

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員 法学博士	小林 節
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員 法学博士	大沢 秀介
副査	慶應義塾大学法学部教授 大学院法務研究科教授 法学研究科委員 博士(法学)	駒村 圭吾

内海朋子君学位請求論文審査報告

一 内海朋子君（現在、横浜国立大学大学院国際社会科学
研究院准教授）が博士学位請求論文として提出したものは、
同君が慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程におい
て開始して以来、今日まで継続してきた過失犯の共同正犯
に関する研究を集大成した論文「過失共同正犯について」
である。本論文は、既発表の論文（たとえば、「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」亜細亜法
学四四卷二号〔二〇一〇年〕二九頁以下、「共同正犯にお
ける『特殊な危険』と過失共同正犯論」法学研究八三卷九
号〔二〇一〇年〕三一頁以下、「過失共同正犯論について」
刑法雑誌五〇卷二号〔二〇一一年〕一三五頁以下など）を
重要な構成部分としているが、これらに含まれない考察を
付加し、また既発表部分もあらためて検討し直され、かな
り大きく書き改められた形でこれを収録している。

過失の共同正犯を肯定すべきかどうか（いいかえれば、
過失犯についても、刑法六〇条に基づく構成要件の修正な

いし処罰の拡張が認められるか)は、現在の刑法学において最も鋭く見解の対立する理論上の最重要争点の一つである。判例は、基本的にこれを肯定する見解をとるものの、その統一的要件は明らかにされておらず、したがって、いつ共同正犯となり、いつ単なる過失の競合として各人の単独正犯が問題となるにとどまるのか、その限界も事案ごとの判断に委ねられている。実務は、理論上その根拠と要件が明確化されていないことに鑑みて、正面から過失共同正犯を認めることに躊躇を示しているようにさえ見える(なお、いわゆる明石歩道橋事件においては、兵庫県警明石署副署長の罪責が問われているが、そこではまさに過失共同正犯の成否が問題となっている。本年二月、神戸地裁は被告人の過失を否定し、そこから共同正犯も成立しないとした(神戸地判平成二五・二・二〇公刊物未登載)。

内海君は、この困難な課題に取り組み、判例と学説を網羅的・包括的に検討した上で、一個の過失共同正犯肯定説を自説として展開している。著者の基本的問題意識は、次のように要約することができよう。従来の学説は、問題の背後にある複数の対抗軸を十分に区別して論じることを行ななかったため、議論を混乱させてきた。錯綜する議論を解きほぐした上で、見解の対立の焦点となつているところに

ついて立ち入った検討が要請されている。それは、過失競合のケースのうち、過失単独正犯の理論構成によっては結果について刑事責任を問えない場合(「過失単独犯としては結果惹起を理由に処罰すべきではない場合」)がどのような場合であるかを確認し、しかしそれでも共同正犯としては処罰されるべき場合があるとすれば、それはどのような場合であり、それはどのような根拠に基づいてであるか、ということ論じることにはかならない。そして、「単独正犯と共同正犯の処罰範囲の差異」を明確化するためには、およそ共同正犯たるものの本質を究明することが必要である。内海君は、その学説史研究を通して、共同正犯とは、単独犯の因果関係が認められないところで、特殊の帰責原理を適用して結果について責任を負わせるものであるとする理解に到達する。他方、複数人の共同行為の特殊性は、それに特有の危険性を持つことであり、そのような危険性に対しては、共同者に共同の注意義務を課すことにより結果不発生の重複的保証をはかることによって対処する必要がある(「システム化された社会」においては、「複数人による結果不発生の重複的保証のメカニズムの要請が高まっていること」が肯定説の下支えとなる社会的現実なのである)。このような社会的現実に対応するためには、単独犯

の同時犯を肯定するだけでは決定的に不十分である。著者は、このような基本思想に立脚して、過失共同正犯の認められる要件とその限界を詳述している。一口でまとめれば、本論文は、現在もつとも解決の求められている理論上・実務上の争点の一つについて、日独の判例・学説を徹底的に精査した上で、判例の基本的立場に近いところで自説を展開し、種々の事案に即してその適用のあり方を逐一明らかにしようとするものである。

以上が本論文の概要であるが、その構成の詳細は、次の通りである。

序 過失共同正犯について

第1章 過失共同正犯に関する裁判実務の動向

第1節 大審院時代の判例

第2節 最高裁による過失共同正犯の是認

第3節 最高裁昭和二八年一月二三日第二小法廷判決以降の下級審判例の動向

第4節 外国判例

第5節 考察

第2章 日本における犯罪共同説・行為共同説の対立と過失

共同正犯論

第1節 過失共同正犯否定説の系譜

第2節 過失共同正犯論争における問題関心の變化

第3節 意思連絡の欠如を理由とする概念的否定から処罰範囲の問題へ

第4節 小括

第3章 過失共同正犯肯定説の系譜

第1節 過失共同正犯肯定説の系譜

第2節 犯罪共同説からの肯定説

第3節 共同注意義務違反説の登場

第4節 共同注意義務違反説をめぐる議論

第5節 小括

第4章 共同正犯における帰責原理

第1節 共同正犯概念の起源—共同正犯概念の二つのルーツ

ツ

第2節 ドイツにおける、合意を中核とした共同正犯論の興隆

第3節 共同正犯における特殊な危険

第4節 日本における共同正犯概念

第5節 機能的行為支配説・全体行為計画論を基礎とする過失共同正犯肯定説

第6節 私見

第5章 拡張的正犯概念・制限的正犯概念の対立と過失共同

正犯論

第1節 検討課題の整理

第2節	同時犯解消説のルーツを求めて
第3節	同時犯解消説の起源としての拡張的正犯概念
第4節	「拡張的正犯概念」対「制限的正犯概念」という対立構造が形成されるまで
第5節	小括
第6章	ドイツにおける過失単独正犯の成立要件
第1節	ライヒ裁判所判例における拡張的正犯概念
第2節	目的的行爲論における拡張的正犯概念
第3節	補論…拡張的正犯概念の動揺
第4節	答責領域性説を中核とした過失犯論における過失単独正犯の成立要件
第5節	ドイツにおける同時犯解消説
第6節	答責領域性説の過失共同正犯肯定説に対する影響
第7節	小括
第7章	我が国における過失正犯論
第1節	前章までの考察
第2節	第三者の過失行爲が関与した場合における注意義務の判断
第3節	小括
第8章	過失共同正犯と過失競合
第1節	本論文の立場
第2節	具体的な事案の検討
第3節	小括

第9章 終章

二 まず各章の内容を要約したい。第1章「過失共同正犯に関する裁判実務の動向」においては、大審院時代から現在に至るまでの判例・裁判例（医療事故に関する判例・裁判例を含む）で、過失犯について刑法六〇条の適用が問題となったものを網羅的に紹介し、これらに対する学説の反応を要約し、また自己のコメントを付している。判例は、過失挙動犯に関する最高裁判決（最判昭和二八・一・二三刑集七卷一号三〇頁）をリーディングケースとして過失共同正犯肯定説に転じ、それ以降の裁判例は肯定説を前提として、いかなる場合に過失共同正犯が成立するか、いかなる場合に過失単独正犯にとどまるか、いかなる場合における過失犯不成立であるかを問題としている。そこには類似した事例について肯定・否定の異なった結論が示されており、それに対する学説の評価も必ずしも統一的不是ではない。著者は、右の最高裁判決後の裁判例はいくつかの類型に分類することが可能であることを示唆しているが、そこに首尾一貫した理論を認識することは困難であると考えている。著者の整理によれば、見解の分かれているのは、意思連絡の要否と、関与者の法的地位という二点をめぐってである。

なお、本章では、重要な外国判例として、特に、ローリング・ストーンズ事件（スイス）および皮革用スプレー事件（ドイツ）が紹介されている。これらはドイツとスイスにおいて否定説に批判が加えられ、むしろ肯定説が有力化するにあたりそのきっかけとなった判例である。

第2章「日本における犯罪共同説・行為共同説の対立と過失共同正犯論」では、日本における否定説の流れを最近に至るまで跡づけている。否定説は、この問題を犯罪共同説と行為共同説の対立に関連づけて論じ、犯罪共同説の立場から、犯罪的意思連絡の欠如を理由として過失共同正犯を否定する学説として出発したが（その中には共同意思主体説に基づく否定説が有力な主張として含まれていた）、補充的に処罰範囲の拡大のおそれに言及するようになり、やがて処罰領域の限定が否定説の重要な論拠となっており、いわゆる同時犯解消説（過失共同正犯は過失単独正犯の同時犯に解消されるべきとする見解）へと発展したのであった。著者によれば、その結果として、現在における過失共同正犯否定説は、①意思連絡必要説に立つ犯罪共同説を基礎とする概念的否定説、②処罰の限定の必要を強調する否定説（第一類型の同時犯解消説）、③過失共同正犯の実務上の意義を問い、一部実行全部責任の効果を認める必要が

ないと考える否定説（第二類型・第三類型の同時犯解消説）に大別できるとする。

著者は、すでにここにおいて、否定説、とりわけ同時犯解消説の持つ問題を鋭く要約している。すなわち、(1)共同行為（たとえば、共同の投石行為）から結果が生じているときにこれを同時犯に分離することは不自然であり、量刑判断にも困難をきたすこと、(2)対等な者同士の共同行為から結果が発生しているときに、本来上下関係を予定した監督過失の観念を相互に適応することにより適切な処罰が可能となるかが疑問であること、(3)処罰範囲が不当に狭まるおそれがあること、である。

第3章「過失共同正犯肯定説の系譜」では、現在に至るまでの肯定説の流れを概観している。著者によれば、肯定説は、①意思連絡を不要とする行為共同説を基礎とするもの、②犯罪共同説を基礎としつつ、意思連絡と共同注意義務の違反を過失共同正犯の成立要件とするもの、③意思連絡を不要とし規範的に共同注意義務を認定しようとするものの三つに大別できるとする。このうち、行為共同説に立脚する肯定説には問題があるとされる。因果性（物理的・心理的因果性）が認められる限り過失共同正犯を肯定するとすれば、その成立範囲は拡大しすぎることとなり、それ

を避けるため、緩められた形の意味連絡を主観的要件とするとしても、行為共同説の立場からはそのようなものが要求される根拠が問題となり、またそれに十分な処罰限定機能を期待することもできないという。そこで、著者は、犯罪共同説を基礎とする肯定説の検討に向かうが、犯罪共同説は、否定説から出発したもの、目的的行為論と新過失論の主張を経由して、「共同注意義務の違反」に（故意の共同とパラレルに考えられる）過失の共同を認めて、結果についての共同責任を肯定する見解に発展した。この見解にも、未解決の問題が指摘されているとして、それを、(1) 因果関係を擬制して処罰範囲を拡大するものではないか、(2) 共同注意義務はそれぞれの個別的な注意義務に解消されるのではないか（したがって、肯定説は同時犯解消説に帰着するのではないか）、(3) 共同注意義務の内容はいかなるものかの三つにまとめている。このように分析した上で、著者は、根本的な問題は、単独正犯の帰責原理と共同正犯の帰責原理の関係であるとして、この点の解明なくして、これらの争点に解決を導くことはできないとする。

第4章「共同正犯における帰責原理」においては、日本とドイツの学説を広く検討しつつ、共同正犯の本質（したがって、一部行為・全部責任の法理の根拠）を明らかにす

ることが試みられる。系譜的には、合意（共謀）より客観的な結果への寄与を重視する見解もあったが、フォイエルバハ以降、合意を中核とした共同正犯論が主流となるに至ったこと、ドイツにおいては、共同正犯の本質に関し、単独正犯の場合には見られない「特殊な危険」を重視する見解がしばしば主張されており注目値すること、日本の議論に見られる共同正犯本質論はいずれも満足できるものではないが、それは単独犯とは異なる「特殊な危険」を顧慮していないところに基づくものであることなどを述べている。そして、以上の考察から導かれた結論として、「共同正犯における帰責原理は、人間はそのコミュニケーション能力を通じて全体行為計画の下で他者と共同して行為を遂行することが可能であり、そのような場合には結果の発生・不発生に関わる偶然性が減少し、法益侵害の危険（結果発生の確実度という意味での危険性）は個人で行動するときに比して増加する、という事実を出発点とすべき」であるとし、結果発生の確実性・効率性というメリットゆえに、「相互的教唆・幫助以上に正犯として、未遂以上に既遂として、共同正犯が処罰される根拠がある」といえるとする。ここでは、「意思連絡は事後的に確認された心理的因果性の基礎づけとしてだけでなく、事前的に定められ

た全体行為計画における、各人の行為の地位・役割の重要性を明らかにする機能を有している」という。これを主観的な面から考察すれば、「意思連絡の下で行為することによって、各行為者は犯罪実行に対する反対動機、規範的障害を相互的に抑圧し、共同者がいるという意識による安心感から心理的に鼓舞され、その意思の実現を容易にするような支援を受けることができ、あるいは当該行為を行わないという決定がより困難になるという心理的拘束を受ける」。このような主観・客観面における犯罪遂行に関しての相互的依存関係こそが「共同行為支配」と呼ばれているものの実体である。ここから、著者は、本論文全体に対し、きわめて重要な意味を持つ主張を引き出す。「複雑を極めるその相互的利用補充関係・心理的促進関係を逐一因果関係として具体的に証明していくことは容易ではない。そこで共同正犯の規定は、意思連絡を通じた共同行為の特殊性に鑑みて、因果関係判断に代えて、同一犯罪実現に向けての合意の存在、および共同実行の事実が証明されれば共同行為支配ゆえに各人に全体結果の帰責を認めるものであると考えることができ」というのである。そして、著者は、このようにして明らかにされた共同正犯本質論は、過失犯についても基本的に妥当なものである。過失犯においても、

分業による犯罪実現の可能性の増大という状況が存しうるとし、共同作業を行うときは、一人では動かすことの困難な石を二人以上で動かすなど、一人では遂行できない作業が可能となったり、よりすみやかに遂行することができる点に相互的利用補充関係を認めることができる、とする。また他方で、複数人が同一目的の行為に共同して関与している状況下では、行為者の一人が、共同目的を達成するにあたって社会的に不相当な、不適切な態度をとることにより、他の行為者に安心感を与えてその意思の弛緩を招き、その行為者にも同一の態度をとらせることによって、自己の不注意的態度をさらに促進・強化させるような心理状態が存在しうる。このような事態の下では、共同行為として評価されることによって増大する危険性を、複数の人がいることからどちらかは危険に気づくか、回避措置に出ることにより、危険を確実に管理することが法的に期待され、ここに共同注意義務の根拠があるというのである。

第5章「拡張的正犯概念・制限的正犯概念の対立と過失共同正犯論」では、過失共同正犯否定説の論拠の一つが、「過失犯には拡張的正犯概念が妥当することから共同正犯による処罰拡張は不要であり、それにもかかわらず共同正犯を肯定しようとすれば無限定な処罰に至る」とするとこ

ろにあることから、日本の学説における過失正犯概念の理解（拡張的正犯概念と制限的正犯概念のいずれが妥当するか）が四つの類型に分かれるとし、それぞれの下における過失単独正犯の範囲がいかなるものとなるかを（ドイツにおける学説の流れと照らし合わせつつ）詳細に検討している。錯綜する議論を整理し分析を加えた結果として著者が到達した結論は、過失犯に拡張的正犯概念が妥当するとする見解は、たしかに共同正犯規定の適用を不要とするかもしれないが、過失による教唆・幫助をもカバーする広範な過失正犯概念を前提とするゆえに妥当ではなく、むしろ制限的正犯概念を採用し、刑法六一条以下は過失犯に適用されず過失による教唆・幫助は不可罰と考えるべきであるとする。制限的正犯概念の内容については、ドイツでこれと結びつけて主張されるに至っている遡及禁止論の基準にしたがい、自律的な行為の介入は原則として正犯性を排除すると考える（そこで過失教唆・幫助は不可罰となる）が、共同正犯のように「共同行為による特殊な危険」が生じるときには、遡及禁止が排除されて背後者にも正犯性が生じると考えられるのである。こうして、前章における共同正犯の本質論と、本章における正犯概念の本質論とが統合されて、著者の見解が次第に姿を現すこととなる。

第6章「ドイツにおける過失単独正犯の成立要件」および第7章「我が国における過失正犯論」においては、新過失論の立場を前提としつつ、過失単独犯および過失共同正犯の正犯基準として有効な基準をドイツと日本の学説の中に求めている。ドイツでは、シュトラテンヴェルトの画期的論文により、予見可能性のみに依拠した過失論に替えて「答責領域の分配」に基づく過失処罰の限界論が提唱され、これが後の議論に対し大きな意味を持ったことが跡づけられる。それによれば、複数人の行為がともに行われるところでは、各人が法秩序の要求に従うべきものである以上、各関与者は他の者が注意深く行為することを通常信頼してもよく、他人の不注意な行為から結果発生を阻止するという注意義務は、他人が注意義務に適った行為をするだけという期待が具体的状況によりくつがえされる場合に限りのみ例外的に問題となるにすぎないというのである。著者は、このような「答責領域性論」は基本的に妥当であり、これを前提とする限り、過失単独正犯のみをもってしては、共同行為のもつ特殊の危険を理由とする処罰に適切に対応できないと考える。他方、ロクシンは、答責性論を前提としつつ、過失共同正犯の成立範囲を画する重要な要件を提案した。それは、例外的に各関与者が共同の注意義務を負

うための要件であり、結果の不発生を「重複的に保証」することが必要なケースにはかならないとし、かつその場合に意思連絡要件は不要であるとする。著者は、この「結果不発生の重複的保証の必要性」を重要な視点として認めつつも、意思連絡に基づく共同行為により高められた特殊な危険が共同注意義務を肯定（して処罰範囲を拡張）する前提となるとして、意思連絡要件を不要とすることはできないとしている。日本でも、答責領域性論に見られるような自律性原理を用いた過失犯の限定の試みが行われているが、著者はこれらを紹介・検討し、それぞれの問題点を指摘しながらも、基本的には答責領域性を考慮した結果回避義務の範囲の限定が妥当であるとし、それを前提に同時犯解消説に対し否定的な論評を行っている。また、問題となる分業形態は水平型分業と垂直型分業とに分類できるとして、それぞれに対応した答責領域性論の適用のあり方を論じている。

第8章「過失共同正犯と過失競合」では、著者の基本的立場をいま一度まとめて述べた上で、共同正犯を認めるための個々の要件の内容を検討している。たとえば「共同実行」とされるものの範囲や「共同実行意思」の内容（作為の場合と不作為の場合）、過失単独正犯と過失共同正犯の

関係等について論じられている。それを前提に、第1章で紹介された判例・裁判例をいま一度取り上げつつ、著者の見解がどのような適用を見るかを具体的に示しているが、ここで特に注目しているのは、たとえば、世田谷通信ケーブル火災事件（東京地判平成四・一・二三判例時報一四一九号一三三頁）のように過失共同正犯が認められたケースについて、著者は過失同時犯とすべきだとしているように、「共同実行意思」という意思連絡の要件を重視していることである。過失共同正犯を認めるには、「他の者が法益侵害の可能性に配慮して適切に行うべき立場にあるにもかかわらず、共同行為から生じうる法益侵害発生の危険に十分な配慮をしていないことを認識している」という意味での共同実行意思が必要である」というのである。

第9章「終章」では、各章における著者の考察結果を要約するとともに、全体の論旨をいま一度まとめて提示し、さらに、著者の理論構成が「複数人による危険管理の必要」という社会的実態によりよく対応できるものであるとしつつも、著者の見解は社会的必要の前に政策的に基礎理論を修正するといったものでは決してない、という言葉で論文を結んでいる。

三 本論文は、理論上も実務上も解明を求められて久しいテーマについて、これまでの判例・学説を踏まえて根本的な理論的検討を加えたものである（なお、論究の過程では、ドイツ刑法学の議論を頻繁に参照しているが、ドイツ刑法は日本の現行刑法の共同正犯・教唆犯・幫助犯という関与形式三分法の一つのルーツであって、実定法の基本構造を同じくし、また、そこでは最も研究の蓄積があるといえるので、そのような著者の方法は正当化されると考えられる）。本論文のねらいは、わが国の判例・裁判例にとり今後の指針となりうる、そして同時に、これまで指摘されてきた難点を免れた、肯定説の理論構成を示すところにある。そのような著者のねらいは、ある程度まで達成できていると評価することができる。

まず、本論文は、今の社会においては、複数人による共同作業が、一定の作業分担の下に行われており、それが重大な法益侵害の結果を生じさせないようにするためには、刑法がそのような分業を規律する社会的行動準則を各人に遵守させることが必要不可欠であり、ときに「結果不發生の重複的保証」を内容とする共同の注意義務を課すことが求められる（そして、そればかりか社会の現実においてそれはすでに社会的行動準則の内容となっている）ことを説

得的に論じている。そのことは、従来の学説において必ずしも十分に強調されてこなかったのである（この「結果不發生の重複的保証」という観点なしには、いずれも医療事故に関わるものであるが、患者取り違え事件に関する最決平成一九・三・二六刑集六一巻二号一三一頁や、抗がん剤過剰投与事件に関する最決平成一七・一一・一五刑集五九巻九号一五五八頁の判断も、およそ理解困難であろう）。このような社会的実態に適合した過失共同正犯論の一つの形を示したところに本論文の一つの学術的意義があると考ええる。

本論文が示した理論構成について見るとき、これまで過失犯の共同正犯を肯定する見解（肯定説）に加えられてきた批判に対応できているかどうかが検討されなければならないであろう。肯定説に対する批判を要約すれば、①過失犯には拡張的正犯概念が妥当することから過失競合の事案ではすべからく過失正犯の同時犯を認めれば足り、刑法六〇条による処罰の拡張は不要である、②もし共同正犯による処罰拡張の必要性を説くのであれば、過失単独犯では処罰できないことが明白に不当と考えられるような事例（いいかえれば、肯定説によつてのみ処罰可能なケース）を示すべきであるが、これまで示されていない、③過失の単独

正犯で処罰できない事例を処罰しようとするのは、因果関係または過失がない（または証明できない）結果について刑事責任を肯定しようとするものであって不当である、というものである。いま過失の共同正犯について検討を行うおうとする者は、この三つの問いに首尾一貫した答えを与えることを求められる。

内海君は、過失犯における正犯概念に関し、制限的正犯概念を採用すべきだとし（ただ、刑法六一条以下は過失犯に適用されず、過失による教唆・幫助は不可罰と考えるべきであるとする）、制限的正犯概念の内容については、「自律的な行為の介入は正犯性を排除する」という遡及禁止論が妥当であるとする。その上で、複数人が共同行為を行うときには、共同行為の有する特殊の危険性は、遡及禁止を排除する事情となり、そこに共同の正犯性を肯定する理論的可能性が生じるとともに、共同者に共同の注意義務を課すことにより結果不発生の重複的保証をはかることによってこれに対処するための共同の結果回避義務を肯定できる（そして、それは過失単独犯への分解によって対応できる事態ではない）とする。これにより、著者の立場からは、①と②の批判に対し、一つの回答が与えられていることになる。また、過失の単独正犯で刑事責任を問えない結果

については共同正犯であってもこれを肯定することはできないとする③の批判に対しては、共同正犯の本質論の検討を通じて、共同正犯とは単独犯の因果関係が認められないところで、特殊の帰責原理を適用して結果について責任を負わせるものであるとする理解を対置することにより対応しようとする。これにより、内海君は、これまで肯定説について再三再四指摘されてきた難点をひとまず免れた理論構成を示すことができたといえる。

しかし、本論文の提示する理論構成が成功しているかどうかについては異論がありえよう。まず、過失単独犯に関する著者の見解は、過失の競合のケースについて処罰範囲を大きく限定するものであり、これまでの学説と判例実務の理解から離れるおそれがある。著者が強調する「過失共同正犯の実益」とは、自ら狭く設定した過失単独犯の処罰範囲をカバーするものでしかなく、前記の①と②の批判が問題とする、刑法六〇条による処罰範囲の拡張の実益と必要性は、やはり十分に論証できていないことになる。典型例を提供するのは、最高裁の「三%ヌベルカイン事件」のケースであろう（最判昭和二八・一二・二二刑集七卷一三三号二六〇八頁）。この事件では、二人の患者がヌベルカイン溶液を注射され死亡したという事故について、きちんと

赤枠・赤字で品名と「劇」の字を記載しなかった薬剤師、確認せずにブドウ糖溶液と一緒にして看護師に渡した薬剤師の事務員、容器に書かれていた名称を確認しないで注射した看護師の三人が起訴され、三人全員についてそれぞれ業務上過失致死罪（の単独正犯）の成立が認められた。この事案では、薬剤師か、薬剤科事務員か、看護師かの誰かが結果回避義務を果たしてさえいれば、患者二人の死亡は生じなかったのであるから、著者のいう「結果の不発生の重複的保証」という見地からも、その結論は正当であると考えられる（このことから明らかなように、「結果の不発生の重複的保証」は単独正犯における注意義務の根拠にもなるのである）。ところが、「自律的な行為の介入は正犯性を排除する」という本論文の遡及禁止論を適用すれば、結果を直接に生じさせた看護師以外は無罪とされることになるはずである。著者は、この事例で、共同正犯を肯定しようとするかもしれない（本事例に触れている本論文二五〇頁以下は、明らかではないが、そのような趣旨のものとしても理解できる）。しかし、この事例で三人に「共同実行意思」に基づく「共同の」注意義務の違反があるとはいえないであろう。著者は、共同義務を無限定なものとしないうようにするために「共同実行意思」という意思連絡の要

件を不可欠なものとし、「他の者が法益侵害の可能性に配慮して適切に行うべき立場にあるにもかかわらず、共同行為から生じうる法益侵害発生の危険に十分な配慮をしていないことを認識している」という意味での「共同実行意思」まで必要であると論じているのである（本論文二八二頁）。また、仮に三%ヌベルカイン事件の事案で「共同実行意思」が肯定されるのであれば、共同注意義務違反は相当に緩和された内容のものとして理解されていることになる。その上で、次に述べるように、各人の行為と最終結果の発生との因果関係の証明も不要とされるのであるから、従来の肯定説に対する批判は相変わらずの中するようにも思われるのである。

いま一つの根本的な問題は、共同正犯の本質論に関する内海君の見解の当否である。この論文においては、内海君は、共同正犯は単独犯の帰責原理に修正を加えるものであり、複数者の全体行為と最終結果との間に因果関係が肯定できさえすれば、各人それぞれの個別行為との因果関係が肯定できないとしても、各人について結果との関係での刑事責任を肯定できるとする。日本の学説における支配的な共同正犯論は、「単独正犯応用型の一段階構成」とでも呼ぶべきであり、因果関係については、関与者個人の行為と

最終結果との間の因果関係の存在（とその証明）を要求している（そして、正犯性については、単独正犯性に準じた正犯性を求めている）。本論文は、こうした通説的理解に対する大胆なアンチテーゼ、すなわち「共同者の全体行為による結果惹起と個別行為者への帰責とを分断する二段階構成」をここに提出していることになる。実は、この二段階構成は、故意の共同正犯について見ても相当の理由のあるところであり、それだからこそ、最近のドイツにおいて是一部でかなり有力に主張されるに至っている（本論文一・二七頁以下にその簡単な紹介がある）。その意味で、本論文は、わが国の議論にとって重要な問題を提起しているのであるが、故意の共同正犯についての論点の指摘はほとんど見られず、過失犯へのその適用についても、共同行為において「複雑を極めるその相互的利用補充関係・心理的促進関係を逐一因果関係として具体的に証明していくことは容易ではない。そこで共同正犯の規定は、意思連絡を通じて共同行為の特殊性に鑑みて、因果関係判断に代えて、同一犯罪実現に向けての合意の存在、および共同実行の事実が証明されれば共同行為支配ゆえに各人に全体結果の帰責を認めるものである、と考えることができ」とするにとどまっている。ここにおいては、従来の「単独正犯応用型

の一段階構成」を排して、集団犯罪に特性により適合した「二段階構成」の妥当性を論証することが求められているのであるが、それが十分に行われているとは言いがたいのである。

さらに、内海君が、日本における過失共同正犯肯否をめぐる議論の系譜や共同正犯概念を分析する際に、「行為共同説・犯罪共同説」という概念を整理の道具として用いていることについても疑問を提起しうる。たしかに、日本においては共同正犯の「本質」をめぐる行為共同説と犯罪共同説とが対立するとされてきたから、従来の議論をクロニクルに整理する際（特に、第2章）に、両説にかかる対立軸を用いることには一定の合理性がある。しかし、両説の対立は多様な内容を含むものであること、それが共同正犯の「本質」をめぐる対立とは必ずしも言い切れないことが指摘されて久しい。このため、第4章第4節において日本の学説を検討する際に両説の対立を導きの糸とする方法には疑問が残る上、従来の議論を整理する第2章においても、現在の理解に基づいた再整理が必要であったのではないかと思われる。

このようにして、本論文の到達した結論について評価が分かれるとしても、また、検討と論証が不足する箇所が見

られるとしても、本論文そのものが高い学問的価値をもつという評価が動くものではない。過失犯の共同正犯というテーマは、いずれも刑法の根本問題である過失犯論と共同正犯論とが交錯するところに生じており、刑法学の最難問の一つである。本論文は、過失犯論と共同正犯論にまたがるさまざまな争点をあらゆる側面から徹底的に（ときにむしろ「執拗に」という形容詞の方が適切だと感じさせるほどに）考察しており、問題の分析自体に学術的な重要性がある。たとえば、すでに単行論文として発表されている第5章では、日本の学説における過失犯の正犯概念を整理検討し、ドイツの学説と比較しているが、従来の錯綜する議論を解さばぐして論点を明確化したものである（すでに関連研究において、しばしば引用されているところでもある）。また、過失単独犯の処罰限界に関して論じた第6章における問題分析と著者の所見も、過失犯の結果回避義務の内実を検討する際に、有益な示唆を与えうるものといえよう。さらに、本論文では、それぞれの争点について各種の見解がその評価とともに記録されており、資料的価値も高いものがあるといえる。ちなみに、本論文の一部、特に日本の議論の現状の要約とその評価を内容とするドイツ語の論文は、ドイツで最も権威のある全刑法学雑誌（一八八

二年創刊）において公表されていることも付言しておきたい（Tomoko Utsumi, *Fahrlässige Mittäterschaft in Japan*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 119, 2007, S. 768-787）。

本論文の形式面における若干の問題についても指摘しておきたい。それは、論述が整理されておらず、著者の真意をつかみにくい部分が散見されることである。先に進むためには、著者がどういう見解であるのかを推測すること強いられる箇所があり、そのことが本論文の論述をフォローすることを困難にしている。もちろん、それもテーマの難しさに由来するところが大きく、本論文の学術的価値を減殺するほどのものではない。本論文の全体は体系的に構成されており、章を追うごとに次第に著者の見解がその全貌を現していくところは読者にスリリングさを味わわせるものであることも事実である。

四 以上の検討からわれわれ審査員が導いた結論を述べれば、内海君の研究は、過失共同正犯という、過失犯論と共同正犯論という二つの刑法学の根本問題にまたがる難問であるとともに、実務的にも早期の解決を求められている重要なテーマに正面から取り組み、一つの首尾一貫した理論

を構築した労作である。それは、著者の長年にわたる地道な努力の成果であり、刑法学の研究と実務の進展に寄与する高い学術的価値を持つものと評価することができる。ここから、審査員一同は、内海朋子君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当であると考えたものである。

平成二五（二〇一三）年六月二一日

主査	慶應義塾大学大学院法務研究科教授 法学博士（D.L.S.）（ケルン大学）	井田 良
副査	慶應義塾大学法学部教授 博士（法学）（東京都立大学）	亀井源太郎
副査	慶應義塾大学大学院法務研究科教授	伊東 研祐