慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	共同正犯における「特殊な危険」と過失共同正犯論
Sub Title	Über die besondere Gefährlichkeit bei der fahrlässigen Mittäterschaft
Author	内海, 朋子(Utsumi, Tomoko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.9 (2010. 9) ,p.31- 55
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100928-0031

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

共同正犯における「特殊な危険」と過失共同正犯論

内海朋子

序
第一章　共同正犯概念の起源――共同正犯概念の二つのルーツ
第二章　ドイツにおける、共謀を中核とした共同正犯論の興隆
第三章　共同正犯に法益侵害に対する特殊な危険を見出す諸見解
結　語

序

団藤重光はかつて、「過失犯の本質は無意識的な部分にあるので過失犯には共同正犯はありえない」と過失共同正犯肯定説を批判した。(1) また前田雅英は、共同正犯においては意思連絡によって個別に行為した場合以上に法益侵害結果発生の危険性を高めていなければならないが、過失犯の場合には何らかの心理的因果性が及ぼされる場合であっても過失単独正犯として処罰することが可能である、とする。(2) これらの過失共同正犯肯定説に対する批判の背景には、共同正犯において一部実行全部責任を問いうる根拠は、複数人が「意識的・意欲的共同」を通

じて互いに相手側の行為を利用しあって犯罪を遂行し、法益侵害結果発生の可能性を高める点にあるから、意思連絡を通じての危険性の増大が想定できない過失犯については、共同正犯は否定されなければならない、という判断があると考えられる。しかしながら、少なくとも、意思を通じて行為する者に対し、法益侵害結果発生の可能性を共同して減少させるべき注意義務を想定することは可能である。共同注意義務違反説においては、危険性を共同して減少させるべき共同注意義務が課されている。意思連絡を通じて互いに相手側の行為を利用しあうことにより、一人で結果回避にあたるよりもいっそう確実な結果回避が可能であるのに、それを共同して懈怠する、という状況を想定することは可能であろう。あるいはまた、――本稿はそのような立場を採らないものの――意思連絡を通じて互いに相手側の行為を利用しあって犯罪を遂行し、結果発生の確率を高めるという共同正犯の理解そのものを否定することも可能である。

このように、過失共同正犯肯定説を採用するにしても、果たしてどのような内容の見解を支持すべきかについては、共同正犯概念をどう理解するかに影響される。そこで、本稿では、共同正犯の本質をドイツにおける「特殊な危険」概念に関する議論を検討し、その理解から過失共同正犯論に関してどのような帰結が導かれるかを考察する。

第一章　共同正犯概念の起源――共同正犯概念の二つのルーツ

第一節　クラーツの分析

現在ドイツにおいては、共同実行意思[3]を要求する見解が通説的である。過失共同正犯を論じるにあたっても、故意共同正犯の理論構造を解明したうえで、それを過失犯にも応用しようとする見解が、現在では少なからず存

在する。もっとも、学説史を振り返ると、一九世紀後半から二〇世紀初頭、ドイツでは共同正犯の主観的要件をめぐり、実に多様な見解が存在していたことが判明する。ツィンマールは、因果的共働こそが共同正犯の本質であり、共同正犯独自の主観的要件を一切不要とし、[4] 共同目的の下、他者と共に結果発生を目指して行為するとき共同正犯が成立することはもちろん、過失犯同士、あるいは故意犯と過失犯の間でも、共同正犯の成立を認める。他方、オルトマンは、共同正犯成立には他の関与者の行為が存在することを認識するだけでは不十分であり、その行為が違法であることを認識していなければならない、とし、故意犯においては他者の法益侵害の意図を、過失犯においては他者が過失行為を行っていることを認識していなければならない、とした。[5]

このように過失共同正犯肯定説内部においても、その成立に必要な主観的要件をめぐって議論が錯綜していた背景としては、そもそも共同正犯概念の本質的要素として、意思連絡を必要とする説と、不要とする説の、二つのルーツが存在していた点が考えられる。この点に関する近時の研究である、クラーツの分析は、過失共同正犯を考えるうえでも非常に示唆に富むので、以下でその要旨を紹介したい。

ローマ法における、殺人罪を中心とした、共謀要件を必要とする規定と、複数人の殴打行為が同時的に行われた場合における規定とが、共同正犯概念の二つのルーツを形成している。後者の、同時的な共働において客観的な結果の共同惹起があれば足りるとし、共同実行意思を必要としない規定は、複数人の同時的な物理的活動を示す、共同惹起（Mitturheberschaft）として引き継がれた。一方、前者のように共謀概念を中核に共犯（広義）を理解するならば、行為以前に行われた共同行為計画への関与が処罰の重要な要素となり、犯行への客観的寄与については、犯罪実行現場での立ち会いや、行為終了後の助力など、今日では共同実行とは評価されえないようなもので足りる、とされた。このように、主観面を重視する共謀概念においては、犯罪に先立つ行為計画を想定しにくい過失犯では共同正犯はありえないこととなる。[6]

この共謀中心の共犯理解においては共謀後の犯罪実行に対する各人の関与の在り方は様々なものが考えられるにもかかわらず、犯罪実行への関与の度合いによる処罰の区分がされなかったため、正犯と幇助犯の区別が困難になる。そこで、共犯における客観的要素が重視されるようになり、その動きは立法にも反映されて、共謀概念に代わり、合意がなされたうえで、その合意で取り決められた行為が実際に実行された場合を意味する共同正犯概念が生み出された、という。クラーツの分析によると、この傾向が顕著に現れているのが一八七〇年の北ドイツ連邦刑法典である。北ドイツ連邦刑法典の一八二七年草案、一八三三年草案、一八三六年草案、一八四三年草案においてはいずれも共謀の規定があったが、一八四七年以降の草案においては削除され、四七条において「数人が、罪となるべき行為を共同して実行したならば、各人は正犯（Täter）として処罰される」と規定されることになり、共謀は最終的に反逆罪でのみ処罰されることとなった。(7)

以上のような、クラーツの歴史的経緯の分析は、共同実行を要求する共同正犯概念を中心とした立法形式によって、過失共同正犯・過失犯と故意犯における共同正犯成立の立法上の素地が成立した、と指摘する点が非常に興味深い。クラーツによれば、このような背景の下、合意という主観的要件を必要としないブーリ、ウッチヒらの共同正犯論が形成された、という。(8) しかし、その後、ドイツにおいては共謀の系譜に関する共犯理解が支配的になったため、少なくともロクシンが、その著書 Täterschaft und Tatherrschaft 第二版において、意思の通謀を必要としない過失共同正犯肯定説を主張する以前は、共同正犯には意思連絡が必要との大前提の下、過失共同正犯も論じられたと考えられる。一方、日本では同時的共働を基礎とする行為共同説の立場が存続したため、過失共同正犯の成立はドイツに比べ、認められやすかったといえる。

第二節　移行期における共謀概念

1　フォイエルバッハの相互的教唆説

ドイツにおいては、一九世紀、発起者概念を中核とした同時的共働を共犯現象の本質と考える共犯理論と、共謀を中心とする共犯理論とが併存する状況にあった。しかしながら、一八七一年刑法典においては、発起者概念は放棄され、新たに共同正犯概念が導入された。[9] 一方、共謀の規定も後述する通り次第に消滅していくが、共同正犯の成立要件として共同実行意思を要求するという形で、共謀を中核とした共犯理解はドイツの実務・学説において今なお強い影響力を有していると推測される。[10]

クラーツは、共同正犯概念の登場は、過失共同正犯論にとっても重要であることを指摘している。共謀概念中心の共犯理論では過失共同正犯を観念しづらいが、共謀概念にみられる合意の要素をその本質とみる流れと共同惹起を本質とみる流れが統合されれば、過失共同正犯を観念することも可能になるからである。そして、その主観面・客観面統合の契機となったのは、クラーツによれば、フォイエルバッハの共犯論だとされる。

フォイエルバッハは発起者のうち、犯罪結果の原因を直接的に設定した者が物理的発起者（直接的発起者）であり、他人の犯罪を意図的に作出しようとして当該犯罪の原因性を獲得した者は、間接的発起者であるとした。[11] 後者には、他人を犯行へと教唆した精神的発起者と、すでに犯行の決意を固めている他人について、犯行遂行への障害を除去しない精神的発起者とがある。

さらにフォイエルバッハは、複数人の犯罪実行共働の一形態であって必ずしも意思連絡を必要としない共同惹起のうち、精神的発起者が関与する共働の形態として、犯行へと教唆された物理的発起者とこの者を教唆した精神的発起者とが共働する場合と、それぞれの関与者がお互いに教唆者かつ被教唆者となる、つまり互いに教唆しあった場合であって、共同体としての社会的実体を形成する場合とがある、という。フォイエルバッハは後者を共謀と名づけており、数人が相互に助けあって一緒に犯罪を実行すること（すなわち物理的惹起）を約する、相

互的教唆であると考える。ここでは、各関与者は他者に対して教唆すると同時に他者から教唆されればそれに基づいて犯罪実行を行うことが予定されている。

このように、フォイエルバッハは、知的発起者を、他の発起者と同列に扱い、共謀を共同惹起の一形態と位置づけることによって、共同惹起概念の中に共謀概念を組み込んだのである。

2　相互的教唆説に対する批判と全体意思論

フォイエルバッハの、相互的教唆という形で共謀を共同惹起（Mitturheberschaft）の一形態に組み込む試みは、クラーツが指摘している通り、共謀概念に関する学説史の中で、大きな意義を有していた。共謀概念の根拠づけという観点からその学説史を読み解くヴェアシュテットも、一九三三年にゲッティンゲン大学に提出した博士論文[12]でフォイエルバッハが一九世紀初頭に共謀を発起者概念の中に組み込む試みを行っていた点を以下のように指摘している。

一八〇一年の教科書第一版[13]や、一八〇四年のクラインシュロート草案批判[14]において、フォイエルバッハは共謀という概念を発起者概念の中に登場させた。これは、それまでの彼の発起者理論とは全く異なる構想であった。特にクラインシュロート草案批判[15]では、フォイエルバッハは共謀の本質は、複数人が自ら犯罪を行おうと決意し、相互に幇助し合い、同一の犯罪を共同して行うことについて合意する点にある、としている。教科書では、版を重ねるにつれ、共犯関係の記述が発起者概念と共謀概念の間で行われるようになり、共謀と、共謀以外の共同惹起との関係をフォイエルバッハがどのように捉えているかが明らかになってきた。フォイエルバッハは、各人が、他の関与者が合意に基づいて自分の行為を幇助するという期待に基づいて犯罪を決意する、という実体の中に、相互的教唆の本質を見出すことができる、と考えたのである。

3　近時の学説における相互的教唆説の影響

共謀を相互的教唆として捉えるフォイエルバッハの発想は、共同正犯を相互的教唆として理解する見解として、今日の日独においても見出しうる。とくに日本では、共同正犯をその一部において相互的教唆と捉える嶋矢の見解が、特筆に価いするであろう。[16] ローマ法における同時的共働の系譜を引き継いでいる共同惹起概念を中心として共犯現象を考え、したがって共同正犯成立には意思連絡を必ずしも必要とはしないが、しかし意思連絡がある場合もその中に包含されるという構図、共謀の本質を相互的教唆と捉える点、発起者の行為の可罰性を原因性の多寡によって段階的に考える点に、[17] 両者の共通点が見出される。

もっとも、フォイエルバッハの相互的教唆説は、犯罪実行の合意により、他者に対して半ば強制的な力が働くと考えており、この点に嶋矢説との顕著な相違がある。このような発想はむしろ今日のドイツにおける相互的教唆説、例えばプッペが、不法な行為の遂行についての了解が、その行為の遂行を（共同正犯のときは相互的に、教唆犯の場合は教唆者が被教唆者に対して）義務づけるとして、[18] 共同正犯の相互的行為帰属の実質は、実行行為への相互的な教唆に求められる、とする点に受け継がれている。

第二章　ドイツにおける、共謀を中核とした共同正犯論の興隆

第一節　全体意思論

1　スチューベルの相互的教唆説批判

フォイエルバッハの相互的教唆説を紹介したうえで、ヴェアシュテットはさらに、お互いに助勢しあうことに

よって相互的に教唆をしあっているという共謀理解に対するスチューベルの反論を紹介している。[19] スチューベルは、お互いが助勢しあうことにより、相手側が犯罪へと教唆される、という理解に対して、相互的な幇助を必要としないまま、共同実行を決定することもあり、関与者が他の者の幇助を期待していないときもあり、期待しているとしても、犯罪実行の意思をすでに固めていて、心理的幇助に該当する程度の寄与しか行っていないときもある、として、このような共謀理解は正しくないと考えたのである。

スチューベルの相互的教唆説批判は、その後多くの論者の支持を得、新たな共謀理論の基礎づけが模索された。その代表的なものとして注目を浴びたのが、全体意思を想定する立場である。ヴェアシュテットは、相互的教唆説に相対する立場として、全体意思（Gesamtwille）を要求するツィーグラーの見解を挙げている。[20] ツィーグラーは、各関与者は全体意思に結びついていなければならず、そして各人は他の関与者の行為を自己のものとしてみなしている、と考えていた。ツィーグラーによれば、共謀によって犯罪を遂行する場合、全体意思と、相互的な関与があれば、各人の寄与がどのようなものであったのかはもはや問題とならない。共謀における犯罪結果を志向する各人の意思を、全体意思として構成し直すことにより、各人は、自己の行為を自分のために行うと同時に他人のために行うのであり、共謀者は他の関与者の関与を期待することによって、この共同決意を確固たるものとしていくのである。これは、共同正犯に特有の特殊な危険を、意思連絡による各人の犯意の強化に求める見解といえる。以下に全体意思論に関するヴェアシュテットの分析の要約を掲げる。

相互的教唆説に対し一定の理解を示しつつも、スチューベルの批判を受け入れる者は多く、その例として、ケストリンとベルナーの見解が挙げられる。[21] ケストリンは、共謀を、教唆ではあるが、各関与者は犯罪を行う決意をしており、不完全な教唆である、と説明し、[22] ベルナーも、共謀の成立を三段階に分けつつ、第一段階は個々人の行為から共同が生まれる段階であり、第二段階は相互的教唆によって、統一的な全体意思が生じる段階、第三段階はさらに行為の全体主

体が想定される段階[23]である、とする。このようなベルナーの理論構成は、共謀における刑事責任を、相互的教唆から直接的に導き出すのではなく、相互的教唆を通じて全体意思を形成させ、そこから間接的に導き出す構造を採っている。実行を各人が共同決定することにより、共謀意思が生じ、これによって直接的な行為を行わなかった共謀者にも、全体結果に対する刑事責任が生じるのである。そして、後にケストリンもベルナーの影響を受け、全体意思の発想を取り入れ、全体意思へと統合された個人の意思が、全体意思の意図を形成し、これに対し全体結果が帰責される、と考えた。[24]

もっとも、ヴェアシュテット自身は、相互的教唆説を否定するとしても、全体意思論を即座に支持すべきということにはならないとしている。もし全体意思論が正しいとすれば、法人も、その代表者の可罰行為に対して刑事責任を負わなければならないはずであるが、全体意思と全体結果はいずれも危険な擬制であるからというのがその理由である。[25]

2　全体意思論における共謀

相互的教唆説の欠点を克服すべく登場した全体意思論には、個人の意思を超えた実体が全体意思に備わっていることの説明が必要であろう。この要求をみたすべく、共謀によって行われる行為には、単独正犯にはみられない特殊な危険が存する、という説明がしばしばなされるようになった。一例として、シラッハが一八一七年に公表した論文を挙げうる。[26] シラッハは、全体意思論に依拠しつつ、共働を約することによって各人は違法な行為を行うことについての動機を強められ大胆になり、自分の犯行への決意を翻していたかもしれない者も他の者が支援してくれると期待することによって、犯意を強める、としている。そして、団結して犯罪が行われることにより、激しさや暴力、残虐さなどがよりいっそう加わり、一人ではなしえないようなことも共同すればなしうる、とする。このような特殊な危険の存在を想定することによって、共謀は単に関与者がそれぞれ他の関与者の寄与

を期待することによる相互的な心理的幇助や相互的教唆以上のものであることの説明が可能になる。すなわち、二人以上の者が団結することによって生じる特殊な危険を類型化したものが共謀である、ということになる。

共謀がこのような特殊な危険を有していることを前提として、さらに犯罪実行の現場に居合わせてさえすれば、殺人犯を勇気づけ、被害者を畏怖させることが可能であるから、知的共同惹起者としての責任を負うに十分である、との主張が根拠づけられることにもなった。そして、共謀を、特殊な危険を有する特殊な犯罪形態であるとして、その実体から、共謀においていかなる刑事的帰責を行うべきかについての結論を導き出そうとする傾向は、一九世紀の共謀理解に広くみられるところであった、とされている。[27]

もっとも、共謀は、一九世紀の地方特別法において、個別の犯罪類型としては規定されたものの、[28] 総則規定からは消滅していった。そして、共謀規定に代わって、正犯と同じ法定刑を定めた共同正犯規定が新たに導入された。したがって、共謀に基づく行為が行われても、刑罰が加重されることにはならなかった。[29] そこで、共同して行われる行為に内在する、特殊な危険は、個別の犯罪類型によって捕捉されるにすぎず、共同正犯における相互的帰責を基礎づけるものではない、との解釈が生まれることとなった。[30]

しかしながら、刑罰加重事由としての共謀の規定そのものは縮減されていき、新たに単独正犯と同じ法定刑で処罰される共同正犯の規定が導入されるという立法状況の変化にもかかわらず、共謀の中に、単独正犯には存在しない特殊な法益侵害の危険を見出すという発想は、今日のドイツ学界における共同正犯論に生き続けている、と考えられる。相互的教唆説に対峙する形で登場した全体意思論は、現在のドイツの共同正犯論に強い影響を及ぼしていると考えられ、共謀による特殊な危険の発生という思考は、機能的行為支配説と全体行為計画論を関連づけて共同正犯を理解する立場にも散見されるのである。[31]

共謀に特殊な危険を見出すことができるか、そしてその危険が共同正犯論にどう反映されているか（あるいは

反映されていないか）を知ることは、過失共同正犯論にとっても重要である。本稿の冒頭で述べた通り、共同正犯には単独正犯にはみられない、特殊な危険の増加があるという理解を前提としつつ、特殊な危険が過失犯には存在しないとして過失共同正犯を否定する見解に対しては、そもそも共同正犯概念を構築するにあたり特殊な危険を考慮しないか、あるいは過失犯の分野においてもそのような特殊な危険を観念しつつ共同正犯は成立する、とするか、二通りの反論が存在しうるからである。

こうしたことから、共謀に内在する「特殊な危険」がどのような内容をもつものであるかという点は、非常に興味深い。そこで以下では、相互的教唆説に対峙する形で登場した全体意思論が今日のドイツ学説にどのように受け継がれたかを考察し、共同正犯独自の特殊な危険をどのような形で観念できるかを検討する。

第三章　共同正犯に法益侵害に対する特殊な危険を見出す諸見解

第一節　ドイツ判例の立場

ライヒ裁判所は、意思連絡がなければ共同正犯に特有の特殊な危険が認められない、としており、ドイツ判例は現在もこの立場を引き継いでいる、とされる[32]。この特殊な危険は、一八八三年一月一一日ライヒ裁判所判決[33]によれば、客観的な行為の共働の側面においてではなく、他方が手助けをしてくれることを期待して、お互いに助けあう意思で行為していた、という主観的な側面に求められる。このような、主観的な側面における特殊な危険は、ツィーグラーの全体意思論の分析にみられた、共謀者は他の関与者の関与を期待することによって、この共同決意を確固たるものとする、という内容と同質のものと考えられる。このように、主観説を採るとされるドイツ判例の立場[34]においては、共同正犯の特殊な危険は、意思連絡を通じての相互的な決意の強化に求められること

になる。

第二節　機能的行為支配説

近時の通説である機能的行為支配説においても、共同正犯における特殊な危険はしばしば重視される。まず、機能的行為支配説において意思連絡がどのような役割を果たすかについて、ライプツィガー・コンメンタールにおけるシューネマンの説明を参照しよう。

シューネマンは、意思連絡は機能的行為支配説においても重要な意義を有している[35]、と考える。機能的行為支配説は共同正犯を認める要件として関与者の重要な寄与を要求するが、これは各関与者間において意思連絡を通じての全体行為計画の中での当該関与者の役割の重要性により決定されるためである。そして、さらにシューネマンは、一八八三年一月一一日ライヒ裁判所判決を引用しつつ、意思連絡なく二人の営林署員が一人の密猟者に対して発砲したとしても、このような行為は、特殊な危険を基礎づけることはない、とする。行為者が、同種の犯罪行為を行うにあたって、有利な状況を利用しようと考えたとしても、それだけでは共同正犯を基礎づけることはできず、共同正犯を構成する犯罪計画は、それぞれの行為寄与の間に連関性がなくてはならない、というのである[36]。

このように、シューネマンは、意思連絡によって全体行為計画が形成され特殊な危険が基礎づけられる、と考える。ロクシンも、機能的行為支配を認めるにあたって、正犯性の判断において、分業により客観的・物理的に各人がなしうる以上の危険性の増加が肯定され結果発生の可能性が高まっているかに着眼し、さらにクナウワーは、そのような危険増加があったどうかに加え、行為者間の心理的な連帯感により、犯罪遂行の決意が促進されたかどうかに注目している[37]。このように、機能的行為支配性の判断にあたって、意思連絡を通じての犯罪遂行の

物理的可能性増大と相互的な犯意の強化という二種類の特殊な危険の存在が考慮されていることが窺われる。

第三節　機能的行為支配説・全体行為計画論を基礎とする過失共同正犯肯定説

1　デンカーの見解

機能的行為支配説、そしてその帰責原理として全体行為計画論を採用し[38]、ドイツ刑法二五条二項によって創設される、全体行為を基軸とした帰責原理を過失犯にも適用しうるかについて、これを肯定する見解は、ドイツにおいて多くみられる。例えば、全体行為計画論の代表的な主張者、デンカーは、通説は共同実行意思と故意とを同一視し、過失共同正犯を否定するが、故意犯における「知っている」というメルクマールを、「知るべきである」というメルクマールに置き換え、構成要件的事象についての共同実行意思ではなく、非構成要件的事象についての共同実行意思を要求して過失共同正犯を肯定することはできる、と考える[39]。

デンカーは、皮革用スプレー事件のように、身体に危険を及ぼす欠陥商品の販売を行う決定が企業内で会議が行われ、例えば全員一致の計八票の賛成票で決定された場合、賛成票を一票投じることは、結果に対して原因的ではない、とする[40]。会議体において多数決が採用されているかぎり、仮に反対票を投じたとしても、賛成七票反対一票でいずれにせよ販売決定が下されたであろうといえるからである。このような場合、個人責任を徹底して全員を不可罰とする結論が妥当でないとすれば、複数の人間によって行われる危険な行為を（過失傷害罪の）全体行為として想定せざるをえない。

このような必要性は、共同で業務にあたる場合のほか、手術等の場合にも生じるとデンカーは述べる。一例として挙げられているのは、外科医・麻酔医・内科医が相談して、客観的には過誤のある治療計画を立て、実行に移したという事案である。この事案では各人は自己の担当する医療行為の処置については落ち度なく実行し、手

術の実行計画における瑕疵は、内科医と麻酔医のみに予見可能であったことが前提とされている。この場合、①誤った治療方針を立てたことが全体行為計画であり、その実行により（過失による）被害者の死亡という全体構成要件該当事情がもたらされている。②三人の医師の行為はそれぞれ全体構成要件該当事情の実現に対して必要な部分的行為を構成している。しかしながら、③過失認定は個人の能力を考慮しつつ行われなければならないため、内科医と麻酔医にのみ注意義務違反を認めうる。したがって、このケースでは、外科医と麻酔医に過失共同正犯を認めうる、という結論になろう。

2　カムの見解

共同正犯の本質とその帰属原理について、機能的行為支配説と全体行為計画論に依拠しつつ、過失共同正犯肯定説を支持する見解としては、カムの名が挙げられる。[41]

カムは、共同正犯者とは、同等の立場で共同実行意思と共同実行を共に担う者であり、この両方の要素が存在したとき、全体結果が各共働者に完全に帰責されうる、と理解する。たしかに、共同行為計画の下で、各人が、完全に構成要件に該当する行為を行った場合でも共同正犯は成立する。しかし、その実質的意義はむしろ個々人が構成要件実現の一部にしか寄与していなかったが、共同実行ゆえに他人の行為寄与が帰責される場合に認められ、機能的役割分担と行為実行における相互的依存が共同正犯の特色とされる。[42] しかも共同正犯においては、各人の行為寄与により生じた結果は直接的相互的に帰責されるのであって、共同行為全体をあたかも一人で完全に行ったかのように各行為者に帰責されるのである。

カムによれば、共同実行意思は個々人の行為を全体行為計画として結合させる役割をもつものであり、共同して帰責される結果の範囲を限定すると共に、同時に相互的帰責を基礎づける根拠である。[43] 共同実行には、単独実

行の場合に比して、行為の実行が共働によってはじめて可能になった、あるいは容易になった、少なくとも失敗の危険が減少した、というメリットがあるが、このようなメリットは各共同者間での事前の同意による分業が存してはじめて享受しうるものであるからである。[44] その際、他人の行為により創出された事情を認識しており、この他人の行為を自己の行為の目的遂行に利用した、というだけでは共同正犯を認めるには不十分なのである。すべての共働者が犯罪行為の中でどのような役割を担っているかを知っており、自己の行為と他者の行為が結合することについて明確な意識を有しているときのみ共同正犯は成立するのであり、共同実行意思は、個々独立して存在している個々の行為に「全体行為」としての統一的意味をもたせるものである。また、共同実行意思によって形成される共同行為計画の範囲内にある場合のみ、共同正犯が成立するのであり、共同行為計画によって画定される範囲を超えた行為は、他の共同正犯者へ帰責されることはない。[45] また、共同実行意思には、共同正犯を基礎づけ、かつ限界づけるという機能のほか、構成要件実現に部分的に関与したにとどまる者を正犯者として扱うという重要な役割がある。また、共同実行については、行為寄与の本質は、分業的行為実行の場面で重要な役割を果たしていることであり、重要な役割を果たしたかどうかは事後的にではなく事前的に考慮すべきであるとして、機能的行為支配説の立場に立つ。カムは、行為支配を有する者は事象経過を操縦する中心的人物でなければならないから、予備段階での寄与は共同正犯を基礎づけるにはいたらないとし、さらに、実行行為段階での共働者の寄与すべてが共同正犯となるわけではなく、事前的に考察して重要な役割を果たしている者のみを共同正犯として評価すれば足りる、とする。そして、各人の行為寄与と結果との因果性が否定されるにもかかわらず、他人の行為を自己の行為として帰責し、他人により惹起された結果も自己によって惹起されたと考えることによって結果帰責を肯定することにこそ、ドイツ刑法二五条二項の意義があるのだから、共同正犯の成立要件として各人の行為と結果との因果性を要求することはナンセンスであるとし、因果性を不要とする見解に立つ。[46][47]

さて、カムのように法益侵害結果発生の確立増大あるいは失敗の危険の減少という分業のメリットに共同正犯における相互的行為帰責の根拠を求めるならば、過失犯のように法益侵害結果に向けてではなく、非構成要件的結果を達成しようという合意しか存しえない場合どうするのか、という日本における過失共同正犯肯定説批判にみられたのと全く同様の問題に直面する。[48] しかしながら、カムが提示したのは日本の犯罪共同説からの肯定説とはやや異なった解決策であった。過失的に行為する複数の人間の共同決定が、故意の共同正犯に対応するような場合はありうるか、という問題提起に対して、カムは、過失犯においては共同実行意思によって法益侵害の危険が増大するという事態は生じない、とし、さらに過失犯には通説によれば統一的正犯概念が妥当するとされ、狭義の共犯という、正犯としての処罰領域と不可罰的な領域との間の中間的な処罰領域が存在しないことから、故意犯とは異なる考慮が必要である、と指摘する。したがって、故意犯におけるのと全く同様に過失共同正犯を規定することはできず、ただ故意共同正犯と類似の状況がある場合にのみ過失共同正犯を想定しうると考える。それは、共働による（客観面においての）特別な危険が間違いなく存在する場合、すなわち構成要件的結果があり、構成要件的結果が各関与者全員の行為の共働があってはじめて実現される場合（不作為犯においては、すべての関与者が義務を遵守してはじめて、結果を回避しえたであろう、という場合）、換言するならば、結果実現ないし結果回避が複数人の行為態様に依存している場合に認められる、とされる。[49] カムはこの要件を「必要的共働」と名付ける。[50]

このようにカムにおいては、共同実行意思は過失共同正犯の要件としては要求されないが、主観的要件が全く不要であるわけではなく、「共同して行為する（あるいは、しない）」という認識、具体的には（ア）行為の共働性の認識、（イ）法益侵害結果が当該行為共働によってはじめて実現されうること、すなわち各行為寄与の相互依存性を基礎づける状況の認識、が必要、とされる。[51]

3 検討

デンカーは、過失犯においても共同実行意思を想定しうるとして、故意を念頭にしている共同正犯の帰責原理を過失犯にも適用できるとする。もっとも、具体的な事案解決において、デンカーは全体行為計画に関与・実行した者をそのまま過失共同正犯として処罰する、という方法を採らない。すなわち、全体行為計画における部分行為を行った者に対し、あらためて過失の存否を検討するという形で共同正犯の成立範囲を限定しており、全体行為計画に対する関与がそのまま過失共同正犯を構成するという構造を有していない。そうだとすると、全体行為計画によって共同正犯の成立を基礎づけ、また限定するという故意犯における基本的視座は失われることになり、故意共同正犯の理論をそのまま過失犯に転用するという態度は必ずしも貫かれているとはいえない、と考えられる。

一方カムは、故意の共同正犯理論の過失犯への転用を許さず、「必要的共働」という過失犯独自の基準を提示する。この必要的共働の基準は、故意犯における意思連絡に代わる過失共同正犯限定のための要件である。例えば、二人が自動車でタイムを競うなどして、うち一人がその無謀な運転により通行人を怪我させた場合には、競争行為は一人では行われえないのであるから、問題なく他の一人との間に必要的共働を肯定することができる。しかし、参加者が二人以上の場合は、一人が参加しなくても競争は行われえたのであるから、各人の寄与はそれぞれ結果発生に対して必要的であるとはいえない。そこで、カムは、必要的共働の有無は、各人の行為が結果に対してコンディティオ公式の意味におけるほど強い必要性が要求されるわけでなく、統一体としてみなされるかどうかも考慮して決定すべき、とし、「必要的共働」の範囲を拡大するのであるが、[52] そうであるなら「必要的共働」要件による相互的行為帰責の限界づけがどこまで有効かは疑わしいということになろう。結局カム自身も、

結果発生あるいは結果回避に必要最低限の数の人間がいる場合にのみ共同正犯を認めるのは不当であるとして、「必要的共働」の範囲を広く捉えるのである。[53]

しかしながら私はこの点、デンカー同様全体行為計画を想定しつつ、各関与者のうち重大な決定権限を有している者のみに共同正犯性を認めるという形で限定をするのが妥当と考える。すなわち、数人が意思を通じて共同して一つの作業を行っており、それゆえ法益結果発生の危険性が増大しえたという事態があれば、その中で事象の経過に重大な決定権限を有した者に共同注意義務違反を認めるという形で過失共同正犯を認めるのが適切であると考える。[54]

結　語

ドイツにおける機能的行為支配説や全体行為計画論では、その基本構造において共謀の有する特殊な危険を考慮している。そして、機能的行為支配説と全体行為計画論の枠組みを支持しつつ、過失共同正犯を肯定する見解は少なくない。共同正犯における特殊な危険を過失共同正犯において考慮するという思考は今のところドイツでは明白な支持を得られてはいないけれども、過失犯においても、共同正犯における特殊な危険を考慮することは可能であるように思われる。

日本の学説状況に目を向けると、共同正犯概念の本質を、意思連絡と共働のいずれに求めるかの対立は、日本の犯罪共同説・行為共同説の対立図式にも影響を及ぼしていると考えられる。すなわち、意思連絡を共同正犯の成立要件としない行為共同説は、ローマ法の「同時的共働」の系統を受け継いでいると考えられ、共同意思主体説や犯罪共同説は、共謀を本質的要素とするルーツとする系譜に属している、と考えられる。このように考える

場合、共同意思主体説や犯罪共同説、あるいはドイツの影響を受けて共同意思主体説によりつつ全体行為計画論を支持する見解によれば、意思連絡を基礎とした特殊な危険を想定する余地は十分にある。ところが、犯罪共同説の立場から意思連絡の有する特殊な危険に関して言及されることは、ほとんどない。これに対して、共同意思主体説によれば、そもそも共犯規定の存在を必要とする理由として、二人以上の者が共同目的に向って合一することによって、個人心理を離れた特殊の団体心理が生じ、個人意思では企図することができないようなことをも敢えて行える点が挙げられている。[55] これは、全体意思論に依拠して共同正犯に特有の危険を全体意思の強化に求めたシラッハと同様の発想に立っている、といえる。したがって、少なくとも、共同意思主体説によったとしても、共謀に内在する特殊な危険を想定することは可能なはずなのである。

現在のドイツにおける全体行為計画論においても、シラッハの全体意思論における程明確ではないが、物理的・心理的な法益侵害への危険性の増大を考慮している。日本において高橋則夫が、共同意思主体説を出発点としつつも全体行為計画論を採用しているのは、ドイツ学説史からみても自然な流れであったといえるだろう。もっとも、ドイツの全体行為計画論の支持者とは異なり、高橋は、共同正犯においては共謀に基づく「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相互的行為帰属が肯定されるとして、過失共同正犯を否定する点が対照的である。[56]

しかしながら、私は、過失共同正犯の成立範囲を共謀において生じる特殊な危険によって限定することは可能であると考えており、共同注意義務違反説による肯定説の枠組みを採用しつつ、過失共同正犯における特殊な危険の意義を議論すべきだと考える。

＊　本研究については、亜細亜大学平成二十一年度特別研究奨励制度による助成を受けた。

（1） 団藤重光「過失犯と人格責任論」『日沖憲郎還暦祝賀・過失犯①』（一九六六年）七七頁。

（2） 前田雅英「過失犯の共同正犯」判例時報一四四五号（一九九三年）二二五頁。

（3） der gemeinsame Tatentschluß をこのように訳したが、「共同行為決定」「共同犯行決意」と訳されることも多い。

（4） Leopold Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 107. 過失共同正犯の肯定説の支持者としては、ほかに、Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 110.（ただし過失教唆と過失幇助はありえないとする）; Richard Lange, Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch, 43 Aufl. 1961, S. 174. など。

（5） Rudolf Ortmann, Ueber die Fiction der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme, GS 28, 1876, S. 111 f. オルトマンによれば、建築現場からAとBが共同して木材を投げ落とすという教壇事例について、A・Bにはそれぞれ、相手側も木を投げ落とすということについて認識があるとしても、このような認識のみでは共同正犯成立には不十分とする。

（6） Erik Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2005, S. 32 ff.

（7） Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(6)）, S. 40.

（8） Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(6)）, S. 41.

（9） Michael Bolowich, Urheberschaft und reflexives Verständnis: Untersuchungen zur Grundlage einer strafrechtlichen Beteiligungslehre, 1995, S. 70.

（10） Hanne Christiane von Danwitz, Ist die Mittäterschaft abhängig von einem gemeinsamen Tatentschluß der Beteiligten?, 1994, S. 28. は、一八七一年刑法において共謀規定は廃止されたものの、共謀は実務上においては大きな意義を有していたとする。

（11） Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1836, §44.

（12） Friedrich-Wilhelm Wehrstedt, Das Komplott, 1933, S. 18 f.

（13） Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, §51-53. とくに §53 参照。ただし、Komplott（共謀）ではなく Verschwörung（陰謀）の語が用いられてい

る。

(14) フォイエルバッハのクラインシュロート草案批判については、野村和彦「バイエルン刑法典について（一）」平成法政研究一三巻一号（二〇〇八年）九六頁以下に詳しい。とくに反逆罪に関するフォイエルバッハの見解については、一〇一頁を参照。また、フォイエルバッハが起草に深く関わったバイエルン刑法典の反逆罪規定については、野村和彦「バイエルン刑法典について（二）」平成法政研究一四巻一号（二〇〇九年）二一一頁以下。

(15) Anselm von Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 1804, S. 132 ff. ここでも Komplott（共謀）ではなく Verschwörung（陰謀）の語が用いられている。

(16) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯（二）」法学協会雑誌一二二巻一〇号（二〇〇四年）一七〇三頁以下、同・「過失犯の共同正犯論」刑法雑誌四五巻二号（二〇〇六年）一七六頁以下参照。平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）三八一頁も、共同正犯は自ら実行行為を行うと同時に他の共同正犯者の実行を教唆または精神的に幇助する者、としている。佐伯仁志「共犯論（2）」法教三〇六号（二〇〇六年）四三頁も参照。

(17) フォイエルバッハによれば、行為を他者と一緒に実行に移した者、共謀内容を最初に提案した者や共同決定した犯罪の遂行にあたって主導的立場にあった者、精神的発起者のうち物理的発起者の行為遂行の意思決定に対し、他の者よりも強く働きかけた者は、より重く処罰される。脅迫・強制による発起者はあらゆる精神的発起者の共働形態のうち、最も重く処罰される。Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts（前掲注(11)）, §113. フォイエルバッハの共犯論については、森川恭剛「因果的共犯論の課題――教唆の未遂の否定と正犯と共犯の区別――」九大法学六八号（一九九四年）一五頁以下。

(18) Ingeborg Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S. 112 f. なおプッペは、被教唆者が自由意思に基づいて、教唆者の意思に服従した場合には、その構造は間接正犯のそれに近くなる、としている。

(19) Chistoph Carl Stübel, Ueber die Teilnahme mehrer Personen an einem Verbrechen, 1828, S. 33 ff. スチューベルの相互的教唆説に対する批判については、近時、共謀概念から共同正犯概念がどのように生成・発展したかについて考察を加えたハースも紹介しており、スチューベルの批判、それに対する学界の反応、後の学説への影響につ

いて、Volker Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 120 ff. で詳しく検討されている。その中でハースはスチューベルの批判が、アベックらの支持を得、全体意思論の登場へとつながっていったことを指摘している。

(20) 考察の対象とされているのは、Franz Victor Ziegler, Die Teilnahme am Verbrechen nach PGD., Art. 148, 1845. である。ツィーグラーは、同書九頁において、共謀においては、関与者達の事前に十分練られた計画により、共働を通じてある犯罪が実現されることが要求される、としており、その際各人がどの程度の寄与をなしたのかは重要性をもたず、全体意思が関与者同士を結びつけ、各人が他の者の行為を自己の行為そのものとみなしていたならば、全員が同様に処罰される、としている。七頁においても、共同目的となっている、ある犯罪を共同して行おうという複数人の団結こそが共謀である、との指摘がある。

(21) Wehrstedt, Das Komplott（前掲注(12)）, S. 23 ff.

(22) ヴェアシュテットにより引用されている Christian Reihold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, S. 577 ff. は、教唆と共謀の違いを詳述する。

(23) Albert Friedrich Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 393 ff. もっとも、今日では、少なくとも全体主体の想定に対しては否定的な態度が示されることが多いと考えられる。例えばデンカーは、共同正犯のように複数人によって行為が行われるとき、共同正犯原理によって結合される対象は何であるのかという問いに対して、①数人の主体から形成される一個の観念的な人格、つまり全体主体とする、②各人の身体動作から切り離すことのできる様々な外界の変更を一つの事実として結合させ、これを一つの全体行為として捉えて帰責の対象とするという、二通りの考え方がありうる、と指摘する。そして全体主体を想定することに対しては、帰責の対象はあくまでも個々人であるところ、全体主体を想定してしまうと関与者毎に異なりうる主観的答責性を個別的に扱うことができないという問題が生じる等の理由から、全体行為による解決を支持する。Friedrich Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 120 ff.

(24) Christian Reihold Köstlin, System des deutschen Strafrecht, 1855, S. 342 ff.

(25) Wehrstedt, Das Komplott（前掲注(12)）, S. 26 f.

(26) Wilhelm von Schirach, Lehre vom Komplott, neues Archiv des Criminalrechts(1817), S. 521.
(27) Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen（前掲注(19)）, S. 117 ff.
(28) Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen（前掲注(19)）, S. 124.
(29) Karsten Altenheim, Die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds, ZStW 113(2001), S. 128 f.
(30) Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen（前掲注(19)）, S. 123 f.
(31) Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen（前掲注(19)）, S. 126 f.
(32) BGHも意思連絡の重要性について十分認識しており、共同正犯は片面的な了解だけでは成立せず、すべての関与者が、共働について了承しており、また意欲していることが必要と理解している、とされる。Bernd Schünemann, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band I, 12. Aufl. 2007, § 25, Rn. 173 f.
(33) RGSt 8, 42.
(34) Peter Cramer / Günter Heine, in: Schönke / Schröder Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, Vor. § 25, Rn. 58.
(35) Schünemann（前掲注(32)）, § 25, Rn. 173.
(36) Schünemann（前掲注(32)）, § 25, Rn. 174.
(37) 詳しくは、内海朋子「共同正犯における『意思連絡』の意義について（二・完）」亜細亜法学四〇巻二号（二〇〇六年）八四頁以下。
(38) 機能的行為支配説と全体行為計画論の関係については、内海「共同正犯における『意思連絡』の意義について（二・完）」（前掲注(37)）八二頁以下で検討した。
(39) Dencker, Kausalität und Gesamttat（前掲注(23)）, S. 139.
(40) Dencker, Kausalität und Gesamttat（前掲注(23)）, S. 174 ff.
(41) カム説については、金子博「過失犯の共同正犯について」立命館法学三二六号（二〇一〇年）九六頁以下に詳しい。もっとも、金子は私見とは反対に、カムが条件関係公式が認められない場合にまで過失共同正犯を認めている点は処罰範囲を拡大するもので不当である、とする。すなわち、二人でなければ動かすことのできない石を四人で動かした場合には、カムは過失共同正犯を認めるものの、金子によればこのような場合にまで過失共同正犯を処罰するの

は危険犯化するものだとされる。

(42) Simone Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999. S. 27.

(43) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 33 ff. その際カムは、共同行為決定の内容として、他者の行為により創出された状況を知っており、これを自己の行為の目的実現に利用した、というだけでは不十分であって、例えば、ヤコブスが主張するような、片面的な行為寄与の意思――自己の行為を他者の行為へ一方的に統合しようとする意思――を共同正犯の主観的要件とする見解は、相互的な協調があってはじめて実現される役割分担の発想と調和しない、と考える。

(44) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 37.

(45) 合意は明示でも黙示でもよく、未遂成立以前に撤回すれば共同正犯は成立しないが、一人の行為者により計画された行為計画がのちに他の者に引き受けられた場合でも共同正犯は成立するとして、いわゆる承継的共同正犯の成立も認める。Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 32 f. また、他の行為者の行為について詳細に認識していなくても、また、想定していた行為と実際に行われた他者の行為との間に軽微な相違が存在しても共同正犯の根拠づけにあたって問題とならない。問題が生じるのは、共同正犯者の一人の行為が、共同行為計画の範囲を超えていた場合である。

(46) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 64 f, 68 f. そのほか、キュッパーも同様の立場から過失共同正犯を肯定する。Georg Küpper, Zur Abgrezung der Täterschaftsformen, GA 1998, S. 527.

(47) ヴァイサーもまた、過失共同正犯を肯定するが、過失共同正犯の成立可能性につき、注意義務違反として評価される寄与をなし、そしてこの寄与と当該法益侵害との間に合法則的条件関係が存在することを必要、とした（危険増加原理では不十分である）。その上でローリング・ストーンズ事件においては、各人の行為と結果との因果関係を認めえないので過失犯処罰はできない、とする。Bettina Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der Strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 155 f. 参照。しかしのちに、（ア）各人が同一の客観的注意義務を課されていること、（イ）不注意的行為（不作為を含む）を行うにあたって、各人に共同の意識があること、（ウ）個々人の共同正犯者は、潜在的な共同正犯者が自己と同じ注意義務を課されてい

ることを知っていることを要件として挙げ、個々の行為と結果とにおける合法則的因果関係の要件を外した。Bettina Weißer, Gibt es fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, S. 239.

(48) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 156.

(49) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 188 ff.

(50) 必要的共働の要件が満たされる場合としては、オットーが過失共同正犯肯定事例として主張している、劇場支配人Aが義務に反して消火槽に水を満たさなかったが、火災の際、消防士Bもまた義務に違反して消火活動にあたらなかったため、消火槽内の水を使っての消火活動が行われなかった、という事例が挙げられている。

(51) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 199 f.

(52) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 202 ff.

(53) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft（前掲注(42)）, S. 202 ff.

(54) カムの見解に対しては、必要的共働が認められるのであれば単独犯として処理できるのではないか、また、例えば、一人が不注意で木材を落とすのと、二人以上の人間がそれぞれ不注意に木材を落とすのとでは、後者のケースの方が危険性が高いのは明らかであって、注意義務違反行為でも数人で行われれば単独で行うよりも危険性は高まるのではないか、との批判が存在する。Kim, Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens" im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, S. 173 ff.

(55) 齊藤金作『刑法講義』（一九六七年）九二頁以下。

(56) 高橋則夫『刑法総論』（二〇一〇年）四三八頁。