

タイトル	正犯と共犯（14）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，58(2)：71-88
発行日	2022-09-30

論 説

## 正犯と共犯 (14)

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
    - 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)
  - 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. 危険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 卷第 4 号)
  - 4. 過失結果犯の共同正犯
    - 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
      - a 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
      - a 行為帰属
      - β 結果帰属
- (以上第 58 卷第 1 号)
5. 過失挙動犯における共同正犯
- A. 出立点
  - B. 過失挙動犯における共同正犯の要件
    - a. 結合点と共同
    - b. 「重要な」個別寄与と注意義務違反
6. 過失犯の共同正犯における正犯と共犯の区別
- A. 出立点
  - B. 正犯と共犯の境界設定
    - a. [重要な] 個別行為
    - b. 注意義務違反
7. 合議体決議における「作為」過失犯の共同正犯
- A. 出立点
  - 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. 個別寄与の重大性
      - bb. 注意義務違反
    - c. 因果関係と客観的帰属
- (以上第 58 卷第 2 号)

## 第 6 節 過失犯の共同正犯

### 5. 過失挙動犯における共同正犯

A. 出立点 過失犯は結果犯であるのが普通であるが、例外的に挙動犯 (= 単純行為犯) の場合もある。[裁判例 23] は挙動犯の事案である。

[裁判例 23] 昭和 18・2・23 刑集 7・1・30 [メタノール含有『ウイスキー』販売事件] [飲食店を共同経営する被告人甲、乙は、丙から仕入れたウイスキーと称する液体を、それに法定の除外量以上の「メタノール」が含有されているにもかかわらず、メタノール含有の有無につき不注意にも検査することなく、しかも意思連絡の下に客に販売したため、これを飲んだ客が中毒に因り死んだという事案。原判決は、有毒飲食物取締令第 1 条、同第 4 条 1 項後段（過失によるメタノールを含有する飲食物の販売。法定刑が当時の業務上過失致死傷罪のそれより格段に重い）、刑法第 60 条（共同正犯）を適用した。甲、乙の上告理由は、過失による有毒飲食物取締令違反の共同正犯は、「過失の通謀」という共同正犯の要件が存在し得ない過失犯においては認められないというものである]「原判決は、被告人兩名の共同経営にかかる飲食店で、右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには『メタノール』を含有するか否かを十分に検査した上で、販売しなければならない義務あることを判示し、被告人等はいずれも不注意にもこの義務を惰り、必要な検査もしないで、原判決液体は法定の除外量以上の『メタノール』を含有しないものと軽信してこれを販売した点において有毒飲食物取締令四一条一項後段にいわゆる『過失ニ因り違反シタル』ものと認めたものであることは原判文上明らかである。しかして、原判決の確定したところによれば、右飲食店は、被告人兩名の共同経営にかかるものであり、右の液体の販売についても、被告人等は、その意思を連絡して販売したというのであるから、此点において被告人兩名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのであって原判決がこれに対し刑法 60 条を適用したのは正当であって、所論のような違法ありとすることはできない。」

挙動犯では、結果の招来ではなく、特定の行為自体が処罰されるのであるから、過失挙動犯においても義務違反行為の結果を認識し、回避することが問題とされるのではない。過失挙動犯における不注意は、行為の不法を基礎づける事実的要素に関連する<sup>(342)</sup>。本事案では、構成要件上、法定の除外量以上のメタノール含有の「ウイスキー」を不注意にも販売したという行為が問題とされるのであって、それ以上のことは問題とされない。すなわち、有毒飲食物取締令の当該構成要件該当性は、結果の発生は必要とされず、不注意な販売行為があればそれで足りるのであるから、本犯罪は過失の挙動犯である<sup>(343)</sup>。

[裁判例 23] では、甲、乙のいずれも、当該「ウイスキー」に法定の除外量以上のメタノールが含有されていることの認識をもたずにこれを販売したということから、同時正犯としての構成も可能であるが、しかし、甲と乙は共同経営者として共同で販売していたという事の実態に即した法的評価がなされるべきである。

## B. 過失挙動犯における共同正犯の要件

a. 結合点と共同 過失挙動犯では、行為から空間的・時間的に分離可能な犯罪結果は存在しないので、共同正犯答責の結合点は行為それ自体である。過失の挙動犯の「共同」はこの結合点に関連しなければならない。先ず、主観的共同は、分業で行う共同の行為決意にある。次に、客観的共同は現実には（諸）行為を行う際の分業的協働にあり、これが一個の全体行為を構成する<sup>(344)</sup>。

[裁判例 23] では、甲と乙は、法定の除外量以上のメタノール含有の「ウイスキー」をそれと知らず販売するという行為決意をする。甲と乙は、この販売計画を分業して行う。個別の販売行為には任意の互換可能性が見られ、これらの諸販売行為が全体行為を構成するのである。

b. 「重要な」個別寄与と注意義務違反 先ず、「重要な」個別寄与に関して、関与者は、事態の「中心人物」と見られるほどの、全体行為への重要な寄与をしなければならない。個別行為は、それ自体で過失犯の全ての構成要件要素を充足しているか、又は、全体行為を必然的条件の意味で共構成しているので、事前の視点から関与者間の相互依存を基礎づけることができなければならない<sup>(345)</sup>。

次に、「重要な」個別行為に一般的且つ個別的注意義務違反が認められねばならない。注意すべきは、過失の挙動犯の構成要件の基礎には、行為者が認識と意欲をもって行う、しかも、それ自体としては、客観的にあるいは少なくとも行為者の考えでは許されている基本行為があるということである。過失は付加的要素が加わることによって初めて基礎づけられるのである。この事態を行為者は意欲することなしに、しかし義務違反の不注意から実現するのである。[裁判例 23] では、基本行為は飲食物の販売行為である。しかし、甲も乙も行為客体の属性、つまり、「ウ

イスキー」の有毒性を認識しなかったのである。すなわち、「有毒物」であることの認識がなかったところに注意義務違反があるのであって、認識と意欲のある販売行為それ自体に注意義務違反があるのではない<sup>(346)</sup>。

[裁判例 23] では、甲と乙のいずれも自己の行為によって個別寄与を行い、これがそれだけで構成要件要素を充足しているので、重要な個別寄与を行っている。しかも、この個別寄与に当り、甲にも乙にも、「出所の不確かな液体」を客に販売するには、メタノール含有の有無、量に関する検査をする義務があり、それに違反したのであるから、一般的及び個別的注意義務違反も認められる<sup>(347)</sup>。

## 6. 過失犯の共同正犯における正犯と共犯の区別

### A. 出立点

故意犯では、正犯者が第一次的答責を負うのであって、共犯者は第二次的答責を負うに過ぎない。しかし、過失犯では、正犯と共犯の区別は為されないのが普通である。過失犯では統一的正犯概念が通用し、過失犯の正犯概念を厳密に定義する必要性が乏しいとされるからである。結果発生の際の諸条件の等価値性及び過失犯規定が「開かれた」構成要件であることに基づくと、過失犯において関与形態を区別することは可能でもないし、必要でもないと考えられたのである。したがって、なんらかの不注意で結果発生に繋がる行為をした者は誰でも過失犯の正犯とされたのである（**拡張的正犯概念**）。複数の者が結果発生に関与しているとき、同時正犯が成立する。但し、身分犯のように、正犯の成立に過失の（共）惹起以上の要件が必要な場合はその例外であるとされる<sup>(348)</sup>。しかし、拡張的正犯概念は過失犯の処罰範囲を拡大することに繋がり、適切でない。故意犯であるなら、故意の共犯に過ぎない行為態様が、過失犯では過失の正犯として扱われることになるからである。

故意犯では、構成要件該当行為をした者が正犯者であり、過失犯でも、構成要件該当行為をした者が正犯者であって、過失犯の実行行為になんらかの形で関与した者すべてが正犯者となるわけではない。過失犯には故意犯の共犯規定（処罰拡張事由）に相当する規定はないのであるが、このことは過失犯には正犯ではない行為は存在し得ないとか、因果的寄与行為をしたすべての者が正犯と評価されてよいということの意味する

ものではない。同様に、過失犯規定が「開かれた」構成要件であるということから、正犯の侵害行為とこれを単に支援する行為の区別ができないという結論が導かれうるわけでもない。過失犯でも正犯と共犯の区別は可能である（限縮的正犯概念）<sup>(349)</sup>。

## B. 正犯と共犯の境界設定

a. 「重要な」個別行為 過失犯において、結果発生にいたる事象経路の中心人物と見られねばならない共同正犯者とそうではない過失の共犯者を境界づける第一の要素は個別寄与の「重要性」である。共同で行われる過失犯に関与する者が副次的寄与しかしないとき、すなわち、その個別行為が必然的条件の意味で全体行為の支柱的要素となっていないため、共同正犯者間の相互依存を基礎づけることができない場合、つまり、個別寄与が行われなくても、全体行為がそのことによって影響を受けない場合、この関与者は共同正犯者とは云えず、過失の共犯者である（参照、第4章第6節4. B. b. aa）<sup>(350)</sup>。

b. 注意義務違反 重要な個別行為をただけで過失犯の共同正犯が認められるわけではない。過失犯成立の中心にあるのは注意義務違反である。故意犯では、その犯罪行為はある特定の行動規範（たとえば、「汝殺す無かれ」）に違反することであるが、過失犯における注意義務は、故意犯の基礎にある禁止に実効性をもたせるため、極めて多様な日常的行動態様に関して書かれたある種の具体化された「取り扱い使用書」である<sup>(351)</sup>。注意を要するのは、過失行為犯における注意義務違反というのは、主として命令された注意を払わなかったこにあるのではなく、義務に違反して危険を創出したことに在る<sup>(352)</sup>。注意義務は第一次的義務と第二次的注意義務に分けられる。第一次的注意義務は、その違反が直接的に刑法上重要な結果となって現れる注意義務であり、これに違反する者が過失犯の第一次的過失責任を問われる正犯者である。第二次的注意義務は、第三者の注意義務違反行動を妨げる注意義務であり、この違反は間接的に結果的にしか結果に現れないので、これに違反する者が過失犯の第二次的責任を問われる共犯者である。注意義務が、刑法上是認されない結果を誘引、可能又は促進することを妨げることを目的とするとき、その違反は共犯を基礎づけるのである<sup>(353)</sup>。

過失犯の注意義務に関して第一次的注意義務と第二次的注意義務の区別が可能であり、このことは過失犯の共同正犯にも云える。全体行為に重要な個別寄与をする者がすべて過失結果にいたる事象の中心人物、つまり、共同正犯者と見られるわけではない。すなわち、関与者の全体行為への個別寄与が、「なんらかの」注意義務に違反したということではなく、正犯を基礎づける第一次的注意義務に違反してはじめて、共同正犯者が基礎づけられるのである。関与者の個別寄与が第二次的注意義務違反であるなら、この関与者は正犯者としてではなく、場合によって過失による共犯者として捉えられる<sup>(354)</sup>。このことは、故意犯において故意の教唆者は、結果に対して必然的条件を創出している、正犯者としては扱われないということからも明らかである。例えば、曲がり角を超過速度で走行したため対向車両と衝突し死傷者を出した運転者は、超過速度運転によって第一次的の注意義務に違反し、この違反が直接的に結果発生となって現れた。これに対して、この超過速度運転に寄与したにすぎない者、例えば、「もっと速度を上げたら」と言って促した同乗者は、せいぜい第二次的の注意義務に違反している、つまり、他人に注意義務違反へと誘引したり、促進したりすべきでないという注意義務に違反してしている。この違反は過失による共犯を基礎づけるにすぎない<sup>(355)</sup>。

[裁判例 24] 越谷簡判昭和 51・10・25 判時 846・128 [アドバルーン広告・宣伝業に従事していた会社代表取締役の被告人甲は、従業員乙（ベテランのアルバイト学生）にアドバルーンの掲揚方法を指示して同人を主張させた。乙は、本件現場でアドバルーンに水素ガスを充填してこれを掲揚し、引き降ろした後も、水素ガスを抜かないで地上に繫留したまま帰宅し、翌日も右アドバルーンを繫留のまま別のアドバルーンを掲揚しながら、時々本件現場に監視に訪れていたが、四度目に訪れた際に、係留中のアドバルーンが潰れているのを発見し、調べたところ水素ガスの注入口附近が破られ、中に子どもが二人入っていることを発見して救出措置を講じたが、酸素欠乏により両名を死亡させたとい事案]「過失犯の特質から考えて、共同で犯罪を实行しようという意思の連絡なしでも、共同行為者のそれぞれが各自不注意な行為に出てそれぞれの不注意が相互に影響しあうことにより全体として一個の不注意が形成され、それにもとづく結果が発生したという評価が下される場合には過失共同正犯が成立すると考えられる（……）。これを本件事故で検討してみると、前記

認定の如く、本件事故当時被告人甲は本件事故現場にはいなかったこと、甲は乙にアドバルーンの掲揚と、繫留する場合の監視を指示したこと……乙はアドバルーンの繫留について水素ガスを抜くか抜かないかは独自の判断でやっていたこと、乙は事故発生日にアドバルーンの繫留場所に四回しか監視に訪れなかったことが認められるので、共同実行の相互的な意思の連絡があったとは認められないうえ、甲と乙がそれぞれ不注意な行為に出てそれぞれの不注意が相互に影響しあうことによって全体として1個の不注意が形成され、それに基づいて結果が発生したとも評価することはできない。また、甲は、アドバルーンの現場繫留についてこれを管理する立場にあったには違いないが……業務の執行を管理する者がその業務の執行に従業員に委ねた後従業員業務の執行について刑事上の過失責任を問われるためには、従業員執行が未熟であるとか、その者の業務執行が事故発生につながるものが明らかに予想され、従業員業務の執行を中止させ自ら業務執行にあたるのが相当とするような事情があった場合、あるいは、管理者が従業員に対し適切な指示助言により事故の発生を避けることができる性質のものであったというような特殊な事情を必要とするものと解され(……)管理者の不注意が従業員の不注意と同格の関係において結果発生へと一体化していることを要し、相互に同格の形において不注意を促進しあい影響しあうことが必要と解するところ、前記認定事実からみると、特殊な事情が認められず、かつ甲の不注意と乙の不注意とが同格の関係において結果発生へと一体化しているとは評価することができず、乙の不注意の方が重いと認めるのが相当である。

以上のとおりいずれの点からも、被告人の行為は業務上過失致死罪の構成要件に該当したとは認められ」ない。

[裁判例 24] では、甲と乙にはアドバルーン掲揚・繫留に関して、主観的共同と客観的共同がみられる。すなわち、全体行為が結果発生に繋がっている。甲には、全体行為へ重要な個別寄与も認められる。甲の乙への十分な教示のない業務指示は結果を惹起する全体行為への重要な寄与である。問題は注意義務違反である。甲は乙に出張命令を出すに当たり、同人へのアドバルーン掲揚・繫留に関する教示が不十分だったのであり、この点に個別的注意義務違反がある。これに対し、乙は、水素ガスのガスを抜くか抜かないかにつき独自の判断で行っていたこと、事故

発生日にアドバルーンの繫留場所に四回しか監視に訪れなかった点に個別的注意義務違反が認められ、これが結果の発生に直接繋がったのである。そうすると、甲の不注意は乙の第一次的注意義務違反を誘引・可能にしたに過ぎないので、同人には乙の不注意な行動を妨げる第二次的注意義務違反あったとしてして過失による共犯（不処罰）が認められるに過ぎない。甲と乙の注意義務に「同格性」は認められない<sup>(356)</sup>。

不真正不作為犯では、第一次的注意義務と第二次的注意義務の区別は問題とならない。不作為犯において正犯を基礎づけるのは、常に保障人が命令された作為をしないことによって作為義務に違反したということであって、これが故意から出たか過失から出たかは問題とならないからである。したがって、保障人の作為義務違反は常に正犯を基礎づける第一次的注意義務違反である<sup>(357)</sup>。

## 7. 合議体決議における過失作為犯の共同正犯

### A. 出立点

上述（本章第5節II）したことは、次の〔設例27〕に見られるように、合議体決議において、作為の形態の場合、すなわち、共同の決議が、皮革製品の製造・販売を続け、その結果、傷害を生じさせることに繋がったという場合、この共同の投票が結果発生の作用因となっており、加えて、投票をするにはエネルギーを要する場合にも妥当する<sup>(358)</sup>。

〔設例27〕X有限会社の業務執行者甲、乙、丙、丁及び戊は、皮革製品防水加工用噴霧器を製造・販売していた。販売開始後間もなく、当該製品の購入者らから皮膚炎症、呼吸困難といった健康障害の苦情がX有限会社に寄せられた。それにも拘わらず、甲らは、業務執行会議において、決定には過半数で足りるところ、全員一致で皮革製品防水加工用噴霧器の生産・販売の継続を決定した。その結果、多数の健康障害者が出た。（〔皮革製品用噴霧器事件〕BGHSt 37, 106の改変。イエーガー、ヘリング）

合議体決議においても、既述のように、過失犯の共同正犯の第一次的結合点は、結果ではなく、過失結果を招来する（客観的義務違反の）全体行為を共同ですることにある。合議体決議においても、過失犯の共同

正犯の第一次的結合点は、義務違反の決議をすることそれ自体である。この決議が、個別的な義務違反の個別投票の担い手であり、したがって刑法的非難の担い手となり、合議体決議における過失犯の共同正犯の結合点となる<sup>(359)</sup>。

## B. 成立要件

a. 「共同」正犯 共同は過失犯の共同正犯の結合点、つまり、結果を惹起する決議に関連しなければならない。[設例 27]においては、決議をすることが関与者の共同の仕事である。共同は、主観的には、共同の行為決意を要し、客観的には、結果を惹起する、義務違反の諸行為を実行する際の分業的協働を要する（全体行為）<sup>(360)</sup>。

aa. 主観的共同 関与者が事前に又は決議時に話し合いを持ち多数票を確保しようとする場合、客観的に注意違反の決議をすることに関する共同の行為決意が認められる<sup>(361)</sup>。問題となるのは、事前の話し合いがなく、関与者の自主投票が行われるか、無記名投票が行われる場合である。この場合、共同の決意を決議という結果それ自体に見ることは適切でない<sup>(362)</sup>。関与者らは自ら決議に続いてこれを実行に移すための分業的協働を行うのが普通というわけでないからである。但し、共同の行為決意は必ずしも実行行為に先行することを要しない推断的行為からも生じうる<sup>(363)</sup>。すなわち、関与者らが（客観的義務違反の）決議をするという相互一致は各投票時の推断的行為からも生じうるのである。決議に賛成投票をする決議団体の構成員らは、ある特定の決議を実現するために、採決で一つにまとまるのである。多数決主義の決議団体で投票する者は、自分の票だけではまだ決議のできないことを知っている。それ故、各人は他の関与者との連携を認識しており、この連携は投票それ自体での推断的行為によって外に向けて外在化されるのである<sup>(364)</sup>。無記名投票の場合も、共同の行為決意は、他の賛成者と（客観的義務違反の）決議を実現するという関与者らの共同の意思にみられる<sup>(365)</sup>。もっとも、無記名投票では、決議の賛否者の氏名を明らかにすることに困難が伴うという問題が生ずる。しかし、記名投票の場合でも、議事録に賛否者が記載されず、賛否の数字だけが記録されることがある。それ故、訴訟法の問題は残る<sup>(366)</sup>。

行為決意とその実行の前後関係は重要でないのであるから、諸投票者あるいはその一部の者が相互に知らない場合であっても、誰もが、遅くとも投票の時点で、自分のほかに他の者も協働すること、この者も同じ認識をもっているということを明確に認識しているか少なくとも認識しうる限り、共同の行為決意がある<sup>(367)</sup>。すなわち、「自分の票は、連携するための、任意の他の団体構成員に向けられた一種の『一括申し出 (Blankoangebot)』であり、これは他の「諸一括申し出」によって補充され<sup>(368)</sup>、一個の共同の行為決意になる。この諸一括申し出は遅くとも投票の際の推断的行為によって外在化され、一個の行為決意にまとめられる<sup>(369)</sup>。ここに、共同の行為決意に最低限要求される「非言語的意思疎通」が見られるという言い方もできる<sup>(370)</sup>。

決議に反対票を投ずるか投票を棄権する者は客観的義務違反の決議に向けられた共同の行為決意に含まれない。主観的共同を基礎づけるのに必要な共同の行為決意は、過失結果と直接に因果関係のある全体行為、つまり、過失犯の共同正犯の結合点と関係しなければならないからである。反対票を投じた者が決議それ自体に関与する決意を有していたというだけでは、この者に共同の行為決意があったとは云えない<sup>(371)</sup>。このことは、投票棄権者や投票にそもそも参加しない者にもあてはまる。こういった関与者は決議に賛成か反対かの決断をしていないのであるから、共同の行為決意はありえない。したがって、こういった決議団体構成員に不利益な解釈をすることは許されないのである<sup>(372)</sup>。

合議体決議では、共同の行為決意は投票それ自体で外在化されるのでから、投票後に、反対者、棄権者、投票不参加者がその決議に賛成しても、その決議に関して承継的共同正犯が成立するわけではない。決議をすることに関する分業的協働による客観的共同というのは考えられないからである。保障人の地位があることを前提として、せいぜい、不作為による単独正犯の可能性があるだけである<sup>(373)</sup>。

**bb. 客観的共同** 客観的共同は、結果を惹起する（諸）行為の実行時の分業的共同であるが、集合体決定にあつては、その構成員らが、望みの結果（客観的に義務違反の決議）を実現するために、投票において分業して協働するのである。各関与者がその投票によって他の投票者との

分業的協働において個別寄与を行う。この意味で、自己の票を投ずることが決議に当たっての客観的個別寄与なのである<sup>(374)</sup>。

この分業的協働は、個々の個別寄与が主観的及び客観的に調整された共同の仕事である(全体行為)。団体決定にあって、全体行為の存在が肯定されるのは、積極的決定(決議)を実現するのに、単独では行為決意の実現ができず、複数の者の協働がどうしても必要であるからである。共同の行為決意を実際に実現するに当たり相互依存関係があるということによって、共同で行われた諸個別行為(諸投票行為)が客観的にも結合され全体行為となる。場合によっては、決議の成立に必要とする以上の者が賛成票を投ずることがあっても、このことによって全体行為の存在が変わるものではない。決定的なのは、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である<sup>(375)</sup>。

## b. 共同「正犯」

aa. 個別寄与の重要性 関与者の個別行為は、他の関与者の行為とは関係なく、過失犯の構成要件要素をすべて充足し、過失結果に繋がらねばならないか、又は、個別寄与は全体行為の支柱的要素であり、したがって、関与者間の相互依存を基礎づけねばならない。すなわち、個別行為が全体行為の決定的共構成要素となっていること、換言すると、共同の行為決意と個別事案の具体的状況に基づくと、事前の視点から、全体行為が個別行為に左右されるほど重要でなければならない(必然的条件)<sup>(376)</sup>。

合議体決定の場合、個々人は単独では、合議体決定の性質上、全体に対して「重要」とはなりえない。集合体(決定団体)自体だけがこの可能性を有する。それぞれの個別行為(投票)は、すでにそれ自体だけでは過失犯の構成要件要素のすべてを充足することはできず、過失結果への繋がりも証明されえない。それ故、個別行為の正犯を基礎づける重要性が肯定されるためには、個別行為は全体行為を決定的に共構成し、したがって、関与者間の相互依存性を基礎づけねばならない。これが肯定されるのは、問題となっている決議が個々人の投票が無かったならば成立しなかったと云える場合である(必然的条件)<sup>(377)</sup>。

場合によって、過半数を超える多数をもって決定がなされることもあるが、それは問題とするに及ばない。[設例 27] のように、決議の成立には過半数で足りるが、業務執行者全員が賛成するとき、決議の成立に最低限必要とされる以上の者が不注意な行動を採ったということによって、個々人の負担が軽減されるものではない。個別寄与の重要性を判断する上で、後になってからの事後的考察ではなく、当初の事前の考察が規準となるのである。というのは、個々人が自己と他の関与者の間の相互依存を創出するのは、その個々の寄与が事後的に必要なときにはじめてではなく、個々の寄与が決定的でありえたという事情によるからである。それ故、事前の考察から個々人ないしその個別寄与が決定的でありうるということが問われねばならない。[設例 27] ではこれは肯定されうる。というのは、二人の業務執行者が決議に賛成票を、二人の業務執行者が反対票を投じうるということもありうるということを前提とすると、事前の考察からすると、どの個人票も重要である、すなわち、どの個人票も決議を共構成している<sup>(378)</sup>。

**bb. 注意義務違反** 各関与者には個別寄与によって全体行為を実現したことによって、一般的及び個別的注意義務違反が非難されうる。[設例 27] では、関与した業務執行者の注意義務違反の根拠は、正確な情報を得ることなしに、製品の潜在的危険性を認識しながら、その販売に同意するところにある<sup>(379)</sup>。

**c. 因果関係と客観的帰属** 事後的考察から確定される因果関係は、個別行為と結果の間ではなく、全体行為と結果の間に存在しなければならぬこと<sup>(380)</sup>、加えて、関与者には個別的に客観的帰属が認められねばならない(参照、上記 B. c)。

## 注

(342) A. Donatsch, B. Tag, Strafrecht I. Verbrechenslehre, 8. Aufl., 2006, § 9 Rn 9 f.; Stratenwerth, (Fn. IV-220), § 9 Rn 9 f.

(343) 土本武司「過失犯と共犯」(阿部純二等編『刑法基本講座第 4 巻』1992・所収) 138 頁以下、140 頁。ただし、内田文昭「共同正犯」(西原春夫等編『判例刑法研究 4 未遂・共犯・罪数』) 1981・165 頁は、「過失による有毒飲食物の販売という行為・結果」と表現しているので、結果犯と捉えているようである。

(344) Häring, (Fn. IV-112), 359.

- (345) *Donatsch/Tag*, (Fn. IV-342), 8. Aufl., § 9 Rn 9 f.
- (346) 参照、土本 (IV-343) 140 頁。
- (347) なお、内田文昭『過失犯と共犯』(総合判例叢書・刑法 26) 1965・164 頁は、[裁判例 23] につき、「意思を連絡して経営・販売したという点だけではなく、共に不注意にもメタノールを含有しないものと轻信して販売したという点、すなわち、いわゆる『不注意な目的的行為の共同』」という観点から、過失共同正犯を肯定したと解するのが可能であり、且つ、理論的根拠として正当と論ずる。
- (348) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 54 IV, § 61 VI; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), § 16 Rn 47 ff.
- (349) *Häring*, (Fn. IV-112), 113 f., 118 f.; *Kamm*, (Fn. IV-224), 108 f.; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 111; *ders.*, (Fn. IV-243. Mittäterschaft), 49; *ders.*, (Fn. IV-243. Täterschaft), 276 f.; *Renzikowski*, (Fn. IV-232), 154 ff. und passim.; *ders.*, (Fn. IV-294), 438.

過失犯の正犯と共犯を境界づける一つの方法として、故意犯における所為支配説を応用することが考えられる。但し、過失犯では結果発生を目的的に招来する要素が欠如しているので、正犯非難は、外構成要件的事象の意識的・目的制的制禦に関連づけられねばならないことになるが、これを過失犯の正犯規準とすることには無理がある。手術中外科医のために薬液を注射器に吸い上げる看護師は、注射自体に関しては間違いなく「補助者」に過ぎないが、薬剤を取り違えて刑法上重要な結果を生じさせたとき、真っ先に行為・結果の責任を問われるのは看護師であって医師ではない。医師に監督義務があったという場合でもそうである(シュトラテンヴェルトの設例)。所為支配という規準は外構成要件的行為の支配を画定できるものの、それと並行した、無意識に動き出された因果経路を画定することはできない。結局、事象を犯罪結果に向けて目的的に制禦するということから出立する所為支配説を過失犯に応用することはできない。参照、第 4 章第 6 節 4. A. b. *Häring*, (Fn. IV-112), 115; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), § 16 Rn 48.

次に、予見・回避可能性、つまり、「支配可能性」に着目する考えがある。故意犯における目的所為支配に対応して、過失犯では潜在的所為支配ないし回避可能性が指摘される。*Renzikowski*, (Fn. IV-232), 273; *G. Stratenwerth*, *Arbeitssteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in: Schmidt-FS, 1961, 383 ff., 390 ff. しかし、この見解は過失犯の規準である注意義務違反にほとんど触れていない。予見・回避可能性だけでは過失犯の正犯を基礎づけることはできない。予見・回避可能性は第二次的責任でも存在するからである。参照、第 4 章第 6 節 6. B. b. 最後に、支配可能性だけではそれぞれの答責領域を境界づけられないことも指摘される。間接正犯では、過失で行為する前面者は事象経路を完全に支配できるが、このことによって、背後者の答責と支配が否定されることにはならない。*Häring*, (Fn. IV-112), 116; *Renzikowski*, (Fn. IV-232), 202.

最後に、事象の「制禦可能性」に着目する見解がある。*H. Otto*, *Grenzen und Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm*, NJW 1973, 1422, in:

JuS 1974, 702 ff.; ders., (Fn. IV-243. Mittäterschaft), 49; ders., (Fn. IV-243. Täterschaft), 276 ff.; ders., (Fn. I-154), § 21 Rn 111 ff. 結果を誘引し、可能にし又は促進するにすぎない者には、この者と結果の間に事実的連関はあるものの、結果をこの者の仕事として帰属させることはできない。主体と結果の間には、事象を評価してある特定の者の正犯としての結果実現と捉えることのできる規範的連関が必要である。「この連関は、正犯者による事象の制禦可能性によって基礎づけられる。正犯者は、その制禦可能性の下にある事象に責任を問われる。制禦可能性というのは常に、予見可能性及び結果を招来するか又は回避する可能性以上のものである。……制禦可能性というのはある事象がその主体としての人物に帰せられることを意味する。」刑法の規範の対象は、結果招来では全くなく、結果発生となって現実化する危険の創出又は増加である。「したがって、ある結果がある人にその仕事として帰属されるのは、その人が、結果となって現実化した危険を創出する又は増加させる場合である。過失犯の正犯者は、事象を意識的に結果に向けて制禦しているわけではないが、それでも、構成要件の社会的意味内容の制禦主体として現れる。なぜなら、この者が法益侵害の直接的責任を負わねばならないからである。その際、その折々の答責領域は個々の命令・禁止規範の解釈によって評価的、規範的に探求されねばならない。

本説に依ると、正犯者の答責領域他の他の関与者のその境界づけは、答責領域の規範的解釈によって行われることになるが、しかし、いかなる基準によって第一次的答責が基礎づけられるのかについては明らかでない。Häring, (Fn. IV-112), 116.

- (350) Häring, (Fn. IV-112), 245, 354; Riedo, (Fn. IV-248), Art 32 Rn 25; vgl. K. Seelmann, Mittäterschaft im Strafrecht, JuS 1980, 571 ff., 573 f.
- (351) Renzikowski, (Fn. IV-232), 224 ff.
- (352) Häring, (Fn. IV-112), 117; Roxin, (Fn. I-27), § 24 Rn 12.
- (353) Häring, (Fn. IV-112), 119 f.
- (354) 過失による共犯という法形象は可能であるものの、現行刑法上、その可罰性は否定される。故意犯においては、共犯はいわゆる二重の故意を要するが、過失による共犯はこれとは異なる。刑法第 61 条、同第 62 条の共犯規定は共犯者に故意のあることを想定しているので、過失による共犯を処罰するためには、特別の規定を要する(刑法第 38 条第 1 項但し書き)。そもそも、過失による共犯は、第二次的注意義務に違反する、つまり、間接的に結果発生と繋がっているにすぎず、その注意義務違反の危険性は低いので、その当罰性にも疑問がある。ちなみに、ドイツ刑法第 26 条、第 27 条もスイス刑法第 24 条、第 25 条も、共犯規定は共犯者に故意のあることを要求している(参照、第 1 章第 3 節)。わが国では、過失による共犯は、行為共同説(宮本 (I-109), 409 頁、木村 (I-104), 412 頁)からはその可罰性が肯定され、犯罪共同説(團藤 (I-149), 403 頁、413 頁注 2、大塚 (I-113), 313 頁、319 頁)から是否定されるのが一般である。しかし、近時、行為共同説からも過失による共犯の可罰性は否定される傾向にある。それによると(平野 (I-105), 360 頁、川端 (I-150), 590 頁、600 頁)、過失による共犯の可罰性は、行為共同説と犯罪共同説の対立

とは関係なく、共犯の故意の内容にかかわる問題であり、教唆とは、他人に特定の犯罪を実行する決意を生じさせることであり、従犯とは、正犯の実行を容易にすることを表象して行うことだとされ、したがって、過失による共犯の可罰性は否定される。

- (355) なお、内田 (IV-343) 169 頁は、[裁判例 24] につき、甲と乙の間に「全体として一個の不注意」な行為が形成されたとは評価できず、「共同行為」そのものとして「不注意」であったという評価もできないのは、甲が乙にアドバルーンの掲揚方を任せて出張したというだけでは、乙の過失行為を助長・促進し、且つ、これと一体となった「不注意」な状態を形成したもとはいえないからであるとして、過失犯の共同正犯の成立を否定する。
- (356) *Häring*, (Fn. IV-112), 120, 356 u. FN 1213.
- (357) *Häring*, (Fn. IV-112), 121, 124.
- (358) 参照、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』2010・14 頁以下。*Häring*, (Fn. IV-112), 309, *H. -J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, Vor § 13 Rn 6; *Seelmann/Geth*, (Fn. IV-294), 107 Rn 274.
- (359) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 309 f.
- (360) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 310.
- (361) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 310 f.
- (362) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 311; 故意犯につき、*Knauer*, (Fn. IV-248), 159; dagegen *B. Wießer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, 90 「回収行為をするべきとの刑事制裁を伴う行為命令に従わない被告人らの共同決意は臨時会における一致した決定にある。」
- (363) 参照、第 4 章第 3 節 1A。故意犯につき、*Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 122; *Knauer*, (Fn. IV-248), 161 f.; *Schaal*, (Fn. IV-302), 195, 207 f.
- (364) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 312. 故意犯につき、*Knauer*, (Fn. IV-248), 161.
- (365) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 313.
- (366) *Häring*, (Fn. IV-112), 314; 故意犯につき、*Knauer*, (Fn. IV-248), 205.
- (367) Vgl. *Cramer/Heine*, (Fn. III-162), § 25 Rn 71.
- (368) *Schaal*, (Fn. IV-302), 195.
- (369) *Häring*, (Fn. IV-112), 312.
- (370) *Knauer*, (Fn. IV-248), 161.
- (371) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 228 f., 313; 故意犯につき、*Knauer*, (Fn. IV-248), 204, 206 f.; *Schaal*, (Fn. IV-302), 195 FN 118.
- (372) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 313; 故意犯につき、*Knauer*, (Fn. IV-248), 207. 但し、不作為犯では、個々の業務執行者は、救済措置をとる保障人としての義務を負うので、棄権した場合には、反対票と同じくその義務に従っておらず、したがって、共同で不作為に止まる者に与することとなる。*Schaal*, (Fn. IV-302), 195 FN 118.
- (373) *Häring*, (Fn. IV-112), 313 f u. FN 1070.
- (374) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 315; 故意犯につき、*Knauer*, (Fn. IV-248), 163.
- (375) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 315.

- (376) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 317.
- (377) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 317.
- (378) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 318.
- (379) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 318.
- (380) 因果関係につき、〔設例 27〕の基になった〔皮革製品用噴霧器事件〕BGHSt. 37, 107 ff. (129)では、各業務執行者の行為と過失結果の間の因果関係の存否について、連邦通常裁判所はそれを論ずる意義を認めなかった。決議団体に関与する者はその限りで共同正犯者である。共同正犯の成立にとって、ある寄与が事前の判断において結果の招来に重要でありえたということで十分である。本判決は個々の業務執行者の因果関係を次のように肯定した。複数の関与者の協働によってのみ可能となる被害を回避する措置をとるに当り、それぞれに協働管轄があるにも拘わらず、そのための寄与をしない者は基本的に当該措置を採らないことの原因を創出していると。この説明が十分とはいえない本判決をブッペは次のように基礎づける。個々の票が、これとともに多数を形成するのに必要な他の票と合算されるなら、因果関係は認められる。その場合、他の者の賛否を問題とする必要はない。*Puppe*, (Fn. IV-267. Anmerkung), 32 ff., *dies.*, Strafrecht Allgemeiner Fall im Spiegel der Rechtsprechung. Bd. 1: Die Lehre von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, 2. Aufl., 2010, 76 ff. *dies.*, (Fn. IV-267. Nomos), vor § 13 Rn 109. しかし、ブッペのこの主張は本来の条件関係論とは何の関係もない。ロクスイーンはブッペに賛成するものの、重疊的因果関係を肯定する。*Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn 19. しかし、個々の寄与を取り除いても結果が発生するとき、重疊的因果関係を認めることに疑問がある。*Ch. Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, 319 FN 112.