



過失犯の共同正犯の成立範囲 : 明石花火大会歩道橋 副署長事件を契機として

大塚, 裕史

(Citation)

神戸法學雑誌, 62(1/2):1-58

(Issue Date)

2012-09

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004346>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004346>



神戸法学雑誌第六十二巻第一・二号二〇一二年九月

過失犯の共同正犯の成立範囲

—明石花火大会歩道橋副署長事件を契機として—

大塚 裕史

- 1 はじめに
- 2 過失犯の共同正犯と刑法60条
 - (1) 過失の教唆犯・幫助犯の不可罰性
 - (2) 刑法60条の意義
- 3 作為義務（保障人的地位）と結果回避義務の関係
- 4 過失犯の共同正犯の処罰根拠
 - (1) 共同義務の共同違反
 - (2) 共同正犯の処罰根拠
 - (3) 過失犯の共同正犯に関する裁判例と相互促進性
- 5 共同義務の発生根拠
 - (1) 規範的な基準の問題性
 - (2) 共同義務の判断基準
- 6 共同義務と相互監視義務
- 7 明石花火大会歩道橋副署長事件における共同正犯の成否
- 8 おわりに

1 はじめに

平成13年7月21日、明石市民夏まつりで実施された花火大会において、参集した多数の観客が、花火大会が実施された公園と最寄りの駅とを結ぶ歩道橋に集中して過密な滞留状態となり、強度の群衆圧力が生じて、多数の者が折り重なって転倒するいわゆる群衆なだれが生じ、11人が死亡し183人が負傷するという事故が発生した。

この事故について、花火大会を実質的に主催した明石市の職員3名のほか、明石警察署地域官で、現地警備本部指揮官であった者、及び明石市と契約していた警備会社の支社長で、警備員の統括責任者であった者の計5名が業務上過失致死傷罪で起訴された。

第一審判決は5名をいずれも有罪とし、控訴審判決も4名の控訴を棄却し、⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾警察署地域官と警備会社支社長の2名が上告したところ、最高裁判所は平成22年5月31日、上告を棄却し、職権で、被告人両名に対する業務上過失致死傷罪の成否について検討し、両名に有罪の言い渡しをした。⁽⁴⁾

同決定は、被告人明石警察署地域官の罪責について、「遅くとも午後8時ころまでには、歩道橋上の混雑状態は、明石市職員および警備員による自主警備によって対処し得ない状態に達していた」のであるから、「被告人は、午後8

-
- (1) 神戸地判平16・12・17刑集64巻4号501頁。神戸地裁は、明石警察署地域官と警備会社大阪支社長に禁錮2年6月の実刑判決、明石市職員3名（明石市市民経済部長、市民経済部経済産業担当次長、市民経済部商工観光課長）に禁錮2年6月、執行猶予5年の有罪判決を言い渡した。
- (2) 明石市市民経済部経済産業担当次長は2005年2月に控訴を取り下げた。
- (3) 大阪高判平19・4・6刑集64巻4号623頁。
- (4) 最決平22・5・31刑集64巻4号447頁。本決定の評釈として、齊藤彰子「判批」法学教室365号別冊付録・判例セレクト2010〔I〕(2011)29頁、松宮孝明「判批」速報判例解説8号(2011)205頁以下、同「判批」法学セミナー671号(2010)135頁、甲斐克則「判批」平成22年度重要判例解説(2011)194頁以下、岡部雅人「判批」刑事法ジャーナル25号(2010)88頁以下。

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いうべき」であったのに「雑踏事故はないものと轻信し、上記注意義務を怠って結果を回避する措置を講ずることなく漫然放置し、本件事故を発生させて多数の参集者に死傷の結果を生じさせた」のであるから業務上過失致死傷罪が成立すると判示している。検察官が花火大会当日の過失に限定して起訴⁽⁵⁾していることもあり、裁判所で認定された過失も花火大会当日の過失であった。

その後、本件事故に関し、当時の明石警察署副署長が、平成16年法律第62号による改正検察審査会法に基づくいわゆる強制起訴の最初の対象となり、平成22年4月20日に業務上過失致死傷罪で起訴され（以下、この事件を「明石歩道橋副署長事件」ないしは「本件」と呼ぶことにする）、平成24年1月19日、神戸地裁で初公判が行われ、年内に結審の見込みとされている。

起訴状によれば、本件の本位的訴因は、「午後7時30分ころから午後8時10分ころまでの間に、警備会社と連携し、又は、本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に指示して、参集者の迂回路への誘導や群衆の分断等により、本件歩道橋南側階段下からJR朝霧駅へ向かう参集者の流入阻止を中核として、本件歩道橋内への流入規制を実施し、又は署長に進言して実施せしめ、もって地域官と共同して、雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、そのような事故は発生しないと轻信してこれを怠り、地域官とともに漫然放置した、又は、雑踏事故の発生を未然に防止すべき各業務上の注意義務が地域官とともにあったにもかかわらず、いずれも、そのような事故は発生しないと轻信してこれを怠り、それぞれ漫然放置した。」という内容であり、花火大会当日の共同過失又は単独過失の競合を主張するものである。

(5) 本件で問われていたのは過失不作為単独正犯の競合であった。過失不作為犯の競合における理論上の問題点については、大塚裕史「過失不作為犯の競合」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012）151頁以下。

また、予備的訴因は、「被告人は、地域官とともに、本件夏まつり当日に至るまでに、本件夏まつりに関する明石署の雑踏警備計画において、本件歩道橋を警備要点として指定するとともに、花火大会開始前から参集者の迂回路への誘導や群衆の分断による本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成および任務を自ら策定し、又は署長に進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させ、もって、地域官と共同して、雑踏事故の発生を未然に防止する体制を構築すべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、これを怠り、地域官とともに漫然放置した、又は、雑踏事故の発生を未然に防止する体制を構築すべき各業務上の注意義務が地域官とともにあったにもかかわらず、いずれも、これを怠り、それぞれ漫然放置した。」という内容であり、雑踏警備計画策定の段階における共同過失又は単独過失の競合を主張するものである。

明石花火大会歩道橋事件から本件公訴提起までには、既に8年余りが経過しており、副署長に過失犯の単独正犯しか成立しえないのであるならば、過失犯の単独正犯で有罪とされた地域官とは「過失の競合」⁽⁶⁾にすぎず、副署長は当時の刑事訴訟法250条により平成18年7月に公訴時効が完成しており、平成22年に施行された公訴時効の規定の改正には遡及適用がないので、刑訴法337条4号により免訴判決が言い渡される可能性⁽⁷⁾がある。これに対して、副署長に有罪判決の確定している地域官との間で業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するのであれば、刑訴法254条2項により地域官が起訴された平成14年12月26日からその刑が確定した平成22年5月31日までの間公訴時効は停止することになるので、時効完成を理由とする免訴判決の可能性はなくなり、実体判決が言い渡される可能性がでてくる。このように、過失犯の共同正犯の成否が、公訴時効

(6) 過失の競合とは、過失単独正犯が競合した場合をいう。いわゆる同時犯である。過失犯の単独正犯の競合と過失犯の共同正犯に関係については、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＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）205頁以下。

との関係で争われるのは我が国裁判史上初めてのことであり、その帰趨が注目される。

松宮孝明教授は、この事件に注目し、過失犯の共同正犯をめぐる判例・学説の状況を詳細に検討した上で、本件副署長と地域官の間に共同正犯が成立することを主張する論文⁽⁸⁾（以下、「第1論文」という）を公表され、さらに、第1論文での主張を理論的に補強するために、「過失不作為の共同正犯」の成否を取り上げた論文⁽⁹⁾（以下、「第2論文」という）を相次いで公表された。とりわけ、第2論文では、過失犯の共同正犯においても相互的な因果性をその処罰根拠とすべきであると主張する拙稿⁽¹⁰⁾（以下、「前稿」という）をもっぱら批判的に検

-
- (7) 本件起訴状では被告人の「共同過失」のほかに「単独過失」も主張されているが、これは、指定弁護士が単独過失であっても過失競合の場合は時効が停止すると考えているからである。しかし、刑事訴訟法254条2項が「共犯の1人に対してした公訴の提起による時効の停止は、他の共犯に対してその効力を有する」と規定するのは、公訴時効制度の存在理由から共犯を一律に取り扱うのが相当で、共犯者間の不公平を避ける趣旨であるから、同条項の「共犯」とは、刑法総則の共犯及び刑罰法規において独立の共犯類型として規定されている必要的共犯を意味する（松本時夫＝土本武司＝池田修＝酒巻匡編『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂）503頁、505頁）。過失の競合は、過失単独正犯が競合したに過ぎず、共同正犯でもなければ必要的共犯でもないから公訴時効は停止しないはずである。刑事訴訟法は、9条1項で「数人が共に同一…の罪を犯したとき」と規定し、その文言の中には過失の競合を含める余地があるが、同条項は、このような場合には数個の事件に関連性を認め併合して審理・判決したほうが訴訟経済や量刑の衡平等に資するという趣旨であるから、同条項は管轄と審理の併合・分離の関係においてのみ意味を持つに過ぎない、したがって、刑事訴訟法254条2項があえて「共犯」という文言を採用している以上、共犯に当たらない者をこれに含めることは、同条の趣旨からして妥当でないのみならず、被告人に不利な方向での類推解釈を認めることになり不当である。
- (8) 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）135頁以下。
- (9) 松宮孝明『『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について—大塚裕史教授の見解に寄せて—』立命館法学339=340号（2012年）499頁以下。
- (10) 大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル28号（2011年）11頁以下。

討され、共同義務の共同違反を、私見とは異なり、社会的・規範的な観点から基礎づけるべきことを主張されている。

筆者は、松宮教授と同様、いわゆる過失犯の共同正犯肯定説を支持しているが、明石花火大会歩道橋副署長事件については、従来の判例・通説理論を前提にする限り、副署長と地域官との間に共同正犯の成立を認めることはできないと考えている。そこで、本稿では、日頃から敬愛する松宮教授の第2論文において筆者の前稿に加えられた数々の批判に答えるという形をとりながら、過失犯の共同正犯の成立要件である「共同義務の共同違反」の内容について詳細な検討を加えることにしたい。

2 過失犯の共同正犯と刑法60条

(1) 過失の教唆犯・幫助犯の不可罰性

筆者は、前稿において、過失犯の共同正犯否定説が「刑法60条は過失犯の共同正犯を認めていない」と主張する点について、「犯罪の成立要件一般を規定する刑法典総則は、刑法典各則に規定されるすべての犯罪類型に適用されるべきものである。したがって、刑法60条の共同正犯が刑法典上犯罪として規定されている過失犯には適用されないというのは、同条の文言解釈から当然に出てくる帰結ではない」と指摘した⁽¹¹⁾。

これに対し、松宮教授は、「総則の規定が各則のすべての犯罪類型に適用されるべきものであるなら、過失犯処罰の各則規定に対しては、刑法61条や62条も、適用されるべきことになろう。つまり、過失による教唆犯・従犯もありうるということになってしまうのである。しかし、共同正犯の規定が、本来、刑法の各則規定に該当しない行為にまで処罰範囲を拡張するのであれば、故意のない場合にまでこれを適用するためには、そのための特別な規定が必要となるはずである」と批判される⁽¹²⁾。

たしかに、刑法38条1項が「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない」と規定しているところから、

過失犯の共同正犯否定説は、過失犯の共犯を処罰する「特別の規定」が存在しない以上、過失犯の共同正犯を処罰することは罪刑法定主義に反すると主張する。しかし、刑法典各則に過失犯を処罰する「特別の規定」がある限り、過失犯の単独正犯を処罰することは当然認められる。例えば、過失による窃盗の処罰規定は存在しないが、業務上過失致死傷罪は存在しているので、業務上過失致死傷罪の単独正犯の処罰は刑法38条1項に違反しない。そして、「総則の規定は各則の全ての犯罪類型に適用される」のであるから、刑法60条以下の共犯規定を刑法各則が規定する各「犯罪」に適用することは、60条以下の共犯規定の文言がそれを許さない場合を除いて、可能なはずである。刑法38条1項の存在だけで刑法典各則の過失犯処罰規定に刑法60条の適用を排除する根拠にはなり得ないのである。

それでは、刑法60条の文言は刑法典各則の過失犯処罰規定への適用を否定しているのであろうか。換言すれば、60条の「2人以上共同して犯罪を実行した」の規定は故意犯だけを念頭においた規定であるといえるのであろうか。この点、60条は「2人以上共同して犯罪を実行した」と規定するだけであり、「故意の犯罪を実行した」とは規定していない。「犯罪」とは故意犯と過失犯の総称であるから、それが故意犯だけを意味すると解すべき条文の文言上の根拠はない。また、実質的にみても、正犯とは結果に対して第一次的な責任を負う者をいうが、共同正犯は正犯としての実体を備えているので過失の共同正犯の当罰性は高いといえる。したがって、刑法60条を刑法各則の過失犯処罰規定に適用することには合理的な理由がある。

問題はどのように解すると、松宮教授が指摘されるように、61条の教唆犯や62条の幫助犯の規定も刑法典各則の過失犯処罰規定に適用されるかである。これを肯定する見解もあるが⁽¹¹⁾、通説はこれを否定している。なぜなら、「教唆」とは、もっぱら「故意に犯意を生ぜしめる行為」を意味するし、実質的にみても、

(11) 大塚・前掲注(10)「過失犯の共同正犯」14頁。

(12) 松宮・前掲注(9)「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」501頁。

誤って他人に犯意を生ぜしめた場合にまで「故意の正犯の刑を科す」必要性はないからである。また、「幫助」も、もっぱら「故意に正犯を手助けする行為」を意味し、誤って正犯を手助けする行為の当罰性は低いからである。このように、教唆・幫助の文言と過失による教唆・幫助の処罰を基礎づける合理性がないという理由から、刑法61条、62条の共犯規定は過失犯には適用されないと解すべきである。過失犯の共同正犯の処罰を肯定することは、必ずしも(狭義の)過失共犯の処罰による「過剰な刑事的コントロール」⁽¹⁴⁾につながることはないのである。

(2) 刑法60条の意義

次に、松宮教授は、60条は単なる確認規定ではなく処罰拡張事由の規定であるとする私見⁽¹⁵⁾に対し、「共同正犯規定は、何ら刑罰拡張事由ではな」いと批判される⁽¹⁶⁾。教唆犯や幫助犯のような(狭義の)共犯が処罰拡張事由であることについては(限縮的正犯概念を前提にする限り)争いはないが、共同正犯を処罰拡張事由と解するのは妥当でないというのが松宮教授の見解である。

たしかに、共同正犯は「正犯」の実体を備えている者を処罰するだけであり、「正犯でない者」にまで処罰を拡大する規定ではない。しかし、刑法60条は単なる確認規定ではないと解すべきである。刑法60条を単なる確認規定と解することは、刑法60条の規定が存在しなくても共同正犯は刑法典各則の規定だけで、すなわち、単独正犯の構成要件によって当然処罰できるということを意味するが、それは共同正犯を単独正犯に解消するものであって現行刑法の解釈論として適切であるとは思われない。

(13) 例えば、内田文昭『刑法概要 中巻(犯罪論(2))』(青林書院、1999年)513頁、土本武司「過失犯と共犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻—未遂、共犯、罪数論』(法学書院、1992年)151頁。

(14) 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂、2010年)383頁。

(15) 大塚・前掲注(10)「過失犯の共同正犯」14頁。

(16) 松宮・前掲注(9)「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」501頁。

例えば、刑法236条1項は「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した」場合を強盗罪として処罰することを規定しているが、同条項の強盗罪が成立するためには構成要件の全要素を1人で実現する必要がある。したがって、構成要件の全要素を2人以上の者が共同して実現したとしても、例えば、甲と乙が意思連絡のもと、甲が暴行を担当し乙が財物奪取を担当し2人で共同して強盗を実現した場合であっても、甲や乙を236条の規定で強盗罪として処罰することはできない。236条を適用するには1人で「暴行・脅迫」と「強取」という全ての構成要件要素を実現する必要があるからである。

そこで、共同実行により犯罪を実現する者を単独正犯と同様に処罰するために規定されたのが刑法60条である。刑法60条は、刑法典各則の規定と組み合わせることにより基本的構成要件を修正した新たな共犯構成要件を創り出すことを可能にしている。例えば、60条と236条を組み合わせてできた構成要件は、「共同強盗罪」とでもよぶべき犯罪類型であり、「2人以上共同して暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した」場合に成立する犯罪類型である。この修正された構成要件の存在によって、前述の甲と乙には、2人とも強盗罪の共同正犯が成立し、強盗罪の単独正犯と同様に「正犯」と評価されるのである。このように、刑法60条は、単独正犯の構成要件要素を完全には充足していない共同実行者に、完全に充足した場合と同じ法的評価を与えている点で処罰範囲を拡張するものであることは否定できない。

これを単なる確認規定とみると、刑法60条の規定は不要となる。たしかに、共同正犯者各自は犯罪の全事象について機能的な行為支配を有するという見解（機能的行為支配説⁽¹⁷⁾）に立てば、60条の規定がなくても基本的構成要件だけで処罰することは可能となる。例えば、前述の甲は、自ら「暴行」を担当するとともに「強取」も支配していると解するならば236条1項の構成要件要素をすべて充足したことになり、60条の規定を使わなくても、乙を正犯として処罰することは可能である。しかし、間接正犯でもないのに、共同実行者が相互に「行

(17) 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000）

為支配」を有すると解すること自体に無理がある。また、機能的行為支配説は60条不要論に帰着するものであって、60条の解釈論として適切ではない。

刑法60条は一部行為の全部責任の法理を規定するものであり、この規定が存在しなければ、2人以上共同して犯罪を実現した場合でも、当該犯罪の実行行為の一部しか担当しなかった者（例えば暴行を担当した者）に犯罪結果の全体（例えば強盗）について帰責することは許されない。また、共謀共同正犯を肯定する我が国の判例実務を前提にすると、実行行為を直接分担しない者は、刑法典各則の犯罪構成要件には該当しないのであるから、刑法60条によって基本的構成要件を修正することにより創設された共犯構成要件の充足を根拠としなければ、正犯として処罰することはできない。このような意味において、刑法60条が処罰拡張事由であることは否定できないのである。しかし、そのことは、決して正犯の実体を備えない犯罪関与者を正犯として処罰することを意味するわけではないのである⁽¹⁸⁾。

3 作為義務（保障人的地位）と結果回避義務の関係

筆者は、前稿において、結果回避義務違反は故意犯および過失犯に共通する要件であり、したがって、結果回避義務違反は過失不作為犯のみならず過失作為犯の成立要件であると主張した⁽¹⁹⁾。これに対し、松宮教授は、これを「不可解な推論である」と指摘され、結果回避義務が故意犯と過失犯に共通の要件であるというのであれば、「故意不作為犯および過失不作為犯に共通の要件である」という結論になるはずであると批判される⁽²⁰⁾。

しかし、「結果回避義務違反が故意犯および過失犯に共通する要件」であるならば、結果回避義務違反は故意作為犯、故意不作為犯、過失作為犯、過失不作為犯に共通の要件であるから、本稿のテーマである過失犯に限っていえば、「過失不作為犯のみならず過失作為犯における構成要件該当性の要件である」のは当然の帰結であり、不可解な推論ではない。

また、松宮教授は、結果回避義務は本来結果犯である不真正不作為犯に必要

とされる義務であり、その意味では結果回避義務も作為義務の一種であるとされた上で、「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」とする私見⁽²¹⁾に対し、「少なくとも過失不作為の共同正犯が問題となる限りに⁽²²⁾おいて、事態を不必要に複雑にするものであって、適切でない」と批判される。これは、結果回避義務が問題となるのは故意不作為犯および過失不作為犯の場面であり、不真正不作為犯における作為義務は結果回避義務であるという教授の

-
- (18) 松宮・前掲注（9）『『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について』502頁は、3人兄弟が1枚のピザを食べたという設例を出し、1人で1枚のピザ食べた者も3人で共同して1枚のピザを食べた者も「ピザを勝手に食べた」という点で同じであり「ピザを勝手に食べた者は叱られる」という叱責ルールが当然に適用されるという比喩を用いて、実行行為を全部担当しなかった者も60条の規定なしに正犯として処罰できると説明している。しかし、この比喩は適切ではない。なぜなら、この設例で前提とされているルールは「ピザを少しでも食べた者は叱られる」というものであり、そうだとするとピザを少し食べただけで単独正犯になる事例だからである。刑法60条の規定が意味を持つのは、刑法各則の構成要件要素を全部充足していないため単独正犯が成立しない場合であっても、60条により共同実行と評価されれば正犯とされるような場合である。したがって、これをあえてピザ事例で説明するならば、単独正犯の規定は「1枚のピザを全部食べた者は叱られる」という叱責ルールを示したものと理解し、したがって、3人で1枚のピザを食べた場合は、1人でピザを全部食べたわけではないからこのままではこの叱責ルールは適用にならないが、「複数人で共同して1枚のピザを食べた者は、1人で1枚のピザを全部食べた者と同じとする」という規定（これが刑法60条に相当する）を設けることによって、3人で1枚のピザを食べた者は（1枚のピザの3分の1しか食べていないとしても）1枚のピザを全部食べた人と同じように叱責の対象となるのである。したがって、刑法60条は、正犯性の実体はあるとしても、単独正犯の成立要件を完全には充足していない者を正犯として処罰するものであるから、刑罰拡張事由である。
- (19) 大塚・前掲注（10）「過失犯の共同正犯」16頁。
- (20) 松宮・前掲注（9）『『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について』502-503頁。
- (21) 大塚・前掲注（10）「過失犯の共同正犯」17頁。
- (22) 松宮・前掲注（9）『『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について』503頁。

考え方を前提とした上での批判である。

しかし、結果回避義務は作為犯・不作為犯に共通の要件であるのに対し、作為義務は不作為犯に固有の要件である。たしかに、故意作為犯の場合は、故意を持って行われる作為自体が絶対的に無価値な行為であり刑法によって禁圧すべき行為であるから、そのような行為に出ないことが結果回避措置として求められる。したがって、故意作為犯の場合にあえて結果回避義務という概念を持ち出す実益はない。

これに対し、過失作為犯の場合は、危険な行為であっても社会的にみて有用な行為であれば直ちに禁止の対象となるものではなく、危険性を減少させる措置をとりさえすれば危険行為を遂行することは許される（許された危険）。したがって、過失作為犯の場合は、どのような危険減少措置をとれば結果は回避できたかを考え、次にそのような結果回避措置を法的に義務づけることが可能であるかを検討し、それが可能であると判断された場合に当該結果回避措置は結果回避義務となり、そのような結果回避義務に違反して結果を惹起した場合に構成要件該当性が認められる。

他方、過失不作為犯の場合も、作為犯の場合と同様に、どのような危険減少措置をとるべきかが問題となるが、それ以前に、そもそも「誰に」そのような義務が課されるかが大きな問題となる。前者は「作為義務の内容」すなわち「結果回避義務の内容」の問題であり、後者は「作為義務の主体」すなわち「保障人的地位の有無」の問題である。このうち、従来、作為義務論において主として議論されてきた問題は後者である。

作為は法益侵害に向けての因果の流れを設定する行為であるから、過失作為犯においては、作為行為者が結果回避義務を負う主体となる。ところが、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ない。このように作為義務の主体の問題は、保障人的地位の存否の問題であり、結果回避義務を負う主体を特定する作業であって、不作為犯に固有の問題である。

こうして保障人的地位が認められた者だけに、当該具体的状況の中でどのような結果回避措置を義務づけることができるかが問題となるが、それは過失作為犯における結果回避義務の有無の問題と同様、予見可能性や義務履行可能性等を考慮して判断される問題であり、不作為犯だけに固有の問題ではない。

このように、誰が結果回避義務を負うかという結果回避義務の主体の問題と様々な結果回避措置の中からどのような結果回避措置を行為者に義務付けるべきかという結果回避義務の内容の特定とは区別されるべきであり、前者が作為義務の問題、後者を結果回避義務の問題と位置づけることは「事態を不必要に複雑にするもの」では決してない。どのような結果回避措置を義務付けるかを検討する前に、誰が結果回避義務を負うべきであるかを慎重に検討することが、特に「過失の競合」事例において刑事過失の認定を不当に拡大させないためにも必要である。

学説の中には、過失不作為犯の場合は結果回避義務違反の有無を検討すれば足り、作為義務（保障人的地位）について特に検討する必要がないとする見解もあるが、⁽²³⁾ 作為か不作為かの区別を曖昧にしたまま結果回避義務違反のみを認定すると、⁽²⁴⁾ 作為義務を負わない者の不作為までが過失犯で処罰される危険性がある。したがって、⁽²⁵⁾ 作為義務と結果回避義務は厳格に区別すべきであり、両者の関係を明確にする必要がある。いわゆる作為義務論は、過失不作為犯の場面で、結果回避義務の主体を特定する独自の意義をもつといえよう。

-
- (23) 日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集1巻』（2006）153頁、稲垣悠一「欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論」専修法研論集45号（2009）70頁など。
- (24) 神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田平博士＝大塚仁博士古稀祝賀論文集『刑事法学の総合的検討（上巻）』（1993）46頁。
- (25) 過失犯において作為と不作為の区別を明確にすべきであるという問題意識から、ドイツの判例を手掛かりに両者の区別基準を詳細に検討する最近の文献として、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論（上）（中）（下）」判例時報2107号（2011）3頁以下、2109号（2011）3頁以下、2110号（2011）3頁以下。

過失犯の共同正犯の場合も、誰に「共同の結果回避義務」を課すべきかという保障人的地位の問題（作為義務論）と、どのような内容の「共同の結果回避義務」を課すべきかという結果回避義務の内容の特定の問題とは区別すべきである。

4 過失犯の共同正犯の処罰根拠

（１） 共同義務の共同違反

過失犯の構造の理解については、周知のように、新過失論（行為無価値論型過失論）と旧過失論（結果無価値型過失論）の争いがある。そして、両者の相違は、1つには実行行為のとらえ方の点に現れるといわれている。すなわち、新過失論によれば、過失犯の実行行為は（故意犯のそれとは異なり）結果回避義務違反行為であるが、旧過失論によれば、過失犯の実行行為は、故意犯のそれと同様、法益侵害の現実的危険性ないし実質的な危険性をもった行為であるとされる⁽²⁶⁾。

しかし、山口厚教授が指摘されるように、結果回避義務違反は故意犯及び過失犯に共通の結果惹起を内容とする構成要件該当性の要件であり、本来、旧過失論・新過失論の立場とは無関係なものである⁽²⁷⁾。まず、実行行為は、故意犯であろうが過失犯であろうが、（結果犯においては）法益侵害結果を惹起する現実的危険性を持った行為である。また、法益保護を目的とする刑法は、結果惹起の危険性のある行為を遂行する行為者には、結果の惹起を回避すべき行動を期待するのであるから、実行行為は結果回避義務に違反する行為でもあるといえる。このように、実行行為は法益侵害結果を惹起する行為でもあるが、それ

(26) 旧過失論は、もともとは、結果と因果関係の存在により構成要件該当性を肯定していた。しかし、近時は、旧過失論の立場からも、構成要件要素として実行行為の存在が必要であると主張されるようになっている（修正旧過失論）。

(27) 山口厚「過失犯に関する覚書」渥美東洋先生古稀記念『犯罪の多角的検討』（有斐閣、2006）48頁。

は、同時に、結果を回避すべきなのに回避しない行為（結果回避義務違反行為）でもある。法益侵害行為と結果回避義務違反行為は表裏の關係に立つといえる。

もっとも、故意作為犯の場合は、法益侵害行為は絶対的に無価値な行為であり、刑法はそのような行為に出ること自体を禁止しているのであるから、作為を行わないこと（不作為義務）が結果回避義務の内容となり、法益侵害行為としての実行行為をあえて結果回避義務違反行為と説明しなければならないような実益はない⁽²⁸⁾。

これに対して、故意不作為犯や過失不作為犯の場合は、結果回避措置をとらなかったこと（結果回避義務違反⁽²⁹⁾）が不作為の実行行為の内容となる。また、過失作為犯の場合も、適切な結果回避措置をとらなかったこと（結果回避義務違反）が実行行為の内容となる。なぜなら、過失作為犯においては、故意犯とは異なり、一定の価値を追求するために危険な行為を行うことは無条件には禁止されておらず、危険減少措置（結果回避措置）をとることを条件として行為の遂行は許容されているからである（許された危険）。

特に、過失犯は「開かれた構成要件」であり補充を必要とするといわれているが、行動の自由に対して制約を加えることが正当化されるのはどのような行為であるのかを明らかにし、国民に対して何が禁止されているのかを可能な限り明確に示すことは、罪刑法定主義が要請するところでもある。不明確さを伴う過失犯の構成要件の内容を可能な限り具体的に明確にするためには、構成要件該当行為、つまり、実行行為の内容を結果回避義務違反行為ととらえることが有用であり⁽³⁰⁾、それは、本来、新過失論、旧過失論の立場の相違とは無関係な事柄であると思われる。

(28) 筆者は、以前に結果回避義務を「過失犯独自の問題である」と述べたことがあるが（大塚裕史「過失犯における実行行為の構造」下村康正博士古稀記念論文集『刑事法学の新動向（上巻）』（成文堂、1995）164頁）、それは、結果回避義務の「機能面」に着目した説明であり、故意作為犯の実行行為が法益侵害行為、すなわち、結果回避義務違反行為であることを否定するものではない。

(29) 一般には作為義務違反と呼ばれているが、作為義務の内容は結果回避義務である。

これまで、結果回避義務違反は、新過失論の立場から、社会倫理規範の観点、すなわち、社会的相当性の観点から判断されるものと解されてきた。しかし、旧過失論の立場からは、結果回避義務に違反する行為に法益侵害の現実的危険性が認められ、その危険が現実化した場合に過失結果犯の（客観的な）構成要件該当性が肯定されると考え、結果回避義務違反の有無は、社会的相当性ではなく、危険をコントロールすることにより結果発生の危険性を減少させたといえるかという観点から判断すると解することも可能である。

以上から明らかなように、過失単独正犯の実行行為は結果回避義務違反行為である。そうだとすると、過失犯の共同正犯⁽³¹⁾における「共同実行」とは、結果回避義務違反行為を共同することを意味する。そして、結果回避義務違反行為を共同したといえるためには、共同の結果回避義務に共同して違反したことが必要である（共同義務の共同違反⁽³²⁾）。

例えば、藤木英雄博士は、「危険の予想される状態において、相互利用、補充という関係に立ちつつ結果回避のための共通の注意義務を負う者の共同作業の落ち度が認められうるときが、過失犯における共同実行である」と主張し、大塚仁博士は、「二人以上の者がある過失犯の犯罪的結果を発生させやすい危険性のある行為を共同して行うにあたり、各人に法律上その犯罪的結果を回避すべき共同注意義務が課せられている場合に、それに違反して犯罪的結果を発生させたときは、共同行為者の構成要件の過失および違法過失を認めることができ、さらに、共同者の各人に責任過失がある場合には、過失犯の共同正犯⁽³³⁾が成立する」と主張している。

もっともこのような多数説に対しは、「共同義務の共同違反」は過失不作為犯の共同正犯における共同作為義務を表現したものとしては支持できるが、過失作為犯の場合には、「共同義務の共同違反」という枠組みは不要であるという批判もある⁽³⁵⁾。しかし、前述のように、過失作為犯においては、危険行為を直ちに中止すべき場合もあるが、多くの場合は、危険を許される程度にまでコントロールすれば十分であるため、危険をコントロールするためにどのような措置をとるべきかが問題となることから、結果回避義務の内容を特定する必要が

- (30) 過失犯の実行行為を結果回避義務違反行為と考えることには訴訟法上の意義もある。裁判所が起訴状記載の訴因と異なる事実を認定するには訴因変更の必要があるが、過失行為の態様が変化する場合には被告人に防御の機会を与えるために訴因変更手続が必要である。過失犯の開かれた構成要件を補充する役割を果たすのが結果回避義務であるところ、要求される結果回避措置の内容が異なれば実行行為の態様は異なると考えられる。したがって、訴因変更の可否を考える上でも、過失犯の実行行為を結果回避義務違反行為ととらえることは有益である。
- (31) 過失犯の共同正犯を肯定するか否かについては争いがあるが、判例・通説はこれを肯定している。否定説の理論的問題点については、大塚・前掲注(10)「過失犯の共同正犯」12頁以下。
- (32) 大塚仁『刑法概説総論第4版』、(有斐閣、2008) 296頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975) 294頁、大谷實『刑法講義総論新版第4版』(成文堂、2012) 415頁、阿部純二「過失の共犯—過失の共同正犯を中心として—」芝原邦爾編『刑法の基本判例』(有斐閣、1988) 75頁、土本武司「過失犯と共犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻—未遂、共犯、罪数論』(法学書院、1992) 148頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』(成文堂、2001) 218頁、川端博『刑法総論講義第2版』(成文堂、2006) 539頁以下、斎藤信治『刑法総論第6版』、(有斐閣、2008) 272頁、橋本・前掲注(17)『「行為支配論」と正犯理論』198頁、松宮孝明『刑法総論講義第4版』(成文堂、2009) 269頁、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010) 376頁、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〕』(青林書院、2001) 332頁以下、内海朋子「過失共同正犯論について」刑法雑誌50巻2号(2011) 135頁、金子博「過失犯の共同正犯について—『共同性』の規定を中心に—」立命館法学326号(2009) 165頁、塩見淳「過失犯の共同正犯」法学教室358号(2012) 63頁以下など。
- (33) 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号(1970) 13頁。我が国で最初に共同義務の共同違反を主張したのは藤木博士であるが、ドイツでは、ロクシンが共同義務の共同違反説を主張していた(C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. Aufl. (1963), S. 527f.)。ロクシンの共同義務の共同違反説の紹介として、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)基礎理論』(有斐閣、1966) 78頁以下。
- (34) 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) 3頁以下。
- (35) 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』(成文堂、1998) 398頁以下、甲斐克則『責任原理と過失犯論』(成文堂、2005) 191頁以下。

あり、そのような結果回避義務に違反した行為にのみ構成要件該当性を認めればよいと解される。したがって、過失犯の構成要件該当行為は、過失作為犯であれ過失不作為犯であれ、結果回避義務違反行為であると解され、そこから、過失犯の共同正犯における「共同過失」行為の内容は、過失行為犯であれ過失不作為犯であれ、「共同結果回避義務に共同して違反する行為」と解すべきことになる。

(2) 共同正犯の処罰根拠

共同義務の共同違反をどのような場合に肯定するかは、結局、共同正犯の処罰根拠に遡って検討する必要がある。

それでは、共同正犯の処罰根拠は何であろうか。第1に、共同正犯も他人を介して結果を実現する点で広義の共犯に属する。そして、共犯の処罰根拠については、現在、因果的共犯論（惹起説）が通説である。これによれば、共犯の処罰根拠は結果に対する因果性にある。共犯者において、他人が直接惹起した結果について客観的に帰責されるのは因果性が認められるからである。学説の中には、因果性は狭義の共犯の処罰根拠ではあるが共同正犯の処罰根拠ではないとする見解も主張されているが、他人が直接惹起した結果について客観的に帰責される理由は因果性に求められるべきである。自己の行為と因果性の認められない結果についてまで客観的に帰責させるのは偶然的な結果についてまで処罰を認めるものであり責任主義に反するといえよう。したがって、狭義の共犯であれ共同正犯であれ、自己の行為と因果性のある結果のみが客観的に帰責されると考えるべきである。

しかし、因果性が認められることは、広義の共犯として処罰されるための必要条件にすぎない。因果性の認められる結果は客観的に帰責されるが、それが狭義の共犯として帰責されるのか、共同正犯として帰責されるのかは因果性という基準では判断できない。

第2に、共同正犯は、共同実行により結果を惹起したことにより「正犯」と評価される犯罪類型であることから、正犯性を基礎づける要素が必要である。

正犯とは結果に対して第一次的な責任を負う者であり、単独正犯の場合は実行行為により結果を惹起した者である。共同正犯も「正犯」であるから、狭義の共犯とは異なり、結果に対して第一次的な責任を負う者である。そのためには、「結果に対する重大」な寄与が必要である（寄与性）。共同正犯者は、実行行為の一部を分担し（実行共同正犯の場合）、あるいは、実行行為に準ずるような行為を行う（共謀共同正犯の場合）ことによって結果を惹起したことにより、結果に対する重大な寄与が認められるのである。この点で、因果性は認められるが、結果に対する重大な寄与（寄与性）のない幫助犯と区別されるのである。

共同正犯と幫助犯との区別を（機能的）行為支配の有無で説明する見解も有力であるが⁽³⁶⁾、この見解を推し進めると機能的行為支配が認められれば正犯といえることから刑法60条不要論に帰着する恐れもあり疑問がある。前述のように、両者は、基本的に、結果に対する寄与の重大性によって区別すべきである。

過失犯の場合、共同関与者の間で、結果に対する寄与に有意の差が認められるような事案では、寄与の小さな関与者は過失の幫助犯と評価され（現行法では）不可罰とされる。

第3に、共同正犯は「共同実行」によって結果を惹起する犯罪である（共同性）。結果惹起の手段が共同実行である点に共同正犯の特色がある。教唆犯は、教唆行為により他人に犯罪意思を生ぜしめ犯罪を実現させた点で結果に対する重大な寄与は認められるため「正犯の刑を科する」とされているが（61条1項）、結果実現の手段が教唆行為であって共同実行である共同正犯と区別される。つまり、因果性が認められ、結果に対する重大な寄与があっても、共同性がなければ共同正犯にはなり得ないのである。共同性が認められるからこそ、共同者の各関与が1つの犯罪事実に統合されるのである⁽³⁷⁾。

(36) 例えば、橋本・前掲注(17)『「行為支配論」と正犯理論』198頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005）115頁以下、松原芳博「正犯と共犯・その2—共同正犯」法学セミナー 675号（2011）109頁。

(37) 松原・前掲注(36)「正犯と共犯・その2—共同正犯」105頁。

それでは、この共同性の内容は何であろうか。この点につき、嶋矢貴之准教授は、「共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響力を経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する」ことであると定義づける。⁽³⁸⁾ また、島田聡一郎教授は、「互いが互いのために協力していることを認識しあっていたこと（共同犯行の認識、意思連絡）を典型とする、相互的な結びつき」が必要であると主張する。⁽³⁹⁾

共同実行とは、共同行為者が相互に行為を利用し補充しあって犯罪を実現することであり、その実体は、各自の行為が相互に他者の行為を促進したといえることである。これを「相互促進性」と呼ぶとするならば、共同実行とは相互促進性を意味する。共同実行には単独実行とは異なり、相互に影響力を与え合い、そのことによって（単独で行う場合よりも）結果発生の蓋然性を高めたといえるからこそ、実行行為を部分的にしか分担しない者にも共同正犯としての責任を問うことができるのである。相互促進性が認められることが共同実行性を基礎づけるのであり、共同実行性が認められるからこそ「共同」正犯となるのである。

それでは、共同実行を基礎づける相互促進性はいかなる場合に認められるのであろうか。故意犯の共同正犯の場合、共同実行の「意思の連絡」に基づく「共同実行の合意の形成」、すなわち、「共謀」が存在する場合に相互促進性が認められる。なぜなら、共同行為者が共同実行について相互に意思を連絡し合意を形成したことにより、お互いに心理的な影響力を与え合い各人の行為は促進されたといえ、（共謀がなかった場合と比べ）結果発生 of 蓋然性が高まったといえるからである。故意犯の共同正犯において、一般に、共謀がその成立要件とされるのは、相互的意思連絡に基づく共謀が存在しない限り相互促進性を認め

(38) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（2・完）—共同正犯論序説—」法学協会雑誌 121巻10号（2004）1697頁。

(39) 島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究③』（成文堂、2010）59頁。

ることができないからである。

なお、不作為犯の場合は、既に危険が現実化しようとする状態にあるから、不作為者が共謀をしたからといって結果発生の蓋然性は高まらないとする批判があり得るが、不作為犯の場合は危険の現実化を阻止しない行為が自ら危険を創出した作為と同視できることがその処罰根拠であるから、物理的な意味で結果発生の蓋然性を高めたとはいえないとしても、それと同視できるという評価は可能である。

過失犯の共同正犯の場合、共謀は存在しないが、意思の連絡を共同正犯の成立要件と解する見解が有力である⁽⁴⁰⁾。しかし、故意犯の場合に要求される意思の連絡の内容は、共同実行による結果惹起についての意思連絡であるが、結果惹起の認識のない過失犯において、共同実行による結果惹起についての意思の連絡を求めることはそもそも不可能である。したがって、過失犯において必要とされる意思連絡の対象は、結果惹起の点ではなく、危険行為の共同遂行についてである。そして、危険行為の共同遂行についての意思連絡があれば相互促進性は認められるが、危険行為の共同遂行について意思の連絡がなくても相互促進性を認め得る場合がある。

例えば、取締役AとBが欠陥自動車部品のリコールをしないことを協議し、そのため取締役会でリコールを決定しなかったため死傷事故が発生した場合、取締役AとBの間にはリコールをしないという危険行為についての意思の連絡があり、それに基づいて両名は危険行為を行ったといえるので相互促進性が認められる。したがって、過失犯の共同正犯が成立する。これに対し、取締役AとBが取締役会において欠陥自動車部品のリコールをするよう提案にすべきであるのに漫然と怠り、そのため取締役会でリコールを決定しなかったため死傷事故が発生した場合、AとBの間にはリコールをしないことについて意思の連絡はないので、意思の連絡を不可欠の要件とする立場からは共同正犯は否定されることになる。しかし、意思の連絡はなくても、AとBは危険の防止につ

(40) 例えば、内田文昭「最近の過失共同正犯論について」研修542号（1993）24頁。

いて相互的依存関係があり、Aが提案しないことがBの不注意を促進し、Bが提案しないことがAの不注意を促進したという関係が認められる以上、相互促進性を認めることができるのであって、このような場合に共同正犯の成立を否定する合理的な理由はない。前者の事例で共同正犯を認めながら、後者の事例でそれを否定するという結論は不均衡であり妥当とは言い難い。

共同正犯の処罰根拠から導き出される「共同」正犯の要件は、共同実行性すなわち相互促進性であり、相互的な意思連絡はそれを肯定する根拠に過ぎない。故意犯の場合、相互的な意思連絡がなければ相互促進性は認められない。これに対し、過失犯の場合は、相互的な意思連絡があれば相互促進性を肯定できるが、意思連絡がなくても相互促進性を肯定できる場合があることに注意する必要がある。各自の行為が相互に他者の行為を促進したといえる関係（相互促進性）がなければ、過失単独正犯の競合に過ぎず、共同実行と評価することはできない。この相互促進性は「共同性」の要件として不可欠であるといえる。

以上から明らかなように、共同正犯の処罰根拠から共同正犯が成立するためには、結果帰責要件としての「因果性」、正犯性要件としての「寄与性」、共同性要件としての「相互促進性」の3点が必要である。したがって、過失犯の共同正犯においてもこれらの要件を充足する必要がある。

このうち、過失犯の共同正犯を基礎づける「共同義務」の成立にとって最も重要な要件は、相互促進性である。相互促進性とは、結果の回避について共同義務を基礎づけるような相互依存関係が認められ、かつ、お互いに不注意を助長し合ったといえること、すなわち、お互いに不注意な行為に対し影響力を与え合っていることである。こうした相互促進性の存在によってはじめて「共同結果回避義務」を基礎づけることができるのである。

なお、以上は過失犯の共同正犯の（客観的）構成要件に該当するための要件であり、それとは別に「責任要件」を充足する必要がある。故意の単独正犯に必要な故意の内容と故意の共同正犯に必要な故意の内容は基本的に異なるところはない。同様に、過失の単独正犯に必要な予見可能性の内容と過失の共同正犯に必要な予見可能性の内容は基本的に異なるところはない。したがって、過

失犯の共同正犯が成立するためには、「予見可能性」要件を充足する必要がある。

このように、共同正犯が成立するためには、因果性が認められるだけではなく、結果に対する重大な寄与及び相互促進性（共同性）が認められなければならないとする私見に対し、松宮教授は、私見が妥当するのは作為の共同正犯の場合であり、不作为の共同正犯においては「共同性より先に因果性を認めることは、無理な話である」と批判される⁽⁴¹⁾。その理由として、松宮教授は、複数の者が協力し合って初めて結果を回避できるという場合、「共同でなら合理的な疑いを容れない程度に確実に結果を回避できるか」という不作为の因果関係の判断はそもそも共同義務があることを前提としているのだから、共同性の判断が因果関係の判断に先行すると指摘される。

しかし、そもそも共同正犯において因果関係ないし因果性が問題となる場面は2つある。第1は、単独正犯の場合と同様、構成要件該当行為と結果との間の「因果関係」である。単独正犯の場合は、実行行為と結果との間に事実的因果関係（条件関係）および法的因果関係（相当性ないし危険の現実化）が必要とされ、それが否定された場合は結果の客観的帰責が否定される。通常、既遂か未遂かの区別はこの意味での因果関係の有無によって決せられる。共同正犯の場合も同様に、構成要件該当行為、すなわち、共同実行（行為）と結果との間の因果関係が問題となり、それが否定されると（いわゆる結果犯においては）未遂犯となる。共同実行と結果との間の因果関係が否定された場合は、未遂犯の処罰規定があれば未遂犯の共同正犯となり、それがない場合は共同正犯は成立しない。松宮教授は、「共同義務を尽くせば結果が回避できたか」という因果関係の有無は共同性の判断より先に認めることはできないとされているが、それはこの意味での因果関係の問題である。

これに対し、共同正犯として処罰されるためには、（共同実行と結果との関係のみならず）共同実行を分担した各行為者と結果との間の「因果性」が必要である。これは、因果的共犯論をとる限り当然必要とされる要件である。共同

(41) 松宮・前掲注（9）「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」507頁。

正犯は、自己の行為から惹起された結果だけでなく、共同実行を分担した他の共同者の行為から惹起された結果についても帰責される（一部行為の全部責任の法理）。この一部行為の全部責任が認められるのは、「共同実行」の存在によるものであり、その内実は、他人の行為から惹起された結果であっても自己が他人の心理を介して結果につながりをもったといえることである。この意味での因果性は、自己が他人の行為に対して何らかの影響を与えその行為を促進したといえる場合に肯定される。そして、ここで問題にしている因果性は、物理的な意味での因果関係ではなく、心理的な意味でのそれである。

以上より明らかなように、「共同性より先に因果性を認めることは、無理な話である」という指摘は、共同実行と結果との（物理的な）因果関係については当然の指摘であり異論はない。しかし、各行為者と結果との心理的因果性（その内実は、不注意な行為の相互的な促進性）は共同性の判断そのものであり、相互促進性が認められて初めて共同性が肯定される関係にあるといえる。

（３） 過失犯の共同正犯に関する裁判例と相互促進性

我が国の裁判例においても、過失犯の共同正犯が肯定されるか否定されるかの鍵を握るのは相互促進性である。ここでは過失結果犯の共同正犯が肯定された２つの裁判例と否定された２つの裁判例を取り上げ、事例に即して相互促進性の有無を検討してみることにした。

業務上失火罪の共同正犯を肯定した第１の裁判例として、名古屋高判昭61・9・30高刑集39巻4号371頁〔電気溶接事件〕⁽⁴²⁾がある。本件は、対等な共同行為者の共同作業において時間的に並行して危険を創出するタイプ（並行型危険創出類型）の事例である。

事案は、鉄工所従業員のXとYが、旅館の食堂拡張工事において鋼材の電気

(42) 本判決の評釈として、大谷實「判批」法学セミナー 395号（1987）102頁、松本一郎「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔3版〕（1991）164頁以下、長井長信「判批」判例評論343〔判例時報1239〕号（1987）59頁以下、内海朋子「判批」判例プラクティス刑法Ⅰ総論（2010）376頁。

溶接作業を行うに当たり、その際発生する輻射熱や火花などによって溶接箇所に着着又は近接する可燃物が発火し建物が炎上する危険があったのに、あらかじめ不燃物で溶接箇所と可燃物を遮蔽する措置を講ずることなく溶接作業にとりかかり、両名のうちの一方が溶接する間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ことから、輻射熱や火花などによって可燃物が発火して燃焼し、旅館の一部（現住建造物）を焼損したが、火災がX、Yいずれの作業に起因するのかが不明であったというものである。

このような事案に対し、名古屋高裁は、「（１）被告人両名の行った本件溶接作業（電気溶接機を用いて行う鋼材溶接作業）は、まさに同一機会に同一場所で前記H鋼梁とH鋼間柱上部鉄板とを溶接固定するという一つの目的に向けられた作業をほぼ対等の立場で交互に（交替して）一方が、溶接し、他方が監視するという方法で二人が一体となって協力して行った（一方が他方の動作を利用して行った）ものであり、また、（２）被告人両名の間には、あらかじめ前説示の遮蔽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バケツ一杯の水を掛ければ大丈夫である（可燃物への着火の危険性はない）からこのまま本件溶接作業にとりかかろうと考えていること（予見義務違反の心理状態）についての相互の意思連絡の下に本件溶接作業という一つの実質的危険行為を共同して（危険防止の対策上も相互に相手の動作を利用し補充しよ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。つまり、被告人両名は、単に職場の同僚としてあらかじめ前記措置を講ずることなくして前記危険な溶接作業（実質的危険行為）をそれぞれ独立に行ったというものではない。このような場合、被告人両名は、共同の注意義務違反行為の所産としての本件火災について、業務上失火罪の同時犯ではなく、その共同正犯としての責任を負うべきものと解するのが相当である。」と判示して業務上失火罪の共同正犯（60条、166条1項）の成立を肯定した。

本判決は、相互の意思連絡の下に本件溶接作業という1つの実質的危険行為

を共同して行ったことを理由に、業務上失火罪の共同正犯を肯定している。溶接箇所とこれに接着又は近接する可燃物とを遮蔽する措置を講ずることなく相互に交替しながら溶接作業を行った事実から、結果発生の防止について両者には相互依存関係が認められ、両名は共同して並列的に危険を創出していることから相互促進性を肯定することができる。

本判決は、「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バケツ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」と判示しているが、これは、意思連絡の際に遮蔽措置をとらなくても溶接を監視しバケツの水をかけるという（客観的には不十分な）結果回避措置をとるだけで十分であることを相互確認しており、それによって相互に不注意を助長し合うような強い心理的影響力を与えていることを明示しているものといつてよいであろう。その意味で、本件は相互促進性が認められる典型例であるといえよう。

業務上過失致死罪の共同正犯を肯定した第2の裁判例として、東京地判平12・12・27判時1771号168頁〔都立広尾病院消毒薬誤投与事件⁽⁴³⁾〕がある。本件は、対等な共同行為者の共同作業であっても時間的に前後して危険を創出するタイプ（直列型危険創出類型）の事例である。

事案は、慢性関節リウマチ治療のため入院中の患者Aに対し、主治医から点滴器具を使用して抗生剤を静脈注射した後、血液が凝固するのを防止するため、引き続き血液凝固防止剤（ヘパリンナトリウム生理食塩水）を点滴器具を使用して注入するよう指示された看護師X、Yが、Xにおいて消毒液（ヒビテングルコネート液）を血液凝固防止剤と誤って患者の床頭台に準備し、Yにおいて消毒薬を血液凝固防止剤と軽信して患者に投与したため、消毒薬の誤投与による急性肺塞栓症による右室不全により患者を死亡させたというものである。

(43) 本判決の評釈として、小名木明宏「判批」判例評論533〔判時1818〕号（2003）37頁以下、内海朋子「判批」判例ブラクティス刑法Ⅰ総論（2010）381頁。

これに対し、東京地裁は、「被告人X子において…消毒液ヒビテングルコネート液入りの注射器をヘパリンナトリウム生理食塩水入りの注射器であると誤信して、これを抗生剤と共にA子の病室に持参し、午前8時30分ころ、同患者に対し点滴器具を使って抗生剤の静脈注射を開始すると共に、消毒液ヒビテングルコネート液10ミリリットル入りの注射器を同患者の床頭台に置いて誤薬を準備した過失と、被告人Y子において…午前9時ころ…同患者の床頭台に置かれていた注射器にはヘパリンナトリウム生理食塩水が入っているものと軽信し、漫然、同注射器内に入っていた消毒液ヒビテングルコネート液を同患者に点滴して誤薬を投与した過失の競合により…同患者の容態が急変し、その連絡を受けた同病院医師の指示により、午前9時15分ころ、血管確保のための維持液の静脈への点滴が開始されたが、維持液に先立ち、点滴器具内に残留していた消毒液ヒビテングルコネート液を全量同患者の体内に注入させることになり、よって、そのころ、同所において、同患者を消毒液ヒビテングルコネート液の誤投与に基づく急性肺塞栓症による右室不全により死亡させた」という事実を認定し、被告人両名に業務上過失致死罪の共同正犯（60条、211条前段）を肯定し、Xに禁錮1年、Yに禁錮8月（いずれも執行猶予3年）の刑を言い渡した。

本判決は、判決理由の中で「XとYの過失の競合により」という用語を用いながらも、法令の適用において「被告人両名の判示各所為はいずれも刑法60条、211条前段に該当する」として共同正犯の成立を認めている。

この判決に対し、小名木明宏教授は、「患者の治療という非常に広い意味での『共同』作業は認められても、個々の具体的な行為との関係で注意義務が問題とされる過失としての『共同』行為は存在しているとは言い難い」とされ、「過失の競合が認められるにもかかわらず、共同正犯を認定するのは矛盾であって、よって本判決はそもそも法令の適用を誤ったものといえる」と指摘している⁽⁴⁴⁾。また、北川佳世子教授も、「薬を準備する者、薬を投与する者等が負うべき薬

(44) 小名木・前掲注(43)「判批」39-40頁。同様の指摘として、船山泰範『刑法の役割と過失犯論』（北樹出版、2007）149頁。

剤の種類を十分確認する義務は、同じ内容の義務ではあるものの、各自が担当するそれぞれの作業の中で個別に負う義務であることから、本件では過失犯の共同正犯は認定し得ないというべきであろう。」と主張する。⁽⁴⁵⁾

しかし、XとYは、同じ病院でともに数年にわたり看護師として医療補助の業務に従事してきた者であり、医師の指示内容も2人に抗生剤と血液凝固防止剤を点滴で投与するようにというものである。たまたま、分担として、薬剤を準備する者と薬剤を投与する者に分かれたが、両者の経験年数からしても、準備する者と投与する者が入れ替わる可能性が十分ありえた事案である。したがって、投薬の過誤による結果発生の防止について両者には相互依存関係が認めらる。また、XとYは、共に、患者への薬剤の投与という仕事を共同で引き受けていたのであり、Xとしては患者に直接投与するYが薬の最終確認をしてくれるものと期待するし、Yとしても薬を準備するXがしっかり確認してくれるものと期待する関係にあるので、相互に相手が正しく血液凝固剤を準備・投与してくれるものという誤った期待が相互に不注意を誘発し、相互に確認を怠って消毒薬を投与するという危険行為を促進したといえ、相互促進性を認めることができる。このような場合、両名は、自己の確認義務を尽くすだけでなく、相手の行為を監視する義務もあるといえる。例えば、Xが薬剤の準備を誤っていなかったにもかかわらず、Yが何らかの過誤により患者に消毒剤を投与しようとすることに気付いた場合も、Xにはその投与を阻止する義務があるといえる。このように考えると、本件で、裁判所が共同正犯を認めたのは妥当である。⁽⁴⁶⁾

以上に対し、相互促進性が認められない場合には、共同実行性が否定されるため共同正犯は成立せず、過失単独正犯の要件をみたま限り過失同時犯が成立する。

(45) 北川佳世子「与薬・調剤と過失」中山研一=甲斐克則編『新版医療事故の刑事判例』（成文堂、2010）209頁。

(46) 過失犯の共同正犯を肯定する裁判所の結論を支持するものとして、萩原由美恵「医療過誤と過失犯論（2・完）」中央学院大学法学論叢21巻2号（2008）40頁。
なお、大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル3号（2006）21頁。

業務上過失致死罪の共同正犯を否定した第1の裁判例として、広島高判昭32・7・20裁特4巻追録696頁〔クロロフォルム誤注射事件⁽⁴⁷⁾〕がある。監督関係にない複数の共同担当医の診療によって医療過誤が生じた場合に誰が責任を負うかが問われた事例である。

事案は、山口県宇部市のある病院に勤務している外科医X（古参の医員）とY（外科医長）が右肩胛間接の脱臼を治療するに当たり、患者に全身麻酔を施すために看護師にオーロパンソーダの注射を命じたところ、看護師が薬液を誤ってクロロホルムを静脈に注射したために、患者がクロロホルム中毒による心臓衰弱により死亡したというものである。この事件では、Xが看護師に注射の指示を出しており、死因となった静脈注射に直接関与していたのはXであった。

第一審の宇部簡裁はX、Yに業務上過失致死罪の共同正犯を認め罰金2万円を言い渡した。⁽⁴⁸⁾これに対し、Xが控訴したが、控訴審である広島高裁は、第一審が共同正犯としたのは誤りであるとした上で、本件はX及びYの過失の競合の事例にすぎないとして控訴を棄却し、その後最高裁は上告を棄却した。⁽⁴⁹⁾

広島高裁は、全身麻酔剤の静脈注射という危険な医療行為であること、XとYが共に主治医として甲乙をつけ難いこと（共同主治医）、両名とも注射の実施にあたって看護師の行為を見極めることのできる近くにいたことなどの事実を認定した上で、「或る患者に対する診療行為が2人以上の医師により共同して行われその医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療過程に於いて、医師の過失の存した場合は、その内の或医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責を明らかにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当たる医師全員に存するものと解するのが相当である」とし、Yが直

(47) 本判決の評釈として、内田文昭「判批」医事判例百選（1976）18頁以下、内海朋子「判批」判例ブラクティス刑法I総論（2010）379頁。

(48) 宇部簡判昭31・7・4刑事裁判資料233号475頁。

(49) 最決昭33・3・6判例集未登載。

接麻酔の注射に関与していないからといって刑事責任を免れる理由はないと判示した。

本判決に対して、甲斐教授は、過失の競合であればこのような論理展開をわざわざする必要はないのであり、むしろ過失の共同正犯を肯定すべきであったと指摘されている。⁽⁵⁰⁾ たしかに、本件では、看護師に静脈注射の指示を出したのはXであり、患者の整復をし治療をしたのもXであるにもかかわらず、Yにも共同担当医として同等の刑事責任を負わされている。この結論を導くには、共同担当医の共同義務を認定し、その共同違反を肯定するほうがよさそうである。

しかし、本件は看護師の注射を監督しない医師の不作为が問題とされている。看護師に静脈注射の指示を出したのはXであり、患者の整復をし治療をしたのもXである。したがって、本件治療自体に直接的に関わっていないYに作為義務を認めることは困難である。なぜなら、危険の創出も引受けも認められないからである。したがって、共同作為義務（保障人的地位）が認められない以上、共同（結果回避）義務を肯定することはできない。

また、仮に作為義務が認められると考えた場合にも、XとYの間に麻酔による危険の防止について相互依存関係があったとはいえない。また、お互いに不注意を助長し合うような強い因果的影響力はそこには認められない。したがって、相互促進性が認められない以上、過失犯の共同正犯を肯定することはできない。⁽⁵¹⁾

業務上過失致死罪の共同正犯を否定した第2の裁判例として、越谷簡判昭51・10・25判時846号128頁〔アドバルーン事件〕がある。⁽⁵²⁾ 監督過失の事案において過失犯の共同正犯を否定した事例である。

事案は、アドバルーンによる広告宣伝業の代表取締役Xが、A社の依頼で分譲住宅の広告を行うことになり、ベテランのアルバイト学生Yと共に現場に資材を搬入し、アドバルーンの掲揚日、Yに繋留の際の監視等を指示しその場を離れたところ、Yはアドバルーンに水素ガスを充填して掲揚し、引き下ろした後も水素ガスを抜かないで放置したため、子供2人がアドバルーンを破ってその中に入り込み、酸素欠乏症により死亡したというものであった。

裁判所は、まずXとYの共同正犯の成否について検討し、「過失犯の特質から考えて、共同で犯罪を実行しようという意思の連絡なしでも、共同行為者のそれぞれが各自不注意な行為に出でてそれぞれの不注意が相互に影響しあうことにより全体として一個の不注意が形成され、それにもとづく結果が発生したという評価が下される場合には過失共同正犯が成立する」と判示した後、本件については、「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、XとY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」として共同正犯の成立を否定した。その上で、「Xは、アドバルーンの掲揚繫留についてこれを管理する立場にあったには違いないが、現実には発生した事故との関係においてこれを見た場合、現実にはアドバルーンを掲揚し繫留する業務をしていないX自身に当該事故の発生を予測することができこれを防止することができる立場にあったとは限らない」としてXの単独過失も否定し無罪を言い渡した。

本件は、被告人Xに予見可能性の認められない事案であるから、Xを単独正犯ととらえようが共同正犯ととらえようが、無罪の結論には変わらない。ただ、判決が、直接行為者の過失とその背後の監督者の過失が重畳するようないわゆる監督過失の事案において、共同正犯の成立を否定したのは妥当である。監督者と被監督者との間には危険防止について相互的依存関係はなく、被監督者か

-
- (50) 甲斐克則「過失犯の共同正犯」法学博士井上正治先生追悼論集『刑事実体法と裁判手続』（九大出版会、2003）344頁。
- (51) なお、単独正犯としてもYに刑事過失を肯定できるか疑問の余地がある。たしかに、Yは、この病院に勤務して以来全身麻酔を行ったこともないのに、看護師が麻酔薬クロロホルム入のアンブルを麻酔薬オーロパンソーダと誤認して出して、「これですか」と問うたところ、「うん」と不注意な応答をしている。しかし、それは看護師の過失の幫助にすぎず、看護師に直接指示を出していない医師に過失単独正犯としての監督責任を認めるのは疑問である。
- (52) 本判決の評釈として、内海朋子「判批」判例ブラクティス刑法Ⅰ総論（2010）380頁。

ら監督者へ不注意を助長することはありません。したがって、相互的に因果的影響を及ぼし合うことはない以上、相互促進性が否定され、共同実行性が認められないので過失犯の共同正犯を肯定することはできないのである。

5 共同義務の発生根拠

(1) 規範的な基準の問題性

前述のように、過失犯の共同正犯における共同実行とは、「共同（結果回避）義務の共同違反」行為を意味する。過失不作為犯の場合は、排他的支配など作為義務の発生要件を充足した者（保障人的地位）に、共同（の結果回避）義務が課されるのである。

問題は、いかなる場合に「共同義務の共同違反」行為が認められるかである。この点につき、共同義務といえるためには関与者に共通の注意義務が課せられていなければならないが、それは、「共同者の各人が自己の行為から犯罪の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の結果を発生させないようにすべき注意義務」であり、このような共同注意義務は、裁判所によって認定される「条理に基づく注意義務」とであると説明されてきた。⁽⁵³⁾

しかし、刑法上の結果回避義務は、道徳的なものではなく法的義務でなければならないから、条理を直接の根拠とするのは妥当でない。条理上の義務がなぜ刑法上の結果回避義務にまで高められるのかが明らかではないからである。

これに対し、近時、「刑法上の共同性の根拠は、当該結果を回避すべき『共同義務の共同違反』であり、それは、正犯・共犯を問わず、客観的に規定されるものである」という立場から、「構成要件の実現の事象に対する答責領域は、社会という第三者からみて、結果に至る各関与者の事前行為がどのような意味を有しているか、そしてその事前行為の意味合いからどのような義務を有する

(53) 大塚仁・前掲注 (34)「過失犯の共同正犯の成立要件」6 - 7 頁。

ことになるのかによって決定される」として、客観的帰属に基づく規範的共同性という観点から過失犯の共同正犯を基礎づける見解が主張されている。⁽⁵⁴⁾松宮教授も、第1論文において、この見解を「基本的に妥当である」と評されている。⁽⁵⁵⁾

筆者は、前稿において、この見解に対して、「この見解は、共同結果回避義務を『社会という客観的視点』から規範的に根拠づけようとするものであるが、社会的期待があるときに共同義務が認められるというのでは共同義務が認められる範囲があまりにも不明確である。罪刑法定主義の観点からは、共同義務が認められる場合について明確な基準を立てることが必要であろう。」という疑問を提起した。⁽⁵⁶⁾

これに対し、松宮教授は、第2論文において、「この批判は誤解に基づくものである」とされたうえで「作為義務や注意義務は、何らかの意味で、『社会』という客観的・第三者的な視点から決まるもの」であり「社会的見地を無視した注意義務などありえない」と反論されている。⁽⁵⁷⁾

たしかに、結果回避義務が、最終的には、社会通念によって決まるものであり、「社会的見地を無視した注意義務などあり得ない」という教授の指摘には全く異論はない。その意味では、刑法上のあらゆる概念は、社会的なものであり、最終的には規範的な観点から決せられるものである。

しかし、共同義務をもつばら規範的観点から基礎づけるということは、社会が結果発生の防止を当該関係者全員に期待するときには共同義務が認められるということになる。しかし、共同義務は法的義務であるから、単に社会の期待があるというだけでこれを認めることになれば、結果が発生している過失結果犯においては共同義務の成立範囲が不当に拡大する恐れがある。⁽⁵⁸⁾特に、過失犯に対する世論の処罰感情が高まり、刑事責任と民事・行政責任の境界線も曖昧

(54) 金子・前掲注(32)「過失犯の共同正犯について」165-167頁。

(55) 松宮・前掲注(8)「『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について」172頁。

(56) 大塚・前掲注(10)「過失犯の共同正犯」17頁。

(57) 松宮・前掲注(9)「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」509頁。

になっている今日、規範的観点から共同義務を基礎づける見解は、社会が処罰の必要を認める場合にはすべて共同義務を認めることになりかねず、刑法の基本原則である責任主義に抵触する危険がある。

また、社会の期待というときの「社会」とは何を意味するのか極めて曖昧である。結局、結果を回避し得る手段があればそれがすべて法的義務とされてしまい、そのような義務に違反する行為が違法と評価されることになりかねない。

松宮教授も、社会的な期待がストレートに刑法上の義務に結びつくわけではないとされており、そうであるならば社会的な期待が刑法上の義務になるのはどのような場合であるのかその判断基準を示す必要がある。この点につき、松宮教授は、第1論文において、社会の期待を基準に共同義務が認められる場合を機能的に明らかにされている。すなわち、「共同の注意義務」が認められる場合として、「①複数の人物が共同して危険な作業に当たる事例について、その作業に出ないこと自体が義務となる場合と、②その作業の際に互いの行為についてもその安全を確認しあう義務のある場合、③安全を確認して結果を防止する義務が同じ作業に従事する複数の人物に重量的に課せられている場合、④協力し合って結果を防止すべき義務が複数の人物に科せられている場合等がある」と説明されている。⁽⁵⁹⁾

しかし、ここに示された4つの場合は、過去の裁判例等で共同義務が認められた事案を文章の形で整理したものであるが、「等」という言葉からも明らかのように、決してこの4類型に限定されるわけではない。また、ある事例が、これらの類型に該当するか否かの判断も一義的に行えるわけではない。例えば、「④協力し合って結果を防止すべき義務が複数の人物に科せられている場合」に当たるか否かは、協力し合って結果を防止すべき義務が誰に科されるのかを判断する基準を示さない限り明らかにはならない。結局、この4類型も一応の目安という以上のものではなく、それ自体共同義務の有無を判断する基準となるわけではない。

松宮教授は、共同義務は客観的・社会的に規定されており、「社会に存在する共同義務」によって決まると主張されるが、これでは、具体的事案を前にし

たときに、なぜ共同義務が認められるのか、なぜ認められないのか、その判断のプロセスを明確に示すことができず、判断者が「社会に共同義務が存在する」と認識しさえすれば共同義務が認められることになり恣意的な判断の可能性を排除できない。そればかりか、社会の期待に基づく社会的義務がなぜ法的義務にまで高められるのかその根拠も明らかではない。

(2) 共同義務の判断基準

過失犯の共同正犯の場合、共同実行は、共同義務に共同して違反したという事実により基礎づけられるので、共同義務がいかなる場合に認められるかという共同義務の発生根拠が重要な課題となる。

共同義務を社会的期待に基づく規範的観点から導くことには前述のような問題がある。共同正犯という犯罪類型も、法益侵害方法の一態様である以上、その処罰は法益侵害と結び付けて出来る限り事實的観点から説明されるべきであ

-
- (58) 松宮教授は、私見が「社会的観点から決まる注意義務は、結果発生後の事後判断で決まるものである」という前提に立っており、それは誤解であると指摘される（松宮・前掲注（9）「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」510頁）。しかし、共同義務は、行為時の事情をもとに行為時に課せられるものであり、事後判断によって決まるものではないことは当然である。ただ、行為時に義務があったか否かの「認定」は、結果発生後に行われる。社会的期待の有無は結果の重大性に左右されがちであり、結果が重大であれば社会的期待も大きいことから行為時に義務が存在したという認定になる恐れがあることを指摘したに過ぎない。
- (59) 松宮教授は、「規範的観点は、啓蒙されていない社会感情の期待がストレートに刑法上の義務に結びつくことを認めるものではない」とされ「むしろ、行為者や判断者の恣意を排除する見解ですらある」と主張されている（松宮・前掲注（9）「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」509-510頁）。しかし、規範的観点を強調することは、判断者による判断の相違は避けられず、啓蒙されていない社会感情の期待が刑法上の義務に結びついてしまう危険を払拭することは困難であろう。
- (60) 松宮・前掲注（8）「『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について」178-179頁。

る。

共同（結果回避）義務には、①誰が共同義務の主体となるか、②（当該主体に）共同義務が課せられるか、また、その内容は何か、という2つの問題がある。①の共同義務の主体は、過失不作為犯の場合にだけ問題となり、作為義務論、すなわち保障人的地位の有無によって決せられる。また、②の共同義務の有無は、共同正犯の処罰根拠に遡って検討されるべきである。

第1の保障人的地位の有無については、周知のように、かつて形式的三分説が通説であったが、現在では、そのような形式的説明では、（刑法以外の他の）法令上の義務、契約上の義務、条理上の義務がなぜ刑法上の作為義務に昇格するのかを説明できないと批判され、法益との事実的なつながりを重視した実質的な作為義務論が有力化しており、近時の判例も作為義務の発生根拠について実質的な説明をするようになってきている⁽⁶¹⁾。

そうだとすると、過失不作為犯における共同義務は、実質的な観点から保障人的地位の共同が認められる場合に課せられるものと考えべきである。その際、松宮教授は、法益の保護が社会的に強く期待されている場合に保障人的地位を認めるべきであると主張されるが、それでは社会が保障人的地位を認めるべきだと考える場合に保障人的地位を認めるというに等しく、基準としての明確性に欠けるといわざるを得ない。被害者の法益の依存性を、規範的にとらえるのではなく、事実的にとらえ、作為共同正犯との同価値性の観点から、排他的支配や保護の引受け・危険創出などを共同して行っていたか否かを考慮して判断されるべきである。

(61) 例えば、最決平17・7・4刑集59巻6号403頁。なお、松宮・前掲注(9)「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」510頁注42は、私見が条理を義務の根拠とするのは妥当でないとするのは誤解であって、我が国の判例・学説は条理を法的義務の発生根拠としていると指摘する。しかし、条理であっても、それが法的義務にまで高められることを実質的な観点から説明できる場合には、法的義務の根拠となりうるのは当然であって、条理を直ちに法的義務に直結させてはいけないというだけである。

第2に、ある不作為行為者に共同（結果回避）義務の主体性が認められても、その者に常に共同（結果回避）義務が認められるとは限らない。それは、作為行為者の場合には、作為によって結果を惹起したことにより結果回避義務の主体性が肯定されても、直ちに、共同（結果回避）義務が認められるわけではないのと同様である。共同義務の判断基準は、共同正犯の処罰根拠に遡り、刑法の基本原則から明確な基準を導き出し、それにしたがって判断されなければならない。

共同正犯は、共同実行により結果を惹起したことにより、各人に結果の全体について帰責されるという法的効果が生じる（一部行為の全部責任の法理）。共同義務は共同実行を基礎づける要件である以上、相互に行為に対し因果的影響力を与え合い不注意な行為を促進したといえること、すなわち、「相互促進性」が必要である。なぜなら、共同実行は、単独実行とは異なり、相互に影響力を与え合い、そのことによって（単独で行う場合よりも）結果発生の蓋然性を高めたといえるからこそ、実行行為を部分的にしか分担しない者にも共同正犯としての責任を問うことができるのであるから、相互促進性こそが共同義務の判断基準とされるべきであるからである。そして、過失犯の共同正犯において、相互促進性は、危険の防止について相互的依存関係がある場合において、相互に因果的影響力を与えることにより不注意な行為を促進したといえる場合に認められる。

このような私見に対し、松宮教授は、相互促進性を規定しているのは相互的依存関係だけであって、相互に因果的影響力を与えることにより不注意な行為を促進したことは何ら限定的な意味を持っていないと批判される⁽⁶²⁾。しかし、共同正犯における共同性について、一般に、相互利用補充関係にその根拠があると説明されるが、これはお互いがお互いの行為に影響を与えあって犯罪行為を促進したことを意味するのであるから、過失犯の場合も、相互的な影響力により過失行為を促進したことが必要であって、単に、危険の防止について相互的

(62) 松宮・前掲注（9）「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」511頁。

依存関係があるというだけでは足りず、そのことが過失行為を相互に促進したと評価できるものでなければならない。相互的依存関係は、相互促進性を肯定するための前提要件に過ぎず、重要なのは相互的な因果的影響力であり、相互に不注意な行為を促進したといえることである。相互的に過失行為を促進したといえるからこそ、相手の行為から結果が発生しないように注意する義務が共同義務の内容とされるのである。逆に言えば、相互的な促進作用が認められない場合には、相手の行為から結果が発生しないように注意する義務を肯定するのは妥当でなく、したがって、共同義務は否定され過失犯の共同正犯は成立しないのである。

このように、過失犯の共同正犯が成立するか否かの判断基準は、共同正犯の基本原則から演繹的に説明されるべきものであり、社会の期待といった感覚的なもので判断されるべきものではない。

過失不作為犯の共同正犯を肯定した裁判例も、危険の防止について相互的依存関係がある場合において、相互に因果的影響力を与えることにより不注意な行為を促進したといえる場合に共同正犯を肯定している。ここでは、3つの裁判例をあげ、共同義務の有無について具体的に検討することにした。

第1に、失火罪の共同正犯を認めた裁判例として、名古屋高判昭31・10・22裁特3巻21号1007頁〔素焼コンロ事件〕がある。

事案は、X、Yが、事務室内に2個の素焼コンロを持ち込み、これをラワン材敷台の上に置き、普段より多量に炭火を入れて煮炊きをした後、右ラワン材が過熱のため発火する危険があるのに、右使用後炭火が完全に消火したことを確認しないで帰宅したため前示ラワン材敷台が過熱して発火し、付近の衝立に燃え移り順次事務室から建物に燃え広がり建物を焼損したというものである。

裁判所は、「被告人両名は共同して素焼こんろ2台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帰宅したと謂うのであるから此の点に於いて被告人両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。されば原判決が之に対し刑法第60条を適用したのは正当」であると判示して、業務上失火罪の共

同正犯（60条、117条の2）を肯定した。

本件では、消火を確認しないで立ち去る行為が不作為であるため、X、Yの両名に保障人的地位が認められるかが問題となる。この点について判決は積極的な説明はしていないが、立ち去る時点で事務室内にはX、Yの両名しかいなかったもので両名は共同して排他的支配を有していたといえる。また、X、Yは、対等な立場で、共同して事務室内に2個の素焼コンロを持ち込み多量に炭火を入れて煮炊きをしていたのであるから危険創出行為（先行行為）を共同して行っていたといえる。したがって、X、Yの両名には保障人的地位の共同が認められ、両名は、共同（結果回避）義務の主体といえることができる。

次に、共同（結果回避）義務が認められるか否か。XとYは、事務室内に素焼きコンロを持ち込んで煮炊きをしたという事実から、消火による火災発生の防止について相互依存関係にあったといえる。このような者が意思連絡のもとに過熱発火防止措置を講じないまま立ち去るという行為を行っているので、お互いに不注意を助長し合うような強い因果的影響力が認められる。したがって、相互促進性が認められるので、相互に他方の行為を監視し結果の実現を阻止しあう共同義務が認められるといえる。

第2に、自ら危険創出行為を共同した素焼きコンロ事件とは異なり、既に存在している危険な状況において、共同作業者に特に危険の現実化を阻止すべき共同義務が認められた裁判例として京都地判昭40・5・10下刑集7巻5号855頁〔四条踏切事件〕がある。⁽⁶³⁾

事案は、いわゆる2人制踏切において、濃霧の中、列車接近表示器の故障により列車の接近に気づかず、信号の切替えや遮断機の閉鎖がなされなかったために衝突事故を惹起したというものであった。当該踏切においては、本番及び相番と称する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分前から踏切道に立ち出で列車の接近を確認することに

(63) 本判決の評釈として、内田文昭「判批」交通事故判例百選〔1版〕（1968）228頁、内海朋子「判批」判例プラクティス刑法I総論（2010）375頁。

つとめ、本番は、踏切西寄り北側に設けてある保安係詰所内で、列車が踏切に接近すると電灯が消えブザーが鳴る仕組みになっている列車接近表示器や、反射用鏡等により列車の接近を確認することにつとめ、それぞれ列車の接近を確認したときは、たがい手笛等でその旨を通知し合い、かつ、本番は相番の合図により、踏切道に設置してある四条通に対する交通信号灯を青色から黄色を経て赤色に切りかえた後、踏切道の遮断機を閉鎖する措置を講ずることになっていた。被告人Xは、相番として踏切道に出て列車の接近を確認し本番であるYに通知する義務を負っていたにも関わらずその義務を怠り、被告人Yは本番として列車接近表示器等で列車の接近を確認して相番であるXに通知すべき義務を負っていたにも関わらずその義務を怠り、その結果、遮断機を閉鎖しなかつたために踏切に進入した乗用車が列車と衝突し乗用車内の被害者を死亡させた。

裁判所は、「被告人X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Y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って知らせること等を分担し、被告人Y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っ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Xにその旨を合図し、且つ被告人Xからの合図によって、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ことによっ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。」と判示し、被告人両名に業務上過失致死罪の共同正犯（60条、211条1項）の成立を肯定した。

本件では、X、Yの両名は、列車の接近を確認して通知する行為を怠っており不作为が問題となっている。踏切での事故防止のために2名の踏切警手が配置されていたとすると、この両名に踏切事故による被害者の生命は依存していたといえるので、共同して排他的支配を有していたといえる。また、X、Yは、本件踏切において踏切警手の業務を担当していたものであるから、対等な立場

で、共同して危険防止措置を引き受けていたといえる。したがって、X、Yの両名には保障人的地位の共同が認められ、両名は共同（結果回避）義務の主体ということができる。

問題は、両名に共同（結果回避）義務が認められるかである。本件では、XとYに分業体制がとられていた。Xは相番として踏切道に立ち出で列車の接近を確認し信号の切替えや踏切の閉鎖について指示を出し、Yは本番として保安係詰所内で列車接近表示器や反射用鏡等により列車の接近を確認しつつ、信号の切替えや踏切の閉鎖を行うことを分担していた。したがって、それぞれが自己に課された分担業務を適切に遂行していれば結果は回避できたといえるので、過失同時犯にすぎないようにもみえる。しかし、X、Yは、それぞれ列車の接近を確認したときは、たがいに手笛等でその旨を通知し合うことが内規上義務づけられており、踏切における危険防止について相互依存関係にあったといえる。

裁判所は「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」と判示し、危険行為についての相互的意思連絡があることを指摘している。たしかに、遮断機を下さないという危険行為を共同にしているという評価は可能であるが、遮断機を下さないことについて積極的に意思の連絡があったとみることは困難である。しかし、前述のように、不注意な行為についての意思の連絡は必ずしも必要不可欠ではなく、相互促進性が認められれば十分である。XとYは、列車の接近を相互に確認する立場にあるので、相互の確認行為を信頼する関係にあり、お互いに不注意を助長し合うような強い因果的影響力が認められる。したがって、相互促進性が認められるので、相互に他方の行為を監視し結果の実現を阻止しあう共同義務が認められるといえる。

第3に、「共同義務の共同違反」という枠組み明示的に認めた裁判例として東京地判平4・1・23判時1419号133頁〔世田谷ケーブル火災事件〕がある。⁽⁶⁴⁾

事案は、電話局の地下洞道で電話ケーブルの断線探索作業に従事していた作業員XとYが、断線箇所の修理方法を検討するため、一時、洞道外に退出する

に当たり、各自が使用していたとろ火で点火中のトーチランプ各1個のいずれかを消火することなく、電話ケーブル上に掛けられた通路上に垂らされた布製防護シートの近接位置に置いたまま、共に同所を立ち去ったことから、2個のトーチランプの内1つから防護シートに着火し、多数の電話ケーブル等を焼損したというものであった。

裁判所は、「数名の作業員が数個のトーチランプを使用して共同作業を行い、一時、作業を中断して現場から立ち去るときには、作業慣行としても、各作業員が自己の使用したランプのみならず共同作業に従事した者が使用したすべてのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の注意義務が、共同作業者全員に課せられていた」、「2個のトーチランプの火が完全に消火しているか否かにつき、なんら相互の確認をすることなく、トーチランプをI Yケーブルの下段の電話ケーブルを保護するための防護シートに近接する位置に置いたまま、被告人両名が共に同所を立ち去ったものであり、この点において被告人両名が過失行為を共同して行ったことが明らかであるといわなければならない」とした上で、「本件のごとく、社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、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」と判示し、業務

-
- (64) 本判決の評釈として、山中敬一「判批」法学セミナー454号(1992)126頁、十河太郎「判批」同志社法学47巻3号(1995)822頁以下、高橋則夫「判批」平成4年度重要判例解説(1993)170頁以下、甲斐克則「判批」法学教室増刊・判例セレクト'86〜'00(2002)439頁、松本一郎「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔4版〕(1997)160頁以下、木村光江「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔5版〕(2003)158頁以下、内海朋子「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔6版〕(2008)164頁以下、同「判批」判例プラクティス刑法Ⅰ総論(2010)377頁。

上失火罪の共同正犯（60条、117条の2）を認めた。

本件では、トーチランプが火災の原因とされているが、実行行為は、トーチランプを床に置くという作為ではなく、トーチランプを床に置いたままその場から立ち去ることによって既に生じている危険が現実化するのを阻止しなかったという不作為である。そこで、保障人的地位の共同が認められるか否かが真っ先に問題となる。

この点、X、Yは、電話局の地下洞道で電話ケーブルの断線探索作業に従事しているが、当該作業ではトーチランプを使用するので、火災発生という潜在的危険が現実化しないように保護を引き受けているといえる。また、作業員は地下洞道において危険が現実化することによって侵害される法益を共同して排他的に支配していたといえる。したがって、X、Yの両名には保障人的地位の共同が認められ、両名は共同（結果回避）義務の主体といえることができる。

それでは、XとYに共同（結果回避）義務が認められるであろうか。XとYは、地下洞道でトーチランプを用いて電話ケーブルの断線探索作業に従事しており、トーチランプによる火災の発生の防止につき相互依存関係が認められる。そのようなXとYが、トーチランプを防護シートに近接する位置に置き、相互に消火を確認することのないままその場を立ち去っており、この立ち去り自体は、意思の連絡に基づいて行われている。つまり、危険行為を（危険であることを認識しないまま）共同で行っているのであるから、お互いに不注意を助長し合うような強い因果的影響力が認められる。したがって、相互促進性が認められるので、相互に他方の行為を監視し結果の実現を阻止しあう共同（結果回避）義務を認めることが可能である。

6 共同義務と相互監視義務

筆者は、前稿において、「共同義務といえるためには、関与者に共通の注意義務が課せられていなければならないが、それは、『共同者の各人が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発生させないようにすべき注意義務』である」と述べた。⁽⁶⁵⁾これに対し、松宮教授は、第2論文において、「過失不作为の共同正犯においては、端的に、共同での結果回避義務とその違反があれば足り、相手方を相互に監視することは、必ずしも必要でない」と批判されている。⁽⁶⁶⁾

しかし、相互に相手を監視することが共同（結果回避）義務の内容に含まれないのであれば、過失同時犯（単独正犯）と過失共同正犯の区別は困難となるであろう。

松宮教授は、「結果回避のための共通の注意義務を負う者の共同作業の落ち度が認められうるときが、過失犯における共同実行である」とする藤木英雄博士の論文を引用され、⁽⁶⁷⁾「そこにいう『共通の注意義務』が、ここでいう『共同義務』に相当するものと考えられる」とされ、「『共通の』という形容は、現実

に共同作業をしたことを意味するのではなく、義務内容自体の『共通性』を意味する」と主張されている。⁽⁶⁸⁾しかし、共通の注意義務と共同の注意義務は異なる。たしかに、共同正犯の場合に各人に課される義務内容は共通のものではあるが、義務内容が共通だからといって共同正犯であるとは限らず、過失単独正犯の競合の場合も考えられるのである。

過失単独正犯の場合、直接行為者との間に監督関係が認められる監督者の場合を除き、結果回避義務の内容は「自らの行為から結果が発生するのを回避する義務」である。したがって、例えば、甲と乙が過失同時犯の場合、甲にも乙にも「自らの行為から結果が発生するのを回避する義務」が課されており、その内容は共通である。

これに対し、共同正犯は、他者の行為から発生した結果についても帰責される点に特徴がある（一部行為の全部責任の法理）。そうだとすると、他者の行

(65) 大塚・前掲注(10)「過失犯の共同正犯」17頁。同様の指摘として、塩見・前掲注(32)「過失犯の共同正犯」71頁など。

(66) 松宮・前掲注(9)「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」505頁。

(67) 藤木・前掲注(33)「過失犯の共同正犯」13頁。

(68) 松宮・前掲注(9)「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」504頁。

為から発生した結果について帰責されるためには、他者の行為から発生した結果を回避すべき義務に違反したことが必要である。そのような義務違反がないのであれば他者が惹起した結果について帰責される理由はないであろう。したがって、共同正犯における共同義務は、「自らの行為から結果が発生するのを回避する義務」のみならず、「相手の行為から結果が発生するのを回避する義務」も当然に含まれているのである。

故意犯の共同正犯のように、共同犯行の合意が形成されている場合には、そのような意思連絡を根拠に他の共同正犯者が惹起した結果を帰責させることは可能である。しかし、結果惹起について意思連絡のない過失犯の場合、他の共同正犯者が惹起した結果まで帰責させるためには、「相手の行為から結果が発生するのを回避すべき義務」に違反したといえなければならない。もし、そのような義務を十分履行したといえる場合には共同正犯の成立を否定すべきであろう。

このように、共同正犯を基礎づける共同（結果回避）義務とは、「自らの行為から結果が発生するのを回避する義務」及び「相手の行為から結果が発生するのを回避する義務」である。共同義務の内容をなす後者の義務を仮に「相互監視義務」と呼ぶとすれば、共同義務が認められるためには相互監視義務は不可欠の要件であり、『共同義務』が根拠づけられるのは『相互監視義務』がある場合だけだとするのは論理的に誤りであり、かつ、これまでの判例や学説の考え方にそぐわない」とする松宮教授の批判は⁽⁶⁹⁾当を得たものではない。

現に、前述の世田谷ケーブル火災事件における東京地裁判決は、「各作業員が自己の使用したランプのみならず共同作業に従事した者が使用したすべてのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の注意義務が、共同作業員全員に課せられていた」と判示して⁽⁷⁰⁾いる。これは、自己のトーチランプが消火してあるかどうかを確認して現場か

(69) 松宮・前掲注（9）「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」507頁。

(70) 東京地判平4・1・23判時1419号133頁。

ら立ち去るだけでは十分でなく、共同作業に従事した他者のトーチランプが消火されているかについても確認する義務があることを明示したものである。この点につき、松宮教授は「相手方のランプが消火されていないことに気付いた時には自ら消火する義務を含むのであって、必ずしも、相手方の注意を喚起する義務に限定されるものではない」と指摘される⁽⁷¹⁾。しかし、重要なことは、相手のトーチランプが消火しているかを確認し結果を回避する義務が認められているということであり、確認した結果、結果回避のために、相手のトーチランプの火を自ら消火するか、相手に注意を喚起して消火させるかは問題ではない。相互監視義務の内容は、あくまでも「相手の行為から結果が発生することを回避する義務」であって、その手段は必ずしも相手に注意を喚起する措置に限定されるわけではない。

もちろん、過失犯の共同正犯の成立が肯定された裁判例において、判決文中で相互監視義務があることが常に明示されているわけではない。共同義務は「自らの行為から結果が発生するのを回避する義務」及び「相手の行為から結果が発生するのを回避する義務」（相互監視義務）であるから、前者の義務を尽くしていなければ、共同義務に違反したといえるので、後者の義務（相互監視義務）違反を明示しない場合も当然ある。

例えば、2人制踏切において列車の接近に気付かず信号の切替えや遮断機の閉鎖がなされなかったために衝突事故を惹起した四条踏切事件における京都地裁判決は、「被告人X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Y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って知らせること等を分担し、被告人Y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っ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Xにその旨を合図し、且つ被告人Xからの合図によって、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

(71) 松宮・前掲注(9)「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」506頁。

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ことによっ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」と判示している⁽⁷²⁾。

本件では、列車の接近を確認したときは、互いに手笛等でその旨を通知し合うことが直接的には結果回避義務の内容となっているが、例えば、踏切道に立ち出で列車の確認をすべき相番Yが踏切道に出ずに確認を怠っていることを本番のXが発見した場合には、踏切道に出て列車の確認を行うようYに注意を促す義務も当然含まれていると解される。なぜなら、XとYは、当該踏切において、列車の接近を確認し、信号の切替えや遮断機の閉鎖を適切に行い、衝突事故を防止する共同作業に従事している以上、共同して結果の回避に努めるべきであるから、「自らの行為から結果が発生するのを回避する義務」だけを尽くしても、「相手の行為から結果が発生するのを回避する義務」を尽くさなかった場合には、共同して結果を回避すべき義務に違反したといえるからである。

もし、XとYに列車の責任を確認し相手にこれを通知する義務しかなく、XとYがそれに違反したため結果が発生した場合は、「自らの行為から結果が発生するのを回避する義務」に違反する行為が競合したに過ぎず、過失単独正犯の競合（同時犯）の事例ということになろう。現に、横浜市立大学病院患者取違え事件において、最高裁は、「手術に関与する医師、看護婦等の関係者は…各人の職責や持ち場に応じ、重畳的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある⁽⁷³⁾」ことを認め、看護師、麻酔医、外科医のそれぞれに、患者の同一性確認義務という共通の義務に違反したとして過失単独正犯（の競合）を肯定している。相互に相手を監視する義務が認められないのに共同正犯として他人が惹起した結果についてまで帰責するのは妥当でないと言わざるを得ない。

松宮教授の共同義務は、相互監視義務を不可欠の要件としない点に独自性が

(72) 京都地判昭40・5・10下刑集7巻5号855頁。

ある。そのため、複数の者にそれぞれ同一の結果回避義務が課される場合、それらの義務は共通の義務であるから「共同義務」とされることになり、共同正犯が成立し得ることになる。しかし、相互監視義務がないような場合は、過失単独正犯の競合（同時犯）として処理されるべきものであるし、従来の裁判例もそのような処理をしてきたのである。

7 明石花火大会歩道橋事件における共同正犯の成否

最後に、明石花火大会歩道橋事件において、明石警察署副署長と地域官の間に業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立しうるか否かについて検討することにした。

前述のように、指定弁護士による本件起訴状によれば、本位的訴因は、副署長には花火大会当日の「午後7時30分ころから午後8時10分ころまでの間に本件歩道橋内への流入規制を実施し、又は署長に進言して実施せしめ、もって地域官と共同して、雑踏事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務」という共同義務に共同して違反したことである。また、予備的訴因は、本件夏まつりに関する明石署の雑踏警備計画において、「地域官と共同して、雑踏事故の

-
- (73) 最決平19・3・26刑集61巻2号131頁。本決定の評釈として、照沼亮介「判批」判例セレクト2007〔法学教室330号別冊付録〕（2008）26頁、平山幹子「判批」平成19年重要判例解説（2008）167頁以下、同「判批」判例プラクティス刑法Ⅰ総論139頁、山本紘之「判批」法学新報114巻9＝10号（2008）171頁、甲斐克則「判批」年俸医事法学24号（2009）132頁以下、樋口亮介「判批」ジュリスト1382号（2009）140頁以下、緒方あゆみ「判批」同志社法学60巻6号（2009）451頁以下、平野潔「判批」青森法政論集10号（2009）38頁以下、宮坂果麻理「判批」朝日法学論集37号（2009）107頁以下、大野勝則「判批」最高裁判事判例解説刑事篇平成19年度（2011）74頁以下、前田雅英「事故調査と過失責任」警察学論集64巻1号（2011）147頁以下。なお、第一審判決として横浜地判平13・9・20判タ1087号296頁、控訴審判決として東京高判平15・3・25刑集61巻2号214頁。控訴審判決の評釈として、大塚裕史「判批」医事法判例百選（2006）192頁以下。

発生を未然に防止する体制を構築すべき業務上の注意義務」という共同義務に共同して違反したことである。

松宮教授は、第1論文において、副署長の過失について、公訴事実における本位的訴因および予備的訴因は、「いずれも、雑踏警備の実施状況を常時監視し、自らまたはG（筆者注：署長）に進言して警察力を投入して本件歩道横内への流入規制を実施することや、雑踏警備計画策定の段階で本件歩道橋を警備要点として指定するとともに本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、又はG（筆者注：署長）に進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させることを具体的内容とする『共同の注意義務』とその違反を主張するものであり、これまでの判例や学説の見解によるなら、過失の共同正犯が優に認められるものであることは明らかであろう。これは、先に述べたグループのうち、『協力し合って結果を防止すべき義務が複数の人物に科せられている場合』⁽⁷⁴⁾に属する事案である。」と主張される。

たしかに、前述の松宮教授の共同義務論からすれば、「協力し合って結果を防止すべき義務」を社会が副署長と地域官に期待しているのであれば、両者に共同義務が認められるという結論になろう。

しかし、この結論は「これまでの判例や学説の見解によるなら、過失の共同正犯が優に認められるものである」といえるものではない。我が国の判例・裁判例において、本件の副署長と地域官のように地位の上下に基づく監督関係がある場合に過失犯の共同正犯を認めた事例は1つもない。また、学説の多くは、共同正犯においては「共同性」（共同実行性）は不可欠の要件であるとしており、そこから義務内容の同一性や相互促進性など様々な限定を付している。このような学説の立場からは、副署長と地域官の間には共同性要件が認められないとするのが一般的な理解であり、少なくとも両者の間に明らかに共同義務が認め

(74) 松宮・前掲注（8）「『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について」183頁。

られるような事案ではない。この点で、松宮教授の見解は独自の主張であるといわざるを得ない。

本件では、松宮教授も認めるように、機動隊の出動を要請しないことについて副署長と地域官との間には意思連絡がないし、不注意な行為を相互に促進したという事情も認められない。たしかに、過失犯の共同正犯において、「意思連絡」はそれがなければ絶対に共同正犯は認められないという要件ではないが、意思連絡が認められない点は当該事案において共同正犯の成立を困難にさせる一事情ではある。また、不注意な行為を促進するという意味での共同性の要件は共同正犯にとって本質的なものといえる。

松宮教授は、学説の多くが認める要件を非本質的なものとし、「大事なことは、H（筆者注：副署長）も、A（筆者注：地域官）とともに、本件雑踏事故の防止のために雑踏警備の実施状況を常時監視し、自らまたはG（筆者注：署長）に進言して警察力を投入して本件歩道橋内への流入規制を実施するという『共同の注意義務』を負っており、そしてそれをA（筆者注：地域官）とともに怠ったという事実、あるいは、雑踏警備計画策定の段階で本件歩道橋を警備要点として指定するとともに本件歩道橋への流入規制等の具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるための警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、又はG（筆者注：署長）に進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させるという『共同の注意義務』を負っていたのにそれを怠ったという事実である。」と主張される。⁽⁷⁵⁾

しかし、なぜ副署長が「共同の義務」を負っているといえるのかその根拠を示し、それが共同正犯の基本原則から承認されるものであることを示さない限り、単に結論を述べたものに過ぎない。仮に、副署長が結果の発生を防止すべき立場にあるとしても、それを「単独」で防止すべきなのか、「共同」で防止

(75) 松宮・前掲注（8）「『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について」183-184頁。

すべきなのかは区別されなければならない。また、防止すべきといえるためには、そもそも防止することが可能であったことも必要である。これらのことが具体的に示されない限り、松宮教授の主張には説得力が欠ける。筆者は、これまでの判例や学説の見解によるならば、本件において過失の共同正犯を根拠づけることはできないと考えている。そこで、以下、事故当日の過失と計画段階での過失に分けて、その理由を示すことにしたい。

（１） 事故当日の過失に関する副署長と地域官の共同正犯の成否

本件事故当日、明石警察署長は、明石警察署警備本部長として明石市内全域の警備を総括指揮し、同副署長は明石警察署警備本部副本部長として本部長を補佐していた。署警備本部には、無線と監視カメラの映像を映し出すテレビモニターが用意されていた。他方、本件夏まつり会場には現地警備本部が設置され、同会場及びその周辺に機動隊員を含めた警察官を配置し、警備現場における状況に応じた具体的な措置の実施は、同署において雑踏警備を所管する地域課の最高幹部であって、状況を直接、的確に把握できる地域官に委ねられていた。地域官は、現地警備本部の責任者として、上記警察官を指揮して出勤させ、歩道橋の流入規制等を実施するなどの責務を負い、署長及び副署長の両名は、地域官らからの無線等による連絡及び署本部に設置されたモニターによって、地域官らによる雑踏警備状況を監督していた。

上述のように、雑踏警備に当たっては、現場の状況に応じた臨機の対応が必要であり、現場の状況を的確に把握できる立場にある警備現場の責任者に現場の指揮を委ねる警備体制をとっていた。特に、当該地域官は、兵庫県警察本部地域部地域課課長補佐として雑踏警備の指導を担当した経歴を有するなど、雑踏警備に習熟しており、本件雑踏警備を任せるのに能力および経験において極めて適切な人物と考えられていた。

他方、署長、副署長は、警察業務全般を統括すべき責務があり、現に当時暴走族に対する対応や、国道の規制処置、朝霧駅の混雑の解消処置等ほかの必要な警備上の処置の指揮監督にも当たっていた。そこで、雑踏事故現場の状況把

握とこれに基づき臨機応変に対応する権限を地域官に与えたこと自体は相当である。また、一旦権限を与えた以上、基本的には現場に指揮を任せるべきで、署長・副署長が現場の判断を越えた指揮を行うことはかえって混乱を招くおそれがあることをも考慮すれば、それを必要とする特段の事情が認められない限り信頼の原則が働き、何らかの監督上の措置を行う必要はないといえる。

以上の事実を前提にすると、本件における署長と地域官の関係は監督者・被監督者の関係にあり、署長を補佐をする副署長と地域官との関係も監督者・被監督者の関係にある。このような場合、監督者は、被監督者が過失により結果を惹起することのないように注意する義務（監督義務）を負っており、その違反が監督者の過失を基礎づける（監督責任）。

共同義務の成否にとって重要なことは相互促進性が認められ、相互監視義務が肯定できるかにある。いわゆる監督関係には、指導型の監督関係と委任型の監督関係が存在する。前者は、監督的立場が「能力上の上下関係」に基づくものであるから、原則として信頼の原則が適用される余地がない。これに対し、後者は、監督的立場が「地位上の上下関係」に基づくものであるから、信頼を動揺させる特別事情がない限り⁽⁷⁶⁾信頼の原則が適用される点で相違がある。しかし、いずれの場合も、監督者には被監督者の行動を監視する義務があるが、被監督者には監督者を監視する義務がないので、監督者と被監督者との間に共同正犯が成立することはない。

本件は、雑踏警備についてはむしろ地域官の方が能力が高いともいえる場合であり、署長・副署長と地域官の間の上下関係は「地位上の上下関係」に基づくものである。したがって、本件は委任的な監督関係の事案であるといえる。それでは、このような場合、副署長と地域官との間に過失犯の共同正犯は成立しうるであろうか。

まず、本件副署長の過失は、機動隊の出動を要請しないという不作為であるから、副署長と地域官に保障人的地位の共同が認められなければならない。この点、副署長と地域官には、自らもしくは署長に進言して機動隊を出動させる権限を有していたので保障人的地位を認めることは可能である。しかし、共同

義務の共同違反が認められるためには、保障人的地位の認められる両者の間に、結果の回避について共同義務を基礎づけるような相互依存関係が認められ、かつ、お互いに不注意を助長し合っているといえる事実、換言すれば、お互いに不注意な行為に対して影響力を与え合っている状態（相互促進性）が必要である。もしそれが認められないのであれば、副署長も地域官も過失不作為の単独正犯の成否が問題となるに過ぎない。

本件では、事故当日、署長が明石警察署本部で自ら総括指揮をとり現地本部の責任者を地域官に全面的に任せている。明石歩道橋事件の第一審判決が、地域官について「配下警察官を指揮するとともに、管区機動隊の出動を署長を介しあるいは直接要請して動員指揮することにより、同様に本件歩道橋への流入規制を実現し、もって、本件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」と認定していることから⁽⁷⁷⁾もわかるように、地域官には直接機動隊の出動を要請する権限が移譲されていた。これは、雑踏警備についての能力の高い地域官に対し署長が権限を委譲し、署長と地域官との間に雑踏警備に関する委任的な監督関係が存在していたことを示している。そして、副署長は、署本部で署長を補佐する立場にあることからして、地域官との間に（間接的とはいえ）雑踏警備に関する委任的な監督関係が存在していたといえるし、現に、副署長は、規制の必要性について地域官から報告を受けたり、地域官に対して具体的な指示をしていた事実も認められる。副署長は地域官の過失を防止する立場にあるが（監督義務）、地域官は副署長の過失を防止する立場にはないので、両者の間に、そもそも共同義務を基礎づけるような「相互」依存関係は認められない。

また、副署長は地域官に現地本部での雑踏警備を委任している以上、特別の事情がない限り地域官が雑踏警備を適切に遂行することを信頼することが許さ

(76) 古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定の在り方について」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究⑤』（成文堂、2012）4頁以下。

(77) 神戸地判平16・1217刑集64巻4号609頁。

れるので、地域官の行為を最初から疑ってかかる必要はなく、地域官は副署長の不注意を促進・助長する関係にある。他方、地域官は、署長や副署長の逐一の指示によって現場指揮をしているのではなく、現場指揮の権限を委譲されているのであるから、副署長は、不適切な指示を与えないかぎり、地域官の不注意を促進・助長する関係にはない。したがって、副署長が地域官の不注意を促進する関係にない以上、相互促進性は認められず、共同義務を肯定することはできない。したがって、相互促進性がないにもかかわらず、副署長が地域官と共に機動隊の投入を署長に進言することが社会的に期待されていることを根拠に「共同義務」を認める見解は妥当でない⁽⁷⁸⁾。

仮に、副署長に（署長に対する）進言義務があり、地域官にも（署長に対する）進言義務があるとしても、それは両名に同一内容の単独義務が課されているだけであり、仮に両名に進言義務違反が認められたとしても、それは過失単独正犯の競合に過ぎないというべきである。

これに対し、松宮教授は、「副署長と地域官という地位の不平等が一般的に『義務内容の共同性』を否定するか否か、ではなくて、そのような地位の相違にもかかわらず、両名の間に『義務内容の共同性』が認められるか否か、が問題なのである」と批判される⁽⁷⁹⁾。しかし、筆者は、地位の上下という形式論で共同義務の有無を判断すべきではなく、相互促進性という観点から実質的に解決されるべきである旨を主張している。共同義務の成否にとって重要なことは相互促進性が認められ、相互監視義務が肯定できるかにある。実質的にみて監督関係が存在する場合、監督者には被監督者の行動を監視する義務があるが、被監督者には監督者を監視する義務がないので、監督者と被監督者との間に共同正犯が成立することはない。あるいは、松宮教授は、副署長と地域官は実質的には対等の関係にあると主張されようとしているのかもしれない。しかし、既に述べたように、両者の関係をそのような対等関係とみることは適切ではない。

（２） 計画段階の過失に関する副署長と地域官の共同正犯の成否

松宮教授は、警備計画策定段階においても、副署長には、雑踏警備計画策定

の段階で本件歩道橋を警備要点として指定するとともに本件歩道橋への流入規制などの具体的な危険防止措置と、かかる危険防止措置を講じるため警備部隊の編成及び任務を自ら策定し、またはG（筆者注：署長）に進言して策定せしめ、もしくは配下警察官をして策定せしめたうえ、その実施を本件夏まつり当日の警備に従事する警察官に周知徹底させることを具体的内容とする「共同義務」があると主張している⁽⁸⁰⁾。しかし、筆者は、これらの義務は、副署長の単独正犯としての義務ではあっても、地域官との共同義務ではないと考えている。

(78) なお、仮に共同義務を認めるという見解に立ったとしても、共同違反を肯定できるかは別個の問題である。すなわち、共同義務の共同違反が認められるためには、そもそも関与者1人1人が予見可能性要件を充足している必要がある。予見可能性は、単独正犯であろうが共同正犯であろうが、責任主義の要請から過失犯成立に不可欠な要件である。したがって、予見可能性が否定されれば、結局のところ過失犯の共同正犯は成立しないし、過失犯の単独正犯も成立しないことになる。そして、予見可能性の判断をする際には、いわゆる信頼の原則が適用されるべきか否かを検討する必要がある。かつては、監督関係がある場合には信頼の原則は適用されないとする見解も存在したが、最高裁判所は、工場において原料の液体塩素の受入れ作業に従事していた未熟練技術員が過失により塩素ガスを放出させて起した事故につき右技術員を受入れ担当の班に配置した製造課長と班の責任者にも業務上過失致傷罪が成立するとされた事件において、製造課技師および製造課長は、バルブ操作に関する「安全教育又は指示を徹底しておきさえすれば、通常、熟練技術員らの側においてこれを遵守するものと信頼することが許される」と判示し、委任的な監督関係においても信頼の原則が適用し得ることを明らかにしている（最判昭和63・10・27刑集42巻8号1109頁〔日本アエロジル事件〕）。明石歩道橋副署長事件において、雑踏警備の能力・経験が十分な地域官を指揮官として現地に配置していたのであるから、地域官には現場において直接に全体の状況を把握しこれに応じた具体的な措置を講ずる義務があり、副署長としては地域官がこの義務を尽くすことを信頼することは原則として相当である。したがって、副署長に予見可能性を肯定するためには、地域官が自らに委ねられた部隊の指揮権を適切に行使し得ず、あるいはそれを怠っていることが明らかであるなど、信頼を揺るがす特段の事情があることが立証されなければならない。

(79) 松宮・前掲注（9）『『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について』513頁。

(80) 松宮・前掲注（8）『『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について』183頁。

まず、雑踏警備実施計画策定の経緯は以下のとおりである。すなわち、署長が地域官に対し、雑踏警備実施計画の策定に向けてメンバーおよびスケジュールを決めるように指示し、これを受けて地域官は、策定メンバーを自己を含む5名とし策定に着手した。その後、署長は、雑踏警備実施計画の策定が遅れていたことから、副署長に対し計画の作成に関する指導助言を行うように指示した。副署長は、当初から雑踏警備実施計画の策定に直接関与していたわけではなかったが、署長の指示により雑踏警備実施計画に関与するようになった後も、地域官と共同して雑踏警備実施計画を策定する作業に従事していたわけではなく、策定メンバーに対して指導助言を行うのみであった。雑踏警備実施計画の完成後、地域官は、副署長、署長から同計画の決裁を得ている。

このように、明石警察署の警備計画については、当初から主として署長が、直接地域官ら地域課員に指示して企画立案させていたものであることは上記事実より明らかであり、副署長は、計画策定に直接関与する機会が少ない中で、署長の補佐役として、警備計画の策定及びその是正に関し、地域官らに指示してそれを行わせる立場にあった。したがって、警備計画の策定においても、副署長と地域官の間の上下関係は「地位上の上下関係」に基づくものであり、本件は委任的な監督関係の事案であるといえる。

それでは、計画段階においても、副署長と地域官との間に過失犯の共同正犯は成立しうるであろうか。共同義務の共同違反が認められるためには、両者の間に、結果の回避について共同義務を基礎づけるような相互依存関係が認められ、かつ、お互いに不注意な行為を助長し合っているといえる事実、換言すれば、お互いに不注意な行為に対して影響力を与え合っている状態が必要である（相互促進性）。

しかし、明石警察署の警備計画は、署長が、直接地域官らに指示して企画立案させていたものであり、副署長は、途中から、署長の補佐役として、警備計画の策定及びその是正に関し、地域官らに指示してそれを行わせる立場にあったにすぎない。したがって、警備計画策定を地域官と副署長が共同して行う関係ではなく、警備計画策定について実質的にみて対等の立場には全く立っていない。

ない。副署長は、地域官から決済を求められる立場にあり、副署長と地域官の間には、委任的な監督関係があったといえる。そうだとすると、副署長は地域官の計画不備を監督是正する義務があるが、地域官には副署長の過失を防止する義務はない。したがって、両者の間に、そもそも共同義務を基礎づけるような相互依存関係はない。

また、地域官は部下を従え署長の命を受け警備計画を策定する立場にあるので、副署長としては地域官が適切な対応をしてくれるものと信頼する関係にあり、よって、地域官の行動に対する信頼が副署長の不注意な行為を助長する関係にあるのに対し、地域官は、警備計画の策定を一任されているのであるから、副署長が地域官の不注意な行為を助長する関係にはないといえる。このように、お互いに不注意を助長し合っているとはいえないので、相互促進性は否定される。したがって、共同実行性が認められず、副署長と地域官に共同の結果回避義務（共同義務）を肯定することはできない。

たしかに、副署長は、最終的に警備計画の決裁権者の1人で、地域官が提出した警備計画書に決裁印を押印している。そこで、遅くも決済時までに地域官が作成した警備計画に不備があることに気づき内容を正す義務があるといえるが、それは副署長に成立し得る単独の結果回避義務であって、地域官との間の共同義務とはいえないのである。

8 おわりに

以上の検討から明らかな通り、筆者の見解に対する松宮教授の反論にはいくつかの問題点がある。

第1は、教授が共同義務の判断基準を「社会的期待」に置いている点である。しかし、共同義務は、法的義務である以上、社会的期待を根拠とするだけでは基礎づけられないのであり、法益との事実的な関連の中で具体的な基準をもってその根拠と成立範囲が示されなければならない。

第2に、教授が共同義務の内容として相互監視義務を要求せず、単に複数人

の間に共通の義務であればよいとすることにより、過失の競合と解される事案を共同正犯の領域に取り込んでいる点である。これは、共同義務を社会的観点から規定されるものであるとし、法的観点、すなわち、共同正犯の処罰根拠（一部行為の全部責任の法理）の観点からの考察を欠いた結論である。共同義務は、共同正犯として一部行為の全部責任を基礎づけるものであるから、「他者の行為から結果が発生することを防止する義務（相互監視義務）」は共同義務の本質的な内容である。共同正犯において、他者の行為から惹起された結果についてまで刑事責任を負わせるためには、他者の惹起した結果に対する帰責事由が必要であり、それは相互監視義務違反によって基礎づけられるのである。また、このような内容の共同義務は相互促進性によって基礎づけられるのであり、これまでの我が国の裁判例において、過失犯の共同正犯が肯定されている事案は相互促進性で説明することが可能であるし、過失犯の共同正犯を否定し過失の競合（同時犯）として処理された事案は相互促進性の欠如によって説明可能である。

第3に、教授が本件副署長と地域官の間に委任的な監督関係がある事実を軽視し、両者の関係を実質的に対等とみている点である。監督関係の認められる場合に過失犯の共同正犯が成立しないのは、相互促進性がないからである。この基準から判断する限り、本件副署長と地域官の間に共同義務を認めることはできないというのがこれまでの判例・通説の考え方であるといつてよい。松宮教授の見解は、本件副署長を処罰するためにはどうしても過失の共同正犯を認めざるを得ないという結論が先行したものであると評さざるを得ない。