

# 過失共同正犯論について

横 瀬 浩 司

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 共同正犯の特性——意思の連絡——
- 三 過失行為の本質
- 四 判例の動向
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

本稿の目的は、過失犯の共同正犯の成否をめぐる学説および判例の動向<sup>1)</sup>を考察し、もし、過失犯の共同正犯の成立を肯定するとしたならば、どのような理論的根拠によって肯定されるか、その理由づけを整理するための予備的作業を課題とする。すなわち、まず、第一に、行為共同説<sup>2)</sup>過失犯の共同正犯の肯定、犯罪共同説<sup>3)</sup>過失犯の共同正犯の

否定という論理必然的な関係があるのか。第二に、近時、過失犯は構成要件該当（充足）・違法・有責な行為であり、その構成要件的行為の根幹は、注意義務を怠った行為であることが明らかにされてきたが、このような過失概念の理解の下に、過失犯の共同正犯ということが考えられうるのかどうか。第三に、わが国の判例は、どのような動向にあるのか、また、過失犯の共同正犯をどのように理解し、理由づけをしているのかといった問題意識をもって、分析を試みようというのである。

〔注〕

(1) 過失犯の共同正犯の諸説について詳しく検討したものととして、内田文昭『刑法における過失共働の理論』（昭和四八年）、夏目文雄「過失共同正犯論」愛知大学法経論集（法律篇）八七号（昭和五三年）九一頁以下などがあげられる。

## 二 共同正犯の特性——意思の連絡——

(一) 共同正犯を根拠づける「一部実行の全部責任」の法理を認めるためには、意識的共同・意思の連絡が必要とされる。この場合、「行為」について意思の連絡があるとするのか、「犯罪」について意思の連絡があるとするのかによって、行為共同説と犯罪共同説とに説が分れる。本章においては、共同正犯の本質をめぐって争われている共同意思主体説、行為共同説および犯罪共同説<sup>1)</sup>のいずれを採るかによって、過失犯の共同正犯の成否が論理必然的に導き出されるかといった問題を、共同意思主体説、行為共同説および犯罪共同説と順次、考察・検討してゆく。

(二) 共同意思主体説は、共犯を解して、特殊な社会的心理現象である共同意思主体の活動であるとする。そのため、過失にはそのような活動は認められず、過失犯の共同正犯を否定する。共同意思主体説の創唱者である草野博士は、「共犯に特殊の心理的社会的現象を加味して考ふるに於ては、故意犯にはどうしても、立法的に大に考へ直さね

ばならぬものがあると思ふ。而して過失犯に至つては、欺様な特殊な関係を顧慮するの要がないと考ふるが故に、(中略)共同正犯などを認むるの必要はない」とされる。<sup>2)</sup>さらに、この説を發展させた齊藤(金)博士も、「法律の共犯を規定する所以が二人以上において共同目的に向つて合一するところに特殊の社会的心理的現象の生ずることを認めたるによるとなす以上、一定の犯罪は故意犯たることを要するのである。何故なら、一定の目的に向つての相互了解がなければ、特殊の社会的心理的現象を生ずるものとして、特殊の取り扱いを為す必要がないからである。従つて、過失犯に対する共同正犯は、これを認むべきでない」とされ、<sup>3)</sup>ほぼ同様の理由から、これを否定されるのである。また、基本的に共同意思主体説を採られる西原教授は、「過失犯の場合には、共犯規定を援用して一部行為の全部責任の法理を適用すべきでなく、またその必要もないと考へるので、過失による共犯ないし過失犯に対する共犯は否認すべきものと解する。」<sup>4)</sup>とされ、「一部行為の全部責任」の法理は、故意犯についてのものであるという理由で、これを否定される。また、下村教授は、一つには、共同意思主体説の立場からと、さらに、今一つは、過失行為の違法性は、結果の発生によるものであつて、行為自体によるものではないとされ、もし、こうした一般的行為決意で足りるとして、任意的に罪質を想定するとするなら、それは犯罪の個別化を要請する刑法の機能を無視し、罪刑法定主義に違反するとし、<sup>5)</sup>また、過失犯の共同正犯を認める論法として、数人で不注意により結果回避義務に違反する場合と解するなら、これは、個々の過失行為者の不注意を全く等価同量のものとして共同過失を認定することとなり、責任主義の原則に反するものであるとし、<sup>6)</sup>また、共同不注意という論法をとると刑法二〇七条の同時犯の取扱いに反して、過失犯の共同正犯の場合には、多く、共同正犯の形式をとることにより、実際には同時犯として、しかも、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従つて処理されるべきものが、行為者に不利益に解される可能性があり、不合理な結論になるという理由からも、過失犯の共同正犯を否定されるのである。<sup>7)</sup>

これに対して、共同意思主体説の立場から、過失犯の共同正犯を肯定する論者がある。小泉博士は、「元來過失犯は結果に対する認識こそないが結果を発生すべき課程に於ての認識は存するのである、即ち事実の一部を認識して一部を認識しないのである、その一部を認識せざることに注意義務の欠缺があつたのである。故に結果発生以外の作為、不作為は有意的であつて従つて意思の連絡は十分に有り得るのである、即ち意思の共通は過失犯に於ても存し、従つて過失犯の共同正犯の成立は是認」すべきであるとされる。

(三) 行為共同説の立場は、共犯を行為の共同（因果關係の問題）とするため、その意思の連絡は単なる行為について存していれば足りるから、過失犯の共同正犯は積極的に肯定される。たとえば、主観主義の立場に立たれる牧野博士は、「共犯ヲ以テ単ニ行為ノ共同ナリト解スルトキハ、犯意ノ關係ハ之ヲ共犯關係ノ要件ヨリ除外セサルヘカラス。」とされる。この見解によれば、「縦ノ共犯ニ於ケルカ如ク、横ノ共犯ニ付テモ亦然リ。数人カ共同シテ一定ノ行動ニ出テタル場合ニ於テ、其ノ数人ハ過失犯ノ共同正犯タルコトヲ得ヘシ。」として、過失犯の共同正犯の成立を肯定されている。市川博士もまた、「刑法は意思の連絡の内容について犯意の共同を要するものとはしていないので、行為を共同にする意思すなわち共同加功の意思があれば足りる」とし、「従つて、共同正犯は共同加功の意思が存する限り、過失犯の間においても、また、故意犯と過失犯との間においても成立する。」とされている。また、客観主義に立たれる佐伯博士は、共同とは、「主観的に、共同正犯者の各自が、他の者と共同して犯罪を實現する意思——共同加功の意思——を有することを意味」し、共同正犯には相互諒解は不必要であるとし、「共同正犯を故意に限る趣旨は、わが刑法典上これを認めえない」として、過失の共同正犯を肯定される。以上のように、行為共同説を採る論者からは、過失犯の共同正犯の成立が比較的容易に肯定されることは否めない事実である。

なお、ドイツにおいて、前法律的・前構成要件的な意思の連絡の可能性を認めて過失犯の共同正犯を肯定するもの

にメツガーがあげられる。メツガーは、共犯規定の精神は、「数人により意思連絡の上で犯した教唆あるいは従犯、および、数人により意思連絡の上で犯した過失犯にも類推適用される。」とし、「過失犯の場合、最終結果が意欲されていないので、意思連絡は、すべての行為に關係していないが、たとえば、通りすがりの人を死に致らしめる角材の不注意な投下のような身体的行為それじしんは、共同して意欲され、遂行されるということは、確かにありうる。」<sup>(17)</sup>としている。すなわち、これは、共同正犯における意思の連絡は、共同で犯罪を実現する意思または、犯罪的な結果に向けられた意思である必要はないとするのであって、行為・違法・責任という犯罪論の体系をとるメツガーらしい、行為共同説の典型ともいえる考え方である。

(四) 犯罪共同説の立場に立つ論者は、共同正犯は犯罪結果についての意思の連絡を必要とするが、こと過失行為については結果についての意思の連絡はありえないとして、過失犯の共同正犯を否定するのが一般的である。たとえば、M・E・マイヤーは、「共同正犯は故意を前提とする。何かを共同して行おうとする観念は、確かに過失的動作とも結びつきうるが、結果を共同して惹起しようとするところの部分行為を統合する決意は、決して過失的動作と結びつきえない。」<sup>(18)</sup>としている。また、瀧川博士も、共同正犯の本質的特徴をもって主観的なものであるとし、各共同者が相互に「補充し合う行為によつて一つの結果に到達しようとする決心が共同正犯の総合的要素であり、独自の特徴である」とし、「この心理状態（相互的理解）は故意的行為について存するに過ぎない」から「共同正犯は故意を前提とする」ものであって「過失犯の共同正犯は考えられない」とし、「何かを共同して企てると言う観念は過失的共同動作とも結びつくが、結果を共同して引起せうとゆう部分行為を含む決心は、過失的共同動作と結びつくものではない。数人が過失によつて構成要件に該当する結果を引起す場合は数個の過失犯として取扱われる。」<sup>(19)</sup>とし、M・E・マイヤーとほぼ同じ理由によつて、過失犯の共同正犯を否定されている。また、小野博士は、刑法六〇条の「二

人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者」という概念規定は、構成要件の一つの修正形式であり、故意犯を基準としてその共同実現の態様を類型化したもので、主観的に共同するということは、「犯罪構成要件的事実について、二人の相互認識と意思の一致とがあることである。普通に『意思の連絡』といふのがそれである。そして、『実行シタル』とは、犯罪構成要件的事実を共同して実現する行為をしたことである。」と共同正犯の要件を定め、「過失犯については、右のやうな意味の共同実行といふことはあり得ない。もちろん、二人以上の過失行為が競合して一つの結果を発生するといふことはある。否さういふ場合が多いであらう。しかしその場合に、その構成要件的な結果の発生に対する意思はない。さういふ意思のないところに過失犯の特徴があるのである。(さういふ意思のある場合は故意犯である。)結果に対応する意思のないところに、その共同ないし共同実行といふことはあり得ない。」として、過失犯の共同正犯の成立を否定される。このほか犯罪共同説の観点から過失犯の共同正犯を否定する論者として、団藤博士、平場博士、植松博士、大塚教授、莊子教授、青柳教授などがあげられる。

ドイツにおいては、過失犯の共同正犯を否定する立場が通説のようである。たとえば、リストは、「共同正犯者の犯意は、犯罪構成要件の認識およびその他の共同正犯者と協力することの意識を含む、この意識を欠く場合、共同正犯は除外される。」とし、二人の大功が、不注意に角材を投下したことによって、通行人が死んだ場合は同時犯であるとされている。また、アルフェルトも、共同正犯者に要求される犯意は、「構成要件の実現に向けられた、それとは別に正犯者故意について要求されると同様な範囲内での意思、および、他人もこのような意思をもって行為するという点についての認識、および、構成要件の実現についての自己の動作を他人の動作と結合しようという意思を含む。」としている。さらに、最近の論者では、マウラッハは、共同者間の意思連絡は、共同正犯にとって絶対に必要なものである。過失により行為する者は、他に加功する人々がいたとしても、それらに関係がなく、つねに、ただ単独犯である

にすぎない<sup>(81)</sup>、としており、また、シェンケルシュレーダーにおいても、「過失犯の場合、共同正犯が可能かどうかについては否定する。……（過失犯の共同正犯の）概念は、ここでは必要ではない。というのは、過失行為のそれぞれの場合には、結果に直接的關係に立ちうるものであり、その上四七条の決定基準は、犯罪故意の共同であり、過失の場合には、そういうことはありえないからである。関与者の一方が過失的行動である限り、それに対して他者が故意に行為をなしたとしても、同じく共同正犯の前提を欠き、過失行動者について右のことが適用され、故意行動者は間接正犯となる。」<sup>(82)</sup>としている。また、イエシエックは、「共同正犯の限界は、共同の行為決定に基づくという行為の形式を問題にするということから明らかである。それゆえ、過失行為には共同正犯はありえない。というのは、ここでは、共同の行為決意が欠除しているからである。数人が、過失的方法で共同する場合には、それぞれの関与者は、単独犯であり、個々の分担行為は、その過失の内容に応じて別々に考慮されなければならない。」<sup>(83)</sup>として、過失共同では「共同の行為決意」が欠けているために過失犯の共同正犯はなりたないとする。また、パウマンも、共同正犯の成立には、結果・犯罪そのものを共同で実現しようとする意思共同が必要であると主張する。以上のようにドイツでは、共同正犯においては意思連絡、「共同の行為決意」あるいは「意思共同」が必要とされるため、過失犯の共同正犯については、否定的見解が通説的な立場であるように思われる。これに対して、肯定説が全くないわけではなく、有力な少数説として主張されている。たとえば、シュミットホイザーは、「目的論的概念および体系において、共同正犯はただ不法要因としての共同決意のみを前提とし、故意および過失の特性から全く独立したものである。それゆえに、過失の犯行の場合にも共同正犯は可能である。」<sup>(84)</sup>として、不法要因としての共同決意を前提とすることによって過失犯の共同正犯を肯定している。

一方、わが国においても、犯罪共同説の立場から、過失犯の共同正犯を肯定する説が強く主張されている。たとえ

ば、大場博士は、「過失犯ノ共犯ハ行為者カ行為ヲ為スノ意思アル場合ニ存スルモノナレハ共同正犯タル過失罪ハ数人共同シテ其行為ヲ為スノ意思アル場合ニ存スルモノトス。而シテ其行為ヲ為スノ意思ト故意トハ同シカラス。」として過失犯の共同正犯を肯定されている。さらに、犯罪共同説の立場に立ちつつも、過失犯の共同正犯を採る論者として、福田教授<sup>(37)</sup>、藤木博士<sup>(38)</sup>、内田(文)教授<sup>(39)</sup>などがあげられる。そこで、これらの論者たちの所説につき、次章において詳しく考察・検討することとしよう。

(四) 以上の考察から、必ずしも、行為共同説⇨肯定説、犯罪共同説⇨否定説というパラレルな関係にないことが明らかになったわけであるが、これは、過失犯の共同正犯の問題点が「意思の連絡」だけに存するのではなく、「過失行為の共同」の面にも存するからではなからうか。そこで、こうした論者の視点が、「過失行為の本質」をめぐって異っているという事実に着眼し、次章では、「過失行為の本質」というテーマの下に、犯罪共同説の立場に立ちながら、過失犯の共同正犯を認める学説も含めて検討を加えることとする。

〔注〕

- (1) 共同正犯の本質をめぐる行為共同説、犯罪共同説および共同意思主体説についての議論および当否の詳しい検討は、別稿に譲る。
- (2) 草野豹一郎「過失犯と共同正犯」同『刑事判例研究 第三卷』(昭和十三年)九七頁。
- (3) 齊藤金作「過失犯の共同正犯」法曹時報六卷二号(昭和二十九年)一二六頁。
- (4) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)三三六頁。
- (5) 下村康正「過失犯の共同正犯と同時犯」同『刑法総論の現代的諸問題』(昭和五四年)一八六頁。
- (6) 下村・前掲書一八八頁。
- (7) 下村・前掲書一八八・一八九頁。



- (8) 小泉英一「業務上過失致死と共犯」法学志林三七卷一二号(昭和一〇年)九一・九二頁。
- (9) 宮本博士は、事実共同説の立場から、「二人以上の犯罪の類型が各々如何なるものであるかも問題でない。その凡てが故意犯又は過失犯たることもあるべく、又故意犯と過失犯たることもあるべく、又所謂真正不作為犯についても共犯は考へ得られる筈である。」(宮本英脩『刑法大綱』(昭和一年)一九七頁)とされ、過失犯の共同正犯を肯定されている。
- (10) 牧野英一『改訂 日本刑法』(昭和七年)四〇五・四〇六頁。
- (11) 牧野・前掲書四〇七頁。
- (12) 市川秀雄『刑法総論』(昭和三六年)二九五頁。
- (13) 市川・前掲書二九五・二九六頁。
- (14) 佐伯千仞『四訂 刑法講義(総論)』(昭和五六年)三四八頁。
- (15) 佐伯・前掲書三四九頁。なお、佐伯博士は、教唆を「他人に違法行為を行う動機を喚起すること」とし、「教唆により惹起された決意は、必ずしも厳格な意味での故意であることを要しない。」(佐伯・前掲書三五四・三五五頁)として、過失犯または無過失行為に対する教唆を肯定される。これに対して、「教唆の定義を、違法行為を行なう動機の喚起としてまで、故意による教唆のみならず過失による教唆、さらに過失犯に対する故意・過失による教唆と拡大することは疑問といわねばならない。」(鈴木享子「教唆犯と幫助犯」西原他編『判例刑法研究 第四卷』(昭和五六年)一九八頁)という鈴木(享)教授の批判がある。
- (16) なお、行為共同説の立場から、過失の共同正犯を肯定するものとして、木村亀二「過失の共同正犯」平野他編『判例演習(刑法総論)』(増補版)』(昭和四八年)一七二頁以下、植田重正「過失犯と共同正犯」関大法学論集三卷三号(昭和二九年)一四頁以下、中義勝「過失の共同正犯」別冊ジュリスト五七号・平野編『刑法判例百選 Ⅰ総論』(昭和五三年)一七八・一七九頁がある。これらの所論については、後に詳しく述べる。
- (17) Edmund Mezger, *Strafrecht, Lehrbuch*, 3. Aufl., 1949, S. 422.
- (18) Max Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, 2. Aufl., 1923, S. 382.
- (19) 瀧川幸辰「犯罪論序説」団藤他編『瀧川幸辰刑法著作集 第二卷』(昭和五六年)一九八頁。
- (20) 小野清一郎「過失犯の共同正犯といふことがあるか」『刑事判例評釈集 第一五卷』(昭和二八年)五頁。

(21) 小野・前掲書五頁。

(22) 団藤博士は、「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うことができないであろう。かりに、過失犯の共同正犯ということが純粹に理論的に可能だとしても、現行法がこれを見とめる趣旨であるかどうかは、さらに検討を要する。」(団藤重光『刑法綱要 総論』改訂版〔昭和五四年〕三六七頁)とされ、過失犯の共同正犯の肯定には消極的であり、解釈論上、困難ではないかとされる。なお、この点については、次章で詳しく検討する。

(23) 平場博士は、「過失において行為は重要ではなく、行為を単独でしたか共同でしたかも重要でない。殊に相互諒解の下に全体の行為の一部を分担したばあい、分担しなかつた部分から過失によつて違法な結果が生じても、『一部行為の全部責任』の結論を生じないのであつて、通常の単独犯の原理で律しられるのである。故に、刑法解釈上の実益としては、過失に特に共同正犯を認める必要はない。」(平場安治「過失共同正犯——それはあり得るか」法学論叢五九卷三号〔昭和二八年〕一一〇頁)とされ、「一部実行の全部責任」の原則の観点から過失犯の共同正犯を否定される。

(24) 植松博士は、「過失犯の構成要件は結果を含んでいるのであるから、不注意の点だけ行為の共同があつても、構成要件事実についての共同があつたことにはならない。そこにはただ共同行為を原因とする結果が存在するだけであつて、結果を志向する共同行為が全然存在するのではないから、一定の犯罪事実を実現するという共同意志が存在しない。したがつて犯罪共同説からは、過失の共同正犯を考へることはできない。」(植松正『再訂 刑法概論 I 総論』〔昭和四九年〕三〇六頁)とされ、過失犯の共同正犯を否定されるのである。

(25) 大塚教授は、過失犯における注意義務を外部的注意義務と内部的注意義務とに分けられ、「外部的注意義務の面だけを切りはなして観念すれば、それに共同して違反されたとみうる事態もありえようが、注意義務の核心ともいふべき内部的な結果予見義務および動機づけの義務については、過失の実態が犯罪事実の認識・予見を欠き、またはその認容を欠如する点にある以上、それらの共同の違反といふことは考えられない。」(団藤編『注釈刑法(2)のⅡ』〔大塚仁分担〕〔昭和四四年〕七三五頁)とされているが、最近、結果的加重犯の共同正犯について、「重い結果を発生させやすい高度の危険を含んだ基本的犯罪を故意に共同して犯している以上、一般人を対象とした客観的な注意義務の違反といえる事態は、共同者のそれぞれについて共通

してみうけることができる」(大塚仁「結果的加重犯の共同正犯」名古屋大学法経論集七〇号〔昭和五二年〕四一頁)とし、従来の見解を改めて、結果的加重犯の共同正犯をみとめられている。このことは、過失犯の共同正犯についても、説を改めて肯定的な立場をとられる趣旨なのであらうか。

(26) 莊子教授は、「過失犯では、違法な結果を実現する意思すなわち故意をみとめることができない。また、実現意思の共同および一部分担意思の共同にもとづく違法な結果の実現を考慮することができない。」(莊子邦雄『刑法総論』〔昭和四四年〕二八八・二八九頁)とされ、過失犯の共同正犯を否定される。

(27) 青柳文雄『刑法通論 I 総論』(昭和四〇年)三一四頁以下。

(28) Franz v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Aufl., 1921, S. 221.

(29) Liszt, a. a. O. S. 222.

(30) Philipp Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922, S. 217, 218.

(31) Reinhard Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S. 644ff.

(32) Schönke=Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl., 1970, S. 378.

(33) Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S. 551.

(34) Jürgen Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1975, S. 546ff.

(35) Eberhard Schmähäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 507, Anm. 10.

(36) 大場茂馬『刑法総論 下巻』(大正七年)一〇五〇頁。

(37) 福田平『新版 刑法総論』(昭和五一年)二〇一頁以下。

(38) 藤木英雄『刑法講義 総論』(昭和五〇年)二九三頁以下。

(39) 内田文昭『刑法における過失共働の理論』(昭和四八年)一頁以下。

(40) 夏目文雄「過失共同正犯論」愛知大学法経論集(法律篇) 八七号(昭和五三年)一〇四頁参照。

### 三 過失行為の本質

伝統的な過失論は、過失を意識の集中・緊張を欠いた心理状態と解し、故意と同様の責任の種類・形式であるとしていた。しかし、近時、過失もまた、構成要件該当(充足)・違法・有責な行為であり、過失犯の構成要件的行為とは、注意義務を怠った行為であることが明らかにされてきた。<sup>①</sup>本章においては、このような過失概念の理解の下に、過失犯の共同正犯をどのように理解してゆかなければならないかについて考察してゆく。

周知のごとく、ロクシンは、ある者が過失犯の行為者とされるのは、自分が実現しようと思欲したものによってではなく、自分に課された注意を義務に反して用いなかったという事情のみに基づくとし、この義務違反という特徴は、詳しく述べるまでもなく、どこまでも規範的なものであるとして、過失犯の共同正犯は、「共同義務の共同違反(gemeinsame Verletzung einer gemeinsamen Pflicht)」であるとす。<sup>②</sup>すなわち、ロクシンは、過失行為を意識的行為の面にとらえようとするのではなく、「義務違反の共同」という面からとらえようとするのである。これに対して、団藤博士は、故意犯の共同正犯と過失犯の共同正犯——もしあるとすれば——との構造的な差異を指摘され、「後者においては、第一に、意識的行為の共同ということは不要でもあれば無意味でもある。」とされ、「第二に、ロクシンのいわゆる『共同義務の共同違反』の要件を承認するとして、それを存在論的な表現にいい改めれば、『共同義務の存在を前提として、それに違反する人格態度が共同にとられたこと』が過失犯の共同正犯の成立要件として要求されることになろう。」<sup>③④</sup>とされる。さらに、団藤博士は、「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。」とされ、「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うことができないであろう。」とされる。この点について木村博士は、過失の本質は不注意であり、「この不注意が原因となつて構成要件の結果の不認識ということが成立するのであるが、その不注意ということは、抽象的に存在するものではなく、一定の具体的に意識的な行為、例えば、発砲するか、物を投げるとか、自動車を運転するとか、酒をのむとかというような行為に不可分の結びついて現実に存在するのである。そうすると、このような過失犯の本質的要素を含むところの意識的な行為の部分为基础として、過失犯の共同正犯を論じるのは、『過失犯の本質に即した議論』といふことができる。『どこか、正しく、『過失犯の本質に即した議論』といわねばならない』と「不注意な目的的行為の共同」を認める立場から批判される。また、福田教授は、過失犯における実行行為とは「客観的注意に違反した、構成要件の結果惹起の現実的可能性がある非故意の行態であるが、こうした行態を共同にするということは可能であるから、実行行為を共同にするという意思と事実とがみとめられるばあいには過失犯の共同正犯が肯定される。」とされ、過失犯における実行行為の存在を認める立場から、過失犯の共同正犯を肯定されるのである。

また、「不注意な目的的行為」を認められる内田教授は、ロクシンの「共同義務の共同違反」という考え方に對して『「外法的義務」の違反として、『徹頭徹尾、規範的基準』によつてとらえられる『客観的注意義務違反』を考慮するだけでは、過失犯の成立は不当に拡がる。』と批判され、「不注意な目的的行為の共同」を主張される。すなわち、内田教授によれば、「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共働が不注意の共有という契機を帯びることによつて、一個の全体としての構成要件該当（充足）かつ違法な行為→結果となることができるとされ、過失犯の共同正犯の成立を基礎づけようとされる。これに對して、井上（正）博士は、「行為が、たまたま、ある定型の重要な部分ではあつても、行為者相互に、お互の行為によりその定型を充足するという理解のないかぎり、やはり、共同加功の意

思は存しない。<sup>10)</sup>」のではないかと疑問を提示される。

なお、藤木博士は、「単に危険な作業を共同でしているというだけでは足りず、危険の予想される状態において、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。この場合には、具体的な被害事実の原因が、一体となって協力し作業している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同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、それぞれ同時犯として処理すべきである。<sup>11)</sup>」と主張される。また、平野博士も、「過失行為共働の形態は複雑で、その中には一方が他方の行為についてまで注意しなければならぬ場合と、他方に委せてしまつてよい場合とがある。過失の共同正犯は、前者を捉え、後者を除外するための理論であるが、共同正犯という概念で捉えるのがいかがうかにはなお問題がある。」<sup>12)</sup>とされる。これらの所論は、「相互利用・補充するという共同作業」と「単なる共同作業」および「他人の行為にまで注意しなければならない場合」と「他人に委せてしまつてよい場合」とに分けて、過失犯の共同正犯の成立範囲を限定してゆこうとしている点には、正当なものがあるように思われる。また鈴木(茂)教授は、ロクシンの「共同義務の共同違反」という根拠に立たれつつ、「A・B両名が共同して大きな石を崖の上から落とすところ、下を通行中の甲に当たりこれを死亡させたという事例」(事例①)と「A・Bが甲(人間)を熊と間違えて共同して発砲したが、Bの弾丸ははずれ、Aの弾丸のみが命中して甲を死亡させたという事例(事例②)」と「射撃場でA・Bが共同して標的に向かって同時に発砲したところAの弾丸が標的をそれと近くにいる甲を負傷させたという事例(事例③)」<sup>13)</sup>とに分けて、事例①は、「共同義務の共同違反」があ

り、事例②は、「相互に相呼応し相補足し合」っているため、両者とも過失犯の共同正犯が認められるが、事例③は、「共同行為に出る以上、当然Bには共同者Aが共同行為に失敗することのないよう注意すべき義務があるとまではいえない」とされ、過失犯の共同正犯の成立を否定され、「共同義務の共同違反」という要件について具体的な検討を加えて、過失共同正犯の範囲を不当に拡張、処罰範囲を拡大することをいまいしめておられる。<sup>(15)</sup>

以上のように、考察してきたことから、過失犯の共同正犯は、意思の連絡の可能性のみで基礎づけられるものではなく、むしろ、過失行為の本質から基礎づけた方が、より具体的に妥当な結論が導き出されることが明らかとなった。また、過失行為の共同という点から「一部実行の全部責任」の法理を適用しうる場面も考えられるのではなからうか。このように、もし、過失犯の共同正犯を肯定するとすれば（過失共働ということも認められるものと思う）、行為者間の行為が、相互に補充・利用し合うものであり、また不可分の義務があり、相手方の行為まで注意しなければならぬ行為について——構成要件該当（充足）・違法・有責な行為として——制限的に過失犯の共同正犯の成立を認めることも可能ではなからうか。しかし、これも論理的にそうであるというのであって、具体的な行動に関する類別の基準設定については、立法論上、なお詳細な検討を要するであらう。

〔注〕

- (1) 拙稿「過失犯についての一考察」中京大学大学院生法學研究論集創刊号（昭和五六年）一一三頁以下参照。
- (2) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., 1967, S. 527ff., S. 531ff.
- (3) 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』（昭和四一年）八三頁。
- (4) なお、団藤博士は、「もし『過失犯の共同正犯』ともいふべきものをみとめるとすれば、それはおそらく立法にまつべきである。それは、立法技術として、さしあたり、きわめて困難である。おそらく、『共同義務の違反』ということの中核として規定するのが妥当であり、意識的行為の共同といった要件は避けるべきことにならう。義務の『共同違反』を要件とするか、

もし要件とすれば、どのような実体を盛るべきかは、改めて検討を要する問題として残ろう。」(同・前掲論文八五頁)とされている。

- (5) 団藤重光『刑法綱要 総論』改訂版(昭和五四年)三六七頁。
- (6) 木村亀二「過失の共同正犯」平野他編『判例演習(刑法総論)』(増補版)』(昭和四八年)一七七・一七八頁。なお、中教授も同様の見解を採られている。中義勝「過失の共同正犯」別冊ジュリスト五七号・平野編『刑法判例百選 I 総論』(昭和五三年)一七九頁。
- (7) 福田平『新版 刑法総論』(昭和五一年)二〇一・二〇二頁。
- (8) 内田文昭『刑法における過失共働の理論』(昭和四八年)四八頁補注(一)。
- (9) 内田・前掲書六一頁。
- (10) 井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』(昭和三五年)三二〇頁。
- (11) 藤木英雄『刑法講義 総論』(昭和五〇年)二九四頁。
- (12) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(昭和五〇年)三九五頁。
- (13) 鈴木茂嗣「過失の共同正犯」ジュリスト増刊・我妻編『刑法の判例 第二版』(昭和四八年)一三〇頁。
- (14) 鈴木・前掲論文一三〇頁。
- (15) なお西村教授は、「およそ共同正犯の本質をなす共同者の相互利用という事実、過失犯においては存在しえないものと思われる。さらに、故意者と過失者との共同正犯が成立するといわれる場合でも、後者が前者を意識的に利用することはありえない——そこまで意識しておれば、もはや過失でなく故意になるはずである——から、これを共同正犯とするのは無理である。まして過失犯どうしの間においては、そこには客観的には *Zusammenwirken* の形はみとめられようと、*Mittäter-schaft* としての実はありえない」(西村克彦「刑法における『過失』概念の解明」日沖憲郎博士還暦祝賀『過失犯(1) 基礎理論』〔昭和四一年〕一〇頁)とされ、「共同正犯をみとめる説のほうが、かえって苛酷な結果をもたらすことがありえよう。」(同・前掲論文一一頁)とされる。



#### 四 判例の動向

わが国の判例では、過失犯の共同正犯の成否について相半ばしていることは、周知のことであるが、ではいかなる理由づけによって成否が決定されているのか、また、その問題点はどこにあるのかを、具体的事例にそって、検討してゆくこととしよう。

わが国の判例は、従来過失犯の共同正犯は成立しないとする見地を採ってきた。たとえば、酒気を帯びた被害者が被告人兩名に暴行を加えたことに端を發した傷害致死の事案において、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六十条ヲ適用セサリシハ相当ナリ」としており、また、「二人ノ共同過失ニ因リ他人ヲ死傷ニ致シタル犯罪ハ共犯ニアラス故ニ之ニ関シテ生シタル公訴訟費用ニハ刑法施行法第六十七条ノ適用ナキモノトス」として、過失犯の共同正犯の成立を否定しているが、その否定の理由については、明らかではない。また、その態度が明白でないものとして、次のものがあげられる。たとえば、「原院カ認メタル所ハ被告等カ垣内ギンノ身体ヲ打撃シテ遂ニ死ニ致シタルハ同人ハ狐ニ取付カレタル者ニシテ其身体ヲ打撃セハ以テ之ヲ驅逐シ得ヘシト迷信セシニヨル即チ無意犯ナリト為スニアツテ決シテ同人ヲ害スルノ意思ニ出テ毆打致死シタルモノト為スニアラサルヲ以テ其事実ニ対シ刑法第三百七条ヲ適用シテ処断シタルハ相当」であるとした判決。また、被告人A・Bが、共同して牛乳販売を営んでいたところ、雇人C・Dが法定の比重を有しない牛乳五升を販売したため、牛乳営業取締規則違反に問われた事案に対して、大審院は、「被告カ単ニ名義人タルニ止マリ實際ノ營業者ハBナルヤ將タ原判示ノ如ク其營業カ右兩名ノ共同事業タルヤハ全ク事実上ノ判断ニ属シ事實審タル原審カ職權ヲ以テ断定ス可キ事項ニ属ス

ルヲ以テ捉ヘテ上告論旨ト為スコトヲ得サルモノトス而シテ既ニ原審ノ如ク被告カ右Bト共同シテ本案ノ違法行為ニ及ヒタル事ヲ認メタル以上各自ニ其刑ヲ科スヘキハ当然<sup>(8)</sup>であると判示している。この判決に対して、過失犯の共同正犯を認めたもので不当であるという意見や、事案としては、過失共働であろうが、過失の共同正犯を認めたものともみるべきではないとする意見がある。また、呪免許を受け他人の病氣平癒を祈禱する業務につく被告人兩名が、祈禱のためその被害者（静雄）の体を揉む際に擦過傷を負わしたにもかかわらず、その安全方法を施すことを怠つて、擦過傷からの化膿菌の侵入により敗血病を引き起こし死に致らしめたという事案について、原審が刑法二二一条・六〇条を適用した。これに対して大審院昭和一〇年三月二五日の判決は、「原判決ハ被告兩名カ静雄ニ対シ擦過傷ヲ負ハシメ業務上注意義務ヲ欠キタル為メ該擦過傷ヨリ細菌ヲ侵入セシメタリト認定シタルコト明白ナルヲ以テ所論ノ点ヲ判示スルノ要ナク從テ原判決ハ理由不備ノ違法アルコトナシ<sup>(9)</sup>」として上告を棄却している。この判決に対して、過失共同正犯を否定する立場からは、本判決は、積極的に過失犯の共同正犯の成立を認めたものではなく、刑法六〇条を適用した原判決の誤りにつき職権調査をしないで、消極的にこれを看過したにすぎないとする<sup>(10)</sup>。しかし、過失共同正犯を認める立場からは、本件はまさにこれに該当するがゆえに、被告人兩名のいずれが多く結果に寄与したかを判断する必要はないか、と考えたのではないかとする<sup>(11)</sup>。以上の判例は、過失犯の共同正犯を否定する（あるいは、否定的立場に立つ）が、どのような理由に基づいて、否定するのか、不明確であったといえよう<sup>(12)</sup>。

しかし、戦後になって、過失犯の共同正犯を明白に肯定する判例が現れてきた。たとえば、被告人A・Bは、共同して飲食店を経営していたが、Xから仕入れたウキスキーと称する液体——メタノール三〇％以上を含有——を、メタノール含有の有無について不注意にもならんら検査することなく、意思の連絡のもとに数名の者に販売したという事案において、原審は、両被告に有毒飲食物等取締令一条・四条一項後段、刑法六〇条を適用して、過失犯の共同正犯

の成立を認めた。これに対して、共同正犯の要件たる意思の通謀という観念は、意思の不作為である過失犯にあっては理論上相容れないものであると、A・Bらは上告した。これに対して最高裁は、「原判決は、被告人兩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ぬ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、原判示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四条一項後段にいわゆる『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、被告人兩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ものであるから、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」と判示している<sup>12</sup>。ただし、「過失犯には共同正犯を認むべきではないと信ずるから、本件に刑法六〇条を適用した原判決は失当であり……：破棄するべきものである」とする小谷裁判官の少数意見がある。

これは、戦後、最高裁が初めて明白に過失犯の共同正犯を肯定したもので、それだけに議論が多い<sup>13</sup>。たとえば、本判決は、判例変更に当るため、大法廷の裁判によるべきであり、これを小法廷で判例をつくがえしたのは問題ではないかという手続的な問題であり<sup>14</sup>、また、本判決は、単純に行為共同説に立って、飲食店の共同経営と液体販売についての意思連絡に共同正犯の成立の根拠を求めたのではないかという犯罪共同説をとる論者からの批判がある<sup>15</sup>。これに対して、犯罪共同説の立場からも、「不注意な目的的行為共同」という観点から積極的に支持するものもある<sup>16</sup>。しかし、本判決は、その理由づけにおいて、多数意見も少数意見も必ずしも明白ではない。

その後、下級審においても、過失犯の共同正犯を肯定する判決が現れてきた。たとえば、被告人兩名が、土木出張

所分室において素焼こんろを床板上で使用し、煮炊きをしていたが、こんろ内の炭火による過熱のために下部床板がこげ、発火の危険があるのに、消火その他の処置をとらずに帰宅したために過熱発火し、同分室の建物を焼燬したという事案に対して、失火罪の共同正犯を認めた判例（名古屋高判昭和三十一年一〇月二二日高裁特報三卷二二号一〇〇七頁）や、酩酊して、繫留中の観光船を運行しようとして、その種の運行の技能も経験もないのにかかわらず、Aは同船の操縦を、Bはその機関部の操作をなし、同船を衝突坐礁させて破損したという事案に対して両名共同して同船を運航し、過失により同船を破壊させた点に過失往来妨害罪の共同正犯を認めた判例（佐世保簡裁略式命令昭和三六年八月三日下刑集三卷七〇八号八一六頁）がある。また、二人制の踏切で、二人の踏切警手が列車接近の確認義務を怠り、遮断機を閉鎖しなかった過失により、乗用車と列車との衝突事故を起こし、同乗用車内の二名を死亡させたという事案に対して、「そもそも共同正犯を定めた刑法第六十条は、必ずしも故意犯のみを前提としているものとは解せられない。のみならず、共同者がそれぞれの目的とする一つの結果に到達するために、他の者の行為を利用しようとする意思を有し、または、他の者の行為に自己の行為を補充しようとする意思を有しておれば、そこには、消極論者がいわれるような共同正犯の総合的的意思であり、その独自の特徴とせられるところの決意も、共同者相互に存在するとみられ得るのであるから、これ等の決意にもとづく行為が共同者の相互的意識のもとになされるかぎり、それが構成要件的に重要な部分でないとしても、ここに過失犯の共同正犯が成立する余地を存するものと解するのが相当である。最高裁判所昭和二十八年一月二十三日第二小法廷判決が、過失犯に共同正犯の成立を認めたのも、これを付度すれば、右とその趣旨を同じくするものと思われる。そこで本件についてみるに、………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つ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。」<sup>(17)</sup>として、被告人兩名に過失犯の共同正犯を肯定している。この判決の理由づけはかなり詳しいが、この論拠は行為共同説からするものではないかとか、<sup>(18)</sup>または、危険の予想される状態において、事故防止の具体的対策を行うについての相互利用・補充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上の落度が認められるときが過失犯の共同実行であるとするものであって、時間的には前後するが、藤木理論の見解に近く、構成要件的に重要でない部分の共同で足りるとしている点には、目的的行為論的発想、従って、木村―内田理論の影響を見ることができないか<sup>(19)</sup>という見解がある。

これに対して、下級審には、否定的な立場に立つ判例もある。たとえば、共同担当医は共同診療につき共同で責任を負うものであるとしながら、業務上過失致死罪の共同正犯を否定した判例（広島高判昭和三二年七月二〇日高裁特報四巻追録六九六頁）や、工事責任者と従業員が屋上工事中、不注意にも喫煙したために火災を招いた場合につき、喫煙についての意思連絡は認められないとして共同正犯を否定しながら、工事責任者に包括的な注意義務違反を認め、過失火罪とした判例（秋田地判昭和四〇年三月三一日下刑集七巻三号五三六頁）がある。なお、最近、明確な理由づけによって過失犯の共同正犯の成立を否定した判例がある。すなわち、アドバルーンの掲揚による建売住宅の宣伝を請負った被告人Aが、これを従業員B（ベテランのアルバイト学生）に委ねたところ、Bの過失により、学童二名が地上に繋留中の水素ガスの充滿したアドバルーンに乗って遊んだため、アドバルーンが破れて落ち込み、酸素欠乏症により死亡したという事案に対して、「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考えられる。（同旨法学教室三巻一九二頁内田文昭過失共犯論参照）これを本件事故で検討してみると……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、AとB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。また、Aは、アドバルーンの掲揚繋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……業務の執行を管理する者がその業務の執行を従業員に委ねた後従業員の業務の執行について刑事上の過失責任を問われるためには、従業員の業務の執行が未熟であるとか、その者の業務の執行が事故発生につながることが明らかに予想され、従業員の業務の執行を中止させ自ら業務の執行にあたるのが相当とするような事情のあった場合、あるいは、管理者が従業員に対し適切な指示助言により事故の発生を避けることができる性質のものであったというような特殊な事情を必要とする<sup>と</sup>解され、(同旨東京高裁昭和四五年一月二九日判決高刑集二三卷一号五四頁参照)管理者の不注意が従業員の不注意と同格の関係において結果発生へと一体化していることを要し、相互に同格の形において不注意を促進しあい影響しあうことが必要と解するところ、前記認定事実からみると、特殊な事情が認められず、かつ被告人(A)の不注意とBの不注意とが同格の関係において結果発生へと一体化しているとは評価することができず、むしろ、Bの不注意の方が重いと認めるのが相当である<sup>(20)</sup>とし、被告人Aの行為は業務上過失致死罪に当らないとした。この判例は、過失犯の共同正犯の理論構成をほほ内田教授と同様の見地にたちながらも、当該事案について、過失犯の共同正犯の成立を否定したものである。

以上検討してきたように判例は、当初、否定的な立場に立っていたが、その理由づけは必ずしも明確とはいえないかった。昭和二八年一月二三日最高裁判決<sup>(21)</sup>によって、戦後、初めて、過失犯の共同正犯が肯定されたわけであるが、この判例は、判例変更の手続的な面と、理由づけが必ずしも明白でないという疑問が残る。その後の下級審の判例は、肯定したものと、否定したものとあるわけであるが、その理由づけも、右に考察したように多彩である。従って、こ

れまでの判例の動向は、その成否についても、また理由づけについても流動的で、統一の見解が打ち出されることも予想しがたく、今後の判例の軌跡を予測することは極めて困難であるといわねばならない。

〔注〕

- (1) 大判明治四四年三月一六日刑録一七輯三八三頁。
- (2) 大判大正三年一二月二四日刑録二〇輯二六二七頁。
- (3) 木村亀二「過失の共同正犯」平野他編『判例演習（刑法総論）』（増補版）（昭和四八年）一七四頁参照。
- (4) 大判明治三二年六月一三日刑録五輯六卷二九・三〇頁。
- (5) 大判大正二年一月六日刑録一九輯一一四〇頁。
- (6) 美濃部達吉『行政刑法概論』（昭和二四年）八七・八八頁。
- (7) 内田文昭『総合判例研究叢書 刑法②「過失と共犯」』（昭和四〇年）一四七頁。
- (8) 大判昭和一〇年三月二五日刑集一四卷五号三四三頁。なお、この判決の評釈に、小泉英一「業務上過失致死と共犯」法学志林三七卷一・二号（昭和一〇年）八一頁以下、草野豹一郎「過失犯と共同正犯」同『刑事判例研究 第三卷』（昭和一三年）八五頁以下があげられる。
- (9) 草野・前掲論文八八・八九頁。
- (10) 内田・前掲書一四八頁。
- (11) 内田・前掲書一四八頁。
- (12) 最判昭和二八年一月二三日刑集七卷一・三二頁。
- (13) この判例の批評として、小野清一郎「過失犯の共同正犯といふことがあるか」『刑事判例評釈集 第一五巻』（昭和二八年）三頁以下、平場安治「過失共同正犯——それはあり得るか」法学論叢五九卷三号（昭和二八年）一一五頁以下、木村亀二「過失の共同正犯」平野他編『判例演習（刑法総論）』（増補版）（昭和四八年）一七二頁以下、斎藤金作「過失犯の共同正犯」法曹時報六卷二号（昭和二九年）一〇五頁以下、植田重正「過失犯と共同正犯」関大法学論集三卷三号（昭和二九年）一一四頁

以下、井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』（昭和三五年）三一五頁以下、中義勝「過失の共同正犯」別冊ジュリスト五七号・平野編『刑法判例百選 I 総論』（昭和五三年）一七八頁以下、内田文昭『総合判例研究叢書 刑法』<sup>20</sup>「過失と共犯」（昭和四〇年）一六一頁以下、鈴木茂嗣「過失の共同正犯」ジュリスト増刊・我妻編『刑法の判例 第三版』（昭和四八年）一二五頁以下などがある。

(14) 団藤重光『刑法綱要 総論』改訂版（昭和五四年）三六八頁注（二二）、斎藤金作『共犯判例と共犯立法』（昭和三四年）一〇九頁、中義勝・前掲論文一六八頁。これに対して、内田教授は、「しかし、最高裁判所裁判事務処理規則九条六項によれば、必ずしもこの必要はないわけであるから」この批判は避けられる（同・前掲書一六三頁）とされる。

(15) 小野・前掲書五・六頁、植田・前掲論文一一八頁。

(16) 内田・前掲書一六四頁。また、鈴木（茂）教授は、「共同義務の共同違反」の観点からこの判決を支持される（鈴木・前掲論文一三〇頁）。

(17) 京都地判昭和四〇年五月一〇日下刑集七卷五号八六一頁。

(18) 内田文昭「共同正犯」西原他編『判例刑法研究 第四卷』（昭和五六年）一六六頁。

(19) 夏目文雄「過失共同正犯論」愛知大学法経論集（法律篇）八七号（昭和五三年）一一八・一一九頁。

(20) 越谷簡判昭和五十一年一〇月二五日判例時報八四六号一三〇頁。

(21) 最判刑集七卷一号三〇頁。

## 五 むすびにかえて

最後に、解釈論上の問題がある。すなわち、わが現行刑法三八条一項は、「罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス」とし、原則として犯罪は故意犯に限り、過失犯は、法律で規定する以外は罰しないという「過失法定主義」が明らかにされているわけであるが、この「過失法定主義」と刑法六〇条「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」とがどのような関係に立つのか問題となる。解釈論上の否定説は、過



失犯の構成要件を認めるためには、刑法上各本条でその旨を定めることが必要であり、従って「過失ニ因リ」（例、刑法一二二・一二九条など）といったような構成要件的表示のない場合は、過失犯を処罰しないものと解されているから、共同正犯においても、この原則は同様でなければならぬとする。これに対して、刑法六〇条は、故意犯と過失犯の複合構成要件としての共同正犯規定であるとすれば、過失法定主義にも反しないのではないかと考えられる。<sup>(2)</sup>この点については、今後の検討を要するであろう。

以上の考察により、学説・判例の動向および現状が明らかになったわけであるが、本論で考察した問題を要約してむすびにかえることとする。

第一に、必ずしも行為共同説⇨過失犯の共同正犯の成立の肯定、犯罪共同説⇨過失犯の共同正犯の成立の否定というパラレルな関係にはないことが明らかになったが、これは、過失犯の共同正犯の問題点が、「意思の連絡」だけに存するのではなく、「過失行為の共同」といった過失犯の本質の面にも存することの証左である。

第二に、過失犯の共同正犯は、意思の連絡の可能性のみで基礎づけられるのではなく、むしろ過失行為の本質から基礎づけることのほうがより正当なものを含んでいるように思われる。また、過失行為の共同という点から、「一部実行の全部責任」の法理を肯定しうる可能性もありうるということが判明した。このように、もし、過失犯の共同正犯を肯定するとすれば（過失の共働ということは認められるものと思う）、行為者間の行為が、相互に補充・利用しあうもので、また、不可分の義務があり、相手方の行為まで注意しなければならぬ行為について——構成要件該当（充足）・違法・有責な行為として——制限的に、過失犯の共同正犯の成立を認めることも可能であろう。もっとも基準設定上の困難性は、伴うであろうが……。その点、立法的に解決の道を探る方が賢明ではなからうか。

最後に、判例は、当初、否定的な立場に立っていたが、その理由づけは必ずしも明確ではなかった。戦後、初め

て、過失犯の共同正犯の成立を肯定した昭和二八年一月二三日の最高裁判決後<sup>③</sup>、下級審において肯定説が相次いだ  
が、その反面、否定説の立場に立つ判例もあり、その動向は極めて流動的であるといわねばならない。しかし、い  
ずれの場合も、その理由づけが徐々に明確（多彩ではあるが）になってきていることは確かなことであり、それが今後  
の判例の発展に欠くべからざる要点であること、そして、学説と判例の交錯という視点から大いに期待されること  
であることを指摘して、本稿の結びとしたい。

〔注〕

(1) 立法例として、イタリヤ刑法典一一三条は、「過失犯罪において、結果が数人の共働によって生じたときは、各自を同一の  
犯罪に対して定めた刑に処する。」(国立国会図書館調査立法考査局・調査資料七九一一〔昭和五四年八月〕)と規定し、過失  
犯の共同正犯について明文でもって規定している。なお、その他の立法例としては、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』(昭和四一年)八六・八七頁に詳しい。

(2) この点について、夏目教授は、「現行刑法が体系上故意と過失の構成要件を分けて規定する態度をとっている以上、故意犯  
と過失犯の複合的構成要件としての共同正犯規定を認めることができないし、又共同正犯について過失犯の徴表の存在を認め  
ることができない」(夏目文雄「過失犯の共犯(共同正犯)」The Law School 一四号〔昭和五四年〕四五頁)とされる。

(3) 最判刑集七卷一号三〇頁。

(昭和五六年一〇月一〇日脱稿)

# 違憲審査制の史的素描

尾崎利生

## 目次

### はじめに

#### 一 違憲審査制の系譜

- (一) 違憲審査の歴史的先例
- (二) 違憲審査の萌芽と「高次法」
- (三) 中世・ルネサンス期における「高次法」
- (四) フランスにおける高等法院と違憲審査の不在
- (五) イギリスとアメリカ植民地
- (六) まとめ

#### 二 わが国における違憲審査制

- (一) 帝国憲法の下での法令審査権
  - (二) 日本国憲法の下での違憲審査権の性格
    - (1) 学説の概要
    - (2) 判例の概要
  - (三) まとめ
- #### 三 司法積極主義と司法消極主義
- (一) わが国での積極・消極の諸見解
    - (1) 兼子一・竹下守夫両教授の見解
    - (2) 佐藤功教授の見解