

タイトル	正犯と共犯（17）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，59(1)：89-117
発行日	2023-07-30

論 説

## 正犯と共犯 (17)

吉 田 敏 雄

### 目 次

第1章 関与理論の基礎

第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)

第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)

(以上第54巻第2号～第56巻第3号)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

第1節 共同正犯の法規定の意義と基本構造

第2節 犯罪共同説と行為共同説

1. 学説

2. 判例

3. 機能的所為支配説

第3節 共同正犯の要件

1. 共同の所為決意

A. 共同正犯と同時犯の境界づけ

B. 共同の所為決意の放棄

a. 未遂段階における放棄

b. 準備段階における放棄

(以上第56巻第4号)

2. 共同正犯者の過剰

3. 共同正犯者の錯誤

A. 客体の錯誤

B. 表見的共同正犯

4. 共同の所為決意と承継的共同正犯

A. 学説

a. 肯定説

b. 否定説

c. 限定的肯定説

d. 所為支配から見た承継的共同正犯論

B. 共同正犯の成立範囲

a. 既遂前の承継的共同正犯

b. 既遂後の承継的共同正犯の可能性

(以上第57巻第1号)

第4節 共同実行

1. 所為寄与の重要性と因果関係

論 説

- A. 個々の所為寄与の重要性 (= 核心性)
- B. 集合因果関係
- 2. 実行段階における協働
- 3. 準備段階における協働
- 4. 狭義の所為支配説と広義の所為支配説
- 5. 共謀共同正犯

- A. 判例の変遷 (以上第 57 卷第 2 号)
- B. 共謀共同正犯の理論的根拠づけ
- C. 共謀共同正犯の成立要件
  - a. 共同の所為決意 (= 共謀)
  - b. 共同の実行
  - c. 実行行為

第 5 節 共同正犯の未遂

第 6 節 過失犯の共同正犯

- 1. 問題の出発点
- 2. ドイツ語圏における過失犯の共同正犯をめぐる論争
  - A. 概説
  - B. 過失犯の共同正犯否定説
    - a. 無罪説
    - b. 注意義務違反前倒説
    - c. 統一的正犯者概念
    - d. 不作為犯論
    - e. 危険増加論
    - f. 過失犯二分論 (以上第 57 卷第 3 号)

3. 過失犯の共同正犯否定論から共同正犯肯定論へ

- A. スイス連邦裁判所の判例
- B. 共同正犯否定説の検討
  - a. 共同の所為決意
  - b. 目的所為支配の欠如
  - c. 法的基礎
  - d. 因果関係
  - e. 正犯と共犯の区別
  - f. 危険化行為の侵害犯への解釈変更
  - g. 可罰性の拡大
  - h. 相互帰属 (以上第 57 卷第 4 号)

4. 過失結果犯の共同正犯

- A. 総説
  - a. 「共同」と「正犯」
  - b. 結合点
- B. 成立要件
  - a. 「共同」正犯
    - aa. 主観的共同

- bb. 客観的共同
  - b. 共同「正犯」
    - aa. 個別寄与の重要性
    - bb. 個別寄与の態様
    - cc. 注意義務違反
      - a. 個別行為による注意義務違反
      - β. 注意義務違反と「共同」の分離
      - γ. 全関与者の注意義務違反の不要性
    - c. 他説の検討
      - aa. 「共同の義務の共同の違反」説
      - bb. 「客観的に同一の義務」説
    - d. 客観的帰属
      - aa. 因果関係と客観的帰属
      - bb. 客観的帰属
        - a. 行為帰属
        - β. 結果帰属
- (以上第 58 卷第 1 号)
- 5. 過失挙動犯における共同正犯
    - A. 出立点
    - B. 過失挙動犯における共同正犯の要件
      - a. 結合点と共同
      - b. 「重要な」個別寄与と注意義務違反
  - 6. 過失犯の共同正犯における正犯と共犯の区別
    - A. 出立点
    - B. 正犯と共犯の境界設定
      - a. [重要な] 個別行為
      - b. 注意義務違反
  - 7. 合議体決議における「作為」過失犯の共同正犯
    - A. 出立点
    - B. 成立要件
      - a. 「共同」正犯
        - aa. 主観的共同
        - bb. 客観的共同
      - b. 共同「正犯」
        - aa. 個別寄与の重大性
        - bb. 注意義務違反
      - c. 因果関係と客観的帰属
- (以上第 58 卷第 2 号)
- 8. 過失不真正不作為犯の共同正犯
    - A. 概説
      - a. 過失不真正不作為犯の共同正犯の意義
      - b. 結合点
    - B. 成立要件
      - a. 保障人の地位

論 説

- aa. 保障人の地位と「共同」「正犯」の関係
  - bb. 過失不真正不作為犯の共同正犯と単独正犯
  - b. 共同
    - aa. 出立点
    - bb. 主観的共同（共同の不作為決意）
    - cc. 客観的共同（全体不作為）
  - c. 個別寄与
    - aa. 「重要な」個別寄与（個別不作為）
    - bb. 注意義務違反
  - d. 結果の帰属
    - aa. 仮定的因果関係
    - bb. 客観的帰属
      - a. 行為帰属
      - β. 結果帰属
9. 不作為の関与者と作為の関与者間の共同正犯
- A. 出立点
  - B. 共同正犯の基礎づけ （以上第 58 卷第 3 号）
10. 合議体決議における過失「不真正不作為犯」の共同正犯
- A. 作為と不作為の区別
  - B. 保障人の地位
  - C. 共同
  - D. 個別寄与
    - a. 「重要な」個別寄与
    - b. 注意義務違反
  - E. 結果の帰属
    - a. 仮定的因果関係
    - b. 客観的帰属
11. 不作為決議がない場合の決議機関構成員の不作為
- A. 問題の出立点——ドイツの裁判例——
  - B. [共同] 正犯の成否
  - C. 単独正犯の可能性
    - a. 保障人の作為義務と因果関係
    - b. 不作為犯による単独正犯の結合点とその義務 （以上第 58 卷第 4 号）
12. わが国における過失犯の共同正犯論
- A. 学説
    - a. 共同正犯の構造論からの取り組み
      - aa. 犯罪共同説
      - bb. 行為共同説
    - b. 過失犯の構造論からの取り組み
    - c. 過失犯の共同正犯の成立要件にかかわる問題点
  - B. 判例 （以上第 59 卷第 1 号）

## 第4章 共同正犯者（正犯者類型 その三）

### 第6節 過失犯の共同正犯

#### 12. わが国における過失犯の共同正犯論

本章第6節1～11では、過失犯の共同正犯が肯定されるべきことの論拠及びその成立要件が論じられたのであるが、それを踏まえて以下ではわが国の学説及び判例の概観及び検討が為される。従来、過失犯の共同正犯は、共同正犯の構造の捉え方の相違から、犯罪共同説と行為共同説の対立関係で論じられてきた<sup>(442)</sup>。しかし、新過失犯論の登場と共に、過失犯の構造という観点からも論じられるようになって来た。これは、過失犯における共同正犯が過失犯と共同正犯の交錯領域であることを反映しているものである。

#### A. 学説

##### a. 共同正犯の構造論からの取り組み

aa. 犯罪共同説 かつて、犯罪共同説からは過失犯の共同正犯の否定説が、行為共同説からは過失犯の共同正犯の肯定説が導かれると解されていた。すなわち、犯罪共同説は次のように論ずる。「過失犯は結果を予見して実現を期する行為ではないから、その未遂というものがありえないように、その共犯を考えることもできない。予期しない意外な結果に向かって数人が共通の目的を持つという現象を考えること自体が自己矛盾である。数人が共通の目的を持つことのできるのは、過失によって実現するにいたった意外な結果に対してでなく、それとは異なる別個の事実に向かってのことである。その別個の事実に向かう協力関係から意外とすべき結果が発生したとき、その協力関係にともなう軽率な行為が原因となっていることがある。それは結果を発生せしめるような不注意な行為（結果回避義務違反の行為）を共同して行うものである。この行為の共同をとらえて共犯と見れば、過失の共犯も考えられるわけであるが、過失犯の構成要件は結果を含んでいるのであるから、不注意の点にだけ行為の共同があっても、構成要件事実についての共同があったことにはならない。そこにはただ共同行為を原因とする結果が存在するだけであって、結果を志向する共同行為が全然存在するのではないから、一定の犯罪事実を実現するという共同意志が存在しない。したがって、犯罪共同説からは、過失の共同正犯を考えることはできない。しいて考

えようとするならば、行為共同説によるか、そうでなければ、過失犯には例外的に犯罪共同説の適用がないものとするよりほかはない。」<sup>(443)</sup>

このように、犯罪共同説に立脚して過失犯の共同正犯を否定する説の中核にあるのは、共同正犯の成立には、特定の犯罪的結果を共同して実現することについての意思連絡、その基礎にある**故意の共同**が必須であるという思考である<sup>(444)</sup>。しかし、この意味の故意の共同は、故意の共同正犯の要件として必要であっても、共同正犯それ自体の概念要素として絶対不可欠のものとはいえない。このような過失犯の共同正犯否定説は、刑法第60条の「二人以上共同して犯罪をしたる者」という概念規定を、故意犯を基準としてその共同実現の態様を類型化したものという前提に立つのであるが、同規定の文言上そのように解すべき必然性はない。同規定は、実行行為を共同にする者を共同正犯とする点に、その本旨があると解されるからである<sup>(445)</sup>。実際、既に、犯罪共同説に立つ大場は過失犯において共同正犯の成立のあることを、故意と過失罪の行為をする意思とを区別して、肯定していた。「過失犯ノ共犯ハ行為者カ行為ヲ為スノ意思アル場合ニ存スルモノナレハ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ルモノトス。而シテ其行為ヲ為スノ意思ト故意トハ同シカラス。故意ハ行為ヲ観念シナカラ之ヲ為スノ意思（茲ニ所謂意思）アルニ止マラス犯罪構成ノ要件タル行為ノ客体手段時若クハ所等ノ性質ヲ観念スルコトヲ要スル点ニ於テ茲ニ所謂意思ト同シカラス。之ヲ要スルニ過失犯ノ共同正犯アリト為サントスルニハ数人共同シテ過失タル行為ヲ為スノ意思アリタルコトヲ必要トス。」<sup>(446)</sup>

第二次世界大戦後は、前掲〔裁判例23〕最判昭和28・1・23刑集7・1・30〔メタノール含有『ウイスキー』販売事件〕判決を契機に、過失犯における共同正犯をめぐる議論が活発となり、犯罪共同説に立つ論者からも、過失犯の共同正犯が肯定されるようになってきた。「共同行為者が、互いに不注意であったために、相互に不注意を助長・促進する結果となり、ために法益侵害を惹起したと評価しうるときには、その過失的共働に対して、共同正犯の成立」<sup>(447)</sup> するとか、「過失犯の性格上、二人以上の者の共同行為によって生じた結果に対して、当然に共同正犯を認めることはできない。注意義務の違反は、原則として、各行為者ごとに論ぜられるべきものだからである。しかし、法律上、共同行為者に対して

共同の注意義務が課せられている場合に、共同行為者がその注意義務を共同して違反したとみられる客観的事態が存在するときは、そこに、過失犯の共同正犯の構成要件該当性があったといえるのであり、さらに、共同行為者の各自の責任過失も認められる場合には、過失犯の共同正犯が成立すると解しうる<sup>(448)</sup>と説かれる。目的的行為論の立場からも、「過失犯における実行行為とは、……客観的注意に違反した、構成要件の結果惹起の現実的可能性のある非故意の行態であるが、こうした行態を共同にすることは可能であるから、実行行為を共同にするという意思と事実とがみとめられる場合には、過失犯の共同正犯が肯定される<sup>(449)</sup>」と説かれる。しかし、ここには、共同正犯の成立には特定の構成要件的结果についての意思の連絡を要求する犯罪共同説の本来の出立点からの逸脱が見られるが<sup>(450)</sup>、この背景には、故意、過失を専ら責任形式ないし責任条件と解する旧過失犯論から、過失犯にも構成要件段階での実行行為の存在を認める新過失犯論への理論的変遷がある<sup>(451)</sup>。

bb. 行為共同説 行為共同説に依ると、共同正犯とは前構成要件的・前法律的な行為を共同するもので、特定の犯罪を共同するするものではないから、過失犯にあっても、「たとえ故意行為におけるように前構成要件的に重要な結果の認識としての故意がないにしても、過失行為が単純な因果関係の生起ではなく、構成要件的に重要ではないが不注意な目的(的)行為を原因とするものであり、その目的(的)行為は意思行為であり、その意思行為の共同、従って、共同正犯も可能である」と説かれる<sup>(452)</sup>。行為共同説はさらに次のような説明もする。例えば、丙を野獣と誤認して、甲と乙が意思の連絡のもとに、これに向かって発砲したところ、甲の弾丸だけが命中して丙を死亡させた場合、「丙を野獣と誤認した点に過失があり、甲・乙が共同して発砲した行為は、「たんなる前・法律的事実ではなくて、まさしく過失致死罪の『構成要件的行為』である。その行為を共同しておこなったのであるから」、過失致死罪の共同正犯が認められると<sup>(453)</sup>。

このように、行為共同説に立脚するとき、過失の共同正犯は容易に肯定されうるのであるが、「前構成要件的・前法律的行為」が結果の発生をもたらすと、当該行為が直ちに過失行為として違法な行為になるなら、それは不合理であるとの指摘がなされる。例えば、共同運転による自動

車事故において、その共同運転行為自体は前構成要件的・前法律的な行為であるが、それについて意思連絡があっただけで、共同で事故を起こすことを意図したわけでないのに、事故が発生すると、直ちにその結果について過失共同があったとすることは飛躍である。ことに、共同運転中、共同者の一人の不注意により結果が発生した場合、他の者も過失共同正犯になるとするのは問題なので、前構成要件的・前法律的行為のすべてが共同行為になるのではなく、「不注意な目的的行為の共同」が過失犯における共同行為であることが必要であると論じられる<sup>(454)</sup>。

ところで、同じ行為共同説に立ちながらも、過失の共同正犯は否定されるべきだと説かれることがある<sup>(455)</sup>。刑法第38条第1項が同第60条以下の規定にも適用されるとすれば、「特別の規定」がない以上、過失犯を処罰することはできないというのがその根拠である。本説は、行為共同説の立場からすると、理論的には過失共同正犯・教唆犯・幫助犯のすべてがありうるものの、現行法は、それらを処罰しない趣旨であると論ずる。さらに、本説は過失犯についても限縮的正犯概念が妥当し、故意犯であれば正犯となる場合にのみ過失犯は成立し、共同正犯については実行共同正犯のみを認めるので、共同作業中の事故についてのみ過失の共同正犯が考えられるが、それは過失の同時犯としても捉えられようと論ずる。例えば、甲と乙が屋上から大きな材木を二人で抱えて落下させたところ、通行人に当って傷害を負わせた場合は、過失の同時犯とすれば足りるが、〔設例18〕のように、甲と乙のいずれの投棄した角材が通行人に当たったのか不明であるとき、同時犯であって証明ができないので、甲と乙いずれも無罪となる。本説は過失犯の共同正犯を認める法的基础の欠如を根拠とするのであるが、しかし、本説には疑問がある。過失犯の共同正犯というのは、過失犯の処罰規定のある場合を前提とするのであるから、法的基础が欠如するとはいえない。さらに、本説よると、〔設例18〕のような場合は無罪となるのであるが、これは耐え難い結論である。仮に故意で行われたのであれば、甲、乙それぞれの結果との因果関係の存否にかかわらず、共同正犯が成立するからである<sup>(456)</sup>。

#### b. 過失犯の構造論からの取り組み

過失犯における共同正犯の問題は過失行為の本質の観点からも論じられる。犯罪共同説の立場から、次のように論じられる。「過失行為は、も

ととも、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っ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、過失の共同正犯の成立を論ずるのは、過失犯の本質に即した議論ということができないであろう<sup>(457)</sup>、すなわち、「過失犯に犯罪性を付与する本質的部分はむしろ行為者人格による統制を受けながらも意識下にとどまっている部分であり、その部分の共同ということは、さしあたり考えることが困難のように思われる」<sup>(458)</sup>。しかし、本説は、過失犯の非難の対象は過失行為であり、この行為自体に（目的的）意思支配のあることが過失犯成立の前提となることを看過している<sup>(459)</sup>。木村は正當にも次のように指摘する。過失行為は「構成要件的に重要ではないが不注意な目的（的）行為を原因とするものであり、その目的（的）行為は意思行為であり、その意思行為の共同、従って、共同正犯も可能であり、その意思行為の意思の決定、従って、教唆も、その意思行為の幫助、従って、従犯も亦可能である」<sup>(460)</sup>と論じ、意識的な部分は過失行為の本質でないとする團藤説を次のように批判する。「意識的とか無意識的ということの意味ははっきりしないが、その意味は、過失行為は、故意行為が構成要件的结果の認識を本質とするのに対して、構成要件的结果を不注意によって認識しない点に特色があり、その点が無意識的なものであり、過失行為の本質だと解せられるのであろう。ところが、その場合、過失行為が構成要件的结果を認識しないという要素は、非・故意行為としての過失行為を故意行為から区別する消極的な特色たることは周知のとおりであるが、それでは過失行為の積極的な特色は何かというと、それは不注意であり、そのことも一般に認識せられている。そして、その不注意ということが過失行為の本質的要素たることは何人にも異論のないところであろう。ところが、この不注意が原因になって構成要件的结果の不認識ということが成立するのであるが、その不注意ということは、抽象的に存在するものではなく、一定の具体的に意識的な行為、例えば、発砲するとか、物を投げるとか、自動車を運転するとか、酒をのむとかというような行為に不可分的に結びついて現実に存在するのである。そうすると、このような過失犯の本質的要素を含むところの意識的な行為の部分を基礎として、過失犯の共同正犯を論じるのは、『過失犯の本質に即した議論ということができない』どころか、正しく、『過失犯の本質に即した議論』といわねばならないのである」<sup>(461)</sup>と。

内田も、木村説を基本的に支持して、「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」「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って、一個の全体としての構成要件該当（充足）かつ違法な行為→結果となることができるであろう、従ってそこに過失共同正犯が考えられるであろう」<sup>(462)</sup>と論じ、過失犯の本質が「不注意な目的的行為」にあること、したがって亦不注意な目的的行為の「共同」も可能であるとする<sup>(463)</sup>。

c. 過失犯の共同正犯の成立要件にかかわる問題点 過失犯の共同正犯の肯定説は、その成立には、過失犯の共同実行が必要であり、「危険の予想される状態において、事故防止の具体的対策を行なうについての相互利用・補充という関係に立ちつつ結果回避のための共通の注意義務を負う者の共同作業上の落度が認められるときが、過失犯の共同実行であるとして、[設例 18] のような場合、「具体的な被害事実の原因が、一体となって協力し作業している AB 両名のいずれの動作により生じたかを判別できなくとも、両者の共同の注意義務違反の所産として、両者がそれぞれの結果を生ぜしめたのと同じく処罰することができる」と論ずる<sup>(464)</sup>。本説の云う「共同義務の共同違反」について、さらに次の説明が加えられる。①共同者には共通の義務の注意義務が課せられていなければならない、注意義務が共通であるとは、必ずしも義務内容が同一である必要はなく、義務の履行につき各人が相互に利用・補充の関係にあれば足りる。②注意義務に共同で違反しなければならないが、そういいうるためには、各人がそれぞれ注意義務に反したというだけでなく、相手方の違反にも注意せず、共同者間で「全体として一個の不注意」が形成され、その不注意との因果関係において結果が惹起されたという関係が認められねばならない<sup>(465)</sup>。

他方で、次のように論じられることもある。注意義務に媒介された過失「行為」の共同、つまり、「法律上、共同行為者に対する共同の注意義務が課せられているばあいに、共同行為者がその注意義務に共同して違反したと見られる客観的事態が存在するときは、構成要件的行為の共同の客観的注意義務違反がみとめられ、過失犯の共同正犯の成立が可能となり得る」、つまり、端的に云うと、「共同の注意義務の共同違反」の必

要性を論じ、さらに、その義務内容につき、「共同者の各自が単に自己の行為について注意を払うだけでは足りず、他の仲間の者の行為についても気を配り、互いに安全を確かめ合う客観的義務、つまり、「相互監督義務」を要求する。例えば、数名の作業員が、ビルの屋上の作業現場から共同して太い材木を地面へ投げ下ろすに当っては、それらの者には、地上の歩行者などを傷つけないように配慮すべき共同の注意義務が課せられているのであり、その義務は、共同者の各自が単に自己の行為について注意を払うだけでは足りず、他の仲間の者の行為についても気を配り、互いに安全を確かめ合って材木を投下すべき義務であるから、もし材木を下にいた通行人にあてて負傷させた場合には、共同者全員の注意義務違反が認められると<sup>(466)</sup>。この説明中の事案では、一本の材木を数名の者が一緒に投げ下ろした場合が想定されている。[設例 18]のような「相互監督義務」のない場合、つまり、2個の義務違反の重なりがない場合には共同正犯の成立はないということである。これは刑事政策的に耐え難い結論である<sup>(467)</sup>。

これらの成立要件論は、過失犯における共同正犯の「共同」の要件と「正犯」の要件を截然と区別して論じないところに問題が在る。既に検討したように、過失犯の共同正犯の第一の要件は、全体行為の「共同」にかかわるのであって、その主観的及び客観的要素の検討が為されるべきである。この「共同」があったとしても、さらに、「正犯」にかかわる第二の要件が必要である。「正犯」を基礎づけるのは、個別行為の重要性、及び、個別的（主観的）注意義務違反である。注意義務違反の問題は「共同」とは関係がない<sup>(468)</sup>。

## B. 判例

大審院時代、次の①と②は過失の共同正犯を否定した。

①大判明治 44・3・16 刑録 17・380 「被告等ハ共同的過失行為ニ因リテ他人ヲ死ニ致シタルモノナレトモ共犯ニ関スル総則ハ過失犯ニ適用スヘキモノニ非サルヲ以テ原判決ニ於テ被告等ノ過失致死罪ヲ処断スルニ付キ刑法第六十条を適用セサリシハ相当ナリ」。

②大判大正 3・12・24 刑録 20・2618 「二人ノ共同過失ニ因リ他人ヲ死傷ニ致シタル犯罪ハ共犯ニアラス」。

①と②は、一方又は双方の行為と結果との間の因果関係が不明なため、片方又は両方を無罪とせざるを得ないという事案についての裁判例ではない<sup>(469)</sup>。

次の③は業務上過失致死罪の共同正犯を認めた原判決を支持した。

③大判昭和10・3・25刑集14・339「被告(甲)ハ被告乙ト共同シテ丙ニ対シ祈祷ヲ施シ其ノ病魔ヲ退散セシムヘク手ニテ丙ノ身体ヲ擦リ又揉ミタルカ同人ノ下腹部及鼠蹊部ニ病魔アリト做シ特ニ強く揉ミタル結果下腹部ニ擦過傷ヲ負ハシメタルヲ以テ被告等ハ右損傷ニ付テハ細菌ノ侵入ニ因リ疾病ヲ醸スルコトナキ様細心ノ注意ヲ払ヒ消毒其ノ他安全ナル方法ヲ施シ若シ悪化ノ虞アル場合ニハ医師ノ治療ヲ受ケシムル等危険防止ノ為周到ナル注意ヲ為スヘキ業務上当然ノ注意義務アルニ拘ラス其ノ儘放置シタル為該損傷ヨリ化膿菌侵入シ其ノ結果敗血症ヲ惹起セシメ丙ヲシテ死亡スルニ至ラシメタリト謂ウニ在ルヲ以テ即チ原判決ハ被告兩名カ丙ニ対シ擦過傷を負ハシメ業務上注意義務ヲ欠キタル為メ該擦過傷ヨリ細菌ヲ侵入セシメタリト認定シタルコト明白ナルヲ以テ所論ノ点ヲ判示スルノ要ナク従テ原判決ハ理由不備ノ違法アルコトナシ」。

本件は、過失犯の共同正犯の否定説からは、甲、乙のいずれの行為から結果が発生したかの証明がない限り、甲、乙ともに無罪とせざるを得なかった事案であるが、大審院は甲、乙兩名を有罪とした原判決を維持した。それ故、大審院が一般的に過失犯の共同正犯を否定していたとは云い難い<sup>(470)</sup>。

第二次世界大戦後、最高裁は過失犯の共同正犯を明白に肯定するに至った。

④最判昭和28・1・23刑集7・1・30〔メタノール含有「ウイスキー」販売事件〕(参照、前掲〔裁判例23〕)。本事案では、メタノール含有「ウイスキー」の過失販売という挙動犯が問題となっているので、被告人のそれぞれの注意義務違反を認め、同時正犯として処罰することも可能であったにもかかわらず、最高裁は刑法第60条を適用して過失犯の共同正犯の成立を認めた。しかし、その理論構成が明確でないため、判例としての意義は乏しい<sup>(471)</sup>。

その後、上記④最高裁判決に従って過失犯の共同正犯を認める下級審裁判例が現れるようになった。

⑤名古屋高判昭和 31・10・22 高刑裁特 3・21・1007 [被告人兩名は、土木出張所分室において素焼きコンロ二個をラワン材敷台の上に置き多量の炭火を用いたうえ、消火未確認のまま帰宅したため、床板が燻焦・発火し、同分室を焼燬したという失火事案]「被告人兩名は共同して素焼きコンロ二個を床板の上におき之を使用して煮炊を為したものであり過熱発火を防止する措置についても被告人等は共に右措置を為さずして販宅したと謂ふのであるから此の点に於いて被告人兩名の内に共犯関係の成立を認めるのを相当とするのである。されば原判決が之に対し刑法第六十条を適用したのは正当である」。

本件は、④とは異なり、過失結果犯に共同正犯の成立を肯定した。両被告人が素焼きコンロを用いた行為に主観的・客観的共同が認められ、且つ、両被告人に過熱発火防止措置を怠った個別的注意義務違反も認められる。

⑥佐世保簡裁昭和 36・8・3 (略式命令) 下刑集 7=8・816 [操舵の技能・経験のない甲、乙が好奇心から観光船を運航し、操舵を誤り座礁破壊させたとして過失往来妨害罪に問われた事案]「兩名共この種船舶運航の技能も経験もなく、且つ同所附近は屈曲の多い海岸線のある危険海面でもあるので、衝突、座礁等の事故発生が充分予想されたのであるから自らこれを運行すべきでないのに拘らず、不注意にも被告人甲は同船の操縦を、被告人乙はその機関部の操作をなし兩名共同して同船を運航した過失によりその操舵を誤り、同船を右棧橋より西方約二百米の対岸に衝突座礁させ、前記無謀操舵並びに衝突により同船に対しダリンドメピンの脱落、キール包板船首在下部金物の各破損船体のひずみ等を生ぜしめ以て一時航行を不能ならしめて同船を破壊したものである」。

本件では、操舵の技能・経験のない甲、乙が観光船を運行したという事案である。甲、乙には観光船を共同で運航する点に主観的共同があり、観光船の運航という全体行為を操縦行為と機関部の操作という相互依存の分業で行う点に客観的共同が見られる。注意義務違反については、④判例と異なり、同一の注意義務違反が見られるわけではないが、甲には

操縦過誤、乙には操作過誤という個別的注意義務違反が見られる。さらに、全体行為と結果との間に因果関係が認められる。したがって、甲、乙のいずれにも過失往来妨害罪の共同正犯が成立する。

⑦京都地判昭和40・5・10下刑集7・5・855〔二人制の踏切で、二人の踏切警手甲と乙が、それぞれ相番・本番として、列車接近の確認義務を怠り、遮断機を閉鎖しなかったため、列車と自動車を衝突させ自動車の二名を死亡させたという業務上過失致死の事案〕「(四条)踏切においては、本番及び相番と称する二人の係員が協力してその業務を担当し、相番は、踏切道における列車予定時刻の約五分前から踏切道に立ち出で列車の接近を確認することにつとめ、本番は、踏切西寄り北側に設けてある保安係詰所内で、列車が踏切に接近すると電燈が消えブザーが鳴る仕組になっている列車接近表示器や、反射用鏡等により列車の接近を確認することにつとめ、それぞれ列車の接近を確認したときは、たがいに手笛等でその旨を通知し合い、且つ、本番は相番の合図により、踏切道に設置してある四条通に対する交通信号燈を青色から黄色を経て赤色に切りかえた後、踏切道の遮断機を閉鎖する措置を講ずることになっていたところ、同三十七年十二月九日午後四時三十分頃から、被告人甲が相番として、被告人乙が本番として同踏切警手の業務にたづさわりのともに徹夜の上翌十日朝に及んだが、同日午前七時四十七分に山陰線二条駅を発車し、約二分三十秒後に同踏切を通過する予定の梅小路行上り第三六二列車が、その時刻を経ても通過しないので、何時同踏切に接近してくるかもしれない状況下にあつたばかりでなく、同踏切附近が折からの濃霧のためかなり視界を妨げられ、しかも、同詰所内設置の列車接近表示器が、従来再々故障を来し鳴動等の役を果さない例があつたのであるから、このような場合に、およそ踏切警手としてその業務に従事する者は、すでに列車通過の予定時刻を経過していることや、列車接近表示器の故障等のことを考慮し、相番は踏切道において、また本番は列車接近表示器の作動に注意するかたわら、前記反射用鏡を介し、もしくは直視する等して、それぞれ二条駅方面の線路上を注視するとともに、列車の警笛の聴取につとめ、列車の接近をできるだけ早期に発見し、もしくは覚知して、交通信号燈の切りかえと、遮断機の閉鎖を全うし、もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるにもかかわらず、それぞれの業務を怠り、不注意にも、被告人甲において、午前七時四十五分

頃同踏切道に立ち出たが、前記第三六二号列車の先行上り列車が約六分遅れて通過したので、第三六二号列車の通過もまた相当遅延するものと考え、二条駅方面を注視するかたわら、右線路と交叉する四条通の交通状態を眺め廻したり、同詰所内に設置してある列車接近表示器を確かめに行つたり、同詰所南側附近の路上に散水したり等して、同列車に対する注意警戒はもちろん、その警笛にすら注意を欠き、又被告人乙において、列車接近表示器が正常に作動するものと轻信し、その作動のみに気を奪われて二条駅方面の注視を怠り、且つ同列車の警笛にすら注意を欠いた各過失により、同列車が、予定時刻より約二分三十秒遅れて二条駅を発車し、時速約五十料で南進し、同踏切手前約百五十米の地点から断続的に警笛を吹鳴したのに、これに気づかず、同日午前七時五十二分頃、同列車が更に同踏切手前数十米に接近したとき、被告人甲がはじめてこれを発見したため、交通信号燈の切りかえや遮断機の閉鎖等を講ずるいとまもなく、折から、同踏切道に進入してきた普通四輪自動車に第三六二号列車を激突させ、同自動車に載っていた二名を死亡させた。「そもそも共同正犯を定めた刑法第六十条は、必ずしも故意犯のみを前提としているものとは解せられない。のみならず、共同者がそれぞれその目的とする一つの結果に到達するために、他の者の行為を利用しようとする意思を有し、または、他の者の行為に自己の行為を補充しようとする意思を有しておれば、そこには、……共同正犯の総合的意思で〔が〕あり、その独自の特徴とせられるところの決意も、共同者相互に存在するとみられ得るのであるから、これ等の決意にもとづく行為が共同者の相互的意識のもとになされるかぎり、それが構成要件的に重要な部分でないとしても、ここに過失犯の共同正犯が成立する余地をなすものと解するのが相当である。最高裁判所昭和二十八年一月二十三日第二小法廷判決が、過失犯に共同正犯の成立を認めたのも、これを忖度すれば、右とその趣旨をおなじくするものと思われる。そこで本件についてみるに、すでに縷述したように、被告人甲は、相番として列車接近の確認につとめ、これを確認したときは本番である被告人乙にその旨を合図し、且つ、交通信号燈の切りかえや遮断機閉鎖の時期をも合図によって知らせること等を分担し、被告人乙は、本番として列車接近表示器の作動を見守り、または相番からの合図によって列車接近の確認につとめ、これを確認したときは相番である被告人甲にその旨を合図し、且つ被告人甲からの合図によって、交通信号燈の切りかえや遮断機閉鎖の措置を講ずること等

を分担し、もって、被告人両名が相互に協力して踏切道における交通の安全を確保することにつとめていたのであるから、被告人両名のそれぞれの注意義務をつくすことによつて一つの結果到達に寄与すべき行為のある部分が、相互的意識のもとに共同でなされたものであることは、優にこれを認めることができる。従つて、本件はこの点において、被告人両名の過失犯について共同正犯の成立を肯定すべきである。」

本件では、甲、乙は踏切道における交通の安全を協力して確保する任務を与えられていたのであって、両名には当然主観的共同が認められる。その任務遂行に当って、甲、乙両名は相互依存の分業体制にあり、ここに客観的共同が認められる。甲、乙には、④判決とは異なり、同一の注意義務が課せられていたのではないが、列車の遅延状況時、甲は、四条通りの交通状態を眺め回したり、散水等をしたり、乙は故障がちな列車接近表示器の作動に気を奪われて二条駅方面の注視を怠る等、双方に個別の注意義務違反が認められる。したがって、業務上過失致死罪の共同正犯が成立する。

⑧名古屋高判昭和 61・9・30 高刑集 39・4・371（鉄骨組立工である被告人甲と乙は、旅館の食堂拡張工事において鋼材の溶接作業を行うにあたり、不燃物で溶接箇所と可燃物とを遮蔽する措置をとらないまま工事を行ったため、溶接により発生した熱の輻射熱または火花により現住建造物を焼燬したという業務上失火事案。名古屋高裁は、甲、乙の過失同時犯としての業務上失火罪の成立を認めた原判決を、本件火災が甲、乙いずれの溶接作業に起因するか明らかでなく、甲、乙それぞれの注意義務違反と火災との間に因果関係があることの証明がないとして破棄し、本件溶接作業は、同一機会に同一場所で一つの目的に向けられた作業であつて、ほぼ対等の立場で交互に交替しつつ、（一方が溶接し他方が監視する方法で）一体となつて協力して行われたもので、遮蔽措置が無くても危険は無いという点で相互の意思連絡がある状況の下に、実質的危険行為が共同して行われたものであり、このような場合、業務上失火罪の共同正犯が成立するとした）。

本件は、上記③、④と同じく、甲、乙いずれの行為から焼燬が発生したかが判明しなかった場合である。鋼材の溶接作業を共同して行う行為  
北研 59 (1・104) 104

意思が認められる点で主観的共同があり、溶接作業という全体行為を相互依存の分業で行う点で客観的共同がある。甲、乙いずれにも、不燃物で溶接箇所と可燃物とを遮蔽する注意義務を怠った個別的注意義務違反がある。

⑨東京地判平成4・1・23判時1419・133〔世田谷電話ケーブル火災事件〕〔被告人兩名は、地下洞内の電話ケーブルの断線を探索する際、下段の電話ケーブルに布製防護シートを掛けて、点火したトーチランプで鉛管を溶解開披する作業をしていたが、断線箇所を発見した後、その修理方法を検討するため一時その場を立ち去るに当たり、トーチランプの火が完全に消火されなかったため、この火が防護シートに着火し、電話ケーブル及び洞道壁面を焼損させたという業務上失火の事案〕「本件のごとく、社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用、補充による共同の注意義務を負う共同作業者が存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた上、発生した結果全体につき共同正犯者としての刑事責任を負わしめることは、なんら刑法上の責任主義に反するものではない」。

⑩東京地判平成12・12・27判時1771・168（看護師甲が血液凝固防止剤を被害者に投与する際に、他の患者に対して使用する消毒液を誤って準備し、看護師乙がこれを確認せずに被害者に投与したため、被害者を死亡させたという業務上過失致死の事案）「手術を受けた入院患者である被害者に抗生剤を点滴した後、引き続き血液凝固剤を点滴するに当り、……被告人甲は、血液凝固防止剤入りの注射器には黒マジックで『へパ生』と書かれているので特定の必要はなく、消毒液入りの注射器には何も書かれていないので特定する必要があったところ、不注意にも特定する必要のない血液凝固防止剤入りの注射器の方に消毒液である旨のメモ紙をセロテープで貼り付け、特定する必要のある消毒液入りの注射器の方を何の特定もしないまま被害者の病室の床頭台に置いて準備したのであり、薬液を取り違えてはならないという、基本的な注意義務を怠った……。また、被告人乙は、抗生剤の点滴終了の連絡を受けて引き続き被害者に血液凝固剤を点滴するに当り、床頭台に置かれていた薬剤入り

の注射器を確認すれば、本来、あるべき『ヘパ生』の記載がないので、血液凝固防止剤でないことに気づくのに、自分で準備した薬剤でもないのに、その何であるかを確認しないまま被害者に点滴するという、これまた基本的な注意義務を怠ったものである。」

①奈良地判平成 24・6・22 判タ 1406・363（肝臓切除手術の執刀経験皆無の病院長・医師と勤務医師が大出血の危険を伴い高度の専門性を有する肝臓背部側の腫瘍切除手術をするのに不十分な人員態勢のまま手術を開始し、肝静脈を損傷して出血させ、適切な止血処置を行うことができず、患者を死亡させたという業務上過失致死の事案につき、その手術開始行為が「注意義務に違反する共同過失行為」である）

他方、過失犯の共同正犯の成立を否定した下級審裁判例も散見される。

②広島高判昭和 32・7・20 高刑裁特 4・追録・696〔肩甲関節脱臼の外來患者丁に対し、共同診察治療をしていた被告人・外科医甲、原審相被告人・外科医乙が、丁に全身麻酔を施すに当たり、看護婦丙にオーロバンソーダの注射を命じたところ、丙が注射液を誤認してクロロフォルムを注射したため、丁を中毒による心臓衰弱で死亡させたという事案。原判決は甲、乙及び丙に業務上過失致死罪の共同正犯を認めた〕「或る患者に対する診療行為が二人以上の医師により共同して行われその医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療過程に於て、医師の過失の存した場合は、その内の或る医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責を明らかにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するものと解するを相当とすべきが故にたとえ所論の如く被告人が直接本件麻酔の注射に関与していないからとてその一事を以て本件の前記業務上過失の責を免れることはできないものと謂うべきであるから結局論旨は何れも理由なきに帰する。

尚当裁判所は職権を以て按ずるに、原審は被告人の判示所為を以て乙との共同正犯として之に対し刑法第六〇条を適用しているが、本件は被告人と右乙及び丙の過失行為が競合したに過ぎないのであって、刑法にいわゆる共犯ではないから原判決が被告人の本件所為に前記法条を適用したのは法令の適用を誤つたものと謂うべきであるが右は刑事訴訟法三八〇条にいわゆる判決に影響を及ぼすべき法令の適用の誤とは云えない

から原判決を破棄する理由とはならない」。

本広島高裁判決は、二人以上の医師による共同診療が行われ、その過程においてある医師に過失がある場合、特段の事情がない限り、その過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するとしながら、その特段の事情のない本事案について共同正犯の成立を否定したので、その論旨は明確性を欠くものがある。本判決は本件事案を、甲、乙及び丙の「過失行為の競合」、つまり、過失同時正犯と捉えたのであるが、直接注射をしたわけではない甲、乙に業務上過失致死罪を認めるにはその根拠が薄弱である。本事案では、医師の甲、乙及び看護婦丙は相互依存関係にある分業で治療に当たったといえるので、「共同」は認められる。丙は誤って命令されたのとは異なった薬液を注射したという点に個別的注意義務違反がある。甲と乙の役割分担が明確でないのだが、例えば、甲が診療過程において監督者の地位にありその義務を怠ったが、乙には注意義務違反がなかった場合には、甲と丙の共同正犯が認められる。

⑬秋田地判昭和 40・3・31 下刑集 7・3・536 (工務店の工事責任者甲は、屋根葺替工事に従事中、屋上で、従業員乙、丙と共に喫煙したため、そのいずれかの吸殻から着火、建物を焼燬したという事案。甲に工事責任者としての包括的注意義務違反があるとして重失火罪の成立が認められたが、起訴外の乙、丙との共同正犯については、「屋上工事についての共同目的ないし共同行為関係は存したが、喫煙については、たんに時と場所を同じくしたという偶然な関係」があったにすぎないとして、その成立が否定された)

主観的共同を基礎づける行為決意は刑法的非難の対象、本件では喫煙行為と関係しなければならない。その際、たんに時と場所を同じくして喫煙した、つまり、たまたま一緒に喫煙したという「一般的」共同が在るだけでは足りず、一緒に喫煙するという共同の決意があってはじめて、重失火罪の共同正犯が認められる。

⑭越谷簡判昭和 51・10・25 判時 846・128 (参照、前掲 [裁判例 24])

⑮最決平成 28・7・12 刑集 70・6・411 [明石歩道橋事件] (平成 13 年

7月21日明石市の大蔵海岸公園と最寄り駅を結ぶ通称朝霧歩道橋上で、当夜開かれた夏祭り行事の花火大会終了後、同駅から同公園へ向かう参集者と逆方向へ向かう参集者が押し合ったことなどにより、参集者が折り重なって転倒し、その結果、11名が全身圧迫による呼吸窮迫症候群等により死亡し、183名が傷害を負った。当時、明石警察署副署長であった被告人は、本件事故については、最終の死傷結果が生じた平成13年7月28日から公訴時効が進行し、公訴時効停止事由がない限り、同日から5年の経過によって公訴時効が完成していることになる。しかし、本件事故については、当時明石警察署地域官であった乙が平成14年12月26日に業務上過失致死傷罪で起訴され、平成22年6月18日に同人に対する有罪判決が確定していた。このため、検察官の職務を行う指定弁護士は、被告人と乙地域官は刑法254条2項にいう「共犯」に該当し、被告人に対する関係でも公訴時効が停止していると主張した。)「本件において、被告人と乙地域官が刑法254条2項にいう『共犯』に該当するというためには、被告人と乙地域官に業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立する必要がある。

そして、業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要であると解されるどころ、以上のような明石警察署の職制及び職務執行状況等に照らせば、乙地域官が本件警備計画の策定の第一次的責任者ないし現地警備本部の指揮官という立場にあったのに対し、被告人は、副署長ないし署警備本部の警備副本部長として、丙署長が同警察署の組織全体を指揮監督する立場にあったもので、乙地域官および被告人がそれぞれ分担する役割は基本的に異なっていた。本件事故発生の防止のために要求され得る行為も、乙地域官については、本件事故当日午後8時頃の時点では、配下警察官を指揮するとともに、丙署長を介し又は自ら直接機動隊の出動を要請して、本件歩道橋内への流入規制等を実施すること、本件警備計画の策定段階では、自ら又は配下警察官を指揮して本件警備計画を適切に策定することであったのに対し、被告人については、各時点を通じて、基本的には丙署長に進言することなどにより、乙地域官らに対する指揮監督が適切に行われるよう補佐することであったといえ、本件事故を回避するために両者が負うべき具体的注意義務が共同のものであったということではできない。被告人につき、乙地域官との業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立する余地はないというべきである。

そうすると、乙地域官に対する公訴提起によって刑法254条2項に基づき被告人に対する公訴時効が停止するものではなく、原判決が被告人を免訴とした第一審判決を維持したことは正当である。」

本決定は、「共同の（業務上の）注意義務違反の共同違反」という規準にてらし、本事案において過失犯の共同正犯の成立を否定した。決定文によると、被告人（以下、甲）は、明石警察署の組織全体を指揮監督する丙を補佐する立場にあり、本件事故当日、明石警察署警備本部の警備本部長として、本件夏祭りの警備実施について丙を補佐する立場にあったのに対し。乙は、本件警備計画の策定の第一次的責任者であり、事故当日、現地警備本部の指揮官として、雑踏警戒班指揮官ら配下警察官を指揮し、参集者の安全を確保する業務に従事していたというのであるから、注意義務（違反）を論ずる前に、そもそも本件の刑法的非難の対象となる具体的警備活動に関して、甲と乙に主観的「共同」があったとはいえない。

(つづく)

---

#### 第4章注

- (442) 参照、木村 (I-104) 404 頁以下。牧野英一『日本刑法上巻』[重訂版] 1937・458 頁以下。
- (443) 植松 (IV-16) 305 頁以下。その他、瀧川 (IV-175) 229 頁「各共同者、他人の行為を補充し、また他人の行為によって補充せられることを認識し、その認識に従って行為することを必要とする。補充し合う行為によっ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（相互的了解）は故意的行為について存するに過ぎない。従って共同正犯は故意を前提とする。過失犯の共同正犯は考えられない。何かを共同して企てると言う観念は過失的共同動作とも結びつくが、結果を共同して引起そうと言う部分的決心を含む決心は、過失的共同動作と結びつくものではない。数人が過失によって構成要件に該当する結果を引起す場合は数個の過失犯として取扱われる」。本説は M.E. Mayer 説に従っている。M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, 380 ff. 團藤 (I-149) 393 頁（人を野獣と誤認して、甲乙が意思の連絡のもとに、これに向かって発砲し、甲の弾丸だけが命中した場合、「かような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」である）、曾根 (III-22) 257 頁、西原 (IV-173) 334 頁以下、平場 (I-145) 155 頁以下。
- (444) 共同意思主体説も過失犯の共同正犯を否定する。草野豹一郎『刑法要論』1956・116 頁以下。齊藤彦作 (IV-173) 233 頁「法律の共犯を規定するゆえんが、二人以上で共同目的に向つて合一するところに特殊の社会的心理的現象

の生ずることを認めたのによるとする以上、一定の犯罪は故意犯であることを要するのである。何故なら、一定の目的に向つての相互了解が無ければ、特殊の社会心理的現象を生ずるものとして、特別の取扱を為す必要が無いからである。従つて、過失犯に対する共犯又は過失による共犯というようなことは認められない。

- (445) 土本武司 (IV-343) 138 頁以下、144 頁。参照、本章第 6 節 3.B.a. 佐伯 (IV-174) 349 頁。
- (446) 大場茂馬『刑法総論下巻』1913・1050 頁以下、1013 頁、1032 頁。
- (447) 内田 (III-19) 296 頁。
- (448) 大塚 (I-113) 296 頁以下。その他、大谷実『刑法講義総論』[第四版] 2012・414 頁。
- (449) 福田 (I-137) 273 頁。
- (450) 中山研一『新版概説刑法 I』2011・222 頁、松宮孝明『刑法総論講義』[第四版] 2009・269 頁。
- (451) 参照、吉田 (IV-316) 363 頁以下。
- (452) 主観主義犯罪論の立場から、木村 (I-104) 382 頁、405 頁。その他、牧野 (IV-442) 457 頁、宮本英脩『刑法大綱』1935・197 頁。客観主義犯罪論の立場から、佐伯 (IV-174) 349 頁、中山 (III-12) 463 頁、464 頁注 8。
- (453) 川端 (III-19) 561 頁。
- (454) 土本 (IV-343) 145 頁。参照、本章第 6 節 B.a.cc.
- (455) 浅田 (III-12) 427 頁。なお、西田 (IV-6) 415 頁。
- (456) 参照、本章第 6 節 2.B.a.
- (457) 團藤 (I-149) 393 頁。
- (458) 團藤重光「過失犯と人格責任論」(『日沖博士還暦祝賀・過失犯(1)』所収・1966) 65 頁。
- (459) 参照、第 4 章第 6 節 4.A.b.
- (460) 木村 (I-104) 382 頁。
- (461) 木村「過失の共同正犯」(平野龍一他編『判例演習刑法総論』所収・1979) 172 頁。
- (462) 内田 (IV-1) 61 頁、同 (III-19) 296 頁以下。
- (463) 内田 (IV-347) 143 頁。参照、本章第 6 節 3.B.b.
- (464) 藤木 (III-46) 294 頁。
- (465) 土本 (IV-143) 148 頁。
- (466) 川端 (III-19) 562 頁以下、大塚 (I-113) 296 頁以下、井田 (III-20) 529 頁。平野 (I-105) 395 頁「過失行為共働の形態は複雑で、その中には一方が他方の行為についてまで注意しなければならない場合と、他方に委せてしまつてよい場合とがある。過失の共同正犯は、前者を捉え、後者を除外するための理論である」。なお、前田 (III-19) 505 頁(石を交互に投げ落とす場合には X 自ら注意して石を投げる義務のみならず、被害者を死亡せしめた共同者 Y にも注意させる義務があるという事案では、X、Y それぞれに、共同して石を投げ降ろす際の安全確認義務の懈怠があるので、過失の単独正犯の責任を問いうる)。

- (467) 参照、本章 4.B.c.aa. なお、前田 (III-19) 506 頁は、「『共同義務の共同違反』が認められる事案は、ほぼ、各関与者自身の監督義務・監視義務違反により過失責任を問う場合に解消される。……過失の共同正犯を観念することは不可能ではないが、現行法の解釈としては刑法 38 条 1 項の故意処罰の原則もあり、個々人の関与形態に合わせた予見可能性を判断の中心とした過失単独正犯の認定をできる限り追求すべきである」として、過失同時犯としての構成を主張する。西田 (IV-6) 415 頁も、「共同義務」とは、「結局横の関係における相互監視義務にもとづく一種の監督過失を認めるものにはかならず」、過失同時犯として構成することで足りると論ずる。それ故、[設例 18] では、過失犯の共同正犯の成立は否定される。しかし、これらの過失同時犯解消説は、過失犯の共同正犯の成立が関与者間の相互監督義務・監視義務違反に限定されるべき必然性がないという点で妥当でない。ところで、山口厚「過失犯の共同正犯についての覚書」(『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第 2 巻』所収) 1998・387 頁以下、398 頁以下は、過失犯の共同正犯を過失不真正不作為犯の共同正犯と捉える。「共同義務の共同違反」に云う「共同義務」の内容は、「自分の行為について注意するばかりではなく、(他人の行為についても注意し) 他人に注意義務を遵守させる義務」であると一般に解せられているところ、この作為義務は、共同者全体に共同して課される「共同作為義務」であり、「不真正不作為過失共同正犯の要件としての作為義務に他ならず」、この場合、「先行行為の共同、共同排他的支配等により、共同正犯固有の『共同作為義務』が発生する」と。本説に依ると、本文 [設例 18] の場合、過失不真正不作為犯の共同正犯が成立することになる。しかし、刑法的非難の対象は角材を投げ落とすという作為であって、それ以前の「相互注意義務」を果たさなかったという不作為ではない。加えて、本説に依ると、単独犯の場合も、先行行為、排他的支配の観点から作為義務が課せられ、過失不真正不作為犯が成立することとなるが、しかし、このことは過失犯が全て不真正不作為犯と構成されることに繋がり、妥当でない。参照、山中 (III-22) 905 頁以下。そもそも、不真正不作為犯においては、故意、過失を問わず、その結果回避義務(作為義務)を課せられる者だけが正犯たりするのであり、過失不真正不作為犯の場合に結果回避義務を怠ったことについての注意義務違反が問われるのであって、作為義務と注意義務とは別個のものである。参照、本章第 6 節 2.B.d.8.
- (468) なお、高橋 (III-24) は、共同正犯の構造論からのアプローチだとして、共同正犯の処罰根拠が共謀に基づく犯罪実現における各人の行為の地位、役割の重要性によって、一部分担にもかかわらず、相互的に行為が帰属され、全体の責任を負う点にあるとし、したがって、事前に結果を認識し、犯罪事実全体における自己の地位・役割が把握されていなければならないということから、過失犯の共同正犯を否定した上で、過失犯の共同正犯肯定説がいう「共同義務の共同違反」が、意思疎通の問題を看過し、客観的要素のみによって共同正犯の成立を認めるのを批判する。
- (469) 参照、土本 (IV-143) 140 頁。
- (470) 参照、土本 (IV-143) 140 頁。
- (471) 参照、土本 (IV-143) 141 頁。なお、井上正治『判例にあらわれた過失犯の理

論』1959・324頁以下は、本判決について、販売行為自体については故意行為しかありえないので、この故意の部分の意思連絡を根拠に共同正犯を認めたのではないかと主張するが、しかし、行為を基礎づける事実的要素、本事案では、不注意にも有毒飲食物であることの認識が無かった場合は、販売行為自体が過失によるものとなり、有毒飲食物取締令第四条一項後段はこれを処罰するものと解される。したがって、本判決は過失犯における共同正犯を肯定したと云える。参照、内田（IV-347）164頁、土本（IV-143）140頁。

## Täterschaft und Teilnahme (17)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik

(Band 54, Nr. 2)

Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

(Bd. 54, Nr. 2 – Bd. 56, Nr. 3)

Kapitel IV. Mittäter (Tätertypen 3)

1. Die Bedeutung der gesetzlichen Normierung der Mittäterschaft

2. Theorie de l'unité du delit und Theorie de l'unité de l'entreprise

A. Lehre

B. Rechtsprechung

C. Funktionale Tatherrschaftslehre

3. Voraussetzungen der Mittäterschaft

A. Gemeinsamer Tatentschluß/Tatplan

B. Abgrenzung von Mittäterschaft und Nebentäterschaft

C. Abstandnahme vom gemeinsamen Tatentschluß

a. Abstandnahme im Versuchsstadium

b. Abstandnahme im Vorbereitungsstadium (Band 56, Nr. 4)

D. Exzess eines Mittäters

E. Irrtum eines Mittäters

a. Bedeutung des error in persona eines Mittäters für die anderen

b. Vermeintliche Mittäterschaft

F. Gemeinsamer Tatentschluß und sukzessive Mittäterschaft

a. Meinungsstreit bei uns

b. Zeitliche Grenzen der Mittäterschaft

aa. Sukzessive Mittäterschaft vor Vollendung der Straftat

bb. Sukzessive Mittäterschaft nach Vollendung der Straftat?

(Band 57, Nr. 1)

4. Gemeinsame Tatausführung

A. Wesentlichkeit der Tatbeiträge und Kausalität

a. Wesentlichkeit der Einzeltatbeiträge

b. Kollektivkausalität

B. Mitwirkung im Ausführungsstadium

C. Mitwirkung im Vorbereitungsstadium

- D. Tatherrschaftslehre im engen Sinne und Tatherrschaftslehre im weiten Sinne
- E. Komplottmittäterschaft bei uns
  - a. Rechtsprechung (Band 57, Nr. 2)
  - b. Theorienstreit
  - c. Voraussetzungen der Komplottmittäterschaft
    - aa. Gemeinsamer Tatentschluß
    - bb. Gemeinsame Tatausführung
    - cc. Ausführung
- 5. Versuchsbeginn der Mittäterschaft
- 6. Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt
  - A. Ausgangspunkt
  - B. Meinungsstreit im deutschsprachigen Raum
    - a. Ausgangspunkte
    - b. Bisherige Ansätze
      - aa. Freispruch in dubio pro reo
      - bb. Vorverlegung der Sorgfaltspflicht
      - cc. Einheitstäterschaft
      - dd. Unterlassungslösung
      - ee. Risikoerhöhungstheorie
      - ff. Zerteilungslösung (Band 57, Nr. 3)
  - C. Auseinandersetzung mit den Argumenten gegen eine fahrlässige Mittäterschaft
    - a. Rechtsprechung in der Schweiz
    - b. Argumente gegen eine fahrlässige Mittäterschaft
      - aa. Unmöglichkeit eines gemeinsamen Tatentschlusses
      - bb. Fehlende finale Tatherrschaft
      - cc. Fehlende gesetzliche Grundlage
      - dd. Kausalität
      - ee. Keine Möglichkeit der Unterscheidung von Beteiligungsrollen
      - ff. Umdeutung von Gefährdungshandlungen in Verletzungsdelikte
      - gg. Ausweitung der Strafbarkeit?
      - hh. Keine Rechtfertigung wechselseitiger Zurechnung (Band 57, Nr. 4)
  - D. Voraussetzungen einer Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt
    - a. Ausgangspunkt

- aa. Gemeinsamkeit und Täterschaft
- bb. Anknüpfungspunkt
- b. Elemente einer fahrlässigen Mittäterschaft
  - aa. „Mit“ täterschaft
    - a. Subjektive Gemeinsamkeit
    - β. Objektive Gemeinsamkeit
  - bb. Mit „täterschaft“
    - a. Wesentlichkeit der Einzelbeiträge
    - β. Art und Weise der Einzelbeiträge
    - γ. Sorgfaltswidrigkeit
- c. Gegenargumente zu anderer Lehre
  - aa. *Roxin*
  - bb. *Weißer*
- d. Objektive Zurechnung
  - aa. Kausalität und objektive Zurechnung
  - bb. Objektive Zurechnung
    - a. Zurechnung der Handlung
    - β. Zurechnung des Deliktserfolgs (Band 58, Nr. 1)
- E. Mittäterschaft beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt
  - a. Einleitung
  - b. Voraussetzungen einer Mittäterschaft beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt
    - aa. Anknüpfungspunkt und Gemeinsamkeit
    - bb. „Wesentlicher“ Einzelbeitrag und Sorgfaltspflichtverletzung
- F. Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt
  - a. Einleitung
  - b. Abgrenzung im Besonderen
    - aa. Durch einen „wesentlichen“ Einzelbeitrag
    - bb. Durch eine täterschaftsbegründende primäre Sorgfaltspflichtverletzung
- G. Fahrlässige Mittäterschaft bei Kollegialentscheidungen
  - a. Einleitung
  - b. Voraussetzungen einer fahrlässigen Mittäterschaft bei Kollegialentscheidungen
    - aa. „Gemeinsame“ Mittäterschaft
      - a. Subjektive Gemeinsamkeit
      - β. Objektive Gemeinsamkeit
    - bb. Gemeinsame „Mittäterschaft“



- bb. Sorgfaltspflichtverletzung
- e. Zurechnung des Erfolgs
  - aa. Hypothetische Kausalität
  - bb. Objektive Zurechnung
- K. Untätigkeit von Gremiumsmitgliedern ohne Unterlassungsbeschluss
  - a. Ausgangspunkt — BGHSt. 37, 107 ff.
  - b. „Mit“ täterschaft
  - c. Haftung der Beteiligten als Einzeltäter
    - aa. Pflichten im Einzelnen und Kausalität
    - bb. Anknüpfungspunkt für eine Einzeltäterschaft durch Unterlassen und Pflichten im Einzelnen (Band 58, Nr. 4)
- L. Bisherige Lösungsansätze bei uns
- A. Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt in der Lehre
  - a. Ausgang von der Struktur der Mittäterschaft
    - aa. Theorie de l'unité du delit
    - bb. Theorie de l'unité de l'entreprise
  - b. Ausgang von der Struktur der Fahrlässigkeit
  - c. Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen zur Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt
- B. Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt in Rechtsprechung
  - (Band 59, Nr. 1)
  - (Die Fortsetzung folgt.)

