

共同を欠く過失犯の共同正犯は認められないとする帰結もあり得る。

しかし、共同正犯における一部実行全部責任を基礎づける因果性のうち、共同実行の意思により基礎づけられる心理的因果性は、故意の共同がなくても、実行行為を共同して行う心理的一体性により認めることができる。

そして、共同義務の共同違反により、共同実行の事実のみならず、過失犯における心理的因果性を基礎づける共同実行の意思も認められるといえる。

そこで、共同義務の共同違反を成立要件として、過失犯の共同正犯が認められると解する。^{2) 3) 4)}

[論点 4] 結果的加重犯の共同正犯

結果的加重犯の共同正犯の肯否は、2人以上の者が共謀して基本犯の実行行為を共同したところ、その一部の者の行為によって加重結果が発生した場合などにおいて、共謀者全員が加重結果についても共同正犯の責任を負うかといった形で問題になる。

1. 責任主義を徹底する見地から、結果的加重犯の成立に加重結果についての過失を要求する立場がある。

この立場からは、結果的加重犯が故意犯と過失犯の複合形態と理解されるため、過失犯の共同正犯の肯否が結果的加重犯の共同正犯の肯否に影響し得る。

過失犯の共同正犯を肯定する立場からは、加重結果についての共同の注意義務の共同違反が認められれば、共謀者全員が加重結果について共同正犯として責任を負う。

過失犯の共同正犯を否定する立場からは、特定の犯罪を共同実行する意思という故意の共同が共同正犯の不可欠の要件と理解されるため、共同正犯の成立範囲が故意の共同がある基本犯に限定される結果、結果的加重犯の共同正犯が否定される。⁵⁾

2. もっとも、基本犯（基本行為）には加重結果発生の高度の危険性が内包されているため、結果的加重犯の成立には、基本犯の実行行為と加重結果

山口総論 386 頁、佐伯 429 頁

高橋総論 481 頁、山口総論 384 頁

B

最判 S26.3.27 [肯定]

高橋総論 248 頁・484 頁

山口総論 387 頁

高橋総論 484 頁

高橋総論 480 頁・472 頁

高橋総論 248 頁、最判 S32.2.26・百

I 50

2) 共同の注意義務とは、自己の行為から結果が発生しないよう注意するだけでなく、他の共同者の行為からも結果が発生しないよう注意し、互いに協力し合って結果を防止すべき義務が課せられていることをいい（注意義務の内容）、これが認められるための前提として、各人が一定の行為を共同して行うという共同行為関係の存在が必要である（基本刑法 I 335 頁、山口総論 387 頁参照）。

3) 最高裁決定平成 28 年決定（最決 H28.7.12・百 I 79）は、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要であると解される」との述べることにより過失犯の共同正犯の成立要件を明らかにした（百 I 79 解説）。

4) 過失による教唆・幫助については、過失による共犯を処罰する「特別の規定」（38 条 1 項但書）がないため、認められないと解されている。これに対し、過失犯の共同正犯については、個別の過失犯処罰規定が 60 条により拡張適用されると解することにより、過失犯処罰規定の存在を肯定するのである（山口総論 382 頁）。

5) 加重結果について共謀者各自の過失が認められるのであれば、基本犯の共同正犯を包含する単独犯としての結果的加重犯が成立する（高橋総論 484～485 頁）。もっとも、①基本犯（基本行為）には加重結果発生の高度の危険性が内包されていることから、基本犯を「共同して実行した」者らには原則として加重結果発生の具体的予見可能性が認められ、これに基づき加重結果発生の防止すべき共同の注意義務が認められることを理由に「過失犯の共同正犯を否定する見解も、結果的加重犯の共同正犯は肯定するのが一般的である」とする説明（基本刑法 I 336 頁）、②故意犯である基本犯の共同正犯の成立が前提である以上、加重結果惹起についての因果性・共同性は明白であり、共同正犯の成立を認めない理由はないように思われる」とする説明（山口総論 388 頁）もある。

との間に因果関係があれば足り、加重結果についての過失は不要と解すべきである。

そうすると、加重結果との関係における過失犯の共同正犯を問題にするまでもなく、結果的加重犯の共同正犯が認められることになる。

(事例)

- ・ X と Y とが暴行についての共謀に基づき、共同して V に対して暴行を加え、V を負傷させた
➡ X と Y に傷害罪の共同正犯が成立する。
- ・ X は殺人の故意で、Y は傷害の故意で、V に対して暴行を加えることについて合意し、共同して V に対して暴行を加えたところ、X の暴行により形成された傷害を原因として V が死亡した
➡ X には殺人罪の単独正犯が成立し、Y には傷害致死罪の共同正犯が成立する。
- ・ X は、Y との間における傷害についての共謀に基づき、Y とともに V に対して暴行を加え、その途中で、V の態度に激怒し、殺人の故意を生じ、V を殺害した
➡ X には殺人罪の単独正犯が成立し、Y には傷害致死罪の共同正犯が成立する。

佐伯 424 頁、基本刑法 I 336 頁

総まとめ 136 頁 [論点 12]

総まとめ 138 頁 [論点 13]

[論点 5] 片面的共同正犯

共同実行の事実は認められるものの、共同者間に意思連絡がなく、共同実行の意思が共同者の一方にだけ存在する場合である。

確かに、共同正犯における一部実行全部責任を基礎づける法益侵害の共同惹起という因果性は心理的因果性と物理的因果性からなるところ、片面的に関与する者の側から見れば、物理的因果性又は一方的な心理的因果性を基礎として構成要件該当事実を片面的ないし一方的ではあれ他の共同者と共に惹起するという関係を認めることも可能である。

このように考えて、片面的共同正犯を肯定する見解もある。

しかし、共同正犯では、構成要件該当事実の惹起の共同性を担保するための特別の要件として、意思連絡による心理的因果性が不可欠であると解すべきである。

そこで、意思連絡を欠く片面的共同正犯は認められないと解する。

A

高橋総論 471～473 頁、基本刑法 I
337 頁

山口総論 367 頁

山口総論 367 頁

大判 T11.2.25

A

基本刑法 I 390 頁

[論点 6] 承継的共同正犯

承継的共同正犯の肯否は、先行者が特定の犯罪の実行に着手し、まだ実行行為を全部終了しない間に、後行者が先行者との共謀に基づき残りの実行行為を行った場合、後行者は関与前の先行者の行為・結果について共同正犯としての責任を負うか、という問題である。⁶⁾

⁶⁾ 実行行為とは、広義には客観的構成要件に該当する行為全般を意味し(強盗罪における「強取」、詐欺罪における交付行為を受けること等も含まれる)、狭義には強盗罪の「暴行又は脅迫」や詐欺罪における「欺」罔行為等を意味する。承継的共同正犯は、後行者について、実行行為終了前に「共謀に基づき実行行為の一部を実行した」ことを根拠として、一部実行全部責任という効果としていかなる範囲で先行者の行為とそれにより惹起された結果を承継するか(=加功前の先行者の行為とそれにより惹起された結果も含めて共

ア. 謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合

完全犯罪共同説からは、共謀は「同一罪名の犯罪を共同遂行することの合意」と理解されるため、仮に自然的行為について共同遂行の合意があったとしても、各共同者が認識している罪名が異なるのであれば、共謀の成立は認められない。

これに対し、行為共同説からは、自然的行為について共同遂行の合意があれば、共謀の成立が認められる。

このように、謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合、各共同者の故意の内容が罪名レベルで異なっているのに共謀の成立が認められるのかという形で、共謀の要件の段階で行為共同説・犯罪共同説の対立が顕在化する。

この意味で、本来的には主観的構成要件該当性に属する各共同者の故意の問題が、共謀の要件の段階に前倒しされている。

〔論点 12〕 謀議時点から共同者間の認識に不一致がある場合

X（殺人の故意）と Y（傷害の故意）が、共同して V を殴打することについて合意した上で、共同して V を殴打し、X の暴行により形成された傷害を原因として V が死亡したという事案では、X には殺人既遂罪の単独正犯が成立する。問題は、傷害の故意しか有しない Y の罪責である。

（解説）

1. X の罪責

X には、殺人既遂罪の単独正犯が成立する。¹⁷⁾

2. Y の罪責

Y には、殺人罪の共同正犯（60 条、199 条）又は傷害致死罪の共同正犯（60 条、199 条）が成立しないか。

（1）共謀の成否

「二人以上共同して犯罪を実行した」というためには、共謀及びこれに基づく実行行為が必要であるところ、X と Y は共同して V を殴打することについて合意している。もっとも、X が殺人の故意を有しているのに対し、Y は傷害の故意しか有していない。そこで、共同者各自の故意が構成要件をまたいで異なっている場合にも共謀の成立が認められるのか、異なる構成要件間における共同正犯の成否が問題となる。

行為共同説からは、「V を殴打する」という自然的行為を共同することを内容とする共謀の成立が認められ、X には殺人既遂罪の共同正犯が、Y には傷害致死罪の共同正犯が成立することになる（結果的加重犯の共同正犯を否定する見解からは、Y には傷害罪の共同正犯が成立するとどまる。）。

やわらかな部分的犯罪共同説からは、殺人罪と傷害罪の構成要件が傷害罪の限度で重なり合うため、XY 間には傷害罪の限度で共謀が認め

A

¹⁷⁾ やわらかな部分的犯罪共同説の立場から殺人既遂罪の共同正犯の成立を否定した場合、死の二重評価を避けるため、X についての傷害致死罪の共同正犯は殺人既遂罪の単独正犯に吸収されて成立しないと解される。したがって、X には、殺人既遂罪の単独正犯のみが成立する（高橋総論 447 頁）。