

共同正犯の着手前離脱をめぐる ドイツの議論について

今 井 康 介

I はじめに

- 1 日本における議論状況
- 2 ドイツにおける議論？

II ドイツにおいて問題とされている事例群

1 前提問題

- (1) 共謀共同正犯事案の取り扱い
- (2) 共同正犯の未遂の問題
- (3) 領得意思

2 判例の状況

- (1) 連邦通常裁判所1979年3月13日判決
- (2) 連邦通常裁判所1987年2月6日判決
- (3) 連邦通常裁判所1991年1月15日判決
- (4) 連邦通常裁判所1993年9月7日判決
- (5) 連邦通常裁判所1999年3月11日判決
- (6) 連邦通常裁判所2008年7月2日判決
- (7) 小 括

III ドイツにおける学説の議論状況

1 前提問題

2 学説の状況

- (1) 精神的な離脱も共同正犯を阻却とする見解
- (2) 明示的な共同の行為決意の解消だけが共同正犯を阻却とする見解

(3) 自らに割り当てられた寄与を既に完了した場合には共同の行為計画からの離脱は無意味?

(4) 共同の行為決意の撤回はほとんど不可能?

IV 若干の検討: 今後の議論への示唆

(1) 共犯関係からの離脱と共同正犯からの離脱?

(2) 着手前離脱を認めた場合の効果をめぐる議論について

(3) 共同正犯の構造論と離脱要件論

V おわりに

I はじめに

1 日本における議論状況

我が国では、共犯者の中の一部の者が、犯罪の完成に至る前の段階で犯行継続を断念し、以後、残りの共犯者の遂行する犯罪に関与しない場合、共犯関係からの離脱の問題が議論されてきた。この問題は、古くはもっぱら中止犯規定(刑法43条)の適用の問題であると解する理解が有力であり、そのために「共犯の中止」と呼ばれることも少なくなかった。その後、共犯の処罰根拠論に関する因果的共犯論の発展により「中止犯規定の適用」と「共犯関係の離脱」は全く別個の問題であることが強調され、両者は意識的に区別されて論じられるようになった。

共犯関係からの離脱が問題となる局面は、実行の着手前、着手後離脱(さらには既遂後離脱)と分けて考えることが出来る。その中でも実務上、問題とされることが多かったのは共同正犯の着手前離脱(共謀からの離脱)であり、現在に至るまで、極めて多くの裁判例が積み重ねられてきた。⁽³⁾

近時注目を集めたのは、着手前離脱に関する最高裁決定(最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁)⁽⁴⁾である。事案は次のようなものである。共犯者A Bと住居侵入・強盗を共謀した被告人Cが、(住居侵入後ではあるが)強

盗に着手する前に、Bに電話で先に帰る旨を伝えAとともに立ち去った。それを認識したもののBは、強盗を完遂した。最高裁は、残余共犯者による以後の犯行防止措置を講じたかという点を重視して、Cの離脱を認めなかった。ここでは、かつて着手後離脱に関連する従来の最高裁の判断（最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁）⁽⁵⁾で登場した「犯行防止措置」という言葉とほぼ同様の表現が用いられており、両者の関係や、さらには学説が展開してきた因果的共犯論及びそれを前提にした離脱理論を、最高裁も採用したのかという点などが盛んに議論されるようになっている。⁽⁶⁾

2 ドイツにおける議論？

ところで共犯関係からの離脱に関する多くの先行研究⁽⁷⁾を参照してみると次のような興味深い事実が判明する。それは、西田典之⁽⁸⁾がドイツから比較法的な示唆をえつつ、いわゆる「因果性遮断説」を展開した以降の研究においては、ドイツの議論があまり検討されておらず、さほど熱心に研究対象とされてきたとは言いがたいという事実である。確かにドイツの判例分析を試みる⁽⁹⁾ものが存在しないわけではないが、多くの論者らはもっぱら日本の学説、判例⁽¹⁰⁾・裁判例の分析等を中心として議論を行ってきた。

ドイツの議論の研究がなおざりにされてきたのは、日本の古い議論状況が原因の一つであると推測できる。すなわち、かつての通説的な見解は、共謀共同正犯を否定する立場を前提にしていた。西田典之が因果性遮断説を展開した当時においてもなお共謀共同正犯に否定的な見解は有力であったものと思われる。共謀共同正犯を否定する立場からは共謀からの離脱、すなわち共同正犯の着手前離脱は、そもそも問題とならないので、議論の余地が存在しない。理論的に問題とならない論点についてわざわざドイツの議論を参照してくる必要はないので、議論の継受がストップすることになってしまい、その後の研究は、先行研究がドイツの議論を参照していないので、参照の必要性を感じることなく、ますますドイツの議論から離れていくという経緯をた

どり現在ではドイツの議論には参照する価値がないという誤解すら生まれているのではないだろうか。共犯関係からの離脱について、ドイツ法からではなく英米法から示唆を得ようとする研究が登場したのもそのような背景からであろう。⁽¹¹⁾現在の刑法学においては、共犯論の他の論点、例えば「中立的行為による共犯」や「承継的共犯」が検討される際には、頻繁にドイツの議論が参照されている議論状況に照らしてみると、現在の共犯関係からの離脱に関する研究状況は、因果的共犯論を前提として議論が盛んに展開されているが、極端にドイツ離れしているという意味で、違和感があることを否定できない。

ところで、かつて因果的共犯論の展開に大きな影響を与えた西田典之は、ドイツの議論を広範囲に参照していた事実を忘れてはならない。彼がドイツの議論を紹介してからすでに30年以上が経過し、後述するようにドイツには当時とは異なる新たな判例、そして学説による議論状況が生まれている。⁽¹²⁾したがって、共犯関係からの離脱を検討するに際しては、(特に近時の)ドイツにおける議論を参照する必要性があり、またその意義を否定することは出来ないと思われる。

それではなぜ本稿は検討対象を共同正犯に限定しさらに着手前離脱を念頭に置くのであろうか。それは2つの理由に基づく。

第一に、わが国で共犯関係からの離脱が問題となり、公刊物に記録が残されてきた裁判例、判例のほとんどが(共謀)共同正犯に関するものとなっているからである。⁽¹³⁾上で述べたように、わが国のかつての支配的見解は、共謀共同正犯を否定しており、共同正犯の着手前離脱を想定していなかった。それゆえに判例においては、この論点をめぐる処理方法について、独自に裁判例が集積したと考えられる。また共同正犯ばかりが問題となったのは、わが国の共犯処罰が、共同正犯中心であるという実務の実情も無関係ではない。実務上さほど問題とされていない点(たとえば教唆犯)について、あえてドイツの議論を参照しても大きな意義があるとは思われないので、本稿では議

論を共同正犯に限定することにする。

また第二に、ドイツでは着手後離脱の問題を、もっぱら複数人が関与した場合の中止犯規定（24条2項）の適用の問題であると解する理解が有力であり、日本とは議論状況が大きく異なるため、着手前離脱に限定して比較する方が望ましいと思われる。ドイツ刑法は、24条2項において、「複数の者が行為に関与したとき、任意に行為が既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては罰せられない。ただし、その者の関与がなくとも行為が既遂に達しなかったとき、又は、その者の以前の行為寄与とは関わりなく行為が行われたときは、行為が既遂に達するのを妨げる任意かつ真摯な努力があれば、その者の不処罰には十分である」としている。したがって、例えば共同正犯者A Bによって、離脱者Cの以前の行為寄与とは関わりなく行為が行われたときには、行為を妨げる任意かつ真摯な努力があれば、結果が発生したとしてもなお不可罰となる余地を刑法典が認めている点で、わが国の有力な見解⁽¹⁴⁾とはその背景を異にしており、比較対象として適切ではない。

以上のような理由から、本稿では共同正犯の着手前離脱をめぐるドイツの議論を参照することにする。

II ドイツにおいて問題とされている事例群

ドイツの議論を明らかにするためには、まずどのような場合や事例が問題とされ、また同時に議論の念頭に置かれているのかを明らかにする必要がある。そこで、ここでは連邦通常裁判所で問題とされてきた事案を参照することにするが、その前に日本と若干異なるドイツの共同正犯をめぐる議論について若干ふれておきたい。

1 前提問題

（1）共謀共同正犯事案の取り扱い

周知のように、日本では実行行為を行っていない共犯者についても実行者とともに刑法60条を適用して、共謀共同正犯を認めてよいか争いがあり、判例及び現在の支配的見解は、実行行為を行った者だけでなく、実行行為を行っていない者についても60条を適用し、(共謀)共同正犯の成立の余地を認めている。

これに対し、ドイツでは共謀共同正犯 (die Verabredete Mittäterschaft,⁽¹⁵⁾ die Verabredungsmittäterschaft⁽¹⁶⁾) という名称の共同正犯概念は議論がなされておらず、一見したところ日本と同様の議論がなされていないかのようにも思われる。しかしドイツ刑法学においても長年、共同正犯が成立するには実行段階の(本質的)寄与は不可欠と解すべきか、それとも準備段階の寄与でも可能であるかが議論されており、判例及び支配的見解は、実行段階の寄与は、共同正犯の絶対的な成立要件ではないとして、準備段階で寄与した者についても共同正犯成立の余地を認めている。つまり犯罪の実行者、及び実行に及んでいない関与者がともに共同正犯として処罰されうるという意味で、ドイツの判例・実務においても、また学説においても日本の共謀共同正犯に近い共同正犯者処罰が見受けられる。⁽²⁰⁾

なお注意を要するのは、ドイツの判例が、実行段階における寄与を必ずしも必要ではないとして理由は、かつては(共同正犯と幫助犯の区別に関する)⁽²¹⁾主観説を前提としていたために生じていた帰結であったが、その後判例は有力な見解である行為支配説に歩み寄りをみせているにもかかわらず、実行段階における寄与をなお要求していないという点である。⁽²³⁾このようにして、ドイツの判例の事案および一部の学説の立場は、共謀共同正犯を承認する日本の実務の立場を前提にしても、比較対象とすることができよう。

(2) 共同正犯の未遂の問題

以上のような共同正犯論を前提として、さらに問題が生じるのが、共同正犯の未遂時期の問題である。なぜなら本稿の論じる共同正犯の着手前離脱

は、実行の着手以前の問題であり、いつ共同正犯の未遂が成立し中止犯規定の適用が可能になるかという議論の影響を間接的に受けるからである。

例えばA B Cが犯罪を共謀した上で、Aのみが実行に出る場合、日本においては、Aが犯罪の実行に着手した段階でB Cについても同時に実行の着手が認められるであろう。つまりAに未遂が成立する時点で、B Cについてもすでに当該犯罪の未遂の共同正犯が成立するのである。日本において、このことに異議を挟むのはごくわずかの論者⁽²⁴⁾にとどまっている。

これに対しドイツにおいては、共同正犯の場合の未遂成立時期は、関与者ごとに検討すべきであり、未遂成立時期が共同正犯者ごとに異なるとする見解が強く主張されている。共同正犯者各人について個別的に未遂の成立時期を検討する見解は個別的解決法と呼ばれるのに対し、全員同時に未遂が成立するとする見解は全体的解決法と呼ばれる⁽²⁵⁾。

ドイツにおける支配的見解及び判例は、全体的解決法を支持し、共同正犯者の一人が構成要件実現に着手した時点で、共同正犯者全員に未遂が成立すると解している。これに対し、（論者によって内容は異なるものの）個別的解決法⁽²⁶⁾によれば、共同正犯が未遂となるのは、彼の共同正犯を基礎づける寄与に直接着手した時点であり、各共同正犯者ごとに判断されるべきであるという。

このようにしてみると、以下で分析していくドイツの連邦通常裁判所の立場は、共謀共同正犯を肯定し、実行の着手時期を共同正犯者間で区別しない日本の実務の立場からしても、大きく異なるものではなく、比較対象とすることが可能であることが判明する。

（３）領得意思

また次で見ていくドイツの判例の中には、領得意思の中途放棄の場合が問題とされているものが存在する。日本においては、不法領得の意思は本人領得の意思だけでなく第三者領得の意思で足りると解されており、さらには領

得意思を有する共同正犯者に関与した、領得意思を有さない共同正犯者に対し、刑法60条に加えて65条1項を適用することにより、どちらも共同正犯とする余地が認められている。

これに対しドイツでは、領得意思のような正犯メルクマールは、共同正犯の場合であっても本人が有する必要があるとされており、日本のような処理方法は不可能である。それゆえ、領得意思の放棄に関する離脱の可否については、日本と議論が異なる点に注意が必要である⁽²⁹⁾。

2 具体的事案

以下では、日本の離脱理論から見た場合、共同正犯からの着手前離脱が問題となりうる連邦通常裁判所の判例を参照していこう⁽³⁰⁾。

(1) 連邦通常裁判所1979年3月13日判決⁽³¹⁾

被告人Aと共同被告人Bは、同棲し、すでに子供ももうけていた。また共同被告人となる女性Sは、AとBの同居人であった。ある晩、彼らは翌日ミュンヘンにある銀行を強盗することを話し合った。すでに彼らは銀行強盗を実行しようか長期間検討しており、AとSはすでに犯行現場への行き来に利用する自転車を2台盗んでいた。話し合いに引き続いて、3人は、銀行を外から下見した。翌日の正午前、最後の準備をして、3人は銀行へ向かった。その際Aはまだ15ヶ月に過ぎない彼の子供をのせたベビーカーを押しながら徒歩で、BとSは、以前に盗んだ自転車で銀行へ向かった。その際、各人は弾の装填されたガスピストルを所持していた。計画では、BとSが銀行の客らを威嚇する間にAがカウンターを飛び越えて現金をプラスチックの袋に詰める予定であった。しかし計画は変更された。Aが銀行の前に来た時、Aは怖じ気づき、すくなくとも彼の妻Bに犯行をやめさせるべく口頭で伝えた。BとSが銀行に押し入った際にも被告人Aは押し入らず、ベビーカーとともに離れたがもう一度引き返したところ、銀行強盗は成功に終わっていた。

ラント裁判所は、Aを加重強盜的恐喝の「未遂」を共同実行した点及びその約束を行った点を理由にして有罪判決を下した。これに対し連邦通常裁判所は、Aは加重強盜的恐喝の「既遂」について（より正確に述べれば、2人の共同被告人を共同正犯ないし幫助犯として）有罪判決を下した。その際におおむね次のように述べている。

被告人がもはや犯罪を遂行する意思を失し、彼の妻にやめるよう告げた段階では、予備の段階をなお越えておらず、中止犯についての刑法24条2項は問題とはならない。被告人がこの時点までに継続的な寄与ないし未だ効果的となる寄与をもたらしていなかったとすると、彼の離脱は、犯罪への関与を理由とした処罰を避けるのに十分である。しかしながら被告人は、共同の意欲に基づいて構成要件実現を促進する予備行為及び援助行為を行っており、それは、強盜的恐喝の計画とその実現に存在する被告人の心理的寄与と同様に、被告人が構成要件該当行為に加担しないと決意した時点で、意味を失っていない。それゆえ被告人は、彼が果たすはずであった寄与を行わず、行為計画に合致するような犯罪の実現は共犯者によって行われているのにもかかわらず、犯罪の既遂へと関与したものである。

連邦通常裁判所は、被告人が未遂ではなく準備段階で犯罪をやめているために、中止犯規定（24条2項）の適用は問題ではないことを前提にした上で、彼の行為と結果との因果性が肯定できるとしている。そしてその結果、被告人には既遂犯の共同正犯か幫助犯が成立し、その区別基準は従来の判例の立場によるというのである。本件の判例評釈の中には、共同正犯か幫助犯が成立するという連邦通常裁判所の結論に反対するものが存在する。

*Leonhard Backmann*によれば、離脱者が中止したと認められるのは、離脱者が危険支配（Gefahrherrschaft）を有している場合、すなわち、離脱者が離脱する時点までに、彼の犯罪実行へのさらなる関与なくして犯罪が実行へと至り得ない場合である。つまり計画の実現についての最終的な決断を離脱者が手中にしている場合には危険支配が認められ、離脱が認められるべ

きであるというのである。そして本件被告人Aについては危険支配が認められるべきであり、共同正犯も幫助犯も肯定されるべきではないとする。⁽³²⁾

しかし *Claus Roxin* は、*Backmann* の理論および帰結に3つの問題を提起する。第一に、法は24条2項1文、31条1項にて結果の阻止を要件としており、自らの可能性を信じて結果阻止に努力したことを要件としていないので、危険支配の基準は24条2項と調和しない。第二に、関与者の離脱後に他の共犯者によって犯罪がなお続けられた本件のような場合には、まさに危険支配がなかったことにならないのか。第三に、本件Aは、妻を實力で阻止し、あるいは銀行員に警告し、あるいは銃がガス銃に過ぎないことを告げることによって犯罪を阻止できたのだから、Aを無罪と評価するのは行き過ぎであり、少なくとも幫助の刑を科すべきではないかというのである。

その後、本判決を引用し、具体的な罪責としては、離脱者を幫助犯とする判決が登場した。

(2) 連邦通常裁判所1987年2月6日判決⁽³⁴⁾

本件被告人Xは、共同被告人Wと共に強盗を計画した。彼らは、強盗の戦利品として30,000DM（ドイツマルク）を期待していたが、どのように分配するかについては定めていなかった。彼らの共通の友人でドイツ連邦国防軍の兵士であるFは、事情を知ってピストルを用意し、弾薬をつめておいた。計画によれば、Wがこのピストルを持って強盗を行う予定であった。犯行当日の朝、Wは車を現場から約300メートルの地点に停め、他の被告人らと歩いて現場へ向かった。入り口のほんの数メートル手前まで来た時、被告人Xは、自分はこれ以上出来ない、われわれもやめておこうとWに告げた。Wは、俺は最後までやると答え、その後50,130DMを奪取することに成功した。

ラント裁判所は、被告人Xについて（犯情の重い）強盗の幫助を認めていた。これに対し検察官が幫助ではなく共同正犯であるとして上訴した。しかしながら連邦通常裁判所は、上述の連邦通常裁判所の判決（BGHSt 28,

346) を引用した上で、原審の判断を維持した。

以上の2つ判決は、どちらも被告人が離脱したい旨を表示して、他の共犯者もそのような事情を知って、その後の犯行に及んだ事案であり、そのような事案において連邦通常裁判所はまず、中止犯の問題ではなく、共同正犯か幫助犯が成立する可能性を示唆し、その後実際に幫助犯に落とした判決を登場させたのである。しかしながら、その後、連邦通常裁判所では、やや異なる事案が問題となった。それは、他の共同正犯者が、犯行を断念しようとしている共同正犯者を認識していない事案であった。⁽³⁵⁾

(3) 連邦通常裁判所1991年1月15日判決⁽³⁶⁾

本件被告人Cは、犯行の2ヶ月前、一時的に外出が許可されたが、刑事施設に戻ることはなかった。これは、長らく同じ理由で警察に追われているDによって説得されたからであった。Dは大規模な麻薬取引に被告人Cを引き入れようとした。Dは、被告人に現金と拳銃を供給した。Dは、万が一警察に見つかった際には、捕まるのを避けるため銃器を使用する決意をしていた。そして被告人Cも、そのような状況ではDが銃を使用することを知っていた。

警察官らが現れた時、Dは2人の警察官を殺害し、さらに2人の警察官に向けて発砲したが殺害には失敗した。被告人は、その際武器を持ってきていなかった。Dによる最初の射撃の後、両手を挙げて降伏の印を示していた。その後、2回目の射撃の後に被告人は逃げ出した。Dは被告人Cがこのような行動をとったことを知らず、すぐそばにいて考えていた。

連邦通常裁判所は、被告人Cを謀殺の共同正犯であると認めた。その際、おおむね次のように述べている。被告人は、他人の行為を促進するだけでなく、共同行為を補完しているので、自らの寄与は他人の活動の一部として、反対に他人の行為は彼の行為の一部として現れる。関与者が行為に対して密接かどうかは、彼が認識していることによって包括されるあらゆる事情か

ら、評価的な観点において判断されるべきである。本質的な観点は、行為の結果に対する自らの利益、関与の範囲、行為支配ないし少なくとも行為支配への意思である。Dと被告人Cは、捕まるのを避けるために、相互的に助け合い、射撃支援することを合意していた。共同の行為計画は、警察官と対立した際、一人ではなく運命共同体である仲間が味方することにより、あるいは万が一の際には警察官を射殺することで逮捕を免れるという保障を与えることによって、共同の行為計画に対して本質的な寄与を果たしている。

ここでは2人の警察官に対する殺人および、2人の警察官に対する殺人未遂について、共同正犯が肯定されている。注意を要するのは、本件は降参のポーズをとったという時点での着手後離脱だけが問題なのではなく、着手前離脱も問題であるという点である。なぜなら、被告人は逮捕を免れるために警察官を射撃することをDと合意していたにもかかわらず、被告人自身はピストルを持ってこなかったため、着手前にすでに共同の行為計画に反しているからである。

連邦通常裁判所が、被告人Cに共同正犯の成立を認めた点を⁽³⁷⁾Roxinは批判している。すなわち連邦通常裁判所の立場を前提とすると、結論として共同実行への寄与の提供が、(共同正犯者間で締結される)約束の中に埋没してしまい、共同正犯の寄与が共同正犯の独自の要素ではなくなってしまう、一般的に認められた共同正犯の構造を破壊してしまうのではないかというのである。

さらに判例評釈の中には共同正犯だけでなく幫助犯も否定するべきであるとするものがある。⁽³⁸⁾Volker Erbによれば、Cは約束の際には、相互的な射撃支援だけを約束しており、実際には、この約束はD一人によって引き受けられた行為を心理的に促進をしたに過ぎない。ここでは、因果経過に錯誤が存在し、それを本質的なものでないと評価してCの故意でカバーすることは出来ない。それゆえに、共同の行為計画が認められないとして共同正犯が否定され、さらに幫助の故意が認められないとして幫助犯も否定されているの

である。

なお判例評釈の中には、連邦通常裁判所による共同の行為計画のとらえ方を批判的に検討するものがあるが、ピストルを持ってこなかった点を着手前の離脱として見るのであれば、本件では、Cが離脱しようとしていることをDは準備段階から実行段階に至るまで一度も認識していなかったという点を見過ごすことは出来ない。すなわち、（1）及び（2）で参照した事案においては、強盗に着手する直前に、自らは関与しないことを告げている事案である。これに対して（3）は、被告人の離反は明示的に告げられておらず、また認識もされていないという意味で異なる事案であった。⁽⁴⁰⁾

（4）連邦通常裁判所1993年9月7日判決⁽⁴¹⁾

本件被告人は銀行で働いていた実習生である。被告人は、守秘義務を負っているにもかかわらず、Gに対し、どうすれば容易にそしてただでお金を稼ぐことが出来るかを知っていると自慢した。彼は銀行の裏口のドアを開けることのできる秘密のコードを漏らし、さらにいわゆる土曜日の延長営業が行われた後、月曜日の朝までは非常に多くの現金が置かれる金庫のある部屋への行き方を教えた。その際、被告人は、GさらにFとこのような情報に基づいて銀行を襲うであろう事を知っており望んでいた。そして被告人は戦利品の一部を報酬として受け取るはずであった。犯罪が実行されるより前に、被告人はGに対し、犯罪とは関係を持ちたくないと告げたが、犯行を阻止する措置は執らなかった。その後、犯罪が実行されたが、被告人は戦利品を受け取ることもなくまた請求もしなかった。

強盗の共同正犯となり得るのは、自身で領得意思を有する者である。他の共犯者が領得意思を有していただだけでは、足りない。これに対し、共犯者がこのような意図を有していない場合には、彼の寄与が一般的な基準として共同正犯あるいは幫助となるかは意義を有さない。被告人は、これ以上関係したくないと行為の既遂の前に宣言したことにより、領得意思は欠如すること

になる。確かに基本的には、共同正犯者が寄与を提供した後に意思の変更を行ったとしても共同正犯の成立を妨げるわけではない。このことはしかしながら意思の変更によって必要な構成要件要素がなくなる場合には妥当しない。このような事案では、正犯の主観的な要件の欠如は、仮に意思の変更以前の態度が共同正犯と評価されるべき場合であっても、継続的な寄与それ自体が幫助として評価されることを導く。以上のようにして、連邦通常裁判所は共同正犯ではなく、幫助犯の成立を肯定した。

⁽⁴²⁾
Eva Graul は離脱の問題を検討した際に、本判決の問題点を指摘した。すなわち領得罪における領得意思と故意は、どちらも犯罪成立に不可欠な主観的メルクマールに他ならないのにもかかわらず、連邦通常裁判所の立場を前提とすると故意は準備段階で必要であるのに対し、領得意思は実行段階で必要という、異なった取り扱いがされることになり、(学説の一部には正当化する見解も存在するが) 奇妙ではないかという指摘である。

(5) 連邦通常裁判所1999年3月11日決定⁽⁴³⁾

本件被告人は、兄と妹である。妹は、12ないし13歳の時、父親に性的に虐待された(1990年)。1997年9月はじめ、被告人は深酒をし、妹が不適切にも父親に強姦として説明したので、父親を殺害する決意をした。兄は、彼の家から25cmの長さのパン切り包丁を持ち出し、体につけて隠した。被告人らは父親宅にタクシーで向かい、父親はアルコールを勧めた。22時30分頃、父の家から招かれていた隣人が帰った。妹は兄に殺害のチャンスを与えるために、2度、父親に対し、台所へ行くように唆した。兄には隣人の訪問によって発覚のリスクがあまりにも高いように感じられたので、それ以降の犯行から距離を置くことにした。妹は、兄の決断を受け入れたが自身の手で共同の計画をさらに実行する決意を固めた。妹は、台所でケーキ包丁をとり、セーターの袖に隠した。彼女が、ソファで父の横に座った時、彼女はナイフを取り出し、父を脅し始め、徐々に興奮し、強姦について説明させようとし

た。父は兄に助けを求めたにもかかわらず、介入しなかった。

兄が目を離した瞬間、妹は父親の下腹部に柄の部分までナイフを突き刺した。父親は悲鳴を上げて逃げようとしたが、妹は父を何度もソファに押し戻した。父は、その後起き上がって逃げ出すことが出来た。兄は父を追いかけたが、見つけることが出来ずに引き返した。0時30分から0時45分の間に兄と妹は父の家に戻り、客間に移動した。1時27頃分、兄と妹は警察に電話をし、父を殺したと告げた。刺し傷は、父の生命を脅かすものではなく、その後治癒した。

このような事案において、ラント裁判所は、兄を殺人の申し合わせを処罰する30条2項で処罰したが、連邦通常裁判所は殺人未遂の共同正犯及び妹によって行われた危険な身体傷害の共同正犯を認めた。この事案では、兄は、妹による犯罪が実行される以前に、距離をおいてその後関わっていないのにもかかわらず、共同正犯が成立するとされている。

(1)～(5)までのすべての事件において、それを告げるかどうかは別として、離脱を試みる者は自分が離脱しようとしている事を望んでいる事案であった。近時ドイツではこれとは逆に他の共同正犯者らによって排除された事例において、共同正犯の成否が問題となった。

(6) 連邦通常裁判所2008年7月2日決定⁽⁴⁴⁾

被告人は、3人の共犯者らとともに、2007年1月29日ペニーマルクト（ドイツで有名なスーパーマーケットである）の経営者を襲撃することを計画していた。経営者が、何日か分の収入を自分で運ぼうとしていたからである。犯行の約束の日、彼らは経営者の到着より早くついてしまい、彼らは長く待つつもりはなかったために家に帰宅した。被告人は、その後何日か早朝の仕事があったため、他の3人の共犯者らが1月31日に被告人なしで代わりの男を引き入れ、異なる役割分担での襲撃が行われる事になった。被告人は、当初グループの首謀者であったが、犯罪が違う時間に行われることについては

知らなかった。被告人はその後新聞で襲撃が行われたことを知り、戦利品の分け前を要求した。このような事案についてラント裁判所は、被告人を加重された強盜的恐喝への教唆の成立を肯定したが、連邦通常裁判所は、犯罪の申し合わせ(30条2項)のみ認めた。

つまりここでは1月31日に行われた事象について、被告人は共同正犯としても教唆犯としてもさらには幫助犯としても責任を問われていないことになる。その理由は、当初計画された行為とは別の犯行(*andere Tat*)が実行されたからであるとされている。

本決定を評釈した *Roxin*⁽⁴⁵⁾ によれば、連邦通常裁判所は「別の犯行」が行われたと見るために、行為計画と実際に実行された行為の5つの相違点あげているという。それは異なる時間に、異なるメンバーで、異なる役割分担で、被告人が犯行は自分なしには実行されないと考えていたこと、具体的な行為の実行について全く知らないことである。また、従来の判例で問題となっていたのは、実行の着手前に犯行を断念した共犯者が、他の共犯者がその行為を遂行するであろうことを知っていたか、少なくとも予想していた事案であるのに対し、本件は、予想すらしていない場合であると違いを指摘している。

(7) 小 括

以上のように、連邦通常裁判所で離脱が問題となりうる事案を参照してきた。これによってドイツの学説が離脱として念頭に置く事例が判明した。少なくとも①離脱者が着手前に離脱し、かつ他の共犯者も着手前に犯罪をあきらめた事例は存在しない。なぜなら、この場合には30条2項の適用が問題だからである。それゆえ問題となるのは、②離脱者が着手前に離脱し、他の共犯者が犯罪に着手した場合、③さらにそれを超えて離脱者が着手前に離脱し、他の共犯者によって犯罪が既遂に至った場合である。具体的には②の場合にあたるのは(3)の一部及び(5)であり、③の場合に当たるのは

（１）及び（２）の場合である。

なお先に述べたドイツ刑法における複数人が関与する場合の中止犯規定（24条2項）は、かろうじて②の場合に適用ないし、類推適用を考えることが出来るかもしれない。⁽⁴⁶⁾しかしながら③の場合に至っては、このような解決だけでは不十分である。それゆえ②および③を統一的な観点で解決する視点が重要となるが、連邦通常裁判所の処理方法自体には、統一的な観点は存在しないように思われる。

また事件において導かれた帰結も異なるので、統一的な結論を見いだすことも難しいように見える。⁽⁴⁷⁾なぜなら（６）の事件においては別の犯行が行われたかという点を理由として、幫助犯の成立すら排除されているのに対し、それ以前の判例では離脱者が少なくとも幫助犯となることが前提となっており、この意味で導かれる帰結も大きく異なるからである。

それでは学説が、この問題をどのような観点から解決を行おうとしているのか、次章にて参照することにする。

Ⅲ ドイツにおける学説の議論状況

１ 前提問題

まず確認しておくべきは、以下のドイツの有力な学説も判例と同様、基本的には、準備段階における寄与も、共同正犯成立の可能性があるという理解を前提としているということである。共同正犯の成立要件として、実行段階における（本質的な）寄与を要求する立場を前提とすると、⁽⁴⁸⁾そもそも準備段階における共同正犯からの離脱は問題とならず、通常は、教唆犯あるいは幫助犯が成立するか否かの問題となり、論点が消失してしまう。⁽⁴⁹⁾

共同正犯の成立範囲を極めて限定的にとらえる *Hans-Joachim Rudolphi*⁽⁵⁰⁾ は、共同正犯者がすでに準備段階においてさらなる共働をあきらめ、彼がすでに果たした行為寄与の中立化に努力したが失敗した場合、彼は、他の者と

共に惹起した既遂の正犯行為についての関与がゆえに、基本的に可罰的であるとする。しかしながらこの可罰性は(狭義の)共犯としてのみ問題となるとする。なぜなら、準備段階における単なる共働は、関与者に構成要件実現についての行為支配を認めるのに十分ではないからであるとする。

近時⁽⁵¹⁾ *Roxin* は、この問題を取り上げた際、前の章で紹介した判例の処理を批判した上で、以下で紹介する学説の解決方法を批判し、既遂犯の共同正犯が成立するためには実行段階の本質的寄与が必要であり、未遂犯の共同正犯の場合に各未遂正犯の実行段階における本質的寄与(いわゆる個別的解決法)が必要であるという従来の主張を確認した。つまり実行段階における寄与を共同正犯の不可欠の要件ととらえる見解においては、共同正犯の着手前離脱は、共同正犯からの離脱ではなく、教唆犯や幫助犯の成否という違う問題としてとらえられてしまうのである。

2 学説の状況

(1) 精神的な離脱も共同正犯を阻却とする見解

学説の中には、共同正犯者が共同の行為計画を締結した後、準備段階において、他の共同正犯者に事情を告げることなく犯行を断念した場合、言い換えれば精神的な離脱にとどまる場合であっても、共同正犯を否定する結論に至る見解が存在する。

⁽⁵²⁾ *Karl Lackner* や⁽⁵³⁾ *Kristian Kühl* によれば、共同正犯の成立に必要な「共同の行為計画」は、それが単に準備段階で存在するだけでは足りず、行為計画が未遂を超える段階に至るまで存在して初めて共同正犯の帰属の基礎となるという。それゆえ彼らのような見解によれば、離脱者が、準備段階で他の共犯者に告げずに、精神的に離脱した場合であっても、実際には共同の行為計画が存在しないまま未遂段階に至っており、精神的な離脱にとどまるものであっても離脱後の部分については共同正犯が成立しないという帰結が導かれるであろう。そして離脱後の結果については、せいぜい狭義の共犯の可能

性が残るに過ぎないことになる。⁽⁵⁴⁾

学説において最も徹底的な形で精神的な離脱も共同正犯を排除するという見解を展開したのは *Ingeborg Puppe* ⁽⁵⁵⁾ である。彼女の見解は、共同正犯の成立に実行段階の関与を要求する立場であることに注意を要するが、（上で検討した）連邦通常裁判所1991年1月15日判決の検討の中で、次のように述べている。すなわち、共同正犯を基礎付けるのは単なる準備段階の約束ではなく、実行段階における計画共同体（die Plangemeinschaft）に他ならない。現実の分業的な共同が、共同正犯の特別な危険性を構成し、また共同者に責任があるのにもかかわらず相互的な帰属を正当化する。行為計画を締結することの意義は、このような現実の作業の準備につきる。単なる悪い考えや不正な将来の計画では、共同正犯としての処罰を許すことは出来ない。それゆえ、共同の行為決意とそれによってうまれた共同者の真摯な寄与の準備が、少なくとも犯罪が実行段階に至るその時点まで存在していなければならない。このことは共同正犯の未遂について全体的解決法によるか個別的解決法によるかとは関係がない。そうだとすると共犯者が、強制されていようと自由であろうと、実行を開始する時点において行為の準備が出来ていない場合には、共同正犯とはなりえないことになる。⁽⁵⁶⁾

もっとも、表明を伴わない方法での離脱が共同正犯性を否定するという結論には疑問も出されている。⁽⁵⁷⁾ 例えば *Torsten Buser* ⁽⁵⁸⁾ は、単なる精神的な共同の行為計画からの離脱は、帰属を妨げるのには十分でないとする。そしてその理由としては、未遂行為の前に犯罪の合意が欠如するということは、すでに行われた行為によって創出された危険の存在をなんら変更するものではないと指摘している。

（２）明示的な共同の行為決意の解消だけが共同正犯を阻却とする見解

そこで、（１）の見解とは逆に、精神的な離脱を認めず、明示的な共同の行為決意解消こそが共同正犯性を失わせるとする見解が主張されている。⁽⁵⁹⁾

かつて Werner Beulke⁽⁶⁰⁾は、単に内心で犯罪から離反しようと思うことは、離脱に十分でなく、狭義の共犯の離脱さらには単独正犯の場合との比較から、共同正犯者は、共同正犯的な犯罪実行への提案を解消しなければならないと解していた⁽⁶¹⁾。また Claus-Jürgen Hauf⁽⁶²⁾は、(上で検討した)連邦通常裁判所1991年1月15日判決の検討の中で、Puppeの見解を限定的過ぎると批判し、重要なのは、依然として行為計画に従って共同しようとするパートナーの認識であるとする。そして離脱者が明瞭に離脱することを宣言し、これを他者が認識した場合には、他者と結び付けられ強化された関係が消失することになる⁽⁶³⁾とする。

学説の中で最も明快に離脱要件を定式化しているのは、Graul⁽⁶⁴⁾である。彼女によると、行為計画で引き受けられていた寄与に基づき共同正犯と評価される共犯者が、準備段階で他の共犯者に対し、犯罪との関係を断つことを告げる場合、共同の行為決意という共同正犯の本質的な要件が欠けることになるので、彼は彼の寄与の作用の下で他者によって完成された犯罪に対して共同正犯として責任を負わない。その際、彼がすでにすべての寄与を提供していたか、あるいは共同正犯成立に十分な寄与を提供していたかは重要ではない⁽⁶⁵⁾。これに対し、計画で引き受けられていた寄与に基づき共同正犯と見なされる共犯者が、準備段階において精神的に、あるいは共犯者に対して告げずに犯罪との関係を断つ場合、彼は計画上、割り当てられていた寄与を準備段階で提供しているとする、既遂犯について共同正犯として責任を負うべきである⁽⁶⁶⁾という。

さらに近時は、Rudolf Rengier⁽⁶⁷⁾が表明に重きを置いた解決方法を主張している。彼の見解によれば、他の共同正犯者に何も告げず、単に離脱する場合には、共同の行為計画が存続し、これを基礎としてさらに行われた寄与の共同正犯的な帰属が問題となる⁽⁶⁸⁾という。それとは逆に共同正犯者が離脱を知っている場合には、共同正犯的な帰属が認められない⁽⁶⁹⁾という。

（３）自らに割り当てられた寄与を既に完了した場合には共同の行為計画からの離脱は無意味？

（２）の見解は、少なくとも離脱を明示的に伝えれば共同正犯からの離脱の認められる余地が存在すると解するものであったが、学説の中には、一定の段階に至った場合には、離脱の表明をもってしても共同正犯の成立を妨げることはできないと解するものが存在する。

このような方向性を比較的早期に示していたのは、*Harro Otto*⁽⁷⁰⁾である。彼によれば、準備段階において、犯罪それ自体を遂行したくないということ言葉を説明した者は、犯罪をもはや自らのものとして望んでいるのではなく、また犯罪結果に利益も望んでいない。犯罪それ自体は、この瞬間から、彼にとっては他人の犯罪である。しかしながら関与者が、彼の分業的な寄与をすべて準備段階で果たし、それに基づいてその後の事象が推移するような例外的な事例においては、関与者が自ら犯罪から離脱した後であっても、自らのもの、他人のものという定義や行為支配の評価に基づき、なお共同正犯は問題となり得るという。⁽⁷¹⁾

Jörg Eisele⁽⁷²⁾は、犯罪への関与と進行の度合いに応じて区別する議論を行った。彼によれば、複数関与者の一部が、未遂以前に犯罪から離脱することが問題となる場合、一般的な帰属基準と共犯の基準によって解決されるべきであるという。そして、共同正犯からの離脱が問題となる場合、基本的には共同の行為決意の放棄あるいは、他の共犯者へと取消を告げることによって離脱が肯定されるという。しかしながら、①離脱者が、すでに自らの行為寄与によって影響を与えてしまった場合、②他の共犯者による結果へと至る寄与が離脱者に離脱前に帰属されてしまう場合、③離脱者が行為計画によれば果たすべきあらゆる寄与をすでに行ってしまった場合、これらの場合には、離脱は肯定されないという。共同正犯としての離脱が肯定された場合であってもなお、教唆や幫助の成立可能性は残り、従属的な責任が検討されなければならないという。⁽⁷³⁾

また *Frank Fad* ⁽⁷⁴⁾ もこれに近い厳格な立場に至っている。彼の立場によれば、離脱は基本的には故意の放棄によっても、共同の行為決意の放棄によっても可能であるとする。まず故意の放棄の場合、放棄が自らの寄与の提供以前に行われた場合には無罪となる余地がある。次に共同の行為決意については、共同の行為決意の取消を通告することが可能であり、通告後の他の共同正犯者による寄与は、離脱者にはもはや帰属され得ない。もっとも、準備段階においてのみ関与した者であっても、行為支配を獲得することが出来るので、行為者が実行段階において寄与を提供しないということだけでは共同正犯としての責任を免れることは出来ない。それゆえ離脱者が、もはや彼には行為支配を認めるに値しない程に彼の関与を縮小させた場合にはじめて、共同正犯としての責任を逃れることが出来るということになる⁽⁷⁵⁾。

近時 *Andreas Fricke* ⁽⁷⁶⁾ も故意の放棄と共同の行為決意の放棄の両面から検討を行っている。離脱者が事象を意識的に手放す以前に精神的に離脱する場合には、既遂結果については、離脱者に主観的に帰責されえず、これに対し離脱者が、すでに事象を彼の共犯者にゆだねてしまっていることを離脱者が認識していない場合については、早すぎた結果発生の事例と同様に故意が否定される。また共同の行為決意については次のような帰結にいたる。すなわち、離脱者がすでに準備段階で彼に割り当てられたすべての寄与を提供した場合、離脱者は彼の行為寄与以降についても免責されることはない。これに対し、共同の行為決意を締結後、実行段階で役割を予定している共同正犯の場合、離脱者が未遂開始以前に距離を置く場合には、彼は故意的に行為していないことになるという。さらに共同の行為決意を取り消すことを共犯者に通告することも可能であり、その場合には、それ以後についての共同正犯的な帰属が行われないことになる⁽⁷⁷⁾。

(4) 共同の行為決意の撤回はほとんど不可能？

以上の見解は、共同の行為決意の解消を認めることで、共同正犯の帰属の

基礎を解消する余地を認める見解であった。しかしながら、共同の行為決意の撤回それ自体に懐疑的な見解も存在する。

⁽⁷⁸⁾
Theodor Lenckner は、離脱者が他の関与者に行為決意を放棄するように働きかけさらにそれを超えて行為決意を放棄するに至った場合、あるいは彼の行為寄与を完全に取り戻した場合にのみ無罪と評価するべきであるという。それゆえ不成功に終わった結果防止へ向けた努力は、離脱には不十分であるという。これとは異なり、正犯者が物理的な寄与を提供したが準備段階で撤回したと誤って認識していた場合は例外であり、その理由は正犯者がはなから既遂に対して原因的でない寄与を果たそうとしていた事例とのバランスであるという。なお、*Lenckner* はこのバランスを心理的に作用する寄与の場合には貫徹しようとはしない。例えば離脱者が他の共犯者に行為決意を変更するように働きかけ、他の共犯者が見かけのみ放棄したように振る舞った場合には、不可罰とされるべきではないという。⁽⁷⁹⁾

⁽⁸⁰⁾
 また *Veronika Angerer* は、共同正犯的な帰属は準備段階で締結された行為計画で十分であるが、純粹に精神的な離脱も、明示的な離脱も、どちらも一度締結された共同正犯的な帰属の基礎を脱落させるのには十分ではないという結論に至っている。行為計画によって、もはや片面的には取り消され得ないという拘束（*Bindung*）が発生する。それゆえ片面的な離脱の宣言も十分ではない。明示的な離脱が不可罰という帰結に至りうるのは、当初の行為寄与が完全に廃棄された場合である。このことは、共同の行為計画や帰属の基礎の問題ではなく、因果性の問題である。そうすると、共同正犯者が結果に対して一度も因果的でない場合、すでに共同正犯的な態度の可罰性は欠落することになるという。これらの見解によれば、共同の行為決意の撤回は、仮に認められたとしてもきわめて限定的な範囲でのみ認められることになるであろう。

今まで参照してきたすべての見解は、共同正犯の成立要件として共同の行為決意という心理的な結びつきを要求することを前提としている。⁽⁸¹⁾しかし

ながら学説の中には、この共同性を客観的に考える見解⁽⁸²⁾が存在する。そのような主張の先駆者である *Günther Jakobs* は、共同の行為決意は適合決意⁽⁸³⁾ (Einpassungsentschluß) で足りると解している。このような立場からは、自らが行為計画から離脱することを告げることそれ自体は、仮に明示的に告げたとしても常に客観的な共同性を除去するものであると評価することは出来ないという帰結に至りやすいだろう⁽⁸⁴⁾。その理由は、寄与を適合させる段階で適合決意が存在すれば共同性が肯定出来るからである。共同性を客観的にとらえる見解を前提とした場合、どのような態度が共同性を除去することになるのかは現在に至るまでドイツにおいてはほとんど議論がなされておらず、具体的な帰結は不明であるが、今後、議論展開の余地があると考えられる⁽⁸⁵⁾。

3 小 括

このようにして、ドイツにおける学説の議論状況を参照してきた。ドイツにおいては、表明を伴わない精神的な離脱も共同正犯を否定すると解する見解、明示的に表明を行った場合にのみ共同正犯が否定されるとする見解、自らに割り当てられた寄与をすでに完了した場合には共同の行為計画からの離脱は共同正犯の成否に影響を与えないとする見解、さらに一度締結した共同の行為決意の解消に懐疑的な見解も存在した。

以上の見解を参照とすると、少なくとも次のことが明らかとなる。それは、ドイツにおけるいずれの見解も特別な離脱要件や、独自の離脱理論を展開しようとしているのではなく、共同正犯の構造が認められるか否かという共同正犯論を検討しているということである。論者らは、自身が前提とする共同正犯の構造論との関係から、行為決意の解消を行うためには明示的に告げる必要があるのか否か、あるいは行為決意を前提にするとすでに自らの担当部分は完了したのであるから、担当部分以後の行為者の態度は共同正犯の成否に影響を与えないか、といった異なる離脱要件が導出しているに過ぎな

い。したがって、離脱要件の違いも、論者によって想定している共同正犯としての処罰範囲や、構造が異なることから生じる差異であると評価することができる。

このように離脱要件の違いが、共同正犯の構造や処罰範囲の差異によって生じたものであるという事実は、離脱の効果についても一つの視点をもたらす。それは、離脱が認められる場合について、離脱者を共同正犯としては処罰することが許されないが、狭義の共犯としての処罰は別であり、離脱以降の結果についても幫助犯（ないし場合によっては教唆犯）が成立するということである。

IV 若干の検討：今後の議論への示唆

以上、ドイツで問題となっている事例と、学説における解決方法を参照してきた。ドイツにおける議論それ自体は、日本と異なる前提を多々有しているので、本稿は、その正当性や問題を論ずるのではなく、以上のような議論が、今後の日本における共同正犯からの離脱に関する議論にどのような影響を与える可能性があるのかという点を検討していきたい。

（１）共犯関係からの離脱と共同正犯からの離脱？

近時、日本では本論文の冒頭であげた最決平成21年6月30日を契機に、共犯関係からの離脱の議論が盛んになっている。近時の学説の中には、従来学説が共犯関係からの離脱と呼んできた因果性遮断説の枠組みの中には、共犯の処罰根拠としての因果性という視点と共同正犯性を解消できたか否かという2つの視点が混在しており、両者を区別して論ずるものが存在する。

例えば山中敬一⁽⁸⁶⁾は、共同正犯を否定する原理の基本は共謀関係の完全な解消にあり、それは共謀共同正犯の根拠論によって異なり、共同正犯性が否定されても、犯行に対する因果性が否定されたわけではなく、狭義の共犯とし

ての客観的帰属関係が問題となり、これが否定される場合が共犯からの離脱の要件であるという結論に至っている。⁽⁸⁷⁾

また成瀬幸典⁽⁸⁸⁾は、共同正犯関係からの離脱の要件と狭義の共犯関係からの離脱の要件を区別した上で、前者については、離脱行為以前に存在していた共謀関係の解消の有無によって判断され、その実体は行為者間の意思連絡とそれに基づく相互利用補充関係にあるという。後者の離脱が認められるためには、共犯行為が存在することを前提に、離脱行為によって、当該共犯行為と残余共犯者の実行行為の間の因果性を遮断することが必要であるとする。

これらの見解は、まず共同正犯としての構造を論じて共同正犯性を問題としている点で、本稿で参照したドイツの見解の手法と共通性を有していると評価できよう。しかしながらこれらの見解を前提とした場合には、最決平成21年6月30日の評価が、従来の学説の評価と異なりうるという問題がある。⁽⁸⁹⁾なぜなら、彼らの見解によれば検討されるべきは、まず共同正犯としての関係であり、平成21年決定における犯行防止措置を講じたのか否かという点も共同正犯としての関係が消失したのか否かという評価にあることになる。もっとも、着手後離脱に関する最決平成元年6月26日における残余共犯者による犯行防止措置は、共同正犯性の問題をクリアした後の因果性の遮断の内容として評価されるであろう。そうすると論者らの立場からすれば平成元年決定事案と平成21年決定事案は、異なる判断とされるべきであろう。共同正犯からの離脱と共犯関係からの離脱を区別して考える方法をとる場合には、少なくとも2つの最高裁決定の評価に影響があることを否定できないと思われる。

(2) 着手前離脱を認めた場合の効果をめぐる議論について

このようにして評価が異なってくる可能性のある最決平成21年6月30日であるが、離脱を否定した最高裁の結論に好意的な学説が多いように思われる。⁽⁹⁰⁾しかし一部の学説の中には、最高裁とは異なり、離脱を認めるべきであ

ったとするものがあり、その場合に処理として問題となるのは、着手前離脱を認めた場合の離脱者の扱いである。つまり被告人に共同正犯からの離脱を認めて強盗幫助とする見解と、離脱により離脱以前に行われていた住居侵入、強盗予備の罪責しか負わないとする見解が対立している。このような着手前離脱の効果について、ドイツの議論は一つの示唆を与える。

すでに参照したようにドイツにおいては、共同正犯からの離脱は、もっぱら共同正犯の構造から議論がなされており、共同正犯の要件が満たされない場合には幫助犯として従属的な罪責を検討する見解が有力であった。すなわち、共同正犯の構造から考えるのであれば、離脱を認めて強盗幫助とする処理が妥当であると評価することができよう。

（３）共同正犯の構造論と離脱要件論

かつて日本の下級審判例の中には、着手前離脱の要件として離脱者の意思表示と残余共犯者による了承を指摘しているものが存在した。このような離脱要件は感覚的には理解可能である。というのも、本稿で参照したように、これに類する離脱要件を主張する見解はドイツにおいても存在したからである。また導く結論においても因果性遮断説と大きく異なるところはないようにも思われる。⁽⁹⁴⁾しかし離脱の意思表示と残余共犯者による了承が離脱の要件として、理論的に導かれるのかについては、強い疑問が提起されていた。⁽⁹⁵⁾

そこで注目すべきは、ドイツにおける *Ralph Ingelfinger* の共同正犯の帰属根拠についての見解である。彼は実行段階に至った共同正犯者が見かけのみ共同正犯であるかのようにたち振る舞う、いわゆる「見せかけの共同正犯」⁽⁹⁷⁾（Schein-Mittäterschaft）について検討した際、共同正犯の成立要件たる共同の行為決意は、共同正犯の相互的な動機づけの基礎であるという結論に至った。換言すれば、共同の行為計画が、共犯者と共犯者の依存性を作り出し、そのために共同正犯者は自身の為だけでなく他者のためにも行為していることになるとする。⁽⁹⁸⁾上で紹介した明示的な離脱表明のみが離脱を構成す

るという理解は、おそらくこのような共同正犯の理解を基礎とした場合、容易に理解することが出来ると思われる。⁽⁹⁹⁾ここでは、明示的な離脱の表明が共同正犯としての帰属の基礎を欠落させる理由を、共同正犯における共同の行為計画の意義にまで遡った検討がなされているのは明らかである。

我が国では、近時、共謀の射程という形で共謀の内容、さらには共同正犯⁽¹⁰⁰⁾の成立に必要な意思連絡の基準等が論じられている。それらとの関係でも、共謀や共同正犯の意思連絡に関する理論の洗練が必要であり、その根拠に立ち返った検討が不可欠ではないだろうか。

V おわりに

我が国の共犯関係からの離脱をめぐる論争は、日本での議論に集中し、因果性遮断説に固まりつつある。本稿は、そのような状況の中、なぜかほとんど参照されていないドイツにおける判例、学説を参照し、議論の素材を提供しようとするものである。ドイツにおいて議論の素材とされているのは、本論文であげた6つの連邦通常裁判所判決であった。これを前提として学説においては、(表明を伴わない)精神的な離脱も共同正犯を阻却とする見解、明示的な共同の行為決意の解消だけが共同正犯を阻却とする見解、自らに割り当てられた寄与を既に完了した場合には離脱は認められないとする見解、共同の行為決意の撤回それ自体に懐疑的な見解が存在することを示した。これらのドイツの見解は、特別な離脱理論を用意して問題解決を行うのではなく、一般理論すなわち共同正犯としての構造論から離脱を議論していることを明らかにした。またドイツの見解の多くは、仮に共同正犯としての離脱が認められた場合であっても、幫助犯(狭義の共犯)としての責任を認めることも明らかとした。以上の検討によって、共犯関係からの離脱をめぐる従来の議論がなおざりにしてきたドイツの議論を示すことが出来たとすれば幸いである。

- （１）本稿は、日本で一部の見解が主張するような共犯関係からの「離脱」と「解消」の区別を否定し、すべて「離脱」と表現する。現在の刑法学においては、必ずしも両者の区別が一般的であるとまではいえないからである。ただし、ドイツの見解については、「離脱」という表現も「解消」という表現もともに用いる。日本語訳との関係で、「離脱」に統一すると奇妙な感じを受けることがあるからである。また、本論文中では、共同正犯の成立要件の一つである共同の「行為計画」と「行為決意」も区別しない。両者を区別した上で、異なる効果を付与しようという見解は、見受けられないからである。
- （２）共犯の中止と呼ぶのは、例えば牧野英一『刑法研究 第3巻』（有斐閣、1927年）233頁以下、滝川幸辰『刑事法判決評釈 第1巻』（立命館大学出版部、1937年）143頁以下、植松正「共犯の中止・予備の中止」時の法令97号（1953年）4頁以下、小野清一郎『刑罰の本質について・その他』（有斐閣、1955年）300頁以下、吉田常次郎『刑事法判例研究』（学芸書房、1956年）167頁以下、西村克彦「共犯と中止犯（１）～（２・完）」判例時報257号（1961年）8873頁以下、259号（1961年）8442頁以下、香川達夫「共犯の中止とその成立要件（１）～（２・完）」警察研究33巻11号（1962年）25頁以下、33巻12号（1962年）3頁以下、正田満三郎「未遂犯における中止の意義とその共犯への適用（１）～（３・完）」判例時報283号別冊（1962年）1頁以下、289号別冊（1962年）1頁以下、292号別冊（1962年）4頁以下、井上正治「共犯と中止犯」平野龍一編『判例演習 刑法総論』（有斐閣、増補版、1969年）209頁以下、山中敬一「共犯と中止犯」川端博ほか『刑法1 総論』（有斐閣、1985年）170頁以下、安里全勝「共犯と中止」三原憲三編著『ゼミナール刑法〔総論〕』（成文堂、1998年）176頁以下、山中敬一「共犯と中止犯」川端博ほか『刑法1 総論』（有斐閣、1985年）170頁以下参照。
- （３）着手前離脱に関する下級審判例の状況については、大越義久「共犯からの離脱——実行の着手前の離脱、着手後の離脱、既遂後の離脱」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（有斐閣、1988年）76頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第5巻』（青林書院、第2版、1999年）411頁以下〔佐藤文哉〕、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）860頁以下〔島田聡一郎〕、成瀬幸典「共犯論における判例の変容」法学セミナー705号（2013年）13頁以下参照。
- （４）本決定の意義については、野呂裕子「判批」研修734号（2009年）141頁以下、豊田兼彦「判批」法学セミナー657号（2009年）127頁、宮崎香織「判批」研修735号（2009年）23頁以下、中川深雪「判批」警察学論集62巻11号（2009年）183頁以

下、十河太郎「判批」判例セレクト2009-I(2010年)31頁、葛原力三「判批」ジュリスト1398号(2010年)179頁以下、江原伸一「判批」同『実務に役立つ最新判例77選——刑法・特別刑法——』(東京法令出版、2010年)44頁以下、金尚均「判批」速報判例解説委員会編『速報判例解説 Vol. 6』(日本評論社、2010年)179頁以下、山本高子「判批」法学新報117巻3=4号(2010年)343頁以下、金子博「判批」立命館法学332号(2010年)271頁以下、今井康介「判批」上智法学論集54巻2号(2010年)139頁以下、日高義博「判批」専修ロージャーナル6号(2011年)247頁以下、豊田彦彦「判批」刑事法ジャーナル27号(2011年)81頁以下、緒方あゆみ「判批」CHUKYO LAWYER15号(2011年)61頁以下、島田聡一郎「判批」判例評論641号(2012年)176頁以下、任介辰哉「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成21年度』(法曹会、2013年)165頁以下、煙山明「判批」警察公論68巻10号(2013年)95頁以下、橋爪隆「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論』(有斐閣、第7版、2014年)190頁以下、板倉宏監修『現代の判例と刑法理論の展開』(八千代出版、2014年)179頁以下〔板倉宏〕、十河太郎「判批」大谷實編『判例講義 刑法 I 総論』(悠々社、第2版、2014年)182頁以下、前田雅英「判批」同『最新重要判例250 刑法』(弘文堂、第10版、2015年)88頁、小林憲太郎「判批」同『重要判例集 刑法総論』(新世社、2015年)172頁以下参照。

- (5) 本決定の意義については、川端博「判批」法学セミナー419号(1989年)124頁、園田寿「判批」法学教室111号(1989年)80頁以下、横井康信「判批」立教大学大学院法学研究10号(1990年)75頁以下、野村稔「判批」判例セレクト89(1990年)33頁、前田雅英「判批」判例評論373号(1990年)226頁以下、振津隆行「判批」ジュリスト957号(1990年)153頁以下、森直樹「判批」中京大学大学院生法学研究論集11号(1991年)77頁以下、原田罔男「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成元年度』(法曹会、1991年)175頁以下、石川聰「共同正犯の中止に関する一考察」日本大学大学院法学研究年報21号(1991年)165頁以下、吉田宣之「判批」警察研究63巻11号(1992年)、萩原玉味「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選(1) 総論』(有斐閣、第4版、1997年)192頁以下、高部道彦「判批」研修589号(1997年)61頁以下、安里全勝「判批」山梨学院大学法学論集38巻(1997年)338頁以下、戸田信久「判批」麻生光洋編『刑事新判例解説(4) 刑法総論・刑法各論・特別刑法』(信山社、1998年)96頁以下、川口浩一「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 総論』(有斐閣、第5版、2003年)188頁以下、照沼亮介「判批」成瀬幸典=安田拓人編『判例プラクティス 刑法 I 総論』(信山社、2010年)398頁、山口

厚「判批」同『基本判例に学ぶ刑法総論』（成文堂、2010年）264頁以下、照沼亮介「判批」松原芳博編『刑法の判例 総論』（成文堂、2011年）268頁以下、星周一郎「判批」井田良＝城下裕二編『刑法総論判例インデックス』（商事法務、2011年）280頁以下、川端博『刑法基本判例解説』（立花書房、2012年）110頁以下、十河太朗「判批」大谷實編『判例講義 刑法Ⅰ 総論』（悠々社、第2版、2014年）181頁、島岡まな「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ 総論』（有斐閣、第7版、2014年）192頁以下、前田雅英「判批」同『最新重要判例250 刑法』（弘文堂、第10版、2015年）87頁。

- （6）島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修741号（2010年）3頁以下、林幹人『判例刑法』（東京大学出版会、2011年）143頁以下、渡邊友美「共同正犯関係からの離脱に関する一考察——実行の着手前後に分けて検討することに関して——」千葉大学大学院人文社会科学研究所研究プロジェクト報告書第242集（2012年）14頁以下、佐々木一夫「共謀関係の解消」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選』（立花書房、第2版、2013年）289頁以下、成瀬幸典「共犯関係からの離脱について」立教法務研究7号（2014年）117頁以下、淵脇千寿保「共犯における因果性と共犯関係からの離脱」日本大学大学院法学研究年報44号（2014年）71頁以下、佐久間修「共犯の因果性について」法学新報121巻11＝12号（2015年）177頁以下、原口信夫「共犯からの離脱、共犯関係の解消」法学新報121巻11＝12号（2015年）199頁以下、山口厚「新判例から見た刑法」（有斐閣、第3版、2015年）92頁以下、橋爪隆「共犯関係の解消について」法学教室414号（2015年）98頁以下等参照。
- （7）例えば、寺西輝泰「共謀関係からの離脱」受験新報29巻8号（1979年）46頁以下、香川達夫「共犯関係からの離脱」警察研究54巻8号（1983年）3頁以下、萩原玉味「実行前に脱落した共謀者の責任」藤木英雄＝板倉宏編『刑法の争点』（有斐閣、新版、1987年）135頁、日高義博「共犯関係からの離脱」川端博＝日高義博『刑法』（法学書院、1989年）140頁以下、前田雅英「共犯の中止と共犯からの離脱」法学セミナー424号（1990年）105頁以下、岡野光雄「共同正犯からの離脱」研修509号（1990年）3頁以下、堀内捷三「共犯の処罰根拠（3・完）」法学教室126号（1991年）32頁以下、相内信「共犯からの離脱、共犯と中止犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第4巻 未遂・共犯・罪数論』（法学書院、1992年）247頁以下、山口厚「共犯関係からの離脱」法学教室137号（1992年）31頁、町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）113頁以下、林幹人『刑法の基礎理論』（東京

- 大学出版会、1995年) 203頁以下、平良木登規男「共犯(その5——共犯と中止・共謀関係からの離脱)」警察公論52巻12号(1997年) 84頁以下、河村博「共犯関係からの離脱…中止犯との類似性を中心に」警察公論52巻10号(1997年) 72頁以下、岡田雄一「共犯からの離脱」龍岡資晃編『現代裁判法体系 30 刑法・刑事訴訟法』(新日本法規、1999年) 65頁以下、中村雄一「共同正犯からの離脱」秋田法学35号(2000年) 1頁以下、林陽一「共犯処罰の限界」法学教室255号(2001年) 34頁以下、渡邊馨「共犯からの離脱に関する一考察」南九州大学研究年報34号B(2004年) 37頁以下、中島望「共犯関係からの離脱」立命館法政論集3号(2005年) 97頁以下、今井猛嘉「共犯関係からの離脱」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007年) 118頁以下、豊田兼彦「共犯からの離脱」法学教室359号(2010年) 26頁以下、塩見淳「共犯関係からの離脱」法学教室387号(2012年) 94頁以下、武藤眞朗「共同正犯・共犯からの離脱(1)～(3)」三原憲三ほか編『刑法ゼミナール [総論]』(成文堂、第2版、2012年) 250頁以下、外ノ池佳子「窃盗の既遂時期と共犯からの離脱」月刊警察347号(2012年) 149頁以下、嶋矢貴之「共犯の諸問題——共犯と錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程」法律時報85巻1号(2013年) 28頁以下、佐々木一夫「共謀関係の解消の認定について」警察学論集67巻11号(2014年) 109頁以下、三村三緒「共犯からの離脱」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法 [総論]』(青林書院、2014年) 395頁以下等参照。
- (8) 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。
- (9) 共犯関係からの離脱に関連するドイツにおける議論状況に言及する文献はさほど多くない。古くは大塚仁ほか『総合判例研究叢書 刑法(3)』(有斐閣、1956年) 112頁以下〔香川達夫〕、香川達夫『中止未遂の法的性格』(有斐閣、1963年) 177頁以下が言及している。また西田・前掲注(8) 221頁以降の文献では、上野幸彦「犯罪実行の中途放棄と共同正犯」日本大学法学紀要32巻(1991年) 369頁以下、原口信夫「共犯からの離脱」東海大学文明研究所紀要21巻(2001年) 91頁以下、原口信夫「共犯者の中止未遂」佐藤司先生古稀祝賀『日本刑事法の理論と展望 上巻』(信山社、2002年) 351頁以下、萩原滋「共犯の離脱・解消」岡山大学法学会雑誌58巻2号(2008年) 209頁以下、島田・前掲注(6) 3頁以下に、断片的ではあるが理論状況の説明や判例の紹介がある。
- (10) 山中敬一「共謀関係からの離脱」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年) 550頁以下。
- (11) 木村光江「共犯と離脱——英米の考え方」研修601号(1998年) 13頁以下、十河

太朗「イギリスにおける共犯関係からの離脱」同志社法学58巻7号（2007年）95頁以下。さらに中国法との比較法研究として、王昭武「共犯関係からの離脱」同志社法学58巻1号（2006年）197頁以下参照。

- (12) Vgl. *Günter Heine/Bettina Weißer*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, § 25 Rn. 74; *Kristian Kühl*, in: Kristian Kühl/Martin Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., 2014, § 25 Rn. 10; *Uwe Murmann*, in: Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2015, § 25 Rn. 40; *Martin Paul Waßmer*, in: Klaus Leopold/Michael Tsambikakis/Mark A. Zöllner (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 2. Aufl., 2015, 25 Rn. 85 ff.; *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 63. Aufl., 2016, § 25 Rn. 38.
- (13) 今井・前掲注（4）141頁以下参照。
- (14) このような法的効果に親和的な観点から日本における共同正犯からの離脱を再構築しようとしたのは、大塚仁『刑法論集（2）』（有斐閣、1976年）31頁以下。
- (15) *Kenichi Nakayama*, Die verabredete Mittäterschaft, in: Dietrich Oehler (Hrsg.), *Strafrechtliche und strafprozessuale Fragen aus dem japanischen Recht*, 1982, S. 1ff.
- (16) *Jeong-Weon Lee*, Die japanische und koreanische sog. Verabredungsmittäterschaft und die Mittäterschaft nach deutschem Recht, 1991, S. 40 ff.
- (17) Vgl. *Peter Vogt*, Vorbereitende Tatbeiträge und Mittäterschaft, 1999, S. 33 ff.; *Marcus Marlie*, Voraussetzung der Mittäterschaft – Zur Fallbearbeitung in der Klausur, JA 2006, S. 615; *Klaus Geppert*, Die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), JURA 2011, S. 31; *Kristian Kühl*, Täterschaft und Teilnahme, JA 2014, S. 671 f.
- (18) Vgl. BGHSt 11, 268; BGHSt 14, 123 u. s. w.
- (19) *Wilhelm Nivara*, *Strafrechtslehrbuch*, 3. Aufl., 1953, S. 38; *Hans Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 110; *Holger Preisendanz*, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., 1978, S. 150; *Kurt Seelmann*, Mittäterschaft im Strafrecht, JuS 1980, S. 574; *Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 7. Aufl., 1989, § 49 Rn. 28 ff.; *Günther Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, 21/52; *Georg Küpper*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 4. 12. 1992 – 2 StR 442/92 (BGHSt. 39,

88), JR 1993, S. 293; *Heiko H. Lesch*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, GA 1994, S. 125; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 679 f.; *Claus-Jürgen Hauf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2001, S. 78; *Karsten Gaede*, Der praktische Fall – Strafrecht: Täterschaft und Teilnahme beim Bandendiebstahl, JuS 2003, S. 777; *Harro Otto*, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechts Lehre, 7. Aufl., 2004, § 21, Rn. 61; *Christoph J. M. Safferling*, Übungsklausur – Strafrecht: Mittäterschaftlicher Diebstahl, JuS 2005, S. 137; *Jörg Eisele/Tobias Freudenberg*, Vetterwirtschaft in Münchenhausen, JURA 2005, S. 206; *Jan Helmlich*, Der Zweck heiligt nicht Mittel, JA 2006, S. 354; *Christoph J. M. Safferling/Simon Menz*, Sonderbare Vorkommnisse in Krematorium, JURA 2008, S. 387; *Christine Morgenstern*, Suizid und Raubüberfall: Die Apothekerin, JURA 2008, S. 629; *Gerhard Sehr*, Grundfälle zur Mittäterschaft, JuS 2009, S. 308; *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 12 Rn. 93 f.; *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 20 Rn. 110 f.; *Ralph Ingelfinger*, in: Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Dieter Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl., 2013, § 25 Rn. 46; *Wolfgang Joecks*, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 11. Aufl., 2014, § 25 Rn. 85; *Heine/Weißer*, in: Sch/Sch²⁹ (Anm. 12), § 25 Rn. 67 ff.; *Bernd Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 1228; *Waßmer*, in: AnwaltKommentar² (Anm. 12), § 25 Rn. 66; *Helmut Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 26 Rn. 27; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 41 Rn. 19; *Uwe Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., 2015, § 27 Rn. 68; *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, Rn. 764; *Klaus Hoffmann-Holland*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015, Rn. 530. これに対し、実行段階における寄与を共同正犯成立の不可欠の要件と解する立場は、本論文の注(48)参照。

- (20) 藤本英雄「共謀共同正犯の根拠と要件(1)」法学協会雑誌78巻6号(1962年) 588頁以下、平良木登規男『国民の司法参加と刑事法学』(成文堂、2014年) 348頁以下参照。ただし、正犯背後の正犯を肯定するドイツの判例が存在する点に注意を要する。ドイツにおける正犯背後の正犯論と共謀共同正犯論の関係については、大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察(1)(2・完)——共謀者の間接正犯性

をめぐって——」大阪市立大学法学雑誌28巻1号（1981年）144頁以下、28巻2号（1982年）264頁以下、佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理——共謀共同正犯と『正犯背後の正犯』を中心として——」斎藤誠二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現実と展開』（信山社、2003年）297頁以下、水落伸介「背後者の正犯性について——『正犯の背後の正犯』は認められないか？」中央大学大学院研究年報40号（2010年）201頁以下参照。

- (21) *Otto Schwarz*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 22. Aufl., 1959, S. 122; *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. III, 1961, S. 149; *Jürgen Baumann*, Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung, NJW 1963, S. 565; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1975, S. 553; *Gunther Arzt*, Anmerkung zum BGH Urteil v. 23. 11. 1983, JZ 1984, S. 429; *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 29 Rn. 59 ff.
- (22) Vgl. *Walter Sax*, Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ 1963, S. 329 ff.
- (23) 共犯判例の歴史的な変遷については、*Sven Leif Erik Johannsen*, Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung, 2009, S. 75 ff.; *Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 559 ff. が詳しい。
- (24) 着手時期を個別的に検討するのは、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）154頁。また山中敬一『刑法総論』（成文堂、第3版、2015年）779頁は、個別的な検討から出発しつつ修正を加える。
- (25) ドイツにおける共同正犯の未遂については、すでに多くの紹介が多く見られる。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）325頁以下、田辺悟「共同正犯と間接正犯の犯罪未遂——特にシリングの個別解決に関連して——」明治大学大学院紀要法学篇17集（1980年）119頁以下、藤吉和史「共同正犯の未遂——シリングとキューパーの諸説をめぐって——」明治大学大学院紀要法学篇20巻（1983年）213頁以下、鈴木彰雄「共同正犯の未遂」法学新報96巻1＝2号（1989年）215頁以下、阿部力也「共同正犯の未遂について——全体的解決法と個別的解決法の展開——」明治大学短期大学紀要68号（2001年）27頁以下、同「行為帰属説と共同正犯の実行の着手時期」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002年）485頁以下、同「共同正犯論における『共働』概念と共同正犯の未遂について」明治大学社会科学研究所紀要42巻2号（2004年）219頁以下、塩見淳「共同正犯における実行の着手」法

学論叢162巻1=6号(2008年)108頁以下、伊藤嘉亮「共同正犯における未遂」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2014年)855頁以下等参照。

- (26) *Jescheck/Weigend*, AT⁵ (Anm. 19), S. 681; *Jakobs*, AT² (Anm. 19), 21/61; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT¹¹ (Anm. 21), § 29 Rn. 104; *Thomas Hillenkamp* in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Bd. I, 12. Aufl., 2007, § 22 Rn. 173; *Wolfgang Joecks*, in: Bernd Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, § 25 Rn. 260 f.; *Kühl*, AT⁷ (Anm. 19), § 20 Rn. 123 f.; *Volker Krey/Robert Esser*, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 2012, Rn. 1241; *Kai Ambos*, in: GS³ (Anm. 19), § 22 Rn. 34; *Martin Heger*, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, 1. Aufl., § 22 Rn. 51; *Urs Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 2015, § 40 Rn. 15; *Hoffmann-Holland*, AT³ (Anm. 19), Rn. 646; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT⁴⁵ (Anm. 19), Rn. 870; *Fischer*, StGB⁶³ (Anm. 12), § 22 Rn. 21.
- (27) Zum Beispiel: BGHSt 36, 249; BGHSt 39, 236; BGHSt 40, 229; BGH NStZ 1981, 99 u. s. w.
- (28) Zum Beispiel: *Bernd Schünemann*, in: LK¹² (Anm. 26), § 25 Rn. 204. Vgl. auch *Georg Schilling*, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, S. 104 ff.
- (29) 山中・前掲注(10) 564頁参照。さらに穴沢大輔「いわゆる第三者領得について——ドイツにおける刑法改正を手がかりとして——」上智法学論集50巻2号(2006年)103頁以下参照。
- (30) Vgl. auch *Veronika Angerer*, *Rücktritt im Vorbereitungsstadium*, 2004, S. 127 ff.; *Andreas Fricke*, *Der Rückzug des Tatbeteiligten vor Versuchsbeginn*, 2010, S. 7 ff.; *Claus Roxin*, *Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter*, in: Georg Freund/Uwe Murmann/René Bloy (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 614 ff.
- (31) BGH, Urteil vom 13. 3. 1979 – 1 StR 739/78. BGHSt 28, 346=NJW 1979, 1721, JZ 1979, 483=MDR 1979, 592. Vgl. *Pelchen*, *Lindermaier-Möhrling*

- (Hrsg.), Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs, § 24 Abs. 2 StGB 1975, *Leonhard Backmann*, Strafbarkeit des vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat? – BGHSt 28, 346, JuS 1981, S. 336 ff.
- (32) *Backmann*, JuS 1981 (Anm. 31), S. 338 ff.
- (33) Vgl. *Claus Roxin*, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, in: Albin Eser/ Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 273
- (34) BGH, Entscheidung vom 6.2.1987 - 2 StR 670/86. BGH NStZ 1987, 364.
- (35) Dazu vgl. *Roxin*, a. a. O. (Anm. 30), S. 615.
- (36) BGH, Urteil vom 15. 1. 1991 – 5 StR 492/90. BGHSt 37, 289=NJW 1991, 1068=MDR 1991, 456=JR 1991, 205=NStZ 1991, 280=JZ 1991, 89=StV 1993, 410. Vgl. *Claus Roxin*, Zum Mord in Mittäterschaft, JR 1991, S. 206 ff.; *Volker Erb*, Mord in Mittäterschaft, JuS 1992, S. 197 ff.; *Ingeborg Puppe*, Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?, NStZ 1991, S. 571 ff.; *Ulrich Stein*, Zum Mord in Mittäterschaft, insbesondere wenn einer der Tatgenossen während der Tatausführung seine Mitwirkung aufgibt, StV 1993, S. 410 ff.; *Claus-Jürgen Hauf*, Neuere Entscheidung zur Mittäterschaft unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Aufgabe der Mitwirkung eines Beteiligten während der Tatausführung bzw. vor Eintritt in das Versuchsstadium, NStZ 1994, S. 263 ff.; *Hoffmann-Holland*, AT³ (Anm. 19), Rn. 554.
- (37) *Roxin*, JR 1991 (Anm. 36), S. 207.
- (38) *Erb*, JuS 1992 (Anm. 36), S. 200 f.
- (39) *Puppe*, NStZ 1991 (Anm. 36), 571 ff.; *Stein*, StV 1993 (Anm. 36), S. 411 ff.
- (40) Vgl. auch *Roxin*, a. a. O. (Anm. 30), S. 617.
- (41) BGH, Entscheidung vom 7. 9. 1993 – 1 StR 325/93. BGH NStZ 1994, 29=StV 1994, 17.
- (42) *Eva Graul*, Zur Haftung eines (potentiellen) Mittäters für die Vollendung bei Lossagung von der Tat im Vorbereitungsstadium, in: Eva Graul/Gerhard Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 90 f.
- (43) BGH, Beschluss vom 11. 3. 1999 – 4 StR 56/99. BGH NStZ 1999, 449=StV 1999, 594. Vgl. *Ingeborg Puppe*, Zur Frage des Rücktritts vom Totschlagsversuch, JR 2000, S. 70 ff.

- (44) BGH, Beschluss vom 2. 7. 2008 – StR 174/08. BGH NSTZ 2009, 25. Vgl. *Claus Roxin*, Zum Ausscheiden eines Mittäters im Vorbereitungsstadium bei fortwirkenden Tatbeiträgen, NSTZ 2009, S. 7 ff.; *Klaus Geppert*, Zum Ausscheiden eines Mittäters im Vorbereitungsstadium bei fortwirkenden Tatbeiträgen, JK 7/09, StGB § 25 II/16. さらに鈴木彰雄「共同正犯について予備段階での離脱が認められた事例」名城ロースクール・レビュー13号(2009年)137頁以下、島田・前掲注(6)3頁以下参照。
- (45) *Roxin*, NSTZ 2009 (Anm. 44), S. 7 ff.
- (46) *Hans Lilie/Dietlinde Albert*, in: LK¹² (Anm. 26), § 24 Rn. 377 f. Vgl. auch *Michael Walter*, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens in zurechnenden Strafrecht, 1980, S. 125 ff.; *Hans-Chul Chang*, Rücktritt vom vollendeten Delikt bei der Beteiligung mehrerer, 1993, S. 39 ff.
- (47) これに対し山中・前掲注(10)563頁は、ドイツの判例を分析した際、「第一に、予備段階において共謀に加わって共同の犯行計画の立案に加担して、後の犯行に対する心理的因果関係を与えたばかりではなく、効果を継続する『行為寄与』を行っている場合、離脱の実行直前に離脱の意思表示をしたとしても、共同正犯ないし幫助の責任を免れない。共同正犯か幫助かは、自己の犯罪等の正犯原理を充たすかどうかによる。第二に、正犯に不法領得の意思が欠けるなどの主観的条件が途中でなくなった場合には、行為寄与は継続していたとしても、共同正犯ではなく、幫助となる。この場合、離脱は、他の共謀者に通告しなくても認められる。第三に、共謀の際に計画された犯行とは『別の犯行』が実行されたときには、共同正犯も、教唆も幫助も否定される。」と定式化を行っている。
- (48) *Wilhelm Gallas*, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, 1954, S. 137; *Hellmuth Mayer*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, S. 161; *Gimbernadt Ordeig*, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, ZStW 80, 1968, S. 915 ff.; *Rolf Dietrich Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 66 ff.; *Hans-Joachim Rudolphi*, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 369 ff.; *Stein*, StV 1993 (Anm. 36), S. 414; *Frank Zieschang*, Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?, ZStW 107, 1995, S. 381; *René Bloy*, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 424 ff.; *Michael Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 518; *Roxin*, in: LK¹¹

- (Anm. 28), § 25 Rn. 181 f.; *Schünemann*, in: LK¹² (Anm. 26), § 25 Rn. 182 ff.; *Ingeborg Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, § 22 Rn. 5; *Diethelm Kleszczewski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2012, Rn. 618 ff.; *Wolfgang Schild*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2013, § 25 Rn. 139; *Krey/Esser*, AT⁵ (Anm. 26), Rn. 978; Reinhard Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/*Joachim Renzikowski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl., 2014, § 49 Rn. 45; *Zieschang*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 656; *Walter Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, § 10 Rn. 181.
- (49) 山中・前掲注(10) 579頁以下参照。
- (50) *Hans-Joachim Rudolphi*, in: Hans-Joachim Rudolphi/Eckhard Horn/Erich Samson/Hans-Ludwig Günther (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl., 1993, § 24 Rn. 36.
- (51) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 30), S. 613 ff.
- (52) *Karl Lackner*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 20. Aufl., 1993, § 25 Rn. 10.
- (53) *Kühl*, AT⁷ (Anm. 19), § 20 Rn. 105; *ders.*, in: Kühl/Heger²⁸ (Anm. 12), § 25 Rn. 10.
- (54) さらに着手後離脱の場合においても、既遂の共同正犯を否定する可能性を示唆するのは、*Joachim Renzikowski*, Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen, JuS 2013, S. 481 ff. *Renzikowski* は、強盗の実行の共同正犯事例において、実行者Aによる被害者の意思抑圧行為の間に、他の実行者Bが実際には金品を領得したにもかかわらず、金品は見つからなかったと裏切っていた事案（BGHSt NStZ 2012, 508）において、Aについて強盗既遂の共同正犯を肯定する結論に反対している。この点については、今井康介「共犯者による行為計画からのひそかな離反と共同正犯の成否について」早稲田法学90巻2号（2015年）111頁以下参照。
- (55) *Puppe*, NStZ 1991 (Anm. 36), S. 572 f.
- (56) *Puppe*, NStZ 1991 (Anm. 36), S. 573; vgl. auch *dies.*, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, § 23 Rn. 10 ff.
- (57) Vgl. auch *Renzikowski*, AT⁸ (Anm. 48), § 49 Rn. 70.
- (58) *Torsten Buser*, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch,

1998, S. 107.

- (59) Zum Beispiel: *Buser*, a. a. O. (Anm. 58), S. 107 f.; *Rainer Zaczyk*, in: NK⁴ (Anm. 28), § 24 Rn. 119; *Peter Cramer/Günter Heine*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 25 Rn. 71; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT¹¹ (Anm. 21), § 29 Rn. 86; *Murmann*, GS³ (Anm. 19), § 27 Rn. 62; *Hoffmann-Holland*, AT³ (Anm. 19), Rn. 533. Vgl. auch *Hubert Gorka*, Der Versuchsbeginn des Mittäters, 2000, S. 131; *Sehr*, JuS 2009 (Anm. 19), S. 306; *Volker Haas*, in: *Matt/Renzikowski*¹ (Anm. 26), § 25 Rn. 75.

さらに *Stratenwerth/Kuhlen* は、共同正犯者が行為決意を予定より早く放棄することによって導かれる帰結から疑う。彼らによれば、共同正犯の実現意思 (Verwirklichungswille) は、単独正犯と同様、単に彼が自らの寄与を提供する時点において存在しなければならず、行為計画によれば準備段階ですべての寄与を行う予定であった共同正犯者が、準備段階ですべての寄与を果たした場合には、事後的に共同の行為決意を取り消したとしても、共同正犯としての責任を妨げることはないとする (彼らの立場によれば、準備段階での共同は、通常は行為支配を手中にしたと評価するのは難しいので例外的な場合に限られる点に注意を要する)。もっとも、共同正犯者が準備段階で寄与を一部行ったが、全部の寄与を行ったわけではない事例においては、離脱としてどのような処理を行うのか明らかではない。Vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, AT⁶ (Anm.19), § 12 Rn. 86; vgl. auch *Günter Stratenwerth*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, § 12 Rn. 86.

- (60) *Werner Beulke*, Anmerkung zum Urteil des OLG Köln v. 5. 9. 1978 – 1 StR 438/78, JR 1980, S. 424.
- (61) そのため、*Beulke* の見解によれば、共同正犯からの離脱の可能性は事例によってはかなり低いものと思われる。
- (62) *Hauf*, NStZ 1994 (Anm. 36), S. 265.
- (63) Vgl. auch *Hauf*, AT² (Anm. 19), S. 83.
- (64) *Graul*, a. a. O. (Anm. 42), S. 99.
- (65) *Graul*, a. a. O. (Anm. 42), S. 99.
- (66) *Graul*, a. a. O. (Anm. 42), S. 100.
- (67) *Rudolf Rengier*, Täterschaft und Teilnahme – Unverändert aktuelle Streitpunkte, JuS 2010, S. 287.
- (68) *Rengier*, AT⁷ (Anm. 19), § 44 Rn. 21.

- (69) *Rengier*, AT⁷ (Anm. 19), § 44 Rn. 16.
- (70) *Harro Otto*, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (2. Teil), JA 1980, S. 707 ff.
- (71) *Otto*, JA 1980 (Anm. 70), S. 709.
- (72) *Jörg Eisele*, Abstandnahme vor Versuchsbeginn, bei mehreren Beteiligten, ZStW 112, 2000, S. 745 ff.
- (73) *Eisele*, ZStW 112 (Anm. 72), S. 782.
- (74) *Frank Fad*, Die Abstandnahme des beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, 2005, 77 ff.
- (75) Vgl. *Fad*, a. a. O (Anm. 74), S. 119 ff.; S. 222 f.
- (76) *Fricke*, a. a. O. (Anm. 30), S. 187 f.
- (77) *Fricke*, a. a. O. (Anm. 30), S. 188.
- (78) *Theodor Lenckner*, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, in: Karl Lackner/Heinz Leferenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst Amadeus Wolff (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 281 ff.
- (79) *Lenckner*, a. a. O. (Anm. 78), S. 286.
- (80) *Angerer*, a. a. O. (Anm. 30), S. 161.
- (81) Vgl. auch *Georg Küpper*, Der gemeinsame Tatentschluß als unzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105, 1993, S. 295 ff.
- (82) Zum Beispiel: *Roland Derksen*, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, S. 163 ff.; *Heiko H. Lesch*, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105, 1993, S. 271 ff.
- (83) *Jakobs*, AT² (Anm. 19), 21/43.
- (84) Vgl. *Eisele*, ZStW 112 (Anm. 72), S. 757; *Fad*, a. a. O. (Anm. 74), S. 116.
- (85) 我が国でこのような可能性を検討したのは、今井康介「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——」上智法学論集55巻3＝4号（2012年）95頁以下参照。
- (86) 山中・前掲注（10）539頁以下参照。
- (87) 論者は、因果性遮断説への批判を述べているが、山中説と因果性遮断説は、「実は径庭がない」という島田・前掲注（6）34頁の指摘がある。

- (88) 成瀬・前掲注(6) 141頁以下。
- (89) 成瀬・前掲注(6) 144頁は、すでにその可能性を指摘している。
- (90) 島田・前掲注(6) 179頁。
- (91) 山中・前掲注(10) 539頁以下、さらに葛原・前掲注(4) 180頁。
- (92) 金・前掲注(4) 82頁、金子・前掲注(4) 299頁。
- (93) 今井・前掲注(4) 139頁以下参照。
- (94) 原田・前掲注(5) 175頁以下参照。
- (95) 今井・前掲注(4) 139頁以下参照。
- (96) *Ralph Ingelfinger*, „Schein“-Mittäterschaft und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 704 ff.
- (97) この問題については、阿部力也「見かけ上の共同正犯について——共同正犯の帰属の限界——」明治大学情報コミュニケーション学研究1号(2005年) 126頁以下、岩間康夫「共同正犯の誤想について——その可罰性に関するドイツの議論を素材に——」愛知大学法経論集177号(2008年) 125頁以下参照。
- (98) Vgl. auch *Ingelfinger*, in: GS³ (Anm. 19), § 25 Rn. 42.
- (99) *Graul*, a. a. O. (Anm. 42), S. 97は、*Ingelfinger*, JZ 1995 (Anm. 96), S. 708の見解を参照しつつ、本文中で述べたような離脱要件を導いている。Dazu vgl. auch *Roxin*, a. a. O. (Anm. 30), S. 620.
- (100) 前田雅英「共謀の射程と承継的共同正犯」警察学論集51巻1号(1998年) 157頁以下、十河太郎「共謀の射程について」川端博ほか編『理論刑法学の探究 3』(成文堂、2010年) 73頁以下、嶋矢・前掲注(7) 33頁、橋爪隆「共謀の射程と共犯の錯誤」法学教室359号(2010年) 20頁以下、鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年) 509頁以下、橋爪隆「共謀の限界について——共謀の射程・共犯関係の解消——」刑法雑誌53巻2号(2014年) 295頁以下、仲道祐樹「共謀による義務付けと共謀の射程」高橋則夫ほか『理論刑法学入門 刑法理論の味わい方』(日本評論社、2014年) 235頁以下、十河太郎「共謀の射程と量的過剰」『川端博先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2014年) 705頁以下、水落伸介「共謀の射程について」中央大学大学院研究年報44号(2015年) 161頁以下、佐久間修「共犯の錯誤と身分犯の意義(その1)——主観的要件をめぐる諸問題——」警察学論集68巻2号(2015年) 147頁以下、成瀬幸典「共謀の射程について」刑事法ジャーナル44号(2015年) 10頁以下、亀井源太郎『『共謀の射程』について』首都大学法学会雑誌56巻1号(2015年) 421頁以

下、十河太朗「共謀の射程と共犯正犯関係の解消」同志社法学377号（2015年）369頁以下、行田桜子「共同正犯の主観的要件について——『意思連絡』における共同性と正犯性——」北大法政ジャーナル21=22号（2015年）37頁以下等参照。