

| | |
|------------------|---|
| Title | 過失の共同正犯？：一つの批判 |
| Sub Title | Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik |
| Author | ルイス・グレコ(Greco, Luis) 佐藤, 拓磨(Satō, Takuma) |
| 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.4 (2019. 4) ,p.57- 85 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 資料 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20190428-0057 |

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

過失の共同正犯？

—一つの批判—

ルイス・グレコ
佐藤拓磨／訳

I はじめに

過失の共同正犯をめぐる議論は、最近のドイツでは、平穩な状況となっている⁽¹⁾。共同正犯は故意犯との関係でのみ問題になるとする従来の見解は、次第に、共同正犯は過失犯にも拡張可能だとする見解の後塵を拝さなければならなくなつた⁽²⁾。本稿の目的は、この拡張の正当性に疑問を提起することにある。

議論状況のおおまかなまとめ(II)の後に、次の三つのステップで論証を展開する。第一に、過失の共同正犯が抱えるとされる解釈論上の難点について検討する。ここでは、過失の共同正犯に対する批判者によって指摘される問題の

大部分が、実は存在しないことを示す(III)。次いで、過失の共同正犯の支持者が満足な回答をしていない核心的な問題を提起する。すなわち、過失犯の領域における「相互帰属⁽³⁾」という重大な法律効果の(理論的な)正当化の問題である(IV)。ここでは、それを正当化するものは存在しないことを示す。最後に、過失の共同正犯には実務上の必要性すら認められないことを示すことを試みる。

II 議論の歴史の素描

Roxinの記念碑的なモノグラフィーである『正犯と行為支配』の中にその完成形を見出すことができる従来の関与

形態の体系では、故意犯の領域においてのみ、様々な正犯（および共犯）間の区別がある。過失犯には、統一的正犯体系が妥当する。つまり、あらゆる関与者が正犯、より正確には、同時正犯なのである。⁽⁴⁾ あらゆる関与者に対して正犯として（同時正犯として）責任を問いうるため、長い間、この体系に基づいて、過失の共同正犯はまったく必要ないと考えられてきた。

しかし、現実には体系よりもよっかいなものであることが明らかとなった。「関与」が——少なくとも（帰属可能な）結果の共同惹起の意味において——既に疑わしい事件が起こったのである。ここでは、たしかに「犯行の場にいた」という限りでは人物が関与したことはわかるものの、その人物の関与がなくても結果が発生したであろうかどうか、また、その人物が結果を共同惹起したかどうかは、まったく明らかでなかったのである。議論は、とりわけ、二つの事例を手掛かりに行われた。すなわち、スイス連邦裁判所のいわゆるローリング・ストーンズ事件とドイツの皮革スプレンダー事件である。⁽⁵⁾

ローリング・ストーンズ事件 (BGE 113 IV, 58) は、二名の友人が、暇つぶしに、山で重量のある石塊を下方に向けて転がしたという事案であった。一人の釣り人が、その

うちの一つの石塊にぶつかり、死亡した。誰がその石を転がしたのかは、判明しなかった。スイス連邦裁判所は、過失致死の刑責について、疑わしきは罰せずによりこの二名を無罪とすることを望まなかった。同裁判所は、「共同して行われた全体的行為と生じた結果との間の因果関係」(BGE 113 IV, 60) を問題にした。これは、実際のところは、過失の共同正犯を認めたのと少なくともほぼ等しいものであり、その結果、証明の問題はなくなった。⁽⁶⁾

有名な皮革スプレンダー事件 (BGHSt 37, 106) は、多数の問題を提起した。本稿との関係で我々の興味を引くのは、その複雑な事案のうちの一部である。すなわち、皮革スプレンダーの健康への有害性を知る手がかりがあったにもかかわらず、取締役会の構成員が製品回収に関する議決の際に回収に賛成票を投じなかったという部分である。取締役会は九名により構成されていたので、各構成員は、その票はまったく重要ではない、つまり、賛成に投じなかったことが結果を惹起したということはある程度得ないことを主張することができたのである。連邦通常裁判所は、相互に刑事責任を免れることを認めてしまうのを避けるために、法感情に訴えた。「それが正当なものであり得ないことは、明白である」(BGHSt 37, 132) としたのである。解釈論的

な観点では、連邦通常裁判所は非常に控えめな態度をとった。しかし、重疊的因果関係の形象を援用したようにみえる (BGHSf 37, 130f.)⁽⁷⁾。

重疊的因果関係を介した根拠づけには、明らかに問題がある。というのも、重疊的因果関係の事例状況は、過剰な行為寄与はなく、複数の行為寄与が累積してはじめて結果を引き起こすものだからである⁽⁸⁾。そのため、この判決は、学説に従来の共犯理論体系の修正を目指すきっかけを与えるものとなった。過失の共同正犯を承認することに賛成する見解が増え⁽⁹⁾、それにより両事件における難点は容易に克服しうるものとなった。もちろん、故意犯の場合に認められている共同正犯の要件は修正を要するであろう。故意の共同正犯が成立するためには、主観面では共同の行為決意 (行為計画) が、客観面では共同の行為遂行 (または重要な行為寄与) が必要とするので⁽¹⁰⁾、過失の共同正犯の支持者は、通常、主観面では共同の作業の認識または共同の行為計画が、客観面では注意義務違反が必要だとするのである⁽¹¹⁾。

III (みかけ上の) 解釈論的な難点

それにもかかわらず、従来の関与のモデルは、抵抗なくは放棄されなかった。しかし、過失の共同正犯を通じた拡張に対する批判の大部分は、核心を突くものではなかった。

1. 過失の共同正犯に対する非難としておそらく最も広まっているのは、過失の共同正犯には行為決意または行為計画が欠けるといふものである⁽¹²⁾。この非難は、この法律構成の支持者に対して特に感銘を与えるものではないであろう。彼らは、この新しい法律構成の要件は、過失犯の本質に適合したものでなければならず、その結果、故意の共同正犯にとって本質的なものと同じものではありえないと反論することができるからである⁽¹³⁾。

2. 刑法典二五条二項 (訳者注…特に断りがない限り、「刑法典」とは、ドイツ刑法典を指す。「民法典」については同様である。) に反するという主張も時折みられる。この論拠も特に厳しいものではない。第一に、なぜ「共同して」という文言から故意の要件を読み取らなくてはならな

いのが、既にあまり明らかではない。⁽¹⁶⁾ 加えて、類推禁止および文言の限界は、もともと、総論においては、非常に弱い働きがしない。⁽¹⁷⁾ 第三に、この論拠は、仮にそれが当を得ていたとしても、さしあたりドイツでしか意味を持たないであろう。たとえば、この論拠が日本刑法典六〇条に關して意味を持つかどうかはまた別の問題であり、それに答える資格は筆者にはない。⁽¹⁸⁾

3. 第三のあまり説得力のない批判は、おそらく最も著名な過失の共同正犯の反対論者、つまり Puppe によって述べられてゐる。Puppe は、この法律構成を用いて因果關係の証明を省く試みは誤つてゐる、なぜならあらゆる共同正犯は既に因果關係を要件とするのであり、それゆえ、これによつてはじめて因果關係を基礎づけるのではない、とするのである。⁽¹⁹⁾ この論証は、主張されている因果關係の二つの異なる基準点を混同するものである。二つの基準点とは、つまり、共同の行為と最終結果である。個々の寄与のいずれもが、前者の基準点に対して因果的ではなくてはならないというのは、同義反復である。いずれの共同正犯者も関与しなければならぬ共同の行為なしには、共同正犯にはなり得ないのである。しかし、過失の共同正犯の支持者

は、このような自明のことを問題にしているのではない。そうではなく、最終結果、つまり石が衝突したハイカーの死亡または皮革スプレー使用者の健康侵害を問題にしているのである。いわゆる附加的共同正犯（銃殺部隊が典型的な例である）を承認することは、次のことを裏づけている。⁽²⁰⁾ すなわち、故意犯の場合でも、個々の寄与の最終結果に対する因果性は要求されないことである。⁽²¹⁾

IV 核心的問題——批判に耐えうる相互帰属の根拠の欠如

前述した解釈論上の難点は、克服することが可能かもしれない。しかし、それに活気を与える過失の共同正犯に対する反感は、正しい直観の表現であるといえるだろう。このことを以下では明らかにしたい。

Puppe は、この点に関して問題の核心を明確に述べ、過失の共同正犯の支持者に対し、その法律構成に対する法倫理的な基礎づけを提示するよう求めた。⁽²²⁾ その理由は、共同正犯は、他人の行為寄与を自分のものとして扱ふこと、つまり、一般的には、もちろんいくらか不正確ではあるが、相互帰属と呼ばれるものにつながり、それゆえ行為者に対

して特別の正当化が必要な法律効果につながるからである。⁽²⁴⁾

Puppe の見解には、この点では完全に同意することができ。だが、この機会に、この批判をさらに掘り下げたい。以下の四つのステップでこれを行う。第一に、故意犯の共同正犯に対する疑念と正当化の必要性をもう少し明確に示したい(IV. 1)。次いで、その正当化の試みのいくつかについて検討する(IV. 2)。最後に、この正当化を過失犯に転用することは成功し得ず(IV. 3)、また、他の独自の正当化の論拠も同様に存在しないことを示したい(IV. 4)。

1. 共同正犯の特別の正当化の必要性

厳格な自己答責性原理(完全に答責的な正犯の背後に正犯なし)に懐疑的な立場を採ったとしても、共同正犯が自明のものではないことは認めざるを得ない。いわゆる相互帰属という法律効果は、以下のことを意味する。すなわち、友人AとBの間で、Aが被害者に拳銃を向け、Bが現金を奪取するという合意をしたとき、両名は、あたかも各人が「生命または身体に対する現在の危険を伴う脅迫」も「奪取」も自分自身で実現したかのように、強盗罪(刑法典二四九条)により処罰されるということである。

問題の所在は、民法に目をやることで最も明確にすることができ。他人に対し、ある法律行為を行う権限を与えることができる。行為するのは当該他人だが、その取引は授権者に帰属する。そのような、取引が「直接本人のためおよび本人に対して効力を生じる」(民法典一六四条一項一号一文)という構成は、刑法には無縁である。犯罪行為は法律行為ではない(契約締結詐欺や権限濫用による背任さえもそうではない)。このような構造の相違は、おそらく、刑法においては常に刑罰の正当化の条件が問題となっているということに基づくのであろう。刑罰は、まったく特別の性質を有する法律効果である。つまり、(第一に)反作用であること、(第二に)それが人間という属性ゆえに帰属する、その限りで「生来的な」人間の権利、とりわけ生命、身体および自由に関わる反作用だということである。⁽²⁶⁾これに対し、民法は、取得しそして再び失うことが可能なもの、つまり「後天的なもの」の領域である。人が人であるがゆえに有する権利は、この意味で、一身専属的なものである。そのような権利は、一身専属的な過ちを通じて自ら失う場合にのみ、喪失する。換言すれば、刑罰の一身専属的な性質から、犯罪行為の一身専属的な性質が導かれる。つまり、これが、我々が責任原理と呼ぶものなのであ

る。

相互帰属の観念が、いま述べたことと著しい緊張関係にあることはいうまでもない。共同正犯の正当化の負担が、間接正犯のそれよりも若干重いということも、間接正犯では、通常は、完全には答責的でない者との協働が問題となること、また、厳密には他人の行為の帰属ではなく、行為者の行為、つまりは道具への働きかけにのみ焦点があたりなければならないことを考慮すれば、理解できよう。

そのため、学説では、繰り返し、多少なりとも広範にわたる降伏宣言がなされた。Schroder は、彼の名前を冠する高名なコンメンタールの第一〇版で次のような見解を述べた。すなわち、行為支配論は共同正犯の課題を解決できるものではない、なぜなら、各人は、自分自身の寄与のみ支配しているからだ、としたのである。Schroder は、それゆえ、法規そのものが相互帰属を基礎づけるのだとした。また、Küper は、共同正犯は、実質的には、「共犯の特別形態」だとしている。⁽²⁸⁾ 降伏宣言のうちのいくつかは、Haas が書いたものの中で読むことができる公式にみていることができる（しかし、おそらく実際のところはそうではない。IV. 2. b 参照）。それは、共同正犯は、法による擬制によって根拠づけられる例外的な帰責形態だとする

ものである。⁽²⁹⁾ つまり、共同正犯の存在が許される根拠は、単純に刑法典二五条二項（ないしは日本刑法典六〇条）にあると考えることができるのである。しかし、これは、法実証主義的な、根拠づけの放棄だといえるであろう。刑罰が干渉する権利は、生来的に、それゆえ法規よりも前に存在するのであるから、立法者が処分しうるものではない。立法者が相互帰属を定めることが許されるのは、それに十分な根拠がある場合のみなのである。

2. 共同正犯の正当化

共同正犯の歴史は、かなりの部分、相互帰属の根拠の探究、つまり一身専属的な刑罰と他人の行為の帰属との間の緊張関係の解消の試みと解釈することができる。

a) Lange, Sax および前述した Schroder は、共同正犯を相互的な間接正犯として理解することを提案した。⁽³⁰⁾ しかし、この命題は正しくない。間接正犯は、共同正犯の事例ではじめに存在している必要のないもの——通常、背後者によって利用された答責の欠如——が要件とされるのである。⁽³¹⁾

b) 学者のうちの小規模ではあるが重要なグループは、民法従属的ではないが、民法に触発された論証をする。

Kindhäuser は、共同正犯を相互的な代表として再構成することを提案する。⁽³²⁾ Haas も類似の考え方を主張する。⁽³³⁾ Haas は、共同正犯を相互委任と解釈している。Haas の主張は、近頃、Renzikowski によっても取り上げられた（そして、法人〔persona moralis〕という法律構成でこれを補った。IV. 2. d を見よ）。Renzikowski は、「個々の共同正犯者は、共同の行為計画を代表する」と書いている。⁽³⁴⁾ 民法指向的な考え方が不可能だということは、前述したこと（IV. 1）から明白であろう。犯罪行為は法律行為ではなく、他人により処理される取引でもないのである。⁽³⁶⁾

c) それゆえ、民法を借用することをおよそ放棄し、刑法内部で糸口を探すのが自然であろう。この方策は、とりわけ Puppe によつてとられている。Puppe によれば、共同正犯の正当化は、それが相互的な教唆であるということころにある。⁽³⁷⁾ Puppe の見解におけるこの論拠は、教唆犯の根拠が不法協定（Unrechtspakt）にあるという彼女の理論と結びついている。教唆者が正犯者と同様に処罰されるのは、正犯者がその行為決意を教唆者に依存させているからだとする。つまり、教唆が認められるのは、教唆者が犯行を放棄していれば、正犯者は犯行を放棄していたであろうといえる場合だとするのである。⁽³⁸⁾

この見解に対して、既に犯行を決意している者（omnimodo facturus）に対する教唆の場面で破綻すると批判するのは困難である。⁽³⁹⁾ なぜなら、Puppe は、教唆に関する彼女の最初の論稿以来、omnimodo facturus の法律構成を拒絶しているからである。⁽⁴⁰⁾ このアプローチが、実定法上の偶然性、つまりドイツ法が教唆者に対して正犯に対するのと同様の刑を定めていることに過度に依存してはいまいかということの問題にすることも可能であろう。だが、日本法も同様の規定を有しているので（日本刑法典六一条）、この問題はここでは触れなくておくことにする。これに加え、このアプローチは、自らが認める以上に、主観説または正犯意思の理論⁽⁴¹⁾を内容に含んでいるようにみえる。

このアプローチの核心的な問題は、これも結局のところ降伏宣言に属するところにある（IV. 1 の末尾を参照）。共同正犯者が相互に教唆するということは、相互的な正犯ではなく、相互的な共犯を基礎づけるにすぎない。⁽⁴²⁾ その限りで、このアプローチは共同正犯を「一種の第二級正犯」とみなすものだという Jabs の描写⁽⁴³⁾は、いまだ手ぬるいものである。このアプローチを首尾一貫すれば、冒頭で挙げた強盗事例では、A は強要罪と窃盗罪の教唆の観念的競合で処罰され、B はこれとは逆に窃盗罪と強要罪の

教唆の観念的競合で処罰されるということになるであろう。筆者には、これを基礎にしてどのように共同の強盗を認めることができるのか理解できない。

d) 強盗罪による処罰を認めるべきだということは、友人 A と B の事例と一人ですべてを自らの手で処理しなければならぬ孤独な C の事例と比較すると、特に明白になる。つまり、C を強盗罪で有罪とし、A と B は窃盗罪または強要罪とこれらに関する教唆でのみ有罪とするのは不当であると思われるからである。それゆえ、現在では、Lampe, Lesch (≡ Jakob), Joerden, そして Renzikowski のような何人かの学者は、集合的主体のようなものを前提にした主張をする。A と B は「不法システム」、集合的意味統一⁽⁴⁵⁾、集合的人格⁽⁴⁶⁾または法人 (Persona morales)⁽⁴⁷⁾を構成し、構成メンバーがなしたすべてのことがこれに帰属されうるとする。このような考え方は、実は長い伝統を有し、日本にもその主張者がいる⁽⁴⁸⁾。

集合的主体という考え方は、せいぜい、まさにこの集合の処罰が問題となる場合にのみ説得力を持ちうるであろう⁽⁵⁰⁾。これに対し、個々の者への全部の帰属は、これらの個人を超えた集合を導入することを通じては根拠づけることができないのである⁽⁵¹⁾。

e) aa) この課題に関するおそらく大多数の回答は、**機能的行為支配**の形態における行為支配という考え方である。Roxin は、「共同正犯に固有のものは、まさに各人が他人と共同して全体事象を支配するところにある」とする⁽⁵²⁾。共同の目的を分業して達成しようとする者らには、共同して目指されたものおよび実現されたものが共同の成果として帰属される。換言すれば、各人はすべてを支配するのであり、それゆえ各人は、自身が支配したことのために処罰されるのである。Roxin は、前述した二人の事例を用いてこのことを説明する。すなわち、「共犯者が共に行為した場合にのみ、計画が『機能する』」、その限りで「各関与者の『重要な地位』が存在する」、「各人は、もし関与を拒否すれば、行為を失敗させることになる」、共同正犯者とは、「企て全体の成否がその者の役割に応じた行為にかかっている者」⁽⁵⁵⁾をいう、とするのである。実のところ、他人の行為が帰属されるのですらない。Roxin は、相互的間接正犯の考え方との論争において、そのように書いている。相互的間接正犯の考え方は、「ある者が、他人が自己の責任において行ったことのために、正犯として処罰されるべきだとする、責任原理と調和しない奇妙な想定」を具現化したものであるという⁽⁵⁶⁾。「というのも、共同正犯者自身の

所為が、他人の行為の帰属なく、全体行為に対する共同正犯をもたらずから」である⁽⁵⁷⁾。

bb) ここでは相互帰属、あるいは全体行為に対する答責の法的な正当化可能性の根拠が述べられているということについて、本稿では詳細に説明することはできない。二つのレベルに批判をまとめよう。すなわち、一般的なレベルでの、行為支配の観念それ自体に対する批判⁽⁵⁸⁾、そして、具体的なレベルでの、行為支配という法律構成に共同正犯を支える能力があるのかということに対する批判である⁽⁵⁹⁾。前者の問題は措くこととする。

(1) この後者の具体的なレベルの批判の第一のものは、もとより、先ほどの『正犯と行為支配』からの引用によって既に斥けられている。その批判は、本来の意味での支配は、自分自身の関与した部分に関してのみ認められると⁽⁶⁰⁾する。しかし、関与の拒否によって企てを失敗に至らせることができる者は、いかなる場合でも、「最終成果」、それどころかある種の意味において彼の仲間の成果をコントロールしている。時折、これとの関係で、「消極的行為支配」という表現が用いられることがある⁽⁶¹⁾。近頃、*Rozin* は、「部分支配」という語を用いている。すなわち、「構成要件実現に関するこの部分支配は、各共同正犯者が実行の一部

を行ったが、それが行われなければ全体計画が失敗した可能性があったところにある」とするのである⁽⁶²⁾。これは、ただ（もしかすると誤解を招く形で）説明を明確にしたものにすぎない。実際のところは、いまだなお重要なのは、全体計画への影響なのである。

(2) 二つ目のより重要な批判は、これへの反論である。その反論はすぐに思い浮かぶものであることから、*Rozin* も既に彼のモノグラフィーの中でこれに触れている。犯行を失敗させる能力は、たしかに、二人の友人 A と B の場合には肯定できる。しかし、A と B が、彼らの弟たち a_1 、 a_2 、 a_3 または b_1 、 b_2 、 b_3 に、それぞれ拳銃を被害者に向けること、および現金を奪い取ることを行わせることに成功した場合はどうだろうか。銃殺部隊の事例、つまり付加的共同正犯の事例はどうだろうか⁽⁶³⁾。これらの事例においては他の犯罪行為が存在したであろうという *Rozin* の元々の回答⁽⁶⁵⁾は、明らかに満足の行くものではなかった。なぜなら、循環論法の疑いがあるからである。すべての共同正犯者とされる者のリスト化が常に「犯罪行為」に欠かせないのであれば、これらの者のうちの一人の脱落がそのように記述された犯罪行為を失敗に至らせるといえるのは、同義反復だからである⁽⁶⁶⁾。現在の回答は、共同正犯者の支配または行為寄

与の重要性は、事前の観点から決められなければならないというものである。⁽⁶⁷⁾

(3) この解決は、誤ってはいないが、完全に満足の行くものではない。第三の批判は、この解決にも向けられているが、しかしそれだけにとどまるものではない。その批判とは、消極的行為支配は幫助犯も有しうる、つまりは、幫助犯も事前の観点からは犯罪の企ての結果に対して重要な寄与をなしうるというものである。⁽⁶⁸⁾ここでは、実際、回答をする責任が機能的行為支配の支持者にある。Herzberg やその他の学者は、規範化を用いて問題状況を解決することを提案した。すなわち、役割の同等性を問題にする提案である。⁽⁶⁹⁾筆者は、結論において、これに賛成する。しかし、ここで、行為支配という考え方を不明確で、規範的なものと事実的なものとの間を揺れ動くプロテウスのようなものとして拒絶する批判者たちの主張を正しいと認めるべきではないのであれば、この問題を考察するには、行為支配の觀念の構造に立ち返ることがなお必要である。

筆者は、それぞれどこか、上記批判に対する回答は、行為支配の事実的な核心から導きうると考える。支配とは、その存在が関与者らの相互関係における立場にも左右されるという意味で、「絶対的」ではなく「相対的な」値である

と考えればよいのである。つまり、同等に位置づけられた寄与は、これを上回る寄与がない限り、支配をもたらずのである。ここに、共同正犯者と幫助者との違いがある。共同正犯者は相互に対等に向き合うものであり、幫助者は少なくとも一人の正犯の下位に置かれるものなのである。この理論構成の代替案としては、正犯なき幫助の法律構成、つまりは、A家およびB家の構成員または銃殺部隊の構成員を単なる幫助犯に位置づけることが考えられるが、明らかに奇妙であろう。⁽⁷⁰⁾支配が認められるのによりふさわしい者が彼らのほかに存在しなかったがゆえに、彼らは、行った犯罪行為について支配したといえるのである。このことは、たとえば次のような場合にはあてはまらない。すなわち、銃殺部隊の中の一人が小口径のピストルを使用するのに対し、二人が大口径のピストルを使用する場合である。この事例では、小口径のピストルを使用する一人は、幫助の役割に追いやられる。

f) ここで小括をしたい。共同正犯および相互帰属という共同正犯の法律効果に説得力ある根拠を与えるのは、機能的行為支配の考え方だけなのである。

3. 過失の共同正犯の正当化(Ⅰ)・・・過失犯への論拠の転用

話を過失犯に戻し、これまでの考察を過失犯に転用することが可能かを考えてみよう。

a) それ自体は簡潔に行うことができるであろうし、また、既に否定されたアプローチを考慮に入れないでおくことは可能であろう。それでもなお、それらのアプローチと過失との関係について手短に触れよう。間接正犯および教唆という法律構成は故意犯のみに適用できるというのを固持するのであれば、⁽⁷²⁾相互的間接正犯の理論も相互的教唆の理論も過失犯には転用することはできない。民法に触発されたアプローチは、人は過失により代表されるのかという問題を説明しなければならぬであろう。このことは、もしかすると、とりわけ、いわゆる表見代理の基礎に関する議論を用いて説明されなければならないかもしれない。⁽⁷³⁾おそらく、このアプローチの大部分の支持者によって望まれる結論に至る道には、解釈論的な障害は存在しないであろう。民法には他人の債務を帰属する方法が他にもあるから、なおさらである(特に、民法典二七八条、三一条類推適用⁽⁷⁴⁾)。過失の共同正犯と最も容易に結びつくのは、集合的人格の法律構成である。この理論構成は、共同の行

為決意のような心理的なものをまさに時代遅れのものにする⁽⁷⁵⁾とされる。これらのアプローチ、つまり過失犯に転用可能なアプローチは、しかしながら、既に基礎となる根拠からして疑わしいものである。そしてまた、まさに相互帰属に対してあまりにも寛大で、拒否されるべき条件を立てるがゆえに、これらのアプローチが、過失の共同正犯を根拠づけることができるのだということも明白である。

b) それ自体妥当な行為支配の観念は、機能的行為支配としての具体化された形においても、故意犯を念頭に置いており、それゆえ、もとより過失には拡張することができない。つまり、犯罪の故意は、支配にとつて(共に)本質的なものである⁽⁷⁶⁾。機能的行為支配の観点からは、すべての関与者に帰属したいものは、定義からして、分業的に追求された共同の目的を超過している。その限りで、「各人は、自分一人だけで失敗する」と断定的に主張する *Puppe* には完全に賛成することができる。過失の共同正犯は、超過部分の相互帰属の試みである。他人の過ちのための処罰なのである。

4. 過失の共同正犯の正当化(Ⅱ)・・・その他の論拠

ただし、このことが過失の共同正犯にとって「アウト」

を意味するかどうかは疑問である。もしかすると、共同の決意で捕捉されるものを超えて相互帰属を根拠づけることができるさらなる論拠がありうるかもしれない。

a) 以前の論稿で、筆者は、まさにこのような試みをした⁽⁷⁸⁾。公正に根差した論拠を提案したのである。すなわち、分業的に組織化した者は、その行為の可能性を拡大するため、自由の拡大から生じた危険に対し、その者に責任を負わせるのも妥当である、それゆえ過失の共同正犯は、一般的な法原理の現われ、つまり自由と答責性の関係の現われである、としたのである。⁽⁷⁹⁾ 私の以前の立場を顧慮しなかった *Stekmeier* の最近の業績は、この考え方がローマ法に淵源を有することを明らかにした。つまり、利益を享ける者は危険を負う、という考え方である。⁽⁸⁰⁾

しかし、その後、この方法はうまく行かないことが、筆者には明らかになってきた。先ほど挙げた法原理は、刑罰を用いて生来的で一身専属的な権利をなく奪することに根拠を与えることができるものではない。この法原理の本来の適用領域は違ったところにある。つまり、妨害者責任および危険責任⁽⁸²⁾の根拠づけの際に適用されるのである。しかし、ここでは、刑罰の場合とは異なり、通常、後天的なものが問題となるのであり、決して反作用が問題となるので

はない。自分自身の行為の可能性の拡張は、状態であり行爲ではない。それはある者に降りかかってくることや、それどころか押し付けられることもありうる。これに対し、刑罰は、ある者が自分自身で決断したものに基づかなくてはならないのである。

b) 異なった法領域の法律構成について論じる負担を避けるために、公正の考え方をほかの方法で取り入れるのを試みることはできるであろう。公正を語るのであれば、スポーツの比喩を用いるのがうってつけである。⁽⁸³⁾ ドイツ代表チームは、二〇一四年にサッカーのワールドカップで優勝した。この成功は、共同の成果として、選手全員に（そしてまた監督にも）帰属されうる。成功にあてはまることは、同様に、失敗にもあてはまらなければならないように思える。それゆえ、準決勝でのブラジルの屈辱は、同様に選手たち（そしてまた監督に）に帰属されうるに違いない。この視角からすれば、過失の共同正犯を拒絶することは、あたかも目的を達成した場合のみ相互帰属を認めうるかのような、おかしな不均衡のようにみえる。*Fudpe* の主張に反して、共同の失敗というものは、まったく存在しうるように思える。

この実際に説得力のある論拠に対しては、二つの応答が

出てくる。第一に、これによって提供されるのは、過失の共同正犯ではなく、未遂段階にとどまった共同正犯の可能性の論拠だと反駁することができるであろう。ここでの共同の所産は、敗戦ではなく、勝利の（失敗）未遂なのである。この応答が説得力を有するかどうかは、私には定かではない。そのため、別の応答の方を優先しよう。この比喩には、サッカーには、チームスポーツとして、成功および不成功が直接に帰せられるところの集合的主体があるというところに問題がある。サッカーの観点からは、クローゼやネイマールの行為はなく、あるのはドイツまたはブラジルの行為のみである。なぜなら、彼らではなく、ドイツまたはブラジルが勝利のために戦っているからである。これに対し、刑法では、まさに自分自身のもの、自分自身の首(Hals)が問題になっているのである。⁸⁴⁾

c) このことは、いまだ、過失の領域における相互帰属を根拠づけることが可能な別の論拠を示すことができないであろうということの意味するものではない。しかし、そのような論拠がまだ存在しないことは、ほぼ明白である。本稿では立ち入ることはできなかったが、⁸⁵⁾過失の共同正犯の構成に関する多くの提案は、主としてまさに構成を提供するものであり、根拠づけを提供するものではない。共同

の行為計画は、⁸⁶⁾既に一体をなしており、その限りで共同のものを構成する個々の寄与を統合しうるのみである。なぜなら、これを共同の行為の根拠づけに援用することは同義反復になるだろうからである。⁸⁷⁾とりわけ、過失の領域における相互帰属の根拠づけのために幾度も照準をあてられる危険増加の観点は、不十分なものである。⁸⁸⁾たしかに、危険増加の観点は、なぜ我々が相互帰属に関心を持つのかを説明するものではあるが、なぜ関与者が相互帰属を甘受しなくてはならないのかを説明するものではない。関与者に対してもそのような正当化を得ようとするのであれば、根拠づけは、実際は、公正を指向する論拠に形を変えるのである。しかし、その論拠は、前述した理由により、説得力を持ち得ない。

V 過失の共同正犯の必要性の欠如

過失の共同正犯は、IIでみたように、必要に迫られて生まれたものである。そうすると、過失の共同正犯を非難することは、この必要に対して目をつぶることを意味するのであるだろうか？

1. 第一に、いま述べた実際上の懸念の重要性を相対化しなくてはならない。たとえ刑事政策と刑法体系の接近を擁護するとしても、これは、⁽⁸⁹⁾刑法体系が、主張されまたは知覚されるあらゆる処罰の必要性を受け入れる態度を示すべきだということを意味するものではない。「刑事政策と刑法体系」という標語は、正確な理解では、立法者だけではなく、法適用者も正統な処罰の条件を考慮しなければならぬ、ということの意味する。これらの条件に数えられるのが、一身専属的な責任の原理または責任原理である。責任原理の侵害を正当化しえたような必要は、存在しないであろう。しかし、正統なことを主張することは、それが非実際的ではないということがわかれば、容易となる。以下では、そうであるということの証拠を示す。

2. より厳密にみれば、冒頭で挙げた二つの事例によってそれぞれの特徴が示されるような二つの事例状況に区別することができる。第一の、ローリング・ストーンズ事件の事例状況では、通説的な因果関係の理解にしたがえば、問題すら生じない。これに対し、第二の、過失の合議決定の事例状況は、通説の因果関係の理解が、理論的な理由からだけではなく、修正を要することを明白な形で裏づける。

a) 第一の事例状況は、実際のところ、容易に解決される。この事例では大きな岩塊が下方に向けて転がされているが、これが社会生活上必要な注意に反することは、詳細に根拠づけるまでもない。より詳しくみると、これに対しては一つだけではなく、二つの理由があることがわかる。第一に、制御されずに加速して山を転がり落ちる石からは、多数人の生命、身体および財産に対する明白な危険が発生する。第二に、このような無意味で明らかに危険な暴挙への関与は、事件がそれほど無意味ではありえないことの明白な証拠となる。それによって、第二の理由から、許される危険が創出される。つまり、他の関与者の第三者を危殆化する動機の強化から許されざる危険が創出されるのである。⁽⁹⁰⁾というのも、一人の関与者の行為が、他の関与者の動機を強化する形で作用するからである（逆もまたしかり）。

これは、誰の石が被害者を死なせたのかとは無関係である。義務違反行為を自ら行った者は、既に条件公式にしたがって、結果に対する条件を設定した⁽⁹¹⁾。その結果、行為と結果との間の因果関係は疑いようがないのである。加えて、この結果の中には、上述した許されざる危険の第一のもの、または、第二のものが実現しており、客観的帰属も肯定さ

れうる。要するに、過失の協働を共同正犯ではなく同時犯として理解する従来の解釈は、この事例ではまったく問題ないのである。⁹²⁾ここでは、(因果関係ではなく)客観的帰属に関して、実際のところ、二者択一が存在していることつまり(同種ないし不真正の、争いのない)択一的認定の状況が存在しているということは、滅多には明示的に強調されない。

この考察は、シュレースヴィヒ上級州裁判所の事案(NSZ 1982, 116)を解決することを可能にする。二人の侵入盗が、明かりを得るために複数のマッチを使用した後、それらを火が付いたままの状態で投げ捨てた。そのマッチは、高度に引火しやすいドレイロン材を含んでいたため、火災を引き起こした。誰が火災を引き起こしたマッチを投げ捨てたのかは証明され得なかった。ここでも、二人が結果を引き起こした。そして、その結果の中に、自手的に創出された(直接の)、または間接的に創出された(つまり、他人の動機を介した)放火の危険が実現したのである。

しかし、これに対しては、**遡及禁止**が介入することを看過するものだと異議を申し立てることが可能であろう。すなわち、いずれの過失犯も自己答責的であり、その過ちを他人に負わせることは許されないという異議である。⁹³⁾遡及

禁止のトポスに対する確固とした立場表明をここでは示すことはできない。⁹⁴⁾私の懐疑の理由を二つの簡潔な論拠によって示すことにしよう。第一に、完全に答責的な第三者による損害を最小限に抑えることを目的とする注意規則はまったく存在する。防火規則を想起されたい。なぜ、「危険な行為を行うよう隣人を励ますことなかれ」という内容の注意規範を定めることが、法秩序に禁じられるべきなのか、筆者には理解できない。第二に、遡及禁止を支持する際の原理に対する忠実さは、過失の共同正犯、つまりは他人の過ちについての処罰を認める用意が同時にあるのだとしたら、筆者には疑わしく感じられる。

しかし、上記の批判は、正当な核心を有している。あらゆる悪しき模範が、それだけでその模範にしたがった者の過ちに基づく結果に対する正犯的な過失の答責性を根拠づけるのに十分でありうるというわけではないのである。この部分は、つまり、いかなる限度で「過失の教唆」が罰罰的かという問題は、実際のところ、解明する必要がある。というのも、夜間に相前後して無灯火で走行し、その結果、対向して走行してきた自転車との衝突をもたらして、同自転車に乗っていた者を死亡させたという二人の自転車乗り事件(RGSF 63, 392)では、一般的に、後方にいた自転車

乗りの注意義務違反と結果との間の保護目的連関が(他人の自転車を照らすことが点灯命令の趣旨ではないという論拠によって)否定されているが、他人の注意義務違反を動機付ける各々の寄与が注意義務に反するのだとすれば、もはやこのように判断され得ないであろうからである。⁹⁵⁾ または、カールスルーエ上級州裁判所の事件(MDR 1986, 20)が取り上げられよう。この事件は、「Kがその納屋の建物を取り壊すのを見たいなあ」という発言の後に、Kがその建物を取り壊したというものであったが、裁判所は、この発言をした者に対し、過失による文化財の破壊の同時正犯を理由に有罪判決を言い渡した。このカールスルーエ上級州裁判所の結論は、行き過ぎであろう。しかし、そこに存在する限界の解明は、他の機会に委ねなければならぬ。

b) 我々により大きな問題をもたらすのは、第二の事例状況、つまり過剰な票を伴う過失の合議決定である。ここでは、実際、従来の見解の土台から離れなければならない。過剰な票は、既に定義からして、結果と条件関係には立たない。すなわち、その票を取り去って考えても、結果が欠けることにはならないのである。先ほど述べた方法、つまり他人の行為への働きかけを理由に責任を取らせることも、

うまく行かないようにみえる。決議に参加する(または参加しない)者が、同時に他人の投票行動に影響を与えらることは軽々に主張することはできない。このアプローチにしがうと、思いもよらない結果に至ることになる。一番手として票を投じた者のみが責任を負い、最後に票を投じた者は責任を負わないという結果である(というのも、既に行われた他人の行為は、もはや惹起され得ないからである)。また、秘密投票の場合には責任を問うことができない。言い逃れの余地を与え、また、証明の困難性、つまりは利益原則の問題が生じる。

筆者は、過失の合議決定の事例状況は、因果関係の理論の領域における誤った想定から決別するチャンスと捉えらるべきだと考える。条件公式が、既に、いわゆる択一的因果関係または多重因果関係の事例状況で破綻していることは、数十年前から知られている。⁹⁶⁾ しかし、これまでは、作られた反例(有名な致死量の二倍の毒が入ったコーヒーの事例⁹⁷⁾による理論的な圧力だけが存在し、その圧力は、*Trager* と *Tarnowski* による条件公式の修正によって克服されたと考えられてきた。⁹⁸⁾ その修正とは、結果が欠けることなく、択一的には取り除いて考えることができるが、重畳的には取り除いて考えることができない複数の条件は、

すべて当該結果に対して因果的であるとするものである。しかし、この方法は、いくつかの理由から、説得力を有しない。⁽⁹⁹⁾ それにもかかわらず、このことが妨げになるとは感じられなかったのは、単なる教科書事例だったからであろう。過剰な票を伴う合議決定により、実生活に根ざした圧力が生じており、この圧力からは、もはや呑気に逃れることはできない。

このチャンス有二重の観点から利用することが重要である。第一に、個別事案をみるだけで、それゆえ一般化ないしは自然法則を要求することなしに、因果関係に関して言明することが可能だ⁽¹⁰⁰⁾ という条件公式の暗黙の前提から離れるために利用すべきである。条件公式は、実は、自然法則に依拠している。二つの個々の出来事（Aによる発射／Bの死、Xによる賛成票／Yの健康侵害）を結びつけるためには、常に「橋」として、一般化する意味でこの生活の具体的事象を超え出る命題が必要だからである。条件公式を放棄して合法的条件説を採用した多くの学者も、このことを悟っている。⁽¹⁰¹⁾

第二に、そしてとりわけ、合法的条件説により自然法則を用いて二つの個別の出来事を結びつけることができる場合には因果関係があるとすることで満足することはもは

やできない。⁽¹⁰²⁾ この自然法則の論理構造およびその個別事例への適用に関してより正確なことを述べる努力を省くことはできない。ここでも、合法的条件説を最低条件説に発展させた *Puppe* の基礎的な考察を引き合いに出すことができる。⁽¹⁰³⁾ *Kindhanser* も、最近までかなり近い立場であった。⁽¹⁰⁴⁾ この見解にとって、原因とは、結果の十分な最低条件の必要不可欠な構成要素である。AがBの心臓に向けて撃ち、Bはすぐ死亡したとする。Aの射撃は、最低条件の必要不可欠な構成要素として——素人的で、技術的・医学的ではない表現の仕方では——以下の内容を示しうるであろう。すなわち、「誰かに向けて弾丸を発射した場合には、重要な臓器、たとえば心臓が損傷を受けうる、そして、心拍が止まり、死亡する」という内容である。

この見解の大きな強みは、条件公式が格闘しなければならない周知の難点を克服しているところに現れている。それは、とりわけ択一的因果関係または多重因果関係の事例状況にあてはまる。⁽¹⁰⁵⁾ ここでは、最低条件の必要不可欠な構成要素は、「九票のうちの五票」である。仮に、九名全員が投票権者が同じ意見に投票した場合でも、全員を（そのつど異なる五票のグループ分けにおいて）そのような結果の最低条件の部分としてまとめることができる。つまり、

この場合、A の投票行動は（たとえば、B、C、D および E とともに）一つの原因だったといえる。B の投票行動も（他の四名の行動と結びついて）同様である。以下、九番目、つまり I まで同じことの繰り返しである。付言すると、この見解に向けられた多くの批判は、誤解に基づいている⁽¹⁰⁾。この見解は複雑すぎるとした（いずれにせよ）特別に深い熟慮に基づくものではなかった筆者の批判は、明示的に撤回する。

VI まとめ

過失の共同正犯は、たしかに、考えることはできる（Ⅲ）。しかし、まだ説得力のある形では根拠づけられていない（Ⅳ）。このことは、過失の共同正犯を説得力ある形で根拠づけることはできないのではないかと疑念を強める。誤った条件公式と決別し、最低条件の考え方を採用するならば、過失の共同正犯は、実際的にも必要であるとはいえないであろう（Ⅴ）。

(1) それでもなお、Steckmeier, Der Tatenschluss von

Mittätern, 2015, S. 216 ff. および Böhringer, Fahrlässige Mittäterschaft, 2017 (二九七頁以下で) の法形象を否定する) を見よ。

(2) その証拠として、後掲注(9) 参照。同じく、このような立場がいまや学説において優勢だと評価するものとして、Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2015, § 25 Rn. 100.

(3) 二つで引用符を用いている理由については、IV. 2. e 注(56)。便宜上、本稿では広く用いられている概念を放棄しなかった。

(4) 『正犯と行為支配』の初版では、過失犯は「いまだ義務犯として構想されていた。その帰結として、正犯と共犯の区別は可能であった (Roxin, Täterschaft und Täterschaft, 2. Aufl., 1967, S. 527 ff.; 同書の「過失犯の正犯および共犯」に関する第一一章は、第三版以降には存在しない)。ders., Täterschaft und Täterschaft, 3. Aufl., 1975, S. 527 ff.; 9. Aufl. 2015, S. 527 ff. 参照); 過失の領域における統一的正犯概念に賛成するのは、Jeschek/Wiegand, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, S. 655; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB 28. Aufl. 2014, § 25 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 740; Heine, Sch/Sch-StGB, 28. Aufl. 2010, vor § 25 ff. Rn. 112 f. (その後の版では異なっている。後掲注(6) を見よ)。

(6) BGH VRS 18, 416 (421 f.) を見よ。共同正犯ではなくて過失の領域における同時正犯のみがあるとした。OLG Schleswig NSStZ 1982, 116 をよむ。BayObLG NJW 1990, 3032 は、複数の注意義務違反者が互いに競合して証明の問題が生じた事案であった。裁判所は、過失の共同正犯を援用することを考えた（明示的にこれに反対したのには、OLG Schleswig）。

(9) この判決が、実質的に過失の共同正犯を承認したと主張する Mairach/Gössel/Zipf/Renzikowski, § 49 Rn. 112; 異なった解釈をするのは、Böhringer (前掲注 (一)), S. 30.

(7) 「このように、彼の部分的寄与は——他の取締役の部分的寄与と合わせて——因果的だからである。」

(8) Greco, ZIS 2011, 674 注、参照 (六八二頁にわたる大々献も挙げられている)。

(9) 以下の注に挙げられているもののほか、Blay, GA 2000, 392 ff. (395); Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 174 ff.; Feijoo Sánchez, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Madrid, 2007, S. 233 ff.; Frister, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2013, § 26 Rn. 4 ff.; Greco, ZIS 2011, 687 f.; Häring, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Basel u.a., 2005, 202 ff.; Heine/Weiber, Sch/Sch-StGB, 29. Aufl. 2014, vor § 25 ff. Rn. 114

ff. (Heine, Sch/Sch-StGB, 28. Aufl. 2010, vor § 25 ff. Rn.

115 f. 以下、また異なる見解が採られている): Kaspar, AT 2. Aufl. 2017, § 9 Rn. 69 ff.; Köhler, Strafrecht AT, 1997, S. 540; Kühlen in: Canaris u.a. (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BGH, Bd. IV, 2000, S. 647 ff. (670); Lampe, ZStW 106 (1994), 683 ff. (692 f., 734 Fn. 160); Lesch, JA 2000, 73 ff. (78); Renzikowski, FS Otto, 2007, S. 423 ff. (439); Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn. 242 (LH Cerezo, 2002, S. 963 ff. [974 f.] 以下、また因果性のモデルへの解決が試みられている); Schünemann, LK-StGB, 11. Aufl. 2007, § 25 Rn. 216 f.; Utsumi, Jura 2001, 538 ff. (540); dies., ZStW 119 (2007), 787; Steckermeier (通説注 (一)), S. 216 ff.; 真重と肯定する S. 44; Hilgendorf, NSStZ 1994, 561 ff. (563) をよむ Stratenwerth/Kühlen, AT 6. Aufl. 2011, § 16 Rn. 7. 以下、大々献のこのことについて、Heine/Weiber, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Vorbem. § 8 25 ff. Rn. 111; 犯罪の継続と共犯の継続のこのことについて、Böhringer (通説注 (一)), S. 99 ff. を見よ。

(10) 多くの文獻に代えて Roxin, AT II, § 25 Rn. 190 ff., 198 ff.

(11) Heine/Weiber, Sch/Sch-StGB, vor § 25 ff. Rn. 116; Greco, ZIS 2011, 688; Gutiérrez Rodríguez, La responsabilidad penal del coautor, Valencia, 2001, S. 214 ff.; Luzón-Díaz y

- 366: *Gropp*, GA 2009, 272 f.; *ders.*, AT 4, Aufl. 2015, § 10 Rn. 215; *Lackner/Kühl*, StGB 28. Aufl. 2014, § 25 Rn. 13 (*Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 116d ㉔㉕末尾は、明らかにより控えぬ主張をしようとする)。
- (9) 同様。 *Heine/Weißer*, Sch/Sch-StGB, vor § 25 f. Rn. 114; *Kasper*, AT § 9 Rn. 70; *Renzikowski* (前掲注 (11)), S. 288; *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski*, § 49 Rn. 118; *Rengier*, AT 8. Aufl. § 53 Rn. 3; *Steckemeier* (前掲注 (一)), S. 217; *van Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 363 f.
- (17) *Roxin/Greco*, AT I 5, Aufl. 2019, § 5 Rn. 41 f. 参照。
- (18) 過失の共同正犯と法規の文言の整合性に関する日本の議論状況については *Utsuni*, ZStW 119 (2007), 770 f.
- (19) *Puppe*, JR 1992, 28 ff. (32); *ders.*, GA 2004, 129 ff. (131, 136 f.); *ders.*, ZIS 2007, 234 ff. (240); 同。 *Sanson*, StV 1991, 182 ff. (184 f.); *Hoyer*, GA 1996, 160 ff. (173); *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 157; und *Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mitäterschaft, 2009, 181 ff. (*Becker* は過失の共同正犯を受け入れるが、各関与者の共同正犯的な寄与を通じて結果の惹起は必要だとする); *Böhringer* (前掲注 (一)), S. 203, 225 ff.)), それを批判するの *† Renzikowski* (前掲注 (11)), S. 286 f.; *Greco*, ZIS 2011, 687; *Ratsch*, ZIS 2018, 1 ff. (あまり明確ではないが、九頁)。
- (20) しかしながら *Puppe*, GA 2004, 131, 136 は、付加的共同正犯は「例外」だとしなければならぬとする。 *ders.*, ZIS 2007, 240 f. 参照。 それに対して、一貫しようとする *† Becker* (前掲注 (9)), S. 167 である。 *Becker* は、共同正犯を認めるには、各個別の寄与の因果性が必要だとし、それゆえ付加的共同正犯を拒絶する。 それと非常に近いものとして *Böhringer* (前掲注 (一)), S. 225 ff., 228 f., 266 がある。 結合犯の共同正犯の事例状況を想起せよ。(たとえば強盗の事例で) 奪取を行った者は、もはや共犯者によって行われた脅迫または暴行行為には因果的ではあり得ない。 詳しくは *Renzikowski*, FS Otto, S. 427 f.
- (21) *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 ff. (743); *Hilgendorf*, NSZ 1994, 563; *Hoyer*, FS Puppe, 2011, S. 515 ff. (524 ff.); 詳して *† Renzikowski*, FS Otto, S. 426 ff.; *Haring* (前掲注 (9)), S. 140 ff., 277 ff.; *Jakobs*, FS Herzberg, 2008, S. 395 ff. (400 ff. 405) 特 *† Kraner* (前掲注 (14)), S. 142 ff. 158 f., 168.
- (22) この要求については、特に *Puppe*, GA 2004, 129 (「各人は、自分一人だけで失敗する」), 132; あるいは *Murmann*, SSW-StGB, § 25 Rn. 34; *ders.*, AT 4, Aufl. 2017,

- § 27 Rn. 54. *Bähringer* (前掲注 (一)), S. 249 参照。
- (23) IV. 2. の注 (56) 参照。
- (24) それにもかかわらず、根拠・帰結関係の逆転がみられる(25) *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski*, § 49 Rn. 6. 「」の相互的な行為帰属がもたらはじめて、共同正犯の不法が基礎づけられる」にすぎ。しかし、むしろ逆に、共同正犯が相互帰属を基礎づけるのでなければならぬ。単に処罰の間隙を避ける必要性を指摘するだけでは (*B. Heinrich*, AT 5. Aufl. 2016, Rn. 999) 、「正犯化」はならぬ。
- (25) *Greco*, ZIS 2011, 9 ff.
- (26) *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 653 ff.; *ders.*, GA 2015, 503 ff. (512 ff.); 』の思想を取り上げ、さらに発展させるのは *Schönemann*, Neumann-FS, 2017, S. 701 ff. (703).
- (27) *Schönke/Schröder*, StGB, 10. Aufl., vor § 47 Anm. b. *Roxin* (前掲注 (4)), S. 276 f. からの引用による。
- (28) *Körper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 61.
- (29) *M/R/Haas*, § 25 Rn. 60.
- (30) *Lange*, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 55 ff.; *Sax*, ZStW 69 (1957), 412 ff. (434 ff.); *Schröder*, JR 1958, 427; *Schönke/*
- Schröder*, StGB 16. Aufl., 1971, § 47 Rn. 43. *Baumann*, Jus 1963, 85 (85); 同様に *RGSt* 58, 279; 66, 236 (240).
- (31) *Roxin* (前掲注 (4)), S. 276 f.; *Puppe*, GA 1984, 101 ff. (112 Fn. 43).
- (32) *Kindhäuser*, FS Hollerbach, 2001, S. 627 ff. (645); *ders.*, AT 8. Aufl. 2017 § 40 Rn. 2.
- (33) *Haas*, Die Theorie der Täterschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 112 ff.; *M/R/Haas*, § 25 Rn. 64.
- (34) *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski*, § 49 Rn. 9 ff.; *ders.*, Jus 2013, 481 (485 ff.); *Renzikowski* (前掲注 (11)), S. 101 では、また集合としての複数人への帰属のみが語られていた。』れに対し *Haas* (前掲注 (33)), S. 114 からは *M/R/Haas*, § 25 Rn. 64 は、彼のアプローチにしたがえば個々の共同正犯者の答責は「集合的な答責の派生物ではなから」主張する。
- (35) *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski*, § 49 Rn. 11.
- (36) 一致する見解として *Puppe*, GA 2013, 522. 「民法的な責任を根拠づける制度は、一身専属的な答責が問題となる刑法に軽々に転用するべきではない」。
- (37) *Puppe*, GA 1984, 112 Fn. 43, 119 Fn. 58; *ders.*, ZIS 2007, 235 ff.; *ders.*, GA 2013, 521 f. 』れは非常に類似するものが *Steckmeiers* (前掲注 (1)), S. 66 ff., 69, 152 ff. である。共同正犯の「延長された行為支配」の根拠づけは、

自己の支配を超える、内部的な拘束を生む相互的な影響力の行使から生じるとする（その経験的な裏づけは、七一頁以下）。その理由は、これのみが自己の行為を対象とするものだからだとする。Steckmeiers 自身、それが、相互的な共犯以上のものとすべきだという主張の根拠としては十分でないことに気づいている。それゆえ、補足的な根拠づけを探求しているが、これについては、IV. 4. a で詳細に論じる。なお、Steckmeiers が利用している経験的な資料の大部分は、個別の事件に関係づけられた共同正犯というよりは、むしろ、ある程度長期間継続するグループ——換言すれば、集団とりわけ結社——に関係するものである。

- (38) Puppe, GA 1984, 114.
- (39) しかし、Joerden, FS Puppe, 2011, S. 563 ff. (567) はそのように批判する。
- (40) Puppe, GA 1984, 116 ff.; dies., GA 2013, 522 Fn. 42. 後者の文献は、Joerden のこの考えを思いつかせた。
- (41) これらの理論について詳しくは、Roxin (前掲注(4)), S. 51 ff.
- (42) このことについては、Puppe も異論を唱えていない。Puppe, GA 2013, 522. 「共犯者らの行為寄与は、教唆者に正犯者の行為が帰属されるのとまさに同じような理由から、そしてまさに同じような意味で、彼らに帰属される。

つまり、「自己の行為のように」帰属されるのではない」。

- Böhninger (前掲注(1)), S. 257 f. も見よ。
- (43) Jakobs, FS Puppe, 2011, S. 547 ff. (548).
- (44) Lampe, ZStW 106 (1994), 688 ff.
- (45) Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 122 f.; ders., ZStW 105 (1993), 271 ff. (274 ff.); ders., JA 2000, 76 f.; Jakobs, FS Miyazawa, 1995, S. 419 ff. (421: 「集合的行為」); ders., FS Lampe, 2003, S. 561 ff. (後の業績では、集合的主体は、おおよそ必ずからかろうと背後に退いた。ders., FS Puppe, S. 547 ff.; ders., Theorie der Beteiligung, 2014, S. 44 参照)。日本における支持者については、Usami, ZStW 119 (2007), 773 参照。これに近いのは、Wezzel (前掲注(9)), S. 191 ff.; Falcone, Indret 3/2017, S. 15 ff. しかし、これらは、集合的主体の観念を否定する(後掲注(5))。
- (46) Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988, S. 79.
- (47) 前掲注(34)。
- (48) Kratzl (前掲注(51)), S. 144 ff. 「古く陰謀説の再生」と呼ぶ。
- (49) Usami, ZStW 119 (2007), 773.
- (50) 類似の批判を、Dencker (前掲注(6)), S. 123

- 「(その独自の「全体行為の帰責原理」(S. 142 頁)は、同様の批判に対して抵抗力がない。批判に対する反論の試みは、Frisler, FS Dencker, 2012, S. 119 ff. [23 頁.]」;
Kirchhäuser, FS Hollerbach, S. 630 ff.; *Kratz* (前掲注 (15)), S. 144 ff.; *van Wezel* (前掲注 (16)), S. 163 ff.; *Frisler*, FS Dencker, S. 124; *Falcone*, *Indret* 3/2017, S. 19 ff. の批判は日本でも主張されよう。Utsuni, ZStW 119 (2007), 773 を見よ。それにちなむ文献が挙げられる。これに対し、Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski, § 49 Rn. 12; *ders.*, *Jus* 2013, 485 は「彼の「法人」の理論に於いて批判を打ち破るべきであるとする。筆者には、どのように打ち破っているのが理解できない。「せめて」と書いたのは、全体主体の構想すら、一身専属的な答責を真剣にとらえる刑法においては、根拠をけるものがないからである。」
- (14) 正当な *Böhlinger* (前掲注 (1)), S. 224 f., 254 f. それにちなむ文献も挙げられる。
- (12) *Roxin* (前掲注 (4)), S. 277. 同様の見解として、た *van der Geppert*, *Jura* 2011, 30 ff. (30); *Groß*, AT § 10 Rn. 168 ff.; *Herzog*, *Strafrecht* AT, 2017, S. 239; *Hoyer*, SK-StGB 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 13, 108; *Jeschek/Wiegand*, AT, S. 679; *Kühl*, AT § 20 Rn. 99; *Rudolph*, FS Bockelmann, 1979, S. 369 ff. (374); *Schünemann*, LK-StGB § 25 Rn. 156 Fn. 372 (詳細に文献が挙げられている); *Valdagna*, ZStW 98 (1986), 839 ff. (861). 類似の見解として *Bothe*, GA 2001, 471. 補足的な修正を加えるものとして *Seelmann*, *Jus* 1980, 571 ff. (574).
- (13) *Roxin* (前掲注 (4)), S. 278.
- (14) *Roxin* (前掲注 (4)), S. 279.
- (15) *Roxin* (前掲注 (4)), S. 280; *Rudolph*, FS Bockelmann, S. 373 を見よ。「全体としての構成要件実現に関する共同支配」。 *Valdagna*, ZStW 98 (1986), 860, 870 f. 及び後掲注 (19)。
- (16) *Roxin* (前掲注 (4)), S. 277, 287. 「共同正犯者は、他人が行ったことのために処罰されるのではなく、その者自身の共同支配のために処罰されるからである」。 *Valdagna*, ZStW 98 (1986), 839 (852 ff., 860) 45, 767) を特に強調する。 *van der Schindl*, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 25 Rn. 126. 「共同正犯者各人は、自らが中心人物である……」。
- (17) *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 257.
- (18) *van der Haas* (前掲注 (13)), S. 21 ff.; *Freund*, AT 2. Aufl. 2009, § 10 Rn. 42 ff.; *Reisch*, „Einheitsstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 290 ff.; *van Wezel*, ZIS 2009, 432 ff. (444); *Jakobs*, FS Puppe, S. 550 f.; *Marle*, *Unrecht und Beteiligung*, 2009, S. 43 ff.

- (65) Stein. Die strafrechtliche Beteiligungsgesamtlehre, 1988, S. 203 f.
- (66) Schröder (前掲注 (27)); Cramer, FS Bockelmann, 1979, S. 389 ff. (400 ff.); Lesch, JA 2000, 75; Kindhäuser, FS Hollerbach, S. 632; Steckermeier (前掲注 (1)), S. 66 f.
- (67) よりわけ, Küber, JZ 1979, 775 ff. (786). キューパーは、極めて明確に消極的行為支配(「抑制力」)に焦点を合わせる。Valldignia, ZStW 98 (1986), 862, 870 f. しかしながら、この消極的な行為支配が共同正犯にとって十分であるかどうかについては反対するものとして、Luzón Peña, Diaz y García, FS Roxin I, 2001, S. 593 ff.
- (68) Roxin, FS Frisch, 2013, S. 613 ff. (630 f.).
- (69) 部分支配には、Roxin (前掲注 (4)), S. 277 で既に明示的に反対している。
- (70) Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 57; Falcone, Indret 3/2017, S. 6.
- (71) Roxin (前掲注 (4)), S. 283. これがどのような場合であるかは、「またはや一般化しては確定され得ず」、「法的な評価」を手掛かりにしてのみ確定されうるとしていた。
- (72) 類似の指摘として、Haas (前掲注 (33)), S. 36.
- (73) Roxin, AT II, § 25 Rn. 212, 230. 必要性説の模範として、
- たがった事後的観察に既に反対していたものとして、Roxin (前掲注 (4)), S. 283, 301 見よ。
- (74) Seemann, Jus 1980, 574; Kindhäuser, FS Hollerbach, S. 632; Haas (前掲注 (33)), S. 38; Renzikowski, Jus 2013, 485; M/R-Haas, Vorb. §§ 25 ff. Rn. 13; Falcone, Indret 3/2017, S. 5.
- (75) Herzberg (前掲注 (9)), S. 69 ff.; Seemann, Jus 1980, 574.
- (76) 特に、Haas (前掲注 (33)), S. 26.
- (77) しかしながら、「正犯なき共犯」という意味では、Dencker, FS Lüderssen, 2002, S. 525 ff.
- (78) この異論の余地のない立法者の決断の正當性 (Roxin, AT II 2003, § 26 Rn. 26; Frister, FS Dencker, S. 130 f. 「尊重されるべきだが、同時に遺憾に思われるべき」とする) について、疑問を差し挟むことはしないこととする。
- (79) 表見代理とこの形象については、多くに代えて、Schubert, MiKo-BGB 7. Aufl. 2015 § 167 Rn. 107 ff. 権利の外観を設定することにその根拠がある法律構成は、犯罪行為の遂行にはまったく適合しないように思われる。法取引への関与のために設計された法律構成を、これとは同一尺度では測れない不法取引の關係に転用することは許されなことが、この点を明らかに確認する。
- (80) Ransiek (前掲注 (11)), S. 70 は、まさにこの思想か

- ら過失の共同正犯を導き出す (Greco, ZIS 2011, 687 Fn. 136 以下 *Ramsick* に向けた批判を訂正せよ)。同様で *Haas* (前掲注 (83)), S. 142 f.
- (75) そのような主張をするものとして、特に、前掲注 (45) に挙げた *Leisch* の業績がある。
- (76) *Roxin* が過失の共同正犯を受け入れること (*Roxin*, AT II § 25 Rn. 241 f.; *ders.*, [前掲注 (4)], S. 770 Rn. 431 f.) 中 *Roxin* 自身が認めること (Rn. 431) 過失犯をまさに支配犯として理解しながらの理論モデルの中に、また基礎を持たなうまきである。この問題に対する *Roxin* の省察の展開については、*Böhlinger* (前掲注 (一)), S. 101 ff.
- (77) *Puppe*, GA 2004, 129.
- (78) *Greco*, ZIS 2011, 687.
- (79) この原理を援用するものとして、たとえば *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 2f.; *Falckmeier*, Indret 3/2017, S. 15 f.
- (80) *Steckmeier* (前掲注 (一)), S. 159 ff. この論拠は *Steckmeier* においては、共同正犯の根拠づけの第二の柱としての役割を有する (これは、心理学的に基礎づけられた「延長された行為支配」に並ぶものではない)。
- (81) 公法におけるその基礎については、*Lindner*, Die verfassungsrechtliche Dimension der allgemeinen polizeirechtlichen Adressatpflichten, 1997, S. 17 ff., 26 ff.; *Hollands*, Gefahrenzurechnung im Polizeirecht, 2005, S. 37 ff. 民法における妨害責任については、*Baldus*, MUKo-BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 149 ff.
- (82) *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 622 ff. 参照。
- (83) *Dencker* (前掲注 (9)), S. 221 ff. 参照。
- (84) 中世に用いられた Halsgerichtsbarkeit における刑事司法の呼称は、非常に目を引く。たとえば *Eb. Schmidt*, in: Festschrift für Siber, Bd. I, 1941, S. 99 ff. (105, 144, 159 ff.).
- (85) それらの提案については、*Kratz* (前掲注 (9)), S. 110 ff.
- (86) 前掲注 (11) 参照。
- (87) 同様で *Böhlinger* (前掲注 (一)), S. 298 f.
- (88) 特に *Dencker* (前掲注 (9)), S. 224 f.; *Künin* (前掲注 (11)), S. 179 f., 188; *Knauer* (前掲注 (11)), S. 195 以下 *Roso Cañadillas* (前掲注 (11)), S. 565; *Steckmeier* (前掲注 (一)), S. 167 ff. 参照。批判については、既に *Greco*, ZIS 2011, 687 Fn. 136.
- (89) 基礎的な文献として、*Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 (1. Aufl. 1970), 111 以下 *Greco*, ZIS 2016, 416 ff. (416 f.)。それに加

献が挙げられている。

(9) 結論において類似するのは Hoyer, FS Puppe, 2011, S. 515 ff. (526).

(10) 最小条件の公式にしたがえば、なまかなである。詳しくは V. 2. 9.

(25) 同様じ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2016, § 25 Rn. 88; Gropp, AT 4, Aufl. § 10 Rn. 216; MüKo-Hardtung, § 222 Rn. 67 (Rn. 71 によて Hardtung は「明確化するために」過失の共同正犯に ついて触れている); MüKo-Joelck, § 25 Rn. 289; Murnann, AT 4, Aufl. § 27 Rn. 55; Roxin, AT II § 25 Rn. 240; Rolsch, FS Puppe, 2011, S. 877 ff. (905, 907 f.). Rolsch によて

過失の共同正犯は常に過剰なものだとする (このことによて 第一の事例状況において既に知られている); Utsumi, ZStW 119 (2007), 150. なまかなへ Stratenwerth/Kuhlen, AT 6, Aufl. § 15 Rn. 77 も同様である。Rengier, AT 8, Aufl. § 53 Rn. 6. しかし Rengier は「関与者の一人が既に犯行を決意している者である場合には、もはやこの道は採り得なると考えうる (Rn. 9. 同様に Donatsch, SJZ 1989, 109 ff. [112])。だが、この見解は、既に抱かれている他人の行為決意の強化も惹起であるというところを見逃している。注目すべき根拠とともにこれを否定するのには Kratz (前掲注 (15)), S. 358. その根拠に ついて

は、我々は V. 2. c でなお熟考しなければならぬ。

これに対し、説得力が足りないのが、いわゆる「不作為的解決」である。BayObLG NJW 1990, 3032; Walder, FS Spindel, 1992, S. 363 (369 f.); Donatsch, SJZ 1989, 113 によて なまかなへ同様である。これに加えて、詳しくは Kratz (前掲注 (15)), S. 80 ff.; Utsumi, ZStW 119 (2007), 776 ff.

(36) Renzkowski (前掲注 (11)), S. 285. 実質的に Utsumi, Jura 2001, 540; dies., ZStW 119 (2007), 786; Heine/Weiber, in: Sch/Sch-StGB, vor § 25 ff. Rn. 112 によて M/R-Haas, § 25 Rn. 100 (最後の文)。

(6) 遡及禁止に対する筆者の慎重な態度については Greco, Um panorama da teoria da imputação objetiva, 4. Aufl. São Paulo, 2014, S. 90 を見よ。

(56) Puppe, GA 2004, 146 によて 過失の共同正犯に対する批判の中でこの事件を想起している。しかし、この事件は、過失の共同正犯の支持者にとつてのみ問題なのではなく、過失正犯の「背後の」(つまり、過失正犯者の動機への働きかけを通じて) 同時正犯を可能とみる者にとつても問題である。

(66) たゞせば Jescheck/Weigend, AT, S. 282 (「113回の刺突によるカエサルの殺害」)。

(97) 既に Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 45 f.; Welzel, Deutsches Strafrecht, 11.

- AufI. 1969, S. 45. 以下はそれ以前の文献 (M.L. Miller 以下 Tarnowski) が挙げられている。Fincke, GA 1975, 165 も見よ。Fincke は、択一的因果関係に ついて次のように書いた。「もともと、そのような状況を実際に想像するよりは難しい」。その後、そのような事例が現れたのである。
- (86) Traeger (前掲注 (67) に挙げたものなど) : Tarnowski. Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, S. 47 f. など。Wetzal (前掲注 (67) に挙げたものなど) を介して、修正公式は、多くの文献に取り入れられたように思われる。たとえば Kühl, AT § 4 Rn. 19 ff.; Wessels/Benthe/Satzger, AT Rn. 222.
- (86) Greco, ZIS 2011, 683 参照。以下は一般に受け容れられている批判に ついての文献が挙げられている。修正公式は、投票の棄権は、因果的だと説明している。
- (90) そのように考えるものとして、たとえば Frisch, FS Gössel, 2002, S. 51 ff. (88), Frisch は、条件公式の「実用性」に言及する。Frister, AT, 6. Aufl., 9/35 f.; Greco, ZIS 2011, 685 f.
- (91) Greco, Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos imprópios, São Paulo, 2018, S. 56 ff. 以下は、ZIS 2011, 685 f. における以前の立場と対決したものである。
- (91) Roxin/Greco, AT § 11 Rn. 15 に挙げられた文献を参照せよ。
- (91) しかし、合法的な条件関係説に与する者の多数はそれで満足する。同説に合議決定の事例状況の解決を期待しているにもかかわらずある (そのようなものとして、たとえば Wetzal [前掲注 (11)], S. 113 ff., 116, 119; Schünemann in: Roxin/Widmaier [Hrsg.], 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 621 ff. [S. 634]); Baumann/Weber/Mitsch/Eiseler, § 10 Rn. 32).
- (101) 基礎的な文献として、Puppe, ZStW 92 (1980), 863 ff. (865 ff., 891 f.); 最近のものとして、Puppe, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, vor § 13 Rn. 102 f.; 有名な文献は、Roxin/Greco, AT § 11 Rn. 15a Fn. 31.
- (91) Kindhäuser, GA 1982, 477 (485 f.); ders., ZStW 120 (2008), 481 (485 f.). 現在の異なるこの見解を以下に「あれはもう、われあり (conditio per quam)」。Kindhäuser, Kargl-FS, 2015, 253; ders., Paeflgen-FS, 2015, 129; ders., ZIS 2016, 574.
- (91) Roxin/Greco, AT § 11 Rn. 15g, 19. 以下は有名な文献が挙げられている。
- (101) 特に広まっているのは、最低条件説を条件公式と等置

するものである（そのほうなものであるとして、たとえば Samson, FS Rudolphi, 2004, S. 259 [266]；Bohringer（前掲注（1））、S. 66 中実質的には Rotsch, ZIS 2018, 6 f. も同様である。余剰の投票は、最低条件の不可欠の構成要素ではないとする）。これは正しくない。条件公式ではある事情が取り除いて考えられるのに対し、最低条件は、諸事情を一般的な命題、つまり一般的な条件命題から取り除いて考えることにより得られるのである（Greco, ZIS 2011, 685 と同頁の Fn. 117 を見よ）。

(80) Greco, ZIS 2011, 686.