

「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

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 はじめに
- 2 過失犯の共同正犯と「特別の規定」
- 3 過失犯の共同正犯成立要件
 - 3.1. 「作為義務」と「結果回避義務」
 - 3.2. 「共同義務の共同違反」
 - 3.3. 「相互監視義務」の要否
 - 3.4. 「共同正犯」の「共同性」
 - 3.5. 「相互依存関係」と「共同義務」の客観的性格
 - 3.6. 「法的地位の平等」について
- 4 ま と め

1 は じ め に

本稿では、いわゆる「明石歩道橋事故¹⁾」事件を素材として、先に検討した「過失犯の共同正犯²⁾」につき、その理論的基礎を検討する。とりわけ、「過失不作為による共同正犯」の成否を取り上げる。というのも、共同正犯の成否に関しては、結果に対して故意がないばかりでなく、結果を

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

- 1) 2001年7月21日、明石市市民夏まつり花火大会開催時に、雑踏事故により、死者11人、負傷者183人という大惨事に至った事故のことである。この事故については、明石警察署、明石市、警備会社の関係者が、業務上過失致死傷罪を理由として起訴され、最終的には、最決平成 22・5・31 刑集64巻4号447頁によって、全員の有罪判決が確定した。
- 2) 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。

惹起する作為がない点で二重の消極性を持つ過失不作為の問題が、最も難しいものだからである。とりわけ、この問題については、「過失犯の共同正犯」を肯定する見解にあっても、その根拠を、未だに、行為者相互の心理的共同性に求めるものが多数であるだけに、問題は深刻である。

本稿では、この問題を検討するに当たり、最近、過失犯の共同正犯に関して、これまでの否定説から肯定説に転じた大塚裕史教授の優れた著作³⁾を、主な検討の素材とする。というのも、教授の見解を検討することで、共同正犯の根拠を行為者相互の心理的共同性に求める見解の問題点が、明瞭になると考えるからである。

2 過失犯の共同正犯と「特別の規定」

まず、過失犯の共同正犯の肯否をめぐる議論に関する問題点を指摘しておきたい。周知のように、わが国では、過失犯の共同正犯を認める裁判例があるにもかかわらず、学説には、なお、これを否定する見解がある。その否定説の論拠のひとつに、過失犯の共同正犯を処罰する「特別の規定」(刑法38条1項ただし書き)がない、とするものがある⁴⁾。これに対して、山口厚は、「共同正犯については、刑法60条の共同正犯規定が、各本条の処罰規定を共同実行にまで拡張するものであるから、過失犯については、各本条の過失犯処罰規定と刑法60条を併せ適用することにより、過失犯の共同正犯の処罰規定の存在を肯定することがきでる⁵⁾」と主張し、大塚は、「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

3) 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。なお、以下の叙述では、「教授」などの敬称を略する。

4) たとえば、浅田和茂「共犯論覚書」浅田和茂ほか編『中山研一先生古稀祝賀論文集第3巻 刑法の理論』(1997年)282頁、同『刑法総論[補正版]』(2007年)426頁参照。

5) 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編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第2巻』(1998年)387頁。同旨、山口『刑法総論[第2版]』(以下、『刑法総論』と引用)(2007年)356頁。

すべての犯罪類型に適用されるべきものである⁶⁾」として、過失犯への刑法60条の適用を認める。

しかし、山口は、刑法60条の共同正犯規定も含めて、共犯規定全体を「構成要件該当事実の周辺に位置する行為にまで処罰を拡張するための規定⁷⁾」と解しており、共同正犯もまた「処罰拡張事由」と解している。くわえて、大塚は、「刑法60条の存在意義は、業務上過失致死罪の構成要件は充足しないが、共同業務上過失致死罪の構成要件を充足する場合があります、それを処罰することが可能であるという点にある⁸⁾」とし、その意味で、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。

しかし、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⁹⁾。

そうではなくて、そもそも、共同正犯規定は、「何ら、刑罰拡張事由ではなく、それとは逆に、個々の犯罪の要素を、自らはそれを備えていない人物にまで広げることを拒否する¹⁰⁾」ものなのである。つまり、共同正犯規定は、本来の正犯でない者にまで処罰を拡大する規定ではないからこそ、各則に処罰規定のある過失犯について、その共同正犯を処罰しても、罪刑

6) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号14頁。

7) 山口『刑法総論』291頁。

8) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号18頁。

9) このような批判を展開するのは、西田典之『刑法総論 [第2版]』(2010年)383頁。

10) これは、わが国の刑法学に多大な影響を与えた、M・E・マイヤーの教科書にある記述である。M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Unveränderte Aufl., 1923, S. 380. 共同正犯の処罰は「刑罰拡張」ではないがゆえに、たとえば1810年のフランス刑法典では、明文規定がなくても、共同正犯は認められていたのである。

法定原則に反しないのである。

これをたとえて言えば、親が隠しておいた1枚のピザを、その子である3人の兄弟が、共同して、こっそり食べた場合に、ひとりで食べた場合より、ピザが「拡張」するわけではなく、したがって、「ピザを勝手に食べた子は叱られる」というルールが拡張されるわけでもない、ということである。たしかに、ピザを食べた子らは、「一人で全部食べたわけじゃない」と主張するであろう。しかし、それでもピザを食べた「正犯」であることに変わりはない。処罰範囲の拡張とは、ピザを食べていない長男をも、その子が他の兄弟にピザを食べよう勧めたり、ピザを食べることを容易にしたりしたことを理由に、親が叱る場合をいう。

3 過失犯の共同正犯成立要件

3.1. 「作為義務」と「結果回避義務」

次に、過失犯の共同正犯成立要件を巡る問題点を指摘しておきたい。

まず、大塚は、成立要件として、「共同義務の共同違反」を要求する。しかも、「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¹¹⁾」と述べて、それが過失作為の共同正犯に関してばかりでなく、過失不作為の共同正犯についても共通する要件であることを指摘する。

しかし、大塚は他方で、不作為犯の場合の「構成要件該当事実を回避すべき結果回避義務の違反は、……故意犯および過失犯に共通する要件である¹²⁾」と述べながら、「したがって、それは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¹³⁾」と結論づける。これは、不可解な推論である。「結果回避義務」が故意犯と過失犯に共通の要件で

11) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号17頁。

12) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号16頁。

13) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号16頁。

あるというのであれば、出てくる結論は、「過失不作為犯のみならず過失作為犯における」要件だというものではなくて、故意不作為犯および過失不作為犯に共通の要件でなければならない。それどころか、そもそも、「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って、結果を伴わない真正不作為犯に必要な「単純作為義務」と区別されてきたものなのである¹⁴⁾。したがって、その意味では、「結果回避義務」も「作為義務」の一種と考えてよい。

なるほど、理論的には、作為結果犯の場合も「不作為による結果回避義務」を認めることはできる。しかし、少なくとも、結果犯としての不真正不作為犯の場合には、そこにいう「結果回避義務」は、「作為義務」の一種と考えてよい。

ゆえに、大塚が「共同義務の共同違反は、作為義務の次元の問題ではなく、（作為犯・不作為犯に共通の）共同結果回避義務の問題と位置づけるべきである¹⁵⁾」と結論づけるのは、少なくとも過失不作為の共同正犯が問題となる限りにおいて¹⁶⁾、事態を不必要に複雑にするものであって、適切ではない。

3.2. 「共同義務の共同違反」

さて、そもそも、過失犯の共同正犯において通説が要件とする「共同義務の共同違反」とは、そもそも、何に由来するのであろうか。わが国では、そのルーツは、1970年の藤木英雄の論文¹⁷⁾にあると思われる。そこでは、「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

14) 代表的な見解として、イエシェック=ヴァイгентのものがある。イエシェック=ヴァイгент・西原春夫 [監訳]『ドイツ刑法総論第5版』(1999年)473頁, H.- H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 58 III. 2.

15) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号17頁。

16) 当然のことであるが、筆者は、本件「明石歩道橋事故事件」においては、過失不作為の共同正犯が問われていると解している。

17) 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号(1970年)6頁以下。

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¹⁸⁾とされている。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。そこでは、「共通の」という形容は、現実にも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」を意味するものと思わ
れる。

ところが、この藤木の見解には、さらに、ルーツがある。それは、ドイ
ツのクラウス・ロクシンの見解である。ロクシンは、かつて、過失犯を
「義務犯¹⁹⁾」と解し、その共同正犯を認めつつ、その要件として、「共同義
務の共同違反」を提唱したことがあった²⁰⁾。そこでは、不作為犯の
作為義務であれ 作為犯の 不作為義務であれ、共同正犯を根拠
づけるのは、結果発生を共同して支配したという「事實的」力ではなくて、
違反された義務内容が「共同して果たすべきもの」であったことである。

この点では、大塚も、「協力し合って結果を防止すべき同一の結果回避
義務が存在すればそれが共同義務となりうる」と述べているのであるから、
「現に共同した」という 生の 事実ではなくて、「共同すべきであっ
た」という規範 の存在という事実²¹⁾ を重視していることは、間

18) 藤木・前掲研修263号13頁。なお、藤木英雄『刑法講義総論』(1975年)294頁も同旨。

19) 「義務犯」とは、真正身分犯のように、特別の身分ないし地位にいる者だけに課される
刑法外の特別な義務の違反をその本質とする犯罪である。その「正犯」の基準は、「行為
支配」ではなく、「特別な義務の違反」である。なお、この見解を、ナチス時代の、犯罪
一般の本質を義務違反に求める見解と混同する向きがあるが、それが誤解であることは、
不作為犯の本質が作為の「義務違反」に求められることについて異論がないことを見れば、
明らかである。詳しくは、C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 352ff.,
平山幹子『不作為犯と正犯原理』(2006年)を参照されたい。

20) Vgl. C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. (1963) und 2. Aufl., (1967). その後、彼
は、いったん否定説に転じたが、その後、肯定説に戻っている。Vgl., C. Roxin, Strafrecht
AT Bd. II, 2003, § 25 Rn. 242.

21) ハイフンで示したように、実は、「事実」と「規範」は、対立しあうものではない。「あ
る規範が存在する」というのは、「事実」に属する言説だからである。存在しなかった規
範を主張するときが、真の「規範的」言説である。

違いない。

3.3. 「相互監視義務」の要否

ところで、大塚は、過失犯の共同正犯が成立するためには、常に、「相互監視義務」がなければならないと考えているようである。しかし、これは、少し不正確である。正確に言えば、過失不作為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。

たとえば、大塚も引用している昭和31年10月22日の名古屋高裁判決²²⁾は、「被告人兩名は共同して素焼こんろ二個を床板の上におき之を使用して煮炊を為したものであり過熱発火を防止する措置についても被告人等は共に右措置を為さずして帰宅したと謂ふのであるから此の点に於いて被告人兩名の内に共犯関係の成立を認めるのを相当とする」と述べているにすぎない²³⁾。そこで要求されているのは、共同して「過熱発火を防止する措置」であって、決して、相互に相手方に注意を喚起することではない。

同じく、踏切事故による業務上過失致死事件に関する昭和40年5月10日の京都地裁判決²⁴⁾も、被告人らの義務を、「踏切警手の相番であるSは、踏切道における列車予定時刻の約五分前から踏切道に立ち出で列車の接近を確認することにつとめ、本番であるMは、踏切西寄り北側に設けてある保安係詰所内で、列車が踏切に接近すると電灯が消えブザーが鳴る仕組みになっている列車接近表示器や、反射用鏡等により列車の接近を確認することにつとめ、それぞれ列車の接近を確認したときは、たがいに手笛等でその旨を通知し合い、かつ、本番は相番の合図により、踏切道に設置してある四条通に対する交通信号灯を青色から黄色を経て赤色に切りかえた後、

22) 名古屋高判昭和31・10・22裁特3巻21号1007頁。

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

24) 京都地判昭和40・5・10下刑集7巻5号855頁。

踏切道の遮断機を閉鎖する措置を講ずること」に求めているのであって、少なくとも、本番のMは、相番のSに注意を喚起すべき立場にあったとは認定されていない。

さらに、ケーブル火災事故に関する平成4年1月23日の東京地裁判決²⁵⁾は、たしかに、「各作業員が自己の使用したランプのみならず共同作業に従事した者が使用した全てのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の注意義務」が各自にあったと述べている。しかし、これとて、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。

これは、過失作為の共同正犯でも、同じである。メタノール販売に関する昭和28年1月23日最高裁判決²⁶⁾でも、「被告人等は、その意思を連絡して販売をしたというのであるから、此点において被告人兩名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とする」と述べているだけであって、メタノール含有検査をするよう相互に注意を喚起する義務があるとは述べていない。船舶事故に関する昭和36年8月3日の佐世保簡裁判決²⁷⁾も、そのような相互監視義務には触れていない。そうではなくて、ここでは、「自らこれを運航すべきでない」に共同して運行したという事実が強調されているだけである。「相互監視義務」を明示したのは、むしろ、昭和61年9月30日の名古屋高裁判決²⁸⁾くらいであろう。

要するに、過失犯の共同正犯が危険源の、現実の共同的取扱い、または、規範的な共同安全義務から根拠づけられる場合には、各人の義務が、協力し合って、この危険源を安全に保つことに向けられていればよいのである。

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

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

27) 佐世保簡判昭和36・8・3 下刑集3巻7=8号816頁。

28) 名古屋高判昭和61・9・30 高刑集39巻4号371頁。

誤解を避けるために言えば、筆者は、「相互監視義務」が「共同義務」の根拠づけにとって意味がないと述べているわけではない。それは、「共同義務」を根拠づける場合のひとつであると考えてよい。しかし、反対に、「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もそぐわないのである。

3.4. 「共同正犯」の「共同性」

大塚は、教唆犯や従犯でも、既遂の場合には結果との間に因果関係が必要とされることから、「因果性は、教唆犯や従犯にも共通の要件であり、共同正犯を含む共犯の処罰根拠であって、それだけでは共同正犯を根拠づけることはできない²⁹⁾」とする。その上で、過失犯の共同正犯を単なる過失犯の競合つまり過失犯の同時犯と区別するために、「相互に行為を促進した³⁰⁾」という意味での相互促進性を要求する。くわえて、共同正犯も正犯であるから、「結果に対する寄与の重大性³¹⁾」が必要であると述べる。これらは、作為の共同正犯の大多数の場合に関する限り、慧眼というべきである。

しかし、問題は、不作為の共同正犯にある。なぜなら、不作為の場合には、そもそも、単独では結果を回避できず、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に、「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」ことを不作為の因果性ないし因果関係とみなすのであれば³²⁾、共同性より先に因果性を認めることはできないからである。したがって、共同性より先に因果性を認めることは、無理な話と言わなければならない³³⁾。

29) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号18頁。

30) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号19頁。

31) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号19頁。

32) これは、「仮定的因果関係」ないし「不作為の因果関係」と呼ばれる。

33) 実は、この点は、二人の投げ落とした岩石のうち、どちらが通行人に当たって死亡さ

にもかかわらず、大塚は、「お互いに心理的影響力を与えあって過失行為を促進し、よって結果発生の蓋然性を高めたこと³⁴⁾」という心理的な因果の影響としての「相互促進性」を要求し、「このような意味の相互促進性が客観的に存在するときに、はじめて共同結果回避義務が認められる³⁵⁾」とする。しかも、「重要なのは、相互促進性が認められるか否かであり、意思連絡が不可欠の要件というわけではない³⁶⁾」という。

しかし、ここにいう「因果的影響力」は、もはや、結果惹起に関する因果関係という意味を失っている。なぜなら、複数人が協力し合っただけで結果を回避できない不作為犯の場合に、相互の意思連絡なく各人が義務の履行を失念していたのであれば、その不注意は放置されたのであって「促進」ないし「助長」されたわけではなく、かつ、このような場合には、「協力し合っただけで結果を回避すべき義務」を因果性よりも先に認めておかなければ、他人の不注意を「促進」ないし「助長」しようがしまいが³⁷⁾、ひとりでは結果を防止できず、結果との間の仮定的因果関係は認められないからである。つまり、この「因果的影響力」は、もはや、単に、相互に相手方に注意を喚起すれば、そうしなかった場合よりも、事態は少しは変わっていたかもしれない、という可能性論にすぎないのである。もちろん、それで結果帰属を認めることは、「疑わしいときは被告人の利益に」の原則に反する。

3.5. 「相互依存関係」と「共同義務」の客観的性格

他方で、大塚は、「共同義務の共同違反」は客観的・社会的に規定され

せたかわからないという、作為の共同正犯の場合でも、変わらない。「共同義務」が先に認められるのでなければ、因果関係は各人ごとに検討するしかないからである。

34) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号19頁。

35) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号19頁。

36) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号19頁。

37) 他人に注意を喚起しても、その他人が義務を利用しようとする合理的な疑いが残るなら、仮定的因果関係は認められない。

るとする見解³⁸⁾に対して、「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³⁹⁾」という批判を展開する。たしかに、社会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と、社会が共同の結果回避義措置を期待するときは共同の結果回避義務が存在するという結論に至り、結果の重大性がみられる事案では処罰感情が強ければ常に共同義務が認められるということになりかねないように思える。なぜなら、共同義務を規範的観点から基礎づけるということが、啓蒙されていない社会感情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の意味するのであれば、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からである。

しかし、このような批判は誤解に基づくものである。まず、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。もっとも、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って、行為者の意思や意思疎通によって決まるものではない。それどころか、客観的注意義務自体が、「社会生活上必要な注意⁴⁰⁾」(im Verkehr erforderliche Sorgfalt)という観点から決まるのであって、社会的見地を無視した注意義務などあり得ない⁴¹⁾。「共同義務の共同違反」は客観的・社会的に規定されるとする見解も、要するに、それは、行為者の意思や意思疎通によってではなく、社会に存在する共同義務によって決まると述べ

38) 金子 博「過失犯の共同正犯について 『共同性』の規定を中心に」立命館法学 326号(2010年)26頁。

39) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号17頁。

40) この「社会生活上必要な注意」は、「外部的注意」とも呼ばれるもので、その提唱者であるカール・エンギッシュによれば、法尊重のために情報を収集する義務を除いて、故意犯と過失犯とに共通する義務である。

41) 筆者は、かつて、過失犯における注意義務が、常に、変転する社会の期待によって決まることを指摘したことがある。松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2004年)363頁以下。

ているだけであって、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⁴²⁾。

くわえて、「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」というのは誤解であって、規範的観点はそれと逆の結論に至る。すなわち、義務ないし規範というものは、行為当時に存在するものであることを要するのである。結果が発生してから新たに定立される義務は、行為当時の義務ではなく、したがって、行為者の義務違反を根拠づけない。

次に、大塚自身も、このような客観的・社会的な見地から「共同義務」を認めていることを指摘しておこう。先に引用したように、大塚は、過失犯の共同正犯を基礎づける「共同義務」の成立にとって本質的な要件であるという「相互促進性とは、お互いに心理的影響力を与えあって過失行為を促進し、よって結果発生 of 蓋然性を高めたこと⁴³⁾」であるとする。

先に述べたように、ここにいう「お互いに心理的影響力を与えあって過失行為を促進したこと」とは、何か不適切な言動によって相互に相手方の不注意を現実的に「促進」ないし「助長」したという意味ではない。踏切事故による業務上過失致死事件に関する昭和40年5月10日の京都地裁判決の事案のように、相手方が何もしない場合でも自分で列車の接近に注意すべきなのにそれを怠った場合を含めて、「お互いに心理的影響力を与えあっ

42) 金子「過失犯の共同正犯について」166頁以下参照。そこでは、次のように述べられている。すなわち、「各関与者の故意、過失や無過失といった有責性の要件は、共同性の規定にとって重要な要因ではない。つまり、関与者による違法な態度のみが重要であり、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。その際、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ことになるのかによって決定される。」なお、刑法上の結果回避義務は道徳的なものでなく法的なものでなければならないという理由から、「条理」を義務の根拠にするのは妥当でない⁴³⁾と推論するのは、誤解である。先行行為に基づく結果回避義務のように、わが国の判例および学説では、「条理」は、一般に、法的な義務を発生させる根拠とされている。

43) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28巻19頁。

て過失行為を促進した」と評価されるのである⁴⁴⁾。つまり、この要件は、何ら限定的な意味を持っておらず、したがって、「相互促進性」を規定しているのは、まさに、共同行為者の「相互依存関係」だけなのである。問題は、ここにいう「相互依存関係」が何によって決まるのか、である。

これについて、大塚は、共同実行とは、共同行為者が相互に行為を利用し補充し合って一体となって犯罪を実現したことであり、その実体は、危険の防止について相互依存関係がある場合に、相互に心理的な因果的影響力を与えることによってお互いの行為を利用補充し合って結果発生蓋然性を高めたことである⁴⁵⁾と考えているようである。つまり、「相互依存関係」とは、「危険の防止について」のものであるということである。危険の防止が相互に依存関係にあるということは、事実として、危険防止ないし結果回避が、単独では不可能で、各人が相互に協力し合っただけのみ可能であるということの意味するとも考えられる。しかし、大塚は、むしろ、義務内容の共同性を意味しているように思われる。というのも、その見解によれば、「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⁴⁶⁾」とされているからである。これは、単に、事実として、協力してのみ結果回避が可能である場合ばかりでなく、むしろ、規範的に、協力して結果を回避すべき義務がある場合を意味するものと解される。

なお、結果の発生原因が行為者の行為とは別のところにある不真正不作為犯の場合には、「結果発生蓋然性を高めたこと」は、その必要条件ではない⁴⁷⁾。なぜなら、不作為者が、あらかじめ結果発生蓋然性を高めていなくても、結果回避のための作為義務とその違反が認められれば、不真正不作為犯は成立しうるからである。したがって、過失不作為の共同正犯

44) 筆者は、「心理的影響力を与えあって、過失行為を促進した」という言葉を、そのように恣意的に用いるくらいなら、この要件は不要と述べたほうが正直であると思う。

45) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号18頁以下の主張をまとめると、このようになる。

46) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号17頁。

47) せいぜい、先行行為に基づく作為義務の場合に、必要であるにすぎない。

の場合にも、「お互いの行為を利用補充し合って結果発生 of 蓋然性を高めたこと」は不要である。むしろ、決定的なのは、義務内容の「共同性」である。

その義務内容は、不真正不作為犯の場合、刑法典に明文で規定されていないのであるから、ケーブル火災事故に関する平成4年1月23日の東京地裁判決が認めた二つのトーチランプの消火確認義務のように、結局のところ、それは、刑罰法規以外の法令・契約ないし事実上の引き受け・先行行為者責任を基礎づけるような「条理」という、客観的・社会的なものに求めざるを得ない。本件のような公道上での雑踏事故の場合は、道路交通法上の道路の安全管理責任を規定したと解釈される行政法規であろう。したがって、大塚もまた、「共同義務」を客観的・社会的に存在する規範によって規定しているのである。

3.6. 「法的地位の平等」について

要件論の最後に、一般に、一方的な監督関係では、過失犯の共同正犯を認めることはできないとされていることに触れておこう。たしかに、重過失失火罪に関する昭和40年3月31日の秋田地裁判決⁴⁸⁾は、配下の従業員が、現場監督や他の従業員の喫煙に対して監督義務を負わないことなどを理由に、上下関係のある者の間での過失犯の共同正犯を否定している。しかし、それは、警察の職階等によって地位が異なる場合に、一律に、過失犯の共同正犯を否定するものではない。

たとえば、業務上失火罪の共同正犯を認めた昭和61年9月30日の名古屋高裁判決⁴⁹⁾は、被告人の一方が現場責任者であって、相被告人とは地位が異なる場合であるにもかかわらず、「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

48) 秋田地判昭和40・3・31下刑集7巻3号537頁。

49) 名古屋高判昭和61・9・30高刑集39巻4号371頁。

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）」という判断を示して、共同正犯を認めている。

このような結論が妥当なのは、要するに、大事なことは、「地位の対等」それ自体ではなく、「義務内容の共同性」だからである。たとえば、工事現場の現場監督と部下とが、木造の事務所の中で共同してコンロによる煮炊きを行っていた場合、二人が同時刻に事務所を立ち去るのであれば、その前に、両名共、コンロの消火を確認すべき共同の注意義務がある。つまり、地位の相違が「義務内容の共同性」を否定しない場合には、共同正犯を認めてよいのである。したがって、「明石歩道橋事故」事件に即して言えば、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。この点は、大塚も、「『法的地位の平等性』という概念も、共同正犯の成立を否定する結論をとるとき、義務内容が異なることを説明する概念として用いられることが多い⁵⁰⁾」と述べることからみて、前提とされているように思われる。

4 ま と め

以上の検討から、冒頭に述べたように、「過失犯の共同正犯」の根拠を、行為者相互の心理的共同性に求めることの問題性を明らかにできたものと思われる。

とりわけ、過失不作為犯における「共同義務の共同違反」は、過失作為

50) 大塚・前掲刑事法ジャーナル28号19頁。その上で、大塚は、「都立広尾病院消毒薬誤投与事件」(東京地判平成12・12・27判時1771号168頁)や「横浜市立大学付属病院患者取り違え事件」(最決平成19・3・26刑集61巻2号131頁)の各看護師間において、業務上過失致死傷罪の共同正犯を認める(大塚・前掲刑事法ジャーナル28号20頁以下参照)。しかし、筆者は、これらの事件では、受け持ち区間が異なるため、とりわけ前者の事件では、「共同の義務」は認めにくいのではないかと考える。

犯の共同正犯の場合とは異なり、現に、相互に利用補充し合って、何らかの作為を共同して犯罪結果を惹起したことを意味しない。そうではなくて、犯罪結果の発生を、お互いに協力し合って、つまり相互に利用補充し合って、何らかの作為によって防止するべきであるという義務が、共に怠られたことを意味するのである。「相互監視義務」や「地位の平等性」といった視点も、結局は、ここにいう「共同義務」が認められるか否かを判断するための参考資料にすぎない。「相互監視義務」がなくても「共同義務」がある場合もあるのであり、また、「地位の平等性」も、なすべき義務からみて判断されるべきものなのである。