

共同注意義務違反説と過失共同正犯をめぐる下級審判例

内海 朋子

一 はじめに

過失共同正犯については、現在、共同注意義務違反を中核とした肯定説が強く主張されている。しかしながら、過失共同正犯成立の要件については、主観的要件を必要とするか等につき、論者によって差異がある。本稿は、共同注意義務違反説における過失共同正犯の成立要件が具体的にどのようなものであるかを検討し、さらに過失共同正犯を肯定する下級審判例において、いかなる基準が採られているかを検討することにより、肯定説の持つ問題点を探ろうとするものである。

1 内田文昭の業績

過失共同正犯肯定説にとつて、実に画期的であつたのは、過失犯においても共同実行意思が想定し得る、という点であつた。この発見は、過失犯には独自の実行行為が存在し、この独自の実行行為を共同することについての共通認識があれば、これを共同正犯における共同実行意思と捉えることができる、という理由付けによつて達成された。この理論構成により、犯罪共同説に依拠したとしても、過失共同正犯を肯定することができたのである。

この点に関して、日本において先駆的研究を行つたのは内田文昭である。^①内田は、共同実行意思として「前法的な事実に関する意識的・意欲的共同」^②が必要であるとし、過失犯においても不注意な意識的・目的的行為の共同が可能であるから、このような刑法上重要な行為の共同を過失共同正犯として構成することは可能なのではあるまいか、^③と論じる。すなわち過失共同正犯とは、当該構成要件を実現するに足りる「危険で不注意な行為」を「共同」した者であつて、共同行為者が、相互に相手方の分担部分についてまで立ち入つて注意しあわなければならぬ事情（危険）があるにもかかわらず、相互に注意を欠き、そのために、予想され得た結果が実現するに至つた場合である。このような場合には、各行為者は、危険な共同行為を遂行するに当たつて、自己の分担部分についてのみならず、他の共同者の分担部分についてまで、相互に注意しあい、もつて共同作業の円滑・確実な完遂が期待されるのが通常であるところ、このような注意深い行為にせず、そのために「危険」が現実化して人の死傷等の結果が発生したのであるから、全員が「危険で不注意な行為を共同した」と評価されてしかるべき

である、という。⁽⁴⁾

このように、内田説は、他の共同者の分担部分についてまで相互に注意しあい、共同作業の円滑・確実な完遂が期待される場合のみ、過失共同正犯を肯定し得るとし、形式的には共同行為をしていたとしても、最高責任者が特定されており、各人はもっぱら自己に割り当てられた作業に専念すれば足り、あるいは共同作業の分担部分が完全に分割され、他の者の担当については干渉が許されない場合においては、成立しない、とする。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

2 近時の過失共同正犯肯定説

内田説の他にも、一九七〇年代になると、過失共同正犯を肯定する見解が積極的に主張された。特に注目されるべきは、犯罪共同説に拠ることを理由に、過失共同正犯を否定していた論者も、過失共同正犯肯定説に転じたことであった。これらの見解の共通項は、共同注意義務の共同違反というメルクマールを用いて過失共同正犯を肯定する点にある。しかし、如何なる要件の下に共同注意義務が認められるかについては、論者によって見解の相違が見られた。福田平は、過失犯にも実行行為が存在するのだから、実行行為を共同するという意思と事実が認められる場合には過失共同正犯は成立し得る、とする。⁽⁷⁾一方、藤木英雄は、過失共同正犯成立に客観的危険性を要求するのみで、主観的要件については触れていない。

そして、近時の過失共同正犯肯定説は、共同注意義務の共同違反という枠組みを維持しつつも、共同実行と共同実行意思を要件として求めるといふ構造を採り、共同注意義務を認める判断基準の精緻化に力が注がれる傾向が顕著であるといえよう。

二 共同注意義務違反の判断基準

1 行為の危険性に着目する見解

まず、主観的要件の要否については、客観的要件としての客観的危険性を強調し、意思連絡要件をあまり重視しない見解が挙げられる。典型的にこのような態度が見られるのは、藤木英雄の見解である。

① 藤木英雄の見解

藤木は、客観面を重視した要件を定立している。すなわち、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の共通の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、ということができ、として、共同実行概念を中心として過失共同正犯を規定する。

藤木は、「単に抽象的一般的な危険作業の共同から生ずる共通の危険防止義務ということではなく、具体的に特定された結果回避措置を相互補充、利用関係に立って充足してゆくことを要するのであるから、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に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う

についての相互利用、補充関係において一体となつ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うる^⑧、とする。一方、相互利用・補充により一体となつて具体的な被害の原因となる行為を共同して遂行する、という客観的な関係が認められない場合には、それぞれ同時犯として処罰されるのである^⑨。

藤木説同様、行為の実質的危険に言及するものとしては、世田谷ケーブル事件第一審判決があり、本判決は実質的危険を共同正犯要件として要求する点が、非常に藤木説に近似しているといえる。すなわち、業務上失火罪の共同正犯を肯定した第一審判決^⑩は「社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠つた共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた上、発生した結果全体につき共同正犯者としての刑事責任を負わしめることは、ならん刑法上の責任主義に反するものではない」、とする。

ただし、藤木が、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に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場合に過失共同正犯が認められる、とするのに対し、世田谷ケーブル事件判決は、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が存在する、とするのみである。

② 大塚仁の見解

否定説から肯定説へ転じた大塚仁も、客観的な注意義務違反の認定に当たって、高度の危険性が存在するか否

かを考慮する。大塚は、結果的加重犯において、二人以上の者が共同してその基本的犯罪を實行する場合には、重い結果を発生させやすい高度の危険を含んだ事態が行為者全員に共通して存在するのだから、行為者のうち一部の者の過失によって重い結果が発生させられたときには、他の共同者すべてにも重い結果を発生させたことについての客観的な注意義務違反が認められ、共同正犯も肯定され得る、とした上で、次のように述べる。

「二人以上の者が犯罪的結果を生じさせやすい高度の危険性を含んだ共同行為を行うに際して、共同者の各人に共通の注意義務が課せられているとみられる場合に、めいめいがその注意義務に違反したことによって犯罪的結果を生じさせたときは、共同した構成要件の過失をみとめることができる……共同者の全員に共通した注意義務が課せられており、かつ、それに違反するときは一定の犯罪的結果を生じさせる高度の危険がうかがわれる状況の下で、ある行為が共同して行われる場合には、各人がその注意義務を遵守すべきであるが、それは、みずから遵守するだけでなく、共同者の他の者にも遵守させるようにつとめなければならない関係にあり、したがって、このような事態のもとで、その注意義務の違反があったときは、共同者の全員がそれについての帰属をうける理由があり、各自が自己の注意義務違反に対してだけでなく、他の共同者の注意義務違反に対しても構成要件の過失をみとめられなければならないからである」¹¹⁾。

このように、大塚は、客観的共同注意義務違反の成立に「高度な危険」が必要である、と考え、共同正犯の成立においては、共同意思や共同行為の存在を指摘するのみでは足りず、例えば建築現場において複数の作業員が一本の丸太を投げ落とすという教壇事例についても、丸太の太さや重量、投下する場所の高度、投下される場所への通行その他の接近の可能性など、行為の危険性に関するさまざまなモメントを考慮しなければならない、とする。

もつとも近時では、大塚は、論文「過失犯の共同正犯の成立要件」において、客観的な危険性ではなく、むしろ、義務違反の意識、ないし不注意な行為を共同にしあう心情に重点を置く立場を採る。そして、共同注意義務の違反に関しては、共同行為者の各人がその義務に違反する共同行為を行うについて持ちあわせた共通の心情に法的非難を加え得る心理的基礎を求めべきであり、めいめいが自己の行為について注意を払うだけでなく、他の共同者にも注意を促さなければならぬのに、漫然とその心情の下に注意を怠りあつたことについて、共同者に相互的な利用・補充関係の見出される心理的基盤があると解される、とする。¹⁴⁾

さらに、特に注目に価いするのは、大塚が、共同注意義務成立の要件として、法律上平等の立場において当該危険行為を行うことを要求し、法律上平等な立場にあるとはいえない、建築現場での現場監督者と作業員の注意義務、自動車運転者と助手や車掌の注意義務の間には共同注意義務は成立しない、としている点である。¹⁵⁾ すなわち、注意義務を共同するということは共同行為者がそれぞれ結果回避にむけて注意し得ると同時に相手にも注意させる義務であり、この相互性が満足されるためにはそれぞれの注意義務が同一のものであればならないという理由から、共同行為実行にあたって各行為者が対等な地位にあることを要求する。特に、関与者間に上下関係が存する場合には、上位者が下位者に対して監督義務を有していると構成することが可能であり、この場合、上位者が負う監督義務と、下位者が負う直接的な結果回避の義務は、それぞれ注意義務の内容が異なるのだから、両者の間に過失共同正犯を認めることは不当である。¹⁶⁾

大塚説は実務にも影響を及ぼしたと考えられ、名古屋高裁昭和六一年九月三〇日判決は、意思連絡と実質的危険の双方を過失共同正犯の成立にあたって要求する。すなわち、「被告人兩名の間には、……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げつ一杯の水

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補充しあ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」とされる。本判決は、共同注意義務を具体的に認定する際に、立場の対等性を考慮しており、この点においても大塚説に近い判決だといえる。

2 各人の行為の共同性に着目する見解

① 鈴木による共同注意義務の分析

このほか、過失共同正犯と過失同時犯における限界づけのために、各人の行為の共同性・個別性に着目する見解もある。

鈴木茂嗣は共同注意義務が問題となる事例として、三つのバリエーションを提示する^⑬。まず、（ア）A・Bが共同して大きな石を崖の上から落とすところ、下を通行中の甲にあてて死亡させた事例であり、一つの因果の流れをA・Bが共同して惹起しているという共同行為が、崖下に人がいないかを注意すべき義務を基礎づける、とする。これに対して（イ）A・Bが甲を熊と間違えて発砲したが、Bの弾は外れAの弾丸のみが命中して甲を死亡させたとなると、「射撃対象を十分に確認する共同義務」は存するが、「主観的には明らかに共同行為」であっても「客観的にはそれぞれ一応独立の射撃行為」ともいえ、弾丸の外れたBについてAの射撃の結果を負わせるべきではないのか、との疑問も生じてくる^⑭。しかし、このような場合でも鈴木は、Bの不注意な射撃が

それ自体Aの不注意な射撃と呼応し、これを補充しているといえるのであるから、相互的利用補充関係を認めることができ、共同正犯を認め得る、とする。しかしさらに、(ウ)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場合には、「共同行為の失敗による法益侵害」であつて、Bに共同者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はない、として共同義務の存在を否定する。

② 橋本の分析

射撃の設例に関しては、橋本正博も考察を加えている¹⁸⁾。橋本は、行為支配論を支持しつつも、ドイツにおける目的的行為論からの一般的な結論と異なつて過失共同正犯を肯定する。ドイツにおける行為支配論が、過失による結果惹起を過失行為者は目的に支配しているわけではない、との基本的認識に立つのに対し、橋本は、過失行為者は当該過失行為を行うことによつてはかならず当該の具体的犯罪事実を惹起したという点において、まさにその犯罪的事象を支配していると理解することが可能、としており、このような行為支配概念の相違が両者の結論の相違として表れる、と考えられる。そして、「共同正犯が成立するためには、構成要件該当事実の実現に対する重要で不可欠の寄与という正犯的寄与をもつて犯罪実現を支配していることが必要である¹⁹⁾」としつつ、「正犯としての事実的寄与は、共同正犯において各関与者が意思を通じていること、共同実行の意思を有していることに本質的に依存する。意思的側面においても事実的側面においても、この要因が犯罪事実実現に向かう強化要因となつており、それゆえにこそ共同正犯が独自の正犯形式として規定されている²⁰⁾」、とする。

このような前提の上で、橋本は以下のように論じる。まず、A・Bが一緒に狩にかけ、森の中でAが撃つた

弾丸が、付近にいたCに命中してCを死亡させた場合、狩を共同するということは二人の共同体においてそれぞれが射撃行為をすることを前提としている。しかしながら、過失致死罪の構成要件の評価の対象となるのは、「狩」という漠然とした、多数の行為を包括する行動ではなく、A・Bがそれぞれ個別に行った特定の射撃行為であり、Bは自らの寄与によって過失致死という犯罪事象を統制してはならず、「狩」を共同して行っても、共同正犯を基礎づけるだけの実質はみられない。しかし、A・Bが屋根に登って屋根瓦を外す作業を共同して行っている際に、無造作においてあった瓦の束が落ち、下を通行していたCの頭に命中して死亡させたのであれば、具体的な行為を両者が認識しており、これらを自己の寄与によって制御することができたのであるから、実際に瓦の束を十分注意せずに置いたのがA・Bのいずれであるかにかかわらず、両者を共同正犯として処罰し得る。

行為の個別性・共同性という観点から橋本の見解を分析・検討すると、以下のようにいえる。「狩を共同に行う」という認識が当事者間にあったとしても、各人の行為は個別の射撃行為に分解されて検討され、過失共同正犯は成立しない。しかし、「瓦を共同して外す」という認識が当事者間にある場合、各人の行為は、瓦を外して束にして屋根の上に置くという個別の行為に分解されることはない。問題はこの両者の違いがどこから生じるかであるが、橋本の見解によれば、おそらく、狩を共同に行うという客観的事実とその共同認識という主観的事実だけでは、結果に向けての共同行為支配が形成されているとは言い得ないのに対し、瓦事例については、A・B両者による、結果に至る因果の流れが共同行為支配下にあるといえる、という点に求められることになろう。

3 危険創出の態様に着目する見解

鈴木、橋本らにみられるようなモデルケースの検討による類型化の手法をさらに推し進めるものとして、杉田判事による、危険創出の形態に着目して共同注意義務を類型化する試みがある。杉田判事は、現在の実務は、基本的に新過失論の立場に立脚しつつ、(ア) 結果予見可能性、(イ) 結果回避可能性、(ウ) 注意義務(結果回避義務)(エ) 過失行為、の4要件を過失犯成立に要求しているとし、特に(ウ)・(エ)がその中核をなすものとする。そして、このような観点からは、注意義務の共同と過失行為の共同があれば過失共同正犯を認めることは十分な理由があり、共同注意義務違反説は基本的に支持し得る、とする。^①

その上で、杉田判事は、結果回避義務は、結果予見可能性を基礎づけるべき一定の具体的状況が存在していない場合にはならないから、結果回避義務の共同も、各行為者がそれぞれ結果を予見し得るとともに、行為者の一部または全員により結果を回避し得るような危険な具体的状況が存在していなければならぬ、とする。そしてその危険な具体的状況の共有形態として、(1) 危険創出型と(2) 危険防止型との二類型を想定し、前者をさらに(a) 一体的危険創出型、(b) 並行的危険創出型、(c) 役割分担的危険創出型とに区分するのである。^②

(1-a) 一体的危険創出型として挙げられているのは、一人では動かせないような大きな石を二人で力を合わせて動かし、崖から落としたというように、本来一人であれば作出し得ない危険状態を、各行為者が意思を通じて積極的に創出し、結果を発生させてしまった場合であり、(1-b) 並行的危険創出型は、各人がそれぞれ独立して結果を発生させるに十分な危険を含んだ行為を同一機会に並行して行ったところ、行為者の一部ないし

全員の行為から結果を発生させた場合で、(1-1c) 役割分担的危険創出型は、例えばAが崖から下に向かって石を投げて遊んでおり、他方BはAの依頼により下の道を人が通らないか見張っていたが、Bが他に気を奪われていた間に、石が下の人間に当たったというように、一部の関与者が危険創出行為を行い、他の関与者がその危険の現実化を阻止する役割を担っている場合である。このうち、役割分担的危険創出型については、杉田判事はA・Bの行うべき結果回避措置はまったく別内容のもので、しかもその措置の履行については相互性がないため、両者の結果回避義務を共同義務とすることは困難、とする。この事例群においてはもっぱら過失単独犯の成否が検討されることになる。²³ 一方、(2) 危険防止型は、各行為者の行為とは無関係にもともと危険な状況が存しているが、行為者が法令・契約・条理等により、共同してその危険の現実化を阻止すべき義務を負う場合である。以上の(1-1c)を除く諸類型においては、各行為者が共同義務を怠り、意思を通じて一定の作為・不作為に出た場合には、共同過失行為を認めることができる。すなわち、共同注意義務違反において、意思連絡は故意犯における共謀とは異なり本質的要素ではないが、主観的要件が等閑にされるわけではなく、共同結果回避義務を負う者が、意・思・を・通・じ・て、各自一定の作為・不作為に出ることが必要、とされるのである。²⁴

三 過失共同正犯論に関する諸判決

1 下級審判例の動向

日本には、過失共同正犯に関して、挙動犯についてこれを肯定したとされる著名なメタノール事件最高裁判決

のほか、幾つかの下級審判例が存在する。これらの下級審判例の特徴としては、以下の諸点が挙げられる。まず第一点目として、下級審判例には、既に述べた通り、特定の学説の影響を強く受けていると思われるものが存在する。また、過失犯での意思連絡の不存在を理由に過失共同正犯を否定する、概念的否定説に対する態度決定を明示している判決として、四条踏切事件が挙げられる。しかしながら、過失共同正犯を概念的に肯定している諸判決の中にも、意思連絡必要説と不要説の双方が見受けられる。

また、過失共同正犯概念を肯定することによって、単独正犯にしか認められない場合より処罰が拡大できるという態度を示している判決（先の名古屋高裁昭和六一年判決）がある。この名古屋高裁の判決は、因果関係の認定の場面において、同時犯を認める場合よりも処罰が拡大することを認めた判決である。さらに、単独正犯として考えたときには、その者に割り当てられている任務の内容から考えて注意義務違反を認めにくい（特に新過失論による場合）が、他の行為者との間に共通する、より包括的・抽象的な共同注意義務を認めることにより、処罰を可能にする、という傾向も見られる（観光船無断運航事件、四条踏切事件。両者とも過失共同正犯を肯定する）。以上は、過失共同正犯否定説側から、因果関係の擬制を認めることになる、注意義務の認定の厳格さが失われるなどとして、過失共同正犯肯定説に内在する欠陥として批判されている点である。

さらに顕著にみられる傾向として、当然のことではあるが、注意義務の認定方法をめぐる具体的な基準に大きな関心が寄せられている点が挙げられる。この点につき、任務の同質性・立場の対等性が必要か、監督・被監督の関係がある場合でも共同注意義務を認めることは許されるかが、実務上、重大な判断の分かれ目となり得る。そこで、以下では、下級審判決が、具体的な事例に即してどのような解決を目指したかを、分析していくことにする。

① 意思連絡について

四条踏切事件⁽²³⁾においては、「そもそも共同正犯を定めた刑法第六〇条は、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、共同者がそれぞれそ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」とし、過失犯において意思連絡が存在することを要求する。しかし、意思連絡の要否に関して、下級審判例は見解の一致を見ていない。

② 客観的帰責の範囲の拡大を意図する判決

業務上失火罪の共同正犯を肯定した、名古屋高裁昭和六一年判決は、溶接作業に従事する二名の作業員が交替で溶接を行い、その間に火花もしくは輻射熱により火災が生じたという、過失共同正犯を肯定した諸事例の中でも、特に原因行為を特定しにくい事案に関するものであった。第一審は、被告人両名がそれぞれ各自の注意義務を怠ったため火災が生じたとして、失火罪の同時犯としたところ、第二審である本判決は、火災について被告人のうちのいずれが行った溶接作業に起因するものであるかを明らかにすることはできないとして、一審判決を破棄して過失共同正犯を認めた。

すなわち、本判決は、「原審で取り調べられた全証拠を検討しても、本件火災が被告人両名のいずれの溶接作

業に起因するものであるかという点を明らかにし得る資料は見当たらないのであるから、仮に被告人兩名が各自原判示のような注意義務を（抽象的に）負つているとしても、これと本件火災との間に因果関係があること、換言すれば本件火災の発生を回避するために被告人兩名が各自原判示のような具体的注意義務を負つていゝことの証明がないといわざるを得ない」として、被告人兩名に、遮蔽措置を講ぜず、作業終了後の監視・確認義務を怠つた注意義務違反があるとしても、それだけでは過失と火災との因果関係の証明は不十分であるとして、過失共同正犯を認めることによって兩名の過失責任を肯定した。

③ 関与者の法的地位について

学説の影響を受けつつも、実務は過失共同正犯を認めるための具体的基準の抽出に努力している。特に、共同実行行為は、多くの判決において、共同注意義務違反を指すと観念されているが、その共同注意義務の存否の基準について、立場の対等性という要件を要求する判決がある。すなわち、溶接作業が原因となった、失火罪に關する先の名古屋高裁の事案では、「まさに同一機会に同一場所で……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つて協力して行つた（一方が他方の動作を利用して行つた）ものであ」とされ、過失実行行為の認定にあつて、立場の対等性が考慮されている。

立場の対等性について考察する場合、対等性が、各関与者間において指揮命令関係といった上下関係が存在しないことを意味するのか、あるいは、各関与者が同質の任務を担つていゝことを指すのかについては、あまり明確ではなく、例えば大塚説は、任務の同質性をも要求しているように思われる。しかし、ここでは、両者を区別

することとし、管理・監督過失が問題とされ得るような指揮命令関係が存在する場合のみ、立場の対等性要件が欠けるケースと考え、各人が異なる任務を担いつつも、指揮命令を受けることなく同等の立場で協力しあうケースと区別することとする。

まず、作業の同一性を要求しないで過失共同正犯を認めた判例としては、観光船無断運航事件、²⁶⁾ 四条踏切事件が挙げられる。

観光船無断運航事件は、米海軍基地米国海兵隊所属の海兵隊員であったXとYが、早朝、観光桟橋に繋留中のディーゼルエンジン付き観光船を見つけ、酔余好奇心からこれを運航しようとして、同船に乗り込んだというものである。X・Yのいずれもこの種の船舶の運航の技能も経験もなかった上、桟橋付近は衝突や座礁等の事故が十分予想される場所であったにもかかわらず、Xが操舵を、Yが機関部の操作を行い、船の運航を開始したところ、Xが操舵を誤り、船を対岸に衝突・座礁させ、船を一時航行不能にした。裁判所は、両者が酔余好奇心から意思を通じて観光船の運航を行った点について、「船舶運航の技術を持たない者が勝手に船舶を運航させてはならない」という注意義務に共同して違反した、とした。また、四条踏切事件についても踏切相番・本番の各々の役割を超えて、踏切の安全を守るべき共同注意義務を認める。このように観光船運航事件と四条踏切事件はいずれも、それぞれの関与者が担っていた役割分担から生ずべき個別具体的な注意義務を超えて、素人が観光船を運航することを避ける義務、踏切の安全を守る義務という、より抽象的な注意義務違反が想定されている点が特徴的である。

さらに、複数の看護婦の不注意が関与した事例につき、東京地裁平成二二年一月二七日判決が、二二一条前段と六〇条の適用を認めている。本件は、投薬を医師から指示された看護婦Xは、血液凝固防止剤の入った注射

器を取出して処置台に置き、さらに他の患者に対して使用する消毒液を吸い取った別の透明な注射器を処置台の上に置いたため、この二本の注射器を取り違えて、消毒液が入った注射器の方を患者の病室に持参し、看護婦Yも、患者に薬剤を投与するにつき、その中身を確認すべきであったにもかかわらず、注射器内に入っていた消毒液を患者に点滴して、患者を死亡させた、というものである。

裁判所は、Xにつき、薬剤を準備するにあたって薬剤の種類を確認して準備すべき注意義務に対する違反、Yにつき、薬剤を投与するにあたって十分薬剤の種類を確認して投与すべき注意義務に対する違反を認めた。もつとも、本件では、六〇条が適用されているものの、量刑事情についてはあるが、「手術を受けた入院患者である被害者に抗生剤を点滴した後、引き続き血液凝固防止剤を点滴するに当たり、被告人Xにおいて、これと消毒液とを取り違えて被害者の床頭台に準備し、被告人Yにおいて、床頭台に準備された薬剤の確認を怠って消毒液を被害者に点滴したため、被害者を死亡するに至らせたという、病院看護婦である被告人両名の過失が相重なつて引き起こされた業務上過失致死の事案である」と述べられており、過失共同正犯を認める意義がどこにあるのかを探究する必要がある。

一方、これらの過失共同正犯肯定事例に対し、立場の対等性があり、しかも各関与者に課された任務の同質性も高かったにもかかわらず、共同注意義務の存在を否定した事案として、広島高裁昭和三三年七月二〇日判決⁽²⁸⁾がある。本件は、A病院勤務の外科医であるXとYが脱臼を訴える患者Bを共同して診察治療した際、看護婦Cが誤ってクロロフォルムを患者に静脈注射したため、Bは注射液の中毒による心臓衰弱で死亡という事案であるが、広島高裁は、XとYとは患者Aに対して同様の責任を負った共同担当医であったと認定し、「或る患者に対する診療行為が二人以上の医師により共同して行われその医師間に責任に軽重のつけ難いような場合、然もその診療

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診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共同診療に当る医師全員に存すると解するを相当とすべき」としつつも、Xは、共同担当医の一人として、Yと共に、看護婦らを監督監視し、自ら注射を行う場合と同様の注意を以て、患者の体内に注射する直接の行為や、注射を行う前の準備段階における注射薬液の確認を行う義務を有していた、とし、六〇条の適用を認めなかつた。

それでは、任務の同質性がないばかりか、指揮命令関係にあり、関与者の立場が対等でない場合でも、共同注意義務が認められることはあるか。特に従来、管理・監督過失が問題とされるような事案において、この問題は顕在化する。

監督者と作業員の間における過失共同正犯が否定された、屋上喫煙事件（秋田地裁昭和四〇年三月三一日判決）²⁹では、連日晴天、高温続きであったにもかかわらず、木造の県庁庁舎の屋上で喫煙し、配下の従業員に対しても喫煙を禁止しないで放置していた工事現場責任者の被告人Xが重失火罪で処罰された。Xには、工事責任者として屋上での喫煙を慎むばかりでなくその配下の従業員に対しても予め屋上での喫煙を禁止するなどして、火災の発生を未然に防止すべきであったにもかかわらず、これを怠つたため、従業員の火気に対する注意心を弛緩させて、従業員Aを不注意にも喫煙するに至らせ、さらに従業員Bの喫煙を現認しながらこれを制止しなかつたばかりか、自らも喫煙した重大な過失によって、県庁庁舎及び県議会議事堂の一部を焼毀した、とされたのである。

また、アドバールン事件³⁰においては、アドバールン掲揚を請け負っている業者と、その者にアルバイトとして雇われている者との間の過失共同正犯の成立が問題となつた。本件は、アドバールンの掲揚による建売住宅の宣

伝を請け負ったXが、アルバイト学生のAに対してアドバルーンの掲揚と地上繫留中の監視を指示したところ、Aは、子供がアドバルーン周辺で遊ぶ危険があったにもかかわらず、アドバルーンを地上に繫留する際、中の水素ガスを抜かなかったため、子供二人がアドバルーンの中に入り、酸素欠乏症によって死亡した、という事件である。なお、Aはアドバルーンの掲揚取扱いについては四年の経験があり、いわゆるベテランと言われる者であつて、アドバルーンを繫留するについて水素ガスを抜くか抜かないかは自分独自の判断で行っていた。

本件で、裁判所は、「過失犯の特質から考えて、共同で犯罪を實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」としつつも、「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もの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も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」と解され、…：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」であるが、当該事案に関しては、そのような「特殊な事情が認められず、かつ被告人の不注意とA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、Aの不注意の方が重いと認めるのが相当」であるとして、Xを無罪とした。

④ 検討

以上で紹介した下級審判例の動向を分析してみると、まず、少なくとも一般論として意思連絡の存在を前提として過失共同正犯を肯定する立場と、これを不要とするものとの両者が見られる。このうち、意思連絡必要説を採っている名古屋高裁判決は、因果関係の認定の場面において、単独正犯を認める場合よりも処罰が拡大することを認めた判決だといえる。

次に、注意義務の抽象化による処罰範囲の増大を容認する判決がある。例えば、観光船無断運航事件につき、事故の原因がもっぱら操舵におけるXのミスにあり、Yが素人ながらも適切な機関部操作を行っていたのならば、注意義務を各関与者が従事した任務に応じて厳格に解釈すれば、Yの機関部操作行為について注意義務違反を認めることは難しいはずである。また、もし仮にXが素人ながらも正しい操舵をしたが、機関部の不適切な操作によつて故障が生じ、それが原因で座礁し運航不能になったというのなら、Yにのみ過失責任を問うべきことになろう。したがって、本判決は、X・Y間に「船舶運航の技術を持たない者が勝手に船舶を運航させてはならない」という、より統括的な共同注意義務を想定することによつて、処罰範囲を拡張したと考えることができる。

また、四条踏切事件についても、また、四条踏切事件では、XとYとはそれぞれ本番と相番という内容の異なる職務行為を担当していたにもかかわらず、過失共同正犯が認められた点が注目される。すなわち、過失共同正犯を認定するために、関与者の立場の対等性を要求するならば、関与者の役割が異なる四条踏切事件においては、たとえお互いに注意に欠けることがないよう補充しあうべき関係にあったとしても、それぞれ別の義務違反行為を行っていたと評価することも考えられるのである。しかしながら裁判所は、過失共同正犯の成立可能性につき、共同者が一つの結果（本件では、列車を無事に通過させることであろうか）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、他の者の行為を補充しようとする意思を有していれば、共同実行意思が認められ、その決意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、過失共同正犯が成立し得る、とした。そして、本件では、Yは、列車接近表示器（故障していて作動しなかった）を見守りXからの合図を待っていたのであるから、一見注意義務を尽くしたかように見受けられるが、いやしくも、踏切警手として踏切道における危険の発生を防止するのに、可能な一切の注意義務をつくすべきであると考え、X・Y両名に「協力しあつて踏切の安全を守るべき共同の注意義務」があるとされたのであった。

この二判決から明らかになるのは、単独正犯として考えたときには、その者に割り当てられている任務の内容から考えて注意義務違反を認めにくい（特に新過失論による場合）が、他の行為者との間に共通する、より包括的・抽象的な共同注意義務を認めることにより、処罰が可能になるということである。すなわち、各人がその任務を遂行するに当たっては、必要最低限の注意を果たしていれば足り、それを超えて一切の危険を回避しなければならぬというような厳格な義務を課してはならないという新過失論の建前に忠実であるならば、観光船無断運航事件に関しては、機関部操作を担当した者は、機関部操作のみを適切に行えば足り、操舵が適切に行われているかに関して、注意を払う必要はなく、また四条踏切事件においては、本番は相番からの合図がある程度信頼することも許されたはずである。

それでは、任務の同質性が不要であるならば、さらに立場の対等性をも不要とされるのであろうか。注意義務内容の同質性を要求する根拠としては、共同注意義務を負っているといえるためには、複数の関与者が、同じ内容の注意義務を重複して負っているという事態が必要であり、各関与者の法的地位が同一であることを前提としなければならぬ、という点が考えられるであろう。しかし、このような立場では、共同注意義務が単なる同一

の注意義務の並存以上のものであることを説明しにくい。単なる同一の注意義務の並立であって、単独正犯としてもまったく同じ結論に至るといっているのであれば、共同注意義務を認める意義が皆無になってしまふからである。また、各人の担う役割が異なり、各人の具体的行為態様が異なる場合であっても、具体的な危険状況の中で結果を回避すべき一個の具体的注意義務が課されている場合があり、そのような場合に、各関与者が相互に不注意を助長・促進しあつたのであれば、共同正犯を認めてよいとする余地が残されてもよいはずである。^①さらに、単独正犯として捉えた場合にも同種の注意義務を各々が負っていることとなり、同一の注意義務を共同して負っているとして共同注意義務の内容を決定し得るからだ、という観点から根拠付けられるならば、任務の同質性も当然要求されることになろうが、既に見た通り、先の二判決はそのような立場を否定している。

そこで、管理・監督過失が問題となるような事例について、裁判実務において、どのような判断がなされたのかを考察してみると、先に取り上げた秋田地裁判決は、県庁庁舎屋上で喫煙した工事現場責任者と作業員二名について、過失共同正犯を認めることなく、工事現場責任者のみに過失責任を認めている。しかし、他方で、アドバルーン事件では、監督過失の存否を問題とすれば足りるような事案であつたにもかかわらず、裁判所は、「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」おり、「相互に同格の形において不注意を促進しあい影響しあ」つているならば、過失共同正犯が成立し得る、としており、監督者と被監督者間の共同正犯を肯定する態度を示している。

四 共同注意義務違反説をめぐる議論

共同注意義務違反説に向けられる批判としては、以下のようなものがある。

(1) 処罰範囲拡大の批判―因果関係の擬制の問題

過失共同正犯肯定説の中には、過失共同正犯は、二人以上の行為を全体としてみれば過失があるが、どちらの側にどれくらいの過失があったかを特定できない場合に全体に過失を認める法理であり、一方は十分相手方に注意を払ったにもかかわらず、他方が一方的にミスを犯したことが明らかなのであればそれは共同行為関係から生じた結果ではない、とするものもある²⁹⁾。しかし、このような態度は、過失の存在を証明できない人間についてまで過失責任を認めてしまうものであり、まさに処罰範囲の不当な拡張という否定説側の批判が妥当する。

因果関係の擬制に関しての真の問題は、むしろ、過失共同正犯肯定説・否定説が共に所与の前提としていると思われる、共同正犯における意思連絡概念の要求が、一部実行全部责任の法理にどのような影響を及ぼしているのかについて、過失犯のみならず故意犯の分野においてもまだ十分な分析がなされていないという点にあるように私には思われる。

例えば、犯罪共同説においては、共同正犯は数人で一個の犯罪を実現する犯罪形態（「数人一罪」）であり、その本質は、各人の行為が、特定の一つの行為目的（故意犯の場合は法益侵害を目的とする）の下に他者の行為意思と結合することによって、複数人の行為が一つの共同実行行為として評価される点にあるとされる。そうだと

すれば、二人以上の行為を一体化したその「一罪」と結果との因果関係を考えれば足りるという理解が暗黙のうちになされているのではないか、と考えることはできるかもしれない。³³つまり、意思連絡を通じて数人が互いに手となり足となり、特定の結果に向けて協力しあう点にその本質を求めるのであれば、共同正犯の帰責において各人の行為と結果との因果性を問題にする必要はなく、共同行為ないし全体行為と結果との間に因果関係が肯定されればよい、と考えるのである。

そこで、過失犯についても当該実行行為の実施に関する意思連絡はあるのだから、合意によって形成された全体行為と結果との間に因果関係があれば関与者全員に結果帰責が可能とすることが十分に考えられる。しかし、共同行為ないし全体行為と結果との因果関係を見当するという思考方法は、団体責任・集団責任的であるとして排斥されることが考えられ、むしろ意思連絡を通じての相互補充関係が、共犯特有の因果関係を形成しており、これを理由に各人の行為と結果との因果関係を考える、という見解の方が日本では有力であるようにも思われる。このように、共同正犯といえども自己の行為から因果的に生じた範囲内では結果を帰責させるべきではない、と考えると、他者の行為へ及ぼした因果性に還元することにより相互帰責の問題を解決する立場を採るのであれば、共同正犯特有の因果関係の内実をより詳細に検討する必要がある。

(2) 実務上の必要性の欠如

共同注意義務は個別的な義務に解消され得る、という実質的不要説からの指摘は、鈴木説や橋本説による個別行為と共同行為の区別の試みにもかかわらず、依然として共同注意義務違反説に対する重要な批判である。³⁴特に、共同注意義務違反説の中でも、共同注意義務という客観的な要素のみによって共同正犯の成立範囲を画定しよう

としている藤木説に拠る場合、故意の共同正犯に要求される意思連絡という主観的要素が放棄されているため、共同実行なのか、二つの過失実行行為の並存（同時犯）なのかの区別が非常に重要になるといえよう。そこで、肯定説は、「一体となっているという事情」、「相互に相手方の分担部分についてまで立ち入って注意し合わなければならぬ事情」ないし「相互に注意しあうことによる共同作業の円滑・確実な完遂への期待」を裏づける事情、「高度な危険」等々の事情の存在を要求することにより、単独犯へ解消し得ない過失共同正犯のみに伴う特殊な客観的要素を要求することによって両者を区別しようと試みているのであるが、例えば先の広島高裁昭和三二年判決、東京地方裁平成二二年判決、世田谷ケーブル事件といった事案について、これらの事情が認められるかなど、さらに詳細に検討する必要がある。

(3) 共同注意義務概念に内在する欠陥の指摘

山口厚は、共同注意義務違反説を、作為義務を設定して不真正不作為犯の構成により過失共同正犯を肯定するものであるので、過失作為犯の共同正犯をどう理解するかが不明である、と批判している。⁵⁶⁾ 共同者による危険な行為の共同があったとしても他の共同者に義務を遵守させるといふ、各共同者に固有の作為義務は直ちに生じるわけでないから、否定説における同時犯解消説の解決は妥当ではない。他の共同者に対する排他的支配関係が肯定されるなど、一般的な保証人的地位を肯定するための要件が認められなければ、他の共同者に対する作為義務は生じないはずであり、各共同者が保証人的地位の共同に基づいて共同作為義務を課される場合に不真正不作為過失共同正犯が成立している、とこのように、山口は共同注意義務違反説を理解するのである。

さて、確かに、伊東研祐のように、共同注意義務違反説を基本的に支持しつつ、同説を不真正不作為犯として

構成する、特徴ある見解も存在する。伊東説によれば、数人が日頃同種作業を反復的に行っている場合のように、先行行為の共同・共同排他的支配等が一定程度の時間的継続等を経た場合には、意識的あるいは無意識的な相互信頼・依存を前提とした共同保証人的地位内での役割・機能の意識的または無意識的な割当て・引受けが生じる。その結果、結果発生との関係での個々人の義務だけでなく、結果発生を促進するような全体状況・共同者状況の排除等の相互的義務が生じる場合に過失共同正犯が認められるのである。³⁶⁾

しかしながら、過失共同正犯肯定説の多くは、「共同義務」を、不作為犯における作為義務ではなく、作為犯・不作為犯共通の過失犯としての注意義務として考えている、と思われる。したがって、「共同義務」を不作為犯としての作為義務を定めたもの、という理解は、山口自身による読み替えであり、伊東説のような構成を採用するのでないかぎり、山口の批判は適切ではないように思われる。³⁷⁾ しかしながら、山口の批判からは、別の観点からの興味深い問題提起を読み取ることもできる。それはまず、共同注意義務違反を論じる以前の問題として、過失犯において不作為としての作為義務と過失犯における注意義務がいかなる関係に立つのか（近時の管理・監督過失論の展開にもかわらず）まだ十分には解明されていない、という点である。また、共同注意義務違反説の「みずから注意義務を遵守するだけでなく、共同者の他の者にも遵守させるようにつとめなければならない義務」という共同注意義務の定義にみられる、「他の者にも注意を遵守させる義務」の内容が依然明らかではなく、いわゆる管理・監督義務とどのように異なるのかも明確でない。さらに、他人に注意義務を遵守させる義務を怠ることは、不真正不作為犯としての過失行為と評価されるであろうが、みずから注意を遵守すべきであった、という義務違反行為は作為形態でなされている場合、不作為犯と作為犯の混合形態として共同正犯が理解されるのかの説明も不十分である。第四に、故意犯においては作為の共同正犯、作為と不作為の共同正犯、不作為の共同正

犯とはそれぞれ概念的に区別されて論じられるが、過失共同正犯肯定説は、これらの諸形態を区別せず、一括して共同注意義務違反として把握されるのか、という点につき、なお疑問が残らざるを得ない。

五 まとめ

以上、過失共同正犯肯定説、特に共同注意義務違反説の内容と同説に対する批判について検討を加えた。しかしながら、筆者自身の能力の不足により、過失不作為犯に関する検討や、自説の展開が不十分であることは、否定できない。これらの点を今後の課題としつつ、今後さらに研究を展開させていきたい。

【追記】 本学に奉職して以来、様々な形で御指導御鞭撻を賜った石川達紘先生・中村建先生に、心より御礼申し上げます。

注

- (1) 犯罪共同説と行為共同説の対立に関する内田の見解については、内田文昭『改訂 刑法Ⅰ(総論)〔補正版〕』(一九九七年)二八六頁。
- (2) 内田文昭『刑法における過失共働の理論』(一九七三年)六一頁。
- (3) 内田(文)『刑法における過失共働の理論』(前掲注2)二六〇頁以下。
- (4) 内田文昭「最近の過失共同正犯論について」(研修五四二号(一九九三年)二四頁)。
- (5) 内田(文)「最近の過失共同正犯論について」(前掲注4)二四頁以下。
- (6) 内田説の影響が見られるものに、越谷簡裁昭和五一年一〇月二五日判決・判時八四六号一二八頁。事案の内容につ

いては、後述する。

- (7) 福田平『全訂刑法総論(第四版)』(二〇〇四年)二七〇頁。
- (8) 藤木英雄『新版刑法演習講座』(一九七〇年)二二七頁以下。
- (9) 藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)二九四頁。
- (10) 東京地裁平成四年一月二三日判決・判時一四一九号一三三頁。X・Yは、点火したトーチランプをそれぞれが一個ずつ使用して、電話ケーブルの断線探索作業を行っていたが、断線探索作業で使用した二個のトーチランプの消火を十分確認しないで、その場を立ち去ったため、とろ火で点火されたままの状態にあったトーチランプ一個から炎が防護シート等に着火し、更に電話ケーブル等に延焼し、電話ケーブルと洞道壁面を焼燬させ、世田谷電話局に延焼の危険を生じさせた、という事案である。
- (11) 福田平・大塚仁『刑法総論I』(一九七九年)三八〇頁。
- (12) 大塚仁『過失犯の共同正犯の成立要件』法曹時報四三卷六号(一九九一年)一二七五頁。
- (13) 福田・大塚『刑法総論I』(前掲注11)三八〇頁以下、また、福田平・大塚仁『対談刑法総論(上)』(一九八六年)二一九頁以下。
- (14) 原田保『過失犯・結果的加重犯の共犯』岡野光雄編『刑法演習I(総論)』(一九八七年)二二〇頁以下等も対等性要件を重視する。
- (15) 高刑集三九卷四号三七一頁・判時一二二四号一三七頁。料理旅館の食堂拡張工事を行うにあたって、X・Yは、可燃物が存在していたので、作業終了後も直ちにその場を離れることなく、しばらくの間監視を続け着火等の異常のないことを確認してから離れるように措置すべきであったのに、X・Yはこうした措置を講ずることなく溶接作業を開始したため、可燃物が発火して燃焼しはじめ、旅館客室に使用する建造物を焼燬した。
- (16) 鈴木茂嗣『過失の共同正犯』『刑法の判例(第二版)』(一九七三年)一三〇頁。
- (17) 同旨と思われるものに、佐久間修『共犯の概念』法学教室二五五号(二〇〇一年)一八頁。
- (18) 橋本正博『行為支配論』と正犯理論(二〇〇〇年)一九九頁以下。
- (19) 橋本『行為支配論』と正犯理論(前掲注18)一九八頁以下。

- (20) 橋本『行為支配論』と正犯理論（前掲注18）一九九頁以下。
- (21) 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）』（二〇〇一年）三四六頁以下。
- (22) 内田（文）『刑法における過失共働の理論』（前掲注2）五頁以下では不真正共同正犯（共犯者の各々が他人の協力等待つまでもなくそれぞれ当該犯罪構成要件に予定された実行行為を完成する場合）と真正共同正犯（共同行為者が共同することになってはじめて実行行為を完成する場合）との区別が主張されていた。
- (23) この類型に属するものとしては、列車同士の衝突事故における駅助役・列車運転手・車掌の過失競合の事例や、乗合自動車における運転手と車掌の過失競合の事例、いわゆる桜木町事件などが挙げられている。
- (24) 杉田「過失犯の共同正犯」（前掲注21）三五四頁。
- (25) 京都地裁昭和四〇年五月一〇日判決・下刑集七卷五号八五五頁。四条踏切においては、相番となった踏切警手が、踏切道で列車の接近を確認することにつとめ、本番となった踏切警手は、保安係詰所内で、列車接近表示器や反射用鏡等により列車の接近を確認することにつとめ、列車の接近を確認したときは、手笛等でその旨を通知し合い、本番は相番の合図により踏切道の遮断機を閉鎖することになっていたり、相番は、列車が相当遅延するものと軽信して線路上の注視をそらし、また本番も列車接近表示器が正常に作動するものと軽信したため、踏切内に進入した自動車と列車との衝突事故を生じさせた、という事案。
- (26) 佐世保簡裁略式命令昭和三十六年八月三日・下刑集三卷七・八号八一六頁。
- (27) 判時一七七一号一六八頁。
- (28) 高裁裁特四卷追録六九六頁。
- (29) 下刑集七卷三号五三六頁。
- (30) 前掲注6参照。
- (31) 長井長信「鋼材の電気溶接作業に伴って発生した熱の輻射や火花などにより発生した火災について、溶接作業を交替で実施した作業員二名に対し過失犯（業務上失火罪）の共同正犯の成立が認められた事例」判例評論三四三号（一九八七年）二二五頁等。
- (32) 大谷實・曾根威彦「対談・共犯に関する諸問題」受験新報五〇〇号（一九九二年）三三三頁以下。

- (33) 大谷實・曾根威彦「対談・共犯に関する諸問題」(前掲注32) 一七頁における大谷の見解、松生光正・森永真綱「過失と共犯」刑法雑誌四〇巻二号(二〇〇一年)二二六一頁以下を参照。
- (34) 共同注意義務違反説に対しては、肯定説内部においても批判がみられる。平良木登規男「刑法アトランダム共犯(その3)過失の共同正犯」警察公論五二巻九号(一九九七年)一〇二頁、林幹人「刑法総論(第二版)」(二〇〇八年)四〇四頁以下等。なお、山中敬一「共同正犯の諸問題」芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編『刑法理論の現代的展開―総論Ⅱ』(一九九〇年)二〇五頁も参照。
- (35) 山口厚『問題探究刑法総論』(一九九八年)二七六頁以下。もともと、山口厚『刑法総論(第二版)』(二〇〇七年)三五九頁も参照。
- (36) 伊東研祐「過失犯の共同正犯」論の現在」現代刑事法二八号(二〇〇一年)六六頁。
- (37) この点については、北川佳世子「我が国における過失共同正犯論の議論と今後の課題」刑法雑誌三八巻一号(一九九八年)五四頁、杉田「過失犯の共同正犯」(前掲注21)三四七頁、伊東「過失犯の共同正犯」論の現在」(前掲注36)六五頁も参照。