

## 共同正犯の帰属原理 -行為帰属説の再検討-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2017-03-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 阿部, 力也 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/18545">http://hdl.handle.net/10291/18545</a>

【論 説】

# 共同正犯の帰属原理

## —— 行為帰属説の再検討 ——

阿 部 力 也

### 目 次

- 1 本稿の目的
- 2 行為帰属説のスケッチ～その主張と批判点
- 3 共同正犯規定の構成的機能
- 4 結論

## 1 本稿の目的

共同正犯の「帰属原理」をどのように理解すべきか。このことに回答を与えるとしたら、まず、共同正犯においては、個々の関与行為を個別的に取り出して検討・評価することに格別の意味はないのであり、あくまでも全体行為のなかで個々の関与行為はその機能ないし役割を果たすのではないか。このような思考が考察の出発点になると思う。

そうであれば、全体行為と部分的な関与行為との連関性を基礎として構想される「(相互的) 行為帰属説」的な思考は、共同正犯の帰属原理を考えるうえで、重要な問題分析の視角を提供してくれると思われる。私自身は、行為帰属説的な構成をすることによって、共同正犯の帰属原理 (いいかえれば「一部実行の全部責任の原則」を説明するということ) に一定の回答を与えることができるとする立場に依拠しているが<sup>(1)</sup>、このような見解には、ドイツにおいても、他者が自身の責任において

(1) 詳細については、拙稿「共同正犯論における行為帰属説の展開」『明治大学法科大学院論集』第 5 号 (2009 年) 97 頁以下、同「共同正犯の因果性」『明治大学社会科学研究所紀

行為したことに對して、別の者が正犯として処罰されるという見解は、「責任主義にはほとんど合致し得ない」と批判されているところである<sup>(2)</sup>。たとえば、論者は、行為支配説を前提としつつも<sup>(3)</sup>、「立法者の全能の意思」に切り替えることによって、どのようにして、ある一定の分担部分に制限された行為支配が全体行為に対する刑法上の責任を喚起し得るのか、この問題を克服できない、と批判する。

もっとも、このような批判に対しては、何らかの回答を用意することは可能と思われる。たとえば、塩見淳教授は、「たしかに、ある関与者が行った行為を異なる主体である他の関与者が行ったとすることはできない。しかし、ある関与者が惹起した客觀的事態であれば、これを他の関与者に帰属させることは可能ではないか」とされ、客觀的事態が共同正犯者間で相互に帰属させられると考えることは不当とまではいえない、と指摘され、さらに、上記の意味での帰属は、「因果関係における結果の行為への帰属とは異なり、一定の社会的事態を共同正犯たる人に帰属させるという特殊なものである」から、行為帰属説の説明するように、共同正犯規定の「構成的機能」を援用する必要がある、と鋭く指摘される<sup>(4)</sup>。

さらに、高橋則夫教授は、「他人の行為・結果に対して自己の行為が「共同正犯」として帰属される根拠は、自己の行為と犯罪結果全体との間に因果関係があるという点（だけ）ではなく、他人の行為が自己の行為として相互的に帰属される点にある」とされ、とくに、刑法 60 条は、相互的な行為帰属を肯定するための文理上の根拠として、「構成的意義」を有することを明確に指摘されている<sup>(5)</sup>。

このような見解は、(相互的) 行為帰属説を理論的に深化させる重要な指摘であると思われる。本稿においては、さらに、この立場に対するいくつかの重要な批判を検討しながら、(相互的) 行為帰属説の優位性を検証することを目的としたい。

要] 50 卷 2 号 (2012 年) 207 頁以下などを参照されたい。

(2) Vgl. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., 2006, S. 277.

(3) なお、行為支配説を前提としつつも、行為帰属説を採用することに理論上の問題はないとする立場も有力である。前掲注 (1) において、紹介されている各学説を参照されたい。

(4) 塩見淳「共同正犯における実行の着手」『法学論叢』162 卷 1~6 号 (2008 年) 152—3 頁。

(5) 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」西原先生祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第 2 卷』(1998 年) 341—2 頁。さらに同『共犯体系と共犯理論』(1986 年) 325 頁以下も参照。

## 2 行為帰属説のスケッチ～その主張と批判点

行為帰属説とは、共同者が共同して仲間全員の行為寄与から形成される犯罪行為—全体行為—を力を合わせて一緒に行うという観念ないしイメージ（*Vorstellung*）に基礎を置く見解である、と代表的な論者は指摘する<sup>(6)</sup>。そして、このような見解は、共同正犯の実行の着手時期に関する「全体的解決説」を志向することになる、という<sup>(7)</sup>。全体的解決説とは、関与者のうち1名に実行の着手が認められれば、ただちに全関与者に未遂の成立を認める考え方をいうが<sup>(8)</sup>、論者によっては、ドイツ刑法の共同正犯規定（25条2項）から導かれ、既遂犯の場合には一般に承認されてきた相互的行為帰属の原理が、未遂犯の場合にも妥当することになる、と明確に指摘されている<sup>(9)</sup>。もちろん、このような志向性には、共同正犯の実行の着手時期は関与者ごと個別的に確定されると考える「個別的解決説」<sup>(10)</sup>に依拠する論者から、行為帰属説自体は25条2項から明確であり、かつ正しいことであるが、実行のある一定段階において「誰が共同正犯者になるのか」ということは、行為帰属説から当然に引き出されるわけではない、との批判が向けられている<sup>(11)</sup>。

全体的解決説と個別的解決説との対立は、共同正犯の実行の着手時期を検討する

---

(6) Küper, *Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten*, JZ 1979, S. 775, 776.

(7) Küper, a. a. O. (Fn. 6), S. 778. キューパーは、全体的解決説と行為帰属説との連関性を明確に指摘した代表的論者である。キューパーによれば、全体的解決説は「全体行為に関係する帰属原理」に基づく、とされている。

(8) 本稿に関係する範囲で、代表的な論者として、Küper, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, S. 53 f. を挙げておきたい。全体的解決説の詳細については、拙稿・前掲注(1)「共同正犯論における行為帰属説の展開」78頁以下、同「共同正犯論における「共働」概念と共同正犯の未遂について」『明治大学社会科学研究所紀要』42巻2号（2004年）219頁以下などを参照されたい。

(9) Krack, *Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft*, ZStW 110(1998), S. 611.

(10) 本稿に関係する範囲で、代表的論者として、Schilling, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, S. 112 ff. を挙げておく。個別的解決説の詳細については、前掲注(8)の拙稿を参照されたい。

(11) Roxin, *Zur Mittäterschaft beim Versuch*, in; *Festschrift für Odersky* 1996, S. 489 ff.; Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 266. 個別的解決説に依拠する論者も、(相互的)行為帰属説という考え方をかならずしも全面的に否定するわけではない。問題とするのは、行為帰属の範囲が実行前の行為にまで及ぶのか否か、という点である。

うえで重要な視点を提供してくれると思われるし、実行の着手時期を検討することをつうじて<sup>(12)</sup>、一部実行の全部責任の原則を特徴とする「共同正犯の構造」を理解するうえでも有益であると考えられるので、行為帰属説のスケッチに資する範囲で（代表的論者による）全体的解決説にも言及しておきたい。

行為帰属説に基づけば、仲間の一部による未遂行為であっても、「集団的意思の客観化」(Objektivierung des kollektiven Willens) として、共同計画ないし共同された構想の部分的実現ということになり、未遂行為でも関与者全員に帰属させられることになる<sup>(13)</sup>。このような立場に依拠する限り、次のような指摘も重要であろう。すなわち、(各関与者による) 共同の行為決意、あるいは全体計画というものが、各関与者の行動に対する全関与者の責任の根拠、つまり「帰属の根拠」である、とされている<sup>(14)</sup>。以上のような見解は、個別的な関与行為は、単にそれ自体として意義を認められるのではなく、全体行為のなかでその意義が確認されるべきである、と指摘している。そこで、さらに、「全体行為という視点」が共同正犯の実行の着手時期を検討するうえでどの程度の重要性を有しているのか、確認しておきたい。

論者は次のように指摘する。すなわち、①関与者によってもたらされた行為寄与が予備的行為にとどまるものなのか、あるいは未遂段階に到達した実行行為なのかを確定するために全体行為を考えることには、一定の意義がある。②共同正犯と幫助犯とを区別するための根拠を作り出し、あわせて個別的行為を遂行した各関与者に対する帰属を考えるための重要な基準を提供する。以上の2点を挙げている<sup>(15)</sup>。

さらに次のような指摘も重要である。すなわち、計画され、かつ部分的には行為寄与として実現された「集団的な遂行」(Kollektivleistung) という視点からは、かりにドイツ刑法の未遂犯規定の要求を充足していないように思われても、各関与者の共働は未遂という性格を獲得するのである。なぜなら、未遂犯規定は、共同正犯規定との関連で読み解かれなければならないので、「共同行為」(gemeinschaftlicher

(12) 拙稿「共同正犯の未遂と共同正犯の構造—クラックの見解を手掛かりとして—」『明治大学社会科学研究所紀要』39 卷 2 号 (2001 年) 351 頁以下、同「見かけ上の共同正犯について—共同正犯の帰属の限界—」『情報コミュニケーション学研究 (明治大学)』創刊号 (2005 年) 136 頁以下を参照されたい。

(13) Vgl. Küper, a. a. O. (Fn. 6), S. 776.

(14) Küper, a. a. O. (Fn. 6), S. 776.

(15) Buser, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, 1998, S. 31.

Tat) という観念ないしイメージに従って、他の共同者と構成要件を「一緒に実現する」ことに着手した者には、未遂を認めて良いからである、と指摘されている<sup>(16)</sup>。

以上の見解は、(ドイツ刑法の) 未遂犯規定が通常は単独の行為者を念頭に置いていることと、複数の関与者を念頭に置く共同正犯規定をどのように調整すべきなのか、という重要な問題を提起している。共同正犯も犯罪行為を実現する以上、実行の着手時期が問題となる場合もあり得るので、未遂犯規定と共同正犯規定との整合性が問題となる場合もあり得る。もっとも、整合性を検討する必要性はないという態度決定もあり得る。すなわち、個別的解決説に依拠する場合である。各関与者は各自が実行段階に到達していなければならないという立場は、未遂犯規定に忠実な処理を志向することになるわけである。しかし、このような立場に対しては、全体責任を基礎づける共同正犯の行為の未遂の性質は、単独正犯の個別的未遂のように確定されるわけではない、とする批判を見逃すことはできない。論者はいう。すなわち、もし単独正犯のように確定されるとすれば、個々の関与者には、「独自の、個別的な構成要件充足に向けた意思」というものが前提とされる。しかし、直接的に犯罪を実現する行為を自身が行わないで、それを他者の答責的行為に委ね、その実効の寄与をつうじて共同しようとする仲間、あるいは構成要件を力を合わせるだけで完成できると確信していた者、これらのようなパターンの犯罪参加者も想定できる。そうであれば、なおさら、そのような者には、構成要件充足の直接的な意思というものに欠けているのではないか。それゆえ、犯罪行為を未遂段階に導いたそれぞれの関与者の個別的行為は、仲間全体によって実現されるべき「共同行為の開始」として把握できる場合には、それを理由として、まさしく未遂として評価されるべきである、と<sup>(17)</sup>。

もちろん、このような見解には、個別的行為という視点を徹底する限りで、自身がいまだ実行の着手に至っていない関与者の場合、あるいは予備段階での行為遂行としてしか評価できない関与者の場合には、幫助犯、あるいは(ドイツ刑法における) 重罪の協定(30条2項)での処罰のみが妥当するのではないか(個別的解決説にきわめて親和的な結論)、との批判がなされているが<sup>(18)</sup>、逆のことも指摘できよ

(16) Vgl. Küper, a. a. O. (Fn. 8), S. 22.

(17) Vgl. Küper, a. a. O. (Fn. 8), S. 21–2.

(18) 前掲注(11)の諸文献を参照のこと。

う。すなわち、かえって共同正犯と幫助犯との区別基準の定立が重要なものになる、と。そのような基準を前提にして、ある一定の場合が共同正犯の成立する場合として確定され、その未遂はあくまでも共同正犯の未遂でなければならないのである。

他者の個別の行為を帰属させられるべき者が「未遂の共同正犯者として」なのか、単なる「幫助者として」なのか、ということに関しては、全体的解決説の基本思想に基づいて、「共同の行為計画」のなかで引き受けられた「役割」に従って決定されることであり、実際に遂行された寄与の性質に従って決定されるわけではない。各関与者の着手行為は、各共同者に帰属させられるのであるから、未遂の共同正犯者は自身で行為寄与を遂行していたことを必要としない<sup>(19)</sup>。このように議論が展開されるとき、全体行為の構想と全体的解決説は強い結びつきをもって展開されることになる<sup>(20)</sup>。ここでは、(1人を除いて)全員が実際には個別的に何等の行為に及んでいなかったとしても、計画において割り振られた「予定」を主眼に、各人の果たすべき役割から全体的に着手時期を認める根拠が、全体行為を前提とすることに求められているわけである。

もっとも、どのような基準に従って、個別的な各関与者の行動を1つにまとめ上げることができるのか。この点に関して、行動の客観的側面ないし外観を重視するのか、あるいは、共同の行為決意を重視するのか、このことを検討することが必要になる、との指摘は重要であろう<sup>(21)</sup>。というのは、犯罪そのものを客観的に生じた形態からのみで評価することは、かならずしも当該行為に対する正確な評価を導くものではないからである。たとえば、暴行・脅迫と財物奪取が連続して遂行されたという「外観」だけでストレートに強盗という評価はできないはずである。そうであれば、行為計画ないし行為決意といった行為者の主観的側面に従わなければ、実行の着手時期も確定できないのではないか。行為計画(各関与者によって交わされるものとしての「全体計画」、あるいは行為決意を前提とした客観的寄与の意義を検討しなければ、共同正犯としての寄与であったか否か、この点の評価ができな

(19) Küper, a. a. O. (Fn. 8), S. 17.

(20) 全体的解決説の主唱者であるキューパーが、同説を行為帰属説(原理)で基礎づけたことをインゲルフィンガーは適切であったとしている、Ingelfinger, Schein-Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 705.

(21) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 35.

いと解されるのである<sup>(22)</sup>。客観的側面ないし外観のみでは全体行為を確認できないとすると、やはり、考慮されるべきは共同の行為計画・決意という視点ということになるわけである。この点は、行為帰属説の出発点から検討した場合、より一層明瞭になると思う。すなわち、「一緒に力を合わせて」という意味での、心理的な共同を基礎付ける契機としての主観的要素の重要性、いかえると、共同正犯として帰属させる根拠としての「共同の行為計画・決意」という視点である<sup>(23)</sup>。

もっとも、このような形で主観的要件を強調する場合、共同正犯において、これを心理的な因果性を基礎付ける契機として理解する見解もあり得ようが<sup>(24)</sup>、共同正犯を「正犯として構想する」のであれば、共同正犯の帰属原理を「因果性を中心に理解する」必然性もないと考えられるのであり、あくまでも、各関与者による行

(22) Vgl. Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 20), S. 710.

(23) インゲルフィンガーは、あらゆる共同正犯の帰属の前提は共同の行為決意である、と指摘する、Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 20), S. 714. さらにキューパーによれば、行為決意の共同を前提に成立した「計画共同体」(Plangemeinschaft)は、各関与者が行為計画の対等な共同担当者であることを明確にする、と指摘されている、Küpper, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105(1993), S. 295, 301.

(24) 意思連絡を「心理的因果性」に解消することによって共同正犯の帰属原理を説明しようとする見解は、心理的因果性を①意思連絡により相手方に対しその行為の遂行に影響を与えて、「結果発生 of 蓋然性」を高めたこと、②正犯の「犯意（故意）を強化した」ことにより、正犯行為を促進し、ひいては結果発生を促進したこと、と理解しているという重要な指摘として、内海朋子「共同正犯における「意思連絡」の意義について（1）」『亜細亜法学』39巻2号（2005年）91頁以下、106頁参照。

前掲・内海論文において詳細に学説がフォローされているが、わが国においては、共同正犯を正犯であると把握しつつ、心理的因果性を強調する見解が有力に展開されている。たとえば、井田良教授は、共同正犯の正犯性を「機能的行為支配説」に求めつつ、共同正犯の共犯性の説明として、共同正犯の因果性とは心理的因果関係を本質とし、物理的因果関係は付加的に存在し得るものにすぎない、と主張される、井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）360頁以下参照。また、照沼亮介教授も、機能的行為支配を重視しつつ、みずから物理的に惹起したのではない部分の結果につき、帰属させられるための最低限の要件として、事前の意思連絡に基づき、他者の行為をつうじて結果発生を促進したといえるだけの心理的因果性が存在していなければならない、とされる、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）143頁。

このような見解に対しては、教唆・幫助については、心理的因果性と物理的因果性を同視しておきながら、共同正犯となると、なぜ前者のみを特別視するのか、その理由は明確ではない。また、心理的因果性と意思連絡とがかならずしも一致するとは限らない、とする批判として、鳥田聡一郎「間接正犯と共同正犯」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（2006年）445頁以下を参照。



為寄与の関係性を正犯として論証し、全体行為から生じた結果を各関与者に帰属させるための根拠として、主観的要件の必要性は強調されるべきではないか<sup>(25)</sup>。

この点について、内海朋子教授は、「幫助犯の行為不法の内容を念頭においているかのような、意思連絡を通じて正犯行為を促進し結果的に正犯結果をも促進するという「心理的因果性」の定義が共同正犯にも妥当するのか疑問となってくる」と指摘され、因果性のみを「共犯の帰責」で考慮する学説においては、「意思連絡の有する各人の行為統合機能」を無視ないし軽視することで、物理的因果性・心理的因果性という2種の帰責基準を設定しているため「帰責原理の統一性」が欠如することになる、と指摘される<sup>(26)</sup>。共同正犯の正犯的理解から意思連絡の機能を検討・考察するとすれば、きわめて示唆的な見解であると思われる。

もっとも、(ドイツにおいて) 共同の行為決意から全体行為を構想することに否定的な見解にも、一応の答えを用意しておく必要はあると思われる。そのような批判と反論を概観しておくことは、さらなる行為帰属説の展開を考える上で有益と思われるからである。

全体行為の構想を否定する論者は、以下のように述べる<sup>(27)</sup>。すなわち、①個々の関与者は、行為を個別的に実行していなければならない。共同を根拠にただ分担しただけでは、共同正犯者としての可罰性に十分ではない。このことは、「単独正犯者たり得る者でなければ共同正犯者たり得ない」という点から明瞭であって、共同正犯者として処罰するためには、関与者は個人的な正犯メルクマールを充足していなければならないという点に帰結する。②複数の個人人によってではなく、全体によって共同して担われる共同の行為決意というものは、単なるフィクションにすぎない。相互的な意思疎通および義務付けをつうじて犯罪的全体行為が生じるのではなく、そのことをつうじて、個々の関与者には「不法評価」(Unrechtsbewertung)

(25) インゲルフィンガーによれば、共同の行為決意は、各共同正犯者に対して「相互的な動機付け」の基盤を形成する。行為計画は、自身の行為寄与を遂行するにあたって、その動機付けに影響する各共犯者の個別的な仲間の依存性を作り出すのであり、その基礎にあるのが「不法の協定」(Unrechtsvereinbarung)である。それゆえ、共同正犯者それぞれは、共同の行為決意と共同正犯的寄与に存在する「機能的な依存性」に基づき、そのときどきの他の関与者による行動の動機付けに「相互的な影響」を有している、とされる、Ingelfinger, a. a. O. (Fn. 20), S. 708–9.

(26) 内海・前掲注 (24) 106頁以下。

(27) Schilling, a. a. O. (Fn. 10), S. 73–4.

および「責任評価」(Schuldbewertung) がなされるのみである。それゆえ、個々の関与者の意思の「総数」(Zahl) は、必然的に意思実現の総数に一致することになる。個々の意思は、部分的には意思の担い手自身をつうじて、部分的には仲間をつうじて実現されるのであるから、共同正犯は「複数の正犯」である。つまり、複数の意思分担は、複数の意思実現である、とされることになる。

このような批判には、以下のような反論が寄せられている。すなわち、(ドイツ刑法の) 25 条 2 項に基づいて帰属を考える立場は、25 条 2 項による共同正犯の規定を 25 条 1 項による単独・直接正犯の規定に対する例外規定と見なすことになる。単独・直接正犯規定が要求する「行為者自身による行為遂行」の代わりに、25 条 2 項は「共同の行為遂行」ということで十分なのである。それゆえ、構成要件の行為と正犯メルクマールを対比して扱うことは、「空虚である」とする<sup>(28)</sup>。

また、全体行為を考えることはフィクションであるとの指摘に対しては、部分的には傾聴に値するにせよ、その指摘自体は、「個々の関与者によって受け入れられた集団的遂行に対する責任によって、他者の関与も相互的に帰属させられる」という共同正犯の基本原則に従って正当化される。この原理は、立法者によって承認されているので、結局、全体行為ということが問題になる、とされている<sup>(29)</sup>。

さらに、全体行為が「実際」に存在していなくても、そのこと自体が全体的解決説を批判する論拠にはならないとする反論をベースに、むしろ、全体行為を構想するよりも、「帰属を思考すること」に議論の全力を傾注しなければならない、とする<sup>(30)</sup>。すなわち、行為帰属説は、「全体行為を思考すること」に由来するものではなく、全体行為の構造が関与者の個別的な行為寄与の帰属を結論付けているのである、と指摘され、あらゆる事柄が帰属を思考することに左右され、全体行為を思考することもまた、この帰属を思考することに依存している、とされているのであ  
る<sup>(31)</sup>。

繰り返すが、行為帰属説に従えば、(それを集約すれば)「個々の関与者には、他の関与者の行為寄与も自身の行為のように帰属させられる」という考え方である。では、この考え方を支える根拠として、(全体行為を構想することについて評価が分

(28) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 36.

(29) Küper, a. a. O. (Fn. 8), S. 54–5.

(30) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 37.

(31) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 37.

かれるとすれば、より一層)他にどのようなことを考えることができるのだろうか。

### 3 共同正犯規定の構成的機能

すでに見たように、行為帰属説には、それはフィクションにすぎず、共同正犯者といえども正犯メルクマールを充足していなければならず、その意味においては、共同正犯とは複数の正犯であるといった批判が向けられている(これらの批判の根拠自体が個別的解決説の論拠になっている)。さらに、自身の人格の他の主体への拡張、自身の意思の移行、意思的活動の引き受けといったことを前提とするものであるから、行為帰属説は維持することができない考え方であり、そのような見解は、存在論的知見に明確に反しているし、それゆえに、単なるフィクションなのである、との批判が存在する<sup>(32)</sup>。

もっとも、そもそも共同正犯とされる事態については、自身が全部の構成要件を充足する関与者が集合したという場合よりも、各関与者が部分的な行為を遂行する場合を想定する方が一般的であろう。自身の遂行したものではない他者の寄与をどのようにして帰属させることが可能となるのか。この分析の視角をふまえて、共同正犯の実行の着手時期を検討すれば、一方の回答が、あくまでも自身によって遂行される行為を重視する立場であるし、もう一方の回答が、各関与者の行為を相互的に帰属させる試みであるといえる。

再度、各関与者の行為を相互的に帰属させる試みを徹底させる見解を概観しておこう。たとえば、共同正犯の規定に、全体行為に関係した行為の帰属原理を見て取ることになる、との指摘がある。すなわち、(ドイツ刑法の)25条2項の規定は、この行為帰属の考え方に合致する形で「構成的機能」(konstitutive Funktion)を獲得する、という。また、このような「相互的な行為帰属原理」は、同条同項により指示されているので、必然的に、未遂不法もこれに合致する形で「修正される」ことになる。いずれにせよ、共同正犯規定は、実質的に、共同遂行という前提条件が存在する限りで、各行為寄与の相互的帰属を指示することになる、とされてい

---

(32) Vgl. Schilling, a. a. O. (Fn. 10), S. 90 ff.

る<sup>(33)</sup>。

この視点に基づき、さらに理論的な深化を試みる見解が注目される。論者は、共同正犯規定に上記のような機能を認めることができるか否かの問題を「正犯概念」に関わらせて考察すべきことを主張する<sup>(34)</sup>。すなわち、拡張的正犯概念に従えば、正犯を構成する規定は必要ではない。つまり、結果に対して原因を設定した者が正犯として評価されるこの立場には、あらためて正犯を構成する規定を必要としないことになる。反対に、制限的（限縮的）正犯概念に依拠した場合はどうか。正犯規定を必要としない立場よりも、むしろ、焦点はこの考え方を採用した場合ということになる。つまり、自身で構成要件メルクマールを充足する者だけが正犯として評価されるとするのがこの考え方であるから、たとえば、いまだ活動していない段階、ないしは予備の段階での関与にとどまる者を正犯として処罰するとすれば、25条2項に「構成的機能」を認める必要がある。そして、この点に、共同正犯の帰属原理を前提にして、共同正犯の未遂問題を解決することの重要性がある、と指摘されている。

さらに、論者によれば、単独・直接正犯を規定する25条1項に関しては、構成要件を行為者自身が充足していなければならないことが重要であるのに対して、そもそも、25条2項が主眼に置く形態は、構成要件の充足が個別には完全ではない場合である。そうであれば、なおさら、このような構成的機能を重視することによって共同正犯を考察することには意義がある、とされている<sup>(35)</sup>。

以上の見解には、共同正犯の帰属を考える上で重要な視点が含まれていると思われる。というのは、「自身の手による遂行」という点を堅持していくとすれば、部分的な行為遂行しか見て取ることができない（その場合が多いであろう）共同正犯の場合、個別には各関与者が正犯メルクマールを完全に充足していない場合の方が多い。そうであれば、全体結果を各関与者に帰属させる根拠を共同正犯規定に求める試みは、きわめて示唆的であるといえる。

もっとも、この見解に直截に依拠してよいのか、有力な批判も存在している。たとえば、ある論者は、行為支配説を前提としつつ、「立法者の全能の意思」に切り

---

(33) Küper, a. a. O. (Fn. 6), S. 786–7.

(34) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 39.

(35) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 39–40.

替えることによって、どのようにして、ある一定の分担部分に制限された行為支配が全体行為に対する刑法上の責任を喚起し得るのか、この問題を克服することはできない、との鋭い批判を向けつつ<sup>(36)</sup>、上記の思考は、正犯者とは、全体事象に対する支配を有していなければならないとする「行為支配原理」とも合致しない。それゆえ、「法律が他の共同者が行ったことを個々人に負わせようとしているのである」とする観念は拒絶されなければならない、いいかえると、共同正犯者は自身の行為を理由とする代わりに、他者の行動ないし態度を理由に処罰されてはならない、と考えられている<sup>(37)</sup>。

もともと、規定に構成的機能を認める論者からも次のような指摘がなされている。すなわち、25条2項の「純粹な文言内容」は、諸寄与の相互的帰属を法律的に指示しているということを明確な結論として導くものではない。それゆえ、同条同項に存在するコンテキストから、どのような法的意味が明らかにされるのか、このことに答えるのは得るところが多い、という<sup>(38)</sup>。

共同正犯規定からどのようなことを読み取るべきなのか、見解は対立している。かりに規定の純粹・形式的な文言内容から何も読み取ることができないとしても、実質的に、法的意味を明らかにすることができるのか。さらに、構成的機能を認める論者に従って、議論の展開を見ておくことにしよう。

まず、25条2項は、①関与形式を規定する他の条項との関連で、その規定とそれらの規範との間で論理的な矛盾が存在しないこと。②25条2項に独自の意味を与えること。このような視点にそって解釈されなければならない、とする。すなわち、25条1項前段は、犯罪行為を自身で遂行した者は正犯として処罰される旨の基本原則を示している。この原則からは、25条1項後段、同条2項、26条および27条1項は4つの例外ということになるだろう。つまり、他人をつうじて犯罪行為をした者も可罰的であり、共同して犯罪行為を遂行した者、故意に他人を故意的に遂行される違法行為に決定付けた者、および、故意に他人によって故意的に遂行される違法行為を援助した者なども可罰的である。これらすべての形態は、基本原則に対しては例外ということになるのである<sup>(39)</sup>。そして、共同正犯という事態に

(36) Roxin, a. a. O. (Fn. 2), S. 277.

(37) Roxin, a. a. O. (Fn. 2), S. 290.

(38) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 41.

(39) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 41.

関しては、以下の3つの場合を想定することができる、とされている。

第1事例 2人の共同者が全構成要件メルクマールをそれぞれ充足した場合。

第2事例 1人の共同者は全構成要件メルクマールを充足したが、他の共同者は充足できなかった場合。

第3事例 2人の共同者がそれぞれに別々の構成要件メルクマールを充足したが、その構成要件メルクマールを足して初めて完全な犯罪実現を帰結するような場合。

論者はこの3つの事例についてコメントを付している。すなわち、第1事例は、実は25条1項によって把握できる場合である。というのは、それぞれの共同者が自身で犯罪行為をすべて実現しているからである。第2事例は、すべての構成要件メルクマールを実現した者については、25条1項でこれを把握することができる。2つの異なった規範は同じ事態を規制しないという原則に従うと（それぞれの規範が矛盾しないという意味での前記①の視点）、25条2項は、第1事例と第2事例において、全構成要件メルクマールを実現した共同者の処罰を規制していないということが確認されるべきである。と同時に、それぞれの規範は独自の意義を有するという原則に従うならば（前記②の視点）、第2事例における構成要件メルクマールを実現していない共同者の処罰、および、第3事例に関しては、25条2項によって規制されることが確認されるべきである、とする<sup>(40)</sup>。

また、上記のことから以下のことが明確になるという。すなわち、「共同者が自身で構成要件メルクマールを実現している」ということは、共同者の処罰にとって必要ではない。なぜなら、そのような場合は、25条1項によって把握される処罰に関わるからである、と<sup>(41)</sup>。

論者によるコメントから確認できることは、前記2つの視点をとおして、他の条項に規定される正犯形態（および関与形態）とは異なる意義を有する25条2項の意義ないし機能が明らかになったということである。25条1項の規制する正犯とは異なる正犯のあり方、むしろ正犯という点では異ならないにせよ、共同正犯の場

---

(40) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 41–2.

(41) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 42.

合、規制されるべき正犯の内容が異なることを明示しているともいえるのである。25 条 1 項によって把握し得る事態では、同条同項の規定する正犯を想定すべきであり、その要件に欠ける事態においては、同条 2 項の規定する共同正犯を考えるべきなのである。その意味において、以下の指摘が重要である。すなわち、25 条 1 項に従った場合に基本的に必要とされる「直接的な構成要件実現」に欠けている場合には、25 条 2 項という「例外規定」によって補完されるのである、と。したがって、構成要件メルクマールを充足していない第 2 事例の共同者を処罰するためには、他者によって実現された行為寄与の「片面的帰属」を必要とする。第 3 事例における 2 人の共同者を処罰するためには、それぞれの行為寄与の「相互的帰属」が必要である。この 2 つの事例において、25 条 2 項は「独自の意義」を有しているのである、とする<sup>(42)</sup>。

このような指摘によって明らかにされることは、共同正犯規定が独自の意義を有しているという点であり、その独自性が、共同正犯としての帰属原理の特殊性という点において発揮されるのである。共同正犯はたしかに正犯の 1 類型であるが、25 条 1 項によって規制される正犯形態ではなく、あくまでも、25 条 2 項において規制される正犯ということになる。つまり、論者が総括的な意味で述べているように、体系的な視点においても、また目的論的な視点のもとでも、25 条 2 項の意義は、行為寄与を「構成的に帰属」させる点にある<sup>(43)</sup>。かりにそのように理解しなければ、この規定にどのような意義があるのだろうか。前述の事例を検討するまでもなく、いくつかの事例では、たとえ複数人の関与が存在していたとしても、25 条 1 項において規制されるべき事態は、共同正犯ではない。反対に、25 条 2 項における構成的帰属原理を適用しなければ、関与者への結果帰属を明確にできない事態があり得る限り、それぞれの規範が規制する事態は異なっているといわざるを得ない。その意味において、論者の指摘は的確であると思われるのである。

このように理解すれば、共同正犯規定の構成的機能を批判する見解は、それを貫徹させることはできないと考えられる。共同正犯規定には、あくまでも、他の正犯あるいは関与形態とは異なった正犯形式が規定されているのであり、その帰属原理は、共同正犯規定の存在により正当化されることが、ここであらためて確認される

---

(42) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 42.

(43) Buser, a. a. O. (Fn. 15), S. 42.

べきである。

## 4 結論

### (1) 行為帰属説の優位性

ドイツ刑法 22 条の規定（実行の着手時期）は、自身が行為を実行する単独の行為者を主眼に置いているが、共同正犯についても実行の着手時期が問題になる場合もあり得るので、その場合には、22 条の規定は共同正犯による行為遂行の場合の帰属原理と整合性を持たなければならないはずである<sup>(44)</sup>。

個別的解決説からは、単独正犯と同様に、共同正犯においても「構成要件の実現には自身の着手が必要」とされるとされるが<sup>(45)</sup>、この点については、次のような批判がなされている。すなわち、22 条は、直接的に行為する単独正犯に限定されているのであって、共同正犯の場合には、25 条 2 項によって概観していかなければならない。たとえば、各関与者が自身で本来の殺人の実行行為を遂行しなければならないということを、（ドイツ刑法）212 条から看取することはできない。相互的な行為帰属が主眼に置かれる 25 条 2 項は 212 条を修正しているので、25 条 2 項は実行の着手時期に関して、「個々の行為者の着手」を必要としていない<sup>(46)</sup>。共同正犯の場合、各関与者の未遂不法は、「最初の共同者」の着手による「集団的な意思の客観化」のなかに存在する。共同行為の実行開始は、集団的な意思活動として、未遂不法を形成する者の「活動・行為無価値」の支柱である、とされているのである<sup>(47)</sup>。

すでに述べたように<sup>(48)</sup>、私も、共同正犯の帰属原理に関しては行為帰属説を妥当と考え、（わが国の場合も同様に）共同正犯規定は正犯としての処罰を肯定する構成的機能を有すると考えている。したがって、もし、共同正犯の帰属原理が基本

---

(44) Vgl. Krack, a. a. O. (Fn. 9), S. 611.

(45) Vgl. Roxin, a. a. O. (Fn. 11), S. 493.

(46) Krack, a. a. O. (Fn. 9), S. 619.

(47) Krack, a. a. O. (Fn. 9), S. 619–620.

(48) 前掲注（1）の拙稿を参照されたい。



的に相互的な行為帰属という視点から理解されるならば、当然に、未遂処罰の基本的な構想も単独正犯の場合とは異なって理解されるべきである。すなわち、上記の見解においても指摘されるように、共同正犯の場合、各関与者の未遂不法を基礎付けるうえで重要なのは、最初の行為者の着手に見て取ることができる「各関与者の集団的な意思の客観化」という視点である。

もっとも、このように「集団」という視点を持ち出す場合には、各関与者の責任を集団・団体責任として理解する意味なのか、さらには、共同正犯を「共犯」（従属的な共犯という意味での関与形態）として捉えることになるのではないか、このような批判も予想される。しかし、共同正犯においては、各関与者が共同して犯罪行為を遂行する以上、共同遂行という意味における集団性は、議論・評価の対象になっても、また、各関与者の一体性が、ある程度、問題となるにしても、それは、「共同」の「正犯」としての共同正犯の実体に迫る必要性に応じて議論されるのであって、集団としての共同正犯の共犯的性格を根拠付けるためではない。もちろん、各関与者によって遂行される行為は、各関与者が正犯である限り、「違法の個別性」という観点からは、違法段階において共同遂行と評価される必要はない。それゆえ、構成要件レベルでの共同ということが、共同正犯の実体に合わせて注意深く検討される必要性があるのみである<sup>(49)</sup>。この点に留意しつつ、共同正犯の「集団性」ということも理解されるべきであろう。

また、共同正犯が、あくまでも正犯の1類型としての地位を堅持するとすれば、教義の共犯の場合に議論される「従属性原理」は、共同正犯の場合には問題にならないはずである<sup>(50)</sup>。たしかに、実体として、各関与者は自身の行為だけでは完全に正犯メルクマールを充足できるわけではない。これは、正犯メルクマールが、まずは単独正犯を念頭に置いて構成されているからであるが、しかし、共同正犯は、各関与者の欠けている寄与部分を「分業形態」において補完し合っているのである。つまり、相互的に相手の行為を利用することによって、いいかえると、自己の行為と他人の行為とが相俟って犯罪行為を全体的に遂行しているといえるからこそ、各関与者に正犯性が認められることになるのである。したがって、ある関与者

(49) この点に関しては、さらに、橋本正博「共同正犯における共同と事実的寄与」『一橋大学研究年報・法学研究』32号（1999年）167頁以下、とくに179、186、214頁を参照。

(50) 齊藤誠二「共同正犯の性格をめぐる管見—いわゆる機能的な行為支配説からのアプローチ—」前掲注（24）『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』361頁以下、とくに367頁以下を参照。

にとって、他の関与者の行為部分は無関係なものではなく、自己の行為部分としても評価できるところに、共同正犯における「相互性」の意義があるといえる<sup>(51)</sup>。

繰り返すが、従属性が違法評価に関わるという意味では、共同正犯の場合、そのような従属性は問題にされるべきではないが、相互性、あるいはそれを基礎付ける分業性、および各関与者の行為の顕現としての「共働」は、法的評価としては、構成要件に反映されるべき事情と考えられるので、「共同」の正犯としては、構成要件レベルでの共同が要求されることになる。

井田良教授は、共同正犯の成否は、「因果性の相互的補充・拡張」および「正犯としての結果帰属」が肯定されるかどうかの問題であるとされ、それは体系的には不法構成要件の問題であり、構成要件を共通にする行為を共同にする限り、一部実行の全部責任の原則が適用されるような関係が認められ、共同正犯が成立するとし、共同正犯の成立要件として各人の行為が「等しく」違法性まで具備する必要はない。この意味で、共同正犯は「従属的共犯」である教唆犯と幫助犯とは異なり、「本質的に」正犯である、と指摘される<sup>(52)</sup>。

共同正犯における共同を構成要件レベルで検討していくとすれば、集団的な意思の客観化を最初の共同者の着手に認めるとしても、それは、自身にも帰属させられるべき他の関与者の行為として評価されるのであり、集団を形成する各関与者の行為寄与として個別的に評価されるべきものではない。つまり、単独正犯の場合であれば、行為者自身がその活動をつうじて行為の未遂不法を体现していけばよいのであるが、共同正犯の場合には、やはり異なった事態を想定することになるのではないか。したがって、複数の関与者が実行行為を遂行する共同正犯の場合に、「最初の関与者による実行の着手をどのように評価すべきか」という問題を考えるうえで重要となるのは、「共同された正犯行為の遂行」という視点であると思われる。最初に実行行為に着手した関与者の行為には、その者自身の行為による実行の着手という部分と、共同された全体行為の開始という側面を見て取ることができる。

共同正犯の帰属原理をどのように理解すべきか。このことに回答を与えるとし

(51) 共同正犯者は、相互に頼り合って、相互に依存し合っている、という指摘として、齊藤・前掲注(50) 368頁。高橋教授は、共同正犯においては、一種の従属性ともいえるべき相互的依存性を認めることになる、という、高橋・前掲注(5)「共同正犯の帰属原理」342頁。

(52) 井田・前掲注(24) 353—4頁。

たら、まず、共同正犯においては、個々の関与行為を個別的に取り出して検討・評価することに意味はないのであり<sup>(53)</sup>、あくまでも全体行為のなかで個々の関与行為は、その機能ないし役割を果たすべきものと考えられるので、その意味において、全体行為と部分行為の連関性を基礎として構想される「(相互的) 行為帰属」説的な思考でもって、共同正犯の帰属は説明されるべきである。

## (2) 「一部実行の全部責任」の原則と共犯の因果性

もっとも、前述のとおり、共同正犯を特徴づけている「一部実行の全部責任」の原則も、「共犯の因果性」という観点から説明する立場も有力に展開されている。たとえば、**AB** が共同して **X** に向けて発砲し、**B** の発射した弾丸は命中せず、**A** の発射した弾丸のみが命中し、**X** が死亡したという事例の場合、**B** の実行行為は **X** の死亡という結果に物理的因果性を有していない。それにもかかわらず、**B** が殺人既遂としての罪責を問われるのは、自身が実行行為を遂行すると同時に、その実行行為が「**A** の心理」に影響を与え、その行為を「強化・促進」したという観点において、**A** の実行行為およびその結果との間に心理的因果性を有するからである、と指摘されている<sup>(54)</sup>。

この点を明確に指摘する論者は、端的に、共同正犯を、自ら実行行為を行うと同時に、他の共同正犯者の実行を教唆または精神的に幫助するものである、と説明される<sup>(55)</sup>。このような見解に依拠した場合、自己の因果性を他人の行為をつうじて拡張することにより結果を発生させたから処罰されるという観点において、共同正犯を教唆犯・従犯と同様の構造を有するものとして理解することになる。

## (3) 共同正犯は共犯の 1 類型なのか？

しかし、上述のような考え方には、共同正犯は共犯の 1 類型ではなく、正犯の 1

(53) この点を強く指摘されるのが川端博士の見解である。すなわち、「人的結合によって定められた個々人の行為は、それ自体を取り出して形式的に見て格別の意味をもたなくても、それぞれの分業・分担を 1 つの「合同力」として統一的な観点から見たばあいには、重要な意味をもつに至る」とされ、個々人の行為は「全体との関連において実質的に評価されるべき」と指摘される。川端博『刑法総論講義』〔第 3 版〕(2013 年) 556 頁。

(54) 内藤謙『刑法講義総論(下 II)』(2002 年) 1326 頁、西田典之『刑法総論』〔第 2 版〕(2010 年) 341 頁などを参照。

(55) 平野龍一『刑法総論 II』(1975 年) 380—1 頁。

類型であり、この結論は共同正犯と（教義の）共犯とでは「異なったプリンシプル」が働くということを意味するので、共犯の処罰根拠論を議論する場合、一般的に共同正犯を含めて議論するのは誤りである、とする強い批判がある<sup>(56)</sup>。

たしかに、共同正犯をその実体に即して検討した場合、共犯の因果性という観点を指摘することのみで、共同正犯の特徴である「一部実行の全部責任」の原則を説明したことになるのかは、なお疑問の余地があると思われる。とくに、この立場は、前述の発砲事例に関して、かえってABどちらの弾丸が命中したのかが不明の場合には、Xの死亡に対して両者のいずれも因果関係が認められないことになり、結論的に、殺人未遂の共同正犯という結論を導くことになるのではないかと、この指摘がなされている<sup>(57)</sup>。つまり、この立場によれば、各共同正犯者において発生した結果に対して因果性を有していた（因果関係を共同した）とされるためには、いずれかの共同正犯者の行為が結果に対して明確に因果性を有していなければならない、いいかえると、物理的因果性が明確でなければならない。なぜなら、結果を直接的に発生させた共同正犯者に対して、その者の心理に働きかけることにより、その行為と結果発生について因果性を有することになると考えるのが、その理論的帰結なのであるから、物理的因果性が不明である以上、各共同正犯者の行為評価は未遂にとどまるのであり、各共同正犯者に対する心理的な働きかけ、つまり心理的因果性という観点からも未遂にとどまると結論付けられてしまうのである。

このような批判的な観点からは、因果的共犯論を理由にただけでは、共同正犯の帰属を説明することはできないのではないかと指摘し得る<sup>(58)</sup>。むしろ、共同正犯の場合、各共同正犯者は、「正犯として直接的に法益を侵害しているのではないかと考えられ、前述の事例においても、AB各自に殺人既遂の共同正犯の成立を認めることができるのは、ABの共同行為と死亡結果との間に因果性が認められるからではないか。むしろ、このレベルでの因果性理解で十分といえないのか、が

---

(56) 代表的な見解として、齊藤・前掲注（50）361頁以下、とくに372頁を参照。齊藤博士は、共同正犯に独自のプリンシプルが働く（機能的行為支配に力点が置かれる）ことから、共同正犯の因果性に関しても、共同正犯を基礎づける行為と法益侵害結果との間に因果関係が必要である、と指摘されている。

(57) 高橋則夫「共犯の因果性」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）97頁。

(58) 高橋教授は、自身の行為と犯罪結果全体とに因果関係があるという点だけでは共同正犯の帰属根拠を明確にできないとされ、そのような立場のことを「因果的結果帰属論」と称されている、高橋則夫『刑法総論』〔第3版〕（2016年）440頁。

問題とされよう。共犯論において、共犯の因果性という視点が重要な位置を占めるとしても<sup>(59)</sup> <sup>(60)</sup>、各共同正犯者間の関係という視点も考慮に入れなければ（因果性は、正犯・共犯論においてそもそも共通の要件ではないのか）、共同正犯の特徴（すなわち一部実行の全部責任の原則ということ）を説明することはできない、と考えられるのである<sup>(61)</sup> <sup>(62)</sup>。

#### (4) 共同正犯の構造

（繰り返すが）強調されなければならない点は、共同正犯は「単独正犯の集積」ではないということである。共同正犯とは複数人の関与を前提にしている以上、関与者相互の関係性を明確に把握することが重要であると思う。（同時犯ではない）複数人の関与である以上、共同正犯における「共同」とは、各関与者による共同の行為遂行の重要性を指摘しているのであり、かならずしも共同正犯が共犯であるこ

- (59) 十河太朗教授は、因果的共犯論の意義は、正犯者を犯罪と刑罰へと陥れる行為を共犯と捉えるのではなく、構成要件の結果を間接的に惹起する行為について共犯の成否を検討すべきであることを明らかにした点にあり、因果的共犯論においても、共犯行為と構成要件の結果とが因果関係を有することは共犯成立の最低限の要件にすぎないのであり、実際に共犯の成立を認めるためには、「当然のことながら」因果関係以外にも各関与形式の成立要件を充足することが必要である、と鋭く指摘される、十河太朗「共謀の射程について」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探求』第3号（2010年）98頁。
- (60) 鳥田教授は、因果共犯論的な見地に依拠したとしても、共同正犯者全員の行為を一体として見たとき、結果との間に、単独正犯において要求される結果回避可能性が必要であり、また結果回避可能性についてはそれで足りるという枠組みは維持されるべきであり、本事例におけるABの行為を合わせれば結果回避可能性が肯定でき、各人の行為の結果回避可能性が証明されなくても、両名は殺人既遂の共同正犯になる、とされる、鳥田・前掲注（24）467頁。
- (61) 因果的結果帰属論と「共謀に基づく相互利用・相互補充による行為帰属」を対比させ、後者を相互的行為帰属論とされ、その点から共同正犯の帰属根拠を検討される高橋教授の考え方は、教義の共犯と共同正犯の相違を際立たせる点において鋭い指摘であると解される、高橋・前掲注（58）440—1頁、さらに同・前掲注（5）「共同正犯の帰属原理」341—2頁も参照。
- (62) 高橋直哉教授は、因果的共犯論の意義に関して、共犯が成立するためには、構成要件該当事実の全てについて因果性が必要であるとする結論を受容すべき必然性はないとされ、共犯の処罰根拠を結果の惹起に求めたとしても、共犯は単独犯ではないので、構成要件該当事実の全てに因果性を及ぼす必要はなく、最終的な法益侵害結果と因果性がある限り、他の構成要件該当事実については、共犯者の行為と併せて実現すれば足りるのではないかと、と指摘されている、高橋直哉「承継的共犯論の帰趨」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探求』第9号（2016年）182頁。さらに、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻 総論』（2010年）860頁[鳥田聡一郎]もあわせて参照。

とを指示しているわけではない。もちろん共同正犯に共犯的性格があることを認めることができたとしても、その点を強調するのみでは共同正犯を説明できないのではないか。共同正犯の成立に要求されるレベルの共同とは、複数人が犯罪結果を惹起する点を特徴とする「正犯の1つの遂行形態」であることから検討されなければならない。もちろん、共同正犯は「正犯メルクマール」を単独正犯のように要求できる形態の正犯ではない。その特徴を各関与者間によって遂行された行為から全体的に把握することをつうじて、正犯性の論証を行わなければならない正犯なのである。この点において、(相互的) 行為帰属という視点を考慮する重要性があると思う。それゆえ、各関与者によって遂行される共同行為と、その共同行為から結果が惹起されたことを確認できれば、共同正犯の因果性に十分なのではないか、と考えられるのである（共同された正犯行為とそれから惹起された結果という関係）。

この度、私の敬愛して止まない高橋岩和先生がめでたく古稀を迎えられるにあたり、拙稿を献呈できる機会を与えられたことは、私にとりまして、これに過ぎる喜びはございません。もっとも、このような拙いものになっている点は、ご海容いただければ幸いです。先生のますますのご活躍をお祈り申し上げます。

(明治大学法科大学院教授)