

合議決定に基づく犯罪(1)

——過失の共同正犯を中心に——

前 嶋 匠

- I. 問題の所在
- II. 過失の共同正犯
 - (一) 否定説
 - (1) 論拠
 - (2) 過失の共同正犯否定説による解決法
 - (二) 肯定説 (以上, 本号)
- III. 合議決定における取締役の過失協働に関する問題
 - (一) 過失共同正犯否定論者による解決アプローチ
 - (1) 「分別のない」取締役のみの責任
 - (2) 因果関係決定に関する提案
 - (3) 因果関係・客観的帰属・予見可能性による解決
 - (4) その他の論述
 - (二) 過失共同正犯の肯定による解決

I. 問題の所在

我々の周りには多くの商品があふれかえっている。スーパーや家電量販店に行けば、驚くほどの品揃えに圧倒される。ロビンソンクルーソーのような自給自足の生活は現代では考えられず、一つの商品が店頭に並ぶまでには、市場調査、商品の研究・開発・製造、完成品の販売など、多くの者が関与している。もちろんそこには上記のように商品に直接携わる者ばかり

りでなく、会社によっては、経営方針を決定する取締役が存在する場合もある。このような取締役会設置会社では、取締役会での決議に基づき、商品が製造・販売等される。

産業革命以降、大量生産が可能となった結果、消費者はいつでもどこでも優れた商品を低価格で購入できる反面、一度欠陥が生じた場合、その被害は場所的に広範囲に及び、時として多くの消費者に被害が生じることもある。このような欠陥商品に基づく責任は以前は私法上で特に問題とされていたが、近年では、薬害エイズ事件ミドリ十字ルート⁽¹⁾、パロマガスー酸化炭素中毒事件⁽²⁾、三菱自動車ハブ欠陥事件⁽³⁾など、関係者が刑法上の責任を問われる場合も現れるようになってきた。しかし通常、企業は消費者の死傷を故意で招来するために商品を市場に流通させることはしない。製品の隠れた欠陥によって被害が発生するのであり、そこには過失しか認められない。また、ドイツにおいても、故意犯を肯定したのは、製造物責任事件のリーディングケースといわれている「皮革スプレー事件」⁽⁴⁾等、わずかな事例しかなく、そのほとんどはわが国と同様、過失に関するものである。

では、自社製品に欠陥があり、消費者に健康被害の発生が予見できたにもかかわらず、取締役が製造・販売を決議した場合や、健康被害の報告が日々企業に寄せられているにもかかわらず漫然とこれを放置した場合、彼らは責任を問われるのか、また責任を問われるならばそれはどのような形であるのか。

取締役決議に際して、個々の取締役が故意に行為した場合、ドイツの連

(1) 大阪高判平14年8月21日判時1804号146頁。

(2) 東京地判平22年5月11日判タ1328号241頁。

(3) 最決平24年2月8日刑集66巻4号200頁。

(4) BGHSt 37, 106.

邦通常裁判所は、皮革スプレー事件において、共同正犯という形で彼らに結果を帰属した。しかし、過失の場合、共同正犯を否定するのが判例⁽⁵⁾・通説であるドイツにおいては、故意犯のように取締役間に共同正犯を肯定し、解決を図ることができない。それ故、皮革スプレー事件において、スプレーの使用による消費者の健康被害が報告されていたにもかかわらず、スプレーの製造会社と販売会社の取締役が製品回収を指示しなかったことに対して、連邦通常裁判所は、過失不作為犯が問題となった領域では、「損害回避のために命じられた措置は…複数の関与者が協力することによってのみ実現しうるならば、自ら協力する権利があるにもかかわらず寄与しなかった全ての者は、命じられた措置が行われないことに対する原因を設定する。この範囲で、彼はそこから生じた構成要件該当結果に対して責任を負う」と述べ、故意犯の場合とは論証を異にしている。また、回収決議成立のために可能なことおよび期待可能なこと全てを行ったときのみ、他の取締役の反対で決議成立に失敗したことを主張してもいいという論拠から、連邦通常裁判所は、そのような努力をしなかった全ての取締役は過失で惹起された傷害結果に対しても原因であったと述べた。取締役は個人的に負っている行為を行わなかったことによって各々回収不作為を惹起したため、個々の行為寄与の因果関係が肯定されることになる。このように、重疊的因果関係の論証を持ち出し、個々の取締役と結果との因果関係の問題と取り組むことによって、この事件における過失犯の領域の解決を図ったのである⁽⁶⁾。しかし、この解決策に対して、本事件の場合、個々の取

(5) 例えば、RG, DR 1940, 2061; BGHSt 4, 20; BGH, DAR 1959, 65; BGH, VRS 18 (1960), 415; OLG Schleswig, NStZ 1982, 116; BayObLG, NJW 1990, 3032.

(6) この判決により、一部の者(例えば *Otto.*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993, S. 10 ff.; *Brammsen*, Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, 537 f.; *Lesch*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, GA 1994, 121 f.; *Hoyer*, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen

締役はお互い無関係というわけではない。実際には全員決議に賛成であったため一人が反対しても決議は成立するはずであり、典型的な重疊的因果関係の場合と異なる。処罰の刑事政策的必要性を指摘するだけで帰属問題に詳細に取り組んでいない⁽⁷⁾。重疊的因果関係の場合、行為者は結果に対する必要条件を設定し、因果関係の肯定につながるが、全取締役の不作为が問題となったこの事件の場合、個々の取締役には確実性に境を接する蓋然性で結果を回避する可能性が欠けていたため因果関係が存在しない、従って重疊的因果関係を持ち出すのは明らかに不相当である⁽⁸⁾などと批判され、連邦通常裁判所の見解は必ずしも賛同を得ているわけではない。

合議決定において、決議によって過失構成要件が実現されたとき、例えば全員一致の場合、決議成立にとって必要な票数以上の票の因果関係は問題である。従って、個人行為と結果との因果関係が証明できないことから、

Herausforderungen, GA 1996, 173; 内田文昭「最近の過失共同正犯論について」研修542号32頁)は、連邦通常裁判所は過失の共同正犯を暗黙のうちに認めたと解釈した。この解釈に反対する者として *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 66.

(7) *WeiBer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 110; *dies.*, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 234. 同旨 *Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 130 f.; *Di Lorenzo*, Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für das Zustandekommen eines rechtswidrigen Beschlusses, 2013, S. 57 f.

(8) *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 246. この点につき、例えば、三人の委員の全員一致で決議が下された場合、一人が反対しても決議成立には影響がないため、択一的競合の事例と類似している一方、一人の委員だけでは決議を成立させることができないため、重疊的因果関係と類似していることから、シャルは、合議決定の問題を択一的競合と重疊的因果関係とのコンビネーションの問題であると捉えている (S. 32 f., 52, 60 ff., 96 ff.)。

過失においても共同正犯的帰属を認めようという動きが出てきた。

一方、わが国では、従来、過失の共同正犯の問題は犯罪共同説と行為共同説の対立と結び付けられていた。すなわち、犯罪共同説によれば、共同実行の意思とは特定の犯罪に関して故意を共同にすることであり、意思の相互連絡が必要であるため、犯罪に関して意思の連絡が認められない過失には共同正犯が否定されていたのに対して⁽⁹⁾、行為共同説によれば、共同実行の意思とは、自己の行為が他者の行為と因果的に結合して犯罪を惹起するという事実の予見ないし予見可能性を意味するため、意思の相互連絡は不要であり、行為を共同する意思で足りるため、過失の共同正犯は肯定されていた⁽¹⁰⁾。しかし、新過失論の台頭に伴い、過失の共同正犯が認められるためには客観的な過失行為を共同にすればいいと考えられるようになり、犯罪共同説からも過失の共同正犯を肯定する見解が支持を増している⁽¹¹⁾。過失共同正犯を共同正犯の構造からではなく、過失犯の構造から捉

(9) 泉二新熊『日本刑法論上巻(総論)(第45版)』(1939年)635頁、瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(1947年)229頁、井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』(1959年)322頁以下、植松正『刑法概論I総論(再訂版)』(1974年)306頁、団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(1990年)393頁。なお、共同意思主体説からの否定論者として、西原春夫『刑法総論』(1977年)333頁以下、曾根威彦『刑法総論(第4版)』(2008年)257頁。もっとも、大場博士は犯罪共同説に立たれながらも、行為をなす意思自体は共同にしようと過失共同正犯を肯定されている(大場茂馬『刑法総論(下)』[1918年]1013頁以下、1050頁以下)。なお、わが国の学説史を簡潔にまとめたものとして嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(1)—共同正犯論序説—」法学協会雑誌121巻1号77頁以下参照。

(10) 宮本英脩『刑法大綱』(1935年)197頁、牧野英一『日本刑法上巻(重訂版)』(1937年)458頁、460頁、植田重正『刑法要説総論(全訂版)』(1964年)169頁以下、木村亀二・阿部純二『刑法総論(増補版)』(1978年)405頁、中義勝『講述犯罪総論』(1980年)244頁以下、佐伯千仞『刑法講義(総論)(4訂版)』(1981年)348頁以下。

(11) 大塚仁『刑法概説(総論)(第4版)』(2008年)297頁、福田平『全訂刑法総論(第

えることでこれを肯定していこうとするのである。そのため、現在では、共同正犯の本質論と過失の共同正犯との直接的連関は存在しない。

また、判例においては、大審院時代⁽¹²⁾には否定されていた過失の共同正犯が、昭和28年の最高裁判決⁽¹³⁾を契機として、下級審においても、一部否定する判例はあるものの、それを肯定する判例が主流となっている⁽¹⁴⁾。

このように、過失の共同正犯に関しては、判例・学説とも既に数多く集積されているが、現代的な問題である合議決定との関連ではいまだ十分な分析がなされているとはいえない。合議決定の場合、通常、過半数で決議が成立する（例えば会社法369条1項）。既に賛成票が過半数に達し、決議成立が確定した後に自らが賛成票を投じた場合、彼はどのように取り扱われるのか。このような場合にも彼は同時犯とみなされるのか、それとも共同正犯が認められ、彼に責任を問うことが可能となるのか。以下では、過失の共同正犯につきまず考察を進め、その後、取締役が過失で行為した場合、共同正犯によって肯定することが本当に可能なのかにつき検討していく。なお、近年では、不注意から回収決議を行わなかったという過失不作為犯も議論の対象となっているが、この問題についてはいずれ検討を行うこととし、今回は作為犯を中心とする。

5版)』（2011年）273頁、大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（2012年）415頁。過失犯にも実行行為の共同はあるというこれらの見解に対して、嶋矢教授は、ここでいう実行行為とは何か、共同しているとはどういう状態か、実行行為をしているならば単独正犯にならないかと批判されている（嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(1)」86頁）。

(12) 大判明44年3月16日刑録17輯380頁、大判大3年12月24日刑録20輯2618頁。

(13) 最判昭28年1月23日刑集7巻1号30頁。いわゆるメタノール事件。

(14) 下級審の肯定判例および否定判例について詳しくは、村上光瑠「過失犯の共同正犯」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第5巻（第2版）』（1999年）169頁以下参照。

II. 過失の共同正犯

(一) 否定説

(1) 論拠

① 統一的正犯概念

ドイツにおいては、故意犯の場合、条文上、共同正犯は教唆・幫助と明確に区別されている（ドイツ刑法26条，27条）。故意結果犯の場合、共同正犯に関する問題は、正犯なのか共犯なのか関与者の役割を正しく決定する点に重点がある。しかし、過失犯の場合、法律が正犯と共犯の区別を行っていないため、そのような問題は提起されない。そのため、過失犯において、統一的正犯概念を支持する者は共同正犯の形態を不必要とし⁽¹⁵⁾、複数

(15) ドイツにおける通説である。例えば *Schmidhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1975, S. 502; *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, S. 653（もっとも、行為態様による関与者の区別は可能と考えている [S. 654]）; *Botke*, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, S. 32 f.; *LK-Roxin*, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn. 217, 221 f.; *Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 540; *Haft*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 2004, S. 208; *Freund*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2009, S. 377; *Schönke/Schröder/Heine*, *StGB*, 28. Aufl., 2010, vor §§ 25 ff. Rn. 112; *Georgy*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Arzneimittelrisiken*, 2011, S. 210; *Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2015, S. 396; *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., 2017, Vor § 13, Rn. 179, 181; *Hirsch*, Anmerkung zu BGH 18.7.1978 - 1 StR 209/78, JR 1979, 432; *Günther*, *Strafrecht: Wer war der Täter?*, JuS 1988, 386; わが国において拡張的ないし統一的正犯論から過失共同正犯を否定する者として、井上・前掲書（注9）323頁，高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（1988年）86頁，同『刑法総論（第3版）』（2016年）471頁。なお，*Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2011, S. 324; *Donatsch*, *Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?*, SJZ 1989, 113も参照。

の者が過失で結果を惹起したならば、彼らは共同正犯ではなく、同時犯として処罰されることになる。また、グロップは、過失犯に対して妥当する統一的正犯概念によって過失の帰属を検討する前に、ドイツ刑法25条以下の限縮的正犯概念によって問題を処理しようとするのは回り道であり、「まっすぐな道」が通用しないときのみ、回り道をとるべきであると主張する⁽¹⁶⁾。シュトラーターテンヴェルトも、過失の共同正犯を他の共犯形態から区別することは不可能であり、仮にうまく区別することができたとしても、従来、過失の教唆や幫助に該当する行為を行った者を過失同時犯として処罰していたが、規定上、教唆・幫助は故意に行われなければならないため、この区別によって同一行為が不可罰となってしまうと批判する⁽¹⁷⁾。さらには、教唆・幫助に関する規定からも、統一的正犯概念が支持されている。すなわち、ドイツ刑法26条と27条は、その文言上、明らかに教唆・幫助が故意に行われなければならないことを明記している。そこから、逆推論して、過失犯の場合、法律は正犯・教唆・幫助の段階付けを放棄し、全ての構成要件実現が統一的に正犯とみなされ、その結果、過失の教唆・幫助も過失正犯を根拠付けることができる。

しかし、この統一的正犯論に対して、形式的観点と実質的観点から批判がなされている。まず、形式的観点として、エッシェンバッハは、秩序違反法14条が明文で統一的正犯概念を規定していることの裏返しとして、そのような規定のない刑法においては統一的正犯概念を採用しないというのが立法者意思であると批判する⁽¹⁸⁾。また、クナウアーは、日常言語的に

(16) *Gropp*, Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung - miteinander oder nebeneinander, GA 2009, 268.

(17) *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2011, S. 515. 同旨 *Riedo/Chvojka*, Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft, ZStrR 2002, 159 f. なお, *Stratenwerth/Kuhlen*, a.a.O.(Anm. 15), S. 323 f. も参照。

(18) *Eschenbach*, Zurechnungsnormen im Strafrecht, Jura 1992, 643. 同旨 *Kamm*, Die

みて問題であると批判する⁽¹⁹⁾。例えば、建築現場から二人の男が不注意に角材を道路上に放り投げたところ、通行人はどちらかが投げた角材に命中して死亡した場合はおろか、二人がかりでしか持ち上げられない角材を協力して放り投げ、通行人を死亡させた場合も、二人は角材を「共同で」投げ捨てているのに、これを同時犯という統一的正犯概念は、日常語義論的に矛盾していると指摘する。

次に、実質的観点として、例えばヴァルターは、過失結果犯の場合、過失行為不法は法益侵害の因果的惹起だけで実現されるのではなく、むしろ保護法益に対する不注意な危険創出が必要である。それ故、過失結果犯の行為者は、法益侵害を結果原因的に惹起した全ての者ではなく、保護法益に対する危険を不注意に創出した者のみであると考え⁽²⁰⁾、統一的正犯論に従うことは正犯論の意義を縮小すると批判する。また、クナウアーも、因果関係が事後的に証明できなかつた場合、疑わしきは被告人の利益にの原則により、各関与者の注意義務違反による帰属を根拠付けることはできないと批判する⁽²¹⁾。さらに、プファイファーも、連邦通常裁判所が「ヘロイン注射事件」⁽²²⁾以来、若干の事例に対して、過失犯においても正犯と

fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 101. *Spendel*, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS 1974, 753 f. も参照。

(19) *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 185 f. 同旨 *Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 33.

(20) *Walther*, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991, S. 118. 同旨 *Otto*, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura, 1987, 257.

(21) *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 186.

(22) BGHSt 32, 262.

【事案】麻薬中毒の被告人は、同じように麻薬中毒の知人にヘロインと注射器と与えた。この知人はヘロインを注射した後意識不明となり、その後死亡した。

この事件において連邦通常裁判所は、過失致死による被告人の処罰を否定した。それにより、第三者によるあらゆる注意義務違反的な法益侵害惹起が過失正犯を根拠

共犯とを区別する必要性を認めていることを指摘し、単なる結果原因的な注意義務違反行為だけでは過失正犯を根拠付けることはできないと主張する⁽²³⁾。プファイファーと同じく注意義務の視点から、大塚教授も、注意義務にも種類・程度があり、正犯を基礎付けるものもあれば共犯を基礎付けるものもありうると主張され、注意義務違反を全て正犯とすることは、故意犯では幫助犯にすぎないものが過失では正犯に格上げされてしまうと批判される⁽²⁴⁾。

その他にもヴァルターは、方法論的にも実際的にも、過失犯において関与形態間を区別できると主張し、統一的正犯概念を批判する⁽²⁵⁾。まず、方法論的な区別可能性に関してヴァルターは次のように主張する。過失の場合、目的性 (Finalität) の基点は行為結果ではなく不注意な行為自体であるため、行為者が一定の目的を追求するときではなく、行為が彼の現実の

付けうるわけではないこととなった。この限りで、一部の者は、第三者の犯罪実行を過失で容易もしくは促進した行為が過失正犯的な犯罪実現であるという伝統的見解には、もはや無制限に従うことはできないと主張する (Schönke/Schröder/Heine, StGB, vor §§ 25 ff. Rn. 113; Brammsen, Jura 1991, 538; Pfeiffer, Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft, Jura 2004, 521)。

⁽²³⁾ Pfeiffer, Jura 2004, 521. もっとも、プファイファーは、これをもって拡張的正犯概念を否定し、限縮的正犯概念の妥当性を主張しているわけではない。なお、Cornacchia, Fahrlässige Mitverantwortung, in: FS-Jakobs, 2007, S. 68 も参照。

⁽²⁴⁾ 大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル28号13頁、同「過失不作為犯の競合」井上正仁・酒巻匡 (編)『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012年)157頁。同旨高山佳奈子「複数行為による事故の正犯性」三井古稀194頁。

⁽²⁵⁾ Walther, a.a.O. (Anm. 20), S. 117 ff. 過失の共同正犯を否定する一方で、統一的正犯概念に批判的態度を取り、過失の教唆・幫助の可能性を肯定する者として Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 96, 316, 318, 363. もっとも、クラージュ自身は過失の同時犯を支持している。また、ヘリングは、過失共同正犯否定論者は過失犯における関与形態の区別基準を見つけ出す努力をしていないと批判する (Häring, a.a.O. [Anm. 19], S. 85 f.)。

意思に合致しているときも目的的行為と呼ぶことができる。従って、目的的行為は過失結果を惹起した行為が「故意的に」行われているときは常に存在する。これはちょうど認識ある過失に匹敵するが、この論点に関して通説が個々の関与形態を区別していることに鑑みて、目的的構造の欠如から過失犯において関与形態を区別できないというのは根拠がない。また、実際の観点も過失における関与形態内での区別を妨げることにはならないと主張する。故意犯の場合、行為寄与の意義と重要性によって正犯と共犯とを区別するならば、これは過失犯にも妥当するとし、ヴァルターは、複数の者が行為の何らかの時点で協力したときのみ彼らの行為の評価は可能であるという点を出発点とする。これに関して彼女は、複数の者が時間的に重なり合っているだけでは協力としては不十分であり、彼らは同時犯として行為しているにすぎず、むしろ、「危険な行為の実行に関する行為者の意思形成という内部連関」⁽²⁶⁾が重要であると主張する。すなわち、複数の者による構成要件的行為不法の実現における典型的要素は、個々の協力者の行為決意間の内部的結び付きである。ここでは、典型的なのは、共同で計画された、もしくは関与者は他人によって行為の実行へと仕向けられたまたは促進されたことである。責任の分配にとって重要なのは、関与者間の内部的結び付きのみであり、正犯・共犯の関与形態は行為の時間的一致と関係なく存在しうる。

教唆・幫助の条文からの逆推論に関していえば、過失の場合に正犯・教唆・幫助の段階付けが行われていないから全て正犯であるとするのは一つの解釈であり、過失による教唆・幫助は概念として認められるが、処罰規定がないために不処罰であると考えることも可能である。従って、条文から統一的正犯概念に結び付く論理必然性はないと批判することができよう。

さらに、本稿のテーマである合議決定の場合、統一的正犯論による解決

⁽²⁶⁾ Walther, a.a.O. (Anm. 20), S. 121.

は一層困難であることが明らかとなる。別稿で述べたように、賛成多数で決議が可決された場合、事後的にはどの因果関係説によっても個々人の因果関係が論理的に証明されえない⁽²⁷⁾ため、結果の原因となる寄与を不注意に行った者は過失犯の同時犯であるという前提に固執するならば、不注意に投票した取締役は不可罰ということになってしまう。また、結果を自ら惹起したかあるいはこの惹起を支援したために処罰されるという「選択的確定」(Wahlfeststellung)の場合も、ここでは機能しない。個別的因果関係が確定されない場合、個々の投票者が自らの投票によって他の投票者を心理的に支援し、それにより共同原因となったと容易に構成することはできない。このことは、誰がどのような票を投じたのか明らかでない秘密投票の場合、特に明らかである。従って、取締役決議の場合、共同正犯の機能は関与形態の相違ではなく、個々の行為の因果関係を放棄したうえでの共同正犯的結果帰属の根拠付けにある。この帰属拡張的機能という点で、共同正犯は過失領域においても重要である⁽²⁸⁾。

⁽²⁷⁾ 拙稿「企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係—因果関係と共同正犯・共同教唆—(1)」関西大学法学論集54巻4号94頁以下参照。

⁽²⁸⁾ *Otto*, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in: FS-Spendel, 1992, S. 271 f. (本論文を要約したものとしてハロー・オッター著／松宮孝明訳「過失の正犯と共犯」立命館法学237号206頁以下); *ders.*, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, S. 312 ff.; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 188 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 174 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 284 ff.; *ders.*, Die fahrlässige Mittäterschaft, in: FS-Otto, 2007, S. 439; *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 107 ff., 171 ff.; *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 187 f.; *Schumann*, Rezension von Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Band I, StV 1994, 110; *WeiBer*, JZ 1998, 235. これに対して、シャルルは、例えば作為犯の場合、個々の行為を重疊的に取り除いて考えれば結果は発生しないというようにコンディチオ公式を修正することで、個々人の行為の因果関係にも検討を加えている (*Schaal*, a.a.O. [Anm. 8], S. 22 ff.)。もっとも、彼自身は合議決定

②共同の犯罪計画欠如

共同正犯が成立するためには、分業的実行という形での共同の構成要件実現と共同の行為計画という形での構成要件実現の共同意思が必要である。この共同意思（共同の行為決意）が共同作業を結果へと導く。全ての共同正犯者は、目的達成のために必要な行為の一部を他人が実行することを望んでおり、構成要件実行のために必要な行為を完全なものにするために他人を利用する。自己の行動は他人の行為と結び付くと共に、他人の行為によって補完される。共同正犯者の「寄与は他人の活動の一部として、逆に他人の行為は自分自身の行為分を補完するものとして現れる」⁽²⁹⁾。そして、共同の行為決意こそが「個々の部分を総体へと組み合わせるかすがい」⁽³⁰⁾である。しかし、過失の場合、行為者は構成要件実現を意欲していないため、複数の者が共同作業を行ったとしても、彼らには共同の行為決意が欠けている。過失犯において唯一ありうる共同の危険創出の意識は、共同の行為決意とは全く別物であり、共同正犯による帰属を根拠付けることはできない。一定の行為の実行に合意しただけでは、共同正犯にとっては不十分である。そのため、ドイツの通説は、過失の共同正犯は認められ

の問題を因果関係ではなく共同正犯で解決する。

⁽²⁹⁾ BGHSt 37, 289; BGHSt 6, 248; BGHSt 8, 393; BGH StV 1992, 160; BGH, NStZ 2005, 229; *Küpper*, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), 301 (しかし彼は後に、過失犯の場合も注意義務違反行為が問題であり、この行為は複数の関与者によって共同で実行されると述べ、過失共同正犯肯定説へと見解を変更した〔*ders.*, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, 527〕)。クラークはこの考えをさらに推し進め、全ての共同正犯者は必要な全ての行為を自ら単独正犯者として実行したかの「ごとく」扱われると述べている (*Kraatz*, a.a.O. [Anm. 6], S. 220, 296)。

⁽³⁰⁾ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 674.

ないと考えている⁽³¹⁾。

しかし、この考え方に対して、いくつかの点から批判がなされている。まず第一に、故意と過失の構造上の相違を指摘する見解である⁽³²⁾。故意行為の場合、知的 (wissentlicher) および意思的 (willentlicher) 結果惹起が処罰されるのに対して、過失行為の場合、注意義務違反が処罰される。従って、過失の共同正犯は共同正犯的に行われた注意義務違反が問題なのであり、故意犯の正犯基準を過失犯に適用するのは妥当でない。故意犯

⁽³¹⁾ *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. 30), S. 676 f., 679; *Höhfeld*, *Strafrechtliche Produktverantwortung und Zivilrecht*, 1999, S. 113 f.; *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 247, 351 (もっとも、彼は、共同の行為決意は犯罪結果ではなく犯罪行為と関係すると主張する。S. 259); *Schönke/Schröder/Heine*, StGB, vor §§ 25 ff. Rn. 116; *Jäger*, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2013, S. 319; *Gropp*, *Strafrecht AT*, S. 430; *ders.*, GA 2009, 272; *Di Lorenzo*, a.a.O. (Anm. 7), S. 48; *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2015, S. 140, 216; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2016, S. 318, 766; *Günther*, JuS 1988, 386; *Donatsch*, SJZ 1989, 112; *Deutscher/Körner*, *Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern kollegialer Geschäftsleitungsorgane*, wistra 1996, 333; *Botthe*, *Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung*, GA 2001, 474. わが国においては例えば、瀧川・前掲書(注9)229頁、小野清一郎「過失犯の共同正犯といふことがあるか」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第15巻』(1960年)5頁、団藤・前掲書(注9)393頁、莊子邦雄『刑法総論(第3版)』(1996年)449頁以下、日高義博「過失の共同正犯」『現代刑法論争Ⅰ(第2版)』(1997年)329頁以下、同『刑法総論』(2015年)490頁以下、共同意思主体説の立場から齊藤金作『刑法総論(改訂版)』(1955年)233頁、同『共犯判例と共犯立法』(1959年)108頁以下。

⁽³²⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 108; *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 183; *Sánchez Lázaro*, *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, 2007, S. 45, 66; *Becker*, *Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft*, 2009, S. 180, 182; *Schönke/Schröder/Heine/WeiBer*, StGB, 29. Aufl., 2014, vor §§ 25 ff. Rn. 114; *WeiBer*, JZ 1998, 232.

の場合と異なり、過失行為者は結果惹起を望んでいない。共同正犯の要件は、取り決められた行為計画に基づく分業行為であり、この行為計画は故意の構成要件実現を対象とする。換言すれば、ドイツ刑法25条2項は、単に共同の行為実行を問題にしているだけであり、犯罪結果の原因を含んでいる企行を計画通りに実現した場合、行為結果を顧慮した関与者の故意がなくても共同の行為実行は存在するのである。第二に、過失の共同正犯においても共同の犯罪計画は考えられうるというものである。過失犯の場合、意思と結果との関係性がないため、共同の犯罪計画は行為結果とではなく、この結果を惹起する行為と関係していればよく、その場合、計画は行為関係的なものではなく、可罰的結果を惹起した行為に関する合意の中にある。ここでは、共同の行為計画を故意犯におけるような一種の全体故意と同義に理解する必要はない⁽³³⁾。また、照沼教授は「共同の行為決意」を子細に分析され、これは機能的に同等な寄与を分担している他の関与者との間における「共働」や「役割分担」についての意思の合致であるとされ、客観的に注意義務違反として評価されうる行為を志向する意思があれば意思の連絡を形成することは可能であると主張されている⁽³⁴⁾。第三に、通説の論拠は、まず最初に故意概念を共同正犯概念に統合し、そこから過失共同正犯は考えられないと推論しているが、これは循環論法である⁽³⁵⁾。

⁽³³⁾ *Knauer*, aa.O. (Anm. 19), S. 183 f. 同旨 *Kamm*, aa.O. (Anm. 18), S. 182 ff.; *Küpper*, GA 1998, 527; *Pfeiffer*, Jura 2004, 524. もっとも、クナウアー自身は、故意犯と過失犯との構造上の相違を前提に、共同の行為決意という主観的要素が共同正犯を構成するという思考法をそのまま過失犯に転用することに批判的である (S. 184)。

⁽³⁴⁾ 照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」岩瀬徹・中森喜彦・西田典之(編集代表)『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』(2014年) 254頁以下。

⁽³⁵⁾ *Riedo/Chvojka*, ZStrR 2002, 157 f. 同旨 *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 73; *Häring*, aa.O. (Anm. 19), S. 80. もっとも、リエド/フヴォイカとヘルツベルクは過失共同正犯に否定的である。

以上みてきたように、共同の行為計画欠如は過失共同正犯を否定する決定的な論拠たりえないといえよう。

③法規定

過失共同正犯に対しては、さらに、ドイツにおける通説の立場から、関与者が意識的・意欲的に協力したときのみドイツ刑法25条2項における行為の共同実行とというるため、同条項は過失共同実行の可能性に言及していないと批判がなされている。「25条2項の決定的基準は犯罪故意の共同性であるため、いずれにせよ、25条2項の本来の適用は過失領域において排除される」⁽³⁶⁾。法律上の根拠がないため、過失共同正犯は認められず、その処罰は罪刑法定主義に反すると主張するのである⁽³⁷⁾。また、犯罪

⁽³⁶⁾ Schönke/Schröder/Heine, StGB, vor §§ 25 ff., Rn. 116; Contreras, Normative Kriterien zur Bestimmung der Sorgfaltspflichten des Produzenten, 2012, S. 87; Di Lorenzo, aa.O. (Anm. 7), S. 48; Bottke, GA 2001, 473; Puppe, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, 131: プッペはこれに加えて、共同正犯による相互帰属を正当化するためには、他に、行為前か行為中に取り決められた行為計画に基づいて分業的に行為しなければならないこと、全共同正犯者は自らの共同実行によって結果を惹起しなければならないという要件が充足されなければならないが、過失共同正犯にはこれら三つの要件全てが放棄されていると主張する。わが国において、条文上の根拠が欠けることを理由に過失の共同正犯を否定する者として前掲大判明44年3月16日刑録17輯380頁、浅田和茂『刑法総論 [補正版]』(2007年)426頁、夏目文雄「過失共同正犯論」愛知大学法経論集法律編87号120頁以下、高山・前掲論文(注24)195頁。高山教授はその他に、過失の場合、行為者の有責性の程度は典型的に低いため、細部の立証ができず誰も処罰されなくてもそのデメリットは相対的に低い、ということも過失の共同正犯を否定する根拠とされている(194頁)。

⁽³⁷⁾ Herzberg, Täterschaft, S. 73 f. ヘルツベルクはその他に、共同の過失実行は連帯を創出しないため、相互帰属は不可能であると主張する(*ders.*, Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS 1975, 37)。なお、ヘルツベルクは共同性という言葉の射程を詳細に根拠付けることなく故意行為にのみ限定したと批判する者と

の共同実行が行われるためには、構成要件に該当する行為が重要であるが⁽³⁸⁾、共同で投票することや石を投げることはそのような行為ではない。さらに、過失共同正犯を認めることは、明文で規定されているときのみ過失犯が処罰されうることを規定したドイツ刑法15条に反するのではないかと批判されている。この規定の趣旨は、法の目的から立法者の意思が明らかである場合には特別な規定がなくても過失を処罰する、という行為者にとって不確実な法的状況を排除する点にある。従って、共同正犯的な帰属は、法律が明文で過失行為を罰していない以上、過失共同正犯によって行為者を処罰することは罪刑法定主義に反する。その他、ボトケは、日常的に、過失とは「犯罪行為惹起」を意味しており、これは、例えば、過失致死傷罪(222条, 229条)において「惹起する」という言葉が使用されていることから明らかな通り、法の文言にも反映されている一方、25条の「実行する」とは「企てること」を意味していることから、25条には過失は含まれないと主張する⁽³⁹⁾。

これに対しても、過失共同正犯を肯定する立場から、ドイツ刑法25条2項には、過失の実行はもとより、故意の実行も規定されていないため、過失共同正犯の可能性は少なくとも最初から排除されているわけではない

して *Kim*, Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2001, S. 92. 同旨 *Walder*, Bewußte Beteiligung, ungewollte Folgen, in: FS-Spendel, 1992, S. 366; *ders.*, The Rolling Stones, recht 1989, 58; *Botke*, GA 2001, 475; 浅田「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第3巻 刑法の理論』(1997年) 282頁。

(38) 例えば *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 176 f.; *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, in: FS-Roxin, 2001, S. 596; *Weezel*, a.a.O. (Anm. 7), S. 44; *Gropp*, GA 2009, 270, 273参照。

(39) *Botke*, GA 2001, 467 f., 474 f., 479.

と反論がなされている⁽⁴⁰⁾。故意の共同正犯のみをこの規定から読み取ることができるとするのは一つの解釈にすぎず⁽⁴¹⁾、また、ドイツ刑法26条、27条は故意行為への限定を明言しているのに対し、25条は文言上そのような限定をしていない。むしろ、共犯を故意に限定していることから、逆に、25条を過失の場合にも適用できると解釈することができる⁽⁴²⁾。共同正犯の規定は明確に故意に関連しているわけではなく、過失を含む可能性が排除されているわけではないため、この法規定から、過失の共同正犯に賛成する論証も可能である。ドイツ刑法25条は犯罪行為の共同実行を問題にしており、過失犯も犯罪行為である。そのため、例えば、プファイファーは、意識的・意欲的協力において客観的注意義務に違反した者も「共同」に行為していると主張する。共同の行為実行は、犯罪結果に対する原因を設定する共同の企行を全て計画通り実現した場合も存在する。従って、過失犯の場合、プロジェクトの単なる取り決めや実施ではなく、「集団的過誤行為 (Fehlleistung)」が共同行為である⁽⁴³⁾。また、歴史的観点から、ヴァイサーは、現行法の正犯規定は1871年の立法以来変わってい

(40) *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 176 f.; *Schönke/Schröder/Heine/WeiBer*, StGB, vor §§ 25 ff. Rn. 114; *Steckermeier*, Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB), 2015, S. 217; *WeiBer*, JZ 1998, 232. その他、スイスにおいて法規定欠如を理由に過失の共同正犯を否定する見解に対して、リエド/フヴォイカは共同正犯も間接正犯も条文上に規定されていない以上、同様に故意の共同正犯・間接正犯も否定されるべきことになるはずであるが、判例・通説ともこれらを認めているため、過失の共同正犯のみを否定するのは一貫していないと批判する (*Rideo/Chvojka*, ZStrR 2002, 158)。

(41) *Weezel*, a.a.O. (Anm. 7), S. 363参照。

(42) *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 176 f.; *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 191; *Becker*, a.a.O. (Anm. 32), S. 174; *Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 2014, S. 243 f.; *Steckermeier*, a.a.O. (Anm. 40), S. 217; *Berndt/Theile*, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, 2016, S. 106.

(43) *Pfeiffer*, Jura 2004, 524 f. 同旨 *WeiBer*, Kollegialentscheidungen, S. 148.

ない一方、例えば製造物による危険のように、企業の社会への影響が今日重要となっている事例状況においては、具体的な処罰規定がなくても、その処罰は法規定から読み取ることができるため、規定欠如が過失共同正犯の否定につながるわけではないと主張する⁽⁴⁴⁾。そもそも、「犯罪行為」という概念は、構成要件該当、違法、有責な行為を表しており、行為態様が故意であるか過失であるかの問題とは無関係である⁽⁴⁵⁾。

この点に関し、わが国においても、山口教授は、「共同正犯については、刑法60条の共同正犯規定が、各本条の処罰規定を共同実行にまで拡張するものであるから、過失犯については、各本条の過失犯処罰規定と刑法60条を併せ適用することにより、過失犯の共同正犯の処罰規定の存在を肯定することができ」、過失犯の共同正犯の成否は、処罰規定の存否からではなく、共同正犯の実質論から決しなければならないと批判されている⁽⁴⁶⁾。

(44) *WeiBer*, JZ 1998, 233. 同旨 *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl., 2014, S. 522; *Bloy*, GA 2000, 395.

(45) *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 192.

(46) 山口厚「過失犯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 第2巻』(1998年) 387頁以下、同「過失共同正犯再考」山口厚・佐伯仁志・今井猛嘉・橋爪隆(編)『西田典之先生献呈論文集』(2017年) 159頁。同旨嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(1)」113頁。共同正犯規定を処罰拡張規定と考える山口教授に対して松宮教授は、共同正犯規定は個々の犯罪要素を備えていない者にまで処罰を拡大することを拒否する規定であると批判されている(松宮『「過失犯の共同正犯」の理論的基礎について—大塚裕史教授の見解に寄せて—』立命館法学339=340号501頁。同旨金子博「合議決定に関する刑事責任についての一考察—三菱自動車欠陥事故最高裁決定を契機として—』立命館法学345=346号269頁)。これに対して大塚教授は、共同正犯規定を刑罰拡張規定ではなく単なる確認規定とみなした場合、60条の規定がなくても共同正犯は刑法典各則の規定だけで処罰できることになるが、それは共同正犯を単独正犯に解消するものであって、現行法の解釈として適切ではないと反論されている(大塚裕史「過失犯の共同正犯の成立範囲—明石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8頁以下)。

同じく大塚教授も、刑法38条1項の規定は「刑典第2編 罪」に妥当するものであるため、60条の規定が過失犯に適用されないというのは当然の帰結というわけではないと批判され⁽⁴⁷⁾、橋本教授は、「60条が本来的正犯の規定であり、過失犯の場合も自然に包含される」と主張される⁽⁴⁸⁾。

また、ドイツ刑法15条との関連においては、侵害結果の共同正犯的惹起は、不注意な行為が過失犯の構成要件を充足したときのみ、過失の行為として処罰されうる。すなわち、15条は過失構成要件が存在するか否かという基本的問題と関係している。その後初めて、個々の場合に単独正犯か共同正犯のどちらが存在するのかという問題に立ち入ることができる。15条を根拠に過失の共同正犯を否定することは「不当前提」⁽⁴⁹⁾である。従って、個々の場合における過失行為が当罰的であるか否かは、共同正犯的帰属の問題と取り組む前に既に解明されていなければならない。15条はそれ以上のことを要求していない。それ故、本条を超え、過失共同正犯を肯定することにより懸念される過失責任の許されざる拡張は存在しない⁽⁵⁰⁾。ヴァイサーも、15条の目的から、過失の共同正犯と本条とは関係ないと反論する。過失器物損壊を処罰する場合のように、15条は犯罪行為として記述されていない法益侵害の処罰を防止することが目的である。しかし、皮革スプレー事件を例にとると、過失傷害は刑法230条で処罰されている。このように、注意義務違反が刑法ではっきりと処罰されている場

(47) 大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯」14頁、同「過失犯の共同正犯と結果的加重犯の共同正犯」法セミ753号99頁。

(48) 橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修743号7頁。同旨金子・前掲「合議決定」268頁。

(49) *Becker*, a.a.O. (Anm. 32), S. 175.

(50) *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 190; *WeiBer*, JZ 1998, 233; *Pfeiffer*, Jura 2004, 524. 限縮的正犯概念の立場からこの反論を支持する者として *Renzikowski*, FS-Otto, S. 438. スイス法の立場から支持する者として *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 89.

合、その正犯形態は、故意犯の場合と同様、単独正犯に限定される必要はない。それにより、立法者の決定は15条とは無関係である⁽⁵¹⁾。15条は総則として個々の犯罪構成要件に共通して適用されるため、同条は同じく総則規定である共同正犯条項に適用されない。そのため、過失致死を例にとると、「複数の者が共同で過失により人の死を惹起した場合」とすることもできる。これにより、15条に反することなく過失の共同正犯の問題を解決することができる。ヴァイサーと同様の趣旨から、ステッカーマイアーも、法律が明文で過失行為を処罰していない場合、15条は故意行為のみの処罰を明らかにしているのであり、そこから、過失行為も処罰されている犯罪の場合、過失共同正犯は考慮されるのであり、共同正犯を故意の場合に限定する必要はないと反論する⁽⁵²⁾。また、法の文言を根拠としたポトケの主張に対して、レンツィコウスキーは、過失犯の多くは「過失で行為した者」と記述している、325条a第1項は故意犯であるにもかかわらず「惹起する」という語が使用されている、過失の偽証(163条)や道路交通における酩酊(316条2項)等は過失犯にもかかわらず「実行する」という語が使用されているとして、法の文言は決定的な主張たりえないと反論する⁽⁵³⁾。確かに、法の文言は解釈の指針であるが、その意味は常に日常用語と同一でなければならないというものではないであろう。

④行為支配欠如

行為支配論においては、共同正犯は、意識的・意欲的に犯罪行為を共同して実行することであり、いずれにせよ共同の行為支配を前提とする。これ

⁽⁵¹⁾ *WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 149.

⁽⁵²⁾ *Steckermeier*, a.a.O. (Anm. 40), S. 217.

⁽⁵³⁾ *Renzikowski*, FS-Otto, S. 437. 過失の共同正犯を否定する者からも文言は拠り所とならないと批判されている。例えば *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 93 f.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.a.O. (Anm. 31), S. 318.

に基づき、過失犯においては、複数の者の意識的・意欲的共同作業は、例えば自動車走行のような、目的に向けられた活動に関してのみ可能なものであり、通行人の傷害という予見可能な副次的結果にいたる事象に関してではない。このように意欲せずに開始された副次的因果経過に関して、意識的・意欲的に共同で作業することはできない。過失行為の非難は、まさに、その中核において、行為者が自らの行為の影響を支配していない点にある⁽⁵⁴⁾。そして、このように過失行為によって惹き起こされた因果経過に関して行為を支配していなければ、他人と協力して事象を共同で支配することは不可能であり、それ故、過失共同正犯は否定される。行為支配論は目的的行為論を基礎としているため、過失共同正犯の否定につながることになる。

これに対してクラークは、目的的行為論に従っても過失共同正犯の否定につながるわけではないと主張する⁽⁵⁵⁾。クラークは、行為論は純粹に存在論的な問題であり、これと結び付いた行為概念は人間の本質と結び付いている必要性から、神経心理学 (Neuropsychologie) の領域に立ち入って目的的行為概念を定義し直す。それによれば、一方で、神経心理学的にのみ、我々は、問題とその行為の可能性を認識する前に、たいてい既に脳が決定している。他方、情動部分に中心的地位があることが明らかな結果、我々が自らの情動によって支配されるといわれるのは理由がないわけではない。そのため、行為の目的は情動的に褒賞への欲求によって占められる。これらの点を踏まえて、クラークは、行為を「情緒的・事物的考慮事象に基づく(情動に条件付けられた)全ての目的的行為または非行為」と定義付ける。さらに、この定義によって、目的性の他に、腹側ループ

⁽⁵⁴⁾ Donatsch, SJZ 1989, 111. その他, Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 251, 309; Rotsch, „Gemeinsames Versagen“, in: FS-Puppe, 2011, S. 903.

⁽⁵⁵⁾ Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 179 ff., 362 f. もっとも、クラーク自身は別の論拠から過失の共同正犯を否定する。

(ventrale Schleife)⁽⁵⁶⁾における決定の前に、情報過程によって全ての行為態様が特徴付けられるということが明らかとなる。この情報過程と考慮過程は、故意行為だけでなく過失行為にも進展する。すなわち、行為者は自分が取り上げた情報を考慮し、自らの目的達成のために実行しなければならない行為に達する。これを過失行為に当てはめるならば、行為者は一定の事情を誤って評価し、それにより、犯罪的結果に対する異なる情動の態度をとる。そしてこの行為概念に基づき、構成要件実現行為を支配する者が正犯とみなされる。より正確に定義するなら、「構成要件を実現する行為事象を客観的に形成する者、従って情動に条件付けられた目的的行為を支配する全ての者が正犯である」。これは全ての犯罪種類に妥当する。そのため、故意犯において共同正犯が認められるのと同様に、過失犯に対しても共同正犯は認められる。それ故、クラージュは、行為支配概念を正当に理解すれば、これは決して過失共同正犯と矛盾しないと主張する。

そもそも、ロクシン自身がそうであるように、行為支配論を支持する者が常に目的的行為論者というわけではなく⁽⁵⁷⁾、行為支配を故意犯と過失犯に共通する客観的帰属の単なる特徴とみなす見解によれば、過失犯の場合にも行為支配は問題なく認められる⁽⁵⁸⁾。同じく、橋本教授は、過失犯の

56) 腹側ループとは、「情動やモチベーションの上で重要な刺激に反応して行動を起こすときに働いているといわれているループである」(設楽宗孝「モチベーションに基づく目標指向行動において計画の進行や報酬の期待はどのように脳内で表現されているか?—サルを用いた前部帯状皮質と腹側線条体の神経活動の解析—」http://www.brn.dis.titech.ac.jp/special_lecture.shtml)。

57) 橋本「共謀共同正犯と行為支配論—団藤説を中心に—」一橋研究11巻1号33頁。

58) *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, aa.O. (Anm. 38), S. 577; *Eschenbach*, Jura 1992, 644. 同じく嶋矢教授も、行為支配が故意と不可分の関係にある論理的必然性はないと批判されている(嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(1)」106頁, 同「過失犯の共同正犯論」刑雑45巻2号169頁)。なお、ヴェーツェルは、行為支配にとって共同の行為決意は独自の要素ではなく、むしろ付加的な要素であると指摘し、共同の行為

場合、結果発生を操縦・支配することは不可能であるため、行為支配論からは過失共同正犯は根拠付けられないのではという疑問に対して、「過失の行為者は当該の過失行為を行うことによってほかならぬ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」と反論されている⁽⁵⁹⁾。従って、行為支配から過失の共同正犯を否定することに論理必然性は存在しない。

⑤過失の統一的処理

共同の行為決意と関連付けながら、過失の定義から共同正犯を否定する見解がクラーチュによって唱えられている⁽⁶⁰⁾。行為者が受け取った危険シグナルに基づいて、危険源を調べたりシグナルを正しく評価することによって、法益に対して差し迫る危険を予見または回避できなければならぬという点に過失の本質がある。

周知のように、過失には認識ある過失と認識なき過失の二種類が存在する。クラーチュによれば、認識ある過失とは、行為者が危険シグナルを知覚し、誤った情動のためにこれらの事情を誤って評価し、自らの行為によって意図しない因果経過を突き動かしたことである。ここでは、認識されなかった危険の不発生を共同で信頼するという一定の条件の下で、認識ある過失に向けられた行為計画を考えることができる。そのため、理論上、限定的に過失の共同正犯を考えることができる。これに対して認識な

決意に共同正犯を限定する機能がないと主張する。すなわち、例えば、承継的共同正犯の場合、事後的に同意することでも共同性を作り出すことができる、共同正犯の一人が当初の取り決めを超えて過剰に行為した場合、行為決意の内容は故意概念によってのみ充足されうるため、行為決意がこの過剰問題に寄与できるかは明らかでないとする（Weezel, a.a.O. [Anm. 7], S. 24 ff.）。

⁽⁵⁹⁾ 橋本 『「行為支配論」と正犯理論』（2000年）195頁。

⁽⁶⁰⁾ Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 285 f., 365 f.

合議決定に基づく犯罪(1)

き過失とは、個々の行為者が必要な危険シグナルを認識していたにもかかわらずさらなる必要な情報を入手しなかったことである。そのため、認識なき過失を目的とする行為計画は不可能であることから、共同正犯は存在しえない。

このように考えた場合、認識ある過失共同正犯肯定による処罰と認識なき過失共同正犯不存在による不処罰というように、両者で異なる処理が行われることになる。これは、認識ある過失が認識なき過失より不法性や責任が高い結果である。確かに、認識ある過失の場合、行為者は危険を認識していたにもかかわらず行為したのに対して、認識なき過失の場合、行為者は法益侵害的因果経過の可能性をまだ一度も感じ取っていない。しかし、認識なき過失も、犯罪事実を当然表象しなければならないにもかかわらずこれを欠いた点において、認識ある過失よりも不法・責任の程度においてかえって重いと解すべき面もある⁽⁶¹⁾。また、わが国と同様、ドイツにおいても、条文上、両過失形態は区別されていない以上、可罰性に差を設けることはできない。そのため、クラークは、認識なき過失共同正犯が考えられず、また、全ての過失は統一的に扱われなければならないということから、過失の共同正犯の存在を否定するが、なぜ共同正犯を肯定する方向に統一しないのか明らかでない。

(2) 過失の共同正犯否定説による解決法

①不可罰説

この見解は、二人以上の者が共同で行為し、その結果、意図しない結果

(61) 大塚仁・前掲刑法概説215頁、川端博『刑法講義総論(第3版)』(2013年)227頁。その他、BGH, NJW 1962, 1780; OLG Karlsruhe, VRS 35, 365; LK-Schroeder, 11. Aufl., § 16 Rn. 121; LK-Vogel, 12. Aufl., 2007, § 15 Rn. 149; Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm. 30), S. 568 f.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2014, § 15 Rn. 53.

を惹起したが、誰の行為によって結果が惹起されたのか解明されなかった場合、疑わしきは被告人の利益にの原則により、自分ではなく、他の関与者が構成要件の結果を惹起したと推定され、不可罰という結果になる⁽⁶²⁾。

しかし、過失共同正犯を否定する者も、この解決法は不相当と考え、自ら適切とみなした結論を根拠付けるため他の方法を提案することで、因果関係が存在しないないし疑わしい場合を切り抜けようとする。具体的には以下のような解決方法が展開されている。

②過失非難の早期化・因果関係の拡張

では、過失の共同正犯を否定する学説は、この問題をどのように解決しているのか。まず、刑法上重要な因果関係を拡張することでこれに対処しようとする見解がある⁽⁶³⁾。このために、注意義務違反は時間的に前にずらされ、それにより過失行為の因果関係に対する他のきっかけが選択される。それによれば、共同で注意義務に違反した行為に関与することは、等価説の意味における条件とみなされうる。このことは、具体的に結果を惹起した行為者が結果を惹起しなかった行為者なしには共同行為を行うことができなかつたため、「失敗した行為者」が共同行為に関与することも不法結果の原因であるというテーゼによって根拠付けられる⁽⁶⁴⁾。分業的に行

⁽⁶²⁾ OLG Schleswig NStZ 1982, 116; Herzberg, Täterschaft, S. 73; ders., JuS 1975, 37. なお、西原博士は、後述の落石事件のような場合には無罪もやむをえないと主張されている(西原・前掲書〔注9〕335頁)。同旨曾根『刑法の重要問題〔総論〕(第2版)』(2005年)329頁。

⁽⁶³⁾ Günther, JuS 1988, 387.

⁽⁶⁴⁾ 例えば Günther, JuS 1988, 387, 同旨 LK-Roxin, 11. Aufl., § 25 Rn. 221:「ある者が他人の行為によって創出された危険を『共同設定』したとき、彼は他人による落石をも共同惹起し、その結果、それによって惹起された死の結果も彼に帰属されうる」。この見解によれば、石を命中させなかつた者も、被害者の生命に対する危険を高め、そ

われた法益危殆化行為への関与によって、集団力学が生じ、それにより少なくとも心理的に媒介された因果関係が作り出される。具体的に結果惹起に寄与しなかった者も、自ら行為することで他人を心理的に強化している。関与者の行為は直接因果的に結果の中に表れる必要はなく、他の関与者の行為に対する因果的条件であればいい。例えば有名なスイス連邦通常裁判所の落石事件⁽⁶⁵⁾に対してシュトラテンベルトは、二人の関与者は各々他者の行為決意への心理的協力の責任を負わされ、これによってのみ結果も帰属されうると述べる。具体的に結果を惹起した石を投げ捨てなかった者は自らも一緒に行為することで他人を強化・支援という心理的補助を行ったことになる。個々人は、結果を自ら惹起したかあるいはこの惹起を支援したために処罰される⁽⁶⁶⁾。もちろん、統一的正犯概念によれば、

れ故結果を「共同惹起」したことになる。

(65) BGE 113 IV, 58.

【事案】二人の男は二つの岩塊を急斜面から転がり落とそうと決めた。その際、彼らは石が着地するであろう地面をのぞき見ることはできなかった。それ故、二人のうちの一方が、人に命させないように、下に向かって叫んだ。誰も返事をしなかったため、二人は岩塊を転がり落とした。しかし、下の川岸に立っていた漁師に二つの石のうちの一つが命中し彼は死亡した。二つの岩塊のどちらが結果を惹起したのか確定されなかった。

この事件で、スイス連邦通常裁判所は、「両被告人は共同で二つの石を斜面から転がり落とそうとした。この種の場合、各々の個人的寄与が構成要件該当結果に対する原因となったか否かではなく、共同で行われた全体行為と発生結果との因果関係が肯定されるか否かが問われなければならない」とし、過失の共同正犯に親近性をもつような形で彼らを過失致死のかどで有罪とした。彼ら全員の処罰にとって、彼らのうちの一人が確実に漁師の死を惹起したということが確かであることで十分である。この事件に関して、阿部「過失の共同正犯—スイスの一判例を機縁として—」(阿部純二編集代表)『刑事法の思想と理論(莊子邦雄先生古稀祝賀)』(1991年)176頁以下参照。もっとも、スイス連邦通常裁判所は、その後過失共同正犯を否定する方向へと見解を変更した。これに関してBGE 126 IV 84参照。

(66) *Stratenwerth / Kuhlen*, a.a.O. (Anm. 15), S. 324.

過失犯の場合、関与形態で区別は行われず、全ての結果原因的寄与が正犯を根拠付けるため、具体的に結果を惹起した者であろうと共同行為によって他人を心理的に支援した者であろうと、全ての者が単独正犯となる。

また、グロップは、過失犯の構造を共同過失行為にも適用して解決を図ろうとする⁽⁶⁷⁾。それによれば、共同行為による因果関係は共同正犯によってではなく、結果に実現された危険を共同で創出または増加させたことによって根拠付けられるとする。例えば、皮革スプレー事件の場合、危険なスプレーの回収を否定する票を投じた者は、健康を害する結果に実現されることが予見可能で回避可能な危険を共同で創出または増加させた。複数の者によって共同で惹起された結果の帰属を全ての個々人に同時犯として肯定するためには、結果の中に実現された危険の創出または増加で十分であり、共同の行為計画は不要である。もっとも、共同性に関する因果関係を確立するために、最小限の協力は必要であるが、危険が創出または増加される限り、心理的幫助を含めた協力で十分である。そのため、協力者は、共同に (gemeinschaftlich) 行為する必要はなく、「相互に (miteinander)」行為することで十分である。

その一方、彼は、複数の者がお互い全く独立して「並行して (nebeneinander)」活動している場合を二つに区分して考察する。お互い相手のことに気付かず石を落とし、どちらの石かは判明しなかったが、一方の石が崖下にいる者に命中した場合、各人の行為と結果との因果関係が証明できないため、疑わしきは被告人の利益にの原則により、両人とも不可罰となる。しかし、例えば、支配人は石灰消和装置 (Löschanlage) に水を満たしておかなかったうえ、消防士が酩酊のためその装置を操作できず、その結果火災で人が死亡した事例のように、危険創出的または増加的協力が並行して行われると同時に、多重因果関係が存在する場合、択一的競合の逆、すなわち、両者の行為を

(67) Gropp, GA 2009, 274 ff.

付け加えて考えれば結果は生じないため、両者は過失犯の同時犯となる。

判例の中にも、この見解に従うものがある⁽⁶⁸⁾。例えば、酩酊していたKと被告人が自分達のオートバイでレースをしていたところ、Kの転倒理由は不明であるが、両名が追い越し車線上で転び、Kはこの事故が原因で死亡したという事件において、連邦通常裁判所は被告人に過失致死を肯定した。裁判所はその根拠として、夜間の道路上でのオートバイレースは危険である、Kのオートバイは軽量であったため限界までスピードを出さなければならなかった、被告人はほとんど酔っていなかったのに対してKは酩酊していた、被告人はKがカーブを走行することを計算に入れなければならなかったなどの理由から、本件においては他人の危険な行為に関与した被告人の行為は義務違反であり、過失非難は共同危険行為としてのオートバイレースに関与したことに既にあるとした。

しかし、このような見解に対してはいくつかの批判が提起されている。まず第一に、望ましい結論に達するため、等価説の無限の広がりが道具として利用されている。これによって、過失における無限遡及（*regressus ad infinitum*）の危険が惹き起こされる⁽⁶⁹⁾。次に、この方法では、少なくとも、他の関与者が行為について既に固く心に決めていた場合、不注意かつ危険増加的であるが結果惹起的でない行為を、現行法上不可罰であるにもかかわらず処罰することになってしまうということが懸念される⁽⁷⁰⁾。また、それとの関連で、クラーチュは、先のオートバイレース事件を引き合いに出し、過失非難の早期化は処罰の拡張につながると批判する。オートバイレースに関与した被告人には酩酊運転も高速走行も確認されていないにも

(68) BGHSt 7, 112; BGH, VRS 18 (1960) 415.

(69) *Brammsen / Kaiser*, Heiße Nacht in der Chemiefabrik, Jura 1992, 38; *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 79 f., 83 f.

(70) *Donatsch*, SJZ 1989, 112.

かわらず、彼の行為は夜間レースという抽象的危険性のゆえにのみ義務違反となった。そのため、これによれば、全ての交通規範を遵守していたとしても、道路交通は相当な危険性をはらんでいるため、全てのドライブが義務違反となってしまう⁽⁷¹⁾。さらに、心理的に媒介された因果関係という解決法も、個々人は、どの行為に対して、すなわち、結果惹起のゆえに非難されるのかそれとも他人の支援によって非難されるのか不明確であると批判されている。この解決によれば、処罰は他人の支援によって行われるが、結論においては両行為者の統一的正犯というのは首尾一貫しない。というのは、複数人の相互支援協力は共同正犯にとって特徴的であり、関与者の行為間の相互影響を確定した後に、彼らの単独正犯を確定するのは矛盾するからである。このことは、結果を惹起したのが誰か判明している場合、より明らかとなる。この場合、先の解決方法によれば、結果を惹起しなかった者も自ら行為することで他人を支援しているため、正犯ということになってしまう。結局、この解決法は技巧的であり、実際の状況に適合しない⁽⁷²⁾。それ故、クナウアーは、この場合に行為者たちを過失で処罰したければ、共同正犯条項の適用による解決がよりよい方法であると主張する。過失共同正犯という法形態が受け入れられるならば、どの関与者が事後的に結果を惹起したかはもはや問題でないということが明らかとなる。ところに、「共同惹起」を重要とする帰属根拠がある⁽⁷³⁾。また、合議決定の場合、ヘリングは、例えばある者の挙手が他の者の挙手を促進するというのは非現実的であるばかりでなく、秘密投票の場合、心理的支援というのはなおのこと考えられないと批判する⁽⁷⁴⁾。

(71) *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 79.

(72) *WeiBer*, JZ 1998, 235. 同旨 *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 187; *Pfeiffer*, Jura 2004, 521.

(73) *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 187. その他 *Maurach / Gössel / Zipf / Renzikowski*, a.a.O. (Anm. 44), S. 521 も参照。

(74) *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 28.

刑法上重要な因果関係の拡張に対するこれらの批判から、複数の行為関与者の因果関係が疑わしい場合を適切に捉えることはできないということができよう。

③不作為犯構成

別の解決法として、具体的に結果惹起的な注意義務違反より時間的に先行する安全対策の不作為によって問題を解決する見解がある⁽⁷⁵⁾。この見解の主張者は、まずその前提として、オットーの考え方⁽⁷⁶⁾に示唆を受け、他人の法益に対する危険を創出した者は危険な先行行為のゆえに保障人として責任を負うと考える。そして、因果関係のみが刑法における唯一の帰属根拠というわけではなく、保障人的関係⁽⁷⁷⁾も帰属を根拠付けることができるとの考えから、個別的因果関係が存在しないまたは証明できない場合、作為正犯の因果関係の代わりを保障人的関係が引き受け、その結果、危険の不注意な惹起に関与した者は先行行為に基づく保障人とみなされる。不作為者は、保障人的関係に基づき、構成要件的结果を防止するよう義務付けられた。先行行為に基づく保障人としてのこの注意義務違反を指摘することで、この見解の主張者は行為と結果との因果関係が証明できない行為者に対する過失処罰を根拠付ける。その結果、過失非難は、関与者が共同危険行為から生じた危険の実現を防止する義務に違反した点にある。分業的に創出された危険から生じる法的義務は、自分自身だけでなく、他の関

⁽⁷⁵⁾ Walder, FS-Spendel, S. 366 ff.; ders., recht 1989, 59. 同旨 Forster, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2013, Vor Art. 24 Rn. 26. なお、平場安治「過失共同正犯—それはあり得るか」法学論叢59巻3号119頁以下参照。

⁽⁷⁶⁾ Otto, Grundkurs S. 177, 179 f.

⁽⁷⁷⁾ ヴァルダールは、地位ではなく一定の事象との関係が重要であるため、保障人的地位より「保障人的関係」という方が適切であると主張する (Walder, FS-Spendel, S. 367)。

与者の注意義務違反の防止をも捉えている。結局、全ての関与者が有効な安全対策に配慮しなければならないため、誰の注意義務違反が構成要件該当結果を惹起したのかは重要でない。このような対策が不可能ならば、注意義務違反行為に関与しないことが、過失処罰を免れる唯一考えうる合注意義務的行為である。これらのことをスイス連邦通常裁判所の落石事件で説明するならば、二人の関与者は投石を決定しこれを実行したことで他人の法益に対する危険を創出した。この先行行為により、どの石が命中したかは重要ではない。彼らのこの共同の危険な先行行為により、自分自身だけでなく、他人の法益侵害を防止する有効な安全対策を講じる義務を負ったからである。これを行わなかったため、彼らは、先行行為に基づく保障人的義務違反のゆえに刑法上責任を問われるのである。

ライヒスグレイヒトは、通常は規範の保護目的が論点となっているが、有名な自転車乗り事件において、不作為の点にも言及している⁽⁷⁸⁾。

【事案】被告人であるヨセフとパウルの兄弟は、夜間、明かりもつけずに自転車で街道を走行していた。その際、パウルが右側でヨセフは彼の左後方であった。風雨のため頭を下げて走行していたヨセフの自転車が道路の分岐点に差し掛かったとき、同じく明かりをつけずに対向してきた自転車乗りKと衝突した。Kは自転車から倒れ、しばらく意識を失った後起き上がったが、すぐに道路の側溝に落ちた。被告人たちがKを起こし、そこから立ち去った後で、Kは約2キロメートル進んだが、水路に落ちて溺死した。事故によって受けた頭蓋骨骨折により脳内出血を起こし——それ自体で既に死に至りうるが——、かなり意識が朦朧としていたからである。

この事件において、控訴裁判所は、ヨセフを過失致死と道交法違反、パウルを道交法違反で有罪とした。過失致死に関してパウルを無罪としたことに対して検察は、パウルも義務に反して無灯火であり、その結果彼に

(78) RGSt 63, 392.

とつてもヨセフとKとの衝突は予見可能であったため、衝突を共同で惹起したと主張した。

これに対してライヒスゲリヒトは、パウルは全ての交通関与者と同様、ヨセフの自転車や道路を照らし、それによって彼とKをお互い注意深くさせる法的義務は存在しないと述べ、検察の上告を退けた。

ライヒスゲリヒトは、無灯火という点に不作為を認め⁽⁷⁹⁾、仮にそれが過失致死の共同原因であるとしても、パウルには保障人的義務がなく、不作為の違法性が欠如していたのに対して、複数の過失行為の問題⁽⁸⁰⁾をはっき

(79) 無灯火という不作為ではなく、無灯火での走行という作為が問題であると主張する者として *Blei*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 18. Aufl., 1983, S. 311 (ただし、ここでは自動車の無灯火走行を問題としている); *Freund*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, § 13 Rn. 11; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl., 2016, S. 358 f.; *Otto*, *Das Problem der Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, *Jura* 2000, 550 (もっとも、オットーは、ヨセフの無灯火走行に関して作為と述べているだけである); *Brammsen*, *Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen*, *GA* 2002, 209; 神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論(上) —ドイツの判例を中心に」判時2107号12頁。

(80) もっとも、自転車乗り事件において、ライヒスゲリヒトは過失の共同正犯の可能性については何も言及していない。しかし、エクスナーは、兄弟は走行を共同で行ったため、共同正犯が認められると主張した (*Exner*, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in: *FG-Frank*, Band I, 1930, S. 585 f.)。しかしこの見解に対して、ロクシンは、前方を走っていた被告人が保障人的地位に就いていた場合は別として、一緒に走行していたというだけで他人が惹き起こした損害に対して処罰されるのは不可能であり、それにもかかわらず他人の行為に対して責任を問われるのは、責任の果てしなき拡張につながり、責任主義に反するとして、過失共同正犯の肯定を誤っていると批判する (*Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Aufl., 1967, S. 533. その他, *Kim*, a.a.O. [Anm. 37], S. 27; *Weezel*, a.a.O. [Anm. 7], S. 141; 神山・前掲論文 [注79] 13頁も過失共同正犯の肯定は困難であると主張する)。社会においては、分業や共同行為は類

りと不作為犯構成した例がある。ケルン区裁判所の判例である⁽⁸¹⁾。

組立工が、十分な経験を積んでいない16歳の少年に溶接作業を任せましたが、この際に発する火が階下の倉庫に落ち、そこにあった商品を燃やしたという事件において、ケルン区裁判所は、被告人である組立工を失火のことで有罪とした。そこでは、区裁判所は、組立工はあらゆる安全措置を講じておかなければならないが、彼はそれを怠っており、それ故、自らの不作為による失火の責めを負うと根拠付けた。

しかし、この見解に対して、ヴァイサーは二つの点から批判する⁽⁸²⁾。まず

繁に行われる人間の現象形態である。それ故、複数の者が共同で行ったこと全てに対して相互責任を問うことは、刑事責任の拡張である。また、この点に関してルドルフィーは、全ての共同労働者に相互監督義務を負わせるのは、結果的に分業の利益を失わせるばかりでなく、分業的な共同作業に関与した個人の法的な自己答責性をも無視することになると主張する (*Rudolphi*, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid*, in: FS-Lackner, 1987, S. 868. 同旨 *Contreras*, a.a.O. [Anm. 36], S. 239)。

なお、この当時ロクシンは、過失共同正犯の可能性を認めていたものの、過失犯における責任拡張という実際の観点から過失共同正犯に否定的であった。しかし、最近では委員会決議といった現実的必要性から過失共同正犯を肯定するようになっていく (*Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 2003, S. 97 f.; *ders.*, *Täterschaft*, 9. Aufl., 2015, S. 771)。これにより、分業体制をとる企業において、責任主体が同僚の義務違反を盾に取ることで責任を免れようとする組織特有の無責任体制が防止され、可罰性の間隙が埋められる。

⁽⁸¹⁾ AG Köln, BB 1957, 1018. その他、不作為犯構成をとるものとして BayObLG, NJW 1990, 3032.

⁽⁸²⁾ *WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 155; *dies.*, JZ 1998, 236; *Schönke/Schröder/Heine/WeiBer*, StGB, vor §§ 25 ff. Rn. 113. 同旨 *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 97; *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 34 ff.; *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 83 f., 107 ff.; *Weezel*, a.a.O. (Anm. 7), S. 126; *Kirsch*, a.a.O. (Anm. 42), S. 251 f.; 嶋矢「過失犯の共同正犯論 (2・

第一に、責任非難を安全対策の不作为に結び付けることが、ここではまさに非難可能性の重点であるが、刑法上の結果をみることなく事態を考察すれば、誰も責任非難を安全対策の不作为ではなく不注意な行為の実行、すなわち作為と結び付けるであろう。不作为犯構成は不自然であり、実際の事象経過にほとんどそぐわない。証明問題を回避するため、作為犯を不作为犯へと変更している。確かに、過失を社会生活において必要な注意の無視と定義するならば、全ての過失行為は事前の保護措置を怠ったため、不作为といえるかもしれない。この意味で、「全ての過失は合義務的行為の不作为」⁽⁸³⁾であり、「作為による過失規範違反は存在しない」⁽⁸⁴⁾ということにつながる。行為者が因果経過を始動させたにもかかわらず、彼は不作为で判断されることになろう。しかし、ノヴァコウスキが述べているように、過失は「客観的注意の不作为ではなく、許されざる危険を冒すことに関係している」⁽⁸⁵⁾のであり、過失の問題と不作为の問題は別次元である⁽⁸⁶⁾。

第二に、安全義務を先行行為に基づく保障人的義務として位置付けることが解釈学的に疑わしい点である。すなわち、先行行為に基づく保障人的

完) 法学協会雑誌121巻10号176頁、金子「過失犯の共同正犯について—『共同性』の規定を中心に—」立命館法学326号76頁以下。その他、嶋矢教授は、不作为犯でも因果関係は存在しており、それを認めずに処罰はできないと批判される。なお、町野朔「惹起説の整備・点検—共犯における違法従属と因果性」松尾浩也・芝原邦爾(編)『刑事法学の現代的状況(内藤謙先生古稀祝賀)』(1994年)135頁も参照。

⁽⁸³⁾ Röhl, Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt, JA 1999, 900.

⁽⁸⁴⁾ Röhl, Praktische Rechtstheorie: Die deontischen Modalitäten, JA 1999, 604.

⁽⁸⁵⁾ Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, 337.

⁽⁸⁶⁾ この意味で、過失犯においても作為と不作为の区別は必要である。この問題について検討したものとして神山・前掲論文(注79)3頁以下、「過失犯における作為と不作为の区別基準論(中)」判時2109号3頁以下、「過失犯における作為と不作为の区別基準論(下)」判時2110号3頁以下参照。

地位は、自己の行為ばかりでなく、共犯者の行為も危険源として引き合いに出さなければならないであろう。このことは、保障人的地位は他人のその後の危険な作為に対して構成されるということの意味する。しかし、これにより、後続の危険な作為から生じる、先行行為に基づく保障人的地位は存在するのか、また、他人が自ら完全に答責的に行為したとき、彼の義務違反的作為に対して保障人的地位は存在するのかという疑問が生じる。仮にこれらの問題を肯定しても、規範の保護目的連関という新たな問題が生じる。他人の危険な行為から周囲を守るとは安全義務の保護目的の範囲内にはない。安全義務は自己の危険な行為と関係する。それにもかかわらず行為者を処罰したければ、個々人には他人の後続する危険な行為をも帰属されることが必要である。その場合、彼の安全義務は全体的な危険事象と関係する。この観点は共同正犯的な帰属と近似している。それ故、ヴァイサーは、不作為による解決法に対して、行為者の答責性を、不作為構造という回り道ではなく、行為寄与の共同正犯的帰属によって直接根拠付ける方が首尾一貫していると批判する⁽⁸⁷⁾。

また、プファイファーも、ヴァイサーによる二つ目の批判と同様に、不作為犯構成は自己責任の帰属原理と一致しないと批判する⁽⁸⁸⁾。不作為正犯による解決法は他人の自己答責的行為を防止する保障人的義務を認定して

(87) *Weißer*, JZ 1998, 236. 同旨 *Renzikowski*, Täterbegriff, S. 291; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S. 810.

(88) *Pfeiffer*, Jura 2004, 521. ヴァイサーの最初の批判点に関し、プファイファーは、共同の注意義務違反より前に既に各関与者の安全義務が存在している場合、不作為正犯の構造は一般に行われている逃げ道であるとして、これを不作為による解決法への決定的な批判とは考えていない。もっとも、その前提として、一定の安全義務が完全に答責的な第三者の不注意な行為の防止をも含んでいるときのみ、不作為正犯の構造は共同の不注意な行為に際して因果関係が疑わしい場合を解決できる、と限定的な場合にこの解決法は意義があると考えている (S. 521 f.)。

合議決定に基づく犯罪(1)

いる。しかし、第三者の結果惹起的行為を単に促進したり容易にしたりすることでは、帰属を肯定するには不十分である。それ故、他人の注意義務違反を防止するという法的義務を認めることは非常に問題であり、一般化できない。通常、行為者は、共同の義務違反に関与しないという義務を負っているにすぎない。それにもかかわらず、行為者がこの義務に違反したとき、この行為の結果が帰属されうるのである⁽⁸⁹⁾。

本稿のテーマである合議決定の場合も、不作為による解決法は疑わしくなる。例えば、皮革スプレー事件において、行為者にはいずれにせよ、製品回収の実施を目指すという安全対策の不作為が非難されうるのである。その際、保障人的見地を適用した場合、二重の不作為責任が構成される。すなわち、取締役全体の不作為に対する反対措置を怠ったことに対して、個々の取締役は責任を問われる。そこから、ヴァイサーは、全体不作為に対するこのような答責性が共同正犯的帰属への関連付けを容易に思いつかせると主張する⁽⁹⁰⁾。また、同じくヴァイサーは、行為と結果との自然的因果関係が証明できない場合、保障人的関係が因果関係の代わりを引き受けるというヴァルターの見解によると、合義務的に投票した者は自分たちが支持しなかった違法な決議に対して保障人的義務という方法で結局は処罰されてしまうと批判する⁽⁹¹⁾。これでは、投票行動とは関係なく、単に取締役というだけで処罰されることになってしまう。従って、不作為犯構成も適切な解決策とはいえない。

④同時犯解消説

この見解は、注意義務違反は危険な行為の分業的実行を取り決めた点に

⁽⁸⁹⁾ *Bindokat*, *Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht*, JZ 1979, 436.

⁽⁹⁰⁾ *WeiBer*, JZ 1998, 236.

⁽⁹¹⁾ *WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 179.

あるため、過失正犯を根拠付けるためには他人の法益危殆化行為への関与で十分であるとか、後述する肯定説の論拠である「共同義務の共同違反」が認められる事案は各関与者の注意義務違反として構成できるため、共同正犯をあえて認める必要はなく、単独犯として個人の責任を問えばよいと主張する⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾。いわば、本説は「横の関係における一種の監督過失を認

92) OLG Karlsruhe, NJW 1980, 1859; *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932, S. 337; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, S. 237 ff.; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. 30), S. 676, 679; *Schönke/Schröder/Heine*, StGB, vor §§ 25 ff. Rn. 115; *Georgy*, a.a.O. (Anm. 15), S. 210; *Rotsch*, a.a.O. (Anm. 54), S. 905 f.; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2012, S. 569; *Gropp*, Strafrecht AT, S. 430; *Hilgendorf/Valerius*, a.a.O. (Anm. 31), S. 140; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a.a.O. (Anm. 31), S. 318 f., 766; NK-Schild, § 25 Rn. 148; *Fincke*, Der Täter neben dem Täter, GA 1975, 168 f.; *Günther*, JuS 1988, 386 f.; 莊子・前掲書(注31) 450頁, 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年) 372頁以下, 同『講義刑法学・総論』(2008年) 476頁, 浅田・前掲書(注36) 427頁, 曾根・刑法総論257頁, 木村光江『刑法〔第3版〕』(2010年) 177頁, 同「過失の共同正犯」刑法判例百選 I〔第5版〕159頁, 西田典之『共犯理論の展開』(2010年) 211頁以下, 同「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑雑27巻1号151頁以下, 鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』(2011年) 244頁(従来, 鈴木博士は共同義務の共同違反を根拠に過失の共同正犯を肯定されていたが〔鈴木『刑法総論』(2001年) 218頁以下, 同「過失の共同正犯」刑法の判例(第2版) 130頁〕, 過失犯における拡張的正犯概念の立場から, 共同正犯として正犯を拡張する必要性はないと改説された), 前田雅英『刑法総論講義(第6版)』(2015年) 370頁以下, 高橋「過失の共同正犯が肯定された事例—世田谷通信ケーブル火災事件第一審判決」平成4年度重要判例解説172頁。もっとも, ロッチュや前田教授, 西田教授は, 過失共同正犯の理論的可能性まで否定されているわけではなく, また, 鈴木博士も, 例えば「過失により人を死亡させた者は」というように, 過失犯においても行為を限定した犯罪類型をとるならば, 「共同義務の共同違反」を基準に過失の共同正犯の成否を検討すべきと主張されている(鈴木・刑法総論〔第2版〕245頁以下)。

93) 通常, 同時犯は, 「同一の客体に対して意思の連絡なくして同時に犯罪を実行する

めるもの」であり、「共同義務の共同違反」は単なる外在的制約にすぎない⁽⁹⁴⁾。

例えば、前田教授は、共同の注意義務を「相手の行為からも結果が生じないようにする注意義務」と具体的に認定するならば、共同義務の共同違反とされる事案は各関与者自身の監督義務・監視義務違反によって過失責任が問われうる場合であると考えられ、従って過失共同正犯を根拠付ける「共同注意義務」と個人責任が問題となる「客観的注意義務」はほとんど異ならないため、過失の単独正犯と共同正犯を区別する実益は小さく、むしろ、共同正犯の処罰の限界は、心理的な因果を媒介としつつ、結果を自らの行為により過失的に惹起したと評価できるか否かで画した方が合理的であると主張される⁽⁹⁵⁾。また、ドナーチュも、上述の落石事件との関連で、石を落とした者たちは誰か危険領域にいないかどうか確認したが、必要な注意を払ってこれを行わなかったことから、死をもたらさなかった石を投げ落とした者は自らの義務に反して不十分な調査によって被害者の死を共同惹起したと主張し、個人的な注意義務違反から各行為者に過失責任を問題にする⁽⁹⁶⁾。さらに、井田教授は、過失犯の場合、発生結果との間に相

こと」と定義される(山中敬一『刑法総論[第3版]』(2015年)833頁)。これに対してムルマンは、このような行為の同時性や法益客体の同一性からではなく、実質的観点から同時犯概念を展開する。すなわち、同時犯の行為者を結び付けている要素は、時間や空間という外部的なものではなく、他方の行為の法的性質を説明するために必要となるような共通の現実を変更することであるとし、同時犯とは、「二人以上の者が、お互い共同正犯の関係において結び付けられているのではなく、各々、結果犯の犯罪構成要件を正犯的にかつ完全に実現したが、関与者の共同作用に基づいて一つの法益客体の侵害が発生した」ことであると定義付けている(Murmann, aa.O. [Anm. 92], S. 139)。

⁹⁴⁾ 西田・前掲書(注92)211頁, 同・刑雑27巻1号151頁。

⁹⁵⁾ 前田『刑法の基礎総論』(1993年)373頁, 同・刑法総論講義370頁以下。

⁹⁶⁾ Donatsch, SJZ 1989, 113.

当因果関係が肯定できる限り、他者の過失行為を媒介としてその結果が発生したとしても、結果に対して単独犯として過失責任を問うると主張され、過失共同正犯は処罰すべきでない行為を処罰する可能性を持つ点で危険・有害であると批判される⁽⁹⁷⁾。

しかし、この見解に対しては、いくつかの点から批判がなされている。まず第一に、共同正犯の実体を備えているのに、これを単独過失の競合に解体するのは不自然な構成であり、適切な量刑判断ができないという点である⁽⁹⁸⁾。第二に、行為者同士が対等の場合にも、監督過失を肯定しうるのは疑問であり⁽⁹⁹⁾、またそもそも、従来わが国で監督過失が論じられてきたのは各関与者間に業務上の役割分担等における注意義務の類型化がすすんだ領域が中心であり、通常の過失犯が問題となるケースに監督過失論を応用することはできない⁽¹⁰⁰⁾。第三に、どの行為者から結果が発生したか不明な場合の処理が困難であるという点である⁽¹⁰¹⁾。第一の批判点とも関連するが、故意犯の場合、誰の行為から結果が発生したか不明な場合でも、全員を共同正犯として既遂責任を問うことが可能であることとの対比上、過失未遂として行為者を不処罰とするのは不合理である。従って、不注意を共有している過失的共働と単に不注意が競合している過失的共働とは本質

⁽⁹⁷⁾ 井田・刑法総論373頁以下。

⁽⁹⁸⁾ 川端・前掲書（注61）560頁以下、大谷・前掲書（注11）415頁、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）355頁。

⁽⁹⁹⁾ 藤木英雄『刑法演習講座（新版）』（1970年）229頁、杉田・前掲論文（注98）356頁、松原芳博『刑法総論 [第2版]』（2017年）464頁、大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯」14頁、山口・前掲「過失共同正犯再考」165頁以下、過失共同正犯否定説からこの問題点を指摘する者として北川佳世子「我が国における過失共同正犯論の議論と今後の課題」刑雑38巻1号55頁以下。

⁽¹⁰⁰⁾ 内海朋子『過失共同正犯について』（2013年）239頁。

⁽¹⁰¹⁾ 山口『刑法総論（第3版）』（2016年）385頁以下、町野・前掲論文（注82）135頁、杉田・前掲論文（注98）356頁。

的に差異がある⁽¹⁰²⁾。さらに、松宮教授は、上記以外にも二つの点から批判される。まず、他者への監視責任は過失正犯ではなく過失共犯であり、同時犯への解消は拡張的ないし統一的正犯概念を前提としている。もう一つは、取締役決議のように、例えば自分が賛成しなくても他の者の票で過半数になれば自分の票は結果防止にとって条件関係に立たないと抗弁できてしまうため、取締役決定と結果防止との因果関係は、個別的に考えるのではなく、共同での決定自体を因果関係の起点としなければならないとする⁽¹⁰³⁾。また、ドナーチュの見解に対して阿部教授は、誰の行為から結果が発生したか不明な場合、共同正犯を認めない以上、疑わしきは被告人の利益にの原則に従って行為者を無罪としなければならないはずだと批判される⁽¹⁰⁴⁾。先述したスイスの落石事件や後述の世田谷通信ケーブル事件のように、単独でも結果を惹起しうる場合には、仮に行為者が三人であったとしても、自らの注意義務違反と他者に対する監督・監視義務違反が認められ、過失同時犯が肯定されうるであろう。しかし、合議決定の場合、決議を成立させるためには複数の者の賛成が必要になるが、この場合の他者への監督・監視義務は誰に対する義務であろうか。他の取締役全員に対して

⁽¹⁰²⁾ 内田『刑法における過失共働の理論』(1973年)64頁：前者は過失共同正犯であり、後者は過失同時犯である(64頁、214頁以下)；*Riedo/Chvojka*, ZStrR 2002, 163, 165 f.

⁽¹⁰³⁾ 松宮『過失犯論の現代的課題』(2004年)323頁以下、同『『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について』立命館法学338号167頁以下、175頁以下。松宮教授の第一番目の批判と同旨なのは *Schönke/Schröder/Heine/WeiBer*, StGB, vor §§ 25 ff. Rn. 112; 金子「過失の競合に関する一考察—過失不作為犯の競合を手がかりとして—」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良(編)『理論刑法学の探求⑩』(2017年)81頁。その他の批判としてヴァイサーは、明らかに共同・分業的な行為の場合に同時犯を認めることは、お互い調整された寄与の相互作用を描写することができないため、内容的にも納得できないという点も指摘する。

⁽¹⁰⁴⁾ 阿部・莊子古稀192頁。

なのか、決議成立に必要な過半数の取締役に対してのみなのか。もし前者とすれば、とりわけ取締役が多数いる会社の場合、過重な義務であり、後者であれば、なぜ全員に対してではないのか、また過半数の取締役とは誰を指すことになるのか。この点、本説からは明らかでない。

⑤不注意共同体説

ドイツと同様に、過失の共同正犯を否定するのが判例・通説⁽¹⁰⁵⁾である

⁽¹⁰⁵⁾ BGE 126 IV 84: „Par conséquent, la coactivité par négligence n'est pas conceivable“ (88); *Stooss*, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, 1. Band, 1892, S. 228; *Haftner*, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1946, S. 224; *Schultz*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. 1, 4. Aufl., 1982, S. 212; *ders.*, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987, ZBJV 1989, 39; *Rehberg*, Strafrecht I: Verbrechenslehre, 6. Aufl., 1996, S. 255; *ders.*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 15. Aufl., 1999, S. 63; *Trechsel*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1997, Art. 18 Rn. 42; *Seelmann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1999, S. 144; *Trechsel/Noll*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, I, 6. Aufl., 2004, S. 206; *Yookeun Kim*, Individuelle und kollektive Zurechnung, 2007, S. 217; *Donatsch*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Aufl., 2013, Art. 12 Rn. 28; *ders.*, SJZ 1989, 111; *Forster*, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 75), Vor Art. 24 Rn. 21 ff. もっとも、フォルスターは、過失同時犯を、行為寄与を意図的に調整していない「真正過失同時犯」と調整した「不真正過失同時犯」に区分し、行為者間で不注意な協力を調整していたスイス連邦通常裁判所の落石事故を不真正過失同時犯と位置付けているが、真正過失同時犯を単独正犯として扱う一方、不真正過失同時犯の扱いを留保しており (Rn. 27), また、不真正過失同時犯という概念は過失共同正犯より誤解を招かないと述べている (Rn. 25) だけであるため、不真正過失同時犯と過失共同正犯は内容的にどこが異なるのか明らかでない。

これに対して過失の共同正犯を肯定する者として *Riedo*, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 75), Art. 32 Rn. 22; *Seelmann/Geth*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, S. 181; *Arzt*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, recht 1988, 72; *Schubarth*, Unteilbarkeit des Strafantrages?, ZStrR 1994, 223 f.; *ders.*, Der Richter

スイスにおいて、過失においては正犯と共犯を区別することは難しく、仮に区別できた場合、過失の教唆・幫助に相当する行為が不可罰となってしまうという先述した問題点を認識する一方、過失の構造と共同性に着目し、お互い全く無関係に行為している場合と共同で行為している場合とを区別する必要性から、リエド／フヴォイカは「不注意共同体」という構想を提唱し、同時犯と対比する⁽¹⁰⁶⁾。すなわち、過失犯は、単独で行われるか(単独正犯)、複数の者によって個別的に行われるか(同時犯)、複数の者によって共同で行われる(不注意共同体)ことになる。

彼らによれば、例えば、ソーセージを焼くために(=共同の行為計画)二人の者が共同して森で火をあおった(=共同実行)ところ、十分に見張りをしていなかったため、森林火災になったという事例を持ち出し、複数の者が共同の目的を有し、この目的を達成するために共同で行為したが、その際、彼らの共同の注意義務に違反して、違法な方法で、法的に禁止され、予見可能で回避可能な副次的結果を惹起した場合、不注意共同体が存在すると主張する⁽¹⁰⁷⁾。「一つの」犯罪を問題とするためには、共同行為者間で注意義務が異なってはならない。また、因果関係に関していえば、全ての者が結果惹起に寄与していなければならず、誤った指示や従属的な関与でも十分であるが、単にその場にいるだけでは不十分である。そして、二人の労働者が各々角材を道路に投げ、それが通行人に命中したが、どちらが命中したか不明であったという落石事件と類似の事件で、リエド／フヴォイカは、全ての行為者は行為結果に少なくとも間接的に寄与していたとする⁽¹⁰⁸⁾。しかし、ヘリングは、少なくとも間接的に寄与していたというため

zwischen Rationalität und Sensibilität, recht 1995, 156.

⁽¹⁰⁶⁾ Riedo / Chvojka, ZStrR 2002, 160 ff. 同旨 *Renzikowski*, Täterbegriff, S. 288 f.

⁽¹⁰⁷⁾ Riedo / Chvojka, ZStrR 2002, 161 f.

⁽¹⁰⁸⁾ Riedo / Chvojka, ZStrR 2002, 164.

には、自己の投擲が他の関与者の決意や行為を惹起または強化したことを論証しなければならないが、その説明がなされていないと批判する⁽¹⁰⁹⁾。

また、過失共同正犯を否定しつつ共同で行為した者たちを処罰するために「不注意共同体」という概念を提唱したものの、「共同義務の共同違反」説をあえて否定する根拠が本説からは明らかでないとして批判しえよう。

結局、以上の解決法はどれも問題があることが明らかとなった。そこで、次に、過失共同正犯を肯定する見解を検討していく。

(二) 肯定説

過失共同正犯を否定する見解は、昔から学問的に争いがないわけではなかった⁽¹¹⁰⁾。しかし、最近では、企業のような分業的に組織化された事象に

⁽¹⁰⁹⁾ Häring, a.a.O. (Anm. 19), S. 189.

⁽¹¹⁰⁾ 戦前、過失の共同正犯を否定していた者として、例えば *Buri*, Ueber Theilnahme am Verbrechen, GS 22 (1870), 288; *ders.*, Der allgemeine Theil des Strafrechts in dem Lehrbuch von Dr. H. Meyer, Professor in Tübingen, GS 28 (1876), 169 f., 191 ff.; *Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 137 f.; *Haas*, Die Mehrthäterschaft, 1898, S. 45; *Finger*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1904, S. 342; *Schacht*, Das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer Personen, 1909, S. 37; *Wachenfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 202; *Liszt/Schmidt*, a.a.O. (Anm. 92), S. 336 f.; *Allfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl., 1934, S. 222. 肯定していた者として、例えば *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, S. 442 Fn. 2; *Merkel*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, S. 143; *Wuttig*, Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen, 1902, S. 110 ff.; *Binding*, Grundriß des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S. 152; *ders.*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Erster Band : Strafrecht, 1915, S. 293 f.; *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Band IV, Die Fahrlässigkeit, 1919, S. 620 ff.; *Exner*, a.a.O. (Anm. 80), S. 572 f.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 47 III; *Mezger*, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1. Aufl., 1931, S. 422; *Lange*, Der moderne

おける帰属問題を解決するために、過失共同正犯を用いようとする見解が支持を増してきている⁽¹¹¹⁾。皮革スプレー事件のように、個々の取締役と結果との因果関係が証明できなかつたり、スイス連邦通常裁判所の落石事件のように、疑わしきは被告人の利益にの原則から、協力者は誰も責任を問われなくなる。このような因果関係の不備を切り抜けるため、相互帰属に基づき共同行為が結果を惹起したことで十分とすることで、法益侵害に対する個々人の因果関係を不必要とする点に、過失の共同正犯を肯定しようとする実際上の意義が認められうる⁽¹¹²⁾。

その際、過失犯における共同正犯的帰属をどのように根拠付けるのかに関して、さまざまなアプローチが議論されている。というのは、故意犯の場合とは異なり、過失犯は、構成要件的に記述された行為または結果を故意に調整して実現するわけではないからである。従って、この場合、共同実行といいうる調整された行為がそのように存在するかという問題が提起される。さらに、故意犯の場合とは明らかに異なる共同性によって、行

Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 61 f.

⁽¹¹¹⁾ *Otto*, FS-Spendel, S. 281 ff. 特に 284 f.; *ders.*, Die Strafbarkeit, S. 12; *ders.*, Grundkurs, S. 314; *ders.*, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, 47 ff.; *Dencker*, Kausalität, S. 165 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 67 ff.; *Weßler*, Kollegialentscheidungen, S. 143 ff.; *dies.*, JZ 1998, 237 f.; *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 107; *Kuhlen*, Strafrechtliche Produkthaftung, in: FG-BGH, Bd. IV, 2000, S. 670; *Roxin*, Strafrecht AT, Band II, S. 97; LK-*Schünemann*, 12. Aufl., § 25 Rn. 216; *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2016, S. 421; *Kühl*, a.a.O. (Anm. 87), S. 810 f.; *Brammsen*, Jura 1991, 537 f.; *Brammsen/Kaiser*, Jura 1992, 39; *Beulke/Bachmann*, Die „Lederspray-Entscheidung“ – BGHSt 37, 106, JuS 1992, 744; *Schumann*, StV 1994, 110 f. その他, *Renzikowski*, Täterbegriff, S. 288.

⁽¹¹²⁾ 例えば *Renzikowski*, FS-Otto, S. 428; *Roxin*, Strafrecht AT, Band II, S. 97; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, a.a.O. (Anm. 79), S. 260. なお、過失共同正犯を否定する者もこの点は認めている。例えば, *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 236.

為寄与に対する相互責任を正当化しうるか否かが熟慮されなければならない。これらの問題を以下で詳細に検討する。

①ビンドカート説

ビンドカートは、複数の者が共同で行為した際、結果に対する因果的な意思結合（Willensverbindung）が関与者間に存在するとき、共同正犯を肯定する⁽¹¹³⁾。その際、複数の者の共同行為は関与形態に関係なく等しく危険であるため、故意犯に妥当するものがなぜ過失犯にも妥当しないのか分からないとし、故意の行為実行と過失の行為実行とを区別せず、対等の立場においている。

ここで彼は、先の自転車乗り事件を引き合いに出し、この意思結合とは異なり、単なる意思の一致（Willensübereinstimmung）では行為結果に対する因果関係を根拠付けることはできないと主張する。すなわち、ここでは、無灯火の自転車走行は事前に取り決められておらず、単に一緒に行動したにすぎない。この場合、行為への相互動機付けは行われえなかったため、このような単なる意思の一致は因果関係を根拠付けることはできない。これとは異なり、事前に共同で下された計画に依拠して関与者が行為した場合、行為決意に関与した全ての者は、行為への相互激励ないし唆しにより、行為結果に対する原因とみなされる。このような因果的意思結合は、関与者が故意または過失で行為したか否かに関係なく、決定的な共同正犯構成的要素である。

しかし、この見解に対して、カムは、まず、故意と過失との対等な扱いに対して批判する。共同で不注意に行為し、刑法的結果を意図せずに惹起した者より、故意犯を共同で行った者の方が、保護法益に対するより大きな危険性をもたらすからである。さらに、因果的な意思結合が共同正犯に

(113) Bindokat, JZ 1979, 434 ff.

とって重要な要素であるという論拠に対しても、二つの点から批判がなされている。まず第一に、共同正犯の要件に関するこの見解は、共同正犯的な「直接の開始」と単なる犯罪の取り決めとを区別できないため、ドイツ刑法30条2項に違反する⁽¹¹⁴⁾。二点目として、ビンドカートは、三人以上の者が共同で取り決め、計画実現には全員は必要ないときも、結果に対する因果的な意思結合がどの程度存在するのかという問題と取り組んでいないと批判されている⁽¹¹⁵⁾。彼は等価説に基づいて結果に対する行為の物理的・心理的因果関係を決定しているため、結果に対して物理的に寄与していない行為関与者は、行為実行への相互動機付けは自分の協力がなくても行われたであろうということに依拠できてしまう。自らの意思と他の関与者の意思との結果原因的な結び付きが欠けているため、彼の見解によると、この関与者を共同正犯者として位置付けることができなくなってしまい、ひいては、犯罪行為を共同で行ったほとんど全ての場合を共同正犯として捉えることができなくなってしまう。

②シュトゥルエンゼー説

シュトゥルエンゼーは、目的的行為論の対場から、過失犯の目的的構造と取り組んだ⁽¹¹⁶⁾。この理論に対して、過失犯の場合、行為者は目的的に努力したことでなく、意図せずに惹起したことで非難されるため、一元的不法論と相入れないと批判されている。過失犯の構成要件が記述している結果は、行為の目的構造によって捉えられていない⁽¹¹⁷⁾。

⁽¹¹⁴⁾ *Dencker*, Kausalität, S. 133; *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 122.

⁽¹¹⁵⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 122 f.

⁽¹¹⁶⁾ *Struensee*, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53 ff.

⁽¹¹⁷⁾ *Maurach / Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, S. 204; *Baumann / Weber / Mitsch / Eisele*, a.a.O. (Anm. 31), S. 175; 平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(1981年)94頁以下、内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年)152頁、

この批判に対してシュトゥルエンゼーは、過失犯も目的的行為概念によって説明可能であると反論する。それは、過失行為の志向無価値(Intentionunwert)が関係する対象を形成する構成要件の結果ではない。行為者の目的性は許されざる危険を創出する事情に及ぶ、という点に過失は存在する。行為者は、結果を生じさせた諸条件のうち、法秩序の評価から、許されざる危険を生じさせた構成要件的に重要な一コマを認識している⁽¹¹⁸⁾。例えば、赤信号にもかかわらず交差点に進入したり、見通しのきかないカーブで追い越す者は、危険にとって重要な事情を意図的に実現している。法的に否認された目的性は過失犯の不法をも構成する⁽¹¹⁹⁾。その際、客観的事情、すなわち、法秩序がありうる法益侵害の予測をその事情と結び付けているため、否定的に評価されるという客観的事情が重要である⁽¹²⁰⁾。人的行為の目的的操作は、この「危険症候群(Risikosyndrom)」と関係する。このアプローチにより、シュトゥルエンゼーは、この危険症候群の目的的惹起に過失犯の主観的構成要件を見出し、これを肯定するにいたった。

ここで問題としている過失共同正犯にとって、シュトゥルエンゼーのアプローチから、次のような根拠付けの可能性が生じる。危険症候群を顧慮した目的的操作によって過失行為が際立つとき、この目的的操作を分業的に実行することが考えられうる。これらの前提から、過失共同正犯は、許容できない危険を全体として形成するような、調整された事情の創出と理解されうる。

このようにして得られた過失共同正犯に対する根拠付けアプローチは、

米田泰邦『行為論と刑法理論』(1986年)9頁、97頁以下。なお、これに関して井田『犯罪論の現在と目的的行為論』(1995年)57頁以下も参照。

⁽¹¹⁸⁾ *Struensee*, JZ 1987, 60.

⁽¹¹⁹⁾ *Struensee*, JZ 1987, 62.

⁽¹²⁰⁾ *Struensee*, JZ 1987, 58.

デンカーのアプローチと著しく類似していることが分かる。危険症候群の分業的・目的惹起は、共同の行為プロジェクトが確定されるような、関係者間のコミュニケーション活動を前提とする。この行為プロジェクト実現のため、個々の関与者は行為に寄与する。従って、過失犯の場合も、共同で計画・実行されたプロジェクトが存在しうる。目的達成のため、関与者の寄与が相互に補われるため、プロジェクトは客観的に共同である。また、関与者は一定のプロジェクトを意識的・意欲的に実現するため、主観的にも共同といえる。

特定の行為論と結び付かないデンカーの考えと比較することで、過失共同正犯の根拠付けは目的的不法論の問題とは関係ないということも確認された。構成要件該当結果を行為プロジェクトの一部として追求しない共同行為プロジェクトの場合、過失共同正犯を肯定することは、目的的行為概念が過失犯を解釈学的に捉えることができるか否かの問題と関係ない。過失行為の場合も、調整された、すなわち共同の行為が存在しうるということが重要である。

しかし、自動車運転手が赤信号やカーブに全く気付かずに事故を起こした場合、危険にとって重要な事情が意図的に実現されていないにもかかわらず、彼は過失として帰属されなければならない⁽¹²¹⁾。過失には認識なき過失も広く認められており、シュトゥルエンゼーの見解ではこの場合の処罰を説明することができないであろう。

③デンカー説

全体行為 (Gesamttat) というこれまでとは全く異なったアプローチから、過失の共同正犯もドイツ刑法25条2項によって認められようと主張

(121) *Roxin*, Finalität und objektive Zurechnung, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), GS-Armin Kaufmann, 1989, S. 249.

したのがデンカーである。過失犯における正犯原則を志向する後述のオートーと異なり、デンカーは故意や過失とは無関係な基準の展開や概念的説明を目指している。その際、共同正犯に関する新たなテーゼの確立ではなく、概念の具体化が主眼とされている。そして、彼は、ドイツ刑法は個別の帰属原則によってばかりでなく、特別な集団の帰属によっても根拠付けられうる結果帰属を規定していると主張し、この特別な帰属を「全体行為としての責任原則」と名付けた。この原則により、行為者が結果に対して個別に因果的であったときばかりでなく、彼が自らの行為（「部分行為」〔Teiltat〕）を通じて集団の調整された行為態様（「全体行為」）——それが全体として結果に対する原因となる——に適合したときも、結果に対する刑事責任を根拠付けることが可能となった⁽¹²²⁾。

このテーゼを裏付けるため、デンカーは著書の第一部で、刑法上の因果関係概念を検討した。その際、デンカーは、行為が結果の必要条件であるときのみ、その因果関係が問題になりうるとし、コンディチオ公式によっ

(122) *Dencker*, Kausalität, S. 120 ff. 同旨 *Neudecker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, S. 217 ff.; *Renzikowski*, FS-Otto, S. 431. 自律性原則を強調するレンツィコウスキーは、最終原因の自律的設定者は個人ではなく集団であるとし、自律性原則を拡張することで、虚構の全体人が過失犯の構成要件を実現する「全体行為」を実行すると主張する（*Renzikowski*, Täterbegriff, S. 101, 288 ff.）。しかし、レンツィコウスキー自身、回避可能な禁止の錯誤に陥っている行為媒介者や限定責任能力者を利用する背後者に間接正犯を肯定している（*Renzikowski*, Täterbegriff, S. 81, 87）ことから明らかなように、クラーチュは、自律性原則は共同正犯を含めた正犯と共犯とを区別するのに適した基準ではなく、自律性原則支持者は共同正犯においてこの原則を救うために、自由な個人という自律性原則の出発点から離れ、虚構の全体人という技巧に逃げなければならず、また仮にそれが思考上の産物にすぎないとしても、刑法29条から、全ての関与者は他人の責任とは関係なく自らの責任に応じてのみ処罰されるはずであると批判する（*Kraatz*, a.a.O. [Anm. 6], S. 127, 146. 同旨金子・前掲「過失犯の共同正犯」103頁）。

でのみ行為結果に対する原因性は決定され、そのように定義された因果関係は合法則的条件説によって確定されうるという結論に達した⁽¹²³⁾。しかし、この公式によれば、複数の者が同時に一人の被害者に発砲したが、誰の弾丸が致命傷になったか分からない多重因果関係の場合、自らが行為しなくても他の者によって結果が実現されるため、個々の行為の因果関係は根拠付けられえず、行為者は自分の行為寄与は法益侵害に対する原因ではないと主張しうることになる。全員の行為を取り除けば結果は発生しなかったであろうというようにコンディチオ公式を修正することが考えられるが、デンカーは、これは「合理的基盤に基づいて因果判断を根拠付けている規則に違反することでのみ可能である」⁽¹²⁴⁾として、この修正公式を厳しく批判する。結論の明白性だけでは、因果関係や関与者処罰を認める理由としては不十分である。

そこで、デンカーは、個人行為ではなく、集団行為を原因とみなし、全関与者を「全体主体 (Gesamtsubjekt)」として扱い、集団の成果を結果とする。このような「結合規則 (Verbindungsregeln)」が多重因果関係の問題を解決しうる。もちろん、デンカー自身も認めているように、全ての関与者を全体主体に統合することは個人処罰の原則に反する。しかし、「全体行為原則」を認めなければ、複数の者が関与した場合の法的判断を適切に説明できない。すなわち、共同正犯 (具体的には付加的共同正犯、択一

⁽¹²³⁾ デンカーは、因果関係の定義と確定とを区別し、前者はコンディチオ公式、後者は合法則的条件説の問題であると主張する。これにより、両者は互いに排斥しあう概念ではなく、その異なる任務から並存しうるものであるとする (Dencker, Kausalität, S. 47, 53)。同旨 Schulz, Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, in: FS-Lackner, 1987, S. 42; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 521 f.; Kamm, a.a.O. (Anm. 18), S. 153; Walder, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStR 93 (1977), 136 ff.

⁽¹²⁴⁾ Dencker, Kausalität, S. 116.

的競合、並行的共同正犯)⁽¹²⁵⁾の場合、結果に対する個々人の因果関係が存在しないにもかかわらず、彼の処罰が認められる。このような事例においては、因果関係という帰属基準は、関与者の個々の行為ではなく、共同行為に関係している。共同正犯者の行為が全体として原因であったのか否かのみが問われる。個々人の責任は、個別的因果関係によってではなく、全体行為という責任原則によって明らかとなる。

このアプローチにおいて、故意犯の場合、デンカーの見解は判例・通説と一致する。このような全体行為を記述するため、個人犯罪のために公式化された各則の構成要件を「全体構成要件」に公式化し直す⁽¹²⁶⁾という要請が、ドイツ刑法25条2項から明らかとなる。

デンカーは、この関連で、全体構成要件への構成要件の書き換えによってはまだ何も得られていない、すなわち、全体行為とさまざまな行為寄与との結び付きに対する実質的根拠がまだ見出されていないということを確認している。デンカーは、複数の関与者の部分行為と全体行為とのこのような根本的結び付きの根拠を、個人犯罪との比較考察によって展開する。そこでは、行為実行は先行する行為決意の実施とみなされうる⁽¹²⁷⁾。このことは、同一行為者の複数行為によって構成要件が充足される犯罪の場合、特に明らかとなる。例えば、強盗の場合、暴行または脅迫と窃取との結合は、この結合に先行する行為決意によって作られる。この個人犯罪の場合と同じように、複数の共同正犯者の全体行為の場合、事前の共同行為プロジェクト (Handlungsprojekt) すなわち共同の行為決意がそのために行われた行為を全体行為と結び付けうる⁽¹²⁸⁾。

⁽¹²⁵⁾ Dencker, Kausalität, S. 127 ff., 129 f., 130 ff.

⁽¹²⁶⁾ 具体的にいえば、「(構成要件的行為を行った) 者は」を「共同で (構成要件的行為を行った) 者は」と置き換える。

⁽¹²⁷⁾ これに関して Dencker, Kausalität, S. 152 ff. 参照。

⁽¹²⁸⁾ Dencker, Kausalität, S. 149 ff. なお、デンカーは、複数関与者の共同の行為決意は

コミュニケーションによって根拠付けられたこの全体プロジェクトは、そこに関与した人々の部分行為によって全体行為となる。そして、その全体行為が結果に対する原因であり、部分行為が共同プロジェクトに適した全体行為に対する原因であるとき、さらにはその部分行為が本質的であるとき、全ての部分行為者は全体行為に対して責任を負う。すなわち、部分行為は、全体行為に対する原因である個々の共同正犯者の本質的行為である。部分行為は全体行為の原因でなければならない、その全体行為は行為結果の原因でなければならないという、いわば二重の因果関係が存在することになる。その際、全体行為に対して個人行為から生じる責任の根拠は、全体事態に対するこの行為の因果関係である。まとめれば、個々の関与者が自らの活動をも含み、複数人の行為を調整する全体プロジェクトに基づいて行為するとき、彼は帰属される。行為結果に対する個々人の行為の因果関係は必要なく、全体行為に対する個人行為の因果関係で十分である。各関与者の行為は全体プロジェクトに従って組み込まれていたことだけが重要なのであり、個々人の行為寄与の因果関係が不確実であることは問題ではない。

そしてデンカーは、判例・通説と異なり、上述の帰属原理を故意の共同正犯の場合に限定せず、過失犯にも転用する⁽¹²⁹⁾。それを実行することによって、結果として過失犯の個別的構成要件の充足を伴う全体事態に至る

コミュニケーション事象 (Kommunikationsvorgang) であるため、個人行為者の行為が決意の場合とは異なり、主観的要素ではなく、客観的なものであり、主観的要件は全関与者の個々の部分的行為の段階でのみ要求されると主張する。また、ロッテュも、共同正犯者間にはコミュニケーション事象があることを指摘し、共同の行為決意は主観と客観が混合した基準であると主張する (Rotsch, a.a.O. [Anm. 54], S. 891 f.)。これに対して、行為決意に対する伝統的理解から離れる必要はないと批判する者として Kamm, a.a.O. (Anm. 18), S. 155; Knauer, a.a.O. (Anm. 19), S. 176.

⁽¹²⁹⁾ Dencker, Kausalität, S. 174 ff.

ような全体行為プロジェクトが存在しなければならない。さらに、全ての関与者はこの行為プロジェクトにおいて予定されていた自らの寄与を「部分行為」として行わなければならない。行為プロジェクト構想によるこの部分行為の結び付きが、過失の全体行為である。また、彼は、「共同で」という要素を、共同で抱かれた行為故意の意味における行為決意の問題としているのではなく、単に事前の行為プロジェクトに基づく行為の調整された実行と考えているため、すなわち、「共同の行為決意」を「行為の共同決意」ではなく「共同行為の決意」と捉えているため、全体行為のこの考えからも過失の共同正犯を肯定しうると考えている⁽¹³⁰⁾。さらに、ドイツ刑法25条2項によって過失共同正犯を認めることは、解釈学的観点から「容易に可能」であるばかりか、「実際に…不可欠」でもある。過失共同正犯を肯定することで、複数の者が過失で協力し、個々人の原因性が欠けているにもかかわらず関与者全員を処罰したスイス連邦通常裁判所の落石事件の結論を根拠付けることができるからである⁽¹³¹⁾。

このようなデンカーの見解に対して、プッペは、犯罪的意味をもたない行為プロジェクトが、どのようにして、共同正犯の成立にとって必要な行為計画を代用するのか不明であると批判する⁽¹³²⁾。プッペと同じくクラージュも、幫助に該当しないものはいわんや共同正犯にも妥当しないという考えから中立的行為による幫助を引き合いに出し、処罰される幫助と不処罰の中立的行為との差は犯罪的意味連関の有無であり、これは純粋な客観的基準ではなく客観的・主観的基準によって区別されるが、過失の共同正犯の場合、主観的には、共同実行は許された行為プロジェクトに向けられ

⁽¹³⁰⁾ Dencker, Kausalität, S. 160, 176.

⁽¹³¹⁾ Dencker, Kausalität, S. 178.

⁽¹³²⁾ Puppe, GA 2004, 133, 135. 同旨 Becker, a.a.O. (Anm. 32), S. 177. その他の批判として Sánchez Lázaro, a.a.O. (Anm. 32), S. 55参照。

ているため、犯罪的意味連関をもっていないとして、過失の共同正犯を批判する⁽¹³³⁾。促進的寄与が合法的行為と関係している場合、犯罪的意味連関は欠如する。従って、保護法益を顧慮して、正犯者または共犯者が行為不法を実現する場合、中立的な日常行為は可罰的なものとなる。行為不法がなければ、可罰性を根拠付けることはできない。これは、共同正犯にとって、共同の行為決意が関与者にとって行為不法を根拠付ける行為プロジェクトと関係していなければならないということの意味する。

しかし、レンツィコウスキーは、過失単独犯が犯罪的意味連関と関係していない以上、その欠如が過失共同正犯の否定につながりえないばかりでなく、共同の行為プロジェクトの考えを擁護する立場から、共同の行為プロジェクトは許されざる危険の創出であり、既にそれは法的に中立ではないため、過失の共同正犯と中立的行為とを比較することは事情を無視していると反論する⁽¹³⁴⁾。過失の共同正犯は法的に中立な行為プロジェクトとは関係ない。また、ヘリングは、デンカーの見解には賛同しないものの、共同の行為決意は犯罪的意味連関を示すと反論する。過失共同正犯にとって重要なのは、不注意な行為の共同実行である。この行為は不注意な実行によって犯罪結果を惹起するまで刑法上重要ではない。過失行為の不法は、結果発生ではなく、行為者の行為と結び付いている。単独正犯の場合、行為が注意義務違反の「担い手」とみなされうるように、共同正犯の場合、全体行為が注意義務違反、すなわち刑法上重要な非難の担い手とみなされう。共同の行為決意は、非難の担い手としての全体行為と関係していなければならない。この意味で犯罪的意味連関があるとする⁽¹³⁵⁾。

⁽¹³³⁾ *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 141 ff., 260 ff.

⁽¹³⁴⁾ *Renzikowski*, FS-Otto, S. 433 f.; *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski*, a.a.O. (Anm. 44), S. 520.

⁽¹³⁵⁾ *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 226 f.

しかし、デンカーの見解に対する問題点は他にもある。例えば、全体行為と結果との間の他に、個別行為と全体行為との間にも因果関係を必要とする考え方に対してヘリングは、そのような二重の因果関係を論理的でも必要的でもないとして批判する⁽¹³⁶⁾。刑法上の因果関係は行為と「結果」との結び付きであり、行為と全体行為との結び付きではない。また、共同行為の決意で十分という考え方に対して、カムは、全ての関与者が共同行為に関する自らの決意を他の協力者と全く切り離して捉えるのは不十分であると批判する⁽¹³⁷⁾。他人の行為が帰属される理由の一つは、全ての関与者は他人との共同の取り決めに基づいて彼のためにも行為したいという事実である。従って、最低限、コミュニケーションが要求される。この批判に関連して、ゾフォスは、全体プロジェクトを純粹に客観的に方向付けた場合の不都合性を指摘する。それを具体化するため、ゾフォスは、コックとウェ이터がお互い無関係に客に致死量の毒を投与した結果、客が死亡したという、デンカー自身が多重因果関係を説明するために用いた事例を引用する。ここでデンカーは、「飲食店という組織体の経過」を全体プロジェクトと理解し、それに関与したコックとウェ이터を共同正犯とするが、ゾフォスは、飲食店には常連客も存在しており、彼らも「飲食店という組織体の経過」に関与しているため、共同正犯となってしまうと批判する⁽¹³⁸⁾。さらに、全体行為原理を過失共同正犯にそのまま転用したことに対して、カムは、デンカーは故意行為者と過失行為者との相違を考慮していな

⁽¹³⁶⁾ *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 142, 280.

⁽¹³⁷⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 155. 同旨 *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 174 f.

⁽¹³⁸⁾ *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 155. 同じく嶋矢教授も、プロジェクトへの関与を認識するだけで他人の行為や結果にまで責任を問われるのは「かなり問題があるレベルまで負責の拡張を可能にする解釈論である」と批判される（嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論〔2・完〕」157頁）。同旨 *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 176 f.

いと批判する⁽¹³⁹⁾。構成要件的结果を実現することを意図せずに複数の者が結び付いた場合が、法的に否認された結果を実現するために複数の者が結び付いた場合と同様に、保護法益に対する存在の蓋然性を伴うか否かは疑わしい。それにもかかわらず、なぜデンカーは両者を平等に取り扱っているのかに関して、彼は何も検討していない。

④ シャール説

シュトゥルエンゼーおよびデンカーの見解に示唆を受けて、シャールは、過失共同正犯は事前に取り決められた行為プロジェクトの共同実行として構成可能であると主張する⁽¹⁴⁰⁾。過失の共同正犯を否定するドイツの通説によれば、関与者が故意で共同した場合のみ相互帰属が可能となる。行為者は自らの目的を惹起するために第三者を投入した場合、それに対しても責任を負わなければならない。しかし、過失行為における共同の行為プロジェクトは、不法結果を目的としていないため、相互帰属の根拠が弱いように思われる。

これに対してシャールは、このような論拠から過失において相互帰属は存在してはならないと推論することは立法者が過失の法定刑と例外処罰を考慮した過失行為の低い当罰性と分業的行為に際しての相互帰属の問題とを混同していると批判する。軽い過失責任にとっては、行為者が故意によらず結果を惹起したということで十分であるように、過失の共同正犯にとっては、犯罪結果の達成のためではなく、許されざる危険な状況の創出のために共同性が作り出されることで十分である。行為が結果を志向して

⁽¹³⁹⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 156. 同旨 *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 174. これとは逆に、内海教授は、デンカーの見解は故意共同正犯の理論をそのまま過失犯に転用するという態度は、必ずしも貫かれていないと批判されている(内海・前掲書〔注100〕140頁)。

⁽¹⁴⁰⁾ *Schaal*, a.a.O. (Anm. 8), S. 221 ff.

いなくても共同正犯は成立すると主張する。

では、過失共同正犯を肯定した場合、共同行為とはどのようなものか。社会において人が共同で行為するというのは全く日常的なことであるため、共同で行為した場合にはいつも相互帰属されるというのであれば、際限なき責任の拡大となる危険性があるからである。例えば、先述した自転車乗り事件において、エクスナーは、「彼らは危険な走行を『共同で行っていた』。そして全ての者はこの共同行為の予見可能な結果全体に対して責任を負う」として、過失の共同正犯を肯定し、前方を走っていた被告人を処罰しようとする⁽¹⁴¹⁾。また、プッペも同じ事例を用い、ある場所から別の場所への走行は共同の行為プロジェクトであり、前を走っていた者と後ろを走っていた者は同じ注意義務に違反し、お互いそれを認識していたため、本説によれば、前方を走っていた者の行為は事故を惹起していないが、その他の点で因果関係代替的な過失共同正犯の全ての要件を充足していた。そのため、過失の共同正犯が認められなければならないはずであると批判する。どれほどの相互並列的な行為態様を行為プロジェクトにまとめるかに応じて、共同正犯の範囲が大きくなったり小さくなったりするため、行為プロジェクト概念は多義的であるというのである⁽¹⁴²⁾。犯罪的意味をもたない共同の行為プロジェクトは、自由に操作可能ということである。過失の共同正犯を導入することは、深刻な結論に達してしまうと主張する。

しかし、このような刑事責任の拡大という批判に対してシャールは、それは過失共同正犯の否定にはつながらないと反論する⁽¹⁴³⁾。むしろ、共同行

(141) Exner, a.a.O. (Anm. 80), S. 585 f.

(142) Puppe, GA 2004, 133, 135, 145 f.

(143) Schaal, a.a.O. (Anm. 8), S. 226. 根拠付けは異なるものの同旨 Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski, a.a.O. (Anm. 44), S. 519. レンツィコウスキーは、共同性が各々構成要件によって禁止される許されざる危険創出と関係している場合、際限なき責任拡

為に対する責任を正当化しうるほど関与者を相互に密接に結び付ける共同行為とはいかなるものかを検討すべきと主張するのである。この限りで、最も広い意味での「共同行為」が共同責任を根拠付けることはできない。シャルルによれば、自転車乗り事件でいうならば、二人が共同で自転車走行するという漠然とした結び付きでは、過失共同正犯というには不十分である。

そこで、シャルルは、過失の共同正犯にも共同プロジェクトの意識的・意欲的実行を必要とし、このプロジェクトの取り決めに高い要件を設定する。その際、彼は、関与者が、法的評価により注意違反を形成する実際の事情を共同で意欲された自分達の行為プロジェクトの対象とするということの主眼とする。すなわち、関与者は、取り決められた通りの義務違反行為を相互に承諾しなければならない。自転車乗り事件にとって、一緒に走行するという取り決めではなく、対向自転車を驚かせるため二人は照明を点けずに走行しようとする決めることが、過失の行為態様である共同行為プロジェクトの対象である。この場合、両者の結び付きは、共同の社会的行為以上のものである。単に明かりをつけずに走行したという注意義務違反からではまだ共同性は形成されない。彼らは、自らの関心を追求するため、必要な注意を払わないことを相互に取り決めた。一方が他方のためにも行為しているため、相互帰属が正当化されるのである⁽¹⁴⁴⁾。

しかし、この見解によると、従来、過失の共同正犯を肯定していた事案に共同正犯が認められなくなってしまうであろう。例えば、有名な世田谷通信ケーブル事件⁽¹⁴⁵⁾では、両被告人は相互に指差呼称して消火を確認しあったうえで現場を離れたわけではないため、義務違反行為の相互の承諾

張は回避できると反論する。

(144) Schaal, a.a.O. (Anm. 8), S. 227. 同旨 *Renzikowski*, FS-Otto, S. 433.

(145) 東京地判平4年1月23日判時1419号133頁。

は認められない。同様に、スイス連邦通常裁判所の落石事件においても、両被告人に相互承認は確認できない。共同プロジェクトを肯定するための要件が厳しすぎ、過失の共同正犯を認める余地がかなり小さなものとなるう。

⑤ ヴァイサー説

過失行為者は、注意義務違反行為によって損害を惹き起こす因果経過を始動させたことに対して責任を問われる。複数の者の不注意によって共同で結果が惹起されることがあるということに争いはないが、通説は意識的に法益侵害は行われたいという過失犯の性質から、彼らの間に共同の行為決意は認められないと主張する。しかし、ヴァイサーは、それは故意犯と過失犯との構造的相違にすぎず、過失共同正犯者にも意識的・意欲的協力が存在しうると主張する。過失共同正犯者の意思は、故意犯と異なり、不注意な行為の共同実行と関係すればよく、この場合、行為者は自らの行為の不注意を認識する必要はなく、注意義務違反の瞬間における共同行為の意識で十分である⁽¹⁴⁶⁾。そのため、共同の行為決意を理由に、過失の共同正犯が否定されることになるわけではないと反論する。そこから彼女は、過失の共同正犯は過失の基準を元に決められるべきであり、過失単独正犯の基準を共同正犯にも当てはめ、注意義務が複数の行為者に共同で課せられている場合、その違反に対して彼らは共同正犯として責任を負うと主張する⁽¹⁴⁷⁾。過失共同正犯の目的は全体事象のうちのどれが個々の共同正犯者に帰属されるか考慮することなく、不注意な行為の全体結果を行為者全体に

⁽¹⁴⁶⁾ WeiBer, JZ 1998, 233. 同じくランジークも、共同正犯には共同の行為決意が必要であるが、それは刑法上の結果の惹起に向けられる必要はなく、共同の「行為」決意で十分とする (Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 70)。

⁽¹⁴⁷⁾ WeiBer, Kollegialentscheidungen, S. 147.

帰属する点にあることから、ヴァイサーは、過失共同正犯の要件を一般的な過失解釈学の中に見出しているのである。

それに基づき、彼女は過失の共同正犯を肯定するために三つの要件を提唱する⁽¹⁴⁸⁾。まず第一に、行為者の客観的注意義務は全員等しいということである。関与者は同じ注意義務違反に対して責任を問われうる時のみ、同じ犯罪が問題となりえ、寄与者の相互帰属が考慮されるため、共同正犯的に結び付いた行為者の場合、客観的注意義務違反は同じ性質を示していなければならない。言い換えれば、関与者によって同じ態様、同じ範囲で充足されうる注意義務が問題である時のみ、その侵害も共同で行われうる。法的に否認され、結果の原因である危険創出が共同の行為によって行われた時のみ、共同正犯による帰属が考慮される。しかし、行為者に注意義務が共同で課されているだけでは、同時犯と区別することができない。同時犯にも同じように注意義務が課されているからである。

そのため、注意義務以外に行為者を結び付ける要件が必要となる。そこで彼女は、二番目の要件として、関与者を主観的に結び付ける要素、すなわち、共同の義務的地位の意識を要求する。行為者は結果原因的危険を創出する際、他人と協力して意識的に行為しなければならない限りで、過失犯も主観的要素を前提とする。これは、過失共同正犯を一般的な過失解釈学から引き出そうとする著者の見解から導き出される結論であり、故意の共同正犯における共同の犯罪計画と同じというのではない。もちろん、故意の共同正犯とは異なり、過失共同正犯者は結果惹起を望んでいない。それにもかかわらず、彼らは、危険創出行為の瞬間、他人と共同で行為する

⁽¹⁴⁸⁾ *WeiBer*, JZ 1998, 236 f.; *Schönke/Schröder/Heine/WeiBer*, StGB, vor §§ 25 ff. Rn. 115 ff. 同旨 *Kirsch*, aa.O. (Anm. 42), S. 260; *Pfeiffer*, Jura 2004, 525. ただし、プファイファーは「共同の行為決意」と「全関与者の平等の注意義務違反」を必要とするが、以下の本文に挙げるヴァイサーの第三の要件についての言及はない。

ということを意識していなければならない。過失行為者のこの主観的結び付きが客観的に共同で行為している同時犯から彼らを区別するのである。

第三に、関与者には同じ態様で注意義務が課せられていることに関連して、行為者は自分と共同で行為している者が自分と同じ注意要求を課されているということを知っていなければならない、というような主観的結び付きが必要である。

これらの基準をまとめると、客観的に平等の注意義務を課せられている複数の行為者が共同の義務的地位を意識して、意識的に共同で不注意な作為ないし不作為を行ったならば、ドイツ刑法25条2項を適用して、帰属統一体としての共同正犯者に侵害結果の惹起に対して帰属させることができるということになる。

侵害結果が過失で行為している集団によって惹起されたことが明らかであるため、この帰属統一体の誰が具体的に結果を惹起したのかという問題は重要でない。この解決法によれば、統一的正犯概念や不作為による解決法のように、刑法上の責任非難を根拠付けるため、実際には密接に関係している関与者の行為を不自然に分割する必要はない。全体事象から切り離された個別行為が関与者の過失単独正犯の非難を正当化するか否かが問われるのではなく、むしろ、過失共同正犯の要件を確定することで、共同正犯的結び付きによって生じる集団への結果帰属が行われる。それにより、全体事象を全ての関与者に個別的に分割する必要性がないことから、視点が個人から集団の責任に向けられ、後に検討するように、取締役決定における結果帰属が容易となる。

しかし、この見解に対してクラージュは、ヴァイサーの見解によれば過失犯における意識は故意犯の場合より程度が低いにもかかわらず、なぜこの意識が故意犯における共同の行為決意に相当するのか彼女は説明しておらず、また、全関与者の意識的協力で十分なのかそれとも犯罪的意味連関

が要求されるべきなのか不明確であると批判する⁽¹⁴⁹⁾。また、金教授は、故意犯と過失犯との間に構造的な差があるのかそれ自体が問題であり、仮にその差を認めるとしても、故意行為者と過失行為者が混在した場合、後者は因果関係が欠けているため、不処罰となりうると批判される⁽¹⁵⁰⁾。さらにベッカーは、なぜ、同じ注意義務を課せられている者のみが過失の共同正犯者とみなされるべきかは明らかでないとして批判する。彼はこれを事例を用いて説明する。電気技師Eと金属熟練工Mは共同でチェーンソーを製造しようと考え、Eは電気部分を担当し、Mはカバーを制作した。しかし、二人の注意義務違反が重なり合った結果、そのチェーンソーを使用した第三者が死亡した。ここでは、客観的にはEとMの行為によって共同で死が惹起されたにもかかわらず、二人の注意義務が異なるため、共同正犯による処罰は排除されることになるが、その理由は明らかでない。重要なのは、各関与者に課せられた注意義務に違反することであって、他の関与者と同程度に注意義務が課せられていることではないと批判する⁽¹⁵¹⁾。

(149) Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 136. その他に、彼は、故意犯と過失犯の根底には統一した行為概念があるという考えを背景に、過失行為者は通説のような注意義務違反に対してではなく、故意行為者と同様、法益侵害行為の実行に対して処罰され、それ故、過失犯の場合、過失規範から生じる義務以外の義務は存在せず、この義務のみが違反されると主張する。この考えに基づき、彼は、共同性は共同の注意義務違反ではなく、行為の実行と関係すると述べ、ヴァイサーの見解に異を唱えている (S. 256)。なお、クラークは、故意と過失の相違は行為に先行する決定過程にのみ存在するという考えから、故意行為の場合、行為者は外界の変更の結果として一定の法益侵害的因果経過を始動させようとするのに対して、過失行為の場合、行為者は目的に向けられた行為を実行し、その際、法益侵害に至る因果経過の始動の可能性を考慮しなかった、または考慮したが始動しないと評価したことでありと主張する (S. 270)。

(150) Kim, a.a.O. (Anm. 37), S. 163, 291. 同旨金子・前掲「過失犯の共同正犯」162頁以下。

(151) Becker, a.a.O. (Anm. 32), S. 178. 同旨 Häring, a.a.O. (Anm. 19), S. 177; 金子・前掲「過失犯の共同正犯」107頁。

過失共同正犯を過失犯の基準を元に考察していこうとする立場は首肯しうるものの、過失共同正犯が認められるためには、過失行為者に平等の注意義務が必要であるというのはいささか狭すぎるであろう。例えば、二人制の踏切で、一人が列車接近の確認を、もう一人がその合図に基づいて信号灯切替えおよび遮断機閉鎖を行っていたが、前者が確認を、後者が閉鎖を怠ったため、列車と乗用車が衝突したという事件⁽¹⁵²⁾では、両者の注意義務の内容は異なっているため、わが国の判例とは異なり、過失の共同正犯は認められないことになる。ここで注意義務の内容を漠然と結果発生防止と捉えた場合、例えば、病院棟看護師と手術看護師との間での患者の引き渡しに際して、麻酔導入に際して、執刀に際して、看護師・麻酔科医師・執刀医がそれぞれ患者の同一性確認を徹底しなかった結果、別の患者を手術したという、わが国で過失の競合と捉えられている事件⁽¹⁵³⁾に過失の共同正犯が肯定されることになる。また、行為者は他の共同者が自分と同じ注意義務を課されていることを知っていなければならないという点に関しても、故意犯と比較した場合、問題となる。ある者が殺害の故意で、もう一人が傷害の故意で発砲し被害者が死亡した場合、共同正犯が成立するためには相手が自分と同じ内容の法益侵害を行うということを知っていなければならない以上、本事例では両者に共同正犯が認められないというおかしな結論になってしまうであろう。

(152) 京都地判昭40年5月10日下刑集7巻5号855頁。

(153) 最決平19年3月26日刑集61巻2号131頁。