

# 過失犯の共同正犯について

「共同性」の規定を中心に

金子 博\*

序章 わが国における議論状況と課題

第1節 はじめに

第2節 わが国における議論状況の変遷

第3節 問題の所在

第1章 過失犯の共同正犯否定説とその問題点

第1節 わが国における過失犯の共同正犯否定説の動向

第2節 わが国における過失犯の共同正犯否定説の理論的根拠の検討

第3節 ドイツにおける共働現象の単独正犯的構成

第1款 因果性に基づく統一的正犯論 自然主義的アプローチ

第2款 因果性に基づく統一的正犯論 因果関係の再構成

第3款 不作為犯構成 規範主義的アプローチ

第4節 小 括 過失犯の共同正犯否定説の限界

第2章 ドイツにおける共同性の規定についての議論状況

第1節 共同危険創出説の確立 自然主義・心理主義的アプローチ

第1款 序 説

第2款 共同性の規定方法とその射程

第1項 共同性の形成 危殆化行為の一体化

第2項 因果関係の修正と結果帰属

第3款 共同性の基本的特質とその問題点

第4款 小 括

第2節 共同危険創出説における新たな展開

第1款 因果的な意思の結びつき 主観的要件の限定

第2款 過失による必要的共働 客観的要件の限定

第3款 自律性原理に基づく結果帰属

第4款 同等の義務者的地位

第5款 小 括

第3節 「共同義務の共同違反」説の現代的展開 規範主義的アプローチ

第1款 「過失への帰属」の規範化

---

\* かねこ・ひろし 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- 第2款 義務犯の構成
- 第3款 「規範的」評価による共同責任
- 第4款 集団的義務違反
- 第5款 小 括 規範主義的アプローチの特徴
- 第3章 共同性の根拠と成立条件の検討
  - 第1節 序 説 比較法的考察の示唆を受けて
  - 第2節 わが国における「共同性の規定」の検討
    - 第1款 「因果的惹起」による共同性の規定 因果主義の手法と限界
    - 第2款 わが国における「共同義務の共同違反」説
  - 第3節 客観的帰属に基づく規範的共同性の妥当性
    - 第1款 正犯と共犯の質的差異？
    - 第2款 個々の認識可能性と共同性との関係
      - 第1項 共同性における共同の行為意思の意義
      - 第2項 故意犯と過失犯が混在した共同性の規定
    - 第3款 共同性の根拠と規定について
  - 第4節 小 括
- 第4章 具体的事例への適用
  - 第1節 「過失の競合」に関する判例の検討
    - 第1款 皮革スプレー事件
    - 第2款 タイヤ脱輪死傷事件
    - 第3款 患者取り違え事件
  - 第2節 「過失の共働」に関する判例の検討
    - 第1款 電気溶接作業事件
    - 第2款 世田谷ケーブル火災事件
- 終章 ま と め 共同性の規定と今後の課題

## 序章 わが国における議論状況と課題

### 第1節 はじめに

過失犯の共同正犯の問題は、理論上、当初から「犯罪共同説」と「行為共同説」の対立の問題と称されてきた。すなわち、「共同正犯は、一定の基本的構成要件に該当する実行行為を共同して行うもの<sup>1)</sup>とする犯罪共同説と、共犯とは「各自が事実上の共同によって自分自身の犯罪を行なう

---

1) 団藤重光『刑法綱要総論』（第3版・1990）390頁。

もの<sup>2)</sup>とする行為共同説の対立である。本来の「犯罪共同説」によれば、共同正犯の成立には、特定の犯罪結果を共同して実現するという意思連絡が不可欠であり、その結果、過失犯の共同正犯は否定された。これに対して、「行為共同説」によれば、共同正犯の成立には、事実的な共同行為に加わり、これを利用する意思で足り、したがって、過失犯の共同正犯は肯定された。

しかしながら、最近では、こうした対立図式による明白な結論の相違は解消されている。すなわち、犯罪共同説においても、特定の犯罪結果を共同して実現する意思が不可欠というわけではなく、過失犯の共同正犯においては、意思の内容は前構成要件的な共同行為で足りるとする見解が唱えられ、過失犯の共同正犯が肯定される傾向にあり、そして他方で、犯罪共同説や行為共同説にかかわらず、共働現象を単独正犯の問題として扱う見解も有力に主張されるに至っているのである。

かくして、このような犯罪共同説と行為共同説との「対立の緩和」により、犯罪結果を意図しない共同実行の意思に着目した共同性理論が一般に定着した<sup>3)</sup>と同時に、「犯罪共同説と行為共同説の対立」という図式自体が、共同正犯における「共同性」を論じる上で、あまり機能しなくなったのである。

しかし、そのことは、同時に、共同正犯における「共同性」に関する議論が錯綜かつ停滞する要因ともなった<sup>4)</sup>。というのも、「犯罪結果を意図しない共同実行の意思」や「因果の共同」に着目する今日の共同性理論は、犯罪共同説と行為共同説の対立図式を考慮するも、共同性の限界そのものに焦点を当てるまでに至らなくなったからである。その結果、構成要件該当行為を確定する上で、適法な内容を目的とした共同実行の意思がどのような役割を果たすのかという問題は、依然不透明のままであり、他方で、

---

2) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(4訂版・1981)332頁。

3) 後述するように、このような見解は判例にも見られる。

4) 伊東研祐『『過失犯の共同正犯』論の現在』現刑28号(2001)60頁以下も参照。

不作為犯の事例における共同性の規定もそれほど検討されていないのである。

こうした問題は、理論上の問題だけにとどまらず、現代社会の実態に即した対応が求められる実際上の問題としても、行為者の帰責範囲の妥当性という点で極めて重要となる。しばしば、2人が高い位置から角材を一緒に投下するという角材事例において、「一緒になって角材を投下する」という意思連絡に着目し、共同行為の説明が行なわれている<sup>5)</sup>。しかしながら、このような意思連絡は犯罪結果の帰属という視点から導き出されておらず、如何なる視点から意思連絡の内容が決定されるのかは、明らかにされているわけではない。のみならず、複数の行為者が絡み合う企業活動（例えば自動車の製造・販売・リコール）や医療行為（例えばチーム医療）が典型例であるように、実際には、意思連絡だけを根拠にして刑法上の共同行為の存否を説明するのは、極めて困難である。

より深刻な問題は、意思連絡のない共働の扱いである。ここでは、欠陥商品による被害に対する刑事責任の問題をはじめとした、複数の構成員によって組織化された企業による過失犯の問題が挙げられよう。具体的には、ドイツで問題となった「皮革スプレー事件」<sup>6)</sup>のように、どの取締役も、そもそも取締役会を開くために招集するという意思連絡をせず、欠陥商品の回収を怠ったために、消費者に傷害を負わせたというような事例である。しかし、一般に、（片面的であろうと相互的であろうと）加功の意思のない場合は、同時犯と解されている。この解釈に従えば、共同性の存在は完全に否定されることになる。しかしながら、同じく回収しなかったにもかかわらず構成員の意思連絡の有無によって処罰可能性が左右されることは、合理的な結論とはいえない。

たとえ、近時有力に主張されている、「因果の共同」のみに着目した共同性理論に依拠したとしても批判は免れない。というのも、因果性に着目

---

5) 例えば、大谷實『刑法講義総論』（新版第3版・2009）418頁以下。

6) BGHSt 37, 106. 詳細は後述参照。

した理論においても、本来の犯罪共同説と違って共同行為者間の意思連絡は不要であるという帰結が強調されるが、個々の事例における「因果の共同」の限界は明らかにされていないからである。すなわち、構成要件の結果は「促進」というかたちで物理的因果性および心理的因果性を通じて帰責されるという理解から、共同行為者間の意思連絡は共同正犯にとって不可欠ではないといえたとしても、上記のような事例の場合に、取締役のそれぞれの不作為において、結果に対する「因果の共同」がどの点にあるのかは明確となっていないのである。さらには、各行為を統合する統一的視点の欠如から、「因果の共同」は、単独行為の競合(同時犯)の領域だけでなく、共同行為(共同正犯、教唆犯および幫助犯)の領域においても存在し得るのであり、事実上、その区別は困難となる。

もっとも、過失の共働形態においては、共働現象を単独正犯の問題として扱う見解が有力に主張されており、その中には、共同正犯を認める意義がないとする見方もある。しかし、以下で述べるように、上記のような事例は、単独正犯として構成することで解決されるものではない。

このように、上記の事例における共同性の認定は、従来から唱えられている見解によって、説明されえないのである。もっとも、犯罪結果を意図しない共同実行の意思に着目した共同性理論では、構成要件の実現との関連性を問うことなしに、例えばXとYが作業現場を離れる際にそれぞれのトーチランプの消火の確認をしなかったという不作為による失火事例の場合でも、「現場から立ち去る」や「トーチランプを消火しない」といった内容の共同意思が存在することが強調されることで意思連絡による共同行為の範囲は過度に拡張され<sup>7)</sup>、他方で、「因果の共同」に着目した共同性

---

7) 例えば、十河太郎「判批」同法47巻3号(1995)249頁以下。十河は「今後、過失不作為犯における共同実行の意思とはいかなる意思連絡を意味するのかという点について議論を深めていくことが、肯定説の課題となる」(前掲251頁)と述べる。さらに、同「過失犯の共同正犯(世田谷ケーブル事件)」大谷實編『判例講義 刑法 総論』(2001)122頁以下も参照。

理論でも、不作為による犯行にも「因果の共同」を認める、あるいは「共同義務の共同違反」を介在させることで共同正犯の認定が行なわれているが、その結果、共同正犯における「共同性」それ自体は曖昧なものへとされているのである。

以上のことから、従来の対立図式の延長線上で展開されてきた共同性理論は、共同正犯の根拠および適用範囲を十分に検討してきたとはいえず、むしろ、共同正犯における「共同性」の核を見失いつつある。したがって、従来の共同性理論を見直す必要があるとともに、これまであまり顧みられなかった共同正犯における「共同性」それ自体の考察が必要であると思われる。

そこで、まず、これまでのわが国における議論状況の整理を通じて、どのような過程を経て、現在の共同性理論へと達したのかを明らかにし、従来の共同性理論の問題点を示すことにしたい。

## 第2節 わが国における議論状況の変遷

それでは、わが国では、過失犯の共同正犯を巡って、どのような議論が交わされてきたのか。以下では、共同正犯における「共同性」に焦点を当てながら、その議論の動向を分析することとする。

現行法制定後まもなく<sup>8)</sup>、通説と見なされた見解は次のようなものであった。例えば、泉二新熊は、当時のドイツの見解を参照しながら、「我現行刑法ノ解釈トシテハ共同正犯ノ成立ニ付テハ共犯者相互間ニ共同犯罪ノ認識<sup>9)</sup>が必要であるとした上で<sup>10)</sup>、共同正犯の成立条件を次のように主張した。すなわち、客観的要件として、「二人以上ノ有責者力同一犯罪

---

8) 旧刑法における共犯に関して、岡田朝太郎『刑法講義 全』(1903)346以下参照。特に、共犯の意思に関して367頁以下参照。

9) 泉二新熊『改正日本刑法論』(1908)347頁。

10) 泉二新熊『刑法大要』(訂正3版・1913)189頁以下参照。泉二は、共同行為とは、用語上の意義において、主観及び客観の共同が存在することが認められる場合であるとする。

事実ヲ構成スル行為ヲ共同ニ実行スルコト<sup>11)</sup>を求め、主観的要件として、「共同行為者相互間ニ共同犯罪ノ觀念殊ニ自己ノ意思実行ト他ノ共同者ノ意思実行トカ相俟テ同一犯罪事実ヲ完成スルニ至ルヘキコトノ觀念<sup>12)</sup>を求めた<sup>13)</sup>。その結果、泉二は、まさに主観的要件の欠如の故に、過失犯に共同正犯は存在しないと結論づけた<sup>14)</sup>。このように、共同正犯の成立には、共同行為者間に自己と他者の行為が相俟って同一犯罪を実現しようとする觀念が不可欠であり、したがって、関与者間に意思の共通性がない過失犯においては、共同正犯は存在しないという「共同性」の理解があった<sup>15)</sup>。この見解に従えば、共同正犯における共同性にとって、行為者間に共同で同一の犯罪を内容とする意思疎通の有無が、単独正犯と共同正犯を区別する決定的なメルクマールとなる<sup>16)17)</sup>。

11) 泉二・前掲註(9)369頁。

12) 泉二・前掲註(9)370頁。

13) もっとも、ここでいう「犯罪」は、各行為者が責任能力者であることを前提としている。

14) 泉二・前掲註(10)183, 184頁および189頁以下。

15) 同様の見解として、山岡萬之助『刑法原理』(1912)183頁以下、神谷健夫=神原甚造『刑法詳論』(1913)397頁以下、岡田庄作『刑法原論』(1913)318頁以下。岡田は、過失行為者は他者の「過失の犯意」を認識することができないがゆえに過失犯の共同正犯はありえないとする(同書323頁以下)。

16) もっとも、前述の見解を基礎としながらも、故意犯と同様に過失犯においても共犯関係がありうるとする見解も主張されていた。例えば、勝本勳三郎は、故意犯における共同正犯に関して、前述と同様に解するものの、過失犯に関しては、「不注意ノ状態ニ於テ或ルコトヲ故意ニ作為又不作為スルコトニハ共同ノ意思ヲ以テ共同シ得ヘク因テ生セシメタル結果ハ共同ノ意思ヲ以テ或ルコトヲ作為不作為シタル結果ナリト云フコトヲ得ヘキ力故ニ過失犯ニモ亦共犯アリト信ス」(勝本勳三郎『刑法要論』(訂正再版・1914)378頁)としている。要するに、この見解は、故意と過失とは無関係な意識的側面に着目しつつ、共同正犯を根拠づけているのである。同様の見解として、大場茂馬『刑法総論 下巻』(1917)1050頁以下。特に、過失犯については1013頁以下および1050頁以下。

17) その後、こうした思考をさらに徹底させ、理論化したのが、共謀共同正犯論を中心にして考え出された、いわゆる「共同意思主体説」である。この見解を唱えた草野豹一郎は、共同正犯を共犯の一種であることを前提とした上で、「共同意思主体説の特色は、二人以上の異心別體たる個人が、一定の犯罪を犯すと云ふ共同目的を實現するが為、同心一體となる點に在り」、「通謀が整つて、通謀者の一人が共同目的たる犯罪の實行に着手するによりて、そこに、はじめて、共同意思主体の活動があることになり、隨て犯罪の實行に

それに対して、「共同性」を因果関係の領域において捉える見解があった。事実主義から人格主義への理論の移行という時代背景を踏まえ、主観主義の立場から、「共同性」を唱えたのは、牧野英一である。牧野は、「共犯論は因果関係論の一の適用」であって、「只行為と結果との因果関係が複雑なる状態」<sup>18)</sup>であると主張した<sup>19)</sup>。そして、共同正犯の「共同性」要件を次のように説いた。すなわち、行為が事実上相関連して為されたことが客観的要件であり、他人の行為に合同する意思が主観的要件とし、その共同加功の意思が双方に存在する必要はない<sup>20)</sup>、と。この見解の注目すべき点は、共犯の成立と犯意および責任能力との関係について、犯意および責任能力は「共犯関係より除外せんとするものなり」<sup>21)</sup>としたところである。その結果、この見解に従えば、共同正犯は、故意犯特有の犯罪ではなく、過失犯にも存在しうる犯罪であった。

その後、共同性を因果関係の処理へと純化させたのが、宮本英脩である。宮本は、他人の犯罪事実の全部又は一部を含んだ全体結果が自己の犯罪として帰属させる根拠は、因果関係にあると主張した。すなわち、「何人と雖も、その行為が法律上結果に対して因果関係がなければ犯罪とはならないと同時に、苟もこの関係の存する限りは常に結果に付いて責任ありとし

---

着手せざる通謀者も、自ら實行に着手したるものと看做さるゝことになる」(草野豹一郎「刑法改正草案と共犯の従属性」法協50巻6号20頁以下)と述べ、このような心理的社会的現象を加味して、過失犯においては、共同正犯を認めず、認める必要もないと結論づけている(草野豹一郎「過失犯と共同正犯」『刑事判例研究 第3巻』(1937)96頁以下)。その後の同様の見解として、例えば、斎藤金作『共犯判例と共犯立法』(1959)88頁以下、西原春夫『刑法総論 下巻』(改訂準備版・1993)375頁以下、384頁以下および388頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』(第2版・2005)314頁。

18) 牧野英一『刑法研究(第一)』(1919)14頁。

19) 牧野は、共犯を「横の共犯」と「縦の共犯」とに区別した上で、共犯関係を共犯と単独犯とを区別するという「因果関係の幅員の問題」と、如何なる事実でもって法律上の因果関係の限度と見るべきかという「因果関係の延長の問題」という2つの観点から考察する。牧野・前掲註(18)13頁以下参照。

20) 牧野・前掲註(18)34頁以下。

21) 牧野・前掲註(18)36頁。



なければならない」としながら、「所謂因果関係は法律的因果関係であるから、その他人の犯罪は、共犯者がそれを予見したか又は予見し得べかりし範囲を限界としてこれを含む<sup>22)</sup>としたのである。それゆえ、共犯の問題は、因果関係の問題に終始したため、故意・過失という要素は、共同性にとって不要であった<sup>23)</sup>。

このようにして、共同性を因果関係の領域で捉える見解は、複数の行為者間で行なわれた犯罪において、相互に因果関係の影響がなく、どの行為者も共犯とならない場合を同時犯と解したのである<sup>24)</sup>。

このように、戦前の議論状況において、共同正犯における共同性を「同一犯罪を実現しようとする意思疎通」に着目するか、「因果の共同」に着目するかという対立構造が、すでにできあがっていた。それゆえ、この時点で現在の議論の礎が築かれていたといえよう。もっとも、共同正犯の議論は、故意犯における共同正犯を中心に論じられており、その理論を過失犯に転用するかたちで過失犯の共同正犯論を唱えているにすぎず、また、当時、共同正犯の共同性をめぐって、客観主義者が共同行為者間に自己と他者の行為が相俟って同一犯罪を実現しようとする観念を要求する見解を主張し、主観主義者が因果の共同を主張するという構造が表面化したこともあり、共犯論が客観主義と主観主義の対立の産物と捉えられる傾向にあった<sup>25)</sup>。

ところで、戦前の判例は、当時、過失犯の共同正犯をどのように把握したのか。最初に、過失共犯に触れたのは明治44年3月16日の大審院判決<sup>26)</sup>で

---

22) 宮本英脩『刑法大綱』(1935)196頁以下。

23) 宮本・前掲註(22)197頁参照。

24) 宮本・前掲註(22)199頁。

25) 客観主義か主観主義かのどちらの立場に立つかによって、共同性の規定方法が定まると理解する、戦後の文献として、団藤・前掲註(1)390頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)』(第4版・2008)282頁。

26) 刑録第17輯380頁。判文中では、酒に酔った被害者が暴言を吐き暴行を加えてきたことに対して、被告人両名は暴行を加えたことは、正当化事由に該当せず、被告人両名は共謀せずに傷害行為を行ったとしているが、過失行為に関する事実については、明らかではない。

ある。大審院は、「被告人等八共同的過失行為ニ因リテ他人ヲ死ニ致シタルモノナレトモ共犯ニ関スル総則ハ過失犯ニ適用スヘキモノニ非サルヲ以テ原判決ニ於テ被告等ノ過失致死罪ヲ処断スルニ付キ刑法六十条ヲ適用セザリシハ相当ナリ」と判示し、過失犯の共同正犯を否定した。その後も、例えば大審院の大正3年12月24日判決<sup>27)</sup>は「二人ノ共同過失ニ因リ他人ヲ死傷ニ致シタル犯罪ハ共犯ニアラズ」と判示しており、過失共犯を積極的に根拠づける判例が出ることはなかった<sup>28)</sup>。

もっとも、大審院には、業務上過失致死罪の共同正犯を認定した原審に対する上告を棄却した判決<sup>29)</sup>がある。事案は、被告人Aは被害者に対して祈祷によって病魔を退散させるべく身体を擦り又は揉むことによる治療を開始し、その翌日から被告人Bが同様の治療をAと共同して行ったところ、下腹部に擦過傷を負わせ、そこから細菌が進入したことによる敗血症で死亡させたというものである。原審（佐賀地方裁判所）は、消毒その他安全な方法を施し危険防止の周到な注意を払わなかったという理由で、被告人兩名に対して刑法211条及び60条を適用した。その判断に対して、被告人側は誰が損傷を負わせたか等が不明であり理由不備であると上告したが、大審院は、被告人兩名は被害者に対して「擦過傷ヲ負ハシメ業務上注意義務ヲ欠キタル為メ該擦過傷ヨリ細菌ヲ進入セシメタリト認定シタルコト明白」であり、「原判決ハ理由不備ノ違法アルコトナシ論旨理由ナシ」と判示して上告を棄却した。本件においては、大審院が過失犯の共同正犯を認めたか否かにつき、評価の分かれるところであった<sup>30)</sup>。

---

27) 刑録20輯2618頁。

28) 他に大判大正11年10月23日評論11巻刑法400頁は、「過失共犯ニハ共犯關係ヲ認ムルニ由ナキカ故ニ自己及他人ノ過失カ傷害ノ共同原因ヲ為シ他ノ共同過失者ハ其過失ノ為メ他人ニ傷害ヲ被ラシメタル以上ハ其被害者カ共同過失者ナルト否トヲ問ハス右傷害ニ付テハ各自其責ヲ負ハサル可ラサルモノトス」と判示する。

29) 大判昭和10年3月25日刑集14巻339頁。

30) 本判決の評釈として、佐瀬昌三「過失犯に於ける共同正犯の成立」法論14巻11号（1935）68頁以下、小泉英一「業務上過失致死と共犯」志林37巻12号（1935）81頁以下、草野・前掲註（17）「過失犯と共同正犯」85頁以下。その他、土本武司「過失犯と共犯」

もっとも、全般にわたって過失犯の共同正犯に関する記述内容を見るならば、戦前の判例は、過失共犯には消極的であり、さほど関心を示さなかったといえよう<sup>31)</sup>。

しかし、戦後まもなく、議論状況の様相が一変することになった。戦後の主観主義の衰退に加えて、戦前末期から戦後直後にかけて、共同正犯の共同性を因果性に求める見解が、客観主義の立場からも主張され<sup>32)</sup>、まさに共同正犯における「共同性」の議論は、「共犯の共犯性」という観点からみれば「一部実行の全部責任」の法理を相互の意思疎通に求めるか、あるいは、因果の共同に求めるかどうかの違いにあるというかたちで再構成された<sup>33)</sup>。

戦後初期では、以下のようなかたちで、議論されていた。まず、特定の犯罪結果を共同して実現するという意思連絡を共同正犯における共同性の根拠とした見解は、以下のような理由で、戦前と同様に過失犯の共同正犯を否定した。例えば、瀧川幸辰は「何かを共同して企てるとゆう観念は過失的共同動作とも結びつくが、結果を共同して結果を引起そうとゆう部分行為を含む決心は、過失的共同動作と結びつくものではない<sup>34)</sup>」と述べている<sup>35)</sup>。この考えの基底にあるのは、中森喜彦が指摘するように、「過失

---

阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻』(1992)139頁以下参照。

31) 戦前の判例の評価に関して、塩見淳「過失犯の共同正犯」判タ846号(1994)49頁も参照。塩見は、「それぞれの事実関係は、過失共同正犯の肯否と必ずしも論理的関連をもたないと考えられるから」「大審院が消極説だとする把握には疑問がないわけではない」(前掲49頁)と述べる。それに対して、北川佳世子「過失犯の共同正犯をめぐる問題(一)」海保大研究報告43巻1号(1997)40頁註(1)は「『共犯二開スル総則八過失犯二適用スヘキモノニ非サル』と」いった文言から「大審院判例が一般論として過失共同正犯を含む過失共犯を否定していた趣旨であることは否めず、事実関係等により判例の射程範囲がずれる場合であるとも解し難い」と述べる。

32) 佐伯千仞『刑法総論』(1944)317頁および332頁以下、植田重正『共犯の基本問題』(1952)134頁以下等。

33) この点につき、植田・前掲註(32)110頁以下参照。

34) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(改訂版・1947)229頁。

35) 同様の見解として、平場安治『刑法総論講義』(1952)153頁以下、安平政吉『改正刑

犯が因果的行為と不注意とを本質とするとすれば、共同正犯の主観的根拠として（行為および）結果についてこの共通の認識を要求することができない以上、共同の意思の対象は存在せず、「また過失犯の客観面が単純な因果的行為であるとすれば、その共通の認識として共同正犯の共同の意思を構成しても、因果の連鎖は無限のものである以上、過失共同正犯の認められる場合が無限定に広がってしまう」<sup>36)</sup> というものであった。

他方で、「共同性」を因果の共同に求める見解は、以下のような根拠でもって、一般に過失犯の共同正犯を肯定した。例えば、植田重正は、「如何に故意の共同があつても、若し仮に各自の行為が犯罪結果に対し因果関係を具へない限りは、それに対し共同正犯としての責任を負担するといふ如きことはあり得ない」のであって、仮に共同犯行の相互連絡で足りるとすれば、「何故に結果を惹起しない者が結果の責任を負はねばならぬかが根本的に問題となる」<sup>37)</sup> と述べている。もっとも、ここで注意を要するのは、当時この見解を支持する論者によれば、この見解に拠ったとしても、因果性と実行行為に加えて（片面的なものであれ）共同で行なうという共同加功の意思を各行為者に要求する点<sup>38)</sup> である。つまり、共同性の根拠を因果性に求めるものの、行為を共同で行なうという各行為者の加功意思を要求することで、同時犯との区別を試みたのである。その結果として、その共同加功の意思が全体の結果の帰責範囲を規定する役割を担うこととなった<sup>39)</sup>。この限りで、共同性の範囲は、因果の共同を根拠としつつも、

---

法総論』（1956）177頁以下および206頁以下、小野清一郎「過失犯の共同正犯といふことがあるか」刑事判例評釈集15巻（1960）5頁以下、青柳文雄『刑法通論 総論』（1965）314頁以下および368頁以下。

36) 中森喜彦「過失の共同正犯」法セ265号（1977）80頁。

37) 植田重正「過失犯と共同正犯」関法3巻（1954）118頁以下。

38) 佐伯・前掲註（32）332頁。もっとも、植田重正によれば、「共同加功の意思とは自己の行為が他者の行為と因果的に含み含まれる関係に立つて、犯罪を惹起するといふ事実の予見（故意）又は予見可能性（過失）」をいう（植田重正『刑法要説』（1949）260頁）。

39) その結果、行為を共にするという意思加功がなければ、単独正犯として処理される。この点につき、中義勝『講述 犯罪総論』（1980）239頁。この観点から見れば、「因果性の

各行為者の共同加功の意思に委ねられているといえよう。

このようにみると、この時期の両見解は、一部実行全部責任の法理の根拠は異なるが、因果的行為論を前提として、実質上、相互的か片面的かの違いはあれ、行為者の主観的側面が共同性の根拠として重要な意味を持っていたことが認められる。その限りで、その主観的根拠の内容、つまり共同犯罪を内容とするかどうか、及び相互の意思疎通が必要かどうかの問題が、過失犯の共同正犯を認めるかどうかの分岐点であった。

ところが、その後、最高裁は、明示的に過失犯の共同正犯を認めることとなった<sup>40)</sup>。事案は、被告人Xは、妻の母Aの名義で飲食店営業の許可を

---

共同」に共同性の根拠を求める論者の中で、相互の意思連絡を求めるか(木村竜二『新刑法読本』(1950)272頁以下)または、片面的な加功意思を求めるか(佐伯・前掲註(2)348頁以下)の違いはあるが、それは共同性の範囲を限定する程度の差異にすぎない。

- 40) 最判昭和28年1月23日刑集7巻1号30頁。その後、過失犯の共同正犯に関する最高裁判例はないが、下級審においては、過失犯の共同正犯が認められる傾向にある。名古屋高判昭和31年1月22日裁特3巻21号1007頁(被告人兩名は素焼こんろを使用して煮炊の仕事をした際、こんろ内の炭火による過熱の為、その下部床板が発火する危険性を調査し、その危険性がないことを確認してこんろを使用すべきであったにもかかわらず、不注意にも何らの調査もせず意思を連絡してこんろを使用し完全に消火する措置を採らないで帰宅した結果、建造物を焼損したという事案で、失火罪の共同正犯が認められた)、佐世保簡判昭和36年8月3日下刑集3巻7=8号816頁(被告人兩名は、船舶運行の技能も経験もなく、付近は危険海面であるにもかかわらず、被告人Xは船の操舵を、被告人Yはその機関部の操作をなし、共同して運行したが、過失によりその操舵を誤り、同船を座礁・破壊をしたという事案で、過失往来妨害罪の共同正犯が認められた)、京都地判昭和40年5月10日下刑集7巻5号855頁(踏切警手の業務を担当していた両被告人は、相互に協力して踏切道における交通安全を確保することに努めていたが、過失により、適時に遮断機の閉鎖等を講じなかった結果、衝突事故が発生し、死者が出たという事案で、業務上過失致死罪の共同正犯が認められた)、名古屋高判昭和61年9月3日高刑集39巻4号371頁(鉄工所の従業員である両被告人は、食堂拡張工事に関連して、鋼材溶接作業を行なうに当たり、あらかじめ、不燃物で可燃物を溶接箇所から遮蔽するという措置を講じなければならないという業務上の注意義務があるにもかかわらず、一方が、底の上で溶接し、その間、他方が地上で飛散状況を監視するという方法で、遂行したことにより、可燃物が発火して建造物を焼損したという事案で、業務上失火罪の共同正犯が認められた)、東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁(後述参照)。理論的に過失犯の共同正犯を否定する判例として、仙台高判昭和52年2月24日刑集32巻1号29頁。

受け引続いて営業を続けていたところ、Xの長女の夫である被告人YがウイスキーをYの叔父のところから買入れ、Xがそれを売ることになったが、そのウイスキーには、メタノールが含まれていたため、それを買って飲んだ被害者が負傷又は死亡したというもので、最高裁は、「右飲食店は、被告人両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をしたというのであるから、此点において被告人両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つて原判決がこれに対し刑法六〇条を適用したのは正当」と判示し、有毒飲食物等取締令4条1項後段の罪の共同正犯を認めた<sup>41)</sup>。

こうした判例の動向および目的的行為論の影響を受けて、さらに、理論的構図の変化が生じるようになった。すなわち、「一部実行の全部責任」の法理を相互の意思疎通に求める見解は、過失犯の共同正犯を肯定する方向に転じるようになったのである。

その先駆者が内田文昭である。内田は、目的的行為論から示唆を得て、過失犯においても、実行行為は存在し、危険行為の共同は存在しうるとした上で、単独正犯と共同正犯との違いは、意思の連絡にあるとした<sup>42)</sup>。そして、「過失行為は意識的な部分と発生した結果に関し無意識的・因果的な部分にわけられる<sup>43)</sup>」が、刑法上の過失行為にとっては、両者の接点が重要であり、共同正犯を違法行為の共同という次元に据えるべきだという主張に基づき、「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共働が不注意の共有という契機を帯びることによって、一個の全体としての構成要件該当

---

41) 本判決の評釈として、小野・前掲註(35)5頁以下、平場安治「過失共同正犯 それ  
はあり得るか」法学論叢59巻3号(1953)115頁以下、植田・前掲註(37)115頁以下、中  
義勝「過失犯の共同正犯」刑法判例百選(新版・1970)92頁、鈴木茂嗣「過失の共同正  
犯」刑法の判例(第2版・1973)125頁以下、中森・前掲註(36)78頁以下等。その他、  
齊藤・前掲註(17)109頁、団藤・前掲註(1)394頁註(13)、井上正治『判例にあらわれ  
た過失犯の理論』(1959)315頁以下参照。

42) 内田文昭『刑法における過失共働の理論』(1973)60頁以下。

43) 内田・前掲註(42)60頁。

(充足)かつ違法な行為 結果となる」<sup>44)</sup>場合に、過失共同正犯が考えられると結論づけた。相互の意思疎通に求める従来の見解との相違にとって重要なのは、行為論もさりながら、意思疎通の内容にある。つまり、過失犯における相互の意思疎通の内容は、故意犯の場合と異なり、犯罪ではなく、「前法律的な事実」で足りるとしたのである<sup>45)</sup>。その結果、相互に意識・意欲した危険行為の共働が事実的に存在することが、共同正犯における共同性となった<sup>46)</sup>。

もっとも、この見解に対して、団藤重光は「過失犯の犯罪性の本質は、基準的態度から逸脱した『目的的行為』にあるのではなく、『基準的態度からの逸脱』の点にある」<sup>47)</sup>と述べ、「意識的行為の共同が不必要かつ無意味である以上、たまたま、意識的行為の共同をともなうような事案だけについて第六〇条の適用をみとめることになると、意識的行為の共同をともなわない共同過失の事案とのあいだにあきらかに不均衡を生じる」<sup>48)</sup>と指摘した<sup>49)</sup>。

この指摘を踏まえつつ、現実の問題解決という観点から、藤木英雄は、「共同義務の共同違反」という規範的判断を考慮に入れることで、過失犯固有の共同正犯の成立条件を構築し、その実益を唱えた<sup>50)</sup>。藤木によれば、「危険の予想される状態において、相互利用、補充という関係に立ちつつ結果回避のための共通の注意義務を負う者の共同作業の落度が認められるときが、過失犯における共同実行である」<sup>51)</sup>。この表現は、過失犯の場

---

44) 内田・前掲註(42)61頁。

45) 内田・前掲註(42)52頁以下。

46) なお、内田の見解の変遷に関して、大越義久「過失犯の共同正犯」内田古稀(2002)263頁以下参照。

47) 団藤重光「過失犯と人格責任論 過失犯の共同正犯の問題に関連して」日沖還曆『過失犯(1)』(1966)73頁。

48) 団藤・前掲註(47)85頁。

49) この批判に応えたものとして、内田・前掲註(42)221頁以下。

50) 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号(1970)6頁以下。

51) 藤木・前掲註(50)13頁。



合、共同義務が課されているという客観的状況が共同正犯の成立にとって不可欠である限りにおいて、規範主義的アプローチへの傾斜が行なわれていることを意味する。その点で、藤木説は、「共同義務」の有無が共同正犯の認定にとって極めて重要な役割を果たす見解へと至ったのである。もっとも、故意犯の共同正犯の成立条件とのパラレル関係を考慮して、行為者の主観的側面にも着目している。すなわち、「あらかじめ、類型的、一般的にせよ、予見され、あるいはすくなくとも何らかの危惧感のともなう状態においてなされたものである以上、知られた危険に対処するという面においては意識的要素を含み、この意識的側面における共同、つまり危険な状態において思慮がかい行動を互いに補充しあい利用しようという関係における共同ということを考えることができる<sup>52)</sup>」と。

このように、行為者の義務に着目するという規範的考察でもって、過失犯の共同正犯の可能性を見出す試みが行われ、こうした動きは、「共同義務の共同違反」という構成で定着するようになった。もっとも、これまでの見解と同様に、従来の枠組みをベースとして、少なくとも行為者間の意思疎通という事実的要素は、共同正犯の成立条件として維持され、その有無に応じた単独正犯と共同正犯の区別も維持された<sup>53)</sup>。その限りで、自然主義・心理主義的考察が色濃く残っていた。

他方、共同性の根拠を因果の共同に求める見解においては、平野龍一が共同性を因果性に純化して説明を試みた。平野は、次のように言う。共同正犯の成立条件である「共同加功の意思」と「共同加功の事実」があれば、自己の行為の結果および他人の行為の結果に対して責任を負うのは、他人の行為および結果に対して因果関係があったからである<sup>54)</sup>、と。そして

---

52) 藤木・前掲註(50)12頁。

53) 福田平＝大塚仁『刑法総論』(1979)[大塚]380頁、大谷・前掲註(5)419頁、内海朋子「過失共同正犯論と管理監督過失論」法学政治学論究51号(2001)38頁等。事実的レベルに重点を置くものから規範的レベルに重点を置くものまで様々な見解があるが、少なくとも、相互の意思疎通を必要条件としている点で共通している。

54) 平野龍一『刑法総論』(1975)380頁以下。



「共同正犯は、自ら実行行為を行うと同時に、他の共同正犯の実行を教唆または精神的に幫助するもの」<sup>55)</sup>であり、「共同加功の意思とは、このような主観的要素をいう」<sup>56)</sup>と主張し、共同加功の意思は共犯の因果性、つまり心理的因果性として把握された。こうして、「過失犯に共同正犯を認めることは、過失『行為』の共同を認めることであって、過失『責任』の共同ではない」<sup>57)</sup>としたのである。その後、平野の後継者達により、その考えがさらに展開され、因果的共犯論に基づき、共同加功の意思は、「促進」という意味での心理的因果性に解消され、物理的因果性あるいは心理的因果性を問わず、因果性の存在が共同性の決定的メルクマールとなった<sup>58)</sup>。そして、これらの因果性の共同でもって、刑法上の「共同性」が認められうるとされるようになった。

総じて、過失犯の共同正犯は、理論的にも実務的にも肯定される傾向にあった。しかしながら、近年、世田谷火災ケーブル事件<sup>59)</sup>を素材としながら、過失犯の共同正犯を認めることに対する懸念が表明され、有力になった。そこで主張されている見解の特徴は、過失犯において共同正犯を認めることには実益がなく、単独正犯による構成で足りるとすることである<sup>60)</sup>。さらには、近時、「過失犯の共同正犯は、それが処罰することが許

---

55) 平野・前掲註(54)381頁。

56) 平野・前掲註(54)381頁。

57) 平野・前掲註(54)395頁。

58) 大越義久『共犯論再考』(1989)74頁以下、山口厚『刑法総論』(第2版・2007)359頁、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(2)」法協121巻10号(2004)191頁等。

59) 本判決の評釈として、山中敬一「通信ケーブル火災における業務上失火罪の共同正犯」法セ454号(1992)126頁、前田雅英「過失犯の共同正犯」判評410号(1993)45頁、甲斐克則「過失犯の共同正犯が肯定された事例 - いわゆる世田谷通信ケーブル火災事件第1審判決」判例セレクト92(1993)33頁、高橋則夫「過失の共同正犯が肯定された事例」『平成4年度重要判例解説』ジュリ1024号(1993)170頁、十河・前掲註(7)238頁、松本一郎「過失の共同正犯」刑法判例百選(第4版・1997)160頁、木村光江「過失の共同正犯」刑法判例百選(第5版・2003)158頁、内海朋子「過失の共同正犯」刑法判例百選(第6版・2008)164頁。

60) 前田雅英『刑法総論講義』(第4版・2006)453頁。前田は、「各関与者自身の監督

される行為を処罰するためにはもともと不要であり、それが処罰すべきでない行為を処罰する可能性を持つ点で危険かつ有害<sup>61)</sup>と主張する見解もある。

もっとも、こうした見解に対しては、過失犯の共同正犯を認める意義が改めて唱えられ、現在、共犯理論の変遷とともに、過失犯における共同性の規定に際しては、因果性と主観的根拠（意思疎通）が組み合わせられ、共同性の根拠が複雑化する傾向にある<sup>62)</sup>。

このように、過失犯の共同正犯の歴史を見れば、わが国の議論は、戦前の対立図式を維持しつつ、判例および社会的動向の影響を受けながら、過失犯の共同正犯論を展開させてきたといえよう。具体的に言えば、過失犯の共同正犯の賛否において変化がありながらも、これまでの議論状況は、過失犯の共同正犯に関する「共同性」の成立条件に関して、行為者の主観的側面に着目した見解と因果性に着目した見解とに分かれて対立してきたのである。

もっとも、わが国の議論は、主として「過失犯の共同正犯は存在するか否か」の歴史であり、必ずしも共同行為の射程が念頭に置かれていたわけではない。変遷過程を見る限り、過失犯の共同正犯論は、故意犯の共同正犯、とりわけ作為犯における共同性理論からの派生のもとで論じられてきたという側面が強く、依然として、その傾向は否めない。もっとも、戦後、過失犯独自の共同正犯を認める新たな動きが展開されつつあるが、いずれにせよ、共同正犯における「共同性」それ自体の考察が見過ごされてきた

---

義務・監視義務違反により過失責任を問い得る場合に解消される」とする。なお、井田良『講義刑法学・総論』（2008）475頁以下も参照。過失犯において、統一的正犯概念に基づき否定する見解として、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（1988）86頁。共同性の根拠を因果の共同に求めつつも、過失犯の共同正犯を否定する見解として、西田典之「過失の共犯」法教137号（1992）20頁、浅田和茂「共犯論覚書」中山古稀3巻（1997）282頁。

61) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005）374頁。

62) 例えば、町野朔は心理的因果性を共同性の根拠として考え、この心理的因果性なしには共犯関係は存在しないとする（町野朔「惹起説の整備・点検 共犯における違法従属と因果性」内藤古稀『刑事法学の現代的状況』（1994）131頁以下）。

ように思われる。

### 第3節 問題の所在

そこで、共同正犯における「共同性」それ自体に焦点を合わせるならば、次のような特徴が見出される。すなわち、わが国における「過失犯の共同正犯」論は、行為者の主観的側面であろうと因果性であろうと、自然主義・心理主義的アプローチに基づいて展開された理論である、ということである。そうすると、問題となるのは、次のような、近年の下級審が取り扱った事例<sup>63)</sup>の説明である。

事案は、電気ケーブルの接続部を被覆している鉛管をトーチランプの炎により溶解開披して行なう断線探索作業等の業務に従事していた両被告人が、地下洞道において点火したトーチランプ各一個を各自が使用し、鉛管を溶解開披する作業を行っていたところ、断線箇所を発見し、その修理方法等を検討するために、一時、地下洞道から退出したが、その際、布製防護シートが着火しないように計2個のトーチランプを消火したことを互いに確認しなかったことにより、どちらかのトーチランプの火によって防護シートは延焼し、その結果、電話ケーブル等も焼損した、というものである。

支配的見解によれば、本件は以下のように解される。例えば、大塚裕史は、「トーチランプの火が全部消えたかどうかについて相互に全く無頓着であるという不注意の心理状態において、『立ち去る』という実質的危険行為を共同にしている点で『意思の連絡』は当然認められる<sup>64)</sup>と述べている。このようにして、共同性の判断を客観的要素(危険行為)と主観的要素(意思の連絡)の両要素に求めている。しかし、たとえこのように構成するとしても、本件の場合、過失の実行行為を行う意思は、どのような

---

63) 東京地判平成4年1月23日前掲註(40)133頁。

64) 大塚裕史『刑法総論の思考方法』(新版・2005)527頁。そのほか、内田文昭「最近の過失共同正犯論について」研修542号(1993)27頁参照。

基準でもって決められるのか。「立ち去る」ことなのか、「互いに確認をしないでおく」ことなのか。いずれにせよ、このような結果犯の場合、故意犯の基準に対応する意思の内容は「消火しなかった」ことにあり、本件での不作為においては、その意思疎通は存在し得ないと思われる<sup>65)</sup>。加えて、団藤重光が指摘するように、過失犯の「主観的方面において、意識的なものから無意識的なものにまたがる領域を占める」のであり、「意識的な部分が決して過失行為にとって本質的なものではない」<sup>66)</sup>。さらに、「意思の連絡」が、故意犯と異なり、本件の場合、「現場から立ち去る」という非犯罪的内容に終始しているが、非犯罪的内容を有する「意思の連絡」は犯罪的内容を有する「意思の連絡」と同様の機能を果たすのか、換言すれば、故意・過失の性質の相違点に着目することで果たして妥当な共同性を築くことができるかどうかを改めて検証されなければならない。

とりわけ、注目すべきなのは、暗黙のうちに、共同正犯の成立条件には、客観的要素と主観的要素が不可欠であることが、おおよそ戦前から前提とされていたことである。共同行為は客観的要素と主観的要素の統一体であり、故意犯と違った過失犯特有の共同性が存在するという理由のもとで過失犯の共同正犯が一般に認められている。しかしながら、過失＝注意義務違反に配慮しつつも、現在の通説的見解による「共同義務」の具体的内容が定まっておらず、また、客観的要素と主観的要素との対比関係、すなわち共同義務と意思疎通との関係が明らかとなっていない。その意味で、ここで主張される「共同性」理論では、刑法60条のもとにある「共同性」の詳細な分析が不可欠であるというべきであろう。

それでは、共同性の根拠を因果性に求める見解に従えば、どのように説明されるのか。例えば、山口厚は、試論として次のように述べる。「危険な作業を共同して行い、いわば危険を共同惹起した者は、事後的に要請される危険の解消も、危険惹起の反面として共同して行うべきだと解される

---

65) 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」西原古稀第2巻（1998）351頁。

66) 団藤・前掲註（1）393頁。

のである。つまり、作為義務を基礎付ける危険行為の共同により、それに対応した共同作為義務が生じ、それは、直接相手方の行為についてまで相互に及ぶ、重疊的な作為義務だと考えることができる<sup>67)</sup>と。ここで注意しなければならないのは、作為犯においては因果性が判断基準とされ、不作為犯においては「直接結果発生を防止する義務を相互に重疊的に負う」か否かが判断基準とされていることである<sup>68)</sup>。したがって、本件では、過失共同正犯を基礎づける義務の有無が問題となっているのである。確かに、不作為犯では、因果力を基準とすることは妥当ではない。しかし、義務の前提となる「危険の共同惹起」は、事実的な共同行為で足りるのかどうかは定かでなく、各人がそれぞれトーチランプをつけるという行為だけで、他者による結果発生を阻止する義務が生じるとは考えにくいであろう。例えば、Xが友人Yとともに、屋上にあった木材を歩道へとそれぞれ投下した場合を想定すれば、確かに両者は、通行する歩行者に対して危険を惹起しているといえるが、仮に1本の木材が歩行者に直撃したとき、その結果に対して両者が責任を負うとは限らない。というのも、歩行者に木材を当てた本人ならともかく、もう1人のほうは、自己答責的な、しかも対等な関係にある他者の行為に責任を負う根拠はなく、根拠があったとしてもせいぜい狭義の共犯に過ぎない場合もありうるからである。したがって、共同性の前提となる「共同義務」についての理論的内容が問われよう。

他方で、作為犯において因果の共同を判断基準とすることに対しても、問題が指摘されている。例えば、西田典之は、「処罰範囲が極めて広範なものとならざるを得」ず、「危険に満ちた現代社会を前提とする場合、そ

67) 山口厚「共犯論の課題」山口厚編『クローズアップ 刑法総論』(2003)251頁。

68) 山口厚は、作為犯の構成には「共同者の因果的寄与の重要性」を要求し、不作為犯の構成には「作為義務の存在」を要求するが、共同者間の共働関係の実態から基礎づけられる必要があるとする(山口厚「過失犯の共同正犯についての覚書」西原古稀第2巻(1998)400頁以下)。その他に、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯」刑法の争点(2007)108頁。嶋矢は、本件について、「自己の正犯的義務違反により、共同行為者の義務違反を強化促進したこと、ないし共同行為者相互がお互いに対して配慮義務を有していること、あるいはそれらの重疊的評価が『共同性』を基礎づける」(前掲109頁)と述べている。

れは、あまりにも過剰な刑事的コントロール<sup>69)</sup>になるという危険性を指摘する。これに対して、山口厚は次のように述べている。「共犯の因果性、正犯性及び過失を厳格に認定することによって、処罰範囲の不当な拡大を防ぐことは可能である」<sup>70)</sup>と。しかし、正犯性や過失の問題は、判断対象となる違法行為が確定した後の問題、すなわち帰責範囲が確定した後の問題であり、そして帰責範囲確定の問題は、結局のところ、因果性の認定の問題に帰着するので、ここでも因果性の限定が問題となる。そして、その問題は、平野龍一が指摘するように、「過失行為共働の形態は複雑で、その中には一方が他方の行為についてまで注意しなければならない場合と、他方に委せてしまってよい場合とがある」<sup>71)</sup>ことを因果性でもって説明できるか、という問題にもつながる。

例えば、自動車の欠陥部品により事故が多発していることが明らかな状況で、自動車メーカーのリコール担当の従業員が、回収活動をせずにその状況を放置した場合、因果的視点からみれば、欠陥部品を製造、販売する従業員も事故に対して因果的に寄与している以上、事故に対する共同責任を問われうることになる。そうすると、分業形態を採用するどの体制も、各構成員が有する本来の役割を越えて、因果的に連鎖する事象に責任を持たなければならないことになる。そして他方で、リコール担当の従業員は、事故に対して危険を創出したわけでもなく、因果的に寄与したわけでもない以上、因果的連鎖の枠組みからはずれ、責任を追及されえない、という不当な結論に至ることも考えられ得るのである。

したがって、このような過失の競合と過失の共働との区別を説明するに当たって、単に因果的惹起でもって共同正犯における「共同性」を説明できるのかが問われなければならない。それはまた、例えば、共謀して、Xが暴行を加え、Yが財物を持ち出したという強盗罪の事例の場合に、因果

---

69) 西田典之『刑法総論』（2006）359頁以下。

70) 山口・前掲註（58）359頁。

71) 平野・前掲註（54）395頁。

的視点から、XとYは強盗罪を成立させたという統一的視点が導き出されるかという問題にも波及する<sup>72)</sup>。

このように、いずれの立場とも、上記のような共同性の根拠を決定的なメルクマールとして説明するには、なお課題が残されており、したがって、その根拠とは別のメルクマールによって、不十分な点が補充されなければならない現状が浮かび上がっているといえる。

そしてさらに過失共働を論じるに当たって重要なのは、特に注目を浴びている現代型犯罪の一例である、企業の製品回収義務を怠った製造物責任やチーム医療による医療過誤である。前者の事例では、すでに述べたように、複数の構成員によって企業の意思決定がなされるという前提のもとで、各構成員が互いに意思疎通することなく製品回収の義務を怠ったために消費者に対して傷害等を負わせた場合、各構成員の行為はどのような構成により処理されるべきかが問題となる<sup>73)</sup>。この場合、共同性を主観的根拠に求めるならば、共同正犯は成立しないことになるが、1人で企業の意思決定をするならば、単独正犯として処罰されうるのに対し、複数人になると処罰できないという問題が生じるであろう。それに対して、共同性を因果性に求める見解でも、不作為の場合、因果性とは別の基準、すなわち共同義務の共同違反でもって責任範囲を確定するものの、その「共同義務」は因果性の基準とどのような関係に立つのか明らかにされないまま基礎づけられるという問題が残るであろう。

また、このような事例に付随して生じるのは、消費者に健康被害の恐れのある商品の回収を行なったとしても、回収措置を知らない、あるいは知っていても回収措置に応じないなどの理由により、小売商や消費者の手元に商品が残ったままであり、その商品から消費者に健康被害が出た場合の処理である<sup>74)</sup>。この場合、回収措置を講じた各構成員に関して、健康被

---

72) 松宮孝明『プチゼミ 刑法総論』(2006)100頁参照。

73) ドイツで問題となった「皮革スプレー事件」(BGHSt 37, 106.)がその一例である。

74) 松宮孝明「不作為犯」刑法41巻2号(2002)269頁以下参照。



害という結果に対する責任が問題となるが、従来の手法では解決が困難ではなかろうか。

近年、類似の事例として、リコール担当者らが自動車の欠陥部品の回収措置を講じなかったために、歩行者が走行中の大型車から脱輪したタイヤに直撃し死傷したという事例<sup>75)</sup>があり、単独正犯の問題として實際上扱われたが、この判断は議論の余地があろう。

他方で、チーム医療による医療過誤に関しても、例えば、複数の看護師および医師が、患者の同一性を確認せず、患者を取り違えたまま手術し傷害を負わせたという過失傷害の事例<sup>76)</sup>が実際に生じたが、このような複数の過失行為が、単独行為の集合体と評価されるか、あるいは、共同行為と評価されるかにより、結論が左右されるというべきであろう。

以上のような考察から、過失犯の共同正犯における「共同性」の規定のあり方は、論じ尽くされているとは言えず、これまでの議論をさらに展開させる必要があるといえよう。それゆえ、近年増加する分業化・組織化された過失犯をも射程に入れた過失犯の共同正犯論、とりわけ共同性の射程の問題は、大いに議論の余地のある課題であると思われる。

そこで、本稿は、以上のような問題意識から、わが国の刑法の淵源であるドイツの議論状況から示唆を得て、過失犯の共同正犯における「共同性」の規定のあり方を中心に、その根拠及び成立条件に検討を加えることとする。

次章以降の構成は、概ね以下の通りである。まず、第1章では、「共同正犯」という法形象を設定せず、共働現象を単独正犯に解消する見解が採

---

75) 横浜地判平成19年12月13日判タ1285号300頁。控訴審に関しては、東京高判平成21年2月2日公刊物未登載。

76) 最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁。本決定について、照沼亮介「チーム医療における過失の競合 Y市大病院患者取り替え事件」判例セレクト'07(2008)26頁、平山幹子「チーム医療と過失」『平成19年度重要判例解説』ジュリ1354号(2008)167頁以下、山本紘之「判批」新報114巻9=10号(2008)171頁以下、甲斐克則「医療事故と過失の競合 横浜市大患者取替え事件最高裁決定を契機をとして」刑事法ジャーナル12号(2008)53頁以下。なお、大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル3号(2006)15頁以下も参照。



り上げられる。そこでは、前提とされている共同性理論と単独正犯による具体的解決策を分析するとともに、その方法論の射程と限界が指摘される。第2章では、共働現象に対して「共同正犯」という法形象を基礎づける見解が採り上げられる。そこでは、ドイツの議論状況の考察を通じて、自然主義・心理主義的アプローチからの基礎づけでは、十分に根拠づけられないことが指摘され、規範主義的アプローチからの基礎づけへと変遷しつつあることが示唆される。そのうえで、第3章では、前章までの内容を踏まえ、共同性の根拠と成立条件の検討が行なわれ、そこで得られた結論が第4章で具体的事例に即して検証される。

## 第1章 過失犯の共同正犯否定説とその問題点

### 第1節 わが国における過失犯の共同正犯否定説の動向

過失犯の共同正犯は、故意犯の共同正犯と異なり、そもそも存否の問題から争われている。それでは、いかなる根拠をもって否定説が有力に主張されているのか。もっとも、過失犯の共同正犯を否定する見解は、戦前から現在に至るまで、一貫して同様の理解に基づき主張されているわけではない。それゆえ、否定説が「過失犯の共同正犯」の法形象を批判する際の前提の理解に注意しつつ、検討する必要がある。そこで、まず否定説の動向を分析することにする。

過失犯の共同正犯を否定する見解は、戦前から有力に主張されていたが、どのような「共同性」理論がそこにはあったのか。泉二新熊は次のように言う。各共同行為者が犯罪の一部を実行するにすぎないにもかかわらず、各自が独立して全体の結果に対して刑事責任を負う根拠は、「各犯人八意思共通ノ範囲内ニ於テハ相互ニ他人ノ行為ヲ利用シテ其意思ヲ遂行スルニ因ル」<sup>77)</sup>と。すなわち、共同正犯の決定的根拠は、犯罪の意思疎通にあっ

---

77) 泉二・前掲註(10)192頁。

た。それでは、何故に、かような主観的要素を求めたのか。泉二によれば、以下のように説明される。「共同行為ノ觀念ハ普通一般ノ觀察方法トシテ共同意思ノ存スル場合ニ之ヲ認ムルヲ通例トスルカ故ニ刑法ニ於テ此一般ノ觀念ニ從フヲ適當ナリトシ又共同正犯ヲシテ他ノ共犯ノ行為ノ結果ニ付テモ全責任ヲ負ハシムルノ根拠ハ共同意思ヲ以テ相互ニ利用者ト為リ又被利用者ト為リテ単一ノ事實ヲ發生セシムノ點ニ存スルモノト解ス可キモノナルカ故ニ共同意思ヲ度外視シテ共同正犯ヲ認ム可キ理由ナシ」<sup>78)</sup>と。そして、このような説明は、犯罪の意思疎通が共同正犯と同時犯との区別を前提とする限りで、共犯関係と擬制する刑法207条の解釈と整合するとしたのである。かような根拠により、共同正犯の成立には、客観的要素と主観的要素の両方が求められたわけである。

戦後まもなく、否定説は、目的的行為論の影響および共同意思主体説による説明をよりどころとして、より具体的に展開された。例えば、平場安治は、次のように、過失犯の共同正犯を認めることの不当性を指摘した。「例えば、甲・乙共同で工事を引き受け、それぞれ分擔して工事を完成したばあい、甲の分擔部分の不充分により建造物が崩壊して他人を殺傷したばあい、乙は無条件に過失の責任を負わしめられることになる。このような結果の不當なのはいうまでもない」<sup>79)</sup>と。もっとも、その批判の背景には、「ただ因果関係を共通にするという見界は、あまりに共同正犯を事實的・因果關係的に把えて単独正犯や同時犯の区別を明確化しえない」<sup>80)</sup>のであって、犯罪の意思連絡がなければ、共犯規定が無意味になるという事情があった<sup>81)</sup>。

このように、戦後初期までの議論を見れば、過失犯の共同正犯を否定す

78) 泉二新熊『日本刑法論上巻（総論）』（第45版・1939）672頁以下。

79) 平場・前掲註（41）120頁。

80) 平場・前掲註（41）121頁。

81) その他、瀧川幸辰『刑法講話』（1951）263頁以下、斉藤・前掲註（17）88頁以下、下村康正「過失犯の共同正犯と同時犯」警察研究46巻8号（1975）3頁以下参照。

る根拠が、「共同行為」という用語上の意味に基づく「共同意思に基づく共同遂行」の必要性から、過失犯における共同正犯の無限定性という懸念へと理論的に進展したといえよう。とりわけ注意しなければならぬのは、否定説が共同正犯と同時犯との差異を犯罪の意思疎通に求めざるを得ず、その結果、過失犯においては、共同正犯の存在を否定せざるを得なかったという事情の背景には、当時、まさに自然主義・心理主義的観点からの共同性理論が前提とされていた、ということである。

その後、過失犯の理論が進展し、目的的行為論の影響による、過失犯における実行行為の存在や過失犯＝注意義務違反を強調することにより、否定説は、規範的観点から、過失犯の共同正犯論、とりわけ「共同義務の共同違反」説に対して、次のように批判するようになった。

その先駆けとなった団藤重光は、過失犯の本質を「基準的態度からの逸脱」<sup>82)</sup>と理解したうえで、たとえ過失犯の共同正犯を「共同義務の共同違反」として構成しようとも、「故意犯の共同正犯と過失犯の『共同正犯』との構造的差異から考えて、刑法六〇条を後者にまで適用することは無理」<sup>83)</sup>であると主張した。

そしてさらには、過失犯の本質に着目し、同時犯へと解消する見解も主張されるようになった。例えば、高橋則夫は、「過失共同正犯の場合に『共同義務の共同違反』という限定原理が必要なのかは必ずしも明らかでない」だけでなく、共同義務の内容は、「ほとんどの場合、相互的な監督過失の同時犯に解消できるものである」<sup>84)</sup>として過失犯の共同正犯を否定的に捉え<sup>85)</sup>、過失犯の場合、「過失犯の行為主体の問題であり、過失犯の中核を結果回避義務と解する以上、過失行為の中核は不作為であるから、

---

82) 団藤・前掲註(47)73頁。

83) 団藤・前掲註(47)85頁。

84) 高橋・前掲註(65)352頁。

85) 類似の事例として、前田・前掲註(60)451頁以下。前田は、過失犯の共同正犯を理論的に可能としつつも、共同正犯を認定することの実益は小さいとする。

保障人的地位にあるか否かという行為主体の問題が、過失犯の正犯性の問題」<sup>86)</sup>であると主張した。

その他にも、過失犯の共同正犯を認めることによる処罰範囲の拡張を懸念する見解も主張されるようになった。例えば、井田良は、「共同者のそれぞれが結果について罪責を負い得る事例においては、他の共同者の不注意な行為から生じた結果も自己に帰属されるべき関係がなければならず、結局、それは、その人じしんが結果について過失正犯としての罪責を負い得る場合でなければならない」<sup>87)</sup>とし、「過失犯においては、発生結果との間に相当因果関係を肯定できる限り、他者の過失的行為を媒介としてその結果が発生したとしても、結果につき単独犯としての過失犯の罪責を問いうる」のであるから、「『構成要件の修正』は、およそ過失のないところに結果帰属を認めるものとならざるを得ない」<sup>88)</sup>と主張した。例えば、「2人のハンターXとYが、『よし撃とう』ということで同時に猟銃を撃った場合、Xは誤って人を狙って撃ってこれを殺害し、Yは正しく鹿を仕留めた」<sup>89)</sup>という場合、Yは「ただちに過失犯を認めるという不当な結論を導くことになってしまうおそれがある」<sup>90)</sup>と言うのである<sup>91)</sup>。

このように見てくると、戦後初期以降、過失犯は、自然主義・心理主義的観点から規範主義的観点へと理論的發展を遂げた一方で、「共同性」理論それ自体に関する理論的發展はそれに応じてはいなかったといえよう。もっとも、共同性理論を展開せずとも、過失犯では、因果的惹起から注意義務違反へと理論構成が変遷したことで、方法論として、「義務違反」という標語でもって共犯現象を単独正犯の問題として説明できるという流れ

---

86) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（2007）85頁。

87) 井田・前掲註（61）372頁以下。

88) 井田・前掲註（61）373頁。

89) 井田・前掲註（61）372頁。

90) 井田・前掲註（61）374頁註（31）。

91) その他、処罰範囲の拡張を懸念するものとして、曾根・前掲註（17）327頁以下、因果的共犯論の立場から、西田・前掲註（69）359頁以下。

が生まれた。このような背景事情が、過失犯の共同正犯が否定されるに至る根拠になりつつあるように思われる。

以上のように過失犯の共同正犯否定説を概観すれば、上記の否定説は、主として2つの立場に分けることができる<sup>92)</sup>。まず、第1の立場は、過失犯には共同正犯という法形象をそもそも見いだすことはできないとする見解<sup>93)</sup>であり、第2の立場は、過失犯の共同正犯という理論的構成の可否はともかく、その構成は、結論において単独正犯で解決した場合と実質的に異なることはない以上、共同正犯という法形象を用いる実益は乏しく、結局のところ、不要であるとする見解<sup>94)</sup>である。

このように否定説の動向を踏まえつつ、各々の立場を整理するならば、以下の問題が取り組むべき課題となろう。第1に、過失犯においては、共同正犯は理論的に存在し得ないのか、そして、過失犯の共同正犯は、わが国の共犯規定である刑法60条との関係でもっぱら想定されえないのかどうかという問題である。ここでは、過失犯の共同正犯を否定する理論的根拠の射程を検討し、共同正犯の認定の可能性を導き出す。

第2に、方法論として、共働現象を単独正犯の問題として処理する見解が、共犯の問題として処理する場合と比較して、同等の機能を有しうるのかどうかという問題である。ここでは、実際の適用の結果として、単独正犯構成がどの程度の射程を有するのかが重要となる。

---

92) ドイツの見解ではあるが、それ以外の立場として、Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 654f. この立場は、認識のある過失においてのみ、故意犯と同様に、正犯・共犯の区別が可能とするが、結局のところ、統一的正犯概念と同様の結論に至る。なお、過失犯の共同正犯を肯定するが、認識ある過失に限定する見解として、甲斐克則『責任原理と過失犯論』(2005) 193頁。

93) 瀧川・前掲註(34)228頁以下、団藤・前掲註(1) 393頁等。共同意思主体説から否定する立場として、草野・前掲註(17)「過失犯と共同正犯」97頁、齊藤・前掲註(17) 112頁、曾根・前掲註(17) 314頁等。ドイツでは Rolf Dietrich Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 72ff.; Hans-Ludwig Günther, Wer ist der Täter?, JuS 1988, S. 386; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Fn. 92), S. 676f., 679. usw.

94) 井田・前掲註(60) 476頁、前田・前掲註(60) 453頁等、西田・前掲註(60) 20頁等。

過失犯の共同正犯を否定するわが国の見解は、ドイツの議論から多大な影響を受けており、したがって、その法形象を否定する根拠においても共通するものがある。そこで、ドイツの議論も参照しながら、上記の検討課題に取り組むことにする<sup>95)</sup>。

## 第2節 わが国における過失犯の共同正犯否定説の理論的根拠の検討

まず、第1の課題、すなわち、過失犯の共同正犯の理論的可能性および当該法形象と刑法60条の関係について検討する。

わが国において、しばしば主張される過失犯の共同正犯を否定する根拠として、「共同の犯行決意」の欠如、つまり、共同の犯行計画に基づいた意識的かつ意欲的な共働の欠如が挙げられる<sup>96)</sup>。この見解は、共同正犯が成立するためには、共同性の根拠である「共同の犯行決意」がなければならぬとし、過失犯にはそのような決意はそもそも存在し得ないという理由で、過失犯の共同正犯の理論的可能性を否定するのである。

このような共同性理論は、戦前のドイツにおいてすでに唱えられていたものであり、ドイツの影響を受けた日本にも普及したものである。この立場によれば、共同正犯は以下のような定義で理解されている。すなわち、「共同正犯とは、意識的かつ意図的な共働による、1つの犯罪（Straftat）の共同遂行である」<sup>97)</sup>と。その結果、共同正犯の場合、「各関与者は、『対等なパートナー（gleichberechtigter Partner）』としての、共同の犯行決

---

95) なお、過失犯の共同正犯の可否と正犯概念との関係について、内海朋子「過失共同正犯論再考」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 刑事法』慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集（2008）1頁以下参照。

96) 例えば、瀧川・前掲註（34）229頁、小野・前掲註（35）4頁、団藤・前掲註（1）391頁以下。ドイツでは、Franz v. Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 24. Aufl., 1922, S. 222.; Max Ernst Mayer, Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrecht, 2. Aufl., 1923, S. 382.; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Fn. 92), S. 676f., 679.; Günther, a. a. O.(Fn. 93), S. 386.; Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2008, S. 323. usw.

97) Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Aufl., 2004, S. 185.

意(共同の犯行計画)および共同の構成要件実現(共同による犯行の実行)の共同の担い手である<sup>98)</sup>とするのである。このような理解を通じて、同時犯との区別は、複数人が独立して相互的に行なったか否か、言い換えれば「意識的かつ意図的な共働の有無」に求めている。それゆえ、共同性の根拠を「共同の犯行決意」に求める見解は、従来から主流になっている事実的側面の考察に基づいて共働現象を捉え、単独正犯と共同正犯との区別を「共同の犯行決意」という主観的要素に見出すという、自然主義・心理主義的観点に基づく共同性理論を前提としたものにほかならない。つまり、同時犯と共同正犯の区別は、危険の創出という点で共通している客観的側面において何ら差異が見出されず、当該結果を共同して実現させる意思が関与者間に存在したかどうかという事実的かつ主観的な側面に委ねられているのである。そして、このような理解に基づき、ドイツでも、例えば、M. E. マイヤーは、過失犯では、何かを一緒に行なうという意思は存在しうるが、当該結果に関する各関与者の個別の行為を統合する要素は存在し得ないため、共同正犯を十分に基礎づけないと主張したのである<sup>99)</sup>。

したがって、このような共同性理論を前提とするならば、高橋則夫が指摘するように、共同正犯の一部実行全部責任の法理から、仮に一緒に行動するという意思が関与者間に存在したとしても、その意思はもはや当該犯罪行為の規定にとって有用でない<sup>100)</sup>以上、過失犯の共同正犯は認められないのである。

しかしながら、問題となるのは、こうした自然主義・心理主義的アプローチによる共同性の理解が、刑法上の共同性の範囲を画する上で十分に機能しうるのかどうか、である。確かに、共同性の根拠を「共同の犯行決意」に求める見解に立つならば、犯罪的ではない意思は構成要件該当行為を確定する上で十分に機能しないことを理由として過失犯の共同正犯の法

---

98) Weesels/Beulke, a. a. O. (Fn. 97), S. 186.

99) M. E. Mayer, a.a.O. (Fn. 96), S. 382.

100) 高橋・前掲註(59)172頁。



形象を否定することは一貫しており、傾聴に値するものである。しかし、その前提となる共同性の理解は検討の余地がある。

まず、「共同の犯行決意」でもって行為者の対象行為を確定するという結果帰属の主観化は、一部実行の全部責任の法理を説明できるのか、というものである。例えば、XとYがそれぞれ、共同の犯行計画に基づき、被害者に発砲したところ、被害者はどちらかの銃弾に当たり、死亡した場合、銃弾を当てなかった者に対する結果帰属の説明は、銃弾を当てなかった者が他方の犯行計画を認識していたかどうかという基準を通じて行なわれることになる。というのも、その認識の有無によって同時犯か共同正犯かが左右されるからである。

それでは、結果帰属の対象範囲が他者の行為を認識することに委ねられる根拠はいかなるものなのか。加えて、犯罪の意思疎通によって、なぜ他者の犯行寄与が行為者自身の犯行寄与として帰属されるのか。例えば、高橋則夫によれば、「共同正犯の処罰根拠は、意思疎通に基づく犯罪実現における各人の行為の地位・役割の重要性によって、一部分担の行為にもかかわらず相互的に行為が帰属され、全体の責任を負う点に存する」のであり、「事前に結果を認識していなければ、各共同者は全体における自己の地位・役割を把握」できず、また、共同正犯における相互利用・相互補充関係の存在は、「それによって犯意が強化され、結果が増大されるという故意犯にのみ意味」<sup>101)</sup>があるという。他方で、いわゆる「一部実行の全部責任」の根拠を因果的視点から次のように説明する見解もある<sup>102)</sup>。

101) 高橋・前掲註(59)172頁。

102) その他、北川佳世子「我が国における過失共同正犯の議論と今後の課題」刑法38巻1号(1998)47頁以下。北川は、「共同正犯は、単なる個人的行為の因果性の集積ではなく、個人が心理的にも物理的にも相互に利用・補充し合うことによって、まさに個別行為の集積を越えた結果を発生させるものであるからこそ、各共同正犯者には全体の責任が課せられる」と解しつつ、一部実行の全部責任の根拠を結果に対する因果性に求める立場から、「共同正犯者間の意思の連絡に外部的な実行行為の一部としても評価し得るほどの因果的影響力の強い程度のも」が必要であり、「明確に犯罪を犯そうという強い意思の連絡がなければ結果発生の危険性を高めるものではない」とした上で、「過失のようなお互い



すなわち、共同正犯者が、各自により引き起こした結果のみならず、他の共同者が引き起こした結果についても正犯としての刑事責任が問われるのは、他の共同者による因果関係の補充ないし拡張が認められ、そして、「それは、共同正犯者全員による、犯罪を行おうとする合意（共同実行の意思）ないし共謀に基づいて行なわれた各人の行為は、全員に帰せられてよい」<sup>103)</sup>という考えに基づくというのである。

しかしながら、例えば、人をイノシシと間違えて2人の若者が協力して同時に発砲した場合と、人と認識して2人の若者が協力して同時に発砲した場合とで、相互利用・相互補充関係はどの点において相違が存在するのであろうか。伊東研祐が指摘するように、「協力の性質や計画の具体度及び詳細度も共働者の関係や具体的状況等に抛り変わり得るものの、織り込んで採られた計画が故に（計画がない或いは別の可能的計画の場合に比して）客観的に結果発生の可能性のより高い行為に出たということはあり得る」<sup>104)</sup>のである。しかも、因果性の問題として捉えれば、なおさら心理的促進は過失犯においても十分にあり得る。

いずれにせよ、他者の犯行寄与までも各関与者に帰属してよいという正当化根拠が「犯行の意思疎通」にあることはいまだ説明されていない。結局のところ、故意は過失と同一のものではないと指摘しているにすぎず、共同の犯行決意が共同正犯における相互利用・相互補充関係にとって不可欠なメルクマールであるとの根拠づけは、いまだ成功していないと思われる<sup>105)</sup>。すなわち、この見解は、内田が指摘するように、「積極的に違法な行為をしようという『実現意思の共同および一部分担意思の共同』がなけ

---

に不注意を助長し合うという程度のものでは、刑法上問題にし得るほどの心理的因果性を認めることはできない」（前掲53頁）という理由から、過失犯の共同正犯は否定されると結論づける。

103) 井田・前掲註(60)461頁。

104) 伊東・前掲註(4)63頁。

105) さらに、伊東・前掲註(4)62頁以下、山口厚『問題探究刑法総論』(1998)266頁以下など参照。

ればなぜ『違法な結果の実現』ありという帰責ができないのか<sup>106)</sup>という問題に対して十分に詰められていないのである。

もっとも、そもそも刑法上の共同性を各行為者の事実的な内面的要素に委ねることは、いわば刑事不法の範囲が行為者の事実的意思によって規定されることを意味する以上、「刑法における帰属は、事実上の『意思と作用の関係』に制限される」こととなるが、そのような帰属は、過失犯や不作為犯との関係では、行為者の主観的意思に基づき、法規範に反したかどうかを問うことはできない<sup>107)</sup>。それゆえ、各関与者の共同犯罪を内容とする意思、すなわち、犯罪を共働するという心理的事実を共同性の決定的根拠とすること自体が、方法論として確立されたとはいいい難く、結論の先取りという感は否めない。むしろ、別の視点から共働現象を把握し、共同性の根拠を見いだすことが必要であると考えべきではなからうか。

それでは、過失犯の共同正犯の承認は法律上の規定に反しないと解釈できるであろうか。わが国の刑法60条には「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定されている。この文言に故意犯の共同正犯とともに過失犯の共同正犯も含みうるかが問題となる。

この問題に関して、例えば、浅田和茂は、理論的に過失共犯の存在を認めながらも、次のように言う。「現行法が過失の共同正犯を肯定するものであるとすることには、疑問がある。38条1項が60条以下の規定にも適用されるとすれば、『特別な規定』がない以上、過失犯を処罰することはできないからである<sup>108)</sup>」と。また一方で、西田典之は、因果的共犯論に基づき、過失共犯を理解するならば、「過失の共同正犯を認める以上は過失による教唆、幫助を否定する論理的根拠はないというべき」であり、「『共同義務の共同違反』という要件も、過失共犯論から論理的に導かれるもの

---

106) 内田・前掲註(42)37頁註(2)。

107) Heiko Hartmut Lesch, *Gemeinsamer Tatenschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, JA 2000, S. 74ff.

108) 浅田和茂『刑法総論』(補正版・2007)426頁。なお、浅田・同書427頁註(43)参照。

ではなく、単なる外在的制約にすぎない<sup>109)</sup>として、過失犯の共同正犯だけが処罰されて狭義の共犯は処罰されないという結論を疑問視する<sup>110)</sup>。

他方で、因果的共犯論から過失共犯を理解しない立場からも、故意犯の共同正犯と過失犯の共同正犯の構造的差異に着目し<sup>111)</sup>、あるいは故意犯と過失犯における行為規範の相違に着目する<sup>112)</sup>ことで、刑法60条には過失犯の共同正犯は含まれないと唱える見解もある。

このように、明文のない過失共同正犯の処罰を正当化しえないとする見解、及び、過失犯の共同正犯だけが処罰されて狭義の共犯は処罰されない根拠を問う見解が主張されている。

---

109) 西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法27巻1号(1987)151頁。

110) 西田・前掲註(69)357頁。

111) 団藤・前掲註(47)80頁以下、同・前掲註(1)393頁。団藤は、過失犯の共同正犯を刑法60条にまで適用できない理由として、「第一に、意識的行為の共同が不必要かつ無意味である以上、たまたま、意識的行為の共同をとまなうような事案だけについて第六〇条の適用をみとめることになると、意識的行為の共同をとまなわない共同過失の事案とのあいだにあきらかに不均衡を生じる。第二に、より根本的に、義務違反の人格態度が意識下の領域における人格主体による統制の問題であるだけに、共同義務違反の人格態度の共同ということがはたしてありうるのか、また、あるとしても、どのようなばあいにおいてであるのかは、さしあたり不明である」(同・前掲註(47)85頁)ことを挙げる。ここでは、さしあたり、共同正犯論との関係でいえば、団藤の前提とされる「共同性」は、故意犯の場合、すでにのべた自然主義・心理主義的視点に基づいており、過失犯の場合、「基準的態度からの逸脱」という規範的視点から考慮されている。このように考えれば、故意犯と過失犯との間に「共同性」の性質が異なることは自明であるが、問題は、なぜに故意犯と過失犯とでアプローチが異ならなければならないのかである。なお、二元的正犯体系に関して、安達光治「客観的帰属論 犯罪体系論という視点から」川端博ほか編『理論刑法学の探究』(2008)45頁以下参照。

112) 高橋・前掲註(86)83頁以下。高橋は、過失犯の場合、「行為規範は、事前の禁止規範・命令規範として、『危殆化禁止』をその内容とするもの」であり、「故意犯の場合は、構成要件の結果を意図していることから、『他人の死を惹起するな』という規範は、行為規範性を有することになるのに対して、過失犯の場合は、構成要件の結果を意図していないがゆえに、この規範は何ら行為規範性を持たない」(同・前掲註(86)78頁以下)というのである。もっとも、既遂を原則とする現行法では、このような理解が整合するかどうかは疑問であるが、共同正犯が処罰拡張事由とするならばともかく、そうでないならば、過失犯においても共同正犯の可能性はありうると思われる。

しかしながら、過失犯の共同正犯は、過失正犯の処罰規定が設けられている場合にのみ刑法60条を介して処罰されると解する余地があると思われる<sup>113)</sup>。すなわち、共同正犯は単独正犯と並ぶ正犯（Täterschaft）であり、その限りで、教唆犯・幫助犯は、処罰拡張事由としての共犯（Teilnahme）と解するのである<sup>114)</sup>。

もっとも、これに対して、単独正犯と共同正犯との間には性質が異なる、あるいは共同正犯は単独正犯と異なって刑法60条を適用してはじめて成立する以上、同列に扱うことに無理があるという批判が考えられよう。確かに、事実的側面から捉えた場合、共同正犯に関しては、単独正犯における行為者よりも1人当たりの果たす役割が少ない場合が多く、単独正犯と共同正犯との共通点は見出しがたい。しかしながら、例えば、母親が幼い子供に窃盗させたような間接正犯の事例を想定すればわかるように、母親はすべての事柄を実行しているわけではないにもかかわらず、正犯である。他方で、ある成人Xが同僚Yに窃盗を唆した場合、事実的観点から見れば、先の事例と同様であるが、通常、Xは教唆犯として、Yは正犯として責任を問われるであろう。

そうであるならば、もはや事実的側面から捉えた貢献度の相違は問題とならず、むしろ具体的な事案を規範的観点から見た際の、問われるべき主体の確定が決定的であって、その構成要件該当結果への形成量の程度は正

113) 内藤謙『刑法総論下』(2002)1381頁。もっとも、内藤は過失犯の共同正犯が処罰される根拠を、実行行為に求めている。なお、過失による狭義の共犯に関しては、松宮孝明が述べるように、「刑法38条1項からみて過失犯処罰は例外である上、教唆・幫助の処罰もまた、本来の犯罪である『正犯』からの処罰の拡張である」(松宮孝明「過失犯の正犯・共犯」中山研一ほか『レヴィジオン刑法1共犯論』(1997)57頁)以上、特別規定が存在しない限り処罰されず、また、処罰の必要性は乏しいと思われる。なお、刑法61条及び62条の文言には過失を含みえないという理由で不可罰とする見解として、井田・前掲註(61)375頁以下および379頁、内海・前掲註(53)37頁、前田・前掲註(60)450頁。反対に、過失による狭義の共犯の処罰を肯定する見解として、佐伯・前掲註(2)332頁、内田文昭『改訂刑法（総論）』（補正版・1997）309頁以下等。なお、松生光正＝森永真綱「過失と共犯」刑法40巻2号(2001)126頁以下も参照。

114) M・E・Mayer, a. a. O. (Fn. 96), S. 380.

犯・共犯の区別問題を左右するにすぎない二次の問題であると思われる。その結果、当該結果に対して責任が問われるべき主体において、単独正犯の場合、主体は1人しかいない以上、正犯として扱われるのに対し、(広義の)共犯の場合、相対的に主要な役割を果たした者が(共同)正犯として扱われることになる。

このように考えれば、単独で実行したかあるいは複数人で実行したか、および共同行為者が単独行為者と事実的に同じ働きをしたかどうかは、正犯の問題にとって重要なことではない。それゆえ、当該結果に対する答責性という観点では単独正犯も共同正犯も異ならず、加えて、両者とも重要な役割を果たしたという意味での1次的主体<sup>115)</sup>であるという共通項が存在することから、両者とも同様に正犯として解することができるのである<sup>116)</sup>。

このように解すれば、刑法60条は、少なくとも確認規定にとどまるが、正犯規定を原則とする現行法のもとでは、狭義の共犯規定である刑法61条や62条は、処罰するための特別規定となる。その結果、例えば、過失致死罪の共同正犯の場合、共同正犯は正犯であるという確認規定の刑法60条と過失の正犯規定である刑法210条により処罰され、狭義の共犯の場合には、210条とは別の狭義の共犯に対応する特別規定が存在しないという理由により、不可罰とすることは可能なのである。

以上のような構成により、明文規定がないことを理由として、過失犯の共同正犯は処罰されないとする批判を回避できると同時に、過失犯の共同

---

115) なお、山口厚は、「1次的責任」類型が正犯を前提としない非従属的な遂行形態であり、「2次的責任」類型が従属的な遂行形態であると理解する(山口・前掲註(58)293頁)。

116) もっとも、山口は、共同正犯を処罰拡張事由であるとしつつ、過失犯の共同正犯だけが処罰されるとしている(山口・前掲註(58)291および355頁以下)。その理由として、刑法60条に過失犯処罰規定が適用されないという明示規定がないことを挙げている(山口・前掲註(58)274頁)が、処罰拡張事由である共同正犯を単独正犯と並ぶ正犯であると解するには無理があるように思われる。というのも、たとえ狭義の共犯と区別可能であるとしても、正犯との関係では、共同正犯は処罰拡張関係にあるからである。さらに反対に、過失による狭義の共犯の不可罰を根拠づけることは解釈論上困難になろう。

正犯のみを処罰可能とすることができよう。

このように見てくると、過失犯の共同正犯を理論的に否定する根拠は、過失犯の共同正犯という法形象を完全に否定できる程度のものではないと思われる<sup>117)</sup>。

それでは、共同正犯という法形象を用いず、単独正犯的構成でもって解決しようとする見解が過失による共働現象をどのように把握するのか。第2の検討課題を解決すべく、ドイツの議論を参考にして、その解決策の射程と限界を明らかにする。

### 第3節 ドイツにおける共働現象の単独正犯的構成

#### 第1款 因果性に基づく統一的正犯論 自然主義的アプローチ

まず、過失犯における共働現象を単独正犯として捉える見解として、因果性に基づく統一的正犯論が挙げられる<sup>118)</sup>。この見解の特徴は、因果性を刑法上の帰属の基軸とし、結果を惹起する条件を注意違反によって設定することで責任が問われ、他の原因が結果を共に惹起したかどうかを問わないことにある。それゆえ、この見解に従えば、過失犯では、あらゆる結果の条件は同価値であるという等価説、あるいは社会生活上の経験からみてその行為からその結果が発生することが通常である場合に因果関係が認められるとする相当説のいずれに因果性の判断を求めようとも、因果的寄与によって過失正犯が根拠づけられ、関与類型は存在しないことになる。

したがって、過失犯における共働現象においても、結果に対して因果的かつ義務違反的な各行為者自身の態様が（単独）正犯として帰属され、その場合には各行為者においてそれぞれ構成要件が充足されなければならない

---

117) なお、ドイツにおける否定説に関しては、vgl. auch Erik Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 86ff.; Daniel Häring, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 78ff.

118) Vgl. Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 1939, S. 538f., in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 160.

い<sup>119)</sup>。

それでは、統一的正犯解決で乗り切ろうとする共働現象の説明は、どのような仕組みを通じて試みられるのであろうか。これに関して興味深いのは、ギンターによる説明である。ギンターは、統一的正犯論に基づき、次のような事例を説明する。

XとYがそれぞれオートバイに乗り、道路上にて速度超過で並行しながら競争したところ、見通せない急カーブを曲がったときに、両者のうちのいずれかが道路を横切っていた子供を撥ねて死亡させたが、Xが被害者を死亡させたか、あるいはYが死亡させたかは明らかにならなかった。

この事例において、ギンターは、択一的認定によって、一方の者はオートバイで直接的に被害者の死を惹起し、他方の者は競争への関与によって、子供の死を等価説の意味において惹起したのであり、それゆえ両者は処罰されるというのである<sup>120)</sup>。

問題となるのは、被害者をオートバイで轢き殺さなかった者の責任の根拠である。この点に関して、ギンターは次のように述べる。すなわち、単独では、危険な競争はなく、結果も発生しなかったという意味で「惹起」があったのであり、また、競争の最中、かなり速いスピードで並走して、見通せないカーブを曲がったことが客観的にも主観的にも注意違反であった<sup>121)</sup>、と。このような事情から、被害者を轢き殺さなかった者は、その行為者自身の義務違反に基づき、被害者の死をもたらした競争への関与に責任を負わなければならないというのである。このようにして、被害者の死を招いた競争に対する行為者自身の積極的な(aktiven)関与に不法非難の重点があるとするのである<sup>122)</sup>。

もっとも、このような説明に対して説得力のある批判をするのはクラー

---

119) Günther, a. a. O. (Fn. 93), S. 386.

120) Günther, a. a. O. (Fn. 93), S. 387.

121) Günther, a. a. O. (Fn. 93), S. 387.

122) Günther, a. a. O. (Fn. 93), S. 387, Anm. 11.



ツである。クラーツは、次のように指摘する。「競争への参加に対する惹起行為（事故）という過失非難の前倒し（Vorverlagerung）でもって、最終的に、負責は、どのようなものであるかにかかわらず、あらゆる共同の行為計画へと結びつけられている」<sup>123)</sup>と。そして、このような構成は、両者の処罰可能性を導くために、「等価説の弱点」、つまり「無限への遡及（regressus ad infinitum）」を意識的に利用することで過失非難の前倒しを可能とさせるものである<sup>124)</sup>というのである。そうであるならば、実際には、因果的惹起に基づく単独正犯構成は、裏から共犯現象を処罰可能とする代わりに、恣意的な処罰範囲の拡張という代償を払うという結果を招いているように思われる。

もっとも、仮に上記の手法を前提とするとしても、まさに個々人の因果関係が不明な事例の処理が、この統一的正犯論にとって致命的な欠陥となって現れる。そこで、着目すべきなのは、スイスで起きた転石事件（Felsbrockenfall）<sup>125)</sup>に対する因果的統一的正犯論の説明である。事案は次のようなものである。

AとBは、斜面を使って岩塊を下に転がすことを決め、その際、Aの提案により、斜面の下に人がいるかどうかを確かめるために、Bは全体を見渡せない位置から下へ向かって叫んだ。反応がないことを確認した上で、AとBはそれぞれ岩塊を1つずつ斜面に転がしたところ、被害者はその岩塊が命中したことによって死亡した。もっとも、両者のうち、どちらの転がした岩塊によって結果が発生したかは不明であった。

---

123) Kraatz, a. a. O. (Fn. 117), S. 105.

124) Kraatz, a. a. O. (Fn. 117), S. 105.

125) BGE 113 , 58. 本件に関して、スイス連邦裁判所は、「個別の寄与が構成要件該当結果に因果的であるかどうかは問われうるのではなく、共同で決意した全体行為とその生じた結果との因果関係が肯定されうるかどうかは問われうる」として、両被告人に過失致死罪の有罪判決を下した。もっとも、同裁判所が共同正犯として構成したか、あるいは同時犯として構成したかは、明らかではない。なお、阿部純二「過失の共同正犯」莊子古稀『刑事法の思想と理論』（1991）175頁以下参照。



このような事案を因果的惹起でもって説明するのがロクシンである。ロクシンは、「一方の者が他者の行為によって作出された危険を『共に設定 (mitsetzt) する』ならば、彼もまた他者による転石を共に惹起したのであり、その結果、それによって惹起された死の結果もまた彼に帰属される」<sup>126)</sup>とし、同時犯とするのである<sup>127)</sup>。これに対して、レンツィコフスキーは、次のように批判する。被害者の死へと至る「因果的プロセスの説明は、当たらなかった石を含んでいない。むしろ、他者の行為によって設定された危険だけが実現されたにすぎない」<sup>128)</sup>と。レンツィコフスキーの言うように、ロクシンの見解では、命中しなかった岩塊を転がした者がどの点で結果を惹起したのかが不明であることに加え、両者とも結果を惹起したといえることがそもそも明らかになってはいない<sup>129)</sup>。もっとも、

126) Claus Roxin, Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. I, 11. Aufl., 1993, § 25, Rn. 221.

127) もっとも、現在、ロクシンは、過失犯にも共同正犯の成立の余地があるとしている。

Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, S. 96f.

128) Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 285.

129) Vgl. auch Ernst-Joachim Lampe, Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106, 1994, S. 693.; Walter Gropp, Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung-miteinander oder nebeneinander Überlegungen zur so genannten »fahrlässige Mittäterschaft«, GA 2009, S. 277. なお、グロップは、過失犯における共働事例を以下のように解決する。すなわち、過失犯の場合、「共働による危険の創出ないし増加が客観的にも主観的にも共働者にとって認識可能であることが必要」とした上で、共働者が共同で (gemeinschaftlich) 行なう必要はなく、協同で (miteinander) 行なうことで足りるとし、その際、「結果が(確実性に接する蓋然性でもって (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)) 脱落することなしに、協同行為による危険の創出ないし増加がないと考えられえない、あるいは協同的不作為の場合、必要な作為がないと考えられえない場合」に因果関係が肯定されるとし、各人は、過失同時犯であるとする (a. a. O. S. 274ff.)。それに対して、同時的にかつ認識なしの相互な共働 (Mitwirkung nebeneinander und ohne Wissen voneinander) による危険創出ないし増加の場合、このような形態も同時犯の問題として扱われるが、一方の行為者だけが結果を惹起しえた場合、その主体が解明されないならば、両者は無罪となるとする (a. a. O. S. 277ff.)。例えば、転石事件のような事例では、両被告人の危険増加は、他者によって引き起こされた結果の正犯へと導く心的な結びつきが欠如している以上、協同者に基づく者ではなく、偶然的同時者 (zufällige Nebeneinander) によるものであり、因果関係が判明しない以上、無罪であるとするのである。

もっとも、このような解決は、とりわけ協同行為に関して、意識的協同による危険創

この点に関して、シュトラテテンヴェルト＝クーレンの言うように、両者の他者の犯行決意に対する心理的共働に着目し、各人はこの手段に基づき、結果に対して責任を負いうるという手法も考えられよう<sup>130)</sup>。しかし、このような構成に従えば、非難の対象が前倒しになることに加え、ヴァイサーもいうように、関与者らのうちの誰が被害をもたらす投下を行なったかが確定している場合でも、同じ結論が導き出されなければならないことになるが、ある関与者が他の関与者を自己の行為を通じて彼の行為を強化し、正犯を根拠づける結果の条件を設定する以上、彼もまた単独正犯として、別の関与者の投下によって引き起こされた結果に対して責任を負うとするならば、実態にそぐわない結論も考えられるのである<sup>131)</sup>。というのも、他者と何かをする場合、常に他者の行為に対して責任を負う理由はないからである。他方で、心理的促進の限界を考えた場合、「例えば、関与者が犯行現場にいることが必要なのか、あるいは、関与者が投石者を連れてくる際、投石が娯楽であって、後にその投石者だけが現場で石を転がすことを考えていただけで、正犯の認定に十分であるのか」<sup>132)</sup>。これらの例からも明らかのように、因果的統一的正犯論に依拠しつつ結果帰属の限界を導き出すのは、まさに困難となる。

そしてさらに、心理的促進という構成は、故意犯における心理的補助の問題と同様に、直接的に結果を惹起した行為を「単なる因果的要因」として取り扱うことができないため、心理的促進自体がもはや物理的な意味における事実的促進の事柄に解消できないのである。それゆえ、共犯の特異性、すなわち行為者間の相互的關係を否定する因果的統一的正犯論は、心理的促進という構成を採用し得ないのである。その結果、単独正犯として

---

出および増加に着目しつつ同時犯とすることで過失犯を危険犯へと転換しうる点および作為犯と不作為犯における因果関係の整合性の点で、問題を孕むものといえよう。

130) Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, S. 391.

131) Bettina Weißer, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, S. 235.

132) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 235.

のみ理解される以上、心理的促進者にとって、自己答責的な媒介者による直接に結果を惹起する行為は少なくとも結果の帰責を妨げる要因にすぎず、構成要件該当結果の帰責は大いに妨げられうるのである。

したがって、因果的統一正犯論は、個別的洞察のゆえに、各行為者の因果関係が不明である事例に対して機能しないのである。そうであるならば、因果的惹起と基本とした単独正犯構成に従う限りでは、どのような事情があろうとも、プッペが指摘するように、因果関係が不明であることを根拠として、両被告人は無罪にしなければならないと思われる<sup>133)</sup>。

他方、因果的惹起に基づく単独正犯構成の一連の主張は、とりわけ不作為犯の領域において制限される。まさに皮革スプレー事件で問題になった取締役らの処罰を極めて困難にする。というのも、個々の取締役の不作為が他者の不作為を促進したという理由によって、過失による正犯として処罰されると構成するのは、まず考えられないからである<sup>134)</sup>。そうであるならば、ドイツ刑法13条で設けられている不作為犯の規定がないわが国では、一般に、不作為犯における共働現象の説明は、かなり限られることになる。この著しい制限は、レンツィコフスキーが指摘するように、「付加的共同正犯」<sup>135)</sup>や「択一的共同正犯」<sup>136)</sup>といった事例に対しても同様に妥当し<sup>137)</sup>、因果的惹起による単独正犯構成は非常にアンバランスな結果を招くのである。

このように、帰責判断を因果的思考に委ね、あくまで結果と個々人の行為との関係を問うことを前提とする以上、因果性に基づく統一的正犯論は、共働現象に対して限定的にしか機能しないのである。

---

133) Ingeborg Puppe, *Wider die fahrlässige Mittäterschaft*, GA 2004, S. 129.

134) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 235.

135) 「付加的共同正犯」とは、例えば、複数の暗殺者が取り決めに応じて同時に被害者を射殺した場合、目的を達しない者にも共同正犯の条文が適用される場合を指す。

136) 「択一的共同正犯」とは、例えば、計画通りにAとBがある被害者を射殺するために、被害者のよく出没する場所にそれぞれ赴き、待ち伏せしてAが被害者を射殺した場合、目的を達しないBもまた共同正犯の条文が適用される場合を指す。

137) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 286f.

もっとも、この見解には、共同性を考える上で留意すべき点がある。それは、この統一的正犯論の基礎となっている帰属型式の発想である。例えば、プッペは、過失犯では、「許されない危険に対する様々な因果的寄与の間の区別は、価値的には存在しない」<sup>138)</sup>、つまり、「侵害過程に許されない危険が実現されるならば、注意違反で振舞う各人は、すでに単独でその危険を措定し、それによってすでに結果帰属を根拠づける」<sup>139)</sup> であり、過失犯における正犯と共犯の区別は記述的にも不可能であり規範的にも正当ではないと述べる。

ここで注目すべきなのは、過失犯の領域では、関与の仕方や程度に相違はあるものの、結果に対する答責性という視点から、質的差異が設けられていないということである。このことを共同性の議論に還元するならば、ドイツでは一般に正犯と共犯の間では質的差異が存在することが前提となっている<sup>140)</sup>。しかしながら、構成要件の実現に対する答責性という観点に着目すれば、正犯と共犯の区別は全く関係のない事柄になるということがいえる<sup>141)</sup>。つまり、正犯として扱われようとも、あるいは共犯として扱われようとも、両者とも、関与の仕方が異なっているとはいえ、許されない危険を創出し結果の帰属がなされるという点で共通しているのである。したがって、正犯と共犯との相違は、構成要件該当結果に対する形成量のみであることに帰着することになる。

このような考え方は、共犯論を論じる際に、正犯か共犯かの区別を前提とした共同性の議論を展開するのではなく、むしろ、「当該構成要件該当結果は誰の仕業か」という帰属問題が重要であって、正犯と共犯の区別の問題は二の次として検討されるべきであるという構想への重要な示唆であるように思われる。

---

138) Ingeborg Puppe, Nomos Kommentar zum StGB, Bd. I, 5 Lfg., 1998, vor § 13 Rn. 161.

139) Puppe, a. a. O. (Fn. 138), vor § 13 Rn. 163.

140) Z. B. Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 127ff.; Harro Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in: Festschrift für G. Spindel, 1992, S. 271f., 276f.

141) Alex van Weezel, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 124.

第2款 因果性に基づく統一的正犯論 因果関係の再構成

それに対して、上述した統一的正犯論を維持しつつも、因果関係を再構成することによって共働現象の解決を図るのがプッペである<sup>142)</sup>。

プッペは、委員会決議の問題を含む多重的因果関係(重疊的因果関係や択一的因果関係とも呼ばれる)の事例のような場合に、複数の行為者は結果の十分条件に必要な寄与をそれぞれ果たしたにもかかわらず、自身の寄与なしでも結果が発生したであろうという抗弁でもって責任を免れうるという結論を問題視する。そして、結果惹起にとって不可欠な条件だけが個別の原因と見なされうような条件公式に代わって合法則的条件を適用すべきであるというのである<sup>143)</sup>。

それによれば、「ある行為がおそらく(möglicherweise)複数の行為によって充足された、一般ルールによる十分条件の必要的構成要素であるならば、その行為はすでに個別の原因として十分としなければならない」<sup>144)</sup>、すなわち、「個々の原因は一般的経験法則に基づいた十分かつ真の条件の必要的構成要素だけである」<sup>145)</sup>ということになる。適用可能な因果法則ないし日常理論的な経験則が十分条件の対象を規定し、十分条件と理解されるものは、論理的根拠から、具体的叙述を要する<sup>146)</sup>。その際、その条件は、不要な構成要素を含んではならず、したがって、自然法則に基づいた十分最小条件の必要的構成要素が問題とされなければならない<sup>147)</sup>。そして、複数の原因の因果関係を示しうるためには、この複数の代表される原因の1つごとに存在する複数の結果の十分条件が定式化されなければならない。

このような理解のもとで、因果経過に人の態度が存在する場合、因果的

---

142) なお、プッペの理論およびその批判に関して、前嶋匠「企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係(一)」関法第54巻4号(2004)136頁以下も参照。

143) Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 137f.

144) Ingeborg Puppe, Anmerkung zur BGHSt 37, 106, JR 1992, S. 32.

145) Ingeborg Puppe, Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2005, Vor § 13 Rn. 103.

146) Puppe, a. a. O. (Fn. 145), Vor § 13 Rn. 104.

147) Puppe, a. a. O. (Fn. 145), Vor § 13 Rn. 104.

説明からこの事実を削除するならば、結果の因果的説明は一般法則に従えば有効のままであるかどうか、あるいはその結果の因果的説明は一貫しなくなるかどうかを検討されるべきであるというのである<sup>148)</sup>。

そして、必要以上の票を得て決議された委員会決議のケースも、多重の因果関係の事例であるとし、単独正犯の問題として、合法則的条件の適用によって解決されるというのである。

例えば、5人から成る委員会が設置され、過半数で決議されるという規則のもとで、実際には、全員一致の賛成で採決された場合、プッペは、各構成員の因果関係を次のように説明する<sup>149)</sup>。

個々人の票を任意の2人の票と合わせると、賛成の3票という結果（決議）に対する最小条件が見出される。その最小条件である3票が脱落することなしに、その検討されるべき構成員の票は取り除かれえないという結果に至る。その際、残りの2人が同様に賛成票を投じたという事実は不要の事実として扱われ、言及されない。このことを残りの構成員に対しても同様に行なうと、同じ結果になる。したがって、各構成員には因果関係が確認されるというのである。

他方、複数の構成員が必要な委員会決議を怠ったという不作為事例の場合、不作為の因果関係の問題は、行為者が不作為であったという事実と他の事実とともに結果が阻止されないことに対して十分条件であるかどうかの問題となり、複数の関与者が活動せず、結果の回避が望まれない場合、十分条件がすでに作為義務の発生前に確実に確定している限りで、因果関係の問題ではなく、保障人的義務の免除が問題となるとする<sup>150)</sup>。

このようにして、プッペは、合法則的条件理論に従えば因果関係を認める以上、過失犯の共同正犯という法形象の必要性は皆無であるというのである。

---

148) Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 138.

149) Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 139. Vgl. auch Puppe, a.a.O. (Fn. 145), Vor § 13 Rn. 107.

150) Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 143ff.

しかしながら、問題は、過剰に条件づけられた結果の事例に重疊的因果関係の論理を援用することができる根拠である。具体的に言えば、クナウアーが述べるように、「4人の取締役が全員一致で決議する場合に、常に、必要な数に十分な原因の複合体(Ursachenkomplexe)が調べられ、その他の票は考慮に入れてはならないことが確認されると、余分な(überschießenden)票の問題は、簡単に一掃され」、「それぞれの個別の原因は因果的であったということが、簡単に前提とされている。しかし、まさに、なぜこの原因の複合体は考察され、他の原因は考察されないのかは、明らかではないのである」<sup>151)</sup>。

さらに、ブッペが主張する合法則的条件理論を前提としたとしても、ヴァイサーが指摘するように、各行為者の答責性の範囲は考慮されなければならない<sup>152)</sup>。そうすると、ブッペの見解に従えば、欠陥商品の回収に関する決議において、反対票を投じた者がたとえ賛成票を投じたとしても、他者の反対票でもって決議が採択される見込みがあったならば、欠陥商品を回収すべき立場にありながら回収しなかったことに関して単独正犯として構成する以上、他者の行為は帰責の障害事由にすぎず、しかも各構成員は単独で結果(決議)を覆すことが不可能であることをも考慮すれば、単独正犯としての結果の帰責は困難となる。とりわけ、過剰に条件づけられた委員会決議の問題は、そうした事例の1つであるように思われる。このことは、結果を回避するために必要な委員会決議を行なわなかった場合、例えば欠陥商品の回収決定を怠った場合にも当てはまる。

むしろ、共働事例を考える上で重要なのは、因果関係の起点が単なる作為・不作為ではなく、当該結果を回避すべき義務者的地位にあった者の行為であるということである。というのも、先の委員会決議の事例において、反対票が投じられた場合でも、それにより決議の定足数が充たされる場合には反対票に因果力があつたとして、反対票も構成要件該当行為として扱

---

151) Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 121.

152) Weißer a. a. O. (Fn. 131), S. 234.



われうるからである<sup>153)</sup>。つまり、因果関係の領域では、賛成票も反対票も後の構成要件該当結果の基礎を具体的に形成したという点では共通しており、十分に反対票も結果に対する原因になると考えることができるのである<sup>154)</sup>。

加えて、義務の内容によっては、他者と協力して結果を回避すべき義務もありうるものであり、その場合、他者の行為が帰責の障害事由とはならないとも考えられうるのである。

このように考えれば、確かに、プッペがいうように、いかなる構成であろうとも行為と結果との因果関係の有無は重要であるが、因果関係が認められるべきだとすることが、過失犯における「共同性」の意義の不存在を必ずしも根拠づけないのである。むしろ、プッペの見解は、自然法則ないし一般的経験則を手掛かりとして単独正犯として構成するものの、他者の行為と合わせて因果関係を判断することで、実質的には、他者の投票行為とともに結果を回避すべきであるという義務の存在を伴った規範的判断が考慮された上での因果的説明にすぎず、結論が先取りされているように思われる。因果的説明の選択において、あらかじめ各行為者の義務の射程が突き止められていることが前提とされなければならない以上、純粹に因果関係の領域での帰属判断だけで当該結果に対する責任は確定されえないのである。換言すれば、単独行為と見なすか共同行為と見なすかで因果関係の判断も異なりうるということである。委員会決議の問題では、賛成票、反対票、白票及び棄権といった様々な投票の仕方が存在しており、具体的事例において、それぞれがどのような意味合いを有するのかがあらかじめ

---

153) Vgl. Friedrich Dencker, Mittäterschaft in Gremien, in: K. Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratisch Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 69, クヌート・アメルング編著・山中敬一監訳『組織内犯罪と個人の刑事責任』（2002）72頁。

154) 例えば、定足数が5であり、過半数の賛成票が必要であると規定された委員会決議において、5人が投票をしたところ、賛成票4であり、反対票が1である場合、決議という点では、反対票も影響を与えていると考えることができる。

考慮され、どの要素が因果的説明にとって重要な要素かが確定されてはじめて、各々の行為が構成要件に該当するのかが判断されうるのである。したがって、たとえ過剰に条件づけられた結果の発生であっても、必ずしも各行為者は帰責の対象とならず、そのつど負わされた義務の範囲内で帰責判断が行なわれるべきであるように思われる。

### 第3款 不作為犯構成 規範主義的アプローチ

他方で、これまでの因果的解決と違ったアプローチが主張されている。それは、複数人が意識的に共働したが結果に対する因果連関が不明であった場合および不作為犯のように自然的因果関係がない場合に、帰責の手段として、不真正不作為犯の原理を介して共働現象に関する帰属問題を解決する手法である<sup>155)</sup>。この見解は、因果関係が完全に証明されずとも、保障人的関係によって帰属されうるという考えを通じて展開されている<sup>156)</sup>。

この見解の特徴は、具体的に結果を惹起する注意義務違反に着目するのではなく、それぞれの危殆化する態度による危険の実現を前段階で阻止することに対する義務違反に着目することである。危険創出に対する共働から、各行為者に先行行為に基づく保障人的地位が生じる一方、危険実現の阻止に対する措置を行わないことに責任を根拠づけることになる。このようにして、危険行為をする前段階で危険の予防を怠ったことを理由に、各行為者は不作為犯として処罰されるのである。

したがって、この見解は、すでに述べたような因果的基礎に基づく統一的正犯論とは違って、因果関係の不明な事例に対しても、行為者の可罰性を根拠づけうることになる<sup>157)</sup>。例えば、以下のような事例でもって示さ

---

155) Hans Walder, Bewußte Beteiligung, ungewollte Folgen, in: Festschrift für G. Spindel, 1992, S. 369f. Vgl. auch Heine Cramer, Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, vordem § 25ff., Rn. 116.

156) Walder, a. a. O. (Fn. 155), S. 366.

157) Walder, a. a. O. (Fn. 155), S. 369f. 判例では、BayObLG NJW1990, S. 3032. そのほか、このような不作為犯が検討されたものとして、OLG Schleswig NSTz1982, S. 116.

れる。

スレート葺き職人（Dachdecker）であるAとBが、ある建物の屋根のスレートをはく作業を行ない、各自で欠損したスレートを屋根の上から下を見渡さないまま投下したところ、いずれかのスレートが通行中の歩行者に直撃し、その歩行者は傷害を負ったが、どちらの投げたスレートであるかは判明しなかった<sup>158)</sup>。

この事例において、ヴァルダーは、因果関係が証明されずとも、AとBは共同で引き受けた任務の分担（Teilen）による危険、場合によっては、そのような職務の場合、予防措置がなされなければならないとする規則（Vorschriften）に基づき、各人は、有効な措置を講じ、他者の行動にも気をかけなければならないというのである<sup>159)</sup>。

他方、すでに述べた転石事件に対しては、石を斜面に転がすという危険な行為を行なうという合意およびその合意に基づく分業による実行によって、構成要件該当結果への危険を作出したことに根拠を求めている<sup>160)</sup>。

このように、不作為犯的構成は、規範的観点から、一種の「相互監視の不作為」という構成を通じて、すでに述べた統一的正犯論が抱く欠点を克服する。つまり、自然科学的・因果的視点によって帰属問題は扱われず、当該構成要件該当結果が誰の仕業かという規範的問題が前面に押し出されているのである。換言すれば、構成要件の実現が誰の答責領域に属していたかを問題にするのである。この規範的考察は、答責主体の確定にとって重要な示唆であろう。

それでは、不作為犯構成は、方法論および共働現象の説明という点において、どの程度有効なのであろうか<sup>161)</sup>。

---

158) Walder, a. a. O. (Fn. 155), S. 365.

159) Walder, a. a. O. (Fn. 155), S. 368.

160) Walder, a. a. O. (Fn. 155), S. 369f.

161) Vgl. Weißer a.a.O. (Fn. 131), S. 235f.; Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 139ff. usw. そのほか、この学説に関連して、当該保障人的地位は、状況に応じて、個々人の権限（複数の権限が集まったもの）及び共同の権限を基礎づけることができるという指摘がある

まず、問題となるのは、作為と不作為の関係が刑法上の評価において相互補充関係(一次的・二次的關係)として見なされうる根拠である<sup>162)</sup>。この点、ヴァルダーは因果関係を確定できなければ不作為犯としての構成を検討するが、作為を不作為として再解釈することで責任を負わせる根拠は明らかではない。この見解の根底においては、解決の一手段として、個々人の結果に対する因果関係が確定しなくとも、不作為犯構成を通じて互いを結びつける狙いが同われるが、結果発生防止に対する保障人的地位が存在したとしても、必ずしも相互の依存関係がもたらされるものではない以上、不作為犯として構成したとしても各行為者の因果関係は問われるべきであろう。そうすると、たとえ保障人的地位が行為者にあったとしても、単独正犯として扱われる以上、とりわけ共同でのみ結果が回避される共同の不作為の場合には、因果関係は認められないという問題が生じよう。例えば、「有限会社の経営者が共同で製品の回収決定をする義務があるとみられる場合、『同時犯』構成では、各人の回収提案が役員会において多数決で否決された可能性が残ること、そしてまた他の役員に同調を促していた その意味で『監視』責任は果たした」としても、その役員が同調を拒否した可能性が残る<sup>163)</sup>以上、各被告人は、これをもって抗弁することができる。この点で、単独正犯構成には限界が存在するのである。

次に問題となるのは、先行行為からの保障人的地位の基礎づけである。不作為犯構成によれば、行為者は、先行行為を根拠として、行為者自身の態度と共犯者の態度における「危険源」を管理しなければならず、その危険源から結果が発生した場合には、責任を負わされうることになる。しかし、例えば、転石事件のような事例において、「一緒に石を転がす」とい

(Vgl. Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 125f.)

162) Vgl. Kim Sung-Ryong, Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2001, S. 107.; Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 236.

163) 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2004)324頁。

う合意を基礎とした、危険行為の前段階での先行行為に基づく保障人的地位が単独正犯を基礎づけるかどうかはそもそも疑わしいのである。

そして、とりわけ重要となるのは、他者が自己答責的に行動する場合に、他者の義務違反行為による結果発生を阻止すべき保障人的地位がそもそも認められうるのかという問題である<sup>164)</sup>。この問題にとって典型的な事例は行為者が対等な立場である場合であり、その際、他者の行為に対する監督義務が存在しないのは明白であろう。例えば、先の転石事例で言えば、AとBが友人関係にあるとき、AがBの行動に対して監視しなければならない謂れはない。互いに他者の態度に注意しなければならないとするならば、もはや単独正犯としての性質を超えるものをも含みうると思われる。つまり、他者の自己答責の行為に対する間接的な監督義務の懈怠だけで、過失犯の正犯と解されることになるが、その態度は、「たいていは、過失の『正犯』ではなくて、過失的『共犯』ではないかという疑念を呼び起こすものである」<sup>165)</sup>。単独行為と共同行為との限界を解消するならば、(広義の)共犯における帰属原理が単独正犯の事例へと適用される以上、客観的に狭義の共犯にすぎない形態であっても、単独正犯として取り扱われなければならないという問題が生じるのである。

このように、不作為犯構成でもって共犯事例をすべて説明するには課題が残されているのである。もっとも、以上のような不作為犯構成の検討からは、保障人的地位の存在のみから共同責任を根拠づけるのは不十分であり、また、単独正犯という観点から、自己答責性を有する第三者の義務違

---

164) WeiBer, a. a. O. (Fn. 131), S. 236. さらに、ヴァイサーは、皮革スプレー事件 (BGHSt 37, 106.) について、次のように述べる。不作為犯構成によれば、製品回収の不作為、及び、全同僚の個々の不作為に対する前段階での不阻止を根拠とした「重複した (doppelte)」不作為責任が構成されることになる、と (a. a. O. (Fn. 131), S. 236.)。つまり、1つの犯罪が行なわれたにすぎないはずが、理論的には2つの犯罪が成立することになるというのである。Vgl. auch Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 125f, Anm. 212.

165) 松宮・前掲註 (163) 323頁。その他、杉田宗久「過失犯の共同正犯」大塚仁・佐藤文哉編『新実例刑法』(2001) 356頁、内海・前掲註 (53) 49頁以下、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(2005) 98頁以下参照。

反を含めた共同責任を根拠づけるにはおのずから限界が生じるという知見は得られる。

#### 第4節 小 括 過失犯の共同正犯否定説の限界

本章では、過失犯における共同正犯の理論的可能性の問題、および共働現象を単独正犯として解決する見解を検討してきた。

まず、過失犯の共同正犯の理論的可能性を検討した。過失犯においては共同正犯がそもそも存在し得ないという見解が主張されているため、主に主張されている否定説の根拠、すなわち「共同の犯行決意」の欠如の検討をおこなった。その結果、共同性の決定的メルクマールが、共同の犯行決意でなければならない根拠が否定説から示されておらず、むしろ、共同性の根拠を別の基準で検討されるべきであることが確認された。そして、わが国における法律上の規定に適合するかどうかの問題に関しては、過失犯における共同正犯の法形象の承認は、構成要件該当結果に対する答責性という観点を踏まえた正犯・共犯の区別により、法律上の規定に反しないことが示された。

次に、方法論として単独正犯の構成が共働現象においても機能するのかどうかを検討した。

まず、帰責判断を因果的思考に委ね、あくまで結果と個々人の行為との関係を問うことを前提とする因果的統一的正犯論を検討した。それによれば、共働現象に対して限定的にしか機能しないことが明らかになった。例えば、転石事件のように、各行為者の因果関係が不明である事例においては、どのような事情があれ、可罰性を基礎づけることはできないという問題が挙げられる。

もっとも、この見解は、構成要件的结果に対する貢献度だけが量刑に反映するという考えを前提にするが、結果に対する答責性という観点からみれば、正犯と共犯との間では質的レベルの相違は存在しないと捉えられうることは重要かつ有益な示唆である。

次に、因果関係を再構成することで統一的正犯論を維持する見解を検討

した。それによれば、個別の原因があらかじめ突き止められた上での因果的説明にすぎず、結論が先取りされており、それゆえ、純粋に因果関係の領域において帰属判断はできないことが明らかになった。具体的には、委員会決議のような問題について、実質的には、他者の投票行為とともに結果を回避すべきであるという規範的判断のもとで、各構成員の因果関係が認定されているのである。

最後に、規範主義的アプローチによる不作為犯構成を検討した。それによれば、「構成要件の実現が誰の仕業によってなされたか」は規範的視点から検討されるものの、因果関係の認定および保障的地位の根拠づけの点において、共犯事例をすべて説明するには問題が残されていることが明らかになった。もっとも、保障的地位によって共同責任を根拠づけるのは依然として不十分であり、単独正犯的観点からでは自己答責性を有する第三者の義務違反を含めた共同答責を根拠づけるにはおのずと限界が生じる、という知見が得られた。

ここで、改めてわが国の議論に目を向けると、共働現象を単独正犯構成として捉えることの限界について、わが国における過失犯の共同正犯否定説は、あまり意識されていなかったように思われる。それゆえ、ドイツの議論から得られた知見は、わが国の過失犯の共同正犯否定説を検討するうえで、有益である。

そこで、近年、有力に主張されている共同正犯を単独正犯に解消する見解に着目すれば、「義務違反」の点で混乱が見られる。例えば、前田雅英は、「過失の共同正犯を基礎付ける『共同注意義務』と、個人について考えられる『客観的注意義務』とはさほど異なるものではない」とし、むしろ、「共同正犯の処罰の限界は『過失正犯』、つまり、心理的な因果を媒介としつつも結果を自らの行為により過失的に惹起したと評価できるか否かで画す方が合理的」<sup>166)</sup>であるというのである。その理由として、前田は

---

166) 前田雅英『刑法の基礎 総論』(1993)373頁、同・前掲註(60)453頁。



次のように述べる。「『正犯』の限界を画する通常の過失の客観的注意義務特定作業でも他の関与者との関係を問題にせざるを得ない場合も多く、この他に過失競合における共犯的関与を設定し、さらにそれと正犯の限界の中間に『共同正犯』の線を引くのは現実的ではない<sup>167)</sup>と。

このように、過失犯の共同正犯の実益の少なさが指摘されるとともに、各行為者は、自分で結果を発生させたか、又は発生させた者に対する監督義務・監視義務違反があったという理由で、各自の過失責任が問われるとするのである<sup>168)</sup>。

しかしながら、上記の不作为犯構成に対する批判と同様に、「過失共同『正犯』が自己の行為に対する直接の過失責任と他人の行為に対する間接的な『監視』責任とで択一的に構成されるものだ」と解するには、その前提として、他人の行為に対する間接的な『監視』責任 - それも、共同正犯が問題になる場合は、監督者と部下といった上下関係ではなく、水平的な関係である - の懈怠だけでも、過失の『正犯』が成立すると解さなくてはならなくなる<sup>169)</sup>のであり、犯罪結果を発生させた者に対する監督義務・監視義務違反は、せいぜい狭義の共犯にとどまるものである<sup>170)171)</sup>。

したがって、伊東研祐が言うように、過失犯の共同正犯の場合、「共同義務の共同違反で捉えられるに至っている内容が、監督・監視義務を超え

---

167) 前田・前掲註(166)『刑法の基礎』373頁。

168) なお、高橋・前掲註(65)352頁参照。高橋は、共同義務の内容は、「ほとんどの場合、相互的な監督過失に解消できる」としつつ、「もっとも、この場合には、過失共犯的態様を正犯とすることが前提となることに注意しなければならない」として、過失犯に統一的正犯体系が妥当することを主張する。

169) 松宮・前掲註(163)323頁。

170) 井田良は、「対等な共同者による共同作業に伴い、作業の性質から、各自に対し他の共同者が不注意な行為を行うおそれがあることを前提として、重畳的な結果回避義務が課せられることもある」(井田・前掲註(60)476頁註(53))とするが、ある者が対等な立場にある他者の行為に対しても責任を負う根拠が、単独正犯との関係において、明らかではない。

171) もっとも、監視・監督義務違反も単独正犯であることを義務犯的構成で正当化することが考えられようが、過失犯は義務犯であるかどうかという点が問題となろう。

るものとなっている」のであり、世田谷ケーブル火災事件<sup>172)</sup>に着目すれば、「共同作業関与者は、相手の行動の適切な監視・監督によって結果を回避すべき義務を負うに止まらず、より包括的に当該状況下において自ら積極的に行動して結果を回避すべき義務を相互に共同して負う」<sup>173)</sup>ほどの関係にあったといわなければならないのである。

さらには、ドイツの議論の考察から明らかになったように、皮革スプレー事件のような複数の取締役による不作為というかたちでの共働の場合、単独正犯で処罰することは不可能である。なぜならば、単独正犯における因果関係は存在しえないからである<sup>174)</sup>。つまり、皮革スプレー事件において被告人らが主張したように、自らが義務を果たそうとしても、他者によって阻まれ結果が起きたであろう（例えば自分が反対票を投じたとしても、残りの者が賛成票を投じたという場合）と抗弁できるのであり、それゆえ、各行為者は、無罪としなければならないのである。

このように、単独正犯構成の適用範囲が限定的なものであり、そして過失犯の共同正犯を認める実益が決して小さくない以上、共同正犯と単独正犯の意義を同等に論ずることはできないというべきである。

以上の考察から、過失犯においても共同正犯の理論的可能性が残されており、また、その法形象は、法律上の規定との関係において、「罪刑法定主義」に反しないかたちで解釈でき、単独正犯構成へと解消できない実益を有することが明らかになったと思われる。

それでは、過失犯においても共同正犯という法形象がありうるとするならば、共同正犯における「共同性」の根拠及び成立条件はいかにあるべきであろうか。この問題の解決の方向性を探究するために、次章では、過失犯における共同正犯論、とりわけ「共同性」のあり方を中心に、ドイツにおける議論の動向を分析する。

---

172) 東京地判平成4年1月23日前掲註(40)133頁。

173) 伊東研祐『刑法総論』(2008)353頁。

174) 松宮・前掲註(163)324頁以下。

## 第2章 ドイツにおける共同性の規定についての議論状況

### 第1節 共同危険創出説の確立 自然主義・心理主義的アプローチ

#### 第1款 序 説

ドイツでは、依然として、過失犯の共同正犯を否定する見解が通説的地位を得ている<sup>175)</sup>。もっとも、1990年代以降、スイスで起きた転石事件や皮革スプレー事件を契機に、過失犯の共同正犯を承認する見解が再び有力になりつつある。その中で、過失犯の共同正犯論は、主として、戦前に一時的に唱えられた共同性理論を軸に展開され、過失犯における「共同性」の規定につき、故意犯の共同正犯との対応関係から導き出され<sup>176)</sup>、あるいは故意犯と過失犯との犯罪構造の相違からアプローチされる<sup>177)</sup>など様々な試みがなされている。もっとも、従来から過失犯の共同正犯を承認する見解において共通している特徴は、「意識的かつ意図的な共働」である<sup>178)</sup>。

このような共同性理論は、すでに、ピンディングの見解に見られる。ピンディングは、故意と過失は、意思およびその違法の内容に関して全く異なるのではなく、犯行の違法性の意識と(場合によっては)結果の予見という点で区別されるにすぎず、それによって、(犯罪結果へ因果的に向けられた)意思の合致および行為の共同の可能性が阻止されることはないとしていたのである<sup>179)</sup>。その後でも、「意思の合致」に着目するかたちで、

---

175) ドイツにおける判例の動向に関して、vgl. Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 7ff.

176) Z. B. Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 289ff.

177) Z. B. Weißer a. a. O. (Fn. 131), S. 236.

178) なお、共同正犯における「共同性」を「犯罪結果に対する同等に直接的な(かつ同質的な(gleich qualifizierte))作用」と定義するものとして、Ernst Wuttig, *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, 1902, S. 112.

179) Karl Binding, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. I, 1915, S. 293f. und S. 294, Anm. 49.

例えば、フランクは、2人の作業員が共同で足場から角材を通りへと投下するが、それによって通行人が死亡することに注意しなかったという事例を例に挙げ、過失犯の共同正犯における関与者の合意は特定の結果を惹起することに向けられる必要はないとし<sup>180)</sup>、またメツガーは、過失犯の場合、「結果は意図されない以上、合意は犯行全体に関係するものではなく、身体的行為（körperliche Handlung）それ自体に関係するものである」<sup>181)</sup>と主張するに至った。

かくして、過失犯においても、意思の合致ないし合意に基づく共同性理論が一定程度で定着するに至ったのである<sup>182)</sup>。そして、意思の合致ないし合意で構成される伝統的な共同性理論は、近年の学説においても、なお維持されているといえよう。例えば、キュッパーは、過失犯の場合、「目的的な　ここでは、注意違反として評価されるべき　行為」が複数の関与者によって共同で遂行されるのであって、それこそが「意識的かつ意図的な共働」であると主張する<sup>183)</sup>。もっとも、キュッパーもそうであるように、近年の傾向として、「意識的かつ意図的な共働」というメルクマールは、「危険な共同の行為計画の取り決めおよび実行」という型式へと展開され、そこにいう「共同の行為計画」それ自体が共同性の範囲を確定するとともに、各関与者間の行為帰属の機能をも有するようになりつつある<sup>184)</sup>。

このように、意思の意味内容やその重点の置き方に違いがあるものの、いずれにせよ、過失犯の場合、共同性の規定にとって重要な役割を果たすのは、共同の行為決意であり、その際、それが単独正犯か共同正犯かを決

---

180) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 47 III.

181) Edmund Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 422.

182) Vgl. auch Franz Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, in: Festgabe für R. Frank, Bd. I, 1930, S. 573.; Adolf Schönke, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1952, § 47 V.; Eduard Kohlrausch/Richard Lange, Strafgesetzbuch, 42. Aufl., § 47 III.

183) Georg Küpper, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, S. 527.

184) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 288f.; Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 237. usw. Vgl. auch Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 506f. und S. 514f. シュミットホイザーの見解は、ピンディングの見解に近い。

定する決め手、換言すれば共同性の主観的根拠となっている。すなわち、責任非難の対象行為がまさに共同の行為決意によって把握されるという手法が前提とされているのである。

## 第2款 共同性の規定方法とその射程

### 第1項 共同性の形成 危殆化行為の一体化

それでは、先に述べた共同性理論に従えば、共同正犯における「共同性」は、どのように形成され、どのような特徴をもつのであろうか。

ブロイの説明によれば、過失犯の共同正犯の場合、「行為目的としての(刑法上重要ではない)統一的な全体事象に関する意識的かつ意図的な共働が問題となり、その場合に、この共働は、過失非難がそれぞれの共働者に向けられる集団的な瑕疵行為(kollektiven Fehlleistung)としてあらわれる」<sup>185)</sup>。この説明に従えば、ここでは、共同の行為決意に基づいた共働そのものが、共同正犯における「共同性」と理解されている。

このことは、例えば、レンツィコフスキーの見解からも読み取れる<sup>186)</sup>。レンツィコフスキーは、構成要件の実現を予定していない共同の行為計画(gemeinsames Handlungsprojekt)に基づいた「全体行為(Gesamtthat)」が、客観的に法的に許されない危険の設定として現れなければならない、加えて、共同行為者は、共同の行為計画により予定された寄与を果さなければならないというのである<sup>187)</sup>。そして、「各関係者が全体計画の危険性を認識できなければならなかった」<sup>188)</sup>場合に、構成要件該当結果が各行為者に帰属されるとする。この考えによれば、1990年のバイエルン上級地方

---

185) René Bloy, Rezension zu Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2000, S. 395.

186) Vgl. auch Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 237.; Andreas Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 68ff.

187) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 288f. なお、レンツィコフスキーは、「共同の行為計画外の促進的寄与は、せいぜい 不可罰の 過失による帮助である」(a. a. O. (Fn. 128) S. 288f, Anm. 111.) とする。

188) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 289.

裁判所（BayObLG）の事例（ろうそく事件）<sup>189)</sup>は次のように説明される。事案は以下の通りである。

被告人らは、週末用別荘のところに行き、その別荘のリビングルームでろうそくに火をつけ、その部屋から去った。数分後、リビングルームに戻り、すでにじゅうたんが燃えていることに気づいたものの、消火は不可能だと考えて避難したため、別荘は火事となった。しかし、その火災の原因となっだろうそくに火をつけた人物は特定されえなかった。

この事例に関して、レンツィコフスキーは、リビングルームで「ろうそくを立てる」という共同の行為決意が存在したことを理由として、被告人らは、失火罪の共同正犯として処罰されうるとし、さらに、2名の建築作業員が、屋根をのせる骨組を共同で撤去する際、工事現場をあらかじめ隔離せず、角材を通り道に投下し、通行人に怪我を負わせたという場合でも、共同の行為計画が存在する限り、過失犯の共同正犯が認められ、彼らが角材を共同で処理するかあるいは各人が互いに投下するかどうかは問わないとするのである<sup>190)</sup>。

これらの事例説明からも明らかのように、「特定の方法で役割を分け与えられた行為（Vorgehen）が結果発生に対して条件関係にあるかどうかは重要ではなく、その行為が行なわれたことが重要」であって、「集団的な瑕疵行為（kollektiven Fehlleistung）への個々の犯行寄与の調整（Koordination）は、共同の行為決意（ein gemeinschaftlicher Handlung-

---

189) BayObLG NJW 1990, S. 3032. 同裁判所は、火災を引き起こしたろうそくをつけたのは誰かを問わず、前述した「不作為犯構成」に基づき、火災の防止義務を無視したことを根拠にして、被告人らに有罪判決を下した。それに対して、両被告人が、窃盗の目的で工場に侵入し、位置を確認するために、暗闇の中でマッチに火をつけたところ、一巻きの織物に火がつき、その工場が火災となったが、その火災がどの被告人によって引き起こされたかは不明であったという、いわゆる「マッチ事件」で、シュレースヴィヒ高等裁判所（OLG Schleswig NStZ 1982, S. 116.）は、「疑わしきは被告人の利益に」という原理に従って、両被告人に無罪判決を下した。なお、後者の判例に関して、Vgl. Volker Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 143.

190) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 289f.

sentschluss)に基づいてのみ行われて」<sup>191)</sup> いるのである。

それでは、共同の行為決意の内容は、いかなるものなのであろうか。この問題に関して、ブロイは、例えば、2人の獵師がイノシシを共同で射殺しようとしたが、誤って1人の人間を射殺した場合のように、共同の行為決意は、個別の犯行寄与が合流する(einmünden)統一的な(分割できない)全体事象を目的とするものであり、一緒に自転車で行楽地へ行くという目的は、共同の行為決意とはなりえないとする<sup>192)</sup>。このような限定は、必ずしも明確なものとはいえないが、そこで言われる「共同の行為決意」は、時間的・場所的近接性を考慮した共働を内容とするものといえようか。

もっとも、このような共同性理論によれば、当該結果と各行為者の行為との関係は問われず、共同の行為決意によって各行為者の危殆化行為を統合した「全体行為」(危殆化行為の一体化)が形成された時点で、当該構成要件の注意義務違反が問われる。

このように共同性の形成過程を分析すれば、共同性の範囲は、それぞれの行為態様にある客観的な危険性を基礎としつつ、共同の行為計画によって画され、それに従って、各行為者の責任を負うべき対象(違法の範囲)は決定されているのである。

## 第2項 因果関係の修正と結果帰属

以上のような手法に基づく限り、単独正犯における因果関係とは異なっており、結果とそれぞれの関与者の犯行寄与との因果関係は不要とされ、共同の行為計画に基づいた寄与を果たせば足りることになる。例えば、エクスマーは、自転車乗り事件(Radfahrerfall)<sup>193)</sup>において、次のように述べて

---

191) Bloy, a. a. O. (Fn. 185), S. 395.

192) Bloy, a. a. O. (Fn. 185), S. 394f. Vgl. Joachim Renzikowski, Die fahrlässige Mittäterschaft, in: Festschrift für H. Otto, 2007, S. 433. レンツィコフスキーは、内容を問わない、あらゆる行為計画ではなく、注意違反と法的に評価される諸事情を行為計画の対象としなければならぬとする。

193) RGSt 63, 392.



いる。事案は以下の通りである。

兄弟であるXとYが、夜間に幹線道路を自転車が無灯火のまま走行し、そのとき、Xが前方を走り、YはXの後ろを走っていた。他方、Aは、その兄弟とは反対方向へ向かって自転車で走行していたが、その兄弟が自転車に乗って反対方向から走行してくることがわからなかったため、Yと衝突し死亡した。

この事例において、エクスナーは、XとYが共にサイクリングをしたことが、危険な運転を「共同で行なった（*gemeinschaftlich ausführt*）」この内容であり、それゆえ、各人は、この共同行為の全体の予見可能な結果に対して責任を負うというのである<sup>194)</sup>。つまり、ここでは、Xは、自己の行為とAの死亡という結果と因果関係がないにもかかわらず、無灯火で自転車を一緒に運転したという危殆化行為でもって責任が問われているのである<sup>195)</sup>。

このように、共同正犯の場合、単独正犯を認める際に要求されるような因果関係は問題とならず、共同の行為決意によって一体化された危殆化行為と当該結果との因果関係が問われることになる。つまり、共同危険創出説によれば、構成要件の結果が意識的・意図的な共働から生じれば、具体的に誰が結果を直接的にもたらしたかは問われず、共働者全員の責任となるのである。

もっとも、このような結果帰属は、現行法上、共同正犯の規定であるドイツ刑法25条2項によって説明されている。すなわち、複数人の共働における共同正犯の場合、構成要件の実現へとみずから直接的に寄与しない行為者も正犯として扱われる以上、ドイツ刑法25条2項を適用することで、自己の行為寄与だけでなく、他者の行為寄与も各行為者に帰属されるのであり、その根拠は、過失犯の場合、危険増加の根源である共同の行為決意

---

194) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 585f. なお、このような説明は、先の「ろうそく事件」におけるレンツィコフスキーの説明と類似する。Vgl. Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 289.

195) A.A. Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 145f. プッペは、当該裁判所と同様に、衝突しなかったAの注意義務違反は、暗闇の中をライトをつけずに走行した点にのみあるとして、Xの死亡に関して責任を負わないと説明する。

であるというのである<sup>196)</sup>。それによれば、危殆化行為の段階において、共同の行為決意によって自己の行為と他者の行為が相互的に帰属されることにより、各行為者は、互いの行為に責任を負う関係になり、その結果、そのうちのどの行為からもたらされても当該結果の責任を負わなければならないことになるのである。

### 第3款 共同性の基本的特質とその問題点

このように共同危険創出説が唱える共同性の規定方法を考察すれば、次のような共同性の特質が明らかとなる。すなわち、第1に、各関与者は、結果発生の危険のある共働現象に事実的にかかわったかが要求され、第2に、各関与者の責任対象は、共同の行為計画あるいは共同行為の意思によって規定され、第3に、各関与者の行為態様と構成要件該当結果との因果関係は問われず、一体化された危殆化行為と構成要件該当結果との因果関係のみが問われる、ということである。

もっとも、このような共同性の構成に対しては、次のような批判が向けられている。例えば、ヴェーツェルは、この見解が唱える共同行為は、実行行為の作為ないし不作為それ自体を意味しており、構成要件該当結果が誰の仕業であるかという視点が欠如していると指摘する<sup>197)</sup>。つまり、当該結果の帰属先である共同行為においては、共同の行為決意が存在する場合にのみ各関与者の行為の一体化が可能となるとする以上、この一体化の作業は当該結果の規定抜きに行なわれているというのである。換言すれば、行為段階において、結果発生のおよそ危険のある行為という抽象的な危険判断のもとに一体化作業が行なわれているのである。

その結果、本来結果が帰属されるべき対象者が広く設定されうる可能性

---

196) Stefan Pfeiffer, Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft, Jura 2004, S. 524.; Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 288.; Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 236ff. なお、故意犯の共同正犯に関して、vgl. Simone Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S.27ff.

197) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 136, Anm. 253.

が生じる。このことを示唆するのがロクシンである。ロクシンは、「薬莢事例」<sup>198)</sup>を一例として挙げ、共同危険創出説による帰結の不当性を訴える。事案は以下の通りである。

5人の若者は、いたずら目的で、一定の間隔を取りながら薬莢を1つずつ歩道に置いた。もっとも、彼らは、歩行者がその上を踏み、その爆発音で驚くことを期待していたが、その薬莢によって歩行者が負傷することを軽率にも考えていなかった。案の定、ある歩行者は、薬莢を踏み、足に傷害を負ったが、その原因となった薬莢を置いた人物が特定されえなかった。

この事例を例としながら、ロクシンは、注目すべき2つの問題点を提示する。すなわち、共同危険創出説に従えば、第1に、誰の薬莢によって傷害が引き起こされたかが厳密に確定していると想定した場合、4人には因果関係が欠如していることが確実であり、不作為正犯は問題にならないにもかかわらず、共同正犯の認定の際、5人全員は処罰されなければならない、第2に、全員が同一の方法で軽率に行動したという理由でそれを正当化した場合、単なる過失による危殆化は可罰的ではなく、いずれにせよ傷害の構成要件に包括されてはならないということ看過することになるというのである<sup>199)</sup>。

特に注目すべきなのは、ロクシンの第2の指摘である。というのも、共同危険創出説に従えば、各関与者の行為態様と結果との因果関係が放棄されるがゆえに、ある行為者の側から見れば、まさに危殆化行為に過ぎないにもかかわらず、共同行為の意思の存在により、既遂と認定されうるからである。この結果は、危殆化行為に対する共同行為を構成要件該当結果に対する共同行為と同視する帰結にほかならない<sup>200)</sup>。

もっとも、このようなロクシンの批判に対して、レンツィコフスキーは、「各関与者が全体計画の危険性を認識できなければならなかったことを要件とする」以上、「もし複数人のうちの1人が不注意により法益侵害を引

---

198) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., 1967, S. 533.

199) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 534.

200) Vgl. Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 141ff.

き起こす場合、共同で遂行すること (gemeinsamen Unternehmung) により全員が責任を負うとするならば、責任原理に違反する」という批判は失当であると反論する<sup>201)</sup>。しかしながら、ヴェーツェルの言うように、「他者の自己答責的な態度からもたらされる危険を甘受したという理由のみで、いわんや、それが予見可能であったという理由で、他者の自己答責的な態度を誰に対しても帰属させることは許されない」<sup>202)</sup>であろう。したがって、このような事実的共働から構成要件的結果が生じたとしても、また時間的・場所的近接性があるとしても、それらの事実、当該結果に対する責任の範囲を判断する決定的根拠とはなりえないといわざるを得ないのである。

もっとも、仮に共同危険創出説の立場に立った場合、各行為者の行為と構成要件的結果との因果関係を放棄し、当該結果を予定しない「意識的かつ意図的な共働」に着目する以上、実際の帰結として、作為犯と不作为犯との間に共同性の対象範囲の不均衡が生じよう。すなわち、作為による共同正犯の場合、個別の行為と構成要件の結果との因果関係が問われない以上、作為による事実的共働者全員が常に処罰の対象となる可能性がある一方で、不作为による共同正犯においては、共同性は極めて認められにくい傾向にある。

まず、作為犯を想定すれば、例えば、スイス連邦裁判所の転石事件<sup>203)</sup>のように、2人がそれぞれ岩塊を斜面に転がす場合でも、彼らは時間的・場所的に近接しており、互いに他者の行為を認識しているにもかかわらず、どちらかの1つの岩塊に当たって被害者が死亡した場合、両者は過失致死罪の共同正犯として扱われるであろう。しかしながら、必ずしも共同正犯と認められうるとは限らないと思われる。というのも、誰の投げた岩塊が侵害を惹起したかは不明であるならば、この場合、他者の自己答責的な態度の結果に対して責任を負うことは許されないという根拠が成り立つ場合もありうるからである。

---

201) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 289.

202) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 139.

203) BGE 113 IV, 58.

他方で、不作為犯の場合、例えば、皮革スプレー事件<sup>204)</sup>のように、ある商品に欠陥があるとの情報を得ながら、複数の取締役は、相互に連絡をとらず、欠陥商品の回収の決定をしないまま、放置した場合、共同危険創出説に従えば、複数の取締役間での合意は存在していない以上、取締役間の「共同性」を規定するのは、理論上ありえず、その結果、その当事者らの責任はないことになるのである。

翻って考えると、「共同の行為計画」による共同性は、その内容上も、刑法上の構成要件の実現に対応する「共同性」として見出されることを基本としなければならない。この点、例えば、先のバイエルン上級地方裁判所の事例を例に挙げれば、レンツィコフスキーは、共同の行為決意の内容を「ろうそくに火をつける」に求め、また、プロイは、2人の猟師がイノシシを射殺しようとしたが、イノシシと思ったものは人であって、誤って1人の人間を射殺した場合、「イノシシの殺害」という主観的内容に着目しながら<sup>205)</sup>、刑法上の「共同性」を規定する。しかしながら、共同の行為決意が共同性の必要条件とするも、「ろうそくに火をつける」や「イノシシの殺害」という内容が当該結果に対する共同性とどのように関連するのかは、不透明のままである<sup>206)</sup>。したがって、自己の寄与だけでなく、他者の寄与も帰属されるという相互的帰属の根拠が共同の行為決意であることも、いまだ論証を要するといえよう。

#### 第4款 小 括

以上、共同危険創出説の基本的特質及び問題点が明らかになった。それは、次のようにまとめられる。共同性の特質として、共同性は、各行為者の危険創出による答責性を前提とし、他の関与者による危険創出の部分を自己の行為と見なされうるために共同の行為決意が用いられるという構造をもつ。

---

204) BGHSt 37, 106.

205) Bloy, a. a. O. (Fn. 185), S. 395.

206) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 534.; Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 142f.

しかしながら、その問題点として、危険化段階における個別の寄与の一体化を「共同性」の本質とみれば、一体化された共同行為と当該結果との因果関係さえあれば、ある行為者にとっては危険化に対して責任を負うにすぎないにもかかわらず、既遂犯としての責任が行為者全員に根拠づけられ、危険化行為でも構成要件の実現に値すると評価せざるをえないという結論に達することが挙げられる<sup>207)</sup>。

また、実際の帰結として、共同の行為決意ないし認識(場合によっては、場所的・時間的接性などを考慮)によって共同性の範囲を確定する共同危険創出説は、先に述べた事例の分析からも明らかであるように、その「共同性」の射程をめぐって、作為犯と不作為犯の間では、アンバランスとなる。具体的に言えば、作為犯の場合、事実的共働に関与した者は、意識的かつ意図的な共働である限り、構成要件の実現に対する刑法上の「共同性」が認められうるのに対し、不作為犯の場合、複数の行為者によって危険が回避されるべきであっても、共同性の必要条件である共同の行為決意が存在しない事例、すなわち意識的でない活動、つまり各関与者が互いに何ら意思連絡せず、放置したがゆえに結果が生じた状況では、刑法上の共同性は認められないという事態が想定されるのであり、その結果、当事者の責任はないことになる。すなわち、作為犯の場合、共同性の射程が危険犯にとどまる共働者の行為までも取り込むことに問題があり、反対に、不作為犯の場合、共同性の射程はきわめて限定的となるのである。

それゆえ、他者の自己答責的な行為に対して責任を負う必要のない意識的かつ意図的な共働事例および意思連絡のない共働事例は、共同の行為決意及び行為態様の時間的・場所的接性による共同性の規定では、考慮されえないことになるのである。

---

207) 共同危険創出説によれば、例えば、2人の猟師が森の中でイノシシを射殺しようとしたが、誤って人を射殺した場合、「イノシシの殺害」という「意識的かつ意図的な共働」である以上、個別の行為と当該結果との因果関係がなくとも、両者は既遂犯として扱われ、場合によっては、構成要件の実現が危険犯への前倒しにつながる。

このようなアンバランスな結論は、「意識的かつ意図的な共働」を基調とした共同性理論であるがゆえの必然的な帰結であり、そのことは、複数の行為者に構成要件の実現に対する責任を負わすための判断において、自然主義・心理主義的視点に基づく把握の限界を示すものである。

そして最後に、共同の行為決意が構成要件の実現に対する「共同性」の規定および相互的帰属の根拠となるかという問題は、依然として残されている。

このように、共同危険創出説による共同性の規定を検討すれば、過失犯の共同正犯を否定する従来の見解の主張、すなわち、「共同の行為決意ないし共同行為の意思」を共同性の判断基準とすることはできないとする主張は正当な部分を含んでいるといえる。

もっとも、共同危険創出説の基本的特質を維持しながらも、独自の手法でもって共同性の範囲の妥当性を図る動きが見られる。そこで次に、共同危険創出説の新たな動きについて考察する。

## 第2節 共同危険創出説における新たな展開

### 第1款 因果的な意思の結びつき 主観的要件の限定

まず、共同正犯における共同責任が特別な因果関係の証明を要求せず、意思の合致で十分であるとする共同性理論に疑問を抱き、共同正犯の帰属根拠である「意思の合致」に着目しながら、主観的要件の再構成する試みが見られる。そのような試みを行なうピンドカートは、同じ考えをもつ者同士の過失による共働の場合、結果を（等価説の意味で）直接的に惹起しなかった犯行仲間に対して、過失正犯の非難が根拠づけられうるかどうかを問題にし、その解決を「意思の結びつき」に求める。例えば、複数人が共同で傷害行為を行なったが、そのうちの1人がその傷害行為によって被害者を死亡させたという結果的加重犯の共犯事例において、傷害に関して故意の共同正犯とし、過失致死に関しては単独正犯であるとするならば、殺害の要件である「意思の結びつき（Wilensverbinding）」が看過されているとし、また、競争の際に1人の共犯者が危険な走行によって対向して



くる交通利用者 (entgegenkommenden Verkehrsteilnehmer) に傷害を負わせる場合にも意思の結びつきの意義は明白であるというのである<sup>208)</sup>。

では、ピンドカートの見解は、従来の共同危険創出説とどの点で異なるのか。それは、ピンドカートが意思の結びつきを心理的因果性という観点から理解し、等価説に基づけば、心理的因果性は故意の共同正犯にも過失の共同正犯にも共通の要素として存在しうるとする点である<sup>209)</sup>。それゆえ、彼の見解によれば、意思の結びつきは、「単なる意思の合致 (bloße Willensübereinstimmung)」ではない。例えば、エクスナーが共同正犯と解した「自転車乗り事件」<sup>210)</sup> やロクシンが挙げた「薬莢事件」<sup>211)</sup> の場合には、意思の合致の因果関係が欠如しているとするのである<sup>212)</sup>。この点において、ピンドカートの見解は、伝統的な学説と一線を画しており、結果の原因としての意思の結びつきは、より厳格に解されている。そして、個々の活動が全体活動の一部として生じさせる意思の結びつきが存在してはじめて、連帯責任 (solidarische Haftung) が根拠づけられ、各人が結果に対して物理的に寄与したかやその程度は問わないとするのである。もっとも、このような因果性原理からの逸脱が許されるかどうかの問題は、意思を犯行と見なす道徳的考察方法を適切と考えることの可否及び程度に依拠するとしている<sup>213)</sup>。

しかしながら、キムも述べるように、単なる意思の合致と意思の結びつきの区別はいかにしてなされるのが必ずしも明らかではない<sup>214)</sup>。結局

208) Heinz Bindokat, Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht, JZ 1979, S. 435f.

209) Bindokat, a. a. O. (Fn. 208), S. 436.

210) Vgl. Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 585.

211) Vgl. Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 533.

212) Bindokat, a. a. O. (Fn. 208), S. 437. その他では、夜会において、複数人がかんしゃく玉を投げて楽しんでいたところ、誰かのかんしゃく玉によって被害者が負傷したという場合、共同決意に基づく共働を前提とした因果的連関がある限りで、全関与者の連帯責任が根拠づけられるとする (a. a. O. (Fn. 208), S. 436)。

213) Bindokat, a. a. O. (Fn. 208), S. 436.

214) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 131.

のところ、意図されない結果の帰属を正当化しうる因果的な意思の結びつきを意味するものは何かが問題となるのである。

この点に関して、ピンドカートは、結果的加重犯である傷害致死罪の事例において、重い結果は意思の結びつきによって各行為者に帰属されると述べていることから、意思の結びつきは行為決意とほとんど内容的に変わらない。そうであるならば、「意思の合致」という広いカテゴリーから意思の結びつきという因果的存在だけが重要であることを表現するにとどまり、その限りで、過失犯の共同正犯を根拠づける意思の結びつきがどのような場合に認められるかは、具体化されるまでには至っていない。もっとも、キムのように、意思の結びつきは、犯行決意と行為決意の間の地位にあると評することができよう<sup>215)</sup>。

このようにみれば、主観的要件の限定という試みは、共同危険創出説の問題点である、作為犯における「共同性の過剰な拡張」という問題を念頭に置き、因果的視点から共同責任の範囲を見直すものであるといえよう。しかしながら、その反面、厳格な共同責任の範囲を心理的因果性でもって補完するならば、次のような問題が新たに生じることになる。すなわち、等価説にもとづき、「意思の結びつき」を心理的因果性として検討するならば、各個人の行為と結果との因果関係が問われる以上、「共同性」の特質を論じるまでもなく、共同行為は、単独正犯の集合体と解されざるを得なくなるのである。もっとも、ピンドカートのいう「意思の結びつき」は、社会的評価に応じて、結果に対する答責領域を基礎づけるかどうかについて暗黙のうちに判断していると読み込むこともできよう。その限りで、その結びつきは、もはや事実的な意思ではなく、規範的意味における意思の結びつき、つまりコミュニケーションによる活動として問題となっていると考える余地があると思われる。

いずれにせよ、共同危険創出説の特質である「共同決意に基づく共働」

---

215) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 132.

を前提とする以上、不作為犯における問題点は念頭に置かれていない。すなわち、共同性の根拠を因果的な「意思の結びつき」で考えるならば、依然として、皮革スプレー事件のように、複数の取締役が欠陥商品の回収に関する連絡を互に取りあわない状況のもとで生じた場合の対処が想定されるまでに至っていないのである。

## 第2款 過失による必要的共働 客観的要件の限定

これに対して、行為の危殆化という客観的側面に着目することで故意犯の共同正犯と同様の性質をもった共同性を規定しようとする試みも行なわれている。その提唱者であるカムは、ドイツ刑法25条2項による連帯責任(Solidarhaftung)が過失による共働の場合にも承認されるか、または正当化されるかという問題を通じて過失による共働を論ずる。その前提として、故意による共同正犯における共同性の根拠は、関与者間の犯行計画であり、それによって、相互の「作業負担の軽減」と「保護法益に対する危険増加」が実現される<sup>216)</sup>のに対して、過失犯の場合には、犯行計画は存在しない以上、過失による共同正犯は認められないというのである。

そこで、共同性の主観的要件に着目するのではなく、むしろ、「共働の特異性」と「保護法益に対する危険増加」に着目することで、故意の共同正犯に相当する事例状況の場合に、過失犯の共同正犯の可能性を導き出すことができるというのである。そして、その客観的性質から、過失犯においては、結果の発生もしくは阻止のために個々人の行為態様の集まりが必要であるという客観的事情が存在する場合に共同正犯が見出されるとする<sup>217)</sup>。この「必要的共働」という客観的基準をもとに共同正犯の成否が判断される。

---

216) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 179.

217) Vgl. Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 199. カムは、過失犯の共同正犯における相互的帰属の根拠は、共同の行為計画ではなく、共同正犯に特有の危険性にあるとする。なお、疑問視する見解として、Bloy, a. a. O. (Fn. 185), S. 394.

まず、作為犯の場合、必要的共働といえるためには、各関与者は他者の犯行寄与と重なり合うこと（Zusammentreffen）によってはじめて犯行結果を惹起するように寄与しなければならず<sup>218)</sup>、たとえ結果の惹起について客観的に必要な人数以上の行為者が事象に関与しても必要的共働は存在するという<sup>219)</sup>。すなわち、「個々の共働者による行為が、条件関係の公式（conditio-sine-qua-non-Formel）からみて、結果に対する原因でない事例」<sup>220)</sup>もまた、共同正犯と見なされうとするのである。例えば、1つの石を動かすのに最低限必要な人数からなる行為者らが、その石を転がし、被害者はその石に当たって死亡した場合、それは単独正犯としても共同正犯としても処罰されうる限界事例であり、石を動かすのに少なくとも2人必要なところを4人で転がした場合、関与者全員は共同正犯であるというのである。その理由として、カムは、「個々人の可罰性を検討する際、その都度2人の犯行寄与を無いものとするならば、ある者の犯行寄与は、残りの他者の犯行寄与とともにあわせると、結果発生にとって不可欠であった」<sup>221)</sup>ことを挙げている<sup>222)</sup>。同様に、委員会決議の問題も解決されている<sup>223)</sup>。

他方で、不作為犯の場合には、構成要件該当結果が関与者全員の共働によってしか回避されないときに、共同正犯が成立するとし<sup>224)</sup>、以下の劇場火災事例<sup>225)</sup>がその一例であるという。すなわち、一方で劇場支配人D

---

218) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 202.

219) Vgl. Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 191, Anm. 44. 行為者が注意義務に違反し、条件関係の公式の意味で結果に対して因果的である場合、各関与者は過失の単独正犯によって処罰されうることから、必要以上の関与があった場合に共同正犯の意義が認められることになる。

220) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 191, Anm. 44.

221) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 206, Anm. 94. このような手法は、ブッベが主張する最小十分条件の必要的要素の理論と類似するが、そのような解決策の根拠は、明らかではない。

222) カムは、転石事件では、各自が単独で石を投下できるという理由から、過失の共同正犯を否定する。Vgl. Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 207f.

223) Vgl. Kamm, a.a.O. (Fn. 196), S. 203.

224) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 202.

225) Beispiel nach Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl.

は、石灰消和装置を水で満たす責任があり、他方で消防士Fはその装置を操作する任務があったにもかかわらず、火災が起こった際、Dは上記の装置に水をためておらず、Fも酔っ払って消火することができなかつたため、その火災で被害者は亡くなったという事例において、DとFの両者が共に義務を履行していれば、劇場の火災は回避されえたとして、両者は、共同正犯として処罰されるというのである<sup>226)</sup>。

このように、共同正犯の範囲は、「必要的共働」という客観的基準をもって決定されるとするのである。もっとも、共同正犯の主観的要件が完全に不要とされているわけではない。各関与者は、他者の態度に対して責任を負う以上、少なくとも特定の作為または不作為を共同で遂行すると認識する必要があり、加えて、それぞれの行為態様の重なり(Zusammentreffen)によってはじめて(意図されていない)当該結果が実現されるという状況を作出したことを認識しなければならないというのである<sup>227)</sup>。

かくして、客観的要件の限定の試みは、作為犯・不作為犯を問わず、「必要的共働」という客観的メルクマールを用いて、共同性の範囲の妥当性を図る。この点で、確かに、共同正犯となる事例を具体的に類型化する試みは傾聴に値するものと思われる。しかしながらその一方で、客観的要件の限定という手法それ自体が適切に機能するかどうかは議論の余地がある。すなわち、問題となるのは、「必要的共働」というメルクマールに基づく共同性の規定である。この点では、クラーツが指摘するように、必然的に結果に対する(共同)原因になる「必要的共働」という基準をもって、結果に対して因果的ではなく、それどころか不可欠でもない各々の寄与を共同正犯として扱うことには問題がある<sup>228)</sup>。というのも、「必要的共働」である事例の場合、それぞれの寄与は結果に対して必要条件であるが、多

2004, S. 313. もっとも、オットーは、作為による必要的共働という基準としてではなく、不作為に関する独自の基準として適用している(Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 283f.)

226) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 190.

227) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 199f.

228) Kraatz, a. a. O. (Fn. 117), S. 134.

重的因果関係の事例，例えば，2人で転がせる石を4人で転がし，被害者がその石に当たって死亡した場合，各々の寄与は，結果に対して必要条件とはいえないからである。この点，カムは，「各人は，複数人間を関与させた以上，結局のところ，保護法益を侵害した事象に関与して」おり，「そのようにして，その事象の危険を典型的に増加させたがゆえに，関与者全員は，可罰性を必然的に有するのである」<sup>229)</sup>と簡潔に言及する。しかし，カムが言うように「危険増加」に着目したとしても，正犯と共犯の区別はおろか，危殆化だけで「共同行為」を把握すれば，カムの主張は，従来の共同危険創出説にいう共同性理論と差異はないことになろう<sup>230)</sup>。

さらに，必要的共働というメルクマールに基づく共同性の規定は，不真正不作為犯の事例に対する処理についても問題を抱えている。というのも，ヴェーツェルが述べるように，作為の必要的共働に相応する不作為犯の事例は，関与者全員が義務を果たすことによつてのみ構成要件該当結果が回避される事例ではなく，1人でも義務を履行すれば，結果は回避される事例であるからである<sup>231)</sup>。それゆえ，例えば，先の劇場火災事例では，消防士は単独でも当該結果を実現させることができた<sup>232)</sup>以上，劇場支配人と消防士の行為は，必要的共働に基づいた作為犯の共同行為に対応する不作為犯の共同行為とは異なることになる。仮に，複数人の作為によつてのみ構成要件該当結果が回避されるという基準でもって，客観的な共同性の枠組みを維持したとしても，各人の保障人的地位に基づく義務とどのような関係にあるのかは明らかではなく，加えて，カムが強調する「法益侵害に対する危険」という観点からみれば，例えば，欠陥商品による被害が明らかな状況において，販売会社に組織された回収担当が1人で構成され

---

229) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 207.

230) Vgl. Kraatz, a. a. O. (Fn. 117), S. 134f.; Bloy, a. a. O. (Fn. 185), S. 394f.

231) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 149.

232) もっとも，劇場火災事例においては，DとFが失火罪の共同正犯として処罰されるのは疑問である。むしろ，DもFも義務犯として問題になり得るかどうか問われるべきであるように思われる。

ようと複数人で構成されようと、欠陥商品に対する被害の危険は異ならず、人数の差異は単に会社の組織上の相違でしかない。したがって、これらの点においても、すでに「必要的共働」という基準は共同正犯の成立にとつて重要なメルクマールであるとはいえないのである。

このように、カムの見解は、従来の共同危険創出説に「必要的共働」という客観的メルクマールを用いることで、共同正犯の範囲の妥当性を図ることを試みたものであり、成立範囲を厳格に解するものといえる。しかし、「必要的共働」というメルクマールが、作為犯だけでなく、不作為犯においても、共同正犯における「共同性」の規定の指針とすることができず、また「共働の特異性」と「保護法益に対する危険増加」を基礎とした客観的要件とそれに対する各関係者の認識という主観的要件との関係も必ずしも明らかではないのである。結局のところ、実際の帰結として、カムの見解もまた、「意識的かつ意図的な共働」を共同性要件の前提とする以上、共同危険創出説と同様の問題点を免れないと思われる。

### 第3款 自律性原理に基づく結果帰属

共同危険創出説が掲げた成立条件を限定することで解決を図る上記の見解に対して、共同危険創出説の特質を維持しながらも、それとは別の視点から共同正犯を捉えなおす動きが見受けられるようになる。その流れを汲むものが、レンツィコフスキーによる自律性原理 (Autonomieprinzip) に基づく結果帰属の提唱である<sup>233)</sup>。

レンツィコフスキーは、正犯を自律性原理という視点から捉える<sup>234)</sup>。それによれば、自律性原理は「無限の原因連鎖において最終的に自律的に

---

233) Vgl. auch Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 6. シューマンは、自己答責性という原理に着目し刑法上の行為不法を捉え、他者の行為に対する負責の拡張は特別な理由を要すると述べる。Vgl. ders., a. a. O., S. 42.

234) レンツィコフスキーは、正犯と共犯は行為規範という点で異なることを前提としている。Vgl. Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 58ff., 123ff.



行動する部分として現れる者だけに、法益侵害（あるいは危殆化）が彼の仕業として帰属されうる」<sup>235)</sup>ことを意味し、その原理が遡及禁止を基礎づける<sup>236)</sup>。

しかしながら、この自律性原理を共同正犯となる事例に適用すれば、レンツィコフスキーも認めるように、背後者への犯行の帰属は排除されることになる。そこで、共同正犯の規定であるドイツ刑法25条2項によって遡及禁止というルールが破られることにより、自律性原理は拡張され、その結果、例えば、Aが被害者を殴打し、その後Bが被害者のハンドバックを略奪した場合、AとBに領得目的があったならば、ドイツ刑法25条2項により、強盗罪の共同正犯が成立するというのである<sup>237)</sup>。このことを説明するために、レンツィコフスキーは、共同正犯のルールを集団（Kollektiv）に関する根拠規範と見なす。すなわち、ある前提条件のもとで複数人は集団と見なされ<sup>238)</sup>、その集団という帰属主体に共同による仕業全体が帰属されることにより、この人的共同体（Personengemeinschaft）を形成する関与者は、集団による仕業に対して責任を負うのであって、自身の犯行の一部に対して責任を負うのではないとするのである<sup>239)</sup>。

そうすると、共同正犯の場合、集団による最終原因の自律的設定が問題となる。この点、その集団的人格を構成するのは、共同の所為計画であるとし、正犯は構成要件の実現に関係する以上、共同正犯の場合も、集団的人格が構成要件に該当する形で行動しなければならず、それゆえ、その構成員も構成要件に該当しなければならないとする<sup>240)</sup>。それゆえに、集団による最終惹起（Letztverursachen）は、構成要件の実現の範囲において

235) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 73.

236) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 73.

237) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 100.

238) レンツィコフスキーによれば、不法の取り決めでもって、対等な関与者同士からなる共同行為、すなわち集団的人格による行為が形成され、その実行によって共同正犯が成立する（Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 102）。

239) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 101.

240) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 102f.

のみ、すなわち犯行の実行段階においてのみ存在しうる以上、その結果として、自律性による答責性理論によれば、集団による最終原因の自律的設定がそれ以前に寄与した行為者に対する帰属を遮断するというのである<sup>241)</sup>。このような意味で、各関与者の質的重要性が重視されるのである<sup>242)</sup>。

このような帰属ルールに基づき、故意犯の共同正犯のみならず、過失犯の共同正犯の可能性も導き出される。すなわち、過失犯では、共同の行為計画にもとづいて行なう場合に、帰属主体である「集団」に全体行為が帰属される<sup>243)</sup>、すなわち、危険行為が相互に帰属されうる行為者が、全体の危険行為によって惹起された法益侵害に対して責任を負うというのである<sup>244)</sup>。このとき、結果と各関与者の寄与との因果関係は要求されない。

以上のことから、レンツィコフスキーの手法は、共同危険創出説の特質を維持しながら、自律性原理という視点から共同正犯の性質を捉えなおそうとする点に特徴があるといえよう。それでは、共同正犯における「共同性」の規定において、自律性原理は有効に機能するのであろうか。この点に関して、クラーツは、共同正犯の場合に自律性原理を適用することによって、想像上の集団的人格(Kollektivperson)に鞍替えしなければならないというのは、自由な個人という起点から、独自の法的人格性(Rechtspersönlichkeit)や独自の意思の自由をもたない純粋な技術的産物(Kunstprodukt)への変化に他ならないと指摘する<sup>245)</sup>。すなわち、自律性

---

241) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 103.

242) Vgl. Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 103f. レンツィコフスキーによれば、予備段階で加担するにすぎない者は本来の構成要件の実現を唯一自律的な他者の決定に委ね、教唆者は正犯者に必要な動機を用意し、幫助者は正犯者から、犯行に必要な補助を引き受ける。

243) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 288f. 故意犯における共同正犯に関しては、共同正犯の成立条件として「共同の犯行計画」が要求されている。Vgl. Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 101.

244) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 284.

245) Kraatz, a. a. O. (Fn. 117), S. 127. クラーツは、主として、レンツィコフスキーのような自律性原理による正犯論への作用に対する批判を間接正犯の観点から行なっている。

原理の本来の性質が、「集団」という概念を用いることで無に帰され、自律性原理それ自体が共同正犯との関係において意味を成さないというのである。実際、レンツィコフスキーは、基本的に通説と同様に、共同の犯行計画<sup>246)</sup>に基づく犯行寄与を重視することによって帰属主体である「集団」を構成している<sup>247)</sup>。

もっとも、レンツィコフスキーは、「単に予備段階において加担する（mitwirken）にすぎない者は、本来の構成要件の実現を唯一自律的な他者の決定に委ねる」<sup>248)</sup>と述べ、自律性原理を手がかりにしながら、実行段階での共働を共同正犯の必要条件として基礎づける。そうであるならば、先行した寄与を遮断する「最終原因の自律的設定」それ自体の規定が問題になる。しかしながら、ヴェーツェルも述べるように、「最終原因の自律的設定」は「集団への帰属（Zugehörigkeit zum Kollektiv）」の言い換えに過ぎず<sup>249)</sup>、区別基準を設けているわけではない。実行段階における共働の有無が正犯と共犯を区別する基準とはなりえない以上、検討すべきは、各関与者の質的区別による正犯と共犯の区別<sup>250)</sup>であるが、どのような点で質が異なるのかが依然として明らかではなく、むしろ、分業的共働の場合、1つの犯罪を加功するという点で、正犯と共犯を質的に区別することは、不可能であろう。

このようにみれば、レンツィコフスキーの見解は、自律性原理の導入によって共同正犯における「共同性」をより明確な型式へと試みる見解であるといえるものの、過失犯の共同正犯にあっては、先に述べた伝統的な共

---

Vgl. ders., a. a. O. (Fn. 117), S. 125ff.

246) 過失犯の場合には、犯罪結果を含まない「共同の行為計画」が要件とされる。Vgl. Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 288f. その点で、共同危険創出説と同様の特質を有することになる。

247) もっとも、レンツィコフスキーは、「集団の人格は、個々人が自己答責的に従う組織によって構成される」(Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 101, Anm. 214.)と述べる。しかしながら、このような構成と共同正犯の主観的要素との関係は明らかではない。

248) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 103.

249) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 165.

250) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 104.

同危険創出説が展開されており、すでに述べたような問題点が克服されているわけではない。端的に、共同正犯に対する自律性原理の適用の問題と共同危険創出説の問題を抱えていると評することができよう。もっとも、かような見解からは、これまでの危険・惹起といった事実的要素を共同正犯の客観的要件として認めるのではなく、その客観的要素の再構成を図ろうとする意図が伺えよう。

#### 第4款 同等の義務者の地位

さらに、共同正犯における客観的要素の再構成として、過失犯の性質を基礎とした各関与者の義務者の地位に着目しつつ、共同正犯の範囲を限定的に解釈する動きもある。各行為者の客観的注意義務に着目した共同正犯的構成を行なうのが、ヴァイサーである。ヴァイサーは、共同正犯の規定であるドイツ刑法25条2項は、「複数人が犯行を共同で遂行したとき」という文言から、構成要件の実現に対する責任の種類を限定していない以上、その条文によって過失犯特有の共同正犯が肯定される余地があるというのである<sup>251)</sup>。もっとも、そのような解釈には、故意犯と過失犯との構造的差異が存在する以上、過失犯特有の共同正犯が認められなければならないという前提がある<sup>252)</sup>。このような理解に基づき、もっぱら過失犯の性質を基礎とした共同正犯の構成が試みられるのである。

ヴァイサーの見解における特徴は、とりわけ共同正犯の客観的要件にある。客観的注意義務違反という一般的な過失の成立要件を前提とすれば、共同正犯の場合、この注意義務は同質のものでなければならず、そのような同一の注意義務違反に対して責任が問われる場合にはじめて、同一の犯罪が問題になり、それぞれの寄与の相互的帰属が問題になるというのである。このような「客観的に同一の注意義務」の存在を「行為者を客観的に結びつける同じ義務者の地位の要素」と位置づけ、「注意義務違反の際に、

251) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 233. 類似の見解として, Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 196), S. 522f.

252) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 232ff.

関与者によって同じ方法かつ同じ範囲内で履行されるべき注意義務が問題になる場合のみ、その違反もまた共同で行なわれうる<sup>253)</sup>とするのである。例えば、前述した転石事件<sup>254)</sup>の場合、行為者らの同じ注意義務は、「見通すことのできない断崖へと石を転がすことによって通行人を危険にさらさないこと」<sup>255)</sup>であり、各人はそれぞれ同じ程度にその注意義務に反して行動したと解されている。そして、このような要請は、特別義務を負う身分者と特別義務を負わない関与者との間には共同正犯が存在しないことの説明にも資するというのである<sup>256)</sup>。

もっとも、共同正犯と同時犯の区別は、このような客観的要件によってなされえず、主観的に結びつける要素が必要であるとして、共同危険創出説と同様に主観的要件も要求される。すなわち、共同正犯的態度によって危険を創出するという認識（Bewußtsein）は要求されないが<sup>257)</sup>、結果を惹起する危険を創出させる際には少なくとも意図的な作為・不作為が必要であるという限りで、注意違反の作為・不作為の実行における意図的な他者との共働（作為・不作為）が必要であるというのである<sup>258)</sup>。つまり、

---

253) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 236.

254) BGE 113 IV, 58.

255) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 237.

256) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 239.

257) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 237. Vgl. auch Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 282.

258) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 236f. Vgl. auch Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 196), S. 519ff. ブファイファーは、ヴァイサーと同様に、「過失の共同正犯は、必然的に、危険な共同行為計画の取り決めや実行を前提とし、その際、各関与者には、客観的に同等の注意義務違反が存在しなければならない」（Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 196), S. 526）と主張する。もっとも、共同の所為決意の対象（Gegenstand des gemeinsamen Tatentschlusses）は、シャルルの見解（Alexander Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, 2001, S. 226.）に依拠しつつ、それぞれの注意義務違反を構成する事情であって、それによって、共同正犯と同時犯との区別が図られるとする。例えば、屋根をのせる骨組みの除去という事例では、怠惰により、あるいは、すでに午前中、無駄に過ごしたという理由で、期限にせきたてられて屋根の角材を通りに投下するならば、その注意義務違反を根拠づける事情が共同の所為決意であり、転石事件や薬莢事例においても、危険な共同の行為計画がまさにその対象であるというのである（Pfeiffer, a. a. O. (Fn. 196), S.

ここで、共同危険創出説の特質である「意識的かつ意図的な共働」による共同正犯と同時犯との区別がおこなわれるのである。

そしてさらに、規範的観点においても、「行為者は自分と共同で行動する者又は行動しない者が自分自身と同様に同一の注意要求が課せられていることを少なくとも知っていなければならない程度に、主観的な結びつきが必要である」<sup>259)</sup>とする。この認識は、日常生活における一般的注意の要求から導き出されるものであり、例えば、先の転石事件で考えた場合、行為者らは、当該事象に関して、行為者自身の態度によって引き起こされた危険(転石行為)に基づく注意義務がそれぞれの行為者に同じ程度に向けられていたことを少なくとも認識していた以上、危険の回避に関係した同一の注意義務が課せられていたという主観的な結びつきが存在したというのである<sup>260)</sup>。

このようなヴァイサーの見解は、従来の客観的要件である共同危険創出を過失犯の性質であるとする注意義務の観点から再構成することで、共同性の範囲の妥当性を図ろうとした点に特色がある。その結果、従来の見解と最も異なる点は、まさに客観的要件であり、ヴァイサーのいう「客観的に同一の注意義務」というメルクマールがどのように機能するかが重要な問題となる。

この点に関して、キムは、この注意義務の観点からの再構成による客観的基準は、関与者全員が過失により行動した事例を別の言葉で表現したにすぎず、意味をなさない指摘する<sup>261)</sup>。というのも、キムによれば、結局のところ、この要件は、身分犯の場合に、身分者と非身分者との間に共同正犯は存在しえないことを確認するに過ぎず、共同性の範囲が十分に検

---

525.) もっとも、そのような動機が義務違反の性質と整合するかどうかは、検討の余地があろう。

259) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 237.

260) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 237.

261) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 165f.

討された上で成り立ったものといえないからである<sup>262)</sup>。その結果、具体的な事例を検討する際、どこに行行為者の客観的に同一の注意義務が存在するのか、客観的に同一の注意義務と見なされるのはどの義務なのか、といった疑問が投げかけられているのである<sup>263)</sup>。

さらには、「同じ方法かつ同じ範囲において履行されるべき注意義務」と限定すること自体に対しても、疑問視されている。ヴェーツェルは、次のように批判する。常に危険が伴う作業領域では、通常、複数の義務が互いに関連しあっており、ヴァイサーの基準を適用すれば、様々な義務の緊密な依存性ないし結合性が存在する事例では、共同正犯の成立は否定される、と<sup>264)</sup>。簡単な事例を挙げれば、バスの運転手が、車外でバックの合図を送るバスガイドとともに、バスをバックさせる際、両者の不注意によって、バスを第三者に当て、怪我を負わせた場合がその一例であろう。この事例では、運転手は、バックをする際、バックミラーを見て結果を回避する義務があったのに対して、合図を送るバスガイドは、第三者が近くにいないかどうかを確認する義務があったといえよう。その結果、ヴァイサーの挙げる基準に従えば、共同行為は存在しないとの結論が得られるであろう。しかしながら、このような場合にまで共同性が完全に否定されるのは妥当ではあるまい。義務犯の場合を別としても、万人を名宛人とする犯罪の場合にまで、立場の違い（上記の事例では、運転手とバスガイドという立場）により共働が認められないとする結論は行き過ぎであろう。

反対に、實際上、単独正犯・共同正犯にかかわらず、注意義務の同一性は考えられ、こうした「共同性」の要素によって、単独正犯と共同正犯との区別が、ヴァイサーの見解からもなされておらず、最終的に各行行為者の主観的側面に委ねられているのである。結局のところ、注意義務の内容は、個々の事例において各行行為者の能力や立場といった諸事情のもとで具体的

---

262) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 165f.

263) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 165f. Vgl. auch Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 177.

264) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 170.



に決められる義務内容の問題にすぎず、共同性の有無ないし構成要件該当結果の帰属の問題とは次元を異にするとと思われる。したがって、同一の注意義務の有無による手法は共同性の規定にはならぬ適さず、むしろ、先のバスの運転手とバスガイドの事例では、十分に共同行為と見なされうる余地があるとすべきであろう。

このようにみれば、注意義務の同一性の有無というメルクマールは、共同正犯における「共同性」の判断基準にとって、必ずしも有効であるようには思われないのである。

次に、ヴァイサーが唱える主観的要件に着目すれば、共同作為・不作為の認識と他者と同一の注意義務が課せられているという認識が必要とされる。前者は、共同危険創出説の特質の現れであるといえよう。問題となるのは、ヴァイサーが新たに設けた後者の要件である。しかしながら、ヴァイサー自身が客観的に同一の注意義務が行為者らにあったとしても共同行為があったとは限らないとするように、他者と同一の注意義務が課せられていることの認識は、同時犯の場合でも存しうる以上、共同正犯の要件として意味をなさない。そうであるならば、同時犯と共同正犯を区別する共同作為・不作為の認識だけが主観的要件として重要となろう。

そこで、最も注目すべきことは、皮革スプレー事件に対する対処である。というのも、ヴァイサーは、かような成立条件でもって、過失犯の共同正犯が認められると結論づけるからである。ここでとりわけ着目すべきなのは、まさに、合議体の各構成員の主観的事情の認定である。構成員は、共同でのみ決議を選択できる取締役の合議体の場合、一定の措置（ここでは、欠陥商品の回収）は同僚と共働すること（Zusammenwirken）でのみ決定され、講じられうることをすでに認知している。そして、その共働でのみ与えられる組織の行為能力の認識（Bewußtsein）は、特定の措置をしないこと、すなわち、構成員の不作為による共働の結果にも関係する。それでもって、それぞれの取締役には、市場からの製品回収の遂行も不作為も、それぞれ決議能力のある合議体の多数派（Kollegiumsmehrheit）の共働に

よってのみ可能であることは明らかであった。したがって、共同不作為の認識（Bewußtsein）は肯定されうるといのである<sup>265)</sup>。しかしながら、企業内の制度に関する知識を有することで、他者とともに製品回収をしないという認識があったといえるかどうかは疑わしいであろう。このような状況における認識は、同時犯の領域でも十分にあり得るだけでなく、この場合の認識は、他者とともに共働するという事実的な認識というより、むしろ、各構成員に求められた役割から他者と共にすべき事柄をしなかったという事実の各行為者の主観面に対する評価として把握されているように思われる。ゆえに、共同作為・不作為の認識という要件の意義が揺らいでいるとみるべきであろう<sup>266)</sup>。

#### 第5款 小 括

本節では、共同危険創出説が抱える問題点を踏まえたうえで、その学説の特質を維持しつつ、独自の手法により解決を試みる見解を検討した。その結論は以下のようにまとめられる。

まず、共同危険創出説の問題点を克服する一手段として、本来の要件を限定的に解する動きが見られた。その1つが主観的要件の限定であり、その試みは「意思の合致」を「因果的な意思の結びつき」でもって代替することで主観的要件の意義を見出し、共同正犯の範囲を狭める狙いがあった。しかしながら、そもそも両者の区別基準が明らかにされておらず、皮革スプレー事件のように、関与者間の意思疎通がないような場合には共同性が存在しないという問題を依然抱えていることが明らかとなった。

それに対して、客観的要件の限定、すなわち、「共働の特異性」と「保護法益に対する危険増加」に着目することで共同性を規定する試みも確認された。具体的には、行為が結果にとって必要条件である事例に基づいて

---

265) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 238. もっとも、ヘーリングは皮革スプレー事件における過失犯では、共同による不作為決意は存在しないとする。Vgl. Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 332ff.

266) Vgl. auch Kraatz, a. a. O. (Fn. 117), S. 136.; Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 170.

形成された「必要的共働」を、多重因果関係の事例に適用することで、共同性の範囲を確定するのである。しかし、行為が結果にとって十分条件となる多重因果関係の事例が「必要的共働」でもって説明できる根拠は十分に示されておらず、不作為犯の場合にも、同様な問題を抱えているという問題点が明らかとなった。

このように、共同危険創出説が挙げた要件を限定する試みは、成功するまでには至っていないことが確認された。

これらの試みに対し、共同危険創出説の特質を維持しながらも、別の視点から共同性を再構成する動きも見られた。

まず、正犯論を自律性原理という視点から捉え直し、共同正犯を自律性原理の拡張でもって説明する見解が確認された。自律性原理を適用することで、共同正犯の場合には「集団」を帰属主体として理解することが可能となり、それでもって、共同正犯の範囲が規定されるとするのである。しかしながら、共同正犯に自律性原理を適用することで、自律性原理自体の意義が埋没しており、共同正犯と見なされうる基準は未解決のままであることが示された。結局のところ、過失犯の共同正犯においては、伝統的な共同危険創出説との相違がないことが明らかとなった。

その一方で、過失犯の性質を起点とした義務者的地位に着目することで、共同正犯を論じる見解も確認された。この見解の特徴は「行為者の客観的に同一の注意義務」を共同正犯の成立条件としてあげる点にあった。しかしながら、そのメルクマールの具体的基準は明らかにされておらず、義務の同一性の有無という問題は、共同正犯を規定する問題と次元を異にすることが示された。

このように、共同危険創出説の特質を基礎とした独自の解決手法においても、依然として不十分な点が残されていることが明らかとなった。

もっとも、これまでの考察から、過失犯の共同正犯に関する一連の動向は、従来の要件の単なる限定の試みから、危険創出という事実的な客観的要件の修正へと向かいつつあるように思われる。このことは、従来の通説

的な自然主義・心理主義的アプローチの限界を示すものであり、共同正犯の成立条件を事実的要素に委ねることの限界と別の視点から導かれた客観的要素の構築の必要性を示唆するものであろう。そして、ドイツでは、こうした自然主義・心理主義的アプローチの行き詰まりと並行して、最近、皮革スプレー事件をはじめとする過失共働事例をきっかけとして、規範の見地から導かれた共同性の議論が活発化している。そこで、次節では、規範主義的アプローチによる共同性の議論を考察することとする。

### 第3節 「共同義務の共同違反」説の現代的展開

#### 規範主義的アプローチ

##### 第1款 「過失への帰属」の規範化

すでに戦前において、「共同義務の共同違反」説の基本的発想を部分的に採り入れていたのは、エクスナーである。彼は、過失による共働を論ずるにあたって、交通事故や医療事故などの場合、通常、有害な結果が複数人によって条件づけられるかたちで生じることに着目した上で、「どの程度まで、過失という視点のもとで、他者によって惹起されあるいは共同惹起された出来事に対して責任を負いうるか、または共同責任を負いうるか」<sup>267)</sup>を問題とする。

もっとも、エクスナーは、過失による共働において、過失犯の共同正犯の成立を認めた上で、故意犯の共同正犯に対応する過失犯の構成要件は、結果の発起者（auctor）であるという認識の可能性と当為が同時に存在する場合の、合意に基づく共同行為であるとしている<sup>268)</sup>。それゆえ、エクスナーの見解によれば、共同正犯の存在の有無は、関与者間の合意に依存している。その限りでは、彼の共同正犯論は、共同危険創出説の特質と一致する<sup>269)</sup>。

---

267) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 569.

268) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 573.

269) Vgl. auch Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 165.

それゆえ、注目に値するのは、共同正犯論ではなく、それ以外の場合、つまり関与者間での合意に基づく行為が存在しない諸事例における取り扱いである。そこでは、「いかなる条件のもとで他者の過失に関して責任を負わせうるか」<sup>270)</sup>という問題意識のもと、個別的考察に基づき、結果の帰責範囲を確定する試みが行なわれている<sup>271)</sup>。ここでは、とりわけ、検討対象の行為者が時間的に介在者より前あるいは同時に行動した場合を採り上げることにする。

エクスナーによれば、他者の過失行為が介入されずとも、予見可能なかたちで、結果を生じさせる場合<sup>272)</sup>と、他者の不注意な行為が介入する場合にのみ、予見可能なかたちで結果を生じさせる場合<sup>273)</sup>とに分けられる。

前者の場合、自己の態度として侵害が予見可能であり、予見されるべきであった場合、他者の過失行為が日常の経験の範囲内であるならば、その他者の過失行為によって結果が発生しても帰属されるとする。他方で、後者に関しては、他者の介入行為も自己の責任として包含される場合、つまり、他者の過失行為を予見でき、かつ予見すべきであった場合にだけ、最終結果も予見でき、かつ予見すべきであったとし、結果が帰属されるとする。

では、どのような場合に他者が義務に従うと信頼することが予見義務違反と見なされるというのであろうか。彼は、次のような事例を挙げる。Aが自己の車をBに運転させ、その結果、Bは過失により子供を撥ねた<sup>274)</sup>と

---

270) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 573.

271) もっとも、結果の帰責が主として論じられ、検討対象である行為者が正犯となるか共犯となるかについては、言及されていない。

272) 例：Aは花火の玉を不注意に扱うことによって被害者の生命を危険にさらした。その後、被害者は快方に向かっていたところ、医者Bは、移植のために麻酔を行なった際、医者の不注意による医療ミスにより被害者を死亡させた。Vgl. Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 573.

273) 例：Aが安全運転できず試験も受けていない妻Bに車の操縦を任せたと、Bは未熟であるがゆえに自転車で行く者と衝突し重傷を負わせた。Vgl. Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 573.

274) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 577.

いう場合に、例えば、Aが酔っ払った職業運転手や免許のない運転手に運転を任せたとすればAに義務違反があるとする<sup>275)</sup>一方、免許を持った運転手に運転を委ねたとすれば、その運転は社会生活上完全に典型的な危険、つまり許された危険であるため、Aは義務を負わないというのである<sup>276)</sup>。このような結論の背景には、実際の社会生活上定着したルールに鑑みて、刑法上、「現に存在する事情のもとで典型的であるような危険、つまり、所与の生活関係において通常考慮される危険を惹起する者は問題にならない」<sup>277)</sup>という考慮が働いている。その結果、実際に社会生活上妥当するルールを背景とした、許された危険か否かという基準に応じて、行為者の責任範囲（ここでは、予見義務の問題）が決定されているのである。それゆえ、キムも指摘するように、客観的帰属の名のもとに論じられる視点をエクスナーは採り入れているのである<sup>278)</sup>。

もっとも、注意しなければならないのは、上記のような行為者の責任範囲の判断が、責任要素としての過失への帰属として扱われている点である。例えば、自動車を不注意で運転した者が、突然道路へ飛び出した子供を撥ねたが、たとえ慎重に運転しても同様の結果が生じたという事例において、合義務的な態度によって結果が回避される場合にのみ、結果は、過失概念の意味において回避可能であるとして、有責性（Verschuldung）が欠如するというのである<sup>279)</sup>。つまり、有害な結果が義務違反による不注意な行為によって惹起されたとしても、行為者が責任を負う必要のない諸事情が、合義務的な態度の場合でも結果は発生したという程度に共に作用した、というような場合を「責任連関の中断（Unterbrechung des Schuldzusammenhangs）」として扱っているのである<sup>280)</sup>。その結果、社会生活上

---

275) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 577f.

276) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 578.

277) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 577.

278) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 126.

279) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 583f.

280) Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 583.

典型的な危険かどうかという基準に応じた義務の射程は、責任要素である過失の有無の検討の際に論じられることになる。いわば、過失判断の規範化が行なわれているのである。その点、ヴェーツェルが述べるように、エクスナーの見解には、結果が行為者に帰属されない場合でも、故意や過失として責任段階の問題として扱うという違法性と有責性の未分離の問題は残されていた<sup>281)</sup>。

しかし、重要なことは、結果を帰責させる際、因果連関の問題および抽象的な結果発生に対する予見可能性の問題だけでなく、社会的視点による行為者の義務を考慮する必要性も説いていたことである。それは、正犯・共犯にかかわらず、共通して妥当するものであろう。そして、「他者の犯行が自身の責任として帰責されるのはいかなる場合か」という議論は、共同性の議論における「共同義務」の形成を担うものであり、過失による共働を論ずるに当たって、行為者の義務の射程という規範的観点から結果の帰責を試みていたということができよう<sup>282)</sup>。

## 第2款 義務犯的構成

戦後、共同危険創出説による共同正犯の規定の限界を明確に指摘した<sup>283)</sup>のは、ロクシンである。ロクシンは、従来のような自然主義・心理主義的アプローチを正面から否定し、規範的側面を全面的に打ち出すことの帰結として過失犯の共同正犯の可能性を導き出そうとしたのである<sup>284)</sup>。

---

281) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 157.

282) Vgl. auch Günter Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Festschrift für E. Schmidt, 1961, S. 383ff., 391f. シュトラテンヴェルトは、「支配可能性」(予見可能性と回避可能性)を過失正犯の中核に据え、正犯の答責領域を基礎づけるメルクマールと位置づける。そして、それ以外の場合には、他者の注意義務違反に係る義務者の地位の有無に応じて答責性が基礎づけられるとする。この見解に対する批判として、vgl. Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 558. もっとも、客観的帰属の領域において、医療分野による分業の例を中心に、各関与者の答責性が検討されている。

283) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 531ff. さらに、第2章第1節第3款を参照されたい。

284) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 531ff. もっとも、近年、ロクシンは、過失犯を義務犯とせ



その出発点は、過失犯は義務犯である、ということである。つまり、過失犯の場合、正犯は行為支配論によって規定されるのではなく、特別義務という要素によって規定されるというのである。それゆえ、ロクシンによれば、不作為犯および身分犯と並んで、過失犯も義務犯であり、各人の注意義務は直接に正犯を根拠づける特別義務となる<sup>285)</sup>。

このような理解から、ロクシンは、故意の共同正犯のメルクマールを過失の共同正犯に転用することを批判する。そして、過失犯の共同正犯は、「共同の正犯（gemeinsame Täterschaft）」であり、換言すれば、「共同義務の共同違反（die gemeinsame Verletzung einer gemeinsamen Pflicht）」<sup>286)</sup>であるとする。それゆえ、関与者の意思に全く依存させず、義務にのみ着目することによって共同正犯は規定されるのである<sup>287)</sup>。

では、共同義務が認められるのは、どのような場合であるのか。この点に関して、例えば、受刑者の監視を命じられた2人の公務員が眠り込んだために受刑者が脱走した場合や、子供の面倒を引き受けた2人の女性が共に注意を払わなかったために子供が怪我をした場合がその一例であり、これらの事例では、2人の行為者には、共同の、同一の対象に関係した義務があり、その義務違反は、法益侵害が生じるために重なり合わなければならない程度に、共同かつ相互的に（gemeinsam und wechselseitig）依存しているとする<sup>288)</sup>。その際、一方の者が他者の不注意を引き合いに出すことができないのは、共同義務が「重複した保証（doppelte Sicherung）」を伴うことの帰結である<sup>289)</sup>というのである。

---

ず、また、義務犯と解せずとも、過失の共同正犯の可能性があることを認めている。Vgl. Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 737ff.; ders., a. a. O. (Fn. 127), S. 96f.

285) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 527ff.

286) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 532.

287) ロクシンによれば、共同義務は各々の分担された義務（geteilten Pflichten）の集合体ではない。Vgl. Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 536.

288) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 535.

289) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 535. その際、ロクシンは、さもなければ、100人の場合、

さらに、共同義務は、複数の義務が一次的に同一の対象に向けられている必要はなく、一次的義務と二次的義務が重なる場合にもありうるとする。例えば、一方の行為者は航空機を製造し、他方の行為者は部品が適切に使用されているかどうかを再点検するという場合や、一方の医者が手術を行ない、他方の医者が適切に行なわれているかを監視する場合がその例であるとし、たとえ義務の内容が異なっていたとしても、共同義務は存在し得るというのである<sup>290)</sup>。その結果、これらの事例でも、義務違反により結果を発生させた以上、たとえ他者の行為が予見不可能であったとしても、結果全体に対する正犯が根拠づけられる<sup>291)</sup>。

以上のように、ロクシンは、義務犯という観点から、単独正犯と決定的に異なる、過失犯の共同正犯の特性を明示し、実際の意義を見出そうとしたのである。

ロクシンの見解における特徴は、従来の自然主義・心理主義的アプローチによる共同正犯の根拠づけを完全に否定したこと、およびエクスナーの見解と異なった、義務犯という視点からの共同義務を構成要素とした過失犯の共同正犯を導き出そうとしたことにある。そこで、問題となるのはロクシンの手法である。とりわけ、過失犯を義務犯と捉える点と共同性の規定の仕方である。

まず、前者の問題に関して、そもそも義務犯とは、特別な、万人に該当しない義務を有する者だけが構成要件の実現の中核に位置する犯罪とされている<sup>292)</sup>。しかしながら、カムも述べるように、過失犯においては、社会生活上必要な注意に違反しないという義務は万人に対して向けられており、その時点で、名宛人の範囲が異なるがゆえに、過失犯は義務犯へと分

---

各個人は、他の99人の義務違反は完全に予見不可能であったという根拠により、全員が注意しなかった場合でも1人も当該構成要件の意味において義務違反がなかったとして、過失責任を免れうることの不当性を挙げている。

290) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 536.

291) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 536.

292) Vgl. etwa Roxin, a. a. O. (Fn. 127), S. 10.

類されえない<sup>293)</sup>。つまり、過失犯は、「他者を侵害してはならない」という点で故意犯と共通しており、その点で相違点はないのである。加えて、注意義務の内容は、ロクシン自身が述べるように、社会的相当性の思考、信頼の原則、答責領域の区別などの諸基準から構成されており<sup>294)</sup>、一般的な客観的帰属の基準の類型化にほかならない<sup>295)</sup>。

次に、後者に関して、ロクシンは、「注意義務」に着目することで共同正犯と単独正犯との区別を試みるが、問題は、如何にして「注意義務」が共同性を規定しうるかである。たとえ注意義務に着目したとしても、ドイツの通説である統一的正犯概念が前提とされる以上、例えば、プッペが言うように、「注意違反する者は、すでに単独で許されない危険を設定し、それを通じて、その危険が侵害の過程に実現するならば、その結果の帰属を根拠づける」<sup>296)</sup>にすぎない。すなわち、「違法な意思ではなく、法秩序の注意要求を拒絶することのみが行為者に非難されうるならば、この拒絶を通じて惹起された侵害結果が行為者に帰責されうるものであり、たとえ、他者の拒絶もまた行為者の侵害結果と同じであるかあるいは何らかの方法で行為者と関連しているとしても、他者の拒絶を通じて帰責されえない」<sup>297)</sup>。そうであるならば、このような単独の義務違反の基礎を超えた共同の義務違反を基礎づける説明が不可欠となる。しかしながら、ロクシンの見解では共同義務の存在がすでに前提にされており、その根拠は示されておらず<sup>298)</sup>、ロクシンのいう「重複した保証」の内容も必ずしも明らかとはいえないのである。

このように、ロクシンの見解は、自然主義・心理主義的アプローチに基

---

293) Kamm, a. a. O. (Fn. 196), S. 116f. Vgl. auch Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 167, Anm. 634.; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 319.

294) Roxin, a. a. O. (Fn. 198), S. 530.

295) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 128f.

296) Puppe, a. a. O. (Fn. 138), vor § 13 Rn. 163.

297) Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 129.

298) Vgl. Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 167f.; Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 135.

づく共同正犯論を正面から否定し、規範的視点からの、新たな「過失犯の共同正犯」論を試みた点では、注目に値するものであったが、「共同義務の共同違反」説として確立するには、多くの課題が残されていたということができよう。

### 第3款 「規範的」評価による共同責任

これに対して、不作為犯において純粋に規範的な共同性を規定しようとしたのが、オッターである。そのきっかけは、組織化された企業体制における責任の所在の不透明性にあり、オッターは関与者間の意思疎通に基づいて共同責任を問えない点を疑問視し、こうした社会背景を見据えた規範的關係を共同正犯の成立における「共同性」へと反映させるのである。

まず、過失による結果犯の正犯は以下のように理解されている。すなわち、正犯とは、単独で又は他者との分業により構成要件の実現の可否(Ob)及び態様(Wie)を規定し法益侵害を実現するという理由から、構成要件の実現に対して答責性を有する者であるが<sup>299)</sup>、過失犯の場合には、操縦主体として結果に実現する危険を創出し、あるいはそれを増加させた者である<sup>300)</sup>、と。そして、不可罰である過失による教唆や幫助と区別された正犯的な結果実現と見なされるために、規範的な関係として、事象の「操縦可能性」が要求されている。もっとも、過失犯では、刑法上の行為規範の対象は、結果惹起ではなく、結果発生において実現しうる危険の創出ないし増加であって、その危険を創出ないし増加させたときに、行為者の仕業として、結果が帰責されるというのである<sup>301)</sup>。

その上で、オッターは、帰属原理として答責原理に着目し、行為者は原

---

299) Otto, a. a. O. (Fn. 225), S. 292. 他方、(狭義の)共犯者は、犯行に対する規定または犯行の促進によって法益侵害に寄与するが、犯行の可否及び態様を他者の意思に委ねる者とする。かくして、限縮的正犯概念を採用しつつ、正犯と共犯の答責性は質的に異なることを示唆する。

300) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 278.; ders., a. a. O. (Fn. 225), S. 311.

301) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 277f.

則として行為者自身の態度に対してのみ責任を問われるとしながら、さらに、最初の危険行為によって設定されていた危険が第三者の後続の行為を通じてはじめて法益侵害に結びついた場合にも、その法益侵害に対して責任を問われるとする<sup>302)</sup>。この帰属問題においては、レンクナーに依拠して、「構成要件該当結果を惹起する具体的経過を生じさせないために、法的な行為規範によって、すでに危険の作出が禁じられているかどうか<sup>303)</sup>」という問題が重視されている。

このような理解を前提とすると、過失犯の共同正犯の場合、「法益侵害に実現した共同の危険創出ないし増加が共同正犯を根拠づける<sup>304)</sup>」とする。これに基づき、作為犯においては、「他者との意識的な分業的共同作業において、予見可能な形で結果に実現する危険<sup>305)</sup>」を創出または増加させた場合に、結果に対する共同責任が認められ、不作為犯においては、法的に回避ないし減少を義務づけられた危険を回避または減少させないという関与者間の合意が共同の危険創出ないし増加に対応するというのである。

この限りでは、このような構成は、共同危険創出説の域を出ないものとなっている。というのも、すでに危殆化の時点で、過失犯の行為規範が破られるとする以上、過失犯は危険犯へと転化されており、また、共同性の根拠を関与者間の意思疎通に求めているからである。

しかし、オッターは、このような構成では把握しきれない、すなわち関与者間の意思疎通では把握しきれない問題状況をも解決するために、不作為犯において規範的な共同正犯の成立の余地も独自に認めている。すなわち、「共同正犯構成要素としての、危険回避ないし減少の共同責任<sup>306)</sup>」を措定することによる共同正犯の構築である。不作為犯においては、危険を

---

302) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 278f.

303) Theodor Lenckner, Schönke/Schreöder, StGB, 23. Aufl., 1988, Vorbem. §§ 13ff., Rn. 96.

304) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 282.

305) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 282. オッターは、危険を認識する必要はないが、その法益侵害への危険の実現は予見可能でなければならないとする。

306) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 283.

回避ないし減少しないという関与者間の合意の代わりに、危険回避ないし減少の共同の法的責任を措定することで、その合意という事実的要素が放棄されて、純粋に規範的な共同正犯が形成されるというのである。

従来の手法と著しく異なる、このような規範的な手法による共同正犯の認定は、以下のような事例において特徴を示す<sup>307)</sup>。

霧のかかった雨模様の日に、機関車と満員のバスが遮断機のない踏切に近づいた。しかし、機関車の運転手は法律上の義務に反して踏切の前で警笛を鳴らさず、他方、バスの運転手は規則に反し窓を開けなかった。その結果、機関車とバスが衝突し、多くの被害者が死亡した。ただし、一方の者だけが忠実に義務を履行しても、もう一方の者が履行しなければ、効果がない状況だった。

この事例では、各行為者を個別に責任を問えば、両者の責任は免れる。また、危険を回避する措置をしないでおくという取り決めが両者に存在しない以上、共同正犯を基礎づける事実的要素は存在していない。そこで、オッターは、いわば分業でのみ行ないうる共同の責任が根拠づけられ、両者を一体化して把握することができるならば、義務違反の不作为に基づき両名に責任を負わせる可能性があるとするのである<sup>308)</sup>。

さらに、オッターは、この手法を「皮革スプレー事件」<sup>309)</sup>にも応用し、以下のように述べる。連邦通常裁判所は、「個々の取締役にはそれぞれ結果を回避することができなかつたにもかかわらず、個々の取締役に犯行結果を帰属させる。それは、個々人の犯行として考察する結果であろう。むしろ、連邦通常裁判所は、個々の関与者に、別の関与者の義務違反の行為を引き合いに出させない。というのも、同裁判所は、関与者全員の行為を統一体と評価するからである。そのため、他の義務違反行為に言及して、それぞれの免責の可能性は関与者にないのである。すなわち、彼らは、共

---

307) Vgl. auch Harro Otto, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, S. 49f.

308) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 284.

309) BGHSt 37, 106.

同正犯として責任を負うのである」<sup>310)</sup>と。こうして、オットーは、純粋に規範的な共同正犯を見出すことによって、分業的かつ組織的に異なった責任において遂行される大企業の活動に対して法益侵害の責任を問うることを導き出すのである<sup>311)</sup>。

このように、オットーは、共同危険創出説を基調とした共同正犯構成を認めると同時に、その構成上の、実際の問題への適用の限界に着目して、各関与者間の事実上の合意からではなく、まさに各関与者の結果回避に関する義務者の地位という規範的要素から共同責任の規定を試みている。しかし、共同危険創出説と同様の特徴を示した危険増加論<sup>312)</sup>による共同正犯の説明<sup>313)</sup>は、自然主義・心理主義的アプローチからの帰結にほかならず、そうすると、根本的な問題として、このような自然主義・心理主義的共同性と規範的共同性との整合性が問われなければならないという問題が生じよう<sup>314)</sup>。

もっとも、オットーの見解は、従来の自然主義・心理主義的アプローチによる帰結を維持しながらも、「皮革スプレー事件」をはじめとする社会現象を背景に、不作為犯において部分的に共同性の規範化に踏み切ったといえる。このような試みは、実際上の事例に対する共同責任の適用範囲の再検討を促す点で、規範的共同性の意義を示すものと思われる。しかしながら、問題なのは、ヴェーツェルも指摘するように、義務の「共同性」がどのようにして形成されるのか、ということである<sup>315)</sup>。というも、当

---

310) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 285.

311) Vgl. Otto, a. a. O. (Fn. 225), S. 314.

312) Kritisch Kraatz, a. a. O. (Fn. 117), S. 131.

313) Vgl. Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 152f.

314) なお、オットーは、規範的要素として共同の「操縦可能性」も要求する。しかし、「操縦可能性」という概念自体がそもそも明らかではない。それゆえ、各関与者の答責領域にどのような影響を与えるのかについても明確でない。オットーの説明による限り、各関与者の責任が課されるための前提条件にすぎないように思われる。Vgl. Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 152.

315) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 160. Vgl. auch Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 171.



該結果に対する答責性を有する者が複数人であったとしても、同時犯の可能性も残されているからである。その点、オッターが提唱する規範的共同性は、共同性の根拠が示されるには至っていない。

他方、「皮革スプレー事件」で議論の発端となった合議体決議の問題において、オッターのような構成とは逆の手法で共同正犯の規定を試みるのが、クナウアーである<sup>316)</sup>。すなわち、オッターが、自然主義・心理主義の見地による危険増加論に基づく共同正犯の規定に加えて、規範の見地による共同正犯の規定を試みるのに対して、クナウアーは、過失犯における共同正犯は、危険増加論を基礎とした客観的帰属論でもって理解されるべきだと主張するのである<sup>317)</sup>。

もっとも、クナウアーは、伝統的な共同危険創出説に依拠しない。むしろ、「共同の行為決意」というメルクマールは構成要件該当結果の帰責を基礎づけないと指摘した上で、過失犯独自の性質に着目しつつ、過失の共同正犯は、複数人によって共同で創出された、許されない危険が結果に実現した場合であるというのである<sup>318)</sup>。ここで言われる「共同性」の成立要件では、オッターの場合と異なり、主観的要素は求められず、客観的側面が重視されている。この点で、合議体決議と共同正犯の関係において、共同危険創出説の難点とされる「共同決意」の問題は全く生じない。

では、いかにして共同正犯と同時犯は区別されるのか。クナウアーによれば、過失犯が同時犯となるのは、関与者が結果に実現する危険を完全に独立して、つまり分業によらず創出した場合だけであり、その場合には、

---

316) Vgl. Knauer, a. a. O. (Fn. 151), S. 133ff. クナウアーは、故意犯の共同正犯における考察を通じて、共同正犯の場合、結果と個々人の因果関係は問われず、「共同の犯行計画」が共同性の根拠であるとして、ドイツ刑法25条2項の意義を見出した上で、過失犯の共同正犯の考察へと移行する。

317) これに対して、故意犯の共同正犯の場合、条文に規定される「共同遂行」と見なされるためには、関与者間に分業による共働の認識が必要とする。Vgl. Knauer, a. a. O. (Fn. 151), S. 147ff.

318) Knauer, a. a. O. (Fn. 151), S. 196.

許されない危険は質的に異なった性質（qualitativ unterschiedlicher Art）のものであるという<sup>319)</sup>。ここで、クナウアーが具体的な限界事例として挙げる劇場火災事例<sup>320)</sup>に着目すれば、以下のような説明が行なわれている。すなわち、劇場支配人Dは石灰消和装置を水で満たす責任があり、消防士Fはその装置を操作する任務があったにもかかわらず、劇場で火災が発生した際、Dは上記の装置に水をためておらず、Fも酔っ払って鎮火させることができず、その火災で被害者は死亡したという場合、各被告人は、時間的にも質的にも独立して危険を創出した以上、もっぱら規範的検討に基づき、すなわち、共同答責のゆえに過失の共同正犯として評価するのは行き過ぎである<sup>321)</sup>。

もっとも、上記の例では、共同性の根拠は規範的観点から示されたわけではない。というのも、具体的には、場所的・時間的要素に基づく事実的要素の色合いが強く、また、質的差異という側面においても、共同正犯と同時犯との区別につながるような基準が明らかにされているわけではないからである<sup>322)</sup>。したがって、クナウアーのいう共同正犯は、同時犯との関係では表現上の問題に終始することになる。

このように、クナウアーは、過失犯における共同正犯の根拠を危険増加論に基づく客観的帰属論に求めつつ、客観的判断のもとで共同正犯と同時犯との区別を試みるものの、共同正犯と同時犯との区別は依然として示されるには至っていない。しかしながら、クナウアーの見解は、共同正犯における「共同性」の規定に関して、事実的判断から規範的判断への段階的移行という過渡期にあると評することができるように思われる。

---

319) Knauer, a. a. O. (Fn. 151), S. 199.

320) 本章第2節第2款で挙げられた事例である。

321) Knauer, a. a. O. (Fn. 151), S. 199.

322) クナウアーは、劇場火災事件において各行為者の寄与の質的側面に注目するが、そこで述べられる質的差異は義務犯との区別を意味するに過ぎないように思われる。そうであるならば、實際上、各行為者の危険創出を事実的観点から捉えることになりかねないであろう。

以上のことを踏まえると、「皮革スプレー事件」以降、合議決定といった社会的問題に着目しつつ規範的観点から共同正犯の成立要件を再構成する動きがみられるが、共同性の根拠という点で課題は残されていたといえよう。

#### 第4款 集团的義務違反

もっとも、共同性の規範化の試みにおいて、共同性の根拠を明らかにする動きが見られるようになる。それは、「皮革スプレー事件」で生じた合議決定の問題といった問題状況も考慮に入れつつ、従来の自然主義・心理主義的アプローチと規範主義的アプローチとの差異を意識的に把握し、客観的帰属の問題として規範的「共同性」の規定を試みる見解である。

その主張者であるヴェーツェルは、構成要件の実現が、関与者全員、すなわち構成要件の実現を管轄する者全員が等しくかつ直接に (gleichermaßen und unmittelbar) 自身の不法として該当する、統一的帰属の唯一の対象であるという考えを展開させる<sup>323)</sup>。すなわち、広義の共犯は、犯罪行為 (Straftat) に対する共同答責 (gemeinschaftliche Verantwortung) を意味しており、各関与者への帰属は、構成要件の行為 (tatbestandlichen Tat) を対象にし、構成要件の実現及び犯行に寄与する態度に対する答責領域の基盤として存在するというのである<sup>324)</sup>。ここでは、誰が正犯であるのか、あるいは共犯であるのかという問題は重要視されず、むしろ、構成要件の実現が誰に帰属されうるかという問題が重要視され、(広義の) 共犯が成立する場合、正犯と共犯の区別は、関与者間の構成要件の実現に対する形成の程度の相対化により判断されるにすぎないことになる<sup>325)</sup>。

ここで提言されている共同行為は、帰属機能をもった規範的なカテゴ

---

323) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 44.

324) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 44.

325) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 45f.

リーであり、共同性の範囲は、帰属論の視点からのみ画される<sup>326)</sup>。それによれば、共同性（共同行為）とは、1つのすべての関与者に帰属可能な、集団的義務違反（kollektive Pflichtverletzung）に基づく関係であるというのである<sup>327)</sup>。この2つの条件は、以下のように具体化される。

まず、構成要件の実現は、関与者に社会的な答責区分に基づいて客観的に帰属されない限り、行なわれえず、許された危険の問題が表面化するにすぎないとする<sup>328)</sup>。それゆえ、ある行為者が、信頼の原則等により、構成要件の実現に対する答責領域に属さなければ、そもそも結果は帰属されない。このような意味において、構成要件の実現が関与者に帰属可能でなければならぬというのである。例えば、化学工業労働者が、厳密に定義された条件のもとでボイラー（Kessel）の中身を川に流さなければならない任務を正確に遂行したならば、たとえ排水禁止の物質による河川の汚染が生じたとしても、排水が河川の汚染として禁止されている物質の管轄が会社の権限のあるエンジニアのもとにあるならば、その化学工業労働者は、その液体が特定のボイラーにあることを偶然に知っていたとしても、汚染に対して責任を負わないというのである<sup>329)</sup>。つまり、構成要件の実現を防止すべき立場にある者への帰属が問題とされるのである。

---

326) Weezel. a. a. O. (Fn. 141), S. 200.

327) Weezel. a. a. O. (Fn. 141), S. 200.

328) Weezel. a. a. O. (Fn. 141), S. 200. ヴェーツェルは次のように言う。「例えば、2人の行為者のうち1人が責任無能力であるならば、確かに、彼らは、共同で組織化するかもしれない（共同性）が、1人だけが責任を負う（間接正犯という意味での単独正犯）。つまり、2人の行為者が共同で殺害の目的で第三者を河川に投下し、そのあと直ちに、彼らのうちの1人が、被害者を救出するために河川に飛び込み、もう1人は去る場合、彼らは、共同で危険を管理しなければならなかったであろう（共同性）が、もしその救出行為が成功するならば、2人目の人物のみが未遂のゆえに責任を問われる（単独正犯）。同様のことは、信頼の原則ないし別の客観的帰属の制度が介入する事例に妥当するであろう。例えば、2人の車の運転手が『共同で』交差点での衝突の危険を管理するが（共同性）、彼らのうち1人が、信頼の原則を引き合いに出しうる場合、もう1人の人物のみが責任を負う（単独正犯）」（ders., a. a. O. (Fn. 141), S. 200）と。

329) Weezel. a. a. O. (Fn. 141), S. 46.

次に、共同性が存在すると見なされうる場合、共同行為は、複数の義務違反の集合体ではなく、1つの集团的義務違反であることを意味する。このことは、単独正犯のモデルと違い、規範的領域における義務違反の統一性の要素を示すというのである<sup>330)</sup>。ヴェーツェルによれば、共犯による帰属は、複数人が(結果帰属という意味で同一であるにせよ)危険の実現に対する答責領域に属することにあるのではなく、複数人が危険の実現に対する共同答責を有することにある<sup>331)</sup>。それゆえ、共同答責以外の場合には、重疊的な答責が存在するにすぎず、同時犯(単独正犯)の問題となる。

では、このような規範的手法が具体的にどのような特徴を示すのか。ここで具体例に着目する。

霧のかかった雨模様の日に、機関車と満員のバスが遮断機のない踏切に接近したが、機関車の運転手は法律上の義務に反して踏切の前で警笛を鳴らさず、他方、バスの運転手は規則に反し窓を開けなかったため、機関車とバスが衝突し、多くの被害者が死亡した。もっとも、一方の者だけが忠実に履行しても、もう一方の者が履行しなければ、効果がない状況だった<sup>332)</sup>。

この場合、ヴェーツェルは、遮断機のない、見通しのつかない場所にある踏切にそれぞれ近づく場合、各運転手は、他者の容易に生じる過ちを遂行しうることを考慮に入れなければならないにもかかわらず、機関士が適時に合図を送らないという行為態様に出て、バス運転手が機関車の接近を確認しないという行為態様に出たならば、当該結果は両者の共同責任と判断しうると述べる<sup>333)</sup>。

これに対して、因果的視点から見れば同様である以下の事例<sup>334)</sup>では、

---

330) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 200f.

331) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 201.

332) すでに第2章第3節第3款で挙げられた事例である。

333) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 197.

334) Beispiel nach Otto, a. a. O. (Fn. 307), S. 50.

異なった判断が見られる。

Aは、公共の河川で許されている排水基準の上限を超えないように、工場施設の汚水を排出する前に当該の有害物質の成分を測定するよう義務づけられていたところ、汚水を排水するときに、測定を怠ったため、公共の河川は汚染された。もっとも、その都度、排水基準の上限値を測定器に入力しなければならなかったBが、このことを数日前から（seit Tagen）怠っていたため、Aは、測定をしたとしても、誤った規準値に基づいて汚水を公共の河川へと流す結果になった。

この場合、ヴェーツェルは、企業内の管轄の分配は効率のための分業であり、各労働者は他者全員が規則に従って作業したことを確認する必要がない以上、AとBは、自己の活動に対してそれぞれ責任を負うにとどまるが、誰にとっても認識可能な、犯罪的に形成された脈絡によって共同の答責領域が形成されうると述べる<sup>335)</sup>。つまり、原則として、それぞれ単独の管轄とみなされるのに対し、例えば、排水基準の上限値を測定器に入力する際、不注意にも、AがBに誤った設定方法を教え、Bは、不注意にも、それに基づいて設定し、その結果、河川を汚染した場合には、危険実現に対する共同義務は存在しうることになる。

このように、集団的義務違反の統一性は、行為者の態度の意味がまさに構成要件の実現に至る過程への適合にあるということに本質があり、そこから様々な状況を手がかりにして共同性は検討される<sup>336)</sup>。もっとも、「共同義務」の規定は、それぞれの行為態様から1つの結果へと結実したことでもって行なわれず、行為者が同一の危険を管理するかあるいは管理しなければならぬかどうかの問題は、それぞれの義務の内容の問題であり、すなわち、行為帰属の問題に属するとしている<sup>337)</sup>。かくして、各行為者

335) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 198.

336) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 201.

337) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 202. その理由として、ヴェーツェルは、「帰属の観点から、危険は行為者の義務とかかわることないし分離されえない」(ders., a. a. O. (Fn. 141), S. 202.)と述べる。

の義務の内容や射程を手がかりに、答責領域や危険が明確に限定されうるとするのである<sup>338)</sup>。

以上のことをまとめると、(広義の)共犯は、客観的な行為帰属の問題であり、それは、単独正犯の特徴とは異なった共同行為特有の帰属型式を意味する。抽象的に言えば、「Aの組織化とBの組織化が1つの結果に結実するかどうかを規定することが問題になるのではなく、AとBの組織化領域が、規範的意味において結合されるかどうか、そして、結果帰属の場合、この結合された領域から構成要件上の結果が発生するかどうかが問題となる」<sup>339)</sup>。換言すれば、まず、当該結果を阻止すべき共同義務が存在したかどうか問題となり、そして、共同義務の共同違反により、構成要件の実現が達成されたかどうか問題となるということである。もっとも、ヴェーツェルのいう「関与者」(広義の共犯者)は、構成要件の実現が客観的かつ主観的に帰属されうる人物を指している。それゆえ、無過失や責任能力のない場合には、行為者は「自然(Natur)」として扱われ、その者に構成要件該当結果に対する答責領域は存在せず、それゆえ、刑法上の共同性を形成することはない<sup>340)</sup>。

このようにして、ヴェーツェルは、刑法上の共同性を規範的に理解し、共同性の根拠を「共同義務の共同違反」と解したのである。これは、純粹な事実としての因果関係、支配あるいは意思といった視点からではなく、社会という第三者の視点から構成されとすると点で、傾聴に値するものと思われる。とりわけ、共同性の規定に関する手法の転換は、過失の共同正犯を危殆化の共同行為でもって代替することを甘受する従来の手法を克服

---

338) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 202.

339) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 203. なお、ここでいう「組織化(Organisation)」とは、成員であること、そして成員としての役割によって境界づけられるような社会システムを構築することである(福井康太『法理論のルーマン』(2002)195頁)。端的に言えば、社会的意味における活動(作為・不作為)の展開を指す。

340) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 46ff. もっとも、共同性の規定において各行為者の認識可能性の存在を前提とする点については疑問が残る。



するだけでなく、構成要件該当結果の帰属において、行為者の心理的側面を重視した相互的帰属という一種の団体責任の否定も担っている。つまり、前段階の関与者が刑法上の責任を負うという基本的思考は彼が他人の犯行をともに作り出すことにあるのではなく、作り出された犯行が彼自身の犯行でもある<sup>341)</sup>という意味で、「全部実行の全部責任」が前提とされているのである。

#### 第5款 小 括 規範主義的アプローチの特徴

本節では、規範主義的アプローチによる共同性の議論を考察し、その議論の特徴を探ってきた。これまで考察してきた結果をまとめると、以下のようになる。

戦前、交通事故や医療事故などの社会構造の複雑化および科学技術の高度化に着目しつつ、過失共働における責任の範囲は、社会生活上のルールに基づく規範的事情を加味しながら決定されるとする見解が唱えられ、この試みは「共同義務の共同違反」の構成を促すものであった。

戦後、過失犯を義務犯と理解することで、過失犯の共同正犯は「共同義務の共同違反」であると明確に主張する動きが見られ、その後、皮革スプレー事件などの過失共働の問題が生じるようになると、共同責任の規範化を模索する動きが活発化し、構成要件の実現に対する答責性に着目した規範的共同性へと展開されつつある。

このように、共同性の規定に関する手法の転換（規範主義的アプローチ）は、自然主義・心理主義的アプローチでは根拠づけられえない帰責問題を契機として様々な手法で試みられてきたが、いずれせよ、関与者の事実的な意思又は認識でもって各関与者の責任の範囲は確定されえないという点で共通している。その新たな手法の特徴は、自然主義・心理主義的ア

---

341) Vgl. Günther Jakobs, Akzessorietat. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 259, 松宮孝明 = 豊田兼彦（共訳）「ギュンター・ヤコブス 従属性 共同組織化の前提条件について」立命253号（1997）203頁。

アプローチのように、各関与者の事実的要素に共同性の成立条件を見出すのではなく、むしろ、社会的ルールという視点から、各関与者の態度の意味表出に共同性の成立条件を見出すことに焦点を当てたことにある。具体的にいえば、共同性の範囲を共同の行為決意といった関与者の内在的視点に依存させるのではなく、むしろ、第三者から見て共同であったといえるかという関与者の視点から離れた外在的視点に求めるのである。その結果、各関与者が作為であるか不作為であるかは問われず、むしろ構成要件該当結果に至る過程における各関与者の態度の意味合いが重要視されているのである。

### 第3章 共同性の根拠と成立条件の検討<sup>342)</sup>

#### 第1節 序 説 比較法的考察の示唆を受けて

前章において、ドイツにおける過失犯の共同正犯論を中心に考察した。そこでは、共同正犯における「共同性」の規定が、自然主義・心理主義的アプローチによる基礎づけから規範主義的アプローチによる基礎づけへと変遷しつつあることが確認された。

これらの一連の動向は、わが国の議論に大いに影響を与えるものである。上記のような観点からみれば、わが国の議論においても、共同性理論は、自然主義・心理主義的アプローチの立場に立った見解を軸に展開されてきたといえる。従来から、危殆化という意味での事実的な実行行為の共同と、その共同性の範囲の限定機能をもった「行為者の共同意思」という構成がとられ、さらには、刑法上の「共同」の成立条件として共同義務の存在が前提とされた議論においても、各関与者の共同意思は必須の要件として扱われてきた。こうしたわが国の議論状況は、事実的要素からなる共同性を基本とし、行為それ自体の有している結果に対する抽象的危険性を問題に

---

342) 本稿は、義務犯に関する議論を扱わない。

してきたことを伺わせるものである。換言すれば、わが国の議論にあっては、事実的要素が重視され、社会的脈絡による行為態様の客観的な意味連関の分析があまり考慮されてこなかったということである。その意味で、ドイツの議論は、過失犯の共同正犯を再考する重要な手がかりであると思われる。

これまでのドイツにおける議論状況の考察を踏まえるならば、わが国においても、規範的な観点から、刑法上の共犯を当該構成要件該当結果の回避を内容とする共同義務の共同違反の問題ととらえ、客観的帰属の問題として把握されるべき必要性が迫られているというべきである<sup>343)</sup>。というのも、このような規範的観点からの共同性の規定は、従来の見解では捉えられない皮革スプレー事件のような過失犯においても十分に共同行為と評価する余地をつくり、現代社会の構造（特に企業における分業）において単独正犯として説明できないような状況でも客観的に責任の所在を明確にすることができるからである。すなわち、共同性の根拠を意識的かつ意図的な共働といった事実的要素に基づかせるのではなく、そのときの行為態様の意味表出に基づかせることで、各関与者の主観的な共同意思が全く存在しない場合でも、共同性を考えることが可能となるのである。例えば、猟師が装填した銃を飲み屋のクロークに掛け、他者が過失によりその銃で客を撃った場合、具体的な状況に応じて、両者は、その客の傷害あるいは殺害に対して共同責任を負う余地があることになる<sup>344)</sup>。

他方でまた、ドイツの議論は、共同正犯における帰属のあり方においても再考を促す。従来、わが国では、共同正犯における結果帰属において、当然のごとく、「一部実行の全部責任」の法理が妥当し、一種の団体責任が容認される型式が前提とされ、いまもなお維持されている<sup>345)</sup>。しかしながら、ヤコプスも述べるように、共犯論においても、その犯罪はあくま

343) 付加的共同正犯や択一的共同正犯にも当てはまる。Vgl. Jakobs, a. a. O. (Fn. 293), S. 623f.

344) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 69.

345) 例えば、藤木・前掲註（53）8頁。

で各関与者の自己の犯罪であって、他者の犯行寄与の相互帰属を導くものであってはならない、換言すれば、「一部実行の全部責任」ではなく、「全部実行の全部責任」のもとで共同責任が形成されるべきであって、あくまでも自己の形成量に応じて責任が問われ、他者の犯行寄与は帰属されないと解釈し直す必要性があろう。わが国では、過失犯の共同正犯における結果帰属がいかんして基礎づけられるのかという問題は、あまり意識されていないが、共同性の問題とともに検討の余地があるように思われる。

以上、このような事柄を念頭に置きつつ、わが国における共同性の根拠および成立条件について検討を加えることとする。共同正犯の規定である刑法60条には、「二人以上共同して犯罪を実行した」とある。その「共同実行」の解釈においては、一般に、行為者の事実的意思、すなわち共同の行為意思を基準にするか、あるいは個々の行為者の結果に対する因果性の共同を基準にするかどうか争われている。そこで、まず、従来の、わが国における共同性理論を検討した上で、規範的共同性の枠組みの具体化を試みる。

## 第2節 わが国における「共同性の規定」の検討

### 第1款 「因果的惹起」による共同性の規定 因果主義の手法と限界

わが国では、従来、共犯関係を因果性の領域において規定しようとする見解<sup>346)</sup>が有力に主張されている。それによれば、数人が事実（行為又は因果関係）を共同して、各自がそれぞれの犯罪を行なうことが共犯であり、共同性の本質は過程たる因果関係にある<sup>347)</sup>。この見解は、次のように表現される。「共同正犯における『一部行為の全部責任』を基礎付ける、構成要件該当事実に対する因果性は、物理的因果性及び心理的因果性からなるが、物理的因果性は故意の有無とは無関係であり、心理的因果性も、故意の共同がなくとも、構成要件該当事実の実行についての意思の連絡など

---

346) 西田・前掲註(69)318頁以下および324頁以下、山口・前掲註(58)304頁以下、嶋矢・前掲註(58)191頁など。

347) 例えば、植田・前掲註(38)232頁以下。

により肯定することができ、その結果として、構成要件該当事実の過失による共同惹起を肯定することができる<sup>348)</sup>と。そして、因果性の内容についてみると、物理的因果性の内容は「犯行に必要な用具などにより、正犯・共同者による犯罪の遂行を物理的に促進すること」であり、心理的因果性の内容は「犯行をそそのかして、正犯・共同者の犯罪遂行意思を維持・強化し、正犯・共同者による犯罪の遂行を心理的に惹起・促進すること<sup>349)</sup>であるというのである。すなわち、物理的にせよ、心理的にせよ、構成要件該当結果の惹起へと促進の作用が正犯を通して及ばなければならないとするのである。それゆえ、共同性を因果性の観点から規定する手法においては、等価説の手法に類似した、拡張された事実的な因果関係としての物理的因果性及び心理的因果性からなる枠組みが共同性にとって決定的な要素となる。

このように、共同性を因果性に求める見解は、すでに述べた因果性に基づく統一性正犯論と同様に因果的惹起を結果帰属の原理として考えるものの、因果的惹起でもって共犯関係を認めようとする点に特徴がある。そして、そのような特徴から、「共同の行為決意」がなくとも、共犯関係が存在し得るとする独自の結論へと導いたことは、インパクトを与えるものであるといえよう。

しかしながら、問題となるのは、上記の因果的惹起で以って共同性の把握が可能であるかどうかである。この問題に関して、高橋則夫は次のように因果性による説明を批判する。「たとえば、強盗罪において、甲が暴行を分担し、乙が財物奪取を分担した場合、乙が甲の暴行の結果を惹起し、甲が乙の財物奪取の結果を惹起したという因果的要素だけで、乙も暴行行為をしたことと甲も財物奪取をしたことを根拠づけることはできない<sup>350)</sup>と。

348) 山口・前掲註(58)359頁。

349) 山口・前掲註(58)305頁。山口は、「自己の行為の有する因果性と他の共同者を介した因果性が及ぶ構成要件該当事実の範囲内において、当該共同者の責任が認められる限度で共同正犯の罪責が肯定される」(山口・前掲註(105)269頁)とする。

350) 高橋則夫「共犯の因果性」刑法の争点(2007)97頁。

確かに、甲は暴行の結果を惹起するとともに、乙の財物の奪取に対して因果性を有していると認定できたとしても、それは、各人の単独の行為として分析されるにすぎない。というのも、強盗の共同正犯というかたちに一体化させる視点が欠如しているからである。加えて、付加的共同正犯の事例からも明らかなように、心理的因果性を用いて、他者の行為を介した結果を惹起したと認めうるとしても、寄与の重大性という観点から、正犯的寄与と認められうるかは疑問である。

もっとも、嶋矢貴之は、因果的視点から共同正犯における「共同性」を次のように説明する。すなわち、それは、「共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響を経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する」場合であって、「狭義の共犯にも認められるような『因果性の共同』（自らの寄与による因果性が、他人の行為に影響を及ぼし、他人の行為により結果が発生する）とは異なる」<sup>351)</sup>と。

しかし重要なのは、一方が他方の行為にまで注意しなければならない場合と完全に他者に任せてもよい場合がある共働現象がこうした因果性で以って説明されるのかどうかである<sup>352)</sup>。この問題に関して注目すべきは、西田典之の指摘である。西田は、AとBがそれぞれ屋根瓦を落下させる作業をしていたところ、通行中のCにあたり、Cが死亡した事例における「危険行為の共同に際して、相互に相手が注意するだろうと信頼した場合には、相互に相手の不注意を助長することにより、相互の行為の危険性を増加させることにより相手の過失行為から生じた結果についても心理的因果性を有する」<sup>353)</sup>として、共同性の範囲が過度に拡張されることを指

---

351) 嶋矢・前掲註(58)191頁。もっとも、嶋矢は、共同正犯と教唆犯は重大な寄与という点で共通するが、共同性により区別され、共同正犯と幫助犯は共同性および重大な寄与のいずれか、あるいは双方で区分されるとする(前掲註(58)191頁以下)。

352) 平野・前掲註(54)395頁参照。

353) 西田・前掲註(69)359頁。

摘するのである。確かに、例えば、XとYが気分転換にそれぞれ大きな石を崖から投下することを取り決め、どちらかの石が当たって被害者Zが死亡した場合、おそらく石を投下するという合意により心理的因果性が認められるが、この合意だけで、他者の自己答責的な態度に対して責任を負うには不十分であろう<sup>354)</sup>。というのも、このような合意に対しても、心理的因果性による刑法上の共同性が認められるならば、先に述べた共同危険創出説における「共同の行為決意」に対する批判がそのまま妥当するからである。その限りで、「構成要件該当結果惹起への促進作用」を中核とする因果性でもって共同性を規定し得えず、因果性以外の要素を必要とせざるを得ないというべきであり、しかも、不作為犯においては、事実的な因果性による共同性の規定は断念されざるを得ない。実際、そのことは、嶋矢の不作為犯における共同性に関する記述に表れている。「他者に対して干渉（作為を促す、阻止する）義務が、そもそも認められるか、というのが第一の先決問題である。それを前提として、義務が承認され、その内容が共同行為者への干渉をするものであり、かつ共同行為者の側にも問責対象者に対しての干渉を内容とする義務が承認される場合、その場合に相互に補完・補充する関係となり、共同正犯原理と調和する形で、不作為においても共同正犯が承認される」<sup>355)</sup>。

このように、構成要件該当結果は誰の仕業かという問題を事実的な促進作用で規定する共犯の因果性に求めるがゆえに、刑法上の責任範囲は過度に拡張され、その結果、刑法上の共同性の意義は形骸化されており、他方で、不作為犯においては、因果的惹起による共同性の規定は放棄されることになるのである。かような作為と不作為の区別はまさに事実的側面に着

---

354) 嶋矢・前掲註(58)159頁参照。

355) 嶋矢・前掲註(58)192頁。不作為犯と作為犯が競合した場合について、「不作為の共同行為者の側には作為の共同行為者に干渉する内容を含む義務が承認され、作為の共同行為者の側には不作為の共同行為者に対する因果的な影響が認められる場合に『共同性』は承認」できるとする。



目した区別に過ぎず、構成要件の実現という観点から見た場合、この事実的差異から異なった共同性の基準が導き出されるかは疑問である。

以上のことから、物理的因果性および心理的因果性でもって、「一部実行の全部責任」を基礎づけ、「因果の共同」を共同性の決定的なメルクマールとするには問題が残されているといえよう。この見解に対しても、先のブッペの見解に対して述べたように、因果関係の起点は、単なる作為・不作為ではなく、当該結果を回避すべき義務者の地位にあった者の行為でなければならず、場合によっては、その行為態様によって因果関係の判断も変わりうるということが指摘されうるように思われる。そうすると、共同正犯における「共同性」の規定を純粹に因果的事象に還元することにはおのずと限界が生じよう。

もっとも、注意しなければならないのは、島田聡一郎の見解<sup>356)</sup>である。島田は、「中立的行為による幫助」に関する議論を手がかりとして、故意の作為犯を中心に広義の共犯の一般的成立要件を物理的因果性と心理的因果性とに分けて提唱している<sup>357)</sup>。そこでは、共犯の因果性の認定に関して、「正犯行為が関与者の影響下にあること、つまり関与行為によって、正犯者の当該具体的結果発生に至るまでの物理的、心理的障害が取り除かれ、当該構成要件的结果発生の蓋然性が高められていたことが必要」<sup>358)</sup>であるとす。重要なのは、その判断基準を措定する基礎である。島田によれば、共犯の因果性を欠く行為とは、「禁止しても法益保護・構成要件的结果回避のために(全くあるいはさほど)役立たない行為」であるとするが、そこには、「刑法の任務を法益の保護あるいは、構成要件的结果の回避と考えるのであれば、法益侵害、あるいは構成要件的结果を相当なプロセスで実現する行為を行う『行動の自由』は、存在すべきではない」と

---

356) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(2002)360頁以下参照。

357) 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件 いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして」立教57号(2001)44頁以下。

358) 島田・前掲註(357)77頁。

いう規範的判断が根底にある<sup>359)</sup>。それゆえ、その判断基準の妥当性は置くとして、ここでの共犯の因果性の有無は、むしろ各関与者の結果に対する答責性に関する判断にほかならない。

そして、島田は、嶋矢の基本的枠組みに拠りつつ、共同正犯における「共同性」要件は、「共犯の因果性とは異なる、一般予防の考慮と関与の同列性を根拠とするものだから、因果性判断で要求されている結果への現実的な影響は必要」ではなく、「相互性」あるいは「相互的結びつき」であるというのである<sup>360)</sup>。

以上のことから、島田のいう因果性の有無は、純粋な因果性の判断というよりも、構成要件該当結果に対する答責領域の判断を考慮したうえでの判断であり、共同正犯における「共同性」もまた、必ずしも明らかではないとはいえ、純粋な因果性判断を超えた「相互性」として評価される点に関しては、注目に値するものと思われる。もっとも、共同正犯における「共同性」をあくまで危険増加に求めるのであれば、作為犯と不作為犯の共同正犯との整合性が問われよう。

## 第2款 わが国における「共同義務の共同違反」説

それでは、多数説とされる、わが国における「共同義務の共同違反」説はどのように評価されるべきであろうか。ここでは、まず、この学説の理

---

359) 島田・前掲註(357)76頁以下。

360) 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」神山古稀第1巻(2006)463頁以下。その際、共同正犯が正犯と評価される根拠として、単独正犯の要件を満たさない者を正犯とする点、および要素従属性を不要とする点が挙げられる。前者につき、「複数人が共同し、しかもその行為が相互に結びついている場合には、一般に、いずれの行為者についても、単独ではできないことができる可能性が高まり、これをあわせみると、犯罪実現の可能性は、単独犯の場合よりも飛躍的に高まっている」以上、「一般予防の観点から単独正犯の成立要件を満たさないマイナス部分が『共同』で埋め合わされた」と評価したとし、後者については、暴行と財物強取を分担して実行した強盗罪を例にすれば、要素従属性の不要は明らかとする(島田・前掲註(360)463頁以下)。もっとも、共同正犯の正犯性を単独正犯と関連させて論じることは疑問である。なお、今井猛嘉ほか『刑法総論』(2009)[島田聡一郎]360頁以下も参照。

論的内容を検討し、その上で、これまで検討した結果を踏まえ、刑法上の「共同性」の基本的枠組みを探究することにする。

わが国では、「共同義務の共同違反」という構成が定着しつつあるものの、共同正犯における「共同性」の規定の仕方は、一様ではない。したがって、わが国における「共同義務の共同違反」説が、どのようなアプローチに従って展開されているかを分析することからはじめなければならない。

そこでまず、問題としなければならないのは、「共同義務の共同違反」説における共同性の規定の仕方である。わが国においては、この学説は2通りの方法が唱えられている。

まず、共同危険創出説の手法を基礎とした「共同義務の共同違反」説が挙げられる。この見解を提唱する内田文昭は、「過失共同正犯とは、当該構成要件を実現するに足りる『危険で不注意な行為』を『共同』した者」<sup>361)</sup>であり、「危険な共同行為を遂行するに当たっては、自己の分担部分についてのみならず、他の共同者の分担部分についてまで、相互に注意し合い、もって共同作業の円滑・確実な完遂が期待されるのが通常であるのに、各人が、このような注意深い行為にでず、そのために、『危険』が現実化して人の死傷等の結果が発生したときには、全員が『危険で不注意な行為を共同した』と評価される」<sup>362)</sup>とする。すなわち、過失の共同正犯が存在するのは、まさに、「『意思連絡にもとづく共同行為』が『全体として不注意であった』という評価を受ける」<sup>363)</sup>場合に存在するというのである。そして、例えば、世田谷ケーブル火災事件<sup>364)</sup>に関して、「『トーチランプの火は全部消えたかどうか』につき、相互に全く無頓着のまま立ち去った場合等において、その『立ち去り』が意思連絡にもとづかなかつ

---

361) 内田・前掲註(64)24頁。

362) 内田・前掲註(64)24頁。

363) 内田・前掲註(64)29頁。

364) 東京地判平成4年1月23日前掲註(40)133頁。

たというのも、不可解というほかない」として、関与者間の意思連絡の存在を指摘するのである。このように、過失の共同正犯の成立には、正犯に該当する「危険行為の共同」と「共同の行為意思」が必要であることから、過失の共同正犯を「共同義務違反」と評するものの、実質的にはドイツにおける共同危険創出説と同様の立場にあるといっても過言ではない。ゆえに、この見解には自然主義・心理主義的アプローチとしての問題点が残されているといえよう。

それに対する見解は、義務犯的構成を基礎とした「共同義務の共同違反」説である。この見解を本格的に展開させた大塚仁は、次のように過失犯の共同正犯を考える。過失の共同正犯が認められるのは、「法律上、共同行為者に対して共同の注意義務が課せられている場合に、共同行為者がその注意義務に共同して違反したと見られる客観的事態が存在するとき」<sup>365)</sup>であり、その際、共同の注意義務とは「共同者の各人が自己の行為から犯罪的結果を発生させないように注意するだけでなく、他の共同者にも注意を促して犯罪的結果を発生させないようにすべき注意義務」<sup>366)</sup>である、と。このような構成は、結果的に、行為者の無意識的部分にも配慮するものとなっており、その結果、作為犯・不作為犯とも共通する共同性を規定するものとなっている。もっとも、過失犯においては、次のことが前提とされている。すなわち、「過失犯の性格上、二人以上の者の共同行為によって生じた結果に対して、当然に共同正犯を認めることはできない。注意義務の違反は、原則として、各行為者ごとに論ぜられるべきものだからである」<sup>367)</sup>ということである<sup>368)</sup>。このように、過失犯では、本来的に単独正犯類型が前提とされているのである。このような見解は、ま

---

365) 大塚・前掲註(25)296頁以下。

366) 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法時43巻6号(1991)6頁。

367) 大塚・前掲註(25)296頁。

368) 大塚は、「過失犯の実行行為の定型性は、故意犯の場合と比べて弱いのが一般であるから、安易に共同正犯をみとめることは許されるべきではない」(福田=大塚・前掲註(53)〔大塚〕382頁)とも述べるが、その趣旨は明らかではない。

さにロクシンがかつて主張した「共同義務の共同違反」説と類似する構成となっているのである。その限りで、この見解は共同正犯の構成が規範化されているといえよう。もっとも、このような構成を基礎としつつも、わが国では、故意犯における共同正犯の基準を転用するかたちで主観的要件を要求する見解<sup>369)</sup>が有力に主張されており、その限りで、規範化は発展途上の段階にある。それゆえ、共同性の根拠が不明確であるとともに、自然主義・心理主義的アプローチと規範主義的アプローチとが混在した不明瞭な見解となっているのである。

この見解に関してとりわけ注意しなければならないのは、このロクシン説の問題点として挙げられた共同正犯の基礎づけである。つまり、過失犯をいわば統一的正犯概念あるいは拡張的正犯概念<sup>370)</sup>で構成する以上、単独の義務違反の基礎を超えた共同義務の共同違反を基礎づける説明がなされなければならないという問題が生じるのである。したがって、結局のところ、この見解は、過失犯において義務犯的構成を前提とする以上、「共同義務の共同違反」は単独正犯的構成として解消できるとしても問題は生じないとする批判を甘んじて受けなければならないのである。

このように、わが国における「共同義務の共同違反」説は、それぞれの成立条件の問題性に加えて、共同性の根拠及び成立条件に関する評価の視点が不明瞭であるという点で、問題を抱えているのである。

さらに、「共同義務の共同違反」の具体的内容をめぐっても争いがある。この点に関して、「共同義務」を「共通の注意義務」と理解する見解がある。大塚仁は次のようにいう。「刑法上、共同注意義務が認められるのは、共同行為者の全員が法的に対等、平等の地位に立ち、各人に課される個別

---

369) 藤木・前掲註(50)12頁など。もっとも、大塚仁は、主観的要件として「共同行為者の各人がその義務に違反する共同行為を行なうについて持ち合わせた共通の心情に法的非難を加えうる心理的基礎」(大塚・前掲註(366)7頁)を要求する。もっとも、この要件の具体的内容は定かではない。

370) 藤木・前掲註(5)8頁参照。

的注意義務を考えるならば、それらが共通したものである場合でなければならぬ。」「法的地位の異なる行為者の間では、事実上の共同行為についての共同の注意という観念は認めることができても、共同者の全員に『皆正犯ト』される関係における連帯的な注意義務は考えられないからである」<sup>371)</sup>。したがって、例えば、バス運転手と車掌、あるいは、外科手術の執刀医と補助に当たる看護師というように、法的地位の異なる者が、「実生活上、共同してある犯罪的結果の発生を避けるように注意し合わなければならない状況にある場合は少なくないであろうが、それぞれの職務内容が異なり、法律上の注意義務も同一ではないのであるから、原則として、過失犯の共同正犯を問題とすることはできないというべきである」<sup>372)</sup>と。

これに対して、長井長信は次のように述べる。「形式的に解決することには問題がないわけではない。例えば、崖っぷちの非常に狭い道路の急カーブをバスの運転手が車掌の合図で旋回する場合とか、乗用車の運転手の身体やハンドル等に同乗者が触れたり、あるいは運転手の不注意あるいは無謀な運転を助長する言動に出た場合、さらには執刀医に手術器具を手渡す補助看護婦が、執刀医が器具（鉗子やタンポン等）を患者の体内に置き忘れたまま縫合手術したのを漫然と見すごし、かつ回収器具の数を正確に点検するのを怠ったような場合などには、法的地位が異なるとはいえ、具体的な注意義務が『共通』することがありうるのではなからうか。」「具体的に危険な行為状況の中で、各行為者の為すべき具体的な行為態様は異なるとはいえ、実質的には、全体として一個の共通した具体的な注意義務が課されており、その共同行為として相互に『不注意』を助長・促進し合ったという評価が可能であれば、共同正犯の成立を認めてもよい」<sup>373)</sup>と。

そこで検討しなければならない問題は、共同義務が、共同行為者が法的に対等、平等であることを前提とした共通の注意義務でなければならない

---

371) 大塚・前掲註(366)6頁。

372) 大塚・前掲註(366)11頁。

373) 長井長信「判批」判評343号(1987)62頁以下。

かどうか、である。

このような共同義務の内容に関する問題は、共同行為者間に「同等の義務者的地位」があることを求めるヴァイサーの見解を想起させるものである。というのも、共通の注意義務を求める見解は、ヴァイサーの見解と同様に、共同正犯における注意義務は、同等の義務者的地位に立つ共同行為者間で同質のものでなければならず、そのような同一の注意義務違反に対して責任を問われる場合にはじめて、同一の犯罪が問題となりうると考えているように読み取ることができるからである。確かに、分業形態を基本とする社会においては、原則として、法的地位の異なる行為者間では、互いの守備範囲を保障する義務は存在しないといえよう。しかし、犯行の脈絡によっては、法的地位の異なる行為者間でも共同義務が課されうる状況もあると思われる。というのも、過失犯は、万人を名宛人とする犯罪であり、もともと職務内容が異なる地位にあったとしても、自己の職務上の担当領域を超えて、他者の担当領域へと介入することも可能であるし、反対に、職務上の地位は異なっても、場合によっては互いに協力すべき職務内容もありうるからである。例えば、すでに述べたように、バスの運転手が、車外でバックの合図を送るバスガイドとともに、バスをバックさせる際、両者の不注意によって、バスを第三者に当て、怪我を負わせた場合が考えられる。同等の地位から共通の注意義務を求めたとしても、せいぜい特別義務を負う身分者とそのような義務を負わない非身分者との共同正犯が認められないという説明にとどまる。それゆえ、長井の指摘は、共同正犯の範囲において各関与者の法的地位の対等・平等を前提とした共通の注意義務の共同違反に限定すべきでないとした限りで、妥当であると思われる<sup>374)</sup>。

では、共同義務が存在するのは如何なる場合であるべきであろうか。こ

---

374) 大塚は、「法律上は、運転者と同乗者とは法的地位が異なり、それぞれに課せられる注意義務も異質のもの」(大塚・前掲註(366)10頁)であって、共同責任を問うものではないとする。しかしながら、注意義務の根源や義務の対象を共同性の根拠にすることはできないと思われる。というのも、注意義務の根源や対象が同一であったとしても、同時犯の可能性も考えられるからである。



の点、長井は「『共通』の注意義務を肯定しうる契機は、具体的な行為状況ないし行為自体のもつ『危険性』に存する」<sup>375)</sup>として、共同危険創出説の手法を基礎とした「共同義務の共同違反」説を主張する。しかしながら、共同危険創出説の手法を基礎とした「共同義務の共同違反」説への批判を別としても、具体的な行為状況ないし行為自体のもつ危険性から導かれる「共通の」注意義務とはいかなるものであろうか。例えば、気晴らしにAとBが、屋根の上から1つの大きな石を一緒に持ち上げ投下したところ、歩道を歩いていた通行人に命中させ死亡させた場合を考えれば、確かに両者は互いに「通行人がいないかどうかを確認する義務を有していた」という点で共通しており、しかも共同行為といえる。しかしながら、事例を少し変えてAとBが別々に石を投下し、通行人はどちらかの石が命中したことによって死亡したが、どちらの石かは不明である場合を考えれば、両者は互いに「通行人がいないかどうかを確認する義務を有していた」という点で共通するものの、過失致死罪の共同行為があったといえるかどうかは疑わしいであろう。というのも、因果関係が明白である場合、どちらか一方は過失致死の責任を問われない場合がありうるからである。

このように、事実レベルで見れば両者の事例とも危険な共同行為や注意義務内容の同一性が認められるにもかかわらず、異なった結論が得られることから、その事実レベルでの危険な共同行為や注意義務内容の同一性は共同性の決定的なメルクマールではないことが示唆される。

むしろ、このような結論の違いの説明は、当該構成要件の実現を阻止すべき立場にあった者を確定する作業を通じて行なわれうる。すなわち、規範主義的アプローチの議論から示唆されたように、社会的に見て、構成要件の実現の阻止は誰の守備範囲かという観点から、各関与者の行為態様の意味表出を問題とするのである。これは客観的帰属の問題であり、刑法上の「共同性」が存在するのは、各関与者の答責領域が結合した領域から構

---

375) 長井・前掲註(373)63頁。

成要件該当結果が生じた場合にほかならないといえよう。換言すれば、自他ともに協力して構成要件該当結果を防止しなければならない義務があったにもかかわらず、その保障人的地位としての防止策を怠り、構成要件該当結果をさせた場合が、共同犯罪なのである。

例えば、ある民間会社の取締役が欠陥商品の回収を怠り、他方で、トラック運転手が欠陥商品を運送し続けたことで、欠陥商品による被害が拡大したという事例を挙げれば、取締役が権限により欠陥商品を流通させたならば、欠陥商品による被害を防止するのは取締役の守備範囲であって、トラック運転手は通常、そのような義務を負う根拠がない以上、共同性があるとはいえない。もっとも、トラック運転手が、例えば、欠陥商品の流通を取締役に促すことで、欠陥商品の流通の決定にも関与したと認められるならば、その行為態様は構成要件の実現過程への適合と見なされ、共同性が存在する余地はある。そうすると、AとBが別々に石を投下した先の事例でも、投下するに至るまでの過程において、犯罪結果の発生を阻止が共同の任務となるようなAとBの行為態様が認められれば、刑法上の共同性も認められうることになる。

このように、製造物責任のような企業犯罪を想定すれば明らかであるように、事実的な因果的惹起や危険行為に着目することではなく、構成要件該当結果がどのような経過を経て実現されたのかに着目することが重要であり、それに応じて、構成要件の実現が誰の仕業かが規定されるのである。その意味で、共同性の問題は各関与者の行為態様の問題なのである<sup>376)</sup>。

### 第3節 客観的帰属に基づく規範的共同性の妥当性

#### 第1款 正犯と共犯の質的差異？

それでは、客観的帰属の観点から捉えるならば、共同性の規定は、どの

---

376) もっとも、注意すべきは、共同性の問題が結果とは独立した行為反価値の問題であることを意味しない。つまり、構成要件該当結果の阻止に対する保障人は誰か、という問題が重要なのであって、単なる結果発生に関する危険行為それ自体が問題になるのではない。

ように展開されるべきであろうか。

まず、客観的帰属の観点から共同性の規定を試みる上で重要となるのは、正犯と共犯の質的差異の可否である<sup>377)</sup>。わが国における共同正犯の問題は、従来、「犯罪共同説」と「行為共同説」の対立として展開され、狭義の共犯の問題と区別されてきた<sup>378)</sup>。というのも、その背景には、正犯と共犯の質的差異が存在することが前提とされてきたからである。それは、次のような表現に見出される。「正犯が基本的構成要件に該当する実行行為を行うものであるのに対して、共犯は、それぞれ、修正された構成要件に該当する教唆行為、幫助行為によって、正犯の実行行為に加担するもの」であり、「正犯の実行行為は、実行の意思によるものであるし、共犯の教唆行為、幫助行為も、それぞれ、教唆の意思、幫助の意思に導かれるのでなければならない」<sup>379)</sup>。つまり、正犯は犯行の遂行であり、狭義の共犯は犯行の遂行ではない、というのである。このように、狭義の共犯とは質的に区別され、正犯である共同正犯は、その形象特有の問題である「一部実行の全部責任」の原理を基礎におくのである。そして、前述したように、その根拠は「相互的に利用・補充し合う依存協力関係」<sup>380)</sup>にあるとされる。しかしながら、如何なる根拠から、正犯と共犯の質的差異が生じるのであろうか。

まず、考えられるのは、形式的客観説を基礎として正犯と共犯を区別する手法<sup>381)</sup>である。この手法に従えば、正犯を根拠づけるのは実行行為であり、それを共同正犯へ転用すれば、共同正犯は実行共同正犯のみ存在し、それ以外は狭義の共犯であるという結論が導かれる。しかしながら、単独

---

377) Vgl. Heiko Hartmut Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 161f.; Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 107ff.

378) もっとも、近年の教科書では、犯罪共同説と行為共同説の対立が狭義の共犯にも妥当するという記述がみられる。

379) 大塚・前掲註(25)281頁。

380) 大塚・前掲註(25)291頁、大谷・前掲註(5)413頁以下など。

381) 浅田・前掲註(108)418頁以下など。

正犯の場合と違って、共同正犯の場合には、各行為者はみずからすべての行為を遂行しているわけではない。それゆえ、広義の共犯の場合、実行行為によって区別するには限界がある。もっとも、単独正犯と同様の実行行為に構成することが考えられるが、共同正犯の場合、他者の実行行為をも各関与者に帰属させるように構成するには特別な根拠を要する。しかも、狭義の共犯も実行の際に存在しうるのであり、正犯と共犯の質的差異の確たる証拠はないことになる。換言すれば、結果との時間的・場所的近接性と正犯・共犯の区別との相関関係は成り立たないのである。実際、役割分担によって構成される民間企業の犯罪を想定すれば、時間的・場所的近接性による形式的な区別は、実態に即していないと思われる。

そこで次に、行為支配という観点から正犯と共犯を区別するヴェルツェルの共同正犯論を考察すれば、次のようになる。ヴェルツェルは、次のように共同正犯を解釈した。すなわち、共同正犯の特徴は、犯罪の統一的犯行に関する行為支配が個々人に存在するのではなく、複数人に共同で存在することにある<sup>382)</sup>、と。そうすると、この場合、共同正犯は、目的に向けられた行為決意の実行に基づく複数の部分的行為の統一体であり、つまるところ、複数人に分担された、全員によって担われる共同の行為決意の目的的に相互介入する部分的行為の実行であるというのである<sup>383)</sup>。すなわち、各関与者は、共同の行為決意を通じて部分的行為を統一的な全体の犯行へと形成し、他者の部分行為を伴って(共同)正犯の地位を獲得するのである。他方、ヴェルツェルは、幫助を犯行決意及び目的的行為支配へ関与(Teilnahme)しない促進行為の実行、すなわち、他人の犯行の促進であると定義する<sup>384)</sup>。しかしながら、このような行為支配による正犯と共犯の区別には問題が残されている。というのも、レッシュが指摘するように、ヴェルツェルの考えに従えば、共同正犯として扱われる関与者には

---

382) Welzel, a. a. O. (Fn. 118), Abhandlungen, S. 169.

383) Welzel, a. a. O. (Fn. 118), Abhandlungen, S. 169.

384) Welzel, a. a. O. (Fn. 118), Abhandlungen, S. 172.

関与の程度は問題としない、すなわち、共同の犯行決意の共同の担い手であるならば、単なる予備や援助を行なう者でも、共同正犯者であるという結論になりうるからである<sup>385)</sup>。それゆえ、このような考えに基づいても、正犯と共犯が質的に区別されうるまでには至っていないのである<sup>386)</sup>。

それでは、プロイのいうように、正犯と共犯の差異をそれぞれの行為態様に求めることができるであろうか。プロイは、正犯者と共犯者は相互的に構成要件にある禁止規範に違反するが、各人が自らその規範に違反するのであり、この違反の態様（die Art und Weise）のみが異なっていると主張する<sup>387)</sup>。それによれば、正犯と共犯は、人的にのみ、つまり、行為反価値でもって説明され<sup>388)</sup>、その差異は、帰属関係に波及する。すなわち、構成要件上の不法は正犯者に左右され、他方、共犯者の場合、正犯者によって実現された不法が、従属性原理を介して共犯者に帰属され、その構成要件上の不法に対して責任を負うというのである<sup>389)</sup>。その結果、共犯者自身の不法は、共犯者の独自の犯行寄与を通じて、その帰属に関する基礎を作出することにある<sup>390)</sup>、換言すれば、共犯の不法は、全体事象への自身の関与ではなく、正犯者への人的な関わりに基づくことになる。しか

385) Lesch, a. a. O. (Fn. 377), S. 189. Vgl. auch Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 1981, S. 231. シュトラーターテンヴェルトもまた、正犯者と帮助者の間にも相互の合意が通常ありうることを指摘する。もっとも、各関与者の「正犯の意思」や「帮助の意思」に正犯と共犯の質的差異を見出すならば、もはや主観説の発想であり、同時に質的差異は存在しないことを認めることになる。また、オッターのように「危険増加」に着目することによって共同正犯を特徴づける（Vgl. Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 282f.）ことも考えられるが、その方法では、そもそも正犯と共犯の差異は見出されないと思われる。

386) Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O. (Fn. 130), S. 287. シュトラーターテンヴェルト＝クーレンは「共同の犯行決意に関与するかどうかは、まず、犯行の実行の際（意図的に）引き受ける役割に鑑みて決定されなければならない」とし、それは、犯行事象への共働の性質に依拠すると述べる。しかし、各関与者の役割という観点から、正犯と共犯の質的差異が導かれるかは疑問である。

387) René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 263.

388) Bloy, a. a. O. (Fn. 387), S. 205f.

389) Bloy, a. a. O. (Fn. 387), S. 250f.

390) Bloy, a. a. O. (Fn. 387), S. 251.

しながら、「分業による犯罪の実現の場合、通常、各（共同）行為者の、それぞれ独自の犯行、さらに共犯者にとって他者の犯行である（共同）正犯行為でさえ存在せず、すべての関与者に共同で帰責させる、ただ1つの犯行しか存在しない」<sup>391)</sup>。加えて、（共同）正犯者といえども、付加的共同正犯などの例から明らかなように、狭義の共犯者と同様に従属性を問題にせざるを得ない場合もあるのであり、したがって、行為者の行為反価値の観点から試みられた正犯と共犯の質的差異は、当該構成要件該当結果の帰属との関係からみれば、依然として明らかではないのである。その意味で、犯行や犯行の帰属は、あらゆる（広義の）共犯者にとって同一と解せざるを得ないのである。

他方、わが国においては、山口厚が正犯と共犯との差異は「法益侵害惹起の態様の差」にあり、「教唆犯・幫助犯は、『正犯の構成要件に該当する違法な行為を介して』間接的に構成要件の結果を生じさせたこと」に根拠及び要件があり、共同正犯は教唆・幫助と同様の「従属性」を要件とするものではなく、「共同で」構成要件を実現するものと主張する<sup>392)</sup>。それによれば、共同正犯は、法益侵害の「共同惹起」であり、「一部実行の全部責任」へと導かれ、教唆・幫助は、法益侵害の「間接惹起」であり、「従属性」へと導かれる<sup>393)</sup>。では、「共同惹起」とはいかなるものなのか。山口によれば、それは「構成要件の結果を共同で惹起した共同者の一員といえるかどうか」<sup>394)</sup>であり、このような基準でもって共同正犯と狭義の共犯との異質性が捉えられるというのである<sup>395)</sup>。

391) Heiko Hartmut Lesch, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, GA 1994, S. 118.

392) 山口・前掲註(105)234頁以下および265頁以下。

393) 山口・前掲註(58)296頁以下。

394) 山口・前掲註(58)323頁。

395) その他、嶋矢・前掲註(58)191頁以下参照。嶋矢は、共同正犯における共同性の要件を「共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響力を経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する」ことに求め、「共同正犯と教唆は重大な寄与を行っているという点では共通しているが、共同性により区分され」、「共同正犯と幫助は共同性及び重大な寄

もっとも、付加的共同正犯の事例を想定すればわかるように、当該構成要件該当結果に対する惹起の直接性という基準では共同正犯の決め手にはならないのは自明であって、教唆・幫助も態様の差はあれ共同で惹起しうるのであり、山口のいう「共同惹起」の区別基準は機能しない。むしろ、因果性の領域から共犯を捉える見解ならば、質的差異は見出されず、共同正犯者間の関係も共同正犯者と幫助者との関係も、同様に共同で惹起しうると思われる<sup>396)</sup>。それゆえに、「法益侵害惹起の態様の差」に正犯と共犯の質的区別を求めるのは困難であり、プロイに対する批判と同様に、正犯と共犯で帰属の仕方を区別するのも疑問である。もっとも、因果的寄与が共同性の成立条件として妥当するかどうかは別として、「重大な因果的寄与」に依拠して区別すれば、もはや質的差異ではなく、せいぜい量的差異にすぎないと思われる。

このようにみれば、共同正犯と幫助の区別に際して、事実的側面に着目することによって正犯と共犯は質的に区別されえず、他方、規範的側面に着目することによっても、正犯者は構成要件の実現の担い手と見なされ、反対に共犯者は見なされえない根拠は依然として解明されていないことが確認される。すなわち、すでに述べたように、「構成要件上の不法の正犯」と「他者の構成要件上の不法に対する共犯」という構造の分化、あるいは、「法益侵害惹起の態様の差異」によって、正犯と共犯の質的差異を根拠づけることは困難なのであり、むしろ、その質的差異が事実上前提とされ、展開されてきたということができるのである。したがって、これまでの見解を見る限り、正犯と共犯の質的差異の根拠が示されないまま、従来、単独正犯の性質から得られた正犯モデルを中心にして、共同正犯を特徴づけ、その外枠として狭義の共犯を捉えるといった構成が採られてきたといえよう。

ここで注目すべきは、すでに述べた自然主義的アプローチに基づく因果

---

与のいずれか、ないし双方で区分される」(同・前掲註(58)191頁以下)とする。

396) 高橋則夫「過失犯の行為規範に関する一考察」神山古稀第1巻(2006)10頁。



的統一的正犯論の考察から得られた示唆である<sup>397)</sup>。この統一的正犯論によれば、関与の仕方や程度に相違があるにもかかわらず、過失犯の領域では、結果に対する答責性という視点のみが問題とされており、質的差異は問題とされていない。というのも、正犯的関与や共犯的関与というように、関与の仕方が異なっているとはいえ、許されない危険を創出し結果の帰属がなされるという点で共通であることが前提とされているからである。その結果、正犯・共犯を問わず、関与者は構成要件の実現に対する帰属主体として扱われているのである。この限りで、その思考方法は、質的差異を前提とする見解と比較すれば、説得力があると思われる<sup>398)</sup>。

このように考えれば、分業による犯罪実現、すなわち(広義の)共犯現象のもとでは、どの関与と形式も、構成要件該当結果の帰属の観点から、質的差異は存在せず、正犯・共犯にかかわらず、構成要件の実現が誰の作業かという観点からの規定は同一であり、正犯と共犯は、構成要件の実現の際に、その実現に対してどの程度の役割を果たしたかに応じて区別されるにすぎない相対的な量的概念<sup>399)</sup>であるというべきである<sup>400)</sup>。

このような理解に立てば、両者の差異がいわば構成要件の実現に対する

---

397) 第1章第2節第1款を参照されたい。

398) 高橋・前掲註(86)123頁以下参照。高橋は「行為規範のレベルにおいては、正犯と共犯は同一であり、その限りで、統一的正犯概念が妥当する」のであり、「故意犯の行為規範と過失犯の行為規範とは異なる」と解する以上、共犯を規定する条文に過失という文言がない限り、「過失犯には60条以下は適用されず、立法形式のレベルとして、過失犯には統一的正犯体系が妥当する」(高橋・前掲註(396)10頁)と主張する。確かに、正犯と共犯の同質性を示唆する点で、統一的正犯体系は意義を有するが、過失犯では統一的正犯体系が妥当するかは疑問である。というのも、条文上、過失犯には共犯規定がないという理由だけで、統一的正犯体系が導かれるとは限らないからである。つまり、過失共犯が処罰されずとも、限縮的正犯概念の可能性は残されているのである。しかも、例えば、殺人に関して「他人の死を惹起するな」という点では、故意犯と過失犯とで共通であって、過失犯において、危険化の時点で過失致死罪に該当する規範が犯されるとするならば、過失犯は危険犯へと転化することになり、妥当とはいえない。

399) その概念は、結局のところ、量刑の評価と関連する。

400) もっとも、共同正犯と教唆犯との区別がどのようになされるべきかが問題となる。山口・前掲註(67)241頁参照。この問題の検討は、他日を期したい。

形成の量的差異にすぎないとする限り、共同性は、共同正犯特有の関係だけでなく、「関与」全体の基礎、つまり狭義の共犯を含めた共犯関係を意味すると解しても問題はないと思われる。そうすると、共同性の問題は、正犯として問われるかどうかの問題ではなく、あくまで共同で行われたか否かの問題にすぎず、行為者自身の可罰性の評価（正犯と共犯の区別）は、別途判断されるべき事柄になる。

## 第2款 個々の認識可能性と共同性との関係

### 第1項 共同性における共同の行為意思の意義

それでは、このような共同性の理解に立てば、刑法上の共同性は、個々の認識可能性とどのような関係に立つべきなのか。そこで、まず問題となるのは、「共同の行為決意」である。

わが国における多数の過失共同正犯肯定説および判例は、過失犯における共同性の成立条件として、「共同の行為決意」の存在を要求する。例えば、甲と乙が建築現場で、不注意にも屋上から廃材を一緒に投げ捨てたところ、通行人に当たって死亡させたという場合、廃材を投げ捨てるという実行行為の共同が認められる以上、その実行行為を共同する意思が相互に認められれば、過失犯の共同正犯は肯定されるというのである<sup>401)</sup>。その限りで、ドイツにおける共同危険創出説と同様の特徴を有しているといえる。もっとも、わが国の議論においては、共同正犯の成立条件と共同正犯の帰属原理、とりわけ「一部実行の全部責任」の原理との関係が必ずしも十分に検討されてきたわけではない<sup>402)</sup>。確かに、一般に、「相互的に利用・補充し合う依存協力関係」<sup>403)</sup>にある場合に共同正犯は認められるとされている。しかしながら、どのような帰属原理が見出されるのかという

401) 福田平『全訂刑法総論』（第4版・2004）269頁以下、大谷・前掲註（5）418頁以下、内海・前掲註（56）39頁以下など。

402) 共同正犯の帰属原理について検討するものとして、高橋・前掲註（60）325頁以下、同・前掲註（65）341頁以下参照。もっとも、高橋は、故意犯にのみ共同正犯を認める。

403) 大塚・前掲註（25）291頁、大谷・前掲註（5）413頁以下など。

問題、具体的には、行為者の共同行為の意思が共同性に対してどのように機能するのかという問題は、依然として明らかにされていないのである。それゆえ、過失犯においても共同正犯は成立しうるとはいうものの、共同性における具体的な内容は検討課題とされたままなのである<sup>404)</sup>。

もっとも、この問題に関しては、ドイツの議論が参考になる。一般にドイツでは、共同正犯の機能は、構成要件を自らの行為によって充足しない者に構成要件の実現に必要な他者の寄与を帰属させることにあるとされている<sup>405)</sup>。例えば、共同危険創出説に依拠するランジークは、他者の行為に関して責任を負わせる根拠として、AはBが自分のために行動することを意図し、BがAのために行動することを意図することを要求する<sup>406)</sup>。このような相互的な意思の合致が共同正犯の第一の要件として機能するというのである。

では、この共同決意の内容は、具体的に何に対して向けられているのか。ランジークは、その意思の内容は犯罪に向けられる必要はなく、むしろ、他者の作為または不作為を自己の態度と同様に取り扱い帰属させることが問題であって、それは、関与者が相互に他者の態度を自己の態度として意図する場合に認められるというのである<sup>407)</sup>。確かに、過失犯を問題にする場合、構成要件該当結果を認識の対象にすることはできない。しかし、この構成要件該当結果を除外した共同の行為意思を共同性の成立条件とすることで、次のような特徴が見出される。つまり、ここでは、帰属の対象は、構成要件の実現ではなく、各関与者に帰属される他者の態度そのもの

---

404) 例えば、藤木は、その実益の具体的内容は「個々の行為者の動作と結果との因果関係が不明であっても因果関係を肯定」されること、及び「個々の行為は切りはなして考えたときには実行の一部か、あるいは予備、幫助に止まるものであっても、正犯として結果全体につき責任を問われる」(藤木・前掲註(50)8頁)ことであるとし、共同正犯の機能の側面を重視し認めるものの、共同正犯となる根拠は詳細に検討されていない。

405) Vgl. Ransiek, a. a. O. (Fn. 186), S. 70.

406) Ransiek, a. a. O. (Fn. 186), S. 70.

407) Ransiek, a. a. O. (Fn. 186), S. 70.

であるということである<sup>408)</sup>。換言すれば、構成要件該当結果からの視点は考慮されず、共同の行為決意を通じて、他者の態度が引き合いに出されるのである。そうであるならば、必然的に、過失犯における結果犯の危険犯への前倒し及び共同の行為決意の機能の限界という共同危険創出説に対する批判が妥当するであろう<sup>409)</sup>。少なくとも、相互的であれ片面的であれ、このような関与者の共同の行為決意を共同性の必要な構成要素と見なすならば、構成要件該当結果の危殆化に対する共同性が形成されうにすぎないのである。換言すれば、それは、構成要件該当結果が考慮されていない行為決意でもって、構成要件該当結果の帰属問題を解決することを是認するものなのである。

さらには、近時、議論されている委員会決議の問題においても、共同の行為決意を要件化することに意義が見出されなくなりつつある。委員会における投票を通じて構成要件該当結果が実現された場合において、例えば、シャルルは、「委員会における投票行為とは、常に多数票を目指すものであって、個々の委員会構成員はそのことを認識している以上、決議に関する各々の投票行為は、任意の他の構成員に対して共同して自己目的を達成する提案を行なうことを内容とする」<sup>410)</sup>と述べる。その結果、各人は、決議内容によって定義された行為計画を一部は行為者自身の投票を通じて、一部は他の関与者の票と共同で実行に移すことを意図する以上、共同遂行の意思は存在するというのである<sup>411)</sup>。ここでは、共同の行為計画の内容は、委員会決議における制度の認識にとどまっており、特にお互いに意思を確認し合う必要はないことになる。つまり、誰が自分自身と同じ票を投じたかを各人は認識する必要はないのである。しかしながら、秘密投票の場合をも想定するならば、もはや共同の行為決意の内容はかなり希薄化さ

---

408) Vgl. auch Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 349f.

409) 第2章第1節第3款を参照されたい。

410) Schaal, a. a. O. (Fn. 258), S. 228.

411) Schaal, a. a. O. (Fn. 258), S. 228.

れており、その行為決意がどのように機能するのは明らかではない。むしろ、決議に対して各行為者がどのような投票行為を行なったかという客観的見地が重要視されているように思われる<sup>412)</sup>。このことは、構成要件該当結果の帰属という視点が脱落するが故に、共同の行為決意の対象行為は定まらず、つまるところ、結論の妥当性を考慮した上で、行為決意の内容が規定されるにすぎないことを示している。ゆえに、共同性の成立条件としての共同の行為決意の意義は、極めて形式的なものにとどまることに留意する必要がある。

なお、わが国でも、例えば、内海朋子は、「複数人が同一目的の行為に共同して関与している状況下では、行為者の一人が、共同目的を達成するのに社会的に不相当な、不適切な態度をとることにより、他の行為者に安心感を与えてその意思の弛緩を招き、その行為者にも同一の態度をとらせることによって、自己の不注意の態度をさらに促進・強化させるような心理状態が存在しうる<sup>413)</sup>」として、共同の行為決意の意義を強調する。もっとも、その際、「共同実行意思を『心理的弛緩状態』という、純粹に心理的な意味での各人の犯罪意思の共有としてではなく、各人の行為が客観的に共同行為として評価されるための、構成要件的评价の一要件」とする、すなわち、「現実には、そこに他人がいるからということでお互いに意思の弛緩を招き、より作業が危険になったことの証明が問題になっているわけではなく、共同行為として評価されることによって増大する危険性を、複数の人がいることからどちらかは危険に気づくか、結果措置に出ることにより、危険を確実に管理することが法的に期待されているという点<sup>414)</sup>」に核心があるとしている。このような記述を見る限り、共同の行為決意は、極めてあいまいなものである。というのも、共同の行為決意に関して、一

---

412) Vgl. auch Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 238.

413) 内海朋子「過失共同正犯肯定説における帰責問題について」法学政治学論究48号(2001)82頁。

414) 内海・前掲註(413)82頁。

方で、各行為者の心理状態という事実的側面が強調され、他方で、結果回避に求められる誠実さという規範的側面が強調されているからである。もっとも、共同の行為決意に基づいた共同行為が結果惹起の危険性を高めることを出発点として意思連絡に基づく相互的行為帰責を共同正犯の本質とする限りで、共同危険創出説の本質が維持されているといえようか<sup>415)</sup>。そうであるならば、内海の見解においても、同様に、共同性の形成に関する問題が生じよう。

かくして、共同性を検討する際、単独正犯と共同正犯の区別基準として役割を果たすとされてきた「共同の行為決意」は、各行為者の行為決意と構成要件該当結果の帰属との整合性という難問に直面するのである<sup>416)</sup>。したがって、かような問題を解決しないかぎり、共同の行為決意を共同性の成立条件と見なすことは許されず、むしろ、客観的に、他者と共同して当該結果を回避すべき義務があったか否かが重要であって、共同意思の存在は、共同性の規定上、直接的に問題とならないというべきであろう。

---

415) 内海は、「共同実行意思の内容は同一構成要件該当結果の防止に向けられた注意義務違反といえることが必要であり、その限りで過失共同正犯成立の外延は確定される」（同・前掲註（53）39頁）と述べる。しかしながら、過失犯の場合、行為者の意思の内容自体は、まさに構成要件該当結果とは無関係な内容であり、それゆえ、過失共同正犯の成立の外延を確定することはできないと思われる。もっとも、これに対して、内海は、「意思連絡の中で相互に確認され、了解された行為内容が、当該過失構成要件の（共同）実行行為いえるだけの具体性を具備するか否か、という作業を経ることによってある程度解決しうる」とし、「単独犯の場合にも、無数に区切られうる行為の連鎖のどこまでが過失構成要件に該当する行為であるかは、個別的な行為の状況に照らして、法益侵害結果に転化しうる危険要素が行為に含まれていたどうかによって決せられる」（同・前掲註（53）41頁）というのである。しかし、ここでも、行為者のどのような行為内容が具体的に共同性の規定に対して機能するのは依然明らかではないばかりか、構成要件の実現に対する答責性が法益侵害結果に転化しうる危険要素によって規定されるならば、過失犯の結果犯はまさに危険犯へと転化される恐れがある。それゆえ、共同危険創出説に対する批判をいまだ克服していないと思われる。

416) Vgl. Puppe, a. a. O. (Fn. 133), S. 133ff.

## 第2項 故意犯と過失犯が混在した共同性の規定

次に問題となるのは、各関与者の故意・過失が共犯関係にどのような影響を及ぼすかという問題である。具体的には、オトターのいうように、銃の免許を持たない者に銃を貸し、その借主が第三者を故意に射殺した場合には貸主は殺人に対して責任を負わないが、その借主が不注意により第三者を射殺した場合には貸主は責任を負う<sup>417)</sup>というかたちで、故意や過失が違法性あるいは共同性に反映されるかどうかという問題である。

このような問題を考える場合に、とりわけ注目をひくのは、ロクシンの見解である。ロクシンは、故意なき第一行為者の行為態様を、一般的な客観的帰属論の問題として扱い、その際、ヤコブスに倣って、「促進(Föderung)」を規範的に理解し、「認識可能な犯行傾向(die erkennbare Tatgeneigtheit)の促進」<sup>418)</sup>という基準を用いて、第一行為者の態度の客観的な意味を問題にする<sup>419)</sup>。しかしその一方で、とりわけ「日常的行為」の問題、つまり中立的幫助を問題とする際、第一行為者が正犯者の犯罪の決意を知っている事例<sup>420)</sup>と特別な認識なしに正犯者の犯罪目的を単に考慮に入れる事例<sup>421)</sup>を区別する。すなわち、第一行為者は、正犯者が犯罪行為を遂行することを知っている場合、信頼の原則は適用されず、犯罪の促進ゆえに処罰されうるとする。これに対し、「彼がこのことを知っているのではなく、考慮するに過ぎない、つまり、確定的故意で行なうのではなく、未必の故意で行なうのなら、信頼の原則が妥当し、その結果、原則として、他者が可罰的行為を遂行しないと信頼をしてもよい。すなわち、ねじ回しあるいはナイフを売り、その際、ほとんど信頼できないと思われる買い手がそれらを使って可罰的行為を遂行するという具体的な認識な

---

417) Otto, a. a. O. (Fn. 140), S. 280f.

418) Claus Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Festschrift für H. Tröndle, 1989, S. 190ff.

419) Vgl. Roxin, a. a. O. (Fn. 127), S. 206ff.; ders., a. a. O. (Fn. 418), S. 190f.

420) Roxin, a. a. O. (Fn. 127), S. 207ff.

421) Roxin, a. a. O. (Fn. 127), S. 214ff.



しに甘受するに過ぎない者は、実際にそのことが生じても、幫助のゆえに可罰的とされない<sup>422)</sup> というのである。

このように、第一行為者が自身の行為に犯罪行為への促進的影響を与えることを認識していたかどうかという基準によっても、第一行為者の責任の範囲が規定されうるとするのである<sup>423)</sup>。

そこで問題となるのは、こうした考えによるロクシンのテーゼである。すなわち、彼によれば、促進された行為の目的を第一行為者が確実に認識している場合、（広義の）共犯関係の基礎づけに関して、その寄与の「犯罪の意味連関」のみが重要であり、その犯罪的意味連関は、その寄与が正犯者の個々の目標に応じて犯罪遂行にとって合理的かどうかにか依存するとしているのに対し、第一行為者が、過失又は未必の故意の場合、通常、構成要件の実現は、信頼の原則に基づき、第一行為者に客観的に帰属されず、主観的要件は問題にならないという理由で、他者の客観的に認識可能な犯行傾向が存在する場合にのみ問題になるとする点である<sup>424)</sup>。

ここで注目すべきは、レッシュの批判である。レッシュは、「他者の犯罪計画に関する認識は、實際上、可罰的関与と『職業上典型的な』態度による許された共働との限界づけに対する重要な基準」となりえないと指摘する<sup>425)</sup>。例えば、裁判所が、刑事訴訟において、あるテロリストの審理を行っていたが、その被告人の仲間が、後日の公判中に自動車に仕掛けられた爆弾を爆発させるつもりであると予告し、そして実際にテロリストが予告したことが生じ、物損や死者が出たという事例において、レッシュ

---

422) Claus Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, in: Festschrift für W. Stree/J. Wessels, 1993, S. 380. Vgl. auch ders., a. a. O. (Fn. 418), S. 197.

423) Roxin, a. a. O. (Fn. 127), S. 222f.

424) Roxin, a. a. O. (Fn. 127), S. 207f., 214f. 第一行為者が過失である場合は、未必の故意である場合と同様に説明されるが、故意犯の場合と異なり、過失犯は統一的な正犯概念で説明される。

425) Heiko Hartmut Lesch, Strafbare Beteiligung durch »berufstypisches« Verhalten?, JA 2001, S. 989f.

は、「その裁判官は単にありうると見なすのではなく、起こるであろうと計算に入れたという理由だけで、幫助のゆえに処罰されるべきなのか」<sup>426)</sup>と疑問視する。そしてさらには、レッシュは、ロクシン自身も犯罪結果の認識は重要となりえないことを示していると言及する。というのも、だれかがある職人に仕事の依頼をしたが、その職人が脱税していることを知っていた(あるいは、それどころか伝えられた)という事例において、ロクシンは、職人への依頼は客観的に完全に合理的である以上、可罰的幫助を遂行していない<sup>427)</sup>とするからである。

いずれにせよ、少なくともロクシンの見解を一貫させれば、遡及禁止や信頼の原則は規範的内容から認識という心理的事実へと後退することになる<sup>428)</sup>。すなわち、答責領域の限界に関する規範的な原理は、犯罪行為を認識した(wissentliche)各々の共働が刑法上の答責へと導くという、部分的に心理的に規定されうる帰属ルールに姿を変えることになる、つまり、帰属判断に事実的な心理的要素を付加するという客観的帰属の主観化がなされることになるのである<sup>429)</sup>。このような思考過程から、ロクシンは、例えば、パン屋が犯罪者によるパンの犯罪的利用という特別な認識を有している場合、日常的行為として扱われない<sup>430)</sup>という結論を導き出しているのである。

以上のことから、ロクシンの見解は、客観的帰属に基づく判断と心理的内容に基づく判断が混同されている点で、問題を孕んだものということができよう。むしろ、ヴェーツェルの言うように、「行為者は保障人であるという理由で、他者に関係する事情、および、その他者が追求するかもし

426) Lesch, a. a. O. (Fn. 425), S. 989f.

427) Roxin, a. a. O. (Fn. 422), S. 379.

428) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 75. もっとも、ロクシンは、「信頼の原則における『信頼』は、心理的な判断内容ではなく、客観的構成要件に関する帰属を限定する規範的原理である」(Roxin, a. a. O. (Fn. 127), S. 216, Anm. 328.)と述べる。

429) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 75f.

430) Roxin, a. a. O. (Fn. 418), S. 197.

れない目的に関する認識（Wissen）も重大になりうる」としても、「事実（Faktum）としての認識（Wissen）は、管轄を根拠づけない」<sup>431)</sup>と思われる。つまり、他者の態度に対して責任を負わなければならない客観的状況のもとでは、確かに行為者が有する認識が考慮されることはあっても、事実として認識を有していたことによって、他者の態度に対して責任を負わなければならないことに至ることはないということである。そうであるならば、規範的な意味での「促進」があったかどうかという点について、事実としての認識の有無や故意・過失の区別が問われる必要はない。

それゆえ、共犯関係の形成において故意・過失に依存させない点で、ヴェーツェルの見解は示唆に富むと思われる。ヴェーツェルは、（広義の）共犯は、規範妥当に反する共同の意味表出であるとし、刑法的に重要な意味は、規範やその基礎となる役割分担（Rollentrennung）や役割の帰責（Rollenzuschreibung）において反映する社会的構造からもたらされるというのである<sup>432)</sup>。例えば、タクシーの運転手が、窃盗の犯罪者を犯行現場に運ぶ場合、偶然にもその運転手がその犯行計画を知っていたとしても、窃盗の補助にはならない<sup>433)</sup>。すなわち、タクシーの運転手が犯行現場にまで犯罪者を運ぶという行為は、因果的意味においては、犯罪と結びついているが、タクシーの日常的行為が、法秩序において犯罪的意味を有するような形で存在しない限り、窃盗に対する共犯は、問題にならないというのである<sup>434)</sup>。

このことは、答責の範囲を突き止める上で重要な示唆を与える。それは、そもそも行為者の認識や無知が重要であるかどうかを突き止めるためには、客観的領域、すなわち、それぞれの義務の内容に従って、答責領域が画定されなければならないということである<sup>435)</sup>。

---

431) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 74f.

432) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 173f.

433) ドイツでは、せいぜい不救助罪（ドイツ刑法323条c）が成立しうるにすぎないことになる。

434) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 174.

435) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 75.

もっとも、ヴェーツェルの見解に関して留意しなければならないのは、共犯関係における主観的側面の理解である。構成要件の実現は、「他者の行為と客観的に結びつく行為者自身の行為による回避可能な結果」を意味し、(広義の)共犯関係における主観的側面は、構成要件の実現の認識可能性であるというのである<sup>436)</sup>。その際、この認識可能性が故意又は過失であるかという問題は、(広義の)共犯関係に影響を及ぼさないとする。逆に言えば、行為者に故意・過失が認められないならば、もはやその行為者は、共犯関係を形成しないだけでなく、刑法上「自然」と見なされるのである<sup>437)</sup>。つまり、故意と過失の差異は共同性の規定にとって重要ではないが、共同性が認められるためには、少なくとも認識可能性が行為者に認められなければならないとするのである。

しかしながら、責任阻却事由を有する行為者、例えば無過失の行為者は違法行為すら為されないと見なすことには、慎重を期する必要がある。むしろ、山口厚が述べるように、有責性は、「構成要件に該当する違法な行為を行った行為者に対して、当該行為をなすべきではなかったとして、非難としての刑罰を科すことの正当性(非難可能性)を認めるために必要となる要件」<sup>438)</sup>である以上、社会のルールに従って客観的に結果を行為者に帰属させることで確定される違法性とは一体関係にないと見るべきである。したがって、構成要件の実現に対する答責性は、責任要素の有無に依拠せず、違法性の判断のもとで決定されるべきであり、有責性の有無が直ちに共犯関係の形成に影響を及ぼすとみるべきではない<sup>439)</sup>。

それゆえ、(広義の)共犯関係が故意・過失の区別に影響されないならば、故意領域においても過失領域においても、答責領域の規定は等しく

---

436) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 173.

437) Vgl. auch Jakobs, a. a. O. (Fn. 341), S. 253ff. 松宮 = 豊田・前掲註(341)198頁。

438) 山口・前掲註(58)311頁。

439) したがって、有責性の要件である責任能力もまた共同性の規定に影響を及ぼすものではないと思われる。すなわち、責任能力者と責任無能力者との共同行為も存在し得るとすべきであろう。

なり、その結果、故意行為者と（無）過失行為者との共同行為も存在し得ることになる。すなわち、ブロイも言うように、「共同正犯が過失によって実現されるのではなく、共同正犯的関与が行なわれる犯罪が過失によって実現される」のであって、「『故意の共同正犯』と並んで『過失の共同正犯』が存在するかどうかという問題ではない」<sup>440)</sup>のである。こうして見てくると、故意・過失といった行為者の認識可能性は、（広義の）共犯関係の形成にとって必要なメルクマールと考えるべきではないのである。

もっとも、共同正犯の規定を巡って、「故意」による構成要件の実現と「過失」による構成要件の実現を区別する考え方にに基づき、それぞれの共同性の規定を求める見解も有力に主張されている。例えば、ヴァイサーは、故意犯では認知的（wissentliche）かつ意図的（willentliche）な結果の惹起が罰則をもって禁止され、過失犯では注意義務違反による結果の惹起が罰則をもって禁止されるということが前提となっている以上、共同正犯の規定であるドイツ刑法25条2項は故意犯の共同正犯と過失犯の共同正犯という2種類の共同正犯を含むというのである<sup>441)</sup>。そして、その差異が単独正犯と共同正犯の区別にも反映され、故意犯と過失犯との間で同一の共同性の基準が見出されることはない結論づける。

より詳細にみれば、ヴァイサーは共同正犯の規定であるドイツ刑法25条2項を以下のように解釈する。すなわち、条文上の「複数の者が犯行を共同で遂行したとき」という文言に着目すれば、構成要件の実現が行なわれる責任形態に関して何ら触れていない以上、故意犯における基準と過失犯における基準の2種類が存在しうる<sup>442)</sup>、と。そして、過失犯の場合には、注意違反行為の共同遂行（gemeinschaftliche Vornahme）という共同実行が問題になり、注意違反は同時に可罰的な故意犯の構成要件を充足しない

---

440) Bloy, a. a. O. (Fn. 185), S. 395.

441) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 232f.

442) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 232f.

とするのである<sup>443)</sup>。

かくして、過失の共同正犯の存在を刑法25条2項の法律上の基礎に基づかせると同時に、故意犯と過失犯の構造の差異から、共同性の根拠及び成立条件を導き出すのである。

しかし、問題となるのは、果たしてこのような共同性の規定の分離が、理論的にも、実務的にも妥当な結論へと結びつけることができるかどうかである。

まず、故意犯と過失犯はどの点において差異があるのかが問題となる。この点に関して、キムは、ヴァイサーが故意犯と対比される過失犯の本質的なメルクマールとして掲げる「注意違反」は単なる評価の称号(Wertungsprädikat)にすぎないとし、故意犯と過失犯の構造の差異それ自体を疑問視する<sup>444)</sup>。ヴァイサーの見解において、故意犯と過失犯の構造の差異と過失犯の共同正犯の承認との関係がそもそも明らかではないが、ヴァイサーが故意犯の共同正犯においては意図された犯罪結果を問題とし、過失犯の共同正犯においては意図されない犯罪結果を問題とするならば、それは「故意」と「過失」という表現を言い換えたものに過ぎない。そうであるならば、ヴァイサーのいう故意犯と過失犯の差異は、構成要件の実現を意図したか否かに帰結するのであり、当該結果を招いた原因行為の確定には、差異は見出されないことになる。それゆえ、故意犯と過失犯との間に共同性の規定をそれぞれ設ける根拠が明らかとはいえない。

仮に構造の差異に着目し、共同性に関しても故意犯と過失犯との間に質的差異を設けるならば、共同性に関する基準の分化は、実際上の問題として、次のような問題に直面することになる。例えば、取締役会などの委員会構成員による構成要件の実現の際、構成員全員が故意犯あるいは過失犯であった場合には、共同正犯として処罰されるのに対して、故意犯と過失犯とが混在する場合には、状況によっては、処罰が不可能となるという

---

443) Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 233.

444) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 163.

問題である。すなわち、必ずしも統一的に故意・過失に区分されるわけではない以上、とりわけ各関与者に因果関係が認められないことが十分にありうるのである。したがって、例えば、故意である行為者が4人で、過失である行為者が1人だけであるならば、後者は、因果関係の欠如を根拠に不処罰となりうることになる<sup>445)</sup>。しかしながら、その結論は、現実に即したものとはいえないであろう。

では、故意犯と過失犯が混在する共同正犯の可否という問題はどのように解決されるべきなのか。ドイツの議論を見る限り、このような行為形態を共同正犯として肯定する見解<sup>446)</sup>には、ヴァイサーのように故意と過失の差異に着目するのではなく、故意犯と過失犯の共通性を見出すという特徴がある。議論を少し遡れば、ピンディング<sup>447)</sup>は、次のような「共同決意」を用いて故意・過失が混在する共同正犯を肯定している<sup>448)</sup>。すなわち、ピンディングは、「意思の合致に関して、個別の意思の法的かつ道義的な性質（die rechtliche und moralische Natur）は問わない」と述べ、「複数の人物が因果的に同種のもの（das Gleiche）を意図すると同時に、意思の統一（Willenseinigung）及びこの統一的意思の実行はありうる」<sup>449)</sup>と主張するのである。そして、「客観的な犯罪構成要件の惹起に対する関与（Anteil）」が共犯であるとし、「この関与が、責任（Schuld）に帰属しう

---

445) Vgl. Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 291; Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 349. さらに、過失犯を統一的正犯概念として捉える見解にも同様のことが妥当すると思われる。

446) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, 1919, S. 623ff.; Exner, a. a. O. (Fn. 182) S. 597; Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 289ff.; Knauer, a. a. O. (Fn. 151), S. 189, 221; Häring, a. a. O. (Fn. 117), S. 348ff.; Ransiek, a. a. O. (Fn. 186), S. 71ff.; Renzikowski, a. a. O. (Fn. 128), S. 289; a.A. Wolfgang Schild, Nomos Kommentar zum StGB, 2.Aufl., 2005, § 25 Rn. 99; Bettina Weißer, kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 198f., 204.

447) Vgl. Karl Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil 8. Aufl., 1913, S. 151ff.

448) Vgl. Binding, a. a. O. (Fn. 446), S. 623ff.

449) Binding, a. a. O. (Fn. 446), S. 579.



るかどうかが、どの責任に帰属しうるかどうか」は問われず、それは、もっぱら関与した者の判断に関してだけ重要になるというのである<sup>450)</sup>。

このようにして、過失 (Culpa) においても意思の合致の存在は認められ、故意・過失は問われていない。そして、ここでいう意思の合致は、因果的に同種のもの、つまり構成要件の実現の方向に向けられているものとされる。

現在の議論においても、多少の相違はあるが、同様の見解が主張されている<sup>451)</sup>。例えば、キムは、一般的な意味における共同正犯の認定は、構成要件の実現に合わせられた共同意思に関係しないとし、共同で意図された構成要件の実現と並んで、可罰的な内容か否かはともかく主要目的を追求することによって惹起された付随結果も共同正犯の帰属の対象であるとする<sup>452)</sup>。こうして、キムは、客観的領域においてのみ存在する共同性の要件は、共同の行為決意及び本来の目的に鑑みた共同の行為決意の実現に関係すると結論づける。すなわち、事実的側面において、故意と過失の混在した共同正犯は特別な形象ではなく、故意犯として処罰されるかあるいは過失犯として処罰されるかという問題は、依然として各個人特有の規範的問題であるとするのである。

こうした議論状況から、故意と過失の混在した共同正犯を認めるためには、故意・過失から独立させ、共同性の問題を客観的領域における問題と

---

450) Binding, a. a. O. (Fn. 446), S. 580, Anm. 2. Vgl. auch Exner, a. a. O. (Fn. 182), S. 597. エクスナーは「両者が合意の上で (責任が同じでないにもかかわらず) 共同の所為 (gemeinschaftliche Tat) を実行する場合、共同正犯」であるとする。

451) Vgl. Binding, a. a. O. (Fn. 447), S. 153f. 行為者間の意思に着目するものの、ペンディングは、「責任の性質は、意思の違法内容によってではなく、内容をときに違法と把握し、ときに違法と把握しない認識によってのみ区別されるので、故意犯の場合に存在しうるあらゆる意思の関係が、過失犯の場合にも存在しなければならないということは明らかである」(a. a. O. (Fn. 447), S. 152) とし、違法性について認識していない共働者は、「違法内容を共働者が全員誤認する意思を共有している」(a. a. O. (Fn. 447), S. 154.) と述べる。その意味で、ここでいう共同意思は、現在のそれとは異なる。

452) Kim, a. a. O. (Fn. 162), S. 290.

することで容易に解決されることが伺われよう。もっとも、共同性の根拠及び成立条件を捉え直す必要がある。というのも、確かに、故意と過失の問題は切り離されており、両者が混在した共同正犯が認められる余地が見出されているが、このような手法は、まさにすでに述べたような自然主義・心理主義的アプローチにほかならないからである。つまり、共同の行為決意による共同性の把握の限界という問題が生じるのである。ここでも、行為者の内在的要因から共同性を捉えられること自体が、意思連絡のない故意行為者と過失行為者との共同性を構成要件の実現という観点から把握することを断念することを意味するのである。

以上のことから、次のようなことが確認される。共同性の根拠及び成立条件を考察するにあたっては、問題を故意・過失の問題から独立させること、共同性の問題を客観的領域における問題とすること、そしてその際、共同性を行為者の事実的な内在的視点に求めるよりも、社会という客観的視点に求めることに優位性があるということである。

### 第3款 共同性の根拠と規定について

以上の事柄を踏まえるならば、刑法上の共同性の根拠は、当該結果を回避すべき「共同義務の共同違反」であり、それは、正犯・共犯を問わず、客観的に規定されるものであることが明らかとなる。すなわち、構成要件の実現に対する共同答責なのである。したがって、注意義務の同一性は問題とならず、行為者の生理的能力や知的能力に応じた注意義務の内容の相違は問わない。

重要なのは、共同行為の場合、構成要件該当結果が各関与者の個別の態度（各関与者の寄与）に帰属されうるかどうかではなく、関与者全員によって実現された全体行為という意味での態度に結果が帰属されうるかどうかである。

もっとも、それは、共同危険創出説のように、当該結果と各行為者との因果関係の必要性が放棄されてもよいことを意味するわけではない。

すなわち、他者の犯罪行為も自己の犯罪行為として帰属させるということではない。この点、「共同正犯の規定は、意思疎通を通じた共同行為の特殊性に鑑みて、因果関係判断に代えて、同一犯罪実現に向けての合意の存在、および共同実行の事実が証明されれば、共同行為支配のゆえに各人に全体結果の帰責を認めるものである」<sup>453)</sup>と主張するものがあるが、危険犯にとどまる行為者にも当該結果を帰責させるような連帯責任的発想を容認することには、疑問が残る。さらには、キントホイザーのように、共同正犯的負責を相互的代理に求めるものもある。すなわち、みずから行動すると同時に、他者を使って (fremdhändig) 行動したとすることで、自ら行っていない行為も関与者の守備範囲と見なされうるのである<sup>454)</sup>。しかし、コルナチアがいうように、共同正犯の帰属において、例外的に民法上の代理制度を援用する根拠が明らかではなく、管轄の対象が自己の組織化領域と他者の組織化領域であるとするだけで、共同性の統一体が放棄されることになる<sup>455)</sup>。それゆえ、共同行為においても、構成要件の実現に対する自己の答責性が根拠とされつつ、結果帰属が行なわれなければならないというべきである。すなわち、共同行為は、他者の犯罪でもあるが、自己の犯罪でもあり、当該結果と各関与者との因果関係は存在し得るということではなければならない<sup>456)</sup>。

以上のような前提に立った場合、共同性の規定は以下のようなになる。つまり、各行為者の故意、過失や無過失といった有責性の要件は、共同性の規定にとって重要な要因ではない。つまり、関与者による違法な態度のみが重要であり、各関与者の義務の内容や射程に応じて、答責領域や危険が確定される。その際、構成要件の実現の事象に対する答責領域は、社会と

---

453) 内海・前掲註 (413) 80頁。

454) Urs Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in: Festschrift für A. Hollerbach, 2001, S. 645ff.

455) Luigi Cornacchia, Fahrlässige Mitverantwortung, in: Festschrift für G. Jakobs, 2007, S. 67.

456) Vgl. Jakobs, a. a. O. (Fn. 341), S. 259. 松宮 = 豊田・前掲註 (341) 203頁。

いう第三者からみて、結果に至る各関与者の事前行為がどのような意味を有しているか、そしてその事前行為の意味合いからどのような義務を有することになるのかによって決定される。そして、その義務者は、その責任の範囲内の危険から生じる有害な結果を最小限に抑え、あるいは阻止しなければならない<sup>457)</sup>。例えば、AがXという商品を市場に出す場合、Aはその活動から、例えばXによって健康被害が明らかになった時点で回収をしなければならないという社会生活上もとめられる義務を有するというように、である。つまり、「ある自由な活動をするならば、その活動から創出される有害な結果を最小限に抑えるか阻止しなければならない」という意味で保障人的地位が設定されるのである<sup>458)</sup>。

その上で、広義の共犯は、規範的な意味において、各関与者の答責領域が結合され、その結合された答責領域から構成要件該当結果が発生したかどうかにより、規定される。つまり、自他ともに協力して構成要件該当結果を防止しなければならない義務があったにもかかわらず、保障人的地位として防止策を怠り、構成要件該当結果をさせた場合が、共同犯罪となる。その意味で、共同性（共同行為）とは、各行為者に客観的に帰属可能な集団的義務違反に基づく関係を表現したものである。それ以外の場合には、単独行為の競合が問題になるだけである。

---

457) Vgl. Günther Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 19ff. ヤコブスによれば、義務には「組織化行為にもとづく義務（ネガティブな義務）」と「諸制度ないし特別な関係にもとづく義務（ポジティブな義務）」が存在する。前者は、「身体あるいはそれ以外の組織化手段から構成される自身の組織化領域が他の人格を害しようとする状態にならないことに配慮すべき」義務であり、「人格による組織化自由との引き換えによって形成される」（松宮孝明＝平山幹子（共訳）「ギュンター・ヤコブス刑法における作為と不作為」立命268号（1999）258, 259頁）とする。端的に言えば、「他者を侵害してはいけない」という義務のことである。後者は、「庇護される者との少なくとも部分的に共同の世界の形成に向けられた義務」であり、「義務侵害によって正犯者は根拠づけられ」とする（松宮＝平山・前掲265頁）。例えば、親は、自分の子供を保護する義務があるとする場合がそうである。本稿では、後者に関する問題を扱わない。

458) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 215.

このようにみれば、共同性は、「共同義務の共同違反」という意味表出を示すに過ぎず、正犯と共犯の区別は、各関与者による構成要件の実現に対する形成量、すなわち、構成要件の実現に対する各人の行為の重要性に応じて、相対的に規定される。それゆえ、各関与者の行為態様が、同程度の重要性を有しているときに限り、共同正犯として処罰されることになる。

#### 第4節 小 括

本章では、ドイツの議論からの知見をもとに、共同性の根拠と成立条件の検討を行なった。

まず、わが国における従来の共同性理論を検討した。そこでは、因果主義による共同性の規定では、構成要件の実現の帰属根拠を因果的惹起に求めるがゆえに、刑法上の共同性が過度に拡張され、反対に、不作為犯では、因果的惹起では説明ができないことが明らかとなった。次に、わが国における「共同義務の共同違反」説を検討すれば、自然主義・心理主義の側面が規範的側面と混在した共同性が前提とされており、根拠および成立条件が不明瞭であることが明らかとなった。

最後に、客観的帰属に基づく規範的共同性についてみると、以下のような結論が得られた。

まず、当該構成要件該当結果の帰責という観点から見れば、正犯と共犯の質的差異は見出されない以上、刑法上の共同性は、共同正犯に限らず、狭義の共犯にも共通するものである。

次に、個々の認識可能性と共同性の関係についてみれば、「共同の行為決意」や有責性の要件は共同性を規定する上で何ら影響を及ぼすものではない。

以上のことから、共同性の根拠は、構成要件の実現に対する共同の答責領域、つまり、自他ともに協力して構成要件該当結果を防止しなければならない共同義務の共同違反であり、その限りで、作為であるか不作為であ

るかは重要ではない<sup>459)</sup>。共同性にとって重要なのは、構成要件の実現は誰の仕業かという客観的帰属の問題を前提とし、その際、各関与者の答責領域が結合された領域から構成要件該当結果が生じるかどうかである。それゆえ、行為者自身の可罰性の評価（正犯と共犯の区別）は、別途判断される。

## 第4章 具体的事例への適用

本章では、これまでの検討を踏まえ、共同性の具体化を試みる。ここでは、複数の過失行為が「同時犯」と判断された判例（第1節）および「共同正犯」と判断された判例（第2節）とに分けて検討する。なお、第1節では、ドイツで問題となった皮革スプレー事件も、便宜上、検討の対象とする。

### 第1節 「過失の競合」に関する判例の検討

#### 第1款 皮革スプレー事件

本件は、取締役らが欠陥商品である皮革スプレーの回収を怠ったことにより、同商品を原因とする被害を引き起こしたというものである<sup>460)</sup>。

有限会社 W. u. M. は、靴及び皮革の手入れ商品を扱っており、とりわけ皮革スプレーを製造していた。この商品は、とりわけ子会社の有限会社 E. R. 及び有限会社 S. によって販売された。

1980年晩秋以降、その会社グループのもとに、当該皮革スプレーの使用によって健康被害を受けたという被害報告が届いた。その被害の大部分は、

---

459) 不真正不作為犯に関して、義務犯と解するものとして、最近では、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, a. a. O. (Fn. 284), S. 459ff. ロクシンは、「共同義務」に言及して共同性を規定する。Vgl. auch Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11. Aufl., 1969, S. 222.; Javier Sanchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 158ff. 平山・前掲註（165）も参照。

460) BGHSt 37, 106. 本稿では、主として過失致傷罪に関する事例を取り扱うことにする。

呼吸困難，咳，吐き気，寒気及び熱であった。被害者は，医者による治療（しばしば入院）を必要とし，生命に危険な状態のゆえに集中治療室へと運ばれるケースは稀ではなかった。診断内容は，たいてい，肺への液体の蓄積（肺水腫）であった。

最初の被害報告によって，会社内部の調査が行われた。この調査は，返品されたスプレー缶を対象として行なわれたが，製造上の欠陥は見当たらなかった。スプレーに関して，1980年中ごろ以降，シリコンオイル（Silikonöl）の作用物質（Wirkstoffanteil）が増やされたことのみが確認された。この調剤の変更は，1981年の初めに元通りにされた。にもかかわらず，更なる被害報告が続いた。2つの化学会社の毒物学者と助言役の医者を含めた専門会議が開かれたが，被害原因は不明であった。シリコンオイルの作用物質は，その製品から取り除かれた。1980年に，その製品のために用いられた弗化炭素樹脂の納入業者が変わったことが明らかになったとき，この物質は，1981年3月以降再び以前の納入業者から納入された。しかし，被害報告は続いた。それゆえ，1981年4月中ごろに特定のスプレーに関する突然の製造中止及び販売中止に至った。しかし，会社の化学課の調査は結論が出なかったため，数日後に再び撤回された。

1981年5月12日に，臨時取締役会が行われた。参加者は，有限会社 W. u. M. の取締役全員，すなわち，被告人 S. と Dr. Sch. が参加した。会社グループの中央研究所所長であった被告人 Dr. B. は，「化学者の責任者（Chefchemiker）」として助言を求められた。Dr. B. は，事情を述べ，その際，従来の調査によれば，毒物の特性に関する根拠はなく，したがって，スプレーの危険性はない以上，この商品を回収する動機はないと述べた。さらに，Dr. B. は，外部の機関に更なる調査を依頼し，すべてのスプレー缶に警告表示を取り付け，すでにある表示の改善を提言した。取締役会は，この提言に満場一致で賛同した。

その後，被告人 W. と D. は，この取締役会の内容を包括的に伝えられた。W. は当時，有限会社 S. の取締役であり，D. は有限会社 E. R. の取締



役に就いていた。両者は、取締役会での当該の決定をそれぞれ自己の管轄に関して、受け入れた。

その後、当該皮革スプレーの使用による健康被害がさらに続いた。再度の調査も、特定の物質が害を引き起こしたと確認するに至らなかった。その後、有限会社 W. u. M. は、スプレー缶に取り付けられていた警告表示を補充・改善したが、1983年9月20日、官庁の介入により、販売中止及び回収活動を行った。

地方裁判所は、被告人 S., Dr. Sch., W. 及び D. を、多数のスプレー利用者に、一部は業者の適当な時期の製品回収をしないことによって、一部はこの製品の製造及び販売の継続によって傷害を与えたとして、有罪とした。そして、1981年2月14日に F. の傷害事件が有名になった以後に生じた4つの傷害事件に関して、それぞれ独立した犯行として過失致傷罪を認め、1981年5月12日の取締役会の後に生じた38の傷害事件では、危険傷害罪の有罪判決を下し、その際、その限りで被告人のそれぞれの態度を1つの犯行とみなした。連邦通常裁判所は、基本的に地方裁判所の判断を追認した。

本件において、連邦通常裁判所は、以下のような手法で取締役の責任を論じた。まず、本件で生じた危険傷害に関して、同裁判所は、ドイツ刑法25条2項を適用して、「不作為による共同正犯」を認め<sup>461)</sup>、「共同で義務付けられる義務を共同でのみ履行しうる複数の保障人が共同でこれらの義務を履行しないという決定をする場合、共同正犯は存在する」<sup>462)</sup>とした。そこでは、結果と各々の寄与との個別的な因果関係は、検討されていない<sup>463)</sup>。

---

461) 「不真正不作為犯の共同正犯」という概念に反対する論者として、Welzel, a. a. O. (Fn. 459), S. 206.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 189. また、各人の「因果関係」を要求する論者として、Puppe, a. a. O. (Fn. 144), S. 32.; Puppe, a. a. O. (Fn. 145), Vor § 13 Rn. 109.

462) BGHSt 37, 129.

463) なぜならば、連邦通常裁判所によれば、「共同正犯」という法形象は、各々の行為者に他者の寄与が帰属されなければならないことを意味するからである。Vgl. BGHSt 37, 129.

これに対して、過失傷害罪に関しては、「過失犯の共同正犯」は認定されなかった。同裁判所は、以下のような根拠に基づき、各人に過失の単独正犯の成立を認定した。すなわち、刑法上、作為犯においては、複数の関与者による互いに独立した寄与が競合することによりはじめて構成要件該当結果が惹起される場合、各関与者の寄与に因果関係が認められるとした上で、そのことを不作為の領域に転用するならば、被告人らの不作為にも因果関係が認められるとした<sup>464)</sup>。具体的にいえば、結果を回避するために必要な措置が複数の関与者の共働によってのみ講じられうる場合、その措置を共働する権限があるにもかかわらず、そのような措置をしない各人は、必要な措置が講じられなかったことに対する責任を問われるとしたのである<sup>465)</sup>。

しかしながら、連邦通常裁判所によるこのような「作為犯の重疊的因果関係」の類推による処理には問題がある<sup>466)</sup>。というのも、ヴェーツェルも述べるように、連邦通常裁判所は、重疊的因果関係を多重的因果関係(Mehrfachkausalität)と混同しているからである<sup>467)</sup>。換言すれば、作為による重疊的因果関係の事例とは、構成要件の実現のために、関与者全員が行動しなければならず、1人でも行動しなければ、構成要件の実現は生じない事例であり、そして、その事例と対になる不作為の事例とは、1人でも義務を果たせば、構成要件上の結果は回避されるものであって、全員が義務に従うことによってのみ、構成要件上の結果が回避される事例ではない、ということである<sup>468)</sup>。しかも、問題はこれだけにとどまらない。

464) BGHSt 37, 131.

465) BGHSt 37, 131.

466) 岩間康夫「製造物責任の事例における取締役の刑事責任 集団的決定に関与した者の答責」愛媛22巻1号(1995)62頁以下、北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点 ドイツ連邦通常裁判所の皮革用スプレー判決をめぐる議論を手掛かりに」早法71巻2号(1996)205頁以下、松宮・前掲註(163)31頁以下なども参照。

467) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 130f.

468) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 130f.

ランジークも述べるように、単独正犯による手法では、各々の結果が各人に帰属できるかどうかがかんがえられたいのである<sup>469)</sup>。同裁判所の見解に従えば、各関与者は単独正犯として扱われるため、各人の仮定的因果関係を検討しなければならないことになる。しかしながら、まさに自分がいかに義務を履行しようとも、他者の義務違反によって、結局のところ、結果を回避できなかったという抗弁が、各人に認められることになる。それゆえ、各人に過失犯の責任を負わずことはできないのである。また、実態に即しても考えても、このような複数の関与者の場合に責任はないという結論にするならば、経営者が1人しかいないような小規模の企業犯罪の場合のみ責任が問われるのは不合理である。

では、過失致傷罪に関する事例に対して、取締役はいかにして責任が問われうるであろうか。実行を製品の販売・回収の不作为などといった要因と見なすかどうかという事實的側面ではなく、特定の構成要件の実現に至る事象に対する答責領域を検討することを重要視する本稿の立場によれば、以下のように構成される。

まず、消費者が健康被害へと至った事象は誰の守備範囲であったかが問題となる。本件では、まさに「第三者である社会から見て、欠陥商品と判明次第、皮革スプレーを市場に流通させることのないようにしなければならぬのは、誰の管轄であったか」という問題が重要となる。そこで、本件で問題となる取締役に関して、消費者の健康被害の防止が守備範囲に含まれる根拠が求められる。この点、連邦通常裁判所も述べるように、企業による自由な活動として、取締役の地位における権限に基づき傷害を惹起する製品を市場に流通させた先行行為に求められる<sup>470)</sup>。つまり、有害の可能性のある製品の生産及び販売によって、(許された)特別な危険が呼び起こされた、換言すれば、各取締役は自己の決定を介した製品の生産・販売により特別な危険を呼び起こすかたちで活動したという先行行為が根

---

469) Ransiek, a. a. O. (Fn. 186), S. 68.

470) BGHSt 37, 113f.

拠であると思われる。ここに、「ある自由な活動をするならば、その活動から創出される有害な結果を最小限に抑えるか阻止しなければならない」という保障人的地位が設定されるのである。

もっとも、本件では、そのような先行行為から導かれる結果回避義務，ここでは皮革スプレアの回収義務は一個人にゆだねられていない。それゆえ，各取締役の答責領域は単に競合していたのか，それとも答責領域が結合されるかたちで共同したのが問題となる。この判断に関して重要なのは，各取締役がどのような行為態様に出たかである。この点，製品を市場に流通させる一連の過程は，取締役会の決定を通じてのみ行なわれる。したがって，回収義務を行なわなければならない主体もまた取締役会になろう。そして，取締役会は，取締役会の構成員全員による共同給付という形態で構成されている以上，必要な措置をすることに対する答責性を有する<sup>471)</sup>。その結果，取締役会の構成員全員は共同で活動する義務を負うのであり，この限りで，各取締役の答責領域は結合されており，刑法上の共同性が認められると思われる<sup>472)</sup>。その上で，各取締役は，同等の権限を有していたといえるならば，過失犯の共同正犯と認定されるべきである。

それでは，子会社の取締役 W. と D. の場合，共同性の根拠はいかなるものであろうか。この問題に関しては，次のように考えることができる。W. 及び D. は親会社の取締役ではなく，また親会社の取締役会に出席せずとも，製品を流通させることに関して，親会社の取締役会の当該決定を包括的に知らされ，それに賛同し販売担当の取締役の権限に基づき所属する子会社をその方針に適合させた（権限にもとづき当該製品を販売させることで促進させた）といえるならば，製品の回収義務に対する子会社の保障人的地位が設定されうる。この限りで，被告人 W. と D. は，両方の販売

---

471) Weezel, a. a. O. (Fn. 141), S. 271f.

472) A.A. Weißer, a. a. O. (Fn. 131), S. 238. ヴァイサーは，個々の不作為が全体によって回収措置の不作為という結果に至った以上，個々の不作為は客観的に共同であるとし，事実的側面からの「共同」を規定する。Vgl. auch Ransiek, a. a. O. (Fn. 186), S. 71f, Anm. 286.

会社の取締役の範囲においてもまた、製品を市場に流通させることに対して必要な寄与を給付したと考えることができ、親会社の取締役との「共同性」が認められうる。その意味で、構成要件の実現が取締役（ここでは、被告人 S., Dr. Sch., W. 及び D.）の仕業とみなされる余地は十分にあると思われる<sup>473)</sup>。

もっとも、取締役が消費者に健康被害の恐れのある商品の回収を行なったとしても、回収措置を知らない、あるいは知っているも回収措置に応じないなどの理由により、小売商や消費者の手元に商品が残ったままであり、その商品から消費者に健康被害が出たと認められる場合には、取締役ができる限り危険の現実化を阻止すべく商品の回収行為を行なった場合には、その消費者の健康被害は取締役の守備範囲ではないと思われる。というのも、その取締役は社会生活上の安全義務を履行したといえるからであり、それゆえ、その事象は回収措置に応じない者による自己危殆化のゆえの出来事などとして扱われるべきである。

当該事案においては、被害を受けた「消費者の一定の処分（Disposition）や習慣（Gewohnheit）（アレルギーの者や喫煙者）が侵害結果にとって決定的ではなかった<sup>474)</sup>」限りで、当該構成要件の実現の阻止は、被害者である消費者自身の答責領域、すなわち守備範囲であったとは思われない。というのも、消費者らは、あくまでも商品を購入し規定どおりに使用したにすぎず、社会生活上の安全義務に違反していないからである。それゆえ、構成要件の実現は消費者の仕業であるとはいえないと思われる。

このように、製造物責任のような、問責対象者と構成要件該当結果との間に複数の人間が介在する事例は、当該構成要件の実現の事象は誰の答責領域かという規範的観点に基づき説明されうるのである<sup>475)</sup>。

---

473) もっとも、正犯と（狭義の）共犯の区別が、各行為者の寄与の重要度に従って行なわれなければならない。

474) BGHSt 37, 112.

475) なお、本件を契機として委員会決議の問題が議論されているため、若干の検討を行なう。ここでは、以下の問題を扱うことにする。委員会における票決行動が構成要件該当事象

## 第2款 タイヤ脱輪死傷事件

本件は、平成14年1月10日、横浜市瀬谷区の路上にて走行していた三菱自動車工業株式会社（以下、三菱自工と略す）製のトラックの左前輪タイヤが、突然脱輪し、歩道上にいた母子3人に直撃し、母親は死亡し、2人の乳幼児が傷害を負ったという事故について、同社の市場品質部長であった被告人Xおよび同部のグループ長であった被告人Yが業務上過失致死傷罪に問われたというものである。具体的な経過は次のようになる。

三菱自工の市場品質部長として、同社が製造した自動車の品質保証業務を統括する業務に従事し、同自動車について、リコール等の改善措置を行なう責任者であった被告人Xと、同部でバスの品質情報の処理を担当するグループ長の立場にあった被告人Yが、平成11年6月27日に走行中の同社

---

の基礎を構成するというを前提として、反対票及び白票（Stimmhaltungen）によって委員会の議決能力（Beschlussfähigkeit）が打ち立てられあるいは維持されるという点で、構成要件の実現を事実的に促進する場合の責任範囲の問題である。具体例としては、商品Xを市場に流通させるかどうかの採決において、複数の委員会構成員が軽率にもXは健康被害を引き起こさないであろうと思込み、賛成票を投じたが、残りの構成員が反対票を投じたことで定足数が満たされ、「商品Xの流通」が決議されたために、商品Xによって消費者が健康被害を受けた場合が考えられる。この点に関して、デンカーは、投票規定によれば、いずれかの票がなければ決議無効となり採決されない場合には反対票及び白票に対しても結果の帰属がありうるという。すなわち、結果帰属の限界事例として、公開投票で最後に投票するように、白票や反対票を投じる者が、決定的な事実的及び法的事情すべてを認識したにもかかわらず、白票や反対票を投じるのを断念しない場合を挙げ、その者は犯罪にとって必要な一部分を行なった以上、構成要件の実現に対する答責性を有するといふのである（Dencker, a. a. O. (Fn. 153), S. 70. アメルング / 山中・前掲註（153）73頁以下。）。しかしながら、投票の「意味」を考慮した客観的帰属の問題が行為者の事実的な主観的要素として覆される根拠は明らかではない。しかも、デンカーは反対票や白票が結果的に構成要件の実現へと導くことに着目するが、それは少なくとも事実的側面に着目しての判断であり、主観的側面に着目することによって規範的判断が放棄されているのである。むしろ、いかなる事情を認識していたとしても、構成要件の実現の阻止に対する義務を履行したという行為態様が存在する限り、構成要件該当結果は帰属されないとと思われる（Vgl. Günther Jakobs, Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, in: Festschrift für Miyazawa, 1995, S. 429f.）。したがって、異なった立場を表明する者、すなわち反対票や白票を投じる者は、構成要件を実現するという意味を有さない以上、構成要件該当結果は帰属されないとすべきである。

製バスのフロントホイールハブ（以下、ハブと略す）が輪切り破損してタイヤが脱落するという危険な事故（中国 JR バス事故）の発生を知って、その事案の処理をするに当たり、強度不足の疑いのある同社製のハブについて、リコール等の改善措置を講ずることなく、上記ハブを装備した車両を漫然社会に放置した。その結果、平成14年1月10日、走行中の同社製のトラックのハブがまた輪切り破損し、脱輪した重量130キログラム余ものタイヤが路上の母子3人に直撃し、母親は死亡し、2人の乳幼児が傷害を負うという事態を引き起こした。

以上の事案に対して、原審である横浜地裁は、中国 JR バス事故の処理の時点で、三菱自工製のハブの強度不足という欠陥が疑われたにもかかわらず、リコール等の改善措置を講じず、同社製ハブを装備した車両を漫然放置するという過失を犯したとして、XとYにそれぞれ業務上過失致死傷罪の成立を認め<sup>476)</sup>。これに対し、被告人両名は、いわゆるハブの強度不足を認め、予見可能性と結果回避可能性を認めて有罪判決とした原判決には、事実誤認があるとして控訴したが、控訴審である東京高裁はこれを棄却した<sup>477)</sup>。

まず、原審によれば、平成14年1月10日に発生した瀬谷事故の原因が三菱自工製のハブの強度不足という欠陥に認められる以上、当該結果を防止すべき保障人的地位は、同社製のトラックの運転手にはなく、両被告人にあったといえる。

具体的に見れば、まず、Yについて、平成4年6月から平成11年8月までの間に、車両走行中に同部品が輪切り状に破損して前輪が脱輪するなどの不具合が十数件も発生し、過去に十分な強度試験も行わず、同部品の強度不足が疑われることを承知しながら、平成11年に発生した中国 JR バス事故を、十分に証明されていない「磨耗理論」、すなわち、ユーザー側の整備不良等によりハブが異常に磨耗したことを原因とする説明に依拠し

---

476) 横浜地判平成19年12月13日前掲註(75)300頁。

477) 東京高判平成21年2月2日公刊物未登載。



て、リコール等の改善措置の回避を試みた点に、バスの品質情報の処理を担当するグループとして、リコール等の改善措置の実施のため必要な措置を採り、ハブ破損による前輪脱輪不具合の更なる発生を防止すべき注意義務の違反があったといえる。

同様に、Xについても、上記の中国 JR バス事故の報告および過去に同様のハブ破損による不具合が発生していたことを認識した時点で、同社が製造した自動車の品質保証業務を統括する業務に従事し、同自動車についてリコール等の改善措置を行なう責任者として、リコール等の改善措置の実施のため必要な措置を採り、ハブ破損による前輪脱輪不具合の更なる発生を防止すべき注意義務があったといえ、この点で、注意義務違反があったといえよう。

しかし、本件で問題となるのは、「過失の競合」として業務上過失致死傷罪が成立しうるかどうかである。Xは、市場品質部の部長として、市場品質部の業務を統括する権限を有していたほか、重要な品質情報に関し、品質改善に係わる措置の立案、実施の推進を図ることを目的として設けられた会社内の会議体であるクレーム対策会議を主催し、リコールが想定される不具合事項の審査、検討およびリコールの要否の取りまとめを行う社内会議体であるリコール検討会を開催するなどの権限を有していた。他方で、Yは、中国 JR バス事故当時、市場品質部内で、バス担当のグループ長の立場にあり、市場品質部の業務のうち、バスに関する品質情報の処理を分掌する責務と権限を有していた。しかし、三菱自社工内での制度および実態としては、クレーム対策会議やリコール検討会を開催するなどの措置は、市場品質部と他の部とが協調しながら行うものとされていた。すなわち、この点で、横浜地裁や東京高裁のように「過失の競合」として処理するならば、各行為者は、先の皮革スプレー事件と同様に、たとえ単独で注意義務を履行したとしても、他の担当者らの反対によって当該結果は回避されえないという抗弁を主張できるようになる。原審によれば、当時、三菱自工では、「リコール等の正式な改善措置を回避するなどの目的で、

品質情報を、運輸省に開示する『オープン情報』と、秘匿する『秘匿情報』とにわけ、両者を明確に区分して二重管理する取り扱いを組織的に続けていた」という事情も存在する以上、各行為者が単独で当該結果を回避できない可能性はなおさら十分に考えられるのである。したがって、各行為者の不作為に因果関係が認められうるかどうかは疑わしいというべきなのである。

むしろ、リコール等の改善措置を講じるためには、複数の関係者の共働によって行なわれなければならない状況にあった以上、その限りで、当該結果が回避されるためにはお互いの協力関係が不可欠というべきである。というのも、三菱自工では、重要な品質情報を処理し、リコール等の改善措置を採るかどうかを決める上で、市場品質部長であるXをはじめ他の部の関係者からなる、クレーム対策会議あるいはリコール検討会が開催されていたからである。この意味において、当該結果に対する共同責任があったといえる。

とりわけXとYとの関係についてみれば、バスの品質情報についての処理に当たって、XとYは直接Yに指示し、Yもまた直接Xに報告するなどのやりとりの関係があり、上記の地位をも考慮すれば、ハブの強度不足の疑いが生じた時点で、XとYは、共同してリコール等の改善措置に向けた行動をとるべき義務を有していたといえよう。それゆえ、XとYは、少なくともお互いに協力してリコール等の改善措置に努め、当該結果を防止すべき立場にあったとすべきであり、その点において、共同義務の共同違反であったといえることができると思われる。本件では、XもYも当該結果を回避する上で不可欠な役割を担っていた以上、過失犯の共同正犯が成立すべきである。

### 第3款 患者取り違え事件

本件は、平成11年1月11日、複数の医師および看護師による過失行為により、同日心臓手術の予定であった患者Xと肺手術の予定であった患者Y

との取違えが生じたが、そのまま手術が施され、両患者は傷害を負ったというものである<sup>478)</sup>。具体的な経過は次のようになる。

同年1月11日、午前8時20分ころ、病棟の看護師である被告人Aは、患者XとYをそれぞれ乗せた2台のストレッチャーを引き、手術室入口の交換ホールに運び、手術室の看護師である被告人BがXらの引渡しを受けた。その際、被告人AとBは、どちらかXであり、どちらがYであるかを互いに確認することをしなかった。そのため、被告人Bは、XをYと誤解し、それに基づき、当該患者の担当である看護師にそれぞれ引き渡した。

同日午前8時40分ころ、3番手術室において、麻酔医である被告人Cは、手術台に横たわっているYに「Xさん、おはようございます」と声をかけたところ、Yはうなずいたため、意識的に患者がXであることを確認しなかった。午前8時45分ころ、被告人Cは、指導補佐する麻酔医aとともに、麻酔を開始したが、その際、Xから入れ歯があると聞いていたのに、そろっていたので、看護師に確認をとるなどしたが、理由がわからず、それ以上確認せず、また、聴診の際の心雑音や胸毛の有無に注意せず、眉毛の違いにも気づかなかった。しかし、患者の髪が見えた際、以前見たXの髪や検査結果の著しい相違が見られたため、Xではないのではないかとの疑問を抱き、麻酔医aや主治医bやcにその旨を伝えたが、明確な返答はなかった。そして、被告人Cは介助担当の看護師に病棟の看護師に電話で確認させたところ、Xが手術室に降りていることが確認され、医師cもこの胸の感じはXであるといったことから、それ以上は確認しなかった。その後、bとcが切開を開始したところ、被告人Dが遅れて入室し、検査結果の相違の報告を受け疑問をもちつつも、手術を続行した。

他方、12番手術室では、麻酔医である被告人Eは、午前8時40分ころ、医師として最初に手術室に入り、Xに「Yさん、おはようございます」などと声をかけると、Xは返答した。被告人Eは、患者の同一性を確認する

---

478) 最決平成19年3月26日前掲註(76)131頁。

ことなく、入れ替わりに気づかないまま、指導補佐する麻酔医dとともに麻酔を開始した。被告人Eは、Xの背中にフランドルテープが張付されていたが、邪魔だと思い、はがしたものの、そのことをdに伝えず、Yから手術痕があると聞いていたが、dに検査だけだったのではといわれ、それ以上考えなかった。その後、執刀医兼主治医である被告人Fは、患者の同一性を確認することなく、開胸手術を開始し、途中、Yの事前の検査結果と異なる状況に至ったが、患者の入れ違いに気づかず、肺の裏側にあったのう胞を切除して縫縮した。

以上の事案に対して、第1審は、被告人A、B、D、EおよびFに業務上過失傷害罪の成立を認め過失の競合とし、被告人Cを無罪とした<sup>479)</sup>。これに対して、検察側と被告人側双方が控訴した。第2審は、原判決を破棄自判し、被告人全員に業務上過失傷害罪の成立を認め、過失の競合とした<sup>480)</sup>。これに対して、被告人Cは上告したが、最高裁は上告棄却した。

本件において、最高裁は、「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であって、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護婦の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましいところ、これらの状況を欠いていた本件の事実関係を前提にすると、手術に關与する医師、看護婦等の関係者は、他の関係者が上記の確認を行っていると信頼し、自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」として、Cの有罪を維持し、複数の過失行為の競合を認定した。

ここで、最高裁で争われた被告人Cの行為に着目すれば、被告人Cは、確かに、上記を前提とすると、最高裁のいうように、遅くとも患者の身体

---

479) 横浜地判平成13年9月20日刑集61巻2号149頁。

480) 東京高判平成15年3月25日刑集61巻2号214頁。

への侵襲である麻酔の導入前に患者の同一性確認を行わなければならない、麻酔導入後でも患者の同一性について疑義が生じたときには、手術を中止または中断することが困難な段階でない限り、手術の進行を止め、関係者それぞれが改めてその同一性を確認する義務があるといえる。しかし、たとえ被告人Cにそのような注意義務が認められたとしても、過失の競合として捉える限り、「ある行為者にとって他の行為者の行為は介在事情となり、因果関係判断および予見可能性の判断に影響を及ぼし得る」<sup>481)</sup>。そうすると、自己答責的な他の被告人による切開などの傷害行為は、帰責の障害事由に過ぎなくなり、せいぜいC自身が行なった麻酔による侵襲に対して責任を負うにすぎないと思われる。

もっとも、本件では、チーム医療であっても、専門性のゆえに各自の注意すべき領域が区別される場合ではなく、専門性の領域に入る以前の問題であり、麻酔医か執刀医か主治医かによる区別は問題にならない以上<sup>482)</sup>、XとYを麻酔状態に陥らせ、Yに全治約5週間の胸骨正中切開等の傷害を負わせ、Xに全治約2週間の右側胸部切創等の傷害を負わせたという結果、すなわち患者XとYの傷害結果全体の阻止のために、医師であるa、b、cおよびdを含めて手術に関与した医者らは、互いに協力して患者の同一性を確認する共同義務があったというべきである。第2審の判決によれば、執刀医も、手術における最高かつ最終の責任者である以上、手術を開始する時期、すなわち、麻酔を開始する前から、患者の同一性の義務を負うということができ、また麻酔医aおよびdは、経験の浅い麻酔医AおよびEを指導補佐する立場にあった以上、麻酔開始時に患者の同一性を確認する義務を負うというべきであるから、その限りで、麻酔医や執刀医ら全員は、手術の開始時において当該結果を阻止すべき保障人的地位にあったといえることができる。

もっとも、Cは、指導補佐する麻酔医aやXの主治医bおよびcに対し

481) 平山・前掲註(76)168頁。

482) 大塚・前掲註(76)21頁以下。

て、Xではない旨を伝えており、加えて、介助担当の看護師に病棟の看護師に電話で確認させたことなどから、当該結果を回避する措置を行っていたということができ、結果的に結果が回避されなかったとはいえ、当該結果の責任はなかったといえよう<sup>483)</sup>。これに対し、少なくとも残りの被告人は、当該結果を阻止すべき保障人的地位にあったにもかかわらず、麻酔導入後も含めて、互いに意思伝達して患者の同一性を確認すべき状態にいたってもなお、協力して手術を続けたのであるから、共同義務を共同違反して被害者2人に傷害を負わせたといえ、それぞれ重要な寄与を果たした以上、過失犯の共同正犯が成立すべきであったように思われる<sup>484)</sup>。

なお、看護師である被告人AおよびBは、互いに患者の受け渡しを確実にこなす職務を担っているのであるから、交換ホールにて互いに患者の同一性を確認する義務があったといえるのであり、この限りにおいて、共同義務があったといえることができる。そして、両被告人は、確認しないまま受け渡しが行なわれた以上、共同義務の共同違反があったといえ、それぞれ重要な寄与を果たした以上、過失犯の共同正犯とすべきであったように思われる。

以上のことから、本件の場合、看護師らによる共同行為と医者らによる共同行為の競合とすべきであったように思われる。

## 第2節 「過失の共働」に関する判例の検討

本節では、電気溶接作業事件および世田谷ケーブル火災事件を取り上げる。もっとも、両判例は、いずれも「過失犯の共同正犯」を認めているものの、アプローチの仕方において違いがある。これらの判例を取り上げることで、規範的共同性の特徴を具体化するとともに、共同危険創出説との帰結の相違を明らかにする。

---

483) 大塚裕史「横浜市大患者取違え事件」医事法判例百選（2006）193頁。

484) 大塚・前掲註（76）22頁，甲斐克則『医事刑法への旅』（新版・2006）143頁。

## 第1款 電気溶接作業事件

まず、電気溶接作業事件<sup>485)</sup>の事案は以下の通りである。被告人XとYは、鉄骨組立業を営む鉄工所の従業員として、請け負った料理旅館の食堂拡張工事を鋼材の電気溶接作業を用いて行なった。その際、現場責任者であるXが溶接作業をしている間、YとZは溶接作業を監視し、その後、Yが交替を申し出、溶接作業を行ない、XとZが監視したが、どちらかの放った輻射熱又は火花などによって溶接箇所周辺にある可燃物は発火し、現住建造物が焼損した、というものである。

本件に関して、津簡裁は、刑法60条を適用することなく、両被告人を有罪とした。しかし、名古屋高裁は、「(1) 被告人両名の行つた本件溶接作業(電気溶接機を用いて行う鋼材溶接作業)は、まさに同一機会に同一場所で」梁と鉄板とを「溶接固定するという一つの目的に向けられた作業をほぼ対等の立場で交互に(交替して)一方が、溶接し、他方が、監視するという方法で二人が一体となつて協力して行つた(一方が他方の動作を利用して行つた)ものであり、また、(2) 被告人両名の間には」遮へい措置を講じないまま本件溶接作業を始めても、作業中に一方が溶接し他方が監視し作業終了後に溶接箇所にばけつ一杯の水を掛ければ大丈夫である(可燃物への着火の危険性はない)からこのまま本件溶接作業にとりかかろうと考えていること(予見義務違反の心理状態)についての相互の意思連絡の下に本件溶接作業という一つの実質的危険行為を共同して(危険防止の対策上も相互に相手の動作を利用し補充しあうという共同実行意思の下に共同して)本件溶接作業を遂行したものと認められる」とし、共同正犯を肯定した。

こうした判断を見る限り、同裁判所は、時間的・場所的近接性による事実上の危険行為の共同、及び溶接作業の意思連絡という事実上の要素から、刑法上の「共同性」を導き出しており、まさに共同危険創出説に依拠した

---

485) 名古屋高判昭和61年9月30日前掲註(40)371頁。



ものということができよう。

しかしながら、上記のような「共同性」の規定でもって共同正犯とするには問題があろう。というのも、構成要件の実現の阻止が誰の守備範囲であるかが十分に検討されているとはいえないからである。本件では、同裁判所は、XとYの危険行為（溶接作業）が時間的・場所的に近接していたという事実を重視し、共同性の客観面を基礎づける。しかしながら、本件では、Xは現場責任者であり、XとYが溶接作業を交替したのは、作業開始前からあらかじめ決めていたわけではなく、現場責任者であるXがYに指示したわけでもなく、たまたまYがXに向かって、「代わろうか」と声をかけ、Xがこれに応じたものであった。このような事実から、XとYに対して、互いの作業から生じる構成要件該当結果の発生を阻止する義務を基礎づけるには不十分である。というのも、Yには、現場責任者であるXの作業による結果発生（失火）を阻止しなければならないという義務の根拠が存在したとはいえないからである<sup>486)</sup>。さらには、同裁判所のいう「意思連絡」には、結果帰責の観点からみて、不明な点が多い。それゆえ、火災がXによるものなのか、Yによるものなのかが不明である以上、XとYの間には、当該失火の阻止に対する共同の答責領域が存在したとすることはできないというべきである。

以上のことから、当該失火に対する刑法上の「共同性」は疑わしい以上、共犯の問題として処理することは困難である。もっとも、本件においては、単独正犯の問題として、現場責任者である以上、Xに業務上失火罪の成立が認められうるとされる。

## 第2款 世田谷ケーブル火災事件

では、最後に世田谷ケーブル火災事件<sup>487)</sup>はいかにして構成されるのであ

---

486) 松宮孝明『刑法総論講義』（第4版・2009）279頁、同「過失の共同正犯」判例セレクト'87（1988）28頁。

487) 本件の事案に関しては、序章第3節を参照されたい。

ろうか。東京地裁は「社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた上、発生した結果全体につき共同正犯者としての刑事責任を負わしめる」と判示した<sup>488)</sup>。

本稿の立場によれば、以下の事情から共同性が認められる。同裁判所の事実認定によれば、両被告人の所属する会社では、火災防止に関する規則が存在すること、作業員に対して、本件のような作業を行う場合には「トーチランプの作業が終わったら火は必ず消すこと、作業場から離れる際には、その場に置いておくトーチランプの火が消えているかどうかを確認し、同時に自己の使用したランプだけでなく一緒に作業した者のランプについても確認すること」が繰り返し指示されていること、そして本件のように作業を中断し立ち去る際には、作業慣行として互いのランプが消火したことを確認することが背景としてあり、両被告人のみが、犯行現場にて、通常作業員2名で行なう「解鉛作業」を行なっていることを鑑みれば、本件におけるトーチランプからの火災防止は両被告人の守備範囲にあったといえる。それゆえ、本件の場合、2人1組となつて行なう「解鉛作業」を遂行する時点で、両被告人は、両者のトーチランプから火災が発生することのないようにしなければならない共同義務が課されており、その結果、その限りで必然的に両者の答責領域は結合しており、両者がともにトーチランプの確認を怠ることで失火罪の共同行為が認められるのである。そして、両者は対等な立場かつ同様の態度をとった以上、共同正犯と認定される。したがって、同裁判所の判断は妥当であると思われる。

こうして、本件では、行為者間の「意思連絡」を問題とせずとも、共同

---

488) もっとも、内田は、同裁判所の判文には共同性の成立条件である「意思連絡」を明示していないが、すでに「意思連絡があった」ことが前提とされていると述べる。内田・前掲註(64)27頁。

性は社会規範から客観的に規定されうるのである。

上記の判例の検討からわかるように、危険行為の時間的・場所的近接性及び意思連絡は、刑法上の「共同性」の判断に際して考慮されうるとはいえ、決定的なメルクマールとはいえないのである。むしろ、社会背景を基礎とした具体的事象の守備範囲が考察されるべきなのである。

## 終章 ま と め 共同性の規定と今後の課題

最後に、これまでの考察を簡潔に総括し、それでもって本稿の結びとすることにした。

これまで、過失の共働、とりわけ現代型犯罪として注目を集める「製造物責任」や「チーム医療」における共働事例を題材にして、過失犯の共同正犯における「共同性」のあり方について探究してきた。

従来、過失犯の共同正犯は、「共同の行為決意」と「因果的惹起」の対立の問題として扱われてきた。しかし、わが国の議論は、主として「過失犯の共同正犯は存在するか否か」の歴史であり、必ずしも共同行為の射程が念頭に置かれていたわけではなかった。その結果、現代型犯罪として注目を集める「チーム医療」や「製造物責任」における共働の説明が上記の基準によって説明できないことが明らかとなった。その原因は、共同性の規定を「共同の行為決意」からアプローチするか、あるいは因果性からアプローチするかを巡って対立しているものの、両者の見解とも、自然主義・心理主義的アプローチの域を出ないということにある。

むしろ、共同性の根拠は、構成要件の実現に対する共同の答責領域、つまり、自他ともに協力して構成要件該当結果を防止しなければならない共同義務の共同違反であって、たとえ意思連絡に基づく共働があったとしても、また相互に意思連絡がなかったとしても、客観的かつ具体的な事情により、当該犯罪結果を防止すべき立場にあったか否かによって共同性の有無が決定されるべきなのである。共同性の規定にとって重要なのは、構成

要件の実現を阻止すべき保障人的地位にあったのは誰かという客観的な問題であって、自他ともに協力して構成要件該当結果の発生を阻止しなければならない共同義務があったにもかかわらず、社会生活上もめられる防止策を怠り、構成要件該当結果をさせた場合が、共同犯罪であるということである。したがって、関与者の共同意思でも結果と行為との因果性でもなく、行為態様の意味表出が判断基準なのである。そして、当該構成要件該当結果の帰責という観点から見れば、正犯と共犯の質的差異は見出されない以上、刑法上の共同性は、共同正犯に限らず、狭義の共犯にも共通するものであるが、「共同の行為決意」や有責性の要件は共同性を規定する上で何ら影響を及ぼすものではない。

このような観点から「共同性」を理解するならば、現代型犯罪である「製造物責任」や「チーム医療おける医療過誤」の事例において、行為者間に現実の意思疎通のない場合にも共同責任を問うことが可能となると同時に、「過失の競合」では因果関係が認められえないが、共働によってはじめて結果が回避される場合に構成要件の実現を阻止すべき保障人的地位という観点から刑法上の共同責任を認めうるようになるのである<sup>489)</sup>。

以上、本稿は過失犯の領域を中心に共同性の根拠および成立条件を探究した。それゆえ、本稿で得られた結論が、承継的共犯や片面的共犯などの領域において適用可能かどうかという問題は、今後の検討課題である。そ

---

489) 2009年7月26日に関西学院大学で行なわれた日本刑法学会関西部会共同研究「客観的帰属論と共犯論の関係」において、客観的帰属論と過失共犯についての松生光正報告に接した。その内容は、正犯と共犯との規範的区別を前提としながら、ヴェーツェルの見解に依拠しつつ、規範的観点から過失共同正犯が論じられるべきというものであった。もっとも、質疑応答の際、先のタイヤ脱輪死傷事件のように、ある商品に欠陥があり、有害な結果を招くことが明らかにもかかわらず、欠陥商品を回収する権限を持った複数の担当者らが、回収へ向けた措置をとらなかった場合に、たとえある担当者が回収へ向けた措置を講じたとしても、他の担当者が回収に対して消極的であり、欠陥商品の回収が見込まれない場合、担当者らは無罪となるとの発言があった。しかし、かような状況であっても、担当者全員に共同義務が課せられている以上、共同して回収へ向けた措置をとらなければならない、各行為者の因果関係を問題とすることは、規範的共同性の枠組みに課題が残されているように思われる。

過失犯の共同正犯について（金子）

のほかに、身分犯と共同性に関する諸問題や過失犯独自の性質にかかわる研究などの検討課題が残されているが、これらもすべて今後の検討課題としたい。