

合議決定に基づく犯罪(2・完)

——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 (⑤まで, 214号)
- III. 合議決定における取締役の過失共働に関する問題
 - (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 (以上, 本号)

⑥カム説

処罰される過失正犯と処罰されない過失教唆・幫助との間に「可罰性中間段階」が存在しないため、過失共同正犯を肯定するためには高い根拠付けが必要であるという考えを背景に、カムは、ドイツ刑法25条2項は共同正犯を故意犯に限定していないため、複数の者が過失で結果を惹起した場合も本条項は適用されると主張する。それ故、故意の共同正犯の場合と同様、過失の関与者に各々の行為寄与が相互に帰属され、全員共同「正犯

者」として処罰される。しかし、カムは、故意の共同正犯において関与者間を結び付けているのは共同の行為決意である⁽¹⁵⁴⁾と解しているため、過失行為を単に共同で実現するだけでは過失の共同正犯を認めるのに不十分であり、故意犯とは異なる意味での主観的要素が必要であると主張する⁽¹⁵⁵⁾。この主観的要素を検討する前に、カムは、過失共同正犯の不可欠な要件として、故意の共同正犯の場合と同様、過失犯にも保護法益に対する高められた危険性を要求する。複数の者が協力した場合、法益に対する危険性が高まるのは故意犯の場合も過失犯の場合も共通しているため、両犯罪形態間で一定程度共通して扱うことができる⁽¹⁵⁶⁾。カムの見解によれば、過失犯の場合、この危険性は、複数の関与者が必ず協力することによってのみ構成要件的结果を惹起もしくは回避しようとき認められる⁽¹⁵⁷⁾。例えば、複数の者が協力することによってのみ動かすことができる一つの大きな石を不注意で崖下に落下させた場合（作為犯事例）や劇場支配人が水槽に水を入れておく義務を怠った一方、出火の際に防火責任者が配慮していたため消火できなかったという場合（不作為事例）である。このような特殊な場合においてのみ、複数の者が共同で過失行為を行ったとき、過失の共同正犯を認めることによって全体事象に対する個々人の責任が考慮される。

以上のような過失共同正犯の前提を背景として、カムは、過失共同正犯に関して主観的要素と客観的要素の必要性を検討する。

⁽¹⁵⁴⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 36 ff.

⁽¹⁵⁵⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 182 ff., 199 ff. さらに、故意犯と過失犯との構造上の相違から、故意の共同正犯に妥当していたものは過失には援用できないということも論拠の一つとして挙げている。

⁽¹⁵⁶⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 190 f.

⁽¹⁵⁷⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 188 ff.

まず、主観的要素に関して⁽¹⁵⁸⁾、過失犯には共同の行為決意が欠けているため過失の共同正犯は認められないという見解に対して、カムは、この見解は故意犯と過失犯との構造上の相違を無視するものであり、故意と共同の行為決意を同一視していると批判し、過失犯にも共同の行為決意は問題になりうると主張する。そしてこの問題を検討する契機として、故意犯の共同正犯における共同の行為決意を引き合いに出す。ここでは、共同の行為決意に、関与者間の連帯を根拠付ける要因、並びに共同正犯行為と共同正犯として帰属不能な過剰行為との区別を可能にする共同正犯限定機能とが認められている。この二つの要件が過失の場合にも認められる場合、共同の行為決意が肯定されることになる。まず前者に関して、カムは、故意の協力の場合とは異なり、過失の場合、共同の目的が追求されず、それにより相互帰属を根拠付けることができないとし、関与者間の連帯根拠付け効果を否定する。また、後者に関して、カムは、共同正犯限定機能としての共同の行為決意を不必要とする。彼女の見解によれば、否認された結果を自らの行為によって惹起した複数の者が行為を実行するために共同で決意したことが、共同正犯と過剰行為を区別する基準である。しかし、これは、結果を惹起もしくは回避するための個々の行為態様の重なり合いの必要性という客観的事情である。関与者の一人によるだけでは客観的に構成要件の結果を惹起もしくは回避しえないときのみ、過失の共同正犯が問題になる。それ故、過失共同正犯の場合、協力の必要性という明確な客観的区別基準が存在する以上、共同正犯限定機能としての共同の行為決意という主観面に立ち戻ることは必要ない。従って、過失の共同正犯を肯定することは、関与者の共同の行為決意と関係ない。

⁽¹⁵⁸⁾ *Kamm*, aa.O. (Anm. 18), S. 196 ff. 同旨 *Steckermeier*, aa.O. (Anm. 40), S. 216. もっとも、彼女は、共同の行為決意(彼女の用語法によれば「共同の行為取り決め」)を客観的構成要件要素と考えている(S. 206)。

しかし、カムは、過失の共同正犯において主観的要素を不要としているわけではない。他人が関与したこと、およびどのような形で関与したかを知らなければ、個々人は他人の行為に対して責任を問われない。そこで、カムは、過失の共同正犯を根拠付けているのは協力の必要性であるということから、個々の関与者は、作為もしくは不作為を共同で実行するということを意識する必要がある、それに加えて、構成要件の結果は各々の行為態様が重なり合うことによってのみ実現されうるという状況を創出する事情、すなわち個々の行為寄与の相互依存関係を根拠付ける事情をも認識していなければならないとする⁽¹⁵⁹⁾。行為寄与の集团的帰属という重大な法的効果を正当化するために、後者の事情をも認識しなければならない。単なる認識可能性では不十分である。

他方、客観的要素に関して⁽¹⁶⁰⁾、カムは、共同正犯も正犯であるため、事象に関与した者が客観的な行為寄与を行ったときのみ共同正犯として処罰されうるとして、これを要求する。作為犯の場合、個々人は、他の関与者の行為寄与と重なり合うことによって初めて結果を惹起しうるような行為寄与を行わなければならない、不作為犯の場合、行為者は、他の保障人も自分達の義務を履行したときのみ結果発生を防止しえたような行為を行ってはならない。ここでは、危険増加が過失共同正犯にとって決定的であるため、必要数以上の者が関与したとしても、それは重要でない。他人の協力がなければ行為を実行できないという点のみが重要である。従って、単独で行為の実行が可能であってはならず、そのため、スイス連邦裁判所の落石事件では、共同正犯は認められないことになる⁽¹⁶¹⁾。行為結果に対する

⁽¹⁵⁹⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 200. 前者の認識を必要とする者として *Otto*, *Strafbarkeit* S. 12; *WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 147.

⁽¹⁶⁰⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 201 ff.

⁽¹⁶¹⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 207 Fn. 94.

個々の行為寄与の原因性は、過失共同正犯の認定に対して要求されないのである。すなわち、客観的な点において、行為は、結果の惹起もしくは回避が複数の者の事象への関与に依存しているというように展開されなければならない。従って、個々の関与者は、作為または不作為によって、行為結果の惹起もしくは防止にとって客観的に不可欠であった注意義務違反を行わなければならない。

しかし、過失共同正犯の可能性を関与者が必ず共同で結果を惹起しなければならない場合に限定しようとするカムの見解に対して、クナウアーは二つの点から、この限定は正しくないと批判する⁽¹⁶²⁾。まず、カムは複数の者が必要的に協力することによってのみ危険は増加すると主張するが、過失の場合には共同の目的を追求するという蓋然性が欠けているため、高められた危険は非常にまれな場合にしか問題にならず、また、お互い無関係な二台の車にはさまれて被害者が過失で死亡したという後述する事例のように、共同の目的追求なき協力も危険を増加させることができる。しかし、より問題なのは、合議決定のような、過剰に条件付けられた事例の場合である。全ての関与者の協力が必要というカムの見解によれば、合議決定において、決議に必要な数以上の取締役が賛成した場合、過失の共同正犯を肯定できなくなる。そこでカムは、「個々人は行為を自己のものとして行うことができない」⁽¹⁶³⁾ことが重要であるというように自らの見解を修正する。さらに、カムは、過剰な関与があった場合、コンディチオ公式によって因果関係を判断するのではなく、「全ての過剰な行為寄与を取り除いて考えた場合、個々の協力者の行為寄与が行為の実現にとって不可欠で

⁽¹⁶²⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 196 ff. 同旨 *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 134 f.; *Weezel*, a.a.O. (Anm. 7), S. 148 ff.; *Kirsch*, a.a.O. (Anm. 42), S. 259; 金子・前掲「過失犯の共同正犯」98頁以下。その他の批判として嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(2・完)」159頁も参照。

⁽¹⁶³⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 202.

あるならば、この行為寄与には共同正犯構成的な効果⁽¹⁶⁴⁾があるとする。この考え方は、後述の inus 公式を想起させるが、なぜ、現実に存在する全ての票ではなく、過剰な寄与分のみを排除するのか明らかでない。従って、必要的な共同結果惹起というカムの考え方により、「実際不必要となった個別的因果関係に関する見解の争いが『裏口から』再び議論に連れ戻された」⁽¹⁶⁵⁾ことになる。また、クナウアーの批判と同じ視点から、ヘリングは、カムの論述には共同正犯の共同性に関する詳細な定義が欠けていると批判する。例えば、五人の暗殺者が被害者に同時に発砲した場合、彼ら全員が単独でも結果を発生させることができるとしても、被害者の死は彼らの共同作業であるため、複数の者による共同作業の必要性というだけではまだ共同正犯の共同性を根拠付けることはできない⁽¹⁶⁶⁾。さらに嶋矢教授も、カムが例として持ち出した作為犯事例の場合、一方がやめれば結果は回避されるため、因果関係に関するどの見解からも条件関係は肯定可能であり、その意味で限定しすぎで、構成の意義がないと批判され、また、不作為犯事例に対しても、例えば、AとBが協力しなければ結果を回避できないような場合、Bの作為への非協力が明らかになった場合にもAの不作為を処罰してもいいか疑問であると批判されている⁽¹⁶⁷⁾。そもそも、カムの不作為事例においては、一方が不作為にでるだけで結果を発生させることができるため、両者の不作為によってのみ結果発生を回避することができなくなるとはいえないであろう。カムの見解は、望ましい結論に達したいがための理論といえよう。

⁽¹⁶⁴⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 220.

⁽¹⁶⁵⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 198.

⁽¹⁶⁶⁾ *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 180.

⁽¹⁶⁷⁾ 嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論（2・完）」159頁。

⑦ホイヤー説

過失共同正犯を肯定しようとする見解の中には、個々人と結果との因果関係が不明な場合、誰も処罰されないという不都合を回避するために安易に共同正犯という逃げ道を使おうとする者もいる。しかし、このような考え方に対してプッペは、「まず初めに共同正犯を主張し、その後彼の行為を他の関与者の因果的行為と共同でのみ検討し、このようにして、彼は他の共同正犯者と共同で結果に対する原因となり」⁽¹⁶⁸⁾、それを、前提とされた共同正犯を確認するものとして用いていると批判し、因果関係確定を不要とする論拠は循環論法に陥っていると主張する。「行為関与者が共同正犯者であるために彼らは因果的であるというのではなく、彼らが因果的であるためそしてその限りで彼らは共同正犯者である」⁽¹⁶⁹⁾。

そこで、ホイヤーは、因果関係は正犯責任にとって不可欠であり、正犯性とは独立して考察されなければならないとの立場から、因果関係についても詳細に分析した。まず、ホイヤーは、コンディチオ公式では仮定的代替原因や多重因果関係をうまく解決できないと指摘し、コンディチオ公式によってではなく、結果蓋然性の増加を必然的に伴う「増強効果(Intensivierungseffekt)」と、結果蓋然性が実際に増加したためにその他の条件は必要ない、換言すれば、代替原因の排除を意味する「引き受け効果(Übernahmeeffekt)」という二つの要素から成り立つ「蓋然的因果概念(probabilistischer Kausalbegriff)」によって問題解決を図ろうとする⁽¹⁷⁰⁾。そし

⁽¹⁶⁸⁾ Puppe, Anmerkung zu BGHSt 37, 106, in: JR 1992, 32. 過失共同正犯肯定論者から同じ考えをもつ者として例えば Hoyer, GA 1996, 173; 嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(2・完)」154頁。もっとも、嶋矢教授は、複数関与者が存在する場合、その全員に条件関係が備わっていなければならないというのは行き過ぎであると主張する(160頁)。

⁽¹⁶⁹⁾ Puppe, Die Architektur der Beteiligungsformen, GA 2013, 524.

⁽¹⁷⁰⁾ Hoyer, GA 1996, 168 ff. なお、ホイヤーの因果関係を詳細に分析した者として岩間

てホイヤーはこれを皮革スプレー事件に適用する。親会社の取締役が五人全員一致で製品不回収および販売継続を決議した後、子会社の二人の取締役もそれに賛成票を投じた。ここでは、子会社の取締役は、自分たちが投票したときには既に多数派が形成されており、もはや影響を及ぼすことができないため、増強効果が認められず、彼らには因果関係が否定される。それに対して、同時に投票した親会社の取締役の場合はこれと異なる。投票直前の結果蓋然性は、回収反対という状況を考慮したうえで判断される結果蓋然性より低いという点に、増強効果が認められる。すなわち、彼らの投票によって結果蓋然性が高められたことになる。また、個々の票は各々、多数派形成のために、同一方向に向けられた他の票を不必要とする点に引き受け効果が認められる。自らが投票する前に既に多数派が形成されていたり、自らの投票と同時にまたは事後に自分の立場とは逆の多数派が形成された場合は、彼の票は危険ではないが、ここでは、五人全員が同時かつ同一方向に投票している。それ故、彼らの票は全て生じた損害に対する原因である。

このようにして合議決定における各委員の因果関係が認められることを前提としたうえで、ホイヤーは、過失共同正犯は故意犯に対して妥当する共同正犯要件に広く依拠して構成することができると主張する⁽¹⁷¹⁾。そこで、皮革スプレー事件を引き合いに出し、共同の行為計画を、全委員による同時・同一方向かつ相互に影響されない投票の中に見出すとともに、事前に共同で策定されたこの行為計画に基づき、命令に拘束されている従業員を通じた間接正犯という形で、全ての取締役の実行行為性が認められる。従って、二つの共同正犯要件が充足されている。共同正犯者は違法行為の阻止閾（Hemmschwelle）を超える気があることを相互に約束し、そ

康夫『製造物責任と不作為犯論』（2010年）185頁以下参照。

(171) Hoyer, Wozu brauchen wir fahrlässige Mittäterschaft?, in: FS-Puppe, 516 ff.

れにより、各々他人に対する心理的阻止閾を下げるという点に、単なる教唆を超えた共同正犯者相互の影響がある。まさにそれ故に、その約束は、実行段階における行為寄与、すなわち、共同の行為計画に基づいた許されざる危険な行為と関係していなければならない⁽¹⁷²⁾。

しかし、合議決定に際して、同時的ではなく、一人一人賛否を聞き、賛成票が過半数に達した後に賛成を表明した者の刑事責任はいかなるものになるのであろうか。この場合、過半数獲得後の賛成意見には増強効果がないため、因果関係が認められないのであれば、取締役の刑事責任は意見を述べた順に決まるという偶然性に左右されることになる。また、秘密投票で反対票が一票以上あった場合、因果関係はどのように認められるのが本説では明らかでない。

⑧「共同義務の共同違反」説

1. 伝統的アプローチ

この見解は、二人以上の者が、ある犯罪的結果を発生させやすい高度の危険を含んだ行為を共同して行っているという事態において認められる共同の注意義務に、共同行為者が共同して違反したとみられる客観的事態が存在するとき、過失共同正犯を肯定しようとするものである⁽¹⁷³⁾。単に危険

⁽¹⁷²⁾ Hoyer, FS-Puppe, S. 528; SK/ders., 9. Aufl., 2017, § 25, Rn. 136, 154.

⁽¹⁷³⁾ 前掲東京地判平4年1月23日判時1419号133頁、最決平28年7月12日刑集70巻6号411頁(もっとも、この事件では、被告人に過失の共同正犯は認められなかった)、大塚仁・前掲刑法概説297頁、同『犯罪論の基本問題』(1982年)319頁以下、同「過失犯の共同正犯の成立要件」曹時43巻6号3頁以下、藤木・前掲刑法演習講座227頁以下、内田・前掲書(注102)62頁以下、260頁以下、同・前掲論文(注6)24頁、野村稔『刑法総論(補訂版)』(1998年)399頁以下、佐久間修『刑法総論』(2009年)371頁以下、土本武司「過失犯と共犯」阿部純二・板倉宏・内田文昭・香川達夫・川端博・曾根威彦(編)『刑法基本講座 第4巻』(1992年)147頁以下、村上・前掲論文

な行為を共同で行うだけでは足りず、相互利用補充関係に立ったうえで、共通の注意義務を負う者に共同行為上の落ち度が認められなければならない⁽¹⁷⁴⁾。これは、藤木博士や内田博士、大塚博士らによって確立され、現在のわが国において多数の支持を集めている見解である。これによれば、各行為者は、自らの注意義務を遵守しなければならないばかりでなく、他の行為者にも注意義務を遵守させなければならない、いわば「義務の重複状態」⁽¹⁷⁵⁾である。また、橋本教授は、過失共同正犯における「不注意の共同」を重要な要素とする過失共働が故意共同正犯における「意思の連絡」に対応するという内田博士の見解に基本的に賛成しつつも、これは「共同」正犯を根拠付けても共同「正犯」を根拠付けることができないため、各関与者のそれぞれの寄与の実質を考慮した補強が必要であると主張される。すなわち、行為支配論に基づいて、「共同正犯が成立するためには、構成要

(注14) 205頁以下、阿部「過失の共犯—過失の共同正犯を中心として—」刑法の基本判例75頁、上野幸彦「過失犯の共同正犯—過失共同正犯論の展開過程を踏まえて—」日大法学紀要29巻162頁以下、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、溶接作業を交代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343号224頁以下、*Roxin, Täterschaft, 2. Aufl., S. 532, 535 ff.* ただし、バスの運転手と車掌のように、共同者の法的地位が異なる場合、過失共同正犯は肯定されない（反対、土本・前掲論文148頁以下：「地位が異なればつねに注意義務が共通しないとはいえない」、長井・前掲論文225頁：「実質的には、全体として一個の共通した具体的注意義務が課されており、その共同行為として相互に『不注意』を助長・促進し合ったという評価が可能であれば」よい、金子・前掲「過失犯の共同正犯」142頁、松宮・前掲「過失犯の共同正犯」513頁：「大事なことは、『地位の対等』それ自体ではなく、『義務内容の共同性』」である）。なお、当時ロクシンは、過失構成要件は義務犯であるという考えから、共同注意義務の共同違反を唱えていたが、後にその前提自体を放棄したため、現在では本説の支持者ではない。

(174) 藤木『刑法講義総論』（1975年）294頁、同「過失犯の共同正犯」研修263号13頁。

(175) 山口・前掲「過失犯の共同正犯」398頁。

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って犯罪実現を支配していることが必要である」⁽¹⁷⁶⁾。さらに、杉田氏は、実務は基本的に新過失論に立脚しており、過失犯の中核的要件事実である注意義務(結果回避義務)と過失行為のいずれも「共同」関係が認められる場合には過失共同正犯を認めるのが「実務の基本的な立場によく沿うもの」と主張され、実務の立場から本説を支持し、どのような場合に「共同義務」の「共同違反」が肯定されるかに関して詳細に分析されている⁽¹⁷⁷⁾。

⁽¹⁷⁶⁾ 橋本・前掲書(注59)198頁。橋本教授は、行為支配を主観的行為支配と客観的行為支配に分け、「過失共働」が主観的行為支配の実質を形成すると主張されている(200頁)。しかし、この考え方に対して伊東教授は、共同「正犯」性を根拠付けるために橋本教授は大塚博士の見解を引用されているが、大塚博士は各共同行為者が共同注意義務に違反する共同行為を行う際に持ち合わせた共通の心情が過失共同正犯の主観面の要素であると主張されており(大塚仁・前掲論文〔注173〕7頁)、これは主観的行為支配の内実として通常観念されるものとは相当異質なものであるため、主観的行為支配の内実を改めて明確に示す必要があると批判されている(伊東研祐『過失犯の共同正犯』論の現在」現代刑事法3巻8号64頁)。また、橋本教授の「不可欠の寄与」に関して金子准教授は、多数決で回収決定が下される場合、寄与の不可欠性は問題とならないため、これが共同義務を根拠付けることができるのか疑問を呈されている(金子・前掲「合議決定」271頁)。

なお、橋本教授は、過失犯の場合、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(橋本・前掲書〔注59〕195頁)。この点に関して嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(1)」105頁以下、同・刑雑45巻2号169頁参照。

⁽¹⁷⁷⁾ 杉田・前掲論文(注98)347頁以下。同様に、金子准教授は、共同義務の共同違反を、共同危険創出型と義務犯型とに二分されている(金子・前掲「過失犯の共同正犯」138頁以下)。また、島田教授は、共同正犯には相互的な結びつきと対等ないしそれ以上の役割での犯行加功が必要であるということを出発点とし、後者の下位基準として、杉田氏の類型化を取り入れている(島田聡一郎「第60条(共同正犯)」西田典

まず、「共同義務」に関して、もともと危険な状況が存在していたわけではないが、行為者の行為自体から結果発生の危険が創出されたために、彼らに危険の現実化を回避すべき義務が発生する場合（危険創出型）と行為者の行為とは無関係にもともと危険な状況が存在しているが、彼らが法令・契約・条理等により特にその危険の現実化を阻止すべき義務を負う場合（危険防止型）に区分し、さらに前者を三つのパターンに細分されている。まず第一に、二人が力を合わせなければ動かさない石を転げ落としたため、下にいた人に命中し死亡させたような、行為者が意思を通じて一体的な危険を積極的に創出して結果を発生させた場合（一体的危険創出）、第二に、二人がそれぞれ崖下に石を投げていたところ、どちらかの石が下にいた人に命中し死亡させたような、それぞれ独立して結果を発生させる危険を含んだ行為を行為者が同一機会に並行して行ったため、行為者全員またはいずれかの行為者の行為により結果が発生した場合（並行的危険創出）、第三に、一方が崖下に石を投げ、もう一方が下に人が通らないか見張っていたが、見張り役が他に気を奪われていたため、その間に下を通っていた人に命中し死亡させたような、もっぱら一方が危険創出行為を行い、他方がその危険の現実化を阻止する役割を担っている場合（役割分担的危険創出）である。これらの類型に関し、杉田氏は、まず、「一体的危険創出」の場合、行為者は「互いに協力しなければ危険な事態に至ることはないのに、あえて意思を相通じて積極的に一体的危険を招来しているのであるから、その危険の現実化を回避するため、両名は、共同して危険行為自体を避すべき義務又は危険行為から結果が発生することを未然に防止すべき義務を負っている」と主張され、行為者に共同義務が認められる。「並

之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻』〔2010年〕848頁以下）。もっとも、「役割分担的危険創出」の場合、杉田氏と異なり、島田教授は、意思連絡が存在し、関与の対等性が認められる場合には、共同正犯を認めるべきであると主張されている（849頁）。

行的危険創出」の場合、基本的には各個人が自らの罪責を負い、双方に過失犯が成立する場合には過失の競合を肯定されるが、「各関与者の作業内容から『社会生活上危険かつ重大な結果が発生することが予想される』ため、法令・契約・条理等から、自己の行為のみならず、共同作業に従事する他者の行為からも危険が現実化することのないよう、『相互利用・補充による共同の』結果回避義務が関与者全員に課せられている」にもかかわらず「共同の過失行為によって結果を発生させたような場合には、まさに『過失犯の共同実行』というべき実体が認められ」、相互利用・補充による共同の結果回避義務は、作業内容の危険性の大小、相互補充義務を課す法令・契約・条理等の内容・強さ、行為者達の関係・地位や具体的作業内容の均質性等から総合して決められる。これに対して、「役割分担的危険創出」の場合、行為者達の結果回避措置はお互い全く異なっており、相互性もないため、両者の結果回避義務は共同義務といえず、行為者は個別に単独過失が問われる。共同義務のもう一つの類型である「危険防止型」の場合、行為者の結果回避義務を共同義務と認めるか否かは、結果回避義務を課す当該法令・契約・条理等の内容如何によって決定される。

次に、「共同違反」に関して、杉田氏は、共同結果回避義務を課されている者が結果回避措置を講じることなく、意思を通じて各自一定の作為・不作為に出たことが必要であると主張される。

しかし、この共同義務の共同違反説に対して山中教授はいくつかの点から批判されている。これを簡単にまとめれば、まず、「共同の注意義務」は犯罪共同説から唱えられるものであり、行為共同説からはこのような義務を想定する必要はない。第二に、対等の地位において分業している共同行為者に相互監督的地位が認められるか疑問である。第三に、新過失論における客観的注意義務も各行為者ごとに定立されるものであり、共同行為者に一個の共通の注意義務のみが存在するわけではない。第四に、それぞれの注意義務の内容が同じであるというのでは一体性を強調する機能を喪

失するし、また、そもそも共同危険行為の存在だけでは「一つの犯罪」であることを強調することにならない。第五に、客観的過失と主観的過失を認める本説によれば、例えば、AとBは客観的過失の要件を充足したがBには主観的過失が否定される場合の処理に困難が生じる⁽¹⁷⁸⁾。これらの批判に対して大塚博士は、「共同者が相互に注意し合うべき義務は監督義務ではなく、「法的に対等、平等の地位に立つ共同行為者の協力義務であって、監督者の被監督者に対する義務とは異質のものである」と反論されている⁽¹⁷⁹⁾。しかしこの反論に対して山中教授は、「ここでいう『協力義務』の実体が、『他の共同行為者に注意義務を遵守させる義務』であるならば、それは、実質的に『監督義務』であると批判しているのであって、対等・平等の地位に立つものが、なぜ相互にこのような監督義務を負うのかという疑問なのである」と再批判されている⁽¹⁸⁰⁾。また、嶋矢教授も、大塚博士の反論に対して、共同義務とそうでない義務をどのように区別するのか、仮に共同義務を認めたとしてもそれだけで共同正犯となるのか、どのような事情から共同義務は発生するのかと疑問を出されている⁽¹⁸¹⁾。

さらに、この共同義務の共同違反説に対しては、本説は過失共同正犯を

(178) 山中・前掲刑法総論904頁以下、同「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』（1990年）205頁以下。同旨甲斐克則『責任原理と過失犯論』（2005年）187頁、塩見淳「過失犯の共同正犯」判タ846号52頁、山口・前掲「過失犯の共同正犯」399頁。ヘリングも、山中教授の三番目の指摘に関し、注意義務違反は関係者の個別行為の中に見出され、正犯性の要素と関係しているため、共同正犯の共同性とは基本的に無関係であると批判する（*Häring*, a.a.O. [Anm. 19], S. 265）。

(179) 大塚仁・前掲論文（注173）9頁。

(180) 山中・前掲刑法総論905頁。

(181) 嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(1)」87頁。同旨松原・前掲書（注99）463頁。その他に、嶋矢教授は、過失犯の場合に共同正犯を認めるための要件と共同正犯の必要性とは区分されなければならないと批判されている（同・刑雑45巻2号171頁）。

不真正不作為犯構成によって説明しようとするものであるため、作為犯の場合には過失共同正犯を否定することになるが、それでは論理一貫しない⁽¹⁸²⁾、処罰範囲が不当に拡大される⁽¹⁸³⁾、「不注意」は共同できない⁽¹⁸⁴⁾、故意犯の場合と同様、過失共同正犯成立のために実行行為の共同で足りるのであれば「共同義務の共同違反」という限定原理は必要ない⁽¹⁸⁵⁾、結果回避義務は法的義務でなければならないため、条理を直接の根拠とするのは妥当でない⁽¹⁸⁶⁾、刑法上の非難は個人的に課せられている注意義務に違反した者にも向けられるため、刑法において、共同の注意義務は存在しえないし存在してはならないなどと批判されている⁽¹⁸⁷⁾⁽¹⁸⁸⁾。また、杉田氏の見解に対して内海教授は、この類型化は過失犯独自のものであるため、故意犯とも共通する共同正犯としての特質が捨象されていると批判されてい

⁽¹⁸²⁾ 山口・前掲「過失犯の共同正犯」400頁。これに対して杉田氏は、「結果回避義務は過失作為犯・過失不作為犯のいずれについても共通して求められるのであり、結果回避義務の共同は過失作為犯においても当然予想し得る」と反論されている(杉田・前掲論文〔注98〕347頁)。

⁽¹⁸³⁾ 西田・前掲書(注92)211頁、北川・前掲「過失共同正犯論」54頁。

⁽¹⁸⁴⁾ 前田・基礎理論370頁。

⁽¹⁸⁵⁾ 高橋・前掲論文(注92)172頁。

⁽¹⁸⁶⁾ 大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯の成立範囲」32頁。

⁽¹⁸⁷⁾ *Renzikowski*, FS-Otto, S. 431; *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 215; *Becker*, a.a.O. (Anm. 32), S. 178; *Puppe*, GA 2004, 135.

⁽¹⁸⁸⁾ その他、個別的に、内田博士は目的的行為論・新過失論・限縮的正犯概念の立場から、「過失共同正犯を認めることは…過失行為そのものに意識的なもの、意思的なものを求めようとする態度の帰結の一つにほかならない」と主張されるが(内田・前掲書〔注102〕272頁)、甲斐教授は、目的的行為論は過失犯においては拡張的正犯概念と結びつくうえ、新過失論は違法性段階でもっぱら過失犯の処理を図るため、内田博士の論理は目的的行為論ならびに新過失論と相容れないと批判されている(甲斐・前掲書〔注178〕185頁)。なお、北川・前掲「過失共同正犯論」54頁も参照。

る⁽¹⁸⁹⁾。

2. 共同正犯構造論的アプローチ

そこで、近年、共同正犯の本質にまでさかのぼって、過失の共同正犯を分析する見解が唱えられている。例えば、内海教授は、犯罪共同説を基礎とし、あらためて本説を採用するのが妥当であるとされている。まずその前提として、過失正犯につき、法共同体を構成する者は他者の干渉を排して自由な活動を行うことができる代わりに、そこで生じたコンフリクトについて専属的に責任を負わなければならない領域、すなわち答責領域によって過失正犯の成立範囲を限定する傍ら、共同行為における特殊な危険が生じる場合として共同正犯を評価し、答責領域を例外的に拡張される⁽¹⁹⁰⁾。その際、共同正犯の帰属原理を、人は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することができる場合には結果の発生・不発生に関わる偶然性が減少し、法益侵害の危険は個人で行動するときより増加するという事実を出発点とされる。そして、主観的な面からも、意思連絡の下で行為することにより、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。しかし、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するのは容易ではないため、法益を危険にさらすような共同行為計画に関与した場合、事前的に判断して結果発生に重要だと思われる役割を果たしていることが判明すれば、これを因果関係の判断に代替することができる⁽¹⁹¹⁾。そしてこの考えを過失の

(189) 内海・前掲書（注100）98頁以下。

(190) 内海・前掲書（注100）169頁以下、219頁、244頁以下、264頁、267頁。

(191) 内海・前掲書（注100）117頁以下、134頁以下、247頁、265頁以下。

場合に当てはめ、一人では動かすことのできない石を二人以上で動かす場合のように、分業による犯罪実現の可能性の増大という状況に相互的利用補充関係を認めることができる。その結果、誤った事象操縦によって法益侵害が生じる客観的可能性も高まり、事象を共同して適切に操縦していくべき義務を想定することができる。その一方、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、各行為者が共同目的を達成するのに社会的に不相当な、不適切な態度をとることにより、他者に安心感を与えてその意思の弛緩を招き、その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する限り、共同注意義務違反を課してそのような事態を事前的に抑止するという形で過失共同正犯を観念することも不可能ではない。共同注意義務の核心は、共同行為には典型的に単独犯の場合とは異なった危険が伴っているがゆえに、関与者の中の誰かが危険に気づき、回避措置を講じて危険を確実に管理することが法的に期待されるという点にある。したがって、複数の者が一定の目的実現に向けて行為する際、各人がその共同実行に内在する危険に対して十分な配慮をしないまま行為しているという共同実行事実があり、各行為者は、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配慮をしていないことを認識していれば、共同実行意思も認められ、過失共同正犯が肯定されるべきであると主張される⁽¹⁹²⁾。

内海教授と同じく、共同正犯の基本原則から過失の共同正犯を演繹的に判断されるのが大塚裕史教授である。大塚教授は、過失単独正犯の実行行為は結果回避義務違反行為であるから、過失共同正犯の実行行為は結果回避義務違反行為を共同にすることであり、結果回避義務違反行為を共同したといえるためには、共同の結果回避義務に共同して違反したことが必

(192) 内海・前掲書(注100)141頁、248頁。

要であると主張される。そして、過失共同正犯と過失の競合との区別という観点から、過失共同正犯が成立するためには、結果に対する因果性、行為の相互促進性、寄与の重大性という三つの要件が必要であると主張される⁽¹⁹³⁾。まず、責任主義から、他人が惹起した結果について責任が問われるには、自己の行為と結果との間に因果関係が存在することが最低限必要である。しかし、因果性は教唆や幫助にも共通する。そこで、教唆と区別するため、共同実行による犯罪惹起、すなわち共同性が要求される。ここで重要なのは、共同性を肯定するために意思の相互連絡が必要というのではなく、相互に行為を心理的に促進したことである。そのため、取締役が取締役会でリコールの不実施を決議した場合ばかりでなく、このような会議がそもそも開かれなかったとしても、ある取締役が提案しないことが他の取締役の不注意を促進したという関係が認められる以上、相互促進性が認められる。さらに、共同正犯は正犯であることから、正犯性を基礎付ける要素として、即ち幫助と区別する要素として、結果に対する寄与の重大性が要求される。

そして、これら三つの要件のうち、共同義務の成立にとって最も重要な要件は相互促進性であるとされる。「共同正犯は、共同実行により結果を惹起したことにより、各人に結果の全体について帰責されるという法的効果が生じる（一部実行の全部責任の法理）。共同義務は共同実行を基礎づける要件である以上、相互に行為に対し因果的影響力を与え合い不注意な行為を促進したといえること、すなわち、『相互促進性』が必要である。なぜなら、共同実行は、単独実行とは異なり、相互の影響力を与え合い、そ

⁽¹⁹³⁾ 大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯」18頁以下、同・前掲「過失犯の共同正犯の成立範囲」18頁以下（なお、大塚教授は、故意犯の共同正犯の場合は、意思の相互連絡が必要とされている〔20頁、22頁〕）、同・前掲「過失犯の共同正犯と結果的加重犯の共同正犯」法セ753号101頁以下。

のことによって(単独で行う場合よりも)結果発生の蓋然性を高めたといえるからこそ、実行行為を部分的にしか分担しない者にも共同正犯としての責任を問うことができるのであるから、相互促進性こそが共同義務の判断基準とされるべきである⁽¹⁹⁴⁾とされ、共同正犯の処罰根拠から共同義務の判断基準を導き出し、相互的に過失行為を促進したからこそ相手の行為から結果が発生しないように注意する義務が共同義務の内容とされる。

しかし、内海教授は、答責領域の設定を決定する際、単純過失と業務上過失に区分けされているが、業務上過失において共同正犯はどのような場合に成立するのであろうか。というのは、内海教授は業務上過失を水平的分業と垂直的分業とにさらに細分化し、前者の場合、予想される結果が深刻であるため、重複的に安全を確保し、結果回避措置ごとに答責領域が割り当てられ、他者の適切な行為を期待することは許されず、各行為者に同時犯が成立する。後者は管理・監督過失が問題となるケースであり、結果回避措置を最終的に決定する権限者に答責領域があり、無権限者には答責領域が欠落し、過失犯の成立は認められない⁽¹⁹⁵⁾。しかしその一方、業務上失火罪で有罪となった事件⁽¹⁹⁶⁾を内海教授は、「作業における分業が確立しておらず、役割分担も未分化⁽¹⁹⁷⁾」なため単純過失として扱っており、内海教授の分類する業務上過失とは、通常用語と異なり、危険管理のための社会システムが存在していることが前提となっている。確かに、内海教授は、水平的分業にしる垂直的分業にしる、関与者に義務違反行為につい

⁽¹⁹⁴⁾ 大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯の成立範囲」37頁。同「過失の競合と過失犯の共同正犯の区別—明石花火大会歩道橋副署長事件判決を手がかりとして—」高橋則夫・松原芳博・松澤伸(編)『野村稔先生古稀祝賀論文集』(2015年)225頁。

⁽¹⁹⁵⁾ 内海・前掲書(注100)240頁以下、245頁以下。

⁽¹⁹⁶⁾ 名古屋高判昭61年9月30日高刑集39巻4号371頁。

⁽¹⁹⁷⁾ 内海・前掲書(注100)257頁。

て意思連絡が認められる場合、過失共同正犯の成立を認めている⁽¹⁹⁸⁾。しかし、システムが確立している以上、水平的分業の場合は答責領域が各自にきちんと割り振られており、垂直的分業の場合は常に最終決定権者が定められている。従って、業務上過失の場合、共同正犯の成立する余地がない。この点につき、北川教授は、分業が未分化の場合は同時犯が認められず、意思連絡も認められなければ共同正犯も否定されてしまうと批判されている⁽¹⁹⁹⁾。また、内海教授は、共同注意義務を認めることが適切な場合であっても過失単独正犯・過失共同正犯のどちらで処罰しても構わないと主張されているが⁽²⁰⁰⁾、共同実行と共同実行意思が認められれば同時犯を検討することなく共同正犯を検討すべきであり、どちらでも構わないというのでは、理論から結論を引き出していくのではなく、まず処罰ありきで、その次に理論を当てはめていくということになる。

また、大塚教授の見解に対して松宮教授は、不作為の共同正犯の場合、単独では結果回避できないが複数の者が協力すれば結果を回避できることを不作為の因果関係とするならば、共同性より先に因果性を認めることはできないと批判される⁽²⁰¹⁾。また、北川教授は、共同注意義務の共同違反は、

(198) 内海・前掲書（注100）254頁。

(199) 北川「過失共同正犯論の動向—内海朋子著『過失共同正犯について』（成文堂、2013）を読む—」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良（編）『理論刑法学の探求⑧』（2015年）200頁。その他の批判については199頁以下参照。

(200) 内海・前掲書（注100）253頁以下。

(201) 松宮・前掲「過失犯の共同正犯」507頁。また、大塚教授の見解に対してはさらに、相互の意思連絡なく各人が義務の履行を失念していたのであれば、その不注意は放置されたのであって、促進や助長されたのではないと批判されている（508頁）。これに対して大塚教授は、共同実行と結果との因果関係は松宮教授の指摘通りであるが、各行為者と結果との因果性については、一部実行の全部責任が認められるのは、他人の行為から惹起された結果であっても自己が他人の心理を介して結果につながりをもったからであり、この意味での因果性は、自己が他人の行為に対して何らかの影響

共同実行の存在を裏から説明したものであるため、共同者の各関与を一つの犯罪事実に統合する共同実行の内実が認められるのか、その内実を何に求めるのが問われなければならないと批判されている⁽²⁰²⁾。さらに林教授は、暴力団の子分に殺人罪が成立し、親分の関与が問題となる場合、一方的な因果性であっても共同正犯は成立しうるため、相互促進性は共同正犯成立にとって常に必要な要件であるわけではないと批判される⁽²⁰³⁾。

3. 規範論的アプローチ

そこで、これまでの共同義務の共同違反説は自然主義的・心理主義的アプローチの域を出ていなかったと自省し、規範的な観点からこの理論を再構成しようとする見解が登場した。金子准教授によれば、社会的に見て、構成要件実現の阻止は誰の守備範囲かという観点から各関与者の行為態様の意味表出を問題とし、共同行為は他者の犯罪であると同時に自己の犯罪でもあるとの考えから、自他ともに協力して構成要件該当結果を防止しなければならない共同の義務に共同して違反することが重要である。そして、ヴェーツェルの見解に依拠し、「ある自由な活動をするならば、その活動から創出される有害な結果を最小限に抑えるか阻止しなければならない」という意味で保障人的地位を設定し、結果防止義務があったにもかかわらず、保障人的地位としての防止策を怠り、構成要件該当結果を発生させた場合が共同犯罪であるとする⁽²⁰⁴⁾。同じく松宮教授も、共同正犯にふさ

力を与えその行為を促進したといえる場合に肯定されるため、相互促進性が認められて初めて共同性が肯定されると反論されている(大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯の成立範囲」24頁)。

⁽²⁰²⁾ 北川「複数人の過失処罰をめぐる問題点—横浜市大患者取り違え事件を素材に—」高橋則夫・川上拓一・寺崎嘉博・甲斐克則・松原芳博・小川佳樹(編)『曾根威彦先生・田口守一先生 古稀祝賀論文集 [上巻]』(2014年)632頁。

⁽²⁰³⁾ 林幹人「過失共同正犯の構造」研修834号7頁以下。

⁽²⁰⁴⁾ 金子・前掲「過失犯の共同正犯」167頁。

わしい要件は結果発生ないし防止が当該関係者全員の共同の任務であり、従って、自分達が協力して結果を防止する義務という「共同の注意義務」に共同して違反した場合に過失の共同正犯を認めることができると主張され⁽²⁰⁵⁾、過失の「正犯」として共同の責任を負うという結論を理論的に根拠付けることが問われるべきで、心理的共働という共同実行の意思を不要とされる⁽²⁰⁶⁾。

しかし、塩見教授は、行為の共同が重要ではないという指摘自体の正当性を認めつつも、協力して構成要件該当結果を防止する義務を共同の義務とするのは広汎にすぎると批判され、作為犯の場合は協力して禁止された作為を行わない義務、不作為犯の場合は命じられた作為を行う義務を共同の義務と解する通説的見解を支持される⁽²⁰⁷⁾。また、その他、意思連絡や心理的因果性の重要性を全て否定した後に、このような行為態様の意味から共同の犯罪が個人に帰属されるという論理を認めることが、集団責任論といかなる意味で異なるのかは明らかにされていない⁽²⁰⁸⁾、社会的という視点から共同義務を認めるというのでは、社会が結果発生の防止を関係者全員に期待すれば常に行同義務が認められることになり、その範囲があまりにも不明確である⁽²⁰⁹⁾などと批判されている。また、林教授は、義務違反性

⁽²⁰⁵⁾ 松宮・前掲「明石歩道橋事故」176頁以下。

⁽²⁰⁶⁾ 松宮・前掲「明石歩道橋事故」173頁以下、同『刑法総論講義 [第5版]』(2017年) 271頁。

⁽²⁰⁷⁾ 塩見『刑法の道しるべ』(2015年) 123頁。

⁽²⁰⁸⁾ 照沼・前掲論文(注34) 250頁注①。

⁽²⁰⁹⁾ 大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯」17頁、同・前掲「過失の競合と過失犯の共同正犯の区別」225頁、同旨嶋矢「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」三井古稀221頁注②7。これに対して松宮教授は、規範的観点は社会感情の期待をストレートに刑法上の義務と結び付けるものではなく、行為者や判断者の恣意を排除するものであり、大塚教授の批判は誤解に基づくものであると反論される(松宮・前掲「過失犯の共同正犯」509頁)。これに対する大塚教授からの再批判については大塚・前掲「過

の基礎にある実体、例えば予見可能性や心理的因果性なども軽視すべきではないと批判され⁽²¹⁰⁾、同じく古川准教授も、義務内容の規範的共同性だけを問題の本質とするのはいきすぎであると批判される⁽²¹¹⁾。明石歩道橋事故事件において、最高裁は、副署長と地域官はそれぞれ分担する役割が異なっており、両者に過失の共同正犯が成立する余地はない⁽²¹²⁾と述べているなか、松宮教授は共同正犯の余地を肯定されている⁽²¹³⁾ことから、先に塩見教授が指摘された、共同義務の成立範囲が広すぎるという批判が本説にあてはまらう。

⑨二分説

過失共同正犯を作為犯と不作為犯とで統一して考えるのではなく、両者を分けて検討する見解が唱えられている。山口教授は、考察に際して、「共同義務の共同違反」における「共同義務」、すなわち「自分の行為について注意するばかりではなく、(他人の行為についても注意し)他人に注意義務を遵守させる義務」について分析され、このような義務は共同者による危険な行為の共同によってではなく、「他の共同者に対する排他的支配関係が肯定される等の、一般的な保障人的地位を肯定するための要件が当然に認められる場合」に発生すると主張される。そして、各共同者に課されている作為義務は「共同者全体に共同して課されている『共同作為義

失犯の共同正犯の成立範囲」33頁以下を参照。なお、その他の批判につき内海・前掲書(注100)220頁も参照。

⁽²¹⁰⁾ 林幹人・前掲論文(注203)5頁。

⁽²¹¹⁾ 古川伸彦「過失犯はいかにして『共同して』『実行』されうるか—明石歩道橋事件を機縁として検討の筋道を洗い直す—」*刑事法ジャーナル*51号10頁注54。

⁽²¹²⁾ 前掲最決平28年7月12日。

⁽²¹³⁾ 松宮・前掲「明石歩道橋事故」181頁以下。同旨金子「過失共同正犯論の現在—最高裁平成28年7月12日第三小法廷決定を契機として—」*刑事法ジャーナル*51号23頁。

務』であり、これは、まさに不真正不作為過失共同正犯の要件としての作為義務に他ならないのである。この場合においては、先行行為の共同、共同排他的支配等により、共同正犯固有の『共同作為義務』が発生⁽²¹⁴⁾し、従って不注意を助長しあうことにより作為義務とともに違反した場合、「共同義務の共同違反」を理由として過失共同正犯の成立が肯定される。

他方、作為犯の場合、「構成要件的结果と共同者の行為との間に（不注意の助長等による）共犯構成要件要素としての（促進・強化を内容とする）因果関係が肯定され、さらに結果発生についての予見可能性（…）が肯定される場合には、作為犯の場合においても、過失共同正犯が成立しうると考えられる。ただし、そこでの予見可能性は（一般に要求されるべき）具体的なある程度高度なものであることが必要であり、さらに過失犯においても、正犯形態と共犯形態を区別する『限縮的正犯概念』が妥当すべきである以上、共同『正犯』の名に値する実体、すなわち共同者の因果的寄与の重要性が要求されるべきで、それは共同者間の共働の実態から基礎づけられる必要がある」⁽²¹⁵⁾と主張される。この重要な因果的寄与という要件によって、作為犯において過失共同正犯を肯定した場合処罰範囲が拡大するという批判に対処されているのである。

また、伊東教授も、「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、意識的或いは無意識的な相互信頼・依存を前提とした謂わば共同保障人的地位内での役割・機能の意識的また無意識的な割当て・引受けが生じ、それが故に、端的な結果発生回避との関係での個々人の義務だけではなく、結果発生を促進するような全体的状況・共同者状況の排除等の相互的義務が生じる場合を認め得ることは否定できない」と主張され、また作為犯の場合も同様の見地から過失共同正犯を肯定

⁽²¹⁴⁾ 山口・前掲「過失犯の共同正犯」399頁。

⁽²¹⁵⁾ 山口・前掲「過失犯の共同正犯」400頁以下。

されている⁽²¹⁶⁾。

しかし、この見解に対して、山中教授は、過失犯を全て不作為犯として構成することにつながり不当であると批判されている⁽²¹⁷⁾。二人が不注意で鋼材を投げ下ろしていた場合、先行行為・排他的支配に基づき彼らに共同作為義務が発生するのと同じ理由から、一人が投げ下ろしていても作為義務が発生するはずである。過失犯において重要なのは、結果回避のための作為義務ではなく、結果惹起行為の禁止である。また、大塚教授は、不作為犯の場合、作為義務と結果回避義務は内容的に重なり合うとしても、過失犯の構成要件該当行為は、作為犯であれ不作為犯であれ、結果回避義務違反行為であるため、共同過失行為は不作為犯に特有のものではないと批判される⁽²¹⁸⁾。そのため、近年山口教授は、結果回避義務と不作為犯における作為義務は一定の状況で結果の発生を回避する義務という点で同質の義務であり、これらの義務の発生根拠を結果原因の支配に求め、これが認められる限り、過失犯において作為犯か不作為犯を区別する意義に乏しく、その必要がない、と従来の見解を修正された。そのうえで、結果原因を共同で支配することによって基礎付けられる共同結果回避義務が認められ、それに対する違反が認められれば過失の共同正犯が成立すると主張される⁽²¹⁹⁾。しかし、過失犯について作為と不作為の区別を棚上げして義務の発生根拠を論ずればいいというこの見解に対して古川教授は、注意を払えという義務と作為に出ろという義務は発生根拠が異なると批判される⁽²²⁰⁾。

②16 伊東・前掲論文(注176)66頁。なお、伊東教授は、本説を「不作為犯構成説」と名付けられている。

②17 山中・前掲刑法総論905頁以下。

②18 大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯」16頁以下。その他、同・前掲「過失不作為犯」155頁も参照。

②19 山口・前掲「過失共同正犯再考」167頁以下。

②20 古川・前掲論文(注211)6頁。

そこで古川教授は、作為犯と不作為犯とを分けて考えることを出発点とし、共同正犯の本質を義務内容の共同性ではなく、危険行為の共同性に見出す⁽²²¹⁾。作為犯の場合、二人が各々瓦を投げ落とし、一個が命中した場合のように、結果を直接引き起こした原因行為を単独で行った場合、命中させた者の不注意に対して他方が因果的影響を与えたとして、両者「共同して」「実行」したため、共同正犯となる。また不作為犯の場合、共同して結果発生を阻止するために作為に出るべき地位にあった者らが、過失的に作為に出なかったせいで結果発生に至った場合、「共同して」「実行」したことで、共同正犯が認められる。その際、作為義務を認めるためには、危険を自ら作り出した場合や危険を防止することが義務内容となるべき地位を引き受けた場合のように、その危険に支配を及ぼしたり、その行方が依存したりしている者という事情が必要である。

古川教授は、有名なスワット事件⁽²²²⁾を引き合いに出され、過失の共同正犯の場合だけ他方への因果的影響が双方向的である理論的根拠は自明でないと言われ、例として、薬剤を取り違えた事例⁽²²³⁾を取り上げている。しかし、この場合にまで過失の共同正犯を認めるのは共同正犯が広範に肯定されることとなり、過失の競合の場合との区別が不明確になると批判しえよう。

(221) 古川・前掲論文（注211）5頁以下。

(222) 最決平15年5月1日刑集57巻5号507頁。事案は、暴力団組長である被告人が、自己のボディガードらのけん銃等の所持につき、直接指示を下さなくても、これを確定的に認識しながら認容し、ボディガードらと行動を共にした、というものである。

(223) 東京地判平12年12月27日判時1771号168頁。事案は、ある看護師が他の患者に使用する消毒液を誤って準備し、別の看護師が薬剤の種類を十分確認せずに被害者に誤って投与したため、被害者が死亡した、というものである。

⑩注意(結果回避)義務の共同違反説

共同義務の共同違反説は、義務を負う契機や負担内容の共通性を付加的に必要とする。その結果、役割の異なる競合者間の共同正犯が否定されてしまうため、もう少し広く共同正犯を認めるべきとの考えから、「共同義務の共同違反」ではなく、「注意(結果回避)義務の共同違反」があれば足りる⁽²²⁴⁾と主張されたのが嶋矢教授である。そこで、嶋矢教授は、正犯・共犯論および共同正犯の構造から過失の共同正犯を分析された。嶋矢教授は、60条の「共同して犯罪を実行した」という文言のうち、重要なのは「実行」ではなく、「共同して」であるという視点から、「共同性」につき詳細な分析を行った。まず、教唆を例にとり、寄与の重大性こそ共同正犯と異ならないが、被教唆者は教唆者に何ら影響を与えていない、ないしは被教唆者からの影響力はその後機能していないため、相互利用補充性こそ教唆・幫助との相違点があることを指摘される。そこから、共同性とは「共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響力を経た後、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する」⁽²²⁵⁾と主張する。また、主観的要件として、共同実行の意思における意思の相互連絡は、共犯現象全体に広く認められる事態であり、何ら共同正犯固有の現象ではないため、これを共同正犯肯定の要件とするのは説得的ではないため、これを必要とせず、相互的な因果的影響力の認識で十分とする⁽²²⁶⁾。

⁽²²⁴⁾ 嶋矢・前掲「過失競合」216頁以下。

⁽²²⁵⁾ 嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論(2・完)」191頁、同・前掲「過失競合」214頁、216頁。なお、橋爪隆「共同正犯をめぐる問題(5)―過失犯の共同正犯について」警察学論集70巻12号127頁も参照。

⁽²²⁶⁾ 嶋矢・刑雑45巻2号177頁、同・前掲「過失犯の共同正犯論(2・完)」199頁。同旨小林憲太郎「刑法判例と実務―第27回 共同正犯の諸問題(下)―」判時2356号140頁。

もともと、これのみでは関与類型間の軽重の差が説明できないとして、「重大な寄与」という基準を提示する。すなわち、「関与類型間の区別論から導かれる教唆との同質性の観点、および従来から、学説上、有力であるところの実行行為論の観点を下位基準として位置づけ、それぞれ、i 犯行及び結果を阻止する（しえた）重みを有した寄与、ii 直接独立に未遂結果を惹起する（結果を十分に惹起しえた）寄与」という形で整理し、「現実の惹起・帰属を前提とした上で、結果発生の支配可能性を有していた寄与」によって軽重の差を説明しようとする⁽²²⁷⁾。つまり、因果的な相互作用から共同性を認定し、その上で寄与の重大性を検討する。

以上の分析を元に、嶋矢教授は、「共同性」も「重大な寄与」も故意・過失とは無関係なものであるため、故意犯においても過失犯においても統一的に共同実行の理解が可能であり、過失の共同正犯が肯定されうると主張される。

しかし、塩見教授は、双方的関係は特定された行為についていうべきであり、正犯同士が影響しあい、お互いに結び付いていれば十分というのでは、過失共同正犯の成立範囲がかなり広範になってしまうと批判される⁽²²⁸⁾。その際塩見教授は、最初の病棟看護師から最終の執刀医まで患者の受け渡しが順次行われたが、その際、同一性を十分確認しなかったため、別の患者を手術したという先述した事件⁽²²⁹⁾の修正事例を挙げ、相互に影響しあうとすれば、故意の場合は全員が順次共謀による共同正犯となりうるとしても、過失の場合も同様とはいえないであろうと主張される。

⁽²²⁷⁾ 嶋矢・前掲「過失犯の共同正犯論（2・完）」211頁，204頁。

⁽²²⁸⁾ 塩見・前掲書（注207）122頁。

⁽²²⁹⁾ 前掲最決平19年3月26日。

⑪心理的因果性説

この見解は、共犯の処罰根拠論から過失共同正犯にアプローチする見解である。例えば町野教授は、心理的因果性を帰属の根拠とされ、心理的因果性を与える意思の疎通は犯罪結果に関してではなく、具体的な行為の遂行に関するものであるため、過失犯においても心理的因果性は存在し、従って理論的には過失共同正犯も存在すると主張される⁽²³⁰⁾。また、甲斐教授も、作為犯と不作為犯を区別して検討する先の山口説に立脚し、伝統的過失犯論の立場から具体的予見可能性が認められた場合を加味しつつ、認識ある過失の場合には心理的因果性が形成されることが多いため、この場合に過失共同正犯を肯定されている⁽²³¹⁾。

しかし、この見解に対して北川教授は、明確に犯罪を犯そうという強い意思の連絡が結果発生の危険性を高めるのであり、お互い不注意を助長しあう程度では刑法上問題となりうるほどの心理的因果性とはいえないと批判されている。すなわち、共同義務の共同違反は作為義務の問題ではなく、共同結果回避義務の問題であると主張される⁽²³²⁾。また、町野教授は、

⁽²³⁰⁾ 町野・前掲論文(注82)133頁以下、同旨林幹人『刑法総論[第2版]』(2008年)404頁、同・前掲論文(注203)8頁以下。もっとも、林教授は、心理的因果性のみで過失の共同正犯を肯定されるのではなく、関与行為の注意義務違反性も要求される。

⁽²³¹⁾ 甲斐・前掲書(注178)191頁以下。なお、甲斐教授は、認識なき過失において共同正犯を認めることは処罰範囲の拡大につながると主張され、この場合は共同正犯を否定される(193頁)。

⁽²³²⁾ 北川・前掲「過失共同正犯論」53頁。同旨内海・前掲書(注100)128頁。これに対して伊東教授は、「過失共同正犯には故意共同正犯と同じような(影響力を有する)主観的要件を認め得ないから、過失共同正犯は理論的に認め得ない、というものであって、およそ共同正犯としての帰責には故意の共同が必要であるという結論を前提とした循環論法に陥っている」と批判されている(伊東・前掲論文[注176]63頁)。また、大塚教授は、過失犯における心理的因果性が故意犯の場合より常に弱いとはいえないうえ、共同正犯は因果性だけを要件に成立するわけではないため、心理的因果

心理的因果性が認められれば過失の教唆・幫助も理論的には認められるものの、その処罰は認められないと主張されている。しかし、それは、過失の教唆・幫助を処罰することは「耐えがたいほど広範な処罰を肯定するものである」と述べられているだけで、理論的に根拠付けられているわけではない。

⑫オットー説

ドイツにおいて、かつて、多くの学者が過失の共同正犯を付随的にあるいは漠然と意見表明していたなか、いち早くこの問題と本格的に取り組んだのがオットーである。全ての者は基本的に他人の行為に対してではなく自分自身の行為に対してのみ責任を負うという答責性原則を前提に、オットーは、故意犯において、構成要件的に記述された法益侵害に複数の者が関与した場合、行為の「可否」や「方法」を決定する第一次的責任者と、行為計画を実現するという他人の決定に依存する第二次的責任者とを区別する⁽²³³⁾。そして、前者を正犯、後者を共犯と理解する。

オットーは、この区別を過失犯にも転用する。その際、オットーにとって、正犯と共犯の区別の問題が過失においてなりよりも重要である。彼は、過失共犯行為に対する法規定の欠如を統一的正犯原理によって隠してはならないと考えている。共犯行為は過失犯において正犯として処罰されてはならず、不可罰でなければならない⁽²³⁴⁾。この問題は結果帰属の問題と関係している。確かに、分業的事態に際して、過失共同正犯を認めることによって帰属を拡張することは、この問題と直接関係しない。しかし、

性が弱いというだけで共同正犯の成立を否定するのは根拠がないと批判される（大塚裕史・前掲「過失犯の共同正犯」13頁）。

⁽²³³⁾ *Otto*, FS-Spendel, S. 271.

⁽²³⁴⁾ *Otto*, Jura 1987, 258.

オットーのアプローチによれば、彼は過失犯において正犯の要件をも詳細に検討せざるをえない。

その際、オットーは、正犯とは行為と結果の事実的関連以上のものであると考えている⁽²³⁵⁾。さらに、結果を一定の人物の正犯的結果実現として評価的に捉えうるような、主体と結果との関連が確認されなければならない。この規範的関連は、行為者による事象の操縦可能性である。しかし、操縦可能性の対象は、結果までの事象経過ではなく、単に結果発生の中に実現されることが予見可能な危険の創出および増加である。人が結果の中に実現された危険を創出または増加したとき、その結果は自らの仕事として彼に帰属される⁽²³⁶⁾。従って、過失犯の行為者とは、注意義務に違反して、法益侵害の中に実現された、他人の法益に対する危険を創出または増加させた者である⁽²³⁷⁾。

正犯を操縦可能性として理解することから、共同正犯は事象の共同操縦可能性ということになる。法益侵害の中に実現された危険の創出または増加は、過失共同正犯の糸口である。これにより、故意犯における犯罪計画に応じて、関与者は共同で操縦可能な分業的な計画を意図的に実行に移したことが要求される。そのような共同正犯的分業が存在する場合、結果に対する個々人の因果関係の証明は必要ない。共同で創出された危険のみが結果において実現されなければならない。このような考え方を元に、オットーは、過失共同正犯を、「他人との意識的分業的協力により、危険を創出または増加させ、…それを結果の中に実現させた者は、結果に対して共同で責任を負う」⁽²³⁸⁾と定義する。

⁽²³⁵⁾ Otto, FS-Spendel, S. 277.

⁽²³⁶⁾ Otto, FS-Spendel, S. 277 f.; ders., Grundkurs, S. 312 f.

⁽²³⁷⁾ Otto, Jura 1990, 49.

⁽²³⁸⁾ Otto, FS-Spendel, S. 282. なお、不作為犯の場合、回避または減少が法的に義務付けられている危険を回避または減少させないという関与者の合意が、共同の危険創出

また、オットーは、故意の共同正犯における行為計画に相当する主観的要素として、「危険創出もしくは危険増加において、共同で操縦可能な分業的行為に関する関与者の意識」⁽²³⁹⁾の存在を過失共同正犯において要求し、共同の行為決意ではなく、共同行為の意識で十分とする。

それに対して不作為犯の場合、共同の危険実現は、自分たちに課せられている義務を共同で履行しないという共同の意識に基づいて共同で義務違反的不作為を行う点にある⁽²⁴⁰⁾。しかしオットーは、この意識を過失不作為共同正犯の本質的事実的要素と特徴付けているにもかかわらず、経済企業における過失の共同正犯という実際最も重要な事例においてこれを放棄する⁽²⁴¹⁾。その代わりに、一定の危険の防止または減少に対する共同の法的責任を共同正犯根拠付け要素として十分とし、過失不作為犯における共同正犯を規範的に根拠付けようとする。そして、彼はこの利点を、このように考えることによって、自分の行為がなくても結果は発生したため因果関係は存在しないという論拠を妨げることができる点に見出している。例えば、霧がかかった雨模様の日、遮断機のない踏切で、機関車運転士は法的義務に反して警笛を鳴らさず、また、バス運転手も規則に反して窓を開けずに走行したため、機関車と満員バスが衝突し、多数の死者が発生した事件⁽²⁴²⁾において、彼らの行為を個別的にみた場合、彼らは二人とも、自分の義務違反がなくても結果は生じるため自己の行為寄与は結果に対する原

または危険増加に相当する (S. 283)。

⁽²³⁹⁾ *Otto*, FS-Spendel, S. 282. 同旨 *Hoyer*, FS-Puppe, S. 524: 共同の行為計画は、法益客體への許されざる危険な行為を実行するという取り決めにある。

⁽²⁴⁰⁾ *Otto*, FS-Spendel, S. 283 ff.

⁽²⁴¹⁾ しかし、その後オットーは、共同責任に基づく共同正犯が成立するためには、一定の行為を共同に行うという全関与者の意識の存在が必要であるというように見解を変更した (*Otto*, Strafbarkeit, S. 12)。

⁽²⁴²⁾ BGH VRS 5, 284.

因ではないと述べることができる。彼らは二人とも注意義務に違反して行為していたにもかかわらず、彼らの間には、危険回避措置を怠る明示の合意も黙示の合意もなかったため、共同正犯を根拠付ける事実的要素が欠けている。そのため、オットーは、彼らを統一体とみなし、共同の責任を認めることで、彼らの義務違反的不作為に基づき、両名に結果の責任を負わせる。この考えにより、オットーは、皮革スプレー事件や落石事件をはじめ、分業的・組織的な大企業活動からの犯罪にも対処できると主張する。

しかし、この客観的帰属論的な見解に対して、カムは、オットーはいつないしどのような要件の下で共同の危険創出もしくは危険増加が存在したのかという問題に詳細に取り組んでおらず、全ての共同行為で十分なのか、それとも少なくとも全関与者の非構成要件的な共同目的の追求が要求されるのか不明確であると批判する⁽²⁴³⁾。意識的「分業的」協力というオットーの公式から判断するならば、彼も共同目的の追求を要求していると推測される。それにより、先述の自転車乗り事件においては、自転車走行を共同の目的として定義しない限り、過失共同正犯は排除されるであろう。しかし、オットーがこの場合も過失共同正犯として位置付けたいか否かは、論文からは読み取れない。というのは、オットーは、関与者の共同行為が一定の目的を追求しなければならないか、もしくはこの目的は概念上

⁽²⁴³⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 134 ff.; *Häring*, a.a.O. (Anm. 19), S. 171; *Weezel*, a.a.O. (Anm. 7), S. 153; *Becker*, a.a.O. (Anm. 32), S. 179; *Puppe*, GA 2004, 135; *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 132. さらにクラージュは、機関車・バス衝突事件のように、両者の間で取り決めがないにもかかわらず共同正犯を認めることに対して、それは共同正犯の要件とその法的効果とを取り違えていると批判する。また、この衝突事件に関して嶋矢教授は、因果的相互作用という共同正犯の要件が欠如しているため、過失の共同正犯を適用することは不可能であると批判されている(嶋矢・前掲「過失競合」210頁)。その他、ヴァイサーは、危険増加論をもとに過失の共同正犯の処罰を根拠付けてはならないと批判する(*WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 154)。

どのように決定されうるかという問題と取り組んでいないからである。結局、共同の危険創出と非共同の危険創出とを区別する明確な基準が立てられていない。また、主観的構成要件要素に対しても、カムは、オットーが関与者間の主観的結び付きを要求している点を肯定しつつも、どのような理由からオットーは共同で行為するという決意ではなく、共同行為の意識で十分としているのか述べていないと批判する。「共同で操縦可能な分業的行為に関する関与者の意識」を故意における行為計画に相当する基準とみなしたければ、分業的に行為するという行為決意を要求するのが自然であろう。オットーの主張にもかかわらず、一定の行為を行うという合意は、単なる意識よりはむしろ共同の行為決意というに等しい。共同の決意という要素を放棄するには、少なくとも説明が必要である⁽²⁴⁴⁾。

また、レンツイコウスキーは、不作為犯の場合には共同正犯構造は必要ないと主張する。複数の者が共同で行為することによって結果を回避する限り、結果発生には一人の不作為で十分である。因果関係が他人の行為によって媒介されることはない。他人がどのように行為したかは全く重要でない。従って、レンツイコウスキーは、オットーが持ち出した衝突事例において、機関車運転士もバス運転手も全ての要件を本人自ら充足しているため、同時犯として責任を負うべきであり、過失不作為の共同正犯を認めたオットーの見解は誤りであると批判する⁽²⁴⁵⁾。

⁽²⁴⁴⁾ *Kamm*, aa.O. (Anm. 18), S. 136 f.; *Kraatz*, aa.O. (Anm. 6), S. 132; *Kirsch*, aa.O. (Anm. 42), S. 257.

⁽²⁴⁵⁾ *Renzikowski*, Täterbegriff, S. 290. また、内海教授も、不作為犯の場合にのみ行為者相互の了解がなくても共同正犯を認めるのは、故意共同正犯と過失共同正犯の間に、また過失作為犯と過失不作為犯との間にも共同正犯概念の分裂が生じてしまうと批判されている（内海・前掲書〔注100〕217頁）。なお、同時犯との区別の不明確性を指摘する者として金子・前掲「過失犯の共同正犯」122頁。

⑬客観的帰属論

行為共同説と因果的共犯論に立ち、同時犯解消説を唱える見解⁽²⁴⁶⁾がある中、この両理論に立脚しつつ過失共同正犯を肯定する見解がある。この見解の主張者である山中教授は次のように主張されている⁽²⁴⁷⁾。客観的に危険創出行為を共同し、主観的に共同危険行為の意思があれば、過失共同正犯は肯定される。共同正犯の場合、結果に対して、自らの因果的寄与と他者を通じた因果的寄与が認められ、帰属可能な範囲内の事象である限り発生した結果は彼に帰属される。

また、レッシュは、人間の意思を、合理的人物が客観的・規範的に定義付けた意思ではなく、経験的な衝動的人物が主観的・自然主義的に決めた意思と解釈し⁽²⁴⁸⁾、そこから、判例・通説によって共同正犯肯定のために要求される共同の行為決意は共同正犯を自然主義的・心理的に誤って解釈した結果であると考え、共同正犯を客観的帰属論の立場から規範的に捉えていこうとする⁽²⁴⁹⁾。その出発点として、レッシュはヘーゲルの見解に準拠す

⑭ 西田・刑雑27巻1号151頁。

⑮ 山中・前掲刑法総論906頁。

⑯ *Lesch*, Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?, JA 2000, 74.

⑰ *Lesch*, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), 272; *ders.*, GA 1994, 121 f. もっとも、レッシュは、共同の行為決意が不要なのであり、客観的帰属のために「片面的適合決意」で十分であると主張する (*Lesch*, ZStW 105 [1993], 285; *ders.*, JA 2000, 77. 適合決意を支持する者として *Jakobs*, Strafrecht A.T., S. 618; *Derksen*, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, 163 ff.)。しかし、この見解に対しては、ドイツ刑法25条2項の「共同実行」は「共同の行為決意」を前提としているため、片面的適合決意によって共同正犯を肯定するのは共同正犯規定の許されざる類推適用である。共同正犯における機能の分配は合意に基づいてのみ行われるため、他人の行為との片面的な結び付きでは役割分担という一般に認められている考え方に反するな

る。刑法にとって重要な損害は「法としての法の侵害」⁽²⁵⁰⁾であり、刑罰は規範違反行為を否定することによって規範の妥当性を確認し、規範の拘束力への一般人の信頼を安定させることである。それにより、「刑罰によって止揚されうる不法は、規範の妥当性に関する行為者の個人的な世界図にある」⁽²⁵¹⁾。規範の妥当性に対する外界事象の意味のみが刑事不法にとって重要である。

そして、共同性に関して、全ての個々人自身ではなく、共同の、すなわち集団に帰属されうる行為のみが存在し、人的共同体において結び付けられている人の組織共同体自体が行為主体である。従って、人的共同体としての集団に対して行為管轄と責任管轄が存在する。そしてこの人的共同体の基本的要素を超個人的共同目的の追求に求める。共同の目的によって初めて、個々の寄与が全体の一部とみなされる。もっとも、この共同目的は必ずしも相互的なものである必要はなく、共同の行為決意によって作り出されるものではない。共同正犯は分業的な犯罪実現であり、分業に際しては相互の意思の一致ではなく、構成要件実現のために行われうる作業の分割が重要だからである。一方、個々の寄与を全体活動と結び付けるために「全体意思」を要求し、この全体意思が関与者の個人的・精神的意図から構成される場合、帰属の根拠として相互決意が問題となる。この場合、不法を根拠付ける意思は外部的な因果事象を目的的に決定している精

どと批判されている（例えば、*Renzikowski*, Täterbegriff, S. 102; *Kamm*, a.a.O. [Anm. 18], S. 40; *Roxin*, Täterschaft, 9. Aufl., S. 757 f.; *Schönke/Schröder/Heine*, StGB, vor §§ 25 Rn. 81; *Küpper*, ZStW 105 [1993], 302; *Ingelfinger*, „Schein“ - Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, 708)。なお、キュッパーは、レッシュの見解を「新規範主義」と呼んでいる（*Küpper*, ZStW 105 [1993], 295）。

⁽²⁵⁰⁾ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (in der Textedition von *Hoffmeister*, 1955), §§ 97, 99.

⁽²⁵¹⁾ *Lesch*, ZStW 105 (1993), 274. なお、*Derksen*, GA 1993, 170も参照。

神的事実、すなわち、犯罪故意と理解される。しかし、個人的・精神的考えとしての行為意思は、規範の拘束力、すなわち刑法にとって重要ではない⁽²⁵²⁾。全体意思は行為の客観的社会損害の意義から明らかとなりうる。

それ故、共同の目的は「脱心理学的」に扱われる全体意思によって共同正犯の決定的要素と定義付けられる。これにより、規範の妥当性の損害を惹起する「特別な意思」が考えられる。これを共同正犯に当てはめ、全体意思が、共同で分業的に組織された規範違反の意味を集団的な特別意思と呼ぶ⁽²⁵³⁾。

このような考えを前提に、故意犯も過失犯も客観的帰属に関しては異ならないという観点から、レッシュは、過失犯にも共同正犯は可能であると主張する。共同正犯において共同の行為決意を前提としないことから、行為実行の意識的意欲的調整は不要であり、複数の者が一つの許されざる危険な作業に寄与すれば、過失共同正犯を肯定するには十分である⁽²⁵⁴⁾。

さらに、レンツィコウスキーは、デンカーが唱えた共同行為プロジェクトの考え方を取り入れ、過失共同正犯は、全ての関与者と同じ権利を持ったパートナーとする共同行為プロジェクトを要求し、この全体行為は、客観的に、法的に否認された危険の設定でなければならないと主張する。主観面では、関与者は全体プロジェクトの危険性を認識できなければならない。そして、危険な行為が帰属されうる者が、過失行為者として、過失で惹起された法益侵害に対して責任を負うとし、それにより、レンツィコウスキーは過失共同正犯に共同の危険創出を要求する⁽²⁵⁵⁾。複数の者が過失で行為したとき、彼らの内の一人の行為が結果に対して因果的であった限り

⁽²⁵²⁾ Lesch, ZStW 105 (1993), 276 f.; Derksen, GA 1993, 170 ff.

⁽²⁵³⁾ Lesch, ZStW 105 (1993), 281.

⁽²⁵⁴⁾ Lesch, JA 2000, 78.

⁽²⁵⁵⁾ Renzikowski, Täterbegriff, S. 284, 288 f.

で、彼ら全員共同正犯として全体行為に対して責任を負う。しかし、この共同の行為プロジェクトに対してキルシュは、多くのものをそこに含めることができるためこの基準は不明確であるばかりでなく、過失共同正犯と関係する共同の注意義務違反を放棄することは驚くべきことでであると批判する⁽²⁵⁶⁾。

客観的帰属論から過失の共同正犯を肯定しようとするが、この共同の行為プロジェクトという考え方に批判的であるのがクナウアーである。クナウアーは、故意の共同正犯の場合には共同の犯罪計画という主観面で関与者の相互帰属を根拠付けようとしていたのに対して⁽²⁵⁷⁾、過失犯の場合、行為者の内心の方向は可罰的結果に向いていないため、過失共同正犯支持者の多くの者と異なり、主観面で過失の共同正犯を根拠付けることはできないと主張する⁽²⁵⁸⁾。故意の共同正犯の場合、行為を共同で実行するには、単なる「並立性」ではなく「相互性」が必要であるため、関係者の共同の意識が基本である。従って、関係者間に分業的共同作業に関する意識が存在しなければならぬ⁽²⁵⁹⁾。換言すれば、行為結果を実現する際、個々人は他の関与者と連帯したい、すなわち、自分は他人の代理を務めたいし、他人は自分の代理をしているため、他人の行為に対して責任を負う。これは、共同の行為計画において外部に明らかとなっている分業の主観的要素である。それに対して、過失犯の場合、故意犯との構造上の相違から、共同の行為計画は結合要素を構成せず、それ故、故意の共同正犯の基準は過失犯に妥当しえない。全ての関与者は他人の代理を務めたいため共同の行為決意が不注意な行為の相互帰属を根拠付ける、というのは誤った推論であ

⁽²⁵⁶⁾ *Kirsch*, a.a.O. (Anm. 42), S. 258.

⁽²⁵⁷⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 147 ff.

⁽²⁵⁸⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 192 ff.

⁽²⁵⁹⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 148.

る。しかしこのことは、並存性のみがありうるということの意味しない。もし並存性しかないというのであれば、それは故意犯基準を過失に転用しただけであり、過失不法を無視していることにほかならないからである。帰属根拠は、行為の相互申し合わせに基づく行動ではなく、一般に不注意な行為の申し合わせである。この限りで、共同の過失結果惹起は、行為の調整がなくても考えることができる。そして、認識なき過失も処罰されることから、過失行為の不法は主観的要素によっては特徴付けられず、結果の中に実現された危険創出が過失非難をもたらすと主張し、客観的帰属論によって過失犯を処理していこうとする。行為者は何を望んでいたのかではなく、法益に対する不注意な行為によって許されざる危険を創出したことが重要である。過失共同正犯の主観的要素が存在しないので、共同行為に関する関与者の意識も必要ない。そのような意識は、行為者が危険にとって重要な要因を知らなくても少なくとも意識的に行為しているということを過失行為も前提としているため、必要である。

それに応じて、過失共同正犯における相互帰属の根拠を、関与者の共同行為によってもたらされた危険増加に見出す。これを説明するために、クナウアーは、次の事例を挙げている。道路を横断しようとした歩行者が第一車線と第二車線間の車線境界線上で待機していたところ、両車線を同時に同一方向に進行していた二台の自動車に巻き込まれ、両自動車の真ん中で押しつぶされ死亡した。この事例において、両ドライバーは歩行者を共同で死亡させた。彼らは各々自らの義務違反によって共同で歩行者に対する死の危険を増加させたのであり、死を認識していたか否かとは無関係である。この事例が示しているように、行為の結合要素は純客観的な性質のものであり、過失共同正犯は主観的要素から完全に切り離されている。それ故、クナウアーは、過失共同正犯を複数人によって共同で創出された許されざる危険が結果の中に実現したこと、すなわち、共同で客観的に帰属

可能な行為と解釈する⁽²⁶⁰⁾。関与者が結果の中に実現した危険をお互い全く無関係に、従って分業的に創出しなかった場合は過失同時犯であり、共同で法益を攻撃し、法益侵害の危険を高めた複数の者の連帯の中に共同正犯の可罰性拡張根拠が見出される。分業こそが連帯を形成すると主張する。

ヴェーツェルも同様に共同の危険創出という基盤に立ち、構成要件を実現することが全ての関与者に自らの不法として帰属させる唯一有用な対象であると主張し、客観的帰属の観点から問題の解決を図ろうとする⁽²⁶¹⁾。関与は犯罪行為に対する共同の責任を意味する。全ての関与者に構成要件実現が主観的にも客観的にも帰属されうる。すなわち、犯罪行為への関与は刑法的帰属の問題である。この帰属は、構成要件的行為を対象とし、構成要件実現の担当ならびにそれに寄与する行為の回避可能性を根拠とする。そこから、回避可能で有責に構成要件実現に寄与した者のみが関与者となる。行為は彼に帰属されるのであり、関与者の総体ではない。それにより、関与は、集団による義務違反ではなく、集団的な義務違反を意味する。この集団的義務違反という公式は、規範段階での義務違反の統一性を強調しており、個人行為者を基準にした枠組みとの相違を形成する。個々の寄与は帰属の対象ではなく、義務違反に対する共同の管轄を根拠付ける。関与の最低条件は全ての関与者の構成要件的行為の形成であるため、彼の行為は構成要件実現の共同形成である。この共同形成が存在するとき、構成要件実現は関与者の集団的行為と解釈され、その実行が全ての関与者に客観的に帰属される。共同行為による構成要件実現を集団的義務違反と捉える場合、共同正犯的な関与は特別な問題ではない。実行段階で活動していなかった組織の長の場合も同様に考え、構成要件実現の共同形成が重要であった限りで、彼は正犯として処罰されうる。しかし、共同性を

⁽²⁶⁰⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 193 ff.

⁽²⁶¹⁾ *Weezel*, a.a.O. (Anm. 7), S. 44 ff.

根拠付けるのにそれ以上のものは必要とされない。行為の実行の時点で、回避可能な行為の犯罪的意味連関は刑法的に重要な共同性の特徴をなし、この共同性が構成要件実現の帰属を共同の過誤行為として根拠付ける。その後初めて、故意や過失という回避可能性の性質が、全ての共同形成者と関連して検討されうる。共同性の源は構成要件実現への行為の客観的意味連関である。共同の行為決意に基づく拘束性は、共同性を根拠付ける必要はない。共同管轄は、意識的・意欲的協力ではなく、各行為態様の社会的意味内容を踏まえて根拠付けられるため、行為プロジェクトに関して関与者が一致していなくても、過失の関与が認められる⁽²⁶²⁾。

これらをまとめると、共同性は、全ての関与者に帰属可能な集団的義務違反を基礎とする関係にすぎない。それにより、行為者達の義務がその内容に応じて組み合わさっているとき関与は存在し、その結果、個々人の寄与は他人によって有責に共同形成され、しかも構成要件の実現に至る事象への適合という意味をもつ⁽²⁶³⁾。そして、共同責任を解明する基準は、各組織の結合の中にのみある⁽²⁶⁴⁾。

しかし、山中教授の見解に対して伊東教授は、「共同危険行為の意思」の内実が問題であると批判されている⁽²⁶⁵⁾。すなわち、山中教授は共同実行の意思を「他者の行為寄与をも含めて犯罪実現に至る因果経過のいずれかの部分に現実的な認識と意思が存在し、他者の行為に発する因果経過をたどって犯罪的結果の発生が予見可能であればよい」⁽²⁶⁶⁾と理解されているが、これは要するに、共同作業を行っているという認識・意思と自己または他人の行為から構成要件的结果が発生するという予見可能性さえあれば

⁽²⁶²⁾ Weezel, a.a.O. (Anm. 7), S. 67.

⁽²⁶³⁾ Weezel, a.a.O. (Anm. 7), S. 204.

⁽²⁶⁴⁾ Weezel, a.a.O. (Anm. 7), S. 207.

⁽²⁶⁵⁾ 伊東・前掲論文(注176)64頁。同旨内海・前掲書(注100)80頁。

⁽²⁶⁶⁾ 山中・前掲刑法総論893頁。

足りるということであり、「共同危険行為の意思」に過失共同正犯を肯定するための独自の機能はないと主張するのである。

また、レッシュの見解に対してキューパーは、二人の関与者のうち、一人が被害者を傷害し、もう一人が被害者を殺害したという事例を挙げ、客観的な経過のみでは死の結果を前者に帰属することができるか否かは明らかでなく、主観面が確定されて初めてそれが明らかとなると主張し、共同の行為決意を不要とするレッシュの見解を批判する⁽²⁶⁷⁾。従って、客観的帰属は主観的構成要素に取って代わることはできないとする。これに対してレッシュは、事象の全体的な状況、とりわけ、関与者間の事前の相互影響をも基礎とすることができると反論する⁽²⁶⁸⁾。しかしこれに対してインゲルフィンガーは、それならばなぜ、共同の行為決意を用いず、客観的帰属という不必要な回り道をしたのかと批判する⁽²⁶⁹⁾。さらにクラージュは、ドイツ刑法25条2項の「共同実行」は、共同正犯者のコミュニケーション的一致を基礎としているため、共同正犯を純粹に客観的に考察することは法の文言を超えており、許されざる類推である批判する⁽²⁷⁰⁾。また、クナウアーの見解に対してレンツィコウスキーは、共同の行為決意を不要とすれば、どのようにして共同正犯者間の分業が可能であるのか明らかでなく、共同正犯は複数の過失行為者の単なる偶然的な重なり合いと区別すること

⁽²⁶⁷⁾ *Küpper*, ZStW 105 (1993), 302. 同旨 *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 115 ff.

⁽²⁶⁸⁾ *Lesch*, ZStW 105 (1993), 283.

⁽²⁶⁹⁾ *Ingelfinger*, JZ 1995, 708.

⁽²⁷⁰⁾ *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 116 f. その他、ゲッセルは、許された危険創出も法益を侵害しうるばかりでなく、許された危険創出と許されざる危険創出とをお互いどのように明確に区別するのか明らかでないなど、許されざる危険創出は帰属の要素として適切でないと主張し、客観的帰属論の考え方自体に否定的である (*Gössel*, Objektive Zurechnung und Kausalität, GA 2015, 22)。

ができなくなると批判する⁽²⁷¹⁾。また、同じくクラーチュも、複数の者が存在していると意識しなければ、作業を分割することはできないため、連帯を作り出す主観的要素がなければ共同正犯は存在しえないはずであると批判する⁽²⁷²⁾。

過失の共同正犯の問題は、まず「過失」である以上、注意義務に反して、許されない危険が創出され、それが結果の中に実現される必要がある。また、「共同正犯」である以上、共同実行の事実ばかりでなく、同時犯と区別するために共同実行の意思も必要である。その意味で、共同実行の意思を不要とするクナウアーの見解に従うことはできない。

従って、「過失の共同正犯」とは、共同実行の意思のもと、共同で創出された許されない危険が結果に実現したということになる。では、ここでいう共同実行の意思とは何であろうか。自らの行為と因果性のないところに帰属を認めることはできないため、基本的には、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とすべきであろう。しかしこれだと、伊東教授が指摘されている通り、共同実行の意思に独自の意義はないという批判を回避できない。この点、嶋矢教授の考え方が参考になろう。「共同」正犯ということから、「共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的影響」を与えればよく、この認識で十分である。他者に対して因果的影響

(271) *Renzikowski*, FS-Otto, S. 431. 同旨金子・前掲「過失犯の共同正犯」123頁。なお、ここでレンツィコウスキーは、主観的要件として、行為寄与の相互的契約類似的約束を要求する (*Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski*, a.a.O. [Anm. 44], S. 522)。

(272) *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 121. なお、クラーチュは、危険増加論自体に否定的である。彼は、クナウアーが挙げた事例の場合、行為者はまさに人の死を惹起したのであり、単に死の危険を増加させたというのは法の文言上不十分であるとし、行為者が危険を増加させ、結果が発生した場合に処罰されるというのでは、法益侵害は単なる客観的処罰条件になってしまうと批判する (S. 346)。

を与えることを認識すればいい。もっとも、嶋矢教授と異なり、行為者間の意思の相互連絡までは不要であろう。もし必要とすれば、例えば、欠陥商品によって消費者の健康被害が報告されているにもかかわらず、取締役の誰も不注意で臨時取締役会の開催を提案しなかった場合や、取締役会での決議に際して取締役との間で話し合いが全く行われなかった場合など、彼らの間に相互連絡がないことから、共同正犯を肯定することができなくなる。本説が妥当である。

Ⅲ. 合議決定における取締役の過失共働に関する問題

高度に複雑化した現代社会においては、特定の個人が製造・販売等を全て行うことは難しくなっている。企業は分業的・階層的な構築に基づいて活動しており、これが現代経済の構造的特徴といえる。とりわけ大企業には、通常、複数の取締役が存在し、そこで彼らが方針を決議し、それに基づいて下部組織である開発部、製造部、販売部等が活動している。製品の危険性を十分検討することなくその販売を取締役が決議した結果、消費者に被害が発生した場合や、製品の有害性が広く知れ渡ようになったにもかかわらず取締役会で回収が決議されなかった場合、彼らの刑事責任はどのように判断されるべきか。このように、複数の者が過失で関与した状況を扱う合議決定の問題は、近年ますます重要性を増している。ドイツにおいては、いわゆる「皮革スプレー事件」を契機としてこのことが本格的に議論されるようになり、過失の共同正犯を肯定することでこの問題の解決を図ろうとする見解が増えている。その一方、過失の共同正犯を否定し、個々の取締役の過失や因果関係から問題の解決を図ろうとする見解も依然唱えられている。そこで、これまでの過失共同正犯の議論を前提に、この問題に対して学界はどのように反応したのかをみていく。

(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

皮革スプレー事件における連邦通常裁判所の判決理由に反対する者の多くが個々の行為寄与の原因性を問題としているのに対して、ザムゾン⁽²⁷³⁾は、まず最初に、他の取締役の協力が犯罪的方法で行われない場合、全体取締役会の原則は妥当しないため、取締役は単独で回収を指示することはできないという連邦通常裁判所の前提は非常に疑わしいと批判する。さらに彼は、連邦通常裁判所の誤りは不作為の点にもあると主張し、二人の消防士の例で説明する。Aが消火栓の弁を開けてホースに水を送り、Bがホースを消防ポンプにつないで燃えている家に水をかけることによって消火できるという事例において、Aは、Bが火災を楽しむために放水しないということを知っていたにもかかわらず、Bと場所的に離れていたためBに作業を働きかけることができなければ、Aが栓を開かなかったとしてもAは非難されない。不作為犯の根底にある命令規範は、盲目的に活動することではなく、構成要件該当結果を防止することのできる行為の実行のみを要求しているからである。この考えをザムゾンは皮革スプレー事件にあてはめる。何人かの取締役が製品の回収に関して無理解という印象を与えたならば、彼らだけが責任を負い、活動をあきらめた他の取締役の違法性は阻却される。なぜなら、他の取締役に期待された行為は成功の見込みがなく、そのような行為は既に命じられていないからである。しかし、ヴァイサーは、二つの点からこの見解を批判する。第一に、全ての取締役が同じ権利を有している組織においては、既に特定の決意をしている他の取締役に影響力を及ぼし、ひょっとしたらその決意を変更させることができるかもしれない。たとえ他の取締役が特定の決意を表明していたとしても、たとえ優越的な地位にある取締役が多数派に属していたとしても、民主主

⁽²⁷³⁾ Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 185.

義の原則が支配している組織においては、取るに足らない取締役ですら自らの意見を表明し、同僚に正しいことを納得させようとするだけで、影響力を及ぼすことができる。そのため、活動をあきらめなければならなくなるような状況はほとんど存在しない⁽²⁷⁴⁾。同じくカムも、個々の取締役に期待された活動は製品回収ではなく、全ての協力権を用いて自らに可能で期待しうることを行うことであると連邦通常裁判所ははっきりと指摘しており、どのような理由から「理解ある」取締役がこの活動を行えなかったのかをザムゾンに述べていないと非難する⁽²⁷⁵⁾。ヴァイサーによる批判の第二点目として、全体取締役会が妥当しないというザムゾンの主張に対して、彼女は、ここでもやはり全体取締役会の原則は効力があつたとする⁽²⁷⁶⁾。彼女によれば、本来なら全体取締役会が決定するはずの措置を、事態の評価を誤った結果、取締役が自らの権限を越えて単独で行為した場合に生じる危険は個々の取締役に期待できない、個々の取締役は企業内での権限の序列を頼りにしていい、個々の取締役が自らの権限を超過しなかった場合にひょっとすると処罰されるかもしれないという不確実性に取締役をさらしてはならないからである。また、不作為の点に関しても、彼女は、他の取締役が活動しなかったということを指摘するだけで全ての取締役は保障人の責任から免れることができると批判する。同僚が活動しなかっただけではまだ取締役の救助不能性を根拠付けることはできない⁽²⁷⁷⁾。さらにクラーチュは、活動をあきらめた取締役の帰属を排除しよう

274) *WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 117. 同旨 *Neudecker*, a.a.O. (Anm. 122), S. 206; *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 349.

275) *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 165.

276) *WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 140 f.

277) *WeiBer*, *Kollegialentscheidungen*, S. 141. 彼女によれば、これが生じるのは、同僚が回収活動に対して否定的態度へと動いたときであり、皮革スプレー事件においては回収しない決議が下されたときであると主張する。

とするザムゾンの見解に対して、構成要件が充足されている場合、犯罪行為の実行にとって動機は基本的に重要でないと批判する⁽²⁷⁸⁾。わが国においても、取締役は、株式会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実があることを発見したときは、直ちに、当該事実を株主または監査役に報告しなければならないため(会社法357条1項)、活動をあきらめた取締役の責任を否定するザムゾンの見解は支持できない。

(2) 因果関係決定に関する提案

例えば、取締役が五人存在し、決議に際して賛成3票、反対2票で決議が採択された場合、因果関係をコンディチオ公式によって肯定することは容易である。もし、賛成者の一人が反対票を投じたならば、決議は可決しなかったからである。しかし、五人全員が賛成したという過剰条件の場合、一人が反対しても結局決議は成立する。そのため、彼の因果関係は否定され、取締役決議により欠陥製品が市場に流通した結果、消費者に被害が発生しても、どの取締役も責任を問われないことになる。

① 具体的形態における結果の理論

そのため、コンディチオ公式を放棄する見解が主張される中、本公式を修正し、あくまで条件説を堅持しようとする見解が存在する。発生した結果を抽象的ではなく具体的、詳細に記述するのである。新幹線の中で、Xが甲を刺殺した直後、Xとは全く無関係なテロリストによって新幹線が爆破され、Xを含め乗客全員が死亡した場合、Xの行為がなくても甲は爆死したため、Xの行為と甲死亡との因果関係が否定されてしまう。そこで、結果を「甲の死」と捉えるのではなく、「甲の刺殺」と具体化するのである。この考え方を合議決定に適用し、彼の賛成がなければ「5対0での決

⁽²⁷⁸⁾ Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 348.

議成立」ということにはならないため、全取締役の行為に因果関係を肯定することができる⁽²⁷⁹⁾。

しかし、この見解に対しては、周知のように、何が具体的形態に影響を及ぼす事情であり、何がそうでないのかに関する明確な基準を提供することができない⁽²⁸⁰⁾。そのため、結果の具体化次第では、全ての条件が原因となりかねない。被害者が「青い部屋で」射殺された場合、部屋を青く塗った者も結果に対する原因となってしまう。ここで、「青い部屋」は刑法上重要な条件ではないというのは、証明しようとする命題に結果が先取りされた不当前提である⁽²⁸¹⁾。従って、具体的形態における結果の理論を用いても、適切な解決を導くことはできない。

②重疊的因果関係・択一的競合

これに対して、コンディチオ公式を修正するのではなく、取締役決議を重疊的因果関係の問題として捉えようとする見解がある。皮革スプレー事件において、連邦通常裁判所は、複数の関与者の行為寄与が全体となって初めて構成要件該当結果を惹起するところでは、全ての個々の寄与が原因であると述べ、取締役の不作为による過失処罰を、作為犯における重疊的因果関係の原則と関連付けて根拠付けようとした⁽²⁸²⁾。取締役全員一致で回収不作为が決議されたこの事例で、どの取締役も、回収しようとする努力は他の取締役の反対によって失敗したであろうから、結果に対する原因た

(279) 例えば、Schumann, StV 1994, 110.

(280) Dencker, Kausalität, S. 90 f.; Rothenfußer, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 64 ff.; Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 325; Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2016, S. 19 f.; Toepel, Condicio sine qua non und alternative Kausalität, JuS 1994, 1010; Röckrath, Kollegialentscheidung und Kausalitätsdogmatik, NStZ, 2003, 643.

(281) 山中・前掲刑法総論265頁。

(282) BGHSt. 37, 106.

りえない。しかし、連邦通常裁判所は、損害防止のために命じられた行為が複数の者の協力によってのみ実現することができるときは常に、自らに要求された可能な寄与を怠った全ての者は結果に対する原因である、という理由で全ての取締役を処罰したのである。

この根拠付けに対して、マイアー⁽²⁸³⁾やクーレン⁽²⁸⁴⁾など一定の理解を示す者はいるものの、それ以外の者は「学問的・方法論的に問題である」⁽²⁸⁵⁾、「ほとんど支持できない」⁽²⁸⁶⁾、「論理的に誤っている」⁽²⁸⁷⁾、「まったく受け入れることができない」⁽²⁸⁸⁾など、不相当であるとか間違っていると激しく批判した。確かに単独の行為のみでは結果を発生させることができず、他の行為寄与と相まって初めて結果発生にいたるという点では、合議決定の問題は重疊的因果関係の問題といえる。しかし、コンディチオ公式の除去思考

⁽²⁸³⁾ *Meier*, Verbraucherschutz durch Strafrecht?, NJW 1992, 3193 ff. もっとも、マイアーは、等価説のみでは取締役の処罰は根拠付けられないとし、ここでは、全ての条件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している(3197 f.)。その他、皮革スプレー事件ではないが、重疊的因果関係の認定に賛成する者として *Weber*, Können sich Gemeinderatsmitglieder durch ihre Mitwirkung an Abstimmungen der Untreue (§ 266 StGB) schuldig machen?, BayVbl. 1989, 169; *Pfohl*, Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Duldung unzureichender Abwasserreinigungsanlagen, NJW 1994, 420.

⁽²⁸⁴⁾ *Kuhlen*, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 566 ff. クーレンは重疊的因果関係の援用を不当と考えているが、「個々の票は、下された合議決定に対する十分な全体条件の必要的構成要素として理解されうる」(*ders.*, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 1994, 1146) というように、後述する inus 公式を用いることで因果関係肯定している。

⁽²⁸⁵⁾ *Samson*, StV 1991, 182.

⁽²⁸⁶⁾ *Hilgendorf*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, 563.

⁽²⁸⁷⁾ *Puppe*, JR 1992, 32.

⁽²⁸⁸⁾ *Samson*, StV 1991, 184.

という視点からみると、取締役全員が賛成した場合、一人が反対しても決議成立には影響がないため、合議決定の問題を重疊的因果関係によって解決することはできない。

そこで、一人の行為寄与がなくても結果は発生するという点から、択一的競合の問題と捉えることもできる。XとYがお互い無関係に致死量の毒を甲に投与した結果、両者の毒が同時に効いて甲が死亡した場合、Xの行為を取り除いて考えてもYの行為を取り除いて考えても結果は同じく発生するため、両者とも甲の死に対して責任を問われなくなってしまう。そこでわが国の多数説は、XとYの行為を両方取り除いて考えれば、甲は死ななかつたため、XとYの行為に原因性を求めることができるとする⁽²⁸⁹⁾。個々の条件ではなく、全ての条件を取り除いて考えれば結果は発生しないため、この条件を設定した全ての者に責任を負わせることができる。同じように、賛成票を投じた五人全ての取締役の行為がなければ、決議は不成立となったため、彼ら全員の責任を問うことが可能となる。そのため、ヴェーツェルは、連邦通常裁判所は重疊的因果関係と多重因果関係を取り違えていると批判する⁽²⁹⁰⁾。しかし、択一的競合とは、単独でも結果を発生させることが可能な行為がお互い無関係に複数重なった場合を指す。それに対して合議決定の場合、他の者の協力がなければ決議を成立させることはできず、一人の行為のみでは不十分である。また、もし、一人が反対したにもかかわらず残り四人が賛成したため、決議が成立した場合、反対した者を含め、五人全員の行為を取り除いて考えれば決議は成立しない。そのため、反対した取締役も決議成立に対して責任を問われることになってしまう。それを回避するため、賛成した四人の行為を取り除いて考えるこ

⁽²⁸⁹⁾ 例えば、大谷・前掲書（注11）212頁、川端・前掲書（注61）147頁、前田・前掲刑法総論講義128頁、日高・前掲書（注31）180頁。

⁽²⁹⁰⁾ Weezel, a.a.O. (Anm. 7), S. 131.

とになろうが、そうすると、四人の行為が原因であることが最初から明らかであり、不当前提である。従って、合議決定を択一的競合の問題とすることはできない。

③合法則的条件説

「あれなければこれなし」という条件公式によっては問題を適切に解決することができないことから、視点を変えて解決を図ろうとする見解が主張されるようになった。例えば、ヒルゲンドルフは、合議決定に関する因果関係の問題は合法則的条件説によって容易に解決しようと主張する⁽²⁹¹⁾。

この理論によれば、我々の経験則上、行為と結果との間に合法則的関連が存在するかどうか、すなわち、「周知の自然法則に従い行為と合法則的に結び付けられ、構成要件該当結果であるような、時間的に後続する外界の変化が、行為に続いたかどうか」⁽²⁹²⁾が重要であり、合法則性は「その行為があればその結果が発生する」というように公式化されうる。従って、因果説明は、演繹的・法則論的説明モデルの変形である⁽²⁹³⁾。そこから、XとYがお互い無関係に各自致死量の毒を甲に投与したという典型的な択一的競合の場合、Xの行為と甲の死亡ばかりでなく、Yの行為と甲の死亡にも合法則的関連が認められる。複数の合法則的関連の存在は重要でない。

ヒルゲンドルフはこの考えを合議決定に転用し、例えば取締役が三人いた場合、決議成立には、甲と乙の票、甲と丙の票、乙と丙の票、甲と乙と

⁽²⁹¹⁾ Hilgendorf, NStZ 1994, 565. もっとも、ヒルゲンドルフは、過失の共同正犯自体を否定しているわけではない(S. 563)。彼は、皮革スプレー事件の場合、特別取締役会以前には、不作為に向けられた取締役の共同決議、すなわち、意識的・意欲的協力が欠けているため、回収惹起の過失不作為を過失共同正犯にあてはめることはできないと考えている。

⁽²⁹²⁾ Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm. 30), S. 283.

⁽²⁹³⁾ Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 363 ff.

丙の票という四つの組み合わせが存在する。従って、決議に至りうる四つの因果経過が考えられ、これらの因果経過が四つの合法則性に相当する。全員一致の場合、一人が反対しても決議は成立するということは重要でない。彼は、この理論を首尾一貫して適用することで、合議決定の問題を容易に解決することができるかと主張する。

④十分な最少条件の理論

この合法則的条件説を出発点としつつも、そのみで因果関係を理解するには不十分であるとし、個別原因と結果との論理的条件関係が不可欠であると主張する見解が唱えられている。例えば、火のついたタバコをごみ箱に投げ捨て、その後火災が発生した場合、たばこの投げ捨てだけでなく、十分な酸素がなければ火災は発生しない。それ故、自然現象には複数の原因が存在しえ、一緒になって初めて結果を惹起するのに十分な条件の複合体のみが原因である。しかしその一方、ごみ箱の色が青だったという要件は、原因の経過にとって不必要な観点である。そこで、行為は、それが結果を自然法則的に説明する十分な条件複合体の必要的部分であるとき、一定の結果に対して原因であるということになる^{(294) (295)}。複数の者が一

⁽²⁹⁴⁾ アングロアメリカでは、NESS-test (“Necessary Element of a Sufficient Set”) と呼ばれている。Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof*, Iowa Law Review Vol. 73 (1988), p. 1019参照。

⁽²⁹⁵⁾ *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S. 82 Fn. 16; *ders.*, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 486; *Puppe*, Strafrecht, S. 26 ff.: 「個々の原因は、一般的経験的法則により十分かつ真実の最少条件の必要的構成要素である」。飛行機内でXが甲を射殺したが、その直後Xとは全く無関係なYによって設置された爆弾が爆発し、その飛行機が墜落し、乗客全員が死亡したという事例において、「付け加え禁止」や「具体的結果の理論」を取らなくても、この公式によれば、甲の爆死は真実ではないため、仮定的な因果経過は最初から考慮する必要がなくなる。また、クラークは、どの行為者の石が命中したのか解明されなかった有名な

つの角材を不注意にも屋根から落とし、その結果通行人が負傷した場合や、精神病院に勤務する二人の医師は、犯罪者Sが以前別の収容施設からの外出中に新たな犯罪を行ったことを知っていたにもかかわらず、Sの外出を許可するために共同でサインしたところ、監視をつけられなかったSはそのまま逃亡し、殺人等の犯罪を行った⁽²⁹⁶⁾という場合、全関与者の協力が重要であり、全員による投げ落としし行為や二人の医師のサインが結果に対する十分な最少条件の必要的部分である。

そして、プッペは、この問題を、実際に生じた結果への因果経過にとって必要な諸条件の一つが複数充足されたという「多重因果関係」の原則を用いることで解決しようとする。実際の因果経過およびこれを支配している法則を認識しなければ正しく言明することはできないということから、因果関係の問題として扱い、因果関係の概念を適切に処理することで、過失共同正犯という革命にも似た変更を行うことなく合議決定の問題を解決することができる⁽²⁹⁷⁾と主張する。そこでは、自らが積極的に活動しても、他の取締役の反対によって回収決議は否決されるのだから、自分は結果に対する原因ではないという主張を退けるため、プッペは、コンディチオ公式ではなく、inus公式⁽²⁹⁷⁾によって、行為は原因とみなされうると主張する。一般的因果法則および経験則によれば、事実は結果発生にとって十分条件である。しかし、この十分条件は不必要な事実を含んではならず、従っ

スイス連邦裁判所の落石事件においては、どの事情が真実であるのか分からないため、十分な最少条件の理論によって解決することができず、各行為者への結果の帰属は疑わしいと考えている (Kraatz, a.a.O. [Anm. 6], S. 357 f., 368)。

⁽²⁹⁶⁾ BGHSt. 49, 1.

⁽²⁹⁷⁾ inus公式とは、原因は「必要的ではないが十分な条件の十分ではないが不要ではない部分」であるという公式である (Mackie, *The Cement of the Universe*, 1974, p. 62: It (= cause) “is an insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition”)。

て、一般的法則および経験則によれば、結果発生にとっての最少条件でなければならない。コンディチオ公式の場合、個々の原因は結果にとって必要でなければならないが、inus 公式によれば、個々の原因は、十分な最少条件——複数の原因が存在しうるため、十分な最少条件自体は必ずしも結果にとって必要である必要はない——のためのその他の条件を補うためにのみ必要である。この考えを合議決定にもあてはめ、例えば、A B C D Eの五人からなる委員会でA B C Dが賛成した場合、その中から決議成立にとっての最低数である三人A B Cを任意に選び出し、彼らを取り除いて考えれば結果が欠落することから、彼らの結果に対する因果関係を肯定することができる。個々の票（例えばAの票）は、違法な決議の成立に対する、しかも複数の者によって充足された十分条件（A B C）の必要的構成要素を形成するため、原因とみなされうる⁽²⁹⁸⁾。個別原因（Aの票）は、A B Cという十分かつ真実の最少条件を完全なものにするために必要であるばかりでなく、原因であるA B Cの賛成によって結果が発生したことから、Aの票は結果発生に対しても必要な条件である。ここでは、同じく賛成票を投じたDの票は最少条件を構成しないため、彼のことに言及する必要はない。同じように今度は、A B Dの三人を決議成立のための最少条件とし、Cを不必要とする。一定の結果に対して複数の原因が存在し、そのうちの一つを取り出すことができない場合、それら複数の条件は結果に対して並行して効果をもつ⁽²⁹⁹⁾。これらの原因連鎖はいずれも真実であるため、真実ではない仮定的因果経過とはこの点で異なる。このように、結果発生のために、A B C、A B D、A C D、B C Dの四つの十分な最少条件

⁽²⁹⁸⁾ Puppe, JR 1992, 32; dies., GA 2004, 138 f. この inus 公式に好意的な者として Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 334 ff, 367; Hoyer, FS-Puppe, 520; 山中『ロースクール講義 刑法総論』（2005年）125頁。なお、この公式に関して詳しくは拙稿・前掲「企業・組織犯罪」133頁以下参照。

⁽²⁹⁹⁾ RGSt. 19, 141 参照。

が存在する多重因果関係の問題と考えるのである。全ての賛成票は、決議ならびにその実行から因果的に生じる法益侵害に対する原因である。

この見解に対してクナウアーは、一定の要因が取り出される最少原因を形成することは、具体的形態における結果の理論と同じようなやり方、すなわち、あらかじめ要因が確定され、それを原因とするやり方である批判する⁽³⁰⁰⁾。しかしこれに対してクラークは、必要最少条件の理論の場合、任意に具体化されるのではなく、自然科学的法則を考慮したうえで、因果経過の仮説が立てられ、現実と比べられると反論する⁽³⁰¹⁾。

しかし、無記名投票の場合、誰の票が決議成立にとっての最少条件となるのかが確定できなくなり、本説でも因果関係を肯定することできないであろう。

(3) 因果関係・客観的帰属・予見可能性による解決

先述した十分な最少条件の理論に従って個々人の投票行為と消費者への損害との因果関係を判断しつつ、そのみで結果不法を確定するには不十分であり、犯罪結果を行為者のしわざとみなすために、行為者によって設定された危険が結果の中に実現したという帰属連関を要求する見解がクラークによって主張されている。過失犯に関していえば、損害を孕んだ因果経過を予見してこれに反応できたにもかかわらず、自らの行為によって許された危険を超え、法益に対する危険を創出した者は過失の行為不法を行っている。行為者はこの行為を実行し、法益に対する危険が実現され

⁽³⁰⁰⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 122. 同旨 *Dencker*, *Kausalität*, S. 113 f.; *Erb*, *Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht*, JuS 1994, 452; 松生光正「*ius* 条件論の刑法的意義」井田良・川口浩一・葛原力三・塩見淳・山口厚・山名京子(編)『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(2017年) 167頁以下; 金子・前掲「過失犯の共同正犯」73頁。

⁽³⁰¹⁾ *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 337.

たならば、行為者は結果不法も実現したことになる。その一方、法秩序は一定程度の危険を甘受しているため、これによって生じた結果に対して行為者を処罰することはできない。許された危険を超過したことによって過失犯に対する客観的帰属が認められる⁽³⁰²⁾。取締役の行為と消費者被害との因果関係、並びに、取締役への結果の帰属が存在するならば、結果不法は疑いえない。さらに、損害を孕んだ経過を予見可能であるにもかかわらず、許された危険の超過という形で行為不法が前提とされる。その際、ここではまさに予見可能性が問題となる。許されざる危険を創出する決議に取締役が賛成するならば、個々人の投票による許された危険の超過は明らかである。しかし、それは、個々の投票者が因果経過の本質的部分をも予見しえた場合のみ行為不法となるからである。これを合議決定に当てはめると、決議によって法益侵害が惹起されることばかりでなく、この方向で決議が成立することも予見可能でなければならない。しかしここで、投票前に議論が行われていた場合、決議成立について予見可能となり、取締役の処罰も可能となる。話し合いが行われていれば、他人がどのように行為するか情報を得ることとなり、その結果、他人の行為が行われるものとしてそれを組み入れることができる。従って、事前の議論や議事録等で

⁽³⁰²⁾ Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 340 ff. ここで彼は、過失における客観的帰属の排除を、「合法的な代替行為の抗弁」に見出す。すなわち、不注意な行為者が自らの行為によって構成要件該当結果を因果的に惹起したが、注意して行為しても結果は発生したであろう場合、構成要件該当性は否定される。結果の原因は、許された危険の超過を通じて行為者によって創出された危険の中になくからである。クラージュはこの考えを合議決定の問題に当てはめ、行為者を除いても既に多数が決議成立に賛成しており、行為者が反対票を投じても決議は変更されないため、彼への帰属は疑わしいと考えている。ただし、自らの保障的地位にもかかわらず、決議成立を防止するために自ら可能なことを行わなかった場合、たとえ反対票を投じたとしても、責任は問われると主張する (S. 353)。

他人の行動が知られていたならば、取締役各人は他の取締役の票や決議成立を予見できることになる。その結果、決議が実行され、消費者に被害が生じることも予見できることとなり、全ての取締役は過失行為者として処罰されうることになる。通常の過失共働の場合と同じく、過失の共同正犯という形態をとらなくても、取締役各人に過失が証明される限りで、彼らの責任を問うことは可能となる⁽³⁰³⁾。その際、取締役は直接実行者と比べて知識が優越しているため、背後者に錯誤に基づく間接正犯を認めつつ、過失における統一的正犯論の立場から、結果犯においては背後者に直接正犯を肯定する⁽³⁰⁴⁾。その一方、あらかじめ議論されなかった場合のように、他の人の行動が予測できない場合、因果経過の本質的部分に関する予見可能性がないため、自ら決議の実行に関与しない限り、疑わしきは被告人の利益にの原則に従って取締役を無罪とするのは避けられないことになる⁽³⁰⁵⁾。

しかし、全ての取締役が損害発生を予見しており、しかも投票に際して全員一致で決議が成立し、実際消費者に被害が発生したにもかかわらず、事前に議論がなかったというだけで彼らを無罪とするのは妥当な結論とはいいがたい。

(4) その他の論述

その他の解決法として、ヤコブスは、個々の取締役の投票は予備段階の行為であり、決議の外部的有効性(「外在化」[Externalisierung])のみが基礎とされるとき、因果関係問題は時代遅れになると考えている⁽³⁰⁶⁾。すなわ

⁽³⁰³⁾ Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 350 ff., 367 f.

⁽³⁰⁴⁾ Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 304 f., 317 ff., 352. なお、単純行為犯の場合は過失の間接正犯とする (S. 315 ff., 352 f.)。

⁽³⁰⁵⁾ Kraatz, a.a.O. (Anm. 6), S. 352, 353 f.

⁽³⁰⁶⁾ Jakobs, Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, in: Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, 2017, S. 534 ff.; ヤコブスと同様に、投票へ

ち、ヤコブスによる過剰に条件付けられた結果とは関係なく、後の結果に対する全ての行為寄与の原因性が容易に存在する。

一定の組織体構造に基づいた問題に対する全く異なる解決法として、企業処罰もしくは団体処罰も考えられる⁽³⁰⁷⁾が、これは本稿の直接の問題ではないため、ここでは扱わない。

(二) 過失共同正犯の肯定による解決

上述の見解とは異なり、皮革スプレー事件において、取締役に過失の共同正犯を認定することで、因果関係問題との取り組みを不必要と考えている者もいる。例えば、オットーは、上述したように、取締役を統一体とみなし、共同責任の共同違反という論拠によりこの法形態を強く支持している⁽³⁰⁸⁾。同じくカムも、合議決定の問題を因果関係の段階で検討するのは自らの研究範囲を越えていると感じ、個々人の責任を確定する際に、複数の原因性を省略してもいいとするために、過失の共同正犯を導入しなければならないと考えている⁽³⁰⁹⁾。

の関与は予備行為であることをはっきり指摘する者として *Kraatz*, a.a.O. (Anm. 6), S. 301; 各則の構成要件に応じて部分的に賛成する者として *Suárez*, Zur Strafbarkeit von Kollegialorganen des Unternehmens, in: *Schünemann/Suárez* (Hrsg.), Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, S. 57 f.; 過失共同正犯肯定説からではあるが、同じく投票自体が刑法上の無価値判断のきっかけではないと主張する者として *Weißer*, Kollegialentscheidungen, S. 165.

⁽³⁰⁷⁾ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 1 ff.; *Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, in: FS-Schmitt, 1992, S. 295 ff.; *Deruyck*, Probleme der Verfolgung und Ahndung von Verbandskriminalität im deutschen und belgischen Recht, ZStW 1991 (103), 705 ff.; *Volk*, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, 429 ff.

⁽³⁰⁸⁾ *Otto*, FS-Spendel, S. 284 f.; *ders.*, Grundkurs, S. 314; *ders.*, Strafbarkeit, S. 10 ff.

⁽³⁰⁹⁾ *Kamm*, a.a.O. (Anm. 18), S. 171, 202 f.

また、ヴァイサーも、上述した過失共同正犯に関する自らの基準を元に皮革スプレー事件を検討する⁽³¹⁰⁾。その際、まず最初に彼女は、合法則的条件説に従い、個々の取締役の投票と消費者の傷害結果との因果関係を肯定する。この点、共同正犯の肯定により、個々の票と結果との因果関係を検討する必要がないと考える他の過失共同正犯支持者と一線を画している。しかし、四人の取締役全員一致で決議が下された本事件に鑑みると、一人の取締役が、回収に積極的に協力するとともに他の取締役にも同じ行動をとるよう働きかけるといふ合義務的行為を行ったとしても、消費者への傷害は発生したであろうため、個々の取締役の行為と結果発生との義務連関は否定される。その場合、個々の取締役に結果を客観的に帰属することはできない。その一方、取締役全員が全体として合義務的行動をとった場合、危険な製品が回収されることになるため、傷害結果は発生しない。従って、共同正犯的行為と傷害結果との義務連関が存在する。以上から、ヴァイサーは、結果に対する個々の取締役の因果関係と、共同正犯者としての取締役全員への結果の客観的帰属を肯定する。そして、故意犯と過失犯は客観的帰属の要素に違いはないとして、上記の考え方を過失犯にも適用する⁽³¹¹⁾。

そこで、まず、取締役は彼らに同じ程度に課されている注意義務に違反したと主張する。彼ら全員、製品の流通により設定された危険の実現を防止する保障人であった。それ故、彼らは、具体的危険状況を客観的に認識可能であったことから、製品による危険を実現させないような措置を講じる義務、すなわち製品回収義務を負っていた。彼ら全員同じ権限を与えられ、同じ決定に対して共同で権限を有していたため、この注意義務は取締役に同じ範囲で課せられていた。

⁽³¹⁰⁾ WeiBer, JZ 1998, 237 f.; *dies.*, Kollegialentscheidungen, S. 157 ff.

⁽³¹¹⁾ WeiBer, Kollegialentscheidungen, S. 116, 123, 128, 142 f.

取締役は、製品回収の指示を怠ったとき、共同の注意義務に違反した。個々の不作為は客観的に共同で行われた。これら不作為が全体になって初めて、個々の不作為は回収活動の不作為という結果に至ったからである。それにより、過失共同正犯への客観的要求は充足されている。

主観的な点においても、他の取締役との共同不作為の意識が必要である。取締役が複数いる場合、彼らは取締役会において共同でのみ行為し、かつ、決定を下しうる。このような取締役会の場合、全ての取締役は、全体機関（Gesamtorgan）に所属していることにより、他人と協力することでのみ措置が決定され、実現されうるということを知っている。

従って、個々の取締役に、市場からの回収実行やその不作為は決定権ある多数の取締役が協力することによってのみ可能であるということが明らかであった。それにより、共同不作為の意識は肯定される⁽³¹²⁾。そしてこの要件により、彼女は、過失共同正犯は過失責任を拡張するという批判を回避する。個々人が義務違反決定に反対票を投じたとき、他の取締役との意識的協力が欠けているため結果帰属は排除されるのである⁽³¹³⁾。

③12) これに対して金子准教授は、他者と協力することで製品回収が可能であることを各取締役が認識しているからといって、他者と共に製品回収をしないという認識があったとはいえないと批判する（金子・前掲「過失犯の共同正犯」109頁）。

③13) 共同正犯による解決を肯定するか否かにかかわらず、通説は、違法な決議に反対票を投じた者を、法益侵害を回避するために義務を果たした、手続には関与したが違法な決議は支持していない、本質的な行為寄与をしていない、反対票と侵害行為との因果関係が欠けている、故意がない等の理由から、不処罰とする（例えば、*Jakobs*, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*, S. 546; *Neudecker*, a.a.O. [Anm. 122], S. 245; *Dencker*, *Kausalität*, S. 186; *ders.*, *Mittäterschaft in Gremien*, in: *Amelung* [Hrsg.], *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, S. 69; *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, S. 74; *ders.*, *Strafrecht im Unternehmen und Konzern*, *ZGR* 1999, 646 f.; *WeiBer*,

さらに、取締役は自分たちの等しい義務的地位を認識していなければな

Kollegialentscheidungen, S. 175 f., 183 f.; *Bock*, Produktkriminalität und Unterlassen, 1997, S. 83; *Knauer*, a.a.O. [Anm. 19], S. 203 ff.; *Di Lorenzo*, a.a.O. [Anm. 7], S. 158; *Franke*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Redakteurskollektiven, JZ 1982, 582; *Schumann*, StV 1994, 110; *Hilgendorf*, Landesreferat zum Thema des strafrechtlichen Umgangs mit Produktgefahren in Deutschland, in: Freund/Rostalski (Hrsg.), Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Produktgefahren, 2015, S. 69. ただし、ヒルゲンドルフは、明らかに違法な決議によって生命や健康といった特に価値の高い法益が危殆化される場合、例外的に、投票で負けた者に対して企業内部的に危険防止義務が課せられると主張する (S. 70)。これに対して、シュトゥットガルト上級地方裁判所は、委員は多数の意見に従うことを表明している以上、機関の決定に対して責任を負わなければならないという「合議決定の本質」から、単に反対票を投じただけでは責任から免れることはできないと主張する (OLG Stuttgart, JZ 1980, 774. 同旨 OLG Düsseldorf, NJW 1980, 71; BGH NJW 2006, 522; *Goll*, Strafrechtliche Produktverantwortung, in: Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, 1. Aufl., 1989, § 46 Rn. 23. しかし、彼は第2版では、シュトゥットガルト上級地方裁判所の見解は集団責任に等しいと主張し、初版の見解から改説した [*Goll/Winkelbauer*, a.a.O., 2. Aufl., 1997, § 48 Rn. 29])。また、シュミット・ザルツァーは、基本的には反対票を投じた者の刑事責任を否定するが、それが第三者に対する危険回避からではなく、例えば財政的観点から反対票を投じた場合に彼の責任を問わないとすることは不十分であるとし、どのような理由から反対票を投じたかが重要であると主張する (*Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Band I: Strafrecht, 2. Aufl., 1988, S. 185 f. 同旨 *Suárez*, a.a.O. [Anm. 306], S. 52; *Eidam*, Unternehmen und Strafe, 4. Aufl., 2014, S. 360)。しかし、このような見解に対してヴァイサーは、委員であることだけで責任を問われるならば、これは集団責任であり、個人責任の原則に反するばかりでなく、多数の意見に従うことで処罰が根拠付けられるならば、それは責任の早期化であると批判する。多数の意見に従うだけではまだ因果的寄与を行っておらず、むしろ、当該決定を積極的に目指す必要がある。さもないければ、合議機関に参加することが既に刑法上可罰的な行為と評価されてしまう (*Weißer*, Kollegialentscheidungen, S. 174 f. 同旨 *Häring*, a.a.O. [Anm. 19], S. 48 f.; *Di Lorenzo*, a.a.O. [Anm. 7], S. 157)。結果帰属にとって動機は重要でない (*Schönke/*

らない。彼らは、取締役会内部での企業政策に対する責任を分かち合っ

Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl., § 15 Rn. 66; *Bock*, a.a.O., S. 83)。

一方、違法な決議を保留した者に対しては、反対票を投じた場合と同じく、合議決定の本質から保留者の処罰を肯定する見解がある (OLG Stuttgart, JZ 1980, 774参照)。また、ノイデッカーは、沈黙者は法益侵害防止のために義務を果たさなければならない自らの可能性を利用していないため、保留は法秩序に反対する者達の陣営に与していると考え、反対票を投じた場合とは異なり、保留者の処罰を肯定する (*Neudecker*, a.a.O. [Anm. 122], S. 208. 同旨 *Schmid*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 6. Aufl., 2015, § 56 Rn. 87)。しかし、通説は、この場合も反対票を投じた場合と同様、保留者を不処罰とする (例えば、*Dencker*, Kausalität, S. 186; *Ransiek*, Anerkennungsprämien und Untreue, NJW 2006, 816; *Weißer*, Kollegialentscheidungen, S. 212, 213; *Knauer*, a.a.O. [Anm. 19], S. 206 f.; *Schaal*, a.a.O. [Anm. 8], S. 195 Fn. 118; *Häring*, a.a.O. [Anm. 19], S. 313; *Di Lorenzo*, a.a.O. [Anm. 7], S. 119 ff.; *Franke*, JZ 1982, 583; *Schumann*, StV 1994, 110)。保留者は違法な決定を支持したいということは認められず、むしろ決定に拒否の態度を示しているばかりでなく、保留したにもかかわらず彼に責任を認めるのは団体責任であり、責任主義に反するからである。また、会社法上の義務を持ち出す見解に対しては、会社法上の義務を尊重することは可罰性にとっての必要条件ではあるが十分条件ではなく、それ故、会社法上の義務違反から直ちに保留者の可罰性が導き出されるわけではないと批判されている。

なお、保留者や反対票を投じた者が、棄権すれば定足数は満たされず決議そのものを不成立にさせることができると認識していたにもかかわらずこのような行動を取らなかったならば、彼らの責任を免れさせる意味はないとして、デンカーはこの場合に例外的に彼らの処罰を肯定する (*Dencker*, Kausalität, S. 187; *ders.*, Mittäterschaft, S. 70. 同旨 *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 75; *ders.*, ZGR 1999, 647 f.; *Di Lorenzo*, a.a.O. [Anm. 7], S. 142 ff., 147 ff., 167 ff., 171 f. ディ・ロレンツォは、会議に参加するだけでは不十分であるとし、デンカーの提示した要件に加えて、ある取締役が、保留や反対票を投じることを他の取締役と明示もしくは黙示に取り決める場合、または、決議が明らかに違法であり、しかも多数の者の生命・身体のような重要な法益に対する重大な不利益が引き起こされうる場合のいずれかが必要であると主張する)。

いるということを知っていた。この共同責任は、全体機関が個々の取締役の協力によってのみ保証することができる保障人的義務の履行に対しても妥当する。共同責任の意識は、全ての決定権者にとって、個々の措置に関係し、各々共同で履行されうる注意義務の意識をも含んでいる。

それにより、共同の注意義務の主観的意識が認められ、過失共同正犯の主観的要件は充足されている。以上から、ヴァイサーは、皮革スプレー事件において過失の共同正犯を肯定する。

ヴァイサーと同じく義務の共同性を主張しつつ、共同性を詳細に根拠付けようとしたのがヴェーツェルである⁽³¹⁴⁾。彼によれば、被害者に有害な製品の製造・販売は、それが自らの管轄に属さなくても、社会生活上の義務から生じる特別な危険の要求を意味する。加えて、取締役が自らの決定を通じて製造・販売に影響を及ぼしたことは明らかである。彼ら取締役は、特別な危険の要求を意味するこの組織を形成するが、この危険を創出することも社会生活上の安全義務を履行するための措置を講じることも、個々人の判断に委ねられていない。むしろ、委員会が主体であり、必要な措置を講じる管轄を有する。従って、委員会の各構成員ではなく、彼ら全員が共同で管轄を有する。ある者の行為寄与を他の者に帰属することではなく、全関与者に構成要件実現を帰属することが重要である⁽³¹⁵⁾。そして、皮革スプレー事件においては、親会社の取締役はもちろん、販売を請け負う子会社の取締役にも共同の管轄を肯定する。スプレーを販売していたのは当該子会社ばかりでなく、起訴されなかったその他の会社もあったことから、子会社の取締役には、一定の権利と権限、例えば、専門家の技術的報告を心に留めたり、その報告の追加を提案するという権限をもった特別な

³¹⁴⁾ Weezel, a.a.O. (Anm. 7), S. 271 ff.

³¹⁵⁾ Weezel, a.a.O. (Anm. 7), S. 142.

役割が付与されていたことが明らかである。それ故、彼らの販売決定は、構成要件実現の過程に組み込まれ、危険性の存する製品の販売が構成要件実現を共同形成する。自分たちの行為を企業の計画に適合することによって、全体行為に対する共同の責任が根拠付けられる。また、この管轄という観点から、中央研究所（Zentrallabor）所長への帰属が否定される⁽³¹⁶⁾。彼の管轄は、製造過程における欠陥回避および取締役会への適切かつ完全な情報提供に尽きるが、彼はこのどちらの義務も履行したからである。取締役に回収を勧めることは彼の管轄を越えた事象である⁽³¹⁷⁾。金子准教授も、ヴェーツェルと同様に規範的な観点から共同責任を検討され、取締役会で合議決定の手続きが常に行われているとは限らないという事実を踏まえ、現実の共同作業や共同の行為決意ではなく、犯罪結果発生に至るまでの過程において、各関与者がいかなる地位に基づき、いかなる態度に出たかが重要であるとされ、犯罪結果の発生に至るまでの事前の過程に着目すべきと主張される⁽³¹⁸⁾。

また、ヘリングは、合議決定の問題は何ら特別なものではないとの考えから、過失共同正犯において展開された基準を合議決定の事例にそのまま適用する。すなわち、過失犯における共同の結果惹起は犯罪結果につながる行為の共同実行によって定義されるため、過失犯の共同正犯的責任の根拠は結果それ自体ではなく、過失結果を惹起する全体行為の共同実行であ

⁽³¹⁶⁾ Weezel, a.a.O. (Anm. 7), S. 282 f.

⁽³¹⁷⁾ これに対してマインツラント裁判所は、所長が、真の欠陥が証明されるまで回収の必要はないと提案したことで、取締役会が即座に回収しないと決定しやすくなった点に心理的幫助が認められるとして、所長を危険な傷害の幫助で処罰した（BGH: Strafrechtliche Produkthaftung – Lederspray-Entscheidung, in: NJW 1990, 2568）。

⁽³¹⁸⁾ 金子・前掲「合議決定」263頁以下、266頁。なお、金子准教授は、過失共同正犯ばかりでなく故意共同正犯の場合にも共同義務の共同違反によって検討すべきと主張されている（280頁）。

るという考えを出発点とする。そして、共同正犯の本質的要素は、過失犯に関与する者達に共同性が存在することであり、この共同性は、客観的には結果を惹起する義務違反的行為の実行における分業的協力によって定義されるが、関与者は自分以外に他人も行為に関与しているということを予想していない場合、共同性は根拠付けられないため、過失共同正犯においても共同の行為決意を要求する。

ヘリングはこの見解を合議決定に当てはめ、過失犯における共同正犯的責任のきっかけは結果ではなく、義務違反的決議それ自体とする⁽³¹⁹⁾。まず、主観的共同性、すなわち共同の行為決意に関して、事前に取り決めがあった場合となかった場合とを分けて考察する。このうち、違法な決議に対する事前の取り決めがあった場合は共同の行為決意が明らかであるため、特に問題はない。それに対し、事前の取り決めがない場合、共同の行為決意は投票事象における黙示の行為によって明らかになるとする。ここでは、投票の時点で、自分以外に他の者が協力し、彼らが同じ意識をもっているということを各自認識または認識しうることによって十分であり、投票者がお互いを認識する必要はない。決議への自己の票は、他者への一種の「白地提案」(Blankoangebot)である。次に、客観的には、全ての関与者は、投票を通じ他の投票者と分業的に協力して個別的に寄与するという点に共同性が認められる。一人だけでは決議を成立させることができない、ということが重要である。共同性は、あくまで、結果に直接つながる全体行為と関係していなければならないため、決議に反対票を投じた者や投票を棄権した者には客観的共同性は認められない。

このように、合議決定に関与した者達の間に、主観的・客観的共同性の存在が必要とされるが、これは共同正犯の「共同性」を根拠付ける⁽³²⁰⁾だ

⁽³¹⁹⁾ Häring, a.a.O. (Anm. 19), S. 309 ff.

⁽³²⁰⁾ 同じく、共同実行の意思は共同正犯の共同性を形成する一事情にすぎないと主張す

けであるため、これ以外にさらに「正犯性」も根拠付けられなければならない。ここでは、単なる従属的な共犯者と区別するため、個々人は、結果を惹起する全体行為に本質的に寄与しなければならない、注意義務違反に対して非難されえなければならない。合議決定の場合、集団のみが全体に対して本質的たりうるため、事前の観点から、個々の行為がこの全体行為を決定的に共同構成することが本質的寄与となる。

これらの要件を満たしたうえで、全ての関与者は自らの行為によって危険を創出し、この危険が、予見可能な方法で、他の関与者によって創出された許されざる危険と共に過失結果の中に実現される必要がある。

これらの見解以外にも、ブラムゼンは、複数の者が関与した際、故意犯の場合は共同正犯、過失犯の場合は単独正犯というのは矛盾しているため、連邦通常裁判所は過失共同正犯の原則を基礎としたのに違いないと主張する⁽³²¹⁾。また、ランジークは、主観的な点において、製品回収に関して活動しないという共同の決意が肯定され、客観的な点において、全ての者が各々他人の行為を自らの行為として相互に認めようとする限り、行為実行への共同協力が肯定されうると主張し、過失の共同正犯を肯定する⁽³²²⁾。

シャルもまた同様の見解を主張する。彼は、個人の行為と結果との因

る者として金子・前掲「過失の競合」107頁。

⁽³²¹⁾ *Brammsen*, Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, 537 f.; *ders.*, Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?, GA 1993, 97 ff. これに対して、ヤコブスは、過失の共同正犯ではなく、過失の関与が問題であると批判する (*Jakobs*, Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, S. 551 Fn. 23)。また、カムは、共同正犯も正犯であるため、矛盾ではないと批判する (*Kamm*, a.a.O. [Anm. 18], S. 169 Fn. 344)。

⁽³²²⁾ *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 67 ff.; *ders.*, ZGR 1999, 644 f. これに対してカムは、他人の行為が自分にとって有効であるという意味は主観的な要素であるため、ランジークは客観的構成要件要素と主観的構成要件要素とを混同していると批判する (*Kamm*, a.a.O. [Anm. 18], S. 170 Fn. 352)。

果関係を詳細に検討した結果、合議決定に際して個々の行為に結果を帰属することは非常に問題であると結論付け、過失共同正犯は不注意な行為プロジェクトの共同実行であるという自らの見解を合議決定に適用し、過失共同正犯を多数で行われた決定の中、すなわち、労働者に一定の行為を行わせるという取締役決議に共同正犯的な行為を見出している⁽³²³⁾。個々人は、議案提出という形であれ、会議中の発言であれ、他人と共同で議案を通過させたいということを表している。委員会における投票は多数派形成を意図しており、個々の委員もそのことを認識しているため、決議に賛成した票は全て、目的達成のために他人と手を組むという他の委員への提案を含んでいる。個々人は、決議内容によって示された行為プロジェクトの一部では自ら関与すること、すなわち自らの票によって、一部では他の関与者を道具として利用することによって、すなわち彼の票と共同で実行に移すつもりである。多数決が原則である合議決定において、投票者は、自分だけの票では効果をもたらせないということをはっきり認識している。彼は常に他の構成員と提携せざるをえないため、自らの票は共同行為への寄与としてのみ志向力を発揮しうる。それ故、投票を通じて他人と結び付き、共同で目標を達成したいと表明している賛成投票者は、共同で実行された行為に対して責任を負わなければならない。確かに、この故意の提携は、過失犯において、刑法上中立的な目的であるが、全ての個々人には決議並びにその実行の望まざる結果が明らかである。

シャルと同じく、決議に着目しつつも、行為プロジェクトからではなく、客観的帰属論から問題の解決を図ろうとするのがクナウアーである。彼は「井戸事件」⁽³²⁴⁾を例に出してこれを説明する。この事件において

⁽³²³⁾ Schaal, a.a.O. (Anm. 8), S. 228 f., 242 ff.

⁽³²⁴⁾ LG Paderborn vom 9.10.1991 (2 Kls 10 Js 927/89), in: *Dabringhausen*, Zur Strafbarkeit des Abstimmungsverhaltens kommunaler Mandatsträger, der

クナウアーは、井戸のそばで遊んでいる子供の傷害または死亡に対する許されざる危険を議員は肯定的な投票によって共同で創出し、この危険が結果の中に実現したとし、金網撤去に賛成した彼らに過失共同正犯を肯定する⁽³²⁵⁾。可罰的結果に投じられた個々の賛成票の原因性は共同正犯によって説明されうるため、結果に関する個々の票の因果関係が事後的に証明されることは必要ない。

合議決定は、過失犯においても共同の行為が存在するということを認識させている。決議が下されるためには、取締役は常に共同で行為しなければならない。それは、多数派が刑法上重大な結果を惹起しようとする決定が下されたとき、故意犯に関して妥当するのと同様、過失結果惹起に対しても同様である。個々の取締役は、自らの投票によって単独でどのように行為すべきかということではなく、むしろどのグループに属するかを決断する。その場合、過半数以上の票が集まったため、たとえ自らの票が多数派形成にとって本質的でなかったとしても、自分が与したグループの行為の結果に対して責任を負わなければならない。自らが判断した決定の実現に向けて他の取締役の票を利用したため、彼は自分の票が結果に対する条件ではなかったということを引き合いに出すことはできない。他人と結び付

gemeindehaushalt 1992, 268.

【事案】地方議会議員は、深さ約3メートルの井戸に以前子供が落ちたことを認識していたにもかかわらず、建設委員会の提案に基づき、井戸に掛けられていた安全用の金網の撤去を多数決で決めた。その直後、井戸のそばで遊んでいた子供が金網の撤去された井戸に落ち、溺死した。

⁽³²⁵⁾ *Knauer*, a.a.O. (Anm. 19), S. 200. クナウアーの見解に対してヒルゲンドルフは、危険の創出や危険の実現という客観的帰属論の基本形は非常に漠然としており、かつ不明確であるため、製造物責任のような新たな問題を解決するのに適していないと批判する (*Hilgendorf*, Wozu brauchen wir die „objektive Zurechnung“? skeptische Überlegungen am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung, in: FS-Weber, 2004, S. 35, 43)。

き、彼らと共同で自己の目的を達成したいと表明している者は、共同で追求・実行された行為に対しても責任を負わなければならない。取締役は、自らの行為の結果として構成要件実現を確実に予見していたにもかかわらず、それを望んでいなかったということに依拠できないように、決議に関与した者は、共同で行為するつもりはなく、個々人として処理されたいということに依拠できない。そのため、違法な決議に反対票を投じた者や棄権した者という、合議決定に特有の論点はあるものの⁽³²⁶⁾、過失の共同正犯の問題につき、従来とは異なる論拠は必要ないであろう。取締役による義務違反的決議によって許されざる危険が共同で創出され、それが結果の中に実現されること、主観的には他の取締役の因果的影響を受けるとともに、他の取締役に対して因果的影響を与えることを片面的に認識すればいい。取締役は、自分達の権限を行使して下した決議から生じた結果に対して、自分達のしわざとして共同して責任を負わなければならない。

付記 本稿は、「公益財団法人日東学術振興財団 (The Nitto Foundation)」の助成による成果の一部である。

⁽³²⁶⁾ この問題について検討した者として拙稿「合議決定における投票者の刑事責任—反対票・棄権票・秘密投票における考察—」前掲山中古稀 [上巻] 659頁以下参照。