

タイトル	正犯と共犯（11）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，57(3)：37-64
発行日	2021-12-30

論 説

## 正犯と共犯 (11)

吉 田 敏 雄

### 目 次

第1章 関与理論の基礎

第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)

第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)

(以上第54巻第2号～第56巻第3号)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

第1節 共同正犯の法規定の意義と基本構造

第2節 犯罪共同説と行為共同説

1. 学説

2. 判例

3. 機能的所為支配説

第3節 共同正犯の要件

1. 共同の所為決意

A. 共同正犯と同時犯の境界づけ

B. 共同の所為決意の放棄

a. 未遂段階における放棄

b. 準備段階における放棄

(以上第56巻第4号)

2. 共同正犯者の過剰

3. 共同正犯者の錯誤

A. 客体の錯誤

B. 表見的共同正犯

4. 共同の所為決意と承継的共同正犯

A. 学説

a. 肯定説

b. 否定説

c. 限定的肯定説

d. 所為支配から見た承継的共同正犯論

B. 共同正犯の成立範囲

a. 既遂前の承継的共同正犯

b. 既遂後の承継的共同正犯の可能性

(以上第57巻第1号)

第4節 共同実行

1. 所為寄与の重要性と因果関係

- A. 個々の所為寄与の重要性 (= 核心性)
  - B. 集合因果関係
  - 2. 実行段階における協働
  - 3. 準備段階における協働
  - 4. 狭義の所為支配説と広義の所為支配説
  - 5. 共謀共同正犯
    - A. 判例の変遷 (以上第 57 卷第 2 号)
    - B. 共謀共同正犯の理論的根拠づけ
    - C. 共謀共同正犯の成立要件
      - a. 共同の所為決意 (= 共謀)
      - b. 共同の実行
      - c. 実行行為
- 第 5 節 共同正犯の未遂
- 第 6 節 過失犯の共同正犯
- 1. 問題の出発点
  - 2. ドイツ語圏における過失犯の共同正犯をめぐる論争
    - A. 概説
    - B. 過失犯の共同正犯否定説
      - a. 無罪説
      - b. 注意義務違反前倒説
      - c. 統一的正犯者概念説
      - d. 不作為犯論
      - e. 危険増加論
      - f. 過失犯二分論 (以上第 57 卷第 3 号)

## 第 4 章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

### 5. 共謀共同正犯

#### A. 判例の変遷

B. 共謀共同正犯の理論的根拠づけ 前掲 [大森銀行ギャング事件] 判決 (大連判 (昭和 11・5・28)) のいう「一心同体」論に理論的根拠を与えたのが草野豹一郎 (1986-1951。1924 年 12 月大審院判事就任) の提唱する「共同意思主体説」であった。「2 人以上共同して罪を犯したりと云はんには、先づ一定の犯罪を実現せんとする共同目的が存在し、而して其の目的の下に 2 人以上が同心一体となりたる上 (共同意思主体)、少なくとも其の中の 1 人が犯罪の実行に着手したことを要する。何となれば、共同目的の存せざる所に共同といふことは存し得ないのみならず、共同目的の下に一体となった丈では、未だ以て共同意思主体の活動が

あったと云ふことを得ないからである」。しかし、意思主体の活動の責任の帰属については個人が負うべきであるとする。「共同意思主体たるや犯罪を目的とする違法的一時的存在のものであるから、かかる者については、責任を認むると云う訳にはいか」ず、「共同意思主体を構成する個人即ち共同者個人」が負うべきである<sup>(173)</sup>。本説に対しては、限縮的正犯概念を徹底させる立場から、共同正犯は「実行」共同正犯であることを要し、そもそも実行行為の共同が存在しない以上、たんなる共謀者は共同正犯とは云えず、共謀共同正犯を認めると、共同正犯と教唆・幫助との区別が失われるという批判<sup>(174)</sup>、加えて、「共同意思主体」という超個人的・観念的犯罪主体を認め、その刑事責任を構成員に帰属させることは「団体責任」を肯定するものであって、近代刑法の個人責任の原則に矛盾するという批判が展開された<sup>(175)</sup>。

第二次世界大戦後は、上述の共同意思主体説への批判を受けて、前掲〔練馬事件判決〕〔昭和 33・5・28〕が新たな根拠づけを試み、「共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない」として、間接正犯類似の説明（間接正犯類似説）によりそれまでの団体責任ではなく、個人責任の原理と調和した共謀共同正犯の理論構成を試みた。

学説上は、共同正犯は実行行為の共同を要するという立場が支配的であったが、判例の共謀共同正犯肯定説が動かし難いとの認識が一般化したことを背景に、学説は、共謀共同正犯の様々なその根拠づけと成立範囲を限定する方向に動いた。

①間接正犯類似説。本説は、「共同実行の有無は、二人以上の共同者の行為を全体的・総合的に考察して判断すべきである。全員が実行の全部または一部を分担することを要しない。各人がそれぞれ意思を連絡のうえ、互いに他人を利用し補いあって共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、みずから実行行為を分担しなかった者であっても、共同の意思をもった共同者の一員に加わることにより、仲間がいるという心強さ、あるいは団結による規律の影響力と、それぞれ集合の形態によって事情を異にするにせよ、実行担当者の、犯行を思いとどまろうとする反対動機規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手

足として行動させた点で、みずから手を下すことなくとも実行担当者と共同して実行行為をしたものであるといえる<sup>(176)</sup>と論ずる。本説に対しては、間接正犯における利用者と被利用者の関係は、共謀共同正犯における単なる共謀者と実行行為者との関係と異なり、明らかに規範的障害が認められる実行者を「道具」と解することに無理があるとの批判が可能である<sup>(177)</sup>。

②行為支配説。「実行行為とは構成要件に該当する行為支配」と解する立場から、共同実行とは「構成要件の行為の全体に対する共同支配」を意味する。「共謀者の現実的・客観的機能が重視されねばならない。謀議者が単に参与したというだけでなく、直接実行者の意思に現実作用し、それをして遂行せしめているならば共同正犯であるが、ただ単に直接実行者の犯意を誘起し、または犯意を強化したに止まるならば教唆犯もしくは従犯にとどまるであろう」<sup>(178)</sup>

③構成要件該当事実の実現主体説。行為支配の理論を参考にする本説によると、正犯とは、「基本的構成要件該当事実を実現した者」であるが、共同正犯の場合には、「本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身はその犯罪実現の主体となったものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者としての正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として共同正犯となる」<sup>(179)</sup>。

④優越支配共同正犯説。共謀共同正犯の観念を認めるものではなく、共謀者中には大物的存在がありうるが、そういうような者も、単なる共謀者に止まっている限り、「共同して犯罪を実行した者」と解せられない。但し、「実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行担当者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行にいたらせている場合には、規範的観点から共同実行があるといえるのであり、共同正犯を認めることができる。「しかし、これは『共謀』共同正犯ではなく、むしろ優越支配共同正犯とでもよばれるべき別個の観念である」<sup>(180)</sup>。本説に対しては、支配型の共謀共同正犯を基礎づけることはできても、各関与者が対等の立場で犯罪実現に関与し役割を分担する分担型共謀共同正犯を基礎づけることができないとの批判が可能である<sup>(181)</sup>。

⑤包括的正犯説（＝重要な役割説＝準実行共同正犯説）。本説によると、共謀共同正犯には、支配型と分担型があるとした上で、共謀者が実

行行為は分担しないが、犯罪の実現にとって実行に準じるような重要な役割を果たしたことが、その共同正犯性を基礎づける。犯罪の共謀や準備・実行段階において、実行行為は分担していないが、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、または、これに準じるような場合にも共同正犯が認められる<sup>(182)</sup>。

しかし、こういった学説の傾向に対して、依然として⑥**形式的実行共同正犯論（共謀共同正犯否定説）**も根強く主張されている。その説くところに依ると、正犯とは、構成要件該当行為を自ら実行する者であって、それが単独で行われるときは単独正犯、二人以上の共同実行による場合は共同正犯である。共同正犯にあっては、実行そのものが各共同正犯者によって分担されることを要する。謀議に関与しただけで自ら実行を担当しなかった者は、直接実行を担当した者の教唆犯もしくは従犯である<sup>(183)</sup>。本説は組織的・集团的犯罪を適切に捕捉できないところに問題がある。実行行為段階では関与しないが、事前の共謀、準備段階で重要な役割を果たした者、つまり、犯罪の「中心人物」の適切な刑法的評価ができないのである<sup>(184)</sup>。単独正犯の修正形式としての共同正犯を定める刑法第60条が、「すべて正犯とする」と規定して、「相互帰属」を認めているのは、共同の所為決意のもとに「共同」に「実行」することを根拠とするものであるから、各共同者は必ずしも実行行為の一部を分担する必要は無く、犯罪実現に対して実行行為者と同程度の重要な所為寄与をすれば足りる。したがって、二人以上の者の「共謀」の形成において犯罪実現に向けた重要な役割を果たすことが必要である。これによって各関与者の所為寄与に応じた適切な評価が可能となるのである<sup>(185)</sup>。

### C. 共謀共同正犯の成立要件

a. 共同の所為決意（＝共謀）「共謀」共同正犯も共同正犯の一形態であるから、「共同の所為決意」が必要である<sup>(186)</sup>。その前提は、各関与者に特定の構成要件を実現する構成要件の故意があるということである。共同の所為決意は各関与者が自己の行為を他人の行為によって補充させることを内容とする意思連絡によって生ずる。それは明示の相互了解である必要は無く、推断的（＝黙示的）相互了解でも足りる<sup>(187)</sup>。関与者は、犯行計画の詳細を一緒に練ることをせず、他の関与者の犯行計画を引き受けることによって了解することも可能である（**順次共謀**）<sup>(188)</sup>。

「共同の所為決意」は間主観的に成立するので、主観的要素でもあり客観的要素でもあると云える。

b. 共同の実行 客観的要素としての「共同の」実行が必要である。機能的支配の観点からは、準備段階における所為寄与は、実行段階における所為寄与と同じく、犯罪の全体計画に照らして、構成要件の結果を実現するために不可欠なものでなければならない。謀議「行為」に参加した場合には、単に参加しただけでは足りず、犯行計画の立案・組織化等に中核的役割を果たすことを要する。謀議行為が行われてもそれに参加しなかった者は、他の関与者による実行行為に至るまでの過程において構成要件の結果に向けた重要な役割を果たすことを要する。また、そもそも謀議行為が行われなかった場合、実行行為の段階で実行行為に直接関与しなくとも、その者の団体内における優越的力から他の関与者を統制しているとき、謀議行為なき共同正犯が成立する（例えば、[スワット事件]）。いずれにせよ、所為寄与の重要性の有無によって共同正犯と共犯（教唆犯・幫助犯）の区別が為されるのである。

長崎地佐世保支判昭和 60・11・6 判タ 623・212 は、〔漁師である被告人甲は、強盗を計画した暴力団員乙らからその計画を打ち分けられ、チャーター料 60 万円の約束で襲撃用の漁船の貸与を要請され、それを承諾した。しかし、その後、甲は、怖ろしくなって右承諾を撤回し、乙も甲の強奪計画からの離脱を認めた。しかし、犯行の前日になって、再度乙らから船舶の貸与を頼まれた甲は、従前から乙らに恩義を受けていることから断りきれず、やむなく、待ち伏せのために使う漁船を犯行現場まで回航させたという事案〕につき、「共同正犯関係が成立するには、2 人以上の者が相互の意思連絡の下に対等な行為主体として一体となり、互いに自己の役割を分担し合って遂行し、かつ、他人の役割分担行為を実質的にも支配又は利用し合って、各自の犯罪意思を実行に移し、もって特定の犯罪を共同で実行したと認められることが必要であり、特定の犯罪の共同謀議に参加した者が、直接実行行為に関与しなかった場合に、いわゆる共謀共同正犯としてなお正犯者としての責任を負うためには、当該共同共謀の結果、各当事者間に互いに相手の行為を利用し合う実質的な一体的相互利用関係が形成されるとともに、当該謀議参加者において、実行行為こそ分担してはいないものの、当該犯罪の計画及び

準備段階から最終的な実行段階までの犯罪遂行過程を通して見たとき、自らも当該犯罪遂行の対等又は対等以上の行為主体として加功し、かつ、実行行為者の行為と等価的と評価される重要な役割を自己の分担した行為によって果たしていると認められる場合（等価的分担関係が存在する場合）であるか、若しくは、当該謀議参加者において、他人である実行行為者の行為を自己の手段として実質的にも支配又は利用して当該犯罪を共にしたと認められる場合、即ち、当該謀議参加者において、自らも犯罪遂行の対等又は対等以上の行為主体として加功し、かつ、共同謀議などの際において、自ら又は他人を介して、実行行為者に対し当該犯罪の実行を自己に代わって遂行するよう指揮命令又は委託し、あるいは、利益誘導などの方法で誘導するなど自らの意思に従って支配又は利用すべく働きかけの行為を為し、その結果、当該実行行為者をして自らの代行者として実行行為の遂行をなすことを事実上引受けせしめ、その引受に基いて当該実行行為者をして当該犯罪を実行せしめたと認められる場合（実質的支配又は利用関係が存在する場合）であることが必要と解すべきである」と判示して、役割の重要性を指摘した上で、本件における甲の関与度合いは、等価的分担関係にも実質的支配又は利用関係に当たらないとして、甲に強盗幫助犯の成立を認めた。

c. **実行行為** 共謀共同正犯が成立するためには、各共謀者は、共謀の内容に基づいて、それぞれ犯罪実現にとって必要な行為を行う必要があると共に、少なくとも共謀者の一人が、共謀に基づいて実行行為を行わなければならない（参照、後出本章第5節）。犯行計画の基本的部分が他の共謀者によって実現されないときは、共謀者にその実行行為及び結果を帰属させることはできない<sup>(189)</sup>。

### 第5節 共同正犯の未遂

共同正犯は所為の共同遂行を要するのであるが、複数の共同正犯者が同時にではなく相前後して自己の所為寄与を行うとき、何時この共同が始まるのかについては、大まかに見ると、共同正犯者の行為を個別的に捉える個別解決策と共同正犯者全員を単一に捉える全体解決策が対立している。

[設例 17] 徒党集団の頭領甲は乙と丙と共謀してある銀行支店に設置



されている現金自動支払い・預け入れ機を奪取する計画を立てる。甲は犯行現場の事前調査をした上で綿密に計画を立て、乙にはパワーシャベルを用いた破壊役を、丙には乙と一緒に当該機械を乙運転の自動車に積み込む役割を分担させるというものだった。しかし、犯行現場で乙が破壊行為を始めたとき、不審な物音に気づいた近隣の者が警察に通報し、警察官が駆けつけたため、乙の破壊行為は失敗に終わった。

①厳格個別解決策。未遂は、何時自分の共同正犯を基礎づける所為寄与の実現を直接開始するかに応じて、共同正犯者毎に個別に判断される。その根拠は、正犯の基礎にある所為支配は、共同正犯者自身が活動する時点からしか可能でないというところにある。その帰結は、各共同正犯には、自ら直接開始する時にはじめて、未遂が成立する<sup>(190)</sup>。[設例 17]では、甲は、乙と丙を送り出した時点（事象支配の放棄）ですでに直接的開始が見られる。乙は現金支払い機の側壁破壊開始時に所為寄与を直接開始した。しかし、丙は、現金支払機を運び出すという自分の所為寄与を直接開始したとはいえ、まだ予備段階にある。甲、乙には窃盗未遂罪が成立するが、丙は不処罰である<sup>(191)</sup>。

本説には疑問がある。共同の犯行計画がある場合、すべての共同正犯者が同じように罪責を負わねばならない。ところが、本説に依ると、複数の者によって前後して行われる所為寄与の場合、一方で、未遂の可罰性が甲のような典型的予備行為へ不当にも拡張されることになるし、他方で、丙には未遂の可罰性が否定されることになる<sup>(192)</sup>。加えて、本説は共同正犯における一般的帰属原理に根本的に反する<sup>(193)</sup>。

②修正個別解決策。本説に依ると、少なくとも未遂の可罰性を単なる予備行為に拡張することは避けられる。すなわち、個々の共同正犯者が、何時所為についての自分の表象に従い自己の所為支配を基礎づける寄与を開始するかに応じて、未遂の開始は個別に判断されるが、但し、「全体行為（Gesamthandlung）」がすでに未遂に達していなければならない<sup>(194)</sup>。[設例 17]では、それは乙が破壊行為に出た時点で認められる。そうなのはじめて、背後者甲も自分の所為寄与を直接開始したことになるが、丙は未遂の段階にまだ達していない<sup>(195)</sup>。

本説も、厳格個別解決策に対する批判を払拭することができない。未遂の可罰性も予備行為に拡張されることが避けられるが、しかし、丙の未遂の可罰性が否定されるので、刑法の保護に欠けることには変わりがない<sup>(196)</sup>。個別解決策に共通した問題は、共同の犯行計画に基づく役割分担には偶然が伴うが、しかし、これによって共同正犯者がすでに直接所為を開始したか否かが決められ、したがって、可罰的未遂段階に達したか否かが決められるところにある<sup>(197)</sup>。

③全体解決策。ある共同正犯者の行動が他の共同正犯者に帰属されるし、帰属されねばならないのであるから、未遂は、共同正犯者の一人が共同の所為計画を実施するために構成要件実現を直接開始したときに始まる<sup>(198)</sup>。共同正犯者は共同で所為を遂行したいのであるから、各所為寄与の包括的帰属は、何時各共同正犯者が「自分の所為寄与」を為すかとは関係なく、行われねばならない。何時所為が全体として未遂の閾を越えたかに着目しなければならない。そうすると一人の共同正犯者が構成要件実現を直接開始した時点で、すべての共同正犯者に未遂の開始が見られる。〔設例 17〕については、乙が破壊行為を開始した時点で、甲、及び丙にも窃盗の直接的開始が認められる<sup>(199)</sup>。

本説には、未遂の開始時点が個々の共同正犯者にとって早くなりすぎ、中止未遂の成立が妨げられるという批判が向けられる。丙のように、所為寄与をまだ何もしていない共同正犯者にも、自分の所為寄与をする前にもう中止未遂の可能性が遮られるというのである<sup>(200)</sup>。しかし、この批判には説得力が無い。丙には自分の所為寄与をする前であっても、共同の犯行計画に基づく所為を阻止することが期待できるからである<sup>(201)</sup>。

各解決策の検討から、共同正犯者が未遂の段階に達したか否かを統一して考察する全体解決策が共同正犯の構造に合致していることが分かる。共同正犯者の一人が共同の所為決意の枠内で未遂の段階に達して初めてないし既に、共同正犯者全員の直接的開始が認められる。すなわち、共同正犯者は共同の決意に基づきそれぞれ分業して同価値の所為寄与を行い、これが補充し合って一個の全体所為になる。どの共同正犯者にも自分の寄与が帰属されるだけでなく、他の共同正犯者の寄与もあたかも自ら行ったかのように相互帰属されるとき、他の共同正犯者の未遂の開

始を基礎づける行為も自分の未遂行為として帰属されねばならないのである。共同正犯者には他の共同正犯者によって実行された所為寄与への機能的所為支配も認められるのであるから、共同正犯者が自己の行動によって構成要件実現の行為をまだ直接開始していなくても、この帰属は正当化されるのである<sup>(202)</sup>。

構成要件実現を直接開始する意思が必要であるから、これが欠如するとき、共同正犯は成立しない。いわゆる「表見－共同正犯者」(＝「思い違いの共同正犯者」)では、共同の所為決意は、直接開始の時点で、ある関与者の表象にのみ存在する。未遂が問題となるのは、誤って共同正犯の存在を信じた者自身が行為する場合だけである。他人の行為(表見－共同正犯者)が帰属されることは無い。共同正犯の帰属にとって本質的な共同の所為計画が欠如するのであって、もし帰属可能だとするなら、それは悪しき心情の処罰に繋がる。上述のことは、共同正犯の絆が事後になってはじめて壊れたか、最初から存在しなかったかとは関係なく妥当する<sup>(203)</sup>。

[裁判例 20] BGHSt 39, 236 [『表見的正犯者』事件] 甲と乙は一人暮らしの資産家丙を襲って金銭を強奪する計画を立てた。しかし、乙は犯行に及ぶ前にこの計画に関して警察に通報していた。犯行当日、丙の玄関の呼び鈴を鳴らしたが、それは丙宅で待ち構えていた警察への合図だった。乙の後方にいた甲は逮捕された。

乙(表見的正犯者)は事前に既遂の故意を放棄しており、呼び鈴を鳴らしたのは警察への合図だったのであるから、うわべだけ強盗の直接開始をしたに過ぎない。そうすると、外見上行われた所為寄与を他の共同正犯者の不利益に帰属させることはできないので、強盗未遂罪の共同正犯は成立しない<sup>(204)</sup>。

## 第 6 節 過失犯の共同正犯

1. 問題の出発点 過失犯の共同正犯<sup>(205)</sup>という法形象が認められるか否かについては見解の分かれるところである。従来、共同正犯の成立のためには、構成要件実現のための共同の決意が要件とされるので、共同正犯は故意犯の場合に限定されると考えられてきた。実際、各人の所

為寄与がそれ自体独立した過失犯の構成要件実現と考えられうるので、各協働者の所為寄与は過失犯の共同正犯という法形象に頼ら無くとも、同時正犯という形で解決できるのが普通である<sup>(206)</sup>。しかし、過失犯の場合、複数の原因に結果との因果関係の存在が可能であるが、事後にどの原因がそうなのかの確定ができない場合に問題が生ずる。伝統的見解は過失犯の共同正犯の可能性を否定する<sup>(207)</sup>ので、この法形象に頼らない解決策が試みられてきたのである。

## 2. ドイツ語圏における過失犯の共同正犯をめぐる論争

A. 概説 ドイツ刑法学では、すでに19世紀中葉から過失犯の共同正犯という法形象が議論され、ペンディング<sup>(208)</sup>、エクスナー<sup>(209)</sup>、フランク<sup>(210)</sup>及びメツガー<sup>(211)</sup>等の若干の論者によって主張された。しかし、結果の発生に影響を与えた条件は法的にすべて等価値であるという等価値説が支配的だった当時、様々な所為寄与を区分する客観的規準を設けることが困難であったため、関与者の内的意思方向が重視されたのである(主観説)。しかし、過失犯では、犯罪結果に向けられた主観的共同というのは存在しないので、共同の所為決意というのは考えられないとして、この法形象は一般的な支持を得られなかった<sup>(212)</sup>。現在においても、過失犯の共同正犯という法形象が一般に支持されているとは言い難い。否定論はその根拠として次の点を指摘する。「共同正犯の限度は、それが共同の所為決意に基づく正犯形態にかかわる問題であるということから生ずる。それ故、過失犯には共同の所為決意が欠如しているのであるから、過失犯の共同正犯というものは存在しない。複数の者の協働に過失があるとき、各関与者に過失犯の可罰性の要件がすべて具備する限り、各関与者は同時正犯者である。この場合、相互帰属は行われぬ。」<sup>(213)</sup>さらに、過失犯では関与形態を区別する可能性が欠如していること<sup>(214)</sup>、過失犯の共同正犯をドイツ刑法第25条に包摂することのできないこと<sup>(215)</sup>も指摘される。それでも、ドイツ連邦通常裁判所の「皮革製品用噴霧器事件」判決(1990年)<sup>(216)</sup>を契機に、ドイツ刑法学で過失犯の共同正犯に関する理論的研究が再活性化されたのである。

スイス刑法学では、以前、それほど過失犯の共同正犯という法形象が議論されることは無かったが、否定的に理解されていたといつてよい<sup>(217)</sup>。第二次世界大戦後もこの傾向は続いた。否定論は次のような根

拠を挙げる。「共同正犯は複数の者の認識のある協働を前提とする。この認識は共同正犯者の故意の一部である。複数の者の協働にそれが欠如していると、例えば、過失の協働において、同時正犯と云ってよいかもしれない。しかし、この同時正犯という表現は説明的意義しかもたない。複数の同時正犯者の間の法的結合が欠如している。おのおのが一人で正犯者として扱われねばならない。」<sup>(218)</sup>最近でも、次のように論じられる。「過失犯において共犯は存在しない。同時正犯しか可能でないのは、共同正犯、教唆及び幫助はすべて故意を必要とするからである。複数の者が過失で同じ結果を招来したとき、これらの者はすべて過失犯者として可罰的なのであって、相互に認識があったか否かはどうでもよい、つまり、これらの者が、特定の入念な措置を放棄することを共同して決意する場合でもそうである。」<sup>(219)</sup>さらに、次のような根拠も挙げられる。「過失犯において様々な関与形態を区切るための説得力のある基準はいままで開発されなかったから、この境界設定はそもそもできないように思われる。注意違反の行為によって構成要件充足に寄与する者は、この者と並んで他の者が同じように協働したとしても、**正犯者**である。」<sup>(220)</sup>。しかし、スイス連邦裁判所の〔岩塊転がし事件〕判決（1987年）（参照、本章第6節C.a）を契機に、スイスでも過失犯の共同正犯の肯定論が展開されるようになった。

## B. 過失犯の共同正犯否定説

先ず、過失犯の共同正犯という法形象を否定する説の妥当性について、以下の裁判例、設例を通して検討することにしよう。

### a. 無罪説

〔裁判例 21〕OLG Schleswig, NStZ 1982, 116 f. [燐寸投げ捨て事件]（甲と乙が工場棟に窃盗目的で侵入したが、行く方角を定めるためには、電気照明はしたくなかったため、それぞれが工場内を燐寸で一様に照明し、それからまだ燃えている燐寸を不注意にも捨てたところ、工場棟に燃え移った。しかし、誰の捨てた燐寸によって工場棟が燃焼したのかは判明しなかった。上級地方裁判所は、甲、乙を失火罪の廉で有罪とした原審判決を破棄した。その理由は、個別行為（ある関与者が燐寸を捨てたという行為）と結果との間の因果関係が証明できないというものだった。先行行為に基づく保障人の地位から安全措置をとらなかったという不作

為による失火罪の成立を主張した検察官の主張は排斥された。その理由は、義務違反の先行行為は、構成要件該当結果、本件では火災を生じさせる切迫した危険をもたらすものでなければならぬが、燐寸を点火し投げ捨てた行為を危険な先行行為と見ることはできないということにあった)

無罪説は、誰の捨てた燐寸が焼損をもたらしたのかの証明ができないとき、甲も乙も自分の捨てた燐寸と結果の発生の因果関係を否定し、仲間の捨てた燐寸が焼損を惹起したと主張できるから、甲にも乙にも、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、無罪が言い渡されねばならないのであり、処罰欲の犠牲になってはならないと論ずる<sup>(221)</sup>。しかし、この無罪説は刑事政策的に問題がある。甲にも乙にも社会的相当性が認められず、しかも規範的に危険な燐寸を捨てるという行為があったのである。しかも、かりに事後に誰の捨てた燐寸から焼損の結果が生じたのが特定できたという場合ですら、両者を処罰することが適切と思われる。甲と乙が故意で焼損を惹起したなら、それぞれの行為の結果との因果関係の存否にかかわらず、放火罪の共同正犯の成立することに疑問をさしはさむ余地は全く無いからである。このことは、例えば、甲と乙が丙殺害の共同計画の基に丙宅に侵入し同人を殺害したが、甲、乙の誰が実際に丙を殺害したのか証明できなくとも、殺人罪の共同正犯が成立することからも明らかである<sup>(222)</sup>。

**b. 注意義務違反前倒説** そこで、過失の場合の共同正犯を否定する伝統的見解に立脚しても、無罪という結論を避けるための理論構成が試みられる。先ず、注意義務違反の前倒し論がある。

〔設例 17〕 甲と乙はそれぞれ公道で自動車を運転して自動車競走をしていたところ、丙をはねて大怪我をさせたが、誰がはねたかは判明しなかった。(ギユンターの設例)

伝統的見解は、過失犯では稀でない注意義務の前倒しの観点から解決を図る。すなわち、〔設例 17〕では、注意義務違反を競走に参加したところに求めることによって、過失犯の成立を肯定することができる、つまり、甲も乙も仲間がいなければ競走することができなかつたのでから、

注意義務違反の競走参加が丙の負傷の原因であるというものである<sup>(223)</sup>。なるほど、過失犯においては、注意義務の前倒しというのは稀なことではなく、このような理論構成によって有罪の結論を導くことは可能である。しかし、この理論構成によっても、3人以上の者が参加したときは、参加者は皆無罪とせざるを得なくなる<sup>(224)</sup>。

c. 統一的正犯者概念説 次に、過失犯においては、故意犯と異なり、統一的正犯者概念が妥当するという立場からの解決策が見られる。本説は、結果の(共)原因となっている寄与なら、これ以外になお他の原因が結果の発生に寄与したか否かとは関係なく、それだけで過失犯を肯定するのに十分であるとすることによって、因果関係の問題を回避するのである。つまり、あらゆる結果に繋がる条件の等価値性(因果関係公式における等価値説)及び過失構成要件の「開かれた」規定ぶりから出発して、いかなる性質の注意違反であれ、結果を惹起する行為があれば、過失犯の単独正犯が認められる。複数の者がこれに協働するとき、それは同時正犯である。過失犯の領域では教唆も幫助も無く、(統一的)正犯者しかいない。因果関係が不明確であっても、話をすることによってその気にさせるに過ぎない場合のように、関与者の誰もが実現に(証明された)心理的協働をしたこと、あるいは他人の決意を強固にすること、そしてこのようにして結果を生じさせたことに対しても責任を問われる<sup>(225)</sup>。[設例17]では、自動車競走に参加することによって、事故に直接かかわらなかった者も、事故の危険を共に生じさせ、他人の義務違反の走行を共惹起したのであるから、事故に直接かかわらなかった者にも結果の帰属が可能だということになる<sup>(226)</sup>。

しかし、この理論構成にも難点がある。上記[裁判例21]、[設例17]において、甲も乙も何について非難されるのかが問題となる。甲(又は乙)自身が捨てた燐寸から結果が生じたことか、甲(又は乙)自身の自動車競走行為から結果が生じたことなのか、そうでなければ、甲(又は乙)が燐寸で照明するとか自動車競走をするという共同の決意による心理的支援なのか、あるいは犯行現場に単に居合わせることによる心理的支援なのか、はたまた、甲(又は乙)自身の照明行為とか運転行為による心理的支援が非難されるのかが問題となる。甲(又は乙)は、仮令自分の燐寸捨て行為とか自動車競走行為から結果を生じさせていないとし

ても、少なくとも他の関与者の不注意な行為を心理的に支援したという行為（心理的補助に相当する）故に過失犯の正犯者となるということになると、これはありうる事象経路の「選択的認定」を意味する。すなわち、甲にも乙にも結果を惹起する行為を帰属できないとき、少なくとも他の行為の支援を帰属することはできる。しかし、こういった「選択的認定」には問題がある。処罰、つまり非難の対象はとどのつまり他人を支援したことであり、この支援行為それ自体が結局甲、乙それぞれの単独正犯を基礎づけることになるが、これは首尾一貫しない。「というのは、複数の者の相互支援的協働というのは共同正犯の状況の特徴であるから、両関与者の行為の間に相互作用が認定されながら、両者が単独正犯として扱われるのは矛盾しているように思われるからである」<sup>(227)</sup>。

さらに、本説に依ると、[設例 17]において、甲の運転行為が丙の怪我の原因でなかったことが判明したという場合であっても、乙を心理的に支援した「幫助者」たる甲は単独「正犯者」として処罰されうることになる。すなわち、甲は乙によって惹起された結果に関して「単独正犯者」として処罰されることになるのである。しかし、こういった解決策は「不自然であり実際の状況に合わない」のである<sup>(228)</sup>。

加えて、かかるか解決策では、当罰的共惹起の限界が十分に定まらないことも指摘できる。[設例 17]を改変して、丁が自動車競走自体には参加しないが、甲、乙の自動車競走の計画に参加したい場合も、この行為が統一的正犯を基礎づけるかは明らかでない<sup>(229)</sup>。

最後に、自己答責原則の観点からも問題のあることが指摘できる。特別の事情がない限り、誰もが基本的には自分の行為に対してのみ刑事責任を問われるのであって、他人の行為に刑事責任を問われることはない。そうすると、正犯者の行為を支援したり唆したりするにすぎない者が正犯者として処罰することには疑問が生ずる。それ故、故意犯においては、こういった支援する（幫助）とか唆す（教唆）といった従属的行為は共犯と評価されに過ぎない。そうなると、こういった行為が何故過失犯においては、正犯と評価されるかという問題が生ずることになる<sup>(230)</sup>。

#### d. 不作為犯説 具体的な注意違反の作為ではなく、時間的に先立つ



不作為に焦点を合わせ、不作為による過失の同時正犯として把握する理論構成も試みられる。

〔設例 18〕 甲と乙はそれぞれ屋根裏部屋から角材を安全策の講じられていない路上目がけて投げ落としたところ、そこを通りかかった通行人丙が角材に直撃されて死亡した。それが甲の投げ落とした角材か乙の投げ落とした角材によるものかは判明しなかった。(エクスナーの設例)

不作為犯説は、具体的な注意義務違反の行為ではなく、事後の共同行為から生ずる危険の実現を防ぐ個別の義務に焦点を合わせる。〔設例 18〕では、甲と乙が、角材を投げ落とすという注意義務違反の作為をしたことではなく、時間的にはその前に認められる、甲、乙の不作為に焦点が合わせられる。すなわち、関与者が自分自身及び相互の義務違反の作為を妨げることをしなかったという不作為が刑法的非難の対象となる。甲の投げ落とした角材が丙に当らなかった場合ですら、少なくとも乙が角材を投げ落とすことを何ら防げなかったという点で、甲は非難に値する。甲は不作為犯として処罰されうる。同じことは乙にも当てはまる。かくして、不作為による過失犯の同時正犯が成立する。つまり、角材を投げ落とした作為とその結果の因果関係の証明が為されない者にも過失犯が成立する<sup>(231)</sup>。

しかし、この理論構成にも疑問がある。まず、この〔設例 18〕において予防策を講じないという不作為に焦点を合わせることに疑問がある。現実の事象経路からすると、刑法的非難の対象は角材を投げ落とすという作為にあるのであって、この作為に先立つ、他人の行為を阻止しないという不作為にあるのではない。先行の不作為それ自体からはまだ直接の危険が生じていないのに、これを刑法的非難の対象とすることは適切でない<sup>(232)</sup>。加えて、作為の要素も不作為の要素も含まれている場合には、基本的には作為犯と把握されるべきなのである(補充理論)。証明の問題を回避するために、作為犯ではなく不作為犯として構成することは許されない<sup>(233)</sup>。

さらに、本説には、どのように不真正不作為犯の保障人の地位が基礎づけられるかという点でも問題がある。危険な先行行為に基づいて保障

人の地位を基礎づける可能性があるとする<sup>(234)</sup>、〔設例 18〕では、甲が乙に（同様に乙が甲に）角材を投げ落とすきっかけを作ったということ、したがって、角材を投げ落とすに際し安全確保義務が生ずるということになる。しかし、この立論にも疑問がある。先行行為が保障人の地位を基礎づけるためには、先行行為自体が許されない又は少なくとも日常的とはいえない危険を創出又は増加させねばならないと考えられるからである<sup>(235)</sup>。

かりに、保障人の地位が肯定されても、不作為犯の解決策にはさらなる問題が残る。保障人の地位は、「危険源」としての自己の行為と他の関与者の行為に係せざるをえないことになる。そうすると、他の関与者の自己答責的な危険な行為に対する保障人の地位というものが構成されることになる。しかし、安全確保義務が問題となるとき、自分の他人の行為への答責は、他人に自己答責があるところで終わるのである<sup>(236)</sup>。

最後に、安全確保義務の保護目的という観点から、他人の危険な、自己答責行為から周囲の人々を保護することもこれに含まれるとする考えも支持しがたい。特別の保護義務がある場合とは異なり、安全確保義務というのは、他の関与者に自己答責があるが故に、基本的には自己の危険な行為にのみ関係するからである<sup>(237)</sup>。

e. 危険増加論 危険増加という観点から過失犯の同時正犯と捉えることができる主張される。すなわち、他人と共に注意義務に違反して法益侵害を惹起する者は、すでにそれだけで過失犯の正犯となるのであり、過失犯の共同正犯という法形象は不要である。例えば、下記の〔岩塊転がし事件〕（後出、本節 C. a）において、「ある者が他人の行為によって創出された危険を『ともに生じさせる』とき、その者も他人が岩塊を転がり落とすことを共に惹起した（verursacht）のであり、それ故、それによって招来された死の結果もその者に帰属されうる」<sup>(238)</sup>と云うのである。

しかし、この説明は、釣り人の死に繋がった因果経路に関するものであって、当らなかつた岩塊に関する説明ではない。むしろ、他人の行為によって引き起こされた危険だけが実現したのである。つまり、因果関

係の必要性が危険増加によって置き換えられたのである。しかし、それ自体因果関係の欠如を置き換えることのできない危険増加から、「共惹起」は生じない。たんなる危険増加という形での寄与が帰属を基礎づけるのは、共同正犯の場合に限られるのである<sup>(239)</sup>。

f. 過失犯二分論 過失犯の共同正犯は認識のある過失においてだけ考えられうるとする見解がある<sup>(240)</sup>。この見解は、過失犯をいわば「共同正犯適格」過失犯と「共同正犯不適格」過失犯に分けるのであるが、過失犯の統一的構造という点からするこのような二分説は理解し難い<sup>(241)</sup>。二分説は、認識のある過失では正犯者意思と所為支配という規準が例外的に過失犯の領域へ転用可能だとすることになるが、これには疑問がある。故意犯と過失犯の決定的差異は、過失犯者は正犯意思を有していないところにある。過失犯者が非難されるのは、損害をもたらす因果経路の制御を怠ったこと、かくして事象支配の喪失によって法的に是認されない結果を惹き起こしたからである。それ故、正犯者意思と所為支配という概念を道具として利用することは、過失犯では認識のある過失か認識のない過失かを問わず、一般的にできない。故意犯の正犯者規準を「借用」することによって未必の故意犯と認識のある過失犯の境界を緩めることは望ましくない。それ故、過失の共同正犯は特殊の過失犯に限定されるべきでなく、むしろ、故意犯の正犯者規準とは関係なく、過失犯の統一的判断が必要とされるのである<sup>(242)</sup>。

---

#### 第4章 注

(173) 草野豹一郎『刑法要論』1956・118頁以下、同『刑法総則講義第二分冊』1952・156頁、164頁、同「刑法改正草案と共犯の従属性」法学協会雑誌50・6(1941)・1頁以下。同旨、植松(IV-16)365頁以下、齋藤金作『刑法総論』[改訂版]1976・226頁以下、下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』[増補版]1983・84頁、曾根(III-22)253頁、西原春夫『刑法総論』1977・325頁以下、343頁以下、同(II-7)374頁以下、391頁以下。

(174) 佐伯千仞『刑法総論』[4訂版]1981・351頁。

(175) 牧野(I-109)697頁、瀧川幸辰『犯罪論序説』1947・235頁、藤木(III-46)288頁。なお、共同意思主体説を支持する西原(II-7)375頁は、「異身別体である二人以上の者が一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に合一したときそこに共同意思主体が形成され、その共同意思主体中の一人以上が共同目的のもとに犯罪を実行したとき、そこに共同意思主体の活動が認められ、これによって共同意思主体を形成する全員につき共犯が成立する。そして、

各人は、共同意思主体の活動への寄与の仕方いかんによって共同正犯、教唆犯、従犯のいずれかの責任を負うこととされる」と論ずるので、「修正共同意思主体説」というのは共犯（広義）の処罰根拠に関する理論であって、共同「正犯」の規準を提供する理論ではないこと指摘される。参照、西田（IV-20）374頁。

- (176) 藤木（III-46）284頁、同『可罰的違法性の理論』1967・334頁以下、川端（I-150）579頁。
- (177) 浅田（III-12）417頁、大谷（II-7）430頁。
- (178) 平場（I-145）137頁以下。
- (179) 最決昭和57・7・16刑集36・6・695（團藤重光裁判官意見）、團藤（I-149）372頁、397頁、401頁注30、31。
- (180) 大塚（I-113）306頁以下。
- (181) 西田（IV-20）375頁。
- (182) 西田（IV-6）376頁。同旨、大谷（II-7）431頁。
- (183) 佐伯（IV-174）347頁以下、浅田（III-12）418頁、曾根（III-22）236頁、中山（III-12）466頁以下、福田（I-137）276頁以下。なお、内田（III-19）298頁以下は、共同正犯は「実行行為の一部分担」を要するところ、見張りの場合、見張りがあったからこそ当該犯罪があったといえる場合には実行行為の分担が認められること、間接正犯の「正犯性」が肯定されることからすると、「直接」に犯行の「現場」で手・足を「動かし」て実行行為にでない者についても、「実行行為の分担」を認めることができる（子分に対し強烈な支配力を及ぼして犯行を行った親分）こと、しかし、こういった場合は「実行共同正犯」に組み入れられること、「実行行為の分担」が認められない単なる「共謀者」は共犯（教唆犯・幫助犯）にとどまると論ずる。
- (184) 参照、西田（IV-6）373頁。
- (185) 参照、井田（II-20）508頁。
- (186) 共同正犯を特徴づけるのは共同の所為決意であるので、「共謀」を教唆犯・幫助犯にも見られる「意思連絡」と解するのは狭すぎる。共謀を謀議「行為」への参加と捉える見解もあるが、これは「共同の実行」という客観的要件として捉えられるべきである。参照、岩田誠『最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度』399頁、西原（II-7）389頁以下。
- (187) 大阪高判平成13・6・21〔被告人である母親が確定的故意をもって、幼児をこたつの天板に叩きつける行為を、父親がその意図を知りながら制止しなかったという事実〕「被告人が自分に制止して欲しいという気持ちを有していることまでも熟知しながら、自らも被害者に死んでほしいという気持ちから、被告人と一旦合った目を逸らし、あえて被告人を制止しないという行動に出ることによって、被告人が被害者をこたつの天板に叩きつけて殺害することを容認したといえるのであって、以上によれば、被害者をこたつの天板に叩きつけるという方法によって、被害者を殺害することについて、この時点において、暗黙の共謀が成立したと認めるのが相当」。最決平成19・11・14刑集61・8・757は、〔倉庫業や産業廃棄物収集運搬等を営む甲社（被告会社）の代表取締役であった被告人ら5名は、甲社の借地に保管中の硫酸ピッチ入りド

ラム缶の処理をその下請け会社の代表者乙に依頼したところ、それが北海道内の土地に捨てられた。被告人ら5名は、被告会社の業務に関し、乙らと共謀の上廃棄物を捨てたとして、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」所定の不法投棄罪に問われたという事案]について、「乙において、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申し入れたところ、被告人5名は、乙や実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながらそれでも止むを得ないと考えて乙に処理を委託したものである。そうすると、被告人ら5名は、その後乙を介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである」と説示して、故意については未必の故意で足りること、共同の所為決意については「黙示的」で足りることを明確にした。前掲 [スワット事件] 最決平成15・5・1、前掲 [会長付き組員事件] 最決平成17・11・29も、黙示の意思連絡を認定したが、しかし、いかなる具体的行為をもって「共同の行為」を認定したのかが明らかでないところに問題がある。

- (188) 最決平成25・4・16 刑集67・4・519。
- (189) 東京高判昭和60・9・30 刑月17・9・840。なお、実行行為が存在しなければ共謀共同正犯は成立しないという意味において、共謀共同正犯は実行行為に従属する（共謀共同正犯の従属性）と云われることがある。平野（I-105）404頁。しかし、従属性というのは共犯（教唆犯・幫助犯）についてのみ問題となるのであるから、共謀共同正犯の従属性という用語は適切でない。川端（I-150）582頁。
- (190) *G. Schilling*, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, 104 ff.; *M. Valdagua*, *Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten*, ZStW 98 (1986), 839 ff, 870 ff.
- (191) Vgl. *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 23 Rn 741.
- (192) *A. Eser*, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., 2010, § 22 Rn 55; *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 23 Rn 741.
- (193) *Eser*, (Fn. IV-192), § 22 Rn 55a.
- (194) *Rudolphi*, (Fn. IV-116), 383 ff.; in diese Richtung auch *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 199; *ders.*, (Fn. I-27), § 29 Rn 297 ff.; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 204.
- (195) Vgl. *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 23 Rn 742.
- (196) *Heinrich*; (Fn. IV-2), § 23 Rn 742.
- (197) *E. Hilgendorf*, *B. Valerius*, *Strafrecht AT*, 2013, § 10 Rn 43.
- (198) RGSt 58, 279; BGHSt 36, 249 (250); BGHSt 40, 299 (301 f.); *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 23 Rn 740; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 63 IV 1; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. IV-184), § 40 Rn 15; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 123 f.; *R. Rengier*, *Strafrecht AT*, 12. Aufl., 2020, § 36 Rn 18 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 107 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 17 Rn 963.

- (199) Vgl. *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 23 Rn 740.
- (200) Vgl. *Valdagua*, (Fn. IV-190), 869 f.
- (201) *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 23 Rn 740.
- (202) *Geppert*, (Fn. IV-33), 36; *Hilgendorf/Valerius*, (Fn. IV-197), § 10 Rn 45; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 15 Rn 123.
- (203) *Eser*, (Fn. IV-193), § 22 Rn 55.
- (204) *Eser*, (Fn. IV-193), § 22 Rn 55a; *Jäger*, § 7 Rn 308.
- (205) 一般に「過失の共同正犯 (fahrlässige Mittäterschaft)」という用語が使用されているのであるが、これは誤解を招く。共同正犯が過失で行われるのではなく、複数の者が共同正犯者として関与する犯罪が過失で行われるからである。問われているのは、「故意の共同正犯」と並んで「過失の共同正犯」があるか否かではなく、共同正犯というものが故意犯の場合及び過失犯の場合に可能であるのかである。したがって、「過失犯の場合の共同正犯 (Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt)」または「過失犯の共同正犯の遂行 (Mittäterschaftliche Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts)」という表現の方が適切である。Vgl. *R. Bloy*, Rezension zum Werk „Die fahrlässige Mittäterschaft “ von Simone Kamm, GA 2000, 392 ff.; *Häring*, (Fn. IV-112), 193.
- (206) *Rengier*, /Fn. 198), § 53 Rn 3.
- (207) *A. Donatsch, B. Tag*, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., 2013, 370; *Stratenwerth*, (Fn. IV-91), § 16 Rn 49; *S. Trechsel, P. Noll u. M. Pieth*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 7. Aufl., 2017, 198 ff.
- (208) *K. Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd., 1: Strafrecht, 1915, 293 f.; *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Vierter Band: Die Fahrlässigkeit, 1919, 620 f.
- (209) *F. Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, in: Frank-FS, Bd. I, 1930, 572 f.
- (210) *R. Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, 110.
- (211) *E. Mezger*, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, 422; *ders.*, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, 32.
- (212) Vgl. *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 49 Rn 110; *ders.*, Fahrlässige Mittäterschaft, ZIS 2/2021, 92 ff., 97
- (213) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), 676 f. ; auch *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 29 Rn 90.
- (214) *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 15 Rn 74 ff.
- (215) *Cramer/Heine*, (Fn. III-162), Vor § 25 Rn 115 f.; *Fischer*, (Fn. IV-80), § 25 Rn 26.
- (216) BGHSt 37, 106, 130 f. (業務執行者らは、「刑法上重要な結果が複数の行為者の行為寄与の同時生起からしか生じないこういった事案を判断するために一般的に妥当する原則から」、過失致傷罪の廉で処罰される)。
- (217) *C. Stoos*, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, 1. Band, 1892, 228.
- (218) *E. Hafter*, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, AT, 2. Aufl., 1946, 224.
- (219) *S. Trechsel, P. Noll*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 2004, 6. Aufl., 206.

- (220) *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 3. Aufl., 2005, § 16 Rn 55.
- (221) *Trechsel/Noll*, (Fn. IV-19), 206. I. *Puppe*, Die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, 129 ff., 129 f.
- (222) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 22 f.; *Ch. Riedo, M. Chvojka*, Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft, ZStrR 2002, 152 ff., 103, Fn 39; *K. Seelmann, Ch. Geth*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2016, 181; auch OLG Bayern, NJW 1990, 3032.
- (223) *H. -L. Günther*, Praktischer Fall im Strafrecht: Wer war der Täter?, JuS 1988, 386 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 50 Rn 1342; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 116b; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 836; krit., *J. Kaspar*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2020, § 9 Rn 70 f.
- (224) *S. Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 96, 202 f.; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 116 b.
- (225) *M. A. Niggli, S. Maeder*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Art 12 Rn 135; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 61 VI; *Stratenwerth*, (Fn. IV-91), § 16 Rn 49 (過失犯では共同正犯は認められないので、その反対概念である同時正犯という用語も無用である)。
- (226) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 25.
- (227) *Häring*, (Fn. IV-112), 25; *B. Weißer*, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 230 ff., 235.
- (228) *Weißer*, (Fn. IV-227), 235; *Häring*, (Fn. IV-112), 25; ähnlich *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 241.
- (229) *Häring*, (Fn. IV-112), 26; *Weißer*, (Fn. IV-227), 235.
- (230) *Häring*, (Fn. IV-112), 26 f.; *ders.*, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, sui-generis 2018, 1 ff., 5.
- (231) *M. Forster*, Basler Kommentar Strafrecht I, 4. Aufl., 2019, Vor Art. 24 Rn 26; *H. Walder*, The rolling stones – Urteilsmerkung Strafrecht, recht 1989, 56 ff.; *ders.*, Bewusste Beteiligung, ungewollte Folgen, in: Spindel-FS, 1992, 363 ff., 369 f.; OLG Bayern, NJW 1990, 3032 [蠟燭事件] (被告人らはある住宅の居間で数個の蠟燭に点火しそれから立ち去った。被告人らはしばらくして戻ったところ、すでに絨毯に燃え移っていた。誰の立てた蠟燭が原因で火災が生じたのかは確定できなかった。裁判所は被告人らに失火罪の廉で有罪を言い渡したが、その理由は、火災防止のための注意を怠ったからであり、誰がその蠟燭を立てたかは重要でないというものだった。本判決は危険な先行行為後の不作為が重要だと見たのである)。
- (232) *Häring*, (Fn. IV-112), 35; *J. Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 291.
- (233) *Häring*, (Fn. IV-230), 6; *Weißer*, (Fn. IV-227), 236.
- (234) *Forster*, (Fn. IV-231), Vor Art. 24 Rn 26; *Walder*, (Fn. IV-231), 59; *ders.*, (Fn. IV-231), 369; OLG Schleswig, NStZ 1982, 116 f.; OLG Bayern, NJW 1990, 3052.
- (235) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 39; 危険な先行行為に基ずく保障人の地位を否定した裁判例：OLG Schleswig [燐寸投げ捨て事件], NStZ 1982, 116 f. (義務違

反の先行行為は一般に構成要件該当結果を発生させる差し迫った危険を招来しなければならぬ。したがって、侵入時にはなるほど起こりうる窃盗の差し迫った危険があるが、放火のそれはない。燐寸の使用それ自体も先行する危険な作為とはいえないのは、その不注意な使用によって決定的な結果が既に直接的且つ完全に生じたからである)。危険な先行行為に基づく保障人の地位を肯定した裁判例：OLG Bayern「蠟燭事件」NJW 1990, 3032「両被告人は、数件の居酒屋を梯子した後、更に飲み続けるため他人の無人の週末用別荘に侵入し、そこの居間で一本か数本の蠟燭を点火した後、物色するため二階に上がった。10分ないし15分後に居間に戻ったところ、床絨毯が激しく燃えており、その炎は約2メートルにも達して手の付けられない状況だった。両被告人は逃走した。週末用別荘は全焼したという事案。区裁判所は上記シュレースヴィヒ上級裁判所と同様に「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い無罪判決を下した。「一本又は複数の蠟燭が点火されたのか、両被告人のうちの誰が点火したのか、蠟燭は灰皿又は蠟燭立てに立てられていたのか、又は下敷きなしで立てられていたのか、蠟燭は絨毯の敷いた床の上に立っていたのか小さな机の上に立っていたのか」はもはや認定できなかった。蠟燭を立てなかった者には、蠟燭が固定していたか否かを確かめる義務は無かったと。これに対して、バイアーン上級裁判所は、両被告人に先行行為に基づく保障人の地位を認め、有罪判決を下した。「照明用に蠟燭を使用することで火災が発生しうるのであるから、こういった行為は基本的に危険である。この危険な先行行為に基づき、両被告人のいずれにも、部屋を去るにあたっては、そこに居ないときに火災が発生しないように、期待されうることをする義務がある」。両被告人には相応の安全確保措置をとらなかつた注意義務違反が認められると。Zustimmend A. *Donatsch*, *Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?*, SJZ 1989, 109 ff., 113; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 50 Rn 1342; *Walder*, (Fn. IV-231), 369 f.; dagegen *Otto*, (Fn. I-154), § 9 Rn 82 (危険な先行行為は共同正犯者によっても実現されうるのであり、それ故、各共同正犯者は保障人として結果回避義務を負う)。

- (236) *Häring*, (Fn. IV-112), 40  
 (237) *Häring*, (Fn. IV-112), 40; *WeiBer*, (Fn. IV-227), 236.  
 (238) *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 221; ebenso *W. Bottker*, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, 91.  
 (239) *Häring*, (Fn. IV-112), 44 f.; *Renzikowski*, (Fn. IV-232), 285; *ders.*, (Fn. I-120), § 49 Rn 119.  
 (240) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 54 IV. ロクスイーンは義務犯においてのみ過失犯の場合の共同正犯が可能だとする。 *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 221.  
 (241) *WeiBer*, (Fn. IV-227), 232.  
 (242) *WeiBer*, (Fn. IV-227), 232.





## Täterschaft und Teilnahme (11)

Toshio YOSHIDA

### Kapitel I. Einführung in die Problematik

#### I. Grundlegende Begriffe

1. Ausgangspunkte
2. Reduzierter Täterschaftsbegriff und Extensiver Täterschaftsbegriff
3. Akzesorität

#### II. Teilnahmesystem

1. Modell des Teilnahmesystems
2. Teilnahmesystem des deutschen Strafrechts
  - A. Geltendes Recht
  - B. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme (Band 54, Nr. 2)
  - C. Vernachlässigung der Strafbemessung

#### III. Einheitstätersystem

1. Modell des Einheitstätersystems
  - A. Monistisches Regelungsmodell
  - B. Varianten des Einheitstätersystems
2. Einheitstätersystem des österreichischen Strafrechts
  - A. Geltendes Recht
  - B. Täterformen
  - C. Unabhängigkeit
  - D. Fahrlässigkeitsdelikte
  - E. Maximale Individualisierung der Strafe
  - F. Zusammenfassung (Band 54, Nr. 3)

#### IV. Täterschaft und Teilnahme im japanischen Strafrecht

1. Akzesorität oder Unabhängigkeit der Teilnahme
2. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme
  - A. Tatbestandsspezifische Abgrenzung
  - B. Abgrenzung bei den Allgemeindelikten (Band 55, Nr. 3)

### Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

### Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

1. Allgemeine Kennzeichnung
  - A. Begriff der mittelbaren Täterschaft

- B. Täterschaft der mittelbaren Täterschaft
- 2. Konstellationen der mittelbaren Täterschaft
  - A. Das unvorsätzlich handelnde Werkzeug
  - B. Das rechtmäßig handelnde Werkzeug (Band 55, Nr. 4)
  - C. Das ohne Schuld handelnde Werkzeug
    - a. Das ohne Schuldfähigkeit handelnde Werkzeug
    - b. Das im unvermeidbaren Verbotsirrtum handelnde Werkzeug
    - c. Das im entschuldigenden Notstand handelnde Werkzeug
  - D. Das objektiv tatbestandslos handelnde Werkzeug
  - E. Das absichtslose dolose Werkzeug und das qualifikationslose dolose Werkzeug (Band 56, Nr. 1)
- 3. Tatmittler ohne „Defekte“ : der „Täter hinter dem Täter“
  - A. Ausnutzen eines im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Vordermanns
  - B. Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft („Schreibtischmörder“)
    - a. Mittelbare Täterschaft der Hintermänner von NS- und SED-Verbrechen
    - b. „Mafiaähnlich“ organisiertes Verbrechen
    - c. Mittelbare Täterschaft bei Straftaten in großen Wirtschaftsunternehmen (Band 56, Nr. 2)
    - d. Zusammenfassung
- 4. Irrtumsfragen bei der mittelbaren Täterschaft
  - A. Ein den konkreten Handlungssinn betreffender Irrtum
  - B. Irrtum des Tatveranlassers über die eigene Beteiligungsform
    - a. Eingebildete Tatherrschaft
    - b. Potenzielle Tatherrschaft
  - C. Objektsverwechslung durch den Tatmittler
- 5. Versuchsbeginn
  - A. Theorienstreit im deutschsprachigen Raum
  - B. Theorienstreit bei uns
- 6. „Mittelbare Täterschaft“ im funktionellen Einheitstätersystem (Bd. 56, Nr. 3)

#### Kapitel IV Mittäter (Tätertypen 3)

- 1. Die Bedeutung der gesetzlichen Normierung der Mittäterschaft
- 2. Theorie de l'unité du delit und Theorie de l'unité de l'entreprise
  - A. Lehre
  - B. Rechtsprechung

- C. Funktionale Tatherrschaftslehre
- 3. Voraussetzungen der Mittäterschaft
  - A. Gemeinsamer Tatentschluß/Tatplan
  - B. Abgrenzung von Mittäterschaft und Nebentäterschaft
  - C. Abstandnahme vom gemeinsamen Tatentschluß
    - a. Abstandnahme im Versuchsstadium
    - b. Abstandnahme im Vorbereitungsstadium (Band 56, Nr. 4)
  - D. Exzess eines Mittäters
  - E. Irrtum eines Mittäters
    - a. Bedeutung des error in persona eines Mittäters für die anderen
    - b. Vermeintliche Mittäterschaft
  - F. Gemeinsamer Tatentschluß und sukzessive Mittäterschaft
    - a. Meinungsstreit bei uns
    - b. Zeitliche Grenzen der Mittäterschaft
      - aa. Sukzessive Mittäterschaft vor Vollendung der Straftat
      - bb. Sukzessive Mittäterschaft nach Vollendung der Straftat?  
(Band 57, Nr. 1)
- 4. Gemeinsame Tatausführung
  - A. Wesentlichkeit der Tatbeiträge und Kausalität
    - a. Wesentlichkeit der Einzeltatbeiträge
    - b. Kollektivkausalität
  - B. Mitwirkung im Ausführungsstadium
  - C. Mitwirkung im Vorbereitungsstadium
  - D. Tatherrschaftslehre im engen Sinne und Tatherrschaftslehre im weiten Sinne
  - E. Komplottmittäterschaft bei uns
    - a. Rechtsprechung (Band 57, Nr. 2)
    - b. Theorienstreit
    - c. Voraussetzungen der Komplottmittäterschaft
      - aa. Gemeinsamer Tatentschluß
      - bb. Gemeinsame Tatausführung
      - cc. Ausführung
- 5. Versuchsbeginn der Mittäterschaft
  - A. Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt
  - B. Meinungsstreit im deutschsprachigen Raum
    - a. Ausgangspunkte
    - b. Bisherige Ansätze
      - aa. Freispruch in dubio pro reo

bb. Vorverlegung der Sorgfaltspflicht

cc. Einheitstäterschaft

dd. Unterlassungslösung

ee. Risikoerhöhungstheorie

ff. Zweiteilungslösung

(Band 57, Nr. 3)

(Die Fortsetzung folgt.)