

# 過失共同正犯の理論的基礎

——「行為支配」と過失共働——

橋 本 正 博

はじめに

過失犯の構造については、いわゆる新旧過失論争の段階を経て、過失犯においても構成要件該当行為すなわち実行行為が観念されるという考え方がかなり定着してきているといえることができるであろう。過失犯の構造を右のように捉えたとすれば、過失犯の領域においても正犯行為としての実行行為が存在し、この実行行為を共同することができる限りにおいて、過失犯の共同正犯という形態も存在するはずである。このような見通しの下に、ここでは、過失共同正犯の基礎を「行為支配論」の観点から理論的に考察し、「過失共働」といわれる現象が「行為支

配」という契機によって再構成されることを示し、過失共同正犯が正犯の統一的基礎である「行為支配」に基く正犯形態として成立することを明らかにする。<sup>(1)</sup>

## 一 「過失共同正犯」の意義

過失犯における共同正犯という概念の内容については、「過失の共同正犯」という概念と「過失犯の共同正犯」という概念とを区別する必要があるとする主張がある。<sup>(2)</sup>しかし、ここでいう「過失共同正犯」概念は、過失犯の実行行為を共同する過失犯の共同正犯であり、また、おそらく過失共同正犯にはほかの形態は考えられないであろう。<sup>(3)</sup>故意をもって行為する行為者に対して過失で関与

する場合、あるいは過失犯に対して故意をもって関与する場合には、後述のとおり、過失共同正犯の主観的要素としての「過失共働」を欠いているといふべきである。したがって、このような場合は共同正犯としての実質を欠いているといふほかはないであろう。

ある犯罪的事象について共同正犯が論じられる際には刑法各則の構成要件が前提となっており、その特殊の構成要件の実現に際して複数の関与者が存在した場合に、それらが共同正犯として評価されるか否かが問題となるのである。したがって、構成要件評価を経た一定の過失犯の観念の下にのみ共同正犯が問題になるのであって、構成要件評価を経ない前法的な何らかの事実が存在する場合に、第一にそれが共同正犯であるか否かが問題にされるのではない。共同正犯は本来の正犯形態のひとつとして構成要件の問題領域に属しているが、単独正犯に対しては構成要件の修正形式の一種として位置づけられるので、過失犯の構成要件判断が先行するといふことができ<sup>(4)</sup>る。

## 二 過失共同正犯否定論

従来から過失共同正犯に対しては重要な否定論が存在し、今日もなお有力に主張されている。ここでそうした否定論のうちの代表的な議論を検討する<sup>(5)</sup>。

過失共同正犯否定論（以下単に「否定論」という）には、過失犯の構造認識からする否定論と、共同正犯の本質に関する認識に基くものが存在すると考えられる。前者は、過失犯の構造からいって、そもそも過失犯には「共同」という観念を容れる余地がないという考え方に基くものであり、後者は、過失犯にも主観的構成要件要素として客観的注意義務違反を实体とする構成要件の過失が存在すること、したがって過失行為を共同する可能性は認めるとしても、共同正犯という犯罪遂行形態に必要とされる「共同」ないし「共同実行」ということは過失犯にはありえないという考え方である<sup>(6)</sup>。もちろん、両者には表裏をなす点が少なくないことはいうまでもないが、過失犯の領域の問題と共同正犯の領域の問題とを分けて認識しておくことは、議論の見通しをよくするために役立つであろう。

### (一) 犯罪共同説に基く否定論

従来、過失共同正犯という形態を認めるか否かは犯罪共同説・行為共同説の対立に帰着し、犯罪共同説に立てば否定的であり、行為共同説に立てば肯定的であるという図式があった。この図式自体はそのまま成り立つものではないが、犯罪共同説からする過失共同正犯否定論の論拠には重要な指摘があり、依然として過失共同正犯の理論的基礎を考える上で最大の問題である。そこでまず犯罪共同説に基く否定論を検討する。<sup>(7)</sup>

犯罪共同説に基く否定論の根拠となっている主張として重要なのは、「犯罪の共同」ということが行為者の認識範囲として包括するのはどこまでであるかという問題である。一般的にいつて、行為共同説が自然的行為の遂行を共同すれば足りるとするものであるのに対して、一定の「犯罪」の実行を共同するという認識が包括されるとするのが犯罪共同説である。そこでその「犯罪」が過失犯である場合に、その実行を共同するという認識には具体的・現実的にはどの範囲までが含まれるべきかが問題になるのである。すなわち、構成要件の結果を実現することを目的とした故意犯の場合には、結果を共同実現する意思が必要であり、またその限りにおいて共同正犯

が基礎づけられることは当然である。しかし、結果惹起を認識していないかあるいは少なくとも意欲していない過失犯の場合には、故意犯の場合のような結果実現の共同という意思は存在しえない。したがって、犯罪共同説の立場からは、結果を実現する意思（の共同）を共同正犯にとって不可欠の要素であると考えるか否かが、肯定説と否定説とを分かつことになるのである。

否定論はここで次のように考える。過失犯は過失によって結果を発生させる犯罪であり、結果を発生させるという無意識の側面に重要な意義が存するというべきであり、この側面を無視して共同実行を論じることができないといふのである。犯罪共同説がしばしば故意の共同を犯罪の共同と同視するようにみえるのは、実はこのような思考が先行しているからであると思われる。そして私見によれば、これが犯罪共同説に基く否定論、すなわち共同正犯概念の理解についての側からする否定論の中核的な主張である。

#### (検討)

過失犯における「無意識的側面」について少し考察してみると、単独犯として過失犯が論じられるときにも無

意識的側面が重要であることは同様であるはずである。

このとき、客観的注意義務違反を基礎とする過失論を採用することを前提とすれば、行為者は過失行為（過失犯の実行行為）を行なうのであって、結果惹起の事実それ自体は過失犯の実行行為には属していない。行為者は、非故意に結果を惹起することというよりも不注意に危険な行為を行なったことについて、犯罪としての評価が帰せられるのである。もちろん法益侵害の結果を発生させたことが違法評価の本質を形成していることはまちがいないが、いわゆる新過失論に基く過失犯の構成要件的構造に即して考えると、一定の過失行為を行なったことそれ自体について構成要件該当の行為としての評価がなされ、過失行為自体の違法性が存していることにならう。結果に関する意識の点で欠けるところがある（無意識的側面）というのは、客観的注意義務違反という主観的違法要素の問題として評価されるのである。<sup>9)</sup>

このように、過失犯の場合にも故意犯と並行的な構成要件の主観的・客観的構造を承認する限りにおいて、過失犯の共同現象を考える際にも、関与者がなした実行行為について共同正犯が成立するか否かの評価が加えられ

るのであると考えることが自然であろう。すなわち、客観的注意義務違反を含めた「実行行為」の共同が共同正犯を基礎づける条件であるといえるであろう。ただし、ここから直ちに共同正犯としての過失犯が成立するということになるのではない。過失犯においても、犯罪が成立するといえるためには構成要件該当性・違法性・責任という要件を備えていなければならないのであるから、構成要件の地平における過失共同正犯の問題とは区別して考えられなければならない。<sup>10)</sup>

実定法上の根拠として既に挙げられているように、刑法六〇条には「共同して犯罪を実行したる」という規定があるにすぎず、ここから共同正犯においては結果に対する認識を必要であるとし、共同正犯が成立するのは故意犯に限るといふ解釈を引き出してくる必然性はないというほかはない。同様に「犯罪」が故意犯でなければならぬということも必然ではない。そこで「犯罪」が過失犯である場合には過失行為<sup>11)</sup>過失犯の実行行為を共同にすることで共同正犯を基礎づけるに足りる実質を備えていると考えられるのである。

以上のところから、理論上・実定法上、共同正犯の成

立を否定する理由はないと思われる。問題は「客観的注意義務違反の共同」ないし「過失共働」の実質は何か、つまり、このような概念が積極的に共同正犯を基礎づけるものでありうるかということである。

(二) 「行為支配論」に基づく否定論

わたくしは「行為支配論」によって過失共同正犯が基礎づけられると考える者であるが、故意犯と過失犯とを特に目的性の観点から区別する考え方によると、「行為支配論」はまさに否定論となる。これは本質的には過失犯の構造認識から、正犯性の条件としての「行為支配」を過失犯の領域で用いることはできないとする認識に基いている。

「行為支配論」一般の詳細を論じるところはここでの主題ではなく、また一部は後に私見として展開されるところであるから、ここでは簡単に触れるにとどめるが、「行為支配論」の主眼は、犯罪的事実すなわち結果を含めて構成要件評価を受けるべき客観的・主観的事象を現実的に支配する地位にあった者、具体的には自らの意思に従って当該犯罪事象を進行・変更・中止することがで

きる者が正犯であるという点にある。そうだとすれば、過失による結果惹起という過失犯の事象全体を「支配」ということはもとより問題外のことに属する。いいかえれば過失犯の場合、結果発生を操作するということは初めから考えられていない。したがって、過失犯の領域においては「行為支配」に基いて正犯概念を規定することはできないという考え方が成り立つのである。<sup>(12)</sup>

(検討)

しかしこれも、過失犯という犯罪的事象に着目して考察するならば、過失の行為者は当該の過失行為を行なうことによってほかならぬ当該の犯罪結果を惹起したという点において、まさにその犯罪的事象を「支配」しているという考え方が可能なのではないかと思われる。不注意な行為を行なうことは、注意義務にかなった行為を行なうことによって結果を回避することができる(結果回避可能性)者が、その注意義務に反してあえて異なった行為を行なうことを意味している。過失行為者は確かに犯罪的事象を進行させ、変更し、あるいは中止することが可能であった。<sup>(13)</sup> しかも、現実に行なった過失行為が過失犯としての行為者の行動のすべてであり、この実行行

為によって犯罪的事態を実現しているのであるから、この過失行為そのものについて行為者が「支配」を有していたことをもって、犯罪的事象に対する現実的支配を有していたということができると考えるのである。以上のような考察に基いて、過失犯においても、客観的注意義務に違反した行為が行なわれ、それについての「行為支配」が認められる限り、「行為支配」に基く過失正犯概念が肯定されると思うのである。

ただし、過失犯の場合には注意義務違反という契機が決定的な重要性を有しており、客観的事態に対する支配だけでは正犯性を基礎づける十分な要素とはならないということに注意しなければならない。すなわち、過失犯においては「行為支配」は正犯性を確定するための必要条件ではあるが十分条件ではなく、客観的注意義務違反という条件をも必要とする。

### 三 過失共同正犯肯定論

我が国における過失共同正犯肯定論（以下単に肯定論という）のうち「過失共働の理論」（内田説<sup>14</sup>）と大塚説<sup>15</sup>（結果的加重犯の共同正犯を含む）とを検討する。これ

らは近時の肯定論としてきわめて注目すべき有力な学説であり、その結論は私見からも原則として承認されるものだからである。

#### （一）「過失共働の理論」（内田説）

先に述べたように、故意犯と過失犯との並行的構造を確立することと、構成要件の主観的要素と客観的要素という構造を確立することによって、過失共同正犯の成立をめぐる問題領域においても一定の展望が開ける。

このような状況を背景にして「過失共働の理論」が成立する。すなわち、

「過失行為が刑法上意味を持つのは、意識的部分それ自体においてではないし、また、無意識的部分それ自体においてでもない。われわれの言葉でいえば、両者の接点の問題なのである。（中略）過失行為そのものについては、近時この点に関する理論的反省が広く行なわれており、また一方、共犯の制限従属性論の浸透と共に、共同正犯をも違法行為の共同という次元に据えようとする態度がしだいに有力になってきていることを忘れてはならない。われわれは、このような広いつながりの上にた

つことにより、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（充足）かつ違法な行為↓結果となることができるであろう、従ってそこに過失共同正犯が考えられるであろう、という点に到達したのであった。<sup>(16)</sup>

内田説を重要な基礎としていると目される大塚説にも同様の思考が見られる。注意義務の共同性がひいては注意義務違背の共同性を結果するとされ、これに基いて過失共同正犯の成立を認めようとするものである。

したがって、これらの議論においては「過失の共同」ないし「過失共働」という概念が鍵となっており、その「過失の共同」ないし「過失共働」の実体は何であるかという問題が決定的な重要性をもつことになる。

過失犯の共同正犯の場合には結果に対する共同が存在しないのに、ほかならぬその発生した結果に対して「一部実行し全部責任」を負う共同正犯とされる根拠が説明される必要がある。そのためにはこの「共同」の実体がより詳細に分析されなければならない。既に述べたように、過失犯を故意犯と並行的に捉えた場合、「過失共働

の理論」によれば、過失共同正犯においては（内田説が提示している不注意の共有という意味の）「過失共働」が故意共同正犯における「意思の連絡」と対応する実質を形成していると考えられることになる。内田説は、この「共同」が「過失共働」であることを明らかにしたということが出来る。

#### （検討）

この理論が提示した「過失共働」の概念についてはここで詳しく論じることはいらないが、関与者相互の意思の連絡という次元において十分に説得力のある議論を展開していると思われ、この限りに於いて私見も全面的に同意する。しかし、水平方向の「共同」は十分に基礎づけられたといえるのであるが、垂直方向の「寄与」、つまり共働の帰結としての共同的過失犯罪事象それ自体に対する各関与者の関係に関しては、補強が必要ではないかと思われる。「過失共同正犯」が「共同」正犯であることは確認されるが、それが共同「正犯」であるということを確認しなければならぬ。すなわち、過失共同正犯においても、各関与者の寄与が直接に犯罪事象に結びついているという構造を強調すべきではないかと思うので

ある。それが「行為支配」による試案の目標である。そしてこうしてこそ、例の「一部実行Ⅱ全部責任」の根拠を確固たるものとすることができるであろう。

## (二) 大塚説

さて、近時の我が国における過失共同正犯論として注目されるのは、大塚仁教授の過失共同正犯論である。その中心的主張は、

「法律上、共同行為者に対する共同の注意義務が課せられている場合に、共同行為者はその注意義務に共同して違反したとみられる客観的事態が存在するときは、そこに、過失犯の共同正犯の構成要件該当性があったといえるのであり、さらに、共同行為者の各自に責任過失も認められる場合には、過失犯の共同正犯が成立すると解しうるのではなからうか。」<sup>(15)</sup>

わたくしは原則として、この議論に賛成する。すなわち、過失共同正犯においてはまず狭義の「行為」を共同して行なうことが前提となり、この「行為」を行なうにあたって客観的注意義務が各行為者に共同的に課されている場合において、それを各行為者が共同的行動に際し

て怠ったときには、これを過失犯の共同正犯Ⅱ過失共同正犯とすることが妥当である。ただし、ここでは構成要件の問題として共同正犯が成立するのであって実際に故意犯として処罰される犯罪が成立するかどうかは、責任の判断を待たなければ決定されないことは既に触れたとおりである。

これらの議論は、構成要件と「行為」を基本にすえる実行共同正犯論から、いわゆる新過失論を採用した場合の帰結としてももっとも筋が通っているものと思われるし、わたくしの考えている「行為支配論」からしても相当な結論であると思われる。そこで、以下においてもこれを一応の結論として定立した上で、それに関する若干の考察を試みる。

## 四 「行為支配論」と共同正犯論

以下、「行為支配論」の基本的構成に関する従来の成果をふまえて「過失共同正犯」の問題を考察する。この際、第一に、既述のところから過失共同正犯が理論的には肯定されるものであることは明らかになったと思う。そこで、第二に、過失共同正犯が存在するとすれば、そ

の条件は何かということが問題になる。ここでは、故意犯の正犯理論としての「行為支配論」に基いて過失共同正犯の本質的構造をなす契機を「過失共働」に求めつつ、これを再構成することをもって、過失犯をも含めて「行為支配論」に基く統一的正犯概念を構築するための準備作業としたい。

(一) 共同正犯の「行為支配論」による構成

「行為支配論」の基本的思考として重要なものは、正犯概念を構成する場合に主観的契機と客観的契機とを総合し、それらを包括する正犯概念を構成すべきだという主張である。<sup>(18)</sup> こうした「行為支配論」の思考を過失共同正犯論に及ぼすことを検討するに際して、まず前提問題として(故意の)共同正犯の「行為支配論」による構成を確認しておく。

既に指摘したように、「行為支配論」によれば、一般的にいて、犯罪的事象・犯罪行為に対する「行為支配(Tatherrschaft)」を有する者が正犯である。さらになお、このような正犯一般に関する正犯規定の見地から共同正犯における「行為支配」をより具体的な概念として

構成することが妥当であると思われる。そして、共同正犯は「共同的行為支配(kollektiver Tatherrschaft)」に基く正犯形態であるということができると思う。いわゆる「機能的行為支配(funktionelle Tatherrschaft)」と同様の実質を有する概念である。今日では有力な支持者を獲得している「機能的行為支配」という概念は、「関与者が当該構成要件表現にとって不可欠の本質的な機能を果たすこと」が共同正犯における「行為支配」だというものである。

しかし、共同の意思決定の存在に「機能」としての重要性をおく見解を採った場合には、特に我が国における共謀共同正犯の問題と関連する疑念が生じる。つまり、見張りのような単純な補助的行為を正犯行為として認めることは妥当ではないのに、「不可欠の機能」であるといふべきではないかと考えられるのである。そこでわたくしは、その「機能」を明瞭に指示する主観的・客観的契機は「事実的寄与」に基く犯罪事実に対する支配であるとし、このような支配を「機能的行為支配」の実体的な根拠としたいと思うのである。<sup>(19)</sup>

「事実的寄与」という概念は客観的・外形的な寄与を

意味しているのであるが、端的にいわゆる「実行行為」と同義であるわけではない。このことは決して新規な定義ではなく、いわゆる「実行」共同正犯論によっても採用されている定義を繰り返しているにすぎない。たとえば、単独で行なわれた場合には実行行為とはみなされないような行為であるにもかかわらず、暴行を加えている者の傍らで立っていることは強盗罪の実行行為であるとみなされるはずである。共同正犯においては全体的考察が必要とされ、「実行行為」の一部の分担で足りるときれる所以である。もちろん、このような行為は本来当然に実行行為概念の中に包摂されるものであるとする「実行共同正犯」論を主張すること自体には問題はない。

ここで、「事実的寄与」をもって関与する限りにおいて全ての関与者が共同正犯とされるのではない。共同正犯が成立するためには「本質的機能を果たす」、あるいは「犯罪的事象を進行・変更・中止することができる」という意味の「支配」が必要なのである。実際「行為支配論」は正犯性の本質的根拠は「行為支配」にあると称しているのであって、形式的・機械的に事実的寄与が存在することから直ちに正犯性を確定するのではなく、む

しろ積極的に「実質的考慮」を正犯概念構成の過程に導入しているのである。わたくしが「事実的寄与」を強調する理由は、そのような「実質的考慮」に伴う不明瞭さや不安定さを排除してできるだけ明確に正犯・共犯の限界を画する基準を提供することによって、あるいは予想される不当な正犯範囲の拡大を防止することをめざしているからにほかならない。

要するに、正犯性を判断する本質的基準は正犯一般に共通して「行為支配」であって、これは共に正犯としての評価を受けるものである限り、単独正犯の正犯性と共同正犯の正犯性とで異なるものではない。そうだとすると、単独正犯の場合には実行行為を自ら全部実行すること以外に構成要件を実行することが考えられない（したがって単独正犯における「事実的寄与」は「実行行為」にほかならない。）のであるから、同様に、共同正犯においてもそのような実体的な「寄与活動」が存在していなければ正犯としての評価するには足りないと考えるのである。その意味で、「行為支配論」はいわゆる実行共同正犯論にほかならない。

一般に、正犯性の根拠は本質的には「犯罪事実に対す

る支配」であり、この限りにおいて、「事実的寄与」は犯罪事実を現実に「支配」するに足る事実としての寄与であるという性格をもつことが必要であり、そのような評価に耐えない「寄与」は正犯性のメルクマールとしての「事実的寄与」ではないといふべきなのである。このことは共同正犯においても全く同様である。それをロクシンは「機能的行為支配」と特徴づけたのである。<sup>(20)</sup>

そこで次に、共同正犯における「行為支配」、「共同的行为支配」の問題に進む。いうまでもなく、共同正犯においては、各関与者が「意思を通じて」いること、すなわち「共同実行の意思」を有していることこそが本質を形成している。意思的側面においても事実的側面においても、それらが犯罪実行に際しての強化要因となっており、それこそが、「共同正犯」という正犯形態が独自の存在として承認されている所以であらうし、その限りにおいて、自己の行為から直接惹起されたと評価されえない結果であっても、共同正犯者各々にその結果が帰せられる(一部実行||全部責任)ことになるはずである。つまり「共同正犯」の「共同」は、「意思の連絡」を不可欠の要素として成り立っている。共同実行の事実が存在

しなければ共同正犯が成立しないことはもちろんであるが、ここで確認したいことは、共同正犯においては主観的側面にも重要な機能が与えられているということである。したがって過失共同正犯においてもこの意思の連絡の果たす重要な役割を忘れてはならない。それが「過失共働」という形で与えられることは既にみた<sup>(21)</sup>とおりである。

一方、「事実的寄与」概念は客観的寄与と同時に主観的寄与をも念頭においているが、それは共同正犯の客観的条件としての共同実行の事実を意味している。

したがって、共同正犯の成立要件として「共同実行の意思」と「共同実行の事実」とが必要であるということからは、「行為支配論」によれば、それぞれ「行為支配」の主観的要素と客観的要素とに対応することになる。こうして、事実的寄与という要素を導入することによって、「行為支配」概念が主観的・客観的な総合的構造を有するものであることをより明確に構成することができる<sup>(22)</sup>と思うのである。

## (二) 過失共同正犯における「行為支配」

以上、既に、過失共同正犯における「行為支配」の實質についても論じたことになるが、ここであらためて過失共同正犯に関する「行為支配論」の構想を要約して示し、その理論的基礎を明確にしておくこととする。

「過失共働」は過失同時犯と外形上異ならない犯罪的事象を共働現象として結び付け、共同正犯として各関係者に帰属させる基礎を提供する。

一方、「行為支配」は、構成要件の主観的要素と客観的要素とに対応して「行為支配」の主観的要素と客観的要素とに分析される。共同正犯における「行為支配」の主観的要素が、共同実行の意思あるいは意思の連絡である。そして過失共同正犯においては「過失共働」が「行為支配」の主観的要素を形成する。

他方、過失犯の实体は不注意な行為の実行であるとなすことができるから、これを共同して行なうことが共同実行の事実としての実質、すなわち「行為支配」の客観的要素を形成する。

以上が過失共同正犯の基本的構造についての構想である。過失犯における構成要件の思考を基礎として故意犯との対比関係において、構成要件の主観的要素・客観的

要素に対応する「行為支配」の主観的・客観的要素をそれぞれ「過失共働」と過失実行行為の共同実行とに求めるといふ構造である。このような図式は、過失犯の理論的成果と共同正犯をめぐる「行為支配論」の成果とを土台にすると、ごく自然に帰結される結論であると思う。そして、このような構想とは直接結びつかない思考から出発したものであるにしても、「過失共働の理論」および大塚説が同様の議論を展開していることは、こうした結論自体の妥当性に根拠を提供するものであろう。<sup>(23)</sup> さらに「行為支配」に基く統一的正犯概念を確立する意味から、右のような構想を提示するものである。

(1) わたくしは正犯概念を統一的に基礎づける実質的契機として「行為支配」に注目し、正犯・共犯を画する際に「行為支配」の有無をもってすることが妥当であると考えている(「行為支配論」)。なお、拙稿『行為支配論』の構造と展開(一橋大学研究年報「法学研究」掲載予定)において「行為支配」一般について論じた。

(2) 中山研一、『刑法解釈学の基本問題 第二分冊』(一九七三)、一一二頁では、狭義の共犯と共同正犯とを混同した議論がなされている。

(3) 大野平吉、「共同正犯論の周辺」、ロー・スクール四八

号一頁参照。

(4) 主観主義の「行為共同説」が、社会的事実としての共同現象から出発するのは、構成要件論からは妥当でないように思われる。なお、大野前掲論文を参照。

(5) 過失共同正犯否定論(もちろん肯定論についても)の主張については、既に内田文昭教授による一連の重要な研究(特に『刑法における過失共働の理論』(一九七三)参照)において詳細に検討がなされており、わたくしの議論も当然ながらその成果に多くを負うている。したがって、ここで否定論の論拠に関して深入りすることは避けて、後の議論の前提となる若干の問題を指摘するにとどめる。

(6) 団藤重光、『刑法綱要総論(改訂版)』(一九七九)、三六七頁における、過失共同正犯が理論的には考えられるとしても現行法の趣旨に合致しないとする議論については、やはり本来正犯である共同正犯と狭義の正犯との相違から考えて、現行法が過失共同正犯を否定しているとはいえないと思われる。内田、前掲書を参照。

(7) 行為共同説の過失共同正犯肯定論は、それが主観説的な思考を基礎にしつつ構成要件評価を経ない自然的行為の共同をもって共同正犯の共同実行であると考える点において、妥当でないと思われる。しかし、自然的行為ではなく構成要件を前提として実行行為の共同をもって共同正犯の共同実行であるとする限りにおいては、妥当な考え方であろう。

犯罪共同説・行為共同説という名称自体が多義的に用いられていることにも注意が必要である。これについては既に語り尽くされた感があるが、私見に近い形で議論を整理したものとしてとりあえず金沢文雄、「犯罪共同説か行為共同説か——行為共同説の立場から——」(中義勝編『論争刑法』、一六八頁以下)を参照。

(8) 滝川幸辰、『改訂犯罪論序説』(一九四七)二二六頁以下、特に二二九頁、団藤、前掲書、三六七頁以下参照。

(9) ヴェルツェルが過失行為の目的性について論じたところが結局どうした考え方を支持するものであることについては、平野龍一、『犯罪論の諸問題(上)総論』(一九八一)、九三頁以下参照。

(10) したがって、理論的には、二人のうち一人には主観的注意義務違反が認められ他方の一人にはそれが認められないときには、最終的に共同正犯としての過失犯は成立せず、一方のみによる単独の過失犯とされる場合がある。もっとも実際にはこのような場合は稀なことに属するであろう。

(11) 内田、『刑法における過失共働の理論』、三九頁、六六頁等を参照。

(12) 「行為支配論」の創始者と目されるヴェルツェルはもとより、マウラッハをはじめ、近時に至るまで、過失犯には拡張的正犯概念が妥当するというのが通説的である。  
Vgl. Weizel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 99; Maurach, Reinhard, Strafrecht, Allgemeiner

Teil, 4. Aufl., 1971, S. 625 f.; *Schoner-Schröder-Cramer*, Strafrecht, 21. Aufl., §§ 25 ff. Vorbem., Rdn. 10.; *Herzberg, Rolf Dietrich*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, § 5 III 3; *Messels, Johannes*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., § 13 I 1. なお、ロツシンは過失犯に關して、当初「義務犯 (Pflichtdelikt)」として構成しようとしたが、後にはシットラー・レンヴェルト、ヤロブンス、ドレープらの批判を容れて、通説の見解に肯定的になった。これについては、vgl. *Roxin, Claus*, Täterschaft und Täterschaft 2. Aufl., 1967 SS. 527—577 und 4. Aufl., 1984, S. 622 f.

- (13) 「潜在的行為支配」(potentielle Täterschaft)。Vgl. *Maurach-Gössel-Zopf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 6. Aufl., S. 213.

- (14) 内田、『刑法における過失共働の理論』、『過失と共犯』(総合判例研究叢書、刑法26)(一九六五)

- (15) 大塚仁、『刑法概説総論(改訂版)』(一九八七)二五二頁以下。なお、福田平・大塚仁、『刑法総論I』(大学叢書)(一九七九)三八〇頁以下も参照。

- (16) 内田、『刑法における過失共働の理論』六一頁。

- (17) 大塚、前掲書、二五三、二五四頁。

- (18) 以下の「行為支配」一般については *Roxin, Claus*, Täterschaft und Täterschaft, 4. Aufl., 1984 を参照。なお拙稿『行為支配論』の構造と展開(前掲注1)で私見を述べた。

- (19) ロツシンの「本質的機能」という用語はそれ自体適切に共同正犯の正犯性を指示するものではあるが、上に述べたような正犯範囲の拡大傾向を内包しているという誤解を招きやすいと考えられるので、「機能」を「事実的寄与」という実体的・客観的因子によって具体化しようとするのである。もっとも「共同的」という用語は「機能」以上に抽象的である。ただ、共同正犯における「行為支配」があくまで単独正犯における「行為支配」を基礎とした上で「共同」という契機によって修正されるにすぎないという点で、「機能」の観点から「共同」の実質を判断することについては、むしろむしろ強調する意味である。なお *Maurach-Gössel-Zopf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 6. Aufl., S. 252 f. 参照。

- (20) なお、「事実的寄与」というのは、一般に今日の西ドイツの文献にいわれてくる *Tatbeitrag* を念頭に置いた観念である。こゝでは、*Tat* が「行為」*Handlung* とは異なる「事実」*Tat* であることに注意しなければならぬ。(この点を強調するために、しばしば「犯罪的事象に対する支配」という表現をしている。)

- (21) 内田、前掲書、特に五頁以下参照。

- (22) 「行為支配」の主観的要素と客観的要素については *Maurach-Gössel-Zopf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 6. Aufl., S. 210 ff. 参照。

- (23) 「行為支配論」のもつ総合的・実質的な考え方を、不

法構成要件段階における問題として目的論的な実質的思考から過失共同正犯を承認するシュミットホイザーの過失共同正犯論と対比することができる。もちろん出発点は異なるが、思考の図式には私見と共通するところがあると思われる。Vgl. Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 10/68

(24) 議論が勢い抽象的になったので、よくある例を挙げて問題の所在を確認しておこう。甲と乙とが一緒に森に狩りに出かけたとする。森の中で、一人の打った銃の弾丸が、たまたまその付近に来ていた丙に誤って命中し、丙が死亡した場合はどうであろうか。

甲と乙とは確かに共同して狩りを行っていた。そしてもちろん、狩りを共同するということは、集合的に双方の射撃行為がなされることを前提としているのは事実である。しかし、過失致死という構成要件に該当する行為は、漠然と「不注意に狩りをする」ことではなく一定の対象に向けて「不注意に銃を撃つ」ことではないか。つまり甲ないし乙の撃った弾丸が丙に当たったその射撃行為を評価しなけ

ればならないのではないか。そして、当該の射撃行為を甲乙が共同して行なったということはできない。「狩り」のような不定形的な、多くの行為を包括する行動を共同しても、共同正犯を基礎づける過失の共働としての実質を有するとはいえないからである。この場合両者は、当該の過失致死という犯罪的事象を自らの寄与によって左右（支配）することができない。

それでは、甲・乙が屋根から瓦を外す作業を共同して行なっている際に、無造作に屋根の上に置いてあった瓦の束が落ちて、下にいた丙に当たって丙が死亡した場合はどうか。もちろん具体的な場合によるが、過失が両者に存在する以上は、この場合は過失共同正犯となるであろう。「狩り」の場合にくらべて「瓦を外す」作業は、具体的な行為を両者が認識し、これを自らの寄与によって支配することができる。したがって、甲が瓦を無造作に置いたのであっても、乙がそうしたのであっても、両者が正犯としての責任を負うことになる。

(一橋大学専任講師)