

# 共謀共同正犯と行為支配論

——団藤説を中心に——

橋 本 正 博

## はじめに

団藤重光博士は、最高裁判所の<sup>(1)</sup>決定に付された意見（以下、単に「意見」という）において、これまでの共謀共同正犯否定論を改めて、肯定論の立場を採ることを明らかにされた。否定論の指導的論者であった団藤博士のこともあり、共謀共同正犯肯定論は学界の通説としてますます力を得たようにみえる。<sup>(2)</sup>しかし、単純にそう考えることには疑問が残る。また、団藤説の基礎となっている、あるいは少なくとも団藤説の形成に大きな契機を与えたと目されている、いわゆる「行為支配論」についても、上の決定に関する評釈などで疑問が提出されている。こうした事情であるから、「行為支配論」が正犯論で果すであろう役割に一定の肯定的展望をもって、及ばずながら研究を進めている者として、わたくし自身、共謀共同正犯と「行為支配論」をめぐる若干の問題を検討しておこうと思う。<sup>(3)</sup>

- (1) 最高裁判所第一小法廷決定昭和57年7月16日（刑集第36巻第6号695ページ）
- (2) たとえば、下村康正「共謀共同正犯論の軌跡」『研修』昭和58年9月号、第423号、3—12頁参照。また、木谷明最高裁調査官による本決定の解説（『法曹時報』第35巻第5号、114頁以下）でも、否定説が少数説になったとの認識を示している。
- (3) 「行為支配論」に関するより包括的な研究を進め、後の機会に成果をまとめたいと希望している。

## 1. 共謀共同正犯について

### (1) 背景

周知のとおり、判例理論として展開されてきた共謀共同正犯は、すでに確固

とした地位を得ている。これに対して学説は、当初から否定的見解が有力であり、いわゆる「実行共同正犯」が共同正犯理論の大勢を占めていたといえることができる。しかし、有名な練馬事件大法廷判決において、改めて共謀共同正犯の理論的根拠づけがなされ、従来とかく批判の対象となっていた成立範囲が拡大する傾向に歯止めをかけたとされるに及んで、学説の側でも、共同意思主体説と並んで、たとえば相互間接正犯類似の説明などに基く肯定説が有力に主張されるようになった。<sup>(5)</sup> こうした背景をもつての団藤説の変転という事情から、上で触れたような学説状況の認識も生まれてくるわけである。

ところで、このような肯定論の多数化を評価するに際して前もって明らかにしておかなければならないのは、共謀共同正犯肯定説とは、どのような説をいうのか、ということである。とにかく、実行行為〔の一部〕を分担しない者をも何らかの形で共同正犯とする、このような見解を指して肯定説であるとするならば、確かに共謀共同正犯肯定説は多数派である。判例と学説との隔りは、以前に比べて小さくなったとはいえるであろう。しかし、両者の間に重大な見解の対立はないとするのは、早計にすぎる。上に述べた意味の肯定説には、どこまでを共同正犯の中に包摂するかという範囲にも差があるし、何よりも思考の方向を異にするような見解が、ひとまとめにされているからである。

たとえば、共同意思主体説を基礎にした肯定論は、共謀によって、共同意思主体が形成されることを前提とするのであるから、共謀共同正犯を肯定することが原則となっているといえることができる。もちろん、この説に立つ論者が共同正犯の成立範囲を限定的に考えることもあろうが、共同意思主体というものを考える以上、思考の方向としては、共謀の事実だけで共同正犯の成立を認めることが基本になるはずである。一方、大塚説をとってみると、ここで承認されているのは、「優越支配共同正犯」といわれているものであって、共謀共同正犯はこれを承認しないことが原則であり、ただ例外的に、実行共同正犯でない類型をも共同正犯として考えようとするものといえる。いわば、これらの見解は、思考の向きが反対である。そして、肯定説としてくくられている学説のうちで、前者と同じ方向のものは多くないと思う。

このことを別の面から考えると、学説のうち上述の後者の方向を採るものは、いわば、従来の「実行共同正犯」の範囲を実質的に拡張し、共謀共同正犯だけに包摂されるような類型の一部を実行共同正犯の中に取り込むことによって、

肯定説となっているのである。この意味では、学説の多くは「実質的実行共同正犯」を説いているのであって、実行共同正犯だけを共同正犯とする姿勢を、基本的には崩していないといえることができるだろう<sup>(8)</sup>。このような思考の方向は、決して共謀共同正犯を肯定することを原則としたものとはいえない。要するに、上述の意味で同じく「肯定説」といわれるものであっても、なるほど共謀共同正犯の一部（または全部）を肯定し、妥当な限界を画定するという結論においては一致するかもしれないが、共謀共同正犯を基本的に肯定した上で限定的な解釈を行なうものと、実行共同正犯を基本的な考え方とした上で実質的な拡張を承認するものがあるのだ、ということである。そしてここには本質にかかわる方法論的な相違があるというべきである。なぜなら、この相違はひとり理論的次元にとどまらず、実際の判断にも影響を与えらると思われるからである<sup>(9)</sup>。

## （２）行為支配論との関係

団藤説の基礎をなすと目される「行為支配論（Tatherrschaftslehre）」は、これまでも、とくに目的的行為論に付随して、目的的行為支配説として、正犯を画する理論＝正犯理論の一角を形成していた<sup>(10)</sup>。しかし、今日の西ドイツ（以下、単にドイツという）刑法学界で論じられている「行為支配論」は、目的的行為論と必然的に結びつくものではない。もちろん、現代的意義における「行為支配論」は、目的的行為論と不可分のものとしてまず H. Welzel によって始められ、その後も目的的行為論の思考とよくなじむものとして目的的行為論者によって展開されることが中心的であった。けれども、今やこの理論は、「目的的一」ではなく、端的に Tat の支配としてとらえられているのである。

ところで、「行為支配」という訳語が誤解を招きやすいものであることは、折々指摘されているところであるし、今後の議論に関連する点でもあるので、ここで簡単にふれておく。ドイツ語で Tat といった場合に、これが単なる「行為」ではないことは、Tatbestand という語を「構成要件」とか「構成事実」とか訳していることから明らかである。そこで「事実支配」といったり「構成要件支配」といったりすることが提案されるのであるが、いずれも原義を正しく伝えるものとはいえないと思われるので、慣例的な「行為支配」という訳語を、わたくしは用いているのである。（ただ、これまでは「」つきで使って

きたがこれは次に述べることを前提する意味を示したものである。本稿では以下、特に強調しない限りかぎっこを外すことにする。)したがって、行為支配という概念で意味されるのは、「行為」の支配にとどまらず、「行為」によって成立する構成要件の評価の対象となる「事実」であるということが、充分に了解されていなければならない。<sup>(11)</sup>

さて、行為支配論をこのように理解すれば、この理論が正犯理論としてもつ性格もおのずと明らかになるであろう。すなわち、後にもう少しくわしく検討するように、上に述べた思考の方向でいえば、「実行共同正犯」概念の実質化の方向をめざすものだというのである。あくまで関与者各々について、直接に事実的支配を論じる理論なのである。したがって、共謀共同正犯を肯定するための理論として直接結びつけることはすべきでないのである。

(4) 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

(5) たとえば、莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』、青林書院新社、1981年、440頁；藤木英雄『刑法講義総論』、弘文堂、1975年、285頁以下。

(6) 木谷 明、前掲解説153頁など。

(7) 大塚仁『犯罪論の基本問題』、有斐閣、1982年、339頁以下。これなど、本来的には肯定論とはいえないものである。

(8) このことは、後述するように、我が国の刑法60条の文理解釈という点からも自然な解釈である。また、「実行」を実質的に解することは、すでに「実行共同正犯」論においても、共同正犯という形態のもつ性質上ごく当然に認められてきたところでもある。たとえば、単独では実行とはみられなくとも、強盗の共同正犯とするのに、脅迫中に傍に佇立している者でもたりるとするなどを思い起こすことができる。問題は、その実質的判断の限界をどこに求めるかである。

(9) たとえば、見張り行為の評価を考えると、共謀参加が原則的に正犯となる方向では、基本的には見張りも共同正犯となるが、実行を基本にすえる方向では、共同正犯から外れるのが原則となるだろう。とくに平野説のように、教唆型と幫助型を分ける考え方をとればそうであろう。(平野龍一『刑法総論Ⅱ』、有斐閣、1975年、405頁参照。

(10) 一例だけ挙げれば、平場安治『刑法総論講義』、有信堂、1952年。

(11) 本稿では、この点を充分に展開できないが、後述するところからも、問題の一端をうかがうことができるだろう。

## 2. 団藤説について

### (1) 前提

団藤博士が理論上共謀共同正犯肯定説への転向を示唆されたのは、すでに

1979年刊行の著書『刑法綱要総論（改訂版）』（372頁）においてであった。今回の「意見」は、その思考を明確に理論づけたものといえることができる。したがって、団藤説を考察するに際しては、『綱要』における記述（これの一部は、「意見」の中にも引用されている）と「意見」とをてらし合わせて、総合的に検討するのが妥当であろう。「意見」はしかし、何よりも決定に付された補足であって、事例判例としての意義からすれば異例の長丈ともいえるものであっても、もとより十分な洞察を与えるものではない。したがって、以下に述べるところも、団藤説の詳細に立ち入ったり、その理論的な問題に関するというよりは、団藤説と行為支配論、本決定の対象となった事実と団藤説の結論とを行為支配論の観点からみた問題点などに関するものである。わたくしの意図は、団藤説の提起した問題を契機として、共謀共同正犯と行為支配論との関係を論じるところにある。このことを前提として、団藤説によって浮き彫りにされた問題点を、いくつかとり出して整理することから始める。

## （2）社会的要因について

少し長いが、重要なので、議論の都合上「意見」から引用しておく。

「わたくしは、もともと共謀共同正犯の判例に対して強い否定的態度をとっていた。しかし、社会事象の実態に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、すくなくとも一定の限度において、それなりの理由がある。一般的にいて、法の根底にあって法を動かす力として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできないのであり、共謀共同正犯の判例に固執する実務的感覚がこのような社会事象の中に深く根ざしたものであるからには、従来の判例を単純に否定するだけで済むものではないであろう。もちろん、罪刑法定主義の支配する刑法の領域においては、軽々に条文の解釈をゆるめることは許さるべくもないが、共同正犯についての刑法60条は、改めて考えてみると、一定の限度において共謀共同正犯をみとめる解釈上の余地が充分にあるようにおもわれる。そうだとすれば、むしろ、共謀共同正犯を正当な限度において是認するとともに、その適用が行きすぎにならないように引き締めて行くことこそが、われわれのとるべき途ではないかと考える。」

この部分では、2つの点が重要である。

第一は、「社会事象の実態」あるいは「法の根底にあって法を動かす力として働いている社会的因子」が、何を指すものであるか、ということである。これについては、団藤博士自身がかつてから、「実行者の背後関係にしばしばいわゆる大物がいることは社会的事実であって、判例の見解はそこに実質的な理由をもっている」と<sup>(12)</sup>とされていることが思い出されるべきであろう。この、よく知られた共謀共同正犯肯定の根拠が、団藤説の根拠の一端を形成するものであるとするならば、上の引用の後半で「正当な限度」といわれている肯定の範囲も、このような見地から画する方向がめざされるべきことになる。

第二に、第一の点と関連して、団藤説が、基本的に共謀共同正犯を肯定した上で、その成立範囲を合理的な範囲に限定しようとするものか、従来の見解の延長上で、実質的に共謀共同正犯の一部をとり込もうとするものか、という問題である。後に考察するように、「意見」に述べられているところは、正犯、なかんずく共同正犯の概念そのものを拡張することによって、共謀共同正犯の一部を肯定するということであるから、思考の方向としては後者に近いが、方法としては実行概念の実質化とはいえないと思う。そして、「意見」が承認している結論からすると、その限界がどのように定められるかを確定するに際して微妙なところがあって、前者にも接近するところがあるといわなければならないだろう。

### (3) 理論的基礎について

団藤説の基礎に行為支配論があることは、すでに多くの論者が指摘している<sup>(14)</sup>が、博士自身は、行為支配論を採用する旨を明言されていないのであるから、とりあえず一線を画して考えておくのが正しいであろう。したがって、団藤説に対して疑問を提出するとしても、行為支配論を前提してするならば、団藤説にとっても行為支配論にとっても、不本意ということになるといわなければならない。

この点をみるために、再び「意見」から引用する。

「おもうに、正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独正犯のばあいには、みずから実行行為（基本的構成要件に該当し当の構成要件の特徴を示す行為）そのものを行った者でなければ、この要件を満たすことはありえ

ないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、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には、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである。わたくしが、『基本的構成要件該当事実について支配をもった者——つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者——が正犯である』としているのは（団藤・刑法綱要総論・改訂版・347—348頁参照）、この趣旨にはかならない。」

この中では、確かに「支配」ということばも使われており、正犯の定義を述べた文も行為支配論のそれとあってよいほどである。加えて、上の引用とは別の、共謀共同正犯を論じた箇所では、共謀共同正犯を制御する理論として、さしあたり行為支配論の応用を考えている旨が述べられてもいるのである。<sup>(15)</sup>したがって、団藤説の形成にあたって行為支配論が果たした役割を否定することはできないであろう。すでに注意しておいたように、「意見」によっても団藤説の全容は明らかでないというべきであるが、団藤博士が『綱要』で参考になる見解として挙げている C.Roxin の説く行為支配論とも、少なくとも結論において、一致していないと思われるのである。これについては後述するところにゆずるが、団藤説を（少なくとも有力な論者であるロクシンのそれと同様の）行為支配論と断じることに慎重である理由のひとつがこのことなのである。

さて、「意見」のこの部分で注意すべき点（これらは相互に関連する）を2つ挙げる。

第一は、正犯というものの本質的規定として、「基本的構成要件該当事実の実現」をおいていることである。先にも触れたことであるが、それは、原理上正犯規定から「実行行為」を除くことを意味している。だからこそ単独正犯の場合には「実行行為」を自ら行なうことが必要であることを別に注意してあるのだし、共同正犯の場合には「実行行為そのもの」を自ら行なったのではなくても、正犯（共同正犯）の規定にあてはまる場合があることになるのである。この議論は確かに、実行概念の実質化という方向をおってはいないであろう。実行共同正犯を前提とするのではなく、実行とは別の正犯原理をたてることに

よって、共同正犯の概念を実質的なものとするという形だからである。いずれにせよ、構成要件該当事実の実現者とは、その事実について支配をもった者、実現について自ら主となった者、とされているのであるから、「支配」の対象が、構成要件該当事実である、ということは、ここで確認しておきたい。<sup>(16)</sup>

第二は、上のような「支配」を認定するにあたって重視されている条件が、「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」ることであるとされている点である。このことは、「意見」の後半で、本決定の事実に関して具体的にこの条件を適用している場面では次のように考えられている。すなわち、第一に、被告人がかなりの大麻吸引歴をもって、自ら大麻を入手したい欲求にかられ、代金相当額の資金を提供した、ということから、被告人が、この犯罪を自分のための犯罪として考えていたこと；第二に、実行者は被告人より五、六才年下で、被告人がかねてから面倒をみていた、いわば弟分であったところ、外国旅行を熱望していたのに目をつけてタイ行きを快諾させた上、自分の身代りとしてこの弟分に行行させたこと；以上を総合的に判断して、被告人は、大麻密輸入罪の実現について自らもその主体となったものとみるべきだ、と結論している。

つまり、「構成要件該当事実」に対する支配の有無を判断するにあたって、主として非実行者の実行者の「行為」に対する支配ということが考えられているということが出来る。要するに、図式的に言えば、窮極的には「事実」の支配が問題なのだが、判断の場面では「行為」の支配が重要視されているといえる。<sup>(17)</sup>

(12) 団藤『刑法綱要総論（改訂版）』、創文社、1979年、（以下『綱要』と略す）371頁。

(13) 香川達夫「大麻密輸入の謀議を遂げたものとされた事例」、『判例時報』1064号、205頁以下参照。この評釈で香川教授も指摘しているように、この立場で立てられた理論が一般的に適用される危険には常に注意しなければならない。その意味で注（9）であげた平野説や、中野次雄「共謀共同正犯にあたるものとされた事例（特に団藤裁判官の意見）」、『警察研究』；第56巻第1号、70頁以下の評釈中に示された「支配型」と「分担型」などにもとづく分析には肯首させるものがある。

(14) これまでに挙げた解説・評釈はほとんどそれを前提としている。

(15) 団藤『綱要』、372頁。

(16) 実際、団藤博士自身が、「目的的行為支配」についての疑問を提示されつ



つ、「教唆犯・幫助犯についても、教唆者・幫助者が教唆行為・幫助行為についての支配をもたなければならないことは、同様であるべきはずである」「正犯と共犯との区別の標準は、行為支配そのものではなく、行為支配の対象が構成要件該当事実であるかどうかに求められなければならない」（『綱要』、347、348頁）と強調しているとおりである。

- (17) この形で「事実」の支配を論じるところからも、基本的思考が「背後大物正犯論」であることがみてとれる。しかし、「思うように行動させる」ことができる場合ならば間接正犯となるのではないかという以前からの疑問が残ることも否めない。また、本文で触れた、団藤博士自身が紹介している C.Roxin の共同正犯規定の試案「共同正犯者とは、実行段階における作業分担的な共働にもとづき非本質的とはいえない事実寄与をした者である」（『綱要』、375頁、注（29））ともかなり意味合いを異にしていることも、ここで指摘しておく。

### 3. 行為支配論について

#### (1) 前提

すでに共謀共同正犯との関連で述べたところであるが、行為支配論、なかんづくわたくし自身が理解し、あるべき理論の姿である<sup>(18)</sup>と考えている行為支配論の性格について、前提的なことを2、3述べておく。

第一に、行為支配論は、正犯概念を画する理論である。すなわち、単なる帰責原理であったり、実行行為概念を規定する理論であったりするものではない。

第二に、行為支配という場合の「行為」とは、基本的に「事実」、よりくわしくは「構成要件の評価の対象となるべき犯罪的事実」である。したがって、行為支配概念そのものは、構成要件判断とは一応区別される。構成要件に該当すると判断された事実について、支配を有するか否かが問題となる。

第三に、行為支配論は、主観的要素と客観的要素を総合的にバランスよく考慮することをめざすものである。従前の正犯理論との優劣を論じる場合、単独正犯・間接正犯・共同正犯を横断して統一的な正犯概念を提供することができるか否かが重要な要因であろう。行為支配論が、主観と客観をバランスよく統一することによって、この目標に最も近いものであると思うのである。

実は、「支配」の実質的内容などをめぐっては、ドイツ刑法学でも細部に理解の相違があるようだが、第三点のような方向の妥当性は、我が国で通説的な制限的正犯概念の基礎となっている形式-客観説が、主観的要素をも考慮しつつ実質化していかざるをえない点をもみても明らかであろう。

## (2) 行為支配論の水準

行為支配という概念の不明確性は、批判の対象の最たるものであるが、「支配」という実質性を属性とする概念に不可避につきまとう不明確性はともかく、論者によってその内容に隔りがありすぎるという点については、かなりの程度共通の了解ともいべき土台ができてきたと思われる。このような現在の水準を規定したのが、これまでも名まえの出ていた C.Roxin の大著『正犯性と行為支配』<sup>(19)</sup>である。

たしかに、初期における代表的論者である H.Welzel<sup>(20)</sup>の説と R.Maurach<sup>(21)</sup>の説とを比べてみると、前者は「主観的行為支配論」ともいべきで、共同正犯における行為支配の要件として共同の行動決意を重視するのに対し、後者は客観的にみて事実を統制することが可能な事情を重視する、いわば「客観的行為支配論」であるというような対照をみてとることができる。<sup>(22)</sup>

このような事情を背景として、ロクシン教授はそれまでの議論を集大成して詳細に分析された上、行為支配論の規範とも範例ともいえるような洞察を提示したのである。これによって、従前の問題点が明確になり、同教授自身による細心にして大胆な行為支配論が、その後の議論の出発点となることとなり、学説の内容は一挙に収れんに向かった、というのがわたくしの認識である。とくに、共同正犯についての「機能的行為支配 (funktionennle Tatherrschaft)」<sup>(23)</sup>という考え方は、有力な教科書の採用するところとなっている。

そこで、ロクシンの「機能的行為支配」について、若干の問題を考察しておく。まず、その意味するところを概略述べると、自らの行動分担 (Tatanteil) を通じて同時に全事実 (Gesamtat) を支配することに基礎をおくのである。その支配とは、個々人の分担がなければ、他の者に関しても計画が失敗につながるということを基準にしている。定義的にいえば、共同正犯とは、実行段階における分業的共働に基く共同行為支配によって、構成要件実現にあたり犯行計画の成就にとって本質的な機能を果たした者である。<sup>(24)</sup>

くり返しになるが、2つだけ指摘する。ひとつは、実行行為そのものは形式一客観説の理解を基礎にして考えられていることである。「実行段階における」という文言もこのことに由来する。もうひとつは、支配の対象は構成要件事実、犯行計画の全体であるということである。少なくともわたくしの考えでは、支配ということが単に意思的次元において他人の行為を利用したり思うように行

動させることを内容にするのではなく、自身の行動寄与（事実寄与）をもって、「事実」の成否を左右するような本質的な「機能」を果さなければならない。このこと自体はここで詳論する余裕はないが、「意見」で説明されている具体的適用の場面を考えてみると、団藤説とは少なくとも結論において一致しないであろうことは、先にも触れたとおりである。

### （3）補足——条文について

団藤説の適用にあたっての問題とも関連するので、ここで条文の文理上のことを述べておく。我が国の刑法60条が「二人以上共同して犯罪を実行したる者は」となっており、「犯罪の実行」ということが前提とされている。このことが、「構成要件事実の実現」ないし「構成要件事実についての支配」ということと整合的に解釈されるのか、ということである。「実行」が前提だからこそ共謀共同正犯には強い疑問がもたれ、実行共同正犯が有力に主張されてきたわけである。先に、実行という意味を実質的に解して、共謀共同正犯（の一部）をも「実行共同正犯」の中に包摂して解釈するのが自然だと言ったのは、このことを念頭においていたのである。これまでの記述からも明らかなように、行為支配論も団藤説も、この方法で解釈するものではない。ドイツ刑法の下で論じられてきた行為支配論がどのような経緯で解釈論を展開するかは後に触れることにして、まず団藤説をみる。「意見」でも述べられている、解釈上の余地が充分あるということは、むしろ、実行を各関与者の実行分担と考えない解釈が可能であるということの意味するはずである。すでに述べたように、共同正犯という形態がもとより実行概念の実質的規定を否定できないものである以上、確かにこの解釈が不可能とすることはできない。いや充分に可能である。しかし、くり返すが、実行でない寄与をしたものを、どこまで正犯にとり込むのか、このことこそが問題なのだから、こうした考え方を採る場合には常にそれに注意する必要がある。

ところで、ドイツ刑法の解釈について、わたくしが詳論することはできないが、我が刑法との比較において次のことだけはいえるであろう。すなわち、ドイツ刑法の現行第25条では、正犯を規定するに際して「犯罪行動の遂行」（Straftat der Begehung）という文言が用いられており、少なくとも通常「実行」の意味で使われる *Ausführung* よりも、行為支配論的思考になじみやすいだ

ろう、ということである。<sup>(25)</sup>

- (18) ここで述べることは、もとより暫定的なものであり、厳密に論証したものでもないが、とりあえずここでの議論の前提を示す意味であえて述べるものである。こうした問題自体についてさらに検討することが、わたくしの課題である。
- (19) Claus Roxin, *Taeterschaft und Tatherrschaft*, 1963; 4. Aufl., 1984.
- (20) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S.98ff.
- (21) Reinhart Maurach, *Strafrecht A.T.* 3. Aufl., 1965, S.531ff.
- (22) 実は、正犯概念をめぐっては、両者にはもう少し複雑な相違があるように思うが、それについてはここでは必要がない。
- (23) 数例だけを挙げれば、Hans—Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts A.T.*, 3. Aufl., 1978, S.532; Guenter Stratenwerth, *Strafrecht A.T.I.*, 2. Aufl., 1976, S.235; Johannes Wessels, *Strafrecht, A.T.*, 6. Aufl., 1976, S.96.などがある。
- (24) Roxin, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., 2. Lieferung, 1978, § 25, Rdn.108. 但し、精密な訳ではない。
- (25) Peter Cramer, “Gedanken zur Abgrenzung von Taeterschaft und Tatherrschaft”, *Bockelmann—Festschrift*, 1979, S.392, などは同様の認識かと思う。

#### 4. 一応の総括

以上で主要な問題点は指摘したつもりであり、その中で大まかな議論を示したことになると思うが、私見をまじえて、総括的なことを加えることにする。

##### (1) 行為支配論と共同正犯論

すでに1. の終わりで指摘しておいたように、行為支配論は共同正犯の理論にとどまらず、正犯一般を基礎づけようとする理論である。いわんや共謀共同正犯を説明するための理論ではない。正犯を統一的に理論づけることによってこそ共同正犯の本質を明らかにすることができるであろうし、逆に、正犯の理論は共同正犯や間接正犯という正犯形態の実態に即して考えられるべきであろう。このような関係を前提としてみるならば、共同正犯においても、単独正犯の場合と本質的な等価性をもつ者だけがそのような評価を受けるべきである。こうした観点から、3. で考察したロクシンのような考え方、いわゆる「機能的行為支配」という理論を把えれば、ここに大筋で肯首できるものがあるとい

える。

「機能的行為支配」によれば、実行行為を分担することなく、「実行段階における分業的共働」によって本質的な機能を果たした者が正犯となる。「実行段階」における行動寄与（事実寄与）とは、通常「予備段階」である共謀に参加しただけでは、さらにいえば共謀段階でいかに指導的役割を果たしたにせよ、それだけでは、正犯とするには足りない、ということの意味するであろう。実は、少なくとも「機能的行為支配」という考え方をとる限り、行為支配論によっても共謀共同正犯のうち大部分は共同正犯に含まれないことになるはずのものであったのである。そして、「意見」も肯定したようなこの決定の事実<sup>(26)(27)</sup>に即して考えてみても、やはり共同正犯の成立は否定すべきだと思われる。

すなわち、いかに実行者が思うように実行させたにせよ、被告人が果たした役割りは、犯行の計画において、代金にひきあう額の資金提供と、自分にかわる実行者のあっせん<sup>(26)(27)</sup>といったことに限られるのであり、とても被告人が、その寄与を欠けば全犯罪事実の経過に影響を及ぼすような本質的機能を果たしたとはいえないであろう。被告人は「実行段階」において何らかの事<sup>(26)(27)</sup>実的寄与をしたとも思われ<sup>(26)(27)</sup>ない。

このように、私見によれば、行為支配論は何か共同正犯論においてだけ特別な考察方法を提供しようというものではない。むしろ、単独正犯の場合の思考方法をいかに合理的妥当性をもたせつつ間接正犯と共同正犯という場合に推し及ぼすことができるか、を重視するものである。団藤博士も『綱要』で説かれているように<sup>(28)</sup>、共同正犯の場合にも構成要件概念を基礎として正犯性を論じるべきである。単独正犯の場合と何ら異なるところはない。しかし、だからこそ、共同正犯の場合にも、正犯とされるだけの実体的要素を備えていなければならないはずである。<sup>(29)</sup>

## (2) まとめと展望

紙幅もわずかとなったので、まとめの意味で若干の指摘をしておくことにする。本稿では、行為支配論が、何か意思の次元にぶら下がってものをいう類のあいまいな理論ではなく、できるだけ事<sup>(28)</sup>実的な次元で支配を基礎づけようとする理論であること、少なくともそのように性格づけることによって、この理論が正犯論において、積極的な貢献をするであろうと期待できるのだ、というこ

とを強調したつもりである。

そして、展望ということで現時点でのわたくしの感想をつけ加えることが許されるならば、行為支配論は、ロクシンが採ったような共同正犯の場合にその特質に合った下位概念として「機能的行為支配」をたてる方法から、元来の目標である、正犯の統一理論をたてる方向に向かうべきであり、また可能性もあるのではないか、と考えているのである。もとよりこのような理想に到達することは非常に困難なことである。しかし、本稿で考察したところからも、共謀共同正犯の一部を肯定するとしても、合理的な限界を画するために、行為支配的思考が有効であることがうかがわれるのではないだろうか。<sup>(30)</sup> いずれにせよ、共謀共同正犯という問題を抱えている我が国において、納得できる妥当性のある理論を構築することが要請されていることは、団藤博士の指摘をまつまでもなく明らかである。その意味で、団藤説の試みの意義は大きいものがあるとい<sup>(31)</sup>うべきである。

(26) 香川・前掲評釈，208―209頁参照。中野・前掲評釈，81―82頁は、行為支配論そのものでなく、団藤説の内部での問題として、「支配型」を念頭において理論を「分担型」にそのまま及ぼすことに疑問を呈している。

(27) 団藤説が少なくとも結論において行為支配論と一致しないといった意味は、ここで明らかになるであろう。もとより、団藤説が一種の行為支配論であるということには何の妨げもないのだから、「ロクシンの」それとの不一致ということである。しかし、団藤博士自身がロクシンの見解を参照しているので重要視されるのである（前注（26）香川をも参照）。

(28) 団藤『綱要』，348頁参照。

(29) こういってよければ、共同意思主体説をはじめ、意思方向や相互利用の意思等に基礎を求める思考も、未だ観念的にすぎるところがあるのではないかと思う。

(30) 香川・前掲評釈や中野・前掲評釈が疑問とする点（注（26）参照）も、行為支配論そのものにはあてはまらないだろうし、むしろ行為支配論からも同様の疑問が出るところである。

(31) 本稿は、口頭で報告する機会があったものの材料を、急ぎ構成し直したものであり、不備が目につくが、このような事情もあることを一言申し添えておく。