

# 合議決定に関する刑事責任についての一考察

——三菱自動車欠陥事故最高裁決定を契機として——

金子 博\*

## 目 次

- I. 問題の所在
- II. ドイツにおける合議決定に関する問題の議論
  - (1) 議論の発端となった皮革スプレー判決
  - (2) 諸学説の動向とその検討
- III. わが国における合議決定に関する問題の考察
  - (1) 合議決定に関する問題における「共同性」の可能性
  - (2) 過失犯における（不作為）行為について
  - (3) 故意犯における（不作為）行為について
- IV. 結びにかえて

## I. 問題の所在

従来、共同正犯の根拠は、『意思連絡』と『因果の共同』の対立のなかで論じられてきた。しかし、最近の三菱自動車欠陥事故最高裁決定<sup>1)</sup>は、かかる議論に対して問題を提起したように思われる。この事件は、ある部品に瑕疵があることが判明したにもかかわらず、リコール会議の担当者らが、リコールの実施へ向けた行為に出なかったところ、欠陥部品（フ

---

\* かねこ・ひろし 近畿大学法学部講師

1) 最決平成24年2月8日裁特1549号14頁。本件の評釈として、松宮孝明「判批」法セ691号(2012)157頁、同「判批」立命343号(2012)601頁、成瀬幸典「判批」刑事法ジャーナル33号(2012)122頁、前田雅英「自動車・電車事故の原因の確定と構成要件該当性」警察学論集65巻8号(2012)139頁、古川伸彦「批判」判例セレクト2012(法学教室389号別冊付録)29頁。

ロントホイールハブ)が原因で、走行していたトラックのタイヤが外れ、それによって歩行者を死傷させたことにつき、当時、会社の品質保証部門の部長および担当グループ長の地位にあり品質保証業務を担当していた被告人らが業務上過失致死傷罪に問われたものである。この点につき、同決定は、次のように判示した。すなわち、「三菱自工製ハブの開発に当たり客観的な強度が確かめられていなかったことや、ハブの輪切り破損事故が連続していたこと、他の現実的な原因も考え難いことなどから、中国JRバス事故事案の処理の時点で、Dハブには強度不足があり、かつ、その強度不足により本件瀬谷事故のような人身事故が生ずるおそれがあったのであり、そのおそれを予見することは被告人両名にとって十分可能であったと認められる。予測される事故の重大性、多発性、三菱自工が事故関係の情報を一手に把握していたことなども考慮すれば、同社の品質保証部門の部長又は担当グループ長の地位にあり品質保証業務を担当していた被告人両名には、その時点において、Dハブを装備した車両につきリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採り、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務があったというべきである。これを怠り、Dハブを装備した車両につき上記措置を何ら行わずにその運行を漫然放置した」として、業務上過失致死傷罪の同時犯を認めたのである。

もっとも、問題となった社内での制度および実態としては、リコールを実施するためには、他の部局と協力しながらクレーム対策会議やリコール検討会を経る必要があり、仮に行為者が単独で結果回避に向けた措置を行なうとしても、他の行為者らによって阻止される可能性が認められる状況であった。それゆえ、欠陥部品をリコールする場合には、複数の関係者が協力して関与しなければならなかったと考えられる。すなわち、本件は、単独責任として各関与者の責任を基礎づけることが可能であったか疑問の残る事例であったのである。

この「過失の競合」に関する問題は、合議決定に関与した（あるいは関

与すべきであった) 関与者に関する責任の問題を提起する。一般に、いかなる企業活動を行うかに当たっては、取締役会等の決議を踏まえた意思決定に委ねられる。しかし、このような意思決定による企業活動から被害がもたらされた場合につき、決議にかかわった（あるいは決議に関与すべきであった）取締役らは、いかにして刑事責任を負うのであろうか。この点につき、関与形態の観点から刑事責任が十分に検討されていないように思われる。この問題は、企業形態において複数人の取り決めに応じて活動が行われる限りで、過失犯の領域だけにとどまらず、故意犯の領域にも妥当する。もっとも、合議決定に関する問題においては、「集団的意思決定は、必ずしも、決定に関与する複数の個々の構成員が意思を通じ合って行う申し合わせに限られるわけではなく、場合によっては、任意の意見の産物である評決・投票活動を通じてなされる」<sup>2)</sup> ことも考えられる。すなわち、各関与者が互いに意思の疎通をはかる場合もあれば、全く連絡を取らない場合も考えられるのである。さらには、先の最高裁決定が扱った事例のように、そもそも合議決定の手続きさえ行わない場合も想定される。これらの諸事情を踏まえた上で、合議決定に関わる問題はいかにして解決されるべきであろうか。ここで、当該問題を検討するにあたっては、ドイツで議論の的となった「皮革スプレー判決」ならびにそれに関する諸学説が示唆に富む。

そこで、合議決定に関する問題で生じる刑事責任の問題を考察するにあたり、ドイツにおける合議決定に関する議論に検討を加え示唆を得る(Ⅱ)。その後で、示唆を踏まえつつ、わが国における最近の共同正犯（とりわけ不作為犯の領域）に関する議論(Ⅲ)を検討することにした<sup>3)</sup>。

---

2) 北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点」早大71巻2号(1996)207頁以下。

3) 本稿では、本判決において明らかになった争点のうち、合議決定における関与形態の問題を中心に検討する。残された課題、例えば、保障人的義務の根拠に関する検討、不回収決定を事後承認した取締役の刑事責任や不回収決定とスプレーの使用中止との因果関係についての検討は、今後の検討課題としたい。なお、最近の刑法上の製造物責任に関する研究として、岩間康夫『製造物責任と不作為犯論』(2010)がある。

## II. ドイツにおける合議決定に関する問題の議論

### (1) 議論の発端となった皮革スプレー判決

ドイツにおける合議決定に関する議論の契機は、「皮革スプレー判決」<sup>4)</sup>である。事案の概要は次のとおりである。

有限会社 W.u.M. は、靴及び皮革の手入れ商品を取り扱い、皮革スプレーもその一部であった。この製品は、とりわけ子会社の有限会社 E.R. 及び有限会社 S. によって販売されていた。

1980年晩秋以降、その会社系列のもとに、表示された商標の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。

最初の被害報告に基づき、会社では内部調査が行われたが、調査対象となったスプレーには製造上の欠陥が見つからなかった。しかし、更なる被害報告が続いたため、専門会議が開かれたが、原因は不明のまま、一部の物質がその製品から取り除かれることになった。1980年にその製品に含まれている物質の納入業者が変わっていたことが判明し、1981年3月以降再び以前の納入業者から当該物質は納入された。しかし、被害報告が依然続いたため、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が、会社自身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、こうした問題を巡って臨時取締役会が開かれた。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., Dr.Sch., Br. および Bo. であった。会社グループの中央研究所所長であった被告人 Dr.B. は「主任化学者 (Chefchemiker)」として助言を求められた。Dr.B. は、その際、従来の調査によれば、スプレーの危険性は存在しない以上、この製品を回収する理由はないと述べた。Dr.B. は、外部の機関に更なる

---

4) BGHSt 37, 106.

調査を依頼し、さらに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を満場一致で可決した。そして、当時、有限会社 S. の取締役であった被告人 W. と有限会社 E.R. の取締役であった被告人 D. は、取締役会で可決された当該決議に従った。

その後も、表示された商標の皮革スプレーの使用による健康被害が続いた。再度調査が行なわれたが、原因となった特定の物質を突き止めるまでには至らなかった。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・改善したものの、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なった。

連邦通常裁判所は、被告人 S., Dr.Sch., W. および D. を、取締役会以前に発生した4件の被害につき過失傷害罪として、さらに取締役会以降に発生した38件の被害につき危険傷害罪として有罪とした。

本件では、連邦通常裁判所は、すでに市場に出回っている商品の不回収を契機とする危険傷害罪につき、合議決定に関与した4人の被告人を不真正不作為犯の共同正犯と評価した。すなわち、共同で課された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をしないという決定をする場合には共同正犯が認められるとしたうえで、取締役会にて包括的な回収を断念する決定をしたという事情に鑑み、そこに、共同で課された損害回避義務を履行しないという、共同決議があったと評価したのである。

他方で、取締役会以前に生じた過失傷害罪については、同裁判所は、同時犯と評価した。まず、不真正不作為犯の因果関係につき、「義務に適った行為がなされていたならば、構成要件の損害結果は生じなかったであろう、すなわち、義務に適った行為を含めて考えれば、その結果は脱落していた場合に因果関係は存在する」とした。このような理解を前提として、刑法上、作為犯では各々の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には各行為者の行為と結果との間に因果関係が認められるという原理から、不作為犯では、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が、必要な措置が講じられなかったことに対して責任を問われ、被告人らの不作為と当該結果との間に因果関係が認められるとしたのである<sup>5)</sup>。

かくして、連邦通常裁判所は、市場に出回った欠陥商品の回収を怠ったことにより発生した被害につき、取締役会の開催を境界として不作為犯の共同正犯と同時犯を認定したのである。

## (2) 諸学説の動向とその検討

### a) 取締役会の開催以前の過失行為について

皮革スプレー判決は、臨時取締役会以前に発生した4件の過失傷害罪につき、上記のように、「重疊的因果関係の類推適用」を用いて被告人の刑事責任を認めた。しかし、学説では、本判決が挙げた根拠については、批判が根強い。例えば、Kuhlen は、本判決の結論に賛同しながらも不作為犯の因果関係の認定につき、次のように疑問を呈する。すなわち、当該刑事事は「自らに義務づけられた共同決定へ寄与しない者は、『命じられた措置を講じない原因』を設定する」とし、「そのことは、全くもって賛同に値する。しかし、そのことによって、かつて採っていた、不作為犯のために修正された条件公式が、放棄されることをはっきりと認識すべきであろう」<sup>6)</sup>と<sup>7)</sup>。すなわち、作為による重疊的因果関係の場合、構成要件を實現するためには、関与者全員の寄与が不可欠であるのに対し、対になる不作為の場合には、義務者全員の義務の履行によってはじめて構成要件の結

---

5) BGHSt 37, 131.

6) Lothar Kuhlen, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, S.570.

7) Ingeborg Puppe, Anmerkung zur BGHSt 37, 106, JR 1992, S.32 も、連邦通常裁判所が挙げた根拠につき、「比較が論理的に誤っている。結果回避のために複数人の共働が不可欠である場合、彼らのうちの各人の拒絶でもって十分に結果を惹起する。本件は、結果を實現するために、複数の作為者が共働しなければならない事例と比較できないのである」と批判的である。

果が回避される場合を指すのではなく、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事例なのである<sup>8)</sup>。したがって、「各人が期待された作為を行っていたならば、結果は回避されたであろう」という不作為犯の因果関係の公式でもって各取締役の刑事責任を問うことはできない<sup>9)</sup>。この限りで、各取締役の単独責任は問われえないのである<sup>10)</sup>。

もともと、判例も結論の妥当性を意識するように<sup>11)</sup>、学説においても刑事責任の可能性が追求されている。すなわち、皮革スプレー判決に端を発する合議決定に関する問題を契機として、過失犯においても「共同正犯」の法形象を認め<sup>12)</sup>、当該問題に適用する動きがみられるのである<sup>13)</sup>。比較的早い段階から、「過失犯の共同正犯」の理論を提唱したのは、Ottoである。Ottoは、過失犯の共同正犯につき、2つのアプローチを展開させた。

---

8) Vgl. Alex van Weezel, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S.130f.

9) Erich Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, S.185は、次のような具体例を挙げ、各人の行為による結果回避可能性の観点から、連邦通常裁判所が挙げた根拠を批判する。すなわち、消防士AとBは、燃えている家屋の前で消火栓の長いホースの継手を置き、Aが消火栓の弁を開け、Bが燃えている家屋に噴水部分に向けるために消防ポンプをホースとつなげなければならないという場合、法益を保護するためには、AとBの両行為が必要となる以上、各人の因果関係の認定においては、他者の履行が前提条件となるが、連邦通常裁判所は取締役の行為を一括して取り扱ったと指摘するのである。

10) 条件説ではなく、合法的条件的理論を用いて合議決定に関する問題の解決を図る見解がある。例えば、Eric Hilgendorf, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, S.563ff.; Ingeborg Puppe, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, S.137ff (合議決定の問題を多重的因果関係の問題と理解する)。合議決定に関する問題を個々人の個別因果関係の観点から解決を図る見解に対する問題点につき、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54巻4号(2004)94頁以下参照。なお、不作為犯の因果関係につき、条件公式(conditional sine qua non Formel)を維持し、合議決定の際の因果関係についても同様に適用すべきであるとする見解として、北川・前掲註(2)219頁。

11) BGHSt 37, 132.

12) ドイツで通説とされてきた「過失犯の共同正犯」否定説として、Hans-Ludwig Günther, Wer ist der Täter?, JuS 1988, S.386.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.654f.; Karl Lackner/Kristian Kühl, StGB, 27.Aufl., 2011, § 25 Rn.13.

13) Vgl. Thomas Fischer, StGB, 59.Aufl., 2012, § 25 Rn.25.

すなわち、「意識的かつ意図的な共働」に基づく共同責任と、危険回避ないし減少の共同の法的責任である<sup>14)</sup>。とりわけ、過失不作為犯においては、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、純粹に規範的な過失不作為犯の共同正犯が成立する余地を作り出し、皮革スプレー判決へ適用を試みたのである<sup>15)</sup>。Otto による純粹規範的な共同正犯論の特徴は、まさに、「既存の危険を回避しないという共同の合意」が共同正犯の成立条件として不要であるとしたことにあった。

しかし、ドイツでは、Otto が提唱するような規範的な共同正犯論は展開されず<sup>16)</sup>、むしろ、「意識的かつ意図的な共働」に基づく共同正犯論が展開されるに至っている。例えば、Renzikowski は、「過失の共同正犯は、まず、共同の行為計画を要求する」とした上で、共同行為者は、共同計画に応じて寄与すれば足り、結果と各寄与との因果的な結びつきは必要ではない<sup>17)</sup>と主張する<sup>18)</sup>。この考えによれば、「共同の行為決意」それ自体が単独責任と共同責任を区別する決定的な役割を担うことになる。

もっとも、Higendorf が指摘するように、そもそも欠陥商品を回収しないという決議が行なわれるのではなく、取締役全員がそもそも何も措置に向けた行動をとらなかった場合も考えられる<sup>19)</sup>。換言すれば、合議決定の場合、決議に至るまでの過程において、常に構成員同士が互いに意思の疎通を図るとは限らないのである。そうであるならば、皮革スプレー判決で

---

14) Harro Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in: Festschrift für G. Spindel, 1992, S.282ff.

15) Otto, aa.O., S.284.

16) Otto が主張する規範的共同正犯に対する批判として、例えば、Joachim Renzikowski, Die fahrlässige Mittäterschaft, in: Festschrift für H. Otto, 2007, S.431 は、「共同の行為決意」が共同正犯の成立条件としなければ、共同正犯と単なる「過失の競合」の区別はなしえないと批判する。類似の見解として、Erik Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S.121. Vgl. auch Daniel Häring, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S.170f.

17) Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.288.

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

19) Hilgendorf, NStZ 1994, S.563.

問題となった過失の事例のように、互いに意思表示を事前に行わなかった構成員は、共同責任を負う余地はないのであろうか。この点、Weißer は、次のように解する。皮革スプレー判決につき、取締役らは「製品の危険に対する措置——具体的には、製品回収——を講じるよう義務づけられ、同じ権限が付与された以上、「製品の自由処分を通じて市場に設定された危険の実現の阻止に関する保障人」であった。その上、「個別の取締役には、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が明らかであった」がゆえに、共同不作為の認識（Bewußtsein）が認められうる<sup>20)</sup>。したがって、過失犯の共同正犯は認められるというのである。

Weißer の見解によれば、「企業的意思決定は多数派に委ねられる」旨を把握しさえすれば、取締役らの間に「共同の行為決意」があったということになる。しかし、「共同の行為決意」をおよそ過失犯罪の内容とは異なるもので足りるとするならば、共同正犯を認めるに際して、いかなる内容が「共同の行為決意」の対象となるのかが明らかにされなければならない。この点につき、Puppe は、次のように批判する。「行為計画の概念が多義的である。多くの相互に調整された行為態様が一つの行為計画へといかにして統合されるかに応じて、彼らの行為が相互に帰属されうるものでなければならない共同行為者の範囲が広がり、または狭くなる。例えば、病院では、医者との共同の行為計画は何か。患者に麻酔をかけることか、患者を手術することか、患者を治療することか、あるいは病院を経営することなのか。」<sup>21)</sup> と。

この点に鑑みて、「意識的かつ意図的な共働」を前提としない「過失犯の共同正犯」を構築するのが Knauer である。Knauer は、過失犯の共同

---

20) Bettina Weißer, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, S.238. なお, Weißer は、過失犯の共同正犯の主観的要件として、関与者らは、共同行為の認識とともに、同じ義務者的地位 (gleiche Sorgfaltspflicht) にあることを認識しなければならないとする。

21) Puppe, GA 2004, S.133.

正犯につき、次のように定義する。「過失の共同正犯とは、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」ことである<sup>22)</sup>。Knauerによれば、Ottoが提唱した「意識的かつ意図的な共働」に基づく共同正犯論、すなわち、「他者との意識的・分業的な協力のなかで予見可能な形で結果に実現する危険を創出ないし高めた」<sup>23)</sup> 場合において「意識的かつ意図的な要素」を成立条件から取り除いた形態が、過失犯の共同正犯であるというのである<sup>24)</sup>。それゆえ、(過失犯の)共同正犯の成立においては、「共同の行為決意」ではなく、関与者が注意違反した行為によって、法益に対していかなる危険を創出したかが重要となる<sup>25)</sup>。このような考えに至る背景としては、過失犯の共同正犯も、過失犯の単独正犯のごとく、関与者の意思ではなく、客観的帰属の問題として理解されるべき問題であるという帰責論がある<sup>26)</sup>。

もっとも、従来、過失犯の共同正犯の成立において、「共同の行為決意」が要求された背景には、単独正犯と共同正犯の区別の問題があった。この限りでは、客観的に共同性の有無が判断できるのが焦点となる。この点につき、規範的観点から回答を試みたのが van Weezelである。van Weezelは、帰属論の観点から、「(1)すべての関与者に帰属可能な、(2)集団的義務違反に基づく関係」<sup>27)</sup>が共同性ないし共同行為であるとした<sup>28)</sup>。van Weezelの表現を用いるならば、「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」ではなく、「AとBの組織化領域が、規範的な意味において結合されるかどうか、そして、結果の帰属の場合にはこの結合

---

22) Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S.196.

23) Otto, aa.O., S.282.

24) Knauer, aa.O., S.196 Amn.893.

25) Knauer, aa.O., S.195.

26) Knauer, aa.O., S.195.

27) van Weezel, aa.O., S.200.

28) もっとも、van Weezel, aa.O., S.46によれば、帰属主体は構成要件の実現が客観的かつ主観的に帰属される者でなければならない。

された領域から構成要件の結果が発生するかどうか<sup>29)</sup>が重要となる。ここで重要なことは、「現実の相互作用」の存在ではなく、各関与者の答責領域が事前に確定されなければならないということである。すなわち、関与者において、構成要件の実現を阻止すべき共同義務が存在したか否かは、事実的な意思連絡や各関与者の因果関係ではなく、関与者の行為態様に委ねられるのである。

それでは、皮革スプレー判決で問題となった取締役の過失責任はいかにして基礎づけられうるのであろうか。van Weezel は、「構成要件の実現に至る過程に関する管轄」という観点から、次のように共同責任を根拠づける。

被害者自身の管轄でない有害な製品の生産及び販売は、保障義務をもたらす特別な危険を呼び起こすものであり、取締役が自己の決定を介して製品の生産も販売もした限りで、取締役らは、特別な危険を呼び起こす組織化を形成した。もっとも、特別な危険の作出や社会生活上の保障義務の履行も、個人にはない。むしろ、委員会が、この組織化領域において形成権を有する主体である。委員会は、取締役会の構成員全員が会社の共同による遂行（Leistung）を可能とする限りで、必要な措置を講じることに關して管轄を有する。それゆえ、全員が、共同で組織化する義務に関係し、共に管轄である<sup>30)</sup>。

かくして、規範的観点による共同責任の根拠づけは、皮革スプレー判決で生じた取締役会開催以前の過失責任を負わせることを可能とする。この場合、取締役会の開催・決議の事実は、共同性の決定的な根拠ではない、換言すれば、「現実の」共同作業は必ずしも不可欠ではないことが明らかとなる。その際、「共同の行為決意」なくしては、共同責任を根拠づけないという批判は妥当しない。なぜならば、もはや共同性の判断は、事実的観点ではなく、規範的観点から行われるからである。むしろ、重要な

---

29) van Weezel, a.a.O., S.203.

30) van Weezel, a.a.O., S.271f.

は、犯罪結果の発生に至るまでの過程において、各関与者がいかなる地位に基づき、いかなる態度に出たかという点である。それゆえに、取締役らは、取締役会の開催の有無にかかわらず、欠陥商品の回収に向けた措置を講じる責任を伴うのである。

このように、合議決定に関する問題を検討するならば、合議決定の事実だけでなく、合議決定すら行われなかった場合も含めて、刑事責任を検討しなければならない。皮革スプレー判決で問題となったように、取締役らが「欠陥商品の回収に関する会議を開く」ことさえ連絡しなかった場合も含めて考えるならば、共同責任を考えるにあたって、犯罪結果の発生に至るまでの事前の過程に着目すべきといえよう。そうであるならば、取締役会での出来事（例えば、決議）は、各関与者の行為態様の一部を形成するとどまるように思われる。

#### b) 取締役会の開催後の故意行為（不作為）について

このような問題は、過失犯に限ったことではない。一般に、ドイツにおいても、故意犯の場合、不作為犯の共同正犯が認められている<sup>31)</sup>。その際、関与者らが「共同の犯行決意」を行うことを前提とする<sup>32)</sup>。連邦通常裁判所も、皮革スプレー判決において、不作為犯の共同正犯は「共同で義務づけられる義務を共同でのみ履行しうる複数の保障人が、共同でこれをしないという決定をする場合」に成立しうるとして、不作為犯の共同正犯を認め、取締役会の開催を契機として、「共同の犯行決意」を認めている。

しかし、合議決定に関する問題を考えた場合、故意犯においても、「共同の犯行決意」が常に存在するわけではない。とりわけ、合議決定の場合、決議に至るまでの過程において、各人の意見表明が明らかになるわけ

---

31) Vgl. Lackner/Kühl, a.a.O., § 25 Rn.11.; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.Aufl., 2011, S.302. なお、不作為犯の共同正犯を否定する見解として、Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt*, 1959, S.189. 最近では、Andreas Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, S.135ff.

32) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, 2003, S.681.

ではないのである。例えば、秘密投票がその典型例として挙げられる。

この点につき、例えば、Knauer は、次のように「共同の犯行決意」を考える。すなわち、投票の場合、多数になれば違法な決議がなされ、それが実行に移されるという認識が互いに存在すればよいというのである<sup>33)34)</sup>。そして、このような「共同の犯行決意」は事前に行われる必要はなく、投票結果までに存在すれば足りるのである<sup>35)</sup>。

しかし、Knauer のように「共同の犯行決意」の内容を考えたとしても、Hilgendorf が指摘した先の犯罪類型、すなわち、そもそも各人が被害を予見しつつも回収に消極的で何もしなかった場合となるならば、もはや構成員に共同責任を負わすことができない<sup>36)</sup>。なぜならば、投票ないし合議決定を行う場すら設定されないからである。それゆえ、故意不作為犯の場合においても、過失犯と同様に、関与者らに意思の疎通が認められない類型が考えられるのである。この限りで、「意識的かつ意図的な共働」に基づく共同正犯論は刑事責任の範囲を限定することになる。それにもかかわらず、このような事例においても刑事責任を認めるべきであるとするならば、それは、共同の犯行決意や各関与者の因果性でもなく、各関与者の事前の行為態様それ自体によるものであろう。例えば、取締役会を通じて新商品の販売や欠陥商品の回収を決定する実質的権限が各関与者にあったかどうかにより、各関与者の保障人的義務の範囲は左右されうる。すなわち、Kühl が述べるように、保障人的地位は期待された作為をしないことを内容とする共同決意によって基礎づけられるべきではなく<sup>37)</sup>、「不作為によ

---

33) Knauer, a.a.O., S.161.

34) Vgl. auch Alexander Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S.228.

35) Knauer, a.a.O., S.162.

36) この点、Hilgendorf, NStZ 1994, S.564ff は、合法則的条件の理論から、刑事責任の可能性を基礎づける。

37) なお、Mosenheuer, a.a.O., S.137. Mosenheuer は、「意識的かつ意図的な共働」を前提とした共同正犯論に基づき、不作為犯の共同正犯を否定する。この考えによれば、皮革スプレー事件では、各取締役が当局に健康被害の製品に関する情報を提供し、それに基づき

る共同正犯は、複数の保障人的義務者の共働を前提<sup>38)</sup>とされるべきなのである。

### c) 小 括

このように、皮革スプレー判決を素材としつつ、合議決定に関する問題を検討するならば、判例や学説では、刑事責任を問うアプローチは様々であるが、一般に、取締役の刑事責任を問うべきであるという点で共通している。ここで、各人の不作為の因果関係が認められないことを前提とした上で、取締役の刑事責任を問うとするならば、上記のように、故意犯および過失犯を問わず、意思疎通のない関与形態が考慮されなければならない。そうであるならば、各関与者の刑事責任にとって、「現実に合議決定を行った事実」が重要なのではなく、犯罪結果に至るまでの過程における行為態様こそが重要であるといわなければならない。すなわち、共同責任を根拠づける場合には、「現実の共働」の検討に終始してはならないのである。それゆえに、「合議決定を行った事実」は、各関与者の共同義務の共同違反を形成する一要因にとどまるように思われる<sup>39)</sup>。

## Ⅲ. わが国における合議決定に関する問題の考察

### (1) 合議決定に関する問題における「共同性」の可能性

合議決定に関する問題は、冒頭でも挙げた事件のように、わが国でも十

---

↘危険回避の措置が講じられうるならば、期待可能性の検討を条件としつつ、各取締役は当該結果を回避できるとする。しかし、各個人に上記の措置を要求することは、いささか酷であるように思われる。

38) Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.Aufl., 2012, S.878.

39) なお、欠陥商品の回収の是非を決める会議において各人が投票行為に至った場合には、投票による意思表示も、各人の保障人的義務の範囲につき考慮されるべきことになる。Vgl. Günther Jakobs, *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, in: *Festschrift für K. Miyazawa*, 1995, S.429f.

分に想定される問題である。通説によれば、不作為犯の因果関係は、「期待された作為が行なわれるならば、結果は回避されたであろう」という仮定的因果関係として理解されている。そうであるならば、皮革スプレー判決で問題となった過失犯については、ドイツの議論と同様に、単独責任として刑事責任を問うのは困難となる。そこで、わが国においても、近年、皮革スプレー判決における問題点を踏まえた議論が行われつつある。

もっとも、一般に、作為と不作為の行為態様の区別を問わず、共同正犯成立の可能性が認められているものの、故意犯と過失犯との間では、共同正犯の成立条件をはじめ、共同性に関する議論につき相違がみられる<sup>40)</sup>。

そこで、合議決定に関する問題を念頭に置きつつ、過失犯および故意犯の観点から、最近の議論を踏まえ、わが国における共同性の可能性を検討する。

## (2) 過失犯における（不作為）行為について

### a) 「同時犯への解消」の展開

わが国では、過失犯の共同正犯を認めない見解が依然として有力である。そのなかで、従来、刑法38条1項に着目し、現行法上、過失犯の共同正犯は認められないとする論拠が存在する<sup>41)</sup>が、最近、それに加えて、故意犯の場合と異なり、過失犯の共同正犯を認めるデメリットが大きいと指摘するものがある。それによれば、過失の場合には有責性が低い以上、処罰の必要性は、故意犯と比べ相対的に小さく、政策的にも広く処罰される必要はないというのである<sup>42)</sup>。

確かに、共同正犯、教唆犯および従犯をすべて処罰拡張事由と理解する

---

40) 例えば、杉田宗久「過失犯の共同正犯」大塚仁ほか編『新実例刑法（総論）』（2001）345頁以下。

41) 浅田和茂『刑法総論』（補正版・2007）426頁。

42) 高山佳奈子「複数行為による事故の正犯性」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012）193頁以下。

限りでは、過失犯において共同正犯だけを処罰の対象とする<sup>43)</sup> ことには、一定の根拠が必要である。しかし、橋本正博がいうように、「60条が本来的正犯の規定であり、過失犯の場合も自然に包含されるという考え方による限り、このような限定は不要」であり、「過失犯の構成要件が故意犯と並んで規定されている以上、その構成要件が控えめに適用されなければならないという論理にはならない」<sup>44)</sup> と思われる。

それでは、過失犯の共同正犯を認める実益はないのであろうか<sup>45)</sup>。この点につき、合議決定に関する問題で考えるならば、次のような問題が生じうる。例えば、ある商品において苦情が寄せられているにもかかわらず、リコールを実施しなかったため、消費者に被害をもたらした事例において、過失犯の対象を単独正犯に限定するならば、リコールの権限が1人の取締役にあった場合と、複数の取締役にあった場合とで結論が異なり、不合理となる。なぜならば、前者の場合、単独でリコールの権限を行使することにより、結果を防止することができるため、過失犯(単独正犯)が成立しうるのに対し、後者の場合、各関与者が権限を行使しようとしても他の権限者によって結果回避措置が阻まれうるため、責任は問われないことになるからである。すなわち、「複数人が関与すれば免責」という奇妙な結論を事実上認めることになるのである。

もっとも、反対に、過失犯の共同正犯を認める危険性を指摘する見解がある。例えば、井田良は、「2人のハンター甲と乙が、『よし撃とう』ということで同時に猟銃を撃ったが、そのとき、甲は誤って人を狙って撃ち、これを死亡させ、乙は正しく鹿を狙って仕留めた」<sup>46)</sup> 場合を挙げ、過失のないところに刑事責任を認めるものであると指摘する。もっとも、この主

---

43) 例えば、塩見淳「過失犯の共同正犯」法教385号(2012)63頁。

44) 橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修743号(2010)7頁。

45) 公訴時効の中断の効果(刑訴法254条2項)、訴訟費用の連帯(刑訴法182条)あるいは告訴の効力(刑訴法238条)の訴訟法上の相違を「共同正犯における実益」として指摘する見解として、大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル28号(2011)15頁以下など。

46) 井田良『講義刑法学・総論』(2008)476頁。

張の背景には、過失犯においては主観面の共同が存在しえないとする論拠から導き出されている。すなわち、この主張は、「犯罪に関する意思疎通」を共同性の根拠とする理論を前提とした批判なのである。したがって、この批判の射程は狭く、必ずしも過失犯の共同正犯を否定すべき根拠とはならないというべきである<sup>47)</sup>。

総じて、同時犯への処罰範囲の限定は、共同正犯を単独「正犯」よりも拡張された「正犯」と理解する点、または「意思連絡」を前提とする点に起因しているように思われる<sup>48)</sup>。しかし、単独正犯と共同正犯においては、有害な結果を回避すべき保障人的義務という観点では、「一次的責任」という点で質的に何ら相違はなく、それゆえに、共同正犯は（「事実」としてみれば、寄与の程度が異なるかもしれないが）責任範囲を拡張する関与形態ではないのである。無論、有責性の程度からみた処罰の必要性や訴追範囲に鑑みて、過失犯として処罰することを否定的にみる余地はある<sup>49)</sup>。しかし、その問題は、共同正犯としての帰責問題とは一線を画するとみるべきである。なぜならば、共同正犯としての帰責は、故意犯や過失犯を問わず、「一次的責任」としての帰責範囲の画定作業にすぎないからである。

かくして、共同正犯も本来の正犯形態であり、共同正犯の根拠が認めら

---

47) 共同正犯における共同性の根拠を「犯罪に関する意思疎通」にあるとするならば、当該根拠は刑法上の帰属問題として検討されるべきである。なぜならば、仮に「行為者の意思」を犯罪の基礎づけに不可欠であるとするならば、忘却犯のような過失不作為犯の場合には、単独正犯としても成立しえないように思われるからである。

48) なお、前田雅英『刑法総論講義』（第5版・2011）506頁は、「『共同義務の共同違反』が認められるとされる事案は、ほぼ、各関与者自身の監督義務・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」とする一方、「過失の共同正犯を観念することは不可能ではないが、現行法の解釈としては刑法38条Ⅰ項の故意処罰の原則もあり、個々人の関与形態に合わせた予見可能性の判断を中心とした過失単独正犯の認定をできる限り追求すべきである」と述べる。過失犯における単独正犯と共同正犯の関係が必ずしも明らかではないが、後者の内容からするならば、共同正犯は事実上、処罰拡張事由として理解されているといえようか。

49) 高山・前掲註(42)191頁以下参照。

れる限り、過失犯の規定を前提として処罰されうるのである。その際、留意すべきは、「現行法上、過失犯の共同正犯を認めるべきか否か」という問題は、直ちに、刑罰の対象を拡大させるか否かの問題に関連するものではないということである。

#### b) 「共同義務の共同違反」説の展開

それでは、合議決定に関する問題はいかにして解決されるべきであろうか。この点、わが国における「共同義務の共同違反」説は、「意識的かつ意図的な共働」という観点から、次のように解する。例えば、内田文昭は、皮革スプレー判決における過失犯につき、「各被告人は、姉妹会社の役員だったのである。一定の製品の製造・販売につき、『事実上も共同していた』ということが不可能だったとはいえない筈であるし、その立証が困難だったともいえない<sup>50)</sup> とし、意思連絡に基づく共同正犯を認めることができる」と評価する。確かに、一定の製品の製造・販売につき、取締役らは、意思疎通を図ったともいえるが、問題となる過失犯の対象は、一定の製品の製造・販売ではなく、欠陥製品の回収措置を講じなかった点にある。そして、当該回収措置を講じなかった点につき、取締役らの間で意思連絡は認められないのである<sup>51)</sup>。したがって、皮革スプレー判決では、取締役らは、少なくとも、過失行為の限りでは、欠陥商品の回収に向けた意思疎通を行っていない以上、「意識的かつ意図的な共働」による共同責任は認められないというべきであろう。仮に、共同正犯の成立につき「共同実行の意思」を求めるのであれば、当該意思の対象を明らかにしなければならぬように思われる。

もっとも、この点につき、内田の見解に依拠しつつも、過失不作為犯の共同正犯を次のように理解するものがある。過失不作為犯の場合には、保障人説を前提とするならば、「関与者に保証者の身分のあること（類型的

---

50) 内田文昭「最近の過失共同正犯論について」研修542号(1993)32頁。

51) 北川・前掲註(2)214頁以下。

作為義務の存在)を認識しつつ、意を通じて不作為にとどまることが共同<sup>52)</sup>であるとしつつ、皮革スプレー事件の場合には、「各人の『合力』によって初めて全体が動くときには、各関与者の寄与が直接的に全体事実を左右するのであって、分業における自己の関与部分は不可欠の全体の一部<sup>53)</sup>に当たる以上、結果回避に向けた共同義務が存在しうるとするのである<sup>54)</sup>。このような試みは、内田の見解と同様に「意思連絡」を前提とする点で、共同性の成立範囲に問題を抱えるが、共同義務の根拠が「寄与の不可欠性」によって導かれている点の特徴的であるといえる。しかし、「意識的かつ意図的な共働」の問題点をおくとしても、結果回避にとって各関与者の寄与が必要であったという「寄与の不可欠性」でもって、共同義務が基礎づけられるのであろうか。この点、皮革スプレー判決の場合、各関与者が必ず回避措置を講じなければ、結果は回避されなかったといえるかは疑問である。なぜならば、多数決でもって回避措置の決定が下されるならば、もはや「寄与の不可欠性」は問題とならず、加えて、その「寄与の不可欠性」が各関与者の保障人的義務といかなる関係に立つかが必ずしも明らかではないからである。

このように、過失犯の共同正犯につき、「共同実行の意思」や「事実的な共働」に着目する限りでは、皮革スプレー判決で問題となった過失の事案は不可罰とせざるを得ないのである。

もっとも、近年、従来の「共同義務の共同違反」説に依拠しながらも、共同性の規範化をうかがわせるのは、内海朋子である。「共同実行の意思」

---

52) 橋本・前掲註(44)6頁。

53) 橋本・前掲註(44)9頁以下。

54) 橋本は、共同正犯における「共同」を「意思と事実との両面にわたる合成力の形成」(前掲5頁)と理解したうえで、「過失犯の場合にも、客観的にその事実実現が合力の所産であることと、主観的にも、事実意思が共同意思に基づくものであることが要件である」(前掲8頁)と主張する。橋本によれば、「注意義務違反という法的評価以前の事実的側面において意識的・意欲的共同があり、その共同が(共同的)不注意であるとの属性を有する」(前掲6頁)場合に、過失犯における共同が存在しうるとする。

を要求する点については、内海も、従来の見解と同様に、「共同正犯には、単独正犯にはみられない独自の法益侵害の危険性が存在し、それが一部実行全部責任という特殊な帰責原理が妥当する根拠」<sup>55)</sup>と理解したうえで、共同実行の意思に基づく過失犯の共同正犯もその一例であると主張する。過失犯においても、「物理的な遂行可能性という側面において、複数人で役割分担することにより、単独で行動するときよりも犯罪目的達成の確立は高くなる。主観面においても、共同実行意思の下で行為することによって、各行為者は犯罪実行に対する犯罪動機を相互的に抑圧し、共同者がいるという意識による安心感から、心理的に鼓舞され、その意思の実現を容易にするような支援を受けることができ、あるいは当該行為を行なわないという意思決定がより困難になるという心理的拘束を受ける」<sup>56)</sup>というのである。かくして、共同行為に伴う危険に十分な配慮をしない共同実行事実およびその事実の認識という共同実行意思により、過失犯の共同正犯が認められている。

もっとも、留意しなければならないことは、次の点である。すなわち、かかる共同実行意思は常に他者の不注意な態度を誘発するかという問題につき、「共同実行意思は『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、構成要件的评价の問題」<sup>57)</sup>であるとして、共同実行の意思の「存在」の必要性を放棄する点である。ここでは、「共同行為として評価された行為に伴う危険に関して、関与者の中の誰かが危険に気づき、回避措置を講じることにより、危険を確実に管理することが法的に期待されるという点」<sup>58)</sup>に核心があるとして、共同実行の意思の内容は、「結果を回避する際に、他者と意思の連絡をするべき」という内容と

---

55) 内海朋子「過失共同正犯論について」刑法50巻2号(2010)142頁。

56) 内海・前掲註(55)141頁。

57) 内海・前掲註(55)143頁。

58) 内海・前掲註(55)143頁。

なっている。すなわち、もはや当該意思は「事実」ではなく、「当為」であるというのである。この意味では、「共同義務の共同違反」は完全に規範化されているといえる。それにもかかわらず、過失犯の共同性正犯を認める要件として、「事実」としての共同実行の意思が求められている<sup>59)</sup>。この限りで、「共同義務」という規範的要素と「共同実行の意思」という事実的要素の交錯を受け入れるとするならば、共同性の理解につき重大な齟齬が胚胎されているように思われる。

いずれにせよ、当該理論の特徴は、「作為犯の共同正犯」の理論にあり、それは、まさに共同正犯の特徴として挙げられる、単独犯とは異なる「危険性の増大」に反映されている。その結果、しばしば問題となる過失不作為犯の共同正犯の場面では、「共同実行の意思」の側面は後退している。実際、世田谷火災ケーブル事故<sup>60)</sup>につき、次のように説明する。すなわち、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は、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ない、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ところ、被告人両名のいずれかが完全に消火しなかったトーチランプの torch 火が防護シートその他の可燃物に燃え移り、それにより、電話ケーブル等が焼損し、電話局の局舎に延焼する恐れが生じたという事案につき、「共同注意義務の発生根拠としては」、「職務上の規定を挙げる」ことができる<sup>61)</sup>というのである。ここでは、各関与者の「共同実行の意思」が共同性を根拠づけるのではなく、客観的に「共同義務」が規定されているのである。

このように、「意識的かつ意図的な共働」を前提とする、従来の「共同

---

59) 上記のように、当該共同性理論の帰結とその根拠に齟齬が見られる以上、「共同実行の意思」の意義は必ずしも明らかにはない。

60) 東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁。

61) 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）49頁。

義務の共同違反」説は、過失不作為犯の領域では、共同正犯の成立範囲を限定的に捉えるか、あるいは「意識的かつ意図的な」要素を後退させざるを得ないことになる。その結果、皮革スプレー判決で問題となった過失責任は、容易に根拠づけられえないのである。

### c) いわゆる因果的共犯論の展開

わが国の議論では、ドイツの議論とは異なり、共同正犯の共同性につき、「意思疎通」ではなく、「因果の共同」に着目する試みが有力となっている。その試みによれば、かつては、作為犯だけでなく、不作為犯においても「因果の共同」が共同正犯の共同性を規定するとしていた。例えば、植田重正は、不作為犯における因果関係につき、「不作為に於ても、若し行為者（不作為者）が当該の事情上消極的態度を持することなく、一定の積極的行為に出たとすれば、当該の結果の発生は防止し得たであらう、と考えられる場合、即ち理論的に一定結果に対してその発生を妨げる条件（妨果条件）を設定することなく、消極的に既存の結果発生を惹起する条件（起果条件）をして独り跳梁せしめた場合は、当該の消極的行為と結果発生との間には、明らかに条件関係が存する」<sup>62)</sup>とした上で、不作為犯における共同正犯の意義を認めていたのである<sup>63)</sup>。

もっとも、近年では、共同正犯の共同性を「因果の共同」としつつも、作為犯と不作為犯に着目した共同性の規定を試みる傾向にある<sup>64)</sup>。それによれば、「因果の共同」につき、「作為による物理的・心理的因果性に限られず、不作為による場合もありうる」とした上で、不作為犯の場合には、

---

62) 植田重正『刑法要説（総論）』（1949）75頁以下。

63) 植田重正「不作為と狭義の共犯」関法13巻4・5・6合併号（1964）269頁以下（同『共犯論上の諸問題』（1985）所収）。なお、作為犯と不作為犯を「因果の共同」で統一的に理解する見解として、大塚・前掲註(45)16頁以下、山中敬一『刑法総論』（第2版・2008）861頁。

64) 山口厚『問題探究 刑法総論』（1998）277頁以下、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（二・完）」法協121号10巻（2004）192頁以下。

「競合者の行為を阻止すべき結果回避義務が肯定しうる場合」<sup>65)</sup> であるというのである。その上で、相互の意思連絡をしないまま、リコールの共同決定を怠った事例につき、「因果的作用は作為に限られるものではないという考え方」からするならば、「相互に干渉すべき義務がある状態においても因果的相互作用・共同性は肯定しうる」<sup>66)</sup> とし、意思連絡のない過失不作為犯の共同正犯が成立する余地を認めるのである。そして、この点で、「意思の疎通」を前提とする共同性理論と一線を画するというのである。

上記の説明によれば、「因果の共同」は、意思疎通のない過失不作為犯のケースにおいても認められうるようにみえる。しかし、「因果の共同」を共同性のメルクメールとして掲げつつ、作為犯の場合には事実的な因果的寄与（存在）を重視し、不作為犯の場合には結果回避義務に重きを置くというアプローチは、一貫性を欠くように思われる。というのも、相互に干渉すべき義務は、いわば「当為」であって、「事実」としての因果的作用ではないからである<sup>67)</sup>。上記の義務が「因果の共同」であるとするならば、それは、一種の擬制にほかならない<sup>68)</sup>。上記のリコールを怠った事例では、各関与者がどのように互いの行為を実際に促進したかが検討されてはいない。むしろ、過失不作為犯の事例では、各関与者に課された、「互いに協力して結果を回避すべきこと」を内容とする義務でもって共同性が

---

65) 嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012）211頁。

66) 嶋矢・前掲註(65)216頁。

67) なお、共同性と因果性の関係につき、松宮孝明「『過失犯の共同正犯』の理論的基礎について」立命339・340号（2012）507頁以下参照。

68) 嶋矢・前掲註(65)211頁は、2名がそれぞれトーチランプを地下洞に持ち込み、それを放置して立ち去ったことにより火災が生じたという世田谷ケーブル火災事件（東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁）において、「自分のトーチランプを消し（あるいは持ち帰り）、競合者に対して同じ行為を促す義務」が共同性を根拠づけるとする。もっとも、本件では、被告人らにおいては、相手に自己のトーチランプを消すよう促す義務にとどまらず、相手のトーチランプも含めて火を消す義務が認められるように思われる。

認定されているのである。

それでは、「共同義務」とは何か。この点につき、とりわけ過失不作為犯の事例では、「自ら負っている正犯的義務の違反、ないしそれと合わせて（従たる）配慮義務違反による寄与があることの重疊的評価」<sup>69)</sup>が共同性を基礎づけるとする。すなわち、共同性とは、自己の注意義務違反と他者に対する配慮義務違反の事実的な競合から成り立つというのである。しかし、このような共同性の規定は、各関与者の現実の相互的影響によってもたらされておらず、加えて、義務の事実的競合でもって甘受されているように思われる。

かくして、近年の「因果の共同」を根拠とする共同性理論においても、過失不作為犯の事例を契機として、事実的アプローチと規範的アプローチを混在させる結果、作為犯の共同性と不作為犯の共同性は異なって規定されている。もっとも、「因果の共同」を前提とする共同性理論においても、意思連絡のない過失不作為犯の共同正犯を認めるために、事実としての「因果の共同」ではなく、関与者に課された義務に着目せざるを得ないことが示唆されている。すなわち、共同性の問題は、関与者間の相互作用が事実として生じたか否かの問題ではなく、「互いに協力して結果を回避するべき義務」があったか否かの問題へととなりつつあるのである。

このように、皮革スプレー判決に端を発した合議決定に関する問題は、わが国における「過失犯の共同正犯」論に多大な影響を与え、いずれの立場も、事実的なアプローチを基調しつつも、過失不作為犯の事例を中心として、規範的なアプローチへと傾斜しつつあるように思われる<sup>70)71)</sup>。

---

69) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯」刑法の争点 (2007) 109頁。

70) この点、嶋矢・前掲註(65)221頁註27は、規範的視点による「共同義務の共同違反」に対し、関与者の行為や意思を離れ、第三者の視点から共同性（共同義務）を判断することに懸念を表明する。しかし、規範的視点による関与者に共同義務が課せられているか否かは、各関与者の事前の行為態様から判断されるものである。共同性にとって重要とすべきは、事実としての相互的作用ではなく、関与者の行為態様の意味である。

71) 共同性の規範的理解は、近年の過失犯の共同正犯に関する下級審裁判例においてもみ

### (3) 故意犯における（不作為）行為について

一般に、（故意）不作為犯の共同正犯は、「共通した作為義務を有する二人以上の者が、互いに犯罪意思を連絡して、その義務に違反する不作為を行う」<sup>72)</sup> 場合と定義される。当該領域においても、共同性の根拠は、「意思連絡」<sup>73)</sup> または「因果の共同」<sup>74)</sup> の観点から根拠づけられ<sup>75)</sup>、従来、専ら

---

ゝられる。過失犯の共同正犯の成否に関わる判例の動向を概観すれば、最判昭和28年1月23日刑集7巻1号30頁（被告人Xが、妻の母Aの名義で飲食店営業の許可を受け、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から「ウイスキー」の販売を依頼され、その「ウイスキー」にはメタノールが含まれていたにも拘わらず、何らの検査もせず販売したため、それを買って飲んだ客を死傷させた事案）を嚆矢として、過失犯の共同正犯が明確に承認されたが、成立する根拠は明らかとされたわけではなかった。もっとも、「過失犯の共同正犯」の可能性は、下級審裁判例でも基本的に踏襲され（名古屋高判昭和31年10月22日裁特3巻21号1007頁、佐世保簡判昭和36年8月3日下刑集3巻7＝8号816頁、京都地判昭和40年5月10日下刑集7巻5号855頁、名古屋高判昭和61年9月3日高刑集39巻4号371頁）、1990年以降では、下級審裁判例は、「意思連絡」の位置づけは必ずしも明らかではないが、「共同義務の共同違反」として過失犯の共同正犯を認める傾向にある（東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁〔なお、判決文において「意思連絡」に言及していないことにつき、内田・前掲註(50)27頁は、当然の前提とされていると述べ、浅田和茂ほか編『新基本法コンメンタール刑法』（2012）181頁〔島田聡一郎〕は、「一定の行為についての相互的意思連絡が認定されている」とする〕。2000年以降の裁判例として、札幌地小樽支判平成12年3月21日判時1727号172頁、東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁、東京地判平成16年5月14日LEX/DB 28095650、名古屋地判平成19年7月9日LEX/DB 25421152。なお、大阪簡略式平成11年1月14日判タ1035号60頁〔共同正犯の規定（60条）を適用法令としていない〕。このような傾向は、具体的事案につき過失犯の共同正犯を認めなかった下級審判例（広島高判昭和32年7月20日裁特4巻追録696頁、秋田地判昭和40年3月31日下刑集7巻3号536頁、越谷簡判昭和51年10月25日判時846号128頁。なお、仙台高判昭和52年2月24日刑集32巻1号29頁も参照）とも整合しうる。なぜならば、各被告人における注意義務の範囲に応じて、単独行為の競合と共同行為の区別が行なわれ、原則として相互的に注意しあう義務関係にない、例えば「縦の関係」（監督者と作業員の関係）や対等な関係にあっても「管轄」が異なる場合においては、共同正犯の成立が否定されるからである。

72) 大塚仁『犯罪論の基本問題』（1982）333頁。

73) 例えば、大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版・2008）301頁。

74) 例えば、山中・前掲註(63)861頁。

75) 最近の論稿として、曾根威彦「不作為犯と共同正犯」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻』（2006）405頁。

「不作為犯の共同正犯」の独自の意義、すなわち、同時犯との関係から共同正犯を認める必要性が問題としてとりあげられるに過ぎなかったのである<sup>76)</sup>。具体的には、同時犯ではなく、共同正犯による構成でしか各関与者の刑事責任を問えない例として、「救助に必要な障害物の除去が一人の力では不可能で二人の協力を必要とするとき、二人の義務者が相謀って共にこれを除去せず、被害者を死亡させたような場合」<sup>77)</sup>が挙げられてきた。しかし、そこでは、皮革スプレー判決でも判示したような、「意思連絡」が現に存在した場合を念頭に共同正犯が考えられ、この限りでは、わが国における議論においても、意思連絡のない故意不作為事例は想定されてはいないのである<sup>78)</sup>。したがって、決議を行うにあたっての秘密投票の問題や、そもそも取締役会を開くことさえしない場合の取り扱いが未解決のままなのである。

この点につき、前嶋匠は、次のように解決を図る。「大企業の場合、取締役決議に基づき、実際に製造・販売を指示する権限者が置かれているのが通常」であり、「彼らは取締役決議の内容を熟知し、ある程度仕事が任されているため、規範的に見た場合、製造・販売を行っている」<sup>79)</sup>以上、そのような責任者が正犯であるとし、取締役会に参加・投票した関与者らの責任については、共同教唆と解すべきである、と。前嶋によれば、「取締役間にコミュニケーションが存在しなかったが、ある取締役が賛成票を投じる、ということが何らかの形で知ったほかの取締役が彼に同調して賛成票を投じた場合、一方的にその取締役の投票行為を利用する意思があれば十分である」とし、「片面的な形での共同教唆」が成立する<sup>80)</sup>としている。

76) この観点からの研究として、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（1994）302頁。

77) 植田・前掲註(63)270頁。

78) なお、「共犯の因果性」の観点から、「共同性」の根拠づけを行う場合、「不作為犯における因果力」の証明が問題となる。

79) 前嶋匠「企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係(二)」関法54巻5号(2005)167頁。

80) 前嶋・前掲註(79)169頁。実質的権限の所在に着目する点で注目に値するが、関与形態については、検討の余地があるように思われる。

しかし、前嶋が前提とする故意犯の事例は、「合議決定への関与」を前提とするものであり、「合議決定への関与」それ自体に共同性の根拠が求められている<sup>81)</sup>。それゆえ、欠陥商品を回収すべき時期に、どの取締役も、消費者の被害を予見しつつも、欠陥商品の回収を決議する取締役会を開く意思を示さなかった場合については、回答は用意されていないのである<sup>82)</sup>。

このようにみるならば、故意不作為犯においても、結局のところ、過失犯の領域で議論された共同性理論が適用されなければならないように思われる。すなわち、取締役の刑事責任を検討する際には、「結果を回避しない旨を内容とする意思連絡」や各関与者らの行為による「因果の共同」によるのではなく、犯罪結果に至るまでの各関与者の行為態様に着目しなければならないというべきなのである。

#### IV. 結びにかえて

合議決定に関する問題を通じて、関与形態、とりわけ共同正犯のあり方を考察した。従来、合議決定に関する問題は、合議決定があったことを前提として検討されてきた。しかし、昨今、三菱自動車欠陥事故に見られるように、そもそも合議決定をすべき会議すら開かれず、関与者間の意思疎通さえ存在しない場合も考えられるのである。

この点、ドイツにおいても、合議決定の存在を前提に議論する傾向にあるが、近年では、合議決定の特殊性の踏まえ、共同正犯における共同性の規範化がみられるのである。

他方、わが国では、共同性につき、「意思疎通」を根拠とする理論と「因果の共同」を根拠とする理論の対立の延長線上で議論が行なわれてきた。もっとも、いずれの理論にせよ、共同性の規範化傾向がみられること

---

81) 前嶋・前掲註(79)149頁。

82) この点、前嶋の見解によれば、皮革スプレー判決で問題となった過失犯については、取締役の刑事責任は問われえないことになろうか。

は、注目すべきことであるように思われる。すなわち、「意思連絡」や「因果の共同」を前提とする共同性理論でも、特に過失不作為犯の領域において、「意思の疎通を現実に行なった」ではなく、「構成要件の実現の阻止に向けて意思の疎通を行なうべき」ことを内容とし、「互いに干渉して結果を回避すべき」義務が直接に検討されているのである。その限りでは、わが国における最近の議論は、規範化の発展途上にあるといえる。

これらの点を踏まえるならば、いずれの見解も、結局のところ、共同正犯における共同性につき、事実上、いわば「共同義務の共同違反」構成へと傾斜しており、換言すれば、各関与者の答責性に着目せざるを得ないことを示唆している。各関与者の注意義務を基礎づけるためには、「意思の疎通」ないし「因果の寄与」も「共同義務」の一要因として機能しうるにすぎず、これらの重要性が相対的に低くなっていることがその証左といえよう。

このように、合議決定に関する問題を通じて、とりわけ意思連絡のない不作為の事例を念頭に検討するならば、共同正犯の成立可能性は、故意犯や過失犯を問わず、「共同義務の共同違反」という規範的判断によって検討されるべきということになる。それゆえに、「意思疎通なき共同正犯」も共同正犯の一形態として考えられるべきなのである。このような理解によってはじめて「三菱自動車の欠陥商品の不回収」のような事例にも共同性の可能性が認められ、過失責任を問う余地が生まれるのである。

以上のことから、共同正犯の規範的理解につき留意すべきは、複数人が現実に共同作業をしたことに左右されないということである。この点、共同作業が必ずしも共同性を基礎づけないことは、すでに指摘されてきたことである<sup>83)</sup>。しかし、それだけでなく、そもそも取締役会さえ開くことを怠る場合のように、現実の共同作業がない場合でも、刑法上の共同行為は考えられる。したがって、従来、作為犯を念頭に、現実の共同作業のう

---

83) 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号(1970)13頁、内田・前掲註(50)24頁以下。塩見・前掲註(43)70頁も参照。

ち、刑法上の共同行為として評価すべき行為を検討するだけでなく、現に何も互いに作業しなかった場合にも、刑法上の共同行為として評価されるべき行為を検討すべきなのである。その際、そもそも現実の共同作業が存在しないがゆえに共同性が認められないのではなく、むしろ、当該結果に至るまでの過程がいかなるものか、具体的には、行為者の一連の行為が何を意味するのかを検討する必要があるように思われる。このような意味で、共同性の判断は、行為者の答責領域に委ねられているのである。

\* 立命館大学に在籍中、上田寛先生とお会いする機会にあまり恵まれなかったが、研究会における上田先生のご発言には、大いに刺激を受け、勉強させて戴いた。上田先生の御退職にあたり、心からお祝いを申し上げますとともに、ここに拙稿を捧げる次第である。