

タイトル	正犯と共犯（12）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，57(4)：23-46
発行日	2022-03-30

論 説

正犯と共犯 (12)

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

- 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. 目的所的為支配の欠如
 - c. 法的基礎
 - d. 因果関係
 - e. 正犯と共犯の区別
 - f. 危殆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)

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

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 過失犯の共同正犯という法形象の不要

論に対して、過失犯の共同正犯へ向けて、ドイツ語圏刑法学全体に一石を投じたのがスイス連邦裁判所の 1987 年 5 月 15 日〔岩塊転がし事件〕判決である。

〔裁判例 22〕BGE 113 IV 58〔岩塊転がし事件〕（甲の提案で、甲と乙はそれぞれ一個の岩塊を川岸の上部から斜面下に転がり落とした。甲も乙もその辺の地理に詳しく、その川岸には人がよくいること、主として釣り人がいることを認識していたし、同時に、大きな岩塊を落とせば人に当たるかも知れないことを認識していた。そのため、甲の提案で、乙は谷間に向かって 2、3 歩前に進み、斜面の下や川岸に人がいるかどうかを確認しようとした。乙は大声を出したが反応は無かったし、又、その場所から川岸を見渡すことができなかった。乙は甲のところへ戻り、100 キログラムを超える岩塊をとって斜面に転がした。その直後、甲は約 52 キログラムの岩塊を同様に下へ落とした。どちらかの岩塊が斜面の下にいた釣り人丙を直撃した。甲も乙も岩塊が誰にも当たらないことを当てにしていた。その岩塊一つに直撃された丙は死亡した。それが甲の転がした岩塊か乙の転がした岩塊かは究明できなかったという事案。スイス連邦裁判所は被告人兩名に過失致死罪の成立を認めた。）「両被告人は共同で二個の岩塊を斜面下へ転がり落とそうとしたことは明らかである。この種の状況で問われねばならないのは、それぞれの個別寄与が構成要件該当の結果に対して原因となっているか否かではなく、共同で行われた全体行為（Gesamthandlung）と生じた結果との間に因果関係が肯定されうるか否かである。いずれにせよこのことが妥当するのは、本件のように、注意義務違反の行為が共同で決められ、引き続いて近接した場所的及び時間的連関で共同して行われ、その際、誰がどの岩塊を転がすかは偶然の作業分担に委ねられている場合である。いずれにせよ二個の岩塊の一つが被害者の死をもたらしたということから出立しなければならないなら、上告人の行動が当該死の発生に対して原因となったという認定をすることで足りる。仮に、両被告人が相互に全く関係なく行為したのなら、異なった判断を下さねばならない。」

本判決の立場は結局はっきりしないのであるが、共同正犯という概念を用いていないものの、個別寄与と結果との間の因果関係ではなく、全体行為と結果の間の因果関係に着目していることから、実質的には過失

犯の場合の一種の共同正犯論を展開したものと理解される⁽²⁴³⁾。

しかし、スイス連邦裁判所は〔岩塊転がし事件〕判決のほぼ30年後、それと類似の事案で無罪判決を言い渡した。

〔裁判例23〕Urtei des Bundesgerichts 6B_360/2016, 6B_361/2016 vom 1. Juni 2017.〔花火事件〕（甲と乙は12月31日の夜12時直前に花火を打ち上げた。打ち上げられた花火の一つは意図したのとは異なった方向に飛び、ある集合住宅のバルコニーが炎に包まれた。甲と乙のいずれかの打ち上げた花火が原因であったに違いないが、甲に起因するか乙に起因するかは特定できなかった。その花火が誤った方向に導かれた原因は不適切な打ち上げ方にあった（地面への差込に誤りがあった）。両被告人はなるほど花火に点火する共同の決意をしたが、しかし、「誤った」ないし「危険な」打ち上げに関しては共同の（明確な）申し合わせがあったとの証明はなかった。物的損害は生じたが、人的損傷はなかったという事案。）

州裁判所は甲と乙を次の理由から失火罪の廉で有罪を言い渡した。両被告人は4個の同種の花火を分業して打ち上げることを共同で決意した。その都度甲の住居のすぐ前の芝地で地面に差し込むという、なるほど危険な、しかし普通ではないとはいえないやり方で、ほんの数秒の間隔において、燃えたバルコニーのすぐ近くで花火を打ち上げることを甲と乙はそれぞれ自分自身で且つ事前の話し合いなく決意した。人だけでなく建物とも十分な安全間隔をとらねばならないことは、一般に知られているし、認識可能であり又安全勧告からも分かる。火災予防相談所のウェブサイトによれば、花火玉の大きさごとに少なくとも建物、穀物畑あるいは森の端から40メートルの安全間隔が必要である。現場検証から明らかとなるのは、多少とも安全な打ち上げに必要な最小限間隔すらとられなかったことであり、垂線から逸れたどの飛跡も危険な誤った方向へ飛んだということである。火災は共同に決意され、実行された、注意違反と評価されねばならない全体行為の直接的結果である。

スイス連邦裁判所は主として法的側面に基づくことはせず、特に事実的側面に基づいて無罪判決を下した。スイス連邦裁判所は州裁判所の拘

束力のある事実認定に依拠して次のように説示した。甲と乙はなるほど四個の花火を分業して打ち上げることを決意したが、しかし、これを花火の不注意な地面へ差し込むことによってするという決意をしたとの認定はできない。しかし、このことが誤った方角に飛ばし損害をもたらしたことの原因となった。むしろ、甲と乙はそれぞれひとりで、つまり、事前の話し合いなく、花火を普通とは云えないわけではないやり方で打ち上げた。このことから分かることは、両被告人は危険を冒す決意をしたのではなく、花火を打ち上げる決意をしただけである。それどころか、各人がひとりで、つまり、事前の話し合いなく、(義務違反)のやり方で打ち上げる決定をしたのである。「誤った」ないし「危険な」打ち上げというもともと注意違反の要素に関して、共同の話し合いはなかった、言い換えると、注意違反の行為を共同で決意したという証明はなかった。こういった事実関係においては、「岩塊転がし事件」を照合事案として援用することは許されない。「したがって、BGE 113 IV 58 [...]の意味における全体行為という考えを受け容れる前提要件が欠如している。それ故、当裁判所はBGE 113 IV 58を取り上げる必要もないし因果関係に取り組み必要もない。」この証明がないということを、どのように理由づけられた共同正犯であれこれを通して置き換えることはできない。共同正犯という法形象は所為寄与の個別的証明に関する証明を軽減することに繋がるに過ぎず、所為決意に関する軽減には繋がらない。「両被告人が『共同して』注意違反の行為をしようか否か、それがどの程度かの問題を取り上げる必要はない。というのも、注意違反の共同の試みの要素はどの場合でも主観的観点で先ず証明されねばならないことは明らかであるからである。」それ故、スイス連邦裁判所は次の結論に達する。両被告人のうちの誰が火災を惹き起こすこととなった花火を点火したのかはもはや証明できない。特に、両被告人の個別・具体的やり方、これに関して法的に重要な主観的事実ももはや証明できない。原審判決は破棄され、両被告人には無罪が言い渡されねばならない。

スイス連邦裁判所は、共同で花火に点火するという、基本的には義務違反ではない決意をしたに過ぎず、この企てを危険な方法で行う、とりわけ地面に差し込むという誤った方法で行うという共同の決意をしなかったという理由から無罪判決を言い渡したが、過失犯の共同正犯という法形象の是非については未決にしたのである。しかし、過失犯の共同

正犯においては、「共同の行為決意」というのは「危険なやり方」に関連しなくとも認められるのではないかが問題となるのである⁽²⁴⁴⁾。

B. 共同正犯否定説の検討 現行刑法において共同正犯が故意犯の場合に限定されるとの明文の規定があるわけではない（ドイツ刑法第25条第2項）。しかも、過失犯の共同正犯というのは現行刑法において異質物でないことは、基本犯が故意犯で加重結果が過失犯という結果的加重犯の存在から明らかである。結果的加重犯においては、基本犯の実現に関して関与者の共同の所為決意が存在する。正犯者は、故意で共同の所為計画を分業的に実行することによって、過失でもうひとつ別の意欲されていない重い結果を惹起する。正犯者全員にこの過失の重い結果が帰属されるのである。過失犯の共同正犯においては、共同の行為は結果の招来ではなく、注意義務違反の行為の共同実現に関連する。結果的加重犯では、注意義務違反というのは基本犯の実現にある。すなわち、この場合の協働は注意義務違反の行為に関連する。注意義務違反行為が基本犯の構成要件実現の一部だからである。正犯者は重い結果を意欲していたわけではないが、それでも、重い結果は関与者全員に帰属される。過失犯の共同正犯では、注意義務違反が同時に故意犯の構成要件を実現するわけではない。しかし、過失犯の場合、共同正犯成立の前提要件として、同時に故意の基本犯の成立を要件とする必然性が無いとすれば、過失の結果を関与者に共同に帰属させることは可能である⁽²⁴⁵⁾。

それでも、ドイツ語圏刑法学において、過失犯の共同正犯という法形象に批判的な学説が支配的だったのであるが、その論拠が問われねばならない。

a. 共同の所為決意 過失犯の共同正犯という法形象を否定する第一の論拠は共同正犯の概念それ自体にある。過失犯には、共同の所為決意が欠如しているので、共同正犯の成立には不可欠な共同の所為計画に基づく認識と意欲のある協働という要素が欠如する、したがって、過失犯の共同正犯というのはすでに概念必然的に不可能であるというものである。それ故、複数の者が過失で同じ結果を招来した場合、同時正犯が成立することになる⁽²⁴⁶⁾。

共同正犯の要件は故意犯と過失犯に共通するという見解に立つと、この帰結は論理的に妥当である。しかし、この共同正犯という概念それ自体にかかわる論拠は、共同正犯の概念に故意を取り込んだ上で過失犯には共同正犯というものは存在しないと主張しているに過ぎず、その論拠自体が根拠づけを要するのである。過失犯の単独正犯の場合、「所為決意」は要求されないのに、なぜこれが過失犯の共同正犯でも存在しなければならないのかの根拠が明らかでない。これが明らかにならない限り、この主張は循環論証に過ぎないことになる⁽²⁴⁷⁾。確かに、共同で実行された過失犯では故意犯と異なり、犯罪に向けた共同の決意は存在しない。しかし、故意犯の単独正犯が故意を要求し、過失犯の単独正犯では故意が存在しないからといって、過失の単独正犯は存在しないということにはならない。そうであれば、過失犯の場合でも、共同正犯はありうるのである。すなわち、過失犯の共同正犯を認めることによって、故意犯と過失犯の構造上の相違が突破されるべきでないとするなら、過失犯の場合の共同と故意犯の場合の共同（共同の所為決意とその実現）の規準は異なって差し支えないのである。しかも、過失犯の場合にも共同正犯が認められことによって、共同正犯と同時犯の区別も可能となるのである⁽²⁴⁸⁾。

しかし、「共同の所為決意」の欠如という観点から、犯行計画の限定機能を強調することによって、過失犯の共同正犯を否定する見解が見られる。犯罪的意味なしの共同の行為計画は任意に操作されうる。互いに調整されたいかに多くの行為態様が一つの行為計画にまとめられるかに応じて、共同正犯者の範囲は大きくも小さくもなる⁽²⁴⁹⁾。これとは反対に、故意犯では犯行計画は構成要件によって限定される。換言すると、故意の注意義務違反を処罰する構成要件があるとするなら、その限りで共同正犯は可能であるが、しかし、これによって非故意で（しかし過失で）惹起された結果に関しては、共同正犯は可能でないと⁽²⁵⁰⁾。この立論は妥当でない。果てしなく罪責が拡大するという批判は、共同性を個々の構成要件によって禁止されている許されない危険の創出に関連づけることで解決されうるからである⁽²⁵¹⁾。

b. 目的所的為支配の欠如 過失犯の共同正犯を否定する第二の論拠は、過失犯の正犯者には犯罪結果に向けられた共同の目的所的為支配が

欠如している、共同正犯というのは犯罪結果に向けられた共同の所為支配を前提とするから、過失犯の共同正犯というのは論理的に成り立たないという批判である⁽²⁵²⁾。しかし、この論拠も、共同の所為決意と並んで共同の所為支配が故意犯の特徴であるということを云っているに過ぎず、故意犯と過失犯は本質的に異なっているのであるから、それらが共同正犯の成立要件において異にするのは当然のことであることを看過している。過失犯の共同正犯においては、犯罪結果に向けられた共同の所為支配というのは初めから問題とならないのである⁽²⁵³⁾。認識のある過失に限って所為支配と正犯者意思が可能であるという見解（参照、B f）⁽²⁵⁴⁾）も見られるが、過失犯を「共同正犯適格」と「共同正犯不適格」に分けるのは過失犯の統一的構造に反するのみならず、認識のある過失でも結果に向けての事態の目的統制があるというのは論外である。認識のある過失行為者は結果発生 of 抽象的可能性を認識しているものの、結果を発生することは無いということから出立しているのである。したがって、認識のある過失行為者にも、所為支配意思と刑法上重要な結果を招来するという認識が欠如しているのである⁽²⁵⁵⁾。

c. 法的基礎 過失犯の共同正犯を否定する第三の論拠は、過失犯の共同正犯にはその法的基礎が欠如しているというものである。ドイツ刑法では、その第 25 条第 2 項が過失の共同実行の可能性に触れていないので、その法的基礎が存在せず⁽²⁵⁶⁾、むしろ、過失犯の領域は統一的正犯者概念が支配していると論じられるのである。この論拠も適切でない。同条項は、故意と過失について触れていないので、過失の共同正犯の可能性を端から否定することはできない。同条項は不作為犯の共同正犯にも触れていないが、その可能性が一般的に否定されることはない⁽²⁵⁷⁾。

ドイツ刑法第 25 条第 2 項から、共同正犯者の認識と意欲のある協働が必要であることが導かれると論じられる。しかし、過失犯者の特殊の状況と関連させると、それは過失の共同正犯者にも存在しうる。但し、その認識ないしその意欲は故意犯とは異なって望んだないし甘受した結果ではなく、注意違反の行為を共同で行おうとしたことに関係するに過ぎない。この場合、各行為者にその行為が注意違反であることの認識は要しない。注意義務違反の時点で共同の行為の認識があればそれで足りる⁽²⁵⁸⁾。そうすると、故意の共同正犯には結果の発生に関連した共同の

所為決意が必要であることは、同条項からの動かすことのできない帰結ではなく、故意犯の構造からの帰結である。故意犯は一般的に構成要件該当結果の認識と意欲を前提とする。それ故、故意犯の共同正犯は共同の所為決意に結びつくのである。したがって、この共同正犯規準は同条項の文言に読み込まれる必要はなく、あらゆる形態の共同正犯の一般的妥当性を要求するものではない⁽²⁵⁹⁾。

ドイツ刑法第 25 条第 2 項に明記された「共同実行」は無理なく過失の領域に移すことができる。共同実行は過失犯においては注意義務違反行為の共同実行である。すなわち、過失の共同正犯は同条項の文言と矛盾するのではなく、ここから導き出されうるのである⁽²⁶⁰⁾。

このことはドイツ刑法第 26 条、第 27 条からも容易に分かることである。そこでは立法者は可罰的共犯を明白に故意主犯への故意の教唆、幫助に限定した。立法者が共同正犯を同様に専ら故意犯に関連づけようとしたのであれば、共同正犯についてもドイツ刑法第 26 条、第 27 条におけるように明文規定が必要だったといえる⁽²⁶¹⁾。

スイス刑法学では、スイス刑法第 1 条の定める罪刑法定主義（*nullum crimen sine lege*）に関連して過失犯の共同正犯否定論が主張される。すなわち、スイス刑法第 12 条第 3 項（過失犯）は過失犯の「正犯者」としか表現しておらず、「共同正犯者」という表現はしていないし、その他、共同正犯を過失犯に拡張する規定は存在しない。スイス刑法第 24 条（教唆）、同第 25 条（幫助）は「故意」の教唆、「故意の」幫助を、したがって、故意の関与を前提としていると主張される⁽²⁶²⁾。

しかし、これらの指摘は過失犯の共同正犯を否定する理由としては不十分である。スイス刑法にはドイツ刑法とは異なり、過失犯の共同正犯のみならず、故意犯の共同正犯、間接正犯の法規定も存在しない。確かに、共同正犯を明文化することは望ましいが、それにもかかわらず、故意犯の共同正犯は可罰性を拡張する帰属形態として学説・判例により認められている。そうすると、法規定の不存在ということから、過失犯の共同正犯が罪刑法定主義に反するということにはならない⁽²⁶³⁾。加えて、過失犯の共同正犯を認めても、スイス刑法第 12 条第 1 項「法律が明示的

に別段の規定を定めていない限り、重罪または軽罪を故意に犯した者でなければ罰しない。」の違反または潜脱といった問題も生じない⁽²⁶⁴⁾。さらに、共同正犯は、法律に明文の過失犯処罰規定がある場合に限り、その成否が問題となるからである⁽²⁶⁵⁾。スイス刑法第24条、同第25条の共犯規定からも、過失犯の共同正犯の禁止を導くことはできない。確かに、現行法上、過失の教唆、過失の幫助は不処罰である。しかし、過失の垂直的帰属が処罰の対象となっていないということは水平的帰属の問題に影響を与えない。現行法はこれを排除していないのである⁽²⁶⁶⁾。

d. 因果関係 過失犯の共同正犯を否定する第四の論拠は、共同正犯においては、個々の共同正犯者の行為と結果との間に因果関係がなければならぬということから出立する。すなわち、共同正犯の認定を経由して因果関係の認定をすることは、共同正犯の方がすでに因果関係を前提としていることになるので、循環論証であると云うのである。「各共同正犯者の行為を他の関与者の因果的行為と共に検証し、かくして、他の共同正犯者と共に結果に対して因果関係があったという結論に達し、これが場合によっては前提とされている共同正犯の確認としても利用される」⁽²⁶⁷⁾。本論拠は、過失犯の共同正犯も、すでに因果関係を前提としており、それ故、これを端から基礎づけることができないから、循環論証を含んでいるというものである。

しかし、この論拠も説得力に乏しい。確かに、単独正犯においては、正犯者の実行行為とその結果の間に因果関係が存在しなければならない。しかし、共同正犯においては、構成要件の結果の原因は個々の関与者の行為ではなく、集団の行為（全体行為）にあることを要する。故意犯の共同正犯と同様、過失犯の共同正犯においても、共同正犯という法形象の意義は、分業的に共同で結果を招来したという実情に適合した形で正犯としての可罰性を拡張するところにある。すなわち、過失犯の共同正犯というのは過失の単独正犯を定めた刑罰規範を集団へと拡張する機能を有している。共同正犯によって関与者間の所為帰属が基礎づけられるとき、この共同性は因果関係にも現れる。共同正犯者は皆、個別的ではなく、共同で過失犯の構成要件の結果の原因となる様々な行為（全体行為）を行う。単独正犯では個別行為と結果の間に因果関係が必要であるが、共同正犯における因果関係は全体行為と結果との間に存在しな

なければならない。換言すると、共同正犯者各人は、自己の所為寄与を行い、その限りで共同の企てに対して原因を創出していなければならないのであるが、個々の寄与と結果の間に因果関係のあることは必要としないのである⁽²⁶⁸⁾。

e. 正犯と共犯の区別 過失犯の共同正犯を否定する第五の論拠は、過失犯では、故意犯と異なり、正犯、教唆犯、幫助犯という関与形態の区別ができないので、過失犯の共同正犯を構成することができず、注意義務違反行為によって構成要件的結果の発生に寄与した者は（同時）正犯者として処罰されうるというものである⁽²⁶⁹⁾。この批判も正鵠を失している。先ず、過失犯において正犯対共犯という垂直的関与構造の区別ができないということから、水平的関与構造（過失犯の単独正犯と過失犯の共同正犯）の区別もできないということにはならない⁽²⁷⁰⁾。

過失犯においても正犯を共犯から区別することは可能なのである。過失犯の中核にあるのは注意義務違反と結果の惹起である。過失の作為犯における注意義務違反というのは、過失犯の行為帰属の前提要件であるが、それは何よりも先ず必要な注意を怠ったところにあるというのではなく、義務違反の危険を創出したところにある。但し、注意義務に反したというだけでは、単純挙動犯は別として、まだ正犯を基礎づけない。過失結果の発生が必要であり、これがなければ不処罰である。すなわち、過失犯の基礎には行為無価値と結果無価値があり、過失の結果が発生したとき、注意義務違反に正犯構成機能が認められるのである⁽²⁷¹⁾。

故意犯の構成要件も過失犯の構成要件もそれらの正犯者を対象とする規定が為されている。故意犯では、正犯者は所為に対する主要な刑事責任を問われるが、共犯者は付随的な刑事責任しか問われない。同様に、過失犯の構成要件はその正犯者を対象とする記述が為されているのであって、所為実行に関与する者すべてを対象とした記述をしているのではない。ドイツ刑法でもスイス刑法でも、共犯規定は故意の共犯に限定されているが、しかし、そのことによって、過失の共犯というものが存在せず、どんな因果的寄与でも正犯を基礎づけるものと評価されてはならない。また、過失犯の構成要件は「開かれた」構成要件と云われるこ

とがあるが、このことも正犯の侵害行為とこれを単に唆すまたは支援する行為を区別することの妨げとはならない⁽²⁷²⁾。

過失犯において、正犯と共犯を区別するためには、故意犯と同様に、一次的答責と二次的答責を区別することができなければならないのであるが、この区別は注意義務違反に関連する。すなわち、注意義務違反の区別はその内容及び種類によって判断されねばならない。一次的（正犯基礎づけ）注意義務は、その違反が直接的に重要な結果となって現れる注意義務である。これに対して、二次的（正犯を基礎づけない）注意義務は、第三者の注意義務違反の態度を防止すべきであり、したがって、その違反が単に間接的に重要な結果となって現れる注意義務である。注意義務の性格が、刑法上重要な結果を誘引、可能または促進することの防止にあるとき、換言すると、注意義務の目的が、他の者が注意義務違反の態度をとらないことにあるとき、正犯は認められないのである。例えば、自動車運転中速度を出しすぎたままカーブを切り、他人を死亡させた者は、法令に従った運転をするというこの者に課せられた一次的注意義務に違反し、この違反は直接的に結果となって現れたと云える。これに対して、一次的注意義務違反の行為に単に寄与したにすぎない場合、例えば、運転者にもっと速度をあげてもらいませんかと要求する助手席同乗者は、せいぜい、他人を注意義務違反へ誘引してはならないとかその支援をしてはならないという二次的注意義務に違反しているに過ぎないのである。二次的注意義務違反は過失の共犯しか基礎づけない。このように、ある過失犯に関与する者の（過失の）行為が、他の関与者の結果を惹起する過失行為を唆す又は促進することに向かっているとき、これは過失の教唆とか幫助ないし過失犯の場合の教唆又は幫助と云える⁽²⁷³⁾。

なお、一次的注意義務と二次的注意義務の区別は不作為犯においては意味がない。不作為犯において正犯を基礎づける要素は保障人が命令された作為をしないことによって作為義務に違反することであって、故意か過失かはどうでもよいことだからである。したがって、保障人の作為義務は常に正犯を基礎づける一次的義務である⁽²⁷⁴⁾。

f. 危殆化行為の侵害犯への解釈変更 過失犯の共同正犯を否定する

第六の根拠は、過失犯の共同正犯を容認することによって、純粹の（不処罰の）危殆化行為が侵害犯と解釈変更されることになるというものである。多数の者が不注意な行為をするが、不注意な諸行為のうちの一つの行為だけが過失結果に繋がる時、すべての関与者が処罰されるなら、純然たる危殆化は可罰的でないことが看過される。集団の諸危殆化行為が、活動に関与したある者の行為が侵害結果に変わるということによって、集団の諸危殆化行為が可罰的行為になるということとはありえないと⁽²⁷⁵⁾。

この論拠も適切でない⁽²⁷⁶⁾。ここで指摘された疑問は故意犯の共同正犯でも生ずるのである。すなわち、故意犯の共同正犯の特徴も、（共同）正犯者の個別寄与がそれ単独では、所為結果を招来するの十分でないというところにある。例えば、二人の殺し屋が被害者に発砲、被害者は死亡したが、誰の射撃が被害者に当たったのか判明しなかったという場合、この二人の共同正犯が認められるが、そのことで、純然たる危殆化行為が侵害行為へと解釈変更されたとは誰も主張しないと思われる。集団が特定の結果の原因となっているとき、この集団に決定的に関与した誰もが生じた結果に（ともに）原因を創出したと云えるのである。行為寄与の相互帰属が共同正犯の機能であるとき、複数の者からなる集団に構成要件の結果と因果関係が認められるとき、この集団に所属する者が処罰されても、それは危殆化行為の侵害行為への解釈変更とは云えない。この考察は過失犯の共同正犯にも云えることである⁽²⁷⁷⁾。

g. 可罰性の拡大 過失犯の共同正犯を否定する第七の論拠は、過失犯の共同正犯を認めることは過失犯の可罰性を拡大することに繋がるのではないかというものである⁽²⁷⁸⁾。しかし、この批判が妥当するのは、過失犯の共同正犯を認めることがドイツ刑法第15条（故意行為と過失行為）違反、スイス刑法第12条（故意と過失）違反に繋がる場合だけであるが、しかし、そうはならないのである。過失犯の共同正犯も過失犯の処罰規定のあることが前提となっており、加えて、過失犯の共同正犯と扱われうる事例は過失犯の同時正犯として扱われうるのが普通だからである。しかも、過失の場合の関与形態を区別する（過失犯の（共同）正犯、過失の教唆及び過失の幫助）ことは、過失の共犯の処罰規定がないのであるから、過失犯の成立範囲を限定することに繋がるのである⁽²⁷⁹⁾。

h. **相互帰属** 過失犯の共同正犯を否定する第八の根拠は共同正犯の相互帰属機能にかかわるものである。すなわち、故意犯の共同正犯では、共同正犯の集団への可罰性拡大機能を正当化するために、個々の関与者が他人のために行為をし、他人をいわば「代理」し、しかもこの他人によって自分を代理させようとするのが要求される。他人の行為を自分の行為とする意思があることによって相互帰属が正当化されるのである⁽²⁸⁰⁾。そうすると、過失犯の共同正犯においては、相互帰属は否定されざるを得ない。行為者らは、共同で犯罪を遂行するための集団を形成していないからである。さらに、故意犯の共同正犯では法益保護の必要性が増大するが、過失犯においては、法益の故意侵害が目指されていないので、法益保護の必要性は増大しないことも指摘される⁽²⁸¹⁾。

この批判も支持できない⁽²⁸²⁾。相互帰属は過失犯の共同の実現においても可能である。過失犯においては、行為寄与の相互帰属は、犯罪結果の共同の認識のある招来によって正当化されるのではなく、集団の義務に違反した不注意な行為の危険性の増加によって正当化される。複数の者が、共同で不注意な行為をすると、単独で不注意な行為をする場合と比べて、保護法益に対する危険は増加する。[設例 18] では、甲と乙の二人がそれぞれ角材を下に投げ落とすとき、単独で投げ落とす場合よりも、丙に当たる危険はより高まる。すなわち、関与者らが過失結果に繋がる行為（全体行為）を共同で行ったとき、全体行為に決定的且つ不注意に関与した全ての者が全体行為の結果に共に責めを負うのである⁽²⁸³⁾。したがって、所為寄与/行為寄与の相互帰属は、共同の行為が故意の構成要件実現に関係している場合にのみ限定されるわけではないのである。

 注

(243) G. Arzt, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Bemerkungen zur Fahrlässigkeit, recht 1988, 72; H. Otto, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, 47 ff., 49; ders., Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in: Spendel-FS, 271 ff., 282 f.; Renzikowski, (Fn. I-120), § 49 Rn 112; Riedo/Chvojka, (Fn. IV-222), 164 FN 43.

なお、本事案について、フォルスターは未必の故意の殺人罪又は未必の故意の生命危殆罪の共同正犯を認めても良かったのではないかと論ずる。Forster, (Fn. IV-155), Vor Art. 24 Rn 8, 24. 本事案は典型的、つまり**真正の過失の同時正犯**には当たらない。「真正」の同時正犯では、所為寄与を調整する認識は存在しない。行為者は共同の過失行動をする所為決意をしない。同様

に、所為寄与の相互作用と調整の認識がない。しかし、本事案の認定事実からすると、本事案は真正の過失の同時正犯の特徴を有しない。

ロクスイーンは、本事案について、岩塊を転げ落としたが、その岩塊が被害者に当らなかったという場合、この岩塊を投げ落とした者はいずれにしても被害者の生命の危険を高めたのであり、それ故、結果を「共惹起」したことを理由に、過失の同時正犯と捉え、過失の共同正犯の構成を無用と論ずる。*Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 221. しかし、それだけでは因果関係の欠如の代わりとはならない危険増加から、—— 共同正犯の場合を除けば —— 「共惹起」が生ずるわけではない。*Renzikowski*, (Fn. I-120), § 49 Rn 119.

さらに、自分の投げ落とした岩塊が被害者に当らなかった者は、そのことによって他人を法益侵害の作為へと唆したのであるから、惹起者と見られねばならないとする論者も見られる。*B. Hardtung*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 222 Rn 72; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 240; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 15 Rn 77. しかし、模倣効果だけでは答責を根拠づけることはできないのであって、共同というのは約束があつてはじめて形成される。*Renzikowski*, (I-120), § 49 Rn 119.

(244) *Häring*, (Fn. IV-230), 18.

(245) *Eiedo/Chvojka*, (Fn. IV-222), 158; *WeiBer*, (Fn. IV-227), JZ 233.

(246) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 29 Rn 90; *A. Donatsch*, Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt, SJZ 1989, 109, 110 f.; *Donatsch/Tag*, (Fn. IV-207), 357 ff.; *Gropp*, (Fn. I-27), § 10 Rn 82a; *Günther*, (Fn. IV-223), 386; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 63 I 3 a; *U. Kindhäuser*, Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., 2014, vor § 25 Rn 45 f.; *ders.*, (Fn. III-204), § 38 Rn 55; *E. Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, 2006, 141, 260 ff., 368; *Trechsel/Noll/Pieth*, (Fn. IV-207), 198 ff.; BGE 126 IV 84, 88; OLG Schleswig NStZ 1982, 116; BGE 126 IV 84, 88 「共同正犯は共同の決定を前提とするが、それはどうしても明確でなければならないというものではなく、推断的行為から判明することもある。その場合、結果との関係では未必の故意で足りる……。したがって、過失の共同正犯というのは考えられない」。

(247) *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 49 Rn 114; 過失犯の共同正犯を否定する論者もこの循環論証を認識している。*F. Riklin*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 2. Aufl., 2002, § 18 Rn 86.

(248) *L. Greco*, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, 674, 687; *Häring*, (Fn. IV-112), 78 ff.; *ders.*, (Fn. IV-230), 7 f.; *H. Maihold*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2020, 294; *Otto*, (Fn. I-154), § 21 Rn 115; *ders.*, (Fn. IV-243. Mittäterchaft), 48; *Ch. Riedo*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Art 32 Rn 21; *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 49 Rn 114; *Riedo/Chvojka*, (Fn. IV-222), 157 f.; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, 697; *Weisser*, (Fn. IV-227), 232.

過失犯の共同正犯を肯定する説の中には、「共同」を「共同の所為決意」で

はなく、他の「共同」に求める説がある。オットー説：「**作為犯**における正犯構成要素は、法益侵害となって現実化する危険の創出あるいは増加にあるから、この要素だけが正犯を決定する結合点である。過失犯で必要となるのは、故意犯における犯行計画に対応して、関与者が危険創出あるいは危険増加に際して共同の制禦可能性の下にある、分業的行為に関する認識を有していることである。危険それ自体は認識される必要はないが、法益侵害における危険の実現は関与者に予見可能でなければならない。それ故、他人との認識のある、分業的協働で、予見可能な結果となって実現する危険を創出あるいは増加する者は、この結果に対して共同で責めを負う。これらの者は、正犯者として責めを負う」。故意犯におけるのと同じく、過失犯においても個々の所為寄与の結果との因果結合の証明は必要ないが、「しかし、共同で創出されたあるいは増加した危険の実現は必要である」。**[設例 18]**においては、甲と乙と一緒に角材を室外に投げ落とそうが、別々に角材を投げ落とそうが（誰の投げ落とした角材が丙に当たったかの証明がない）、いずれの場合も過失犯の共同正犯が成立する。

不作為犯においては、「共同の危険創出あるいは危険増加に対応するのは、関与者らが法的義務のある危険の回避あるいは減少をしないという合意である」。この場合も、関与者には危険の認識は要しないが、危険が法益侵害となって実現することの予見可能性は要する。オットーはさらに前進させて**共同の責務に基づく過失犯の規範的共同正犯**を肯定する。ある特定の行為をする義務を共同で履行しないという関与保障人の認識は、故意犯における犯行計画に対応して、過失不作為犯の共同正犯の本質的**事実的要素**である。この要素を放棄すると、つまり、危険を回避する共同の合意に代わり、特定の危険を回避あるいは減少させるための共同の法的責務を重視すると、過失不作為犯の領域において共同正犯を純粹に**規範的に根拠づけることが可能となる**。**[設例 19]**劇場長甲には消火装置に水を満杯にしておく任務があった。ある日、火災が発生した時、消防の任務を有していた乙は酩酊状態だったので消火装置を稼働させることができなかった。丙が火災に巻き込まれ死亡した。後に判明したのだが、火災は消火装置が稼働したとしても止められなかったと云えた。火災当日、消火装置は水が満杯になっていなかったからである。本設例において、甲の不作為と乙の不作為を切り離して考えると、刑事責任は問えない。甲が義務にかなった行為をしても、丙の死は避けられなかった。同じことは乙にも云える。こういった場合、甲と乙の行為が一体と見られてはじめて共同正犯の成立が可能となる。すなわち、危険状況によって複数の者の共同責務が基礎づけられ、「この危険にこれらの複数の者がいわば分業的にしか対処できない」とき、過失犯の共同正犯は肯定される。甲、乙は共同正犯者である。共同の責務と並んで、共同の合意に代わって共同の責務の認識が必要である。Otto, (Fn. I-154), § 21 Rn 117 ff.; ders., (Fn. IV-243. Mittäterschaft), 49; ders., (Fn. IV-243. Spendel-FS), 282; ders., Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993, 12; auch J. Bramsen, H. Kaiser, Übungshausarbeit Strafrecht: Heisse Nacht in der Chemiefabrik, Jura 1992, 35 ff. 38.

本説の説く過失犯の共同正犯を成立させる規準につき次の批判が可能である。共同の危険創出あるいは危険増加に関する前提要件、関与者が構成要件的結果を共同で惹起したといえるための状況、注意義務違反に関する言及がない。とりわけ批判的となるのは、共同の法的責務に基づく過失犯の共同正犯である。本説は、「特定の危険の回避あるいは減少させるための共同の法的責務」がそれだけで関与者間の一体性を生じさせること、この一体性によって関与者らが共同正犯と捉えられ、結果を阻止する行為を共同でしなかった（不作為）というものである。しかし、共同というのは単に「何らかの方法で」結果の中に現れねばならないというものではない。過失犯の共同正犯の結合点としての結果に繋がる諸行為が共同で為されたと見られねばならないのである。関与者間のこの共同の仕事が無ければ、共同正犯は基礎づけられえないし、共同正犯に内在する行為寄与の相互帰属も正当化されえない。「共同」は純粋に客観的規準では捉えきれないのである。[設例 19]では、甲と乙の不作為は偶然に同時に起こったのである（同時犯）。関与者が、自分の他に他の者も結果を惹起する事象経路に関与することを少なくとも予期しないとき、共同の仕事が行われているとはいえない。Vgl. Häring, (Fn. IV-112), 170 f., 211 f.

クナオアー説：故意犯における共同の犯行（所為）計画という結合要素は過失犯における相互帰属の構成要素足りえない。したがって、「複数の者によって行われる過失犯のために相応の『連帯化効果』を発揮する、犯行計画の対応物」が求められねばならない。この構成要素については、「行為（及びこれに向けられた意思）よりも共同の結果惹起に強く着目しなければならない」。過失犯の構成要件は客観的帰属の理論によってしか充足されない。その限りで力点は結果不法におかれるが、それは、過失犯にとって行為者によって創出された許されない危険が現実化したことで十分だからである。そうすると、過失犯の共同正犯における相互帰属の根拠は関与者らの共同の行為によって生じた危険増加にある。「法益への危険は過失犯者の等しい共同作業によってもう一度高められる。このことは過失の領域においても『分業』によって行われる。すなわち、複数の者の関与が諸個別行為の強化を生じさせる。犯行結果の惹起はより多くの肩に割り当てられ、これによって法益への危険が増加する」。Ch. Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, 192 ff.

本説は、過失犯の共同正犯を客観的協働によって生じた危険増加という純粋に客観的規準によって判断するのであるが、いつ「共同で」創出された許されない危険があるのかが定かでない点に問題がある。加えて、次の設例において、本説は被害者の死の「共同」惹起を肯定する点に問題がある。[設例 20] 歩行者は交通量の多い多車線道路を渡ろうとする。第一車線を渡って第二車線に入る前に、第二車線を走行する車を通過させるために立ち止まっていったが、その直後、自動車二台に巻き込まれた。その一台は第一車線を、他の一台は第二車線を走行していた。歩行者は両自動車の間で押しつぶされて死亡した。両運転者に過失があった。しかし、歩行者が両自動車のそれぞれ一方にのみ巻き込まれたとしても、同様に死亡したか否かは判明しなかった。本設例で、両運転者が不注意な行為を共同で行ったとは云い難い。共同正犯

の成立を肯定する「共同」は、結果だけでなく（結果帰属）、結果に繋がる行為にも（行為帰属）関係しなければならない。行為者が、自分の外に他の者も（集合的）不注意に関与していることの認識すらもないとき、他の者の行為が帰属されることはない。関与者間の相互依存、したがって、共同正犯の一体性がないからである。*Häring*, (Fn. IV-112), 183 f.

次に、ヴァイサー説：本説は、過失犯の共同正犯に関与者全てに客観的に同一の注意義務がある場合に認める。参照、本節本文 4.B.b.bb.

- (249) *Puppe*, (Fn. IV-221), 133; auch *Kraatz*, (Fn. IV-246), 141, 260 ff., 368.
- (250) *I. Puppe*, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS 2007, 234 ff., 237.
- (251) *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 49 Rn 115.
- (252) *P. Cramer*, Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 24 Aufl., 1991, § 25 Rn 101; *Donatsch*, (Fn. IV-246), 109 ff., 112 f.; *R. Maurach*, *K..H. Gössel u. H. Zipf*, Strafrecht AT, Tb. 2, 7. Aufl., 1989; § 47 Rn 103.
- (253) *Häring*, (Fn. IV-112), 83 ff.; *Riedo/Chvojka*, (Fn. IV-222), 158; *WeiBer*, (Fn. IV-227), 232.
- (254) *H. H. Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl., 1988, 517; *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 156; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., 1967, 551 ff.
- (255) *Otto*, (Fn. IV-243), 48; *WeiBer*, (Fn. IV-227), 231 f.
- (256) *W. Botke*, Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung, GA 2001, 463 ff., 473 ff.; *Herzberg*, (Fn. I-154), 73; *Walder*, (Fn. IV-231. stones), 57; *Kindhäuser*, (Fn. III-204), § 38 Rn 54; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), Rn 1342.
- (257) *WeiBer*, (Fn. IV-227), 232 f.
- (258) *WeiBer*, (Fn. IV-227), 233.
- (259) *WeiBer*, (Fn. IV-227), 233.
- (260) *WeiBer*, (Fn. IV-227), 233.
- (261) *WeiBer*, (Fn.), 233.
- (262) *A. Donatsch*, StGB Kommentar, *Donatsch et al.* (Hrsg.), 19. Aufl., 2013, Art. 12 Rn 28; *Walder*, (Fn. IV-231. stones), 57.
- (263) *Häring*, (Fn. IV-112), 83; *ders.*, (Fn. IV-230), 8; *Maihold*, (Fn. IV-248), 294; *Riedo/Chvojka*, (Fn. IV-222), 158.
- (264) *Häring*, (Fn. IV-112), 84.
- (265) *Häring*, (Fn. IV-112), 84.
- (266) *Häring*, (Fn. IV-112), 84.
- (267) *I. Puppe*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.7.1990 — 2 StR 549/89 (BGHSt 37, 107), JR 1992, 27 ff., 30, 32; *dies.*, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, Vor § 13 ff. Rn 122
- (268) *W. Beulke*, *G. Bachmann*, „Lederspray-Entscheidung“- BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737 ff., 743; *Häring*, (Fn. IV-112), 138 ff., 276 ff.; *E. Hilgendorf*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, 561, 563; *A. Hoyer*, Wozu brauchen wir eine fahrlässige Mittäterschaft?, in: *Puppe-FS*, 2011, 514 ff., 515 ff., 524 f. *Renzikowski*, (Fn. III-

135), 100 f., 288 f. (共同正犯は遡及禁止理論、自律性原則の修正を要求する。例えば、甲が丙を殴打するために乙が丙を捕まえて離さないという傷害罪の共同正犯の場合、甲は自律的に行為しているのであるから、甲の所為を乙に帰属することは自律性原則によって排除される。こういった場合のために、ドイツ刑法第 25 条第 2 項は遡及効禁止を突き破るのであり、自律性原理は拡張を要する。本規定の特殊の地位を所為支配説も認めている。というのは、既に自ら完全な所為支配を有する者だけが言及されるなら、本規定は必要がないからである。したがって、刑法が共同正犯を責任拡張として承認していることが分かる。そうすると、「帰属主体は、何よりも先に、個別の所為寄与を行う個々の関与者ではない。むしろ、刑法は一定の要件の下で複数の者を集合体と見ている。この人々の全体に共同の仕事が全体として帰属される。この人々の共同体に関与する者は集合体の仕事に対して責任を負うであって、場合によってはごくわずかでしかない自分自身の所為寄与にのみ責任を負うのでない。所為支配説はこの関連で『機能的所為支配』と云うのであるが、それが意味するところは、個々人がその共同正犯者を支配するというのではなく、集合への自分の持分によって全体所為の運命を支配するということである」。過失犯の共同正犯は、第一に、「共同の行為計画」を要する。この「全体所為」は客観的には、法的に是認されない危険を生じさせるものでなければならない。次に、共同正犯者らは共同の計画に従った諸寄与をしなければならない。その場合、結果と各所為寄与との間の因果関係は必要でない。最後に、帰属の前提は、各関与者が全体計画の危険性を認識できたし、認識せねばならなかったということである。)

- (269) *M. A. Niggli, S. Maeder*, Basler Lommentar Strafgesetzbuch I, 3. Aufl., 2013, Art 12 Rn 134; *Riklin*, (Fn. IV-247), § 18 Rn 86; *Stratenwerth*, (Fn. Fn. IV-220), § 16 Rn 49 (過失犯の場合、共同正犯はないので、その対概念である同時正犯も存在しない)。
- (270) *Riedo/Chvojka*, (Fn. IV-222), 160 ff. (垂直的関与構造の区別がなくても水平的関与構造の面で過失犯の単独正犯と過失犯の共同正犯の区別は可能)。
- (271) *Häring*, (Fn. IV-112), 117 f.
- (272) *Häring*, (Fn. IV-112), 118 f.
- (273) *Häring*, (Fn. IV-112), 118 ff., 120, Fn 450; *Kamm*, (Fn. IV-224), 108 f.; *Otto*, (Fn. IV-243. Spendel-FS), 271 ff.; *Maihold*, (Fn. IV-248), 295; *Riedo*, (Fn. IV-248), Art 32 Rn 22 ff. u. Rn 25 ff.
- (274) *Häring*, (Fn. IV-112), 119.
- (275) *Roxin*, (Fn. IV-254), 533 f.; *Ph. Spitz*, *Strafrechtliche Produkthaftung - Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweisen*, 2001, 452.
- (276) *Häring*, (Fn. IV-112), 87 f.
- (277) *Häring*, (Fn. IV-112), 88.
- (278) *Otto*, (Fn. IV-243. Mittäterschaft), 47; *Walder*, (Fn. IV-231. stones), 57.
- (279) *Häring*, (Fn. IV-112), 90 ff.; *ders.*, (Fn. IV-230), 9; *WeiBer*, (Fn. IV-227), 233. *Niggli/Maeder*, (Fn. IV-269), 3. Art. 12 N 134.
- (280) *Knauer*, (Fn. IV-248), 156 f.

(281) *Kamm*, (Fn. IV-248), 36 ff., 179 ff.

(282) *Håring*, (Fn. IV-112), 91 f.

(283) *Håring*, (Fn. IV-112), 92.

Täterschaft und Teilnahme (12)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik

I. Grundlegende Begriffe

1. Ausgangspunkte
2. Reduzierter Täterschaftsbegriff und Extensiver Täterschaftsbegriff
3. Akzesorität

II. Teilnahmesystem

1. Modell des Teilnahmesystems
2. Teilnahmesystem des deutschen Strafrechts
 - A. Geltendes Recht
 - B. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme (Band 54, Nr. 2)
 - C. Vernachlässigung der Strafbemessung

III. Einheitstätersystem

1. Modell des Einheitstätersystems
 - A. Monistisches Regelungsmodell
 - B. Varianten des Einheitstätersystems
2. Einheitstätersystem des österreichischen Strafrechts
 - A. Geltendes Recht
 - B. Täterformen
 - C. Unabhängigkeit
 - D. Fahrlässigkeitsdelikte
 - E. Maximale Individualisierung der Strafe
 - F. Zusammenfassung (Band 54, Nr. 3)

IV. Täterschaft und Teilnahme im japanischen Strafrecht

1. Akzesorität oder Unabhängigkeit der Teilnahme
2. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme
 - A. Tatbestandsspezifische Abgrenzung
 - B. Abgrenzung bei den Allgemeindelikten (Band 55, Nr. 3)

Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

1. Allgemeine Kennzeichnung
 - A. Begriff der mittelbaren Täterschaft

- B. Täterschaft der mittelbaren Täterschaft
- 2. Konstellationen der mittelbaren Täterschaft
 - A. Das unvorsätzlich handelnde Werkzeug
 - B. Das rechtmäßig handelnde Werkzeug (Band 55, Nr. 4)
 - C. Das ohne Schuld handelnde Werkzeug
 - a. Das ohne Schuldfähigkeit handelnde Werkzeug
 - b. Das im unvermeidbaren Verbotsirrtum handelnde Werkzeug
 - c. Das im entschuldigenden Notstand handelnde Werkzeug
 - D. Das objektiv tatbestandslos handelnde Werkzeug
 - E. Das absichtslose dolose Werkzeug und das qualifikationslose dolose Werkzeug (Band 56, Nr. 1)
- 3. Tatmittler ohne „Defekte“: der „Täter hinter dem Täter“
 - A. Ausnutzen eines im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Vordermanns
 - B. Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft („Schreibtismörder“)
 - a. Mittelbare Täterschaft der Hintermänner von NS- und SED-Verbrechen
 - b. „Mafiaähnlich“ organisiertes Verbrechen
 - c. Mittelbare Täterschaft bei Straftaten in großen Wirtschaftsunternehmen (Band 56, Nr. 2)
 - d. Zusammenfassung
- 4. Irrtumsfragen bei der mittelbaren Täterschaft
 - A. Ein den konkreten Handlungssinn betreffender Irrtum
 - B. Irrtum des Tatveranlassers über die eigene Beteiligungsform
 - a. Eingebildete Tatherrschaft
 - b. Potenzielle Tatherrschaft
 - C. Objektsverwechslung durch den Tatmittler
- 5. Versuchsbeginn
 - A. Theorienstreit im deutschsprachigen Raum
 - B. Theorienstreit bei uns
- 6. „Mittelbare Täterschaft“ im funktionellen Einheitstätersystem (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. Zweiteilungslösung (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)
- (Die Fortsetzung)