

共同正犯の正犯性序説（二）

園田 寿

目次

- 一、はしがき
- 二、前提的考察（共同正犯の未遂）
- 三、全体主体説
- 四、犯罪共同説
 - (1) ヴェルツェル
 - (2) ガラス
 - (3) イエンエツク
 - (4) マウラツハ
 - (5) 考 察（以上、本号）
- 五、行為帰属説
 - (1) シュレーダー
 - (2) パウマン
 - (3) 判 例
 - (4) 考 察
- 六、行為共同説

共同正犯の正犯性序説（二）

九三（九三）

七、機能的行為支配説

(1) 概説

(2) ロクシン・ヘルツベルク論争

(3) 必然性説について

(4) 考察

八、終章——今後の課題——

一 は し が き

いわゆる学派の対立が特に顕著に現われる刑法学においては、判例と学説との不一致をきたす問題領域は少ないが、共謀共同正犯をめぐる論争ほどその対立の厳しい問題は存しない。しかし、かつては判例と一部の学説（共同意思主体説）によってのみ認められてきた共謀共同正犯も、共同意思主体説以外の論拠からも支持され、またそれに従う立場も存在するのが現状である。さらに改正刑法草案第二七条第二項において共謀共同正犯が規定され、肯定説からはそれが通説であると自認されるに至り、否定説はその批判力を失ったかのように思われるのである。

ところで、共謀共同正犯といえども実定法を離れての議論ではなく、あくまでも出発点は刑法六〇条の規定である。刑法六〇条は共同正犯を「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」と規定している。ここに各人が正犯として処罰されるとする趣旨は、構成要件の部分的実現、もしくは実行の一部しか分担しないにもかかわらず全体の結果につき正犯としての責任を負うという意味であり、一般にこれは「部分行為の全体責任」という標語で表わされている。しかし、ここで解釈上重大な困難が生じるのである。つまり、部分的にのみ構成要件を実現する者が何故

全体の結果に正犯としての責任を負うのであろうか。この命題についてたとえば西原教授は、共同正犯が他人の行為について責任を負担する以上、それは純粹な個人責任原理を超える集団犯原理であり、「このような責任原理を承認する以上、各個人になお単独正犯と同様な正犯的特徴——構成要件該当性——を要求することには意味がない」と、⁽⁵⁾ されている。つまり、ここでは「部分行為の全体責任」は、共謀共同正犯否定説にとつてのいわばデッドロックと考えられており、刑法六〇条を實行共同正犯に限定して解釈するとしても「部分行為の全体責任」を承認する以上、それは共謀共同正犯に至る論理必然性を内含している、とされているのである。⁽⁶⁾ 従つて、否定説にとつて一切の任意の結果共同惹起が正犯とみなされない限り（統一的正犯概念）（Einheitstäterbegriff）、⁽⁷⁾ 刑法六〇条は純実定法的決定とされるべきなのであろうか。たとえば西ドイツにおいて、一九二五年の政府草案は共同正犯の規定を含んではいなかったが、コールラウシュは、それによれば共同正犯者の処罰は不可能である、と批判した。⁽⁸⁾ しかし、共同正犯の規定につき、そのように立法者の全能的意思を引き合いに出すことでは何ら問題は克服されえない。他人がその責任で行つたことについてそれ以外の者も正犯として処罰されることは、たとえそれを修正された個人責任原理と呼ぼうと、責任主義と一致しえない仮説であり、責任主義は憲法の要請を受けて刑法全体を支配する指導原理として立法上も解釈上も可能な限りこれを徹底させることこそ要求されるからである。さらにまた立法者が何らかの法規を定立する場合、規制素材のもつ構造（実体論理的構造）を全く無視して為しうるものではなく、規制目的との関連においてそれに相対的に拘束されるとする見解がおおむね承認されているなら、⁽⁹⁾ 「部分行為の全体責任」の命題も決して立法者の恣意的決定ではなく、何らかの実質的根拠にもとづくものであるといわざるを得ない。かくして、本稿における「共同正犯の正犯性」というテーマは、一方では個人責任原理を堅持しつつ、他方で「部分行為の全体責任」の法理の実質

的根拠を、主として西ドイツの学説を中心に、検討しようとするものである。けれどもこのような発想を維持しつつ、次のような点に視座を設定することも可能であろう。

「部分行為の全体責任」の法理を、平野教授は、それは各自が相互にその「心理を通じてその行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼしたからである。共同正犯は、自ら実行行為を行うと同時に、他の共同正犯の実行を教唆または精神的に補助するものなのである」と、説明され、また最近では中山教授もこの見解を引用され、「共同正犯は、いわば自己の行為による部分的実行(正犯)と他の共同者の行為への教唆または補助との有機的な結合物として観念される」と、されている。しかし、中山教授自ら述べられているように、これでは全体の結果につき正犯とされる理由としては不充分であろう。けれども各自が相互に他者の行為に影響を与えるということは、裏面から言えば、その結果に対して因果関係が認められるということなのである。そしてまさにこの点こそ「部分行為の全体責任」を論じる際の事実的基盤であり、前提なのである。そこで、共犯の可罰根拠につきいわゆる惹起説(Verursachungstheorie)に立つ限り、つまり共犯行為と正犯結果との間の(相当)因果関係を直截に共犯の可罰根拠とする限り、教唆犯補助犯も、「現象的には他人の行為の結果について責任を負担する意味で、共同正犯と同じく『部分行為の全体責任』の一部に属するのであり」、その意味では『部分行為の全体責任』は単に共同正犯のみの特有な原理でない⁽¹⁴⁾のである。正犯概念は徹頭徹尾実定法上の概念であるから、従って上記の問題意識は、「部分行為の全体責任」という法的効果が等しく妥当するすべての複数人による犯罪現象(広義の共犯)に、対して、その中で如何なる基準根拠から共同「正犯」という法的判断が下されるのか、という点に焦点を定めることも可能であろう。

(1) かつては草野教授(「刑法要論」昭和三年一一七頁以下)を始めとし、齊藤(「共犯理論の研究」一九〇頁以下)植松(「再訂刑法概論I総論」昭和四年三六四頁以下)両家を代表者とする「共同意思主体説」が、共謀共同正犯を定礎する唯一の理論であった。そして、下村(「犯罪論の基本的思想」一八三頁以下)西原(「刑事法研究」第二卷一二五頁以下)兩教授もニュアンスの差はあれ本説を支持されたのであるが、藤木(「刑法講義総論」昭和五〇年一八五頁以下)莊子(「刑法総論」昭和四年七〇二頁以下)森下(「共謀共同正犯」ジュリスト三〇〇号三〇七頁)平場(「刑法総論講義」昭和三年一五五頁以下)それに平野(「刑法総論II」昭和五〇年三九七頁以下)などの諸家が、共同意思主体説以外の理論から共謀共同正犯を肯定されているのである。これらの学説の整理については、下村「共謀共同正犯と共犯理論」(昭和五〇年)に詳しい。尚、共謀共同正犯を肯定する最近の文献としては、小泉英一「実行行為なき共同正犯」(国士館法学九号三三頁以下)、出射義夫「從屬的共同正犯」(独協法学八号一七頁以下)、西原春夫「共謀共同正犯」(論争刑法、二二頁以下)、萩原玉味「共謀共同正犯」(刑法の争点一一七頁以下)、等々があり、また否定説からの論策としては、米田泰邦「共謀共同正犯—否定説の立場から—」(論争刑法、三三八頁以下)、中山研一「共謀共同正犯」(現代刑法講座第三卷)(但し本書は昭和五年八月現在未刊であるが、中山教授より初校刷を頂いたので、本論文のみのページ数で引用させて頂く)等々がある。

(2) 「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする。」

(3) 植松正「共謀共同正犯」刑法講座4一一八頁注(四)、下村康正「共謀共同正犯と共犯理論」一〇頁。

(4) 刑法六〇条の意味することは、決して「共同」という文言から生じるものではない。何故なら、片面的共犯の問題を暫時度外視すれば、教唆及び補助者にも正犯者との共同性が認められるからである。そこで、文理解釈上も共同正犯においては各自が正犯を基礎づけるメルクマールを充たしていなければならぬのである。「共同」と「実行」とを分離し、「共同」に重点を置く解釈は、この点からも不合理であろう。(Vgl. Bockemann, Strafrecht, AT, 2. Aufl., § 23 I, S. 175.)

(5) 西原春夫・前掲論文・論争刑法二二八頁以下。

(6) 平場安治「総論」昭和三年一五五頁以下参照。

(7) 統一的正犯概念については以下のような文献においてその問題点が指摘されている。夏目文雄「共犯論の本質と構造」犯罪と刑罰(上)四四七頁注(3)、Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches, Begründung, 1958, S. 35.

- (齊藤金作訳・早比四号一七九頁以下) Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitsstäterschaft (Müller-Dietz, Hrsg.: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971) (紹介・中一浅田「関大法学論集」三卷一号一三三頁以下)・木村亀二「犯罪論の新構造」(下)三九五頁以下、高橋則夫「統一的正犯概念に関する一考察」(法研論集・一七号一三三頁以下)。
- (8) Aschrott und Kohrausch; Reform des Strafrechts, S. 31, zitiert nach Lange, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, S. 50.
- (9) 中義勝「刑法学の方法」ジュリスト三三三三号一四頁以下、同「間接正犯」序文、参照。
- (10) 平野龍一「総論Ⅱ」三八一頁。
- (11) 中山研一「前掲論文」一四頁。
- (12) 植田重正「刑法要説総論」昭和三九年一六〇頁、同「共犯の基本問題」二〇〇頁以下、中「刑法総論」昭和四六年二一六頁以下、同「間接正犯」一〇一頁以下、同「未遂の教唆」関大法学論集二卷三号一頁以下、牧野英一「刑法総論」昭和三年三八八頁以下、木村亀二「刑法総論」法学全集40三七八・三九四頁以下、参照。
- (13) 植田「共犯の基本問題」一四三頁注(2)。
- (14) 植田「共犯の基本問題」一三九頁。

二 前提的考察 (共同正犯の未遂)

西ドイツ現行刑法は、第二五条第二項において共同正犯を次のように規定している。「数人が共同で犯罪行為をなしたる時は、各人は正犯者として処罰される(共同正犯者)¹⁾」。このように西ドイツの現行刑法も我国と同様の規定を持つのであるが、やはりドイツにおいても非実行者に共同正犯が認められるか否かが争われている。ドイツの通説はそれを肯定するのであるが、ここでその状況を把握するために、共同正犯における未遂を扱った BGH の注目すべき判決⁽²⁾を紹介しておく。事案は次のようなものであった。

M・Th・Pは夜間の侵入窃盗を計画し、その際逮捕あるいは事件発覚の危険が迫っている場合には、各自が弾丸の装填されているピストルを使用することを取り決めていた。さて、計画を実行し、彼らが窓を開けている時、家人に気づかれ、M・Thは各々窓を目がけて発砲し、三人は逃走した。Mは二・三メートル後を走るPを追跡者と誤認し、計画どおり殺意をもって発砲した。しかし、弾丸はPのワイシャツのそでに命中したにすぎなかった。

ここで前半の侵入及び窓への発砲の点を度外視すれば、まずMの罪責は明白である。Pを追跡者と誤認したという「人の錯誤」(error in persona)も故意を阻却するものではないから、Mは謀殺未遂の罪責を負う。問題はPの罪責である。BGHはRG以来の伝統的なアニムスの公式に立ち、Pを、自己に対する、謀殺未遂の共同正犯、という奇妙な結論を導いたのである。つまり、

犯行を「自己のものとして」犯す意思があれば、予備行為にしろすべての共働が共同正犯の認定に充分であり、⁽³⁾は「犯行の全結果を自己のものとして共に惹起する、つまり本件では追跡者へのありうる射撃を自己の行為寄与を通じて、自己のもの」としていた。⁽⁴⁾それは「銃器の使用の確認と、この謀議 (Abrede) に基づき、Mがある程度発砲に『義務づけていた』三人の共同正犯者すべての危険共同体でもって充分に根拠づけられて」おり、さらに「Pは問題の時点においても行為支配に関与していた。つまり、彼は場所的にも二人の仲間の近くに在り、その行為を常に支配しており、その時謀議に反して追跡者を射殺しないように促すこともできた。発砲までこれを行わなかったことが、自己に対する発砲に関してもまた共同責任を根拠づけるのである」と、述べた。

BGHは結論を二つの根拠から導いている。第一に、Pは他人の実行行為を自己に帰属させようと意欲していた、第二に、その時点においてMの行為に対しても支配を及ぼしていた、という二点である。さて、後者の点について

BGH は行為支配説を匂わせるような説明を行っているが、これは重要ではない。共同正犯において BGH の考えるような意味での行為支配で充分なら、単なる第三者（たとえば通行人）にも存するであろう。⁽⁵⁾むしろ、ここでは前者の点、つまり P に M の実行行為（P に対する射撃）が帰属されなければならないのかどうかのみが問題である。⁽⁶⁾マウラッハは本判決を、A は B と格闘しており B に発砲したが自己の足に命中させてしまった、という単純化された事例をあげて支持しようとする。⁽⁷⁾しかし、この事例と判決での問題点は若干異なるであろう。マウラッハの事例においては、A の発砲それ自身が（おそらく客観的な未遂論に従っても）未遂と考えられるために A が未遂となるのであり、事後的にそれが自傷を惹起したとしてもそれは未遂の判断に影響しないであろうが、本判決においては（アニムスの公式により）P の行為それ自体の評価は問題とならず、もっぱら M の行為が帰属されるのか否かが問題となっているからである。⁽⁸⁾さて、シュペンデルは本判決を形式客観説から批判する。すなわち、（旧）四七条の「共同実行」は客観的に理解すべきである。「共働者が構成要件の一部を実現しなかった、つまり犯罪実行の開始を一度も実現しなかったならば」、（旧）四七条は必要でなく、そもそも P に関して共同正犯は問題とならない、とする。⁽⁹⁾客観的見地を貫けば当然の主張であるが、本件で仮に M が真の追跡者を射撃したとすれば、主観説に依拠しなくとも、このような限界事例において M・Th・P 間に共同正犯関係が成立するか否かは微妙であろう。だが仮に共同正犯が成立するとしても、その場合 P は自らの行為によって未遂と判断されるのであり、M の行為が帰属されてそうなるのではない。さらに本件では M に錯誤が存し、錯誤理論からも M の謀殺未遂は P に帰属されえない。つまり、M にとってはその「人の錯誤」は重要でなく故意を阻却しないが、P にとっては、その仲間たる M の錯誤は重要であり、予見された因果経過が現実には別の方向に伸展し、かつ予見されていない客体（自己自身）に結果が発生したのであるから、（ドイツ

での通説によれば) この場合は故意を阻却する方法の錯誤と考えるべきである。⁽¹⁰⁾ ロクシンはこれを適切にも次のように述べる。共同正犯は他人の行為のために処罰されるのではなく、自らの行為のために処罰されるのであり、他人の任務外の履行にまで責任が拡張されてはならない。本件で意図的に過剰にMがPに発砲したとすれば、Pはもちろんそれに責任を負わない。しかしそれは、「意図されない取違え—過失的過剰—においても」同様である、とする。⁽¹¹⁾

本判決は学説においてあたかも当然のごとく承認され、そして一般に代表的な教科書や注釈書においては、共同正犯における未遂は次のように説明されるのである。たとえば、マウラッハは、共同正犯の未遂は「共同正犯者のすべてが第二二条(未遂の概念規定)に対応する行為を犯す場合のみならず、共同正犯者の一人の者のみが、共働者の全体計画によって包括された、そのような『実行の開始』を表現するような活動を開始する場合にも」生じるとし、またシュレーダーは、共同正犯者の「一人の客体の錯誤は他の者に関しても重要ではなく、…その行為は他の関与者に対しても自己の行為のように帰属されるにすぎないから」、錯誤の客体となった共同正犯者は、「自ら誤ってその行為を行ったかのように同じ範囲においてのみ責任を負う」とし、「共同正犯者の一人が実行の開始を含む行為を行い、すべての関与者がこの行為を自らに妥当させようとしている場合には既に未遂が存する。すべての共同正犯者が実行の開始を表現するようなものに着手する必要はない」とし、共に本判決を支持している。⁽¹²⁾ すなわち、共犯論における主観説客観説を問わず、一般に共同正犯の未遂においては、各自が未遂のメルクマールを充たしているのか否かを必ずしも問うことなく、「支配的見解は…」、共同正犯者の一人が実行行為を直接に開始すれば直ちにすべての共同正犯者が統一的に未遂段階に入っている、より厳密にいえば、個人がその完全な行為寄与を既に予備段階に持ち出したか否かに無関係にそうなる、ということ承認している⁽¹³⁾のである。つまり、判例学説においては、共同正犯における

他人の行為、無価値の相互的帰属は自明とされているのである。⁽¹⁴⁾しかし、それが自らのなした行為とそれによる結果についてのみ(故意あるいは過失)責任を負うとする個人責任原理に明白に反するものであることは多言を要しないであろう。そして、そのような帰結を導く原因は共同正犯における解釈学的な基本的關係に根ざすのである。

以下その点を詳しく検討する。

- (1) § 25 II StGB, Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mitäter). 本条は六二年草案及び代案に従ったものである。旧法においては „ausführen“ (実行する) という語が使用されていたが、新法においては変更されている。これは重要な意味を持つと思われるが(後述)、六二年草案理由書においてもその変更の理由については触れられておらず、不明であった。
- (2) BGHSt 11, 268.
- (3) BGHSt 11, 271.
- (4) Hier und im folgenden; BGHSt 11, 272.
- (5) Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl., 1975, S. 312.
- (6) Baumann/Arzt/Weber, Strafrechtställe und Lösungen, 4. Aufl., 1976, S. 135.
- (7) Maurach/Gössel, Fälle und Lösungen, Strafrecht, 3. Aufl., 1977, S. 77 ff. „ン、ワンもまた、自己の鏡像を他人と誤認し発砲したが弾丸がはね返り自らを傷つけた、という事例をあげ、自ら傷ついたことは重要でなりとして判決を支持するが、同様である(a. a. O., S. 136)。
- (8) もっとも判決は、Pは「構成要件の欠缺」(謀殺の客体たる「他人」の不存在)であるが、それはPの不能な(untauglich)謀殺未遂の判断に対立しなく、その(BGHSt 11, 271)。「しかし、その場合でも「存しない行為事情の誤った仮定」に対する行為は、他の共同正犯者の行為寄与によって補充されることになる」(Spendel, Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmelehre, Jus 1969, S. 316, 1. Sp.)、やはり行為の帰属が問題となる。
- (9) Spendel, a. a. O., S. 315, r. Sp.

(9) Vgl. Roxin, Entscheidungssammlung für junge Juristen (ESJ), Strafrecht, Allg. Teil, 1973, S. 18; Rudolph, Systematischer Kommentar zum StGB (SK), 1975, § 16 E Rd. 30, S. 114. 中「方法(打撃)の錯誤」関大法評論集1四巻四・五・六号二〇九頁以下、平野「総論II」三八七頁以下、参照。

(10) Roxin, a. a. O., Täterschaft, S. 287. 但し、ロクシンはAを重罪の謀議 (§ 49a II StGB, a. F., § 30 II StGB, n. F.) について、Aの錯誤は存したと認め、(ESJ, Anm. zu Fall 8, S. 18) Mの錯誤が存した場合は、Aの共同正犯を認めるべきである(Täterschaft, S. 312) Mの錯誤が存したと認め、ロクシンはまたA自身の行為によってAに謀殺未遂を認めるべきは一貫性を保ちながらである。しかし、Aに処罰の必要性があるかは疑わしう。現実には彼は被害者なのだから。

その他、ロクシンは過失的過剰(Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, Fall 47, S. 63; ders., Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, Jus 1974, S. 721, r. Sp.) またニルハットネンサーは「一人の行為者が殺意と美観のたぐひを醸したと推定さるる」(Schmidhäuser, Lb., 2. Aufl., 1975, 14/19, S. 508) とし、其の本判決を肯定する。(31) Maurach, AT, 4. Aufl., § 49 III 3a, S. 662; Schönke-Schröder, StGB 18. Aufl., § 25 Rd. 68/69. Ebenso Baumann, Täterschaft und Teilnahme, Jus 1963, S. 126 f.; Jescheck, AT, 2. Aufl., § 63 I 2, S. 513 f.; Welzel, Lb. 11. Aufl., § 15 IV 1, S. 108; Wessels, AT, 6. Aufl., § 13 III 2, S. 99; Blei, AT, 17. Aufl., § 78 I, S. 246 f.; Samson, SK, § 25 B III 6, Rd. 55, S. 205.

(32) Lackner, StGB 11. Aufl., § 22 1b cc, S. 100. ロクシンは自身それを「正犯」と考えよう。

(33) Mairwald, Literaturbericht, ZStW 88 Bd., S. 748.

このように共同正犯において一人の未遂が統一的に全体の未遂になるという考えを、最近シリントは「全体的解決」(Gesamtlösung)と呼び、それに対して各個人に個別的にその行為に従って未遂を決定することを「個別的解決」(Einzellösung)と呼ぶようである。(1)

我国の判例及び共謀共同正犯肯定説においては、犯罪の予備、着手、実行、未遂、中止、結果はすべて共謀者を同一体として観察すべきである(2)とされるのであるから、共同正犯の未遂につき「全体的解決」が唱えられている。(3)

れに對し、共同正犯を實行共同正犯に限定する立場からは当然各自が未遂のメルクマールを充たしているのか否かに従つて個々のに未遂が決められるため、「個別的解決」が唱えられることになる。⁽⁴⁾ところが、単に謀議に参加するのみで何らの行為にも出なかつた者が正犯となるという意味での共謀共同正犯を否定されていた木村博士は、共同正犯の未遂において次のように「全体的解決」を唱えられていた。「共同正犯の未遂は、共同者の全部の行為が未遂に終つた場合はもちろん、その中の一人の行為が未遂に終つた場合も全体につき未遂となる」(大判大一一・一二・一三刑集一卷七六三頁 Schönlke-Schröder, S. 237-VII)⁽⁶⁾(傍点引用者)。ここで前段の説明は当然であるが、後段の説明からは、着手の段階に達しているのは一人だけであり他の者は未だ着手の段階には至つてはいない、にもかかわらず他の者も共同正犯として未遂の責任を負う、というように理解されるのである。⁽⁷⁾しかし、このように解されるとすれば、博士が共同正犯に「実行行為の共同」を要求される点と明らかに矛盾する。これが誤解であることを恐れるが、博士の引用されている資料からもこのように解せざるを得ない。すなわち、まず大審院の判決であるが、これは共謀共同正犯を知能犯に制限していた初期の段階の判決であり、通謀関係あることを理由に、実行に着手しなかつた被告人に詐欺未遂罪を認めている。次に、シエンケ・シュレーダーであるが、引用されている第八版は第一八版と同一であり、共同正犯の未遂につき「全体的解決」を明記している。従つて、このような点から木村博士においても「全体的解決」が唱えられていると考えざるを得ないのであるが、この点は訂正されるべきであつたのではないだろうか。⁽⁸⁾

- (1) Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 1 ff..
- (2) 最判昭二五・四・二〇刑集四・四・六〇一、特に未遂につき大判大一一・一二・一三刑集一・七五七。
- (3) たとえば、藤木英雄「共謀共同正犯」可罰的違法性の理論三六八頁。これに対する批判としては、西原「共同正犯におけ

る犯罪の実行」刑事法研究第二卷一五二頁参照。

(4) たとえば、大塚仁「刑法概説(総論)」二二二頁参照。

(5) 木村「総論」(法律学全集)四〇六頁以下、同「犯罪論の新構造」(下)二五六頁以下、同「共謀共同正犯の再検討」刑法雑誌二三卷二二二頁等参照。

(6) 木村「総論」四一〇頁、同「新構造」(下)二五六頁。

(7) もっとも、ここにいう未遂は主観説(主観的客観説)の未遂であるから、「総論」三五六頁以下、「新構造」(下)三二頁以下)、「共同の意思の成立以後の行為は、共同の意思を實現せんとするものたるかぎり、実行の共同の内容たる行為と解せられ」、また、「無形的共同正犯」を認められたのであるから、「総論」四〇九頁以下、「新構造」(下)二五五・二六三頁以下)、客観説よりも共同正犯の範囲は広い。しかし、ここでは着手をどのように解するかは直接重要ではない。ここではまさに共同正犯の条件、つまり各自に実行行為の分担を要求するの否かという形式的な成立要件が問題だからである。

(8) 木村「総論」四〇四頁以下、同「新構造」(下)二五二頁以下。

(9) 尚、中山・前掲論文八頁注(8)参照。

三、全体主体説

共同意思主体説の特色をかつて齊藤博士は次のように述べられていた。「共同意思主体説の特色は、二人以上の異心別体である個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を實現するため、同心一体となるという点にこれを求めることができる。すなわち、二人以上が共同して罪を犯したというためには、まず、一定の犯罪を實現しようとする共同目的が存在し、次に、その目的の下に二人以上が同心一体となり(共同意思主体の成立)、そして、その中の一人が犯罪の実行に着手することを要するのである(共同意思主体の活動)。……そして、その結果として、直接に、実行

行為を分担した共謀者の行為は、直ちに、以つて、実行行為を分担しない他の共謀者の行為そのものとなるのである⁽¹⁾。そして、このような考え方は基本的に今日まで継承されているのであり、草野博士は、それは我国独自のものとされていたのであった⁽³⁾。しかし、共犯現象を超個人的主体の活動とする考え方は、既にドイツにおいては普通法時代に唱えられていたものであり、現在ドイツで克服された理論なのである⁽⁴⁾。では、その実体はどのようなものであったのだろうか。共同意思主体説との比較上、この点から考察していく。

さて、ドイツ刑法第二五条第二項における「共同」については、一般に「意識されかつ意欲された共働」(bewusstes und gewolltes Zusammenwirken)が理解されている⁽⁵⁾。そして、この「共働」の基盤は、関与者間の「意思的一致」に求められている。かつての学説はここから全体意思(Gesamtwillen)を持つ全体主体(Gesamtsubjekt)の理論を展開したのであった⁽⁶⁾。

ここにいう全体主体の理論とは、陰謀(Komplot)による犯罪遂行を陰謀に関与したすべての者より構成される「全体人」(Gesamtperson)の仕業と考える、普通法時代の共犯理論、陰謀説(Komplot-Theorie)に基づくものであり、共同意思主体説と基本的には同様の発想により展開されたものである。つまり、それはすべての陰謀者(Komplotanten)を「犯罪を目的とした……共同体の……」構成員として理解し、陰謀を「個人に対して、そのdolusと比較可能な犯罪的故意あるいは犯罪の主体として」特徴づけるのである⁽⁸⁾。従つて、相互的な援助の約束を通じての「契約に基づいて(vertragsmäßig)形成された主体」が問題となり、「その場合は、結合を通じてすべての者が一個の犯罪の主体として現われるのである」⁽⁹⁾。ここでドイツにおける本説の生成から消滅に至るプロセスを、クリークスマン⁽¹⁰⁾に従い略述する。

共同正犯の概念はカロリナ (CCC) にまで遡る。すなわち、CCC Art. 177 は共犯一般を規定していたが、CCC Art. 148 は次のように特に陰謀による殺害を規定していた。「さらに、ある者どもが、予謀をもってかつ合意して、何人かを悪意をもって殺害するに相互に助力または援助をなすときは、その犯人どもはすべて、生命を奪われ来れり……」⁽¹¹⁾。本条は共働の程度を問うことなく、謀議 (Verabrede) に関与した者はすべて、車裂きの刑 (Strafe des Rades) に処せられる、という命題を含んでいた。このようなカロリナの影響を受けた条文は各ラントの刑法典、たとえばバイエルン、ハノーフェル、ザクセン等の諸刑法典において散見される。つまり当時では、陰謀による犯罪が犯された時にはすべての陰謀者が惹起者 (Trieber)⁽¹²⁾ の刑を受けるといふ命題が実定法的に確立しており、そしてその帰責原理は連帯責任 (solidarische Haftung) のそれであった。従って、陰謀によってすべての陰謀者が犯罪の惹起者として処罰されるのは如何なる根拠からか、また、責任の拡張に決定的な意義を付与する謀議にはどのような因が特有なのか、という二点が学問的な問題点を形成したのである。さて、このような陰謀説を正当化するための理論として案出されたのが、全体主体の理論であった。たとえばベルナー⁽¹³⁾ は次のように述べ、連帯責任思想を全面的に打ち出した。

三つの行為律動 (Handlungsrhythmen) において陰謀が重要な役割を果たす。第一の行為律動は陰謀の形成をその内容に含み、第二に実行が決意され、そのための計画がねられ、第三に行為が実行される。すなわち、第一の律動は、個人の「元子的分離」 (atomistische Vereinzelung) から、「単に共同」であるにすぎない数多性 (Vielfalt) を形成する。第二の律動においてはじめて、ここで行われる相互教唆により、多数の同じ共通の意思内容が、統一つまり全体的決意においてその表現を見出す統一的な全体意思へと改造されるのである。この陰謀意思は精神的有機

体であり、その全体はその細部のそれぞれにおいても、「統一体へと反転するような意識の数多性」によって、精神的なものとして、肉体的な有機体から区別される(S. 443)。この意味において実行、つまり第三の律動が理解される。この関係が、すべての陰謀者に全体としての共通の犯罪が帰属されうる限り、帰責に関しては彼が多かれ少かれ実行に際し活動したかどうかを、無関係にするのである。けだし、すべての陰謀者は成員すなわち「部分的全体」(Teilganze)を形成するからいふゆゑ(S. 456)。

このような全体主体の理論に対する批判は次の二点に集中した。第一には、本説はこの三つの行為律動が存しない偶然の共同正犯を把握しえず、第二には、全体意思の形成過程たる相互教唆に関して、すべての陰謀においてはそのような知的作用は行われえない、という点であった。前者についてはまさにベルナー自身によって自覚されていたようであるが、⁽¹⁵⁾後者については既にシュテューベルが、陰謀者すべてが同時に決定し決定されるという場合は稀であり陰謀へ参加するということはこの者が既に行為を決意したということを前提とするのであるから、相互教唆は陰謀においては不可能である、⁽¹⁶⁾としており、ヘルシュナーも、同様の批判を行っている。⁽¹⁷⁾さらに、フォン・パールも、本説によれば決意していない陰謀者が決意していない他人を決定しなければならぬが、「それは過失的教唆(culpöse Anstiftung)を認めない限り非難されなければならない」とし、結局、相互教唆を中核とする全体主体説はその本質において維持しえないとされたのであった。⁽¹⁸⁾しかし、本説は上述のように陰謀説の正当化のために主張された理論であり、陰謀説の存立と運命を共にするものであった。陰謀説は、一九世紀中葉一方でオーストリア(一八五二)が、他方でプロイセン(一八五一)が、共同正犯の一般的規定を放棄することによって事実上排除され、旧刑法第四七条(„ausführen“)の定立により、その展開にも終止符が打たれたのであった。この陰謀説の克服は、クリーク

スマンによれば、二つの方向においてなされたという。つまり、一方では、陰謀は責任の連帯性を意味し行為に際して共働しなかった個人に対する帰責の拡張を意味していたために、この連帯責任の否定において行われ、⁽²⁰⁾他方では、それとは全く逆に、陰謀のみが連帯責任の専有的な形式ではなく、偶然的共同正犯をも連帯責任の形式として評価し、むしろ両概念を包括する統一的な共同正犯概念の定立が問題である、という点においてなされた、⁽²¹⁾という。

このようにして、全体主体説は否定され、私が見る限り、西ドイツにおいて現在本説は唱えられていない。⁽²²⁾本説の基本的発想は、既に明らかかなように、共犯現象を超個人的主体の活動とすることにある。では、本説はこの点において後世にどのような影響を残したのであろうか。

(1) 齊藤金作「共謀共同正犯」総合判例研究叢書・刑法(2)・六頁、尚、草野豹一郎「刑法総則講義第一分冊」一九四頁以下参照。

(2) 下村教授は、「正統派共謀共同正犯論」と、自認されている。下村「共謀共同正犯と共犯理論」八三頁以下。

(3) 草野「刑事法学の諸問題」第一巻序言。

(4) 木村・前掲「共謀共同正犯の再検討」一〇三頁以下、藤木「刑法講義総論」二八八頁以下、同・前掲「共謀共同正犯」三二二頁以下、同「共謀共同正犯の正犯性」法学教室第二期第八号五六頁、参照。

(5) Vgl. Lackner, StGB, § 25 1b, S. 121; Sanson, StGB, § 25 III Rd. 51, S. 205; Schönke-Schröder, StGB 18. Aufl., § 25 IV Rn. 47, S. 355.

(6) 我國の共同意思主体説と區別する意味で、「全体主体説」といふ。Vgl. Schilling, a. a. O., S. 63 ff.

(7) Schirach, Entwicklung der Lehre vom Komplott, S. 516 f., zitiert nach Schilling, a. a. O., S. 63.

(8) Cucunus, Über den Unterschied zwischen Komplott und Banden, S. 21, zitiert nach Schilling, a. a. O., S. 63.

(9) Cucunus, a. a. O., S. 3, zitiert nach Schilling, a. a. O., S. 63.

(10) Kriegsmann, Miltäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach, 1907, Neudruck 1977. 以下の外国文献は本書からの引用

である。

- (11) 条文の訳については稿浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」「神戸法学雑誌一八卷二七二頁、に従った。尚、カロリナの母体である「メンベルゲンシス」の一七四条に同様の規定がある。
- (12) 条文の内容については、藤木・前掲「共謀共同正犯」二九八頁以下、Kriegsmann, a. a. O., S. 51 ff. 参照。
- (13) 「惹起者」という訳語については、山口邦夫「一九世紀前半期における正犯と共犯の概念」駒沢大学法学論集九号一一〇頁以下に従った。
- (14) Berner, Die Lehre von der Teilnahme, 1847.
- (15) Vgl. Kriegsmann, a. a. O., S. 37.
- (16) Stübel, Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828, S. 33 ff.
- (17) Hälschner, System des preussischen Strafrechts, 2. Bd., 1858/68, S. 391.
- (18) v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen, 1859, S. 86.
- (19) 尚、クリルクスマンはヘルナーの全体主体説に対して「明らかに政治結社を念頭に置いて展開された理論」という指摘を行っている(a. a. O., S. 37, Anm. 1)。
- (20) Vgl. v. Buri, Die Kansalität und ihre Strafrechtlichen Beziehungen, 1885, S. 45; v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14/15, Aufl., 1905, S. 223, Note 9.
- (21) クリルクスマンは後者の展開についての叙述(a. a. O., S. 42 ff.)、結局、共同正犯概念を「その重要性は刑事政策的にのみ正当化され、それはその正当化根拠を関与者の連帯性において見出す」としている(a. a. O., S. 99)。
- (22) 全体主体説は、ナチス刑法時代に立法論として、エートカーによって主張されている(木村・前掲論文一〇三頁以下参照)。

四 犯罪共同説

最近の西ドイツの学説は、共同正犯を超個人的主体の活動とせず、あくまでもそこに単独犯同様の正犯原理を見出

そうとしている。しかし、全体主体説が否定された後もその影響は少なからざるものがあり、共同正犯をあたかも全体主体の単独犯のように示す点は、後世に魅力的な考えとして記憶されたに違いない。全体主体説においては、各自の精神的統合が核をなしていたが、最近の学説は、それを、共同正犯について個々の成員の個性を維持し、それらの者の行為より構成ないしは統合された全体行為 (Gesamtat) による統一かつ共同的な犯罪の惹起、という点に変化させている。この全体行為に対する個人の行為寄与が答責性を根拠づけるのである。以下代表的な学説を検討する。

(1) ヴェルツェル

ヴェルツェルにおける一般的正犯概念は我国においても周知のことであるから割愛し、共同正犯に関してのみ吟味する。

ヴェルツェルは、「共同正犯はその特殊性が、犯罪上統一的な行為 (einheitliche Tat) に関する支配が個人ではなく複数の者に共通に存する、という正犯である⁽¹⁾」とする。それぞれの行為はその根底に存する行為決意の目的志向によって、「単なる総計ではなく、統一的な全体 (einheitliches Ganze)」を形成し、共同正犯における不法行為が、「統一性 (Einheit) である」という事実において共同正犯の可能性が存するのである。……ここでは行為支配は全員に共通に成立する。すなわち、個人でも複数の個人々々でもなく、すべてが共同して行為決意の支担者であり、各個人の活動は他者の活動と共に共同の行為決意によって与えられた目的連関によって、統一的な全体を形成するのである⁽²⁾。つまり、「共同正犯は分業の原理にもとづいており、それぞれの共同正犯は他者の行為分担を自己の行為分担⁽³⁾をもって犯罪的全体 (Verbrechensganzen) へと補充するのである⁽³⁾」。従って、この点から「各自は全体での

(am Ganzen) 共同正犯として可罰的である」と⁽⁴⁾、している。「全体としての行為とはすべての者の行為を結合した⁽⁵⁾もの」であり、この意味では統一的行為による共同正犯はまさに「単独犯同様全くの正犯」であり、「単独犯が全体の正犯であるように、共同正犯は全体での正犯⁽⁶⁾」なのである。

このようにヴェルツェルにおいては、共同正犯が統一的行為による犯罪であり、各自は共同の行為決意を主観的紐帯としてその構成要素であるから、またその正犯性も生じると考えられているのである。仮に、ヴェルツェルが「統一的行為」という表現を単なる比喩で用いているとすれば、私見も無益な言葉の争いに終始していることになる。しかし、ヴェルツェルは「統一的行為」なる概念はあたかも現実を指し、現実たりうるものの記述と考えているようである。つまり、共同正犯における法的判断は、この「統一的行為」に向けられているのである。たとえば、共同正犯の未遂においては「全体的解決⁽⁷⁾」を、また共同正犯者の中の一人の客体の錯誤は他の者にも重要でなく、⁽⁸⁾ 承継的共同正犯においても参加以前の加重的事由を負わせている⁽⁹⁾。ただし、共同正犯は統一的行為を形成するからである。

(1) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 Bd., S. 549; ders., Lb. 11. Aufl., § 15 IV, S. 107. 並「共同正犯の要件は次のように総括されている。「主観的には共同の行為決意の共同支担者、すなわち他者と共同で無条件の実現意思を持ち、客観的には自己の行為寄与によって他者の行為寄与を統一的行為へと補充しなければならぬ」(Lb. § 15 IV 2a, S. 110)。

(2) Welzel, a. a. O., ZStW, S. 549.

(3) Welzel, Lb, § 15 IV, S. 107.

(4) Welzel, a. a. O., ZStW, S. 550.

(5) Welzel, a. a. O., ZStW, S. 552.

(6) Welzel, a. a. O., ZStW, S. 550.

(7) Welzel, Lb., § 24 III, 3, S. 191.

(8) Welzel, Lb., § 15 IV 1, S. 108. もっともヴェルツェルは方法の錯誤につきドイツの通説に反し、法定的符合説をとって J. 9 (Lb., § 13 I 3a, S. 73)。

(9) Welzel, Lb., § 15 IV 1, S. 107. 尚、中教授はこのようなヴェルツェル説に対して、「その内容は共同意思主体説をも彷彿とさせ、本説をヴェルツェル説によって新たによそおうことも可能であるようにみえる」と、されている(中「片面的共同正犯」関大法学論集一六卷二二六頁)。

(2) ガラス

まず、ガラスにおける一般的正犯概念から反省する。

ガラスは限縮的正犯概念を自己の考察の出発点とするが、これを行為支配概念と結合させている。⁽¹⁾ すなわち、一切の条件の等価性を根拠とする主観説に反して正犯と共犯の区別を法的評価とする目的論的考察方法も、その評価基準を因果関係に求めるなら不当である。つまり形式客観説も、たとえば「侵入」、「奪取」、「欺罔」等のザッハリッヒな意味を、目標に向けられた意思の客観化と考えることにより、また、実質客観説の目指す特殊客観的な態度の危険性も、「原因連鎖が偶然で無方向に伸展するものではなく、むしろ計画的な行為者の意思によって支配され操縦される」ということ⁽²⁾によって決せられるのである。しかし、ガラスはこの行為支配概念を存在的平面ではなく、規範的平面でとらえようとする。「行為支配概念の価値的、要因は看過されてはならない。……構成要件該当の行為の、解釈の手段として、行為支配概念はむしろ一般的にそれぞれの犯罪類型の特殊な不法内容に関連づけられる」。従って、行為支配は因果事象の事実上の支配によって必然的に決せられるのではなく、個々の構成要件の法的な意味内容に従って決

定されるのである。⁽³⁾ たとえば、自由かつ答責的な者を利用する場合、事実上支配されていると思われる場合であっても「法的意味における行為支配」は存しない、⁽⁴⁾ という。

さて、このような価値関連性によって修正された行為支配概念は、共同正犯においても重要な役割を果たしている。ガラスは、「共同の行為決意に基づき、行為支配の遂行に関する部分的保持と考えられるような行為を行う者が共同正犯である」と⁽⁵⁾、いう。そして、この行為支配の部分的保持に関しても手段の目的的操縦と結果相当性が重要であり、評価的に考察すれば、共同正犯者の態度は各自が行為支配の担い手と考えられるような一個の団体的履行 (Kollektive Leistung) ⁽⁶⁾ として相互に関連づけられている、つまり共同正犯は団体的履行による犯罪である、とする。しかし、評価的考察といえども実質の伴わないそれは恣意的評価に外ならないのであるから、ガラスが如何なる内実を備える行為を共同正犯における行為支配の遂行と考えているのかが当然問題となろう。この点につきガラスは次のように述べる。共同正犯者の共同の行為決意及びそれに基づく共働が、各人の相互依存性と共に各人の作用領域の拡張をもたらす。つまり、「真の仲間としての行為者が、行為に関する自己の分担部分を越えて実行に関与する他者の行為の覚悟と行為のエネルギーを強化し、自らを対応する影響にさらすことによって」、⁽⁷⁾ 個有の重要性を欠く行為寄与が団体的履行となる、とし、相互的強化作用にその根拠を求めている。単独で行為する場合に比べ、複数で行為する場合には、確かにその機能は増幅するであろう。しかし、先にガラスは自由かつ答責的な者を利用する背後者に「法的行為支配」を否定しているのであるから、この場合ロクシンの周知の批判が妥当する。すなわち、ガラス説は「『部分的行為支配+心理的幫助』全体に対する支配」という方程式であり、解けない計算である」⁽⁸⁾。

(1) Gallas, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, ZStW 69 Bd., Sonderhaft, S. 10.

(2) Gallas, Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform, I. Bd. (Gutachten der Strafrechtslehren), S. 125 f. 紹介・平場「ガレラース・正犯および共犯」佐伯編「ケイツにおける刑法改正論」所収一〇一頁以下。

(3) Gallas, a. a. O., Sonderhaft, S. 13 f., vgl. a. a. O., Gutachten, S. 133.

(4) 「同一の価値秩序の基準で判断されるならば、ある態度が自由なものであると同時に他人から支配されているもの、すなわち不自由なものであるということは考えられえなう」(Gutachten, S. 134, vgl. Sonderhaft, S. 16) と、するが、この正犯基準の規範化は、右のような場合の「法的」行為支配の否定に役立つだけでなく、逆に事実上の支配が欠けている場合に行為支配を肯定するに至る。すなわち、いわゆる「資格なき故意ある道具」において、ガラスは事実上の支配が存しないと「このことを認めるににもかかわらず、行為の犯罪としての法的性質はただ背後者の資格にのみ依存する」とし、背後者の「教唆」行為を行為支配の遂行とするのびやう (Gutachten, S. 135 f.)。

(5) Gallas, a. a. O., Gutachten, S. 136.

(6) Gallas, a. a. O., Gutachten, S. 137. 以下「この団体思考から緩和された意味におうても当然(旧)四七条の意味における共同正犯は、構成要件該当行為の『遂行』に同価値な態度でなければならぬ」と、する (Gutachten, S. 137)。

(7) Gallas, a. a. O., Gutachten, S. 137 f. このびガラスは、行為寄与と行為決意の客観的機能を説いているのであり、マンが彼をマニムスの理論、少くともユールズ説(正犯に対して共犯の従属的下位的意思を強調する理論)にとどまってい、るとし、制限主観説にへみ入れてくる点は (Baumann, AT, 8. Aufl., S. 563, Anm. 30) 妥当になう。

(8) Roxin, a. a. O., Täterschaft, S. 279. 尚、中・前掲「片面的共同正犯」三六四頁以下参照。

(3) イェシエック

かつてイェシエックは、ガラス説に関連して共同正犯を次のように述べたことがある。共同正犯の「犯罪行為は、共同の行為がある程度『分担された役割を伴う団体的履行』と考えられるような目的—客観的な意味的統一体を表わ

す。……けれども行為分担は、無条件な参加 (Mitsmachen) のあらわれとして生じなければならぬ。ただし、その場合にのみ『行為支配の部分的保持』が述べられうるからである⁽¹⁾。このような考えは、教科書の第二版においても基本的に変わらず、若干の修正をうけるにとどまっている。

まず、イエンシュックにおける一般的正犯概念は行為支配説のそれである。すなわち、「行為支配は、……根本的には構成要件に該当する行為の着手によってのみ基礎づけられる」とし、限縮的正犯概念から出発するが、構成要件該当の行為は客観的・主観的な意味的統一体として理解されるのであるから、行為は事象を操縦する意思のしわざとして生じる⁽²⁾、とし、正犯をまず次のように定義する。「自ら完全に答責的に (verantwortlich) 全構成要件を実現する」者は常に正犯である⁽³⁾。しかし、この正犯概念も複数の者の共働によって結果が発生する場合 (間接正犯・共同正犯)、形式客観説の予定する構成要件的行為よりも価値的に緩和して理解されなければならない⁽⁴⁾、という。

イエンシュックもまた、共同正犯において、共同の行為決意と共同の行為実行から成立する「共同的行為支配」 (gemeinschaftliche Tatherrschaft) を扱っている⁽⁵⁾。そして、その実質は、行為をはじめて可能あるいは容易にし、各人の行為の危険負担を本質的に軽減する「分業」である⁽⁶⁾、とする。その場合、「共同の行為決意は個々の断片を全体へと結合するかすがい (Klammer) であり、共同の行為実行に関しては、各人が「全体計画の実現のための本質的な断片」を行う、ということが要求されている⁽⁷⁾。もっともイエンシュックはこれに關し、「機能的行為支配」 (funktionelle Tatherrschaft) の術語を使用し、「全体計画の遂行にとっての欠くべからざる分担部分」の遂行⁽⁸⁾、とするが、この定義では、たとえば予備段階での共働はそれに不十分であるとしながら、計画の立案・組織化を引き受ける者については行為支配の部分的保持を認めるなど、それをそのまま具体事例に適用するにはあまりにも不明瞭であ

る。

以上よりイェシエックにおいては、共同正犯者各自の行う行為は、それ自体「全体」の不可分な一部分を形成し、それが共同の行為決意を主観的紐帯とし、「全体」にまで結合され、それ故に各人が「全体行為の実現に関する答責性の共同支担者と……」みなされる⁽¹⁰⁾、としている次第が知られるのである。従って、共同正犯は全体行為による犯罪であり、法的判断もまたこの全体行為に統一的に下されるのである。それについては、成員の一人の客体の錯誤は他の者に関しても重要でなく⁽¹¹⁾、承継的共同正犯に関しては「不可分の評価的統一性」であるという理由で、参加以前の加重的事由を負わし、⁽¹²⁾、そして共同正犯の未遂についても「全体的解決」を採る⁽¹³⁾とする諸点があげられよう。しかし、イェシエックが別の箇所では「共同正犯はその不法内容を自らに担うものであり、他者の行為からそれを引き出すものではない⁽¹⁴⁾」と述べる場合、右の処理との明白な矛盾が看取されよう。右ではまさに他者の行為の不法内容の帰属が問題となっているからである。

- (一) Jescheck, *Anstiftung, Gehilfenschaft und Mitäterschaft im deutschen Strafrecht*, Schw ZStr., 71 Bd., S. 234.
- (二) Jescheck, *Lb., Allg. Teil, 2. Aufl., § 61 V 1, S. 494 ff.*
- (三) Jescheck, *Lb., § 61 V 2, S. 495* 以前イェシエックは、目的的行為支配を持つためには主観・客観の關係において行為を体験しなければならず、その場合、「特殊な感情要因」あるいは責任に属する「精神的態度」(Element der Mentalität)が問題であるとして、正犯と共犯は不法内容のみならず、責任の程度においても區別されるとしつつた (Vgl. a. a. O., Schw ZStr., S. 234 f.)。
- (四) Jescheck, *Lb., § 61 V 3, S. 495 f.*
- (五) Jescheck, *Lb., § 61 V 2(6), S. 496, n. § 63, S. 512 ff.*
- (六) Jescheck, *Lb., § 61 I 1(a), S. 512.*

- (8) Jescheck, Lb, § 61 V 3(6), S. 496.
- (9) Jescheck, Lb, § 63 III 1, S. 517. 尚「シキアローテレンハ、トマモキナリ」機能的行為支配概念」を支持し、イェンシュック
ヤンシュックは適用上の「Stratenwerth, AT, 2. Aufl, Rd. 826, S. 235)。シカシ「ロクミン」は「計画の立案・組織化に制限
ヤマツラシキを著し、シキア機能的行為支配」つまり共同正犯を「キョウドウセイハンと否定」する (a. a. O., Täterschaft, S. 299 f.,
 598)。後述参照。
- (10) Jescheck, Lb, § 63 I 1(a), S. 512.
- (11) Jescheck, Lb, § 63 I 2, S. 513.
- (12) Jescheck, Lb, § 63 II 2, S. 515.
- (13) Jescheck, Lb, § 63 IV 1, S. 517 f.
- (14) Jescheck, Lb, § 63 I 2, S. 513.

(4) マウラッハ

マウラッハもまた行為支配説に依拠している。すなわち、「故意の犯行は、操縦する『目的』意思と、操縦される『因果的』結果事象との間の破られることのない並行性によって特徴づけられる」⁽¹⁾とし、そしてこの心素と体素とが合体したものにこそまさに行為支配に外ならないのであるから、マウラッハはそれのように定義する。「行為支配とは、故意によって包括されている構成要件に該当する事象経過の把持 (In-Händen-Halten)」、つまり行為者によって意識されている構成要件形成的な目的的操作の可能性でも⁽²⁾、このような行為支配をそなえる者のみが正犯である⁽³⁾。

さらに、共同正犯においても行為支配は決定的である。「つまり、共働者のそれぞれが他人の単なる道具になり下がることなく(この場合は故意ある道具による間接正犯である)行為支配の保持者であるというような、結果の分業

的努力が共同正犯である。この下で、故意によって包括された構成要件に該当する事象経過の把持が理解されうる。全体の結果惹起をその意思に応じて阻止あるいは伸展させるすべての共働者は行為支配を持つ⁽⁴⁾、とし、これを実質的あるいは機能的行為支配と呼んでいる。さて、ここで注目されることは、上記の論者とは異って、マウラッハが、「それぞれが……行為支配の保持者である」とし、個々の共働者に行為支配の単なる部分的保持ではなく、直截に完全な行為支配を認めている点である。共同正犯は分業にもかかわらず、それぞれが行為支配を持つのであるから、これは「複合的の行為支配」(mehrfache Tatherrschaft)として特徴づけられるであろう⁽⁵⁾。但し、その内容を「全体の結果惹起をその意思に応じて阻止あるいは伸展させる」としている点は多少疑問が残る。共同正犯はまさに他者との共同、つまり分業が問題であるなら、各人は独断で事象経過を操縦しえないからである⁽⁶⁾。しかし、その点は度外視しても、マウラッハもまたここで「全体行為」を考えているようである。すなわち、共同正犯は「行為の合致した共同的遂行が、この決意の分業の実現として表わされるように、『共同の行為決意』にもとづいて扱われなければなら⁽⁷⁾」ず、「その全体がはじめて共働者各人を答責的にかつ行為支配でもって行為する者として特徴づけるのである⁽⁸⁾」、としており、法的評価もこの「全体」に統一的に下されているのである。たとえば、共同正犯の未遂については「全体的解決」を⁽⁹⁾、承継的共同正犯についても参加以前の加重的結果を負わせている⁽¹⁰⁾。そして、それは他者の実行為に関しても自ら行ったかのように責任を負うとする、分業の必然的結果だからである⁽¹¹⁾、という。

(1) Maurach, AT, 4. Aufl., § 47 III B 2, S. 626.

(2) Maurach, AT, § 47 III B 2 (b), S. 627.

(3) マウラッハは行為支配を⁽⁹⁾ばら客観的に決定しようとしている。つまり、単なる内的事実と関係なく、「構成要件メ

ルクマールを実現する者は、反証不可能な法律上の推定により行為支配を持つ(AT, § 49 II C 1(a), S. 658)と規定、
 らんに共同正犯における行為支配が、「単なる『行為支配のための意思』が決するのにはなへそれ正犯意思の言い換え
 したるならざるべし」意思によって担われた行為形成が決するの「*actus reus*」(AT, § 49 II C 2, S. 659)と、「結果の利
 益」「自己のものとしての行為の意欲」あるは「行為支配のための意思」が存しなくとも「構成要件メンクマールを自ら
 実現する者」は共同正犯である」と規定(AT, § 49 II C 1, S. 658)。この「*actus reus*」は「行為支配の『確認』が
 なく、実質客観説は形式客観説に代りなされた準備作業をなすに支持する」(AT, § 49 II C, S. 657)と
 して「行為支配の形式定義を越えしは実質的な定義を行のべき」(AT, § 49 II C, S. 657 f.)。

- (4) Maurach, AT, § 49 II C 2, S. 659, vgl. § 47 III B 2(b), S. 627.
- (5) Vgl. Schilling, a. a. O., S. 72.
- (6) Vgl. Bockelmann, AT, 2. Aufl., § 23 II, S. 177. 尚、後述のロマンを参照。
- (7) Maurach, AT, § 49 I B 2, S. 647.
- (8) Maurach, AT, § 49 I B, S. 646.
- (9) Maurach, AT, § 49 III 3(a), S. 662.
- (10) Maurach, AT, § 49 III 1, S. 661.
- (11) Maurach, AT, § 49 III 3(a), S. 662.

(5) 考察

以上より西ドイツの通説は、共同正犯の本質を、各自の行為が統合された統一的不いしは全体行為による犯罪現象、
 と考えている次第が知られよう。従ってシュミットホイザーが、通説は「あらかじめ個々人の行為とは独立に存する、
 たとえば全体として分業的に『改造』された行為を考えているのであり、そのために共同正犯者が『全体』に『責任
 を負う』として⁽¹⁾いる」と指摘する場合、それは正鵠を射たものであり、この点において我国の犯罪共同説とは若干

異なる⁽²⁾。そして、このことは一面では「全体主体説」の影響を濃厚にとどめてはいるが、しかしそれに比べて進歩がみられるであろう。何故なら、全体主体説においては各自の精神的統合が問題になっていたが、本説においては行為の統合が問題となっており、従って、共同正犯の要件としては少くとも各自がたとえ予備行為あるいは援助行為であろうと、何らかの可罰的な行為に出ることが要求されるからである。西ドイツ現行刑法における可罰的予備行為の範囲は、「重罪の遂行又は、重罪の教唆について」の、「諸意の表明」、「他人の申出の受諾」、「他人との協定」の三つの場合に限定され、関与の未遂として三〇条二項において規定されている。「重罪の実行についての単なる『真摯な討議への加入』は、一九五三年八月四日の第三次刑法改正法律以来可罰的予備の場合の範囲から」削除されているのである⁽³⁾。もっともその区別が微妙なことは容易に予想されるが、ともかくこの意味で単に謀議に参加するのみで何らの行為に出なかった者の正犯性は問題にならない⁽⁴⁾。

しかし、共同正犯を「統一的」ないしは「全体行為」による犯罪現象と解する点は、吟味を要する。そのような表現はともかく、結果実現のためになされた異った関与者の寄与を「統一的」ないしは「全体行為」にまで統合する「共同の行為決意」が本説の基礎を形成するが、このように個人々人ではなくすべての者によって共同で担われている意思は、一種の団体意思、つまりまさにかつての「全体意思」に関連したものではないだろうか。たとえばポッケルマンが、共同の行為決意とは「他人の意図の単なる了解 (BGH 6, 249) のようなものではなく、行為決意へと至る、認識及び熟慮の単純な共通性 (BGH 24, 288) でもない。それはむしろ、行為決意が、対等の委員会の——一致した！——決議のように把握される場合にのみ存する⁽⁵⁾」、と述べ、さらにマウラッハが、「共同正犯とは一個の頭脳つまり一個の意思と複数の分業された手を持つ存在」である⁽⁶⁾、と述べる場合、この疑問は一増深まる。けれども、そうだとすれ

ばそれは「団体的意思」を説く共同意思主体説と実質的には区別されないことになるが、何故そのような団体意思が必要とされるのであろうか。主観的には、イェンシェックやガラスにおいて明らかなように、それは各人の危険負担を軽減し、各人の作用領域の拡張をもたらす、という精神的な相互強化作用に求められ、我国でもたとえば下村教授が同様に説かれている。⁽⁷⁾そして客観的には、それが個々の部分行為を犯罪の全体にまで統合する、という点に求められているのであり、この点は共同意思主体説からの、強盗罪における甲の暴行と乙の財物奪取とは「事実的のみならず、法的にも相互に補足し合い、一つの強盗という実行行為にまで統合されるのである」⁽⁸⁾、という説明と一致する。しかし、このような考えには以下のような点から従いえない。

まず、甲を暴行、乙を窃盗として分離する見解は、我々の立場からも現実を遊離した抽象的見解であって、この場合も端的に言つて強盗が実現されたにすぎない。⁽⁹⁾ただこれを超個人的主体あるいは統一的な行為によるとする点に同意しえないだけである。甲乙は自己の犯意(強盗)を実現するために、その実現に必要な行為を行ったのである。論者も、共同正犯者相互の精神的相互強化作用の存在を承認する以上、そしてそれはまさにその通りであり、そこには最底限無形の幫助という心理的因果関係の存することは疑いない。しかし、これこそがはしがきでも述べたように、他者の実現部分を相互に帰属するための事実的基盤なのである。因果関係なきところに犯罪の成立はなく、そのために団体心理を想定する必要性も必然性も存しない。⁽¹⁰⁾さらに、我々は「犯罪行為」の下で一般に法律上の構成要件に対応した違法で有責な行為を理解している。より実質的に言えば、そこでは法益侵害的な精神的態度が考えられているのであり、犯罪行為とは個々人のその時々々の態度なのである。いわば「犯罪行為」がそれ自体独自に存在し、それを個人があるいは複数の者が遂行するものでもなく、⁽¹¹⁾各自の行為が一つに統合されるという表現も、事実を述べるもの

ではない。従って、共同正犯においても各個人の行為を独自に吟味すべきであり、個々の共同者を超越した団体意思ではなく、個々の共同者が相互に行為を共同にするという個人意思のみを問題にすべきなのである。⁽¹²⁾

けれども、この段階では未だ各自を「皆正犯」とする法の真意は明らかでない。

(1) Schmidhäuser, Lb. 2. Aufl. 14/15, S. 505.

(2) もっとも内田教授は、『共同正犯では、『共同の意思』・『意思連絡』が存在することにより、個々の組成行為を統合して評価することが可能となる』(『総論』二八〇頁)とされ、『共同正犯とは『社会的現実としての一つの行為』が共同された場合、各人に対し、その違法な結果の共同実現者としての『客観的帰責』が可能とされるような共働現象にほかならないのである。要は一個の『現実』に対する法的『評価』の問題である』(同二七一頁)と、述べられている。

尚、ドイツにおいては構成要件の同一性を前提として行為が統合されるのか、あるいは行為の同一性を前提とするのかについては議論があるが、後者が支配的と思われる。いわゆる「部分的共同正犯」(teilweise Mittäterschaft) (vgl. Schönke-Schröder, StGB 18. Aufl., § 25 Rd. 62) と呼ばれるものがそれであり、たとえばマラッハは「計画の本質的、不法内容」の一致に足る (AT, § 49 I B 3(b), S. 648) とし、ロクシンも「構成要件の相違が具体的な行為遂行の外部に存する事情にともなう場合に」異った構成要件間の共同正犯を肯定している (Trierschaft, S. 289)。「部分的共同正犯」については、木村博士がそれは「行為共同説と同一見解」とされていたが (『新構造』(下) 二五〇頁。平野教授も同趣旨か。法セミ一四二号三〇頁。『総論Ⅱ』三六四頁以下参照)、これは問題があると思う (同旨、金沢文雄「犯罪共同説か行為共同説か」論争刑法一八〇頁以下参照)。何故なら (ドイツの)「部分的共同正犯」はその根底にはあくまでも行為の統合という考えが存するからである。この点は以下のブライの見解において明らかである。すなわち、ブライは「共同正犯は構成要件の同一性ではなく、行為の同一性を前提とする」として、異った構成要件間での共同正犯を認めるが、「しかし、常に行為の統一性 (Einheit) があるための前提である」と述べている (AT, 17. Aufl., § 78 IV 1, S. 252)。従ってブライは、共同正犯の未遂といふ「全体的解決」を (§ 75, 3, S. 237) また承継的共同正犯については参加以前の加重の事由を負わせている (§ 78 II, S. 247)。

(3) 斉藤訳「一九五六年ドイツ刑法総則理由書」(上)・二〇二頁。

- (4) 尚、木村・前掲「共謀共同正犯の再検討」二二四頁参照。
- (5) Bockelmann, AT, 2. Aufl., § 23, II a, S. 178.
- (6) Maurach, a. a. O., Fälle und Lösungen, S. 79.
- (7) 下村「共同意思主体説と共謀共同正犯」犯罪論の基本的思想一九八頁参照。
- (8) 西原・前掲論文論争刑法二二八頁、尚、下村・前掲論文一九三頁以下、植松・前掲論文二二三頁以下、宮沢浩一「共謀共同正犯」刑法演習問題55講二二四頁等参照。
- (9) 中「総論」二四〇頁参照。
- (10) 団体心理をシリンクは、刑法的観点からな擬制とするなら、とまで述べている(a. a. O., S. 73 f.)。
- (11) Vgl. Schmidhäuser, Lb, 2. Aufl., 14/32, S. 515 f.
- (12) 植田「共犯の基本問題」一一〇頁以下、中「総論」二二六頁以下参照。
- (13) 木村「総論」四〇六頁、西村克彦「共同意思主体説に対する疑問」共犯論序説一四八頁参照。