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（15）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，58(3)：65-86
発行日	2022-12-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論　　説

正犯と共犯（15）

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
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）
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巻第2号）
8．過失不真正不作為犯の共同正犯
A．概説
a．過失不真正不作為犯の共同正犯の意義
b．結合点
B．成立要件
a．保障人の地位

aa．保障人の地位と「共同」「正犯」の関係
bb．過失不真正不作為犯の共同正犯と単独正犯
b．共同
aa．出立点
bb．主観的共同（共同の不作為決意）
cc．客観的共同（全体不作為）
c．個別寄与
aa．「重要な」個別寄与（個別不作為）
bb．注意義務違反
d．結果の帰属
aa．仮定的因果関係
bb．客観的帰属
α　行為帰属
β　結果帰属
9．不作為の関与者と作為の関与者間の共同正犯
A．出立点
B．共同正犯の基礎づけ　（以上第58巻第3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

8．過失不真正不作為犯の共同正犯

A．概説

a．過失不真正不作為犯の共同正犯の意義　故意の不真正不作為犯において共同正犯が可能であることは一般に肯定されている。その一は、複数の保障人が、各人が個別的に阻止しうる差し迫った結果の発生を防止しないことにつき、それぞれの意思が一致する場合である。例えば、両親がその新生児を扶養しないといった場合である(381)。もっとも、この場合、各「共同正犯者」自身が単独で扶養し、結果の発生を回避できるので、共同正犯を認めることの実践的意義はそれほど大きくはないが、それでも共同正犯を認めることは実体に即していると云えよう(382)。その二は、複数の保障人が、全員共同してしか為しえない結果阻止行為をしないことを決意する場合である。例えば、溺れて救助を必要としている者を助けるのに、岸辺に置かれていた重量のある異動させづらい小船を進水させることが必要だが、それをしないことで意思の一致がみられた場合である(383)。この場合、各保障人が他の保障人に共同の介入を決意させるべきだったという点に着目するのでなく、不作為犯の共同正犯

と捉えることの方が実態に即していると云えよう(384)。同様のことは、**過失**の不真正不作為犯にも妥当せざるを得ない。この場合も共同正犯は基本的に可能である。それ故、過失不真正不作為犯の共同正犯を構成する規準を検討する必要が生ずる。過失「真正」不作為犯においても、過失不真正不作為犯に適用される基本原則に対応して、それぞれの事案に応じて、共同正犯の成否が検討されるべきである。

b．結合点

すでに論じたように（第4章第6節4．A．b）、過失作為犯の共同の結果招来というのは注意義務違反の（諸）行為によって生じたのでなければならない。したがって、過失作為犯における共同正犯答責の結合点として第一に挙げられるべきは、過失結果の発生それ自体ではなく、関与者による結果を惹起する全体行為の共同遂行である。しかし、過失作為犯における共同正犯とは異なり、過失不作為犯の共同正犯答責の結合点は、結果を惹起する作為の共同遂行ではなく、共同の不活動、すなわち、共同で結果阻止行為を（個別的）義務に反して遂行しない点にある。

〔**設例 28**〕丙の両親甲と乙は、ある子どもが川で溺れているのに気づいたが、それが自分たちの子ども丙であるとは気づかなかった。甲と乙は、単独では丙を救助できないが、力を合わせれば救助できたものの、結局、救助行為はしなかった。その結果、丙は溺死した。

〔**設例 29**〕〔設例 28〕につき、甲と乙はそれぞれ単独でも丙を救助できたが、何れも救助行為をしなかった。

〔設例 28〕では、甲と乙は、結果回避義務（保障人の地位）に違反して、自分達に課せられた（諸）行為をすることを**共同で**しなかった。そのため、丙の死亡という結果発生は甲と乙の共同の不作為によって引き起こされたものと見られねばならない。関与者の各人にこの「全体不作為」において中心的役割が認められ、各々に（個人的）注意義務違反が認められ、生じた結果が各人に帰属されると、各関与者は不作為による過失致死罪の共同正犯に問擬されうる。

B．成立要件

a．保障人の地位

aa. 保障人の地位と「共同」「正犯」の関係　不真正不作為犯の**正犯者**は、作為をすべき特別の法義務のある者に限定される（保障人の地位）。共同正犯も正犯の一形態である。そうすると、過失不真正不作為犯の共同正犯の前提にあるのは、各関与者に特定の危険または結果を阻止する法義務が課せられるということである。

保障人の地位は「正犯」を基礎づけるのであり、共同正犯の「共同」とは別個の要件である。保障人の地位は、構成要件該当結果の発生を阻止するため、ある種の状況において積極的に活動する、特定の人の**個人的**法義務である。この個人的法義務は各関与者に**個別的に**存在しなければならない。非保障人は、保障人と共同で結果阻止行為をしなかったからといって、過失不真正不作為犯の共同「正犯者」となるわけではない。それ故、例えば、甲と乙には保障人義務があるが、居合わせた甲、乙の友人丙には保障人義務がなかったという場合、甲と乙は共同正犯者となるが、丙は共同「正犯者」とはならない。さらに、関与者らが同一の保障人の地位を有している必要もない。例えば、〔設例 28〕において、甲と乙のほかに子守丁もいたが、丁も溺れている子どもを丙とは別人と思い救助しなかったという場合、保障人の地位の発生根拠に違いがあるにもかかわらず、全員に過失不真正不作為犯の共同正犯が成立する(385)。

bb. 過失不真正不作為犯の共同正犯と単独正犯　不真正不作為犯においては、保障人の地位ないしここから生ずる作為義務違反が正犯を基礎づけるので、不真正不作為犯の複数正犯の多くの場合、これらの関与者が個人的に結果の発生を阻止できたと云えるとき、各関与者の単独正犯が基礎づけられうる。〔設例 29〕がそうである。しかし、そのことによって、過失不真正不作為犯の共同正犯の可能性が否定されることにはならないし、単独正犯が排除されることにもならない。しかし、〔設例 29〕の両親のように、関与者が共同で、結果阻止行為をすることをしないとき、関与者らの単独正犯から出立するよりも、この実際に存在する共同性という事態を法的評価に際して考慮することの方が説得力をもつと云える。こういった場合、別々の不作為が問題となっているのではなく、一個の共同の不作為が問題となっていると云えるからである(386)。加えて、

〔設例 28〕の場合のように、結果回避行為をするためにどうしても複数の関与者の作為が必要とされる場合、問題なく共同正犯が認められるのである(387)。

b．共同

aa. 出立点　共同正犯の特徴は、共同正犯者間に結合要素である「共同」という正犯者間を結合する要素があるということにあるから、不作為犯においても作為犯におけると同様に「共同」は不可欠である。共同は、過失不作為犯の共同正犯答責の結合点に、すなわち、結果阻止の（諸）行為をしないという不作為と関係しなければならない。例えば、浜辺で休んでいる水泳の達者な大勢の者がそれぞれ無関係に、溺れている者を救助しないとき、これらの者が溺れている者の救助を共同でしなかったということにはならない。不救助者の中に保障人の地位にある者が含まれていても同じことである。

不真正不作為犯の共同正犯が成立するためには、各関与者に保障人として個別的に義務づけられることが要件となるが、保障人の地位それ自体が共同正犯という単一体を基礎づけるわけではない。作為犯と不作為犯とで共同正犯の「共同」の基本構造に相違が生ずるものではないので、過失不真正不作為犯の「共同」正犯において、個々の関与者が「共同」して結果阻止行為をしなかったと云えるためには、保障人の地位に関して共同があるということではなく、過失作為犯の共同正犯に対応して、関与者間に結合点に関する主観的及び客観的共同が存在しなければならないのである(388)。

bb. 主観的共同（共同の不作為決意）　過失不真正不作為犯における関与者間の主観的共同は、義務行為をしないという関与者らの共同の決意にある。これは共同の**不作為決意**と云うこともできる。それは明示的であることも推断的であることもある。

すでに論じた共同の行為（作為）決意と同様に、共同の不作為決意は構成要件外的「不作為目的」に関係することを要しない。なるほど、かかる目的が存在するのが普通である。しかし、主観的共同を根拠づけるには、共同の決意が要求される諸行為の不作為それ自体に関係すること

で十分である。さらに、共同の不作為決意が過失結果の発生に関係しているということも必要でない。過失犯では作為や不作為と結果との間の主観的結合はどっちみち存在しない（本章第6節4　A. b）。共同の不作為決意というのは、結果阻止行為を個別的義務に違反して共同で行わないことに関係するのである(389)。

cc. 客観的共同（全体不作為）　過失不真正不作為犯における関与者間の客観的共同は、結果を回避する（諸）行為を分業的に行わないことにあり、これが**全体不作為**（Gesamtunterlassung）を構成する。すなわち、客観的共同は、関与者各人が自分の義務である個別行為を他の関与者と協力して行わない場合に認められる。「この無為は時間的に延ばされた事象」(390) であるのが普通である。

全体不作為は、個々の個別不作為が主観的且つ客観的に調整された一個の共同の仕事である。それは、先ず、特定の（結果回避の）行為を行うためには単独ではできず、どうしても関与者らの一緒の行為を必要とする場合に認められる（相互依存関係）。〔設例28〕では、甲と乙は丙を救助するべき作為義務を負っているのに救助行為をしなかった、つまり、分業的に為された諸個別不作為には相互依存関係が認められ、全体不作為が認められる。次に、個々の関与者に、結果回避の可能性のある他の関与者の行為をする作為義務がある場合、全体不作為が認められる。関与者中の誰が結果回避行為を行うかは偶然に委ねられており、したがって、諸個別不作為は互換可能である。〔設例29〕では、甲にも乙にも救助義務があり、誰が実際に救助行為を行うかは偶然に委ねられている。したがって、諸個別不作為は客観的に甲と乙共同の仕事と見られ、全体不作為が認められるのである(391)。

c. 個別寄与

過失不真正不作為犯に関与する者の間に共同正犯の**共同**が認定されるだけでは、共同**正犯**に固有の「正犯」を基礎づけるには足りない。その正犯を基礎づけるためには、共同に関与する者のそれぞれが、注意義務に違反した個別寄与（＝個別不作為）を行わねばならない。

aa.「重要な」個別寄与（個別不作為）　共同正犯者の「個別寄与」と

いうのは、過失不真正不作為犯にあっては、その保障人の地位に基づいて法的に義務づけられる個別行為をしないことである。そして、正犯者は、不作為犯においても不作為という事象の「中心人物」でなければならないので、法的に命令された行為をしないという個人的不作為は、結果の発生、ないし結果の発生を阻止しない全体不作為に対し「重要である」と云えなければならない(392)。

不真正不作為犯においては、保障人の地位の違反ないし保障人義務の違反が不作為者の正犯を基礎づけるので、基本的に、いずれの不作為寄与にも、つまり、どの保障人義務の違反にも「重要」性が認められる。先ず、各関与者が単独で客観的に結果阻止行為をすることができたし、そうせねばならなかったが、二人のうちの誰が法的に命令された作為を（仮定的に）実際にするかが偶然に委ねられていた場合が問題となる。この場合、その個々人が要求された行為をしたなら、過失結果の発生は無かったといえるので、個々の不作為が重要（必然的条件）、つまり、正犯を基礎づけるのである。次に、法的に命令された作為の（仮定的）遂行がどうしても複数の者の協働を必要とする場合も、保障人地位の違反ないし保障人義務の違反が個々の不作為の重要性を基礎づける。こういった場合、結果阻止行為の仮定的遂行、したがって全体不作為の成否は各個別不作為に左右されるからである。各関与者は、法的に命令された作為を単独ですることができない、つまり、全員の協働を要するのである。それ故、関与者間にこれに関して相互依存性がある。各自がその不活動であることによって結果阻止行為の共同遂行を挫折させるのであるから、個々の不作為ないし保障人地位の違反は重要（必然的条件）、つまり、正犯を基礎づける(393)。

客観的に結果の発生を阻止する行為の（仮定的）遂行のためにどうしても必要とされる以上の者が全体不作為に関与している場合、個々の不作為の重要性は事前の観点から肯定されうるか否か、つまり、客観的に結果阻止の行為を遂行するために個々の不作為が決定的でありえたか否かが問題とされるべきである。というのは、各関与者の個々の不作為は、事前の観点から、各関与者間の相互依存関係があることによって、その重要性が確認されるからである(394)。

bb. 注意義務違反　過失不真正不作為犯は、過失犯の法規定があることを前提とするので、当該過失犯の構成要件を充足しなければならない。このことは、保障人の地位ないしそこから生ずる作為義務に注意義務違反のあることを意味する。注意義務違反は、客観的構成要件のすべての要素に関係する。関与者自身の保障人の地位を含む構成要件該当状況の認識の欠如、目前に迫っている結果発生を考慮しない、命令された救助行為の不十分な遂行等、客観的構成要件要素のすべてにかかわる。不真正不作為における注意義務違反と保障人義務違反の関係については、保護法益に関して保障人の注意義務違反があるときにのみ保障人の義務違反もあるという形で重なり合う(395)。過失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を区別することはできない。保障人の作為義務は常に正犯を基礎づける第一次的義務だからである(396)。

注意すべきは、全関与者の全体不作為ではなく、個々人の個別不作為が、個々人に個人的に課せられる保障人義務、したがって、注意義務に違反していなければならないということである。このことが肯定されうるか否かは、一般的及び個人的知識、能力によって判断されねばならない(397)。

d．結果の帰属

aa. 仮定的因果関係　不真正不作為犯においても過失結果の帰属のためには先ず法的に命令された作為をしなかったという不作為と結果の間に因果関係のあることが必要である。条件説によれば、作為犯の場合には消去方式（当該作為が**無ければ**結果は発生しなかったか？）が問われるが、不作為犯の場合には付加方式（法的に命令された作為が行われたなら結果は発生しなかったか？）が問われる。不作為犯においては、付加された作為が行われたなら、結果はその具体的形態において発生しなかったと云える場合に、不作為と結果の発生との間に（仮定的）因果関係が認められる。この点で、この予測には危険概念が伴う。すなわち、付加されるべき作為が確かな生活経験によると結果の発生を阻止したといえるなら、行為者の相応の現実の不作為も、経験上結果を招来するのに適しており、したがって仮定的に因果関係が認められる。仮定的因果関係が認められるのは、命令された行為が行われたなら現実に生じた結果は確実性と境を接する蓋然性をもって阻止されたといえる場合である(398)。

過失不真正不作為犯の共同正犯においては、構成要件実現に必要な他人の寄与であっても、構成要件を自らは自己の態度によって充足しない者に帰属させるという共同正犯の機能に基づき、「共同正犯という帰属形象」の集合因果関係機能が生ずるのである。事後に認定されうる（仮定的）因果関係は、個々人の個別不作為と過失結果の間ではなく、全体不作為（全関与者の集合的不作為）と過失結果の間になければならない。したがって、全体不作為、つまり、関与者たちの一個の共同の不作為があったが、法的に命令された諸作為が行われたなら、確実性と境を接する蓋然性をもって結果の発生が阻止されたといえなければならない。

bb. 客観的帰属

α **行為帰属**　過失不真正不作為犯においても、客観的帰属は行為帰属と結果帰属の両側面から検討されることを要する。不作為は作為による構成要件該当行為と等価値である場合にのみ、その不法が肯定される。このいわゆる「**等価値修正**」によって等価値性が肯定されて初めて保障人の不作為が可罰的となる。不作為の作為との等価値性では、行為の経験的危険性が肯定された後、さらに行為の規範的危険の側面からの検証、つまり、不作為の「社会的意味内容」の検証が問題となる。不真正不作為犯における客観的帰属は、行為者の保障人の地位と関係しており、それに見合った形で、規範の保護目的によって定められる。結果回避のために命令された作為に出なかったことの不法内容が、作為の行為と比較すると、不作為者に法義務を帰属し得ないほど微弱な場合があり、その場合、当該不作為はなお社会的相当性の範囲内にあるからである。例えば、甲（丙の主治医）はその患者丙に余命いくばくもないことを告げたところ、丙は甲に延命治療をしないで欲しいと伝えたため、甲は乙（丙の夫）と治療方針について話し合いをもっていたところ、丙は急死したという場合、甲、乙にはそもそも保障人としての注意義務は否定される（「保障人義務遮断」）(399)。

β **結果帰属**　不真正不作為犯の共同正犯においても、仮定的因果関係は客観的帰属の評価によって限定されねばならない。客観的帰属は、各関与者を規範的観点から関与者への結果の帰属の有無を評価するのである。仮定的因果関係の認定はそれ自体経験的知見に準拠しなければならない評価的範疇であって、特定の非類型的因果経路を排除する。当然

に予見可能なものからのずれは、「確実性と境を接する蓋然性」という点で、排除されるのである。この限りで、相当性連関が問題となる余地はない。しかし、因果連鎖において、不作為が後続の作為を伴って結果の発生に繋がった場合、**相当性連関**が独自の意味を有する。作為が関係した現実の事象の展開は最終結果の予見可能性を否定する。例えば、両親の不救助活動にもかかわらず、その溺れた際大怪我をした子は他人によって救助されたが、その子は搬送された病院で手術を受けた後、極めて稀なガス壊疽に罹って死亡したというような場合、その両親にその子の傷害の結果を帰属させることはできるが、その死亡の結果を帰属させることはできない。行為と結果の間の**危険連関**も不真正不作為犯において独自の理論的意味を有する。例えば、上述の設例で、外科医師らの重大な医療過誤により、その子が手術台の上で死亡したという場合、両親にその子の死亡を帰属させることはできない(400)。

9．不作為の関与者と作為の関与者間の共同正犯

A．出立点　故意犯において、作為犯と不作為犯の間の共同正犯が可能であることは一般に認められている。例えば、両親の一方（甲）がその子を殴打し、他方（乙）がそれを了承しながら放置する場合である(401)。しかし、その実践的意義は乏しいとされる。保障人義務のある乙が甲の行為に介入することができるのにそうしないこと、それだけですでに、乙は不作為正犯者となる。そのため、不作為における正犯と共犯を所為寄与の重さによって境界づける試みはすべて失敗すると(402)。これに対して、そもそも、支配犯の作為正犯者と義務犯の正犯者として不作為犯者がある犯罪の共同正犯者とはなりえないとする説もある。共同正犯というのは複数の関与者にとって統一のとれた帰属規準を要するが、作為と不作為は異なった正犯者概念の下にある。例えば、水泳場監視人甲が、乙が泳げない丙を深い水の中に突き落とすのを冷淡にも傍観するとき、乙は作為犯の正犯者、甲は不作為犯の正犯者であるが、共同正犯者ではない。共同正犯は、共同の分業的支配からのみ生ずるか、共同の義務違反からのみ生ずるが、いずれの場合もそれが作為犯者と不作為犯者の間には存在しない。いずれにしても、両者は正犯者として処罰されるのであるから、実践上の問題というより、構成上の問題があるにすぎないと(403)。

この故意作為犯と故意不作為犯の間の共同正犯の成立を否定する説は、過失の作為犯と過失の不作為犯の間の共同正犯の成立を否定することになろう。過失作為犯の正犯は保障人の地位の違反によって基礎づけられ、過失不作為犯の正犯は注意義務違反によって基礎づけられるからである。しかし、それにもかかわらず、過失作為犯と過失不作為犯の間の共同正犯の成立は可能である。先ず、過失不作為犯もその正犯根拠づけに注意義務違反を要する。さらに、作為者と不作為者は、共同の保障人義務の存否とは関係なく、状況に共同で対処できるとき、つまり、共同の仕事があるとき、過失犯の共同（正犯）は基礎づけられうる。（共同）正犯は正犯性の規準に従い個別的に判断される。最後に、過失作為犯と過失不作為犯が同時に行われたとき、それぞれ過失の単独正犯として扱えるということも、両者の共同正犯を否定する根拠にはならない。説得力のある理論構成という点でも、共同正犯を肯定することによって、「共同」という事実を法的評価に反映させることは当然のことである(404)。

B．共同正犯の基礎づけ　過失犯においても作為者と不作為者との間の共同正犯は可能である。

［設例 30］　新築家屋の所有者甲は、その親友で日曜大工を趣味とする乙からお祝いとしてブロック塀の建築を申し出られたのでそれを承諾した。乙は甲からその耐震性について問われ、あまり自信をもって云えないが普通の地震では大丈夫だろうと答えた。甲はそれ以上のことを問わなかった。しかし、強い地震が発生したため、その塀は倒壊し、その側を歩いていた通行人丙が大怪我をした。

先ず、「共同」正犯について検討することを要する。作為犯と不作為犯の共同正犯においても、その結合点は全体行為である。［設例 30］では、乙には塀を建築する行為決意、甲には（保障人義務に違反して）丙の建築工事を中止させないという行為決意があり、したがって、主観的共同がある。共同の決意を実現するためには、乙が塀を建築し（作為）、甲は乙の行為に介入しないという協働を要する。一方で、甲は乙の建築行為に依存しており、他方で、乙は、甲が保障人義務をはたしておれば、塀を建築できなかったのである。したがって、客観的共同、全体行為も肯定されうる。

次に、共同「正犯」についての検討を要する。乙は、結果を発生させる行為を現に行い、その行為は過失犯の構成要件要素を充足し、結果の発生に繋がっているので、全体行為のための個別行為を行っている。甲は、その保障人義務に違反して、乙の危険な行為やめさせることをせず、もって結果発生を回避する措置をとらないことによって重要な個別行為を行っている。甲の行為（不作為）も乙の行為（作為）も全体行為との間に必然的条件関係が在る。甲には保障人の地位に違反したところに個別的注意義務違反が、乙には耐震性の弱い危険な丙を建築したところに個別的注意義務違反がある。

全体行為と結果発生との間の因果関係も認められる。乙が塀の建築工事をしなかったなら、甲がこの行為を妨げていたなら、結果は確実性と境を接する蓋然性で生じなかったと云えるからである(405)。客観的帰属に関しては特記することはない（参照、第４章第６節８．Ｄ．ｂ．）。

（つづく）

注

（381）RG 66, 74.

（382）Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 63 IV 2; *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 215; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), § 15 Rn 10; *J. Wessels, W. Beulke u. H. Satzger*, Strafrecht AT., 51. Aufl., 2021, § 19 II 10 Rn 1210; dagegen *V. Krey, R. Esser*, Deutsches Strafrecht AT., 7. Aufl., 2022, § 38 Rn 1186.

（383）*Stratenwerth*, (Fn. IV-220), § 15 Rn 10.

（384）Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 63 IV 2; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 269; *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 215; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), § 15 Rn 10.

（385）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 294.

（386）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 295; *Otto*, (Fn. IV-243. Mittäterschaft), 49; *ders.*, (Fn. IV-243. Täterschaft), 283; *ders.* (Fn. I-154), § 21 Rn 118.

（387）Vgl. *Häring*, (Fn. Fn. IV-112), 295; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 63 IV 2; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), §15 Rn 10.

（388）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 296.

（389）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 96.

（390）*Schaal*, (Fn. IV-302), 248.

（391）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 297 ff.

（392）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 299.

（393）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 300.

（394）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 300 f.

（395）Vgl. *H. Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch

Unterlassen im Strafrecht, 1985, 101; *K. Seelmann*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Art 11 Rn 83 f.; *Seelmann/Geth*, (Fn. IV-294), Rn 504; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 16 Rn 2.

（396）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 301.

（397）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 301; *Maihold*, (Fn. IV-248), 115.

（398）Vgl. statt vieler *E. Steininger*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2019, 19. Kap Rn 20 f.

（399）参照、吉田（IV-358）119 頁以下。

（400）Vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-1), Z 29 Rn 12 a u. b; *Steininger*, (Fn. IV-398), 19. Kap Rn 81.

（401）BGH NJW 1966, 1763.

（402）*Stratenwerth*, (Fn. IV-220), § 15 Rn 11 u. 15. 但し、イエシェック/ヴァイゲントは、こういった場合、不作為者は作為者に対し従属的地位に在るのが普通であるから、不作為者を幇助犯者と捉える方が所為支配説に適っていると論ずる。*Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 63 IV. 2.

（403）*Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 165; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, 470 f.; *ders.*, (Fn. I-27), AT II, § 31 FN 174.

（404）Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 347 f.

（405）Vgl. *Häring*, (Fn.), 345 ff.

Täterschaft und Teilnahme (15)

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. 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. 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 léntreprise
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 Zurechnung
aa. Kausalität und objektive Zurechnung

bb. Objektive Zurechnung
α. Zurechnung der Handlung
β. Zurechnung des Deliktserfolgs (Band 58, Nr. 1)
E. Mittäterschaft beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt
a. Einleitung
b. Voraussetzungen einer Mittäterschaft beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt
aa. Anknüpungspunkt und Gemeinsamkeit
bb. „Wesentlicher“ Einzelbaitrag und Sorgfaltspflichtverletzung
F. Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt
a. Einleitung
b. Abgrenzung im Besonderen
aa. Durch einen „wesentlichen“ Einzelbeitrag
bb. Durch eine täterschaftsbegründende primäre Sorgfaltspflichtverletzung
G. Fahrlässige Mittäterschaft bei Kollegialentscheidungen
a. Einleitung
b. Voraussetzungen einer fahrlässigen Mittäterschaft bei Kollegialentscheidungen
aa. „Gemeinsame“ Mittäterschaft
α. Subjektive Gemeinsamkeit
β. Objektive Gemeinsamkeit
bb. Gemeinsame „Mittäterschaft“
α. „Wesentlicher“ Einzelbeitrag
β. Sorgafaltspflichtverletzung
cc. Kausalität und objektive Zurechnung (Band 58, Nr. 2)
H. Mittäterschaft beim fahrlässigen unechten Unterlassungsdelikt
a. Einleitung
aa. Die Bedeutung der Mitäterschaft beim fahrläsigen unechten Unterlassungsdelikt
bb. Anknüpfugspunt mittäterschaftlicher Verantwortung beim unechten Unterlassungsdelikt
b. Voraussetungen einer Mittäterschaft beim fahrlässigen unechten Unterlassungsdelikt
aa. Garantenstellung
α Das Verhältnis der Garantenstellung und „Mit“ „täterschaft“

β Mittäterschaft und Einzeltäterschaft beim fahrlässigen unechten Unterlassungsdelik
bb. Gemeinsamkeit
α Ausgangspunkt
β Subjekitive Gemeinsamkeit (Gemeinsamer Unterlassungsentschluß)
γ Objektive Gemeinsamkeit (Gesamtunterlassung)
c. Einzelbeitrag
aa. „Wesentlichkeit“ der Einzelbeiträge (Einzelunterlassung)
bb. Sorgfaltspflichtverletzung
d. Zurechnung des Fahrlässigkeitserfolgs
aa. Hypothetische Kausalität
bb. Objektive Zurecnung
α Handlungszurechnung
β Erfolgszurechnung
I. Mittäterschaft beim Fahrlässigkeirtsdelikt zwischen handelnden und unterlasenen Beteiligten
a. Ausgangspunkt
b. Begründung der Mittäterschaft (Band 58, Nr. 3)

(Die Fortsetzung folgt.)