

## 過失共同正犯の必要性に関する一考察

Die Notwendigkeit der fahrlässigen Mittäterschaft

谷 井 悟 司\*

### 目 次

- I. はじめに
- II. 擬律判断の現状と検討対象事例の設定
  - 1. 過失共同正犯か過失同時犯か
  - 2. 検討対象となる2つの事例
- III. 過失同時犯一元説（同時犯解消説）のバリエーション
  - 1. 過失を前倒しするアプローチ
  - 2. 不作為犯として構成するアプローチ
  - 3. 因果関係を修正するアプローチ
  - 4. 小 括
- IV. 過失同時犯一元説の限界
  - 1. 統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念の問題性
  - 2. 他人の過失行為を阻止する注意義務（作為義務）の問題性
  - 3. 結果回避可能性判断において他人の義務履行を付け加えることの問題性
- V. おわりに

### I. はじめに

一般的に、1つの構成要件的结果の発生に対して複数の行為者の過失が存在する場合を過失の競合というが、その中には、各人が単独で過失犯の構成要件を充足する過失同時犯と、共同してこれを充足する過失共同正犯

---

\* 嘱託研究所員・東京都立大学法学部助教

という2つの類型がある<sup>1)</sup>。それゆえ、過失の競合が問題となる事案の内部では、①過失同時犯のみが成立しうる場面、②過失同時犯と過失共同正犯の双方が成立しうる場面、③過失共同正犯のみが成立しうる場面とに、理論上は分けられることとなる<sup>2)</sup>。

他方、過失共同正犯が成立しうる場面では過失同時犯もまた成立しうるとする、いわゆる同時犯解消説の登場により<sup>3)</sup>、過失の競合事案における過失犯の成立範囲は、上記の①と②という2つの場面に限られるとの理解が示され、③の過失共同正犯は成立しうるが、過失同時犯は成立しえない場面は、ほとんど観念できないと指摘されている。すなわち、過失同時犯こそが、過失の競合事案において過失犯の処罰範囲を画する概念であるとされているのである。そこでは、過失共同正犯は、過失犯の処罰範囲の広狭に何ら影響を及ぼさない、いわば不要な概念と位置づけられている。

たしかに、裁判実務において、そもそも過失共同正犯の適用事例それ自体が明らかに少ないことはもとより<sup>4)</sup>、上述③のような、過失共同正犯を認めなければ過失犯としての可罰性を肯定することができない事例は極めてまれなものといえよう<sup>5)</sup>。その理由を推し量ると、もちろん、しばしば指摘されているように、過失共同正犯の成立要件とされる共同義務という概念の曖昧さや、立証のハードルの高さも考えられるところ<sup>6)</sup>、これに加えて、過失同時犯こそが、過失犯の処罰範囲を画する概念であって、過失

---

1) 大塚裕史「過失不作為犯の競合」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）153頁。

2) 嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）207頁。

3) 例えば、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）211頁など。

4) 嶋矢・前掲注2) 224頁以下。

5) 同趣旨の指摘をなすと思われるものとして、例えば、大塚裕史「過失の競合と過失犯の共同正犯の区別—明石花火大会歩道橋副署長事件判決を手がかりとして—」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）212頁以下など。

6) 嶋矢・前掲注2) 224頁以下。

単独正犯の成否のみを問題とすれば足りるとの理解が一因となっているものとみられる。過失犯の場合には故意犯と異なり拡張的正犯概念ないし統一的正犯概念が妥当しているものと整理されるわが国の判例および通説の理解によれば<sup>7)</sup>、過失共同正犯としてではなく、過失同時犯として構成することに焦点が当てられ、もっぱら過失単独正犯の成否のみが検討対象とされることにも、相応の理由があるようにも思われるのである<sup>8)</sup>。

ところで、このような理解を前提とした場合、現在でも過失共同正犯の成立範囲や同時犯との区別基準について議論が交わされているところ<sup>9)</sup>、かかる議論は過失犯の処罰範囲の広狭に直接的な影響を及ぼさない、実益のないものとなりかねない。というのも、過失共同正犯の成立範囲を過失同時犯が含むのだとすれば、過失の競合事案における処罰範囲の外縁は過失同時犯によって画されることとなり、過失共同正犯を成立させるかどうかは、単なる法律構成の問題にすぎないこととなるからである<sup>10)</sup>。こうい

---

7) このような評価をするものとして、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)371頁、大塚(裕)・前掲注1)156頁以下。なお、内海朋子『過失共同正犯について』(成文堂、2013年)148頁も参照。

8) なお、このような過失同時犯という法律構成でもっていわば一元的に過失犯の処罰範囲を画そうとする理解を、本稿では、「過失同時犯一元説」と呼称する。これは、わが国において一般的に同時犯解消説と呼ばれる見解に加えて、過失の競合事案において過失共同正犯を認めず、すべて過失同時犯として構成するドイツ・スイスの種々の見解を含む総称である。詳細は、本稿Ⅲ.を参照。

9) 例えば、嶋矢・前掲注2)223頁以下、大塚(裕)・前掲注5)209頁以下、今井康介「過失犯における単独正犯と共同正犯(1)」早稲田大学大学院法研論集149号(2014年)49頁以下、同「過失犯における単独正犯と共同正犯(2)」早稲田大学大学院法研論集151号(2014年)49頁以下など。なお、嶋矢および大塚(裕)は過失共同正犯の成立限界から区別基準を模索するのに対し、今井は過失単独正犯の成立限界から区別基準を模索する点で、それぞれ問題意識に微妙な差異がある。

10) すでに故意犯の場合、共同正犯と単独正犯のいずれの構成要件をも充足するときには、共同正犯が成立しようとしても単独正犯を認定することが許されるという判断が示されている(最決平成21年7月21日刑集63巻6号762頁)。

った事態を回避するためには、過失共同正犯は必ずしも過失同時犯に解消できるものではないということの論証が必要となろう<sup>11)</sup>。本稿の第一の問題意識は、この過失共同正犯の必要性を示すことにある<sup>12)</sup>。すなわち、わが国の同時犯解消説に代表されるような過失同時犯一元説の主張に反して、過失共同正犯は成立しうるが、過失同時犯は成立しえない場面が観念しうることを示し、もって、過失共同正犯は実体法上も実益があることを明らかにするというものである<sup>13)</sup>。

とはいえ、このような問題意識には異論もありえよう。上述したように、過失共同正犯は過失同時犯に解消できるのかという問題提起では、あくまで同時犯解消説という一定の立場にしか通用しないものにすぎず、広く実務と学説の両者に通用する普遍性をもった問題提起にならない、という批判が差し向けられるかもしれない<sup>14)</sup>。しかしながら、本稿が目的とする、過失共同正犯が必ずしも過失同時犯に解消できるものではないことの論証は、単に同説の主張を排斥し、過失共同正犯の必要性を示すことにとどまるものではない。本稿は、このような作業を通じて、過失単独正犯の成立限界という、過失競合事案における過失犯の処罰範囲を考える上で広く共有されうる問題にも取り組もうとするものである。すなわち、同時犯

- 
- 11) 同様の問題意識を示すものとして、例えば、古川伸彦「過失犯はいかにして『共同して』『実行』されうるか—明石歩道橋事件を機縁として検討の道筋を洗い直す—」刑事法ジャーナル51号（2017年）5頁、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（1）—共同正犯論序説—」法学協会雑誌121巻1号（2004年）96頁など。
  - 12) もちろん、かねてより、過失共同正犯には公訴時効との関係で訴訟法上の実益があることは認められてきた。例えば、渡辺修「公訴時効と刑法254条2項『共犯』の実質的解釈について—明石歩道橋事故に寄せて—」甲南法務研究8巻（2012年）53頁など。
  - 13) このように本稿では主として、過失共同正犯の実益論を扱うが、要件論についてはすでに、拙稿「過失共同正犯の処罰根拠とその成立範囲について」中央大学大学院研究年報法学研究科篇44号（2015年）355頁以下にて検討を行っている。
  - 14) 今井康介「過失犯の共同正犯について（1）」早稲田大学大学院法研論集143号（2012年）50頁以下。

解消説の問題はむしろ、過失共同正犯の成立領域を過失同時犯が取り込むことによって、過失単独正犯の成立範囲を過度に広範なものとさせてはいないか、という点にある。いうなれば、単独でみた場合には、不可罰的な過失共犯にすぎないものを<sup>15)</sup>、過失正犯として格上げしているのではないか、との疑問が向けられるのである。これは、過失犯において、共同正犯の処罰拡張機能を否定するものであるが、同説がいう過失単独犯の成立範囲が妥当なものであるのか、過失単独正犯の成立限界を改めて検証する必要があるものと思われるのである<sup>16)</sup>。本稿の第二の問題意識は、わが国の同時犯解消説をはじめとする過失同時犯一元説への批判的検討を通じて、過失単独正犯の成立限界を分析する点にある。

以上述べてきたように、本稿は、従来疑問視されてきた過失共同正犯の必要性を示すとともに、それと表裏の関係にあるといえる過失単独正犯の処罰限界を明らかにしようとするものである。そこで、本稿では、主にドイツ・スイス両国の議論を参照することとする。というのも、過失共同正犯肯定説が判例・通説とされながら、近時その必要性が疑問視されているわが国とは対照的に、ドイツ・スイスの議論では、過失共同正犯否定説が判例・通説とされながら、近時その必要性が注目され、過失共同正犯肯定説が学説上有力になりつつあるからである<sup>17)</sup>。このように、いわばわが国とは正反対の方向で議論が発展しているドイツ・スイス法の知見を参照することは、過失共同正犯の必要性などを再考しようとする本稿での検討に

15) 例えば、長井圓『交通刑法と過失正犯論』（法学書院、1995年）33頁、36頁注23、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編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第2巻』（成文堂、1998年）387頁、嶋矢・前掲注11）113頁など。また、同・前掲注2）223頁は、過失共犯の不可罰性を扱った判例を取り上げ、過失共犯による起訴対象の選別という問題についても言及している。

16) 類似の問題意識を示すと思われるものとして、例えば、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年）63頁以下など。

17) *Böringer*, *Fahrlässige Mittäterschaft*, 2017, S. 21 ff.

において有益な視座をもたらすものと思われる。

あらかじめ本稿の検討手法の概要を示すと、以下のとおりである。まずは、過失の競合事案において、実際に、過失共同正犯と過失同時犯とはどのように適用の場面分けがなされているのかを確認したのち、本稿が検討対象とする事例を設定する（Ⅱ）。そして、かかる事例につき、かりに過失共同正犯を適用しない場合、過失同時犯一元説（同時犯解消説）からはいかにして過失単独正犯の成立を肯定する余地があるのか、考えられるいくつかのアプローチを取り上げる（Ⅲ）。その上で、過失単独正犯で構成するアプローチに含まれる問題点を明らかにすることで、過失共同正犯は過失同時犯に解消できない場合があること、すなわち、過失共同正犯の必要性を示すとともに、過失単独正犯の成立限界を画する上で重要になるものと思われる視座を明らかにする（Ⅳ）。

## Ⅱ. 擬律判断の現状と検討対象事例の設定

### 1. 過失共同正犯か過失同時犯か

#### (1) 過失共同正犯を肯定するわが国

わが国の裁判実務において、過失共同正犯の成否が争われた事案はそれほど多くない<sup>18)</sup>。

---

18) 過失共同正犯の成立を肯定したものとして、大判昭和10年3月25日大審院刑集14巻339頁（病氣平癒祈禱事件）、最判昭和28年1月23日刑集7巻1号30頁（メタノール販売事件）、名古屋高判昭和31年10月22日裁特3巻21号1007頁（素焼コンロ事件）、宇都簡判昭和31年7月4日刑事裁判資料233号475頁（オーロバンソータ注射事件第一審）、佐世保簡判昭和36年8月3日下刑集3巻7・8号816頁（観光船無断運行事件）、京都地判昭和40年5月10日判時436号64頁（四条踏切事件）、名古屋高判昭和61年9月30日判時1224号137頁（溶接作業火災事件控訴審）、東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁（世田谷通信ケーブル火災事件第一審）、札幌地裁小樽支判平成12年3月21日判時1727号172頁（雪上散策ツアー事件）、東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁（都立広尾病院消毒液誤注射事件）、東京高判平成17年1月28日判例集未搭載（なお、

その中で、過失共同正犯の成立が肯定されたものの、実際には、過失同時犯としても構成可能であったと思われる事案もみられる。例えば、東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁（都立広尾病院消毒液誤注射事件）<sup>19)</sup>や名古屋地判平成19年7月9日裁判所ウェブサイト（乳児車中置き去り事件）<sup>20)</sup>などがこれにあたるであろう。そこではたしかに、過失共同正犯として構成する必然性は想定しがたいかもしれない。

- 
- 飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』（判例タイムズ社、2007年）446頁以下（胆嚢手術ミス事件控訴審）、東京高決平成19年6月5日判例集未搭載（なお、飯田英男『刑事医療過誤Ⅲ』（信山社、2012年）179頁以下）（慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事件控訴審）、名古屋地判平成19年7月9日裁判所ウェブサイト（乳児車中置き去り事件）、奈良地判平成24年6月22日判タ1406号36頁（山本病院事件）がある。他方、過失共同正犯の成立を否定したものとして、大判明治32年6月13日刑録5巻6号28頁（狐憑撲殺事件）、大判明治44年3月16日刑録17輯380頁、大判大正3年12月24日刑録20輯2618頁（列車衝突事件）、大阪高判昭和32年6月17日高検速報32年6号8頁、広島高判昭和32年7月20日裁特4巻追録696頁（オーロバンソーダ注射事件控訴審）、秋田地判昭和40年3月31日下刑集7巻3号536頁（屋上喫煙火災事件）、越谷簡判昭和51年10月25日判時846号128頁（アドバルーン事件）、仙台高判昭和52年2月24日刑集32巻1号29頁（鳥獣保護法違反銃撃事件）、札幌地裁室蘭支判昭和56年3月30日判時1016号133頁（水抜き穴転落死事件）、神戸地判平成16年12月17日刑集64巻4号501頁（明石市花火大会歩道橋事件第一審）、最決平成28年7月12日刑集70巻6号411頁（明石市花火大会歩道橋副署長強制起訴事件）がある。なお、過失共同正犯の成否は争点とされなかったが、過失共同正犯の成立可能性があると思われるものとして、例えば、最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁（横浜市大病院患者取り違え事件上告審）、新潟簡裁略式命令平成19年7月24日判例集未搭載（なお、同337頁以下）（人工呼吸器の酸素ボンベの酸素切れ事件）など。
- 19) 本件は、主治医から血液凝固剤の投与を指示されたところ、被告人であった看護師が誤って消毒液の入った注射器を準備し、同じく被告人であった別の看護師がこれに気付かずそのまま消毒液を患者に投与し、患者を死亡させたという事案であった。
- 20) 本件は、被告人であった両親が、パチンコ店の駐車場に自動車を駐車させ、一緒に連れてきていた乳児を車内に残したままにしていたところ、同児を熱中症により死亡させたという事案であった。

他方、過失共同正犯の成立が肯定された事案の中には、過失同時犯として処理することが困難に思われるものもみられる。例えば、佐世保簡判昭和36年8月3日下刑集3巻7・8号816頁(観光船無断運行事件)<sup>21)</sup>や、東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁(世田谷通信ケーブル火災事件第一審)<sup>22)</sup>などがこれに含まれよう<sup>23)</sup>。

わが国では、実務上も過失共同正犯それ自体は肯定されていることから、たしかに一部の事案では過失共同正犯が前面に押し出される場合がある。それゆえ、しばしば指摘されているように、①過失同時犯のみが成立しうる場面、②過失同時犯と過失共同正犯の双方が成立しうる場面、③過失共同正犯のみが成立しうる場面とが、実務上もそれぞれ存在しているようにもみえる。したがって、前掲佐世保簡判昭和36年8月3日や、前掲東京地判平成4年1月23日などを例にとれば、過失共同正犯による処罰範囲の拡張は、一見すると実務においても否定されていないものにも思われる。とはいえ、明確に③と位置づけられる事案はそう多くなく、同時犯解消説の主張も有力であるように、過失共同正犯でなければ処罰できない事案がその他にどこまで想定できるのか、換言すれば、過失共同正犯による処罰範囲の拡張はどこまで一般化することが可能なのか、という点は慎重に判断する必要があるだろう。

---

21) 本件は、被告人2名が操舵と機関部の操作をそれぞれ担当して、面白半分に勝手に観光船を乗り回したところ、一方の被告人が操舵を誤ったため観光船が対岸に衝突して破損の結果が生じたという事案であった。

22) 本件は、線路部門担当作業員であった被告人兩名が、各自で使用していたトーチランプの消火を相互に確認しあうことなく現場を立ち去ったところ、そのうちの1個のトーチランプから防護シートに着火し、電話ケーブル等を焼損させたという事案であった。

23) 町野朔「惹起説の整備・点検一共犯における違法従属と因果性一」松尾浩也・芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』(有斐閣, 1994年)135頁。なお、前田雅英「判批」捜査研究790号(2016年)49頁も参照。

(2) 過失共同正犯を否定するドイツ・スイス

さて、このように過失共同正犯肯定説が判例・通説とされ、それゆえ、裁判実務においても過失共同正犯による処罰範囲の拡張が認められているように思われるわが国とは対照的に、過失共同正犯否定説が支配的見解とされているドイツ・スイスにおいては、過失の競合事案における過失犯の処罰範囲は、過失共同正犯の領域が存在しない分、わが国のそれと比べて狭くなるはずである。

しかしながら、必ずしもそのような結論に至っていないことが、いくつかの事例から明らかとなる。すなわち、複数の過失行為者が存在する一方で、各人の過失行為と結果発生との間の因果関係が疑わしい事案については、本来であれば過失同時犯は成立しえないため、過失共同正犯が肯定されない限り不可罰とされるはずのところ、この種の事案でも過失犯処罰が認められているのである<sup>24)</sup>。

例えば、ドイツの判例・裁判例として、被告人2名が、侵入した別荘の居間で1本ないし数本のロウソクに火をつけたままその場を離れたところ、その火が延焼し本件別荘を全焼させるに至ったものの、その原因となったロウソクの使用者がどちらであったかは認定されえなかったというロウソク事件や<sup>25)</sup>、自社製品の皮革スプレーが原因と思われる複数の健康被害が発生していたところ、被告人であった取締役らが必要な回収の決議を行わなかったことにつき、過失傷害罪の成否が問題となった皮革スプレー事件<sup>26)</sup>がこれにあたる。また、スイスでも、いわゆるローリング・ストー

---

24) Vgl. dazu etwa *Mitsch*, *Fahrlässigkeit und Straftatsystem*, JuS 2001, 110.

25) BayObLG, NJW 1990, 3032. なお、類似の事実関係につき過失同時犯としての処罰が否定されたものとして、マッチ事件 (OLG Schleswig, NStZ 1982, 116) がある。事実の概要は、被告人Bおよび共犯者Sが、窃盗目的で侵入した工場内で、照明として使用していたマッチをまだ火がついたまま投げ捨てたところ、そのうちの1本の火が本件工場を延焼したものの、B・Sのどちらによるものであったかは明らかでなかったというものである。

26) BGHSt 37, 106.

ンズ事件において<sup>27)</sup>、被告人Aおよび共犯者Bが、通行人等がいないものと轻信して、各自意思を通じて岩石を斜面から下に向かって転がしたところ、そのうちの1つが下にいた釣り人Cに当たり同人を死亡させたが、どちらの岩が命中したのかは明らかにされなかったという事実関係にもかかわらず、過失共同正犯を適用することなく、過失同時犯としての処罰が認められている。

もっとも、このような過失同時犯としての処罰を肯定する裁判所の態度には学説からの批判も強く、むしろ正面から過失共同正犯の成立を認める

---

27) BGE 113 IV, 58. なお、類似の事実関係について、過失同時犯としての処罰が否定されたものとして、ロケット花火事件 (Urteil des Bundesgerichts 6B\_360/2016, 6B\_361/2016 vom 1. Juni 2017) がある。事実の概要は、以下のとおりである。2013年1月1日午前0時頃、Aargau州警察の本部に、共同住宅のバルコニーで火災が発生したとの通報が寄せられた。AとBが、消去法で行為者として特定された。両名が、真夜中の少し前に、打ち上げ花火を発射したところ、発射された花火のうち1つが、軌道から外れ、火災へと繋がったことが判明した。もっとも、関与者両名のうちどちらが、軌道を外れた打ち上げ花火に点火したのか、もはや特定することはできなかった、というものである。Vgl. *Häring*, *Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht - Gleichzeitig eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B\_360/2016, 6B\_361/2016 (zur Publikation vorgesehen) vom 1. Juni 2017, sui-generis 2018, 1, 12 ff.; Ehmann/Bertschinger*, Von «rolling stones» zu «flying rockets» - Die fahrlässige Mittäterschaft erneut auf dem bundesgerichtlichen Prüfstand, *forum-poenale 2018*, 137 ff.; *Letzer/Markwalder*, Plädoyer gegen die fahrlässige Mittäterschaft - Besprechung von BGE 143 IV 361, *forum-poenale 2018*, 220. また、ローリング・ストーンズ事件ののち、スイス連邦最高裁判所は、過失共同正犯否定説の立場にたつことを一部の判例において明言している。Vgl. BGE 126 IV, 84; BGer 6B\_477/2011, Urteil v. 24. 11. 2011. この点については、*Rotsch*, „Leder-spray“ redivivus - Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen - Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft, *ZIS 2018*, 8, *Häring*, a.a.O., 7, *Letzer/Markwalder*, a.a.O., 222, 内海朋子訳「ヨアヒム・レンツィコフスキー『過失共同正犯』」法学研究92巻2号(2019年)86頁注1なども参照。

べきであったとの見方が有力化した<sup>28)</sup>。すなわち、この種の事例こそが、過失共同正犯否定説が支配的見解とされ、過失同時犯として構成することにより過失犯の処罰範囲が十分に確保されるとの理解が一般的なドイツ・スイス両国の議論においても、過失共同正犯の必要性を示し、過失同時犯としての処罰に限界があることを明らかにしているというのである。

## 2. 検討対象となる2つの事例

そこで、本稿では、過失共同正犯の必要性を示すとともに、過失単独正犯の成立限界を分析するため、以上みてきたドイツ・スイスの判例・裁判例の事実関係を抽象化・簡略化した次のような事案を検討対象として設定する<sup>29)</sup>。

### [事例1]

甲と乙が互いに相談の上、周囲の状況を何ら確認することなく、崖の上から岩を交互に投げ落としていたところ、そのうちの1個が通行人に命中し、同人が死亡したものの、その岩が甲と乙どちらが投下したものが判別できなかった。

ここでは、岩を投げ落とすという、甲と乙のいずれの過失行為についても、条件関係は認められない。したがって、甲と乙を過失共同正犯として構成しない限り、両名につき過失犯の可罰性を肯定することはできないはずである<sup>30)</sup>。

---

28) Vgl. dazu *Weißer*, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 236 ff.; *Otto*, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, FS-Spendel, 1992, S. 284 f.; *Brammsen*, Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern - BGH - Urt. v. 6. 7. 1990 - 2 StR 549/89 -, Jura 1991, 537 f.

29) この点については、拙稿「明石歩道橋事件—過失の共同正犯とは何だったのか（特集「最高裁判例から過失犯論を問い直す」）」法学セミナー 769号（2019年）24頁以下も参照。

30) 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号（1970年）9頁など参照。

[事例 2]

有害物質の含まれる自社製品につき、製造会社の取締役3名が取締役会において、リコールを行わない旨の全員一致の決議を行った結果、当該製品の消費者が健康被害を受けた。

ここでは、各取締役につき、かりにリコール賛成票を投じたとしても、他の取締役2名の反対票によって否決されることから、いずれにせよ結果を回避することは不可能であったといえる。したがって、取締役らを過失共同正犯として構成しない限り、結果回避可能性の不存在を理由に、過失犯の成立が否定されることになるはずである<sup>31)</sup>。

以下では、過失共同正犯の余地を認めず、過失同時犯という法律構成でもっていわば一元的に過失犯の処罰範囲を画そうとする理解（過失同時犯一元説）から、上記の2つの検討対象事例がどのように解決されるのか、これをいかにして過失同時犯として構成するのかをみていく。

### III. 過失同時犯一元説（同時犯解消説）のバリエーション

この点、過失共同正犯否定説を前提として、[事例1][事例2]のように、本来であれば過失同時犯は成立しえないため、過失共同正犯の成立が肯定されない限り不可罰とされる事例に関しては、いわば原則に立ち返り、処罰は断念せざるをえないとする見解も当然ありうる<sup>32)</sup>。これに対し

---

31) 松宮孝明「過失の競合一とりわけ過失不作為の競合一」刑法雑誌52巻2号（2013年）332頁以下など参照。

32) Vgl. dazu *Höring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 21 ff.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 92 f.; *Geppert*, Jura 2011, 33; *Brammsen/Kaiser*, Heiße Nacht in der Chemiefabrik, Jura 1992, 37; *Letzer/Markwalder*, a.a.O. (Fn. 27), 225 f.; *Schultz*, Die Strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987, ZBJV 1989, 39 f.; *Donatsch/Tag*, Strafrecht I, 9. Aufl., 2013, S. 370 f. ただし、無罪とする結論の不当性を批判する見方もある。z. B. *Höring*, Das verhängnisvolle Streichholz, ius. full 2008, 68.

て、過失共同正犯の余地を認めず、過失同時犯という法律構成でもっていわば一元的に過失犯の処罰範囲を画そうとする過失同時犯一元説によれば、過失共同正犯否定説を前提としてもなお、過失単独正犯としての処罰を肯定することが可能となる。その内部において、過失同時犯として構成するアプローチは分かれているが、大別すると、過失を前倒しするアプローチ、不作為犯として構成するアプローチ、因果関係判断を修正するアプローチが存在する。

### 1. 過失を前倒しするアプローチ

過失を前倒しするアプローチは、例えば〔事例1〕において、非難の対象としての過失を、崖の上から岩を投げ落とすという直接的な危険行為ではなく、それより時間的に先行する、そのような直接的な危険行為を互に行うことの取り決めに求めるものである。すなわち、直接的な危険行為それ自体については、各人につき因果関係が認められないが、当該行為を取り決めた点を過失と捉えることにより、そのような取り決めにによって死傷結果を惹起した、あるいは、死傷結果を惹起することとなった危険行為を直接的には行っていない行為者についても、取り決めに介して、実際に死傷結果を惹起させることとなったもう一方の行為者の行為を心理的に支援したことにより、同じく結果を惹起したものとして、発生結果との因果関係が肯定され、過失同時犯として処罰が可能になるというのである<sup>33)</sup>。

この過失を前倒しするアプローチを支えているのが、ドイツにおいて支

---

33) *Stratenwerth*, AT I, 4. Aufl., 2011, S. 516; *Rotsch*, „Gemeinsames Versagen“ – Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft, FS-Puppe, S. 905 ff.; *Günther*, Strafrecht: Wer war der Täter?, JuS 1988, 386ff.; *Böringer*, a.a.O. (Fn. 17), S. 38 ff.; *Gropp*, Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander: Überlegungen zur so genannten »fahrlässigen Mittäterschaft«, GA 2009, 274 ff. Vgl. dazu auch *Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 24; *Kamm*, a.a.O. (Fn. 32), S. 93 f.; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 288 ff.

配の見解とされている。過失犯においては統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が妥当するとの理解である<sup>34)</sup>。すなわち、過失犯においては、正犯と共犯とが区別されず、例えば、軽率にも他者が不注意な行為をするよう働きかけるといった、一見すると教唆ないし幫助にとどまるような関与であつても、正犯として可罰的であるとされるのである<sup>35)</sup>。これにより、例

---

34) Vgl. *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd I, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 151; *Böringer*, a.a.O. (Fn. 17), S. 274 ff.; *Schlehofer*, Täterschaftliche Fahrlässigkeit, FS-Herzberg, 2008, S. 355; *Otto*, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, 47 f.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 108 f.; *Brammsen*, a.a.O. (Fn. 28), 538.

35) z. B. *Schick/Bernreiter*, Die fahrlässige Beitragstäterschaft zum Fahrlässigkeitsdelikt – eine notwendige Figur der Beteiligungslehre?, FS-Höpfel, 2018, S. 68; *Mitsch*, a.a.O. (Fn. 24), 109.; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn 178 ff.; *dies.*, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2009, 490 ff.; *dies.*, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt: Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung, ZIS 2007, 249 ff.; *Radtke*, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, FS-Puppe, 2010, S. 837; *Gropp*, a.a.O. (Fn. 33), 273 f. (Walter Gropp 「Zusammenwirken bei Fahrlässigkeit: "miteinander" und "nebeneinander"」 比較法雑誌43巻3号 (2009年) 62頁以下／山本紘之訳「過失における共同作用—『相互に』と『同時に』を考慮して—」 比較法雑誌43巻3号 (2009年) 139頁以下も併せて参照); *Günther*, a.a.O. (Fn. 33), 386 ff.; *Schlehofer*, a.a.O. (Fn. 34), S. 365 ff. *Kudlich/Schulte-Sasse*, „Täter hinter den Tätern“ in deutschen Krankenhäusern? Strafbarkeit von „patientenfernern“ Entscheidern in Gesundheitseinrichtungen bei organisationsbedingten Patientenschäden, NSTZ 2011, 241; *Stübinger*, Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten Am Beispiel der Entscheidung des BGH zum Einsturz der Eissporthalle Bad Reichenhall, ZIS 2011, 603, 610 f.; *Joecks*, a.a.O. (Fn. 33), § 25 Rn. 284. Vgl. auch etwa *Seier*, Die Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Teil 1), JA 1990, 343 f.; *Berster*, „Amoklauf von Winnenden“ – zur Fahrlässigkeitshaftung neben der voll-deliktischen Vorsatztat eines anderen, ZIS 2012, 624 ff.

えば〔事例1〕においては、崖の上から岩を投げ落とすという直接的な危険行為それ自体ではなく、そのような直接的な危険行為を互に行うことの取り決めや、それを介してなされる他者の行為への心理的な働きかけといった、間接的な結果惹起行為をもって、過失単独正犯の成立が肯定されることになるのである。

## 2. 不作為犯として構成するアプローチ

不作為犯として構成するアプローチを採用したのが、ロウソク事件である<sup>36)</sup>。BayObLGは、Bayern州火災防止令5条3項第1文<sup>37)</sup>に基づく注意義務、および、合意に基づきロウソクを照明として使用したという危険な先行行為を理由に、被告人らは、どちらがロウソクを設置・点火したのかにかかわらず、自分が不在の間に火災が発生することのないようしかるべき措置を講ずることが義務づけられていたのであるから、かかる措置を講じなかった不作為により本件火災を惹起したものといえるとして、両名に失火罪の成立を認めたのである。

このように本判決では、不作為犯として構成するアプローチにより、過失同時犯の成立が認められた。ここにいう注意義務とは、自身がロウソクを立てていた場合にはもちろん、かりに他者がロウソクを立て、これを消火し忘れていた場合であっても同様に、自らロウソクを消火する等のしかるべき措置を講ずべき義務を意味し、いわば他者の不注意を阻止すべき注意義務を含むものであった点が目を引く。

こうしたアプローチは、学説においてもみることができる。すなわち、例えば〔事例1〕のような事例に関して、崖の上から岩を投げ落とすという直接的な危険行為を取り上げ、過失作為犯として構成するのではなく、十分な安全対策を講じなかった、とりわけ、他者が不注意にも危険な行為

---

36) BayObLG, NJW 1990, 3032.

37) Bayern州火災防止令5条3項第1文(Bay VVB § 5 III 1)「固体・液体・気体の燃料で作動する照明器具は、火災を引き起こさない形状でなければならず、かつ、火災を引き起こさない形で設置されなければならない」。

に出ることのないようにすべきところ、これを怠って他者に危険な行為を許してしまった点に着目し、このような他人の過失行為を阻止する注意義務に違反した過失不作為犯として構成することができるというのである<sup>38)</sup>。

なお、わが国における同時犯解消説も<sup>39)</sup>、相互的な監督過失、すなわち、「横の関係における相互監視義務に基づく一種の監督過失」に着目するが<sup>40)</sup>、これはまさに、他人の過失行為を阻止する注意義務の違反を過失不作為犯として構成することにほかならない。この意味で、相互監視義務に着目するわが国の同時犯解消説は、この不作為犯として構成するアプローチに位置づけることができよう。

### 3. 因果関係を修正するアプローチ

因果関係を修正するアプローチもまた、実際の判例にみられるものである。

例えば、ローリング・ストーンズ事件において<sup>41)</sup>、スイス連邦裁判所は、次のように述べて、被告人Aに過失致死罪<sup>42)</sup>の成立を認めた原審の判断を維持した。すなわち、注意義務違反行為が共同で決定され、引き続

---

38) *Walder*, *The Rolling Stones*, recht 1989, 58 f.; *ders.*, *Bewußte Beteiligung, ungewollte Folgen*, FS-Spendel, 1992, S. 366 ff.; *Donatsch*, *Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?*, SJZ 1989, 103; *Joecks*, a.a.O. (Fn. 33), § 25 Rn. 292. Vgl. dazu auch *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 34 ff.

39) 例えば、西田典之著・橋爪隆補訂『刑法総論 [第3版]』(弘文堂, 2019年) 415頁, 前田雅英『刑法総論講義 [第7版]』(東京大学出版会, 2019年) 373頁以下, 高橋則夫『刑法総論 [第4版]』(成文堂, 2018年) 483頁以下。なお, 井田良『講義刑法学・総論 [第2版]』(有斐閣, 2018年) 528頁以下も参照。

40) 西田・前掲注39) 383頁。

41) BGE 113 IV, 58.

42) スイス刑法117条「過失により人を死亡させた者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する」(原文は、Art. 117 StGB; *Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft*)。

いて当該行為が近接する時間的・場所的連関の中で共同して遂行され、その際、誰がどの岩を転がすか特段の意図なく取り決められていた本件において問題とされるべきは、各人の個々の寄与が構成要件的结果の原因となっていたかどうかではなく、「共同でなされた全体行為」と発生した結果との間の因果関係が肯定されるのかどうかである。それゆえ、2つの岩石のうち少なくとも1つが被害者の死を生じさせた以上、Aの態度が発生した結果の原因となっていたものと認定することができる、とされた。

本判決では、因果関係の認定に伴う困難性を克服するべく、「共同でなされた全体行為」という概念を介在させることによって、いわば因果関係の拡張が試みられ、これにより過失同時犯としての処罰が維持されたのである。

また、皮革スプレー事件においては<sup>43)</sup>、複数の行為者らが互いに独立して寄与を果たし、それらの寄与が重なり合ってはじめて構成要件的结果を惹起せしめた場合には、各人の寄与それぞれが当該結果の原因になるとの原則に照らせば、不作為の領域においては、結果発生を防止するために必要な措置、例えば、本件でいうところの取締役会における回収決議が、複数の関与者の共働によってはじめて実現されうる場合、協力権限があるのにもかかわらず必要な措置に向けた寄与を果たさなかった者はすべて、当該措置の不実施につき原因を設定したものといえ、そのことから生じた結果について責任を負わなければならない。それゆえ、各被告人は回収が実施されなかったことによって生じた傷害結果につき責任を負う、とされた。

本件においても、因果関係、より具体的には、結果回避可能性の認定に困難が生じているが、ここでBGHは、重疊的因果関係の理論により因果関係ないし結果回避可能性判断それ自体を修正することで、この問題を克服し、過失同時犯としての処罰を可能としたのである。

因果関係を修正するアプローチによれば、[事例1]については、個別

---

43) BGHSt 37, 106.

の過失行為ではなく、「共同でなされた全体行為」と結果との因果関係を取り上げることによって、また、[事例2]については、重疊の因果関係の理論を援用することによって、関与者各人を過失同時犯として処罰することが可能となろう。

#### 4. 小 括

以上みてきたように、[事例1]や[事例2]のような、過失共同正犯の成立が肯定されない限り不可罰とされるはずの事例に関しても、過失同時犯一元説は、様々なアプローチにより、過失単独正犯としての処罰を可能としている。上述したとおり、過失共同正犯否定説が支配的の見解である以上、この場合には処罰は断念せざるをえないとする見方もある一方で<sup>44)</sup>、その結論には当然異論もありうることに鑑みれば<sup>45)</sup>、どのような形であれ過失犯としての可罰性を維持するという、望ましい結論へと至りうる過失同時犯一元説には、一定の妥当性が認められよう。しかしながら、このような見解には、少なからず問題が含まれているように思われる。

第一に、過失を前倒しにするアプローチの背後にある、過失犯においては統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が妥当するという理解の妥当性に疑問がある。すなわち、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念によれば、過失犯においては、概念上共犯に該当し本来ならば不可罰とされるべき行為が可罰的な正犯行為の中に取り込まれ、処罰対象に含まれることになる。この意味において、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念は、過失犯において、処罰対象となりうる行為を類型的に拡張する機能を果たすことになるが、これはむしろ、処罰範囲を過度に広げることになりはしないだろうか。過失犯においては、故意犯と異なり、制限的正犯概念ではなく、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が妥当するということができるのか、検討の余地がある<sup>46)</sup>。

---

44) Vgl. dazu etwa *Geppert*, a.a.O. (Fn. 32), 33.

45) z. B. *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 22 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 32), 68.

46) なお、過失犯においては統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が妥当すると

また第二に、不作為犯として構成するアプローチについていえば、他人の過失行為を阻止する注意義務を觀念することは可能なのであろうか。自己の行為から結果が発生しないように注意すべき義務ではなく、他人の行為から結果が発生しないように注意すべき義務は、例えば監督過失の議論がそうであるように、特別な根拠が認められない限り、觀念しがたいものである。この点、不作為犯として構成するアプローチは、上下関係や監督・被監督関係のない、対等な行為者同士にも、他者の行為を監視・監督する注意義務が認められるとするが、そのような理解が理論的に支持しうるものであるのか、検討する必要がある。

さらに第三に、因果関係判断を修正することの当否である。これはとくに、皮革スプレー事件で提示された重疊的因果関係の理論により因果関係ないし結果回避可能性判断それ自体を修正することの妥当性が問われなければならない。具体的には、そこでは、結果回避可能性判断において、自己の注意義務の履行を付け加えるだけでなく、他人の注意義務の履行をも仮定されているが、そのようなことが理論的に正当化されるのであろうか。

以下では、過失同時犯一元説に含まれる3つの問題点それぞれについて検討を加える。この作業を通じて、過失同時犯として構成することの限界が明らかとなり、同時に、過失共同正犯の必要性と過失単独正犯の成立限界とが示されることになるであろう。

---

いう理解は、過失を前倒しするアプローチのみならず、不作為犯として構成するアプローチにとっても、理論的な根拠を提供するものである。それゆえ、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念の妥当性を検証することは、不作為犯として構成するアプローチの採用可能性にも影響を及ぼすことになるものと思われる。

## IV. 過失同時犯一元説の限界

### 1. 統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念の問題性

#### (1) 裁判実務における実際の運用

まず、そもそも過失犯において統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が妥当するとの理解は、必ずしも裁判実務における実際の運用と合致するものではないと思われる。

例えば、わが国においては、大洋デパート火災事件（最判平成3年11月14日刑集45巻8号221頁）に関して、取締役の監視・是正の懈怠という不適切な行動は、防火管理上の注意義務違反ではなく、換言すれば、正犯を構成する不適切行動でない、との分析がなされている<sup>47)</sup>。すなわち、そこでは、自らは直接に火災による死傷結果を防止する責務を負っていない場合に、直接の義務者に対する「進言義務違反」によって「正犯」を拡大する方法は否定されているのであって<sup>48)</sup>、このことは、過失犯の場合に統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が裁判実務において必ずしも基礎とされているわけではないことの証左といえよう<sup>49)</sup>。ほかにも、過失幫助は不可

---

47) 井出孝一「判解」『最高裁審判例解説刑事篇（平成3年度）』（1993年）189頁、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004年）315頁。

48) 進言義務違反のような、他人に対する働きかけを内容とする注意義務違反のみでもって過失正犯としての責任を問うことに疑問を呈するものとして、例えば、齊藤彰子「進言義務と刑事責任」金沢法学44巻2号（2002年）164頁以下など。

49) なお、進言義務違反を内容とする過失犯の成立を肯定する余地は、一律に排除されるべきものではない。例えば、結果発生に至る危険を防止・除去し結果を回避すべき保障人的地位にある部下が、そのために必要な措置の“一手段”としていわゆる進言義務を負い、これに違反したことをもって過失犯としての可罰性を肯定することにはそれほど問題がないように思われる。というのも、当該部下もまた、保障人的地位にある以上、本来であれば自ら当該危険の防止・除去、結果発生の回避をなすべき地位にあるのであって、そこには正犯としての第一次的責任を基礎づける素地が存在することを十分肯定できるものと

罰であるとする下級審判例もみられる<sup>50)</sup>。

また、ドイツにおいても、例えば故意行為への過失的関与について、常に過失正犯として処罰されているわけではない<sup>51)</sup>。事実、拳銃自殺事件 (BGHSt 24, 342)<sup>52)</sup>、ヘロイン注射事件 (BGHSt 32, 262)<sup>53)</sup>などをみても、

---

考えられるからである。他方、進言することにより危険の防止・除去、結果発生回避が可能であることから直ちに保障人的地位を肯定するとすれば、そのような理解には賛同できない。予見可能性や結果回避可能性は注意義務を肯定するための必要条件にすぎず、十分条件ではないのであるから、進言による結果回避可能性から直ちに注意義務の存在、ひいては過失犯としての可罰性を引き出すことはできないものとする。このような進言義務は、保障人的地位にある者が負うべき注意義務の一態様にすぎないのであって、保障人的地位や注意義務を直接的に基礎づける要素ではないのである。この点については、拙稿「過失不作為の競合事案における個人の注意義務の論定」中央大学大学院研究年報法学研究科篇45号（2016年）287頁以下参照。

50) 例えば、富良野簡判昭和34年7月14日下刑集1巻7号1639頁、札幌地裁室蘭支判昭和56年3月30日判時1016号133頁など。

51) もちろん、無許可輸出事件 (RGSt 58, 366)、屋根裏部屋火災事件 (RGSt 61, 318)、嬰兒殺事件 (RGSt 64, 316)、愛人毒殺事件 (RGSt 64, 370) といったライヒ裁判所判例に代表されるように、伝統的には、故意行為への過失的関与は過失正犯として処罰されてきた（詳細については、安達光治「客観的帰属論の展開とその課題（一）」立命館法学268号（1999年）153頁以下などを参照）。他にも、近時のものとしては、例えば、銃乱射事件 (BGH NSz 2013, 238) などがある。本件は、被告人であった父親が不注意にも自宅で鍵を掛けることなく銃器・弾薬類を保管していたところ、これを黙って持ち出した息子（当時17歳。精神に何らかの障害があったとされる）がかつて通っていた学校等で銃を乱射し、多数の死傷者を出したことにつき（Winnenden 銃乱射事件と呼ばれる。事件直後、息子は自殺したとされる）、被告人に過失致死傷罪の成立が認められたというものである。ただし、被告人に過失責任が認められたのは銃乱射の被害者の死傷結果に限られ、自殺した息子の死亡結果についてはその責任を問われていない。なお、過失犯の正犯の背後の過失正犯に関するものとしては、劇場クローク事件 (RGSt 34, 91) などがある（詳細については、同159頁以下を参照）。

52) Vgl. dazu etwa *Puppe*, ZIS 2007, 247 ff.; *Fahl*, Die Strafbarkeit des Verkaufens von Waffen im Darknet wegen fahrlässiger Tötung, JuS 2018, 531 f.

過失犯において統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が妥当しているとはいいがたい裁判実務の運用がある<sup>54)</sup>。

(2) 統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念の不都合性

また、しばしば指摘されているように、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念によると、本来であれば不可罰的な過失共犯が<sup>55)</sup>、可罰的な過失正犯への格上げされてしまう、との批判がある<sup>56)</sup>。これは主に、過失犯においても正犯と共犯とは区別され、前者の過失正犯のみが可罰的であるとする制限的正犯概念の理解から向けられる批判である<sup>57)</sup>。かかる理解によれ

---

53) Vgl. *Seier*, a.a.O. (Fn. 35), 345.

54) Vgl. dazu *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 121 f. 詳細については、松宮・前掲注47) 52頁以下も参照。

55) 例えば、山口・前掲注15) 387頁など。

56) 外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂、2018年) 244頁以下、金子博「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌58巻1号(2019年) 101頁以下、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) 28頁、大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル28号(2011年) 12頁など。Vgl. auch *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 262; *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 32 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 27), 5; *Wehrle*, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?, 1986, S. 83; *Letzer/Markwalder*, a.a.O. (Fn. 27), 225. なお、過失犯においても正犯と共犯との区別が認められるとするものの、後者の過失共犯も可罰的であるとするものとして、内田文昭『総合判例研究叢書 刑法(26)』(有斐閣、1965年) 187頁以下、216頁以下、同『刑法における過失共働の理論』(有斐閣、1973年) 64頁以下。

57) ドイツにおいて過失犯でも制限的正犯概念が妥当すると主張するものとして、*Schumann*, a.a.O. (Fn. 34), 1986, S. 110 ff.; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 56), S. 261 ff.; *ders.*, Die fahrlässige Mittäterschaft, FS-Otto, 2007, S. 423 ff.; *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 113 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 27), 8; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25ff. Rn. 107, 119; *Hoyer*, a.a.O. (Fn. 34), § 25 Rn. 152; *ders.*, Wozu brauchen wir eine fahrlässige Mittäterschaft?, FS-Puppe, 2011, S. 528 ff.; *ders.*, Zur Differenzierung zwischen Erfolgs-, Handlungs-, und Unrechtszurechnung, GA 2006, 298 ff.; *Otto*, a.a.O. (Fn. 34), 48 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 28), S. 272 ff.; *Pfeiffer*, Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft, Jura 2004, 521.

ば、過失犯を前倒しするアプローチが主張するような、直接的な危険行為を互いに行うことの取り決めや、それを介してなされる他者の行為への心理的な働きかけといった、間接的な結果惹起行為は、まさに不可罰的な過失共犯にすぎないのであって、これをもって過失単独正犯としての処罰を肯定することは困難となろう<sup>58)</sup>。例えば、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念を背景とした過失犯を前倒しするアプローチを徹底した場合、難易度の極めて高い危険な手術を担当する医療チームにおいて執刀医の手上的ミスにより医療過誤が発生したという事案で、術前カンファレンスに参加していた麻酔医や看護師までもが、カンファレンスを通じて執刀医に何らかの働きかけを行ったことをもって、過失責任を問われることにもなりかねないのではなかろうか<sup>59)</sup>。この意味で、過失犯を前倒しするアプローチにおいては、過失同時犯構成を維持するために、本来であれば不可罰的な程度にすぎない過失的関与を過失犯の処罰範囲に取り込みかねない点で、過失単独正犯の理解に疑問が残るように思われる。

また、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念は、過失犯において、その処罰範囲を過度に広範なものにしてしまうおそれも指摘されている<sup>60)</sup>。

なお、上で述べた医療過誤の事案は極端な例だとしても、例えば、[事例1]を変形して、甲と乙とが互いに相談の上、周囲の状況を何ら確認す

58) *Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 57), Vor §§ 25 ff. Rn. 112; *Hoyer*, a.a.O. (Fn. 34), § 25 Rn. 152; *van Weezel*, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, S. 119 ff.; *Haas*, *Ein (fast) unbekanntes problem der Mittäterschaft*, *StudZR* 2015, 307 f.; *Weißer*, a.a.O. (Fn. 28), 235; *Pfeiffer*, a.a.O. (Fn. 57), 520; *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 25 ff.

59) もちろん、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念を前提としたとしても、この場合に、例えば、予見可能性や結果回避可能性、信頼の原則といった正犯性以外の観点から過失犯としての可罰性を否定することも考えられるであろうが、かりに予見可能性や結果回避可能性が認められたとしても、直接的な結果惹起者に対する心理的な働きかけにすぎない事実を捉えて、第一次的な責任類型たる過失正犯として評価することが妥当なのか、検討の余地があるものと思われる。

60) *Weißer*, a.a.O. (Fn. 28), 235; *Pfeiffer*, a.a.O. (Fn. 57), 520.

ることなく、崖の上から岩を交互に投げ落としていたところ、甲の投下した岩が通行人に命中し、同人が死亡したという事案(以下「事例3」という。)において、過失を前倒しするアプローチから、岩を命中させた甲だけでなく、命中させなかった乙もまた過失犯として処罰するという結論が導かれることになるのか、やや疑問である。この点で、同アプローチは、各人の過失行為と結果との間の因果関係が認定できないことによって誰も過失責任を負わなくなってしまうという事態を避けるために、いかなれば、望ましくない結論を避けるためだけに、過失単独正犯という概念の外延を無理に広げてしまっているのではないだろうか。

### (3) その他の問題点

さらに、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念によると、相互に協力し合うという共同正犯特有の事情を、過失単独正犯として再構成することとなり、不自然な法律構成をせざるをえないという点も問題視されよう<sup>61)</sup>。

加えて、統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念によれば、例えば、過失を前倒しするアプローチから、ローリング・ストーンズ事件や、「事例1」のような事案は解決することができても、皮革スプレー事件や「事例2」のような場面で、妥当な解決を図ることができないという問題もある<sup>62)</sup>。

## 2. 他人の過失行為を阻止する注意義務(作為義務)の問題性

### (1) 他人の過失行為を阻止する注意義務の設定可能性

ここでは、まず、他人の過失行為を阻止する注意義務がいかなる根拠か

---

61) *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 33; *Renzikowski*, a.a.O. (Fn. 57), S. 429; *Riedo/Chvojka*, *Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft*, ZStrR 2002, 163; *Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 57), Vor §§ 25 ff. Rn.112; *Weißer*, a.a.O. (Fn. 28), 235; *Knauer*, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, S. 185 f. Vgl. *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 222 Rn. 67.

62) 例えば、松宮・前掲注31) 331頁以下、338頁、前嶋匠「合議決定に基づく犯罪(1) —過失の共同正犯を中心に—」愛知大学法学部法経論集214号(2018年)11頁以下など参照。Vgl. dazu auch *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 28.

ら生じるのか不明確であるように思われる。すなわち、一方が他方を監督するような関係にある場合であれば格別、そうではない場合には、完全に自己答責的な他者の行為についてまで、自己の行為と同じく、そこから結果が発生することのないよう注意すべき義務を設定するためには、相応の根拠が必要となろう。この点、例えば〔事例1〕のような場合には、自分自身も崖の上から岩を投げ落とすという直接的な危険行為それ自体をなしていること、そのような直接的な危険行為を互いに行うことを他者と取り決めていること、あるいは、かかる取り決めに介して他者の行為へと心理的に働きかけていることといった事情がその根拠として考えられるものの、いずれも完全に自己答責的な他者の過失行為を阻止すべき注意義務を基礎づけるものとしては不十分であろう。また、岩を投げ落とすという直接的な危険行為それ自体をともに行っているという事実をもってしても、例えば、互いに結果が発生させることのないよう注意すべき共同の義務を認めることはできても、このことから直ちに、自己の行為のみならず、他人の行為からも結果が発生することのないよう注意すべき単独の義務を基礎づけることはやはり困難といわざるをえない。この意味で、〔事例1〕のような場合に、他人の過失行為を阻止する注意義務を設定することはできないものと思われる<sup>63)</sup>。このとき、かりに他人の過失行為を阻止する注意義務を観念したとしても、それは可罰的な過失単独正犯ではなく、あくまで不可罰的な過失共犯を基礎づけるにすぎないであろう<sup>64)</sup>。不作為犯として構成するアプローチにおいても、過失犯の正犯性が不当に拡張されてしまうことが指摘できる<sup>65)</sup>。

63) Vgl. dazu *Weißer*, a.a.O. (Fn. 28), 236; *Pfeiffer*, a.a.O. (Fn. 57), 521 f.; *Kamm*, a.a.O. (Fn. 32), S. 97 f.; *Häring*, a.a.O. (Fn. 27), 6; *ders.*, a.a.O. (Fn. 33), S. 40.

64) 古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」刑法雑誌52巻2号(2013年)307頁以下。

65) なお、例えば〔事例3〕において、岩を命中させた甲は過失作為犯として、そして、命中させなかった乙については、これを過失不作為犯として処罰することが考えられるが、不作為犯として構成するアプローチが、このような場合にまで乙の可罰性を肯定するのか、疑問が残る。

(2) わが国の同時犯解消説の問題

同様のことは、わが国の同時犯解消説にもあてはまるであろう。すでに述べたとおり、同時犯解消説の核心は、相互的な監督過失、すなわち、「横の関係における相互監視義務に基づく一種の監督過失」に求められるが<sup>66)</sup>、これはまさに、他人の過失行為を阻止する注意義務の違反を過失不作為犯として構成することにほかならないのである。そうだとすれば、このような相互監視義務の発生根拠が問われるとともに、相互的な監督過失というものが、それ自体を単独でみた場合に、過失単独正犯たりうのか、その正犯性に疑問が生じることになろう<sup>67)</sup>。

このような問題は、過失共同正犯の成立要件とされる共同義務の共同違反の内容に誤解があったことにより生じたものと思われる。すなわち、いわゆる共同義務の共同違反説によれば、その内容は、「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」に「共同して違反したこと」であるとされる<sup>68)</sup>。このような、行為者各人が自己の行為からだけでなく、他の行為者の行為からも結果が発生しないように注意すべき義務に違反したことを捉えて、過失同時犯解消説は、相互的な監視義務違反が看取される以上、過失同時犯の成立もまた肯定できるとしていた。すなわち、同説によれば、共同義務の共同違反は、

---

66) 西田・前掲注39) 383頁。

67) 藤木・前掲注30) 13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)61頁以下、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論—共同正犯論序説(2・完)」法学協会雑誌121巻10号(2004年)175頁以下参照。ほかに、内海・前掲注7) 203頁、金子博「過失の競合に関する一考察—過失不作為犯の競合を手がかりとして—」川端博・浅田和重・山口厚・井田良編『理論刑法学の探究10』(成文堂、2017年)101頁、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)168頁以下、板津正道「過失の共同正犯」池田修・杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕〔第1版〕』(青林書院、2014年)337頁も同様。

68) 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報43巻6号(1990年)6頁。

いずれも過失単独正犯を基礎づける直接過失と監督過失の和であるとされてきたのである。しかしながら、「共同者が相互に注意し合うべき義務は監督義務ではない。それは、……法的に対等、平等の地位に立つ共同者の協力義務であって、監督者の被監督者に対する義務とは異質のものである」<sup>69)</sup>と指摘されていたように、共同義務の共同違反を、直接過失と監督過失の単純な和として捉えることは正確ではないように思われる。すなわち、共同義務の共同違反説によれば、過失共同正犯が肯定されるには、自己の行為のみならず、他者の行為からも結果が生じないように注意すべき義務に違反したことが必要とされるが、後者の監視義務違反は、必ずしも、単独正犯としての監督過失を肯定するに足るものである必要はないのである<sup>70)</sup>。それゆえ、組織における上下関係や特定の作業における監督・被監督の関係といったような、単独正犯としての監督過失を基礎づけるに足るだけの事情がなくとも、例えば、危険な行為を共同していたことや、共同で危険を防止すべき立場にあったことなどの事情でもって、共同義務の共同違反を肯定することが可能なのである<sup>71)</sup>。このように、同時犯解消説のいうところの相互的な監督過失は、通常の監督過失とは異なり、それを単独でみれば過失正犯を基礎づけるものではないのであって、これをもって過失単独正犯として構成することは困難なのである<sup>72)</sup>。

### (3) その他の問題点

その他にも、他人の過失行為を阻止する注意義務を措定し、不作為犯として構成するアプローチに対しては、例えば「事例1」のように、明らかに作為犯を特徴づける事実関係があるにもかかわらず、これを不作為犯と

---

69) 大塚(仁)・前掲注68) 9頁。

70) この点で、共同義務は、互いに相手方を監督するという、厳格な意味での相互監視義務ではなく、相手方と協力して結果発生を防止するという、相互協力義務を指すものと理解することもできよう。拙稿・前掲注13) 373頁参照。

71) 例えば、藤木・前掲注30) 13頁以下、古川・前掲注11) 6頁以下、嶋矢・前掲注67) 176頁、190頁以下、210頁以下など参照。

72) 以上の点につき、拙稿・前掲注29) 28頁参照。

して構成するのは実態にそぐわない不自然な法律構成であるとの批判が向けられている<sup>73)</sup>。また、わが国の同時犯解消説に対しても、横の関係での監督義務は、単独犯の作為義務というよりは、むしろ共犯的な義務に近いのに、これを無理矢理、共同正犯ではなく、単独正犯と構成するのは実態にそぐわないとの指摘がある<sup>74)</sup>。

### 3. 結果回避可能性判断において他人の義務履行を付け加えることの問題性

すでに述べたように、皮革スプレー事件にみられる因果関係判断を修正するアプローチの実質は、結果回避可能性判断において、自己の注意義務の履行を仮定するだけでなく、他者の注意義務の履行をも付け加えることにある。たしかに、BGHも指摘していたように、このような修正を許さなければ、取締役が複数存在する会社の場合、各人は、他の取締役の義務に違反した不作为を指摘することで、自己の責任を免れることが可能となってしまうが、それによって刑法上の結果帰属の余地が一切認められなくなってしまうという、是認しがたい結論へと至る<sup>75)</sup>。そこで、BGHは、他者の義務違反を指摘することによって被告人各人が責任を免れ、ひいては、発生した結果について誰も責任を負わなくなってしまう結論は不当であるとして、このことを理由に、他者の注意義務の履行を付け加えて結果回避可能性を判断したのである。

しかしながら、このような形で結果回避可能性判断に修正を加えることは許されないであろう。それは、結果回避可能性判断が注意義務の有効性を確認するためのものであることから導かれる帰結である。すなわち、結果回避可能性判断によって確認されるのは、当該注意義務が結果発生を防

---

73) *Weißer*, a.a.O. (Fn. 28), 236; *Kamm*, a.a.O. (Fn. 32), S. 96 f. *Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 34 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 27), 5 f.

74) 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣，2010年）〔島田聡一郎〕846頁。

75) BGHSt 37, 106.

止にとって実際に有効であったのかという点であることに鑑みれば、あくまで行為者の注意義務の履行それ自体によって結果回避が可能であったかが問われるべきであることから、その際に、行為者の注意義務の履行とは無関係な、他者の注意義務の履行を仮定することは許されないのである。皮革スプレー事件や〔事例2〕のように、複数人の注意義務違反が並行して存在する場合であって、かつ、各人の注意義務の単独履行によっては結果回避できなかった可能性が残る場合に、各人に過失犯の成立を肯定するためには、行為者らを共同正犯として構成することが必要とならう。それゆえ、行為者の注意義務違反と他者の注意義務違反とが併存する場合には、行為者が注意義務を履行することのみによって結果回避できたといえれば格別、そうではなくて、結果回避のためには他者も同様に注意義務を履行することが必要であったならば、他者の注意義務の履行を仮定して、結果回避可能性を肯定することはできないのである<sup>76)</sup>。むしろ、このような形で他者の注意義務の履行を付け加えて結果回避可能性を判断することが許されるとすれば、それは共同正犯として構成する場合に限られるのである。

## V. おわりに

本稿では、従来疑問視されてきた過失共同正犯の必要性を示すとともに、それと表裏の関係にあるといえる過失単独正犯の処罰限界を明らかにするべく、わが国とドイツ・スイスの議論を比較検討してきた。その結論を簡単にまとめれば、以下のとおりである。

第一に、本稿の検討対象としてきた〔事例1〕〔事例2〕のように、個々の過失行為につき結果との因果関係や結果回避可能性の存在が疑わしい事案については、過失同時犯一元説のいかなるアプローチからしても、

---

76) 以上の点につき、拙稿「過失の競合事案における結果回避可能性判断について(二・完)」法学新報125巻1・2号(2018年)102頁以下参照。

過失単独正犯として構成することは困難であり、それゆえ、このときなお過失犯の処罰を可能とするためには、過失共同正犯として構成するほかない。したがって、過失共同正犯は何ら実体法上の実益のない不要な概念とはいえない。

第二に、過失同時犯一元説、とりわけ、過失を前倒するアプローチおよび不作為犯として構成するアプローチの分析から明らかとなったように、過失単独正犯としての処罰にはおのずと限界がある。具体的には、結果惹起の原因となった直接的な危険行為それ自体ではなく、そのような直接的な危険行為を互に行うことの実行や、それを介してなされる他者の行為への心理的な働きかけ、あるいは、他者が直接的な危険行為に出ることを阻止することの懈怠といった事実は、可罰的な過失正犯ではなく、せいぜい不可罰的な過失共犯にすぎない。

以上のことから、さらに次のことが導かれよう。例えば、故意犯と同様、過失犯においても共同正犯は、単独正犯による処罰範囲を一定の場面で拡張するものと位置づけられることから、過失共同正犯の成否は過失の競合事案において処罰範囲を画する役割を担う。その1つが、因果関係を拡張する機能であり、個々の過失行為と結果との因果関係が認定できない場合であっても、これを共同正犯として構成することによってはじめて、過失犯の可罰性が肯定されることになるのである。そして、もう1つが、正犯性を拡張する機能であり、各人の関与を単独でみれば過失共犯にすぎないものであっても、これらを共同正犯としてまとめて構成することによってはじめて、可罰的な過失正犯として評価されることになるのである。すなわち、過失犯においては、共同正犯もまた処罰の限界点となるのである<sup>77)</sup>。このことを標語的に述べるならば、管理・監督過失が、より上位者へと向かう責任追及を限界づける「縦の限界」である一方、過失共同正犯は、より多くの関与者を巻き込むのを制約する「横の限界」ということができよう。

---

77) 嶋矢・前掲注67) 182頁。

また、本稿での検討により、他者の行為への心理的な働きかけや、他者が直接的な危険行為に出ることを阻止することの懈怠が、原則としては可罰的な過失正犯を構成しないことが明らかとなり、この点に、過失単独正犯の成立限界を画する上で重要となる視座が見いだされたものと思われる。例えば、企業内部の個人の過失責任を考える上では、自ら直接的な結果回避措置を求められることのみならず、自分以外の他者に働きかけて結果防止する措置の不実施がしばしば問題となるところ、本稿の示す視座は、このような実際的な問題を解決する上で有用なものとなるように思われる。もっとも、本稿では、可罰的な過失正犯ではなく、不可罰的な過失共犯を構成するにすぎない場合があることを述べたにとどまり、過失正犯の内実を十分に明らかにするに至らなかった。過失正犯の内実、より具体的には、過失犯における正犯性の具体的基準を明らかにすることが今後の課題である<sup>78)</sup>。

〔附記〕本稿は、JSPS 科研費・若手研究（研究課題番号：20K13350）の助成を受けたものである。

---

78) 過失犯における正犯性の具体的基準を検討するものとして、例えば、楠田泰大「過失の競合に関する一考察」同志社法学66巻3号（2014年）161頁以下や、内田（研究叢書）・前掲注56）3頁以下、同（過失共働の理論）。前掲注56）69頁以下、*Häring*, a.a.O. (Fn. 33), S. 117 ff. など。なお、近時、過失単独犯における正犯性という限定の不要性を改めて強調する見解が有力に主張されている（樋口亮介「注意義務の内容確定プロセスに基礎を置く過失犯の判断枠組み(2)」法曹時報70巻1号（2018年）70頁以下）。かかる見解については、論者が前提とする故意犯と過失犯の非パラレル性の当否や、注意義務の帰属主体根拠という観点の内実、および、同観点からの処罰範囲の限定の射程といった点に掘り下げた検討を加えなければ、建設的な批評を行うことはできないものと思われる。これらの点に関する考察は、他日を期すこととしたい。