

内田文昭 著 『刑法に
おける 過失共働の理論』

(有斐閣昭和四十八年)

山 火 正 則

(本書の著者内田文昭氏は周知のように現に上智大学教授として刑法学を講じておられるが、また同時に数年前から本学においても講義を担当され、学生の指導に当っておられる方である。ご多忙にもかかわらず、われわれの足らざるところを補うため、積極的にご協力下さっていることに對し、感謝の念を禁じえない。また、本書をその第二巻とする「上智大法学叢書」を刊行される上智大学法学会が、本書が上梓されるやただちにこれを本学法学会に寄贈されたことに對し、その一員として厚くお礼申し上げたい。かくして、わたくしは内田教授と上智大学法学会に對する感謝の念を明らかにするため、あえて本書を本誌に紹介したいと考えた。)

わが国において、過失共同正犯を否定するのが通説であると
いってもよい。これに對し、本書はこれを肯定しようとするも

のである。最近、学説のなかにはこれを肯定する有力な見解が現われてきているが(たとえば、平野・「刑法の基礎23」法セミ一四三号三三頁以下、藤木・刑法 昭和四六年一四八頁)、このような傾向に對して本書の与えた理論的影響は大きいものがある。その意味において、本書は過失共同正犯論に關し、重要な地位を占めるものである。

本書は著者がこれまで追究してこられた過失共働に關する諸成果をまとめたものである。その内容は三部と補遺から構成されている。

すなわち、第一部「過失共同正犯の成否」、第二部「過失同時犯の正犯性」、第三部「過失共同正犯論の反省」、補遺「過失犯の構成―素描」である。ここでは過失犯の一般的理論を展開された補遺をのぞき、過失共同正犯をめぐるものについて、順次

紹介していくことにする。

一 第一部「過失共同正犯の成否」について

わが国において大審院は、共犯規定が過失犯の場合に適用されない、と判決していた（大判明治四四・三・一六刑録一七輯三八〇頁、大判大正三・二二・二四刑録二〇輯二六一八頁）。ところが、最高裁判所は、共同経営にかかる飲食店で、ウイスキーと称する液体を、メタノールが含有されているか否かを十分検査することなしに共にメタノールは含有されていないものと軽信して売却した二人の行為者につき、有毒飲食物等取締令四条一項後段—メタノール等含有物の過失的販売—の共同正犯を肯定した（最判昭和二八・一・二三刑集七卷三〇頁。また、失火罪の共同正犯を肯定した名古屋高判昭和三一・一〇・二二高裁特三卷一〇〇七頁）。著者はこのばあい、「共にメタノールは含有されていないと軽信した」（又は「火の始末を共に忘れた」という点を強調してゆくならば、刑法六〇条が共同正犯を故意行為に限る旨明言していないので、理論的に過失の共同正犯を認めうるのではないかという問題意識から出発される（三頁）。

そこで、この問題を解決するため、まず共同行為者が共同することによって一体となり、はじめて実行行為を完成したばかり（「真正の共同正犯」）に、一部を実行したにすぎない者に全部の責任を負わせるといふ原理の根底にあるものが何であるか

が問われることになる。これについて、著者は客観的な行為の不足分を主観的意思が補完すると考えるのは不十分であるとされ、つぎのようにならざるべしとされる。「そこには、相互に、他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする意思のつながりがみられ、これを契機として、「各行為者は、単に自己が現象的に行なったところにとどまらず、現象的には他人が行なったところについてもこれを実行したものとして評価されなければならないのである」（八頁）と。そして、この「意思のつながり」は「意思の連絡」が共同正犯を同時犯とよばれるものから区別するものでもあるとされる。すなわち、同時犯はこのような意思の連絡が欠けることによって、外観上の共同者を単独正犯の単なる並立に分離してしまうというわけである。

それでは、この意思の連絡の刑法上の性格はいかなるものであろうか。故意的意思の連絡に限られるのか、あるいは過失的意思の連絡というものをも含むと考えることができるのか。著者の結論を先取りすれば、後者すなわち過失的意思の連絡をも含むと考えることができるのである。その根拠はラングに示唆をうけながら、これを発展させたところにもとめられている。一部実行の全部責任を支える意思状態をもって主観的違法要素とするラングは、過失的共働において、それ自体としては構成要件に該当しない個々の行為も、他の共同者の行為を自己のものとし、彼の力をも自己の力のうちに加え入れようとする主観的違法要素に支えられ、一つの統一体を形成することに

よって構成要件的に違法な行為となると考える。これを著者は肯定的に評価される、「過失的共同それ自体のうちに、しかも、過失共同正犯を肯定する論拠の中核として、構成要件該当の違法性を証明しようとした点で、これまでの過失共同正犯肯定論を一步進めたものといえるであろう」(五〇頁)と。しかし、著者はそこにとどまらず、ランゲが主観的違法要素と考えたものが実は過失的共同のうちにもとめられる「不注意」にほかならないことを指摘され、さらにこれが違法要素であるばかりでなく、構成要件要素でもあるとされたうえで、「前法律的な事実の意識的共働が不注意を共有することによって、そのもの自体としては構成要件を完全には実現しない個々の不注意な行為(……)も、さらにその不注意を他人と共にすることから、回避可能な一個の全体としての不注意な行為(実行行為)↓結果(……)を形成するに至るものがあることが肯定されることを知るであろう」(五一頁)とされる。そして、このことから「故意の共同正犯とパラレルな関係にたつ過失共同正犯の承認を意味するものにほかならない」(五二頁)という結論をえられる。すなわち、「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」(六一頁)というわけである。そして、現行法上も、過失共同正犯を肯定しうると主張される(六六頁)。

二 第二部「過失同時犯の正犯性」について

第一部において、過失共同正犯を肯定しうるといふ結論をえられた著者は、第二部において、二人以上の者が過失共同正犯を構成するに足るだけの全体的・統一的共同行為なしに、同一の客体に対し不注意によって侵害を加えたばあい、彼らを正犯であるとするための要件は何かを中心に論じられる。著者は、すでに、第一部において、過失共同正犯と過失同時犯のばあいを区別されたが、ここではその同時犯が正犯とされるための要件をもとめようとするわけである。

著者は、その第一章において、当該行為が結果に対し因果関係があるというだけでは―それが条件説によろうと、原因説によろうと、相当因果関係説によろうと―過失同時犯の正犯性を肯定できないとされる。「因果関係という、行為と結果のつながりに重点をおく概念は、行為そのものの性質に重点をおいて理解されるべき正犯・共犯の問題解決には役立たないもの」(一四六頁)であることを理由とされる。したがって「刑法上重要な行為の型を要素として定立せられた構成要件の解釈論を展開し、いかなる行為を正犯、従ってまた過失同時犯とみるべきか、という点に問題を移さなければならぬ」(一九八頁)とされる。そして、このばあい、「限縮的正犯論の基礎の下で、過失同時犯の正犯性を考察することが妥当で」あり、このばあいの実質的基準は「過失犯の実行行為(構成要件を実現する行為)

の内容いかんという問題」(二〇〇頁)であるとされる。

それでは、この過失犯の実行行為とはいかなるものであろうか。つぎのような形をとって表われてくるとされる。「(一) 具体的状況のもとでの行為の自然的性質が、すでに、構成要件の実現に相当であると認定されうるほど危険である場合(行為の自然的性質それ自体が構成要件の危険性を肯定させる場合)」(二〇二頁以下)。「(二) 行為の自然的性質からすれば、構成要件を実現するにたりるほど危険でない行為が、状況の危険性にカバーされることにより、実行行為とみられなければならない場合(行為の危険性を状況の危険性がカバーして、構成要件の危険性を肯定させる場合)」(二〇四頁)。そして、この状況の危険性は個別的・具体的判断によって決せられなければならないとされながらも、定型的な危険な行為という観念を導くことも不可能ではないとされる。ここで著者が考えておられるのは監督者、最高責任者といった地位である。すなわち、「状況の危険性の発生する可能性が極めて高い、ということとを予定して構成せられたところの地位にある者の不注意な行為においては、定型的な実行行為が肯定せられる場合も、当然多かるべきである」(二〇八頁)と考えられるのである。著者はこれらの問題につき、具体的事例に即して、詳細に分析されている。

最後に、著者は過失共同正犯の成立するばあい、すなわち、全体としての不注意な行為を認めうるばあいと、正犯とされる過失同時犯のばあい、すなわち、個々の不注意な行為とみるべ

きばあいの区別に再び論及されている。

三 第三部「過失共同正犯論の反省」について

これは、その標題に示されているように、著者が第一部、第二部において展開された見解に対して、その後加えられた批判を意識されながら、自らの理論を反省し、その深化を計らうとされたものである。

すでに、著者は過失共同正犯を肯定する立場を明らかにされているわけであるが、そのばあい、そこに「共同行為」の存在、したがって、意識的・意思的行為の共同の存在がなければならぬ。そこで、著者はまず過失行為を意識的・目的的行為としてとらえることが許されるかどうかを検討される。そして、人間の行為は「意識的な目的活動」、「目的的行為」であり(二二七頁)、過失行為も行為である以上、「意識的・目的的行為」(二三〇頁)でなければならぬとされる。ところが、この目的的行為の理解についてであるが、これを「社会生活上の目的行為が、ただちに刑法上の目的行為となることはできない」(二三一頁)とされる。それでは過失行為における刑法上の目的的行為とはいかなるものであろうか。ここで、著者は自動車運転のばあいに例をとり、単なる運転行為としての目的的行為と、「居眠り運転をしそうになった場合には、車を停めて休息し睡魔を払ってから運転を開始するか、誰か他の適当な運転者に運転を代ってもらうとか、賢明で思慮深い運転者がその

状況でとるであろう『注意深い目的的行為』とを区別され(三三二頁)、この『不注意な目的的行為』(三三六頁)が刑法上重要な目的的行為であるとされる。

このようにして、著者は不注意な目的的行為という観念を考えられるわけであるが、これが過失犯の構成要件に該当するのはいかなるばあいであるかが、つぎに問題となる。すなわち、過失犯の構成要件がいかなる型の行為を予定しているかの問題である。これについて、著者は行為の危険性に着目し、「当該構成要件に固有の危険な行為こそ、『実行行為』として性格づけられうる」ものであり、「その行為から、その構成要件の結果が発生する可能性の極めて大なる行為がとらえられるべきであらう」(二五四頁)とされる。結果発生をまたずに、過失行為を個別化しうるという主張である。

以上のことを前提として、著者は過失共同正犯肯定論を展開される。すなわち、まず「不注意な目的的行為の共同」(二六〇頁以下)を考えることは可能であり、その内容について、ロクシン、団藤教授に示唆をうけながら、「一個の重複した保証」(二六三頁以下)の破棄であるとされる。しかし、著者によれば、過失行為の共同が存在するだけでは、過失共同正犯を肯定することはできない。すなわち、「不注意な目的的行為の共同が当該構成要件の実現行為たりうるものとして具体化されなければならない」(二六六頁)。共同の実行行為が存在することが必要というわけである。したがって、たとえば、「スピー

ド違反運転を共同したからといっても、道路交通法違反の共同はとにかくとして、ただちには過失致死罪の実行行為の共同ありとはなしえ」ず、「人を轢く可能性が極めて高度な状況のもとでのスピード違反の共同があつて、はじめて過失致死罪の共同が考えられることに」なるわけである(二六六頁)。「当該過失犯の構成要件を実現するにたりる、不注意で危険な行為が共同されることにより、共同実行行為を確定しうることになる」(二六八頁)。このようにして、過失共同正犯を肯定しうるこされる。

四 ちすび

さて、以上で、本書の中心の問題について紹介をおわる。本書の全体について、個別的に検討を行なうことは、本稿においては許されないし、また現在のわたくしにはそれをよくすることもできない。ただ基本的な点において、まだ十分理解しえないところがあるので、これをのべたいと思う。

著者は共同正犯における一部実行全部责任の実体を、相互に他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする意思の結びつき(意思の連絡)にもとめられた。したがって、過失犯のばあいにも、共同正犯が認められるためには、相互に他人の過失行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする意思の結びつきが存在しなければならないことになる。しかし、過失行為のばあい、このような意思の結びつき

を考えることができるであろうか。この点、著者は過失行為を不注意な目的的行為（たとえば、結果発生の高危険性の高度な状況のなかで、スピード運転を継続する行為）としてとらえ、過失犯の構成要件の類型化は可能であり、その実行行為を考へるとされているので、特殊な状況のなかで、相互に運転する意思の存在したいをこのような意思の結びつきであると考えられるのである。しかし、このような単に運転する行為について、これを「相互に」自己のものとして自己のうちに「帰せしめようとする」意思があるといえるのかやはり疑問である。また、過失共同正犯を肯定するために、実行行為の共同ということがいわれなければならないが、たとえば結果発生の高危険な状況のなかで、スピード運転を継続するだけで、特定の構成要件を実現する過失犯の実行行為があったといえるのかについても疑問を全面的に消すことができない。

しかし、いずれにしても、本書を読了して感じることは、これが過失共同正犯論に関する最も詳細な研究であり、この問題を論じるにあたって、決して避けて通ることのできないものであるということである。ドイツ、日本におけるこの問題に関する必要な見解はすべて本書のなかに紹介され、検討されているといっても過言ではないであろう。その意味において、本書は著者の見解を明らかにした論文集であるといふにとどまらず、この問題に関する特殊事典的な性格をもつものであるともいえるものである。わが国の過失共同正犯論はこれまでも本書所収

の論文を多かれ少なかれ意識して展開されてきたが、このことは今後変わることはないであろう。