



|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 過失同時犯の正犯性(一)  |
| Author(s)        | 内田, 文昭  |
| Description      | 論説  |
| Citation         | 北海道大学 法學會論集, 11(1), 36-71   |
| Issue Date       | 1960-11   |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/27791">https://hdl.handle.net/2115/27791</a> |
| Type             | departmental bulletin paper   |
| File Information | 11(1)_P36-71.pdf  |



# 過失同時犯の正犯性 (一)

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
- 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
- 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

## 序章 問題の所在

二人以上の者の不注意な行為が競合することによつて、一の有害な結果たとえば人の死が発生した場合、各人を過

失致死罪——過失致死罪の構成要件を充足したという意味での正犯——に問うためにはいかなる要件が必要か、という問題を探求することは容易ではない。<sup>(1)</sup>

近代文明の飛躍的發展に伴ない生活關係が高度に機械化し複雑化するにつれて、われわれの生活關係の場で発生する「結果」は、よきにつけあしきにつけ、多くの人の共働行為 (Zusammenwirken) によつて生みだされることが多い。冒頭に掲げた問題が重大な意義をもつて登場するゆえんである。本稿で考察する過失同時犯の問題は、この問題の一部をなすものである。かつてわたくしが考察した過失共同正犯の問題もまたここに属する。<sup>(2)</sup> その場合わたくしは、過失共同正犯が認められ得るであろうこと、過失共同正犯と過失同時犯とは區別されなければならないことを結論した。<sup>(3)</sup> 過失共同正犯と過失同時犯の關係については、過失同時犯の正犯性を明確にした上で、本稿第四章で改めて反省したいと思う。本稿の中心——第一章より第三章まで——は、過失共同正犯を構成するに足るだけの全体的・統一的共働行為なしに、すなわち二人以上の者がそれぞれ独立して、しかし時間的には同時および同時に近い前後關係をもつて、同一客体に対し不注意によつて侵害を加えた場合、彼等をその侵害によつて発生した有害な結果の正犯とするためにはいかなる要件が必要であるか、という点にある。これすなわち「過失同時犯の正犯性」を基礎づけるための理論構成の問題である。<sup>(4)</sup>

- (1) 平野・刑法の将来と課題——ジュリスト一九五号六頁以下は、特に、交通事故をひき起した運転手と苛酷なノルマを課した雇主の問題に関してこの重大性を指摘される。井上・判例にあらわれた過失犯の理論(昭三四)にも意識的な展開がみられる。
- (2) 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。
- (3) 内田・前掲論文、特に四三頁以下五三頁以下。
- (4) なお、同時犯概念については、木村・刑法総論——法律学全集(昭三四)四二八頁、莊子・同時犯——木村編新法律学演習講座・刑

## 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

正犯性を基礎づけるための学説・実務の試みは、因果関係論の助けをかりて出発した。過失同時犯の正犯性を基礎づけるための試みもまた同じであつた。ところが、故意犯の領域では、正犯・共犯論は、近時、因果関係の範疇を超えて構成要件論の下で考察されるようになった。しかし、過失犯の領域では、正犯と共犯の区別は存在せず結果に対し相当因果関係にたつ行為はすべて過失正犯である、という主張によつて支えられ、現在でも因果関係が過失同時犯の正犯性に決定的な役割を果していると考えられがちである。因果関係論による過失同時犯の正犯性の基礎づけをまず第一に検討することが、現在なお、われわれに課せられた不可避の要請であるといえよう。

## 第一節 条件説による基礎づけとその批判

条件説による過失同時犯の正犯性の基礎づけを検討するに当つては、条件とはいかなるものかを明確にさせることから出発しなければならない。今日われわれは、条件説にいわゆる条件とは何かという点について一の常識的な答をもっている。しかしこの点について争がないわけではない。にも拘わらず、条件説に拠つて過失同時犯の正犯性を基礎づけようとする見解にとつては、条件の存在がこの場合重大な意味をもつのである。われわれが条件の吟味を試みるゆえんである。

第一款 「条件」の吟味

一 ある一個の犯罪的結果の発生になんらかの意味で関係した人間に対し、法的にこの結果は汝の所業であるとしてそれを彼に帰せしめるためには、まず第一に、彼の行為がなかつたならばその結果は発生しなかつたであろうという判断が下されなければならない。日常感覚を土台にした法的判断は、彼の行為がなかつたならばその結果は発生しなかつたであろうといえない場合、ことさらその行為者をその結果（既遂）に対する帰責のために登場させることは無意味である<sup>(1)</sup>と考へる。

その行為がなかつたならばその結果は発生しなかつたであろうという関係は「必須条件関係」あるいは「必然的条件関係」(conditio sine qua non)と呼ばれる。この必須条件関係をもつて刑法上の因果関係の存在を判断する原理としてうちたて、結果に対し必須条件の關係にたつものを「条件」として定義づけたのが条件説の功績である<sup>(2)</sup>。

二 ところが、必須条件とはいえないものも、場合によつては「条件」とされるべきではないか、という疑問がエングリッシュによつて提起された。

エングリッシュは、次のような場合に必須条件の理論は挫折するだろうと考へる。(1) 火災で建物が燃えだしたが未だ燃え残っている部分にさらにAが火を放つた場合(一八九二年二月一日のライヒスゲリヒト判決<sup>(3)</sup>)。エングリッシュは、Aの行為がなくてもやがて建物は灰燼に帰したであろうという主張に対し、ライヒスゲリヒトは、正当にも、結果がAの行為なしにも発生したであろうということによつてその結果の可罰性は影響を受けるものではない、と判決した。必須条件の理論の崩壊がみられる。(2) Aが転轍手に催眠薬を与えたところBはAと無関係に転轍手を監禁してしまつた。睡魔と監禁によつて活動力を失つた転轍手は、転轍すべき時に転轍できず、ために列車の衝突をひき起

てしまった。エンギツシュはいう。この場合の結果は、A Bのうち一人が行為しなかつた場合と全く同様に発生するであろう。必須条件の理論の下ではA Bの各々に条件性を認めることはできないであろう。しかしそれは馬鹿げた帰結である。<sup>(7)</sup> Bを殺そうとするAにCとDとが兇器を提供した。ところがAはCの兇器をもつてBを殺した。必須条件の理論の下では、Cの行為がなくてもAはDの兇器をもつてBを殺したであろう、すなわちCは条件を設定したとはいえない、ということになるが、これも正しくない、とエンギツシュは考える。<sup>(8)</sup> かくして、エンギツシュは、必須条件の理論の代りに、行為と結果とが、その行為によつてひき起される外界の変様を通じて、合法的に結びつけられている場合に条件関係ありとする合法的条件の理論を樹立したのである。<sup>(9)</sup>

三 しかしながら、必須条件の理論はエンギツシュの反対にも拘わらず維持され得るように思われる。エンギツシュが掲げた第一の例についていえば、ウェルツェルが説くように、結果を「その個別的な姿、大いさおよびその発生の時点」において具体的に規定することにより、Aの行為も結果に対し必須条件の関係にあるとすることができる。<sup>(10)</sup> また、第二の例については、既にトレーガーが、また最近では木村教授、ウェルツェルが考えるように、A B両者の行為が全体としてなかつたならば転軸手は活動力を失いはしなかつたであろうと解することにより、A Bの各々に必須条件の関係を認めることができる。<sup>(11)</sup> 第三例についても、条件関係の確定に当つては、現に具体的に発生した事実のみを基礎にすべきであつて、単に可能と考えられるような事実を基礎とすべきではない、と考えることにより、Cの行為に必須条件を認めることができるのである。<sup>(12)</sup>

われわれは、行為と結果とをその具体的な現実の姿において捉え、特に結果については、その大いさその発生の時点をも個別的・具体的・現実的に規定することにより、行為と結果の間の条件関係を確定する理論としての必須条件

の理論にたち帰ることができよう。<sup>(13)</sup>

四 以上のような理解を経て、われわれは、条件とは何かという問題について、一応、正当な答をつかみ得たといえるであろう。

しかししてまた、われわれが扱ふ必須条件の理論からするならば、一必須条件の設定があつた以上は、結果が、被害者の特殊事情から発生した場合(たとえば、軽傷を与えたところ被害者は血友病であつたため死亡したような場合)でも、被害者あるいは第三者の故意・過失行為が介入したことによつて発生した場合でも、第一の必須条件と結果の間の因果関係の存在そのものには影響はないのである。また、たとえば、正常な医師の治療が行われてもきつと患者は死亡したであろうといえる場合でも、民間療法のみによつてその重病患者を死亡させるに至つた行為は結果に対し因果関係を有するものである。<sup>(14)</sup>とにかく、その行為がなかつたならば、その時そのような形状での結果は発生しなかつたであらうといえる限り、その行為とその結果の間には因果関係が存在するのであり、その行為はその結果の条件||原因とされるのである(これに対して、AがXに対して致死量の毒を飲ませたが、その毒がまわらない前にBがXを射殺したような場合には、Aの行為がなくてもXはBによつて射殺されたのであるから、Aの行為とXの死との間には因果関係がない<sup>(15)</sup>)。

(1) Vgl. L. Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 38 ff.: 「具体的事件の無数の条件 (Bedingungen) をわれらの効力の多寡にいつて検討する必要のなことは最初から自明である (S. 38)」 Auch vgl. M. E. Mayer, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, 1899, S. 11 ff., 18 ff., 21 ff., 38 ff., 62 ff., 90 ff., 98, 134; 日沖・因果関係—刑事法講座—一巻一七五頁。なお、莊子・不能犯—刑法演習・総論四五頁。

ところで、M. E. Mayer, a. a. O. S. 124 ff. は、未遂の場合には因果関係がないとする見解を批判して、未遂にも因果関係はあると考へる。未遂が処罰され得るためには身体活動と実行の着手との間に因果関係が存在しなければならぬといふのである。



des deutschen Strafrechts, 21 u. 22 A. 1919, S. 123 f.

- (3) 必須条件の理論を支持する学者として、たとえば、A. Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, 1904, S. 274 ff.; E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 249 f.; ders. Grundzüge des Strafrechts, 11 A. 1930, S. 35; P. Merkel, Grundriß des Strafrechts, Allg. T. 1927, S. 59; Liß-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26 A. Allg. T. 1932, S. 161 ff., 167; G. zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4 A. 1950, S. 18; A. Wegner, Strafrecht, Allg. T. 1951, S. 93 ff.; Th. Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2 A. I, 1954, S. 101; H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6 A. 1958, S. 41; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar) 9 A. 1959, S. 22; 岡田 (朝)・刑法論 (大九) 七二頁以下、岡田 (庄)・刑法原論・総論 (増訂十版大九) 二二三頁以下、牧野・重訂日本刑法・上巻 (昭二三) 二六六頁以下、二八四頁註二四 (但し二八二―三頁参照)、不破・刑法総論講義案 (昭二四) 四八―九頁、日神・前掲論文一八三頁、草野・刑法要論 (昭三一) 四八頁。必須条件の理論の正しさは相当因果関係説をとる学者からも認められている——L. Traeger, a. a. O. S. 38 ff., 73 ff., 116, 159 ff.; v. Hippel, a. a. O. S. 138, 141, 150, 152, 木村・刑法総論一七七頁以下。なお団藤・刑法綱要・総論 (昭三二) 一二四―五頁。
- (4) K. Engisch, a. a. O. S. 7 ff.
- (5) RG. 22, S. 325 f. Vgl. RG. 2, S. 404 f.
- (6) K. Engisch, a. a. O. S. 12 f.
- (7) K. Engisch, a. a. O. S. 14. Vgl. A. Köhler, a. a. O. S. 188 f.
- (8) K. Engisch, a. a. O. S. 15 f. Vgl. H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. 1953, S. 133, 135, auch S. 134.
- (9) K. Engisch, a. a. O. S. 21, 29.
- (10) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6 A. S. 41. Vgl. E. Hartmann, a. a. O. S. 76; Schönke-Schröder, a. a. O. S. 23.
- (11) L. Traeger, a. a. O. S. 45 f.; H. Welzel, a. a. O. S. 42; 木村・前掲書一七八頁。これに対し、M. L. Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges, 1912, S. 16 ff. ミュラーの疑問に対しては、H. Welzel, a. a. O. S. 42.
- (12) H. Welzel, a. a. O. S. 41 f.; 木村・前掲書一七八頁。更に、E. Hartmann, a. a. O. S. 75 ff.; v. Hippel, a. a. O. S. 140.
- (13) Schönke-Schröder, a. a. O. S. 22 f. はエンギッシュの理論に対し、「合法的な条件は常にそして必然的に必須条件である」としている。

(4) これに反し、不破博士(不破・刑事責任論三〇八頁)は、適時に正常な医師の治療が行われたならば幼児の生命はとりとめたであらうということが最高度の蓋然性をもって推測し得た場合にのみ、民間療法に頼つて重病の幼児を死亡させた母親の因果関係が問題になる、とされる。また、同博士は、いわゆる平間久事件(大判昭四・四・一一新聞三〇〇六号一五頁)に關し、因果関係の存在を否定した大審院判決に賛意を表される(不破・前掲書二一〇頁)。しかし、われわれはこの点でも不破博士に反対の態度をとりたいと思う。ここでは因果関係がないのではなく、過失犯の違法性のメルクマールたる結果回避の可能性が欠けるのである。H. Welzel, a. a. O. S. 116 f. など、F. Exner, *Fahrlässiges Zusammenwirken (Festgabe für R. v. Frank, I. 1930), S. 583 f.* はこの回避可能性を責任のメルクマールと解している。

H. Mayer, a. a. O. S. 134; Schönke-Schröder, a. a. O. S. 353 は不破博士の見解と同一方向であると云えよう。

[5] Vgl. M. E. Mayer, a. a. O. S. 94 ff.; K. Wiechowski, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges* (Str. Abh. 55, 1904) S. 26 f.; P. Pomp, *Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges* (Str. Abh. 134, 1911) S. 30 ff., 37 ff.; 木村・前掲書一七九頁。

## 第二款 条件説による過失同時犯の正犯性

一 ある違法な結果に対し必須条件を設定した者(A)は、彼の行為に時間的に同時にあるいは後から第三者(B)の故意・過失の行為が介入することによつてはじめて結果発生をみるに至つた場合でも、その結果に対する因果関係を失うものではない。この点はさきに検討したところから肯定できる。しかし、右のような場合、はじめに条件を与えたAがその違法な結果について正犯とされるのか、Bが正犯とされるのか(勿論Bも必須条件を設定することを要する)、という点では条件説をとる学者の間にも争がある。条件説の重大な主張の一とされてきた諸条件間の法的等価性を掲げるとる立場は、はじめに条件を与えたAも介入してきたBも共に正犯とされるべきであると考え(現行法上、正犯とされるかどうかは別問題であるときれる。また、ABそれぞれに有責な意思状態が要求されるが、これは当然の前提とされている。詳細後述)。「発生した結果に一条件を設定することによつてその実現に寄与した者は、みなその結果に原因を与えたわけである

……結果のあらゆる条件は等価であるから結果発生に参与した個々人の間には概念的な区別は存在しない」とするリストや、あらゆる条件は等価であり、単なる一条件も「全体を原因づけるものであり、その全体に対する責任性は意思の性質により限定されるにすぎない」とするブーリの考えをここに挙げる事ができる（尤も、ブーリはここから主観的共犯論に赴き、リストは現行法の解釈論としては右のような原則論は放棄せざるを得ないとして次に紹介する形式的客観説に赴いたものであるが、根本的な考え方は異なっていない）。

二 これに対し、条件の等価性とは存在としての因果関係が個々の必須条件の間に等しく認められる（因果的等価性）というだけの意味であつて、個々の条件は刑法的には決して等価でない（法的不等価性）すなわち存在の認識と存在の評価とは別のものであると考える立場がある。この考え方をとる学者の多くは、構成要件の中核を形成する「実行行為」が為されたか、あるいは構成要件の外郭を形成するにすぎない行為（たとえば支援行為）が為されたかによつて正犯と共犯とを区別するいわゆる形式的客観説を主張するに至つた。ペーリング、P・メルケル、ウエーグナーはこのような態度をはつきり表明している。フィンゲル、リスト、ドーナ、リットラーもこの系列に属する。（但し、リストは、さきに紹介したように、現行法の解釈論上やむをえず形式的客観説を支持しているのである）。わが岡田（朝）博士、岡田（庄）博士、不破博士もこれに算入できよう。

従つて、この立場では、右のA、Bは実行行為を行つたかどうかで正犯とされるかどうかが決まるはずである。しかし、ここで、右に挙げた論者の中には、形式的客観説が妥当するのは現行法が予定しているところの故意犯の領域での共働形式についてだけであるとして、そこに属さない共働形式には形式的客観説を適用しないものがあることに注意しなければならない。リスト、フィンゲル、リットラーの見解では、特に過失同時犯の正犯性を基礎づける

説論

場合、形式的客観説が完全に放棄されている。リストは、共犯規定が邪魔になつて本来の原則——必須条件設定者は等しく正犯——を貫き得なかつたわけであるから、共犯規定が適用されない過失同時犯には当然に本来の原則が適用されるべきである<sup>(8)</sup>と考える。リットラーは、構成要件には第一次的機能と第二次的機能があると考える。そして、必須条件の設定者は、すべて構成要件の第一次的機能によつて、広義の正犯として当該構成要件に包摂される、とする。ところが、故意犯の領域では、構成要件の第二次的機能によつて、実行行為を要請する狭義の正犯が問題になる。が、過失犯の領域では法が正犯と共犯とを区別していない点に対応して、専ら第一次的機能が作用するのであり、広義の正犯概念が採用されるべきである、という<sup>(9)</sup>。なお、シエンケ||シュレーダーは、形式的客観説に拠つては妥当な解決に至り得ないとして、限定された主観説に拠り正犯と共犯の区別を画そうとするが、過失同時犯の問題に関してはリストと同じ結論に達している<sup>(10)</sup>。かように、因果関係論に条件説をとる学者の間においては、過失同時犯の正犯性——特にその客観面——は、結局は、各共働者の結果に対する必須条件の設定によつて基礎づけられる、とする見解が有力である<sup>(11)</sup>。

三 必須条件だけを結果に対し因果関係ありとして刑法の世界に登場させても、その場合の因果関係はかなり広汎に認められるものである。たとえば、殺人犯を生んだ両親は殺人という結果について必須条件を設定しているということが出来る<sup>(12)</sup>。しかし、この場合の両親に殺人の責任を負わせようとする者はいまい。条件説をとる学者は、結果に対する予見あるいは予見可能性を要請し、広い因果関係を責任性によつて限定し刑事責任の非常識な広がりを防ごうとする(殺人犯を生んだ両親には結果の予見あるいは予見可能性がないというのである<sup>(13)</sup>)。だから、行為者の主観面が特に問題になる。過失同時犯の問題においても同様である。

この場合の考え方としては二ある。一は共働者各人の究極の結果に関する予見あるいは予見可能性を強調する立場であり、他は、介入するかもしれない中間原因 (Zwischenursache) を含めた因果の流の予見あるいは予見可能性をも考慮しようとする立場である。第一の考え方は、リスト、リットラー、シエンケ||シュレーダーの見解に、最も鮮明にはポンプの見解に認められる。<sup>(14)</sup> ポンプはいう。「行為者に究極の結果の予見可能性がある場合には、たとえその結果が具体的には……第三者の過失なしには発生し得ないものとしても、われわれはその行為者に結果の全域にわたり責任を問うことが疑いなく正義感の要請に一致するものであると考える。」<sup>(15)</sup> そして次の場合にはAに結果の予見可能性がないとして責任を否定しようとする。<sup>(16)</sup>

〔例一〕 看護人(A)が医療上の規則を忘れて、もう施用してはいけない薬品を今一度患者に与えた。ところが第三者(B)が故意あるいは過失でその薬品に毒を混入していた。ために患者は死亡した。

〔例二〕 Aは火を失したが未だ大事には至らなかつた。ところがBは火を消そうとして水の代りに誤つて石油を注ぎ大事に至つた。

ライヒスゲリヒトの判例中にもポンプと同様の態度が散見される。

〔例三〕 ABは精神病院の看護人。一八八二年九月四日朝Aは患者(X)がすでに数回自殺を試みたことがあるのを知りながら、しかも自己の服務規定上むやみに部屋を開け放しておくべきでないことを知りながら、ドアを開けたまま部屋を離れた。その部屋に面した廊下は浴室に続いていた。浴室のドアは患者のためにBによつて常に閉じられていたのであつたが、当朝はBの不注意で開けられたままになつていた。Aの不注意によりXはひそかに部屋を出て浴室にしのび込み熱湯の栓を抜いて湯をかぶり自殺した。

説

論

まず、ライヒスゲリヒトは、A Bの各々に結果に対する因果関係を肯定する。「過失と結果の間の因果関係は他の事象が共働した場合でも排除されはしない」というのである。「ただ、そのような事情（他の事象が介入した場合をいう。筆者註記）の下で、さらに結果の予見可能性が存在するかどうかは問題である」とする。そして、特にBについて、

Xがその部屋に入院していたという点およびXに自殺癖があるという点の認識があつたかどうかは確定できない、としながらも、「しかしだからといって（B）が自分の職務違反のために患者の誰かが死ぬかもしれないという点を予見し得たことまでもが排除されるわけではない。しかして（B）に（X）の死を帰せしめるべくこれで充分である」と判示してA Bに過失致死罪の成立を認めた（一八八二・一二・一八ライヒスゲリヒト判決、判例集七・三三二）。

右に眺めたように、行為者各人の結果に対する必須条件設定とその結果の予見可能性とをもつて過失同時正犯は成立すると考えるのが、条件説に拠る過失同時犯の正犯性の基礎づけに関する第一の立場である。

これに対して、プーリは第二の考え方を強調する。プーリはいう。結果惹起の責任を負わせるためには「因果関係ばかりでなく行為者自身の行為と発生した結果の間に意思の連関が存在しなければならぬ<sup>(18)</sup>」。ところで、プーリがいう意思連関とは、結果に対する故意的・過失的意思が、介入するかもしれない事情をも含めた因果の流を、蓋然的なものとして明確な意識のうちに入れていた場合（故意）あるいは事情の詳細な検討があれば（注意深くあれば）これを予見できたであろう場合（過失）に存在する<sup>(19)</sup>。

従つて、プーリによれば、一条件の設定と結果に関する過失的意思だけでは過失同時犯の正犯性は肯定され得ないのである（理論的には、未遂としての過失同時正犯は肯定され得よう）。しかしながら、過失的に行為する二人以上の行為者は、彼等が自らの行為に先行する行為、同時に表われる行為あるいは後続する行為について、充分注意深くあればそ

れを蓋然的なものとして予見できたであろう場合には、常に、それぞれ、彼等の共働によつて発生した結果について責任を負つのである。<sup>(8)</sup> プーリにおける過失同時犯の正犯性はここに基礎づけられる(従つて、[例一][例二][例三]において、A Bがそれぞれ他方の介入を予見できたかどうかの検討が必要となる)。

- (1) v. List, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21 u. 22 A. S. 204. しかし、List-Schmidt, Lehrbuch, 26 A. S. 320 は、条件の設定も結果を惹起するものであるが、違法有責な各惹起者を正犯とするかどうかは立法者に委ねられているとする。さらに List-Schmidt, a. a. O. S. 320 A. 1 参照。
- (2) v. Buri, Die Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, S. 38. Auch vgl. ders. Ueber Causalität und deren Verantwortung, S. 1, 3, 13, 66 f.
- (3) 現在では支配的な見解である。E. Wolf, Vom Wesen des Täters, 1932, S. 24 f.; List-Schmidt, Lehrbuch, 26 A. S. 162 f., 320 f., 320 A. 1.; E. Mezger, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar) 8 A. 1957, S. 244; H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6 A. S. 40; 木村・刑法総論一七九—一八〇頁。
- (4) E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 240 f., 397; ders. Methodik der Gesetzgebung, 1922, S. 92 ff. insb. S. 105; ders. Grundzüge des Strafrechts, 11 A. S. 36 f.; P. Merkel, Grundriß, S. 55, 172 f.; A. Wegner, Strafrecht, S. 101, 236 f., 250 ff.; ders. Teilnahme (Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926) S. 106 ff.
- (5) A. Finger, Lehrbuch, S. 335 ff.; v. List, Lehrbuch, 21 u. 22 A. S. 206 f., 208, 211; G. zu Dohna, Aufbau, S. 59 f.; Th. Rittler, Lehrbuch, S. 104 ff., 275 ff. Ähnl. S. Weinberg, Teilnahme an fahrlässigen Handlungen (ohne Jahr) S. 21 ff.; P. Wolf, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft (Str. Abh. 225, 1927) S. 37 ff.
- (6) 岡田(朝)・刑法論二〇〇—二〇一頁、二一〇頁以下、岡田(庄)・刑法原論三五七頁以下、四一八頁以下、四三六頁以下(但し、岡田(朝)、岡田(庄)博士は未だ意識的に構成要件という概念を展開しておられない点に注意しておこう)、不破・講義案九四—九五頁、九九頁(但し主観的・客観的の事情を綜合して考察し、構成要件に該当する行為あるいはこれと同一に評価される個打のある重要な行為が行われたかどうかを判断しなければならないとされる。この意味では単純な形式的・客観説ではない)。
- (7) A. Finger, a. a. O. S. 342; v. List, 21 u. 22 A. S. 212 f.; Th. Rittler, a. a. O. S. 110, 273, 286.

- (8) v. Lißt, a. a. O. S. 204 ff., 212 f.; Dazu vgl. v. Buri, Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, S. 55.
- (9) Th. Rittler, a. a. O. S. 104 f., 110, 273 f., 275 f.
- (10) Schönke-Schröder, StGB. 9 A. S. 249, 251; auch S. 243, 247. なお制限された主観説に関しては S. 233 ff.
- (11) 故意行為への過失的関与(過失による共犯)は不可罰であるとする条件説論者のうちにも、過失同時犯についてはこれを直ちに正犯とするものがある。たとえば、A. Finger, a. a. O. S. 342, 344, 356 f.; v. Lißt, a. a. O. S. 212 f., 216 f.; Schönke-Schröder, a. a. O. S. 249, 251, 252, 258. このような考え方に対しては同じく条件説をとる学者のうちにも批判的なものがある——P. Merkel, a. a. O. S. 56, 170 ff. (しかし、S. 168 で過失共同正犯を認めることは実益に乏しい、各共働者は正犯として罰せられるから、としているのは疑問である); G. zu Dohna, a. a. O. S. 62.
- これに対して、リットラーは、一貫してすべての故意・過失行為に関する過失的共働を過失正犯と考える——Th. Rittler, a. a. O. S. 110, 273, 286. なお Lißt-Schmidt, Lehrbuch, 26 A. S. 342 はリットラーと結論を同じくするが、これは拡張的正犯論の帰結である。拡張的正犯論については第二章第二節。なお、岡田(朝)・前掲書二一九—二〇頁、牧野・重訂日本刑法四五六—六〇頁は過失的共犯を肯定する(牧野博士は形式的「客観説をとられるわけではないが)。しかしだからといって過失同時正犯を構成するために、過失的共犯行為を超える何物かが予定されているかどうかは疑問である——岡田(朝)・前掲書七四—七五頁、一九八頁、二二〇頁、牧野・前掲書四一三頁註八、四三七頁。
- (12) M. E. Mayer, Causalzusammenhang, S. 39; L. Traeger, Kausalbegriff, S. 75; vgl. E. Schmidt, Mittelbare Täterschaft (Frank-Festgabe II. 1930), S. 119 A. 1.
- (13) Vgl. M. E. Mayer, a. a. O. S. 38 f.; L. Traeger, a. a. O. S. 75. これに対し、ランゲは、人間の生産は型的な殺人行為でない、構成要件の実現に相当な行為でない、と考える——R. Lange, Der moderne Täterbegriff, 1935, S. 41 f.
- (14) v. Lißt, a. a. O. S. 177 A. 3; Lißt-Schmidt, Lehrbuch, 24 A. 1922, S. 185 A. 3 (しかし三五版、二六版ではこの点明確ではない——Lißt-Schmidt, Lehrbuch, 25 A. 1927, S. 256 ff.; Lißt-Schmidt, Lehrbuch, 26 A. S. 272 ff.); Th. Rittler, a. a. O. S. 105; Schönke-Schröder, a. a. O. S. 359; P. Pomp, Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges S. 69 A. 4. 相当因果関係説をとるリットラーもここに算入できる——A. Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912, S. 123; ders. Lehrbuch, S. 283. なおこの問題に関し K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 379 ff.

(5) P. Pomp, a. a. O. S. 69 A. 4.

(6) P. Pomp, a. a. O. S. 69.

(7) Insb. vgl. RG. 7, S. 334 f. 回判判例とされるもの——RG. 6, S. 146 ff. (147 f.); 15, S. 345 ff. (346 f.); 24, S. 417 ff. (418); 28, S. 272 ff. (275); 54, S. 349 ff. Dazu K. Engsch, a. a. O. S. 380 ff. 及び OLG. Celle, NJW. 1958, S. 271. 右記判例と同様の態度を根拠として。Vgl. auch BGH. 3, S. 62 ff. (63 f.)

わが判例中、条件説にたつものはここに算入され得るであろう——大判明四三・一・一八刑録一六・一七(一八一九)、大判明四三・二・二二刑録一六・二九二(二九八)、大判明四三・九・三〇刑録一六・一五八一(一五八四)、大判大四・四・二刑録二一・三四五(三四九)、大判昭六・三・三七新聞三二七五・一四(一五)、大判昭一・七・一〇刑集一五・九八六(九九四)、大判昭一六・一一・二八刑集二〇・六五四(六六八)、最判昭三四・五・一五刑集一三・七・一三(七一六)、東高判昭二七・六・一七高刑集五・一〇七八(一〇八〇)、広高判昭二九・一一・一六高刑集七・一七一九(一七二二二)、福高判昭三一・五・五高裁刑裁特三・四六五(四六六)。

(8) v. Buri, Ueber Causahät, S. 15. Auch vgl. ders. Causahät und ihre strafrechtliche Beziehungen, S. 1 f.

(9) v. Buri, Ueber Causahät, S. 14 ff., 27 ff. Vgl. ders. Causahät und ihre strafrechtliche Beziehungen, S. 26 f.

(10) v. Buri, Ueber Causahät, S. 66 f.; ders. Über Kausahät und Teilnahme (Str.W. 2) S. 289 ff.

四 条件説による過失同時犯の正犯性の基礎づけに対する根本的な批判は、存在と存在に対する刑法上の評価の混同に向けられる。

すでに理解したように、必須条件の理論は刑法上の因果関係の存在を判断する理論である。しかしそれ以上のものではない。ヴェルツェルが指摘するように「条件説」は正当にも存在論的因果概念から出発し、因果関係を発見するため・原因性が欠如する場合を排除するための『発見』形式を樹立した。しかしながら、必須条件関係の確定からは、「結果に対し刑法上責任を負うべき最も初歩の前提、最も外側の限界が見出されるだけである。結果に対して責任を

説  
論

負わしめられ得る者は結果を惹起した者だけである。しかし彼が真に責任を問われるかどうかは、因果関係の問題の彼方で、犯罪概念のより広汎な諸条件に依存している<sup>(2)</sup>のである。従つて、必須条件設定者は過失同時正犯の客観面を充足するという考え方は、必須条件<sup>(3)</sup>という刑法上の存在概念と犯罪概念たる正犯<sup>(4)</sup>という価値概念とを混同するものであつて不当である(尤も、必須条件関係の確定は、一定の目的の下になされる選択である。従つて必須条件といわれるものは無限定な存在ではない。しかしこのことは、必須条件を事後の刑法的評価の対象と考えることと無関係である)。この点に関するブリー、リストの見解は問題である。

このように考えるならば、われわれは、因果的等価性と法的等価性とは別物であるとして、形式的客観説に赴いた論者さらには限定された主観説をとるに至つたシエンケッシュレーダーの態度に正しい核心を見出すことができよう。しかし、論者が過失同時犯の正犯性を基礎づけるに當つて再びブリー、リストの見解に歩調を合わせた点はより強い批判に値するのではあるまいか。尤もリストは、さきに紹介したように、構成要件の第一次的機能と第二次的機能をひきあい<sup>(5)</sup>にだし、過失犯の領域では、法が正犯と共犯とを区別していないことに対応して専ら構成要件の第一次的機能が支配するとして、必須条件の設定者は過失同時正犯の客観面を基礎づけるという見解に一の理由づけを与えようとする。しかしながら、リストラーが考えているように構成要件には二の機能があるとしても、過失犯の領域で、法は正犯と共犯とを区別していないという命題と過失犯の領域では構成要件の第一次的機能だけが作用するという命題とは結びつかないように思われる。第一の命題は、法は概念的には過失の正犯と過失の共犯との区別を認めるが、過失の共犯はこれを不可罰として<sup>(6)</sup>いるだけである、という意味に理解することができる。従つて、過失犯の領域でも構成要件の第二次的機能だけが作用するという結論を導くことも可能なのである。法が、過失犯につき正犯と

共犯の概念的区別さえも認めていないというのであれば、その理由を明確にしなければなるまい。しかし、リットラーの見解からこの点の説明をきくことはできない。<sup>5)</sup> リットラーの見解にも従うことができない。

かくして、条件説を基礎にして、必須条件を設定する者は過失同時正犯の客観面を基礎づけると考える立場は正しくないということがわかった。条件説が過失同時犯の正犯性の基礎づけに寄与した点は、共働行為のうちで必須条件といえないような行為は、当該犯罪の既遂犯としての正犯を問題とする限りでは、刑法上全く問題にならないとしてこれを因果関係論の次元でふるい落とすべきである、としたことである。すなわち、たとえば、AがうつかりしてXに致死量の毒薬を飲ませたところ、未だ薬の効果が全然表われないうちに、Bがまたうつかりして、直に効果の表われる毒薬を与え、ためにXを死亡させたような場合、Aの行為はXの死の必須条件とはいえないわけであるから、Aを過失致死罪の同時正犯として罰するための理論構成はこれ以上行うことができない、つまりAはこの次元で過失致死罪の成否の検討から解放される、ということをおきらかにした点である。<sup>6)</sup>

それでは主観面での基礎づけはどうであろうか。

一条件の設定と究極の結果の予見可能性があれば、行為者にその結果の責任を負わせることができるという見解を徹底すれば、いかに異常な事象が介入して異常な結果が発生しても、とにかくその結果が死とか傷害とかいう範疇に属するものである限り、その死・傷害を予見し得た行為者は責任を負わなければならない。<sup>7)</sup> しかしこの帰結はまさにポイントが否定したところではないだろうか(「例一」において、Aが薬を与えた際、彼はXの死を予見できたのではあるまいか。「例二」においても同様である。火を失したAは、充分火事という究極の結果を予見できたといえよう)。ポンプが結果の予見可能性なしと考えた場合は、第三者の異常な介入によつて、媒介された結果が問題になる場合ではあるまいか(詳細本章第四節)。<sup>8)</sup>

右の考量はブーリのゆき方の正しさを示唆することになる。しかし、ブーリのいわゆる「意思連関」の要請は、結果的加重犯の基礎づけにおいて挫折するという批判<sup>(9)</sup>もつと根本的には「意思連関」とは心理学的な無(Unding)であるという批判<sup>(10)</sup>を受けている。現在のわたくしはこの点について立ち入った検討はできない。しかしながら、ヒッペル<sup>(12)</sup>がいうように、人間の生活経験上計算できないような異常な因果の流によつて発生した結果について責任を問うことは刑法の目的でないとするならば、かような場合には、個別的、行為者個人の「意思連関」を問う前に画一的につきつぱりと法的に重要な因果関係がないとすべきではあるまいか。

以上の検討を経て、条件説に拠る過失同時正犯の基礎づけは、その客観面での基礎づけも主観面での基礎づけも疑問だということになった。根本的な疑問は、すでに指摘したように、存在としての因果関係を、すべて、既遂の正犯を基礎づけるために重要な因果関係であると考えた点に存するといえよう。これに対して、必須条件の中から、ないしは、必須条件関係が肯定されることにより、存在すると考えられる因果関係の中から一定の基準により選択を行い法的に重要な条件(原因)・法的に重要な因果関係を発見しようとする考え方があつた。そこで次に、われわれはそのような考え方を眺めてゆくことになる。

なお、「例一—三」が過失同時正犯たり得るかどうかという点は未確定といわざるを得ないわけである。条件説によつては正犯性の要件は決せられ得ないからである。

(1) H. Welzel, Strafrecht, 6 A. S. 41.

(2) H. Welzel, a. a. O. S. 42. Auch vgl. Lühr-Schmidt, Lehrbuch, 26 A. S. 162 f., 320 f.; K. Engisch, Kausalität, S. 4 ff.; A. Wegner, Strafrecht, S. 105, 251.

- (3) 前出四九頁註(2)に引用した諸説参照。
  - (4) F. Nowakowski, Das österreichische Strafrecht, 1955, S. 50 f. はリッターの態度に反対している。
  - (5) Vgl. Th. Rittler, Lehrbuch, S. 270.
  - (6) ところで、本文の例において、A・Bは共同でXの看護に当たっていたとする。しかも薬の施用等についても共同の責任の下に行動していたのであれば、Aの行為自体はXの死に対して必須条件の関係にないとしても、A・B共に過失共同正犯として罰せられ得る。しかしこのことはわれわれの基本的態度に矛盾するものではない。A・Bに過失共同正犯が成立する場合には、AもBの不注意な行為を自己の不注意な行為として一体化して見るわけであって、A・Bの行為を別々のものとして切り離して観察することを無意味ならしめるからである。
- なお、前出四一頁註(1)からも肯定されるように、本文の例でAに過失致死未遂を理論構成することは可能である。しかし現行法上不可罰である。過失傷害として罰することも不可能ではない。しかし傷害という結果がAの行為によつて発生したかどうかを改めて吟味しなければならない。ところがこのような問題は、結果(死)について共働者に責任——既遂の正犯としての責任——を問う得るかどうかがどうも疑を惹きおこすところである。本稿の中心課題からすれば、特に興味の対象となる問題ではない。
- (7) K. Engisch, Untersuchungen, S. 382 は正犯を論議するところである。
  - (8) したがって、この罪を犯す者は必ずしも主犯である。——RG, 6, S. 146 ff. (147 f.); 24, S. 417 ff. (418 f.); 29, S. 218 ff. (219 ff.); 34, S. 91 ff. (93 f.); BGH, 3, S. 62 ff. (63 f.); 4, S. 182 ff. (185, 187); BGH, NJW, 1958, S. 1980 (1981); OLG, Stuttgart, NJW, 1956, S. 1451; OLG, Celle, NJW, 1958, S. 271. 本例は因果関係については条件関係が認められ、主観的結果の予見可能性という要件をわけて掲げられているが、その場合、通常の経験の枠内である因果関係は予見可能であるという原則をたててみる——特にRG, 29, S. 219 f.; BGH, 3, S. 63 f.——。この通常の経験の枠内という客観的なモメンツと主観的な予見可能性とのモメンツを区別しようとする必要はない。——Vgl. H. Henkel, NJW, 1956, S. 1451 f.
  - (9) Vgl. K. Engisch, Kausalität, S. 41 ff.; 49 ff. Auch vgl. G. Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, S. 35; L. Traeger, Kausalbegriff, S. 135 f.; auch vgl. K. Wiechowski, Unterbrechung, S. 42.
  - (10) K. Brkmeyer, Ursachengebegriff, S. 16; M. E. Mayer, Causalsammenhang, S. 141; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II.

S. 145.

- (1) M. E. Mayer, a. a. O. S. 143; auch S. 143 ff. Auch vgl. K. Englisch, Kausalität, S. 51 f.  
 (2) v. Hippel, a. a. O. S. 143, 145.

第二節 原因説による基礎づけとその批判

ヘルムート・マイヤー<sup>(1)</sup>によれば、因果關係論として歴史的に最も古い理論が原因説であるとされる。しかし、ここで問題にする原因説は、条件説によつて決せられた必須条件のうちから量的見地あるいは質的見地において選択を行ふ「最有力条件」とか「決定的条件」といえる条件を抽出しこれを「原因」と呼び、単なる「条件」と區別しようとする点で条件説に對立するものである<sup>(2)</sup>。原因説を、因果關係を限定する理論として条件説の後に挙げ、その過失同時正犯の基礎づけを考察するゆえんである。三人の特徴的な学者の見解を検討しよう。

- (1) H. Mayer, Strafrecht, S. 136.  
 (2) H. Welzel, Strafrecht, 6 A. S. 44; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. T. 2 A. 1958, S. 160.

第一款 ビルクマイヤー

一 ビルクマイヤーは、哲学的因果概念、およびブリーの条件概念を刑法上否定することから出発する。根拠はこうである。哲学的因果概念に従うならば、検察官は、誰がこの結果を惹起したかを問う場合、「現在および過去において結果に対しなんらかの条件を設定したあらゆる人間の挙動・自然力の総体」に答を求めざるを得ず、また、裁判官は、被告人がこの結果を惹起したかどうかを問う場合、「人間の挙動はそれだけではなんらの結果をも惹起し得な

いものなるが故に」否という答しか得られない<sup>(1)</sup>。また、プーリに従えば、原因とは諸条件の総体であるという命題と原因とは個々の条件であるという命題がたてられるが、両命題は矛盾を含む。第一の命題は哲学的因果概念を示すものにほかならず、第二の命題は哲学的因果概念の放棄を示すものである。ところがこの命題も、原因と条件の同視から、哲学的因果概念を適用した場合と同様に結果の原因を無限の領域に求めることを意味するに至る、というのである<sup>(2)</sup>。

このように「原因を諸条件の総体として定義することは刑法にとり無益であり」「個々の条件……と定義することもすくなく無益であり不当であり法に背くものである」。「だから残るところは唯一つ。刑法における原因とは、結果の条件のうちで他の条件に比し結果惹起により多く寄与した条件でなければならぬ」。以上のように考えて、ビルクマイアーは最有力条件説を樹立した<sup>(3)</sup>。ビルクマイアーにとつて、この最有力条件概念こそ「人間の感覚に知覚され得つてまた証明され得る」原因概念であり、「日常生活上の原因概念」およびそれを構成要件にとり容れた「刑法上の原因概念」にも一致し、科学的にも全く正当視される原因概念である<sup>(4)</sup>。

二 右の原因(最有力条件)と条件との区別は、直に正犯と共犯の区別にとり容れられる。結果の原因を設定した者が正犯であり、単に条件を設定したにすぎない者は共犯とされ得るにとどまるのである<sup>(5)</sup>。(実質的「客観説」)。ビルクマイアーはいう。法はその忌避する結果を防止するためにかような結果に原因を与えた者を処罰しなければならぬ。法が、テクニカルに、犯罪を実行した者(正犯)というときは、敘上の者を意味する<sup>(6)</sup>、と。

このようなビルクマイアーの見解に従うならば、過失同時正犯は、過失的に各自彼自身の行為において原因を設定することにより成立する。すなわち、過失同時正犯は彼のいわゆる多数正犯(ビルクマイアーは、共同正犯「共同で原因設

定」と多数正犯「各自それ自体で原因設定」とを区別している<sup>(7)</sup>の一形式として構成される。

三 しかしここに検討を要する問題がある。それは、ビルクマイアーが、内外比較刑法論に登載した「共犯論」で過失の共同正犯を肯定し、旧説を改めた点に係る。彼は、改説前、客観的共犯論の下では過失の共犯・共同正犯はこれを理論構成することができないとしていた<sup>(8)</sup>。尤も、彼の因果関係論そのものからは、過失的に結果の一条目が設定され得るものであること、さらには結果の原因が過失的に共同で設定され得るものであることは否定できない<sup>(9)</sup>（ここでは「共同で」という概念を全く客観的な意味で捉えておこう）。ビルクマイアーもこの点を否定するものではないといえよう<sup>(9)</sup>。ただ、彼においても共犯は因果関係の次元だけから構成されるのではなく、行為者の主観面と因果関係という行為の客観面とのかみ合いにおいて構成されるものと考えられていたのであつて、特に主観面で、過失の共犯は構成できないとされていたわけである（ビルクマイアーはいう。「結果の一条目を設定し、その際他人が自分に協力することを認識せずかつ意欲しない者は、発生した結果をも予見し得ないものである。何故かならば、その結果は彼の行為だけでは絶対に発生し得ないが故である。」つまり、結果の予見可能性がない場合には、その結果について責任を負わせることができないという意味で、結果の予見可能性がない過失の共犯は成立し得ない、というのである<sup>(11)</sup>）。ところがビルクマイアーは過失の共同正犯を肯定した<sup>(12)</sup>。ここから次の二点が推論される。ビルクマイアーは、過失行為の間にも、いわゆる「補充的因果関係の認識」<sup>(13)</sup>が存在し得ると考えるようになったのではないか、という点が第一点である。そもそも彼の因果関係論から出発する正犯・共犯論によれば、共同正犯の実体は共犯であり、行為者それぞれ自身においては一条目しか設定しておらないのである<sup>(14)</sup>。しかし「各自彼自身の行為が他人の行為によつて結果に対する原因にまで補充されることの認識と意思とをもつて行動する」<sup>(15)</sup>点から正犯とされるものなのである。従つて、ビルクマイアーが過失の共同正犯を認めたことは、彼が自己の因果関係論を

変えない限り、過失行為の間にも補充的因果関係の認識が存在するということを確認したことになるのではないかという推論が当然に可能となる。しかしこの重大な問題について彼は全く言及していないといつてよい。<sup>(16)</sup> 共同正犯は正犯であるから、一般の正犯と同様過失犯についても構成できるといっただけである。<sup>(17)</sup> そこで、次に、ビルクマイアーは、自己の因果関係論を放棄したのではないかという第二の推論が可能となる。つまり、もし過失行為の間に補充的因果関係の認識が認められないとする態度を保持するならば、一条件の設定者も正犯たり得るといふ立言は、条件と原因の区別の放棄を意味することになるのではないか、といわざるを得ないのである。<sup>(18)</sup> しかし、彼は、過失の共同正犯を認めると明言した内外比較刑法論の「共犯論」においても、自分の因果関係論を放棄するなどとはいつておらない。<sup>(19)</sup>

右に眺めたように、過失共同正犯の肯定に関連してビルクマイアーの正犯・共犯論は混乱した様相を示すに至つたのである。このような基盤の下では、過失同時正犯がいかに構成されるかという点も不明確といわざるを得ない。

仮に、過失同時正犯は、行為者が各自の行為において過失的に結果の原因を設定することによつて成立する、という態度を貫いたとしても、原因と条件とを量的に区別することが可能かという批判、<sup>(20)</sup> 可能だとしても、本来、何が殺人行為か何が窃取行為かという判断は、単なる力の分量によつて機械的に決まるものではないのではあるまいか、という根本的な批判<sup>(21)</sup>に耐えることができるかどうか、極めて問題といわなければならない。ビルクマイアーが、プーリの因果関係論に批判的検討を加えることにより、「最有力条件説」を唱道し、犯罪の实行、行為の實質的内容として最有力条件を考えるに至つたそのゆき方は示唆的である。<sup>(22)</sup> しかしわれわれはビルクマイアーに従うことはできない。

(1) K. Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff, S. 7; auch vgl. S. 31 A. 26. しかし哲學的原因概念の純論理的な正犯性は否定できない  
 524 f. — ders. a. O. S. 6 f., 31 A. 25.

- (2) K. Birkmeyer, a. a. O. S. 12 ff. なお、ヒルクマイアーは、リストの原因概念も結局は哲學的原因概念と同じに帰すると批判  
 してゐる——ders. a. a. O. S. 14, 42 A. 64, 50 A. 77. 前出四二頁註(2)参照。
- (3) K. Birkmeyer, a. a. O. S. 17.
- (4) K. Birkmeyer, a. a. O. S. 9 f., 18; auch vgl. S. 33 A. 35, 34 A. 35 a, 59 A. 93. Dagegen M. E. Mayer, Causalzusammen-  
 hang, S. 21 ff.
- (5) K. Birkmeyer, a. a. O. S. 18, 58 A. 91, 60 A. 96; ders. Die Lehre von der Teilnahme, 1890, S. 57 f., 79 ff., 95 ff., 102,  
 112 ff.; ders. Teilnahme am Verbrechen (VDA. II. 1908) S. 19 ff. insb. 21 ff., 140 ff.
- (6) K. Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme, S. 95. Vgl. K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, I. 2 A. 1890, S.  
 111 ff.
- (7) K. Birkmeyer, L. v. Teilnahme, S. 104. 多数正犯と共同正犯、同時犯の関係については、内田・過失共同正犯の成否(法学  
 名義集八卷三・四号)四頁以下。
- (8) K. Birkmeyer, L. v. Teilnahme, S. 127 ff.
- (9) K. Birkmeyer, L. v. Teilnahme, S. 127.
- (10) K. Birkmeyer, L. v. Teilnahme, S. 5, 123 ff.
- (11) K. Birkmeyer, L. v. Teilnahme, S. 127; auch S. 137. しかし、結果が当該行為者の行為だけでは絶対に発生し得ないとい  
 うことその結果がその行為者に予見可能かどうかということとは関係がない——Vgl. R. Hergt, Die Lehre von der Teilnahme  
 am Verbrechen, 1909, S. 101 f.
- (12) K. Birkmeyer, VDA. II. S. 146, 146 A. 4, 147, 148.
- (13) 補充的因果関係の意思に関しては、M. E. Mayer, a. a. O. S. 101. なお、内田・前掲論文六頁以下特に八頁註(5)。
- (14) K. Birkmeyer, L. v. Teilnahme, S. 102 f., 125, 136, 147 f.
- (15) K. Birkmeyer, L. v. Teilnahme, S. 125, 136. Dagegen G. Goetz, Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe (Str.  
 Abh. H. 115, 1911) S. 20 f.
- (16) K. Birkmeyer, VDA. II. S. 146:「幫助の故意なしに(過失の共同正犯への途を与えるため、)正犯の故意をもって」とはいわ

ない) 一の可罰的行為を共同で実行する数人の行為者は各人正犯として扱われるべきである。」過失の共同正犯の主観的要件につき、右の説明以上のものは見出されない。

(7) K. Birkmeyer, VDA. II. S. 148. この点を捉えてわたくしはビルクマイアーの過失共同正犯肯定論を支持できないと考えた。内田・前掲論文三四頁以下。

(8) この関係で、K. Birkmeyer, Ursachenbegriff, S. 58 A. 90 (いわく。結果惹起に対する寄与の程度において条件 a は条件 b に等しくかつ c d e ……に比し大である場合、および a b 間には程度の差があるが共に c d e ……に比しより多く寄与する場合には一個の結果でいつ二個の原因が肯定される) に対し、v. Buri, Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, S. 7 f.; L. Traeger, Kausalbegriff, S. 89 f. の批判(いわく。ビルクマイアーによれば、最もすくなく結果に寄与した条件だけが原因と呼ばれ得ないのであってその他の条件はすべて原因とされることになる) が想起されよう。

(9) Vgl. K. Birkmeyer, VDA. II. S. 19 ff., 140 ff.

(10) Vgl. L. Traeger, a. a. O. S. 90 ff.; R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 A. 1931, S. 12; H. Welzel, Strafrecht, 6 A. S. 44. ちうじては前註(8)を紹介したフリードリッヒ・トレーガーの批判参照。

(11) 滝川・犯罪論序説(改訂版昭二八)四一頁、H. Welzel, a. a. O. S. 44.

(12) 小野・犯罪構成要件の理論(昭二八)七三―七五頁は、ビルクマイアーに対し批判的であるが同時に好意的でもある。

### 第二款 M・E・マイアー(因果関係否認論以前の見解)

一 マイアーは必須条件を「狭義の原因」個別原因、「動機づけ」「法的に重要な条件」「法的に重要な条件」に区分けする。「法的に重要な条件」だけが刑法上問題にされない。「狭義の原因」が一般に正犯性を基礎づけるが「動機づけ」「法的に重要な条件」も正犯性を基礎づけ得るものである。<sup>(1)</sup>

「狭義の原因」とは、あらゆる素因(Antecedentien)の総体としての「広義の原因」のうちで、結果を可能ならしめるその他の状態(条件)を前提として結果を必然的にもたらすような動的条件(変更)<sup>(2)</sup>である。「動機づけ」とは狭

説

義の原因が現実的に作用するきつかけを与えるものである。「動機づけ」は同時に「条件」でもあり得る（マイアーはいう。石油ランプを一寸の動揺で倒れるような不安定な状態におくことは、突風（狭義の原因）が吹いてきてそのランプを倒し火災を起したことについての条件の設定であり動機づけである、と）。

論

さて、「条件」のうちで「法的に重要な条件」は、マイアーの因果関係論中最も独創的に説明されるものである。それは「狭義の原因」に対し次の三の特異な関係にたつ条件であるとされる。

① 因果継起関係⇨必須条件は結果に対し因果関係にたつことは当然であるが、「狭義の原因」に対しても必須条件関係をもつことがある。この関係を因果継起関係(5)という（銃をもつて狙っていた加害者とその弾丸に当つて死んだ被害者の間の一定の距離は、結果（死）の条件であると同時に狭義の原因（弾丸の命中）の条件でもある。子供をライオンの檻にとじ込めた者は、ライオンがその子供を喰い殺した場合には結果（死）の条件を設定したと同時に狭義の原因（ライオンが噛みついたこと）の条件をも設定したことになる）。

② 目的論的起因関係⇨条件と狭義の原因とは因果の関係にたつていないが、条件が、目的達成のために、存在する力としての狭義の原因を利用する場合である。この関係は特に条件が人間の故意行為である場合に問題になる（沈みつつある舟に人を搏りつけるような場合である）。

③ 潜在的起因関係⇨条件と狭義の原因とは因果関係にないが、条件が狭義の原因の添加によつて結果発生に至るであろうような可能性を内含する場合である（石油ランプを不安定な状態に放置することは、動揺すなわち狭義の原因によつて火災（結果）に至るべき可能性を内含した条件の設定である）。

これに対して、条件が作用を受けるべき実体を時間的にも空間的にも存在しない力に委ねるにすぎない場合、その

条件は「法的に重要でない条件」になるとされる（Aは下男Xが雷に当たって死んでくれればよいと考えて雷雨の中を使にだした。XはAの希望通り落雷にあつて死亡した。この場合、Aは、作用を受けるべき実体「X」を、時間的・空間的に、行為の際未だ存在するに至らない力「落雷」に委ねたことになる<sup>(9)</sup>）。

二 すでに一言したように、マイアーによれば、「法的に重要でない条件」を除いて他はすべて共犯性・正犯性の客観面を基礎づけ得るものである。通常の場合には、あとは故意・過失という主観面での基礎づけがあれば、行為者は当該犯罪の正犯として可罰的たり得るわけである。しかし、数人の行為が競合する場合には、それ自体では正犯性の客観面・主観面を基礎づけ得る行為も、共犯関係が肯定されない限り、責任能力者の自由にして故意ある行為が結果と該行為との間に介入することによつて、その客観面での法的重要性を失うに至る——因果関係が中断するのではないが——とされる（マイアーは、二個の行為a・bをとりあげ、客観面で共に狭義の原因を設定した場合、共に正犯性を基礎づけ得る条件を設定した場合、一が原因を他が条件を設定した場合を想定し、これに主観面で共に故意の場合、共に過失の場合、一が故意他が過失の場合をそれぞれ組合わせ、それ自体正犯性を基礎づけ得る原因・条件としての行為aが、介入してきた第二の行為bによつていかに影響されるかを考えようとする。まず、いわゆる補充的因果関係の認識がある場合すなわち共犯関係が存在する場合は、共犯という法律上重要な関係が肯定されるわけであるから、ここでは問題にされない。次にbが責任無能力者の行為・非故意行為・強制された行為である場合には、aの法的重要性はbによつて影響されない。しかしbが責任能力者の自由にして故意ある行為である場合は、aの法的重要性は排除されるのである。aについて更に責任の問題を検討する意味がないことになる。aは、通常、未遂として構成される<sup>(10)</sup>）。

しかし、われわれの扱う過失同時犯においては、右のような現象は当然考えられない。それ自身客観面・主観面で正犯性を基礎づけ得る行為は共に過失の同時正犯とされるわけである。たとえば、前掲【例二】は、マイアーによれば過失同時正犯として罰せられることになるであろう（マイアーの次の説明から当然に推論できる帰結である。マイアーはい

説

う。「Aは家に火を放った。しかし通風がなくて焰は消えようとしていた。……下男Cは過失的に石油をこぼし火勢を熾にした。Aは放火犯として罰せられる」。

論

三 右に紹介したマイアーの見解は独創的であり、論理的にもきびしい態度をもつて展開されているが、疑問の点が多い。

まず、われわれの直接の関心に係るところの過失同時犯の問題において、なぜ事後に介入してきた過失行為によって始めの過失行為の因果的重要性が排除されないのか、という点が問題になる。マイアーは次のように説明する。

「人間は、法に対し、彼が欲するところについて責任を負うのではなく、彼が行ったところについて責任を負う。しかし他人が行ったところについてではなく、彼が行ったところについて責任を負う。ところで、結果が責任能力者の自由にして故意ある行為によつて発生した場合には、それ以前に他の人間がその結果を志向して行動にでていたかどうかは正犯性の確定にとつて重要でない。なぜかならば、第二の行為者にとつては、彼が歩み寄つて合流した状態が犯罪的挙動のもたらしたものであるかどうかは問題でないからであり、また、第一の行為者はたしかに彼の行動を通じて結果を惹起しようという意思を表明したわけであるが、彼の行動ではなく事後に表われた身体活動が完成した結果を現にもたらしたのだからである。」<sup>12</sup>しかしながら、ここから直に、責任能力者の自由にして故意ある行為が介入した場合にだけ、先行した行為の因果的重要性が排除されるという結論に到達できるであろうか。右のマイアーの説明において、「責任能力者の自由にして故意ある行為」の代りに他人の過失行為を挿入した場合、違つた説明を加えなければならぬ理由はあるだろうか。事後に介入した過失行為が「完成した結果を現にもたらしたのだ」といつてすこしも不当ではないのではあるまいか。ところがマイアーはこの点について次のようにいつている。「すくなくとも自ら注意・予

見を欠くことを示す者は、他の人間について注意・予見を要求することはできない。従つて彼の行為はいかなる結果(Folge)をも持ち得まい。」<sup>(14)</sup> それであれば、過失同時犯においては、行為者はそれぞれなんらの結果をも持ち得ないことになるであらう。

このように、マイアーの因果関係論に拠つて過失同時犯の正犯性を基礎づけようとするならば、一方では、「責任能力者の自由にして故意ある行為」が問題とならないという点において、本来、正犯性を基礎づけ得る原因・条件の設定者は主観的要件(過失)の確定をもつて当然に過失同時正犯とされることになる。ところが他方、なぜ、故意行為が介入した場合に限つて、正犯性を基礎づけるに足る始めの原因・条件が既遂の正犯として性格づけられることを中止するに至るか、という点を追求してゆくと、結局、過失同時正犯は構成できないという結論に達せざるを得ないことになる。われわれはまずこの点に疑問を感じる。<sup>(15)</sup>

マイアーに対する疑問は、さらに彼の因果関係論の根本的な問題にも及ばざるを得ない。ある条件が法的に重要であるとされ、あるいは重要でないとされる根拠に係る。論点は、条件が存在しない力を利用しようとした場合と存在する力を利用した場合の相違にしばられ得るであらう。マイアー自身この相違をあきらかにすることはむずかしいと認めている。しかし、その難点は、事実の確定の困難さにつきるのである。<sup>(16)</sup>

さて、マイアーによれば、落雷を期待して他人を野原に赴かしめることは未だ存在しない力を利用しようとするだけであり、沈みゆく舟に他人をしばりつけることは存在する力を利用しているとされる。しかし、トレーガー<sup>(17)</sup>が指摘するように、二種の電氣を持った雷雲には沈みゆく舟の場合における水と同じように力が存在しているといえる。マイアーのいわゆる存在する力の利用と存在しない力の利用の相違は、その力を利用する場合における、結果発生に關す

説  
論

る予見可能性の強弱の相違にはかならないのではあるまいか(沈みゆく舟に人をしばりつける場合には、結果発生の予見可能性は強く、落雷を期待して人を野原に赴かしめる場合には、落雷があるかどうかの予見可能性は弱いということは可能である。存在する力を利用することと存在しない力を利用することの区別は、ここにその解決の鍵をおいているのではなからうか)。そうだとすれば、純粹に客観的な面で条件間の差異を発見し得ると信じたマイアーの根本的な態度自体に大きな疑問がなげかけられることになる。

以上の検討を経て、われわれはマイアーの世界にもとまり得ないことを認めなければならない。

- (1) 西原・間接正犯論序説(早稲田法学三二巻三・四冊)二四三—二四五頁によれば、マイアーは、教唆犯を「動機づけ」として、従犯を「原因に対し起因的關係に立たない単なる条件の設定」として構成したとされる(西原講師において、原因に対し起因的關係に立たない単なる条件とはいかなる条件を指すのかあきらかではない)。しかし、マイアーは、「動機づけ」も場合によっては間接正犯たり得るとし、条件の設定も共同正犯たり得るとしているのである—M. E. Mayer, Causalzusammenhang, S. 112 ff., 117 ff.
- (2) M. E. Mayer, a. a. O. S. 26 ff., insb. 30 ff., 51 f.
- (3) M. E. Mayer, a. a. O. S. 34 ff.
- (4) M. E. Mayer, a. a. O. S. 37 A. 1, 56, 74.
- (5) „Generation” をここでは総起關係と訳したい(滝川(春)・M・E・マイヤー—木村編刑法学入門一九一頁以下は「発生」と訳す)。但レヴィーが、条件と原因との間に „teleologische Generation”, „potentielle Generation” がある場合と称するところは目的論的起因關係、潜在的起因關係と訳すこととする。マイアーは Generation 概念を利用することの正当性を以下に求める。条件と原因は一緒に結果を生む。彼等は結果の両親である。ところが彼等は結果にとつて祖父母に当るところの両親を持つている—M. E. Mayer, a. a. O. S. 63.
- (6) M. E. Mayer, a. a. O. S. 61 ff., 84.
- (7) M. E. Mayer, a. a. O. S. 65 ff., 71 ff., 83, 84. 滝川(春)・前掲論文一九二頁は、「発生が目的論的」というのは、条件が目的を達成するために存する力として、狭義の原因に奉仕する場合で「(傍点筆者) であると説明される。正確でないであろう。

- (8) M. E. Mayer, a. a. O. S. 65 ff., 72 f., 74 ff., 84.  
(9) M. E. Mayer, a. a. O. S. 76 ff.  
(10) M. E. Mayer, a. a. O. S. 100 ff.  
(11) マイヤーは、後に、数人の行為が時間的に同時に競合する場合のほかは同時正犯は成立し得ないと説くに至った。M. E. Mayer, Allg. T. S. 385. しかし今われわれが検討しているマイヤーの見解には、かような限定は見出されない。因にマイヤーが同時正犯を厳格に同時に競合に限定するに至った根拠は、時間的に相前後する数人の行為について同時正犯を構成するときは、第二の行為が故意行為である場合、第一の行為の因果的重要性は消去されてしまう結果、数個の正犯行為を前提する同時正犯概念が矛盾に逢着するところにある。われわれが時間的に相前後する数個の過失行為を問題にしてゆこうとしていることの障礙にはならない。
- (12) M. E. Mayer, Causalszusammenhang, S. 102 A. 1, 106.  
(13) M. E. Mayer, a. a. O. S. 104 f.  
(14) M. E. Mayer, a. a. O. S. 102.  
(15) マイヤーは、当時どうしても対決しなければならなかった因果関係中断論に関し、因果関係の中断という概念自体は木製の鉄であるとしながらも、因果関係が中断する場合の一として論じられてきた「責任能力者の自由にして故意ある行為の介入」という現象にひき寄せられたのではなからうか。——Vgl. P. Pomp, Unterbrechung, S. 52 ff. なお因果関係中断論については次節参照。
- (16) M. E. Mayer, a. a. O. S. 78 ff.  
(17) L. Traeger, Kausalbegriff, S. 103 f.  
(18) Vgl. E. Hartmann, Kausalproblem, S. 40; L. Traeger, a. a. O. S. 104.

第三款 ナークラー

一 ナークラーによれば、そもそも因果関係論において「原因」を探求することは、違法判断、責任判断の基礎となす構成要件該当性という問題の事実的側面を確定すべき課題に奉仕することである。ところで、ある行為は、ある構成要件の充足にとつて決定的である場合に当該構成要件該当性を獲得する。しかるに構成要件の充足に決定的であ

説

るかどうかの判断は、個別的・具体的・客観的・経験的見地から、当該行為が社会的評価の下で当該構成要件の予定する結果にとり決定的条件とみられ得るかどうかに係っている。従つて、当該行為が、かような基盤の下で、当該構成要件の結果の決定的条件とみられたならば、その行為はその結果の「原因」とせられ、その行為はその構成要件に該当するといわれることになる。

このようなナークラーの根本的態度は直に正犯・共犯の分野に應用される。ナークラーはいう。構成要件の結果の原因設定者が正犯であり、単なる条件の設定者は共犯である、と。

二 社会的評価がいかなる条件を目してその結果の決定的条件であるとするか、という点にナークラーの見解における問題の核心がある。しばらくナークラーの説明をきこう。

① 生活の通則上決定的条件とされるのはまず次のようなものである。

(イ) 放火にあつて一旦無事に屋外に退避しながら、なんの理由もなく再び燃えさかる屋内に戻つて焼死んだ被害者本人の行為。つまり被害者本人が死の決定的条件を設定したのであつて放火犯ではないのである。

(ロ) 外套と共に携帯品預所に預けられたピストルを、不注意に扱つて事故を起した第三者の行為。つまりピストルを預けた本人は事故の決定的条件を設定したのではない。

(ハ) 雇主の不注意で覆いのないまま放置された危険な機械に、近道しようとして落込んだ被傭者自身の行為。

② 次に、社会関係上、他の行為との関係においては高価でありながら、相互に同価の数の行為——共働原因 (Mitverursachung)・複数原因 (Mehrheit von Ursachen)——も決定的条件といえる。これには次のような場合が算入される。

(イ) 「数人の諒解に基づいた共働があつて、結果が、彼等にとり、統一された力による実現への全体所為として表われる」場合。

(ロ) 数個の行為の間に諒解に基づいた共働は存在しないが、「それらの行為が社会的には同等に重要とみられる」場合(必要的併合行為)。たとえば、左官の怠慢な壁造りと大工の怠慢な屋根葺きが重なつて家が崩壊した場合とか一方の自動車運転手がカーブを減速しないで飛ばしたのに対し、他方の運転手も超スピードで走つてきたためブレーキをかけ得ずために衝突してしまつた場合である。さらには、医師がうっかり致死量の毒薬を処方箋に記入したのに対し、薬剤師が医師の過誤を充分認識できたにも拘わらず、そのまま患者に致死量の毒薬を交付してしまつたような場合もここに属する。

(ハ) 諒解に基づいた共働が存在しない場合で、さらに次のような場合にも共働原因が構成される。各共働者が同時に各自それぞれで結果発生に充分であるような行為を行つた場合とか、一人が結果発生に充分であるような行為を為し、他が防止義務を怠つてそれを放任した場合(運転手がスピード違反運転を行い、主人がそれを放任した結果、通行人を轢死させた)である。

ナイクラーの右の見解に従うならば、われわれの過失同時正犯は——わたくしの理解する限りではナイクラーは明言しておらないが——過失的に数個の「原因」を設定した場合および過失的に「共働原因」を設定した場合に成立するものであることはあきらかである。しかも原因とはなにか、共働原因とはなにかという問題も、右に眺めたようになり具体的に説明されている。従つてナイクラーによる過失同時正犯は、たとえば、②の(ロ)・[例四]左官の怠慢な壁造りと大工の怠慢な屋根葺きが重つて家が崩壊し死傷者をだした場合における左官と大工について、あるいは、②の

(イ)「**例五**」運転手が法外のスピードで車を飛ばし、主人もそれを知りながら止めようとしなかったところ、通行人を轢いてしまったという場合における運転手とその主人について肯定される。これに反して、本章第四節で紹介するよ  
うに、①の(ロ)において、ピストルを預けた者、ピストルを不注意に扱つて他人を死亡させた者をそれぞれ過失致死罪  
の同時正犯と考える論者が多いのであるが、ナイクラーによれば、ピストルを預けた者は原因を設定したことになら  
ないのであるから、正犯とせられないのである。

三 さて、われわれは、さきにビルクマイアーの見解を検討して、原因と条件とを結果に寄与した数量的度合に従  
つて区別することは不可能に近く、また仮に可能であるにしても、その区別は刑法上重要な区別とはいえないであ  
うと考えた。ナイクラーも、ビルクマイアーの理論が挫折したのは、専ら自然科学に依存して原因、条件の区別をた  
てようとした点にあると認めている<sup>19)</sup>。それ故にこそ彼は、社会的評価という契機を導入し、原因、条件の区別をた  
ようとするのである。しかもこの原因と条件の区別は、因果関係の理論として展開せられたものではあるが、しかし  
ナイクラーの傾きはむしろ構成要件該当性の理論への志向を示しているといわなければならない。従つてナイクラー  
に対する批判は、彼の掲げる決定的条件(原因)なるものによつて、構成要件該当性の事実的側面が明確にしかも妥  
当に決せられるかどうか、という点に向けられなければならない。

ところがナイクラーは、交通事故において結果の原因を設定した者は、交通規則に違反して衝突をひき起した者だ  
けであるという見解を表明している<sup>20)</sup>。ヴェルツェルは、この点を捉えて、因果関係の問題と違法性の問題の混同があ  
ると非難している<sup>21)</sup>。ナイクラーの真意は因果関係の問題を超えた構成要件該当性の問題解決にあるとしても、構成要  
件該当性を違法性に依存させることは正当でないといわなければならない。また、ナイクラーは、過失的に生成せられ

た危険状態に、独立して介入する故意行為がある場合には、その故意行為だけが原因とされるべきであるともいつて<sup>(13)</sup>いる。なぜ、独立して介入する故意行為だけが、原因すなわち社会的評価の下での決定的条件とされるのか、という点は明確でない。さらにまたナークラーは、第一の行為がそれ自体結果発生に充分である場合以外では、仮に第二の行為が第一の行為に比し結果惹起への寄与の度合において劣っていたとしても、第二の行為を原因とするべきであるという<sup>(14)</sup>。しかし、なぜ第二の行為が決定的な意味をもっているのかという点の理由はあきらかでない。ナークラーの決定的条件の内容は、極めて曖昧なものとなってしまうといわざるを得ない。従つて、ナークラーによれば、たとえば「例四―例五」は過失同時正犯とされるわけであるが、われわれはこれをそのまま肯定することができないのである。

- (1) J. Nagler, Leipziger Kommentar, 8 A. S. 19.
- (2) J. Nagler, a. a. O. S. 19, 27 f.
- (3) J. Nagler, a. a. O. S. 31.
- (4) J. Nagler, a. a. O. S. 29.
- (5) J. Nagler, a. a. O. S. 29.
- (6) J. Nagler, a. a. O. S. 29.
- (7) J. Nagler, a. a. O. S. 30.
- (8) J. Nagler, a. a. O. S. 30.
- (9) J. Nagler, a. a. O. S. 30.
- (10) J. Nagler, a. a. O. S. 27.
- (11) J. Nagler, a. a. O. S. 27.
- (12) H. Welzel, Strafrecht, 6 A. S. 45.
- (13) J. Nagler, a. a. O. S. 29.
- (14) J. Nagler, a. a. O. S. 30 f.