名が『異常』に気付いたときには本件火災の発生（旧館焼燬）を回避しえなかつたという合理的疑惑をぬぐい切れない」として、原判決を破棄している。

名古屋高裁は、最終的には、被告人両名に過失の共同正犯を認めているが、その前提として、

⁽²²⁾ 高刑集39巻4号371頁。

被告人両名の地位・立場に言及している。すなわち、「本件溶接作業においては被告人Aが一応現場の責任者となっていたとはいえ、被告人Bは決して被告人Aの指揮命令に拘束されるといった関係にあつたわけではなく、溶接職人としては被告人Aとほぼ対等同格の立場で右作業に従事したものであるというべきである」としているのである。また、注意義務の内容としては、「前記溶接箇所周辺には、これと接着し若しくは接着に近い状態でベニヤ板、フェルトなどの前記可燃物が存在し、この状態で高温度のスパッタを周囲に飛散させ、かつ高温度の輻射熱を周辺に発散放射させるという溶接作業を行う被告人両名としては、このままの状態で行うならば右輻射熱やスパッタなどのため右可燃物が発火し、その結果建物が燃焼、焼燬するといった大事に至るということを当然予見することができ、また、予見していなければならないことであり（前記のごとく、被告人両名が交互に地上でスパッタの飛散状況を監視し、ばけつの水を溶接箇所に掛けたことなどは現に可燃物の発火や火災の危険性を予測していた証左である。）、以上のことは電気溶接機を用いて行う鋼材溶接作業の業務に従事する者一般についてもいい得るところであるから、被告人両名には、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つたといわざるを得ない」としている。それらを前提として、以下のようにより、被告人両名の過失の共同正犯を認めている。すなわち、「(1)被告人両名の行つた本件溶接作業（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つて協力して行つた（一方が他方の動作を利用して行つた）ものであり、また、(2)被告人両名の間には、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ばけ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て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」と判示し、過失の共同正犯を肯定したのである。

本判決の特徴は、被告人両名のそれぞれの過失行為と結果との間に因果関係が認められない事案について、過失の共同正犯を肯定することで両者の過失責任を認めたこと、被告人両名の地位・立場を確認した上で、「同一機会に同一場所で」「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」「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つて協力して行つた」という客観的要件と、「相互に相手の動作を利用して補充しあうという共同実行意思」という主観的要件を確認していることにある。

⑨東京地判平 4・1・23⁽²³⁾

本件の事実の概要は、以下の通りである。被告人兩名は、いずれも通信線路工事の設計施工等を目的とする会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披して行う断線探索作業等の業務に従事していた者である。被告人兩名は、世田谷電話局の地下から約130mの地下洞道において、点火したトーチランプ各1個を各自が使用し、設置された電話ケーブルの鉛管を溶接開披して、断線箇所を探索する作業に従事し、断線箇所を発見した。そこで修理方法等を検討するため一時洞道外に退出したが、その際、2個のトーチランプが完全に消火しているかを確認しないまま立ち去ったため、とろ火で点火されたままの状態にあった1個のトーチランプから炎を防護シート等に着火させ、電話ケーブル104条および洞道壁面225mを焼燬させ、これにより世田谷電話局第3棟局舎に延焼する危険を生じさせた。東京地裁は、「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」として、過失の共同正犯を肯定する立場を示している。その上で本件については、「本件の被告人兩名においては、第二現場でトーチランプを使用して解鉛作業を行い、断線箇所を発見した後、その修理方法等につき上司の指示を仰ぐべく、第三棟局舎へ赴くために第二現場を立ち去るに当たり、被告人兩名が各使用した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、相互に指差し呼称して確認し合うべき業務上の義務があり、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」として、共同の注意義務を認めている。

本判決においては、過失犯の共同正犯を正面から認めた点が、まず注目される。その上で、その要件としては「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」ることができるという形で、いわゆる「共同義務の共同違反」が必要であることが明確に示されている⁽²⁴⁾。このような本判決は、「現在の判例の立場を示すものと位置づけられる」と評されている⁽²⁵⁾。しかしながら、本判決では、過失共同正犯の客観面だけでなく、主観面についても言及している点は見逃すわけにはいかない。それは、「被告人兩名が各使用した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、

⁽²³⁾ 判時1419号133頁。

⁽²⁴⁾ 川端ほか編〔高橋〕・前掲注(8)541頁参照。

⁽²⁵⁾ 塩見・前掲注(21)119頁。

相互に指差し呼称して確認し合うべき業務上の義務があり、被告人両名がこの点を十分認識していたものである」という形で判決文の中に触れられている。

(4) 近時の下級審判例における過失共同正犯

東京地判平4・1・23以降、下級審においても積極的に過失の共同正犯について論じるものはない。例えば、札幌地小樽支判平12・3・21⁽²⁶⁾は、冬期間における雪上散策（スノーシューイング）の企画、参加者の募集およびガイド等の業務に従事していた被告人2名が、雪崩による遭難事故の発生を未然に防止する注意義務があるのにこれを怠り、過去にも雪崩が発生し、雪崩危険区域にも指定されていた通称「春の滝」方面を目的地に選定した上、樹木がほとんどない地点で被害者2名を休憩させたため、折から発生した雪崩に被害者2名を巻き込ませ、1名に傷害を負わせ、もう1名を死亡させたという事案について、「被告人両名は、対等の立場で共同してガイドの業務に従事していたのであるから、参加者の安全確保のため右の注意義務を共同して負っていたといえることができる」として、共同義務を認めている。また、東京地判平12・12・27⁽²⁷⁾は、被告人である看護師Aが、被害者である患者に点滴するためにヘパリンナトリウム生理食塩水を準備すべきところ、誤って別の患者に使用する消毒液ヒビテングルコネート液を準備し、もう1名の被告人である看護師Bが薬剤の確認をすることなく点滴をしたことにより、被害者を死亡させたという事案について、法令の適用で、「被告人両名の判示各所為はいずれも刑法六〇条、二二一条前段に該当するところ」として、過失の共同正犯を認めている。

以上の判例では、積極的に過失の共同正犯について言及されている訳ではないが、基本的には過失の共同正犯の成立は認められている。

(5) 判例における過失の共同正犯の成立要件

これまで挙げてきた判例をもとに、判例が過失の共同正犯をどのように解してきたかをまとめてみたい。

① 過失の共同正犯の肯否

大審院においては、比較的初期の頃は、過失の共同正犯は否定的に捉えられていたと言い得る。そこでは、共犯規定は過失犯には適用されないということが根拠とされていた。しかし、大判昭10・3・25は、理由は明確ではないが、過失の共同正犯を肯定するような判示をしている。このことから、少なくとも大審院は「一貫して」否定していたとまでは言えないように思われる⁽²⁸⁾。

⁽²⁶⁾ 判時1727号172頁。

⁽²⁷⁾ 判時1771号168頁。

⁽²⁸⁾ 松宮教授は、「大審院が一貫して、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

最高裁時代に入り、最判昭28・1・23が過失の共同正犯を肯定したことで、これ以降の下級審判例は基本的に過失の共同正犯を肯定してきた。広島高判昭32・7・20、秋田地判昭40・3・31、越谷簡判昭51・10・25などのように、当該事案において過失の共同正犯の成立を否定したものはあったが、これらの判例も基本的には過失の共同正犯そのものは、少なくとも否定していない。唯一正面から理論上過失の共同正犯は認められないとした仙台高判昭52・2・24も、理論的根拠は示されておらず、過失の共同正犯の判例としての先例的価値は高くないと解されている。これらをまとめると、現在の判例は、過失の共同正犯を肯定する立場であると言い得る。

②意思の連絡

過失犯である以上、故意犯の場合の共同正犯のような犯罪意思の共同はあり得ない。しかしながら、最判昭28・1・23が「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…」として意思の連絡について言及して以降、何らかの形で意思の連絡に触れる判例が多い。

例えば、過失の共同正犯の成立を否定している秋田地判昭40・3・31も、「これらの者が喫煙について意思を通じ合ったとか、共同の目的で喫煙をしたというような関係があつたとみることにはできなく…」という形で、「意思を通じ合った」「共同の目的があつた」という主観的な要件の欠如を過失の共同正犯不成立の理由としているし、京都地判昭40・5・10も「共同者がそれぞれ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、消極論者の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」として、意思の連絡の内容を示している。また、名古屋高判昭61・9・30も、「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けつ一杯の水を掛ければ大丈夫である…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…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…本件溶接作業を遂行したものと認められる」として、意思の連絡をその要件として挙げている。

他方で、越谷簡判昭51・10・25は、「共同で犯罪を実行しようという相互的な意思の連絡なしには共同正犯は成立しないが、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

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。」とされている(松宮・前掲注(21)147-8頁)。なお、北川教授は、大判昭10・3・25について、「必ずしも過失の共同正犯を肯定したとみるべき判例とはいえないように思われる」とされている(北川佳世子「過失犯の共同正犯をめぐる問題(一)」『海保大研究報告 法文学系』43巻1号(1997年)45頁)。

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」として、意思の連絡が存在しなくても過失の共同正犯が成立するとしている。また、東京地判平4・1・23は、直接「意思の連絡」という表現は使っていないが、両者の主観面に関しては一定の顧慮をしていると思われる。

このように、意思の連絡に関しては、必ずしも一貫した立場が採られている訳ではないと言いが⁽²⁹⁾、少なくとも主観面を抜きにして過失の共同正犯の成立を認める判例は存在しない。

③注意義務の内容と認定

初期の判例においては、この点を明確に示すものはなかった。例えば、名古屋高判昭31・1・22は、注意義務とその違反の内容を、「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」としているが、それぞれにどのような義務が課されているかを詳細には示していない。

その後、より詳細に注意義務が示されるようになったが、その内容は一定しない。例えば、京都地判昭40・5・10は、「Aは、相番として列車接近の確認につとめ。これを確認したときは本番である被告人Bにその旨を合図し、且つ、交通信号灯の切りかえや遮断機閉鎖の時期をも合図によつて知らせること等を分担し、被告人Bは、本番として列車接近表示器の作動を見守り、または相番からの合図によつて列車接近の確認につとめ、これを確認したときは相番である被告人Aにその旨を合図し、且つ被告人Aからの合図によつて、交通信号灯の切りかえや遮断機閉鎖の措置を講ずること等を分担し、もつて、被告人両名が相互に協力して踏切道における交通の安全を確保することにつとめていた」として、被告人両名の注意義務を、それぞれに認定しているかのような判示をしている。これに対して、越谷簡判昭51・10・25の判示は、一般論として「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」と述べ、一つの注意義務が想定されるかのような判示をしているのである。

最近の判例において採用されていると考えられている「共同義務の共同違反」⁽³⁰⁾に関しては、その萌芽的な記述が名古屋高判昭61・9・30に見られる。すなわち、「被告人両名の行つた本件溶接作業（電気溶接機を用いて行ふ鋼材溶接作業）は、まさに同一機会に同一場所で前記H鋼梁

⁽²⁹⁾ 内海教授は、この要件についての下級審判例は一致を見ていないとしつつも、「意思連絡の必要性を明示的に述べていなくても、それを当然の前提としている判例も存在すると考えられる」と指摘されている（内海・前掲注(8)47頁）。また、松宮教授は、「初期の判例では、危険な作業を意思を通じて行ったという『危険行為の共同実行の意思』が重視されていたが、その後次第に、『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」という理解を示されている（松宮・前掲注(21)161頁）。

⁽³⁰⁾ 「共同義務の共同違反」に関しては、藤木英雄「過失犯の共同正犯」『研修』263号（1970年）6頁以下、大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」『法曹時報』43巻6号（1991年）1頁以下など参照。

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つて協力して行つた（一方が他方の動作を利用して行つた）ものである」とする記述である。これをさらに推し進めたのが、東京地判平4・1・23である。本判決では、「被告人両名が各使用した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、相互に指差し呼称して確認し合うべき業務上の義務」を認め、各自が自分のトーチランプだけでなく、もう一方のトーチランプにも配慮する、いわば相互監視義務を認めている。

注意義務に関しては、徐々に「共同義務の共同違反」という考え方が形成され、東京地判平4・1・23にそれが結実していると見る事が可能であると思われる。

④関与者の地位・立場

名古屋高判昭61・9・30は、明確に関与者の地位について言及している。すなわち、「本件溶接作業においては被告人Aが一応現場の責任者となつていたとはいえ、被告人Bは決して被告人Aの指揮命令に拘束されるといつた関係にあつたわけではなく、溶接職人としては被告人Aとほぼ対等同格の立場で右作業に従事したものである」としているのである。この判例は、対等同格でなければ過失の共同正犯は成立しないというところまでは述べていない。逆に、越谷簡判昭51・10・25は、「管理者の不注意が従業員の不注意と同格の関係において結果発生へと一体化していることを要し、相互に同格の形において不注意を促進しあい影響しあう」場合には、いわゆる「上下型」の共働であっても過失の共同正犯が成立する余地を認めている。

この点に言及する判例が多くないため判例の傾向を掴むことは難しいが、少なくとも「対等型」の共働の場合にのみ過失の共同正犯が認められている訳ではないということは言い得るように思われる。

3. 若干の検討

これまで検討してきた判例の立場を踏まえて、本決定について検討を加えていきたい。

(1) 本決定の意義

本決定は、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要である」と述べる。ここでのポイントは2つある。まずは、過失の共同正犯を最高裁が肯定したこと、そして、その成立要件がいわゆる「共同義務の共同違反」であることを明言したことである。

1点目であるが、下級審判例では認められてきた過失の共同正犯について、本決定において最高裁が最判昭28・1・23以来久々に認めたのである。しかも、最判昭28・1・23は、有毒飲食物取締令という特別刑法に関する判例であつたのに対し、本決定は、刑法典上の業務上過失致死傷罪に

関して過失の共同正犯を認めている。この点でも大きな意義を持つ。下級審の判例は、若干の流動性はあったものの、おおむね過失の共同正犯を肯定してきており、本決定は、これを確認したといえることができる。

2点目であるが、最判昭28・1・23は、どちらかというところ「意思の連絡」に重点が置かれており、いわゆる結果回避義務については触れられていなかった。他方で、下級審の判例は、主観的な要件である「意思の連絡」だけでなく、次第に客観的的要件についても言及するものが増えてきており、東京地判平4・1・23においては、いわゆる「共同義務の共同違反」を要件とする考え方が示されたと解されている。このような状況の中で、本決定は明確に「共同義務の共同違反」が過失の共同正犯が成立するための要件であることを示している。これもまた、これまでの下級審判例の立場を確認したものと言えるであろう。

さらに、本決定は、「本件事故を回避するために両者が負うべき具体的注意義務が共同のものであったということとはできない」として、共同性が要求される義務を「具体的注意義務」であるとしているが、この点も重要な意義を有する。つまり、注意義務は、抽象的な義務ではなく、行為者の立場や権限等を踏まえて具体的なものとして把握・特定されたものでなければならないことを示したのである⁽³¹⁾。

本決定は、過失の共同正犯を正面から肯定した上で、本決定の被告人については、地域官Bとの間に過失の共同正犯の成立を認めなかった。この点に関しては、様々な意見が示されているので、以下で検討してみたい。その前に、まずはBを中心に他の関与者に対する裁判所の判断を確認しておく。

(2) 他の関与者の注意義務

最初にも述べた通り、本事件に関連して12名が書類送検され、そのうち本決定の被告人を含む6名が最終的には起訴されている。すなわち、本決定の被告人である明石警察署副署長、同地域官B、明石市との間で統括管理会社として警備を行う旨の契約をしていた会社の統括責任者D、明石市市民経済部長E、同部経済産業担当次長Fおよび同部商工観光課長Gである。

本決定の被告人を除く5名に対する第一審（神戸地判平16・12・17⁽³²⁾）は、BとDに対して、禁錮2年6月の実刑を、E、F、Gに対しては禁錮2年6月、執行猶予5年を言い渡した。被告人5名は、事実誤認、量刑不当などを理由として控訴したが（後にFは控訴取り下げ）、第二審（大阪高判平19・4・6⁽³³⁾）は被告人4名の控訴を棄却した。B、Dの2名は、さらに判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認が存在することなどを理由として上告したが、最高裁（最決平22・5・

⁽³¹⁾ 成瀬・前掲注(3)178頁。

⁽³²⁾ 刑集64巻4号501頁。

⁽³³⁾ 刑集64巻4号623頁。

31⁽³⁴⁾は、違憲をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって上告理由に当たらないとした上で、上告を棄却している。

本決定との関係で問題となるのは、上記の5名と本決定の被告人との間に共同正犯が成立するかという問題である。この点に関係すると思われるのが、第一審の神戸地裁の判断である。神戸地裁は、市役所関係者間での過失の共同正犯の成立について、以下のように述べてその可能性を否定している。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E、被告人F及び被告人G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」としているのである。さらに明石警察署の署長および本決定の被告人である副署長についても、署長や副署長に「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」として、本決定の被告人との関係でも「過失の競合」に過ぎないと判示している。ここで、神戸地裁が過失の共同正犯の成立可能性を否定した根拠が問題となるが、判決文によれば、被告人間で「認識」が異なっていることにあるようである。神戸地裁のこの判示に従うと、市役所関係者間でも過失の共同正犯が否定される以上、市役所関係者と本決定の被告人、警備会社の統括責任者であるDと本決定の被告人の間では共同正犯の成立は難しい。唯一残るのはBである。

そこで、Bの注意義務の内容を確認してみる。最高裁は、「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」として雑踏事故発生の予見可能性を肯定している。次に注意義務については、「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」として、Bの注意義務の内容を確定している。そして、「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」と回避可能な時点を定めた上で、「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」たとして、「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」と結果回避可能性を認めている。ここで、Bに課されるのは「配下の警察官を指揮して歩道橋内への流入規制等を行う」「機動隊の出動を明石警察署長らを介し

⁽³⁴⁾ 刑集64巻4号447頁。

て要請することにより歩道橋内への流入規制等を行う」「機動隊の出動を直接要請することにより歩道橋内への流入規制等を行う」という3つの義務のうちいずれかを、午後8時の時点で実行することであった。

(3) 被告人と地域官Bとの過失の共同正犯成立の可否

本決定は、「警備計画策定段階における共同義務」と「事故当日における共同義務」に分けて、共同義務が認められるか否かを検討している⁽³⁵⁾。

まず、事故当日前の段階であるが、「当時明石警察署署長であったC（以下「C署長」という。）は、同警察署管轄区域内における警察の事務を処理し、所属の警察職員を指揮監督するものとされており、同警察署管内で行われる本件夏まつりにおける同警察署の警備計画（以下「本件警備計画」という。）の策定に関しても最終的な決定権限を有していた」ことを最初に述べている。つまり、本件の警備計画そのものに関しての最終的な決定権は、被告人にもBにもなかったのである。そして、Bについては、「C署長に本件警備計画の策定の責任者となるよう指示され」て検討会への出席や警備計画の作成を行っており、「C署長の直接の指揮監督下」にあり、本件警備計画についても具体的な指示を受けていた」とされている。これに対して、被告人については、「明石警察署副署長として、同警察署内の警察事務全般にわたって、C署長を補佐するとともに、その命を受けて同警察署内を調整するため配下警察官を指揮監督する権限を有していた」として一般的な権限に言及した上で、本件との関連では「いずれもC署長の指示に基づき」警備計画の助言をしたり、検討会に出席するなどしたとされている。ここでは、被告人とBとの間には、必ずC署長が介在しており、最高裁の判断を前提にすると、C署長との関係では、共同性ないし管理・監督の関係が認められるかもしれないが、C署長を介さずに被告人とBとの間にそのような関係を認めるのは難しいように思われる⁽³⁶⁾。東京地判平4・1・23は、「相互利用・補充による」共同の注意義務を要求している。これまでの判例の立場を前提に、本件の事実関係を見ると、C署長を介することで関係し得る被告人とBとの間に「相互利用・補充」の関係を認めることはできないのではないだろうか⁽³⁷⁾。

次に、事故当日であるが、こちらもまずC署長について言及されている。すなわち、「C署長は、明石警察署内に設置された署警備本部の警備本部長として、雑踏対策に加え、暴走族対策、事件対

⁽³⁵⁾ 地域官Bらの裁判においても、神戸地裁は、「本件夏まつり当日に至るまでの事情による雑踏事故発生の予見可能性と予見義務及び結果回避可能性と結果回避義務」と「本件夏まつり当日に認識した事情を含めた上での雑踏事故発生の予見可能性と予見義務及び結果回避可能性と結果回避義務」に分けて検討した上で、「本件夏まつり当日における被告人らの行為については、いずれも過失責任を肯定することができるから、本件夏まつりの準備段階における問題点とこれに対する被告人らの責任は、被告人らの量刑判断に際して考慮するのが相当である」としている。

⁽³⁶⁾ 嶋矢・前掲注(3)167頁。

⁽³⁷⁾ 警備計画策定(事故当日以前)の段階で、被告人とBとの間に共同正犯が成立する余地があるとするものに、金子・前掲注(3)『新・判例解説 Watch』213-4頁、同・前掲注(3)『刑事法ジャーナル』21頁以下。

策を含めた本件夏まつりの警備全般が適切に実施されるよう、現場に配置された各部隊を指揮監督し、警備実施を統括する権限及び義務を有していた。C署長は、本件事故当日のほとんどの場面において、自ら現場の警察官からの無線報告を聞き、指示命令を出していた」とされるのである。これに対して、被告人は、「署警備本部の警備副本部長として、本件夏まつりの警備実施全般についてC署長を補佐する立場にあり、情報を収集してC署長に提供するなどした上、不測の事態が発生した場合やこれが発生するおそれがあると判断した場合には、積極的にC署長に進言するなどして、C署長の指揮権を適正に行使させる義務を負って」いたとされ、C署長の補佐をする立場であったことが強調されている。他方で、被告人は、「大蔵海岸公園の現場に設けられた現地警備本部の指揮官として、雑踏警戒班指揮官ら配下警察官を指揮し、参集者の安全を確保すべき業務に従事」していたとされている。両者には、業務に従事すべき場所、役割が異なっている点が示されている。

また、情報収集の方法について、被告人は、C署長とともに「現場の警察官からの無線等による連絡や、テレビモニター（本件歩道橋から約200m離れたホテルの屋上に設置された監視カメラからの映像を映すもので、リモコン操作により本件歩道橋内の人の動き等がある程度認識することはできるもの）によるしかなかった」のに対して、Bは、「現場の警察官に会って直接報告を受け、また、明石市が契約した警備会社の警備員の統括責任者らと連携して情報収集することができ」たとして、その違いが強調されている⁽³⁸⁾。この方法の違いは、両者の現状認識の違いにも表れることが示されているように思われる。刻一刻と現場からの情報がリアルタイムで上がってくるBと、モニターや無線等を介してしか情報が上がってこない被告人では、現状認識が異なっており、それが注意義務の内容にも影響していると、最高裁は考えているのではないだろうか。

最後に、当日午後8時頃の時点でなすべき義務の内容であるが、Bについては最決平22・5・31で示された判断をそのまま引き継いでいる。すなわち、「配下警察官を指揮するとともに、C署長を介し又は自ら直接機動隊の出動を要請して、本件歩道橋内への流入規制等を実施すること」が注意義務の内容であると解されているのである。これに対して、被告人については、「基本的にはC署長に進言することなどにより、B地域官らに対する指揮監督が適切に行われるよう補佐すること」であるとされ、いわゆる「進言義務」が課せられているにすぎないとしている。

事故当日の注意義務についても、C署長との関係や業務に従事していた場所、情報の違いなどを考慮すれば、被告人とBとの間に「相互利用・補充」の関係性は認められず、これまでの判例の立場を前提に考えれば、本決定の結論は妥当なものと言い得るように思われる⁽³⁹⁾。

4. おわりに

前述したように、本決定は過失の共同正犯を正面から認めたものの、その具体的な内容に関して

⁽³⁸⁾ 嶋矢・前掲注(3)167頁。

⁽³⁹⁾ 事故当日の段階で、被告人とBとの間に共同正犯が成立する余地があるとするものに、金子・前掲注(3)『新・判例解説 Watch』213頁、同・前掲注(3)『刑事法ジャーナル』20-1頁、松宮・前掲注(3)123頁。

は、ほとんど明らかにされていない。それでも、ほぼ70年ぶりに最高裁が過失の共同正犯を認めたことの意義は大きい。

しかしながら、本決定は、「共同義務の共同違反」が過失の共同正犯の成立要件であることを示すに止まっており、その具体的な内容はほとんど示されていない。従来の判例を検討した際に問題となっていた、例えば、「意思の連絡」という要件は必要なのか、どのような場合であれば共同義務を負うのか、とくに地位や立場などは影響するのか、共同性を認めるのは、義務内容が具体的に一致する場合だけなのかなどについては、まったく示されていない⁽⁴⁰⁾。この点は、今後の判例の集積に待つしかないであろう。

最後に、一言付言すると、本決定を通じて明らかになったのは、実はC署長の権限が非常に大きかったということである。ちょっと穿った見方をすれば、被告人とBとの役割の違いを際立たせるためにそのような記述になっているようにも思えるが、本決定で認定された事実を前提にすると、被告人やBとC署長との間に共同正犯を認めることは難しいかもしれないが、監督過失が認められる余地は十分にあるように思われた。

⁽⁴⁰⁾ 嶋矢・前掲注(3)167頁参照。