國學院大學学術情報リポジトリ

共謀共同正犯における「形式的実行行為説」の検討：共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(3)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 関, 哲夫 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001128

共謀共同正犯における「形式的実行行為説」の検討

――共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(三)――

関　哲夫

一　序――本稿の課題――

1　組織犯罪と刑法第六〇条

2　検討の視点

3　検討の課題

4　学説の分類

二　共犯性説

1　共同意思主体説（以上、國士舘大学・國士舘法学三五号（二〇〇三年）九九～一四〇頁）

2　共同意思関係説（以上、國士舘大学・國士舘法学四二号（二〇〇九年）二五～六〇頁）

三　正犯性説

1　はじめに

(1)　実行行為基軸論

(2)　実行行為遊離論

(3)　モデル論

2　形式的実行行為説

(1)　はしがき

(2)　内　容

A　犯罪共同説からの形式的実行行為説

B　行為共同説からの形式的実行行為説

C　共同意思主体説からの形式的実行行為説

(3)　特　徴

(4)　小　括（以上、本誌本号）

三　正犯性説

1　はじめに

正犯性説は、（共謀）共同正犯は単独正犯と同様の意味において「正犯」であるとするものである。では、その正犯とは何か、正犯は狭義の共犯とどのように区別されるかについて、周知のように、学説では「正犯と共犯の区別」の問題として論じられている。

この問題を、正犯概念と実行行為概念との関係をどのように解するかという視点から見たとき、学説では、大別して二つの傾向が見られる。[1] 第一は、正犯概念を構築するに当たって実行行為概念を基軸にする見解であり、この見解を「実行行為基軸論」と称しておきたい。これに対し第二は、正犯概念を構築するに当たって正犯概念を実行行為概念から遊離させる見解であり、この見解を「実行行為遊離論」と称しておきたい。

(1)　実行行為基軸論

刑法は、共同正犯について、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」（刑法六〇条）と規定し、正犯とは「犯罪を実行した者」をいうとしている。この「犯罪」の語は、一般に、犯罪の実行行為、すなわち基本的構成要件に該当する行為を意味し、したがって、正犯とは基本的構成要件に該当する行為を遂行する者であると解されている。これは、「正犯＝実行行為の分担者」という命題を前提にし、実行行為概念を基軸にして正犯概念を構築しようとする見解であり、「実行行為基軸論」と称することができる。

実行行為基軸論の立場には、その実行行為をどのように把握するかに応じて、大別して、形式的アプローチを採

る見解と、実質的アプローチを採る見解とがある。前者を「形式的実行行為説」と称し、後者を「実質的実行行為説」と称しておきたい。

①　形式的実行行為説　　形式的アプローチにより実行行為を記述的・類型的な概念として把握する見解は、したがって、記述的・類型的に把握された「基本的構成要件に該当する実行行為を行う者」が正犯であり、基本的構成要件を修正して得られた拡張的構成要件に該当する行為を行う者が共犯であると解することになる。

この見解は、限縮的正犯概念に依拠し、観念的形象としての構成要件、あるいは一般的・抽象的に危険な行為が類型化された構成要件という記述的・類型的な意味における構成要件により実行行為の概念を画定しようとするもので、まさに「形式的実行行為説」と称することができる。またこの見解は、形式的実行行為概念を基軸にして「正犯＝形式的実行行為の分担者」という命題を堅持しようとしているという点で、「形式的正犯概念」を主張する見解ということができる。

②　実質的実行行為説　　これに対し、実質的アプローチにより実行行為を規範的・価値的な概念として把握する見解は、したがって、規範的・価値的に把握された「実質的に危険な実行行為を行う者」が正犯であり、それ以外の行為で正犯の実現する犯罪に加功する者が共犯であると解することになる。

この見解もまた、限縮的正犯概念に依拠しながらも、法益侵害・危殆化という結果の実現に対する現実的な危険性・寄与度という実質的観点を実行行為の概念に導入し、具体的な危険性により規範的・価値的に実行行為の概念を画定しようとするもので、まさに「実質的実行行為説」と称することができる。またこの見解は、実質的実行行為概念を基軸にして「正犯＝実質的実行行為の分担者」という命題を維持しようとしているという意味で「実質的正犯概念」を主張する見解ということができる。

以上の、形式的正犯概念を主張する形式的実行行為説も、実質的正犯概念を主張する実質的実行行為説も、いずれも実行行為基軸論であって、正犯の概念と基本的構成要件に該当する実行行為の概念とを結びつけ、正犯であるためには実行行為の少なくとも一部の分担が必要であるとするものであり、その点で「正犯＝実行行為の分担者」という命題を堅持する見解である。

(2)　実行行為遊離論

これに対し、正犯概念と実行行為概念とを必ずしも結びつけることなく、むしろ正犯概念を実行行為概念から解放し、「正犯＝実行行為の分担者」という命題に拘泥しない見解が存在する。この見解にあっても、多くは限縮的正犯概念に依拠してはいるが、むしろ重点は、実行行為の概念に代わる正犯性要素（正犯性メルクマール）に移行しており、正犯性の特徴として何を要求するかに関心が向けられている。その正犯性の要素については見解の相違が見られるが、それにもかかわらず、いずれの見解も「正犯＝実質的な正犯性要素を具備する者」という命題を前提にして正犯概念を画定しようとしており、その意味で、この見解は、その実質的な正犯性の要素を基軸にして「正犯＝正犯性具備者」という命題を前提にしている見解ということができる。この見解が、正犯性の内実を実質的なものに求める「実質的正犯概念」を主張しているという点で、実質的実行行為の概念を基軸にする先の実質的実行行為説と類似した発想が見られる。そこで、先の実質的実行行為説と区別するために、実行行為遊離論に基づくこの見解を「実質的正犯性具備説」と称しておきたい。

(3)　モデル論

以上の正犯概念と実行行為概念とに関わる学説をここでモデル論として提示すると、以下のようになる。

①　実行行為基軸論：「正犯＝実行行為の分担者」という命題を前提

A　形式的実行行為説

・形式的アプローチによる記述的・類型的な実行行為概念を基軸

⇓形式的実行行為概念を主張

・「正犯＝形式的実行行為の分担者」を前提

⇓形式的正犯概念を主張

B　実質的実行行為説

・実質的アプローチによる規範的・価値的な実行行為概念を基軸

⇓実質的実行行為概念を主張

・「正犯＝実質的実行行為の分担者」を前提

⇓実質的正犯概念を主張

②　実行行為遊離論：「正犯＝実行行為の分担者」という命題から離脱

C　実質的正犯性具備説

・正犯概念を実行行為概念から解放

⇓実質的アプローチによる正犯性要素を基軸

⇓「正犯＝実行行為の分担者」とは限らない

・「正犯＝実質的正犯性を具備する者」

⇓実質的正犯概念を主張

このモデル論から、あるいはすでに述べたところからも明らかなように、実行行為概念を基軸にして正犯概念を

構築するのか、それとも実行行為概念から解放された正犯概念を構築するかを分類基点としたとき、形式的実行行為説と実質的実行行為説は前者に分類され、実質的正犯性具備説は後者に分類されるけれども、他方、形式的正犯概念を主張するのか、それとも実質的正犯概念を主張するのかを分類基点としたときには、形式的実行行為説は前者に分類され、実質的実行行為説と実質的正犯性具備説は後者に分類されることになる。実質的な正犯概念を探求する点で、実質的実行行為説と実質的正犯性具備説はいずれも「実質的正犯性基軸論」であり、相違があるとすると、「実行行為」概念を基軸とするか否かにある。その意味で、両説の違いは紙一重にすぎないとも考えられる。そのため、両説を峻別し、両説の論者が述べるところを類別するのは難しい作業となることが予想される。

しかしそれでも、それぞれの説が前提とする基盤や、それぞれの説の中核となる内容が相違すること、言い換えれば、立脚点が異なり、内容の重点の置きどころが異なることを考慮して、以下、この「正犯性説」の項では、まず実行行為基軸論に立つ見解のうち、形式的実行行為の概念を基軸にして形式的正犯概念を主張する形式的実行行為説[2]と、実質的実行行為の概念を基軸にして実質的正犯概念を主張する実質的実行行為説[3]を考察し、次に、実行行為遊離論の立場から実質的正犯概念を主張する実質的正犯性具備説[4]の順で検討していくことにしたい。

（1）以下の分類については、曽根威彦・刑法における実行・危険・錯誤（一九九一年）一六六～一六七頁、曽根威彦・刑法の重要問題〔総論〕（第二版・二〇〇五年）三四二頁以下が多くの示唆を与えてくれた。

（2）正犯概念につき実行行為基軸論に立ち、しかも、「正犯＝『形式的』実行行為の分担者」の命題を堅持する「形式的実行行為説」を主張する見解は、すでに明らかなように、限縮的正犯概念を堅持して、結局は共謀共同正犯否定論へと至ることになる。

（3）正犯概念につき実行行為基軸論に立ち、しかも、「正犯＝『実質的』実行行為の分担者」の命題を維持する「実質的実行行為説」を主張する見解には、間接正犯類似説、行為支配説、優越支配共同正犯説があるほか、準実行共同正犯説もある。しかしなが

ら、準実行共同正犯説は、私見によれば、（共謀）共同正犯は共犯であるとともに正犯でもあることを重視する「共犯性・正犯性説」であり、学説分類としては区別すべきであると考えるので、その項で扱うことにする。

（4）正犯概念につき実行行為遊離論に立ち、しかも、「正犯＝『実質的』正犯性を具備する者」の命題を前提とする「実質的正犯性具備説」を主張する見解には、「自己の犯罪」説、包括的正犯説、教唆正犯説、排他的形成支配説、「正犯の背後の正犯」説があるほか、システム論的共謀共同正犯説もある。しかしながら、システム論的共謀共同正犯説は、（共謀）共同正犯は共犯であるとともに正犯でもあることを正面から認める「共犯性・正犯性説」であり、学説分類としては区別すべきであると考えるので、その項で扱うことにする。

2　形式的実行行為説

(1)　はしがき

あらためて確認すると、形式的実行行為説によれば、共同正犯は単独正犯と同じ意味において「正犯」であることを前提にした上で、正犯とは形式的・類型的に把握された基本的構成要件に該当する実行行為を行う者であり、共同正犯も正犯の一種であるから、その正犯性を徴表する「形式的・類型的な基本的構成要件に該当する行為＝実行行為」の少なくとも一部分担がなされない以上、共謀共同正犯の概念は認めることができないとする。それゆえ、この説は、結局、共謀共同正犯否認論へと至ることになる。

形式的実行行為説には、犯罪共同説からのもの、行為共同説からのもの、さらに共同意思主体からのものがある。以下、形式的実行行為説の論者の主張内容を、犯罪共同説からのもの、行為共同説からのもの、さらに共同意思主体説からのもの、という順番で見ていき、次に形式的実行行為説の特徴を指摘し、検討していくことにする。

(2) 内　容

A　犯罪共同説からの形式的実行行為説

犯罪共同説からの形式的実行行為説の論者として、ここでは、香川達夫氏及び福田平氏の論述を一人称の形で紹介していきたい。

①　部分的犯罪共同説　「犯罪のもつ客観的な枠を重視し、特定の犯罪の存在を前提とすることによって、その犯罪を数人が共同して実行したばあいに共同正犯関係が成立すると解するのが正しいとする、犯罪共同説……の登場をもたらす。共同正犯の成立範囲が特定の犯罪、すなわち同一構成要件を限度として考えられ、かつそれ以上にでてはいけないと解する点で、犯罪共同説は客観主義的刑法理論に結合し、しかもそれが現在の通説的見解であるといってよい。」[1] すなわち、「犯罪共同説は、一定の犯罪構成要件を二人以上の者が共同して実行することを共同正犯とするもの」であるのに対し、「行為共同説は、構成要件をはなれた行為を二人以上の者が共同して行えば共同正犯であるとするもの」であるが、「共同正犯も正犯である」し、「実行行為を行う者を正犯」と解する以上、「共同正犯が成立するためには、一定の構成要件に該当する実行行為を共同にすることが、必要であろう。したがって、構成要件をはなれた自然的行為を共同にすれば共同正犯の成立をみとめる行為共同説は、妥当でなく、実行行為の共同を共同正犯の要件とする犯罪共同説が、妥当である。」[2] しかし、「犯罪共同説が妥当であるといっても、共同正犯の成立には、同一の構成要件に該当する犯罪を共同にすることが必要であると主張するものではなく、一定の構成要件に該当する実行行為の共同を共同正犯の要件とする犯罪共同説を支持するものである。そこで、同一の構成要件に属する犯罪だけでなく、構成要件がことなっていても、その甲罪と乙罪とが構成要件的に重なり合うものであるときは、その重なり合う限度において、実行行為の共同をみとめることができるから、その限度におい

て、共同正犯の成立を肯定するものである。[3]」

②　共同正犯の正犯性　「正犯とは、主観＝客観の全体構造をもつ実行行為を行う者であり、これに対して、共犯（教唆犯・幇助犯）は、実行行為そのものを行う者ではなく、それ以外の行態によって実行行為に加功する者である。[4]」この点を共犯の処罰根拠との関係でいえば、「正犯者は、みずからの実行行為によって法益侵害（危険）を惹起した点にその処罰根拠があり、共犯者の処罰根拠は、正犯者の実行行為を通じて法益侵害（危険）を惹起した点にある。[5]」そして、「単独で実行行為をなしたばあいが、単独正犯であり、数人で共同して実行行為をなしたばあいが、共同正犯である。ここから、共同正犯も正犯であることがあきらかであろう。[6]」すなわち、「共同正犯も正犯である以上、正犯性をもつことが必要」であり、「構成要件実現の現実的可能性をもつ行態＝実行行為をした者」といえない限り「この者の正犯性を肯定することはできない」のである。[7]

③　一部実行全部責任の法理　「共同正犯の成立には、二人以上の者の間に、主観的には、一定の実行行為を共同にする意思、客観的には、一定の実行行為を共同して行う事実とが必要である[8]」が、この「共同実行の意思と事実が必要とされるのは、この要件を具備することにより、共同者各自につき、その者自身の行為と他の共同者の行為とが一体のものと評価されるからであり、ここから、共同正犯者は、共同の実行行為によって発生した事実の全部について正犯としての責任を負うとされている[9]」のである。したがって、客観的には、「二人以上の者が、共同して犯罪を実行したこと（共同実行の事実）」、すなわち「実行行為そのものが分担されること」が必要であるが、それは「実行行為の分担で足りるから、共同者の各自の行為は、実行行為の一部にすぎないものであってもよい。[10]」

④　共謀共同正犯肯定説への疑問　「共同正犯も正犯である以上、正犯性をもつことが必要」であり、「間接正

犯が正犯であるとされるのは、その被利用者に対する誘致行為が、構成要件実現の現実的可能性をもつ行態＝実行行為とみとめられるから[11]」である。したがって、「共謀に参加しただけで、なんらの行為に出なかった者は、共同意思による心理的拘束を実行行為をした他の共謀者に及ぼした者であるといっても、構成要件実現の現実的可能性をもつ行態＝実行行為をした者とはいえないから、この者の正犯性を肯定することはできない」し、「この者と実行行為をした他の共謀者とが、共同正犯であると解することはできないであろう[12]。」いずれにしても、「共謀に参加しただけでなんらの行為に出なかった者」は「構成要件実現の現実的可能性をもつ行為をなした者」とはいえないから、「この者の正犯性を肯定することは困難」であり、「現行刑法の解釈としては、共同正犯に実行行為の分担を要求する通説的見解を支持したい[13]。」この点、共謀共同正犯肯定説は、「一方では、従来の共犯規定における共同正犯と教唆犯・幇助犯との区別をあいまいにし、他方、集団的犯罪に対する規制措置としては、いわゆる背後にある大物を共同正犯とする効果しかあげていないのは、個人による犯罪を基本とし、複数の個人による犯罪実現形式の一つとして、二人以上の者が相互にそれぞれの行為を補充し合って犯罪を実現するものとして把握された共同正犯概念を操作することによって、集団的犯罪を処理しょうとしたところに原因がある[14]。」むしろ、共謀共同正犯肯定説は、「実務上さらには学説上ですら定着した感がないわけではないが、そのもつ理論的な未熟さは否定しうべくもなく、したがって消極的に解するのが妥当[15]」であり、また、「集団的犯罪は、右のような共犯規定ではまかないきれないものであるという認識から出発して、共同正犯・教唆犯・幇助犯といった共犯形式とは別個に、集団的犯罪の実態に即して、これを正面から規制することがのぞましい[16]。」

⑤　背後の大物処罰　「判例が、共謀共同正犯説を維持している実質的な理由は、集団的犯罪においては、その犯罪の中心的人物ともいうべき大物は、背後にかくれ、実際に犯罪を実行するのは、いわゆる小物であるばあい

が多いが、この背後にある大物を正犯として処罰することは、法の理念にかなうばかりでなく、国民の常識にも合致するものであるというところにあろう。」[17]もとより、「背後に位置する大物をなんとか処罰しようとする動機は了解するにしても、それを共同意思主体説で基礎づけるのは適切でない。むしろその占める役割および意思のいかんにより、教唆犯ないし幇助犯として処断する以外に方法もない。少なくとも、現行法によるかぎりそうである。」[18]しかも、「集団的犯罪における各行為者の適切な処理を、刑法六〇条の解釈によってまかなうことは無理」であり、「現行法の解釈としては、単なる共謀者は、教唆犯か幇助犯かいずれかの責任を問うほかはない。」[19]

⑥　刑法第六〇条の解釈　　共謀共同正犯肯定説の立場からは、「六〇条の『共同して犯罪を実行した』の『共同』と『実行』とを切りはなし、二人以上の者の共謀により『共同』があり、共謀者のだれかの『実行』があれば、共同正犯が成立しうるものと解されている」けれども、「この解釈は、いかにも技巧的すぎるものといえよう。六〇条の『二人以上共同して犯罪を実行した』は、二人以上の者が実行行為を共同にすることと解するのが、素直な解釈であろう。」[20]

（1）　香川達夫・刑法講義〔総論〕（第三版・一九九五年）三三八頁。また、香川達夫「犯罪共同説か事実共同説か」中義勝編・論争刑法（一九七六年）一五〇頁以下〔香川達夫・刑法解釈学の基本問題（一九八二年）一五四頁以下に収載〕も参照。

（2）　福田平・全訂刑法総論（第五版・二〇一一年）二六八～二六九頁。

（3）　福田平・注2文献・二六九頁。なお、香川達夫氏は、「共同関与者間には、相互に認識した範囲についてのみ共同正犯が成立するにすぎない」のであり、「こう解するのが主観的・部分的犯罪共同説の主張」であり、「また同時に、共同正犯の成立要件の素直な適用であるともいえよう」（香川達夫・刑法解釈学の現代的課題（一九七九年）一四七頁、香川達夫・刑法解釈学の諸問題（一九八一年）一七七頁）とも論述している。香川氏のいう「客観的・部分的犯罪共同説」と「主観的・部分的犯罪共同説」の相違は、構成要件は違法行為類型にとどまるか、違法行為類型であるとともに責任類型でもあると解するかの違いに相違している

考えられる。この点については、福田平・注2文献・六九〜七〇頁、香川達夫・注1文献（中義勝編・論争刑法）一五九頁以下〔香川達夫・刑法解釈学の基本問題・一六五頁以下〕、香川達夫・注1文献（刑法講義〔総論〕）九一頁を参照。

（4）福田平・注2文献・二五二頁。

（5）福田平・注2文献・二六一頁。

（6）福田平・注2文献・二五三頁注五。

（7）福田平・注2文献・二七八頁。

（8）福田平・注2文献・二六九頁。

（9）福田平・注2文献・二七一〜二七二頁。

（10）福田平・注2文献・二七六頁。また、香川達夫・注1文献（刑法講義〔総論〕）三七三頁も参照。

（11）福田平・注2文献・二七八頁参照。

（12）福田平・注2文献・二七八頁。この説の論者が共同意思主体説に加える批判については、福田平・注2文献・二七七頁、福田平・刑法解釈学の基本問題（一九七五年）一二九頁〔この該当頁の論文「現代刑法における責任主義と集団的犯罪行動」の初出は、福田平「現代刑法における責任主義と集団的犯罪行動」岩波講座現代法第一一巻・現代法と刑罰（一九六五年）一七〇頁以下である。〕、香川達夫・注1文献（刑法講義〔総論〕）三七五〜三七六頁、重要な役割論に加える批判については、福田平・前掲刑法解釈学の基本問題・一三〇頁、間接正犯類似説に加える批判については、福田平・注2文献・二七七〜二七八頁、福田平・前掲刑法解釈学の基本問題・一三〇頁、香川達夫・注1文献（刑法講義〔総論〕）三七九〜三八〇頁参照。

（13）福田平・注12文献・一三〇頁。

（14）福田平・注12文献・一三一〜一三二頁。

（15）香川達夫・注1文献（刑法講義〔総論〕）三八一頁注53。

（16）福田平・注12文献・一三二頁。なお、福田平・注2文献・二七八頁も参照。

（17）福田平・注2文献・二七八頁。

（18）香川達夫・注1文献（刑法講義〔総論〕）三七六頁。

（19）福田平・注2文献・二七八〜二七九頁。

（20）福田平・注2文献・二八一頁注九。

B　行為共同説からの形式的実行行為説

行為共同説（事実共同説）からの形式的実行行為説の論者として、ここでは、中義勝氏の論述を軸にし、併せて植田重正氏、佐伯千仞氏、中山研一氏、斎藤豊治氏、浅田和茂氏、山中敬一氏の論述を一人称の形で紹介していきたい。

①　構成要件的行為共同説　「共犯の共犯性は多数人間で共通一個の犯罪に対する加功によって認められるのではなく、これらの者に共通する行為に対する加功によってなりたつものであるとする事実共同説の見解が一層すぐれて」[1]おり、「共犯が成立するためには、結果に因果関係を有する行為が共同して行われることで十分」であり、「『罪名』の一致は不要である」[2]。しかも、「現代の行為共同説は、それぞれの関与者からみてそれぞれの犯罪を共同にすることが共犯の本質であるとみるものであるから、関与者それぞれにとっての違法な構成要件該当行為を共同することがありうると考えるものであって、何ら前構成要件的・自然的な行為を共同するものといっているわけではない」のであって、その意味で、「行為共同説も、構成要件理論と相容れないものではない。狭義の共犯自体はもちろん、違法で共犯構成要件該当の行為であることは必要とするのであり、また、共同正犯においては、すべての加担者に構成要件該当行為を要求するものである。したがって、古典学派でありながら行為共同説を採用する学説……に、理論的一貫性がない……わけではない。」[3]そして、行為共同説は処罰根拠論における因果共犯論（惹起説）に対応しており、「個々の共同者の因果的寄与が、他の共同者の寄与を自己のものに取り込んで行われたことが、共同正犯として、実現した犯罪について責任を負う根拠である」[4]のである。

② 共同正犯の正犯性　「刑法は、正犯とは犯罪を実行した者をいうと解している」のであり、「実行行為とは構成要件該当行為のことであるから、正犯とは、構成要件該当行為を行う者であるということができ」、「わが国の刑法は、基本的構成要件に該当する行為を行った者を正犯とするのであるから、限縮的正犯概念に依拠するものである。」[5] すなわち、「間接正犯であると共謀共同正犯であるとを問わず、およそ正犯とされるためには、その行為に直接・単独正犯と同一の実体的構造が認められなければならぬ。その現象形態には差異があって支障なく、また差異の存することを禁じえないが、基本たる実体的構造を欠くときはもはや『正犯』は存しえない。そして、この実体的構造こそ実行行為を措いて他にこれを求めることができない。」[6]

他方、「共同正犯はひとしく正犯としての法的性質をもちつつ、ただその現象形態という点でのみ他の正犯と異なり、この点ではむしろ狭義の共犯とともに共同犯行という形で行われるものであり、かつこの共同犯行中共同実行という点によってその正犯性を根拠づけようとするもの」[7] である。すなわち、「共同正犯者が他人の行為に対しても責任を負うということは、共同正犯が共犯の一種であることを示すものである（共同正犯の共犯性）。」しかも、「共同正犯は、各人が実行行為の一部を分担し、関与者全体で実行行為の全部を行うという点で、正犯の一種でもある（共同正犯の正犯性）。」その意味で、共同正犯は、「正犯としての側面（正犯性）と共犯としての側面（共犯性）」を併せもっているのである。[8]

③ 一部実行全部責任の法理　「共同者各人の行為は、各自がみずから実行して部分行為のみにつくされるわけではなく、まず合意において相互の意思を強化・促進し、各人が分担行為を実行することによって相互に所期の結果達成について物理的に補充しあう寄与を果すとともに、これを通じてここでも相互に心理的に強化しあうといった寄与をなすものである。この意味では、他者の行為は自己の行為と無関係でないのみか、いわば自己の行為の

延長である。各人は『部分行為』を果すものであるにもかかわらず『全部責任』を負わせられるわけではなく、まさしくその『全部行為』について『全部責任』を帰せられるにすぎない。[9]」すなわち、一部実行全部責任の法理の根拠は、「共謀による心理的関与に求める必要はない」のであって、「部分的実行行為が具備する相互的補充機能と心理的促進機能」に求められるべきで、「共同正犯の要素は、一人では持ち上げることのできない材木を二人の協力によって物理的に力を相互に補充し、一人では通れない夜道を同伴者のあることによって心理的に強化されて通るという点にあります。したがって、『部分行為の全体責任』の法理を共謀による心理的関与に求めなければ説明がつかないとする理由がないだけでなく、より本質的には部分的実行がそなえる物理的・心理的な補充機能にこそ、その根拠が存するものと解すべきです。そして、共謀による心理的関与は、せいぜい心理的幇助、ときには教唆として把握すべきであると思います。[10]」この点をより詳細に述べるなら、まず、「共同犯行の合意は、共同者各自をして容易に自己の部分行為へとふみきらしめるための心理的・現実的な機能を果すもの」であるし、次に、「共同者の一人が右の合意にもとづいて現実に部分行為に移れば、他の者も右の合意を想って自己の分担行為を開始すべく促進せられ、ゆるやかな意味での心理的強制をこうむることを常とする」のであり、この点でも、「共同者各自が他の仲間の行為をひきおこすものだといってさしつかえないであろう。さらに、共同者各自がたがいに呼応して現実に果す部分行為が物理的に相補する関係にたつことはもとより、心理的にも相互助勢的関係をもつにいたるであろうことは疑いを容れない。」かくして、「共同者各自は相互に他の仲間の部分行為に対して促進・助勢的関係にたち、これをも自己に帰属せしめられるべく充分な現実的構造をそなえるものであるといわねばならぬ。[11]」

結局、一部実行全部責任の法理も、「自分の惹き起こした結果に対し自分が責任をもつまでのことで、他の犯行形式における責任の法理とすこしも異なるものではないのです。しかも結果を各自の行為としてこれに客観的に帰

属させるといっても、とくにこれを共同『正犯』として帰属させる理由は、各自が相互に実行行為を通じあって、つまり実行的な因果関係を共同にするという形式によって結果を実現したからであって、この点が教唆および幇助犯と異なるところです。[12]」その意味で、「各人は『部分行為』を果すにもかかわらず、『全体責任』を負わせられるわけではなく、その『全部行為』について『全体責任』を帰せられるにすぎません。[13]」

④　実行行為の分担　「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幇助との有機的な結合物として観念されることになる」が、しかし「それだけではなお、なぜ全体として『正犯』とされるのかという理由づけにとって完全に十分だとはいえ」ないので、「そこに単独犯原理をこえる部分があることは否定できない」のである。しかし、「これを集団犯原理の『芽』として捉えてこれを拡大し、集団犯への傾斜において共謀共同正犯論を展開することは危険な飛躍だといわざるをえない」。むしろ、「上のような構造をもつ共同正犯が皆『正犯』だとされるのは、各自が部分的にも『実行行為』を分担しているから」であって、「『実行行為』の分担という古典的な正犯特徴をはずしてしまうと、正犯と共犯の古典的な概念的区別も失われざるをえないように思われるのである。[14]」すなわち、「謀議に関与しただけでみずから実行を担当しなかった者は、直接実行を担当した者（正犯）の教唆犯もしくは従犯にほかならない。それが教唆犯・従犯にほかならぬから、たとえば、謀議の結果、実行担当者と決められた者が、結局実行しなかった場合には、それらの謀議関与者も処罰せられることがないのである。」「かように解しないかぎり、現行刑法が峻別している共同正犯と教唆犯・従犯との概念的限界は画しえなくなるであろう。[15]」

⑤　共謀共同正犯肯定説への疑問　A・B共同の強盗行為について、「われわれもまた上の強盗をA・B二人の実行行為と解する点で共同意思主体説と異なるものではありません。ただ、それだからといって、強盗行為の主

体をA・B両者を超越した『超個人的な存在』に求めることに賛成しえないとするまでのことです」し、また、共同意思主体説のように、強盗の実行主体は「AだけでもBだけでもなく、A・Bの算数的総和でもなく、これらを超越する『自然人の概念を越えた』人格」とするのであれば、「責任はこの超個別人格に帰せられるのが概念的に必然のことであり、A・B各自の実行結果でもないとされるところにA・Bがそれぞれ全責任を負うとするのは背理であるといわなければなりません。」[16]

他方、間接正犯的構造が認められるには、「共同者各人がきわめて緊密な相互拘束関係にたち、その程度はひたすらに各自の分担行為を履行するというところに繋縛され、偶然的事情の介入がなければ隊列から離脱することがないといった拘束性を含むものでなければならぬ」が、このような「緊密な相互拘束関係、他の仲間の行為を必然的に誘発し、その行為をかねての合意によって割当てられている内容どおりに遂行すべく支配する関係、は現実には存在しない」のであって、「共同正犯者各自は相互に他に対して拘束せられ、他人をしてその分担行為へと促進する関係にたつとはいえ、この他人の行為をあたかも自分自身でなした場合と同視できるほど自由に支配しうるものでなく、相互に他の仲間を自己の道具、手足の延長として利用できるものではない。」したがって、「独自に答責性ある他人を支配してする間接正犯」といったものは成立不可能なのである。[17]

⑥　刑法第六〇条の解釈　「刑法六〇条の文理解釈であるが、現行法制定後の草案の動き、とくに準備草案以降の共謀共同正犯規定の提案の必要性などを考えると、現行法の規定を共同者のうち一人が実行すればよいと解釈することは、不可能ではないとしても、かなり無理な解釈だといわざるをえないように思われる。」[18]それは、「『共同』と『実行』を二段にわたる行為として読むことがまずなによりも不自然な解釈である」ことに起因しているのである。[19]

（1）　中義勝・講述犯罪総論（一九八〇年）二二四頁。なお、中義勝氏の共謀共同正犯論については、斉藤豊治「中教授の共謀共同正犯論」中義勝先生古稀祝賀・刑法理論の探究（一九九二年）三四五頁以下参照。

（2）　浅田和茂・刑法総論（補正版・二〇〇七年）四〇八頁。また、植田重正・刑法要説総論（全訂版・一九六四年）一五六頁、吉川経夫・改訂刑法総論（一九七二年）二五〇頁、佐伯千仞・刑法講義（総論）（三訂版・一九七七年）三五一頁、内田文昭・刑法Ⅰ（総論）（改訂補正版・一九九七年）二八六頁、山中敬一・刑法総論（第二版・二〇〇八年）七九五頁、八三〇頁、中山研一・新版概説刑法Ⅰ（二〇一一年）二一三頁も参照。

（3）　山中敬一・注2文献・七九五頁。また、植田重正・注2文献・一六九頁、中義勝・注1文献・二三八頁も参照。

（4）　山中敬一・注2文献・八三〇頁。また、浅田和茂・注2文献・四〇八～四〇九頁も参照。

（5）　山中敬一・注2文献・七八七頁、七八八～七八九頁参照。また、浅田和茂ほか・刑法総論（改訂版・一九九七年）二八八頁〔斉藤豊治〕も参照。

（6）　中義勝・間接正犯（一九六三年）一九二頁〔この該当頁の論文「共謀共同正犯と間接正犯論」の初出は、中義勝「共謀共同正犯――改正刑法準備草案二六条二項にちなんで――」関西大学・綜合法学五巻九号（一九六二年）五三頁以下である。〕。また、植田重正・注2文献・一七一頁、吉川経夫・注2文献・二四八頁、佐伯千仞・注2文献・三四七頁、内田文昭・注2文献・二九七頁、浅田和茂ほか・注5文献・二九七頁〔斉藤豊治〕、山中敬一・注2文献・八二八頁も参照。

（7）　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）一六五～一六六頁。

（8）　浅田和茂・注2文献・四一三頁参照。また、浅田和茂ほか・注5文献・二八七頁〔斉藤豊治〕、中山研一・注2文献・二一八頁も参照。

（9）　中義勝「刑法改正問題の論点・共謀共同正犯」法律時報三七巻一号（一九六五年）一三頁。

（10）　中義勝・注1文献・二五三頁。なお、中義勝・刑法総論（一九七一年）二四二頁も参照。

（11）　中義勝・注7文献・一八二～一八三頁。

（12）　中義勝・注1文献・二四〇頁。

（13）　中義勝・注1文献・二五一頁。また、植田重正・注2文献・一七一頁、吉川経夫・注2文献・二五二頁、佐伯千仞・注2文献・三四七頁、内田文昭・注2文献・二九七頁、浅田和茂ほか・注5文献・二九〇頁〔斉藤豊治〕、山中敬一・注2文献・八三七

頁も参照。

(14)　中山研一「共謀共同正犯」中山研一ほか編・現代刑法講座第三巻（一九七九年）二〇七～二〇九頁、二一一頁注11参照。また、浅田和茂・注2文献・四一九頁も参照。

(15)　佐伯千仞・注2文献・三五一頁。また、植田重正・注2文献・一七一頁、吉川経夫・注2文献・二五五頁、内田文昭・注2文献・二九九頁、浅田和茂ほか・注5文献・二八八～二八九頁〔斉藤豊治〕、中山研一・注2文献・二二四頁も参照。

(16)　中義勝・注1文献・二五一～二五二頁。この説の論者が共同意思主体説に加える批判については、中義勝・注1文献・二五〇頁以下、中義勝・注9文献・一二頁以下、中義勝・注6文献・一八九頁以下、吉川経夫・注2文献・二五三頁、佐伯千仞・注2文献・三五一頁、山中敬一・注2文献・八七一頁以下、浅田和茂・注2文献・四一七頁、中山研一ほか・レヴィジオン刑法1（一九九七年）七五頁以下〔浅田和茂〕、松宮孝明・刑法総論講義（第四版・二〇〇九年）二七四頁以下、間接正犯類似説に加える批判については、中義勝・注1文献・二五四頁、中義勝・注9文献・一五頁、山中敬一・注2文献・八七二頁以下、浅田和茂・注2文献・四一七頁、中山研一ほか・前掲レヴィジオン刑法1・七七頁以下〔浅田和茂〕、松宮孝明・前掲刑法総論講義・二七五頁、行為支配説（団藤説・優越支配共同正犯説）に加える批判については、山中敬一・注2文献・八七三頁以下、浅田和茂・注2文献・四一七頁、中山研一ほか・前掲レヴィジオン刑法1・七七頁以下〔浅田和茂〕、「実質的正犯論」・「重要な役割説（包括的正犯説）」（平野説・西田説・前田説）に加える批判については、山中敬一・注2文献・八七五頁以下、浅田和茂・注2文献・四一八頁、中山研一ほか・前掲レヴィジオン刑法1・七九頁以下〔浅田和茂〕を参照。また、村井敏邦「共謀共同正犯」刑法雑誌三一巻三号（一九九一年）三四〇頁以下、浅田和茂ほか・注5文献・二九七頁以下〔斉藤豊治〕も参照。

(17)　中義勝・注7文献・一八四頁。また、中義勝・注1文献・二五〇頁以下、中義勝・注6文献・一九〇～一九一頁、中義勝・注9文献・一五頁、山中敬一・注2文献・八七三頁も参照。

(18)　中山研一・注14文献・二〇五頁。

(19)　中義勝・注1文献・二五三頁参照。また、植田重正・注2文献・一六九頁、吉川経夫・注2文献・二五四頁、佐伯千仞・注2文献・三五一頁、内田文昭・注2文献・二九八頁、山中敬一・注2文献・八七七頁も参照。なお、共謀共同正犯肯定論に対する包括的な批判を展開するものとして、米田泰邦・犯罪と可罰的評価（一九八三年）一九四頁以下〔この該当頁の論文「共謀共同正犯論と可罰的評価」の初出は、米田泰邦「共謀共同正犯――否定説の立場から――」中義勝編・論争刑法（一九七六年）二三八頁以

下である。〕を参照。

C　共同意思主体説からの形式的実行行為説

共同意思主体説からの形式的実行行為説の論者として、ここでは、曽根威彦氏の論述を一人称の形で紹介していきたい。

①　共同意思主体説　　共犯の本質については、「数人が共同の『行為』によってそれぞれ各自の犯罪を実現することにある（数人数罪）」と解する行為共同説（事実共同説）、「特定の『犯罪』を数人で行う場合が共犯である（数人一罪）」と解する犯罪共同説のほかに、「共犯を特殊な社会心理的な現象である共同意思主体の活動である（一主体一罪）」とみる共同意思主体説があり、この見解は、「意思の結合に重点をおき、一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に合一するところに、独自の扱いを必要とする共犯の本質が認められる」とし、共犯が、教唆犯・従犯の場合に「自らは実行行為を行っていないにもかかわらず、処罰の対象」となり、共同正犯の場合に「犯罪の一部しか行っていないにもかかわらず全体について責任を問われる」ことを説明するうえでは、もっとも適切な見解である。[1] しかも、「共同意思主体説は、共同正犯のみならず、教唆犯、従犯にも妥当する共犯学説」であり、「教唆犯・従犯を含む広義の共犯の本質（共犯の共犯性）を明らかにするための理論であって、共同正犯固有の問題（例えば、共謀共同正犯）を扱うものでは」ないのであって、「共同正犯に関していえば、実行行為を一部しか分担しなかった者についても成立した犯罪全体について刑責を問うことを可能にする、という限度でその意義を認めるべき」で、したがって「共同意思主体が形成され、そのうちの一人が犯罪の実行に着手すれば直ちに全体について常に共同正犯が成立するものはないことに注意を要する」。[2]

②　共同正犯の正犯性　　共同正犯は、「『犯罪の実行』が要求される点では正犯（広義）である」が、「各自が実行行為のすべてを行う必要がなく、二人以上の者が意思疎通のうえ犯罪の一部でも実行すれば、その全体について責任を問われる（一部行為〔実行〕の全部責任）という点では共犯（広義）である。」[3] すなわち、共同正犯は、第一に、その共犯性として「二人以上が共同すること」、すなわち「違法性の弁識能力のある二人以上の者が各自共同犯行の意識をもって一体となること」を要するが、ここでいう「共同犯行の認識」は、「互いに他の者の行為を利用し合い、共同の目的である事実を実現するために一致協力することの意識」を意味するのであり、この点で、共同正犯は、「共同犯行の意識を欠く同時犯から区別される。」[4] また第二に、共同正犯は、その正犯性として、共同した数人で「犯罪を実行すること」、すなわち「構成要件に該当する行為を行うこと」を要するのであり、この点で、「共同正犯は、同じく二人以上の者が意思疎通のうえ犯罪を行っている場合であっても（広義の共犯）、構成要件該当行為以外の行為を行う加担犯（狭義の共犯＝教唆犯・従犯）から区別される」のである。[5]

③　一部実行全部責任の法理　　「共同正犯には、①共同者のすべてがそれぞれ実行行為の全部または一部を分担する実行共同正犯と、②共同者のうち一部の者のみが犯罪の実行を担当する共謀共同正犯とがある。」[6] 前者の「実行共同正犯のうち、各共同者が実行行為の一部を分担する場合を真正実行共同正犯といい、共同者のすべてがそれぞれ実行行為の全部を遂行する場合を不真正実行共同正犯という。前者は、六〇条の規定をまって初めて行われた行為全体について刑責を問われるが、後者の場合は、共同正犯を認めるうえで必ずしも六〇条の存在を必要としない。」[7]

④　実行行為の分担　　共同意思主体説の立場に立って、共同正犯を含む広義の正犯と狭義の共犯の区別について考えた場合、「重要な役割を演じたかどうかという実質的な基準に形式的な明確性を与えるためには、正犯（共

同正犯）と実行行為概念との結びつきを否定することはできない。実行行為を行った者がすべて重要な役割を演じたといえるかどうかは別として、法益侵害の直接性の観点からすると、少なくとも実行行為を行わなかった者は、重要な役割を演じなかった者としてこれを正犯（共同正犯）と解すべきではない」のであって、「責任主義の一面である個人責任の原理」を徹底し、また「理論上共犯（とくに従犯）たるべき者が実務上正犯（共同正犯）として扱われる可能性を排除するためには、共謀共同正犯の理論を否定することになお実践的、政策的意義が認められると思われる。[8]」すなわち、「実行行為概念が刑法学において果たしている人権保障的機能を直視するとき、共同正犯においてこれを形式（実行共同正犯の場合）・実質（共謀共同正犯の場合）の両面から二義的に使用することは、他の問題にきわめて大きな影響をもたらすといえよう[9]」。

⑤　全体としての犯罪の実行　　もっとも、「共謀共同正犯を否定し、実行共同正犯のみを共同正犯として認めるとしても、そこにいう『実行』（共同実行）は、必ずしも単独正犯における実行（単独実行）と同じでなければならない、というものではない。共同正犯の場合は、各自の行為を全体としてみて犯罪の実行と評価できるかどうかが問題なのであって、単独正犯と異なり各自の行為がそれ自体独立して実行行為性を備えている必要はないのである。例えば、詐欺罪の実行行為は、人を欺いて財物または財産上の利益を交付させることであるが、Xが欺く行為（詐欺行為）を行い、Yが錯誤に陥った被害者の交付した客体を取得したとしても、X・Yともに詐欺罪の既遂である。また、例えば強盗罪における手段としての暴行・脅迫は、X・Yの行為があいまって被害者の反抗を抑圧する程度に達すれば足り、X・Yの行為がそれぞれ単独で被害者の反抗を抑圧する程度のものであることは必要でない。[10]」

⑥　刑法第六〇条の解釈　　刑法第六〇条は、「二人以上共同して犯罪を実行した」という文言を用いているが、

共謀共同正犯「否認論はこれを、構成要件の少なくとも一部を実現する行為をもって共同した者だけを共同正犯とする趣旨である、と解する。」これに対し、「是認論は、二人以上の者が共同し、そのうちのいずれかが犯罪を実行したときは、共同者の各人はすべて正犯として処罰される、というように読むのである。日本語の通常の読み方としては、あるいは前者に軍配があがるとも考えられるが、後者も文理解釈としてまったく不可能というわけではない。[11]」「いずれの文理解釈をとるかは、結局、刑法学的な合理性、合目的性によって決定されることになる[12]」のである。

（1）曽根威彦・刑法総論（第四版・二〇〇八年）二四六～二四七頁。
（2）曽根威彦・注1文献・二四七頁、二五五頁。したがって、論者は片面的共犯の成立を否定する。
（3）曽根威彦・注1文献・二五〇頁。
（4）曽根威彦・注1文献・二五〇～二五一頁参照。
（5）曽根威彦・注1文献・二五一頁参照。
（6）曽根威彦・注1文献・二五一頁。
（7）曽根威彦・注1文献・二五二頁。
（8）曽根威彦・注1文献・二五五頁、曽根威彦・刑法の重要問題〔総論〕（第二版・二〇〇五年）三四四頁。
（9）曽根威彦・注1文献・二五六頁。
（10）曽根威彦・注8文献・三四二頁。
（11）曽根威彦・刑法における実行・危険・錯誤（一九九一年）一六〇頁参照。また、曽根威彦・注8文献・三四三～三四四頁も参照。
（12）曽根威彦・注11文献・一六〇頁。また、曽根威彦・注8文献・三四四頁も参照。

(3) 特　徴

以上、形式的実行行為説の論者が主張するところを、（部分的）犯罪共同説からのもの、（構成要件的）行為共同説からのもの、そして共同意思主体説からのものに分けてやや詳細に紹介してきたが、それぞれの見解は一貫しており、きわめて明快である。

これらの論述を踏まえ、以下では、その主な特徴を指摘してみたい。

① 構成要件的枠組みの重視　共同正犯（・共犯）はそもそも何を共同するのかという共犯の本質に関わる問題について、形式的実行行為説の論者には、（部分的）犯罪共同説を前提とするか、（構成要件的）行為共同説を前提とするか、それとも共同意思主体説を前提とするかの違いがあるけれども、いずれの見解も、限縮的正犯概念に依拠し、観念的形象としての構成要件、あるいは一般的・抽象的に危険な行為が類型化された構成要件という記述的・類型的な意味における構成要件により実行行為の概念を画定し、その実行行為概念をもって正犯概念を規定しようとする点で共通している。その意味で、この説は、「記述的・類型的に把握された基本的構成要件」という枠組み（定型・類型）を重視する見解であると評することができよう。それは、例えば、「刑法上非認されるべき行態、いいかえれば、可罰的行態を類型化して、これを実体的に記述することによって、構成要件は、法的安定性を人権の保障を確保する機能を果たすものであり、ここに、構成要件が、罪刑法定主義を実質的に支えるものであるといわれる理由が存する」[1]という論述や、構成要件の果たすべき罪刑法定主義的機能、すなわち「処罰される行為と処罰されない行為を明確に限界づける機能」は、「刑法の人権保障機能と結びついているが（保障構成要件）、構成要件が認識の比較的容易で確実な客観的要素……および記述的要素……から形成されるとき、もっともよくその機能を果たすことになる」[2]という論述でも明らかなように、この説の論者は、少なくとも記述的・類型的な構成

要件という枠組み（定型）を堅持することによって罪刑法定主義的機能ないし人権保障機能を担保しようとする志向が強く見られるのである。

② 共同正犯の正犯性の重視　この説の論者が、犯罪構成要件のもつ記述的・類型的な枠組みを重視して犯罪論を構成するその一つの顕著な表現が、共同正犯の「正犯性」を重視する考え方であり、記述的・類型的な意味での正犯性の概念を基盤とした共同正犯概念を構築する点を特徴としてあげることができる。すなわち、論者は「共同正犯は正犯である」であるという命題を堅持し、共同正犯は単独正犯と異なり、数人で共同して実行行為をなす場合であるが、自ら実行行為を行う正犯である以上、自らの実行行為によって法益の侵害・危殆化を惹起する必要があり、その意味で、共謀に参加しただけで何らの実行行為にも出なかった単なる共謀参加者は、構成要件実現の現実的可能性をもつ実行行為を分担した者とはいえないから、この者の正犯性はおよそ肯定することができないとするのである。共同正犯の正犯性を重視する点は、そこに単独正犯の原理との共通性を看取しようとすることでもあるが、例えば、「実行行為概念が刑法学において果たしている人権保障的機能を直視するとき、共同正犯においてこれを形式（実行共同正犯の場合）・実質（共謀共同正犯の場合）の両面から二義的に使用することは、他の問題にきわめて大きな影響をもたらすといえよう」[3]という論述や、「実行共同正犯の形式的明確性の確保は、近代刑法の大原則を維持する重要課題であって、これを形式性の枠を乗り越える安易な実質化によって、掘り崩すべきではない」[4]という論述に、その点の強力な問題意識が表れている。

他方、共同正犯は広義の共犯でもあることが認められているのであるが、ここで、形式的実行行為説の論者が共同正犯の「共犯性」をどのように考えているかを見ておきたい。この共同正犯の「共犯性」は、共同正犯においては、単独正犯の原理をどこまで貫徹できるかに関わるものともいえる。この点、ある論者は、正犯（共同正犯を含

む）と狭義の共犯（教唆犯・従犯）との区別は構成要件に即して行なわれなければならず、正犯とは「実行行為、すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者」、狭義の共犯とは「実行行為そのものを行う者ではなく、他人の実行行為に、実行行為以外の方法で加功する者」であるが、「共同正犯は、実行行為そのものを分担する点で正犯性が認められる」のであり、「基本的構成要件に該当する行為を、二人以上共同して実行する場合が共同正犯である」[5]と論述する。ここでは、端的に共同正犯の正犯性が強調されており、共同正犯の共犯性に対しては、二人以上の者が犯罪の実現に関与し、その実現に寄与する場合をいうとされる「広義の共犯」の形態的意味が付与されているにすぎないか、せいぜいのところ、共同正犯成立の従属性を根拠づける機能が認められているにすぎないといえよう。

これに対し、形式的実行行為説の論者の中には、共同正犯の共犯性にもう少し重い意味を付与しようとする者もいる。すなわち、ある論者は、共同正犯は「単独正犯を共同に行うという意味で『共犯』であるが、同時に、自ら犯罪を実行するという意味で『正犯』でもあるという二重の性格をもっている」[6]と論述し、これを承けるように、別の論者は、「このような共同正犯の二重の性格が『一部行為の全部責任』を認める根拠となっている」のであり、「因果性の問題は共同正犯の共犯性を説明しているだけで、共同正犯の正犯性は別に考えなければなら」ず、「その正犯性を根拠づけるものは、実行行為を措いてほかにはない」[7]と論述する。ここでは、共同正犯と狭義の共犯とを包括する広義の共犯について、因果共犯論・惹起説の立場から、その共通基盤として「因果性」が措定され、さらに共同正犯について「実行行為の（一部）遂行」という要素を上乗せすることでその正犯性が付与されている。すなわち、共同正犯は、因果性により「広義の共犯性」の性質が付与され、その上に「実行行為の（一部）遂行」により「正犯性」の性質が付与されるという重層構造が呈示されており、しかも、共同正犯の「共犯性」と「正犯

性」とが一部実行全部責任の法理を根拠づけるとされているのである。

この点、共同意思主体説の論者は、共同正犯は「『犯罪の実行』が要求される点では正犯（広義）である」が、「各自が実行行為のすべてを行う必要がなく、二人以上の者が意思疎通のうえ犯罪の一部でも実行すれば、その全体について責任を問われる（一部行為〔実行〕の全部責任）という点では共犯（広義）である」[8]と論述する。論者は、共同正犯の共犯性と正犯性とを重層構造というよりもむしろ併存構造として理解しており、また共同正犯の共犯性に一部実行全部責任の法理を結びつけている点[9]で、右の見解とは異なっている。しかし、正犯性に重点をおいて共同正犯にアプローチしている点、一部実行全部責任の法理を少なくとも共同正犯の共犯性にも関連させる点で、大きな違いはないとも考えられる。

いずれにしても、この説の論者には、論者によりその程度に強弱があるのは否定できないが、共犯性の原理を入り口としつつも単独正犯の原理をできるだけ貫徹しようという発想が看取できる。そのため、この説の論者は、一方で、単独正犯と共同正犯の同質性を強調し、他方で、共同正犯と狭義の共犯とを峻別しようとする傾向をもつことになる。

③　実行行為の分担の重視　以上の特徴でも明らかなように、形式的実行行為説は、「正犯とは実行行為を分担する者である」、「共同正犯は正犯である」という命題を堅持するがゆえに、その必然的な結果として、「実行行為の分担」を共同正犯の不可欠の要素として要求することになる。すなわち、論者によれば、共同正犯の可罰性は、単独正犯のそれと同じように、実行行為の分担によって根拠づけられなければならないのであり、単に共謀に参加したにすぎない者に対して、他人の行った実行行為およびその結果について責任を負わせるのは、責任原則ないし個人責任の原理に反するというのである。この点は、例えば、「共謀に参加しただけで、なんらの行為に出な

かった者は、共同意思による心理的拘束を実行行為をした他の共謀者に及ぼした者であるといっても、構成要件実現の現実的可能性をもつ行態＝実行行為をした者とはいえないから、この者の正犯性を肯定することはできない[10]」という論述、「共同正犯の正犯性」を根拠づけるものは「実行行為を措いてほかにはない[11]」という論述、さらには、「重要な役割を演じたかどうかという実質的な基準に形式的な明確性を与えるためには、正犯（共同正犯）と実行行為概念との結びつきを否定することはできない[12]」という論述に明確に表れている。すなわち、「謀議に関与しただけでみずから実行を担当しなかった者は、直接実行を担当した者（正犯）の教唆犯もしくは従犯にほかならない[13]」のであり、「『実行行為の分担』というメルクマールをはずしてしまうと、あとは、実質的に『重要な役割』を果たしたかどうかという点が分類の基準となるのであるが、それは、首魁、謀議参与、率先助勢、附和随行といった固有の集団犯内部の役割の分担と軽重に本質上対応するものであって、正犯、教唆犯、従犯の区別には本来なじまないものである[14]」だけでなく、むしろ、「現行刑法が峻別している共同正犯と教唆犯・従犯との概念的限界は画しえなくなるであろう[15]」と懸念するのである。

④　一部実行全部責任の法理の論拠　またこの説の論者は、共同正犯も正犯であるから実行行為を遂行する必要があるが、しかし、実行行為の分担で足りるから、共同者の各自の行為は実行行為の一部にすぎないものであってもよいとし、一部実行全部責任の法理を積極的に容認する。この点は、実行行為分担の意味、したがって正犯性の実体を問うものであり、結局は、単独正犯の原理との関わりを問うことになる点である。かりに共同正犯につき個人責任の原則を貫徹して「固い単独正犯の原理」を前提とするのであれば、共同者は各自が自ら実行した行為やそれがもたらした結果についてのみ責任を負うとするのが一貫した帰結である。しかし、この説の論者も、そこまで徹底するわけではなく、むしろ「柔らかい単独正犯の原理」を前提にしている。

しかし、「犯罪構成要件に該当する行為＝実行行為」の一部しか遂行していないのに、なぜその犯罪全体について責任を負わなければならないのかについて、この説の論者はその論拠を示す必要があろう。なぜなら、一部実行全部責任の法理は、単に結論を述べているにすぎないからである。この点について、まず形式的根拠として、「一部実行全部責任の法理が認められるのは刑法第六〇条の規定が存在するからである」と説明することが可能である。例えば、「実行共同正犯のうち、各共同者が実行行為の一部を分担する場合」は、「六〇条の規定をまって初めて行われた行為全体について刑責を問われる」が、「共同者のすべてがそれぞれ実行行為の全部を遂行する場合」は、「共同正犯を認めるうえで必ずしも六〇条の存在を必要としない」という論述、あるいは、「共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とされる（六〇条）。その趣旨は、共同して犯罪を実行した場合は、犯罪の一部しか行っていなくても全体について刑責を問われる、というものである（「一部行為の全部責任」の法理）」[16]という論述は、そうした形式的根拠を提示する趣旨と解することができよう。さらに形式的根拠として、犯罪構成要件の定型・類型を持ち出すことも可能かもしれない。すなわち、「犯罪構成要件は、立法者が定めた『可罰的行為が類型化された法的定型』であるから、その犯罪構成要件に該当する実行行為の一部でも実行した者は、法的定型としての構成要件の全部を実現したものとして全体について責任を負わなければならないという法的評価にさらされるのである」と説明するもので、「犯罪構成要件の枠組み」という形式的な論拠を援用するものである。[17]

他方、最近は、形式的実行行為説の論者においても、むしろ一部実行全部責任の法理について実質的な根拠を展開する傾向にある。たとえば、ある論者は、実質的な根拠として、各共同者の行為の一体性を援用する。すなわち、論者は、共同正犯が成立するために必要な、主観的な「共同実行の意思」と客観的な「共同実行の事実」という要件が充足されることにより、「共同者各自につき、その者自身の行為と他の共同者の行為とが一体のものと評

価されるからであり、ここから、共同正犯者は、共同の実行行為によって発生した事実の全部について正犯としての責任を負うとされているものである[18]」と説明するのである。また別の論者は、一部実行全部責任の法理の実質的根拠として、より分析的に、「相互的補充機能・心理的促進機能」を援用する。すなわち、論者は、「合意において相互の意思を強化・促進し、各人が分担行為を実行することによって相互に所期の結果達成について物理的に補充しあう寄与を果すとともに、これを通じてここでも相互に心理的に強化しあうといった寄与をなす」ので、「まさしくその『全部行為』について『全部責任』を帰せられる[19]」、あるいは、「部分的実行行為が具備する相互的補充機能と心理的促進機能」、「部分的実行行為がそなえる物理的・心理的な補充機能」にこそその根拠があると説明するのである[20]。これとほぼ同じ趣旨であろうと考えられるが、さらに、「全実行行為に対する同時的・機能的行為支配」を持ち出す論者もいる。すなわち、論者は、「共同して」とは、行為の因果過程において他方の行為に因果的影響（物理的影響・心理的影響）を及ぼすことを意味し、一部実行全部責任の法理が根拠づけられるのは、「共同行為者が、当該の犯罪事象を相互に補充し利用し合って共同形成しているから」であり、このような「共同行為支配」においては、「規範的障害を有する自律的な行為者が相互利用・補充の関係において支配することが必要」であって、「一部実行の全体責任における『一部実行』は、『全実行行為に対する同時的・機能的行為支配』があることが必要である[21]」と説明し、「相互利用・補充関係における支配」という「全実行行為に対する同時的・機能的行為支配」を実質的論拠として提示するのである。

⑤　実行行為概念の相対化　　また、近時の形式的実行行為説の論者が、単独正犯における実行行為概念と共同正犯における実行行為概念との相対化を承認している点にも注目する必要がある。例えば、ある論者は、「実行行為とは、……構成要件実現の現実的可能性をもつ行態であるが、具体的な行態がそうしたものであるかどうかは、

具体的に、しかも、個々の構成要件に即して判断するほかはなく、外型が同じ行態でも、単独犯のばあいには、当該構成要件の実行行為といえないものが、共同正犯のばあいは、その実行行為の一部といえるばあいがあるのであって、これは、共同正犯においては、二人以上の行為が全体として観察されて、構成要件実現の可能性をもつものであるかどうかが判断されるからである」[22]とするし、別の論者は、「共謀共同正犯を否定し、実行共同正犯のみを共同正犯として認めるとしても、そこにいう『実行』（共同実行）は、必ずしも単独正犯における実行（単独実行）と同じでなければならない、というものでは」なく、「各自の行為を全体としてみて犯罪の実行と評価できるかどうかが問題なのであって、単独正犯と異なり各自の行為がそれ自体独立して実行行為性を備えている必要はないのである」[23]と論述する。さらに別の論者は、「共同正犯における『共同実行』は、単独正犯の場合のように、当該の現場で典型的・古典的意味における構成要件的行為を行う必要はなく、一定の限度で拡大解釈することは許される」[24]と論述する。しかし、論者は、同時に、「共同正犯はあくまで実行行為を分担する必要がある」として「拡大解釈」に限界を設け、「共謀に参加したにとどまる者は、行為計画を立て、詳細な手はずを整え、精神的に大きな影響力を与え、構成要件実現に不可欠であっても、実行行為を分担してはおらず、実行担当者は、実行に出るかどうかにつきなお規範的障害をもち、共謀者が道具のように支配しているわけではない」[25]するのである。

（1）福田平・全訂刑法総論（第五版・二〇一一年）六六頁。
（2）曽根威彦・刑法総論（第四版・二〇〇八年）六〇頁。
（3）曽根威彦・注2文献・二五六頁。
（4）山中敬一・刑法総論（第二版・二〇〇八年）八七七頁。
（5）吉川経夫・改訂刑法総論（一九七二年）二三八頁、二四八頁、内田文昭・刑法Ⅰ（総論）（改訂補正版・一九九七年）二七九

頁、二九五頁参照。

(6) 中山研一・新版概説刑法Ⅰ（二〇一一年）二一〇頁。

(7) 浅田和茂・刑法総論（補正版・二〇〇七年）四一三頁、四一九頁。また、中山研一ほか・レヴィジオン刑法1（一九九七年）八〇〜八二頁〔浅田和茂〕参照。

(8) 曽根威彦・注2文献・二五〇頁。

(9) なおここでは、論者が、一部実行全部責任の法理を共同正犯の共犯性（広義）に関連づけている点には注目しておきたい。

(10) 福田平・注1文献・二七八頁。

(11) 浅田和茂・注7文献・四一九頁。

(12) 曽根威彦・注2文献・二五五頁。

(13) 佐伯千仞・刑法講義（総論）（三訂版・一九七七年）三五一頁。

(14) 中山研一「共謀共同正犯」中山研一ほか編・現代刑法講座第三巻（一九七九年）二一一頁注11。

(15) 佐伯千仞・注13文献・三五一頁。

(16) 曽根威彦・注2文献・二五二頁。

(17) このような説明は、「型の一部を壊した場合は、その全部を壊したものと評価する」とか、「一部をかじった者は全部をかじった者と同じだと考える」というような発想を想起させる。

(18) 福田平・注1文献・二七一〜二七二頁参照。

(19) 中義勝「刑法改正問題の論点・共謀共同正犯」法律時報三七巻一号（一九六五年）一三〜一四頁。なお、「正犯性＝実行行為性」の命題を維持しつつ、実行行為概念の規範化を図って共謀共同正犯を肯定する際に、（共謀）共同正犯は「全部実行全部責任」であるとする論者として、平良木登規男「共謀共同正犯について」福田平・大塚仁博士古稀祝賀・刑事法学の総合的検討下巻（一九九三年）四五七頁以下、特に四八三〜四八六頁を参照。

(20) 中義勝・講述犯罪総論（一九八〇年）二五三頁参照。

(21) 山中敬一・注4文献・八三七頁、八七九頁。

(22) 福田平・注1文献・二七六頁。論者は、続けて、「甲と乙とが強盗を共謀し、甲が被害者にピストルを突きつけて脅迫中、そ

の横に立っていた乙の行為は、強盗罪の実行行為の一部といえよう」と論述する。しかし、論者は、予備罪について「実行行為」を観念するという点での「実行行為概念の相対化」については拒否する。福田平・注1文献・二五八頁注七参照。

(23) 曽根威彦・・刑法の重要問題〔総論〕（第二版・二〇〇五年）三四二頁。

(24) 山中敬一・注4文献・八七八頁。

(25) 山中敬一・注4文献・八七八頁。

(4) 小　括

① 実行行為概念基軸の必要性　形式的実行行為説の論者が主張するところは、きわめて明快であり、共謀共同正犯を否定するその論理にも一貫性がある。すなわち、論者が犯罪構成要件の記述的・類型的な枠組みを重視し、形式的な実行行為概念を基軸にして共謀共同正犯の問題にアプローチしようとする解釈姿勢は、罪刑法定原則における厳格解釈の要請に応えようとするものとして評価されるべき解釈態度といえよう。というのは、罪刑法定原則というのは、いかに処罰の必要性があっても、いかに国民の処罰感情が強くても、刑罰法規に処罰を根拠づける条文がない以上、その行為を犯罪として処罰することは許されないという原則でもあるからである。

しかし、この形式的実行行為説に対しては、実質的正犯性具備説など共謀共同正犯肯定説の論者からは、記述的・類型的な実行行為概念に拘泥した正犯概念を前提にして共同正犯の概念を構築していくことに論理的な必然性があるのか、より具体的には、単なる共謀者であっても、主導的に犯罪計画を立て、綿密な犯行準備を整え、精神的にも中核的な影響力を発揮し、構成要件実現にとって不可欠な存在であるにもかかわらず、少なくとも実行行為の一部分担がないことを根拠にして（共謀）共同正犯は認められないとすることに合理性があるのか、が問われることになる。この問いに対して、形式的実行行為説の論者は、まず文理上の根拠につき、刑法第六〇条にいう「二

人以上共同して犯罪を実行した」という文言は、二人以上の者が実行行為を共同にすることと解するのが素直で適切な解釈であるとする。その意味で、共謀共同正犯肯定説のように、共同者のうちの一人が実行すればよいとして「共同」と「実行」の文言を分離させて解釈することは不可能ではないとしても、かなり無理な解釈だといわざるをえないが、ただ、そのような解釈は文理解釈としてまったく不可能というわけではない[1]として、論者は、本条を文理上の形式的根拠とするについて積極的な意味を見出さないようである。

すると、各共同者が実行行為（の一部）を分担することの実質的な意義、すなわち、なぜ実行行為の分担がないと（共同）正犯性を基礎づけることができないのかという実質的な根拠が問われることになる。この問いに対して、形式的実行行為説の論者は、まず、前提として、記述的・類型的意味の構成要件が有する罪刑法定原則的機能ないし人権保障的機能を指摘する。しかも、この点が、実行行為概念こそが正犯と共犯との明確な区別を担保しうる犯罪要素であるという論者の認識と強く結びついていることに注目しなければならない。これらの点は、先の形式的実行行為説の特徴の一つである「構成要件的枠組みの重視」のところで指摘したので、これ以上は触れないが、こうした趣旨を端的に表現した論述を紹介するにとどめておきたい。すなわち、その論述とは、「実行行為は、もっとも明確な犯罪要素のひとつ」であって、「実行行為をしない共謀者を正犯にとり込むことは、正犯と共犯の限界を、この明確な基準から離してゆくことになり、それに応じて、その正犯像は、りんかくのあいまいなもの」になってしまい、「その不明確化は、必然的に共犯を正犯として処罰する危険に直結する[2]」というものである。しかし、構成要件的枠組みを重視し、実行行為概念を基軸にして正犯概念を構築したとしても、その実行行為概念の実体が明確でなければ、正犯と共犯との明確な区別も担保できないのではないかという疑問が生じる。言い換えれば、実行行為概念の明確性はどのように担保できるのかという疑問、より端的には、実行行為の形式と実質との関

係をどのように解するかという疑問でもある。この点、ある論者は、「実行行為があり、かつ、結果発生の実質的危険が発生した場合にのみ、可罰的な未遂犯が成立」すべきであるところ、「実行行為の存在は罪刑法定主義の要請であり、結果発生の実質的危険は（行為原理に由来する）未遂犯の処罰根拠であって、いずれも軽視すべきはなく、むしろ両者が揃ってはじめて可罰的な未遂が成立する」[3]と論述する。ここでは、「実行行為（構成要件該当行為）」に形式としての「器」の機能が担わされ、「結果発生の実質的（具体的）危険」に実質としての「中味」の機能が担わされており、形式と実質とが概念として分離されたうえで、その「形式＝器」と「実質＝中味」の両方が充足されて初めて可罰的な未遂犯が成立するとされている。しかしながら、可罰的未遂犯は既遂犯への発展過程における一階梯だとすると、こうした可罰的未遂犯の構造は共同正犯における各共同者の実行行為についても妥当するはずである。にもかかわらず、共同正犯の正犯性について、形式としての「実行行為（構成要件該当行為）」性のみを援用し、実質としての「結果発生の実質的（具体的）危険」性を援用しないのは、「『形式』を経由してからの『実質』の確認」という構造が前提となっているからであると考えざるをえない。[4]

論者がこの構造を採っているとすると、問われるべきは、実質としての「結果発生の実質的（具体的）危険」性をまったく顧慮することなく、形式としての「実行行為（構成要件該当行為）」性のみでその限界を画することができるか、より広くは、「可罰的違法（行為）類型」と解されている構成要件は実質的・価値的な観点から無縁でいられるか、[5]より根本的には、「形式」はそれ自体として現実を切り取る役割を果たしうるかである。この問いは、論者が社会的行為論を採った[6]としても霧消するわけではない。いやそうではなく、ここでも「形式（構成要件該当行為）」と「実質（実質的危険）」の両方が揃って初めて可罰的な正犯性が生じると解すべきであるとするのであれば、その形式と実質が齟齬することはないのか、齟齬したときには形式・実質のいずれを優先させるのか、形式を

優先させると考えられるが、その場合、形式の保障的機能を担保するものは何か、が問われることになろう。

② 一部実行全部責任の法理の根拠　次に、形式的実行行為説に対しては、記述的・類型的な実行行為概念を基軸にして正犯概念を構築しておきながら、共同正犯の成立につき、なぜ実行行為の一部分担で足りるのか、端的に言えば、なぜ一部行為全部責任の法理が認められるのか、が問われることになる。

この問いに対しては、先に紹介したように、例えば、実行共同正犯の各共同者が実行行為の一部を分担する場合は、刑法第六〇条の規定をまって初めて行為全体について刑責を問われるのであって、同条の趣旨は一部実行全部責任の法理を根拠づけるものであるとか、あるいは、犯罪構成要件は立法者が定めた「可罰的行為が類型化された法的定型」であるから、その一部でも実行した者は構成要件全部を実現したものとして全体について責任を負わなければならないと説明し、根拠づけることは可能である。しかし、こうした条文上の立法者意思や犯罪構成要件的枠組みの不可分性という形式的根拠を提示するだけにとどまっているのは妥当ではない。なぜなら、一部実行全部責任の法理は結論を述べているにすぎず、その法理を形式的に根拠づけたとしても、その形式的根拠の根底にある実質的な論拠を提示しないかぎり、「実行行為の一部しか分担していないのに、なぜその犯罪全体について責任を負わなければならないのか」という先の問いに答えたことにはならないからである。

この点、共同正犯が成立するのに必要な主観的な「共同実行の意思」と客観的な「共同実行の事実」の要件が具備されることによって、共同正犯は、共同者各自につき「その者自身の行為と他の共同者の行為とが一体のもの」と評価され、そのため、共同正犯者は、「共同の実行行為によって発生した事実の全部について正犯としての責任を負うもの」とされていると説明する論者がいる。しかし、この説明も、「共同実行の意思と事実」が具わると「共同者の行為の一体性」が認められる結果、一部実行全部責任の法理が根拠づけられると説明しているにとどま

っており、いわば結論を述べているにすぎない。しかも、その説明には、「共同実行の意思と事実」と「共同者の行為の一体性」との間に論理的な飛躍が見られる。「共同実行の意思と事実」とが具備されると、なぜ各共同者の行為が「一体のもの」と評価されるのか、それは事実として一体性が存在するという事実的判断なのか、それとも評価として構成要件につき一体性が認められるという法的評価なのかも明らかでない。結局のところ、ここでは、単に、「犯罪の実行行為の一部でも分担した者は当該犯罪全体について実行行為を行ったものとみなすべきである」という価値判断が表明されているにすぎないといわざるをえないのである。

他方、論者の中には、より分析的に、「合意において相互の意思を強化・促進し、各人が分担行為を実行することによって相互に所期の結果達成について物理的に補充しあう寄与を果すとともに、これを通じてここでも相互に心理的に強化しあうといった寄与をなす」もので、「まさしくその『全部行為』について『全体責任』を帰せられるにすぎない」[7]とか、「部分的実行行為が具備する相互的補充機能と心理的促進機能」、「部分的実行行為がそなえる物理的・心理的な補充機能」にこそその根拠が存すると[8]説明し、「部分的実行行為が具備する相互的な物理的・心理的補充機能・促進機能」という実質的根拠を提示する者もいる。さらには、「共同して」とは、行為の因果過程において他方の行為に因果的影響（物理的影響・心理的影響）を及ぼすことを意味し、一部実行全部責任の法理が根拠づけられるのは、「共同行為者が、当該の犯罪事象を相互に補充し利用し合って共同形成しているから」であり、このような「共同行為支配」においては、「規範的障害を有する自律的な行為者が相互利用・補充の関係において支配することが必要」であって、「一部実行の全体責任における『一部実行』は、『全実行行為に対する同時的・機能的行為支配』があることが必要である」[9]と説明し、「全実行行為に対する同時的・機能的行為支配」を実質的根拠として提示する論者もいる。前者の見解と後者の見解を、部分的実行行為が具備する、全実行行為に対す

る「相互的な物理的・心理的補充機能・促進機能（ないし「全実行行為に対する物理的・心理的な同時的・機能的行為支配」）」と統括することが許されるならば、この実質的根拠が意味するのは、要するに、「各共同者の実行行為の分担が物理的・心理的に相互に補充・促進し合って、構成要件に該当する実行行為の全部を機能的に支配したといえるので、実現した犯罪全体について責任を負わなければならない」という意味に解することができよう。そうであれば、この論者が提示する「一部実行全部責任の法理」の実質的根拠は、「『部分的実行行為』＋『相互的な物理的・心理的補充機能・促進機能』＝共同正犯」という構造ということになる。しかし、後者の「相互的な物理的・心理的補充機能・促進機能」の要素はいわば教唆犯・従犯の要素でしかないのではないかという疑問がある。そうだとすると、各共同者が全実行行為のうちの一部しか分担していない場合、各共同者は、自ら行った実行行為については正犯としての責任を、他の共同者の実行行為を物理的・心理的に補充・促進したことについては狭義の共犯（教唆犯・従犯）としての責任を負うにとどまるのではないか。[10] しかし、論者は、こうした結論を容認しないであろうから、そうであれば、「部分的実行行為」が結合され「全体実行行為」へと格上げされる根拠となっている「紐帯」が何であるのかを提示する必要があることになる。すなわち、そもそも「部分」でしかない「部分的実行行為」をいくら複数集めたとしても、それらの「部分」を接合し融解させて一つの「全一体」へと質的に変化させる「紐帯」がない限り、「全体実行行為」という構成要件該当行為は観念できないはずである。その点について、例えば、「構成要件の定型性・類型性の枠組みがあるので、各共同者の部分実行行為が構成要件全体の視点から観察されるから」とか、各共同者は「刑法第六〇条が要求する、共同して犯罪を実行したといえるから」と説明してみたところで、それは結論をいっているにすぎないか、せいぜい条文上の形式的根拠を摘示しているにすぎない。また、「共同正犯における相互的な物理的・心理的補充機能・促進機能ないし全実行行為に対する物理的・心理的

な同時的・機能的行為支配」というのは、現実の犯行態様においては渾然・混沌として、複雑に入り組んでいるため、分解して考察するになじまない」と言ってみたところで、それは共同正犯の罪責を負わされる被告人には何の慰めにもならないであろう。

結局のところ、論者は、一部実行全部責任の法理の実質的根拠を、主観的な「共同実行の意思（意思疎通・意思連絡）」、客観的な「各共同者の部分的実行行為」、そして「相互的な物理的・心理的補充機能・促進機能」ないし「全実行行為に対する物理的・心理的な同時的・機能的行為支配」に求めるのであろうが、これらの要素に深く踏み込んでいけばいくほど、「実行行為の一部分担」と「主導的な単なる共謀者」との区別が形骸化していく危険がある。しかも、論者が、先に形式的実行行為説の特徴の項で指摘した「実行行為概念の相対化」を導入するときには、「実行行為の一部分担」と「主導的な単なる共謀者」の距離はさらに縮まってしまうことになろう。そうであればこそ、逆に、この説の論者をして、記述的・類型的構成要件の枠組みの存在意義をさらに一層強調する立場へと向かわせることになるかもしれない。

このように、形式的実行行為説の論者に対し、一部実行全部責任の法理の実質的根拠を執拗に問うのは、共同正犯の成立のために実行行為の一部分担で足りるとする考え方は、形式的実行行為説においては、単独正犯の原理を基盤とする考え方を超えるものではないのかという疑問があるからであり、もしそうだとすると、それは、記述的・類型的な構成要件の枠組みを重視する実行行為概念・正犯概念から遊離することにならないのかという懸念を抱くからであり、それは自らへの問いかけでもある。こうした疑問・懸念に対し、「共同正犯の正犯性と共犯性の二重の性格」を摘示したり[11]、「広義の共犯性」を摘示したりして[12]応えるのは、その困難な問いかけを解きほぐすための入り口にすぎない。

（1）　たとえば、福田平・全訂刑法総論（第五版・二〇一一年）二八一頁注九、中義勝・講述犯罪総論（一九八〇年）二五三頁、曽根威彦・刑法総論（第四版・二〇〇八年）二五五頁参照。

（2）　米田泰邦・犯罪と可罰的評価（一九八三年）二〇一頁〔米田泰邦「共謀共同正犯――否定説の立場から――」中義勝編・論争刑法（一九七六年）二四三頁〕。また、佐伯千仞・刑法講義（総論）（三訂版・一九七七年）三五一頁、中山研一「共謀共同正犯」中山研一ほか編・現代刑法講座第三巻（一九七九年）二一一頁注11、曽根威彦・注1文献・二五五頁も参照。

（3）　浅田和茂・刑法総論（補正版・二〇〇七年）三七一頁。

（4）　論者は、自分の立場を「実質的・形式的客観説」と名づけているが、「形式」優先の思考方法だとすると、「形式的・実質的客観説」と名づける方が適切かもしれない。

（5）　この点については、西原春夫・犯罪実行行為論（一九九八年）二八頁以下、特に八七頁以下〔この該当頁の論文「犯罪論における定型的思考の限界」・「構成要件の価値的性格」の初出は、西原春夫「犯罪論における定型的思考の限界」齊籐金作先生還暦祝賀論文集（一九六三年）一五九頁以下、西原春夫「構成要件の価値的性格」早稲田大学・早稲田法学四一巻一号（一九六五年）一六一頁以下である。〕を参照。

（6）　浅田和茂・注3文献・一〇六頁、曽根威彦・注1文献・四九頁、山中敬一・刑法総論（第二版・二〇〇八年）一四八頁を参照。

（7）　中義勝「刑法改正問題の論点・共謀共同正犯」法律時報三七巻一号（一九六五年）一三頁。

（8）　中義勝・講述犯罪総論（一九八〇年）二五三頁。

（9）　山中敬一・刑法総論（第二版・二〇〇八年）八七九頁。

（10）　例えば、AとBとが強盗をともに実現する意思を形成し、Aが被害者にピストルを突きつけて脅迫し、その間にBが金員奪取を行った場合、Aは自ら実行した脅迫、Bは自ら実行した窃盗と、さらに、AとBが互いに他者の部分的実行行為を補充・促進した脅迫・窃盗の共犯（教唆犯・従犯）とが成立し、両罪の併合罪ないし観念的競合という処理をすることになるはずであるが、それをしないで、強盗罪の共同正犯とする根拠はどこにあるのかを問うものである。

（11）　浅田和茂・注3文献・四一三頁参照。

（12）　曽根威彦・注1文献・二五〇頁参照。

〔未　完〕