

過失の共同正犯について

— 「加茂川溺死事件」から考える

田 川 靖 紘

- I 序 論
- II 「加茂川溺死事件」について
- III 過失の共同正犯の要件について
- IV 検察官の思考と政策的提言
- V 結 語

I 序 論

本稿が問題とするのは、過失の共同正犯の人的な成立範囲の問題である。過失の共同正犯の要件は、「共同義務の共同違反」といわれることがあるが、その内容は必ずしも明らかではない。過失の共同正犯の人的な成立範囲を問題とすると、「共同義務」の内容、共同違反をしているか、正犯性の有無が問題となる。

本稿は、愛媛県内で発生した「加茂川溺死事件（松山地判平成28年5月30日・裁判所ウェブサイト）」における検察官の起訴に着目したことから執筆を試みた。あとでも述べるが、本件について検察官が起訴したのは、お泊まり保育を引率した教諭8名全員ではなく、園長を含む3名である。

本稿では、この3名がどうして起訴されたのかという問題も検討しているつもりである。これは、検察官の思考もまた、ヴァリッド・ローを構成するひとつの要素となりうるからである。もっとも、一事例だけをとりあげて、ヴァリッド・ローを記述することはできない。本稿は、一事例を通じて、検察官のヴァリッド・ローを発見する一資料として記述を試みるものである。

検察官のヴァリッド・ローを発見しようとする、このようなアプローチは、これま

でも提唱されることはあったが、実際に行うのは珍しいと思われる。本稿においてこれが成功しているかどうかは疑わしいが、政策的な提言も含めて以下論じていく。

Ⅱ 「加茂川溺死事件」について

1 事案の概要

被告人ら（被告人 a、被告人 b、被告人 c の 3 名）は、平成 24 年 7 月 20 日、愛媛県西条市内（以下、場所は特に断らない限り、愛媛県内を指す。）所在の宿泊施設「乙」において、本件幼稚園の活動として、同園の教諭 5 名とともに、同園の年長園児 31 名を引率してお泊まり保育（以下「本件お泊まり保育」という。）を実施し、当該行事の中で、同所付近を流れる河川である加茂川内で同園児らを遊泳させる（以下「本件遊泳」という。）ことを予定していた。

加茂川は、山間部を流れる河川であり、上流の山岳部での天候の変化によって容易に急激な増水があり得る地形である上、同日には県内全域に雷注意報が発令され、同日午後 2 時 5 分以降は山岳部を挟んだ同所の隣接町である上浮穴郡久万高原町に大雨洪水注意報が発令され、同日午前中には西条市街地及び本件遊泳場所付近でも一定の降雨があったことに加え、同日午前中から午後にかけて、加茂川上流域で断続的な降雨があった。

さらに、本件遊泳場所は川幅が 10m 以上あり、その河床は岩や石が散開して平らではなく、こげが生えており、他方で、同被告人らが引率する園児は、いずれも年齢 5 歳から 6 歳で、その行動を統制することが容易ではない年齢である上、その遊泳能力も未熟であったといえる。

同日午後 3 時 38 分頃、本件遊泳場所において、折からの上流における降雨等により加茂川の水位が突如上昇し（以下「本件増水」という。）、同河川内を水から出るため移動中であった A（当時 5 歳）は、増水した同河川的水流により下流に押し流され、同日午後 4 時 24 分頃、同河川内で溺死した。

2 検察の主張

検察の主張は、以下のとおりである。

- ① 本件お泊まり保育開始前の計画準備段階において、本件遊泳場所付近において急激な増水を典型例とする河川の変化（増水等危難）が起り得る類型的可能性があること、当該場所で園児らを遊泳させている際にこれが起きた場合には、園児らを安全に退避させることが著しく困難な状況となり、これにより園児らの生命・身体に重大な危険が及ぶことの蓋然性が高いことの見（以下「計画準備の

ための予見可能性」という。)が可能であった。

- ② 本件遊泳開始時点において、客観的に、増水発生の確率・頻度に関して、増水が生じる相当程度の蓋然性があると判断できるから、被告人らは、本件遊泳中に、園児らの生命・身体に害を及ぼす程度の増水が生じることを具体的に予見(以下「遊泳中止のための予見可能性」という。)し得た。
- ③ それゆえ、そもそも本件遊泳を中止すべき義務(以下「遊泳中止義務」という。)を負う。
- ④ 仮に実施するとしても、契約に伴う園児の生命・身体の安全を確保ないしこれに配慮すべき義務及び社会生活上、河川に幼児を引率する者の負うべき安全配慮に関する条理に基づき、被告人らが、本件幼稚園における業務として、ライフジャケット、浮き輪等の用具を準備し、遊泳開始前に装着させる義務(以下「ライフジャケット等装着義務」や、あらかじめ、本件遊泳場所付近を实地調査し、有事の退避方法・経路・場所等を十分に検討・確認し、その情報を引率者及び園児全員に対して周知し、実際に増水等危難が発生した場合には、各園児や各引率者にあらかじめ定めた退避方法等に従って速やかに退避させる義務(以下「退避計画義務」という。)を負う(これら各義務を併せて「計画準備義務」という。))

3 判旨—被告人 a は有罪(業務上過失致死罪：罰金50万円)。被告人 b、c は無罪。

松山地裁は、検察の主張する①～④の各点について、以下のように判示した。

① 計画準備のための予見可能性について

加茂川の流域の地形的特徴、河川は上流域での降雨により遊泳場所付近で増水が起こることがあるが、このことは一般的にもある程度知られていること、そして、本件お泊まり保育の準備を行う時点において、公益財団法人河川財団(当時財団法人河川環境管理財団)子どもの水辺サポートセンターがインターネットで公開している「水辺の安全ハンドブック」(当時は2008年版。)あるいはこれと同様の情報をさほど困難なく知ることができたことから、お泊まり保育開始前の計画準備段階(計画準備義務を履行することが可能な時期)において、被告人らと同様の立場にある一般人であれば、本件遊泳場所付近において、同所付近が晴れていても、上流域の降雨によっては、本件遊泳場所付近において増水するなどの河川の変化(増水等危難)が生じ、水量・流速が増す類型的危険性があることを予見することができた。これは単なる危惧感ではなく、具体的な根拠を伴う危険の予見というべきである。したがって、被告人らは、本件遊泳中に急激な増水を典型例とする河川の変化(増水等危難)が生じた場合、園児らを安全に退避させることが著しく困難な状況となり、これにより園児らの生命・身体に重大な危険が及ぶ蓋然性が高いことを予見できるから、計画準備のため

の予見可能性については、優に認めることができる。

② 遊泳開始時における遊泳中止のための予見可能性について

この点につき、当日の新聞やニュースの天気予報で注意報や降雨についての調査は可能であったし、気象庁のホームページを閲覧すれば、本件当日、石鎚山頂付近において1時間に1mmから30mm程度の降雨があったことをスマートフォンなどを用いて認識できたことから、被告人らは、本件お泊まり保育の計画準備段階から、本件遊泳場所の上流域における天候について調査し、増水等が発生する危険性を予見すべき義務を負っていたことは明らかで、園児らに死傷結果を及ぼすような増水等危難の予見可能性は、計画準備義務を何ら果たしていない状況下では、高まりこそすれ消滅することはなかったと認められる。

③ 遊泳中止義務について

しかし、前記認識可能な天気予報の内容、降雨状況や本件当日の上流域の天候を、被告人らと同様の立場にある一般人が調査し認識したとしても、本件遊泳場所付近において、予定していた本件遊泳時間中に、どのような態様の増水が、どの程度の蓋然性（確率）で生じるかについてまで明確に予測することは困難であって、通常人であれば遊泳すること自体を直ちに断念するような、気付いてからでは退避できない態様の増水が相当程度に高い蓋然性で発生するといった予見は不可能であったというべきであり、また、お泊まり保育やそれに伴う遊泳には、園児らにとって相応の教育的な意義があることも否定できないので、危険を許容できる程度まで減少させるための措置を義務付けることはあり得るとしても、この程度の予見可能性に基づいて、直ちに遊泳中止を義務付けることは困難である。

④ 結果回避義務について

i 結果回避義務の根拠

結果回避義務の根拠について、本件幼稚園が年長園児31名の保護者から登園契約により委任（準委任契約と考えられる）を受けて幼児を保育していることから、かかる契約に付随して、幼児の生命身体に対する安全を確保すべき義務がある。そして、本件お泊まり保育の川遊びは、本件幼稚園の園外活動として行われる以上、その活動の際にも同様の安全を確保すべき義務があるともしている。なお、幼稚園の園外保育において遊泳を行う場合の安全措置に関するガイドライン等の主張立証はなく、結果回避義務の具体的内容は、上記契約関係から直ちに導くことはできないため、予見可能な危険との関係で、条理上義務付けることのできる内容を検討する。

ii 計画準備義務について

松山地裁は、計画準備義務について以下の(1)～(3)のように論じた。

- (1) まず、前記内容の増水等危難の予見可能性が認められる以上、本件遊泳場所での川遊びを実施する際、かかる危険を防止するための措置に思い至るため、あらかじめ河川での遊泳に伴う危険性について十分な知識を習得する義務を負うというべきである。
- (2) 次に、水難事故防止にライフジャケットが有効であることは常識に属する上、前記「水辺の安全ハンドブック」にはライフジャケットの着用を促す記載があり、通常人においてこれを着想する契機がある。そして、園児らがライフジャケットを適切に装着していれば、頭部等が水面上に浮上した状態を維持することができ、溺死や溺水による傷害を防ぐことができる蓋然性が高いと認められるから、園児らの溺水による死傷結果についての結果回避可能性はあると認められる。ただし、園児らがライフジャケットを適切に装着していた場合であっても、増水に流されるなどする際、河床や河川内の岩石等に接触することなどにより軽微な傷害結果を負うことはあり得る。したがって、かかる傷害の回避可能性には疑いが残るから、この義務は、かかる機序による傷害を防止するために義務付けられるものではないというべきである。

また、本件当時、財団法人河川環境管理財団（当時）の子どもの水辺サポートセンターでは、ライフジャケットの貸出業務を行っていたこと、適切なライフジャケットの装着方法を園児に指導すること自体は比較的短期間で習得可能であり、そのような者を確保した上で、同センターに申し込みば、僅かな送料負担のみで園児の人数分のライフジャケットを調達することができたと認められる。そうすると、これを義務付けたとしても、前記の類型的危険性に比して過大とはいえない。

以上によれば、本件幼稚園としては、前記計画準備のための予見可能性がある以上、増水による危険を防止できる措置として、ライフジャケットを準備し、その予見可能性がより高まっていた以上、本件遊泳を実施するに際し、ライフジャケットを園児らに適切に装着させる義務（以下「ライフジャケット準備装着義務」という。）を負っていたというべきである。
- (3) なお、各園児や各引率者にあらかじめ定めた退避方法等に従って速やかに退避させる義務については、仮にそれを履行したとしても、園児らが本件増水により流されることとなった疑いを否定できず、結果回避可能性があったと認めることはできない。

⑤ 義務の履行主体について

松山地裁は、被告人 a、被告人 b、被告人 c について、以下のように論じ、被告人 a のみを有罪とした。なお、記述の順番は、判決書のとおりである。

i 被告人 c について

- (1) 被告人 c は、本件お泊まり保育の担当者であり、その具体的計画を立案するに当たり、園児らの安全に配慮して計画を立案すべき注意義務を負っていたというべきである。
- (2) しかしながら、事実関係に照らせば、お泊まり保育の担当者が分掌していた職務内容は、飽くまでも、例年どおりの枠組みの中で、お泊まり保育を実施することを前提として、その活動細目の決定や準備に関するものに限られており、その余の事項については、本件幼稚園の園務全体を統括する園長である被告人 a を含む教諭らが構成する職員会議において検討され、決まっていくことが予定されていた。そして、従前、お泊まり保育や遊泳を中止する際の決定は園長が主任教諭に相談して判断しており、その前提情報でもある上流等の天候について調査すべき役割を被告人 c が分担したといった事情は見当たらない。したがって、被告人 c には、退避計画義務のような個々の活動の実施細目に当たるものでない限り、例年の安全配慮とは異なる安全面の検討を行うべき職務は分担されていなかったと認められる。そして、実際、被告人 a 自身、被告人 c が例年どおりに計画準備を進めるだけであることを認識していたのであり、ライフジャケットを準備することが決まれば担当するのは被告人 c であると述べながらも、そのような決定はなかった、最終的な判断は被告人 a にあると述べ、被告人 c がかかる職務上の義務を負うことを否定している。また、本件事実関係の下においては、被告人 a と被告人 c との間には安全配慮に関する前提事実について情報格差もなかったと認められる。そうすると、被告人 c は、職員会議における被告人 a の決定に対して更に安全配慮についての進言をすべき義務もなかったというべきである。

ii 被告人 a について

被告人 a は、ライフジャケット準備装着義務を内容として含む安全配慮義務の職務、権限を本件幼稚園の教諭らに委ねていなかったこととなるから、本件幼稚園において、この義務を負うのは被告人 a であるというべきである。実質的に見ても、これまでも、お泊まり保育や遊泳の中止を決定していたのは園長であり、上流域の降雨により本件お泊まり保育や本件遊泳を実施するか否かの決定に影響があることからして、明確に分掌されていない以上、その判断の基礎とすべき情報の収集は園長の職務というべきである。

iii 被告人bについて

被告人aが前記義務を他の教諭に分掌させていなかったことは前記のとおりであり、被告人bには、被告人cに対する助言等の義務はない。

また、被告人bは、主任教諭として、被告人aを補佐する立場にあったと認められるが、本件お泊まり保育の計画準備の内容は、園長である被告人aを含め他の教諭が出席する職員会議の了解を経て決定され、被告人aと被告人bとの間に情報格差はないこと、その他、主任教諭が本件お泊まり保育に関し具体的にいかなる事務を分掌していたかを明確に示す証拠もないことに照らすと、被告人bが被告人aに対し、ライフジャケット準備装着義務に関し進言する義務を負っていたと認めるには合理的な疑いがあるというべきである。

III 過失の共同正犯の要件について

1 はじめに

上記のように、「加茂川溺死事件」においては、過失不作為犯が問題となったが、有罪となったのは園長である被告人aのみであり、被告人bおよび被告人cは無罪とされた。本件お泊まり保育に参加した教諭は、園長を含め8名であったにもかかわらず、上述のとおり起訴されたのは3名であり、うち1名だけが有罪となった。

仮に、検察官が起訴した3名が過失犯として有罪であるなら、それは過失の同時犯処理になるのであろうか、それとも、過失の共同正犯となるのであろうか。これは、過失の共同正犯の要件を充たすか否かによって決せられる¹⁾。

そこで、本稿では、過失犯の共同正犯の要件について論じることとするが、過失犯の共同正犯については、否定説も主張されているところである。しかし、現在は肯定説も多く主張されており、判例もその数は少ないものの、過失犯の共同正犯を肯定しているので、本稿では、過失犯の共同正犯の成否については、これを肯定し、その成立要件に限定して論じていこうと思う。

では、過失の共同正犯の成立要件はいかなるものであろうか。通説的見解によれば、それは「共同義務の共同違反」という言葉で表される。しかし、そこにいう「共

1) 嶋矢は、過失犯の同時犯の処理と過失犯の共同正犯の適用領域の区分の観点からは、共同正犯要件のうち、競合者が相互利用補完的な共同関係にあることを示す「共同性要件」が主として問題となることを指摘している。嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」井上正仁＝酒巻匡『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2012年）214頁参照。なお、本稿では人名を挙げる場合、敬称を省略することをあらかじめお断りしておく。

同義務」は、その概念が曖昧であり、また、「共同義務」という言葉に複数の要素を盛り込んでいるため、理解が困難であるという問題も指摘されている²⁾。実務において過失の共同正犯の適用事例は少ないと述べたが、その要因のひとつとして、概念の曖昧性や理解の困難性が挙げられる³⁾。そもそも「共同義務の共同違反」という考え方を採用するかはひとつの問題であるが、本章では、難解な法律概念といってよい「共同義務の共同違反」について検討する。

2 前提となる要件

嶋矢は、過失の共同正犯要件の検討の前提として、「因果の共同」を問題とする⁴⁾。これは、自己の行為が他者の行為を因果的に促進する形で作用し、他者の行為を通じて結果へと実現することであり、この「因果の共同」要件が満たされなければ、およそ共犯関係は成立しないとしている⁵⁾。近年の正犯と狭義の共犯の区別論は、共犯の因果性（外側の限界）を検討したうえで、正犯性（内側の限界）を検討するという理解があり⁶⁾、過失の共同正犯にもそれを応用する（あるいは、同様に考える）というのは、妥当な方向性であるようにも思われる。

そして、不作為の場合にも「因果の共同」は認められるとする。不作為の場合、行為者間で何の作用も及ぼしあっていないように見えるが、「競合者の行為を阻止すべき結果回避義務が認められる場合」には、「因果の共同」要件が充たされるという。過失不作為犯の場合は、「競合する行為者に対して、指導、命令、助言、阻止等の義務が認められる場合」に、「因果の共同」が認められるとする⁷⁾。嶋矢は、世田谷ケーブル事件（東京地判平成4年1月23日・判時1419号133頁）においては、「自分のトーチランプを消し（あるいは持ち帰り）、競合者に対して同じ行為を促す義務」を想定しているが、自身も述べるとおり、そのような内容の結果回避義務がどのような場合に設定されるかは、義務を負う根拠や義務を負うべき責任範囲によって規定されるとする⁸⁾。

ただ、そうだとすれば、そこで設定された結果回避義務は、すでにかかなり限定され

2) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」225頁、金子博「過失犯の共同正犯について」立命館法学326号（2009年）168頁以下も参照。

3) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」224-5頁参照。

4) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」210頁以下参照。

5) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」210-11頁参照。

6) 亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』(弘文堂、2005年) 53頁以下。

7) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」211頁参照。

8) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」211頁参照。

ていて、「共犯規定適用の最低限の前提」であるというには少し狭いのではなかろうか⁹⁾。嶋矢の想定する結果回避義務は、共犯性の要件を超え、共同正犯の要件である「共同義務」になってしまっている可能性がある。

ここにいう「因果の共同」というのは、共同義務とは異なり、比較的緩やかに認められるべきであるなら、たとえば、何かを共同決定する義務を怠ったグループ（会議体）が存在するのであれば、そのグループ（会議体）の構成員は、それぞれ地位や役割は異なっても、何もしないことによって、何かを共同決定する（べき）義務を怠ったり、最終的に結果を発生させることとなるのだから、「因果の共同」程度は認めてよいように思われる¹⁰⁾。

3 「共同義務の共同違反」について

上記の「因果の共同」は共犯全体（教唆犯、従犯を含んでいる。）の要件であって、共同正犯の要件ではないという。共同正犯が認められるためには、「共同義務の共同違反」が認められる必要がある。しかし、すでに述べたように、「共同義務の共同違反」という概念は、複数の要素を考慮に取り込んでいて、理解しにくい。以下では、それぞれの要件に分けて検討する。

3. 1 「共同義務」について

まず、「共同義務」は、「結果回避のための共通の注意義務」であり¹¹⁾、関与者に共通する義務であるとされる。しかし、「共通の」義務とはいったい何なのであろうか。この「共通の」という文言にも注意が必要である。たとえば、関与者がX、Y、Zと3人いて、義務Aが存在したとき、当該義務が誰の義務であるのかを考えなければ「共通の」義務とは言えない。つまり、関与者間の中で当該義務AがXとYだけに共通するのか、X、Y、Zの3人に共通するのかが明らかになっている必要がある。しかし、「当該義務Aが誰に帰属するのか」という問題は、必ずしも明らかではないように思われる。

この点につき、大塚は、過失不作為の共同正犯論の文脈で結果回避義務と作為義務の関係につき「共同義務の共同違反は、作為義務の次元の問題ではなく、（作為犯・不作為犯に共通の）共同結果回避義務の問題と位置づけるべきである」とする¹²⁾。

9) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」211頁参照。

10) 杉田宗久「過失犯の共同正犯」大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法（総論）』（2001年）350頁以下参照。杉田は、共同義務の成立範囲をも広く認めている。

11) 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号（1970年）13頁。

12) 大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル28号（2011年）16頁。

大塚が結果回避義務と作為義務とを区別するのは、過失不作為犯の特徴によるものである。すなわち、「不作為は、結果の実現へと進む因果の流れを阻止しない行為であり、そのような不作為行為者は多数存在するから、その中でどの不作為行為者に結果回避義務を課すかを特定しなければならず、「作為義務の認定は、結果回避義務を負う主体を限定する作業」と位置づけるからである¹³⁾。そうすると、共同義務の内容は、(共同)結果回避義務となり、作為義務論によって「結果回避義務を負う主体を限定」するのである。

他方、松宮は、「少なくとも、結果犯としての不真正不作為犯の場合には、そこにいう『結果回避義務』は、『作為義務』の一種と考えてよい」とし、「大塚が『共同義務の共同違反は、作為義務の次元の問題ではなく、(作為犯・不作為犯に共通の)共同結果回避義務の問題と位置づけるべきである』と結論づけるのは、少なくとも過失不作為の共同正犯が問題となる限りにおいて、事態を不必要に複雑にするものであって、適切ではない」と指摘する。

たしかに、過失不作為の共同正犯で内容が同じ結果回避義務と作為義務を別次元で扱うのは、事態を複雑にすることにつながる。この点、大塚も認めているが、過失不作為の共同正犯における「共同義務」の「義務」の内容は、その内容に差が見出し得ないので¹⁴⁾、結果回避義務あるいは作為義務である(両者は同一の内容である)と理解される。

ただ、過失不作為の共同正犯が問題となる事例においては、その共同正犯性の要件として、共同義務の共同違反説からは、「共同義務」言いかえるなら「共通の」義務が要求される場所、そのような「共通の」義務が課されているかは、作為義務論(保証人的地位にある者)などから検討することもできる¹⁵⁾。

そのような理解とは異なり、「共同性」の問題を、構成要件の実現は誰の仕業かという客観的帰属の問題として、「各関与者の答責領域が結合されていたかそうではないのか」という視点が決定的であり、過失の共同正犯が成立するのは、社会という第三者の目から見て、答責領域が結合しており、そこから結果が発生しているとする見解であるとする見解も主張されている¹⁶⁾。

この見解は、共同義務の共同違反という共同性の問題を純粋に規範的にとらえる見解であり、これまでの議論とは一線を画するものである。

13) 大塚・前掲注12「過失犯の共同正犯」17頁、同「過失不作為犯の競合」井上正仁＝坂巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012年)155-6頁。

14) 大塚・前掲注12「過失犯の共同正犯」16頁参照。

15) 保証人的地位を問題とする見解として、大塚・前掲注12「過失犯の共同正犯」17頁がある。

16) 金子・前掲注2「過失犯の共同正犯について」169頁以下も参照。

3. 2 「共同違反」について

共同正犯である以上、共同して結果回避義務に違反することが必要であるが、過失犯、とりわけ、過失不作為犯の共同とはどういうものであるかを考えなければならない。多くの見解は、これを結果回避義務違反に関する意思連絡や、結果回避義務違反の因果的相互促進と解し、「競合者間における相互的な作用」を要求している¹⁷⁾。

結果回避義務違反に関する意思連絡を要求する見解¹⁸⁾と、結果回避義務違反の因果的相互促進を要求する見解¹⁹⁾との差は、不作為競合型の意思連絡がない場合に生じる。すなわち、人体に有害な製品回収のためのリコールを相互に提案・説得して共同決定すべきであったのに、相互に意思連絡すらなく、何もしなかった場合に、意思連絡を要求する見解は共同正犯を否定するが、因果的相互作用を要求する見解は共同正犯を肯定することができるという帰結の差をもたらすのである²⁰⁾。

たしかに、意思連絡がなされていれば、心理的な相互促進作用を認めやすいと言える。しかし、意思連絡は必要不可決の要素ではない。過失の共同正犯における相互促進作用は、「お互いに心理的影響力を与えあって過失行為を促進し、よって結果発生の蓋然性を高めたことを意味する」という²¹⁾。

嶋矢は、共同性が認められない具体的な事例として、日航機ニアミス事件（最決平成22年10月26日・刑集64巻7号1019頁）を挙げる。指導的立場にある監督者・管制官には、被監督者である管制官を監督し、誤りを是正する義務を認め得るが、被監督者である管制官の方から、指導者の過失を助長した事実はなく、指導者に監督権限の行使を促す義務もなかったため、因果的な相互促進、いにかえるなら、共同性は認められないという²²⁾。

なお、過失の共同正犯の成立を否定する方向で用いられる「相互監視義務」について²³⁾、大塚は、「共同性」が認められれば、「相互監視義務」が正犯義務（共同義務）に昇格することを認めている²⁴⁾。

このように考えると、ある組織（グループ）において、共同性があるか否かは、当

17) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」214頁参照。

18) 内海朋子「共同正犯における『特殊な危険』と過失共同正犯論」慶応法学研究83巻9号（2010年）48頁。

19) 大塚・前掲注12「過失犯の共同正犯」19頁。

20) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」215-16頁参照。

21) 大塚・前掲注12「過失犯の共同正犯」19頁。

22) 嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」215頁参照

23) 西田典之『刑法総論 第2版』（弘文堂、2010年）383頁、前田雅英『刑法総論 第6版』（東京大学出版会、2015年）370-1頁など参照。

24) 大塚・前掲注12「過失犯の共同正犯」14頁。

該組織（グループ）の競合者にどの程度の義務が与えられていたか、ということ個別に検討していく必要がある。先に引用した日航機ニアミス事件では、監督権限の行使を促す義務が否定されているが、組織が変わればこの限りではないであろう。一方的な監督関係か否かの判断は、事実をどう認定するか、という判断にゆだねられているのである。

そうすると、「共同違反」の問題は、「共同義務」と関わり、与えられた義務次第で結論は異なりうるといえよう。

3. 3 正犯性の検討

本稿で取り扱っている過失不作為の共同正犯が「共同正犯」である以上、「正犯性」の有無による競合者（共同者）の限定も考えうる。

「共同義務の共同違反」という言葉からすれば、同一の結果回避義務に対等に関与する以上、共同正犯と認めるという理解は可能である。しかし、対等であるというだけでは、正犯と認めるには不十分ではないか、ということも指摘される²⁵⁾。

上述の通り、「因果の共同」は比較的広く認められ得ることから、「正犯性」によって共同正犯の成立する範囲を限定する必要がある、また、近時の共同正犯論は、実行行為という観点だけでなく、「多様な要素」の総合判断から「正犯性」を肯定することを考えれば、その指摘は理解できる²⁶⁾。

たとえば、正犯性の基準を「重要な役割」にするとして、安全配慮についての共通の義務を有する者が、（先の日航機ニアミス事件の例とは異なり）上司に対する進言義務が認められるにもかかわらずこれを怠った場合、部下はそのことによって上司の過失を助長したのであり、因果的相互促進としては「重要な役割」を果たしたといえるであろう。もっとも、このような場合において「重要な役割でない」場合がありうるのかは疑問がある。

そこで、実務における正犯と狭義の共犯の区別基準である「自己の犯罪か、他人の犯罪か」という見解²⁷⁾を、過失の共同正犯に引き直し、「自己の結果防止義務」かどうかを問題とすることもできる²⁸⁾。なお、大洋デパート事件（最判平成3年11月14日・刑集45巻8号221頁）においては、進言義務では足りず、自己の結果防止義務の

25) 嶋矢は、正犯性の観点が十分に含まれていないことを指摘している。さらに、嶋矢は、そもそも「共同義務の共同違反」という考え方には懐疑的である。嶋矢・前掲注1「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」214頁、217頁参照。

26) 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂、2005年）184頁以下。

27) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌31巻3号（1990年）318頁参照。

28) 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）176頁参照。

履行にあ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ことを示唆している。

結局、正犯性の問題も、どのような「義務」か、誰の「義務」かという、義務の内容の問題と関わっているのである。

3. 4 小括

以上のとおり、過失不作為の共同正犯は、まず「因果の共同」という、共犯規定を適用する要件を充たしたうえで、競合者に共通する「共同義務」があるかを検討したのち、共通の義務があり、それに基づいて競合者の行為を阻止すべき義務を肯定できるにもかかわらず、これを履行しなかった場合に認められるとされる。そして、競合者（共同者）の限定（選び出し）は、共同義務の段階で行われると考えられる。

IV 検察官の思考と政策的提言

1 はじめに

松山地裁は、園長である被告人 a の監督過失のみを認めて有罪とし、被告人 b については、被告人 c に対する助言義務、被告人 a に対する進言義務を否定し、被告人 c については、被告人 a に対する進言義務を否定するなどの理由から、両者を無罪とした。

しかし、被告人 b および被告人 c についてそのように判断することは妥当だったのであろうか。本件お泊まり保育の実施に当たり、引率教諭は 8 名であった。理論的には、この 8 名全員を有罪にすることもできないわけではない。では、なぜ検察は、上記 3 名のみを起訴したのであろうか。この問いについて考えることで、検察官の思考、あるいは、検察官のヴァリッド・ローを発見する手がかりとしたい。

2 検察官の思考

検察は、引率教諭 8 名のうち、5 名を起訴の対象から除外している。この 5 名と被告人らの役割の差にどのような意味があるのであろうか。

2. 1 「因果の共同」について

すでに述べたように、「因果の共同」というのは、比較的緩やかに認められるべきであるとすれば、たとえば、何かを共同決定する義務を怠ったグループ（会議体）が存在するのであれば、そのグループ（会議体）の構成員は、それぞれ地位や役割は異なっても、何もしないことによって、何かを共同決定する義務を怠ったことを促

進し、最終的に結果を発生させることとなるのだから、「因果の共同」程度は認めてよいこととなる。

本件についてこれを見れば、お泊まり保育に関する事項の決定は、「本件幼稚園の園務全体を統括する園長である被告人 a を含む教諭らが構成する職員会議において検討され、決まっていくことが予定されていた」のであるから、この職員会議の構成メンバー、あるいは、引率することが決まっていた 8 名の教諭に「因果の共同」が認められるであろう。

職員会議に出席していたというだけで、共犯としての処罰要件を充たすというのは、その成立範囲が広すぎるようにも見えるが、「共同義務」の要件のところ限定しうるのであれば、「共通の」義務を有しない者は処罰されないので、事実上問題とはならない。

2. 2 「共同義務」について（「正犯性」の議論も含む）

松山地裁の認定によれば、被告人らは、計画準備の段階から、すでに園児たちの生命・身体に重大な危険が及ぶことを予見できていたとされている。また、本件当日にも、遊泳開始の時点まで、予見可能性は消滅することがなかった、ともされている。

そのうえで、遊泳中止義務は否定したものの、①知識を習得する義務、②ライフジャケットを準備する義務、③ライフジャケットを園児らに適切に装着する義務は肯定している。これら①～③の義務は、誰がどの範囲で負うべき義務であろうかという問題²⁹⁾について、検察官は思考し、3名の起訴に至ったものと考えられる。

この点につき、保証人的地位によって限定する見解も存在するが³⁰⁾、保証人とは、「保障義務のある者であり、保障義務は従来から用いられてきた作為義務と大差ない」ともされる³¹⁾。幼稚園の教諭は、登園契約により委任（準委任契約と考えられる）を受けて幼児を保育していることから、この契約に付随して、幼児の生命身体に対する安全を確保すべき義務がある。そして、本件お泊まり保育の川遊びは、本件幼稚園の園外活動として行われる以上、その活動の際にも同様の安全を確保すべき義務があるといえ、少なくとも引率教諭 8 名にはこれが認められることとなるので、何らの限定もできないのであり、このような思考をしているかは疑問である。

結局、当該義務が誰の義務なのかという問題に帰着することになる。松山地裁は、被告人 b、c には被告人 a に対する「進言義務」が（被告人 b については、被告

29) 前田雅英『刑法総論 第 6 版』（東京大学出版会、2015年）97頁。

30) 大塚・前掲注12「過失犯の共同正犯」17頁。

31) 前田・前掲注29『刑法総論 第 6 版』95-6頁。

人cに対する助言義務も)ないとするが(前述の大洋デパート事件において、注意義務とは、進言義務では足りないとされているが、これをひとまずおくとして)、進言義務を否定して良いのであろうか。

被告人bは、主任教諭として、被告人aを補佐する立場にあったとされている。だとすれば、被告人aが、本件①～③の義務について分掌していなかったとしても、その職務から被告人aに課された義務を補佐するべき立場にあったとすることができる。松山地裁は、主任教諭が本件お泊まり保育に関し具体的にいかなる事務を分掌していたかを明確に示す証拠もないことに照らすと、被告人bが被告人aに対し、ライフジャケット準備装着義務に関し進言する義務を負っていたと認めるには合理的な疑いがあるというべきである、として「進言義務」を否定するが、被告人aを補佐する立場であるなら、被告人aが分掌する義務について、共同の任務であると考えられることとなるであろう。

また、被告人cは、本件お泊まり保育の担当者であり、その具体的計画を立案するに当たり、園児らの安全に配慮して計画を立案すべき注意義務を負っていたとされる。そうであるなら、ダイレクトに自己の義務と考えることができようである。

この点について、松山地裁は、被告人cの職務内容につき、飽くまでも、例年どおりの枠組みの中で、お泊まり保育を実施することを前提として、その活動細目の決定や準備に関するものに限られており、その余の事項については、本件幼稚園の園務全体を統括する園長である被告人aを含む教諭らが構成する職員会議において検討され、決まっていくことが予定されていた。そして、例年の安全配慮とは異なる安全面の検討を行うべき職務は分担されていなかったと認められる。また、本件事実関係の下においては、被告人aと被告人cの間には安全配慮に関する前提事実について情報格差もなかったと認められる。そうすると、被告人cは、職員会議における被告人aの決定に対して更に安全配慮についての進言をすべき義務もなかった、という。

しかし、そうであるとすれば、本件お泊まり保育の安全は、いったい誰が管理する「べき」なのか、という疑問が生じる。松山地裁は、園長である被告人a独りが管理すればよい、と考えているのかもしれないが、それでは何のために「分業」体制にしているのか、わからなくなってしまう。

松山地裁も、お泊まり保育における園児の安全配慮義務を認めているのだから、今まで、お泊まり保育担当教諭や主任教諭には、上記のような安全に配慮する慣例がなかったとしても、安全な実施に向けた計画・準備が要求される「べき」である。

もちろん、あまりにも異常な事態が起こることまで予想していたら、お泊まり保育どころか、何もできなくなってしまう。しかし、河川での遊泳中の事故は、これまでに何度も起こっている、いわば典型的な事故である。だからこそ、安全に配慮するべ

きなのである。これまでの状況が「安全をないがしろにする」異常事態であり、たまたま結果が発生していなかっただけにすぎない。

ただし、お泊まり保育の安全な実施に向けた計画・準備の任務は、引率教諭8名全員に課せられるものではないともいえる。では、そのような共同の任務を負うのは誰かを考えると、まずは園長である被告人a、つぎに、その園長を補佐するのが職務である被告人b、そして、お泊まり保育担当教諭であった被告人cということになる。この3名の役割から、「自分たちが協力して結果を防止する義務」が導かれる³²⁾。

もし、「進言義務」や「助言義務」といった概念を認めるとしても、それを誰に認めるのか、という選抜の問題は残される。それは結局、複数人が競合する中で、誰がその責任を引き受けるかが問題となり、客観的な事実である現実の分業体制の中での役割等から決めざるを得ないのである。

今までの慣例と異なる、具体的な指示や職務の分掌がないことを理由に「共同義務」から除外することが理論的に不可能だとは思わないが、幼児の生命・身体に対する重大な結果発生の予見可能性があり、安全に配慮する義務があるのであれば、漫然と放置することは許されるべきではない。

このように考えると、検察官が、本件について被告人a、b、cの3名を選び出したのには理由があり、結果的には無罪となったものの、事実認定の重点を変えれば過失不作為の共同正犯として処罰しえた事案であったといえよう。

3 政策的提言

以上のように、本件は、過失の共同正犯を肯定しうる事案であったし、肯定すべき事案であったようにも思われる。もちろん、教育現場が多忙を極めていることは承知の上で、あえてさらなる義務を課すことに抵抗がないわけではないが、ひとりの命が奪われたことについて、教育現場は（自分も含めて）あらためて安全について考える必要がある。

32) 本件の「共同の注意義務」は、松宮のいう「④協力し合って結果を防止すべき義務が複数の人物に課せられている場合」ということになろう。松宮・前掲注28「[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)178-9頁。なお、本件第三者委員会の報告書によれば、教職員(起訴された3名だけではない)の準備不足が指摘されており(事故調査報告書(http://shinnosuke0720.net/_bosys/wp-content/uploads/2016/pdf/investigative_report02.pdf)80頁以下。2017年2月7日確認。)、また、金子も皮革スプレー事件の取締役会の構成員全員に共同で活動する義務を課していることから(金子・前掲注2「過失犯の共同正犯について」174頁参照。)、引率教員8名に義務を課すことも可能であったと言えよう。当該幼稚園のこれまでの(異常な)慣例に従えば、被告人b、cに義務を課すことはできないとも言えるが、過失の標準を低く設定すれば、全てゆるされることとなってしまいかねない。

本件増水のあった加茂川には、フィールド・ワークで訪れ、実際に入水してみたが、普段は非常に穏やかで、大変美しい川であった。それゆえ、教育的な意義を考慮すれば、「危険だから近づかない」ということまで要求するべきではないであろう。

しかし、すでに述べたように、河川の事故は後を絶たない。だからこそ、本件お泊まり保育においても、より注意するべきであったのである。松山地裁は、園長である被告人 a の監督過失として a のみを有罪としたが、園長も多忙であるがゆえに分業体制としているのに、担当者や補佐するべき者が漫然と義務の履行を怠ったことについて、担当者や補佐するべき者は無罪で、園長自身はその監督過失を問われるというのでは、今後も、同様の事案が起りうる可能性を否定できない。

本件に過失の共同正犯を適用し、担当者（園長さらにはそれを補佐する者も含む）は「下見を含めた安全配慮義務をしっかりと履行しましょう」という規範を示すべき事案であったように思う。

V 結語

本稿においては、「共同義務の共同違反」という概念が、かなり複雑で難解であるということが再確認できた。上述のように、「過失の共同正犯」を認めるべき事案であったと考えてはいるが、その要件が複雑であり、いかなる要件が、どのように作用して競合者（共同者）を限定していくのかを整理するには、より細かな検討が必要である。

これでは、示すべき規範（安全配慮義務を履行するべきであるということ）は理解できても、理論的にその結論を維持できるかという点では不十分であると言わざるをえない。より整理された形で再度「過失の共犯」にアプローチし、難解な法律概念である「共同義務の共同違反」、とりわけ、競合者（共同者）の限定について、さらなる明確化を図ることを喫緊の課題として、ひとまず本稿をむすぶことにしたい。