HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

| | |
|---|---|
| タイトル | 正犯と共犯（13） |
| 著者 | 吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio |
| 引用 | 北海学園大学法学研究，58(1)：35-67 |
| 発行日 | 2022-06-30 |

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論　　説

# 正犯と共犯（13）

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 巻第 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
d．不作為犯論
e．危険増加論
f．過失犯二分論　（以上第 57 巻第 3 号）
3．過失犯の共同正犯否定論から共同正犯肯定論へ
A．スイス連邦裁判所の判例
B．共同正犯否定説の検討
a．共同の所為決意
b．目的的所為支配の欠如
c．法的基礎
d．因果関係
e．正犯と共犯の区別
f．危殆化行為の侵害犯への解釈変更
g．可罰性の拡大
h．相互帰属　（以上第 57 巻第 4 号）
4．過失作為結果犯の共同正犯の成立要件
A．総説
a．「共同」と「正犯」
b．結合点
B．成立要件
a．「共同」正犯
aa．主観的共同

bb．客観的共同
b．共同「正犯」
aa．個別寄与の重要性
bb．個別寄与の態様
cc．注意義務違反
α　個別行為による注意義務違反
β　注意義務違反と「共同」の分離
γ　全関与者の注意義務違反の不要性
c．他説の検討
aa．「共同の義務の共同の違反」説
bb．「客観的に同一の義務」説
d．客観的帰属
aa．因果関係と客観的帰属
bb．客観的帰属
α　行為帰属
β　結果帰属

（以上第58巻第1号）

## 第4章　共同正犯者（正犯者類型　その三）

### 第6節　過失犯の共同正犯

#### 4．過失作為結果犯の共同正犯の成立要件

##### A．総説

**a.「共同」と「正犯」**　上述したところから、過失犯の共同正犯という法形象の否定論を支持することはできず、むしろ、この法形象の要件を明らかにすべきこととなる。故意犯の共同正犯と同じく、過失犯の共同正犯も複数の関与者の共同による協働が問題となるのであり、注意義務違反の共同の行為から生じた結果がこれらの関与者に帰属される。もとより、共同正犯においても、各関与者は自己の行為について刑事責任を問われるのであるが（自己答責原則）、行為寄与の相互帰属の結果、各関与者は犯罪全体を自ら実行したかのように扱われるのである[284]。

共同正犯の行為帰属機能は、他の理由と並んで[285]、とりわけ共同正犯者間に存在する共同によって正当化されるとすると、全体行為に決定的に且つ注意義務に違反して関与したすべての者が、過失結果に繋がる（諸）行為（全体行為）を共同して行い、その結果に対して刑事責任を問われることになる。そうすると、先ず問われるのは、過失犯に関与する者に「互いにわれ関せず」という関係ではなく、「一緒に」という関係が

あるためには、いかなる態様・性質の「協働」がなければならないのかということである。端的に表現すると、共同正犯の「**共同**」の問題である。次に問われるのは、個々の関与者が、犯罪結果に繋がる（危険を伴う）事象の「中心人物」として現れ、したがって、共同正犯者としての刑事責任を問われるために、個々人がいかなる強度のこの「一緒に」関与しなければならないのかである。これは共同正犯の「**正犯**」の問題である。この二つが過失犯の共同正犯の基礎づけにかかわる問題と云うことになる(286)。

b. **結合点**　過失犯の共同正犯の構成要件要素を検討する前に、過失犯の共同正犯の個々の構成要件要素が関係する客体はなにかという問題がある。［設例 18］では、関与者は共同の（諸）行為によって共同して犯罪結果を生じさせた。このことから分かるように、過失犯の共同正犯を基礎づける結合点は先ず共同の結果招来である。それにもかかわらず、「純然たる」結果それ自体ではなく、これに繋がる（諸）行為にもっぱら焦点が合わせられるべきである。というのは、過失犯では、共同の結果招来というのは、結果に繋がる（諸）行為が共同で行われることを通して限定されるからである。このことは過失犯の構造の論理的帰結と云える。すなわち、過失犯においては、正犯者に向けられる主たる非難は、単独正犯か共同正犯かにかかわりなく、構成要件的結果を認識・意欲して実現したことに向けられのではなく、注意義務違反行為の基底にある自然的（諸）行為を行うこと、そして、これによって犯罪結果が惹起されたことに向けられるのである(287)。

過失の所為の基礎にも目的性（Finalitätität）が認められるのであって、過失犯は単に因果関係によって限界づけられるのではない。人は、自然現象とは異なり、違法な行為に対する盲目的原因を創出するのではない。「行為」というものを存在論的、つまり、価値自由に捉えるなら、目的性は故意から切り離されうるのであり、故意行為にも過失行為にも見られるのである。目的的行為の「理念」形は、欲求、好み等に由来する目標設定、目標実現に必要な手段の選択、生じうる複数の副次的結果の衡量、行為決意及び選択された手段の実際の投入に見られる(288)。これは故意犯においてだけではなく、過失犯においても見られるところである。過失犯においても、行為目標が事前に立てられるのが普通であり、その点

で過失の所為においても目的性が認められるのである。しかし、目的的行為はそれにとどまらない。行為者がある特定の結果を目標としていなくても、それでも、行為の実行それ自体に行為者の現実の意思が認められるとき、目的活動的な、自己決定の下にある行為が認められる（自己の意思に担われた行為の実行）。加えて、目的性は、認識のある行為だけでなく、無意識の行為にも認められることがある。例えば、自動的反応に見られるように、無意識から行われていることが、意識化されうる、それ故、目的的意思によって支配されうるからである(289)。

故意犯では意識的目標設定を含めた全「行為過程」が刑法的重要性を有するが、過失犯では行為の目的的要素（構成要件外的行為目標、意思に担われた行為の実行）は基本的に重要でない。行為が過失になる、つまり、義務違反の不注意となるのは、不十分な手段選択、不十分な手段投入、及び / 又は、行動する者（正犯者）が行為を行うに当って自分の行為の特定の副次的結果を（ともに）考慮しなかった後のことである。換言すると、構成要件的結果を惹起した現実の行為が、その状況において必要とされる注意に適合した行為と対置され、両者が合致しなかった場合に刑法的非難が可能となる(290)。そうすると、過失犯の結合点は、（目的的）行為の不注意な実行、行為を行う際の注意義務違反である。結果を惹起する行為の不法内実は結果に向けられた意識的制禦にあるのではなく、行為それ自体を義務に違反して不注意に行うことである。不法は正犯者の行為に結びつくのであって、結果それ自体に結びつくのではない。したがって、認識のある/意欲された**目的的**行為が認識のない/意欲されない注意義務違反の、したがって又刑法上重要な非難そのものの「担い手」とみられ得るのである(291)。

過失犯の結合点は行為の注意違反の実行であるが、しかし、この行為は、過失結果を惹起していない場合、過失の単純行為犯（＝挙動犯）を別とすれば、刑法上重要でない。結果発生という「憤激の種」は、なるほど、過失犯の本来的結合点ではないものの、それでも決定的役割を果たす。それ故、過失犯の結合点は義務に違反して不注意にも結果を惹起する行為をするところにある(292)。

以上の論述は、複数の者が関与する過失犯の場合にも当てはまる。［設

例 18］において、甲、乙の認識のある実現意思は犯罪結果と関係していないが、その共同の角材投げ落としは目的的行為であり、刑法上重要である。甲の行為も乙の行為も義務違反で不注意に行われたのであり、そのことによって過失結果を惹起したからである。刑法上重要な態様で外部世界に顕現した甲の行為と乙の行為は、「一つの」全体行為（eine Gesamthandlung）と云えるような形で共に結びついている。したがって、過失犯の共同正犯の結合点は共同の犯罪実現意思ではなく、過失結果に繋がる（全体）行為を共同で行うことにある(293)。

B. 成立要件

a. **「共同」正犯**　複数の者が相互に無関係に並存した過失行為をおこない、同一の結果を生じさせた場合、各人ごとに一個の犯罪が成立する（同時正犯）のであるが、過失犯の共同正犯では「共同」が要件となり、一個の犯罪が成立する。過失犯の場合、「共同」というのは、故意犯とは異なり、概念必然的に構成要件の実現には関連し得ないので、注意義務違反行為の基礎となっている**自然的行為**（共同の行為遂行）、つまり、その注意義務違反の実行が過失結果を招来する自然的行為に関連しなければならない。過失犯の共同正犯の場合、共同の結果招来というのは過失結果にいたる自然的行為を共同に行うことである(294)。

aa. **主観的共同**　故意犯においては、主観面で、構成要件的結果の認識・意欲を要する共同の**所為**（＝構成要件該当行為・結果）決意（Tatentschluss）が要件となる。これに対して、過失犯においては、故意犯とは異なり、関与者間に構成要件的結果に繋がる（諸）自然的行為を分業的に実行する共同の決意、つまり、共同の**行為**決意（Handlungsentschluss）が要件となる。さもなければ、見かけ上たまたま同時に分担して行われた行為との区別ができなくなるであろう(295)。関与者らは過失結果の原因となる（諸）自然的行為を協働するに当りその認識を要する。それ故、過失犯の共同正犯は認識のある過失に限定されず、認識のない過失においても可能である。前者の場合、行為者は自分の行為が不注意であり、構成要件的結果の発生がありうるかもしれないことの認識があるが、後者の場合、行為者は、自分の行為が構成要件的結果の発生をもたらしうるとは考えもしなかったのである(296)。この行為決意は、故意犯において故意が主観的構成要件を構成するのとは異

なり、過失犯の主観的構成要件を構成するものではなく、過失犯の「共同」正犯の構成要素である[297]。

故意犯の共同正犯において、所為決意は推断的（暗黙的）態度から生じうるのと同じく、過失犯の共同正犯でも、行為決意は推断的（暗黙的）態度から生じうる。

［**設例 21**］甲は夜、幹線道路を高速度で新車の試運転をしながら、乙の運転する自動車を追い越した。乙は「自尊心」を傷つけられたと感じて加速し始めた。無言で自動車競走が始まり、甲、乙は加速しながら挑発しあった。両者ともにその運転で危険が生じうることを認識していたが、街外れでもありしかも夜も遅い時刻であることから大事に至らないであろうと軽率にも信頼した。曲がり角で甲は運転制禦ができなくなり、対向車線を自転車で走行していた丙にぶつかった結果、丙は死亡した。（ヘリングの設例）

［設例 21］では、共同の行為決意が明白には認められないが、推断的には認められる。甲、乙が知り合いであるか、事前に話合いをもっていたか否かは重要でない。甲も乙も相互にその推断的行為によって超過速度で自動車競走をする意思のあることを明らかにしているという事実だけが、共同の行為決意を基礎づけ、したがって、関与者間の主観的共同を基礎づける[298]。

後から参加する者の行為決意も可能である。［裁判例 22］を改変して、甲と乙が岩塊を投げ落とすことを決意した後で、丙が参加し、甲と乙の行為決意の実行に加わるとき、甲も乙もこのことを認識している場合、丙のいわゆる「承継的」行為決意が認められる[299]。

行為決意は全体行為と関係する。結果を惹起する諸行為に関連した関与者間の主観的結合は、すでに行為実行それ自体を決意することによって生ずる。関与者すべてが共同に、認識かつ意欲して、同じないし同じ向きの諸行為を分業して行うことを決め、したがって、犯罪結果の原因となる諸行為、つまり、全体行為を共同して行うことを意図しているという事情がありさえすれば、必要とされる主観的共同が基礎づけられる。

［**設例 22**］狩猟者甲と狩猟者乙は猪を射止めようとしたが、猪だと誤想して人である丙を射殺してしまった。（ブロイの設例）

行為決意が認められるのは、先ず、［設例 22］のように、行為の全体目標が明確に「前もって設定」されている場合である。甲の弾丸が当ったのか乙の弾丸が当ったのか不明だったという場合も誰の弾丸が当ったのか判明したという場合も同じである(300)。

加えて、行為決意は、行為者がある特定の、行為とは空間的・時間的に分離される目標に向かっていないが、行為実行それ自体が現実の、本当の意思に沿っている（自己の意思に担われた行為実行）の場合にも認められる。

［**設例 23**］甲と乙はモーターバイク運転を企てが、その際、高速運転をすることにしたところ、走行中、甲が自転車で走行していた丙を不注意から撥ね、怪我を負わせた。（ヘリングの設例）

［設例 23］においては、甲と乙は「無目標」で乗り回す決意をするとき、それでも、甲、乙は無目的で乗り回して時を過ごす、あるいは、あれこれ考えることなく共同で乗り回すという共同の目標を結合していると云えるのであるが、少なくとも共同して高速運転をする共同の行為決意が認められる。このように諸個別行為が認識と意欲をもって調整されている場合、そこに自己の意思に担われた行為実行が認められうるのである(301)。

共同の行為決意がない場合には「共同」は否定される。このことは、共同の行為決意にに刑事責任を限定する機能が認められることを意味する。

［**裁判例 24**］RGSt 63, 392 ff. 甲と乙は前後して暗闇の野道で無灯火自転車運転をしていた。野道が道路と交差したところに丙も前照灯をつけずに自転車で走行して近づいて来た。丙は甲と衝突した。甲の後ろを走っていいた乙が自分の前照灯のスイッチを入れていたなら、甲は後方から照明されることになるので、甲はその事故を避けることができた。

［裁判例 24］では、結果を惹起する行為に関して関与者の主観的共同があるとはいえない。主観的共同を基礎づけるのに必要な共同の行為決意は、直接的に過失結果の原因となる（全体）行為と関係しなければならない、すなわち、刑法上重要な非難の「担い手」と関係しなければならないのであって、なんらかの「一般的」共同があるだけでは足りないからである。［裁判例 24］では、甲と乙が一緒に単に隣町へ行くところだったというだけでは主観的共同の要件は充足されず、甲と乙が無灯火運転をするという申し合わせをしてはじめて、直接的に結果を惹起する（全体）行為についての行為決意が認められるのである(302)。

**bb. 客観的共同**　故意犯では、客観面で、全体所為の分業的実行が必要である。これに対して、過失犯では、客観面で、関与者らは共同で、過失結果の原因となる自然的行為をするに当り分業的協働をすることを要する。結果を惹起する注意義務違反の全体行為をすることが必要とされるのである。過失犯の共同正犯の結合点としての全体行為を共同して、分業的に行うことによって、共同正犯者を結びつける客観的一体性が形成される。すなわち、客観的共同の要素は、過失結果の原因となる自然的諸行為を実行するに際しての分業的協働である。したがって、客観的的共同は、分業的協働と結果を惹起する諸行為の二面性を有するのである。

**分業的協働**とは、すべての関与者が共同の行為決意に依拠してその実現のために個別寄与をする、つまり、結果を惹起する諸行為を行うことである。どの関与者も何らかの形でこの諸行為（全体行為）の実行に関与しなければならない。かかる個別寄与がいかなる強度・態様を要するかは重要な問題であるが、しかし、それは共同「正犯」にかかわる問題である(303)。

分業的協働は**全体行為**でなければならない。すなわち、各個別寄与は主観的及び客観的に調整された共同の仕事として一体化されなければならないのである。並列的に行われる単なる分業的協働は全体行為ということはできず、共同を基礎づけることはできない。それぞれの、共同の行為決意によって主観的に結合した、分業的に行われる諸個別行為は、一体の全体行為となったといえるほど客観的にも相互に結びついていな

ければならない。そうして初めて、どの関与者が結果を惹起する個別寄与をしたかを問題とする必要がないことになる。こうした場合、因果関係を肯定するためには、全体行為それ自体が結果の原因だったという認定をするだけで充分だからである（参照、本章第6節 4. B. d. aa）(304)。

そこで、いかなる事情があれば、複数の個人の諸個別行為が一個の全体行為と云えるかが問題となる。その一は、協働の必要性に基づく全体行為、つまり、互いに相手を頼りにするという**相互依存性**がある場合である。共同の行為決意を実際に実行する際に相互に頼りにしていることによって、分業的に行われた諸個別行為が主観的、客観的に形成された全体行為となる。このような場合、どうしても必要となる以上の関与者が共同の行為決意の実現に協働していても、全体行為の存在に影響を与えることはない。単独では全体行為を為しえない、つまり、共同の行為決意を実行するために、少なくとも二人は必要だということが決定的だからである。次の［裁判例 25］で、かりに甲と乙以外にも協働者がいたとしても、そのことが全体行為の存在に影響を与えることはないのである(305)。

［**裁判例 25**］BGE 6P. 165/1999. 丙は心理集団診療で身体中心グループセラピーの3日間コースに参加した。甲と乙が行うセラピーの最中に、丙は突然激情状態になり、床に敷き詰めてあったマットレスの上にうつぶせになって前に向かって歩き始めた。丙はますます乱暴になり、自分自身との内的戦いにけりをつけようとしているようだった。そこで、象徴的阻止としてトンネルを作るため、甲は丙に覆いかぶさり、丙の体と頭部をマットレスに押し込んだ。甲が丙に投げ飛ばされそうになったとき、乙が助けに入り、丙を下に押し付けた。丙の抜け出そうとの試みや罵倒にもかかわらず、甲、乙は丙を放すことをせず、ついに、丙が意識をなくしたことに気付いた。直ちに蘇生術が開始されたが、効果はなかった。丙は心室細動で死亡した。

その二は、行為の実行に際しての偶然の役割配分に基づく全体行為である。誰がどの個別行為をするかが偶然に委ねられているとき、各関与者の行為には**互換性**があり、誰がどの行為をしたかは重要でなくなる。諸個別行為はそれぞれ独立した行為ではなく、共同の行為決意に担われ

た主観的、客観的に形成された全体行為と見られるのである。［設例 18］では、甲も乙も互いに相手を必要としているのではなく、単独でも両角材を室外に投げ落とすことができた。甲も乙もどちらの角材を投げ落とすかは偶然に委ねられていたのである。甲も乙も実際に投げ落とした角材の代わりに他の関与者の角材を投げ落とすことができた。したがって、誰がどちらの角材を投げ落としたかは重要でない。個々の行為は任意に互換可能ということである(306)。

b. **共同「正犯」**「主観的」共同（共同の行為決意）と「客観的」共同（分業的協働）が具備されても過失犯の共同正犯の「共同」が基礎づけられるだけであって、それだけではまだ共同「**正犯**」は基礎づけられない。過失犯の共同正犯に内在する「正犯」を基礎づけるためには、いずれの関与者も正犯規準を充足しなければならない。すなわち、どの関与者も共同の行為決意を拠りどころにして分業という形で個々の個別寄与をしなければならない。この個々の個人的行為寄与は企て全体にとって**重要**であるとともに、**個々人**の**注意義務違反**（主観的注意義務違反）でもなければならない。

aa. **個別寄与の重要性**　共同「正犯者」が「危険を伴う事象の中心人物」(307)ないし「構成要件該当の実行行為を実現するに当っての中心人物」(308)と見られるためには、この者は、共同の行為決意に依拠して結果を惹起する諸行為をしなければならず、この個人の行為寄与は全体事象にとって「**重要な**」寄与でなければならない。重要でない寄与はせいぜい**幇助**を基礎づけることができるに過ぎない(309)。

故意犯の共同正犯においては、個々の所為寄与が、当該犯罪の構成要件要素のすべてを充足している場合、または、具体的事案の事情及び犯罪実行計画から、その所為形成効果を左右するほど重要である場合（**必要的条件**）、共同正犯が認められる。このことは過失犯の共同正犯にも云える。先ず、ある関与者の個別行為が、その他の者の行為とは関係なく、すでに過失犯の構成要件のすべてを充足していて、過失結果に繋がっていることの証明がある場合、正犯を基礎づける、個別的寄与の「重要性」が認められる。但し、複数の者が関与しているとき、このような場合は稀である(310)。

複数の者が関与するとき、全員の協働があって初めて過失結果が生ずるか、複数の個別的寄与のうちの何れが結果に繋がったのか証明できない場合が多いのである。先ず、関与者の個別的行為は、全体行為の共同構成に決定的意味を有し、したがって、関与者間の**相互依存**を生じさせているとき、重要と見られうる。個々人が、事象経路の「中心人物」と見られるためには、結果を惹起する事象経路にとって不可欠でなければならない。もしも不可欠であるという要素が不要であり、ある寄与が、それがなくとも全体行為が生じたといえるなら、それで十分であるということになると、単なる幇助者との境界づけがもはやできなくなるのである。結局、個別寄与が、関与者の共同の行為決意と具体的個別事情に基づくと、全体行為を行う上で、全体行為が個別的寄与に左右されるほど重要であるとき、関与者間の相互依存関係が見られる。注意すべきは、故意犯の場合とは異なり、過失犯における重要性は全体行為を生じさせることと関係しているのであって、過失結果それ自体と関係しないということである(311)。

［**設例 24**］甲と乙は、僻地の道路で自動車競走をする計画を立てた。両名は、その場所からして、（違法な）計画を実行するときに事故が起こりうるはずはないと確信した。両名と親しい自動車機械工丙は、その計画を知って、甲、乙の自動車に「最後の仕上げ」を施す助けをした。甲と乙は競走を夜に計画通り実行した。乙の女友達丁も、その共同の計画に賛成し、準備の間「競争者」の食事の用意をし、競争中は乙の車の助手席にいた。急な曲がり角で甲はその運転していた車を制禦できなくなり、傾斜地を下って林間の空き地の方に向かって驀進した。そこにはボーイスカウトの一団が寝床を設営していた。その団員亥が突進してきた自動車に轢かれ、その場で衝突され死亡した。（ヘリングの設例）

［設例 24］では、甲と乙はそれぞれの運転という行為によって、全体行為がそれに左右されるほど重要な行為寄与を行ったといえる。一方が走行しないなら、競走は成り立たないのである。甲と乙の個別寄与は全体行為の支柱となっている（必然的条件）。甲と乙は共同正犯となる。これに対して、丙は、自動車に「最後の仕上げ」を施さなかったとしても、自動車競走は行われたといえるので、共同正犯とはならない。丁の食事の用意、同行といった行為も、これらの寄与がなければ自動車競走は行

われなかったとはいえないので、全体行為にとっての重要性は否定されるので、丁にも共同正犯は成立しない。丙、丁には場合によって過失の幇助（不処罰）が認められるに過ぎない(312)。

問題となるのは、上記の必要的条件が見られない場合、すなわち、全体行為にどうしても必要とする以上の関与者が全体行為に関与する場合である。個々人はそれぞれ分離して考察すると必要的条件となっていない。例えば、甲、乙及び丙の３人が公道を高速で自動車競走をしたところ、甲が自転車走行者丁を撥ねて負傷させたとき、各個人的寄与は全体行為の必要的条件となっていない。そうすると、複数の者何人が全体行為に関与するかは偶然によるところが多いにもかかわらず、可罰性が限定されてしまう。しかし、過失犯の共同正犯の適用範囲を、結果の発生ないし阻止に必要なだけの複数の者に限定することには疑問がある。個々人が関与者間の相互依存性を創出するのは、その寄与が事後的にみて必要だったということによるものではなく、最初に必要となりうるかもしれないという事情によるからである。すなわち、この事情こそが**事前的**に関与者間に必要とされる相互依存を創出するのである。甲、乙及び丙は事前的考察からするとそれぞれ全体行為（自動車競走）への必要な条件を創出しているのである(313)。

同様に、関与者が自ら行為をしなかったなら、他の者がその行為をしただろうという場合、つまり、仮定的予備原因と云われる場合も、個別寄与の重要性に影響を及ぼさない。焦点は、いかなる行為が実際に為されたかにあるのであって、いかなる仮定的状況下で行われたかにあるのではないからである(314)。

**bb. 個別寄与の態様**　先ず、個別的寄与の形態としては、**物理的寄与**と**心理的寄与**があるが、何れも仮にそれが無ければ全体行為は生じなかったといえるほど重大でなければならない。激励等の心理的寄与の場合、必然的条件を満たさないことが多いと云えよう。次に、全体行為に繋がる諸個別寄与の全てが関与者らによって共同で実行されるか否か、各関与者が全体行為に繋がるその重要な個別寄与を交互に単独で実行するか否は過失犯の共同正犯の成否に影響しない。最後に、故意犯の共同正犯においては、重要な所為寄与の時点につき予備の段階も含まれるか

が問題とされるが、過失犯の共同正犯ではこの種の問題は生じない。故意犯とは異なり、過失犯では過失結果に繋がる諸行為を時間的に区分けすることに意味は認められないからである。個々の関与者が実際に正犯を基礎づける重要な個別寄与をしたか否だけが問題とされるのである。例えば、甲と乙は共同で、辺鄙な場所にあるがら空きの納屋に放火をする決意をし、乙が単独では調達できない火用道具を甲が調達したが、乙がその納屋に放浪者丙がいることに気付かずに納屋に実際に放火したとき、甲は犯行現場にいなかったという場合、甲と乙は丙の過失致死につき共同正犯が成立する(315)。

### cc. 注意義務違反

**α　個別行為による注意義務違反**　共同「正犯」の要件としては、個別寄与の重要性と並んでさらに個別的注意義務違反を要する。過失結果が実際に生じたとき、過失犯の正犯を基礎づける決定的要素は注意義務違反である。共同「正犯」というのは過失犯の正犯の特別の形態そのものであるから、過失犯の共同正犯者も注意義務に違反することが必須となる。そこで、いかなる要素が過失犯の共同正犯の注意義務違反を構成するかが問題となる。

過失犯においては、一般的（客観的）注意義務が最低限の義務として要求されるが、これと並んで個別的（主観的）注意義務違反が存在しなければならない(316)。この**個別化**は、注意義務違反が責任要素でなく構成要件要素であることからの帰結である。個人が特別の認識を有するとき、それは高度の注意義務を要求する。例えば、手術に当って、特別の経験を有する外科医には、平均的外科医に要求される最低限の注意以上の注意義務が課せられる。これに対して、それほどの知識を有しない外科医にはその課せられる注意義務が軽減される。但し、この場合、一般的注意義務が遵守できないからといって直ちに過失犯の構成要件該当性の否定に繋がるわけではなく、「引き受け過失」の構成要件該当性が問われることになる(317)。

過失犯の共同正犯においても、注意義務違反は個人の個別寄与に関係するのであって、全体行為に関係するのではない。全体行為に犯罪結果との関係で因果関係の存否が問題とされるからといって、全体行為の客

観的義務違反が問題とされるのではない。全体行為は共同正犯の「共同」にかかわる問題である。個別化された注意義務違反は、過失犯の共同正犯においても、「正犯」を基礎づける要素なのである(318)。したがって、各関与者は、他人の注意義務違反行為とは関係なく、自分の行為についての罪責を問われるのである（自己答責原理）。

［**設例 25**］外科医甲、麻酔医乙及び内科医丙は患者丁に開腹手術を行うことを決めた。甲、乙及び丙は分業的協働で手術を行った。各医師は、自分の専門分野に応じた寄与を行った。ところが、手術全体に処置の誤りがあった結果、丁は死亡した。乙と丙には個別的注意義務違反が認められたが、甲は必要とされる注意を遵守したが、他の医師の処置過誤を認識できなかった。

［設例 25］において、手術は関与者全員の主観的及び客観的共同の業である。そこで、全体行為としての手術が犯罪結果の原因となっていることから、全体行為の客観的義務違反が問われるかのように思われるかもしれない。そうだとすると、客観的に処置に過誤のある手術のため、甲にも注意義務違反が認められ、乙と丙と共に過失傷害罪の共同正犯に問われかねない。しかし、注意義務違反はその個別的性質に対応して、個々の医師の個別的な個々の寄与に求められねばならない。乙と丙の個々の行為は義務に違反して不注意であるが、甲は全体行為への個別寄与に当って注意義務を遵守したのである。甲は、結果を惹起する共同の仕事に決定的関与をしたが、注意義務違反が認められないので、乙と丙との過失傷害罪の廉での共同正犯とはならない(319)。

**β　注意義務違反と「共同」の分離**　注意義務違反については、共同の正犯としての共同正犯の本質から、注意義務違反に関した関与者の共同を要するのではないかが問題となるが、これは否定されるべきである。先ず、**客観的共同**、つまり、全体行為の分業的実行であるが、これは注意義務違反とは関係がない。個別的注意義務違反の対象は全体行為ではなく、各関与者の個々の行為だからである。したがって、共同の一個の注意義務違反があるのではなく、各関与者に課せられた複数の注意義務違反があるのである(320)。次に、**主観的共同**、つまり、共同の行為決意であるが、これも注意義務違反とは関係がない。共同正犯の共同は、主観

面では共同の行為決意、客観面では分業的協働によって基礎づけられるのであって、注意義務違反とは関係がない。注意義務違反は正犯を基礎づける要素であって、主観的及び客的共同の存在と並んでいずれの関与者にも個別的に存在しなければならない要素である(321)。

γ　**全関与者の注意義務違反の不要性**　各関与者がその個別寄与によって全体行為に関与したが、一部の関与者にしか個別的注意義務違反が認められないとき、そのことによって過失犯の共同正犯が解消することはない。例えば、全体行為に寄与した甲、乙及び丙の中、甲、乙には個別寄与の注意義務違反があるが、丙には注意義務違反が認められないとき、注意義務違反は全体行為にではなく、個人の個別寄与に関係するのであるから、注意義務違反の認められない丙は過失犯の共同正犯として処罰されることはないが、注意義務違反の甲、乙には過失犯の共同正犯が成立する(322)。全体行為に関与した者が甲、乙の二人だけで、その中の甲一人だけに注意義務違反が認められるときも、甲は共同正犯者として処罰される(323)。

c.　他説の検討

aa.「共同の義務の共同の違反」説　ロクスィーンはかつて、所為支配ではなく、特別義務の侵害が正犯を基礎づける犯罪として義務犯（不作為犯、特別犯、過失犯）のあることを指摘し、過失犯においては、その時々の注意義務が特別義務であり、その違反が直接に正犯を基礎づける(324)として、さらに次のように論じた。共同正犯というのは「共同の正犯」を意味するのであり、したがって、「共同正犯の過失犯構成要件」においては、「共同」というのは、正犯を構成するもの、すなわち、義務に関係しなければならない、つまり、過失犯における共同正犯は「共同の義務の共同の違反」である。許されない可罰性の拡大を回避するためには、過失犯の共同正犯は、「共同の正犯基礎づけ義務の共同違反」の場合にだけ受け容れられる。例えば、ある囚人を監視するために二人の看守が派遣された場合、二人とも同じ対象に関係した義務を有する。二人とも寝込んでしまうと、その一方は他方の不注意を楯にとることはできない。というのは、一個の共同の義務の本質から、この義務は二重の安全対策を用意しようとしていることが明らかになるからである。しかし、義務が分割されているとき、共同正犯とは云えないと(325)。

本説には、「共同の義務」が認められるべき要件は何かという点につき問題が在る。その設例では、各看守が、監視中は眠り込まないという他の看守とは独立した個別的義務を課せられている。他の看守が同じ義務を有しているという事実があるからといって、元々の個別義務が突然共同の義務に変わるわけではない。ロクスィーンの設例を改変した次のような場合から明らかである。ある囚人を監視するために二人の看守甲、乙が派遣され、甲は監房のすぐ横で監視の任務に当り、甲の知らなかった乙が正門に配置されたが、二人とも、全く関係なく、その課せられた義務を懈怠し、眠り込んでしまった結果、囚人は逃げることができた。このような場合、確かに、囚人に注意を向ける義務に関して、甲、乙に共同があるとは云えるが、囚人の逃亡という結果をもたらした眠り込むという義務違反の行為には共同はない。過失犯の共同正犯の結合点は、結果に繋がる（全体）行為を協働で行うことにあり、それ故、共同は注意違反の行為を行うことに関係しなければならない(326)。ロクスィーン説によれば、共同の義務は、構成要件的結果を招来するために、二個の義務違反が重ならねばならない場合に認められる(327)。そうすると、過失犯の共同正犯が認められるのは、結果を招来するためにどうしても複数の者を要する場合に限定されよう(328)。本説に依ると、［設例 18］の場合、過失犯の共同正犯は成立しないという不合理な結論に達しよう。結果を招来するためには、甲も乙も二本の角材それぞれ単独でも投げ落とすことができるし、一本の角材だけでも十分足りうるので、どうしても二個の義務違反が重なりあわねばなならないというわけではないからである。各関与者は角材を投げ落とすことによって、それぞれ自己の、個別的注意義務に違反しているのである。過失犯の共同正犯では、甲、乙の個々の個別寄与についての注意義務違反の存否が問題となるのであって、全体行為についてのそれが問題となるのではないので、個人の注意義務の共同という問題は生じ得ないのである(329)。

**bb.「客観的に同一の義務」説**　本説の出立点は、「過失犯の共同正犯の目的は、複数の関与者の了解的協働が在る場合に、全体事象のいかなる部分が個々の共同正犯者によるものかを考慮することなく、注意違反行為の全体結果を行為者らに単一体として帰属させることにある」というものである。故意犯の共同正犯規準は過失犯の領域には適合せず、過失犯の共同正犯の要件は一般的過失犯理論の中に見いだされねばならな

い[330]。過失犯の共同正犯は次の三要件を要する。①行為者らの客観的に同一の義務。「一般的過失要件としての客観的注意義務違反から出立すると、これは共同正犯として結びついた行為者らに同一の性質をもっていることが認められねばならない。規準となる注意義務は潜在的過失犯者に同様に課せられねばならない。というのは、関与者らが同じ注意義務の違反を問われうる場合にのみ、同じ犯罪が問題となりうるのであり、その場合にのみ諸惹起寄与の相互帰属が考慮に入れられるからである。換言すると、注意違反では関与者によって一様に且つ同じ範囲で充足されるべき注意義務が問題となる場合にのみ、共同の義務違反が可能となる。したがって、過失犯の共同正犯の第一要件は、注意要求に関連して同種の義務が課せられているという行為者らを客観的に結合する要素である」。②共同の作為/不作為の認識。過失犯の共同正犯を過失犯の同時犯から区別するために、客観的に同一の注意義務と並んで関与者らを習慣的に結合する要因がなければならない。過失犯は、行為者が結果を生じさせる危険を創出するに当り、少なくとも自発的に作為/不作為をしなければならないという限度で、主観的要素を要件とする。したがって、過失犯の共同正犯は、行為者が結果を生じさせる危険を創出するに当り（つまり、注意違反の作為/不作為に当り）自発的に他の者と共同で作為/不作為をしなければならない。③行為者らの同一の注意義務の認識。規範的観点からも、共同正犯者らを結合する合意が存在しなければならない。行為者は少なくとも、自分と作為する者/不作為する者が自分と同じく同一の注意要求の下にあることを認識しなければならず、この場合に主観的結合が認められる。

本説によると、[裁判例 22] の場合、甲と乙には、二個の岩塊を見通すことのできない谷に転がすことによって通行人を危険に曝すべきでないという同一の注意義務が課せられていた。甲と乙は、それぞれ岩塊を転がしたとき、この注意義務に同じ程度に違反した。甲と乙は、主観的にも、周囲の者に及ぼす危険を避けることに関する基本的に同じ注意要求の下にあるとの認識をもちながら行為をした。したがって、甲と乙には過失犯の共同正犯が成立する。帰属単一体の「誰が」具体的に結果を引き起こす岩塊を転がしたかは重要でない。死亡結果は過失で行為する集合体によって帰属可能は態様で招来されたことが確実だからである。「過失犯の共同正犯の領域では『個別因果関係』の証明は放棄できる」[331]。

本説にも問題点を指摘できる。先ず、関与者に客観的に同一の注意が課せられる必要性があるという点につき、いかなる場合に「同じ」注意義務があるといえるのかが明確でない。加えて、関与者の客観的に同一の注意義務というのは、過失犯の共同正犯における「共同」の要件ではない。過失犯の共同正犯の注意義務違反というのは、関与者の個別行為に関係した個別的注意義務違反なのである。例えば、機械工甲とパン職人乙は共同で車庫の出入り口を取り付けたが、取り付け方に欠陥があったため丙が怪我をしたという場合、パン職人は機械工に比べて遥かに注意義務は軽い。それでも、甲と乙の共同正犯は成立しうる。乙には出入り口の取り付けに関する技量が無かったとしても、引き受け過失の可能性がある。そうすると、甲と乙には異なった注意義務が課せられるにもかかわらず、主観的共同（共同の行為決意）と客観的共同（分業的協働）が認められるので、共同正犯が成立する(332)。さらに、上記の要件③につき、不真正不作為犯における保障人の義務につき、不作為の正犯者に、他の不作為の潜在的共同正犯者らに自分と同程度に保障人の地位を基礎づける事情があったことの認識が必要だと説くとき、過失の作為者と過失の不作為者の間にも共同正犯の成立がありうることが見逃されている(333)。

d. 客観的帰属

**aa. 因果関係と客観的帰属**　過失犯の共同正犯の機能は、故意犯の共同正犯におけるのと同じく、関与者の各行為寄与を相互帰属させるところにある。共同正犯者は皆、個別的ではなく、共同で、客観的に過失結果の原因と見られる（諸）行為を、つまり、全体行為を行う。そうすると、先ず要求されるべきことは、全体行為（すべての関与者の諸行為のまとまり）と結果の発生の間に自然的因果関係が在るということである。［設例 18］では、甲と乙の行為は独立した個別行為ではなく、主観的及び客観的共同に基づき一個の共同で行われた共同の仕事であるから、共同で角材を投げ落としたという全体行為と結果の間の因果関係が問題となるのである(334)。

**bb. 客観的帰属**　因果関係の存在に続いて、どの程度個々の関与者に共同で招来された過失結果が個々人に帰属されうるかかが問われる。つまり、因果連関が規範的観点から限定される必要がある。その際要求さ

れるのは、個々人がその義務違反で不注意に行われた個別行為によって構成要件上重大な許されない危険を創出し、この危険が、他の関与者によって創出された危険と相まって、現実に生じた過失結果となって現実化したということである。過失犯でも、故意犯と同じく、先ず、「行為帰属」と「結果帰属」が区別され、まず前者が、ついで後者が問題とされる。

α　**行為帰属**　行為帰属は、抽象的経験的危険と社会的相当性に分けられる。

①**抽象的経験的危険**　経験的危険の面で、当該行為が、事前の観点から（行為から将来を見る）、一般的にこの種の結果の発生を内在していること（抽象的経験的危険）、つまり、結果発生の客観的予見可能性（**経験的相当性**）があることが要求される。さもなければ、行為者自身にも結果の回避ができないからである。抽象的経験的危険の内在しない行為を禁止することは無意味である。なお、この経験的相当性は具体的に発生した結果の客観的予見可能性とは異なる。後者は行為の帰属において独自の機能をもたない。

②**社会的相当性（許された危険）**規範的危険の面で、当該行為が一般的社会的合意（歴史的に生成した社会倫理的秩序）からして是認されないこと、つまり、この危険の規範的非是認（社会的不相当性）が要求される（例えば、被害者の自発的自己危殆化においては、行為者の規範的行為危険が否定される）。抽象的経験的危険の存在だけで行為帰属を判断すれば、法益保護という観点からは極めて有効といえようが、しかし、社会活動の多くの分野でその活力が奪われることになろう。したがって、危険な行為であっても、社会的相当性ないし許された危険の範囲を逸脱しない限り、行為帰属は否定される。抽象的経験的危険と社会的府相当性が過失不法を基礎づける客観的注意違反、つまり、**客観的義務違反**を構成するのである。客観的注意違反が無ければ、そもそも行為帰属が存在せず、したがって、端から結果不法は存在しない(335)。

［**設例 26**］甲、乙及び丙は、相互に鼓舞し合いながら共同でヘロインを使用し、特別に大量に注入したところ、丙が死亡した。（ヘリングの設例）

［設例 26］は、自己答責原則（自律性原則）の観点から行為の規範的危

険が否定される事例である。自発的、意識的に受け容れられた自己危殆化を誘引する者は客観的注意義務が否定される。行為不法がないのである。誰もが、自ら回避できるにもかかわらず受け容れた危険を自ら引き受けねばならないからである。自己答責原則は誰が結果に関与したかとは関係がないので、甲、乙及び丙という複数の正犯者においても、丙自身が自分自身を危険に曝すか侵害するが、甲、乙に生じた丙の死亡結果を客観的に帰属させることはできない(336)。

故意犯では故意が行為の客観的帰属判断の前提要件であるが、過失犯では主観的注意義務違反は行為の客観的帰属判断の前提要件でない。過失犯では、特定の結果に対する抽象的危険はすでに客観的注意義務違反によって特徴づけられるからである。すなわち、ある種の法益に対する行為に内在する抽象的危殆化はありうる結果の**客観的予見可能性**から生ずるのであり（経験的予見可能性）、これにこの危険の規範的非是認が加わる。両者が客観的注意義務違反を構成する。但し、事後的観点からの生じた結果の客観的帰属の検証では、その前に**主観的注意義務違反**の存否が確認されるべきである。行為者に客観的注意に従った行動をとる能力がまったくなく、そして、結果の発生を**予見できなかった**なら、行為者には、すでに、**結果回避義務**がなく、したがって、行為不法は認められない。そうなると、結果帰属の経験的相当性連関も規範的危険連関も議論するに及ばない(337)。

**β　結果帰属**　抽象的危険が経験的にも規範的にも結果の中に具体的に実現したか否かは、事後的観点から見た客観的不法帰属の問題である(338)。

**①相当性連関**　行為帰属の肯定された行為から具体的結果が発生すると、先ず、当該結果は当該行為からの危険と経験的に相当であらねばならない。なぜなら、行為のもつ危険性が実際に発生した結果となって実現したと云えねばならないからである（**危険実現**。Risikoverwirklichung）。したがって、事後的観点からの、行為と結果の相当性連関（Adäquanzzusammenhang）が問題となるのである。このことは、因果関係において用いられる等価説（Äquivalenzthorie）が相当性説（Adäquanztheorie. 行為が、物事の普通の成り行きから、そして、日常の生活経験からして、生じたような結果を招来するのに適している場合、

行為と結果の間に相当性が認められる）によって限定されることを意味する。

**②危険連関**　結果が、相当性連関の内部にある場合でも、禁止規範がその価値関係的目的からしてその結果までは届かない場合があり、この場合、規範的危険連関がなく、したがって、結果帰属が否定される（危険連関＝違反された**注意規範の保護目的**。Risikozsammenhang＝Schutzzweck der verletzten Sorgfaltsnorm）。それは、注意規範は結果の発生の回避を狙いとしているのであるが、当該結果は注意規範の保護目的の範囲内になければならないということからの当然の帰結である。危険実現の判断に当って、先ず、相当性連関が判断され、次いで、危険連関が判断されることになる。

［**設例 27**］甲と乙は町の郊外で法定速度を超過する自動車競走をしたが、しかし、街中に入ってから法定速度の減速をしたものの、それでも死亡事故を起こした。子ども丙が軽率にも車道に飛び出したからだった。事前に速度を遵守していたなら、甲と乙は時間的にもっと遅く事故現場に着き、事故は発生しなかった。（ヘリングの設例）

［設例 27］で、甲と乙の共同正犯は成立しない。結果発生の時点で、甲と乙の行為は適法である。非難されるべきなのは、先行した高速運転にあるが、それ自体は結果を招来したのでなく、到着時刻の変更を通して初めて丙の死亡に因果関係をもったのである。法定速度を遵守する個々の関与者の義務は、なるほど、事故にあう可能性のある交通関与者の身体的完全性をその保護を目的としている。しかし、明らかに、速度制限の意味は、到着時刻を変更することにあるのでなく、速度制限地区における事故を防止するところにある。したがって、関与者は、共同の因果関係と個別的注意義務違反という事実にもかかわらず、危険連関の欠如の故に共同正犯は成立しない(339)。

**③仮定的適法代替行為**　相当性連関、規範的危険連関が認められても、それでもなお、客観的帰属の否定される場合がある。それが仮定的適法代替行為（Hypothetisches rechtmäßiges Alternativverhalten）である。仮定的適法代替行為であれば生じた結果を回避する現実的可能性があったといえるとき、結果の帰属は肯定される。これに対して、仮定的適法

代替行為があっても生じた結果の発生を回避する現実的可能性はなかったとき、結果の帰属は否定される[340]。例えば、甲と乙は法定速度制限に違反して高速の自動車競走をしていたとき、歩行者丙が甲に跳ねら死亡したが、法定速度で走行していても制動機の突然の故障によって、結果の発生は免れなかったという場合、結果の帰属は否定される[341]。

---

注

（284）Vgl. *Cramer/Heine*, (Fn. III-162), §25 Rn 81「共同正犯者は自己の正犯不法を問われるが、この不法は部分的には他人の所為寄与が帰属されることによっても生ずる」。*Häring*, (Fn. IV-112), 193; *Weißer*, (Fn. IV-227), 236.

（285）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 194 FN 748.（共同正犯者は相互に代理をし、お互いのために行為をすること、集団で行動することによって脅かされる法益への危険が増加すること、集団で行動する行為者は自ら完全に構成要件を充足することはなくとも刑事責任を免れることはできない）。*Kamm*, (Fn. IV-224), 179 ff., 189 f.（故意犯の共同正犯につき：行為の相互帰属は共同の所為決意によって正当化される。この心理的絆だけが、各人が構成要件を自らは完全に実現したわけではないけれども、連帯を、したがってすべての関与者を正犯者として処罰する根拠を提供する。他人と共同で刑法上是認されない結果の招来を計画する者は、他人の行為が自分に効くことを意欲している。そうなると、この者は後で、「一緒に出かけて一緒に捕らえられたら、一緒に首をくくられてもしかたがないさ」の標語に則り、所為全体に対して処罰されることを甘受せねばならない。次の点も補充されねばならない。個々の所為寄与の調整を先ず可能にするのは所為決意であること、通常この諸所為寄与調整によって仕事の軽減が可能になること、── さもなければ他人と手を結ぶことはない ──　したがって保護法益に対する危険の増加が生ずること。個々の関与者が追求される結果を他人の助けを借りてしか実現できないという事情に無いこともある。しかし、犯罪の目的を有する複数の者の提携があると、企図の遂行がより良い条件の下で行われるであろうし、例えば、少なくとも、専ら発見から守られる任務を個々の関与者に委ねることができることで、「より確実に」発見されないで済むことになるのが普通である。したがって、往々にしてこのことが犯罪の企てを実行するに当り複数の者が結びつく主要な動機となる。過失犯の共同正犯につき：故意犯の共同正犯に見られる危険の増加は過失犯の共同正犯の典型的特徴とは云えないが、それでも、特別の危険性が必ず存在する場合が在る。構成要件的結果が関与者の協働によってしか実現できない（作為）ないし阻止できない（不作為）場合がそれである。前者の例として、［岩塊転がし事件］を改変して、複数の者によってしか動かすことのできない岩塊を転がす場合、後者の例として、オットーの設例、一方で、劇場支配人は劇場の貯水槽を満たす義務に従わず、他方で、火災発生時に管轄の消防士が酔っていて消火活動ができない場合である。両関与者が自分達の義務に従っていた場合にのみ。劇場火災を避けられた）。

（286）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 194.
（287）Vgl. *Bottke*, (Fn. IV-256), 468; *Häring*, (Fn. IV-112), 196.
（288）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 197; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), 128; *H. Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 33 ff.
（289）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 197; *Jakobs*, (Fn. I-75), 6. Abschn Rn 14 f.; vgl. *Renzikowski*, (Fn. IV-232), 214 f.; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), § 7 Rn 7; *J. Weidemann*, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984, 408 ff., 410 ff.
（290）*Stratenwerth*, (Fn. IV-220), 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-61), 72.
（291）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 198 f., 236.
（292）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112). 199.
（293）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 199, 236.
（294）*Häring*, (Fn. IV-112), 202 ff.; *Maihold*, (Fn. IV-248), 294; *Riedo/Chvojka*, (Fn. IV-222 ), 161 f.（過失犯の同時正犯に対比されねばならない「不注意共同体」、つまり、過失犯の場合の共同正犯とは、二人又はそれ以上の者が、共同の（通常は合法的）目的をもち、この目的を達成するために共同で行い、その際、共同の注意義務に反して違法に法律で禁止された、回避可能で且つ予見可能な付随的結果を惹起することである。）；*K. Seelmann, Ch. Geth*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2016, S. 181. Rn 502「共同の所為決意は、例えば、共同の過失行為では構成要件に関連するのでなく、注意義務違反の行為の基礎にある自然的行為に関連する」；*Renzikowski*, (Fn. I-120), §49 Rn 115（過失犯の共同正犯における「共同というのは各構成要件によって禁止される許されない危険の創出に関連する」）；*Weisser*, (Fn. IV-227), 236 f.（過失犯も行為者が結果を惹起する危険を創出するに当り少なくとも有意に作為不作為をしなければならない限りで主観的要素を前提とする。「したがって、共同正犯の前提にあるのは、行為者が結果を惹起する危険の創出に当り　── つまり、注意違反の作為/不作為に当り ──　他の者と有意に共同で作為/不作為をするということである」。

これに対して、「共同の行為計画」は無規定に過ぎるのではないかと批判するのがプッペである。*Puppe*, (Fn. IV-221), 133, 145 f.; *dies.*, (Fn. IV-250), 277. 犯罪の意味を有しない共同の行為企ては好きなように操作可能である。どのくらいの相互に調整された行為態様をひとつにまとめるかに応じて、共同正犯者の範囲が広くもなり狭くもなる。これに対して、故意犯では所為計画が構成要件によって限定される。換言すると、故意の注意義務違反を処罰する構成要件があるとすれば、その限りで共同正犯は可能だが、それによって非故意に（しかし過失で）惹き起こされた結果に関しては共同正犯は可能で無い。例えば、RGSt 63, 392［自転車走行者事件］（甲と乙は暗がりの中を前後して野道を無灯火自転車走行していたところ、前を走行していた甲が交差点で同様に無灯火自転車走行をしてきた丙と衝突した。乙が電灯のスイッチを入れて照明していたなら、甲は後ろからの照明で丙との衝突を回避できたという事案）では、乙は単独正犯者としてなら自己の責めを問われることはないが、過失犯の場合の共同正犯としてなら処罰されることになる、なぜなら、ある場所から他の場所へ行くのが「共同計画」であり、甲も乙も同じ注意義務に

違反したからだという批判である。*Puppe*, (Fn. IV-221), 145 f. しかし、これに対して、「共同の行為計画」というのは、注意義務違反の対象となる「共同行為」の計画なのであって、ある場所から他の場所へ行くという計画は法的にはどうでもよいことであるのだが、その実現に当って「共同の注意義務違反」があったか否かが具体的に問われるとの反批判がある。Vgl. *J. Renzikowski*, Die fahrlässige Mittäterschaft, in: Otto-FS, 2007, 423 ff., 433: *ders.*, (Fn. I-120), §49 Rn 115.

(295) *Renzikowski*, (Fn. I-120), §49 Rn 121; *ders.*, (Fn. IV-294), 99.

(296) *Häring*, (Fn. IV-112), 208 f.; vgl. *Seelmann/Geth*, (Fn. IV-294), 181; *Maihold*, (Fn. IV-248), 294「複数の者が外構成要件的行為目的に関して計画と認識を有して協働しながら、非故意に、しかし、過失で構成要件的副次結果を惹起する」。

(297) *Häring*, (Fn. IV-112), 219 f., 238; *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), Rn 116; *Weißer*, (Fn. IV-227), 213 f.

(298) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 221, 238. 類似の事案、BGE 130 IV 58 ff.（高等裁判所が、両者の間に、事前に約束したわけではないにせよ、自発的自動車競走が行われたと推論したことに関して異議を述べることはできない。「両運転者は、相互挑発によって刺激され車道での対決に到り、不断に速度を上げながら前後を密着して疾駆することで、力試しを始め、敵に自分の優越性を見せたいということを推断的に表したのである」）。

(299) *Häring*, (Fn. IV-112), 222.

(300) *Bloy*, (Fn. IV-205), 395; *Häring*, (Fn. IV-112), 223.

(301) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 223 f.; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), §7 Rn 18. ブロイは共同の行為決意をそれが全体目標に関連している場合に限定する。したがって、共同の行為決意は［設例 22］では肯定され、［設例 23］では否定される。*Bloy*, (Fn. IV-205), 395. しかし、この見解は本文で説明した理由から支持できない。

(302) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 228 f.; *Renzikowski*, (Fn. IV-294), 433; *A. Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, 226 f.

(303) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 231.

(304) Vgl. *Häring*. (Fn. IV-112), 232, 239 f.; *Bloy*, (Fn. IV-205), 395.

(305) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 233, 240. なお、この場合の場合に限って過失犯の共同正犯を肯定するのがカム説である。それに依ると、故意犯の共同正犯においては、いわゆる「連帯責任（Solidarhaftung）」は共同の所為決意によって正当化されるが、過失犯の共同正犯では、構成要件的結果の発生が関与者の協働によってしか実現ないし阻止できない場合にのみ所為寄与の相互帰属ないし連帯責任が可能である。もっとも、この要素は共同を基礎づけるのではなく、この要素によって、こういった必須の協働の場合、関与者らの共同正犯者としての結合が正当化される。こういった状況においてのみ、故意犯の協働におけるのと同じく、保護法益への危険増加が見られるからである。本説に依ると、［裁判例 22］においては、岩塊を転がり落とすのに二人以上の者が関

与する必要はなく、一人の力でも充分だったので過失犯の共同正犯は成立せず、これが成立するのは、複数の者によってしか動かすことのできない一個の岩塊を共同で転がしたという事態に限られる。カム説は、過失犯の共同正犯の要件として、さらに、関与者が作為ないし不作為の共同と個々の所為寄与の相互依存の認識及び関与者の客観的注意義務違反を挙げる。*Kamm*, (Fn. IV-224), 188 ff.

本説は、結果を招来するのにどうしても複数の者の協働を要する場合にのみ過失犯の共同正犯を限定する根拠として、法益侵害の危険増加を挙げるのだが、しかし、[裁判例 22] では、甲も乙も結果を単独で招来しうる場合であっても、甲の岩塊転がしも乙の岩塊転がしも法益侵害という結果発生の**危険**を著しく高めていることに違いはない。加えて、本説には、共同正犯の「共同」の定義が不明確であることも指摘できる。単に協働が必要であるということだけでは共同を基礎づけることはできない。それと云うのも、各人が結果を単独でも招来できる場合であっても、問題なく共同の仕事が認められるからである。*Häring*, (Fn. IV-112), 180; *Knauer*, (Fn. IV-248), 197.

(306) Vgl. *Häring*, (Fn. ), 234 f., 240.

(307) *Renzikowski*, (Fn. IV-232), 215 FN 25.

(308) *Roxin*, (Fn. I-27), §25 Rn 10.

(309) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 244.

(310) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 244.

(311) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 245.

(312) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 246.

(313) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 248 f.; *Kamm*, (Fn. IV-224), 203.

(314) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 249.

(315) *Häring*, (Fn. IV-112), 250 f.

(316) 主観的注意義務違反が構成要件要素の一つであることにつき、吉田敏雄『刑法理論の基礎』[第 3 版] 2010・371 頁以下。なお、スイス刑法第 12 条第 3 項は明文で、過失犯の注意義務違反につき主観的注意義務を構成要件・不法に組み込む個人的注意義務違反の理論を採用している。

(317) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 255 FN 913; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), §16 Rn 13 f.

(318) *Bloy*, (Fn. IV-205), 395; *F. Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, 177 f.; *Häring*, (Fn. IV-112), 257 ff.;

(319) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 258 f.

(320) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 260.

(321) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 260.

(322) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 263.

(323) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 263. 故意犯につき、*Cramer/Heine*, (Fn. IV-284), §25 Rn 89（甲と乙は共同で花瓶を取得したが、甲はこれが無主物だと思っていたが、乙は他人の物だと認識していたとき、乙は共同正犯として処罰される）。

(324) *C. Roxin*, Täterschaft und Ttherrschaft, 2. Aufl., 1967, 527 ff. その後、ロクスィーンは改説して、過失犯を義務犯に含めない。その理由は、不法を構成

する一般的注意義務の違反は、故意犯の構成要件の基礎にもある、どの国民にも課せられる回避義務だけを指すからというものである。*C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, 697.

（325）*Roxin*, (Fn. IV-324. 2. Aufl.) 531 ff.

（326）*Häring*, (Fn. IV-112), 215.

（327）*Roxin*, (Fn. 324. 2. Aufl.), 536.

（328）この帰結はカム説と同じである。参照、注 285。

（329）Vgl. *Häring*, (Fn. Fn. IV-112), 167 f., 264 f., 271; *Puppe*, (Fn. IV-221), 135.

（330）*Weisser*, (Fn. IV-227), 236 f.; vgl. *Renzikowski*, (Fn. I-120), §49 Rn 122; *ders*., (Fn. IV-232), 288 f.

（331）*Weisser*, (Fn. IV-227), 238 u. FN 65.

（332）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 177, 267 u. FN 942; vgl. *Puppe*, (IV-221), 135.

（333）Vgl. *Dencker*, (Fn. IV-318), 174 ff.; *Häring*, (Fn. IV-112), 277 f.; *Otto*, (Fn. IV-243. Spendel-FS), 282; *Weisser*, (Fn.) 238; *Renzikowski*, (Fn. IV-212), 99.

（334）*Häring*, (Fn. IV-112), 276 f.; *Renzikowski*, (Fn. I-120), §49 Rn 122; *ders*., (Fn. IV-294), 431 f.; *ders*., (IV-248), 99; vgl. *Dencker*, (Fn. IV-318), 176 ff.

（335）吉田（IV-316）382 頁以下。

（336）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 287.

（337）*R. Moos*, Die subjekive Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement, in: Burgstaller-FS, 2004, 129. 吉田（IV-316）384 頁。

（338）吉田（IV-316）387 頁以下。

（339）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 286 頁以下。

（340）Vgl. *Steininger*, (Fn. I- 1 ), § 6 Rn 48; *Triffterer*, (Fn. I-10), Kap 8. 135 ff.

（341）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 285.

# Täterschaft und Teilnahme (13)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik
I. Grundlegende Begriffe
1. Ausgangspunkte
2. Reduzierter Täterschaftbegriff und Extensiver Täterschaftbegriff
3. Akzesorität
II. Teilnahmesystem
1. Modell des Teilnahmesystems
2. Teinahmesystem des deutschen Strafrechts
A. Geltendes Recht
B. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme (Band 54, Nr. 2)
C. Vernachlässigiung 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. Akzessorität 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. Konstelationen der mittelbaren Täterschaft
A. Das unvorsätzlich handelnde Werkzeug
B. Das rechtmäßig handelnde Werkzeug (Band 55, Nr. 4)
C. Das ohne Shuld 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. Objektsverwechselung 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 lentreprise
A. Lehre
B. Rechtsprechung

C. Funktionale Tatherrschaftslehre
3. Voraussetzungen der Mittäterschaft
A. Gemeinsamer Tatentschluß/Tatplan
B. Abgrenzung von Mittäterschaft und Nebentäterschaft
C. Abstandsnahme 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 Tatherrschftslehre im weiten Sinne
E. Komplottmittäterschaft bei uns
a. Rechtsprechung (Band 57, Nr. 2)
b. Theorienstreit
c. Vorausetzungen der Komplottmittäterschaft
aa. Gemeinsamer Tatentschluß
bb. Gemeinsame Tatausführng
cc. Ausführung
5. Versuchsbeginn der Mittäterschaft
6. Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt
A. Ausgangspunkt
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)

C. Auseinandersetzung mit den Argumenten gegen eine fahrlässige Mittäterschaft
a. Rechtsprechung in der Schweiz
b. Argumente gegen eine fahrlässige Mittäterschaft
aa. Unmöglichkeit eines gemeinsamen Tatentschlusses
bb. Fehlende finale Tatherrschaft
cc. Fehlende gesetzliche Grundlage
dd. Kausalität
ee. Keine Möglichkeit der Unterscheidung von Beteiligungsrollen
ff. Umdeutung von Gefährdungshandlungen in Verletzungsdelikte
gg. Ausweitung der Strafbarkeit?
hh. Keine Rechtfertigung wechselseitiger Zurechnung (Band 57, Nr.4)

D. Voraussetzungen einer Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt
a. Ausgangspunkt
aa. Gemeinsamkeit und Täterschaft
bb. Anknüpfungspunkt
b. Elemente einer fahrlässigen Mittäterschaft
aa. „Mit"täterschaft
α Subjektibe Gemeinsamkeit
β Objektive Gemeinsamkeit
bb. Mit „täterschaft"
α Wesentlichkeit der Einzelbeiträge
β Art und Weise der Einzelbeiträge
γ Sorgfaltswidrigkeit
c. Gegenarugumente zu anderer Lehre
aa. *Roxin*
bb. *Weißer*
d. Objektive Zugehörigkeit
aa. Kausalität und objektive Zugehörigkeit
bb. Objektive Zugehörigkeit

α. Zugehörigkeit der Handlung
β. Zugehörigkeit des Deliktserfolgs (Band 58, Nr. 1)

(Die Fortsetzung folgt.)