

Title	共同正犯の構造
Author(s)	梅宮, 弘典
Citation	阪大法学. 2007, 57(1), p. 47-73
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55280">https://doi.org/10.18910/55280</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 共同正犯の構造

梅 宮 弘 典

はじめに

第一章 諸学説の概観とその検討

一 共同正犯を共犯の一種とみる諸学説

二 共同正犯を正犯の一種とみる諸学説

第二章 共同正犯の構造をめぐる考察

おわりに

はじめに

今日、我が国において犯罪の組織化という共犯現象が重大な社会問題となっている。すでに、平成一一年には、組織的犯罪対策関連三法<sup>1)</sup>が制定され、平成一五年版警察白書では、「組織犯罪との闘い」という特集がみられるように、これらの組織犯罪が、我が国の治安維持にとって多大な脅威になっているのは明らかである<sup>1)</sup>。

また、こうした犯罪の組織化に伴って、犯行の実現を容易にする環境が作出されるだけでなく、統計上は、複数人による犯罪の増加という共犯現象をもたらしている。実際、組織犯罪と密接に関連するであろう来日外国人犯罪にあつては、日本人による犯罪と比べて共犯率が高い上、多人数のグループによる犯行も少なくない<sup>2)</sup>。他方、大規

模な組織的犯行とはいえないが、少年犯罪にあっても、成人犯罪と比べて共犯事件の発生率が高いとされる。<sup>(3)</sup> 以上の社会状況に鑑みて、共犯現象に伴う諸問題の解決は、日本社会の重大な関心事になるとともに、犯罪論にあっても緊急の課題となったといえよう。

そこで、本稿では、単独正犯と同じく、各人が正犯としての責任を負うべき共同正犯の構造について考察することとしたい。従来から、共犯現象の圧倒的多数は共同正犯であることから、<sup>(4)</sup> 共同正犯の主観のおよび客観的構造を明らかにすることが、共犯現象で生じる諸問題の解決にとって前提条件となるからである。もともと、共同正犯が成立するために、複数関与者の行為が各犯罪類型の全構成要件を充足することは、必要条件ではない。すなわち、共同正犯に与えられる法的効果は、部分的な犯行関与者を正犯として取り扱うものである（いわゆる一部実行・全部責任の原則）。その際、一部実行・全部責任の原則は、共同正犯が単独正犯と同じ正犯性を有するとみる見解と、共同正犯を狭義の共犯と等しい共犯類型と解する見解の、二つに大別されよう。そこで、本稿では、従来の諸学説を概観しつつ、これらの二つの異なった立場から共同正犯の構造がどのように分析されてきたかを検討することにした。

## 第一章 諸学説の概観とその検討

### 一 共同正犯を共犯の一種とみる諸学説

共同正犯を狭義の共犯に含める見解には、因果的共犯論にもとづく見解と、共同意思主体説の二つに分けられる。まず、前者の因果的共犯論に依拠する見解を概観しよう。

(一) 因果的共犯論にもとづく見解

因果的共犯論にもとづいて共同正犯を狭義の共犯とみる立場では、共同正犯の「一部実行・全部責任の原則」は、実行行為を分担しない教唆・幫助(狭義の共犯)の処罰根拠から説明されることになる。すなわち、共同正犯が正犯として第一次的責任を負う理由を、単独正犯の第一次的責任とは異なるが、これに匹敵する何らかの論拠に求めようとするのである。

1 例えば、西田典之教授は、「共同正犯の刑事責任の構造は、他人の行為を媒介として自己の行為の因果性を拡張し、そのことのゆえに、他人の行為から生じた結果について責任を負う教唆犯や幫助犯と基本的に同一のもの」であるといわれる<sup>(5)</sup>。また、そこで要求される因果性は、物理的因果性または心理的因果性のいずれかであり<sup>(6)</sup>。そして、このことから、二つの帰結が導かれる。すなわち、「その第一は、ある関与者が共同正犯、教唆犯、幫助犯のいずれであるかを区別する以前に、この関与者が、そもそも共犯として可罰的であるのかという点の確認こそが最も重要な問題点」であり、共同正犯の成立は、「共犯」の成立が認められた後の区別にすぎず、共同正犯を狭義の「共犯」の一類型とされる<sup>(7)</sup>。また、「第一の帰結は、共同正犯も共犯の一種であるとすれば、単独正犯と同一の正犯原理は妥当しない」として、共同正犯が第一次的責任を負う理由は、その正犯性によるものでないと主張される<sup>(8)</sup>。その上で、共同正犯が教唆・幫助と区別される理由を、「共犯処罰の具体的妥当性という見地から、共謀者(非実行者)と実行分担者の間の支配関係、役割分担関係から判断し、犯罪実現に対する事実的寄与において実行に準ずる重要な役割を果たした」点に求めておられる<sup>(9)</sup>。また、因果的共犯論の見地から、因果性について物理的因果性だけで足りるとするため、共同実行の意思は必要でなく、片面的共同正犯も認められることになる<sup>(10)</sup>。

2 同様に、共同正犯を共犯の一種とされるのは、山口厚教授である。なるほど、教授にあっても、「単独

犯及び共同正犯は、正犯を前提としない遂行形態であるという意味で、「一次的責任」類型である。それに対し、正犯の存在を前提とする教唆・幫助は、こうした『一次的責任』類型の背後に位置する『二次的責任』類型であって、共同正犯は、第一次的責任を負う点では、教唆・幫助とは異なる<sup>11)</sup>とされる。しかし「共同正犯も、それ自体として基本となる犯罪構成要件を充足しないが処罰の対象とされる点において、教唆・幫助と共通である。この意味では、共同正犯も処罰の拡張形態であり、刑法60条は単なる確認規定にとどまるものではない。共同正犯は、あくまで共犯の一種であり、その関与形態の犯罪遂行における寄与のあり方とその重要度にかんがみて、『一次的責任』類型としての正犯という評価を受けている」のである<sup>12)</sup>。すなわち、共同正犯と単独正犯で共通する要素は、他の正犯を前提としない遂行形態という点で、「一次的責任」類型にあたることであり、それは、正犯として評価を受けた点を意味するにすぎない。したがって、共同正犯それ自体の性質と構造は、教唆・幫助と同質であると思われる。また、共同正犯の因果性についても、物理的因果性または心理的因果性のいずれかが存在すれば足りることになる<sup>13)</sup>。

他方、共同正犯と教唆・幫助の違いについては、共同正犯が「構成要件該当事実の共同惹起を内実とするから、構成要件該当行為の分担実行が（少なくとも、概念上）その典型的形態であり、その意味で、「共同正犯は、構成要件を複数人が共働で実現するという極めて危険性の高い犯行形態でありながら、個々の行為者について見れば、構成要件該当性を肯定しえないことの不都合さを解消する意義を有することからも、このような理解が得られる」として、構成要件該当行為の分担実行が共同正犯の典例例であるとされる<sup>14)</sup>。他方、「犯罪は生の事実として行われるのであり、共同惹起の実態を捉えるためには、それを実質的に理解する必要がある。すなわち、構成要件該当行為の分担を伴わないが、構成要件該当事実の惹起について重要な因果的寄与を行い、構成要件該当事実を実質的に

共同惹起したと見うる場合があり、このような場合をも共同正犯の範囲内に取り込むことが、事態の実体に即した評価を可能ならしめる<sup>(15)</sup>。そうである以上、共同正犯の成立範囲についても、「構成要件該当事実への重要な因果的寄与による、その実質的共同惹起の存在を基準とすることが妥当である」とされる<sup>(16)</sup>。なお、山口教授においても、因果性の実質は物理的因果性で足りるため、共同実行の意思は不要となる<sup>(17)</sup>。

3 かようにして、山口教授の見解は、西田教授の見解と同じく、共同正犯を共犯の一種とみるものであるが、共同正犯を教唆・幫助と区別する基準については、西田教授が、「犯罪実現に対する事実的寄与において実行に準ずる重要な役割」という総合的な判断に求めたのに対し、山口教授は、「構成要件該当事実の惹起について重要な因果的寄与」という、結果惹起に依存したより客観的な基準を用いる点で異なっている。こうした因果的共犯論を基礎とする見解は、共同正犯でも実行行為の一部分担が不要となるため、客観的結果に対して狭義の共犯と同程度の因果性が存在すれば足り、六〇条の規定は、共同正犯のための処罰拡張事由とされる。その意味では、一見、極めて明快な見解であるといえよう。

しかし、因果的共犯論を基礎にする場合、以下のような事例において、理論上の難点が生じる。具体的には、特定の患者に殺意を抱いた医師が、この患者を担当する看護師に対して、毒薬を治療薬と偽り、狙った患者に注射させる方法で、被害者を殺害しようとした場合である。これは、通常、典型的な間接正犯にあたるが、上述した因果的共犯論にあつては、必ずしもこうした帰結に至るわけではない。すなわち、因果的共犯論の論者は、共犯の本質をめぐる犯罪共同説と行為共同説の対立において、共犯の処罰根拠を第三者を介した因果的惹起に求めるため、故意の共同は必要とならず、行為の共同で足りることになる。しかし、行為共同説によれば、罪名従属性が否定される一方<sup>(18)</sup>、片面的な加功も肯定するため、前述した事例における医師の行為は、看護師の注射行為に対する片面的な

共同正犯となるからである。

4 例えば、西田教授は、犯罪構成要件を違法構成要件と責任構成要件の組み合わせとして、<sup>19)</sup>構成要件的な違法の惹起を共犯の処罰根拠と解しておられる。<sup>20)</sup>したがって、看護師に全く過失がないときには、医師による間接正犯が成立するものの、もし看護師に過失があった場合には、当該看護師の行為は、業務上過失致死罪の構成要件に該当する違法性があったことになる。他方、行為共同説では、共犯者間の行為共同だけで足りるため、当該医師には、看護師の過失犯に対する片面的共同正犯が成立しうるであろう。また、山口教授の見解によれば、構成要件は当罰的な違法行為類型とされるので、<sup>21)</sup>たとえ看護師の過失がなくても、同じく、医師による殺人の片面的共同正犯が成立することになろう。なるほど、間接正犯と共同正犯のいずれも、結局、正犯として処罰されるが、間接正犯は単独正犯であるところ、これらの論者にとっては、片面的共同正犯が教唆・幫助と同質の狭義の共犯とされるため、本質的に異なってくる。かようにして、両教授が狭義の共犯に位置つけた(片面的)共同正犯と、単独正犯である間接正犯の違いが曖昧になる点で、因果的共犯論を出発点とする立場は、理論上採りえないとおもう。しかも、間接正犯と共同正犯の区別が曖昧になった原因は、共同実行の意思を不要とした結果、もっぱら客観的なものだけで共同実行を構成した点に求められる。<sup>22)</sup>

もっとも、以上の見解とは別に、「双方向的な因果的影響力」<sup>23)</sup>や「相互性」<sup>24)</sup>が共同正犯の実質的な処罰根拠であるとして、共同正犯の成立範囲を限定する見解がある。しかし、両概念には、各々の関与者間で及ぼす影響力の強さについて差異が認められるものの、本質的には、前述した難点を回避できていない。すなわち、相互の影響力を客観的かつ物理的に判断する限り、医師と看護師の間には、双方向的ないし相互的な影響力が生じており、何らかの意味で、同じく共同正犯の成立を認めざるをえないからである。<sup>25)</sup>また、六〇条の規定する共同正犯が正犯の一種

であり、第一次的責任を負うとした上で、量刑上も正犯と同視される教唆から区別した理由を、共同正犯が共犯の一種である点に求めるだけで十分であろうか。すなわち、第一次的責任類型と第二次的責任類型という分類の曖昧さはともかく、各人の役割の重要性や因果的寄与の程度だけで、単独正犯（正犯）と共同正犯（共犯）の異質性を解消することはできないからである。かりに第一次的責任類型にあたるかどうか、もっぱら立法者意思によるのであれば、教唆・幫助を第一次的責任類型とすることも、立法者の判断によっては可能となりかねない。そのほか、自ら進んで実行行為に出た正犯者とその存在を前提とした共犯者の間に生じた質的な差異を、因果論上の量的差異に還元することになる点でも、失当である。

(二) 共同意思主体説

つぎに、共同正犯を狭義の共犯に含める見解として、いわゆる共同意思主体説がある。この見解は、個々の違法な関与行為に着目する因果的共犯論とは異なり、共犯現象を超個人的な社会心理的存在である共同意思主体による活動に求めた上で、その活動に伴う刑事責任を、共同意思主体の構成員に負担させるという団体責任の考え方を採用している。それによれば、共同正犯は、こうした集団に対する寄与によって区別される一類型となる。

1 さて、共同意思主体説は、草野豹一郎判事によって創唱されたものである。草野判事によれば、二人以上の異心別体たる個人が、共同目的の実現のために同心一体となり、その中の一人が犯罪の実行に着手することで、各人に共同正犯が成立することになる。その際、行為主体である共同意思主体は、違法に結成された集団であり、かつ、一時的存在であることから、刑罰主体たりえないとする一方、実行行為を分担しない関与者については、共同の謀議が共同意思主体の形成であり、これは法人ないし組合の設立行為にあたるので、民法の組合理論を援用しつ



つ、共同意思主体の各構成員に共同正犯を認めるのである。<sup>26)</sup>

しかし、その後、実行分担をしなかった共同意思主体の構成員を刑罰主体に含めるにあたり、民法の組合理論を採用することなく、各関与者の共同正犯性を説明する見解が現れた。例えば、斎藤金作博士は、共同正犯にも従属性が考えられるが、共同意思主体説では、こうした従属性だけでは不十分で、集団としての一体性が必要であるとす。そして、刑法の名宛人が自然人であることから、「共犯成立上の一体性」について言及した上で、個人責任の原則からみて処罰は個別的でなければならず、こうした「共犯処罰上の個別性」にもとづいて、共同意思主体説における行為主体と刑罰主体の分離を説明しておられる。<sup>28)</sup>

2 他方、下村康正博士は、共同正犯を他の共犯形式から区別する基準として、「共同犯行の認識」を挙げておられる。すなわち、その認識は、「相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡をいうのであって、単なる相互の存在認識ではない」とされる。<sup>29)</sup> さらに、西原春夫博士は、重要な役割を担った関与者が共同正犯となる理由について、「共同正犯が正犯として処罰される以上、単独正犯における実行行為と当罰性において同価値である」と述べておられる。<sup>30)</sup>

しかし、およそ共同意思主体説は、団体責任の見地から「一部実行・全部責任の原則」を説明しようとする点で、失当である。すなわち、この見解は、共同正犯の本質を共同実行行為とみる見解を批判して、「甲乙二人が行った強盗」というのは、結局超個人的な法実態であって、これこそ、共同意思主体とその活動にほかならない」と主張するが、<sup>31)</sup> ここでは、「甲乙二人が行った強盗」という点で、すでに第三者による評価を含んだ概念を持ち出している。また、複数関与者の個別的行為の意味を分析・評価することなく、共同意思主体という仮想的な主体を想定するのは、論理の飛躍がある。しかも、関与者の処罰について個別的に考えようとするならば、集団内で重要な役

割を担ったときだけ、実行行為と同等の当罰性が付与される根拠を明示する必要があるといえよう。

## 二 共同正犯を正犯の一種とみる諸学説

共同正犯を広義の正犯と位置づける見解は、共同実行の内容を修正するものと、行為支配の概念に依拠するものに大別される。まず、修正された構成要件の考え方を採用する見解をみておこう。

### (一) 共同の実行行為に着目する見解

この見解では、構成要件該当事実を実現する者だけが正犯となる。すなわち、単独正犯の正犯性は、構成要件該当事実に対する実行行為性に求められる。そして、共同正犯では、複数の関与者が共同実行の意思の下で実行行為を分担することから、正犯性が付与されることになる。したがって、「一部実行・全部責任の原則」も、共同の実行それ自体から導かれるのであり、複数関与者間の実行行為の共同こそが、共同正犯の実質をなすといえよう。

1 さて、共同正犯の構成要件を、単独正犯の実行行為概念を修正した形式であるとされたのは、小野清一郎博士である。小野博士は、構成要件のすべてに該当することを「構成要件の充足」と表現する一方、必ずしも、各則上の全構成要件を充足しなくても、なお正犯が成立しうるとして、単独正犯と異なる共同正犯の特殊性を強調されたのである。<sup>(32)</sup> すなわち、「構成要件の該当」および「構成要件の充足」にいう「構成要件」の観念は、各則上の特別構成要件であって、<sup>(33)</sup> 「共犯の諸形式は、それがいづれも或る特定の構成要件に關係して思考された法律上の観念形象である点に於て差異がない。即ち其はいづれも構成要件の修正形式なのである。単に漠然たる共犯といふことがあるのではない。必ず殺人罪の共犯であり又は放火罪の共犯である。即ち、共犯は、其の形式の如何を問はず、

常に或る犯罪の構成要件を基本としてのみ考へられるのである」と言われる<sup>(34)</sup>。

かようにして、共犯が構成要件の修正形式であるならば、共同正犯もまた、構成要件の修正形式である<sup>(35)</sup>。すなわち、小野博士によれば、共同正犯の場合には、各則の全構成要件を充足しなくても、六〇条が修正した共犯の構成要件を充足することによって、共同正犯の犯罪成立要件を充たすことになる。このような修正後の実行行為を共同に行うこと、換言すれば、各人が実行行為を分担すること、共同正犯の正犯性が肯定される。また、実行行為を共同して行うことが、共同正犯の全部責任も根拠づけるのである。なお、団藤重光博士も、こうした小野博士の見解を支持しておられる。団藤博士によれば、「正犯とは、犯罪を実行する者すなわち基本的構成要件該当事実を実現する者である。共同正犯は、数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現するばあいにはかならない。だからそれは、やはり正犯である」として、共同正犯の正犯性を、構成要件該当事実の共同実現に求めておられる<sup>(36)</sup>。そして、「共同実行といえるためには、主観的な共同実行の意思と客観的な共同実行の事実とが必要である」とされる<sup>(37)</sup>。

2 こうした両博士の見解をより徹底したものが、大塚仁博士の見解である。大塚博士によれば、「共同正犯の構成要件は、行為の主体が二人以上の者である点で、単独犯の構成要件を修正したものであるが、実行行為の観点では、形式的には、基本的構成要件の性格を保持している」といわれる<sup>(38)</sup>。これは、共同正犯が構成要件の修正形式であるとする一方、修正された構成要件から導かれる実行行為は、基本的構成要件の実現に向けられるべき点を明言されたものである。また、大塚博士は、共同正犯の処罰根拠について、「形式的には、二人以上の者の行為が共同正犯の構成要件に該当し、違法であるとともに、各行為者の責任のあることであり、また、実質的観点からは、それらの者による共同実行行為が、相互的に利用・補充し合う依存協力関係のもとにその犯罪を惹起し、法益の侵害(危険)を生じさせたことである」とされる。すなわち、共同の実行行為の「共同」とは、相互利用補充関係で

あり、各行為者が客観的に影響を及ぼし合うだけでなく、主観的な行為態様も共同的なものでなければならず、共同実行の意思が必要となる。<sup>(40)</sup>

かようにして、「各行為者の行う実行行為には、それぞれについて、または全体として、ある犯罪を実現する現実的危険性が含まれていることを要し」、「二人以上の者の共同の行為が、相互に他の共同者の行為を利用し合い、補充し合う関係において、全体として刑法的評価を受ける点に、共同正犯の特色が」あり、「共同正犯の構成要件は、単独正犯の一人の行為者に対する基本的構成要件を、二人以上の者の共同の行為によるものとしての修正を要する」のである。<sup>(41)</sup> すなわち、各関与者の行為それ自体が、他の関与者の行為と共同してなされるため、こうした「共同」行為の性格が、基本的構成要件から導かれた実行行為と同質的であること、その同質性の根拠は、実行行為を実質的に理解することで、犯罪実現の現実的危険性を有する点に求められるのである。

3 そのほか、共同正犯の正犯性を実行行為の共同と解した上で、「一部実行・全部責任の原則」を相互利用補充関係から導く見解がある。例えば、大谷實博士は、「実行行為共同の事実（共同加功の事実）」とは、2人以上の者が各自の実行行為を共同して犯罪を実現することをい、「共同して」というのは、共同者全員が相互に他人の実行行為を利用し補充し合って犯罪を実行することを意味する。実行行為以外の行為を共同して行っても、実行共同正犯は成立しない。それゆえ、共同者各自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である」とされる。<sup>(42)</sup> また、佐久間修教授は、「共同実行の事実とは、二人以上の者が共同して犯罪の実行行為をおこなうことをいう」とし、「共同正犯における実行行為では、各人の行為を分断して考えるのではなく、全体として、当該犯罪を実現する現実的危険性が具備されたことで十分であって、主観的にも、相互に他の共同者の行為を利用・補充し合う関係にあった以上、全体を一括して評価すべき実質的根拠が与えられる」と

述べておられる<sup>(43)</sup>。

しかし、これらの見解では、実行の着手前の関与行為が問題となる共謀共同正犯において、理論上の難点が生じる。すなわち、実行行為に先行する共謀の事実だけでは、実行行為の共同が認められないからである。したがって、実行行為の共同を形式的な意味で理解するならば、共謀共同正犯の観念は否定せざるをえない。もともと、団藤博士は、実行行為以前の関与行為についても、一定の範囲内で共同正犯の成立を認めようとする。それは、「本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となったものといえるようなばあい」である<sup>(44)</sup>。また、大塚博士も、「実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行担当者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行にいたらせている場合には、規範的観点から共同実行があるといえるのであり、共同正犯を認めることができる」として、優越支配共同正犯を根拠として実行の着手前の共同正犯を認められる<sup>(45)</sup>。また、藤木英雄博士は、「互いに他人を利用し補いあつて共同の犯罪意思を実現しようとする場合」であれば、「実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、みずから手を下すことがなくても実行担当者と共同して実行行為をしたものである」と述べて、いわゆる間接正犯類似説によって共謀共同正犯を肯定しておられる<sup>(46)</sup>。

4 他方、大谷博士は、これらの見解と異なり、「共同正犯が『正犯』とされるのは、共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用・補充し合つて犯罪を実現することにあるから、犯罪を共同して遂行するという合意（共謀）に基づき、相互に他人の行為を利用・補充し合い、その結果として犯罪を実現した以上、実行行為を分担する場合であると実行行為に向けて行為を共同する場合であるとを問わず、すべて『正犯とす』べき」である<sup>(47)</sup>とされる。そして、より積極的に共謀共同正犯を認めるべく、包括的正犯説という見解を主張しておられる。

以上の諸見解は、いずれも、実行行為に先行する関与行為にも、共同正犯の成立を認めようとするものであるが、団藤博士や大塚博士が指摘されるほど、共謀段階で共犯者の行為を支配しているならば、むしろ、単独正犯が認められるのであって、あえて共同正犯として構成する必要性があるのだろうか。また、優越支配共同正犯説に対しては、なぜ「規範的観点から共同実行がある」かについて明確な説明がない点でも、理論上の問題が残されている。さらに、最後の包括的正犯説にあっては、実行行為の分担がなくても、「共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用・補充し合って犯罪を実現すること」で、なぜ実行の着手以前の行為にも共同正犯が認めうるのかが明らかでなく、実行共同正犯における正犯性の理解と論理整合的であるかという疑問が生じるであろう。

(二) 共同正犯の実体を行為支配と解する見解

つぎに、正犯性の根拠を行為支配に求めることで、共同正犯について当該犯人の行為支配という側面から正犯であるという見解がある。ここでは、単独正犯と共通する「行為支配」の要素から、共同正犯の特殊性である「一部実行・全部責任の原則」も説明されている。

1 まず、橋本正博教授は、行為支配論を構成要件理論に依拠した制限的正犯概念にもとづくとした上で、「正犯概念の基本は構成要件に求められる」とされる<sup>48</sup>。すなわち、行為支配とは「構成要件該当事実の支配」であり、構成要件該当事実とは単なる客観的事実ではなく、構成要件評価を受ける対象である。したがって、「正犯理論を基礎づける行為支配概念が構成要件関係的に構成される」ならば、正犯性は、構成要件段階の問題であり、<sup>49</sup>その結果として、「正犯とは、構成要件該当事実に関する『行為支配』を有する者、すなわち各則の構成要件に該当する事象を客観的・主観的に統制する者」となる<sup>50</sup>。

こうした正犯概念では、共同正犯と単独正犯の違いは、単に複数関与者の共働という現象面で生じるにすぎない。橋本教授によれば、「重要不可欠の部分を実現するための寄与を行った者は、それ自体、当該事象の命運をその手に握っているものということができ、このような機能を果たした者に行為支配」として、正犯性が認められるのである。<sup>(51)</sup>そして、この機能的行為支配が存在するためには、「正犯としての事実的寄与」が必要となるので、「精神的・心理的寄与は、それ自体が直接に犯罪事実を『形成』する実体的作用とはいえない」とする。<sup>(52)</sup>以上から、共同正犯の特殊性である「一部実行・全部責任の原則」も、単なる一部実行にとどまらず、全部実行となるがゆえに、各人が全部責任を負うのは当然であるとされる。

2 さらに、機能的行為支配を採用する見解の中でも、行為規範<sup>(53)</sup>としての正犯性に着目するものとして、照沼亮介助教の見解がある。照沼助教は、「共同正犯と狭義の共犯を単に当罰性の程度のみで区別するだけでは罪刑法定主義の要請を満たさず」、「行動規範の内実たる処罰根拠の構造の差異こそが重要となる」と述べ、彼のいう行為規範の見地から、共同正犯の正犯性を説明している。<sup>(54)</sup>すなわち、刑法規範の不法評価を「行為統制」、すなわち「当該構成要件の予定する行為不法を充足」することに求めるため、「その不法を必要的に構成する『実行行為』と評価されるもの」を正犯の不法とする。<sup>(55)</sup>

かようにして、「各関与者の機能的行為支配は、その計画の枠内における『実行行為の提供』いかんによって、不法の成否という事象経過を左右し得る、という点によって基礎付けられる」とみるのである。<sup>(56)</sup>そして、正犯としての行為統制を重視することで、共同正犯の態様は構成要件該当行為の一部実行だけに制限されることになる。

3 つぎに、これらの見解について検討しよう。まず、橋本教授の見解は、行為支配の対象を構成要件該当事実とみる点では、正当である。しかし、もっぱら機能的行為支配に依拠しつつ、共同正犯における「全部実行・全部

責任」を認めて、共同正犯を単独正犯と同一視することはできない。なぜならば、共同正犯者の行為支配は、あくまでも他の関与者と共働ないし分業する中で生じる「機能的な」行為支配にとどまるからである。なるほど、共同正犯の修正された構成要件については、全部実行が認められるとはいえ、伝統的な「一部実行・全部責任の原則」は、単独正犯の構成要件と対比して論じられており、その意味では、共同正犯はあくまで一部を実行したにとどまり、全部を実行する単独正犯の場合とは異なるからである。

また、共同正犯が「全部実行・全部責任」であるならば、六〇条を適用しなくとも、共同正犯が成立しうるのはなからうか。他方、構成要件該当事実に対する直接的な寄与があった場合にも、各則の構成要件が定められた行為態様を、必ずしも各人が充足するとは限らない。しばしば問題になる設例として、共犯者の一方が銀行員の反抗を抑圧し、他方が金銭を奪取するという銀行強盗の形態では、かりに六〇条がなくとも、二三六条によってただちに各関与者の構成要件該当性が認められるというのであろうか。かようにして、前者の行為支配説では、刑法典が共犯規定を設けた意義を軽視するおそれがある。

4 それでは、論者のいう行為規範に着目した正犯性から、共同正犯が成立するために、構成要件的行為の不法実現に必要な寄与の一部、すなわち、犯行計画の中の「実行為」に着目する見解はどうであらうか。この見解においては、機能的行為支配から離れて実行行為を判断する基準が明らかにされていない。すなわち、行為支配の内容を実行行為の概念に求めながら、同時に、機能的行為支配の判断基準として実行行為概念を導入することは、トートロジー以外の何ものでもないからである。

しかも、各人の謀議への参加や準備段階における犯行計画の統率・指揮という「予備段階での関与」は、「不法形成過程での行為寄与」という性質を有しないとされる。<sup>57)</sup>しかし、こうした予備段階の関与により初めて構成要件



該当事実の実現が可能となる場合もありうる。そこでは、実行段階で必要となる部分的な寄与と同様、予備段階で関与したことが不法の成否にかかわるとき、共同正犯における関与形態を実行段階に限定することは許されないであらう。

### (三) ドイツにおける行為支配論

さて、ドイツにおける正犯性の通説的見解は、行為支配論に依拠する。そもそも、行為支配論は、目的的行為論の創始者であるH・ヴェルツェルにより、目的的行為論から直接に派生する理論として提唱された。しかし、現在では、目的的行為論を採用しない論者によっても支持されている。

1 まず、ヴェルツェルの見解を概観しておこう。ヴェルツェルは、目的的行為論の見地から、違法評価の対象を主観と客観の統一体としての行為であるとした。その上で、彼は、違法な行為態様それ自体が不法であるとする人的不法論を採用している。<sup>(58)</sup>そして、正犯性の本質的部分が人的不法に求められる以上、正犯の理解においても、まさしく不法な人間行動の中枢を明らかにしなければならないとする。<sup>(59)</sup>すなわち、「構成要件該当結果を目指す因果事象の目的的に意図された操縦によって、構成要件実現についての支配者だけが正犯者であり、<sup>(60)</sup>こうした目的統制力が目的的行為支配の内容であるという。また、「一般的に（故意的構成要件における一般的な人的不法要素としての）行為に対する目的支配は正犯性に属する」として、目的的行為支配こそが正犯性の本体であること<sup>(61)</sup>を明言したのである。

したがって、ヴェルツェルによれば、「共同正犯は、統一的行为を通じた行為支配が複数人のもとで共同して存在する点に特殊性がある正犯である」<sup>(62)</sup>。しかも、外見上単独正犯と異なる行為支配によって正犯性が認められるの

は、「共同正犯が分業の原理に基づいており、各共同正犯者は、自己の行為分担によってその他の者の行為分担を犯罪全体へと補充する<sup>(63)</sup>」ことで、自ら犯行全体についての目的的行為支配をもつからであるとされる。

2 他方、正犯性を目的的行為支配に求めるヴェルツェルに対して、W・ガラスは、制限的正犯概念を採用しつつ、実行行為を行う者が正犯者であるという。すなわち、「正犯者によって利用される手段は、正犯者の目から見て、自らの仕業として構成要件該当結果の発生させるものとして、その限度において、自己を『行為の支配者』と称するのに相応しいものでなければならぬ。換言すれば、構成要件該当行為とそれに基づく正犯性は、評価的考察方法ないし相当性の思考に導かれた考察方法によってのみ規定できる<sup>(64)</sup>」ため、実行行為の内容は、まさしく目的的思考によって評価的に捉えられるのである。

このような正犯概念を前提として、「共同正犯とは、共同の行為決意に基づいて行為支配の行使に加担したとみられる者であり、共犯とは、他人の行為支配を促進するだけの者である<sup>(65)</sup>」という。また、因果経過だけでは両者を区別できない場合にも、「客観的なものに向けられ、かつ、行為により客観的に形成されて現実に作用する<sup>(66)</sup>」ことを内容とする行為者の「意思の実現」によって区別される。以上のことから、評価的考察方法を通して、「行為支配に参加する集団的挙行の構成部分となるがゆえに、共同実行と等価値とみられる関与<sup>(67)</sup>」行為があれば、正犯性が肯定されることになる。

3 他方、ガラスと同じく制限的正犯概念から出発したが、目的的行為論を採用することなく行為支配論を採用するものとして、C・ロクシンの見解が挙げられよう。ロクシンによれば、「共同正犯は、各人が他者と共に全体事象を支配する点に独自性がある。このことは、共同正犯者が単独では全体的な行為支配をもたないが、…こうした完全な支配は共同正犯者らの手中にあり、彼らが共同で行為する場合にのみ、犯行全体の運命を掌握している<sup>(68)</sup>」

と述べる<sup>(68)</sup>。彼の見解では、関与者は各々の寄与を撤回するとき計画全体が失敗に終わるといふ点で、犯行全体を掌握しているため、まさしく共犯「現象の中心人物」であると評価できる。そして、当該「現象の中心人物」として機能的な行為支配を及ぼしていたことから、彼に正犯性が認められるのである<sup>(69)</sup>。

さて、これらの見解はいずれも、正犯性の本質を行為支配に求め、共同正犯を単独正犯と本質的に同質であることを明らかにした点では、正当である。しかし、ヴェルツェルは、もっぱら共同的な行為決意という主観的要素に行為支配の内容を委ねた点で、共同正犯の成立範囲を広げすぎのおそれがある。同様にして、ガラスの見解も、実行為の内容を検討する際、「行為者意思」を重視した点で価値的評価が混入するならば、ヴェルツェルに対する場合と同様の批判が妥当するであろう。かような見地からすれば、客観的事象にまたがる行為支配を重視したロクシンの見解が、妥当であるといえなくもない。しかし、すでに言及したように、予備段階の関与行為によっても客観的事象を左右しうるとすれば、機能的行為支配を実行段階の共働にのみ限定して、予備段階における共働を否定する態度は、理論上支持できないであろう。

## 第二章 共同正犯の構造をめぐる考察

1 以上、主要な学説を概観してきたが、共同正犯の構造はどのように解されるべきであろうか。まず、共同正犯の「正犯性」について、因果的共犯論にもとづく見解は、彼らのいう「本来の共犯」である共同正犯と「本来的正犯」にあたる間接正犯を区別できない以上、到底与することはできない。また、共同意思主体説は、団体責任を前提とする点に加えて、行為主体と刑罰主体を分離しなければ、各共犯者の関与形態に応じた罪責判断もできない点では、失当である。しかも、これらの見解は、なぜ共同正犯だけが他の狭義の共犯より重い刑事責任を負うかの

理由を示していない。したがって、共同正犯の本質をめぐっては、むしろ、本来的な正犯にあたるとした上で、共同正犯の構造を考えるべきである。

そもそも、共同正犯は、何らかの意味で共同して犯罪行為を行わなければならない。また、各関与者がどの犯行に加功したかを判断するためには、共同実行の意思が前提条件となる。すなわち、共犯者が自らの置かれた行為状況を認識するためにも、共同実行の意思として、自分の行為の意味を評価できる程度まで具体化された「行為計画」が存在しなければならない。具体的には、(一) 当該関与者が加功した犯罪行為とは何であるか、(二) その関与行為のもつ意義・地位を、他の関与者がどのように認識しうるかが、前述した犯行計画の内容となる。これらの要件のいずれかが欠けるならば、当該関与者は犯行計画の中で自分の行為がどのような意味をもつかを判断できないため、結局、各人の孤立した行為が存在するだけであり、共同行為とはみられないからである。<sup>(70)(71)</sup>

2 かような共同実行の意思にもとづいて、各関与者はどのような行為をするべきであろうか。この点をめぐって、共同正犯の実質を共同的実行に求める見解だけでなく、因果的共犯論にもとづく見解にあっても、実行行為に準ずる事実を含めた、共同正犯の実行行為性を検討の対象としている。その際、私は、実行行為の内容を、構成要件該当結果の現実的危険性を具備した行為とみる一方、そこでいう現実的危険性を、事前判断により当該結果発生に必要な実質が犯人の行為に備わったことに求めたい。すなわち、関与行為の実行行為性は、各々の行為が構成要件該当結果の現実的危険性を有する場合にのみ認められる。

他方、実行段階における共働では、共同実行の意思にもとづいて、各関与者が自らの置かれた行為状況を判断することになるが、この行為状況には、他の共犯者がどのように行為するかという内容も含んでいる。その意味で、共犯仲間の行為は、当該共犯者にとって客観的な行為状況にすぎない。したがって、共犯者の行為が実際に行われ

たかどうかは、単なる行為状況として、その者の共犯行為の評価それ自体には影響しない。なぜならば、各関与者は、すでに共同実行の意思を通じて、仲間がそれぞれの行為により加担することを前提とした共犯関係に入っているからである。

3 以上のことから、実行段階における共犯者間の共働が、一部実行の分担で足りるのは、共同実行の意思の下で、仲間の関与を前提としつつ、自らの一部実行が構成要件該当結果発生<sup>72</sup>の現実的危険性をもつと認められるからである。例えば、形式的には構成要件に該当しない見張り行為についても、こうした見張りがなければ、他の共犯者が実行行為に出ないという関係にあるならば、犯行計画上も見張りを前提とした行為状況が存在するため、当該見張り行為には、実行行為の分担があつたとして、全員に共同正犯が成立しうるのである。

同様にして、予備段階における共働に対しても、この種の共同正犯を認めることができよう。例えば、銀行強盗の場合にしばしば必要となる防犯装置の解除という予備段階の加担行為では、犯行計画上もこうした解除措置を必要条件とする行為状況があるならば、まさしく防犯装置の解除によって、強盗罪の実行行為が左右されるからである。また、こうした予備段階の加担は、強盗罪における現実的危険性を内包しているが、このような予備段階の加功は、共同実行の意思がない関与者によっても行いうるといえなくもない。しかし、後者の場合には、当初の共犯者と異なる者が予備段階で加担した点で、最初の共同実行の意思とは異なる行為状況が作出されており、その範囲で、もはや第一の共同実行の意思にもとづく強盗の実行はなかつたのである。かようにして、予備段階の共働にあつても、事前判断により当該結果の発生にとって必要と判断される実質を具備することが求められている。

4 なお、共謀共同正犯については、どうであろうか。共謀段階で実行行為性が認められるかどうかは、共謀後に遂行される共犯者の行為を規定する一方、その後の実行行為の前提条件となることを通じて、その結果発生に必

要と評価されるだけの実質的内容が共謀の中になければならない。例えば、犯行の日時・場所を特定するなど、各関与者の行為態様を決定し、犯罪の成立を確実にするだけの具体的内容が共謀に含まれて初めて、共謀における実行行為性が肯定されるのである。なるほど、共謀共同正犯では、共同実行の意思が共謀の過程を通じて生成されるため、共謀を開始した時点では、まだ共同実行の意思は存在していない。しかし、共謀の内容が実行行為性を獲得するだけの状態になったとき、その具体的内容を共謀の参加者が認識することによって、共同実行の意思も存在したことになる。したがって、共謀共同正犯においても、共同実行の意思と実行行為性がともに必要となるのである。<sup>(73)</sup>

こうした見解に対しては、職業的殺人者に殺人を依頼するという典型的な教唆の場合にも、この依頼が確実に殺人を実行させるとすれば、そこにも、殺人の現実的危険性があり、教唆犯と共謀共同正犯を区別できないと批判される。しかし、実行行為の中核をなす現実的危険性は、単に結果発生危険性だけに着目したものでなく、犯行計画の下で共同実行の意思を介して構成要件該当結果が発生する現実的危険性である。すなわち、共同実行の意思をもつ各関与者にとって、犯行計画による危険が現実化する範囲は限定されるが、職業的殺人者に殺人を教唆する場合の現実的危険は、教唆者である依頼者と職業的殺人者の間で何ら限定されていない。なぜならば、こうした教唆行為は、殺人の事実にとって一つの契機にすぎず、職業的殺人者は、犯行の日時・場所・態様などについて自由に選択しうるからである。しかし、かりに依頼者が殺人の日時や場所を詳細に指定した結果として、職業的殺人者の実行行為を具体的に規定したとみられる場合、(背後にいた)依頼者の行為が実行担当者(職業的殺人者)の犯罪実現にとって必要不可欠となったとき、当該危険の現実化が一定の範囲内に限定されるため、もはや単なる教唆にとどまらないこともあるう。

以上、共同正犯の構造としては、共同実行の意思にもとづき、他の共犯者の関与行為を包摂した客観的な行為状況の中で実行行為と認められること、すなわち、共同的実行行為でなければならないことが明らかになった。また、共同正犯にとって前提となる実行行為性は、共同者の存在を前提として初めて肯定される点で、単独犯人の実行行為をもって刑法典各則に規定された構成要件に該当するかどうかを論じる間接正犯の場合とは、明白に異なるといえよう。その意味では、まさしく刑法典六〇条が「共同して犯罪を実行した者は、全て正犯とする」と表現したことで、各則の犯罪構成要件を修正する過程を通じて、共同正犯における形式的な実行行為の共同が可能となるのである。

本稿では、共同正犯をめぐる諸問題を取り上げるのに先立って、まず、共同正犯がいかなる構造になっているかを考察した。その際、共犯現象が進展する時系列に沿って検討した結果、およそ共同正犯は、共同実行の意思にもとづいて、他の共犯者の関与行為を予定した行為状況の中で遂行される実行行為であること、すなわち、共同的実行行為が本質をなすことを論証した。しかし、こうした理論構造は、共同正犯が成立する際には妥当するとしても、共同正犯の成立を妨げる要因があるとき、例えば、共同関係からの離脱や違法性阻却事由が認められる場合にも、妥当するであろうか。なお、本稿で得られた共犯論を採用した場合、共犯者間でどのような帰結をもたらすかも含めて、これらの問題については、今後の課題としたい。

(1) 警察庁編・平成一五年版警察白書(平一五)一頁以下参照。

(2) 平成一七年の共犯事件の割合は日本人が一六・九%なのに対し、来日外国人の場合は七二・六%と半数以上が共犯事

件であり、その割合も平成一一年から増加し続けている。また、共犯の人数についても、日本人の犯行では二人の場合が一・三％であり、共犯事件の六割以上を占めており、少数人数による犯行が多いのに反して、来日外国人の犯行では、三人の場合が三三・八％、四人以上の場合が二二・〇％となっており、多人数となる傾向が示されている。さらに、共犯事件の中で八七・〇％を占める侵入盗では、四二・四％以上の犯行が四人以上の者による統計も示されている（平成一八年版警察白書一七八頁）。

(3) 平成一八年版犯罪白書によると、一般刑法犯の共犯率は、成人においては一八％なのに対し、少年においては二五・八％と高い。

(4) 司法統計年報によると、平成七年では、刑法犯第一審有罪人員中の共犯関係者総数七、四七四名に対して、教唆者は一六名（〇・二％）、従犯は一五八名（二・一％）、平成八年では、刑法犯第一審有罪人員中の共犯関係者総数七、五二四名に対して、教唆者は二三名（〇・三％）、従犯は一二二名（二・三％）、平成九年では、刑法犯第一審有罪人員中の共犯関係者総数七、九四三名に対して、教唆者は二六名（〇・三％）、従犯は一八四名（二・三％）、平成一〇年では刑法犯第一審有罪人員中の共犯関係者総数九、一八九名に対して、教唆者は一八名（〇・二％）、従犯は一四〇名（一・五％）である。なお、平成一一年版以降は、統計の仕方が変わったため、共犯内部の割合を知ることが出来ないが、共犯をめぐる判例の態度が大きく変化したとは認められず、共同正犯の占める比重は、実務上も、依然として高いといえよう。

(5) 西田典之「共謀共同正犯について」平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻（平二）三六六頁、同・刑法総論（平一八）三二四頁。

(6) 西田・前掲平野古稀上巻三六六頁、同・前掲書三二〇、三三四頁。

(7) 西田・前掲平野古稀上巻三六七頁、同・前掲書三四頁。

(8) 西田・前掲平野古稀上巻三六七頁。

(9) 西田・前掲平野古稀上巻三七五頁、同・前掲書三三八頁。

(10) 西田・前掲書三三四頁。

(11) 山口厚・刑法総論（補訂版・平一七）二五三頁。

(12) 山口・前掲書二五三頁。



- (13) 山口・前掲書二六一頁注七。
- (14) 山口・前掲書二七四頁。
- (15) 山口・前掲書二七六頁。
- (16) 山口・前掲書二七七頁。
- (17) 山口・前掲書一九八頁。
- (18) 西田・前掲書三七三―三七四頁、山口・前掲書二七〇頁。
- (19) 西田・前掲書六九頁。
- (20) 西田・前掲書三二七頁。
- (21) 山口・前掲書三〇頁。
- (22) この点について、共犯の因果性に物理的因果性だけでなく、心理的因果性も必要とする見解〔町野朔「惹起説の整備・点検」刑事法学の現代的状況（内藤古稀・平六）二二八頁以下、前田雅英・刑法総論講義〔第4版（平一八）四一―四二二頁）があるが、島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」神山敏雄先生白稀祝賀論文集第一卷（平一八）四六一頁が指摘するとおり、心理的因果性を特別視することは許されない。
- (23) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（二・完）」法協二二二卷第一〇号（平一六）一六九七頁。
- (24) 島田聡一郎・前掲神山古稀第一卷四六五頁。
- (25) なるほど、嶋矢・前掲法協二二二卷一〇号一六九七頁が掲げる設例によれば、予め日時・場所・方法を詳細に計画して実行者に殺人を依頼した後、依頼者と被依頼者の間で全然やりとりがなかった場合にのみ、教唆犯が成立するというのであろうか。これとは逆に、本文中の設例における医師と看護師の関係で、看護師が医師の殺意に気付かなかったが、医師から最初の指示を受けた後、相互に何らかのやりとりがあったならば、それだけで、医師が常に共同正犯になるのであるろうか。
- (26) 草野豹一郎・刑法要論（昭三二）一一八、一一九頁。同・刑法改正上の重要問題（昭二五）三二五頁。
- (27) 齊藤金作「共犯理論の研究」（昭一九）一八九、一九一頁。
- (28) 齊藤・前掲書一九九頁。

- (29) 下村康正「共謀共同正犯と共犯理論」(昭五〇)一三九頁。
- (30) 西原春夫・刑法総論改訂準備版「下巻」(平五)三九六頁。
- (31) 西原・前掲書三七五頁。
- (32) 小野清一郎・犯罪構成要件の理論(昭二八)二五一頁。
- (33) 小野・前掲書二五一頁。
- (34) 小野・前掲書二六九頁。なお、共同正犯を定めたドイツ刑法典二五条二項について、各則の構成要件から新たに共同正犯の構成要件を作り出し、こうした特別な制裁規範の構成要件を単独正犯として実現するのが共同正犯であるというの<sup>45)</sup>、Georg Freund, *Strafrecht A. T.*, 1998, S. 372 以下。
- (35) 小野・前掲書一七〇頁。
- (36) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版追補・平七)三七三頁。
- (37) 団藤・前掲書三九一頁。
- (38) 大塚仁・刑法概説(総論)(第三版増補版・平一七)二二六頁注(二三)。
- (39) 大塚・前掲書二七五―二七六頁。
- (40) 大塚・前掲書二七六頁。
- (41) 大塚・前掲書二八四―二八五頁。
- (42) 大谷實・刑法講義総論(新版第2版・平一九)四二三頁。
- (43) 佐久間修・刑法講義〔総論〕(平九)三五二頁。
- (44) 団藤・前掲書四〇一頁注三二、最決昭和五七・七・一六刑集三六卷六号六九五頁など参照
- (45) 大塚・前掲書二九一頁。
- (46) 藤木英雄・刑法講義総論(昭五〇)二八四頁。
- (47) 大谷・前掲書四三二頁。
- (48) 橋本正博「行為支配論」と正犯理論(平一二)一六四頁。
- (49) 橋本・前掲書一六五―一六六頁。

- (50) 橋本・前掲書一六九頁。
- (51) 橋本・前掲書一七七頁。
- (52) 橋本・前掲書一七八頁。
- (53) なお、照沼亮介・体系的共犯論と刑事不法論(平一七)二二頁注三五は、前法的な意味の規範ではなく、刑法上の解釈から導出される規範であるとして、「行動規範」という用語を採用される。しかし、論者自身が述べるように、その実質は「行為規範」と同意義である以上、本稿では従来の用語法に従って、直接に引用した部分を除いて「行為規範」の語を用いた。
- (54) 照沼・前掲書一三八頁。
- (55) 照沼・前掲書一四四頁。
- (56) 照沼・前掲書一四四頁。
- (57) 照沼・前掲書一四四頁。Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 292ff.; Hans-Joachim Rudolph, Zur Tatbestandsbezogenheit des Täterschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 374f.; René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 197; Frank Zieschang, Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium? ZStW, Bd. 107, 1995, S. 375.
- (58) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 51.
- (59) Welzel, a. a. O., S. 98.
- (60) Welzel, a. a. O., S. 99.
- (61) Welzel, a. a. O., S. 100.
- (62) Welzel, a. a. O., S. 107.
- (63) Welzel, a. a. O., S. 107.
- (64) Wilhelm Gallas, Beiträge zur Verbrechenstheorie, 1968, S. 89f.
- (65) Gallas, a. a. O., S. 103.
- (66) Gallas, a. a. O., S. 86.

- (67) Gallas, a. a. O., S. 103 f.
- (68) Roxin, a. a. O., S. 277.
- (69) Roxin, a. a. O., S. 278.
- (70) デンカーによれば、複数行為犯としての強盗では、行為者の犯行の決意によって、暴行と奪取という二つの行為が、強盗罪という一個の構成要件に結合されており、こうした現象は、いずれの犯罪でも生じうる以上、まさしく犯行の決意こそが、客観的に分割可能な行為を結びつけたこと<sup>69</sup> (Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, S. 153 f.)。そして、こうした犯行の決意を分析するならば、その中核となる犯行計画は、主観的な構成要件要素というだけでなく、客観的な構成要件要素を統合する契機になるとされる (ders., a. a. O. S. 156 ff.)。同様にして、Stratenwerth/Kuhlen *Strafrecht A. T.*, I, 5. Aufl., 2004, S. 286<sup>70</sup>、共同の犯行決意が個別的な行為を統一体にまとめること<sup>71</sup>、共同正犯の対象が確定されること<sup>72</sup>。
- (71) これは逆に、Günther Jakobs, *Strafrecht A. T.*, 2. Aufl., 1991, S. 617 ff. によれば、相互の取り決めてある共同の犯行決意の代わりに、直接的には実行に加わらないが、構成要件該当事象の具体的な経過である犯行の各要素（行為者、行為客体、侵害の程度、その手段）を確定する寄与をした者は、自らの寄与と実行担当者<sup>73</sup>の行為を結びつける一方的な決意<sup>74</sup>に足りる<sup>75</sup>。なお、vgl. Heiko Lesch, *Die Begründung mitäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, ZStW., Bd. 105, 1993, S. 291 ff.; Kristian Kühl, *Strafrecht A. T.*, 5. Aufl., 2005, S. 624; ders., Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl., 2004 § 25 Rdn. 10. したがって、これらの相互的な意思連絡を不要とする見解では、因果的共犯論と同様、複数行為の相互関係を適切に説明できなかつた<sup>76</sup>。
- (72) Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O., S. 290 f.
- (73) Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, a. a. O., S. 290; Cramer/Heine, Schönke-Schröder-Cramer, StGB., 27. Aufl., 2006, § 25 Rdn. 68; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl., 2004, S. 300 f.