

---

種 別： 論説

タイトル： 過失共同正犯の理論的基礎と成立要件

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第63巻2号（令和1年9月）15-59頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# 過失共同正犯の理論的基礎と成立要件

照沼 亮介

---

- I はじめに
- II 前提問題
  - 1 38条1項但書との関係
  - 2 同時犯解消説について
- III 近年の肯定説とその問題点
  - 1 「共同義務の共同違反」説の現状
  - 2 「相互促進性」を要求する見解
- IV 成立要件
  - 1 基本的視座
  - 2 意思連絡の内容と心理的因果性
  - 3 不法内容の共通性
    - (1) 理論的根拠
    - (2) 類型化に基づく議論
    - (3) 若干の検討
  - 4 正犯性
    - (1) 理論的根拠
    - (2) 「相互監視義務」をめぐる議論
- V 具体例の検討
  - 1 最判昭和28年1月23日刑集7巻1号30頁
  - 2 名古屋高判昭和31年10月22日高刑裁特3巻21号1007頁
  - 3 佐世保簡裁略式命令昭和36年8月3日下刑集3巻7＝8号816頁
  - 4 京都地判昭和40年5月10日下刑集7巻5号855頁
  - 5 名古屋高判昭和61年9月30日判時1224号137頁
  - 6 東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁
  - 7 札幌地小樽支判平成12年3月21日判時1727号172頁
  - 8 東京地判平成16年5月14日裁判所ウェブサイト・

LEX/DB28095650

9 名古屋地判平成19年7月9日裁判所ウェブサイト・

LEX/DB25421152

10 奈良地判平成24年6月22日判タ1406号363頁

11 平成28年決定

## VI 結語

## I はじめに

周知の通り、複数名の過失の競合をめぐる問題が注目を浴びてきたが、そんな中で過失共同正犯の成立要件に言及しつつ具体的事案においてその成立を否定した最高裁判例<sup>(1)</sup>が出現したため、これらの問題を総合的に検討しようとする試みが盛んになされている。しかし、個々の論者が前提とする正犯・共犯論(殊に共同正犯の成立要件に関する議論)についての基本的な理解やその用語法によって意図する主張内容が極めて不明瞭なことが主な原因となって、噛み合った議論の実現が妨げられているように思われる。そして結果的に、実務の側がその成果を十分に享受することが困難な状況が続いているといわざるを得ない。

本稿では近年議論の対象となっている点を個別に解きほぐしながら、基本的に故意犯の共同正犯に関して蓄積されてきた議論を適宜参照しながら検討を加えることにより、この問題に関する議論が少しでも進展を遂げるよう努めたいと考える。

## II 前提問題

### 1 38条1項但書との関係

近年でも時折見られるのは、60条以下の共犯規定は38条1項但書における「特別の規定」に該当しない、という解釈から、明文のない過失による共

---

(1) 最決平成28年7月12日刑集70巻6号411頁(以下、「平成28年決定」とする)。本件調査官解説として、三上潤・最判解刑事篇平成28年度139頁以下。

犯は処罰対象とはなり得ず、従って過失共同正犯についても否定される、という趣旨の主張<sup>(2)</sup>である。しかしこのような主張に対しては、38条1項但書の要請は各則における処罰規定の存在によって充足されており<sup>(3)</sup>、共犯処罰の可否は各々の関与類型をめぐる解釈論によって決されるという正当な反論が既になされている。本条の解釈論から直ちに過失共犯の成否を決することはできないというべきであろう。

ところが学説においては、その後、過失による教唆・幫助を否定するという一般的な帰結に至る過程の説明をめぐって、本来であれば無用と思われる紛糾がみられる。すなわち上記の帰結を導く上で、①過失による教唆・幫助は明文がないこと、②これを認めると過剰な処罰に至るということを述べるにとどまる見解<sup>(4)</sup>が多いところ、②は結論の妥当性に関わる部分であり、理論的な根拠としては①が述べられていると解されるが、そうだとすればなぜ共同正犯だけが特別扱いを受けるのか、という疑問を再度招いてしまっている<sup>(5)</sup>のである。

念のため述べれば、本稿も上記①②双方の帰結は妥当であると考えている。しかし、「明文の有無」「結論の当否」という次元のみで説明を続けていても相手方がその帰結に納得しない限り押し問答のような状況が続いてしまい、これを脱することは難しい。上記①の説明に際してはさらに遡って、狭義の共犯である教唆犯、幫助犯は何ゆえにそれぞれの不法が認められるのかという理論的な根拠、すなわち（語の真の意味での）「処罰根拠論」に関連付けて説明されることが好ましいであろう。本稿の直接の対象から外れること

(2) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（2019年）440頁。

(3) 大塚仁ほか編『新実例刑法〔総論〕』（2001年）345頁（杉田宗久執筆）。

(4) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）403頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）393頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年）435頁以下、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（2002年）1389頁以下、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）381頁以下、同「過失共同正犯再考」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）156頁以下、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（一）」法学協会雑誌121巻1号（2004年）113頁など。

(5) 浅田・前掲（注2）440頁、長井圓「日本における過失犯の正犯・共犯の基礎理論」比較法雑誌50巻3号（2016年）23頁以下、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論〔第3版〕』（2019年）411頁以下、414頁以下。

もあり詳細は立ち入らないが<sup>(6)</sup>、狭義の共犯の処罰根拠論である混合惹起説からは、共犯不法と「同質」の正犯不法が個別に認められることが必要であると解され、その時点で「過失正犯に対する故意による共犯」と「故意正犯に対する過失による共犯」の余地はいずれも排斥される。最後に残るのは「過失正犯に対する過失による共犯」ということになるが、正犯者の「決意」に基づく不法内容の「惹起」／「促進」という各関与類型の構造に馴染まないこと、処罰範囲が無制限に拡大してしまうという問題が容易に予測できることからすれば、やはり否定されることになろう（その意味では、結局は上記①②に戻って説明することが決め手になるのかもしれない）。

ひるがえって、そもそも「38条1項但書が60条以下の規定にも適用されるか」という問いの立て方そのものに問題がある。例えば未遂犯の共犯として処罰が可能かを考える際には、順序としてまず44条に基づき各則において未遂犯処罰規定が存在するかが問題となり、その存在が認められて初めて60条以下の規定の適用がなされるということになるはずである。総則の未遂犯処罰に関する43条、44条の役割は、未遂処罰の要件と効果、及び各則における処罰規定の存在を要求することに尽きており、その単独正犯としての処罰が可能なが認められた後に初めて60条以下の適用が問題になるといえる。過失犯においても事情は同様であり、最初に触れた通り38条1項但書の要請は各則における処罰規定の存在が確認されれば充足されるのであって、60条以下の規定の適用が可能かどうかはあくまでも60条以下の規定の解釈論（処罰根拠論）を待って初めて判断が可能なのである。

なおこの点に関連して、60条が単独正犯としては処罰できない部分についてまで処罰範囲を拡張する規定であることは一般的に認められているところ、一部には、仮に処罰拡張事由だとすると61条、62条についても同様に適用されることになってしまうと批判した上で、60条を確認規定と解してこそ38条1項但書にいう「特別な規定」なしに過失共同正犯の成立を認めることが許されると主張する見解<sup>(7)</sup>がある。しかし、このような理解は明

(6) この点に関しては、照沼亮介「間接正犯の正犯性を基礎付ける事情についての誤想」上智法学論集59巻4号(2016年)258頁以下、265頁以下参照。

(7) 松宮孝明「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」立命館法学339・340号

らかに不当である。ここではまず、「拡張事由」という言葉それ自体の意味よりも、60条による「拡張」の意義について正確に理解することが最も重要であるところ、一般的には、共同正犯においては単独正犯と比較した際に、(A) 因果性が肯定される範囲が拡張されること、(B) 正犯性が肯定される範囲が拡張されることが認められている。(A) は、他の関与者の意思や行為を介して因果的影響を及ぼすことにより、直接には他人が生じさせた結果についても間接的に惹起したといえること（結果発生を促進したといえること）を意味しており、(B) は、直接自らが実現していない部分も含め、不法全体の実現に対して重要な役割を果たしたと評価されることを意味していると考えられている。仮に論者がこれらの意義を否定する趣旨であるのなら、(A) なぜ自身の行為との間に因果性が認められない部分についても結果帰属されるのか、(B) なぜ自らが直接実現していない部分も含めて正犯性が肯定されるのか、につき、それぞれ一般に共有されている犯罪成立要件の理解と対応させる形で、その判断プロセスを具体的に、分かり易く説明する必要があり、それなくしては噛み合った議論は成立しないが、論者においてそうした説明はまったくといってよいほど見られない<sup>(8)</sup>。そもそも60条を確認規定と解し、その適用がなくとも本来的に単独正犯として処罰し得るというのであれば、故意犯の領域における議論も含め共同正犯論はすべて無用の長物であるということになりかねないが、それでは現行法の解釈論としておよそ成立しないであろう<sup>(9)</sup>。

---

(2011年) 501頁以下、金子博「過失の競合に関する一考察」『理論刑法学の探究⑩』(2017年) 94頁以下、同「過失共同正犯論の現在」刑事法ジャーナル 51号 (2017年) 16頁。

- (8) 金子博「過失犯の共同正犯について」立命館法学 326号 (2010年) 61頁以下は、間接正犯や共同正犯が結論的に「正犯」とされている以上、事実的な貢献度・寄与度の程度は一切問題にならず直接正犯と同列に扱われるとしているが、「正犯」としての不法が肯定される理論的根拠が問われているのに、とにかく効果として「正犯」になるのだから処罰の拡張には当たらず条文も本来不要であるなどというのは結論先取りに過ぎず、説明になっていない。
- (9) 以上の点につき既に的確な批判を加えているものとして、大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル 28号 (2011年) 14頁以下、同「過失犯の共同正犯の成立範囲」神戸法学雑誌 62巻 1・2号 (2012年) 8頁以下。ただし、論者が機能的行為支配論に対

## 2 同時犯解消説について

周知の通り、従来学説において有力に主張されてきたのは、過失犯においては同時正犯の成立を広範に認めることが可能であるから、処罰範囲を不当に拡張するおそれのある過失共同正犯の成立を認める必要はないとする見解(同時犯解消説)<sup>(10)</sup>である。個々の論者におけるニュアンスの差を捨象すれば、この見解においては概ね、過失共同正犯が認められるべきとされてきた事案においても、実際には他の者の行為についても不注意により結果を生じさせないよう相互に監督すべき義務(相互監督義務)があると解され、これを怠ったことを根拠に各人に注意義務違反を認めることができる、過失犯においては定型性が緩やかであり、いわば「背後者」についても単独正犯性を肯定する余地がある、といった理解が前提とされているように思われる。

しかし、この見解に対しては既に十分な反論がなされている。すなわち、①各人の行為と結果との間の因果関係が証明できない場合や、直接自らの行為が結果を生じさせたわけではないが、結果を生じさせた他人の行為に対して促進作用を及ぼしていることが明らかであるような場合には、共同正犯の成立を認めることで初めて処罰の余地が生じる<sup>(11)</sup>。また、②そうした点を

---

しても同種の批判を向けている点は、本文の内容からも明らかな通り端的に誤解である。照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開(上) 町野朔先生古稀記念』(2014年)260頁注47も参照。

(10) 西田典之『共犯理論の展開』(2010年)211頁以下、同・前掲(注5)415頁、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕〔第2版〕』(2005年)328頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』(2015年)370頁以下、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(2018年)528頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』(2018年)483頁以下。

(11) 大塚(裕)「過失犯の共同正犯」前掲(注9)15頁、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論』(2010年)846頁(島田聡一郎執筆)、山口「過失共同正犯再考」前掲(注4)166頁。既に、内田文昭『刑法における過失共働の理論』(1973年)268頁以下参照。なお、本文のようなケースで単独正犯構成を採用した場合、各人の因果関係が否定されて不可罰(過失未遂)となることを回避するためには択一的認定が必要となるが、例えば監督過失と直接過失といったような態様を異にする過失行為相互の間で択一的認定が可能かどうかについては困難な問題が多く(大塚(仁)ほか編・前掲(注3)356頁以下〔杉田執筆〕)、こうした問題を回避できる点に共同正犯構成の実益があるとする指摘もたびたびなされている(池田修ほか編『新実例刑法〔総論〕』〔2014年〕338頁〔板津正道執筆〕、塩見淳『刑法の道しるべ』〔2015年〕120頁、谷井悟司「明石歩道橋事件」法学セ

明確にすることでより適正妥当な量刑判断につながる<sup>(12)</sup>、③共同正犯関係を認めることで他の関与者に公訴時効の停止効が及ぶ(刑法254条2項)<sup>(13)</sup>、などといった点が挙げられているほか、より根本的には④対等な関係にある者相互の間において広範にこうした「監視・監督義務」を認めることはできない<sup>(14)</sup>とする批判があり、いずれも正当なものと思われる。

確かに同時犯解消説の示すように、それを拡張的／統一的正犯概念と称するかどうかは別にして、従来過失犯の正犯性は比較的緩やかに認められるとする理解が一般的であったことは否定できない<sup>(15)</sup>。しかしこと複数の関与者が存在する場合に、注意義務違反と因果関係の確認のみで無制限に同時正犯を成立させてよいかどうかは別問題であり、単独正犯としてであれ、後述するように共同正犯としてであれ、その正犯性の有無は別途検討されるべきであると解される。以上のような理解に対しては、近時、故意犯と過失犯の非対称性を根拠に、過失犯においては注意義務違反と因果関係の認定によって十分な成立範囲の限定が可能であり、共同正犯構成に実益があるとすればそれは「限られた場面」に限定されるとする主張がなされている<sup>(16)</sup>。しかし、故意犯と過失犯が構造的に相違するというのはいかなる見解に立っても

ミナー 769号〔2019年〕26頁)。

- (12) 大塚(仁)ほか編・前掲(注3)355頁(杉田執筆)、大塚(裕)「過失犯の共同正犯」前掲(注9)15頁。故意犯の共同正犯に関してこの点を説いたものとして、照沼・前掲(注9)279頁以下。
- (13) 大塚(裕)「過失犯の共同正犯」前掲(注9)15頁、池田ほか編・前掲(注11)338頁(板津執筆)、塩見・前掲(注11)120頁、谷井・前掲(注11)26頁。周知の通り、平成28年決定ではこの点が正面から問題となった。
- (14) 大塚(仁)ほか編・前掲(注3)355頁以下(杉田執筆)、大塚(裕)「過失犯の共同正犯」前掲(注9)14頁、西田ほか編・前掲(注11)846頁(鳥田執筆)、池田ほか編・前掲(注11)338頁(板津執筆)、山口「過失共同正犯再考」前掲(注4)164頁以下、橋爪隆「共同正犯をめぐる諸問題(5)―過失犯の共同正犯について」警察学論集70巻12号(2017年)124頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(2017年)464頁、谷井・前掲(注11)27頁。
- (15) この問題については本稿では立ち入ることができない。差し当たり、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2004年)265頁以下、山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(2003年)87頁以下、101頁以下(鳥田聡一郎執筆)参照。
- (16) 樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスを基礎に置く過失犯の判断枠組み(2)」法曹時報70巻1号(2018年)68頁以下、71頁以下。

否定できない前提である以上、その点を指摘するだけでは正犯性の検討を不要とする論拠とはなり得ない。仮に注意義務違反と因果関係の確認のみで十分な限定が図れるとか、共同正犯を認める実益が「限られた場面」にしか存しないと感じられるのであれば、それはむしろ、当罰性の低さに由来して實際上過失犯の訴追・処罰が相当に限られたケースにおいてのみ認められていること<sup>(17)</sup>に伴い、検討のための素材となる事案の母数が極めて限定されているからだと考えるのが実態に即しているように思われる。

### Ⅲ 近年の肯定説とその問題点

#### 1 「共同義務の共同違反」説の現状

現在、通説的な地位にあるのは、共同の注意義務に共同で違反したといえる場合に過失共同正犯の成立を認める見解(共同義務の共同違反説)である<sup>(18)</sup>。後で触れるように、実務においてもこうした考え方が採用されてきたと考えられ<sup>(19)</sup>、平成28年決定も一般論として過失共同正犯の成立要件に

---

(17) 過失犯に対する狭義の共犯の成否に関連した言及であるが、照沼・前掲(注6)263頁以下参照。また、正犯性を否定して不可罰とした裁判例として、札幌地室蘭支判昭和56年3月30日判時1016号133頁がある。もちろんこれらの背景には、ヒューマンエラーを対象とする過失犯処罰の構造的な限界があることはいうまでもなく(例えば田宮裕『刑事法の理論と現実』[2000年]87頁以下、高橋則夫ほか『理論刑法学入門』[2014年]212頁以下(仲道祐樹執筆)、笹倉宏紀「人工知能の法規制における行政手続と刑事手続」法律時報91巻4号[2019年]45頁以下など参照)、それは共犯の成否を考える場面においても不問に付してよいものではない。

(18) 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号(1970年)13頁以下、中森喜彦「過失の共同正犯」法学セミナー265号(1977年)81頁、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)3頁以下、同『刑法概説(総論)[第4版]』(2008年)296頁以下、大谷・前掲(注4)414頁以下、上野幸彦「過失犯の共同正犯」法学紀要29巻(1988年)162頁以下、橋本正博『行為支配論』と正犯理論(2000年)191頁以下、同『刑法総論』(2015年)270頁以下、伊東研祐「『過失犯の共同正犯』論の現在」現代刑事法28号(2001年)60頁以下、同『刑法講義総論』(2010年)376頁、佐久間修『刑法総論』(2009年)370頁以下、内海朋子『過失共同正犯について』(2013年)248頁以下、塩見淳「過失犯の共同正犯」判例タイムズ846号(1994年)52頁以下、同・前掲(注11)124頁など。

つきそうした立場を明示的に採用したところである<sup>(20)</sup>。

もっとも同説については、以下のような問題・課題のあることが認められる。第1に、故意犯の共同正犯では意思連絡の存在が一般に必要と解されているところ、個々の論者において過失共同正犯にそもそも主観的要件を要求しているのか、しているとしてその内容を理論的にどのように位置付けているのか、必ずしもはっきりしない<sup>(21)</sup>。従来の必要説においては説明そのものが抽象的であって具体的な内容が明確でなく<sup>(22)</sup>、近年でも、そのように「評価」できる場合に意思連絡の存在が肯定されると述べるようなものが多い<sup>(23)</sup>、批判を招く結果となっている<sup>(24)</sup>のである。

(19) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第5巻』（1999年）206頁、208頁（村上光鷄執筆）、大塚（仁）ほか編・前掲（注3）346頁以下（杉田執筆）、池田ほか編・前掲（注11）328頁、336頁以下（板津執筆）。さらに、三浦透・最判解刑事篇平成22年度102頁参照。

(20) 三上・前掲（注1）163頁以下。

(21) 伊東・前掲（注18）64頁、66頁参照。意思連絡を要件とすることに否定的な態度をとる見解は上野・前掲（注18）158頁以下、大塚（仁）「過失犯の共同正犯の成立要件」前掲（注18）7頁、12頁、16頁以下、19頁、25頁などであるが、いずれも故意犯における意思連絡のイメージ（「共謀」概念）との対比を前提としている印象が強い。

(22) 例えば、前法律的な事実に関する意識的・意欲的共働が「不注意の共有という契機を帯びる」ことにより共同正犯が成立する（内田・前掲（注11）61頁）のであり、不注意を共同しようという意思連絡は不可能であるとしても、意思連絡に基づく共同行為が全体として不注意であったという「評価」を受けることは十分可能である（内田「最近の過失共同正犯論について」研修542号〔1993年〕24頁）とか、前法的な事実として行為を共同し、それが共同の注意義務違反と評価されるときに「主観的行為支配」が認められ、これが故意共同正犯における意思連絡に対応する（橋本『「行為支配論」と正犯理論」前掲（注18）200頁、同「過失犯の共同正犯について」研修743号〔2010年〕6頁、8頁以下）などと述べられるにとどまってきた。

(23) 例えば、意思連絡とは単独犯の場合に比して結果発生の危険を増加させる基礎となるものだとする前提に立ちつつ、しかし現実にそうした事実関係の存在が立証される必要はなく「不適切な共同行為」として「評価」されるだけの実質があれば足りるとするもの（内海・前掲（注18）142頁以下）や、一定の分業体制が採られた状況において相互に他人任せの心理状態に至っていれば「構成要件に該当する犯罪的行為を相互的に利用する認識」を共犯者間で相互に有していると「評価」できるとするもの（平野潔「過失の共同正犯における主観的要件」『日高義博先生古稀祝賀論文集上巻』（2018年）608頁）があるが、いずれもその具体的な内容は不明である。後者の見解に至ってはその定義自体が故意共同正犯のもの（突き詰めれば、故意それ自体）と異ならず、そもそも問題の所在が自覚されていないように思われる。

第2に、同説の根幹部分といえる「共同義務」が具体的にいかなる場合に限りて認められるものであるのか、その具体的な当てはめが最も問題となるところ、その類型化・精緻化の試みが未だ十分とはいえない状況にある<sup>(25)</sup>。例えば、医療に従事する者や警備に従事する者に「生命を保護する義務」というような抽象的な義務を課するという想定の下では、それだけで関係者全員に自動的に共同正犯が成立することになりかねないが、注意義務の性質を精査することでそのような帰結は否定されるべきであると解されるどころ<sup>(26)</sup>、その判断をいかにして行うかが問題となるのである。

なおこの点に関連して、関与類型相互の区別や結果帰属はすべて「規範的」に判断されるほかに、意思連絡や因果性を基軸とする理論構成は「心理主義」であって重要ではないとする前提理解から、社会の側から見て各関与者の守備範囲が結合した「共同の答責領域」から結果が発生したと評価できれば、それは「共同義務の共同違反」といえ、関与者全員に結果が帰属される、とする見解<sup>(27)</sup>が主張されている。そこでは客観的な「領域」の判断が問題となっている以上、各人における故意・過失の相違や注意義務の内容

---

(24) 例えば、金子「過失共同正犯論の現在」前掲(注7)17頁以下、同・前掲(注8)154頁以下、松宮・前掲(注7)171頁以下、北川佳世子「過失共同正犯論の動向」『理論刑法学の探究⑧』(2015年)198頁以下。

(25) この点も夙に指摘されてきたところであるが(伊東・前掲(注18)66頁参照)、数少ない検討の試みとして、大塚(仁)ほか編・前掲(注3)347頁以下(杉田執筆)、西田ほか編・前掲(注11)848頁以下(鳥田執筆)、池田ほか編・前掲(注11)338頁以下(板津執筆)、古川伸彦「過失犯はいかにして『共同して』『実行』されるか」刑事法ジャーナル51号(2017年)6頁以下。

(26) この関係で直ちに想起されるのは、横浜市大附属病院患者取り違え事件に関する最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁(以下、「平成19年決定」とする)が、患者の同一性確認につき、関係者は各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って行う義務があるとした点である。また、平成28年決定の事案に関する古川・前掲(注25)10頁の指摘も参照。

(27) 金子「過失犯の共同正犯について」前掲(注8)78頁以下、109頁以下、129頁以下、142頁以下、150頁以下、165頁以下、187頁以下、同「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌58巻1号(2019年)98頁など参照。同趣旨の見解として、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頁以下、同・前掲(注7)499頁以下、松生光正「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌50巻1号(2010年)65頁以下。

の相違などは一切問題とならないとされる。このような理解から、従前の判例・学説よりも広範に共同正犯の成立を認めるべきことが説かれ、平成19年決定の事案では医師相互・看護師相互の間において<sup>(28)</sup>、平成28年決定の事案においても肯定される余地があったとされている<sup>(29)</sup>。しかし、それぞれこうした用語法を用いることによりなぜそのような法的効果が導かれるのかという肝心な点について十分な説明が加えられているとはいえない。論者によって示されているのは結局のところ、行為の表出する「社会的意味」を、「規範的」に解釈することにより、「共同の答責領域」にあると評価されれば「正犯としての結果帰属」が肯定される、という内容でしかないが、そのような抽象的な用語を用いた直観的判断によって因果性と正犯性を混然一体として肯定するというだけでは、実用に耐え得る安定した判断基準を提供できているとはとてもではないが考えられない<sup>(30)</sup>。検証のためにも、同様の見解を採用する複数の論者において、同一の事案の処理（当てはめ）のプロセスを具体的に示し、比較するという作業が望まれるところである。

第3に、「共同違反」の内容に関連して、その正犯性の有無はどのように判断されるのが未だ十分に明確にされていないといえよう。従来、共同の注意義務の存在が確認され、かつ故意犯における「実行」共同正犯に比肩しうる場合が問題となるケースが多いことから<sup>(31)</sup>あまり意識されてこなかった面があるが、各人の行為に時間差が存在したり<sup>(32)</sup>、立場が相違している

---

(28) 金子「過失犯の共同正犯について」前掲（注8）179頁以下。もっとも、金子「過失共同正犯論の現在」前掲（注7）19頁注52では「基本的に過失の競合（同時犯）と評価され得る」とされているが、その根拠は不明である。

(29) 金子「過失共同正犯論の現在」前掲（注7）20頁以下。

(30) 既に、大塚（裕）「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲（注9）33頁以下、今井康介「過失犯の共同正犯について（3）」早稲田大学大学院法研論集148号（2013年）38頁、林幹人「過失共同正犯の構造」研修834号（2017年）5頁、6頁以下、深町晋也「開かれた客観的帰属論とその敵」刑法雑誌58巻1号（2019年）128頁、129頁、135頁など。

(31) 橋爪・前掲（注14）128頁以下は、「共謀」という事実を欠く過失共同正犯においては、処罰範囲の明確化という要請から実行行為を分担する場合に実際に処罰範囲が限定されるとする認識を示している。

(32) この点につき、嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年）215頁以下、217頁以下参照。

場合(例えば一方が他方を監督、監視、支援、助言する立場にある場合など)において、共同正犯の成立がどこまで認められるのかは實際上重要な問題である。ここでは、各人に課された注意義務の性質のほか、その相互関係についての検討が意味を持つことになると思われる<sup>(33)</sup>。

そして第4に、この点は意識されることが少ないが、ここでいう「共同義務」という概念と、現在では一般的な理解として共有されている因果的共犯論との関係が十分に明らかにされていない。この点、故意の共同正犯においては意思連絡を介することで他者の行為から生じた結果についても因果性が肯定されると一般に解されており、これによって個人責任原理との整合性が担保されているが、仮に各人の「不法内容の共通性」という域を超えて超個人的な「集団の行為」と「個人への帰属」といった内容が構想されているのだとすると、直ちに集団責任論との異同が問われることになろう<sup>(34)</sup>。

## 2 「相互促進性」を要求する見解

近年有力に主張されているのは、従来のように「共同義務」を厳格に要求すべきではなく、むしろ①結果発生に向けて相互に因果的影響を及ぼし合っている点(相互促進性)を狭義の共犯と区別される「共同性」と位置付けた

---

(33) 過失の競合における各人の注意義務違反の相互関係を検討する最近の研究として、谷井悟司「過失の競合事案における結果回避可能性について(一)(二・完)」法学新報124巻11・12号(2018年)81頁以下、同125巻1・2号(2018年)71頁以下参照。

(34) 井田良「承継的共同正犯についての覚書」『山中敬一先生古稀祝賀論文集[上巻]』(2017年)637頁以下では、わが国の共同意思主体説、近時のドイツにおける客観的帰属論を応用した共同正犯論の大半、部分的犯罪共同説、及びこれらを基礎とした従来の過失共同正犯肯定説や承継的共同正犯肯定説が、いずれも集団の「全体行為」を関与者各個人に「帰属」という発想に立脚していることが指摘されている。この点、金子「過失犯の共同正犯について」前掲(注8)166頁以下は、共同行為は「他者の犯罪」でもあるが「自己の犯罪」でもあると主張するものの、その根拠については「各関与者の義務の内容や射程に応じて、答責領域や危険が確定される」とするのみであり、その判断基準は「社会という第三者」からみた各人の行為の意味によるとされるにとどまっている。極めて不明瞭であり、集団責任論との異同や具体的な事例処理の当否に関しての理論的な検証は不可能に近い。また、「共同の危険の設定」と「その認識」を成立要件として掲げる甘利航司「過失犯の共同正犯についての一考察」一橋論叢134巻1号(2005年)32頁以下に対しても、その当否以前にまず内容の不明確性が際立っていることから同様の疑問が生じざるを得ない。

上で、さらに、②刑の重さを基礎付けるだけの役割の重要性（正犯性）が肯定された場合に共同正犯の成立を認めようとする見解である<sup>(35)</sup>。

ここでは①との関係で、意思連絡はもっぱら因果性を基礎付ける一事情に過ぎないとされるため、これが欠ける場合にも①が充足されれば共同正犯は成立することとなり、成立要件から除外されている点が重要である。

従来、物的違法観を前提とした因果的共犯論の見地からは、片面的に因果性と正犯性が肯定されればそれだけで共同正犯の成立の余地が認められ、それ以上の検討はみられない傾向にあった<sup>(36)</sup>ところ、過失共同正犯においては一般的に上述したように「共同義務の共同違反」という基準によって成立範囲がより限定されているが、上記のような前提理解からは「共同義務」という概念は理論的に桎梏でしかないとする疑問が同時犯解消説の側から示されていた<sup>(37)</sup>。この点、本説の最大の特徴は、これを①のように因果的影響の「双方向性」という形でいわば換骨奪胎することにより、従前の「共同義務」論を因果的共犯論の文脈において説明可能な範囲で承認しようとするところにあったといえよう。また、正犯性の要件となる「重要な役割」の存否について独立した検討の余地を設けた点も注目される点である。

しかし、これらの内容に以下のような問題が存することは否定できないように思われる。まず①については、そもそもその正確な内容自体が判然とせず、安定した判断を導かないのではないかという疑問がある。例えばある論

(35) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（二・完）」法学協会雑誌 121 卷 10 号（2004 年）191 頁以下、203 頁以下、210 頁以下。これに賛同するのは、大塚（裕）「過失犯の共同正犯」前掲（注 9）18 頁以下、同「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲（注 9）18 頁以下。基本的な発想を共有するものの主に実際上の処理の見地から結論的に判例に同調するとみられる見解として、西田ほか編・前掲（注 11）847 頁以下（島田執筆）、古川・前掲（注 25）6 頁以下、橋爪・前掲（注 14）126 頁以下など。

(36) 例えば、町野朔「惹起説の整備・点検」〔内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況〕（1994 年）133 頁以下、内藤・前掲（注 4）1380 頁以下、林幹一『刑法総論〔第 2 版〕〕（2008 年）404 頁以下、同・前掲（注 30）8 頁以下、曾根威彦ほか編『重点課題刑法総論』（2008 年）259 頁以下（内田幸隆執筆）、山中敬一『刑法総論〔第 3 版〕〕（2015 年）906 頁以下など。認識ある過失の場合に限定する点を除き同旨の見解として、甲斐克則『責任原理と過失犯論』（2005 年）191 頁以下。

(37) 西田・前掲（注 10）11 頁、211 頁。

者は、背後者が直接実行者に対して一方的に指示を出した場合でも「相互に因果的影響力を与えているとみることは可能である」<sup>(38)</sup>とするが、他方で別の論者はいわゆるスワット事件最高裁決定<sup>(39)</sup>を例に挙げてこの種の事案では因果的影響は「一方向的である」<sup>(40)</sup>としており、「相互促進性」の意義自体が明瞭でない印象を受ける。さらに、この帰結として「相互の行為の結び付き」が認められるとされるが、論者によってはここで「全体としての行為」の意義が強調される場合があり<sup>(41)</sup>、1でも触れた集団責任論との関係が問題となり得る。

この点に関し、判例の事案を具体的に検討している論者によれば、平成28年決定の事案を含め、(地位や能力等に基づき)一方が他方を監督したり他方に委任したといえるものの、その逆の関係が成り立たないといえる場合には相互促進性が否定されると解されている<sup>(42)</sup>。他方、作業内容や義務内容に相違点があり、義務違反行為相互の間に一定の時間差が存在していたと推測される事案であっても、相互に不注意を誘発したといえることなどに加えて「相手の行為を監視する義務もあったといえる」ことが認められれば、こ

---

(38) 大塚(裕)「過失犯の共同正犯」前掲(注9)18頁注46。

(39) 最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁。

(40) 古川・前掲(注25)8頁。そこから、故意犯においては要求されていない双方向性を過失犯において要求する理由は明らかでないと言われているが、既に指摘されている通り、同決定では実行担当者が背後者の指示内容を理解したことに加え、そのことを背後者がさらに把握したとする事実認定がなされており、これをもって「双方向的な意思連絡」が認められていること、また理論的にもこうした関係が必要と解されることにつき、既に議論の蓄積がある。照沼・前掲(注9)254頁、264頁以下、同「同時傷害罪に関する近時の裁判例」上智法学論集59巻3号(2016年)88頁以下、同「共同正犯と正当防衛」慶應法学37号(2017年)257頁以下参照。

(41) 西田ほか編・前掲(注11)828頁以下(島田執筆)は、共同正犯においては共犯者を「一体として」判断することになるので、その一体性の基礎付けのために各人の行為が相互に結び付いていることが必要となるとしており、この基準を過失共同正犯にも妥当させている(同848頁)。

(42) 平成28年決定の事案につき、大塚(裕)「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲(注9)51頁以下、同「過失の競合と過失犯の共同正犯の区別」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(2015年)225頁以下。類似した構造を有していると解される越谷簡判昭和51年10月25日判時846号128頁の事案につき、同「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲(注9)30頁以下。

れらを根拠に共同正犯の成立が肯定されると説明されている<sup>(43)</sup>。しかし、「監督—被監督」の関係にあるとされる事案と、地位の互換性が認められるとされる事案の区別は必ずしも明瞭でない。加えて、このような注意義務固有の性質に着目した説明は、「相互促進性」という、理論的にはあくまで因果性に尽きる要件の範疇を明らかにみ出す議論であるように思われ、実質的に他の判断基準が併用されているのではないかという疑念が生じる。もし仮に論者の主張を額面通りに受け止め、(因果性の次元を超えた)各人の注意義務内容の性質の共通性という観点を放棄し、かつ意思連絡をおよそ要求しないのであれば、単に各人の行為が連なり結びついているというだけで共同正犯の成立が肯定されてしまうのではないかという危惧<sup>(44)</sup>は解消されないのではないだろうか。例えば平成19年決定の事案につき、論者は病棟側の看護師と手術室側の看護師の間においては共同正犯関係を肯定すべきと主張する<sup>(45)</sup>が、患者の同一性確認義務がそもそもおよそ「他者と分担・共同して行う」という要素を含まないものとして定義される以上、仮にこれらの義務に反する複数の行為が因果的に連なっていたとしても、また抽象的・潜在的な意味では「立場の互換性」があったといえるにしても、それだけではなお共同正犯の成立を認めるべきではないように思われる。例えば、Xが自動車を運転中前方不注視により死傷事故を生じさせた際に、助手席に同乗していたYがXに話しかけるなどしてその注意を散漫にさせたという事例において、仮に長距離運転のため数時間おきにXとYが運転を交代していたという事情が認められるとしても、それだけで実際に生じたXの注

---

(43) 東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁(都立広尾病院事件)の事案については、大塚(裕)「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル3号(2006年)20頁以下、同「過失犯の共同正犯」前掲(注9)20頁以下、同「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲(注9)26頁以下が共同正犯の成立を肯定するのに対して、嶋矢・前掲(注32)215頁はこれを否定している。こうした点からも「相互促進性」の内容がなお不明瞭であることが窺える。

(44) 池田ほか編・前掲(注11)338頁(板津執筆)、塩見・前掲(注11)122頁。山口厚ほか編『刑法判例百選I総論[第7版]』(2014年)163頁(嶋矢貴之執筆)では義務内容の「同一性」は不要であるとされているが、共通性・同質性までおよそ不要とするのが問題である。

(45) 大塚(裕)「過失犯の共同正犯」前掲(注9)21頁、嶋矢・前掲(注32)216頁。

意義義務違反がYと「共同」して行われたと評価するのは適切でないと思われる。

②については、これを刑の重さという量的概念として把握した結果、教唆犯との区別が放棄されている点に疑問が残る<sup>(46)</sup>。この点と相俟って、上述のように置かれた状況や立場を異にする者相互の間においても共同正犯関係が広範に肯定される余地が否定し切れない以上、実際上の限定としてどこまで機能するのが重要となるが、その点については必ずしも明確にされていない。

そして最後に、論者はこれらすべての要件につき故意共同正犯と共通する概念として説明していることから、意思連絡概念を不要とする共同正犯を具体的にどのようにして、どの範囲で肯定するのか、故意共同正犯の成立範囲をも過度に拡大することになるのではないか、といった疑問にも応える必要があるように思われる。

## IV 成立要件

### 1 基本的視座<sup>(47)</sup>

以上を踏まえて成立要件について検討するが、最初に強調しておきたいの

---

(46) 教唆犯固有の不法という見地から、照沼・前掲(注6)262頁以下参照。

(47) 以下の叙述の前提として、照沼・前掲(注9)249～261頁を参照。なお既に知られているように、ドイツにおいても過失共同正犯肯定説は近時有力に主張されている(議論状況を簡潔に概観できるものとして、Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl. 2015, S. 770 ff.; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, S. 809 ff.; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2018, S. 550 ff.; Johannes Wessels = Werner Beulke = Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Aufl. 2018, S. 289 ff.; Günter Heine = Bettina Weißer, in: Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl. 2019, Vor § § 25 ff. Rdn. 110 ff.)。ただし、そうした見解の多くは抽象度の高い生硬な概念を用いた判断基準を掲げるにとどまっており、類似しているように思われる見解の間でも帰結が相違する局面も見られ、混沌とした状況にある。もちろん参照価値がないわけではないが、議論状況を整理し、個々の成立要件を具体化して検証可能な形で提示するという本稿の問題関心からは、一定の距離を設けて接すべきであるように思われる。

は、問題が60条という同一の条文の解釈に関わる議論である以上、故意共同正犯の成立要件に関する議論と無関係に展開できるものではないということである。そして故意共同正犯論においては、既にたびたび触れたように、心理的因果性を介して他の行為者の生じさせた部分についても因果性が認められること（因果性の拡張）と、一部分の寄与にとどまるものであっても不法全体との関係で正犯性が認められること（正犯性の拡張）が重大な効果であり、過失共同正犯においても同様にこれらを矛盾なく説明することが求められる。言い換えれば、あくまでも個人責任原理の枠内において、不法全体との関係における正犯性の付与を基礎付ける必要があるのである。従って、「『全体の行為』が個人に『帰属』される」という説明はミスリーディングであり、回避されるべきと思われる。

## 2 意思連絡の内容と心理的因果性

上述の通り、まずは意思連絡に基づいて心理的因果性を生じさせることが前提となる。この点、従来の議論においては、「意思連絡」という用語そのものが「犯罪の実現／結果発生を目指したもの」として想定されることが多く、「共謀」という（不明瞭な）概念の下に意思連絡と故意とを不可分に結び付けて理解する論者<sup>(48)</sup>も多かったことから、成立要件を故意共同正犯とパラレルに理解すべきではないという主張もみられた<sup>(49)</sup>。責任要素として

(48) 現在でも、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（2007年）182頁以下、同・前掲（注10）483頁。同「判批」刑事法ジャーナル46号（2015年）118頁では「結果発生についての意思疎通」が要求されている。

(49) 例えば、大塚（仁）ほか編・前掲（注3）345頁以下（杉田執筆）。ただし具体的な成立要件については、共同義務を怠り「意思を相通じて」行為に出た場合に共同過失行為が認められるとされる。もっとも、「この場合の意思疎通は、故意犯における共謀とは異なり、共同正犯の成立を根拠付ける本質的要素というほどのものではない」（同354頁）ともされているが、その直後にいずれの類型においても「意思を相通じて」行うことが要求されており、特に各人が独立して行為していた場合や行為と無関係に危険を防止することが求められる場合においてこれが欠けた場合には「過失の競合として処理するほかない」（同354頁）とも説明されているので、結局のところ成立要件として扱われているようにも見える。こうした部分の曖昧さは、論者が故意犯における意思連絡を「共謀」と解し、その（不明瞭な）イメージとの相違を強調した見解の影響下にあることに由来しているように思われる。

の故意の「共同」を要求し、過失においてはそうした事態は考えられない<sup>(50)</sup>とする伝統的な「犯罪共同説」の考え方が、そのものの形ではないにしても根強くこうした議論の背景にあって影響を及ぼし続けていたともいえよう。他方、伝統的な「行為共同説」の側からも、「明確に犯罪を犯そうという強い意思の連絡」がなければ結果発生の危険性は高まらず、心理的因果性を基礎付けられない<sup>(51)</sup>とする主張もなされているが、体系的な位置付けを除けば実質的には同根のものであるといえる。

しかし、これらの主張にはいずれも理由がないように思われる。第1に、今日では責任要素をはじめとして、各人の主観要素それ自体の「共同」ということは必要ないし、そもそも観念できないということが既に共通了解となっているように思われる<sup>(52)</sup>。そもそも、異なる故意を有する者の間においても共同正犯関係自体は成立することが広く承認されており<sup>(53)</sup>、故意の共通性も必ずしも要求されていないといえる。第2に、意思連絡を根拠として結果に対する心理的因果性を生じさせ得ることは、故意の場合であれ過失の場合であれ変わらないという点も、既に共通理解となりつつある<sup>(54)</sup>といつてよいように思われる。第3に、最も重要な点として、意思連絡の対象となるのは事前に相互に分業関係を形成していることのみであって、特に「黙示の共謀」とされる事案を想定すれば明らかなように、その時点では構成要件該当事実が十分に具体化されていない状況もあり得ることから、理論的に意

---

(50) 例えば、団藤重光「過失犯と人格責任論」『日沖憲郎博士還暦祝賀 過失犯(1)』(1966年)80頁以下。

(51) 北川佳世子「我が国における過失共同正犯の議論と今後の課題」刑法雑誌38巻1号(1998年)53頁以下。

(52) 一例として、「動機」は意思連絡とは区別され、その共有は共同正犯の成立にとり必要ないという点につき、照沼・前掲(注9)258頁、同「共同正犯と正当防衛」前掲(注40)258頁以下。故意や過失それ自体の共同があり得ないとする指摘として、長井長信「判批」判例評論343号(1987年)62頁、山口「過失共同正犯再考」前掲(注4)160頁以下、古川・前掲(注25)5頁など。

(53) 例えば、最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁。私見では故意共同正犯の場合、不法の客観的内容についての共通性は必要であるものの、故意それ自体は各人毎にその存否が検討されることになる(照沼・前掲(注9)257頁)。

(54) 例えば、林「刑法総論[第2版]」前掲(注36)404頁、松原・前掲(注14)465頁。

思連絡と故意とは区別されるということが挙げられる<sup>(55)</sup>。判例上も、既にこのことは承認されているといえよう<sup>(56)</sup>。

一部には、狭義の共犯であっても意思連絡が形成されることはある以上、共同正犯の要件とする根拠とはならないとする主張<sup>(57)</sup>もある。しかし既に述べた通り、共同正犯において要求されるのは「双方向的な意思連絡」であって、これは狭義の共犯においては要求されない<sup>(58)</sup>。さらに、共同正犯では不法を「共同」して実現するという必要上、後述するように一部分であったとしても全体との関係で正犯性を獲得するだけの寄与を分担する必要があるが、共同正犯における意思連絡にはこうした正犯性を基礎付ける機能も含まれている<sup>(59)</sup>。また、判例において細分化された個別の行為との関係で逐一意思連絡の存在が認定されているわけではないことが疑問視される<sup>(60)</sup>こともあるが、この点は具体的な事案においてどのような不法＝注意義務違反が想定されているかにかかわる問題でもあり、後に検討する通り、注意義務違反が開始される時点において形成された意思連絡に基づく因果的影響が解消されることなく継続していれば<sup>(61)</sup>、それ以上の認定は必要ないと解される。さらに、各人の行為と結果との間の条件関係が認められない場合に意思連絡の存否によって処罰の可否が変わるのは不均衡だとする趣旨の批判<sup>(62)</sup>

(55) 照沼・前掲(注9)254頁以下、同「共同正犯と正当防衛」前掲(注40)253頁以下。

(56) 照沼・前掲(注9)246頁以下。

(57) 嶋矢・前掲(注35)196頁、198頁以下、同「過失犯の共同正犯論」刑法雑誌45巻2号(2006年)11頁。

(58) 照沼・前掲(注6)267頁、同「いわゆる『共謀の射程』と『教唆の射程』」『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 増田豊先生古稀祝賀論文集』(2018年)203頁、210頁以下参照。

(59) 照沼・前掲(注9)254頁、258頁以下。

(60) 山口ほか編・前掲(注44)163頁(嶋矢執筆)、嶋矢・前掲(注32)222頁注35。

(61) この関係で、従来「共謀の射程」と称されて検討されてきた共同正犯の因果性の限界の問題は、過失共同正犯の場面においても同様に生じ得る。他方、過失犯としての事案の性質上、いわゆる離脱・解消の問題は現実には生じにくいと思われる。

(62) 団藤・前掲(注50)85頁、大塚(裕)「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲(注9)21頁以下など。大塚論文では複数名の取締役が漫然と欠陥製品のリコールの提案を怠り、その結果死傷事故が発生したという例が挙げられ、この場合には意思連絡を欠いているが自説からは相互促進性が肯定されると説明されている。しかし、こうした場合にも黙示の意思連絡を肯定する余地はなお残されているといえよう(この点につき、谷

も散見されるが、それは故意共同正犯の場合も同様である。むしろ逆に207条のような特殊な規定すら存在しないのに実質において過失未遂の同時犯に過ぎないものを広範に既遂共同正犯として処罰することは許されないであろう。

このようにみえてくると、客観的に義務違反の内容を構成する要素、すなわち実質的な結果発生の危険性を有すると評価される行為について、仮にその危険性を完全には認識していないとしても、これを分担して行う意思<sup>(63)</sup>を相互に有することは完全に可能であり、これによって初めて他の共同者の行為を心理的に促進し、間接的に結果を惹起することが可能になるといえる。

### 3 不法内容の共通性

#### (1) 理論的根拠

続いて問題となるのは、上述した「共同」性を基礎付ける上で、各人の不法内容の共通性、過失犯においては注意義務違反の内容の共通性が必要となるのかという点である。既に見た通り、「共同義務の共同違反」説はこれを要求するのに対して、相互促進性を要求する見解はこれを不要としている。

この点は、60条における「共同」が何を意味するのかという問題にほかならない。故意共同正犯の議論においては、従前の(必ずしも生産的でない)対立を経て、現在では、不法内容の共通性を一切不要だと正面から主張する見解はあまりみられず<sup>(64)</sup>、いわゆる部分的犯罪共同説と行為共同説の間には見かけほど大きな差はなく、大まかな不法内容の共通性が存在しているこ

---

井・前掲(注11)30頁注31も参照)。念のため付言すると、不作為の共犯においては促進関係・心理的因果性が観念できないとする主張が一部で執拗に繰り返されているが、この点に関しては照沼・前掲(注9)272頁以下参照。

(63) 過失犯における行為意思につき、高山佳奈子「故意と違法性の意識」(1999年)152頁、158頁以下、仲道祐樹「行為概念の再定位」(2013年)185頁以下、188頁以下など参照。

(64) ただし、潜在的には一定数の論者がこうした見解をなお維持していると推測される。こうした見解を採用した場合の問題点として、例えば照沼亮介「判批」判例評論721号(2019年)24頁参照。

とが前提とされているとみてよいように思われる<sup>(65)</sup>。そうであれば、過失共同正犯においても最低限この前提は維持されるべきである。すなわち、共通する内容を有した不法の実現に際して各人が重要な寄与を分担した場合に初めて「共同して実現した」と評価され、一般予防の見地から各人に正犯としての不法評価が与えられる（正犯性の拡張が認められる）と解されるのである。

もっとも過失犯においては、その不法内容は「注意義務違反」という形で表現されるところ、それは状況依存的にその都度個別に具体化されるという性質を有しており、このことが体系的位置付けの理解を超えて<sup>(66)</sup>共通了解になりつつある。従って、注意義務違反の具体的な内容や、その具体性の程度がその都度問題とされることにならざるを得ない。特に、既に述べたように各人の行為に時間差が存在したり立場が相違している場合の処理に際し、共同正犯と同時正犯（過失の競合）の区別が問題となるのである。

## (2) 類型化に基づく議論

この問題に関しては、過失競合の態様につき、各自の行為が独立に結果を生じさせ得る危険を有しており他者の過失がなくとも結果が生じる場合（併存的競合）、上記と同様の前提を有するが他者の過失がなければ結果が生じなかった場合（重疊的競合）、各自の行為が単独では結果を生じさせ得ないものの他者の過失と相俟って結果を生じさせ得る場合（累積的競合）に分類した上で、監督過失が問題になるのは大半が重疊的競合の場合であるとした分析<sup>(67)</sup>をいずれも出発点とする形で、判例の事案を類型化した上での検討がなされている。

例えばある論者は、過失競合の事案を①複数名の過失行為が時間的に前後する形で存在している場合（直列型）と②これが肯定できず並行して存在している場合（並列型）とに区別する<sup>(68)</sup>。その上で、①では背後者の直接行

(65) 以上につき、照沼亮介「共犯論」法律時報 81 巻 6 号（2009 年）42 頁。

(66) 例えば、大塚（裕）「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲（注 9）14 頁以下。

(67) 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（上）」法曹時報 30 巻 2 号（1978 年）186 頁以下。

為者に対する管理・監督過失の成否が重要となるとし<sup>(69)</sup>、②をさらに各人に上下関係が存在する場合(垂直的分業)と存在しない場合(水平的分業)とに区分した上で、前者では管理・監督過失の成否が問題となり<sup>(70)</sup>、後者では分業の実体の確認を踏まえ、主に危険性の認識可能性の程度が重要となるとしている<sup>(71)</sup>。こうした整理からは、本稿のテーマである共同正犯については、實際上並列型・水平的分業の一部に限定されることになるのではないかと推測される。実際、論者は過失共同正犯を扱った別稿においては、まず事案を作為犯と不作為犯とに区分した上で<sup>(72)</sup>、作為犯に関しては(部分的に疑問を示しつつも)結論的には実行の共同が認められるような場合に成立範囲を限定している判例の傾向に理解を示している<sup>(73)</sup>。他方、不作為犯についてはさらに自ら危険創出を行った場合と危険防止を引き受けた場合とに区分した上で、否定例である平成28年決定を含め、判例の結論に賛同している<sup>(74)</sup>。

また、共同義務の共同違反説から詳細な検討を行った先駆的な論稿は、事例を各人が危険を創出した場合(危険創出型)と、そうではないがその防止が問題となる場合(危険防止型)とに区分する<sup>(75)</sup>。その上で前者についてはさらに、①各人が意思を通じて危険を創出した場合(一体的危険創出)、②各人がそれぞれ独立して危険な行為を並行して行った場合(並行的危険創出)、③危険を創出した者とその実現を阻止すべき者とが存在する場合(役割分担的危険創出)に区分されるとし、①では成立を肯定、②では原則成立を否定するが例外的に肯定すべき場合を認め、③では成立を否定するという結論が示される<sup>(76)</sup>。他方、後者については「法令・契約・条理等」により共同義

---

(68) 古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定のあり方について」『理論刑法学の探究⑤』(2012年)4頁。

(69) 古川・前掲(注68)5頁以下。

(70) 古川・前掲(注68)19頁以下。

(71) 古川・前掲(注68)13頁以下、19頁。

(72) 古川・前掲(注25)6頁。

(73) 古川・前掲(注25)7頁以下。

(74) 古川・前掲(注25)8頁以下。

(75) 大塚(仁)ほか編・前掲(注3)347頁以下(杉田執筆)。

(76) 大塚(仁)ほか編・前掲(注3)348頁～353頁(杉田執筆)。

務の存否が決されるとのみ説明されている<sup>(77)</sup>。

以上のように判例を整理する議論に対し、相互促進性を重視する見解からは、各人の行為の時間差、置かれた立場の違いなどを反映する形で義務違反の内容に顕著な相違が認められる事案においても、共同正犯の成立を肯定すべきだと主張される傾向にある。上記のうち例えば直列型に属すると解される都立広尾病院事件や平成19年決定の事案などで<sup>(78)</sup>、また役割分担的危険創出の事案について<sup>(79)</sup>、それぞれ成立の余地を認める趣旨の主張がなされている。

### (3) 若干の検討

(1) に示した本稿の理論的前提からは、仮に因果性が肯定されたとしても、注意義務違反の内容に顕著な相違がある場合には、「共同」して実行したとは評価されない。この意味で、上記(2)のうち、判例分析を行っている見解の方向性は基本的に妥当であると解される。ただし後に検討するように、個別の事案の処理に際して意思連絡や不法の共通性といった共同正犯の各成立要件が充足されるのかが十分に検討されていなかったりする場合もみられるので、この点を度外視して共同正犯の成立を肯定すべきではない。

例えば、並行的危険創出の事案とされる秋田地判昭和40年3月31日下刑集7巻3号536頁の事案では、屋上工事についての共同関係は肯定できるものの、火災発生の原因となった喫煙行為についてそのような関係を認めることはできないという理由で共同正犯の成立が否定されている。これに対し、ある論者は危険性の大きさと「同じ現場で共に作業している」という点を指摘して共同義務を肯定する余地があったとする<sup>(80)</sup>。しかし本件では工事における危険な行為についての意思連絡、分業関係は肯定できるものの、問題となった喫煙行為はこうした不法内容との関連性が乏しく、意思連絡に基づく因果性が認められない可能性があり、加えて不法内容の共通性が認められ

---

(77) 大塚(仁)ほか編・前掲(注3)353頁(杉田執筆)。

(78) 上記Ⅲ2参照。

(79) 西田ほか編・前掲(注11)849頁以下(鳥田執筆)。

(80) 大塚(仁)ほか編・前掲(注3)351頁(杉田執筆)。

ないことから、共同正犯の成立は否定されるべきと解される<sup>(81)</sup>。こうした問題が生じたのは、既に指摘した通り、共同義務の共同違反説の内容、理論的位置付けに不明瞭な点が残されていることに由来しているといえよう。

また都立広尾病院事件についても、既に指摘されているように<sup>(82)</sup>、看護師である被告人兩名のうち、一人は薬剤を取り違えて準備し、もう一人がその種類を確認せずに点滴を行って患者を死亡させたという事案であって、各自が直面した状況に応じて果たすべき注意義務の内容はそれぞれ相当に具体化されており、結果としてそれら相互の内容の相違が顕著なものとなっている。もちろん「地位・立場の共通性」それ自体が成立要件ではないが<sup>(83)</sup>、その結果として不法内容の共通性が観念できないのであれば、60条の適用は否定され、それぞれが同時犯として処理されるべきと解される<sup>(84)</sup>。その判断に際しては、問題となっている処罰規定の性質(とりわけ保護法益の内容や、危険犯であるか否かなどの点)や、各人の認識・能力・置かれた状況などを前提として具体的にいかなる任務を果たすことが要求されていたのかを精査することが必要となろう。

## 4 正犯性

### (1) 理論的根拠

以上に加えて、共同正犯としての正犯性を肯定する上では、意思連絡に基づき客観的に不法を実現する上で重要な寄与を分担している必要がある。その内容は、形式的に未遂成立を基礎付ける「実行行為」である必要はないにしても、仮にその寄与の提供を撤回してしまえば不法実現にとり客観的に重大な支障が及ぶ性質のものであることが必要である<sup>(85)</sup>。

こうした理解に対し、相互促進性を要求する論者からは意思連絡という要

---

(81) 嶋矢・前掲(注32)219頁注15、池田ほか編・前掲(注11)341頁(板津執筆)。

(82) 小名木明宏「判批」判例評論533号(2003年)39頁以下。

(83) 長井(長)・前掲(注52)63頁。

(84) 池田ほか編・前掲(注11)343頁(板津執筆)は、仮に本件において共同正犯の成否が争点化されていれば、成立が否定されることも「十分あり得る」としている。

(85) 以上につき、照沼・前掲(注9)258頁以下。松原・前掲(注14)465頁も参照。

件は不要であって端的に寄与の重大性のみを要求すべきだとする主張がなされている<sup>(86)</sup>。しかし、客観的に同一の内容の実現に向けて事前に意思の疎通がなされているからこそ一部の分担であっても全体との関係性が生じ、「重要」な役割と評価し得るのであって、逆に他者の存在や他者との関係性がまったく意識されていないのに、客観的に偶然そこに居合わせたことのみを根拠として他者との「共同性」を認めて正犯性を付与するというのは不当であろう。このような主張は、結局相互促進性を要求する見解は因果的連鎖のみをもって広範に処罰範囲を拡大するものであり、実質的に過失未遂の同時犯を広く既遂共同正犯として評価するものではないかという疑念を裏書きするものであるように思われる。

## (2) 「相互監視義務」をめぐる議論

以上に関連して、共同義務の共同違反説の主張をめぐってなされてきた議論に検討を加えておきたい。すなわち、同説の論者によれば、共同義務とは「自己の行為から犯罪的結果を発生させないように注意するだけでなく、他の共同者にも注意を促して犯罪的結果を生じさせないようにすべき注意義務」<sup>(87)</sup>だと説明される。そして、同時犯解消説はまさにその通りの内容を単独正犯としての注意義務と評価し得ると主張した<sup>(88)</sup>のであり、相互促進性を要求する論者の中にもこうした「相互監視義務」が必要であることを強調する見解<sup>(89)</sup>がみられるのである。

しかし、このような不明瞭な概念を共同正犯の具体的な成立要件に正確に

(86) 嶋矢・前掲(注35)196頁、同・前掲注(注57)10頁。

(87) 大塚(仁)「過失犯の共同正犯の成立要件」前掲(注18)6頁。さらに、藤木・前掲(注18)13頁、内田・前掲(注11)262頁以下、同・前掲(注22)24頁、大谷・前掲(注4)415頁、十河太郎「判批」同志社法学47巻3号(1995年)243頁、247頁、佐久間・前掲(注18)371頁、塩見・前掲(注11)124頁など。

(88) 西田・前掲(注5)415頁、前田・前掲(注10)370頁以下、井田・前掲(注10)528頁以下、高橋・前掲(注10)483頁以下。

(89) 大塚(裕)「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲(注9)43頁以下。しかし、共同義務の共同違反説からの主張であればともかく、因果性の文脈のみに位置付けられる相互促進性を要求する立場からいかにしてこのように注意義務の共通性・限定性に着目した要件が導かれるのかは明らかでない。

位置付けて理解しようとするならば、ここでは他者の行為から生じた結果について客観的に帰属されるという側面(因果性)のほか、自らが直接実現していない結果についても正犯として評価されるという側面(正犯性)が問題とされていることに気付くはずである。そして、前者については意思連絡に由来する促進関係の存在によって担保されるどころ、ここでは後者の掘り下げた内容が問題とされなければならない。つまり従来の議論においては、通常は対等であるはずの他人に「注意を促す」義務に違反した場合、これによって常に不法実現に際して重要な役割を果たしたと評価し得るのかという点や、共同正犯における正犯性を単独正犯の正犯性と同様に解してよいかといった点が十分に意識されてこなかった疑いがあるのである。仮に過失犯には統一的／拡張的正犯概念が妥当すると考えるのであればそうした点が不問に付されるのは必然であろうが、そのような前提に立たずに上述のように正犯性の有無を個別に吟味するのであればこの点は重要となる。

まず、故意共同正犯の場面を考えてみれば、そもそも他者の行為との媒介については心理的因果性のみで担保されていることになるはずであり、自身の直接担った寄与に加えて、他の共犯者との関係それ自体が、「因果的影響を与えた」ということ以上に、独立して「監視義務違反」を構成するというような事情はおおよそ要求されていない。これとパラレルに解するのであれば、過失犯においてもおおよそ相互監視義務といった概念は不要ということになるだろう<sup>(90)</sup>。

もっとも、犯罪結果の発生をそもそも追求していない過失犯の場合、自身の寄与を差し控えることに加えて、状況によっては、当初の意思連絡によって媒介された他の者の行為を阻止することで結果発生を防止することが可能だとすると、これを法的にも要求すべきと解される余地があり、同時犯の場合にはこれが独立した注意義務を構成する余地があると一般に考えられている<sup>(91)</sup>。この点の議論を押し進めれば、一部で有力に主張されているように、ここでは共犯者間相互における作為義務(一種の犯罪阻止義務)が問題とな

---

(90) 林・前掲(注36)405頁参照。

(91) この点に関して注97も参照。

っている」と解する<sup>(92)</sup>ことができよう。ただし上述の通り、ここでは①自身の行為を差し控えることと併せて②他者への働きかけにより結果発生を阻止することが要求されているが、①と②は結局あくまでも同一の過失の一部分を構成するものとしてそれぞれ位置付けられること、②が単独で問題とされる場面を除けば身体的動静の有無は法的な見地からは必ずしも重要ではない事案も相応に存在すると解されること、事案によってはそもそも②の有無が最初から問題とならない場合もあると思われること、などを考え合わせると、②の独自性を過度に強調するのではなく、まずは①の部分で正犯性を根拠付けられるかを検討し、なお不十分である場合に②の部分についても検討するといった形で、①②を総合した全体が不法実現との関係で重要な寄与と評価できるか、すなわち共同正犯としての正犯性を具備するといえるかを判断すべきであるように思われる<sup>(93)</sup>。

この点に関し、既に共同義務の共同違反説の先駆的な論者から「きりはなして考察したときには独立して刑事責任を認めるに足りるだけの可罰的違法性のある過失とはいえない行為をしたにすぎない者」であっても他の要件が充足されれば共同正犯として処罰され得るという点に実益があるとする趣旨の指摘<sup>(94)</sup>がなされていた点が注目される。これは、単独正犯としては正犯性を肯定できないような注意義務違反行為であったとしても、共同正犯としての他の成立要件を充足した場合には、結果的に重大な寄与と評価されて正犯性を獲得する余地があるとする趣旨を述べているものと理解できる。言い換えれば、例えば単独正犯としての管理・監督過失の内容を構成する「監督義務」「監視義務」違反と評価され得る行為ではなくとも、他の共犯者との

(92) 山口厚「過失犯の共同正犯についての覚書」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第2巻』（1998年）398頁以下、同「過失共同正犯再考」前掲（注4）167頁以下参照。

(93) 理論的には故意共犯の場合においても、自身の寄与を提供したのちに、結果発生を阻止すべき義務、特に他の共犯者に働きかけて結果発生を防ぐ義務を想定し、これを根拠に不作為による共犯として構成する余地もあるかもしれない。しかし、これを安易に認めると作為共犯としての個々の犯罪成立要件がないがしろにされ、実質的にそれらの検討が潜脱されるおそれもあることから、慎重な検討を要すると思われる（共同正犯に関し照沼・前掲（注9）269頁以下、幫助犯に関し同「判批」上智法学論集58巻3・4号〔2015年〕174頁以下をそれぞれ参照）。

(94) 藤木・前掲（注18）14頁以下。

関係において、例えば働きかけ・説得・助言等により注意を促し、結果発生の防止に向けて協力する義務に違反する行為として評価され、これが重大な寄与として評価され得る場合には、このことを根拠としてなお共同正犯としての正犯性を充足する余地はあると考えられる<sup>(95)</sup>。

もっとも3で触れたように、そうした注意義務の内容が関与者各人相互において共通して要求される性質のものである必要があることはいうまでもない。例えば、組織内で上位の立場にあるXが、直接実行者(自身の注意義務違反によって直接に結果を生じさせた者)の部下Yに対して、上述のような説得や助言等により結果発生を防止する余地があったと認められる場合であったとしても、逆にYもXに対してそのような注意義務を有しており、両名においてその内容が共通していたという事情が認められないのであれば、結局は共同性が否定され、同時犯としてのみ評価されることになる。そして、この場合仮にXの行為が管理・監督過失としての単独正犯性を充足しないのであれば、Xは過失教唆・幫助にとどまり不可罰ということになる。

以上をまとめると、結局「相互監視義務」は必須の成立要件とはいえない<sup>(96)</sup>が、具体的事案によっては他の共犯者への多様な働きかけが注意義務として要求される余地はあると思われる。それは、当該状況においてそもそも単独犯の注意義務として他者を介した形で履行される内容をどこまで想定し得るかという問題によっても影響を受ける性質のものであろう<sup>(97)</sup>。ただし、仮にそうした注意義務に違反した行為があったと認められたとしても、

---

(95) この点に関し、嶋矢・前掲(注32)212頁、谷井・前掲(注11)28頁参照。

(96) 塩見・前掲(注18)53頁も参照。

(97) この問題に関し、管理・監督過失における進言義務を素材とした議論として、例えば北川佳世子「ホテル・デパート火災事件における実務の動向と管理・監督者の刑事過失論(二)」早稲田大学大学院法研論集65号(1993年)64頁以下、齊藤彰子「進言義務と刑事責任」金沢法学44巻2号(2002年)149頁以下、山口編著・前掲(注15)109頁以下(鳥田執筆)など。平成28年決定の事案を素材とした単独正犯性の議論として、大塚裕史「過失不作為犯の競合」『三井誠先生古稀祝賀論文集』前掲(注32)156頁以下、北川佳世子「最近の過失裁判例に寄せて(2・完)」法曹時報65巻7号(2013年)1頁以下など。さらに、三浦・前掲(注19)102頁以下、谷井「過失の競合事案における結果回避可能性について(二・完)」前掲(注33)91頁以下も参照。

その後さらに関与者間における共同性(3)と重要な役割(4)の双方の充足の有無につき検討される必要があるということになる。

## V 具体例の検討

以下では判例の事案に検討を加えるが、これまでで既に言及した事案は基本的に除外する。また事案の数が限られている上にそれらの大半について既に先行業績によって詳しい紹介が繰り返さされている<sup>(98)</sup>ことから、事実関係のうち各成立要件と関係のある重要なポイントに絞って取り上げ、検討を加えることにしたい。

### 1 最判昭和28年1月23日刑集7巻1号30頁

本件ではXとYの共同経営にかかる店舗において、法定の除外量以上のメタノールを含有した液体を何ら検査もせずに意思を通じて販売したという事実が認定され、両名に有毒飲食物等取締令4条1項後段の罪の共同正犯の成立が肯定されている。この事案では注意義務違反の対象となる行為について意思連絡が存在したことが認定されており、因果性を認める上でも特に支障はない。他方で、上告趣意にもある通り<sup>(99)</sup>仮にXには液体の仕入れについて過失がありYには販売について過失があるのだとすると、両名は置かれた状況が異なり、注意義務の共通性が認められないのではないか<sup>(100)</sup>とい

---

(98) 中森・前掲(注18)78頁以下、長井(圓)「判批」神奈川法学13巻1号(1977年)93頁以下、長井(長)・前掲(注52)59頁以下、大塚(仁)「過失犯の共同正犯の成立要件」前掲(注18)11頁以下、塩見・前掲(注18)49頁以下、同・前掲(注11)110頁以下、山口・前掲(注92)389頁以下、大塚(仁)ほか編・前掲(注19)163頁以下(村上執筆)、大塚(仁)ほか編・前掲(注3)338頁以下(杉田執筆)、十河・前掲(注87)243頁以下、小名木・前掲(注82)38頁以下、甲斐・前掲(注36)196頁以下、萩原由美恵「医療過誤と過失犯論(一)」中央学院大学法学論叢21巻1号(2007年)6頁以下、同「医療過誤と過失犯論(二・完)」同21巻2号(2008年)27頁以下、内海・前掲(注18)4頁以下、池田ほか編・前掲(注11)331頁以下(板津執筆)、古川・前掲(注25)6頁以下、三上・前掲(注1)147頁以下など。

(99) 刑集1巻7号34頁。

(100) 古川・前掲(注25)8頁。仮に単独犯構成を採ったとすると、仕入れを担当したXの

う点が問題となる。最高裁の結論を擁護するのであれば、ここで認められている注意義務違反の内容は「きちんと検査をせずに『販売』した」という内容であり、その「販売」の共同という点は「共同経営」の事実によって担保されていると解する<sup>(101)</sup>しかないであろう。この点に関し、XがYにきちんと検査するよう助言・注意する、逆にYもXにきちんと検査するよう助言・注意する、といった共犯者間相互の働きかけを怠った部分を捉えて注意義務違反を認めることも考えられないではないが、実際の店頭での販売はYのみが担っていたとする控訴審でのXの供述が事実として認定されていること<sup>(102)</sup>を踏まえるならば、この構成ではXの正犯性がより疑問視されることになると思われる。

## 2 名古屋高判昭和31年10月22日高刑裁特3巻21号1007頁

本件ではXとYがこんろ使用設備のない事務室内で2個の素焼きこんろを床上に直接置き、炭火を用いて、こんろの加熱状況に配慮することなく煮炊きを継続し、終了後も消火その他の処置をせずに帰宅したため、こんろの加熱により床板が燃焼して発火し、職場の建物を焼損したという事案につき、両名に失火罪の共同正犯の成立が肯定されている。この事案では両名に特段の地位・能力の差が存したことは認められておらず、文字通り両名が意思を通じ協力して約1時間半にわたり炊事を行っており、また1審判決の事実認定によれば、出火原因となったこんろとの関係に絞っても、Yが調理の終了後に上記こんろに他のこんろの残火を移していること<sup>(103)</sup>、他方Xが最後に退出する際に残火を認めたが消火等の措置を講じずに消灯し、外で待っていたYと共に帰宅したこと<sup>(104)</sup>が認められている。以上からは、両名の注

---

単独正犯性について検討の余地が生じると思われる。

(101) 中森・前掲(注18)79頁、大塚(仁)ほか編・前掲(注3)349頁(杉田執筆)、塩見・前掲(注11)123頁。

(102) 刑集1巻7号42頁参照。

(103) 高刑裁特3巻21号1010頁。

(104) 高刑裁特3巻21号1010頁以下。

意義義務違反に共通性が認められ、また出火の危険を現実化させる上で各人が重大な寄与を担ったと評価することが可能である。

### 3 佐世保簡裁略式命令昭和 36 年 8 月 3 日下刑集 3 卷 7 = 8 号 816 頁

本件では、船舶運航の技能・経験を有しない X と Y が酔余好奇心から棧橋に係留中の観光船を運航しようと企て、X が操舵を、Y が機関部の操作をそれぞれ行った結果、操舵を誤って対岸に衝突座礁させて船体を破損させ、一時航行を不能にしたという事案につき、両名に過失往来妨害罪の共同正犯の成立が認められている。この事案でも意思連絡や因果性の点に問題はなく、むしろ X と Y それぞれの注意義務違反に共通性が認められるかが議論の対象とされているが、例えば X に「適切に操舵すべき義務に違反したこと」、Y に「適切に機関部を操作すべき義務に違反したこと」というような不法が観念されているわけではなく、両名に技能・経験のないこと及び同所付近が屈曲の多い危険海面であって衝突・座礁等の事故発生が十分予想されたことから「自らこれを運航すべきでないのに拘らず・・・共同して同船を運航した過失」<sup>(105)</sup>という評価が加えられた上で共同性が肯定されていることに注目すべきである。本件が死傷事故を対象とするものではなく、あくまで往来の危険を生じさせたこと（129 条 1 項後段）が対象とされた事案であることも加味するならば、直接危険行為を分業していた両名にこのような形で共通した内容を有する注意義務が（予見可能性及び結果回避義務の両面において）認定されたことにはなお相応の理由があると思われる。

### 4 京都地判昭和 40 年 5 月 10 日下刑集 7 卷 5 号 855 頁

本件では、いわゆる二人制踏切において踏切警手を担当していた X と Y が列車接近の早期把握を怠り、交通信号の切り替えと遮断機の閉鎖を行うことができず、踏切内に進入して乗用車に列車を衝突させ、自動車の運転者及び同乗者を死亡させたという事案につき、両名に業務上過失致死罪の共同正

---

(105) 下刑集 3 卷 7 = 8 号 817 頁。

犯の成立が認められている。

本判決のうち、「他の者の行為を利用しようとする意思」「他の者の行為に自己の行為を補充しようとする意思」という措辞<sup>(106)</sup>こそ適切さを欠いているくらいがあるものの、相互の意思連絡に基づいて客観的に注意義務違反を構成する行為を担っていることが過失共同正犯の成立要件であることを示している点は妥当であると思われる。もっとも本件においても問題となるのは、一方でXが「相番」として踏切道に出て線路上を注視し、警笛に注意するなどして列車の接近を直接に確認することを怠ったと評価されているのに対し、他方Yは「本番」として詰所内において(1) (従来たびたび故障を生じていたことが認められている)列車接近表示器の表示、(2) Xからの合図、(3) 反射用鏡や直視、警笛の確認などにより列車の接近を確認すべきところ、(1) (2) に過度に依存して(3) を怠ったと評価されており、両名の置かれた状況と注意義務の内容に相違があるのではないかという点である。しかし本判決は同時に、(1) ~ (3) などの内容はすべて「自己のつくすべき列車接近を確認するための手段方法にほかならない」<sup>(107)</sup>のであって、「可能な方法による注視義務をつくさなかったため列車接近を確認し得なかった」<sup>(108)</sup>ことが過失評価の対象とされることを説いており、結論的に両名はさまざまな手段を分担しつつも「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」<sup>(109)</sup>ことが強調されて共同性が肯定されている。このような手法は上述1や3などの判例と基本的に共通しているものと解することができる。

ただし、本件が具体的な死亡結果を対象とする業務上過失致死罪の事案であると同時に、各人が具体的に分担していた業務内容がかなり細かく分かれていたことに照らすと、注意義務の内容を抽象化することによって共同性を認めることには1や3の事案と比較してより問題があったのではないかと思われる<sup>(110)</sup>。なお本件においては、事案の性質上、相番Xが本番Yに適切

---

(106) 下刑集7巻5号861頁。

(107) 下刑集7巻5号859頁。

(108) 下刑集7巻5号860頁。

(109) 下刑集7巻5号861頁。

に働きかけ注意喚起することを怠ったとはいえ、逆に Y が同様に X に働きかけるという義務を觀念することが困難であるため、共犯者相互の間における働きかけの不作为を対象として共同性を認めることには無理があると解される。

## 5 名古屋高判昭和 61 年 9 月 30 日判時 1224 号 137 頁

本件では、鉄工所従業員である X と Y が旅館の食堂拡張工事において鋼材の電気溶接作業を行うに際し、あらかじめ不燃物で溶接箇所と可燃物とを遮蔽する措置を講ずべきであったのにこれを怠り、両名のうち一方が溶接する間に他方が火花の飛散状況を監視し、途中で各人の役割分担を交替するという方法で溶接作業を実施したところ火災を生じさせたという事案につき、両名に業務上失火罪の共同正犯の成立が認められている。

本件では出火が両名のうちいずれの溶接作業に起因するものであったのかは不明であるが、遮蔽措置を講じずに危険な態様で溶接作業を開始する際に<sup>(111)</sup>「相互の意思連絡」<sup>(112)</sup>を形成していたことを明示的に認めており、因果性の点に関する共同正犯構成の「実益」がまさしく認められた事案である。また、両名の間に監督一被監督といった関係はなく「ほぼ対等同格の立場」にあり<sup>(113)</sup>、「同一機会に同一場所で」相互に同じ作業を交替しながら従事する<sup>(114)</sup>という事実関係が認められていることから、注意義務内容の共

---

(110) このような手法を採用したことで、かえって Y における予見可能性の存在が疑わしいのではないかという問題が浮き彫りにされているようにも思われる。なお、池田ほか編・前掲（注 11）344 頁（板津執筆）は両名が連携しながら行うという業務の性質に鑑みて共同性を基礎付け得るとするが、「連携」した後の全体の性質が問題となるのではなく、あくまで各人がそれぞれ担っている注意義務の性質を比較した際に内容の共通性が肯定できるのかが重要であると思われる。

(111) その後も、注意義務違反の対象としては、「安全のための措置を講じないまま危険な溶接作業を継続した行為」が想定されているといえ、全体を通じて終始当初の意思連絡に基づいて実施されたものと評価することができる。従って、これらを分解した上で問責の対象を限定するとか、あるいはそれらについて逐一個別に意思連絡の認定の有無をあげつらうというのは適切な態度ではない。

(112) 判時 1224 号 141 頁。

(113) 判時 1224 号 144 頁。

(114) 判時 1224 号 144 頁。

通性、担った役割の重大性のいずれについても容易に肯定し得る事案だといえる。

## 6 東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁

本件では、地下洞道内で電話ケーブルの断線探索作業に従事していた作業員であるXとYが、一時洞道外に退出する際に、各自が使用していた点火中のトーチランプの消火を十分に確認せず、布製防護シートの近くに置いたまま共に立ち去ったため、いずれか1個から上記シートに着火して火災となったという事案につき、両名に業務上失火罪の共同正犯の成立が認められている。本判決は、明示的に共同義務の共同違反説を採用した上で、このような場合には「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る」<sup>(115)</sup>と説明した点において注目されている。

本判決に関しては、各人が独立して危険な行為を行っており、原則として同時犯とされる類型に属するとした上で、例外的に法令・契約・条理、関与者間の関係、作業内容の同一性等を根拠として「共同義務」が肯定されたケースであると説明される<sup>(116)</sup>ことがしばしばみられる。この点に関しては、判文中で明示的に意思連絡が認定された箇所が見当たらないことから、あるいは上記のような理由付けに依拠することにより正面から「共同義務」を肯定する必要性があると判断されたのかもしれない<sup>(117)</sup>。しかし、結果的に認定されている事実関係からは、両名が対等な立場にあり、同一時点、同一場所において同一の義務内容を担っており、またそうした事情全体を相互に認識し合っていたことにも疑いを容れる余地はないように思われる。そうであ

---

(115) 判時1419号145頁。ここでは電話ケーブルを管理する公社の内規、勤務先の元請企業の規定や指示などが根拠とされている。

(116) 大塚(仁)ほか編・前掲(注3)349頁以下(杉田執筆)、池田ほか編・前掲(注11)340頁以下(板津執筆)。

(117) それは、特にXが公判において消火確認を怠った点を否認する供述をし、Yもこの点に関する記憶が明瞭でないといふ事情(判時1419号143頁以下)に由来しているのかもしれない。

れば、5の事案とほぼ同様の法的状況にあるとみて、確実に消火しているかを確認せず、トーチランプを可燃性のあるシートの付近に置いたまま退出するという本件における注意義務違反行為につき、相互に意思連絡が存在したことを認定することも可能であったと解される<sup>(118)</sup>。

他方、正犯性を検討する上で、本判決が上述した通り、自己の使用したランプのみならず、他の者が使用したものも含め、全てのランプについての確認を要求している点が問題となり得る。この点は上述した「相互監視義務」に言及するものと解されるが、これに対しては同時犯に解消され得るのではないかという疑問点が指摘されたこと、しかし共犯者間相互においてそこまで高度の（単独正犯に匹敵するだけの）措置は必ずしも要求されず、「相互監視」は共同正犯の成立要件たり得ないということ、は既に触れた通りである<sup>(119)</sup>。そうするとより正確には、自己の使用したランプの消火確認に加えて、他の者が使用したランプの消火確認を促したり、要求したり、催促したりすることが、本件における「消火確認義務」の内容であったと解すべきであろう。そしてこの部分を含めた全体につき、両名の不法内容に共通性が認められ、かつ、客観的に両名がこれに違反したという重大な寄与をなしたことも肯定できると思われる。

もっとも、実際のところ本判決以外に「相互監視義務」のような概念を前面に打ち出した判例は見当たらないことから、この部分の意義を過大に評価するのは控えた方がよいのかもしれない。

## 7 札幌地小樽支判平成12年3月21日判時1727号172頁

本件では、XとYが雪上散策ツアーガイドとして参加者を引率する際に、雪崩危険区域として指定・周知されていた方面を目的地として選定し、雪崩が発生した際にその通過地域となるおそれのあった地点に引率して休憩させ

---

(118) 十河・前掲(注87)250頁以下、山口ほか編・前掲(注44)163頁(嶋矢執筆)は、「立ち去る行為」の意思連絡を認めたと仮定した場合に生じる問題点を検討しているが、本判決のような事案について、裁判所がそのように細分化された最後の一部分のみを捉えて過失行為として認定するとは解し難いように思われる。この点につき注111も参照。

(119) IV 4 (2) 参照。

たため、参加者を雪崩に巻き込ませて死傷させたという事案につき、両名に業務上過失致死傷罪の共同正犯の成立が認められている。本判決では60条が適用されていること以外に共同正犯の成否について言及されている箇所はあまり多くないが、両名が雪崩発生・通過の危険のある区域への立ち入りを避け、遭難のおそれのない区域を行程として選定するなどの注意義務を負っていることに加えて、「業務の性格上、参加者の安全のために複数のガイドが付くことになっており、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」<sup>(120)</sup>ことが指摘された上で、両名は参加者の安全確保のため上記の注意義務を「共同して」負っており<sup>(121)</sup>、これを「共同して」怠った<sup>(122)</sup>と評価されている点が注目される点である。

本件についても、上記のような共通した内容を有する注意義務を課されている両名がこれを怠り、目的地の選定、引率、休憩地点の選定などに際して、いずれも意思を通じた上で参加者の生命・身体に危険のある行為を行っており、各人が重大な寄与を分担していたことも窺われることから、結論的に共同正犯の成立を肯定し得ると考えられるが、それだけに単に「共同過失」というにとどまらず、共同正犯の各成立要件毎に整理した上での事実認定や評価がなされることが望ましいといえる。

## 8 東京地判平成16年5月14日裁判所ウェブサイト・LEX/DB28095650

本件は外科医であるXとYが、入院患者Aに対して胆嚢摘出手術を行い、術後管理に際して胆管損傷の有無を確認するなどの注意義務を怠ったため、Aを転院先の病院で死亡させたという事案であるが、より具体的な過失の内容に関して検察側が主張した内容のうち、(1)胆嚢摘出に着手したことが不適切であったとする点、(2)胆管損傷を確実に防止すべき手段を選択すべきであったとする点、(3)手術器具の選択が不適切であったとする点についてはいずれも否定されており、他方、(4)手術中(胆嚢摘出後閉腹前)に

---

(120) 判時1727号176頁。

(121) 判時1727号176頁。

(122) 判時1727号178頁。

胆道造影を実施して損傷の有無を確認すべきであったとする点と(5)手術後に容態等を慎重に観察し、胆管損傷を疑って適切な処置を講じるべきであったとする点については肯定されている。そして、この(4)(5)につき、結論的に両名には共同の注意義務が存在したと評価され、60条が適用されて、業務上過失致死罪の共同正犯の成立が認められている<sup>(123)</sup>。

本判決では、各過失行為が死因を形成して結果が生じたという経路に関する因果関係については争点化され、詳しく認定されており、また必ずしも明瞭ではないものの、両名が意思を通じて各行為を分担したといえること(これにより心理的因果性が基礎付けられること)についてもさほど問題はないと考えられる。他方、問題となるのは両名の注意義務の共通性が存在しているかどうかであるが、この点に関し、共同正犯規定の適用について争点とされていなかったためか、判決文では詳しい検討が加えられた形跡がみられない。(4)(5)が実質的に不作為を処罰対象としていることにも照らすと、これらにおける共同性の有無を判断する上ではより慎重な検討が必要であると思われる。

まず前提として、Xは院長であり、Yは外科医長であったという地位の相違はあるものの、いずれも問責の対象となっている本件手術を実施した医師であることに違いはないため、この点は重視する必要はない。もっとも、その手術への関与の仕方は、Yが執刀医であるのに対し、Xは指導的な立場で補佐する前立ホルスタントであったことが認定されている。そして、Aの死因を形成した胆管損傷に関しては、胆嚢周辺の癒着部分の剥離作業を行う際に、Xが超音波メスで切る部位を挟み込み、Yが超音波メスのフットペダルを踏んで操作し、挟まれている部位を切り取るという方法を用いていたところ、誤ってAの総胆管を切断してしまったことが認定されている。上述の通り、胆管損傷を生じさせたことに関わる部分は問責の対象とはされていないが、(4)(5)における作為義務の存在を認定する上で先行行為の存在を必須として要求する立場からは、これを直接自ら行った必要があるのかが問題

---

(123) 理論的には、(4)(5)の共同過失行為が併存し、これらが一連の行為を構成するものとして扱われていると解される。

となる余地がある。もっとも上記の態様からは、先行行為それ自体を両名が文字通り分担したと評価することも可能であろう。では、こうした事実を前提とした上で両名に共通した作為義務及び注意義務の存在を認めることは可能であろうか。

まず(4)については、上記の先行行為による危険創出に加え、他の手術関与者は他病院から派遣された麻酔医と看護婦のみであって、手術に関する判断・決定は両名が担っており、Aの生命に対する危険の防止は基本的に両名に依存していたと解されることから、いわゆる排他的支配も肯定されるであろう。また、これを履行する上で特段困難な点が存在していたとは認められず、作為可能性・容易性が肯定され、以上から作為義務の存在が基礎付けられる。他方、超音波メスを用いた癒着の剥離に際しては胆管損傷のリスクが伴い、胆道造影を行うべきであることが一般的に承認されているというのであるから、予見可能性と結果回避義務を肯定する上でも支障はない。そして、以上すべての内容につき、XとYの間で特に異なった事情があるとはいえないから、不法内容の共通性が認められ、(4)については両名に共同正犯の成立を認めることが可能であろう。

他方、(5)については疑問がある。まず、胆嚢摘出に際して両名は誤って胆嚢管であると考えて実は総胆管を切離してしまったことが認定されているが、術後の具体的な対応に関しては、まずYが手術の翌日の回診中にAの胆汁漏出を認めたところ、特に異常を疑わず、Xに引き継ぎをせずに帰宅し、旅行に出かけ、4日後まで病院に出勤しなかったこと、他方Yも手術の翌日の回診中に胆汁漏出に気付いたが特段の措置は講じず、その後総肝管ないし総胆管の狭窄を疑ったがそれ以上の措置を講じなかったこと、4日後に出勤したYがAのカルテを確認し自ら検査を行うなどした結果、総肝管ないし総胆管の狭窄を疑い、エコー検査を依頼したこと、その翌日にエコー検査の結果からYは初めて総胆管損傷の可能性を疑い、再手術もあり得るとAに伝えたことなどが認められている。以上を前提としたうえで、判決によれば、Xは術後の早い段階からAの胆汁漏出を繰り返し確認しており、胆管損傷を疑って確認すべき義務があったとされる。他方Yについては、本件手術の経緯からして、少なくとも胆管損傷の可能性を考えてXにその旨

を伝え、「適切な引継ぎ」をするとともに、旅行中にあっても「Xと適宜連絡を取り合う」などして、「Yとともに適切な処置を行うべき注意義務」に違反したとされている。しかし、以上の経緯全体から窺えるのは、終始各人が個別にAの異変を認識し、それにもかかわらず個別に必要な措置を講じていなかったという点であって、両名の認識や置かれた状況は異なっており、具体的に課されている作為義務の内容も多分に異質なものを含んでいたといえる。以上からは共同性を認めることはできず、(5)の部分については同時犯として評価すべきであり、(4)とは独立して因果関係を肯定することが可能かが精査されるべきであったと解される<sup>(124)</sup>。

もっともそうだとすると、この部分を(4)と一連の行為として処理することにより、因果関係の問題を不問とする余地は残る<sup>(125)</sup>。これによって罪名自体が変わるわけではなくとも、複数の注意義務違反を認定できるか否かは量刑に影響し得るので、(特に(5)における単独正犯性の有無について)なお検討がなされるべきと解される。

## 9 名古屋地判平成19年7月9日裁判所ウェブサイト・LEX/DB25421152

本件では、Xと妻Yとがパチンコ店駐車場の自動車内に生後79日の実子Aを残したまま約5時間近くスロット遊戯をしている間に、日光の照射等により車内の温度が上昇し、Aが熱中症に陥って死亡したという事案につき、両名に重過失致死罪の共同正犯の成立が認められている。本件では主意的訴因であった保護責任者遺棄(不保護)致死罪の共同正犯については故意が認

(124) 量刑理由では、両名が各注意義務についていずれか一つでも適切に対処していれば死亡結果は回避できたはずだとされているが、これによって基礎付けられるのは事実的因果関係のみであり、個々の行為が創出した危険の現実化(法的因果関係)が直ちに認められるわけではない。(5)におけるX、Yの個別の行為は死因を形成しているわけではなく、(4)と切り離して単体で因果関係を認めることは困難であると解される。さらにYについては単独正犯としての正犯性にも検討の余地があると考えられる。

(125) 構成要件段階における「一連の行為」論の意義と問題につき、照沼亮介「事後強盗罪における故意なき死傷結果の帰属」上智法学論集58巻3・4号(2015年)23頁以下、31頁以下参照。

められないとされて成立が否定されたが、予備的訴因であった重過失致死罪に関しては、まず兩名共にAの生存のためには保護が不可欠であることを認識しており、上記のような態様で車内に長時間にわたり放置すれば熱中症等に陥るおそれがあったことについても僅かな注意を払えば認識できたと言われた。その上で、他にAの様子を見る者がいない状況下においては、兩名は「お互いが協力して、一方がAに付き添う、車内の温度を下げる、授乳するなどの措置を講ずべき」であり、Aの健康状態に留意し、熱中症等に陥る危険が生じることを未然に防止すべき「共同の注意義務」があったと評価された。にもかかわらず、XはYが様子を見に行くだろうと考え、Yは1時間程度であれば大丈夫、1時間経過後もAが我慢してくれるなどと軽信して、相互に意思を通じ、自動車の窓をすべて閉め、エアコンによる温度調節をすることもなく、ドアを施錠して同車を離れ、Aを放置したままスロット遊戯を継続しており、重大な過失が認められるとして、共同正犯の成立が肯定されている。

本件では兩名が相互に意思を通じて危険な行為に出ていること、いずれもAの生命を保護するという作為義務を負っていることが認められるが、より具体的に担っていた作為義務の内容としても、例えば適宜Aの様子を見に車に戻る、付き添う、車内の温度調節をする、水分補給させるなどといった主要な部分は兩名で共通しているといえよう。授乳に関しては基本的にYのみが可能な状況にあったといえるかもしれないが、兩名はAを車内に残してパチンコ店で遊興する行為を1か月近く続けており、その際にはいずれも一定の時間おきに交代で車内に戻り、授乳と付き添いを行っていたという事情も認定されており、そのような措置を講じたり、あるいは事前にミルク等を準備して持参することも十分可能であったと考えられ、注意義務及び作為義務の内容の共通性を否定するような事情とはいえないと思われる<sup>(126)</sup>。また、上記の事情から、相互に一定の時間おきにAの様子を見に戻るよう促したり要請したりする義務を認めた上で、その内容の共通性と寄与の重大

---

(126) 池田ほか編・前掲(注11)344頁(板津執筆)は兩名がAの「親権者」であったことを指摘するが、この点は(少なくとも理論的には)それほど大きな意味を持たないと思われる。

性とを認定して共同正犯の成立を肯定する余地もあるかもしれない。

## 10 奈良地判平成 24 年 6 月 22 日判タ 1406 号 363 頁

本件では、院長であった医師 X と勤務医 Y（捜査段階で死亡）とが、入院患者 A の良性腫瘍を肝臓がんであると誤診した上、両名共に肝臓外科は専門外であって肝臓の切除手術の執刀経験がないにもかかわらず、安全に実施できると軽信し、両名以外には看護師 2 名が立ち会うのみという不十分な人員態勢のまま腫瘍の切除摘出手術を開始して、手技上のミス等により A の肝静脈等を損傷して大出血をさせ、適切な止血処理を行うこともできないまま同人を死亡させたという事案につき、両名に業務上過失致死罪の共同正犯の成立が認められている。本判決は仮に実際に肝臓がんであったとしても両名が本件手術を行うことはできない以上、誤診それ自体を過失行為と捉える必要はないとした上で<sup>(127)</sup>、このような高度の専門性が要求され大出血の危険性が高い手術を実施するに際しては、十分な人員態勢を確保した上で、専門医が適切な手術方法によって実施すべきであったところ<sup>(128)</sup>、X と Y の 2 名のみではこれを安全に実施できないことを認識し、その実施を厳に避けるべき「業務上共通した注意義務」があったこと<sup>(129)</sup>を認めた。その上で、両名はこれを安全に実施できるものと軽信して「その旨意思を通じていたこと」が認められ<sup>(130)</sup>、不十分な人員態勢のまま手術を開始したという上記の注意義務に違反する「共同過失行為」があった<sup>(131)</sup>と認定されている。

本件では、出血の原因となった損傷については、電気メスで A の横隔膜を剥離し、超音波メスで腫瘍に向かって肝臓を切り進めていく中で生じたことが認められるが、これらは「X ないし Y」が担っていたこと<sup>(132)</sup>のみが認定されており、いずれの行為に由来しているのかまでは明らかにされていない

(127) 判タ 1406 号 372 頁。

(128) 判タ 1406 号 373 頁。

(129) 判タ 1406 号 376 頁。

(130) 判タ 1406 号 377 頁。この点に関しては、谷井悟司「判批」法学新報 122 卷 11 = 12 号 (2016 年) 396 頁も参照。

(131) 判タ 1406 号 377 頁。

(132) 判タ 1406 号 368 頁以下。

い。従って、両名が意思連絡の上で極めて危険な行為<sup>(133)</sup>を分担していたことが認定されている点は因果性を肯定する上で必要であり、正当な判示であるといえる。なお、両名の立場の異同に関し、弁護人が執刀医はYであったことを主張したのに対して、本判決は実際にAの肝臓を切除したのは主にXであり、「執刀医」の概念いかに共同過失の認定を左右することはない<sup>(134)</sup>としているが、実際に担った役割が重要である以上、この点も結論的に正当であり、正犯性を肯定し得ると解される<sup>(135)</sup>。

## 11 平成28年決定

最後に平成28年決定の事案について、ごく簡単に要点のみを示しておくことにしたい。本件では歩道橋上で多数の参集者が折り重なって転倒し死傷者が発生した雑踏事故につき、警察署副署長であり署警備本部の副本部長として署長を補佐する立場にあったXにつき、警備計画策定の第一次的責任者であり現地警備本部指揮官であったYとの間に共同正犯関係が成立するかが問題となったが<sup>(136)</sup>、最高裁は、XとYがそれぞれ分担する役割は基本的に異なっており、事故防止のために具体的に要求され得る行為についても、Yについては、(A1)事故発生の直前となった時点では、配下警察官を指揮するとともに、署長を介し又は自ら機動隊の出動を要請して、歩道橋内への流入規制を実施すること、(A2)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計画を適切に策定することであったのに対し、Xについては、(B)各時点を通じて、基本的には署長に進言することなどにより、Y

---

(133) 匿名解説においては「無謀というほかない手術」と評されている(判タ1406号365頁)。

(134) 判タ1406号377頁。

(135) さらに、手術の必要性を疑問視し、出血の危険性が高く、人員態勢も不十分であることなどを看護師らが進言したにもかかわらず両名が耳を傾けず、輸血の準備も行わなかったこと(判タ1406号375頁以下、368頁、383頁)、薬での治療を希望していたAに対し両名が個別に手術を受けるよう告げたこと(同367頁)、Yが手術の実施に積極的であったが、最終的にXが実施を決定して主導的な役割を果たしたこと(同383頁)などが指摘されている。

(136) Yには既に単独正犯としての罪責が認められている(最決平成22年5月31日刑集64巻4号447頁、三浦・前掲(注19)86頁以下)。

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、そうすると「両者が負うべき具体的な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」と評価して、両名に業務上過失致死傷罪の共同正犯は成立しないとしている。この事案では、警備計画策定段階の過失は結論として処罰対象からは除外されているが、本決定によれば (A1) (A2) と (B) の内容がまったく異なる以上、仮にこの点が問題となっていたとしても、いずれの時点においても共同正犯関係は成立しないということになろう。

Xは署長の指示の下、配下の警察官を指揮し、必要に応じて情報収集、報告、連絡、積極的な進言などを行うことにより、署長を補佐する立場にあり、事故当日は署警備本部でその任に当たっていたことが認められており、他方Yは署長の指示の下、配下の警察官を指揮し、責任者として警備計画を策定し、事故当日は指揮官として現場の警察官や警備会社側の責任者と直接接し、機動隊の出動についても自己の判断で実現できる立場にあったことが認められている。既に指摘されている通り<sup>(137)</sup>、両名は署長への進言や要請を介する形で間接的に連携していたということは可能かもしれないが、その認識内容、置かれた立場、果たすべき義務の具体的な内容がいずれも大きく異なっており、また、その義務内容はいずれも自らの判断と責任で独立して履行すべきものであったといえ、XとYが相互に注意喚起したり進言したりする関係の義務も認め難い。結局、いずれの見地からも共通性は認められないと解される。同時に、以上のことからするとそもそもXの側がYについて認められた注意義務違反を客観的に構成する内容に関し「意思を相互に通じていた」と評価することすら困難であるといえよう。

---

(137) 大塚(裕)「過失犯の共同正犯の成立範囲」前掲(注9)51頁以下、同・前掲(注42)225頁以下、池田ほか編・前掲(注11)344頁(板津執筆)、嶋矢貴之「判批」ジュリスト平成28年度重要判例解説165頁、古川・前掲(注25)10頁、三上・前掲(注1)164頁以下、橋爪・前掲(注14)138頁以下、谷井悟司「判批」法学新報124巻3=4号(2017年)257頁以下、261頁以下、同・前掲(注11)28頁以下。

## VI 結語

本稿の主な帰結を掲げれば以下の通りである。

①従来の多数説である共同義務の共同違反説については、意思連絡の要否及び内容、注意義務の共通性の判断方法、正犯性の判断方法（特に「相互監視義務」の意義）、因果的共犯論（及び個人責任原理）との関係などにおいてなお不明瞭な点が多く残されている。

②近年の有力説である相互促進性を要求する見解については、その相互促進性の具体的な内容、実はこれに加えて注意義務の性質を考慮していることの理論的な位置付け、正犯性の判断方法などについて疑問があり、特に故意犯も含めおよそ共同正犯につき意思連絡を不要と解することの代償として成立範囲が著しく膨張するのではないかと懸念が払拭できない。

③過失共同正犯の成立要件は、基本的に故意犯の場合と同様に、客観的に不法の内容を構成する寄与を分担することについての意思連絡、これに由来する結果との間の心理的因果性、不法内容＝注意義務違反の共通性（共同性）、意思連絡に基づいて分担された重要な寄与（正犯性）であると解される。

④従前問題とされてきた「相互監視義務」は成立要件ではないが、具体的事案における注意義務の内容として、他の共犯者に働きかけることで結果発生を防止する作為義務が課されることはあり得る。従って、そうした場合に関与者間での共通性と寄与の重大性が肯定されれば、この点を根拠として（過失不作為犯としての）共同正犯の成立を認める余地もなお残されている。もっとも、通常の事案においては自身が直接担った寄与の重大性を正犯性の判断対象とすることで足りると考えられる。

⑤判例については肯定例・否定例共に概ね妥当な帰結を導いてきたと解される。ただし、①の強い影響下に置かれてきたことが原因となって、意思連絡や重要な寄与といった個々の成立要件が必ずしも明確に意識されていなかったり、④のような概念が突如として用いられたりしたことが見受けられるほか、特に具体的な侵害結果を対象とする犯罪（業務上過失致死傷罪など）においても時折注意義務を高度に抽象化することによって関与者間の不法内容の共通性を肯定するような手法が用いられることがあり<sup>(138)</sup>、これらの点については改善を要すると思われる。

（本学法科大学院教授）

---

(138) この点に関し、谷井・前掲（注137）259頁。さらに、照沼亮介「判批」法学教室判例セレクト2007・26頁参照。