

タイトル	正犯と共犯（10）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，57(2)：71-95
発行日	2021-09-30

論 説

正犯と共犯（10）

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
 - C. 正犯者と共犯者に対する同一法定刑の問題性

（以上第54巻第2号）

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)

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節 共同実行

1. 所為寄与の重要性と因果関係

A. 個々の所為寄与の重要性 (= 核心性)

B. 集合因果関係

2. 実行段階における協働

3. 準備段階における協働

4. 狭義の所為支配説と広義の所為支配説

5. 共謀共同正犯

A. 判例の変遷

(以上第57巻第2号)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

第4節 共同実行

共同正犯は共同の所為決意に関与するだけでなく、さらに進んで、共

同の所為意思がはっきりと外在化されることを要する。この客観的所為寄与によって、所為結果が分業的に実現されるのである。この所為寄与は、共同正犯と共犯（教唆犯・幫助犯）との境界づけを可能とする。

1. 所為寄与の重要性和因果関係

A. 個々の所為寄与の重要性（＝核心性） 共同正犯者の所為寄与は直接的所為行為であることを要しない。規準となるのは、個々の関与者が実現される構成要件に照らして**重要な所為寄与**（ein wesentlicher Tatbeitrag）を行うということである。問題は、この**重要な所為寄与**がいかなる特質を有しなければならないかという点にある。個々の所為寄与が、単独で構成要件要素をすべて充足している場合、この重要性を肯定できることに問題はない。問題となるのは、関与者の個々の寄与が構成要件要素を完全には充足していないとか、かかる要素をまったく充足していないという場合である。こういった場合、諸関与者とこれらの者の所為寄与との間に相互依存が創出される、つまり、個々の所為寄与の所為形成効果が見られるなら、重要性が肯定される。この依存関係の存否を判断するために、因果関係の存否を判断するためにも利用されることのある**条件公式**（Conditio-sine-qua-non-Formel）が利用されたりもする。すなわち、犯罪を実行するための諸関与者の共同の犯行計画、個別事案の具体的事情からすると、犯罪の成否が個々の寄与に左右されるようなとき、当該個々の寄与は重要である⁽¹¹²⁾。個々人は、事象経路の「中心人物」と見られるためには、集団にとって**不可欠な存在**でなければならない⁽¹¹³⁾。

しかし、「重要性」の判断基準として条件公式を利用することは適切でない。条件公式の意味での重要な個別寄与というものは、一人の共同正犯者が構成要件を既に完全に自ら充足している場合、既に存在しえないからである⁽¹¹⁴⁾。加えて、関与する者が多くなるほど、ある関与者の不在や力不足があっても、他の関与者がこれを埋め合わせる術をもっているのが普通である。こういった場合、条件公式が適用されると、重要性が、したがって、共同正犯の成立が否定されることになる。**加算的所為寄与**、すなわち、複数の同種の所為寄与が単独でも結果を招来しうるが、結果の発生をより蓋然的にするため同時に複数の者が発砲する場合、例えば、20人の暗殺者が取り決め通り同時に共同の被害者に向けて射撃するが、

それらの弾丸のいくつかは当たったが、他は当らなかったという場合、個々の寄与を取り去って考えると、結果は必然的に生じなくなるとは云えない⁽¹¹⁵⁾。代替的所為寄与、すなわち、甲と乙は被害者丙を殺害したいが、丙が左河岸道を通って来るか右河岸道を通って来るか正確には分からないので、それぞれ異なった道で丙を待ち伏せたという場合も、結果となって現れなかった個々の行為を放棄することが不可能だったとは云えない⁽¹¹⁶⁾。

既に指摘したように、「重要性」が認められるのは、諸関与者とこれらの者の所為寄与との間に相互依存があるとき、つまり、互いに相手を頼りにしている場合である。そうすると、個々人が所為の実行において決定的役割を果たしたか否かを事後的観点から判断することは誤りである。「むしろ、個々人は、相応の状況が生じたときに自分が重要になりえたとき、そのとき既にどうしても必要な機能を果たすのである」⁽¹¹⁷⁾。すなわち、個々の寄与の重要性の判断は、事後的観点から行われるのではない。むしろ、決定的なのは、個々の寄与が事前に、個々の事案の犯行計画、全体事情を考慮して、犯罪実行にとり重要であるか否か、つまり、個々人が初期の段階で重要でありえたか否かである⁽¹¹⁸⁾。当該の寄与が事前の観点から不可欠であるとき、それが事後的に重要でないことが判明した場合ですら、事は変わらない。例えば、主要な場所で見張りをしている関与者は、現実には警報を出さねばならないとき初めて共同正犯者となるのではなく、それとは関係なく、犯罪の成否が当該関与者次第である可能性があり、実際に当該場所にいるときに既に共同正犯者となるのである⁽¹¹⁹⁾。

重要性を事前の観点から考察すると、上記のような場合にも重要性が肯定される。すなわち、一人の関与者が自ら既に構成要件要素を充足している場合、他の者の必然条件が可能でないにしても、事前の観点から、犯罪の成否が個々人次第でありえたということで充分なのである⁽¹²⁰⁾。さらに、加算的共同正犯の場合、複数の同種の所為寄与が単独でも結果を招来しうるが、結果の発生を確実にするために複数の発砲をするとき、個々の射手は、その寄与が所為の成功を確実にするという点で決定的立場を有している⁽¹²¹⁾。したがって、相互依存が見られる。事前の観点からは、所為寄与のどれもが重要であって、どの発砲が被害者に当たったか、

どの部位に当たったか、あるいは、複数の関与者が関与したことに鑑み全く余計であったかというようなことは問題とならない⁽¹²²⁾。誰の所為寄与が結果を具体的に招来したかを事後的に解明する必要が無いのは、全部の所為寄与が関与者相互に帰属されるからである⁽¹²³⁾。代替的共同正犯の場合も、事前の観点からは、被害者を確実に殺害するためには、甲の所為寄与も乙の所為寄与も重要である。被害者の通る可能性のある二つの道路にそれぞれ待ち伏せすることは、丙を相互補充的に確実に捕まえて「代替的に」射殺できるという点で、結局は両者の一人によって実現される殺人既遂にとって重要と云える⁽¹²⁴⁾。この事例は「死の罫」とも呼ばれる。甲と乙はこれを仕掛け、これにそれぞれが寄与する。それぞれの寄与は、事前の観点からは、うまく行かないということなしには、取り去って考えることができない⁽¹²⁵⁾。

B. 集合因果関係 共同正犯の成立は、単独正犯とは異なり、個々の関与者が自ら犯罪構成要件を充足することを要求するものではない。共同正犯という法形象の機能は、構成要件実現のために必要な他人の所為寄与を、構成要件を自らは自己の行為によって充足することのない者に帰属させるところにある。このことは、単独正犯を定めた各則の刑罰規範が、「共同」で行われた場合にも充足されうるように拡張されることを意味する⁽¹²⁶⁾。そうすると、この集合性は共同正犯の因果関係にも反映されなければならない。すなわち、共同正犯者は個々ののではなく、共同して一個の犯罪（全体所為。Gesamttat）を行うのである。単独正犯の因果関係は単独正犯者の行為と結果の間の因果関係を要求するのであるが、これをそのまま共同正犯の因果関係に移すわけにはいかない。集合正犯とも云える共同正犯の因果関係は全体所為、つまり、個々の行為の総計からなる集合と結果との間に存在しなければならないのである。このことから共同正犯の「集合因果的」機能が判明するのである。事後的に確定されるべき因果連関は個々の所為寄与と結果との間ではなく、全体所為（集合）と結果との間に存在しなければならない⁽¹²⁷⁾。例えば、5人の射手が共同で被害者に発砲するとき、それは5個の相互独立した殺人行為ではなく、1個の共同で行われた殺人行為である。諸関与者が全体所為を共同で行ったと云えるのであれば、個人の個々の所為寄与と犯罪結果の間の因果関係を要求するのは誤りである⁽¹²⁸⁾。

2. 実行段階における協働

実行行為段階での重要な所為寄与が共同正犯を基礎づけるが、従属的意義しか認められない寄与は幫助として評価されねばならないことについて、異論は見られない⁽¹²⁹⁾。例えば、甲が丙に暴行を加え、乙がその間に丙から金品を強取するとか⁽¹³⁰⁾、甲が丙に暴行を加え、その間に乙が丙に性交に及ぶ場合、甲にも乙にも重要な所為寄与がある⁽¹³¹⁾。多行為犯罪では部分的行為の協働で十分たりうるのである⁽¹³²⁾。爆発物に精通している者が銀行侵入に関与するが、万が一金庫を合鍵で開けることができない場合にだけ介入することになっている場合、その寄与が実行行為段階で余計になったときでも、その場に居る爆発物専門家の共同正犯の成立は否定できない⁽¹³³⁾。これに対して、所為手段を調達する（例えば、侵入用の道具を提供する）とか障害物を除去する者は、特別の事情がある場合にのみ共同正犯者と見られうる所為寄与、すなわち全体所為にとって重要である所為に限定される。見張りとか逃走用自動車の運転による関与は直接犯行を行う関与と比較すると支援的役割しか認められない場合もあるが、しかし、結果の成否を左右するほど重要な場合もある⁽¹³⁴⁾。例えば、侵入窃盗のときの逃走用自動車の運転者で、エンジンを切らないまま仲間を待っていて、重い金庫の搬出と逃走を可能にする場合である⁽¹³⁵⁾。見張りも、邪魔されずにうまくやれるための任務を割り当てられている場合、共同正犯を基礎づける⁽¹³⁶⁾。犯行現場にいますが、そのことで正犯者の所為の断固たる決心を強めることだけに役立つだけなら、共同正犯を基礎づけない⁽¹³⁷⁾。激励の呼びかけとか⁽¹³⁸⁾、難儀している侵入者に清涼飲料水を提供するのも共同正犯を基礎づけない⁽¹³⁹⁾。所為寄与を単に約束するのは、それが履行され、それも外部にはっきりと現れない限り、共同正犯とはならない⁽¹⁴⁰⁾。心理的所為寄与であっても、全体所為にとって重要である場合、例えば、技術的難点の解決に必要な教示、例えば、窃盗、文書偽造あるいは放火の場合⁽¹⁴¹⁾である。実行行為の前あるいはその際になされた助言が共同正犯を基礎づけるのは、それによって全体所為が計画上共同形成される場合に限られる⁽¹⁴²⁾。

3. 準備段階における協働

共同正犯は、個々の関与者が実行行為段階で所為寄与をする場合に限定されるか否かについては議論の分かれるところであるが、準備段階に

おける所為寄与も、後に行われる実行行為に照らして、一定の要件の下で共同正犯の成立が認められるべきである。決定的なのは、所為寄与の質である。機能的支配が認められるのは、所為寄与が、全体計画に照らして実行段階における意欲された結果実現のための不可欠の要件となっている場合、つまり、全体計画の実現を左右するほど重要である場合である。その所為寄与の時点、つまり、実行行為段階で行われたか、予備の段階で行われたかは問題とならないのである。実行行為に際してどのような影響力を有したかが決定的なのである。準備段階における協働が所為実行に対して持続的影響を及ぼすほど、それだけ所為実行の現場に居合わせる必要性が減少する⁽¹⁴³⁾。このことは特に所為を立案・組織する者において明らかとなる。複数の者によって行われる犯罪を立案、組織化することも共同正犯を基礎づける。企画・組織者は、その前段階所為によって意のままに実行行為段階での関与者の行為を指示し、個々の役割を割り当てることができるのであり、したがってまた所為の直接的実行段階を支配するのである⁽¹⁴⁴⁾。直接的行為者が同様に影響を及ぼすこと、いかなる範囲で役割配分に考慮を払うかということが、準備段階の寄与が所為実行に際して決定的影響を及ぼす限り、計画者の正犯的立場を認めることの妨げとはならないのである⁽¹⁴⁵⁾。他方で、徒党の首領によって練られた所為計画が他の共謀者によって結局実行されず、他の所為が実現される場合、共同正犯は認められない。このことは所為寄与の重要性というのは関与者間で合意を見た役割分担だけでなく、現実の所為経緯によっても判断されねばならないことを意味する⁽¹⁴⁶⁾。

共同正犯の可能性が直接的所為実行前の行為に拡張されるが、共犯との境界づけという点で、いかなる任意のそして些細な協働でも共同正犯を基礎づけるというわけではない⁽¹⁴⁷⁾。たんなる申し合わせの関与は、それが所為の共同形成それ自体に表れない場合、共同正犯を基礎づけるのに十分でない。それ故、見張りや逃走自動車の運転者としての協働であっても、所為実行に何らの影響も無いとき、共同正犯を基礎づけるのに十分でない⁽¹⁴⁸⁾。同様に、盗品の現金化を引き受けるとか⁽¹⁴⁹⁾、薬物運搬のたんなる約束⁽¹⁵⁰⁾も十分でない。一般的に、所為既遂の後ではじめて行われることとなる行為を所為の前段階で約束することは、せいぜい、その約束だけで所為の遂行を決定的に容易にする場合に共同正犯を基礎づけうる。この場合も決定的なのは、共同の所為決意に基づくと全体所

為実現のために所為寄与にいかなる重要性が認められるかということである⁽¹⁵¹⁾。また、異なった行為者が、「共同で得られた情報かそれとも共同の考察に基づくものであれ、同種の犯行を行うために都合の良い状況を利用する決意をする」に過ぎない場合、共同正犯は成立しない。例えば、甲と乙が、支払いの意思がないことを秘して、百貨店を騙して物品を配達させることを一緒に決意するが、甲も乙も別々に且つ独立して欺罔行為をする場合である⁽¹⁵²⁾。

4. 狭義の所為支配説と広義の所為支配説 上述3では、準備段階において協働する者の共同正犯の成否について考察されたのであるが、ドイツ語圏刑法学では、準備段階においてのみ協働する者の共同正犯を否定する有力な見解がある。それは、共同正犯を特徴づける機能的所為支配の理解の違いに基づくのである。肯定説は、準備段階における重要な協働があれば、共同正犯の成立には十分であるとするのであるが（**広義の所為支配説＝穏健な所為支配説**）⁽¹⁵³⁾、否定説は、関与者は外でもなく実行行為の段階で共同支配を有しなければならず、共同正犯というのは構成要件行為を共同で支配することだと解するのである（**狭義の所為支配説＝厳格所為支配説**）⁽¹⁵⁴⁾。但し、否定説によっても、犯行現場に共同正犯者が居合わせるということは必ずしも必要でない。例えば、犯行現場にいない者が遠隔通信（携帯電話等）で犯行現場にいる者と連絡を取っていて、事態の変化に応じて犯行の詳細な指示を与えるなら、この指示者も、いわば犯行現場にいるかのように扱われ、共同正犯者となる⁽¹⁵⁵⁾。以下、〔設例16〕を基に諸説の違いを浮き彫りにしよう。

〔設例16〕甲（首領）、乙、丙及び丁は路上強盗を生業とする小徒党集団の構成員である。ある日、乙、丙及び丁は甲の計画に則りそしてその詳細な指示に従い年金生活者を狙った3件の強盗を働いた。丁がその都度裕福に見える被害者を探し、それらを乙、丙に合図した。それから、乙が被害者に激しい拳打ちを加え、しっかりと捕え、その間に丙が被害者の札入れをつかみ急いで立ち去った。丙はその都度現金を盗取した札入れから取り出したが、札入れ自体、クレジットカード、ユーロチェックカード、証明書等は犯行計画に則り捨てた。このようにして年金生活者3人が襲われた。（クライ/エッサーの設例）

先ず、乙と丙の強盗罪の共同正犯としての可罰性：乙と丙は共同の犯行計画に基づいて分業的協働で3件の襲撃事件で暴行を手段として可動物を強取した。両者に所為の共同支配があった。乙と丙はお互いに他の者の行為を自己の行為のように帰属されねばならない。乙も丙も札入れの紙幣に関して領得目的をもっていった。したがって、乙と丙は共同で強盗を働いたのであり、共同正犯者として3件の強盗罪に問擬される⁽¹⁵⁶⁾。

次に、丁の強盗罪の共同正犯としての可罰性：丁には共同の所為決意はあった。問題となるのは、丁は3事件を乙、丙と共同で遂行したか否かである。

①狭義の所為支配説によれば、共同正犯は所為の実行の際に共同支配を要求する。そのためには、機能的支配が犯罪の未遂開始と既遂の間の段階で必要である。この共同支配には、自分の手で構成要件要素を充足することは必ずしも重要でない。むしろ、例えば、強盗では、自分の手で暴行をする又は財物を奪取する共犯者と並んで、共同の所為決意に基づき他の方法で所為実行を分業的協働で共同支配する関与者も共同正犯者でありうる。例えば、ア) 犯行計画によると犯行が成功するための衛兵役を立てることが重要となりえた場合の見張り番、イ) 犯行に際して歩行者や警察官の注意をそらす関与者、ウ) 誰を直ちに被害者として狙うかを犯行時、犯行現場で決定する者、エ) 逃走用自動車の運転者の寄与が、犯行事情からすると、犯行をするための重要な前提として、したがって、犯行が成功するための放棄できない寄与と見られうる場合のその運転者⁽¹⁵⁷⁾。

そうすると、丁に強盗の共同支配を肯定されうるかもしれない。強盗被害者となる者を指し示して教える行為から、犯行計画からすると、すでに未遂の開始がある。丁は、犯罪の未遂と既遂の間の段階で被害者を特定することによって強盗を共同支配したのである。したがって、丁も3件の犯罪を乙、丙と共同で遂行したのである。丁は3件の強盗の廉で共同正犯者としての罪責を問われる⁽¹⁵⁸⁾。

②広義の所為支配説によれば、共同支配には準備段階における重要な所為寄与も十分であるので、[設例 16] では狭義の所為支配説と同じ結論が得られる⁽¹⁵⁹⁾。

③主観説も同じ結論に至る。丁は所為利益と所為支配を有していた。丁は主観説の意味で正犯者意思をもって行為をした。主観説によれば、

客観的に何らかの因果的所為寄与をし、主観的に所為を自己の所為として意欲した者が共同正犯者であるから、丁は3件の強盗罪の廉で共同正犯者として問擬される⁽¹⁶⁰⁾。

甲の強盗罪の共同正犯としての可能性：最後に甲の強盗罪の共同正犯の可能性がもっとも問題となる。まず、甲に間接正犯としての強盗罪は成立しない。乙、丙及び丁自身は強盗罪の正犯者である。乙、丙及び丁を道具と見るなら、甲は間接正犯者としては正犯者の背後の正犯者ということになる。しかし、この法形象は支持できないことは既に論じた(参照、第3章第3節)。仮にドイツの判例のようにこの法形象を認めるとしても、本設例の小徒党集団による犯罪は「マフィア類似の組織犯罪」とは云えないので、やはり甲は間接正犯者とはなりえない⁽¹⁶¹⁾。

次に、甲の共同正犯の成否であるが、その要件としての、共同の所為決意は存在する。しかし、この犯罪行為の共同の遂行があるかが問題となる。

①狭義の所為支配説。本説は、関与者の実行行為段階における重要な協働を要件とする。もっとも、犯行現場にいることは必ずしも必要でないが、犯行現場不在者は実行行為者に無線連絡等により実行行為者に指示することが必要である。甲は、強盗の実行を乙、丙及び丙に委ねたので、「影響を与えた」と云えるものの、「支配した」とは云えない。甲の犯罪の準備の段階での協働は、重要な所為寄与だとしても、機能的所為支配は分業による構成要件実現に関係しなければならないので、共同の遂行を認めるのには十分でない。本説に依ると、甲には強盗罪の共同正犯ではなく、教唆犯が成立する⁽¹⁶²⁾。

②広義の所為支配説。本説によれば、甲の共同正犯は認められる。本説はもともと[設例16]のような場合に対処するべく展開されたのである。共同正犯を肯定するためには、準備段階における所為寄与は、それが重要な「準備行為」である限り、それで十分である。この行為は、実行行為段階において自己の寄与がないことから、共同の所為にとっての意義によって相殺できなければならず、その後の実行行為を補充するものとして機能的所為支配を基礎づけねばならない⁽¹⁶³⁾。十分に重要とはいえない支援的寄与は幫助の形態の共犯を基礎づけうるにすぎない。本説によれば、甲は強盗の共同正犯者である。甲は所為を計画し、犯罪を

行うための詳細な指示を与えた。この形成支配 (Gestaltungsherrschaft) は共同正犯者の所為支配 (共同支配) の要請に十分応えているというべきである⁽¹⁶⁴⁾。

③主観説。本説は、正犯と共犯を正犯者意思と共犯者意思によって区別するので、実行行為の段階での関与は要求されない。客観的には準備段階での因果的所為寄与があればそれでも十分である⁽¹⁶⁵⁾。甲に強盗罪の共同正犯が成立することは明らかである。

主観説が支持し得ないことは既に論じたので (第1章第2節2B)⁽¹⁶⁶⁾、ここでは所為支配説のみを取り上げる。狭義の所為支配説は主として二つの根拠を挙げる。その一は、法文上の根拠であり、共同正犯は犯罪行為の「共同の遂行」を要求するところ、準備の (不処罰) 段階における単なる協働がこれに当たるとはいえないというものである。その二は、所為支配を根拠とするもので、犯罪行為の遂行の共同支配の要請に準備段階の所為寄与で十分とするなら、所為支配が希薄化するというものである。法律に忠実であることの利益、結果の妥当性、所為支配説がもたらした法的安定性が広義の所為支配説によって危うくなると論じられる⁽¹⁶⁷⁾。

狭義の所為支配説は支持できない。犯行現場にいないが、そこで構成要件該当行為を行う者を携帯電話等で指図する関与者には共同正犯が認められる (遍在 (Omnipräsenz)) が、犯行現場にいないが、しかし、犯行の準備段階で犯行の成否を左右する重要な役割を果たした関与者には共犯しか成立しないというのは理解し難いことである⁽¹⁶⁸⁾。法文からも狭義の支配概念が一義的に導きだされるわけではない⁽¹⁶⁹⁾。「共同の遂行」を狭義の所為支配に限定する理由はない。理論的に重要なことは、事前の所為寄与が、その後の所為事象の間、すべて関与者の活動の一部として重要な持続的効果を有していること、そして、このことが当初の所為決意に包含されているということだけである⁽¹⁷⁰⁾。

實際上多く見られるように、徒党の首領は、犯罪の立案と組織化に当り決定的な役割を果たし、その指図に他の構成員は従うのであり、それ故、犯行の「成果」は頭領の立案・組織化に依存する。徒党の首領は、実行行為段階で協働することは無いが、他者を唆して自分にとって「よその所為」をさせるのではなく、その共謀者と「認識のある且つ意欲さ

れた協働」をすることで、共同の所為を行うのである。準備段階におけるその指導的役割と機能及びその重要な効果に鑑み、その予備段階の所為寄与は実行行為段階における身体的所為寄与と同価値なのである。このことが、実行行為の段階で犯行現場に不在であるからといって、徒党の頭領を単なる縁の人物として教唆犯者として扱うことを許さないのである⁽¹⁷¹⁾。

5. 共謀共同正犯

実行段階における協働と並んで準備段階における協働においても共同正犯の成立する余地があるかについては、わが国では、「共謀共同正犯」の問題、つまり、実行行為を分担しなかった事前の共謀者も共同正犯者たりうるかという問題で論争的となってきた。すなわち、共謀共同正犯は、行為者間に共謀があり、その一部の者が共謀にかかわる犯罪の実行行為に出た場合に、実行を分担しなかった者も含め、共謀者全員に共同正犯が成立するというものである⁽¹⁷²⁾。

A. 判例の変遷 大審院は、すでに旧刑法時代から、複数の者が一定の犯罪を行うことを共謀した上、その中の一部の者が実行行為に出た以上、直接、実行行為に関与しなかった者をも含めて、共謀者の全員に共同正犯が成立するという立場を採っていた(大判明治28・12・19刑録1・5・88(強盗の見張り)、大判明治29・3・3刑録2・3・10(恐喝取財の共謀)、大判明治29・12・17刑録2・11・56(放火の見張り)。但し、大判明治24・4・27刑録明治24年～9月分45(単に正犯の留守居をしただけで、現に窃盗の犯所に臨まなかった場合は共同正犯でない))。現行刑法の施行後は、大審院は、「数人共謀シテ犯罪ヲ遂行スル為メ其方法ヲ劃策シタル末共謀者中ノ一人ヲシテ之カ実行ノ任ニ當タラシメタルトキハ・・・共謀者ハ右一人ヲ使役シ以テ自己ノ犯意ヲ遂行シタルモノ」(大判明治44・10・6刑録17・1618)と説示したが、「窃盗罪ノ実行ヲ謀議シタニ止マリ其實行々為若クハ之ニ密接且必要ナル行為ニ加担シタルニアラサル以上ハ窃盗罪実行正犯トシテ論スヘキニアラサル」(大判大正7・12・21新聞1522・21。大判大正3・6・19刑録20・1258)と説示して、共謀共同正犯を否定するものもあった。その後、大審院は、恐喝罪の事案において、「所謂知能的犯罪ノ遂行ニ付テハ其構成要件タル行為ニシテ身体的加功ヲ必要トスルノミナラス精神的加功ヲ要求スル

場合最多キニ居ル」(大判大正 11・4・18 刑集 1・233) ことを理由に共謀共同正犯を知能犯に限って肯定した。

しかし、その後、大審院は、放火罪(大判昭和 6・11・9 刑集 10・568)、殺人罪(大判昭和 8・11・13 刑集 12・1997)にも共謀共同正犯を適用し、さらに、窃盗罪・強盗罪にもその適用を広げた。大審院刑事連合部判決(大連判昭和 11・5・28 刑集 15・715)〔大森銀行ギャング事件〕〔共産党地下組織の幹部であった被告人が資金調達目的で銀行襲撃を計画、部下たちにそれを指示したところ、部下たちがそれを実行したという事案〕は、知能犯と実力犯の区別を問わず、共謀共同正犯を認めるに至った。「凡ソ共同正犯ノ本質ハ 2 人以上の者一心同体ノ如ク互ニ相倚リ相援ケテ各自ノ犯意ヲ共同ニ実現シ以テ特定ノ犯罪ヲ実行スルニ在リ。共同者カ皆既成ノ事実ニ対シ全責任ヲ負担セサルヘカラサル理由茲ニ存ス。若シ夫レ其ノ共同実現ノ手段ニ至リテハ必スシモ一律ニ非ス。或ハ俱ニ手ヲ下シテ犯意ヲ遂行スルコトアリ、或ハ又共ニ謀議ヲ凝シタル上其ノ一部ノ者ニ於テ之カ遂行ノ衝ニ当ルコトアリ、其ノ態様同シカラスト雖 2 者均シク協心協力ノ作用タルニ於テ其ノ価値異ナルトコロナシ。従テ其ノ孰ノ場合ニ於テモ共同正犯ノ関係ヲ認ムヘキヲ以テ原則ナリトス。但シ各本条ノ特別ノ規定ニ依リ之ト異ナリタル解釈ヲ下スヘキ場合ノ存スルハ言ヲ須タサルトコロナリ。而シテ窃盗罪並強盗罪ノ共同正犯関係ハ殺人傷害及放火等ノ罪ニ於ケルト同シク上叙原則ニ従フヘキモノニシテ之カ例外ヲ為スヘキ特質ヲ存スルモノニ非ス。即チ 2 人以上ノ者窃盗又ハ強盗ノ罪ヲ犯サンコトヲ謀議シ其ノ中或者ニ於テ之ヲ実行シタルトキハ爾余ノ者亦由テ以テ自己ノ犯意ヲ実現シタルモノトシテ共同正犯タルノ責ヲ負フヘキモノト解セサルヘカラス。本院從來ノ判例ハ初メ所謂知能犯ト実力犯トヲ區別シ前者ニ付テハ実行ヲ分担セサル共謀者ヲモ共同正犯トシ後二者ニ付テハ実行ヲ分担シタル者ニ非サレハ共同正犯ト為ササルノ見解ヲ採リタルモ、近來放火罪殺人罪等の如キ所謂実力犯ニ付テモ概ネ上叙原則ノ趣旨ヲ鮮明セルニ拘ラス窃盗罪並強盗罪ノ共同正犯ニ付テハ寧ロ例外的見地ヲ採用シ実行分担者ニ非サレハ之カ共同正犯タルヲ得サルモノト為シタルコト所論ノ如シト雖、之ヲ維持スヘキニ非ス。然レハ則チ原判決カ被告人ニ対シ所論ノ如キ事実ヲ認定シ窃盗罪ノ共同正犯及強盗罪ノ共同正犯トシテ処断シタルハ寔ニ正当」。本判決は「共同意思主体説」に立脚して共謀共同正犯を基礎づけようとしものである。

最高裁判所は、当初、前掲〔大森銀行ギャング事件〕判決（大連判昭和11・5・28）を踏襲した。最判昭和23・1・15刑集2・1・4は、強盗罪につき、「共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用して自己の意思を実行に移す」と説示して、共謀共同正犯を肯定した。しかし、最大判昭和33・5・28刑集12・8・1718〔練馬事件＝練馬署警察官傷害致死事件〕〔練馬区所在の某製紙会社の労働争議に関連して、某軍事組織の地区委員長であった被告人は、被告人乙と練馬署旭町駐在所の巡査丁の襲撃を謀議し、乙が具体的実行を指導することとした。その後、乙の連絡・指導の下で被告人丙ほか数名が現場に赴いて丁を襲撃して傷害を加え間もなく現場で死亡させたという事案〕「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その刑責に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するのを相当とする。他面ここにいう『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし『共謀』の事実が厳格な事実によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない」と判示して、共謀共同正犯の成立を限定しようとするとともに、前掲〔大森銀行ギャング事件〕判決（大連判昭和11・5・28）と異なった根拠づけを行った。

その後、最決昭和57・7・16刑集36・6・695〔大麻密輸入事件〕は、「原判決の認定したところによれば、被告人甲は、タイ国からの大麻密輸入を計画した乙からその実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、知人の丙に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己

の身代わりとし丙に引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（金 20 万円）を乙に提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人甲が右乙及び丙らと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認めた原判断は、正当である」と説示し、甲と丙の順次共謀、その他甲の果たした役割を考慮して「謀議を遂げた」と認定して共謀共同正犯の成立を認めた。

次いで、被告人が実行行為段階で実行行為者と行動を共にしていた場合につき、最決平成 15・5・1 刑集 57・5・507〔スワット事件〕が、〔暴力団組長である被告人が、車 5 台で都内を運行するにあたり、スワットと呼ばれる自己を警護する組員 5 名が、拳銃・実包を不法所持していたという事案〕について、「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた……被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるといふ被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等の所持をさせていたと評し得るのである」と説示し、けん銃等の所持につき、「黙示的な」意思の連絡と「指揮命令権限を有する地位」を考慮して被告人とスワット 5 名との間に共謀共同正犯の成立を認めた⁽¹⁷²⁾。

最決平成 17・11・29 裁判集刑 288・543〔会長付き組員事件〕も前掲〔スワット事件〕決定（最決平成 15・5・1）と同じくけん銃の不法所持の共謀共同正犯の成否が問題となった事案である。被告人甲（広域暴力団 Y 組の幹部であり会長）と被告人乙（広域暴力団 Y 組幹部、H 会総長）は、それぞれ Y 組幹部会に出席するため、ホテルに宿泊していたところ、同ホテルのロビーで K 会組員、H 会組員がけん銃を所持していたため、甲、乙がけん銃不法所持の共謀共同正犯に問擬された。甲について、1 審判決（大阪地判平成 13・3・14 判時 1746・159）は甲とけん銃を所持

していた組員との間の共謀を立証できないとして無罪としたが、2 審判決（大阪高判平成 16・2・24 判時 1881・140）は、K 会には会長を警護するための親衛隊と称する組織があり、けん銃を所持していた組員もこの構成員であったことなどから、甲と当該組員との間にはそれぞれ默示的な意思の連絡があったとして、共謀共同正犯の成立を肯定した。最高裁もこれを是認した。「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当り、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していたものであり、実質的にはこれらの者に本件けん銃等を所持させていたと評し得るなどとして、本件けん銃等の携帯所持について被告人に共謀共同正犯が成立するとした原判断は、正当として是認できる」。乙については、最判平成 21・10・19 判タ 1311・82 は、けん銃を所持していた組員丙、丁は対立組織からのけん銃による襲撃に備えてけん銃を所持していたところ、「被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下の丙、丁らを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、そのような状況のもとにおいては、他に特段の事情がない限り、被告人においても、丙、丁がけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受け入れて認容していたものと推認するのが相当である」と判示して、共謀共同正犯の成立を否定した原判決及び 1 審判決を破棄し、事件を大阪地裁に差し戻した。

 注

- (112) *K. Seelmann, Ch. Geth*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2016, Rn 422; BGE 120 IV 265, 272; 130 IV 58, 66; *Stratenwerth*, (Fn. IV-91), § 13 Rn 61; vgl. *Daniel Häring*, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, 135 f.
- (113) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 135.
- (114) *Härtig*, (Fn. IV-112), 136.
- (115) *Herzberg*, (Fn. I-154), 56 ff.
- (116) *H.J. Rudolphi*, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriff bei der Mittäterschaft, in: Bockelmann-FS, 369 ff., 379 ff.
- (117) *Roxin*, (Fn. I-19), 283.
- (118) *Hoyer* (Fn. I-154), § 25 Rn 109; *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 154, 159.
- (119) *Häring*, (Fn. IV-112), 137; *Roxin*, (Fn. IV-75), 283.
- (120) *Häring*, (Fn. IV-112), 137.
- (121) *Häring*, (Fn. IV-112), 138.

- (122) *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 111; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 109; *Rengier*, (Fn. IV-9), § 44 Rn 49; *Roxin*, (I-19), S. 767 Rn 426; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 195; 理由づけを異にするのが、*Herzberg*, (Fn. I-154), 56 ff. なお、BGH 39, 1, 30 (一方の国境警備兵の発砲が被害者に当り、他方の発砲が被害者に当らなかったことが認定された場合、後者の行為は結果と因果関係がないが、両者に故殺罪の共同正犯が成立する)。
- (123) *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 111; *Rengier*, (Fn. IV-9), § 44 Rn 49.
- (124) *Häring*, (Fn. IV-112), 138; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 110; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 109; *Rengier*, (Fn. IV-9), § 44 Rn 50; *Roxin*, (Fn. I-19), S. 768 Rn 428; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 193. なお、本設例の場合、ルードルフィーは、実行行為段階における所為寄与の相互支配という観点から、共同正犯を否定する。*Rudolphi*, (Fn. IV-116), 380.
- (125) *Roxin*, (Fn. I-19), S. 768 Rn 428
- (126) *Häring*, (Fn. IV-112), 140; vgl. *Roxin*, (Fn. III-60), Vor § 25 Rn 12; *Cramer/Heine*, (Fn. III-162), Vor §§ 25 Rn 6 f.
- (127) *Häring*, (Fn. IV-112), 141 u. FN 534; *Rengier*, (Fn. IV-36), § 44 Rn 41; *Renzikowski*, (Fn. III-135), 286 f.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 212 f.
- (128) *Häring*, (Fn. IV-112), 141.
- (129) BGH StraFo 2009, 344; *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 211; *Schünemann*, (Fn. III-60), 188; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 93.
- (130) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 107.
- (131) BGH 27, 205; NSTZ 2009, 700.
- (132) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 63 III 1.
- (133) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 70; vgl. *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 212 FN 282; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 190.
- (134) *Rengier*, (Fn. IV-9), § 44 Rn 45.
- (135) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Joecks*, (Fn. IV-68), § 25 Rn 220; *Rengier*, (Fn. IV-36), § 44 Rn 45.
- (136) *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 116. わが国における見張りの正犯性について、肯定説：小野 205 頁「実行行為の有無は二人以上の行為を全体として観察すべきであり、個々の行為のみを切断して観察すべきではない。此の意味に於て直接手を下さなくても、犯罪を共謀し且つ其の見張りを分担するが如きは、幫助で無く共同正犯と見込むべきであろう」。原則的否定説：團藤 395 頁「見張りは、当の構成要件該当事実の実現に対して行為支配をもったものといえるばあい—たとえば現場で現場で見張りをする親分—は格別、一般には幫助犯にすぎない」。同旨、福田 279 頁注 1。判例は、当初、見張りを実行の分担であることを理由として共同正犯を認めた(大判明治 44・12・21 刑録 17・2273)が、後に、共謀共同正犯の理論によって共同正犯とした。強盗罪につき、大判大正 11・10・27 刑集 1・593、最判昭和 23・3・11 刑集 2・3・185「原判決によれば、被告人は 3 人で『通行人を脅迫して金品を奪い取らうと相談して

- 同日午後 10 時頃』『通行中の甲を呼びとめ警察の者を装って同人を附近の隧道内に連れ込んだ上被告人は見張りをした』事実が認定されているのであって、本件犯罪は被告人も共謀の上行われたことは明白である。従って、論旨にいうが如く一言も発しなかったとしても、又強取された金について一銭の分け前にも与えられなかったとしても、被告人はその罪責を免れることはできない」、最判昭和 23・3・16 刑集 2・220 等。これに対して、賭博の見張りをにつき幫助犯とした判例として、大判大正 7・6・17 刑録 24・844「刑法第 185 条及第 186 条第 1 項ハ白ラ偶然ノ輸贏ニ関シ財物ヲ以テ博戯又ハ賭事ヲ為ス者ヲ処罰スルノ趣旨ナリト解スヘキヲ以テ単ニ賭博実行者ノ為メニ見張ヲ為ス行為ノ如クハ畢竟妨害ヲ排除シテ賭博実行ヲ容易ナラシメ則チ賭博犯を幫助シタル關係アルニ止マルモノト謂ハサルヘカラス」。殺人の見張りにつき幫助犯とした判例として、大阪地堺支判昭和 46・3・15 判タ 261・294。
- (137) BGH NSTZ-RR 2009, 121, 10, 255; *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Rengier*, (Fn. IV-9), § 44 Rn 47; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 216.
- (138) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 109; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 211; *Schünemann* (Fn. III-60), § 25 Rn 188.
- (139) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132) § 25 Rn 66; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 108; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 211.
- (140) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *C. Roxin*, Anmerkung zu BGH 37, 289, JR 1991, 206 f., 207; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 86.
- (141) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 12 Rn 94.
- (142) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 66; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 113; *Schünemann*, (Fn. III-69), § 25 Rn 188.
- (143) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 67; *Stratenwerth/Kuhlen*, (IV-9), § 12 Rn 93.
- (144) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 67; *Stratenwerth*, (Fn. III-118), § 13 Rn 62; *Stratenwerth/Kuhlen*, (IV-9), § 12 Rn 94.
- (145) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 67.
- (146) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 67.
- (147) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 67.
- (148) BGH NSTZ 2006, 94, NSTZ-RR 10, 139; *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 69.
- (149) BGH 8, 390.
- (150) BGH StV 2085, 14.
- (151) *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 69.
- (152) BGH 24, 286, 288; *Heine/Weißer*, (Fn. I-132), § 25 Rn 69; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 115; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 191; *Schünemann*, (Fn. III-69), § 25 Rn 174.
- (153) *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 34 Rn 1228; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 110 ff.; *Rengier*, (Fn. IV-9), § 44 Rn 42 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 16 Rn 823 (実際の所為実行の際しての「関与マイナス」は共形成する犯罪計画に際しての「プラス」によって相殺される。共同の所為支配に関与することに

- 鑑み、いわゆる「機能的所為支配」の下閾値に達していることを要する。犯行現場にいない関与者の意思が、所為を「共同」と見ているというだけでは、所為の結果に自己の利益があってもなお共同正犯を基礎づけるものではない。
- (154) *Herzberg*, (Fn. I-154), 64 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 978; *Heinrich*, (Fn. I-59), 291; *Roxin*, (Fn. I-27), § 25 Rn 198 「正犯は構成要件実現であるから、共同正犯たりうるのは構成要件行為、つまり、実行行為それ自体に際しての共同支配だけである」; *ders.*, (Fn. I-19), 292 ff.; *ders.*, (Fn. III-60), § 25 Rn 182 (本来の構成要件該当行為は要求されないが、未遂開始と所為の実質的終了の間にある重要な行為であることが必要); *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 49 Rn 40 ff.; *Rudolphi*, (Fn. IV-116), 372 ff. (実行段階における所為寄与の相互支配が必要であるので、代替的共同正犯は否定される); *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 180 ff. (ロクスレーンより、狭く未遂開始と所為の形式的既遂の間の重要な行為が必要); *F. Zieschang*, *Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?*, ZStW 107 (1995), 361 ff. 375 (予備段階でのみ行為する者は所為を「手放」さるを得ない)。なお、ホイヤーによれば、共同正犯には所為の実行段階における重要な寄与を要せず、犯行準備計画に関与することで十分であるが、この犯行準備計画は所為の実行段階における各関与者の重要な寄与に関係しなければならない。各関与者が自ら約束した寄与を後で実際に履行する必要は無い。例えば、夫甲とその妻乙が客丙を殺害するに当って、先ず丙の一杯目のコーヒに毒を混ぜ、補助的に乙が丙の二杯目のコーヒに混ぜる約束をする。丙が既に一杯目のコーヒで死ぬと、乙は先の約束以上の準備行為は必要でないが、乙に殺人罪の共同正犯が成立する(不測の場合を想定して約束された所為寄与による共同正犯)。 *Hoyer*, (Fn. I-154), § 25 Rn 119 f.
- (155) *Heinrich*, (Fn. I-59), 295 f.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 979; *Roxin*, (Fn. III-60), § 25 Rn 182 ff.; *ders.*, (Fn. I-27), § 25 Rn 200, 210; *ders.*, (Fn. I-19), 280, 299; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 185; *K. Seelmann*, *Strafrecht AT*, 4. Aufl. 143. なお、本説によっても背後にいる指導的関与者を間接正犯者(正犯者の背後の正犯者)として処罰することは可能である。 *Roxin*, (Fn. III-60), Rn 128 ff.; *Schünemann*, (Fn. III-60), § 25 Rn 126 ff. 広義の所為支配説の論者として、 *Stratenwerth*, (Fn. IV-91), § 13 Rn 62 「所為事象は、物的所為寄与だけでなく、実行段階で活動する者を指導することによっても、決定的影響を受ける。その際先ず考慮されるのは、犯罪の計画と組織化、あるいは、指導的機能におけるその他の協働である。このことによって、実行行為段階でのその他の関与者の行為が決められ、それ故、背後者は、自分が実行行為それ自体に関与しないときでも、所為支配に関与することとなる」。 *M. Forster*, *Basler Kommentar Strafrecht I*, 4. Aufl., 2019, Vor Art. 24 Rn 8 「共同正犯は客観的観点からは具体的犯罪の実行に直接関与すること(あるいは、それどころかその支配)を要求しない。決定的な、所為支配ないし「一緒の所為支配」を基礎づける決意ないし立案や調整であっても充分足りうる」。
- (156) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 971.
- (157) BGH NSTZ-RR 2010, 139; 2002, 74 (75).

- (158) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 972.
- (159) *Krey/Esser*, (Fn. IV-)2, § 28 Rn 973.
- (160) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 973.
- (161) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 974 f.; *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 34 Rn 1229.
- (162) *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 978.
- (163) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), Rn 823. (実際の所為実行の際の「関与マイナス」は「共同企画の犯罪計画のプラス」によって相殺される)。
- (164) *Heinrich*, (Fn. IV-4), § 34 Rn 1228; *Jakobs*, (Fn. I-75), 21/47, 48; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), Rn 823 f.
- (165) BGHSt 33, 50(53); 37, 289 (292 f.).
- (166) Vgl. *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 34 Rn 1229; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 977.
- (167) *Heinrich*, (Fn. IV-2), 290 ff.; *Herzberg*, (Fn. I-154), 66; *Krey/Esser*, (Fn. IV-2), § 28 Rn 978; *Roxin*, (Fn. (Fn. I-27), § 25 Rn 198 ff.
- (168) Vgl. *Häring*, (Fn. IV-112), 134.
- (169) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), Rn 824.
- (170) *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. Fn. IV-4), § 16 Rn 824.
- (171) *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 111; *Heinrich*, (Fn. IV-2), § 34 Rn 1227; *U. Murmann*, *Satzger/Schlickebie/Widmaier*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2. Aufl., 2014, § 25 Rn 42; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. IV-4), § 18 Rn 824.
- (172) 参照、改正刑法草案第 27 条第 2 項「2 人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする」。

Täterschaft und Teilnahme (10)

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. Theorienstreit 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
 - B. Abgrenzung von Mittäterschaft und Nebentäterschaft
 - C. Abstandnahme vom gemeinsamen Tatentschluß
 - a. Abstandnahme im Versuchsstadium
 - b. Abstandnahme im Vorbereitungsstadium (Band 56, Nr. 4)
 - D. Exzess eines Mittäters
 - E. Irrtum eines Mittäters
 - a. Bedeutung des error in persona eines Mittäters für die anderen
 - b. Vermeintliche Mittäterschaft
 - F. Gemeinsamer Tatentschluß und sukzessive Mittäterschaft
 - a. Meinungsstreit bei uns
 - b. Zeitliche Grenzen der Mittäterschaft
 - aa. Sukzessive Mittäterschaft vor Vollendung der Straftat
 - bb. Sukzessive Mittäterschaft nach Vollendung der Straftat?
(Band 57, Nr. 1)
- 4. Gemeinsame Tatausführung
 - A. Wesentlichkeit der Tatbeiträge und Kausalität
 - a. Wesentlichkeit der Einzeltatbeiträge
 - b. Kollektivkausalität
 - B. Mitwirkung im Ausführungsstadium
 - C. Mitwirkung im Vorbereitungsstadium
 - D. Tatherrschaftslehre im engen Sinne und Tatherrschaftslehre im weiten Sinne
 - E. Komplottmittäterschaft bei uns
 - a. Rechtsprechung (Band 57, Nr. 2)
(Die Fortsetzung folgt.)

