

Title	過失共同正犯論再考
Sub Title	
Author	内海, 朋子(Utsumi, Tomoko)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 刑事法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008. ) ,p.1- 24
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453207-00000003-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453207-00000003-0001</a>

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.

過失共同正犯論再考

内海朋子

一 問題提起

二 ドイツにおける概念的否定説と同時犯解消説

三 「拡張的正犯概念」対「制限的正犯概念」という  
対立構造が形成されるまで

四 結語

## 一 問題提起

日本の学説に常に強い影響を及ぼしてきたドイツ学界においては、共同正犯における共同行為決定とは法益侵害に向けられた決定でなければならぬ、として、過失共同正犯の概念的成立可能性を否定する見解が長らく通説的立場を占めていた。<sup>(1)</sup> 日本においても、犯罪共同説の立場においては、共同正犯の意思連絡は法益侵害結果に關する各関与者間の了解を意味するとして過失共同正犯の成立が否定されるとの理解が広く認められてきた。しかしながら、共同正犯要件における意思連絡が、法益侵害結果に關するものでなければならぬ論理的必然性は存しない。そこで、今日では、意思連絡の解釈論のほかに、さらに処罰範囲の適切な限定という観点を持ち込まれる。概念的な成立可能性よりは、処罰の適正さを正当化根拠とするこのような否定説を、私はかつて、同時犯解消説と名づけ、概念的成立可能性を論じる見解と区別した。

本稿では、概念的成立可能性と過失共同正犯の処罰の単独犯への解消という過失共同正犯否定の二つの根拠のうち、特に後者が主張されるようになった背景を明らかにすることを試みる。日本における同時犯解消説は、過失犯においては統一的正犯概念ないし拡張的正犯概念が妥当するという点にその根拠を求めるところがある。すなわち、同説は、過失犯において制限的正犯概念を貫徹し、過失共同正犯を肯定して処罰を拡張するよりも、注意義務違反を個別的に検討した方が過失認定の厳密性を維持できるという点に、肯定説に対する自説の優位性を見出している。しかし、何故統一的正犯概念・拡張的正犯概念を採用することが過失共同正犯否定につながるのかについて、従来十分に研究がなされてきたとはいえない。

拡張的正犯概念と制限的正犯概念の対立は一般に、間接正犯の体系上の位置づけをめぐる争いであると理解されている。そこで、そもそも、間接正犯の正犯性の説明に用いられる両説の対立が、何故、共同正犯否定・肯定

の論理に用いられるのかは、大いに興味の湧く問題である。勿論、間接正犯の成立範囲、すなわち単独正犯の成立要件に関する議論が、共同正犯論にも影響を及ぼすことは考えられる。しかし、直接的な影響は、共同正犯を相互の間接正犯と捉えた場合にのみ生じるにすぎず、共同正犯規定の意義が、単独正犯規定では処罰の対象とならない行為に対し処罰創設機能を有する点にあるとすれば、間接正犯における議論の影響は僅少のはずなのである。

このように考えると、たとえ過失犯に拡張的正犯概念が妥当したとしても、共同正犯を論ずる実質的意義が失われるかは、疑問の余地がある。拡張的正犯概念と制限的正犯概念の対立は、本来間接正犯の取り扱いをめぐって練り広げられたものであって、共同正犯論に適用することはできないからである。過失犯において正犯・共犯の区別が注意義務の存否に解消されるとしても、過失間接正犯の存在意義が否定されるのみで、すべての共同正犯を相互の間接正犯と考えるのではないかぎりには、共同正犯にみられるような相互的帰責の問題は依然未解決のままに残る。本稿ではそこで、「拡張的正犯概念を採用すれば過失共同正犯は否定される」「制限的正犯概念を採用すれば過失共同正犯は肯定される」というテーゼがどこまで妥当するものであるかを明らかにしたい。

(1) 例として、Max Ernst Mayer: Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, S. 381 f.; Günther Arzt, Vorsitz und Fahrlässigkeit, recht 1988, S. 72.; Hans-Heinrich Jeschek/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 676 f.; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Misch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, S. 691.

(2) 甲斐克則「過失犯の共同正犯が肯定された事例」セレクト一九九二年三三頁（一九九三年）、高橋則夫「過失の共同正犯が肯定された事例」平成四年度重判解一七二頁（一九九三年）。井田良「刑法総論の理論構造」三七二頁（成文堂、二〇〇五年）もこの立場に近いと思われる。なお、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』一三八一頁（有斐閣、二〇〇二年）も参照。

## 二 ドイツにおける概念的否定説と同時犯解消説

### 1 同時犯解消説の起源

狭義の共犯を含む過失共犯論と、統一的正犯概念・拡張的正犯概念との関係については、一九世紀後半におけるドイツの議論が大きな影響を与えていると思われるので、まずドイツ学説の流れを参照しよう。既に述べた通り、共同正犯の主観的要件である共同実行意思（「共同行為決定」ないし「共同犯行決意」）を、「共同して結果発生を惹起しようとする意思」であると理解し、過失犯には結果発生に向けられた意思決定がないことを理由に、過失共同正犯を否定する概念的否定説は、従来のドイツ通説であった。こうした中、ヘルツベルク説は、概念的な成立不可能性を主張しつつも、日本における同時犯解消説にも近い傾向を示す。

Aが三階にある自分の部屋の壁を壊し庭に投げ捨てていたので、Aの義理の息子Bがこれを手伝ったところ、塊が子供Cにあたって怪我をしたが、二人のうちどちらが落とされた塊がCに当たったかわからない、という事例につき、ヘルツベルクは概念上の成立可能性を否定する見解に拠って、過失共同正犯を認めずに、疑わしきは被告人の利益に、の原則にしたがって、A・Bを無罪にすべきである、との結論にいたる。しかし、注においてAにつき、危険行為が行われないよう注意する義務が認められるならば不作為犯が成立する可能性はある、と指摘する。このように、Bに対する一種の監督義務を論ずる点に日本の同時犯解消説に近い問題意識を看取しうるであろう。<sup>(3)</sup>ただし、ヘルツベルクの見解では、概念的否定と処罰範囲の適正化は矛盾なく成立し、同時犯解消に關する説明も、概念的否定説を補充する主張にすぎないと考えられる。

他方において、ドイツにおいて、概念的否定説が同時犯解消説と止揚可能なものと常に解釈されてきたかについては、結論を留保しなければならない。二〇世紀初頭に過失共同正犯の議論を整理したワインベルクは、過失

共同正犯否定説には、概念的成立可能性否定説と実定法解釈上における否定説との二つの系譜があることに、注目している。<sup>(5)</sup> 第一は、過失共同正犯の概念的成立可能性を否定する見解であり、過失犯における「共同意欲」の欠如をその理由とする。<sup>(6)</sup> 第二は、過失共同正犯の概念的成立可能性は否定しないが、刑法規定の解釈上、過失共同正犯は認められていない、とするものである。

もちろん、当時のドイツにおいても、否定説の主流を占めていたのは、純粹に過失共同正犯の概念的な成立可能性自体を認めない見解であった。これらの立場には、例えば、共犯は常に故意によるものであって、過失の共働は共犯ではないとしたベルナーの見解が含まれよう。<sup>(7)</sup>

しかし、このような概念の否定と並立する形で実定法解釈からの否定説も広く支持されていた。過失共犯論（広義）に関しても、ヘルシュナーが、「もし、刑法の共犯規定が、故意による共働のみを念頭に置いているとしても、過失的な共働、ひいては過失犯によって基礎づけられる共同責任の可能性も否定されるべきではなく、むしろ立法者がそのような共同責任を有罪とするにあたって特別の法規が必要である、とは考えなかった、ということのみが重要である」として、概念上成立可能か、法律上処罰されるかの問題を区別する。<sup>(8)</sup> ここでは、過失共犯の概念的成立可能性の欠如よりも、立法上その必要性が認められないことが過失共犯（広義）否定の理由として強調される。

ワインベルクの分析によれば、実定法上の解釈からの否定は、「実行（ausführen）」概念の解釈に由来するものであった。過失共同正犯の概念的成立可能性は否定しないけれども、当時のドイツ刑法四七条における、「共同して実行する」の「実行（ausführen）」は、犯罪意思から生じ、その実現に向けて行われる所為、であるから、「共同実行」とは、同一犯罪についての実現意思を持ち、その意思の合致に基づいて行爲することを含意する。<sup>(9)</sup> このような実行行爲解釈によれば、共同実行も、犯罪意思を通じ合ってその実現へ向けて共働する行爲、との解

釈を採りやすいことになる。

このように、概念的否定説のほかに法律上の解釈論からのアプローチが存在したことが、概念的成立可能性と過失共同正犯独自の処罰範囲の消滅という過失共同正犯否定の論理の二元化に寄与したであろうことは容易に想像できるのであるが、そもそも、概念的成立可能性と実定法の解釈の分離という複雑な理論構成が容認されていた背景には、一八、一九世紀における共犯論の混迷と立法の錯綜があると私は考える。

一八世紀、一九世紀におけるドイツでは諸侯の領国や領邦で制定されたラント法に数多くの刑事規定があった。これは、共犯現象に関しても、領邦によって内容の異なる様々な共犯規定が存在したことを意味する。このような状況に鑑みると、学者達が共犯に関連する諸概念について統一的な観点を共有することは、非常に困難であったと考えられる。特に教唆は、北ドイツ連邦の成立（一八六七年）以前、諸領国・諸領邦の規定において、主たる責任を負う発起者とされたり、正犯と対置されて従たる責任を負う狭義の共犯とされたりした。<sup>12)</sup>

したがって、北ドイツ連邦成立からさらにプロイセンを中心としたドイツ帝国（一八七一年）による刑法が制定された一九世紀後半、学説は、第一次的刑事責任主体性を何に求めるかに関して、教唆者について第一次的刑事責任主体性を認める発起者概念から、これを除く正犯者概念を中心とした理解へと変化していく過渡期にあったといえる。共同正犯論についても、合意・共同実行のどちらに重要性を認めるかに関して学説は揺れており、見解の一致を見なかった。

そこで、教唆・幫助についても、立法上の定義づけが様々であり、学説上のそれと乖離していた可能性を否定できない。その証左といえるのが、一八七一年成立当時から一九七五年における刑法改正までの教唆・幫助規定である。改正前のドイツ刑法は、教唆・幫助の行為態様をかなり具体的に記述していた。<sup>13)</sup> その中には、正犯者への脅迫を伴う教唆など、今日から見れば間接正犯として捕捉されるのが妥当な行為が含まれている。そこで、実



定法上は教唆・幫助の名を冠しているものの、第一次的責任を負うべきものとして扱われる行為態様が存在したと考えられる。

このような混乱期にあつては、学者達は、自己の学説と異なる立場で実定法が規定されてしまうという困難に直面せざるを得なかつたであろう。そこで、自説と立法との間に甚だしい乖離が生じたとしても、立法が再度改正される可能性も念頭において、当面は、目の前にある法文の立法技術的な問題として、自己の犯罪論体系と異なつた解釈を展開することも許される、という態度が採られたのではないかと推測されるのである。

その例証は、ビルクマイヤーのプーリに対する批判に見ることができる。プーリの共犯学説は、等価説、そして主観説を基盤に据えていることで有名であるが、ドイツ刑法は客観的基準によつて各共犯類型を区別している。そこで、客観説に立つビルクマイヤーは、プーリの共犯学説が、「新しく立法された刑法（＝一八七一年刑法）に適合しない」点を指摘し、激しく論難した<sup>14</sup>。しかし、プーリ説は刑法典成立以前に既に完成していたため、一八七一年刑法との整合性を図るのは困難であつたと思われる。そのほか、学説と現行法上の構成とを別章を設けるビルクマイヤーの叙述方法を見ても、一九世紀後半においては、学説と実定法の乖離は止むを得ないものとして広く容認されていたのではないかと推測されるのである。

## 2 立法による混乱の收拾

実定法解釈と共犯概念の理論的論拠とが交錯して主張されるという、法律の規定と講学上の概念との齟齬は、過失共犯論にも問題を生じさせた。

法律が共犯（教唆犯・幫助犯）として規定した場合にかぎつて、正犯としての処罰が制限されるとの拡張的正犯概念の通常理解からは、概念上過失共犯に該当する行為は共犯規定の不存在を理由に、正犯として処罰され

るはずである。しかし一九七五年の刑法改正以前には、擴張的正犯概念を支持しつつも、過失共犯概念が存在することを前提に、共犯規定に過失犯を含ませる趣旨ならば立法者はそれを明示すべきであるのに、そのような規定は置かれなかったことから、概念上過失共犯に位置づけられる行為は不処罰にする趣旨である、との解釈も存在した。すなわち、シユペンデルは<sup>15</sup>、過失共働は単独正犯と評価され、過失教唆・過失幫助の概念を現行法上容れる余地がない、というテーゼは正しくない、とし、故意犯における狭義の共犯の処罰の限定性は、過失犯においても考慮されなければならないとする。

そこで、過失共犯論に関して、過失行為における正犯・共犯を概念的に区別しうるかの問題と、実定法上、両者が区別されているかの問題を区別すべき、とし、概念的な区別可能性は肯定するが（シユペンデルは、擴張的正犯概念を採りながらも客観的共犯論を採用する）、共犯行為を正犯より減輕するという点は過失犯においても考慮されなければならない、しかも実定法は故意の共犯行為のみを可罰的と定めるので、過失犯においては共犯を刑罰縮小事由ではなく刑罰消滅事由と理解して、不可罰とせざるを得ない、とする。

擴張的正犯概念は過失共犯該当行為を正犯に格上げ処罰することを狙いとした学説（少なくとも制限的正犯概念の立場からは格上げと解釈されよう）だと解釈するならば、当然のことながら、シユペンデル説は、そのような立場と真向から対立する。<sup>16</sup>しかし、「正犯格上げ処罰」は不当な刑罰加重だとの批判を回避するためには、概念的に過失共犯は存在するも、その当罰性において正犯と同等に扱うべき実質を有することを明らかにしなければならない。故意犯においては既に制限的正犯概念が浸透しているので、過失「共犯」という概念の存在を認める限り、その当罰性は過失正犯より減弱するはずだという思考を前提とするなら、シユペンデル説のような解決を採用しかない。結局、過失犯において擴張的正犯概念を採用するという場合、そもそも過失共犯は概念上存在せず、正犯のみが想定し得る、と考えるか、シユペンデルのように、過失共犯は概念上存在するけれども実定法上、処

罰対象から外されていると考えるのが合理的であろう（とりわけドイツ刑法は教唆・幫助行為を故意犯に限定している）。

しかしながら、用語の多義性によってもたらされる混乱は次第に収束していく。まず、共同正犯を客観的共働と捉えて、過失共同正犯の概念的成立可能性を認め、しかし実定法の解釈の段階では、合意の要素を要求するということもありえたが、合意を中核とした共同正犯概念が、通説化したので、ドイツではこのような理論構成の余地はなくなった。また、第一次的刑事責任主体性を具備すると思われる行為が教唆の規定に含まれていた問題についても、一九一九年のワイマール共和国成立前後から、刑法改正案が提出され、立法レベルで間接正犯規定の成文化が検討され始め、結局、一九七五年のドイツ刑法改正における教唆規定の改正と間接正犯規定の導入により、決着した。そして、間接正犯導入という立法者の態度決定により、法改正以降は教唆・幫助の概念を概念上と法律上とで異なる区分けを行うという議論もまた、減退していった。

一九七五年の法改正は、過失共犯論にとって二つの意義を有する。第一は、既に述べたように、間接正犯を明文化したことであり、第二は、共同正犯が共犯の章から正犯の章へと移され、正犯として扱われるようになった点である。間接正犯の明文化によって学説と立法とが歩み寄れば、過失共犯は概念上あるにせよ、法律上は認められない、との複雑な理論構成をする必要性もなくなる。

第二点目については、共同正犯を狭義の共犯と同列に扱うことは困難が伴うようになったことを意味する。擴張的正犯概念・制限的正犯概念の対立の中で過失共犯（狭義）が論じられる場合に、ほとんど常に過失共同正犯に関する判断もこれと連動したのは、両説の対立構造においては、共同正犯規定もまた広義の共犯として、教唆・幫助と同列に扱われたことが一因をなしていたと思われる。しかし、法改正は共同正犯の正犯性に注目する傾向が強まったことの表れと解釈し得るため、過失共同正犯と過失教唆・過失幫助を「自動的にパラレルに考え

る」こと的前提自体が崩壊することになろう。

特に一九七五年の法改正以降、過失犯において拡張的正犯概念が妥当するといわれる場合、過失共犯（狹義）の概念的成立可能性を否定しているか、あるいは過失共犯が概念上存在しても不可罰であるのでとりわけこれを論じない、という立場に立っているように思われる。

### 3 日本の議論状況

以上で検討しような、概念的成立可能性と実定法上の扱いを区別することが、同時犯解消説の素地を形成したことは十分に考えられる。しかし、少なくともドイツにおいては、間接正犯規定の導入により、両者の区別を必要とする状況には終止符が打たれたと考えてよい。

日本の学説においては、過失共犯（広義）の可罰性を論じるにあたって、概念上の成立可能性と実定法上の処罰可能性という二分化は、今なお見られる。<sup>(21)</sup> 例えば、定型説の代表的主張者、団藤は、共犯行為としての定型性を念頭に置くならば、概念上、過失犯を排除すれば足りると思われるにもかかわらず、過失による教唆・幫助、過失犯への教唆・幫助を現行法が否定していることは明らか<sup>(22)</sup>とする。

また、処罰の無制限な拡大を防ぐために、例外処罰である過失犯に対し、処罰創設機能を有する共犯規定を適用すべきでない、として、共犯処罰の限定性に言及する実定法解釈が存在する。この立場によれば、日本刑法三八条一項の、刑法六一条、六二条への適用が肯定され、六一条、六二条のいずれにも過失犯を処罰する規定がないから、過失共犯の処罰は否定される。そして、この論理を敷衍すれば、日本刑法六〇条もまた、単独正犯処罰の例外であり、処罰拡張のための各則の修正であって、過失共同正犯も否定されることになろう。しかし、共同正犯については教唆・幫助とは別個に考える余地があるとの団藤の意見があり、<sup>(23)</sup> また、実質論を考慮すべきとの

指摘が存在することに留意すべきである。<sup>(24)</sup>

さらに、過失犯に拡張的正犯概念が妥当すると考えるとき、再び実定法上との齟齬の問題性が反映されることがある。拡張的正犯概念は、結果発生に条件を与えた者すべてを本来の正犯と理解し、「現行法が教唆・幫助を認めている結果として、教唆・幫助にあたるものが、正犯でなくなるもの」<sup>(25)</sup>（傍点筆者）などと定義されている。この定義にしたがうと、実定法上教唆・幫助と位置づけられるものであっても概念上は正犯である。そうだとすると現行法上、教唆・幫助が規定されている場合、まさしく実定法の定義と講学上の概念との齟齬の問題が生じる。<sup>(26)</sup>

しかしながら、拡張的正犯概念にしたがい、実定法上共犯規定がない過失犯については、過失正犯規定で処罰されるとすると、共犯概念に該当する行為も可罰性という観点からは正犯と同じ扱いになり、正犯と狭義の共犯の区別について論じたり、狭義の共犯の概念内容を論じる意義は極めて薄くなる。拡張的正犯概念は、正犯要件を具備した対象の中から、さらにある一定の要件を充足した対象が狭義の共犯に該当すると考えるところ、両者の可罰性が全く同じというのであれば、処罰範囲の画定にあたっては、正犯性具備のための一般的要件のみを問題にすれば足りる。そうだとすると、過失犯において拡張的正犯概念を採用する場合には、立法上・概念上のいづれにおいても、正犯・共犯という第一次刑事責任主体と第二次刑事責任主体との区別を行わないほうがよい。すなわち、過失犯において統一的正犯概念を採用し、過失共犯の概念自体を否定すべきなのである。

それにもかかわらず、このような煩雑な区別が日本においても行われるのは、おそらく、両者の区別が重要性を持つていた頃のドイツ学説の影響が残存したためであろう。しかし、日本においては、様々な共犯規定が乱立するといった事態は生じず、現行刑法の共犯規定もまた極めてシンプルであって、概念と実定法上の定義を乖離させる必要は、まったく存在しない。

- (3) Rolf Dietrich Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 72 ff.
- (4) Kim Sung-Ryong, Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2001, S. 92.
- (5) Siegfried Weinberg, Teilnahme an fahrlässigen Handlungen, 1904, S. 24 ff.
- (6) 共同正犯には共同責任が必要であるという見解もここに含まれるが、ワインベルクは、過失犯も責任の一形態であり、合意も存在しうる」と反論している。
- (7) ただし、ベルナーは過失犯への共犯は考えられる、としている。AがBに猛スピードでの運転を教唆したところ、Bが事故を起こしてCに傷害を負わせた場合や、不注意に武器を扱っているBをAが手助けしたが、Bの不注意な武器の扱いにより人が死亡した場合に、Aには過失犯に対する故意の教唆・補助が成立するとしていた。Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898, S. 159. そのほかにも、Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1882, S. 246 f. がある。
- (8) Hugo Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I, 1881, S. 441 ff.
- (9) ヴィットヒも、共同正犯において要求される責任形態については、ドイツ刑法四七条(当時)は何も明らかにしていない、と、実定法上の根拠について言及した上で、過失共同正犯概念において、共同者間の相互の意思の了解は不要である、との法解釈論を展開する。Ernst Wuttig, Fahrlässige Teilnahme an Verbrechen, 1902, S. 106.
- (10) 例として挙げられているのは、ヘルシユナー、ウィルヘルム・マイヤー、ハウプト、オルスハウゼン(オルスハウゼンの見解については、Wuttig・前掲注(9) S. 10にも分析がある)らの見解である。ただし、「実行」は、ただ単に犯罪事実を事実上実行する所為であるとの解釈も存在した。齊藤金作『ビルクマイヤー共犯論(原名 Karl v. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890)』一二二頁以下(巖松堂書店、一九三四年)参照。
- (11) Joseph Heimberger, Die Teilnahme an Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896 には「一六世紀から一九世紀までの共犯立法」、共犯学説が紹介されている。
- (12) Karl v. Birkmeyer, Teilnahme: Die deutschen Strafgesetzbücher des 19. Jahrh., in: (Hrg. Karl v. Birkmeyer, Franz van Calker, Reinhard

Frank, Robert v. Hippel, Wilhelm Kahl, Karl v. Lillenthal, Franz v. List, Adolf Wach), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, II. Band, 1908, S. 32 f. 幫助のごうじや「一部は發起者披ごうやれた」とごうじ。同論文三四頁参照。

(13) 法改正以前の条文は以下の通りである (Shönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 17. Aufl., 1974 を参照した)。

§ 48 Abs. 1: Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen mit Strafe bedrohten Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Abs. 2: Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissenschaftlich angestiftet hat.

(14) 齊藤(金)・前掲注(10)九四頁以下。

(15) Günter Spendel, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, Jus 74, S. 749 ff.

(16) 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』二五七頁(成文堂、二〇〇四年)。

(17) Leopold Zimmerl, Vom Sinne der Teilnahmevorschriften, ZStW 52, 1932, S. 176.; Heinz Bähr, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff, 1933, S. 57 f.

(18) Wolfgang Krauss, Die mittelbare Täterschaft, 1935, S. 91 ff.

(19) 改正前の規定における「wissentlich」の用語(前掲注(13)を参照)の代わりに「vorsätzlich」の語が統一的に用いられることとなった。

(20) 法改正以前の共同正犯規定四七条は共犯の章に定められてくる (Shönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 17. Aufl., 1974 を参照した)。

(21) 過失教唆・過失幫助の概念的成立可能性と法律上の解釈問題を区別するものに、土本武司「過失犯と共犯」阿部純二・坂倉宏・内田文昭・香川達夫・川端博・曾根成彦編『刑法基本講座(第四卷)』一五〇頁(法学書院、一九九二年)。

(22) 団藤重光『刑法綱要総論』三九三頁、四〇三頁以下、四一三頁注二(創文社、第三版、一九九〇年)。

(23) 過失による共犯は現行法上処罰されていないのは明らかとする団藤も、過失共同正犯の概念的成立可能性について断言的

に否定することはなく、現行法上の取り扱いについて、過失教唆・過失幫助とまったく同一に論じることができない、という一定の留保を付けている。団藤・前掲注（22）三九三頁。

（24）山口厚『問題探求刑法総論』二七四頁（有斐閣、一九九八年）。

（25）林幹人『刑法総論』三九四頁以下（東京大学出版会、第二版、二〇〇八年）。

（26）ちなみに、ナチス時代に、現行法上の共犯規定の存在にもかかわらず、すべての関与形態の廃止が唱えられたが、この主張は拡張的正犯概念の採用という表現で言い表わされた。この場合、条文と解釈の不一致は当然のこととなろう。藤澤牧子「自首犯論（一）」上法四三卷二号七三頁（一九九九年）参照。

### 三 「拡張的正犯概念」対「制限的正犯概念」という対立構造が形成されるまで

#### 1 発起者概念の衰退

そこで、概念的成立可能性を否定しつつ、拡張的正犯概念を基盤として実務上の不要を主張する立場に着目しなければならぬ。ここでは、概念的否定説と同時犯解消説の厳密な区別は消え、同時犯解消説の主張は、概念的否定説を処罰範囲の適正化という観点から補強し、バックアップするものとなる。それでは、拡張的正犯概念の主張から過失共同正犯の概念の否定を導き出すことは可能であろうか。

拡張的正犯概念と制限的正犯概念とは、ドイツにおいては、二〇世紀初頭（一九三〇年代頃まで）に盛んに用いられた法律用語であったが、ブロイの分析によれば、<sup>(27)</sup>両者の起源は一八世紀に遡る、とされる。

一九世紀には、結果に対し影響を及ぼしたすべての条件の中から、結果に対して決定的な影響を与えた者の行為について、因果関係を認めて結果に対する責任を負わせることとされ、このような者、すなわち発起者が、複数の者が犯罪現象に関与した場合における、第一次的刑事責任主体を表す概念として、有力に主張された。そし



て、造意者たる教唆犯は、第一次的刑事責任主体と評価し得る実体があり、しばしば（共同）発起者と位置づけられていた。<sup>(28)</sup>しかし、フランス革命の影響を受けて、意思自由論が社会に浸透し、さらに一八四八年革命以降、教唆の成立を正犯に依存させる傾向が強くなった。立法面では、一八五五年ザクセン刑法六二条、リューベック刑法三二条は、教唆は正犯ではないとし、ハンブルク刑法三八条も教唆者による犯罪の単なる惹起と、正犯者による原因設定を区別した。<sup>(29)</sup>

このように、「発起者」から「正犯」へ第一次刑事責任主体概念が変化した際の最大の変更は、知的発起者として、第一次的刑事責任主体性を有していた教唆が、第一次責任主体から外される、という点であった。今日における間接正犯をも含んだいわば広義の教唆を、新たに第二次的刑事責任主体として構成し直し、正犯から排除するとすれば、「正犯」概念は発起者概念よりも縮小し、「制限的な」第一次的刑事責任主体概念となる。逆に、「正犯」に教唆も含めるとすれば、正犯概念は拡張的であるといえる。制限的正犯概念と拡張的正犯概念の対立は、「正犯」概念の内容を、従来の発起者概念との比較においてどのように捉えたらよいかの問題であり、新たに第一次的刑事責任主体性を示す語として用いられた正犯に含ませるか否かの問題であったといえる。<sup>(30)</sup>

## 2 第一次的刑事責任主体性の限定原理としての遡及禁止論

このように、両者の対立は、正しく間接正犯の取り扱いにあったが、では一体、どのような形で過失共犯論と結びつき得たのであろうか。

一般に、制限的正犯概念は過失共犯を肯定、拡張的正犯概念は否定するという対立構造は、制限的正犯概念は形式的客観説を、拡張的正犯概念は主観説を採用するという点を媒介として成立したと考えられている。しかし、過失共犯概念を認めるか否かの主戦場は、実は遡及禁止論と拡張的正犯概念の対立にあった。

そこで、制限的正犯概念が遡及禁止論と何故結びつくようになったかを考えなくてはならない。制限的正犯概念は、正犯概念の画定にあたって、第一次的刑事責任主体（発起者）から教唆を除いたものであるとしても、教唆の中には実は第一次責任主体たりうるような知的発起者が含まれていたものであつて、このような行為態様については、間接正犯として概念形成し直される必要があつた。<sup>(31)</sup> すなわち、形式的客観説は構成要件該当行為を自ら直接遂行する行為を正犯、と理解するが、構成要件に該当する行為が何かについて、日常生活用語を基準とするのは、基準としての明確性を欠き、また、文言の形式的解釈を厳格に行うと、間接正犯概念を容れる余地がなく  
なり、すべて教唆になるといふ不都合がある。

そこで、遡及禁止論の前身ともいふべき因果関係中断論を併用することにより、そのような不都合の回避が企図された。<sup>(32)</sup> 因果関係中断論は、ある人間の自由はその者の行為に対する答責性を基礎づけるという帰責原則を出発点として、結果が発生する以前に、第三者の自由な行為が介在した場合には、当該結果は、第一行為者の人格の発現とはもはやみなされず、第一行為者は、第一次刑事責任主体性を否定される、という内容を持つ。そこに見られる発想は因果関係という枠組みに馴染まないとされたため、因果関係中断論は遡及禁止論と改称されたが、自律性を欠いた者の行為が介入した場合には、遡及禁止が働かず、問責対象行為を正犯として評価する余地が再び生じることを示唆するものでもある。<sup>(33)</sup> このようにして、構成要件を中核として正犯概念を規定する形式的客観説によって正犯性を付与される直接正犯と、遡及禁止が働かない場合の正犯形態として間接正犯が観念されるようになる。<sup>(34)</sup>

さて、因果関係中断論や遡及禁止論が主張された当時のドイツは、故意犯と過失犯の体系二分論は貫徹されておらず、故意犯と過失犯間における共犯関係を想定することも、十分可能であつた。そこで、一九世紀後半から二〇世紀前半にかけて、落ち度ある形で行為したが、その後第三者の故意行為が介入した場合に、先行する過

失行為者はどのような刑事責任を負うかが重大な関心事であったところ、故意正犯に対する過失教唆、過失幫助という表現は、このような事例を念頭に置いて用いられることも少なくなかった。この点、一八七一年以降の教唆・幫助の規定は明示的に故意を要求しており、過失による教唆・幫助は、処罰規定を欠いているため、素直に考えればこれらの行為は不可罰と解されるはずであろう。しかし、既に検討したように、殊に共犯論に関しては、実定法上の拘束を離れた自由な理論展開の余地が広汎に認められており、立法上の扱いとは別に、過失共犯理論が構築されていた。学説は、否定説、肯定説、ケース・バイ・ケースであるとする中間説に分かれ混乱を極めたが、そのような中、過失共犯（狭義）の概念的成立可能性を肯定する学説として、しばしば、遡及禁止論の名が挙げられたのである。

すなわち、因果関係中断論や遡及禁止論は、行為者と結果との間に、責任能力者の故意行為が介在した場合に、故意・過失を問うことなく、第一行為者には、正犯としての結果帰責を認めない。ここでは、第二行為の性質のみ重要性があり、第一行為の特性は考慮されない。そこで（因果関係中断論や遡及禁止論がもし過失犯にも適用があるとするならば、であるが）、過失犯においても、第二行為の性質如何によつて、正犯・共犯の概念的区別を認めることが可能となる。そして、第一行為につき、過失共犯が認められる場合には、教唆・幫助は故意犯に限られるので、不可罰となる。<sup>(35)</sup>

### 3 拡張的正犯概念と過失共犯否定論

一方、拡張的正犯概念を採用すると、第三者の故意行為が介入した場合でも、過失正犯が認められる可能性は残る。ロニーはこの点につき、拡張的正犯概念を採ったとされるライヒ裁判所の判例を以下のように分析する。

ライヒ裁判所は、著名な三判例——倉庫火災事件<sup>(36)</sup>、新生児殺害事例、愛人毒殺事例——において、倉庫への放火、

娘による新生児の殺害行為、愛人による毒殺行為、といった第三者の故意行為の介入によって因果関係が中断するとはいえない、とした。<sup>17)</sup> ライヒ裁判所は故意行為介入事例において、まず、教唆・幫助が成立するかを考え、故意犯についてはこれを否定した上で、さらに、過失幫助は不可罰であるから、遡及禁止論にしたがい不処罰とすべきか、という問題を検討する。結局、ライヒ裁判所は、第三者の故意行為が介入したからといって過失行為の条件関係が否定されるわけではなく、故意行為の介入ゆえに、先行する過失行為に対して結果を帰責することがもはやできないと考えられるような事案にのみ、結果帰責が否定されるとし、遡及禁止論によるテーゼを否定したのである、と。

さて、ライヒ裁判所は周知の通り、等価説を支持し、主観説を採用していた。等価説は総ての条件を等価的に扱うから、惹起説のように責任と因果論を互いに関連づけ一体として判断し、そのうちの一つを強調して発起者にだけ特別の地位を認めることはできない。したがって、結果に対して条件関係を有する行為はすべて正犯行為として観念され、正犯・共犯は因果レベルでは同価値と評価される。正犯・共犯の区別は主観面によってなしうのみであるが、過失犯については、正犯意思・共犯意思といった主観面を観念しえないために共犯概念は放棄され、過失的に行為して結果に対し条件を与えた者はすべて過失正犯と評価される。そして、正犯性はすべて予見可能性で決定され、落ち度のある行為の後に第三者の故意行為が介入したとしても、故意行為の介入が予見可能であれば、（間接）正犯として処罰される道が残される。これは正に、過失犯において拡張的正犯概念を採用する意義であったといえるのである。

#### 4 問題点

以上で検討したように、遡及禁止論は制限的正犯概念へと発展し、そのアンチテーゼとして拡張的正犯概念が

主張されたというのがドイツでの一般的な理解であるといつてよい。ところが、このような理解を過失共同正犯肯定・否定に直結させるには、幾つかの問題点も見出される。

まず、そもそも制限的正犯概念とは発起者という従来広い範囲で認められた第一次的刑事責任主体を制約するという意味であるとすれば、発起者から狭義の共犯を取り除く基準として、遡及禁止を用いなければならない必然性はない。例えば、自分の手によって直接構成要件的行為を行った者（自手実行した者）を正犯とするという意味の制限的正犯概念を採用しつつ、かつての（間接正犯をも含む）教唆はすべて狭義の共犯たる教唆に含ませるといふ理論構成も可能である。<sup>39)</sup>

一方、遡及禁止論も、その登場当初から、正犯・共犯の区別基準として自覚的に展開されたわけではなかった。ブロイが引用している一九世紀後半から二〇世紀初頭の学者達の見解は、遡及禁止の理念を様々な理論構成によって導入していた。例えばパールは、問責対象行為に、帰責能力のある第三者の故意行為が続いた場合には、問責対象行為に結果は帰責されず、過失行為者によって作出された諸状況を、後行行為者が故意に結果惹起に利用した場合には、過失行為者は刑事責任を問われない<sup>40)</sup>、としており、第一次・第二次刑事責任主体の区別基準として遡及禁止を観念していたわけではないように思われる。

したがって、形式的客観説に遡及禁止論を取り込むことは絶対的な要請であったわけではないが、第一次的責任主体概念の変動をもたらしたのが意思自由論であったことを考えるとき、自律的な第三者の行為の介入に着目した遡及禁止論は、この動きに非常にうまく対応し得たのだといえる。<sup>41)</sup>そして、形式的客観説に遡及禁止論による修正を加えた制限的正犯概念がさらなる発展段階を迎えることができたので、両者が密接不可分と理解されているのだと思われる。

さて、拡張的正犯概念についても類似の問題が内在する。拡張的正犯概念を採用すれば、主観説を採らざるを

得ず、その結果、過失共犯概念否定に至る、と考えられているが、このような定式化は論理必然ではない。<sup>(42)</sup> 拡張的正犯概念を用いて可罰領域を確定する場合、まず、因果性の基準によって広義の正犯が決定され、次にその中から狭義の正犯と共犯が区別されるという二つの判断段階を経なければならぬ。しかし、拡張的正犯概念の定義は第二の、狭義の正犯と共犯との区別の基準については何も述べておらず、<sup>(43)</sup> ここで主観説ではなく、客観的な基準を用いることもできるのであって、現に、エーベハルト・シュミットは拡張的正犯概念を採用しつつ、客観説を採用していた。<sup>(44)</sup>

このように、様々な条件が伴う上に、我々はさらに、両者の対立が共同正犯に応用可能かという問題を解決しなければならぬ。拡張的正犯概念と制限的正犯概念の対立においては、共同正犯は、間接正犯ほどには、狭義の共犯との区別が明確に意識されていなかった。その所以は、共同正犯がかつて、教唆犯と同様に扱われており、この両者が十分区別されていなかったという理由によるのではないだろうか。

既に述べた通り、教唆犯は、知的発起者として第一次的刑事責任主体と評価されていたため、（共同）発起者と教唆者の区別という論点は顕在化しなかった（この点は共同正犯を相互的教唆として扱う見解として今日にも影響を及ぼしている）。例えばケストリンは、共同発起者とは、数人の行為の共働形態において、各人が自己の行為の目的達成の手段として、他者の行為を因果経過の中に投入する者であると考える。そしてこれを、①教唆者と被教唆者の場合、②各人が偶然、それぞれ独立に行為して、これが共同的活動となった場合、③相互に教唆が行われて共謀形態を採る場合、の三類型に分類しており、教唆者を共同発起者として扱っていたことが窺われる。<sup>(45)</sup>

したがって、広義の共犯関係における関与形態の差をどのように考えるのかについて盛んに論じられたのはもっぱら、発起者あるいは共同発起者と、幫助の区別方法であった。そのため、第一次的刑事責任主体たる間接正犯と第二次的刑事責任主体である教唆・幫助の区別のために登場した拡張的正犯概念・制限的正犯概念の論理が、

広く発起者・共同発起者（現在の間接正犯・教唆犯・共同正犯を含む）と幫助の区別を論ずる論理としても通用する、と無意識的に考えられてきたのではないかと推測されるのである。

そこで、制限的正犯概念において、発起者の一種であった教唆概念から、第一次的刑事責任主体である間接正犯と、第二次的刑事責任主体である教唆を分離させる作業の過程（第一次刑事責任主体を制約する過程）において、共同発起者の中に含まれていた共同正犯としての行為態様は、第一次的刑事責任主体としての実体を有するといふことで、間接正犯と同じ扱いでよいとされてしまった可能性を否定できないのである。

- (27) René Bloy, Die Beteiligungstypen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 115.
- (28) 特に、教唆行為の第一次責任主体性は「知的発起者」論によって基礎付けられていた。発起者概念の変遷等については、大塚仁『間接正犯の研究』九頁以下（有斐閣、一九五八年）。
- (29) Wilhelm Ludwig, Die Lehre von der Teilnahme, 1927, S. 10.
- (30) 松宮孝明『刑法総論講義』二四五頁以下（成文堂、第三版、二〇〇四年）も、制限的正犯概念と拡張的正犯概念の対立は正犯と共犯の相互関係についての考え方であり、正犯を定義するものではないと指摘する。
- (31) Bloy・前掲注(27) S. 119.
- (32) Bloy・前掲注(27) S. 127.
- (33) Bahr・前掲注(17) S. 25 f.
- (34) 直接正犯と間接正犯を異質なものとして把握する、二元的な正犯概念であるといえる。
- (35) Bloy・前掲注(27) S. 135.
- (36) この事案については、松宮・前掲注(16) 五頁以下が詳しい。
- (37) Fritz Lony, Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?, 1934, S. 7 f.

- (38) Lony・前掲注(37) S. 3.
- (39) 拡張的共犯論。福田平『全訂刑法総論』二五〇頁（有斐閣、第四版、二〇〇四年）、内藤・前掲注(2)一三三〇頁以下、制限的正犯概念に少なくとも二つのバリエーションがあることを指摘する。
- (40) v. Bar, Die Schuld nach dem Strafgesetze, Band II, 1907, S. 218 f.
- (41) 意思自由論を基礎に置くことに関しては、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』九〇頁以下（東京大学出版会、二〇〇一年）参照。
- (42) Lony・前掲注(37) S. 12 f.
- (43) ツィンマールの、拡張的正犯概念を採るメツガーに対する批判を参照。Zimmerl・前掲注(17) S. 173 f.
- (44) Bloy・前掲注(27) S. 116.
- (45) Christian Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 518.

#### 四 結語

以上の分析から、本稿は、同時犯解消説が生じた背景には、過失共犯の概念的成立可能性と実定法上の処罰可能性を区別する、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけてのドイツにおける共犯論の混乱がある、との結論に達した。ドイツにおいては、このような区別は立法によりその原因が除去されたため、過失共犯論においても消滅しており、現在では拡張的正犯概念は過失共同正犯の概念的否定と並立されることが多い。ところが、日本では両者の区別が未だに残存しており、「もし仮に過失共同正犯肯定説が主張するように過失共同正犯という実体がこの世に存在しているとしても」、そのような実体を実定法化する必要はない、という歯切れの悪い過失共同正犯否定説が維持されることになった。



過失共同正犯が制限的正犯概念と拡張的正犯概念という枠内で論じられたがゆえに、見落とされた問題がいくつかある。特に重要なのは、共同正犯理論の発展が過失共同正犯論に反映されなかったことである。共同正犯論は、(特にその共犯的側面の説明に際して)合意と客観的共働のいずれを中核的要素とするかで、長らく争われてきた。ドイツでは現在合意を中核的要素とする立場が通説であるが、制限的正犯概念がその背景に有しているとされる遡及禁止論の定式は、行為後の自律的行為の介入の有無を正犯・共犯判断の重要な要素とするのみで、第一行為の主観的側面に考慮するものではなく、合意を中核的要素とした共犯理解とは馴染みにくい。拡張的正犯概念に関しても、同様のことがいえる。

勿論、拡張的正犯概念と制限的正犯概念の対立は、間接正犯論の共同正犯論に対する関係を知る上では、重要な意義を有するであろう。しかし、私は、過失共同正犯論を論ずる際には、拡張的正犯概念・制限的正犯概念という古い枠組みを超えた、新たなアプローチが必要であると考える。