九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

共同正犯の構造について

松生, 光正
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://doi.org/10.15017/16830

出版情報：法政研究. 76 (4), pp.213-235, 2010-03-05. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

共同正犯の構造について

松生光正

一　序説
二　個別的関与者の観点
三　共同的行為決意の要件
四　全体的行為

一　序説

共同正犯の本質理解については、従来より犯罪共同説と行為共同説との間で対立があった。すなわち前者が共同正犯を一つの犯罪構成要件を複数人で共同して実行する場合であるととらえるのに対し、後者は共同正犯を行為を共同にするだけであり、関与者それぞれが自己の犯罪を実行するものであるととらえるものである。ここから伝統的に過失共同正犯や罪名従属性などの解釈問題に異なる帰結が導き出されてきたが、今や犯罪共同説でも過失共同正犯を肯定する見解や、必ずしも罪名の一致を要求しない見解が多くなり、また行為共同説の側も構成要件と無関係な事実の共同ではな

く、構成要件的行為の共同あるいは実行行為の共同という形で限定的にとらえる見解が優勢となり、対立の意義は薄れてきていると言える。これは共同正犯とは何を共同にするかという分析の視角自体が理論的に役に立たなくなってきたのではないかということを示唆している。

他方で共犯の処罰根拠に関する因果的共犯論の考え方が支配的となり、共同正犯も他者を介して犯罪結果を惹起するものだという点では教唆犯や幇助犯と異ならないとする理解が広まってきたが、そのような理解からは今度は、なぜ共同正犯が正犯とされるのかという基礎づけが問題となる。なぜなら、実定法上、共同正犯は正犯とするとされている（刑法第六〇条）のであるから、教唆犯・幇助犯と異なる理由が示されなければならないが、結果への因果的寄与というだけではそのような根拠として不十分だからである。そのため相互的な利用・補充関係の側面が重要視されたり、あるいは意思の連絡などの主観的要件に着目されたりしている。しかしながら、共同正犯においては、関与者それぞれは実行行為の一部のみを分担するにすぎないのにもかかわらず、他の関与者の行為を含めた全体的な行為に対し責任を負うという「一部行為の全体責任の原理」を説明するための根拠としてそのような相互性や主観的側面の指摘で十分かは疑問である。他の関与者に因果的に影響を及ぼしただけではなく、他の関与者から影響を受けたことがなぜ実行行為の欠落を補うことになるのか理解しえず、また主観的要件によってそのような欠落に代えるというのも行為責任の原則に反するように思われるからである。

したがって、共同正犯の正犯性を十分に基礎づけうる共同正犯の構造理解という観点からは従来の分析視角はいまだ不十分なものであるといわざるをえない。むしろ共同正犯の正犯性を基礎づけるためには、共同的に実現された全体的行為がなぜ各関与者に対しあたかも単独正犯であるかのように帰属されるのかという客観的帰属論の観点からの分析が不可欠であり、本稿では、専らそのような帰属論的観点の下で共同正犯の議論が行われているドイツの学説状況を参照しつつ、今一度[1]共同正犯の構造の解明を試みたい。

（1）共同正犯に関しては、すでに拙稿・「共同正犯―行為支配説の検討―」中義勝先生古稀祝賀―刑法理論の探求（一九九二年）三一九頁以下において、行為支配説の検討を通じて、共同正犯においては、関与者全体が構成要件を実現するものであるという構成をとらざるをえないことを明らかにした。

二　個別的関与者の観点

（一）共同正犯の構造については、単独正犯との比較から、あくまで個別関与者の関与行為として説明しようとするのが今まで伝統的にとられてきたやり方である。その典型的な考え方は、他の共同正犯者の関与を単なる因果要因と見て、個々の関与者は他の関与者を介して犯罪結果を惹起するが故に単独正犯と同じく正犯として処罰されるとするものである。我が国では、因果的共犯論を基礎とした行為共同説では同様な考え方をとり、[1] 犯罪共同説からも、相互に他人の行為を利用し補充し合うところに正犯性の根拠を見る場合、[2] 同様の考え方を基礎にしているといえる。

このような因果的説明を徹底して貫いたのがシリンクである。シリンクは、他の関与者の寄与というものが、自己の行為と全ての関与者にとって一致した結果とを結びつける、因果的流れの一部にすぎず、そのような因果的な媒介的役割という意味では、生命のない（自動的な）力が投入された場合と、生命のある力が投入された場合とで異ならないことを前提とする。[3] 従って、共同正犯の特質は、他人の行為が結果へと至る因果的連関にはめ込まれていることにあり、ここから個々の関与者に単に部分的な結果の責任が負わされる場合は共同正犯ではなく、他人の行為、従って全体結果も自身の実現意思によってともに包括される場合にはじめて共同正犯となるとし、分業が共同正犯にとって概念必然的だととしている。[4] 例えば、AとBが合意してCをなぐりつける場合、共同正犯ではなく、合意した単独正犯が成立する

だけなのである。このような因果的基礎づけには明らかに心理的因果関係の側面が含まれている。つまり、シリンクによると、共同正犯者の間での意思一致がある場合、約定された他者の行為は、自身の活動の結果をなすのである。なぜなら、共謀は、しばしば相互的な教唆に基づいており、また、常に相互的な心理的強化を含んでいるからである。ここから、一致した他人の行為は全ての仲間によって共同惹起されており、従って全ての者にとって自身の結果なのであるとする。(5)

しかしながら、このような共同正犯の因果的説明が成功しているかについてはいくつかの疑問がある。まず第一に、正犯性の説明にとりこまざるをえない心理的因果関係の問題性を指摘できる。行為を決意した者の動機づけに対するそのような強化的な影響が、結果への原因性の論理的条件となるのはわずかな場合であり、また動機づけ作用の複雑さを考えるとそのような因果関係はほとんど証明されえず、従って最終的に思弁にとどまると指摘され、(6)外界における変化の結びつきについて、我々は厳密な一般的因果法則を持っているが、心理的反応、特に人間の決意に関してはそのようなものを持っていないのであり、人間の行為に関しては、原因ではなく、その根拠を挙げうるのみであるとされている。(7)これに対しては、確かに、心理的因果言明も物理的因果言明も問題となる変化の必要条件としての状態の確定を要求し、その種の条件づけ言明は規則的な連関に関する一般的命題に基づいてのみ行われうるが、そのようなものは物理的事象の領域にも心理的事象の領域にも存在しているとの反論(8)もあり得るが、問題はむしろ、規範の名宛人である他人の行動を自然現象と同じように単なる因果要因と見てよいのかという規範的次元にあると言えるであろう。

さらに共同正犯を相互的な教唆犯あるいは幇助犯ととらえること(9)が妥当か疑問であろう。まず教唆犯は本来一面的な関係であり、すでに犯意を抱いている者に対しては教唆は不可能であるから、相互的に決意を惹起しあうという関係は論理的に成立し得ない。また相互的幇助犯という説明も、共同正犯と幇助犯を明らかに異なった犯罪類型として規定し、異なった法的評価を加えている現行法の下では、共同正犯の基礎づけとしては不十分である。あくまで個別的関与者の

観点に立つ限り、相互性を指摘しても幇助犯を正犯に昇格させることは困難であろう。

そのような規範的次元において重要な問題は、共同正犯の場合、個々の関与者の寄与と結果との間には自己答責的な他者が介在しているという点である。共同正犯に相互的な教唆行為や促進行為以上のものを見ないシリンクらの見解に対し、キューパーは、共同正犯者は、決して、自然力と比較しうる、或いは何らかのやり方で支配された、単なる道具ではなく、同時にその支配者でもなく、共同に行為事象を形成する自己答責的に行為する個人であると反論している。[10] これをさらに敷衍するならば、教唆犯や幇助犯に正犯とは明らかに異なる評価を加える現行法の規定がこのような自己答責性原理に根拠を与えていると考えることができる。つまり自己答責的な第三者に働きかけて犯罪を実現する者は、正犯ではなく、教唆犯や幇助犯として処罰されるだけである（遡及禁止）とすれば、正犯とされるためには別の特別な根拠・規定が必要とされるのであり、共同正犯規定はまさにそのような特別な規定なのである。したがって、自己答責的な他者が介在する共同正犯の理論的説明には、単に他人を介して結果を惹起しているというだけでは正犯性の根拠としては未だ不十分ということになるのである。

また、共同正犯の因果的説明によると、個々の関与者への結果の帰属は説明できても、構成要件的記述すべてを帰属させることはできないのではないかという疑問も生ずる。つまり、他の関与者が単なる因果要因と見なされるならば、行為遂行を特徴づける行為無価値的要素は、自身で遂行している関与者以外には帰属されえないことになるはずである。例えば、強盗のために、Aが暴力を行使し或いは脅迫を行い、Bが強奪するという共同正犯的な分業を行う場合を考えると、Bから共謀によって発する、他人の行為遂行（暴力或いは脅迫）に対する原因性は、Bにとっては何等自身の強要行為を基礎付けないであろうし、その限りで、Bには、自由を侵害する行為を度外視すると刑法的に重要でないことになる、強要結果のみの責任が負わされうるだけであろうとされ、[11] 手段―目的連関は反射的ではないから、Aの目的設定はBの行為に対する因果要因という機能に尽きるとはいえず、むしろB自身が目的設定を実現しなければならないが、

それは単なる奪取によっては行いえないとされている。[12] 違法性の次元で行為無価値を全く顧慮しない結果無価値一元論をとらない限り、このような帰結は不可避であろう。

（二）共同正犯が問題となる事例には、個々の共同正犯者の寄与が犯罪結果に対し因果関係を有しないにも関わらず、結果が帰属されるべき場合があるとされている。そのような場合として以下の三つをあげることができる。

①加算的（additiv）共同正犯

これは異なった共同正犯者のそれぞれが自身で構成要件全体の充足を目指して努力するという場合であり、例えば、「二〇人の共謀者が暗殺を計画したが、成功の蓋然性を高めるために、二〇人の者全てが同時に発射することに一致し、これが実際に行われて、被害者は弾丸の霰の中に倒れた。調査の結果、多くの弾丸が死体から発見されたが、他は当たっていなかった。暗殺者の誰についても、その発射は効果がなかったという可能性は残る」[13]という例が挙げられている。この場合、当たらなかった弾丸を発射した者を含めて全員が既遂の殺人罪で処罰されるべきだとされているが、[14] 共同正犯にあくまで因果的寄与を要求するならば、正犯とできないのであり、[15] そうすると因果関係を有しない寄与も共同正犯を基礎づけると考えざるをえないのである。[16]

②択一的（alternativ）共同正犯

これは複数の行為関与者が一定の結果の発生のために行為するが、最初から行為関与者のうちの特定の者の行為のみが構成要件該当結果を惹起することができる場合であり、例えば、「AとBがMを殺害することを合意した。彼らは、被害者Mが常に同じ道をとるわけでないことを探知した。それ故、全く確実な策をとるために、彼らは、Aは一つの道で待ち伏せし、Bは別の道でそうすることを申し合わせた。Mは、犯行当日、Aが待ち伏せしている道を選び、この者によって射殺された」[17]という例が挙げられる。この場合射殺行為を行っていないBは、結果発生に対し因果関係を有しないが、①の事例と異なるのは、Bの寄与は未だ実行の着手の段階に達したとは見られない点である。そこで共同正犯

性を肯定する見解がある一方で、[18] 法的構成要件を実現する事象への本質的寄与を行っていないとして、[19] あるいは直接的行為者の行為との間の十分な時間的近接性が欠ける[20]としてBの共同正犯性を否定する見解が主張されている。このような見解の対立は、ドイツにおける支配的見解が、共同正犯となるためには実行段階での寄与が必要であるとしていること[21]を反映しているが、しかしながら、この事例形態の場合、結果を直接実現する者以外はその可能性を始めから持たないのであり、むしろ複数人が犯罪目的のために組織化して構成要件を実現するという共同正犯の高められた危険性をも考慮すると、そのような関与者の行為が着手に至ったか否かに着目することにどれほど意義があるのかが問われるべきであろう。

③並行的共同正犯

これは、複雑な犯罪事象の操縦者が、複数の実行者を互いに連絡させないである行為を並行的に実行するよう操縦するという場合であり、この行為自体は加算的にも択一的にも行われうる。例えば、M1に被害者に対する暴行を実行させ、それに続いてM2に奪取行為を実行させるという場合、M2は奪取結果に対しては原因となっているが、強盗の結果に対しては原因ではない、つまり暴行に対し因果関係を有しないから、暴行による奪取はM2に帰属されえない。[22] このような事例はドイツの実際の判例にも見られ、いわゆる「壁際の射手」事件では、互いに何ら接触のない二人の被告となった兵士のうちの一人のみが国境を越えて逃亡しようとする者に対し射撃により、死亡結果を引き起こしたが、第二の兵士の射撃は死亡の原因ではなかったという場合に、裁判所は両者の共同正犯性を肯定したが、その理由とするところは、両者が命令に従って行動したという点であった。[23] しかしながら、結果に対し因果関係を有しない兵士については、共同的な行為決意を問題にすることもできず、判例の言う命令に従ったという点も何ら共同正犯の客観的要件ではありえないのであるから、[24] 因果的説明によって共同正犯を肯定することは困難であろう。

これらの事例において、結果に対し因果関係を有しない関与者は、それにもかかわらず結果発生の可能性を高めてお

り、したがって共同正犯として処罰すべきであるとすれば、因果的説明は適切でないというべきであろう。

（三）ドイツにおいて正犯性を基礎づける原理に関し支配的な見解が行為支配説である。共同正犯に関し、行為支配の考え方を適用する代表的な学説[25]が、ロクシンの機能的行為支配説である。彼によると、共同正犯に特有なことは、それぞれ個々の者が他者との共働において全体事象を支配していることである。つまり、共同正犯者は単独では全体的な行為支配を有しないが、複数人の手中に完全な支配が存するとし、それは彼らが共同でのみ行為することができ、従ってそれによってそれぞれの者が全体行為の運命を手中にしているという形においてであるとする。[26]例えば、一方がピストルで銀行員を威嚇し、他方が奪取するという銀行強盗の場合あるいは一方が被害者を取り押さえ、他方が刺殺するという謀殺の場合、「関与者は単独では何も達成することができない。銀行員の威嚇や被害者の取り押さえは結果を惹起するものではない。共犯者が参加する場合にのみ、「計画」は機能するのである。しかし、他方も、単独では無力である。銀行員が排除されないならば、彼は逮捕され、誰も被害者を捕まえなければ、被害者は抵抗するか、逃走するであろう。つまり両者にとって事態は同じである。彼らは、共同的に行為することによってのみ彼らの計画を実現することができ、それぞれ個々の者は、彼の行為寄与を撤回することによって全体計画を水泡に帰せしめることができる。その限りで、彼は所為を手中にしているのである。」[27]そこで、ロクシンは、犯罪実現に際し本質的な意義を有する機能を果たした者が共同正犯者であるとするのであるが、この本質的な意義という概念は、それだけでは具体的な内容を持つものではなく、機能に条件付けられた依存性という実質的な中心思想の助けによって個別事例の特質を正当に評価する解決を裁判官に可能なものとするという意義を有するにすぎないのである。[28]

ここで主張されている全体事象に対する支配あるいは全体行為を手中にしているということを事実的意味でとらえるならば、因果的影響を与えているということになるはずであり、共同正犯の因果的説明の限定的な形態と考えられるが、そうなるとすでに触れた加算的共同正犯の場合や択一的共同正犯の場合、正犯性を基礎づけえないことになる。[29]しかし、

これに対し、ロクシンは、加算的共同正犯の場合には、共謀者のいずれもが計画によると成功をより蓋然的なものとしているのであるから、彼は実行に際して重要な行為寄与を果たしている、つまり事前的にみるとそれぞれの発射は結果に対し同じ意義を有するとし、[30] 択一的共同正犯の場合には、事前的考察によると、両者のいずれも計画の成功に対し不可欠の寄与を履行している、つまり、一人の者がその地位につかないならば、結果のチャンスは直ちに五〇％低下するのであり、彼らは、死へといたる発射が最終的には一人の者によってのみ行われるとしても、殺害の罠によって殺害を共同的にのみ支配しているという。[31] しかし、このようなロクシンの応答は、複数人が共同することにより、行為達成の可能性、つまり危険性が高まることを指摘するものであり、個別的関与者の観点にとどまる限り因果関係を有しないにもかかわらず、危険性を根拠に正犯性を基礎づけようとするものであろう。これは、結局、個々の関与者の機能的に重要な役割なるものも共同正犯者全体により構成される集団との関係においてのみ意義を持つということを示しているといえる。

そもそも「支配」という観点から共同正犯の正犯性を基礎づけられるかには疑問がある。すでに触れた共犯規定において表現されている自己答責性原理からは、確かに、自己答責性に欠けた道具を利用する間接正犯の場合にはこれを支配するという表現は可能である。なぜなら、自己答責的でない者の行為はそのものに完全には帰属されえず、これを利用する背後者に帰属させることが規範的に可能となるからである。これに対し、共同正犯の場合には自己答責的に行為する他の関与者を介して犯罪を実現しているのであるから、このような者を越えて結果を正犯として帰属させることはできず（遡及禁止）、これを支配するという観念を入れる余地はないのである。[32] ロクシンが挙げる「行為寄与を撤回することによって全体計画を水泡に帰せしめることができる」という行為支配の消極的な側面も自己答責的な他者に対する支配を基礎づけるものではない。なぜなら、自己答責的な正犯に関与する幇助犯の場合にも、援助を撤回することによって正犯行為を挫折させることはできるからである。

ロクシンの見解において、決定的な不明確性は、支配の主体の点に存する。彼は、一方で、複数人の手中に完全な支配が存するとして共同正犯者全体が支配を有しているという観点を示しているが、他方で、個々の共同正犯者も、行為寄与を撤回することによって全体計画を水泡に帰せしめることができるから、所為を手中にしているとも主張している点で、個々の関与者の支配を問題にしているのであり、異なる次元の観点を混在させていると批判できるであろう。(33)

(1) 西田典之「刑法総論」(二〇〇六) 三二四頁、林「刑法総論第二版」(二〇〇八) 四〇三頁、前田「刑法総論講義四版」(二〇〇六) 四一〇頁、山口厚「刑法総論第二版」(二〇〇七) 三〇二頁以下。
(2) 大塚仁「刑法概説総論第四版」(二〇〇八) 二九一頁、大谷實「刑法講義総論新版第三版」(二〇〇九) 四一三頁。
(3) Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S.104f.
(4) Schilling, a.a.O., S.105f.
(5) Schilling, a.a.O., S.113
(6) Küper, Versuchbeginn und Mittäterschaft, 1978, S.56; Samson, SK-StGB, 5.Aufl., 1993, § 27, Rn.15.
(7) Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S.104ff. 同様な立場として、Koriath, Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität, 1988, S.224.
(8) Dencker, Kausalität und Gasamttat, 1996, S.39.
(9) シリンク以外には、Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, Festschrift für Spinellis, S.917ff. 西田前掲三二四頁。
(10) Küper, a.a.O., S.57.
(11) Küper, a.a.O., S.57ff.
(12) Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, Festschrift für Hollerbach, 2001, S.629f.
(13) Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S.56. これに対し、未遂の処罰の可能性しか認めないのは、Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S.328.
(14) Herzberg, a.a.O., S.57.
(15) 共同正犯には因果的寄与が必要だとして、加算的共同正犯を否定する見解として、Becker, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009, S.167.

(16) Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S.375.
(17) Rudolphi, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Festschrift für Bockelmann, 1979, S.379.
(18) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7.Aufl.,1989, S.296.
(19) Rudolphi, a.a.O., S.380.
(20) Stein, a.a.O., S.328.
(21) Bloy, a.a.O., S.196ff.; Herzberg, a.a.O., S.66f.; Roxin, LK-StGB, 11.Aufl., 1993, §25, Rn.181.
(22) Dencker, a.a.O., S.130.
(23) LG Berlin, NJ 1992, 418ff.; BGHSt 39, 1ff.
(24) Becker, a.a.O., S.29ff.
(25) 因果的方法論を徹底するシリンクも行為支配概念を援用しており（Schilling, a.a.O., S.111）、ルドルフィーは、構成要件関係性に着目する形式的―客観説的な行為支配論を主張する（Rudolphi, a.a.O., S.381f.）。行為支配説について詳しくは、拙稿・前掲三二六頁以下参照。
(26) Roxin, Täterschft und Tatherrschaft, 8.Aufl., 2006, S.277. 我が国において同様な立場をとるものとして、橋本正博「『行為支配論』と正犯理論」（二〇〇〇）一七六頁以下、山中敬一「刑法総論第二版」（二〇〇八）八三七頁。
(27) Roxin, Täterschaft, S.278.
(28) Roxin, Täterschaft, S.284.
(29) Herzberg, a.a.O., S.57f.; Rudolphi, a.a.O., S.379f.
(30) Roxin, Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, S.524.
(31) Roxin, JA 1979, S.524.
(32) Kindhäuser, .a.a.O., S.632.
(33) Lesch, Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft? JA 2000, S.76.

三　共同的行為決意の要件

（一）共同正犯の要件として、犯罪共同説の立場からは、主観的要件として「共同実行の意思」ないし「意思の連絡」を要求するのが一般であり、[1] 行為共同説の立場からもこれを必要とする見解がある。[2] ドイツにおいても、共同正犯の主観的要件として共同的な行為決意を要求するのが、多数である。[3] しかしながら、主観的要件としての意思の連絡あるいは共同的決意というものは、個々の関与者の内心の問題であるはずであり、そのような心理的事実が相互に一致していることが、なぜ故意とは異なる特別の正犯性の要件として必要とされるのかは明らかではない。なぜなら、主観的要件とは一身的であり、その要件が備わっている者の罪責に影響するだけであるから、他の者の主観とも一致していることはこれに影響しないはずだからである。したがって、共同正犯の要件としてこのような主観的要件を要求する意義を検討する必要がある。

（二）共同正犯を個別的関与者の観点から、因果的に説明しようとする見解は、個々の関与者が他の関与者を介して結果を惹起することに正犯性の根拠を見いだそうとするのであるから、故意以外の主観的要件がこれに影響することはありえず、共同的な決意は正犯性の基礎づけに特別な役割を果たさないことになるはずである。このような立場から、共同的決意が要求されるならば、それは実定法上要求されているという形式的な論拠にとどまるか、そうでなければ故意の要件を意味しているに過ぎない。ダンヴィッツは、因果的な不法理解を基礎とするドイツの伝統的実務が、共同的な行為決意を要求している意味を以下のように説明する。分業の場合の故意は、個々の行為者が、自らが設定した条件に他の関与者によるどのような帰結が続くかを知っていた場合にのみ考慮されるのであり、このような知識は関与者の共同的行為決意が存在する場合には裁判上確実なものとなる、したがって、因果的行為概念の文脈で共同的行為決意が相互的帰属の基礎と説明される場合、それは個々の者の共同的行為決意が存在する場合には、外的な事象経過に関する故

意が明白であることを短く言ったものに過ぎないとしている。[4]

（三）正犯性にとって自手的な実行行為の遂行を決定的と考える形式的―客観説の立場からは、分担的に犯罪行為を遂行する共同正犯の場合には、個々の共同正犯者には完全な実行行為という要件は必然的に欠けているのであり、なぜそのような個々の関与者を正犯とすることができるのかという一部実行の全部責任の原則の基礎づけの困難性が明らかとなる。[5] このような立場で共同的な行為決意を要求することは、まさにこのよう形式的観点では欠けている実行行為性を補完する意義を持つことになる。[6] しかし、個々の関与者の客観的な行為性の欠落を相互的に意思の一致がある、つまり行為計画に関与しているということで埋め合わせることはできないであろう。[7] したがって、実行行為性を重視する立場から、共同的行為決意を要求するのは、理論的なものではなく、条文上の要求という次元にとどまるのである。

（四）共同的な行為決意の要件に理論的根拠を与える一つの考え方は、目的的行為論である。その主唱者ヴェルツェルは、「あらゆる行為は客観的要因と主観的要因の不可分の総合であり、その際主観的な意思要因は客観的な行為事象を貫通し、整序し、形成し、活気づけるのであり、その結果客観と主観の分離は行為の本質を破壊し、分離された四肢をひどく引き裂き、ねじ曲げることになる」[8] とし、計画的に操縦する実現意思による行為の形成が行為者を行為に対する支配者とし、それにより目的的な実現意思が行為支配の一般的契機となると主張した。[9] この考え方を基礎にして、キュッパーは、共同正犯においては、共同的な行為決意が実行において顕現するように内的要素と外的要素の統合が必要である、つまり集合的意思の客観化が全体的行為の基盤であるとする。したがって、共同的行為決意は原理的に放棄しえない、なぜなら、それによって、行為支配の遂行に対する関与が確定されるのであり、主観的要素が、そうでなければ孤立したままの個別行為を集団的事象へと結合するのであるという。[10]

確かに、目的的行為論の立場からは行為の客観的要素と主観的要素の不可分性と主観的要素が正犯性の基礎となりうることは説明可能かもしれないが、そもそも前提となる目的的行為論が意思とその帰結の事実的関係にのみ着目した考

え方であって、過失犯や不作為犯を説明できないと批判され、一般的な支持を得ていない。また共同正犯の要件に関しても、目的的な実現意思に着目するのは明らかに個別的関与者の観点に立つものであって、主観的要素の不可欠性は主張できても、複数の関与者間で意思の一致が存しなければならないことまで論証はできていないといえる。むしろキュッパーによる構成の仕方には、全体的行為の発想があるといえるであろう。

（五）共同的な行為決意の要件を支えるもう一つの考え方がすでに触れた機能的行為支配説である。ロクシンは、行為の遂行とその効果の実現に関する関与者の意思一致は共同正犯の不可欠の前提条件であるとする。すなわち共同正犯者は相互的に互いに依存しているのであるから、共働的に行為しうるためには、彼らは必然的に一致しなければならない。逆に言うと、その他の者と一致しなかった関与者の行為寄与が結果に作用した場合、彼はやはり共同正犯者ではあり得ない、つまり彼には、共同正犯の遂行の前提条件である、相互的な関係性の認識が欠けていたのに違いないとする。[11] しかしながら、本来的に客観的な基準である行為支配に関して、主観的な共同的行為決意が意義を持ちうるのかという疑問がやはり生ずる。[12] 個々の共同正犯者は分業的に犯罪を遂行する場合、共同的行為決意によって、自らは実行していない他の関与者の行為が帰属されるとするならば、[13] それはすでに触れた形式的客観説の場合と同じく、客観的部分の欠落を主観で補うという構成に陥ることになる。これに対し、インゲルフィンガーは、それぞれの共同正犯者は他の仲間の寄与に関し何ら客観的支配は有しないが、本質的な心理的影響を及ぼしており、この影響は共同的行為計画と、他の共同正犯者に引き受けると約束した機能的に本質的な部分に基づくとする。[14] しかし、この考え方は、他の関与者に心理的に影響を及ぼして犯罪を実現するのが、共同正犯であるとする因果的方法論をとるものであり、すでに個別的関与者の観点に関し述べた批判が当てはまるであろう。

（六）以上のように、心理的要件としての共同的な行為決意は共同正犯の正犯性を基礎づける要素としては、十分な機能を持ち得ないものであることがわかった。しかし、別の視点からは異なる意義を見いだすことができる。

デンカーは、個々の行為を結合する要素としての共同的行為決意は、主観的と記述するのは意義をもちえないのであり、むしろ通常考えられているのは何か客観的なものであるとする。まず単独正犯の場合にも、行為決意は故意とは異なる。なぜなら、強盗のような複数行為犯罪の場合、強要と奪取という二つの行為は行為決意によって結びつけられて、一つの構成要件該当的な強盗行為となるのであるが、これは故意論と一致しないとする。故意の存在時点は実行行為の遂行の際であるが、強要行為の時点では強要行為のみが、奪取行為の時点では奪取故意のみが存在するだけであるからである。それを結合するのが行為決意であり、それは故意という主観的部分を結合するだけでなく、客観的に分離可能な、つまり決意がなくても事実上分離しうる行為を結合しているとするのである。[15] 共同正犯の場合も、構成要件的素材の主観的構成部分だけではなく、客観的部分をも最終的に結合する可能性の根拠は、行為する主体が後の部分を予期して一致する行為計画の存在である。したがって、共同的な行為決意によって意味されているのは、全体計画でしかありえないところの、複数の個人の行為を調整する知的な行為計画であり、そのように結合されたその個々の行為が一緒に全体的行為を生み出すのだというのである。[16]

従来の見解が共同的行為決意を問題にしてきたのは、デンカーの言うように、実は、主観的要件の問題としてではなく、むしろそれにより客観的に全体的行為を形成するという側面を暗に志向していたとも言える。明確にそのような結論をとることができなかったのは、不法を因果的事象の次元でとらえ、主観的要件も心理学的次元でとらえようとする伝統的な自然主義的な刑法解釈論が基礎にあったからである。この点でレッシュは、刑事不法が規範妥当の次元で生ずると考えると、全体的意思とは、事象の刑法的にのみ重要な客観的意味表現に他ならないのであり、集団的な特別意思として、集団的な、すなわち共同的に分業により組織化された規範違反の意味を特徴づけているのであるとする。したがって、一定の犯罪の共同的—分業的に組織化された実行としての寄与の定義、つまり集団的に実現された刑事不法の確定は、心理的共同性ではなく、客観的共同性を要求するのであり、これは超個人的な、客観化された計画連関の下で、

複数の関与者の組織化行為をコミュニケーション的に重要なやり方で結合することにより行われるというのである。[17] このような規範的共同性という考え方からは、互いの行為寄与が共謀に基づくかもしれないが、それは、主観的な意思一致のためではなく、全体に対する許されない危険と同時に管轄を基礎づける、客観的な行為調整のためであるとし、したがって、相互性を要求せず、片面的な適合の場合も考え得るとする。[18]

レッシュのように、規範的次元で共同正犯の正犯性を考察するならば、関与者間の意思の連絡という一見したところ主観的である要件も、実は集団を形成するという意味を客観的に表現するにあたっての一要素ととらえることができ、共同性に寄与しえない個々の関与者の心理にのみ存する要件という側面を払拭することができるのである。

(1) 団藤重光「刑法綱要総論第三版」(一九九〇) 三九一頁、大塚前掲二九一頁、大谷前掲四一四頁。
(2) 前田前掲四一一頁以下。
(3) Fischer, StGB, 56.Aufl., 2009, § 25, Rn. 12b; Hoyer, SK-StGB, 7.Aufl, 2000, § 25, Rn.121; Ingelfinger, „Schein"-Mittäter und Versuchbeginn, JZ 1995, S.708; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2008, S.684; Puppe, Festschrift für Spinellis, S.920; Roxin, LK-StGB, § 25, Rn.173; Schönke/Schröder/Cramer/Heine,StGB, 27.Aufl., § 25, Rn.70.
(4) Danwitz, Ist die Mittäterschaft abhängig von einem gemeinsamen Tatentschluß der Beteiligten? 1994, S.15f.
(5) Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1991, S.607.
(6) Danwitz, a.a.O., S.19f.
(7) Roxin, Täterschaft, S.285.
(8) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S.539.
(9) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.100.
(10) Küpper, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), S.299ff.
(11) Roxin, Täterschaft, S.285.
(12) Danwitz, a.a.O., S.35ff.

（13） Rudolphi, a.a.O., S.381.
（14） Ingelfinger, a.a.O., S.710.
（15） Dencker, a.a.O, S.150ff.
（16） Dencker, a.a.O, S.157ff.
（17） Lesch, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), 280ff.
（18） Lesch, JA 2000, S.77.

四　全体的行為

（一）以上の論述から明らかとなったのは、共同正犯の構成に関しては、個々の関与者により形成される集団全体を帰属の関係点として取り入れざるをえないということである。そのような全体主体あるいは全体的行為（Gesamttat）という考え方は以前から主張されていたが、その代表的論者がデンカーである。

デンカーは、まず、すでに触れた、加算的共同正犯、択一的共同正犯、並行的共同正犯のような個々の共同正犯者が結果に対し因果関係を有しないが、それにもかかわらず結果の帰属が承認される場合、負責原理としての全体的行為によってのみ説明可能であることから、[1] 個別的帰属の諸原理によつては共同正犯は説明しえないのであるから、共同正犯を規定するドイツ刑法第二五条第二項[2]は、構成的機能を持つ帰属規範であるとする。[3] 同条項は、共同的な実行の場合、それぞれの共同正犯者が個別構成要件の正犯者と同じように処罰されるべきことを規定しており、このことは、法適用者が個別構成要件に対応した全体構成要件から処罰しなければならないことを構成的に命じていることを意味するとする。したがって、同条項の文言は、全体構成要件の形成という機能と共同正犯者を単独正犯者と同じように扱うことを

許す個別的行為の特徴づけという二つの機能を持つことになるのである。[4]

すでに述べたように、デンカーは、多くの見解が言う共同的な行為決意というものは、複数の個人の行為を調整する知的な行為計画であり、そのように結合されたその個々の行為が一緒に全体的行為を生み出すとし、したがって、全体的行為とは、全体構成要件のもとに包摂されうる、計画に適合した全体事態ということになる。このような全体構成要件は客観的構成要件であるが、全体計画はそれ自体は全体構成要件該当的な事態の一部ではなく、個別的行為が計画に照らしてすべてその実現として現れなければならないのであり、これらの全ての合致が一つの全体的行為への結合を許すことになるのである。[5]しかしながら、全体構成要件該当的な事態の実現に対する個別的責任が基礎づけられるためには、共同正犯者はこれに対し、個別構成要件的事態に対する単独正犯者の関係と同じ関係になければならない、つまりその行為によりそのような事態に対し原因となったのでなければならないとする。このような全体構成要件該当的な事態に対して原因となる行為、しかも本質的な行為という部分行為の定義には、行為計画も含まれているし、行為の共同性という面も含まれているとする。なぜなら、分業あるいは共働は、客観的に、共同正犯の個別的行為が調整され、互いに同調させられることを要求するが、このような行為の質は、部分的行為が、全体構成要件該当的な事態に対し原因とならなければならない、つまり調整という要素が含まれる全体計画に対応しなければならないことにより定義上確保されているからである。[6]

このようなデンカーの分析は、共同正犯に特有な全体的行為の側面を構成要件の次元でかなりの程度明らかにするものであると言えるが、問題性もはらんでいる。共同正犯の構成に関し、全体主体あるいは全体的行為という集団へ帰属させるという考え方の問題点としてまず指摘されることは、全体主体あるいは全体的行為なるものが、単なるフィクションではないかという点である。[7]しかし、これは、法自体が法人や集団を処罰している例はあり、[8]いまだ決定的な反論とは言えない。より重要なのは、犯罪結果を集団に帰属させることは説明できたとしても、個々の構成員にその犯罪

結果を正犯として単独正犯と同じように完全に帰属させられるのはなぜかという論証に欠けているという点である。[9] これについてデンカーは、全体構成要件該当的な事態に対する因果関係に個々の関与者の正犯性の根拠を見ている。しかし、全体構成要件該当的な事態とは全体的行為のことであり、これは思考上の産物であって、外的世界における変化としての結果と同じように因果関係を考えることは出来ないから、[10] 単独正犯と同じような意味で因果関係に基づいて正犯性を基礎づけることはできないのである。そもそも全体的行為とは個々の関与者の行為遂行そのものによって形成されるのであり、行為とは異なる次元にある外的現象と同じようにこれに対する因果関係を構想することには無理があろう。

（二）全体的行為を説明する論理として有望なのは、前節で既に触れた規範的共同性（normative Gemeinsamkeit）という考え方である。

レッシュは、共同正犯という集団的統一体が、人的共同体で結合した人格の組織統一体として行為するという考え方に賛成する。人的共同体とは、集団的統一体が団体として行為することを意味し、団体がそれ自体行為主体であり、それに紛争が帰属されるのである。しかし、それは共同体の人格の外に存在する本質ではなく、むしろ一定の目的（犯罪の共同的産出）のために一致した関与者それ自身であるとする。つまり団体とは行為主体として、団体の結合した構成員に他ならないのであり、したがって、一緒に結合したすべての関与者に関し、すなわち人的共同体としての集団に関し行為管轄と負責管轄が存在するという。[11]

したがって、レッシュによると、共同正犯という人的共同体の構成的要素は、一定の犯罪の共同的産出に存する共同的目的なのであるが、このような共同的目的の確立、つまり一定の犯罪の共同的—分業的に組織化された実行としての寄与の定義は、既に触れたように、心理的共同性ではなく、客観的な共同性を要求し、それは超個人的な、客観化された計画連関の下で、複数の関与者の組織化行為をコミュニケーション的に重要なやり方で結合することにより行われるとする。これは何ら特別なことを明らかにするものではない。なぜなら、行為の社会的意義は、一般に行為者の頭から

読み取られうるのではなく、外的（客観的）側面から展開されうるからであり、その際、客観性は行為主体から分離した現象としてではなく、常に客観化された主体性、つまり人格の意味表現として理解されうるのであり、評価基準は、事象の社会的及び規範的文脈と行為者のそのときどきの役割であるとする。[12] この客観的共同性には、組織的―規範的共同性の場合と専ら規範的な共同性の場合がある。前者は、作業が現実に分配される古典的な事例状況の場合であり、しかも行為者が片面的あるいは相互的に手助けをする（In-die-Hände-Arbeiten）という形でであり、後者は、関与者の特別な義務状態に基づく場合である。[13]

ヴェーツェルもこのような規範的共同性という考え方を支持する。まず、彼は、共同的行為とは規範的カテゴリーであり、帰属論の観点からのみ、共同性は画定されるとし、そのような共同性とされる関係は、第一に当該構成要件実現が全ての関与者に社会的な答責分配に基づいて客観的に帰属可能でなければならず、第二に、関与が集団的な義務違反を成すのでなければならないのであり、それは、関与による帰属というものが、ある危険実現に対し複数の者が管轄を有することにではなく、共同的に責任を持たなければならないことに存するが故に、義務違反の単一性という要素を意味しているとする。そこで、そのような帰属原理を定式化して以下の様に言う。共同とは、すべての関与者に帰属可能で集団的な義務違反が基礎にある関係のみを意味し、従って、行為者らの義務が、その内容上結合されて、個別的な者の遂行が他の者によって有責的にも共同形成された、構成要件実現に至る経過への適合（Einpassung）という意味を持つ場合に関与が存在するとする。ここでは、それぞれの寄与はそれだけで犯罪的意味連関をもたず、関係にすぎないのであり、一定の構成要件実現に関する全体的行為という犯罪的意味への適合により形成される限りでのみ社会的に不相当なものと見なされるとするのである。[14]

このような規範的共同性という視点は、共同正犯の場合には、一方で、全体的行為という集団現象によって、全体主体に犯罪結果が帰属され、他方で、個々の関与者が自己の役割としての行為を遂行することにより、全体的行為が実現

し、それぞれの関与者に全体的行為の結果が帰属されることを説得的に説明しているといえるであろう。つまり、規範的次元において、初めて個々の関与者の役割の履行が社会的意味表現として全体的行為そのものに対して形成的である、すなわち、義務違反的であると説明することが可能となるのである。したがって、共同正犯の構造は二段に分けて理解されなければならないのであり、第一段階は、全体的行為としての共同正犯行為の結果が全体主体に帰属され、第二段階では、そのような集団を形成して、全体的行為の遂行に関わった個々の関与者の義務違反に対して、正犯として犯罪結果が帰属されるのである。

もっとも、共同正犯のこのような客観的とらえ方には批判がある。キュッパーは、主観を考慮しないと共同正犯は説明できないとして以下のような例を挙げる。「二人の関与者のうち一人が被害者を傷害し、他方が殺害する場合、事実的経過だけでは死亡結果が最初の関与者に帰属されるべきかについて情報は与えられない。[15]」しかし、この批判は共同正犯の主観的要件としての共同的行為決意と故意とを混同するものであろう。共同正犯の構造そのものを客観的に構成する場合でも、主観的要件としての故意の問題は別に論ずる必要があるからである。

（三）最後に、共同正犯を構成する個別的行為の基準について付言しておく。

これは正犯と狭義の共犯の区別基準の問題に関わるが、規範的共同性を主張する論者は、正犯と共犯に質的区別を認めない傾向がある。[16]正犯と共犯は量的に区別されるだけなのである。しかし、規範的次元においても質の区別はなしうるであろう。そのためには、共同正犯に関しては、その正犯として処罰される根拠、つまり、なぜそのような人の集団的犯罪行為それ自体を処罰の対象としているかを考察する必要があり、それは集団犯としての危険性にあるといえる。[17]例えば、ある犯罪行為を分担的に実現する場合、単独犯の場合と比較すると、個々の行為者にとっては、心理的・物理的により少ないエネルギーの投入によって同一の犯罪結果を実現できることになる。個々の行為者がより容易に且つより少ないリスクで犯罪を遂行できるということは、社会にとって同じ犯罪行為であっても単独行為者の場合よりも危険

であり、侵害的であることを意味する。このように人が集団的に結合する場合は、ある者の実行行為がより容易になるというよりも、実行行為を遂行する能力そのものが単独犯の場合よりも拡大されているのであって、このような実行能力の拡大によるより大きな社会侵害性、したがってより大きな規範違反性が、個々の関与者が部分的にしか実行していないにもかかわらず、全体による犯罪遂行の結果を帰属される根拠といえるであろう。つまり、共同正犯においては、加算的共同正犯、択一的共同正犯、並行的共同正犯のような場合にも見られるように、組織化することによって実行行為能力を人的に拡大したことに対し責任を問われているのであり、したがって、個々の関与者は、実行行為能力の拡大に寄与するのでなければ正犯者としては処罰されえないのである。このことは、わが国の刑法第六〇条が共同の「実行」を要求していることとも合致する。

（四）以上のような考察は我が国の刑法第六〇条の解釈としても妥当な帰結を導きうるものであると考えられる。詳細は別の機会に譲るが、ここで結論として指摘しうるのは、全体的行為という観点からは、従来の議論の文脈で言えば犯罪共同説の立場に属するとも言える。しかし、何を共同にするかという問題提起は共同正犯を分析するには不十分なのであり、規範的構造にまで踏み込んで議論すべきである。したがって、因果的、心理的考察方法とは決別した考え方からは、従来の犯罪共同説とは異なり、過失共同正犯などについても肯定的見解を導きうるのである。

（1）Dencker, a.a.O, S.125f.

（2）ドイツ刑法第二五条第二項は以下のように規定する。「複数人が共同して犯罪行為を実行する場合、それぞれの者は正犯として処罰される（共同正犯）」

（3）Dencker, a.a.O, S.137f.

（4）Dencker, a.a.O, S.144f. 例えば、殺人罪の規定（二一二条）であれば、行為記述を複数形に書き換えて「人を殺害する者たちは…」というように表現されるとする。Dencker, a.a.O, S.148.

（5） Dencker, a.a.O, S.160f.

（6） Dencker, a.a.O, S.162f.

（7） Becker, a.a.O., S.94.

（8） Dencker, a.a.O, S.125f.

（9） Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriff, 1988, S.80; Kindhäuser, a.a.O., S.630f. この点でわが国における、いわゆる共同意思主体説は成功していなかったと言える。

（10） Becker, a.a.O., S.95.

（11） Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, 189f. レッシュは、このような考え方の先駆者として、ケストリン（Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Abteilung 1, Allgemeiner Teil, 1855, S,334ff.）とヴェルツェルを挙げている。

（12） Lesch, ZStW 105, S.281f.

（13） Lesch, ZStW 105, S.282ff.

（14） Weezel, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S.200ff. 同様の立場として、Jakobs, Akzessorietät, GA 1996, S.264.

（15） Küpper, a.a.O., S.302.

（16） Lesch, JA 2000, S.77.; Jakobs, Beteiligung, Festschrift für Lampe, 2003, S.570f.

（17） Dencker, a.a.O, S.224f.