

# 共同正犯における複数行為の結合根拠

## ——「意思実現」と「相互調整」——

伊藤 嘉亮

### I 共同正犯の結合機能

- 1 結合機能の意義
- 2 本稿の検討素材

### II 「一連の行為」の基準としての「意思の同一性」

#### 1 「一連の行為」をめぐる裁判例

##### (1) 実行行為／結果帰属

- (i) 【裁判例①】東京高裁平成13年判決（ベランダ転落死事件）
- (ii) 【裁判例②】最高裁平成16年決定（クロロホルム事件）
- (iii) 【裁判例③】最高裁平成17年決定（シャクティ治療事件）

##### (2) 過剰防衛

- (i) 【裁判例④】最高裁平成9年判決
- (ii) 【裁判例⑤】最高裁平成20年決定
- (iii) 【裁判例⑥】最高裁平成21年決定

##### (3) 原因において自由な行為

- (i) 【裁判例⑦】大阪高裁昭和56年判決
- (ii) 【裁判例⑧】東京高裁昭和54年判決
- (iii) 【裁判例⑨】長崎地裁平成4年判決

##### (4) 判例理論の分析

#### 2 「一連の行為」をめぐる学説

##### (1) 実行行為／結果帰属

- (i) 行為意思の個数に着目する見解
- (ii) 同一の意思による阻害性排除に着目する見解

- (2) 過剰防衛
- (3) 原因において自由な行為
  - (i) 例外モデル(結果行為説)
  - (ii) 実行の着手後に責任能力が低下した場合の処理

3 小括と考察

- (1) 「意思実現」要件
- (2) 「相互調整」要件
  - 「強盗罪における反抗抑圧後の財物奪取意思」を素材に——
- (3) 議論のまとめ

Ⅲ 複数人による複数行為の結合

- 1 「意思実現」要件について
  - (1) Hans Welzel における共同正犯論
  - (2) 「相互的な」意思実現の要否
- 2 「相互調整」要件について
  - (1) 分析哲学における共同行為論
    - (i) Michael E. Bratman の共有された共同行為
    - (ii) 相互調整の意義
  - (2) 組織論における分業と調整
  - (3) 刑法における相互調整
    - (i) 計画理論・共同行為論の共犯論への応用
    - (ii) ドイツ刑法における同一の意思・計画の意義
    - (iii) 共同性の要件として相互因果性・促進性に着目する見解
- 3 小括と考察
  - (1) 共同行為の要件——「意思実現」と「相互調整」——
  - (2) 意思連絡の意義
  - (3) 「規範的共同性」の議論の参照

Ⅳ 規範的共同性

- 1 Heiko H. Lesch における客観的共同性
- 2 金子博における規範的共同性
- 3 考 察
  - (1) 調整関係の相互性の必要性
  - (2) 事実的要素の必要性

## V 規範的評価による共同行為の限定

- 1 共同行為の成立範囲
- 2 規範的観点の重要性
  - (1) 規範的問題としての正犯・共犯論
  - (2) 「規範的共同性」論からの示唆
- 3 規範的関心の分水嶺
  - (1) 「一連の行為」論からの示唆
  - (2) 正犯・共犯論における規範的関心
  - (3) 共同正犯における正犯行為

## VI 結語

- 1 本稿の帰結
- 2 残された課題

# I 共同正犯の結合機能

## 1 結合機能の意義

共同正犯を規定する刑法60条は、その機能として、個々の関与者の因果性<sup>(1)</sup>と正犯性<sup>(2)</sup>をそれぞれ拡張する。しかし、個々の関与者が刑法60条を通じて拡張された因果性（促進関係）と正犯性（重要な役割）を充足したとしても、それだけで彼らがある犯罪の既遂の共同正犯として処罰されるわけではない。「共同正犯者は、一体として単独正犯と同様に扱われるのだから、一体としてみる限度では、単独正犯の成立要件が満たされていなければならず、「一見すると各人の行為について、共同正犯の成立要件が満たされているように見えても、全員の行為をあわせて単独正犯の成立要件が満たされていない場合には、共同正犯は成立しない」といえる。<sup>(3)</sup>

（以下では各事例の関与者 $\alpha$ の行為を「行為 $\alpha$ 」、関与者 $\beta$ の行為を「行為 $\beta$ 」とし、複数の行為を合わせたものを「共同行為 $\alpha+\beta$ 」と表現する。）例えば、AとBが強盗を共謀し、Aが暴行（行為 $A$ ）を、Bが財物奪取（行為 $B$ ）を実行した場合（事例①）、各関与者の行為は因果性も重要な役割も充足する

といえよう。しかし、強盗罪が成立するには強盗罪の**実行行為**が認められる必要があるが、行為<sub>A</sub>も行為<sub>B</sub>もそれぞれ単独では強盗罪の実行行為とはいえない。あるいは、A、B、C……J（合計10人）が共謀して、それぞれ致死量の10分の1ずつ毒薬を被害者に飲ませた場合（事例②）、致死量の10分の1の毒薬を飲ませる行為が殺人罪の実行行為ではないと仮定すると、それぞれ単独で見ると、事例②の中に殺人罪の実行行為を見出すことはできない。したがって、事例①のAとBを強盗罪の共同正犯として、事例②のA、B、C……Jを殺人罪の共同正犯として処罰するには、個々の行為を結合させ、一つの行為（事例①：共同行為<sub>A+B</sub>、事例②：共同行為<sub>A+B+C+……J</sub>）と評価する必要がある。

以上のように、刑法60条には共同正犯者らの複数行為を一つの行為にまとめる機能が認められるはずである（**結合機能**）。そして、この結合機能を通じてまとめられた共同行為は、単独正犯の成立要件の一つである因果関係（条件関係）の有無を判断する対象にもなる。例えば、Xの殺害を共謀したA・Bが同時に発砲したところ、Aの撃った銃弾のみが命中し、Xが死亡した場合（事例③）、行為<sub>B</sub>には結果（X死亡）との関係では拡張された因果関係（心理的な促進関係）しか認められない。これだけではBを殺人既遂罪で処罰するには不十分である。行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>が結合することで形成される共同行為<sub>A+B</sub>と結果との間に単独正犯の場合に要求される因果関係（条件関係）が認められるからこそ、Bも殺人既遂罪で処罰されるのである。他方で、Xの殺害を共謀したA・Bが発砲した（共同行為<sub>A+B</sub>）が、彼らとは無関係のCも同時に発砲した（行為<sub>C</sub>）ところ、Cの撃った銃弾のみが命中し、Xが死亡した場合（事例④）、因果関係（条件関係）の有無については行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>を個別に検討するのではなく、共同行為<sub>A+B</sub>と結果との因果関係（条件関係）が検討される。そして、事例④の場合、行為<sub>C</sub>の存在によりそれが否定されるため、AとBは殺人未遂罪で処罰されるにとどまることになる。<sup>(4)</sup>

## 2 本稿の検討素材

それでは、刑法60条の機能として結合機能があるとしても、その要件としては何が要求されるのであろうか。事例③・④において、一方で行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>が結合し、共同行為<sub>A+B</sub>が形成され、他方で行為<sub>C</sub>が共同行為<sub>A+B</sub>から排除される根拠は何であらうか。複数人による複数行為の結合根拠の解明、これが本稿の目的である。

本稿が検討対象とするのは「複数人」による複数行為であるが、「同一人物」による複数行為の結合根拠をめぐるのは、近時、いわゆる「一連の行為」論が議論を展開している。この二つの議論は、「複数人」と「同一人物」の点で違いはあるものの、自然観察的に見れば複数存在する行為を一個の行為（「共同行為」ないし「一連の行為」）と評価しうる根拠と限界を問う点では共通している。それゆえ、単独犯を念頭に置いた「一連の行為」論が提示する基準は、複数人による複数行為を結合する基準を定立する際にも重要な示唆を与えてくれると思われる。<sup>(5)</sup>そこで、本稿では、まず、「一連の行為」論を概観し、複数行為を一つに結合するための必要条件を探求することにする。しかし、共同正犯の結合機能が問われる場合、複数人が関与するが故の特殊性（例えば、複数の意思の存在、意思連絡の要否など）も問題になってくる。その特殊性を顧慮するにあたっては、複数人の複数行為を一つの行為と解する根拠と限界を検討する「分析哲学における共同行為」の議論および社会的・規範的観点の導入を説く「規範的共同性」の議論を参照することが有益であらう。

## II 「一連の行為」の基準としての「意思の同一性」

### 1 「一連の行為」をめぐる裁判例

#### (1) 実行行為／結果帰属

実行行為ないし結果帰属のレベルで複数行為の一連性が問題になった裁判例としては、ベランダ転落死事件、クロロホルム事件、シャクティ治療事件

がある。

(i) 【裁判例①】東京高裁平成13年判決(ベランダ転落死事件)<sup>(6)</sup>

本件は、被告人が殺意をもって包丁で被害者を数回突き刺した(第1行為)後、ベランダ伝いに逃げようとした被害者を連れ戻してガス中毒死させようと考え、被害者の腕を掴もうとして手を伸ばした(第2行為)ところ、被害者が転落して死亡したものである。

本件につき殺人既遂罪の成立を認めた東京高裁は、「その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していた」こと、「被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であることから、「刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為である」とした〔下線引用者〕。

(ii) 【裁判例②】最高裁平成16年決定(クロロホルム事件)<sup>(7)</sup>

本件は、被害者を事故死に見せ掛けて殺害し生命保険金を詐取しようと考えた被告人らがクロロホルムの吸引により被害者を昏倒させ(第1行為)、その2時間後にクロロホルムを吸引させた場所から約2km離れた港の岸壁から被害者を車ごと海中に転落させて沈めた(第2行為)ものである。なお、被害者の死因が第1行為によるものか、第2行為によるものかは特定できず、第1行為により死亡していた可能性があった。

以上の事案につき、最高裁は、「第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであった」、「第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかった」、および「第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性」を理由に、「第1行為は第2行為に密接な行為である」として、第1行為「の時点において殺人罪の実行の着手があったもの」と解した〔下線引用者〕。

(iii) 【裁判例③】最高裁平成17年決定(シャクティ治療事件)<sup>(8)</sup>

本件の被告人は、被害者の息子からの依頼により、被害者を入院中の病院

からホテルに運び出させ（第1行為）、被害者の容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したにもかかわらず、シャクティ治療を施すにとどまり、必要な医療措置を受けさせないまま被害者を約1日の間放置し（第2行為）、死亡させた。

本件につき、第一審の千葉地裁が既に第1行為の時点で殺意を肯定できるとした上で、第1行為と第2行為を「一連の実行行為」と解したのに対して、控訴審の東京高裁は、第1行為の時点で「被告人に殺意があったと認定するには合理的疑いが残る」とし、第1行為と第2行為を一連の行為と評価せずに、前者を、後者の時点における作為義務を基礎づける事実（先行行為）と理解することで、不作为による殺人罪を認めた。最高裁の思考プロセスは必ずしも明らかでないが、「自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、〔中略〕重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる」から、「直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべき」と判示していることから、第1行為を先行行為と解する東京高裁の判断を踏襲したと思われる〔下線引用者〕<sup>(11)</sup>。

## （2）過剰防衛

不正の侵害を行った者に対して複数の行為によって対抗した場合に全体について正当・過剰防衛が成立するのか、それともその一部にのみ正当・過剰防衛が成立しうるのかが争われた裁判例としては、最高裁平成9年判決、最高裁平成20年決定、最高裁平成21年決定がある。これらにおいては、「防衛」行為の一連性の根拠と限界と問われている。

### （i）【裁判例④】最高裁平成9年判決<sup>(13)</sup>

本件において、被告人は、被害者から取り上げた鉄パイプで被害者を一回殴打した（第1行為）。被告人が階段の方へ向かって逃げ出したところ、被害者が転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になり、被告人は同人を手すりの外側に追い落とし（第2行為）、傷

害を負わせた。

以上の事案につき、最高裁は、被告人が第2行為に及んだ時点においても、「被害者の被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当時もおお継続していたといわなければならない」ず、「被告人の右行為が防衛の意思をもってされたことも明らか」であるとし、また、第1行為の時点においても「急迫不正の侵害及び防衛の意思の存在が認められる」として、「被告人の一連の暴行」を全体として評価し、過剰防衛の成立を認めた〔下線引用者〕。

(ii) 【裁判例⑤】最高裁平成20年決定<sup>(14)</sup>

本件は、被害者が被告人に向かってアルミ製灰皿を投げ付けたところ、それを避けた被告人が被害者の顔面を殴打し、被害者は後頭部を地面に打ち付け動かなくなった(第1行為)が、被告人が仰向けに倒れている被害者に対し、その腹部等を足げにしたりするなどの暴行を加えた(第2行為)ものである。被害者は、6時間余り後にクモ膜下出血により死亡したが、この死因となる傷害は第1行為によって生じたものであった。

本件につき、最高裁は、第1行為と第2行為は「時間的、場所的には連続している」としつつも、「被害者による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし」ているとして、「両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でな」いとした〔下線引用者〕。

(iii) 【裁判例⑥】最高裁平成21年決定<sup>(15)</sup>

本件の被告人は、拘置所内の居室において、同室の被害者が折り畳み机を押し倒してきたため、その反撃として同机を押し返した(第1行為)上、同机に当たって押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を手けんで数回殴打した(第2行為)。

本件につき、原審の大阪高裁は、<sup>(16)</sup>「第2暴行の時点においても、被害者の急迫不正の侵害が終了したとは認められない」こと、「本件各暴行はいずれ



も防衛の意思を持ってなされたと認めるのが相当である」ことを理由に、第1行為と第2行為を「時間的・場所に接着してなされた一連一体の行為である」とした。原審の判断を是認した最高裁は、「被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当である」とした〔下線引用者〕。

### （3）原因において自由な行為

「原因において自由な行為」について、裁判所がいかなる立場に立っているかは明らかでなく、<sup>(17)</sup>事案ごと、あるいは犯罪類型ごとに理論構成を変えている可能性もある。そうした状況ではあるが、「意思の連続性」に着目することで被告人の罪責を肯定した裁判例もある（**【裁判例<sup>(18)</sup>⑦】**）。実行行為に着手した後に責任無能力または限定責任能力に陥った事案もここで併せて検討する（**【裁判例<sup>(19)</sup>⑧】**【**【裁判例<sup>(19)</sup>⑨】**】）。

#### （i）**【裁判例<sup>(20)</sup>⑦】** 大阪高裁昭和56年判決

本件は、覚せい剤を水に溶かし自己の身体に注射して使用したとして起訴された被告人につき、昭和52年12月16日以降については、覚せい剤による急性中毒症にアルコールによる病的酩酊が付加され、少なくとも心神耗弱状態にあったというものである。

大阪高裁は、「被告人は反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、昭和52年12月15日夕刻すぎ4.81グラムを上回る量を譲り受けて注射したのであって、右の一部を使用した原判示第一の所為〔16日以降の覚せい剤の使用〕は右の犯意〔15日時点の意思〕がそのまま実現されたものということができ、譲り受け及び当初の使用時には責任能力が認められるから、実行行為のときに覚せい剤等の影響で少なくとも心神耗弱状態にあつても、被告人に対し刑法39条を適用すべきではないと考える」として、心神耗弱状態の下で行われた覚せい剤使用についても完全な責任を認めた〔下線・〔 〕内引用者〕。

(ii) 【裁判例⑧】東京高裁昭和54年判決<sup>(21)</sup>

本件の被告人は、その責任能力に特段の減弱のない状態において未必的殺意をもって洋鋏で被害者を数回刺突し(第1行為)、行為途中で情動性朦朧状態に陥り、被害者に対して刺切を反覆継続し(第2行為)、被害者を殺害したものである。

東京高裁は、本件犯行全体が責任能力に問題のない状態の殺意が「継続発展」したものであること、「同じ態様の加害行為をひたすら反覆継続」されたこと、第1行為の寄与度、および精神的昂奮状態の自招性を根拠に刑法39条2項の適用を否定した〔下線引用者〕。

(iii) 【裁判例⑨】長崎地裁平成4年判決<sup>(22)</sup>

本件では、被害者と口論になった被告人が、犯行当日午後2時頃、被害者に対して手拳で頭部・顔面等を殴打した(第1行為)が、同日午後11時頃までの間、腹立ちまぎれに焼酎を飲んで酩酊の度を強めながら、数次にわたり暴行を加え、更に、ガラス戸に頭を強打したことから一層激昂し、被害者に暴行を加えて死亡させた。

本件に対して、長崎地裁は、本件が、「同一の機会に同一の意思の発動に」てたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものである」ことを理由に、「刑法39条2項を適用すべきではないと解するのが相当である」と判示した〔下線引用者〕。

(4) 判例理論の分析

以上のように、裁判所は、複数行為を一連の行為と評価しうるかを判断する際に客観的要素と主観的要素の両者を考慮しているといえるが、そのどちらに重きを置いているのかは判然としない。そもそもこれらの裁判例は問題領域を異にするものであって、「人間の連続的な挙動・態度を『1個』と見るか『数個』と見るかは、観察者がどのような関心をもってそれに接するかによって変わり得る<sup>(23)</sup>」ことから、関心を異にするこれらの裁判例から統一的な基準を帰納的に導くことは困難、あるいは不可能とさえいえるかもしれな

い。しかし、以下で見るように、裁判所が行為の一連性を判断する際に着目する基準には（ある程度の）法則性が認められると思われる。

裁判所が客観的要素として言及したものには、①第1行為（先行行為）が第2行為（後行行為）にとって必要不可欠であること（【裁判例①】【裁判例②】）、②第1行為以後、障害が存在しないこと（【裁判例②】）、③第1行為と第2行為の時間的場所的近接性・接着性（同一機会）（【裁判例②】【裁判例⑤】【裁判例⑨】）、④行為態様の同一性（同一行為の反復継続性）（【裁判例①】【裁判例⑧】）、⑤急迫不正の侵害の有無（【裁判例④】【裁判例⑤】【裁判例⑥】）がある。主観的要素としては、⑥犯意の同一性（犯意の実現）（【裁判例①】【裁判例③】【裁判例⑦】【裁判例⑨】）、⑦防衛の意思（【裁判例⑤】【裁判例⑥】【裁判例⑦】）がある。なお、【裁判例⑧】は、これら以外に⑧第1行為の寄与度および⑨責任無能力・限定責任能力状態の自招性にも言及している。

これらの要素のうち、①は、第1行為と第2行為が手段・目的の関係にある場合を念頭に置くものであるが、暴行行為が連続して行われるような場合には妥当しない。それゆえ、これを「一連の行為」の必要条件と考えることはできない。③も、それが否定される【裁判例③】（第1行為と第2行為の間には約5時間の間隔が空き、兵庫県から千葉県へと移動している。）の千葉地裁が、それにもかかわらず行為の一連性を肯定していることから、これを「一連の行為」の必要条件と考えることはできない。<sup>(24)</sup> また、④についても、【裁判例①】のように行為態様それ自体が変容している事案であっても行為の一連性は肯定されうるのだから、裁判所はこれを必要条件と解しているわけではないだろう。⑤は、そもそも正当防衛・過剰防衛の場合にのみ問題になる要素であるが、被害者の侵害が終了した後の追撃行為も含む全体を過剰防衛と解した最高裁判例を前提にすれば、急迫不正の侵害の存在も、防衛行為の一連性を認定するための必要条件ではないことになろう。<sup>(26)</sup>

②は、第1行為の遂行により構成要件該当事実を実現する可能性が高いこ

とを意味し、ひいては第1行為の時点で実行の着手を認めうるほどの危険性が肯定されることを基礎付けるものである。あるいは、第2行為の存在が結果を第1行為に帰属させることの障害にならないことを意味するともいえよう。しかし、②にそのような効果が認められるとしても、そこから直ちに②が第1行為と第2行為の結合を基礎付けることはできない。実際、最高裁が【裁判例②】において②(および①・③)の存在から認定したのは、第1行為の時点での「殺人罪の実行の着手」(およびその時点での殺意)である。それゆえ、②に結合機能を付与することも難しいように思われる。

主観的要素のうち、⑦は、防衛行為の一連性のみと関係する要素であるが、第1行為と第2行為が同一の意思により行われているか否かを見るものであるから、結局は⑥に還元することができる。

これらに対して、⑥は、行為の一連性を肯定したいずれの裁判例(【裁判例①】【裁判例②】【裁判例③(第一審)】【裁判例④】【裁判例⑥】【裁判例⑦】【裁判例⑧】【裁判例⑨】)においても考慮されている。したがって、差し当たり、裁判所は、⑥を、行為の一連性を肯定するための必要条件であると解しているといえよう。<sup>(27)</sup> もっとも、⑥以外の要素が何らの意味も持たないわけではない。①、③、④、⑤が肯定される場合、通常、第1行為と第2行為は同一の意思の下に行われたものと推測される。また、②が肯定されることで第1行為の時点で既に実行の着手を認めうるほどの危険性が認定される場合、その時点で犯意(例えば、殺人既遂罪の故意)も認定されることになる。これは、第1行為と第2行為が同一の犯意に担われていることの証左となろう。③も、②と同様に、第1行為の時点で既に犯意が認められることを示す要素となる(これに対して、⑨は、【裁判例⑧】が実行行為の途中から責任能力が喪失・低下した場合の罪責という特殊な問題を処理する上で列挙されたものであって、その意味を一般化することは難しい<sup>(28)</sup>)。

以上のように、我が国の判例理論は、⑥「犯意(意思)の同一性」を「一連の行為」の認定基準としつつ、他の要素をその間接事実位置付けている

<sup>(29)</sup>と思われる。しかし、裁判例の分析から導かれることは、複数行為を結合させる要件として意思の同一性が要求されているという点までであって、それが要求される理由は明らかにされていない。その理由を明らかにするため、次は「一連の行為」をめぐる学説を概観することにする。

## 2 「一連の行為」をめぐる学説

### (1) 実行行為／結果帰属

#### (i) 行為意思の個数に着目する見解

高橋則夫によれば、「行為それ自体の切り取りの際に危険性を問題にする必要はな」く、「外部的態度がいかなる意思・目的で行われたのかが重要であり、この行為意思・行為目的によって、行為の分断・統合が判断される」。つまり、「同一の行為意思・行為目的によって担われている場合には統合し、別個の行為意思・行為目的によって担われている場合には分断することになる。<sup>(30)</sup>しかし、高橋の見解においては、行為意思・行為目的の意味が十分には解明されていないため、いかなるレベルで「同一」と言えれば複数行為を統合しうるかが明らかでない。

この点、行為意思の意味内容の解明を試みるのが仲道祐樹である。仲道は、行為が外界に「及ぼした意味」を問題にするアプローチ（社会的意味アプローチ）は行為の範囲を画定する基準を内在していない点で問題であるとし、行為者の「与えた意味」を問題とするアプローチ（行為者主観アプローチ）を支持する。<sup>(31)</sup>その上で、『行為の意味は絶対的に固定したものではなく、むしろそのつどの観察者との相関関係にある』ところ、「観察者の関心は『その行為が犯罪の一要素であるか』という点に存する」ことから、「行為者が与えた意味がどのようなものであればよいのかは、もっぱら刑法という観点から考える必要がある」とする。<sup>(32)</sup>そうすると、次に、「刑法がどのような行為に関心を持つか」が問題になる。仲道によれば、法益の保護を任務とする刑法は『行為のコントロールを通じて法益を保護する』ものであ

るため、「刑法が関心を有するのは、行為規範に違反する行為ということになる<sup>(33)</sup>」。そして、「故意犯において、行為規範が人間の意思に働きかけるのは、その者が法益侵害行為に出ないようにするためである」ことから、「行為を構成する主観面は、故意犯においては『法益侵害を志向する行為意思』でなければならない」ことになる。かくして、「法益侵害を志向する行為意思の個数が問責対象行為の個数となり、1つの行為意思が存在する範囲が問責対象行為の範囲となる<sup>(34)</sup>」。

(ii) 同一の意思による阻害性排除に着目する見解

同一の意思による複数行為の結合根拠を別の観点から説明しようと試みる論者として深町晋也がいる。深町によれば、「『一連の行為』か否かの判断要素としては、主観的要素すなわち『行為意思の同一性』あるいは『意思決定の同一性』が中核となる<sup>(35)</sup>」。これに対して、従来の裁判例が客観的要素として挙げてきた「時間的場所的接着性や行為態様の同一性は、積極的に『一連の行為』を基礎付ける要素であるというよりは、むしろ時間的場所的に余りに隔離した場合や行為態様が余りにも異なる場合には、『一連の行為』であることを認めることに消極的に働く（限界確定）要素に過ぎないと解すべきである<sup>(36)</sup>」とする。そして、深町は、行為意思・意思決定の同一性が「一連の行為」を基礎付ける理由につき、「『同一の行為意思』あるいは『同一の意思決定』によって行為が担われている場合には、自然的観察に従えば2つ（あるいはそれ以上）の行為と見られる場合であっても、第2行為は第1行為にとって阻害的な性質を有することはなく、むしろ第2行為は第1行為と結び付けられる<sup>(37)</sup>」と説いている。

同趣旨の見解は、荒木泰貴によっても展開されている。荒木は、法益侵害を志向する行為意思に着目する仲道の見解に着目しつつも、それだけでは予備行為も「一連の行為」に含められてしまうとの問題意識から、予備行為をそこから排除しうる理論の構築を試みている<sup>(38)</sup>。そのために「予備行為と未遂行為とで決定的に異なる」点を求め、結論として、それを「結果発生までの<sup>(39)</sup>

障害が存在するか否かという点に」<sup>(40)</sup>求めている。その上で、「第2行為を行う目的ないし行為意思を第1行為の段階で認めることができ」ることを、結果発生までの障害の不存在を認定するための一要素と解している。つまり、荒木によれば、そのような目的ないし意思の存在によって、第2行為は、「結果発生までの障害とはならず、結果発生の自動性を否定する理由にはならぬ」<sup>(41)</sup>となる。そして、そのような場合、「もはや、第1行為と第2行為を別個のものとして扱うのは相当ではない」のである。

これらの見解は、第1行為と第2行為における意思の同一性によって、第1行為後に第2行為がいわば自動的に遂行されるようになると指摘するものである。第2行為が違法なものである場合、当該行為の遂行は刑法によって禁圧される。そのため、第1行為が遂行されたからといって必ずしも第2行為の遂行に至るわけではない。しかし、第1行為の時点で第2行為を含めて意思決定をし、第1行為を遂行することでその意思を実行に移した場合、行為者は既に第2行為も含めて刑法による禁止規範を突破しているため、そうでない場合に比べ第2行為が遂行される可能性は高いといえそうである。<sup>(42)</sup>しかしながら、こうした理解を是認し、第1行為の危険性を認定するにあたって第2行為も含めて考慮するとしても、裁判所が挙げる要素②を検討した際に述べたように、それが直ちに第1行為と第2行為を結合しうるとする理由になるわけではない。第2行為も併せて行われる蓋然性を第1行為が内在していると主張しただけでは、第1行為自体の危険性および結果の第1行為への帰属を肯定しうるだけである。第1行為と第2行為を「一連の行為」と評価するには更なる根拠を提示する必要があると思われる。

## (2) 過剰防衛<sup>(43)</sup>

正当防衛・過剰防衛において、複数行為を全体的評価により一体のものとして扱うことを是認する見解の中には、防衛行為の一連性の基準としてもっぱら行為者の主観的要素（防衛意思）に着目するものがある。例えば、「防衛の意思の有無によって防衛行為の一体性を判断」するのであって、「防衛

の意思から攻撃の意思に転化した場合には、防衛行為の断絶が認められることになる」とする仲道の見解、あるいは「全体が同一の意思による統制を受けて推移した事態と評価され得るのであれば、一体性を肯定して全体を過剰防衛として扱うことは可能である」とする照沼亮介の見解にそうした傾向を見て取ることができる<sup>(46)</sup>。これらの見解において、時間的・場所的近接性や侵害・反撃の態様・程度といった客観的要素は、防衛の意思の連続性を認定するための間接事実と理解されることになる<sup>(47)</sup>。

これに対して、成瀬幸典は、複数行為全体を一個のものと評価する資料として主観面（行為者の意思・目的・計画等）と客観面（結果惹起に対する各行為の意義、各行為の時間的・場所的接着性、各行為が行われた客観的状況等）の両者を挙げている<sup>(48)</sup>。橋爪隆も、防衛行為の客観的な連続性を認定するための要件として「時間的・場所的連続性」と「行為態様の連続性」を挙げつつ、主観的にも「一連の行為が単一の意味決定に基づくものと評価できることが必要である」としている<sup>(49)</sup>。これらの見解は、客観的な要素に独立の地位を与える点で前説と異なっているが、防衛意思の継続性（意思の同一性）を要求する点では同じである<sup>(50)</sup>。

### （3）原因において自由な行為

#### （i）例外モデル（結果行為説）

原因において自由な行為の法理として主張される例外モデル（結果行為説）は、「責任能力と実行行為との同時存在を緩和し、責任能力の存在時期だけを原因行為に求める」ものである<sup>(51)</sup>。つまり、「意思決定から実行行為・結果惹起に至る人間の態度が同一の意思に貫かれているとき、これを一つの行為と理解し、その行為の開始時に責任能力が存在すれば、その行為について完全な責任が問える」と主張するのである<sup>(52)</sup>。

例外モデル（結果行為説）を理論的に基礎付けた西原春夫は、その主張の前提として、刑法上の行為の構造に関して以下のように述べている。すなわち、「われわれは、意思決定から予備以前の行為・予備行為・実行行為を経



て結果惹起にいたる人間の態度が同一の意思に担われたものであるとき、これを行為と名づける。想起しなければならないのは、刑法上の行為がこのように意思決定にもとづくもの、いいかえれば特定の意思の実現過程だということである。ということは、一個の行為は一個の特定の意思によって貫かれていることを意味するわけで、もし当該意思に担われない行為が従来<sup>(53)</sup>の行為に接続したとすれば、そこには別個な行為が接木されたとみるべきである。そして、まさに以上の理解から、「行為についての責任能力は当該行為への最終的意思決定のときにあればよい」、また「ある違法行為についての責任能力は、その違法行為そのものの開始時ではなく、その違法行為を含むところの行為全体の開始にあればよい」という例外モデル（結果行為説<sup>(54)</sup>）の帰結を導くのである。

#### （ii）実行の着手後に責任能力が低下した場合の処理

実行行為に着手した後に責任能力が低下した場合の処理については、例えば、中森喜彦は、「着手後の責任能力の低下の事例において重要なのは、実行行為の一体性・一個性であり、責任能力の低下後に行為者に新たな認識が生じ別の行為が行われたと見るべきでないのであれば、行為は全体として一個であり、行為者はその全体について責任を負う<sup>(55)</sup>」としている。他方で、中森は、「原因において自由な行為においては、原因行為と結果惹起行為が別のものであることは否定し得ず、「この二つの行為を一体のものとして、結果惹起行為に完全な責任を問うのは例外的にのみ可能なことである」としており、実行の着手後に責任能力が低下した場合と原因において自由な行為が問題になる場合を区別している<sup>(56)</sup>。しかし、前者を処理する際に展開されている思考プロセスは、新たな認識の有無により行為の一体性・一個性を判断するものであって、西原らの例外モデル（結果行為説）のそれと大きくは異なる<sup>(57)</sup>と思われる。

### 3 小括と考察

### (1)「意思実現」要件

自然的な観察によれば複数に見える行為を一つに結合する、つまり「一連の行為」と評価するには、それらが「同一の意思」に担われていなければならない。この点で判例・学説に争いはなかった。しかし、同一の意思が要求される根拠、換言すれば、同一の意思が複数の行為を結合させうとする根拠については、学説においても必ずしも明らかにはされていないように思われる。

同一の意思に基づく複数行為の結合メカニズムが十分には解明されなくても、単独犯における複数行為を処理するにはさほど問題はないのかもしれない。しかし、同一の意思に結合の根拠ないし基準を求めるだけでは、複数人による複数行為の問題を解決する基準としては不十分といわざるを得ない。

まず、この基準(のみ)に依拠するのでは同時犯の場合にも共同行為を認めることになりかねない。例えば、AとBが意思連絡することなく同一の被害者Xを殺害する意思で同時に発砲した場合(事例⑤)、AとBは「Xの殺害」という同じ犯意を有している。それにもかかわらず、この場合に行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>の結合を認める論者はいないだろう。しかし、そうすると、共同正犯の共同行為を形成するには同一の意思以上の「何か」が要求されているはずである。また、片面的共同正犯の処理も問題になる。例えば、Bが被害者Xを強姦することを知ったAは、Bに知られることなく、Bが自身の暴行により被害者の反抗を抑圧し、被害者を姦淫する(行為<sub>B</sub>)最中、背後からけん銃で被害者の抵抗を別途抑圧していた(行為<sub>A</sub>)場合(事例⑥)、「Xに対する強姦」という点でAとBの意思は同じである。しかし、それにもかかわらず、片面的共同正犯を否定する判例・通説の立場からは事例⑥の場合に共同行為<sub>A+B</sub>を認定することはないだろう。それゆえ、片面的共同正犯の問題を考えるにあたっては意思内容が同一である点に着目するだけでは足りないといえる。これらの問題を解決するには、同一の意思が複数行為を結合させるメカニズムにまで遡って検討する必要があると思われる。

この点で注目されるのは、西原（および高橋）による行為の構造分析である。西原らが原因において自由な行為の法理として主張した例外モデル（結果行為説）の背後には、「同一の意思に担われた範囲が行為の一個性を確定する」という理解、換言すれば「一個の行為は一個の特定の意思によって貫かれている」ことを要求するという理解があった。こうした考え方によれば、自然観察的には複数に見える行為を一個の行為と評価するには、それらが一個の意思を実現するものでなければならないことになる（「意思実現」要件）。

この「意思実現」という観点から事例⑤を検討すると、たとえAとBが内容としては同じ意思を有していたとしても、行為<sub>A</sub>はBの意思を実現するものではないし、また、行為<sub>B</sub>もAの意思を実現するものではないため、Aにとっても、Bにとっても、事例⑤に共同行為<sub>A+B</sub>は存在しないことになる。

他方、事例⑥の場合、確かにBの立場から見れば——事例⑤と同様に——行為<sub>A</sub>はBの意思を実現するものではないといえる。しかし、Aの立場から見ると、行為<sub>B</sub>は——たとえBがAの存在を認識していなかったとしても、知らず知らずのうちに——Aの意思を実現している、と評価することもできそうである。それゆえ、少なくとも「意思実現」という観点からは、Aとの関係で共同行為<sub>A+B</sub>を認定する余地はあるといえよう。

(2) 「相互調整」要件——「強盗罪における反抗抑圧後の財物奪取意思」を素材に——

近時、仲道は、分析哲学者 Michael E. Bratman の計画理論を参照することで、複数行為が結合するメカニズムを別の角度から解明しようと試みている。仲道によれば、例えば、【裁判例②】の場合、「Aらの犯行計画は、『Xにクロロホルムを吸引させて昏倒させ、自動車に乗せたまま海に突き落とす』というものである。計画立案時点を $t_0$ 、クロロホルム吸引行為時点を $t_1$ 、自動車を海に突き落とす時点を $t_2$ と置くと、 $t_0$ における犯行計画は、 $t_1$ におけるクロロホルム吸引行為と、 $t_2$ における突き落とし行為とに言及してい

る。さらに、計画内の整合性により、 $t_1$ のAらは、 $t_0$ における計画を参照しつつ、加えて $t_1$ におけるクロロホルム吸引行為と整合的に $t_2$ の行動を制御することになる。このような行為と計画の相互言及性が、複数の時点における行為を、計画に基づいた『一連のもの』として接続するのである〔行為者および被害者の氏名は変更<sup>(58)</sup>〕。このように、各行為が計画の下に相互に言及し、調整し合う点(計画の「行為の調整機能」)に複数行為が結合する根拠を見出すのである。

ここではこの「行為の相互調整」を敷衍するために、「強盗罪における反抗抑圧後の財物奪取意思」の問題を素材にする。行為者が財物奪取の意思なく暴行・脅迫を加え、相手方が反抗を抑圧された後、財物奪取の意思をもって財物を奪取した場合に強盗罪が成立しうるかという問題をめぐっては、財物奪取意思は奪取時に備われば強盗罪の成立には十分であるとする見解(新たな暴行・脅迫不要説)と暴行・脅迫の時点で財物奪取意思がなければならぬとする見解(新たな暴行・脅迫必要説)が対立している。

前者としては、例えば、高窪貞人が「他の目的で暴行・脅迫を加えたのち、財物奪取の意思を生じて奪取したときも、強盗は暴行・脅迫によって被害者の反抗を抑圧し、その状態を利用して財物を奪取する行為であるから、当初他の目的であっても、自ら生じさせた相手方の状態を利用し財物を奪取した以上、強盗罪が成立する<sup>(59)</sup>」と述べている。ドイツにおける「強盗とは、防衛可能性に関する欠缺が奪取を可能ならしめるものであって、その欠缺につき管轄を有しつつ行われる奪取である<sup>(60)</sup>」とする Günther Jakobs の主張、あるいは窃盗罪の不法との区別において強盗罪の不法を特徴付けるのは「(行為者の暴行により)被害者の防衛機会が減弱している状況下で行われた奪取である<sup>(61)</sup>」とする Tatjana Hörnle の主張も同趣旨のものであろう。これらの見解によれば、強盗罪の成立にとっては、行為者が(自身の暴行・脅迫行為により)相手方が反抗できなくなっている状況を財物奪取のために利用すれば十分であって、暴行・脅迫行為と奪取行為が結合する必要はない。そ

して、それゆえに、暴行・脅迫行為と奪取行為が同一の意思に担われている必要もないと考えられているのであろう。

新たな暴行・脅迫不要説によれば、奪取行為は、自らの暴行・脅迫行為が創出した——相手方が反抗を抑圧されているという——状況を奇貨として利用するものである。しかし、暴行・脅迫行為と奪取行為の間に意思の連続性・同一性がない場合、奪取行為にとってそのような状況はあくまでも偶然の事態である。また、暴行・脅迫行為にとっても奪取行為は予想外の事態であって、奪取行為のために暴行・脅迫の態様・程度を調整する（例えば、奪取行為者が望むだけの金員を得るには当初の暴行・脅迫の程度では不十分であったため、その強度を増す）といったことはない。奪取行為は、あくまでも（既に完結した）暴行・脅迫行為が惹起した状況を奇貨として利用するに過ぎず、望み通りの成果を得られるよう暴行・脅迫行為が調整されると期待することはできない。各行為の間に同一の意思がない場合、それらが相互に連携を取ることはないのである。そのような連携が認められなくても強盗罪は成立しようとするのが新たな暴行・脅迫不要説であるといえる。

これに対して、新たな暴行・脅迫必要説は、「身体や意思の自由に対する侵害と財物の奪取とが有機的に結合したところに、強盗罪の特徴をみる」<sup>(62)</sup>。この理解を前提に、暴行・脅迫行為と財物奪取行為を結合するには暴行・脅迫行為の時点で暴行・脅迫の意思だけでなく、財物奪取の意思も備わっている必要がある、つまり暴行・脅迫行為と財物奪取行為が同一の意思に担われている必要があると説くのである。しかし、従来の新たな暴行・脅迫必要説は、暴行・脅迫行為と奪取行為の間に同一の意思が要求される理由につき、「強盗罪の特色は暴行・脅迫を財物奪取の手段とするところにあ」<sup>(63)</sup>ると結論を述べるにとどまるか、あるいは抗拒不能に乗じて姦淫する行為を強姦として処罰する準強姦罪（刑法178条2項）のような規定が強姦罪にはない点を挙げるだけで<sup>(64)</sup>、両行為の有機的結合の根拠には配慮していなかった。暴行・脅迫時に「財物奪取の意思があって初めて、暴行・脅迫に、強盗罪の成立に

必要な占有侵害の高い可能性が肯定され、「暴行・脅迫のこの占有侵害の高い可能性が強盗罪の重い処罰を基礎付ける」との指摘も、「一連の行為」論<sup>(65)</sup>における深町や荒木の主張と同様に、暴行・脅迫行為(第1行為)は、その時点で財物奪取行為(第2行為)を行う意思を備えることで、財物奪取が行われる蓋然性をその危険性として内在することになると主張するものであって、暴行・脅迫行為と財物奪取行為が結合する理由にはならない。

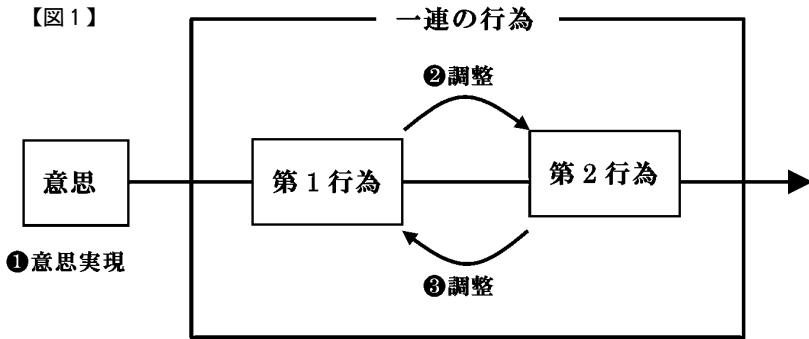
これに対して、仲道が提示する「行為の相互調整」という観点からは、暴行・脅迫行為の時点における財物奪取意思の意義は以下のように捉え直されることになる。暴行・脅迫行為と財物奪取行為が同一の意思(強盗計画)により包括されることにより、各行為は他の行為の状況に注視し、それぞれの状況に応じて調整するようになる。例えば、暴行・脅迫行為が当初の想定よりも反抗抑圧効果を発揮しなかった場合、それに依拠して奪取する財物の量を減らすこともあろう。あるいは、例えば、当初の想定よりも多くの財物を奪取することになった場合、相手方の反抗抑圧状態を予定よりも継続させるために、暴行・脅迫行為はその効果を維持・強化するよう対応するであろう。このように、同一の意思に包括されることによって各行為の間に相互応答・相互調整の関係が認められるようになる。まさに、これこそが、複数行為がそれぞれ個々別々に存在する無関係の事象ではなく、相互に関係付けられた一つの行為であることを基礎付けるのである(「相互調整」要件)。

### (3) 議論のまとめ

以上をまとめると、単独犯における「一連の行為」の要件として判例・学説が要求する「同一の意思」の意義は、以下の点に認められることになる。「同一の意思」が存在する場合、一個の意思が複数行為全体の中で実現され(【図1】①)、また、それらの間に相互調整の関係が形成される(【図1】②・③)といえる。自然観察的には複数存在する行為は、「意思実現」と「相互調整」が認められるからこそ、密接不可分の一個の行為と評価されることになる。単独犯の場合、意思の同一性にさえ着目すれば十分であった

のかもしれないが、その背後には「意思実現」と「相互調整」が存在し、これらこそが複数行為の結合の実質的根拠として機能していたものと考えられるのである。

他方、複数人が関与する場合、意思の同一性だけでは基準として不十分であることは前述の通りである。そこで、以上の分析から得られた「意思実現」・「相互調整」要件が共同正犯における共同行為の限界を画する基準たりうるかを次に検討する



### Ⅲ 複数人による複数行為の結合

#### 1 「意思実現」要件について

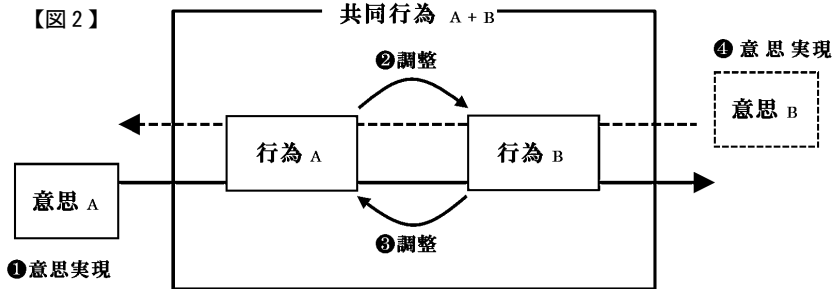
##### (1) Hans Welzel における共同正犯論

共同正犯における複数行為を結合するには、それらが各関与者の意思を実現するものでなければならないことは、既に Hans Welzel の主張に見て取ることができる。Welzel によれば、共同正犯の場合、個々の行為は単なる総和 (Summe) ではなく、共同の行為決意を通じて統一的な総体 (ein einheitliches Ganze)<sup>(66)</sup> を形成するものである。そして、そのような総体を形成し、共同正犯を成立させるには、関与者がそれぞれ自分の行為を行うにあたって自分の意思のみならず、同時に他者の意思をも遂行しなければならない

(67) い。つまり、Welzelの見解においては、AとBに共同正犯が成立し、行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>が共同行為<sub>A+B</sub>を形成するには、両行為がA・B両者の意思を実現するものでなければならないのである。

## (2) 「相互的な」意思実現の要否

単独犯の場合は関与者が一人しかいないため、彼の(一個の)意思が複数行為全体の中で実現しているといえさえすれば、「意思実現」要件が満たされることに問題はない。しかし、関与者が複数人(AおよびB)いる場合、全体行為<sub>A+B</sub>が認定されるには行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>がA・B両者の意思を実現するものでなければならないのか、それとも両行為が一方の関与者(例えば、A)の意思のみを実現する場合でも足りるのかは明らかでない。Welzelのように前者の立場に立つのであれば、共同行為は関与者全体に共通して成立することになる。他方で、後者のように考えるのであれば、両行為を通じて自らの意思を実現した者のみに共同行為は成立し、他の者には共同行為が成立しないという結論を導きうることになる(共同行為の相対化)。



この点、単独犯の場合(【図1】)は①・②・③の充足だけで複数行為の結合が認められるのだから、その3つが結合の必要条件ということになる。そうすると、複数人による複数行為の場合(【図2】)であっても、関与者Aにつき共同行為<sub>A+B</sub>を認定するには①・②・③の存在だけで十分であることになる。これに対して、④は、「意思<sub>A</sub>の実現」との関係からはその必要性を



論証することのできない要素である。たとえBがAの存在を認識していなかったとしても、Aが行為<sub>A</sub>および行為<sub>B</sub>を通じて自分の意思を実現しうるとは事例⑥が示す通りであり、④の不存在は①の成立を妨げるものではないからである。また、Aに共同行為<sub>A+B</sub>を認めるには、同時にBにも共同行為<sub>A+B</sub>が認められなければならないとの命題を定立するのであれば、確かに④を「Aに共同行為<sub>A+B</sub>を認める」ための要件として要求することになるが、その命題自体、論証を必要とするものである。しかし、当該命題を定立するとしても、それは、「意思<sub>A</sub>の実現」や「複数行為の結合」とは異なる視点（例えば、人的結合）から要請されるものと思われる。それゆえ、少なくとも複数行為の結合根拠として意思実現の相互性（①と④の両者）を要求する理由はない。

## 2 「相互調整」要件について

### （1）分析哲学における共同行為論

分析哲学においては、複数人による複数行為の「規範的な『接着剤』としての役割を果たすのは主体がもつ意図であり、またそれによって共同行為が導かれるという議論が少なからず展開されている<sup>(68)(69)</sup>」。本稿では、そうした議論の中でも、「共同行為を説明する際に集団に帰属させられる心的状態を、個人的な心的状態の組み合わせによって説明しようとする<sup>(70)</sup>」個人主義的アプローチの代表的論者である Bratman の主張を——杉本一敏<sup>(71)</sup>や仲道に倣って——参照する。

#### （i）Michael E. Bratman の共有された共同行為

Bratman によれば、二人が一緒にデュエットする、家をペンキで塗装する、旅をするといった「共有された共同行為（shared cooperative activity：SCA）は、以下の三つの特徴を併せ持つものである。すなわち、①相互応答性（mutual responsiveness）<sup>(72)</sup>、②共同行為へのコミットメント（commitment to the joint activity）、③相互援助へのコミットメント（commitment to

mutual support<sup>(73)</sup> がそれである<sup>(74)</sup>。これらのうち Bratman の共同行為論において中核を占めるのは②の成否、つまり共有意図 (shared intention) の有無である<sup>(75)</sup>。Bratman は、A と B の間に共有意図が存在する場合は以下のよう<sup>(76)(77)</sup>にまとめている (なお、内容や表現に若干の修正を加えている)。

1 a : A は、「我々が～すること」を意図している<sup>(78)</sup>。

1 b : B は、「我々が～すること」を意図している。

2 a : A は、「我々は、1 a および 1 b の下位計画が調和しており、そのような下位計画に従って、かつそれが故に～すること」を意図している。

2 b : B は、「我々は、1 a および 1 b の下位計画が調和しており、そのような下位計画に従って、かつそれが故に～すること」を意図している。

3 : A と B の間で 1・2 が共通認識となっている。

例えば A が暴行を、B が財物奪取を行う場合、A は「B が財物奪取する状況下で暴行を行うこと」を意図し (1 a)、B は「A が暴行する状況下で財物奪取を行うこと」を意図しており (1 b)、それぞれの——A にとっては「暴行の実行」、B にとっては「財物奪取の実行」という——下位計画が他者の下位計画と矛盾しないように調整され、そのような下位計画に従い、かつそれを理由に行為することを意図しており (2 a・2 b)、A と B の間で以上の事実が共通認識となっている (3) 場合に、A と B の間に共有意図が成立し、両者の行為は SCA (共同行為<sub>A+B</sub>) と評価されることになる。

(ii) 相互調整の意義

Bratman の見解を分析する片岡雅知によれば、A の 1 a の「意図は共有知識となることで B にも知られているがゆえに、B は A の意図を考慮したうえで自らの行為の細部〔中略〕を調整することが可能となって」おり、「逆

も同じように言える」。二人が欲する事実を実現させるには、「AはBがして欲しいと思っていることをする必要があるし、逆にBはAがして欲しいと思った事をする必要がある。Bの意図は間接的にAの行為を制御し、Aの意図は間接的にBの行為を制御する。このようにここでは、期待とそれに対応する応答という形で行われる下位計画の調整〔中略〕が不可欠<sup>(79)</sup>」となる。Bratmanによれば、このような形でA・Bの意図および行為が相互に依存し、関係付けられるからこそ、自然観察的には複数存在する行為が一つの共同行為と評価されるのである。

Bratmanの議論は、もちろん、「日常生活上普通に見られる人の共働行為に定義を与えようとしたものであり、そのまま刑法上の共犯・共同正犯に適用できるものではない<sup>(80)</sup>」。しかし、Bratmanが提示する視点は、複数人による複数行為を刑法の立場から「一連の行為」と評価する場面においても重要になると思われる。すなわち、Bratmanによれば、複数人による複数行為が一体のものと評価されるためには、各関与者が、相互に、他の関与者が行う予定の行為を認識し、彼の行為の状況に注視し、場合によっては自身の行為に調整を加えるよう用意しなければならないのである。ところで、我が国の判例は、既に、古くから、共同正犯が犯罪全体につき正犯として刑事責任を問われる理由について、互いに他の関与者の行為を利用して犯罪を実現した点にあるとしており、関与者らの相互利用関係に言及してきた<sup>(81)</sup>。学説の多くも、共同正犯の本質として相互利用・補充関係を指摘してきた<sup>(82)</sup>。我が国の判例・通説が伝統的に要求してきたこの相互利用・補充関係を換言すれば、それは、まさに、各行為の相互調整関係ということになるだろう。つまり、そのような関係が関与者らの行為の間に認められるからこそ、それらは不可分の一個の行為と評価され、各関与者は共同正犯として当該共同行為全体について責任を問われることになる、と解されてきたものと思われるのである。

## （２）組織論における分業と調整

分析哲学が指摘する「相互調整」関係は、複数人による協働の構造を分析

する組織論においても重要な要素として認識されている。それゆえ、組織論の議論も、複数人による協働の仕組みを理解しようとする際に有益な示唆を与えてくれると思われる。

組織論においては、「組織の基本機能は分業と調整の両方から成り立っている」とされている<sup>(83)</sup>。つまり、組織とは、「人々のあいだで役割を分担し、それらを相互に関連づけていくという分業とコーディネーション〔調整〕の制度」なのである<sup>(84)</sup>。組織の機能として分業が認められるのは、それが、「効率的に目標を達成するために不可欠である」からである<sup>(85)</sup>。しかし、他方で、分業は、「組織としてまとまりのある行動や判断が必要なときには、連絡を分断してそれを妨害してしまうこともある」ため、「組織は業務を分業するだけでなく、それを再統合しなければならない」<sup>(86)</sup>。以上のように、組織は、目的の効率的な実現のために一個の業務を複数の下位業務に分割・分配する(分業)が、分割・分配された個々の業務の間に摩擦・矛盾が生じないように調整し、再統合しようとするシステムであるといえる。個々の業務が相互調整され、再統合されるからこそ、それらは当該組織の一個の業務と解されるのである。

これは、しかし、組織に固有の現象ではない。(組織の形成には至らない) 少人数が特定の目的を実現するために集合した場合も、関与者間で役割分担をすることで目的実現の効率化を図ることは多々見られるところである。共同正犯は、まさに、複数人が集合し、役割を分担することで、目的(犯罪)の実現をより確実なものにしようとする場合に認められるのである。しかし、組織論が示唆するように、役割が各々に分割・分配された段階では、未だそれらの各行為は一つに結合していない。一つにまとめられていない状態では目的の実現を阻害することすらありうる。目的の実現を確実なものにするには各行為の連携を円滑にし、一度分解された個々の行為を再び統合しなければならず、そのためには関与者間に「的確なコミュニケーション<sup>(87)</sup>がぜひとも必要になる」のである。

### （3）刑法における相互調整

#### （i）計画理論・共同行為論の共犯論への応用

仲道は、Bratman の計画理論が犯罪論に転用されうることを指摘した上で、更に、共同正犯論への応用も試みている。仲道によれば、「個人内部において、計画はその行動を調整し、制御する機能を有する」が、複数の主体が関与する場合においても、「このような計画による行動制御プロセスにより、複数主体間の行動が調整され」るのであって、「計画理論は、複数主体間の行動の調整原理としても働かうる<sup>(88)</sup>」。そして、そのような計画理論は、「相互的行為帰属の根拠として〔中略〕計画を用いる道を拓きうるもの」もある。つまり、「計画の存在は、複数行為者間の行動を制御するものであり、このような計画の存在が、相互的行為帰属を基礎付ける」と考えるのである。こうした考え方は、「共同正犯の共同性を基礎付けるものとして計画をとらえる理解であり、刑法60条にいう『共同して』の解釈としても可能なものである<sup>(89)</sup>」と述べている。

以上の指摘によれば、関与者らの行為は、共通の計画に包括されることで相互に調整・制御されるようになり、まさに、それが故に、「共同のもの」として結合するのである。ところで、仲道の主張は、「主観的要件として共同の行為決意ないし共同の行為計画が要求され」、各関与者は、「共同の行為計画（決意）によって相互に結び付けられ、これにより、各人の行為寄与が、全体として共同正犯者に帰属されることになる」とするドイツの議論を素地にしている<sup>(90)</sup>。そこで、次に、ドイツの共同正犯論に目を転じることにする。

#### （ii）ドイツ刑法における同一の意思・計画の意義

ドイツ刑法においても、（単独犯の）強盗罪が成立するには強要行為と奪取行為が単に合算されるだけでは足りず、それらが一個の所為決意（Tatentschluß）により結合される必要があると解されている<sup>(91)</sup>。そして、また、同一の意思に基づく複数行為の結合は、複数人による複数行為が問題になる場面にも同様に妥当する。すなわち、意識的・意欲的共働を特徴とする<sup>(92)</sup>

共同正犯においては、そのような特徴があるからこそ個々の行為は共同のものとして評価される、つまり、「主観的要素が——それがなければ分離したままである——個々の行為を一個の共同事象に結合する」と解されているのである<sup>(93)</sup>。

以上の理解を前提にした上で、複数人による複数行為が同一の意思により結合する根拠につき意思・計画の調整機能に言及する見解はドイツでも展開されている。例えば、Ingeborg Puppe は、所為計画 (Tatplan) は単に何らかの共通の目的を含むだけでは十分でなく、関与者らの共働関係を調整するものでなければならないと説く<sup>(94)</sup>。Wilfried Küper も——共同正犯の未遂時期をめぐる全体的解決説を主張する文脈において——相互的な行為帰属は個々の意思・行為の調整が故に認められるとしている<sup>(95)</sup>。Friedrich Dencker においても同趣旨の見解を見て取ることができる。Dencker によれば、単独犯においても計画 (Projekt) こそが複数行為を結合するものであるように、全体計画 (Gesamtprojekt) が共同正犯者らの行為を一個の全体行為 (Gesamttat) に結合するための基礎となる<sup>(96)</sup>。すなわち、全体計画が複数人の行為を調整し、そのようにして結合された個々の行為が全体行為を形成するのである<sup>(97)</sup>。このように、ドイツ刑法においても、共同所為決意 (あるいは全体計画) によって相互行為帰属が基礎付けられる、換言すれば、各行為が結合し、一個の全体行為を形成するのは、関与者間で共有された所為決意が各行為の関係を調整するからであると考えられている。

### (iii) 共同性の要件として相互因果性・促進性に着目する見解

ここまでは従来の判例・通説が要請してきた相互利用・補充関係を「相互調整」という観点から捉え直そうと試みてきたが、その内実を別の角度から説明しようと試みる見解もある。例えば、嶋矢貴之によれば、相互利用・補充関係を意味する「共同性」は、「共同行為者の因果的影響力を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響力を経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が

発生する」ものと定義される<sup>(98)</sup>。大塚裕史も、「共同正犯は『共同実行』によって結果を惹起する犯罪である（共同性）」という理解を前提に、共同実行は、「共同実行者が相互に行為を利用し補充しあって犯罪を実現することであり、その実体は、各自の行為が相互に他者の行為を促進した」（相互促進性）点にあるとしている<sup>(99)</sup>。

これらの見解が「共同性」の実体として提示する「相互因果性・促進性」は、一見したところ、相互調整とは異なる事実関係を示しているようにも思われる。しかし、実際には、これらは同一の事実を別の角度から考察しているに過ぎない。というのも、一方で、A（あるいは行為<sub>A</sub>）の存在がBに影響を与え、その結果としてBが行為<sub>A</sub>に合わせて自身の行為<sub>B</sub>を調整し、他方で、B（あるいは行為<sub>B</sub>）の存在がAに影響を与え、その結果としてAが行為<sub>B</sub>に合わせて自身の行為<sub>A</sub>を調整するからこそ、行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>は共同行為<sub>A+B</sub>を形成すると考えられるからである。したがって、相互調整と相互因果性・促進性の間に実質的な差異はないといえる。しかし、共同実行が「（単独で行う場合よりも）結果発生<sup>(100)</sup>の蓋然性を高めたといえる」のは、単に互いに影響を及ぼし合っただけでなく、それぞれの役割（行為）を調整し合うことで目的（犯罪）をより確実に実現しうる手段・方法を構築したからである。そうすると「相互調整」の方が共同行為（共同性）の本質をより正確に示す表現であると思われる。

なお、嶋矢は、「このような『共同性』——寄与の補完関係——が犯罪遂行の意思決定の段階で行われるのが共謀共同正犯であり、実行段階で行われるのが実行共同正犯である」と述べている<sup>(101)</sup>。確かに、嶋矢の指摘のように、行為の相互調整は実行段階（あるいは犯行現場）だけでなされるものではなく、共謀段階で背後者（指示・命令者）と直接実行者が調整し合いながら役割を分担し（「計画の立案・指示」と「実行行為の遂行」）、犯罪を実現する場合もある。後者においては、実行段階ではもはや直接実行者に自身の（実行）行為を修正・変更する裁量がほとんど残されていない場合も考え

られうるが、それによって「相互調整」要件の充足が否定されるわけではない。

### 3 小括と考察

#### (1) 共同行為の要件——「意思実現」と「相互調整」——

以上のように、「意思実現」と「相互調整」は、共同正犯における共同行為の結合根拠としても妥当する。

こうした観点から事例⑤(同時犯)を見てみると、「意思実現」要件が認められないことは既に述べた通りであるが、更に、「相互調整」要件も欠けていることが分かる。つまり、たとえAとBが同一内容の意思(Xの殺害)をもって行為に及んでいたとしても、いずれの関与者も、他の関与者の行為の有無・態様に注視することも、あるいは自身の行為を他者の行為に合わせて調整することもない(相互調整関係(【図2】②・③)の不成立)。相互に他の行為とは無関係に自身の行為を遂行するこうした場合に、行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>を相互に関係付けられた一個の共同行為<sub>A+B</sub>と評価することはできない。

#### (2) 意思連絡の意義

それでは(片面的共同正犯の成否が問題になる)事例⑥はどうなるであろうか。相互利用・補充関係を共同正犯の本質と解し、その不可欠の要件として意思連絡を要求してきた我が国の判例・通説の立場からすれば、意思連絡が存在しない事例⑥の場合、行為<sub>A</sub>を認識しておらず、それに加功する意思を有さないBに共同正犯が成立しないのは当然としても、行為<sub>B</sub>を認識し、一方的に加功したAにも共同行為、ひいては共同正犯は成立しないことになる。

複数人による複数行為を一つの共同行為に結合する根拠が「意思実現」と「相互調整」に求められることは前述の通りである。そこで、これらの結合根拠と従来の判例・通説が共同正犯の不可欠の要件として要求してきた「意思連絡」との関係进行分析し、片面的共同正犯について考察することにする。



まず、意思実現との関係では、必ずしも意思連絡を要求する必要はない。既に述べたように、事例⑥の場合、行為<sub>A</sub>がBの意思<sub>B</sub>を実現するものではない（【図2】④の不成立）以上、Bの立場から見れば共同行為<sub>A+B</sub>は存在しない。他方、Aの立場から見ると、行為<sub>B</sub>は知らず知らずのうちにAの意思も併せて実現しているから、「意思実現」要件を充たしているといえる（【図2】①の成立）。A・B間に意思連絡がなく、BがAの存在を認識していないにもかかわらず、行為<sub>B</sub>がAの意思を実現しうるのは、錯誤を利用した間接正犯を見れば明らかである。例えば、直接実行者に対して背後者が屏風をけん銃で撃つよう指示し、器物損壊の意思で直接実行者が発砲したところ、実は屏風の後ろに被害者がおり、直接実行者が撃った銃弾により死亡した（被害者の存在は背後者のみが認識していた）場合、背後者に間接正犯を認める立場は、被害者の殺害について両者の間に意思連絡がないにもかかわらず、背後者の（被害者殺害の）意思の実現を肯定するはずである。そうであるならば、事例⑥の行為<sub>B</sub>の中にAの意思の実現を認めることも可能であると思われる。以上の結論は、共同行為を認定する場合に必ずしも関与者全員に共通の共同行為を観念する必要はなく、一方の当事者のみに共同行為を認め、他方の当事者には共同行為を認めない可能性（共同行為の相対化）を肯定するものである。

次いで、意思連絡と相互調整の関係を検討する。確かに、計画（犯罪）の効率的な実現のために分割・分配されたそれぞれの役割が円滑な連携を取るには、各役割の間で緻密な相互調整を行う必要があり、そのためには相互に他者（が行う予定）の行為（役割）を認識し合う必要がある。そして、他者の行為を認識する最も容易かつ確実な方法として、我々が相互的な意思連絡（コミュニケーション）に頼ることが多いのも事実である。相手の計画を正確に認識する必要性が高ければ高い程に意思連絡という手段を用い、また、その頻度・密度を増そうとする。例えば、精密機器を製造するような場合、個々の部品同士で齟齬が生じないように、それぞれの製造部署の間で綿密なや

り取りをすることは必須といえよう。関与者らの目的が犯罪の遂行にある場合でも、例えば、詐欺罪のように、それぞれの役割が計画に沿って統率される必要がある事例は考えられる。このように緻密な相互調整が要求される場面においては、その不可欠の要件として意思連絡が要求されるものといえる。

しかし、複数人による犯罪遂行の場合、常にそれ程に高度な連携ないし相互調整が要求されるわけではない。また、他者（が行う予定の）行為を認識する方法も意思連絡に限られるわけでもない。他者の様子や挙動を伺うことで彼の計画を知ること——意思連絡に比べれば確実性の点で劣るとはいえ——十分可能である。例えば、事例⑥（片面的共同正犯）の場合、Aは、Bの挙動からBの計画（Xに対する強姦）を認識し、行為<sub>B</sub>に合わせて自身の行為<sub>A</sub>を行っている。また、Bは、行為<sub>A</sub>の存在を認識してはいないが、行為<sub>A</sub>が創出した状況に合わせて行為<sub>B</sub>をより容易に継続できるようになろう。あるいは、それぞれ独立にAがXに対する暴行（行為<sub>A</sub>）を、BがXからの財物奪取（行為<sub>B</sub>）を計画していたところ、互いに、黙示の意思連絡すらすることなく相手の計画を偶然知り、相手の行為に加功する意思をもって自身の行為を行った場合（事例⑦：相互的な片面的共同正犯）、Aは、Bが行為<sub>A</sub>に合わせて調整してくれるとは思っていないが、行為<sub>B</sub>の状況に注視し、それに合わせて行為<sub>A</sub>を調整するし、また、Bも同様に行為<sub>A</sub>に合わせて行為<sub>B</sub>を調整するといえる。事例⑥・事例⑦が示すように、意思連絡に拠ることなく、それぞれの行為を相互に調整し合う関係が偶然形成されることもありうるのである。「実際上は、意思疎通がなければ相互性が認められないことが大半である<sup>(103)</sup>」<sup>(104)</sup>って、意思連絡のない相互調整が肯定される場合はあくまでも例外ではあるが、その成立可能性が原理的に否定されることはない。以上のように、意思連絡は、相互調整との関係でも不可欠とはいえない。

意思連絡は、表現にこそ違いはある（例えば、Bratmanの「共有意図」、

ドイツ刑法の「共同所為決意」が、我が国の共犯論においては相互利用・補充関係の前提として、あるいはドイツの通説においては相互行為帰属の前提として要求されてきた。しかし、少なくとも共同行為の要件（「意思実現」および「相互調整」）との関係では、それらは確かに関与者の間に意思連絡がある場合に肯定されるのが原則であるが、例外的に黙示の意思連絡すらなくても肯定される余地はあるといえる。それゆえ、意思連絡は共同行為（複数行為の結合）の必要条件ではないと解される。

### （3）「規範的共同性」の議論の参照

以上の考察が共同行為の要件として提示した「意思実現」、「相互調整」、およびそれらの原則的な前提として要求される「意思連絡」は、共同行為の事実的基礎であるといえる。これに対して、共同性を規範的に基礎付けようと試みる見解は、事実的な繋がりが欠如する場合であっても、社会的・規範的観点から共同性を肯定すべき場合があることを主張している。また、規範的共同性（normative Gemeinsamkeit）を標榜する論者は、調整関係の「相互性」を共同性の必要条件から排除し、片面的適合（調整）に基づく共同性を肯定する傾向にある。そこで、次の問題として、規範的共同性の議論を素材に共同行為における事実的要素や調整関係の相互性の要否・意義について再考することにする。

## Ⅳ 規範的共同性

### 1 Heiko H. Lesch における客観的共同性

まず、共同性を客観的帰属の問題と解することを前提に、複数行為を共同実行と評価するには心理的共同性ではなく、客観的共同性が必要になるとする Heiko H. Lesch の見解を見ていく。<sup>(105)</sup>

Lesch にとって共同性はあくまでも客観的帰属の問題であって、問題となる事象の意味が社会的・規範的にどのように解釈されるかが問われるものであることから、関与者間のコミュニケーションや意思の一致は重要ではな

(106) しい。Lesch はそのような客観的共同性を「組織的・規範的な共同性」と「も  
 っばら規範的な共同性」に区別しているが、本稿では前者に考察対象を限定  
 する。<sup>(107)</sup>

客観的共同性(組織的・規範的共同性)を認め、複数の行為を結合する上  
 で重要となるのは、それらの作用・目的が客観的に関係付けられているか否  
 かである。客観的な目的連関(共同目的)は、共謀(Verabredung)それ  
 自体から形成されるわけではない。例えば、一方が被害者の反抗を抑圧し、  
 他方が被害者の財物を奪取する強盗罪の共同正犯において客観的な目的連関  
 が認められるのは、両者の各行為の社会的意味を個々の行為を超えた作用連  
 関なしには、また、目的の分業的・調整的实现なしには説明できないからな  
 のである。<sup>(108)</sup>

複数行為の目的連関を認定するには、当該事象の文脈全体に、とりわけ関  
 与者間の事前の相互作用に着目しなければならない。それゆえ、Aが被害者  
 に暴行を加えて犯行現場から離れた後、Bが意識を失っている被害者から財  
 物を奪取した場合、各行為の作用・目的連関は認められない。これに対し  
 て、AとBが犯行現場に一緒に現れ、互いに自身の行為を事前に調整し合っ  
 ている場合には共同性を認めることができる。この場合に共同性が肯定され  
 るのも、各行為が、当該事例の文脈によれば、相互に関連付けられたものと  
 解されるからである。かくして、Lesch は、複数人による複数行為の共同性  
 の根拠を、各行為が実際に調整され、関連付けられる点に求めるのである。<sup>(109)</sup>

Lesch は、このように理解された客観的共同性につき、更に、①他者の計  
 画・行為の(一方的ないし相互的)認識が共同性にとって十分でないこと、  
 および、②適合(調整)の相互性が必要でないことの論証を試みている。①  
 まず、共同性は複数の行為が実際に調整され、関連付けられた場合に肯定さ  
 れるのであって、単に他者の計画ないし行為を認識しているだけでは足りな  
 い。例えば、関与者らがある特定の時間に特定の場所で落ち合い、各自で持  
 参したスプレーで各々落書きをするよう共謀した場合であっても、それぞれ

の行為の客観的目的連関は認められない。これに対して、共同性が肯定されるのは、例えば、特定の色のスプレーを持参し、それを一緒に利用したような場合、あるいは各関与者が一個の芸術作品に彩色を施したような場合である。これらの場合には〔他者の計画・行為の単なる認識を超えた〕各行為の調整関係および相互関連性が認められるのである。<sup>(110)</sup> ②次いで、Leschによれば、適合（調整）の相互性は要求されない。というのも、共同して犯行を行う形態には時間的に前後するように役割が分担される場合もあるからである。例えば、Aが木こりの仕事後に食堂を訪れ、クロークに斧を置いた（行為<sub>A</sub>）ところ、その後にBがその斧によって第三者を殺害した（行為<sub>B</sub>）場合（事例⑧）、Bによる片面的結合は認められる。つまり、行為<sub>A</sub>から行為<sub>B</sub>への客観的目的連関は欠けるが、行為<sub>B</sub>による片面的な調整・結合は認められるのである。<sup>(111)</sup> あるいは、Aが被害者Xの殺害を計画していることを知ったBが、Aと共謀することなくXに睡眠薬を飲ませ、ドアを開け、犯行に役立つ道具を用意し、第三者の介入を阻止したところ（行為<sub>B</sub>）、AがXを殺害した（行為<sub>A</sub>）場合（事例⑨）、Bの行為は、Aの行為との作用連関なしにはその意味を解釈することはできない。<sup>(112)</sup> それゆえ、行為<sub>B</sub>から行為<sub>A</sub>に対する片面的結合を認めうるのである。

## 2 金子博における規範的共同性

次に、Leschと同様に共同性を客観的帰属の問題と捉える金子博の見解を見ていく。金子は、従来の見解が「意思連絡」や「因果の共同」といった事実的要素によって共同性の成立範囲を定めようとしてきたことに対して、それでは我が国の三菱自動車車輪脱落事件やドイツの皮革スプレー事件のように「意思の疎通」が認められない場合には共同性が否定されてしまうと批判し、それに代わる基準として規範的共同性を提示する。つまり、「自然主義・心理主義的アプローチのように、各関与者の事実的要素に共同性の成立条件を見出すのではなく、むしろ、社会的ルールという視点から、各関与者

の態度の意味の表出に共同性の成立条件を見出す」のであって、「具体的に  
 いえば、共同性の範囲を共同の行為決意といった関与者の内在的視点に依存  
 させるのではなく、むしろ、第三者から見て共同であったといえるかという  
 関与者の視点から離れた外在的視点に求めるのである」<sup>(115)</sup>。

金子によれば、共同性は「客観的帰属の問題であり、刑法上の『共同性』  
 が存在するのは、〔中略〕自他ともに協力して構成要件該当結果を防止しな  
 ければならぬ義務があったにもかかわらず、その保障人的地位としての防  
 止策を怠り、構成要件該当結果を」実現させた場合である。<sup>(116)</sup>それゆえ、「意  
 思連絡に基づく共働があったとしても、また相互に意思連絡がなかったとし  
 ても、客観的かつ具体的な事情により、当該犯罪結果を防止すべき立場にあ  
 ったか否かによって共同性の有無が決定されるべき」であり、あくまでも  
 「共同性の規定にとって重要なのは、構成要件の実現を阻止すべき保障人的  
 地位にあったのは誰かという客観的な問題」<sup>(117)</sup>であって、「各関与者の主観的  
 な共同意思が全く存在しない場合でも、共同性を考えること」は可能となる。<sup>(118)(119)</sup>

以上のように、規範的共同性に依拠する論者によれば、たとえ関与者らの  
 間に意思連絡や相互因果性といった事実的繋がりが認められなかったとし  
 も、構成要件の実現を阻止するためには彼らに協力して防止策を講じるよう  
 社会が要求する場合に、かつ、その限度で共同性が肯定され、彼らの複数行  
 為は一個の行為と評価されることになる。

### 3 考 察

Lesch の見解は、上で見たように、複数行為の間に形成された調整関係に  
 結合根拠を求めており、その点では相互行為帰属の要件として所為計画に基  
 づく調整関係を要求する Puppe、Küper、および Dencker らの見解と共通  
 している。しかし、これに対して、そこでいう調整関係に相互性を要求する  
 か否かで両者は対立している。そのため、以下では、調整関係の「相互性」  
 の要否を考えるための素材として Lesch の主張①・②を見ていく。次に、

共同性（共同行為）の必要条件から事実的要素を排除し、それをもつばら規範的に基礎付けようと試みる金子説を検討し、共同行為における事実的要素の要否について考えることにする。

### （1）調整関係の相互性の必要性

①については、確かに、Leschの主張を支持できる。複数行為が結合するには「実際に」当該関与者が（少なくとも片面的に）調整する必要があるのであって、その前提として相手の計画・行為を認識し、その計画・行為に合わせて調整する予定であっただけでは足りないといえよう。

それでは、②については、どのように考えるべきであろうか。まず、事例⑨を検討する。事例⑨の場合、Bは、行為<sub>A</sub>の展開を予測しながら、自身の行為<sub>B</sub>を行為<sub>A</sub>に合うよう調整し、自身の目的のために行為<sub>A</sub>を利用している。また、Aは、Bおよび行為<sub>B</sub>は認識していないとしても、行為<sub>B</sub>が創出した状況（被害者の抵抗不能状態、犯行に利用できる道具など）を認識し、それらを利用するために行為<sub>A</sub>に修正を加えている。それゆえ、事例⑨は、加功意思が（BからAへ）片面的であったとしても、行為の相互調整関係を認めうることを示すものであって、片面的調整関係の是非を検討する事例としては適当でない。これに対して、事例⑧は、片面的な調整関係しか認められない場合である。つまり、Bは、行為<sub>A</sub>およびその作用に注視し、自身の行為<sub>B</sub>をそれに合わせて適合・調整しているが、他方で、行為<sub>A</sub>は、行為<sub>B</sub>の有無・態様とは無関係に展開され、行為<sub>B</sub>に合わせて調整されることもないのである。さて、このような事例の場合、行為<sub>A</sub>の有無・態様は、行為<sub>B</sub>から何らの影響も受けずに決定されている。そうすると、行為<sub>B</sub>とは独立に遂行・完結する行為<sub>A</sub>を「行為<sub>B</sub>と関係付けられている」と評価することは難しいのではないだろうか。一体のものと評価される共同行為の中に独立に展開する行為（事例⑧の行為<sub>A</sub>）を含めることはできないと思われる。複数人による複数行為を結合するためには、やはり、それらの間に「相互に」調整し合う関係が形成されている必要があるといえよう。

## (2) 事実的要素の必要性

次に、規範的共同性(客観的共同性)を標榜する論者が——共同性を認定するための重要な要素の一つとしつつも<sup>(120)</sup>——共同性の必要条件から排除する事実的要素について検討する。結論から言えば、やはり、事実的要素の必要性は以下の①・②の理由から否定できないと思われる。

①共同性の有無をもっぱら規範的評価にのみ依拠させ、事実的要素を共同性の必要条件から排除する場合、事例⑤(同時犯)における各行為にも共同性を認めざるを得なくなってしまう。事例⑤はA・Bの間に意思連絡もなければ、行為<sub>A</sub>・行為<sub>B</sub>の間に相互調整もない場合であるが、両行為はいずれも被害者を直接殺害する危険性を有するものである以上、構成要件の結果(被害者の死亡)を阻止するにはAとBが共にその行為を中止する必要があるといえる。そのため、金子説の基準からすると両者の行為に共同性を認めうるとも思われるのである。この点は、しかし、「重要なことは、当該結果に至る過程において各関与者の事前行為がどのような社会的意味を有していたか、そしてその事前行為の意味がいかなる義務(の内容)をもたらしたか、という規定である」との金子<sup>(121)</sup>の指摘からすると、実際の発砲行為だけでなく、そこに至る前の段階の行為を、とりわけA・B間のコミュニケーションの有無などを顧慮し、結論として事例⑤の共同性を否定するのかもしれない。また、そこで要求される事前行為としてのコミュニケーションは、何らの内容でもよいわけではないだろう。例えば、AとBが発砲する前に犯罪とはまったく関係のない話題(例えば、当日の天気)について話していたとしても、あるいはXの殺害とはまったく別種の犯罪について共謀していたとしても、それらが各発砲行為の共同性を基礎付けることはないはずである。あくまでもAとBが被害者の殺害について事前に共謀していた場合に、はじめて、当該共謀行為により各発砲行為の共同性が基礎付けられるものと思われる。しかし、このように解するのであれば、もはや事実的要素として(原則は意思連絡に基づく)相互調整関係を要求する立場とほとんど差はないこと



になろう。

② 共同性を客観的に把握しようとする金子らの主張は、民法における判例・通説が共同不法行為（民法719条）の関連共同性をめぐって主張する客観的共同説と同様の発想・問題意識に基づくものといえる。例えば、金子説が示す基準は、「共同不法行為における各行為者の行為の間の関連共同性については、客観的関連共同性をもってたりる」のであって、「右客観的関連共同の内容は、結果の発生に対して社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性があることが必要であり、かつ、これをもってたりる」〔下線引用者〕とする四日市公害訴訟判決、あるいは「共同不法行為における各行為者の行為の間の関連共同性については、必ずしも共謀ないし共同の認識あることを必要とせず、客観的関連共同性で足りる」が、厳格な責任を課する民法719条1項前段の適用を許容する「緊密な関連共同性とは、共同行為者各自に連帯して損害賠償義務を負わせるのが妥当であると認められる程度の社会的に見て一体性を有する行為（いわゆる強い関連共同性）とすることができる」〔下線引用者〕とする大阪西淀川大気汚染公害第一次訴訟判決と相通ずるものがあるといえよう。

不法行為法は、当然、被害者の救済を目的とするものであるが、行為者（加害者）の行動自由の保障をまったく顧慮していないわけではない（民法709条の過失責任の原則はその表れである。<sup>(126)</sup>）。不法行為法のそうした建前を前提にしつつも、民法719条は、被害者の救済に重きを置き、被害者保護の拡張をその趣旨とするものであって、これが、判例・通説が客観的共同説を採用する理由の一つになっている。<sup>(127)</sup>被害者の救済を重視する民法719条の解釈論としてであれば、共同性をもつば客観的に認定し、事実的要素の存否にかかわりなく認定しようとする客観的共同説の主張も理解できないではない。<sup>(128)</sup>しかし、刑法は、一方で（潜在的）被害者の法益保護を追求しつつも、他方で行為者（加害者）の人権保障も目的としており、被害者の偏重的な保護に歯止めをかけている。<sup>(129)</sup>これに対して、金子の問題意識は、事実的要素を

要求しては——論者が考える——適切な処罰を確保できないというものであって、民法の共同不法行為をめぐる客観的共同説と同根であるといえるが、刑法における正犯・共犯論としてその主張を維持できるかは疑わしい。金子説は被害者の法益保護のみを一方的に重視し過ぎている嫌いがあるのである。複数人による複数行為の結合は、その効果として各関与者の刑事責任の範囲を拡張するものであるから、複数行為の結合を正当化する十分な（つまり、罪を問われる関与者らが納得しうる）根拠を提示する必要がある。したがって、結合を正当化する事実が「ない」にもかかわらず、規範的に「ある」と評価することは許されないはずである。

この問題は、事例⑤（同時犯）を見れば明らかとなる。共同性の規範的・客観的把握を徹底するのであれば事例⑤の場合にも共同性を肯定する余地はあるが、規範的・客観的共同性を志向する論者は——共同性の成立を否定できなくとも——各関与者の故意を否定することで妥当な結論（故意殺人罪の否定）を導くものと思われる（もっとも、過失犯成立の可能性は残る。<sup>(130)</sup>）。しかし、たとえ責任段階でAの罪責を否定できるとしても、Aおよび行為<sub>A</sub>と何らの関係も有さず、Aの意思を実現するものではない行為<sub>B</sub>を含めた共同行為<sub>A+B</sub>について、それをAの行為と解し、Aは違法な行為<sub>A+B</sub>を行ったと評価すること自体、Aにとっては謂れ無き負担を強いるものである。

以上の考察によれば、役割分担（分業）により複数人に分割・分配された複数行為を再結合するには、複数行為全体が関与者の意思を実現し、かつ、それらの間に相互的な調整関係が形成されている必要があり、通常はその前提として意思連絡が要求されることになる。これらは共同性の事実的要素であって、こうした事実が認められないにもかかわらず、規範的評価により「共同性はあった」とみなすことは——少なくとも刑法においては——許され<sup>(131)</sup>ない。

## V 規範的評価による共同行為の限定

### 1 共同行為の成立範囲

以上のように複数人による複数行為は「意思実現」と「相互調整」を理由に結合する。しかし、共同正犯の結合機能を検討する際には以下の点にも留意しなければならない。

共同正犯においては、上述のように、各関与者の個別行為が単独正犯の成立要件を充足しない場合があり得るのであって、その場合、個々の行為が刑法60条を通じて結合し、そうして形成された共同行為が構成要件要素を充足するかを検討することになる。他方、狭義の共犯の場合、制限従属性説ないし最小限従属性説を前提にする限り、正犯者の行為それ自体が構成要件に該当しなければならない。狭義の共犯者の行為と正犯者の行為が結合することではじめて当該犯罪の実行行為性や因果関係（条件関係）が肯定されるという場合を想定することはできないといえる。また、狭義の共犯の従属性を論じるには、その前提として、共犯行為（従属する側）と正犯行為（従属される側）を区別しておく必要がある。共犯行為と正犯行為を一個の共同行為にまとめてしまうと、共犯の従属性を論じる前提が失われることになるのである。それゆえ、正犯・共犯論においては、一個の共同行為を形成するのは正犯行為だけであって、そこから共犯行為は排除されると考えるべきである。このように、正犯・共犯論における複数人の複数行為の結合を検討する場面では、共同正犯の「共同性」だけでなく、その「正犯性」も併せて問われるといえよう。

### 2 規範的観点の重要性

#### (1) 規範的問題としての正犯・共犯論

しかし、狭義の共犯行為も本稿が結合要件として提示する「意思実現」と「相互調整」を充足しうることは明らかである。狭義の共犯の処罰根拠で

ある因果的共犯論によれば、教唆行為・幫助行為は結果（法益侵害）を因果的に（少なくとも促進的に）惹起しなければならず、狭義の共犯者はその主観的反映として法益侵害を意図しなければならない。そして、狭義の共犯者は、正犯者の正犯行為を通じてその意図を実現するのであるから、正犯行為は狭義の共犯者の意思をも実現するものといえる。また、相互調整（ないし相互利用・補充）も共同正犯者の間だけに見られる関係ではない。例えば、犯罪を直接実行する者（直接正犯）と犯行に使用する道具を提供する者（幫助犯）は、役割分担（分業）をした上で、他者の状況に注視しながら、他者に合わせて自身の行為を調整し合っているといえる（直接正犯者は実行行為の態様を幫助者から提供された道具に合うよう調整するだろうし、幫助者は正犯者が予定する実行行為に適した道具を用意するであろう）。それゆえ、「意思実現」と「相互調整」のみに着目する限り、狭義の共犯者の行為も共同行為に含めざるを得ない。それにもかかわらず共同行為の範囲から教唆行為・幫助行為を排除することは如何なる理由により正当化されるであろうか。

その理由を解明するにあたっては、我が国の刑法が正犯行為と共犯行為に付与する規範的意味を考えなければならない。（広義の）正犯と（狭義の）共犯の区別は、限縮的正犯概念を基礎とする正犯・共犯体系を前提にした場合にはじめて生じる規範的問題である。それゆえ、法規範から離れて事実的にいくら考察したところで共同行為から共犯行為を排除する根拠を見出すことはできない。

## （2）「規範的共同性」論からの示唆

その意味においては、共同性を社会的・規範的観点から認定しようとする金子らのアプローチ（規範的共同性）からは有益な示唆を得ることができる。この問題を考えるにあたっては、まさに、刑法規範が正犯行為と共犯行為をどのように評価しているかが鍵になるからである。

しかしながら、金子は、正犯と共犯の質的差異を否定し、それらは「構成

要件の実現の際に、その実現に対してどの程度の役割を果たしたかに応じて区別されうるにすぎない相対的な量的概念である<sup>(134)</sup>との理解を前提に、規範的共同性は、「共同正犯特有の関係だけでなく、『関与』全体の基礎、つまり狭義の共犯を含めた共犯関係を意味する」と解している。規範的共同性は「あくまで共同で行われたか否かの問題にすぎ<sup>(135)</sup>」ないのであって、構成要件の実現を阻止するために協力を要請される「彼ら」とは、(広義の)正犯者だけでなく、(狭義の)共犯者も含んでいるのである。金子においては、規範的共同性の射程は狭義の共犯者の行為をも含むものであって、共同行為からの共犯行為の排除は意識されていない。規範的観点から共同性(共同行為)を評価・限定する方向性は是認できるとしても、共犯行為の排除を正当化する根拠を求める本稿の問題意識からは、金子の議論をそのまま継受することはできない。

### 3 規範的関心の分水嶺

#### (1) 「一連の行為」論からの示唆

それゆえ、ここでは、荒木の「一連の行為」論を再び参照することにする。荒木は、仲道説の基準では一連の行為の中に予備行為が含まれざるを得なくなることを問題視し、「予備行為と未遂行為とで決定的に異なるのは、結果発生までの障害が存在する<sup>(137)</sup>のか否かという点にある」とした上で、「結果発生までの障害が除去され、結果発生の自動性が肯定される以前と以後<sup>(138)</sup>とは、法的には全く別個のものとして把握すべきこととなる」とする。つまり、未遂犯論においては実行の着手(結果発生の自動性)の成立時期を境に刑法的関心に重大な変化が生じるため、「実行の着手以前の行為」は、刑法(未遂犯論)が一次的関心を有する「実行の着手以後の行為」から分断されることになるのである。荒木の主張は、たとえ複数の行為が同一の意思に担われており、事実上は「一連の行為」として結合しうるとしても、それぞれの問題領域における規範的関心によって当該複数行為を再評価し、場合に

よっては再び分断する可能性を示唆するものである。そして、このような考え方は、未遂犯論だけでなく、正犯・共犯論においても妥当しうと思われる。

## (2) 正犯・共犯論における規範的関心

それでは、正犯・共犯論において規範的関心に決定的な差異を生じさせる契機は何であろうか。我が国の正犯・共犯体系は限縮的正犯概念を基礎に構築されている。そうした正犯・共犯体系においては、まず、正犯が一次的責任類型として処罰され、次いで、共犯が二次的責任類型として正犯に従属する形で処罰されることになる。我が国の刑法は、正犯行為の禁圧に一次的な関心を寄せるのに対して、共犯行為の禁圧は二次的に追求するに過ぎない。まさに、ここに、刑法的関心に重大な変化が生じる分水嶺があるといえよう。

また、この問題を考えるにあたっては、「結果惹起に向けられた同一の意思に基づき一体として把握される『一連一体の実行行為』は、その全体が一体的に禁止される<sup>(139)</sup>」という点を併せて考慮する必要がある。そうすると、しかし、共同行為の中に刑法による禁止の態様・強度に違いのある行為を混在させるわけにはいかなくなる。そして、それゆえに、事実的要素により結合した複数行為の中から一次的な抑止対象である正犯行為のみを一括りにして抽出し、そこから共犯行為を排除すべきことが要請されるのである。換言すれば、一次的な抑止対象である正犯行為同士であるからこそ、それらを一体的に扱い、一体的に禁止することが求められ、これに対して二次的な抑止対象である共犯行為は、正犯行為と一体的に把握・禁止されるわけではないのである。以上のように一次的な抑止対象である正犯行為と二次的な抑止対象である共犯行為を区別する正犯・共犯体系を前提にするからこそ、共同行為から共犯行為を排除することが正当化されるものと思われる。

## (3) 共同正犯における正犯行為

共同正犯の場合、重要な役割を担う行為が正犯行為となる。したがって、ある行為が共同正犯の共同行為に含まれるか否かは、結局のところ、当該個

別行為に重要な役割が認められるか否かにより判断されることになる。重要な役割を担う行為こそが刑法により一次的に抑止される対象なのであって、重要な役割の有無が規範的関心の分水嶺であると考えられるからである。

## Ⅵ 結 語

### 1 本稿の帰結

共同正犯の場合、各関与者の個々の行為は、刑法60条の結合機能を通じて結合し、一つの共同行為を形成する。この共同行為が単独犯の成立要件（例えば、実行行為性や因果関係（条件関係））を充足して、はじめて、関与者らは完全な刑事責任を問われることになる。このような結合機能の実質的根拠を考察してきた本稿の結論は、以下の通りである。

単独犯を念頭に展開されてきた「一連の行為」論においては、「意思の同一性」が「行為の一連性・一体性」の限界を画すると解されているが、その理由は、複数行為が同一の意思に包括されることにより「意思実現」要件と「相互調整」要件が充足される点に求めることができる。そして、複数人による複数行為の結合（つまり、共同行為）の成否も——単独犯の場合と同様に——「意思実現」要件と「相互調整」要件により判断されることになる。自然観察的に見れば他者の行為であったとしても、それが自身の意思を実現するものであり、かつ、自身の行為と相互に関係付けられている場合、それらの行為は密接不可分の一個の共同行為と評価されるのである。

ただし、複数人による複数行為の場合における「同一の意思」は、当該複数人による同一意思の共有を意味するのではなく、当該複数行為全体を通じて関与者ごとの（一個の）意思が同一性を維持することを、つまりは当該意思の実現を要求するものである。したがって、例えば、事例⑥（AからBに対する片面的関与（強姦罪））の場合、「強姦罪の実現」という意味ではAとBは同一の意思を有しているが、Bの意思は行為<sub>A</sub>を経ることなく実現しているため、Bとの関係で共同行為<sub>A+B</sub>を肯定することはできない。これに対

して、A の意思は、行為<sub>A</sub>と行為<sub>B</sub>の両者を通じて実現しているといえるから、A との関係では共同行為<sub>A+B</sub>を考える余地がある（このように考える場合、共同行為の成否は関与者ごとに相対化されることになる。）。A が行為<sub>B</sub>を通じて自身の意思を実現するにあたっては、A とB が意思の疎通を図り、一個の共有意思を形成する必要はないといえる。また、目的（犯罪）の効率的な実現のために分割・分配された役割を再結合するには各役割（行為）を相互に調整する必要があり、そのためには自身と相手の役割を確認し合わなければならない。そして、意思連絡は、自身の役割を相手に知らせ、また、相手の役割を知る最も容易かつ確実な手段であるため、通常、相互調整には意思連絡が伴うことになろう。しかし、意思連絡は役割の相互認識・理解のための手段の一つに過ぎないのであって、意思連絡に拠らない相互調整関係の形成を原理的に妨げるものではない。したがって、少なくとも「共同正犯における複数行為の結合」という文脈においては、意思連絡を不可欠の要件として要求し、ひいては片面的共同正犯の成立可能性を否定する契機は存在しない。

なお、共同行為には「重要な役割」を担う（共同）正犯行為のみが含まれ、狭義の共犯者の行為はそこから排除される。こうした区別は、我が国の正犯・共犯体系が一次的抑止対象である正犯行為と二次的抑止対象である共犯行為を区別する限縮的正犯概念を前提にし、また、共同行為が刑法により一体的に禁止される範囲を画定する概念であることから導かれる。

## 2 残された課題

判例・通説は、従来から共同正犯の本質を「相互利用・補充関係（相互調整関係）」に求め、その前提として相互的な意思連絡を要求し、その帰結として片面的共同正犯を否定してきたが、「共同正犯における複数行為の結合」という文脈においてこの命題を論証することはできない。それでは意思連絡には何らの意味もないのであろうか。この点、例えば、西原は、共同意



思主体説の<sup>(140)</sup>立場から、事例①における共同実行行為（A・B二人の行った強盗）は「超個人的な法的実態であって、これこそ、共同意思主体とその活動にほかならない」として、<sup>(141)</sup>（広義の）共犯の成立要件として関与者の人的結合（共同意思主体の形成）を要求している。そして、そのためには「二人以上の者が特定の犯罪実現を目的として一体となることを要する」のであって、「関与者の全員が特定の犯罪実現について意思疎通（意思連絡ともいう）を持つことが必要」になると説いている。<sup>(142)</sup>このように複数行為の結合とは異なる文脈で意思連絡に意味を見出す余地はある。したがって、意思連絡の要否について結論を下すには、「関与者の人的結合」、「主観的共同（例えば、故意の共同）」、あるいはこれらと「複数行為の結合」との関係についても考察を加えなければならないと思われる。

また、各共同正犯者が共同行為全体について正犯として処罰される点で検討すべき問題もある。例えば——強盗罪の共同正犯が成立することに争いのない——事例①の場合、Aは強盗罪の正犯として処罰されるが、強盗罪の正犯としてAを処罰するには、「Aは強盗罪の実行行為全体を正犯として行った」と評価できなければならないはずである。たとえ行為<sub>A</sub>（暴行）と行為<sub>B</sub>（財物奪取）が共同行為<sub>A+B</sub>を形成するとしても、あくまでも行為<sub>B</sub>は自己答責的なBが行ったものであるから、その部分についてもAが「正犯」として刑事責任を問われる根拠を提示する必要がある。これは行為<sub>B</sub>に関するAの正犯性の問題であるが、意思連絡にはこの点でも何らかの意義が認められるかもしれない。

これらの検討は行為と行為の結合関係を考察した本稿の射程を超えるものであるため、他日を期することにする。

- (1) 因果性拡張機能については、拙稿「共同正犯の因果性拡張機能」早研152号（2014年）27頁以下。
- (2) 正犯性拡張機能については、拙稿「共同正犯における『重要な役割』に関する

- 一考察(1、2、3・完)——正犯性拡張機能について——早研154号(2015年)1頁以下、155号(2015年)27頁以下、156号(2015年)29頁以下。
- (3) 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』(成文堂、2006年)466頁以下。「共同正犯は、単独直接正犯のように構成要件該当行為を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る」のであって、「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(犯罪論上の責任ではない)を問われる」(一部実行の全部責任)が、「このような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り、「共同正犯における構成要件該当行為はこの『集合的行為』であるということになり、この『集合的行為』と結果との間に因果関係が存在すれば構成要件該当性が認められる」とする橋本正博『刑法総論』(新世社、2015年)253頁以下も参照。
- (4) 島田・前掲注(3)467頁参照。
- (5) 深町晋也『『一連の行為』論について——全体的考察の意義と限界——』立教ロー3巻(2010年)118頁は、『『一連の行為』論が有する機能的意義の中核は、結果惹起の根拠となるべき行為を拡張する機能(あるいは結果帰属の対象となる行為を拡張する機能)に存する。すなわち、第1行為のみから、あるいは第2行為のみから結果が生じたことが明らかとは言えず、第1行為と第2行為とが相俟って結果が発生したと評価せざるを得ない場合に、結果惹起の根拠となる行為として、第1行為及び第2行為からなる『一連の行為』であると記述し、『一連の行為』のどの段階で結果が惹起されたのかを明確に特定せずとも済ませるためにこそ、『一連の行為』論は機能する』と主張している。また、仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』(成文堂、2013年)8頁は、刑法上の行為特定の基準を明らかにする作業の理論的意義の一つとして、「行為がいかなる時点に、いかなる範囲で存在するかを特定するという作業は、いわゆる条件公式を用いる場合の、消去されるべき前件の範囲を画する上で必要不可欠な作業である」点を指摘している。これらが指摘する「一連の行為」論の意義は、共同正犯における結合機能の意義と相通するものである。「一連の行為」論と共同正犯の結合機能は、それらの基準だけでなく、意義の点でも多くを共有しているといえよう。なお、「個別に見れば結果との間に因果関係を認められないはずの複数行為も、『一連の実行行為』として一体化することにより、その全体につき因果関係を認めることができる」とする深町や仲道らの主張を批判し、『『一連の実行行為』は、それ自体が結果

を帰属されるべき対象であるわけではなく、結果を帰属されるべき行為が含まれ得る『範囲』を示したものであるにすぎない」とするものとして、滝谷英幸『『一連の行為』と因果関係（1）——実体法と手続法の交錯領域の1つとして——』早研151号（2014年）270頁。

- (6) 東京高判平成13年2月20日判時1756号162頁。
- (7) 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁。
- (8) 最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁。
- (9) 千葉地判平成14年2月5日刑集59巻6号417頁。
- (10) 東京高判平成15年6月26日刑集59巻6号450頁。
- (11) 高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価——複数行為における分断と統合の問題——」刑ジャ19号（2009年）41頁参照。
- (12) その他、複数行為を一体と評価したものとして、東京高判昭和49年8月1日東高刑時報25巻8号67頁、東京高判昭和55年11月12日判時1023号134頁、京都地判昭和57年2月17日判時1048号176頁、大阪高判昭和58年10月21日判時1113号142頁、東京地判平成9年9月5日判タ982号298頁、富山地判平成11年11月25日判タ1050号278頁、東京地判平成12年8月29日判時1811号154頁、東京高判平成12年11月16日東高刑時報51巻1～12号110頁、広島高判平成15年10月9日裁判所ウェブサイト。他方、一体性を否定した裁判例として、東京高判昭和29年11月4日東高刑時報5巻11号424頁、東京高判昭和31年11月27日東高刑時報7巻12号445頁、福岡地判昭和33年4月8日一審刑集1巻4号523頁、水戸地判昭和33年5月26日一審刑集1巻5号789頁、東京高判昭和44年3月3日東高刑時報20巻3号37頁、津地判平成5年4月28日判タ819号201頁。
- (13) 最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁。
- (14) 最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁。
- (15) 最決平成21年2月24日刑集63巻2号1頁。
- (16) 大阪高判平成20年10月14日刑集63巻2号15頁。
- (17) 高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（成文堂、2013年）349頁。
- (18) これに対して、構成要件モデル（原因行為説）に依拠したと思われるものとして、大阪地判昭和51年3月4日判時822号109頁。
- (19) その他、大阪地判昭和58年3月18日判時1086号158頁も参照。
- (20) 大阪高判昭和56年9月30日高刑集34巻3号385号。
- (21) 東京高判昭和54年5月15日判時937号123頁。

- (22) 長崎地判平成4年1月14日判時1415号142頁。
- (23) 滝谷・前掲注(5) 265頁。
- (24) 「直接的な時間的關係の存在は、防衛の意思になわれて起動された行為がその性格を維持していること、および、被侵害者の精神的動揺状態がなお継続して認められることを担保しているだけにすぎず、それ自体が意味をもつわけでない」とするものとして、安田拓人「事後的過剰防衛について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年) 257頁。
- (25) 最判昭和34年2月5日刑集13巻1号1頁。
- (26) 高橋直哉「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」駿河台26巻2号(2013年) 47頁参照。
- (27) 深町・前掲注(5) 123頁参照。また、過剰防衛に限定した分析であるが、成瀬幸典「量的過剰に関する一考察(二・完)」法学75巻6号(2012年) 759頁、吉川友規『『一連の行為』と過剰防衛』同法66巻2号(2014年) 240頁以下も参照。
- (28) 中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』(成文堂、1997年) 226頁は、責任能力低下の自招性は量刑事情に過ぎないとする。
- (29) 以上のような理解とは異なり、例えば、【裁判例⑤】が、「第1暴行・第2暴行の時間的場所的な連続性を認定しつつも、防衛の意思(および侵害の継続性)の欠如に言及しているのであるから、両暴行の時間的場所的連続性も、それがなければ当然に量的過剰が否定されるという意味において、重要な基準になって」おり、また、「第2暴行段階で防衛意思が欠けることを明示した上で、わざわざ第2暴行の行為態様に言及している点にかんがみれば、客観的な行為態様の同質性についても、防衛意思とは独立の要件として、一体性評価の際には考慮されうることを前提にしたものと解され」とするものとして、橋爪隆「過剰防衛の成否について」法教406号(2014年) 113頁以下。
- (30) 高橋・前掲注(11) 41頁。
- (31) 仲道・前掲注(5) 69頁以下。
- (32) 仲道・前掲注(5) 72頁。
- (33) 仲道・前掲注(5) 73頁以下。
- (34) 仲道・前掲注(5) 77頁。
- (35) 深町・前掲注(5) 131頁。
- (36) 深町・前掲注(5) 126頁以下。

- (37) 深町・前掲注（5）125頁以下。
- (38) 仲道自身、自説の「基準からは、予備段階を含めて1個の行為となりうる」と述べている（仲道祐樹『『一連の行為』の行為論的基礎付け』刑雑53巻2号（2014年）211頁）。
- (39) 荒木泰貴『『一連の行為』に関する一考察——早すぎた構成要件の実現と量的過剰防衛を素材として——』慶応ロー23号（2012年）319頁以下。
- (40) 荒木・前掲注（39）328頁。
- (41) 荒木・前掲注（39）329頁以下。
- (42) Michael E. Bratman の計画理論を援用しながら計画の機能を分析する仲道によれば、計画には「意思決定省略機能」がある。【裁判例②】を例にすると、「実行犯であるAらは、Xにクロロホルムを吸引させた後は、計画に即して自らの行動を制御することになるから、クロロホルムを吸引させる行為の後になって、『海に突き落とすかどうか』を再検討する可能性は典型的に低くなる。『海に突き落とす』行為についての意思決定の機会が省略されるということは、刑法が行為規範として、当該犯罪を行わないように働きかける機会が省略されたということであるから、第2行為について刑法による予防効果が減弱したことを意味する。それゆえ、第2行為に出る可能性が典型的に高まっていることになる」（仲道祐樹「犯罪論における計画——ブラットマンと開けるブラックボックス」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）182頁以下）〔行為者および被害者の氏名は変更〕。
- (43) 過剰防衛における防衛行為の一体性をめぐっては、過剰防衛の刑の減根拠論から論ずる見解が有力に主張されている（例えば、安田拓人「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」刑雑50巻2号（2011年）291頁以下、小野晃正「防衛行為の個数について——『正当防衛に引き続いた過剰防衛行為』をめぐっての考察』阪法60巻6号（2011年）106頁）が、本稿は行為の一体性の一般的基準を求めるものであるため、この点には言及しない（この問題については、西岡正樹「判批」法学74巻2号（2010年）252頁以下、成瀬・前掲注（27）760頁以下参照）。
- (44) 仲道・前掲注（5）234頁。もっとも、「行為者主観によるアプローチは、結果（及ぼした意味）との関係で修正を受ける」ともしている（仲道・前掲注（5）235頁以下）。
- (45) 照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」『理論刑法学の探求⑦』（成文堂、2014年）60頁。

- (46) 行為動機としての同一性・連続性を基準とする安田・前掲注(24) 255頁以下も参照。
- (47) 照沼・前掲注(45) 61頁以下。
- (48) 成瀬・前掲注(27) 773頁。なお、成瀬によれば、以上の事実的関連性が肯定された場合、更に、当該行為が、「ある刑法的問題に関して要求される法的実体を備えているか否かを検討する必要がある」とり、量的過剰防衛の場合、「第二行為時点における防衛行為的性格の継続が認められなければ、過剰防衛の成否判断において、全体を一個の行為(防衛行為)として扱」うことはできないとする(同上)。
- (49) 橋爪隆「防衛行為の一体性について」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012年) 101頁。
- (50) これに対して、清水晴生「過剰防衛行為の一体性について(最決H21. 2. 24の分析)」白鷗ロー3号(2009年) 415頁以下は、「意思の連続性という恣意的で明確性を欠く基準により『全体の考察』の曖昧な適用を許すことは不当であり、罪刑法定主義にも反し、被告人に理由なき実体法上の不利益を与えるものにほかならない」として、もっぱら客観的要素を基準とすべきとする。
- (51) 高橋・前掲注(17) 346頁。
- (52) 高橋・前掲注(17) 348頁。
- (53) 西原春夫『犯罪実行行為論』(成文堂、1998年) 158頁。
- (54) 西原・前掲注(53) 159頁。
- (55) 中森・前掲注(28) 225頁以下。同趣旨のものとして中空壽雅「実行着手後の心神喪失・心神耗弱といわゆる『同時存在の原則』」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻』(成文堂、1998年) 261頁。
- (56) 中森・前掲注(28) 226頁以下。同「原因において自由な行為(下)」法セミ397号(1988年) 83頁も参照。
- (57) 小野晃正『承継的責任無能力』と実行行為の個数について(二・完) 阪法62巻2号(2012年) 242頁以下も参照。
- (58) 仲道・前掲注(42) 183頁。
- (59) 福田平ほか編『刑法(4)各論Ⅱ』(有斐閣、1977年) 47頁〔高窪貞人〕。長島敦『刑法判例研究』(大学書房、1966年) 367頁以下、藤木英雄『新版刑法演習講座』(立花書房、1970年) 404頁以下、板倉宏『刑法各論』(勁草書房、2004年) 112頁も参照。
- (60) Günther Jakobs, Zur Kritik der Fassung des Raubstatbestands, in: Festschrift

- für Eser, 2005, S. 328. Jakobs の見解を支持するものとして、森永真綱「強盗罪における反抗抑圧後の領得意思——新たな暴行・脅迫必要説の批判的検討」甲法51巻3号（2011年）452頁以下。
- (61) Tatjana Hörnle, Wider das Dogma vom Finalzusammenhang bei Raub und Nötigung, in: Festschrift für Puppe, 2011, S. 1153.
- (62) 西原春夫＝野村稔「暴行・脅迫後に財物奪取の意思を生じた場合と強盗罪の成否」判タ329号（1976年）22頁。
- (63) 曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）130頁。
- (64) 例えば、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）221頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）269頁。
- (65) 芥川正洋「強盗罪における暴行・脅迫と財物奪取の意思——『新たな暴行・脅迫必要説』の再検討——」早研143号（2012年）18頁。
- (66) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 549.
- (67) Welzel, a. a. O. (Anm. 66), S. 551.
- (68) 星川道人「共同行為を意図することについて」行為論研究2号（2011年）63頁。
- (69) 関与者らの命題的態度（例えば、意図）の相互依存性という観点から共同行為を特徴付ける見解に対しては、例えば、古田徹也「共同行為の構成条件」哲学63号（2012年）269頁以下が、「行為には非意図的なものも数多く存在する」のであって、「共同行為という概念の分析を意図的なものみに局限することは、この概念の射程を実際よりも著しく狭めることになる」と批判し、共同行為は「行為」の相互依存性により定義されると主張する。
- (70) 片岡雅知「共同行為の説明に関する個人主義」哲学・科学史論叢15号（2013年）87頁。
- (71) 杉本一敏「意思連絡について」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）224頁以下。
- (72) ①は、例えば、対立する兵士による戦闘の場合であっても、相互に他者の行為を予測しながら行為する点で相互応答的であるといえるから充足される。しかし、この場合、②および③が欠けるためSCAは成立しない（Michael E. Bratman, Faces of Intention, 1999, p. 95）。
- (73) 片岡雅知「マイケル・ブラットマンの共同行為論」哲学・人間学論叢5号（2014年）57頁は、Bratmanの共同行為論において、②が認められつつ③が否定されることは基本的にはあり得ないとして、③は②に還元されると指摘する。

- (74) Bratman, *supra* note 72, pp. 93-95.
- (75) 古田徹也『共同行為』とは何か——ブラットマンの定義の批判的検討を通して——」行為論研究2号(2011年)13頁参照。
- (76) Bratman, *supra* note 72, pp. 100-103.
- (77) Bratmanはその後の論稿(Michael E. Bratman, Shared Agency, in: C. Mantzavinos (ed.), *Philosophy of the Social Sciences*, 2009, pp. 52-55)において共有意図の成立要件に新たな要件を加えているが、本稿ではその点には触れない(古田・前掲注(75)14頁以下、片岡・前掲注(73)53頁以下参照)。
- (78) 共同行為(特に共有意図)を説明する中で用いる「我々が～すること」が既に共同行為を意味するのであれば、その説明は循環論法に陥ることになるため、Bratmanは、そこでいう「～する」を、共同行為でない複数行為も含む共同中立的な(cooperatively neutral)行為と解している(Bratman, *supra* note 72, pp. 96-98)。本稿ではこの点に深入りすることもしない(片岡・前掲注(70)93頁以下、同・前掲注(73)50頁参照)。
- (79) 片岡・前掲注(70)94頁以下。
- (80) 杉本・前掲注(71)224頁。
- (81) 大判大正11年2月25日刑集1巻79頁。
- (82) 例えば、大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣、2008年)291頁、福田平『全訂刑法総論[第5版]』(有斐閣、2011年)273頁注1、大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂、2012年)409頁、川端博『刑法総論講義[第3版]』(成文堂、2013年)557頁、板倉宏「共謀共同正犯」同監修『現代の判例と刑法理論の展開』(八千代出版、2014年)163頁以下、十河太郎「共謀の射程と共同正犯関係の解消」同法377号(2015年)394頁。
- (83) エルヴィン・グロホラ(清水敏允=小田章訳)『組織理論入門』(文眞堂、1989年)29頁以下。
- (84) 谷口和弘『組織の実学——個人と企業の共進化』(NTT出版、2008年)88頁。
- (85) 山口裕幸=高橋潔=芳賀繁=竹村和久『経営とワークライフに生かそう!産業・組織心理学』(有斐閣、2006年)38頁。
- (86) 山口ほか・前掲注(85)38頁以下。
- (87) 山口ほか・前掲注(85)39頁以下。
- (88) 仲道・前掲注(42)184頁。
- (89) 仲道・前掲注(42)185頁。



- (90) 仲道・前掲注(42) 185頁。
- (91) Friedrich Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 153.
- (92) BGHSt 6, 248 [249]; BGHSt 24, 286 [288].
- (93) Georg Küpper, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), S. 301. 共同所為決意の機能は共同正犯者の統一性を基礎付ける点にあるのであって、それによってはじめて所為の共同性は成立しうるとする Andreas Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 2009, S. 127も参照。
- (94) Ingeborg Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS 2007, S. 236.
- (95) Wilfried Küper, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 53 f.
- (96) Dencker, a. a. O. (Anm. 91), S. 157.
- (97) Dencker, a. a. O. (Anm. 91), S. 160.
- (98) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（2・完）——共同正犯論序説——」法協121巻10号（2004年）191頁。
- (99) 大塚裕史「過失犯の共同正犯の成立範囲——明石花火大会歩道橋副所長事件を契機として——」神戸62巻1・2号（2012年）19頁以下。
- (100) 大塚・前掲注(99) 20頁。
- (101) 嶋矢・前掲注(98) 191頁。
- (102) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）158頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）276頁以下、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）330頁。
- (103) 島田・前掲注(3) 465頁。同「共謀共同正犯論の現状と課題」『理論刑法学の探求③』（成文堂、2010年）59頁、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志『注釈刑法第1巻総論 §§1～72』（有斐閣、2010年）853頁〔島田聡一郎〕も参照。
- (104) 共同実行を「相互促進性」により基礎付ける大塚は、「故意犯の共同正犯において、一般に、共謀がその成立要件とされるのは、相互的意思連絡に基づく共謀が存在しない限り相互促進性を認めることができないからである」としているが、過失犯の場合は「危険行為の共同遂行について意思の連絡がなくても相互促進性を認め得る場合がある」としている（大塚・前掲注(99) 20頁以下）。しかし、過失犯の場合に意思連絡なき相互促進性の余地を肯定しつつ、故意犯の場合にそれを否定する理由はないと思われる。

- (105) Heiko H. Lesch, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), S. 281.
- (106) Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 292.
- (107) Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 282.
- (108) Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 282 f.
- (109) Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 283.
- (110) Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 283 f.
- (111) Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 284 f.
- (112) Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 285.
- (113) 最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁。
- (114) BGHSt 37, 106.
- (115) 金子博「過失犯の共同正犯について——『共同性』の規定を中心に——」立命326号(2009年)129頁以下。
- (116) 金子・前掲注(115)143頁以下。
- (117) 金子・前掲注(115)187頁以下。
- (118) 金子・前掲注(115)131頁。なお、金子は、過失犯および不作為犯を念頭に自説を展開しており、同じ議論が故意作為犯の場合にも妥当するのかは明らかでないが、「故意犯と過失犯における共同性の統一化にとどまらず、さらに、作為犯と不作為犯における帰責の統一化に伴い、客観的帰属に基づく『規範的共同性』の構築へと至ることになる」(金子博「不作為犯の共同正犯(2・完)」立命347号(2013年)182頁)と述べていることから、故意作為犯にも妥当するものと思われる。
- (119) 我が国において規範的共同性を支持するものとして、松生光正「共同正犯の構造について」法政76巻4号(2010年)232頁以下、松宮孝明「『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について」立命338号(2011年)172頁。
- (120) 金子・前掲注(118)198頁注309。
- (121) 金子・前掲注(118)194頁。Vgl. auch Lesch, a. a. O. (Anm. 105), S. 283.
- (122) 例えば、最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁。この問題をめぐる判例理論については前田達明=原田剛『共同不法行為法論』(成文堂、2012年)22頁以下参照。
- (123) 例えば、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1937年)194頁。
- (124) 津地四日市支判昭和47年7月24日判時672号30頁。

- (125) 大阪地判平成3年3月29日判時1383号22頁。
- (126) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2009年）3頁以下参照。
- (127) 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）205頁以下。最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁も参照。
- (128) そのような共同不法行為法の議論においても、共同性の要件として「（各自が）他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思」という主観的要素を要求する見解（主観的共同説）が主張されていることは注目に値する（前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）292頁）。
- (129) 刑法の機能については、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）10頁以下参照。
- (130) 松生・前掲注（119）233頁参照。
- (131) 刑法上の唯一の例外が同時傷害の特例（刑法207条）である。
- (132) 例えば、団藤・前掲注（102）382頁以下、曾根・前掲注（129）558頁。
- (133) 例えば、島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教55号（2000年）53頁、十河太郎「共犯従属性概念の再構成（二・完）」同法303号（2005年）179頁。
- (134) 金子・前掲注（115）144頁以下。
- (135) これに対して、松生・前掲注（117）233頁は、規範的共同性の議論を支持しつつも、「規範的次元においても質の区別はなしうる」として正犯と共犯の質的差異を肯定している。
- (136) 金子・前掲注（115）151頁。
- (137) 荒木・前掲注（39）328頁。
- (138) 荒木・前掲注（39）334頁。
- (139) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）234頁。
- (140) 西原の見解を共同意思主体説と区別し、共同意思関係説と名付けるものとして、関哲夫「共謀共同正犯『正犯性』・『共犯性』に関する一考察（2）——『共同意思関係説』の検討——」国土館42号（2009年）26頁以下。
- (141) 西原春夫『刑法総論改訂準備版（下巻）』（成文堂、1993年）375頁。
- (142) 西原・前掲注（141）383頁。

