

# 過失の共同正犯における日中比較

鄭 翔\*

## 要 旨

本稿は過失の共同正犯の問題について問題意識を持ち、次のように検討してみた。中国は近年頻繁に刑法改正を行い、様々な成果を得ているが、同時に刑法に頼りすぎではないか、という意見も存在する。このような背景下で過失の共同正犯をどのように理解すべきかは、重要な意味があると筆者は思う（以上Ⅰ）。日本の通説は、複数の行為者の間に共同の注意義務が存在し、行為者たちがそれを共同して違反した場合に、過失の共同正犯が認めうる、とする。一方、反対説は、通常過失の共同正犯として認定できる事件は、おおよそ単独犯としても認定できるため、処罰範囲の不当拡大の危険を冒して共同正犯を認める必要はない、とする。判例も肯定するものと否定するものと分けている（以上Ⅱ）。中国は日本と違い法規定が異なるため、この問題について盛んに議論されていなかったが、解釈と法改正を通して、過失の共同正犯を認めても良いという意見を支持する人は増えてきた（以上Ⅲ）。筆者は日中における学説及び判例を検討した末、否定説の単独犯解消説の結論に至った。結論として、中国においても過失の共同正犯概念を認めることは難しいことから、過失の共同正犯を認めるより、単独犯へ解消する方が合理的であるように思われる（以上ⅣⅤ）。

## 目 次

- I はじめに
- II 日本における過失の共同正犯
- III 中国における過失の共同正犯
- IV 検 討
- V おわりに

## I はじめに

現代社会はリスク社会とも呼ばれている。それは社会が高速な発展とともに、常に様々な危険を

伴っているからである。このように常に発展、進化しつつある社会関係に対応するため、法律もまた常に進化しなければならない。中国は1997年刑法（新刑法）を施行して以来、2016年までの20年間に計9回の刑法改正を行い、平均で約2年に一度刑法改正を行うようになってきた<sup>1)</sup>。その改正内容は組織犯罪、テロ活動、経済犯罪、高齢者犯罪など、様々な領域に及んでいる。この意味で、中国における刑法改正は、著しい成果をえたといえるだろう。しかしながら、このような頻繁な法改正に伴い、刑法秩序の安定性もまた試されている。本来なら、罪刑法定主義と刑法の謙抑性を考慮して、法改正は十分な議論に基づき、長い時間をかけ慎重に決めなければならないものであって、そう頻繁に行うものではない。法律の中で特に刑法は、いわゆる謙抑性、補充性、断片性といった

\* テイ ショウ 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 鈴木 彰雄

第2推薦査読者 曲田 統

独特な性質を持つため、解釈によって対処できるのであれば、法改正まで必要がないように思われる。

このような背景のもとで、筆者は中国における複数の者が過失で犯罪に関与すること、いわゆる過失の共同正犯に関する問題について議論していきたい。過失の共同正犯の問題は、日本やドイツで盛んに議論されるが、中国では従来議論の対象外とされてきた。というのも、中華人民共和国成立以来、1979年刑法（旧刑法）においても、1997刑法（新刑法）においても、共犯規定は以下のように制定されたからである。すなわち、「共同犯罪とは、二人以上共同して故意による罪を犯したことをいう」<sup>2)</sup>。この条文は一般的に、共同犯罪が成立するためには、共同の故意が要求されるように理解される。つまり、日本やドイツと異なり、そもそも中国刑法は条文上過失の共同正犯概念を認める余地を残していないように見える。現行刑法がこう定めた以上、基本的に解釈によって認める余地がないように思われる。後述するように、これを認める解釈を試みる見解もあるが、どれもこの共同犯罪規定を前にして若干強引な印象を与えている。しかしながら、実務には後述する誤殺事例をはじめ、次第に中国においても過失の共同正犯を認める必要性があるという見解を主張する学者が増えてきた。なぜならば、伝統的な解釈に従えば、二人以上で共同して過失による犯罪を行い、かつ侵害結果に対して個々の過失行為との因果関係が肯定できない場合に、過失の未遂にしなければならず、不可罰となるからである。故意犯の場合には、個々の行為と侵害結果との間に因果関係が特定できなかつたら、未遂犯ないし最初から共同犯罪であるとしていわゆる逃げ道を作ることができるにもかかわらず、過失犯の場合には、未遂犯は不可罰となり、共同犯罪もありえないから、たとえ侵害結果は故意犯より重大であっても、処罰することはできない。これは明らかに現行刑法の間隙であり、その間隙を補うために、日本やド

イツのように過失の共同正犯の概念を導入する必要があるからである。

本稿は、中国及び日本の過失の共同正犯に関連する諸規定、学説、実務を比較しつつ、中国においても、過失の共同正犯概念を肯定しうるか、もし肯定できるとすればどのように根拠づけるか、できない場合にいかにして処理すればよいか、ということを中心に議論を展開したい。

## II 日本における過失の共同正犯

### 1. 概要

過失の共同正犯の法的根拠は、刑法60条にある。これによれば、「二人以上共同して犯罪を実行したものは、すべて正犯とする」。共同正犯の成立要件として、特に故意でなければならぬという文言が存在しないため、主観面が過失であっても、共同正犯を認める余地はある、との見解が一般的である。ただし過失による教唆、幫助は、罰則を欠くため（38条1項但書）、不可罰となる。

この問題については、様々な学説が主張されており、その対立は、主に犯罪共同説と行為共同説の対立であったといえよう。犯罪共同説からは、共同正犯とは複数の者が1つの犯罪を共同して実現するため、各人の間に、特定の犯罪結果を実現するため、意思連絡が存在しなければならず、このような意思の連絡は、故意でなければ想定しえない。よって、そもそも過失の共犯行為は、概念上存在するはずはない。これに対して、行為共同説の立場からは、共同犯罪は複数の者が共同して実行する犯罪であり、行為の共同さえあれば共同正犯の成立を肯定しうるとして、故意であれ過失であれ、過失犯の共同正犯を肯定することができるとされてきた。

しかし、その後このような犯罪共同説＝否定説、行為共同説＝肯定説という対立図式が崩れてきた。特に、犯罪共同説の立場に立ちつつも、過失犯の共同正犯を限定的に肯定しようとする見地から、「共同義務の共同違反」を成立要件として要求する

いわゆる共同注意義務違反説が有力に主張されるようになった。つまり、相互利用補充による共同の注意義務を負う複数の者に、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、過失犯の共同正犯の成立を認めることができる。しかし、肯定説が通説となる今もなお、否定説が有力に主張されている。特に、刑事政策的な理由や、過失犯においては結果発生危険性を高めるほどの強い心理的結びつきを欠くという理由から、過度の処罰を招くことを防ぐため、同時犯に解消すべきであるという同時犯解消説が有力である。

過失の共同正犯に関する判例は、大審院時代まで溯ることができる。大審院時代には、過失の共同正犯は否定されていたとするのが、一般的理解である。それらの判例は、おおむね過失の共同正犯の理論的な成立の可能性自体を否定する。つまり、刑法60条に基づき、共同正犯を認めるためには、その主観面において故意を要求しているので、過失の共同正犯は考えられないものとする。しかしながら、大審院時代の判例とは反対に、戦後の昭和28年1月23日第二小法廷判決（メタノール事件）は<sup>3)</sup>、過失の共同正犯を肯定する立場を明らかにした。それ以降最高裁で過失の共同正犯を肯定する判例は一件もない。もっとも、下級審判例は、肯定するものと否定するものに分かれている。

## 2. 学 説

戦前および戦後の初期における過失犯の共同正犯の理解には、共同正犯および過失犯の本質をどのように捉えるか、という問題が関係している。これについて、共犯とは「各自が事実上の共同によって自分自身の犯罪を行なうもの」と定義する行為共同説と、「共同正犯は、一定の基本的構成要件に該当する実行行為を共同して行うもの」と定義する犯罪共同説の対立がある。行為共同説は、共同正犯の成立には自然的行為を共同にする意思があれば足り、結果を共同にする意思、つまり故意の共同までは必要としないので、過失犯であっ

ても行為を共同にする意思がある限り、共同正犯を認めることは可能であると考えられてきた。それに対して犯罪共同説は、共同正犯とは、特定の犯罪を共同で実行することと考える立場であるから、共同正犯成立のためには、その犯罪を共同して実行することについての意思連絡がなければならない。それゆえ関与者は相互に犯罪事実を認識する必要があるが、過失犯においてはそもそも犯罪事実の表象に欠けているので共同正犯は問題にはならないとする<sup>4)</sup>。つまり、共同正犯成立のためには故意の共同が必要なのであり、過失犯には共同正犯はありえないと考えられてきた。

この二つの立場を踏まえ、過失犯の共同正犯の学説は、肯定説と否定説に分けられる。

### (1) 肯定説（主に共同注意義務の共同違反説）

行為共同説の牧野英一は、「共犯ヲ以テ単ニ行為ノ共同ナリト解スルトキハ、犯意ノ関係ハ之ヲ共犯関係ノ要件ヨリ除外セサルヘカラス」<sup>5)</sup>、「数人カ共同シテ一定ノ行為ニ出タル場合ニ於テ、其ノ数人ハ過失犯ノ共同正犯タルコトヲ得ヘシ」<sup>6)</sup>と主張し、過失の共同正犯を肯定した。さらに、木村亀二も行為共同説の立場から、「行為共同説は行為を共同にする意思があれば足り、結果を共同にする意思、従って、故意の共同を必要としないから、結果的加重犯については行為を共同にするという意思があれば共同者のすべてが結果に対して責任を負うことになり、又、過失の共同正犯を認める」<sup>6)</sup>と肯定した。また、植田重正は、共同正犯において「一方が他者の行為に関して責任を負うのは、理論上は各自の行為が相互に他者の行為に対して因果関係を構成しているからに外ならないのであって」、「故意の共同そのものに基づくのではない」<sup>7)</sup>として過失共同正犯を肯定した。

このように、共同正犯の構造からは前述のような犯罪共同説＝過失の共同正犯否定説、行為共同説＝過失の共同正犯肯定説になるが、過失犯の共同正犯は過失犯と共同正犯の二つの分野にまたがる概念であることから、次第に過失の本質ないし

過失犯の構造を出発点として過失犯の共同正犯の可能性を探るアプローチが始められた。そして、このような絶対的な対立構造を崩したのは、内田文昭である。内田によれば「そこでは、共犯現象は一つの犯罪についての数人の共同と考えられている（数人一罪の思想）から、共同者の共同の意思も同一の犯罪的意思に制約されてくるわけであるが、だからといってその犯罪的意思は故意でなければならぬという帰結が導かれるものではないのである。従って、共同正犯は故意犯に限られるかどうかという問題は、犯罪共同説そのものから直ちに解決されるわけではない<sup>8)</sup>」としている。

内田に続き、藤木英雄は、新過失論に立脚し、共同義務の共同違反を理由に過失共同正犯を肯定した。藤木によれば、「過失犯についても共同正犯は認めるべきである」、そのためには、「過失犯の共同実行があったと認めるに足る事実を必要とする。単なる危険な作業の共同ということではなく、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共通の注意義務を負う者の共同義務上の落度が認められるときが、過失犯における共同実行である、ということが出来る」「具体的にいえば、危険な作業を共同に行っている者が、たがいに、単に自己の直接担当する作業動作から結果を発生しないよう結果防止のための具体的な措置をとるばかりでなく、同時に、共同作業中の同僚の作業動作から生ずる結果の発生を防止するために必要な助言、監視の協力をすべき義務を負うというように、事故防止の具体的対策を行なうについての相互利用、補充関係において一体となっているという場合に、その一体的活動が落度ありと判断されるかぎりにおいて、過失犯の共同正犯を認める」、<sup>9)</sup>「かような実体があってはじめて、具体的な被害事実の原因が、一体となって協力し作業をしているA B両名のいずれの動作により生じたかを判別できなくとも、両者の共同の注意義務違反行為の所産として両者がそれぞれの結果を生ぜしめたのとおなじく

処罰することができる」。反面、このような相互利用、補充により、一体となって具体的な被害の原因となる行為を共同して遂行する、というまでの関係にない単なる共同作業者の過失は、それぞれ同時犯的なものと解して処理すべきである<sup>9)</sup>と主張した。

その藤木によって基礎が築かれた共同義務の共同違反説を踏襲しつつ、さらなる発展を遂げたのは大塚仁である。大塚は、明確に「共同義務の共同違反」を用いて過失の共同正犯を肯定しようとする。大塚はまず、「今日の社会通念上、犯罪的結果を発生させやすい危険な行為を二人以上の者が共同して行う際、相互に注意し合って犯罪の結果の発生を回避すべきことが求められているとみられる事態において、共同者の不注意から犯罪的結果が惹起されたときは、共同者の全員に共同の責任を帰することが要請される場合があるのではなからうか<sup>10)</sup>」とし、過失の共同正犯の必要性を主張した。そして、その成立要件としては、「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的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、過失の共同正犯が成立する<sup>11)</sup>」とした。

前述の藤木から提出され、大塚が強力に主張した共同義務の共同違反を中心に展開される説は、今現在通説として一般的に認められている。

## (2) 否定説（主に単独犯解消説）

瀧川幸辰は、「各共同者は、他人の行為を補充し、また他人の行為によって補充せられることを認識し、その認識に従って行為することを必要とする。補充し合う行為によって一つの結果に到達しようという決心が共同正犯の総合的要素であり、独自の特徴である。この心理的狀態（相互的理解）は故意的行為について存するにすぎない。したが

って共同正犯は故意を前提とする。過失犯の共同正犯は考えられない<sup>12)</sup>として過失の共同正犯を否定する。また、団藤重光は、人を野獣と間違えたときに共同してそれに向かって発砲した場合を挙げ、「かような犯罪的でない意思の連絡は、共同して犯罪を実行する意思としては不十分というべき<sup>13)</sup>として過失共同正犯を否定し、更に、「過失行為は、もともと、その主観的方面において、意識的なものから無意識的なものにまたがる領域を占める。意識的な部分が決して過失行為にとって本質的なものではない。意識的な部分についての意思の連絡をもとにして、過失犯の共同正犯の成立を論じるのは、過失犯の本質に即した議論といふことができないであろう」という。

肯定説が通説化した現在でもなお有力に主張されているのは、否定説である同時犯解消説である。つまり、過失共同正犯は認めず、過失の競合、過失の同時犯として構成すべきであるとする考え方である。この考え方には2つの立場があるように思われる。第一は、過失の共同正犯を理論的に否定し、過失犯の単独犯が成立しない場合に無罪にしても仕方がないという立場である。第二は、理論的には、過失共同正犯を肯定できるが、共同義務の共同違反説に挙げるような義務は、横の関係における管理監督過失を觀念すれば足りるとし、過失共同正犯を認めることは過失犯の処罰を不当に拡張するものであり、過剰な刑事コントロールであると言えることから、過失共同正犯を認めず、過失単独正犯へ解消すべきであるとする立場である。

前者の立場から例えば、高橋則夫は、共同正犯について「共謀（意思疎通）という心理的因果性が認められなければ、共同正犯性を肯定できず、この意思疎通の内容が故意に限定されるのか、過失をも含むのかという点が問題であり、共同正犯の構造論からのアプローチが重要である」とし、共同正犯の処罰根拠は、「共謀に基づく犯罪実現における各人の行為の地位役割の重要性によって、

一部分担にもかかわらず、相互的に行為が帰属され、全体の責任を負う点にある」。したがって、「事前に結果を認識し、犯罪事実全体における自己の地位・役割が把握されていなければならない。『共同義務の共同違反』という考え方は、以上のような意思疎通の問題を看過し、客観的要素のみによって共同正犯の成立を認める結果となっているといえ」とする。

これによれば、共同義務の内容は、「共同者の各自が単に自己の行為について注意を払うだけでは足りず、他の仲間の者の行為についても気を配る義務、一方が他方の行為についてまで注意しなければならない場合などと解されており、これは、ほとんどの場合、相互的な監督過失の同時正犯に解消できるものである」。なぜならば、「過失犯にも実行行為性が認められるからその共同が可能であるという論理は、実行行為の同時的存在という物理的因果性だけで共同正犯を基礎づけることになってしまい、共同正犯と同時正犯との区別が失われる結果となる」、処罰範囲を制限する見地から過失の共同正犯を否定するというのである<sup>14)</sup>。

また、井田良によれば、一部実行全部責任の「法理の適用が認められることこそ共同正犯の本質であり、法理適用の根拠はどこにあるかという問題が共同正犯論の根本問題となる」。過失犯の場合に、「主観面の共同が存在しないので、それを根拠に結果の相互帰属を肯定することはできない。過失があるかどうかは、各人ごとに個別的に判定されるべき事柄であり、一定の行為をともに行ったというだけで、直ちに一部行為の全部責任の法理の適用を認めうる関係が成立することにはならない」。他人の結果回避義務違反についても自己が責任を負うべき関係が肯定される場面というのは、「共同者の各自が自分の行為について注意を払うだけではならず、それぞれ他の者の行為についても気を配り、他の者の担当部分についても安全を確かめる法的義務が存在し、共同行為者がその義務に違反したとみられる事態があるときに限られ

る」。そして、単独犯解消の実益は、以下のところにある。つまり「肯定説が、各人の行為を切り離して検討した時には独立の過失正犯の要件が充足されていないにもかかわらず、60条を適用することにより、これを処罰しようとするのであれば、なぜそのような（単独正犯に還元できない）責任を認めうるのかの根拠が問われなければならないが、その根拠が示されているとは思われない。過失の単独正犯を認めないところに共同正犯を認めることは、過失のないところに刑事責任を認めることである」とし、過失共同正犯を否定する<sup>15)</sup>。

後者の立場をとる前田雅英によれば、過失の共同正犯を基礎づける共同の注意義務を「具体的に認定しなければならないのだとすると、共同義務の共同違反が認められるとされる事案は、ほぼ、各関与者自身の監督義務監視義務違反により過失責任を問いうる場合に解消される」、「過失の共同正犯を基礎づける共同注意義務と、個人について考えられる客観的注意義務とはさほど異なるものではない。過失的関与はすべて単独正犯でしかありえないとまで主張する必要もないが、過失の単独正犯と共同正犯の区別に腐心する実益は小さい」。その理由について、「過失の共同正犯を観念することは不可能ではないが、現行法の解釈としては刑法38条1項の故意処罰の原則もあり、個々人の関与形態に合わせた予見可能性の判断を中心とした過失単独正犯の認定をできる限り追求すべきである」とし、過失の競合については、「判例はそのような場合には過失の共同正犯を認めず、他人を介しての結果発生についての過失の有無を個別に吟味すると思われる。そうだとすれば、過失の共同正犯と呼ぶのに適した一部の事案のみを別個の基準で取り扱うのは不合理なのである。ただそれ以上に、共同正犯として扱うとしてもその実質的処罰範囲の確定作業は、結局は通常の過失正犯の場合の作業とほとんど変わりようがない」と指摘する<sup>16)</sup>。

### (3) 因果的共犯論による再構成

従来の共同正犯の処罰根拠に関する理論構成は、概ね故意犯を前提に構築されたものであり、その理論を過失犯に当てはめると不合理が存在する。つまり、そもそも故意犯しか想定しない共同正犯の概念に過失犯まで引き入れることは、解釈に齟齬が生じないわけがない。そのため、過失犯の共同正犯を認めるためには、共同正犯の構成要件を再検討する必要がある。そこで、因果的共犯論の立場から、共犯の処罰根拠は共犯が正犯を通じて法益侵害の結果を惹起したことにあるので、過失の共同正犯の成立を認めるとともに、その要件を再構築する見解が主張されている。

例えば、嶋矢貴之は、「実行は不可欠な要件ではなく、正犯としての重い処罰を正当化するに足りる『重大な関与』を行ってれば足りる」、「意思連絡に限定せず、『共同性』という因果的な相互利用補充関係が存在することが共同正犯には必要である」と主張する<sup>17)</sup>。また、大塚裕史も「結果に対する因果性があり、行為に相互促進性が認められ、寄与の重大性が肯定される場合に過失の共同正犯が成立する」と主張する<sup>18)</sup>。さらに、山口厚は、過失の共同正犯について「構成要件的结果との間に共犯構成要件要素としての（促進強化を内容とする）因果性をそなえ、かつ共同『正犯』としての実質を備えた行為について、構成要件該当事実に関する予見可能性が認められる場合に肯定しうる」、「構成要件的结果と共同者の行為との間に（不注意の助長などによる）共犯構成要件要素としての（促進強化を内容とする）因果関係が肯定され、さらに結果発生についての予見可能性（他人の行為から結果が発生することの予見可能性を当然に含む）が肯定される場合には、作為犯の場合においても過失共同正犯が成立しうる」と考えられる。ただし、そこでの予見可能性は（一般に要求されるべき）具体的なある程度高度なものであることが必要であり、さらに過失犯においても……共同『正犯』の名に値する実体、すなわち共同者

の因果的寄与の重要性が要求されるべきで、それは共同者間の共働の実態から基礎づけられる必要があると思われるのである。因果的寄与の重要性（作為犯の構成）にせよ、作為義務の存在（不真正不作為犯の構成）にせよ、それを基礎づける共働関係の実態が重要である」と主張する<sup>19)</sup>。

### 3. 判 例

日本における過失の共同正犯に関する判例は、大審院、最高裁及び下級審の判例に分けられる。大審院時代の判例は、おおむね過失の共同正犯の理論的な成立の可能性自体を否定する。例えば大判明治44年3月16日<sup>20)</sup>は、被告人X、Yが酒気に乗じてA、Bに暴言を吐き暴行を加えたことにより両名が死亡した事例において、傷害行為の後にさらに何らかの行為が行われたことによって被害者を死亡させた場合に、大審院は「被告等ハ共同的過失行為ニ因リテ他人ヲ死ニ致シタルモノナレトモ共犯ニ関スル総則ハ過失犯ニ適用スヘキモノニ非サルヲ以テ原判決ニ於テ被告等ノ過失致死罪ヲ処断スルニ付キ刑法第60条ヲ適用セサリシハ相當ナリ本論旨ハ理由ナシ」としている。これは、当時の実務では、共同正犯要件として共同の故意が要求されることを意味するものと考えられる。

しかしながら、このような考えは、昭和28年1月23日第二小法廷判決（メタノール事件）によって、一変した。これは、X、Y両名が、その共同して経営する飲食店で、他の飲食店から仕入れたウイスキーと称される法定の除外量以上の「メタノール」を含有する飲食物を、細心の検査及び確認をすることなく、客に販売した事案において、X、Yが意思を連絡して前述の飲食物を販売したものと認められるときは、有毒飲食物等取締令4条1項後段の罪の共同正犯が成立するとした最高裁判決である。これについて、最高裁は「原判決は、被告人両名の共同経営にかかる飲食店で、右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには『メタノール』を含有するか否かを十分に検査した

上で、販売しなければならない義務のあることを判示し、被告人等はいずれも不注意にもこの義務を懈り、必要な検査もしないで、原判決液体は法定の除外量以上の『メタノール』を含有しないものと軽信してこれを客に販売した点において有毒飲食物等取締令4条1項後段にいわゆる『過失ニ因リ違反シタル』ものと認めたものであることは原判文上明らかである。しかし、原判決の確定したところによれば、右飲食店は、被告人両名の共同経営にかかるものであり、右の液体の販売についても、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両名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのであって原判決がこれに対し刑法60条を適用したのは正当であって、所論のような違法ありとすることはできない」と判示した。メタノール事件は、日本で初めて過失の共同正犯を認めた判例である。最高裁における判例はこれ以降出ていないが、この判例を皮切りに、下級審において多数の判例が過失の共同正犯を認めた。

例えば、名古屋高判昭和61年9月30日（溶接作業失火事件）<sup>21)</sup>である。事件の概要は以下のとおりである。鉄工所従業員のXとYは電気溶接作業を行うに当たり、その際に発生する輻射熱や火花により溶接個所に接着・近接する可燃物が発火し、建物が炎上する可能性があったにもかかわらず、あらかじめ不燃物で溶接個所と可燃物とを遮蔽する措置を講ずることなく溶接作業に取り掛かり、両名のうちの一方が溶接する間は他方が火花の飛散状況を監視し、途中で交代する方法で溶接作業を実施したところ、輻射熱または火花によって可燃物が炎上し、建物の一部を焼損させた。これについて、裁判所は「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、被告人兩名の間には、あらかじめ前説示の遮へい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はけつ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て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、被告人兩名は、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、被告人兩名は、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」と判示した。

また、東京地判平成4年1月23日（世田谷通信ケーブル事件）<sup>22)</sup>が挙げられる。事実は次のとおりである。XとYは点火したトーチランプを各自1個ずつ使用し、世田谷電話局付近の地下洞道に設置された電話ケーブルの鉛管を溶接開披して、断線箇所を探索する作業に従事し、断線箇所を発見した。そこで修理方法を検討するため一時洞道外に退出したが、各人が使用していたトーチランプが完全に消火しているかを確認しないまま立ち去ったため、どちらか一方のトーチランプから防護シートに着火させ、電話ケーブル104本および洞道壁面225メートルを焼損させ、これにより世田谷電話局第3棟局舎に延焼する危険を生じさせた。当該事案について、裁判所は「本件の解鉛作業の場合等のように、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全てのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の注意義務が、共同作業者全員に課せられていたことが認められる」と判示した。

以上から分かるように、下級審における過失の共同正犯を認めた判例の多くは、共同注意義務の共同違反を根拠に、過失の共同正犯を基礎づけようとする。これは、学説の共同義務違反説の影響が強いと一般に理解される。

しかし、過失の共同正犯を否定した判例も数少ないが存在する。例えば、広島高判昭和32年7月20日（クロロフォルム誤注射事件）<sup>23)</sup>である。事実は次のとおりである。XとYは患者Aの共同担当医であった。Xが看護師のZに麻酔の静脈注射を命じたところ、Zが薬液を誤認してAに注射したため、Aが注射液の中毒による心臓衰弱のために死亡した。これについて、原審は業務上過失致死罪の共同正犯を認めたのに対し、本判決は否定した。裁判所は「或る患者に対する治療行為が二人以上の医師により共同して行われその意思間に責任の軽重をつけ難い場合、然もその治療過程に於て、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治療につき特に責任を分担しその帰責を明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る医師全員に存するものと解するを相当とすべきが故にたとい所論のごとくXが直接本件麻酔の注射に関与していないからとてその一事を以て本件の前記業務上過失の責を免れることはできないものと謂うべきであるから結局論旨は何れも理由なきに帰する。尚当裁判所は職権を以て按ずるに、原審はXの判示所為を以てYとの共同正犯として之に対し刑法第60条を適用しているが、本件はXとY及びZの過失行為が競合したに過ぎないのであつて、刑法にいわゆる共犯ではないから……前記法条を

適用したのは法令の適用を誤つたもの……ではあるが右は……判決に影響を及ぼすべき法令の適用の誤とは云えないから原判決を破棄する理由とはならない」と判示した。

また、秋田地判昭和40年3月31日（屋上喫煙事件）<sup>24)</sup>が挙げられる。板金工務店の工事責任者をしてきたXが、従業員Y・Zらを指揮しながら、県庁庁舎の屋根のトタン板葺替工事に従事していた。右庁舎は木造であり、当時は晴天で、非常に乾燥していた上、風が吹いていたため、屋上で喫煙することは火災を発生させる危険があったにもかかわらず、従業員に対して屋上で喫煙を禁止せず、また自らも屋根上で喫煙したため、3名いずれかの煙草の吸殻等によって火災が発生し、庁舎等が焼損した事案について重失火罪の共同正犯の成立を否定した。これについて、裁判所は「被告人自身率先して喫煙などを慎むべき注意義務を有するとともに、配下の従業員に対しても喫煙などを避けしめるように措置すべき注意義務を有していたのに拘らず、被告人が同時に右二個の注意義務を怠り、その結果、被告人自身を含む三名いずれかの喫煙により火を失して、他人の現在する建造物を焼燬したものであり、しかも当時の状況に照し右二個の注意義務はいずれも刑法にいう重過失と評価するのが相当であるから、いずれにしても被告人は刑法117条の2後段、罰金等臨時措置法第2条第3条所定の罪を犯したものとわなければならない。（なお検察官は、被告人はA及びBと意思を通じ、同人等と共同して喫煙した重大な過失により本件火災を惹起したものであって、被告人等三名について過失の共同正犯が成立するという見解をとっているが、被告人とA等との間に屋上工事についての共同目的ないし共同行為関係というものは存したが、喫煙については、たんに時と場所を同じくしたという偶然な関係があるにすぎなく、これらの者が喫煙について意思を通じたとか、共同の目的で喫煙をしたというような関係があったとみることはできなく、本件について、

過失の共同正犯の理論を適用するのは相当でない」と判示した。

以上見てきたように、過失の共同正犯という概念は、実務上、概ね否定的であった大審院時代から、明示的に肯定した最高裁判決に至った。そして、そこで示された理解を原則的に踏まえて、若干の変遷を伴い今日まで運用されて来た。その特徴としては、第一に、個別の判例において、特定の学説の影響を強く受けていることが分かる。例えば、世田谷通信ケーブル事件は共同義務の共同違反説に影響され、「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、共同作業者全員に課せられていたことが認められる」として、共同義務の共同違反が認められることを理由に過失の共同正犯を肯定した。第二に、過失犯の共同正犯を否定した判例の大多数は、結局、過失の共同正犯を理論的に否定するのではなく、単に当該事案について、共同の注意義務が存在する事実の不存在や「事故発生の見済義務を認めるべき事情は同じではない」ことを理由に過失の共同正犯の成立を否定したにすぎない。このように、実務における過失共同正犯の理解は、必ずしも一貫性を有していないことが明らかである。また、過失の共同正犯における具体的認定において、意思連絡の要否や共同注意義務の内容などの問題が残っている。

### Ⅲ 中国における過失の共同正犯

#### 1. 変遷<sup>25)</sup>

過失共犯の中国近現代における変遷は、大きく旧中国と新中国の二つの時期に分けられる。

##### (1) 旧中国の時期（1912-1949）

この時期の過失共犯の刑法理論は、ヨーロッパ先進国と日本の影響を強く受けていることが特徴である。学説において、肯定説、否定説、折衷説三つの学説が並立している。それは肯定説＝行為

共同説、否定説＝犯罪共同説というかなり早期の過失共犯に関する対立態様である。そのうち、折衷説は過失の共同正犯を肯定するが、過失の教唆犯と幫助犯を否定する学説である。法規範としては、暫行新刑律（1912）、1928年刑法、1935年刑法という三つの法律があり、それぞれ肯定説、折衷説、否定説の立場をとっている。このプロセスは実質的には新派と旧派、客観主義と主観主義の対立と考えられる。この時期の理論および法律は、その対立を受け続けたものが多く、独自の発展はあまりみられない。

## （2）新中国の時期（1949-）

新中国の時期の刑法は1979年刑法典（旧刑法）と1997年刑法典（新刑法）があり、共犯規定について両方とも共同犯罪を、二人以上の者が共同してする故意による犯罪と規定しており（第25条1項）、過失犯は共同犯罪として扱われないことが明文で規定されている。また、同時犯も共同犯罪に含まれない。二人以上の者が過失による犯罪行為を行う場合に、共同犯罪として罰せず、刑事責任がある場合にはそれぞれの犯行によって処罰する（第25条2項）<sup>26)</sup>。この時期の刑法は、一般的に法文上直接に過失共犯の成立する余地を否定したと思われる。通説も伝統的な犯罪共同説を踏まえて、過失の共同正犯のみならず、過失の教唆犯、幫助犯まで全面的に否定する。この時期の刑法は、最初はいわゆる社会主義刑法であるソ連刑法に強く影響されており、法益より行為の社会危害性や行為者の主観的悪性などを重んじて、犯罪行為は必ず処罰するという傾向がみられる。理論研究の発展につれて、人権保障の側面も次第に学者や立法者から重視されてきたが、犯罪者を見逃すことは許されないという刑事政策的な思考はやはり濃厚である。

このようにして、現在の立法形式及び通説の見地から見れば、過失共犯の議論は、中国においては議論する余地はないように思われるが、時代の発展とともに、疑問の声が次第に高まってきた。

「近代文明の飛躍的發展に伴ない生活関係が高度に機械化し複雑化するにつれて、われわれの生活関係の場で発生する『結果』は、よしにつけあしきにつけ、多くの人の共働行為（zusammenwirken）によってことが多い」<sup>27)</sup>。このような共働行為は特に業務、医療のような分野で広くみられ、事例としてよく論じられている。

## 2. 学説と実務

### （1）学説

中国における過失の共同犯罪の考え方は、学説上大きく分けて三つある。第一に、通説は過失の共同犯罪を全面否認する。つまり、過失の共同正犯のみならず、過失の教唆犯、幫助犯、結果的加重犯の共同犯罪も否定する<sup>28)</sup>。第二に、陳興良は、過失の共犯を否定するが、結果的加重犯の共同正犯を認める<sup>29)</sup>。第三に、侯国云は、過失の共同犯罪を認める。彼は、過失の共同正犯はもちろん、過失教唆犯と幫助犯をも認めるが、共同過失犯罪の各行為者に対して依然として過失の単独犯として処罰することができるにすぎない、と考える<sup>30)</sup>。

通説は、主に以下のことを理由に、過失の共同犯罪を否定する。①従来の理論に従って、共同犯罪の本質的特徴を、共同犯罪行為は同じ犯罪結果に向かう統一した集合体と考える。つまり、二名以上の犯罪者は共犯の故意を持ち、相互的に意思を通じることで初めて共同犯罪を形成することができる。しかしながら、過失の共同犯罪は、意思疎通を欠くので、各行為者の行為を相互に支え合い、相互に協力し合う集合体を形成することは到底できず、それぞれの行為者は、個々の過失犯罪の同時犯にすぎず、共同犯罪ではない。②過失共同犯罪には、行為者が共同犯罪においてもっているような分業や役割は存在しない。各人の過失犯の状況に基づいて罪を論じ刑を科すことができ、共同犯罪に規定によって処理する必要はない。

通説は、従来の犯罪共同説を踏まえて、現行法が故意を共同正犯の要件と定めた以上、過失の共

同正犯に関する議論は全く不必要であると主張し、後述する誤殺事例の場合は不可罰にするのも、仕方がない帰結であるとする<sup>31)</sup>。

一方、過失の共同正犯を肯定しようとする学者たちは、解釈論と立法論、二つの角度からその根拠づけを試みた。まず、解釈論のアプローチとして、以下の理由がある。①共同過失犯罪と過失共同犯罪を区別する。これによれば、共同過失犯罪は、二人以上の行為者の過失行為は同じ結果を惹起した原因であるが、各行為者の間に共同の注意義務と共同注意義務に違反する共同の心情が存在しなかった場合をいう。これに対して、過失共同犯罪は、二人以上の行為者は法益侵害の結果を惹起することを防止する共同の注意義務を負いながら、行為者全体の不注意により、法益侵害の結果を惹起した場合である。現行刑法の規定は前者の場合を、つまり共同過失犯罪を否定しているにすぎず、過失共同犯罪を否定していない。すなわち、刑法25条2項の規定は、過失の競合（同時犯）に関する規定であり、当然それぞれの行為によって処罰しなければならない。一方、過失共同犯罪は、各行為者の間に共同注意義務とそれに対する共同の懈怠を要求するため、各人に一部実行全部責任の法理を適用しなければならない<sup>32)</sup>。このように解釈することによって、中国刑法においても過失共同犯罪（過失共同正犯）を認められる余地がある。②刑法25条1項について、「二人以上の者が共同してする故意による犯罪」における共同犯罪は、教唆犯と幫助犯であり、正犯は含まれないと解し、1項の規定はただ過失の教唆ないし幫助を否定するにすぎない。さらに、2項の「二人以上のものが過失による犯罪行為を行う場合に、共同犯罪として罰せず、刑事責任がある場合にはそれぞれの犯行によって処罰する」という規定は、過失の共同正犯は認めえず、すべて単独正犯として罰しなければならないという意味ではなく、過失の共同犯罪を統一的な正犯体系と解し、二人以上で共同過失犯罪をする場合に、すべて正犯の刑に処され

ば足りる。すなわち、25条の規定は、単に過失の教唆、幫助を否定しているにすぎず、過失の共同正犯を否定していない。③共同犯罪は違法形態であり、法益侵害の結果が客観的に各参加者の行為に帰属できるかどうかという問題を解決する犯罪形態であるため、25条1項の「共同して故意による犯罪」を「共同して意図的に行う犯罪」と解すれば、過失の共同正犯も解釈する余地が生まれよう。しかし、過失犯罪の実行行為は故意犯より緩和されるため、客観的な注意義務に違反する行為すべてが実行行為として認めうる。そのため、このような行為を共同正犯として処罰する必要性はなく、単独犯として罰すればいい（25条2項）<sup>33)</sup>。

次に、立法論のアプローチとして、現行法の規定により、過失の共同正犯を認める余地はないが、現実にそれに対応する事実が存在することと、高度な社会的危害性を有するという刑事政策的な考慮からみれば、過失の共同正犯を法律で規定する必要があるとされている。具体的に言えば、過失の共同正犯が正当化される理由は、以下である。すなわち①共同正犯を認めるか否かについて、重要な意味を持つのは、一部実行全部責任の原則が適用できるかどうかということである。故意犯にも過失犯にも実行行為が想定できるから、現実的に見れば、共同犯罪は故意と過失両方とも考えられるため、故意犯の共同実行行為に対し一部実行全部責任の原理は適用されうる以上、過失犯の共同実行行為に対して適用されえない理由はない。②共同正犯の要件としては、客観面において複数の行為者の行為それぞれが法益侵害という結果を惹き起こしたことに存する。主観面として意思の連絡は要求されるが、ここでいう意思の連絡は、故意による連絡に限定すべきではなく、犯罪構成要件に該当する事実の共同遂行に当たっての社会通念の意味での意思連絡さえあれば足りる。なぜならば、社会通念の意味での意思の連絡も互いの結果回避義務の不履行という心情を促進、強化することが十分ありうるからである。そうすること

によって、一方の行為と他方の行為との間に因果性が認められ、各行為者はほかの行為者が惹起した結果に対しても、予見可能である限り、責任を問うことができる<sup>34)</sup>。

## (2) 実 務

中国において、過失の共同正犯に関する議論が盛んになったきっかけは、以下の(誤殺事例の)事案であった。AとBは射撃の技術を競うため、露台でその露台から8.5メートル離れた木の上にある空き瓶を的にし、銃を用いて射撃ゲームを始めた。両者は同じ銃を使い、順番で三発ずつ撃ったが、全弾命中しなかった。そのうちの一発が林を抜け、露台から百メートル離れたところを通りかかった通行人であるCに命中して死亡させたが、A B両名のうち、どちらが撃った弾丸によってCを死なせたのかが認定できなかった。裁判所は被告両名に過失致死を認め、それぞれ4年の徒刑(日本刑法の懲役に相当する)に処した<sup>35)</sup>。前述のとおり、中国刑法によれば、二人以上の者が過失による犯罪行為を行う場合に、共同犯罪として罰することができず、刑事責任がある場合にはそれぞれの犯行によって処罰されなければならないとする。しかし、共犯関係が認められない場合に、一部実行全部責任の法理を適用することは到底許されない。被害者がどちらの過失行為によって死なせたか、つまり死因不明により因果関係の判断が実質不可能となる場合に、本来なら未遂にとどまり、過失犯の未遂に関する罰則がない限り、不可罰でなければならない。したがって、共犯関係が認められない当該事案について、いかなる理由をもって処罰は正当化されうるか、その処罰根拠が問題となる。

本判決について、批判する意見の多くは、罪刑法定主義違反を理由にし、過失犯の共同正犯概念は刑法上認めえない以上、両行為者の行為と死亡結果の因果関係が特定できない限り、有罪にすることは許されず、刑事訴訟法上の「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、不可罰にするべき

としている。

この誤殺事例を契機に、その判決は適法であるか否か、中国現行刑法のもとでも、過失の共同正犯を認める余地はあるか、そして、仮に過失の共同正犯は認められうるとしたら現行法をどのように解釈すればいいのか、認められえないとしたら、類似する因果関係が不明確な事案について、どのように処罰すべきかなど議論になった。

## (3) 小 括

日中刑法における過失共同正犯理論の差異を検討する前に、まずある前提を明らかにしたい。つまり、中国における法解釈の独特性である。周知のように、中国刑法はまだ「若い」刑法であり、その根幹となるものほとんどがソ連刑法から受け継がれたものである。その中で特徴的なのは主観面要素と客観面要素で構築された構成要件理論である。それによれば、犯罪が成立するためには、客観方面、主観方面、客体、主体四つの要素が同時にそろわなければならない。つまり、日本の構成要件該当、違法、有責のように段階的に犯罪構成を検討するのではなく、四つの要件を平行に検討し、すべて充足すれば犯罪が成立するというような考え方である。(仮に日本刑法の形式的構成要件・違法性・有責性の犯罪論体系を三要件説と呼ぶのであれば、中国の犯罪論体系は四要件説といえよう)。そのため、中国における犯罪成立の判断は、最終的に総合的判断でなければならない。さらに、法解釈をする際に、刑事政策的考慮が常に取り入れられる傾向が見られる。これらのことを前提に、罪刑均衡の刑法原則とあいまって、学説では、犯罪の成立と量刑を分けて考える、というような見解がよくみられる。

以上のことを踏まえて、日本と中国における過失共同正犯に関する議論を検討すると、以下の点において異なる。第一に、刑法における過失共同正犯の処罰根拠について、日本は刑法60条を根拠にし、それによれば、過失による共同正犯も認めうる；それに対して、中国刑法は刑法25条を根拠

に、それによれば、共同犯罪は故意でなければならないため、過失による共同犯罪は想定されえないとする。第二に、過失犯罪に関する規定について、日本刑法はわずか8箇所<sup>36)</sup>しか存在しないが、刑法典以外にも過失犯処罰規定を置く法律は多い<sup>37)</sup>。そして、それらの特別法においては、義務犯が多くみられる。例えば道路交通法第33条<sup>38)</sup>にいう安全確認の義務について、義務違反が肯定される時点で罰せられるが、日本刑法における過失犯は、義務違反だけでは足りず、何らかの侵害結果を惹き起こさなければならない。一方、中国刑法における規定は、もっぱら刑法典で規定され、その条文の個数<sup>39)</sup>は日本刑法をはるかに超えており、さらに、過失犯罪は結果犯でなければならない。第三に、各則における具体的犯罪の法定刑の下限について、日本刑法は財産刑(罰金)を選択し得るのに対して、中国刑法は自由刑となる。第四に、学説における議論に関しては、日本の学説は処罰根拠論と成立要件の両方で議論を展開するのに対して、中国における学説は、主に立法提案というかたちで、これを認める政策的必要性と成立要件を議論の中心としている。第五に、共同犯罪に関する規定について、中国は日本と違い、統一的な共犯概念を用いる。中国刑法によれば、共同犯罪の関与者は、その役割に応じて「主犯」と「従犯」に分かれるが、正犯と共犯の区別は存在しない<sup>40)</sup>。そのため、仮に過失の共同正犯は認めうるとしたら、過失による教唆及び過失による幫助も十分想定されうるといえよう。

このようにして、中国における過失犯の共同正犯の議論は、日本と類似する理論展開をしたものの、日本とは反対の帰結に至った。これは、両国の共犯規定の相違が大きいとみるべきだろう。中国刑法は、共同正犯を法文上故意に限定するため、解釈を行う際に、多くの制限があるように思われる。さらに、実質的犯罪論の見地から、日本で通常過失の共同正犯と認められる事例は、中国では社会的危害性を理由に過失の同時犯として処罰さ

れる。

#### IV 検 討

1. 共同正犯における一部実行全部責任の根拠  
過失の共同正犯の成否を検討する前に、まず共同正犯における一部実行全部責任の根拠を明らかにしなければならない。一部実行全部責任というのは、二人以上の行為者が共同で犯罪を行い、共同正犯とされた場合、各行為者がそれぞれ犯罪行為の一部を分担していたにすぎなくとも、各行為者は発生した犯罪事実の全部について正犯として責任を負わされることをいう。つまり、各行為者にとって、自分は構成要件該当事実の一部しか遂行していないにもかかわらず、他の共同者の行動により、行為者ら全体の行為が構成要件該当事実 に当てはまる場合に、当該行為者は自分の犯罪遂行のみならず、共同正犯者の犯行にまで責任を負わなければならない。なぜ他人の行為まで自分が責任を負わなければならないのかについて、以下のような2種類の見解が存在する。第一に、共同正犯における一部実行全部責任の根拠を、他者の行為を介して互いに結果に対して因果性を及ぼしているという点に求める見解である<sup>41)</sup>。つまり、因果性こそが共同正犯が処罰される所以であり、さらにその因果性は、以下のように説明されうる。すなわち、「共同正犯における『一部行為の全部責任』を基礎付ける、構成要件該当事実に対する因果性は、物理的因果性及び心理的因果性からなるが、物理的因果性は故意の有無とは無関係であり、心理的因果性も、故意の共同がなくとも、構成要件該当事実の実行についての意思の連絡などにより肯定することができ、その結果として、構成要件該当事実の過失による共同惹起を肯定することができる」<sup>42)</sup>とされている。第二に、行為者らが協力し合うことによって、結果発生の危険は単独で犯罪を遂行したときより増加したと評価できるため、共同正犯における一部実行全部責任を認める見解である<sup>43)</sup>。すなわち、共同正犯における

一部実行全部責任の根拠は因果性に存せず、特定の犯罪実現に向けて行為者らが相互の行為を利用補充し、犯罪遂行する際に相手に安心感をもたらす、あるいは相互の協力により犯罪遂行を容易にするということにより、法益侵害の危険性が増大した点で全部責任を負わずに値すると評価される。

## 2. 過失の共同正犯の問題点

そもそも共同犯罪における「同時」と「共同」はどのような意味を持つのか、それを明らかにしたい。同時犯とは、二人以上の者が、意思の連絡なしに、たまたま同時に同一被害者に対する加害行為をすることをいう。二人以上の者が、それぞれの実行行為によって、一緒に侵害結果を惹き起こした場合には、共同遂行の意思を欠くため、共同正犯ではなく、同時犯である。なぜ同時犯と共同正犯を区別する必要があるかという点、同時犯はいわばたまたま侵害結果を惹起したにすぎず、個々人の罪責に合わせて処罰すれば足りるからである。それに対して、共同正犯は、互いに相手の行為を利用し合い、補充し合ってその犯罪を実現しようとする意思により、侵害結果へ向かって犯行を促進するという点において、相互的な利用補充関係によって、結果惹起の危険性が高まり、普通の単独犯より高い要処罰性を有するからである。

同時犯と共同正犯の区別のかなめは、共同遂行の意思にある。つまり同時犯の場合に、個々の行為者はそれぞれ独自に侵害結果へ向かい行為を遂行するため、いわばたまたま同一の結果を惹起したにすぎず、重要な意思連絡の不存在により、共同正犯として一部実行全部責任の原則を適用することは許されず、それぞれ単独正犯として処罰すれば良い。一方、共同正犯の場合に、複数の行為者は意思連絡に基づき相互の行為を利用補充し合い犯罪を実現しようとし、侵害結果へ向かって犯行を促進する。つまり、共同正犯の場合に、複数の行為者は数個の主体とは考えられず、一つの犯罪意思のもとで犯罪行為を遂行する一つの集合体

として考えられているから、当然単独正犯と異なり、一部実行全部責任の原則を適用することができる。

では、このような区別は、過失犯において一体どのような意味を持つのか。過失の本質を不注意と考えれば、このような不注意に意思の連絡は想定しにくいだろう。そもそも、不注意という言葉の意味内容から考えれば、このような心理状態は行為者に専属されなければならないことが分かる。ほかの行為者と意識の連絡のもとでする不注意は、もはや過失の領域を超え、故意に達しているのではないだろうかとすら思える。仮に過失の本質を注意義務違反という過失犯を義務犯的構成として考えても、共同注意義務を設けることはすなわち、複数の行為者に共同に課す一つの注意義務をすべての行為者に課すことを意味する。この共同注意義務の内実としては、各行為者内部の役割分担により、異なる意味内容の注意義務の集合体とみるべきだろう。しかし、義務犯であれば、なぜ他人の義務内容まで自分は注意を尽くさなければならないのか、これを根拠づける理由はない。

## 3. 私見

刑法は元々故意犯、単独犯、既遂犯を想定し、それらを原則として規制するものであり、過失犯、共犯、未遂犯ないし予備犯は例外として処罰するものである。過失犯の共同正犯は過失犯と共同正犯の二つの性質を持ち、過失犯の共同正犯を認める特別の規定がないので過失の共同正犯を認めることはできないという指摘もなされているが、個別の過失犯処罰規定が刑法60条により拡張されると解すれば、その概念自体を認める余地は刑法上にあるということは異議がないように思われる。しかし、刑法の原則の規定を突破するにはそれなりの理由づけが必要とする。それは過失犯の共同正犯を認める実益にあるように思われる。つまり、それを認めるメリットとデメリットを衡量しなければならない。

まず、過失の共同正犯を認めるメリットとして、行為者の行為と侵害結果の間の因果経過が不明であり、認定が困難である場合に、過失の共同正犯を認めることによって、単独の行為者と侵害結果との因果関係の判断を回避することができる。たとえば、AとBが崖の上から下へ数個の石を落とし、たまたま通りかかったCにあたり、Cを死亡させた事例について、AかBかどちらが落とした石か判断できないとき、過失の共同正犯を認めない限り、「疑わしきは被疑者の利益に」という訴訟法上の原則を従い、A、Bともに処罰することはできない。しかし、仮にA、Bの間に共同の注意義務が認められ、さらにその注意義務を共同違反した場合に、個々人の行為と死亡結果との間の因果関係を問題とせず、A、Bは全体として評価され、そのA、Bの全体行為によりCを死亡させたことは容易に認定できるとされる。また、単独犯解消説をとると、行為者は自分の行為から侵害結果を生じさせないという注意義務だけでなく、他人（同行者）の行為からも侵害結果を生じさせない注意義務が生じる。たとえば、工事現場で二人一組で高度な危険を有する共同作業をしていた両名にあたり、片方の作業員は自分からマニュアル通りに機械を操作して事故を生じさせないという注意義務だけでなく、隣の作業員にも安全規定に従わせる注意義務を有する。そして、どちらかの操作ミスにより侵害結果を生じさせた場合に、自分の行為からの直接過失と相手の行為からの監督過失のどちらかが認定できれば、過失の単独正犯への処罰は可能とされる。しかし、そのときに、自らの行為により直接侵害結果を惹起した一次的な直接過失と他人の行為に介在して侵害結果を惹起した二次的な監督過失という異質的な過失の間に択一的認定を行わなければならない。このような認定は実際にできるかどうかは疑問であるため、過失の共同正犯を認めることにより、このような択一的認定を回避する利点があるとされる。

次に、過失の共同正犯を認めるデメリットとし

ては、まず処罰範囲の過度の拡大ということが挙げられる。例えば、X、Yが崖の上から大きな石を交互に投げ降ろしていたとき、下を通ったAにあたり死亡させた事案について、過失共同正犯を認める立場であれば、たとえXの石が命中しYの石は当たらなかったことがはっきりしてもYにも過失致死罪が成立する。また、Zら10名で共同して射撃の練習をしていたところ、Zの発射した流れ弾が通りかかったBに命中して死亡させたような事案でも、Z以外の9名も過失致死罪の罪責を問われることになる<sup>44)</sup>。この指摘について、過失共同正犯を支持する見解から、以下のような反論が存在する。つまり、例えば屋上喫煙事件の場合に、「過失共同正犯肯定説によっても、このような場合には共同注意義務違反を認めないと構成することもでき、あるいは同時犯解消説に依拠しつつも、2人の従業員についても、工事にともに従事しているという事情から、他の者に対し喫煙行為をやめさせる配慮義務があり、この義務についての違反があったということも可能であるかもしれない<sup>45)</sup>」として、肯定説は必ずしも処罰の拡張につながるわけではなく、単独犯解消説も十分処罰の拡張と想定されうるから、この指摘は適切ではないと主張する。確かに、共同注意義務の内容を限定し、あるいは共同注意義務の共同違反を具体的に認定すれば、処罰を限定することはできよう。だがしかし、すでに共同注意義務の存在が前提である場面において、いかなる基準をもって共同違反は成立しないのかということは明らかではないし、明らかにする必要があるように思えない。単独犯解消説をとれば、前述のような場面でも択一的認定が行われうるが、ここで重要なのは、帰結に達するための事実であろう。仮に屋上喫煙事件にも他人に対する配慮義務を基礎づけるような事実が存在すれば、択一的認定をしても不都合がないように思われる。また、処罰の過度の拡大以外にも、本来共同正犯の構成要件に該当する事実をわざわざ単独犯へ解消することは不自然であると

ということがあげられる。確かに、故意犯の場合に、共同実行の意思がなければ、「たとえば、強盗罪において、甲が暴行を分担し、乙が財物奪取を分担した場合、乙が甲の暴行の結果を惹起し、甲が乙の財物奪取の結果を惹起したという因果的要素だけで、乙も暴行行為をしたことと甲も財物奪取をしたことを根拠づけることはできない」<sup>46)</sup>。

なぜならば、甲は暴行の結果を惹起するとともに、乙の財物の奪取に対して因果性を有していると認定できたとしても、それは、各人の単独の行為として分析されるにすぎず、強盗の共同正犯を一つの集合体として考えているわけではないからである。しかしながら、過失犯の場合に、そもそも意思の疎通は認めにくいから、一つの集合体として考えることは難しく、まして共同正犯の構成要件に該当すると認めることは困難であろう。そうであれば、むしろ単独犯の構成として考えるほうが合理的である。

#### 4. 単独犯解消説

##### (1) 解消説に対する批判

過失犯の同時解消説に対して、主に以下のような批判が挙げられる。

①「解消説では、世田谷ケーブル事件のような事案において、自己の行為だけでなく相手の行為にも注意する義務を各自に認めることができるとするのであるが、監督的地位にないものに、他人の行為に対する注意義務を認めることは困難であり、共同正犯を認める実益があるように思われる。共同決定の場合のように、共同正犯関係を認めなければ決定行為と結果との間の因果関係ないし結果回避可能性を認めることが困難な場合も存在している。たとえば、欠陥商品の販売を、取締役会において、全員一致で決定した場合、一人が反対しても決定は覆らないから、個々の取締役についていえば、決定に賛成したことと結果との間の条件関係を肯定することが難しいが、共同正犯とすればこれを肯定することができる。過失の身分犯

について身分のないものを処罰するためには、共同正犯として65条1項を適用する必要がある。仮に同時犯と構成することが可能であっても、共同正犯を認めることには、量刑上の意義のほかに、公訴時効（刑訴254条2項）や告訴の効力（刑訴238条）など訴訟法上の意義もある」<sup>47)</sup>。②過失共同正犯解消説を認める学説のうち、自分の行為だけでなく、相手の行為からも結果を生じさせないという配慮義務を認めることで共同正犯を単独犯へと解消するとする見解に対して、「従来の監督過失論から一歩進んで、組織内で権限を掌握している場合だけでなく、対等の立場にある者同士でも監視監督義務を認めるのであれば、不真正不作為犯における保証人的地位を要求することによる限定がここで有効に働くかが問題となる。さらに、信頼の原則による処罰の限定についても、従来の監督過失論が論じられた領域よりも広く一般的に適用を認めることになるが、他者が義務違反行為を行うという特別事情がありさえすれば、何人であっても他者の行為から生じる結果についての予見義務違反、結果回避義務違反を犯していることになりかねないのではないか、といった問題である」<sup>48)</sup>、とする。③行為者は自分の行為から侵害結果を生じさせないという注意義務だけでなく、他人（同行者）の行為からも侵害結果を生じさせない注意義務が存在すると解するのであれば、監督過失と直接過失との間で択一的認定が認められるかどうか疑問である<sup>49)</sup>。

##### (2) 検 討

それらの批判に対して、私見は以下のような反論を試みる。まず、①の指摘について、論者は「監督的地位にないものに、他人の行為に対する注意義務を認めることは困難であ」とするが、監督的地位は上下関係に立つ場合だけに認められるとはかぎらない。「対等な共同者による共同作業に伴い、作業の性質から、各自に対し他の共同者が不注意な行為を行うおそれがあることを前提として、重畳的な結果回避義務が課せられることもあ

る」<sup>50)</sup>。世田谷ケーブル事件は溶接作業失火事件と違い、一方が作業する間は他方が火花の飛散状況を監視するという義務はないが、代わりに作業慣行として、一時作業を中断して現場から立ち去るときに、「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」が客観的に存在する。このような注意義務を共同注意義務として認めなくても、行為者それぞれに義務があることは疑問ないであろう。そうであれば、各行為者に対して、自分は相手の行動からも結果を生じさせないという注意義務が課されるよりも、単に結果を生じさせないという注意義務が課されると考える方が適切であろう。つまり、各行為者にとって、課される注意義務はただ高度な危険を有する作業のうち、保護に値する法益を侵害されないという注意義務だけで、その注意義務の内容として、自分の行為から侵害結果を生じさせないことと自分の作業仲間からも侵害結果を生じさせないことという二つの意味が含まれる。そうだとすると、監督的地位が認めにくい対等な立場にある行為者間でも、他人の行為に対する注意義務を認めることは考えられる。もちろん、このような注意義務は常に認めうるというわけでもなく、高度な現実的危険性を有する時空間的密接性のある共同作業に限る必要がある。また、共同決定の場合と同じく、その決定内容は高度な現実的危険性を有する時空間的密接性のあるものと判断できれば、決定行為と結果との間の因果関係ないし結果回避可能性が認められる。上記の欠陥商品販売の事例において、確かに、個々の取締役について、一人が反対しても決定は覆らないといえるであろう。しかしながら、この場合、議案に反対し、かつ、議事録に異議がある旨を記載することが重要である。それは、違法行為が取締役会決議に基づきなされた場合、決議に賛成した取締役は任務を怠ったものと推定され、さらには議事

録に異議があることを記載していなかった取締役は、決議に賛成したものと推定され（会社法369条5項）、責任を追及されることになる場合があるからである（会社法423条3項3号）。つまり、反対しない取締役に対して、欠陥商品を販売させないという注意義務を十分に払わなかったと認定できれば、決定行為と結果との間の因果関係は認められる。さらに過失身分犯について、そもそも過失犯の場合に、身分のないものはすなわち相応する注意義務を有しないものである。そのような場合に、そもそも、身分者と非身分者の注意義務は異なる内容であるため、共同することはない。そうだとすれば、65条1項を適用する必要までもなく、身分者と非身分者の罪責は各自の注意義務をもとにして、個別に判断すれば足りる。最後に、共同正犯を認めることには、公訴時効や告訴の効力など訴訟法上の意義があるという指摘は、おそらく明石市歩道橋事件に由来する。すなわち、明石市警察署副署長は事件後に起訴されたが、当時の公訴時効が成立しているため、起訴できなかった。仮に当該人物は前に判決を下した警察署地域官と警備会社支社長との間に過失の共同正犯が成立するのであれば、時効は成立しないため、副署長を起訴できる。しかしながら、刑事訴訟法上の公訴時効や告訴の効力などの規定は、犯罪が成立しないと意味をなさない。つまり、公訴時効や告訴の効力を考慮する前に、その行為が構成要件に該当し、違法かつ有責でなければならない。換言すれば、犯罪の成立は、刑事訴訟法上の諸事情を考慮する前提である。過失の共同正犯を認めるか否かの問題は、まさに犯罪が成立するか否かにかかわる問題であり、その前提を基礎づけるために刑事訴訟法の事情を持ち込むことは循環論法に陥るのではなかろうか。

次に、②指摘について考える。従来の監督過失論は、行為者自ら侵害結果を惹起するといういわゆる直接的侵害類型よりもむしろ監督責任者が一次的責任者である行為者を介して侵害結果を惹起す

るという間接的侵害類型であるため、過失責任の無限の広がり防止のために、制限原理として保証人的地位を要求する。そして、このような保証人的地位は、組織内での権限による上下関係が存在するため、認めやすい。すなわち、上位的地位に立つ監督者に対し、自分の行為から結果を生じさせることはもちろん、下位的地位に立つ被監督者の行為から侵害結果を生じさせた場合にも、責任を追及することができる。なぜなら、そもそもこのような場合に、監督責任者は自分に課される被監督者の行動に誤りがないように監督する義務を尽くさなかったからである。すなわち、監督責任者にとって、事前に被監督者を指示、指揮、示唆、命令し、行動中に被監督者を監視し、行為後に点検するという注意義務が課されるにもかかわらず、それを怠り、結果を生じさせたため、間接的とはいえ、行為と侵害結果との間の因果関係は認められる。

しかしながら、監督責任の定義から、上下関係のある行為者間に限って、このような監督責任を認めることは許されない。確かに、上下関係が存在するような場合に、監督責任を認めることは比較的容易であろう。行為者たちが対等な立場にある場合には、一般人の行動の自由を保障するため行為者に過度の義務を課すことは許されないという自由主義の見地から、監督的地位をたやすく認めることはできない。しかし、前述のように、監督的地位は上下関係に立つ場合だけに認められるとはかぎらない。対等な地位に立つ人同士の間にも「対等な共同者による共同作業に伴い、作業の性質から、各自に対し他の共同者が不注意な行為を行うおそれがあること」という前提さえ存在すれば、十分認められる。また、信頼の原則について、信頼の原則もまた監督責任論の制限理論として用いられるが、保証人的地位の原理と違い、保証人的地位のある人は常に監督責任が肯定されるのではないという解決のために主張される。具体的に言えば、監督責任者にとって、被監督者が

適切な行動を行うことを信頼できる場合、それによって生じた損害について、監督責任者は一切の責任を取る必要はない。単独犯解消説をとれば、上下関係にあるという縦の関係にある者同士だけでなく、対等的立場にあるという横の関係にある者同士まで監督義務を認めうる。このような場合に、他者が義務違反行為を行うという特別事情がありさえすれば、何人であっても他者の行為から生じる結果についての予見義務違反、結果回避義務違反を犯していることになりかねないのではないかと懸念される。そうであれば、信頼の原則は実際に常に働かなくなり、無意味化されるだろう。だがしかし、ここで重要なのは、「他者が義務違反行為を行うという特別事情」の存在ではなく、むしろ「自分が課される監督義務を十分に尽くしたという特別事情」の存在であるといえるだろう。なぜならば、監督者はあくまでも自分自身の行動により注意義務違反が認められるにすぎず、被監督者の不適切な行動による結果発生への責任が転嫁されるわけではないからである。つまり、信頼の原則を無意味化するのではなく、監督責任者が被監督者に対して結果を防止するにあたって尽くすべき注意義務を十分に尽くした場合に、信頼の原則により、被監督者が適切な行動を行うことを信頼できるため、責任を負わない。

最後に、③の指摘について、過失共同正犯が成立する場合にすべて過失単独正犯と解すれば、一人の行為者は自分の行為から侵害結果を生じさせない注意義務と他人の行為からの侵害結果を生じさせない注意義務、すなわち直接過失と監督過失という異質の過失類型の間で択一的認定をしなければならないということは果たして可能なのだろうか。確かに、故意犯の場合に、一人の行為者の一つの行為に同時に直接故意と未必的故意を認めることはないだろう。これは、故意犯の場合に、認識要素として犯罪結果についての認識あるいは認識可能性が要求されるからである。しかしながら、過失犯の場合に故意犯と異なり、認識ある過

失も、結果を予見していないという点では認識なき過失と異ならないとして、認識ある過失と認識なき過失の区別は、そこまで有意義ではない。また、通常故意犯の場合は、いわゆる遡及禁止の原理の働きにより、故意の成立が制限される。例えば、行為Aの後に、構成要件の結果に故意ある行為Bが介在し、それによって結果が発生した場合、結果は故意行為Bに帰属し、その背後の行為Aには結果は帰属せず、因果関係が遮断されることにより、行為Aに構成要件該当性を認めることはできない。この点において過失犯は異なり、たとえ別個の過失が介在しても、因果関係は遮断されず、監督過失を認めることはできる。なぜならば、過失犯における因果関係の判断は故意犯と比べて緩いからである。このように、過失単独正犯解消説という直接過失と監督過失の択一的認定は、むしろ過失犯と故意犯の構造の相違から生まれる帰結といえるだろう。

以上のように、過失単独犯解消説に対する批判に対し、反論を試みた。

## V おわりに

本稿は中国における過失の共同犯罪の問題と日本における過失の共同正犯の問題を比較しつつ、過失の共同正犯を認めるべきかという疑問について検討してみた。

そこで考えるのは、共同犯罪に対しての意思連絡の意味である。意思の連絡は「共同」と「同時」を区別するに際し、重要な意味を持つ。なぜ同時犯と共同正犯を区別するかというと、同時犯はいわばたまたま侵害結果を惹き起こしたにすぎず、個々人の罪責に基づき処罰すれば足りるからである。それに対して、共同正犯は、意図的に相手の行動を利用して犯罪結果へ促進し、相互的な利用補充関係によって、結果惹起の危険性が高まったため、通常の単独正犯より高い要処罰性を有する。共同正犯の成立に際し、共同実行の意思と共同実行の事実の具備が必要である。この具備により、

行為者各自につき、その者自身の行為と他の行為者の行為と一体化して評価され、一部実行全部責任の原則が適用される。共同正犯を一個の人と考えると、各行為者は手足のように考えられる。つまり、侵害行為は左手でやっても、右手にやってもいずれにせよその人に帰責される。各共犯者はあくまでもその人に帰属された行為の枠内でそれぞれの役割や寄与度により細かな責任分配を行う。そして、それらの責任分配が行われるような前提は共同遂行の意思である。すなわち、共同遂行の意思はこの人の脳にあたる。過失犯の場合に、侵害結果に対して注意義務を尽くさなければならないのにこれを怠り尽くさなかったという心理状態は、個々の行為者の中にしか存在せず、意思連絡は観念されえないため、もちろん共同遂行の意思も観念できない。そうであれば、故意犯のように共同正犯における一部実行全部責任の原則を基礎づけることはできなくなり、よって単独犯解消説によるべきである。

単独犯解消説の問題として、以下のことがあげられる。つまり前述の石投げ降ろし事例のように、どの行為者の行為により被害者を死亡されたのか、すなわち因果関係の判断は不可能の場合に、疑わしきは被告人の利益にという刑事訴訟法上の原則に従い、行為者両方とも犯罪未遂にするのが妥当である。しかし過失犯の未遂は罰則が存在しないため不可罰であり、刑法上の間隙が生じる。この問題を解決するべく、筆者は直接過失と監督過失の択一的認定という見解に支持する。つまり、対等な共同者による共同作業に伴い、作業の性質から、各自に対し他の共同者が不注意な行為を行うおそれがあることを前提として、重疊的な結果回避義務が課せられることもあるから、行為者自身から侵害結果を生じさせないという直接過失と、同伴者に指揮、提示することによって間接的侵害結果を生じさせないという監督過失と、どちらか一つ認めれば当該行為者に責任を帰属することはできるという考えである。もちろん、この択一認

定を行う際に重要なのは、対等な共同者による共同作業に伴い、作業の性質から、各自に対し他の共同者が不注意な行為を行うおそれがあるという前提である。

以上のように、本稿は、過失の共同正犯に問題意識を持ち、まず、日本における学説及び判例について検討し、その現状を明らかにした。さらに、中国における議論を紹介し、日中理論の比較を試みた。最後に、日本の学説を見て、単独犯解消説を支持する立場をとる。結論として、中国においても過失の共同正犯概念を認めることは難しいことから、過失の共同正犯を認めるより、単独犯へ解消する方が合理的であるように思われる。

- 1) 1999年12月25日刑法修正案(一)、2001年8月31日刑法修正案(二)、2001年12月29日刑法修正案(三)、2002年12月28日刑法修正案(四)、2005年2月28日刑法修正案(五)、2006年6月29日刑法修正案(六)、2009年2月28日刑法修正案(七)、2011年5月1日刑法修正案(八)、2015年8月29日刑法修正案(九)が施行された。
- 2) 旧刑法第22条、新刑法第25条。
- 3) 刑集7巻1号30頁。この判決には、過失犯の共同正犯を認めることは妥当ではなく、原判決を破棄すべきであるとする小谷勝重裁判官の少数意見が付かされている。
- 4) 内海朋子「過失共同正犯をめぐる問題」法学政治学論究43号 1999年 350頁参照。
- 5) 牧野英一『日本刑法 全〔増訂第36版〕』有斐閣 1928年 357頁。
- 6) 木村亀二『刑法総論』青林書院新社 1962年 405頁。
- 7) 植田重正「過失犯と共同正犯」関西大学法学論集 1954年 118頁。
- 8) 内田文昭『刑法における過失共働の理論』有斐閣 1973年 35頁。
- 9) 藤木英雄『刑法演習講座』立花書房 1984年 新版 226頁以下。
- 10) 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報 43巻6号 1991年 1272頁。
- 11) 大塚・前掲注10) 1271頁。
- 12) 瀧川辰幸『犯罪論序説「改訂版」』有斐閣 1947年 229頁。
- 13) 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』創文社 1990年 393頁。
- 14) 高橋則夫『刑法総論』成文堂 2010年 437頁以下。
- 15) 井田良『講義刑法学 総論』有斐閣 2008年 476頁以下。
- 16) 前田雅英『刑法総論講義〔第五版〕』東京大学出版会 2011年 506頁。
- 17) 嶋矢貴之「過失の共同正犯」新・法律学の争点シリーズ2 刑法の争点 2007年 109頁。
- 18) 大塚裕史「過失の共同正犯」刑事法ジャーナル 28号 19頁。
- 19) 山口厚「過失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』2巻 成文堂 1998年 398頁以下。
- 20) 刑録17輯 380頁。
- 21) 判例時報 1224号 137頁。
- 22) 判例時報 1419号 133頁。
- 23) 高裁裁特4巻追録 696頁。
- 24) 下刑集7巻3号 536頁。
- 25) 以下の内容は張明楷「共同过失与共同犯罪」吉林大学社会科学学报 2003年第2期による。
- 26) 中華人民共和国刑法第25条「共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚」。
- 27) 内田文昭「過失同時犯の正犯性(一)」北海道大学、法學會論集、11(1) 37頁。
- 28) 馬克昌『刑法学(第1版)』高等教育出版社 2003年 162頁以下参照。
- 29) 陳興良『共同犯罪論』中国社会科学出版社 1992年版 69頁。
- 30) 侯国云、苗杰「论共同过失犯罪」刑法问题与争鸣第3辑 中国方正出版社 1999年 第310頁以下。
- 31) 馬克昌・前掲注28)。
- 32) 馮軍「论过失共同犯罪」『西园先生古稀祝賀論文集』北京、法律出版社 東京、成文堂 1997年 165頁以下参照。
- 33) 張明楷「刑法学(第4版)」法律出版社 2011年 365頁。
- 34) 張明楷・前掲注33)。
- 35) 「人民法院案例选 一 刑事卷(1992年-1996年合订本)」人民法院出版社 1997年 46頁。
- 36) 過失傷害罪(209条)、過失致死罪(210条)、業務上過失致死罪(211条1項)、失火罪(116条)、過失

- 激発物破裂罪（117条2項）、業務上失火等罪（117条の2）、過失建造物等浸害罪（122条）、過失往來危険罪、業務上過失往來危険罪（129条）。
- 37) 例えば、自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律（過失運転致死傷罪）、道路交通法など。
- 38) 車両等は、踏切を通過しようとするときは、踏切の直前（道路標識等による停止線が設けられているときは、その停止線の直前。以下この項において同じ）で停止し、かつ、安全であることを確認した後でなければ進行してはならない。ただし、信号機の表示する信号に従うときは、踏切の直前で停止しないで進行することができる。
- 39) 例えば、重大責任事故罪（134条）、過失による放火罪・出水罪・爆発罪・危険物投放置罪・危険な方法による公共安全危害罪（115条2項）など。さらに、過失犯罪は、刑法分則第二章（公共の安全を害する罪）、第九章（瀆職の罪）で多く見られる。なお、銃器紛失不報告罪（129条）のように、主観面は故意か過失か理論上争われていることも存在する。
- 40) 共同犯罪の関与者は、その役割に応じて「主犯」と「従犯」に分かれるが、ここに正犯と共犯の区別は存在しない。主犯とは、犯罪集団を組織・指揮し、犯罪活動を行った者、あるいは共同犯罪において主要な役割を担った者をいう。主犯のうち、犯罪集団を組織・指揮した首謀者は犯罪集団の犯した犯罪の全部について処罰され、それ以外の主犯は、自己が関与、組織・指揮した犯罪の全部について処罰される（第26条）。これに対し、共同犯罪において、副次的あるいは補助的な役割を担った者を従犯という。
- 従犯は、できるだけ罪を軽くするか、刑を減免しなければならない（第27条）。他人を教唆して犯罪を実行させた者は「教唆犯」となるが、教唆犯は共同犯罪における役割に応じて処罰される（第29条）。すなわち、主要な役割を担っていた場合は主犯に準じ、副次的・補助的役割を担っていた場合は従犯に準じる。なお、正犯と共犯の区別が存在しないため、共犯の従属性は問題とならず、被教唆者が犯罪を実行しなかった場合も教唆犯は成立する（ただし、できるだけ罪を軽くするか、刑を減輕することができる）。
- 41) 西田典之『刑法総論（第2版）』弘文堂 2010年 345頁以下。
- 42) 山口厚『刑法総論（第2版）』有斐閣 2007年 359頁。
- 43) 大塚裕史「過失犯の共同正犯の成立範囲—明石市花火大会歩道橋副署長事件を契機として—」神戸法学雑誌 62巻 1 = 2号 2012年 14頁以下。
- 44) 前田雅英『刑法総論講義〔第四版〕』東京大学出版会 2006年 449頁に参照。
- 45) 内海・前掲注4)。
- 46) 高橋則夫「共犯の因果性」刑法の争点 2007年 97頁。
- 47) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』有斐閣 2013年 428頁。
- 48) 内海朋子「過失犯の共同正犯」西田典之、山口厚、佐伯仁志編『刑法判例百選 総論 第6版』有斐閣 2008年 165頁。
- 49) 杉田宗久「過失犯の共同正犯」大塚仁、佐藤文哉編『新実例刑法 総論』2001年 356-357頁。
- 50) 井田・前掲注15)。

