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――

岩　間　康　夫

目　次

1　はじめに
2　「誤想共同正犯」の帰属に関するBGH判例
(1)　第2刑事部1993年6月2日判決（呼び鈴事件）
(2)　第4刑事部1994年10月25日判決（貨幣商事件）
(3)　第4刑事部2003年5月6日判決（麻薬小包事件）
3　「誤想共同正犯」の可罰性をめぐる議論状況
(1)　貨幣商事件判決の特殊性
(2)　「全体的解決」対「個別的解決」
(3)　可罰説――未遂の定義から――
(4)　不可罰説（その1）――全体的解決から――
(5)　不可罰説（その2）――修正された個別的解決から――
4　クラックの不作為犯構成――故意的先行行為に基づく保障人的義務――
5　検　討

1　はじめに

他の共同行為者が適切に自己の実行行為を遂行しているものと思い込んでいたところ，実は当該行為者がしかるべき犯罪にとって不能な行為しかせず，そのため必然的に結果が発生しなかったという場合，これらの「共

同行為者」は共同正犯の責を負うべきか。このようなケースはドイツにおいて「誤想共同正犯」（vermeintliche Mittäterschaft）等と称され(1)，既に判例及び学説において議論の蓄積が一定程度存在する。ドイツではいわゆる不能未遂も一定の要件の下で可罰的とされていることもあって(2)，このような場合についても未遂罪の共同正犯を成立させる見解も見られたが，近時の連邦通常裁判所（BGH）の判例が共同正犯性を誤想した行為者の未遂犯としての可罰性をあらためて否定したため(3)，そのような結論の当否や他の理論構成の可能性が検討されつつある(4)。

---

(1) あるいは，「表見的共同正犯（Schein-Mittäterschaft）」と呼ばれることもある，Ingelfinger, "Schein"- Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, 704. この点につき，Schönke/ Schröder/ Eser, StGB 27. Aufl., 2006, § 22 Rn. 55a 参照。このケースに関する議論は，わが国においては従来あまりなされて来なかったように思われる。したがって，この後本文等で頻繁に登場する「誤想共同正犯」という訳語も，あくまで本稿における叙述・表現の便宜上，――「誤想防衛」と同じ意味合いにおいて――筆者が仮に名づけたものに過ぎないことをお断わりしておく。なお，ここでは「共同正犯者」の一部が当該犯罪の既遂に至りえないことを事前に認識していることから，従来より共犯論の基本論点として議論されている未遂の教唆になぞらえて，「未遂の共同正犯」と称することもできよう。この点に関して，佐伯仁志「共犯論（2）」法教 305 号（2006）52 頁注 ㉙ 参照。

(2) いわゆる不能未遂の可罰性を前提とするドイツ刑法 23 条 3 項の邦語訳を以下に掲げる。「行為者が著しい無思慮により未遂が行為の客体あるいは方法の点で凡そ既遂に至りえないことを見落とした場合，裁判所は刑を免除するか，裁量により減軽する（49 条 2 項）ことができる。」

(3) BGH NStZ 2004, 110.

(4) わが国においては，この「誤想共同正犯」の問題に正面から取り組んだ判例もしくは論稿はまだあまり見られないように思われるが，最近，島田聡一郎准教授が事例問題の解説において，この論点に言及されている。そこでは X と Y が器物損壊を共謀し，Y がそれに及ぼうとしたところ，いわゆる早すぎた構成要件実現のため，（仮に当該論点に関して厳格な消極説に従った結果）器物損壊罪が

また，最近になり，この「誤想共同正犯」の可罰性を先行行為に基づく保障人的義務の観点から根拠づけようと試みる論稿がドイツにおいて公表された(5)。筆者は以前，故意的先行行為に基づく保障人的義務の妥当性について，不十分ながら検討したこともあったため(6)，その議論の応用的適用場面として，この「誤想共同正犯」の事例には大いに興味を惹かれるところである。

そこで，本稿では，「誤想共同正犯」（共同正犯の誤想）に関するドイツ

成立しない場合におけるXに関する器物損壊罪の共謀共同正犯の成否に関して，次のように説明されている。「一方で，Xとしては既遂結果を生じさせる意思に基づいてYにすべて委ねたのであり，いわば『なすべきことは全てした』つもりである。このことから考えると，既遂犯の共犯を認めてもよさそうにみえる。しかし他方，直接実行者Yには故意犯が成立していないから，共犯の従属性の観点を重視すれば，故意犯は成立しないようにも思えてくる。ここは，議論がないのだから，自分で考えて結論を出せばよい。いずれもあり得るが，前者であれば，例えば，『共同正犯において共同しなければならないのは，構成要件の客観面だけであり，主観は個人責任の原則から各自について考えればよい』などとすれば，1つの説明となる（ただし行為共同説的ではある）。後者であれば，『共同正犯でも，ことに共謀共同正犯の場合には，実行行為を行った者に対する従属性を認めざるを得ないから，実行共同正犯の構成要件該当性が必要である』などとすればよい。」西田典之（監修）＝島田「事例2」法教308号（2006）55頁以下（60頁）。これから紹介するように，「誤想共同正犯」に関するドイツの議論は，まさに島田准教授の例示された2つの発想の対立を軸として展開されているように思われる。もっとも，「共同正犯の従属性」という観念を認めるか否かの態度決定が直接「誤想共同正犯」の可罰性の有無に影響するのかという点については，慎重な検討を要する。これについては，後に私見を述べる際に併せて言及したい。

(5) Ralf Krack, Die Münzhändlerkonstellation-Eine Fallgruppe für die Unterlassungsdelikte?, ZStW Bd. 117 (2005), S. 555ff.

(6) 拙稿「故意的先行行為に基づく保障人的義務 —— シュタイン説の検討 ——」産法34巻3号（2000）19頁以下。

の議論を概観した上で，クラックによる不作為犯構成をも紹介し，それぞれにつき若干の検討を加えてみることにしたい。

2 「誤想共同正犯」の帰属に関するBGH判例

「誤想共同正犯」の問題は，ドイツでも1990年代のはじめまでは特別の事例群として認知されていなかったという(7)。この事例に関する判例として知られているBGHのものとしては，大要以下の3件があるとされている(8)。

(1) 第2刑事部1993年6月2日判決（呼び鈴事件）(9)

本件では被告人両名がとある住居に強盗に押し入ることを計画し，彼らが第3の共同行為者として共同実行を依頼し，それを確約したSが，遅くともその後に翻意して警察にこの計画を通報した。そのため，「実行」当日Sが対象者宅の玄関で呼び鈴を鳴らしたのを合図に，待機していた

(7) Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 556.

(8) 「誤想共同正犯」の観念がドイツの学説において一般に認知されるに至る以前においても，この種のケースを取り扱った判例がなかったわけではない。例えば，BGH NJW 1952, 430では，「牧場から牛を盗む行為を牧場主の了解を得て偽装し，それによる被害申告に基づき保険金を詐取する」との計画を牛の運搬を担当する共同行為者に告げて盗取「偽装」行為を実行させたが，実は牧場主はそのような家畜窃盗の偽装についてまったく知らされていなかった（従って，詐欺罪の共同正犯たりえなかった）という事案について，連邦通常裁判所は，「被告人の考えによれば，見せかけの窃盗は彼らにより期待された，後の農夫による真実に反する窃盗の申告にとっては，予備行為に過ぎなかった」ことを理由に，真実を告げられずに運搬行為に参加した者を含め，詐欺未遂罪の共同正犯の成立を否定している。

(9) BGHSt. 39, 236.

警察官により被告人両名が逮捕された，という事案が問題となった。BGHは，重い強盗的恐喝（ドイツ刑法255条，250条）及び恐喝目的拐取（同239条a）未遂（同23条1項前段）の共同正犯を否定し，重罪の共謀（同30条2項）のみに処した原判決を以下のようにして是認した。

「行為計画によれば，犯罪行為は複数の共同行為者によって遂行されることになっていたので，すべての共同行為者は彼らのうち1名が犯罪の実行を直接開始するや否や，未遂の段階に入る（BGHSt. 36, 249f.; BGHR StGB §22 Ansetzen 3; Lackner, StGB 20. Aufl., §22 Rdn. 9 m. w. N.）[10]。これは，共同正犯においてすべての関与者には行為計画の範囲内にあるそれぞれ他者の行為寄与が帰属されなければならないということに基づく。しかし，本件においてはそのような帰属の余地がない。なるほど，強盗あるいは恐喝実行のために抱かれた行為計画によれば被害者が戸を開けた直

---

[10] なお，ここを始め，本章で紹介するBGH判決の各所で引用されるBGHR StGB §22 Ansetzen 3（bei Holtz MDR 1986, 974; wistra 1987, 26－第3刑事部1986年8月1日判決）というのは，ガソリン撒布事件と呼ばれ，これも事実認定の如何によっては，「誤想共同正犯」の範疇に入りうる事件である。事案を簡単に再現すると，被告人Xが，火災保険金を詐取するためA女の経営する自動車販売会社の建物に放火することでA女と合意に達し，Xには報酬が事前に支払われた。Xはある晩，会社の建物に侵入し，ガソリンを撒いたが，何らかの理由で放火しなかったため，火災にはならなかった。Xが単に報酬を得るためだけに謀議に加わった可能性も排斥されえない，というものである。この事件で第3刑事部は呼び鈴事件の第2刑事部と同様，「Xが初めからガソリンの撒布により放火未遂を偽装する目的しか有していなかったのであれば，彼は刑法22条にいう保険金詐欺の実現に着手しなかった。それ故，予備段階と未遂段階との境界を越える，Aに帰属可能な行為寄与も欠けるであろう」という理由で，保険金詐欺未遂（ドイツ刑法265条2項）の共同正犯を否定し，その共謀（同30条2項）の成立のみを認めている（なお，同265条1項は保険金受給目的による対象物の損壊等を処罰している）。

後に襲われることになっていた場合には，玄関で呼び鈴を鳴らすことが既に未遂たりうる（BGHSt. 26, 201ff.; BGH NStZ 1984, 506 Nr. 3; Eser in Schönke/ Schröder, StGB 24. Aufl., § 22 Rdn. 44）。それは行為者にとって共同正犯的行為寄与として表わされる，即ち，共同で他の関与者と行為遂行のために加功するという意思に担われている限りでしか，実行の開始として他の行為関与者に帰属されうることはない。

本件ではそれが欠けている。Sは（もはや）行為への加功の用意はなかった。彼が玄関で呼び鈴を鳴らした時，彼はそれにより警察に介入への合図を送ったのである。彼はそれにより行為を助長するのではなくて，まさに阻止しようとしたのである。彼の行為が客観的には被告人となされた謀議に合致していたとは言え，そこには共同正犯としての行為寄与は存しなかった。何故なら，彼はそれにより謀議された行為を遂行に移し，そこにおける彼の担当部分に加功する意思を有していなかったから。それ故，S自身にとって未遂ではなかったSの行為は犯罪実行の開始として被告人両名には帰属されえない（BGHR StGB § 22 Ansetzen 3 参照）。従って，被告人両名は未遂段階に到達しておらず，それ故重罪共謀による有罪しか宣告されなかったのは正当である。」

本件では被告人両名が共同行為者として見込んだSが彼らを裏切り，見かけだけの実行行為を行なうにとどまった。第2刑事部はSの呼び鈴を鳴らす行為が強盗ないしは恐喝の実行の意思によらないことを理由に，誤想共同行為者に関する未遂の成立をも否定したのである。

(2) 第4刑事部1994年10月25日判決（貨幣商事件）[11]

本件の事案は以下の通りである。被告人は飲食店で知り合いになったZという男から，ある貨幣商への「偽装」強盗の計画を持ちかけられた。被

(11) BGHSt. 40, 299.

告人はそれを了承し，事前にZから1万5千マルクの報酬を受け取った。Zは計画実行の数日前，被告人に対し，当該貨幣商にはこの件について前もって了解を得たが，襲撃の際には自分もそれを知っているとは悟られないように振る舞えと指示した。しかし，Zは当該貨幣商にそのような接触を行なってはいなかった。そして，被告人は計画通り，貨幣商から35万～40万マルクを強奪した。貨幣商は被告人に縛られていたが，後に自分でそれを解いて警察に通報し，さらにその日のうちに保険会社に損害を申告した。

被告人は加重強盗罪（ドイツ刑法250条）の共同正犯として起訴されたようであるが，原審（LG Münster）は被告人を詐欺未遂罪（同263条2項）により有罪とし，BGH第4刑事部もそれを是認している。第4刑事部はまず，加重強盗罪については，被告人が被害者による襲撃の同意を誤想していたことから，故意の阻却により成立しないとした。また，上告趣意が被告人の態度は詐欺幇助の未遂として不可罰にとどまるのではないかと主張したのに対し，第4刑事部は次のように判示した。

「原審は確定判例において設定された共同正犯と幇助との区別基準（括弧内で過去の判例を引用しているが省略－筆者注）を顧慮した。原審は行為経過全体に関する被告人の認識に基づき，以下のことを前提とした。即ち，被告人は彼を共同正犯と性質づける貨幣商及びZとの分業的共働における地位を有しており，強盗襲撃の遂行は彼の認識によれば保険会社への損害申告に不可欠の前提条件であり，さらに被告人は，彼に確約された5万マルクの報酬に鑑みれば，行為遂行への正犯利益をも有していた，と[12]。」そして，被告人は報酬の一部を既に事前に受領していたから，彼は詐欺結果への利害を有していなかったと上告趣意が主張するのに対しては，以下のように述べてそれを斥けた。「詐欺により得られる財産的利益

(12) BGHSt. Bd. 40, S. 300.

に与るという被告人の利益は共同正犯的構成要件実現のためには必要でない。共同正犯としての行為関与のためには，共同意思に基づいて構成要件の実現を助長する，予備行為あるいは援助行為に限定されうる寄与があれば十分だから（判例引用－筆者注），保険会社を侵害する詐欺における共同正犯行為は，例えば共同行為者が損害申告に影響を与えないからと言って排除されない。むしろ，自ら保険会社との折衝に関与せず，欺罔及び保険会社侵害のための前提条件の作出に対する報酬を既に損害申告以前に得た者も，そのような詐欺の共同正犯たりうる（判例引用－筆者注）[13]。」

さらに，可罰的な詐欺未遂の共同正犯の成立について，第4刑事部は以下のように説明した。「被告人が行なおうとした犯罪行為――貨幣商による保険会社を侵害する詐欺の共同正犯――は既遂に達しえなかった。何故なら，貨幣商は現実には強盗襲撃の被害者となり，彼は認定によれば『保険会社に詐欺をはたらくつもりはなく，欺罔しなかった』から[14]。」しかし，第4刑事部は被告人の所為は詐欺の（不能）未遂（ドイツ刑法263条1，2項，22条，23条，25条2項）として可罰的だとする。第4刑事部は以下のように判示する。

「所為に関する自己の表象によれば構成要件の実現に直接着手する者が犯罪行為の未遂を行なう（刑法22条）。自己の行為計画によれば支障なく展開することにより直接構成要件の実現をもたらすか，それと直接の場所的及び時間的連関を有する行為が行なわれる場合がそうである（とりわけBGHSt. 28, 162, 163参照）[15]。

共同正犯においては，共同行為者の1人が構成要件の実現を直接開始す

---

⑬ BGHSt. Bd. 40, S. 301.

⑭ A. a. O.

⑮ ドイツ刑法現行22条の未遂定式をめぐる諸判例については，塩見淳「実行の着手について（三）・完」論叢121巻6号（1987）1頁以下を参照。本判決の引用するBGHSt. 28, 162判決についても，同論文3頁に紹介されている。

るや否や，しかも彼らの個々が既に予備段階において自己の行為寄与を行なったか否かに関係なく，すべての共同行為者が統一的に未遂の段階に入る（判例・文献引用－筆者注）。

これらの基準は，その当罰性が――それ自体として見れば既に危険な――法的に保護される秩序に対する反抗の中に根拠づけられる不能未遂についても妥当する（判例・文献引用－筆者注）。ここでは，刑法22条にいう構成要件実現の直接の着手と見られる行為の有能性に関する行為者の表象が決定的である（判例・文献引用－筆者注）。本件では，構成要件実現をもたらすことになっており（BGHSt. 26, 201, 203[16]），自然的見解によってもそれに適格性のある場合には構成要件の実現をもたらしうる，行為計画によれば決定的な行為が，有能であると考えられるのである（判例・文献引用－筆者注）。

なるほど，被告人の見解によれば偽装された強盗は，期待された保険会社を害する詐欺にとっては予備行為に過ぎなかった（判例・文献引用－筆者注）。しかし，損害申告が見かけ上の共同行為者（貨幣商）により襲撃の後に『行為計画に従って』――行為計画によれば保険会社を欺罔するために――なされたことにより，被告人の表象によれば共同正犯として行為する者として彼に帰属されなければならない事態が，予備行為と未遂との境界を越えてしまった（判例・文献引用－筆者注）[17]。」

もっとも，このようにして本件強盗被害者の保険会社に対する申告が被告人自身における詐欺罪の実行の着手になりうるとしても，呼び鈴事件判決のように，本件被告人に関して未遂の共同正犯の成立を否定することは

---

[16] この事件も本稿で先に紹介した「呼び鈴事件」と同じく，住宅における強盗に先立ち，呼び鈴を鳴らしたという事案で，加重強盗未遂罪の成立が認められている，塩見・前掲注[15] 3頁による紹介を参照。

[17] 以上，BGHSt. Bd. 40, S. 301f.

できなかったか。第4刑事部はこの点につき，呼び鈴事件との事案の相違を指摘する。――

「第2刑事部により判決された事案（呼び鈴事件のこと－筆者注）においては，直接の行為遂行へと決定づけられた，他の行為者に自己の関与を確約した共同行為者が彼の確約を虚構したに過ぎなかったか，いずれにせよ後にもはや計画された行為に関与する用意がなくなり，警察に密告したため，行為の既遂が挫折した。共同行為者の1名が行為実行を直接開始するや否や全員が未遂段階に入るという原則故，第2刑事部は『表見的』共同行為者の謀議された行為寄与が，他の共同行為者に共同で計画された所為の一部分として帰属可能か否かを判断しなければならなかった。第2刑事部はそれを否定した。

当刑事部により判断される事件においては，行為計画に従って未遂段階に入るための行為を行なった者との間に取り決めはなされなかった。彼には行為計画が認識されなかった。彼自身が犯罪行為の被害者であり，彼は保険会社にこれを損害事象として適切に申告した。被告人の表象においてこれにより開始した共同の詐欺は初めから成功しえなかった。何故なら，被告人が第三者により彼において惹起された錯誤に基づいて存在すると考えた構成要件メルクマール（了解の上襲撃された者による保険会社の欺罔）は存在しなかったからである。このような不能未遂の事例（文献引用－筆者注）は第2刑事部により判決された事案には類似しない。不能未遂の問題について第2刑事部はBGHSt. 39, 236判決（呼び鈴事件－筆者注）において判示していない。不能未遂には特別の基準が妥当しないので――可罰性のためには行為の有能性に関する行為者の表象が重要である（上述II. 2b）――，相違（裁判所構成法132条2項）は当刑事部の見解によれば存しない[18]。」

---

[18] 以上，BGHSt. Bd. 40, S. 303f.

かくして，第4刑事部は，被告人の当該詐欺未遂行為（直接には，強盗被害者による保険会社への申告行為）は詐欺罪としては客観的に不能ではあるが，不能未遂を可罰的とする見解[19]によればこれも未遂罪として可罰的だという理由で，「誤想共同正犯」者の未遂犯による処罰を肯定したのである。

(3) 第4刑事部2003年5月6日判決（麻薬小包事件）[20]

同じくBGH第4刑事部は，後にまた「誤想共同正犯」に関する事件を取り扱うこととなった。本件の事案は大要以下の通りである。被告人らは2002年1月，コロンビアから郵便で3キログラムのコカインをドイツへ輸入することで合意した。被告人にはコカインを現地で調達し，それをドイツに発送するという任務が与えられた。この合意に従い，被告人はコロンビアで見知らぬ提供者とコカインの売買契約を締結した。そのコカインはフィルムロールに隠して郵便小包でドイツに送ることになっていた。現実に小包はドイツにおける指定の住所に送達されたが，その中にあった6個のフィルムロールには麻薬は含まれていなかった。原審の事実認定によれば，「売主」は直接の発送者に対し，小包の中に麻薬が含まれていないことを知らせていたという。

原審（LG Bochum）は被告人に多量の麻薬の無許可取引（麻薬法〔Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln; BtMG〕29条a第1項2号）既遂と多量の麻薬の無許可輸入（同法30条1項4号）未遂（い

---

(19) 本判決の提示した不能犯基準は，いわゆる主観的危険説（計画の危険説）であり，これはドイツ刑法22条の未遂犯規定からも導かれる。ドイツにおける不能未遂論につき，塩見「不作為犯の不能未遂」論叢148巻3＝4号（2001）277頁以下（284頁）参照。

(20) BGH NStZ 2004, 110.

ずれも共同正犯）の所為単一（観念的競合）を認めた。それに対し，BGH第4刑事部は後者の輸入未遂罪の成立について異議を唱え，同罪の謀議（ドイツ刑法30条2項）の罪責しか負わないとしたのである。

第4刑事部はまず，麻薬輸入罪の実行の着手時期に関する議論から被告人の輸入未遂罪としての罪責の問題を展開する。「麻薬の無許可輸入の未遂は早くとも，支障なく進行すれば直接構成要件実現に至るか，それと直接場所的及び時間的に連関する，従って保護法益を直接危殆化する行為によって開始する（確定判例；以下，判例引用－筆者注）。郵便による輸入未遂においてこれらの前提条件は，送付物が受取人に向けて郵便に引き渡される場合に存する。それにより，支障なく進行すれば構成要件実現を惹起するためにすべてのことがなされたのである（判例・文献引用－筆者注）。それ故，本件において実行行為の最大限早い開始はフィルムロール入り小包のコロンビアにおける郵便への交付である。

被告人は郵便での小包の交付に際して第三者を使用し，自らは麻薬の輸入に関して行為しなかったから，被告人に第三者の行為が所為の自己による着手として帰属されうる場合にのみ，麻薬輸入の（不能）未遂の責を負う。しかし，本件においてはそのような帰属の余地はない。

原判決は共同の行為決意に基づく共同行為者たる第三者の，被告人に帰属可能な行為を帰結しない。むしろ，郵便に交付する第三者に関する原判決の認定によれば，客観的観点において麻薬の無許可輸入という構成要件メルクマールの実現に直接着手する行為はなされておらず，しかも第三者がコロンビアにおける小包の交付においてそのような行為寄与をすると誤想したからと言って，被告人に麻薬輸入の不能未遂は考慮されない（判例引用－筆者注）。というのは，原判決の認定によれば，被告人に有利に，コロンビアで交付された小包には既に郵便への交付の時点で麻薬が含まれておらず，従って，第三者により麻薬輸入への行為寄与はなされなかったことが前提とされうるからである。原判決理由はさらに，被告人に有利に，

コロンビアにおいて郵便への交付を行なう第三者が麻薬譲渡者の仲間に属し，小包が麻薬を含まないことを知らされていて，それ故彼が実行行為の有能性に関して錯誤に陥っていなかったことを帰結する[21]。」

そこで第4刑事部は呼び鈴事件判決及び貨幣商事件判決をも援用して，被告人の麻薬輸入未遂罪の共同正犯による罪責を否定する。「小包の交付が共同の行為計画の遂行であるとの誤想に基づいて，被告人に共同行為者として想定された第三者の行為が被告人自身の行為の開始として帰属されうるような事案は存しない。BGHの第2及び第3刑事部の見解（BGHSt. 39, 236; BGHR StGB §22 Ansetzen 3）によれば，想定されただけの共同正犯は行為寄与の帰属を根拠づけえない。これらの刑事部の見解によれば，遂行行為としての実行行為が他の行為関与者に帰属されうるのは，それが行為者自身にとって共同正犯的寄与として表わされる，即ち，他の関与者と行為遂行の目的で共同加功する意思に担われている場合に限られる（上記BGH判例及び文献引用－筆者注）。この見解によれば，本件では小包を郵便局に差し出したことの帰属可能性が否定される。何故なら，第三者がこの時点で麻薬の無許可輸入に共同加功する用意がなかったことが排斥できないからである。

当刑事部の判例（BGHSt. 40, 299－貨幣商事件のこと，筆者注）によっても，共同正犯として想定された者の行為の帰属は考慮されない。当刑事部は誤想された共同行為者による実行行為の帰属可能性の問題について，刑法22条にいう構成要件実現の直接の着手と見られる行為の有能性に関する行為者の表象に着目する。この見解によれば，いずれにせよ，共同正犯として想定された者の遂行行為が行為者の表象によれば構成要件の充足をもたらし，自然的見解によっても構成要件の充足に至りうる場合には，

---

[21] 以上，BGH NStZ 2004, S. 110 Rn. 4- S. 111 Rn. 6.

それは不能ではなく，それ故帰属可能と考えられうる（BGHSt. 40, 299, 302）。この判例は共同正犯として想定された者がいずれにせよ行為計画によれば彼に想定された行為を実際に遂行することを前提とする（判例・文献引用－筆者注）。本件ではそのような事情は存しない。誤想共同行為者は被告人により想定された遂行行為，即ち，麻薬入り小包の郵便への交付をまさに行なわなかった。むしろ，麻薬の入っていない小包の郵便への交付は被告人の表象によっても自然的見解によっても構成要件を充足しえなかった。

従って，被告人は麻薬の無許可輸入の未遂段階には到達せず，それ故多量の麻薬の無許可取引及び多量の麻薬の無許可輸入という犯罪の共謀の所為単一（判例引用－筆者注）の責しか負わなかった……[22]」

このように，麻薬小包事件においてBGH第4刑事部は，9年前に判断した貨幣商事件とは異なり，むしろ第2刑事部の呼び鈴事件と同様の考察を展開することにより，他の共同行為者による客観的には不能な「実行行為」（本件では麻薬の輸入）に関する未遂罪の共同正犯の成立を否定した。そこでまず，貨幣商事件と呼び鈴・麻薬輸入の両事件とのBGHによる見解の相違をまとめておくことが，誤想共同正犯の問題について検討する出発点となろう。この問題は共同正犯論と未遂犯論の交錯領域として大変興味深い領域である[23]。そこで，以下では概略的にとどまるが，ドイツの学説等の紹介をもとに，誤想共同正犯の問題状況について，基本的な確認作業を行なうことにしたい。

---

[22] 以上，BGH NStZ 2004, S. 111 Rn. 7- Rn. 9.

[23] Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 558 参照。

3 「誤想共同正犯」の可罰性をめぐる議論状況

(1) 貨幣商事件判決の特殊性

前章で紹介したとおり，誤想共同正犯と仮に名付けた事例における誤想者の未遂犯としての可罰性に関しては，呼び鈴事件と麻薬輸入事件では否定の，それに対して貨幣商事件においては肯定の結論が連邦通常裁判所によって示された。それぞれの判示を振り返ってみると，呼び鈴事件では共同行為者と誤想された実行者の行為が共同加功の意思に担われている限りでしか，それは誤想者にとっての共同実行の開始とは言えないという理由で，誤想者を警察に逮捕させるために「被害者」宅の呼び鈴を鳴らす行為に関し，誤想者における強盗未遂罪の共同正犯を否定した。ここでは専ら共同正犯の成立要件が充足されていないことが理由となり，誤想共同正犯の罪責が否定されたのである。他方，貨幣商事件判決は，共同行為者のうち１名が実行に着手すれば，それが他の行為者にも共同正犯として未遂として帰属されることを認め，そこにいう未遂には，法的に保護される秩序の攪乱によって可罰性が根拠づけられる，いわゆる不能未遂も含まれるとした。その際，可罰的な不能未遂は行為者の計画において実行行為が不能でなければ認められるという，いわゆる主観的危険説（計画の危険説）がドイツ刑法 22 条の未遂定義規定に従って採用され，貨幣商事件においては強盗の被害者による保険会社への事件申告が誤想者たる被告人にとっても詐欺罪の実行の着手にあたり，その行為自体は，まさに普通の強盗の被害に遭った申告者による，詐欺の故意なき行為であるから不能ではあったものの，被告人は詐欺行為として不能ではない行為だと認識していたから，不可罰の不能犯にはとどまらず，詐欺未遂罪の共同正犯が成立するとされたのである。しかし，本件では呼び鈴事件とは異なり，実行行為として誤想された行為を実行する者と誤想者との間には事前の共謀（呼び鈴事件で

は強盗，本件では詐欺に関する）すら初めから存しなかったのである[24]。

そこで，貨幣商事件について誤想共同行為者の未遂犯としての可罰性が帰結されたのは，呼び鈴事件や麻薬輸入事件との事案の相違に基づくとの説明もありえよう。しかしながら，例えばエルプが指摘しているように[25]，呼び鈴事件においても共同行為者だと誤信された者の呼び鈴押しという行為によって強盗の結果が発生することは客観的にありえなかったという点では，貨幣商事件と何ら変わるところはなく[26]，麻薬輸入事件についても事態は同様であった。したがって，想定された他の共同行為者による行為が，実行担当者における行為決意の欠如によるものであれ，行為の不能性によるものであれ，凡そ実行行為として不適格なものであった場合に，背後で誤想していた行為者に共同正犯の未遂としての罪責を負わせられるのかという問題設定の下で，これらの事例を統一的に検討することができる。かくして，呼び鈴判決と貨幣商判決は同種の事案に対して真っ向から対立する判断を示したと見ることもできるのである。

しかも，実は 1951 年に，保険金詐欺が関わる類似の事件について，

---

(24) 本件被告人（強盗行為者）には欺罔行為に対する機能的行為支配は存在せず，それ故もともと詐欺罪に関して共同正犯は成立しえなかった（せいぜい不可罰の幇助未遂のみ）と指摘するのは，Geppert, Jura-Kartei 1995, StGB § 25 II/ 9 Hinweise 3a). 同旨の指摘として，さらに Küpper/ Mosbacher, Untauglicher Versuch bei nur vermeintlicher Mittäterschaft-BGH, NJW 1995, 142, JuS 1995, 488, S. 490.

(25) Erb, Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes-Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 25. 10. 1994-, NStZ 1995, 424, S. 425.

(26) Vgl. Buser, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, 1998, S. 129.

BGHの第2刑事部が，誤想した「共同行為者」の詐欺未遂罪としての罪責を否定していたのである[27]。この事件では，家畜商が2名の行為者に対し，農夫が保険会社に家畜泥棒をでっち上げて詐欺をしたがっていると嘘をついた。両名はそれに応じ，農夫がその件を了解しているものと誤信して，農夫が所有する家畜を牧場から運び去った。第2刑事部は被告人両名の保険会社に対する詐欺未遂罪の共同正犯による原審の有罪判決を，本件の事案においては詐欺の実行にはまったく至りえなかったという理由で破棄した。即ち，被告人の単なる表象では彼らの可罰性を根拠づけるには十分でない。さもなくば，純粋に内的な犯罪意思が，意欲された犯罪の遂行の開始を含む態度において表明されることなく処罰されてしまうであろう，と。これは貨幣商事件判決と真っ向から対立する判断と言うほかない。強いて言えば，貨幣商判決の方は，むしろ不能犯に関する計画の危険説による未遂罪としての可罰性を強調することによって，単なる内心の処罰という捉え方を排斥したということになろうか。

それでは，呼び鈴事件と同じく，未遂罪の共同正犯を否定した麻薬輸入事件判決は，どのようにして当該結論を導いたのか。本判決はまず，呼び鈴判決の定式を援用した上で，コロンビアから小包を発送した者に麻薬輸入への共同加功意思が欠けていた可能性があることを指摘した。そうすると，同じ第4刑事部が下した貨幣商事件判決との矛盾が問題となりうるところ，麻薬輸入事件判決はさらに，貨幣商判決が述べた不能未遂の可罰性に関する基準を援用した上で，貨幣商判決は「共同正犯として想定された者がいずれにせよ行為計画によれば彼に想定された行為を実際に遂行することを前提とする」と補足し，対して本件ではそのような事情は存しなかった，即ち，「誤想共同行為者は被告人により想定された遂行行為，即ち，

27 BGH, NJW 1952, 430.

麻薬入り小包の郵便への交付をまさに行なわなかった。むしろ，麻薬の入っていない小包の郵便への交付は被告人の表象によっても自然的見解によっても構成要件を充足しえなかった」と評価したのであった。

しかしながら，このような第4刑事部の認定とは逆に，本件被告人の計画においては，コロンビアにおける売人がコカインをドイツに向けて発送することになっていたはずである。すぐ上に引用した麻薬輸入事件判決の説示を貨幣商事件にあてはめれば，「現実に強盗の被害に遭った貨幣商による保険会社への申告は被告人の表象によっても自然的見解によっても詐欺罪の構成要件を充足しえなかった」と言える[28]。かくして，BGH判例においては，共同正犯として想定された直接遂行者の行為自体の実行行為性を他の共同行為者の可罰性についても重視するもの（呼び鈴事件，麻薬輸入事件）[29]が一応主流をなすとも言いうるものの，他方で，誤想した行

---

[28] 貨幣商判決が強盗実行者に詐欺未遂罪の共同正犯を認めた背景には，呼び鈴事件におけるとは異なり，詐欺の「遂行者」との間に謀議が存在しなかったため，ドイツ刑法30条2項（重罪に関する謀議の処罰。もっとも，それ以前に，同263条の詐欺罪は法定刑が5年以下の自由刑もしくは罰金のため，重罪〔同12条1項〕にすらあたらない）による処罰で済ますことができなかったという事情を指摘することができよう，Krack, a. a. O.（Anm. 5), S. 564; Roßmüller/ Rohrer, Versuch und Mittäterschaft- Anmerkungen zu BGHSt 40,299= MDR 1995, 83-, MDR 1996, 986ff., S. 989 参照。因みに，同30条（共犯の未遂）は次のように規定している。「(1) 他人に重罪を行なうように決定づけようとするか，もしくは教唆を試みる者は重罪の未遂に関する規定によって処罰される。但し，刑は49条1項により減軽されうる。23条3項（不能事実の看過－筆者注）も適用される。(2) 重罪を実行するか教唆する用意があることを表明するか，他者からのその旨の要請に受諾するか，他人とその旨謀議する者も処罰される。」

[29] このように実行担当者における実行の着手を他の共同行為者全体にまで押し及ぼす見解は，ドイツの学説において「全体的解決（Gesamtlösung）」と一般に呼ばれている（すぐ後に触れる）。

為者についての不能未遂としての可罰性を重視して，上記基準では処罰できない誤想者の可罰性に補強を図るもの（貨幣商事件）も，手法としては矛盾しつつ並存していると見るのが妥当なように思われる。

(2) 「全体的解決」対「個別的解決」

それでは，ドイツの学説においては，誤想共同正犯の可罰性についてどのような見解が主張されているのであろうか。

この論点に対して態度決定するには，まずその背景として，共同正犯における未遂の開始時期をいつに見るかという問題に関する見解の相違を見ておく必要がある。この点，本稿で先に紹介したBGHの諸判例においても採用されていた，共同行為者のうち少なくとも1名が実行行為を開始すれば，他の行為者においても一律に共同正犯としての実行の着手が認められるという，いわゆる「全体的解決」が，ドイツの学説においても通説と言える[30]。それに対して，共同の行為計画には参与したが，行為寄与を果たしていない者には，彼自身に実行の着手と言える行為寄与が見られない限りは（未遂の）共同正犯としての罪責を認めるべきではないとする「個別的解決」[31]も一部の学者により有力に主張されている。この説は共同正

---

(30) 全体的解決を採用する判例及び学説の一覧として，例えばSchönke/ Schröder/ Eser, a. a. O. (Anm. 1), § 22 Rn. 55参照。

(31) この「個別的解決（Einzellösung）」とか，それに対立する「全体的解決（Gesamtlösung）」という用語は，「個別的解決」の主張者たるSchilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975に由来するという（Roxin,Zur Mittäterschaft beim Versuch, in: Odersky- FS, 1996, S. 489ff., S. 490 Anm. 9; Heckler, Versuchsbeginn bei vermeintlicher Mittäterschaft, GA 1997, 72, S. 72 Anm. 4; Buser, a. a. O. (Anm. 26),S. 24による）。個別的解決を支持する者として，Schilling, a. a. O. (Anm. 31), S. 104の他には，例えば，Bloy, Die Beteilingsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985,

犯における実行の着手時期を各共同行為者ごとに判定しようとする[32]。

S. 266; Kratzsch, Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB)- ein absolut untauglicher Versuch? (2. Teil), JA 1983, 578, S. 587; Valdagua, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW Bd. 98 (1986), 839, S. 854ff. u. 868ff.; Rudolphi, in: SK StGB, 6. Aufl., 1995, § 22 Rn. 19a; Roxin,. a. a. O (Anm. 31).; ders., in: LK StGB, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn. 199f. もっとも，個別的解決説の内部でも，シリングのように（Schilling, a. a. O. (Anm. 31), S. 112f.），まだ他の共同行為者が遂行に及んでいない段階においても，自身としてなしうる寄与を行ない切れば（たとえそれが謀議にとどまるとしても）当該行為者には共同正犯としての実行の着手を認めてよいとするものと，ブロイやルドルフィ，そして本文で後述するロクシンのように，遂行者が着手に及んでいる段階において当該共同行為者にも行為寄与を要求する「修正された個別的解決」との対立が存在する。個別的解決説論者数名におけるニュアンスの相違をも含め，Stoffers, Mittäterschaft und Versuchsbeginn, MDR 1989, 208, S.212f.参照。また，全体的解決・個別的解決両陣営の論者が豊富に列挙されている文献として，さらに Lackner/ Kühl, StGB 26. Aufl., 2007, § 22 Rn. 9. また，わが国でもこの対立については既に，園田寿「共同正犯の正犯性序説（一）」関法 29 巻 1 号（1979）93 頁以下（103 頁）及び同論文（二）・完・関法 29 巻 3 号（1979）45 頁以下（68～9 頁－シリングの「修正されない」個別的解決について），高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（1988）325 頁以下（同書 332 頁注 4 に掲げられた文献も参照），鈴木彰雄「共同正犯の未遂」新報 96 巻 1＝2 号（1989）215 頁以下，松生光正「共同正犯 —— 行為支配説の検討 ——」『刑法理論の探究 —— 中刑法理論の検討 ——』中義勝先生古稀祝賀（1992）319 頁以下（321 頁），阿部力也「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（2002）485 頁以下，島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（2002）138 頁注 19，塩見淳「共同正犯における実行の着手」論叢 162 巻 1～6 号（2008）108 頁以下等において紹介されている。

32 この「全体的解決」と「個別的解決」の対立は，間接正犯の実行の着手時期に関しても同様に見られるが，そこではむしろ「個別的解決」の方が判例・通説となっているとのことである，Hoyer, in: SK StGB, 7. Aufl., 2000, § 25 Rn. 147 参照（その間の矛盾を批判）。

(3) 可罰説 —— 未遂の定義から ——

そこで，本稿のテーマである誤想共同正犯の可罰性に関する見解の対立が問題となるが，この点に関する相違は，事実上一般的には，「全体的解決」と「個別的解決」の基本思想的対立が影響しているように思われる。何故なら，後に説明する通説的な誤想共同正犯不可罰説を主張する論者の大半は，まず「全体的解決」のテーゼを説明の冒頭に提示して，それを前提に自説を展開しているからである。それに対して，ここでまず説明する誤想共同正犯可罰説の場合は，「全体的解決」テーゼとは無関係に主張することが可能である。即ち，可罰説は，誤想共同正犯の事例についても，別に「実行行為」を担当する他の共同行為者に行為決意が欠けていたり，当該行為が凡そ結果をもたらしえないものであったとしても，そのことは背後にいる共同行為者にとっての未遂の成否には影響を与えないと主張するのである。従って，要はこの当該共同行為者自身にとって実行の着手と言える事態が存在したか否かが決定的なのである(33)。そして誤想共同正犯

---

(33) なお，後に紹介するロクシンも指摘するように，共同正犯における未遂の開始時期について全体的解決を採る場合であっても，誤想共同正犯に関して可罰説を主張する試みは不可能ではないように思われる（ロクシンはむしろその結びつきこそが必然的だとしている）。即ち，ある共同行為者にとって未遂が認められるためには，狭義の実行行為を担当する者の着手が必要であるところ，前者の認識した事実によれば後者がなされているというのであれば，いわゆる不能未遂としての可罰性（ドイツ刑法 22 条参照）が残されているのだから。現に，個別的解決を批判しながら誤想共同正犯可罰説を採る者として，Buser, a. a. O. (Anm. 26), S. 83 u. S. 150f.; Roßmüller/ Rohrer, a. a. O. (Anm. 28), S. 989 がある。前者の著書は全体的解決を支持しながら可罰説を採用し，後者の評釈は自説を「法律解決」と称し，「『全体的解決』も『個別的解決』も未遂の可罰性に関する法律規定（ドイツ刑法 22 条のこと－引用者注）と合致しえない」と述べている (S. 990)。共同正犯における実行の着手時期と誤想共同正犯の可罰性につき Roßmüller/ Rohrer と同様の方向を示すのは，Herzberg, in: Münchener

可罰説は，誤想共同行為者の未遂犯としての罪責を結局不能未遂の可罰性に依拠して根拠づけようとする。

「全体的解決」テーゼを前提に誤想共同行為者における未遂犯の成立を否定した従来の呼び鈴事件判決に対し，学説で直接異議を唱えたのは，ハウフ[34]くらいだとされるので[35]，ここでは主に彼の見解から可罰説の内容を紹介したい。ハウフは以下のように主張する。――一見すると，呼び鈴事件においてBGH第2刑事部が，離脱する関与者は誤想者の行為計画に客観的に合致する行為をしたものの，それによって謀議された行為を遂行する意思を結びつけなかったが故に，それが共同による実行行為の開始とは認められないのだから，他の関与者にとっても共同正犯的実行はすべて存在しないと論じたのは，首尾一貫しているようにも見える。しかしながら，呼び鈴事件判決には以下のような疑問が存する。まず，第2刑事部の見解に従うと，他の関与者は警官に逮捕されるまで行為計画通りに行動し，玄関における離脱者の呼び鈴を鳴らす行為により実行が開始すること

Kommentar Bd. 1, 2003, § 22 Rn. 148ff.; ders., Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen, in: Roxin-FS, 2001, S. 749ff.（「誤想」間接正犯の場合に関して）他方，後述するように，不可罰説の中でも，「個別的解決」（但し，この場合は実行段階における個別的寄与を要求する修正バージョン）を採りながら誤想共同正犯不可罰説に到達する者もいる。このような結びつきの可能性を指摘する者として，さらにHeckler, a. a. O.（Anm. 31), S. 73 Anm. 6.（因みにHeckler自身は可罰説）

(34) Hauf, Neuere Entscheidungen zur Mittäterschaft unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Aufgabe der Mitwirkung eines Beteiligten während der Tatausführung bzw. vor Eintritt in das Versuchsstadium-Zugleich eine Besprechung der Urteile des BGH, NStZ 1991, 280 und NStZ 1993, 489-, NStZ 1994, S. 263 ff.

(35) Krack, a. a. O.（Anm. 5), S. 557の指摘による。

を前提としたにもかかわらず，根拠なく優遇されることになる。離脱者が秘かに計画から脱退しようとしていたことだけで他の関与者が未遂による処罰を免れるのは不当である[36]。また，理論的にも，呼び鈴事件判決には疑問が存する。即ち，たしかに呼び鈴を鳴らす行為を強盗の実行の着手とは考えていなかった離脱者には未遂のためにに必要な主観的要素が欠けているが，それによって行為計画にこだわる他の関与者への当該行為の帰属が排除されることにはならない。何故なら，共同正犯的挙行の未遂段階の開始が検討されるに際しては，関与者各人の主観的見解にそれぞれ着目すべきだから。未遂の発生が問題となる場合，未遂の客観的要素と主観的要素とは別個の考察に服させるのが正しい[37]。つまり，客観的側面で法益の危殆化が存在し，主観的側面では当該共同行為者が未遂たりうる事実を誤想であっても認識していればよい[38]。―― かくして，ハウフは呼び鈴事件においても，誤想者に強盗未遂罪の共同正犯が認められるべきだというのである。

この誤想共同正犯可罰説は，結局ドイツ刑法 22 条における「所為に関する自己の表象によれば構成要件の実現に直接着手する」という未遂の定

---

(36) 同旨，Heckler, a. a. O. (Anm. 31), S. 80.

(37) Hauf, a. a. O. (Anm. 34), S. 265f.

(38) 犯罪の主観面が客観面を超過している点で，誤想共同正犯は未遂の通常事例と同じであり，共同の行為決意の見落としが故意阻却をもたらすのであれば，逆に存在しないそれの誤認は可罰性を根拠づけるべきであるとして，誤想共同正犯の可罰性を構造的に説明しうると述べるのは，Buser, a. a. O. (Anm. 26), S. 132ff. もっとも，そのような比較は大雑把に過ぎるように思われるが，ブーザーもヘックラー（Heckler, a. a. O. (Anm. 31), S. 79）を引用しながら，結局個々人の罪責が問題となるのであるから，帰属の基礎は各関与者毎に検討されるべきであり，その際共同の行為決意が当該行為者に存在し，それが外部に表動していることが帰属の基礎だと述べている，Buser, a. a. O. (Anm. 26), S. 135.

義を強調し[39]，遂行を担当する（ものと誤想された）者が行為決意を以て着手しているとの認識さえあれば，当該行為者にとって可罰的な（共同正犯の）未遂が成立していると考えるのである。

(4) 不可罰説（その1）—— 全体的解決から ——

しかしながら，ドイツの学説においては，むしろ貨幣商事件判決を批判し，いわゆる誤想共同正犯は不能未遂の問題を論じる以前に凡そ不可罰であるとの見解が多数を形成していると言える。この説は共同正犯における未遂の開始時期に関する「全体的解決」を出発点とし[40]，そこにいう共同行為者の少なくとも1名による着手は共同の行為決意に基づくものでなければならないと考える。何故なら，共同正犯が成立するためには，共同の行為計画を実行に移そうという共同の行為決意こそが，狭義の実行行為を行なわない他の共同行為者にも当該行為を共同正犯の所業として，即ち，

---

(39) Heckler, a. a. O. (Anm. 31), S. 77ff.; Roßmüller/ Rohrer, a. a. O. (Anm. 28), S. 988ff.; Herzberg, in: MK (Anm. 33), Rn. 150ff. ヘルツベルクは当該箇所において，誤想共同正犯の可罰的なことは，以下のような間接正犯や単独正犯における不能未遂事例との対比上明らかだとしている。即ち，自分の子供に対し隣家への放火を命じ，点火材料を持たせて送り出す者は，子供が真意とは異なる形ではいと言ったに過ぎなかった場合でも，父親自身が直接の危険が発生すると認識さえしていれば，ドイツ刑法22条の定義により，放火罪の未遂として可罰的である。また，行為者は他人を水分の不摂取により死亡させようと地下室に閉じ込めたところ，実はその地下室には秘密の出口があって，監禁された者が容易に脱出できる構造であったという場合でも，同様にこの行為者には殺人未遂罪が成立する。

(40) 上述の通り，誤想共同正犯不可罰説と共同正犯の未遂に関する「全体的解決」との理論的結びつきは必然的なものではないと考えられるが，後者を前提として不可罰説が説明されるのが通例と言える。例えば，Otto, Jura-Kartei 94, StGB § 25 II/7, Hinweis 2a); Küpper/ Mosbacher, a. a. O. (Anm. 24), S. 492; Zaczyk, in: NK StGB Bd. 1, 2. Aufl. , 2005, § 22 Rn. 67f.

共同の行為決意に動機づけられたものとして帰属させる不可欠の役割を果たしているからである[41]。共同行為者が実行者による着手を誤想していることだけで，そのような共同による行為決意の「実行者」における欠如による共同正犯的帰属の否定に取って代わることはできない[42]。それを認めるのは，悪しき心情自体の処罰に至る，というのである[43]。これにより，貨幣商事件におけるように処罰の間隙が生じても，それは立法者の決断として甘受されるべきだとされる[44]。

また，反対の見解である誤想共同正犯可罰説を意識した説明も見られる。例えば，ヨエルデンは次のように言う。即ち，共同正犯に対してドイツ刑法22条の未遂公式を適用するに際しては，同条にいう「所為に関する自己の表象」とは，共同正犯共同体という「法人」の表象でなければならず，個々の行為者の表象が意図されるべきでない。そして，その共同体の表象

---

(41) Ahrens, Vermeintliche Mittäterschaft und Versuchsstrafbarkeit, JA 1996, 664, S. 669; Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 1), S. 714; Graul, JR 1995, S. 427 (貨幣商事件評釈); Schönke/ Schröder/ Eser, a. a. O. (Anm. 1), § 22 Rn. 55a; Hoyer, a. a. O. (Anm. 32), Rn. 148; Zaczyk, a. a. O. (Anm. 40), Rn. 68; Zopfs, Vermeintliche Mittäterschaft und Versuchsbeginn-BGH Urt. v. 25. 10. 1994-4 StR 173/ 94-, Jura 1996, 19, S. 23. (貨幣商事件評釈)

(42) Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht AT, 10. Aufl. , 1995, § 29 Rn. 104; Graul, a. a. O. (Anm. 41); Hillenkamp, in: LK StGB, 11. Aufl. , 2003, § 22 Rn. 175f.; Kühne, Strafbarkeit der versuchten Mittäterschaft?, NJW 1995, S. 934 (貨幣商事件評釈); Küper, JZ 1979, S. 775f.; Küpper/ Mosbacher, a. a. O. (Anm. 24), S. 491; Lackner/ Kühl, a. a. O. (Anm. 31), § 22 Rn. 9; Zaczyk, a. a. O. (Anm. 40), Rn. 65.

(43) Erb, a. a. O. (Anm. 25), S. 428; Geppert, a. a. O. (Anm. 24), Hinweis 3; Joerden, JZ 1995, 735, S. 736 (貨幣商事件評釈); Schönke/ Schröder/ Eser, a. a. O. (Anm. 1), § 22 Rn. 55a, Rath, Grundfälle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1999, 140, S. 144.

(44) Erb, a. a. O. (Anm. 25), S. 428.

により共同体が実行に直接着手したと言えるためには，当該表象及びそれを具現化する行為が共同の行為計画の範囲内にあることが必要である。しかしながら，貨幣商事件において貨幣商は詐欺を共同で行なう行為決意はまったく有していなかったのであるから，その要件が満たされていない。ここでは，自分は実行に着手したと思い込んでいるが，現実にはそのような行為を一切行なっていないという単独犯事例に匹敵する状況が認められる[45]，と。また，キュッパー＝モスバッハーも可罰説に対し，単独正犯について展開される不能未遂処罰の公式を共同正犯の事例に修正なくそのまま導入しようとするのが誤っているのであり，その修正こそが「全体的解決」なのだと批判している[46]。

(5) 不可罰説（その 2）—— 修正された個別的解決から ——

他方，同じく誤想共同正犯不可罰の結論を採る者の中には，ルドルフィの命名によれば「修正された個別的解決」の適用によって説明する者も見られる。その代表として[47]，ここではロクシンの所説を紹介する。

ロクシンは共同正犯の実行の着手時期に関し，全体的解決を次のように批判する。即ち，全体的解決はドイツ刑法 22 条が「構成要件の実現に直接着手する」者のみが未遂となる旨規定していることに反する。間接正犯者が自ら実行に着手していなければならないのと同様，共同正犯者もそうでなければ未遂罪の共同正犯として処罰されてはならない。しかし，彼以

---

(45) Joerden, a. a. O. (Anm. 43), S. 735f. この説明に賛成するのは，Schönke/ Schröder/ Eser, a. a. O. (Anm. 1), § 22 Rn. 55a.

(46) Küpper/ Mosbacher, a. a. O. (Anm. 24), S. 492. 同旨，Zopfs, a. a. O. (Anm. 41), S. 24. さらに，Zaczyk, a. a. O. (Anm. 40), Rn. 65 が「共同正犯の根拠づけは未遂の規律に従わない」と述べるのも，同旨と見ることができよう。

(47) ロクシンの他，Ahrens, a. a. O. (Anm. 41), S. 668 がこの種の見解を主張している。

外の共同行為者が実行に着手するに過ぎない場合，これが欠ける，と。このように，全体的解決が個々の共同行為者による着手を要求しないことにより，未遂罪の処罰範囲が異常な形で拡張されてしまうとロクシンは懸念する。

また，BGH 判例においても繰り返し提示されている，すべての共同正犯者に共同正犯の全所為が，従って個々人によっては必ずしも実現されていない他人の行為寄与が帰属されるという全体的解決の基礎となる命題について，ロクシンは，たしかにそれ自体としてこのテーゼは正しく，ドイツ刑法 25 条 2 項による帰結でもあるとしながらも，そこからまだ十分な行為寄与を行なっていない者にも他者の未遂行為が自己のものとして帰属されなければならないという帰結は導かれないと批判する。即ち，ある者が彼自身による寄与を実現しなかったのであれば，共同正犯としての帰属の根拠となる各人による事象の共同支配が欠けるのである[48]，と。

かくして，ロクシンは個別的解決を支持することになるのだが，もっとも，彼は以上の主張からわかるように，本説の元祖とも言えるシリングとは異なり[49]，謀議や予備段階における行為寄与では当該行為者に未遂罪の共同正犯の成立を認めない。何故なら，ここで共同正犯の理論的根拠として通説的な行為支配説に基づき，既遂犯において共同正犯は実行の段階を共同で支配しなければならないというのであれば，未遂の共同正犯においても共同行為者各人に未遂の段階における本質的な寄与を要求するのが首尾一貫しているからである。そのことは，次の例を見ても明らかだという。即ち，5 名の行為者が共同の銀行強盗を共謀したが，そのうち 1 名が現場へ向かう途中で逮捕されたため現われないまま残りの 4 名により強盗が完

---

(48) 以上，Roxin, in: Odersky-FS (Anm. 31), S. 493f. なお，ロクシン説の変遷については，塩見・前掲（注 (31)）123 頁及び 150 頁参照。

(49) 本稿注 (31) 参照。

遂された。この場合，現場へ行けなかった謀議者はドイツ刑法30条2項の重罪の謀議処罰規定によってしか処罰されえず，強盗の共同正犯にはなりえないという結論は，行為支配説ばかりでなく，主観説によってすら自明のことと言える。そうであれば，この場合に一部の謀議者が未遂の段階に入ったことによって強盗未遂罪の共同正犯を不参加者に認めるのは背理であろうとロクシンは言うのである[50]。また，もし予備段階における行為寄与にとどまる者にも未遂罪の共同正犯を認めてよいというのであれば，共同行為者のうち誰もまだ実行に着手していない場合でも全員にそれが認められうることになろうが，それは自己矛盾ではないかとロクシンは批判する。さらに，予備段階での行為寄与でも十分とする上記シリングが既に共謀を終了未遂と評価したのに対しては，重罪の謀議を独自に処罰するドイツ刑法30条2項との抵触を懸念する[51]。

ロクシンはまた，誤想共同正犯に関するBGHの近時の2判決についても検討を加える。彼は言うには，全体的解決の立場からは，貨幣商事件のBGH判決と同じになるのが首尾一貫している。何故なら，不能未遂もドイツ刑法22条により可罰的である以上，同事件の被告人は共同正犯の不能未遂として可罰的でなければならないはずだから。即ち，22条により被告人の表象を前提とすれば，他の関与者が未遂の段階に入ることの誤信も他の共同行為者全員に対し共同正犯の不能未遂をもたらすはずである。それに対し，呼び鈴事件判決が共同行為者が実際に未遂の段階に入ることを要求するのは，未遂行為者の表象のみに着目する現行法に反する，というのである。

しかしながら，ロクシンはこの呼び鈴事件の結論こそが未遂論の法治国家的諸原則を満足させるものだと評価する。何故なら，さもなくば最悪の

---

50 Roxin, in: Odersky-FS (Anm. 31), S. 491f.

51 以上，Roxin, in: Odersky-FS (Anm. 31), S. 497.

場合，何もしていないにもかかわらず，謀議と誤想だけで未遂罪の共同正犯としての可罰性が生じうるからである。その結論はあまりに不合理であり，呼び鈴事件をはじめとするBGHの判例がそれを受容するのを躊躇し，全体的解決を支持する学説においてすらそれに対する疑問が唱えられるのも理解できることだという。しかし，それは全体的解決の放棄を意味するものだとロクシンは指摘する[52]。

それでは，ロクシン説によれば，誤想共同正犯の処理はどうなるのか。ロクシン流の（修正された）個別的解決の立場からは，呼び鈴事件においても貨幣商事件においても未遂罪の共同正犯は明らかに成立しないという。何故なら，両事件の被告人はいずれも自らが実行の段階に立ち入らないまま終わったからである。たとえ外観上の行為者が実際に実行するつもりでいる場合ですら，ロクシンの見解によれば誤想者自身がまだ予備の段階にとどまる以上は未遂罪の共同正犯が認められないのである。これは，実行しているかのように見える行為者に共同の行為意思が欠如している場合でも同様だという[53]。

結局ロクシンは，誤想共同正犯のケースについて，不能未遂をなお可罰的とするドイツ刑法典の立場よりも共同正犯の客観的成否の観点を優先させ，凡そ当該共同行為者自身が実行行為の分担を実現していない限りは未遂罪の共同正犯にはなりえないという修正された個別的解決を盾にして，他の共同行為者の実行を誤想するに過ぎない者も彼自身の実行段階における行為寄与を行なっていないことから誤想共同正犯の不可罰性を導くわけである。

以上のように，ドイツの学説においては，その理由づけについては未遂罪の共同正犯の成立時期に関する全体的解決の精神を援用する一般的説明

52 Roxin, in: Odersky-FS (Anm. 31), S. 496.

53 Roxin, in: Odersky-FS (Anm. 31), S. 496f.

と，全体的解決からはそのような結論には至りえないと批判しつつ，いわゆる修正された個別的解決から説明するロクシン説とが内部で対抗関係を形成しているものの，いずれにせよ誤想共同正犯の可罰性に否定的な論者の方が多数を占めていると言うことができよう。ところで，そのような議論状況には従いつつ，なおも誤想者の処罰を別の理論構成によって根拠づけようとする試みが最近クラックによってなされている。そこで，次章ではさらにそれを紹介することにしたい。

4　クラックの不作為犯構成 —— 故意的先行行為に基づく保障人的義務 ——

クラックは貨幣商事件判決について，以下のように批判している。即ち，たしかに本件事案は呼び鈴事件と同様，不能未遂のケースと言えるが，ドイツ刑法22条の未遂定義規定は，主観的－客観的混合手法を採用している。従って，行為者が未遂犯として可罰的にとされるためには，しかるべき事実の表象だけではなくて，そのような犯罪実行意思を外部に表動させる行為が必要である。しかし，本件では欺罔行為を遂行するものと誤想された貨幣商が実際には詐欺の故意を有していなかったため，誤想行為者自身による犯罪意思の表明は存しなかったと言うべきである。BGHは本件において行為者の表象だけで可罰的未遂を認めたが，それは立法者の意思に反する[54]，と。クラックは他方で，麻薬小包事件判決が「中立的な小包の郵便への交付はむしろ被告人の表象によっても自然的見解によっても構成要件充足をもたらしえなかった」という表現で被告人の共同正犯としての罪責を否定したのを，「ラディカルな転換」と評価し，この公式を貨幣

54　Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 560f.

商事件にあてはめれば，同様に被告人には詐欺未遂罪の共同正犯が否定されたはずだと指摘する[55]。

しかしクラックは，貨幣商事件の事案を，BGH 判決やそれをめぐるドイツ学説の一般的議論のように共同正犯としての帰属の問題として（だけ）ではなく，むしろ不作為の単独正犯として検討する余地があるのではないかと問題提起する。即ち，誤想共同正犯の事例は誤想者が当該結果を阻止しないということによっても特徴づけられる。そこで，この種のケースを不真正不作為犯の未遂の成立要件にあてはめてみると，一見してすべて充足されているように思われる。何故なら，誤想者は結果の発生を意図しており，先行行為に基づく保障人的地位を根拠づける事情（共謀）も認識している。また，誤想者は彼らの表象に基づけば確実な結果回避をなお可能にしたであろう行為を怠っているのだから，不真正不作為犯としての実行の着手も存在する。このようにして，誤想者は彼らの想定した共同行為者の態度を介することなく可罰的になりうるのである，と[56]。

---

55 Krack, a. a. O.（Anm. 5）, S. 563. なお，そこではさらに，麻薬小包判決は行為の客観的不能性のみを以て不能犯の成立を認めているとの批判もなされている，Krack, a. a. O.（Anm. 5）, S. 564.

56 Krack, a. a. O.（Anm. 5）, S. 565f. また，保障人的義務と共にドイツ刑法 13 条 1 項に掲げられたうちの第 2 要件である相応条項が特に関係する，いわゆる態様等価性についても（拙稿「不真正不作為犯の成立要件としての構成要件的同価値性について（一）（二・完）」愛媛 18 巻 1 号（1991）29 頁以下及び同 2 号（1991）91 頁以下，同「不作為による詐欺罪について ―― 態様等価性の観点から ――」愛媛 22 巻 3＝4 号（1996）127 頁以下，同「同価値性論」刑法 36 巻 1 号（1996）107 頁以下参照），呼び鈴，貨幣商，麻薬輸入の各事件に関する限りは問題ないという，Krack, a. a. O.（Anm. 5）, S. 566ff. たしかに，当該犯罪の実現を阻止すべき保障人的義務さえ認められうるのであれば，その違反を以て作為との等価性を認めてよいように思われる（それが共犯にとどまるのではないかという点はさておき）。

ところが，ここで１つ問題となるのが，先行行為が故意による場合にも保障人的義務がその行為者に課されてよいのかという論点である。クラックは，この場合に先行行為者の保障人的義務を認めることに躊躇する見解の背後には，いずれにせよ先行行為自体に関して故意作為犯による十分な処罰が可能であり，わざわざ不真正不作為犯を，しかも結局は罪数論上先行行為自体について成立する犯罪に吸収される形で認める実益がないという事情があると洞察する。しかしながら，過失による先行行為からはそれにより憂慮される結果を阻止すべき保障人的義務が根拠づけられるのであれば，先行行為が故意による場合にはますますその道理が妥当しなければならない，とクラックは主張する[57]。

ここでクラックは，故意による先行行為に基づく保障人的義務に反対する主要な論拠についてそれぞれ反論を試みる。まずその１つとして，中止犯による恩典を無意味にするとの主張がある。最近のドイツ判例においても，そのような判示が見られているが[58]，クラックはそれに対し，説得的

57　Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 569f.

58　同棲相手（後に妻）の２歳になる連れ子に対し殺人の未必の故意により虐待した後，放置して死亡させたという事案に関するBGH第４刑事部2002年12月12日判決（BGH NStZ 2003, 312）の原審，LG Rostockによるもの。LG Rostockは被告人の虐待行為をドイツ刑法212条の故殺罪と評価したが，後続の不救助につき，不作為による隠蔽目的の謀殺罪（同211条）の成立を否定した。何故なら，さもなくば被告人に対し，先行行為を中止（同24条）しなかったことが逆に非難されることになるから。それに対し，BGH第４刑事部は故意的先行行為者の保障人的義務の是否という論点には立ち入らず，先行する犯罪後の単なる不作為の事例においては，隠蔽目的という謀殺メルクマールを認めるために必要な「他の」（同211条参照）犯罪行為が欠けているという理由により不作為による謀殺罪の成立を否定し，むしろ被告人が同棲相手にアリバイ供述を強要した点につき，同棲相手による不作為の謀殺（因果関係が認められない場合にはその未遂）への教唆犯が成立しうると述べて，原判決を破棄している。なお，BGHもそれ以前

でないと批判する。何故なら，現行のドイツ刑法典においても中止の努力の懈怠を処罰している例があるからだという。例えば，重罪の実行意思を表明した者は，原則としてドイツ刑法30条2項（重罪の謀議）によって処罰されうる。その後彼がこの計画を任意に放棄する場合，同31条1項2号による共犯の中止未遂が認められる。それに対し，もし彼が行為計画通りに重罪の実行に及べば，彼は同30条によるよりも重く処罰されるのである。従って，現行法上も不作為の可罰性と中止犯の可能性との連関は存しないのだとクラックは結論づける[59]。

また，故意的先行行為に基づく保障人的義務に反対するオットーは，この場合に不作為者が先行行為者である自身と等置されてしまうからという理由を挙げているが[60]，クラックによれば，ドイツ刑法13条1項に含まれる相応条項によって当該不作為と比較される対象は抽象的な作為による

に，故意的先行行為のケースにつき，「刑法221条（遺棄罪－筆者注）は人の生命を保護する危険犯である。この法益を故意により攻撃する場合，行為者が後に思い直し，―― 有効に ―― 救助すれば，なるほど中止という刑罰減軽事由を得ることができるが，法的救助義務は存しない。刑法的制裁は専ら侵害犯を通じてなされる」と，中止犯規定と保障人的義務との関係について言及していたが（BGH NStZ-RR 1996, 131; JR 1999, 294. この判決については，前掲拙稿（注(6)）参照，LG Rostock ほど中止犯規定の存在意義に着目した判示ではなかったと言える。

(59) Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 571f. 結論同旨の論者として，Roxin, Strafrecht AT Bd. II, 2003, § 32, Rn. 193; Schneider, NStZ 2004, S. 92.

(60) Otto, Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte, in: Festschrift für Hirsch, 1999, 291, S. 305f.（北川佳世子「欠陥製品による事故と製造者の刑事責任 ―― 刑法における製品回収義務の発生根拠をめぐるオットーの分析」宮澤浩一先生古稀祝賀3巻（2000）41頁以下参照）; ders, Ingerenz und Verantwortlichkeit, in: Festschrift für Gössel, 2002, 99, S. 103.（拙稿〔紹介〕「ハロー・オットー『先行行為に基づく保障人的義務と答責性』」愛大169号（2005）163頁以下（168頁）参照）

当該犯罪の実行であって，同一行為者による先行行為なのではない[61]。

さらに，幇助者として先行行為を行なう者もそれに基づいて保障人的義務が課されることにより，その違反が不真正不作為犯の正犯となり，刑の任意的減軽しか認められなくなって（ドイツ刑法13条2項参照），幇助犯に対する刑の必要的減軽（同27条2項）が無に帰するといった批判も従来から見られるが，これに対してクラックは，そのような不都合は不作為と作為との相応（同13条1項）を否定するとか，あるいは彼の従犯的地位に鑑みて幇助犯を超える刑を科さないという処理によって実際上の妥当性を確保することができると応じている[62]。

最後に，誤想共同正犯の事例に不作為犯としての処罰を認めようとする場合には，不作為の不能未遂一般に対する消極的見解（単なる悪しき考えの処罰）[63]とも対峙しなければならない。しかしクラックは，これに関しても，別に作為犯における不能未遂であっても危険性は行為者の表象の世界にのみ存し，客観的には存在しないことにおいて不作為の場合と変わりないとはね付けている[64]。

逆に，後続の不作為を独自に処罰しないことには妥当な結論に到達しえない場合もあるとクラックは力説する。例えば，行為者が被害者を射殺しようとしたが被害者は死亡せず，その代わりに医療措置を施さないと2, 3時間後に死をもたらすような傷害が生じ，その後先行行為者が被害者を放置することが謀殺罪（ドイツ刑法211条）所定の行為態様（例えば残忍－grausam－）に当たるといった場合が挙げられる。近時のBGH判例の事案に現われたような，犯跡隠蔽のために救助しないケースも同様という

61 Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 572.
62 Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 573.
63 塩見・前掲（注19）284頁以下参照。
64 Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 574f.

ことになろうか。即ち，それは故意的先行行為自体が該当する犯罪類型よりも重いものが不作為によって実現されうる場合とまとめることができよう。ドイツ刑法の場合は，殺人罪にも謀殺罪という加重類型が存在するため，特にそれが現実味を帯びるわけである。この場合に，故意的先行行為否定説に従うならば，被告人はむしろ殺害の故意を持って射撃したのだと弁護側が積極的に主張した方が，被告人の罪責は軽くなるという不当な結論が予想される(65)。また，後続の不作為の局面で共犯者が関与した場合の罪責も否定されかねない(66)。

かくして，クラックは誤想共同正犯の可罰性を共同正犯としての帰属によってではなく，むしろ故意的先行行為に基づく保障人的義務の構成を介し，不作為正犯として認める方法を提示した。もっとも，クラックは当該論稿を次のような言葉で締めくくっていることにも注意しなければならない。「この結論がまだこの問題に対する最終的なものであってはならない。不作為構成に関するある種の不快感は私にも残る。従って，将来さらにこの解決方法が正しいものかどうかについて検討されるべきであろう(67)。」

5 検 討

本稿では，他の共同行為者が実行の着手に及ぶと誤想したにもかかわらず，その者が行為決意を欠いている等，凡そ犯罪の遂行とは評価されえない場合における誤想者の罪責に関するドイツの議論を，そこでの呼称に因んで仮に「誤想共同正犯」と名づけ，その可罰性の問題として紹介した。BGH の判例（呼び鈴事件，麻薬輸入事件等）や学説の多数は，行為決意

---

65 Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 575f.

66 Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 576. 同旨，Roxin, a. a. O. (Anm. 59), Rn. 194.

67 Krack, a. a. O. (Anm. 5), S. 576.

を欠く者等による外見上の遂行は他の行為者に共同正犯として帰属されえないという理由により，誤想共同正犯は当該行為を捕捉する特殊な犯罪類型（重罪の共謀等）のない限り，不可罰であるとした。それに対し，BGH判例でも貨幣商事件判決が，そして学説においても一部の論者が，ドイツ刑法22～3条による未遂の定義を前面に出し，そのような遂行を誤信している行為者については未遂罪の共同正犯が認められるという誤想共同正犯可罰説を唱えている。それでは，いずれの立場が妥当であろうか。

不可罰説は，未遂の一般的定義を持ち出す以前に，共同正犯が成立するためには共同の行為計画に基づいた遂行担当者の行為が必要であり，それにより共同実行の意思及び事実という共同正犯の成立要件が満たされるのだと強調し，共同正犯の本質論から誤想共同正犯の不可罰性を導いた。また，不可罰説の中でユニークな存在であるロクシンも，誤想した共同行為者自身の実行行為が存在して初めて彼が（未遂罪以降の）共同正犯たりうるという，どちらかと言えば共同正犯に関する前提から，誤想共同正犯の場合にはそれが欠けていることを理由に，誤想共同正犯不可罰の結論を提示していた。さらに，不可罰説陣営（ロクシンは除く）は，そのような共同正犯の成立に必要な事実が欠ける場合に誤想者の単なる表象だけで未遂罪の共同正犯を根拠づけることはできないと可罰説を批判する。それに対し，可罰説は，上記のような未遂の定義規定の他に，このようなケースで誤想者が処罰できないのは不当であるとの処罰感情をも援用していた。この点，貨幣商事件においては呼び鈴事件（強盗の企図）や麻薬輸入事件とは異なり，問題となった犯罪が詐欺罪であったため，ドイツ刑法30条2項の「重罪」の共謀によって処理することができなかった（ドイツ刑法12条1, 2項，263条1, 2項参照）という特殊な背景事情も見逃すことはできないであろう。

思うに，処罰範囲の適切性という観点からは，誤想共同正犯不可罰説の方が望ましいであろう。共同正犯は本質的に正犯なのか共犯なのか，さら

には後者だとして共犯の従属性原理が共同正犯にも（そのまま）妥当するのかというのは，看過できない重大論点ではある[68]。もっとも，その問題に対し理論的考察に従って態度決定する以前に，ドイツ刑法における上記のような重罪限度での共謀処罰規定や，わが国においても新設が意図されている「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」における共謀罪規定の存在は，逆に共同的犯罪実行のケースでその旨の合意があったにとどまる段階での処罰は，特別規定のない限り差し控えるのが原則との前提を暗黙のうちに示しているものと言えよう[69]。そして，いわゆる誤想共同正犯の事例では，当該犯罪に関する実行の着手と評価できる行為が誰の行為によってもまだ見られないわけであるから（本稿で紹介したBGH判例の事案においては，警察に介入させる合図として玄関の呼び鈴を鳴らす行為とか，正当な受領権限を有し詐欺の故意を欠く者による保険金請求，意図的に麻薬の封入されていない小包の発送等），まだ共同正犯としてはせいぜい共謀のみの予備段階と見るほかはないであろう。かくして，誤想共同正犯の可罰性については消極的に解するのが，わが国の現行法上の諸規定との整合性から見ても妥当と考える。貨幣商事件に関しては，問題となる詐欺罪（軽罪の一種。ドイツ刑法12条2項，263条1, 2項参照）に関しては謀議だけで未遂の共犯として処罰する規定がドイツ刑法典には欠けているのであるから（同30条2項参照），むしろそのような規定の趣旨を理由に，詐欺罪における狭義の実行行為と見られるべきものが存

68　これらの問題に関する最近の論稿として，例えば，齋藤誠二「共同正犯の性格をめぐる管見 —— いわゆる機能的な行為支配論からのアプローチ ——」神山敏雄先生古稀祝賀1巻（2006）361頁以下参照。

69　もっとも，可罰説のBuser, a. a. O.（Anm. 26), S. 140f. によれば，法律が可罰的だと宣言していない領域（ここでは重罪の謀議自体を未遂の共犯として処罰するドイツ刑法30条2項以外）については，解釈によって自由にその可罰性を認めうることになるのだが。

在しないこの事件では謀議者の（共同正犯としての）可罰性は否定されるべきであったと考える。

また，誤想共同正犯可罰説がその根拠として強調したのは，ドイツ刑法22条の未遂の定義，即ち「所為に関する自己の表象によれば構成要件の実現に直接着手する」であった。不可罰説は未遂の共同正犯の構造論を不能未遂論に優越させたが故の結論であったのに対し，可罰説は逆に不能未遂論を共同正犯論に優先させたものと言える。そこでは，不能未遂の可罰性に関する上記のドイツ刑法の公式が共同正犯のケースにもそのまま適用できるのか，あるいは不可罰説陣営から批判されるように，これは単独正犯に関する定式に過ぎず，共同正犯の場合にはいわゆる「全体的解決」，あるいはロクシン等の「修正された個別的解決」を出発点として，現実に一部の行為者，もしくは誤想者自身により「実行」される行為の存在及びその共同行為としての適性（共同の行為決意の実現としての危険な行為）の存することが共同正犯としての帰属の絶対条件として要求されなければならないのかという点の解明が理論的考察における課題と言えよう。

もっとも，これはドイツ独特の背景（いわゆる計画の危険説による不能犯の処理）を前提とした議論であることにも注意しなければならない。例えば，具体的危険説が有力なわが国の議論においては，行為当時に存在した事情で一般人にとって認識可能であったもの及び行為者が特に認識していたものに基づいて当該行為の客観的な危険性を問うことになるので，たとえ不能犯の問題を前面に出して解決しようとしても，ドイツにおける可罰説よりは誤想共同正犯の可罰性の認められる範囲がかなり狭まることは間違いなかろう(70)。

---

(70) 貨幣商事件で言うならば，貨幣商が偽装強盗の一味ではなく，真の強盗被害者であったことが一般人にとって行為当時に認識しえたのか否かが決定的となるであろう。もっとも，具体的危険説によって誤想者の可罰的未遂の余地を検討する

そこで，以上のようなさしあたりの私見を前提として，本稿で紹介した呼び鈴事件，貨幣商事件，及び麻薬小包事件において行為の遂行には関与しなかった共同行為者にそれぞれ未遂罪の共同正犯を認めるべきか，一部繰り返しにはなるが，今一度確認しておきたい。

まず，呼び鈴事件の場合，判例集の記載によれば，呼び鈴を鳴らす役の行為者が強盗の謀議をした時点では実際に強盗に関与するつもりだったのか，あるいは見せかけだけの確約だったのかは明らかでなかったという(71)。そこで，もし，遂行担当者が謀議の時からもともと強盗を真摯に実行するつもりでなかったのであれば，遂行担当者と他の謀議者との間に共同正犯（共謀）関係は客観的には一切成立しなかったのであり，「誤想共同正犯」の典型例となる。したがって，上述の考察の通り，単なる謀議者には強盗未遂の共同正犯の罪責は認められるべきではなかろう。もっとも，このような共同正犯の不能とも称すべき事例について，誤想共同正犯可罰説のように，なお危険性が認められる限りは未遂罪の共同正犯が成立する余地が残されているのではないかという点が問題となりうるが，それはドイツにおけるように計画の危険説によってではなく，危険の概念をより客観的に

際には，「行為当時」とは遂行担当者の「実行」行為の時点なのか，あるいは事前謀議の時点なのか，その双方，もしくは謀議から「実行」に至るまでのすべての時点なのかという問題が残されているように思われる。ここでも共（同正）犯論による一般定式の修正の必要性及びその内容が問われることになるのである。残念ながら，「誤想共同正犯」に関する問題の所在を紹介・整理することを当面の目標とした本稿では，もはやそれらの論点にまで立ち入る余裕はないが，可罰説の発想から出発するならば，行為時とは共謀を行なった時点に限られるように思われる。もっとも，わが国の共謀共同正犯論のようにいわゆる現場共謀でも差し支えないということになれば，このような限定の射程距離も幾分限られることにはなろう。

(71) BGHSt. Bd. 39, S. 237.

捉える具体的危険説に従って検討されるべきであろう。そうなると，遂行担当者とされた者に行為決意が欠けていたり，実は「行為仲間」ではないという事実が一般人に認識できなかった限りは，可罰的という結論も考えられうることになる。しかしながら，共謀という行為が担当者による実行行為の開始と比べて，法益侵害に対してかなり間接的なものにとどまることと合わせて考えるならば，そのような場合であっても謀議行為に処罰に値するほど危険性が備わっていたとは考えにくい。従って，遂行担当者だと他の謀議者に思われた者が当初からそうではなかったという場合については，謀議者（誤想者）に未遂罪の共同正犯が認められるべきではなかろう。

それに対して，一旦共同による強盗を謀議した後に遂行担当者が心変わりして，見せかけの実行行為（強盗目的での呼び鈴鳴らし）に及んだ場合，わが国でいう共犯関係からの離脱のような積極的行為がない限りは，たとえ遂行行為者において強盗の故意が遂行時に欠けていたとしても，それは共同正犯による実行の着手と見るべきではないかとの議論も十分成り立ちうるであろう。何故なら，遂行担当者の心境の変化に関係なく，当該の呼び鈴を押す行為は依然として，瑕疵なく成立した共同の行為決意の実現と見ることができ，遂行担当者の心変わりは他の謀議者にとっては因果関係の錯誤に過ぎないからだ，と。ただ，この場合についても，まだ本来の実行行為と見られるべきものが共謀した者のうちの誰によっても開始されていないと評価できるのであれば（担当者が行なったのは表見的実行行為に過ぎない），やはり未遂の共同正犯としての処罰に必要な法益侵害の危険までは生じていなかったと考えることができるように思われる。

貨幣商事件の場合も，遂行担当者と思われた貨幣商と誤想謀議者との間には順次共謀の形を含め，一切の共謀関係が存しなかったのであるから，これも典型的な「誤想共同正犯」の事例に当たる。したがって，誤想者は詐欺未遂罪の共同正犯にはならず，詐欺罪に関しては一切処罰されること

はないとすべきだろう。

また，麻薬小包事件の場合は，呼び鈴事件と同様，コカインの発送者が当初コカインを送るつもりがあったのかなかったのかによって結論が異なるという立論も可能ではあるが，おそらくはコカインの「販売者」には初めから真摯に譲渡する意思はなかったと見るのが常識的であろう[72]。そうであれば，本件も典型的「誤想共同正犯」として論じられるべき場合に当たり，被告人たる依頼者にも他罪はともかく，麻薬輸入未遂罪の共同正犯が成立することはない。なお本件では，客観的にも空の小包しか送られておらず，客体もしくは方法の不能として可罰的未遂の可能性は残されているかのように見えるが（それを根拠に可罰説が主張される），ここで当初から共同の行為決意が成立していなかった場合には，不可罰説の主張に従い，不能犯の成否を検討する以前に，そもそも共同正犯の関係が見かけ上の遂行者と誤想者との間に成立していなかったことを優先的に考慮し（あるいは，その点を加味して可罰的未遂として必要な危険性の程度を判定してもよかろう），誤想者の共同正犯としての罪責は否定されるべきと考えたい。つまり，本件で不能犯か可罰的未遂かが真摯に問われうるのは，コロンビア在住の発送者が真摯に麻薬をドイツへ送るつもりで荷造りしたにもかかわらず，肝心のコカインを入れ忘れて発送したとか，宛先の記入等に不備があって発送者に送り返された等，共同の行為決意が問題なく発生していた場合に限られることになるのである。

それでは最後に，クラックが試みたように，先行行為に基づく保障人的義務という構成を介して，事実上上記の不可罰説を覆すことは可能であり，また許されるであろうか。ここで凡そ先行行為に基づく保障人的義務を拒

---

[72] 本判決は，小包が郵便に交付された時点で，差出人に許されない麻薬輸入に共同加功する用意がなかった可能性が排除できないとだけ述べている（BGH NStZ 2004, S. 110 Rn. 7）。

絶する立場に依らないとしても，それによって上述の立法者意思やそれに基づく共同正犯の序盤的段階に関する規律を換骨奪胎するような形で不真正不作為犯を認めるのは好ましくないとの批判には十分な理由があるものと言わざるをえないであろう。さらに，筆者には，そもそもこのようなケースで先行行為に基づく保障人的義務が肯定できるのかどうか，疑問に感じられる。というのは，先行行為に基づく保障人的義務については，先行行為の法的性質や他の事象関与者の答責による義務成立範囲の限定をめぐって，ドイツの判例・学説においては活発な議論が展開されてきたが[73]，いずれの見解も一致して，少なくとも問題となる先行行為が法益侵害の近接した（相当な）危険をもたらしたことを要求している。ところが，誤想共同正犯の事例で誤想者は実行担当者として想定された者による法益侵害のそれなりの客観的危険を惹起したと言えるのであろうか。呼び鈴事件では，想定された者は警察に通報し，襲撃先の民家付近に警察官を張り込ませた。貨幣商事件では，誤想行為者と貨幣商との間に詐欺に関する意思疎通は何ら見られず，貨幣商は正当な保険金請求しか行なわなかった。麻薬小包事件では，現地の売人は空の小包しか郵送しなかった。たしかに，不能犯の捉え方如何によっては，それらが可罰的な未遂を根拠づけうる危険行為と評価される余地はある。しかしながら，これらの「先行行為」を危険だと評価したとしても，それは何らの阻止行為を要することなく法益侵害をもたらさないまま自ずから消滅する微少な危険に過ぎなかった。言い方を変えれば，ここで誤想者に謀議という先行行為に基づく阻止義務を課すこと

73　これについては，拙稿「先行行為に基づく保障人的義務の成立範囲について――（西）ドイツにおける議論を素材に――」犯罪と刑罰4号（1988）83頁以下参照。また，最近のドイツにおける判例・学説の状況をも含めてこの問題を総括する論稿として，Sowada, Die Garantenstellung aus vorangeganem Tun (Ingerenz), Jura 2003, 236がある。

自体が無意味と言わざるをえないのである（義務づけの必要性が存しない）。したがって，クラックによる，誤想共同正犯不可罰説に従いながらも誤想行為者の未遂犯としての可罰性を不真正不作為犯の構成を通じて根拠づけようとした試みは，結局本人自身が暗に認めたように，成功していないと言えよう(74)。

もっとも，以上の考察はなお詳細な検討が必要な試論にとどまる。共同正犯論を含む共犯論と未遂犯論とが交錯する誤想共同正犯について，少なくとも問題の所在を可能な限り明確に素描することができたとすれば，本稿はその目的の大半を達成したものと，さしあたり満足するしかない。

---

(74) その他，誤想共同正犯事例における誤想者処罰のための理論構成としては，共同行為者として想定された者を利用した間接正犯が考えられよう（もちろん，その際道具性の存否に関して慎重な検討が必要となる）。この点，団藤博士が共同正犯における共犯の従属性について言及し，本稿で取り扱った誤想共同正犯に関する不可罰説の発想を述べられた際の叙述を引用する。「ある者の行為が構成要件該当性を欠くとき —— たとえば構成要件的故意を欠くとき，高度の精神病者であるときなど —— は，自然的行為についての共同があっても，もはや共同正犯にはならない。その者を利用する他の者の行為は間接正犯の概念によって理解されなければならない。」団藤重光『刑法綱要総論第三版』（1990）385 頁注(23)。もっとも，誤想共同正犯のケースでは，誤想者は共同正犯の意思で現実には間接正犯（実行担当者と想定された者の道具性が認められたとして）を行なったことになるから，関与形式間の錯誤の問題に遭遇するであろう。そのような理論構成による可罰性等，残された問題も多いが，本稿ではそこまで立ち入ることはできなかった。

＜2007年度法学会記事＞

○講演会

「裁判員制度の正当性とその議論の射程」

講師　緑　大輔（広島修道大学法学部　准教授）

日時　2007年10月26日（金）15:00～16:30

場所　愛知大学車道校舎K201教室

○シンポジウム等共催

「憲法九条と日本の未来」

主催：愛大九条の会

講師　奥平　康弘（東京大学　名誉教授）

児玉　克哉（三重大学人文学部　教授）

スヴェン・サーラ（東京大学大学院総合文化研究科　准教授）

日時　2007年7月7日（土）14:00～17:00

場所　愛知大学車道校舎K903教室

「裁判員模擬裁判　～学生による市民参加型裁判シミュレーション～」

主催：愛知大学法学部

日時　2007年12月15日（土）13:30～17:20

場所　愛知大学車道校舎3階コンベンションホール