

タイトル	正犯と共犯（16）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，58(4)：85-107
発行日	2023-03-30

論 説

正犯と共犯 (16)

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)
- 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

- 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
 - α 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. 作為と不作為の境界
 - B. 保障人の地位
 - C. 共同
 - D. 個別寄与
 - a. 「重要な」個別不作為
 - b. 注意義務違反
 - E. 過失結果の帰属
 - 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. 不作為による単独正犯の結合点とその義務 （以上第 58 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

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. 作為と不作為の境界 過失不真正不作為犯の共同正犯の成否の出立点は、関与者の不作為が非難の対象となるということであるが、問題

はその境界づけである。

〔設例 31〕 A 株式会社が製造・販売する製造物に含まれる特定の物質が原因で消費者に健康障害が生じた可能性があったため、A 会社の業務執行役員亥は当該製造物の市場からの回収を提案したが、甲、乙、丙及び丁はこれに賛成しなかった。甲、乙、丙及び丁は、何も起こらないことを当てにした。しかし、消費者 B は当該製造物を使用したことによって健康障害を被った。（ヘリングの設例）

〔設例 31〕では、業務執行委員らは亥の提案に賛成しなかった。〔設例 31〕において、採決にあたり、「当該製造物を回収すべきか？」と問われ、賛成者だけが挙手する必要がある、反対者は挙手する必要がないという場合であれば、不作為犯から出立すべきことは明らかである。これに対して、業務執行役員らが、「当該製造物は市場に出回ったままにしておくべきか？」と問われ、反対者はこの提案を拒否するために、積極的に挙手しなければならないという場合であれば、この挙手に着目して作為犯と捉えるべきでないかということが考えられる。そうすると、作為と不作為の区別を反対の関与者が挙手するか否かということで決められることになり、作為か不作為かの区別は票決の仕方次第ということになる。しかし、この事情だけではこの問題の決定はできない⁽⁴⁰⁶⁾。なるほど、挙手することが積極的行為であることに疑問はない。しかし、共同して行われた諸行為が B の健康障害という結果に対して作用因であるとはいえない。結果を招来する因果連鎖は業務執行役員らの採決とは関係なく既に進行しているからである。結果の発生が非難されるのは、(積極的) 挙手というまったく力学的な活動があったということではなく、業務執行委員らが危険な製品を相応の議決によって市場から回収することをしなかったということである。したがって、関与者らが、否決の決議を可能とするために挙手をする場合も、「なにもしない」ことによって否決の決議を可能とする場合と同じく、不作為から出立されるべきなのである⁽⁴⁰⁷⁾。

B. 保障人の地位（不真正）不作為犯の正犯者は、生じた結果を回避するための特別の法義務を課せられている者に限定される（保障人の地位）。このことは決議団体構成員の不作為にも当てはまる。問題は保障

人の地位がどのように基礎づけられるかにある。既に製造過程に欠陥があった場合、保障人の地位を危険な先行行為によって基礎づけることができる。しかし、製品の危険性が流通させた時点ではまだ知られていないか認識できず、長期間、健康障害の問題が生ずることなく流通していた場合、許されない危険又は少なくとも日常的には見られない危険を創出したとか増加させたという事態は発生していないので、危険な先行行為に基づく保障人の地位は基礎づけられない⁽⁴⁰⁸⁾。

この場合は、むしろ、適法に危険源を創出した者であっても、他の者にそこから直接的に今にも起こる危険が生ずるとき、不作為に止まるとは許されないという観点から出立するべきである。このことは、業務主体の権限が拡大するほどその責任の増大することの表れである（権利が多くなると義務も多くなる）⁽⁴⁰⁹⁾。なるほど、製造者ないし主要な業務執行者は製造物それ自体を支配しているわけではないが、しかし、当該製造物から生じうる危険を支配していると云える。企業には重要な情報が集まり、この枠内で業務執行者の危険管轄が存続するからである⁽⁴¹⁰⁾。製造者らはその製造物を購買者に引き渡した後も、健康障害を引き起こしかねない製造物から生ずる**危険源を支配**しているのである。製造者らは当初認識できなかった危険に対しても回収を指示しなければならない。このことは、製造者らに優位な情報量、専門知識、より大きな活動範囲があること、当該製造物の回収、少なくとも購買者へ警告を発することによって生じうる健康障害から消費者を効果的に保護することができることによって基礎づけられる。消費者には通常、製造物を検査する可能性がなく、そうでなくても相応の専門知識が欠如するので、消費者は自己の危険答責の一部を製造者/決議機関に委ねる。それ故、製造者らには、刑法の保障人の地位の意味において、他人が製造者らによって流通におかれた危険源によって損害を受けないようにする責任がある⁽⁴¹¹⁾。結局、製造物危険の現実化を阻止する保障人の地位というものがあり、これは製造物という危険源の支配から⁽⁴¹²⁾、ないし、製造者特有の往来安全配慮義務から⁽⁴¹³⁾生ずるのである。この意味で、[設例 31]においても不作為に止まった業務執行者らの保障人の地位が肯定されうる⁽⁴¹⁴⁾。

C. 共同 過失不作為に基づく共同正犯の刑法的非難の結合点は、共同の不作為、つまり、結果を阻止する（諸）作為を法的義務に違反して

共同で行わないというところにある。不作為の決議に基づいて決議団体構成員が不作為に留まる場合、この決議ないしそこに表明され且つその帰結である不作為が結合点である。これに関係しなければならないのが、共同正犯の本質要素である共同である。不作為決議ないし回収の不作為は、共同の仕事として現れねばならない。このことによって、正當にも、業務執行役員が結果阻止の（諸）作為——回収（議決）——を共同で行わなかったと云えることになる⁽⁴¹⁵⁾。

主観的共同は、業務執行役員の共同の不作為決議、つまり、亥の提案に反対することの相互一致である。この不作為決議は、明示の事前の非公式の取り決め、及び、遅くとも決議に際しての推断的行動（挙手しない場合と挙手する場合とがある）によって基礎づけられる⁽⁴¹⁶⁾。

不作為犯における**客観的共同**は、結果を回避する（諸）行為を分業して行わないことであり、これが全体不作為（Gesamtunterlassung）となる。[設例 31] では、業務執行役員が共同で、回収提案に同意することをせず（そこでは各人が個別不作為を行っている）、かくして結果回避の決議をすることに関して分業した不活動に留まっている。この分業した不活動が全体不作為である。議決団体構成員単独では決議をすることができず、一人を超える共同の行動がどうしても必要である。共同の不作為決議を現実可能とするに際して、共同の不活動に関する相互依存が見られることによって、分業的に「もくろまれた」（諸）個別不作為が結合され、客観的にもひとつの全体不作為が形成されるのである⁽⁴¹⁷⁾。

集団作為と同様に、集団不作為の場合にも云えることだが、[設例 31] におけるように、一人あるいは何人かの関与者が回収決議案に賛成票を投ずるとき、これらの者は共同に包含されない。回収決議案に賛成した者につき共同の不作為決議があったとは云えないし、結果を阻止する（諸）作為を共同で行わなかった（全体不作為）とも云えない。したがって、共同正犯は決議を肯定する（したがって義務適合の）投票者を除かねばならない。また、回収決議案に賛成した者が、その後も会社に継続して勤務していても推断的行動によって共同に包含されることはもない。共同正犯答責の結合点是不作為決議それ自体であって、これに続く不活動ではないからである。事後の継続勤務は、結果を阻止する決議を

分業して行わないという意味での客観的共同の可能性を有せず、したがって、既に成立した決議に関して承継的共同正犯を基礎づけることはできない⁽⁴¹⁸⁾。

不作為犯においてより難しいのは、票決を棄権する者とか票決の場になかった者（欠席者）が共同正犯の共同に包含されるのか否かという問題である。というのは、保障人の地位にある場合、棄権（不参加）は他の者の義務違反への単なる不関与でなく、（回収）決議をもたらすために、可能なこと期待できることをすべて行うべきという自分自身に課せられた義務に違反することだからである。不作為の可罰性は、作為義務に反して「なにもしないこと」と常に結びついている。その限りでは、「能動的に」不作為をする者（回収「反対」投票）と「受動的に」不作為をする者（棄権又は不参加）の間に基本的に違いはない。したがって、業務執行役員は、救済措置をとる義務のある保障人であるにもかかわらず、回収決議案に棄権するとき、共同で不活動に留まる者の側に与するのだと論ずることもできよう⁽⁴¹⁹⁾。もっとも、不作為それ自体の共同を除いて、義務違反の決議不作為に関して、したがって、共同正犯の答責の結合点に関して共同は存在しない。棄権者（及び票決に参加しない者）はなるほど回収決議に反対票を投ずる者と同じ義務を有しているが、しかし、これらの者と共同で不活動に留まる決意をしているわけではない。棄権者（あるいは参加しない者）は他の者と共同で回収決議に賛成することを表明していないし、それと同じく、他の者と共同して回収決議に反対することを表明したのではなく、むしろ、どちらを選択すべきかをまったく決めていないのである。しかし、決断がなければ、共同の（不作為）決意があったとは云えない。この事実から一方的に業務執行役員の不利益に解釈することは許されない⁽⁴²⁰⁾。棄権は「いわば二つの行為選択枝の間で中立の位置にある」⁽⁴²¹⁾。共同の不作為決意が欠如しているために、過失の不作為犯の場合の共同正犯は、棄権者あるいは票決の場にはいない者に肯定することはできない。場合によって生ずる可罰性の要求に応えるためには、こういった関与者の個別の正犯答責が根拠づけられねばならないのである⁽⁴²²⁾。

D. 個別寄与 過失不作為犯に関与した者の間の共同の存在と並んで、個人の正犯性を基礎づける諸要素も決議団体構成員のそれぞれに存

在しなければならない。すなわち、個々人は、その注意義務違反ないし保障人の地位に違反したことが証明される「重要な」不作為寄与をしなければならない。

a. 「重要な」個別不作為 各関与者は、「個別寄与」を、すなわち、不作為犯においては、正犯を基礎づける（「重要な」）ものとみることのできる個別不作為をしなければならない。決議団体構成員の保障人としての第一の義務は、適法な（回収）決議に賛成票を投ずることである。この保障人が、これに——能動的反対票によってであれ全く純然たる不活動に留まることによってであれ——不作為の態度をとるなら、そこに個別不作為がある。関与者が不作為決議をもたらすために能動的に挙手しなければならない場合、個別不作為は不作為決議に向けた能動的投票にみられるという特殊性がある。既述したように、これは「作為による不作為（Unterlassen durch Handeln）」と呼ばれるものである。決議をする義務を超える結果阻止義務があるか否かは争いのあるところであるが、ここでは未決にしておくことができる。というのは、共同正犯において、共同で回収決議がなされなかったことが刑法的帰属の結合点となるであり、（不作為）決議成立後に他の方法で起こりうる結果の発生を阻止すべき個人の不作為が結合点となるわけではないからである⁽⁴²³⁾。

このような決議団体構成員の義務を前提とすると、客観的に要請される結果阻止行為——（回収）決議——は一人の業務執行役員だけでは実現できない。むしろ、決議団体決定の性質上、どうしても複数の者の協働を要する。結果阻止行為の仮定的実行は——したがって全体不作為も——個々の個別不作為の成否に左右される。関与者間には、各人がその不作為によって結果阻止の行為を挫折させうるという意味で相互依存がある。それ故、基本的にいずれの個別不作為が、ないし保障人の地位の違反が（必然的条件の意味で）重要、つまり、正犯を基礎づける。その際注意すべきことは、一票差の過半数で議決されたか否かは重要でない。客間的に結果を阻止する（仮定的）行為をするためにどうしても必要となる人数を超えた者が全体不作為に関与した場合でも、個別不作為の重要性は事前の観点から判断される。各人が自分と他の不作為者の相互依存性を自分の不作為寄与によって創出したと云えるのは、各人の不作為寄与が事後的にみて必要だったという場合でなく、すでにその不作為寄

与に決定的に依存しているという事情がある場合である⁽⁴²⁴⁾。

b. 注意義務違反 重要な各個別不作為には、個人の注意義務違反が認められねばならない。これに関しても上述参照。業務執行役員は逆の兆候が在るにもかかわらず、潜在的に健康に危険な製造物を流通から回収しない、ないしこれを実現する決議に賛成することをしない。したがって、業務執行役員らはその保障人の地位に由来する行為義務に違反している。ここに、各業務執行役員の個別的注意義務違反が認められるのである。

E. 過失結果の帰属

a. 仮定的因果関係 「共同正犯という帰属形象」の集合因果関係機能に基づき、規準となる、事後的に確定されうる（仮定的）因果連関は、個々の個別不作為と生じた過失結果の間ではなく、全体不作為（関与者らの集合的不活動）と過失結果の発生との間に存在しなければならない。これは〔設例 31〕において肯定されうる。というのは、業務執行役員らが、回収提案に賛成する、かくして製造物を回収することを共同で行っていたなら、過失結果の発生は確実性と境を接する確実性をもって生じなかったと云えるからである⁽⁴²⁵⁾。

b. 客観的帰属 業務執行役員らにはその不作為が客観的帰属の原則に従って個別的に帰属できなければならない。ここでも過失不作為犯の共同正犯の一般的原则を参照されたい。集合不作為犯事例が問題となっているという事実から、特殊なことは生じない。共同の存在とはかわりなく、いずれの業務執行役員もその個別不作為によって、構成要件に関連する許されない危険を他の者ともに阻止しない（行為の客観的帰属）。この許されない危険が過失結果となって実現した。結果の客観的帰属については特筆すべきことはない⁽⁴²⁶⁾。

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 — 業務執行機関の不作為決議がないまま、その個々の業務執行者がその決議によって解決されるべき問題を不注意にも放置した場合、過失犯の共同正犯又は過失犯の単独正犯の成否が問題となる。

〔裁判例 25〕 BGHSt 37, 106 ff.〔皮革製品用噴霧器事件〕靴及び皮革製品手入れ用噴霧器を製造する有限会社 W.u.M. は、その子会社である有限会社 E.R. (商標 E 製品)、有限会社 S (商標 S 製品) を介してその製品を市場に出した。E.R. 社は食料品店、ショッピングセンター及びドラッグストアに供給し、S 社は靴・皮革製品専門店で供給した。1980 年晩秋から、W.u.M. 社、E.R. 社、S 社に、当該製品を使用した消費者から呼吸困難、咳、吐き気、悪寒戦慄及び熱等の症状が出たとの通報があった。会社内部でこういった健康障害の原因調査が行われたものの、原因の究明はできなかった。但し、1980 年初頭中頃からシリコーン油が増量されていたことが判明し、1981 年初頭にはこの配分は元に戻された。それにもかかわらず、依然として健康障害の通報があった。化学会社 2 社の毒理学者及び顧問医師の見解からも原因は判明しなかった。シリコーン油作用物質は製造物から取り除かれた。1980 年に製造に使用されるフッ化炭素樹脂の納入業者が変更されていたことが分かったとき、この物質は 1981 年 3 月から元の業者から納入されることになった。それでも健康障害の通報が続いた。通報は当初は商標 S 製品に限られていたが、商標 E 製品にも拡大した。それ故、1981 年 4 月中旬に短期間、商標 E 製品の生産・販売が停止されたが、会社の内部調査で結論が出ず、数日して元に戻された。

1981 年 5 月 12 日に通報のあった健康障害に関して業務執行機関の臨時会議が開かれた。W.u.M. 社の全業務執行者 S、Dr.Sch、Br (その間に死亡)、Bo (分離公判)、及び会社グループの中央検査所所長 Dr.B が参加した。Dr.B は「化学長」として専門的見解を求められ、これまでの調査からは毒性、したがって、噴霧器が危険であるとの手掛かりはなかった、それ故、製品を回収する根拠はないと述べ、さらに、外部機関に別の調査を委託すること、噴霧器全てに警告表示を加えること、既に為されている説明を場合によって改善することを提案した。この提案に業務執行機関は賛同した。販売中止、又は警告広報の指令は、これからの調査から「本当の製造物欠陥」、つまり、「消費者への危険の証明が可能」になった場合にのみ考慮されるべきという点で意見の一致を見た。

この会議の結果は、S 社の業務執行者 W、E.R. 社の業務執行者 D に伝えられた。W、D ともにこの会議で下された決定をそれぞれ自分の管轄領域で受け容れた。

その後も、皮革手入れ用製品 (商標 E、S) 使用後に健康障害が生じた

という通報が続いた。新たな調査でも検証外の原因となるある特定の物質を特定することができなかった。引き続いて、噴霧器（缶）に警告表示の補充・改善がなされた。1983年9月20日に、W.u.Mは、連邦衛生局及び連邦少年、家庭及び保健省の調査が入った後、販売中止、回収活動を始めた。

地方裁判所は、S、Dr.Sch、W、Dを過失致傷罪と危険な傷害罪の廉で、Dr.Bを危険な傷害罪の幫助犯の廉で（上告審で無罪）有罪判決を言い渡した。

本判決において、連邦通常裁判所は、臨時会議の後発生した被害事案に関しては、被告人らを不作為による危険な（故意）の傷害罪の廉で（但し、この臨時会議の後ではじめて製造又は販売された噴霧器から発生した被害事案に関しては作為による危険な（故意）傷害罪が認定された。）、その前に発生した被害事案に関しては不作為による過失致死罪の廉で処罰した。本判決は、前者について、つまり、故意犯の領域では共同正犯の法理を適用したが、後者について、つまり、過失犯の領域ではこれを適用しなかった。

B. 「共同」正犯の成否 過失犯の共同正犯は共同の行為決意を要するのであるが、[裁判例 25]では、共同の不作為決意が見られない。業務執行者らは相互に影響されること無く不作為に留まったのである。すなわち、不作為に留まることに向けられた採決前の非公式の話し合いが無かったし、業務執行会議での公式の不作為決議も行われなかったのであるから、関与者を相互に結合する「共同」が見られない。したがって、[裁判例 25]が過失犯の共同正犯から出立しなかったのは結論的に妥当である⁽⁴²⁷⁾。

しかし、[裁判例 25]のような事例は、実務上極めて稀である。例えば、製造物から消費者の健康障害が生じうること、場合によって製造物回収という重大な問題が生ずることを知りながら、業務執行役員らがそれぞれ無関係に問題に目を閉じて、そのまま結果を待つというのは、実務上ほとんど考えられない。普通は、問題が浮上すると直ちに、業務執行役員らの間でいかなる措置をとるべきか否についての非公式の申し合わせが行われよう。共同の不作為決意は公式の決議に依存しないのであ

るから、共同の作為義務のある業務執行役員が不活動に留まることに非公式の申し合わせがあるとき、共同の不作为決意が肯定されうる⁽⁴²⁸⁾。さらに、十分に情報のある業務執行者が相互独立に行動するとき、少し時間がたった後で推断的行為があるといっている場合がありうる。「というのは個々の業務執行役員の視点からすると、こういった状況では他の業務執行役員との話合いの必要のあることが頭に浮かぶからである。自分自身と同じく、他の業務執行役員が問題に関してかたくなに沈黙を守る場合、何も行われるべきでないという暗黙の意見の一致があるとしか理解できない」⁽⁴²⁹⁾。いずれにせよ、非常に早い段階で不作为決意は存在しうるのである。ただし、業務執行役員間のこういった話合いの過程、内容についての証明が著しく困難であるから、過半数の一致があることの事後的認定は困難であろう⁽⁴³⁰⁾。

C. 単独正犯の可能性

a. 保障人の作為義務と因果関係 不作为による過失犯の単独正犯は、不作为による故意犯の単独正犯と同様に、保障人の作為義務を前提とする。[裁判例 25] は、保障人の結果回避義務を「業務執行機関の全ての権限及び包括的責任」に基づき限定する⁽⁴³¹⁾。原審は個々の業務執行者の直接の個人義務を肯定したのに対し、連邦通常裁判所はこれを否定したが、その際、原則として複数の業務執行者から成る全体業務執行機関が指図する有限会社の権利を指摘した。業務執行者らには、共同の商務権限が在るだけであり、その誰もが他の者の協働なしには措置を採ることは許されない。このことがとりわけ妥当するのは、回収行為のように、会社全体にかかわる管轄権を横断する措置が採られるべき場合である⁽⁴³²⁾。したがって、個々の業務執行者の個別の作為義務は限定される。作為命令は、もはやじかに法益保護に関係するのではなく、「必要とされる回収の指図と執行に関する全体業務執行機関の決議を実現するために、参加権を最大限行使して、自分に可能で期待されうることを為すことに関係する」⁽⁴³³⁾。

このように [裁判例 25] が業務執行者の義務を、他の業務執行者と共同で回収決議を実現することに限定したことによって、この不作为と結果との（仮定的）個別因果関係が肯定できないという問題が生ずる。条件公式を用いると、個々の業務執行者は単独では製造物の回収はできな

いが、個々の業務適合作為を付け加えて考えると、回収が自動的にできたということにはならないからである。二人以上の差の多数決で回収決議がなされるという場合を想定すると、個別業務執行者がその義務適合作為をすることで相応の決議に影響を及ぼすことは全くできないからである。しかし、[裁判例 25] は、作為犯における重疊的因果関係と関連づけて個々の業務執行者の不作為の刑事責任を肯定した。すなわち、本判決は次のように説示する。作為犯の領域では、複数の関与者が相互独立に構成要件該当結果を関与者の作為寄与の全体によって生じさせる場合、それぞれの寄与が当該結果の原因となる。作為犯の領域で妥当することは同様に不作為犯でも妥当せざるを得ない。「被害の発生を回避するために必要な措置、本件では、業務執行機関によって決議されるべき回収が複数の関与者の協働によってしか実現できないなら、協働権限を有しているにもかかわらず、その寄与をしない者はいずれも、必要な措置が行われないことの原因を創出している。この範囲内で、そのことから生ずる構成要件該当の結果に責めを負う（……）。その際、各人が、必要な合議体決定を下す努力をしても無駄だった、なぜなら、他の関与者が係争中の問題においてその主張を否定したと云えたと主張して、その責めを免れることはできない。」⁽⁴³⁴⁾。個々の業務執行者は、「必要な決議をするために、自分に可能で、期待できるすべてのことをした」場合にのみ、刑事責任を免れることができる」⁽⁴³⁵⁾。

しかし、この解決策には限界がある。重疊的因果関係に基づく帰属は、複数の関与者によって相互独立に設定された諸条件が、それらの共作用があってはじめて結果を招来する場合に可能である。業務執行機関の決議にあっては、それがぎりぎりの過半数で成立する場合に限定される。しかし、一票を超えた過半数で決議が成立した場合（いわゆる「過剰に条件づけられた因果関係」）⁽⁴³⁶⁾、その超えたどの一票も結果の発生には不要であり、結果発生との因果関係が存在しない。かくして、可罰性が関与者の員数にかかることになるが、このことは耐え難いことである⁽⁴³⁷⁾。

b. 不作為による単独正犯の結合点とその義務 保障人の義務は常に構成要件の結果を回避するすることにある⁽⁴³⁸⁾。したがって、業務執行者の保障人義務は、他の保障人と決議を実現することだけに在るのでは

なく、むしろ、消費者に切迫する健康障害という結果を回避するために、自分に可能な且つ期待されうることをすべて行わねばならないのである。[裁判例 25] の保障人の義務の捉え方は狭すぎる。個々の業務執行者への不作為非難の結合点は、他の関与者とともに共同で、回収決議をもたらさなかったという点にあるだけでなく、自分に可能な且つ期待されうる方法で消費者の被害を阻止することを個別的にしなかったという点に在る。個々の業務執行者は、緊急時に内部規則に反してでも、危険に曝された法益を救助する「独断的」努力——例えば、場合によって、金・労力などのかかる回収よりも有効な監督官庁への通知、大衆媒体を通じた情報提供、捜査機関への通報——を実際にすることができたのにもかかわらず、これをしなかったのであって、ここに自分に個別的に下された命令違反が見られるのである⁽⁴³⁹⁾。

自己の製造物から生ずる危険を知っている業務執行者らに、その指導的地位、消費者に対するその責任、積極的に外に向けて活動するその可能性があるにもかかわらず、会社内部の「規範」に違反してはならないということを用いることで刑事責任を免れることはできない。個々の業務執行者に危険な製造物の回収や少なくとも公衆へその危険性の伝達等が実際に可能でありさえすれば、会社内部の役割分担、ないし、「業務執行機関の全権限と包括責任」という原則は、違法な事件の領域においては刑事責任を排除する外部に向けて働く規範的柵とはなりえないのである。適法行為の期待可能性の問題では、不作為業務執行者の個々の利益が法益への切迫した危険との比較で判断されねばならない。この衡量では、消費者の生命・健康が個々の業務執行者の利益に優先するのであるが、消費者に体調不良等の些細な健康障害の危険が在るに過ぎない場合は別である。業務執行者の保障人の地位が存続するとき、業務執行者は、他の関与者を適法行為（正式の回収決議）へと動かすことができないとき、あらゆる手立てを尽くしてその製造物によって危険に曝された法益の救助にとりかからねばならない⁽⁴⁴⁰⁾。

[裁判例 25] では、個々の業務執行者には、噴霧器による健康障害を阻止するために、回収の指示であれ、監督官庁への報告であれ、公衆への情報提供であれ、噴霧器による健康障害を阻止する義務が課せられていた。そうすると、個々の業務執行者の不作為と結果の過失発生の間にか

件関係が認められるのである。「義務を履行していたなら、確実性と境を接する蓋然性で過失結果は発生しなかった」⁽⁴⁴¹⁾。

(つづく)

注

- (406) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 322 f.; *Knauer*, (Fn. IV-248), 201.
- (407) Vgl. *Seelmann*, (Fn. IV-395), Art 11 Rn 23 ff; *ders.*, (Fn. IV-155), 96 ff. 「作為による不作為」の例：救助者が溺れている者を助けるために小船を利用しようとするが、船の所有者はそれを阻止するため小船をしっかりとつかまえては離さなかった、その結果、助けられなかったという場合、船の所有者の行為は、溺死の作用因となっていないので、不作為である。*Stratenwerth*, (Fn. IV-220), [Vor] §14 Rn 2; *Trechsel/Noll*, (Fn. IV-219), 246 ff.
- (408) 吉田 (IV-316) 64 頁以下。
- (409) *H. Vest*, Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn, ZStrR 1980, 289 ff., 310.
- (410) *W. Beulke, G. Bachmann*, Die “Lederspray-Entscheidung” — BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737 ff., 740.
- (411) 吉田 (IV-316) 78 頁以下。
- (412) *Knauer*, (Fn. IV-248), 64; *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), §14 Rn 29; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. I-61), §13 Rn 49; *Weißer*, (Fn. IV-362), 65.
- (413) *Beulke/Bachmann*, (Fn. IV-410), 740.
- (414) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 325 f.
- (415) *Häring*, (Fn. IV-112), 326 f.
- (416) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 327 f.
- (417) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 327.
- (418) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 327 f. u. FN 1120.
- (419) *Schaal*, (Fn. IV-302), 195 FN 118.
- (420) Vgl. *Knauer*, (Fn. IV-248), 207.
- (421) *Wießer*, (Fn. IV-412), 210.
- (422) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 328 f.
- (423) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 329 f.
- (424) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 300 f. 330.
- (425) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 331.
- (426) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 331.
- (427) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 333, 374; *I. Puppe*, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, 129 ff, 144; *Schaal*, (Fn. IV-302), 251. これに対して、ランフトは、具体的事案ごとに不作為決議のあることは要せず、「永続的に有効な概括的計画」があればそれで足りるとする。何もしないということが問題となるのであるから、作為による明白な申し合わせは必要でなく、暗黙の了解で十分である。不作為者の一人が現実には規範となっている不作為実務に明白に反対するまで、こういった了解は存続すると。*O. Ranft*, Anmerkung

zu BGH, Urteil vom 06. 11. 2002, JZ 2003, 582 ff., 583 f. 確かに、共同の不作為決議を基礎づけるのに明白な申し合わせは必要でないが、しかし、個々の事案毎に（暗黙の）申し合わせが存在することについては、少なくとも推断的行為によって明らかにされるべきである。さもないければ、何年にも渡って、関与者に実に様々な不作為寄与を相互に帰属させることを可能とする共同の不作為決議が存在することになるが、個々の不作為にはまったく主観的共同が見られないということになる。*Häring*, (Fn. IV-112), 334.

- (428) *Häring*, (Fn. IV-112), 334 f.; *Schaal*, (Fn. IV-302), 252.
- (429) *Schaal*, (Fn. IV-302), 253.
- (430) *Schaal*, (Fn. IV-302), 252 f. u. FN 322.
- (431) BGHSt 37, 123 ff.
- (432) BGHSt 37, 125 f.
- (433) BGHSt 37, 126.
- (434) BGHSt 37, 131.
- (435) BGHSt 37, 131 f.
- (436) *G. Jakobs*, Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, in: Miyazawa-FS, 1995, 419 ff., 421 ff.
- (437) Vgl. *Beulke/Bachmann*, (Fn. IV-410), 743; *Häring*, (Fn. IV-112), 50 f.; *Knauer*, (Fn. IV-248), 93 f.; *Weißer*, (Fn. IV-362), 109 ff.
- (438) *Stratenwerth*, (Fn. IV-220), §14 Rn 7.
- (439) *Häring*, (Fn. IV-112), 337 u. FN 1162; *Knauer*, (Fn. IV-248), 65 f.
- (440) *Häring*, (Fn. IV-112), 337 ff.; *Knauer*, (Fn. IV-248), 69 f.; *Schaal*, (Fn. IV-302), 257; *W. Stree*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, Vorbem. §§13 ff. Rn 158; *N. Schmid*, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, ZStrR 1988, 156 ff., 178.
- (441) Vgl. *Kauer*, (Fn. IV-248), 71.

Täterschaft und Teilnahme (16)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik

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. Abstandsnahme 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
 - α* Subjektive Gemeinsamkeit
 - β* Objektive Gemeinsamkeit
 - bb. Mit „täterschaft“
 - α* 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
 - α* . 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
 - α* . Subjektive Gemeinsamkeit
 - β* . Objektive Gemeinsamkeit
 - bb. Gemeinsame „Mittäterschaft“
 - α* . „Wesentlicher“ Einzelbeitrag

- β . Sorgfaltspflichtverletzung
 - cc . Kausalität und objektive Zurechnung (Band 58, Nr. 2)
- H. Mittäterschaft beim fahrlässigen unechten Unterlassungsdelikt
 - a. Einleitung
 - aa. Die Bedeutung der Mitäterschaft beim fahrlässigen unechten Unterlassungsdelikt
 - bb. Anknüpfungspunkt mittäterschaftlicher Verantwortung beim unechten Unterlassungsdelikt
 - b. Voraussetzungen einer Mittäterschaft beim fahrlässigen unechten Unterlassungsdelikt
 - aa. Garantenstellung
 - α Das Verhältnis der Garantenstellung und „Mit“ „täter-schaft“
 - β Mittäterschaft und Einzeltäterschaft beim fahrlässigen unechten Unterlassungsdelikt
 - bb. Gemeinsamkeit
 - α Ausgangspunkt
 - β Subjektive Gemeinsamkeit (Gemeinsamer Unterlassungsentschluß)
 - γ Objektive Gemeinsamkeit (Gesamtunterlassung)
 - c. Einzelbeitrag
 - aa. „Wesentlichkeit“ der Einzelbeiträge (Einzelunterlassung)
 - bb. Sorgfaltspflichtverletzung
 - d. Zurechnung des Fahrlässigkeitserfolgs
 - aa. Hypothetische Kausalität
 - bb. Objektive Zurechnung
 - α Handlungszurechnung
 - β Erfolgszurechnung
- I. Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt zwischen handelnden und unterlassenen Beteiligten
 - a. Ausgangspunkt
 - b. Begründung der Mittäterschaft (Band 58, Nr. 3)
- J. Fahrlässige Mittäterschaft bei Kollegialunterlassungen
 - a. Abgrenzung von Handeln und Unterlassen
 - b. Garantenstellung
 - c. Gemeinsamkeit
 - d. Einzelbeitrag
 - aa. „Wesentliche“ Unterlassung
 - 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)
(Die Fortsetzung folgt.)

