

早稲田大学博士論文概要書

共同正犯の基本構造
——共犯論序説——

伊藤嘉亮

1. 本稿の目的・構成

(1) 目的

我が国の刑法典は、複数人が共働して犯罪を遂行する最広義の共犯について、直接正犯、間接正犯、共同正犯（刑法 60 条）、教唆犯（刑法 61 条）、幫助犯（刑法 62 条）に区別する共犯体系を採用する。この中にあって、共同正犯は、正犯としての性格（広義の正犯）と共犯としての性格（広義の共犯）の両者を併せ持つ特殊な関与類型であるため、刑法 60 条の解釈論は、その特殊性が故のエニグマに直面することになる。つまり、刑法 60 条は、被告人が犯罪の一部のみを担当し、その他の部分については自己答責的な共犯者に委ねることを典型的に予定しており、この点では刑法 61 条および同 62 条と共通しているにもかかわらず、その全体につき正犯としての刑事責任を認めるものであって、刑法 60 条が予定する事実と矛盾するようにも見えるその法的効果「一部行為の全部“正犯”責任」を如何に正当化するかが問われるわけである。

しかし、学説においては、現在に至るまで、刑法 60 条の法的効果の実体を明らかにした上で、それを要件論に反映させた学説は見当たらない。また、実務においては、共同正犯の認定の際に考慮される「多様な要素」が具体的に列挙されているが、それらが共同正犯の成否に対して具体的にどう影響するのか、また何故にそうした影響を及ぼしうるのかは明らかになっていない。つまるところ、我が国の共同正犯論は、「共同正犯を認定するための間接事実」と「共同正犯が成立した場合の法的効果」を指摘するにとどまり、両者を繋ぎ合わせる“途中式”を明らかにしないまま放置しているのである。しかし、これでは、共同正犯の認定の客観性・公平性を担保することはできないといえよう。

ここで問われる“途中式”は、「共同正犯の成立要件」と「成立要件と間接事実・法的効果との対応関係」から構成されるものと思われる。そこで、本稿では、まず、「成立要件」と「法的効果」の対応関係の解明を試みるべく、刑法 60 条の法的効果を正当化しうる要件を探求する（第 1、第 2、第 3、第 4 章）。次いで、これまでの分析結果を踏まえながら裁判例を概観することで、「間接事実」と「成立要件」の対応関係を検討する（終章）。以上の考察を通じて共同正犯の認定プロセスを言語化すること、これを本稿全体の目的とする。

(2) 構成

第 1 章では、因果性拡張機能について検討する。ここでは、まず、刑事政策的要請から因果性の範囲を拡張すべきことを直截に認めつつ、刑法 60 条による因果性の拡張の限界を画定し、関与者らになおも要求される因果性要件の意味を明らかにするため、侵害行為主義の観点からこの問題を考える（第 1 節）。次いで、「共同正犯の未遂」に検討を加え、計画上行われる予定に過ぎなかった“行為”を基礎に共同正犯の成否を検討する立場（計画志向型正犯論）を批判しつつ、現実に行われた行為のみを基礎に据える立場（現実志向型正犯論）の妥当性を主張することで、（刑法 60 条を通じて拡張された形ではあっても）因果性を要求することの意義を再確認する（第 2 節）。

第2章では、正犯性拡張機能について検討する。現在の通説は、共同正犯は実行行為（の少なくとも一部）を行う必要はなく、「重要な役割」を担当すれば足りると解している。しかし、この概念がどのように定義されるのかは必ずしも明らかでない。そこで、まず、この概念に一定の定義を与えるために「付加的共同正犯」と呼ばれる事例群を素材に考察を進めることにする。この事例群の場合に共同正犯が成立することにはほぼ異論はないが、その理論的根拠（「重要な役割」の存否）を見てみると、この事例群が刑法60条の予定する典型例ではなく、むしろその外延に位置づけられるものであることが分かる。それゆえ、「重要な役割」の輪廓を探る上では格好の素材であると思われる（第1節）。次に、「重要な役割」に関する本稿の（第1節で実行共同正犯を念頭に検討した）定義が共謀共同正犯にも妥当しうるかを検討する。本稿は、結論として共謀共同正犯における「重要な役割」の実体を心理的拘束力に求めるものであるが、そうすると、自己答責的な共犯者の心理を犯罪遂行に向けて拘束しうる根拠を提示しなければならないことになる。それゆえ、心理的拘束力の発生メカニズムの解明を試みるべく、ドイツにおける「組織的権力機構に基づく間接正犯」の議論を参照する（第2節）。

第3章では、刑法60条の結合機能に鑑みて、行為と行為の客観的結合関係（客観的共同性）の根拠と限界を考察していく。まず、その予備的考察として、同一人物における複数行為の結合根拠を問う「一連の行為」論を概観・分析し、複数行為が一つの共同行為を形成する最低限の条件を析出する。この点、判例・学説は「一連の行為」の必要条件として「同一の意思」を要求しているが、このままでは共同正犯論に応用できないため、更なる分析を試みる（第1節）。次いで、複数人の複数行為の結合関係を問う刑法60条の特殊性を踏まえ、前節で析出した客観的共同性の条件が共同正犯の場合にも妥当しうるかを再検討した上で、更に、「規範的共同性」の議論から示唆を得つつ、共同行為の範囲から狭義の共犯の行為を排除できないかを試みる（第2節）。

刑法60条の3つの機能に則して検討してきた以上の考察では、（判例・通説が従前から必要条件の一つとして要求してきた）相互的な意思連絡の必要性は基礎づけられなかった。そこで、第4章では、従来の学説が意思連絡にどのような役割を与えてきたのか、あるいは意思連絡を如何なる意味において必要と解してきたのかを分析する（第1節）。次に、従来の「重要な役割」概念によっては結果との関係での正犯性を肯定することはできても、共犯者が担当した行為に関する正犯性は基礎づけられないことを指摘し、他者関係的正犯性を別途検討するべきと説いた上で、それとの関係で意思連絡が要求されないかを検討する。これに加えて、共同正犯が典型的に単独犯よりも劣る役割しか果たしていないにもかかわらず、犯罪全体について単独犯と同等（またはそれ以上）の処罰が予定されていることに着目し、その不足分を補填する要素として共同行為全体が高度な危険性を具備しなければならないと主張した上で、意思連絡がそのような危険性を担保するものとして要求されないかを検討する（第2節）。第4章は、その全体を通じて、人と人の結合関係（主観的共同性）を問うものである。

最後に、終章で、以上の考察を総括し、①因果性、②重要な役割、③客観的共同性、④主観的共同性、⑤故意を共同正犯の成立要件として提示する（第1節）。しかし、これだけでは「成立要件」と「結論」の対応関係を明らかにしたに過ぎず、本稿全体の目的との関係ではその半分を達成したに過ぎない。そこで、次に、裁判例の中で考慮されてきた多様な間接事実を分類・整理した上で、それらが上述の成立要件の成否にどう影響するのかを検討し、「間接事実」と「成立要件」の対応関係の解析を試みる。そして、最後に、間接事実が実際の裁判例の中でどのような組み合わせで現れ、そのことが如何なる結論を導いているのかを概観・分析することで、共同正犯の認定方法の更なる具体化を試みる（第2節）。

2. 各章の帰結

(1) 第1章（因果性拡張機能）

(i) 第1節（因果性の必要性）

共同正犯の成立が認められるべき事例の中には個別行為に条件関係を認め得ないものもある。それゆえ、単独犯の場合に必要な因果関係（条件関係）を共同正犯における個々の行為にも要求するとなると、刑法60条は適切な事例処理を担保できなくなり、その意義を失うことになる。それゆえ、刑法60条は、その機能を通じて、因果性の範囲を拡張するものと解される（刑事政策的要請）。しかし、因果性を——何らかの形で——拡張することに合理的理由が認められるとしても、刑法60条による因果性の拡張にも自ずと限界はある。処罰の最低限の条件として個々の行為に因果性を要求する侵害行為主義が憲法原理である以上、因果性を成立要件から完全に排除することは憲法に矛盾するものといえる。そのような機能を刑法60条に付与することは不可能と解さざるを得ない。したがって、刑法60条の機能としては、因果性の範囲を促進関係にまで拡張するのがその限界である（侵害行為主義の遵守）。かくして、共同正犯の第1の要件として、条件関係または刑法60条を通じて拡張された促進関係が個別行為に認められなければならない。

因果関係論は、現実には生じた先行事実とその後に生じた他の後行事実の関係を問うものである。そして、刑法60条が要求する促進関係も因果関係の一種である以上、因果経過の起点となる先行事実を必要とする。それゆえ、関与者らが実際に行った行為のみが問責対象行為として選定されることになり、他方で、計画上は行われる予定であったが実際には行われなかった“行為”は、現実の発生結果と促進関係を有することはないから、たとえ当該計画の実現にとって重要であるはずだったとしても、それを基礎に共同正犯を肯定することはできない（現実志向型正犯論）。

(ii) 第2節（評価対象の確定）

共同正犯の未遂をめぐっては、刑法60条が直接的には他の共同者が行った行為（およびそれが惹起した結果）についても正犯責任を認める規定であることから、全体的解決説が支持されるべきである。しかし、全体的解決説を採用するにあたっては、あくまでも未遂結果が生じるまでに関与者らが実際に行った行為のみを基準に共同正犯の成否を考えるべ

きであって、ドイツの通説のように実際には行われることのなかった計画上の“行為”を基礎にしてはならないことに留意する必要がある。

以上のように、刑事政策的要請の実現と侵害行為主義の遵守を基礎とする因果性（要件①）は、因果性が認められる行為のみを問責対象行為として画定し、因果性を有さない“行為”を以後の検討から排除する役割を有しているといえる。

（２）第２章（正犯性拡張機能）

（i）第１節（重要な役割（抽象的定義））

共同正犯が成立するには、次に、構成要件該当事実と（促進関係を含む）因果性を有する行為が「重要な役割」を担うものでなければならない。重要な役割（要件②）が共同正犯成立の必要条件であるならば、強盗罪の遂行にあたって一方が暴行・脅迫を、他方が財物奪取を担当するような分担型の事例のみならず、関与者らがそれぞれ実行行為を行う付加型の事例群においても重要な役割を見出す必要がある。

この点、重要な役割の有無を事後判断により検討しようとする、いわゆる付加的共同正犯と呼ばれる事例に重要な役割を認めることができなくなる。応報の観点から重要な役割を考えるのであれば、その有無は事後判断により検討されることになるが、応報は因果関係を検討する場面で既に充足されている。したがって、ここでは一般予防に依拠すべきであって、それゆえに重要な役割は事前判断により検討されることになる。なお、事前判断を行う際の基準点は実行行為時に求めるべきである。正犯を一次的責任類型、共犯を二次的責任類型と解する正犯・共犯体系を前提にする以上、共犯行為が行われただけで実行行為（正犯行為）が未だ遂行されていない段階では、刑法が当該事象に介入する契機としては不十分だからである。共同正犯においても、実行行為以外の行為で関与する場合には、それだけでは刑法が介入する契機としては十分でないといえる。

また、構成要件の実現の阻止を目的とする刑法が構成要件（の一部）を直接実現する行為の抑止に最大の関心を有するのは当然であるから、実行行為（の一部）を行った者を共同正犯とする形式的客観説はその出発点においては正しいが、それだけでは共同正犯の成立範囲を限定し過ぎてしまう。それゆえ、刑法 60 条は、実行行為そのものではないが、実行行為と同程度に抑止する必要がある行為にまで正犯性の範囲を拡張するものと解さなければならない。

以上のことから、第 2 の成立要件である重要な役割は、「一般予防の観点から実行行為（狭義の正犯行為）と同程度に喫緊の抑止対象として評価される危険性」と定義される。すなわち、重要な役割（要件②）は、問題となる行為の創出した——事前判断に基づく——危険を実行行為の時点において排除することが直接的な法益保護に資すると考えられ、その点で他の行為と同等であって、それゆえに当該行為者を正犯者として処罰することが比例原則の観点から正当化されうる場合に肯定されることになる。

（ii）第 2 節（共謀共同正犯における重要な役割（心理的拘束力））

重要な役割（要件②）が上述のように定義される以上、これは、実行行為そのものを担当する場合、あるいは実行行為に時間的・場所的に近接する行為を担当する場合に肯定されやすいといえる。しかし、実行行為との時間的・場所的な近接性は、重要な役割（要件②）の絶対条件ではなく、共謀段階でのみ関与する者がこの要件を充足することも可能である（共謀共同正犯）。というのも、彼が、自らの関与を通じて直接実行者を心理的に拘束しているといえる場合であれば、彼の行為は実行行為と同程度に喫緊の抑止対象になると考えられるからである。

共謀共同正犯の成否が問題になる場面においても、あくまでも個々の関与者の処罰が問われるわけだから、彼自身の行為の性質を検討しなければならない。しかし、この問題を考えるにあたっては、彼の行為が構成員間の相互作用を伴う組織・集団を背景に行われており、それに由来する特殊な性質を帯びうることも看過してはならない。直接実行者が自己答責的である場合、刑法規範が違法行為を実行しないよう直接実行者に対して要請する。他方で、集団・組織犯罪の場合、集団・組織は、その内部で妥当する集団規範を通じて違法行為を実行するよう直接実行者に対して要請する。集団規範の集団圧力は、集団の凝集性や制裁の存在によりその強度を増すことで、刑法規範による禁圧を凌駕する場合がある。そして、集団規範が刑法規範を凌駕する場合、直接実行者は、その違法行為をもはや彼の一存では中止し得なくなっており、いわば自動的に遂行することになる。これが心理的拘束力の実体である。以上のように理解された心理的拘束力は、強固な組織を背景にする場合や関与者間に上下関係が認められる場合（いわゆる支配型の共謀共同正犯）の方が認めやすいとはいえる。しかし、組織性を備えるに至っていない集団においても、あるいは関与者らが対等な関係にある場合においても（いわゆる対等型の共謀共同正犯）、正犯性を肯定しうるだけの心理的拘束力が生じる余地はある。

（3）第3章（客観的共同性）および第4章（主観的共同性）

共同正犯の成立要件としては、更に、共同性が要求される。これは、行為と行為の結合関係を意味する客観的共同性（要件③）と人と人の結合関係を意味する主観的共同性（要件④）に区分できる。

（i）客観的共同性

複数の行為が一つの共同行為を形成するには、まず、それらの行為が一つの意思を実現するものでなければならない（「意思実現」要件）。次いで、それらの行為がそれぞれの役割（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・方法を構築する必要がある（「相互調整」要件）。この要件により、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、相互に関係づけられた一個の行為であることが基礎づけられる。また、共同行為は刑法規範により一括して禁止されるものであって、一つの共同行為の中に刑法による禁止の態様・強度に違いのある複数行為を混在させるわけにはいかないため、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。したがって、共同行為は、重要な役割を担う行為同士により形成されることになる（規範的共同性＝「重要な役割」要件）。

（ii）主観的共同性（他者関係的正犯性と類型的に高度な危険）

共同正犯は、直接的には他の共同者が遂行した行為についても正犯としての責任を問われる（他者関係的正犯性）。共謀共同正犯の場合は心理的拘束力の存在により他者関係的正犯性も同時に肯定されることになる。しかし、共同正犯には他の共同者に対する心理的拘束力が認められない事例もあるため、他者関係的正犯性は、他の共同者の心理を拘束するには至らない程度の心理的影響力でも肯定されうると解さざるを得ない。重要な役割（要件②）が一次的に正犯性を基礎づけるのに対して、他者関係的正犯性は副次的なものであることから、こうした解釈も許容されると思われる。（例えば、Bの行為に関するAの）他者関係的正犯性は、Aが客観的共同性（要件③）の下位基準（意思実現、相互調整、重要な役割（要件②））を充足していることをBに認識させ、その上でBに行為を遂行させる場合に肯定される。そうした場合であれば、BはAのために（も）その行為を行ったといえ、Aの存在がBの犯行動機の重要部分（の一つ）になったと評価できるからである。つまり、他者関係的正犯性は、関与者らが客観的共同性をそれぞれの心理に反映させ、それを主観的に共有することによって成立するものといえる。

共同正犯の果たす役割は——類型的に——犯罪全体との関係では単独犯より劣るといわざるを得ない。それにもかかわらず単独犯と異なる刑罰が予定されていることから、共同正犯における共同行為は——単独犯が創出する危険を凌駕するだけの——類型的に高度な危険（犯罪実現の蓋然性）を有するものでなければならない。この点、確かに、関与者らが意思連絡をしていなくても、彼らの間に相互調整（連携）が生じ、一定程度の危険増加が認められる場合はありうる。しかし、意思連絡が存在しない場合、彼らの協働関係は不確定要素を伴わざるを得ず、また、相互に拮抗し合うことすらある。これでは刑法60条が類型的に予定する高度な危険の創出を認めることはできない。相互的な意思連絡があるからこそ、関与者らの間に高度な連携が生まれ、高度な危険の創出が担保されるのである。

以上のように、共同正犯は、客観的共同性（要件③）を認定するのに十分な相互調整（連携）関係（行為と行為の客観的な結合関係）以上の密接な人的結合関係（人と人の主観的な結合関係）を要求する関与類型である。なお、共同正犯における意思連絡の必要性をめぐり対立する不要説と必要説は、前者が（例外の存在を一切許容しない）意思連絡の「論理的な必要性」を否定するのに対して、後者は共同正犯の各要件が意思連絡なしに充足されうること認めつつも、（例外の存在を許容する）意思連絡の「類型的な必要性」を要求するものであり、両者の主張は必ずしも対立するものではない。主観的共同性を担保するために意思連絡の類型的な必要性を認める立場からは、片面的共同正犯は、刑法60条が予定しない関与類型としてその射程から排除されることになる。

(4) 終章

(i) 「成立要件」と「間接事実」

「間接事実」と「成立要件」の対応関係に関する分析結果は以下の通りである。

共同正犯の因果性（要件①）は、個々の行為と構成要件該当事実との事実的なつながり（事実的因果性（条件関係または促進関係）の存否）を確認し、次いで、法的観点からその相当性（相当因果性の存否）を確認することで認定される。前者の存否は、Ⅰ「行為の内容・役割」、Ⅱ「他の共犯者との人的関係」、およびⅢ「犯意・情報の共有」により認定される。被告人が単に共犯者に同行したに過ぎないような場合、あるいは共犯者らによる謀議に参加していなかったり、そこでの決定に反対していたような場合、裁判所は、事実的因果性の不存の心証を得ることになる。他方で、共犯者間に既に緊密な人間関係が形成されている場合、明示の意思連絡に頼らずとも他の共犯者に心理的影響を及ぼすことが可能・容易になる。しかし、たとえ事実的因果性が肯定されるとしても、共犯者が当初予定していた犯罪と同一性の認められない犯行を行うことは異常な事態であって、当該犯行に対する相当因果性が否定される。相当性の存否は、Ⅴ「犯罪の同一性」の有無・程度により判断されることになる。

重要な役割（要件②）の存否は、まず、Ⅰ「行為の内容・役割」により判断される。被告人が実行行為の全部または一部、もしくは実行行為の成否に直結するその他の行為のいずれかを遂行した場合、その存在により重要な役割（要件②）が肯定される。これらに該当しない場合、その他の間接事実も併せ考慮し、他の共犯者に対する心理的拘束力が被告人に認められないかを検討することになるが、心理的拘束力の有無・程度を認定するには、Ⅰ「行為の内容・役割」、Ⅱ「他の共犯者との人的関係」、Ⅲ「犯意・情報の共有」、Ⅳ「犯罪との関わり方」、Ⅴ「犯罪の同一性」のいずれも考慮しなければならない。

客観的共同性は、重要な役割（要件②）の充足を前提にするため、重要な役割（要件②）の存否に係る間接事実は、客観的共同性の存否にも影響を及ぼすことになる。また、被告人が客観的共同性の下位基準である意思実現と相互調整を充足するには、他の共犯者の行為態様をある程度具体的に認識しておく必要がある。したがって、被告人が明示的な意思連絡に参加せず、意思連絡の頻度も少なく、犯行の全体像や具体的内容を知らされていない場合、意思実現と相互調整の成立に消極的に作用する。これに加え、共犯者が当初の予定から逸脱する行為を行う場合、被告人が当該逸脱行為を通じて自らの意思を実現することも、それに合わせて自身の行為を調整することも難しくなる。したがって、Ⅲ「犯意・情報の共有」およびⅤ「犯罪の同一性」は、客観的共同性における意思実現と相互調整を認定するための間接事実でもあると解される。

他者関係的正犯性を肯定するには、被告人が他の共犯者の動機形成に強い影響を及ぼしうる重要な存在でなければならない。その前提として、まず、被告人に重要な役割（要件②）が認められる必要があるから、その存否に関する間接事実はここでも考慮される。また、他者関係的正犯性においては、被告人の役割の他の共犯者の立場からの評価が問われ

るため、組織・集団における被告人の地位も考慮される必要がある。これに加え、被告人の地位を推測させる情報共有の有無・程度もここで考慮される。たとえ被告人が重要な役割（要件②）を充足するとしても、被告人の動機・関与が消極的であって、共犯者の指示に従って受動的に行動するだけの場合、共犯者らは被告人を重要視していないと推測できる。また、共犯者が当初の予定から逸脱する行為を行う場合にも、その逸脱行為が被告人のために行われたものでないことが推測される。

共同行為の高度な危険性は、被告人らが円滑に連携しながら共働することを前提にする。被告人らの高度な連携は、一方で、犯罪を遂行する確固たる仕組みが構築されている場合や緊密な意思連絡を頻繁に行い、犯罪計画の詳細を共有している場合には肯定されやすく、他方で、被告人らの人間関係が未形成・未成熟であり、また、意思連絡も不十分である場合には否定されやすくなる。共犯者が当初の予定から逸脱する行為を行う場合にも、高度な連携に基づく共働関係を認定することは困難になる。

（ii）残された課題

本稿は、これまで提示してきた諸概念の推敲を必要とするだけでなく、共同正犯の基本類型に射程を限定したものであって、共犯論全体を対象にはしていない。共犯論の研究としては多くの課題を残しており、「混迷極まる暗黒の章」とすら称されたことのある共犯論に一筋の光明をもたらすには到底及ばないものであるが、共犯論全体の包括的な解明については他日を期することにする。