
種 別： 論説

タイトル： 共同正犯の客観的帰責構造——取締役会の場合を念頭に置いて——

著 者： 今井 康介

所 収： 『上智法学論集』第 55 卷 3-4 合併号（平成 24 年 3 月）95-131 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

共同正犯の客観的帰責構造

——取締役会の場合を念頭に置いて——

今井 康介

- 第1章 はじめに
- 第2章 学説の解決策
 - 第1節 各個人の態度から結果への因果性を要求する見解
 - (1) コンデシオ公式の修正
 - (2) 危険増加理論
 - (3) 合法則的条件説
 - (4) *inus* 条件
 - 第2節 取締役会の態度と結果との因果性の問題に解消する見解
 - (1) 教唆犯構成
 - (2) 共同正犯構成
 - 第3節 若干の検討
- 第3章 私見の展開
 - 第1節 共同正犯の因果系列
 - (1) 他者媒介モデル
 - (2) 集散的帰責モデル
 - (3) 特殊人格モデル
 - (4) 検討
 - 第2節 共同正犯からの離脱
 - (1) 他者媒介モデルの場合
 - (2) 集散的帰責モデルの場合
- 第4章 おわりに

第1章 はじめに

本稿は、委員会や取締役会などの決定の場合を念頭に置いて、その決定に関与した者ら、例えば会社の取締役らが、刑事責任を負うかどうかを検討する際に生じる問題点について考察するものである。

現代社会は、産業が高度に発達している。それゆえ、様々な製品が数多くの会社から発売されている。これらの製品の多くは、人間の生活を向上させ、人間の健康で文化的な生活に役立つようなものである。そして、現代の優れた大量生産システムに基づき、市場に広く流通し、消費者の手元に届く。しかし、時としてそうではなく、販売者が軽率であるために、危険な製品が市場に出回ってしまうこともある。さらに悪質な事案としては、会社の取締役らが利益追求の為に、製造・販売する製品が危険であることを明示せず、そのために使用者に被害が生じる事件や、危険な製品であることが発売後、判明したのにもかかわらず、それを回収したり、危険性があるとの情報を公開せず、その結果、使用者に被害が生じるという事件もある。

残念ながら、このような事件は、歴史上何度か起きているし、これからも生じるであろう。このような事件が起きた場合、法的には、民事的な責任追及がなされるし、もちろん刑事的にも責任が追及されることになる。民事的な責任追及については、1995年7月1日に施行された製造物責任法によって規定がなされている。これに対し、刑事法の分野では、責任追及の枠組みについて、従来から議論されてきた刑法の理論を前提としている。しかしながら、従来の枠組みで対応しきれぬのか疑問が生じ、たびたび新たな刑法学説が主張され、登場してきているところである。

その中でも、本稿が念頭に置いて議論をするのは、ドイツでおこった革スプレー事件⁽¹⁾であり、いわば刑法的な製造物責任が問われた事案

である。そこでは主に会社の取締役らへの責任追及が主たる問題となった。事件は以下のようなものであった。

革や靴のスプレーを生産している会社 X は、1980 年の晩秋以来、革スプレーの使用後、せき、悪寒戦慄（Schüttelfrost）、呼吸困難、発熱、吐き気といった健康被害があるとの報告を受けていた。そのうちのいくつかの事例では、集中治療室への収容を必要とするほど、生命が危険な状態にまで至っていた。その後調査結果によって、その病気は、肺水腫というものであったことが判明した。X においては、その後様々な配合物質の変更を行ったにもかかわらず、被害報告は 1981 年の春まで続いた。それに基づき、被告人らは、臨時の取締役会（1981 年 5 月 12 日）にて、さしあたり製品を回収しないこと、一旦スプレー缶に警告をのせることを決定した。さらに（同様に被告人となる）主任化学者と中央実験室のリーダーが次のことを報告していた。すなわち、会社内部の実験室の調査でも、多くの毒物学者による専門調査でも、毒の性質とそれによる製品の危険性は判明しなかったことである。さらにその後、スプレー缶に警告を入れたにもかかわらず、さらに多くの健康被害報告が会社 X によせられた。しかしその後も原因物質は判明せず、1983 年 9 月 20 日に連邦官庁の介入を受けてはじめて、X は同製品の販売を中止し、回収を行った。

連邦裁判所は、次のような点に刑事責任を認めた。①臨時の取締役会以後も販売を続けたスプレーによる 10 件の被害について危険傷害罪、②臨時取締役会時点で流通していたにもかかわらず回収しなかったスプレーによる 28 件の被害についての危険傷害罪、③被害報告により被害結果を認識し得た時点から回収すべきであったのに回収しなかったために発生したスプレーによる 4 件の被害についての過失致傷罪である。

本判決は、様々な角度から議論がなされている^{(2) (3) (4) (5)}。これらの

(1) BGHSt. 37, 106.

(2) この事件に含まれる様々な論点を包括的に研究するのは、岩間康夫『製造物責任と不

論点はすべて興味深いものであるが、論点が極めて多数なため、本稿で

作為犯論』(成文堂・2010年)。

- (3) 日本でも以下の文献にみられるように、判決から20年以上たった今日に至るまで活発に議論されている。堀内捷三「製造物の欠陥と刑事責任」研修546号(1993年)3頁以下、小林敬和「製造物責任刑法とEC法」徳山女子短期大学研究紀要4号(1995年)39頁以下、北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題」早稲田法学71号2巻(1996年)171頁以下、鎮日征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号(1999年)343頁以下、北川佳世子「欠陥製品による事故と製造者の刑事責任」宮澤先生古稀祝賀『第3巻 現代社会と刑事法』(成文堂・2000年)41頁以下、田寺さおり「製造物責任領域における刑事責任の可能性」明治学院大学大学院法学ジャーナル(2001年)57頁以下、塩見淳「瑕疵ある製造物を回収する義務について」刑法雑誌42巻3号(2003年)361頁以下、前嶋匠「企業・組織犯罪における背後者と直接実行者の関係」法学ジャーナル73号(2003年)111頁以下、神例康博「ドイツにおける刑事製造物責任」松山大学論集15巻5号(2003年)141頁以下、松宮孝明「ドイツにおける「管理・監督責任」論」同『過失犯論の現代的課題』(成文堂・2004年)3頁以下、平山幹子「欠陥製品の製造・販売・リコール隠し」伊東研祐編『はじめての刑法』(成文堂・2004年)109頁以下、前嶋匠「企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係(一・二完)」関西大学法学論集54巻4号(2004年)90頁以下・54巻5号(2005年)114頁以下、前嶋匠「合議決定における垂直的帰属」奈良法学会雑誌19巻3・4号(2006年)1頁以下、甲斐克則「欠陥製品の製造・販売と刑事過失」神山先生古稀祝賀『第1巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂・2006年)157頁以下、北川佳世子「欠陥製造回収責任と刑事責任」神山先生古稀祝賀『第1巻 過失犯・不作為犯論・共犯論』(成文堂・2006年)181頁以下、岡部雅人「刑事製造物責任における「回収義務」について」早稲田大学法研論集123号(2007年)101頁以下、上田正和「欠陥製品の流通と刑事責任」大宮ローレビュー6号(2010年)6頁以下等参照。

また、この事件では過失の共同正犯の問題においても議論される。被害報告により被害結果を認識し得た時点から回収すべきであったのに回収しなかったために発生したスプレーによる4件の被害についての過失致傷罪が、過失の共同正犯を肯定すべきではないかというのである。この点に触れるのは、内田文昭「最近の過失共同正犯論について」研修542号(1993年)27頁以下、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯(一・二完)」法学協会雑誌121巻1号(2004年)77頁以下・10号(2004年)1657頁以下、甘利航司「過失犯の共同正犯についての一考察」一橋論叢134巻1号(2005年)22頁以下、金子博「過失犯の共同正犯について」立命館法学326号(2009年)26頁以下、橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修743号(2010年)3頁以下。

ドイツでは、この問題以後、伝統的には少数派であった、過失の共同正犯肯定説が増加した。Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 178 ff.; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 59 ff.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1999, S. 282 ff.; Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der Strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1999, S. 147 ff.; Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 171 ff.; Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 181 ff.; Schaal,

はそのうち、取締役らの行為と結果との因果関係・結果帰属をめぐる問題を検討の対象とすることにする。というのも、取締役らの行為と結果との因果関係が、刑事責任を追求するに当たって常に問題とされることであり、この意味でこの問題をめぐる多くの法的論点の中でも、最も重要な問題の一つといえるからである。それでは、この因果関係の問題と

Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidung in Unternehmen, 2001, S. 221 ff.; これに対し、過失の共同正犯を詳細に検討した結果、否定説に至る見解もある。Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006.

- (4) ドイツにおける刑事製造物責任に関する議論を紹介・翻訳するのは、岩間・前掲注(2) 5頁以下、高橋則夫「ヴァルター・ペロン「刑法における製造物責任」東洋大学比較法31号(1994年)1頁以下、山中敬一=前嶋匠「ヴィンフリート・ハッセマー著『現代刑法における製造物責任』」関西大学法学論集47巻4号(1997年)118頁以下、岩間康夫「キューネ『ドイツ刑法における刑法上の製造物責任』」大阪学院大学論叢法学研究24巻2号(1998年)53頁以下、安達光治「ハロー・オットー『危険な製品の供給に対する刑法上の責任』」立命館法学269巻(2000年)307頁以下、甲斐克則=日山恵美「ハロー・オットー『危険な製造物の引き渡しについての刑法上の帰責(一・二完)』」広島法学25巻1号(2001年)125頁以下・25巻2号(2001年)265頁以下、神例康博「ローター・ケーレン『刑法上の製造物責任の必要性と限界』」松山大学論集14巻5号(2002年)79頁以下、甲斐克則監訳・岡部雅人=新谷一朗「ハロー・オットー『企業における安全確保義務違反の刑事責任』」早稲田法学83巻1号(2007年)117頁以下、さらに同じく製造物責任の分野に関するLG Frankfurt, ZUR 1994, 33. に関して山中敬一「フランクフルト・ラント裁判所『木材防腐剤判決』について」関西大学法学論集44巻1号(1994年)133頁以下、組織の犯罪をも念頭に置いて山中敬一監訳「クヌート・アメリング『組織内犯罪と個人の刑事責任』」(成文堂・2002年)、特に同書中の塩見知伸「フリートリッヒ・デンカー『委員会における共同正犯』」64頁以下参照。
- (5) この決定については以下の文献を参照。Kuhlen, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte-Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 7. 1990-2 Str 549 / 89 (NStZ 1990, 588), NStZ 1990, S. 566 ff.; Brammsen, Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, S. 533 ff.; Beulke / Bachmann, Die "Lederspray-Entscheidung", JuS 1992, S. 737 ff.; Hirte, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6. 7. 1990-2 StR 549 / 89 (LG Mainz), JZ 1992, S. 257 ff.; Meier, Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen des BGH, NJW 1992, S. 3193 ff.; Puppe, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6. 7. 1990-2 StR 549 / 89 (BGHSt 37, 107), JR 1992, S. 30 ff.; Brammsen, Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten, GA 1993, S. 97 ff.; Hilgendorf, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, NStZ 1994, S. 561 ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, §11 Rn. 17, 19.; Bloy, Die Strafrechtliche Produkthaftung auf dem Prüfstand der Dogmatik, Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 35 ff.

はどのようなものであろうか。

通常、取締役の刑事責任を問うためには、結果と、取締役個人の行為との間に、因果関係が必要である。本件をはじめ、多くの場合、取締役の投票行為・態度が構成要件に該当する行為として問責されるであろう。したがって、取締役の投票と結果との間に因果関係が必要である。しかしながら、因果関係判断に際して、自分の投票を、撤回ないし反対票側に入れたとしても、なお取締役会の結論は変わらないことがある。取締役会の決定は取締役らの多数決によるからである。そこでこのような場合、いわゆる「あれなければこれなし」の公式を適用すると、自らの投票だけでは結論は変わらない以上、結果が回避できないとして、取締役の投票行為と結果との因果関係が認められないのではないか、という問題が出てくるのである。

もう少し具体的に、本件革スプレー事件の場合に当てはめてみていこう。①臨時の取締役会以後も販売を続けたスプレーによる10件の被害についての危険傷害罪については、作為の共同正犯の成否が、②臨時取締役会時点で流通していたにもかかわらず回収しなかったスプレーによる28件の被害についての危険傷害罪については、不作為の共同正犯の成否が、それぞれ問題となる。

①の点に関しては(本稿で検討する点に関しては)大きな問題はない。問題となるのは、まず、②の点である。ここでは、結果が取締役ら複数人の不作為的な態度によって生じている。通常使用される「あれ」なければ「これ」なしを前提とすると、不作為犯の場合、自らの義務にかなった立ち振る舞いを仮定して結果が発生しないであろう場合⁽⁶⁾には条

(6) なお、発生しないということの内容・意味が問題となる。日本で不作為と結果との因果性が問題とされたのは、最決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁である。ここでは、適切な救急医療を施しておれば、「十中八、九救命は可能」という鑑定の表現が問題とされた。この表現の意義は、80%で足りると解釈することも出来るが、救命の可能性が非常に高く、ほとんど救命できたという趣旨であって、この事件では、ほぼ間違いないという程度にまで、高い可能性が認められる場合について、100パーセントでも

件関係が肯定され、結果が発生する場合には条件関係が否定されることになる。本件では、取締役一人一人の投票について、それぞれ各人の義務にかなった立ち振る舞いを仮定しても、それらを単独で見るとは、一票差で可決ないし否決された場合を除き、自らの投票だけでは、多数決の結論は変わらないとして因果関係を肯定できず、したがって、取締役らは全員因果関係を有さないという奇妙な結論に陥るようにも思えるのである。

もっとも、この点に関しては共同正犯であるから、取締役ら全員の態度をコンデシオ公式に当てはめれば、すなわち、取締役ら全員の義務にかなった態度を仮定すると、健康被害という結果は避けられたという、因果関係を肯定することが出来るという解決が可能なのにも思える。

しかしながら、③の局面に移ると、ドイツの通説⁽⁷⁾・判例⁽⁸⁾が、過失犯に統一的正犯概念が妥当するとして、過失犯の共同正犯を認めないため、共同正犯構成をとれず、いずれにせよ因果関係が認められないという問題が生ずる。すなわち、被害報告により被害結果を認識し得た時点から回収すべきであったのに回収しなかった（不作為）ために発生したスプレーによる4件の被害についての過失致傷罪が帰責出来ないのではないかという問題である。

以上のような問題について、連邦通常裁判所は、不作為者各人が、他人の違法な決議態度ゆえに免責されるという、不当な結論を避けた。各人の作為だけでは結果を発生させることが出来なくとも、複数の作為が

なくてよいとしたものであるとされている（原田陽男「救急医療を要請しなかった不作為と被害者の死の結果との間に因果関係が認められた事例」『最判解刑事篇平成元年』（法曹会・1991年）378頁以下）。

- (7) 学説の状況については、Heine, in: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vorbem §§ 25 ff. Rn. 115 参照。近時ドイツにおいても、過失犯にも限縮的正犯正犯概念が妥当することを主張し、過失の共同正犯を肯定する見解が増えつつある。
- (8) 過失犯の共同正犯が問題となり得る事案で、共同正犯を問題としないのは、RGSt 63, 392.; BGH VRS 118, S. 416.; BGHSt 7, 112.; OLG Schleswig NStZ 1982, S. 116.; BayObLG NJW 1990, S. 3032. などである。

相まって結果を発生させることが出来る場合が存在し、この場合にはそれらすべての不作為について因果関係を肯定できる、というのである。これは、作為犯の重畳の因果関係の理屈を不作為犯の場合にも類推したものということができる。しかし、このような解決の理論的根拠は、必ずしも明らかでない。そこで、多くの学説は、判例に従うのではなく、別個の観点から、因果関係を基礎付けようと試みている。以下では、こうした学説の解決策を見て行くことにしよう⁽⁹⁾。

第2章 学説による解決策

それでは、学説は、この取締役の投票と結果の間の因果性をどのような理由に基づいて認めるのであろうか。そこでは、大きく分けて2つの解決策が提唱されている。第1は、取締役ら各個人の態度と結果との因果性を問題とするという枠組を維持しつつ、因果性の内容ないしコンデシオ公式の修正を行うもの、第2は共犯規定を利用するなどして、各個人の態度と結果との直接的な因果性を問題とせず解決するものである。

第1節 各個人の態度と結果との因果性を要求する見解

本節では、取締役らの一人一人(各個人)の態度と結果との因果性を問題とする枠組みを維持する学説を見ていくことにしよう。

(1) コンデシオ公式の修正

先にコンデシオ公式、「あれ」なければ「これ」という判断を、各取締役の行為について判断すると、他の取締役の違法な議決、態度が妨げ

(9) 本稿では、こうした取締役会構成員の行為と結果の因果性を中心に検討をしていくため、取締役会の構成員ではない関与者について生じる問題、例えば、取締役ではないが臨時取締役会に説明等で参加していた者がいる場合については扱わないことにする。

となって、コンデシオ公式により因果関係が認められないと述べた。そこで、ある学説は、コンデシオ公式を修正することで因果関係を認めようとする⁽¹⁰⁾。すなわち、取締役らの投票という複数の条件のうち、択一的に取り除いても結果が発生するが、重疊的に取り除いて考えれば結果が発生しない場合には、例外的に、各条件に因果関係が認められるとするのである。

このような処理を、いわゆる択一的競合事例で行う見解は、古くから存在していた。すなわち、行為者らが意思疎通なく被害者の飲み物に致死量の同じ毒物を入れ、その結果被害者が死亡したという事例において、行為者らの行為双方を取り除けば結果が発生しなかったであろう場合に、行為者の双方の行為と結果との間に因果関係を認めるべきである、というのである⁽¹¹⁾。

この考え方は、本件では択一的に取締役の投票を取り除いて判断するのではなく、重疊的に取締役らの全員の投票を取り除いた場合には、結果が発生しないとして、因果関係を認めることになる。

しかし、すでに指摘されているように、なぜ共犯関係にない行為者らの行為を、同時に取り除くことが出来るのであろうか。この見解は、その実質的根拠を示していない⁽¹²⁾。したがって、このような理解は、取締役らを共犯関係にあると考えて、共犯関係にある取締役の行為を取り除いて結果が発生するかどうかを判断する理解へと変容していくことになるが、この点については第2節にて検討する共犯構成のところでも述べることにする。

(10) Meier, a. a. O. (Fn. 5), S.3198.

(11) ドイツでは、Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 48 や Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 45 など。これに従う日本の学説としては、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・1972年）138頁、木村龜二＝阿部純二『刑法総論 増補版』（有斐閣・1978年）178頁、川端博『刑法総論講義 第2版』（成文堂・2007年）141頁、大谷實『刑法講義総論 新版第3版』（成文堂・2009年）223頁、前田雅英『刑法総論 第5版』（東京大学出版会・2011年）181頁。

(12) 山口厚『刑法総論 第2版』（有斐閣・2008年）54頁。

(2) 危険増加理論

次に、各個人の態度と結果との因果性を要求しつつ因果関係を肯定する見解の中で重要なものは、危険増加理論である⁽¹³⁾。この見解は、確実性に境を接する蓋然性でもって結果が防止できなくても、行為者の態度が結果発生の危険を高めていれば結果の客観的帰属を肯定しようとする。従って、革スプレー事件では、各取締役が被害報告を受けていたが、回収を行わなかったという点が結果発生の危険性を高めているのは明らかであり、かつ各取締役が回収に尽力していれば結果発生の危険性は減少したであろうから、結果が各取締役に帰属されることになるであろう。

しかしながら、先に見たBGH判決は危険増加理論を引用しつつ、これを採用しなかった⁽¹⁴⁾。そして、それは十分に理由のあることである。危険増加理論は、従来から指摘されるように、比較の対象とする「危険」がどの程度の抽象化を経て判断されるべきか不明である⁽¹⁵⁾、疑わしきは被告人の利益にとりという原則に反する⁽¹⁶⁾、侵害犯を危険犯に変質させる理論である⁽¹⁷⁾、結果回避可能性=結果無価値という不法の中核的要件をさしたる理由もなく大幅に緩和するもの⁽¹⁸⁾、と批判を受けているのである。

(3) 合法則的条件説

以上のような問題点をふまえ、一部の学説は、合法則的条件関係説⁽¹⁹⁾によって本事例を解決しようとする。合法則的条件関係の内容は

(13) この見解を基礎づけたのは、Roxin, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74, 1962, S. 411 ff. 日本では、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂・1984年)53頁以下、古川信彦『刑事過失論序説』(成文堂・2007年)280頁以下。

(14) BGHSt 37, 127.

(15) 林陽一『刑法における因果関係理論』(成文堂・2000年)162頁以下。

(16) 林・前掲注(15)164頁以下。

(17) 林・前掲注(15)170頁以下。

(18) 小林憲太郎『刑法的帰責』(弘文堂・2007年)40頁。

以下の通りである。ある行為は次のような場合に、特定の刑法構成要件により限界づけられた具体的結果に対して原因的である。すなわち外界における変化が時間的に後続して当該行為に接合し続け、しかもその変化が当該行為と、そしてその連続において相互に（自然）法則的に結合し、刑法により結果として限界づけられた具体的事態の何らかの構成要素へと行き着くような場合である。この見解は、コンデシオ公式では択一的競合事例などを適切に解決することが出来ない、コンデシオ公式には、因果関係の存在を前提としてすらそれを発生させる真正な因果関係をとらえる能力がないとして、結果が変化の連鎖を通じて法則的に結合しているかどうかを問うことによって因果関係を判断するものである。従って、例えば取締役会の取締役が A、B、C といる場合に、決議が成立するためには、A と B、A と C、B と C、A と B と C という 4 通りの賛成の方式がある、この 4 種類が 4 つの合法則性に対応する。A と B が決議に賛成して決議が成立した場合には、彼らの行為と決議との間の合法則的な関係が認められることになる⁽²⁰⁾。

しかしながら合法則的条件説には、若干の問題がある。それは、自然法則が正しく確定されていない場合に生じる困難である。本件ではスプレーの使用と被害者に生じた肺水腫の間のメカニズムが、経験則的には存在しそうであるにもかかわらず、自然法則的には判明していないという問題である。実はこの問題は、合法則的条件説に限られず、他の見解をとったとしても、なお生じるものである。この点に関し、連邦通常裁判所は、具体的な原因が自然科学上判明していないことを認めつつ、問題となっている他のすべての損害の原因が排除されるという方法で因果関係を認めている⁽²¹⁾。

(19) 提唱者は Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21 ff. である。

(20) Hilgendorf, a. a. O. (Fn. 5), S. 565.

(21) BGHSt 37, 112

(4) inus 条件

以上のような合法則的条件説は、従来の結果に対する行為の必要条件性を要求していた理解から一步踏み出し、充分条件性を要求する理解への転換の可能性を秘めていたといわれる⁽²²⁾。しかしながら、結果に対する充分条件とは、個別の条件(1つの条件)に限られるわけではなく、複数の諸条件の集合である。言い換えると、結果から自然法則を前提として、因果経過を遡ってたどりつくのは、複数の結果の諸条件の総体である。刑法で議論されるべき問題は、条件の総体や複数の結果条件ではなく、結果に対する個別条件の原因性であるから、これが行為に認められるかどうかという点の検討をなおざりにすることは出来ない。

そこで、結果の最小十分な法則的条件の必要的構成要素、いわゆる inus 条件を要求する見解が生じる⁽²³⁾⁽²⁴⁾。これは行為が、結果の最小充分条件の総体うちの必要条件となっていれば、行為は結果の原因であるとの理解である。この理論を、取締役会決定の場合に当てはめると、取締役らの決議に必要な(過半数)投票が最小十分な法則的条件を構成し、過半数を構成している一人一人の投票がその必要的な構成部分となるというのである⁽²⁵⁾。

しかしながら、inus 条件を主張する Puppe は、何が最小充分条件かを恣意的に決定してしまっている。なぜ、取締役会にて議決の成立する取締役らの投票だけが、最小充分条件を構成しているのか不明である。すなわち、最小充分条件を決定する基準が不明なのである。最小充分条件を広く取れば、それは先のコンデシオ公式と同一の理論に帰するし、これを狭く取れば帰責範囲を極端に限定せざるを得ない。さらに根本的に

(22) 山中敬一『刑法総論 第2版』(成文堂・2008年)261頁。

(23) Puppe, in: Nomos Kommentar Zum Strafgesetzbuch, AT,1997, vor § 13, Rn. 83 ff.

(24) この inus 条件 (Insufficient but Necessary part of Unnecessary but Sufficient set of conditions) について、詳しく論じるのは、前嶋匠「企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係(一)」関西大学法学論集 54 巻 4 号(2004年)133頁以下。

(25) Puppe, Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel, GA2010, S. 561, 569.

は、*inus* 公式は内容的に *Engisch* 本来の合法則的条件公式を超えるものではなく、実質的に何ら異なるものでない⁽²⁶⁾、との批判も提起されている。したがって、*inus* 公式を支持することも出来ない。

第2節 取締役会の態度と結果との因果性の問題に解消する見解

以上のように、先に見た事例においては、各個人の態度と結果との因果性を肯定することは理論的に困難であることが判明した。そこで、一部の学説は、この難点を回避するために、共犯規定を適用する。共犯規定を適用することによって、共犯とされる範囲で取締役らの集団的な態度と結果との因果性が認められれば足りるのである。このような理解は、近時日本で有力な共犯の因果性（共同正犯の因果構造）の理解と異なる面がある。従って、共犯構成をとることは、取締役ら各個人の態度と結果との因果性を要求しないことを直ちには意味しない点に注意を要する。この点については第3章で論ずることにする。

共犯構成とした場合の問題は、まず、共犯規定の内のどの関与類型となるのかという点である。次に、仮に危険な製造物の販売継続という違法な決議に反対した取締役がいた場合、反対した取締役が刑事責任を負うのかどうかという点も検討されねばならない。取締役会では、通常、多数決によって議決がなされるから、取締役全員の意見が一致するわけではない。共犯構成を取る場合には、こうした議決に反対した取締役の罪責を、どのように扱うべきか、という問題が生じるのである⁽²⁷⁾。

(26) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂・2003年）195頁以下。

(27) 投票形態が、お互いに投票結果がわからないような形で行われる場合の問題も提起されている。互いにどう投票するのかわからない以上、共同の行為決意が認められないのではないか、あるいは訴訟の証明に際して問題が生じるのではないかというのである。この点については、Heine, a. a. O. (Fn. 7), § 25 Rn. 76 b を参照。

(1) 教唆犯構成

共犯構成をとる学説の中には、取締役らを、教唆犯として構成しているとするものが存在する⁽²⁸⁾。この見解は、投票段階は、その後行われる業務活動の準備段階に過ぎず、実行行為とはいえないので、取締役らの共同決定は教唆や共同教唆としてとらえる方が実態になっただけとする。仮に、取締役間にコミュニケーションが存在しなかったが、他の取締役が賛成票を投じるということ(例えば回収しないという決議への賛成)を何らかの形で知ったほかの取締役が、同調して賛成票を投じる場合には、片面的な形での共同教唆を肯定する。それに対し、違法な決議に反対した取締役は、教唆といえないとする。決議に反対している以上、彼は逆の意思を表明しており、彼の寄与が結果発生危険の本質的に高めたとは言い難く、教唆者として帰属すべきではないからである。

この見解の問題点を、「共同教唆」という概念が認められる場合の適用条文の観点から検討してみよう。

確かに、ドイツでは教唆が共働的に行われる、共同正犯的に行われることがあるとの理解が通説的である⁽²⁹⁾。なぜなら、共同正犯について規定するドイツ刑法25条2項は、複数のものが共同して犯罪行為を行ったときと規定しており、この「犯罪行為」の部分に「教唆行為」というものも含めることができるからである。そうだとすると、共同教唆が成立する場合の適用条文は、刑法各則規定+教唆犯規定+共同正犯規定ということになるであろう。しかし、この見解は、「共同教唆」を、本来的に教唆犯の条文に含めることができると解釈している。なぜ、共同正犯規定を(教唆犯規定に)加えて適用する必要がないのであろうか。仮に、共同正犯規定をも加えて適用するのであれば、それは次の共同正

(28) 前嶋匠「企業・組織犯罪における合議決定と帰属関係(二・完)」関西大学法学論集 54巻5号(2005年)168頁以下。この見解は共謀共同正犯に否定的であるという前提に注意を要する。この点については、前嶋匠「企業・組織犯罪における背後者と直接実行者との関係」法学ジャーナル73号(2003年)134頁以下。

(29) Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II, 2003, § 25 Rn. 238.

犯構成のところで述べる理解と同じになってしまう。

また、謀議行為に関与する者にも共謀共同正犯が成立する点から明らかのように、日本では、共同正犯規定の適用範囲が、実行段階の共同（共働）に限定されていない。したがって、仮に取締役会の決定が、予備・準備段階的なものであっても、なお、共同正犯規定の適用範囲内であるとして取締役らの罪責を検討することが出来るし、そうすべきなのである。

最後に、理論的な観点は別にしても、実際に問題となるのは、取締役らに故意が存在せず（または証明できず）、せいぜい過失しか認められない場合である。この場合、取締役らは過失による教唆にしかなり得ず、過失による教唆は支配的見解によれば不可罰であるから、取締役らの処罰をあきらめざるを得ないことになってしまう。

（2）共同正犯構成

そこで、共犯構成を取る見解の大部分は、取締役に共同正犯が成立すると構成する。取締役らは、自分達の投票の結果、どのような事態が生じるかわかっており、自分達が共に賛成（投票）するという共同の行為決意をもって（意識的・意欲的に）共同している、というのである。以下、これらの見解を、見てゆこう。

例えば、Schaalは、共同正犯構成によって、個別の結果回避可能性は不要であるとした上で、取締役会の状況に応じて場合を2つに分けて検討する⁽³⁰⁾。それは、事前に取締役らで（決議の内容について）申し合わせていた場合と申し合わせていなかった場合である。前者の場合は、典型的な共同正犯事例である。なぜなら、その場合には、取締役らの間には、共同の行為計画が存在し、それを実現しているからである。すなわち、取締役らのその申し合わせを、関与者らを投票によって従わせる

(30) Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, 2001, S. 192 ff.

「不法協定 (Unrechtspakt)」とみることができるから、共同正犯を肯定することが出来る。これに対し、後者の場合は、取締役らは、投票によってはじめて結びつくので、投票以前に「不法協定」を認めることは出来ない。それでもなお、取締役会における多数派の意識的意欲的共同は肯定される。なぜなら、(取締役会が) 多数決原理に基づくことで、各取締役は、いわば単独正犯として惹起したわけではないが、仮に何か生じさせるためには多数派を形成しなければならないということを知っているからである。多数決原理の文脈では、すべての投票において、自分と共に多数派を形成する、他の投票者への「申し出 (Angebot)」が存在する。したがって、多数派を構成した各取締役は結果に対して責任を負うことになるのである。

ここでは、賛成の取締役らの集団的な、取締役会の全体の態度と結果との因果性を問う枠組が用いられ、それによって、結果との因果性の問題は、問題とする必要がないとされているのである。

また、Knauerも、共同正犯規定の文言と機能から、各行為者の行為と結果との間の因果性を不要であるとし、取締役会の決定の場合に共同正犯を認めている⁽³¹⁾。共同正犯成立要件として必要な共同の行為決意は、通常、行為の前段階に認められる。取締役会の決定の場合には、事前の共同意思が存在しない場合があり、この場合の処理が問題となるが、取締役らは過半数決議に基づいて実行に移されることを知っており、実行段階での関与者間の非言語的なコミュニケーションが認められるから、やはり取締役会の決定の場合には投票行為が共同正犯となり得るとする。

第3節 若干の検討

以上のような共同正犯構成は取締役会の態度、具体的には、多数決の

(31) Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 159 ff.

多数派に投票した取締役ら全員の態度と、結果との因果性をもって因果関係を肯定し、取締役個人の態度を問題とした場合に生じる因果関係の問題を回避するものである。

なお、本件③被害報告により被害結果を認識し得た時点から回収すべきであったのに回収しなかったために発生したスプレーによる4件の被害の段階においても、取締役会の態度は観念可能であり、取締役会の態度と結果の間の因果性も肯定できるから、過失の共同正犯を肯定することによって、この構成を用いる余地がある。しかし、過失の共同正犯が肯定されるかという問題は、統一的正犯概念が過失犯に妥当とするドイツ刑法学においても、また、肯定説が多数説であるとはいえ、わが国においても、それ自体がなお重要問題であるから、別稿による検討に委ねたい。本稿では、以下、故意が認められ、共同正犯の成立可能性自体は争いがない、②臨時取締役会時点で流通していたにもかかわらず回収しなかったスプレーの問題を念頭に置いて、検討していくことにする。

この問題を、共同正犯を認めることを通じて解決しようとする出発点自体は、基本的に妥当だと思われる。しかし、共同正犯構成に対して生じる疑問は、なぜ、(決議に)参加して、賛成票を投じた取締役だけに結果が帰責されるのかという点である。すなわち、日本の会社法では、取締役会の決議が有効として扱われるためには、取締役全員が参加する必要はなく(会社法369条1項)、仮に取締役が家で寝ており、取締役会の投票に参加しなかったが、決議は成立したという場合も考えられる。この場合、共同正犯構成を取ったとしても、なお投票に参加していない取締役の結果帰責は断念せざるを得ないのであろうか。そのような結論は、取締役に安易な責任逃れの手段を認めてしまうことにならないだろうか。

また、取締役会が必要な定数の下限で開催されており、その上で、多数決で結論が出た場合を検討してみよう。この場合、少数派の取締役

は、自らがおよそ反対票すら投じないない、言い換えれば、自らがその取締役会を欠席するということで、投票そのものを無効にして結果を回避することが出来る。そうした事案で、少数派に属する取締役が、単に反対票を投じたに過ぎない場合、彼に帰責する余地はないのであろうか。

さらに、取締役会の決議は過半数を原則とするが、この要件を加重することも可能である(会社法369条1項)。このような場合について、先に見た、ドイツの共同正犯構成が、どのように対応するのかは、なお、明らかにされているとは言い難い。

以上を要するに、現在の共同正犯構成は、共同正犯構成を用いて因果関係を認めようとする点は正当であるが、それが多数決の投票のみを念頭に置いている点で問題が残るのである。

このような問題が生じた理由は、従来の学説が、取締役会における投票行為という、きわめて限られた部分しか実行行為、問責の対象行為になり得ないと暗黙のうちに考えてきたからである。確かに、投票行為は取締役の態度の一つであるし、それは証明しやすいものである。しかし、投票行為(時)だけが取締役の態度ではなく、投票以前に行われる話し合いや、報告活動、さらには本件のような危険な製品を販売した場合には、販売を決定した決議も、すべて取締役会に属する取締役の態度であり、結果を帰責する対象となりうるのである。問責対象となる実行行為を狭く限定しすぎていたために、上に見てきた問題点が生じてしまっているように思われる。

そこで、共同正犯行為を、投票以外のどの点に認めるべきか、という点が問題となる。まず投票より後の取締役会の態度に帰責することは出来ないのは明らかである。それは、取締役会の投票の意義を完全に無視することになるからである。従って、投票時およびそれ以前の取締役会の態度が問題とされなければならない。通常、取締役会にて取締役らの投票が行われる場合には、それ以前にその議題の検討、話し合いが行わ

れるであろう。そこで、この議題の話し合いが行われるのであるであろう時点で共同正犯の成立を認め、その後の投票行為は、共同正犯からの離脱行為として位置づけた上で、取締役各人について離脱が認められるか否かを検討することで、適切な結論を導くべきである。

もっとも、取締役会が開かれるべきであるのにもかかわらず、開かれなかった場合には、現実の話し合いではなく、取締役会が開かれ、話し合いが行われるべき時点で（不作為による）共同正犯が成立すると解すべきである。取締役会を構成している以上、販売している危険（有害）な製品の危険性に無関心であってはならず、不販売や回収を決定する作為義務があるということである。

このように投票以前の態度への帰責と投票行為を離脱として検討する本稿の理解からは、取締役会の態度と結果との因果性は（本件の革スプレー事件でも）認められるから、議論の中核は、投票行為による離脱の可否とその要件にある。そこで、以下では共同正犯からの離脱を検討していくことにする。第3章で検討するのは、我が国における共同正犯からの離脱に関する議論が、いわゆる因果性遮断説を前提に議論がされているが、これは果たして十分なのであるかという点であり、この理論が前提としている共同正犯の因果構造に問題はないかを検討する。

第3章 私見の展開

前章までに、取締役の投票は、共同正犯の基礎付けに関する議論ではなく、その裏返しの離脱の議論という形を取ることで、妥当な結論が導かれるとした。そこで次に問題となるのは、共同正犯からの離脱の要件である。

現在では、共同正犯（共犯関係）からの離脱の問題については、因果性遮断説と呼ばれる見解が通説的である⁽³²⁾。この見解は、離脱の問題と、中止犯規定適用の問題とを区別し、せいぜい実行の着手後の離脱が

肯定され、未遂犯とされる場合に、同時に中止犯規定が適用される可能性があるにすぎないと解する。このような理解は、基本的には正当なものだが、最近、学説上、因果関係が残存しているように見えるが、結果の帰属を否定すべき場合があるのではないか、議論されるようになって⁽³³⁾。学説の中には、そうした問題意識から、因果性とは別個の視点を持ち出し解決しようとする見解もあるが⁽³⁴⁾、別個の観点を持ち出す以前に、共同正犯の因果構造に遡った検討が加えなければならない。因果性遮断説に問題があったという前に、同説がその因果構造につき、一定の前提を置いていたが、そこに、若干論じたりない部分があったのではないかを検討しなければならないということである。以下では、このような問題意識をも持ちつつ、共同正犯の因果構造・因果系列について論ずることとする。

第1節 共同正犯の因果系列

本節の検討課題は、「共同正犯が想定している因果構造とはどのようなものであるか」である。共同正犯が想定している因果系列は、およそ行為者の行為と結果との間に因果関係が必要であるという意味では、学説の間に差異がない。しかし、その因果関係の内容にまで踏み込んで見て行くと、若干の相違が存在する。つまり、学説の想定する因果経過のモデルが、「経由している地点」、「介する場所」という点につき、異なっているのである。その経由または介している地点の差異に着目すると、学説を3種類に分けることが出来る。これは、以下で見ていくように、経由地点が、「他者の行為である場合」、「他者との全体行為である

(32) このような理解を完成させたのは西田典之である。西田典之「共犯と中止」西原春夫ほか編『刑法学3 総論の重要問題 III』(有斐閣・1978年)169頁以下、西田典之「共犯の中止について」法学協会雑誌100巻2号(1983年)221頁以下である。後者は、西田典之『共犯理論の展開』(成文堂・2010年)240頁以下に収録されている。

(33) 前田雅英『刑法の基礎』(有斐閣・1993年)388頁以下。

(34) 島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修741号(2010年)3頁以下。

場合]、「他者と形成された特殊人格（の行為）である場合」という3種類である。

(1) 他者媒介モデル

まず、第1は、共同正犯は（自己が直接の場合も存在するが）他者を介して結果を発生させると解する考え方である。具体的に述べれば、結果帰責に際し、結果が共同正犯のうちの一人に帰責されることが確定し、その後、他の共同正犯者との間の（拡張された）因果性を検討し、これが存在すれば、共同正犯の因果性が満たされるとするものである。この考え方は、他者を介する因果性を想定しているので、他の見解との類型的対比の観点から、他者媒介モデルと呼ぶことにする⁽³⁵⁾。

このモデルは、特に日本で、共犯の処罰根拠論とセットで主張されており、有力である。すなわち、共犯の処罰根拠を法益侵害の惹起に求め、正犯と共犯の相違は、惹起が直接的か間接的かという方法上の差異のみが存在するだけである。このような共犯の処罰根拠論が、共同正犯

(35) 本稿の整理方法について、なぜこのような方法をとるのか述べる必要がある。というのも、学説の中には異なる整理方法も存在するからである。しかしながらそのような分類は、因果性以外のものをも分類の中に含めようとしており、とりえない。

第1は、共同正犯の「共犯性」を強調する見解、「正犯性」を強調する見解と分類する方法である（比較的昔から存在するが、近時は、梅宮弘典「共同正犯の構造」阪大法学57巻1号（2007年）64頁以下など）。前者が他者媒介モデル、後者が集合的帰責モデルに対応する。確かに、共同正犯（の正犯性）が、因果関係の存在のみによって基礎づけられると解釈するのであれば、このような整理は適切かもしれない。しかし、（共同正犯の）正犯性は、因果関係だけで満たされるものではない。因果性が満たされることを前提に、どの関与類型に当たるかが再度・別個に検討されなければならないからこのような分類はとりえない。

第2は、共同正犯の構造を、全体主体説、犯罪共同説、行為帰属説、行為共同説（さらには機能的行為支配説も）に分類する方法である（園田寿「共同正犯の正犯性序説（1・2完）関西大学法学論集29巻1号（1979年）93頁以下・29巻3号（1979年）5頁以下）。全体主体説が特殊人格モデル、犯罪共同説と行為帰属説が集合的帰責モデルに対応する。しかしこれらは、共同正犯の未遂に関する分析を用いたものであり、因果性の検討に際しては、未遂との関連を念頭に置く必要は存在しない。従って、このような分類はとりえない。

にも当てはまるから、共同正犯の因果性も、他者を介したという理解が導かれるのである。

このモデルを前提とする代表論者は、西田典之である⁽³⁶⁾。彼は、共犯の処罰根拠論につき、正犯を通じて構成要件に該当する違法な結果を惹起したことを処罰根拠とする因果的共犯論をとることを前提に⁽³⁷⁾、共謀共同正犯の箇所では、共同正犯の刑事責任の構造は、基本的には他者との行為を媒介として自己の行為の因果性の幅を拡張する教唆犯や幫助犯と同一のものであり、その意味で、共同正犯は単独正犯とは異なる「共犯」の一種であるとしている⁽³⁸⁾。

また、林幹人も、共犯の処罰根拠について因果的共犯論を採用し⁽³⁹⁾、他人の行為を介して犯罪を実現する共犯の構造を共同正犯にも妥当するとしている⁽⁴⁰⁾。このような理解がはっきり現れているのは、共同正犯からの離脱の局面である。そこでは、あくまで離脱しようとする者が、実行者に与えた物理的・心理的影響を切断することが要求されているのである⁽⁴¹⁾。

それでは、このモデルは、共同正犯の因果構造を適切に把握しているといえるのだろうか。

まず、この見解に生じる問題は、因果関係の択一的な認定という点と

(36) 他者媒介モデルを前提とする記述は多くの箇所に見受けられるが、例えば、西田・前掲注(32)25頁、43頁、44頁、240頁以下、西田典之『刑法総論 第2版』(弘文堂・2010年)339頁、特に345頁。さらに、西田説が、過失犯の共同正犯が問題となる事例を、「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であるとして、同時犯に解消しようとするのも、このようなモデルと関連している。他者媒介モデルの場合、他者、又は自己の行為のどちらから因果性が生じていることを常に前提とし、そうだとすると、自分の義務違反と他者の監督の義務違反のどちらかの認定という2つの義務違反の認定を行うこととイコールになるからである。

(37) 西田・前掲注(36)336頁以下、340頁。

(38) 西田・前掲注(36)345頁。

(39) 林幹人『刑法総論 第2版』(東京大学出版会・2008年)374頁以下。

(40) 林・前掲注(39)403頁。さらに林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会・1995年)159頁以下。

(41) 林幹人「共犯の因果性」法曹時報62巻7号(2010年)5頁。

関係する。すなわち、AとBが、共に銃で同時に被害者に発砲し死亡させたが、どちらの銃から発射された弾丸が致命傷となったのかは明らかとならなかったという場合である（殺人罪の共同正犯）。この場合、どちらの弾丸が致命傷であったか不明な以上、どちらの発射行為から結果が生じたか明かでない。そこで、このモデルの論者らは、この場合、AあるいはBの発射行為から結果が発生したとし、因果関係の択一的認定を行う。つまり、Aが直接弾丸を当てる因果系列と、AがBを（心理的に）介して弾丸を当てる因果系列の2つを観念し、そのどちらかの因果系列で結果が生じたことが確定すれば、殺人罪の共同正犯となるのである。

従って、次に問題となるのは他者媒介モデル+因果関係の択一的認定で、共同正犯が問題となる事例のすべてを説明できるかである。結論から述べれば、説明し得ない事例が存在するように思われる。これは以下のような場合である。CとDが、意思を通じた上で同時に半分の致死量の毒物を被害者の飲み物に入れ、それを飲んだ被害者が死亡したという事案を考えてみよう。この場合、被害者の死は、Cの投毒行為だけから生じたとはいえない。それは致死量を見満たさないため、（上の弾丸の事例とは違い）Cの投毒行為だけでは被害者は死なないからである。同じくDの投毒行為だけでも被害者は死なない。従って、この場合、択一的認定の前提となる、Cと結果またはDと結果の間の因果性が観念できないから、他者媒介モデル+因果関係の択一的認定では問題が生じることになる。つまり、他者媒介モデルだけを用いるのでは、共同正犯者の誰から結果が発生した特定できないが、共同正犯者全体から結果が発生している場合を説明することに困難をきたすのである。

実は、本件取締役会の場合もこの他者媒介モデルでは説明し難い場合の一つである。結果と、各取締役の行為の間の因果性は明らかとならないが、結果は、取締役会の構成員という共同正犯者らによって引き起こされたことは確定できるからである。

(2) 集合的帰責モデル

そこで、次のモデルは、共同正犯において、最終的に結果を惹起した他者を介したという因果系列を要求せず、それにかわり、共同正犯者一体で、その全体行為が結果を引き起こしたという因果系列を観念する。つまり関与者らの寄与が集合し、その一体となった寄与が結果を発生させたと考えるのである。本稿はこのモデルを集合的帰責モデルと呼ぶことにする。学説の中には、(心理的因果性で結びつく)行為者らの行為をまとめて、あれなければ、これなしの判断における、「あれ」に代入して「これ」である結果との条件関係を判断する見解があるが⁽⁴²⁾、この見解はこの集合的帰責モデルとコンデシオ公式を巧妙に整合させているものといえよう。なお、集合的帰責モデルは、他者媒介モデルとは異なり、直接結果を引き起こした共同正犯者およびその行為を特定せずとも足りるとする点に特徴があるといえる。

共同正犯の、一体、あるいは集合していると観念できる要件については、現在、なお一致を見ておらず、様々な見解が存在している。かつて日本では、このような集合体や一体が認められる根拠を実行行為や両者の意思連絡に求める見解が主張されていた。

例えば、福田平は、共同正犯の成立には、「共同実行の意思」と「事実」が必要であるとした上で、この要件が具備されることによって、共同者各自につき、その者自身の行為と他の共同者の行為とが一体のものと評価され、ここから、共同正犯者は、共同の実行行為によって発生した事実の全部について正犯としての責任を負う、と述べていた⁽⁴³⁾。また、佐久間修は、共同正犯における実行行為では、各人の行為を分断して考えるのではなく、全体として、当該犯罪を実現する現実的危険性が具備したことで十分であって、主観的にも、他の共同者の犯行を相互に

(42) 町野朔「惹起説の整備・点検」内藤先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣・1994年)115頁以下。

(43) 福田平『刑法総論 第5版』(有斐閣・2011年)271頁以下。

利用・補充しあう関係が存在したならば、全体をまとめて評価すべきとしている⁽⁴⁴⁾。さらに、最近では、梅宮弘典も、共同正犯の構造を、共同実行の意思に基づいて、他の共犯者の関与行為を包摂した客観的な行為状況の中で、実行行為と認められること、すなわち共同の実行行為を観念し、それが結果に実現することと理解し、集合的帰責モデルを採用している⁽⁴⁵⁾。

またドイツでも、行為者間の意思連絡や共同行為決意といった行為者の主観的事情を基礎にこうした一体性を認める見解が多い。例えば、Welzelは、構成要件の結果を目指す因果事象の目的意図された操縦によって、構成要件の実現について支配する者が正犯である⁽⁴⁶⁾とする目的制を内容とする目的的行為支配説を主張し、共同正犯は統一的行為を通じた行為支配が複数人のもとで共同して認められる場合に肯定される⁽⁴⁷⁾として、このモデルをとっている。また、最近ではDenckerも、このような集合的帰責モデルを取ることを明言しているが、その際にも、主観的事情が根拠とされている。すなわち、複数人の行為を調整する行為計画が、結合された個々の行為を全体行為、言い換えれば、全体構成要件のもとに包摂されるに適した全体事態を形成するというのである⁽⁴⁸⁾。

近時のドイツの学説には、この集合ないし一体とされる根拠を、上記の学説のように、行為者らの認識・主観面に見いだすのではなく、客観的・規範的に考える見解（規範的共同性説）も登場している。そのきっかけをなした論者によれば、互いの寄与の一体性が、主観的な意思の一致というよりもむしろ、客観的な態度を同調させることに基づいている事例や、適合決意（Einpassungentschluß）で十分と考えられる事例が存在

(44) 佐久間修『刑法総論』（成文堂・2009年）361頁以下。

(45) 梅宮・前掲注（35）64頁以下。

(46) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.99.

(47) Welzel, a. a. O. (Fn. 46) S. 107.

(48) Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 157 ff.

するとする⁽⁴⁹⁾。例えば、睡眠中に刺し殺された被害者にあらかじめ睡眠薬を飲ませた者、被害者宅のドアを開けておいた者、行為者のためにナイフなどの犯行に用いられた道具を用意しておいた者、犯罪遂行の邪魔となる第三者を近づけさせないでおいた者、これらの者には、実際の実行者が、彼の関与に気づいていなかったとしても共同正犯が成立すると解すべきである。そうだとすると、行為者間の、相互的な共同の行為決意の観点から一体性を肯定するのではなく、客観的な態度の適合を重視し、主観面としては、適合決意で足りると解すべきではないか、従って、直接実行していなくとも、形成的な参加者が、片面的な決意によって自らの寄与を実行者の行為に結びつけていることで十分であるとの理解が生じた。ここでは、一体性を肯定する重点が主観的なものから客観的なものへと移されている。この見解は、客観的な態度の同調が、許されない危険と全体に対する共同の管轄を基礎づけるとしていたため、許されない危険や管轄といった客観的帰属論、結果帰責論との関連が強く意識されるようになった。

それを受けて、Weezelは、一体とされる共同行為は、行為決意といった観点からではなく、「客観的帰属」の観点から考えられるべきだ、との前提に足ち、その上で、共同とは、集団的な義務違反が基礎にあり、それゆえすべての関与者に事象を帰属すべき関係を意味する、としている。そして、それをさらに、行為者らの義務がその内容上結合され、各人の行為の遂行が、他の者によって有責的にも共同形成された構成要件実現に至る経過へと適合させられた場合に、こうした全体帰責が認められるとする⁽⁵⁰⁾。ここでは、結果帰責の始点としての全体行為は、客観的・規範的に考えられているのである。

日本においても、このような理解の影響を受け、金子博は、共同性、全体行為という部分は、これは構成要件の実現に対する共同答責の問題

(49) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 617 ff.

(50) Weezel, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 200 ff.

であるから、共同の答責領域、言い換えれば各関与者の答責領域が結合されていたのかという視点から、規範的な判断をすべきである、としている⁽⁵¹⁾。

以上見てきたように、集合的帰責モデルには、いくつかの種類があった。もっとも、集合的帰責モデルは、一体とされる全体行為の限界が、共同正犯の帰責範囲を決定するのに重要であるにもかかわらず、一義的でなく、帰責範囲に問題が生じる、と批判されている⁽⁵²⁾。しかし、この批判は決定的ではないように思われる。というのも、帰責範囲は他者媒介モデルをとったとしても直ちに明らかになるわけではないからである。むしろ集合的帰責モデルの問題は、主観的な意思連絡を根拠に一体性を肯定する理解にある。このような一体性が肯定される範囲が行為者らの決意や意思連絡によって決まるとすると、共同正犯の因果関係は、行為者らが知っていれば認められるにもかかわらず、知らなければ認められないということになる。これは、基本的な因果関係の理解、または(客観的な)結果帰属の理解に反することになる。それゆえ、少なくとも主観面に根拠を置く集合的帰責モデルはとりえず、規範的な一体性を考慮する見解のみが適切な集合的帰責モデルであるように思われる。

(3) 特殊人格モデル

第3のモデルは、行為者らが行為者らを超える規範的な超人格や特殊な意思主体を形成し、その特殊な意思主体が結果を引き起こしたという因果系列を想定する。先の集合的帰責モデルの集合とされる部分に、よりインパクトの強い「特殊人格」を代入しているものと評価することも出来よう。

(51) 金子博「過失犯の共同正犯について」立命館法学 326号(2009年)858頁以下。

(52) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(二)」法学協会雑誌 121巻10号(2004年)1665頁。主に Dencker 等の見解を批判している。この見解は、結果帰責に関しては、他者媒介モデルを前提とする。

日本では、伝統的に共同意思主体説がこのようなモデルを想定している。共同意思主体説を提唱した草野豹一郎は、共犯を二人以上よりなる共同意思主体説の活動であると解し、一定の犯罪を実現せんとする共同目的が存在し、そこからその目的の下に二人以上が同心一体と為りたる上、少なくともその中の一人が犯罪の実行に着手するという因果系列を想定していた⁽⁵³⁾。現在でも共同意思主体説は基本的にこのような、特殊な主体を形成し、その主体が犯罪を引き起こしたという因果系列を想定しているものといえよう⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾。

ドイツでも、特殊人格モデルを採用しているとみられる見解が存在した。具体的には、それは、すでに普通法時代において、陰謀による犯罪遂行に関与したすべてのものにより構成される全体人格(Gesamtperson)の仕業を問題とする全体主体(Gesamtsjekt)の理論として、主張されていた⁽⁵⁶⁾。

近時、こうした理論構成に再び光をあてた Lesch は、共同正犯という集団的統一体が人的に結合した人格の組織統一体として行為し、これは一定の目的のために一致した関与者によって形成されるとする⁽⁵⁷⁾。また Renzikowski も、共同正犯規定の帰責主体は個々の行為寄与を行う行

(53) 草野豹一郎『刑法要論』(有斐閣・1956年)118頁以下。

(54) 共同意思主体説の妥当範囲に争いがある。共同正犯か、共犯一般かという争いである。いずれにせよ共同正犯が問題であるから、この争いには立ち入らない。

(55) 共同意思主体説を主張する多くの論者らの内で、例外的なのは高橋則夫『刑法総論』(成文堂・2010年)412頁である。この見解は、共同正犯を、相互利用・相互補充関係による行為帰属(相互的行為帰属論)を念頭に置いており、特別、特殊な主体を強調しない。この意味で、本稿の分類する集合的帰責モデルに該当する。この点については高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(成文堂・2007年)171頁、174頁以下、190頁等を参照。高橋説は、自身の見解を、集合体の行為の存在は肯定するという意味で、共同意思主体説の一であると評している。

(56) Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 63 ff.

(57) Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 189 ff.; ders., Die Begründung mittäterschaftliche Haftung als moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105, 1993, S. 281 ff. Lesch の見解も集合的帰責モデルの最後で述べた規範的共同性説を推し進めたものである。

為者ではなく、法は一定の状況の下で複数の人間を集合的なものとして、人的共同体観念し、この集合人格に対する帰責を肯定しているとする⁽⁵⁸⁾。

以上のような特殊人格モデルは、結論から述べれば承認できないように思われる。もっとも、それは、しばしば指摘されるように、共同意思主体説をはじめとするこれらの学説が、団体責任であるという常套的批判を理由とするものではない⁽⁵⁹⁾。このような批判は不適切である⁽⁶⁰⁾。共同意思主体説も、各個人が、主体を形成したこと、およびその点についての（個々人の）責任を要求しているからである。

これらの見解の中核的問題は、特殊な主体を介した惹起や、特殊な主体を介した行動制御を問題することになり、それは単独犯と全く異なるものを要求することを意味する所にある。このようなことは、共犯の処罰根拠論に反し許されない。というのは、（日本で有力な）共犯の処罰根拠論としての因果的共犯論、すなわち「共犯は結果を惹起したから処罰される」とする理解は、「単独犯も結果を惹起したから処罰される」という理解を前提としており、そうだとすると、単独犯も共犯も同じく「結果を惹起したから処罰される」という全く同じ理解を前提とすることになる。このような同じ処罰根拠に基づく単独犯と共犯は、処罰根拠が同じである以上、内容的にも同様なものが要求されることになり、勝手に共犯においてだけ単独犯と異なるものを要求することは出来ない。それゆえ、特殊人格モデルは、共犯の処罰根拠論との関係で承認することが出来ないのである。また、共犯の基礎付けの局面ではなく、裏返しの局面である、共犯関係からの離脱の局面でも問題が生じる。すなわち、その共同意思主体や特殊人格からどうすれば離脱出来るのか、いか

(58) Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 101 ff.

(59) 団藤重光『刑法綱要総論 第3版』（創文社・1990年）397頁。

(60) 石井徹哉「共同正犯に関する一考察」『西原春夫古稀祝賀 第2巻』（成文堂・1998年）363頁以下。

にして特殊人格の解消を行えるのかという問題である。

(4) 若干の検討

これまで見たように、これら3つのモデルには、いずれも欠点が存在する。他者媒介モデルには、最終的に単独で結果を惹起した行為者が、存在しない、いわゆる重畳的な因果経過の場合に、なお説明に窮する点、集合的帰責モデルには、集合的とされる一体の範囲が明らかでなく、帰責範囲に問題が生じる可能性がある点が欠点であり、特殊人格モデルは、そもそも取りえない。

従来学説は、共同正犯の想定する因果系列を考えるに当たって、暗黙の内に、「どのモデルで一元化できるか」ということを前提にしてきたように思われる。仮に折衷を行うにしても、せいぜい、教唆や幫助では他者媒介モデルを採用しつつ、共同正犯では集合的帰責モデルを採用するといった、関与類型別の折衷が行われていたにすぎない。しかし、どれかのモデルで一元化しなければならないという必然性はないのではないか。2つのモデルを折衷する余地も存在するのではないだろうか。もちろん、相容れない論拠の学説を折衷する余地はない。そこで、これら2つの学説を果たして折衷しうるものかを検討するために、それらの論拠を見てみよう。

他者媒介モデルは、日本における共犯の処罰根拠論とセットで主張されていた。たしかに、教唆・幫助犯の想定する因果系列と共同正犯の想定するそれとを一致させ、共同正犯を加重処罰される教唆・幫助と解すると、関与類型の区分に関する重大な役割説や、共犯関係からの離脱を統一的に説明することが出来る。しかし、共犯の処罰根拠論それ自体は、共犯処罰には因果性が最低限必要であると述べるものに過ぎず、因果性の内容・想定される因果経過について何も述べるものではない。したがって、共犯の処罰根拠論から、直ちに他者媒介モデルが導かれるわけではないのである。

これに対し、集合的帰責モデルはどうか。集合的帰責モデルは、主観的な一体性を肯定するにしろ、客観的・規範的な一体性を肯定するにしろ、共同正犯の構成としては個々の関与者により形成される集団的な関与を問題としているといえる。これが問題となるのが、例えば、択一的共同正犯や付加的共同正犯という事例である⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾。しかし、あらゆる事例で、集合的帰責モデルだけをとらなければならないとする論拠はどこにも存在しない。集団的な関与を問題とせざるを得ない事例のみを集合的帰責モデルで説明すればよいのではないであろうか。このようにしてみると、両者のモデルともに、論拠に絶対的な正当性があったとは言い難いと考えられる。

そこで、本稿は、以下のように解して、他者媒介モデルと集合的帰責モデルの両者を併用するべきであると解する。

共同正犯の因果構造は、結果帰責構造の問題である。従って、結果から遡って、帰責対象をどこにもとめるかという判断である。この時、結果を最終的に惹起した（行為者の）行為を「特定できる場合」と「特定出来ない場合」が存在する（最終的に結果を惹起した行為者の行為と結果との間の因果性の内容は、因果関係についての見解次第である。）。

(61) なお、近時ドイツでは、共同正犯の構造について、択一的共同正犯や付加的共同正犯という試金石事例を念頭に置いて議論がなされている。しかし、共同正犯の成立を実行段階の寄与に限定せず、共謀共同正犯を肯定する見解が通説的な我が国では、これらの類型は基本的に（共謀）共同正犯とすることが出来るように思われる。択一的共同正犯は、複数の謀殺者が別々の道で被害者を待ち伏せしている場合に、被害者が片方で殺された事例である（Rudolphi, Zur Tatbestandsbezogenheit des Täterschaftsbegriffs bei Mittäterschaft, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 369 ff.）。また、付加的共同正犯は、20人の共謀者が暗殺を計画し、成功の蓋然性を高めるために20人全員で発射し、被害者を死亡させたが、当たった弾丸と当たらなかった弾丸があることが判明したという事例である（Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 57 ff.）。したがって、これらの事例の検討は今後の課題としたい。

(62) 集団的関与の視点が不可欠であるとして規範的な集合的帰責モデルを推し進めるのは、松生光正「共同正犯」中先生古稀祝賀『刑法理論の探求』（成文堂・1992年）319頁以下、松生光正「共同正犯の構造について」法政研究76巻4号（2010年）711頁以下、松生光正「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌50巻1号（2010年）31頁以下。

前者の場合、結果を最終的に惹起した行為者の行為が特定出来るのであるから、それ以外の共犯者へ帰責は、実行者を介した因果性を検討すれば足りる。この場合、他者媒介モデルに基づいて共同正犯の成否が検討されることになる。つまり、ここでは、厳密な意味での個人の関与のみを前提とした個人責任の修正はせずとも、共同正犯としての処罰を肯定できるのである。

しかし、後者の場合、結果を最終的に惹起した行為者の行為は特定できない。その意味で、他者媒介モデルでは説明がつかず、全体としての共同正犯行為を問題とせざるを得ない。むろん、その場合でも、共犯者ら全体の行為によって結果が惹起されたという意味での因果性が肯定できることは必要である⁽⁶³⁾。

上に見た、致死量の半分の毒を、行為者らが意思連絡の上で、同時に被害者の飲み物に投入した場合や、取締役会決定の場合がそれである。後者の場合、取締役の一人一人から結果への因果性は認められないが取締役会が、全体として、結果を惹起していることまでは特定できる。この場合は、集合的帰責モデルを用いることによってはじめて共同正犯が成立することになる。

結局のところ、共同正犯の因果構造には、他者媒介モデルのみで足りる場合と、集合的帰責モデルを用いて、はじめて、その可罰性が肯定できる場合とがあるというべきである。なお、このような併用モデルが、あらゆる犯罪類型に妥当するか、例えば強盗など、複数の行為態様をあらかじめ予定している構成要件を持つ犯罪類型では、集合的帰責モデルを採用するしかないのではないかという問題が提起されている⁽⁶⁴⁾。以

(63) これを明示するのは、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣・2010年)828頁〔高田聡一郎〕。共同正犯の法的効果として、結果回避可能性等の、単独正犯の成立を基礎づける事情は、共犯者を一体として判断される。

(64) 並行的共同正犯という試金石事例との関連で議論されている(Dencker, a. a. O. (Fn. 48) S. 130.)。複雑な犯罪事象を操る者が、複数の行為者をお互いに連絡しないで(両者間の行為決意なく)行為を平行的に実行するように操る場合である。例えば、Aが、B

上見てきたように、他者媒介モデルと集会的帰責モデルを併用する本稿は、結果を帰責する対象が特定できるかどうかという観点からの、両モデルの適用領域の違いを導いているから、構成要件が複数の行為を予定しているからという理由で、直ちに後者のモデルしか適用できないとする理由はないものと考える。

第2節 共同正犯からの離脱

前節までに、以下のことを述べた。まず、取締役会において、危険な製品を回収しないという決議が行われた場合、取締役の決議以前の態度形成、共同の意思を形成する行為等が、共同正犯行為とされるべきであり、不回収という結論に至った場合には、回収するか否かの投票を、犯罪の基礎付けとしてではなく、共同正犯関係からの離脱⁽⁶⁵⁾として議論すべきである。そして、従来の共犯関係からの離脱に関する有力な見解は、他者媒介モデルのみを前提としてきたが、取締役会決定の場合は、そもそも共同正犯関係の基礎付けの部分において、この見解では説明できない。そうである以上、因果性の解消の問題である離脱の成否につい

には被害者に対する暴行を、Cには被害者からの財物の奪取行為を実行させる場合である。また、ベルリンの壁の射手が問題となった事案(BGHSt 39, 1)、すなわち2人の射手の間には共同の行為決意がなく、そのうちの1人の射撃のみが被害者の死亡原因となったという場合にも問題となる。この場合、裁判所の行ったように射手の両者に共同正犯を認めるには、死亡結果に対して直接因果性を有さない射手は、射手間の共同の行為決意がない以上問題とできず、さらに命令に従ったという点も共同正犯性を基礎づける理由ではないから、各射手の因果性ではなく、射手らの集会的な関与を問題とせざるを得ない。従って集会的帰責モデルが問題となるのである。

(65) 以下で議論するのは、大塚仁「共犯関係からの離脱」同『刑法論集(2)』(有斐閣・1976年)31頁の主張するように、「共同正犯からの離脱」という離脱理論に関する新たなカテゴリーを作るべきであるという意味ではない点に注意を要する。この見解は、着手後の離脱を試みる者が、真摯な努力をしたにもかかわらず、結果発生を防げなかった場合に、結果発生がある以上中止犯規定を用いることが出来ないとするのは不都合であるとの観点から、離脱を試み真摯な努力をした者は、既遂結果が発生しても共同正犯の障害未遂に準ずる責任が問われるべきとする。この見解は2つの前提に問題がある。共同正犯は、実行の着手後という前提を取っている点と、共犯の場合も正犯の場合と同様に結果不発生を中止犯の要件と考えている点である。

ても、従来の他者媒介モデルのみを前提とした因果性遮断説では、妥当な結論を導けない。

では、こうした場面における共同正犯からの離脱の要件は、どのようなものであるべきか。この点を、本節で検討しよう。共同正犯からの離脱の要件も、当然に他者媒介モデルと、集合的帰責モデルと、どちらの共同正犯構造かに応じて変わってくると解すべきである。

(1) 他者媒介モデルの場合

まず、他者媒介モデルが妥当する範囲では、自己が他者を介して結果を惹起することが共同正犯関係の基礎付けである以上、離脱を認めるには、自己の行為と他者の行為との間の因果性の切断を要求すべきである。また、自己が直接実行する場合には、自己の行為と結果との間の因果性切断が要求されると解すべきである。他者媒介モデルに関しては、従来から議論が存在するし(因果性遮断説)、因果性の切断という、わかりやすい従来のメルクマールが観念できる。問題は、集合的帰責モデルしか妥当しない場合である。

(2) 集合的帰責モデルの場合

従来の因果性遮断説は、必ずしも集合的帰責モデルを前提としてはじめて共同正犯関係が基礎づけられる場合を、念頭に置いてこなかった。このような場合の共同正犯からの離脱に必要な要件は、どのようなものであるべきだろうか。

まず、結果との関連で、すなわち一体とされる集合体と結果との間の因果性を切断すれば離脱は認められる。具体的に本件の場合に当てはめてみると、すでに販売された危険物質の含まれるスプレーを(すべて)買い取ってくること、そして今後販売される分をすべて自分で買い取り続ければ、離脱が認められるということである。もちろん、こうした事情が認められれば、離脱が肯定されることは確かである。しかし、これ

では、犯罪の阻止まで要求されることになってしまうから、事実上、離脱の余地がないに等しい。そもそも、理論的に、これが必要条件といえるのだろうか。

先に見たように、集合的帰責モデルは、あくまで集合体形成との関係での因果性を考える以上、集合体との関係で離脱要件を考え、行為者が集合体から離れれば、離脱が認められると解する余地がある。言い換えれば、離脱を試みる者が、この共同正犯とされる範囲の集合体の形成に果たした程度と同じ程度の反作用を集合体に対して行えば、離脱を認めるべきではないかということである⁽⁶⁶⁾。

このような私見を、冒頭の事例に即して説明すれば、離脱を試みた、つまり取締役会多数意見と異なり、回収すべきとの票を投じた取締役が、それ以前に共同体形成との関係で、どのような役割を果たしていたかによって、離脱の要件は変わってくる、ということである。すなわち、①スプレーの製造・販売をしようと積極的に導入に努めてきた取締役の場合、回収に賛成するだけでは離脱は認められず、周りの取締役の意見を覆すように説得し、他の取締役らの回収への賛成の過半数まで得て初めて離脱が認められる。これに対し、②スプレーの製造・販売に消極的にしか関与してこなかった取締役の場合には、単に回収に賛成票を入れるだけで離脱が肯定される。さらに、③回収決議の投票に参加しなかった取締役には離脱が認められないということである。なぜなら、この取締役は単に共同正犯から離脱する機会を逃したに過ぎないからである。

取締役会が過半数ではなく、全員一致や3分の2の賛成を要するなど

(66) なお、理論的には他者媒介モデルで因果関係が認められ、そこから離脱を試みる者がおり、他者媒介モデルにいう離脱の要件を満たした場合に、なお集合的帰責モデルに基づく因果性の基礎付けが行われ、結果として離脱が否定されるという奇妙な結論になるのではないかと疑問が浮かぶかもしれない。しかし、最終的な結果惹起行為が特定された、他者媒介モデルであることが一端確定した以上、他者媒介モデルに移ることは許されない。集合的帰責モデルは、離脱を否定する理論ではないからである。

となっている場合でも基本的な離脱要件は同様である。まず、①の積極的に関与してきた取締役の場合の場合、3分の2や全員一致までの説得を得なければ離脱は認められないと解すべきである。次に、②消極的な関与の取締役の場合、単なる回収賛成で離脱を認めるべきであり、もちろん、③不参加の取締役に離脱は認められない。

やや、問題があるのは、多数決が同数になり、議長が決定する場合である。この旨が、定款や取締役会規則に、あらかじめ定められていることがあるが、これが会社法的に有効かどうかについては争いがある。この取り決めは、迅速な決定が必要な取締役会の性格や会議体の通常の法則であり、有効と解されるとするものがある一方⁽⁶⁷⁾、一度投票し議決権を行使した議長が、再度投票し議決権を行使することは、法定決議要件の緩和に他ならないから(会社法369条1項との関係で、法定要件の加重は認められるが緩和は出来ない)認められないが⁽⁶⁸⁾、賛否同数となった後に「議長一任」の決議が過半数の賛成で成立した場合は、別であるとするものもある⁽⁶⁹⁾。今後のこの議論の動向が注目されるが、私見の離脱要件との関係でいえば、少なくとも、(最後の)賛否同数で議長に一任するという決議が過半数で成立した場合、回収すべきという投票を、最初の投票の際に投じた取締役は、最初の投票で回収に反対していた議長にゆだねるとの決議に賛成しない限り、離脱を肯定してよいと思われる。

第4章 おわりに

革スプレー事件を契機として、取締役会決定における因果関係問題に

(67) 鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法 第3版』(有斐閣・1994年)280頁(注8)、大隅健一郎=今井宏『会社法論 中巻 第3版』(有斐閣・1992年)201頁参照。

(68) 大阪地判昭和28年6月19日下民集4巻6号886頁参照。

(69) 江頭憲治郎『株式会社法 第3版』(有斐閣・2009年)389頁(特に脚注14)参照。

ついて、様々な議論がなされるようになった。取締役各個人の投票と結果との因果性を要求する見解も、取締役らの集団的な投票態度と結果との間の因果性を要求する見解も、取締役会決定における投票を犯罪の基礎付けの局面で議論をしており、そのために不十分な結論に至らざるを得なかった。回収決議の適切な位置づけは、共同正犯からの離脱である。この場合における離脱に関しては従来因果性遮断説及び、この見解が前提とする他者媒介モデルではやや不十分な点があった。他者媒介モデルと集合的帰責モデルの両者を併用し、それに応じて、離脱の要件も異なって解すべきである。本件のような場合には、後者によって判断されるというべきであろう。

(本学大学院博士後期課程)