

予備段階の共働について

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2009-04-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 阿部, 力也 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/3937

【論 説】

予備段階の共働について

阿 部 力 也

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 判例および学説の状況
- 三 諸説の検討
- 四 結論

一 本稿の目的

予備段階の共働とは、共同正犯が成立するために必要とされる「行為の共同遂行」は、かならずしも実行行為を各関与者が共同して遂行することは必要でなく、実行行為以外の態様で共同することであっても足りることを意味し、共同正犯の客観的な「寄与の程度」が問題になるとされている。⁽¹⁾

ドイツ刑法二五條二項において規定される共同正犯についても、我が国と同様に⁽²⁾、主観的要件としての「共同の行為決意ないし行為計画」と客観的要件としての「行為の共同遂行」が要求されているが、⁽³⁾近時のBGHの判例においては、行為の共同遂行とは各共同正犯者がみずから法律上のメルクマールを実現することを前提とせず、共同正犯者が実行行為をおこなう仲間の行為決意を強化する予備行為、すなわち、実行行為とは異なる共働で十分であることをあらためて確認している。⁽⁴⁾このことを前提にした場合、直接的に実行行為を遂行しなくても、実行者と行為の遂行を取り決めた (Verabredung) だけで、そのような関与の仕方が実行者の行為決意を強化していたと評価できる場合には、行為の共同「遂行」という客観的要件を充足したことになる。いいかえると、行為決意の強化という点で、客観的要件の不備を主観的要件をもって補うことにもなるのである。しかし、この点については、刑法二五條二項にいう「犯罪的行為の共同遂行」は、主観的な意思の一致をとおして共同関係ないし共同性を生じさせる共同の行為決意のほかに、さらに「遂行」という部分をも含んでいるにもかかわらず、近時のBGHが、原則的に、行為寄与として十分であるとする犯罪の「取り決め」ないし「協定」は、行為の遂行に関する共同の行為決意という以上のことは何ら含んでいないのである、という有力な批判が展開されている。⁽⁵⁾

このようなドイツにおける共同正犯の客観的な成立要件である行為の共同遂行をめぐる理論的対立は、同様の成立要件が要求される我が国の共同正犯をめぐる諸問題を考えていくうえで重要な視点を提供しうると思われるので、以下において、BGHの二つの判決を踏まえたうえで、それに対する学説の展開を検討することにした。

注

(1) Vgl. Schönke-Schröder-Cramer, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 25 Rn.63 ff.

(2) 学説として、団藤重光『刑法綱要総論』第三版(平二年・一九九〇年)三九一頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)』第三版

(平九年・一九九七年)二七六頁以下、福田平『全訂刑法総論』第三版(平八年・一九九六年)二六一頁以下、莊子邦雄『刑法総論』第三版(平八年・一九九六年)四六六頁以下、大野平吉『概説犯罪総論(下)』補訂版(平七年・一九九五年)九九頁以下、大谷實『刑法講義総論』第四版補訂版(平八年・一九九六年)四二八頁以下、川端博『刑法総論講義』(平七年・一九九五年)五二六頁以下、前田雅英『刑法総論講義』第二版(平六年・一九九四年)四四六頁以下、日高義博『刑法総論講義ノート』第二版(平八年・一九九六年)一九九頁以下などを参照。

(3) 通説は子備段階の共働を否定する。vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S.110.; Stratenwerth, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 1981, S.233.; Blei, Strafrecht I, AT, 18. Aufl., 1983, S.278.; Bockelmann/Volk, Strafrecht, AT, 4. Aufl., S.189.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2, 7. Aufl., 1987, S.293.; Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, 21/48.; Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, 5. Aufl., 1996, S.277.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 10. Aufl., 1995, § 29 Rn.83, S.615.; Wessels, Strafrecht, AT, 25. Aufl., 1995, Rn.529, S.146.; Cramer, a.a.O., (Fn.1), § 25 Rn.66.

(4) BGHSt 37, 289.; BGH NStZ 1995, 122.

(5) Roxin, Anmerkung, JR 1991, S.207.; Puppe, Wie wird man Mittäter durch Konkudentes Verhalten?, NStZ 1991, S.571.; Erb, Mord in Mithäterschaft-BGH, NJW 1991, 1068, Jus 1992, S.197 ff, insbesondere S.199.; Küpper, Anmerkung, NStZ 1995, S.331 f, insbesondere S.332.

二 判例および学説の状況

①子備段階の共働を認める見解

BGHSt 37, 289 は⁽⁶⁾各関与者間に所為の前に明確な言葉による合意の成立を認定することができず、さらに、関与者の一人が何ら実行行為の本質的な部分を遂行せずに実行途中において加功を放棄した場合であっても、その者に謀殺罪の共同正犯が成立するとされた事案であった。BGHによれば、その理山として以下のことが挙げられている。

まず、共同正犯に必要とされる共同の行為決意は、明示的な行為あるいは黙示的な行為によっても把握されうる。たしかに、言葉による合意の存在を確定することはできないが、原判決によつて認定された諸事情からは、すくなくとも黙示的に合意された共同の行為計画が存在していたことは認められる。また、所為の共同実行は、各共同正犯者がみずから法律構成要件のメルクマールを実行することを前提にしない。引き継がれている判例にしたがうならば、共同正犯者が所為を実行する仲間の行為決意を強化するような予備行為もそれに属する、実行行為とは異なつた共働で十分である。さらに、本件被告は所為をみずからのものとして意欲し、かつ、そのことによつて、幫助者としてのみならず共同正犯者として所為を促進していたのであつて、このような認定にしたがうと、被告人は行為支配を有していたのである。また、被告人は行為結果に対するみずからの利益から行為したといふこともできる。さらに、原審が、関与の放棄後の行為をも含めて被告人に帰属させたことは、適切である。なぜなら、被告人が所為の実行前に遂行した共同正犯を基礎づける諸寄与は、全行為事象の間中、その効力を及ぼし続けていたからである。行為事象に対する被告人の諸関係の価値的な考察の枠内において、被告人による関与の放棄が法的に重要なものでありえたのは、他の関与者がその放棄を認識していた場合に限られるのである。本件において、他の関与者が被告人による関与の放棄を認識していなかつたことは、原判決から明らかである。

また、BGH NStZ 1995, 122 は、A、B、C、Dの各人が、何らかの違法な行為をおこなうことに同意し、AとBのグループは放火を、CとDのグループは墓石を倒したことで器物損壊と死者の安息を妨害する罪をおこない、各人がみずから遂行した部分と、原審における公訴が幫助を理由にしたものであつたので、他のグループが遂行した部分の幫助が認められたが、共同正犯の成立を排除しえないとした事案であつた。BGHはその理由を次のように述べている。すなわち、行為の共同実行は、各共同正犯者がみずから法律構成要件のメルクマールを実現したことを前提と

しない。引き継がれる判例にしたがえば、共同正犯者が実行する行為仲間の行為決意を強化するような予備行為もそれに含まれる、実行行為とは異なった共働で足りるのである。複数の所為を実行することについての取り決めであっても、この前提は充足されうる。この点につき、共同正犯が成立するのか、もしくは幫助犯だけが成立するのかについては、事実審裁判官が、価値的な考察において決定しなくてはならない。さらに、二つの所為について、行為計画が被告人ら全員によって共同で作りに上げられたこと、彼らが計画された所為をそれぞれ必要かつ正当なことだと相互に了解しており、この話し合いにおいて合意がえられていたこと、および、マスメディアへの影響を考慮して行為をできるだけ同時に遂行しようと合意がなされていたこと、これらの点に、単にそのつど他人の行為について一面的に是認し了解したこと以上のものが存在するのであり、そのことは、幫助犯を認めることだけでは十分ではない。むしろ、二つの所為につき、行為計画を意識的に共同形成したこと、そして同時に、所為の遂行について、そのつど原因となった合意に被告人らが拘束されていたことが、グループに特殊なこととして認められることが問題なのである。

これらの判例の出発点にあるのは、どの程度の行為寄与があれば共同正犯が成立するのか、ということであり、⁽⁷⁾ B GHは、基本的に、共同正犯の成立に必要なとされる行為の共同実行を執行行為以外の共働、すなわち、予備段階での共働で足りるとしていることになる。

条文上、二人以上で共同して所為を実行した者が正犯とされる共同正犯においては、関与者全員が構成要件の全メルクマールを充足していた場合には、とくに共同正犯を想定することによって、その正犯性を積極的に基礎づけていく必要性は乏しいことになる。しかし、ある所為が「分業的に実行」された場合には、それによって生じた結果を各関与者に帰属させるために、共同正犯に固有の帰属原理を前提にして、各関与者の正犯性を考察しなければならぬ。⁽⁸⁾つまり、通常、各共同正犯者は構成要件的行為のある一部分のみをおこなうか、あるいは関与者が予備的行為にの

み共働する事例はまれではないので、共同正犯においては、分業的に実行されたことが各関与者に相互的に帰属される根拠が重要となるのである。とくに、共同正犯には、その成立要件として主観的要件と客観的要件とが要求されており、これらの要件と共同正犯の帰属根拠の關係が明確にされる必要がある。⁽⁹⁾この点について、通説的な見解にしたがえば、客観面において、共同正犯は、関与者が共同の行為決意に基づき、かつその枠内で、所為実行のために寄与するということを前提にしているとされている。⁽¹⁰⁾たしかに、刑法二五條二項においては行為の共同実行が規定されているわけであるから、各関与者が構成要件実現のために何らかの寄与をなしていなければならぬことは、その規定から明らかなことである。したがって、各関与者による共働が単に従属的な意義をもつものではなく、それゆえ、幫助として評価されえないならば、行為の実行段階における共働については、争われる余地がない。⁽¹¹⁾しかし、共同正犯に要求される寄与として予備段階の共働で十分といえるのかということは、学説において激しく争われている。そこで、次に、判例と同様に予備段階の共働で足りるとされる見解を見ておくことにする。

ドイツにおいて、行為支配説は、正犯と共犯の区別に関する理論のなかで、主観説、形式的客観説がそれぞれ主観面と客観面のいずれかを一面的に強調することによって、その区別を試みようとして十分に説明しえなかつた結果、正犯性のメルクマールとして提起された考え方であり、現在では通説となつている。⁽¹²⁾この考え方は、端的にいえば、行為を支配した者が正犯であるとするものであり、そのような支配の存否を主観的要素と客観的要素とを総合的に考慮することによって認めようとするものである。したがって、この説によれば、支配の存否を確認するに際して、客観的な側面である行為寄与は主観的な側面と同様の機能を有することになるはずである。しかし、論者によっては、いわば主観面をことさらに重視するような見解も見受けられるのである。たとえば、ヴェルツェルは、客観的には単なる予備行為あるいは援助行為しかおこなっていない者であっても、彼が共同の行為決意の共同の担い手である場合には、

共同正犯である。それゆえ、このような者に関しては、犯罪計画への関与がとりわけて証明されなければならない。その場合、客観的および主観的な行為事情が徴憑として用いられる。つまり、「構成要件実現への共同関与の客観的なマインナスは、犯罪計画への特別な共同関与のプラスによって埋め合わされなければならない」とされ、このことは、とりわけ「首領」にあてはまる。すなわち、行為を計画して、行為の実行者を割りふり、かつ彼らを指揮した者は、彼自身が実行行為に何ら関与していなかったとしても共同正犯者である、としていた。⁽¹³⁾

ヤーコプスは、行為支配の概念を「形式的な行為支配」、「決定支配としての実質的行為支配」、「形成支配としての実質的行為支配」とに分類し、正犯性はこの三種類のうち少なくとも一つの支配を有することによって獲得され、共同正犯の場合には形成支配が重視されるとする。⁽¹⁴⁾ すなわち、支配犯の場合、正犯性は十分な「管轄」を基礎づける組織体の行為として定義することができ、共同正犯の場合、複数の関与者による組織体は相互的に調整されることになるので、この組織体から犯罪が現出することになる。また、正犯性を基礎づける十分な管轄は、関与の重要度によって決定され、その重要度は実行段階において行為の一部分を自主的に遂行した場合、ただちに与えられるものである。⁽¹⁵⁾ ただし、正犯の完全な責任を基礎づける予備段階の組織体は、実行段階の行為寄与と同等の重要度を要求されることになるので、実行段階における行為の自主的遂行は共同正犯に不可欠な要件とはならないことになる。つまり、「実質的な支配（決定支配）のマインナスは、形成支配によるプラスによって補われなければならない」とされているのである。⁽¹⁶⁾

クラマーは、寄与が狭い意味での構成要件の実現として評価されえないとしても、本来の構成要件のメルクマールを時間的にも場所的にも随伴的に支援するような寄与が、共同正犯の成立にとって十分であることは、ほとんど疑いえないことであるとする。⁽¹⁷⁾ たとえば、仲間が盗品をすばやく持ち出し、かつその逃亡を可能にするために、押し入った家の前でエンジンをかけたまま車を止めていた者は、全体事象に関与していたのであるから共同正犯である。この

場合、彼の行為が分業的な行為実行の内部において本質的な役割を充足しなければならぬことには、何ら疑問は生じない。しかし、クラマーは、このことを正しいとするならば、犯行現場に送っていき犯行終了後に迎えに行くことも、共同正犯となる可能性があることには疑問の余地がないことになる⁽¹⁸⁾。そして、このことは、共同正犯となるために関与者が共働しなくてはならない全体事象としての所為を、時間的に、さらには場所的にも狭く捉えてはならないということから明らかであるとする⁽¹⁹⁾。つまり、寄与は広い意味での構成要件の充足に際して影響を及ぼし続けていけば足りるのであり、⁽²⁰⁾ 犯罪の実現を可能にしたり、あるいは、その実現が失敗する危険性を減少させること、たとえば、所為それ自体が終了してからの仲間の安全を確保することに配慮する任務が関与者に課せられていた場合などは、寄与に十分であるとしなければならない。ただし、実行行為の前あるいは終了直後にまで共同正犯成立の可能性を拡大して認めるならば、幫助との区別については、「寄与の社会的な価値」を決定するための主観的な要因を考慮することが必要になるとしている⁽²¹⁾。

たしかに、この見解によれば、各関与者が共働しなければならぬ所為の段階に、時間的・場所的に幅を持たせることによって、予備段階の共働で共同正犯としての寄与は十分であるとされることになるが、他方で、この見解が、犯罪に関する取り決めへの単なる関与であれば、寄与としては十分ではないとしている点には注意しなければならない⁽²²⁾。すなわち、何らかの形式で、所為それ自体のなかに沈殿しないような取り決めへの単なる関与 (die bloße Beteiligung an der Verabredung) では、十分ではない。つまり、所為が完了した後に、はじめて、その詳細が明らかになるような事前に約束された行為が共同正犯の成立に十分であるとされるのは、通常、その行為が所為の実行を容易にしたり、あるいは可能にしたり、または、明白な危険を減らしたりした場合にかぎられるとされているのである⁽²³⁾。このように、予備段階における共働で足りるとしつつ、単なる取り決めへの関与では十分ではないとして、一定の制限を設ける見

解は、他にも見受けられる。たとえば、オットーは、所為の実行への共働は客観的な行為寄与を前提とするが、客観的な行為寄与は構成要件の実現に直接的に関係している必要はなく、すでに予備段階において遂行されることもありうる。しかし、その場合、その寄与は、「欠けている所為の直接性が所為の実現に対する行為寄与の重要度と全体組織の内部における行為者の地位によって埋め合わされる位に重要なものでなければならぬ」ので、直接的な所為の実行であっても、分業的に実現された所為の一部分としてのみ現れるにすぎないこととする⁽²⁴⁾。また、パウマン／ヴェーバー／ミツチュによれば、個々の場合において、予備行為あるいは支援行為であっても共同正犯を基礎づけるには十分である。それゆえ、実行段階における共働は必要ではない。しかし、単に行為計画を共同形成したにすぎない関与者の寄与が、共同正犯の寄与とされるためには、「後続の行為の実行に対して決定的な重要度を有していなければならぬし、また、その寄与は、実行を担当する共同者の行為決意を強化し、かつ、共同の行為決意に合致した後続の行為実行の間中、影響を及ぼし続けなければならない」とされている⁽²⁵⁾。

これらの見解によれば、実行段階における直接的な寄与に比肩するような重要性を要求することによって、予備段階の共働を単なる犯罪の取り決めへの関与と区別することになる。これに対して、本来的に、予備段階の共働では共同正犯の成立に十分ではないとして、共同正犯における寄与は実行段階にかぎられるとする考え方が、有力に展開されている。次にその見解を見ておくことにする。

②予備段階の共働を認めない見解（実行段階における共働を必要とする見解）

ロクシンは、機能的行為支配説を前提に、客観的要件として「実行段階における、結果に対して本質的である各共同正犯者の分業的な共働」を要求し、主観的要件として、共同の行為決意ないし行為計画を要求している⁽²⁶⁾。ロクシン

によれば、共同正犯の本質は、「個々の共同支配が全体計画の枠内における機能から必然的に生じるかぎりで、『機能的』行為支配、すなわち、各人の活動に条件づけられた行為支配」という点にあるとされている。⁽²⁷⁾ このことは、共同正犯においては、各人が全体行為の命運をその手のなかに収めることによって、完全な支配が各人の手のなかに存在するということを意味することになる。⁽²⁸⁾ したがって、構成要件の実現を共同支配した者だけが共同正犯となりうるのであって、⁽²⁹⁾ 予備段階で共働していたにすぎない者はこれを支配したとはいえないのである。⁽³⁰⁾ このような観点から、ロクシンは、BGH St 37, 289の事案について、次のようにその考え方を展開している。すなわち、この判決が行為の共同実行を黙示的な取り決めに認定することによって十分に基礎づけたと考えているならば、まさしく、「共同の実行」を共同の行為決意のなかにおいて認めるということを意味することになり、それゆえ、共同正犯における独自の要素としての共同実行が消し去られるということの意味する。これは、法規（刑法二五条二項）に合致しえないことである。なぜならば、二五条二項においては「行為の共同遂行」が要求されているのであって、「共同の取り決め」が要求されているわけではないからである。⁽³¹⁾ さらに、単に消極的に「その場に居たこと」では、正犯として説明することはできない。たしかに、BGHは、「被告人がその場に居たことによって行為支配に必要とされる関与をなした」としているが、これは、「何もしなかった」ということは絶対に行為支配を基礎づけることができないという点で、誤解されている。すなわち、判決は、被告人が実行者に取り決めに反して発砲しないように要求しえたことに行為支配を求めたのであるが、これは、行為支配概念を誤解するものである。なぜなら、積極的に介入することによって結果を妨げる可能性ならば、幫助者あるいは部外者でさえも有するからである。つまり、結果を妨げなかったことではなく、結果を積極的に惹起することに対して共同形成的に関与したことが、行為支配を形成するのである。⁽³²⁾ むしろ、この事案においては、幫助犯の成立を認めることのほうが正しい。なぜなら、被告人は、初めから共同正犯を基礎づけるよう

な行為寄与をなしていなかったので、たしかに、心理的な幫助を基礎づけるが、しかし行為支配には十分ではない実行者に対する行為決意の強化だけは、効果を及ぼす関与として残るからである。だれもが認めるように、この判決が依拠している行為決意の強化とは心理的な幫助の典型例である、としている⁽³³⁾。

ブツペは、一般的に認められている黙示的な形式による共同の行為決意ないし行為計画を否定して、BGHSt 37,289の事案について、共同正犯および幫助犯が成立しないとす⁽³⁴⁾。そして、共同正犯に必要とされる寄与については、次のように述べている。すなわち、予備段階での取り決めを、実行者がまったく単独でおこなったことを正犯者として被告人に帰属させるための唯一の根拠とすることはできない。もし被告人に正犯として帰属させることができるのと、被告人にとって実行者が自由を奪われた道具であり、完全に答責的な正犯者ではない場合にのみ、そのことは正しいことになる。間接正犯の場合、道具が不自由に行為すること、つまり、道具の予備段階において所為の存否と程度について決定する者は、間接正犯者であって道具ではないことよってのみ、道具との取り決めは実行行為性を獲得することになるのである。しかし、共同正犯の場合は別である。共同正犯の場合には、実行が開始されて初めて、所為の存否と程度に関する決定が下されることになる。したがって、予備段階における単なる取り決めでは共同正犯の帰属の根拠たりえないのであって、実行段階において計画を共同することそのことだけが、共同正犯の帰属の根拠たりうるのである⁽³⁵⁾。さらに、共同正犯において、現実的な分業による共働は「共同正犯の特別な危険性」を処理するのであり、それゆえ、現実的な分業による共働は、行為仲間の答責性にもかかわらず、相互的な帰属を正当化する。行為計画を取り決めることの意義は、このような「共働作業」(Zusammenarbeit)を準備するという点に尽きることに⁽³⁶⁾なるとする。このブツペの見解においても、単なる取り決め、いいかえると、予備段階における本質的ではない共働は共同正犯を基礎づけることができないとされている。

エルプは、BGHS 37, 289の事案について、共同正犯を認めるために、原則的に所為遂行の前地 (Vorfeld) においてなされた行為寄与で足りるとする場合、この点について、行為計画に基づいて被告人によってなされた結果が行為事象の形成に対して十分な意義を有するか否か、が問題になるとしたうえで、本件の場合、結果は心理的な促進にすぎないという⁽³⁷⁾。そして、エルプは、共同正犯に必要な寄与については、「共同正犯は、疑いもなく、共同の行為計画と、それに依拠した各共同正犯者の寄与とを前提にする」と述べている。エルプはまた、結果的に、共同正犯を実行するためになされた寄与を、同時に、取り決めのなかに見いだすBGHの論拠は、共同正犯に独自の要素としての各共同正犯者の寄与に別れを告げ、このことによって共同正犯に一般的に承認された構造を破壊するものであるとしたロクシンの指摘は、正しいとする⁽³⁸⁾。そのうえで、エルプは、受け皿カテゴリー (Auffangkategorie) としての幫助が不適當であることについて考察を加えている。すなわち、共同正犯として遂行された謀殺を理由にした判決に対して同意しない場合には、その代わりに、謀殺罪の幫助犯となるか否か検討されなくてはならない。一瞥すると、取り決めのなかに存した被告人による実行者への心理的な支援を幫助行為として評価することは、納得できると思われるが、心理的な支援の形式を原的に承認する場合でも、被告人の幫助の可罰性に対する疑問は生じるのである。つまり、本件のように、心理的な支援の客観的な促進効果と被告人の幫助故意とが合致しないことは許されることであろうか、と疑問を提起する。エルプによれば、まさに幫助者としては議論となるような態度が正犯行為の成功に役立つことを、幫助者がすくなくとも認容していた場合にのみ、故意は肯定されうる。この場合、結果が何らかの態様において、行為の帰結として現れることだけに故意は向けられていなければならぬわけではなく、むしろ、結果は、すくなくとも、おおよそ行為者が表象した行為の作用態様から生じるということに、注意を払わなければならないとする⁽³⁹⁾。このことを本件に適用した場合、被告人は実行者と人を殺すことを取り決めていた筈であって、それゆえ、被告人が実行者の

決意を強化し、それによって正犯行為を促進するということでは、本来の目的に合致しないことになる。むしろ、本件の場合、結局は被告人が関与を中途で放棄したことにより失敗したけれども、取り決めたことによって形成されたのは、取り決めに後続する「共働」であった。したがって、エルプは、取り決めたことが実行者による謀殺行為の促進を「共働」という方法で引き起こしたのではなく、この取り決めたことから発生した心理的な支援の効果が、結局、実行者によって単独でなされた所為の実行を促進したことによって引き起こしていたならば、この場合、被告人が行為計画を受け入れた際に表象した「因果経過」からの逸脱が否定されえないことになる⁽⁴⁰⁾。そして、このことにならうと、たとえば、被告人が、結局、彼の寄与の作用の仕方を補助的に考慮に入れていて、このことによって、その変形という点に関しても故意的に行っていたならば、もしくは、因果経過からの逸脱が本質的でないと評価されたならば、彼の幫助故意は、実行者と取り決めた際に肯定されえただであらう。しかし、第一の点は、被告人が取り決めに関与することによって、実行者によって結局は単独でなされた正犯行為の心理的な促進を被告人が考慮していたと、直截に、彼には仮定されえない点において失敗している。第二の点については、行為者によって後続する行為をとおして意図されていた効果が、すでに、先行する部分行為をとおして、つまり、終了していない「未遂」の結果として現れている場合にも、詳細な点において争いのない基準にしたがって、逸脱が「本質的である」と評価されなにかぎり、結果の帰属が考慮されることは正しい。そこで、この考え方を本件の幫助構成に適用した場合、実際の共働に対する取り決めが、実行者の謀殺行為を助けるという「未遂の枠内における」先行行為を意味することになるか否か、あるいは、逸脱が「非本質的」なものとして評価されるか否か、といったことが問題となる。しかし、これらのことは、後続して予定される支援を承認することは、後続する幫助行為の遂行の、なお未遂ではなく、それへの予備にすぎないことを理由にして否定されるべきであるとする⁽⁴¹⁾。したがって、本件においては、本来計画されていた

た支援を超えて、後続する促進を目的とした予備行為が引き起こされたわけではなく、予備行為に特有の正犯者へ向けた心理的な作用をとおして、直接的に、促進結果を引き起こしていたわけである。エルプによれば、本件のような事案は次のような事例と比べることができるという。すなわち、誘拐犯人は被害者を最終的には殺害することを計画し、かつ、この点についての行為決意も有していた。しかし、誘拐直後に、人目につかない所へ運ぼうとして手足を縛り抑圧したところ、被害者が窒息死したことによって、被害者の死亡が発生したという事例である。この事例において、後続する殺害を考慮に入れていた故意に関して、認容しない結果を帰属させるということは、誰もしないであろう。この事例と BGHS 37, 289 との構造的な相違は、行為者の故意に関して構成要件該結果の帰属が問題となるのではなく、幫助故意に関する幫助者の寄与の促進効果の帰属が問題となる点にすぎない。しかし、この相違がどうして異なる取り扱いを正当化することになるのか、つまり、なにゆえ、幫助者の故意を故意一般に展開されてきた諸原則のもとに置かないのか、ということについては明確にされていないといえる。エルプは、このような点を踏まえて、幫助を理由にした被告人の可罰性を否定することが妥当であると⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾する。以上のように、エルプの見解においては、共同正犯は共同の行為計画とそれに依拠した各共同者の寄与を前提にするとされ、さらに、この前提に当てはまらない場合であっても、本来取り決められていたことの内容と実際に心理的に促進された結果のズレを幫助故意の観点から問題とすることによって、関与者に対して、いわば「受け皿」として幫助犯を成立させることには反対する。

このように、これらの見解は、共同正犯に必要とされる客観的な寄与は、共同正犯の本質から、実行段階における共働でなければならないとし、とくに判例の立場には、共同正犯に独自の客観的な要素を主観的な要素のなかに解消する点において、批判的である。しかし、注意しなければならないのは、これらの見解が「実行段階」を緩やかに捉えた場合である。たとえば、ロクシンによれば、ここでいわれる実行段階とは、形式的客観説のいうような形式的で

厳格な実行行為の段階を、かならずしも意味しないとされている。すなわち、予備、実行の着手、既遂、犯罪の実質的終了という全体所為において、実行段階とは、実行の着手に近接した予備段階から、犯罪の実質的終了にまで至らない既遂後の段階までも含む概念であるとされているのである。⁽⁴⁴⁾

注

- (6) 本判決の詳細については、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究(17)」、『比較法雑誌』二六卷一号(平四年・一九九二年)八三頁以下参照。
- (7) この点について、エルプは、共同正犯もしくは幫助犯の成立を認めるためには、各関与者の行為寄与がどの程度必要とされるのかがこの判決(BGHSt 37, 289)の中心点となる問題である。とりわけ、原則的に対等のパートナーとして行為計画のなかに組み込まれたが、しかし、実際になされた行為は本来の計画されたことを下回った関与者について、行為前に連帯することを表明し、そして、単に現場にいたことによつて直接の行為者を心理的に促進したという点、どの程度、援用されうるかが問題になるとしている。Erb, a.a.O. (Fn.5), S.197.
- (8) Vgl. Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.61. なお、クラマーによれば、共同正犯の場合に重要となるのは、制限的正犯概念を土台にしつつ、他の者がなしたことを行為の関与者に帰属させることが許される原理を探究することであり、この点に共同正犯の根本的な問題があるとされている。Cramer, a.a.O. (Fn.1), Vorbem. §§ 25 Rn.80.
- (9) とくに、共同正犯の主観的成立要件とその帰属原理との関係については、vgl. Küpper, Der gemeinsame Tatenschluss als unverzichtbares Moment der Mitäterschaft, ZStW 105 (1993), S.295 ff.
- (10) Vgl. Bockelmann/Volk, a.a.O. (Fn.3), S.189; Wessels, a.a.O. (Fn.3), Rn.528, S.146; Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.63. とくに、このような見解が導かれるのは、分業原理を前提にした役割分担を構想することによると解される。
- (11) Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.64. クラマーは、この実行段階の共働について、肉体的な行為寄与である必要はなく心理的な寄与でも足りるとしている。
- (12) なお、行為支配説に関する包括的な文献として、園田寿「共同正犯の正犯性序説(一)(二・完)」、『関西大学法学論集』二九卷一号(昭五四年・一九七九年)九三頁以下、二九卷二号(昭五四年・一九七九年)四五頁以下、橋本正博「行為支配論」の構造と展開」、『一橋大学研究年報・法学研究』一八号(昭六三年・一九八八年)六九頁以下、白木豊「正犯概念と共謀共同

- 正犯(二・完)』『上智法学論集』三四卷一号(平三年・一九九一年)一〇三頁以下などを参照。
- (13) Welzel, a.a.O. (Fn.3), S.110.
- (14) Jakobs, a.a.O. (Fn.3), 21/3. なお、ヤコブスの見解を詳細に検討するものとして、白木・前掲注(12)一二四頁以下参照。
- (15) これは、ヤコブスが主張する決定支配である。Jakobs, a.a.O. (Fn.3), 21/47.
- (16) Jakobs, a.a.O. (Fn.3), 21/48.
- (17) Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.66.
- (18) Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.66.
- (19) Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.66. クラマーは、その例としてレッシェによって挙げられている「演劇公演」の事例が具体的に分かりやすいという。すなわち、公演は監督によって作り上げられているので、刑法上の用語でいえば、監督が正犯であり、照明係や、公演の間中、舞台の書き割りを動かしている道具係といった者たちは、正犯ではないのであるとする。なお、レッシェが提示している事例は、正確にいうと、バイロイト音楽祭からその例を引いている。Lesch, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, GA 1994, S.125.
- (20) Noch vgl. Stratenwerth, a.a.O. (Fn.3), S.233.
- (21) Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.66. さらに、クラマーは、行為の不法を考慮して所為を意味あるものとして評価するために、そして、「事象の社会的な全体の意味」を客観的な要素と主観的な要素から把握するためには、行為者の主観的な態度を彼の行動に結び付けるような不法論との類似が示されることになるとする。vgl. Cramer, a.a.O. (Fn.1), Vorbem. §§ 25 Rn.82.
- (22) Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.68.
- (23) たとえば、盗品の管理を引き受けること、あるいは、麻薬取引に際して伝令の役目を果たすこと等を、単に約束しただけでは足りないとされる。さらに、クラマーによれば、この場合でも、行為寄与にどのような意義が与えられるかについては、共同の行為決意と各関与者によって主観的に表象されていたことに基づいて行われる。Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.68.
- (24) Otto, a.a.O. (Fn.3), S.277.
- (25) Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Fn.3), § 29 Rn.83, S.615.

- (26) Vgl. Roxin, a.a.O. (Fn.5), S.206.; ders., Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, S.522. カウツ 同様の見解と
コフ vgl. Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, S.679 f.; Bloy, Die Beteiligungsform als
 Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S.197 f. ななせ ロウミンの見解の詳細については、園田・前掲注(12)二九卷三
 号七〇頁以下、橋本・前掲注(12)六九頁以下、白木・前掲注(12)二二八頁以下参照。
- (27) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994, S.280.
- (28) Roxin, a.a.O. (Fn.27), S.277.
- (29) Vgl. Jescheck-Weigend, a.a.O. (Fn.26), S.674.; Bloy, a.a.O. (Fn.26), S.371.
- (30) Roxin, a.a.O. (Fn.26), S.522 f.
- (31) Roxin, a.a.O. (Fn.5), S.207.
- (32) Roxin, a.a.O. (Fn.5), S.207.
- (33) Roxin, a.a.O. (Fn.5), S.207.
- (34) Puppe, a.a.O. (Fn.5), S.573 f.
- (35) Puppe, a.a.O. (Fn.5), S.572.
- (36) Puppe, a.a.O. (Fn.5), S.572.
- (37) Erb, a.a.O. (Fn.5), S.199.
- (38) Erb, a.a.O. (Fn.5), S.200.
- (39) Erb, a.a.O. (Fn.5), S.200.
- (40) Erb, a.a.O. (Fn.5), S.200.
- (41) Erb, a.a.O. (Fn.5), S.200.
- (42) Erb, a.a.O. (Fn.5), S.200-1. ただし、エルプは、共同正犯および幫助犯を理由とした処罰は否定されるべきであるが、刑
 法三〇条に規定される重罪の協定(本件の場合には謀殺罪の協定)の可罰性は残っているとする。
- (43) なお、プツペも心理的な幫助の成立の可能性について検討している。すなわち、客観的な構成要件は正犯者の心理への作
 用という点に尽きる教唆犯を正犯と同様に処罰することが可能であるとすると、心理的な幫助という形式は原則的に否定で
 きない。しかし、心理的な幫助という形式を認めた場合、幫助結果としては、共同正犯的な支援への期待をおした強化の
 作用で足りることになる。また、実際、実行者が正犯的な協力を期待していたことを被告人も認識していたとする認定がな

されている。しかし、このような実行者の期待に対して、被告人が幫助犯として、刑法上答責的であったかどうかに関しては疑わしとする。Puppe, a.a.O. (Fn.5), S.573-4.

- (44) Vgl. Roxin, a.a.O. (Fn.26), S.522 f.; ders., a.a.O. (Fn.27), S.275 ff. さらに、ロクシンによれば、各関与者は実行段階に現に居合わせる必要はなく、実行段階に何らかの形式で強い影響を及ぼし、実行の完成を左右するような役割を果たしていれば十分であるとされている。

三 諸説の検討

以上のような諸見解によれば、実行段階の概念を実質的に考察することによって、つまり、実行段階に時間的に幅をもたせることによって、また、単なる犯罪の取り決めへの関与では寄与に十分でないとする⁽⁴⁵⁾ことによって、両説は、具体的事案への適用において、同様の結論に至る可能性が生じる。すなわち、各関与者が共働しなければならぬ所為の段階に時間的・場所的に幅を持たせることによって、予備段階の共働でも共同正犯としての寄与は十分であるとされることになり、また、所為それ自体のなかに沈殿しないような取り決めへの単なる関与では十分ではないとすることによって、共同正犯に必要とされる寄与は、結果の発生に対し、ある程度、本質的であることを要求されることになるのである。この意味では、予備段階における共働を認めるか否かという図式ではなく、実行者の行為決意を強化するような予備行為で十分であるとすると判例と、実質的な予備段階における共働を必要とする学説とが対立している⁽⁴⁶⁾と理解することもできる。そこで、判例と学説の対立図式を軸に、行為決意を強化することで共同正犯に必要とされる客観的寄与に十分といえるのか、という点をさらに検討することにした。

まず、問題となるのは、犯罪を取り決めることへの関与なし犯罪を協定することで共同正犯の寄与に十分である

ことを認めたとしても、この場合、さらに客観的な寄与を必要としないならば、そのことは共同正犯の構造に矛盾しないか、という点である。⁽⁴⁶⁾ 通常、共同の行為決意の他に、各関与者が行為決意に基づき、かつその枠内で客観的な行為寄与をなさなければならぬことは、共同正犯の必要条件であるとされている。⁽⁴⁷⁾ つまり、ドイツ刑法二五條二項に規定される「犯罪的行為の共同遂行」は、主観的な意思の一致をおして共同関係 (Gemeinschaftlichkeit) を生じさせる共同の行為決意の他に、さらに「遂行」という部分をも含んでいる。しかし、B G Hが、原則的に行為寄与として十分であるとしている「犯罪の取り決めへの関与」ないし「犯罪の協定」とは、行為の遂行に関する共同の行為決意という以上のことは、何ら含むものではないと解されるのである。⁽⁴⁸⁾ この点について、キュッパは次のように述べる。すなわち、行為決意と行為計画という概念の同義的な利用に示されるように、遂行される所為を明確にする場合、意思連絡という主観的な要素と、それに基づいて構成された、提案と助言といった計画上の組織の客観的な活動とを区別するのは難しいことであるにもかかわらず、最近B G Hが原則的に行為寄与として足りるとした取り決めは、所為の遂行に関する共同の行為決意を超えることは何も含んではいない。したがって、判例のような考え方は、一般的に認められた共同正犯の諸要素に矛盾し、その点で、二五條二項の明確な文言を無視するものである。⁽⁴⁹⁾ つまり、所為の取り決めへの単なる関与も、複数の所為の実行に関して取り決めることも、共同正犯に必要とされる客観的な寄与に十分なものではないのである、としている。⁽⁵⁰⁾

第二に問題となるのは、実行しない関与者が、直接的に実行行為をおこなう者の行為決意を単に強化しただけで、客観的には「共働」に十分であることができるのか、という点である。⁽⁵¹⁾ このような把握は、ロクシンが指摘するように心理的な幫助の典型例であると思われるが、この点について、キュッパは、さらに、もしB G Hのようにそのような寄与で足りるとするならば、共同の行為決意という以上のことは客観的には何もない場合に、共同正犯と幫

助犯あるいは教唆犯との区別に関する問題が、「主観的な領域」に完全に移行することになると指摘している⁽⁵³⁾。キュッ
 パーによれば、このようなB G Hの判例の流れはRGSt 66, 236にまで遡ることができるとされているが、その判例
 において、RGは共同正犯をなお相互の間接正犯として説明していた。相互の間接正犯説とは、共同正犯を間接正犯
 の一事例として捉えるものであり、この見解は、正犯者意思を区別の基準とすることによって、正犯と共犯の区別に
 関する主観説から支持されていた。つまり、共同正犯の場合の行為部分の相互的帰属と間接正犯の場合の道具の行為
 の帰属が、實際上、正犯者意思を基礎とする点において一致していたわけである⁽⁵⁴⁾。したがって、この観点においては、
 近時のB G HはRG時代の主観説に回帰したということもできるのである⁽⁵⁵⁾。しかし、キュッパーが指摘しているよう
 に、行為支配説に依拠する判例も多数にのぼり、前述の判決も行為支配説による基準を提示しているのである⁽⁵⁶⁾。この
 意味では、判例のように一方において主観的な基準を強調し、他方で行為支配の基準を提示することは、明確性と法
 的安定性をほとんど期待させるものではないとされている⁽⁵⁷⁾。たとえば、B G Hは、共同の行為遂行に関して、「複数の
 行為者が、同時に、同じような行為遂行の態様で同一の犯罪構成要件を充足することでは十分ではないのであり、む
 しろ、行為は、共同の犯罪行為への寄与として現れる程度にまで、他の行為者の行為に結合していなければならぬ
 のである。つまり、各行為者は、みずからの寄与を他の行為者の行為部分として扱い、反対に、他の行為者の行為を
 みずからの行為部分の補充として扱うことが必要である⁽⁵⁸⁾。このように考えた場合、相互的な補充という
 観点から各行為者は行為に対して緊密な関係を有していなければならず、その判断基準として、判例によれば行為支
 配説の基準が決定的になるとされるので、行為支配の観点からは、行為の実行と結果は共働者の影響力に左右される
 ことになる。つまり、近時の判例における主観説への回帰は、B G Hによって強く主張されている行為支配説に一致
 しないことになるのである。したがって、正犯と共犯の区別を主観的な領域に完全に移行させることが許されないと

すると、キュツパーによれば、予備段階の寄与で足りるとされるのは次の場合に限られるのである。すなわち、所為の実行を共同して支配することを可能にするように、所為に対して、詳細であり、形成的で本質的な計画の実行と組織化の遂行を十分に基礎づけていた場合である。これに対して、実行行為者の行為決意を単に強化することだけでは、構成要件に該当する行為の存否と程度に関する共同決定を基礎づけることはできないし、同様に、構成要件に該当する事象経過の共同支配を基礎づけることはできない。つまり、この程度の関与であるならば、各関与者が同等に権限づけられ、かつ分業的な態様で他人と活動したり、もしくは活動することを意欲していた等の共同正犯において重要となる点⁽⁶⁰⁾が問題にならないとする⁽⁶¹⁾。さらに、キュツパーによれば、矛盾するとはいえ、BGHは、主観説の一方的な適用というわけでなく行為支配による基準を提示している以上、すくなくとも、計画の完成、所為遂行のための組織化、資金あるいは援助の準備といったような「客観的な寄与」を要求しなければならなかった。したがって、これらの基準は、通常、証明しうるものであるから、BGHは、RG時代以来の「疑わしい諸原理」を引き合いに出してはならなかったのである、とされている⁽⁶²⁾。

以上のように、判例と異なり、学説は、予備段階の共働では足りない、あるいは、それを認めるとしても、単なる犯罪を取り決めることへの関与と共働とを区別することによって、制限的に認めようとしている。たしかに、判例が依拠する「関与者による実行者の行為決意の強化」ということは、所為の前地において要求される共同の行為決意と⁽⁶³⁾いう以上のことは、何も含むものではなく、また、類型的に、まさしく心理的な幫助の事例であると解される。しかし、予備段階における共働の問題が共同正犯の客観的成立要件に関する問題である以上、さらに、共同正犯に固有の構造から考察される必要がある。共同正犯が他の関与形式と異なるのは、関与者が他の関与者に単に従属するのではなく、正犯者として、部分行為のみしか遂行していなくとも、発生した結果の全体を帰属させられるという「一部実

「行の全部責任」の原則が認められる点である。つまり、この原則は、他の関与形式とは決定的に異なる共同正犯に固有の構造から明らかにならなければならないのである。

注

- (45) このことは、前述のクラマー、オットーらの見解に示され、さらに、端的に、イエシエック・ヴァイゲントの見解に現れていると思われる。すなわち、行為寄与は、すべて所為実行の構成部分でなければならず、行為の予備段階での関与だけでは十分ではない。なぜなら、そのみではいまだ行為支配への関与を引き受けたことにはならないからであるとする。しかし、他方、行為の計画や準備を引き受けた者は、事象の経過を形成し、それによって行為支配を分担しているとするのである。 Jescheck-Weigend, a.a.O. (Fn.26), S.680.
- (46) Vgl. Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (47) Vgl. Bockelmann/Volk, a.a.O. (Fn.3), S.189.; Wessels, a.a.O. (Fn.3), Rn.528, S.146.; Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.63.; Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (48) Vgl. Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (49) Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332. この点において、キュッパーもまた、ロクシンの指摘を正しいとしている。 noch vgl. Roxin, a.a.O. (Fn.5), S.207.; Erb, a.a.O. (Fn.5), S.200.
- (50) このような観点から、キュッパーは、BGH NStZ 1995, 122の事案について、完全に無関係な別々の所為を同時に遂行する約束もまた、ますます共同正犯の寄与としては十分となしえない。被告人らは、放火罪と器物損壊罪の共同遂行と解釈され、このようないくつかの事象を何らしてはなかつたとする。 Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (51) Vgl. Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (52) Roxin, a.a.O. (Fn.5), S.207.; Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (53) Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (54) Vgl. Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.62.; vgl. auch ders., Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S.400 f. 確かに、クラマーによれば、共同正犯と間接正犯では帰属の基準が決定的に異なっているとされる。すなわち、間接正犯において他人の行為の帰属が許されるのは、背後者の主観的もしくは客観的

- な優越性が、「たての帰属原理」に基づき所為の道具の行為を背後者に彼の「しわざ」として帰属させることを許すのであって、共同正犯の場合の「よこの帰属」は、各関与者の共同の行為決意に基づいた分業的な所為の実行に依拠していることによる。たしかに、道具が完全に構成要件該当的行為する間接正犯の場合もある。しかし、この場合に間接正犯と共同正犯とが異なるのは、間接正犯は対等なパートナーとして共同に行為するのではなく、ある者が別の者を自己の目的のために利用するという点であるとしている。
- (55) Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (56) イェシエック—ヴァイゲントによれば、近時の判例は、たしかに正犯者意思から出発しているが、しかし、共同正犯を基礎づけるために、ますます、行為計画の遂行、所為関与の範囲、行為支配、あるいは、すくなくとも行為支配への意思といった客観的なメルクマールをも用いている。さらに、とりわけ基準となっているのは、各関与者の「対等な共同関係」(gleichberechtigte Partnerschaft) という点であると思われる (Jeschek-Weigend, a.a.O. (Fn.26), S.675.)。また BGHSt 37, 289 においては、行為結果に対するみずからの利益の程度、所為への関与と行為支配の範囲、あるいは行為支配への意思といったことは、本質的な手掛かりになりうると思われる。
- (57) Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (58) BGHSt.6, 249.; BGHStV 1992, 160.
- (59) たとえば、前掲注(56)のような基準である。
- (60) たとえば、ヴェツセルスによれば、共同正犯は「分業行為の原則と機能的な役割分担の原則」に基づくと考えられる。つまり、共同正犯の場合、各関与者は対等のパートナーとして共同の行為決意と共同の構成要件実現の共同担当者であるから、個々の行為寄与は統一的な全体を完全なものにする。それゆえ、全体結果は、各関与者に完全に帰属させることができる。Wessels, a.a.O. (Fn.3), Rn.526, S.145.
- (19) Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332.
- (62) Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.332-3.

四 結論

共同正犯は、構造的に「分業形態によって犯罪の完成をめざす協力関係」と捉えることができる。つまり、このような関係を個々の関与者の心理的内容から見ると、それぞれ相手の行為を利用することによって、犯罪を容易に、かつ確実に遂行しようとする⁽⁶³⁾こと、いいかえると、各関与者間に存在する「相互の利用・補充関係」として捉えることができる。このような利用・補充関係を全体として見た場合には、これを「犯罪の分業・分担」と捉えることができる⁽⁶⁴⁾。したがって、共同正犯の構造が各関与者による「相互の利用・補充関係」として捉えられる以上、この観点から、共同正犯に必要とされる客観的寄与に関する問題も理解されなければならない。つまり、各関与者間の共働現象が相互的利用・補充関係として評価されるのは、各関与者が、意思の連絡をと⁽⁶⁵⁾おして、それぞれの役割を果たし、その目的へ向けて各自が行為を遂行するからにはほかならないので、共同正犯は、主観面において各関与者が行為決意を共同することが（意思を連絡させることが）必要であり、客観面においては、その共同の行為決意の枠内において行為の実現のために寄与する、ということ⁽⁶⁶⁾を前提にしているのである。このような共同正犯の構造からすると、行為の共同遂行とは、各関与者全員が相互に行為を利用・補充し合⁽⁶⁷⁾って犯罪を実行することを意味する。それゆえ、たとえ実行行為以外の行為が協力してなされたとしても、共同正犯は成立しないことになる。つまり、各関与者は、構成要件を実現する「現実的危険性」を有する行為、すなわち、実行行為を分担することが必要なのである⁽⁶⁷⁾。ただし、かならずしも実行行為を狭く捉える必要はなく、現実的な危険性を有する行為をおこなったか否かは、共同正犯の構造から、各関与者が相互的利用・補充関係から「全体としての行為の一部」を遂行していたか否かを基準として決せられるべきである⁽⁶⁸⁾。

以上のような観点から、本稿において問題とされた「予備段階における共働」は、予備段階が実行行為以外の行為段階を意味し、かつ、そこでなされた寄与が犯罪の取り決めへの単なる関与以上のことを意味しないのであれば、共同正犯に必要とされる客観的な要件を充足するものではないことになる。⁽⁶⁹⁾

注

(63) この意味で、共同正犯の場合、現実的な分業は「共同正犯の特別な危険性」を処理する、いいかえると、各関与者は共働することによって全体的な所為が失敗する危険性を軽減させていることになるので、この観点から、各関与者間の相互的な帰属が正当化されるとするプツペの見解は、きわめて示唆に富むものである、Puppe, a.a.O. (Fn.5), S.572.

(64) 川端・前掲注(2)五二四―五頁、同『刑法講義総論(中巻)』(平六年・一九九四年)五五六―七頁、同『刑法総論25講』(平二年・一九九〇年)三二〇頁、同『集中講義刑法総論』第二版(平九年・一九九七年)三七二頁。川端教授は、分業の性質について、さらに次のように述べている、すなわち、人的結合によって強められた個々人の行為は、それ自体を取り出して形式的に見て格別の意味をもたなくても、それぞれの分業・分担を一つの「合同力」として統一的な観点から見た場合には、重要な意味をもってくる。したがって、個々人の行為は、その部分だけを切り離して形式的に捉えられるべきではなく、全体との関連において実質的に評価されるべきなのである。部分は全体との関係において「有機的な意味」を有しうるのであるから、人的結合に加わった者は、全体の一部を遂行したにすぎない場合であっても、全体に対して責任を負わなければならない。これは、個人を超越するものの責任を代位して負担するものではなくて、あくまでも「分業・分担」によって統一的に実現された結果に対して負担する「自己責任」である、とされている。

(65) キュッパーは、共同正犯を「意識的かつ意欲的な共働」として特徴づけることによって、個々の行為寄与を意味のある「共同の遂行」として理解できるとして、Küpper, a.a.O. (Fn.5), S.301.

(66) Vgl. Bockelmann/Volk, a.a.O. (Fn.3), S.189.; Wessels, a.a.O. (Fn.3), Rn.528, S.146.; Cramer, a.a.O. (Fn.1), § 25 Rn.63.

(67) 川端・前掲注(2)五二六頁。

(68) 川端・前掲注(2)五二七頁。なお、このような観点は、実行段階を実質的に捉えることと、犯罪の共働と犯罪の取り決めへの単なる関与とを区別することによって、ロクシン、クラマー、オットー、およびキュッパーなどの見解と親近性を有する

(69) と解される。
本稿においては、これと問題意識を同じくする共謀共同正犯と見張りの共同正犯性を考察しえなかつたが、この二つの問題も、共同正犯の構造、すなわち相互的利用・補充関係から検討することができると解される。その詳細な検討は他日を期したい。