



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	過失同時犯の正犯性（四・完）
Author(s)	内田, 文昭; UCHIDA, F.
Citation	法學會論集, 11(4), 54-93
Issue Date	1961-07-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/17071
Type	departmental bulletin paper
File Information	11(4)_p54-93.pdf



過失同時犯の正犯性 (四)・(完)

内 田 文 昭

目 次

序 章 問題の所在

第一章 因果関係論による過失同時犯の正犯性の基礎づけとその批判

第一節 条件説による基礎づけとその批判

第二節 原因説による基礎づけとその批判 (以上本誌一一卷一号)

第三節 因果関係中断論による基礎づけとその批判

第四節 相当因果関係説による基礎づけとその批判 (以上本誌一二卷二号)

第二章 構成要件論による過失同時犯の正犯性の基礎づけとその批判

第一節 限縮的正犯論による基礎づけとその批判

第二節 拡張的正犯論による基礎づけとその批判 (以上本誌一一卷三号)

第三節 目的的行為論による基礎づけ——二元的正犯論——とその批判

第三章 過失同時犯の正犯性

第四章 過失共同正犯と過失同時犯

第三節 目的的行為論による基礎づけ——二元的正犯論……とその批判

われわれは、限縮的正犯論、拡張的正犯論を検討し、拡張的正犯論には難点があるということを弁えた。ところが、故意犯と過失犯とを区別して、すくなくとも過失犯については拡張的正犯概念が妥当する、となす見解が有力であることを忘れてはならない。本稿では、特に興味のある見解である。

この見解は、二元的正犯論⁽¹⁾と呼ばれ得るものであるが、従来も、多くの学者によつて是認されていた——主として暗黙のうちに——ところである。⁽²⁾過失犯の領域では正犯と共犯の区別がないとの理由で、それぞれが拠る条件説あるいは相当因果関係説にたち歸つた多くの学者について、すでに紹介し検討したことを想起し得よう。われわれは、本節において、故意行為と過失行為の実体的差異に着目して、意識的に二元的正犯論を展開する目的的行為論を考察したいと考えるものであるが、その前にペールの見解をも眺めておく必要があるう。

ペールの見解においても、過失同時犯は、当然に過失同時正犯である。⁽³⁾この点に問題はない。問題は、ペールの二元的正犯論⁽⁴⁾の根拠にある。

ペールが二元的正犯論を主張する根拠は、シュミット、メツガーが、一方で拡張的正犯論をとりながら、他方、正犯と共犯の区別に実行行為概念を援用した点の矛盾を衝くことにある。すなわち、まず、ペールは、拡張的正犯論をとる以上、実行行為概念は特別な意味をもち得ず、正犯と共犯との区別は、精々主観的なメルクマールによつてなされ得るにすぎない筈である、とする。しかし、とペールは考へる。主観的共犯論は、すでに批判しつくされたところであり、正当でない。⁽⁵⁾一方、ドイツ刑法四三条、四七条以下において、予備と実行行為、正犯と共犯とは嚴格に区別

されなければならない。ゆえに、ドイツ刑法四三条、四七条以下が予定する故意犯の領域では、拡張的正犯論は現行法に調和しない⁽¹⁾、と。

だが、これだけのことなら、二元的正犯論の基礎とならないことはいうまでもない。そこで、ベールは、つぎに、過失犯の領域では未遂は罰せられず、共犯規定によつて実行行為とそれ以外の行為が区別されることもない、となし、これを根拠にして二元的正犯論を導くのである⁽²⁾。つまり、故意犯に關して拡張的正犯論を否定した理由が、過失犯に關して拡張的正犯論を肯定する理由すなわち二元的正犯論を基礎づける理由とされるのである。

それでは、われわれは、このベールの態度をいかに評価すべきであろうか。ベールによれば、過失犯の領域では、共犯規定が適用されないから、過失的に結果惹起に寄与した者はすべて正犯とされるのである。しかし、共犯規定が適用されないとの理由から、すべて正犯であるという結論が導かれるものであろうか。過失犯においては、正犯と共犯とは概念的にも区別されない、という見地にたつて、だから共犯規定は本来問題にならない、というのであるならば、なぜ正犯と共犯の区別がないかを示さなければなるまい。ところが、実は、ベールはかような見地にたつてゐるわけではない。彼は過失の共犯という概念を知つてゐるのである⁽³⁾。従つて、彼は、過失の共犯がなぜ過失の正犯とされるべきかを示さなければならないわけである。単に、共犯規定が適用されないというだけなら、逆に、過失の共犯は不可罰とされ得る筈ではなからうか⁽⁴⁾（故意犯について、限縮的正犯論をとつていた彼の態度からするならば、過失行為について、過失の共犯を不可罰とする契機はすでに充分あつたのではないか）。

予備と実行行為とを区別する実益はない、という立言も、ここでは意味に乏しいであらう。しかも、右に検討したベールの見解は、すでに考察したように、また、本節冒頭で指摘したように、従来多くの学者が示していたところ

(1)リスト、フインゲル、リットラフ、ヒッペル、アルフェル（ト、ケーラーの見解につき第一章で考察したところを参照）と本質的にはなら異ならず、単に、古い実体に「二元的正犯論」「混

合説」という名称をあたらしくつけただけにすぎない、ということができるのである。われわれは、ベールに従うことができない。⁽⁸⁾

かくして、われわれは、改めて、目的的行為論による二元的正犯論を考察することになる。

- (1) 「二元的正犯概念」という用語は、木村教授に従ったものである——木村・総論三八〇頁註(四)。
- (2) Vgl. H. Welzel, ZStW. 53, S. 537 ff.
- (3) H. Bähr, Restriktiver und extensiver Täterbegriff, S. 12, 35 f., 39, 50 f., 67 ff.
- (4) ベール自身は、混合説と称している——H. Bähr, a. a. O. S. 15, 67.
- (5) H. Bähr, a. a. O. S. 61 ff.
- (6) H. Bähr, a. a. O. S. 48 ff., 66, 67. Dagegen F. Schaffstein, ZStW. 54, S. 138.
- (7) H. Bähr, a. a. O. S. 62, 66, 67.
- (8) H. Bähr, a. a. O. S. 67 ff.
- (9) H. Bähr, a. a. O. S. 69.
- (10) ベールの見解を紹介し批評したものとしては、F. Schaffstein, a. a. O. S. 137 ff. (シャフスタインは、故意犯の構成要件と過失犯のそれとを区別して解釈すべき理由に乏しいとしている)さらに、大塚・間接正犯の研究一二四頁は、主として、故意犯の領域でのベールの正犯論を批判する。

第一款 目的的行為論の二元的正犯論の基礎

一 目的的行為論による二元的正犯論は、故意行為と過失行為の实体的差異を確認することから出発する。

目的的行為論によれば、故意行為も過失行為も、行為すなわち目的的な身体的動作である、という点では相違はない。⁽⁹⁾しかし、故意行為は、構成要件の結果の実現に向けられた目的的な意思によって、支配され統制された行為であり、過失行為は、不注意が原因となつて、構成要件の結果を因果的に実現するに至つたところの、構成要件の結果以

外の結果実現に向けられた目的的な行為なのである。この点において、両者は、本質的に異なる面をもっている。この相違を確認することから、目的的行為論は、刑法解釈論の面で、幾多の重要な帰結を導きだした。なかんずく、正犯・共犯論における基本的態度は、最も重要な帰結の一つである。しかし、それは、過失同時犯の正犯性を説明する際の基礎ともなっている。それでは、正犯・共犯論に関する目的的行為論の基本的態度とはいかなるものであろうか。

二 目的的行為論は、構成要件の実現に向けられた目的的意思により、支配され統制された行為（故意行為）の内部において、意思の支配が、目標実現という範囲内で、完全な場合と不完全な場合とがあることを強調する。そして、特に前者について、その場合の意思に「目的的行為支配」の意思という概念を認めようとする（「目的的行為支配」という言葉は、目的的行為論をとる学者の間においても、若干、ニュアンスの相違をもつて理解されている。ヴェルツェルは、「目的の実現意思」という主観的要素に重点をおいている。これに対し、マウラッハ、ガルラスは、「客観的行為支配」とか「目的に向けられた意思をその達成に適した手段によつて実現する行為」という客観的要素に重点をおく。しかし、「目的的行為支配」概念のニュアンスの相違は、ここでは重要でない）。正犯と共犯は、この「目的的行為支配」の有無により区別される（「目的的行為支配」が正犯の「目的的行為支配」に対する関与行為の段階における行為支配であるにとどまり、とされる）。ある。共犯もある程度の「目的的行為支配」をもっている。しかし、それは、他人の「目的的行為支配」に対する関与行為の段階における行為支配であるにとどまり、とされる）。

ところが、過失行為においては、「目的的行為支配」の概念は、構成要件の結果以外の結果を実現しようとしていた当初の意思状態についてはこれを認めることができるとしても、構成要件の実現に至つた過程については認められない、とせられる。なぜかならば、過失行為による構成要件の実現は、盲目的・因果的事件であるにとどまり、目標に向つて方向づけられた行為が生みだしたのではなく、偶々存在していた原因因子の結合になるものだからである、というのである。尤も、目的的行為論においては、過失行為（過失犯）とは、前構成要件の結果に関する目的的行為と盲目的・因果的に構成要件を実現するに至つた単なる事件との単純な結合につきるものではない。社会関係上

当然に要求される程度の注意を払つたならば、当該構成要件の結果を因果的に惹起しはしなかつたであろうに（結果客観的可能性が）、不注意であつたがために、結果を発生せしめた、という不注意の要素が兩者を結合させ、過失犯の実体を形成するに至るのである。⁽¹⁰⁾しかし、この不注意という要素は、過失犯の違法要素として、違法論で問題にされるに

とどまる（ツェルツェルはいう。過失犯の構成要件の実現は、当該行為が客観的な注意義務に違反した場合および結果が必要な注意によつて回避（され得たであろう場合に、違法となる。と。いわゆる社会的行為論を主張するマイホーフエルも同様の見解にたつていゝといつてよい。））。構成

要件実現の次元で決定的なのは、客観的に予見可能な結果の旨目的・因果的惹起である、といふのである（最近のツェルツェルはいう。過失犯の構成要件にとつて重大なのは、客観的に予見可能な結果の惹起すなわち相当な条件設定である。と。マウラッハも同じ見解である。マイホーフエルもこれを支持する。ちなみに、過失犯の責任性は、行為者個人について、汝は結果の発生を予見し得たがゆえに、「主観的予見可能性が要請される」、結果を回避すべく意思し得たし、意思すべきであつた、にも拘らず、その意思にでなかつた、という点に求められている。⁽¹¹⁾主観的予見可能性と主観的義務違反性が、責任を構成するメルクマールであると解せられているといつてよい。）。

三 かくして、目的的行為論によれば、過失行為においては、構成要件の結果実現に関する「目的的行為支配」の観念は生起し得ないがゆえに、正犯と共犯の区別は不可能である、とせられる。しかしながら、「目的的行為支配」は、故意犯の領域で、正犯と共犯とを区別する契機であつた筈である。過失犯の領域に、この観念をもち込んで、正犯と共犯との区別はない、と結論づけるのは、故意犯の正犯概念と過失犯の正犯概念とは異なる（これはすなわち二元的正犯概念である）⁽¹²⁾とする目的的行為論の立場に矛盾している。⁽¹³⁾

だが、目的的行為論の二元的正犯論の基礎は、まだほかにもある。過失犯において、構成要件の結果惹起の時点で、結果の惹起に与つた諸力は、単なる盲目的・因果的共働原因であるがゆえに、その間に刑法的評價の差異を生みだすべき契機はない、⁽¹⁴⁾といふのである。しかも、法は、この実体を考慮して、過失犯の構成要件を定立するに当つては、故意犯の「人殺し（Töten）」に對立する「死に對する原因づけ（Vorsachen des Todes）」を規定している、すなわち、

説 論 ここでは正犯と共犯の区別は否定される⁽⁷⁾、というのである。

- (1) Insbes. W. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 53 ff., 58 ff.; H. Welzel, 6 A. S. 26 ff. insbes. S. 28 ff., auch S. 109 ff.; ders. Neues Bild des Strafrechtssystems, 3 A. 1957, S. 7 f., 11 f., 23 ff.; ders. Aktuelle Strafrechtsprobleme, 1953, S. 5 f.; R. Maurach, Allg. T. 2 A. S. 142 f., 147, 422, 461.

これに対し、平場教授(平場・刑法における行為概念と行為論の地位(小野)博士退任記念、刑事法の理論と現実論の地位(三三頁))は、過失行為の目的性を潜在的・可能的なものとして理解したヴェルツェル初期の見解を一面的に強調し、過失行為の行為性を否定された。平場教授に対しては、小野・構成要件の理論五二頁以下、木村・総論一六七頁註(二)、団藤・綱要七二頁。

- (2) ここで、「因果的」とは、「目的的」に対立するものとして理解されている——Welzel, 6 A. S. 28 ff. なお、本文五八頁、後出六五頁註参照。
- (3) W. Niese, a. a. O. S. 56, 58; H. Welzel, 6 A. S. 32 f.; ders. Akt. Strafrechtsprobleme, S. 6; R. Maurach, a. a. O. S. 142 f., 422, 429 f. Vgl. H. Welzel, ZStrW. 58. S. 553 ff. insbes. S. 559; ders. Deutsches Strafrecht, 2 A. 1949, S. 22 f., 85; ders. Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 17.
- (4) たとえば、故意行為と過失行為とは、構成要件該当性の面で、必ずしも同一に論じられるべきではない、とせられ(H. Welzel, 6 A. S. 41 ff., 112)、違法論においても、過失行為の違法性は、故意行為のそれに比して積極的に基礎づけられるべきである、とされる(H. Welzel, 6 A. S. 112 f.)。さらに、過失犯の領域では、正犯と共犯の区別がない、という結論(H. Welzel, 6 A. S. 86 f.)、構成要件の錯誤と禁止の錯誤とは明確に区別されなければならない、との結論(H. Welzel, 6 A. S. 66 f., 139 ff.)も導かれている。
- (5) H. Welzel, ZStrW. 58, S. 539; ders. 6 A. S. 87; W. Gallas, Materialien zur Strafrechtsreform, I, 1954, S. 128; ders. Deutsche Beiträge, S. 14 f., 17 f.
- (6) H. Welzel, 6 A. S. 87; R. Maurach, a. a. O. S. 492, 515 f.; W. Gallas, Materialien, S. 128; ders. Deutsche Beiträge, S. 10, 11, 13. なお、後出六三—四頁参照。
- (7) 前註(5)参照。これに対し、P. Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme (Str. Untersuchungen) S. 76 A. 106; 木村・前掲書三八二頁は、共犯も加功行為について目的的行為支配者であるがゆえに、目的的行為支配の有無だけで正犯と共犯を区別することは困難である、とする。しかし、P. Bockelmann, Die moderne Entwicklung der Begriffe

Täterschaft und Teilnahme (Str. Untersuchungen) S. 122 は、目的的行為支配説に接近している。

- (8) W. Gallas, Materialien, S. 128 A. 22, 130; ders. Deutsche Beiträge, S. 18, 19 は、認識ある過失は別ではないか、と疑問を提起している。
- (9) H. Welzel, ZStrW. 58, S. 501, 502 f., 518, 538 ff., 553 f.; ders. 6 A. S. 28, 30, 32, 33, 86 f., 109 ff.; W. Gallas, Materialien, S. 128 ff.; ders. Deutsche Beiträge, S. 18; R. Maurach, a. a. O. S. 145, 429 f., 491 f. Auch Hans-H. Jescheck, Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft (Schw. Z. f. Str. 71) 1956, S. 242.
- (10) W. Niese, a. a. O. S. 59 ff.; H. Welzel, Akt. Strafrechtsprobleme, S. 5 f.; ders. Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, JZ. 56, S. 316 f.; ders. 6 A. S. 32, 33, 109 ff. Auch G. Boldt, Zur Struktur der Fahrlässige-Tat (ZStrW. 68) S. 338 ff. Vgl. H. Welzel, ZStrW. 58, S. 557, 565.
- (11) H. Welzel, 6 A. S. 112 ff.; R. Maurach, a. a. O. S. 431 ff. Auch W. Maihofer, Zur Systematik der Fahrlässigkeit (ZStrW. 70) S. 177, 188.
- (12) 過失行為の構成要件該当性に関しては、H. Welzel, 6 A. S. 43 f., 112; R. Maurach, a. a. O. S. 160 ff., 164, 431, 452; G. Boldt, a. a. O. S. 345. Auch W. Maihofer, a. a. O. S. 164, 171, 179 f., 182, 186 f., 187 f.
- 過失行為の有责性に関しては、H. Welzel, 6 A. S. 119 ff., 136 f., 138 f., 155 f.; R. Maurach, a. a. O. S. 431 f., 449 ff.; G. Boldt, a. a. O. S. 345. Auch W. Maihofer, a. a. O. S. 165, 174 f., 178, 178 f., 181 f., 186, 188 f.
- (13) わたくしは、過失行為の構成要件該当性に関して、目的的行為論に強い疑問を抱くものであるが、違法性・有责性に関しても、

まだまた検討すべき問題 (エンギシは [K. Engisch, Untersuchungen, S. 269 ff., 283 ff., 290 ff., 306 ff.] の外的注意と内的注意 (批判 II 木村、
過失犯の構造・濫用記号下、五九二—三頁、五九四頁) マイホーフェル [W. Maihofer, a. a. O. S. 163 usw.] の客観
的義務違反と主観的義務違反、井上教授 (井上・過失犯の構造五〇頁以下) の結果回避義務と予見義務 (批判 II 平野・過失についての見書、警研二四卷三
号二七頁、同前、前掲書二五二頁注(二)) マウラッハ [R. Maurach, a. a. O. S. 431 f., 438 ff., 449 ff.] の違法性判断、行為差違判断、責任判断
の案体に関連して問題が多い。なお、過失犯の違法性と有责性に関する詳細な研究と) があるように思われる。たち入った研究は後日にゆずる
しては、橋本・過失犯の考察 (法學七四卷一頁以下、二五六頁以下、四三二頁以下) があるように思われる。たち入った研究は後日にゆずる
(マイホーフェルが、ヴェルツェルの見解を批判的に整理し、過失の四つの標準として、客観的予見可能性、客観的義務違反、主観的予見可能性、主観的義
務違反を挙げ、それぞれに刑法体系上の位置づけを与えようとしている点は、今後の研究の手掛かりを提供するものとして興味のあるところと則す。——
W. Maihofer, a. a. O. S. 159 ff.)

- (14) R. Maurach, a. a. O. S. 491 f., 521. Auch W. Gallas, Materialien, S. 128 ff.; ders. Deutsche Beiträge, S. 18 f.
- (15) 木村・総論三八一―二頁。
- (16) H. Welzel, ZStW. 58, S. 537 ff., 553 f., 555, 563; ders. 6 A. S. 32, 86 f.; W. Gallas, Materialien, S. 128 ff.; ders. Deutsche Beiträge, S. 18 f.; R. Maurach, a. a. O. S. 491 f., 521; auch Hans-H. Jescheck, a. a. O. S. 241 f.
- (17) H. Welzel, ZStW. 58, S. 499 f., 553 f.; auch vgl. W. Gallas, Materialien, S. 130. マウラッハに大きな影響を与えたのが H. Mayer, Strafrecht des deutschen Volks, 1936, S. 185, 208 ff., 217 ff. vgl. Auch vgl. H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 128 ff.; ders. Rittler-Festschrift, S. 246.

第二款 目的的行為論の二元的正犯論と過失同時犯の正犯性

一 右に眺めたように、目的的行為論によれば、故意行為と過失行為の相違は、故意の正犯と過失の正犯とを区別する二元的正犯論の基礎を提供する。

ガルラスは⁽¹⁾いう。目的的行為論による正犯論は、構成要件の結果実現に関与したすべての者を正犯とするのではなく、目的的な行為支配者だけを正犯とする点で、限縮的正犯論であり、他方、すべての因果的関与者を無差別に正犯とする点で、拡張的正犯論である。と。かような見解の下では、過失的に人の死に原因を与えた者すべてが過失致死罪の構成要件に該当するとせられること、もとより当然である。
(尤も、先程も触れたが、マウラッハ、ボルト、ヴェルツェルは、過失犯の構成要件該当性を基礎づける標準として、結果惹起に關与したすべての条件ではなしに、相当因果關係説にいわゆる相当条件を考えている。しかし、このことと、過失犯の領域では拡張的正犯論が妥当するという態度とは、なんら矛盾しない。)

二 さて、それでは目的的行為論による二元的正犯論、なかならず過失同時犯の正犯性の基礎づけは、肯定されるであろうか。

故意行為と過失行為の間に、実体的な差異があることは認められよう。結果発生の時点で、過失行為が盲目的・因果的事件と化してしまうことも肯定してよい。単なる条件にとどまる行為も、相当条件といえる行為も、さらには過失犯の構成要件を実現する行為も——第三章において、その実体を考察しようと思うが——、この意味では同じである。なぜかならば、意思からはなれて、因果の法則が支配するに至った次元においては、単なる条件も相当条件も、自然現象と同列に評価せられてしかるべきであろうから。

しかし、だからといって、過失犯においては、正犯と共犯の区別はない、という結論が導かれるとはいえないように思われる。つぎのような疑問があるからである。

三 第一に、過失的に結果を発生させるに至ったあらゆる行為は、刑法上無差別の因果的共働原因であるにとどまる、とする態度に問題がある。

団藤教授が指摘せられるように、「過失行為は、もともと、その主観的方面において、意識的なものから無意識的なものにまたがる領域を占める。」⁽⁴⁾教授は、「意識的な部分が決して過失行為にとつて本質的なものではない」とせられるが、無意識的な部分のみが本質的なものであるとはいい得ないであろう。⁽⁵⁾もし、過失行為が、無意識的な結果惹起につきるのであれば、そもそも過失行為という概念は生じ得ないであろうし、⁽⁶⁾過失行為に対する違法判断、責任判断も求められ得ないであろう。構成要件該当性の判断に当つても、われわれは、すべての過失行為を盲目的・因果的結果惹起の名の下に、無差別にひつくるめてはならない、と思う。この点をもうすこし立入つて検討してみよう。

ここにおいて、われわれは、まず、マイホーフエルの見解に注目したい。マイホーフエルは、ヴェルツェルが、「目的的な実現意思に包含せられなかつたところの(附随的)結果は、因果的に惹起せられたものであるにとどまる」

として、看護婦が致死量のモルヒネを不注意に注射し患者を死亡させた場合においては、目的的な注射行為は存在しても、目的的な殺人行為は存在しない、となしている点に批判の目を向ける。まず、つぎのように考える。もし、ヴェルツェルが、行為から主観的の目的要素を消去してしまうことにより、すべて内容的なもの・意味のあるものは行為から脱落してしまい、意思からはなれた因果の経過だけが残る、とするならば、彼はすべての行為の事実論理的構造を見誤ることになる、と⁽¹⁰⁾。そして看護婦が、過量のモルヒネを不注意に注射した場合と適量のモルヒネを注射した場合の相違について論じ、前者においては、単なる注射行為を超えた、社会的に、定型的な効果を生むべき傾き (sozial-typische Wirkungsrichtung) を内含した危険な行為を觀念することができ、という。しかして、過量のモルヒネを注射したために患者が死亡した場合と、適量のモルヒネを注射したにも拘らず、他の偶然の事情が介入したために患者が死亡した場合とは、社会的意味は全く異なり、後者においては単なる盲目的な因果性が支配するだけで殺人行為は存在しないが、前者においては客観的の目的性をもつた非故意の殺人行為が存在する、と考えるのである。

ところで、マイホーフエルの態度にも問題がないわけではない。彼が客観的の目的性の支配する場合として考えているのは、社会的に定型的に発生するがゆえに、期待され予見され得る結果発生の場合である⁽¹¹⁾。ところが、ヴェルツェルもまた、客観的に予見可能な結果のみが過失犯の構成要件の結果である、としているのであつて、両者の間にか程実質的な差異があるのかあきらかでないうらみがある。さらに、マイホーフエルは——目的的行為論者も同様であるが——、故意行為と非故意行為を対立させ、故意の殺人行為と非故意の殺人行為を考へるのであるが、特にマイホーフエルの立場では、過量のモルヒネ注射と適量のモルヒネ注射の意味が区別せられているのであるから、過量の

モルヒネ注射によつて患者が死亡した場合には、過失行為による殺人が考えられるべきではないか、という批判も可能である。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

だがしかし、マイホーフエルが、事後的にはなくして、事前に——ということとは、意識的な部分に重点をおいている、とみれる。われわれは、彼の客観的「目的性」をこの段階に認めるべきではないか、と思う⁽¹⁸⁾、行為そのものの意味を考え、もともと殺人に適しているといえる非故意行為——われわれの立場では過失行為——を抽出しようとした点は、核心を衝いていると称してよいであろう。この点、ヴェルツェル⁽¹⁹⁾が、過失行為は因果的な附随的結果を伴つた目的的行為である、としているのは問題ではないかと思う。なぜかならば、附随的結果——たとえば人の死——は、構成要件に該当しない目的的行為により非目的・因果的に惹起せられたにとどまるもの、すなわち、目的性を本質要素とする行為によつて生みだされたものとはいえないことになる可能性をもっている、といわなければならぬであろうから。かくして、ヴェルツェルにおいては、過失致死行為(過失殺行為)は構成することができないのではないか、という疑問が強いのである。もとより、われわれも、過失行為につき、意思から離れて因果の法則だけが支配する段階に達した部分があることを否定してはいない。しかし、過失行為にかぎらず、故意行為においても、かかる段階は存在するのである(殺意をもつてピストルを発射し、被害者を死亡させたとしよう。弾丸が命中し、死を招くに⁽²⁰⁾。だが、故意行為について、かような段階を強調する者はいないであろう。過失行為についても、因果的部分だけを強調するのは、正当な態度ではない、と思う。かような意味で、わたくしは、マイホーフエルの考え方の正当な面を評価したい。

勿論、マイホーフエルは、過失行為のうちで、もともと殺人行為に適した行為と殺人行為を助成する行為とを区別することによつて、かかる二種の行為は刑法上無差別の共働原因にとどまるものではない、と提言しているわけでは

ない。しかし、かような提言に通じ得る契機をもつているといえる。この関係で興味のあるのは、エンギツシュの態度である。

エンギツシュは、⁽²¹⁾過失的に人を射殺した場合と弾丸の入った銃を不注意に放置したにすぎない場合

では、民族感情の上で相違があるのではないか、と考えるのである

(目的的行爲論を支持するイエジツクが、エンギツシュに好意的なのは興味のあるところである)

エンギツ

シュのこの態度から理解されるように、彼は右のような二種の過失行爲を分析し追求しようとするわけではない。却つて、いわばかような情緒的差異は、重大なものではない、としている位である。⁽²²⁾しかし、すくなくとも、過失行爲の内部にある差異を考えているのは、示唆的であると思う

(実は、過失的共犯行爲を知っている者——目的的行爲論者も例外でない——は、みなかかる差異を前提にしているといわなければならぬ)

われわれは、マイホーフエル、エンギツシュの見解を検討した帰結として、ここでは、つぎのような結論を導き出した。

過失行爲を考える場合、「無意識的な」部分を強調することは正しくない。「意識的な」部分に中心をおくべきである。ところが、この「意識的な」部分というのは、目的的行爲論が指摘するように、構成要件の結果以外の結果に向けられた目的性の支配する部分である。だがしかし、ここには、かような目的的意思と不可分に結びついた不注意という意識状態が認められるのである。それゆえにこそ、過失行爲が過失行爲たるの特質を備えるのである。⁽²³⁾過失行爲を、一応は目的的行爲と解しながら、その「無意識的な」部分のみを強調して、因果的結果惹起と規定する態度の失当なることが、ここで示される——われわれは、過失行爲を、不注意な目的的行爲として把握すべきである——。さらに、不注意な目的的行爲を考える場合、右のエンギツシュの掲げた例が示唆的であるように、限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立において眺められたような、正犯行爲か共犯行爲かという型の差異があらわれることも可能である、と

いう点を忘れてはならない(重過失か軽過失か、という問題⁽²⁷⁾もここでもでてくるといえる)。かくして、過失的に結果惹起に共働した諸力は刑法上無差別の因果的共働原因である、とする目的的行為論の理解を支持し得ないことが一応示されたといつてよい。

- (1) W. Gallas, Deutsche Beiträge, S. 18. Auch H. Welzel, 6A. S. 92; Hans-H. Jescheck, Schweiz. Z. f. Str. 71, S. 242.
- (2) R. Maurach, Allg. T. 2 A. S. 431, 452 etc.; G. Böldt, ZStrW. 68, S. 345; H. Welzel, a. a. O. S. 43 f., 112. なお、井上・判例にあらわれた過失犯の理論三二〇—二二頁参照。
- (3) Vgl. H. Welzel, a. a. O. S. 28 ff., 37.
- (4) 団藤・綱要二九九頁。
- (5) 団藤・前掲書二九九頁。
- (6) 木村・過失の共同正犯—平野・福田・大塚編・判例演習(刑法総論)一七七一八頁は、過失行為の積極的要素は「不注意」であり、「不注意」は「意識的な」部分と不可分の関係にあるがゆえに、「意識的な」な部分こそ過失行為にとつて本質的なものである、とせられる。
- (7) Vgl. H. Welzel, a. a. O. S. 37.
- (8) W. Maihofer, ZStrW. 70, S. 159 ff.
- (9) H. Welzel, a. a. O. S. 30.
- (10) W. Maihofer, a. a. O. S. 166 ff. insbes. S. 168 f.
- (11) W. Maihofer, a. a. O. S. 169 f.
- (12) W. Maihofer, a. a. O. S. 170 f.
- (13) W. Maihofer, a. a. O. S. 170 f., 182 ff. 184 ff.
- (14) H. Welzel, a. a. O. S. 43 f., 112. Dazu vgl. W. Maihofer, a. a. O. S. 178 ff.
- (15) W. Maihofer, a. a. O. S. 166, 169 f.
- (16) われわれは、過量のモルヒネを注射する行為に不注意目的的行為、すなわち過失行為を構成したい。
- (17) なお、マイホーフエルの社会的行為論は、行為概念の把握に当り、行為者個人の意思という要素を軽視している傾きがあるよう

に思われぬ——W. Mainhofer, a. a. O. S. 166, 168, 169, 171 ff., 184 ff.——。前註(12)に指摘したマイナーフェールの客観的・目的性的の本質⁶⁾、かような角度から眺められるべきかも知れぬ。

(18) しかし、前註(17)に指摘したような疑問もある。なお、後註(5)、(26)参照。

(19) H. Welzel, a. a. O. S. 30, 32; ders. Aktuelle Strafrechtsprobleme, S. 6.

(20) Vgl. H. Welzel, 6 A. S. 28, 31 f.

(21) K. Engisch, Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allg. T. des Strafrechts neue Wege zu gehen? (ZStW. 66) S. 386.

(22) Hans-H. Jescheck, a. a. O. S. 242 f.

(23) K. Engisch, a. a. O. S. 386. なお、イェンシュック⁶⁾、違法性、有责性に影響を与える程の重大な差異ではない、としている——Hans-H. Jescheck, a. a. O. S. 242 f.——。なお、K. Engisch, Untersuchungen, S. 283 ff., 327.

(24) Vgl. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 141 f., 462 f., 468, 478 A. 6; Lieb-Schmidt, 26 A. S. 342; R. Maurach, a. a. O. S. 491.

木村教授は、正犯と共犯の区別を、専ら、行為に至る決意の中に求められ(木村・総論三、八五—六頁)、行為の型的差異による区別はこれを殆んど考慮せられない(本稿II北法二卷二号、一〇九頁、三号一二三頁参照)。しかしながら、教授が、「他人の決意にもとづく行為を通して構成要件実現に至る行為をなす者を共犯者」という、とせられるとき、すでに、他人の行為が、構成要件の実現に適した行為であるべきことを前提しているのではないだろうか。なぜかならば、右の立言からは、共犯者は、自己の決意にもとづいた行為によつては構成要件の実現を招来し得ない、とする理解も可能だからである。

(25) 木村・過失の共同正犯一七—八頁。前註(6)参照。なお、内田・法学会論集八卷三・四号二四頁以下。

ちなみに、ガルラスは、過失犯においては、結果に対する心的関連(seelische Beziehung)が欠けている、となすことに根拠をおいて、因果的部分のみを強調するのである——W. Gallas, a. a. O. S. 18.

(26) 木村・総論三八二頁、三八五—六頁。Auch vgl. W. Mainhofer, a. a. O. S. 170 f.

(27) 周知のように、重過失と軽過失との差異は、近時、多く違法性の強弱に求められている——藤木・法協七四卷四号四六頁以下。さらに、木村・総論二五〇頁、井上・前掲書二九九頁以下——。だがしかし、論者が、「行為そのもののもつ定型的な危険性」

「行為のなされる具体的な情況」から認められる「高度の危険性」(藤木・前掲論文五四頁、五五頁以下)を前面にだしている以上、そこでは、すでに、構成要件が予定する型の相違が前提になつていのではないだろうか。最近、荏子教授は、重過失と軽過失の相違を、構成要件該当性の次元において理論構成せられた——荏子・重過失による失火と延焼罪——平野・福田・大塚編・判例演習(刑法各論)所収(近刊)。なお、団藤・前掲書九三頁註(二)、二五七頁参照。

四 しかしながら、右に意識したような、過失行為における正犯的行為と共犯的行為という型の相違を、法が考慮しているかどうかは別の問題である。

たしかに、目的的行為論が指摘するように、特にドイツ刑法においては、故意犯の構成要件と過失犯のそれとは違つた表現の下に規定されている。「過失によつて(結果を)原因づけた者」が過失犯の構成要件を実現するという意味に解し得る規定は、われわれのこれまでの考察からもあきらかであるように、過失的共犯もまた構成要件を実現した者、とされ得る可能性を示している。この可能性は、過失的正犯行為と過失的共犯行為の相違を法は無視しているのではないか、という疑問に通じる。果してそうであるかどうか、目的的行為論の二元的正犯論に対する第二の批判がこの点に向けられなければならない。しかも、この問題は、われわれが、さきに、過失的に結果を発生させるに至つた諸力は、刑法上無差別の共働原因である、とする態度を否定した点とも必然的に結びつくものである。

正犯的行為と共犯的行為の型的差異は存在するとしても、法はこれを無視している、という立言を正当づけるために提示せられた議論としては、まず、過失犯の構成要件の規定の仕方自体に止目した議論をあげることができる。くり返していうまでもなく、目的的行為論の二元的正犯論の一つの根拠をなすものであるが、従来からも行なわれてきた議論である。⁽¹⁾しかしながら、たとえば、ドイツ刑法二二二条は、ペーリング、エンギツシュが指摘するように、

説 「人を殺した者、しかもこの人殺しを過失によつてひき起した者 (Wer tötet und die Tötung durch Fahrlässigkeit

verursacht)」によつてのみ実現せられる、という解釈を許す可能性をもつ。⁽²⁾

論

従つて、右の立言の正当性を立証するためには、より実質的な根拠を探す必要がある。そこで、第二の議論が登場する。ほかでもない、さきに検討した目的的行為論の二元的正犯論の重要な根拠、すなわち、正犯的行為と共犯的行為の対立は、実は、前構成要件の次元で看取され得るにとどまる、とする考え方である。だがしかし、このような考え方は疑問であつた。とすれば、過失的正犯行為と過失的共犯行為が存在し、しかも、この型的差異が、構成要件的に意味のある不注意な目的的行為の段階においてあらわれてくる、という理解を是認しようとする現在、右の立言を正当づけるためには、さらに別の根拠が必要だということになる。

そこで、第三の議論として、ウェルツェルの目的的行為論の出発となつた論文「Studien zum System des Strafrechts」に大きな影響を与えたヘルムート・マイヤーや、現在のマウラッハの見解が登場する。

それでは、彼等は、いかなる理解の下に、法が過失的正犯と過失的共犯の区別を無視している、と考えるのであろうか。それは、ほかでもない。過失犯の本体は、法益侵害・結果の無価値の中に求められるべきである、という理解である。⁽³⁾ この議論もまた、肯定され得ないことは、今や明白ではなからうか。なぜか。われわれは、本章第二節において、自手犯の存在が「行為の無価値」を前面にだすことなしには説明され得ないこと、従つて、「結果の無価値」だけを前面にだす拡張的正犯論には疑問があることを弁え、さらに、「行為の無価値」は、自手犯にかぎらず、一般の犯、罪行為の究明に援用されていることを指摘した。しかし、現在、ニーゼ、ウェルツェル、ガルラスは、「行為の無価値」によつてこそ、過失行為の実体があきらかにされる、と考えているのである。⁽⁴⁾

かくして、過失犯に関しては拡張的正犯論が妥当する、となす目的的行為論の二元的正犯論は、結局、肯定され得ないことになる。かえつて、故意犯の領域で限縮的正犯論が妥当するならば、過失犯にも同様にこれが妥当する、となす理解の正当性が示されたといつてよい。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

- (1) Vgl. L. Zimmerl, Vom Sinn der Teilnahmevorschriften (ZStW. 52) S. 166 ff. insbes. S. 169 ff.; ders. Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 141; H. Bruns, Kritik, S. 68 f.
- (2) Vgl. E. Beimg, GS. 101, S. 12 N. 8; K. Engisch, Kausalität, S. 85; H. Bähr, Restriktiver und extensiver Täterbegriff, S. 54.
わが現行刑法は、「一一六条で「火ヲ失シテ……物ヲ焼燬シタル者」二〇九条で「過失ニ因リ人ヲ傷害シタル者」二一〇条で「過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者」と規定しているから、故意犯の「焼燬」(一九八条)「傷害」(二〇九条)「人ヲ殺ス」(一九九条)概念と異なつた理解を導くような契機はないとこえる。
- (3) H. Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S. 219; ders. Ritter-Festschrift, S. 245 f., 249 f.; R. Maurach, Allg. T. 2 A. S. 152, 429.
- (4) W. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 59 ff.; H. Welzel, 6 A. S. 110; W. Gallas, ZStW. 67, S. 38 ff., 42.
- (5) 特に「前註(2)参照」から後出七二頁以下、七四頁註(1)。(2)。
- (6) Ernst-J. Lampe, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat (ZStW. 71) S. 579 ff. insbes. S. 611 ff. は、過失的共働の内部で、行為支配の有無により、過失の正犯行為を抽出することができると提言している。行為支配の有無を基礎づけるといふ「目的的整序(finale Überdetermination)の实体は、彼の見解では、行為者の因果的現象への合目的な働きかけとして把握されているが、過失的共犯も、また、かかる目的的整序の内部において生起するということもできよう。この意味では、ランペの理論を直に肯定するわけにはゆかないが、しかし、ゆき方の正しさは評価せられてよいであらう。

第三章 過失同時犯の正犯性

一 以上、二章にわたつて、過失同時犯の正犯性を基礎づけるために提示せられ得る考え方を、主として、従来の正犯・共犯論の発展に即応しながら検討した。その結果、つぎのような帰結に達し得たといつてよからう。

当該行為が、結果に対し因果関係——条件関係、原因関係、相当因果関係——にある、という点を指摘しただけで、正犯従つてまた過失同時正犯が肯定せられる、と考える態度は妥当でない。刑法上重要な行為の型を要素として定立せられた構成要件の解釈論を展開し、いかなる行為を正犯従つてまた過失同時正犯とみるべきか、という点に問題を移さなければならない。ところが、ここで、限縮的正犯論と拡張的正犯論とが対立する。拡張的正犯論は、容易に過失同時犯の正犯性を論証し得るが、拡張的正犯論自身の基礎に肯定できない点がある。過失犯の領域では、拡張的正犯論と結論を同じくする——さらには、思想的基礎にも共通のものがあるといつて過言ではない——目的的行为論の二元的正犯論にも疑問がある。一方、限縮的正犯論も、構成要件を実現する行為（実行行為）の實質的基準いかに、という点で、充分な答をだしていない。従つて、過失同時犯の正犯性を判定する契機も明確でない、といわなければならない。

二 右のような帰結から、われわれの出発点だけは示されたといえよう。すなわち、限縮的正犯論の基礎の下で、過失同時犯の正犯性を考察することが妥当だという点である。

だが、かくいうためには、実は、もう一つの問題を解決しておかなければならないのである。第二章第二節において述べたように、自手犯は、構成要件の拡張的解釈のささやかな例外であり、構成要件の限縮的解釈の方が、本来、

構成要件に該当しないものとみられる未遂・共犯をも犯罪として構成するという大きな例外を許容しているではないか、という批判があつた。ここで解決されるべき問題というのは、この批判に対し、いかに答えるかという問題である。

たしかに、限縮的正犯論は、例外を認めなければならない。同じように例外を認めるならば、なるべくその例外がすくなくすむような理論をとることが望ましいのは当然である。それでは、構成要件の拡張的解釈↓拡張的正犯論をとることが妥当なのであろうか。われわれは、否と答えたい。つぎのように考えるからである。

自手犯を構成要件の拡張的解釈の例外とみることの最大の根拠は、自手犯に関してだけ、法益保護の思想による「結果の無価値」という契機が後退し、「行為の無価値」を強調せざるを得ない、とみる点にあると考えることができる。ところが、すでにみたように、「行為の無価値」を認めることは、今やすべての犯罪に敷衍せられている。ということは、すべての構成要件が限縮的に解釈されるべきであるとの可能性を示している。しかも、この可能性は、より積極的な見地においても、肯定され得るように思われる。「行為の無価値」は違法な行為の本質的要素であり、違法な行為は強弱を許すものである以上、「行為の無価値」にもまた強弱が認められるべきであるが、この強弱は、すでに存在していた構成要件の行為の差異——本来の構成要件に該当する行為と修正された構成要件に該当する行為——に⁽¹⁾対応するものといえようからである。⁽²⁾

限縮的正犯論に対して提起せられた右の批判に対し、かく答えることにより、われわれの出発点はより確かになつた、といえる。

三 そればかりではない。正犯概念にかぎらず、一般刑法上の諸概念は、特別刑法、労働刑法、行政刑法の諸概念

を理解する際の基準となつてゐるといつてよい。⁽³⁾ところが、われわれが問題にしている正犯概念についていえば、労働基準法一二一条二項、船員法一三五条二項は、特に、教唆者をも「行為者」(正犯)とする、と規定し、国家公務員法一一一条、地方公務員法六二条は、特に、幫助者を「各本条の刑に処する」と規定している。ということは、これらの法律の刑罰法規における、かかる法条以外の通常、構成要件は正犯行為によつてのみ充たされることを予定している、との理解を強いる。しかりとすれば、これと全く同様に理解しなければならないとの論理的要請はないとしても、一般刑法の構成要件、正犯の概念は、これを限縮的に解釈するのがより妥当である、と称するべきではあるまいか。

(1) われわれは、ここで、小野博士が、ベーリング、M・E・マイアーの思索を發展させ、刑法四三条、六〇条―六二条によつて「修正せられた構成要件」に該当する行為を觀念せられた態度を継受すべきであろう——小野・犯罪構成要件の理論一二頁、一〇八九頁、一九五頁以下、二四八―二五〇頁、二五一頁以下。なお、岡藤・綱要二八九頁註(一六)。

(2) 本文のような理解は、故意犯に関しては、ヴェルツェルも承認している、といわなければならない。なぜかならば、ヴェルツェルにおいて、正犯論は、行為者の違法な行為、(personales Unrecht)の中核を解明する課題に奉仕するものであるから——H. Wezel, 6 A. S. 1 ff., 48, 56, 86.

われわれは、重過失と軽過失の差異をも、本文のような意味で理解するのが、最も妥当である、と思う。前出六八頁註(7)参照。
(3) 大塚・特別刑法―法律学全集一―一四頁、莊子・労働刑法―法律学全集八七頁以下、福田・行政刑法―法律学全集八六頁以下。
Auch vgl. R. Lange, Moderner Täterbegriff, S. 28.

四 それでは、限縮的正犯論の見地においては、過失同時犯の正犯性はいかなる実質的基準の下に構成されるべきであろうか。この問題は、一般的に使用せられている用語に従つて、過失犯の実行行為、(構成要件を実現する行為)

の内容、いかんという問題にいい換えられてよい。⁽¹⁾

さて、「実行為」の内容いかんという問題は、周知のように、従来、主として故意犯について論じられてきた。そして、一般的な基準の下に一義的な内容をもつたものとして確定することは不可能ではないか、個々の構成要件の具体的解釈に考察の主眼を移すべきではないか、とされるに至っている。⁽²⁾しかし、大塚教授が指摘せられるように、「すべてを各論の個別的問題にゆだねて、まづたくの一般的理論性を否定することは正しくない。われわれは、具体的な各則の規定の解釈に沈潜することによつて、あらためてより、具体的見地からの解釈規準——それは当然複数にわたるであろう——をもとめることに努めるべきである」。⁽³⁾過失犯の実行為に關しても、これと同じ様な問題が潜んでいといえよう。殊に、「過失犯の実行為」というようなことは、従来、殆ど議論されていなかったわけであるから、問題はますます容易ではないことになる。⁽⁴⁾しかし、わたくしは、もとより一試論の域を脱し得ないと思うが、つぎのように考えたい。

五 まず、これまでの考察の上にたつて、われわれの進むべき方向をあきらかにしなければならない。

第一に、不注意な目的行為そのものに着目すべきである。介入するかも知れない第三者・自然力は、ここでは考察の対象から除かれる。尤も、ここで「行為そのもの」というのは、足を動かすとか手を振るとかいう身体的動作だけを抽出し、これを指称するものでないことは当然である。具体的な状況を反映した、意味に充ちた行為を意味する。

第二に、具体的状況の下におかれた行為の実行為性を考える場合には、その具体的状況のもつ危険性と、その行為のもつ危険性とを綜合して、当該構成要件を実現するにたる程危険であるかどうかを問わなければならない。⁽⁵⁾このな理解は、すでに、目的的行為論の出発点だつたといえるであろう。

もとより、「危険性」という概念は、程度の強弱を許すものである。しかしながら、われわれは、ベーリングの「生活用語例」、小野博士の「国民的道義観念」、ランゲの「相当の思想」を根柢に据えながら、当該構成要件の予定する型的危険性——それは個々の構成要件によつて相違するであらう——に包摂されるのは、いかなる危険な行為であらうか、を検討しようとするわけである。危険性概念が、本来、確定的な内容をもたぬ幅のある概念だとしても、これを実行行為認定の尺度とすることは、右のような意味で肯定されるであらう。⁽⁵⁾

(1) 木村教授は、実行行為を構成要件実現の行為に同置することを否定せられる。実行行為というメルクマールでは、予備の段階にある正犯を説明することができないからである、とせられる——木村・総論三八五頁。

(2) 大塚・間接正犯の研究一二九頁参照。

(3) 大塚・前掲書一三四頁註(三〇)。

(4) 平野・ジュリスト一九五号六頁以下参照。なお、昭和三十四年一〇月の日本刑法学会における同教授の発言——刑法雑誌一〇巻二号一四九—五〇頁——をも参照されたい。

(5) 小野・新訂刑法講義・総論一〇〇頁、一九〇—一九一頁、小野・構成要件の理論八四頁以下、九九頁以下。なお、木村・前掲書二〇〇—一頁、三四二—三頁、三四三頁以下、団藤・綱要七九頁、一一四—一五頁、一一八—一九頁参照。

危険性の強弱により正犯と共犯の区別を導こうとする試みとしては、特に、P. Perten, *Beihilfe zum Verbrechen*, S. 37, 62, 63, 64 ff., 81 ff., 87 ff., 98 ff., 114 ff., 205 ff.; W. Sauer, *Allg. Strafrechtslehre*, S. 84 ff., 205 ff.

六 かような方向づけの下では、過失犯の実行行為は、つぎのような形をとつて現われてくると思われる。過失的共働現象における個々の場合について考えよう。

(一) 具体的状況の下での行為の自然的性質が、すでに、構成要件の実現に相当であると認定され得る程危険である場合(行為の自然的性質それ自体が構成要件の危険性を肯定される場合)……

【例二】の火を失したA、水の代りに石油をかけてしまったB、【例五】の無謀操縦者(ナークラーが、これを自して、それ自身となしていた点、興¹、味深いものがある)、【例七】の花火を爆発させたA(論者は、人の側で、花火を不注意に扱い、爆発させたこと²とは、人の死を惹起するにたる行為である、としていた)、【例八】のピストルを、発射したB、【例九】のヌベルカインを誤つて注射したD、【例一〇】のマツチを借りて山火事を発生させたBには、この意味での実行行為を認めて「相当」であり、「生活用語例」に反しないであろう。³ビルクマイアーの「最有力条件」、M・E・マイアーの「狭義の原因」⁴、ナークラーの「決定的条件」⁵も、この段階での実行行為を問題にする限りでは、充分参考に値するといつてよい。エクスナー⁶が、論文「Fahrlässiges Zusammenwirken」において、他人の過失的行為の共働なしにも結果を発生させ得るような場合と、他人の過失行為の共働があつてはじめて結果に至り得るような場合とを区別し、それぞれについて、過失の正犯性を見出そうとしている点も、正当な意識にでたものとして評価しよい。

尤も、右の例においても、相当因果関係に欠けるという理由から、実際には、過失犯の正犯として――未遂犯としても――処罰せられない場合があり得ることは、いうまでもない。【例七】のAがそれである(われわれは、第一章第四節において、本例のAにはXの死に対する相当因果関係がないと結論したが、過失同時正犯性も否定されるべきかどうかは、留⁸保しておいた。その解決は、先般には、右に述べた点をぬきにしては得られないからである)。【例七】のAがそれである

これに反して、【例五】の無謀運転の車に同乗していた主人、【例八】のピストルを預けたA、【例九】のヌベルカイン液を不注意に扱つたA・B・C、【例一〇】のマツチを貸したAには、この意味での実行行為は肯定されないのである。⁹【例八】のAについて、ナークラー、パールが原因性¹⁰を否定していたのは、この意味では、理解ができる。【例一〇】のAが、過失犯に対する幫助は可能か、という形で問題となつたのは、示唆的であらう。¹⁰

(二) 行為の自然的性質からすれば、構成要件を実現するにたる程危険でない行為が、状況の危険性にカバーされることにより、実行行為とみられなければならない場合（行為の危険性を状況の危険性がカバーして、構成要件の危険性を肯定させる場合）――

われわれは、序章において、社会現象としてみた場合の過失犯罪が、分業・共働の結果として現われることが多い点を指摘した。ところが、分業・共働のもたらした過失の結果の多くは、個々の共働者の、それ自体は構成要件の実現にたる程危険でない不注意な行為の競合・累積によるものである、ということが可能である。従つて、われわれが、今ここでとりあげる実行行為は、現在では、むしろ過失犯の実行行為の原則型となつているといわなければならない。にも拘わらず、個々の行為それ自体の性質は、構成要件の実現にたるものではない、ということになる。それ故に、状況の危険性を適確に把握して、その状況下の行為の構成要件の意味を理解することが肝要となる。

状況の危険性を考慮する場合には、①、それが、本人の行為によつて生成せられた場合と、②、他の共働者の行為によつて生成せられた場合とにわけて考えることができる。さらに、①の場合は、④、本人がその危険状態の下で、ある行為にでる場合と、⑤、他の共働者にその危険状態を委ねる場合とが考えられる。②の場合にあつても、④、本人がその危険状態を引受ける場合と、⑥、他人がその危険状態を引受ける場合とが考えられる。しかし、①の④、②の⑤は、さして問題ではない（①の④においては、実行行為を認めることは容易である。ただし、単独犯の場合には、特に検討されるまで、①の④において、もたゞ肯定されるのが普通であるから。また、他人の行為を他人が引受ける場合も、通常は、本人の問題とはならないから、特に問題としなくてよいわけである。なお、自然現象によつて生成し、他人の行為を他人が引受ける場合は、①の④と同一に論じてよいであろう）。従つて、特に問題になるのは、①の⑤と②の⑥である。

さて、われわれは、他人の良識ある――客観的な注意義務に適つた――行為を信頼して生活しなければならない一方、他人がその義務を怠る場合も決してすくなくないということをも予定して生活しなければならない。ここでは、

エクスナリー⁽¹²⁾が指摘しているように、「いかなる事情の下で、他人の義務履行を信頼することが義務違反となるか」という問題が、行為の構成要件該当性の問題となつて、前面にでてくるであろう（われわれは、エクスナリーの「義務違反」をそのまゝ受け入れるのではない。構成要件的に意味ある、しかし、違法性・有責性からは独立した、その意味ではない⁽¹³⁾）。要は、本人が生成して他人に委ねた危険状況の形質はいかなるものか、委ねられた他人は誰かという点（他人に危険を引受けさせることがいかに危険か、本人が生成した危険の現実化と結びついているか、という点が問題なのであつて、委ねられた人間がなにをするであろうか、という点が問題なのではない。この意味では、委ねられた他人の年齢・職業・経験⁽¹⁴⁾、あるいは、他人が生成せしめた危険状況の形質、その他の人の立場（年齢・職業⁽¹⁵⁾、これを引受けた本人の立場いかん、を充分考慮して、問題解決を図らなければならない。M・E・マイヤー⁽¹⁶⁾が、潜在的起因関係ありとしていた場合、パール⁽¹⁷⁾が、因果関係の中断しない場合として掲げた諸例は、このような角度から再構成される契機をもつているといえよう。

そこで、本稿が扱つた例についていえば、【例三】のA・Bは、それぞれのおかれていた特殊な危険な立場（精神病院⁽¹⁸⁾の看護人）故をもつて、単にドアを開けたまゝにしたとどまる行為についても、過失致死罪の実行行為性を附与せられなければならないであろう。【例二】のA・B、【例四】のA・B、【例一〇】のAも、具体的状況のいかんによつては、それぞれ過失致死傷罪・失火罪の実行行為をなしたものと判断され得るであろう。

これに反して、【例八】のA、【例九】のAは、ここでも、過失致死罪の実行行為をなしたものとされ得ないであろう。オーヴァーに、弾丸が入つたピストルを入れたまま、劇場の携帯品預所に預けた行為、ブドウ糖液と混同され易い状態でヌペルカイン液を作製・製剤室に放置した行為は、未だ、構成要件の実現に接近した危険性を生成せしめたものとはいえないばかりでなく、その危険性を引受ける他人（携帯品預保、事⁽¹⁶⁾務員・看護婦）に対しても、自己の行為の危険性を直に現実化するような契機を与えてはいない、といえるからである。過失的共犯として問題となるべきであろう。この意

味でも、ナークラー、ボールが、【例八】のAに、結果に対する原因性を認めなかつた点は、不当ではなかつたと思ふ。また、M・E・マイアー、ボールが、銃の掃除を命じた場合等において、弾丸が入つてゐることを告知した場合と告知しなかつた場合とを区別していた点も、危険性の現実化の程度に差異があるという意味で、納得のゆく考え方だといつてよい。⁽¹⁸⁾

しかしながら、もとより、弾丸の入つた銃を預けたり放置しておく行為が、常に、発砲による人の死に対し実行行為性が無い、というのではない。自由、出入、する、児童のあることを熟知しながら、小学校、事務室、壁に銃をかけておく行為等は、実行行為に昇格する可能性が極めて強いといえよう⁽¹⁹⁾。
(大判明四三・一・一八)
(刑録一六・一七参照)

以上の検討を通して、本稿で扱つた諸例中、【例三】は、過失同時正犯として構成され得、【例一】、【例二】、【例四】、【例一〇】も、事情によつては、過失同時正犯とせられ得る、という結論を導くことが可能である。⁽²¹⁾ 【例七】においては、因果関係の問題が入り込んで、可罰的な過失同時正犯が否定せられるべきであることは、すでに述べた。これに對して、【例八】では、Bのみが実行行為をなしたものとせられる結果、過失同時正犯は成立し得ず、⁽²²⁾ 【例九】では、C・Dが実行行為をなしたものとされ得ることになるが⁽²³⁾ (C・Dに過失同時正犯を認めることは可能である。Cの実行行為性は、ヌベル、カインを確認しながら、これを単に内科、処置、台に、放置した点に認められよう)。A・B・C・Dについては、過失同時正犯は否定されるのである。⁽²⁴⁾ 【例六】は、過失共同正犯として理論構成すべきであると思う。次章で改めて問題にしよう。それでは、【例五】の主人は、いかに扱われるべきか。ここで、われわれは、さらに、つぎの問題へ進まなければならない。

(1) 本稿—北法一一卷一、九頁参照。

(2) 本稿—北法一一卷二、八八頁、九三頁註(2)参照。Auch vgl. F. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, S. 574 ff.

- (3) P. Perten, Beihilfe zum Verbrechen, S. 84 ff.; F. Exner, a. a. O. S. 573 ff.; J. Nagler, Leipziger Kommentar, S. 30 f. 2^e 時間的、後の行為について安易に実行行為性を肯定してゐたとらなければならぬ。この傾向は「ハール」にも認められた——
本稿——北法一一卷二号七八頁参照。
- (4) 本稿——北法一一卷一号五六頁以下。
- (5) 本稿——北法一一卷一号六一頁以下。
- (6) 本稿——北法一一卷一号六七頁以下。
- (7) F. Exner, a. a. O. S. 569 ff. insbes. S. 572 ff.
- (8) 本稿——北法一一卷二号九二—三頁参照。
- 【例一】、【例二】のAに、相当因果関係を認めることができるかどうかは、一応問題である（前者については、クリリスが相当因果関係を否定していた（本稿——北法一一卷二号九四頁註40）。また、後者については、ボンパが、相当因果関係の否定に帰）。しかし、わたくしは、いずれにあつても、相当因果関係を否定することは無理であると思う（第一章第（四節参照）。
- (9) 本稿——北法一一卷一号七〇頁、一一卷二号八三頁参照。
- (10) 【例一〇】に「cyp' RG. 10, S. 8 ff.
- (11) Vgl. P. Perten, a. a. O. S. 210. なお、井上・判例にあらわれた過失犯の理論は、他人の注意深い行為を信頼してよい、という面を強調しすぎているとあるのではなからうか。もとより、われわれも、危険分配の法理の意義を認めるに吝かではないが。大塚・過失による交通事故犯と危険の分配——刑法雑誌一〇卷二号九二頁以下参照。
- (12) F. Exner, a. a. O. S. 577. エクスナーは、「許された危険」の場合には、他人の義務履行を信頼することも許される、とする——
F. Exner, a. a. O. S. 577 ff.
- (13) エクスナーの「Fahrlässiges Zusammenwirken」は、「過失」を、従来の通説に従つて、責任形式の一つとして理解することから、過失的共働現象を解明しようとしている。しかし、前出七七頁からも肯定せられるように、過失行為の実行行為、違法性、有責性を区別して考察しなければならないとの要請が、すでに、彼の論策のうちに内在していた、といわなければならない。
- (14) 本稿——北法一一卷一号六一頁以下。
- (15) 本稿——北法一一卷二号七七頁。

(16) 「行為の危険性の現実化」に関し、K. Engisch, Kausalität, Insbes. S. 61 ff., 67 ff., 80 に多くの示唆を受けた。なお本稿
 ↓北法一一卷二号一一四頁註30参照。

(17) 前出七七頁参照。

(18) 本稿―北法一一卷二号七八頁、一一卷三号一〇三頁以下参照。

(19) 本稿―北法一一卷一号五一頁註41、一一卷二号一〇一頁註(5)参照。

(20) ここではじめて、われわれは、RG. 7, S. 332 ff. の結論に賛成することができる。

(21) 【例一〇】について、RG. 10, S. 8 ff. (10) が、「数人が、相互に、意に反して発生した結果に関し、過失正犯として罰せられることがある」ということは、法により否定されていない」というだけでは不充分である（尤も、ライヒスグリヒトは、ここから直に過失同時正犯を認めたわけではない。しかし、その理由は実
 行行為があつたかどうかという点にあるのではない。マツチを貸したA）。
 の意思が故意か過失か、あきらかではない、という点にあるのである。

(22) 従つて、われわれは、RG. 34, S. 91 ff. に反対しなければならない。

(23) 結論としては、第一審判決に近い（最判集七・二六〇）（八二六三九）。しかし、A・Bに因果関係を否定した判旨に賛成しているのでない点は、あきらかである。本稿―北法一一卷二号九七頁以下参照。

七 右に眺めたように、それ自体としては構成要件を実現する程危険ではないが、具体的な状況の危険性によつて実行行為性を獲得する場合というのは、いうまでもなく、個別的・具体的な判断によつて決せられなければならない。つまり、かような行為を定型化することは、平野教授が指摘せられるように、極めてむずかしいのである。だがしかし、類型化せられた行為者の地位・立場に着目することから、かような角度での定型的な危険な行為という概念を導くことも不可能ではない、と思われる。ここで、われわれは、監督者・最高責任者といった地位を考えたい。そして、状況の危険性の発生する可能性が極めて高い、ということをして予定して構成せられたところの地位にある者の不注意な行為においては、定型的な実行行為が肯定せられる場合も、当然多かるべきである、と考えるのである。そこで、つ

ぎの例を考察することが有益であろう。

【例一】 国鉄U線信号保安係Aは、昭和二八年七月二四日、S駅構内五一ポイントの標識板取替作業を行なつたが、誤つて、夜間用の標識板を汽車の線路の開通方向と反対にしたまま作業を終えた。一方、同日夜、下り列車発車に際し、S駅転轍手Bは、標識板を確かめたが、實際は、上り線が開通で下り線は不開通であるのに、Aの不注意から、下り線が開通になつてゐるのを知り、誰かが自分に代つて転轍してくれたものと信じたまま、レールの尖端の密着状態を確認せずにいた。さらに、駅長代理Cは、標識板が下り線開通であるのをみて、該列車発車を合図するため、信号機のレバーを引いたが、現実には下り線が開通になつてゐないため、レバーが引けず危険信号を示したままになつてゐたにも拘わらず、レバーの故障だろふと思つて、手で発車の信号を行ない、ついに該列車を脱線させるに至つた(最決昭三二・一・二二〇)。(四刑集一一・二二〇)。

本例は、A・B・Cのそれぞれに業務上過失往来妨害罪の実行行為が認められるかどうか、という形で問題となつたのではない。Aの不注意な行為と汽車の脱線という結果の間に、B・Cの不注意な行為が介入しても因果関係が認められるか、という点で争われたのである(第一審は、因果関係なしとし、控訴³審、上告審は、因果関係ありとした)。しかしながら、われわれが、第一章において考察したところからするならば、条件関係はもとより、相当因果関係もある、といえよう。問題は、実行行為の有無である。

ところで、国鉄においては、各職員の職責は細分化され、列車の定時安全運転という最高目的のために統合されてゐるわけであるから、特に、本例のように、駅の構内から通常の形をとつて発車した列車の脱線という結果は、一個の職員の不注意によつては、決して発生しない、といつてよい。従つて、この限りでは、A・B・Cの行為それ自体が業

務上過失往来妨害罪の実行行為とせられることはない、といえる。しかしながら、Bの職責は、Aの不注意をも前提として構成されており、Cの職責は、これまたA・Bの不注意を前提として構成されている、とみななければならぬ。なぜかならば、Bは、標識板の表示に左右されることなしに、レールの尖端の密着状態を確認すべき職責を有するものであり、Cは、最終的に、レバーを引いて、発車可能を確認し、発車信号をなすべき職責を有するものであるから（この点では、第一審の判断に正しい一面がある。第一審は、B・Cの職責を上述のように認定し、Cの（行為は「それ自体偶然にして決定的な原因力」となつた」とするのである。前掲判例集二四〇―四一）。とするならば、本例においては、状況の高度の危険性を、当然予定して行動すべき職責にありながら、現実には右のような行為にでたところのCは、その行為についての具体的な検討をさらに重ねるまでもなく、列車の脱線という結果を惹起したもの、すなわち業務上過失往来妨害罪の実行行為をなしたものとされるべきではあるまいか。⁽⁵⁾

それでは、A・Bの不注意な行為はどうか。AはB・Cに、BはCに危険性を委ねたことになる。従つて、状況の危険性によつてカバーされたところの実行行為の可能性は否定され得ない。しかしながら、Aの行為は、B・Cの行為に解消せられ独自の意味をもち得なくなり、またBの行為もCの行為に解消せられてしまふ、とみるのが妥当であると思う。つまり、A・Bの行為の危険性は、現実化すべく極めて稀薄であるといわなければならない、と思う。この意味で、A・Bは、過失的共犯の形をとつて現われてくると解すべきであろう。⁽⁶⁾

八 それでは、【例五】の主^人は、主人という地位との関係で、実行行為をなしたものとせられるべきであろうか。信頼できる運転手に運転をまかせ、同乗する自家用車所有者としての主^人の地位は、危険性を排除し安全を確保するためのものである。⁽⁷⁾つまり、状況の危険性の発生する可能性が高いということを予定して構成せられた地位とは逆の地位にある、といわなければならない。にも拘わらず、典型的な実行行為を肯定しなければならない場合もまた多い

のである。なぜかならば、自分の運転手がスピード違反をしていることを、同乗して目撃し、あるいは、同乗しないまでもよく認識している段階においては、単なる同乗者（たとえ客）と違って、これを充分阻止し得るがゆえに阻止すべき立場が生じてくる、ということが出来るからである。⁽⁹⁾ われわれは、かような段階における主人の立場に対しても、一般的に、実行為性を認めなければならないのである⁽⁹⁾。

【例五】の主人には、かような意味での実行為性を認めなければならない。従つて、運転手の業務上過失致死罪と主人の過失致死罪との同時正犯が成立し得ることになる。⁽¹⁰⁾

(1) 刑法雑誌一〇巻二号一四九頁の平野教授の発言を参照されたい。

(2) 業務上過失に関する莊子教授の理解に接近する。莊子・業務上過失——木村編法律学演習講座・刑法一六一頁参照。

(3) 本稿——北法一一巻二号八四頁註(4)。

(4) 井上・判例にあらわれた過失犯の理論一六四頁以下は、相当因果関係を否定せられる。

(5) もとより、われわれも、地位そのものに関して、無制限に実行為性を認めようとするものではない。地位に附着した抽象的な危険性が現実化している場合に、その地位にある者として不注意であつた場合を問題にしようというのである。従つて、単に、ハイヤの運転手に過酷なノルマを課したというだけで、雇主が、当該運転手の居眠り運転によつて生じた事故について、たとえば、業務上過失致死罪の実行為をなしたものとせられることはないのである。平野・ジュリスト一九五号六頁、前註(1)参照。
なお、RG. 19, S. 204 ff.; BGH. 6, S. 282 ff. は、それぞれ、建築請負人・医師の立場に着目した実行為性認定への契機を包蔵しつつあるといふこと。

(6) P. Perren, Beihilfe zum Verbrechen, S. 209 ff. は、【例八】——【例一一】の如き共働現象においては、各共働者にとつて、他の共働者の行為の危険性を稀薄化すべき契機は存在しない、としている。根拠は、他の共働者が介入するかも知れないという予見可能性が大である、という点に求められている。そして、結局、過失的幫助犯は、過失的正犯として理論構成されるべきである、というのである。

- (7) F. Exner, *Fährliches Zusammenwirken*, S. 577 ff. は、これを一個の「許された危険」である、としている。正当であろう。
- (8) 単なる同乗者に対しても、事故を回避すべく適宜処置しなければならぬ、としている判例もある——広高判昭二九・一一・一六高判集七・一七一九参照。Auch vgl. F. Exner, a. a. O. S. 578 A. 1.
- (9) F. Exner, a. a. O. S. 578 A. 1 は、スピード違反を知りながら、これを阻止しなかつた主人に、責任を帰せしめるといふ論理に従えば、運転手が不注意に運転しているということを知らない場合にも、主人に責任がおよんでくるといふ不当な結果になるのではないかと疑問を提起している。しかし、前註(5)からも肯定せられるように、エクスマーの疑念は、杞憂に終るであろう。
- (10) ここで、本稿が引用した判例中、過失同時正犯として理論構成し得るその他の場合を掲げよう——二台の自動車運転手が、不注意に運転し、衝突して死傷者をだしたような場合には、容易に同時正犯が肯定せられる。この系列に属するもの・大判昭六・三・二七新聞三二七五・一四(本稿北法一巻一頁註77)、大判昭一一・七・一〇刑集一五・九八六(本稿北法一巻一頁註77)、東高判昭二九・五・二四高裁判判特四〇・一一四(本稿北法一巻一頁註75)、東高判昭三三・七・一七高裁判判特五・三三二(本稿北法一巻一頁註75)、東高判昭三三・七・三二高裁判判特五・三四七(本稿北法一巻一頁註75)。また、バス・電車・汽車の運転手と車掌等の不注意が重なりあつて事故が発生した場合にも、同様のことがいえるであろう。この系列に属するもの・広高判昭二九・一一・一六高判集七・一七一九(本稿北法一巻一頁註75)、広高判昭三〇・六・二三高裁判判特二・六二三(本稿北法一巻一頁註75)、福高判昭三〇・八・三〇高裁判判特二・九一二(本稿北法一巻一頁註75)。本件では、さらに、線路上に土砂くづれが生じ、異常な危険状態にありながら、その職責を全うしなかつた駅助役等にも、同時正犯の成立が認められ得る。【例一】とは違つた性質の事案である。二頁(55)。(本稿北法一巻一頁註75)、高松高判昭三三・一一・二七高裁判判特三・一二六八(本稿北法一巻一頁註75)、名古屋判昭三三・二・一七高裁判判特五・四一(本稿北法一巻一頁註75)。そのほか、つぎの場合にも、過失同時正犯が成立し得る。大判明四三・二・二二・刑録一六・二九二(狂犬病の犬を狂犬病に非ずと誤診した獣医と、この獣医の診断を漫然信賴し、その犬に咬まれた子供に対する狂犬病予防注射を中止した人医とは、子供の死に對し、過失同時正犯たり得る契機をもつている。人医が注射を中止した時の事情を特に検討して、高度の危険性があるのに、注射を中止したかどうかを確定すべきである。なお、本稿北法一巻一頁註77)、大判昭一〇・二・二二刑集一四・一六六(炭坑の保安係とガス排除のための扇風機運転工の不注意が重なり、ガスを吸入したが、因果関係を認めることができる、という形で問、最終昭三五・四・一五刑集一四・五九一(いわゆる板木町駅電車衝突事件。本稿北法一巻一頁註75)、東高判昭二七・六・一七高判集五・一〇七八(バス内に、ガソリン罐を密封もせずに持込んだ客と車掌の不注意から、出火。重失火。重過。仙高判昭二八・一一・二五高裁判判特三五・八四(信号機の連鎖を切断しておいた作業員A・Bの過失行為は、業務上過失往來妨害罪の実行行為に昇

格し得るであろう。なお、仙台高等裁判所は、原判決を破棄、自判しているが、転轍機取扱担務者、信号機取扱担務者、駅長の過失行、福高判昭三一・為をも認定して、それぞれに、業務上過失往來妨害罪の成立を認めたのではないかとと思われる。本稿Ⅱ北法一一卷二二八頁註(4)。

五・五高裁判裁特三・四六五 (九電対馬営業所の配電通知責任者の不注意と九電対馬発電所の配電盤開閉器担当者の不注意による誤送電の結果、死傷者だした事案。本稿Ⅱ北法一一卷一五五頁註(7))、大高判昭三二・三・三〇

高刑集一〇・三三三 (シフテリア予防液作製主任技術者の不注意と実務担当責任者等の不注意が重なり、津地判昭三三・三・二八第一審刑事裁判例集一・二二七五(害・指導を怠り、多数を溺死させた事案。本稿Ⅱ北法一一卷二二八頁註(5))、監。

これに反し、過失同時正犯を肯定し得ない場合として、つぎを挙げることができる——大判昭一六・一一・二八刑集二〇・六五四(「例一」に)、最決昭三二・一二・六刑集一一・三一八七(無看視踏切を通過する貨車入替作業に当り、制動手の不注意があつたにしろ、合は、一般論としては、操車係が業務上過失致死罪の正犯とせられるべきで、最高責任者たる操車係の不注意が加わつて、通行人を踏死せしめるに至つた場合。最高裁の態度には疑問がある。本稿Ⅱ北法一一卷二二八頁註(5))、最判昭三四・五・一五刑集一三・七一三(船からガソリンを陸揚げ任者が不在のため、ガソリン漏洩による火災発生防止措置を怠さなかつたとしても、特に、海側の不注意による火災に対しては、通常、実行行為ありとせられることはない、といえよう。最高裁は、陸側の過失があつたとしても、それに拘わりなく、不注意な海側に責任がある、としている。本稿Ⅱ北法一一卷一五五頁註(7))、名高判昭三三・五・一五高裁判裁特五・二二四(なお、本稿Ⅱ北法一一卷二二八頁註(5))。

*

*

*

以上で、本稿の中心課題は、一応達せられたと思う。次章において、過失共同正犯との関係を反省することによって、問題を深化させたいと考える。過失的共犯をいかに扱うべきか、過失不作為犯に固有の問題はこれをいかに扱うべきか、という問題の解決は、他日に期したい(過失的共犯の実体そのものは、本稿から、あきらかになつた、といえよう)。

第四章 過失共同正犯と過失同時犯

一 かつて、わたくしは、過失共同正犯の成否を検討し、全体としての、一個の不注意な行為として判断せられるべ

き場合には、過失共同正犯が認められ得ることを結論した。⁽¹⁾そして、個々の過失犯の実行行為が肯定せられて、はじめて、正犯とされ得る過失同時犯とは、区別されなければならない、と考えた。⁽²⁾しかし、その場合、たとえば本稿の【例一】は、これを全体としての不注意な行為とみるべきか、個々の不注意な行為の競合とみるべきか、という点で疑問を提起し、つぎの機会に改めて考察することを約束しておいた。⁽³⁾本稿においては、特に第三章で、個々の不注意な行為をその実行行為性に関して検討した。そこで、わたくしは、本章において、全体としての不注意な行為とすることが妥当な場合と、個々の不注意な行為とすることが妥当な場合との区別を、明確にしなければならないと思う。

二 まず、【例六】を考えてみよう。この例は、特にドイツの学説が、過失共同正犯を認め得る場合の典型として、あるいは、過失共同正犯を否定しこれを同時犯とみる場合の典型として、掲げていたものである。⁽⁴⁾さきにも一言したように、われわれは、⁽⁵⁾これを過失共同正犯とみるものであるが、根拠はいうまでもなく全体としての不注意な行為がみられるからである。それでは、どうして全体としての不注意な行為を観念することができるのか、他の例との差異を検討することによつて、この点をあきらかにし、問題解決への足掛りとしよう。【例六】が、【例二】―【例四】、【例七】―【例九】と違う点は、前者においては共働者の各々が他の共働者の存在を明確に意識して、いわゆる「意識的・意欲的共働」(bewusstes und gewolltes Zusammenwirken)をなしているのに反し、後者においては共働者の各々は他の共働者の介入を意識していないという点にある、といえよう。この違いは大きな意味をもっている。なぜかならば、木材を投げ落すという、それ自体はなんら法の関心に属さない作業の意識的・意欲的共働においても、その継続中に、たとえば、下に通行人がいないかどうかを確かめもせず木材を投げ落したような場合には、意識的・意欲的共働の延長としての不注意な共働現象、すなわち、不注意目的的行為の共同――全体としての不注意な行為――を

觀念することができるとに反し、他の共働者の介入を意識することのない共働現象においては、いかにしても、不注意な目的的行為の共同という觀念は生起し得ないからである。発生した結果の法的効果を、前者についてはその全体に帰属せしめ得る契機が、この点に存するといえよう。⁽⁶⁾

右のような理解の下に、われわれは、【例六】を過失共同正犯として理論構成することが妥当であると考ええる。最高裁判所、名古屋高等裁判所が、過失共同正犯の成立を認めたつぎの二例も、かような視点から肯定され得るであろう。

【例二】 A・Bは、共同して飲食店を営んでいたが、Cから仕入れた「ウキスキー」を、メタノール含有の有無につき、不注意にもなら検査することなしに、しかも意思連絡の下に、販売した⁽⁷⁾（最判昭二八・一・二三刑集七・三〇）。

【例三】 A・Bは、共同して素焼「こんろ」二個を床板の上で使用しながら、過熱発火を防止する措置を共に怠つて火災を発生させた⁽⁸⁾（名高判昭三一・二〇・二三、高裁刑裁特三・二〇〇七）。

三 それでは、【例一】もまた、過失共同正犯とされ得るであろうか。

われわれが、右に、過失共同正犯を肯定した事案は、いわゆる「前構成要件的」な事実ではあるが、その事実に関する意識的・意欲的共働の延長として、不注意な共働がみられるものであった。ところが、【例一】においては、かような明示の意識的共働は存在しない。だが、ことの性質上、当然に予定された暗黙の意識的共働が肯定せられてしかるべきである（【例六】等を偶然的意識的共働とすれば、【例二】は、必要的意識的共働とすることができる）。われわれは、過失共同正犯を検討するとき、故意犯の共同正犯との比較においてこれを考えていたため、「意思の連絡」という契機に特に重点をおく結果となり、いわゆる必要の意識的共働については、別段の考慮を払わなかった、といわなければならない⁽⁹⁾。しかしながら、過失共同正犯の中

核は、「意思の連絡」そのものにあるのではなく、「意思の連絡」にもとづいた全体としての不注意な行為にある⁽¹⁰⁾、ということがあきらかにせられた以上、暗黙の、しかし必要な意識的共働を無視することは許されない⁽¹¹⁾。わたくしが、【例一二】に関して抱いた疑問は、その根柢をここにおいていたのである。

ところが、本稿第三章で考察したように、【例一二】においては、Aの不注意はB・Cの不注意に解消せられ、Bの不注意はCの不注意に解消せられ、それぞれの独自性を喪失するに至るものではあるが、不注意な行為としての中核は、Cの行為に集中せられるものとみななければならなかつたわけであるから、全体としての不注意な行為を観念し、その効果をA・B・Cにひとしく帰属せしめるべき契機は、ついに見出し得ないことになる、といわなければならぬのである。つまり、過失共同正犯を認めることはできないのである。

四 だがしかし、いわゆる暗黙の必要的意識的共働は、ほかにも多く存在する。たとえば、バス・電車の運転手と車掌の關係にその典型を見出すことができる。しかも、それぞれの職責には、【例一二】にみられるような上下の差別がなく、一体となつて安全運転をなすことに統合されている⁽¹²⁾。従つて、過失共同正犯を認めるべき契機も充分存在し得る、といわなければならない。井上教授の批判は、示唆的である⁽¹³⁾。

だがしかし、かような共働現象においても、直に、過失共同正犯を認めることはできないのである。不注意な共働から離脱しようとする共働者については勿論のこと、不注意な状態にある点で接合し合いながらも、未だ互いに他の不注意を引受け合い、自己の不注意を委ね合っている、となし得ない場合の共働者には、過失共同正犯を認めることはできないのである。前出八六頁註(10)に引用した事案中、バス・電車・汽車の運転手と車掌との共働現象においては、過失共同正犯として理論構成し得る場合も充分存在すると思われるが、問題は、やはり、全体としての不注意な行為

とみるべきか、単に不注意な状態を接しただけにとどまり、独立した個々の不注意な行為は失われていない、とみるべきか、の確定にあるのである。たとえば、つぎの【例一四】は、過失共同正犯たり得る要素を強くもつていると思われるが、【例一五】は、これが稀薄であるといわなければならない。

【例一四】 Aは列車の運転手、Bは車掌。列車にタブレットまたは指導者が存せず、衝突の危険が極めて濃厚である事情の下で、Aが「行こう」と主張するので、Bも安全だろうと軽信して発車し、対向してきた列車と衝突、乗客を死傷せしめた（福高判昭三〇・八・三〇）。
（高裁判裁特二・九一二）。

【例一五】 Aは電車の運転手、Bは車掌。乗車勤務中、自己の車を準急と勘違いして、停車すべき駅を通過。乗客がさわいだので、Aは車を退行させようとし、車から降り、Bの所へ走り寄り、「列車を下げるから後方防護を頼む」と申し向け、協議も整わないうちに運転台に戻り、車を退行させた。Bは驚いて、青赤の信号機を巻いたまま車外へ飛出し、後続車に連絡しようとホームの方向へ走り寄ったが、すでに後続車は停車中であつた。Bは、あわてて東西をきよろきよろ見回してただけだつた。車は衝突してしまつた（名高判昭三三・二・二）。
（七高裁判裁特五・四二）。

五 以上により、過失共同正犯と過失同時犯との限界線も、一応あきらかになつたといえよう。

ところが、広島高等裁判所は、【例一六】某病院勤務の外科医A・Bは、共同担当医としてXの診療治療に當つていたものであるが、看護婦Cに注射を指示、これを行なわしめながら、不注意にも監督を怠つたため、Cの注射液誤認により、Xを中毒死せしめたという事件について、A、Bのいずれかが、本件の過失について全く無関係であることが特に明瞭な場合とか、特定の診療につき、特に、責任を分担しその帰責をあきらかにしていた場合以外においては、右過失についての責任は共同担当医全員に存在する、としながら、A・Bに共同正犯を認めた原判決を否定し

ているのである（（広島判昭三二・七・二〇高裁刑裁）
（特四・六九六、特に、七〇〇参照））。われわれの立場でも、かような消極的な理由づけのみをもつて、過失共同正犯が成立する、とはいえない。積極的に、不注意な共働を求めざるべきである。しかしながら、広島高裁の立論は、過失共同正犯は成立しないという主張を、否定することになるものといえるのではなからうか。

- (1) 内田・過失共同正犯の成否——法学会論集八卷三・四号一頁以下特に四一頁以下。
- (2) 内田・前掲論文五三頁以下。
- (3) 内田・前掲論文五八頁。
- (4) 【例六】を過失共同正犯とみるのは、たとえば、F. Exner, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, S. 572; E. Mezger, *Strafrecht*, S. 422; R. Lange, *Moderner Täterbegriff*, S. 48, 58 ff. 過失同時正犯との区別は、たとえば M. E. Mayer, *Allg. T. S.* 384; v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, II, S. 478 A. 5; *Licht-Schmidt*, 26 A. S. 337.
- (5) 前出八〇頁。内田・前掲論文四一頁以下。
- (6) 内田・前掲論文四一頁以下、四四頁以下、五三頁以下、内田・過失の共同正犯——木村編新法律学演習講座・刑法総論三四二頁以下。
- (7) 本件についての批評は、数多い。特に、木村・過失の共同正犯——平野・福田・大塚編判例演習（刑法総論）一七二頁。さらに、内田・過失犯の共同正犯——ジュリスト、統判例百選九八頁および同所引用の諸文献参照。
- (8) 内田・法学会論集八卷三・四号二頁、四三頁参照。井上・判例にあらわれた過失犯の理論三三四頁以下は、これに強く反対しておられる。ちなみに【例二】【例三】のA・Bは、これを個別的にみるならば、実行行為を行なったものとはいえないかもしれない。
- (9) 内田・前掲論文特に四四頁参照。
- (10) 従つて、いわゆる前構成要件の事実に関する意識的共働が存在しても、一共働者が、その延長としての不注意な共働から離れ、脱せんとするときには、過失共同正犯の成立は否定されなければならない。この点で、仙高判昭三〇・六・二一高裁刑裁特二・六一九（自動車に手をかけ、車と共に進行したXは、やがて右手をすべらしてしまつた。車に同乗していた助手Aは、Xの左手をつかまえてやり、かつ運転（手Bに「危い」と叫んだ。しかし、もう一人の助手Cは、「かまうな、放つておけ、走れ走れ」といい、Bも、漫然、大丈夫だろうと思つてそのまま進んだ。そのうちにAはXの手を押えきれなくなり、ついには手Bを放した。とたんにXは後部車輪に轢かれて、即死した）は興味深い。裁判所は、A・Cに、停車等を促す以上の職責を求めることはできない、として彼等を無罪とした。結論には賛成できるが、われわれは、これを過失共同正犯が認められない一事例として考え

てゆきたい。なお、井上・前掲書二二八―九頁参照。

(11) しかし、因果関係存否の判断に当り、全体としての共働現象と結果との間についてこれを行なえば足りる、といえる程に、密接不可分のつながりが必要であることはいうまでもない。本稿―北法一一卷一号五五頁註(6)、F. Ener, a. d. O. S. 555 f. 参照。

(12) 広高判昭三〇・六・二三高裁判裁特二・六二三はいう。バスの運転手と車掌の職分は、別個独立の分業的に対立する職種であるとは解されない。従つて両者は乗合自動車を安全に運行するという営業目的にしたがつて相倚り相扶けて自動車の運行の安全を図るべき任務を有している」(前掲判例集六二六)と。

(13) 井上・前掲書三二二頁以下、三二九頁註(6)。

(14) 井上・前掲書三二三頁は、【例一四】につき、過失共同正犯ともみれようが、過失同時犯としておけば足りる、とせられる。なお、【例五】も、過失致死罪に関する限りでは、共同正犯とせられ得るであらう。さらに、最決昭三二・一二・六刑集一一・三二八七においても、過失共同正犯の可能性はある。前出八六頁註(4)参照。井上・前掲書三二九頁註(6)をも参照されたい。

(15) 尤も、A・Bに共同正犯を認めたことも、判決には影響しない、という。

あとがき

以上、四章にわたり、過失同時犯の正犯性を検討し、過失共同正犯と過失同時犯の関係におよんだ。ささやかな結論として、過失同時犯の正犯性は、因果関係の存在によつて基礎づけられるものではなく、実行行為の存在によつてのみ基礎づけられ得る、という立言、過失共同正犯と過失同時犯との間には、同視されてはならない実体的差異が存在する、という立言を導き得た、といえるのではなからうか。

なお、本稿第二章は二節をもつて構成する予定であつたが、必要を感じて、三節にわたつた。