HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	正犯と共犯（8）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，56(4)：51-79
発行日	2021-03-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論　　説

正犯と共犯（8）

吉　田　敏　雄

目　　次

第1章　関与理論の基礎
序
第1節　基本概念
1．出立点
2．限縮的正犯者概念と拡張的正犯者概念
3．従属性と独立性
第2節　共犯体系
1．共犯体系モデル
2．ドイツ刑法における共犯体系
A．現行法
B．正犯と共犯の境界　（以上第54巻第2号）
C．正犯者と共犯者に対する同一法定刑の問題性
第3節　統一正犯者体系
1．統一正犯者体系モデル
A．一元的規制モデル
B．統一正犯者体系の種類
2．オーストリア刑法における統一正犯者体系
A．現行法
B．正犯者形態
C．独立性
D．過失犯
E．全体的・個別的量刑
F．統一正犯者体系と共犯者体系の比較　（以上第54巻第3号）
第4節　日本刑法における正犯と共犯の関係
1．共犯従属性説と共犯独立性説
2．正犯と共犯の境界
A．構成要件個別特有の正犯と共犯の境界
B．一般犯における正犯と共犯の境界　（以上第55巻第3号）
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）
第1節　総説

1．間接正犯の概念
2．間接正犯の正犯性
A．間接正犯無用説
a．共犯独立性説を基礎とする間接正犯無用説
b．拡張的正犯概念と共犯の厳格従属性の結合説
c．限縮的正犯概念を基礎とする間接正犯無用説
B．間接正犯肯定説
a．実行行為説
b．規範的障害説
c．行為支配説
3．意思支配としての間接正犯
第2節　間接正犯の諸形態
1．故意なき行為をする道具
2．適法行為をする道具　（以上第55巻第4号）
3．責任なき道具
a．責任無能力の道具
b．回避不可能な禁止の錯誤にある道具
c．緊急避難の道具
4．客観的構成要件不該当の行為をする道具
5．いわゆる「目的なき故意ある道具」といわゆる「資格（身分）なき故意ある道具」
a．目的なき故意ある道具
b．資格（身分）なき故意ある道具　（以上第56巻第1号）
第3節　欠陥なき所為媒介者：正犯者の背後の正犯者
1．回避可能な禁止の錯誤の状態にある他人の利用
2．組織支配による間接正犯（事務室正犯者）
a．国家社会主義犯罪及びドイツ社会主義統一党犯罪における背後者の間接正犯
b．「マフィア類似の」組織犯罪
c．大企業の犯罪行為における間接正犯　（以上第56巻第2号）
d．まとめ
第4節　間接正犯の錯誤
1．具体的行為意味の錯誤
2．関与形態に関する所為指示者の錯誤
A．思い込みの所為支配
a．責任能力にかかわる場合
b．故意にかかわる場合
B．潜在的所為支配
a．責任能力にかかわる場合
b．故意にかかわる場合
3．道具の客体の錯誤
第5節　間接正犯の未遂時期

第6節　不作為による間接正犯
第7節　統一正犯者体系における「間接正犯」の扱い　（以上第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）

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

刑法第60条は、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」と定める。つまり、犯罪を共同して実行する者はすべて正犯者として処罰されるとするのが共同正犯の規定である。本条は、宣言的意義と構成的意義（＝根拠づけ）を有する。

［**設例1**］甲と乙は共同の所為決意に基づき一緒に丙を殴打し、傷害を負わせた。

［**設例2**］甲と乙は、甲が小規模小売雑貨店の会計係りを勤めている丙に包丁を突きつけてその動きを封じ、その間、乙が丙から金銭を奪うという強奪計画を練り、その通り実行する。

［設例1］では、刑法第60条の規定がなくとも、甲も乙も傷害罪の正犯として処罰されうる。甲も乙も傷害罪の構成要件要素を充足しているからである。この場合、刑法第60条は共同正犯として扱うという**宣言的**意味しか有しない(1)。しかし、誰がどの傷を負わせたのかの証明ができない場合がある。こういった場合、刑法第60条の規定があることによって、丙に生じた傷全体を甲と乙に帰属させることができる。［設例2］では、刑法第60条の規定がなければ、甲は脅迫罪に、乙は窃盗罪の

罪責を問われるに過ぎない。甲の行為も乙の行為もそれだけでは強盗罪の構成要件要素を充足しないからである。しかし、刑法第60条があることによって、甲、乙は強盗罪の共同正犯として扱われる。したがって、この場合、刑法第60条は**構成的**意義を有するということになる(2)。

犯罪を共同に遂行した正犯者が「共同正犯者」である。「共同」と云えるためには、複数の者による「**認識のある且つ意欲された分業的協働**」が必要である。協働した複数の者のそれぞれが共同正犯者である(3)。したがって、先ず、他人の所為寄与を帰属させるためには、帰属の基礎、つまり、**共同の所為決意**が必要である。これに基づき、犯罪が分業的に遂行される、すなわち、所為遂行に当り各共同正犯者に特定の役割が割り当てられ、各共同正犯者は共同の所為決意を実現するべくその**重要な**役割を果たし（**機能的所為支配＝共同支配**）、それによって、異なった所為寄与（行為）が相互に補充され、一個のまとまった全体として犯罪となるのである(4)。［設例２］では、甲は脅迫を、乙は窃取を行ったのであり、甲も乙も自分では強盗罪のすべての要素を充足しているわけでもないのに強盗罪の共同正犯が成立するのは、ひとえに強盗を共同遂行する事前の申し合わせがあったからである。それ故、共同の所為決意は、共同正犯の存否、その範囲を決定する重要な位置を有する(5)。

次に、共同正犯は、犯罪行為の**共同の実行**、つまり、**分業的協働による機能的所為支配**を必要とする。共同正犯を成立させる機能的支配は、間接正犯者の所為支配と同じ強度をもつことが多い。［設例１］の場合がそれである。しかし、［設例２］のように、各関与者が必ずしも全ての構成要件要素を充足しているわけではない場合もある。さらには、関与者の中には所為を自分の手で実行しない場合もある。

［**設例３**］甲と乙は丙に傷害を与える計画を立てる。甲は丙をしっかり捕まえ、その間に乙が丙を傷つける。

［設例２］や［設例３］に見られるように、関与者の機能的所為支配が、所為を自ら遂行する直接正犯者の所為支配よりも弱い場合がある。こういった場合も、他の共同正犯者に配分された所為寄与が、あたかも自分の手で実現したかのようにどの共同正犯者にも帰属される（**相互帰属**。

いわゆる**一部行為の全部責任**）。相互帰属の結果、共同正犯はその不法内実を自らの中に有しており、それを他人の所為から導くのではないので、共犯（教唆・幇助）の規準となる従属性原則は妥当しない[6]。刑罰根拠づけ、つまり帰属規範の意義を有する刑法第60条は、こういった機能的所為支配を**規範的に**直接正犯者の所為支配と**対等に扱っている**のである[7]。

所為を分業的に実行するための共同の決意によって繋がった共同正犯者が、決意の実行に際して実現された複数の構成要件をすべて共同正犯者として実現する必要はない。共同正犯も構成要件に関連することから、**部分的共同正犯**が可能である。例えば、甲と乙が丙から金品を盗む決意をするが、奪取に際して乙が自己の決意に基づき暴行に及ぶ場合、窃盗は強盗という独立の犯罪の中に含まれているので、窃盗罪の限度で共同正犯が成立する[8]。

機能的所為支配があるからといってすべての犯罪において共同正犯が基礎づけられるわけではない。正犯者概念の**構成要件関連性**から、共同正犯者においても、真正特別犯（真正身分犯）、義務犯、自手犯、特殊的主観的不法要素を要する犯罪では機能的所為支配と並んで特別の要件を充足することが必要であり（参照、第1章第4節2A）、それが充足されない限り、共犯（教唆犯、幇助犯）の可能性が残るだけである。例えば、公務員がその職務に関して非公務員と協働して内容虚偽の文書を作成する場合、当該公務員だけが虚偽公文書作成罪（刑156条）の正犯であり、非公務員は事情に応じてその教唆犯か幇助犯の罪責を問われる[9]。また、警察官甲と私人乙は共通の憎しみの相手丙を散々打ちのめすつもりであったところ、甲の公務を行うにあたり、かねて申し合わせていたように、乙は丙を突然しっかりと捕まえ、甲は丙の身体を思い切り3発殴ったという場合、甲は刑法第196条（特別公務員職権濫用等致死傷罪）に問われる。しかし、乙には公務員という身分が欠如するので、甲の丙への暴行を乙に帰属させることはできず、刑法第196条の罪の共同正犯は成立しない。乙には刑法240条（傷害罪）の共同正犯が成立する（この設例は部分的共同正犯の例でもある）[10]。自手犯、例えば、偽証罪（刑169条）においても、法律により宣誓した証人のみが真実陳述義務を負うのであり（刑訴法154条、刑訴規118条）、証人でない者が証人の虚偽

陳述に加担しても、共同正犯が成立するわけではない[11]。

第２節　犯罪共同説と行為共同説

１．学説　わが国では、共同正犯が何を共同にするものであるかについて、大別すると犯罪共同説と行為共同説の対立が見られる[12]。**犯罪共同説**は、共同正犯を複数の者が共同して「**特定の犯罪**」を実現するものと捉えるのに対し、**行為共同説**は、共同正犯を複数の者が「**各自の犯罪**」をそれぞれ行うものと捉え、全体として実現された違法事実（行為及び因果関係）につき各自の故意、過失に従って処罰されるとする。犯罪共同説は共同正犯を「**数人一罪**」と捉え、行為共同説は共同正犯を「**数人数罪**」と捉えるのである[13]。

［**設例４**］甲は殺人の意思で、乙は傷害の意思で共同して丙に拳銃を発射したが、乙は擦過傷を与えたに過ぎなかったが、甲の弾丸が命中し、それが原因で丙は死亡した。

［**設例５**］甲は強盗の意思で、乙は強制性交の意思で、しかし、お互いに目的を隠して、丙女に対して共同して暴行を加え、甲が丙女に傷害を負わせたが、共にその目的を遂げなかった。

a. 完全犯罪共同説　本説は、二人以上の者が「特定の犯罪構成要件」（＝同一罪名）を「共同にする意思」をもって「共同して実行する」ことを共同正犯とする（数人一罪）[14]。［**設例４**］について、本説に立脚すると、殺人と傷害は別個の故意犯であり、甲と乙は、同一の犯罪の実現を意図していないことから、共同正犯は成立しない。甲と乙はそれぞれ単独犯として殺人罪、傷害罪で処断される。もっとも、罪質を同じくする共同実行の事実に着目して、甲・乙両者に殺人罪の共同正犯を認めた上で、殺意のなかった乙には刑法第38条第２項を適用して軽い傷害（致死）の限度で処断されるとする見解もある[15]。しかし、この見解は、殺人の故意のない乙について殺人の共同正犯を認めること、さらに成立する罪名（殺人）と科刑の基礎となる罪名との間に不一致が生ずる点で妥当でない。［設例５］についても、強盗と強制性交は別個の故意犯であるから、共同正犯の成立は認められず、甲は強盗致傷（未遂）の単独犯、乙は強制性交未遂の単独犯に問擬される[16]。

b. 部分的犯罪共同説　今日、犯罪共同説はその本来の厳格な形ではなく、修正された形で主張されている。部分的犯罪共同説は、完全犯罪共同説の問題点を避けるために、「特定の犯罪構成要件」を厳格に捉えることなく、共同正犯の成立には、同一の構成要件に該当する犯罪を共同にすることを要するものでなく、特定の構成要件に該当する実行行為の共同で足りると解する。したがって、同一の構成要件に属する犯罪だけでなく、構成要件が異なっていても、その甲罪と乙罪とが構成要件的に重なり合うものであるときは、その限度において、実行行為の共同を認めることができるから、その限度において、共同正犯が成立する。［設例４］について、傷害（致死）の限度で構成要件が重なり合っているから、その限度で甲・乙に共同正犯が成立する。したがって、乙には傷害（致死）罪の共同正犯が成立し、殺意のある甲には構成要件の重なり合いの限度を超えたものとして殺人の単独犯が成立する。但し、共同正犯は相互に存在しなければならないとするなら、この場合、甲・乙間に共同実行の事実について意思連絡がある以上、甲には傷害致死罪の共同正犯も成立し、理論的には単独犯である殺人罪に吸収されるということになる。［設例５］について、強盗罪と強制性交罪とで暴行の限度で構成要件が重なり合っていると見られるなら、甲の強盗致傷と乙の強制性交致傷の共同正犯となる。甲は強盗致傷（未遂）の共同正犯として、刑法第240条前段（刑243条）・同第60条の適用を受け、乙は強制性交致傷の共同正犯として第181条第2項・同第60条の適用を受けることになろう[17]。但し、強盗罪は財産犯であってその暴行が財物強取の手段であるのに対し、強姦罪は性的自由に対する罪であってその暴行は性交の手段であるから、両罪はその基本において性格を異にし、構成要件的重なり合いが見られないするなら、強盗罪と強制性交罪の間に共同正犯の成立はなく、甲は強盗致傷（未遂）に、乙は強姦未遂に問われる。

c. 自然的行為共同説（社会的事実共同説）　本説は近代学派の主観主義の立場から主張されたもので、犯罪共同説のように数人が一個の犯罪を共同にすると解することは意味を成さないとして、二人以上の者が「前構成要件的」社会的事実としての「行為」を共同して、それぞれ各自の犯意を実現すれば共同正犯が成立するのであって、「行為を共同にする意思」さえあれば、犯罪意思を共同にしなくてもよいとする（数人数罪）[18]。この立場からは、異なる構成要件についての共同正犯も認めら

れる。［設例４］について、甲と乙に「行為の共同」が認められ、甲の殺人と乙の傷害（丙の死亡につき過失があれば傷害致死）との間に共同正犯が成立する。甲には殺人罪の共同正犯として、刑法第199条、同第60条が適用され、乙には傷害（致死）罪の共同正犯として刑法第204条（または刑205条）、同第60条が適用される。［**設例５**］については、甲の強盗致傷未遂と乙の強制性交未遂との間に共同正犯が成立する。

d. 構成要件的行為共同説　本説は、近代学派の思想とは関係なく、客観主義の立場から主張されたもので、「構成要件の外部的・客観的要素を実現する限度における実行行為の共同」[19] を要すると解し、共同正犯も正犯であるから、行為を行う者を正犯と解する以上、共同正犯が成立するためには、犯罪行為の全部を共同にする必要はなく、構成要件該当の実行行為の一部を共同すれば足りるとする[20]。この立場からは、［設例４］について、甲の殺人罪と乙の傷害（致傷）罪の共同正犯が成立する。［設例５］について、暴行の限度で（犯罪）行為の一部共同が認められるから、強盗致傷（未遂）と乙の強制性交致傷の共同正犯が成立する。甲は強盗致傷（未遂）の共同正犯として刑法第240条前段（刑243条）・第60条の適用を受け、乙は強制性交致傷の共同正犯として刑法第181条第２項・第60条の適用を受ける。

２．判例

最高裁判所は当初完全犯罪共同説に立っていた。最判昭和35・９・29裁判集刑135号503頁〔甲が恐喝罪の意思で、乙が強盗罪の意思で共同して実行行為を行ったという事案〕（甲と乙について強盗罪が成立し、甲は刑法第38条第２項によって刑のみ恐喝罪で処断される）。しかし、その後、最高裁判所は、従前の立場を変更して、部分的犯罪共同説に立つに至った。最決昭和54・４・13刑集33・３・179頁〔甲、乙ら７名で傷害を共謀したところ、乙が未必的殺意をもって行為したという事案〕「殺意のなかった被告人甲ら６名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。すなわち、乙が殺人罪を犯したということは、被告人甲ら６名にとっても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといって、被告人甲ら６名には殺人罪という重い罪の共同

正犯の意思はなかったのであるから、被告人甲ら6名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない」。さらに、最決平成17・7・4刑集59・6・403［**シャクテイ治療殺人事件**］は、「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」と説示し、部分的犯罪共同説に立つことを明確にした。

3．機能的所為支配説　正犯が構成要件に関連していることは共同正犯でも変わらない。この**構成要件関連性**を満たすのが所為支配説である。（機能的）所為支配説は構成要件的実行行為に焦点を合わせるだけでなく、構成要件実現も把握する。すなわち、各共同正犯者は、場合によっては、構成要件的実行行為を自ら行うことなく、所為を支配するのである[21]。機能的所為支配説によると、他人の為した所為寄与が帰属可能なのは、それが共同の意思の範囲内に止まる場合に限定される。「共同の意思」なきところに共同正犯はない。「所為計画」が、「共同の遂行」と並んで共同正犯者相互所為寄与の相互帰属を正当化し、同時にこの帰属を限定する。ここからいわゆる「**一部行為の全部責任**」（＝**相互帰属**）という法理が導かれるのである。刑法第60条は、「二人以上共同して犯罪を実行する」と定めており、ここに「犯罪の共同」とは、主観的共同と客観的共同の要素からなるのだが、主観的共同というのは、関与者が適用される構成要件を主観的に共有していることを意味する。共同正犯は構成要件に関連しているということである（参照、本章第3節2）。共同の所為決意に含まれない行為が他の関与者に帰属されることはない。

したがって、［設例４］のように、関与者間に殺人の共同の意思がなく、それぞれ**異なった構成要件の実現**を意欲しているとき、殺人の意思は傷害の意思を含むのであり、又、殺人行為は傷害行為と重なり合っているので、その限度で構成要件の重なり合いがあり、相互帰属が可能である。それ故、甲と乙には傷害（致死）罪の共同正犯が成立し、加えて、甲には殺人罪の単独犯が成立する。甲の殺人罪は傷害（致死）罪を吸収する。［設例４］について、甲の弾丸でなく、乙の弾丸で死亡したという場合、あるいは甲､乙どちらの弾丸が当って死亡したのか不明である場合でも、結論は変わらない(22)。

第３節　共同正犯の要件

共同正犯を基礎づける機能的所為支配は所為支配一般と同じく主観的要素と客観的要素から成る。共同正犯は、他人の所為寄与の相互帰属を可能にするために、主観的及び客観的要件を要するのである。

１．共同の所為決意

A. 共同正犯と同時犯の境界づけ　共同正犯はその主観的要件として共同の所為決意を要する。それは、各関与者が自己の所為分担を**相互了解**の上で行うことを意味する。その対象は特定の構成要件として具体化されねばならない。それ故、共同の所為決意には厳格な構成要件関連性がある(23)。共同の所為について複数の者に意思の一致が認められるためには、各関与者に当該構成要件要素すべてについて**故意**が認められることが必要である。関与者の一人たりとも故意が欠如するなら、関与者全員の共同の所為決意は認められない。それ故、構成要件的故意は共同の所為決意の前提要件なのである(24)。加えて、共同正犯の客観的要件である所為支配の有無を認定する上でも、各関与者は他の者に構成要件的故意があることを認識していることが必要である。所為支配というのは、故意をもって構成要件該当事象の推移を意のままにできることを意味するからである(25)。

これに対して、同時犯というのは、複数の者が相互に関係なく構成要件的結果を招来する場合のことを指称する。共同正犯とは異なり、同時犯が特別の規定を有しないのは、それが直接正犯の一形態に過ぎず、特別の形態としての意味をもたないからである。共同正犯とは異なり、同

時犯には「認識のある意欲された協働」が欠如する。したがって、同時犯者は、他人の所為寄与を帰属されることなく、自己の所為寄与にだけその罪責を問われることになる[26]。

共同正犯の所為分担というのは具体的個別的構成要件実現（＝所為）の分担を意味するのであるから、例えば、甲と乙が、互いに離れて、丙と丁を打ちのめす約束をしても、共同の所為決意があったことにはならない[27]。甲と乙が、別個でしかも独立して行われる犯罪、例えば、異なった場所で同時に放火することを共同で思案する場合にも、同じことが妥当する[28]。各人は所為の遂行に当って他人の所為分担を知っておらねばならない。例えば、甲と乙は丙を毒殺しようとするが、甲も乙もお互いの計画を知らないところ、甲と乙はそれぞれ別個に同じ毒物の致死量を丙の紅茶に注いだ後、間も無く、丙はそれを飲み、死亡したという場合、甲も乙も故意の殺人行為をした。甲と乙の行為は結果と因果関係がある（いわゆる代替的因果関係）。しかし、甲と乙には共同する所為決意がないので、両者は共同正犯者でなく、同時正犯者である[29]。

［**裁判例 1**］BGH NStZ 1996, 227.〔甲は丙を殺人の未必の故意で突き刺した。通行人らが甲を引きとめ、さらに突き刺すのを阻止した。ところが、甲の兄（弟）乙が自分の刃物をつかんで殺意をもって丙の上半身を刺した。乙も居合わせた人々から力ずくでそれ以上の傷害行為を阻止された。丙は一命を取り留めた。甲も乙もそれぞれの攻撃行為に気づいていなかった〕。

本事案について、地方裁判所は甲と乙の故殺未遂の共同正犯を認めたが、連邦通常裁判所は、共同の所為決意がないことを理由に共同正犯を否定し、同時犯とした。その理由は、共同正犯の成立には、「相互了解」が必要なところ、闘争の状況にあるときは助け合うという、「兄弟の連帯に基づく一般的合意」それ自体では、必要とされる**具体的**了解にはなお十分でないというものである。本事案では、認識と意欲のある分業的協働が見られないということである[30]。

共同の所為決意は、関与者の意思連絡（＝意思疎通）によって確認される意思の一致であるが、明示的了解であることを要せず、自己の行為を他人の行為によって補充させるつもりであることが**推断的**に（＝黙示

的に）でも把握されるならそれで足りる[31]。所為計画の詳細を一緒に練ることを要せず、計画を練っている共同正犯者に加わった者がその計画を**引き受け**、共同行為の基礎とすることによっても、共同正犯者間の了解は可能である[32]。このことは、次の場合にも共同正犯の共同の主観的基礎が認められることからも明らかである。すなわち、所為実行の**開始後**であってもなお、計画立案者の計画を基にさらなる構成要件実現行為がなされるかぎり、共同正犯の共同の主観的基礎が認められる[33]。共同の所為決意は一般に主観的要素であると捉えられているが、正確に見ると、客観的要素でもある。というのは、主観的構成要件に属するのは主体内部の**心理的事象**であるのに対し、共同の所為決意の特徴は複数の者の間の**間主観的**、つまり、主体外部的事象にあるからである。こういった意思の一致は意思連絡行為、つまり、客観的外部事象を要する。共同の決意は「意思連絡行為」を前提とする意思の一致であることを明白にするためには、共同の所為**決意**（Tatentschluss）ではなく、共同の所為**決定**（Tatbeschluss）と指称する方が適切とも考えられる[34]。

B. 共同の所為決意の放棄　関与者が共同の犯行計画を練った後その計画から「降車する」、つまり、その計画を放棄した場合、それがいかなる効果をもたらすかが問題となる[35]。未遂段階における放棄と準備段階における放棄に分けて考察する。

a. 未遂段階における放棄。共同正犯者中の一部の者が、未遂段階に達した後になってから所為を放棄した、つまり、共犯関係から事実上離脱した場合、当該関与者に共同正犯関係の「解消」があったと評価され、中止未遂（刑 43 条但書き）の成立する可能性がある[36]。

学説では、結果の発生を見た場合に関して次の諸説が見られる。①**共同正犯離脱説**。共同正犯が既遂となった場合には、中止犯の成立がないことを前提に、共同正犯者の一部の者が結果を実現したとき、共同正犯関係から離脱した者についても既遂犯の成立を肯定し、中止犯の成立を否定するが、「共同正犯の障害未遂に準ずる責任が問われる」とする見解[37]。②放棄者に中止犯の適用を認める見解。②説は、②a **因果関係遮断説**、発生した結果に対する因果関係の存在を否定することによって中止未遂の適用を認める説[38]と、②b **意思連絡欠如説**、意思の連絡が欠

如することを理由に中止未遂の適用を認める説[39]とに分かれる。以下、類型別に考察する。

aa. **既遂の阻止**。自発的に既遂を阻止する者には中止未遂が成立する。この場合、積極的的対抗行動が必要である。単独正犯の場合とは異なり、未終了未遂であっても、「降車する」、つまり単に止めるだけでは足りない[40]。

［**裁判例 2**］最判昭和 24・12・17 刑集 3 ・12・2028〔被告人甲は乙と共に丙宅に強盗に入り包丁を突きつけて金を出せと脅迫した。丙の妻が 900 円を差し出したところ、甲は「自分はそんな金はいらん、俺も困って入ったのだからお前の家も金がないのならばその様な金はとらん」と言い、乙に対し「帰ろう」と言って表へ出た。その後 3 分ほどして乙は出てきたが、乙は「お前は仏心があるからいかん、900 円は俺がもらって来た、それではタカリは出来ない」と言ったという事案〕「被告人が丙の妻の差し出した現金 900 円を受取ることを断念して同人方を立ち去った事情が所論の通りであるとしても、被告人において、共謀者たる一審相被告人乙が判示のごとく右金員を強取することを阻止せず放任した以上、所論のように、被告人のみを中止犯として論ずることはできないのであって、被告人としても右乙によって遂行せられた本件強盗既遂の罪責を免れることを得ないのである。」

［**裁判例 3**］最決平成元年 6 ・26 刑集 43・ 6 ・567［**おれ帰る事件**］〔乙の舎弟分である被告人甲は、深夜スナックで一緒に飲んでいた被害者丙の反抗的態度に憤慨し、同人に謝らせるべく、車で乙方に連行したが、丙が反抗的な態度をとり続けたことに激昂し、その身体に対して暴行を加える意思を乙と相通じた上、約 1 時間ないし 1 時間半にわたり、竹刀や木刀でこもごも多数回殴打するなどの暴行を加えた。甲はその後乙方を立ち去る際、「おれ帰る」と言っただけで、自分としては乙に対しこれ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、乙に対しても、以後は丙に暴行を加えることを止めるよう求めたり、あるいは同人を寝かせてやってほしいとか、病院に連れていってほしいなどと頼んだりせずに、現場をそのままにして立ち去った。その後、乙は、丙の言動に再び激昂して、「まだシメ足りないか」と怒鳴って顔を木刀で突くなど

の暴行を加え、丙は、乙方において窒息死した。その死の結果が、甲が帰る前に甲と乙がこもごも加えた暴行によって生じたものか、その後の乙による暴行により生じたものかは断定できないという事案〕「被告人が帰った時点では、乙においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、乙との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の乙の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりに丙の死の結果が被告人が帰った後に乙が加えた暴行によって生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。」

中止未遂が成立するためには、単独正犯とは異なり、目的を果たすことなく立ち去ることだけでは十分でない。この時点では未終了未遂に過ぎないが、中止未遂の成立には他の構成員の所為継続を止めなければならない(41)。次の［裁判例４］は、原審が実行未遂であって障害未遂であるとしたのを否定し、着手未遂であるとした上、中止犯の成立を認めた。

［**裁判例４**］東京高判昭和51・７・14判時834・106〔被告人甲と乙は、丙殺害を共謀し、乙が丙に日本刀で１回切りつけて傷害を加えた後、さらに引き続いて２回目の攻撃に移ろうとした折、甲は乙に対し、『もういい、安（被告人乙の意）いくぞ』と申し向け、次の攻撃を止めさせたという事案〕「中止未遂は、犯罪の実行に着手した未遂犯人が自己の自発的な任意行為によって結果の発生を阻止して既遂に至らしめないことを要件とするが、中止未遂はもとより犯人の中止行為を内容とするものであるところ、その中止行為は、着手未遂の段階においては、実行行為の終了までに自発的に犯意を放棄してそれ以上の実行を行わせないことで足りるが、実行未遂の場合にあっては、犯人の実行行為は終わっているのであるから、中止行為といいうるためには任意に結果の発生を妨げることによって、既遂の状態に至らせないことが必要であり、そのため結果発生回避のための真しな努力が要求される所以である。」。本件は着手未遂に事案にあたる場合であり、「被告人甲は、……『丙の息の根を止め、とどめをさすのを見るにしのびなかった』『丙を殺してはいけない……』と述べているのであって、かかる動機に基づく攻撃の中止は、法にいわ

ゆる自己の意思による中止といわざるをえない」。乙も甲にいわれるままに攻撃を止めている。甲、乙の殺人未遂の所為は中止未遂に当たる。

単独正犯の場合とは異なり、複数の者の中止未遂の成立要件がより厳しい根拠は、集団力学から生ずる、他の関与者による既遂の危険性が、単独犯の未遂よりもはるかに危険と考えられるという点にある。それ故、「一旦一緒に事をなした」放棄者はこの危険を妨げなくてはならない(42)。但し、関与者が単なる不作為によってさらなる協働を効果的に中止できる場合も考えられる。関与者が適切にも、さらに協働の継続が所為の既遂には不可欠であると考える場合である（例えば、侵入窃盗の間に、金庫開錠の数列を唯一知っている関与者が離脱する）。さらに、複数の共同正犯者が、行為を継続することはできるが、協調してさらなる行為をもはやしない場合も、未終了未遂が認められる（共同正犯の中止未遂：例えば、甲と乙は暗闇で共同の強盗目的で丙を襲ったが、丙が老齢の女性であることに気づき哀れみを感じ、犯行を途中で止めた）。ある関与者によってのみ複数の者によって遂行された所為が阻止されたとき、この阻止行為が他の者にも帰属できるのは、他の者がその阻止を了解している場合に限られる(43)。

［**設例 6**］甲、乙及び丙は丁の住宅に放火をする計画を立てる。甲は地下室でガソリンの染みた布きれに点火した後、一同にためらいが生じた。約束どおり乙がもう一度地下室の入り、その住宅が燃える前に火を消し止めた。（ハインリッヒの設例）

［設例 6］では、乙だけが「積極的に」火を消したが、関与者 3 人全員に中止未遂が成立する(44)。

bb. 結果の不発生が既遂の阻止努力と無関係だった場合。放棄者は結果発生を妨げる努力をしたが、それとは関係なく既遂にならなかったとき、既遂を妨げる自発的且つ真摯な努力があれば、中止未遂は成立する(45)。

［**設例 7**］徒党一味が住居侵入窃盗を計画する。甲は犯行計画に重要な役割を果たし、被害者宅の事前調査をしており、合鍵も手に入れた。甲は被害者宅に侵入してからそこを立ち去り、近くの公衆電話ボックス

に行き、警察に通報した。しかし、甲は、警察がすでに被害者宅の隣人から連絡を受けて、被害者宅を包囲していることを知らされた。（ハインリッヒの設例）

［設例７］では、所為の既遂を阻止したのは、甲ではなく、隣人からの電話だった。しかし、甲は、犯行現場を立ち去り、警察と連絡を取るという自発的且つ真摯に阻止の努力をした。甲は中止未遂に値する(46)。

cc. 結果が発生した場合の自己の所為寄与の除去。共同正犯者が、未遂段階に達してから所為を放棄したものの、所為は既遂になったという場合。放棄者は自己の所為寄与の生じた構成要件該当結果に対する**因果関係**を完全に取り除いていたとき、この中途放棄者には中止未遂が成立する(47)。この場合、一見、既遂については中止未遂の成立はないという原則の例外に見えるが、そうではない(48)。

［**設例８**］徒党一味が住居侵入窃盗を計画する。甲は被害者宅の金庫を開錠する数列を入手した。徒党一味が被害者宅に侵入した後、甲は「降車する」決心をした。頭領乙に前もって渡してあった数列の記した紙片を乙からひったくり、逃亡し、警察に通報した。警察が犯行現場に到着したとき、徒党一味はすでに盗品をもって逃げていた。（ハインリッヒの設例）

［設例８］について、乙が数列を事前に覚えておくことができ、そのため金庫を開錠できたとき、甲の所為寄与の因果関係は依然としてあるので、中止犯の成立は否定される。これに対して、徒党一味がかなてこで金庫をこじ開けねばならないとき、甲はもともと自己の所為寄与の因果性を取り除いたと云えるが、因果性は心理的幇助という形で存続している場合がありうる。例えば、徒党一味は、数列をもっていて、かなてこにだけ頼っていたのでは決して無いが故に住居侵入窃盗を行ったという場合、中止犯の成立にはその紙片を奪うだけでは足りない。甲の行為と窃盗既遂との間に条件関係があるからである(49)。

dd. 既遂に達した後の放棄。他の共同正犯者の行為によって既遂になった段階で、自己の行為を放棄した場合、既に結果が生じているので、中止未遂は成立しない。

［**裁判例5**］最判昭和24・7・12刑集3・8・1237〔被告人甲と他の者乙らが丙女を強姦することを共謀した。他の者らが同女を強姦し、その際傷害を与えた。他の者らの行為完了後に、甲は自分の姦淫行為を中止したという事案〕「被告人等は丙女を強姦することを共謀して同女を強姦し、且つ強姦を為すに際して同女に傷害を与えたというのであるから、共謀者全員強姦致傷罪の共同正犯として責を負わねばならない。甲は、同女を姦淫しようとしたが同女が哀願するので姦淫を中止したのである。しかし他の共犯者と同女を強姦することを共謀し、他の共犯者が強姦をなし且つ強姦に際して同女に傷害の結果を与えた以上、他の共犯者と同様共同正犯の責をまぬがれることはできないから中止未遂の問題のおきるわけはない。」

共謀にかかる傷害が既遂に達した後、さらに暴行を継続することを共同正犯者の一人が制止しようとするが、他の共犯者から殴られ失神してしまい、その後行動を共にすることができなくなった場合、即ち、強制的に共犯関係から排除されたとき、その時点で共同正犯関係の解消が認められる。

［**裁判例6**］名古屋高判平成14・8・29判時1831・158〔被告人甲は共犯者乙らとともに丁に暴行を加えた後（第1暴行）、乙らがさらに暴行を加えようとしたのを甲が制止したため、かえって、甲は勝手なことをしていると考えて腹を立てた乙から暴行を加えられて失神してしまった。その後、乙らは丁にさらに暴行を加えた（第2暴行）。丁の負傷のうち、第1の暴行によって生じた（1）ものか第2の暴行によって生じた（4）ものか明らかなものもあったが、第1暴行、第2暴行のいずれから生じたものか不明なもの（(2)、(3)）もあったという事案〕「乙を中心として被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置という乙自身の行動によって一方的に解消され、その後の第2の暴行は被告人の意思･関与を排除して乙､丙らのみによって為されたものと解するのが相当である。したがって、原判決が、被告人の失神という事態が生じた後も、被告人と乙らとの間には心理的、物理的な相互利用補充関係が継続、残存しているなどとし、当初の共犯関係が解消されたり、共犯関係からの離脱があったと解することはできないとした上、(2）及び（3）の傷害についても被告人の共同正犯者として

の刑責を肯定したのは、事実を誤認したものというほかない」[50]。

ee. 実行行為者の共同の犯行計画からの逸脱。aa〜cc とは逆に、直接的に構成要件該当行為を行う者が共同の犯行計画から逸脱する場合、他の者の共同正犯の成否が問題となる。

［**裁判例 7**］BGH NStZ 2012, 508〔甲と乙は共同で丙宅に侵入し強奪する計画を立てる。乙が丙を台所で捕まえている間、甲は家中を徹底的に探し回る。甲は若干の高価な装飾品を見つけたとき、これを独り占めすることにした。甲は装飾品をズボンのポケットにしまい、乙には高価なものは何も見つけなかったと言った〕

甲は強盗既遂罪に問われる。他方、乙は共同の犯行計画の「解約告知」を聞いていないので、乙には強盗未遂の限度で共同正犯が成立する。甲による盗取はもはや共同の犯行計画に基づいているとは云えないからである[51]。

b. 準備段階における放棄。関与者の一部が準備段階で共同の犯行計画を放棄した場合、つまり、共謀関係から事実上離脱した場合、共謀関係の解消があったと評価され、結果の発生を見ても、共謀共同正犯の成立が否定される場合がある。ここには、一般的帰属、共犯（教唆犯・幇助犯）の問題が生ずる[52]。以下、類型別に考察する。

aa. 準備段階における通知を伴う放棄。この場合、関与者は未遂前の準備段階で犯行を放棄する。他の関与者がこの「降車」を聞知するとき、共同正犯関係は解消する。他の関与者がこの「降車」を諒承する必要はない。というのは、かかる「解約告知」をもって約束は解消するのであり、共同の所為決意が存続することはなく、放棄した者に他の所為共謀者が後に実行する所為行為を帰属させうる基礎が欠如するからである[53]。離脱者は共同正犯者として処罰されることはないが、その所為寄与が既遂までその影響を有している限り、共犯（教唆犯・幇助犯）として処罰されうる[54]。

［**設例 9**］甲と乙は深夜一緒に小規模小売雑貨店に行き、そこで金品を強奪するという計画を立てる。そこへ乗用車で行く途中、乙は犯罪を行

うことに良心の呵責を感じそのことを甲に話し、次の赤信号で降車した。しかし、甲はそれに続いて計画した犯行を単独で行った。

乙は、準備の段階で共同の所為計画を放棄することを明確に甲に伝えたので、強盗の共同正犯に問われることは無い。但し、乙の準備段階での所為寄与が甲による既遂にまで影響を及ぼしていた場合には、共犯（教唆または幇助）の可能性が残る[55]。

次の［裁判例８］は共謀関係の解消の要件として、放棄者の明示の意思表示と他の共謀者による諒承を要求している。

［**裁判例８**］東京高判昭和25・９・14高刑集３・３・407〔被告人は窃盗の共謀の後、その着手前に自発的に窃盗の意思を放棄し、これを他の３名の共謀者に明示した上引き返したが、他の３名の共謀者が被告人の脱退を諒承したうえで窃盗を遂行したという事案〕「一旦他の者と犯罪の遂行を共謀した者でもその着手前他の共謀者にもこれが実行を中止する旨を明示して他の共謀者がこれを諒承し、同人等だけの共謀に基づき犯罪を実行した場合には前の共謀は全くこれなかりしと同一に評価すべきものであって、他の共犯者の実行した犯罪の責任を分担すべきものでない。」[56]

次の［裁判例９］は、犯行計画の放棄の意思を明示的に表明しなくとも、黙示的表明があればそれで足りるとするとともに、他の共謀者は黙示の表明を「受領」することで足りるとする。

［**裁判例９**］福岡高判昭和28・１・12高刑集６・１・１「数人が強盗を共謀し、該強盗の用に供すべき『匕首』を磨くなど予備をなした後、そのうちの一人がその非を悟り該犯行から離脱するため現場を立ち去った場合、たとい、その者が他の共謀者に対し、犯行を阻止せず、又該犯行から離脱すべき旨明示的に表意しなくても、他の共謀者において、右離脱者の事実を意識して残余の共謀者のみで犯行を遂行せんことを謀った上該犯行に出たときは、残余の共謀者は離脱者の離脱すべき黙示の表意を受領したものと認めるのが相当であるから、かかる場合、右離脱者は当初の共謀による強盗の予備の責任を負うに止まり、その後の強盗につき共同正犯の責任を負うべきものではない。けだし、一旦強盗を共謀

した者と雖も、該強盗に着手前、他の共謀者に対しこれより離脱すべき旨表意し該共謀関係から離脱した以上、たとい後日他の共謀者において、該犯行を遂行してもそれは、該離脱者の共謀による犯意を遂行したものということができないし、しかも右離脱の表意は必ずしも明示的に出るの要がなく、黙示的の表意によるも何等妨げとなるものではないからである。」

一般的には離脱の通知で足りるといってよいのであるが、しかし、離脱者が共謀において指導的役割を果たした場合には、共謀関係の解消に向けた積極的対抗行為が要求される。

［**裁判例 10**］松江地判昭和 51・11・2 刑月 8・11＝12・495〔暴力団の若頭である被告人甲は、自分が中心となって殺人の共謀をしたが、当初の実行担当者・被告人乙が引き返してきた後、被告人丙に他の組合員が犯行現場に向かう際連れ帰るように指示したが、組合員らは犯行現場で実行担当者や実行方法につき新たな共謀をして殺人を実行したという事案〕「一般的には犯罪の実行を一旦共謀したものでも、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承して残余のもものだけで犯罪を実行した場合、もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができないが、ここで留意すべきことは、共謀関係の離脱といいうるためには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であって、殊に離脱しようとするものが共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共謀関係の解消がなされたとはいえないというべきである。」

bb. 準備段階における通知を伴わない放棄。この場合、他の共同正犯者は未遂開始前の離脱のことを知らされていないのであって、aa と異なった扱いを受けなければならない。共同の了解に基づく犯行計画は、ある共同正犯者が共同の了解に基づく犯行計画を放棄するが、しかしそのことを伝えない場合、この犯行計画が無効となることはない(57)。ある関与者の暗黙の放棄があっても、共同の犯行計画は存続しているのであり、それはその後の所為寄与の共同正犯帰属の基礎としても考慮される。

そのことによって、準備段階においてだけ積極的関与をした徒党の頭領が比較的容易に共同正犯の罪責から免れることを妨げることができる[58]。但し、放棄者に他の共謀者の所為寄与が帰属されるためには、放棄者が準備段階で行った所為寄与が他の共謀者のそれと同程度に重要でなければならない。重要性が欠如するとき、共犯（教唆犯又は幇助犯）の成立する余地が残る（参照、本章第4節）。なお、厳格所意支配説によれば、予備行為の段階で放棄があるとき、実行行為段階での協働が一切なくなるので、放棄した者とその他の関与者の共同正犯は成立しない。しかし、この説は支持できない（参照、本章第4節）。

注　第8回

（1）内田文昭『刑法における過失協働の理論』1973・5頁以下は、刑法第60条の規定が無くても、発生結果について正犯としての罪責を問える場合を「不真正共同正犯」、分解すると適切な処罰ができない場合を「真正共同正犯」と呼ぶ。同様の趣旨で、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』1994・305頁、310頁は「形式的共同正犯」、「実質的共同正犯」と呼ぶ。

（2）*B. Heinrich*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2019, §34 Rn 1218; *Volker Krey, Robert Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl., 2016, §25 Rn 804, 941.

（3）BGHSt 6, 248 (249); 24, 286 (288); *K. Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017, §20 Rn 98.

（4）BGH StrFo 2016, 81; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), §25 Rn 942; *Kühl*, (Fn. IV-3), §20 Rn 99; *Roxin*, (Fn. I-27), §25 Rn 188 ff.; *J. Wessels W. Beulke u. H. Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl, 2019, §16 Rn 812. これに対して、プッペは、共同正犯者間の行動相互帰属は、「共同正犯者が相互に教唆者の関係にあることで説明できる。というのは、共同正犯者は、自分達全員で決めた共同の所為計画の影響下で所為を遂行するからである」と論じ、教唆と共同正犯の違いは、教唆者が所為実行に参加しないこと、共同正犯者がそれに参加することにあると説明する。*I. Puppe*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2019, §22 Rn 6 ff.; *dies.*, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, in: Spinellis-FS, 2001, 915 ff. この説では、教唆行為が合わされば、それらが直ちに正犯に変化することになるが、それには説得力がない。Vgl. *V. Haas*, Kritik der Tatherschaftslehre, ZStW 119 (2007), 915 ff., 534 f.

（5）*K. Kühl*, Täterschaft und Teilnahme, JA 2014, 668 ff., 671; *G. Seher*, Grundfälle zur Mittäterschaft, JuS 2009, 304 ff.

（6）*Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), §16 Rn 814. なお、共同正犯は、他人の所為決意を通して犯罪実現が可能となるという限りで、共犯（教唆・幇助）と共通性を有するに過ぎない。参照、井田（III-20）504頁注2、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』［第3版］2019・372頁。

（7）*Heinrich*, (Fn. IV-2), §34 Rn 1219; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), Rn 809 f.; *Kühl*,

(Fn. IV-3), §20 Rn 100; *Kindhäuser/Zimmermann,* (Fn. III-184), §40 Rn 2「関与者は相互代表関係にある。その誰もが、自分自身のために自分の手で行為をし、他の者の代表者として他人の手となって行為をすることによって、いわば同時に自分と他人の『仕事』をする。その限りで、どの行動も共同正犯の枠内で管轄根拠づけ二重効果を発揮する」。なお、[設例 3] について、甲が従属的役割しか果たさないとき、例えば、思いやりからでたとき、甲が幇助としての罪責を問われる可能性がある論ずるのが、*P. Cramer,* Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, in: Bockelmann-FS, 1979, 389 ff., 403.

(8) *Kühl,* (Fn. IV-3) §20 Rn 102.

(9) G. *Stratenwerth, L. Kuhlen,* Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, §12 Rn 95.

(10) *Schünemann,* (Fn. III-60), §25 Rn 169; *Wessels/Beulke/Satzger,* (Fn. IV-4), §16 Rn 813.

(11) Vgl. *H. Satzger,* Die eigenhändigen Delikte, Jura 2011, 103 ff., 109.

(12) 犯罪共同説と行為共同説の争いについて、この論争が共同正犯だけの問題なのか（木村亀二『犯罪論の新構造下』1968・248 頁、高橋（III-24）447 頁、福田（I-137）269 頁注 1 以下）、共同正犯と教唆犯・幇助犯を含めた問題なのか（大塚（I-113）282 頁注 11、川端（III-19）523 頁、中義勝『講述犯罪総論』1980・213 頁以下）について争いがある。なお、井田（III-20）510 頁注 17、512 頁）は、犯罪共同説は構成要件的行為による不法の枠付けを重視するので行為無価値論の帰結であるのに対して行為共同説は結果無価値論の立場から因果的思考を徹底させ因果関係があれば共同正犯の不法を認め、片面的共同共犯の肯定に繋がると論ずる。

(13) 参照、植田重正『刑法要説総論』[全訂版] 1963・152 頁。

(14) 泉新熊『日本刑法論総論』1927・627 頁

(15) 後掲最決昭和 54・4・13 の第一審判決および原審判決。

(16) 植松正『刑法概論 I　総論』[再訂版] 1974・352 頁以下。

(17) 井田（III-20）466 頁、大谷（II-7）402 頁、大塚（I-113）282 頁注 13、佐伯（仁）（III-198）380 頁以下、高橋（III-24）446 頁、團藤（I-149）391 頁、福田（I-137）269 頁。平野（I-105）365 頁。部分的犯罪共同説は、構成要件の重なり合う限度で共同正犯の成立を認めるのだが、その例として殺人と傷害を挙げるに止まるので、強盗と強姦について「暴行」の限度で構成要件の重なり合いを認める趣旨かは明らかでない。團藤（I-149）390 頁、福田（I-137）270 頁。

(18) 牧野（I-109）677 頁以下「犯罪を以って悪性の表現である、と解するときは、数人が一個の犯罪を共同にするということは意味を為さない。犯罪を主観主義的に理解使用とするにおいては、共犯は数人が共同の行為に因ってその犯罪を遂行するものと解することが論理的なことである」。

(19) 木村（IV-12）249 頁以下、平野（I-105）364 頁。

(20) 浅田（III-12）409 頁、川端（III-19）525 頁、佐伯（仁）（III-198）382 頁、平野（I-105）364 頁、中山（III-12）449 頁以下、西田典之『刑法総論』[第 2 版] 2010・397 頁、前田（III-19）344 頁以下、山中（III-22）887 頁。

(21) *Kühl,* (Fn. IV-3), §20 Rn 29.

(22) 参照、井田（III-20）511 頁、高橋（III-24）447 頁。
(23) *Kühl*,（Fn. IV-3），§ 20 Rn 29; *Seher*,（Fn. IV-5），305.
(24) *Seher*,（IV-5），305; *ders*., Vorsatz und Mittäterschaft — Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre, JuS 2009, 1 ff., 6.
(25) *Seher*,（Fn. IV-24），6.
(26) *Krey/Esser*,（Fn. IV-2），§ 29 Rn 982; *Wessels/Beulke/Satzger*,（Fn. IV-4），§ 16 Rn 864.
(27) *K. Kühl*,（Fn. IV-3），§ 20 Rn 104.
(28) BGH StraFo 2014, 297, 298; *Kühl*,（Fn. IV-3），§ 20 Rn 104.
(29) *Herzberg*,（Fn. I-154），62; *Jescheck/Weigend*,（Fn. I-10），§ 63 II 3; *Krey/Esser*,（Fn. IV-2），§ 28 Rn 943; *Wessels/Beulke/Satzger*,（Fn. IV-4），§ 16 Rn 864.
(30) *Krey/Esser*,（Fn. IV-2），§ 28 Rn 945.
(31) *Kühl*,（Fn. IV-3），§ 20 Rn 104; *Schünemann*,（Fn. III-60），§ 25 Rn 170; *Wessels/Beulke/Satzger*,（Fn. IV-4），§ 16 Rn 816.
(32) OLG Köln JR 1980, 422; *Kühl*,（Fn. IV-3），§ 20 Rn 104; *Schünemann*,（Fn. III-60），§ 25 Rn 173; *Wessels/Beulke/Satzger*,（Fn. IV-4），§ 16 Rn 816.
(33) BGHSt 37, 106, 130（所為の既遂前の「同意、『補充された』了解」によって）；BGH NStZR-RR 2011, 111 f.（「さらに実行行為をするために」他人と結束する）；*K. Geppert*, Die Mittäterschaft（§ 25 Abs. 2 StGB），Jura 2011, 30 ff., 32; *Kühl*,（Fn. IV-3），§ 20 Rn 104.
(34) *F. Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, 149; *Hoyer*,（Fn. I-154），§ 25 Rn 130; *Kühl*,（Fn. IV-2），§ 20 Rn 104; *M. Marlie*, Voraussetzungen der Mittäterschaft — Zur Fallbearbeitung in der Klausur, JA 2006, 613, 616.
(35) ドイツ刑法第 24 条は複数の者が犯行にかかわる場合の中止未遂の要件を定めている。日本刑法にはこれに相当する規定が無い。本文の叙述は、本条に関するドイツ刑法学説、裁判例を参照にして論じられる。ドイツ刑法第 24 条（中止未遂）第 2 項「数人の者が所為に関与するとき、自発的に既遂となることを妨げた者は、未遂罪として罰せられない。ただし、所為が、その者の助力がなくても既遂にならなかったとき、または、その者の以前の所為寄与とは関係なく遂行されたとき、所為が既遂となることを妨げるための自発的かつ真摯な努力があれば、その者の不処罰に充分である。」
(36) *R. Rengier*, Starfrecht AT, 11. Aufl., 2019, § 44 Rn 14.
(37) 大塚（I-113）347 頁以下。
(38) 浅田（III-12）465 頁、内田（III-19）319 頁、川端（III-19）633 頁、西田典之「共犯の中止について」法協 100・2（1983）221 頁以下、平野（I-105）385 頁、前田（III-195）543 頁。
(39) 井上正治「共犯と中止犯」（平野龍一、福田平、大塚仁編『判例演習〔刑法総論〕』（増補版）所収）1969・209 頁以下。
(40) *Heinrich*,（Fn. IV-2），§ 24 Rn 803; *Rengier*,（Fn. IV-36），§ 38 Rn 17.
(41) *Heinrich*,（Fn. IV-2），§ 24 Rn 803.
(42) *H. Kudlich, J. C. Schur*, in: *H. Satzger, W. Schluckebier u. G. Widmaier*

(Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 2. Aufl., 2014; §24 Rn 49; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), §17 Rn 1073.

(43) *Heinrich*, (Fn. IV-2), §24 Rn 804; *Rengier*, (Fn. IV-36), §38 Rn 18; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), §17 Rn 1077.

(44) *Heinrich*, (Fn. IV-2), §24 Rn 804.

(45) *Heinrich*, (Fn. IV-2), §24 Rn 806.

(46) *Heinrich*, (Fn. IV-2), §24 Rn 806.

(47) *Heinrich*, (Fn. IV-2), §24 Rn 807.

(48) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), §17 Rn 1081.

(49) *Heinrich*, (Fn. IV-2), §24 Rn 808.

(50) 但し、本判決は（2）及び（3）の傷害については同時傷害の規定を適用して甲の刑責を肯認し、原判決を維持した。

(51) *J. Renzikowski*, Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen, JuS 2013, 481 ff., 486; aA BGH NStZ 2012, 508（共同の犯行計画の解約告知は乙に届いていないので、乙には強盗既遂罪の共同正犯が成立する）；vgl. *Heinrich*, (Fn. IV-2), §34 Rn 1235a.

(52) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), §17 Rn 1082. 川端（III-19）630 頁は、共犯の因果性という観点から共謀関係からの離脱を肯定する。「共謀関係からの離脱をみとめる趣旨は、他の共謀者が遂行して実現した結果について罪責を負わせないのが共犯の因果性を直視し公平の観念に合致するという点にある。共謀関係が存続するかぎり、その関係を保持している者の間においてのみ、実質的効果を考えるべきであって、いったん形成された以上、現実的にはそれ以後の心理的関係にまったく関与していない者にとってまで罪責を拡張するという形式的な把握は避けるべきである」。なお、共謀共同正犯という法形象を否定する説からは、実行行為を共同に行わなければ共同正犯の成立はないので、準備段階の離脱は問題とならない。予備・陰謀罪の規定があるとき、それについての共同正犯の成否が問題となるに過ぎない。大塚仁『刑法論集（2）』1976・32 頁。参照、相内晋信「共犯からの離脱、共犯と中止犯」（阿部純二等編『刑法基本講座第 4 巻』1992・所収）247 頁以下。

(53) 共謀関係の解消を否定した裁判例：最判平成 21・6・30 刑集 63・5・475「被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。これと同旨の判断に立ち、被告人が住居侵入のみならず強盗致傷についても共同正犯の責任を負うとした原

判断は正当である。」但し、本判決は、強盗罪と牽連関係にある住居侵入罪はすでに実行の着手段階にあったという意味で特殊な事案に関するものであることに注意を要する。参照、井田（III-20）563頁（注32）以下。

(54) *Rengier,* (Fn. IV-35), §44 Rn 16; *Wessels/Beulke/Satzger,* (Fn. IV-4), §16 Rn 818. 参照、大阪高判昭和41・6・24高刑集19・4・375「被告人甲が一旦は被告人乙らと強姦の共謀を遂げたとはいえ、丙、丁と共に、右犯行の着手前右共謀に基づく犯罪の実行を断念する意思を表明し、共謀者被告人乙もこれを了承したことにより、一旦成立した共謀関係は犯行の着手前にすでに消滅したと解するのが相当であるから、その後における被告人乙の強盗行為について、被告人甲が共謀共同正犯としての刑責を負うべきいわれはない」。

(55) *Rengier,* (Fn. IV-35), $44 Rn 16; *Wessels/Beulke/Satzger,* (Fn. IV-4), §16 Rn 818.

(56) 同旨、大阪高判昭和41・6・24高刑集19・4・375「被告人甲が一旦は被告人乙らと強姦の共謀を遂げたとはいえ、丙、丁と共に、右犯行の着手前右共謀に基づく犯罪の実行を断念する意思を表明し、共謀者被告人乙もこれを了承したことにより、一旦成立した共謀関係は犯行の着手前にすでに消滅したと解するのが相当であるから、その後における被告人乙の強姦行為について、被告人甲が共謀共同正犯としての刑責を負うべきいわれはない」。

(57) 福岡高判昭和24・9・17判特1・127。

(58) *Rengier,* (Fn. IV-35), §44 Rn 20 f.; *Wessels/Beulke/Satzger,* (Fn. IV-4), §16 Rn 819; aA *Kühl,* (Fn. IV-3), §20 Rn 105.

Täterschaft und Teilnahme (8)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik
I. Grundlegende Begriffe
1. Ausgangspunkte
2. Reduzierter Täterschaftbegriff und Extensiver Täterschaftbegriff
3. Akzesorität
II. Teilnahmesystem
1. Modell des Teilnahmesystems
2. Teinahmesystem des deutschen Strafrechts
A. Geltendes Recht
B. Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme (Band 54, Nr. 2)
C. Vernachlässigiung 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. Akzessorität 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 mittelbarer Täterschaft

B. Täterschaft der mittelbarer Täterschaft
2. Konstelationen der mittelbaren Täterschaft
A. Das unvorsätzlich handelnde Werkzeug
B. Das rechtmäßig handelnde Werkzeug (Band 55, Nr. 4)
C. Das ohne Shuld 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 („Schreibtischmörder")
a. Mittelbare Täterschaft der Hintermänner von NS- und SED-Verbrechen
b. „Mafiaähnlich" organisiertes Verbrechen
c. Mittelbare Täterschaft bei Straftaten in großen Wirtschafts-unternehmen (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. Objektsverwechselung durch den Tatmittler
5. Versuchsbeginn
A. Teheorienstreit 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 Tatherrschftslehre

3. Voraussetzungen der Mittäterschaft
   A. Gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan
      a. Abgrenzung von Mittäterschft und Nebentäterschft
      b. Abstandnahme vom gemeinsamen Tatentschluss
         aa. Abstandnahme im Versuchsstadium
         bb. Abstandnahme im Vorbereitungsstadium (Band 56, Nr. 4)

(Die Fortsetzung folgt.)