



Title	過失共同正犯の成否
Author(s)	内田, 文昭; UCHIDA, F.
Description	論説
Citation	北海道大學 法學會論集, 8(3-4), 1-58
Issue Date	1958-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27765">https://hdl.handle.net/2115/27765</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	8(3_4)_P1-58.pdf



# 過失共同正犯の成否

内田文昭

序章 問題の所在

第一章 共同正犯の特性

第二章 共同正犯の特性と過失共同正犯否定論

第一節 ドイツにおける諸見解とその検討

第二節 わが国における諸見解とその検討

第三章 共同正犯の特性と過失共同正犯肯定論

第一節 ドイツにおける諸見解とその検討

第二節 わが国における諸見解とその検討

第四章 むすび

## 序章 問題の所在

わが最高裁判所は、昭和二八年一月二三日の判決において、共同経営にかかる飲食店で、ウィスキーと称する液体

説 論

を、メタノールが含有されているかどうかを充分検査することなしに共に、メタノールは含有されていないものと輕信して棄却した二人の行為者につき、有毒飲食物等取締令四条一項後段——メタノール等含有飲食物の過失的販売——の共同正犯を肯定した。<sup>1)</sup>従来のが判例の立場が、過失犯には共犯規定の適用なしとして確定していた点<sup>2)</sup>を考えれば、この判決のもつ意味は極めて重大であるといわなければならない。しかし、学者はこの判決を相当きびしく批判している。たとえば、この判決の理由づけが、ウイスキーを販売するという点に共同の意思があつた、という点だけを強調するかにうかがわれるところから、そのような前法律的・自然的事実の共同をもつて、犯罪を共同して実行した、すなわち、共同正犯が成立する、というの<sup>3)</sup>は不当であるとの批判がある。さらに、過失犯一般——正確に言えば、いわゆる認識なき過失の場合であるが——が結果に対する意識を欠くことをその本質とするところから、この場合にも、メタノールを含有するウイスキーを販売する、という点については意識がない、そして、意識のないところに共同という<sup>4)</sup>ことも考えられない、すなわち、この場合をも含めて一般に過失の共同正犯は認められない、との批判もある。

ところが、名古屋高等裁判所は、その後、昭和三十一年一月二二日の判決で、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招いた二人の行為者について、失火罪の共同正犯を認めたのである。<sup>5)</sup>この判決には、二個の「こんろ」のうちいずれが火災の直接の原因となつたのか、という点を証明する困難さを救済しようとする実務上の要請があるのではないかといえるのであるが、しかし、理論的にいっても、火の始末を共に怠つたという点を強調してゆくならば、刑法六〇条が、共同正犯を故意行為に限る旨明言していない点からしても、故意の共同正犯と並んだ過失の共同正犯というものが認められてよいのではないか、この名古屋高等裁判所判決も、さきに掲げた最高裁判所判決もこのような点——最高裁判所判決の事案では、共に、メタノールは含有

過失共同正犯の成否

されていまいと軽信したという点が強調されなければならない——を意識しているのではないか、という疑問が当然でてきてよいと思われる。学説にも過失共同正犯を肯定しようとするものがかなり多い<sup>(6)</sup>。

一方、わが刑法六〇条と同様の規定であるドイツ刑法四七条のもとで、ドイツの判例は終始一貫、過失共同正犯を否定している<sup>(7)</sup>。しかし学説には、過失共同正犯を認めようとするものも決して少なくない<sup>(8)</sup>。

ここで見逃してはならない点は、特にドイツにおいて、過失犯に拡張的正犯概念を妥当させようとする考え方が有力であつて、これが、過失共同正犯の成否を、ことさらに理論的に究明することの必要性を感じさせない契機となつている点である<sup>(9)</sup>。

さらに、近時、過失概念自体に関する理論的反省が、学者の間で大きな問題としてとりあげられている点も忘れてはならない<sup>(10)</sup>。

このような事情のもとで、わたくしは、過失共同正犯の成否を考察してゆきたいと考えるわけである。

- (1) 最判昭二八・一・二三刑集七・三〇。
- (2) 大判明四四・三・一六刑録一七・三八〇(三八三)、大判大三・一二・二四刑録二〇・二六一八(二六二七)。疑義あるもの大判昭一〇・三・二五刑集一四・三三九。
- (3) 平場・過失共同正犯——それはあり得るか(法学論叢五九卷三号)一一五頁。なお、団藤・刑法綱要総論、昭三二、二九九頁、三〇〇頁註(九)。
- (4) 小野・過失犯の共同正犯ということがあるか(警察研究二八卷二号)五五頁。
- (5) 名高判昭三一・一〇・二二高裁刑特三・一〇〇七。
- (6) たとえば、大場博士、牧野博士、宮本博士、佐伯博士、木村教授。
- (7) RG. 20, S. 54 ff. (55), その外 RG. 5, S. 306 ff. (307); 10, S. 8 ff. (9, 10); 16, S. 277 ff. (278); 23, S. 175 ff. (176); 51,

- S. 39 ff. (41); 55 S. 78 ff. (79); BGH. 4. S. 20 ff. (21) も共犯規定は過失犯に適用なしとの見解を根柢にしてことを論ずる。
- (8) たとえば「エクスマー、フランク、カントロヴィツ、ランゲ、メッガー」。
- (9) これは、特に、目的的行為論において顕著である。
- (10) たとえば、ニーゼ、ヴェルツェル、井上教授、木村教授、藤木助教授において特に問題とされている。

## 第一章 共同正犯の特性——意思の連絡

(相互に補充しあおうとする意思のつながり)

### 一 不真正の共同正犯と真正の共同正犯

共同正犯は正犯であるから、一個の犯罪実現——ここでは便宜上犯罪共同説に従つておく——に数人の行為者の関与があつた場合、彼等を共同正犯とするためには、当該犯罪が、彼等の共同で、実行された、という評価がなされなければならない。ところでこの場合、共同の実行という概念には次のような二つの型が考えられる。それは、共同行為者のおおのが、他人の協力をまつまでもなくすでに彼自身の行為によつてそれぞれ当該犯罪構成要件に予定された実行行為を完成する場合、すなわち、実行の共同性が形式的な意義しかもたない場合と、共同行為者が、共同することによつて一体となつてはじめて実行行為を完成する場合の二つである。

第一の場合、かりに共同正犯の規定が存在しなくても、単独正犯の一般理論によつても解決できるといふ意味で、不真正の共同正犯とよばれている。ビルクマイヤーのようにこれを多数正犯 (Mehrtäterschaft) と称して共同正犯の範疇から除去しようとする態度はゆきすぎではあるが、少なくともこの場合、共同正犯の規定はその実質的機能を停止していることとみることができるのである。これに反し、第二の場合には、共同行為者のおおのは、それ自身として

はせいぜい未遂程度の実行行為を行っているにすぎないか、あるいは、幾人かは本来的な意味での実行行為を行っているが、他は現象的には共犯行為（たとえば、見張りには単なる見張りとして見張りとは考えられるが、ここでは後者を予想している。）をなしているにすぎないかのいずれかである。もし共同正犯の規定が存在しないとするならば、この場合、未遂あるいは共犯の責任を負うにとどまる行為者がでてくるであろうこと容易に理解しえよう。しかし、共同正犯の規定が存在することによつて、共同行為者のうちとにかく一部をでも実行した者（たとえば、刑法的にみて、実行行為としての見張りを行った者がここに算入されよう。）は、みな全体の結果についての正犯として正犯の責任を負わせられるのである（共同の実行によつても結果が未遂に終る場合も考えられようが、ここではそのような場合は一応度外視される。しかし理論的には、結果が既遂に至つた場合と未遂にとどまつた場合とで別異の考量が行われなければならないわけはあるまい。未遂の場合には、共同行為者はそれぞれ全体としての未遂の責任を負うことになるだけである。）。ここに共同正犯規定の実質的な意義がある。共同正犯規定が実質的に機能することのような場合を捉えて、学説が、これを真正の共同正犯と指称するゆえんである。<sup>(2)</sup>

- (1) 共同正犯の共犯性を指摘する論者もある（たとえば、K. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1880, S. 148, auch S. 125 f. [ただし、ホルンマイヤーは後に説を改め、共同正犯の正犯性を肯定するに至つた。——K. Birkmeyer, Teilnahme am Verbrechen [VDA, II] 1908, S. 145 ff.]; 牧野・共同正犯に就て〔刑法研究一巻〕大10、10四頁以下、植田・共犯の基本問題、昭二七、一三八頁以下、高藤・共同正犯の共犯性〔滝川先生還暦記念、現代刑法学の課題下〕昭三〇、六八一頁以下。）が、その根拠をなす一部実行の全部責任の法理は、反対に共同正犯の正犯としての特異性から導かれるものであることを、第一章を通して強く意識したつもりである。共同正犯は正犯である（Lüb-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26 Aufl. 1932, S. 337; E. Mezger, Leipziger Kommentar, 7 Aufl. Bd. I, 1953, S. 220; H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 5 Aufl. 1956, S. 87; 木村・新刑法説本、全訂版、昭三〇、二七三頁、二八五—二八六頁、

団藤・編要、二八一—二八二頁、二九六頁以下。)

(2) List-Schmidt, a. a. O. S. 384; E. Mezger, a. a. O. S. 220 ff.; H. Welzel, a. a. O. S. 87 ff.; A. Wegner, Strafrecht, Allg. T. 1961, S. 249 ff. 団藤・前掲書、二九六頁以下。

(3) 不真正共同正犯という用語は柏木教授(柏木・共同正犯の概念(刑法雑誌四卷一頁)一四頁以下)に従ったものである(ただし、佐伯・刑法総論、昭一九、三三三頁、木村・前掲書、二八五頁、団藤・前掲書、二八一頁、三〇五頁、M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1923, S. 380; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch [Kommentar] 8. Aufl. 1967, S. 228 f.)。

(4) K. Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, S. 104 f. Dagegen, E. Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11 Aufl. 1930, S. 99. なお、多数正犯とは、共同正犯と同時犯とを包含するものと考えられるのが一般である(List-Schmidt, a. a. O. S. 387; W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3 Aufl. 1955, S. 218 f.)。ただし、多数正犯を同時犯と同時犯とを区別する者もある(v. Calke, Grundriss des Strafrechts, 1916, S. 54; A. Köhler, Deutsches Strafrecht, Allg. T. 1917, S. 515; R. Schmidt, Grundriss des deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1981, S. 159 f.)。なお、ここで同時犯とは、後述一〇頁および一〇頁註(3)の意味でのそれを指す。

(5) 柏木・前掲論文、一四頁以下、R. Lange, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1985, S. 49 ff. (以下、M. E. Mayer, a. a. O. S. 380 ff.; Schönke-Schröder, a. a. O. S. 233 f.; 団藤・前掲書、二八一—二八二頁、三〇五頁)参照。なお、ここでは、構成要件の「該当」と「充足」とを区別される小野博士(小野・新訂刑法講義総論、昭二八、二〇六頁)が、共同正犯においては構成要件の充足をみない行為者も正犯として全体(他の行為者との共同が充足した構成要件の結果を指す)の責任を負うわけであるが、その意味で共同正犯も構成要件の修正形式にはかならない、としておられる点参照されるべきである。

## 二 真正の共同正犯と意思の連絡

ところで、右のような、真正の共同正犯にみられる、**一部実行の全部責任**という原理は、たしかに共同正犯の規定から導かれるものではあるが、しかし、共同正犯規定を支える実体、ヴェルツェルの言葉をかりれば、**一部実行の全部責任を基礎づける「事実論理的構造」**がその根柢にあることを忘れてはならない。

## 過失共同正犯の成否

それでは一部実行の全部責任という原理の根柢にあるものはなにか。

ドイツにおいて、この問題は、共同正犯を単純に単独正犯と同一の原理から眺めようとする論者（このような立場は、因果関係論において、条件説を不当に拡張する態度の帰結とみることができるであろう。）を除いて、多くの論者から種々の理由づけをもつて検討されてきたところであるが、結局、その主流をなすものは、一部実行の全部責任とは客観的な行為の不足分を主観的な意思が補充するという考え方の所産にほかならない、とする態度であるといえよう。しかしながら、単なる意思是、たとえそれが行為者の客観的な実行性を超過して発生した結果に向けられたものであつたとしても、その実行の不足分を補充してこれを結果に接合する契機とはなりえないであろう。なぜかならば、ここでも実行性を伴わない意思について、「単なる意思是罰せられない」という原則が妥当しなければならぬからである。だがしかし、真正の共同正犯にみられる各行為者の意思状態は、単に結果を志向するだけの意思につきるものではない。そこには、相互に、他人の行為をも自己のものとして、自己のうちに帰せしめようとする意思のつながり、がみられるのである。しかも、この二つの意思方向の融合に対応した統一的な実行性と、そこから発生した統一的な結果とが現存する。このような段階に至つた各行為者の意思状態は、彼等が現象的に行つた部分行為の個性を消失させ、これを一つの意味に充ちた統一体としての統一的な実行行為の成分行為にしあげる契機であるといわなければならない。つまり、共通の目標達成のために他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする相互的な意思のつながり（意思連絡）を契機として、各行為者は、単に自己が現象的に行つたところにとどまらず、現象的には他人が行つたところについてもこれを実行したものととして評価されなければならないのである。この意味では、「一部実行の全部責任」という表現は実体を適確に把握したものとはいえないことになるであろう。真正の共同正犯において、行

脱 為者は共同で全体を履行し、全体の責任を負うのである。(4)

このような検討を経ることによつて、われわれは、いわゆる一部実行の全部責任を支える実体を意思に求めたドイッ通説——わが国の通説でもあるが(5)——のゆき方に賛成することがあつてゐる。

- (1) H. Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953, S. 4が法規定の根拠を必ず事実原因の根拠として論証するにやむを得ない。
- (2) だつたて、トーン (V. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1960; ders. Über Kausalität und Teilnahme [ZStW. 2] S. 251 f.)、ウットリッ (E. Wuttig, Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen [Str. Abh. H. 40] 1902, S. 106.)、ム・ホフマン (P. Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft [Str. Abh. H. 225] 1927, S. 38 ff.)の意見を参照せよ。なお、後述三田寛(三田寛註(2))を参照。
- (3) K. Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, S. 125 f., 129, 136 ff.; M. E. Mayer, Allg. T. S. 381 f.によつて代表される。なお、後述に引く支障する議論を承るために、ホフマン (H. Welzel, 5 Aufl. S. 90.)とも同様の態度がうかがわれる。つなご、一方、一部実行の全部責任の根拠をめぐつて刑事政策的議論——被害責任——を承るために、クリューグマン (N. H. Kriegsmann, Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach [Str. Abh. H. 80] 1907, S. 87 f., 98 f.)の意見を参照せよ。
- (4) Vgl. G. Dahm, Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs (Str. Abh. H. 224) 1927, S. 45 f. Auch vgl. R. Ortman, über die Fiktionen der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme (GS. 28) 1976, S. 99 ff.; H. Beroelzheimer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1909, S. 48; N. H. Kriegsmann, a. a. O. S. 94 ff.
- (5) K. Birkmeyer, a. a. O. S. 129, 136 ff.; M. E. Mayer, a. a. O. S. 381 f.のこの点を強調してはいる。他の多くの論者にとつては、この点については——Vgl. List-Schmidt, 26 Aufl. S. 336. なお、木村教授は、この問題のいかなるかを「補充的因果関係の概念」として論ずる(木村・共同正犯と教唆犯[刑法雑誌]巻一(一)五七頁)。
- (6) だつたて、ホフマン (H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts [ZStW. 58] S. 549 ff.; ders. 5 Aufl. S. 90.)や、三田寛(三田寛註(2))の「被害責任を担うべき」を「ベリッ (E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen,

1906, S. 390 ff. insbes. S. 404, 405, 409, 410. — かくては、行為単一性・行為者同一性 [Identifizität] を支える一つの契機として、行為者の心的結合が強調されてくる。に示唆を受けてこのやうに考える。これに反して R. Ortman, a. a. O. S. 81 ff. insbes. S. 99 ff. は、意思のこのような結びつきを等閑にふしてゐると見えよう。

(7) Vgl. H. Welzel, ZStW. 58, 550. など、共同正犯を離して、一部単独正犯、一部間接正犯とやる立場もある (たとへば H. Berothelmer, a. a. O. S. 48; K. Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts, Allg. T. 8 Aufl. 1913, S. 147, 159; R. Lange, Der moderne Täterbegriff, S. 55; Schönke-Schröder, 8 Aufl. S. 220; RG. 66, 240. Auch vgl. E. Reichle, Die Teilnahme am Verbrechen nach Reichsstrafgesetzbuch und der neuen deutschen Strafgesetzentwürfen [Str. Abh. H. 285] 1931, S. 11 ff.) が、むしろ無用な考え方とどういふべきであろう (Vgl. H. Welzel, ZStW. 58, S. 549 ff.; ders. 6 Aufl. S. 87.)。

(8) 特に、大場・刑法総論下巻、大三、一〇三三頁、一〇四七一—一〇四八頁、平場・法学論叢五九卷三号、一一九頁以下が明確である。一般には、この意思状態は、共同正犯の主観的要件として理解されている (佐伯・刑法総論、三三三頁、小野・新訂刑法講義、三〇三頁、団藤・綱要、二九八頁)。

### 三 同時犯と意思の連絡

さて、現象的には未遂あるいは共犯にとどまる行為者を共同正犯にしあげる右の意思のつながりは、また、それが欠けることによつて、外観上の共同者 (実は行為を競合させたにすぎない行為者) を単独正犯の並立 (不真正の共同正犯に該当する現象において、行為者間に意思連絡が欠けた場合を想定されたい。なお、一方的共同正犯を認める立場にたてば、共同正犯の成立が肯定される場合も考えられよう。) 単独犯としての未遂の並立、外観上の共犯・正犯関係 (この二つは真正の共同正犯に該当する現象において問題とされるであろう。なお、第一の場合は、結果自体が未遂に終つた場合と同じものではない。また、第二の場合について、一方的共犯を認める立場にたてば、現実の共犯・正犯関係がでてくることも考えられよう。) に分離してしまふ契機でもあること、これまでの検討から容易に理解できるところである。つまり、統合の契機であるあの意思のつながりが欠けることによつて、各行為者は単に自己の意思とそれに対応した行為についてのみこれを実行したものとされ

説  
るべきなのである。ヘーリングが、心的に自己のものとしていない他人の行為の部分をもその行為者に帰せしめるこ

とは正義に反する、といっている点はこのようながりに於いて理解されなければならぬ。

論  
われわれは、右の単独正犯並立の場合を同時犯(Nebentäterschaft)と呼んでいる(同時犯としての未遂犯——結果自体が未遂にとどまった場合だけでなく、結果は既遂の性格を帯びているが、行為者の実行性は未遂にとどまるような場合も含まれよう——もちろん考えられる<sup>(1)</sup>)。

(1) しかし、意思の連絡を共同正犯の要件と考えないウッチェ、P. ヴォルフにおいては、共同正犯と単独正犯の並立との間になんらの差異もないのである。——八頁註(2)および、後述三四—三五頁、三五頁註(1)、(2)参照。

(2) E. Beiling, Lehre vom Verbrechen, S. 410.  
(3) この「Nebentäterschaft」は「メッセル」の用語による「Nebentäterschaft」を意味する(Vgl. v. List, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8 Aufl. 1888, S. 218. Auch vgl. v. Igel, Die Nebentäterschaft, 1910, S. 2 Anm. 3.)。ケーレンツは「Nebentäterschaft」を「理社協賛犯(Begleitende Beihilfe)」の意味で理解したことがあった。——E. Beiling, a. a. O. S. 459.

なお、「Nebentäterschaft」は現在では一般に同時犯と訳されている(しかし、植松・刑法概論、冊三一、二八〇頁は併行犯と訳す)が、かつて「附帯犯(泉三博士)」、副共同正犯(山岡博士)」、対立単独正犯(大場博士)等と訳されたこともあった。同時犯を真正面から論じたものは「v. Igel, Die Nebentäterschaft, 1910」(なお、L. Haas Die Mehrtäterschaft, 1898; W. Meyer, Zusammentreffen mehrerer voneinander unabhängigen Tätigkeiten verschiedener Personen, 1900; Nowak, Nebentäterschaft, Quasitäterschaft, 1911 などの著述を参照せよ)。

(4) H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5 Aufl. 1895, S. 287; M. E. Mayer, Allg. T. S. 394; H. Gerland, Deutsches Strafrecht, 2 Aufl. 1882, S. 197 等。行犯者をそれぞれ独立して構成要件を完全に実現した場合のみ同時犯の成立を認めようとする。このような狭い同時犯概念を不承認するものは「Meyer-Alfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8 Aufl. 1922, S. 219 Anm. 28; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 478 Anm. 4 (同時犯としての未遂も考えられるところ)」、立憲にたいして「マイヤー—フルフェルア、ヒッセルの見解が支持をせよ。しかし、そのような同時犯としての未遂

の場合を捉えて、F. Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 199 のように、行為者相互の実行性の補充関係によつて既遂犯としての同時犯が成立すると考へるのは不当であらう。なお、後述五三頁以下参照。

#### 四 意思の連絡の刑法的性格

以上のように考察してきたところから、われわれは、共同正犯に特異な正犯性を附与し且つ共同正犯と同時犯とを区別する契機として、共通の目標達成のために他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする相互の意思のつながりを指摘しえなわけであるが、しかしこの意思の連絡とは刑法上いかなる性格のものでなければならぬか、という点については見解の相違がある。そのうちで最も重要なものは、この場合の意思の連絡とは一個の犯罪という共通の目標を意識し且つ意欲しつゝその犯罪を実現した場合にみられる意思の結びつき、すなわち、故意的意思の連絡に限られるか、あるいは、犯罪を意識せずしは意欲しないながらも、犯罪以外の何物かを共通の目標とし、これを達成するために共同しつゝ過失的に犯罪を実現した場合にみられる過失的意思の連絡（この表現は少なくとも正確ではないが、その本質はやがてあきらかにされるであらう。）であつてもよいのか、という問題である。

故意的意思の連絡に限るとする立場においては、共同正犯は故意犯についてのみ成立し、過失的意思の連絡による結果惹起は、実は過失の同時犯にすぎないものとされることになる。これに反し、過失的意思の連絡でもよいとする立場においては、過失共同正犯が肯定され、同時犯はいかなる意味でも意思の連絡なしに、しかし一個の犯罪実現に行為を競合させた場合を意味するものとされるのである。

われわれは、これまで考察してきた意思のつながりと共同正犯・同時犯の関係から、過失共同正犯というものが肯定されるかどうか——過失犯の領域でもいわゆる一部実行の全部責任の法理を支える意思の連絡があるかどうか——

説 論

を究明しなければならない。冒頭に掲げた二つの判決の当否も、根本的には、この点を解明することなしには導かれえないからである。

なお、従来しばしば、客観的共犯論・主観的共犯論、限縮的正犯論・擴張的正犯論、犯罪共同説・行為共同説の対立から、客観的共犯論、限縮的正犯論、犯罪共同説をとれば過失共同正犯は否定され、主観的共犯論、擴張的正犯論、行為共同説をとれば肯定されるというような説明がなされてきたが、それは必ずしも妥当な態度とはいえないものであるから——この点は後程、各所で指摘されるであらう——、本稿では、右に述べたように、意思のつながりと共同正犯・同時犯の關係に論点を置いて考察してゆくことにしたい。

(1) さらに、このような意思は一方的なものであつてもよいか、という問題もある。一方的共同正犯の成否に関する（一般に一方的共同正犯は否定されている。これに反し、E. Baling, Lehre vom Verbrechen, S. 410; 牧野・重訂日本刑法上巻、四二二、四四一—四四五頁、宮本・刑法學概論、四三九—三九〇頁。）

さらにまた、一方が故意、他方が過失で行爲した場合にもこのような意思のつながりがあるか、という問題もある（一般に過失共同正犯【次註(2)参照】を否定する論者はこの問題についても消極的に理解している【たとえば、Lübke-Schmidt, 26 Aufl. S. 336 f.】。過失共同正犯を肯定する論者にも消極的・積極的の二説がある【たとえば、H. Gerland, 2 Aufl. S. 196 積極的説、K. Binding, Grundriss, 8 Aufl. S. 152; E. Mezger, Leipziger Kommentar, 7 Aufl. S. 226 積極的に解しては可い】）。この点は機会を改めて考察した。

(2) Fahrlässige Mittäterschaft: Mittäterschaft bei fahrlässigem Delikt (bei fahrlässigen Handlungen) と称される場合と、*S. Weinberg, Teilnahme an fahrlässigen Handlungen* (Berlin, ohne Jahr) S. 37 は、Fahrlässige Mittäterschaft と呼ばれる場合は、実は、過失的に他人の共同を知らなかつた場合、すなわち共同の意識がない場合を意味するところ。ここでは、そのような考え方はとられていない。

(3) 過失同時犯に関しては、特に、過失共同正犯を否定した場合、個々の行為が未遂にとどまるような事例——しかし既遂的な結果

は発生している——につき、明らかに対処すべきかが問題となるであろうが、この点は後程考えよう。後述五三頁以下。

(4) たしかに主観的共犯論と拡張的正犯論とは論理的なつながりがあるものがあり (Vgl. W. Gallas, Täterschaft und Teilnahme [Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I.] 1954, S. 122 f.)、トリー (T. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme, S. 21 ff. insbes. S. 28 f.)、メツガー (E. Mezger a. a. O. S. 226; ders. Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 82.) などに過失共同正犯を肯定する論者が多いという事実も否定すべきでないが、ヘルムナー (A. F. Berner, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1947, S. 178; ders. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898, S. 159ff.)、ヤンクソン (C. R. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Allg. T. 1855, S. 270, 281 f.) のように過失の共犯 (共同正犯も含まれる) を否定する論者も少なくない。また、一方、客観的共犯論、限格的正犯論にたつて過失共同正犯を肯定する論者として、たとえヘルクマイヤー (K. Birkmeyer, VDA, II, S. 148.)、フランク (R. Frank, Das StGB für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 110, 114 f.)、ド・ツァルン (P. Wolf, Str. Abh. H. 225, S. 37 ff.)、ロンゲ (R. Lange, Moderne Täterbegriff, S. 58 ff.) を挙げることができる。さらにまた、行為共同説にたちながら過失共同正犯を否定する論者として、井上教授 (井上・刑法論、冊二四、一八二頁)、犯罪共同説の見地にたちながら過失共同正犯を肯定する論者として、大場博士 (大場・刑法総論下巻、一〇五〇頁) を挙げることができる (なお、大場博士が、故意犯と過失犯との間にも共同正犯の成立を認められるのは注目に値しよう [大場・前掲書、一〇六一頁]。しかし、そこにあげられた例は問題である。この点四八頁以下参照)。

## 第二章 共同正犯の特性と過失共同正犯否定論

### 第一節 ドイツにおける諸見解とその検討

ドイツ刑法四七条は、かの一部実行の全部責任を支える実体としての意思のつながり、すなわち、いわゆる共同正犯の主観的要件につき、それが故意に限られるかどうかを明言してはいない。<sup>(5)</sup>しかし、共同正犯は故意犯においてのみ成立すると考えるのが通説であり、すでに指摘したように判例の態度でもある。<sup>(6)</sup>われわれの第一の課題はこのよう

説  
な見解を検討することにある。

ドイツにおいて、過失共同正犯を否定する態度は二つにわけられる。一は過失共同正犯の可能性を承認しながら、現行法上はこれを認めることができないと考えるものであり、他は過失共同正犯の可能性をも全く否定するものである。

(1) 一九世紀におけるドイツ諸邦の刑法典が共犯（共同正犯も含まれていた）の主観的要件をいかに規定していたか（そこでは犯罪通謀の規定が中心となっていたから、過失の共犯、過失犯への共犯は殆ど否定されていたとみられる。）に<sup>1)</sup> K. Birkmeyer, VDA, II, S. 29 ff., 40 ff.

(2) 団藤教授（団藤・綱要、三〇〇頁註(10)）に従えば、共同正犯を過失についても認めた立法例として、ドイツ一九一三年草案三八条、一九一九年草案三二条、イタリア刑法一一三条、イタリア一九四九年草案八九条が挙げられるが、ドイツ一九一三年草案は、その三四条に共同正犯を故意犯に限定しており、一九一九年草案も、二七条に同趣旨を規定している。ただ、両草案は、それぞれ三八条、三二条に過失的共働（この概念は、本稿で特に重要なものであるが、今これに論及するわけにはゆかない。一九頁註(9)、二四頁以下参照。）を正犯として罰する旨を規定するのであるが、一九一九年草案理由書は、過失的共働を説明して、行為者が相互に独立して行爲した場合にも三二条の適用ありとするのであるから、両草案三八条、三二条が過失共同正犯を規定したものと考えることは無理であろう（もつとも、過失的共働には、本来、意思の共同という觀念が排除されていると考えたならば、両規定をもつて過失共同正犯を規定したものであるということもできよう。団藤教授はこのような考えにたつておられるかと思われる。）。むしろ両規定は、過失犯においては拡張的正犯概念が妥当するということを規定したものととして理解されるべきであろう（E. Reiche, Teilnahme am Verbrechen [Str. Abh. H. 286] S. 87, 88はこのような考え方にたつておられるかと思われる。）。そうだとすれば、それは正当な規定とはさう難い。後述二七頁、五三頁以下参照。

なお、一九五五年刑法委員会の正犯論・共犯論に関する提議（共同正犯に関しては、現行法四七条以上に詳細な規定は考えられずなる。）に<sup>2)</sup> E. Dreher, Die vierte Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission (ZStW. 67) S. 446 ff.; Die fünfte Arbeitstagung (a. a. O.) S. 672 ff.

(3) たゞ、K. Birkmeyer, *Lehre von der Teilnahme*, S. 188; E. Beling, *Grundzüge*, 2 Aufl. 1902, S. 61; 3 Aufl. 1906, S. 104 (四版以下では不明確); M. E. Mayer, *Allg. T. S.* 382, Anm. 6; A. Köhler, *Allg. T. S.* 502 f.; List-Schmidt, 26 Aufl. S. 386 f.; W. Sauer, *Allg. Strafrechtslehre*, S. 219. 判例については三頁註(7)参照。ヌイス、オーストリー(ドイツ刑法四七条のような規定を欠くが。)の学説も同じ。—— E. Harfer, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, Allg. T. 1926, S. 215; O. A. Germann, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, S. 84 f., 140 f., 196 f.; Th. Ritter, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Allg. T. 2 Aufl. 1954, S. 281 Anm. 3, 278 f.

一 過失共同正犯の可能性は肯定する見解

ヘルシュナー、シャハト、コエーラーがここに算入される。

右論者は、数人が行為を共働 (Zusammenwirken: Mitwirken) をさせて過失的に一個の犯罪を実現する場合のあることはこれを肯定する。しかし、そのような場合までをも法は共同正犯として予定してはならないというのである。すなわち、シャハトは、もし、ドイツ刑法四七条がこのような意味での過失共同正犯をも承認するものであるとするならば、四八条・四九条が故意の共犯を要請している点からして、共犯規定の不釣合を生ずることになる、という理由から、結局、過失共同正犯は否定されなければならないと考える。<sup>(1)</sup> また、コエーラーは、共同の実行が刑罰加重事由である場合(たとえば、ドイツ刑法二二三条二項・二二三条a等)、<sup>(2)</sup> それらは故意犯に限られているという理由をもつて、法が一般に過失犯について特異な規制形式としての共同正犯を予定しているとは考えられないと推論する。<sup>(3)</sup>

だがしかし、ドイツ刑法四八条・四九条は故意の共犯だけを規定しているからといって、<sup>(4)</sup> 四七条もそれらに一致するように理解されなければならないという結論はただちにはでてくるものでないし、<sup>(5)</sup> また、共同実行が刑罰加重事由である場合は故意犯に限られているからといって、<sup>(6)</sup> ただちに、一般に共同正犯は故意犯に限られるべきであるという

説  
結論も導かれな<sup>(4)</sup>いであらう。この意味で、シャハトやコーラーの理由づけは肯定できないであろうが、現行法が真に過失共同正犯を否定するものであるかどうかは、過失共同正犯の可能性が吟味された後、ヘルシュナー<sup>(5)</sup>がいうように立法者は過失共同正犯を必要としなかつた、といえるかどうかをさらに考察することによつて答えられよう。

- (1) K. Schacht, Das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer Personen (Str. Abh. H. 106) 1906, S. 37, auch vgl. S. 36.
- (2) A. Kohler, Allg. T. S. 502 f.
- (3) H. Gerland, 2 Aufl. S. 196 Anm. 2 は、過失犯に対する共犯は否定されるが、共同正犯は共犯でない点を意識すべきだ、とす<sup>る</sup>。なお、<sup>四藤・編要</sup>、二九九頁参照。
- (4) Vgl. E. Wuttig, Str. Abh. H. 40, S. 106.
- (5) H. Halschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I 1881, S. 441 f.

## 二 過失共同正犯の可能性をも否定する見解

### (I) 通説の見解

共同正犯は犯罪的結果に関する意識的・意欲的共働であるから、それは故意行為<sup>に</sup>故意犯についてだけ考えられる、過失的共働 (Fahrlässiges Zusammenwirken) は結果に関する意識的・意欲的共働を欠くから、それは単なる同時犯を形成するにすぎない、というのが過失共同正犯の可能性をも否定する通説の見解の理由づけである。<sup>(1)</sup> M・E・マイヤーが、「共同正犯は故意を前提とする。何かを共同して行おうとする観念は、たしかに過失的共働とも結びつくことができるが、結果を共同して惹起しようとするところの、部分行為を統合する決意は決して過失的共働と結びつくものではない<sup>(2)</sup>」と説く態度にこの立場の主張が端的に表われているといえよう。ケストリン、H・マイヤー、ベルナー、ビルクマイヤー、アルフェルト、リスト<sup>(3)</sup>、シュミット、ザウエルといった学者がさらにここに算入される<sup>(4)</sup>。

右論者が、結果に関する意識的・意欲的共働という点だけからことを論ずるのであるならば、過失共同正犯は当然否定されるであろう。なぜかならば、過失という概念には、発生した結果に関する意識・意欲が欠けているのが当然であるから。この限りでは、ベルナーが、過失は意思から意思への橋渡しに適しないと考えている点、および、ドエールが、過失的共犯（過失共同正犯をも含む）<sup>(6)</sup> というのは丁度過失の領得意思というように不可能なことに属するといっている点、至言と称すべきであろう。

しかし、われわれは、ここからただちに過失共同正犯否定論に赴くわけにはゆかない。結果に関する意識的・意欲的共働という契機そのものが、果して、共同正犯の特性を支える不可欠の要素とされるべきかどうかを検討されなければならぬからである。

ところで、われわれの出発点からするならば、共通の目標への意識的・意欲的共働があつてこそ現象的な実行性の不足が補充され、共通の目標（結果）と各行為者の行為との間に接合がなされるものというべきであつて、結果に関する意識的・意欲的共働は共同正犯の特性を支える不可欠の要素であると考えることができよう。ビルクマイヤー、H・マイヤー、M・E・マイヤー、R・シュミットの見解にこのような考え方が顕著である。ヴェルツェルにおいても同様であるが、しかし、その根本的な態度——意思の客観的機能を重視し、行為の客観面を強調する態度と主観面を強調する態度の融合を図ろうとするものと解される——からするならば、当然の帰結といふことができよう。

だがしかし、われわれは、単に結果を志向するだけの意思を問題にしたのではなかつた。むしろ、他人の行為を自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする意思の結びつきにこそ問題の中核があつた筈である。ところで、たとえば、「ウイスキーを販売するため」、「こんろで火をおこすため」、あるいは、自動車を運転するために数人が共

説 論

同する場合にも、このような意思の結びつきが存在しえないということがあるまい。では、この場合の意識的共働から共通の過失（この表現の実体はやがてあまりかにされる。本稿で扱われる過失的意思の連絡・過失的共働とは、この次元の問題である。）で犯罪の結果が発生した場合にも共同正犯は否定されるのであろうか。そこには、結果に関する意識的共働と同格にたつ契機が包蔵されてはいないであらうか。現に、ヴァインベルク、エクスナー、フラシク、カントロヴィツ、ランゲ、メツガーといった学者が、発生した結果以外の事柄に関する意識的共働を問題としつつ、故意の共同正犯に並んだ過失の共同正犯を理由づけようとしていることからしても、通説の過失共同正犯否定論はこの点を論難しなければならぬであらう。

しかし、通説にたつ論者の多くは、この問題に対決しようとはしない。過失的共働は結果に関する意識的・意欲的共働を欠くから、共同正犯となることはできない、という論法に終始するのである。

だがしかし、結果に関する意識的共働とは、実は、故意の共同正犯を支える契機にとどまるものであつて、過失共同正犯は、それが否定されるにせよ肯定されるにせよ、このような契機とは別異の問題として理解されなければならないのではあるまいか。先程指摘したヴェルツェルは、たしかに結果に関する意識的共働を問題にはするが、それは故意の共同正犯についてであつて、過失共同正犯は、彼においては別な論点から否定されていることを知らなければならぬ。従つて、右に眺めたような通説的見解にとどまる限り、エクスナー<sup>(10)</sup>やブルンス<sup>(11)</sup>が、行為の客観的な態様としてはどこも違つていないにも拘わらず、単に故意の存否だけが、なぜ正犯性の基礎づけに当つて特異な意味を持つのかその理解に苦しむ、と非難している点を甘受しなければならぬであらう。しかし、この通説的見解のうちにあつて、W・マイヤー、アルフェルト、ザウエルの態度は注目に値する。



説 する態度に一つの根拠を獲得することになるわけである。

さて、人間の行為が本来目的活動である点に思いを致せば、実行とは、漠然となかを行ふことではなくして、一定の目標に向けられた行動であるということができよう。「共同の実行」においても問題は同じである。しかしながら、右の意味での一定の目標というものが犯罪でなければならぬという理由はあるまい。犯罪以外の目標に向けられた共同の実行ということも勿論考えられよう。

もつとも、W・マイヤーは、ドイツ刑法四七条の語調に関連して、犯罪の共同実行を想定し、ことを論じようとしたのかもしれない。しかし、そうだとしても、犯罪の共同実行という観点からただちに犯罪を共同で実行しようとする意思が導かれるわけではないであろう。なぜかならば、犯罪以外の目標に向けられた共同の実行から共通の過失で犯罪の結果が発生した場合には、その結果は、共同の実行から発生したものとされるべきであろうし、そこに犯罪の共同実行も考えられようからである。

このように考えるならば、W・マイヤーが、「共同の実行」に犯罪を目的とした故意の行為を予定したことは、一面的観察にすぎるといわなければならない。ヴァインベルクやカントロヴィツが、過失においても「共同の実行」・意識的意欲的共働は存在すると考えた点は、この意味で充分根拠のある議論であるといえよう。

- (1) W. Meyer, Die Teilnahme an fahrlässig begangenen Handlungen, 1897, S. 16 (本書は直接参照できなかった。S. Weinberg, Teilnahme, S. 28 f. 以下参照)。Auch vgl. Haupt, Beiträge zur Lehre von der Teilnahme (ZStW. 15) S. 682 f.
  - (2) 団藤教授は、犯罪の共同実行という観点から、「共同して犯罪を実行する意思」を想定され、犯罪的でない意思の連絡は右の意味での共同実行の意思としては不十分であろうとされる。——団藤・綱要、二九八頁、二九九頁。
- たしかに、犯罪的でない意思の連絡は、共同して犯罪を実行する意思としては不十分であろう。しかし、われわれは、犯罪の共

同実行といえるためには、必ずしも犯罪を共同で実行しようとする意思（実行する意思）がなければならぬわけではあるまい、  
という角度で考えるのである。

(3) S. Weinberg, a. a. O. S. 30 ff.; H. Kantorowicz, Tat und Schuld, 1938, S. 148 ff.

(III) アルフェルト、ザウエルの見解

アルフェルトは、過失の共働にみられるところの結果の原因となつた行為自体に関する意識的・意欲的共働には、その行為を違法且つ可罰的とするモメントに関する意思の一致が欠けているといふ。ザウエルは、たとえば、AとBとが軽率にも未だ燃えきつていない焚火を森に放置し、その結果山火事を惹起したような場合には、「法的意義での意識的共働が欠けている」と考へる。このような考え方に従えば、「ウィスキーを販売するため」、「こんろで火をおこすため」、自動車を運転するための意識的・意欲的共働は、法の世界における事柄についての共働ではないのであるから、そのような共働から過失の結果が発生しても、その結果は法的意義に欠けた共働から派生したものといふべきであつて、従つて過失の共働には、法的意義における共働の規制としての共同正犯を成立させる契機は存在しないといふ。このように帰結が導かれるであろう。通説において明確には意識されなかつた前法律的な共働という次元での過失的共働の意義につき、アルフェルト、ザウエルが注目した点は、過失共同正犯の成否を考察するわれわれに一歩前進した地盤を提供するものといふべきであろう。

(1) Meyer-Alfeld, 8 Aufl. S. 219 Anm. 27.

(2) W. Saenger, Allg. Strafrechtslehre, S. 219. G. Mittel, Deutsches Strafrecht, Allg. T. 1946, S. 138 にも同様の見解が示されてゐる。なお、H. Lucas, Anleitung für strafrechtlichen Praxis, 2 T. 3 Aufl. 1912, S. 99 が過失的共働を外的共働と理解する点も参照された。

説

1) 従来の過失概念による過失的共働の意義—アルフェルト、ザウエルの拠所

従来の刑法理論に従うならば、過失的共働は、前法律的な事柄の共働にその中核の一面を置いているという理由からばかりでなく、過失そのものが、構成要件論・違法論を無意識に通過して専ら責任論において問題にされてきたという理由から、行為の共働としてはなんら法の関心をひかなかつたということができよう。つまり、たとえば、数人が共同で自動車を走らせ、あやまつて人を轢き殺したような場合には、行為者各人の非難に値する心理状態だけが問題とされるにとどまり、結果を生むに至つた行為は、本来問題とされなければならないにも拘らず、敢て問題にされなかつたわけである。従つて、このような基盤のもとでは、アルフェルトやザウエルのような見解がでてくるのも当然といえるのである。

- (1) もつと、ラートブレンツ (G. Radbruch, *Über den Schuldbegriff* [ZStW. 24] S. 344 ff.)、エクスナー (E. Exner, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, S. 198 ff.)、エンギシット (K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1980, S. 344 ff.) のような例外はあつた。
- (2) 藤木・過失犯の考察 (法協七四卷一号) 一頁以下参照。

## 2) 過失概念の再検討

しかしながら、われわれはここで、過失についても過失行為としての構成要件該当性・違法性を理論的に反省しようとする考え方が近時次第に有力になつてきていることを忘れてはならない。ヴェルツェルを中心とした目的的行為論が、このような考え方に大きな影響を与えていることは周知の通りであるが、そのヴェルツェルは、特に、過失行為の違法性を理論的に明確にすることにより、過失概念の再構成を試みたのである。

すなわち、ヴェルツェルは、過失行為を定義して、「社会的には大して重大でない目的性の存在から成る行為でありながら、社会關係上命じられた目的な方向づけが行われたならば発生しなかつたであろうところの社会的に否認された非目的の結果を持つた行為」とし、社会關係上当然要請されるところの目的な方向づけを行う慎重さを不注意によつて欠き、回避可能な結果を惹起させた点に過失行為の違法性を求めようとする。このような態度は、目的的行為論をとらない学者からも、「過失行為の違法性は注意義務違反の不注意にあり」として次第に賛成されてきているのである。たしかに、社会關係上当然要請される注意義務を遵守しさえすればその結果は避けることができたりも拘らず、不注意で当該結果を惹起させた場合にはじめて違法なりとしなければならぬ、という態度を是認する以上——もし、法が、いかに注意を払つてもその結果は不可避であつた場合をも違法なりとするのであるならば、社会生活は結局停止するのほかないであろう。このような場合、すなわち、一般に偶然・不可抗力、社会的に相当な行為・結果といわれる場合は、単に責任がないというだけでなく、すでに違法でないのである——、注意義務違反の不注意は、過失行為において、論理的に責任に先行する違法性の段階を基礎づける要素とされなければならぬ、という結論が導かれるのは当然であろう。

ところで、右のような考え方からするならば、違法か違法でないかは結果を中心とした判断ではなくして、行為——不注意な行為があつたかどうか——を中心とした判断であることに気付くであろう。つまり、注意義務違反の不注意とは、単に過失の結果の不価値（違法性）を構成する要素であるばかりでなく、まず、第一に、過失行為そのものの不価値を構成する要素であることを知らなければならぬ。

(1) 前出二三頁註(1)に指摘した論者にこのような考え方の萌芽がみられるが、特に R. Maurach, Schuld und Verantwortung im

Strafrecht, 1948, S. 78 ff.; v. Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1948, S. 83 ff.; W. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1961, S. 69 ff.; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. 1958, S. 140 ff.; H. Welzel, 5 Aufl. S. 108 ff.; W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen (ZStW. 67) S. 42; 井上・過失の実証的研究 四二五、特に一頁以下、平野・過失についての覚書(警察研究二四卷三号)二七頁以下、木村・過失犯の構造(滝川先生還暦記念、現代刑法学の課題下)五七九頁以下、藤木・法協七四卷一、二頁以下、三、四号、一八頁以下(ただ、過失行為の構成要件該当性はあまり明確に意識されていない)。——H. Welzel, 5 Aufl. S. 108 ff., auch S. 81; 藤木・前掲論文、二号二七頁註(2)を参照されたい。なお、団藤・綱要、二四九—二五〇頁、二五四—二五五頁参照。

- (2) H. Welzel, Akt. Strafrechtsprobleme, S. 6; ders. 5 Aufl. S. 108.
- (3) H. Welzel, Akt. probleme, S. 7; ders. 5 Aufl. S. 104 ff.
- (4) 前註(1)参照。
- (5) 特記、W. Niese, a. a. O. S. 69 ff.; 木村・前掲論文、五八九—五九二頁、団藤・前掲書、二五〇頁に明確である。
- (6) Vgl. W. Niese, a. a. O. S. 83; W. Gallas, a. a. O. S. 42; H. Welzel, 5 Aufl. S. 104 ff.

3) 過失概念の再構成による過失的共働の意義——アルフェルト、ザウエルに対する疑問

以上のような理論的反省を経ることによつて、われわれはアルフェルトやザウエルの見解に対し、かなり積極的に疑問を提起することができると考える。

たしかに、過失的共働において、行為者が意識的に行為を共働させている次元は、いわゆる前法律的な事柄の共働であり、法的意義に欠けた共働であるといふことができよう。だがしかし、その場合にあつても、各行為者(ここでは業務者、非業務者の区別を特に問題としないことにする)に対し、単に彼自身の行為部分についてだけでなく、共働そのものについて、社会関係上——さらには法的に明文をもつて(たとえば、交通取締法規がその好例であろう)——一定の注意義務が科せられている場合がある(このような意味での注意義務は、通常、監督者・責任者に科せられているわけであるが、

しかし、共同で自動車を運転する場合には、不注意で人を轢かないという注意義務が、共同で「ウイスキーを販売する」場合には、メタノールが含まれていないかどうかを充分検査しなければならないという注意義務が、また、共同で「こゝろで火をおこす」場合には、火の後始末を完全にしなければならないという注意義務が共同行為者全員に科せられているといふべきである。ことを忘れなくてはならない。にも拘らず、各行為者がこの注意義務を破つて——単に自己の行為部分についての不注意にとどまらず、他の行為者の行為部分についても不注意が及んでいる状態（それは、不注意の連続、不注意が不注意を生む、というような形で表われてくるであろう。たとえば、一人が、試飲してみたからこの「ウイスキー」は大丈夫だろうといったのに対し、他が、それを軽信し、販売したというような場合である）。これが、本稿で問題にされる共通の過失・過失的意思の連絡の実体である——回避可能な結果を惹起した場合には、彼等は、自己さらには他人の不注意を意識的・目的的に阻止できる可能性が内含された時点、いかえれば、意識的な次元と無意識的・因果的結果惹起の次元との接点で、単に自己の行為部分について不注意であつただけにとどまらず、他人の行為部分についても不注意がおよんでいたという意味において、不注意という行為の不価値を共有したものとわなければならないのである。従つて、過失的共働は、不注意という行為の不価値を共有することによつて、共働それ自体に法的意義を担つたものとなることができる、といえるわけである。

このように考えてくれば、アルフェルトやザウエルの見解は、まさに、過失的共働の前法律的な次元だけを捉えた論議にとどまり、それだけでは過失共同正犯の否定にとつて決定的なものはんら示されていないとみるべきである（もつとも、アルフェルトが指摘するように、過失的共働においては、その行為を違法且つ可罰的とするモメント——ここでは特に不注意を想定することができる——に關しての意思の一致——それは不注意を共にしようという意思の一致であろう——は存在しないといわなければならない）。のみならず、行為の不価値、従つてまた結果の不価値を共有している状態は、故意の共同正犯に比肩する過失の共同正犯を構成させる契機となるのではあるまいか。

- (1) 業務上過失と通常の過失、重過失と軽過失の間に共同正犯が成立するか、成立するとしていかなる共同正犯か、という問題があらう。この点、後述五八頁参照。
- (2) 接点という表現は熟したものとはいえないかもしれないが、過失が意識的な部分から無意識的な部分にまたがるものである以上(団藤・綱要、二九九頁。)、二つの部分が接する点、意識的な部分から無意識的な因果の流れにそれてゆく点というものが存在することは否定できないであろう(いわゆる忘却犯等にあつても、たとえば、眠っているという点だけを強調してゆくならば、この接点というものはやけてしまふであろうが、しかし、目を覚まして行為していたものが眠ってしまったという点を考えれば、やはり右の接点が存在することは否定できないであろう)。
- (3) 小野博士(小野・警察研究二八巻二号、五七頁)は、過失的共働には過失行為の競合はあつても共同はない、とされる。その根拠は、結果に対応する意思のないところにその共同ということはないといふにある。しかし、過失においては結果に対応しようという意思はないが、対応する意思状態というものはあるのではないか(前出一九頁註(4)参照)。かりに、結果に対応する意思もないという命題を支持したとしても(それでは認識ある過失はどうなるのか)、ただちに、過失的共働はすべて過失の競合にすぎないというのは問題であらう。一九頁註(9) 後述ヴェルツェルの見解参照。

#### (IV) 目的的行為論——特にヴェルツェルの見解

これまでわれわれは、不注意の共有という意味での過失的共働の実体を考察してきたが、その際、目的的行為論、特にヴェルツェルの考え方が大きな影響を与えていたことはいうまでもない。ところが、その目的的行為論みずから過失共同正犯の可能性を否定し、過失的共働をすべて同時犯として扱うのである。<sup>(1)</sup>しかし結論からさきにいえば、その理由づけは難点を包蔵していると考えられる。以下この点を検討してゆこう。

目的的行為論が過失共同正犯を否定する根拠は、故意と過失を構成要件の次元で二分してしまふ点に遡る。すなわち、ヴェルツェルによれば、まず、故意の構成要件の実現としての故意の正犯と、過失の構成要件実現としての過失の正犯とは別異の特性によつて支えられた概念であるとされる。<sup>(2)</sup>そして、過失正犯とは、社会関係上要請される注意

義務を怠ることによつて、社会的に否認された結果を惹起した者すべてであり、従つて過失犯の領域では正犯と共犯の區別は存在せず、注意義務違反によつて惹起された結果に対する共働原因性 (Mitschlichkeit) はすべて、過失犯の正犯を成立させるに充分であるとされる。<sup>(3)</sup> ところで一方、過失の共働においては、当該行為者以外の者の共働原因性は、彼にとつて、単なる自然力・機械力と同様、因果的な機能しかもちあわせていないものと見做されるのである。<sup>(4)</sup> このようにして、過失の共働は、すべて、共同体を形成する契機の不存在と結果惹起の画一的正犯性という二つの特性から、過失同時(正)犯にすぎないと考えられるわけである。

しかし、このような目的的行為論の主張は肯定されえないであろう。まず、なんら積極的な理由づけなしに、過失犯の領域では結果惹起に関し共働原因性を設定した者はすべて、正犯であるという拡張的正犯概念を妥当させようとした点<sup>(5)</sup>が否定されよう。たとえ、故意の正犯と過失の正犯とを峻別することによつて、過失犯の領域では拡張的正犯概念が妥当するといいきることに体系的な矛盾を止揚しえたとしても、<sup>(6)</sup> 法が不可罰として放置したものとみるべき過失の現象的な共犯行為をも、正犯の域に昇格させる契機の有無を問うことなしに、正犯として罰しようとする態度はどうしても承服できないであろうから。<sup>(7)</sup> 次に、過失の共働において、各人が他人に対してたつ關係は、単なる自然力としてのそれであるにすぎないとする点が否定されよう。なるほど、過失行為のうちで、因果の流れに委ねられてしまつた部分について、それを機械力・自然力と同視することは不当ではなからう。しかし、因果の流れにおし流される前の時点で、人間の力を機械と同視することは問題である。もつとも、単に過失が競合しただけにすぎない場合、すなわち、たとえば、前法律的な事実についての意識的共働すら存在しない場合には、行為者が共に過失的に結果を惹起したとしても、彼等は終始無關係(ただし、因果的な力だけは相互に結果惹起の起因力となりえよう)であるがゆえに、各人

説論

は他人にとつていかなる意味においても自然力・機械力以上のものではありえない<sup>8)</sup>。だが、相互になにかを共同しようという意思のもとに共働し、共通の過失で結果を発生させた場合には、各人は他人にとつて機械ではなくなるのである。これまで考察してきたところから諒解されるであろうが、過失の共働において、行為者相互に不注意を阻止する可能性が与えられていたにも拘らず、その可能性を実現せず逆に不注意を共にするに至つた状態は、決して、人と機械・人と自然力の関係については考えられないからである。

このように考えるならば、目的的行為論が過失共同正犯を否定するその理由づけは、過失行為の因果的な部分だけを捉えた議論にとどまるものといわなければならないであろう。

- (1) v. Weber, Grundriss, 2 Aufl. S. 66, 68; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. T. 1954, S. 461, 509, 519, 538; W. Gallas, Materialien, I. S. 128 ff., 138; H. Welzel, 5 Aufl. S. 81, 87 ff.; Hans-H. Jescheck, Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft im deutschen Strafrecht (Schweiz. Z. f. Str. 71) S. 229 ff. insbes. S. 224 f., 241 ff.
- (2) H. Welzel, ZStW, 58, S. 537 ff. insbes. S. 538 f.; ders. 5 Aufl. S. 81. Auch vgl. R. Maurach, a. a. O. S. 502 ff.; Hans-H. Jescheck, a. a. O. S. 229, 241 f. Dagegen E. Mezger, Leipziger Kommentar, S. 217.
- (3) H. Welzel, ZStW, 58, S. 538 f.; ders. 5 Aufl. S. 81. Auch W. Gallas, a. a. O. S. 128 f., 141; Hans-H. Jescheck, a. a. O. S. 242.
- (4) H. Welzel, ZStW, 58, S. 539. Auch R. Maurach, a. a. O. S. 503; Hans-H. Jescheck, a. a. O. S. 242. なお、喜野・過失犯と共同正犯(刑事判例研究三巻)冊一五、九六—九七頁も同旨。
- (5) Hans-H. Jescheck, a. a. O. S. 242 ff. 過失犯の領域では疑いもなく拡張的正犯概念が妥当するといふ。
- (6) 従来<sup>9)</sup>の通説は、故意と過失に通ずる正犯概念を予定しなから、過失犯の領域では、結局——過失の共働をすべて過失同時(正)犯とすることによつて——拡張的正犯概念を妥當とせざる結果となつた(しかし、過失同時犯を過失同時正犯とする論者は多い[たとへば、v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II. S. 478 f., 479 Anm. 1; Löff-Schmidt, 26 Aufl. S. 337.]が、故意行為の過失

的関与を過失正犯と考ふる論者は少なり〔次註に参照。Lüb-Gschmidt, a. a. O. S. 342; RG, 61, S. 318 ff.; 64, S. 316 ff.; 64, S. 370 ff. 此の場合も正犯と考へたる〕。わが国に於ては——H. Bahr, Restriktiver und extensiver Täterschaftsbegriff (Str. Abh. H. 381) 1933, S. 67 ff. Insoes. S. 68 f., 70, auch S. 57 ff. 此のような帰結を積極的に論証しようとする——の意匠で、故意犯に適用された限縮的正犯概念に対し体系的に不調和をきたしたのである。この点に H. Bruns, Kritik, S. 67 ff.; H. Welzel, ZStW. 58, S. 587 f. の通説批判が参照せよ。

(7) 過失の共犯も考へられるが現行法上は不可罰と爲すのが、一般に承認された見解であるといえよう(たとへば M. E. Mayer, Allg. T. S. 392, 398; R. Frank, 18 Aufl. S. 122, 126; E. Beling, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre [GS. 101] 1932, S. 12.)。これに反して、F. von Manin (R. Maurach, a. a. O. S. 503) は、外形的には共犯行為に非ざる行為も正犯行為とされることを考へる。

(8) このような場合(同時的ないしは逐次の過失競合。)も、いわゆる Fahrlässiges Zusammenwirken の範疇に入れられるのが普通であるが、本稿では考察の対象から除かれる。

第二節 わが国における諸見解とその検討

わが刑法六〇条も、共同正犯を故意犯に限るかどうかにつきなら明言していない。しかし、過失共同正犯は存在しえないとするのが通説であり、従来の判例の態度でもある。いかなる理由づけがなされているか、以下順次検討してゆこう。

- (1) 泉二・日本刑法論(全) 明四五、三九八頁、神谷・神原・刑法詳論(全) 大三、三九七頁、岡田(庄)・刑法原論総論(増訂改版) 大六、三六三頁、三六五頁、四一九頁、山岡・刑法原理(訂正増補) 大七、二二八頁、二三〇頁、草野・刑法総則講義、昭一〇、二〇〇頁、滝川・犯罪論序説、昭二三、二二九頁、小野・刑法概論、昭二七、一八七頁、斎藤・刑法総論(改訂) 昭三〇、二二三頁、植松・概論、二八二頁、安平・改正刑法総論、昭三一、二〇八頁、岡藤・綱要、二九九頁。判例については、前出三頁註

## (2) 参照。

なお、近時の判例の態度が過失共同正犯を肯定する方向に動いていること、冒頭に指摘した通りである。

## 一 通説的見解

通説は犯罪共同説にたつていているといつてよい。犯罪共同説に従えば当然に過失共同正犯は否定されると考える考え方もないではない。

だが、犯罪共同説とは、本来、共犯とはなにかを共同するものとみるべきか、という点に関しその存在理由を置く一つの主張である。ここでは、共犯現象は一つの犯罪についての数人の共同と考えられている(数人一罪の思想)から、共同者の共同の意思も同一の犯罪の意思に制約されてくるわけであるが、だからといつてただちにその犯罪の意思は故意でなければならぬという帰結が導かれるものではないのである。従つて、共同正犯は故意犯に限られるかどうかという問題は、犯罪共同説そのものからただちに解決されるわけではないといわなければならないし、また、多くの学者も、論理的には犯罪共同説と別の角度からこの問題を解決しようとするのである。

それではその別異な角度とはなにか。それはまさにドイツの通説が求めた「結果に関する意識的・意欲的共働」という契機にほかならない。滝川博士が、「各共同者は、他人の行為を補充し、また他人の行為によつて補充せられることを認識し、その認識に従つて行為することを必要とする。補充し合う行為によつて一つの結果に到達しようとする決心が共同正犯の総合的要素であり、独自の特徴である。この心理的状态(相互的理解)は故意行為について存するに過ぎない」とされている点にこの間の事情がよく表われているといえよう。

従つて、行為共同説にたたれる井上教授が、「共同加功の意思は犯罪構成事実を実現する意思であるから、過失に

よる共同正犯はない」とされるのも、また、大場博士が、数人一罪の思想に立脚されながら、「共同正犯タル過失罪ハ数人共同シテ其行為ヲ為スノ意思アル場合ニ存ス」とされるのも、論理的には、矛盾した態度ということではできないのである。

だから、なぜ過失共同正犯は否定されるのか、という問題に関しては、このような通説的見解に対しては、ドイツ通説に対してなされたと同様の疑問が提起されてよいであろう。

ここで、団藤教授が、右のような態度から一歩進んだ問題領域を展開しておられることを注目しなければならぬ。

- (1) 木村・説本、二八一頁、大塚・犯罪共同説（木村編・刑法総論下「法律学ハンドブック」昭三二、一一〇頁。）を参照されたい。
  - (2) 牧野・共犯の基礎概念（刑法研究一卷）一九頁以下、小野・構成要件と共犯の諸問題（犯罪構成要件の理論）昭二八、一〇二—一〇四頁、植松・概論、二七八頁以下。
  - (3) しかし、殺人罪と傷害罪のように犯罪そのものが構成要件的に重なりあう部分を有している場合には、その重なりあう限度で共同正犯の成立を認めるという修正は行われている（団藤・綱要、二九六—二九七頁）。
  - (4) 共に過失の結果を惹起するに至った数人の意思状態も同一の犯罪的意思の範疇に算入されるといえようからである（木村・前掲書、二四七頁、二八一頁）。
  - (5) 滝川・犯罪論序説、二二九頁。
  - (6) 井上・総論、一七七頁、一八二頁。
  - (7) 大場・総論下巻、一〇三三頁、一〇五〇頁。
  - (8) 荘子教授（荘子・同時犯「木村編・刑法、法律学演習講座」昭三〇、一九三頁割註）は、犯罪共同説がなぜ犯罪を共同する意思をもって故意に限定するのか、と疑念を抱いておられるが、これまで述べてきたところから説明できるのではなからうか。
- なお、安平・総論、二〇一頁参照。

団藤教授は、さらに次の二点を意識されることによつて、結局、過失共同正犯は肯定されないであろうと考えられる。すなわち、「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。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。意識的な部分についての意思の連絡をもとにして、過失犯の共同正犯の成立を論じるのは、過失犯の本質に即した議論といふことができなからう。かりに、過失犯の共同正犯ということが純粹に理論的に可能だとしても、現行法がこれを認める趣旨であるかどうかは、さらに検討を要する。……教唆犯・幫助犯については、過失による教唆・幫助、過失犯の教唆・幫助を現行法が否定していることはあきらかである。これと共同正犯とは問題がまつたくおなじわけではないが、おそらく現行法は過失による共同正犯をも同様に否定する趣旨と解すべきではあるまいか」というのである。

たしかに、過失行為のうちの意識のある時点だけを問題とし、そこに意思の連絡があつたという点を捉えて、それだけで過失共同正犯が成立すると考えるのは過失犯の本質に即した議論といふことができなからう（後程述べた過失共同正犯肯定論批判、および、前述アルフェルト、ザウエルの見解を参照のこと）。しかし、われわれは、「意識的なもの」が「無意識的なもの」にそれる点にこそ「過失犯の本質」があると考へてゆくのである。

われわれは、団藤教授の「議論」の次元をさらに一步超えるべきではあるまいか。

また、現行法上、過失共同正犯は否定されるであろうとされる点については、さきに、コエーラー、シャハトの見解を検討した際指摘したような疑問が、ここにもそのままあてはまるであろう。

(1) 団藤・綱要、二九九頁。

(2) 佐伯博士は、ドイツ刑法四八条・四九条とわが刑法六一條・六二條の語調の相違から、特に、わが刑法の解釈としては、過失による共犯を肯定すべきであるとされる。——佐伯・二つの正犯概念（法学論叢三二卷六号）八八—九一頁（もつとも、そのように理解した場合、過失犯への故意あるいは過失の共犯、過失による故意犯への共犯を具体的にいかなる罪の共犯とすべきかという点で、困難な問題につきあたることがはたしかである。）

### 三 共同意思主体説

共犯現象を解して、特殊の社会的心理的現象である共同意思主体の活動と考える共同意思主体説は、「一定の目的に向つての相互的了解がなければ特殊の社会的心理的現象を生ずるものとして、特別の取扱いを為す必要がない」のであるから、「共犯に因る過失犯とか、過失犯の共犯とか」はこれを認める必要はないと結論する。<sup>(1)</sup>

さてしかし、この共同意思主体説がいわゆる共謀共同正犯論に理論的根拠を与えるものとしてきびしく批判されている点は一応問題外としても、右のような態度は承服できないものではなからうか。

たしかに、一定の目的に向けられた数人の共同の意思状態に、特殊の社会的心理的現象が生ずるであろうことは肯定できよう。しかし、その一定の目的に向けられた相互的了解が故意に限られるのは早計であろう。われわれは、すでに、過失的共働においても「一定の目的」に向けられた「相互的了解」が存在するものであることを知っている。ただ、その一定の目的は犯罪的結果でなかつただけである。しかも、共同意思主体説にたつ論者の掲げる団体心理（特殊の社会的心理的現象）の例が、「一人では深夜公園を横切り得ないような臆病な少年でも、二人ならば行い得る」というような問題である以上、<sup>(2)</sup> 犯罪以外の一定の目的のために数人が共同した場合にも特殊な団体心理がもしだされるであろうことは否定できないといわなければならない。

説論

このように考えるならば、過失的共働において発生した結果は、この特殊の団体心理とは無関係ではないのであるから(なぜかならば、この団体心理は、不注意を消長させる可能性を内含しているものであるから)、そこに、過失的共働を過失共同正犯として「特別の取扱を為す必要」性が求められるのではなからうか。

(1) 草野・総則講義、二〇〇頁。

なお、植松・概論、二八〇頁、二八二頁。

(2) 木村・読本、二八二—二八三頁、団藤・綱要、三〇二—三〇三頁等参照。

(3) 斎藤・共同意思主体説と共犯判例(共犯理論の研究) 昭二九、一一七頁。さらに草野・前掲書、一九三頁。

### 第三章 共同正犯の特性と過失共同正犯肯定論

#### 第一節 ドイツにおける諸見解とその検討

ドイツにおける過失共同正犯肯定論を大別すると二つのグループにわけられる。一は共同正犯の特異性を無視し、これを単独正犯と同一原理のもとに置くことによつて——従つて、いわゆる一部実行の全部責任という問題はでてこない——、過失単独正犯の並立に比肩する過失共同正犯を構成しようとするものであり、他は、共同正犯の特異性に立脚し、ないしは特に明確にはこれに立脚しないながらも、意思のつながりを抽出して、過失犯においても共同正犯は可能であると考えるものである。

#### 一 共同正犯の特性を無視する過失共同正犯肯定論

ここに算入される論者は、因果関係論に平等条件説をとり、これを共犯論に徹底させたブーリ、因果関係論に最

力条件説をとることにより客観的（実質的—客観的）共犯論を唱道しながら、共同正犯は正犯であるとの理由だけから過失共同正犯肯定論に転向したビルクマイヤー<sup>(2)</sup>、画一的正犯概念（Exklusiver Täterbegriff）の名のもとにあらゆる共働形式を正犯とみようとすするロエター<sup>(3)</sup>である。

しかし、そこでかりに過失共同正犯が肯定されたとしても、その共同正犯概念は、本来、われわれが問題にしようとしている意味での共同共犯ではないのであるから——極言すれば、それは共同正犯ではないのである——、ここで特にそれをとりあげて検討する必要のないことは多言を要しないであろう<sup>(4)</sup>。

(1) v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme, S. 21 ff.; ders. ZStW. 2, S. 251 ff.; 289 ff.; ders. Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, S. 88 ff. (プーリの過失共同正犯肯定論は、主観的共犯論の帰結とらうよりは、平等条件説の帰結とらうた方が妥当である。しかしそれは過失犯競合論にはかならない。なお前出八頁註(2)参照。)

(2) K. Birkmeier, VDA II, S. 146, Anm. 4, 147, 148. 共同正犯は正犯であるから、過失共同正犯も当然に肯定されると考える論者として他は、ウットヒ格（E. Wuttig, Fahrlässige Teilnahme [Str. Abh. H. 40] S. 106, 111 ff.）、「A. ヴォルフ（P. Wolf, Betrachtungen, [Str. Abh. H. 225] S. 38 ff.）を挙げるべきであろう（ただし、彼等は、形式的—客観的共犯論をとつていなくてはならない。）」、「スロルマン（H. Beroizheimer, Akzessorische Natur, S. 48 ff.）」が、共同正犯を間接正犯の一場面とするところから過失共同正犯を肯定しようとする。

(3) H. Roeder, Die Errechnungsgestalten des Verbrechens, 1958, S. 64 f.; ders. Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt (ZStW. 69) S. 238 ff.

(4) そのほか、過失を結果に関する過失、随伴事情に関する過失、行為の違法性に関する過失に区分し、後二者につき共同正犯を構成しようとする見解（たとえば L. Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand [Str. Abh. H. 257] 1928, S. 98 ff., 107.）があるが、過失を認識する過失と認識する過失とをわけて、後者はどうも共同正犯を認めようとする見解（R. Ortman, Über die Fiktionen [GS. 28] S. 111 f. Auch vgl. A. Löbe, Reichsstrafgesetzbuch [Kommentar] 5 Aufl. 1933, S. 337; E. Mezger, Leipziger

Kommentar, S. 226.) についてもたしかなることができない。

## 二 意思の連絡を中核に据える過失共同正犯肯定論

この立場にたつ学者のうち、過失共同正犯を構成するにあつて、共同正犯の特性を明確に意識しているのはタームとランゲ<sup>(1)</sup>だけといえる。ウアインベルク<sup>(2)</sup>のように、共同正犯と同時(正)犯とを同一視しようとする学者さえいる。しかし、いずれも、意思の連絡という契機を前面に据えて過失共同正犯の可能性に論及しているという意味において、われわれは特にこの立場にたつ論者の見解に注目しなければならない。

ところで、この立場は、意思概念をいかに理解するかという点で、二つの方向にわかれてゆくのである。

- (1) G. Dahm, Täterschaft und Teilnahme (Ser. Abh. H. 224) S. 52.
- (2) R. Lange, Moderne Täterbegriff, S. 47 ff., 61 f.
- (3) S. Weinberg, Teilnahme an f. H. S. 17, 21.

### (I) ビンディングの見解

まず、意思と意識とを概念的に対立させるビンディングの見解がとりあげられる。

ビンディングは、故意を意識された違法な意思、過失を意識なき違法な意思<sup>(1)</sup>と考え、違法性に向けられた意思として故意と過失との間にはなんらの相違も存在しないとすることにより、「故意犯に存在できるすべての意思関係は過失犯にもまた存在しなければならない……から(筆者挿入)……故意の共同正犯と同様過失の共同正犯も構成される<sup>(2)</sup>」と結論する。

それでは、ビンディングの見解は肯定されるであろうか。われわれの関心が、結果あるいは結果以外の事柄に關す

る意識的・意欲的共働にある点はすでに述べた通りである。従つて、いまかりに、ビンディングが過失もまた結果を意思するものにはかならないとする点を肯定したとしても、<sup>(3)</sup> 少なくとも過失において結果は意識されずあるいは意欲されない以上、しかもビンディングもこの点を承認しながら、結果以外の事柄に関する意識的共働についてはなからこれを明確に問題とはしなかつたものである以上、彼の過失共同正犯肯定論は、われわれの立場からは否定されるをえないといわなければならないであらう。

- (1) K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II. Hälfte I. 2. Aufl. 1914, S. 294, 296 ff.; Bd. IV. 1919, S. 357 ff. insbes, S. 366, auch S. 454.
- (2) K. Binding, Grundriss, S. 152. Auch ders. Normen, IV. S. 636 ff.; ders. Das Subjekt des Verbrechens... (GS. 76) 1910, S. 101 ff. Auch vgl. C. G. Waechter, Die Busse bei Beleidigungen..., 1874, S. 61.
- (3) しかしこのような考え方は一般に否定されてくるところ(ヒッペル v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II. S. 371 Anm. 8; 不敬・刑事責任論、冊二三、一五八—一五九頁。 Auch vgl. M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 30 f.; A. Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912, S. 41 f.)。

## (II) 過失共同正犯肯定論の主流

ビンディングのような考え方は、決して過失共同正犯肯定論の主流をなすものではない。多くの学者は、過失もまた結果を意思するというような考え方をとらず、共同正犯を支える意思連絡につき、その場合の意思(ここでは、意思と意識とはビンディングのような意味では区別されていないといえよう。)とはむしろ特定の犯罪的結果に向けられたものである、必要がないと考えることから出発する。過失共同正犯肯定論の第二の立場における第二の方向を辿る論者のゆき方である。これが、過失共同正犯肯定論の主流を形成している。ヴァインベルク、ダム、P・メルケル、エクスマ

説 1、フランク、ローベ、カントロウイッ、ランゲ、シエンケ、メッガーがここに算入される。<sup>(1)</sup>

論

(1) S. Weinberg, Teilnahme an f. H. S. 25 ff., 30 f., 35; G. Dahm, Str. Abh. H. 224, S. 52 f.; P. Merkel, Grundriss des Strafrechts, Allg. T. 1927, S. 168; F. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, S. 572 f.; R. Frank, 18 Aufl. S. 114 f., auch S. 110; A. Lobe, Kommentar, S. 337; H. Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 149 f.; R. Lange, Moderne Täterbegriff, S. 47 f., 61 f.; A. Schönke, Strafgesetzbuch (Kommentar) 5 Aufl. 1961, S. 164 (2) Schönke-Schröder, 8 Aufl. S. 236 45 脚注共同正犯を刑法四七条の解釈として肯定することについては消極的); E. Mezger, Leipziger Kommentar, S. 226.

### 1) 過失共同正犯肯定論の主流

ここに位置づけられる論者は、発生した犯罪の結果以外のなんらかの事柄に関しても、意思の一致に基づいた行為の共働が可能であると考え、また、このような事柄に関する意識的共働においても、行為者相互に他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようという意思のつながりが欠けるものではないと考へるのであるが、<sup>(1)</sup>このような考へ方が支持されることはすでに述べた通りである。

しかし、右のような意思状態をもつて、共同正犯を支える意思のつながりが構成されたということではできないであろう。<sup>(2)</sup>なぜかならば、このような意味での意識的共働において、行為者が共同で実行するところは、それ自体としてはまさに法の外にある行為にはかならず、犯罪の共同実行という立言は、われわれの立場においても、ここからただちに導かれるわけではないからである。<sup>(3)</sup>従つて、エクスナナが、炊事のために共同で木を集め共同で火を作つた行為を抽出し、刑法四七条の共同の実行が存在するのではないかと提言した点<sup>(4)</sup>は、それだけではやはり不充分といわなければならぬであろう。

だが、多くの論者はこのような段階にとどまてはいない。右のような前法律的な事柄に関する意識的・意欲的共同から、違法な結果が行為者の意に反して発生した場合を捉え、行為者の過失という契機を導入することによって、共同で過失的に犯罪を、実行したと規定するのである。

このように、前法律的な事柄に関する意識的・意欲的共同+過失↓犯罪的結果惹起という思考過程によつて、過失共同正犯は容易に構成されることができるといふことができる。

だがしかし、この場合の過失とは、フランクが明確に指摘しているように、共同行為者の責任をただすための条件ではない。このような観点から過失的共同を眺めれば、前法律的な事実の意識的共同は、違法な結果の盲目的・因果的発生をまつてただちに構成要件に該当する違法な行為に転化してしまうことになる。このような帰結は承認できない。それは、前法律的な事実に関し意識的に共同した者すべてに対し、彼の過失の有無に無関係に、発生した違法な結果につきこれを共同で、実行したものとする契機を包蔵している。またそれは、いかに注意を払つても回避不能な好ましさからなる結果惹起をも違法なりとする不当な帰結に至るのである。

- (1) 特で S. Weinberg, Teilnahme an f. H. S. 30 f., 38 f., 35; R. Frank, 18 Aufh. S. 114, 115.  
なぞ H. Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 149 註釋。
- (2) P. Merkel, Grundriss, S. 168; A. Schönke, 5 Aufh. S. 164 は疑問。
- (3) 前述一八頁、二〇頁、同註(2)、二四頁以下参照。
- (4) F. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, S. 572.
- (5) Vgl. S. Weinberg, a. a. O. S. 25 ff., 30 f., 34 ff.
- (6) R. Frank, a. a. O. S. 114. Auch vgl. H. Kantorowicz, a. a. O. S. 161.

(7) もつとも、このような帰結は明確には意識されていなかったといえよう。——前述三二頁参照。

なお、故意を専ら責任条件とみる限りでは、故意の共同正犯についても同様のことが観念されてよいわけであるが、意識的共働自体が違法な次元に置かれている点で、構成要件該当の違法な行為への転化はでてこないのである。

2) カントロヴィツの見解

ところが、カントロヴィツは、みずから唱道する主観的責任論（それは、構成要件該当性・違法性を行為の属性と考え、責任を行為者の属性と考える理論である。）の帰結として、刑法四七条の「可罰的行為」（彼はこれを構成要件に該当する違法な行為として理解する。）とは行為者の有責性を含まない客観的な概念であると考えるところから、本節二の(II)の1)に述べたような考え方に一貫した基礎づけを与えようとしたのであつた。<sup>(1)</sup>

すなわち、カントロヴィツによれば、前法律的な事柄に関し意識的に共働した者は、違法な結果の発生によつて、ただちに構成要件該当の違法な行為の担い手とされ、「そこに概念的に共同正犯の成立をみるに至る。彼等が故意的に行爲したか、過失的に行爲したか、あるいは有責でなく行爲したかは、個々の行為者の可罰性について意味を有するにすぎない<sup>(2)</sup>」ということになるのである。

カントロヴィツのこの態度は、フランクが、一方では過失を専ら責任条件（構成要件該当性・違法性はすでに与えられている。）としながら他方、「共同正犯は数人が了解をもつて有責に共働<sup>(3)</sup>」した場合に存するとして、あたかもその過失が、さらに行爲の共働の意味を規定するかのような見解を示している点をすつきりした形にしあげることには成功したともいえようが、しかし、行為の構成要件該当性・違法性を、結果の発生だけからしかもそこからただちに肯定しようとする点で、より強い批判の前にたたされなければならないであらう。<sup>(4)</sup>

このように考えれば、われわれは、いままで検討してきたような過失共同正犯肯定論には安住できないことを知るであろう。問題は、過失という概念をもつて、専らこれを責任条件とみるべきかどうかという点にまで遡るわけであるが、ここでわれわれの関心は、過失的共働のうち、に構成要件該当の違法性を求め、そこから過失共同正犯を構成しようとするランゲの見解に移つてゆくのである。

- (1) H. Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 36 f., 61, 71, 78, ff., 145 ff.
- (2) H. Kantorowicz, a. a. O. S. 151.
- (3) R. Frank, 18 Aufl. S. 115. なお、いわゆる第二の立場の第二の方向を辿る論者はみなこのような定義づけを行う。——Vgl. S. Weinberg, Teilnahme an f. H. S. 34; G. Dahm, Str. Abh. H. 224, S. 53; F. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, S. 572 f. もつとも、有責な共働が共同正犯を基礎づけるという命題において、「有責な」という概念は、構成要件該当性・違法性が確定された後の、厳密な意味での責任条件としての故意・過失、さらには責任能力等をその内容として使われているとも考えられる。——Vgl. G. Dahm, a. a. O. S. 53. Dagegen H. Kantorowicz, a. a. O. S. 151.。しかし、そうだとすると、構成要件該当性・違法性はどこから導かれてくるのか(有責に行為した者だけが構成要件該当の違法な行為を行うというのではないこととはあきらか。)という点で、結局はカントロヴィツと同様の帰結に至るであろう。むしろ、われわれは、論者が「有責な共働」と指称するところは、実は、われわれの「不注意の共有」にあたるものであることを知るべきである。——Vgl. F. Exner, a. a. O. S. 572.
- (5) 佐伯博士(佐伯・法学論叢三三巻六号、八一頁註。)は、カントロヴィツの正犯観を曖昧とされるが(論点は、間接正犯、正犯と共犯の關係に置かれているが)、このような問題も考えられているであろうか。

### 3) ランゲの見解

一部実行の全部責任を支える意思状態をもつて主観的違法要素と解するランゲは、数人の大工が共同で過失的に通行人の頭に材木を投げ落した場合を挙げ次のように考える。この場合、個々の行為はそれ自体としては構成要件に該

説  
論

当せず、その行為の完全な違法性は他の共同者の行為を算入することによつてはじめて表われてくるという特異性がみられる。つまり、過失的共働において、それ自体としては構成要件に該当しない個々の行為も、他の共同者の行為を意識的に自己のものとし、彼の力をも自己の力のうちに加え入れようとする主観的違法要素に支えられ、一つの統一体を形成することによつて構成要件的に違法な行為となるのである。この点に関する限り、故意の共同正犯の場合と、過失的共働とでなんら異なるところはなない。ここに、一般に共犯の問題が扱われる場合に決定的な役割を果すのは行為のこの違法性であつて有責性ではないという点を併せ考へるならば、過失共同正犯も疑問なく肯定されることになるのである。<sup>(1)</sup>

ランゲのこの態度は、特に、主観的違法要素論から共犯の制限従属性論に一層の支持を与えようとするメツガーに負うところ大なるものがあるといえるのであるが、しかしメツガーが、過失的共働の構成要件該当の違法性については、これをカントロヴィツと同様、結果の発生だけからしかもそこからただちに求めざるをえなかつた<sup>(2)</sup>——従つてそこには主観的違法要素の問題は生起しない。これはメツガーが故意・過失を主観的違法要素とみない点にも関連するであろう——のに反し、過失的共働それ自体のうちに、しかも、過失共同正犯を肯定する論拠の中核として、構成要件該当の違法性を証明しようとした点で、これまでの過失共同正犯肯定論を一步進めたものといえるであろう。

特に、共同正犯を支える意思のつながりを主観的違法要素と解し、それが存在することによつて、それ自体としては構成要件に該当しない——われわれの観念でいえば、構成要件を充足しない——個々の行為が統合され、一個の構成要件該当(充足)の違法な行為となると考えた点は極めて示唆的である。

しかし、ランゲに対しても疑問がないわけではない。われわれは、ランゲがここで主観的違法要素と解するのは、

実は、われわれが過失的共働のうち求めた不注意にはかならないことに気付かなければならない。なぜかならば、主観的違法要素は、過失行為においては不注意という意思状態に至つてはじめて表われてくるものであつて、前法律的な事実の共働そのものうちには決して求められないものであるから。ランゲにおいてこの点は決して明確に意識されているとはいえないのである。

ランゲの見解を右のように修正し、さらに、過失的共働における不注意は違法要素であるばかりでなく、構成要件要素でもある——たとえば、相当の注意を払いさえすれば結果の発生を避けることができたであろうような場合でなければ、人を死亡させても、過失により人を死に致したとはいえないのであるから——という点に思いを致せば、われわれのこれまでの考察からして、前法律的な事実の意識的共働が不注意を共有することによつて、そのもの自体としては構成要件を完全には実現しない個々の不注意行為（たとえば、単に少量を試飲してみただけで、この「ウィスキー」にはメタノールは含有されていないだろうと考え、販売に供しようとした行為、あるいは、それだけでは火災を招くに致らない程度の「こんろの火を不始末」したような行為）も、さらにその不注意を他人と共にすることから、回避可能な一個の全体としての不注意行為（実行行為）↓結果（たとえば、自己の不注意が他人の不注意をも誘発し、それだけでは火災を招くに致らない程度の火の集合によつて火災を惹起したような場合）を形成するに至るものであることが肯定されることを知るであらう。

- (1) R. Lange, *Moderne Täterbegriff*, S. 58 ff.
- (2) E. Mezger, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1926, S. 22 ff. Auch A. Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente* (Frank-Festsgabe, I.) S. 318 ff.
- (3) メッガーも、過失行為の構成要件該当の違法性を問題にし、制限従属形式のもとでは、共犯成立の条件としては正犯に構成要件該当の違法性が存すれば足りると考えるところから、過失行為についても、共同正犯・教唆犯・従犯が可能であるとする。E. Mezger,

Moderne Wege, S. 28 ff.; ders. Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen [JZ. 54] S. 314; ders. Strafrecht, Allg. T. 7 Aufl. 1957, S. 220 ff.)が、彼に於いて、過失行為の構成要件該当の違法性とは、犯罪的結果の発生そのものから導きだされたものにほかならないことを注意すべきである。

なお、H. Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 78 ff.

- (4) Vgl. E. Mezger, Moderne Wege, S. 22 ff.; ders. JZ. 54, S. 314; ders. Strafrecht, 7 Aufl. S. 89 f.  
 (5) しかし、Kohlrausch-Lange, Strafrechtbuch (Kommentar) 41 Aufl. 1956, S. 205 とはこの点が是正されている。  
 (6) 団藤・綱要、八九—九二頁、二四九—二五〇頁、藤木・法協七四巻一号、三五頁註③。

### (III) われわれの立場

ランゲの見解に示唆されて到達した段階は、われわれがすでに予想していた故意の共同正犯とパラレルな関係にたつ過失共同正犯の承認を意味するものにはかならない。なぜかならば、故意の場合にあつては、結果を志向する意思と、他人と通じあおうとする意思——これを主観的違法要素とみて勿論さしつかえない——が、それ自体としては構成要件を実現するに至らない個々の違法な行為を一つの全体としての違法な行為にまで高めあげることによつて、いわゆる一部実行の全部責任を基礎づけえたのであるが、過失の場合では、前法律的な事実の共働に添加した不注意という意思状態が、特に本節二の(II)の3)で述べたように、犯罪的結果志向の意思・犯罪的結果惹起のために他人と通じようとする意思に代つて、それとパラレルな関係にたつわけであるから、そこに、一部実行の全部責任を基礎づけるもう一つの契機が求められることになるからである(このような考え方の根柢には、共同行為者のうちに責任無能力者がいることによつて共同正犯は否定されるものではないという命題からうかがえるように、一般に共同正犯を構成要件該当性・違法性の共同という次元に置こうとする考え——単に、刑法上の責任とは個人責任であり責任の共同ということは考えられないという思想によつて支えられているばかりでなく、共同された行為が違法性を帯びるに至つたならば、その違法な行為から発生した違法な結果は共

同者全体のものとして彼等全体に帰せしめることができるという思想によつても支えられている——が潜んでいるといえるであろう。<sup>(1)(2)</sup>  
 そしてまた、われわれが到達したところは、これまでの多くの過失共同正犯肯定論が、過失を専ら責任要素(条件)とみるにとどまる態度ゆえに、論理的には不当に広い過失共同正犯を構成せざるをえなかつたあの難点を修正した過失共同正犯肯定論でもあるといふことができるわけである。<sup>(3)</sup>

次にわれわれは、この過失共同正犯肯定論が、現行法という場で積極的に支持されるものであるかどうかを検討しなければならぬのであるが、その前に、わが国の過失共同正犯肯定論を眺めることにしよう。

- (1) 周知のように、かつて共犯は結果の共同惹起と責任の共同に還元されていたから、そこでは、責任性の共同 (Mitschuld) までが共同正犯成立の条件とされてきたのであつた (Vgl. K. Birkmeyer, VDA. II, S. 1 ff., 14. 乃至 Mitschuld とは、キーンマッリー刑法五条のそれとは必ずしも一致しない)。ところが、近時、いわゆる制限從属性論が支配的となるにおよんで——実定法上の根拠さえ与えられている——、共同正犯をも狭義の共犯と同一次元に置こうとする考え方が非常に有力となつてきたのである (Vgl. M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme [Aschrott-Ligt, Die Reform] S. 366 ff.; H. Bruns, Kritik, S. 63; H. Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 78 ff., 146; R. Lange, Moderne Täterbegriff, S. 61 ff.; E. Mezger, Moderne Wege, S. 28 ff.; H. Welzel, 5 Aufl. S. 81, 91 f. Auch vgl. E. Beling, Lehre vom verbrechen, S. 391 f., 454 f., 458 f.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 448 f. 乃至、佐伯・総論、三三〇頁以下、小野・新訂刑法講義、一九八頁以下、団藤・綱要、二八八—二九二頁は右マインの学者と同一方向を進むものである。これに対し、滝川・犯罪論序説、二一八頁以下)。このような考え方を支えるものとして、わたたくしは本文割註に述べた二つの思想を想定してみたわけである。——E. Beling, a. a. O. S. 391 f.; R. Lange, a. a. O. S. 69 ff.; H. Welzel, ZStW, 58, S. 549; 小野・前掲書、一九九—二〇一頁、団藤・前掲書、二八九頁。
- (2) カントロウィツ、メッガーにおいては、違法行為の共同ではなくして競合があるのみではないか。
- (3) われわれの態度が、主観的違法要素の存在だけから正犯性を基礎づけようとする考え方 (Vgl. E. Mezger, Vom Sinn, S. 28 ff.; A. Hegler, Frank-Festsche, I, S. 319 f.) に一致するものでもない点、あきらかであろう。——Vgl. H. Bruns, a. a. O. S. 58;

佐伯・所謂共犯の制限された従属形式（法学論叢三一巻五号）二四頁註二。

## 第二節 わが国における諸見解とその検討

すでにわれわれは、犯罪共同説の当然の帰結としては過失共同正犯の否定が導かれるものではないことを知つた。同様に、行為共同説にたつたからといつてただちに過失共同正犯の肯定が導かれるものでもない点、さきに井上教授の見解に触れたところからもうかがい知ることができるのである。

そこでわれわれは、因果関係を共同しさえすれば共同正犯は成立すると考える立場と、共同正犯にいわゆる意思連絡とは故意のそれに限定される必要はないとする立場からの過失共同正犯肯定論を検討することになるわけである。

(1) 団藤教授（団藤・綱要、二九七頁）は、行為共同説によれば前法律的な行為を共同に行えば共同正犯になるものとされる、と指摘される。木村教授も、この点は承認されるかにかがられる（前出三一頁註(1)参照）が、一方、「行為共同説は共同正犯が共同の行為によつて数箇の犯罪にわたつて成立し得るというだけの意味であつて、共同の意思がいかなる時點において成立せねばならないかの問題とは関係がない」（木村・読本、二八四頁）と明言される。この態度は、行為共同説・犯罪共同説と過失共同正犯の成否とのつながりを明確に示すものといえよう。われわれもこの態度を前提にして考察しているわけである。

### 一 共同正犯の特性を無視する過失共同正犯肯定論——因果関係の共同を中核に据える見解

およそ刑法上の責任を問うためには、因果関係の存在をもつてたりするという根本的な前提に支えられるこの見解は、共同正犯成立の契機もまた因果関係にはかならず、各行為者の実行の間に因果の關係が内含される限り、過失共同正犯——さらには、一方的共同正犯・故意犯と過失犯の共同正犯——もなんら支障なく肯定されると考える。

たしかに、右のような前提にたつて、共同正犯成立の契機を専ら因果関係の共有に求めようとする限り、論者のい

わゆる過失共同正犯を認めることは容易であろう。なぜかならば、結果惹起の共働原因性それ自体には故意の場合と過失の場合とで相違するところがないからである。だがしかし、そこで構成された共同正犯概念は、ウチッチにおけるそれと同様、同時犯との区別の契機を失つた(さらに、それは各共犯形式間の区別の契機を見失つている。)われわれの関心の外にある共同正犯概念なのである。

ところが、この立場においても共同正犯と同時犯との区別は可能であるとされるのが植田教授である。植田教授は、行為者相互の実行自体が一つの因果の連鎖の中に融合する場合と、個々の実行が夫々独立的・並列的に存在するにとどまる場合とではその因果の構造に完全な相違がみられるのであつて、前の場合については当然に共同正犯が成立するが、後の場合では、意思連絡を機縁にしてなんらかの因果の連鎖が生ぜしめられない限り単なる同時犯が成立するにすぎない、とされる。しかしながら、このような考え方には、次の点で疑問が提起されよう。第一に、いわゆる因果の連鎖が存在しない場合、果して意思連絡を契機としてなんらかの因果の連鎖が生じてくるものであるかどうか、意思連絡には因果の構造を変えるような機能はないのか(われわれが、意思連絡という契機を重視しているのは、意思連絡に因果の構造を変える力があるかどうかというような意味においてではない点、あきらかである。)という点。第二に、因果の構造とは本質的に同一の原理によつて支えられているものであつて、その相違とは考えられないのではないか、従つて、植田教授の見解はブリーやウチッチのような考え方を修正しようとして却つて不徹底に終つたのではないか、という点。

このような疑問が生ずるゆえんは、結局、因果関係のみに注目してことを論ずる態度に無理があるからであり、その背後には、因果関係の確定によつて責任が定まると考える態度の不当さが潜んでいるからなのである。われわれの

これまでの考察からして、このような過失共同正犯肯定論にとどまりえないことはあきらかであろう。

- (1) 宮本・刑法学粹、三九六―三九八頁、四〇〇―四〇一頁、さらに三九一頁、植田・共犯の基本問題、一二六頁、一二八―一二九頁。
- (2) Vgl. E. Wuttig, Str. Abh. H. 40, S. 106 (ウッチヒは、明確に、共同正犯とは個々の実行行為の集合から因果的に構成されるものであり、同時犯との間になんら相違するところがないとする。) なお前出七頁、一〇頁註(1)参照。
- (3) 植田・前掲書、一二八―一三三頁。なお、宮本・前掲書、四〇三頁参照。
- (4) われわれは、ここで、条件(原因)の因果的等価性からその法的等価性は導かれえないという命題を意識すべきである (Vgl. E. Mezger, Leipziger Kommentar, S. 215 f.)。なお、日沖・因果関係(刑事法講座一巻)昭二七、一七五頁、莊子・不能犯(刑法演習総論)昭三〇、三三頁以下特に四五頁。

## 二 意思の連絡を中核に据える過失共同正犯肯定論

### (1) 大場博士の見解

大場博士は、共同の意思を過失犯の場合と故意犯の場合とで異なるものと理解され、過失共同正犯は数人共同してその行為を行う意思のある場合、さらには、数人共同して過失たる行為を行う意思のある場合に成立するとされる。だが、その行為を行う意思とは、過失行為においては、前法律的な行為を行う意思にほかならず、また、過失たる行為を行う意思とは存在しえない概念であるから、われわれは、この段階では過失共同正犯を構成しえないといわなければならぬであろう。

ただ、大場博士が、共同して過失たる行為を行う意思と規定されるところは、実は、錯誤(特に、博士により挙げられる例では、故意「構成要件の故意、あるいは、責任としての故意」そのものの存否が争われている誤想防衛が扱われているのである。)に基づいて、不注意の状態である行為を共同で積極的・目的的に行おうとするような場合の意思状態にほかならない

ことに注意しなければならぬ。<sup>(2)</sup> この場合、故意（責任）は阻却されたが、過失（責任）が肯定されたとするならば、そこに過失共同正犯の成立を認めることも可能であろう（一般論として過失共同正犯を否定する論者も、このような場合には過失共同正犯を肯定するのではあるまいか。この場合は、型としてはむしろ故意の共同正犯に近いと考えられるのである。なお、本稿では、この場合の問題へも立ちつてゆくことができない<sup>(3)</sup>）が、しかしそのような意味での過失共同正犯と、われわれが今問題にしている過失共同正犯とは同じものでないことはあきらかであろう。われわれは、過失たる行為を行う意思の共同という概念——それ自体不正確な概念であるが——を、一般論として、過失共同正犯を成立させる契機なりと理解すべきではあるまい。

しかしながら、多くの学者は、右のようないわば特殊な過失共同正犯の構成に終始するわけではない。次にそれらの見解を眺めよう。

- (1) 大場・刑法総論下巻、一〇二頁、一〇五〇—一〇五一頁。
  - (2) 大場・前掲書、一〇一四頁、一〇六一頁。勝本・刑法要論総則、大二、三八六頁以下、趙欣伯・刑法過失論、大一五、二四二頁も同趣旨といえよう。
  - (3) ヴェルツェルのように、誤想防衛等の正当化事由に関する錯誤は事実の錯誤ではあるが、構成要件の錯誤に非ずして禁止の錯誤である、すなわち、侵害行為と目されるものに対し積極的に反撃しようとする意思（暴行・傷害・殺人等の故意）に欠けるところはない、と解するにおいては、このような場合はむしろ故意の共同正犯としての性格を有しているものとされよう。——Vel. H. Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme, S. 13 ff., 22 Ann. 6; ders. 5 Auf. S. 139 f.
- なお、この場合、過失共同正犯——故意責任が阻却されたとして——を肯定しようとする論者として、L. Zimmerl, Str. Abh. H. 287, S. 107; Kohrausch-Lange, Kommentar, S. 169, 前出三五頁註(4)参照。

## (II) 牧野博士、宮本博士、佐伯博士の見解

牧野博士は、共同正犯の成立には意思の連絡が必要であるとの見地にたたれながら、共犯を行為の共同とみる態度の帰結として、その意思の連絡は単なる行為（いわゆる前法律的な事実）についてあればよいと考えられるから、偶々、行為者が共に過失を有している場合には当然過失共同正犯の成立をみることになる<sup>(1)</sup>と解される。同様の論理は、

共犯を因果関係の共同という次元で構成しようとする宮本博士の見解にもうかがわれる（宮本博士も植田教授と同じ前提にたたれるが、因果の構造の相違が共同正犯と同時犯とを区別する契機になるといふような態度をとられていない点で、植田教授と異なるわけである。宮本博士において、共同正犯と同時犯とは、行為者相互に違法に影響しあつた事情があるかどうかで区別されるのである<sup>(2)</sup>）。

だが、このような見解に従えば、とにかく前法律的な行為を共同した者は、違法な結果の発生により常に共同して犯罪を實行したとされざるをえないことになる。もつとも、責任のない行為者は、共同正犯としての責任を負うことがないわけであるが、しかし、実行為が構成要件該当性がなんら明確に考慮されていない点で、理論的には、結局、このような過失共同正犯肯定論は承認されえないといわなければならないであろう。同様の疑念は、共犯一般を正犯行為（共同正犯においては各共同者の行為）の構成要件該当性・違法性への加功（共同）に求めながら、過失共同正犯の構成にあつては、そのような要件の確定に特に意識を払うことなしに、「共同正犯を故意に限る趣旨は法典上これを窺ひ得ない」との理由づけをされる佐伯博士<sup>(3)</sup>にも向けられるであろう。われわれは、ドイツの過失共同正犯肯定論の多くに抱いた疑問にここで再び直面するわけである。ここにおいてわれわれは、木村教授の見解に注目しなければならぬ。

- (1) 牧野・重訂日本刑法上巻、四四二頁、四五八―四六一頁、さらに四〇九頁。
- (2) 宮本・刑法学粹、三九六―三九八頁、四〇〇―四〇一頁。同時犯と共同正犯との区別につき同書四〇三頁註(一)。
- (3) 佐伯・刑法総論、三三〇―三三二頁、三三三頁。

### (III) 木村教授の見解

木村教授は、新刑法読本では、共同正犯にいわゆる意思連絡を犯罪的意思（構成要件の内容実現の意思。それは故意的意思であることもあり、過失的意思であることもある。）の連絡と解され、「共同正犯は意思の連絡ある限り、過失犯の間においても……成立し得るのである」としておられる<sup>(1)</sup>。しかし、意識的に連絡できる意思状態は、過失の共働においては前法律的な時点での意思状態であるといわなければならぬであろう。従つて、漠然と過失においても犯罪的意思の連絡が考えられるというだけでは、牧野博士の見解と変らない帰結に至るであろうし、従つてまた、同様の批判が向けられることにもなるであろう。

ところが一方、木村教授は、「過失犯の構造」においては、不注意をもつて過失行為の違法要素と解されているのである。従つて、このような考え方からするならば、これまで犯罪的意思の連絡とされてきた概念は、前法律的な行為の共同の意思に添加した不注意という違法要素の共有をその内容とすることによつて、われわれが構成しようとする過失共同正犯を支える契機と同じものになるのではあるまいか（もつとも、新刑法読本においても、過失としての犯罪的<sup>(2)</sup>意思は不注意という意思状態を指すとの見解が表明されている。しかし不注意と不可抗力とは責任の次元で区別されている結果、前法律的な行為を共同した者は、違法な結果の発生によりただちに違法に行為したものとされざるをえないことになるわけであつて、この点では、牧野博士、フランクの帰結と同一に帰するに至るといわなければならないことになるであろう<sup>(3)</sup>）。木村教授が、果して

このような考えをとられるかどうかは、現在明確には知りえないところであるが、わたくしは、木村教授の過失共同正犯肯定論を右のように理解することによつて、これに従うことができるのではないかと考えている。

(1) 木村・読本、二四七頁、二八一頁。

(2) 木村教授は、この点を肯定されるかにかうかがわれる。——木村・前掲書、二八一頁。

(3) 木村・過失犯の構造(滝川遷暦記念)五七九頁以下。

(4) 木村・読本、二四二—二四三頁、二四七頁、二八一頁参照。

#### 第四章 むすび

##### 一．これまでの考察の整理

これまでわれわれが考察してきたところを整理してみよう。

いわゆる一部実行の全部責任の法理によつて支えられる共同正犯には、故意の場合と過失の場合とが考えられるであろう。過失行為は意識的な部分と発生した結果に関し無意識的・因果的な部分にわけられるのであるが、過失共同正犯を否定する論者は、あるいは、意識的な部分についての共働は法的に無意味であるとし、あるいは、無意識的な部分につき共同ということはありえないとする。このような考え方自体は決して不当ではないのであつて、過失共同正犯肯定論が、意識的な部分のみを捉えて、そこに意思の連絡あり従つて過失共同正犯は成立するというならば、あるいは、因果的な力が競合しているにすぎない無意識的な部分のみを捉えて、そこに行為の共同あり従つて過失共同正犯は成立するというのであるならば、そのような肯定論こそ否定されなければならないのである。しかしながら、過失行為が刑法上意味を持つのは、意識的部分それ自体においてはではないし、また、無意識的部分それ自体において

でもない。われわれの言葉でいえば、両者の接点が問題なのである。ところが、これまでの考え方は、肯定論も否定論も、この点を明確に弁えて理論構成したとはいえないのではなからうか。だが、過失行為そのものについては、近時この点に関する理論的反省が広く行われており、また一方、共犯の制限従属性論の滲透と共に、共同正犯をも違法行為の共同という次元に据えようとする態度が次第に有力になってきていることを忘れてはならない。われわれは、このような広いつながりの上にたつことにより、前法律的な事実に関する意識的・意欲的共働が不注意の共有という契機を帯びることによつて、一個の全体としての構成要件該当（充足）且つ違法な行為↓結果となることができ得るであろう、従つてそこに過失共同正犯が考えられるであろう、という点に到達したのであつた。

それでは、われわれの考えは、現行法上（現行法が共犯の制限従属性形式を採用しているかどうか自体、一個の問題であるが）、積極的に承認を受けるであろうか。ヘルシュナーがいうように、しかし現行法は過失共同正犯を必要とはしない、ということにはならないであろうか。これが最後に究明されるべき問題である。

## 二 現行法と過失共同正犯

### (I) 拡張的正犯概念の否定と過失同時犯・過失共同正犯

われわれはここで、過失共同正犯を肯定しなくても、それは過失同時（正）犯として扱われるから、過失共同正犯を認めることは實際上大して意味を持たないであろうとする多くの論者の態度——この態度は、過失共同正犯を肯定する論者の間にさえうかがわれる——を問題にしななければならない。

この態度の根柢には、過失犯においては拡張的正犯概念が妥当するという考え方が潜んでいる。つまり、過失行為においては、一部実行ということは意味をなさず、とにかく結果に対し条件——条件説的な条件をもつて足りると考

説

論

える立場と相当因果関係説にいわゆる相当条件を要請する立場とがあるが——を与えた行為はすべて過失の正犯性を基礎づけるという考え方である。<sup>(3)</sup> ドイツの通説・判例が暗黙のうちに是認し、ペール<sup>(4)</sup> 目的的行為論<sup>(5)</sup>が明確にこれを支持する(わが判例が、過失競合につき、非常に広く過失同時正犯の成立を肯定している点は周知の通りである。また、わが国で過失共同正犯を否定する学説は、すでに指摘した通り、過失共同正犯を過失同時犯とするのであるが、しかし過失同時正犯と考えているのかどうか明確ではないようである「おそらく過失同時正犯が予定されているのであろう」<sup>(6)</sup>)。

しかし、このような考え方は肯定されえないであろう。たとえば、過失同時正犯の成立に、相当条件を要請するヒツベルが支持している判決の事案を考えよう。ドイツ大審院一九〇一年一月一日判決は、Aが安全装置をしていないピストルをオーヴァーのポケットに入れたまま楽屋に預け観劇中、楽屋の整理係Bがこれを壁に掛けようとしてピストルを床に落とし、それをみた出方Cが弾丸は装填されていないものと思つて戯れにDに向つて引金を引き、Dを即死させた事案につきA Cの過失致死罪を肯定したのである。果してAを、過失により、人を死に致した者、ということができるだろうか。もし、A Cが故意的に行爲したとするならば、Aは通常、共犯とされるにとどまるであろう。なぜ、過失的共働(広義)においては正犯なのか。さらにヴェルツェル、マウラツハが挙げる事案を考えてみよう。ドイツ連邦裁判所一九五三年一月二二日の判決は、旅館で過度の飲酒後、深夜、自動車を運転し誤つて人を轢き殺した運転手Eと、その運転を阻止しなかつた該旅館経営者Fとを夫々過失致死罪に問擬することを肯定したのである。ここでも、果してFを、過失により、人を死に致した者、といえるかどうか、極めて問題であろう。

ヴェルツェルは、過失犯の構成要件の規定を足掛りにして、過失犯の構成要件はあらゆる態様の、避けえた結果惹起により充足されるものであるから、という論理によりこの点を理由づけようとしている<sup>(9)</sup>。しかしそれはなんら積極的

な意味を持たない。ペーリング<sup>(10)</sup>が、ドイツ刑法二二二条においても、殺すこと (Töten) が規定の中核を形成していると考えている点は決して否定されてはならないであろう。われわれは、過失犯についても、過失により人を死等々に致した者を、単にその結果に条件を与えたにとどまる者から区別しなければならぬのである。<sup>(11)</sup>

もつとも、過失行為そのものが、本来、定型性においてゆるやかであるという点は否定できない。また、周知の通り、故意行為について、ペーリングのような意味での限縮的正犯概念は克服されている。このような点に鑑みても、過失により人を死等々に致したといえるかどうかの判断は、単なる自然主義的・現象的な判断を超えてくだされなければならぬのは当然であるが、<sup>(12)</sup>しかし、そのような判断を支える実質的な根拠を究明することなしに、拡張的正犯概念をとることは正しくないといわなければならないであろう。

このように考えてくれば、過失同時犯においても、過失同時正犯とそうでない場合とが区別されるべきことになる。<sup>(13)</sup> 過失共同正犯を否定するならば、いわゆる不真正の共同正犯に該当する場合だけが過失同時正犯として罰せられ、真正の共同正犯に該当する過失的共働は、過失同時(未遂)犯・過失的共犯として共に不可罰とされることになる。<sup>(14)</sup> 過失共同正犯を同時犯として扱うならば、われわれの立場では右のような帰結が導かれる。

だが、われわれは、ここで、不注意を共有している過失的共働と、単に不注意を競合させているにすぎない過失的共働との間には本質的な差異があることを見逃してはならない。われわれは、前者につき、発生した違法な結果を行為者全体に帰せしめる実質的な根拠を見出すものである。つまり、かりに既遂の結果は発生したとしても、不注意を競合させただけで——全体としての違法な行為は形成されえない——、行為としては過失犯の構成要件的行為を行わず、あるいは、構成要件の行為はあるが、未遂にとどまるような場合を不可罰とし、不注意を共有することにより、

説 違法な全体として過失犯の構成要件を充足するに至つた行為を共同正犯として罰することは決して正義に反しないと  
 考えるわけである。<sup>(1)</sup> すなわち、過失共同正犯は同時犯から区別され(特に真正の過失共同正犯と過失同時(未遂)犯・過失的  
 論 共犯との関係において、この区別が実質的な意義を持つ)、その成立が肯定されてよいということになるのである。

- (1) E. Wuttig, Str. Abh. H. 40, S. 106; S. Weinberg, Teilnahme an f. H. S. 17, 21; P. Wolf, Str. Abh. H. 225, S. 38, 41 f.; Schönke-Schröder, 8 Aufl. S. 236. Auch vgl. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II. S. 469 ff., 477; Lißt-Schmidt, 26 Aufl. S. 337; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. S. 312; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. T. S. 533.
- (2) 条件説的見地にたつ論者として、E. Wuttig, a. a. O. S. 33 ff., 106; S. Weinberg, a. a. O. S. 21; P. Wolf, a. a. O. S. 37 ff.; Lißt-Schmidt, a. a. O. S. 337, 342. 相当因果関係説にたつ論者として、v. Hippel, a. a. O. S. 469, 473.
- (3) 前出二八頁註(6)。
- (4) H. Bähr, Str. Abh. H. 331, S. 70.
- (5) Hans-H. Jescheck, Schweiz. Z. f. Str. 71, S. 242 に明確。なお前出二八頁註(3)参照。
- (6) 団藤・纏要、二九八頁、二九九頁。さらには前出二九頁註(1)に掲げた論者の見解を参照されたい。  
 なお、判例の態度については、井上、過失犯の判例と批判(一〇)(警察研究二八卷一三号)二七頁以下、(一一)(警研二九卷一  
 号)七七頁以下。
- (7) RG. 34, S. 91 ff. Dazu v. Hippel, a. a. O. S. 479 Anm. 1. なお、藤木・法協七四卷三号、二七頁註(2)参照。
- (8) BGH. 4, S. 20 ff. Dazu R. Maurach, a. a. O. S. 533.
- (9) H. Welzel, ZStW. 58, S. 499 ff., 533 f.; ders. 5 Aufl. S. 81, 103 f.
- (10) E. Beling, GS. 101, S. 12 Anm. 8. Auch vgl. K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 80 ff. insbes. S. 85 Anm. 5.
- (11) Vgl. H. Bruns, Kritik, S. 65 ff.; v. Hippel, JW. 1931, S. 941.
- (12) 大家・間接正犯の正犯性(刑法雜誌五卷三号)一四六一—一四七頁、団藤・前掲書、二八〇—二八二頁、二九四—二九五頁参照。
- (13) Vgl. M. E. Mayer, Allg. T. S. 382 Anm. 6, 384. さらに前出一〇頁註(4)。

(14) H. Berolzheimer, Akzessorische Natur, S. 48; G. Dahm, Str. Abh. H. 224, S. 52 はこの点を意識している。

(15) ここで、心的に自分のものとしていない他人の行為を彼に帰せしめることは正義に反すると考えるベーリング(前述一〇頁参照)が、過失犯にも限縮的正犯概念を要請しつつ(前述五五頁参照)、共同正犯を故意の場合と過失の場合とにわけ、過失の共同正犯とは、不注意が他人の行為部分に及んでいる場合に成立する、といっている点、極めて示唆的である。——E. Beiling, Methodik der Gesetzgebung zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Str. E. 1919, 1922, S. 188.

なご、前出一五頁註(3)参照。なごに、E. Beiling, Lehre von Verbrechen, S. 392, 404, 409 f. (ここでは、過失共同正犯は明確には論じられていない。)参照。

## (II) 現行法と過失共同正犯

わが刑法六〇条、ドイツ刑法四七条が、共同正犯を故意犯に限定する旨明言していないのも、われわれが考えたような解釈を容れる余地を認めているからにはほかならないといえるであろう。<sup>(1)</sup>

また、過失共同正犯を認めることは、シャハト、団藤教授の疑念にも拘らず、狭義の共犯規定に抵触することにもならないと考えられる。なぜかならば、通説に従つて、過失犯への故意・過失による共犯、故意犯への過失の共犯をすべて否定し、第一の共働形式を間接正犯とし、第二、第三の共働形式を不可罰としたとしても——もつとも、第二の形式を過失正犯とする論者が多いが——この不可罰とされた共働形式と、われわれが構成した過失共同正犯とを比較した場合、刑法上、一を不可罰とし他を可罰的とするに足る差異が認められようからである(過失犯への過失による共犯、故意犯への過失による共犯は、通常、同時犯として表われてくることに注意されたい)。

このように考えることにより、われわれは、現行法という場においても、過失共同正犯を積極的に肯定できるといふ結論に到達するであろう。

- (1) これに反し、一九一三年ドイツ刑法草案三四条、一九一九年同法草案二七条は、共同正犯を故意犯に限る旨明言する。  
 なお、前出一四頁註(2)参照。
- (2) 前出二八頁註(6)参照。

三 残された問題

以上により、われわれは、本稿の冒頭に掲げた二つの事案（最高裁および名古屋高裁判決の事案。）につき、これを過失共同正犯とすることができるといふ結論をえた。この二つの事案は、過失共同正犯としては、むしろ典型的な場合だといえる。われわれは、ここで、さきに一言したドイツ連邦裁判所一九五三年一月二日判決の事案につき、過失共同正犯を構成できるのではないかとこの疑問に直面する。つまり、この事案でFは自動車を運転するという点について意識的・意欲的共働を行ったわけではないが、その運転を阻止することが可能であり、また阻止しなければならぬ場に置かれていたのではないか、従つて、不注意の共有ありとみてよいのではないか、という疑問である。<sup>(1)</sup> この点は、前述一九頁註(9)、二九頁註(8)、五七頁割註の問題に関連してこの次の機会に改めて考察したいと考える。

次に、業務上過失と通常の過失、重過失と軽過失の間に共同正犯は成立するか、成立するならばいかなる共同正犯か、という問題が残る。これは、尊属殺人と普通殺人の共同正犯はいかなる共同正犯か、という問題と共通の面を持つていると考えることができよう。いずれの解決もここでは容易でない。他日を期すことにしたい。

- (1) この関係で、さらに、福岡高裁判昭三二・五・五高裁判特三・四六五の事案、最判昭三二・一・二四刑集一・二・三〇〇の事案も問題とならう。
- (2) 佐伯・共犯と身分（法学論叢三三卷）二号、二九頁以下、三号、五七頁以下、小野（慶）・共犯と身分（刑事法講座三卷）昭二七、四八三頁以下、岡藤・綱要、二九六一―二九七頁、三二〇頁以下参照。  
 （一九五八・三・一七）