

過失犯の共同正犯についての一考察

甘 利 航 司

一 はじめに

(一) 現行刑法は、六十条で「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」として、共同正犯につ
いて規定する。刑法各則に定められた犯罪類型は、原則と
して単独犯を前提に規定しているため、(間接正犯が成立
するといった場合を除いて)他人の行為について責任を負
わない。そこで、他人の行為について責任を負わせるには、
「処罰を拡張する」必要があり、それを可能にするのがい
わゆる六十条以下の「共犯規定」である。⁽¹⁾そして、以上の
ように処罰を拡張しながらも、なお関与者を「正犯」とし
て罰するものが共同正犯である。

(二) では、このとき、過失致死傷罪や失火罪といった

過失犯の場合にも刑法六十条を適用することができるので
あろうか。つまり、過失犯の共同正犯がありうるのか、と
いうことである。確かに、刑法六十条の文言上は、その成
立を故意に限定していない。⁽²⁾そのため、過失犯の場合も十
分ありえるように思われる。実際に、日本の判例は、(戦
前においては否定してきたの⁽³⁾に対し)戦後においては過失
犯の共同正犯を認めてきた。⁽⁴⁾そして、日本では学説上も肯
定する見解が一般的である。⁽⁵⁾だとすると、過失犯の共同正
犯を肯定することには特に問題はないかもしれない。とこ
ろが、ドイツに目を転じると、判例・通説共に否定説に
立っている。⁽⁶⁾そうすると、ここでは、肯定説の論理は説得
的であるのかということの問題にする余地が出てくるよう
に思われる。そして、肯定説によると、どのような場合に

過失犯の共同正犯が成立するのかわという疑問が出てくる。

そこで、以下このような問題を検討することとする。

二 日本の肯定説とその問題点

日本においては、行為共同説に依拠する肯定説と、目的的行為論に依拠する肯定説がある。ここでは、その二つの議論を扱う。⁽⁷⁾

(一) まず、行為共同説によるものがある。この見解は、共犯とは、犯罪を共同する(「犯罪共同説」)のか、それとも、行為を共同する(「行為共同説」)のかという対立枠組みを呈示する。⁽⁸⁾そして、行為共同説を採用する以上、「数人が共同して一定の〔過失〕行為に出でたる場合に於て、其の数人は過失犯の共同正犯たることを得べし」とする。⁽⁹⁾つまり、共同正犯とは行為を共同するものであるから、そのようなものは故意でも過失でも可能である、⁽¹⁰⁾というのである。

しかし、このような理解には疑問がある。まず、仮に、過失犯の共同正犯というものを肯定するという立場を採用する場合は考えてみる。確かに、ここでは、「事前に」それ自体が可罰的評価を得るような「犯罪」の共同が認めら

れるわけではない。そのため、「行為共同説」という立場を採用しなければ、肯定説に立つことは、困難であるように思われる。⁽¹¹⁾しかし、だからといって行為共同説を採用する以上、肯定説に立つとまではいえないはずである。というのも、同説にはバリエーションがあるが、私には、平野龍一が述べるように「本来の行為共同説とは、犯罪行為の全部にわたって共同である必要はなく、その一部の共同でもよいとする見解」⁽¹²⁾に過ぎないと思える。そのため、行為共同説に立ちつつ、「六十条」の『二人以上共同して』は、特別の規定がない以上『故意に二人以上共同して』という意味に解釈すべきであ「る」⁽¹³⁾といった理解も可能であるように思われるからである。

(二) 次にあげるものは、目的的行為論による、過失犯における意識的要素に着目する見解である。これは、例えば「過失犯の実行為は：不注意な目的的行為の遂行である。この〔構成要件的に重要ではない結果に向けられた〕目的的行為についての意思の連絡があれば、実行行為を共同にする意思」⁽¹⁴⁾を肯定できる。ないしは、「過失犯の本質的要素を含むところの意識的な行為の部分为基础として、過失犯の共同正犯を論じる」⁽¹⁵⁾とされる。

このような立場に対しては、目的的行為論とは、そもそも過失犯における共犯現象そのものを否定するものであるという批判がなされる⁽¹⁶⁾。確かに、同理論の提唱者の見解はそうである⁽¹⁷⁾。しかし、目的的行為論者の採用する過失犯の理解が問題であるのは、「意識的な」要素に着目したことにある。例えば、運転している最中に眠気が襲ってきたが、運転を継続した。そのため、運転中に眠ってしまい、歩行者を負傷させたという場合を考えてみる。このとき、眠ってしまうこと自体は、「意識的」ではない。しかし、だからといって過失犯の成立を否定することはできないはずである。確かに、認識ある過失の典型的な事例を想定するならば、「意識的な」要素を認めることができるかもしれない。しかし、そのようなものが過失犯の類型の大部分を占めるわけではなく、この見解による過失犯の理解は、過失犯の本質に即したものでないであろう⁽¹⁸⁾。更に、意識的な部分においては共同が可能である、とするのも問題であるように思われる。この見解が、意識的な部分の共同ということに言及して肯定説を論じるとき、実は、意識していない部分においては共同していることを意味しない⁽¹⁹⁾。とする、意識的な部分の共同、つまり、その認識(「故意」)に

対応する抽象的危険犯を共同していることが認められるとしても、更に、過失「結果」犯の共同正犯を認めることにはならないはずだからである。

(二) 以上あげた二つの肯定説には問題がある。もちろん、今述べた二つの考えは、肯定説の一部に過ぎない。だが、その他の肯定説も、例えば、共同正犯の成立に必要な共同実行や意思連絡は、過失犯でもありうる⁽²⁰⁾といったかたちで、右に挙げた見解と同様に、故意犯の共同正犯とのパラルレルな構造を指摘するものである。しかし、このような議論も採用することはできないように思われる。実は、今まで挙げたような肯定説の問題点は、次に述べるドイツの否定説が明確に指摘するのである。

三 ドイツの否定説

ドイツの通説は、過失犯の共同正犯を否定する。ここでは、その議論を扱う。

(一) ドイツにおける否定説としては、代表的なものとしては、リストとM・E・マイヤーの議論がある。リストは、共同正犯には、「残余の共同正犯者との、共働(Susammenwirken)の認識」が必要であり、このような共働の

認識がないならば、共同正犯は成立しない、とする。そして、複数の人間が結果惹起について、意識なく共働した場合、つまり過失の共同 (Mitwirkamkeit) について言及する。具体例としては「複数の建築作業員が共同して、一つの木材を；建物の足場から、通行人に警告せずに投げ下ろしたところ、彼らの不注意な振舞いによりある者を死に至らしめた」という場合を挙げ、このときは同時犯が成立するにすぎない、⁽²²⁾という。そして、マイヤーは、次のように述べる。確かに、過失的共働においても、何かを一緒に企てるということに結びつくということを想定することはできる。「しかし、過失的共働においては、結果を共同で惹起するという、部分行為 (Teilakt) を統合する決意とは結びつかない」。そのため、共同正犯は故意を前提とする、⁽²³⁾という。

以上の二つの見解は、過失においては、関与者らが結果に向けて何らかの「共同 (共働)」をするわけではない以上、そのようなものでは、共同正犯規定の想定するものとしては足りないのではないかとということである。ところで、否定説は、共同正犯においては、「意識的かつ意欲的な共働」が必要であるが、過失犯においてはそれが無い、⁽²⁴⁾とい

う議論を呈示することが多い。つまり、否定説は、各自の行為を (共同正犯としての) 全体の行為とすることができただけの、結果に向けられた「意識的かつ意欲的な共働」が、共同正犯成立のために必要である、としているのである。確かに、故意犯においては、「事前に」犯罪であることが明確である以上、故意犯を共同して実現する場合に各自に「一部実行の全部責任」を負わせることが過大な刑事的介入とはいえない。対し、結果を実現する意図のない過失犯においては、否定説が述べるように、全体を帰責することが妥当ではない、⁽²⁵⁾ということは一貫している。

(二) そして、ここに、実は先ほどの日本の肯定説の問題点が出てくるのである。つまり、たとえ過失犯において、行為の共同があるとしても、また、「意識的な共同 (共働)」が認められるとしても、更には、何らかの根拠に基づいて故意犯の共同正犯とのパラレルな構造が存在するとしても、それらがあくまでも結果に向けられたものではない以上、それでは不十分であるとする否定説に対する適切な反論にはならないのである。言い換えると、単なる水掛け論になってしまうのである。ここでは、肯定説としては、否定説の論拠を明確に退ける議論を呈示する必要がで

るのである。

なお付言すると、先ほどの日本の肯定説においては、目的的行為論が大きな役割を果たしていた。しかし、ドイツにおいては、同理論からは否定されるのが一般的であるため、同説の採用が肯定説の有利な論拠とはならないはずである。

四 ドイツの肯定説——事実的な肯定説——

ドイツの肯定説には、大きく分けて二つある。一つは、故意犯の共同正犯とのパラレルな構造を指摘する説である。これは、「事実的な」肯定説といってよいであろう。そして、もう一つは、故意犯の共同正犯との構造上の差異に着目する説である。これは、「規範的な」肯定説といってよいであろう。ここでは、まず前者を扱う。

(一) 事実的な肯定説としては、代表的なものとしては、フランクとメツガーの議論がある。フランクは、故意行為と過失行為それぞれの属する責任内容に応じて共同正犯がある、とする。通説は、過失行為においては「相互了解(Einverständnis)」が存在しないとして共同正犯を否定する。しかし、それは正しくない、という。「というのも、

相互了解は、必ずしも特定の結果に向けられた惹起(行為)について必要とされるわけではないからである」。そ

して、共同正犯とは、それぞれが構成要件該当行為を為すという方法で、複数人が「相互了解によって有責な共働をすること」と定義できる、とする。メツガーも同様の議論を呈示する。まず、過失犯においては、最終結果を意図したものでない以上、相互了解は、完全な行為に関連するものではない。しかし、例えば、不注意に木材を投下したという事例においては、「身体的な(Körperlich)行為」自体は存在するのであり、ここでは、十分共同して意欲され、実行されたものでありうる、とする。つまり、過失の領域においても「身体的な行為」があり、この行為についての相互了解は可能である、というのである。

ところで、否定説は、過失犯においては「意識的かつ意欲的な共働がない」として共同正犯の成立を否定することが多い。これに対しては、次のような反論が肯定説からなされる。例えば、過失犯においても、(結果に向けられてはいないが)意識的かつ意欲的な共働に向けられることはある(28)といったものや、「共働(Zusammenwirken)」という言葉は、そもそも共に結果をもたらすということを意味

しているのではなく、一緒に (zusammen) 「活動する (wirken)」といったものにすぎないはずである、⁽²⁹⁾ といったものである。

(二) しかし、以上のような議論については、すでに述べたような批判が可能である。というのも、過失犯においても「相互了解」が可能であるとしてみても、また、過失犯でも「共働」がありうると述べても、否定説がそれでは足りないとしている場合では、説得力をもたないからである。

このことは、故意と過失は責任段階で区別されるだけであり、共同正犯は故意か過失かということとは関わらないということ⁽³⁰⁾を強調する見解に対しても妥当する。というのも、ヴェルツェルによる目的的行為論の提唱時まで、故意と過失は構成要件レベルでは同じであると考えられており、⁽³¹⁾ それでも、その当時においては否定説が通説であり、三(一)で述べたようなことが言われていたからである。

そして、実は、以上のような肯定説には、具体的な適用例にも問題が出てくる余地がある。例えば、フランクの影響下にあるエクスナーは、兄弟であるAとBが日没後に二台の自転車にそれぞれ、Aが前でBが後ろとなって、無灯火で乗っていたところ、対向してきた自転車に乗っていた

Xが(AとBを現認することができなかったため) Bに衝突し、このことによりXが重傷を負ったという説例を挙げると、エクスナーは、このような事案において裁判所は、Bを有罪とし、Aについては、因果関係が欠如するということから無罪としたが、Aも過失犯の共同正犯として可罰的となるはずである、という。「というのも、両者は、危険な走行を『共同で実行した』のであり、両者とも、この共同の行為についての全体として (gesamt) 予見可能な結果について責任があるからである、⁽³²⁾と述べる。しかし、この見解のように、過失犯においても危険な行為の共同(及びそれに対応する認識)が存在するといった理由で、ひとたび共同正犯を肯定してしまうと、例えば、今の設例を修正して、無関係なAとBが、たまたま相前後して走っていたという場合にも成立してしまい、その成立範囲に限定がなくなってしまう可能性が出てくるのである。否定説が懸念するのも、そのような事態であろう。

五 ドイツの肯定説——規範的な肯定説——

近時の肯定説は、否定説の批判を受けて、過失犯の共同正犯の構造を故意犯におけるのとは違ったかたちで構成す

る。ここでは、そのような議論を扱う。⁽³⁵⁾

(一) 規範的な肯定説の嚆矢は、ロクシンの見解である。ロクシンは、従来の議論は、相互了解といった「故意犯の共同正犯の基準をそのまま過失行為に転用する」ことができるかどうかということに拘泥してきた、という。しかし、過失の単独犯においては、結果の表象が欠けてもよいとされているのに、過失犯の共同正犯においては、何故そのようなものが必要とされるのか、と疑問を呈する。そして、共同正犯が「共同の (gemeinsam) 正犯 (Täterschaft)」である以上、過失犯の共同正犯も、過失犯の正犯性を特徴付けるものとのみ結びつくとし、それは、「決意 (Entschluß)」ではなく、「義務 (Pflicht)」である、という。そこから、過失犯の共同正犯の構造は、「共同義務の共同侵害」である、とする。⁽³⁴⁾ 以上のようにロクシンは、過失犯の正犯性を「義務犯 (Pflichtdelikt)」として把握し、⁽³⁵⁾ そのようなことを前提として、共同「正犯」がありうるのかという議論を展開する。そこから、過失犯の共同正犯を導く根拠は、「共同の義務違反性に存するのであって、意思連絡といったものにあるわけではない」という。具体例としては、一人の子供を二人の女性が世話をしている場合に

において、その二人の女性が注意を払わなかったところ、その子供が負傷した、という場合を挙げた。ここでは、同一の対象に関係づけられた義務があるのであり、そして、両者が共に義務違反をすることによって、法益侵害結果が発生するという関係がある。つまり、ここでは、一人だけが不注意であったとしても、結果が発生しないという関係がある、とする。そして、このとき、他人の義務違反への予見可能性がない場合でもなお共同正犯として可罰的である。何故なら、ここでは、「重複した保証 (Doppelte Sicherung)」が生じるからである、と述べる。⁽³⁶⁾

(二) しかし、以上の見解については、予見可能性を不要とするのは、責任原理に反するようと思われるし、⁽³⁷⁾ また、「重複した保証」が「どのような根拠に基づいて認められるのかはここでは明らかではない」⁽³⁸⁾ といった批判が可能であるだろう。そして、更に問題なのは、過失犯の本質を「義務に反すること」と捉えることである。確かに、通常、過失犯の行為規範は、注意義務を守ること、とされている。しかし、過失「結果」犯の行為規範違反は、義務に反することではないと思われる。というのも、ここではそもそも法益を侵害・危険にすることが禁じられているはず

であり、それと関係のない「義務に反することを禁じているのではない」はずだからである。⁽³⁹⁾確かに、注意義務を遵守することにより、結果を回避できる可能性は高まるかもしれない。しかし、それは「常に」ではない。そのため、過失「結果」犯の行為規範が、結果を回避するためのものである以上、規範内容は、「注意をせよ」ではないはずなのである。⁽⁴⁰⁾

以上のロクシン説は、ロクシン自身が否定することとな⁽⁴¹⁾ったため、それ以上は発展しなかった。しかし、従来の肯定説とは一線を画するものであり、非常に重要なものとい⁽⁴²⁾ってよいと思われる。そして、次にあげるのは、ロクシンと同様に、故意犯の正犯性と過失犯の正犯性は異なるとしたうえで、過失犯の共同正犯を論ずるオットーの見解である。

(三) オットーは、まず、過失犯の正犯性の基準として「自己答責性」に着目する。これは、「すべての個人は、原則として自らの行為について答責的なのであって、他人の行為についてはそうではない」というものである。⁽⁴²⁾この考えは、例えば、急いでいる乗客が、タクシーの運転手に制限速度を超えて走って欲しい旨要求したところ、それに

従ったタクシー運転手が事故を犯した場合、また、例えばスポーツカーに同乗した者が、運転している者の無鉄砲な運転に賛意を示したところ、運転手が事故を犯した場合⁽⁴³⁾を考えると明白である。このとき、乗客及び同乗者は、過失犯の責任を負うであろうか。そうではないだろう。というのも、ここで結果を惹起したのは、あくまでも運転をしている者であり、その者が過失正犯として処罰されるべきで、乗客及び同乗者は、過失による教唆・幫助に過ぎず、そのような者は処罰されない以上、不可罰であるはずだからである。ここで確認されているのは、刑法というものが、基本的に自分の為したことに責任を負うものである、ということである。そして、このような原則が、過失犯でも成り立つ。今述べたオットーの基本的な考えは、そのようなものである。そして、このような基準を確認した上で、オットーは、次のような議論を呈示する。

過失犯の共同正犯は、過失犯の正犯性を構成するような基準による、という。まず、過失作為犯における正犯性基準は、危険を基礎づけること(Begründung)又は高めること(Erhöhung)によって、法益侵害を現実化したことである。そして、「共同で危険を基礎づけること又は高め

ること」によって、法益侵害を現実化した場合、過失犯の共同正犯が成立する。なお、このとき関与者において、危険が実現することの予見可能性が必要である、とする。以上をまとめると、関与者らが、「意識的で分業的な他者との共働のなかで危険を基礎づけた又は高めた」場合に、その危険が予見可能なたちで結果に現実化されたとき、結果に対して共に答責的である。⁽⁴⁵⁾ 以上のように、オットーは、過失犯の共同正犯を構成するのである。そして、不作為犯においても同様の議論を展開する。

ところが、不作為領域においては、関与者間において、すでに存在する危険を防止したり、回避しないことの共同の(意思の)一致という共同正犯を基礎づけるような「事実的な要素」を放棄することが示唆される。そして、特定の危険の防止又は低下についての「共同的法的な答責性」というものを設定するとき、全く規範的な歩みがなされる、⁽⁴⁶⁾ というものである。では、そのような「全く規範的な」肯定説というものはどういふものなのであろうか。オットーは、次のような事例を呈示する。それは、劇場の支配人Dは、防火装置を水で満たすことの責任を負っていた。そして、消防士Fは、その劇場で火事が起こった場合、それに対応

するという任務を負っていた。ところが、その劇場で火災が発生したとき、Fは酔っ払っていたため、消火作業ができず、そのためXが死亡した。しかし、後で判明したことであるが、その日はその防火装置に水が満たされておらず、いずれにせよ消火はできなかった、⁽⁴⁷⁾ というものである。

この事例においては、各自の行為と結果との間の因果関係は肯定できないように思われる。というのも、自分が適切な行為をしたとしても、いずれにせよ(他者の不適切な行為によって)結果が発生したからである。そうすると、不可罰ということになる。しかし、オットーは、両者には明確な取り決めはない、つまり事実的な要素はないが、「共同の答責性 (Gemeinsame Verantwortung)」が存在するということから、過失犯の共同正犯として、両者を一体として把握することができ、結果について責任を負わせることが出来るとする。そして、このような共同正犯の構造は、故意犯においては対応するものがないようなものである、⁽⁴⁸⁾ と述べてるのである。

(四) しかし、右の例で過失犯の共同正犯を肯定するのは躊躇がある。⁽⁴⁹⁾ というのも、それを認めてしまうと、処罰範囲が広すぎるように思われるからである。ところで、

オットーは、(過失犯の) 正犯性基準として、自己答責性の他に、更に操縦可能性という概念を採用している。⁽⁵⁰⁾これは、いわば、自分で事象をコントロールできるか否かということに着目したものである。しかし、右の例で、他者の不注意な行為について、コントロールできるかといったらそれは非常に疑問である。また、(そのことと関わるが) 事前に予見可能性が肯定できるかという点も疑問である。そのため、ここでは、過失犯の共同正犯を肯定することはできないと思われる(その論拠については、六〔五〕も参照)。

では、過失犯の共同正犯というものは、どのように考えればよいのであろうか。

六 結論——私見の呈示——

ここでは、結論として、私見を呈示することとする。

(一) はじめに確認すべきなのは、「刑法においては、自己の有責な行為によって惹起された結果についてのみ各自がその責任を問われる」という原則(自己答責性)が成り立つということである。そのため、対等な個人間において、過失犯の共同正犯という構成を経ずに、各自の注意義

務違反という構成によって、同時犯として把握できるとする見解は支持し得ない。過失領域においても、対等な個人間において、他人の行為について責任を負うということが、単独正犯の行為規範であるはずはないからである。そうすると、対等な他者の行為について責任を負うには、あくまでも(日本でいう) 共犯規定により処罰を拡張することによりはじめて可能であることとなる。勿論、過失犯においても正犯と(狭義の) 共犯の区別をつけつつも、過失犯の共同正犯を否定するという立場は十分ありうる。つまり、複数の過失行為者が存し、因果関係が不明確であるならば不可罰である⁽⁵⁴⁾とするのである。しかし、それではあまりに法益保護としては不十分であり支持できない。つまり、①過失犯の正犯概念を広げるといふ、個人責任原理に反する事態を回避し、同時に、②過失領域で複数の対等な関係者がいる場合に常に不可罰となるという事態を回避するものとして、過失犯の共同正犯があるのである。そして、過失犯の共同正犯が、その成立要件を故意犯と異なるものとして呈示できるのであれば、否定説のいう批判は当たらない。以上より、過失犯にも正犯と(狭義の) 共犯とで区別をした上で、過失犯の共同正犯を肯定するという見解が支

持される。⁽⁵⁶⁾

ここで、肯定説に立つとしても、更に注意すべきことがある。それは、因果関係が不明確な場合にのみ、肯定するという議論⁽⁵⁷⁾の存在である。確かに、(今述べたとおり)肯定説の最大のメリットはそうであろう。しかし、それは、故意犯における共同正犯においては、通常なされない議論である。例えば、AとBが意思連絡の上で、Cに向けて銃を撃って死亡させたという場合を考えてみる。ここでは、因果関係が明確な場合とそうでない場合とで区別すべきであろうか。そうではないであろう。共に、等しい基準で両者は共同正犯になるはずである。そうである以上、過失犯の共同正犯においても、等しい基準であるはずなのである。⁽⁵⁸⁾つまり、因果の始点は、個別の行為ではなく、常に全体行為なのである。⁽⁵⁹⁾

(二)そして、次に、どのような成立要件であるのかが問題となる。このとき、まず、着目すべきなのは、共同正犯も共同の「正犯」であるということである。つまり、過失犯の共同正犯は、過失犯の正犯性原理に服するはずである⁽⁶⁰⁾ということを意味する。なお、過失犯の行為規範は、「注意義務」を守ることでなく、予見可能な結果を回避

することに⁽⁶¹⁾ある。そして、過失犯においては「正犯」のみが処罰され、かつ、自己答責性原理が妥当する。そうすると、過失犯の正犯性は、予見可能な結果を、自ら直接的にコントロールできる(直接的に結果を回避できる)者ということになる。関与者らに以上のような正犯性があることがまず必要なのである。⁽⁶²⁾このとき、以上のような「正犯性」の理解からは、関与者間において、常に対等なたちで結果をコントロールできることが要求されることになると思われる。そのため、関与者のうち、ある者の方が他の者より危険認識が高いしは監督的な立場にあるといった場合は、その者に結果の回避を委ねた方が刑法システムとしては合理的であり、結果を直接的にコントロールできるのは、あくまでもその者である以上、両者の(対等な私たちでの)正犯性は否定されることとなり、過失犯の共同正犯は成立しない。⁽⁶³⁾

そして、共同正犯は、単に「正犯」であるだけではなく、「共同の」正犯である。つまり、単独犯(同時犯)とは異なるということである。そして、「共同」であるということとは、関与者らがいわば「一体」として扱われることを意味するであろう。そうすると、成立要件は、そのような

「共同性」に合致するようなものが必要であるということになる。このとき、「共同性」が認められるということの意味は、当該構成要件の結果の発生（もしくは構成要件の結果の阻止）が、個別の個人ではなく、複数の個人の共同に依存している（abhängen）ということにある。⁽⁶⁴⁾では、どのような場合が依存しているといえるのかということが問題となるが、それは、関与者らがそのような依存関係を作り上げてしまった場合であるだろう。これは、オットーがプロトタイプな肯定説で述べていたとおり、「共同で危険を基礎づけること又は高めること」、⁽⁶⁵⁾ 私なりの言い方によれば、「共同で危険を設定すること」に求めることができると思われる。ここでは、共同して危険を設定することにより、結果が関与者らの共同関係に依存するという関係が認められる。だからこそ、法益侵害結果は、そのような共同関係によって回避することが要求されるのである。⁽⁶⁶⁾このことをまとめると、「共同で」危険を設定した関与者らは、——当該危険を自分達で作りに出したのであるから——「共同で」結果を回避することが要求される、⁽⁶⁷⁾ということになる。そのため、共同で危険を設定するという事実がなければ、過失犯の共同正犯は成立しないと考えられる。

(二) 過失領域において、右に述べたような、「正犯性」と「共同性」が認められるような場合が、過失犯の共同正犯である。では、行為者の主観面はどのように考えるべきであろうか。まず、ロクシンが述べるように、意思連絡それ自体が過失犯の共同正犯を基礎づけるものではないと思われる。そして、過失犯における意識的要素が、共同正犯を基礎づけるわけでもない。しかし、共同正犯は、他人の行為についても責任を負うものである以上、他者性を認識していない場合は含まれないはずである。少なくとも、心理的なコンタクトのない同時犯とは区別されるだけの、主観的な要素は必要である。そのため、関与者には、共同で危険を設定していることの認識が必要と思われる。また、過失犯の主観的要件が「具体的な予見可能性」である以上、ここでは、危険設定時における、《事後的に共同関係から発生する結果》の予見可能性が要求される。つまり、①共同で「危険」を設定していることの認識、及び、②そのことにより事後的に共同で「結果」を発生させることの予見可能性、という二つの要素が必要なのである。なお、すでに述べた正犯性の理解からは、関与者らの関与が対等であることが要求される。そのため、この予見可能性の程度は、

結果実現まで等しいかたちで存することが必要となる。

(四) なお、過失犯の共同正犯の主観的要素については、その認識が結果に向けられていないため、限定要素として弱いという問題点がある。そのため、他人をもちやコントロールできないような状況―これは、いわば「高度に分業化されている場合」といったものである―が客観的に認められる場合においては、もはや過失犯の共同正犯は成立しないものと考えられる。⁽⁶⁸⁾ 例えば、共同で危険を設定したといえるが、結果発生時においては、高度に分業化されていたという場合は、成立しないこととなる。⁽⁷⁰⁾

(五) 以上が、本稿の理解する過失犯の共同正犯である。以下、本文中で挙げられた説例について、本稿の理解を呈示することとする。まず、リストの「木材投下事例」である。ここでは、関与者らに、共同で木材を投下するということに共同の危険の設定が認められる。そして、この危険設定に対応する認識及び結果発生についての予見可能性が認められることを前提として、関与が対等であるならば、関与者らに過失犯の共同正犯が成立する。なお、この事例では、一つの木材を投下する場合と、別個に投下する場合とで区別されない。また、後者においては、結果の発生が

いずれの行為によるものかが明確な場合と不明確な場合とで区別されない。何故なら、因果の始点は、あくまでも「共同の」行為であるからである。そして、エクスマーの「自転車乗り事例」である。ここでは、確かに、二人でサイクリングをしていたといえるならば、共同の危険の設定が存在する。しかし、それぞれ各自の自転車を運転するということに、「木材投下事例」とは異なり）「高度な分業化」が認められる（場合が通常である）ため、過失犯の共同正犯は成立しないこととなる。また、オットーの挙げた「劇場管理人と消防士の事例」であるが、ここでは、そもそも共同して危険設定をしているという事実（及びそれに対応する認識）が認められない以上、過失犯の共同正犯は成立しないと考えられる。

(1) 山口厚『刑法総論』(二〇〇一年)二五二頁。

(2) この点は、共同正犯を定める、現行ドイツ刑法二五条二項及び一九七五年改正前の旧四七条も同じである。

(3) 大判明治四四年三月一六日刑録一七一三八〇、大判大正三年二月二四日刑録二〇一三六一八、朝鮮高等法院判大正一一年五月二二日評論一一一刑法一八六、大判大正一一年一〇月二三日新聞二〇五七一―二などである。但し、

大判昭和一〇年三月二五日刑集一四一三三九は、「被告人兩名の判示所為は刑法第二百十一条（及び）第六十条に該當する」とした原審の判断を、そのまま受け入れていた。

- (4) 最判昭和二八年一月三日刑集七一一三〇を端緒として、名古屋高判昭和二一年一月二二日裁特三一一一〇〇七、佐世保簡略式命令昭和三六年八月三日下刑集三七〇七、京都地判昭和四〇年五月二〇日下刑集七七一八八一六、名古屋高判昭和六一年九月三〇日判時一一五一八五五、名古屋高判昭和六一年九月三〇日判時一二四一三三七、東京地判平成四年一月二三日判時一四一九一三三三、札幌地小樽支部判平成二二年三月二一日判時一七二七一七二、東京地判平成二二年二月二七日判時一七七一六八等の下級審判例がある。但し、仙台高判昭和五二年二月二四日刑集三二一一一九は、「過失犯について理論上共同正犯の成立を認めない以上原審には：積明義務を怠った審理不尽の違法があるということではできない」として、過失犯の共同正犯否定説を採用した。
- (5) 肯定説を通説とするのに大きく寄与したのは、内田文昭『刑法における過失共働の理論』（一九七三年）である。
- (6) 学説については、Schönke-Schröder, *Stragegesetzbuch*, 26. Aufl., 2001, Vorbem §§ 25ff. Rn. 115f. (Peter Cramer/Günter Heine) を参照。判例としては、住居侵入窃盗を企てた被告人兩名が、灯り採りのためにマッチ

を擦った後にそのマッチを捨てたところ、火災が発生したが、どちらのマッチによるものか不明であった事案において、否定説の立場から失火罪について無罪を言渡した OLG Schleswig, NZSt 1982, 116.そして、ほぼ類似の事案で、兩名の「一致した意思」があるとして（共同正犯という構成を採用せずに）過失同時犯の成立を認めた BGH, OLG, NJW 1990, 3032. また、皮革スプレーを販売した有限会社の取締役らが、自社製品によって健康被害が続出しているにもかかわらず、その原因が不明であることを理由として、取締役会において不回収の決定をしたところ、さらに健康被害が続出したという事案で、不回収決定後の発牛結果については、取締役らを傷害罪の不作為の共同正犯を認めたのにもかかわらず、不回収決定前の発牛結果については、取締役らを過失傷害罪の不作為の同時犯を認めたに過ぎなかった BGHSt 37, 106.（いわゆる「皮革スプレー判決」）がある。なお、スイスの判例ではあるが、二人で、相互に石を投下したことにより、被害者を死亡させたが、いずれの行為により結果が発生したのか不明な事案で、（共同正犯という構成を採用せずに）過失同時犯の成立を認めた BGE 113 IV, 58. があ⁹⁶。

- (7) 勿論、日本における否定説も存在するが、それはドイツの否定説の議論とは異なるため、独立して取り上げな

い。なお、日本の否定説としては、井田良「共同正犯の構成要件」現代刑事法三六号(二〇〇二年)一一五—一一六頁が代表的である。

- (8) この対立枠組みは、牧野英一によるものである。同・『刑法研究第一巻』(一九一九年)一頁以下、同・『重訂日本刑法上巻』(第六三版・一九三八年)四〇八—四〇九頁。
- (9) 牧野・前掲書『重訂日本刑法上巻』四六〇頁。
- (10) 例えば、植田重正『共犯の基本問題』(一九五二年)一三三頁。
- (11) 更に、松宮孝明『刑法総論講義』(第三版・二〇〇四年)二五一頁も参照。
- (12) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)三六四頁。
- (13) 浅田和茂『共犯論覚書』『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』(一九七七年)二八二頁。
- (14) 阿部純二『過失の共犯』芝原邦爾編『刑法の基本判例』(一九八八年)七三頁。
- (15) 木村亀一『過失の共同正犯』平野龍一ほか編『判例演習(刑法総論)』(増補再版・一九七三年)一七八頁。
- (16) 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(二〇〇四年)三一—一九頁、同頁注一七三。
- (17) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S.537ff.; ders., Das Deutsche Straf-

recht, II, Aufl., 1969, S.99. ヴェルツェルは、過失犯の正犯概念は、ドグマティックの中心に存在する目的的正犯概念(=故意作為犯の正犯概念)とは、異なるものであり、日常的に必要とされている注意に反する非故意の行為は、(原則として)すべて過失犯の単独正犯である、としている。つまり、過失犯は、(広義の)共犯規定と一切リンクしないとされるのである。但し、Heiko H. Lesch, Täter-schaft und Gestaltungsherrschaft, GA 1994, S.121. Anm. 28は、ヴェルツェルの過失犯の正犯概念が、自殺行為への過失的関与においては、貫徹されていない旨示唆する。

- (18) 団藤重光「過失犯と人格責任論」『過失犯(1)』日冲憲郎博士還暦祝賀(一九六六年)七七頁。なお、団藤は、「客観的に違法な行為を目的におこなう」ということは、そもそも「故意犯の構造をもつ」のではないかと述べて目的的行為論者の過失犯の理解を批判する(同七四頁)。このような批判は、正当であるといえる。
- (19) 松宮・前掲書(注16)三一九頁。
- (20) 例えば、大谷實『新版・刑法講義総論』(二〇〇〇年)四三九頁以下。
- (21) 更に、塩見淳「過失犯の共同正犯」判例タイムズ八四六号(一九九四年)五三頁も参照。

recht Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Aufl., 1997, S.923f.

- (38) 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」法学政治学論究四八号(二〇〇一年)八六頁。
- (39) 木村静子「過失犯における行為の危険性」成蹊法学一七号(一九七八年)一〇五—一〇六頁。
- (40) 今現在、ロクミンの副作用を認めている。Roxin, a. a. O. (Anm. 37), S.923. 過失犯を注意義務違反とするは、過失作為犯が、必要な注意の懈怠という不作為犯となってしまう。そして、注意義務と「どうも」注意して作為する」とが命じられることになってしまうが、しかし、ここで命じられているのは、危険な行為の不作為である、と述べる。
- (41) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl., 1975, S.601f. なお、ロクミンの現在の考えについては、Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, S.97f. については、後述の述べるオットーのプロトタイプ肯定説(注45の本文該当箇所を参照。)に親近性を示している。
- (42) Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, S.298.
- (43) Vgl. Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S.431.
- (44) このことは、ドイツ刑法典上は明白であるし、日本では(条文上は明白ではないが)判例上は、否定されている。

富良野簡判昭和三四年七月一四日下刑集一七七一六三九。

- (45) 以上は、Otto, a. a. O., S.299. なお、同じくいう「危険」とは、過失犯が問題となっている以上、それ自身が「犯罪」である必要はないときえられぬ。
- (46) Otto, a. a. O., S.300.
- (47) Otto, a. a. O., S.300. なお、類似の事案については、Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in : Festschrift für Günter Spendel, 1992, S.283f. も参照。
- (48) Otto, a. a. O. (Anm. 42), S.300. このオットーの議論は大企業の組織的な過失犯罪をも視野に入れた議論である。
- (49) オットー説のその他の問題点を含めて Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.206, 290f. も参照。
- (50) Otto, a. a. O. (Anm. 42), S.631f.
- (51) 藤木英雄『新版・刑法演習講座』(一九七〇年)二二五頁。
- (52) 例えば、前田雅英『刑法総論講義』(第二版・一九九四年)四八八頁、木村光江「過失の共同正犯」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』(第五版・二〇〇三年)一五九頁。
- (53) このことを認める議論が、注17であげたヴェルツェルのような議論である。日本でこのような広い過失犯の正犯

性を採用する立場として、高橋則夫「過失犯の共同正犯が肯定された事例」『平成四年度重要判例解説』(一九九三年)一七二頁。

(54) 例えば、曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』(補訂版・一九九六年)三四頁。

(55) 但し、肯定説においても、以下述べるような立場が存在する。まず、日本では、肯定説に立ちつつも、過失の(狭義の)共犯を可罰的であるとする立場(内田文昭『改訂刑法I総論』(補正版・一九九七年)三〇九頁)がある。しかし、この見解に対しては、処罰範囲が過大に過ぎるという批判が妥当する。そして、肯定説に立ちつつも、統一的正犯概念を採用する立場(例えば、山中敬一『刑法総論I』(一九九九年)三四六頁、Schmidhäuser, a.a.O., S. 200)も存在する。しかし、この見解に対しては、そのような過失犯の広い正犯概念が個人責任原理に反するという批判が可能である。

(56) なお、付言すると、日本の通説は、誤想防衛において過失犯成立の可能性を認めている。そのため、そのような見解を採用する否定説は、例えば、誤想防衛を共同し、かつ、誤信したことに「共に」過失がある場合にどのように考えるのかという疑問が生じる余地がでてくる。何故なら、ここでは、法益侵害をする認識(「故意」)に基づいて共同

しているということが否定できないからである。大場茂馬『刑法総論下巻』(一九一七年)一〇一四頁参照。

(57) 例えば、西田典之「過失の共犯」法学教室一三七号(一九九二年)二〇頁参照。

(58) なお、山中敬一『刑法総論II』(一九九九年)八〇二—八〇三頁は、因果関係が明確な場合とそうでない場合において判断構造を異にしている。しかし、本文で述べたような理由により、妥当ではない。

(59) このことは、肯定説において共有されているものと思われる。例えば、Renzikowski, a.a.O., S.289.; Simone Kann, Die fahrlässige Mitäterschaft, 1999, S.208 は、個別の行為と結果との因果関係を不要とする。

(60) このように、直接正犯・間接正犯・共同正犯といった正犯類型を、統一した「正犯」基準から導出すべきであるという議論については、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』(二〇〇〇年)を参照。但し、橋本が、過失犯の正犯性を客観的注意義務違反行為による行為(「事実」)支配とする(同書一九五頁)ことには、疑問がある。

(61) 更に、鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造」学習院大学法学会雑誌三八巻一号(二〇〇二年)二一九頁も参照。

(62) 橋本・前掲書一九七頁は、関与者らの「寄与が直接に

犯罪事実の実現に結びついている」ことを過失犯の共同正犯における「正犯性」として必要とするが、本稿もそのような理解は、正当であると考える。

(63) 日本の判例も、監督者とその者の指示に従う者との間での、過失犯の共同正犯を認めていない。秋田地昭昭和四〇年三月二二日下刑集七二―一五三六。

(64) Vgl. Kamm, aa.O., S.202ff.

(65) Renzikowski, aa.O., S.288は、共同の「行為計画(Handlungsprojekt)」の下、全体行為が客観的に「法的に承認されていない危険の設定」として現れることを要求するが、このような理解もここに連ねてよいであろう。

(66) 「共同義務の共同侵害(違反)」説が、関与者らに「共同義務」が課される、とすることの論拠もそのようなものと考えられる。

(67) 山口厚「共犯論の課題」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(二〇〇三年)二五―一頁。

(68) 内田・前掲書(注5)二六四頁。

(69) そして、このことは、日本の判例も認めてきたように思われる。というのも、確かに故意の領域においては、判例は、共謀共同正犯に顕著なように、共同正犯の成立を極めて広範に認めている。しかし、過失犯の共同正犯の肯定判例(注4を参照)は、時間的にも場所的にも非常に近

接した場合でのみ、その成立を認めているのであり、それは結局、「高度な分業化」が認められないということであるように思われるからである。

(70) 従来から、肯定説は、「狩をする」場合に過失犯の共同正犯を否定することが多い(例えば、橋本・前掲書二〇〇頁)。また、チーム医療においても同様である(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)』(二〇〇一年)三五―三五三頁)が、本稿の理解からは、以上のような事例において否定される根拠は、関与者らに「高度な分業化」が認められる場合が事実上多い、ということに求められる。

二〇〇五年三月二四日受稿

二〇〇五年三月二九日レフェリーの審査
をへて掲載決定

(一橋大学大学院博士課程)