

タイトル	正犯と共犯（9）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，57(1)：33-61
発行日	2021-06-30

論 説

正犯と共犯（9）

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. 「マフィア類似的」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）
 - 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章 共同正犯者（正犯者類型 その三）

第3節 共同正犯の要件

2. 共同正犯者の過剰 共同の所為決意という要件は共同正犯を基礎づけると同時にそれを限界づける⁽⁵⁹⁾。したがって、共同の所為決意に担われていない「片面的協働」は幫助を基礎づけうるに過ぎない⁽⁶⁰⁾。例えば、窃盗犯人が物を窃取したが、しかし、それがうまくいったのは、他人が、窃盗の実行と盗品の搬出を阻止しようとする被害者の行動を妨げたことによるものだったという場合、窃盗犯人がこの他人の支援を知らなかったとき、この他人は片面的協働の故に窃盗幫助者に過ぎないのである⁽⁶¹⁾。

所為分担の相互帰属は、共同の所為決意（犯行計画）が及ぶ限りで可能である。所為遂行の途中で当初の犯罪計画が変更されることもありうるが、この場合、それまでの計画を変更する明示の相互了解又は推断の相互了解が必要である⁽⁶²⁾。それ故、共同正犯は構成要件関連的と云える⁽⁶³⁾。相互の取り決めの意味での共同の所為決意に包含されない行為、つまり、ある共同正犯者の過剰が他の共同正犯者に帰属されることはない⁽⁶⁴⁾。当該行為につき、他の共同正犯者には故意が欠如し、したがって、共同実行も認められないのである。

〔設例 10〕甲と乙は窃盗の意思で被害者宅に侵入したところ、思いがけず住人の丙に出会った。咄嗟に乙は丙を突き刺した。丙が大声を出したため、甲と乙は発見されるかもしれないなどの不安から何も取らずに逃げた。

住居に侵入しただけではまだ窃取行為が認められないので、乙が丙を突き刺した行為につき、事後強盗罪の成立は認められない。乙は傷害（致死）罪と住居侵入罪に問われる。問題は、甲に傷害（致死）罪の共同正犯が成立するかであるが、これは否定されるべきである。共同の所為決意が無いのである。乙の咄嗟の暴行は甲と乙の相互的了解の対象ではなかった。甲が乙の暴行を内心では是認したとか乙に事後的に了解を与えたとしても、事は変わらない。甲と乙は住居侵入罪の限度で共同正犯が成立する。すなわち、共同正犯の構成要件関連性から、過剰のとき「部分的共同正犯」が可能となる。

〔裁判例 11〕最決昭和 54・4・13 刑集 33・3・179〔甲、乙ら 7 名が、丙に暴行ないし傷害を加える旨共謀し、こもごも、丙に対し挑発的な罵声・怒声を浴びせ、これに応答した丙の言動に激昂した甲が、未必の殺意をもって所携のくり小刀で、丙の下腹部を突き刺して、失血死させたという事案〕「第 1 審判決は、被告人乙ら 7 名の右所為は刑法 60 条、199 条に該当するが、甲を除くその余の被告人らは暴行ないし傷害の意思で共謀したものであるから、同法 38 条 2 項により同法 60 条、205 条 1 項の罪の刑で処断する旨の法令の適用をし、原判決もこれを維持している。ニ そこで、右法令適用の当否につき判断する。殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な差異があるだけで、その余の犯罪構成要

件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人乙ら7名のうちの甲が前記福原派出所前で丙巡査に対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかった被告人乙ら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、甲が殺人罪を犯したということは、被告人乙ら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、被告人乙ら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、被告人乙ら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。」

第1審判決、原審判決は完全犯罪共同説を採っていたが、[裁判例11]は部分的犯罪共同説の立場に立った。殺意のある甲と暴行ないし傷害の故意しかなかった乙ら6名の間に、傷害罪（暴行罪）の限度で実行行為の共同が認められるので、甲と乙ら6名の間に傷害致死罪の限度で共同正犯が成立する。甲には殺人罪が成立する⁽⁶⁵⁾。

もっとも、共同正犯者が厳密には共同の「犯行計画」を守らなかったとしても、それだけで過剰と見られるべきではない。というのは、往々にして犯行方法を入念に確定せず、開かれた形をとっている「犯行計画」があるからである。この場合、明白には決められていなかったいかなる行動がなお犯行計画に含まれるのかについて、意思連絡の視点から犯行計画を解釈する必要が生ずる。本来の計画内容からの一定の拡大は明白に又は黙示的に共同の所為決意のなかに含まれていることがある。とりわけ、具体的事情から通常予期できる非本質的ずれは共同の決意になお含まれると云える⁽⁶⁶⁾。

[設例10] 甲と乙は一緒に高齢の女性らからハンドバッグをひったくる計画を立てた。甲が丙女のハンドバッグに手を掛けたが、丙は抵抗したため、甲は力づくで丙女の抵抗を排して金品を強奪した。

甲に強盗罪が成立することは明らかである。問題は乙の強盗罪に成否である。犯行計画から、ハンドバッグに近寄るために、必要とあらば暴

行を働くことになっていると理解できる場合には、乙にも強盗罪の罪責を問われ、甲と乙の共同正犯が成立する⁽⁶⁷⁾。

「通常の活動幅」内にあると認められるのは、金銭の代わりに金銭に「変える」ことのできる物を窃取する場合である⁽⁶⁸⁾。しかし、所為が約束とは異なって、異なった時点、異なった陣容、異なった役割配分で遂行される場合、本質的な、共同の所為決意を「破裂させる」ずれがあると見るべきである⁽⁶⁹⁾。

共同正犯者の過剰と密接に結びついているのが、すでに準備段階にあってこれから共同正犯者となりうる者の離脱の問題である。すなわち、共同正犯者が共同の了解を未遂開始後初めて撤回するのでなく、既にその前に撤回する場合、他の者による実行が撤回者に帰属されるか否かが問題となる⁽⁷⁰⁾。

[裁判例 12] BGH NSStZ 2009, 25 [甲は他の 3 人と共謀してペニーマーケットの店長を襲い強奪することを企てた。甲は紛れもなくこの一味の「首領」であり、襲撃全体に関する綿密な計画を立て、逃走用車両も運転する予定だった。犯行日は 1 月 29 日が予定された。しかし、甲はその日早番のため実行行為をともに行うことができないので、その日の犯行を取り止めること、後日自分の積極的関与の下に行いたいと伝えた。しかし、他の 3 人が、甲に知らせることなく、1 月 31 日に犯行を決行した。一人を補充し、若干の役割変更があったものの、その他は当初の計画通り行われた（店長は弾丸の装填されていない威嚇射撃用拳銃を突きつけられ金庫の開錠とそこにあった小銭の引渡しを強要された）]。

共同正犯の成立には、準備段階での所為寄与であっても十分であるという立場に立脚すると（参照、本章第 4 節）、1 月 31 日に決行された犯行が甲にも帰属されるかが問題となる。甲の準備段階における所為寄与は犯行の綿密な企画であり、これがまさしく 1 月 31 日の襲撃に促進的影響を与えた。したがって、客観的にみるとこの襲撃は甲の襲撃とも云える。しかし、主観的には、甲の当初の所為決意が 1 月 31 日の犯行も包含していると云えなければならない。襲撃が取り決めに反して他の日時、他の陣容、他の役割分担で実行され、加えて、甲は所為遂行につ

いて知らず、またそれを予期しておらず、自分の協働なしの所為遂行を望んでいなかったところからすると、1月31日の犯行は甲の当初の計画には含まれないので、1月31日の犯行は甲にとって別の犯行であり、甲に帰属されることはない⁽⁷¹⁾。

結果的加重犯においても共同正犯は可能である。結果的加重犯の基本犯は、重い結果を発生させる高度の危険性が含んでいるので、基本犯とその重い結果を結合させた特別の犯罪が類型化されているのである。したがって、基本犯の共同正犯者は重い結果の発生を回避する注意義務を課せられる。そうすると、基本犯の共同正犯者の一部の者が過失によって重い結果を発生させた場合には、一般的に他の共同正犯者にも共同の客観的注意義務違反が認められる。結局、基本犯に共同正犯の成立があり、重い結果につき各共同正犯者に客観的注意義務違反が認められるとき、結果的加重犯の共同正犯が成立する⁽⁷²⁾。もっとも、主観的注意義務違反が無いとき、基本犯でしか処罰されない。例えば、甲と乙が傷害の意思で丙を殴ったところ、丙は死亡したという場合、死の結果につき甲には過失があるが、乙には過失がないという場合がある⁽⁷³⁾。また、共同正犯者の過剰と結果的加重犯の結合形態もある。例えば、甲と乙は傷害の意思で丙を殴り散らしたところ、激昂した乙は殺意をもって突然ポケットから小刀を取り出して丙の頭部を突き刺し殺害した場合、この乙の過剰を甲に帰属させることはできず、傷害罪の共同正犯が成立する。しかし、甲に乙の殺害行為につき注意義務違反が認められる場合は、甲に傷害致死罪が成立する⁽⁷⁴⁾。

3. 共同正犯者の錯誤

A. 客体の錯誤 単独正犯者の客体の錯誤は、それが構成要件的に同価値の客体にかかわるとき、故意の存否に影響を与えることはない。同様に、共同正犯者が、背後から追いかけてくる者を目掛けて射撃するが、それが追っ手ではなく、他の共謀者であったという場合も、発砲者の殺人故意の存否に影響を与えることはないが、射撃をした共同正犯者の客体の錯誤が、実際に射撃をされた共謀者も含めて他の共謀者にどのような影響を与えるかについては見解の別れるところである。

[裁判例 13] BGHSt 11, 268 [追跡者事件] [拳銃を携行した甲、乙及び

丙の3人の男が夜に食料品店に押し入ろうとした。しかし、3人は発見され、逃走せざるを得なかった。3人は、事前に、3人の誰かに捕まる危険が迫ったら、拳銃を使用する約束をしていた。逃走中の甲が、背後に迫る足音を聞いたとき、それが追っ手だと思い、殺意をもってこの者に目がけて発砲した。それは、実際には、逃走中の共謀者丙であった。弾丸は逸れたので、丙は死なずに済んだという事案]。

ドイツ連邦通常裁判所は、丙を甲の共同正犯者であるとして、丙にも謀殺未遂罪の成立を認め、次のように判示した。「丙は犯行中においても所為支配に関与していた。丙は二人の仲間の近くにいてその行為をいつでも制禦できたし、今回は約束と違って追っ手を撃たないよう要求できたと言える。丙がこれを甲の発砲に至るまでしなかったということによって、自分に向けられた射撃に対しても共同の責めを負うことが基礎づけられる。……この射撃は、追っ手と誤認された者に向けられたから、関与者全員の約束に沿うのであり、したがって、丙の故意に包含されることの範囲も超えておらず、それ故、丙に完全に帰属されうる。……丙が、発砲の瞬間にこれに自ら了解していたか否かは問題とならない。丙は事前の正犯者故意を伴う所為寄与によって事態を動かした後、丙が考えを変えたなら、中止犯の規定（……）によってしか処罰を免れることはできない。しかし、その前提は、丙がその共同正犯者にも殺人故意を放棄するように勧めたとか、その他、自分の所為寄与が有する、他人のその後の可罰的作為への因果的効果を消滅させたことと云えることである。……実際にはこういったことは起こらなかったこと、丙はむしろ発砲に至るまで及び発砲時に甲、乙と絶えざる協働関係にあり当初の約束を守っていたということは、地方裁判所の認定から明らかである」。

先ず、甲が謀殺未遂罪の罪責を問われることに疑問はない。次に、甲の客体の錯誤が共同正犯者乙にも帰属されるかについては、否定的見解もある。その理由は、共同の犯行計画は専ら追っ手に向けられた射撃であり、それ故、共同正犯者の発砲はこの者の（過失の）過剰である。犯行計画は共同正犯の罪責の限界を画するのであり、犯行計画が、ある共同正犯者によって、意図的であれ、誤ってであれ、超えられると、罪責もそこで終わる⁽⁷⁵⁾。殺人未遂は専ら誤って撃った共同正犯者の問題であり、これが共同正犯規定を介して他の共同正犯者に帰属されることはないというものである⁽⁷⁶⁾。しかし、本説は適切でないと思われる。ある

共同正犯者の思い違いがその者の故意に影響を与えないの同様に他の共同正犯者にも影響を与えない。思い違いをしている共同正犯者であっても、背後から追いかけて来る人を追跡者だと思って撃つときにも、犯行計画を守っているからある。思い違いをしている共同正犯者といえども追っ手を射撃するという要求を具体化したのであり、その際、共謀者に当る危険も犯行計画に伴う計画実現上の危険の一部なのである⁽⁷⁷⁾。

最も問題となるのは、丙にも甲の発砲行為が帰属されるのかという点にある。帰属されるなら、丙は被害者でもあり正犯者でもあるということになる。それ故、丙の可罰性を否定する見解が見られる。可罰性が否定されないなら、自殺は処罰されないにもかかわらず、丙は自分自身への殺人未遂の廉で処罰されることになる、不能未遂成立の前提も、正犯者が侵害しようとする法益がこの者に対する関係で保護されているということであるというのがその理由である⁽⁷⁸⁾。この見解も適切でないと思われる。そもそも、甲がその友人丁を追っ手だと誤想して丁を狙って撃つという場合、甲の行為を共同の所為決意の範囲内にあるものとして丙に主観的に帰属させることができる。このことは、甲が客体の錯誤で丙に発砲した場合でも変わらない。丙の所為決意は（共同正犯者の一人によって同定された）追跡者の殺害に狙いを定めていたのである。丙の所為決意が自殺に照準を合わせていたということでは全く無い。すなわち、この共同の決意の実現のためになされた甲の寄与は丙にも帰属される。丙はあたかも客体の錯誤の下に、ある共謀正犯者に向けて発砲したかのように扱われるのである⁽⁷⁹⁾。

B. 表見的共同正犯 共同の所為決意の見られない特殊の場合として、ある関与者が誤って犯罪実現の共同の所為計画があると思っている場合がある。こういった場合、錯誤者自身が構成要件実現の行為を開始するとき、単独正犯の形態の未遂罪が成立することに問題はない。問題となるのは、錯誤者が（思い違いの）準備段階でしか関与せず、他の者が構成要件該当行為をすると勘違いしている場合である。

[裁判例 14] BGHSt 40, 299 = NJW 1995, 142 [甲は次のように言って乙を信じ込ませた。古銭商丙は表向き強盗に襲われたことにして、保険金詐欺を働きたいのだと。乙は犯行を実行した。実際には、丙はこの件

について知らされておらず、保険会社に被害届けを出したという事案]

連邦通常裁判所は乙に保険会社に対する詐欺罪の不能未遂の共同正犯の廉で有罪判決を下した。丙は実際には関与者でなかったが、しかし、このことは、丙の行動が乙に不能未遂として帰属されうることの妨げとならない。この場合においても、乙の主観的考えからは丙の行動に構成要件実現の直接的開始が見られるというものである⁽⁸⁰⁾。

本判決は支持できない。共同正犯の成立の要件としては準備段階での所為寄与でも足りるのであるが(参照、本章第4節)、さらに共同の犯行計画も必要であるが、乙と無関与の丙との間に帰属を可能にする共同の犯行計画は存在しない。その上、丙の行動をそもそも詐欺未遂と見ることもできない。丙の保険会社への被害届けは全く適法である。それ故、乙が自分自身を、甲に騙されたために、共同の保険金詐欺につき丙の「共同正犯者」だと誤信しても、丙の行動を乙に共同正犯の所為寄与として帰属させることはできない。ドイツ連邦通常裁判所は不能未遂の成立を認めたのであるが、しかし、不能未遂といえども実行行為の開始を要するのであって、乙の表象のなかでのみ甲が実行行為を開始するのでは、不能未遂も認められない⁽⁸¹⁾。

4. 共同の所為決意と承継的共同正犯 — 所為実行開始後の相互了解 — 共同正犯は犯行計画を立てる際に協働することを要件とするものではない。未遂開始時の相互了解でも十分である(いわゆる承継的共同正犯)⁽⁸²⁾。しかし、未遂と既遂の間又は既遂と終了の間でも、途中から関与した者(後行者)について、関与前の先行者の行った行為・結果を継承して全体に共同正犯が成立するか、つまり、承継的共同正犯(Sukzessive Mittäterschaft)が成立するかにつき論争のあるところである。

A. 学説

学説は、極めて多様であるが、大別すると、全体につき共同正犯の成立を認める肯定説、介入後の行為についてのみ共同正犯の成立を認める否定説及び原則として関与後の行為についてのみ共同正犯を認めるが、例外的に全体としての犯罪について共同正犯を肯定する部分的肯定説に分けられる。

a. 肯定説。本説は次のように根拠づけられる。

aa. 後行者が先行者の意思を了解し、且つ、その成立させた事情を利用するのであるから、後行者も先行者も、行為の全体につき共同の意思が存在する。したがって、両者ともに行為の全体について共同正犯が成立する⁽⁸³⁾。

bb. 意思の連絡は行為の一部が行われてから後に生じても、その全体が構成要件上不可分の犯罪であれば、全体についての共同正犯が成立する。関与の量の多少は量刑上の考慮を受けるに過ぎない。結合犯のように複合的構成要件が不可分一体となっている犯罪も、単統一罪と同じく、その罪全体について共同正犯が成立する。もっとも、継続犯については、罪名の点では一罪の共犯となるが、事実としては可分であるので、現実の関与部分についてだけの共同正犯が成立する⁽⁸⁴⁾。

cc. 「共犯成立上の一体性」から承継的共同正犯の成立を認めるが、例えば、強盗致傷罪への事後的関与者につき、「個人責任の原則」から、処罰に関しては強盗罪の責任を問う⁽⁸⁵⁾。

b. 否定説。本説は、後行者は関与後の行為についてのみ共同正犯としての責任を負い、例えば強盗罪のような結合犯の場合、奪取行為のみを共同した後行者は窃盗の罪責を負うに過ぎないとする。本説は次のように根拠づけられる。

aa. 先行行為は共同加功の意思に基づくものとはいえず、又、共同意思に基づく後行者の行為は先行行為に対して因果性をもち得ない⁽⁸⁶⁾。

bb. 目的的行為論の見地から、後行者は先行者のなした事実に対して行為支配を有しないから、共同正犯としての罪責を負わない⁽⁸⁷⁾。

c. 限定的肯定説。本説の根拠づけは次の通りである。

aa. 犯罪類型によって区別する説。承継的共同正犯は、実行行為の途中で、先行者の行為を承継して行われるのであるが、共同正犯の成立する範囲は、後行者が介入した後の共同実行行為についてである。しかし、強盗罪のような結合犯は暴行・脅迫罪と窃盗罪とに分解することは許されない。例えば、乙が強盗の目的で丙に暴行・脅迫を加え、丙の反抗を抑圧した後、甲と共同実行の意思を生じ、甲と共同して財物を奪取した場合、甲が、盗取行為のみに加わったに過ぎない場合にも、先行者乙の行った暴行・脅迫行為を認識し、利用する意図の下に、乙と共同して被

害者の財物を盗取している以上、それは強盗罪の実行行為としての強取にほかならない。しかし、先行者の加えた暴行によって被害者に死傷が生じていた場合、その後、共同実行の意思の下に強取行為を共同にした後行者は強盗致死傷罪までの罪責を問われない⁽⁸⁸⁾。

bb. 積極的利用意思によって区別する説。先行者と後行者とが相互に補充し合って一定の犯罪を実現することは可能であるから、相互に共同実行の意思があり実行行為共同の事実が認められる限り、先行者の行為及び結果を後行者は承継して、両者の共同正犯が成立する。これに対し、後行者の行為と無関係な先行者の行為及び結果については、相互利用・補充関係を認めることはできないから肯定説は妥当でない。後行者が先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに犯罪の途中から関与し、先行者の行為等を利用した場合には相互利用・補充関係を認めるべきである⁽⁸⁹⁾。

cc. 因果関係の存否によって区別する説。承継的共犯とは正犯の実行行為の途中から共犯が関与する場合を云うが、この場合、共犯は関与した時以後の正犯の行為及びその結果についてしか責を負わない。関与以前の行為に対して、共犯の行為が因果性をもつということはいかなるからである。もっとも、関与前の行為が関与後にもなお「効果を持ち続けている」場合、例えば、乙が丙を抗拒不能に陥れた後甲が加わって共同して物を取ったとき、乙の行為にはその暴行傷害が及んでおり、それ自体強盗行為であって、それを甲も共同にしたのであるから、乙には強盗の責任を問うことが可能である⁽⁹⁰⁾。

d. 所為支配から見た承継的共同正犯論 肯定説には以下の問題点が指摘されうる。まず、後行者はその関与前に生じた事情を利用することを理由 (a. aa) とするが、自己の関与前の行為に関与していないにもかかわらず、それから生じた事情も後行者に帰属させることは行為責任の原則に反する。次に、一罪は分割できないことを理由 (a. bb) とするが、これも妥当でない。先行者には一罪を分割できないとは云えても、後行者には分割可能である。さらに、共同正犯成立と個別責任を分離することを理由 (a. cc) とするのは、罪名と刑を分離することになり、これも妥当でない。個別責任を徹底させるなら、関与以後の行為・結果についての構成要件該当性、不法を問題とすべきである。限定的肯定説には以下の問題点を指摘できよう。まず、犯罪類型によって区別することを理

由（c. aa）とするが、一罪は分割できないことを主張するものであって、妥当でない。次に、積極の利用意思を理由（c. bb）とするが、先行者が過去に生じさせた事情を後行者に帰属させることはできない。さらに、先行者の行為の持続効果を理由（c. cc）とするが、しかし、そこから後行者の関与していない先行者の行為を遡及的に後行者に帰属させることはできない。

先行者の所為が、後行者の関与の時点で既に部分的に実行されている場合、先行者と後行者の事前の共同の所為決意が存在しなかったという事実を、事後的了解や事後の相互是認によって代替することはできない、つまり、事後的に共同の所為決意を遡及させることはできないのである。帰属の基礎にあるのは共同の所為決意であるから、これは共同正犯成立の限定機能を有せざるを得ない。加えて、共同の所為支配も見られない。そうすると、先行者によって事前につくり出された事態を認識し是認してともに利用したということが、既に遂行された行為につき、後行者の帰属を根拠づけることはできない。したがって、**承継的共同正犯**と云われる場合、途中から関与する者は、その関与後になお行われた不法に対してだけ罪責を問われるのであって、既にそれ以前に行われた部分に対しては罪責を問われないのである。例えば、乙が強盗の意図で被害者に暴行を加えて抗拒不能にしたところ、偶然仲間の甲が現れ、財物を奪う手助けをするとき、窃盗の共同正犯が成立するだけである。この場合、強盗の共同正犯を認めるなら、それは事後的故意（*dolus subsequens*）を承認することになり、妥当でない⁽⁹¹⁾

B. 共同正犯の成立範囲

a. **既遂前の承継的共同正犯** 犯罪構成要件がまだ充足されない限り、つまり、まだ既遂となっていない限り、承継的共同正犯の可能性がある。

この段階では、所為の既遂に向けられた**共同の所為決意**は、他の共同正犯者がすでに所為遂行の未遂に達していても、概念的にはなお可能である。当該構成要件がすでに一部分充足されている場合にも、承継的共同正犯の可能性はある。構成要件該当行為の共同支配としての**共同実行**も、所為がまだ既遂となっていない限り、いずれにせよなお（さらなる）

構成要件該当行為が為される限り、なおありうるのである。その際、中途から加わった者（後行者）は、構成要件該当結果の招来を自分自身の行為によってさらに促進すると考えていなければならない⁽⁹²⁾。

〔設例 12〕 甲は丙の一戸建住宅に侵入し、現金と装飾品を自分の衣服のポケットに入れた。甲はなおもいくつかの高価な古い絨毯を盗もうとした。甲はそれらを丸めて、引き摺って家の扉まで来た。その時、絨毯を一人で運び去ることができるかに疑念が生じた。甲の乗用車は非常に小さかったからである。そこで、甲は電話で友人の乙に助けを求めた。甲と乙は一緒に絨毯を丙の家から乙の配達用自動車に運んだ。電話で話したときすでに、売却金を分け合う約束ができていた。（クライ/エッサーの設例）

先ず、現金と装飾品の盗取について：甲の窃取はすでに甲が乙に電話をする前に既遂になっている。盗品を衣服のポケットに入れた段階で、構成要件要素「窃取」は充足されているからである。したがって、この所為への乙の共同正犯は成立しない。窃取の既遂後の窃盗罪の承継的共同正犯はありえない。次に、絨毯の盗取について：甲が乙を介入させたとき、絨毯窃盗はまだ既遂になっていなかった。かさばるか、動かしづらい物の場合、行為者がそれを他人の支配領域から運び出してはじめて、構成要件要素「窃取」が充足されるからである。したがって、この時点ではまだ乙の共同正犯は可能である。甲はなるほどすでに絨毯窃取行為を始めていた。しかし、乙は結果の発生におお影響を及ぼした。絨毯を丙の家から運び去る所為は、甲と乙による共同の所為決意によって共同して絨毯を丙の家から運び出すことで既遂に達した。甲と乙には領得の意思もあった。それ故、甲と乙は窃盗罪の共同正犯に問擬される⁽⁹³⁾。住居侵入について共同正犯は成立しない。甲の住居侵入は乙が来る前にすでに既遂になっていたからである⁽⁹⁴⁾。

結合犯の場合、個々の行為は完結しているが、犯罪自体はまだ既遂になっていないとき、先行者の所為寄与を、その後に加わった者に帰属させることはできない。

〔設例 13〕 甲は強奪目的で丙を殴りつけ、紐で両腕を縛った。そこに

偶然甲の友人乙が通りかかった。乙も甲の呼びかけに応じて丙の金銭を探し出す手伝いをし、甲、乙は共同で丙の財布を見つけ、金員を分け合った。

[設例 13] について、甲と乙には盗取の時点で窃盗罪の共同正犯が成立する。問題は、甲の暴行行為が乙にも帰属でき、したがって、強盗罪の共同正犯が成立するかであるが、これは所為支配の観点からは否定されるべきである。乙は窃盗を限度とする共同正犯と甲の強盗罪の（承継的）幫助犯の廉でしか処罰されない。両罪は観念的競合の関係にある⁽⁹⁵⁾。乙が犯行現場に現れたとき、甲の強盗手段としての暴行はすでに完結していたのである。完結した暴行行為について、共同の所為決意も後行者の客観的所為寄与もない。すなわち、「遡及的共同性」というのは認められないのである。乙が事後的に甲の暴行行為を知って、容認したとしても、そのことによって暴行についての故意があったことにはならない。上述したように、いわゆる事後的故意の観念は刑法上無意味である⁽⁹⁶⁾。[設例 13] につき、次のように論じて、強盗罪の承継的共同正犯を認める見解がある。すなわち、単独犯の場合でも、まず、暴行の意思で人に暴行を加え、相手方が制圧された状態になってから、その勢いに乗じてあらたに財物を奪取する意思を生じ、無抵抗の被害者の所持品を奪う行為は、全体を総合して強盗罪と認めてよく、承継的共同正犯にも同じ原理が当てはまると⁽⁹⁷⁾。しかし、このような場合、単独犯では暴行罪と窃盗罪が成立すると解されるので、後から財物奪取にのみ関与する者にはますます強盗罪は成立しない⁽⁹⁸⁾。

なお、強制性交等罪は結合犯ではないが、他人がもたらした反抗できないような状態を利用して強制性交等におよぶ場合、この後に加わった者には準強制性交等罪（刑 178 条 2 項）が成立する。強盗については、準強制性交等罪に当るような規定がおかれていない。このことから、強盗罪については、先行者が被害者を反抗できないような状態にしてから財物奪取だけに関与した者を「強盗」としては処罰しない趣旨だと解される⁽⁹⁹⁾。

詐欺罪につき、先行者の欺罔行為によって被害者が錯誤に陥り、その効果がなお継続中に、後行者が協力して一緒に財物を取得した場合も、

欺罔行為につき共同の所為決意がないので、欺罔行為を後行者に帰属させることはできない。後行者は、単一不可分の詐欺罪の実現に寄与しているから、後行者には詐欺罪の共同正犯ではなく、詐欺罪の（承継的）幫助犯が成立するに止まる。同様に、恐喝罪についても、先行者が被害者に脅迫を加え畏怖に陥れた後で、被害者から金銭を受け取るのに関与した者には、恐喝罪の（承継的）幫助犯が成立する⁽¹⁰⁰⁾。

強盗殺人罪については、例えば、先行者が強盗の意図で被害者を殺害した後で途中から財物を奪う行為に関与した者には殺害行為を帰属させることはできず、占有離脱物横領罪が成立する。加えて、後行者は、先行者によって作り出された被害者の「犯行のできない状態」の下で、先行者の被害者からの財物奪取を支援しているので、後行者には強盗罪の幫助犯が成立する。両者は観念的競合の關係に立つ⁽¹⁰¹⁾。強盗傷人罪については、例えば、先行者が強盗の意図で被害者に傷害を負わせた後で途中から財物を奪う行為に関与した者には、窃盗罪の共同正犯、加えて、強盗傷人罪幫助犯が成立し、両者は観念的競合の關係に立つ⁽¹⁰²⁾。

結果的加重犯（強盗致死傷罪、強制性交等致死傷罪等）において、強盗致傷罪、強姦致傷罪につき、次の〔裁判例 15〕は単純一罪を根拠に、〔裁判例 16〕は後行者の認識、加えて、因果關係を立証することの困難を救済する必要性を根拠に行為全体について共同正犯の成立を認めている。いずれも、同時犯の特例（刑 207 条）を顧慮したものとも考えられるが、しかし、この規定は違憲であり、そうでなくとも強盗致傷罪、強姦致傷罪に適用されるべきでない。後行者の行為と重い結果との間に因果關係の証明がない以上、後行者に結果的加重犯の共同正犯を認めることはできない⁽¹⁰³⁾。〔裁判例 17〕の判決が妥当である。

〔裁判例 15〕札幌高判昭和 28・6・30 高刑集 6・859〔被告人甲は、乙が金品強取の目的で丙の顔面を殴打し『金を出せ』と要求しているのを知って、自己もこの機会を利用して金品を強取することを企て、直ちに乙と協力し茲に同人と意思連絡の上、丙から 700 円を奪い、次いで、乙が丙の左腕を抑え、甲が丙のはめていた腕時計をはずしてこれを強奪し、その際、乙の暴行により丙の右目に打撲傷を負わせたという事案〕「按ずるに刑法第 240 条前段の罪は強盗の結果的加重犯であって単純一罪を構

成するものであるから、他人が強盗の目的を以て暴行を加えた事実を認識してこの機会を利用しともに強取せんことを決意し、茲に互いに意思連絡の上金品を強取したものは、仮令共犯者がさきになしたる暴行の結果生じたる傷害につきならんら認識なかりし場合と雖も、その所為に対しては強盗傷人罪の共同正犯を以て問擬するのが正当である。」

〔裁判例 16〕 東京高判昭和 34・12・2 東高刑時報 10・12・435「共同正犯において、共同者中のある者が実行行為の一部を終了した後、他の者との間に意思の連絡を生じ、爾後共同して実行行為を行う場合を意味するいわゆる承継的共同正犯にあっては、途中から介入した者即ちいわゆる後行者において、自己介入前における先行者の行為を認識して介入した場合には、右介入前における先行者の行為をも含む行為全体についての責任を負うべきものと解するを相当とすることは、所論のとおりであつて、かつ、結果的加重犯である強姦致傷罪につき、数名の者が共謀の上婦女を強姦し因って傷害を与えた場合においては、何人が致傷の結果を生ぜしめたか明確でなくても、共犯者は、等しく共同正犯として強姦致傷罪の責任をまぬがれない。」

〔裁判例 17〕 広島高判昭和 34・2・27 高刑集 12・1・36「先行者によって既に開始された犯罪実行の中途からこれに介入した者の責任は、その介入後の行為についてのみ発生するものと解すべきであるから、本件においても被告人は前述の共謀関係成立後の犯行についてのみ責任を負い、それ以前の他の者の犯行については責任を負わないものといわなければならない。したがって被告人に原判示の各致傷の責任を負わせるには、該各致傷の結果が上述被告人の共謀関係成立後の強姦行為によって生じたものであることが立証されなければならない。しかるに、右各致傷の結果が本件一連の強姦行為中に生じたものであることは前段認定のとおりであるけれども、果たしてそのいずれの段階において生じたものであるかは証拠上全く不明である。それゆえ、被告人については強姦の範囲内においてのみ責任を問いうるに限り、原判示の各致傷の結果についてまで責任を問うことはできない。」⁽¹⁰⁴⁾

b. 既遂後の承継的共同正犯の可能性 犯罪が既遂になった後もなお共同正犯の成立する可能性があるかが問題となる。

α) 継続犯 継続犯である監禁罪の場合、承継的共同正犯は所為の既遂後もその終了まで可能である。被害者がなおその自由を奪われている限り、例えば、引き続き閉じ込められている限り、構成要件は引き続き実現される。すなわち、既遂の所為は繰り返し新たに実現される。それでも一個の監禁罪が成立する。後行者は監禁の維持されているこの一個の監禁罪に関与するのである。それ故、例えば、被害者に逃げられないように監視役として加わる関与者も、先行者と共同支配をして、すなわち、この者と「共同して」被害者の自由剥奪状態を維持することによって承継的共同正犯の形で監禁を行いうる⁽¹⁰⁵⁾。

β) 状態犯 その他の全ての犯罪(状態犯)、例えば、殺人罪、傷害罪、器物損壊罪、窃盗罪、強盗罪では、承継的共同正犯の可能性はない。これらの犯罪では、所為が既遂になると、それと同時にその終了も考えられうるか(例えば、殺人罪)、あるいは、既遂と終了の区別はできるが、犯罪を終了させることは構成要件を実現することではない(例えば、窃盗罪)。いずれにせよ、この時点以後、共同正犯の成立の成立する余地は無い。

[設例 14] 甲は強奪の目的で丙を襲い、倒れて意識を失っている丙の財布を奪った。たまたま犯行現場を自動車で行き過ぎて来た甲の友人乙がこれに気づいて下車した。乙は甲から金銭の分け前を約束してもらいその逃走の手助けをした。

窃盗罪では、構成要件は窃取の既遂で充足される。正犯概念の構成要件関連性から、既遂後に加わった者は構成要件の実現になんらの影響も及ぼしえない。すなわち、窃盗犯人が盗品の占有を確実にするとか、盗品をなくした場合にはじめて所為は終了するが、盗品の確保による所為の終了はもはや窃盗罪の構成要件を充足しない。この確保行為をさらなる窃取行為と見ることはできないのである。したがって、状態犯では、当該構成要件はそれ以上実現されない、すなわち、構成要件該当行為はもはや遂行されないのであるから、所為の既遂後の承継的共同正犯は否定される⁽¹⁰⁶⁾。

但し、構成要件が共同の所為決意に基づき共同の行為によって新たに

充足されると、その限りで当然ながら共同正犯は可能である。もっとも、それは本来の意味での承継的共同正犯でなく、新たな犯罪行為の共同遂行である。例えば、甲が丙を激しく平手打ちし（傷害罪の既遂）、乙がこれに加わり、甲に共同でさらに丙を殴りつけることを説得したという場合、甲と乙は共同正犯者として構成要件の新たな実現をしたことになる⁽¹⁰⁷⁾。

[裁判例 18] 大阪高判昭和 62・7・10 高刑集 40・3・720 「思うに、先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従って、いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である。……先行者が遂行中の一連の暴行に、後行者がやはり暴行の故意をもって途中から共謀加担したよう場合には、1 個の暴行行為がもともと 1 個の犯罪を構成するもので、後行者は 1 個の暴行そのものに加担するのではない上に、後行者には、被害者に暴行を加えること以外の目的はないのであるから、後行者が先行者の行為を認識・認容していても、他に特段の事情のない限り、先行者の暴行を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したものと認めることができ」ない。

[裁判例 18] は、先行者の一連の暴行により被害者が傷害を負った後に、後行者がさらなる暴行を加えたという事案について、傷害罪の共同正犯の成立を認めた第 1 審判決を破棄し、暴行罪の共同正犯の成立にとどめた。[裁判例 18] は、承継的共同正犯をみとめる実質的根拠は「先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した」というところにあり、本件傷害罪の共同正犯の成否につき、「先行者が遂行中の一連の暴行に、後行者がやはり暴行の故意をもって途中から共謀加担した場合には、1 個の暴行行為がもともと 1 個の犯罪を構成するもので、後行者は 1 個の暴行其のものに加担するのではない」と判示して、限定

の肯定説（積極的利用意思説）によっても傷害罪につき承継的共同正犯の成立が認められないことを明らかにした⁽¹⁰⁸⁾。

〔裁判例 19〕 最決平成 24・11・6 刑集 66・11・1281〔甲、乙が、第 1 犯行現場・第 2 犯行現場で丙、丁に暴行を加え、傷害を負わせた。その後、乙から連絡を受け第 2 現場に到着した被告人が、甲、乙と共謀の上、丙らに対して暴行を加え、傷害を負わせたという事案〕「被告人は、共謀加担前に甲らが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって丙らの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うのが相当である。原判決の……認定は、被告人において、丙らが甲らの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。」

〔裁判例 18〕と類似事案の最高裁〔裁判例 19〕は、被告人の共謀加担前に甲らが既に生じさせていた傷害結果を含めて被告人に傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決を破棄し、共謀加担後の傷害についてのみ共同正犯の成立を認めた。本決定は、大阪高判を確認したものであって、強盗罪、恐喝罪、詐欺罪等について承継的共同正犯の成立余地を残している（千葉勝美裁判官の補足意見）点に問題がある。

5. 共同の所為決意におけるその他の要件 一般的主観的構成要件要素である故意と並んで特殊的主観的構成要件要素（例えば、窃盗罪における不法領得の意思）が要求される犯罪行為では、各共同正犯者にかかる要素が存在しなければならない。ある犯罪の単独正犯者となりうる者だけが当該犯罪の共同正犯者となりうるからである。例えば、甲と乙は申し合わせて丙の自転車を盗んだが、甲には当該自転車の領得目的があったが、乙には丙を怒らせるためにそれを湖に捨てる意思しかなかったという場合、乙には領得目的が欠如しているので、丙からその自転車

を奪うという共同の意思を規範的に見て共同正犯を基礎づける共同の所為決意と見ることはできない⁽¹⁰⁹⁾。

任意性は共有の所為決意の前提要件でない。例えば、暴力集団内部では、共同の所為決意が強制される場合がある⁽¹¹⁰⁾。

〔設例 15〕暴力集団の団長甲は団員の乙に他の暴力集団員丙を殺害するように命令したところ、乙はためらいを示した。甲は、「わが一家の掟を知っているよな。不服従には死が科せられる」と言って乙を脅した。乙は殺される不安から丙を殺害した。（クライ/エッサーの設例）

乙は殺人罪の構成要件を充足した。乙に正当化緊急避難は成立しない。適法行為の期待可能性という観点から、免責緊急避難の成立の可能性が問題となるが、乙は所属団体の掟を知っているのであるから、自分の死の危険を甘受することは期待できた。したがって、免責緊急避難も成立しない。いずれにせよ、甲と乙には殺人罪の（共謀）共同正犯が成立する⁽¹¹¹⁾。

注

(59) *Herzberg*, (I-154), 62 f.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 946; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 106; *Seher*, (IV-24), 6

(60) BGHSt 6, 248 f.; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 106; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 175.

(61) これに対して、ヤコブスは共同の所為決意の必要性に疑問を提起し、一方的「はめ込み決意 (Einpassungsentschluss)」で十分であるとす。この決意があるとき、「直接的に実行行為をしないが、しかし、形成的に協働する関与者はその寄与を実行行為者の作為と結合している」。 *Jakobs*, (Fn. I-75), 21. Abschn Rn 43; auch *R. Derksen*, *Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft*, GA 1993, 163 ff., 173; *H. Lesch*, *Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, ZStW 105 (1993), 271 ff. 例えば、乙は、睡眠中に打ち殺されるはずの被害者丙に、その実行行為者甲と申し合わせることなく睡眠薬を渡し、それから甲のために扉を開け、さらに適した、しかも利用されもする犯行用道具を用意し、最後に、実行行為前に第三者が来て邪魔されることを妨げる（ヤコブスの設例）。たしかに、直接的に実行行為をする者（甲）が他人（乙）の協働について知らなくても、乙が結果の成否に決定的影響を及ぼしうる。しかし、教唆の不法（他人の所為決意を誘起する）は幫助の不法（既にある所為決意の実現に手を貸す）よりも重いことからすると、この違いは共同正犯と幫助の境界づけでも考慮されねばならない。すなわち、所為寄与が共同正

- 犯として帰属されるいかなる場合であっても、この所為寄与の決意というものは、支援行為が見込まれることによっても動機づけられていなければならない。したがって、「共同の遂行」というのは、関与者が、各自の所為寄与の相互了解の下で、お互いにやる気を起こさせることを意味する。相互了解がないとき、共同正犯は無いということである。甲は単独正犯者であり、乙は幫助者である。Hoyer, (Fn. I-154), § 25 Rn 127; Roxin, (Fn. III-60), § 25 Rn 249 ff.; Schönemann, (Fn. III-60), § 25 Rn 175; Seher, (Fn. IV-24), 6.
- (62) Heinrich, (Fn. IV-2), § 24 Rn 1224; Krey/Esner, (Fn. IV-2), § 28 Rn 946.
- (63) Krey/Esner, (Fn. IV-2), § 28 Rn 946; Kühl, (Fn. IV-3), § 20 Rn 102.
- (64) BGH NSTZ 1994, 123; NSTZ 1997, 272, 2002, 597 f.; NSTZ 2010, 33 = JA 2010; Herzberg, (Fn. I-154), 62 f.; Krey/Esner, (Fn. IV-), § 28 Rn 946; Roxin, (Fn. III-60), § 25 Rn 194 f.
- (65) 参照、大塚 (I-113) 338 頁、福田 (I-137) 300 頁注 6。なお、高橋 (III-24) 211 頁注 52、512 頁注 34 (故意犯と結果的加重犯との共同正犯は否定されるので、「傷害の限度」で共同正犯が成立し、それを超える部分はそれぞれの単独犯として処理される)。
- (66) B. Hecker, Strafrecht AT: Gemeinsamer Tatplan und Mittäterexzess, JuS 2013, 943 ff., 944; Krey/Esner, (Fn. IV-2), § 28 Rn 947; Kühl, (Fn. IV-3), § 20 Rn 118; BGH NSTZ 2005, 261 (262).
- (67) Kühl, (Fn. IV-3), § 20 Rn 118; H. Otto, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 246 ff., 252 f.
- (68) BGH MDR 1966, 197; Kühl, (Fn. IV-3), § 20 Rn 118; Rengier, (Fn. IV-36), § 44 Rn 23 f.; Schönemann, (Fn. III-60), § 25 Rn 176; W. Joecks, Münchner Kommentar zum StGB, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, § 25 Rn 237.
- (69) BGH NSTZ 2009, 25; Kühl, (Fn. IV-3), § 20 Rn 118; C. Roxin, Zum Ausscheiden eines Mittäters im Vorbereitungsstadium, NSTZ 2009, 7 ff., 9; R. Rengier, Täterschaft und Teilnahme — Unverändert aktuelle Streitpunkte, JuS 2010, 281, 285. (仲間が自分の協働と「監督」なしに襲撃をするなどということを用意しなかったという理由から、「無視されたこと」の故意を否定する)。
- (70) Geppert, (Fn. IV-33), 38; Krey/Esner, (Fn. IV-2), § 28 Rn 948.
- (71) BGH NSTZ 2009, 25.
- (72) わが国の判例は一貫して重い結果の発生についての過失の有無を問題とすることなく結果的加重犯の共同正犯を肯定する。傷害罪または傷害致死罪につき、最判昭和 23・5・8 刑集 2・5・478 「数名の者がある犯罪を行うことを通謀し、そのうち一部の者がその犯罪の実行行為を担当し遂行した場合には、他の実行行為に携わらなかった者も、之を実行した者と同様にその犯罪の責を負うべきものであって、この理は数名の者が他人に対し暴行を加えようと通謀し、そのうち一部の者が他人に対し暴行を加え之を死傷に致したときにもあてはまるものである」。強盗致傷罪につき、最判昭和 22・11・5 刑集 1・1 「およそ強盗の共犯者中の一人の施用した財物奪取の手段としての暴行の結果、被害者に傷害を生ぜしめたときは、その共犯者の全員につき、強盗傷人

罪は成立するのであって、このことは強盗傷人罪が所謂結果犯たるの故に外ならない……原判決を目して審理に尽さざる所があると云い、或は過失犯に共同正犯なしとする理論を援用して、結果的加重犯たる強盗傷人罪にも共同正犯なしと云うが如き所論は、いずれも独自の见解であって、ともに採用に値しない」。強姦致傷罪につき、大判明治41・4・14刑録14・391、最判昭和25・6・6刑集4・6・950。結論的に判例の立場を支持するのが、内田(III-19)331頁、團藤(I-149)402頁注2、平野(I-105)389頁、藤木(III-104)292頁。なお、行為共同説からの肯定説に、木村(I-104)405頁、同説からの否定説に、宮本英脩『刑法学粹』1931・402頁、犯罪共同説からの肯定説に、大塚(I-113)299頁、同説からの否定説に、香川達夫『刑法講義総論』第3版・1995・347頁、同「結果的加重犯」(『刑法講座第3巻』所収・1963)153頁以下、167頁。

- (73) *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 34 Rn 1241a; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 179; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 179; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 829.
- (74) *Geppert*, (Fn. IV-33), 32; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 117; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 829.
- (75) *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 195 (共謀者に向けて発砲することにより共同の所為計画を非故意で超えた。それ故、丙にとっては方法の錯誤である): *ders.*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl. 2015, 736 mit Fn. 737; *Schünemann*, (Fn. Fn. III-60), § 25 Rn 177.
- (76) *H.-L. Schreiber*, Grundfälle zu „error in objekto“ und „aberratio ictus“ im Strafrecht, JuS 1985, 873 ff., 876.
- (77) *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 101; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 121; *W. Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, 38 ff.; *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 43 Rn 65; auch *Geppert*, (Fn. IV-33), 32. 参照、大判昭和6・7・8刑集10・312(被告人甲等は丙殺害を共謀したが、甲は犯行現場で丁を丙と誤認して狙撃し銃剣を負わしめたという事案。殺人未遂罪の共同正犯成立)「犯意トハ法定ノ範圍ニ於ケル罪トナルヘキ事実ノ認識ヲ云フモノナレハ行為者カ被害者ヲ誤認シ殺意ヲ以テ暴行ヲ加ヘ他人ヲ殺傷シタル場合ニ於テモ行為者ノ認識シタル犯罪事実ト現ニ發生シタル事実トハ法定ノ範圍ニ於テ一致スルヲ以テ行為者ハ現ニ發生シタル事実ニ付認識ヲ欠クモノニ非サルヤ論ナク数人カ殺人罪ノ遂行ヲ共謀シタル場合ニ於テ共謀者ノ或者カ被害者ヲ誤認シ暴行ヲ為シタルトキト雖行為者及ヒ他ノ共謀者ノ認識シタル事実ト現ニ發生シタル事実トハ法定ノ範圍ニ於テ符号スルヲ以テ共謀者全部ハ現ニ發生シタル事実ニ付認識ヲ欠クコトナク若シ他ノ共謀者カ殺人罪ノ実行行為又ハ之ト密接且必要ナル行為ヲ為スニ於テハ被害者ヲ誤認セルト否トニ拘ラス行為者ト共ニ殺人罪ノ刑責ヲ免カルコトヲ得サルモノトス」。
- (78) *Gropp*, (Fn. I-27), § 13 Rn 163; *Schreiber*, (Fn. IV-76), 876.
- (79) *Freund*, (Fn. I-51), § 10 Rn 175 f.; *Heine/WeiBer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 101; *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 34 Rn 1240; *Kindhäuser*, (Fn. III-135), § 40 Rn 22; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 122; *Küper*, (Fn. IV-77), 40 ff.; *Seher*, (Fn. IV-5),

- 306; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 830; insoweit auch *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 951 (但し、共同の支配の欠如を理由に謀殺罪の共同正犯を否定する)。
- (80) *Th. Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen 60 Aufl., 2013, § 22 Rn 23a; *H.-J. Hauf*, Neuere Entscheidungen zur Mittäterschaft unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Aufgabe der Mitwirkung eines Beteiligten während der Tatausführung bzw. vor Eintritt in das Versuchsstadium, *NStZ* 1994, 263 ff.
- (81) *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. III-184), § 40 Rn 18; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 123a; *Seher*, (Fn. IV-5), 306 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. I-130), § 17 Rn 871.
- (82) *Geppert*, (Fn. IV-33), 34; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 954; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 104; *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 192, 219; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 832.
- (83) 木村 (I-104) 408 頁。
- (84) 植松 (IV-16) 354 頁以下。
- (85) 岡野光雄「承継的共犯」岡野光雄編著『刑法演習 I [総論]』1987・204 頁以下。
- (86) 曾根 (III-22) 258 頁、浅田 (III-12) 422 頁、中山 (III-12) 460 頁。
- (87) 平場 (I-145) 156 頁以下。
- (88) 大塚 (I-113) 295 頁。
- (89) 大谷 (II-7) 419 頁以下、福田 (I-137) 272 頁、藤木 (III-104) 290 頁以下。
- (90) 平野 (I-105) 382 頁以下。内田 (III-19) 300 頁。
- (91) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 96; *Joecks*, (Fn. IV-68), § 25 Rn 211; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 129; G. *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT 1, 4. Aufl., 2011, § 13 Rn 54; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 88
- (92) BGH *NStZ* 2012, 207.
- (93) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 957 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 833.
- (94) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 959; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 129.
- (95) 井田 (III-20) 521 頁、斎藤誠二『特別講義刑法』1991・205 頁、高橋 (III-24) 474 頁。
- (96) *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 34 Rn 1239; *Seher*, (Fn. IV-5), 306; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 834. [設例 13] のような場合、ドイツ判例に依れば、途中で加わった者が結果の発生をなお促進でき、共同正犯者間に何らかの意思疎通が行われた限り、承継的正犯の成立が可能である。こういった要件の下で、「分業的」共同正犯の典型的状況が見られるというのである。したがって、[設例 13] では、強盗罪の共同正犯が成立することになろう。乙は結果の発生をなお促進できたし、それどころか自ら盗取行為を行っており、しかも、甲の呼びかけによって、甲と乙の間に意思疎通もあったからである。但し、甲による傷害に関しては、それは既に完結していたので、これに関する(承継的)共同正犯は成立しない。BGH *NStZ* 2008, 280; *NStZ* 12, 207; *NStZ-RR* 14, 73; *NStZ* 16, 607.

- (97) 藤木（III-104）290頁以下。
- (98) 参照、斎藤（IV-94）204頁。
- (99) 参照、斎藤（IV-94）204頁。
- (100) 斎藤（IV-94）204頁以下、中野次雄『刑法総論概要』第3版・1992・149頁以下注1、2。横浜地判昭和56・7・17判時1011・142（数名で恐喝を共謀し、被害者に暴行を加え傷害を負わせた後に、現場に着て、その後の現金の受け取りのみに関与した者につき、「恐喝の正犯意思を有していたとまでは認め難い」として、恐喝罪の幫助犯が成立する）。
- (101) 参照、斎藤（IV-94）205頁。強盜罪説として、大谷（II-7）421頁「先行者である強盜犯人が被害者を殺害した後に、奪取行為についてのみに関与したにすぎないときは、後行者は殺人という結果でなく被害者の抵抗不能の状態を利用したにすぎないから、後行者の罪責は強盜罪にとどめるべき」。同旨、平野（I-105）382頁、藤木（III-104）291頁。強盜殺人罪説として、植松（IV-16）355頁。なお、大判昭和13・11・18〔夫が強盜殺人を犯した後に、気になって被害者宅に来た妻が、夫の金品物色を幫助したという事案〕「刑法第二百四十条後段ノ罪ハ強盜罪ト殺人罪若ハ傷害致死罪ヲ構成スルナルヲ以テ他人カ強盜ノ目的ヲ以テ人ヲ殺害シタル事実ヲ知悉シ其ノ企図スル犯行ヲ容易ナラシムル意思ノ下ニ該強盜殺人罪ノ一部タル強取行為ニ加担シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所為ニ対シテハ強盜殺人罪ノ從犯ヲ以テ問擬スルヲ相当ト」する。
- (102) 参照、斎藤（IV-94）205頁。
- (103) 否定説、大谷（II-7）422頁、平野（I-105）382頁、藤木（III-104）291頁。肯定説、福田（I-137）248頁。
- (104) 同旨、浦和地判昭和33・3・28一審刑集1・3・455。
- (105) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 962; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 126; *Heinrich*, (Fn. IV-2), Rn 1239; § 34; *C. Roxin*, *Strafrecht AT*, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn 107; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 835. 東京高判昭和34・12・7高刑集12・10・980（他人が不法に監禁されているとき、「其の途中より犯行を十分認識し乍ら犯意を共通して右監禁状態を利用し依然他人等の監禁を続けた」加担者は、加担前の監禁をも含めた全部につき責任を負う）。
- (106) *Geppert*, (Fn. IV-33), 34 f.; *Kindhäuser*, (Fn. III-135), § 40 Rn 10 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 964; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 127; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 835. ドイツの判例は、この段階でもなお承継的正犯は可能だとするが、その理由は、既遂をもって承継的正犯の成立する最後の時点とすることは偶然に左右される結果に繋がるというものである。BGH NStZ 2016, 211; BGH NStZ 2000, 594; NStZ 2003, 85. これに対して、ドイツ刑法第25条第2項が「犯罪」の共同遂行を要求しているところ、犯罪が既に既遂になっているのになお共同正犯を認めることは、基本法第103条第2項に反して「法文の意味の限界を超える」との批判が向けられる。
- (107) *Krey/Esser*, (Fn. IV-4), § 28 Rn 965.
- (108) 井田（III-20）522頁以下。

- (109) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 968; *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 234; *Seher*, JuS 2009, (Fn. IV-5), 305; *J. Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 42. Aufl., 2012, § 13 Rn 530.
- (110) *Jakobs*, (Fn. I-75), Abschn 21 Rn 44; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 968, § 22 Rn 757 f.
- (111) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 22 Rn 757 f.

Täterschaft und Teilnahme (9)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik

I. Grundlegende Begriffe

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

II. Teilnahmesystem

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

III. Einheitstätersystem

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

IV. Täterschaft und Teilnahme im japanischen Strafrecht

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

Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

1. Allgemeine Kennzeichnung
 - A. Begriff der mittelbarer Täterschaft

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

Kapitel IV Mittäter (Tätertypen 3)

- 1. Die Bedeutung der gesetzlichen Normierung der Mittäterschaft
- 2. Theorie de l'unité du delit und Theorie de l'unité de l'entreprise
 - A. Lehre
 - B. Rechtsprechung
 - C. Funktionale Tatherrschaftslehre

3. Voraussetzungen der Mittäterschaft
 - A. Gemeinsamer Tatentschluß/Tatplan
 - a. Abgrenzung von Mittäterschaft und Nebentäterschaft
 - b. Abstandnahme vom gemeinsamen Tatentschluß
 - aa. Abstandnahme im Versuchsstadium
 - bb. Abstandnahme im Vorbereitungsstadium (Band 56, Nr. 4)
4. Exzess eines Mittäters
5. Irrtum eines Mittäters
 - A. Bedeutung des error in persona eines Mittäters für die anderen
 - B. Vermeintliche Mittäterschaft
6. Gemeinsamer Tatentschluß und sukzessive Mittäterschaft
 - A. Meinungsstreit bei uns
 - B. Zeitliche Grenzen der Mittäterschaft
 - a. Sukzessive Mittäterschaft vor Vollendung der Straftat
 - b. Sukzessive Mittäterschaft nach Vollendung der Straftat?
(Band 57, Nr. 1)
(Die Fortsetzung folgt.)

