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

Title	過失共同正犯の因果関係代替作用について
Sub Title	Zur kausalitätsersetzenden Wirkung der fahrlässigen Mittäterschaft
Author	許, 恒達(Hsu, Heng-da) 小池, 信太郎(Koike, Shintarō)
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.3 (2019. 3) ,p.31- 48
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20190328-0031

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.

資料

過失共同正犯の因果関係代替作用について

許　恒　達
小池信太郎／訳

Ⅰ　導入と問題設定

「共同正犯」の概念は、「犯罪行為を共同で行った」行為者を指す。共同正犯についてのこの定義は、ドイツだけではなく、日本および台湾の刑法典にもみられる。ドイツ刑法二五条二項は、二人以上の者が犯罪を共同して行ったときは、各人を正犯として罰する（共同正犯）と規定する。類似の規定は、日本刑法および台湾刑法にもみられる[1]。法文の内容は似ているところ、共同正犯の概念および現象形態がいかに把握されるべきかという問題に関心が向けられる。

これらの国における通説によれば、複数の関与者が共同正犯者となりうるのは、犯罪が、認識され、また意図された共働を通じて実行された場合に限られる。そのことに応じて、共同正犯者は、まず、特定の犯罪を相互に支え合って行うことに合意して、共同の決意を形成しなければならない。それに続いて、各関与者は犯行計画に応じて割り当てられた客観的寄与を果たし、その結果、共同正犯者らが分業して意図した法益侵害を実現しなければならない。それらの者は、共同して犯罪を行っているので、各行為者の個別行為についてではなく、皆で意図した犯罪行為について共同で責任を負う。そこでは、個々人の行為遂行を理由とした処罰の基礎づけというよりは、複数の関与者の集合責任（Kollektivhaftung）が問題となっている[2]。

集合責任という考え方からして、共同正犯は、自らの手

で構成要件的行為を実行して法益を侵害する必要はない。むしろ、共同正犯は、犯行計画を基礎に共同で引き起こした被害について、責任を負わなければならない。一例を挙げよう。AとBは、Oの顔面を殴打するために、AがOを取り押さえ、Bが手で殴るという犯行計画を立てた。そしてAとBは計画通りにこの決意を実現し、Oに被害を与えた。

AとBの可罰性を考えるに当たり、Oの顔面の傷害が、殴ったBに帰属されうることに疑いはない。〔それに対し、〕Aは、被害者を取り押さえただけで、殴ってはいない。ゆえにAの行為はOの傷害の原因ではない。もっとも、Aは、認識され、また意図された共働を通じて傷害という犯罪をBと一緒に行ったのであれば、共同正犯を根拠に、Bと同じ責任を問われなければならない。別の表現をすれば、ある関与者が共同正犯である場合には、個人の行為寄与と結果の間の因果関係は、もはや決定的な役割を演じない。その関与者の行為が結果との因果的つながりを欠いていたとしても、その者が他の関与者を促進する行為寄与を実行したことを理由に、他の者と同じように処罰されうる。そのため、学説上も、共同正犯にあっては、複数の寄与の全体としての因果関係が問われるとされている。その限りで、共同正犯の場合、個別の寄与についての因果関係や客観的帰属関係の要求を放棄できるという前提が確認されることになる。(3)

もっとも、従来の通説は、共同正犯は故意犯でしか認められないという考えを譲らなかった。集合責任の理解を過失犯に用いるのは適切でないというのである。過失犯については、依然として、統一的正犯概念が支配的である。それによれば、過失犯の可罰性を根拠づけるためには、結果を惹起し、かつ客観的に帰属できる危険を、注意義務違反により設定したのであれば足りる。(4) 共同正犯を過失犯の領域において用いることができない主な理由は、共同正犯は、特定の犯罪の分業的実現に関する共同の行為決意に基づくということにある。共同正犯の成立のためにこの要件を求めることは、故意犯の場合には問題ない。なぜなら、複数の故意行為者が同一の犯罪的目的を追求しようとしたならば、行為の遂行前又はその途中に合意が存在するはずだからである。〔それに対し、〕複数の関与者がそれぞれ注意義務に違反して一つの結果へと共働する場合には、関与者らはある目的に達するために分業しているだけで、その状況の下で特定の犯罪行為を行うことを意図しているわけではない。そのため、過失犯の領域においては、関与者らによ

る、犯罪の実行についての行為決意が欠ける。共同正犯の刑事責任を基礎づける行為決意が欠けるため、関与者らは過失の同時正犯（Nebentäter）にすぎず、それによれば、関与者らに各人固有の行為は帰属されるが、他者の行為は帰属されないことになる。[5]

すでに長きにわたり支配的であったこの見解は、しかしながら、それぞれの過失同時正犯者について、注意義務に違反する行為と結果の間の因果関係ないし帰属関係が証明できず、又は肯定しにくいケースで問題を抱える。そうした状況では、関与者らが責任を免れてしまう可罰性の間隙が生じる。〔そこで、〕「因果関係を代替する」過失共同正犯という構成を要求するオルタナティブの解決が援用される。それに対して、通説の側からも、過失共同正犯は余計であり、ここでの問題は統一的正犯概念によって適切に解消されるとの反論がなされる。

このようにして、人々が様々な社会的役割を演じ、無数の各個独立した安全担保規定を保持し、また共同の注意義務違反が共に作用することにより侵害結果が惹起される、今日におけるモダンな大量生産志向の社会に特に目を向ける際に、刑法における過失共同正犯が承認されるべきかという問題が投げかけられる。刑法が結果の個人への刑法的帰属可能性の問題をいかに扱うべきかは、解釈論上の困難に遭い、今日に至るまで激しく争われている。

それゆえ本稿では、過失共同正犯が、因果関係を代替する解釈のための意義深い法律構成であるのか、それとも本来余計な考え方として理解されうるのかという問題に答えることを試みたい。過失共同正犯に関するその他の問題は、時間的制約のために詳論できない。上記問題をよりきめ細やかに検討できるように、以下では、二つの主たる事例状況を分けて論じる。因果関係が証明不能な場合〔→Ⅱ〕、そして過失による集合的決定の場合〔→Ⅲ〕である。

Ⅱ　事実的因果関係が証明不能な場合（Unnachweisbarer Kausalitätssachverhalt）

1　マッチ棒事件とローリング・ストーンズ事件

上述のように、さらなる議論のための異なる事例群があり、それらはさらに二つの異なるカテゴリーに区分される。第一の事例グループは、複数の過失行為者についての個別の因果関係の証明不能性に関するものである。それについては、二つの重要な事例がある。第一の事例状況は、マッチ棒事件におけるものである：[6]

二名の被告人は、工場構内に入り込み、暗闇の中で状況

を把握するために、代わる代わるマッチに火をつけた。マッチ棒の一本から布地に着火した。このマッチ棒を投げ、火災を発生させたのが誰であったかは、確定できなかった。シュレースヴィヒ上級地方裁判所は、両被告人を失火罪の共同正犯として処罰することを拒んだ。

同じ法的問題を含むもう一方の有名な事例、いわゆるローリング・ストーンズ事件については、スイス連邦裁判所が判断した：[7]

二名の男性が二個の岩塊を急斜面に転落させることを欲した。岩塊が落ちていく先のあたりは見通しがきかなかった。彼らのうち一人が、岩塊が人に命中することがないよう、崖下に向かって呼びかけた。誰も答えなかったので、各人は岩塊一個ずつを転落させた。釣り人が岩塊に当たって死亡した。二個の岩塊のいずれが結果を惹起したかは確定できなかった。スイス連邦裁判所は、両被告人を過失致死罪の共同正犯で有罪とした。

2　統一的正犯概念説

両事例では、主として過失犯の可罰性が問われる。両事例での問題は、因果関係の証明が不能であることにある。各行為者の個別行為と結果の間の因果関係が確定できない場合、利益原則により、裁判所は共働した全ての関与者を無罪としなければならない。マッチ棒事件では、誰が火災を招いたマッチ棒を投げたのかが確定できないから、伝統的見解によれば、裁判所は、両関与者の刑事責任を否定しなければならない。同じことがローリング・ストーンズ事件にもあてはまる。釣り人に衝突し、その者を死に至らせた岩塊が誰の手により転落させられたのかを確定するには十分な証拠がないからである。すなわち全ての関与者は無罪とされなければならない（無罪説）。

このわりあいにリベラルな見解は、今日までなお幾人かの論者により主張されているが、厳しい批判に遭っている。というのも、結果を生じさせた危険は、両事例で関与者らに予見可能であった。マッチに火をつけた関与者らも重い岩塊を転落させた関与者らも、結果の生じる可能性を意識していた。それに加えて、最終的に結果をもたらした危険は、一人の行為寄与だけに由来し、他の一人には由来しない。要するに、両者が因果関係の説明の欠如ゆえに処罰を免れるというのであれば、それは全く正当でないというのである。[8]

一方で、過失行為者は各自の行動についてのみ責任を負うという見解を維持し、他方で、上記のような事例で可罰

性を認めることの難しさを克服すべく、構成要件的行為の前倒しにより統一的正犯概念を救うことを試みる論者がいる。例えば、ハンス＝ルートヴィヒ・ギュンターは、過失行為者はさらなる共同の行為への関与の時点で不注意に行動したのであれば、同じく処罰されてよいと提案している。[9] ローリング・ストーンズ事件を例にとると、ギュンターは、岩塊を転落させた行為ではなく、そのことに関する共同の決意をしたことを注意義務違反行為と捉える。個別行為者がこの決意を注意深く回避していたならば、両者は岩塊を転落させず、それゆえ結果は生じなかったであろう。このようにして、個別行為者は不注意に決意をしたことゆえに被害について責任を負う。注意義務違反行為の前倒しにより、ハンス＝ルートヴィヒ・ギュンターは、両行為者の過失の刑事責任を、単独正犯概念の要件の下で基礎づける。「必要なのは、それゆえ、常に、各個の寄与の個別的な検討である」。[10] 同じようにマッチ棒事件でも、共同でマッチに着火する決意をしたことが両過失行為者の注意義務違反行為である。個別行為者が決意をすることに関与しなければ、両者はマッチに着火せず、そのため結果も生じなかったであろう。そうして、両者は決意への関与を理由に、過失で惹き起こした火災の責任を負う。要するに、因果関係が証明できないことは、全ての行為者の責任を排除せず、結果帰属はそれぞれの過失による個別の行為寄与（つまり共同の計画をなしたことへの関与）を理由に肯定されるのである[11]（前倒し説）。

3　過失共同正犯説

上述の統一的正犯概念に依拠する立場とは反対に、問題の事例における因果関係の証明不能性という困難を克服すべく、過失共同正犯を肯定する見解が増えている。故意共同正犯の結果帰属可能性については、共同した故意関与者の全ての行為寄与との関係での因果の説明は問題とされないことに鑑み、共同正犯の場合には個別の寄与と法益侵害の間の因果関係を確定する必要はないと考えることができる。[12] むしろ、因果関係の要求を、帰責を基礎づける共同正犯性により代替することが推奨される。[13] 関与者らが共同正犯を形成し、共同で結果を惹起した限りで、個別の因果的寄与を問うことは不要である。ここで問題となっているのは、因果関係の確認なしで済ますことを根拠づける、過失共同正犯のいわゆる因果関係代替作用である。

それによれば、過失で行為した関与者らは、両事例で過失犯の共同正犯により処罰されうる。というのは、マッチ

棒事件では両関与者は共同で火災を起こしており、結果を惹起したマッチ棒を誰が投げたかという問題は、もはや決定的役割を演じないからである。ローリング・ストーンズ事件においても、両行為者は、死亡結果に関して共同の上で共働していることから、過失の共同正犯を構成しうるという同じ結論となる。ここから明らかであるように、過失共同正犯を肯定する学説は、上記のような事例で因果の説明を再構成するための新たな方途を提供しているのである（共同正犯説）。

4　私見

ここまでで、三つの異なる見解とその理由づけを示した。無罪説、前倒し説、そして共同正犯説である。そこで、これらの説のいずれが上記のような事例の解決に最も適しているかという問題を解決しなければならない。

まずはっきりさせておかなければならないのは、元来の統一的正犯概念と伝統的な因果関係公式は、前述の二つの事例状況を適切に扱えないことである。そのことは、伝統的な統一的正犯モデルの支持者によっても否定されていない。むろん、前倒し説がベターかという問題はあるが、私見によれば同説には疑問がある。過失刑事責任の対象を、危険を生じさせる行為から、それ以前の関与又は阻止義務へと前倒しするからである。そのことにより、刑法上の構成要件の限界づけ機能およびそこから導かれる構成要件的危殆化という原理（Prinzip der tatbestandsmäßigen Gefährdung）はないがしろにされる。さらに、同説は、個別の責任に関して、関与者自身が創出した法益の危険よりも、構成要件該当性なきグループ形成に着目することになる。このことが招く必然的帰結は、過失行為者は、自らの法益侵害行為について責任を問われるわけではないが、しかし、他の関与者のありうる非難される行為を注意し、監督し、そして回避する義務が付加的に課される、ということである。このことが、前倒しされたグループ形成へと過失責任を不当に拡大するのである。[14] 最後に、次のことも指摘しておかなければならない。前倒し説は、実際のところ、過失共同正犯のモデルから遠く離れてはいない。というのは、各過失行為者の責任は、専ら個々人の行為に基づいては決定できない。そうではなく、特殊的な社会的文脈において一定のグループによって共同でなされた寄与、つまり共同の行為への事前関与との全体的観察においてのみ決定されうるからである。[15] こうしたことから、前倒し説は、一方で統一的正犯概念にこだわるという点で、他方で本来

的行為の前の行為へと責任を前倒しすることによって全てのグループ構成員を同じように処罰する点で、誤っている。[16]

次に、過失共同正犯の場合には因果関係の説明に対する要求は放棄されうるとする第二説について検討する。実際、古典的な刑法的思考は、原則的に、因果関係は結果帰属の決定的基準をなし、故意、過失いずれの共同正犯の場合にも決して放棄できないと考えてきた。[17] しかし、最近の見解は、因果関係を代替する共同正犯を過失犯についても肯定する傾向にある。因果関係を代替する共同正犯といったことを語りうるかは、なお激しく争われている。[18] 私見によれば、この問いに答える前に、そうした議論において何が問題になっているのかを明らかにしておかなければならない。

ここで指摘すべきは、両事例における因果の確定の問題性は、因果関係の基準の使用不可能性からというよりは、むしろ当該の事実関係の証明可能性の難しさから生じていることである。因果関係を代替する共同正犯という考え方がそこで放棄するのは、刑法上の因果の確定ではなく、事実関係の証明可能性が欠ける場合の利益原則の適用である。しかし、どうして因果関係に関わる事実関係の証明が放棄可能だというのか、クリアな説明を私は知らない。[19] また触れておかなければならないのは、通説によれば、当該の事実関係の証明は、過失単独正犯ないし過失同時正犯の場合にも放棄されてはならないということである。

故意の共同正犯の場合ですら、全ての関与者の可罰性が前提とされるのは、同様に、当該の事実関係が十分に証明され、その結果、特定の犯罪行為について事実審裁判官の確信が可能であることによってである。その場合、故意共同正犯という構成により、構成要件的行為を実行していない関与者は、自らの手で問題の構成要件を実現した者と同じように処罰される。共同正犯は、可罰性拡張の法的根拠である。いずれにせよ放棄できないのは、行われた犯罪行為に関する全事情、例えば行為実行の性質や態様、因果経過、犯行場所、犯行時刻などが解明されなければならないということである。

事実関係が証明できない限りにおいて、利益原則により、可罰性は否定されなければならない。[20] 事実関係の証明の放棄は、過失犯の領域における不当な可罰性拡大を招くのみである。[21] 端的に言おう。因果関係を代替する共同正犯という考え方によれば、詳細な事実関係の調査や事実関係の証明可能性がない場合に必然的である利益原則の適用が放棄されてしまう。私見によれば、そうしたことは根拠づけられない。[22] それゆえ、まず試みられなければならないのは、

事実関係を全事情の下で解明することである。当該の事実関係の完全な解明が不可能である限りで、事実審裁判官は、利益原則により、全関与者に無罪を言い渡すことを義務づけられる。つまり、いわゆる因果関係を代替する共同正犯により、関与者を十分な証拠なく刑法上有罪とすることは、法治国家刑法に反する。ゆえに私が納得いく理解は、過失共同正犯のいわゆる因果関係代替機能は概念的に失当であるだけでなく、解釈学的にも不当であるというものである。

そして最後に、無罪説に対する若干のコメントをしておかなければならない。私が同説に従いうるのは、先の両事例で過失により共働した行為者らを無罪とする点に限られる。その根拠づけをめぐっては、次の二つの点が強調されなければならない。第一に、すでに述べたように、そこで問題となっているのは、因果関係の基準というよりは、問題の事実関係の解明である。刑法上の評価は、その対象の内容を完全に解明することなしに行われてはならない。第二に、無罪説の支持者の多くは過失共同正犯を否定するが、私に言わせれば、その主張は過失犯の領域での集合責任の機能を看過している。立ち入った検討は、皮革スプレー事件を単純化した変形事例をめぐる議論により、次章で行う。

Ⅲ　結果に過剰な原因が与えられた場合（Überbedingter Erfolg）

1　皮革スプレー事件を単純化した変形事例

リーディングケースは、皮革スプレー判決である[23]。この事例で問題となるのは、欠陥品である皮革スプレーの回収をしなかったこと、つまり回収義務があるにもかかわらず、複数の取締役が過失により決定した不回収という不作為である[24]。過失不作為犯をめぐる詳細な議論は本報告の枠組みを超えるため、単純化された皮革スプレー事件について論じるにとどめる。その事実関係は次の通りである。

会社の取締役会の構成員五名中四名が、ある製品の危険性に関する不十分な知識に基づき、その製品を彼らの企業で製造し、流通に置くことを決定した。四名の取締役A、B、CおよびDは賛成票を投じ、Eは反対票を投じた。この製品の使用により、多数の消費者の健康が害された。

刑事責任に関し、「賛成」の投票をした四名の取締役会構成員が消費者の健康被害について責任を負わなければならないのかという問題が生じうる。傷害の故意はないから、検討しなければならないのは、彼らが投票行動によって過失傷害罪を犯したかである。

過失犯の領域では統一的正犯概念のみが問題となるという場合、本件の許されない結果に対して個々の取締役の賛成票が因果的かという問いが立てられる。条件説によれば結果に対して原因となるのは、具体的形態における結果を欠落させることなく取り去って考えることができない態度である（いわゆるコンディティオシネクアノン）[25]。しかし、コンディティオ公式の伝統的な判断基準により、個々の構成員の賛成投票と被害の間の因果関係を肯定することは全く不可能である。というのも、被害結果は、多数決原理により扱われる業務執行に帰するもので、三票の賛成票だけで必要な過半数を構成し、製品の製造と納入に至りうる。四番目の賛成票は、それゆえ、消費者の傷害結果を欠落させることなく取り去って考えることができることになろう。つまり四番目の賛成票は被害の原因ではない。そこから帰結しうるのは、賛成票が単純多数決を超過していた場合には、投票参加者の誰もが、自分の賛成票がなくても結果は変わらないことを理由に、自分の行為寄与は因果的でなく、過失傷害を犯したものではないことを主張できるということである。因果関係の検討についてコンディティオ公式を適用する場合、賛成票を投じた関与者の誰もが、他者も同じように義務に違反して賛成していたことを指摘することにより、刑事責任を免れうるという耐え難い帰結が生じてしまうのである。

2　学説

この可罰性の間隙を埋めるために、二つの方途が示されている。一つ目の見解は、単純化された皮革スプレー事件における刑法上の結果帰属のために、過失の共同正犯が必要であるとする[26]。過失共同正犯肯定論者として著名なハロー・オットーは、すでに九〇年代初頭に、過失犯の領域において共同正犯を承認することは、解釈学上可能かつ必要であることを指摘した[27]。オットーは、過失共同正犯の具体的基準を、複数の過失行為者が共同で法益に対する危険を創出又は増加させなければならない、と表現した[28]。オットーによれば、過失共同正犯は、「危険の創出又は増加に際して、共同の制御可能性の下にある分業的行動を関与者らが意識していること」[29]を前提条件とする。分業的に行動する過失行為者らにおける共同の制御可能性についての意識という主観的な結合要素が認定されれば、過失共同正犯の刑法上の全体責任が基礎づけられうる[30]。

分業的に結果を共同惹起する過失行為者らに、主観的な結合要素があるときに過失共同正犯が成立するというこの

考え方に、多くの過失共同正犯肯定論者が従った。例えば、レンツィコフスキーは、過失共同正犯は、互いの行為寄与のための、共同の行為計画の双方向的な自己拘束によって基礎づけられるとする。[31] ロクシンも同様に、過失共同正犯という構成の実務上の必要性は、会議体決定の場合に特に大きいことを強調する。[32] 過失共同正犯の具体的要素について、ロクシンは、法的に許されない危険創出の際の客観的共働と共同の計画において予定された寄与の遂行を要求する。[33] 過失共同正犯のほとんどの支持者にとって、共同正犯の場合には、個別の寄与と法益侵害の間の因果関係を確定する必要はない。[34] 因果関係の要求は、帰責創設的な共同正犯により代替されるからである。[35] 関与者らが共同で結果を惹起し、それにより共同正犯が構成される限りで、個別の因果的寄与を問うことは不要となる。

そうして、過失共同正犯は、単純化された皮革スプレー事件における集合責任を根拠づけるものと理解される。個別の賛成票と消費者の傷害結果の間の因果関係があるかは、もはや問われない。むしろ関心が寄せられるのは、過失で行動した関与者らが、主観的結合要素の存在を伴う分業的な行為実行により、共同で結果を惹起したかという問題である。この問いに肯定的に答えられる限りで、全関与者は過失犯の共同正犯として処罰されうる。賛成票を投じた会議構成員の可罰性の基礎づけのための重点は、むしろ彼らの全体寄与と結果の間の惹起関係にある。問題の事例において、結果が由来するのが構成員らによりなされた決定以外の何物でもないことがはっきりすれば、共同正犯による過失傷害の可罰性にとって十分だということである。

過失共同正犯を肯定する学説とは反対に、過失犯の領域では統一的正犯概念にこだわる論者も少なくない。彼らの見解によれば、問題解決のためには、コンディティオ公式に従う因果関係の通説的基準が修正されるべきであり、それによって、過失共同正犯を肯定して過失犯の領域における具体的な因果の説明を放棄する必要はないことになる。[36] この見解は、主にプッペにより主張されており、今日まで大きな影響力がある。

プッペの見解によると、過失犯の領域において、個別の行為者の寄与についての因果の説明がおろそかにされるべきではない。プッペは、この点に関し、因果の説明に関する新たな基準を展開した。それによれば、審査されるべきは、個別の原因が、一つの十分最小条件の必要的構成要素に属するかである。[37] プッペの解決案は、一方で、結果を、存在論的意味での「具体的態様において」[38] 把握するのをや

めることを予定する。むしろ、法益状態の不良変更として示される抽象的結果を問題とする。[39] 結果が法益関係的な方法で規定される限り、原因も保護されるべき法益状態を悪化させるものでなければならない。[40] そしてプッペは、必要条件について判断するコンディティオ公式を、抽象的な結果の原因が十分最小条件の必要的構成要素として理解される〔ときに因果関係が肯定される〕、というように修正すべきことを提案する。[41] というのも、結果の発生は、必要条件とは必ずしもいえない一連の十分条件に常に帰せられるべきだからである。プッペは、十分最小条件の全体のみが結果を引き起こしうるのであり、この全体だけが因果関係をよく根拠づけるという言語分析哲学の因果概念に従う。[42] そのことから、個別の原因は、この十分な全体の必要的構成要素であることが明らかとなる。

このような因果概念を採用することにより、プッペは、コンディティオ公式が十分最小条件の必要的構成要素〔という公式〕に取って代わられるべきだという結論を引き出す。それにより、単純化された皮革スプレー事件はよりよく解決されうる。というのも、製品販売の十分最小条件は、三名の賛成により充足される。プッペの見解によれば、個々の原因は、いずれかの十分最小条件の必要的構成要素と考えられる。[43] その帰結は、各賛成票は、十分最小条件の必要的構成要素であり、全四票が傷害結果の原因であるということにより説明される。[44] 個々の賛成票が結果の原因をなしていることから、裁判所が過失傷害のさらなる要素が満たされていることを認定すれば、個々の構成員は単独で過失傷害を行っているといいうる。

3　私見

(1) 因果関係〔条件関係〕

ここまで学説における議論を概観した。中心となる問題は、どの見解がより優れているかである。過失共同正犯の中核的論拠は、因果関係代替作用にみられ、統一的正犯概念説は、個別寄与の因果の説明についての基準の修正に関係する。ここでは、個別の行為寄与と結果の因果関係が確定されなければならないのかを、批判的に検討することが有益である。

プッペの公式による因果の説明については、そこでいう十分最小条件とは何かという問題が残されている。多数決原理によれば、会議体の決定が下されるのは、五名中三名の取締役が賛成した場合である。それにより、十分最小条件には、(A＋B＋C)(B＋C＋D)(A＋C＋D)(A＋

B＋D）という四つの可能性がある。[45] そこからプッペが引き出すのは、特定の賛成票と結果の間の因果関係の存在は、その賛成票が四つの最小条件の可能性のうち一つの必要的構成要素であれば、認められるということである。[46] この公式によれば、全四票が結果に対して因果的である。[47]〔しかし〕私見によれば、この説は、それにとり核となる最小条件が常に流動的かつ特定不能な形で選択されることになる点で失当である。十分最小条件が確定されなければ、十分最小条件の必要的構成要素も確定不能ではないかが問題となる。例えば、Aの賛成票は、たしかに三つの十分条件の可能性（A＋B＋C）（A＋C＋D）（A＋B＋D）の必要的構成要素をなす。しかし、（B＋C＋D）の必要的構成要素ではない。因果の説明に際して、最後の可能性〔（B＋C＋D）〕が審査されるべき最小条件として確定され、そうしてAの賛成票は原因ではないと説明されることにならないのはどうしてか、なお明らかではない。それだけではなく、プッペは、全ての賛成票が結果の十分最小条件の必要的構成要素であるというが、[48] 必要的賛成票四票から構成される十分最小条件は存在しない。[49] プッペの基準によって獲得できるのは、特定の個別の十分条件の必要的構成要素ではなく、全ての十分条件の必要的構成要素である。つまり、私見によれば、プッペ説は、全ての合法則的十分条件は結果を原因づける関係にあるというエンギッシュの合法則的条件説を離れるものではない。[50]

それゆえ、問題の事例における因果の説明は、合法則的条件公式により容易に成し遂げることができる。多数決原理により、五人体制の会議体における決定には、多くの可能性がある。つまり、五名、四名又は三名の構成員が決定に賛成する場合である。単純化された皮革スプレー事件では、賛成四票という二つ目の可能性が問題となっている。構成員のうちどの四名が賛成したかが確定可能である場合、この賛成四票が、多数決原理に基づき、欠陥製品を流通に置く決定へと導いている。[51] この帰結は、賛成した取締役の数が五名に増えても変わらない。そのため、個別の行為者の寄与はいずれも結果に対して因果的である。合法則的条件説を用いて、過失による会議体決定の場合の受入れ可能な解決が作出されうる。要するに、因果の説明を過失の共同正犯を用いて代替する必要はない。[52]

（2）結果帰属の関係

会議体決定の場合の個別寄与の因果の説明が合法則的条件説により可能であることを確認すれば、過失の共同正犯

は否定され、過失犯の統一的正犯概念を支持しうるようにも思える。もっとも、私には、合法則的条件説による因果の説明が可能であることから直ちに、単純化された皮革スプレー事件の解釈学的検討において過失の共同正犯という法的構成が余計なものになるとは思われない。むしろ、過失の共同正犯の必要性は、個別寄与の結果帰属が、義務違反連関が欠けるために否定されてしまう場合に見出しうる。[53]

つまり、個別の行為者の寄与の因果性がすでに確定されているときに、それにもかかわらずさらに、個別の行為者の注意義務違反が結果と規範的に結びつくかが問われなければならない。具体的検討に際しては、合法的な代替的行為が行われた場合に結果が欠落するかが問われるべきである。結果が確実に生じないであろう場合には、過失責任は確定する。[54]〔しかし、〕合法的な代替的行為の場合の義務違反連関の評価手法を五名中四名の構成員が賛成票を投じた上述のケースにあてはめるならば、個別の構成員の票と結果の間の義務違反連関は疑わしい。例えば、構成員Aが合法的に行動した、つまり「反対」の票を投じた場合であっても、結果は他の三名の賛成票に基づき、多数決原理により確実に生じることになろう。こうして、Aの票と結果との義務違反連関はない。そしてそれゆえに、個別行為者Aは無罪とされなければならないという帰結が常に生じる。同じ論理は賛成した他の構成員にもあてはまる。その結果、かかる事例では全ての会議構成員が他の三名の賛成票の存在ゆえに免責されうることになる。[55]

見過ごされてはならないのは、合法則的条件説により因果を説明する場合、たしかに全ての十分条件が原因であると説明されうるが、十分全体条件に依拠する因果の説明は——少なくとも通説によれば——義務違反連関の審査には妥当しないことである。義務違反連関において問題になるのは、専ら、行為者の注意義務違反行為が必要的であったかの仮定的審査である。つまり、ここで問われるのは、この行為者の注意義務違反行為が結果にとり必要的であり、そのため合法的な代替的行為がなされた場合には結果が生じなかったか否かである。[56]

まさに注意義務に違反する個別構成員の賛成票が他の三つの賛成票ゆえに結果にとり必要的とは思われないために、義務違反連関は否定され、その関与者は過失傷害を犯していないことになる。しかし、この結論は受け入れがたい。取締役会決定に関する類似の事件で全ての取締役が常に不可罰になってしまうからである。[57]それゆえ、因果の説明と義務違反連関とは別に、特定の社会的文脈で相互に結びつ

けられる個別行為者らの寄与を行為者共同体の全体寄与として考えることを可能とする仲介的な審査段階が必要である。それにより、義務違反連関の審査に際して、義務違反の全体寄与が、合法的な全体態度により代替して考えることができる。そうして、行為者共同体が全体として合法的行為をした場合にも結果が発生したかを探求できることになるのである。

この仲介的な審査段階が、私見では、過失の共同正犯にほかならない。殊に単純化された皮革スプレー事件において、どの構成員も、当人の独自の寄与により――つまり賛成一票により――欠陥製品を市場にもたらしうるわけではない。欠陥製品の流通は、製品販売についての取締役会構成員の過半数の同意を前提条件とする。消費者の傷害はそれゆえ、個別の行為者の寄与からではなく、法益侵害についての全体支配から生じているのである。

より正確に表現すれば、次のようになる。複数の過失行為者による加害事象に関し、共同の行為支配の形式が存在すべきであり、それを刑法的には共同正犯と呼びうる。私見によると、過失犯における結果帰属は、法益侵害の全体事象に対する注意義務違反行為による客観的行為支配として理解される。ルソン・ペーニャとディアス・イ・ガルシア・コンレドは、行為支配を、法益侵害事象の成否と態様に関する純粋に客観的な行為属性決定として捉えたが、これにより、客観的行為支配の概念は、客観的結果帰属に転用されうる。[58] 我々はさらに、客観的行為支配を、全ての合法則的条件の取捨選択の過程における結果帰属の決定的基準であるということができる。行為者が実行行為によりその後の因果経過において全体的な因果経過に対する有効な客観的行為支配を獲得したのであれば、その者に結果を帰属できる。ロクシンの用語法によれば、事実的行為支配の実現により、法益侵害事象の中心人物になった者が正犯者であり、結果はその者に帰属される。結果帰属の基準としての純粋に客観的な行為支配という概念は、故意犯についてでだけではなく、過失犯にも妥当する。それゆえ、客観的行為支配の現象形態の一つおよび共同正犯における集合責任の根拠づけ要素として挙げられうる機能的行為支配という考え方は、その適用の可能性を結果への過失的協働の分野に見出しうるということに従わなければならない。複数の行為者らが、計画された分業的つながりの中で、個々の寄与を果たすとき、それらの個々の行為は、全体行為の構成部分として把握されうる。複数の過失行為者らが、計画された分業的つながりの中で行動している限りで、それ

らの個々の寄与は、ドイツ刑法二五条二項、日本刑法六〇条又は台湾刑法二八条の意味での犯罪実行の共同性を基礎づける全体行為に取り込まれる。その限りで、過失の共同正犯という法律構成は承認されうるであろう。[59]

上記事例の解決に戻ろう。単純化された皮革スプレー事件では、全ての賛成票の因果関係が合法則的条件形式により確認される限りで、「賛成」票を投じた取締役らが、健康侵害に関する全体行為を行ったか否かが問われなければならない。彼らの全体行為が法益侵害に関する行為支配を基礎づけることがはっきりすれば、そこから過失の共同正犯の成立が導かれる。端的に言えば、結果帰属の第二の審査段階に共同の責任形式を挿入することが、単純化された皮革スプレー事件の解決のために不可欠である。こうして、過失の共同正犯は、因果関係代替機能を決して営まない。そうではなく、会議体決定の事例において、義務違反連関ないし「規範的な結果帰属関係」の欠如を補う作用を提供するのである。

Ⅳ　結語

最後に、過失共同正犯の採用によるいわゆる「因果関係代替」機能についての検討を通じて得られたことをまとめておこう。

1. 刑法において過失共同正犯の因果関係代替作用ということは問題にならない。
2. 当該の事例で因果関係に関する事実関係が証明不能であれば、過失で行動した関与者らは無罪とすべきである。ここでは利益原則が妥当するのであって、過失共同正犯の承認により、かかる事例で個別の行為者の行為と結果の間の因果の説明を代替することは許されない。
3. 当該の事例で結果が共働的な行為者寄与によって惹起させられている〔ことが証明される〕のであれば、行為者らの可罰性を認めるために、過失共同正犯が要請される。過失共同正犯が、会議体決定の場合の義務違反連関の欠如を補うからである。

（1）　日本刑法六〇条は、「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」と定める。台湾刑法二八条も、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、皆正犯とする」旨規定する。日本および台湾の刑法には、間接正犯

に関する特別規定は存在しない。

（2） 争いに関して、*Utsumi*, ZStW 119 (2007), S. 771 ff. のみを参照。

（3） 類似の議論につき、*Renzikowski*, in: Otto-FS, 2007, S. 426 ff. を参照。

（4） *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 73; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, S. 25 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., 1995, S. 676; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 25 Rn. 111.

（5） *Jescheck/Weigend*, AT, S. 676; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 25 Rn. 112.

（6） OLG Schleswig NStZ 1982, 116.

（7） BGE 113 IV, 588（1987）を参照。

（8） 例えば、Gropp, AT, 4. Aufl., 2015, § 10 Rn. 216.

（9） *H.-L. Günther*, JuS 1988, S. 387. この方向で改善を図ったオルタナティブの解決として、*Hoyer*, in: Puppe-FS, 2010, S. 523 ff. 参照。

（10） *H.-L. Günther*, JuS 1988, S. 387.

（11） *H.-L. Günther*, JuS 1988, S. 387.

（12） 例えばすでに、*Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 40, 783. クナウアーは、ロクシン説に賛成して、事前的観察による法益侵害の危険増加でもって足りるとした。*Knauer*, Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 142ff.; *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit be Gremienentscheidungen im Unternehmen, 2001, S. 173 ff.; *Renzikowski*, in: Otto-FS, S. 428 f. 参照。

（13） *Otto*, AT, 7. Aufl., 2004, § 21 Rn. 116; *Schaal*（Fn. 12), S. 207 f.

（14） 例えば、*Pfeiffer*, Jura 2004, S. 522.

（15） 正当にも、*Weißer*, JZ 1998, S. 235f.

（16） 批判にひとし、Geppert, Jura 2011, S. 33 も参照。

（17） *Kohlrausch/Lange*, StGB, S. 160; しかし、それらは全て、拡張的正犯概念を前提とする。

（18） 例えば特に、*Knauer*（Fn. 12), S. 142 ff.; *Puppe*, GA 2004, S. 135 ff.

（19） *Puppe*, GA 2004, S. 137 も参照。

（20） *Herzberg*（Fn. 4), S. 73.

（21） *Puppe*, GA 2004, S. 137.

（22） 第一の事例状況にひとしての類似の見解として、*Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 357ff. 参照。

（23） BGHSt 37, 106 (1990).

（24） *Samson* StV 1991, S. 184; *Puppe*, JR 1992, S. 31 f. 参照。

（25） *Satzger*, Jura 2014, S. 187 ff.

（26） *Otto*, in: Spendel-FS, S. 281 ff.; *Hilgendorf*, NStZ 1994, S. 563; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 282 ff.; *ders.*, in: Otto-FS,

S. 423ff.; *Weiber*, JZ 1998, S. 236 ff.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 199 ff.; *Knauer* (Fn. 12), S. 181ff.; *Schaal* (Fn. 12), S. 210 ff.; *Pfeiffer*, Jura 2004, S. 519 ff.; *Roxin*, AT/2, § 25 Rn. 239 ff. そこにさらなる文献も示されている。

(27) 刑法上の結果帰属に関する論考においてすでに、オットーは、共同正犯の意味での共同責任は過失犯の領域でも可能であるという見解を主張していた。このテーマに関する詳細な考察は、後の論考にみられる。*Otto*, in: Maurach-FS, S. 104; *ders.*, in: Spendel-FS, S. 277 ff. 参照。

(28) *Otto*, in: Spendel-FS, S. 282.

(29) *Otto*, in: Spendel-FS, S. 282.

(30) そのうえにつき、*Otto*, AT, § 21 Rn. 117 参照。

(31) *Renzikowski* (Fn. 26), S. 288 ff.; *ders.*, in: Otto-FS, S. 429 ff.

(32) *Roxin*, AT/2, 2003, § 25 Rn. 241.

(33) *Roxin* (Fn. 12), S. 738 f.

(34) 例えばすでに、*Roxin* (Fn. 12), S. 40, 783; クナウアーは、ロクシン説に賛成して、事前的観察による法益侵害の危険増加でもって足りるとした。*Knauer* (Fn. 12), S. 142 ff.; *Schaal* (Fn. 12), S. 173 ff.; *Renzikowski*, in: Otto-FS, S. 428 f. 参照。

(35) *Otto*, AT, § 21 Rn. 116; *Schaal* (Fn. 12), S. 207 f.

(36) *Puppe*, JR 1992, S. 32 f.; *dies.*, GA 2004, S. 129 ff. その他の見解につき、*Satzger*, Jura 2014, S. 193 参照。

(37) さらに、製造物責任のケースにおける因果関係に関するこの見解にはクーレンも賛成していることを指摘できる。*Kuhlen*, JZ 1994, S. 1146 参照。

(38) *Puppe*, GA 1994, S. 300.

(39) *Puppe*, ZStW 92 (1980), S. 880.

(40) それゆえプッペにとっては、結果の規範的な規定が問題となる。*Puppe*, GA 1994, S. 298 ff.; *Hilgendorf*, GA 1995, S. 527 参照。

(41) *Puppe*, NK-StGB, Vor § 13 Rn. 102.

(42) *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 83 ff.

(43) *Puppe*, AT/1, 1. Aufl., 2002, § 2 Rn. 69; 類似するのは、*Hilgendorf*, NStZ 1994, S. 565 f.

(44) とりわけ、*Puppe*, AT/1, § 2 Rn. 69.

(45) *Puppe*, AT/1, § 2 Rn. 69.

(46) 例えば、(B + C + D) をみれば、Aの賛成票はこの最小条件の必要的構成要素ではない。しかし、プッペによれば、この可能性を選択しなければならないということはなく、いずれかの他の可能性を採用しうる。(A + B + C)、(A + C + D) 又は (A + B + D) の可能性をとれば、Aの票は結果の原因となる。この検討は、B、CおよびDについても同じように考えることができる。

（47） *Puppe*, AT/1, § 2 Rn. 69.

（48） *Puppe*, AT/1, § 2 Rn. 69.

（49） 同旨、*Knauer* (Fn. 12), S. 120 ff.

（50） 最近、プッペの見解は、ロッチュとホイヤーにより批判されている。*Rotsch*, ZIS 1/2018, S. 6 f.; *Hoyer*, in: Puppe-FS, S. 518 ff. 参照。

（51） 正当にも、*Hilgendorf*, NStZ 1994, S. 565; *ders.*, in: Weber-FS, S. 39ff.; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 116; *Rodríguez Monañés*, in: Roxin-FS, S. 317.

（52） 他の見解として、*Rotsch*, ZIS 1/2018, S. 7 ff. 参照。ロッチュの見解によれば、過失共同正犯は解釈学上可能であるが、必要ではない。*ders.*, in: Puppe-FS, S. 902 ff. 参照。

（53） 類似の立場として、*Weißer* (Fn. 51), S. 121 ff.

（54） *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 174; *Schroeder*, LK-StGB, § 16 Rn. 188.

（55） *Puppe*, NK-StGB, Vor § 13 Rn. 209 ff. 参照。

（56） *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl., 2018, § 15 Rn. 42; *Kindhäuser*, LPK-StGB, 7. Aufl., 2017, § 15 Rn. 72; *Puppe*, NK-StGB, Vor § 13 Rn. 202.

（57） この結論に対する批判につき、特に、*Puppe*, in: Roxin-FS, S. 292 参照。

（58） *Luzón Peña/ Díaz y García Conlledo*, Roxin-FS, 2001, S. 584 ff.

（59） 過失共同正犯の正当化に関するさらなる議論は、本稿では制愛せざるをえない。それについては、*Heng-da Hsu*, Zurechnungsgrundlage und Strafbarkeitsgrenze der Fahrlässigkeitsdelikte in der modernen Industriegesellschaft, 2009, S. 261 ff. 参照。