

國學院大學學術情報リポジトリ

共謀共同正犯における「行為支配説」の検討：
共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(5)

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/10.57529/00001149

共謀共同正犯における「行為支配説」の検討

——共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(五)——

関 哲 夫

一 序——本稿の課題——

二 共犯性説

1 共同意思主体説(以上、國士館大学・國士館法学三五号(二〇〇三年)九九〜一四〇頁)

2 共同意思関係説(以上、國士館大学・國士館法学四二号(二〇〇九年)二五〜六〇頁)

三 正犯性説

1 はじめに

2 形式的実行行為(以上、國學院大学・國學院法学四九卷三号(二〇一一年)一〜四〇頁)

3 間接正犯類似説——実質的実行行為説・その1——(以上、國學院大学・國學院法学五一卷四号(二〇一四年)六五〜九四頁)

4 行為支配説——実質的実行行為説・その2——

(1) はしがき

(2) 内 容

A 目的的行為支配説——平場安治氏の見解——

B 行為支配説(狹義)(1)——団藤重光氏の見解——

C 行為支配説(狹義)(2)——中野次雄氏の見解——

D 機能的行為支配説——橋本正博氏の見解——

(3) 特 徴

(4) 論者の相違点

(5) 小 括(以上、本誌本号)

三 正犯性説（承前）

4 行為支配説——実質的実行行為説・その 2——

(1) はしがき

行為支配説の内容に入る前に、この説の理解を容易にするために、正犯概念と実行行為概念との関係に関するモデル論を再度確認しておきたい。⁽¹⁾

① 実行行為基軸論 まず、「正犯Ⅱ実行行為の分担者」という命題を前提にし、実行行為概念を軸にして正犯概念を構築しようとする実行行為基軸論が存在する。この見解は、その軸となる実行行為の概念を、記述的・類型的に把握する形式的実行行為説と、規範的・価値的に把握する実質的実行行為説とに分類することができる。

前者の形式的実行行為説は、「正犯Ⅱ形式的実行行為の分担者」という命題を前提にし、記述的・類型的に把握された基本的構成要件（基本的法律要件）に該当する行為（つまり、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（拡張的法律要件）に該当する行為を行う者が共犯であるとする見解である。これに対し、後者の実質的実行行為説は、「正犯Ⅱ実質的実行行為の分担者」という命題を前提にし、規範的・価値的に把握された実質的に危険な行為（つまり、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する見解である。

前者の形式的実行行為説も後者の実質的実行行為説も、いずれも「正犯Ⅱ実行行為の分担者」という命題を前提としている点で共通であり、その限りで、実行行為の射程範囲の中で正犯性を探求する実行行為基軸論なのであ

る。

② 正犯性基軸論 正犯概念と実行行為概念との関係について、実行行為基軸論とは異なり、「正犯＝実行行為の分担者」という命題に拘泥せず、正犯概念を実行行為概念から遊離させる実行行為遊離論が存在する。この実行行為遊離論は、正犯概念の観点から見れば、考察の重点を実行行為性から正犯性そのものへと移動させ、正犯性の要素それ自体を考究することで正犯概念を画定しようとするもので、正犯性基軸論といえることができる。この見解は、その軸となる正犯性の概念を、記述的・類型的に把握する形式的正犯性具備説、略して形式的正犯性説と、規範的・価値的に把握する実質的正犯性具備説、略して実質的正犯性説とに分類することができる。

前者の形式的正犯性説〔形式的正犯性具備説〕は、「正犯＝形式的な正犯性要素を具備する者」という命題を前提にし、記述的・類型的に把握された正犯性の要素をもって正犯概念を画定するものであり、この見解によると、そうした形式的な正犯性の要素を具備する者が正犯であり、正犯性の要素を具備することなく犯罪の実現に加功する者が共犯であるということになる。これに対し、後者の実質的正犯性説〔実質的正犯性具備説〕は、「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、規範的・価値的に把握された正犯性の要素をもって正犯概念を画定するものであり、この見解によると、そうした実質的な正犯性の要素を具備する者が正犯であり、正犯性の要素を具備することなく犯罪の実現に加功する者が共犯であるということになる。

前者の形式的正犯性説は、正犯概念を実行行為概念から解放し、考察の重点を実行行為性から正犯性そのものへと移行させている点で形式的実行行為説と異なるが、同じく記述的・類型的な要素をもって正犯概念を考究しようとする点で形式的実行行為説と類似した思考法を採るものといえる。現在の学説において、この見解を意識的に展開している論者は見られない。しかし、判例・学説の中には、記述的・類型的に把握された共謀あるいは共同実行

の意思の存在をもって共謀共同正犯を肯定しようとする考えが存在しており、この見解は形式的正犯性説に分類することができる。これに対し、後者の実質的正犯性説は、正犯概念を実行行為概念から解放し、考察の重点を実行行為性から正犯性そのものへと移行させている点で実質的実行行為説と異なるが、同じく規範的・価値的な要素をもって実質的な正犯概念を考究しようとする点で実質的実行行為説と類似した思考法を採るものといえる。

以上を表にすると、次のようになる。

正犯概念 実行行為概念	正犯概念	
	形式的正犯性基軸論	実質的正犯性基軸論
実行行為基軸論	形式的実行行為説	実質的実行行為説
正犯性基軸論〔実行行為遊離論〕	形式的正犯性説	実質的正犯性説

③ 正犯概念と実行行為概念の基軸 表で明らかのように、正犯概念と実行行為概念との関係については、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遊離した正犯概念それ自体を構築するかを分類基点にすると、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、形式的正犯性説と実質的正犯性説は後者に分類される。他方、形式的な正犯概念を考究するのか、それとも実質的な正犯概念を考究するのかを分類基点とすると、形式的実行行為説と形式的正犯性説は前者に分類され、実質的実行行為説と実質的正犯性説は後者に分類されることになる。

実質的な正犯概念を考究する実質的正犯性基軸論を採用している点で、実質的実行行為説と実質的正犯性説は共通であり、両説は、実質的実行行為の概念を軸とするのか、実質的正犯概念そのものを軸にするのかに相違があるにすぎない。そのため、両説は紙一重の位置にあり、両説を分類して論者の述べるところを類別するのは、時とし

て困難を伴うことがある。この困難さは、まさに本項で考察する行為支配説に妥当し、この説を主張する論者の類別を難しくしている。

④ 行為支配説の位置 行為支配説は、(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正犯性説に分類でき、また、正犯概念について、実行行為概念、しかも実質的アプローチによって捕捉された実行行為概念を軸にしてこれを構築する実行行為基軸論に分類することができる。

しかし、後に明らかになるように、行為支配説においても、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点を重視して正犯性説を貫徹し、かつ、正犯概念について、実行行為概念を軸にしてこれを構築しようとする実行行為基軸論を維持しようとする論者がいる一方で、共同正犯の正犯性のみならずその共犯性をも考慮し、かつ、正犯概念について、実行行為概念を念頭におきながらも、実行行為遊離論へと移行して正犯概念を構築しようとする論者がいる。これは、純粹理論的な見解の相違を反映するものというよりも、むしろ各論者の抱える当時の理論状況を映し出すものと考えるべきであろう。すなわち、共謀共同正犯の理論を否定する見解が支配的であった従来の理論状況において、共謀共同正犯を肯定する論理を説得的に展開するには、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正犯性説を前提にしながら、各共同者が実行行為の一部・全部を分担する実行共同正犯を念頭においてその論理を展開する必要があったのであり、「実行行為の遂行に匹敵する行為支配」の観念を重視してその理論を展開するのは当然ともいえる。つまり、当時の理論状況を考慮するならば、行為支配説が、その発生において、正犯性説を前提にし、実行行為基軸論を採るのは当然であったといえるのである。しかし、共謀共同正犯の理論を肯定する見解が支配的となった今日の理論状況において、共謀共同正犯を肯定する論理を説得的に展開するには、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正犯性説を堅持する必然

性は必ずしもなく、共同正犯の正犯性に加えて共犯性をも強調し、実行行為概念から解放された実質的な事実支配の概念を前面に出してその論理を展開するのはむしろ適切であるともいえるわけである。つまり、今日の理論状況を考慮するならば、行為支配説が、その展開において、正犯・共犯性説へと移行し、正犯性基軸論〔実行行為遊離論〕に立ってその論理を展開しようとするのは、自然な考え方といえるのである。

⑤ 行為支配説の主な論者 実行行為基軸論の中の実質的実行行為説に分類できるのは、行為支配説のほか、間接正犯類似説、優越支配共同正犯説、及び準実行共同正犯説である。ただし、準実行共同正犯説は、共同正犯は共犯であるとともに正犯であると解する「共犯・正犯性説」であり、学説分類としては区別すべきなので、その項で取り扱うことにする。また、間接正犯類似説については、前項ですでに考察した。⁽³⁾

行為支配説については、従来、目的的行為論に立脚して共謀共同正犯を肯定する目的的行為支配説、及び、必ずしも目的的行為論に依拠することなく単なる行為支配の概念で共謀共同正犯を肯定する行為支配説（狭義）が主張されていた。近時は、さらに、ドイツの学説の影響を受けて、機能的行為支配の考え方を共謀共同正犯に援用する機能的行為支配説も主張されている。

これらの見解のうち、目的的行為支配説を主張する論者として平場安治氏の見解を、行為支配説（狭義）を主張する論者として団藤重光氏の見解⁽⁵⁾及び中野次雄氏の見解を、また、機能的行為支配説を主張する論者として橋本正博氏の見解を取り上げたい。ただ、機能的行為支配説の論者について注意を要するのは、この説の論者の中には、共謀共同正犯を否定する見解も見られるのであり、その限りで、機能的行為支配説を支持することと共謀共同正犯の理論を肯定することとの間に論理必然性はないということである。⁽⁸⁾

以下、行為支配説の論者の内容を一人称の形で紹介し、その特徴を指摘した後、この説について若干の考察を加

えることにしたい。

- (1) 関哲夫「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(二)——」國學院大學・國學院法學四九卷三号(二〇一一年)二七頁参照。
- (2) スワット事件・最決平成一五・五・一刑集五七・五・五〇七、判時一八三二・一七四、判タ一一三一・一一一に代表される判例は、この説に分類できよう。
- (3) 関哲夫「共謀共同正犯における『間接正犯類似説』の検討——共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』の一考察(四)——」國學院大學・國學院法學五一卷四号(二〇一四年)六五～九四頁参照。
- (4) 平場安治氏の目的的行為論については、平場安治・刑法における行為概念の研究(一九六六年)一頁以下、共謀共同正犯論については、平場安治・刑法総論講義(一九六一年)一五五頁以下参照。
- (5) 団藤重光氏の共謀共同正犯論については、団藤重光・刑法綱要総論(第三版・一九九〇年)三九六頁以下、さらに、大麻密輸入事件・最高裁一九八二年(昭和五七年)七月一六日決定(刑集三六・六・六九五)における団藤重光裁判官の意見、団藤重光・実践の法理と法理の実践(一九八六年)二二〇頁以下参照。
- (6) 中野次雄氏の共謀共同正犯論については、中野次雄「共謀共同正犯の問題点」法律のひろば一三卷一号(一九六〇年)九頁以下、中野次雄・警察研究五六卷一号(一九八五年)七〇頁以下、中野次雄・刑法総論概要(第三版補訂版・一九九七年)一三八頁以下参照。なお、中野氏にあつては、実行行為の概念を基本的構成要件該當行為という形式的アプローチによって画定するのか、それとも、犯罪結果実現の現実的・具体的な危険性を有する行為という実質的アプローチによって画定するのか、また、正犯性は基本的構成要件を基軸にするのか、それとも、犯罪結果実現の主導性(重要な役割)を基軸にするのかについて、必ずしもその立場が明確にされていない。しかし、中野氏自身も、「犯罪事実(所為)を支配した者が正犯者だとする所為支配説」は、「正犯性を一つの角度からとらえようとする見解としてたしかに注目に値する」けれども、「あくまで『実行行為をした』とはどういうことかという視点で考えることにした」(中野次雄・刑法総論概要(第三版補訂版・一九九七年)七〇頁注3)と論述していること、また、間接正犯が認められる類型の一つとして、「正犯者(背後者)が被利用行為に対して行為支配を及ぼす場合」(中野次雄・同書・八〇頁)を提示していること、さらには、団藤氏の行為支配の理論に近い位置で正犯性を考えていると思われることな

どに鑑み、行為支配説(ないし行為支配説に近い見解)として、ここで扱うことにする。

- (7) 橋本正博氏の共謀共同正犯論については、橋本正博「過失共同正犯の理論的基礎——『行為支配』と過失共働——」一橋論叢九八巻五号(一九八七年)一四四頁以下、橋本正博「『行為支配論』の構造と展開——一橋大学研究年報・法学研究一八号(一九八八年)六九頁以下、橋本正博「共同正犯の行為支配的構造と共謀共同正犯論」一橋論叢一〇四巻一号(一九九〇年)六〇頁以下、橋本正博「目的的行為支配論と行為支配論」福田平博士・大塚仁博士古稀祝賀論文集・刑事法学の総合的検討下巻(一九九三年)二二七頁以下、橋本正博「正犯と共犯」法学教室二〇二号(一九九七年)四二頁以下、橋本正博「共同正犯における共同と事実的寄与——共同正犯の成立範囲に関する覚書」一橋大学研究年報・法学研究三二号(一九九九年)一六七頁以下、橋本正博「正犯理論の実質的基礎——共謀共同正犯論を中心に」現代刑事法二二号(一九九九年)一三頁以下、橋本正博「行為支配論」と正犯理論(二〇〇〇年)一五九頁以下、橋本正博「共謀共同正犯」概念再考——行為支配説に基づく制約論」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻(過失犯論／不作為犯論・共犯論)(二〇〇六年)三八九頁以下、橋本正博・刑法総論(二〇一五年)二六二頁以下がある。
- (8) ほかに、機能的行為支配説を支持するのは、園田寿「共同正犯の正犯性序説(一)(二・完)」関西大学・法学論集二九巻一号(一九七九年)九三頁以下、三三〇頁以下、園田寿「共謀共同正犯」刑法の争点(第三版・二〇〇〇年)九八頁以下、白木豊「正犯概念と共謀共同正犯(一)(二・完)」上智大学・上智法學論集三二巻一号(一九八九年)八七頁以下、三四巻一号(一九九一年)一〇三頁以下、特に一一八頁以下、松生光生「共同正犯——行為支配説の検討——」中義勝先生古稀祝賀・刑法理論の探求(一九九二年)三一九頁以下、特に三二六頁以下、照沼亮介・体系的共犯論と刑事不法論(二〇〇五年)一二六頁以下、照沼亮介「共謀共同正犯」刑法の争点(二〇〇七年)一〇〇頁以下などである。また、機能的行為支配説を支持するが、共謀共同正犯を否定するのは、山中敬一・刑法総論(第三版・二〇一五年)九三六頁以下である。山中敬一氏の見解は、実行為概念を基軸にしてこれを構築する実行為基軸論のうち、形式的アプローチによって捕捉された実行為概念を基軸にする形式的実行為説である。形式的実行為説については、関哲夫「共謀共同正犯における『形式的実行為説』の検討——共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』の一考察(三)——」國學院大學・國學院法學四九巻三三号(二〇一一年)一頁以下)参照。

(2) 内容

A 目的的行為支配説——平場安治氏の見解——

① 目的的行為論 目的的行為論は、「人間を単に因果的一要因と見ないで、因果的知識を用いて計画的に目的を達成する精神的存在 (der geistiger Sein) と見る」⁽¹⁾のである。その意味で、目的的行為論は、「因果的行為論と対立するものではあるが、範疇としての目的性は因果性と対立するものではなく、むしろこれを内に含んだ上位のものと考えておくべきである。目的的行為であろうと盲目因果的過程であろうと、事後的にこれを見れば、いずれも因果必然の産物であって別段変るところはない。この立場から見れば目的意思も亦結果に対する一原因にすぎない」⁽²⁾のである。

② 目的性と帰属性 ヴェルツェル氏の言葉を借りれば、⁽³⁾目的的行為論という行為の「目的性は、一定の範囲において因果関係を予見し、この予見によって、因果関係を目標達成に向けて計画的に統制する意思の能力に基づくものである」。したがって、この目的性は、「目標を意識し、因果的事象を導く意思は目的的行為の背骨」⁽⁴⁾なであり、「この意思がなければ、行為は、その実質的構造は破壊されて、盲目的な因果経過に陥落してしまうであろう」⁽⁴⁾。

しかも、目的的行為論という行為の目的性が、「結果を行為者に帰属する存在的基础を提供するもの」であることの鍵は、「意思の客観的機能即ち現実形成的機能」にある。すなわち、「因果的知見をもとにして行為計画を立て、それに従って因果の進行の操縦が行われる。従ってその際における因果の進行は行為者により予め且つ上から目的的に決定されたものである。そのように目的的に決定された範囲において生じた結果は、行為者がもたらしたものであり、行為の業績 (Leistung) であり、行為者のしわざ (Werk)」である。つまり、「目的性の提供する帰

属性の根拠は、行為者がこの結果を作り出したものであり、行為者のしわざであるという積極的なものである。⁽⁵⁾

③ 目的的考慮と因果支配の主体 自然的行為概念に基づく「自然的因果関係論からするならば、結果に対する条件はすべて平等でなければならず、正犯と共犯の帰属を区別することができない。」⁽⁶⁾ 他方、相当因果関係説が、「特に認識され又は認識可能であつたという条件」を付加して問題の結果発生が可能であつたかどうかを問うのは、「とりもなおさず、人間はどのような条件下にのみ結果を自己のものとして実現しようという考慮が働いてのことである（事前の立場）。即ち人間はもはや単なる結果に対する因果原因ではなく、因果の系列を方向づけ支配し結果を作出する主体に外ならぬ。かかる考慮は自ら因果関係を超えて帰属性性に関する目的的考慮に眼を開かしめるのである。」⁽⁷⁾

④ 正犯と行為支配 元来、正犯とは、必ずしも自己の手により実行行為をなす必要はなく、「構成要件的行為に対する目的的支配」があれば足り、その意味で、「実行行為とは、構成要件に該当する行為支配である。極限的には自分としては何ら手を下さなくとも、他人の行為を支配して自己の犯罪をとげる共同正犯がありうるのである。共謀共同正犯はその意味で肯定される。」⁽⁸⁾ そして、「目的的行為論によって『共謀』共同正犯を根拠づける意義は、判例が無制限に共謀共同正犯を認めるのに対し、単なる謀議参加者は行為支配がないため共謀共同正犯とはならないとして、その成立範囲を限定することにある。」⁽⁹⁾

⑤ 共同実行と共同的支配 他方、「共同正犯の成立には犯罪の共同実行が必要である。共同実行とは、構成要件の全部又は一部を各々の手で行ったという意味ではない。構成要件的行為の全体に対する共同的支配があれば足りる。極限的は、構成要件的行為の分担がなくとも、他人の行為を支配して自分の犯罪をとげる場合には共同正犯でありうる。」その意味で、「客観的にはせいぜい予備行為をしたにすぎない者も、共同意思の分担者である限り

共同正犯である。⁽¹⁰⁾」

⑥ 共同正犯と共犯の区別 「犯罪の共謀全体と共謀参加者全員の主観的、客観的関与の態様を注意ぶかく観察してのみ、共同正犯の問題は解決される」のであり、「共謀者の意思の現実的・客観的機能が重視されなければならない。⁽¹¹⁾」すなわち、「謀議者が単に謀議に参加したというだけでなく、直接実行者の意思に現実的に作用し、それをして遂行せしめているならば共同正犯であるが、ただ単に直接実行者の犯意を誘起し、または犯意を強化したに止まるならば教唆犯もしくは従犯にとどまる」のである。また、「直接実行者が『自分としては中止してもよいのだが、他の仲間との約束で止めることはできないのだ』という場合は謀議関係者は共同正犯であり、『自分一人の意思で止めようと思えば止められるので、他の仲間との約束には拘束されない』という場合には謀議関係者は教唆犯ないし従犯である。⁽¹²⁾」

- (1) 平場安治・刑法における行為概念の研究(一九六六年)三〜四頁。
- (2) 平場安治・注1文献・七頁。
- (3) 平場安治・注1文献・四頁参照。
- (4) H. Welzel, Das Neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 1 参照。なお、この本の翻訳として、ハンス・ヴェルツェル/福田平・大塚仁訳・目的的行為論序説(再版・一九六五年)がある。
- (5) 平場安治・注1文献・一八頁参照。ちなみに、この「Werk」の語には「しわざ」ではなく、「作品」の語を当てるのが適当であると考えている(注7参照)。
- (6) 平場安治・注1文献・六八頁。
- (7) 平場安治・注1文献・六九〜七〇頁参照。「Werk」の単語には「しわざ」の訳語を当てるのが一般的となっているが、しかし、この単語は、ここでは、「行為者が創造したもの」「行為者が実現したもの」という価値中立的な意味と考えられるので、「作

品」の訳語を当てるのが適當ではないかと考える。

(8) 平場安治・刑法総論講義(一九六一年)一五五頁、一五七頁参照。

(9) 平場安治・注8文献・一五七頁。

(10) 平場安治・注8文献・一五七頁。

(11) 平場安治・注8文献・一五七頁。

(12) 平場安治・注8文献・一五七頁。また、平場氏は、金銭で依頼されて依頼者の敵を殺す甲は、他人のためにする意思しか有しないがゆえに、主観説によれば従犯となるが、目的的行為支配説によれば、現実因果の流れは彼の意思によって方向づけられ、彼の意思の如何によってそれをせき止めうる関係にあり、その意味で、甲の行為には行為支配があり、(共同)正犯であるとする(平場安治・注8文献・一六五―一六六頁参照)。

B 行為支配説(狭義)(1)——団藤重光氏の見解——

① 行為支配の理論 共謀共同正犯に関する「判例に理論的基礎を提供されたのは、かつて大審院判事であら

れた草野豹一郎教授の共同意思主体説であつた。」しかし、「かりに共同意思主体というものをみとめることができるとしても、これを犯罪の主体とするのは団体責任をみとめるもので、現行法の——いな、ひろく近代刑法の——個人責任の理念に反する。各人について考えるかぎり、実行させることは実行することではない。謀議にとどまる者は、本来、教唆犯または幫助犯にすぎないと解すべきである。実行者の背後関係にしばしばいわれる大物がいることは社会的事実であつて、判例の見解はそこに実質的な理由をもっているが、共同正犯の規定の解釈によって対処するのは無理である。判例は立法論を解釈論に持ち込んだものといわなければならない。」⁽¹⁾

とはいっても、「現行刑法の規定の体系的理解とのギャップを埋めるために、判例を控制するなんらかの適切な理論が要請されている」というべきで、「わたしじしんは、さしあたり、……行為支配の理論の応用を考えて

いる。⁽²⁾」

② 構成要件該当事実の支配と正犯性 正犯とは、「犯罪を実行する者」、すなわち「基本的構成要件に該当する事実を実現する者」である。換言すれば、「構成要件該当事実について支配を持った者」、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」こそが、「まさしく正犯にほかならない。」その意味で、「共同正犯は、数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現するばあいにはかならない。だから、それは、やはり正犯である。⁽³⁾」これに対して、共犯(教唆犯・幫助犯)は、基本的構成要件該当事実を実現する者ではなく、単に「基本的構成要件該当事実の実現に加功するにすぎないものである。教唆犯と幫助犯だけが狭義の共犯と呼ばれるのは、この理由による。⁽⁴⁾」

③ 構成要件該当事実の共同実現と共同正犯 「基本的構成要件に該当する事実を実現する者」・「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」という要件は、「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的特徴を示す行為)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』としていたのは……、この趣旨にほかならない。⁽⁵⁾」

④ 構成要件該当事実実現の支配力と正犯性

「実はわたくしは最高裁に入る前の東大在職中にも、最後のあたりでは、刑法の講義の中で、行為支配の理論を持ち込んで、自分が直接に構成要件の特徴を示す行為をやっていなくても構成要件該当事実を実現するについて支配力を持った者は正犯になる、テーター (Tetter——正犯者) というのは構成要件該当の行為をした者に限らないんだという考え方をとっていました。」この点を大麻密輸入事件・最高裁一九八二年 (昭和五七年) 七月一六日決定 (刑集三六卷六号六九五頁) の事案で言えば、「全体として見た場合、実際に大麻を買い付けて、運んで来て、こっちに輸入したのは若いほうのヤツですが、これに対して完全に支配力を持っていたのは被告人です。被告人自身は構成要件に当たる行為はやっていませんが、構成要件に当たる行為を実現するために支配力を及ぼしています。こういう場合は、その構成要件実現に対する正犯性を認めていいんじゃないかということで、その要件のもとにわたくしは原審の考え方を是認したわけです。」⁽⁶⁾

⑤ 共同正犯と構成要件の修正形式

共同正犯は正犯であるが、「その中には、数人の行為によつてはじめて

構成要件を充足するというばあいがある。たとえば、殺意をもつて数人が共同して発砲したばあいに、その中の一人の弾丸だけが相手に命中して死亡させたとしても、全員が殺人罪の既遂とされる」ことになり、弾丸を命中させることができなかった者についていえば、本来の構成要件の充足がないにもかかわらず既遂とされるわけであるが、「共同正犯も、単独犯として規定された構成要件を数人の行為によつてはじめて実現するものであるから、その意味で、やはり、構成要件の修正形式といふことができる」⁽⁷⁾のである。

⑥ 正犯と共犯の区別の標準

「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に求められなければならない。」すなわち、共同正犯は、「数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現するばあい」であるので正犯であるのに対して、教唆犯・幫助犯は、「基本的構成要件該当

事実を実現するものではなく、単に基本的構成要件該当事実の実現に加功するにすぎない」のであり、これは「基本的構成要件に係属して定められた別個の構成要件である」⁽⁸⁾。

このように、「われわれは構成要件を指導形象とすることによって、はじめて明確な正犯概念を獲得することができる」⁽⁹⁾。

⑦ 見張り 「見張りは、当の構成要件該当事実の実現に対して行為支配をもったものといえるばあい——たとえば現場で見張りをする親分——は格別、一般には幫助犯にすぎないと考える。もつとも、たとえば監禁罪のように、構成要件によっては、見張りも実行行為でありうるであらう」⁽¹⁰⁾。

(1) 団藤重光・刑法綱要総論（第三版・一九九〇年）三九七頁。

(2) 団藤重光・注1文献・三九七頁。

(3) 団藤重光・注1文献・三七二～三七三頁。

(4) 団藤重光・注1文献・三七三頁参照。

(5) 大麻密輸入事件・最決昭和五七・七・一六刑集三六・六・六九五における団藤重光裁判官の意見。また、団藤重光・注1文献・四〇一頁注三一参照。

(6) 団藤重光・実践の法理と法理の実践（一九八六年）二二一頁、二二三頁。

(7) 団藤重光・注1文献・三七三～三七四頁注五、四〇二頁注一参照。

(8) 団藤重光・注1文献・三七三頁。

(9) 団藤重光・注1文献・三七三頁。

(10) 団藤重光・注1文献・三九五頁。

C 行為支配説(狹義)(2)——中野次雄氏の見解——

① 黒幕的存在と共謀共同正犯 「実行行為を分担しなくとも、背後にあつて指導的役割を演じているいわゆる大物が従犯として刑を減軽されるのは不当である。場合によってはむしろそのような黒幕的存在こそ下手人以上に重く処罰されなければならない」のであつて、そのような考慮こそ、「判例をして単なる共謀者をも共同正犯の中に含ましめるに至つた理由なのではなからうか。⁽¹⁾」

② 共同正犯の正犯性 共同正犯は、「各自が実行行為をしたと評価されるもので、性質上からいえば正犯の一種であるから、厳密な意味で正犯に対する共犯(狹義の共犯)といえるのは教唆犯と従犯である。それは、実行行為以外の行為(加担行為)によつて実行行為になんらかの影響を与えることにより間接に法益侵害に参加するものである」⁽²⁾。

この共同正犯の正犯性は、「正犯者としての資格」、「その基本構成要件全部を自ら実現する者の一人としての立場、つまりやや平易に言えばその犯罪事実のあるじの一人であるという地位」を意味し、「正犯意思すなわち当該事実を自ら実現する意思、実行行為をする意思を有しているということにほかならない」⁽³⁾。

③ 一部実行全部責任の法理と六〇条 「共同正犯の特質は、A・B二人の共同正犯に例をとると、共同者B(A)のした実行行為が、かれ自身の実行行為であると同時に共同者A(B)の実行行為としても評価され、A(B)もそれについて刑事責任を問われるところにある。たとえば、Aは暴行・脅迫を、Bは財物の奪取を分担実行すれば、A・Bともにそれぞれ全部の強盗行為をしたものとして刑責を負わなければならないのである(いわゆる一部行為の全部責任)⁽⁴⁾。」

この点、「他人の行為が自分の行為とされる点においてそれは間接正犯と似たところがある」けれども、「共同正

犯の場合は実行担当者——たとえばB——自らがその行為の主体なのであって、共同者Aの道具とはいえないから、Aを基本構成要件の予定している単独の実行行為者（単独正犯たる間接正犯）とみることはできない」のであって、「そこに共同正犯を罰するため六〇条の規定を必要とする理由がある。」⁽⁵⁾

④ 共同正犯の帰責と合意 「たしかに、各人が実行行為をしていれば、そのことによってその正犯性ひいては共同正犯を認めることはかなり容易である。しかし、それも、正犯性認定の一つの判断資料なのであって、共同実行そのものが決定的な意味をもつわけではない」のであって、「共同正犯の帰責は合意の効果」であり、「正犯意思をもって合意に加わったのであれば、その者自身は全く実行行為をしなくても、共同正犯だといわなくてはならない。」⁽⁶⁾

⑤ 正犯意思と合意の相互性 共同正犯においては、「実行行為をすることについてA・Bの合意が存在し、Bはその合意を実現するために行為するのであって、自己の単独の意思だけに基づいて行為するのではない。そして、その合意はAの実行行為をする意思（正犯意思）とBの実行行為をする意思（正犯意思）とから成り立っているから、この合意の実現としてのBの行為は、いいかえればA・Bそれぞれの正犯意思を併せて実現するものにならず、B自身の実行行為であると同時にAの実行行為たる性質をもつこととなる。共同正犯においてBの行為がAの実行行為でもあるとされる理由はその点にあるのである。」⁽⁷⁾

すなわち、「この合意は、各共同者の正犯意思（実行行為をする意思）の合致によって成立する共同意思と、この共同意思を実現することおよびそのための行為の分担の約束とからなり立つもの」であり、「その性質上相互的なものでなくてはならない。」⁽⁸⁾

⑥ 合意と構成要件実現への寄与 「共同者各自は、単に合意に加わるだけでなく、犯罪が行為である以上、

構成要件実現のためなんらかの寄与（貢献）をしなければならない。したがって、合意はしたが全然寄与をしなかった者は共同正犯とはいえない。この寄与のうち、直接的なものとしては、合意の成立への寄与（たとえば他人に働きかけて合意させること、合意の成立にとって必要な承認を与えることなど）や実行行為の分担などがあり、間接的なものとしては、謀議の実際行の方法などについて知恵を貸すとか、凶器を調達するとか、実行の際見張りをするといったような幫助に相当する寄与があるが、いずれであっても差し支えない。⁽⁹⁾

⑦ 合意と刑事責任の負担 「共同正犯においては、各人が自らの手でその全実行行為を行ったのと同じ効果を生ずるから、共同正犯が成立する範囲内においては、各人は他の共同者のしたすべての行為について刑事責任を負担することになる。そこが合意の欠けている同時犯と違うところ」である。⁽¹⁰⁾

⑧ 共謀共同正犯と立法論 「わたくしは将来の刑法においては従来⁽¹¹⁾の六〇条に相当する規定のほかに共謀共同正犯の規定を設けるのがよいと考える。」その理由は、「第一に、現行の六〇条のような規定の解釈でそれを認めようとするにはやはり若干の無理が伴う」こと、「第二に、それは、共謀共同正犯が実行共同正犯と別個のものであることを明らかにするにも役立つ」こと、「第三に、この規定ができれば、いままです共謀共同正犯を否定していた学説も以後はその内容について論ずることになる」ので、「その概念なり要件なりが明確にされ、実務に対する指導的役割を発揮してこれを正しい軌道にのせるのに役立つことが期待される」ことにある。⁽¹¹⁾

(1) 中野次雄「共謀共同正犯の問題点」法律のひろば一三卷一号（一九六〇年）一〇頁。

(2) 中野次雄・刑法総論概要（第三版補訂版・一九九七年）一三七頁。中野氏は、共同正犯・教唆犯・従犯の三つを「共犯」名の下に規定したのは、「本来異質なものである正犯と加担犯を一括した点で理論的にみておかしい」（中野次雄・同書・一三七頁注 1）とも論述している。

(3) 中野次雄・注2文献・一四二頁。中野氏は、大麻密輸入事件・最高裁一九八二年(昭和五七年)七月一六日決定(刑集三六・六・六九五)についての評釈の中で、「代理者をして実行行為を担当させるということは、その背後にいる者が当該構成要件事実実現の主体であることを最もよく現すものだとわなければならない。そこに被告人の正犯性を認める決定的な理由があるわけ、そういう地位にある被告人が共謀を通じ、また自らも前述したいくつかの寄与行為を分担したことによって大麻密輸入という基本的構成要件該当事実を実現したがゆえに、まさしく共同正犯者だといえる」(中野次雄・警察研究五六卷一号(一九八五年)七九頁)と論述している。

(4) 中野次雄・注2文献・一三九頁。

(5) 中野次雄・注2文献・一三九頁。

(6) 中野次雄・注2文献・一四六頁。中野氏は、共同正犯におけるこの合意を「意思の連絡」、「共同実行の意思」、「共同加功の意思」、「共謀」とも呼び(中野次雄・注2文献・一四四頁参照)、共謀とは共同謀議であり、主観的要件としての「純粹に心理的な状態」、「内心の状態」ではなく、「謀議」という客観的な行動であると解説している(中野次雄・注1文献・一二頁参照)。

(7) 中野次雄・注2文献・一三九頁。

(8) 中野次雄・注2文献・一四四頁参照。また、中野次雄・注3文献・七五頁も参照。

(9) 中野次雄・注2文献・一四六〜一四七頁。

(10) 中野次雄・注2文献・一五一頁。

(11) 中野次雄・注1文献・一三頁参照。

D 機能的行為支配説——橋本正博氏の見解——

① 行為支配 「行為支配は、単独正犯にはもちろん、間接正犯・共同正犯にも共通して認められる正犯性の基本的要素であり、したがって正犯性の本質をなす根拠として理解される」のであるが、この「行為支配は、構成要件を具体的枠組としてその成否を論ずべきもの」であり、「支配の有無を判断すべき事実は構成要件該当事実として理解されなければならないのである」⁽¹⁾。

② 機能的な共同行為支配 正犯性の根拠である行為支配の存在を確定するための「メルクマールは、正犯諸

形式の構造上の相違に依りて相対的な相違を示す。⁽²⁾すなわち、それは、単独正犯においては、「実行行為遂行による行為支配（実行行為による支配）⁽³⁾」、すなわち、「自ら実行行為を行うことによりて構成要件該当事実の実現を支配していること」、「構成要件該当行為を行うことによる行為支配（事象支配）⁽⁴⁾」であり、間接正犯においては、「主観的・客観的な強制による支配」、「知識・認識の優越に基づく支配」など「規範的見地からの優越性」⁽⁵⁾、つまり「背後者の犯罪実現に対する独自の実質的主導性に基づく構成要件該当事実の実現についての支配」⁽⁶⁾である。

この点、共同正犯における機能的行為支配とは、同一の犯罪事実について、「主観的・客観的に共同して統制が行われる共同行為支配」⁽⁷⁾であり、この機能的行為支配は、「関与者が、それぞれ自己の寄与をすることによって、あるいは、自己の寄与を取り除くことによって、犯罪事実の全体を左右することができる地位であり（そのような関与・寄与をし）、かつ、そのような機能を果たそうとする意思（支配意思）があるときに認められる」⁽⁸⁾。

また、「機能的行為支配」でいう「機能」は、「全体の犯罪計画として規定された関数関係に従い、犯罪事実全体という帰結をもたらす」という意味で、「『機能』はむしろ『関数』として把握する方が適切」であり、この「『機能』は、事後判断ではなく、遅くとも作用時点で評価可能な行為無価値の側面を含むものである」⁽⁹⁾。

③ 有機的全体事象分業 「機能的行為支配の考え方は、各関与者が犯罪事実実現にとつて不可欠で本質的な機能を果たすとき、構成要件該当事実に対する直接の支配が肯定される、というもの」であり、この思考が、「共同正犯における分業の実態と、それが有機的全体事象分業であることから帰結される因果的效果について、的確な洞察に基づいている」であつて、ある共同現象がこのような性質を備えているときには、「共同正犯の（狭義の共犯とは異なる）正犯性」を根拠づけ、「犯罪事実の支配者として共同正犯とされるのが自然であり、共同正犯の

(狭義の共犯とは異なる) 正犯性を根拠づけるものであることも了解されるであろう。⁽¹⁰⁾そして、ここでのいう行為支配は、「行為者の行為を通じて犯罪的事実が生成する」事象をコントロールすることであり、その存否は、「各関与者の事実形成的作用と現実生成する社会事象(構成要件該当事実)との間で考慮されることがら」であって、「実行担当者を非実行担当者が支配すること」、すなわち「人に対する支配」ではなく、「直接には媒介者によって実現される犯罪事実を実質的に左右することのできる事情がある場合に、背後者に『行為支配』すなわち『事実支配』が存在することになる。⁽¹¹⁾」

④ 共同正犯の成立要件 このような機能的行為支配概念を基礎にして考えた共同正犯の成立範囲・成立要件としては、「実行段階における関与ないし作用の必要性」と、「正犯行為」ともいべき犯罪事実実現にとつて不可欠の寄与」が必要であり、この両要件を組み合わせて、「実行段階における事実形成的寄与」が必要であると考⁽¹²⁾える。したがって、共同正犯に求められる「事実的寄与は、精神的・心理的寄与では足りず、事実としての寄与が客観的に存在することと、事実を実現するための寄与であることを意味している。⁽¹³⁾」

「行為支配論が正犯・共犯を主観・客観の両面から規定する理論である以上、行為支配概念も主観・客観の両要素から構成されるのは当然である。」このうち、客観的行為支配は、「客観的事態としての事象の制御・統制」、「事象の操縦可能性」であり、「具体的構成要件該当事実の本質的な重要部分を左右することができる状況」を意味し、主観的行為支配は、「行為支配意思」であり、「客観的事実としての客観的行為支配を現実に行使する意図をその実質として有する」ことを意味する。すなわち、正犯とは、「構成要件該当事実に関する『行為支配』を有する者」、すなわち「各則の構成要件に該当する事象を客観的・主観的に統制する者」である。⁽¹⁴⁾

⑤ 犯罪事実実現への不可欠の寄与 「共同正犯においては、共同で実現されるはずの構成要件該当事実の実

現」にとって、「関与者の決定的コントロール」が「構成要件の評価の変更をもたらすような本質的部分に及ぶ場合、関与者には共同正犯性が肯定される」のであり、「共同正犯は、自らの関与をもって直接的に犯罪事実を形成する点にその実質を有するというべき」なのであり、「各関与者の事実的作用として、いわゆる実行行為に限らないが『正犯行為』ともいふべき犯罪事実実現にとって不可欠の寄与」が要求されるのである。⁽¹⁵⁾ 換言すれば、「構成要件該事実の形成過程で、いわゆる実行行為そのものを行うことで寄与しない場合であっても、重要不可欠の部分を實現するための寄与を行った者は、それ自体、当該事象の命運をその手に握っているものといふことができ、このような機能を果たした者に行為支配を認めることができると考えられる。こうした機能的行為支配という意味の共同的行為支配が同一事実に対する重疊的支配として肯定されると、共同正犯が認められることになる。ここでは、機能的行為支配は実質的正犯根拠であって共同正犯のメルクマールとして位置づけられる。⁽¹⁶⁾」

⑥ 一部実行全部責任の法理 「いわゆる『一部実行―全部責任』も、このような共同的行為支配・機能的行為支配によって、本来『全部支配―全部責任』として基礎づけられるもの」であり、「事実全体を帰属させられる根拠は、まさにこの全体に対する行為支配、すなわち機能的行為支配が存することに求められるのである。各共同正犯者は、他の関与者と意思を通じ、相互補完的分業を行っているものであり、その意味で、主観的・客観的共同という統一の契機に基いて正犯とされる。⁽¹⁷⁾」例えば、「甲・乙が共謀して同時にAを拳銃で狙い打ちし、甲の弾が命中してAが死亡し乙の弾は外れたというような、いわゆる付加的共同正犯の場合、単独犯の場合に完全な構成要件該当行為と評価されるような行為が行われたのであるから、分業的犯罪実現関数に代入して所期の帰結を導きうる変数であるということができ、純粹客観的に因果的作用を伴わなくとも機能的行為支配を肯定することが可能である。⁽¹⁸⁾」すなわち、「共同正犯とされるためには実行行為の『一部』分担で足りるのであれば、『一部実行の全部責

「任」の根拠を与えようとする限り、その他の部分の責任を負う根拠を補う必要がある」が、「共同正犯においてそれが何らかの形で補われているのだ」とすれば、「実行行為を全部他の関与者に委ねても、その不足は補われることになる」⁽¹⁹⁾し、その限りで、「実行行為を行わない者についても『一部実行の全部責任』を認めてよいと言わなければならぬ」⁽¹⁹⁾のである。

⑦ 共同支配意思 「行為支配説は、共謀に基づく共同正犯としての共謀共同正犯を肯定する理論ではないが、共謀関与した非実行者のうち、この意味の機能的行為支配を有する者である限りは共同正犯を認める」⁽²⁰⁾したがって、共同正犯の主観的要件としての「共同実行の意思」は、行為支配説からは、共同正犯における故意として「共同支配の意思」として理解されることになるのであり、これは、「共同して実現される事実の実現意思である」以上、「分業による全体を総合して共同実現することの認識である」から、「関与者相互の意思の合致を要素とする」ものであり、その場合、「他の関与者との間で相互利用補充することに重点があるのではなく、全体を総合的に把握し実現しようとする集合的意思であることが重要である」⁽²¹⁾。

⑧ 構成要件の修正規定 共同正犯の正犯性は、「正犯一般がそうであるのと同様、共同して実現される構成要件該当事実に対する行為支配によって根拠づけられる」のであり、「各関与者は、各々、全体としての犯罪事実を支配する点において、本来的に正犯である。ただし、共同正犯も、複数人が相互に他人の行為に依存する点において、共犯性をも有する」⁽²²⁾。また、「共同して実行する際には、共同者間で分業が行われるのが通常であるから、関与者の各行為を単独でみれば基本構成要件に該当するとは限らない。六〇条は、そのような場合にも各人がみな正犯とされるように、基本構成要件を修正する規定であると位置づけられる。この意味で、共同正犯規定も構成要件の修正形式を定めていると理解することができる。共同正犯は、単独正犯からみれば処罰範囲を拡張する意味を

も⁽²³⁾」

⑨ 見張り 「行為分担に際して単なる見張りで見られる行為を行ったにとどまる者をも共謀に参加した者が共謀を遂げたとして共同正犯にする場合には、狭義の共犯である幫助犯との区別をめぐって異論が生じることとはされない。正犯性の有無を判断するためには、実行の分担として評価できるような客観的・主観的な寄与の程度を問うことが必要である⁽²⁴⁾。」

(1) 橋本正博・「行為支配論」と正犯理論(二〇〇〇年)一六五頁。

(2) 橋本正博・注1文献・一六二頁。また、橋本正博「『共謀共同正犯』概念再考——行為支配説に基づく制約論」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一卷(過失犯論/不作為犯論・共犯論)(二〇〇六年)三八九頁参照。

(3) 橋本正博・注1文献・一七二頁。

(4) 橋本正博・刑法総論(二〇一五年)二三九頁参照。

(5) 橋本正博・注1文献・一七三―一七六頁参照。

(6) 橋本正博・注4文献・二四〇頁参照。この点は、ロクシン氏の見解を想起させる。ロクシン氏によれば、正犯性は「所為支配」のみで決定されるべきで、「犯罪実現の場合に、犯罪事象への決定的な影響によって、キーパーソン、中心人物となつた者が、所為支配を有し、正犯」である。そして、直接正犯、間接正犯及び共同正犯という「三つの正犯形態は、三種の所為支配(Tatherrschaft)に対応する」のであり、直接正犯を特徴づける行為支配(Handlungsherrschaft)、間接正犯を特徴づける意思支配(Willensherrschaft)、共同正犯の本質を形成する機能的所為支配(funktionelle Tatherrschaft)である。C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, S. 15 (山中敬一監訳/クラウス・ロクシン・刑法総論第二巻〔翻訳第一分冊〕一八―一九頁を参考に改訳した)参照。

(7) 橋本正博・注1文献・一七七頁。

(8) 橋本正博・注4文献・二五八頁。橋本氏は、共同正犯においては、間接正犯のように媒介者を介する間接的な支配ではなく、「各関与者が直接に犯罪事実実現に向けた作用を及ぼすことによって、事実実現を支配するという事情」が重要で、「実行担当者

非実行担当者が支配すること、すなわち『人に対する支配』が行為支配なのではない」のであり、この意味で、共同正犯は「直接正犯」である(橋本正博・注2文献・三九五頁参照)とも論述している。

(9) 橋本正博・注2文献・三九六頁。

(10) 橋本正博・注2文献・三九四～三九五頁参照。

(11) 橋本正博・注2文献・三九五頁。

(12) 橋本正博・注2文献・三九七～三九九頁参照。

(13) 橋本正博「正犯理論の実質的基礎——共謀共同正犯論を中心に」現代刑事法二号(一九九九年)二七頁。

(14) 橋本正博・注1文献・一六七～一六九頁参照。橋本正博・注4文献・二三九頁では、「行為支配の事実」・「行為支配の意思」としている。

(15) 橋本正博・注2文献・三九六～三九九頁参照。また、橋本氏は、「支配」とは、「当該の事象を、その本質的な部分について、自己の主観的・客観的寄与(事実的寄与)に基づいて左右することができる地位をいう」(橋本正博「共同正犯の行為支配的構造」と共謀共同正犯論」一橋大学・一橋論叢一〇四巻一号(一九九〇年)六三～六四頁)とも論述している。

(16) 橋本正博・注1文献・一七七頁。

(17) 橋本正博・注1文献・一七八頁。

(18) 橋本正博・注2文献・三九七頁。

(19) 橋本正博・注4文献・二五九頁。

(20) 橋本正博・注4文献・二六六頁。

(21) 橋本正博・注4文献・二六〇～二六一頁参照。

(22) 橋本正博・注4文献・二五三頁。橋本氏は、以前の論稿では、「なるほど共同正犯は二人以上が共同する共犯としての性質をもつ。しかし、刑法六〇条は正犯でないものを正犯として扱うのではなく、共同正犯は本来的に正犯であり、単独正犯とは異なる実行のしかたであつても全員が正犯となる旨を規定しているものである」(橋本正博・注15文献・六七頁)と論述して、共同正犯の正犯性を強調していた。

(23) 橋本正博・注4文献・二五三頁。また、橋本正博・注1文献・一九〇頁も参照。

(24) 橋本正博「正犯と共犯」法学教室二〇二号(一九九七年)四三頁。

(3) 特徴

以上、行為支配説を、目的的行為論の立場を前提とする目的的行為支配説として平場安治氏の見解、目的的行為に立脚しない行為支配説(狭義)として団藤重光氏と中野次雄氏の見解、及び、機能的行為支配の考え方を前提にして共謀共同正犯の理論を肯定する機能的行為支配説として橋本正博氏の見解を紹介してきた。

以下では、この行為支配説の特徴を指摘してみたい。

① 単独犯・共同正犯の同質性 まず、行為支配説の特徴として、この説の論者が単独犯現象と共同正犯現象との同質性を前提認識としている点を指摘しなければならない。この点は、正犯とは、「基本的構成要件に該当する事実を実現する者」、換言すれば、「構成要件該当事実の実現についてみずから主となつた者」であり、「共同正犯は、数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現するばあいにはかならない」という論述や、「正犯とされるべき構成要件実現形態には既に共通了解があり、正犯概念は、単独直接正犯・間接正犯・共同正犯の三態様を包括する必要がある」という論述に端的に表現されている。

機能的行為支配説の論者によると、行為支配は、単独(直接)正犯においては、「自ら直接に実行行為を行うことによる構成要件該当事実の実現についての支配」、間接正犯においては、「間接的な寄与により構成要件該当事実の実現についての支配」、そして、共同正犯においては、「関与者ごとに、複数の並列的な行為支配」、「関与者各々が、共同実現された事実の全体に対して認められる支配」であり、単独(直接)正犯・間接正犯・共同正犯という正犯諸形式には構造的相違が存在しているけれども、「実質的主導性による基づく構成要件該当事実の実現につ

ての支配」が認められる点で、いずれも正犯に包摂することができると解している。⁽³⁾

② 共同正犯の正犯性の重視 また、行為支配説の論者が行為支配を軸にして、単独犯と同質的意味において共同正犯の正犯性が強調されている点を指摘しなければならない。すなわち、この説の論者はいずれも、共同正犯が単独（直接）正犯と同様の意味で正犯であることを強調しているのである。この点は、正犯は必ずしも自己の手によって実行行為をなす必要はなく、「構成要件的行為に対する目的的支配」があれば足り、共同正犯の場合は、「構成要件的行為の全体に対する共同的支配」があれば足り⁽⁴⁾、「構成要件該当事実について支配を持った者」、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」こそが、まさしく「正犯にほかならない」であり、共同正犯は、「数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現する」場合であり、共同正犯は「やはり正犯である」⁽⁵⁾という論述、さらに、共同正犯は、「各自が実行行為をしたと評価されるもの」で、「正犯の一種」であって、この共同正犯の正犯性は、「その基本構成要件全部を自ら実現する者の一人としての立場」、つまり、「その犯罪事実のあるじの一人であるという地位」を意味する⁽⁶⁾という論述にもうかがうことができる。これらの論述は、機能的行為支配説の論者の論述、すなわち、行為支配は、単独正犯ではもちろん、間接正犯・共同正犯でも共通して認められる「正犯性の基本的要素」であり、「正犯性の本質」をなす根拠⁽⁷⁾であり、共同正犯の正犯性は、「正犯一般がそうであるのと同様、共同して実現される構成要件該当事実に対する行為支配によって根拠づけられる」のであり、「各関与者は、各々、全体としての犯罪事実を支配する点において、本来的に正犯である」⁽⁸⁾という論述に収斂されるものと思われる。

しかし、行為支配説の中には、共同正犯の共犯性をも承認している論者もいる。すなわち、「共同正犯も、複数人が相互に他人の行為に依存する点において、共犯性をも有する」⁽⁹⁾と論述して共同正犯の共犯性を指摘し、共同正

犯を「共同現象として全体的に把握する」ことを強調し、「共同正犯における構成要件該当行為」としての「集合的行為」を摘示している⁽¹⁰⁾のである。

③ 個人責任の原理の尊重 行為支配説が、共同正犯現象を単独正犯現象と同質のものとして把握しようとするのは、個人責任の原理を貫徹しようとする意識が働いているからと考えられる。この説の論者が、共同意思主体説に対して、「団体責任を認めるもので、現行刑法の個人責任の原理に反する」、「個人責任を大原則とする刑法学において、超個人的な主体を想定することは行き過ぎ」という批判を加えるのも、そうした意識の反映である。

ということは、行為支配説は、本来、行為支配の概念を用いて、各関与者の関与を個別に考察し、犯罪事実全体に対する各自の事実的寄与を評価する思考法を採っていたものと考えられる。すなわち、行為支配説の論者は、個人責任の原理を貫徹するために、犯罪事実全体に対する各自の事実的寄与を評価する個別の評価法を用いて、共同正犯か狭義の共犯かを判断していたのであり、このやり方がこの説の本来の主旨であったと考えられるのである。

この説にあつて、個人責任の原理を尊重し、個別の評価法を採っていることをうかがわせる論述がなされるのは、そのことの証左である。例えば、「実行行為とは、構成要件に該当する行為支配である。極限的には自分としては何ら手を下さなくとも、他人の行為を支配して自己の犯罪をとげる共同正犯がありうる」という論述や、「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⁽¹³⁾」という論述、さらには、「共同正犯であってもそれが各人の犯罪であることに変わりはなく、終局的な犯罪の成否は、一身的な犯罪要素をもさらに考慮して、各人ごとに論ぜられなければならない⁽¹⁴⁾」という論述に、その点をうかがうことができるのである。

しかし、行為支配説においても、共同正犯現象に、純粹個人責任の原理とは異質の概念・要素を意識的に導入している論者がいることに留意する必要がある。例えば、共同正犯は「単独犯として規定された構成要件を数人の行為によつてはじめて実現するもの」であるから、「構成要件の修正形式」である⁽¹⁵⁾という論述や、共同正犯の規定も「基本構成要件を修正する規定」である⁽¹⁶⁾という論述にみられるように、「基本的構成要件の修正形式」という概念を導入しているのがこれであるし、また、共同正犯の成立には犯罪の共同実行が必要であるが、共同実行は構成要件該当行為の一部・全部の分担がなくとも、「構成要件の行為の全体に対する共同的支配」があればよい⁽¹⁷⁾という論述や、共同正犯は同一の犯罪事実について「主観的・客観的に共同して統制が行われる機能的な共同行為支配⁽¹⁸⁾」という論述にみられるように、「共同行為支配（共同的支配）」の要素を導入しているのがこれである。ここでは、共同正犯現象の共犯性を特徴づける「容器」として、「基本的構成要件の修正形式」の概念が導入され、その「中味」として、「共同行為支配」の要素が導入されていると考えられる。すなわち、ここでは、六〇条は「基本的構成要件の修正形式」を規定した条文であり、この修正形式には、内容として「共同行為支配」という共同正犯現象が盛り込まれていると解釈されているのである。

いずれにしても、「基本構成要件の修正形式」概念・「共同行為支配」要素は、共同正犯の正犯性とは異なる次元の要素・概念であることは否定できず、純粹個人責任の原理で根拠づけるのは無理と考えられる。そのためもあって、この概念・要素を導入した行為支配説の論者はいずれも、共同正犯の正犯性のみならず共犯性をも指摘しているのである。この点は、後の「小括」で再度触れることにしたい。

④ 実行行為概念からの解放 さらに、行為支配説の論者は、正犯であるためには必ずしも形式的な意味での実行行為を自己の手によつて行う必要はなく、基本的構成要件該当事実の実現に対する（目的的・機能的）行為支

配があればよく、共同正犯の場合には、基本的構成要件該当事実の全体に対する共同支配があれば足りるとしている。したがって、この説の特徴として、共同正犯において実行行為概念からの解放が企図されており、一部実行全部責任の法理が止揚されようとしている点をあげることができる。この点、例えば、A・B 二人の共同正犯に例をとると、「そこには実行行為をすることについて A・B の合意が存在し、B はその合意を実現するために行為する」のであって、「この合意の実現としての B の行為は、いいかえれば A・B それぞれの正犯意思を併せて実現するものにほかならず、B 自身の実行行為であると同時に A の実行行為たる性質をもつことになる」という⁽¹⁹⁾論述では、形式的な意味での実行行為概念の地位が低下していることがうかがえる。さらに、共同正犯は、「単独直接正犯のように構成要件該当行為をすべて自ら行う」必要はなく、共同者の行為を集結して「構成要件該当性」が認められれば足り、一部のみの行為により構成要件該当事実の全体について責任を問われるが、このような一部実行全部責任の効果が認められるのは、「各関与者の寄与を個別に評価するのではなく、共同現象として全体的に把握するからである」という⁽²⁰⁾論述では、実行行為概念からの解放が図られていることがうかがえるのである。

⑤ 構成要件の枠組の尊重 行為支配説の特徴として、この説の論者が構成要件の枠組を尊重している点を指摘しておきたい。この点は、共同正犯の成立には、「構成要件的行為の全体に対する共同的支配」があれば足り⁽²¹⁾という論述や、正犯とは「構成要件該当事実について支配を持った者」・「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」である⁽²²⁾という論述、さらに、「構成要件を具体的枠組としてその成否を論ずべきもの」であり、行為支配の有無を判断すべき事実は「構成要件該当事実」として理解されなければならない⁽²³⁾という論述に表れている。

基本的構成要件の枠組の尊重は、行為支配説に限らず、犯罪事実の認定においては当然の要請である。にもか

わらずこの点をあえて指摘するのは、近時の行為支配説が形式的な意味での実行行為概念に拘泥していないのはもちろんであるが、実質的意味の実行行為にとどまらず、支配の対象を基本的構成要件該当事実全体、犯罪事実全体にまで及ぼしていることを指摘したいからである。すなわち、行為支配説の論者にあつては、「正犯的な事実的寄与には、実行行為以外のものもありうる」のであり、「それ自体構成要件該当行為でない寄与であつたとしても犯罪事実の中心部分を実現するために重要な機能を果たす行為を行った者であれば共同正犯の要件を充足」する²⁴という記述にも見られるように、基本的構成要件に該当する実行行為による寄与の如何ではなく、基本的構成要件の枠内における正犯的な事実的寄与（事実支配）の如何を考究する思考を意識的に採っていると考えられるのである。

⑥ 共同正犯と共犯との区別 行為支配説の特徴として、さらに、この説の論者において、（共同）正犯と共犯（狭義）との区別の規準が比較的明瞭に意識されている点を指摘することができる。これは当然のことであるとの指摘があるかもしれないが、近時、共同正犯と共犯との明確な区別に必ずしも拘泥しない見解も主張されているので、あえて指摘しておきたい。この点は、「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に求められなければならない」のであり、共同正犯は、「数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現するばあい」であるので正犯であり、共犯（教唆犯・幫助犯）は、「基本的構成要件該当事実を実現するものではなく、単に基本的構成要件該当事実の実現に加功するにすぎない」²⁵という論述や、「正犯とは、構成要件該当事実に関する『行為支配』を有する者、すなわち各則の構成要件に該当する事象を客観的・主観的に統制する者」と定式化することができ、正犯が「構成要件を実現した張本人」であることは、「行為支配によって基礎づけられる」のであり、それは、「構成要件該当『事実』の実現に対する事実形成的寄与である」²⁶という論述にうかがうことができる。

- (1) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版・一九九〇年)三七三頁参照。
- (2) 橋本正博・刑法総論(二〇一五年)二二二頁。
- (3) 橋本正博・注2文献・二三九〜二四〇頁参照。
- (4) 平場安治・刑法総論講義(一九六一年)一五七頁参照。
- (5) 団藤重光・注1文献・三九三頁参照。
- (6) 中野次雄・刑法総論概要(第三版補訂版・一九九七年)一三七頁、一四二頁参照。
- (7) 橋本正博・「行為支配論」と正犯理論(二〇〇〇年)一六五頁。
- (8) 橋本正博・注2文献・二五三頁。
- (9) 橋本正博・注2文献・二五三頁。
- (10) 橋本正博・注2文献・二五三〜二五四頁参照。
- (11) 団藤重光・注1文献・三九七頁、橋本正博・注2文献・二六三頁参照。なお、行為支配説を支持しているわけではないが、共同意思主体説に同旨の批判を加えるものとして、大谷實・刑法講義総論(新版第四版・二〇一二年)四二八頁、山口厚・刑法総論(第二版・二〇〇七年)三二三頁など参照。
- (12) 平場安治・注4文献・一五七頁。
- (13) 大森密輸入事件・最決昭和五七・七・一六刑集三六・六・六九五における団藤重光裁判官の意見。
- (14) 中野次雄・注6文献・一五一頁。
- (15) 団藤重光・注1文献・三七三〜三七四頁注五、四〇二頁注一参照。
- (16) 橋本正博・注2文献・二五三頁参照。
- (17) 平場安治・注4文献・一五七頁参照。
- (18) 橋本正博・注7文献・一七七頁。
- (19) 中野次雄・注6文献・一三九頁。
- (20) 橋本正博・注2文献・二五三頁。共同正犯の共同現象を全体的に把握するために、全体考察法が要請される点については、団藤重光・注1文献・三九五頁、橋本正博・注2文献・二五三〜二五四頁参照。

(21) 平場安治・注4文献・一五七頁参照。

(22) 団藤重光・注1文献・三七二―三七三頁参照。共同正犯と共犯との区別について、団藤氏は、一方で、共犯とは「基本的構成要件の実行行為そのものを行うもの」ではなく、「それ以外の行為をもって、これに加功するもの」(団藤重光・注1文献・三七三頁)であると論述し、他方で、共同正犯は「基本的構成要件該当事実の共同実現」、共犯は「基本的構成要件該当事実の実現への単なる加功」という区別の規準(団藤重光・注1文献・三七三頁参照)を提示している。すなわち、団藤氏の見解では、共同正犯と共犯との区別について、「基本的構成要件該当事実の実現」という規準と「基本的構成要件該当行為(実行行為)」の遂行」という規準とが混在しており、未だ実行行為を基軸論から脱し切れていない見解ということができ、その点で、同氏の見解には曖昧さがある。もし行為支配説を貫徹するのであれば、「基本的構成要件該当事実の支配」こそが共同正犯と共犯との区別の規準であり、「基本的構成要件該当行為(実行行為)」の遂行」は重要ではないはずである。そうであれば、理論的には、実行行為を担当しない正犯も、実行行為を担当する共犯も存在することになるはずである。

(23) 橋本正博・注7文献・一六五頁参照。また、橋本正博「正犯理論の実質的基礎——共謀共同正犯論を中心に」現代刑事法二号(一九九九年)二六頁、照沼亮介・体系的共犯論と刑事不法論(二〇〇五年)一四三頁参照。

(24) 橋本正博・注2文献・二六〇頁参照。また、橋本正博「共同正犯における共同と事実的寄与——共同正犯の成立範囲に関する覚書」一橋大学研究年報・法学研究三二号(一九九九年)二一四頁以下も参照。

(25) 団藤重光・注1文献・三七三頁。引用した論述から明らかなように、団藤氏は、「基本的構成要件該当事実の共同実現」が共同正犯であり、「基本的構成要件該当事実の実現への加功」が共犯であるとする。ここでは、共同正犯も共犯も、同じく「基本的構成要件該当事実の実現」に関与するものであるが、共同正犯が「その共同実現」であるのに対して、共犯は「それへの単なる加功」という規準が提示されている。しかし、この区別の規準は、結論先行の、説明のための規準ではない。

(26) 橋本正博・注7文献・一六九―一七〇頁、橋本正博「正犯理論の実質的基礎——共謀共同正犯論を中心に」現代刑事法二号(一九九九年)二四頁以下参照。橋本氏は、「正犯は正犯としての寄与、正犯行為によって実質を備えている場合にはじめて正犯とされる」(橋本正博・注23文献・二五頁)とも論述している。

(4) 論者の相違点

① 実行行為為基軸論・実行行為為遊離論 すでに触れたように、行為支配説は、実行行為概念を基軸にして共同

正犯を考察する実行行為為基軸論を出発点にしていたと考えられる。この点は、「実行行為とは、構成要件に該当する行為支配である」⁽¹⁾という論述や、「正犯者とは、自ら構成要件事実を実現する者すなわち自ら実行行為の全部を行う者でなければならない」⁽²⁾という論述にもうかがうことができる。ここでは、一方で、単独正犯と同様の意味で共同正犯は正犯であるとする正犯性概念と、実質的アプローチによって価値的・規範的に捕捉された実質的実行行為概念とを当然の前提にし、他方で、各共同者が実行行為の一部・全部を分担する実行共同正犯概念を念頭におきながら、「実行行為の遂行に匹敵する行為支配」を意識してその論理が展開されていたのである。

しかし、「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」⁽³⁾という論述では、共同正犯概念と実質的実行行為概念との間に離隔が生じているし、また、「機能的行為支配という意味の共同的行为支配が同一事実に対する重疊的支配として肯定されると、共同正犯が認められる」⁽⁴⁾という論述や、「構成要件該当事実の実現に対する独自の実質的主導性に基づく構成要件該当事実の実現についての支配」⁽⁵⁾という論述では、実質的実行行為概念から遊離した行為支配概念、正犯概念が観念されていることが分かる。

このように、行為支配説の論者にあっても、実質的実行行為概念を基軸に共同正犯概念を構築する実質的実行行為説を維持しようとする論者もいるが、近時は、むしろ実行行為概念から遊離し、実質的共同正犯概念それ自体を考究する実質的正犯性説を正面から認める論者がいるのである。

② 行為支配の対象 行為支配説の論者にあつても、行為支配の対象について相違が見られる。例えば、正犯

は、元来、自己の手により実行行為を遂行する必要は必ずしもなく、「構成要件の行為に対する目的支配」があれば足り、その意味で、「実行行為とは、構成要件に該当する行為支配である」という論述や、共同正犯の成立に必要な共同実行とは、構成要件の全部・一部を各々自らの手で行ったという意味ではなく、「構成要件の行為の全体に対する共同的支配」があれば足りるという論述では、行為支配の対象は明らかに構成要件の行為、つまり実行行為である。他方、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」に求められなければならないのであつて、共同正犯は、「数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現するばあい」、すなわち「当の構成要件該当事実の実現に対して行為支配をもつたものである」で、「正犯」であるという論述や、「犯罪事実全体の實現にとって不可欠・本質的な関数関係を有すること」、「構成要件該当事実の實現にとって核心部分・本質的な機能を有すること」という論述では、行為支配の対象は明らかに構成要件該当事実、つまり犯罪事実である。この点は、論者が、実行行為の一部・全部の遂行を共同正犯の認定においてどの程度重視し、考慮するかに関わっている。

このように、行為支配説の論者にあつても、行為支配の対象について相違が見られるが、今日では、行為支配の対象は構成要件該当事実、つまり犯罪事実（所為）と解するのが有力である。その意味で、「行為支配説」よりも「事実支配説」「所為支配説」の名称の方が適当かもしれない。⁽⁹⁾

③ 個別支配・共同支配 実は、行為支配の内容についても、行為支配説の論者に相違が見られる。例えば、ある論者は、「自分としては何ら手を下さなくとも、他人の行為を支配して自己の犯罪をとげる共同正犯がありうる」、「構成要件の行為の分担がなくとも、他人の行為を支配して自分の犯罪をとげる場合には共同正犯でありう

る」と論述するとともに、共同正犯の成立に必要な共同実行とは、「構成要件の全部又は一部を各々の手で行った」という意味ではない。構成要件的行為の全体に対する共同的支配があれば足りる」とも論述している。⁽¹⁰⁾これらの論述については、いくつかの理解が可能で、⑦各共同者による個別の行為支配の集積が観念されており、「共同的支配」もそのような意味に解されるべきであるとする理解（個別支配の単純な集積）、逆に、①「共同的支配」というのは、個別の支配の単純な集積を超越した共同の行為支配であり、「他人の行為の支配」は、まさにそのような意味に解されるべきであるとする理解（個別支配を超えた共同支配）、さらに、それらの折衷として、⑨行為支配は個別支配に分解することは適当でないが、かといって、個別支配を超越した共同支配を観念することも妥当ではなく、この両者の中間の、いわば混然一体とした支配を観念すべきであるという理解（個別支配・共同支配の混淆）である。当該論者の当時の理論状況に鑑みると、⑦（個別支配の単純な集積）と考えられる。

他方、別の論者は、機能的行為支配は、「各関与者が犯罪事実実現にとつて不可欠で本質的な機能を果たすとき、構成要件該当事実に対する直接の支配が肯定される」のであり、「共同正犯における分業と、それが有機的全体事象の分業であることから帰結される因果的效果について、的確な洞察に基づいている」⁽¹¹⁾と論述するとともに、一部実行全部責任の効果が認められるのは、各関与者の寄与を「共同現象として全体的に把握するからである」⁽¹²⁾とも論述している。論者が、「共同正犯における分業は有機的全体事象の分業」、「共同現象として全体的に把握」としていること、また、「行為支配の意思（共同正犯における故意）は、分業による全体を総合して共同実現することの認識」であり、「全体を総合的に把握し実現しようとする集合的意思」である⁽¹³⁾としていること、さらに、共同正犯は「本来的に正犯」であるが、「複数人が相互に他人の行為に依存する点において、共犯性をも有する」⁽¹⁴⁾として共同正犯の共犯性をも考慮していることなどを考慮すると、行為支配の内容は、⑦（個別支配の単純な集積）という

よりも、①〔個別支配を超えた共同支配〕であり、そこでは、共同事実支配の分業性という意味での事実支配の共同性が重視されていると考えられる。⁽¹⁵⁾

このように、行為支配説の論者にあつては、近時、「個別支配の単純な集積」から「個別支配を超えた共同支配」へと重点の移行が図られており、焦点は「共同の事実支配」であり、そのための考察法が全体考察法（全体評価法）である。

④ 正犯性・共犯性 行為支配説の論者は、単独犯現象と共同正犯現象との同質性を前提としたうえで、（目的・機能的）行為支配を基軸にして共同正犯の正犯性を考究することを出発点としていた。しかし、すでに指摘したように、行為支配説の論者の中に、共同正犯は概念上「正犯」であるが、「複数人が相互に他人の行為に依存する点において、共犯性をも有する。」⁽¹⁶⁾として、共同正犯の共犯性をも考慮するようになっていた。論者によると、共同正犯の共犯性は、文理上は、六〇条という「基本構成要件を修正する共同正犯規定」⁽¹⁷⁾により根拠づけられ、「共同正犯は、単独正犯からみれば処罰を拡張する意味をもつ」と論述される⁽¹⁸⁾。他方、共同正犯の共犯性は、実体上は、「構成要件的行為の全体に対する共同的支配」⁽¹⁹⁾や、「基本的構成要件該当事実の共同実現者」⁽²⁰⁾、また、「機能的行為支配」という意味の共同的行為支配⁽²¹⁾、さらには、「有機的全体事象の分業としての共同正犯における分業」⁽²²⁾という論述に見られるように、共同的支配、共同事実実現、有機的全体事象として提示されているのである。

このように、行為支配説は、その出発点においては、共同正犯の正犯性を重視する正犯性説であったこともあつて、共同正犯の正犯性に重点をおいて共同正犯現象を説明する傾向が強かったのであるが、近時は、共同正犯の正犯性とともに関犯性をも考慮して共同正犯現象を考察する論者がいるのである。そのため、行為支配説の論者の中には、正犯性説に分類すべき論者と、正犯・共犯性説に分類するのが適当な論者とがいる。⁽²³⁾ただ、注意を要するの

は、後者の見解は、正犯性を基軸にしたうえで共犯性を考慮する「正犯性＋共犯性」説であり、その意味で、やはり「正犯・共犯性説」である。これに対し、後に考察する「共犯・正犯性説」は、共同正犯は共犯であるとともに正犯でもあるとし、共犯性を基軸にしたうえで正犯性を考慮する「共犯性＋正犯性」説である。したがって、両説は区別されなければならない。

- (1) 平場安治・刑法総論講義（一九六一年）一五七頁。
- (2) 中野次雄・刑法総論概要（第三版補訂版・一九九七年）六九頁。
- (3) 大麻密輸入事件・最決昭和五七・七・一六刑集三六・六・六九五における団藤重光裁判官の意見。
- (4) 橋本正博・「行為支配論」と正犯理論（二〇〇〇年）一七七頁。
- (5) 橋本正博・刑法総論（二〇一五年）二四〇頁。
- (6) 平場安治・注1文献・一五五頁、一五七頁参照。
- (7) 団藤重光・刑法綱要総論（第三版・一九九〇年）三七三頁、三九五頁参照。
- (8) 橋本正博「『共謀共同正犯』概念再考——行為支配説に基づく制約論」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一卷（過失犯論／不作為犯論・共犯論）（二〇〇六年）三九九頁、橋本正博・注5文献・二五八頁参照。
- (9) 「行為支配」のドイツ語の原語は「*fätherschaft*」であり、「当該犯罪構成要件に該当する犯罪事実の総体の支配」、「当該犯罪成立に必要な要件事実の総体の支配」を意味するものであるから、「所為支配」の訳語を充てるのが適当と考えられる。なお、中野次雄・注2文献・七〇頁参照。
- (10) 平場安治・注1文献・一五五頁、一五七頁参照。
- (11) 橋本正博・注8文献・三九四頁。
- (12) 橋本正博・注5文献・二五三～二五四頁。
- (13) 橋本正博・注5文献・二六一頁参照。
- (14) 橋本正博・注5文献・二五三頁。

(15) 個別の事実支配と共同の事実支配とは別次元の概念であり、個別の事実支配をいくら積み上げても、共同の事実支配に転化することはない。別の言い方をすれば、「分業」というのは「分担」を意味するのであり、各関与者の役割が「分担」である以上、「二部支配」でしかなく、決して「全体支配」とはならないのである。もし「全体支配」を語りたいのであれば、そこに「共同支配」、「共同実現」、「有機的全体事象としての分業」など、個別支配を結合する概念道具を用意する必要がある。すなわち、個別の事実支配を解析する概念道具とは別の概念道具を、共同の事実支配を解析するために用意する必要があるのである。私見によれば、それは、共同正犯の「共犯性」に収斂されるものである。機能的行為支配説を主張する橋本正博氏にあっては、以前の論稿では個別の事実支配が重視されていたが、最近の論稿では共同の事実支配が重視されるようになっており、重点の移行が図られている。いずれにしても、個別の事実支配と共同の事実支配との関係が、橋本氏にあっても、明確にされていないといわざるをえない。

(16) 橋本正博・注5文献・二五三頁。

(17) 団藤重光・注7文献・三七三〜三七四頁注五、四〇二頁注一、橋本正博・注5文献・二五三頁参照。

(18) 橋本正博・注5文献・二五三頁。

(19) 平場安治・注1文献・一五七頁。

(20) 大麻密輸入事件・最決昭和五七・七・一六刑集三六・六・六九五における団藤重光裁判官の意見。

(21) 橋本正博・注4文献・一七七頁。

(22) 橋本正博・注5文献・二六一頁。

(23) 平場安治氏、中野次雄氏の見解は明らかに正犯性説であるが、橋本正博氏の見解は正犯・共犯性説に分類するのが適當であろうし、団藤重光氏の見解は、正犯性説に脚を置いた、正犯・共犯性説への移行期の見解とするのが精確と思われる。

(5) 小 括

以上、目的的行为支配説、行為支配説(狹義)及び機能的行為支配説を行為支配説として括り、それらの説の論者の論述するところを紹介し、その特徴を考察した。ここで、行為支配説、特に近時の機能的行為支配説の見解を

念頭において、若干の検討を加えてみたい。

なお、検討の素材として、以下の事例を予め提示しておく。

【拳銃発砲事例】

X・Yの二人が、A殺害を共謀し、各々同時にAを拳銃で狙って発砲したところ、Xの弾が命中してAを死亡させたが、Yの弾は外れた。

① 事実支配の内容について　すでに指摘したように、行為支配説の論者にあっても、支配の対象について、これを基本的構成要件該当行為の全体、つまり、実行行為とする見解と、基本的構成要件該当事実の全体、つまり、犯罪事実とする見解とが存在していることが明らかになった。⁽¹⁾ その意味で、前者の見解を「行為支配説」、後者の見解を「事実支配説」と呼ぶのが適当であろう。現在では、後者の事実支配説が優勢であり、「行為支配」に代えて「事実支配」の言葉を使うようにしたい。

さて、支配の内容について、機能的行為支配説の論者は、関与者が「事実実現それ自体の可否、事象経過の中核的部分の中止・継続の如何等々を左右することができる」場合⁽²⁾、すなわち、「実現されている犯罪を自己の意思によつて中止したり、重要な部分を変更したりする意思を有し、またそうすることができる」場合⁽³⁾、より具体的には、「関与者が、それぞれ自己の寄与することによつて、あるいは、自己の寄与を取り除くことによつて、犯罪事実の全体を左右することができる地位であり（そのような関与・寄与をし）、かつ、そのような機能を果たそうとする意思（支配意思）がある」ときには、構成要件該当事実の実現にとって「核心的・本質的な機能」を有するので、共同正犯における行為支配が認められるとする。⁽⁴⁾

しかし、こうした支配の概念については、その内容が明確でなく、一般的にすぎて、関与者が共同正犯に当たるか否かを判断する規準としての給付能力に欠けているのではないかという疑問がある。この点は、機能的行為支配

説の論者によっても自覚されており、「機能的所為支配」⁽⁵⁾の観点もまた、「限界づけのための指針にすぎず、あらゆる疑念を解消するような鋭角の規準ではない」⁽⁶⁾のであり、下位基準を設定する作業が重要であるとの指摘がなされている。しかし、その疑問に応えるような下位基準は示されていない。

② 本質的寄与の判断について 拳銃発砲事例を素材に考察してみると、弾の当たらなかったYが自己の寄与を撤回しても、A殺害という犯罪事象はXによって実現されるのであるから、機能的行為支配説によっても、Yの共同正犯性は否定されるのではないかという疑問が生じる。⁽⁷⁾この点、機能的行為支配説の論者の中には、因果性を重視する立場から、「既遂結果を生じさせた寄与に対して、事前の意思連絡に基づく『他人の行為を通じた結果発生の促進』という形で因果性が認められる限りで、既遂の共同正犯が成立する」⁽⁸⁾が、「それが認められなければ、未遂の限度で共同正犯が成立し得るにすぎない」⁽⁸⁾として、因果性を基軸にして、既遂の共同正犯が認められる場合と認められない場合とがあることを肯定する見解もある。

この点、先に紹介した論者は、「人が死ななかった、または事後的にみれば人の死の結果を生じさせる危険が生じていなかったからといって、殺人行為が存在しなかったとする結論は、不可能ではないにせよ不自然で不合理」であり、「単独犯の場合に完全な構成要件該当行為と評価されるような行為が行われたのであるから、分業的犯罪実現関数に代入して所期の帰結を導きうる変数であるということができ、純粹客観的に因果的作用を伴わなくとも機能的行為支配を肯定することが可能である」⁽⁹⁾とする。この場合に、論者が、Yの寄与を「本質的寄与」であるとする根拠・理由としてあげる点は、二点ある。一点目は事前判断であり、二点目は分業的犯罪実現関数である。まず一点目の事前判断の点であるが、本質的寄与の判断は事前判断でなければならぬとする根拠について、論者は、「犯罪実現にとって本質的な寄与をなしたかどうかの判断は『行為』⁽¹⁰⁾についてなされる」、また、「共同正犯に

おける寄与は寄与の事実そのものを評価すべきであって、その意味では実行行為そのものを犯罪事実と認める⁽¹¹⁾、さらに、「正犯相応な寄与・機能であるか否かは、行為態様として問題とされるもの」であり、「行為無価値論的思考に基づく⁽¹²⁾」と論述している。論者の主張するように、確かに、本質的寄与の判断は関与者の「行為」についてなされるとしても、それが行為無価値論的な事前判断である必然性はない。まして、論者は、事實的寄与は、「事実としての寄与が客観的に存在すること」と「事実を実現するための寄与」であるとし、「寄与の事実そのものを評価すべきである」とするのであるから、関与者の「行為」について、事前・事後に判明したあらゆる事情を考慮したうえで、構成要件該当事実全体に対する本質的な寄与を判断するのが合理的とも考えられる。まして、その判断は、構成要件該当性の判断なのであるから、事前判断に拘泥するのは一層妥当でない⁽¹³⁾。にもかかわらず、「いわず事前判断で決定すべきである⁽¹⁴⁾」とか、機能的行為支配にいう「機能」は、「事後判断ではなく、遅くとも作用時点で評価可能な行為無価値の側面を含む⁽¹⁵⁾」という論者の論述をみると、まず「事前判断でなければならぬ」という強固な結論が先にあつての論述ではないかという疑念が生じる。また、先の論者のように因果性を重視する立場を採らないで、「純粹客観的に因果的作用を伴わなくとも機能的行為支配を肯定することが可能である」という論者の論述をみると、その内容と論拠とを問いたくなる。次に、後者の分業的犯罪実現関数の点であるが、論者は、各関与者の寄与が「犯罪事実との関数関係」をもつとは、関与者の寄与をパラメーターとして与えた場合、「全体の犯罪計画として規定された関数関係」に従い、「犯罪事実全体という帰結」をもたらすということであり、その意味で、機能的な事実支配という「機能」は「関数」であることを前提にし、拳銃発砲事例の場合、「単独犯の場合に完全な構成要件該当行為と評価されるような行為」が行われたのであるから、「分業的犯罪実現関数に代入して所期の帰結を導きうる変数」であるということができ、「純粹客観的に因果的作用を伴わなくとも機能的行為支配

を肯定することが可能である⁽¹⁶⁾」という論理を示している。ここでは、各関与者の寄与を犯罪事実全体の「媒介変数・要素（パラメーター）」とし、それを「全体の犯罪計画として規定された分業的犯罪事実関数」に当てはめて考察する思考法が採られており、論者が共同正犯現象の共同性を指向しているのは明らかであろう。ここでは、論者は、各関与者の寄与の単なる集積として共同正犯現象を解析する個別思考法ではなく、有機的全体事象としての犯罪事実を実現した共同実現行為⁽¹⁷⁾を觀念し、各関与者の寄与がこの共同実現行為に及ぼした本質的寄与⁽¹⁸⁾を探索し、各関与者の寄与の単なる集積を超越した共同性を指向することで、共同正犯現象を解析する全体考察法が採られている⁽¹⁹⁾。この点は、共同正犯の共犯性に関わる点なので、後に再度触れたい。

③ 事実支配の程度について 行為支配説の論者にあつては、構成要件的行為・事実の全体に対する（共同的）支配が認められれば直ちに共同正犯を肯定し、「行為・事実支配Ⅱ（共同）正犯」の関係を前提に支配の有無のみを志向する見解⁽²⁰⁾が存在する。他方、構成要件的行為・事実の全体に対する（共同的）支配に程度概念を導入し、本質的・中心的な支配が認められれば共同正犯を肯定し、「本質的な行為・事実支配Ⅱ（共同）正犯」の関係を前提に支配の有無だけでなくその程度をも志向する見解が存在する。後者の見解の中にも、その程度概念を、基本的構成要件該当事実を「実現する」か「加功する」かで共同正犯と共犯とを区別する論者⁽²¹⁾もいるが、さらに、「共同正犯の成立如何は、行為者の実質的寄与の程度によって判断されるべきである」⁽²²⁾ことを前提に、「犯罪事実実現にとって不可欠で本質的な機能を果たす」⁽²³⁾か否か、「構成要件該当事実の実現にとって核心的・本質的な機能を有する」⁽²⁴⁾か否かによって共同正犯と共犯とを区別する論者もいる。ただ、後者の論者は、本質的寄与とは「基本的には構成要件の本質的部分を実現するために不可欠の寄与という意味である」⁽²⁵⁾（傍点引用者）とか、「犯罪事実の中心部分を実現するために重要な機能を果たす行為を行った者」⁽²⁶⁾（傍点引用者）とも論述している。そのため、「本質的寄与」

は、寄与の程度にのみ関わる概念なのか、それとも寄与の対象と程度の双方に関わる概念なのか、論者において必ずしも明確でない。論者の論述を素直に読む限り、「本質的寄与」は、その対象が「構成要件該当事実（犯罪事実）の重要部分・中心部分」に関わると同時に、その程度も「不可欠で本質的」でなければならないとされており、したがって、正犯的寄与とは、「対象の重要性・中心性」要素と「程度の不可欠性・本質性」要素との相關関係によって決まると解していると考えられる。いずれにしても、論者の論述において、この点は必ずしも明確にされていない。

こうした理解が正しいとして、まず、前者の「対象の重要性・中心性」要素についていえば、法的観点からみて、生の社会的事実には重要部分・中心部分とそうでない部分とが存在するとしても、構成要件該当性という法的評価においては、構成要件該当事実（犯罪事実）に、重要部分・中心部分とそうでない部分との区別は存在せず、犯罪事実のすべては等価であるはずである。確かに、基軸となる基本構成要件と拡張された修正構成要件との区別は存在するが、それは構成要件間の種別の問題であって、当該（基本・修正）構成要件の中に重要部分・中心部分とそうでない部分が存在するわけではないし、当該（基本・修正）構成要件該当事実の中に重要事実・中心事実とそうでない事実が存在するわけでもない。また、後者の「程度の不可欠性・本質性」要素についていえば、これは、関与者が「事実実現それ自体の可否、事象経過の中核的部分の中止・継続の如何等々を左右することができる」場合、²⁷⁾より具体的には、「実現されている犯罪を自己の意思によって中止したり、重要な部分を変更したりする意思を有し、またそうすることができる」地位や、「関与者が、それぞれ自己の寄与をすることによって、あるいは、自己の寄与を取り除くことによって、犯罪事実の全体を左右することができる地位」という論述⁽²⁸⁾に関わるところである。この点は、先に、「事実支配の内容について」の項ですでに検討した。

④ 共同正犯の共犯性について 共同正犯現象を単独犯現象と同質のものとして把握しようとしている点は、近時の機能的行為支配説も同様であり、この点は、事実支配は「単独正犯にはもちろん、間接正犯・共同正犯にも共通して認められる正犯性の基本要素」であり、「正犯性の本質をなす根拠」であるという論述に端的に表現されている。⁽²⁹⁾

しかし、すでに指摘したように、行為支配説の論者は、その共同正犯現象に単独犯現象とは異質の要素・概念、その意味で、個人責任の原理では捕捉しえない要素・概念をも導入している。そして、その文理上の根拠として共同正犯規定(六〇条)があげられ、実体上の根拠として共同的事実支配があげられる。すなわち、前者は、共同正犯規定(六〇条)は「基本構成要件を修正する規定」であり、「単独正犯の処罰を拡張する」処罰拡張規定であるとされる点であるし、⁽³⁰⁾後者は、共同正犯は「共同的事実支配」を基本要素とするものであり、共同正犯現象は「基本的構成要件該当事実の共同実現」という「有機的全体事象」であるとされる点である。⁽³¹⁾これら二つの点を、論者は、次のような構図で説明する。すなわち、共同正犯においては、複数の関与者が「相互に他人の行為に依存する」点で共犯性を有すること、単独直接正犯の処罰範囲を拡張する「基本構成要件の修正形式」を定めている共同正犯規定により、共同正犯は構成要件該当行為をすべて自ら行う必要はなく、「共同者の行為を集結」して、「構成要件該当事実の全体」について構成要件該当性が認められれば足りること、この因果関係の拡張、一部実行全部責任の法理という効果は、各関与者の寄与を「共同現象として全体的に把握する」から認められること、共同正犯における構成要件該当行為はこの「集合的行為」であり、各関与者の個別行為と結果との因果関係は不問に付されるという意味で、「因果関係が拡張される効果」として表れる。⁽³²⁾

この構図は、「集合的行為」が「共同現象として全体的に把握された全体犯罪を実現する」という構図、より簡

潔には、「関与者全体が、構成要件該当事実を遂行し、実現する」という構図と考えられる。これはまさに、「全体が犯罪を遂行し、全体が犯罪を実現する」という観念を承認するものにほかならない。⁽³³⁾ すなわち、この構図は、「犯罪主体＝関与者全体」という観念を認めるものであり、各関与者の行為（寄与）が共同的な「集合意思」のもとにあるがゆえに、法的評価として、関与者の行為が「共同行為・共同事実」として一体のものと評価され、共同正犯現象が「共同実現の有機的全体事象」として全体評価されることを意味している。

⑤ 関与者全体について このような「共同実現の有機的全体事象」という観念は、共同意思主体説のいう共同意思主体の概念にほかならないのではないか、少なくとも共同意思主体の概念にきわめて近似したものではないのかという疑問を生じさせる。しかし、この疑問に対して、機能的行為支配説の論者は、「ここでいう『主体としての全体』というものを、共同意思主体説の理解するように、前法的に存在する実体として把握する必要はない。個々の関与者の行為が共同的意思の連絡の下にある状態が法的に一体的なものとして評価されているだけなのである⁽³⁴⁾」と反論する。論者は、「犯罪主体としての関与者全体」は、社会的実体を具備した存在であるわけではなく、法的評価が生みだした観念像にすぎないと考えているようである。しかし、「前法的に存在する実体」が認められないのに、法的評価にのみ依拠して、「犯罪主体としての関与者全体」という、ある種の「共同体的主体」を想定することは理論的に可能なのであろうか。

翻って、先の構図を行為支配説・事実支配説の考え方で根拠づけることはできるのかについても疑問がある。というのは、行為支配・事実支配の概念は、本来、各関与者の個別行為のもつ犯罪事実全体への支配・統制を評価する個別考察法を本旨にしており、事実支配を個別支配の単純な集積として把握する思考傾向をもっているからである。この疑問に対しては、行為支配説の論者からは、全体考察法によつて集合行為・共同行為を観念することは可

能であるという反論がなされるかもしれない。しかし、それは、もはや「各関与者の寄与が不法な犯罪事実全体に与える影響」を考究する個別考察法ではないというべきで、その意味で、純粹個人責任の原理からは根拠づけることのできない概念・要素を導入しているのではないかという疑問を払拭できないのである。⁽³⁵⁾ そのような概念・要素は、むしろ共同正犯の共犯性の側面であり、橋本正博氏のいう「全体の犯罪計画として規定された分業的犯罪事実関数」も、共同正犯の共犯性を承認するからこそ採用できる分析概念ではないかという疑問を抱かざるをえないのである。

私見によれば、共同正犯規定(六〇条)は、処罰拡張規定であると同時に処罰加重規定であり、この規定により創設された共同正犯は、単独直接正犯の正犯性を拡張的に修正した犯罪形態である。したがって、共同正犯は、各関与者が自らの行為をもって犯罪事実を共同実現・間接実現するという意味で正犯性を有するとともに、各関与者が他の正犯者(実行担当者)の実行行為に依存して、自らの行為のもつ犯罪事実実現の危険性を顕在化させるという意味で共犯性を有する犯罪形態である。その意味で、共同正犯現象は正犯性と共犯性とが複合した犯罪現象であり、その限りで、共同正犯は一部独立性志向・一部従属性志向の複合体なのである。⁽³⁶⁾ とすれば、行為支配説・事実支配説が、共同正犯の正犯性に加えて共犯性をも承認するのは、別に異とすべきことではない。⁽³⁷⁾ むしろ、行為支配説・事実支配説は、正犯・共犯性説の立場から、共同正犯の正犯性の側面と共犯性の側面とを正面から解析するとともに、行為支配・事実支配の観点から、その共犯性を根拠づけることができるかを検討すべきであろう。

(1) 前者の見解を採るのが平場安治氏、後者の見解を採るのが橋本正博氏、前者に重点を置いて後者を加味するのが中野次雄氏、後者に重点を置いて前者をも考慮するのが団藤重光氏の見解と考えられる。

(2) 橋本正博・「行為支配論」と正犯理論(二〇〇〇年)一七九―一八〇頁参照。

- (3) 橋本正博「共同正犯の行為支配的構造と共謀共同正犯論」一橋大学・一橋論叢一〇四卷一号(一九九〇年)六四頁参照。
- (4) 橋本正博・刑法総論(二〇一五年)二五八頁参照。
- (5) 園田寿「共同正犯の正犯性序説(一・完)」関西大学・法学論集二九卷三号(一九七九年)七三頁、八四〇八五頁、白木豊「正犯概念と共謀共同正犯(一・完)」上智大学・上智法学論集三四卷一号(一九九一年)一三八頁、橋本正博「正犯理論の実質的基礎——共謀共同正犯論を中心に」現代刑事法二号(一九九九年)二六頁参照。
- (6) Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2000, S. 93; 園田寿・注5文献(一・完)・七三頁参照。
- (7) 西田典之・刑法総論(第二版・二〇一〇年)三四九頁参照。
- (8) 照沼亮介・体系的共犯論と刑事不法論(二〇〇五年)一五一頁。
- (9) 橋本正博・注3文献・六六頁、橋本正博・注2文献・一八九〇頁、橋本正博「『共謀共同正犯』概念再考——行為支配説に基づく制約論」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一卷(過失犯論／不作為犯論・共犯論)(二〇〇六年)三九七頁参照。なお、拳銃発砲事例に類似した付加的共同正犯(additive Mittäterschaft)の事例について、ドイツでは、ロクシン・ヘルツベルク論争が有名である。Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 277 ff.; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 56 ff.; S. 63 ff. ロクシン・ヘルツベルク論争については、園田寿・注5文献(一・完)・七五頁以下、白木豊・注5文献(一・完)・一三三頁以下、松生光生「共同正犯——行為支配説の検討——」中義勝先生古稀祝賀・刑法理論の探求(一九九二年)三三〇頁以下、照沼亮介・注8文献・一三四頁以下参照。
- (10) 橋本正博・注3文献・六六頁。
- (11) 橋本正博「共同正犯における共同と事実的寄与——共同正犯の成立範囲に関する覚書」一橋大学研究年報・法学研究三二号(一九九九年)二四七頁。
- (12) 橋本正博・注4文献・二五八頁、二六五〇二六六頁参照。
- (13) 事実の錯誤、因果関係の錯誤や、公務執行妨害罪における適法性の錯誤等に関する判例・学説の処理を考慮すると、構成要件該当性の判断は事後判断を基調として、ことが承認されていると考えられる。
- (14) 橋本正博・注2文献・一八九頁。
- (15) 橋本正博・注9文献・三九六頁参照。

- (16) 橋本正博・注9文献・三九七頁参照。
- (17) 論者にあつては、この共同実現行為が、当該犯罪事実に係る本来の構成要件該当行為（実行行為）と観念されている。この点は、橋本正博・注3文献・二五四頁でもうかがえることである。
- (18) この点は、論者が、本質的寄与の判断は事前判断であるとする、先に指摘した根拠と関連する。
- (19) 橋本正博・注4文献・二六一頁参照。
- (20) 共同正犯の成立には、「構成要件的行為の全体に対する共同的支配があれば足りる」という論述に、その点をうかがうことができる。平場安治・刑法総論講義（一九六一年）一五七頁、中野次雄・刑法総論概要（第三版補訂版・一九九七年）七〇頁注3参照。
- (21) 団藤重光・刑法綱要総論（第三版・一九九〇年）三七三頁、大麻密輸入事件・最決昭和五七・七・一六刑集三六・六・六九五における団藤重光裁判官の意見参照。
- (22) 橋本正博・注5文献・二五頁。
- (23) 橋本正博・注9文献・三九四頁。
- (24) 橋本正博・注4文献・二五八頁。論者は、これを「正犯的寄与」（橋本正博・注3文献・二六〇頁）と呼んでいる。
- (25) 橋本正博・注2文献・一八九頁。
- (26) 橋本正博・注4文献・二六〇頁。
- (27) 橋本正博・注2文献・一七九、一八〇頁参照。
- (28) 橋本正博・注3文献・六四頁、橋本正博・注4文献・二五八頁参照。
- (29) 橋本正博・注2文献・一六五頁参照。また、最近の論述として、橋本正博・注4文献・二三八頁以下も参照。
- (30) 団藤重光・注21文献・三七三、三七四頁注五、四〇二頁注一、橋本正博・注4文献・二五三頁参照。
- (31) 平場安治・注20文献・一五七頁、橋本正博・注9文献・三九四頁参照。また、園田寿・注5文献（二・完）・七〇頁も参照。
- (32) 橋本正博・注4文献・二五三、二五四頁参照。
- (33) 松生光生「共同正犯——行為支配説の検討——」中義勝先生古稀祝賀・刑法理論の探求（一九九二年）三三七頁、三四二頁参照。

(34) 松生光生・注33文献・三四二頁参照。

(35) この疑問は、「個人責任原理の範疇を逸脱せず、『各人の寄与が不法全体に与える影響』という点を適切に説明し得る」とされる機能的行為支配説(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)の射程範囲を超えるものである、という疑問となっていることである。

(36) 詳細は、関哲夫・講義刑法総論(二〇一五年)四一一頁以下参照。

(37) 橋本正博氏の見解についてあえて指摘しておきたいのは、同氏の論稿を通覧するとき、その見解が微妙に変化していること、具体的には、考え方の重点が移行していることである。それは、特に、橋本正博・「行為支配論」と正犯理論(二〇〇〇年)の論稿の以前とそれ以降の論稿とを比較するとき明らかとなる。論者における重点の移行は、説を改めたというほどのものではなく、考察の際の重点を移行させて見解の力点を移動させた、あるいは、新たな力点を加味して見解に新たな要素を加えた、という性質のものかもしれない。そして、その具体的な重点移行(ないし新たな力点の加味)とは、「個別的事実支配から共同的事実支配へ」、「機能的事実支配から関数的事実支配へ」、「機能的犯罪実現支配から分業的犯罪実現関数へ」、「事実支配の有無から事実支配の程度へ」、「個別支配の並列的集積から個別支配を超えた共同的支配へ」、「個別的考察法から全体的考察法へ」というものであり、これらを一言でいうならば、「共同正犯の正犯性から共同正犯の正犯性・共犯性への重点移行」ないし「共同正犯の正犯性に対する共犯性の加味」、つまり、「正犯性説から正犯・共犯性説への移行」ということができる。

〔未完〕