

共同正犯における「意思連絡」の意義について（二・完）

内海 朋子

- 一 はじめに
- 二 共同正犯の成否が問題となる事例群
- 三 「意思連絡」は「心理的因果性」のみを基礎づけるとする見解
- 四 「意思連絡」が「心理的因果性」と共同正犯における正犯性の双方を基礎づけるとする説
- 五 因果性概念を用いた共犯帰責論の問題点
- 六 小括（以上亜細亜法学第三九卷第二号）
- 七 ドイツ学説における「意思連絡」要件
- 八 単独正犯と同一原理で帰責を説明する見解
- 九 共同正犯規定に帰責に関する創造的な意義を認める見解
- 一〇 ドイツ学説における意思連絡の意義
- 一一 結語（以上本号）

七 ドイツ学説における「意思連絡」要件

前章までは、個々人の行為と結果との因果性を基軸として、共同正犯における帰責を説明づける日本の諸学説に関して、検討を加えてきた。特に共同正犯の処罰根拠として因果的共犯論を重視する見解は、共同正犯における意思連絡要素を、個々人の行為と結果との因果関係を基礎づけるものとして捉える傾向が顕著である。一方、ドイツの機能的行為支配説⁽¹⁾から影響を受け、共同正犯の正犯性を機能的行為支配に求め、「意思連絡」が「心理的因果性」と共同正犯における正犯性の双方を基礎づけるとする説においては、「意思連絡」は正犯性の基礎づけと結果帰責という、二重の役割を担うことになる。

ところで、日本が「輸入」を試みてきた、行為支配説や機能的行為支配説、あるいは全体行為計画論の誕生の地であるドイツでは、共同正犯において個々人の行為と結果との間には、自然的・物理的な意味での因果関係は不要である、とする立場が非常に有力である。各人の行為寄与と結果との因果性が否定されるにもかかわらず、他人の行為を自己の行為として帰責し、他人により惹起された結果も自己によって惹起されたと考えることによって結果帰責を肯定することにこそ、二五条二項（共同正犯規定）の意義がある⁽³⁾、と考えるからである。

このような主張の背景には、自然科学的・物理的意味での因果関係は人間の心理領域には適用不可能との基本的認識が存在しているように思われる。すなわち、ある人間の言動に対して他の人間がどのような反応を示すのか、どのような行動を取るかなど、人間活動における心理的な動機形成過程が、物理的因果性とまったく同様に科学的に解明可能であるとしたら、その過程を逐一「自然科学的に」解明していかなければならない。しかしそ

のような人間の心理に関する自然的因果法則は現在のところ証明されておらず、したがって動機形成の自然科学的分析もまた、不可能である。

さて、心理的因果関係に関する理解の相違は当然のことながら、「意思連絡」の果たす役割の違いに帰着する。日本では、共同正犯について意思連絡不要説・必要説の対立があるものの、いずれにせよ、意思連絡は心理的因果性を基礎付けるとの見解が支配的である。一方、ドイツでは、意思連絡不要説は少数有力説にとどまり、通説は、共同正犯成立のための主観的要件として「共同行為決意」（日本における意思連絡に相当する。以下では両者を同義に扱う）を要求する⁽⁶⁾。したがって、意思連絡必要説・不要説といった対立軸はここでは有用ではなく、ドイツ学説は、むしろ意思連絡の存在を前提に、共同正犯の帰責原理は単独正犯と同一原理で説明できると考えるか、意思連絡こそが共同正犯に特有の帰責原理を基礎付けるとするかで鋭く対立しているのである。共同正犯における正犯性と帰責原理に関する学説はドイツにおいても錯綜しており、その分析は容易ではないが、以下では、帰責原理を単独正犯と同様に説明するか、共同正犯特有の帰責原理を導入するかで学説を分類し、各々についてその正犯原理と帰責原理とを検討してみたい。その上で、ドイツ学説における「意思連絡」の意義を探ることにする。

八 単独正犯と同一原理で帰責を説明する見解

1 相互的間接正犯説

単独正犯と同一原理で共同正犯を説明しようとする見解として代表的なのは、共同正犯を相互的な間接正犯と

とらえる相互的間接正犯説であり、ライヒ裁判所判例に多く見られる立場である。⁽⁷⁾ 共同正犯を双方向的な間接正犯として構成する思考は、共謀共同正犯との関連で主張された間接正犯類似説として日本でもよく知られている。⁽⁸⁾

同説は、共同正犯の正犯性を単独正犯と同一原理で説明し、帰責についても、共同行為決意を媒介とした心理的因果関係概念を用いて個人責任の範囲内で説明づけると解釈されているようである。しかし正犯性については、間接正犯における道具理論を共同正犯にそのまま適用することに対して、日独いずれにおいても批判が強い。⁽⁹⁾ 間接正犯論においては、背後者の行為を価値的に見て直接正犯と同視しうるかが問題となるが、間接正犯と共同正犯（特に対等な立場で行われる実行共同正犯）とでは、実行行為を直接行う者に対して及ぼす拘束力や支配関係に大きな違いがあり、同様の評価はできないはずだからである。⁽¹⁰⁾

また、帰責についても、共同正犯規定の意義がなくなる点、⁽¹¹⁾ 共同行為決意は未遂よりも前の段階で行われるものであり、実行行為の一部を形成するものではない点、さらに他者の行為を約束によつて自己が惹起した「結果」とみなすなら、その他人の行為は、自己の構成要件的行為を形成し得ない点が批判されている。⁽¹²⁾ すなわち、心理的因果関係は、行為寄与それ自体からではなく、それに先行する共同行為決意から生じており、例えば事例4（拙稿）「共同正犯における『意思連絡』の意義について（二）」亜細亜法学三九巻二号九四頁以下に掲げられた事例を参照。以下同様）の場合、Yの財物奪取行為から生じた占有移転という結果は、Xの脅迫行為にはなく、それに先行する共謀行為にこそ帰責されるべきことになる。そしてYの財物奪取行為は共謀行為と占有移転結果との間における因果経過に過ぎないのであるから、共同行為決意による占有移転プラス脅迫イコール強盗行為、強盗結果とはなりえない。⁽¹³⁾ あくまで窃盗の間接正犯プラス脅迫の直接正犯が成立するだけであり、財物奪取行為と脅迫行為を結合させて強盗の共同正犯とする契機は、相互的間接正犯説には存在しないはずなのである。

2 相互的教唆説

一方、教唆と共同正犯の同質性に注目し、共同正犯は相互的な「教唆」であるとする相互的教唆説（プツペ）ならば、相互的間接正犯説における介在者の道具性の問題を回避できる。同説は、自由意志に基づく第三者の行為の介入によって行為と結果との因果的な連関性が弱まるにもかかわらず、教唆犯と共同正犯が何故正犯と同等に扱われるのかに注目し、その理由を、不法を行うことについての了解があり、この了解が当該行為の遂行を（共同正犯のときは相互的に、教唆犯の場合は教唆者が非教唆者に対して）義務づける点に求める。⁽¹⁴⁾ この見解によれば、共同正犯における相互的行為帰属の実質もまた、実行行為への相互的な教唆に求められることになる。しかしながら同説は、教唆が幫助よりも重い不法を有しており、正犯と同様に処罰されるとしても、あくまで狭義の共犯であり、ドイツ刑法二二五条二項で正犯と位置づけられている共同正犯との質的な相違の説明づけに行き詰まらざるを得ない。⁽¹⁵⁾ という欠点を持つ。事例4のような役割分担型の場合について考えてみると、X・Y間に存在するのが、それぞれが、それぞれの不法を犯すということの了解（Xは脅迫罪、Yは窃盗罪を犯すという了解）であるとするなら、XにはYの窃盗行為への教唆、YにはXの脅迫行為への教唆が認められるのみで、強盗行為に対する結果帰責は生じないはずである。⁽¹⁶⁾

また、プツペが単独正犯と同様、心理的領域においても妥当するという合法則的因果関係論に対しても批判は向けられる。クナウワーは、他者に対する心理的影響力に関して、没価値的な自然的因果法則と同様に判断するとプツペが考える点に関し、教唆行為・共謀行為と結果との間に合法則的因果関係が存在する、つまり当該教唆行為・共謀行為によって直接行為者がそのように行為するよう決意したという関係が成立するためには、なぜこのような決意がなされたかという動機が示されねばならず、その上で、因果性の認定には、少なくともどの動

機を考慮し、どの動機を考慮すべきでないかについて一定の基準が必要である、とする。しかしながら、心理的影響力は自然現象に働きかけることにより生じた結果を帰責するのとは異なる帰責原理に基づくものであって、合法的因果関係論のような決定論的帰責理論ではなく、規範的観点からの判断が必要である、という。⁽¹⁷⁾

九 共同正犯規定に帰責に関する創造的な意義を認める見解

1 集団的行為支配説

集団的行為支配説⁽¹⁸⁾によれば、自己の行為寄与によって客観的事象の操縦・制御を集団に委ね、共に基礎づけ、共に可能にした者が共同正犯者であり、構成要件の結果に向けての目的因果の操縦は、個々人ではなく、集団に委ねられている、とされる。同説によれば、各人の行為は他の関与者の行為と結びつくことによって事象経過に対する共同行為支配を獲得し、共同行為支配を集団に対して付与することによって、共同正犯者としての行為支配性を具備するのであり、各人にとっての行為支配とは、集団的共同行為支配の一部を担っていることにならず、⁽¹⁹⁾このような理解によれば、集団行為から生じた結果を各行為者に帰責させることは、なんらの問題もない。⁽²⁰⁾しかしながら、集団に共同行為支配を付与する点が個人責任の原則に反し、団体主義的な色彩を残すとして批判されている。⁽²¹⁾また、同説を主張したゲッセルは、集団的行為支配説はロクシンの主張する機能的行為支配説と同一の発想に立つものである⁽²²⁾としているが、「重要な寄与」基準を採用しない点⁽²³⁾において、幫助との区別基準が不明確である、ということができよう。

2 機能的行為支配説

ドイツにおいて多くの支持を集めている機能的行為支配説⁽²⁴⁾は、「その者の行為寄与なしには犯罪計画全体が失敗に終わるであろうと判断される程重要な役割を担っているか」という定式に拠って共同正犯性⁽²⁵⁾にその正犯性⁽²⁶⁾を認める学説である。この定式によれば、「意思連絡」を通じて策定された犯罪計画における行為者の役割が、その者の行為寄与なしには犯罪計画全体が失敗に終わるであろうと判断される程、重要なものであるかが、共同正犯認定の具体的基準となる。この定式は、計画された犯行の成否が当該行為者の掌中に収められているかという形で単独犯における行為支配概念との平行性を意識しており、特に共同正犯の正犯性の根拠付けに着目した基準⁽²⁶⁾ということができる。

しかし、この定式に関してはヘルツベルクが早くから次のような異議を唱えていた⁽²⁷⁾。まず、機能的行為支配説のように各共同正犯者が全体行為に対する支配を有しているとすれば、二五条二項がなくても正犯としての処罰が可能であるから、共同正犯規定の意義が消滅してしまう。また、いわゆる付加的共同正犯事例(事例3参照)においては各人の行為寄与がなくても犯罪計画が水泡に帰すとはいい得ないから機能的行為支配性が否定されるはずである。もし、付加的共同正犯事例において結論の妥当性を確保するために行為の重要性判断において結果との関連性を不要とするならば、今度ほどのような寄与であっても重要ということになりかねず、概念の弛緩をもたらす基準としての役割を果たさない、と。

このヘルツベルクの批判を受けて、ロクシンは、現在では、共同正犯の正犯性は、事前的観点から全体行為計画の実現に重要な役割を果たした点に認められ⁽²⁹⁾、当該行為寄与が結果実現に必要不可欠であることまでは要しない、としている。機能的行為支配性が直接正犯における「行為支配」や間接正犯における「意思支配」よりは実

体的支配として弱いものであることを認めつつ、「本質的役割」とは事前的に見て結果発生の可能性を著しく高めるような重要なものであればよいとするのである。⁽³⁰⁾

それでは、帰責原理について機能的行為支配説はどのように理解しているのであろうか。同説における帰責原理については、単独正犯と同じように努めて因果法則的観点から把握しようとする試みもある。機能的行為支配説では共同正犯性の認定と結果帰責に問題が生じるとされる付加的共同正犯⁽³¹⁾に関して、プツベが、ロクシンは付加的共同正犯事例での帰責根拠を「潜在的因果関係」——当該行為が事前的に見て結果惹起に適していれば結果帰属を肯定する——に求めていると評価するのはその典型例である。またシャールは、「事前判断による因果関係」などという概念は矛盾以外の何物でもないためこれを認めることはできず、結局共同正犯における個々の行為者と結果との因果関係についてロクシン説は共同行為決意に基づく心理的因果関係に依拠するより他はないであろう、とする。⁽³³⁾

しかしながら、付加的共同正犯について寄与の同等性を認めることにより共同正犯性を認め、さらに二五条二項による帰責の拡張機能⁽³⁵⁾によって関与者全員に結果帰責を認めるべきだとしたヘルツベルグに対し、ロクシンは、ヘルツベルグの機能的行為支配の理解は狭きに失するとして、事前的に見れば他の関与者のいずれの発砲行為も重要な役割を果たしており、成功の確率を高めているのであるから、重要な寄与を認めることは可能であるとした。そして予め策定された行為計画の中で、重要な役割を果たすという要件を充足しさえすれば、実際に行為計画が遂行されて結果が生じた場合には、——ヘルツベルグと同様——共同正犯規定の創造的機能により、結果を関与者全員に帰責しうる、とする。⁽³⁶⁾さらに、ヘルツベルグとロクシンの見解を止揚したクナウワーは、分業によって個々人が成し得る以上の危険性の増加が肯定され、客観的・物理的に結果発生の可能性が高まること、また行為

者間の心理的な連帯感により、犯罪遂行の決意が促進され、規範意識による犯行抑制が弱まることを根拠に、一部実行全部責任が認められる、としている⁽³⁷⁾。

3 全体行為計画論

デンカーにより主張された全体行為計画論は、「共同行為決意」を共同正犯の本質的要素とし、共同正犯の帰責原理を「全体行為」と「部分的行為」の概念で説明する⁽³⁸⁾。この見解によれば、ドイツ刑法二五條二項の意義は、個人を予定している各構成要件を「了した者達は」と修正し、刑についても、「単独正犯と同様に」処罰される、と修正して、全体行為についての構成要件を創設する点に求められる⁽³⁹⁾。そして、全体行為が「多数人で共同して行為を行う」という全体構成要件に該当した場合、①全体構成要件の形成によって可罰性を拡大させる、②共同正犯を単独正犯のように扱う、という二つの法的効果が生じる、という。

さて、デンカーによれば、各々の行為者の部分的行為が一つの全体行為の一部とみなされるためには、各行為者には行為が開始される以前に定立された行為計画連関についての認識が必要である。ことに共同行為決意は単独犯における行為決意とは異なって、いくつかの行為主体の行為を結合させる機能を有しており、例えば事例4においてX・Yの行為は脅迫行為・財物窃取行為としてではなく、共同行為決意で結びつけられることにより、強盗の共同正犯行為として評価される⁽⁴⁰⁾。このような各人の行為を結合させる根拠は、意思連絡を通じて互いの行為を相互に補完することにより、失敗の可能性を大幅に減少させながら、共同者全員によって目指された同一目的を単独犯の場合よりもはるかに実現させ得る点に求められる。ここでは意思連絡に基づく相互的な協力関係による犯罪成功の可能性の増加こそが重要であり、その点にこそ共同正犯の本質が求められているのである。

帰責原理に関してデンカーは、個々人の行為と結果との因果関係は必要ないと考える⁽⁴¹⁾。結局、全体行為と結果との原因連関があれば足り、他の関与者の行為の帰属が認められれば、他の関与者の行為から生じた結果も行為に付随して帰属し、個々の行為寄与と結果との因果性を問題とする必要はないのである⁽⁴³⁾。

以上のようなデンカーの全体行為計画論に対しては、全体行為として包括可能な範囲についての明確な指標がなく、全体行為計画概念とは曖昧な概念である、狭義の共犯との区別が解消してしまう、などの批判がなされている⁽⁴⁴⁾。

一〇 ドイツ学説における意思連絡の意義

1 正犯性認定における「意思連絡」の意義

機能的行為支配説において共同正犯の正犯性を根拠付けるのは、重要な寄与概念である。重要な寄与の基準は、第一義的には、全体行為計画に含まれる部分的寄与のうち、正犯性を具備するに至らないものを幫助とする役割を果たす⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾。幫助は、行為支配性を有する正犯者の行為に対して付随的な寄与をなすにすぎない行為であるから、たとえ犯罪行為の実行について了解が存在したとしても、他の関与者の行為内容との関連で相対的に付随的な立場にあったにすぎないと考えられる者については、従たる地位—幫助を認めれば足りる。意思連絡によって策定された全体行為計画の中で、重要な役割を果たすことによって因果の操縦・統制を行っているといえる者についてのみ、共同正犯としての罪責を問うるのであり、この観点から両者を区別することができる。

ここで注意すべきは、重要な寄与であるかを決定するにあたって、「全体計画を前提として初めて、各人の行

為寄与の機能性を語り得る」⁽⁴⁷⁾のであって、重要な寄与か否かは全体計画に照らして相対的に定めざるを得ない、という事実である。そして全体計画とは意思連絡を通じて策定された行為計画に他ならないから、機能的行為支配説における寄与の重要性もまた、意思連絡を通じて形成された行為計画の中での重要な寄与を考えるものであり、事前的観点から結果発生の可能性を大幅に高めたかどうかの判断は、行為計画——予め約束された一連の行為遂行過程——との関連で相対的にのみ決定しうることになる。⁽⁴⁸⁾そして寄与の重要性判断に関して、相対的に決定する見解——すなわち関与者間相互の立場の対等性に注目する見解も登場しているのである。⁽⁴⁹⁾

全体行為計画論においては、共同行為決意、そしてそれを通じて形成される「全体行為計画」はいうまでもなく、共同正犯性を認めるための重要な基礎となる。⁽⁵⁰⁾相手側の行為を認識しさらに相手側の行為の効果を利用して自己に帰属させる意思と同時に、相手側の行為を補充しその者の行為に自己の行為の効果を帰属させる意思、すなわち共同行為決意を通じて全体行為計画を形成することによって初めて各人の行為が全体行為へと結合されると考えるからである（例えばAの窃盗行為とBの暴行・脅迫行為がA・Bの強盗行為として評価される）。

2 帰責における「意思連絡」の意義

ところで、全体行為計画から相対的に導き出される「重要な寄与」概念は、共同正犯と狭義の共犯の限界づけとしての役割のみならず、各人の行為およびそこから生じた結果を相互的に帰責できるか否かを決定付ける要素として働くことがある。既に検討したように付加的共同正犯について、重要な寄与であるかどうかは、複数の未遂の同時犯ではなく、既遂の共同正犯を認める根拠となっている。しかし実は、「重要な寄与」概念それ自体は、相互的帰責の根拠としては不十分なものといわざるを得ない。行為前に策定された行為計画の中で重要な役割を

果たすかどうかという事前判断基準によって決定される重要な寄与概念が（未遂犯の共同正犯の成立を根拠づける）というのであればともかく）、相互的結果帰責を根拠づけうるのかは疑問だからである。

付加的共同正犯における相互的な結果帰責の根拠はむしろ、各人の関与が意思連絡を通じて決定された全体行為計画の中に組み込まれており、そして全体行為計画通りに共同実行が行われてそこから結果が生じたという点に存する。ここでは二つの問題を区別しなければならぬように思われる。まず第一は、各人の行為を一つの犯罪遂行過程として包括的に評価することができるかどうか、各人の寄与の重要性の決め手となる全体行為計画自体がそもそも存在しているのかであり、第二は、第一の問題がクリヤーされた上で、全体行為計画通りに犯罪が遂行され、その全体行為計画の実行から結果が生じたといえるかどうかである。このうち、付加的共同正犯事例において生じるのは第一の問題についてである。すなわち、行為者がそれぞれ殺人罪の客観的構成要件を充足するに十分な行為を行っているため「分業」としての要素が希薄であって、同一犯罪の遂行に向けられた全体行為計画を觀念しにくく、そのために相互的な結果帰属に対する疑義が生じるのである。

しかしながら付加的共同正犯の事例を、一回目の発砲では弾が外れたが、二発目は被害者の心臓に命中し、殺害目的を達成したという単独犯のケースとパラレルに、一発目をXが、二発目をYが行うという形で一個の殺人が遂行されたと考えるならば、結果発生に向けての単一の全体行為計画内における分業である、と考えることは不可能ではない（広義の分業）⁽⁵²⁾。択一的共同正犯事例（XとYが、二本の道のうちのいずれかを被害者が通るところを予測して、相談の上それぞれ別の道で被害者Aを待ち伏せしていたところ、AはXが待ち伏せしている道を通ったため、XがAを殺したような事例）においても事情は同様である。ここでは事前的にみてX・Yの行為のうち、いずれか一つしか、結果発生に役立たないことが明らかであって、事後的にみて役立たなかったYの待ち

伏せ行為は予備行為程度にしか評価されないはずであるにもかかわらず、両者の行為を一つの結果発生に向けての役割分担行為として、全体行為計画として包括的に考察し得るかどうかが問われている。⁽⁵⁴⁾ 付加的共同正犯事例・択一的共同正犯事例いずれにおいても、結果に対して因果性を有しない個別的行為について、一体いかなるときに単独行為ではなく意思連絡を通じて形成された全体行為計画の一部として評価され得るのかが問題とされているのである。

この点に関して、ロクシンは重要な寄与の有無の判断という形式を採りつつも、実質的には分業により客観的・物理的に各人が成し得る以上の危険性の増加が肯定され結果発生の可能性が高まっているかに着眼し、さらにクナウワーはそのような危険増加があったどうかに加え、行為者間の心理的な連帯感により、犯罪遂行の決意が促進されたかどうかに注目している。すなわち、同一目的の達成のために意思連絡を通じて犯罪遂行における障害を協力しながら除去し、失敗のリスクを減少させながら共同して事象を統制・操縦する実体があるかどうか全体行為計画を認める決定的なポイントとなる。もし、意思連絡において予定されている共同な因果統制が失敗のリスクを減少させ、目指された法益侵害結果の発生に対してより大きな危険を創出するものであれば、全体行為計画を認めることが許される、としているのである。この点に関しては、実は機能的行為支配説は全体行為計画論と全く同一の構造を持つていと解される。

なお、全体行為計画と意思連絡の関係について、デンカーは共同行為決意を主観的要件ではなく客観的要素として扱うべきという、興味深い主張をなしている。デンカーによれば、共同行為決意とは相互に了解されていないけれども、客観化されたものでなければならぬ、とされる。⁽⁵⁵⁾ すなわち各人の共同行為決意を基礎として形成され

た全体行為計画については、相手側と意思内容が一致しているかどうか、という局面において、他の共同者の意思を問題にせざるを得ず、行為者本人にとっては客観的事実と評価されるべき事柄なのである。このようにして本来、単独犯においては行為者の内心に関する事柄と考えられる動機形成が、共同正犯では合意により相互に影響し合うという形で客観化される。そしてこの各共同者間での事前の合意、相互的動機統制がなされて初めて、各行為者は、行為統制段階すなわち犯罪遂行過程において、障害を排除し失敗のリスクを減少させるという分業のメリットを享受しうることになろう。

第二の、全体行為計画と結果との因果連関については論じられることが少ない。その理由としては、全体行為計画が策定され、それが共同実行行為として遂行される場合、両者の間には内容的な差異は存在しないことが議論の前提をなしているからだと思われる。しかしながら理論的には、事前的に結果発生危険性を高めるような行為計画が認められることを前提とした上で当該行為計画が実行行為として実行に移され（第一の問題）、さらにその全体行為計画の危険性が共同実行行為を通じて結果に実現したという帰責連関性、行為計画連関とも呼ばれるべきものが存在しなければならぬ（第二の問題）。これらの要件が充足されて初めて、共同正犯における一部実行全部責任が認められることになる。

一一 結語

本稿では、個別的行為と結果との因果性を問題とするアプローチと、関与者相互が他者の行為を自己に帰属させるという形で説明づけるアプローチとに大別して、共同正犯における一部実行全部責任の根拠の分析を進めて

きた。その際、正犯性概念および因果関係の中核をなしているのが、共同実行意思要件、すなわち意思連絡の解釈である。

刑法六〇条は「共同して犯罪を実行」と定めるだけであるから、共同者間の「意思連絡」は、明文で要求されているわけではない。したがって「共同」は因果関係ないし因果性概念によって解決されるべきとの観点からは、「意思連絡」は共同正犯成立に必須の要件ではないとの解釈も十分成り立ちうる。そして日本においては、意思連絡は心理的因果性を基礎づける要素と考える傾向が強く、しかも一部の学説は心理的因果性を共同正犯成立には不要とするなど、共同正犯論における意思連絡の果たす役割はドイツに比べ相対的に低いといえる。

一方、ドイツでは、とりわけ共同正犯規定に創設的意義を認める諸見解において意思連絡は正犯性・帰責双方の基礎づけに重要な要素となる。すなわち、共同正犯の正犯性は全体行為計画の中で当該行為者が果たす役割の重要性という形で決定され、また結果の相互的帰責の観点からは、機能的行為支配説・全体行為計画論のいずれにおいても、役割分担によって犯罪計画のより円滑な遂行が可能となっているかに着目して、相互的な帰責が可能かどうかを検討している⁽⁵⁷⁾。ただし、結果の相互的帰責に関しては、事前的に結果発生危険性を高めるような全体行為計画が認められるという第一のステップを踏んだ上で、さらに全体行為計画の具体化である共同実行行為と結果との間に帰責連関性が存在しなければならぬところ、この点についてのドイツ学説の分析は未だ不十分であるといわざるを得ず、さらなる検討が加えられるべきである。

(1) 橋本正博『行為支配論』と正犯理論（二〇〇〇年）一一三頁、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（二〇〇五年）一四三頁以下。また、基準の具体化については評価を保留しつつも、園田寿「共同正犯の正犯性序説」（二〇〇

完) 関西大学法学論集二一九卷三号(一九七九年)八四頁等も、機能的行為支配説を支持する。

- (2) 機能的行為支配説の詳細は、橋本『「行為支配論」と正犯理論』(前掲注1)七九頁以下参照。
- (3) René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1984, S. 373 f.; Georg Küpper, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, S. 523.; Simone Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 64 ff. 446; Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 52. Aufl. 2004, §25, Rn. 6a 6b 二五条二項は帰責原理であるとする。共同正犯者すべてが結果に対し因果的寄与をなしていることを要求すれば、共同正犯は単独正犯の単なる下部概念となってしまうものには、Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 286 ff.
- (4) Christoph Krauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 103 ff.
- (5) 「共同行為決意」に基づく多数行為者間での相互依存性は、共同正犯の本質的要件ではないとし、共同正犯の主観的要件として、「片面的な適合意思」(自己の行為によって直接的に結果を惹起するものではないが、直接実行行為者の行為に自己の行為寄与を関連づけようとする意思)があれば十分とするヤコブスらの見解がこれにあたる。
- Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, S. 617 ff.; ders., Akzessorietät—Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 265. ほかにも、Roland Derksen, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, S. 163 ff.; Heiko H. Lesch, Die Begründung mitäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105, 1993, S. 276 ff.; ders., Gemeinsamer Tatenschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?, JA 2000, S. 77 f. ヤコブスに反対する批評も、René Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tausführung, GA 1996, S. 431.; Küpper, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, a. a. O., [Ann. 3], S. 526.; Andreas Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl. 2000, §25, Rn. 126 f.; Ralph Ingelfinger, Schein-“Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 711.; Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, a. a. O., [Ann. 3], S. 38 ff.; Claus Roxin, Täterschaft und Taherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 686 f.
- (6) 主だったコメントを参照された。ハルビヒ、Peter Cramer/Günter Heine, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001, Vor §825 ff, Rn. 80 ff. 6を添えておく。
- (7) RG St 58, 279.; RG St 66, 240.; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl. 1961, S. 174.

- (8) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』（一九六七年）三三六頁以下。同説は共謀共同正犯の基礎付けとして登場したが、実行共同正犯における一部実行全部責任の根拠づけに用いることも不可能ではない。橋本正博「正犯理論の実質的基礎」現代刑事法二号（一九九九年）一七頁。一方、支配型の共謀共同正犯に限定して間接正犯類似説を支持するものとして、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）四〇一頁以下。このほか、共謀による拘束力に着目する点において間接正犯類似説と基本的発想を同じくするのは、梶山太郎「共同正犯の正犯性」法学政治学論究六〇号（二〇〇四年）五三頁、「拘束力」ほど強力な表現ではないが、意思形成によって作出される「合同力」により、個人の行為と結果との厳密な因果関係の証明を省略することができるという見解として、川端博・西田典之・日高義博「共同正犯論の新展開」現代刑事法三二八号（二〇〇一年）一七頁以下。
- (9) Derksen, *Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mitäterschaft*, a. a. O., [Ann. 5], S. 166 f.; Küpper, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, a. a. O., [Ann. 3], S. 522 f.; Cramer/Heine, a. a. O., [Ann. 6], §25, Rn. 62. 山本輝之「正犯と共犯」法学教室三五五号（二〇〇一年）一五頁、橋本「正犯理論の実質的基礎」（前掲注8）一七頁以下、大谷實「新版 刑法総論の重要問題」（一九九〇年）三八七頁。その他、中義勝「共同正犯の正犯性」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論（一九六四年）一八三頁、西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論（一九六四年）一三八頁以下、橋本「行為支配論」と正犯理論（前掲注1）一一頁、岡野光雄「個人的共犯論と「共謀」共同正犯論」西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷（一九九八年）二九七頁以下も参照。
- (10) また相互的間接正犯だとすると、未遂の開始時期を間接正犯と同じように説明しなければならない点にも批判が及んでゐる。Alexander Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, 1999, S. 184 f. は、「もし間接正犯において介在者に対する働きかけによって実行の着手が認められるとすれば、共同正犯についても共謀にだけ関わり、実行行為段階ではなんらの寄与もしない者について未遂が成立してしまう」と批判する。ただし、第三者の行為の道具化という点では両者に一致が見られるともしている。Schaal, a. a. O., S. 222.
- (11) Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, [Ann. 10], 1999, S. 184.
- (12) Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, S. 132 ff.
- (13) Manfred Heinrich, *Rechtsgutszugang und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, S. 288. 参照。

- (14) Ingeborg Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S. 112 f. なお、Puppeは、非教唆者が自由意志に基づいて、教唆者の意思に服従した場合には、その構造は間接正犯のそれに近くなる、としている。なお、Hoyer, a. O., [Ann. 5], §25, Rn. 118. ヴンツェに説に親和的である。
- (15) Wolfgang Schild, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, §25, Rn. 88.
- (16) Jan C. Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988, S. 80 f. は、共同正犯が認められるためには意思連絡における相互的な義務づけに加えて、行為寄与が全体行為計画の実現のために実際に実行に移される(ことが重要であるとする。
- (17) Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, a. a. O., [Ann. 4], S. 107.
- (18) Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, a. a. O., [Ann. 16], S. 78 ff.; Rinhart Maurach/Karl Heinz Gossel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 7. Aufl. 1989, S. 288, 293.; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2004, S. 285 f.
- (19) Teresa Rodríguez Montañés, Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 322.
- (20) Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Grenientscheidungen in Unternehmen, a. a. O., [Ann. 10], S. 190.
- (21) Rodríguez Montañés, Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen, a. a. O., [Ann. 19], S. 323.
- (22) Maurach/Gössel/Zipf, AT II, a. a. O., [Ann. 18], S. 294.
- (23) Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Grenientscheidungen in Unternehmen, a. a. O., [Ann. 10], S. 190.
- (24) (機能的) 行為支配説に批判的な見解として、例えば、Derksen, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mitäterschaft, a. a. O., [Ann. 5], S. 168 f.; Georg Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1998, S. 332 f., 374 ff. なお、ドイツにおける共同正犯論の展開(特に行為支配論に基づかない諸見解)については、亀井源太郎「ドイツにおける共同正犯論の現状」現代刑事法二八号(二〇〇一年)七五頁以下参照。
- (25) このような基準は、消極的かつ仮定的な定義で不当であるとして、「個々人では成し遂げられないような形で、事

実関係を決定し、当該犯罪を遂行した」ことに共同正犯性を認める見解もある。Rodríguez Montañés, *Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen*, a. a. O., [Ann. 19], S. 323. 確かに択一的共同正犯事例のように、同時に二箇所が存在することは一人の人間にはなしえないことである。しかし、ある程度の時間において二発拳銃を発射することは一人でも可能であるから、付加的共同正犯事例の場合には、この基準に拠ったとしても共同正犯を認めることはできないであろう。なお、消極的定義づけの放棄を提言するものとしては、他に Knauer, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, a. a. O., [Ann. 4], S. 152.

- (26) そこで例えば、キューパーは、行為支配概念を、自己の行為寄与により因果経過に対して有している支配力である積極的行為支配と、各関与者が、自己の寄与行為を差し控えることによって行為計画を挫折させることができるという、抑制的支配、すなわち消極的行為支配とに分け、後者がそれが共同正犯の正犯性を基礎付けると考えた。Wilfried Küper, *Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Täbeteiligten*, JZ 1979, S. 785 f. のようにキューパーが、共同正犯における自己の行為寄与による事象の支配（積極的行為支配）は、当該部分的行為に限られ、正犯性を獲得しえないとしたのは、部分的関与によつて事象経過を統制できるとした集団的行為支配のアンチテーゼとしての意味を有していたのであろう。しかしながら、当該行為者の行為がなければ犯罪計画が水泡に帰す、という当初の機能的行為支配の定式の妥当性—キューパー説の前提自体が疑わしいということになり、その試みは成功したとはいえない。例えば、プロイは、共同正犯における支配性が自己の行為寄与の部分のみに制約されず、意思連絡を通じて他の共同者との共同支配性を獲得する点にこそ機能的行為支配の意義があるとする。Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, a. a. O., [Ann. 3], S. 371. ハッパは再び、（他者との共同においては）部分的行為を通じての全体行為による事象の制御・統制という発想が復活しているのである。なお、Roxin, *Täterschaft und Täterschaft, a. a. O.*, [Ann. 5], S. 685 f. も、共同正犯における消極的行為支配と積極的行為支配は表裏一体であると考へる。

- (27) Rolf Dietrich Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S. 57 ff.
- (28) 大谷『新版 刑法総論の重要問題』（前掲注9）三三七頁。
- (29) 事前判断を採用するという点で、機能的行為支配説における「重要な寄与」論は、三章における「因果的寄与の重

「要性」の議論とは異なる。

- (30) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, a. a. O., [Ann. 29], S. 87 f.; ders., in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1992, §25, Rn. 154; Tröndle/Fischer, a. a. O., [Ann. 3], §25, Rn. 6 9 行為計画の遂行が完全に不可能になる必要はないが、本質的に困難になる必要があるとする。なお、橋本『行為支配論』と「正犯理論」(前掲注2) 八一頁も参照。
- (31) Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Greniementscheidungen in Unternehmen, a. a. O., [Ann. 10], S. 186 ff.
- (32) Ingeborg Puppe, Wider die fährlässige Mittäterschaft, GA 2004, S. 136.
- (33) Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Greniementscheidungen in Unternehmen, a. a. O., [Ann. 10], S. 188 f. ただし、心理的因果関係による帰責判断によれば付加的共同正犯の事例において因果性判断が困難になるため、ロクシン説は共同行為計画があれば全体行為から結果への帰責を肯定する趣旨と解釈すべきとする。
- (34) Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, a. a. O., [Ann. 27], S. 70.
- (35) Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, a. a. O., [Ann. 27], S. 61.
- (36) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, a. a. O., [Ann. 29], S. 93.
- (37) Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, a. a. O., [Ann. 4], S. 156 f.
- (38) テンカーは、共同正犯原理によって結合される対象につき、全体主体について帰責を考えるのか、あるいは各人の身体動作から切り離すことのできる様々な外界の変更を、ある一つの事実として結合させて帰責の対象とするのか、という問題については、全体主体を想定する思考を明確に否定している。Dencker, Kausalität und Gesamttat, a. a. O., [Ann. 12], S. 120 ff.
- (39) Dencker, Kausalität und Gesamttat, a. a. O., [Ann. 12], S. 142 ff.
- (40) Dencker, Kausalität und Gesamttat, a. a. O., [Ann. 12], S. 153.
- (41) Dencker, Kausalität und Gesamttat, a. a. O., [Ann. 12], S. 224 f.
- (42) この点に関しては Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Greniementscheidungen in Unternehmen, a. a. O., [Ann. 10], S. 191. 参照。
- (43) 全体行為を共同正犯としての構成要件該当性を認めるための仮象的な概念と捉え、相互的な行為帰属を否定するも

- の「しつぱ」 Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, a. a. O., [Ann. 24], S. 371 f.
- (44) Krauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, a. a. O., [Ann. 4], S. 177.; Puppe, Wieder die fahrlässige Mitäterschaft, a. a. O., [Ann. 32], S. 133. 日本においては意思連絡不要説の立場から、共同意思決意が共同正犯成立要件となる根拠が明らかでない、また、全体行為を想定することにより、複数人の行為を統合した共同実行行為を觀念して、実行行為を拡張しているとの批判がなされている。嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（二・完）」法学協会雑誌 二二二巻一〇号（二〇〇四年）一六六頁。
- (45) 例えば、各人の行う行為が重要な寄与といえるためには、実行行為段階の寄与に限られるか、あるいは予備段階でもよいかについて学説は鋭く対立する。実行行為段階に限られるとするものに Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, a. a. O., [Ann. 29], S. 81.; ders., in: Leipziger Kommentar, a. a. O., [Ann. 30], §25, Rn. 179 ff.; Frank Zieschang, Mitäterschaft durch bloße Vorbereitung?, ZStW 107, 1995, S. 375. しかし、実行行為以外の関与でもよとするのが通説の見解である。Wolfgang Joecks, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, I, 2003, §25, Rn. 168 ff.; ders., Studienkommentar StGB, 5. Aufl. 2004, S. 130.; Schild, a. a. O., [Ann. 15], §25, Rn. 94.
- (46) 日本における共謀共同正犯論とも関連する議論である。共謀共同正犯に関するドイツ側からの評価として、Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tausführung, a. a. O., [Ann. 5], S. 434 ff. ただし、日本における共謀共同正犯のように組織内での地位その他を利用して実行行為を担当者に圧力をかけたという場合には、ドイツにおいてはむしろ、組織力を利用した間接正犯として取り扱われることが多い。例えば、ロクシンは組織による支配があるとして間接正犯を認める。橋本『行為支配論と正犯理論』（前掲注一）七六頁以下。せいぜい心理的幫助とまりであろうとするものに、Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tausführung, a. a. O., [Ann. 5], S. 433. なお、Ingeborg Puppe, Wie wird man Mitäterschaft durch konkludentes Verhalten?, NSZ 1991, S. 572. も参照。
- (47) Roxin, in: Leipziger Kommentar, a. a. O., [Ann. 30], §25, Rn. 173.
- (48) Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, a. a. O., [Ann. 3], S. 369 ff. は、重要な役割を果たした者を共同正犯、二次的役割を果たした者を幫助とすることを提案し、こうした観点からは、役割の対等性に注目する必要があると考へる。

- (49) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 675; Johannes Wessels/Werner Beulke, Allgemeiner Teil, 34. Aufl. 2004, S. 186. も、各行為者が、同程度の役割を果たすことを要求する。
- (50) Georg Küpper, Der gemeinsame Tatenschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105, 1993, S. 302; Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, a. a. O., [Ann. 3], S. 35 ff. 行為者本人が、相手は事情を知らないと思っていた場合、共同行為計画を認めるには十分ではない。一方、要件が満たされれば、関与者全員一緒で共同行為計画を形成する必要はなく、かつ黙示によるものでも足りる。
- (51) Boy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tausführung, a. O., [Ann. 5], S. 429 f.
- (52) Rodríguez Montañés, Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen, a. a. O., [Ann. 19], S. 324. なお、ノイデッカーも、分業の要素は共同正犯における同一目標に向けての危険増加や、犯行に向けての心理的な強化を認めるための必須要件ではなく、結果発生を確実にするために同種の行為を行うことによっても達成され得るとして、付加的共同正犯事例においても相互的な行為帰責を認める。
- Gabriele Neudecker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, S. 210.
- (53) 一つの共同的共同正犯の共同正犯性を否定する見解もある。(Hans-Joachim Rudolph, Zur Tatbestandsbezogenheit des Täterschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 379 f.; Schild, a. a. O., [Ann. 15], §25, Rn. 94.) しかし、ロクシンは、いくつかの逃げ道があつて被害者がそこから逃げるのが可能であるかぎり他の者が逃げ道を予め塞いでおくという共働は必要であり、機能支配的といえる」とする。Roxin, in: Leipziger Kommentar, a. a. O., [Ann. 30], §25, Rn. 188.
- (54) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, a. a. O., [Ann. 29], S. 94. は、被害者を逃走から完全に封じ込めるといふ点で役割分担によって結果の発生をより確実なものとしているから、共同正犯を認め得るとしている。
- (55) Hoyer, a. a. O., [Ann. 5], §25, Rn. 130; Dencker, Kausalität und Gesamttat, a. a. O., [Ann. 12], S. 149. 主観的要件であることに客観的要件であることに、Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, a. a. O., [Ann. 3], S. 28.
- (56) Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, a. a. O., [Ann. 3], S. 37

(57) なお、ドイツ学説における相互的行為帰属の発想は、共謀という相互利用補充関係の事前の共同犯行の意識形成によって各人の違法行為の相互的な行為帰属が可能となるとする日本の相互的行為帰属論にも見られる。同説では、一部実行全部責任の根拠は、各共同者に対して他の共同者の所為寄与そのものが自己の行為として帰属されるがゆえに（行為帰属）、他人の行為・結果に対して答責的となる点に求められている。高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（一九八八年）三二九頁。この説は、「共謀」によって各行為者は行為全体における自己の地位・役割を確認することができる、とする。高橋則夫「共犯論と犯罪体系論」刑法雑誌三九卷二号（二〇〇〇年）二八五頁以下、同・「正犯・共犯類型と共謀共同正犯の規範論的基礎づけ」早稲田法学七八卷三号（二〇〇三年）一三三頁。したがって、相互的行為帰属論は、結果帰属についてはその共同意思主体と結果との因果性を問題にすべき、という。高橋則夫「共犯の処罰根拠論の新様相」現代刑事法五三卷（二〇〇三年）三四頁以下。