

Title	過失共同正犯
Sub Title	Die fahrlässige Mittäterschaft
Author	Renzikowski, Joachim(Utsumi, Tomoko) 内海, 朋子
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2019
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.92, No.2 (2019. 2) ,p.71- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20190228-0071

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.

資料

過失共同正犯

解題

本稿は、二〇一八年三月三日に、早稲田大学（早稲田キャンパス）九号館にて行われた、日独台刑事法シンポジウム「過失共同正犯論」の講演内容である。このシンポジウムは、日本学術振興会による科学研究費基盤研究C（加害者の多数化と客観的帰責原理——組織体における過失競合事例を中心に——16K03362、研究代表者：内海朋子、研究分担者：北川佳世子・佐川友佳子）の助成を得て、ドイツからヨアヒム・レンツィコフスキー教授とルイス・グレコ教授を、また、台湾から許恒達教授を招聘して行われた。

ヨアヒム・レンツィコフスキー
内海朋子／訳

現行刑法典は、単一の行為主体が、犯罪行為を単一の被害者に対して行うことを基本類型としているが、現代的な犯罪現象においては、加害者・被害者ともに複数であることも少なくなく、場合によっては膨大な数にわたることもある。特に、過失事案においては、複数の者の不注意な行為が問責対象行為として問題視されることも少なくない。明石歩道橋事件（警察署地域官・警備員統括責任者について、最決平成二二年五月三一日刑集六四卷四号四四七頁、警察署副署長について、最決平成二八年七月一二日刑集七〇卷六号四一頁）、JR福知山線転覆事故（最決平成二九年六月一二日刑集七一巻五号三一五頁）などはその好例であろう。大規模事故に起因する大規模損害については、日本のみならず、諸外国でも生じており、異なる法分野・

異なる国においても高い関心が寄せられている。このような、複数人が過失事案に関与する場合における理論構成としては、①同時犯構成、②共同正犯構成、③組織体処罰構成等が考えられるが、特に②について、明石歩道橋事件における警察署副署長の罪責に関して、最高裁判平成二八年七月一二日決定が、過失共同正犯の成立について言及したことが、現在学界において大きな注目を浴びている。そこで、今回のシンポジウムで過失共同正犯を取り上げた次第である。

ヨアヒム・レンツィコフスキー (Joachim Renzikowski) 教授は、過失共同正犯の先駆的研究者として日本でもよく知られている。レンツィコフスキー教授は、フリードリヒ・アレクサンダー大学エアランゲン・ニュルンベルク法学部にて学び、司法試験に合格した後、一九九三年、エバーハルト・カール大学テュービンゲンにて *Notstand und Notwehr* (Duncker & Humblot, Berlin 1994) のテーマで博士号を取得した。一九九七年に教授資格論文 *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Mohr Siebeck, Tübingen 1997) で、テュービンゲン大学にて教授資格を取得し、現在、マルティン・ルター大学ハレ・ヴィッテンベルク教授である。レンツィコフスキー教

授とは、研究テーマが共通することから、意見交換などを通じて以前から面識があったが、今回このテーマで、日本で講演していただくことについて、ご快諾いただいた。

ドイツ学説の影響を受けて、過失共同正犯否定説が通説である台湾からは、数少ない肯定説支持者である許恒達 (Heng-da Hsu) 教授を招聘し、過失共同正犯についての見解を示していただくこととした。許教授は、国立台湾大学大学院修士課程を二〇〇二年に修了し、ゲーテ大学フランクフルトにて、*Zurechnungsgrundlage und Strafbarkeitsgrenze der Fahrlässigkeitsdelikte in der modernen Industriegesellschaft* (Peter Lang, Frankfurt am Main ua. 2009) のテーマで博士号を取得した (二〇〇八年)。現在、国立政治大学 (台湾・台北) 教授である。

一方、過失共同正犯論に強い関心を寄せている、ルイス・グレコ (Luis Greco) 教授には、否定説の立場から過失共同正犯を検討していただいた。グレコ教授は、二〇〇〇年にリオ・デ・ジャネイロ大学法学部を卒業し、ルートヴィヒ・マクシミリアン大学ミュンヘンにて二〇〇八年に博士号を取得した。テーマは、*Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion* (Duncker &

Humboldt, Berlin 2009) である。続いて二〇一四年にミュンヘン大学にて教授資格を取得した。教授資格論文は、Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Straßverfahrenrecht (Duncker & Humblot, Berlin 2015) である。現在、フンボルト大学ベルリン教授である。

三月三日のシンポジウムにおける第一報告は、レンツィコフスキー教授によるDie fahrlässige Mittäterschaft、第二報告は許教授によるZur kausaltätsetzenden Wirkung der fahrlässigen Mittäterschaft、第三報告はグレコ教授によるFahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik である。通訳については、許教授の講演につき、小池信太郎教授（慶應義塾大学）、グレコ教授の講演につき、佐藤拓磨教授（慶應義塾大学）に御担当いただいた。レンツィコフスキー教授の講演と討論通訳は内海が担当した。なお、レンツィコフスキー教授の講演については、同内容のものが三月七日に京都大学で行われた。許教授の講演については『法学研究』九二卷三号、グレコ教授の講演については『法学研究』九二卷四号に掲載予定である。

シンポジウムおよび京都大学での講演会の開催に当たっ

ては、小池教授、佐藤教授、研究分担者である北川佳世子教授（早稲田大学）、佐川友佳子教授（関西大学）、高山佳奈子教授（京都大学）、仲道祐樹教授（早稲田大学）、早稲田大学比較法研究所スタッフの皆様の大なる御尽力を賜った。記して謝意を表したい。

（内海朋子）

I. ローリング・ストーンズ事件

一九八七年、スイス連邦裁判所は以下のような事案について判断を下すこととなった。山小屋からの帰り道、AとBは、川岸の道路沿いに二個の大きな石塊があるのに気がついた。Aは、これらの石を岩壁の傾斜面に転落させようと思いついた。周囲の状況については、二人はよく知っており、川岸にはしばしば人、とりわけ釣り人が立ち入っていることを知っていた。そして、石を落とせば、その周辺にたまたま人が立ち入っていたならば、その人に石が当たる危険性があることも知っていた。そこで、Bは、Aの提案に従い、崖の方へ少し前に出て、崖下あるいは川岸周辺に誰かいるかどうかを確かめようとした。また、その際Bは、下に向かって大声で、誰かそこにいるかと呼びかけた。しかしながらBはその場所からは川岸の状況を調べることはできなかった。呼びかけに対して返答がなかったため、BはAの方へ戻ると、一〇〇キログラム以上ある大きな重い石を崖から転落させた。その後すぐに、Aが、五二キロほどの重さの石を同じように転落させた。崖下にいた釣り人が、石塊のうちの一個に当たって死亡したが、誰が、死

をもたらした石塊を転落させたかは、確定できなかった。

スイス連邦裁判所は、「被告人兩名は、共同して二個の石塊を崖から転落させよう」と意欲したのである。そのような状況下においては、個々の寄与それぞれが構成要件に該当する結果に対して因果的であったかどうかではなく、共同して行われた全的行為と当該結果との因果性が肯定されるべきかを問うべきである。(…)被告人兩名がそれぞれ独立に行為したという場合ならば、異なる判断を行うべきである⁽¹⁾。とした。この事件とこの判決の理由づけは、刑法学界において過失犯における共同正犯の議論に火をつけることとなった。

II. 問題の所在

過失共同正犯肯定説の支持者は、この理論構成を用いて処罰の間隙を埋めようとしている、と批判される⁽²⁾。この批判は、類似の事案を扱った、シュレーズヴィヒ上級地方裁判所の一九八一年判決によく言い表されている。被告人兩名は、窃盗を共同して計画し、工場構内に侵入した。二人は照明をつけまいとして、マッチをつけ、火をつけたまま投げ捨てて、暗闇を探ったが、マッチの火が布地に着火し、

工場が炎上した。被告人兩名のうち、どちらの者のマッチ棒の不注意な投げ捨てが火災の直接原因となったのかは、確定できなかった。シュレースヴィヒ上級地方裁判所は、被告人兩名を「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って無罪とし、その際、両者の行為を寄与と一緒に集合体として評価し、この集合体が倉庫の火災を惹起したという評価を可能にするような、過失共同正犯という概念を否定した⁽³⁾。

しかしながら、通説が支持する帰責モデルによれば、そのような事案において関与者全員の可罰性を基礎づけるという目的のために過失共同正犯という理論構成を用いる必要はまったくなくにも思われる。通説の前提とする等価的な因果関係という概念によれば、構成要件の結果を欠落させることなくその行為を取り去ることができないような行為は、すべて因果関係を有している⁽⁴⁾。ある行為の因果関係は、その行為に続いてある別の行為が行われるということによって欠落することはない。すなわち、別の言い方をすれば、ある行為は、さらなる行為を惹起しうる、という⁽⁵⁾ことである。必要条件と十分条件の論理的な区別は重要ではなく、むしろ条件の時間的な順序にしたがって、すべての要素が同じように原因と評価されるのであるから⁽⁶⁾、原因の数は、「ローリング・ストーンズ事件」において無数

にある。他の結果についてもこのことは同様に妥当する。例えば死亡したその釣り人の祖先全員、AとBが道中乗車していた自動車を生産したすべての人のすべての祖先、川沿いの道路の建設に携わった者すべてが釣り人の死の原因となる、といったように、である。このように数え上げれば、きりがないことは明らかである⁽⁸⁾。

等価説は、価値に拘束されない自然科学的な因果関係を代表するものだとされているが、⁽⁹⁾帰責の規範的な限界を定式化した、いわゆる「客観的帰属」によって補充されなければならない。客観的帰属によれば、許されない危険の創出となりえ、この危険が構成要件の結果に実現したといえるような条件のみが重要である⁽¹⁰⁾。このような論理操作によつてのみ、A・Bそして釣り人の祖先は無罪となる。なぜなら、子供を産むことは、回避することのできないその子供の死亡に疑いもなく必要な条件であるといえるけれども、一般に、法的に許されない危険の創出とはみなされないからである。この帰責モデルに依拠しつつ、次のように述べることができよう。石を見通しの悪い崖から転落させるといふ合意は、気づかれないまま崖の下にいた人間に対して危険をおよぼすものであり、この危険性を帯びているがゆえに許されない。この合意をしなかったならば、

AもBもそれぞれ一つずつ石を落とすということとはしなかつたであろう。そうだとするならば、この合意はAとBの行為の原因をなすものであり、どちらの落とした石が釣り人に当たつてその死を惹起したかは重要ではない。⁽¹¹⁾このような結論は、通説が支持している、過失犯における統一的正犯概念の採用と一致するものである。⁽¹²⁾

この講演では、行為というものはそもそもその定義からして、自由な意思決定によるものでなければならず、さもなければ当然行為とはいえないであろうから、人間が行為をそもそも惹起することができるのか、という疑問には触れないでおきたい。⁽¹³⁾ 統一的正犯概念の帰責モデルからの帰結は、故意の領域において示されている通りである。故意犯の領域においてもすでに、共同犯行計画がその後の行為実行の原因とされるべきことが主張された。⁽¹⁴⁾ この見解においては、いわゆる「付加的共同正犯」をめぐる論争は、表面的な問題にすぎないことになる。「ローリング・ストーンズ事件」におけるように、複数の寄与のうち、どれが結果を惹起したのか明らかでない場合には、ロクシンが主張しているような⁽¹⁵⁾ 危険の増大は問題とならない。その代わりに、共同の行為決意により、原因性はすでに生じているのである。共同犯行計画がその後の法益侵害の原因で

あるならば、共同正犯としての帰責を実行行為段階に限定する必要はなく、この点はロクシン説においても同様である。なぜなら、心理的な作用があるということによつてすでに未遂が始まっていると考えるべきであるからである。しかしながら、刑法は、共同正犯における未遂（ドイツ刑法二二条、二五条二項）と、——効果のなかつた——共同行為を行うことの合意（ドイツ刑法三〇条二項）とを區別している。三〇条二項から明らかのように、重罪について合意したからといって共同正犯としての構成要件実現が開始するわけではない。そうでなければ、ドイツ刑法二二条の未遂の可罰性の規定とは別個にドイツ刑法三〇条二項の規定を置く意味がなくなるであろう。⁽¹⁷⁾ 共同正犯を因果的に解釈する見解は論理的にみて根拠が薄弱である。なぜなら、——後行する——行為の実行は、行為の合意内容の対象であるからである。したがつて、行為の合意は同時に行為実行の一部とはなりえないのである。

最後に、一連の許されない行為の中で、すべての行為が同程度にその後の法益侵害に対して原因とみなされるべきとすれば、教唆、幫助、間接正犯、そして共同正犯はもはや「本来の」行為態様によつて区別されえないことになる。なぜなら、すべての関与者が共同して構成要件の結果

を惹起しているからである。ドイツ刑法二五条以下は、そうすると、単に量刑を規律するものとしての意味しかなくなることになる。¹⁸⁾

Ⅲ. 共同正犯の本質と相互的帰属の理由

行為の合意は、むしろ、様々な人間の様々な行為を一個の行為計画とし、それによって、この行為計画に関与したすべての者に対し、すべての個々の行為が帰責される根拠である。ドイツ刑法二五条二項の意味における共同正犯は、すでにドイツ刑法二五条一項によって正犯となる人間の行為が重複して行われることを確認するだけの規定なのではなく、¹⁹⁾創設的な帰責規範である。間接正犯における背後者におけるのと同様に、共同正犯においても、自ら構成要件の行為を行わない共同正犯者であっても、共同犯行計画を実行するために役割分担して協力しあっているのであれば、他人の行為が自己の行為として帰責されるのである。この相互的な行為帰責こそが共同正犯の不法を基礎づけるのである。共同正犯という帰責形態を仲立ちとして、自分自身は構成要件の結果を実現しなかった者も同様に正犯とみなされる——そしてそれにとりもなつて、個々の寄与の因果関

係の証明を放棄できるという無視できない副次的効果が生じるのである。²⁰⁾

歴史的にみれば、共同正犯の概念は、中世における共謀理論から発展した。²¹⁾共謀は二つの要素により特徴づけられる。協力者間において、協力を期待することにより、相互的に教唆しあい、力づけること、そして、共謀者の協働が、少なくとも行為の場所にその者がいる形で行われること、である。犯罪集団 (societas delinquendi) はこの点にかんがみ、とりわけ危険とみなされた。なぜなら、そのような場合、協力しあう犯罪者達は優位的立場にあり、被害者の抵抗の可能性は制約されるのが通常であるからである。²²⁾このような考え方は、今日においても「集団犯 (Konvergenzdelikten)」(例えば、刑法一七六 a 条二項二号、一七七条二項二号、二二四条一項四号) の中に見られる。²³⁾このように解することの当然の帰結として、帰責の対象——特に危険な犯行形態——が、帰責の根拠——犯罪行為を行うことを相互的に約束すること——とが混同されることになった。

それゆえ一九世紀末になると、共同正犯においては、相互的な委任が問題になっているとの見解が通説化するようになった。自分自身による事実上の協働は、他の共同正犯

者の行為を帰責するにあたって、もはや必要ではないことになった。⁽²⁴⁾ 現在でもこれと同じような立場を採るものとして、相互的教唆の理論がある。⁽²⁵⁾ この見解によれば、教唆と同じく共同正犯においても、いわば契約当事者が、相互的に助け合うという、違法な行為を行うことの契約を締結していることがその特徴とされるのである。このような形で、関与者は相互に代理し合い、共同正犯者はそれぞれ自分の「仕業」と他人の「仕業」の双方に配慮するのである。すでにビンディングが述べていたように、共同正犯は、「犯罪行為における自由な代理」⁽²⁶⁾ である。共同正犯者はみな、相互的に他人に貢献しあうのであるから、構成要件の実現に向けて行われた行動すべてを自分自身で行ったのと同じように扱われるのである。

帰責という概念に関して、この概念が啓蒙主義における法哲学においてどのように発展してきたかを考察しても、同じような思考にたどり着く。帰責とは、カントによれば、「あるひとをある行為の創始者 (causa libera 自由による原因) とみなす判断であって、その場合の行為は作爲 (factum) と呼ばれ、法則の下にある (訳注・樽井正義Ⅱ 池尾恭一訳「人倫の形而上学」『カント全集Ⅰ 人倫の形而上学』(二〇〇二年) 四四頁から引用)⁽²⁷⁾。したがって、

帰責判断の出発点となるのは自由意思であるが、帰責概念は、集合体の答責性を排斥するものではない。ここで前提とされているような道徳的人格性 (persona moralis) は、すでに啓蒙主義の自然法思想において展開されているのである。

IV. 補論: 「persona moralis」について⁽²⁸⁾

集団とその構成員が相互に負っている責任については、中世からすでに議論されてきた。⁽²⁹⁾ 例えば、グロテイウスが、国家による不法という帰結を伴う正戦論との関連で、この点に触れている。もともと、最上位の国家権力の責任をその臣下の者が負うのは、その者が犯罪行為に同意し、君主の命令に基づいて何かを自分自身で行った場合に限られる。⁽³⁰⁾ 「道徳的人格性」の概念は、プーフエンドルフによってさらに深められ、初めて体系的に構築された。彼は、「複数の人間が、ある合意に基づいて意欲し、行動しようとしていることを、複数ではなく、一つの意思および一つの行為として、評価されることについて、お互いに合意している場合において道徳的人格性は構築され、基礎づけられる。そのようなことが起こるのは、以下の条件が満たされると

きである。すなわち、各人が、自己の意思を、ある一人の人間、あるいは集合体の意思に次の二つの要件を満たす形で服させる場合である。その要件とは第一に、各人が、全員の意思、そして全員の行動として認識されることを欲していること、第二に、その合意自体の性質から、その合意と関連づけられ、その合意の目的と合致している事柄すべてについて、常に決定し、実行することが可能であったと他の者から評価されることを、各人が欲していることである⁽³¹⁾。

それゆえ、複数人の意思の合致により一つの道徳的人格性を創設しうる。この意思の合致により各人の意思が全員の共同の意思となり、個々人は道徳的人格性との関係において統一的な全体を形成するのである。すなわちそれぞれ⁽³²⁾の行為は、この共同体の範囲に収まっているかぎり、区別されない。ライブニッツに依拠した、同一視に関するこの議論は、ネットелブラットにおいてみられる。「複数の人間がある一つの道徳的人格性を形成したかどうかは、この原則によって判断される。多数の人間が、表象・意思・能力を同一のものに向けることがあるが、そのような場合には、彼らは皆同様に、一個の人格と見做され、道徳的人格性であるとされる。すなわち、彼らの表象・意思・能力

は、一つの表象・意思・能力と見做されるのである。そして、身体的には複数であつて、一人の人間ではないとしても、その違いは重要ではないと考えるべきである⁽³²⁾。この道徳的人格性に帰責されるもの、すなわちこの道徳的人格性の意思に還元されるものは、形式上は統一体と扱われるため、その道徳的人格性の部分全体に、すなわち各人に同じように帰責されるのである。あるいは、カントの言葉を借りれば、道徳的人格性の特徴は、それが、「自由による原因」として行為を惹起しうるという点に求められる。すなわち、道徳的人格性は、行動する能力を有している。この能力は、道徳的人格性が、規律に服する意思を有しているがゆえに獲得されるものである。道徳的人格性は、様々な人間の統一体から成立するが、その行為は道徳的人格性、すなわち集団に帰責されるのみならず、その道徳的人格性を構成している構成員にも帰責される。なぜなら、構成員は、その性格上、すなわち道徳的人格性に関与しているという性質上、お互いに分離させることができないからである。

この点につき、アイフェレは、以下のように述べている。「部分は、全体の一部であるときにのみ、部分として評価される。これらの部分は、これらの部分が構成している全

体との関係においてのみ、その同一性を保っているのである。

道徳的人格性の全体は、その意思の統一体により決定づけられる。そのため、ある部分が、全体によって決定づけられている機能により動かされているとき、その動きは、全体の動きと区別できなくなる。ある動きが、全体としての統一体と関連づけられるならば、すなわち、全体の一部分となりうるような部分の一つが、全体の一部分として動いており、他の機能を有していないならば、それは全体の動き、さらに、全体を構成している部分すべての動きとなるのである。道徳的人格性の部分は自然人であるので、道徳的人格性の部分として、その機能として行われた行為もまたすべて、全体の行為と見做される。……従って、自然人は、道徳的人格性の部分であり、この道徳的人格性に、自然人の行為が帰責されるのであるから、たとえ道徳的人格性が自然人の行為を物理的に引き起こしているのではなくても、自然人という他者に行為が帰属されるのではない⁽³³⁾。この形式的な考察——論理的分析は常に形式的であるが——によって、集合体は集合体への帰責を正当化するだけで、それとは区別された(自然)人への帰責を正当化することはできないという反論は妥当しないことが分かるであろう⁽³⁴⁾。例えば代理などという概念によって説明づける必要はない

V. 再び、共同正犯論について

この、「道徳的人格性」という概念は、共同正犯における帰責モデルともなりうるものである。共同正犯は、意思の合致により共同行為計画を構成する。すなわち、各人は、自己の行為を通じて、共同行為計画に寄与しなければならず、この計画は、犯罪の構成要件解釈において考慮されるものである。それゆえ、相互的な代理というよりも、正確には、各共同正犯者それぞれが、共同行為計画を代表するというべきであろう。グレコは、このような共同正犯の理解に対して、「民事的思考によるもの」と批判し、違法な行為を行う契約、あるいは相互的な授權を想定する思考は、民法においては妥当しうるものの、刑法においては、代理が可能な法律行為というものは問題とならない、とする。現に、他人の責任を帰責させるということは、少なくとも刑法二九条の規定に明白に反する。なぜなら、各関与者は、自分(自身)ゆえに処罰されるからである。グレコの批判の主眼は、したがって、刑罰は高度に属人格的な権利(特に自由権)の侵害であるという、刑罰の持つ高度に属人格

的な性格からの帰結として、犯罪行為にも高度な属人格性が要求される、という点にある。この高度な属人格性は、相互的な帰責という考え方とは相いれない。プツペが過失共同正犯に対する批判の中で、「行動が失敗するというのは、その人自身にとつてのみ、いえることである」としていたのは、おそらく的確な表現であろう。問題は、グレコの「高度な属人格性」という表現が、何を意味しているかである。「人格」という概念を歴史的に考察してみると、大雑把に言えば、答責性を帰属させる「何か」を決めるということを意味している。「人格」とは従って、経験的な概念ではなく、実践哲学的、もしくは法的な概念である。⁽³⁶⁾人間は、それ自体として人格とみなされるわけではない。カントの言葉を借りれば、「人格とは、行為の責任を帰することの可能な主体である。それゆえ、道徳的人格性とは、道徳法則の下にある理性的存在者の自由にはかならない」⁽³⁷⁾（訳注：樽井正義Ⅱ池尾恭一訳「人倫の形而上学」『カント全集一 人倫の形而上学』（二〇〇二年）三九頁より引用）。すでに述べたように、人格は、複数の個人からも構成しうるのである。もし、「高度な属人格性」という表現が、「人格」の強調と解されるべきならば、それは単に、「自手性」を意味するにすぎない。⁽³⁸⁾「道徳的人格性」の概念

は、共犯理論に取り込まれなければならないものではない。しかしながら、もしこの概念を否定する理由が、犯罪行為の高度な属人格性に求められるというのであれば、そこから生じる帰結、特に、間接正犯と共同正犯を正当化することはできず、不可罰にしなければならないという帰結を甘受しなければならぬ。

一方、行為支配論は、共同正犯は「機能的行為支配」であるとす。この説によれば、共同正犯は、分業での実行による構成要件の実現である。共同正犯者の行為支配は、行為の実行において彼が果たした役割から生じる。共同正犯者はその協働によつてのみ行為を実現できるのであるから、共同正犯者はそれぞれ、自己の行為を行わないことにより、共同して目指された事柄の実現を脅かすことができ。それゆえ、共同正犯者自身の作為は、その共同正犯者に對し、他人の行為態様を帰責することなく、全体行為に對する共同支配を創出するのである。⁽³⁹⁾しかしながら、他の共犯者が自分の行為を行うか否かを自分自身で決定しているという場合に、共同正犯者が単独で自己の行為寄与を通じて構成要件の実現の存否についての重要な決定をなしうると何らかの説明ができるかについては、疑問が生じるといえる。「積極的機能的行為支配」が及ぶのは、常に、自

己の行為寄与に限定されている⁽⁴⁰⁾。共同正犯者は、自己の寄与を行うことを拒否することにより犯罪計画を失敗に終わらせることができるので、「消極的機能的行為支配」があれば足りるとしてみたところで、やはり問題解決に資することはできない⁽⁴¹⁾。そのように考えると、帮助との質的区別はもはや不可能になる。ロクシンも、寄与が法益侵害に対して必須のものであるかどうかを区別の基準としているわけではない⁽⁴²⁾。注目すべきは、グレコがこの批判に対して、共同正犯者間が対等であることを強調していることである。この指摘には、賛成せざるをえない。しかしながら、「対等」の要件は、行為支配の概念から導き出されるものではなく、本稿で示されているような、対等な立場にある者の間での合意に基づいて共同正犯を基礎づけるといふ別の理由から導き出されるのではなからうか⁽⁴³⁾。

共同正犯はしたがって、複数人による共同の行為目的実現に向けての分業による協働であるばかりではない。「機能的行為支配」は、共同正犯の表現型を記述するための比喩的表現にすぎない。重要なのは、行為寄与者間の、双方向的な、契約類似の約束である。共同正犯者はその際、相互的に他人に貢献しあうのであって、そこから共同のものが生じるのである。共同犯行計画による双方向的な自己の

拘束は、他者の行為寄与の相互的な帰責の実質的な根拠となるものである。そして、このような共同正犯の根拠づけは、故意犯のみに限定されるわけでないことは明らかである。

VI. 過失における共同正犯についての帰結

過失犯を共同正犯として実行するという思考は、現代の理論刑法学において初めて考えだされたものではない。このような理論構成は一九世紀半ばから、例えば、ヘルシュナー、ピンディング、フランク⁽⁴⁴⁾らによって、すでに論じられてきた。しかし、等価説が非常に有力であったので、通説となるには至らなかった。結果に対する条件すべてが法的に等価であるならば、様々な行為寄与の客観的区別の基準がなくなってしまう。そのため、主観説に従い、関与者の内的な意思の方向性が重要になる。過失犯においてはしかしながら、共同の行為決意を想定することができない。関与者の表象は非犯罪的な目的に向けられており、犯罪結果の観点からは、主観的な共同性が存在せず、それゆえ過失共同正犯もありえない⁽⁴⁵⁾。このような議論は、表現の差こそあれ、今日にいたるまで、過失共同正犯の肯定に対する

主要な反論となっている。⁽⁴⁶⁾

過失共同正犯の再発見は、明らかに、「ローリング・ストーンズ事件」にみられるような、「付加的共同正犯」における、個々の行為寄与の因果関係が不明であるような事案において問題となる点特徴的である。この解決方法の魅力は、個々の行為寄与の法益侵害に対する因果関係が不要とされる点である。相互的な帰責がなされるため、共同の行為態様が結果を惹起したことで十分であるためである。しかしながら、因果関係の証明を不要とするのは、行き過ぎではないかとの指摘もされている。過失による行為態様の競合がすべて即座に共同正犯となるわけではない。⁽⁴⁷⁾

必要なのは——故意犯と同じように——、すべての関与者が、許されない危険の設定と評価されるような共同行為計画における対等な当事者であることを明らかにしている、共同犯行計画である。合意内容から、それぞれの共同正犯者がどの行為寄与を行ったのかが明らかにされなければならない。その際、共同犯行計画は、すべての共犯者によって目指された結果に直結するわけではなく、それぞれが行うべき行為に関連づけられなければならないのである。それゆえ、すべての共同正犯者が同一犯罪の目的を有していたかは重要ではない。例えば、関与者の一人が強盗のメル

クマールを充足したならば、窃盗と強盗の共同正犯が認められ、さらに強盗と強要、傷害と殺人の共同正犯も認められる。動機が異なっているとしても計画の共同性は否定されない。⁽⁵⁰⁾ 共同正犯に従属性はないのであるから、共犯者の可罰性判断にあたっては、帰責されるべき行為がその者自身の行為として刑法的にどのように評価されるべきかのみが重要な点である。ドイツ刑法二五条二項においてはすべての共同正犯者が同一の犯罪の結果を目指さなくてはならないという、⁽⁵¹⁾ よく見受けられる批判は、したがって、十分な根拠に欠けているのである。⁽⁵²⁾

過失における共同正犯は、可罰的と評価されるべき協働に明確な限界を設定する点において、統一的正犯概念による解決よりも優っている。共同の計画に基づいて分業を行いながら協働するというモデルは、注意義務により引き起こされた原因を等価的に扱おうというモデルよりも要件が厳しくなる。⁽⁵³⁾

際限のない責任の拡大を主張する一連の見解は、それゆえ正しくない。これに対して、例えばブツペは、犯罪的な意味づけのない共同行為計画は恣意的な操作が可能なものだとする。お互いに協力しあう関係にある行為態様をどこまで同一の行為計画として統一するかによって、共同正犯

の成立範囲の広狭が決定されてしまう、というのである。⁽⁵⁴⁾

これに対して、故意犯においては、犯行計画は構成要件によって定義づけられている。換言すれば、故意に注意義務違反を行う行為が処罰されるような構成要件が存在すれば、その限りで共同正犯も可能であろうが、そのような行為によって故意なく（しかしながら過失によって）惹起された結果があるから共同正犯が可能になるといっわけではない。⁽⁵⁵⁾ もっとも、この際限のない責任の拡張についての批判は、共同性は、個々の構成要件が禁じている危険の創出と関連づけられなければならない点を考慮すれば、妥当ではないといえる。さらに、結果的加重犯においても共同正犯は可能だとされており、加重された結果に関して関与者が負うのは、過失責任のみであることは一般に認められているところである。⁽⁵⁶⁾ そのような場合に、基本犯については共同正犯を認め、これを特別の結果との関連で成立する過失同時犯と結合させるとするのは自己矛盾であろう。ある一つの行いを、共同であると同時に結合させないとすることはできない。⁽⁵⁷⁾

別の批判としては、法的に重要ではない「中立な」行為との限界を設定する主観的な基準として、共同正犯は共同の犯罪的意味連関を前提としているというものがある。こ

の主張は、過失においては、共同実行は主観的には許されたる行為計画に向けられるので、立法者さえ、関与形態に関する概念を一から見直さなければ、過失共同正犯の概念を導入できない、とするものである。⁽⁵⁸⁾ しかし、個々の過失正犯者が、法益侵害の予見という意味での、犯罪的な意味連関に依拠するのではないとするなら、その欠如をもって過失共同正犯への批判とすることはできない。

過失共同正犯は法的に中立的な態度に関連づけられるものでもない。なぜなら、全体行為計画は、通常の基準によつて許されない危険を創出するものと判断されるものでなければならぬからである。⁽⁵⁹⁾ 以下のような見解についても同様に賛成することはできないであろう。それは、共同正犯者それぞれが、他の共同正犯者にとって認識可能である危険の徴候とその危険性の評価を、自分自身も他の共同正犯者と同様によく認識しているからこそ、一体的な行為不法を犯行計画が基礎づけるものであるところ、認識ある過失と認識なき過失が競合する場合には、そのようなことは当てはまらず、法はこの二つの過失形態を区別していないのであるから、過失共同正犯も全体として認められえないという見解である。⁽⁶⁰⁾ しかしながら共同正犯においては、他人の行為が不法が帰責されるのではなく、ある一人の、

他者に帰責される行為がそれぞれ、その者以外の者にとつて行為不法と評価されなければならないのである。共同正犯者は、あたかも共犯者の行為を自分自身が成し遂げたかのように扱われるのである。その限りにおいて、共同行為計画の帰結として法益侵害が起りうることが各共同正犯者において認識可能であることのみが重要である。⁽⁶¹⁾

Ⅶ. つまり過失共同正犯とは？

ドイツにおける議論においては、本質的には、二つの過失共同正犯モデルが主張されている。客観的モデルは、故意行為と過失行為の犯罪構造の違いに鑑みて、共同犯行計画と共同行為の認識という要件を放棄する。過失不法を客観的に構築する見解によれば、過失共同正犯の構造も客観的に捉えられる。そうすると、共同の行為により危険を高めたことが帰責の根拠となる。⁽⁶²⁾

ここで、かつての、過失犯における客観的あるいは主観的側面に関する論争を再び蒸し返すことは、⁽⁶³⁾まったく重要な論点ではないのであるから、避けなければならない。法益侵害を避けえたか、避けえたとすればどの程度か、そしてこの問題を犯罪体系の中のどこで扱うべきか、という問

題は、様々な行為を「全体行為」として一体のものとしてみなしうるための基準とは、まったく無関係であるからである。事前の合意がなくても複数の共同正犯者における分業をどのように可能としうるのかについては明らかではない。共同の行為決意を放棄するならば、共同正犯は単なる複数の過失行為者が単に役割分担しつつ競合した場合と區別することがもはやできなくなる。⁽⁶⁴⁾このような批判は、したがって、ある種の事案において共同犯行計画を、危険に對する共同の答責性によつて代替させようとする、過失共同正犯を規範的に理解する見解にも同様に妥当するのである。⁽⁶⁵⁾

以上に対して、適切であるといえるのは、故意の共同正犯に對應させて考える過失共同正犯概念である。このような捉え方によれば、共同行為計画、すなわち、共同正犯者が對等の立場で双方向的に、ある目的の達成のために、お互いに調整しあつた行為を行うように義務づけられていることが、必要である。この「全体行為」は法的に認められない危険の設定、換言すれば、集団的な過誤行為と評価されるものでなければならない。⁽⁶⁶⁾これに加え、共同正犯者は、共同計画に予定されている寄与を行うものでなければならぬ。例えば付加的共同正犯の事案におけるように、結果

が共同行為計画と因果的でありさえすれば、それぞれの行為寄与と結果の間の結びつきは必要ではない。結局、関与者はそれぞれ、行為計画の危険性を認識でき、かつ認識しなければならぬことが帰責の前提となる。もともと、関与者間における危険の表象が同一のものであることは必要ではない。

Ⅷ. 終わりに

過失犯における共同正犯に関する議論は、処罰の間隙を埋めるための特別の理論構成を行うものではなく、故意の共同正犯における諸原則と矛盾するものでもない。むしろ、もっぱら共同正犯の概念自体、そして共同正犯概念が、他の概念すなわち行為概念を前提としていることに問題があるのである。

- (一) BGE 113 IV, 58 (60). この判決の言い回しは、過失共同正犯を認めているように見え、またそのように解するのは、*Otto, Mitfäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Jura 1990, S. 47 頁である。しかしながら、スイス連邦裁判所は、後に、はっきりりと過失共同正犯を否定した (BGE 126

IV, 84, 90)。

- (二) 例えは、*Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 999。しかしながら、当然、そのようにならば議論の対象とはならない。そして、もしそれが争点なのだとなれば、*Puppe*, *Wider die fahrlässige Mitfäterschaft*, GA 2004, S. 129 頁の批判はもっとく正當なものだと考えらるべき。
- (三) OLG Schleswig, NSZ 1982, 116. より詳しくは、不作為犯としての帰責に関する問題が議論された。しかしながら、保証人的義務を基礎づける、危険な先行行為は、マッチをつけたこと、マッチを投げ捨てたことに求められていない。この点、*BayObLG NJW 1990, 3032*とは異なる。
- (四) 代表的なもののひとつ、*Krühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 9 が詳しく。
- (五) 詳しくは、*Roxin*, *Bemerkungen zum Regreßverbot*, *Festschrift für Tröndle*, 1989, S. 177 頁、参照。
- (六) それゆえ、「等価説」と名づけられる。例えは、*Eisele* in: *Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB*, 29. Aufl. 2014, Vor § 88, 13 頁, Rn. 76 が詳しく。
- (七) 殺人者の祖先の因果関係に関して明快に説明するのは、*Puppe*, *Und führen, wohin du nicht willst*, ZIS 2015, 426 頁である。

- (80) 田淵 泰雄 執筆、よしむら *Aichele*, Ex contradictione quodlibet, ZStW 123 (2011), 260 (263 ff.) 参考として「因果性(大海)の表現」について。
- (81) 岡本 信子 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 7°
- (82) *Eisele* in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vor §§ 13 ff. Rn. 92 参考として。
- (83) *Vassilaki*, Ist eine alternative Tatsachenfeststellung bei fahrlässiger Beteiligung möglich?, Festschrift für Schreiber, 2003, S. 499 (506 f.) 参照。実質的凶器 BGHSt 7, 112 (115) 参考として。また *Haring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 25°
- (84) *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 72 ff., 99 ff.; *Roxin*, Festschrift für Tröndle 1989, S. 177 f., 185; *Bothe*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 23 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 303 f.; *Schlehofer*, Täterschaftliche Fahrlässigkeit, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 355 (366 ff.); *Puppe*, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, GA 2009, S. 486 (492 f.); *Frendl* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 494 ff.; *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 43 参考として。その点について *Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tb. 2, 8. Aufl. 2014, § 47 Rn. 130 ff°
- (85) 参考として *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tb. 2, 8. Aufl. 2014, § 47 Rn. 130 ff°
- (86) 参考として *Renzikowski*, Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Puppe, 2011, S. 211 ff. 参考として。
- (87) 岡本 信子 *Gropp*, Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander, GA 2009, S. 265 (274 ff.); *Rolsch*, „Gemeinsames Versagen“ Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Puppe, 2011, S. 887 (906)°。参考として *Haring* (Fn. 11), S. 25; *Kratz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 78 f. 参考として。
- (88) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 25 Rn. 230. 参考として *Jakobs*, Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition, Festschrift für Herzberg, 2008, 395 (399)°
- (89) *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2017, S. 294 ff.; *ders.*, AT-II (Fn. 15), § 25 Rn. 198, 参照として。

なる立場を採るものとして、*Heine/Weiber* in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 25 Rn. 67 f. が詳し。

(17) *Puppe*. Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?, NSiZ 1991, S. 571 (573 f.); *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 133 を参照。

(81) 下のように解するものは、*Frisch* (Fn. 12), S. 215 (mit Fn. 235, 302 f.)。禁止されつつある行為は、法益に対して法的に許されない危険を設定したという形で評価しつつなれており、このことはすべての関与者について妥当するのであるから、全員、同じように構成要件に該当し、同じように法益尊重義務に違反しているのである。関与した人物は、単に「可罰的な人物」であるに過ぎない。このようにフリッシュは考え、オーストリア刑法の統一的正犯概念と合致する点において自説が優れているとする。実質的に同様の立場に立っているのは、*Blon*, Die Beteiligungsforn als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 291 f.; *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 197, 285 等; *Jakobs*, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 253 (259 f.); *Böhlinger*, Fahrlässige Mithäterschaft, 2017, S. 178 ff. 上の点については、メーン学説自体が因果的思考に捕らわれており、統一的正犯概念の思考からは、立法を通じてしか解放されないとする、*Hamdorf*, Be-

teiligungsmodelle im Strafrecht, 2002, S. 268 を参照のよう。

(61) 下のような見解に反対するのは、*Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mithäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 73 f.; *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 164 (「各論の問題としての」共同正犯について論ずる); *Böhlinger* (Fn. 18), S. 264 ff.。

(20) 下のような見解に反対するのは、「共同正犯はしたがって、正犯の結果惹起の要件に代替するには適していません」とする *Puppe*, GA 2004, S. 131 である。しかし、トマスは *Puppe*, Der gemeinsame Tatplan der Mithäter, ZIS 2007, S. 234 (240 f.) において、付加的共同正犯を認めており、その主旨は個々の行為寄与の因果関係が認定されえない点にあるから、矛盾している。この点、*Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mithäterschaft, 2009, S. 46 ff., 167 を付加的共同正犯を否定しているのは論理一貫している。

(12) カロリーナ刑法典一四八条一文はそれゆえ、以下のようにならなければならない。Itern so etlich personen mit fürgesetztem vnd vereynigtem willen vnd mit jemand bößlich zu ermorden einander hilf vnd beistrandt thun, die selben thätter alle haben das leben verwickelt. (数人が、故意をもって、一致した意思により、他人を悪意をもって殺害

- しちゆうとして、お互いに助け合ったならば、それらの者はすべて正犯者として、生命をもつて償う。詳しくは、V. Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, 2008, S. 116 ff. 参照。
- (22) 例として Carpyzon, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes III, 1635, pars I, qu. XXV.12。今日においてもなお、共同正犯の帰責の根拠を「危険性の増大に求める論者」の「Puppe, ZIS 2007, S. 236」より詳しむ。Dencker (Fn. 17), S. 224 ff.; Lampe, Täter-systeme: Spuren und Strukturen, ZStW 119 (2007), S. 472 (499 f.) を参照。
- (23) 例として Küper, Das „Gemeinschaftliche“ an der gemeinschaftlichen Körperverletzung, GA 2003, S. 363 (367 ff.) を参照。
- (24) 例として Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 440 ff.; Binding, Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe, in: ders., Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Erster Band, 1915, S. 251 (297 ff.); を参照。これらの論者については批評として V. Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 25 Rn. 64 を参照。
- (25) 基本的な点については Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundlagen der Mittäterschaft, Festschrift für Hollerbach, 2001, S. 627 (645 f., 652) を参照。詳しむ。Puppe, ZIS 2007, S. 235 f.; dies., Die Architektur der Beteiligungsformen, GA 2013, S. 514 (521 ff.) (フランク、しかたなく同時の各共同正犯者が未遂の段階から客とすべしを求めよ)；Hoyer in: Systematischer Kommentar zum StGB, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 127。又は参考として Schünemann in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 161。
- (26) Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen (Fn. 24), S. 298。
- (27) Kant, Metaphysik der Sitten (1797), in: Kants gesammelte Schriften, (Hrsg.) von der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften. Erste Abteilung, Bd. 6, 1907, S. 203 (227), 「帰責」概念の歴史については 詳しむ。Aichele, Zurechnung, in: Hiltendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, S. 401 ff.。この帰責概念の根底にあるのは、刑法にならば広く採用されている「客観的帰責」という概念とは異なるものであると明らかなのである (この点については Aichele, aa.O., S. 407 ff. を参照)。

カーの事例はこれに妥当しない。ブラジルの選手ネイマールがゴールを決めたならば、サッカーの試合において、1対0という帰結が生じ、これがブラジルという集団に帰責されるのである。しかしながら、ネイマールはひょっとしたら、ワールドカップの得点王として、あるいはワールドカップの試合においてもっとも美しいゴールを決めたとして褒めたたえられるかもしれない。——このようにしてゴールを決めたという事とは、同時に個人にも帰責されるのである。

(35) *Greco*, Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen?, GA 2015, S. 503 (511 ff.) は、この議論を初めて法人処罰肯定説への批判として展開した。 *Puppe*, GA 2013, S. 522 中、刑法的答責性の高度な属人格性を強調している。

(36) 人格の概念を様々な側面から構造的に概観するのは、 *Gröschner, Kirste, Lembecke* 編 Person und Rechtsperson. Zur Ideengeschichte der Personalität, 2015 である。

(37) *Kant* (Fn. 27), S. 223, けれど反対の問題なのは「何にも帰責するものの必要なきもの」である (カントの同じ箇所を参照)。この点については *Aichelle*, Jahrbuch für Recht und Ethik 16 (2008), S. 14 ff. を参照しよう。

(38) 他の表現をすれば「個人主義」である。

(39) *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (Fn. 16), S.

276 ff.; *ders.*, AT-2 (Fn. 15), § 25 Rn. 188 und 257; *ders.*, Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Miträter, Festschrift für Frisch, 2013, S. 613 (630 f.); *Rudolph*, Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Miträterschaft, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 369 (373 f.); *Conceição Valdagna*, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW 98 (1986), S. 839 (854, 860 f.); *Zieschang*, Miträterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?, ZStW 107 (1995), S. 361 (373); *Schünemann* in: LK (Fn. 25), § 25 Rn. 156.

(40) *Herzberg* (Fn. 12), S. 58 ff.; *Cramer*, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 389 (400 ff.); *Küper*, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, S. 775 (786); *Freynd*, AT (Fn. 19), § 10 Rn. 161 以下は論者による支配関係の有無の判断による同様の議論である。

(41) 例として *Küper*, JZ 1979, S. 786; *Conceição Valdagna*, ZStW 98 (1986), S. 862; *Ingelinger*, Schein-“Miträter und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 713 (709 f.)。

(42) *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (Fn. 16), S. 40 f., 730, vgl. auch *Kindhäuser*, Festschrift für Hollerbach,

2001, S. 632; *von Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 34; *V. Haas*, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007), 519 (532 ff.).

(43) この批判とは反対に『*Stechermeier*, Der Tatenschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB), 2015, S. 70 ff. 等は、共犯者の（積極的）行為支配を、集団のタナシニスムによる自己拘束的な効果によって基礎づける。このような理由づけによれば、グレロの見解を経験的に裏づけることが必要ではある。しかし、私見に拠れば、そこには、基本的な概念の取り違えがあるように思われる。すなわち、契約の法的拘束力 (*pacta sunt servanda*) を、たいていの人間は、嘘をつかなくとも経験的事実によって基礎づけることが必要のかという問題が生じるように思われる。

(44) *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht. Erster Band, 1881, S. 442 (mit Fn 2): *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Viertes Band. Die Fahrlässigkeit, 1919, S. 620 f., 636 f.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 110, 114 f.; weitere Nachweise bei *Kratz* (Fn. 14), S. 86 ff.

(45) RG, Deutsches Recht 1940, 2061. *ヤノズキ* *ル*. *Haas*, Die Mehrtäterschaft, 1898, S. 45 f.; *Fingert*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, 1904,

S. 342; *Wachenfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 202; *Alfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1934, S. 222°

(46) *Martin*, DAR 1959, 67 *以下* *ヲ* *参考*。BGH, VRS 18, 416; OLG Schleswig, NSZ 1982, 116; *Herzberg* (Fn. 12), S. 73; *Jescheck/Wiegand*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 676 f.; *Vassilaki*, Festschrift für Schreiber, 2003, S. 503; *Gropp*, GA 2009, S. 265 (272 f.); *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1342 参照。この「*Weißer*, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft? JZ 1998, S. 230 (232) *以下*」。

(47) *Puppe*, GA 2004, S. 136 f.; *dies.*, ZIS 2007, S. 241 f. 参照。

(48) BGH, GA 1968, S. 121 f.

(49) RGSt 44, S. 321 ff.

(50) *ケル* RGSt 42, S. 6 (8); 59, S. 104 (107) *参考*。

(51) *Bothke*, Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung, GA 2001, S. 463 (474 f.); *Kratz* (Fn. 14), S. 116 f., 366; *Gropp*, GA 2009, S. 272 f. 参照。

(52) *von Weezel* (Fn. 42), S. 363 f.; *Heine/Weißer* in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vor § 8, 25 ff. Rn. 114 *参考*

- 1120。
- (52) この点についてはテレコ論文が掲げる極端な例を参照すれば十分である。この立場は、自己答責性の原則と合致しない。
- (53) *Puppe*, GA 2004, S. 133, 145 f. *Böhringer* (Fn. 18), S. 298 ff. *ツトニク* 論文同様に論じている。
- (54) *Puppe*, ZIS 2007, S. 237.
- (55) 原文は *Vogel* in: LK (Fn. 25), § 18 Rn. 70; *Paafgen* in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 18 Rn. 132°.
- (56) この点については *Kraatz* (Fn. 14), S. 292 f. 論文集の立場に立つ。
- (57) *Kraatz* (Fn. 14), S. 141, 260 ff., 368.
- (58) *Härting* (Fn. 11), S. 226 f. 参照°.
- (59) *Kraatz* (Fn. 14), S. 270, 285 ff.
- (60) *ツトニク* *Renzikowski*, Die fahrlässige Mitäterschaft, Festschrift für Otto, 2007, S. 423 (433 ff.)°.
- (61) *Krauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 195 ff. 参照°.
- (62) この点については原文は *Roxin*, AT-1 (Fn. 9), § 24 Rn. 53 ff., 73 ff. *ツトニク* 論文集同様に論じている。 *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 241 ff. 参照参照°.
- (63) *Härting* (Fn. 11), S. 183 f. *ツトニク* *Kraatz* (Fn. 14), S. 121 ff. *ツトニク* を否定する°.
- (64) 例は *Otto*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Festschrift für Maurach, 1972, S. 91 (104); *ders.*, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Spindel, 1992, S. 271 (283 ff.)°. 参照に立つ *ツトニク* *Renzikowski* (Fn. 63), S. 290 f.; *Kamm*, Die fahrlässige Mitäterschaft, 1999, S. 137 ff.; *Härting* (Fn. 11), S. 171, 212; *Kraatz* (Fn. 14), S. 132 参照参照°.
- (65) 表現は *ツトニク* 論文集の *ツトニク* 論文と同様に論じている。 *Dencker* (Fn. 17), S. 176 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1997, S. 70 ff.; *Renzikowski* (Fn. 63), S. 288 f.; *Körper*, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, S. 519 (527); *Sung-Ryong*, Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mitäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2001, S. 262, 272, 276 参照; *Schneider*, Risikoherrschaft als Täterschaftsattribut und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte, 2003, S. 289; *Härting* (Fn. 11), S. 83, 199, 218 f., 213 *Hoyer* in: StK-StGB (Fn. 25), § 25 Rn. 154; *Joecks* in: Münchener Kommentar zum StGB (Fn. 12), § 25 Rn. 290; *Lampe*, Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106 (1994), 683 (693);

Lucán Peña/Díaz y García Conlledo, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, Festschrift für Roxin, 2001, S. 575 (605); *Rodríguez Montañés*, Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen, *ibid.*, S. 307 (326); *Roxin*, AT-II (Fn. 15), § 25 Rn. 242; *Riedo/Chvojka*, Fahrlässigkeit, Mitäterschaft und Unsorgfältigenschaft, *SchwZStR* 120 (2002), 152 (160 ff.) 同様の立場である。日本における複雑な議論状況については *Utsumi*, Fahrlässige Mitäterschaft in Japan, *ZStW* 119 (2007), S. 768 ff. 参照。