

早稲田大学審査学位論文（博士）

共同正犯の基本構造
——共犯論序説——

伊藤嘉亮

【目次】

序章	1
第1節 目的	2
第1款 学説の状況	2
第2款 実務の状況	3
第3款 本稿の目的	4
第2節 構成	5
第1款 本稿の射程	5
第2款 本稿の構成	5
第1章 因果性拡張機能	8
第1節 因果性の必要性	10
第1款 はじめに	10
第2款 共同正犯と因果関係	11
第3款 共同正犯と行為主義	20
第4款 本節の結論（因果関係修正説の意義）	24
第2節 評価対象の確定——共同正犯の未遂を素材に——	27
第1款 はじめに	27
第2款 全体的解決説と個別的解決説	28
第3款 計画志向型正犯論と現実志向型正犯論	31
第4款 現実志向型正犯論の展開	36
第5款 本章の結論	40
第2章 正犯性拡張機能	41
第1節 重要な役割の定義	44
第1款 問題の所在	44
第2款 付加的共同正犯否定説	48
第3款 事後判断に基づく重要な役割	60
第4款 私見の展開（事前判断に基づく重要な役割）	73
第5款 本節の結論	90
第2節 共謀共同正犯の構造	92

第1款	問題の所在	92
第2款	従来の共謀共同正犯肯定説	93
第3款	組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐるドイツの議論	98
第4款	集団圧力の実体	117
第5款	本節の結論	123
第3章 結合機能（客観的共同性）		126
第1節	客観的共同性の予備的考察	128
第1款	共同正犯の結合機能	128
第2款	「一連の行為」の基準としての「意思の同一性」	130
第2節	共同正犯における複数行為の結合根拠	145
第1款	複数人による複数行為の結合	145
第2款	規範的共同性	154
第3款	規範的評価による共同行為の限定	160
第4款	結論	163
第4章 意思連絡の要否と役割（主観的共同性）		166
第1節	意思連絡の論理的必要性と類型的必要性	168
第1款	はじめに	168
第2款	因果性と意思連絡	171
第3款	正犯性と意思連絡	174
第4款	共同性と意思連絡	184
第2節	他者関係的正犯性と類型的に高度な危険性	191
第1款	他者関係的正犯性	191
第2款	類型的に高度な危険	195
第3款	結論	202
終章		205
第1節	共同正犯の成立要件	206
第1款	共同正犯における因果性	206
第2款	共同正犯における正犯性	207
第3款	共同正犯における共同性	209
第4款	まとめ	212

第2節 共同正犯の認定.....	215
第1款 共同正犯認定のための間接事実.....	215
第2款 裁判例の検討.....	234
第3節 結語.....	253
第1款 本稿の結論.....	253
第2款 暗黒の章としての共犯論.....	254

【細目次】

序章	1
第1節 目的	2
第1款 学説の状況	2
第2款 実務の状況	3
第3款 本稿の目的	4
第2節 構成	5
第1款 本稿の射程	5
第2款 本稿の構成	5
第1項 「一部行為の全部“正犯”責任」の実体	5
第2項 各章の内容	6
第1章 因果性拡張機能	8
第1節 因果性の必要性	10
第1款 はじめに	10
第2款 共同正犯と因果関係	11
第1項 因果関係要求説	11
(1) 概要	11
(2) 検討	12
第2項 因果関係不要説	13
(1) ドイツにおける因果関係不要説の概要	13
(2) 日本における因果関係不要説の概要	15
(3) 検討	17
第3項 因果関係修正説	19
(1) 概要	19
(2) 小括	20
第3款 共同正犯と行為主義	20
第1項 行為主義の意義	20
第2項 罪刑法定主義と責任主義の規範的根拠	21
第3項 憲法原理としての侵害行為主義	23
(1) 侵害行為主義の規範的根拠	23
(2) 小括	24

第4款 本節の結論（因果関係修正説の意義）	24
第1項 促進関係と危険増加	24
第2項 促進関係の意義	25
（1）促進関係の「起点」としての行為	25
（2）共同正犯の未遂	26
第2節 評価対象の確定——共同正犯の未遂を素材に——	27
第1款 はじめに	27
第2款 全体的解決説と個別的解決説	28
第1項 全体的解決説	28
第2項 個別的解決説	29
第3項 共同正犯の構造	30
第3款 計画志向型正犯論と現実志向型正犯論	31
第1項 全体的解決説のアプローチ	31
（1）共同正犯における消極的行為支配	31
（2）消極的行為支配の対象	33
第2項 個別的解決説のアプローチ	34
第3項 小括	35
第4款 現実志向型正犯論の展開	36
第1項 全体的解決説と計画志向型正犯論の関係	36
第2項 計画志向型正犯論の問題点	36
（1）正犯性・共犯性の対象	36
（2）行為主義との関係	37
（3）主観説への接近	38
第3項 現実志向型正犯論に基づく全体的解決説	39
（1）現実志向型の全体的解決説	39
（2）共同正犯成立の可能性	39
第5款 本章の結論	40
第2章 正犯性拡張機能	41
第1節 重要な役割の定義	44
第1款 問題の所在	44
第1項 共同正犯の「成立要件」としての重要な役割	44
第2項 重要な役割の「実体」	45
第3項 検討素材としての付加的共同正犯	47
第2款 付加的共同正犯否定説	48

第1項 Rotsch および Becker の見解	48
(1) Thomas Rotsch の見解	48
(i) 共同正犯の客観的成立要件	48
(ii) 択一的共同正犯	49
(iii) 付加的共同正犯	50
(2) Christian Becker の見解	50
(i) 機能的行為支配説の問題点	50
(ii) 形式的客観説とその帰結	51
(3) 検討	52
第2項 Wolfgang Schild の見解	53
(1) 帰属の根拠としての行為プログラム	53
(2) 結果発生のための道具	54
(3) 共同正犯の行為プログラム	54
(4) 付加的共同正犯および択一的共同正犯	54
(5) 検討	55
第3項 Ulrich Stein の見解	57
(1) 正犯・共犯の区別基準としての行為規範	57
(2) 共同正犯行為規範	57
(3) 付加的共同正犯および択一的共同正犯	58
(4) 検討	59
第4項 小括	60
第3款 事後判断に基づく重要な役割	60
第1項 「重要な因果的寄与」に正犯性を求める見解	60
(1) 概要	60
(2) 付加的共同正犯の処理	62
(3) 検討	62
第2項 嶋矢貴之の見解	64
(1) 成立要件としての共同性と重大な寄与	64
(2) 付加的共同正犯の処理	65
(3) 検討	66
第3項 Lenard Wengenroth の見解	70
(1) 考察対象	70
(2) 事後判断の必要性	70
(3) 所為寄与の同等性	70
(4) 付加的共同正犯の処理	71
(5) 検討	71

第4項 小括	73
第4款 私見の展開（事前判断に基づく重要な役割）	73
第1項 第2款および第3款の総括	73
第2項 正犯・共犯論と事前判断	75
（1）事前判断の妥当性	75
（2）正犯・共犯論の出発点	76
第3項 危険性と同等性	78
（1）Claus Roxin の見解——危険性について——	78
（2）Rolf Dietrich Herzberg の見解——同等性について——	78
（3）Christoph Knauer と René Bloy の見解——同等な危険性——	79
第4項 （共同）正犯と（狭義の）共犯の構造分析・比較	81
（1）犯罪実現の確率	81
（2）犯罪計画にとっての重要性	81
（3）刑法にとっての重要性	82
（i）各行為を阻止できた場合に期待される効果	82
（ii）判断時点としての実行行為段階	82
（iii）実行行為段階における危険性の内実	84
（4）比例原則による限定	85
（i）刑法の限定原理としての比例原則	85
（ii）「正犯としての処罰」と「共犯としての処罰」	87
（iii）比例原則からの帰結	88
（5）各事例の帰結	88
第5款 本節の結論	90
第2節 共謀共同正犯の構造	92
第1款 問題の所在	92
第2款 従来の共謀共同正犯肯定説	93
第1項 集団主義に基づく見解——共同意思主体説——	93
第2項 個人主義に基づく見解	94
（1）強い心理的因果性に着目する見解	94
（2）直接実行者の意思の支配に着目する見解	94
（i）目的的行為支配説	94
（ii）間接正犯類似説	95
（iii）優越支配説	96
（iv）問題点	96
第3項 小括——個人主義と集団主義の止揚——	97
第3款 組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐるドイツの議論	98

第1項	共謀共同正犯への応用可能性	98
第2項	組織的権力機構に基づく間接正犯論の展開	100
(1)	Roxin の見解——代替性に基づく組織の支配——	100
(i)	概要	100
(ii)	検討	100
(2)	F.-C. Schroeder の見解——直接実行者の所為決意——	103
(i)	概要	103
(ii)	検討	104
(3)	BGH の立場	105
(4)	議論のまとめ	107
第3項	強要による間接正犯への還元を試みる見解	108
(1)	M.-K. Meyer の見解	108
(2)	Schulz の見解	109
(3)	検討	109
第4項	M. Heinrich の見解——組織特有の犯行傾向——	110
(1)	議論の出発点：直接実行者の心理的障壁に関する瑕疵	110
(2)	組織的権力機構への適用	111
(3)	検討	111
第5項	Schlösser の見解——社会的行為支配——	112
(1)	「社会的支配」概念の概要	112
(2)	社会的支配の具体的基準	113
(3)	検討	113
第6項	近時の Roxin 説における「実行者の著しく高められた犯行傾向」要件	114
(1)	「実行者の著しく高められた犯行傾向」要件	114
(2)	検討	114
第7項	小括	115
(1)	背後者の正犯性の根拠	115
(2)	集団と組織	116
第4款	集団圧力の実体	117
第1項	川端博の見解	117
第2項	Steckermeier の見解——拡張された行為支配——	118
(1)	議論の出発点：答責原理と平等原則	118
(2)	相互行為帰属の根拠としての拡張された行為支配	119
(3)	検討	120
第3項	背後者の正犯性と集団圧力	121
(1)	集団圧力の下位基準	121

(2) 正犯性の基準.....	121
(i) 集団圧力の強度.....	121
(ii) 背後者と集団規範（集団圧力）の関係.....	122
第5款 本節の結論.....	123
第1項 議論のまとめ.....	123
(1) 共謀共同正犯論の出発点.....	123
(2) 正犯・共犯論における評価対象.....	124
(3) 刑法規範と集団規範の対抗関係.....	124
(4) 正犯性の根拠としての集団圧力.....	124
第2項 残された課題.....	124
第3章 結合機能（客観的共同性）.....	126
第1節 客観的共同性の予備的考察.....	128
第1款 共同正犯の結合機能.....	128
第1項 結合機能の意義.....	128
第2項 本章の検討素材.....	129
第2款 「一連の行為」の基準としての「意思の同一性」.....	130
第1項 「一連の行為」をめぐる裁判例.....	130
(1) 実行行為／結果帰属.....	130
(i) 裁判例〔1〕：東京高判平成13年2月20日（ベランダ転落死事件）.....	130
(ii) 裁判例〔2〕：最決平成16年3月22日（クロロホルム事件）.....	130
(iii) 裁判例〔3〕：最決平成17年7月4日（シャクティ治療事件）.....	131
(2) 過剰防衛.....	131
(i) 裁判例〔4〕：最判平成9年6月16日.....	132
(ii) 裁判例〔5〕：最決平成20年6月25日決定.....	132
(iii) 裁判例〔6〕：最決平成21年2月24日.....	132
(3) 原因において自由な行為.....	133
(i) 裁判例〔7〕：大阪高判昭和56年9月30日.....	133
(ii) 裁判例〔8〕：東京高判昭和54年5月15日.....	133
(iii) 裁判例〔9〕：長崎地判平成4年1月14日.....	133
(4) 判例理論の分析.....	134
第2項 「一連の行為」をめぐる学説.....	136
(1) 実行行為／結果帰属.....	136
(i) 行為意思の個数に着目する見解.....	136
(ii) 同一の意思による阻害性排除に着目する見解.....	137

(2) 過剰防衛	138
(3) 原因において自由な行為	139
(i) 例外モデル (結果行為説)	139
(ii) 実行の着手後に責任能力が低下した場合の処理	140
第3項 小括と考察	140
(1) 「意思実現」要件	140
(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——	141
(3) 議論のまとめ	144
第2節 共同正犯における複数行為の結合根拠	145
第1款 複数人による複数行為の結合	145
第1項 「意思実現」要件について	145
(1) Hans Welzel における共同正犯論	145
(2) 「相互的な」意思実現の要否	145
第2項 「相互調整」要件について	146
(1) 分析哲学における共同行為論	146
(i) Michael E. Bratman の共有された共同行為	146
(ii) 相互調整の意義	148
(2) 組織論における分業と調整	148
(3) 刑法における相互調整	149
(i) 計画理論・共同行為論の共犯論への応用	149
(ii) ドイツ刑法における同一の意思・計画の意義	150
(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	151
第3項 小括と考察	152
(1) 共同行為の要件——「意思実現」と「相互調整」——	152
(2) 意思連絡の意義	152
(3) 「規範的共同性」の議論の参照	154
第2款 規範的共同性	154
第1項 Heiko H. Lesch における客観的共同性	154
第2項 金子博における規範的共同性	156
第3項 考察	157
(1) 調整関係の相互性の必要性	157
(2) 事実的要素の必要性	158
第3款 規範的評価による共同行為の限定	160
第1項 共同行為の成立範囲	160
第2項 規範的観点の重要性	161

(1) 規範的問題としての正犯・共犯論	161
(2) 「規範的共同性」論からの示唆	161
第3項 規範的関心の分水嶺	162
(1) 「一連の行為」論からの示唆	162
(2) 正犯・共犯論における規範的関心	162
(3) 共同正犯における正犯行為	163
第4款 結論	163
第1項 本章の帰結	163
第2項 残された課題	164
第4章 意思連絡の要否と役割（主観的共同性）	166
第1節 意思連絡の論理的必要性和類型的必要性	168
第1款 はじめに	168
第1項 共同正犯における意思連絡	168
(1) 問題の所在	168
(2) 本章の構成および目的	170
第2項 意思連絡と合意	171
第2款 因果性と意思連絡	171
第1項 必要条件としての心理的因果性	171
(1) 町野朔の見解	171
(2) 石井徹哉の見解	172
第2項 心理的因果性と意思連絡	173
(1) 意思連絡の必要性	173
(2) 小括	174
第3款 正犯性と意思連絡	174
第1項 相互利用・補充関係	174
(1) 概要	174
(2) 意思連絡の要否	176
(i) 従来理解	176
(ii) 検討	176
第2項 機能的行為支配	178
(1) 機能的行為支配の前提としての分業	178
(2) 検討	179
(i) 計画に基づく機能的行為支配	179
(ii) 意思連絡との関係	179
第3項 心理的拘束	181

(1) 杉本一敏の見解	181
(2) Steckermeier の見解.....	181
(3) 検討	182
(i) 必要条件としての心理的拘束.....	182
(ii) 意思連絡との関係.....	183
第4項 小括	184
第4款 共同性と意思連絡.....	184
第1項 共同行為——行為の共同性——	184
(1) 意思連絡に基づく共同行為	184
(2) 検討	185
第2項 共同意思主体説——人的結合——	186
(1) 共同「実行行為」と意思連絡.....	186
(2) 検討	187
第3項 犯罪共同説——故意の共同——	188
(1) 犯罪共同説における実行行為の一個性	188
(i) 実行行為の一個性と意思連絡.....	188
(ii) 検討.....	189
(2) 共同正犯の類型性.....	189
第2節 他者関係的正犯性と類型的に高度な危険性.....	191
第1款 他者関係的正犯性.....	191
第1項 相互委任説 (Haas および Renzikowski の見解)	191
(1) Haas の見解.....	191
(2) Renzikowski の見解.....	192
第2項 Ingelfinger の見解.....	192
第3項 検討	193
(1) 議論のまとめ.....	193
(2) 意思連絡の役割	193
第2款 類型的に高度な危険	195
第1項 これまでの分析のまとめ	195
第2項 共同正犯の類型性	196
(1) 類型的特徴	196
(2) 類型的に高度な危険	196
第3項 高度な危険の実体	198
(1) 我が国の議論.....	198
(i) 共同意思主体説	198
(ii) 内海朋子の見解	198

(2) ドイツの議論.....	200
第4項 意思連絡に基づく危険.....	200
(1) 意思連絡なき連携.....	200
(2) 意思連絡の役割——類型的に高度な危険の創出——.....	201
第3款 結論.....	202
第1項 本章の結論.....	202
(1) 意思連絡の「類型的な必要性」.....	202
(2) 意思連絡の役割.....	202
(3) 主観的共同性.....	202
第2項 片面的共同正犯の成否.....	203
第3項 残された課題.....	203
終章.....	205
第1節 共同正犯の成立要件.....	206
第1款 共同正犯における因果性.....	206
第1項 修正された因果性の必要性.....	206
第2項 問責対象行為の画定.....	206
第2款 共同正犯における正犯性.....	207
第1項 重要な役割（抽象的定義）.....	207
第2項 共謀共同正犯における重要な役割（心理的拘束力）.....	208
第3款 共同正犯における共同性.....	209
第1項 客観的共同性.....	209
第2項 主観的共同性.....	210
(1) 他者関係的正犯性.....	210
(2) 意思連絡に基づく類型的に高度な危険性.....	211
(3) 片面的共同正犯の成否.....	211
第4款 まとめ.....	212
第1項 本稿の結論.....	212
第2項 従来の見解との比較.....	213
第3項 次節の検討課題.....	213
第2節 共同正犯の認定.....	215
第1款 共同正犯認定のための間接事実.....	215
第1項 行為の内容・役割.....	215
(1) 重要な役割（要件②）との関係.....	215
(i) 実行行為の全部または一部.....	215

(ii) 実行行為の成否に直結するその他の行為.....	216
(iii) 心理的拘束力の間接事実としての行為.....	218
(2) 客観的共同性(要件③)と主観的共同性(要件④)との関係.....	220
第2項 他の共犯者との人的関係.....	220
(1) 重要な役割(要件②)との関係.....	221
(2) 客観的共同性(要件③)と主観的共同性(要件④)との関係.....	221
第3項 犯意・情報の共有.....	223
(1) 概説.....	223
(2) 重要な役割(要件②)との関係.....	224
(3) 客観的共同性(要件③)と主観的共同性(要件④)との関係.....	224
第4項 犯罪との関わり方.....	225
(1) 概説.....	225
(2) 重要な役割(要件②)との関係.....	226
(3) 客観的共同性(要件③)と主観的共同性(要件④)との関係.....	227
第5項 補論：因果性(要件①)に関する間接事実.....	228
(1) 概説.....	228
(2) 因果性認定の間接事実.....	229
(3) 他の成立要件との関係.....	231
第6項 小括.....	231
(1) 因果性(要件①)の間接事実.....	231
(2) 重要な役割(要件②)の間接事実.....	232
(3) 客観的共同性(要件③)の間接事実.....	233
(4) 主観的共同性(要件④)の間接事実.....	233
(5) 故意(要件⑤)の間接事実.....	234
第2款 裁判例の検討.....	234
第1項 共同正犯の成否(総説).....	234
(1) 共同正犯の成立が肯定された裁判例.....	234
(i) 裁判例〔1-31〕：盛岡地判平成26年9月24日.....	234
(ii) 裁判例〔5-6〕：高松高判平成12年7月18日.....	235
(iii) 裁判例〔1-12〕：東京高判平成6年9月16日.....	235
(iv) 裁判例〔1-18〕：広島地判平成15年3月24日.....	236
(v) 裁判例〔2-3〕：東京高判平成20年7月10日.....	237
(vi) 裁判例〔3-15〕：福岡高判平成28年5月11日.....	238
(vii) 裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日.....	238
(viii) 裁判例〔7-7〕：最決昭和57年7月16日.....	238
(ix) 裁判例〔8-5〕：最決平成15年5月1日.....	239

(2) 共同正犯の成立が否定された裁判例.....	240
(i) 裁判例〔1-19〕：仙台高判平成15年7月8日.....	240
(ii) 裁判例〔1-27〕：広島高判平成21年4月30日.....	241
(iii) 裁判例〔3-6〕：仙台高判昭和59年12月6日.....	241
(iv) 裁判例〔5-2〕：東京高判昭和57年12月21日.....	242
第2項 特殊事例.....	243
(1) 共犯過剰.....	243
(i) 裁判例〔1-5〕：最決昭和54年4月13日.....	243
(ii) 裁判例〔1-13〕：最判平成6年12月6日.....	244
(iii) 裁判例〔7-10〕：大阪高判昭和63年7月26日.....	245
(2) 共犯関係からの離脱.....	246
(i) 裁判例〔1-10〕：大阪地判平成2年4月24日.....	246
(ii) 裁判例〔1-17〕：名古屋高判平成14年8月29日.....	246
(3) 実行行為を行う幫助犯.....	247
(i) 裁判例〔5-5〕：大阪高判平成8年9月17日.....	247
(ii) 裁判例〔7-5〕：大津地判昭和53年12月26日.....	248
(iii) 裁判例〔9-6〕：東京高判昭和50年2月4日.....	248
(4) 間接正犯と（共謀）共同正犯.....	249
(i) 裁判例〔4-17〕：最決平成13年10月25日.....	250
(ii) 裁判例〔3-5〕：最決昭和58年9月21日.....	250
第3節 結語.....	253
第1款 本稿の結論.....	253
第2款 暗黒の章としての共犯論.....	254
事例集（第1章 因果性拡張機能）.....	9
事例集（第2章 正犯性拡張機能）.....	42
事例集（第3章 結合機能（客観的共同性）.....	127
事例集（第4章 意思連絡の要否と役割（主観的共同性）.....	167
資料：裁判例（一覧）.....	256
資料：裁判例（事案・判旨）.....	261
参考文献.....	353

序章

第1節 目的

第1款 学説の状況

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）の 5 つの関与類型に区別する共犯体系を採用する。この中であって、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。そして、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」⁽¹⁾を如何に正当化するかが問われるわけである⁽²⁾。共同正犯の成立要件を構想するにあたっては、結局のところ、如何なる場合にそうした法的効果の発動が許容されるのかを考えるべきことになる。

学説は、従来、「共同実行の事実」（客観的要件）と「共同実行の意思」（主観的要件）を共同正犯の成立要件と解してきた⁽³⁾。しかし、この立場においては、共同実行の意味内容やその下位基準が明らかでないだけでなく、実際には共犯者が行った部分について正犯として責任を問う理由も不明である。たとえそこに「相互利用・補充関係」⁽⁴⁾を加味したとしても、共犯者らが相互に利用・補充し合う関係は正犯と狭義の共犯の間にも形成されるものであるため、共同正犯に固有の相互利用・補充関係を解明しない限り、これも有効な視座たり得ないと思われる⁽⁵⁾。他方、現在の通説は、共同正犯と狭義の共犯を「重要な役割」⁽⁶⁾の有無により区別している。狭義の共犯よりも重い罪責を基礎づける必要がある以上、共同正犯の必要条件として重要な役割を要求することは確かに理解できる。しかし、これ

⁽¹⁾ 「一部行為の全部責任」とされるのが通例であるが、それでは部分的な行為にもかかわらず犯罪事実全体について刑事責任を問われるという意味で狭義の共犯にも妥当することになる。共同正犯の法的効果の特殊性は、全体について“正犯”として責任を問われる点にあるのだから、「一部行為の全部“正犯”責任」と表現する方が適当であろう。

⁽²⁾ もちろん、「共同正犯を単独正犯と同じ意味で正犯としつつ、なお、『一部行為の全部責任』の法理を正当化することはできないといわねばならない」（西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010 年）43 頁）。しかし、たとえそうだとした場合、共同正犯が単独正犯とは異なる意味でなお正犯として犯罪全体について関与していることを論証すべきことが否定されるわけではない。

⁽³⁾ 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀『大コンメンタール刑法第 5 卷〔第 2 版〕』（青林書院、1999 年）130 頁〔村上光鵬〕。

⁽⁴⁾ 例えば、大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』（成文堂、2012 年）409 頁。

⁽⁵⁾ René Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 429.

⁽⁶⁾ 西田・前掲注（2）51 頁。

が「一部行為の全部“正犯”責任」を課するための必要十分条件であるかは定かでない。共同正犯の成否が問題になる事例においては、関与者らが単独では構成要件該当事実（実行行為や因果関係）を充足しない場合があるため、関与者らの複数行為が結合して一個の共同行為を形成し、この行為が構成要件を充足すると考える必要がある。従来の学説が要求してきた共同実行はこの点を意識したものであったのかもしれない。これに対して、現在の通説（「重要な役割」説）は、以上の視点を欠くものといえよう。以上のように、刑法 60 条の法的効果の実体を明らかにした上で、それを要件論に十分反映させた学説は現在に至るまで見当たらないといえる。

第 2 款 実務の状況

これに対して、我が国の裁判実務は、自己の犯罪か否か（または正犯意思の有無）を基準に共同正犯の成否を判断している⁷⁾。しかしながら、自己の犯罪という概念は、共同正犯の成否を検討するための基準（成立要件）というよりも、「共同正犯が成立する」という最終的な結論を換言したものであるように思われる。というのも、犯罪全体について正犯として責任を問われる（「一部行為の全部“正犯”責任」）からこそ、当該犯罪を自己の犯罪と評価し得るからである。そうすると、しかし、刑法 60 条の法的効果を導く要件（共同正犯の成立要件）に関する実務の立場は提示されていないことになりそうである。

他方で、共同正犯の認定方法に関しては、その際に考慮される「多様な要素」⁸⁾が具体的に列挙されることもある。それらを総合判断することによって、当該犯罪が被告人の犯罪であるかを評価するわけである。確かに、そこで挙げられる要素が共同正犯の成否を認定する上で重要になることは否定できない。しかし、これらはあくまでも共同正犯を認定するための間接事実であり、成立要件そのものではないのであって、その存否から共同正犯の成否を直接導くことはできないはずである。また、これらの事情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は明らかでない。例えば、裁判例の中には、他人の利益のために実行しうること（他人のために行われる正犯の成立可能性）が条文上明記されている犯罪類型（例えば、強盗罪や詐欺罪）においてさえ、共同正犯を肯定するための根拠の一つとして自己の利益の存在を挙げるものもある⁹⁾。しかし、この利益という要素（間接事実）が共同正犯の成否（結論）に影響を及ぼしうる理由は、総合判断というベールで包み隠されており、何ら説明されていない。この点、間

⁷⁾ 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑雑 31 卷 3 号（1991 年）318 頁。

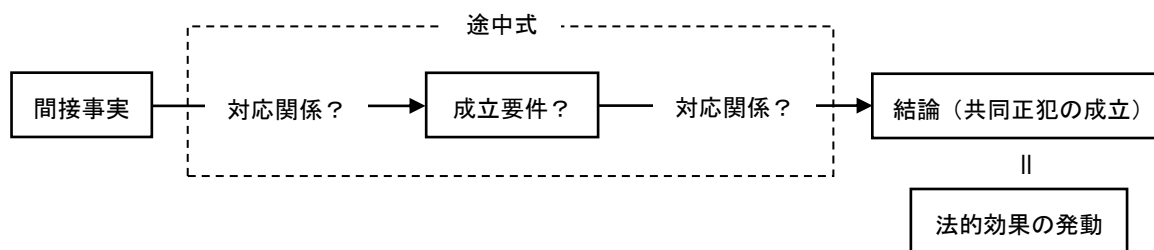
⁸⁾ 例えば、司法研修所『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009 年）58 頁以下は、①明示・黙示の意思の連絡の存在、その意思疎通の状況・程度、②被告人と実行行為者との関係（組織関係、上下関係、勧誘・被勧誘の別）、③実行行為以外の被告人の具体的役割（犯行過程の一部分担、激励・待機・見張り、方法教示・道具貸与・資金提供、犯行隠蔽・実行行為者からの事後報告・実行行為後の行為への参加）、④犯行動機（利得の有無・額・割合、法益侵害そのものへの積極性、実行行為者への義理立て）といった事情を挙げる。

⁹⁾ 例えば、富山地判平成 5 年 7 月 15 日判時 1516 号 169 頁を参照。

接事実から結論を直接導くことはできないとすると、両者の間には、結論に影響を及ぼしうる形に間接事実を変換するためのいわば“途中式”が存在するものと推測できるが、実務においては、この“途中式”がブラックボックスと化してしまっているのである。

こうした状況の下では、裁判所は、被告人が刑法 60 条の適用を受けるべき関与者であるかを間主観的に認定することはできないはずだし、(学説の立場から) 裁判所の認定を事後的に検証する手段もないことになる。これでは、しかし、現状⁽¹⁰⁾の是非を問うことは叶わず、国家権力の濫用から犯罪行為者、ひいては国民一般の権利・自由を保障すべき刑法⁽¹¹⁾は機能不全に陥ることになる。

第 3 款 本稿の目的



その存在が推測される“途中式”の中核は、つまるところ、共同正犯の成立要件にほかならない。多様な間接事実から共同正犯の成立要件を判断するからこそ、共同正犯の成否（結論）を導くことが可能になるわけである。ここでは、更に、そうした判断の前提として、間接事実と成立要件の対応関係も解明しておく必要がある。例えば、前述の利益という要素が成立要件のいずれに作用するのか、如何なる態様で作用するのか、そもそもその根拠は何なのかを検討しておかなければ、ブラックボックスを解析したとはいえないからである。また、そもそもの大前提であるところの、結論（共同正犯の成立＝「一部行為の全部“正犯”責任」の発動）に対応する成立要件の定立すら十分でないことは前述の通りであるから、この点も改めて検討しておかなければならない。

⁽¹⁰⁾ 広義の共犯の成否が問題になる事案のほとんどは刑法 60 条により処理されており、この点を捉え、実務による刑法 60 条以下の運用は統一的正犯体系へと接近していると指摘されることもある（松澤伸「共犯と正犯の区別について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上巻』（成文堂、2014 年）822 頁）。しかし、起訴便宜主義を採用する我が国の刑事訴訟を前提にすると、広義の共犯の成立が疑われる者のうち、さほど重要ではないとされる関与者は起訴・不起訴の段階で刑事手続から排除されており、そこに狭義の共犯の多くが含まれていると推測することも十分可能である（「司法統計年報には、その性質上、起訴裁量により起訴されるに至らなかった犯罪現象については把握できないという限界がある」と留意する亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂、2005 年）6 頁を参照。）。したがって、裁判所の結論のみをもってして、統一的正犯体系へ接近していると結論づけるのは早計であると思われる。

⁽¹¹⁾ 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016 年）16 頁。

そこで、本稿では、まず、「成立要件」と「結論」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ことにする（第 1、第 2、第 3、第 4 章）。次いで、そこ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。

第 2 節 構成

第 1 款 本稿の射程

本稿は、あくまでも共同正犯を認定するための基本ルール¹¹の定立を試みるものであるから、刑法 60 条の適用の可否以外も併せて考慮する必要のある問題（例えば、過失犯、不作為犯、身分犯、違法性阻却事由など）は考察の対象外とする。また、共同正犯の本質を解明するには、本来、それと隣接する狭義の正犯（直接正犯と間接正犯）および狭義の共犯（教唆犯と幫助犯）との異同を意識しながら検討する必要があるが、ひとまず、実務上最も重要な関与類型である共同正犯にその射程を限定することにする。共同正犯の基本類型とはやや性質を異にする事例群（例えば、承継的共同正犯、共謀の射程（共犯過剰）、共謀からの離脱など）についても、若干の言及・検討にとどめる。

以上のように、本稿は、共犯論全体の包括的な研究ではなく、共犯論序説として共同正犯の基本構造の解明を試みるものである。

第 2 款 本稿の構成

第 1 項 「一部行為の全部“正犯”責任」の実体

共同正犯の成立要件を精査するには、その前提として、刑法 60 条の法的効果「一部行為の全部“正犯”責任」の意味を確認しておかなければならない。

共同正犯が成立する場合、関与者は、直接的には共犯者が実行した部分についても正犯として処罰されることになる。ここからは、刑法 60 条が①因果性、②正犯性、③共同性の 3 つに作用していることが見て取れる。まず、複数人が共働する事例においては、個々の関与者が単独犯の場合に要求される因果関係（条件関係）を充足しないとしても、彼らは刑法 60 条を通じて構成要件該当事実全体について処罰される（①因果性拡張機能）¹²。次いで、関与者と構成要件該当事実の間に自己答責的な共犯者が介入する場合、通常、その共犯者こそが当該事実について正犯としての責任を問われ、背後に位置する関与者の正犯性は否定されるが、刑法 60 条が適用される場合はこの限りでない。刑法 60 条は、その機能

¹² 例えば、A と B が共謀の上で被害者に向けて同時に発砲したところ、A の銃弾のみが被害者に命中して被害者が死亡した場合、B の行為と結果（被害者の死亡）の間に条件関係は認められない。

として、正犯の成立範囲を拡張しているといえる（②正犯性拡張機能）⁽¹³⁾。最後に、共同正犯が問題になる事例の中には、それぞれの行為を個別に見る限り、構成要件の充足が認められない場合も含まれるため、それらを結合させた共同行為を観念する必要が出てくるわけである（③結合機能）⁽¹⁴⁾。

しかし、たとえ刑法 60 条に処罰範囲を拡張する機能が認められるとしても、刑法 60 条による因果性および正犯性の拡張には自ずと限界があるのであって、無制限にそれらを拡張しうるわけではない。刑法 60 条による拡張の限界を見定めながら、被告人の因果性および正犯性を基礎づけるためになおも要求される要件が何であるのかを検討しなければならない。また、刑法 60 条が規定されているからといって、関与者らの複数行為を無条件に結合させうるわけでもない。複数行為が一個の共同行為を形成しうる必要条件を検討しておかなければならない。

第 2 項 各章の内容

そこで、本稿は、刑法 60 条の法的効果「一部行為の全部“正犯”責任」を以上のように①因果性拡張機能、②正犯性拡張機能、③結合機能に分けた上で、それぞれに対応する成立要件を検討することにする。

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、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」の輪郭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

⁽¹³⁾ 例えば、A が自己答責的な B に対して窃盗の遂行を指示・命令した場合であっても、共謀共同正犯を肯定する立場からは、A を「正犯」として処罰する余地はあることになる。

⁽¹⁴⁾ 例えば、A と B が強盗を共謀した上、A が暴行により被害者の反抗を抑圧し、その間に B が被害者の財物を奪取した場合、それぞれの行為を単独で見ると、強盗罪の実行行為を見出すことはできない。

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）。

第 1 章 因果性拡張機能

事例集（第 1 章 因果性拡張機能）

【事例①】	A と B は、X 殺害を共謀の上、それぞれが X に向けて同時にけん銃を発砲したところ、B の撃った銃弾は外れたが、A の撃った銃弾が X に命中し、X は死亡した。
【事例②】	A と B は、X 殺害を共謀の上、それぞれが X に対して同時に発砲したが、C もまた彼らとは関係なく（互いの存在を知らずに）X に向けてけん銃を発砲し、3 人の撃った銃弾のうちの 1 つが X に命中し、X は死亡した。しかし、誰の撃った銃弾が命中したのかは不明であった。
【事例③】	強盗を共謀した A と B は、前者が被害者に暴行を加えて反抗を抑圧し、後者が彼の財布を奪取した。
【事例④】	A と B は、X 殺害を共謀の上、それぞれが X に対して同時に発砲し、X はそのうちの 1 つにより死亡したが、どちらの撃った銃弾が命中したのかは明らかにならなかった。
【事例⑤】	X の殺害を共謀した A と B は、X がいつも同じ道を通るわけでないことを知っていたので、A が一方の道で、B が他方の道で X を待ち伏せすることにした。犯行当日、X は A が待ち伏せしている方の道を選んだため、A によって殺害された。
【事例⑥】	強盗を共謀した A と B は、A が被害者に暴行を加えて彼の反抗を抑圧した上で、B が彼の金品を奪取するという計画を立てた。しかし、A が被害者に対する暴行に着手した時点で両者が警官に逮捕されたため、強盗は未遂にとどまった。
【事例⑦】	強盗を共謀した A と B は、A が暴行および財物奪取を担当し、B は見張りをすることにした（第 1 計画）。被害者に対して A が暴行を加えた際、被害者の反撃によって A が負傷してしまったので、計画を変更し、財物奪取は B が担当することになった（第 2 計画）。しかし、計画を変更した時点で A と B は警官に逮捕され、強盗は未遂にとどまった。

第1節 因果性の必要性

第1款 はじめに

AがBにXの殺害を持ち掛け、それぞれがXに向けて同時にけん銃を発砲したところ、Bの撃った銃弾は外れたが、Aの撃った銃弾がXに命中し、それによってXが死亡した場合（【事例①】）、因果関係の通常理解（条件関係）によるならば、Bの行為とX死亡との間に因果関係が存在しないため、Bが殺人既遂罪で処罰されることはない。しかし、【事例①】のBは、共同正犯であることを理由に、つまりは刑法60条が適用されることによって、殺人既遂罪の罪責を負うものと解されている^①。刑法60条には因果関係を拡張する機能があるといえよう（因果性拡張機能）。

共同正犯の因果関係をめぐっては、各関与者の行為を合一して形成される共同行為と犯罪結果との間に因果関係（条件関係）が存在しなければならないという点について争いはない^②。【事例①】の場合、AとBの共同行為（Xに対する2回の発砲）と結果（Xの死亡）との間の因果関係は問題なく肯定される。これに対して、AとBが共謀の上でXに対して発砲したが、Cもまた彼らとは関係なく（互いの存在を知らずに）Xに向けてけん銃を撃ったところ、3人が撃った銃弾のうちの1つがXに命中し、Xは死亡したが、誰の撃った銃弾が命中したのかは不明であった場合（【事例②】）、AとBの共同行為と結果（X死亡）の間の因果関係を認定することはできない。【事例②】の場合、いかなる立場からもAとBに殺人既遂罪を認めることはできないといえる。

しかし、共同正犯とされる（べき）関与者（例えば、【事例①】におけるB）に既遂犯の成立を認めるためには、共同行為と結果との間に因果関係が存在すればそれで十分なのであろうか。この問いに対する回答としては、以下の3つが考えられよう。第一は、たとえ共同正犯が問題になる場面においても、単独正犯の場合に要求されるのと何ら異ならない因果関係（条件関係）が各人の個別行為と結果との間に存在しなければならない、とするものである（因果関係要求説）。この立場からは、【事例①】のBの行為と結果との間に因果関係（条件関係）が存在しない以上、Bは殺人既遂罪の共同正犯としては処罰されないことになる^③。他方で、この立場からも、強盗を共謀した上で、Aが被害者に暴行を加え、Bが彼の財布を奪取した場合（【事例③】）、Aの行為（暴行）もBの行為（財物奪取）も強盗の実現と因果関係（条件関係）を有しているため、両者とも強盗既遂罪の共同正犯として

^① 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）345頁。

^② 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署長事件を契機として—」神戸62巻1・2号（2012年）23頁。Vgl. auch Bernd Schünemann, in: LK 12. Aufl., 2007, § 25 Rn. 195; Daniel Häring, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005, S. 139.

^③ Christian Becker, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009, S. 167. 梅崎進哉＝宗岡嗣郎『刑法学原論』（成文堂、1998年）350頁も参照。

処罰されることになる⁽⁴⁾。第二に、個別行為と結果との間の因果関係は如何なる意味においても必要ない、とするものがある（因果関係不要説）。つまり、ある関与者が共同正犯の要件を充足するのであれば、刑法 60 条を通じて因果関係が補填される、と考えるのである。この見解によれば、【事例①】の場合においても、B が共同正犯の要件を充たしさえすれば、B は殺人既遂罪の共同正犯として処罰されることになる⁽⁵⁾。第三は、確かに単独犯の場合に要求されるものと同じ意味の因果関係（条件関係）が個別行為と結果との間に存在する必要はないが、修正された因果関係（促進関係）は要求される、とするものである（因果関係修正説）。この立場において、【事例①】の B は、共謀を形成する行為（話し合い）⁽⁶⁾を通じて、あるいはけん銃を発砲する行為⁽⁷⁾を通じて A の殺意を強化し、彼の行為を促進することで、結果（X 死亡）との間の心理的因果性が認められることになるために、殺人既遂罪の共同正犯として処罰されると解することになる。本節では、行為主義を手掛かりにすることで以上の問題の解決を試みる。

第2款 共同正犯と因果関係

第1項 因果関係要求説

（1）概要

共犯論の出発点は因果関係論である⁽⁸⁾。したがって、結果の共同惹起（Mitverursachung）はあらゆる刑事責任の基礎であり、不可欠のものである⁽⁹⁾。

ドイツでは、現在においても、こうした見解は有力に主張されている。例えば、Erich Samson は、構成要件的结果と（作為犯の場合には）行為者の特定の行為との間の因果関係はあらゆる帰属の最低限の要件であるとする⁽¹⁰⁾。Ingeborg Puppe も、また、共同正犯性は、共同正犯者が結果に対して因果的寄与をなしたことをその要件とするのであって⁽¹¹⁾、客観的構成要件の実現に対する所為寄与（Tatbeitrag）の因果性は不可欠の要件であるとする⁽¹²⁾。Andreas Hoyer も、ある関与者に他の関与者の所為寄与を帰属させうるためには、少なくとも、後者の所為寄与に対して前者が因果関係を有していなければならないと解しており⁽¹³⁾、個別行為の因果関係の不可欠性を主張している⁽¹⁴⁾。

⁽⁴⁾ Thomas Rotsch, „Gemeinsames Versagen“ – Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft, in: Festschrift für Puppe, 2011, S. 898 f.

⁽⁵⁾ Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft, 2001, S. 157 f.

⁽⁶⁾ 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）349頁。

⁽⁷⁾ 中義勝『講述犯罪総論』（有斐閣、1980年）242頁以下。

⁽⁸⁾ Edmund Mezger, *Strafrecht: Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1949, S. 411.

⁽⁹⁾ Mezger, a. a. O. (Anm. 8), S. 412.

⁽¹⁰⁾ Erich Samson, Anmerkung, StV 1996, S. 93.

⁽¹¹⁾ Ingeborg Puppe, Anmerkung, JR 1992, S. 32.

⁽¹²⁾ Ingeborg Puppe, Die Architektur der Beteiligungsformen, GA 2013, S. 524.

⁽¹³⁾ Andreas Hoyer, in: SK, 7. Aufl., 2000, § 25 Rn. 114.

⁽¹⁴⁾ 個別行為と結果との間の因果関係を要求する他の見解としては、Claus-Jürgen Gores,

因果関係要求説の論拠は以下の点に求めることができる。①因果関係は共同正犯の要件であって、法的効果ではない。つまり、ある関与者は共同正犯であることを理由に因果関係を有することになるのではなく、因果関係を有するが故に、そしてその限りで共同正犯になるのである⁽¹⁵⁾。②結果と因果関係のない所為寄与が、共同正犯の要件の一つである「所為寄与の重要性」を充足することはできない⁽¹⁶⁾。共同正犯が成立するには、所為寄与が構成要件の実現に対して因果性を有し、かつ、重要でなければならないのである⁽¹⁷⁾。③因果関係は狭義の共犯の最低限の要件でもあるのだから、それは正犯行為にとっても不可欠である⁽¹⁸⁾。④刑法における因果性は、伝統的に、刑事責任の最低限の要件としてその役割を果たしている⁽¹⁹⁾。刑事責任には因果性が必要であるというこの知見 (Erkenntnis) においては、2000 年以上の反省 (Nachdenken) の中で刑事責任を限定する要件の一つ、つまりは啓蒙的な刑法の要件の一つが獲得されたということが関係している。この知見は軽率に (leichtfertig) 放棄されるべきものではない⁽²⁰⁾。

(2) 検討

因果関係要求説が挙げる根拠はいずれも、(共犯論を含む) 犯罪論において、因果関係が他の何らかの事実によって補填され得ることはない程に重要であることを指摘するものである。確かに、近代刑法は、歴史的反省を通じて(侵害)行為主義や(行為)責任主義を刑法の基本原則として確立し、これらを犯罪論において具体化する試みの一つとして因果関係を要求したのであった。因果関係が果たすべき役割の重要性を指摘する点は傾聴すべきであるように思われる。

因果関係要求説には、しかし、看過し難い問題点も存在する。【事例①】のBが殺人既遂の共同正犯として処罰されるべきことについては多くの論者によって認められている。それにもかかわらず、因果関係要求説によると、前述のように、【事例①】のBの行為と結果(Xの死亡)との間に因果関係(条件関係)が存在しない以上、Bが殺人既遂の共同正犯として処罰されることはなく、殺人未遂が成立するに過ぎなくなってしまう。この問題に対して因果関係要求説は以下のように反論する。

Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982, S. 124; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2014, § 25 Rn. 11; Becker, a. a. O. (Anm. 3), S. 167; Marcus Marlie, Unrecht und Beteiligung, 2009, S. 171; Rotsch, a. a. O. (Anm. 4), S. 898.

⁽¹⁵⁾ Ingeborg Puppe, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, S. 131; dies, Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, § 2 Rn. 12; dies, a. a. O. (Anm. 12), S. 524. Vgl. auch Andreas Hoyer, Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996, S. 173.

⁽¹⁶⁾ Gores, a. a. O. (Anm. 14), S. 124; Hoyer, a. a. O. (Anm. 15), S. 173.

⁽¹⁷⁾ Rotsch, a. a. O. (Anm. 4), S. 898.

⁽¹⁸⁾ Hoyer, a. a. O. (Anm. 15), S. 173.

⁽¹⁹⁾ Marlie, a. a. O. (Anm. 14), S. 167.

⁽²⁰⁾ Rotsch, a. a. O. (Anm. 4), S. 897.

Christian Becker は、殺人未遂として処罰される場合、刑の減輕は任意 (fakultativ) に過ぎないのであるから、この帰結に刑事政策上の問題はないとする⁽²¹⁾。しかし、確かに未遂犯の法的効果は (日本においてもドイツにおいても) 任意的減輕ではあるが、被害者に銃弾を当てることのできなかつた B を、実際に被害者を殺害した場合と同程度の量刑によって処罰することは許されない。犯罪論の段階で否定された既遂を量刑の段階で考慮することは許されないはずである。Puppe は、原則的には各関与者の所為寄与の因果性を不可欠の要件と解しつつも、例外的に因果性要件が放棄されなければならない場合があることを認めている。すなわち、行為者の所為寄与が因果関係を有しうるか否かが彼にはコントロールしえない偶然に委ねられている場合 (【事例①】のような付加的共同正犯の場合)、その所為寄与が、事前判断により、結果に対して因果関係を有し得た、つまりは潜在的には因果関係を有していたとされれば、それによって共同正犯は成立すると解するのである⁽²²⁾。Puppe は、潜在的因果関係 (potentielle Kausalität) で十分とする根拠を、他の関与者の所為寄与の認識だけでなく、犯罪結果の惹起という共通の目的をも含む所為計画 (Tatplan) に求めている⁽²³⁾。しかし、ドイツの判例⁽²⁴⁾・通説⁽²⁵⁾に従って共同所為計画 (gemeinsamer Tatplan) を共同正犯の要件の一つと解するのであれば、そのような所為計画は、付加的共同正犯の場合だけでなく、共同正犯が認められる (べき) その他の事例においても存在するはずである。そうであるならば、各関与者の (事後判断に基づく) 因果関係を要求すべき事例は存在しないことになるが、それは、Puppe の出発点と矛盾するものであろう。

確かに、因果関係要求説が指摘するように、犯罪論 (および共犯論) における因果関係の意義を看過することは許されないが、因果関係要求説をそのままの形で支持することは難しいといえよう。

第2項 因果関係不要説

(1) ドイツにおける因果関係不要説の概要

個々の共同正犯者の寄与は必ずしも因果的である必要はない。共同正犯的寄与がその全体において結果に対して因果的であれば十分である⁽²⁶⁾。

因果関係不要説のこうした主張は、一般的に、共同正犯 (を定める規定) の機能を以下のように解することによって根拠づけられている。共同正犯者の個々の所為寄与の因果性が疑わしい場合に所為寄与を個々に分解しなくてもよいとする点、ここに共同正犯の最も

⁽²¹⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 3), S. 167.

⁽²²⁾ Ingeborg Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, in: Festschrift für Spinellis, 2001, S. 930 f.

⁽²³⁾ Ingeborg Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS 2007, S. 241.

⁽²⁴⁾ BGHSt 6, 248 [249]; StV 1998, 129 [129] = NStZ 1997, 336 [336].

⁽²⁵⁾ Statt vieler Claus Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn. 190.

⁽²⁶⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 25 Rn. 213.

重要な機能の一つがある⁽²⁷⁾。(共同正犯を定める)ドイツ刑法 25 条 2 項が因果的ではない所為寄与に基づく結果帰属をも認めているのであれば、この規範を適用する要件としては、ある行為の因果性は要求されないはずである⁽²⁸⁾。つまり、共同正犯がその法的効果として、個々の行為が有さない因果関係を補填すると解するのであれば、個々の行為の因果性は共同正犯の要件としては要求されないことになるのである。

しかし、ドイツ刑法 25 条 2 項に基づく共同正犯がこうした形で結果帰属を拡張しうるのは何故だろうか。因果関係不要説は、共同正犯にこのような機能を認めることのできる根拠を提示しなければならない⁽²⁹⁾。

⑤この点、Simone Kamm は、個々の所為寄与の原因性 (Ursächlichkeit) を放棄することの根拠をドイツ 25 条 2 項の帰属機能に求めつつ、複数人が協働する場合の特殊性、すなわち、いずれの所為寄与が構成要件的结果を惹起したのか明らかでない事例、あるいは関与者の一方がそれを惹起したことが明らかになったとしても、結果発生と因果関係を有さない所為寄与を行った他の関与者を不処罰とすることが是認できない事例が存在することに着目する。そして、もし個々の所為寄与の因果性が欠けることを理由に両事例をドイツ刑法 25 条 2 項の適用範囲から排除するのであれば、共同正犯からその本質が失われることになる、と主張するのである⁽³⁰⁾。共同正犯の帰属拡張機能を「刑事政策的要請」によって説明する見解であると言えよう。

⑥「共同正犯の本質ないし構造」から帰属拡張機能が説明されることもある。共同正犯の場合、各関与者が構成要件要素のすべてを自ら充足する必要はない⁽³¹⁾。共同正犯の所為寄与が単独正犯と同じように構成要件を充足しなければならないと解すると、共同正犯を定めるドイツ刑法 25 条 2 項が不要になってしまうからである⁽³²⁾。それゆえ、本来は単独正犯を想定している各則の構成要件を複数人が関与した事案に適合する形に拡張することは、共同正犯が内在的に有する性質なのである⁽³³⁾。そして、構成要件要素の一つである因果関係も、また、このことによって拡張される。すなわち、結果と因果関係を有する所為寄与を行った共同正犯者の行為が自らは因果関係を有しない所為寄与を行ったに過ぎない他の共同正犯者に帰属し、それによって後者は因果性の要件を充足することになる、という形で因果関係が拡張されるのである⁽³⁴⁾。

⑦共同正犯の本質から導かれる「判断時点の転換」によって、個別行為の因果性の放棄

⁽²⁷⁾ Rolf Dietrich Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S. 57; Werner Beulke/Gregor Bachmann, „Lederspray-Entscheidung“ – BGHSt 37, 106, JuS 1992, S. 743.

⁽²⁸⁾ René Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 375.

⁽²⁹⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 133.

⁽³⁰⁾ Simone Kamm, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 1999, S. 68.

⁽³¹⁾ Häring, a. a. O. (Anm. 2) S. 140.

⁽³²⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 146.

⁽³³⁾ Häring, a. a. O. (Anm. 2) S. 140.

⁽³⁴⁾ Frank Fad, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, 2005, S. 103 f.; Häring, a. a. O. (Anm. 2) S. 140 f.

が基礎づけられることもある。Erik Kraatzによると、共同正犯の本質は、各関与者の所為寄与の純客観的な補充・補填関係ではなく、一方の関与者が他方の関与者の協力を想定するところにある。つまり、前者は、この予期 (Erwartung) に基づいて 後者の行為を計画に組み込むわけだが、因果性の有無が行為後に生じた事実をもとに確認される (事後判断) のに対して、他者の行為を計画に組み込むことは構成要件的行為より前の時点でなされるのであって、その場合、他者の行為の有用性および必要性は事前判断によって検討されることになる。事後判断に基づく因果性の必要性は、事後判断から事前判断への転換によって放棄されるのである⁽³⁵⁾。Christoph Knauer の見解も同趣旨であろう。すなわち、Knauerによると、「所為の共同遂行 (das gemeinschaftliche Begehen einer Tat)」という文言から主観的要素 (共同所為計画) の必要性が導かれ、そして、ドイツ刑法 25 条 2 項の主観化 (Subjektivierung) (つまり、主観的要素の導入) によって、事後判断から事前判断 (個々の所為寄与が所為計画の観点からその成功にとって重要な役割をなしたといえるか否かという判断) への転換がなされるのである⁽³⁶⁾。そして、所為寄与の重要性については、共同所為計画の観点から——すなわち事前判断により——個々の所為寄与が不可欠なもの、あるいは結果発生の可能性を本質的に高めるものといえ⁽³⁷⁾、かつ、他の関与者の所為寄与と同等である場合に、その重要性が認められる (つまり、共同正犯が認められることによって、個別行為の因果性が他の関与者の行為および因果性によって補填・補充される) と主張するのである⁽³⁸⁾。

(2) 日本における因果関係不要説の概要

日本においても、古くから、各関与者の個別行為を合一して形成される共同行為と結果との間に因果関係があれば十分とする見解は主張されていた。例えば、小野清一郎は、共同正犯を構成要件の修正形式の一つと解することで、ある関与者の行為が結果発生に対して因果関係を有さない場合でも、他の関与者によって惹起された結果につき責任を負わな

⁽³⁵⁾ Erik Kraatz, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006, S. 235 f.

⁽³⁶⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 147 ff. und 158.

⁽³⁷⁾ 共同正犯においては、たとえ個別行為それ自体と結果との間に因果関係が存在しなくても、全体所為 (Gesamttat) が結果を惹起し、そして、当該個別行為がその全体所為の部分実現といえる場合には、たとえ個別行為と結果との間に因果関係がなくとも、それを担当した関与者は全体行為が惹起した結果全体について責任を負うことになるとして、「全体所為原理 (Haftungsprinzip Gesamttat)」を定立した Friedrich Dencker も、「全体計画 (Gesamtprojekt) が、複数の行為を結合することによって、関与者らの寄与の因果性が重疊的なものとなる現実的リスクを創出しうるがゆえに、全体所為原理は正当化される。このことが、個別行為の場合に基礎とされる帰属要件、すなわち各則の構成要件が意味するところの構成要件該当結果に対する当該個別行為の因果性からの解放を正当化するのである」(Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, S. 226) とする。Dencker も、法益侵害の危険性の増大という点に因果関係不要説の根拠を求めているといえよう。

⁽³⁸⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 152 ff.

ければならないとしていたし⁽³⁹⁾、牧野英一も、共同正犯においては、因果関係は共同してなされた行為を合一して原因力が論じられるため、【事例①】の場合であっても、AとBの両者につき因果関係は認められると述べていたのである⁽⁴⁰⁾。当時においては、しかし、個別行為と結果との間の因果関係を放棄することを可能とする根拠について議論が展開されることはなかった。それゆえ、近時の因果関係不要説がその根拠を提示しようと試みていることの意義は大きいと思われる。

ドイツにおける因果関係不要説と同様の見解は日本においても内海朋子によって主張されている。内海は、「人間はそのコミュニケーション能力を通じて全体行為計画の下で他者と共同して行為を遂行することが可能であり、そのような場合には結果の発生・不発生に関わる偶然性が減少し、法益侵害の危険（結果発生の確実度という意味での危険性）は個人で行動するときと比して増加する」、つまり、共同実行の場合は客観的にも主観的にも結果惹起の危険性が増加するという事実を出発点とする。そして、「複雑を極めるその相互的利用補充関係・心理的促進関係を逐一因果関係として具体的に証明していくことは容易ではない」ことを考慮して、「共同正犯の規定は、意思連絡を通じた共同行為の特殊性に鑑みて、因果関係判断に代えて、同一犯罪実現に向けての合意の存在、および共同実行の事実が証明されれば共同行為支配ゆえに各人に全体結果の帰責を認めるものである」と解するのである⁽⁴¹⁾。この見解においては、Kammが指摘する刑事政策的要請(5)、およびKnauerの（事前判断に基づく）危険増加によって因果性を代替する理論(7)の両者が見て取れるように思われる。

⑧金子博は、「規範的共同性説」の立場から個別行為の因果性を不要と解する。金子によると、「広義の共犯は、規範的な意味において、各関与者の答責領域が結合され、その結合された答責領域から構成要件該当結果が発生したかどうかにより、規定される。つまり、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ない義務があったにもかかわらず、保障人的地位として防止策を怠り、構成要件該当結果をさせた場合が、共同犯罪となる。その意味で、共同性（共同行為）とは、各行為者に客観的に帰属可能な集団的義務違反に基づく関係を表現したものである⁽⁴²⁾。それゆえ、「共同行為は、他者の犯罪でもあるが、自己の犯罪でもある⁽⁴³⁾」⁽⁴³⁾のである。共同性の根拠は「自他ともに協力して構成要

⁽³⁹⁾ 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953年）270頁、同『新訂刑法講義總論〔増補版〕』（有斐閣、1950年）206頁。

⁽⁴⁰⁾ 牧野英一『刑法總論下巻〔全訂版〕』（有斐閣、1959年）678頁。なお、島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」『神山先生古稀祝賀論文集第一巻』（成文堂、2006年）466頁は、こうした主張を「共犯の因果性と、仮定的条件関係＝結果回避可能性とを区別していなかった古い時代の議論である」と評している。町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性」『刑事法学の現代的状況（内藤謙先生古稀祝賀）』（有斐閣、1994年）128頁も参照。

⁽⁴¹⁾ 内海朋子『過失共同正犯について』（2013年、成文堂）134頁以下。

⁽⁴²⁾ 金子博「過失犯の共同正犯について」立命館326号（2009年）167頁。

⁽⁴³⁾ 金子・前掲注（42）166頁。

件該当結果を防止しなければならない共同義務の共同違反であ[る]」ため、「関与者の共同意思でも結果と行為との因果性でもなく、行為態様の意味表出が判断基準なのである」⁽⁴⁴⁾。この見解においては、『共同の答責領域』から構成される全体行為を起点とする因果関係が検討されるべきであ[って]」⁽⁴⁵⁾、個別行為の因果性が意味を持つことはない⁽⁴⁶⁾。

(3) 検討

因果関係要求説の検討の際に指摘したように、共同正犯が問題となりうる場合においても個別行為と結果の間に因果関係(条件関係)を要求するとなると、(例えば、【事例①】のBを殺人未遂でしか処罰できないという)およそ許容され得ない帰結が導かれてしまう。共同正犯を規定する刑法60条(ドイツ刑法25条2項)は単独犯の場合に要求される因果関係を拡張する機能を有すると解する因果関係不要説は、その限りでは正当であるように思われる。

しかし、因果関係が刑法60条(ドイツ刑法25条2項)を通じて拡張されると解したとしても、それは、必ずしも、個別行為の因果性の放棄のみを意味するわけではない。そのような解釈も確かに可能ではあろう。しかし、刑法60条(刑法25条2項)を通じて個別行為の因果関係が——促進関係という形に——修正されるとした上で、少なくともその因果関係は個別行為に対して要求されると解釈することも、また、可能なのである。

修正された因果関係を共同正犯の成立要件(の一つ)として個別行為に要求する見解に対しては、因果関係不要説の立場から、「構成要件該当結果は誰の仕業かという問題を事実的な促進作用で規定する共犯の因果性に求めるがゆえに、刑法上の責任範囲は過度に拡張され、その結果、刑法上の共同性の意義は形骸化され[る]」⁽⁴⁷⁾との批判がなされている。もし、因果関係修正説が、修正された因果関係(促進関係)の存在だけで共同正犯の成立

⁽⁴⁴⁾ 金子・前掲注(42) 187頁以下。

⁽⁴⁵⁾ 金子博「不作為犯の共同正犯(2・完)」立命館347号(2013年)203頁。

⁽⁴⁶⁾ 今井康介「共同正犯の客観的帰責構造——取締役会の場合を念頭に置いて——」上法55巻3・4号(2012年)114頁以下は、個別行為の因果性を探求する方法論(他者媒介モデル)によっては因果関係を説明し得ない場合、つまり、(例えば、ドイツの皮スプレー事件のように)共同正犯者の誰から結果が発生したか特定できないが、共同正犯者全体から結果が発生している場合には、各人の行為寄与を一体化し、そうして形成された全体行為が結果を惹起したかどうかを探求する方法論(集合的帰責モデル)によって、因果関係の問題を解決すべきであるとした上で、集合的帰責モデルにおいては規範的一体性によって全体行為を規定する見解が適切であるとして、規範的共同性説に肯定的な態度を示す。この点、各関与者を共同正犯として処罰すべきであるにもかかわらず、全体行為を想定しなければ因果関係が認定され得ない場合があると指摘していること、また、「共犯規定とは、結果あるいはその帰属である因果関係が(単独では)満たされず、その意味で単独犯として処罰しえない者について政策的に処罰を押し広げるものである」(今井康介「過失犯の共同正犯について(2)」早研144号(2012年)21頁)と述べていることに鑑みると、今井は、規範的共同性説およびそれに基づく因果関係不要説を刑事政策的要請によって基礎づけているように思われる。

⁽⁴⁷⁾ 金子・前掲注(42) 135頁。

範囲を規定しようとするのであれば、確かに刑事責任は過度に広範なものになってしまうであろう。しかし、因果関係修正説は、修正された因果関係（促進関係）を共同正犯の成立要件の一つとして要求するに過ぎず、他の要件を排除するものではない。事後判断を徹底する立場においては、例えば、個別行為と結果との間に修正された因果関係（促進関係）が存在することを前提に、その因果的影響力が「犯罪の実現に不可欠といえるほど十分な因果的寄与をし、重要な役割を果たして、共同して結果を惹起す〔る〕」⁽⁴⁸⁾ことが要求されており、因果的影響力の重要性によって共同正犯の成立範囲が限定されることになる⁽⁴⁹⁾。また、因果関係不要説が共同正犯の成立要件として挙げる要素（例えば、事前判断により認定される危険の本質的増加）は、（事後判断に基づく）因果関係には還元され得ない要素であるが、これを修正された因果関係（促進関係）と併用することも可能であるように思われる。例えば、井田良は、「共同正犯においては、各共同者の行為と最終的な結果との間に（他の共同者の意思決定を介在させた）因果関係が存在する」⁽⁵⁰⁾こと、つまり、「すべての構成要件要素の実現との関係で因果性をもつ行為をすることが、正犯性を肯定するための最低限の要件」⁽⁵¹⁾であることを前提に、「因果性とは区別された付加的要件としての正犯性の基準」として事前判断により認定される機能的行為支配（犯罪実現に対する本質的な機能）を要求している⁽⁵²⁾。照沼亮介も、心理的因果性は、「広義の共犯全体に関して、個人責任原理に立脚する以上、直接に自己の行為から生じたものでなくとも結果を帰責するために必要な部分であるが、共同正犯の場合、関与者各人において他者の心理と行為を介した促進関係が設定できれば足りる」とした上で、共同正犯の成立要件として、更に、分業関係の形成、その相互認識、および重大な寄与（自身の寄与がそれを撤回すれば「実質的な不法内容」を座礁させてしまいうるレベルであること）を要求する⁽⁵³⁾。この見解が要求する寄与の「重要性」も、機能的行為支配論を『行為』規範の段階で狭義の共犯とは明確に区別される、固有の処罰根拠論として」位置づける照沼の前提からすれば⁽⁵⁴⁾、事前判断により認定されることになるだろう。したがって、共同正犯の成立要件を定めるにあたって、事前判断と事後判断のどちらかのみに限定する必要はなく、両者を併用することも十分考えられるのである。因果関係修正説は刑事責任の範囲を過度に拡張することになる、との批判は——少なくとも共同正犯が問題になる場面においては——妥当しないと思われる。

⁽⁴⁸⁾ 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）1366頁以下。

⁽⁴⁹⁾ もっとも、こうした見解によって、付加的共同正犯（【事例①】）の場合に、「心理的因果性を用いて、他者の行為を介した結果を惹起したと認めうるとしても、寄与の重大性という観点から、正犯的寄与と認められうるかは疑問である」（金子・前掲注（42）134頁）。

⁽⁵⁰⁾ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）461頁。

⁽⁵¹⁾ 井田・前掲注（50）473頁。

⁽⁵²⁾ 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）348頁以下。井田・前掲注（50）462頁も参照。

⁽⁵³⁾ 照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新展開上巻（町野朔先生古稀記念）』（信山社、2014年）250頁以下。

⁽⁵⁴⁾ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）144頁。

第3項 因果関係修正説

(1) 概要

「広義の共犯においては、事実的因果関係を前提とした上で、条件関係は不可欠の要件ではないと考え、共犯規定はその点を修正するものである」⁽⁵⁵⁾が、「単独正犯であれ、共同正犯であれ処罰するためには『因果性の認定』は不可欠であ」って、「促進効果により因果性を有していることを認定し、『自己の行為から直接』または『相手方を通じて間接に』法益を侵害した「という認定をしない限り結果との因果性を認めて処罰することはできない」⁽⁵⁶⁾。因果関係不要説が個別行為の因果性の放棄を認めるのに対して、因果関係修正説は、個別行為と結果の間の事実的なつながりに——たとえそれが刑法60条を通じて修正された因果関係であったとしても——固執する見解であるといえる。それでは因果関係修正説が、一方で、因果関係の拡張を認め、他方で、その完全な放棄については否定するのは何故だろうか。

因果関係の拡張を認めるのは——因果関係不要説と同様に——刑事政策的要請に基づくものであろう(5)。【事例①】は、共同正犯の典型例とされる事例であるが、もし因果関係の拡張を認めないのであれば、条件関係を有さないBを共同正犯として処罰することは不可能となる。ただ、【事例①】の場合、少なくともAを殺人既遂の正犯として処罰することはできるので、因果関係の拡張を認めないことの問題は少ないようにも思われる。しかし、この問題は、以下の事例において一層明白なものとなる。AとBが共謀の上、Xに対して同時に発砲し、Xはそのうちの一発により死亡したが、どちらの撃った銃弾が命中したのかは明らかにならなかった(【事例④】)。【事例④】の場合、Aの行為もBの行為も結果(Xの死亡)について条件関係を有していない(あるいは、それを立証できない)ため、個別行為に条件関係を要求すると、行為者らの計画通りにXを殺害したにもかかわらず、殺人既遂の正犯で処罰される者は誰もいないということになる。関与者の人数が増えれば増えるほど、こうした帰結が導かれる可能性も高まることになろう。この問題を回避するには、刑法60条(ドイツ刑法25条2項)に因果関係を拡張する機能を付与するほかない。

他方で、因果関係修正説が、因果関係の拡張を認めつつも、なおもその存在に固執するのは——因果関係要求説と同様に——(共犯論を含む)犯罪論における因果関係の意義を考慮するためである(1234)⁽⁵⁷⁾。例えば、植田博によれば、「近代刑法の基本原則である行為主義を貫徹しようとする立場よりすれば、考察の出発をなすのは、行為によって外

⁽⁵⁵⁾ 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)160頁。

⁽⁵⁶⁾ 嶋矢・前掲注(56)153頁以下。

⁽⁵⁷⁾ 例えば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年)343頁、町野・前掲注(40)118頁、山口厚「共同正犯の基本問題」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年)210頁以下、大塚・前掲注(2)18頁、十河太郎「承継的共犯の一考察」同法64巻3号(2012年)362、366、370頁を参照。

界にもたらされた結果であり、その結果発生の危険である。そしてそこにいう行為とは『実行行為』である。その実行行為へ他の関与行為がある場合には、その関与行為が実行に対し、そしてそれを通じて結果に対して持つ因果力を事後的に考察することが要請される⁽⁵⁸⁾。また、松原芳博によれば、「個人責任の原則は、行為責任の原則を前提とする。それゆえ、各関与者は、自らの行為と因果性のある事実についてしか責任を負わない。この各関与者の行為および因果性の必要性を軽視するなら、事実上、他人の犯罪の責任を転嫁する結果となりかねない」⁽⁵⁹⁾。これらに加え、「自己の行為の結果なるが故に責任を負い、それ以外に責任を負わないという原則は、正犯であれ共犯であれ、今日の責任理論上の共通の原理」あるとする植田重正の指摘⁽⁶⁰⁾も同趣旨であろう。これらの見解においては、因果性要件が行為主義（および個人責任の原則）から導かれるものであって、それは共犯論においても遵守されるべきであることが指摘されている。

以上見てきたように、因果関係修正説は相反する二つの要請を、すなわち、一方で、因果関係を拡張すべきとする刑事政策上の要請を、他方で、共犯論においても行為主義およびそこから導かれる因果性要件を遵守すべきとする要請を共に考慮する見解であるといえる。

（2）小括

刑事政策的要請に基づいて刑法 60 条（ドイツ刑法 25 条 2 項）に因果性拡張機能を付与すべきとする点では、因果関係不要説と因果関係修正説は共通する。これに対して、両説は、行為主義およびそこから導かれる因果性要件をめぐる対立する。すなわち、前者が刑法 60 条（ドイツ刑法 25 条 2 項）に行為主義を否定する機能を認め、後者はそれを否定するのである。したがって、この対立を解決するにあたっては、そのような機能を是認しうるかが検討されなければならない。

第3款 共同正犯と行為主義

第1項 行為主義の意義

行為主義の規範的根拠を刑法の各条文（35 条、36 条 1 項、38 条 1 項、39 条 1 項、41 条、あるいは 54 条 1 項等）が「行為」という文言を用いていることに求める⁽⁶¹⁾のであれば、すなわち行為主義を刑法それ自体から導かれる原理と解するのであれば、刑法の条文の一つである刑法 60 条に行為主義を——例外的に——否定する機能を付与することも十分考えられうる。しかし、行為主義は、単なる刑法上の原理に過ぎないものなのであろうか。この点を検討するにあたっては、まず、行為主義の意義を確認する必要がある。

⁽⁵⁸⁾ 植田博「共同正犯の因果構造」愛媛大学教養部紀要 21 巻 1 号（1988 年）195 頁。

⁽⁵⁹⁾ 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」曹時 63 巻 7 号（2011 年）7 頁。

⁽⁶⁰⁾ 植田重正『共犯論上の諸問題』（成文堂、1985 年）142 頁。

⁽⁶¹⁾ 西原春夫『刑法総論〔改訂版〕（上巻）』（成文堂、1995 年）80 頁以下。

行為主義は、その第一の機能として、人の意思や思想それ自体の処罰を禁止する。そして、この機能が憲法19条による思想・良心の自由の保障に基づくものである以上、少なくともこの限りでは、行為主義は憲法上の原理であるといえよう⁽⁶²⁾。

しかし、行為主義の機能はこの点にとどまるものではない。この点、生田勝義は、行為主義（行為原理）を「外部的・客観的行為が社会に損害を与えてはじめて刑法はそれを犯罪とすることができる原理であ[る]」とした上で⁽⁶³⁾、外部的行為と結果（危険を含む）との因果関係の必要性は法益保護主義（法益侵害原則）や責任主義（責任原理）からではなく、行為主義から導かれるとする⁽⁶⁴⁾。梅崎進哉も、因果性を刑法理論の竜骨とするわけだが⁽⁶⁵⁾、それは、行為主義（侵害原理）を「単なる思想の不処罰や外的行為を処罰条件とするだけの原理ではなく、外的行為の犯罪性をあくまでもその行為によって惹き起こされた現実的侵害によって決する原理」と理解するからである⁽⁶⁶⁾。「行為として把握されるものであれば、如何なるものでも処罰されるのであれば、国民の自由は、著しい制約をうけ、基本的人権の保障という近代憲法の原則と真っ向から対立することとなる」⁽⁶⁷⁾から、行為主義はこのように理解されなければならない。行為主義は、したがって、その実体に即して「侵害行為主義」と呼ぶべきであろう⁽⁶⁸⁾。このように解された侵害行為主義によると、犯罪の成立には、意思や思想とは区別された「行為」に加えて、「現実生じた他者侵害」および「行為と侵害結果の間の因果関係」も要求されることになる。

意思や思想から区別された行為の必要性は、前述のように、憲法19条によって基礎づけられる。これに対して、憲法は、侵害性および因果性の必要性を直接は規定していない。したがって、それらをも憲法上の要請と解しうるかが問題となるが、これは、刑法における他の基本原理（罪刑法定主義と責任主義）と侵害行為主義の関係を問うことによって解明される。

第2項 罪刑法定主義と責任主義の規範的根拠

まず、罪刑法定主義の規範的根拠について確認する。学説においては、罪刑法定主義の規範的根拠を憲法31条以外の規定（憲法13条、14条、36条、41条、39条、73条6号、

⁽⁶²⁾ 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）45頁は、「そう解することによって初めて、立法者が行為以外の単なる意思・思想を処罰の対象にし、そのような構成要件を定立することを非難し防止することが可能となる」とし、行為主義の立法規制機能を強調する（曾根威彦『刑法の重要問題 総論〔第2版〕』（成文堂、2005年）45頁も参照。）。

⁽⁶³⁾ 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）53頁。

⁽⁶⁴⁾ 生田・前掲注（63）103頁。

⁽⁶⁵⁾ 梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』（成文堂、2001年）2頁。

⁽⁶⁶⁾ 梅崎・前掲注（65）118頁。

⁽⁶⁷⁾ 金澤真理「行為原理・侵害原理」法セミ53巻6号（2008年）24頁。刑法理論研究会『現代刑法学原論 総論〔第3版〕』（三省堂、1996年）121頁も参照。

⁽⁶⁸⁾ 松原・前掲注（6）20頁。

94条)に求める見解も主張されている⁽⁶⁹⁾。しかし、通説は、その規範的根拠を憲法31条(および39条)に求めており⁽⁷⁰⁾、判例としても、旧地方自治法14条5項およびそれに基づく昭和25年大阪市条例68号2条1項は憲法31条に違反しないとした大法廷判決⁽⁷¹⁾において、4人の裁判官による補足意見は、憲法31条を罪刑法定主義の根拠規定と解している⁽⁷²⁾。いずれにせよ、罪刑法定主義が憲法によって保障された原理であるという点に争いはない。

それでは責任主義の規範的根拠はどこに求めることができるであろうか。刑法は責任主義を明示する規定を有していないが、刑法38条以下において、刑法がそれを基礎としていることが明らかとなろう。それでは、更に、憲法に——憲法は責任主義を明示してはいないが——その規範的根拠を求めることはできるであろうか⁽⁷³⁾。この問題が議論されること自体が少ない日本に対して、ドイツでは、責任主義が憲法原理であることは判例⁽⁷⁴⁾・学説⁽⁷⁵⁾によって確立されている⁽⁷⁶⁾。ドイツ基本法も責任主義を直接は規定していないが、連邦憲法裁判所判例によると、責任主義は、「人間の尊厳および自己答責性(ドイツ基本法1条1項、2条1項)」と「(法的安定性だけでなく、実体的正義をも内包する⁽⁷⁷⁾) 法治国家原理

⁽⁶⁹⁾ 宮川基「罪刑法定主義の憲法上の根拠規定」東北学院68巻(2009年)75頁以下、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法I〔第5版〕』(有斐閣、2012年)409頁以下〔高橋和之〕、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013年)18頁、渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』(有斐閣、2013年)197頁。

⁽⁷⁰⁾ 憲法学の立場からのものとしては伊藤正己『憲法〔第3版〕』(弘文堂、1995年)337頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)331頁、芦部信喜＝高橋和之『憲法〔第6版〕』(岩波書店、2015年)243頁以下を、刑法学の立場からのものとしては団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990年)47頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣、2008年)60頁、福田平『刑法総論〔第5版〕』(有斐閣、2011年)25頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂、2012年)55頁を参照。

⁽⁷¹⁾ 最大判昭和37年5月30日刑集16巻5号577頁。

⁽⁷²⁾ 「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反し無効である」場合もありうるとする最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁も参照。

⁽⁷³⁾ 萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』(成文堂、1991年)181頁は、「(主観的)責任なき者の処罰は、『個人の自立の最大限の尊重』を保障する実体的デュー・プロセスの意味での合理的な基礎を欠くものである」とする。

⁽⁷⁴⁾ BVerfGE 20, 323 [331]; BVerfGE 25, 268 [286]; BVerfGE 45, 187 [259 f.]; BVerfGE 50, 40 [49]; BVerfGE 50, 125 [133]; BVerfGE 50, 205 [214]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 95, 96 [140]; BVerfGE 110, 1 [13]; NJW 2009, 1061 [1062]; BVerfGE 123, 267 [413] = NJW 2009, 2267 [2289]; NJW 2011, 1931 [1937]; NJW 2013, 1058 [1059].

⁽⁷⁵⁾ Statt vieler Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 23.

⁽⁷⁶⁾ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip – Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1976, S. 116 f.は責任主義が人間の存在それ自体から基礎づけられる普遍的かつ長時間的な原理であることを強調する(アルトゥール・カウフマン(甲斐克則訳)『責任原理——刑法的・法哲学的研究——』(九州大学出版会、2000年)175頁以下参照)。

⁽⁷⁷⁾ BVerfGE, 20, 323 [331].

（ドイツ基本法 20 条 3 項）」をその基礎とする⁽⁷⁸⁾。そして、それゆえに、責任主義は、ドイツ基本法 79 条 3 項（基本法 1 条および 20 条に抵触する基本法改正の禁止）が適用される憲法原理の一つとされるのである⁽⁷⁹⁾。これはドイツ基本法を前提とした議論であるが、「個人の尊厳（憲法 13 条）」および「法の支配（憲法 31 条、41 条、97 条、98 条、99 条）」を基本原理とする日本国憲法に援用することも十分可能なものである。責任主義は、したがって、憲法における「個人の尊厳」および「法の支配」を規範的根拠とする憲法原理であると解される。

第3項 憲法原理としての侵害行為主義

（1）侵害行為主義の規範的根拠

罪刑法定主義を「罪刑を法律で規定しさえすれば、何を犯罪として規定し、どんな刑罰を科してもかまわない」と解するならば、もはや罪刑法定主義は近代刑法の基本原則でもなければ人権保障の理論でもない⁽⁸⁰⁾。それゆえに、罪刑法定主義は、その実質的内容として刑罰法規の内容の適正性（実体的デュー・プロセス）を要求し、国民生活にとって何ら有害性を有さない行為の処罰を禁止するのである⁽⁸¹⁾。罪刑法定主義は、侵害行為主義を前提として成立する自由保障原理なのである⁽⁸²⁾。また、責任主義も侵害行為主義と不可分の関係にあるといえる。というのも、侵害行為主義を欠いた場合、他者が惹起した法益侵害結果について非難可能でありさえすれば、責任主義の要請が充たされるということになりかねず、責任主義が人権保障原理としては機能しなくなるからである⁽⁸³⁾。自らの行為の帰結としての法益侵害結果について非難可能な場合にのみ、その行為の行為者は処罰されると解してはじめて、責任主義はその本来の機能を果たしうるのである（行為責任主義）。

憲法上、侵害行為主義を直接規定する条文はない。しかし、侵害行為主義が、罪刑法定主義および責任主義が憲法に基づく人権保障原理として機能する前提である以上、それも、また、立法権をも規制する人権保障原理の一つ（あるいは一部）であると解されなければならない⁽⁸⁴⁾。したがって、侵害行為主義は、意思・思想それ自体の処罰の禁止については

⁽⁷⁸⁾ BVerfGE 45, 187 [259 f.]; BVerfGE 50, 40 [49]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 95, 96 [140]; BVerfGE 110, 1 [13]; NJW 2009, 1061 [1062]; NJW 2013, 1058 [1059].

⁽⁷⁹⁾ BVerfGE 123, 267 [413] = NJW 2009, 2267 [2289].

⁽⁸⁰⁾ 横山晃一郎「罪刑法定主義の再構成」『犯罪と刑罰（佐伯千仞博士還暦祝賀）上』（有斐閣、1968年）83頁。

⁽⁸¹⁾ 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2007年）19頁以下、西田・前掲注（1）60頁。無害な行為を処罰することは許されないとする最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁も参照。

⁽⁸²⁾ 梅崎・前掲注（65）119頁。この点、ナチス・ドイツの反人道的行為の大部分が法律によって行われたことを忘れてはならない（横山・前掲注（80）83頁）。

⁽⁸³⁾ 生田・前掲注（63）55頁を参照。

⁽⁸⁴⁾ Hans Joachim Hirsch, *Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?*, in: *Festschrift für Lüderssen*, 2002, S. 254 は「行為刑法（Tatstrafrecht）は国家の介入に対する法治国家的防壁をなす。行為刑法は、それゆえ、明確性の原則（Bestimmtheitsgebot）

憲法 19 条を、社会侵害性のない行為の処罰の禁止については憲法 13 条および 31 条を規範的根拠とする憲法原理であると解される。

(2) 小括

侵害行為主義が憲法上の原理である以上、刑法 60 条に侵害行為主義およびそこから導かれる因果性の必要性を放棄する機能を付与することは許されない。刑事政策上の要請を考慮したとしても、個別行為の因果関係を促進関係へと拡張させるのが刑法 60 条の機能としては限界であろう。それゆえ、侵害行為主義という観点からは、——たとえ拡張された形であったとしても——個別行為の因果性を要求する因果関係修正説が支持されなければならない。

第4款 本節の結論（因果関係修正説の意義）

第1項 促進関係と危険増加

因果関係修正説（すなわち促進関係説）によると、共犯の因果性（促進関係）は、例えば、「正犯行為が共犯者の影響下にあること、つまり共犯行為により正犯者にとっての当該具体的結果発生に至るまでの物理的あるいは心理的障害が取り除かれ、当該構成要件的结果発生の蓋然性が高められること」を意味する⁽⁸⁵⁾。これに対して、因果関係不要説（を基礎とする機能的行為支配説）によると、共同正犯（あるいは機能的行為支配）の成立要件として個別行為の因果性が要求されることはないが、法益侵害の危険性がそれによって本質的に増大することは必要とされる。すなわち、【事例①】において、B の共同正犯性は、結果発生をより蓋然的なもの（*wahrscheinlicher*）にすること⁽⁸⁶⁾、犯罪の成功をより確実なもの（*sicherer*）にすること⁽⁸⁷⁾、あるいはリスクを増加させること（*Risikoerhöhung*）⁽⁸⁸⁾により基礎づけられるのである。こうしてみると、因果関係修正説の立場から——因果関係として——促進関係を要求することと、因果関係不要説の立場から——共同正犯（機能的行為支配）の要件として——危険増加を要求することの違いはそれほど大きくないようにも思われる。

および法治国家思想から導かれる責任主義を通じて間接的に憲法上も保障されるのである」とする。Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 323 も行為主義の根拠を「基本法 103 条 2 項における明確性の原則」と「責任主義」に求めている。

⁽⁸⁵⁾ 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002 年）100 頁。

⁽⁸⁶⁾ Hoyer, a. a. O. (Anm. 13), § 25 Rn. 111; Wolfgang Joecks, in: MüK, 2. Aufl., 2011, § 25 Rn. 224.

⁽⁸⁷⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 25 Rn. 230.

⁽⁸⁸⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 28), S. 372 ff.

第2項 促進関係の意義

(1) 促進関係の「起点」としての行為

そこで、本節の最後に、因果関係としての促進関係を要求することの意義を確認しておく必要がある。

まず、促進関係と危険増加には「判断時点」の点で違いがある。促進関係があくまでも（拡張された）因果関係である以上、その有無は事後判断によって検討されることとなる。これに対して、因果関係不要説は、危険増加の有無・程度を事前判断により検討すべきと主張するのである⁽⁸⁹⁾。

また、促進関係と危険増加では、その判断対象となる行為の意味の点で決定的に異なる。因果関係においては、現実には生じたある事象とその後に生じた他の事象の関係が問われる。それゆえ、因果関係としての促進関係の検討にあたって考慮されうるのは、現実には生じた行為と結果だけである。しかし、危険増加の有無を問う場合にそのような制限はない。実際にはまだ行われていない行為（あるいは結局行われることのなかった行為）であっても、将来行われる予定である（あるいは計画上行われるはずであった）のであれば、それによって犯罪実現の危険性が高まる（あるいは高められた）といえる場合はあるのである。

このことは、以下の事例において明らかとなる。Xの殺害を共謀したAとBは、Xがいつも同じ道を通るわけでないことを知っていたので、Aが一方の道で、Bが他方の道でXを待ち伏せすることにした。犯行当日、XはAが待ち伏せしている方の道を選んだため、Aによって殺害された（【事例⑤】）⁽⁹⁰⁾。【事例⑤】において、Bは、実際には殺害行為に及んでいない。したがって、促進関係を検討する場合、Bの“殺害行為”が結果（Xの死亡）の発生を促進したかどうかを問うことはできない。促進関係の起点となりうるのは（実際に行われた）共謀行為や待ち伏せ行為だけである。しかし、事前判断に基づく危険増加を検討するにあたっては、「仮にXがBに待ち伏せされている道を選択したとしても、結局はBによって殺害されたであろう」という現実には生じなかった因果経過（すなわち、現実には行われることのなかったBの“殺害行為”）を考慮することによって、犯罪実現の可能性が——Aが単独で犯行に及ぶ場合に比べて——高くなったと考えるのである⁽⁹¹⁾。【事例⑤】は、因果関係不要説およびそれを基礎とする機能的行為支配説（危険増加説）が、共同正犯の成否を決する上で現実には遂行されなかった行為（Bの“殺害行為”）をも判断対象としていることを明らかにするものである。これに対して、因果関係修正説においては、現実には促進効果を有した共謀行為ないし待ち伏せ行為が、共同正犯の他の要件（例えば、機能的行為支配、あるいは犯罪実現に対する重要な役割）を充足するかどうかを検討すべきことになるのである。侵害行為主義を遵守すべきとする立場からは、やはり、促進関係を要

⁽⁸⁹⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 25 Rn. 230; ders, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 767 ff.

⁽⁹⁰⁾ Hans-Joachim Rudolphi, Tatherrschaftsbegriff bei der Mittäterschaft, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 379.

⁽⁹¹⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 158; Roxin, a. a. O. (Anm. 89), S. 768 f.

求し、事実的な促進効果を有する現実の行為のみを共同正犯性の基礎とすることを保障しうる因果関係修正説を妥当とすべきことになる。

予備が関係する事例においても、因果関係修正説の意義を確認することができる。密輸出予備罪における共同正犯と幫助犯の区別が問題となった事案⁽⁹²⁾において、大阪高裁は、「共同正犯と従犯とを区別するについては、一般に、犯人が自ら実行行為をしたかどうか、その区別の基準の一つとなることは明らかである」が、「予備罪において共同正犯と従犯との区別の基準となる『実行行為』とは、予備罪自体の構成要件上の行為ではなくて、その基本的構成要件上の行為であって、『予備罪の共同正犯とは、基本的構成要件の共同正犯たるべき者がたまたま実行の着手前に犯罪が発覚した等の理由により予備の段階にとどまったものに過ぎず、予備罪の従犯もまた同様に基本的構成要件についての従犯たるべき者がその正犯がたまたま予備にとどまったため自らも予備罪の従犯とされるに過ぎない』とした上で、被告人は基本犯（密輸出罪）の実行行為（貨物の船積み行為等）を行う意思を有していたと認定し、被告人に共同正犯の成立を認めた（下線引用者）。本判決においては、密輸出予備罪の共同正犯性を判断するにあたって、基本犯である密輸出罪の（実際には行われなかった）実行行為が基準とされている。確かに、予備罪は原則として自己予備であって、基本犯を自ら実行する目的を一種の主観的正犯要素と解することはできる⁽⁹³⁾。しかし、たとえそのような立場から自己実行目的が共同正犯の成立要件の一つとして要求されたとしても、因果関係修正説を出発点とする限り、被告人が実際に行った行為が当該密輸出予備罪の実現を現実促進し、そして、その行為が——機能的行為支配説によれば——当該予備罪の成立を機能的に支配したこと、あるいは——重要な役割説によれば——当該予備罪の実現に対して重要な役割を果たしたことも要求されるはずである⁽⁹⁴⁾。現実にはなされなかった基本犯の実行行為（を自ら実行する目的）のみによって共同正犯としての可罰性を肯定することはできないと解される。

（2）共同正犯の未遂

以上の問題は、「共同正犯の未遂」をめぐる議論において、より鮮明な形で表面化する。共同正犯の未遂をめぐるドイツの通説（全体的解決説）は、共同正犯の成否を検討する際に、実際には行われなかった計画上の“行為”を基礎にする傾向にある。そこで、次節では、その論拠と問題点を分析することで、改めて——たとえ拡張された形態であったとしても——個別行為の因果性を要求する因果関係修正説の意義を確認することにする。

⁽⁹²⁾ 大阪高判昭和38年1月22日高刑集16巻2号177頁。

⁽⁹³⁾ 植田・前掲注(60)221頁。

⁽⁹⁴⁾ 西田・前掲注(1)391頁以下、同『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）132頁。

第2節 評価対象の確定——共同正犯の未遂を素材に——

第1款 はじめに

金品の強奪を決意したAとBは、Aが被害者に暴行を加えて彼の反抗を抑圧した上で、Bが彼の金品を奪取するという計画を立てた。しかし、Aが被害者に対する暴行に着手した時点で両者が警察官に逮捕されたため、強盗は未遂にとどまった（【事例⑥】）^①。

【事例⑥】におけるAが強盗未遂の正犯として処罰されることに争いはないであろう^②。また、もしAとBがそれぞれの担当する行為を遂行し、計画通りに強盗を完遂させたのであれば、AもBも強盗既遂の共同正犯として処罰されるという結論にも異論はないと思われる。しかし、【事例⑥】におけるBは、確かにAの行為（暴行）の直後に自身が担当する行為（財物奪取）を行う予定ではあったが、それを現実に行うことはなかった。それにもかかわらず、Bは、強盗未遂の共同正犯として処罰されるのであろうか。それとも、強盗未遂の幫助犯として処罰されるに過ぎないのであろうか。

「共同正犯における未遂」が日本で議論されることは少ない。確かに、共同正犯のうち一人が実行行為に着手した時点で、他の共同正犯もそれに着手したことになる考えると全体的解決説が、共謀ないし予備段階での行為によっても共同正犯性を基礎づけるとする見解と強く結びつき、他方で、共同正犯の未遂は各関与者ごと個別に検討される、つまり、ある共同正犯が実行行為に着手したことは他の共同正犯の未遂の成否に影響を及ぼさないと考える個別的解決説は、実行段階の行為のみが共同正犯性を基礎づけるとする見解と結びつくと考えられてきたため、判例および通説が共謀共同正犯を肯定する現在の日本においては、全体的解決説が支持されることは自明の理であると考えられているのかもしれない。しかし、「未遂犯における正犯性というテーマは、〔中略〕正犯概念の本質を成すのは何なのか、という点について反省を促すものである」^③という指摘は、共謀共同正犯を肯定するか否かという議論だけに向けられたものではないように思われる。つまり、全体的解決説と共謀共同正犯肯定説、あるいは個別的解決説と共謀共同正犯否定説の間には確かに一定の関係が認められるのかもしれないが、全体的解決説と個別的解決説の対立の

^① なお、【事例⑥】におけるBは、共謀ないし予備段階において彼の共同正犯性を基礎づけるような積極的な関与（計画の立案など）を行っていなかったため、彼の共同正犯性を導きうるのは実行段階の「財物奪取」だけであったとする。

^② もっとも、Christos Mylonopoulos, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, GA 2011, S. 466 f.は、Aの罪責についても以下のような問題が生じると述べている。個別的解決説の立場からAの罪責を検討した場合、Bが担当する行為（財物奪取）は考慮されないことになるため、Aの故意の対象としてもBの行為は排除される。しかし、Aが自身の行為（暴行）を認識しているということは、強盗の故意の成立にとっては不十分である。したがって、個別的解決説は、Aに強盗の故意があるということ为基础づけることは出来ず、それゆえ後に強盗未遂の成立を認めることも出来ない、と。

^③ René Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 265.

背後には別の（あるいは、本当の）問題が潜んでいるように思われるのである。そこで、全体的解決説と個別的解決説の対立の背後に潜むその「黒幕」を明らかにすること、これを本節の目的とする。

第2款 全体的解決説と個別的解決説

第1項 全体的解決説

ドイツの判例および通説⁽⁴⁾が採用する全体的解決説によると、「共同正犯の場合、共同正犯のうちの一人が実行行為に直接着手した時点で、全ての共同正犯が同時に（*einheitlich*）未遂段階に至ることになる」⁽⁵⁾。判例によると、全体的解決説のこうした考え方は、「共同正犯においては、各関与者に、所為計画の枠内にある他の関与者の所為寄与が帰属されなければならない」⁽⁶⁾という相互行為帰属原理に基づいている。学説においても、全体的解決説の根拠を共同正犯の相互行為帰属原理に求めるのが一般的である⁽⁷⁾。

⁽⁴⁾ Wilfried Küper, *Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten*, JZ 1979, S. 785 ff.; Paul Bockelmann/Klaus Volk, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 1987, S. 219; Kristian F. Stoffers, *Mittäterschaft und Versuchsbeginn*, MDR 1989, S. 213; Frank Zieschang, *Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?*, ZStW 107 (1995), S. 377; Georg Küpper/Andreas Mosbacher, *Untauglicher Versuch bei nur vermeintlicher Mittäterschaft-BGH*, NJW 1995, 142, JuS 1995, S. 491; Ralph Ingelfinger, *“Schein“-Mittäter und Versuchsbeginn*, JZ 1995, S. 712 f.; Hans-Hainrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996, S. 681; Ralf Krack, *Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft*, ZStW 110 (1998), S. 613 f.; Torsten Buser, *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, 1998, S. 83; Claus Jürgen Hauf, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 2001, S. 130; Udo Ebert, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., 2001, S. 204; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht AT*, 11. Aufl., 2003, 29/104; Fritjof Haft, *Strafrecht AT*, 9. Aufl., 2004, S. 237; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2004, 21/125; Michael Prüßner, *Die von mehreren versuchte Tat*, 2004, S. 169 ff.; Walter Gropp, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2015, 10/191; Thomas Hillenkamp, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Band 1, 12. Aufl., 2007, § 22 Rn. 173; Gerhard Seher, *Grundfälle zur Mittäterschaft*, JuS 2009, S. 309; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2011, 12/107; Kai Ambos, in: *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar (Dölling/Duttge/Rössner [Hrsg.]*), 3. Aufl., 2013, §22 Rn. 34; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., 2015, Rn. 646; Rolf Dirtrich Herzberg/Klaus Hoffmann-Holland, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1*, 2. Aufl., 2011, § 22, Rn. 139; Urs Kindhäuser, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2013, 40/15; Bernd Heinrich, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2014, Rn. 740; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht AT*, 44. Aufl., 2014, Rn. 611; Kristian Kühl, *Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2012, 20/123; Rudolf Rengier, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2014, 36/20; Volker Krey/Robert Esser, *Deutsches Strafrecht AT*, 5. Aufl., 2012, Rn. 1241.

⁽⁵⁾ BGHSt 36, 250.

⁽⁶⁾ BGHSt 39, 238.

⁽⁷⁾ 相互行為帰属に言及するものとして、例えば、Küper, a. a. O. (Anm. 4), S. 786f.; Krack, a. a. O. (Anm. 4), S. 613 f.; Buser, a. a. O. (Anm. 4), S. 83.

日本の判例も、強盗既遂の事案ではあるが、「共謀共同正犯は、単なる教唆や従犯とは異なり、共謀者が共同意思の下に一体となつて、互に他人の行為を利用してその意思を実行に移すものであるから、犯罪の予備、着手、実行、未遂、中止結果等は、すべて共謀者同一体として観察すべき」⁽⁸⁾であると述べているため、全体的解決説と親和性を有するものと思われる。学説の多くも全体的解決説を支持しているといえよう。例えば、共同意思主体説の立場からは、「共同正犯を共同者一体の行為として把握し、共謀（行為計画）に基づく共同者の——少なくとも一名の——実行によって共同正犯の未遂の成立を肯定すべき」ことになる⁽⁹⁾、とされる。共同意思主体説を支持せずとも、共同正犯にも実行従属性が妥当することから⁽¹⁰⁾、あるいは一部行為全部責任の法理が適用されることから⁽¹¹⁾、共同正犯のうちの一人が実行行為に着手した時点で他の共同正犯にも未遂犯が成立するものと推測される。また、ドイツの判例および通説と同様に、相互行為帰属原理によって共同正犯の構造を把握した上で、全体的解決説を支持する見解もある⁽¹²⁾。

【事例⑥】の場合、（相互行為帰属原理に基づく）全体的解決説によると、Aが強盗の実行行為に着手した時点でAの行為は共同正犯であるBに帰属され、Bも強盗の実行行為に着手したことになるため、Bは強盗未遂の共同正犯として処罰されることになる。

第2項 個別的解決説

これに対して、個別的解決説⁽¹³⁾は、未遂の成立はそれぞれの関与者ごと個別的に判断すべきである、すなわち「共同正犯は、各々が自ら構成要件の実現に、つまりは彼の正犯性を根拠づける所為寄与に直接着手した」ことが必要である⁽¹⁴⁾、「未遂の開始は、それぞれの共同正犯に関して、個別に検討され、そして彼自身が未遂段階に至った時に認められるのである」⁽¹⁵⁾、あるいは「(共同)正犯は、各々が実行段階において所為寄与を遂行すること

⁽⁸⁾ 最判昭和25年4月20日刑集4巻4号602頁。

⁽⁹⁾ 鈴木彰雄「共同正犯の未遂」法学新報96巻1・2号(1989年)239頁。

⁽¹⁰⁾ 伊東研祐『刑法講義 総論』(日本評論社、2010年)362頁。

⁽¹¹⁾ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008年)470頁以下。

⁽¹²⁾ 阿部力也「行為帰属説と共同正犯の実行の着手時期」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2002年)510頁。

⁽¹³⁾ Hans-Joachim Rudolphi, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 387; Bloy, a. a. O. (Anm. 3), S. 264 ff; Maria da Conceição Valdágua, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW 98 (1986), S. 870 ff.; Claudia Bauer, Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten), 1996, S. 189 ff.; Claus Roxin, Zur Mittäterschaft beim Versuch, in: Festschrift für Odersky, 1996, S. 491 ff.; Ingeborg Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, in: Festschrift für Spinellis, 2001, S. 931ff.; Bernd Schünemann, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Aufl., 2007, § 25 Rn. 204; Christian Becker, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009, S. 192 f.

⁽¹⁴⁾ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 13), S. 387.

⁽¹⁵⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 13), S. 491.

によって、未遂との境界を自ら越えなければならない⁽¹⁶⁾と主張している。個別的解決説は、一般的に、ある関与者が共同正犯と評価されるためには、彼は犯罪の実行段階において重要な行為を遂行しなければならないとする見解（いわゆる“狭い”機能的行為支配説⁽¹⁷⁾）と結びつくと言われている⁽¹⁸⁾。既遂犯の場合、共謀ないし予備段階で関与しただけでは当該既遂犯を支配することは出来ず、実行段階で重要な行為を遂行した者のみがそれを支配し、共同正犯性を獲得出来るわけだが、このことは未遂犯においても妥当しなければならない。それゆえ、未遂犯の場合においても、共謀ないし予備段階で何らかの行為を行っても共同正犯性を根拠づけるには不十分であって、実行段階（関与者のうちの誰かが実行行為に着手した時点以降）で重要な行為を果たさなければならないわけだが、そのような行為は当該関与者の共同正犯性だけでなく、未遂犯の処罰根拠をも充足するものである。つまり、未遂犯の処罰根拠を充足する行為を自ら遂行する者だけが、自身の共同正犯性を基礎づけることが出来るのである。個別的解決説と狭い機能的行為支配説はこのようにして結び付けられるのであろう⁽¹⁹⁾。

個別的解決説によると、【事例⑥】のBは、確かに彼の共同正犯性を基礎づける行為（財物奪取）を行う予定ではあったけれども、それに実際に着手することはなかったのであるから、Bに強盗未遂の共同正犯は成立しない。強盗未遂に対する幫助犯が成立しうるに過ぎないことになる。

第3項 共同正犯の構造

共同正犯における未遂を検討するにあたっては、「共同正犯とは、犯罪の実現に部分的にしか関与していない者でも、犯罪事実全体について正犯として責任を負わせる制度であるとの理解」を議論の出発点として捉えなければならない⁽²⁰⁾。すなわち、共同正犯は、他人の行為およびそこから生じた結果についても責任を負うことになるのである（ドイツにおいてはこのことを「相互行為帰属」と表現するのに対して、日本においては「一部行為全部責任」とする。）。例えば、【事例⑥】が既遂となった場合、共同正犯であるがゆえに、Aは直接的には暴行しか行っていないにもかかわらずBが行った財物奪取についても責任を

⁽¹⁶⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 3), S. 266.

⁽¹⁷⁾ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 13), S. 372 ff.; Claus Roxin, *Strafrecht AT II*, 2003, 25/198 ff.; Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl., 2011, 287 f.

⁽¹⁸⁾ 例えば、Schünemann, a. a. O. (Anm. 13), § 25, Rn. 204 参照。

⁽¹⁹⁾ もっとも、Zieschang, a. a. O. (Anm. 4), S. 377 は全体的解決説と狭い機能的行為支配説は両立しようと述べている。また、Roxin も、以前は、狭い機能的行為支配説を前提としながらも全体的解決説を支持していた（Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., 2015, S. 452 ff.）。それゆえに、全体的解決説と個別的解決説の対立の背後には、狭い機能的行為支配説を支持するか否か（あるいは共謀共同正犯を否定するか否か）という問題とは別の何かが存在しているように思えるのである。

⁽²⁰⁾ 塩見淳「共同正犯における実行の着手」法学論叢 162 巻 1～6 号（2008 年）149 頁。

負わなければならない、また、Bは、彼自身が行ったわけではない暴行についても責任を負わなければならないのである。共同正犯のこうした構造は、犯罪が未遂に終わった場合においても、何ら変わるものではない。したがって、共同正犯の一人が実行行為に着手し、そこから法益侵害の具体的危険が生じたのであれば、他の共同正犯もそれについて責任を負わなければならない。後者に未遂犯が成立するためには、彼自身が未遂の処罰根拠を充足する行為を行わなければならないとする個別的解決説は、共同正犯の構造と相容れないものと言わざるを得ないだろう⁽²¹⁾。

しかし、ある関与者に他人の行為が帰属される、あるいは彼が（他人が実現した部分も含めた）犯罪全体について責任を負うのは、彼が共同正犯の成立要件を既に充足しているからである。したがって、たとえ全体的解決説を支持するとしても、【事例⑥】におけるBに共同正犯性を認めることが出来なければ、彼に、Aが行った行為およびその結果について（共同正犯としての）責任を問うことも出来ないはずである。しかし、Bは、彼が担当した行為（財物奪取）を実際には行っていない。また、共謀ないし予備段階で積極的な関与をしたわけでもないから、共謀ないし予備段階の行為でも共同正犯性を基礎づけるとする見解（いわゆる“広い”機能的行為支配説または共謀共同正犯肯定説）を前提にしても、その段階の何らかの行為によって彼の共同正犯性を基礎づけることも出来ない。それにもかかわらず、全体的解決説の多くはBの共同正犯性を肯定し、強盗未遂の共同正犯の成立を認めているが、彼の共同正犯性はどのようにして根拠づけられるのであろうか。

他方で、個別的解決説の論者も、共同正犯における相互行為帰属を否定するわけではない⁽²²⁾。しかし、ある関与者に他人の行為が帰属されるのは、彼が共同正犯であるからこそである⁽²³⁾。ところが、個別的解決説の論者によると、自身が担当した行為を実際には遂行しなかった関与者（【事例⑥】におけるB）に共同正犯性を認めることは出来ず、それゆえに彼に他の関与者の行為（Aの暴行）を帰属させることも出来ないのである。個別的解決説が、全体的解決説とは異なり、Bの共同正犯性を否定するのはなぜだろうか。

第3款 計画志向型正犯論と現実志向型正犯論

第1項 全体的解決説のアプローチ

（1）共同正犯における消極的行為支配

現在、全体的解決説を支持する論者の多くは、共同正犯性を機能的行為支配によって根

⁽²¹⁾ Hauf, a. a. O. (Anm. 4), S. 130; Ebert, a. a. O. (Anm. 4), S. 204; Haft, a. a. O. (Anm. 4), S. 237; Herzberg/Hoffmann-Holland, a. a. O. (Anm. 4), § 22, Rn. 139; Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 4), 40/14.

⁽²²⁾ René Bloy, a. a. O. (Anm. 3), S. 266; ders, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 424.

⁽²³⁾ 共同正犯性と相互行為帰属の論理的な先後関係を指摘する Bloy とは異なり、Kühl, a. a. O. (Anm. 4), 20/125 は、「帰属が共同正犯性の後になされる必要はなく、帰属が共同正犯性を基礎付けることもありうる」として、その先後関係を否定している。

拠づけている。したがって、【事例⑥】のBに共同正犯性を認め、Aの行為（暴行）を彼に帰属させることを肯定するには、Bが当該犯罪を機能的に支配しているといえなければならない。それでは、いかなる理由で、自身の担当する行為（財物奪取）を実際には行っていないBに機能的行為支配が認められるのであろうか。

この点、Hans-Heinrich Jescheckによると、共同正犯における未遂を全体的解決説から考察する場合、共同正犯のうちの一人が共同所為決意の枠内で構成要件の実現に着手した時点で、すべての関与者に未遂の共同正犯が成立するが、直接的には着手していない関与者らが共同正犯となるためには、彼らが「共同所為決意において定められた役割分担に基づいて、彼らを行為支配に関与させ、遂行された未遂行為の不足部分を補うためになされるはずだった所為寄与を引き受けた（übernommen haben）」ことを前提とする（傍点引用者）⁽²⁴⁾。それでは、そうした行為を「引き受けた」ことで十分であるのは何故だろうか。このことを明らかにするために、次に、Wilfried Küperの見解を見てみよう。

Küperは、共同正犯が犯罪全体について責任を負わなければならないのは、彼に他の共同正犯の行為が帰属されるからである、という⁽²⁵⁾。そして、彼に、他人の行為を自らが行為した場合のように帰属することが正当化されるのは、彼自身の所為の分担部分（Tatanteil）が全体の中において重要であるからである⁽²⁶⁾。このように考えると、行為帰属を正当化しうる重要な行為をどのように解すべきかが問題になるが、少なくとも機能的行為支配概念が妥当しうる領域においては、機能的行為支配を有する行為がそのようなものであると解しているように思われる。そこで、次に、共同正犯の行為支配に関する彼の分析を概観する。ある共同正犯は、他の共同正犯が遂行する部分については彼に委ねてしまっているため、積極的に支配することが出来るのは自身の担当する部分だけである。したがって、共同正犯が犯罪全体に対して有するのは積極的行為支配ではなく、消極的行為支配である。すなわち、「犯罪の成功に対して重要な機能を引き受けた各共同正犯は、〔それぞれの役割の〕遂行を拒否ないし撤回することで活動全体（ganze Aktion）を頓挫させる」（〔〕内引用者）⁽²⁷⁾、という意味で犯罪全体を消極的に支配しているのである。犯罪全体を消極的に支配する行為は犯罪全体にとって重要なものであるといえるため、そのような行為を引き受けた者を共同正犯とし、彼に他の関与者の行為を帰属することが認められるのであろう。Küperによると、ある行為が犯罪全体において重要であるかどうか（つまり、それが犯罪全体を消極的に支配しているかどうか）、そして、それによって行為帰属を正当化しうるかどうかは、犯罪計画に基づいて判断される。すなわち、犯罪計画の際に定められた役割の分担および調整によって各関与者の行為の間の関係が形成され、犯罪全体においてそれぞれの行為が有する機能が明らかになるのである。そこで明らかになった機能が消極的

⁽²⁴⁾ Jescheck, a. a. O. (Anm. 4), S. 681.

⁽²⁵⁾ Küper, a. a. O. (Anm. 4), S. 786.

⁽²⁶⁾ Wilfried Küper, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, S. 61.

⁽²⁷⁾ Küper, a. a. O. (Anm. 4), S. 786.

に犯罪全体を支配しうる程に重要なものである場合に、そうした行為を担当することを引き受けた者の共同正犯性が肯定されるのである⁽²⁸⁾。

Küper のこうした見解を前提とするのであれば、ある関与者が彼自身の行為を未だ行っていない場合であっても、彼の共同正犯性を肯定し、他の関与者の行為を彼に帰属させることは可能となる⁽²⁹⁾。というのも、彼が犯罪全体に対して機能的行為支配を有しているかどうか、すなわち共同正犯として当該犯罪に関与しているのかどうかは、関与者らが犯罪計画を策定し、当該犯罪における各関与者の役割が確定した時点で定まるからである。つまり、ある関与者が共同正犯なのか、それとも幫助犯に過ぎないのかを決定する上で重要なのは、既に遂行した何らかの行為の質ではなく、計画上遂行する予定であった行為の性質なのである⁽³⁰⁾。それゆえに、特定の役割を有する行為を「引き受けた」ことで十分なのである⁽³¹⁾。

(2) 消極的行為支配の対象

それでは、Küper らの見解において、消極的行為支配の対象である犯罪全体とは一体何を意味するのであろうか。

この点、Torsten Buser は、行為支配の対象は他の関与者の行為ではなく、計画上の犯罪、すなわち所為決意によって想定された既遂犯であると主張する。消極的行為支配に関する Buser の主張は、大要、以下のようなものである⁽³²⁾。行為支配の対象が計画上の犯罪であることは、消極的行為支配（阻止力）という概念から導かれる。阻止力とは、ある関与者が、ある時点において、犯罪の完遂にとって必要とされる彼の行為を遂行しないことによ

⁽²⁸⁾ Küper, a. a. O. (Anm. 4), S. 786.

⁽²⁹⁾ Küper, a. a. O. (Anm. 4), S. 786 f.

⁽³⁰⁾ Küper, a. a. O. (Anm. 26), S. 34.

⁽³¹⁾ 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」同『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）179頁以下も同様の見解を展開している。高橋によると、共同正犯における相互行為帰属は共謀に基づく。つまり、「共謀によってこれから行う行為の意味、その行為によって生じ得る結果の予期があるからこそ、その行為全体における自己の地位・役割も確認でき、この点に、相互的行為帰属し得る基礎が認められるのである」。このような見解によるならば、Küper の見解と同様に、ある関与者が共同正犯なのか否かは共謀（犯罪計画）が成立した時点で確定することになる。しかし、他方で、高橋は、「事前判断か事後判断かという点については、そのどちらか一方のみによる判断ということにはならないように思われる。犯罪の遂行過程（予備段階・未遂段階・既遂段階）に従ってその時点において、各共働者にかなる類型として帰属すべきかを判断すべきである。その意味で、各段階ごとにおける事後判断であるということができよう。したがって、所為計画においては副次的な任務しか割り当てられなかったが（それ故、この段階では幫助である）、未遂段階において重要な役割を演じたという場合（そして、犯罪も未遂に終わった場合）にはその段階において、事後的に本質性を判断して共同正犯か従犯かを決定することになる。予備段階における判断は事前判断だというのであれば、私見は事前判断と事後判断との統合的判断と特徴づけることができよう」（高橋則夫「共犯体系における共同正犯の理論」同『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988年）321頁）とも述べている。

⁽³²⁾ Buser, a. a. O. (Anm. 4), S. 62.

って、その犯罪の完遂を阻止しうる可能性のことを意味する。こうした可能性（すなわち、阻止力）を当該関与者が有しているのは、彼が自身の行為を遂行する前まで、つまり、計画上の犯罪が完成する前までである。ひとたび計画上の犯罪が実現されてしまったならば、もはやそれを阻止することは不可能だからである。したがって、阻止力、すなわち消極的行為支配の対象である犯罪とは、現実の犯罪ではなく、計画上の犯罪なのである⁽³³⁾。

共同正犯における機能的行為支配をこのように解した場合、【事例⑥】は以下のように処理されることになる。BはAの意思を支配していたわけでもなく、自身が担当した行為を撤回することによってAの行為を頓挫させ得たわけでもない。したがって、Bは実際に生じた犯罪（強盗未遂）を積極的にも消極的にも支配していなかった。しかし、彼は、財物奪取を撤回することによって計画上の犯罪（強盗既遂）を頓挫させ得たのであるから、その役割を引き受けたことによって計画上の犯罪を消極的に支配していたとはいえる。Bはそうした消極的支配を、犯罪計画が策定され、役割分担が決定した時点で有していたのであるから、その時点で彼の共同正犯性は肯定される。そして、こうして認定されたBの共同正犯性によって、Aの行為（暴行）はBに帰属することになる。それゆえ、強盗未遂の共同正犯がBに成立するのである。

第2項 個別的解決説のアプローチ

次に、個別的解決説の論者が【事例⑥】のBの共同正犯性を否定する論拠を見ていく。

まず、Hans-Joachim Rudolphiは、以下のように述べている。「計画された所為が未遂段階にとどまった場合、この未遂の共同正犯は、その所為が失敗に終わった時点までに自身の正犯性を根拠付ける所為寄与を既に遂行した、あるいは少なくとも既に直接的にその遂行に着手した者だけである。彼らのみが、未遂犯（*versuchte Tat*）を支配しているのである。これに対して、計画された所為が失敗に終わった時点で未だ自身の所為寄与に着手することのなかった共同正犯には、既に実現したもの（*bereits Verwirklichte*）に対する支配が欠けている」⁽³⁴⁾、と〔傍点引用者〕。次いで、Maria da Conceição Valdáguaによると、「単独直接正犯および間接正犯の消極的行為支配が既遂にも未遂にも及ぶのに対して、共同正犯の消極的行為支配は既遂にしか及ばない。というのも、単独直接正犯および間接正犯とは異なり、共同正犯は——少なくとも、共同所為計画によると、実行段階において同時に行為するのではなく、後になって初めて行為することになっている者の場合は——未遂行為の実施に関して阻止力を有していないからである」〔傍点引用者〕⁽³⁵⁾。以前は全体的解決説を主張していたClaus Roxinも、現在は個別的解決説を支持している。すなわち、「未だ予備段階にとどまっている共同正犯を、彼の寄与が所為の完遂に対して重要であり、

⁽³³⁾ 塩見・前掲注（20）144頁も、「機能的行為支配を支える阻止力とは、計画された犯罪全体に向けられたものである」と述べている。

⁽³⁴⁾ Rudolphi, a. a. O. (Anm. 13), S. 386.

⁽³⁵⁾ Valdágua, a. a. O. (Anm. 13), S. 862.

場合によっては決定的であるということを理由に未遂の共同支配者とするのは、誤りである。というのも、いずれにせよ、自身の『積極的な』所為寄与と一緒に始めて共同支配性を基礎付ける『阻止力』は、他の共同正犯が彼自身の寄与のみによって実現する未遂に対して作用しないからである」(傍点引用者)⁽³⁶⁾。

個別的解決説のこうした主張からは、全体的解決説が、前述のように、犯罪が未遂にとどまった場合においても行為支配の対象を既遂(すなわち、計画上の犯罪)としていたのに対して、個別的解決説が、その対象を未遂(すなわち、現実に生じた犯罪)としていることが明らかになる。したがって、個別的解決説によると、複数の関与者が犯罪の実現を意図していたが、結果的に未遂にとどまった場合、当該未遂を支配している関与者だけがその共同正犯として処罰されるのである。しかし、【事例⑥】のBは、強盗未遂の成立を基礎づけるAの行為(暴行)を積極的にも消極的にも支配していなかった⁽³⁷⁾。それゆえ、Bに共同正犯は認められず、Aの行為のBへの帰属も否定されることになるのである。

第3項 小括

以上のように、全体的解決説の背後には、ある関与者の正犯性を判断するにあたって計画上の行為および犯罪を基準とする考え方(以下、計画志向型正犯論とする。)があったのに対して、個別的解決説においては、現実に生じた行為および犯罪を基準とする考え方(以下、現実志向型正犯論とする。)が前提とされていた。全体的解決説と個別的解決説をめぐる従来の対立は、計画志向型正犯論と現実志向型正犯論の対立という「黒幕」によってもたらされたものであるといえよう。従来は広い機能的行為支配説(あるいは共謀共同正犯肯定説)からは全体的解決説が主張され、狭い機能的行為支配説(あるいは共謀共同正犯否定説)からは個別的解決説が主張されるのであるから、共同正犯における未遂という問題は、「共謀共同正犯の一適用場面の問題でしかない」⁽³⁸⁾という指摘もなされていたが、そうではないと思われるのである。例えば、狭い機能的行為支配説を採用したとしても、それが計画志向型正犯論に基づくものであるならば、ある関与者が、計画上、実行段階において重要な役割を果たす予定でありさえすれば、たとえ現実には彼がその役割を果たすことはなく、犯罪も未遂に終わったという場合であっても、彼は既に計画段階で共同正犯と評価されるから、直接的には他の関与者が実現した未遂について共同正犯として処罰されることになる、と主張する余地はあるのである⁽³⁹⁾。

⁽³⁶⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 13), S. 492.

⁽³⁷⁾ Valdágua, a. a. O. (Anm. 13), S. 871.

⁽³⁸⁾ 高橋・前掲注(31)(2007年)175頁。

⁽³⁹⁾ Zieschang, a. a. O. (Anm. 4), S. 377; ders, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., 2012, Rn. 513. 塩見・前掲注(20)138頁も、たとえ構成要件の自手的な一部実現を(共同)正犯の要件とした(すなわち、形式的客観説を採用した)としても、計画上自ら「構成要件の一部を実現する者をもって正犯とする理解も十分に成り立つ」と述べている。

第4款 現実志向型正犯論の展開

第1項 全体的解決説と計画志向型正犯論の関係

以上見てきたように、従来の議論においては、全体的解決説は計画志向型正犯論から導かれていた。しかし、全体的解決説と個別的解決説の対立が、共同正犯の法的効果（相互行為帰属ないし一部行為全部責任）をどのように捉えるのかという問題であるのに対して、計画志向型正犯論と現実志向型正犯論の対立は、そうした問題とは次元を異にする共同正犯の要件に関する問題、すなわち——正犯と共犯の区別を正犯者意思（ないし利益）によって区別する主観説に依拠しない限り——ある関与者を共同正犯とするには、彼自身の共同正犯性を根拠づける行為（正犯行為⁽⁴⁰⁾）が必要となるわけだが、その正犯行為を行う予定であれば十分なのか、それとも実際に行う必要があるのかという問題をめぐるものである⁽⁴¹⁾。したがって、全体的解決説と計画志向型正犯論の間に必然的な関係はないといえる⁽⁴²⁾。そこで、次に、全体的解決説を基本的には支持するとしても、その基礎に計画志向型正犯論を据えるべきかを検討することにする。

第2項 計画志向型正犯論の問題点

（1）正犯性・共犯性の対象

まず、正犯と共犯の差異については、抽象的には、正犯が犯罪事実について第一次的な刑事責任を負うべき者であるのに対して、共犯は第二次的な責任を負うに過ぎない者である、と定義することが出来る⁽⁴³⁾。そして、関与者らはあくまでも現実に生じた犯罪について刑事責任を問われるのであるから、第一次的（ないしは第二次的）な責任の対象である

⁽⁴⁰⁾ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）404頁。なお、正犯行為の内容は、正犯と共犯の区別基準をどのように解するかによって変わりうる。例えば、機能的行為支配説に依拠すれば犯罪を機能的に支配する行為が、重要な役割説に依拠すれば犯罪の実現に対して重要な役割を担う行為が、形式的客観説に依拠すれば実行行為が正犯行為となる。

⁽⁴¹⁾ 島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究⁽³⁾』（成文堂、2010年）61頁以下は、共同正犯と狭義の共犯の区別基準として「重要な役割」を用いるとしても、行為計画内部における役割分担の取り決めに従って判断する見解と現実に果たした役割に従って判断する見解が対立しうる、と指摘している。その上で、「犯罪遂行途中で当初の行為計画に沿わない事情が生じたため、計画段階では幫助的役割しか予定されていなかった者が、臨機応変に重要な役割を果たした場合には、やはり共同正犯を認めないと不当ではないだろうか。他方、当初の予定が外れ、結果的に軽微な役割にとどまった者については、場合によっては幫助とすべき場合もあるように思われる」として、後者の見解を支持している。

⁽⁴²⁾ 現実志向型正犯論から全体的解決説を主張すると思われるものとして、Mychael Köhler, *Strafrecht AT*, 1997, S. 541; Mylomopoulos, a. a. O. (Anm. 2), S. 463 ff.; Rainer Zaczyk, in: NK, *Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Aufl., 2013, § 22 Rn. 65 ff.; Helmut Frister, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2013, 29/7 ff.; Diethelm Kleszczewski, *Strafrecht AT*, 2012, Rn. 817.

⁽⁴³⁾ 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）281頁、井田・前掲注（11）435頁。

犯罪事実とは、関与者らの計画上の犯罪ではなく、現実生じた犯罪を意味する、と解さなければならない。したがって、計画上の犯罪が未遂にとどまった場合は、当該未遂の成立について第一次的な責任を負うべき者が正犯とされなければならないはずである。

計画志向型正犯論によると、ある関与者の共同正犯性は、彼が計画上の犯罪を支配する（行為支配説）、あるいはそれに対して重要な役割を果たす（重要な役割説）予定であるか否かを基準に判断されるのであって、現実生じた犯罪に対して彼の行為がどのような役割を果たしたのかは考慮されない。しかし、ある関与者が計画上の犯罪に対して重要な役割を果たす予定であったということは、必ずしも、現実生じた犯罪に対しても重要な役割を果たしたということの意味するわけではない。他方で、計画上は軽微な役割しか予定されていなかった者が、現実生じた犯罪の実現に対しては正犯に値するほどの重要な役割を果たすこともあり得よう⁽⁴⁴⁾。計画上の犯罪に対して第一次的な責任を有する予定であることから、直ちに現実生じた犯罪に対する第一的な責任を導くことは出来ないのである。したがって、正犯を「現実生じた犯罪」について第一次的な責任を負う者と定義するならば、ある関与者の正犯性を判断するにあたっては、実際に成立した犯罪は何なのか、そしてそれに対して彼はいかなる寄与を実際に行ったのかを基準にしなければならないと思われる。

（2）行為主義との関係

「行為主義の要請は、責任主義の要請と同様に、人を罰するための最低限の要請であるから、単独犯のみならず共同正犯を含めた広義の共犯にも及ぶと考えられる」⁽⁴⁵⁾。したがって、「個人責任の原則からは、共同正犯として処罰される各人に何らかの外部的な行為が必要であり、しかもその行為は法の防止すべき外界の変動に対して因果性を有するものでなければならない。〔中略〕もとより、このような行為寄与の必要性は、広義の共犯に共通する要請であって、共同正犯を認めるためには、加えて、この行為寄与が実行行為に準ずる程度の重要性を有していなければならない」⁽⁴⁶⁾のである。

他方で、計画志向型正犯論がある関与者（例えば、【事例⑥】のB）の共同正犯性を判断する際に考慮するのは、彼が計画上行う予定の行為（財物奪取）、計画上発生する予定の犯罪結果（強盗既遂）、および両者の関係（財物奪取行為は強盗既遂の成立にとって不可欠であるか否か）であるが、財物奪取行為も強盗既遂も現実には生じていない、関与者ら（AとB）が計画上想定していたに過ぎないものである⁽⁴⁷⁾。しかし、広義の正犯と狭義の共犯を区

⁽⁴⁴⁾ 島田・前掲注（41）61頁。

⁽⁴⁵⁾ 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義——最高裁平成一五年五月一日決定・同平成一七年一月二九日決定を契機として——」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2007年）526頁。

⁽⁴⁶⁾ 松原・前掲注（45）536頁。

⁽⁴⁷⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 13), S. 131 ff., 192 f. は個別的解決説の立場から、全体的解決説に対して、大要以下のような批判をしている。Küperらが主張する消極的行為支配の基準

別する場面においても行為主義は妥当すべきとするならば、関与者らによって想定されていたに過ぎない行為や結果を前提に両者を区別することは許されないと解すべきではないだろうか⁽⁴⁸⁾。

(3) 主観説への接近

計画志向型正犯論によると、ある関与者によって引き受けられた行為に如何なる機能が犯罪計画上与えられていたのか、これが彼の正犯性を判断する際の基準となる。そうであるならば、客観的・一般的にはおよそ犯罪の実現にとって必要とはされ得ない行為であっても、関与者らにとって重要でありさえすれば、その行為を引き受けた者は正犯とされることになる。しかし、これでは、正犯と共犯の区別を客観的な立場からではなく、もっぱら関与者らの主観的立場から行うことになってしまう。したがって、一方で、実質的客観説の立場から正犯と共犯は客観的な要素によって区別されるべきと主張したとしても、他方で、計画志向型正犯論をその前提とする限り、関与者らによる主観的評価が決定的な基準になるのであって、結局は主観説と大差ないものになる。

以下の【事例⑦】からも、計画志向型正犯論の問題点が明らかになる。強盗を計画したAとBは、Aが暴行および財物奪取を担当し、Bは見張り⁽⁴⁹⁾をすることにした(第1計画)。被害者に対してAが暴行を加えた際、被害者の反撃によってAが負傷してしまったので、計画を変更し、財物奪取はBが担当することになった(第2計画)。しかし、計画を変更した時点でAとBは警官に逮捕されてしまった。Bの罪責を計画志向型正犯の立場から検討する場合、いかなる結論が導かれるであろうか。

Bは、計画が変更されるまではAの暴行に対して幫助犯として関与していたに過ぎなかったが、第2計画によって財物奪取を担当することになった時点で、事後的に、その暴行に対して共同正犯として関与していたことになる。したがって、Bは強盗未遂の共同正犯となる。このように考えることが出来ようか。しかし、新たに第2計画が立てられた場合とそうでない場合で、未遂の成立に対してBが行った行為およびその影響力に違いが生じるわけではない。それにもかかわらず、Bの共同正犯性を肯定するのは、関与者らの主観的な要素だけで正犯性ないし共犯性を決定しているからである。計画志向型正犯論を基礎に据

はもっぱら行為者の犯罪計画だけであるため、それは主観的基準によって基礎づけられる主観的行為支配である。こうした見解は、結論的に、Küper自身が認めていることであるが、共同正犯の客観的成立要件を不要なものとしてしまう。したがって、そのような消極的行為支配説およびそれに基づく全体的解決説は、純主観的に共同正犯を構成してしまう可能性を有しているのである、と。Küperらが主張する全体的解決説に対する批判としては適切なものであると思われる。

⁽⁴⁸⁾ 全体的解決説を採用したとしても、ある関与者(例えば【事例⑥】のB)が共同正犯となるには、彼が自身の正犯性を根拠付ける行為を行っていないと指摘するものとして、Zaczyk, a. a. O. (Anm. 42), § 22 Rn. 67; Frister, a. a. O. (Anm. 42), 29/9; Kleczewski, a. a. O. (Anm. 42), Rn. 816 f.

⁽⁴⁹⁾ 本事例における見張り行為は、共同正犯性を基礎付けえない行為であったものとする。

える限り、やはり、主観説に接近せざるを得ないと思われる。

第3項 現実志向型正犯論に基づく全体的解決説

(1) 現実志向型の全体的解決説

したがって、全体的解決説を支持するとしても、それは現実志向型正犯論に基づくものでなければならない。それでは、そのような全体的解決説の立場からは、【事例⑥】のBの罪責はどのようになるであろうか。

全体的解決説によると、Aが強盗罪の実行行為に着手した以上、Bが自ら実行行為に着手する必要はない。しかし、現実志向型正犯論の立場からは、直接的にはAが惹起した強盗未遂についてBが共同正犯として処罰されるのは、彼が、当該未遂を実際に機能的に支配していた場合（機能的行為支配説）、あるいはそれに対して重要な役割を果たした場合（重要な役割説）だけである。

しかし、Bが当該未遂に対して実際に行った行為は、財物奪取という役割を引き受けたことだけである。共謀ないし予備段階での行為でも共同正犯を肯定しようと解する見解においても、そのような消極的・受動的な行為だけでBの共同正犯性を認めることは難しい⁽⁵⁰⁾。したがって、Bの行為がそのようなものだけであり、また、強盗未遂の成立がAの行為だけで成立するものと解するのであれば、全体的解決説の立場からもBの共同正犯性は否定されることになり、結論的には個別的解決説と同じになると思われる。

(2) 共同正犯成立の可能性

しかし、以上の考察においては、「財物奪取を引き受けたこと」をBが実際に行った行為とし、また、当該強盗未遂がAの行為（暴行）だけで成立しようと解していたが、それ以外の可能性はないだろうか。この点、本稿と同じく、現実志向型正犯論に基づく全体的解決説を主張しているように思われる Christos Mylomopoulos の見解が参考になろう。Mylomopoulos は概ね以下のように述べている。犯罪計画に従って、他の関与者の行為が終わるまで行動せずに待っている者は、何の行為も行っていないというわけではない。例えば、【事例⑥】の場合、Bが犯行現場に実際に来て、そしてAの暴行の直後に財物奪取を行うつもりであるからこそ、Aは暴行を実際に遂行したのであるから、Bの行為（財物奪取を行うために犯行現場に来たこと）と未遂成立との間には因果関係がある。また、Aは、Bがそのような行為を行っているからこそ強盗の故意を有することが出来る。というのも、自ら財物奪取を行うつもりのないAは、Bが財物奪取を行うつもりであること、そしてBが実際に犯行現場にいることを通じてのみ、単なる暴行を超えた強盗を認識することが出来

⁽⁵⁰⁾ これに対して、Bが、既に共謀ないし予備段階で計画を立案するなど積極的に関与していたと認められる事案であれば、Bは、財物奪取を現実には行わなかったとしても、当該強盗未遂の成立に対して既に重要な役割を実際に果たしていたのだから、共同正犯として処罰される、と解することは可能であろう。関与の積極性・消極性が（共謀）共同正犯の成否に与える影響については、終章第2節第1款第4項（225頁以下）を参照。

るからである。そのような役割を担った B の行為は、B の未遂の共同正犯を基礎づけることが出来るのである、と⁽⁵¹⁾。

そして、Mylomopoulos のこうした見解は、更に、以下のように展開し得るのではないかと思われる。すなわち、強盗未遂は強盗既遂（暴行・脅迫によって被害者の反抗を抑圧し、財物を奪取する犯罪）が成立する具体的危険性をその本質としている。したがって、強盗未遂が成立するには、単に暴行が行われただけでは不十分であって、財物奪取が切迫している状況下で暴行が行われなければならない。しかし、A だけではこの要件を充たすことは出来ず、それは、財物奪取を引き受け、それを遂行する予定の B が犯行現場に実際に来たことで充足されるのである、と。このように考えるのであれば、B が実際に行った行為（財物奪取を引き受けた上で、財物奪取を実際に遂行するために犯行現場に来た）が強盗未遂の成立を支配していた、あるいはそれに対して重要な役割を果たしたといえるのではないだろうか。そして、もしそう解することが出来るのであれば、B に強盗未遂の共同正犯を認めることも出来よう。

第5款 本章の結論

刑法 60 条は、その機能（因果性拡張機能）として、因果関係の範囲を拡張する（刑事政策的要請）。しかし、刑法 60 条にそのような機能が認められるとしても、個々の行為の因果性を完全に放棄することは許されず、最低限、促進関係は要求されなければならない（侵害行為主義の遵守）。共同正犯の第1の成立要件としては、個々の行為の因果性（条件関係または促進関係）が要求されることになる。

因果性（要件①）は、たとえ刑法 60 条を通じて拡張されたものであったとしても、因果関係の一種である以上、その起点として現実の事象を必要とする。したがって、計画上予定されていたが、実際に行われることはなかった“行為”は、この段階で、共同正犯論から排除されることになる。つまり、その他の成立要件の有無を検討する際には、構成要件該当事実と少なくとも促進関係を有する行為のみがその基礎になると解される（現実志向型正犯論）。

⁽⁵¹⁾ Mylomopoulos, a. a. O. (Anm. 2), S. 464 ff.

第 2 章 正犯性拡張機能

事例集（第2章 正犯性拡張機能）

【事例①】	強盗を共謀した A と B は、前者がけん銃を所持して銀行店員の反抗を抑圧し、その間に後者が金庫の中身を奪取した。
【事例②】	A と B は、X 殺害を共謀の上、それぞれ同時に X に向かって一発ずつけん銃を発砲したところ、そのうちの一発により X は死亡した（他方の銃弾は X に命中しなかった）が、どちらの撃った銃弾が X に命中したのかは明らかにならなかった。
【事例③】	A と B は、X 殺害を共謀の上、それぞれ同時に X に向かって一発ずつけん銃を発砲したところ、A の撃った銃弾により X は死亡したが、B の撃った銃弾は X に命中しなかった。
【事例④】	B は、X 殺害を計画し、立場上 B の命令に逆らうことのできない A に対して一緒にけん銃を撃つよう要求し、同時に X に向かって一発ずつ発砲したところ、A の撃った銃弾により X は死亡したが、B の撃った銃弾は X に命中しなかった。
【事例⑤】	A と B は、X 殺害を共謀の上、X がいつも同じ道を通るわけでないことを知っていたため、A が一方の道で、B が他方の道で待ち伏せしたところ、X は、A が待ち伏せしている方の道を選んだため、A によって殺害された。
【事例⑥】	L がマラソン大会に参加するために一緒に練習してくれるよう F に提案したところ、F は一緒に練習することを承諾したが、毎回言い逃れを言って練習に参加しなかったため、L はいつも一人で走らなければならなかった。
【事例⑦】	C が A・B に対して X の殺害を唆し、B が逃げられないよう X を取り押さえ、A が X をナイフで刺し殺した。
【事例⑧】	A、B、C・・・K（計 11 人）は、共謀の上、それぞれ被害者 X に致死量の 10 分の 1 の毒薬を飲ませて X を殺害した。なお、本件毒薬は、L が A らのために人数分用意したものであった。

【事例⑨】

A と B は、X 殺害を共謀の上、まず A が致死量の毒薬を X に飲ませ、もしその投薬で X が死ななかった場合は B が改めて致死量の毒薬を X に飲ませることにしたが、X は A に飲まされた毒薬によって死亡した。

【事例⑩】

A と B は、X 殺害を共謀の上、A はシンガポール空港で、B は香港空港で X を待ち伏せし、シンガポール空港に到着した被害者を A が殺害した。

第1節 重要な役割の定義

第1款 問題の所在

第1項 共同正犯の「成立要件」としての重要な役割

共同正犯の成立要件をめぐっては、そのうちの一つとして「犯罪の実現において実行の分担に匹敵し、または、これに準ずるほどの重要な役割を果たした」⁽¹⁾ことを要求する重要な役割説が、現在の我が国の通説的地位を占めているといえよう⁽²⁾。また、機能的行為支配説を通説とするドイツにおいても、一般的に、本質的な所為寄与 (ein wesentlicher Beitrag) は機能的行為支配の要件の一つと解されている⁽³⁾。

これに対して、我が国の実務は、関与者が当該犯罪に「自己の犯罪」として関与したのか、それとも「他人の犯罪」として関与したのかによって共同正犯と狭義の共犯を区別する主観説を採用しているとされる⁽⁴⁾。しかし、こうした見解を前提にしたとしても、『自己の犯罪』と『他人の犯罪』の区別は、この共犯者の主観的意思のみによって定まるものではな[い]⁽⁵⁾。確かに、こうした区別は、「まずもって当該犯罪に関与した者らの主観的な面に関係している」が、「犯罪行為も、適法な他の多くの社会的行為の場合と同様に、これを行おうとする者の主観のみでその行為の性質が定まるものではな」く、『自己』と『他人』とを区別する客観的な要件」を備えていなければならない⁽⁶⁾。実務においても、「共同正犯という評価を支えるだけの何らかの客観的事情の一つを要件として求める立場が有力になって」いるのであって⁽⁷⁾、「判例等のいう正犯意思是、正犯と評価するにふさわしい犯罪遂行への重要な寄与とみなされる事情により認定されており、このような事情がないのに、本人が『自分が正犯である』という心情を有してただけで正犯意思を認定すること

(1) 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂、2010年) 51頁。

(2) 共同意思主体説の立場からも、「共同正犯と教唆犯・従犯との区別は、犯罪実現に対し重要な役割を演じたかどうかによって行われる。ここに重要な役割というのは、共同正犯が正犯として処罰される以上、単独正犯における実行行為と当罰性において同価値であると評価しうるものでなければならない」とされる(西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕(下巻)』(成文堂、1993年) 396頁)。

(3) Statt vieler Claus Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn. 189, 211 ff.

(4) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑雑 31 卷 3 号 (1991 年) 318 頁以下、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」曹時 51 卷 8 号 (1999 年) 15 頁以下。

(5) 松本・前掲注 (4) 320 頁。

(6) 松本・前掲注 (4) 320 頁以下。「一定内容の意思連絡という主観的事実を推認するには共謀者の実際の行動、役割など外部に現れた事実が最も重要な証拠であるという事実認定の方法上の理由によるだけでなく、共謀共同正犯を実質的に基礎づけるのは、被告人が実行者を通じて犯罪を実行したと認めるに足りる状況であるという基本認識があるからであろう」とする出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社、2006年) 205頁も参照。

(7) 大阪刑事実務研究会(杉田宗久=平城文啓=仁藤佳海)「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(下)」判タ 1356 号 (2011年) 60頁。

は考えられない」のである⁽⁸⁾。したがって、実務の採用する主観説の立場からも、共同正犯の成立要件の一つとして、「自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たした」こと⁽⁹⁾、あるいは『自己の犯罪』を共同実行したと評価するにふさわしい犯行への寄与・役割等⁽¹⁰⁾が要求されているのである⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾。

第2項 重要な役割の「実体」

共同正犯が——単独正犯と同様に——「一次的責任類型」として狭義の共犯よりも重い関与類型であることに鑑みるならば、「重要な役割」を共同正犯の成立要件の一つとして要求する学説および実務のこうした傾向は妥当であろう。

それでは「重要な役割」とは一体何を意味するのであろうか。(必ずしも自ら構成要件該当事実のすべてを実現するわけではない) 共同正犯は、確かに、(自ら実行行為を行い、構成要件該当事実のすべてを実現する) 単独正犯に準ずる関与類型であるといえる。しかし、だからといって、重要な役割を「実行に準ずる役割」と解しただけでは問いをもって問いに答えているに等しい。如何なる場合に単独正犯に準じると評価できるのかという問いに対して、自ら実行行為を行った場合(すなわち単独正犯が成立する場合)に準じる場合と答えているに過ぎないからである。

ドイツの機能的行為支配説によると、ある関与者が事象に対する共同支配(Mitherrschaft)を有するのは、彼が計画の成否を左右しうる機能を果たした場合⁽¹³⁾、すなわち彼の所為寄

⁽⁸⁾ 司法研修所『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会、2009年) 57頁。

⁽⁹⁾ 司法研修所・前掲注(8) 58頁。

⁽¹⁰⁾ 大阪刑事実務研究会・前掲注(7) 65頁。

⁽¹¹⁾ ただし、実務の立場からは、そのような客観的事情を、「自己の犯罪」あるいは「正犯意思」を推認させる重要な間接事実の一つとして解することで、「被告人の果たした役割が重要ではあっても、他の要素との関係で共謀が否定される」ことも、「一見してそれほど重要でない行為を担当していると見られる場合でも〔中略〕共謀共同正犯が成立するとされること」(石井一正=片岡博「共謀共同正犯」小林充=香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——(上)』(判例タイムズ社、1992年) 384頁)も考えられうる。

⁽¹²⁾ Volker Haas, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007), S. 534 f.は、共同正犯の本質および相互的行為帰属の根拠を、各関与者が相互に他の関与者に対して他人の名の下においても行為するよう委託(Mandat)する点に、つまり各関与者が自身のためだけでなく、他者のためにも行為する点に求めている。他の関与者の行為も含めて犯罪全体が「自己の名」の下に行われた場合に共同正犯は肯定されるとした上で、ある関与者が所為の遂行を左右しうるほどの所為寄与を行ったことは、彼が幫助犯として他の関与者のためだけに行為したのではないことの間接証拠(Indiz)であるとする彼の見解(Volker Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 130; ders, in: Matt/Renzikowski StGB, 2013, § 25 Rn. 82)は、その限りでは、日本の実務に近いものといえる(Vgl. auch Urs Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundfrage der Mittäterschaft, in: Festschrift für Hollerbach, 2001, S. 645; Joachim Renzikowski, Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen, JuS 2013, S. 485 f.)。

⁽¹³⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 211.

与が欠落すると所為全体 (Gesamttat) が遂行不可能に、あるいは少なくともその遂行が危うくなる場合である⁽¹⁴⁾。例えば、けん銃を所持している A が銀行の店員の反抗を抑圧し、その間に B が金庫の中身を奪取する場合 (【事例①】)、両関与者は、それぞれの寄与を撤回することによって犯罪計画を頓挫させうるが故に強盗罪の共同正犯とされるのである⁽¹⁵⁾。この基準は、一見したところ、きわめて明確であるようにも思われる⁽¹⁶⁾。しかし、いわゆる「付加的共同正犯 (additive Mittäterschaft)」と呼ばれる事例、例えば、X の殺害を共謀した A と B が同時に X に向かってそれぞれ一発ずつけん銃を発砲したところ、そのうちの一発により X は死亡した (他方の銃弾は X に命中しなかった) が、どちらの撃った銃弾が X に命中したのかは明らかにならなかった (【事例②】) 場合、あるいは A の撃った銃弾により X は死亡したが、B の撃った銃弾は X に命中しなかった (【事例③】) 場合において、この基準は修正される。すなわち、各関与者は、それぞれの寄与を撤回することによって当該犯罪を頓挫させることはできないとしても、犯罪の成功を「より確実なもの」、あるいは「より蓋然的なもの」にしているのものであって、この「事前判断に基づく危険増加」によって彼らの共同正犯性は基礎づけられる、とするのである⁽¹⁷⁾。そして、幫助犯も犯罪実現の危険を高める関与類型であることを考えると、共同正犯の成立要件としての危険増加は結果発生の蓋然性を本質的に (wesentlich) 高めた場合に認められるものと思われる⁽¹⁸⁾。しかし、もしそうだとすると、こうした見解は「本質的な所為寄与」を「本質的な危険増加」と理解しているに過ぎない。したがって、ドイツの機能的行為支配説においても、「本質的な」の意味それ自体については未だ明らかにされていないのである。

実務の採用する「自己の犯罪」か「他人の犯罪」か、あるいは「自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たしたかどうか」という基準は確かに直観的には理解し易いものであろう⁽¹⁹⁾。しかしながら、こうした基準によって、共同正犯をめぐる諸問題の——直観的判断を超えた——間主観的な考察・分析が担保されることはない。共同正犯の成否を判断する上で重視されるべき具体的な間接事実がいくら列挙されたところで⁽²⁰⁾、最終的な基準が不明確なままでは、共同正犯の認定プロセス (ある間接事実が欠如

⁽¹⁴⁾ Claus Roxin, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, S. 523.

⁽¹⁵⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 188.

⁽¹⁶⁾ Ulrich Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 203.

⁽¹⁷⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 14), S. 524; ders, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 230.

⁽¹⁸⁾ Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft, 2001, S. 158.

⁽¹⁹⁾ 朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』(成文堂、2015年) 166頁参照。

⁽²⁰⁾ 例えば、司法研修所・前掲注(8) 58頁以下は、①明示・黙示の意思の連絡の存在、その意思疎通の状況・程度、②被告人と実行行為者との関係(組織関係、上下関係、勧誘・被勧誘の別)、③実行行為以外の被告人の具体的役割(犯行過程の一部分担、激励・待機・見張り、方法教示・道具貸与・資金提供、犯行隠蔽・実行行為者からの事後報告・実行行為後の行為への参加)、④犯行動機(利得の有無・額・割合、法益侵害そのものへの積極性、実行行為者への義理立て)を挙げる。

した場合にそれにもかかわらず共同正犯が否定されないのは何故なのか、その欠如を補充・補填しうるのは如何なる事実なのか等）が明らかになることはないのである⁽²¹⁾。このような状況下において共同正犯の成立要件としての重要な役割の実体を解明すること、これはまさに学説の重要な役割の一つにほかならない。

第3項 検討素材としての付加的共同正犯

本稿は、学説の重要な役割を果たすにあたって、共同正犯が成立することにほとんど争いのない——【事例②】、【事例③】のような——付加的共同正犯（および択一的共同正犯）を主な検討素材とする。

【事例③】を修正し、Bが発砲行為以外で既に共同正犯を肯定しうるだけの関与を行っていた（例えば、Xの殺害計画を立案した上で、立場上Bの命令に逆らうことのできないAに対して一緒にけん銃を撃つよう要求した）場合（【事例④】）、発砲行為ではなく、共謀段階ないし実行段階におけるその他の行為に着目し、それが——間接正犯を成立させる程度ではないにせよ——Aを心理的に拘束していた、つまり犯罪の実現に重要な役割を果たしたとして、Bに殺人既遂の共同正犯の成立を認めることは可能であろう⁽²²⁾。

しかし、たとえ【事例②】、【事例③】のBがそのような行為をしなかった（例えば、Bは計画の立案等には一切関与しておらず、また、Aからの要求を断ることができず、渋々従ったに過ぎなかった）としても、Bを殺人既遂の共同正犯として処罰することに異論はほとんどないように思われる⁽²³⁾。しかし、【事例②】、【事例③】の場合、発砲行為以外のBの行為に基づいてBの共同正犯性を肯定することはできない。そうであるならば、Bの発砲行為を重要な役割を担う行為と評価することでBの共同正犯性を認めるほかないが、Bの発砲行為の結果（X死亡）に対する物理的寄与度は証明できない（【事例②】）、あるいは認められない（【事例③】）。それにもかかわらずBの発砲行為を重要な役割を担うものと評価す

⁽²¹⁾ Eberhard Schmidhäuser は、正犯と共犯を区別する抽象的・一般的概念を提示する理論を展開することは不可能であって、全体的考察（die ganzheitliche Betrachtung）が唯一の方法であると主張した上で、考慮されるべき様々な要素を列挙している（例えば、犯行現場に居合わせる事、結果惹起に対する寄与の重大性、予備の積極性、特別な目的、他の関与者との人的関係の強度等）。そして、全体的考察からは、本稿が主たる検討素材とする付加的共同正犯の事例の場合、銃弾を命中させることのできなかつた関与者に殺人既遂の共同正犯は成立しないとされる（Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1984, 10/62, 10/163 ff.）。しかし、Schmidhäuser が挙げる諸要素のうちどの要素が存在しないし欠如するのか、その存否が共同正犯性の判断にとって如何なる意味を持つのか、最終的に共同正犯性を否定する根拠はどこに見出されるのか、といった点は明らかでない。彼の見解は、正犯性・共犯性の抽象的定義を提示することなく、考慮されるべき諸要素を列挙するだけでは、間主観的な考察・分析が担保されないことの証左の一つであると思われる。

⁽²²⁾ Schmidhäuser もこうした場合には共同正犯を肯定する（Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 21), 10/62）。

⁽²³⁾ こうした帰結に疑問を呈するものとして、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）351頁（脚注22）。

べき、あるいはそう評価しうる根拠は何であろうか。本節では、付加的共同正犯をめぐるこうした問題を手がかりに、共同正犯の成立要件としての重要な役割の実体を解明し、その定義付けを試みる。

以下では、まず、付加的共同正犯を否定する見解⁽²⁴⁾を検討・分析することにする。

第2款 付加的共同正犯否定説

第1項 Rotsch および Becker の見解

(1) Thomas Rotsch の見解

(i) 共同正犯の客観的成立要件

Thomas Rotsch は共同正犯の客観的成立要件として要求される共同所為実行 (die gemeinsame Tatausführung) をめぐる問題を「個別行為の因果性の要否」と「個別行為の本質性の判断基準」に分けた上で、それぞれについて概ね次のように述べている。

各関与者の個別行為の因果性に関しては、共同正犯を規定するドイツ刑法 25 条 2 項により個々の構成要件は拡張され、個別行為の因果性の証明は不要になるとする見解がある。この見解は、【事例①】において、B の奪取行為が A の行為 (暴行ないし脅迫) に対して因果性を有していないにもかかわらず、B が共同正犯として処罰されることを根拠とする⁽²⁵⁾。しかし、各関与者の個別行為は、他の関与者によって行われた行為に対してではなく、構成要件の結果に対して因果的であればならないのであって、【事例①】の場合、B の奪取行為も強盗の実現に対しては因果性を有している。そして、そのような因果性、すなわち原因性 (Ursächlichkeit) はあらゆる可罰性の最低限の要件であって、放棄されるべきではない⁽²⁶⁾。

個別行為の本質性について、通説は、事前判断により当該寄与が犯罪の実現にとって本質的であり得たといえれば十分であるとする⁽²⁷⁾。しかし、各個別行為の因果性を堅持する

⁽²⁴⁾ 本稿で検討する論者以外にも、例えば、Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, 21/5 は、【事例③】の B を未遂の正犯とすることに疑いはないが、B に既遂の共同正犯を認めるための要件、すなわち結果を発生させた実行行為の共同形成 (Mitgestaltung) は認められないとする。また、梅崎進哉＝宗岡嗣郎『刑法学原論』(成文堂、1998年) 349頁以下は、「共同して犯罪がおこなわれた場合、犯罪結果から出発して、各人の行為の因果的な寄与を現実的な諸関係の中であきらかにすることがなによりも必要であ」って、【事例③】の場合、「事後的に B の弾丸がはずれていることがあきらかになっているので、B は X の殺害に対してまったく因果的な寄与をしていない。〔中略〕法益侵害結果の発生に対して因果的な寄与がまったくない場合に、『共同して』犯罪を遂行したということはできないであろう。〔中略〕A に殺人の既遂罪が成立し、B に未遂罪の成立可能性が残るだけである」と述べている。

⁽²⁵⁾ Joachim Renzikowski, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, in: *Festschrift für Otto*, 2007, S. 426 ff.

⁽²⁶⁾ Thomas Rotsch, „Gemeinsames Versagen“ *Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft*, in: *Festschrift für Puppe*, 2011, S. 892 ff.

⁽²⁷⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 212.

のであれば、因果性を有する所為寄与が構成要件の実現にとって本質的であることを要求すべきである。因果性の有無は必然的に事後判断によって検討されるが、構成要件の実現の分業が「なされる予定であっただけでなく」実際になされたことを要求すべきであるから、本質性も事後判断によって検討されることになる⁽²⁸⁾。

(ii) 択一的共同正犯

Rotsch は、付加的共同正犯の問題が「正犯と共犯の区別」ではなく、「因果性の存否」であることを明らかにするために、まず、択一的共同正犯 (alternative Mittäterschaft) の構造を分析している。択一的共同正犯が問題になる事例としては、X の殺害を共謀した A と B が、X がいつも同じ道を通るわけではないことを知っていたため、A が一方の道で、B が他方の道で待ち伏せしたところ、X は、A が待ち伏せしている方の道を選んだために、A によって殺害された (【事例⑤】) といった事例が考えられる。

【事例⑤】において、実行段階における B の行為の因果性が存在しないことは明白である。すなわち、B の待ち伏せ行為は A による X の殺害に対する因果性を有していないのである。A の決意が B を通じて強化されたと解したとしても、それは、待ち伏せ行為それ自体ではなく、待ち伏せをするよう承諾したことに基づくものである。B の承諾行為は、それゆえ、B が承諾しなければ A は当該犯行を遂行しなかったであろうと確実にいえる場合には因果性を有しているといえる⁽²⁹⁾。しかし、——多くの学説および BGH のように——予備段階における行為に基づく共同正犯を認めてしまうと、同一の行為 (例えば、実行者に被害者の殺害を提案する行為、あるいは【事例⑤】の B の承諾行為) が共同正犯を基礎づける場合もあれば、教唆犯・幫助犯を基礎づける場合もあり、共同正犯と教唆犯・幫助犯を区別することができなくなる。それゆえ、Rotsch によると、予備段階における行為によって共同正犯を認めることはできないのである⁽³⁰⁾。

【事例⑤】において B の共同正犯性が肯定されえないことは、以下の事例から明らかになる。L がマラソン大会に参加するために一緒に練習してくれるよう F に提案したところ、F は一緒に練習することを承諾したが、毎回言い逃れを言って練習に参加しなかったため、L はいつも一人で走らなければならなかった (【事例⑥】)。【事例⑥】の場合、L は F と一緒にマラソンの練習をしたと考える者はいないだろう。しかし、【事例⑤】において共同正犯を肯定する論者はまさにそのような考えを、25 条 2 項に基づく処罰をある関与者が (重要な) 行為を承諾したことを根拠に、主張するのである⁽³¹⁾。しかし、これに対して、Rotsch は、単に練習することを承諾しただけではなく、マラソンの練習を実行する段階において実際に練習に参加した者のみが他の者と共同練習をしたといえるように、共同して殺人罪を犯したというためには実行段階における実際の関与が要求されなければならない、と解

⁽²⁸⁾ Rotsch, a. a. O. (Anm. 26), S. 898 f.

⁽²⁹⁾ Thomas Rotsch, „Einheitstaterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 361 f.

⁽³⁰⁾ Rotsch, a. a. O. (Anm. 29), S. 363 f.

⁽³¹⁾ Rotsch, a. a. O. (Anm. 29), S. 364 f.

するのである。

(iii) 付加的共同正犯

したがって、Rotschによると、共同正犯としての罪責は実行段階における個別行為が因果性を有している場合にのみ認められうるものであって、それが欠ける場合は刑法25条2項に基づく処罰は否定されることになる。それでは、このような見解を前提にすると、付加的共同正犯はどのように解されるであろうか。

付加的共同正犯が問題になる事例（【事例②】）が択一的共同正犯の事例（【事例⑤】）と異なるのは、個々の発砲者の因果性が確実に欠けるのではなく、単にそれを立証することができないという点だけである。実行段階の行為（発砲行為）の因果性は立証できず、被害者の殺害に関与することの承諾だけが因果性を有しうるに過ぎないのである。しかし、そのような承諾によって共同正犯を認めることはできない。かくして、付加的共同正犯や択一的共同正犯とされる事例において問われる問題が正犯性・共犯性ではないことが明らかとなった。個別行為の因果性が欠ける場合に正犯性・共犯性を検討する余地はないのである⁽³²⁾。

(2) Christian Becker の見解

(i) 機能的行為支配説の問題点

Christian Becker は、機能的行為支配説の問題点として「客観的要素の排除」と「基本法103条2項（および刑法1条）との矛盾」を指摘する。

Wilfried Küper の見解に従い、機能的行為支配の本質を「消極的行為支配」に見出すと、ある関与者が彼自身の行為を未だ行っていない場合であっても彼の共同正犯性を肯定し、他の関与者の行為を彼に帰属させることは可能となる⁽³³⁾。というのも、彼が犯罪全体に対して機能的行為支配を有しているかどうか、すなわち共同正犯として当該犯罪に関与しているかどうかは、関与者らが犯罪計画を策定し、当該犯罪における各関与者の役割が確定した時点で定まるからである。それゆえ、Torsten Buser によれば、消極的行為支配の対象は現実に生じた犯罪ではなく、関与者らの計画において想定された犯罪なのである⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾。以上のように行為支配を行為計画支配（Tatplanherrschaft）と解すると、共同正犯の成立にとって——上述の Küper の指摘にあるように——関与者が実際に何らかの客観的行為を行うことは必要ではなくなる。計画上その行為を行う予定でありさえすれば十分である。つまり、共同正犯性の有無は、客観的要素を考慮することなく、もっぱら主観的要素（関

⁽³²⁾ Rotsch, a. a. O. (Anm. 29), S. 366 ff.

⁽³³⁾ Wilfried Küper, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, S. 786 f.

⁽³⁴⁾ Torsten Buser, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, 1998, S. 62.

⁽³⁵⁾ Küper および Buser の見解については、第1章第2節第3款第1項（31頁以下）を参照。

与者らの主観的表象) のみによって検討されることになってしまうのである⁽³⁶⁾。

また、機能的行為支配説によると、構成要件に該当しない行為（例えば、窃盗の際の見張り行為）が正犯としての、とりわけ共同正犯としての処罰を基礎づけることになる。しかし、基本法 103 条 2 項（および刑法 1 条）によれば、原則、構成要件該当性のない行為は不可罰でなければならない。そして——Hans-Joachim Rudolphi もその根拠を基本法 103 条 2 項に求める⁽³⁷⁾——正犯概念における構成要件関連性（Tatbestandsbezogenheit）の原則によると、予備段階における行為によって共同正犯を認めることはできないことになるが、更に、少なくとも部分的には構成要件において記述された行為に一致する、あるいは構成要件において記述された事象を実現する行為のみが正犯性を基礎づけることと解さなければならないことになる⁽³⁸⁾。

（ii）形式的客観説とその帰結

したがって、共同正犯の要件としては、行為者が、他の関与者と共同しつつも、自身の行為によって構成要件において記述された事象を少なくとも部分的には実現することが要求されることになる⁽³⁹⁾。その際、計画上他の関与者と共同して構成要件（の少なくとも一部）を実現しようと意図していたことは重要ではなく、事後判断により構成要件（の少なくとも一部）を実際に実現したと確認されることが必要となる⁽⁴⁰⁾。

Becker によると、予備段階での行為によって共同正犯が認められることはないから、自ら実行行為を行うことのない組織の長には教唆犯か幫助犯が成立するに過ぎない。組織の長がたとえ電話等によって犯罪の遂行を統率する場合であっても共同正犯が認められることはない⁽⁴¹⁾。また、（C が A・B に対して X の殺害を唆し、）B が X を取り押さえ、その間に A が X をナイフで刺し殺した（【事例⑦】）という共同正犯の典型例と思われる場合であっても、B の行為は刑法 211 条（謀殺罪）ないし 212 条（故殺罪）の構成要件には該当しないので、B に共同正犯が成立することはない（幫助犯が成立するに過ぎない。）⁽⁴²⁾。

結果犯の場合、共同正犯は、結果の原因である行為（すなわち、因果的行為）を通じてのみ認められうる。因果的でない行為は結果犯の構成要件には該当しないからである。付加的共同正犯が問題になる事例の場合、結果（被害者の死亡）に対する因果性が証明された関与者のみが正犯となる。したがって、【事例②】における A・B および【事例③】における B に殺人既遂の共同正犯が認められることはない（殺人未遂の単独正犯で処罰される

⁽³⁶⁾ Christian Becker, *Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft*, 2009, S. 42, 131 ff., 136 f., 143.

⁽³⁷⁾ Hans-Joachim Rudolphi, *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft*, in: *Festschrift für Bockelmann*, 1979, S. 369.

⁽³⁸⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 141 f., 145.

⁽³⁹⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 151.

⁽⁴⁰⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 152.

⁽⁴¹⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 168.

⁽⁴²⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 169.

ことになる。) (43)。なお、択一的共同正犯が問題となる【事例⑤】の場合も、構成要件を実現するのはもっぱら実際に被害者を殺害した者 (A) の行為だけであることから、B の共同正犯性は否定される(44)。

(3) 検討

Rotsch と Becker の問題意識は明確である。すなわち、彼らは、通説である機能的行為支配説が、計画上行われる予定であったが、実際には行われなかった“行為” (客観的には存在しない“行為”) を基礎に共同正犯の成立を認めること、つまり——【事例⑥】の F を「承諾はしたが、結局実施することのなかった練習」を根拠に L と一緒に練習したと評価するように——【事例⑤】の B に「実際には行うことのなかった“発砲行為”」を根拠に機能的行為支配およびそれに基づく共同正犯を認めることを論難するのである。そして、共同正犯の要件として「各関与者の個別的・客観的行為」および「そこから生じる因果関係」を要求することで、そうした問題点を回避しようとするのである。

客観的要件を不要とする機能的行為支配説は、もはや、実質的客観説の名に値しない。客観説である以上、客観的要件は不可欠の要件でなければならない。しかし、たとえそのように解したとしても、必ずしも、単独正犯の場合に要求される因果関係 (条件関係) を各共同正犯者の個別行為にも要求しなければならないわけではない。共同正犯の場合、各関与者の個別行為は、刑法 60 条を通じて拡張された因果関係 (促進関係) があれば十分であると解することも可能である。促進関係が条件関係よりも拡張されたものであったとしても、因果関係である以上、「現実になされた客観的行為」、「現実に生じた結果」および「両者の関係」が事後的に検討・確認されることになる。したがって、促進関係を要求することによっても、共同正犯の客観的要件としての「各関与者の個別的・客観的行為」の不可欠性は基礎づけうるといえる(45)。

また、Becker の見解は、共同正犯の因果性拡張機能だけでなく、正犯性拡張機能をも否定するものといえる(46)。しかし、その結果として、【事例⑦】の B の共同正犯すら否定されるという到底容認できない帰結が導かれている(47)。単独正犯の場合に要求される正犯性を共同正犯の場合にも要求する彼の見解は、直接正犯、間接正犯、および共同正犯を同一条文 (ドイツ刑法 25 条) の中で規定し、いずれの正犯類型についても——「決意させた (bestimmt hat)」あるいは「幫助した (Hilfe geleistet hat)」ことではなく——「犯罪行

(43) Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 167.

(44) Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 185.

(45) この点については、第1章第1節第4款第2項 (25 頁以下) および同章第2節第5款 (40 頁) 参照。

(46) Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 141.

(47) Rolf Dietrich Herzberg, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987), S. 54 は、【事例⑦】のような場合に両関与者が共同正犯として処罰されることに争いはないとする。

為 (Straftat)」を「行った (begeht/begehen)」ことを要件とするドイツ刑法の解釈論としてはありうるものであろう。しかし、そのような解釈はドイツ刑法からも必然的に導かれるわけではないが⁽⁴⁸⁾、我が国における、共同正犯 (刑法 60 条) を「共犯」の章で規定する刑法典、および、共同正犯を「正犯性」と「共犯性」の両者を具備する関与類型と解する (ことが有力な) 議論状況⁽⁴⁹⁾を前提にする限り、共同正犯の正犯性をそこまで厳格に解する必要はないと思われる。共同正犯を定める刑法 60 条は、複数人が犯罪を実現するために様々な形で役割分担をした事案を適切に処理しうよう規定されたものであって、各関与者の因果性だけでなく、正犯性をも拡張する機能を有していると解すべきである (正犯性拡張機能)。

第2項 Wolfgang Schild の見解

(1) 帰属の根拠としての行為プログラム

Wolfgang Schild は、まず、その出発点として、単独正犯の場合であっても犯罪事象全体の支配が必要ない (あるいは存在しない) ことを指摘する。すなわち、直接正犯としては、致死性のウイルスや動物を使用する事例も考えられうるわけだが、一度それらを使用した場合、行為者はその後の事象経過 (Geschehensablauf) をもはや支配できないのである⁽⁵⁰⁾。

そこで、Schild は、客観的な事象経過が行為者に帰属される根拠は行為プログラム (Handlungsprogramm) にあると考える。すなわち、行為者が——事前判断により——結果を発生させるのに相当と考える行為プログラムを作成し、その行為プログラムを実行に移し (umsetzen)、そして客観的な事象経過が——事後判断により——その行為プログラムが実現したものとされる場合に、あるいはそうされるが故に当該事象は行為者に帰属するのであって、客観的な事象の支配が重要なのではない、と解するのである⁽⁵¹⁾。Schild によると、通説も共同正犯の場合には行為プログラムとしての共同所為決意 (der gemeinsame Tatentschluss) を帰属の基礎と解しているが、同じことが他の正犯類型 (および共犯類型⁽⁵²⁾) にも妥当するのである⁽⁵³⁾。

⁽⁴⁸⁾ 共同正犯を正犯の一種と解することが通説であるドイツにおいても、例えば、Wilfried Küper, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, S. 61 は、共同正犯を「共犯の特別形態」と解している。これに対して、Andreas Hoyer, in: SK, 7. Aufl., 2000, Vor § 25 Rn.12 ff. は、共同正犯を正犯と解しつつも、共同正犯 (および間接正犯) の行為支配は直接正犯のそれに比べて劣るとする。

⁽⁴⁹⁾ 例えば、高橋則夫『刑法総論 [第3版]』(成文堂、2016年) 419、440頁。

⁽⁵⁰⁾ Wolfgang Schild, in: NK StGB, Band 1, 4. Aufl., 2013, § 25 Rn. 30, 64.

⁽⁵¹⁾ Wolfgang Schild, *Tatherrschaftslehren*, 2009, S. 116 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 29.

⁽⁵²⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), Vor §§ 26, 27 Rn. 8.

⁽⁵³⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 29.

(2) 結果発生のための道具

行為者は、構成要件的结果を発生させるための計画を立てるにあたって、外界に変化をもたらさうる道具 (Werkzeuge) をその計画に組み入れる (einplanen)。そのような道具としては、①自身の身体、②自然 (Natur) としての物理的反應、機械的な装置・器具、化学的・生物学的物質、あるいは動物、そして③他者が考えられる。③は、強制下にある者だけでなく、自由に行為する者 (frei Handelnde) も含む。② (例えば、動物) を利用する場合にその道具を支配できなくても構わないように、③を利用する場合にも背後者が道具としての他者を支配している必要はない。③を計画に組み入れた行為プログラムが相当であると思わせる事情を行為者が認識していることで十分なのである⁽⁵⁴⁾。

(3) 共同正犯の行為プログラム

以上のような Schild の見解によると、各関与類型は、行為プログラムの内容によって区別される⁽⁵⁵⁾。そして、共同正犯の行為プログラムとしては、他の関与類型との相関関係から、各関与者がプログラムを単独で遂行することを否定し、また、道具として利用される他者が自由に行為する者であって、同等の地位に分業されているプログラムが要求される⁽⁵⁶⁾。したがって、共同正犯の行為プログラムは、自由かつ同等である他の行為者と共同して構成要件的结果を惹起するものと解されることになる⁽⁵⁷⁾。

共同正犯の行為プログラムは、また、共同正犯の所為寄与の構成要件関連性、および、構成要件的行为 (実行行為) の共同関与 (Mitwirkung) を要求する。行為プログラムにおいて構成要件的行为を共同して行うこと、あるいは構成要件的结果を共同して惹起することが予定されていなければならないのである。したがって、【事例⑦】の被害者を取り押さえていたに過ぎない B に殺人罪の共同正犯は成立しないし、侵入窃盗に際して見張りをした関与者に窃盗罪の共同正犯が成立することもない。構成要件的行为 (実行行為) に関与しない組織の長にも共同正犯は認められない⁽⁵⁸⁾。

(4) 付加的共同正犯および択一的共同正犯

Schild によると、付加的共同正犯 (【事例②】、【事例③】) および択一的共同正犯 (【事例⑤】) の共同正犯性も否定されなければならない。確かに、これらの事例においては、共同プロジェクト (例えば、暗殺) が遂行されている。しかし、それは、関与者らが構成要件的行为 (実行行為) を共同して行うという方法で遂行されたわけではない。【事例②】、【事例③】の場合、各関与者は、それぞれが致死的な発砲行為を計画しているし、また、【事例

⁽⁵⁴⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 30.

⁽⁵⁵⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 125, 136.

⁽⁵⁶⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 127, 136.

⁽⁵⁷⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 125.

⁽⁵⁸⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 139.

⑤】の場合、各関与者は、それぞれ自身の前に現れた被害者を単独で殺害しうるのである⁽⁵⁹⁾。いずれの関与者も、構成要件的行為（実行行為）を行うにあたって他の関与者の行為を必要としないため、構成要件的行為（実行行為）を共同して行うことを計画したとはいえないのである（したがって、単独正犯が成立しうるに過ぎない。）。

こうした結論は、各関与者が被害者に対する（事前判断に基づく）危険を高めたと指摘する⁽⁶⁰⁾ことによっても何ら変わるものではない⁽⁶¹⁾。というのも、Schildによると、刑法25条2項は、共同正犯者が危険を高めたことを要求していないからである。したがって、たとえある関与者が「訓練（Lernen）」のために参加し、それゆえに犯罪が成功する可能性を低くしてしまったとしても、彼はその犯罪の共同正犯であると解されるのである⁽⁶²⁾。

（5）検討

Schildの見解は、前述のように、支配しえない道具を使用する事例をその出発点としている⁽⁶³⁾。確かに、Schildのいうように、関与者は、狭義の共犯の場合だけでなく、直接正犯や間接正犯の場合であっても、必ずしも犯罪事象の全て（とくに結果発生に至るまでの因果経過）を完全に支配しているわけではない。共同正犯の場合、自己答責的に行為する他の関与者が犯罪事象に介入するため、狭義の正犯の場合以上に当該事象の支配は困難または不可能であるといえよう。しかし、それにもかかわらず、関与者は場合によっては正犯として、場合によっては共犯として刑事責任を負わされるのである。

関与者は結果発生に至るプロセスの全てを支配してはいない。このことを前提にするのであれば、関与者に正犯ないし共犯としての刑事責任を問う根拠は彼の意思および／ないし行為に求めざるを得ない。この点、Schildは、関与者の行為プログラムの存在・内容（およびその実施）にその根拠を求めた上で、各関与類型を行為プログラムの内容（質）によって区別しようとするのである。したがって、Schildによれば、正犯と共犯は——量的にはなく——質的に区別されるのであって、同一の行為が同じ構成要件に関して正犯性を基礎づけることもあれば、共犯性を基礎づけることもあると解することはできない⁽⁶⁴⁾。確かに行為の（事前判断に基づく）危険性の差異によって正犯と共犯を区別しようとする場合、危険性は量的概念であり、また、同一の行為（例えば、実行者に被害者の殺害を依頼

⁽⁵⁹⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 139.

⁽⁶⁰⁾ Statt vieler Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 230, 232.

⁽⁶¹⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 139.

⁽⁶²⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), § 25 Rn. 126. この点については、例えば、詐欺的取引を行うにあたって嘘をつくのが苦手な者が関与したことにより相手方が疑念を抱いてしまったため、他の関与者は詐欺が成功するよう一層尽力しなければならなかった場合であったとしても、各関与者には共同正犯が認められるとする Herzberg, a. a. O. (Anm. 47), S. 55 ff. を参照。

⁽⁶³⁾ Marcus Marlie, Unrecht und Beteiligung – Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, 2009, S. 204.

⁽⁶⁴⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), Vor §§ 26, 27 Rn. 4 f.

する行為)であってもそれが行われた状況(赤の他人に依頼するのか、それとも組織における自分の部下に依頼するのか)によってその危険性は変わりうるため、正犯と共犯の区別は不明確なものにならざるを得ない。

他方で、Schild は、各関与類型を質的に区別するために、行為プログラムの内容を各関与類型の相関関係に基づき形式的に区分する。その結果、共同正犯は構成要件的行為(実行行為)を自ら一部行う場合に限定され、【事例⑦】のBに共同正犯は成立しないという——Becker の形式的客観説と同じ——結論が導かれたのであった。しかし、量的概念を用いることに伴う不明確性は、「少なくとも共犯として可罰的であることの確認は済んでいることを前提とすれば、共犯処罰の具体的妥当性に道を譲るべきもの」⁽⁶⁵⁾ではないだろうか。如何に明確であったとしても、【事例⑦】のBに共同正犯を肯定し得ないようでは、多様な形態で生じうる共犯現象を適切に処理しうる基準であるとはいえないだろう。

「(事前判断に基づく)危険(の増加)」という概念を使用することにつき、Schild は、共同正犯はそもそも危険増加を要求していないと主張する。それゆえに、付加的共同正犯が問題になる事例において、危険増加を指摘することによっても各関与者の共同正犯性は認められないとするのである。しかし、そのように考えることは妥当であろうか。自身の行為によって犯罪実現の危険を何ら増加させない、あるいは低下させている関与者に対して刑法が刑罰をもって介入することは許されるであろうか。幫助犯の場合であっても、事前判断に基づく危険増加が何ら認められない行為、つまり幫助行為性⁽⁶⁶⁾のない行為を幫助犯として処罰することは、いかなる原理からも正当化できないように思われる。そうであるならば、共同正犯の場合であっても、何ら危険を増加することのない行為を行ったに過ぎない者を共同正犯として処罰することは許されないはずである。

Schild は、また、正犯と共犯の量的差異(つまり、前者が後者より量的に重いこと)を否定し、単にそれぞれの行為プログラムの内容(質)が違うだけであると主張することで、正犯と教唆犯の法定刑が同じであることを説明しようとする⁽⁶⁷⁾。しかし、たとえ正犯と教唆犯の法定刑が同じであったとしても、正犯は教唆犯よりも罪責の重い関与類型である⁽⁶⁸⁾。すなわち、正犯の行為はそれ自体に基づき禁止されるのに対して、共犯の行為の禁止は当該行為それ自体だけでなく、正犯の行為にも基づくものである⁽⁶⁹⁾。共犯の制限従属性の原

⁽⁶⁵⁾ 西田・前掲注(1) 51頁以下。

⁽⁶⁶⁾ 濱田新「幫助犯の処罰範囲限定理論について」法政論究 93号(2012年) 253頁以下は、「幫助の客観的成立要件を充足するには、事後的判断である因果関係とは別に、事前的判断である幫助行為性が必要である」とした上で、「幫助行為性が肯定されるためには、関与行為時に、関与行為が正犯行為による具体的結果発生の蓋然性を高めていると認められなければならない」⁽⁶⁷⁾、「具体的には、関与行為時に実現している事実を基礎として、関与者が、犯罪実行に、『いうに値するほど』必要な物・情報を提供したのかによって、判断する」とする。

⁽⁶⁷⁾ Schild, a. a. O. (Anm. 50), Vor §§ 26, 27 Rn. 5.

⁽⁶⁸⁾ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂、2010年) 332頁。

⁽⁶⁹⁾ Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo, Tatbestimmung und

則を前提にする限り、正犯こそが一次的責任類型であって、これに対して共犯は二次的責任類型に過ぎないと解すべきである。そして、正犯行為も共犯行為も犯罪実現の危険を有する（あるいは危険を増大させる）行為であると考えるのであれば、正犯が共犯よりも重いことの根拠は「正犯行為の危険性の高さ」に求められることになる。

そこで、以下では、各関与類型における行為の危険性の差異に着目する Ulrich Stein の見解を概観することにする。

第3項 Ulrich Stein の見解

(1) 正犯・共犯の区別基準としての行為規範

Stein は、各関与類型にはそれぞれに応じた行為規範（直接正犯行為規範、間接正犯行為規範、共同正犯行為規範、教唆行為規範、幫助行為規範）が定立されており、関与者が違反した行為規範によって関与類型は区別されるとする。各関与行為規範は、それぞれ目的を同じくする（同じ法益を保護する）が、その喫緊性（Dringlichkeit）の点に違いがある。つまり、共犯行為規範においては、共犯行為の危険性が他者（正犯者）の将来の規範違反行為を介するものであって、正犯者に対して定立された行為規範が法益にとっての「防壁（Schutzwall）」となるので、共犯行為規範の喫緊性は一般的に低くなる⁽⁷⁰⁾。これに対して、正犯行為規範の場合、喫緊性の減弱は認められない⁽⁷¹⁾。

(2) 共同正犯行為規範

共同正犯は、関与者が共同正犯行為規範に違反した場合に認められるわけだが⁽⁷²⁾、当該規範の特徴を Stein は以下のように分析する。

まず、直接正犯行為規範が他者の将来の行為を介さない行為を捕捉するものであることから、複数人が関係する犯罪における後行者、すなわち最後に行為する者は彼の行為の態様および危険性の程度に関係なく、常に直接正犯となる。他方、後行者の行為が適法である場合、あるいは後行者に故意や制御能力などが欠ける場合、先行者（背後者）には間接正犯が成立する。したがって、直接・間接正犯行為規範が妥当しない領域でのみ、すなわち行為の危険性が後行者の行為を介するものであって、その後行者に対しては彼の行為を禁止する規範が定立されており、かつ、その規範を遵守する彼の能力が制限されていない

Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, in: Festschrift für Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 583.

⁽⁷⁰⁾ ただし、Stein, a. a. O. (Anm. 16), S. 239, 241 は、教唆犯の法定刑が正犯のそれと同一であることから教唆行為規範の喫緊性は減弱しないとする。しかし、教唆犯は、たとえその法定刑が正犯と同じであったとしても一次的責任類型としての正犯よりも軽い関与類型、つまり二次的責任類型である。したがって、Stein の見解を前提にしたとしても、教唆行為規範の喫緊性は正犯行為規範のそれよりも減弱したものであって、教唆行為が有する危険性はそのような喫緊性を基礎づけるに過ぎないものと解すべきである。

⁽⁷¹⁾ Stein, a. a. O. (Anm. 16), S. 221 ff., 238 ff.

⁽⁷²⁾ Stein, a. a. O. (Anm. 16), S. 313 f.

場合にのみ、共同正犯行為規範はその役割を果たしうるのである。

Stein は、そのような後行者を介するにもかかわらず規範の喫緊性が減弱しない関与行為について次のように述べる。すなわち、後行者の行為がなされるまでの時間が僅かしか残っておらず、かつ、後行者が既に規範違反の方向へ強く傾いているため、規範がその効力を発揮するとは期待できない後行者に関与するのであれば、そのような先行者（背後者）に定立される規範の喫緊性は減弱しない。そのような後行者に関与する行為は喫緊性の減弱が認められない共同正犯行為規範に違反するものである、と⁽⁷³⁾。

（3）付加的共同正犯および択一的共同正犯

以上のような見解によると、共同正犯は、関与者らの行為の間に時間的前後関係が認められる場合において、後行者を介して構成要件を実現する先行者にのみ成立する関与類型ということになる（後行者には直接正犯が成立する。）⁽⁷⁴⁾。

【事例②】の場合、各関与者の発砲行為の危険性はそれが——他の関与者の行為とは関係なく——被害者を殺害しうる点にあるため、各関与者の行為は、共同正犯行為規範ではなく、直接正犯行為規範に反するものと解される。したがって、A も B も殺人未遂の直接正犯で処罰されることになる（【事例③】の B も同様であろう）。ただし、【事例②】の B の発砲行為が他の関与者に対する合図を意味していたのであれば、B の行為の危険性は、B の撃った銃弾が X に命中しうるという点だけでなく、他の関与者に発砲するよう促すという点にもあるから、B は殺人既遂の共同正犯として処罰される（A は殺人未遂の直接正犯にとどまる。）⁽⁷⁵⁾。

択一的共同正犯が問題となる【事例⑤】においても、B が自身の行為を通じて A に共謀通り行為するよう促したのであれば、B に殺人既遂の共同正犯は成立しうる。もっとも、B の関与行為と A の実行行為との間に時間的接着性が認められない場合は共犯が成立しうるに過ぎないことになる⁽⁷⁶⁾。

⁽⁷³⁾ Stein, a. a. O. (Anm. 16), S. 319 ff.

⁽⁷⁴⁾ もっとも、Stein は、各関与行為が同時に行われる【事例⑦】のような場合、両関与者には共同正犯が成立するとする。この場合、意思形成は行為遂行の前に行われているはずであるから、各関与者にとって他の関与者の行為は「将来の」行為であると解するのである（Stein, a. a. O. (Anm. 16), S. 325 f.）。こうした解釈においては、各関与者の共同正犯性を基礎づけているのは被害者を取り押さえる行為ではなく、意思を形成する行為であるように思われる。しかし、実行者の行為がなされるまでの時間が残り少ない時点で関与することを要求する Stein の見解を前提にすると、実行の直前で意思形成行為（つまり、共謀）が行われた場合は共同正犯を認めうるが、実行の数日前に共謀がなされた場合は共同正犯が否定されることになろう。

⁽⁷⁵⁾ Stein, a. a. O. (Anm. 16), S. 327 f.

⁽⁷⁶⁾ Stein, a. a. O. (Anm. 16), S. 328.

(4) 検討

Stein の見解の意義は、何よりも、各関与類型が予定する行為はそれぞれ特有の危険性を有しており、その危険性の違いに応じて、その行為に対する法の関心（法規範の喫緊性）が異なりうることを指摘した点にあるだろう。刑法は法益侵害（ないしその危殆化）を因果的に惹起する行為を網羅的にすべて禁止するわけではない。そのうちの一部を断片的に禁止するだけである。しかし、刑法は、更に——同じ目的（同じ法益の保護）のために——禁止する行為の中でも特に強い禁止に値する行為とそうでない行為を区別しているように思われる。共犯の場合、ある関与者が共犯行為規範に違反したとしても、つまり教唆行為ないし幫助行為が行われたとしても、そこから直ちに法益侵害（ないしその危殆化）が生じるわけではないため、刑法が法益保護のための手段を講じる可能性はなおも残されているといえる。これに対して、正犯行為（とくに直接正犯行為）が実行された場合、刑法に講じうる手段はもはや——法益が侵害されないよう天に祈る以外には——ない。正犯行為規範は法益保護のための「最後の砦」なのである。それゆえに、正犯行為規範は、共犯行為規範よりも喫緊性の高い規範として、正犯行為を共犯行為よりも強く禁止するのである⁽⁷⁷⁾。

しかし、Stein の危険性の把握方法には問題があるように思われる。確かに、ある行為の危険性の有無・程度を判断するにあたっては他の関与者の存在・状態も重要な要素となりうるが、当該行為それ自体の危険性も当然考慮されなければならないはずである。行為それ自体の態様ないし危険性を顧慮しない Stein の見解からは、「発砲したものに銃を予め貸しただけのものは幫助である（その結論自体は妥当である）が、実行段階に貸し与えたものは共同正犯とされる」⁽⁷⁸⁾ことになる。しかし、両者の結論を異にすることは是認できないだろう。

Stein は、また、それぞれの規範が妥当する領域が競合することを否定している。このこ

⁽⁷⁷⁾ Luzón Peña/Díaz y García, a. a. O. (Anm. 69), S. 577 ff.は概ね次のように述べる。限縮的正犯概念および共犯の制限従属性によると、正犯行為はそれ自体により禁止されるが、共犯行為の禁止はそれ自体だけでなく、正犯行為にも基づくものである。それゆえ、正犯行為は、最も直接的に、構成要件的規範における禁止・命令に反する行為、構成要件的不法を実現する行為、保護法益を侵害ないし危殆化する行為、あるいは法が最も喫緊なものとして禁止する行為ということになる。そのような正犯行為は、共同正犯の場合、積極的行為支配を有する行為、すなわち所為を積極的に規定する行為（結果発生を決定する行為）に見出される。【事例⑦】の B はその行為によって結果（X の死亡）を決定することはできないから、B には幫助犯が成立することになる。彼らは Stein と同様に正犯行為規範と共犯行為規範の喫緊性の違いを議論の出発点にしているが、結論的には Becker の形式的客観説に類似するものといえる。付加的共同正犯には言及していないが、二人の行為者が与えた傷が共に作用することによってはじめて被害者が死亡した場合には共同正犯が認められると解していることから、【事例②】の A・B および【事例③】の B に殺人既遂の共同正犯を認めないように思われる。

⁽⁷⁸⁾ 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 卷 10 号（2004 年）184 頁。

とから、共同正犯行為規範を、他者を介して構成要件を実現する関与者にのみ妥当する規範と解するのである。確かに、それぞれの規範の競合を否定することによって、各関与類型の区別は——競合を肯定する場合よりは——明確になるであろう。Steinの見解によれば、しかし、【事例②】のA・Bに殺人既遂の共同正犯を認めることはできないが、Bの行為が「合図」の意味も有していた場合にはBに殺人既遂の共同正犯を認めうることになる。Bの行為が「合図」の意味しか有していなかった（例えば、空砲を撃つに過ぎなかった）場合でも、殺人既遂の共同正犯が成立することになる。しかし、それ自体の危険性が低い行為（空砲の発砲）を行った場合に共同正犯を肯定し、危険性が高い行為（実弾の発砲）を行った場合に共同正犯を否定することに合理性はない。Steinの見解は、形式的な基準によっては共犯事象を適切に解決できないことを示すものであるように思われる。

第4項 小括

これまでの考察は以下のようにまとめることができる。

①刑法60条を通じて個別行為に要求される因果性が拡張されるため、単独正犯における因果関係（条件関係）を共同正犯者の個別行為に要求する必要はなく、拡張された因果性（促進関係）があれば十分である（因果性拡張機能）。刑法60条は、更に、正犯性を拡張する機能も有しているのであって、単独正犯の成立要件を充足していない関与者も共同「正犯」になると解される（正犯性拡張機能）。

②「(共同)正犯」と「(狭義の)共犯」の明確な区別基準を提示することは学説の重要な役割の一つである。しかし、形式的・固定的な区別基準は確かに区別の明確化には資するかもしれないが、その代償として共犯事象の適切な解決・処理を不可能ならしめるものである。重要な役割の実体を探求するにあたっては、「区別基準の明確化」と「事案の適切な解決・処理」という相反する二つの要請を常に考慮する必要がある。

③各関与者は——正犯であろうと共犯であろうと——犯罪事象のすべて（とくに結果発生に至るまでの因果経過）を完全に支配しているわけではない。そうであるならば、正犯と共犯の区別基準は「行為の危険性」の違いに求めざるを得ない。そして、その差異を考えると、（単独正犯における）正犯行為は——共犯行為に比べて——法規範が喫緊の対象として禁止しなければならない危険性を有するものといえる。そうすると、共同正犯も単独正犯と同様に「一次的責任類型」である以上、共同正犯の成立要件の一つである「重要な役割」は、法規範の喫緊性を認めうる程の危険性を基礎づけるものでなければならないことになる。

第3款 事後判断に基づく重要な役割

第1項 「重要な因果的寄与」に正犯性を求める見解

(1) 概要

各関与者は——正犯であろうと共犯であろうと——犯罪事象のすべて（とくに結果発生

に至るまでの因果経過)を完全に支配することはできない⁽⁷⁹⁾。しかし、犯罪事象のすべてを支配してはいないとしても、それに大きな因果的寄与をなした関与者を正犯、そうでない関与者を共犯と解する余地は残されていよう。

この点、例えば、内藤謙は、「共同正犯でいわゆる『一部行為の全部責任』を問われるのは、共同実行という、単独犯よりも類型的に危険な犯行形態において、各人の構成要件実現行為がその物理的因果性ないし心理的因果性により、犯罪実現にとって不可欠といえるほど十分な因果的寄与をして重要な役割を果たし、結果を共同して惹起したから」とされる⁽⁸⁰⁾。この見解においては、「犯罪の実現に不可欠といえるほど十分な因果的寄与」が共同正犯の成立要件の一つとして要求されている⁽⁸¹⁾。このように、共同正犯の重要な役割を重要な因果的寄与に求める見解は、他の論者によっても有力に主張されている。

山口厚は、「共同正犯における正犯性の内実は、構成要件該当事実に対する因果性の存在を前提とした、その『共同惹起』にある」とした上で⁽⁸²⁾、重要な因果的寄与を「共同惹起」の重要な判断基準の一つと解している⁽⁸³⁾。すなわち、実行行為に「代わるものとして求められる共同正犯の基準は、『構成要件実現にとっての重要な因果的寄与』というものでありえ」ず、「それは、あくまでも結果惹起についての『一次的責任』を問うるだけの実質を備えたものである必要がある」とするのである⁽⁸⁴⁾。甲斐克則も、『重大な寄与』があったか否かは、因果的にしか判断できない」として役割分担モデルを批判した上で、因果的区別モデルを主張している。すなわち、「各行為者の行為の危険性またはリスクが因果の流れの中でどの程度の強弱ないし太さを有しているかを十分に考慮すべきである。いずれが『川の本流』であるかを見定め、『川の本流』に支流が吸収されて合流してしまうのか、を検討すべきである。『川の本流』に支流が全面的に吸収されてしまえば、支流の本来の因果関係は切れ、せいぜい従犯になるにすぎないと思われる。それぞれの川が同等の役割・大きさを備えて共に『本流』を形成すれば、共同正犯が認められることになる」、と⁽⁸⁵⁾。

あるいは、「結果惹起に対する因果性の点から犯罪の処罰根拠を構成する立場に立つ以上、共犯形式の区別も共犯の因果性の相違にその基準を求めるべきであ」って、「共同正犯が『正犯とされる』以上、共犯としての因果性が認められるなかで、単独正犯における因果的関

(79) なお、行為支配については、橋本正博が、『支配』の語は、その語感ほどに強力な作用を及ぼすことを想定するものではなく、構成要件該当事実の実現過程における主導性、あるいは中心性を意味する」としている(橋本正博『刑法総論』(新世社、2015年)238頁)。

(80) 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002年)1365頁以下。

(81) 内藤・前掲注(80)1366、1375頁。

(82) 山口厚「共同正犯の基本問題」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年)211頁。

(83) 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2007年)323頁以下。なお、山口は、『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)において、従来の「重要な因果的寄与」という概念を「重要な事実的寄与」に改めているが、その意図は明らかでない。

(84) 山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年)280頁

(85) 甲斐克則「正犯と共犯の区別」山口厚＝甲斐克則編『21世紀日中刑事法の重要課題』(成文堂、2014年)29頁。

連性に価値的に同等といえる因果的寄与が認められる場合に、共同正犯の成立が認められる」とする石井徹哉⁽⁸⁶⁾、「心理的因果性によって一部実行の全部責任を根拠づける場合にも、共同正犯者間の意思の連絡に外部的な実行行為の一部としても評価し得るほどの因果的影響力の強い程度のもがなくてはならない」とする北川佳世子⁽⁸⁷⁾、「因果的寄与が、それぞれの行為者につき、構成要件の予定するレベルに達しているか否かが計量されなければならない」ず、「法益侵害結果に与えた因果的影響力が、全体として基本的構成要件の予定したレベルに達したと評価できる」場合に各関与者は共同正犯として処罰されるとする青木孝之⁽⁸⁸⁾、「正犯性は、あくまでも全介在事情を考慮に入れたうえで、問題の行為の『結果に対する寄与度（影響力の大きさ）』によって判断されなければならない」のであって、「(単独・共同) 正犯として処罰されるのは、行為の『結果に対する寄与・影響』がそのような処罰を正当化するほどに重大だと評価される場合に限られる。このような程度に至らない寄与・影響については、教唆・幫助犯による処罰が認められるにすぎない」とする鈴木左斗志⁽⁸⁹⁾の各主張も同趣旨であろう。

(2) 付加的共同正犯の処理

こうした前提の下、本稿の【事例③】の場合、AとBは殺人既遂の共同正犯になると内藤は主張する。AとBの行為を切り離して個別的に単独正犯としてみれば、Bの銃弾は命中していないからBは殺人未遂に過ぎないことになるが、AとBは「共同して犯罪を実行した」からであるとするのである⁽⁹⁰⁾。山口も、また、事例③の各関与者に共同正犯の成立を肯定している⁽⁹¹⁾。

(3) 検討

ところで、重要な因果的寄与に正犯性の根拠を見出すこうした見解は、犯罪実現の原因を設定した者を正犯、条件を設定したに過ぎない者を共犯と解する原因説⁽⁹²⁾の立場と軌を一にしていると思われる⁽⁹³⁾。例えば、原因説の支持者の一人である Karl Birkmeyer は「禁止された結果を12、その諸条件を7+3+2とすると、7が最も効力を発揮した優勢的な条

⁽⁸⁶⁾ 石井徹哉「共同正犯に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』（成文堂、1998年）383頁。

⁽⁸⁷⁾ 北川佳世子「我が国における過失共同正犯の議論と今後の課題」刑雑38巻1号（1998年）53頁。

⁽⁸⁸⁾ 青木孝之「共謀共同正犯の理論と実務」琉法78号（2007年）33頁以下。

⁽⁸⁹⁾ 鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造——犯罪論の機能的考察」学習院38巻1号（2002年）272、285頁。

⁽⁹⁰⁾ 内藤・前掲注（80）1365頁。

⁽⁹¹⁾ 山口・前掲注（82）212頁。

⁽⁹²⁾ Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 18. Aufl., 1931, S. 104.

⁽⁹³⁾ 小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2015年）73頁。

件、すなわち刑法上の意味における原因である」⁽⁹⁴⁾とした上で（最有力条件説）、「ある結果に作用する複数の効力は、当該結果の発生に対して多く寄与するものと僅かに寄与するものに、結果の大部分を創出するものと僅かしか創出しないものに区別されうると考える因果論は、また、ある犯罪結果に共同作用する複数の関与者らを、相互に、そして単独正犯者との関係において、彼らの行為（Thätigkeit）の意義如何に応じて区別し得た。この見解は、正犯者、共同正犯者、教唆者、および幫助者を、概念上、結果に対する彼らの因果性の程度と態様に依りて区別できたのであった」と主張した⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾。まさに、結果発生に対する因果的寄与度の違いによって正犯と共犯を区別しようとする点において、「重要な因果的寄与に正犯性を求める見解」と「原因説」は方向性を同じくしているのである。しかし、そうであるならば、後者に対する「原因と条件とを結果に寄与した数量的度合に従って区別することは不可能に近く、また仮に可能であるとしても、その区別は刑法上重要な区別とはいえない」という批判⁽⁹⁷⁾が前者に対しても妥当することになる。「正犯性を基礎づける因果的寄与（原因）」と「共犯性を基礎づけるに過ぎない因果的寄与（条件）」を明確に区別しうる基準を欠いているという点も共通して問題になると思われる⁽⁹⁸⁾。

以上の問題を措くとしても、正犯性を基礎づける重要な因果的寄与を付加的共同正犯の場合に見出すことはできるであろうか。【事例③】の場合、Bの撃った銃弾がXに命中していない以上、Bの行為（発砲行為）に物理的因果性を認めることはできない。Aを介した心理的因果性は肯定されうるが、【事例③】のBは、発砲行為を除いて、正犯性を基礎づける行為を行っていない（例えば、Xの殺害計画を立案した上で、立場上Bの命令に逆らうことのできないAに対して一緒にけん銃を撃つよう要求し、Aを心理的に拘束しているわけではない）。単に発砲行為の遂行を承諾したことを通じて生じる心理的因果性だけでBに共同正犯を認めるのであれば、一般に幫助犯が認められるに過ぎない事例であっても、その関与者には、その幫助行為を承諾したことによって生じる心理的因果性に基づき共同正犯が成立することになる（それに伴い、幫助犯の成立は意思連絡のない片面的関与の場合に限定されることになろう。）。しかし、重要な因果的寄与を共同正犯の成立要件として要求する見解がこうした帰結を意図しているようには思われぬ。心理的因果性によって

⁽⁹⁴⁾ Karl Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 102.

⁽⁹⁵⁾ Birkmeyer, a. a. O. (Anm. 94), S. 6. なお、Birkmeyerの見解については、齊藤金作『共犯理論の研究』（有斐閣、1954年）43頁以下、58頁以下、343頁以下、同『共犯判例と共犯立法』（有斐閣、1959年）49頁以下を参照。

⁽⁹⁶⁾ Birkmeyerが自然科学に依拠して原因と条件の区別しようとしたのに対して、Johannes Naglerは、社会的基準により、他の諸条件に対するその優越性が故に結果発生にとって決定的とされる条件こそが原因であるとした上で、構成要件的结果の原因を設定した場合に正犯が、単に条件関係を設定した場合には幫助犯が問題になると解した（Johannes Nagler, in: LK 8. Aufl., 1957, S. 27, 31）。

⁽⁹⁷⁾ 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣、1973年）102頁。

⁽⁹⁸⁾ 小島・前掲注（93）73頁以下。

付加的共同正犯を肯定しうると解する見解は、暗黙のうちに【事例④】を想定していたのではないだろうか。したがって、この見解によっては、本来の——【事例②】、【事例③】のような——付加的共同正犯の事例を説明することはできないのである。

この点、山口は、「複数の共同者の共働により、失敗のリスクは減少し、行為の段階における構成要件実現の危険は高められているのであ」って、「このような高められた危険を共同惹起した者については、その危険の実現として発生した構成要件該当事実についても、それを共同惹起したと見ることができる」として、(重要な) 心理的因果性とは異なる観点から、すなわち行為時における危険増加という観点から共同正犯を基礎づけようと試みている⁽⁹⁹⁾⁽¹⁰⁰⁾。しかし、まず、危険増加に依拠するのであれば、幫助犯ではなく共同正犯を基礎づける危険増加の量ないし質が問われることになるが、その点は明らかにされていない。また、行為時判断、つまりは事前判断に基づく危険増加を理由に共同正犯を認めることは、構成要件の実現に対する重要な因果的寄与の有無によって、すなわち事後判断により検討される因果性の強弱によって共同正犯の成否を判断するその基本的立場と矛盾するものと思われる⁽¹⁰¹⁾。判断の基準時を事後判断から事前判断へと転換する山口の主張は、(事後判断に基づく) 重要な因果的寄与の有無によって共同正犯性を判断することが困難ないし不可能であることを示唆するものといえよう。

第2項 嶋矢貴之の見解

(1) 成立要件としての共同性と重大な寄与

嶋矢貴之は、共同正犯と狭義の共犯の区別(共同正犯/教唆犯・幫助犯)を担保する要素として「共同性」を、刑の軽重の差異(共同正犯・教唆犯/幫助犯)を担保する要素として「重大な寄与」を要求する⁽¹⁰²⁾。

「共同性」につき、嶋矢は、「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」場合に認められるとする。「同時的・双方向的に作用を及ぼしあって犯罪遂行する『共同性』がある場合には、関与者全員を等しく抑止

⁽⁹⁹⁾ 山口・前掲注(82) 212頁。

⁽¹⁰⁰⁾ 浅田和茂は、正犯の成立要件として少なくとも実行行為の一部を行ったことを要求する形式的客観説の立場からではあるが(浅田和茂「共謀共同正犯」中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法1』(成文堂、1997年) 82頁、同『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、2007年) 405、413、419頁)、【事例③】のBについて、「行為の共同により(単独正犯の場合以上に)結果発生危険を高めたこと、その高められた危険が実現したことが、因果関係が認められる実質的理由といえよう」として、山口と同趣旨の見解を主張している(浅田和茂「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第三巻 刑法の理論』(成文堂、1997年) 280頁)。

⁽¹⁰¹⁾ 井田良「共同正犯の基本問題 コメント①」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年) 228頁以下参照。

⁽¹⁰²⁾ 嶋矢・前掲注(78) 190頁。

することが必要かつ合理的であり、かつ等しく処罰するのが衡平にかなう」といえるため、共同正犯の成立要件の一つとして「共同性」が要求されることになるのである。したがって、「被教唆者の側からは教唆者に何ら影響力を与えていない、ないしは被教唆者からフィードバックされた影響力（了解）は、何らその後、機能していないのであるから、共同性は認められ」ず、教唆犯が成立するのに対して、「唆す行為を行い、唆された者が犯罪の準備や計画を教唆者に依頼した、ないしは共同でそれらを行ったというような場合には、まさに、共同性が認められ、（共謀）共同正犯となる可能性が出てくる」のである⁽¹⁰³⁾。

次いで、「重大な寄与」については、「結果発生を支配する潜在的な可能性を有した寄与」と定義される⁽¹⁰⁴⁾。このような重大な寄与は、まず、「ある者の寄与がなければ、当該犯罪は成功せず、結果が発生しなかった」といえる場合に認められる（重大な寄与Ⅰ）。例えば、「犯罪の首謀者である場合、組織の上位者である場合などは、その指示や、組織化をなさないことにより、結果として下位の実行者その他の関与者は犯罪遂行を思いとどまることにな〔る〕」が故に、その寄与の重大性が肯定されることになる⁽¹⁰⁵⁾。重大な寄与は、しかし、そうした場合には限られない。「典型的には付加的共同正犯の場合に問題となる、いわゆる実行行為と言えるような寄与を行ったが結果を直接惹起していない」場合、その行為は、確かに、「事後的に見れば余分条件の設定であり、犯行や結果の回避可能性のなかった寄与」ではあるが、重大な寄与と評価される。具体的には、「事後的に見て、未遂を直接・独立に惹起するような寄与」である場合に、重大な寄与が認められる（重大な寄与Ⅱ）。というのも、そのような寄与を行う関与者は、「その全員に、最終惹起者となり結果惹起行為を行う可能性が存する以上は、すべてを同様に禁圧する必要があると言える」からである⁽¹⁰⁶⁾。

（2）付加的共同正犯の処理

【事例②】、【事例③】のような付加的共同正犯が問題になる場合、「付加的な行為者達は、それぞれ少なくとも既遂結果を帰属されていなければ、そもそも既遂としての処罰はありえない。〔中略〕自分以外の全員に心理的強化あるいは物理的促進などの因果性を与えていない場合には、因果性を与えていない者が結果を惹起した可能性が残る以上は既遂として

⁽¹⁰³⁾ 嶋矢・前掲注（78）191頁。嶋矢はこうした論拠により共謀共同正犯の成立可能性を認めているが、この主張に対しては、「背後者の指示がシンプルで強力であればあるほど、因果的影響力は一方的なものとなり、双方向的な因果的影響力は及んでいないことになる」（松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察——『間接正犯と教唆犯の錯誤』を切り口として——」Law & Practice 4号（2010年）102頁）から、相互的因果性を要求すると、黒幕たる背後者を共謀共同正犯として処罰することができなくなると指摘するものもある（西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論』（有斐閣、2010年）827頁〔島田聡一郎〕、松原芳博「共謀共同正犯論の現在」曹時63巻7号（2011年）1497頁）。

⁽¹⁰⁴⁾ 嶋矢・前掲注（78）204頁。

⁽¹⁰⁵⁾ 嶋矢・前掲注（78）200頁以下。

⁽¹⁰⁶⁾ 嶋矢・前掲注（78）202頁以下。

の責任は、そもそも問えない」⁽¹⁰⁷⁾。まずもって、各関与者の個別行為と結果との間の因果関係（促進関係）の存在が確認されなければならないのである。【事例②】のA・Bおよび【事例③】のBの行為にそうした因果性が認められるのであれば、それらの行為は「単独正犯的に同一法益に対して未遂結果を独立かつ直接に惹起している」⁽¹⁰⁸⁾ことから、各関与者には殺人既遂の共同正犯が認められることになる。

他方、択一的共同正犯が問題となる【事例⑤】の場合、たとえBの行為が因果性を有していたとしても、Bは「未遂結果を惹起しておらず、なお十分な重大な寄与を行ったといえるか否か疑問がある」ことから、その共同正犯性は否定される⁽¹⁰⁹⁾。

（3）検討

以上のような嶋矢の見解の特徴は、重大な寄与（重要な役割）の有無だけで共同正犯と狭義の共犯を区別しようとするのではなく、共同正犯の成立要件として「共同性」と「重大な寄与」の両者を要求することによって、共同正犯と狭義の共犯の構造上の差異を示した点にある。

嶋矢の見解によると、「重大な寄与」は、原則としては、「ある者の寄与がなければ、当該犯罪は成功せず、結果が発生しなかった」場合に認められる（重大な寄与Ⅰ）が、そのような寄与がなくとも、「事後的に見て、未遂を直接・独立に惹起するような寄与」である場合には、例外的に、重大な寄与が肯定されることになる（重大な寄与Ⅱ）。「重大な寄与Ⅱ」という基準は、明らかに、付加的共同正犯（のみ）を対象とするものであろう。この点、嶋矢自身は「重大な寄与の内容は、必ずしも単一の理論で説明される必要はないものと思われる」としているが⁽¹¹⁰⁾、しかし、特定の事例のためだけの基準を設定することに対しては、正犯と共犯を区別する統一的な基準が失われてしまうと批判されている⁽¹¹¹⁾。

嶋矢は、共同正犯の場合、各関与者を等しく抑止し、等しく処罰することが要求されることになると論ずる⁽¹¹²⁾。確かに——正犯と狭義の共犯の関係とは異なり——共同正犯が成

⁽¹⁰⁷⁾ 嶋矢・前掲注（78）202頁。

⁽¹⁰⁸⁾ 嶋矢・前掲注（78）203頁。

⁽¹⁰⁹⁾ 嶋矢・前掲注（78）203頁。

⁽¹¹⁰⁾ 嶋矢・前掲注（78）202頁。

⁽¹¹¹⁾ Brigitte Kelker, Online-Demonstrationen – ein Fall “additiver Mittäterschaft“?, GA 2009, S. 94 は、Herzberg が Roxin の機能的行為支配を基本的には支持しつつも、機能的行為支配では説明できない付加的共同正犯の場合に別の基準（寄与の同等性）を用いることに対して、一方で正犯性に所為の支配を要求しつつ、他方で付加的共同正犯の場合には幫助犯に比肩する程度の所為寄与で十分としていると批判する。Vgl. auch Lenard Wengenroth, Zur Strafbarkeit von virtuellen Sit-Ins – Zugleich ein Beitrag zur (Mit)Täterschaft bei minimalen Tatbeiträgen, 2014, S. 155.

⁽¹¹²⁾ 嶋矢は共同正犯の同等抑止・処罰の根拠として刑法 64 条を挙げる。すなわち、「刑法六四条で定められている通り、『拘留又は科料のみに処すべき罪』については、共同正犯は処罰されるが、教唆・幫助は処罰されないという違いがある」（嶋矢・前掲注（78）183頁）、「六四条が一定の軽い類型につき、背後者まで捕捉する必要はないという、さらに過失（狭

立する場合、一方が他方に従属する関係にあるわけではない⁽¹¹³⁾。共同正犯者は、他の共同正犯者と同等な関与者として当該犯罪に関与していなければならない⁽¹¹⁴⁾⁽¹¹⁵⁾。そして、(侵害)行為主義の観点からは、以上のような各関与者間の同等性は、各関与者の地位ないし人的関係から直接導かれるのではなく、各関与者が遂行した行為の意味・役割により基礎づけられると解すべきである。そのような同等性が認められるからこそ、各関与者を等しく抑止し、等しく処罰することが正当化されるのである。この点、嶋矢自身は、共同正犯における同等抑止・同等処罰の根拠を「共同性(双方向的な因果的影響力)」に求めている。しかし、そのような意味の共同性が認められたとしても、関与者らの行為の間に格差が認められるのであれば、そうした行為を等しく抑止し、等しく処罰することは正当化され得ないだろう。共同性が認められるから同等なのではなく、同等であるからこそ共同性が認められるのである。それゆえ、重要な役割は、関与者らの行為の「同等性」をも含意するものでなければならない。

しかし、重要な役割の内実として重要な因果的寄与ではなく、同等性を要求するとしても、事後判断を——嶋矢が主張するように——徹底することはできないように思われる。

【事例②】・【事例③】の「同等性」はどのように解されるであろうか。【事例②】の場合、事後判断によっても、Aの行為もBの行為も既遂結果(Xの死亡)を実現した可能性と未

義の)共犯不可罰も、そこまでの処罰は必要ないという政策的判断を刑法がしている点にあると思われる。すなわち、典型的な教唆・幫助(狭義の共犯)の場合に、時系列上、後続する被教唆者、被幫助者を処罰すれば結果発生を阻止できるのでそこでラインを引き、軽い類型については処罰を回避する(嶋矢・前掲注(78)191頁)、と。嶋矢が指摘するように、刑法64条が存在する以上、解釈論としては、共同正犯が成立する場合は各関与者の同等抑止・処罰が認められなければならない、それを基礎づける「要素が、共同正犯要件の中には含まれていなければならない」(嶋矢・前掲注(78)183頁)と解すべきである。⁽¹¹³⁾高橋・前掲注(49)474頁以下は、「共同正犯と違法判断」の文脈において、「狭義の共犯においては、正犯との従属を考えるだけで足りるから問題はないが、共同正犯においては、一方が適法行為、他方が違法行為である場合に、そのいずれに従属するかという解決不能な問題が生じてしまう」とする。

⁽¹¹⁴⁾BGH NStZ 1984, S. 413; BGHSt 34 124 [125]; René Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 370; Georg Küpper, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), S. 301; René Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 430; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 25 ff., Rn. 82a; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht AT, 44. Aufl., 2014, Rn. 526. ドイツでは「同等な」を意味するものとして「gleichberechtigt」、「gleichgeordnet」、「gleichrangig」、「gleichwertig」、「gleichgewichtig」など様々な言葉が用いられているが、本稿ではすべて同じ訳語をあてる。

⁽¹¹⁵⁾我が国の裁判例においても、共同正犯の成立を肯定するにあたって関与者の「対等性」が指摘されることは多々ある(例えば、「共同正犯関係が成立するには、二人以上の者が相互の意思連絡の下に対等な行為主体として一体となり、互いに自己の役割を分担し合つて遂行し、かつ、他人の役割分担行為を実質的にも支配又は利用し合つて、各自の犯罪意思を実行に移し、もつて特定の犯罪を共同で実行したと認められることが必要である(長崎地裁佐世保支部昭和60年11月6日判タ623号212頁))。

遂結果を実現したに過ぎない可能性を等しく有しているとしかたないため、両者に同等性を肯定することはなお可能であろう。しかし、【事例③】の場合、事後判断により、Aの行為は既遂結果を実現したが、Bの行為は未遂結果を実現したに過ぎなかったことが確定している。事後判断に依拠する以上、Bの行為はAの行為に劣後するというほかない。嶋矢は、【事例③】のように「複数人が実行に着手し、同一法益に対する攻撃を加える場合には、どれか一つを禁圧すれば結果の回避を達成されたわけであるが、その全員に、最終惹起者となり結果惹起行為を行う可能性が存する以上は、すべてを同様に禁圧する必要がある」⁽¹¹⁶⁾と述べているが、事後判断を徹底するのであれば、そのように主張することはできないはずである。Aの行為については、確かに、それを阻止できれば既遂結果の発生を防ぐことができるため、その行為の阻止は法益（Xの生命）の保護のために必要であるといえよう。しかし、Bの行為は未遂結果を生じさせたに過ぎない。Bの行為の阻止は、少なくとも既遂結果の発生を防ぐという意味では必要ないのである。それにもかかわらず「すべてを同様に禁圧する必要がある」とする点において、嶋矢の見解には——行為時における危険増加によって共同正犯性を説明しようとする山口の見解と同様に——事前判断が混入しているように思われる。

以上の点を措くとしても、嶋矢の見解には以下の事例を適切に処理できないという問題がある。A、B、C・・・K（計11人）は、共謀の上、それぞれ被害者Xに致死量の10分の1の毒薬を飲ませ、Xを殺害した（【事例⑧】）。【事例⑧】の各関係者の行為（およびその寄与度）は同等であって、まさに「関係者全員を等しく抑止することが必要かつ合理的であり、かつ等しく処罰するのが衡平にかなう」事例であるといえる。しかし、【事例⑧】のA（および他の関係者）は——付加的共同正犯の【事例③】のBと同様に——自身の行為を中止しても当該犯罪（Xの死亡）を防ぐことはできない。Aの行為に「重大な寄与Ⅰ」を認めることはできないだろう。また、致死量の10分の1の投薬行為を単独では殺人未遂を基礎づけ得ない（せいぜい傷害を成立させるに過ぎない）ものと仮定するならば、Aの行為は「未遂を直接・独立に惹起するような寄与」でもないため、「重大な寄与Ⅱ」を認めることもできない⁽¹¹⁷⁾。それゆえ、嶋矢の立場からは、投薬行為以外に正犯性を基礎づける行為がなされていない限り、【事例⑧】のAらの共同正犯性が肯定されることはない。し

⁽¹¹⁶⁾ 嶋矢・前掲注（78）203頁。

⁽¹¹⁷⁾ 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）478頁以下（脚注97）は、嶋矢説について、「①仮定的条件関係の存在する行為かあるいは②事後的に見て未遂を直接・独立に惹起するような寄与のいずれかを必要とする」のは、「やや狭すぎるのではないか、との印象を持っている。①は、特に、心理的な関係の場合、立証が困難なことも多い。それが認められない場合には②を問題とせざるを得ないが、これについては、殺人、過失致死などの結果犯では、未遂の成立が行為態様によって限定されていないから、未遂結果惹起可能性という基準で比較的広い範囲までカバーできるが、強盗、詐欺等の、未遂の成立自体が行為態様によって限定されている犯罪においては、未遂結果惹起可能性が、そうした観点から限定され、その結果、形式的客観説にかなり接近してしまうのではないか、という疑問を禁じ得ない」と批判する。

かし、共同正犯が問題になる場面においては、「共同所為計画に関与する共同正犯者が多くなればなるほど、個々の所為寄与はそれ自体としては軽微なものになってしまいうる」⁽¹¹⁸⁾以上、共同正犯の成立要件の一つである「重要な役割」は、こうした事例も考慮しなければならぬのではないだろうか⁽¹¹⁹⁾。

⁽¹¹⁸⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 18), S. 154.

⁽¹¹⁹⁾ そのような事例としては、例えば、2001年にインターネット上で実施されたルフトハンザドイツ航空に対するデモ活動を挙げうる。大量のアクセスによってルフトハンザドイツ航空のホームページを一時的に封鎖することを目的に、デモ活動に参加するようビラやインターネットを通じて呼びかけた本件被告人は、ドイツ刑法 111 条 1 項（犯罪行為への公然の煽動：公然と、集会で、又は、文書（第 11 条第 3 項）の頒布により、違法な行為へ煽動した者は、教唆犯（第 26 条）と同一の刑に処する。）違反の罪で起訴された。一審のフランクフルト・アム・マイン区裁判所は、ドイツ刑法 111 条 1 項が要求する「違法な行為」として強要（ドイツ刑法 240 条 1 項：暴行を用い、又は、害悪を加える旨の脅迫により、人に行動、受忍又は不作為を違法に強要した者は、3 年以下の自由刑又は罰金に処する。）の存在を認め、被告人に有罪判決を下した（AG Frankfurt a.M. NStZ 2006, 399 ff.）。これに対して、上訴審のフランクフルト・アム・マイン高等裁判所は、ルフトハンザドイツ航空に対するデモ活動は、強要にも、データの変更（ドイツ刑法 303 条 a 1 項：データ（第 202 条 a 第 2 項）を違法に消去し、隠匿し、使用不能にし又は変更した者は、2 年以下の自由刑又は罰金に処する。）にも該当せず、したがって違法な行為への煽動は認められないとして、被告人を無罪とした（OLG Frankfurt a.M. StV 2007, 244 ff.）。

本件については Kelker が以下のように分析している。ドイツ刑法 111 条 1 項は「違法な行為へ煽動した（zu einer rechtswidrigen Tat auffordert）」ことを要求しているが、ドイツ刑法 303a 条 1 項の成立に必要な過負荷（Überlastung）はルフトハンザドイツ航空のホームページにアクセスした個々の関与者によってもたらされうるわけではない。多数の関与者が協力してはじめて生じるものである。したがって、本件デモ活動に参加した者らが共同正犯として扱われる場合にのみ、違法な行為への煽動が認められ、被告人にドイツ刑法 111 条 1 項違反の罪が成立する（Kelker, a. a. O. (Anm. 111), S. 89）。そして、Kelker によると、共同正犯の成否を検討するにあたって問題になる本件の特徴は以下の二点にある。まず、デモに参加した各関与者の個別的な所為寄与（ホームページへのアクセス）はたとえそれが欠けたとしても所為計画に支障をきたすものではなく、また、個々の所為寄与の非重要性は、事後的に確認されるだけでなく、所為計画の時点で既に〔つまりは事前判断においても〕前提とされている。次いで、【事例②】、【事例③】のような付加的共同正犯の場合、個々の関与者の行為（発砲行為）がそれ自体で結果（被害者の死亡）を発生させるのに十分であるのに対して、本件における個々の行為（ホームページへのアクセス）はそれ単独で刑法上重要な意味を有することはないため、各所為寄与の加算（Addition）が肝要な問題となる（Ebenda, S. 91 f., 96）。

共同正犯の成立要件およびその成否に関する Kelker の主張は、概ね以下の通りである。各関与者の所為寄与が他の関与者のそれと客観的に結びついているだけでは共同正犯を肯定することはできない。共同正犯においては相互に規定し合う関係が必要である。したがって、個々の関与者は、他の関与者および彼の所為寄与を認識していなければならない。しかし、本件のように、個々の関与者が彼らにはおよそ概観することすらできないほど大きな複合体（Komplex）に組み込まれた場合、他の関与者の行為に何らかの作用を及ぼすことはできない。各関与者が互いを認識し合うことができない場合、各関与者が相互に規定し合っているとはいえない。したがって、本件デモ活動に参加した各参加者らに共同正犯を認めることはできない（Ebenda, S. 95 ff.）。Kelker は「相互規定」に着目するこうした見解の意義を、共働（Zusammenwirken）という概念の客観面と主観面の両者を顧慮し、

そこで、次に、事後判断の必要性を指摘しつつも、共同正犯の成立要件として所為寄与の「同等性」を要求する Lenard Wengenroth の見解を見ることにする。

第3項 Lenard Wengenroth の見解

(1) 考察対象

Wengenroth は、Brigitte Kelker と同様に、インターネット上のデモ活動に参加した関与者らの罪責を主な考察対象としている⁽¹²⁰⁾。

Wengenroth によると、インターネット上のデモ活動の場合、個々の寄与はそれ自体単独で見ると法益侵害を惹起するものではなく、それらの寄与が累積することによってはじめてサーバーに障害をきたすだけのデータ通信量に達する。個々の寄与は——事後的に見て——法益侵害の危険を増加させてはいるが、当該法益侵害に関与する者の膨大さに鑑みると、その危険増加は極めて軽微なものに過ぎない⁽¹²¹⁾。しかし、こうした特徴を有するデモ活動においても、各関与者に共同正犯が認められるのであれば、彼らはそれぞれ単独でサーバーに障害をきたすだけのデータを送信した者として扱われることになる⁽¹²²⁾。

(2) 事後判断の必要性

Wengenroth は、通説が「事前判断」により所為寄与の本質性を検討しているのに対して、Becker の主張を引用しながら「事後判断」の必要性を説く。すなわち、「客観的な所為寄与の本質性を判断するにあたって事前的観点を選択することは、客観的要素を欠いたとしても、純主観的な根拠に基づいて、つまりもっぱら関与者らの表象を基礎に共同正犯が認められる、という帰結を導くことになる」⁽¹²³⁾のであって、判例が支持する主観説とほとんど違いはない。それゆえ、本質性を確認するにあたっては、実際に行われた所為寄与を事後的に確認することが必要になるのである、と⁽¹²⁴⁾。

(3) 所為寄与の同等性

Wengenroth によると、共同正犯の成立には、まず、関与者らの計画上行われる予定ではあったが、実際には行われることのなかった所為寄与ではなく、実際に行われた所為寄与を事後的に確認した上で、次に、その所為寄与が他の所為寄与との関係で同等といえることが要求される。他方で、個々の所為寄与がそれ自体としては軽微であり、単に危険を増

また、各個別行為の相互関連性 (Wechselbezüglichkeit) を従来の行為支配概念の場合よりも明確に考慮しうる点に認めている (Ebenda, S. 95)。こうした視点は、確かに、共同正犯の「結合機能」(松原・前掲注 (23) 350 頁参照) を検討する際に重要になるように思われる (第3章第2節 (145 頁以下) 参照)。

⁽¹²⁰⁾ Kelker の見解およびインターネット上のデモ活動の事例について前掲注 (119) を参照。

⁽¹²¹⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 159.

⁽¹²²⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 149.

⁽¹²³⁾ Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 42.

⁽¹²⁴⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 158.

加させるに過ぎないものであったとしても、このことは所為寄与の本質性にとって何ら意味を有さない。分業的協働とは、まさに、関与者らが構成要件の実現に際して同等な関与者としての役割を果たすことを意味するのである⁽¹²⁵⁾。

このような所為寄与の同等性は、インターネット上のデモ活動に関与した各人の行為にも認められる。この基準は、しかし、各関与者が同一の危険増加または同一の法益侵害を生じさせることを要求するものではないから、たとえ各関与者が送信したデータ通信量に差異があったとしても、所為寄与の同等性は肯定される⁽¹²⁶⁾。したがって、デモ活動に参加した各関与者は共同正犯として罪責を負うことになる⁽¹²⁷⁾。

(4) 付加的共同正犯の処理

所為寄与の本質性の内容として「同等性」に着目するとしても、「事後判断」を徹底するのであれば——鳴矢の見解を検討した際に指摘したように——【事例③】のBの行為（未遂結果を惹起した行為）をAの行為（既遂結果を惹起した行為）と同等であると評価することはできない。

この点、Wengenrothは、評価対象たる所為寄与の確認を事後判断に依拠させており、関与者らの計画において想定されていたに過ぎない所為寄与を評価対象にすることを否定する。しかし、計画が何らの意味も持たないと解するわけではない。そのようにして確認された所為寄与が本質的なものであるか否かを評価するにあたって、計画は、その評価の基礎（Bewertungsgrundlage）となるのである⁽¹²⁸⁾。

付加的共同正犯（【事例②】、【事例③】）の場合、ある所為寄与（発砲行為）が行われており、その寄与には——事後的に——危険増加が認められる。そして、こうして確認された危険増加は、関与者らの計画上は、本質的な所為寄与と解されうるのである⁽¹²⁹⁾。かくして、【事例②】、【事例③】の各関与者は、共同正犯として処罰されることになる。

(5) 検討

Wengenrothの見解の特徴は、一方で評価対象たる行為を事後判断により確認しつつ、他方でそうして確認された行為の評価は事前判断により行う、という点にある。

評価対象たる行為の確認をも事前判断に依拠させると、計画上は想定されていたが、実際には行われることのなかった“行為”を基礎に共同正犯の成立を肯定することも可能となろう。Xの殺害を共謀したAとBは、まずAが致死量の毒薬をXに飲ませ、もしその投薬でXが死ななかった場合はBが改めて致死量の毒薬をXに飲ませることにしたが、XはA

⁽¹²⁵⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 159.

⁽¹²⁶⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 160 f.

⁽¹²⁷⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 164.

⁽¹²⁸⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 158.

⁽¹²⁹⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 158 Fn. 678.

に飲まされた毒薬によって死亡した（【事例⑨】）⁽¹³⁰⁾。【事例⑨】のBは、実際にはXに毒を飲ませていない。しかし、評価対象となる行為を事前判断により確定するのであれば、Bの投薬行為を前提に彼の共同正犯性を肯定することも可能になってしまう。こうした帰結を回避するためには、事後判断により評価対象を確定する必要がある。

Rotsch と Becker が事後判断による評価対象の確定を要求した上で、更に、評価基準としても事後判断を用いることを主張したのに対して、Wengenroth においては、関与者らの計画（すなわち、事前判断）が評価基準として取り入れられている。これまでの検討で明らかにしたように、共同正犯の成立要件である「重要な役割」の有無を検討する際に事後判断を徹底することは困難であるといわざるを得ない。事後判断と事前判断の併用を示唆する Wengenroth の主張は、そうした問題を解決する途を探るにあたって重要になってくると思われる。

嶋矢の見解を検討した際に指摘したように、所為寄与の本質性（すなわち、役割の重要性）の内容として「同等性」に着目することは、共同正犯（およびその成立要件）が、関与者らの同等抑止・同等処罰を基礎づけるべきものである以上、方向性としては妥当である。それでは、しかし、「同等性」とは何を意味するのであろうか。例えば、【事例⑧】において、LがAらのために人数分の毒薬を用意したとすると、Aらの行為（致死量の10分の1の毒薬の投薬）とLの行為（致死量以上の毒薬の用意）の関係はどのように評価されるのだろうか。この事例におけるLは「毒薬の用意」以外に（共謀）共同正犯を基礎づける行為を何ら行っていない。Lは幫助犯の典型例といえよう。しかし、Aらの行為が欠けても結果（Xの死亡）に変化は生じないが、Lの行為が欠ければ結果も発生しないのであって、寄与度という点では後者の方が優越しているといえなくもない。Aらを共同正犯としつつ、Lを幫助犯と認定しうる「同等性」とは如何なるものなのであろうか。この点、Wengenroth は、所為寄与の同等性の基準として「危険増加の程度」あるいは「法益侵害の直接性」を提示するが、それ以上の具体化は共同正犯が問題となる事実関係の多様性が故に不可能であるとしている⁽¹³¹⁾。このような基準によれば、確かに、【事例⑧】のAらの行為は、法益侵害の直接性の点でLの行為に優越していることになるだろう。しかし、そうすると、【事例⑦】はどうなるであろうか。【事例⑦】のBの（Xを取り押さえる）行為は危険増加の程度の点でも、また、法益侵害の直接性の点でも、Aの（Xをナイフで刺す）行為に劣っているように思われるが、【事例⑦】のBの共同正犯性を否定すべきではない。あるいは、【事例②】において、Aが射撃のプロであるのに対して、Bは素人であったため、被害者に銃弾を命中させる確率に大きな隔たりがあったとすると、Bの行為は、危険増加の程度の点でAの行為に劣っているといわざるを得ない⁽¹³²⁾。しかし、そのことによってBの共同正犯性を否定することは適当ではないだろう。したがって、「重要な役割」の内実の

⁽¹³⁰⁾ Hoyer, a. a. O. (Anm. 48), § 25 Rn. 120.

⁽¹³¹⁾ Wengenroth, a. a. O. (Anm. 111), S. 159 f.

⁽¹³²⁾ Vgl. Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 60.

一つとして「同等性」を考慮するとしても、その意味については再考しなければならないと思われる。

第4項 小括

これまでの考察により明らかになった結論および課題は、以下の通りである。

④共同正犯が成立する場合、各関与者は同等の存在であり、それゆえに同等に抑止・処罰されることになる（もちろん、各関与者の責任の違いに応じて、具体的な宣告刑に差が生じることはある）。共同正犯の成立要件である「重要な役割」は、共同正犯者の同等抑止・同等処罰を基礎づけるものでなければならない。したがって、重要な役割を構成する一要素として、「同等性」が要求されるべきことになる。しかし、同等性自体も、また、再考を要する概念である。

⑤構成要件の実現に対する個別行為の寄与度が、確かに他の行為との関係では同等といえるが、それ自体を単独で見ると軽微な寄与と解されてしまいうる事例も、刑法60条がその射程に収めるべきものである。しかし、そのような軽微な行為は、いかなる意味において、重要な役割を有すると解されるのであろうか。これは、重要な役割の実体を探求するにあたって看過されてはならない問題であるといえよう。

⑥ある関与者が共同正犯として犯罪に関与しているか、つまり当該関与者の行為が「重要な役割」を担うものであるかを考えるにあたっては、まず、評価の対象たる行為を確定しなければならない。この確定作業を事前判断により行うと、関与者らの計画上は予定されていたが、実際には行われることのなかった“行為”を議論の俎上に載せ、その“行為”を重要と評価することで、それを行う予定であった（に過ぎなかった）関与者を共同正犯として処罰することも可能となろう。行為主義に反するこうした帰結を回避するためには、重要な役割の有無を検討するに先立って、評価対象たる行為を事後判断によって確定しなければならない。

⑦しかし、重要な役割の実体を因果的に重要な寄与と理解しようが、あるいは同等性と理解しようが、その有無を事後判断の立場から検討するのであれば、それは、刑法60条の解釈論としてはおよそ許容できない帰結を導くことになる。それゆえ、事後判断を徹底することは難しいように思われる。事後判断が機能する場面を「評価対象たる行為の確定」に限定した上で、そうして確定された行為を評価するにあたっては事前判断に依拠すべきであろう。

第4款 私見の展開（事前判断に基づく重要な役割）

第1項 第2款および第3款の総括

事後判断と事前判断は、評価の対象を確定する段階においても、あるいは対象を評価する段階においても問題になりうる。そして、その両段階において、事後判断を、あるいは事前判断を徹底させる見解が主張されている。しかし、これまでの考察によると、共同正

犯の成否を検討するにあたっては、まず、評価対象たる行為を「事後判断」により確定しなければならない(④、⑥)。結果犯の場合、法益侵害結果との間に(促進関係を含む)因果関係が存在する行為が評価対象になる⁽¹³³⁾。評価対象たる行為が確定されたら、次に、その行為に重要な役割が認められるかを検討することになるが、共犯事象を適切に解決・処理するためには、この段階で事後判断を用いることはできない。「事前判断」に依拠するのが妥当である(②、⑦)。

一方で、重要な役割の実体を犯罪事象のすべて(とくに結果発生に至るまでの因果経過)の支配に求めることはできない。他方で、侵害行為主義を前提にし、また、実質的客観説を称する以上、正犯性の本質を関与者の意思によって直接基礎づけることもできない⁽¹³⁴⁾。

⁽¹³³⁾ 第1章第1節第4款(24頁以下)および同章第2節第4款(36頁以下)参照。

⁽¹³⁴⁾ この点、小島秀夫は、共同正犯と幫助犯の区別基準を「実行行為に内在する共同決定としての『構成要件の故意』」に求めている。すなわち、「共同正犯としての結果が帰属されるためには、自律的な決断の存在が必要不可欠で」であり(小島・前掲注(93)87頁)、「共同正犯と幫助犯を区別する際、犯罪の実行が『誰の決断か』ということに留意しなければならない」(同上94頁)ことから、「共同正犯としての共同の自律的な決断」は、「各則の構成要件に該当する実行行為に着手するかどうかについて自ら決定する場合や、各則の構成要件に該当する実行行為をどのように形成するかについて自ら決定する場合に認められる」(同上87頁)。つまり、「自律的な決断に基づく実行行為に内在する意思」こそが「構成要件の故意」であって、このような故意の有無によって共同正犯と幫助犯は区別されるのである(同上88頁)。

しかし、「構成要件の故意は実行行為に内在するものであるから、関与者の『行為』も、『故意』と共に重要な区別基準となる」(同上88頁)。そして、構成要件の故意の認識対象たる「行為」は犯罪事象の有無・態様を決しうる行為でなければならない以上、それは、「実行行為」でなければならない。

ところで、共謀共同正犯については、従来の見解が共謀行為と実行行為を別様に捉え、共謀共同正犯者は実行行為を自らは行っていないと解してきたことに対して、小島は、以下のように批判している。すなわち、「正犯構成要件の一部すら実行していない者を(共同)正犯とみなしてしまうようなことは、刑法の法治国家的原理(刑法の保障機能)の観点から明らかに両立し難い。立法者が刑法60条において、『共同して実行した者は』という微妙な表現を使っている趣旨(立法趣旨)は、一部実行を共同正犯の条件とすることによって、刑法の保護機能と保障機能をまさに両立させることにあったのではないだろうか」と(同上100頁)。したがって、共謀者の共謀行為が実行行為と解される場合でなければ、当該共謀者に共同正犯は成立しない。それでは、いかなる場合に、共謀行為が実行行為と解されるのであろうか。この点、小島は、「そもそも実行行為とは、法益侵害の具体的・直接的危険性を有する行為であることに鑑みれば、第一行為そのものも、すなわち共謀行為自体も、法益侵害に対する具体的・直接的危険性を有する共同正犯の実行行為として、極めて限定的ではあるが、理論的には認められる場合がある」と述べている(同上106頁)。共謀行為に「間接正犯における利用者の行為と同程度の危険性が」認められる場合に(同上119頁)、つまり「直接行為としての後続行為が行われる高度の蓋然性まで認められる」場合に(同上118頁)、当該共謀行為は実行行為と解され、そのことにより共同正犯の成立が肯定されることになるのである。

以上のように、小島は、共同正犯と幫助犯の区別基準を「実行行為に内在する構成要件の故意」という主観的要素に見出している。しかし、形式的客観説の立場からも、ある関与者の正犯性が肯定されるのは、当該関与者が自身の行為の実行行為性を認識している場

したがって、重要な役割を担う行為とは、刑法が喫緊の対象として抑止しなければならない程の「危険性」を有する行為ということになる(③)。また、各共同正犯者(およびその行為)は同等抑止・同等処罰の対象となることから、共同正犯の成立要件としての重要な役割は、各関与者(およびその行為)の「同等性」を意味するものでもなければならぬ(④)⁽¹³⁵⁾。なお、刑法60条がその射程に収めるべき事例としては、各関与者の行為が【事例②】、【事例③】のように単独で未遂結果を惹起しうる危険性を有している場合だけでなく、【事例⑧】のように単独では未遂結果を惹起できない軽微な寄与に過ぎない場合も考えられる。それゆえ、そのような軽微な行為がいかなる意味において共同正犯の成立要件を充足しうるのか、という問題も併せて検討しなければならない(⑤)。

かくして、「事前判断」、「危険性」、および「同等性」の3つが「重要な役割」の実体を解明する上で重要な鍵になると解される。

第2項 正犯・共犯論と事前判断

(1) 事前判断の妥当性

一次的責任類型を意味する(広義の)正犯に対して、(狭義の)共犯は二次的責任類型に過ぎない。この命題を前提にする以上、重要な役割の有無を検討する段階で事後判断に依拠することはできない。事後判断の立場からは、【事例②】のA・Bおよび【事例③】のBに共同正犯が成立することに争いは(ほぼ)ないにもかかわらず、その共同正犯性を説明できないからである⁽¹³⁶⁾。

事前判断の妥当性は、結論の妥当性からだけでなく、刑罰論からも導かれる。広義の共

合だけである。あるいは、実質的客観説としての重要な役割説においても、共同正犯者たる関与者は自らが重要な役割を担っていることを認識していなければならない。共同正犯の成立要件(ないし区別基準)として「(正犯の)故意」を要求することはいわば当然のことであって、故意の認識対象である「行為」をどのように規定するかという問題こそが重要なのである。そして、小島は、その行為を「実行行為」と解した上で、それを従来の形式的客観説が主張するものよりも拡張された意味において捉え、法益侵害を直接惹起する行為(狭義の実行行為)を高度の蓋然性でもってもたらしうる行為をも実行行為(広義の実行行為)に含めようとするのである。したがって、小島の見解においても、結局は、「共同正犯を基礎づける危険性」の意味が問われることになると思われる。

⁽¹³⁵⁾ 「危険性」と「同等性」の併用は、既に、Knauerによって指摘されていた。すなわち、危険増加それ自体は幫助犯にも認められることから、それだけではドイツ刑法25条2項を適用するのに十分ではない。共同正犯としての所為寄与は、他の所為寄与と同等でなければならないのである、と(Knauer, a. a. O. (Anm. 18), S. 154)。

⁽¹³⁶⁾ 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』(有斐閣、2000年)189頁以下は、【事例③】につき、「事後的判断からはBの寄与は何ら寄与とはいえないか、少なくとも本質的とはいえない寄与であったといえそうである。しかし、構成要件の評価、すなわち犯罪事実実現にとって本質的であったかどうかの問題は、寄与そのものについてそれが正犯としての事実的寄与であるかどうかを、いわば事前判断で決定すべきであると考えられる。人が死ななかつた、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つたとする結論は、不可能でないにせよ不自然で不合理である」というからである」とする。

犯に対しては、刑事責任の最低限の要件として——たとえ刑法 60 条以下を通じて拡張されたものだったとしても——因果性が要求される。そして、「結果に対して因果関係を有する者は、責任主義の要請を満たす限り、生じた害に対して非難を受けるべき地位に立つ。それゆえ、応報の要請は、一応は満たされていることになる」⁽¹³⁷⁾。それでは、各関係者が応報の要請を充足することを確認した上で、正犯と共犯を区別する次の段階においても、再度、応報の観点から検討すべきであろうか。この段階においても応報に固執するのが、事後判断を徹底する見解、とりわけ結果発生に対する重大な因果的寄与に正犯性を求める見解である。しかし、事後判断を徹底できないことは前述の通りであるから、応報の要請の差によって正犯と共犯を区別することもできないと思われる。

このことから、正犯と共犯を区別する段階において刑罰論として考慮されるべきは予防論ということになる。しかし、特別予防は、主として行為者の属性に関係するものであるため、その必要性の有無・程度の違いを正犯・共犯論に反映させることはできない。他方で、一般予防論は——仲道祐樹が過失競合における主体特定の原理として提示しているが⁽¹³⁸⁾——処罰の有無だけでなく、その程度を確定する場面においても、すなわち関係者のうちの誰を（共同）正犯とし、あるいは誰を（狭義の）共犯とするかという場面においても有用であると思われる⁽¹³⁹⁾。つまり、刑法が一般予防の観点から喫緊の抑止対象と評価する関与類型が正犯、抑止対象としての喫緊性を有さない関与類型が共犯ということになる。一般予防の観点から評価するからこそ、事前判断がその基礎に置かれるのである⁽¹⁴⁰⁾。

（2）正犯・共犯論の出発点

重要な役割の有無が事前判断により検討されるとしても、その実体は何ら明らかにされていない。

この点、実行行為、すなわち構成要件に該当する行為（の一部）を行った者を共同正犯とする形式的客観説⁽¹⁴¹⁾はその出発点においては正しい。構成要件の実現の阻止を目的とす

⁽¹³⁷⁾ 仲道祐樹「過失競合における主体の問題」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）213頁。

⁽¹³⁸⁾ 仲道・前掲注（137）213頁以下。

⁽¹³⁹⁾ 楠田泰大「過失の競合に関する一考察」同法 66 卷 3 号（2014年）155頁は、「刑罰論という観点からの限定は必ずしも成功していない」と批判する。確かに「全員をすべからく処罰すべきであるという結論は、再発防止策の提示という観点からも導かれうる」（同上 155頁）のであって、刑罰論（一般予防論）に依拠するだけでは不十分である。この点は、しかし、刑法上の他の原理・原則を併せて考えることで適当な帰結が導かれうると思われる。

⁽¹⁴⁰⁾ 照沼亮介は、「正犯・共犯各類型の成立・区別は行動規範の次元の問題（行為無価値要素の有無の問題）である」（照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）61頁以下）とし、「一般予防の見地から、機能的に不法全体に対する支配性を獲得したと評価される」（同「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開（町野朔先生古稀記念）上巻』（信山社、2014年）258頁）ことを要求している。

⁽¹⁴¹⁾ 例えば、佐伯千仞『刑法講義（総論）〔4訂版〕』（有斐閣、1981年）341頁。

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だからである。正犯行為規範と共犯行為規範の喫緊性の違いを出発点とする Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo が、一方で、構成要件の実現を積極的に支配する者（例えば、【事例⑦】の A）の行為は構成要件の禁止に直接的に違反するものであるから、規範はその行為を防止することに直接的な関心を有するのであって、それゆえにその行為が正犯行為になるとし、他方で、そのような積極的支配を有さない者（例えば【事例⑦】の B）の共同正犯性を否定することで⁽¹⁴²⁾、形式的客観説に近い結論を示すのも理解できなくはない。しかし、【事例⑦】の B を共同正犯として処罰できないようでは、刑法 60 条の解釈としては狭きに失するであろう。刑法 60 条は、それゆえ、実行行為（狭義の正犯行為）と同程度に抑止する必要がある行為（広義の正犯行為）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（正犯性拡張機能）⁽¹⁴³⁾。

形式的客観説が正犯性の基準とする実行行為は「犯罪構成要件の実現にいたる現実的危険性を含む行為」⁽¹⁴⁴⁾と定義できるから⁽¹⁴⁵⁾、刑法 60 条により正犯行為の範囲が拡張されるということは、正犯性を基礎づける「危険性」の範囲が拡張されることを意味する。刑法 60 条は、そのようにして拡張された危険性を有する行為を（も）捕捉する規範なのである。したがって、重要な役割とは、一般予防上、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べき危険な行為ということができよう⁽¹⁴⁶⁾。

⁽¹⁴²⁾ Luzón Peña/Díaz y García, a. a. O. (Anm. 69), S. 594.

⁽¹⁴³⁾ 厳格な形式的客観説は【事例⑦】の B の共同正犯性を否定するが（vgl. Becker, a. a. O. (Anm. 36), S. 169）、通常、形式的客観説の論者は、「共同正犯における『共同実行』は、単独正犯の場合のように、当該の現場で典型的・古典的意味における構成要件の行為を行う必要はなく、一定の限度で拡大解釈することは許される」とし、【事例⑦】の B を殺人の共同正犯とする（山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2008年）937頁以下）。このような形式的客観説においても、正犯性の拡張は認められているが、「実質化は、あくまでも形式の枠内で行われるべきであり、形式を掘り崩す実質化は、明確な基準の喪失と法的不安定につながり、罪刑法定主義を危険にさらす」（同上 990 頁）としている。しかし、【事例⑦】の B の行為（被害者の取り押さえ）は本来（殺人罪の）構成要件の枠外のものであって、「行為の全体を機能的に考察する」（同上 877 頁）ことによって、はじめて、その実行行為性が肯定されている。したがって、形式的客観説と実質的客観説の争いは、正犯性の拡張を正面から認めるか否か、あるいは拡張の程度の違いに過ぎないと思われる。

⁽¹⁴⁴⁾ 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）171頁。

⁽¹⁴⁵⁾ 実行行為の理解については、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）32頁以下参照。

⁽¹⁴⁶⁾ 「寄与行為は、その行為当時において構成要件実現のため必要ないし有用と考えられるものであれば足り〔る〕」のであって、「事前判断〔中略〕として構成要件実現の危険性を高めるものであればよい」とする中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂、1997年）147頁、「共犯『行為としての危険』とは、法益侵害の一般的危険性を有する行為で、正犯『行為としての危険』よりも量的に低度の危険と特徴づけることができる。この意味で、『行為としての危険』は『正犯と共犯の区別』を量的に基礎づけることになる」とした上で、「共同正犯は、『共同意思』に基づく『共同実行』によって『結果発生の確実性』が高度であり、『法益侵害の一般的危険性』の点で従犯よりも高度であると判断することができる」とする高橋則夫「共犯における危険概念」刑雑 33 卷 2 号（1993年）240頁以下、

それでは、如何なる場合に、実行行為以外の行為に、実行行為と同程度に喫緊の抑止対象と評価されるだけの危険性を認めうるであろうか。

第3項 危険性と同等性

(1) Claus Roxin の見解——危険性について——

Claus Roxin は、付加的共同正犯の場合に各関与者が重大な所為寄与を行っているといえるのは、彼らが計画の成功を蓋然的 (wahrscheinlicher) ⁽¹⁴⁷⁾、あるいは確実 (sicherer) ⁽¹⁴⁸⁾ にしているからであると論ずる⁽¹⁴⁹⁾。事前的に見る限り、各行為は、結果に対して——それぞれの行為が重要になりうるという——同じ意義を有しているのである⁽¹⁵⁰⁾。択一的共同正犯が問題になる【事例⑤】の場合も、関与者のいずれかが待ち伏せしないことによって、結果発生チャンスの直ちに 50%も減少してしまうことから、各関与者の機能的行為支配を認めている⁽¹⁵¹⁾。これらの事例において、Roxin は、危険増加を根拠に共同正犯の成立を認めているのである。

ところで、Roxin は、幫助犯の成立に対しても危険増加を要求している⁽¹⁵²⁾。そうすると、しかし、危険増加には共同正犯を基礎づける場合と幫助犯を基礎づけるに過ぎない場合があることになるが、その分水嶺は何処に見出されるであろうか。確かに、発砲行為（共同正犯行為）と銃を貸す行為（幫助行為）を比較すると、直感的には、前者は後者よりも危険を高めているといえそうではある。Roxin の見解においては、しかし、その差異が具体的には何によってもたらされているのかが明らかでない。

(2) Rolf Dietrich Herzberg の見解——同等性について——

Rolf Dietrich Herzberg によると、共同正犯が成立するには、各関与者の所為寄与が他の関与者の所為寄与とおおよそ同等でなければならない⁽¹⁵³⁾。【事例②】（および【事例③】）の場合、所為寄与の同等性を根拠に共同正犯の成立は肯定されることになる。

同等性の具体的内容に関しては、以下のように論じている。すなわち、ある関与者に共同正犯が成立するのは、彼が同等の共犯者として行為する場合であるが、そのためには何

および『行為としての危険』は、まず共犯処罰の軽重を論ずるところで、すなわち正犯と共犯の区別のところで問題になる」のであって、「その危険性の量・程度が重く処罰される正犯と軽く処罰される共犯とを区別している」とする大越義久『共犯論再考』（成文堂、1989年）192頁以下も参照。

⁽¹⁴⁷⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 14), S. 524.

⁽¹⁴⁸⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 230.

⁽¹⁴⁹⁾ Vgl. auch Hoyer, a. a. O. (Anm. 48) § 25 Rn. 111; Bernd Schünemann, in: LK 12. Aufl., 2006, § 25 Rn. 195; Wolfgang Joecks, in: MüK, 2. Aufl., 2011, § 25 Rn. 224.

⁽¹⁵⁰⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 14), S. 524.

⁽¹⁵¹⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 14), S. 524.

⁽¹⁵²⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 26 Rn. 210.

⁽¹⁵³⁾ Rolf Dietrich Herzberg, Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, 1977, S. 70.

らかの客観的所為寄与を行っただけでは十分ではない。当該所為寄与は構成要件的行為とおおよそ同等でなければならない、と⁽¹⁵⁴⁾。しかし、そもそもここでは如何なる場合に実行行為以外の行為が実行行為と同等と評価されるのかが問われているのであって、Herzbergの説明は問いをもって問いに答えているに過ぎない。したがって、このような主張を通じて、同等性の意味をめぐる上述の疑問点が解決されることはないだろう。

(3) Christoph Knauer と René Bloy の見解——同等な危険性——

Roxin 説が共同正犯と幫助犯の区別の点で鮮明さを欠いていたのに対して、Christoph Knauer は、危険増加それ自体は幫助犯にも認められることから、それだけではドイツ刑法25条2項を適用するのに十分ではなく、共同正犯としての所為寄与は他の所為寄与と同等でなければならないとして、危険性と同等性の併用を示唆している⁽¹⁵⁵⁾。

Knauer は、付加的共同正犯について、「共同所為計画に関与する共同正犯者が多くなればなるほど、個々の所為寄与はそれ自体としては軽微なものになってしまいうる」が、各所為寄与は相対的な観点においては同等といえると解している⁽¹⁵⁶⁾。そうした事例は機能的行為支配の典型例といえるから、Herzberg の同等性要件は、機能的行為支配の下位基準に過ぎないのである⁽¹⁵⁷⁾。しかし、危険性と同等性を止揚する試みは、既に René Bloy によってなされていた。

Bloy によると、付加的共同正犯における各関与者の行為の機能は危険増加の点にあるが⁽¹⁵⁸⁾、事前的に見る限り、所為の成功に対する各行為の重大性が同等であることは明らかである⁽¹⁵⁹⁾。Bloy においても、共同正犯者は、同等の行為を通じて、自らが同等の共犯者であることを示さなければならないわけだが⁽¹⁶⁰⁾、【事例②】(および【事例③】)における各関与者の共同正犯性は、それぞれの機能の同等性を根拠に肯定されるのである。

それでは【事例②】(および【事例③】)において、各関与者の射撃の能力に差があった場合にも同等性は認められるであろうか。この点、Bloy は、関与者らが銃弾を被害者に命中させる確率に違いがあったとしても、射撃の下手な者が撃った銃弾が命中する可能性も、射撃に習熟した者が銃弾を外す可能性もある以上、同等性が肯定されるという結論は変わらないとする。つまり、射撃の下手な者の行為も直接被害者に向けられており、他の関与者を介するものでない点で他の関与者と同等といえるのである⁽¹⁶¹⁾。Bloy によると、共同正犯が生じさせる危険〔の展開〕が彼自身の意思にかかっているのに対して、幫助犯が生じ

⁽¹⁵⁴⁾ Herzberg, a. a. O. (Anm. 153), S. 69.

⁽¹⁵⁵⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 18), S. 154.

⁽¹⁵⁶⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 18), S. 154.

⁽¹⁵⁷⁾ Knauer, a. a. O. (Anm. 18), S. 155.

⁽¹⁵⁸⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 371; ders, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 429 f.

⁽¹⁵⁹⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 375.

⁽¹⁶⁰⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 370.

⁽¹⁶¹⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 375.

させる危険は、正犯者がそれを展開させるか否かにかかっている⁽¹⁶²⁾。換言すれば、幫助犯の寄与は、それが犯罪の一部になるか否かが正犯者次第であるために、正犯者の寄与に比べて軽いといえる⁽¹⁶³⁾。ここに、Bloy は、共同正犯と幫助犯の質的差異を見出すのである。したがって、【事例②】（または【事例③】）の場合、単なる量的な危険増加ではなく、まさに質的な危険増加が認められるが故に、各関与者に共同正犯が成立することになる。かくして、Bloy は、関与者と構成要件該当事実の関係が直接的である場合には正犯が、正犯者を介するために間接的である場合には共犯が成立すると解するのである⁽¹⁶⁴⁾。

確かに、幫助者は、正犯者に銃やナイフを、つまりは道具を提供することによって犯罪実現の危険を増加させるわけだが、その道具が使用されるかどうかは正犯者次第であるといえる（無形的幫助や教唆の場合であっても、動機（の一つ）という道具を提供しているといえる）。これに対して、付加的共同正犯の【事例③】の場合、B が創出した危険は——A が間接正犯でない以上は——A の意思とは関係なく進展していく性質のものである。したがって、A に道具を提供し、その道具の使用・不使用を A に委ねるという関係は存在しない。この点に共同正犯と幫助犯の危険性の質的差異を見出す Bloy の主張は、【事例②】、【事例③】の共同正犯性を説明することにも成功しているし、また、共同正犯と幫助犯の区別基準を検討するにあたって有益な視座を提示するものでもあると思われる。

しかし、果たして刑法 60 条はそのような危険性を有する行為のみを予定しているのだろうか。まず問題となるのは共謀共同正犯である。共謀共同正犯は、その構造上、必然的に直接実行者を介して構成要件を実現するものであるから、Bloy の基準によると、その共同正犯性は否定されることになる。こうした帰結は、共謀共同正犯（予備段階の寄与のみに基づく共同正犯）をそもそも認めない Bloy からすれば当然のもので解されるであろう⁽¹⁶⁵⁾。しかし、我が国の判例・通説の現在の状況においては、共謀共同正犯をまったく肯定し得ない理論を採用することには躊躇を覚えざるを得ない。

Bloy の見解の問題点は、【事例⑦】においてより鮮明になろう。【事例⑦】の B は被害者 X を取り押さえていたのだから、X と物理的に接触していたという意味においては B の行為に直接性を肯定しうる。しかし、このことは、Bloy が（共同）正犯の成立に対して要求する直接性とは関係ない。ここで要求される直接性とは、構成要件の実現との直接性である。【事例⑦】の場合、B は、殺人罪の構成要件の実現にあたって、X を取り押さえることによって「被害者が抵抗できない状況」を作出している。換言すれば、「被害者が抵抗できない状況」という一種の道具を A に提供しているのである。これに対して、そうした道具が使用され、実際に X が殺害されるか（殺人罪の構成要件が実現されるか）否かに関しては A に依存しているといえる。それゆえ、B は、構成要件の実現との関係では間接的な存

⁽¹⁶²⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 375.

⁽¹⁶³⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 378.

⁽¹⁶⁴⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 313 f.

⁽¹⁶⁵⁾ Bloy, a. a. O. (Anm. 114), S. 196 ff.; ders, a. a. O. (Anm. 158), S. 436 f.

在であるといわざるを得ない。共同正犯には——【事例⑦】のように——他の関与者への道具の提供を通じて間接的に構成要件の実現に寄与する場合もある。しかし、そうであるならば、同じく道具の提供によって構成要件の実現に寄与する狭義の共犯との違いは何処に見出されることになるだろうか。

そこで、以下では、【事例⑦】を念頭に（共同）正犯行為と（狭義の）共犯行為の違いを検討することにする。

第4項 （共同）正犯と（狭義の）共犯の構造分析・比較

（1）犯罪実現の確率

【事例⑦】において、Cは、AとBに対してXの殺害を——共謀共同正犯を肯定しうる程の心理的拘束力を伴うことなく——唆している。BとCは、道具（「Xが抵抗できない状況」および「動機（の一つ）」）をAに提供することで犯罪の実現に寄与しているという点では同じである。しかし、Bに共同正犯が、Cに教唆犯が成立することに異論はない。それでは前者を後者よりも重く評価しうるのは何故だろうか。

この点、両者の差異を犯罪実現の確率の高低に求めることはできない。「例えば、報酬によって犯罪を請け負う（責任要件を完全に備えた）職業的犯罪者に依頼した場合の方が、責任能力を欠いた者を犯罪へ誘致する場合よりも、犯罪結果の達成確率＝危険性は高い」⁽¹⁶⁶⁾。犯罪結果の達成確率という意味においては、正犯行為の場合よりも、共犯行為の危険性の方が高い場合も考えられうるのである。また、そもそも【事例⑦】のBの行為の危険性（達成確率）とCの行為の危険性（達成確率）を算出して比較する方法が存在するかも疑わしい。

（2）犯罪計画にとっての重要性

ドイツの機能的行為支配説によると、共同正犯者の行為支配は、彼が担う機能が「所為計画」にとって重要である場合に⁽¹⁶⁷⁾、つまり「計画の成功」がその機能に依存しうる場合に認められる⁽¹⁶⁸⁾。各行為にいかなる機能が犯罪計画上与えられているかが重要な基準なのである。それゆえ、犯罪計画の際に定められた役割の分担および調整によって各関与者それぞれの行為の間の関係が形成され、犯罪全体においてそれぞれの行為が有する機能が明らかになり、そのようにして明らかになった機能が消極的に犯罪全体を支配しうる程に重要なものである場合に、そうした行為を引き受けた者の共同正犯性が肯定されることになる⁽¹⁶⁹⁾。こうした見解を前提にすると、犯罪計画の策定よりも時間的に先行する教唆行為に

⁽¹⁶⁶⁾ 杉本一敏「遡及禁止と間接正犯」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）195頁。井田良『講義・刑法学総論』（有斐閣、2008年）438頁も参照。

⁽¹⁶⁷⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 188.

⁽¹⁶⁸⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 211.

⁽¹⁶⁹⁾ Küper, a. a. O. (Anm. 33), S. 786.

重要な役割が与えられることはないから、【事例⑦】のCの共同正犯性は否定されることになるだろう。

このように考える場合、関与者らの犯罪計画が、つまりは関与者ら自身が当該行為を重要と評価するか否かにより、(共同)正犯と(狭義の)共犯は区別されることになる。しかし、この場面においては、刑法が一般予防の見地から喫緊の抑止対象と評価するか否かが問題なのであって、関与者ら自身の評価に依拠すべきではない。各行為の評価基準を犯罪計画に求めることはできない。

(3) 刑法にとっての重要性

(i) 各行為を阻止できた場合に期待される効果

共同正犯と狭義の共犯の分水嶺たる重要な役割は、事実的な犯罪実現の確率にその実体を求めることも、関与者ら自身の評価(犯罪計画)を基礎とすることもできない。重要な役割(共同正犯性を基礎づける危険性)の有無は、刑法が一般予防の見地から評価すべき規範的な問題であるといえる。

それでは、以上の見地からは、重要な役割はどのように定義されることになるであろうか。この点、消極的行為支配の有無、つまり「当該行為を行わなければ当該犯罪を頓挫させられ得たか否か」⁽¹⁷⁰⁾をその具体的内容と解することはできない。【事例③】のBは共同正犯と評価されるべきであるが、その行為がなかったとしてもAによって犯罪(Xの殺害)は実現される。他方で、【事例⑦】の場合、共同正犯であるBの行為だけでなく、教唆犯であるCの行為も、その行為が行われなければ、その後の因果経過が構成要件の実現に向かって進展することはないから、いずれの行為についても、その行為を阻止し得ればその実現を阻止し得るといえよう⁽¹⁷¹⁾⁽¹⁷²⁾。したがって、そのような基準によると、一般予防の見地からは、【事例⑦】のBとCの間に有意な差異を見出すことはできなくなる。両者に違いを見出しうる定義を模索しなければならない。

(ii) 判断時点としての実行行為段階

そうすると、各行為が創出した危険が、【事例⑦】のBとCの行為が行われた時点よりも後の時点で、すなわちAの行為(実行行為)が行われる時点で有する意味を検討することで、両者の間の差異を基礎づけることはできないだろうか。

⁽¹⁷⁰⁾ 消極的行為支配については Küper, a. a. O. (Anm. 33), S. 786 を参照。小林憲太郎「不作為による関与」判時 2249 号(2015 年)8 頁、齊藤彰子「作為正犯者による犯罪実現過程への不作為による関与について」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑧』(成文堂、2015 年)49 頁も参照。

⁽¹⁷¹⁾ 「共犯についても結果に対する因果関係を要求する場合には、例えば、教唆行為について教唆者に結果に対する行為支配があるともいえる」とする曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂、2008 年)235 頁参照。

⁽¹⁷²⁾ Gerhard Seher, Vorsatz und Mittäterschaft – Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre, JuS 2009, S. 5 は、幫助犯の多くも自身の行為を行わないことによって犯罪を頓挫させうることを指摘する。

まず、そのように考える前提として、BとCの行為をおよそ阻止し得た場合に期待される効果ではなく、各行為が創出した危険が実行行為の時点において有する意味を問うる根拠を検討しなければならないが、それは、「共犯の従属性」から導かれると思われる。現在の多数説は、狭義の共犯の要素従属性においても、また、その処罰根拠論においても、狭義の共犯の必要条件として正犯の違法性を要求している（制限従属性説⁽¹⁷³⁾、修正・混合惹起説⁽¹⁷⁴⁾）。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、一次的な抑止対象である正犯が刑法によって禁止されない（違法性が否定される）場合に、二次的な抑止対象に過ぎない共犯に刑法が介入することは正当化されないから⁽¹⁷⁵⁾、多数説のこうした主張は妥当である。狭義の共犯は、正犯行為の存在を前提にした概念であるといえる⁽¹⁷⁶⁾。以上のような共犯の従属性を前提にすると、【事例⑦】の場合、単独正犯性が否定されるCの行為が創出する危険だけでは刑法が介入する契機としては不十分ということになる。すなわち、単独正犯性が肯定されるAの行為が実行される（つまり、実行行為に基づく危険が創出される）段階になって、はじめて、刑法は当該事象に介入することになるのである⁽¹⁷⁷⁾。また、形式的な実行行為以外の行為に基づく共同正犯の場合も、共犯の従属性は妥当しないが、そのような行為だけでは刑法が介入する契機としては十分でないと思われる（これが、共同正犯が「狭義の」正犯ではなく、「広義の」正犯である所以であろう。）。

こうした理解は、「予備段階 (Vorfeld) における関与者の態度 (Verhalten) それ自体は、構成要件に該当する態度でないが故に、許されざる危険性を有するものではな」⁽¹⁷⁸⁾、「刑

⁽¹⁷³⁾ 例えば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）382頁以下。

⁽¹⁷⁴⁾ 修正惹起説としては、例えば、曾根・前掲注（171）245頁、混合惹起説としては、例えば、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003年）288頁、照沼・前掲注（140）173頁、高橋・前掲注（49）442頁。

⁽¹⁷⁵⁾ 山口・前掲注（83）（2016年）358頁以下、同「共犯の従属性をめぐって」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）292頁。

⁽¹⁷⁶⁾ 近時、有力に主張されている最小従属性説（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、十河太朗「共犯従属性概念の再構成（二・完）」同法303号（2005年）179頁）からも構成要件に該当する正犯行為は当然要求される。あるいは正犯行為の構成要件該当性の必要性を否定する見解（例えば、佐伯・前掲注（141）329頁）においても、正犯行為は要求されている（同上346頁）。

⁽¹⁷⁷⁾ 甲斐は、「危険性 (danger) とリスク (risk) を区別し、正犯は危険性レベルで把握し、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）はリスクレベルで把握す〔る〕」（甲斐・前掲注（85）29頁）、つまり「正犯が danger としての実行行為を行っているのに対して、幫助は risk の段階で関与しているにすぎない」（橋爪隆「討議の質疑応答」山口厚＝甲斐克則編『21世紀日中刑事法の重要課題』（成文堂、2014年）206頁〔甲斐克則〕）としている。こうした発想は、幫助行為が行われただけでは未だ「リスク (risk)」しか認められず、その段階では刑法が介入する契機としては十分ではなく、実行行為がなされる段階になって、はじめて、当該幫助行為が創出したリスクが「危険性 (danger)」に転化し、その危険性が故に刑法の介入は正当化される、と捉え直すことができよう（なお、甲斐克則「刑法におけるリスクと危険性の区別」新潟45巻4号（2013年）86頁以下も参照。）。

⁽¹⁷⁸⁾ Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 74.

法上重要なものではないが、教唆ないし幫助として後に行われた犯罪に寄与することによって、はじめて、間接的な重要性を獲得する」⁽¹⁷⁹⁾と解する Günther Jakobs の主張からも基礎づけられる。Jakobs によると、不法 (Unrecht) とは構成要件の実現を意味するのであって、それ以外の何物でもない⁽¹⁸⁰⁾。これに対して、予備段階の態度は不法ではない⁽¹⁸¹⁾。というのも、禁止の対象は構成要件の実現を準備することではなく、構成要件の実現だけだからである⁽¹⁸²⁾。確かに、単独犯の場合、行為者は実行行為を遂行する前に自ら計画を立てたり、その他の準備を行ったりするが⁽¹⁸³⁾、予備段階におけるそれらの行為は——重大な犯罪（例えば、殺人罪や強盗罪）の場合を除いて——処罰対象ではない。それゆえ、そうした行為が行われただけでは、刑法は原則として当該事象に介入しない。そうであるならば、他者の実行行為のために行われる教唆行為や幫助行為も、また、実行者自身の予備行為と同じ性質を有するものである以上、それだけでは刑法が介入する契機としては不十分であると考えられるのである。

(iii) 実行行為段階における危険性の内実

そこで、次に、【事例⑦】において、A の行為が実行される時点で B および C が創出した危険が有する意味（あるいは、刑法がその危険を排除することの意味）を検討する。両者が創出した危険は法益を直接侵害するものではない。彼らは自身の行為（B の場合は「被害者を取り押さえる」、C の場合は「唆す」）を通じて法益侵害の危険を創出することで、つまりは法益侵害に有用な道具（B の場合は「X が抵抗できない状況」、C の場合は「動機（の一つ）」）を A に提供することで間接的に法益侵害に関与している。しかし、両者が創出する危険（つまり、提供する道具）は以下の点で異なっている。

B が提供する道具については、確かに、その使用は A に委ねられているが、不使用については——その道具を提供して以降も——B が単独で決定することができる。それゆえ、たとえ刑法が A の翻意に失敗したとしても、A の行為が実行される時点において、刑法が B に対して自身の創出した危険が実現しないよう要請し、B を翻意させることができれば、そのことによって法益保護は達成されうる。B の行為が創出する危険の排除には直接的な法益保護効果が期待されることから、そこに独立の意義を認めることができる。

他方、C が提供する道具については、一度それが A に提供されれば、A のみがその使用・不使用を決定しうることになる。したがって、A の行為が実行される時点において、刑法が C に対して自身の創出した危険が実現しないよう要請し、C がそれに応じたとしても、C は

⁽¹⁷⁹⁾ Günther Jakobs, *Mittäterschaft als Beteiligung*, in: *Festschrift für Puppe*, 2011, S. 551.

⁽¹⁸⁰⁾ Günther Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 1, 14 ff.

⁽¹⁸¹⁾ Jakobs, a. a. O. (Anm. 180), S. 10, 14, 18. Jakobs によると、予備段階の態度は、実行行為 (Ausführung) の不法を予備段階で行為する者に彼の不法として帰属する根拠である (Ebenda, S. 18)。

⁽¹⁸²⁾ Jakobs, a. a. O. (Anm. 180), S. 17.

⁽¹⁸³⁾ Vgl. Jakobs, a. a. O. (Anm. 180), S. 1, 13.

A に対して自身が提供した道具を使用しないよう改めて説得しなければならない。C に対する要請は、A に対して間接的に法益保護を要請することと同義といえる。しかし、このように考えると、刑法は既に A に対して法益を侵害しないよう直接要請しているのだから、C に対する要請の意義は、A に対する要請の効果を別の方向から促進するにとどまり、独立の意義は認められないことになる。

以上のように、B および C が創出する危険（つまり、提供する道具）には、実行行為段階において刑法がそれぞれを排除することで期待される意義・効果に差異があると解される。B の行為は、他の正犯者（A）の行為（実行行為）と「同等」に喫緊の抑止対象と評価されるだけの「危険」を創出するものである。それゆえに、B は、法益侵害に間接的に関与しただけであるにもかかわらず、共同正犯として処罰される。これに対して、C の行為にそのような危険性を認めることはできないため、その共同正犯性は否定される。

しかし、このような帰結に対しては、一般予防の観点からは、【事例⑦】の C が創出する危険を排除することにも法益保護の効果が——間接的であっても——期待できる以上、C の行為も他の関与者の行為と同様に正犯行為として抑止すべきであるとの批判が考えられる⁽¹⁸⁴⁾。そこで、一般予防論の立場からは肯定される余地のある C の正犯性は、刑法上の別の原理を考慮することによってはじめて否定されると解される⁽¹⁸⁵⁾。

（４）比例原則による限定

（i）刑法の限定原理としての比例原則

刑法の任務が法益の保護であることに争いはない。しかし、刑法（および刑罰）は法益を侵害しうるあらゆる行為を一様に禁止するわけではなく、国家が選択しうる最後の手段（*ultima ratio*）として謙抑的でなければならない（刑法の謙抑性）⁽¹⁸⁶⁾。謙抑性⁽¹⁸⁷⁾から導かれる「補充性（Subsidiarität）の原則」によれば、他の制裁手段では法益を十分保護できない場合にのみ、刑法の介入が許容されることになる。また、「断片性（Fragmentarität）の原則」によれば、刑法は法益を網羅的に保護するものではなく、刑罰という「最も峻厳な制裁」⁽¹⁸⁸⁾に値する態様の法益侵害行為のみを処罰しうることになる。したがって、犯罪とは、刑罰により対処する必要があり（要罰性（Strafbedürftigkeit））、かつ、刑罰に相当

⁽¹⁸⁴⁾ 楠田・前掲注（139）155頁参照。

⁽¹⁸⁵⁾ 高山佳奈子「複数行為による事故の正犯性」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）191頁以下も参照。

⁽¹⁸⁶⁾ 宮本英脩『宮本英脩著作集第四巻 刑法講義〔新版〕』（成文堂、1987年）19頁以下。刑法の任務を補充的法益保護（subsidiärer Rechtsgüterschutz）と解する Claus Roxin, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 1 も参照

⁽¹⁸⁷⁾ 平野龍一「現代における刑法の機能」同『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966年）155頁以下は、謙抑性の内容として、「補充性」、「断片性」、および「寛容性」を挙げている。

⁽¹⁸⁸⁾ 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9月393頁、最大判昭和52年5月4日刑集31巻3号182頁、最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁、最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁。

する（当罰性（Strafwürdigkeit））行為と解されることになる⁽¹⁸⁹⁾⁽¹⁹⁰⁾。

以上のような刑法（および刑罰）の限定原理を包括するのが「国家の規制と個人の人権との対立を調整する公平の原理である」⁽¹⁹¹⁾比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）である⁽¹⁹²⁾。「従来の刑法学においては、刑罰限定原理としての比例原則が詳細に展開されることはなかったが」、「刑罰権の行使が個人に向けた国家権力の行使のもっとも顕著な形態である以上は、それは憲法原則による規制の下に置かれなければならない」⁽¹⁹³⁾⁽¹⁹⁴⁾。したがって、「刑法の諸命題は、法益保護と刑罰による威嚇が釣り合うように、つまり可能な限り少ない犯罪化によって法益を可能な限り多く保護できるように定式化され、また、解釈されなければならない」のである⁽¹⁹⁵⁾。そして、正犯・共犯論が刑罰の有無・程度を確定する場面の一つである以上、比例原則は、ここにおいても、一般予防論の限定原理として考慮されなければならないはずである⁽¹⁹⁶⁾。

比例原則は、「公権力の行使により得られるものと、それにより失われるものがバラ

⁽¹⁸⁹⁾ Volker Krey/Robert Esser, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl., 2012, Rn. 16 ff. Vgl. auch Hans-Ludwig Günther, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, S. 11.

⁽¹⁹⁰⁾ 要罰性と当罰性を対置することに疑問を呈するものとして、松原芳博『犯罪概念と可罰性——客観的処罰条件と一身の処罰阻却事由について——』（成文堂、1997年）5頁以下。

⁽¹⁹¹⁾ 近藤敦「比例原則の根拠と審査内容の比較研究」『高見勝利先生古稀記念 憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用——』（信山社、2015年）819頁。

⁽¹⁹²⁾ 伊東研祐『刑法講義 総論』（日本評論社、2010年）24頁は、刑法の謙抑性、補充性、断片性、最終手段性の趣旨は「LRA原則（より制限的でない代替的手段（Less Restrictive Alternatives）の原則）」に包括されるとしているが、その意味するところは比例原則を援用する本稿と異ならないと思われる。なお、比例原則とLRA原則の関係については、須藤陽子「比例原則と違憲審査基準——比例原則の機能と限界——」立命 321・322号（2008年）264頁以下参照。

⁽¹⁹³⁾ 井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会、2007年）23頁。

⁽¹⁹⁴⁾ 刑法における比例原則の萌芽が、既に、チェーザレ・ベッカリーア（小谷眞男訳）『犯罪と刑罰』（東京大学出版会、2011年）24頁以下に見られることは看過されてはならない。なお、比例原則は「わが国の実体的デュー・プロセス論（適正処罰の原則）の方向を展望する上できわめて有益である」とする萩原滋「刑罰権の限界としての比例原則——ドイツの判例と学説（二・完）」愛大 156号（2001年）75頁、「保安処分においてだけでなく、刑罰においても比例原則は満たされる必要がある」とする高山佳奈子『『責任主義』と『比例原則』』刑雑 53巻1号（2013）80頁、比例原則を手掛かりに過失犯における注意義務の内容を確定しようと試みる樋口亮介「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定——」刑ジャ 39号（2014年）48頁以下、同「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定——」『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）197頁以下も参照。

⁽¹⁹⁵⁾ Walter Gropp, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992, S. 212. Vgl. auch Roland Hefendehl, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011, S. 404 ff.

⁽¹⁹⁶⁾ 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）108頁以下は、必要的共犯の事例における周辺の関与行為が処罰されない根拠を「比例原理」から導いている。豊田は可罰的な（狭義の）共犯行為と不可罰な関与行為の差異を比例原則により説明しているが、比例原則は、更に、（広義の）正犯行為と（狭義の）共犯行為の差異を説明する際にも有益な視座を提供するものと思われる。

スを保たねばならないとする原則であり⁽¹⁹⁷⁾、具体的には①手段（刑罰）の適合性（Geeignetheit）⁽¹⁹⁸⁾、②手段（刑罰）の必要性（Erforderlichkeit）⁽¹⁹⁹⁾、③手段（刑罰）と目的（法益保護）の相当性（Angemessenheit）⁽²⁰⁰⁾のパスを要請するものである⁽²⁰¹⁾。正犯として処罰しようと、（狭義の）共犯として処罰しようと、いずれも個人の人権を制約するものである以上、これら3つの要請を充足しなければならない。

（ii）「正犯としての処罰」と「共犯としての処罰」

比例原則を正犯・共犯論に適用する前提として、ある関与者を正犯として処罰すること、あるいは（狭義の）共犯として処罰することの意味を明らかにしておく必要がある。この点、平野龍一によると、『正犯』ということばは、『重く処罰すべきだ』という感情を表現したことばで〔ある〕のに対して、教唆や幫助は『正犯より軽く処罰すべきもの』という情緒を現すことば〔である〕⁽²⁰²⁾。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は、たとえ教唆犯に予定されている法定刑が正犯のそれと同じであるとしても、正犯としての処罰は（狭義の）共犯としての処罰よりも重いと解される⁽²⁰³⁾。

したがって、正犯処罰という重い制裁が、①当該関与行為を抑止する目的（効果）に適

⁽¹⁹⁷⁾ 井田・前掲注（166）24頁。

⁽¹⁹⁸⁾ ①適合性では、当該制裁が目的達成にとって適合的かどうか判断される（Johannes Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S. 124）。およそ侵害性のない行為を禁止する場合、その禁止によって法益保護が促進されることはないから、適合性が否定されることになる（Ebenda, S. 408）。

⁽¹⁹⁹⁾ ②必要性においては、目的達成に対して同等以上の適合性を有する侵害性の少ない手段が存在しているか否かが判断される（Kaspar, a. a. O. (Anm. 198), S. 155）

⁽²⁰⁰⁾ ③相当性においては、目的と当該制裁が釣り合っているか否かが判断される（Kaspar, a. a. O. (Anm. 198), S. 164）。したがって、基本法上保護された当事者の法益に対する侵襲の程度が大きいほど、当該制裁によって追及される目的も重要でなければならない（BVerfGE, 118, 168 [195]）。

⁽²⁰¹⁾ Kaspar, a. a. O. (Anm. 198), S. 256 ff.によれば、要罰性は②必要性に、当罰性は③相当性に解消される。

⁽²⁰²⁾ 平野龍一「正犯と実行」『犯罪論の諸問題（上）〔復刊版〕』（有斐閣、2000年）132頁以下。

⁽²⁰³⁾ 国際刑事裁判所ローマ規程（ICC規定）25条3項は、各関与類型の法定刑に差を設けていないが、その解釈をめぐって、ルバンガ事件第1審裁判部（The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-2842）が、「ICC規定二五条三項では、差別化された、すなわち、責任（行為者に対する非難）の程度に応じて上下の関係が序列化されている関与形式体系が規定されており、「この序列の頂点に位置付けられるとされているのは、同項（a）に挙げられている単独（直接）正犯、共同正犯および間接正犯であり、「次いで、（b）には諸種の惹起類型（教唆形式）、（c）には援助類型（幫助形式）がそれぞれ規定され、最後に、序列の最下位として（d）に、『その他の方法で』の集団犯罪への寄与という補充的な構成要件が規定されている」（フィリップ・オステン「正犯概念再考——ルバンガ事件判決と国際刑法における共同正犯論の展開を素材に——」慶法87巻5号（2014年）19頁）と解していることから、国際的にも、正犯（perpetrator）として処罰する方が（狭義の）共犯（accessory）としての処罰よりも重いと解されているといえよう。

合し、②当該目的を同等以上に達成しうる緩やかな他の制裁が存在せず、③当該目的と釣り合っている場合に、正犯は成立しうることになる。他方、これらの要請を充足しない場合は、共犯処罰の可能性が残るに過ぎない。

(iii) 比例原則からの帰結

【事例⑦】のBの行為が創出する危険を排除することの目的は、法益の直接的な保護である（目的の確定）。Bを正犯として処罰することは、このような目的を達成するのに適合する（①の肯定）。また、より軽い制裁を科す（共犯として処罰する）場合よりも、正犯として処罰する方が当該目的を効果的に達成しうると考えられる（②の肯定）。そして、Aを正犯として処罰することが比例原則（とくに③相当性）を充足し、また、Bが創出する危険の排除がAの処罰と同等の法益保護効果をもたらしうることを前提にすると、手段（正犯としてのBの処罰）と目的（直接的な法益保護）は釣り合うものと考えられる（③の肯定）。Bを共同正犯として処罰することは比例原則の各要請を充足する。

これに対して、【事例⑦】のCの場合、その行為が創出する危険を排除することの目的は、法益の間接的・従属的な保護である（目的の確定）。Cを正犯として処罰することは、当該目的を達成するのに適合的であるし（①の肯定）、また、より軽い制裁を科す（共犯として処罰する）場合よりも効果的な目的達成が見込まれる（②の肯定）。しかし、直接的な法益保護という目的の場合にはじめて正犯としての処罰に相当すると考えると、間接的・従属的な法益保護を目的とするに過ぎない場合、当該目的と手段（正犯としてのCの処罰）は釣り合わないことになる（③の否定）。比例原則の観点からは、Cの共同正犯性は否定され、（狭義の）共犯としての処罰のみが正当化される⁽²⁰⁴⁾。

(5) 各事例の帰結

かくして、共同正犯の成立要件としての重要な役割は、構成要件該当事実と（促進関係を含む）因果関係を有する行為に、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べき危険性が認められる場合に、より具体的には、当該行為の創出した——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、それゆえに当該関与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。最後に、以上の基準を本章の各事例に適用した場合の帰結を確認しておく。

【事例①】

(204) 「拘留又は科料のみに処すべき罪の教唆者及び従犯は、特別の規定がなければ、罰しない」と規定する刑法64条は、比例原則の観点からは、「拘留又は科料のみ」が科されるに過ぎない犯罪類型（例えば、侮辱罪）の実現を間接的・従属的に阻止すること（目的）と関与者を共犯として処罰すること（手段）が釣り合わないことを明示したものと解される。

Aの行為（暴行ないし脅迫）とBの行為（財物奪取）は、いずれも、強盗罪の実現に対して因果性を有するものである。そして、それらが創出する危険は、それらさえ排除し得れば強盗罪の実現を阻止できるものであるから、いずれの寄与にも重要な役割が認められる。それゆえ、AとBは強盗罪の共同正犯として処罰される。

【事例②】

Aの場合、共謀段階の行為（計画の積極的な立案）によって共同正犯性を基礎づける余地もあるが、Bの場合、共謀段階の行為（発砲の受動的な了承）だけで共同正犯の成立を認めることはできない。

他方で、AおよびBの実行段階の行為（発砲）に着目するのであれば、発砲行為それ自体の危険性が問題となるが、事前判断の観点からは、発砲行為が創出する危険は、それ自体により被害者を殺害する可能性として理解される。それゆえ、Xの生命を保護するにはいずれか一方の発砲行為が創出する危険を排除するだけでは不十分であって、それと同時に、他方が創出する危険をも排除しなければならない。両者を排除することではじめて十分な法益保護が期待されうるのである。したがって、実行段階においてAおよびBが創出する危険の排除には以上のような独立の意義が認められ、また、その意義は他者の行為の抑止と同等といえることから、実行段階の行為は両者の共同正犯性を肯定しうるものである。AおよびBは殺人罪の共同正犯として処罰される。

【事例③】

Aが殺人罪の（直接ないし共同）正犯として処罰されることに特段問題はない。

Bも、殺人罪の共同正犯として処罰される。というのも、重要な役割が事前判断に基づくものである以上、Aの銃弾のみが被害者に命中したことが事後的に判明したとしても、そのことが重要な役割の成否に影響を及ぼすことはないからである。Bの発砲行為の危険性が共同正犯成立の根拠となる。

【事例⑤】

Aに殺人罪の（直接ないし共同）正犯が成立することに問題はない。

Bの共謀段階の行為（待ち伏せ、および、場合によっては自らXを殺害することの了承）は、結果（Xの死亡）との因果性を有してはいるが、共同正犯性を基礎づける程の危険性は認められない。また、B自身による発砲行為は現実には行われることのなかった（当然、因果関係も認められない）ので、（潜在的な）発砲“行為”を基礎に共同正犯性を肯定することもできない。したがって、待ち伏せ行為自体の性質が問題になる。待ち伏せ行為に因果性を肯定することは可能であろうが、共同正犯を基礎づけるだけの危険性も認められるであろうか。【事例⑦】において、被害者を取り押さえるBの行為が正犯行為と評価されたのは、それが創出する危険を排除することで、その場から逃走する可能性を被害者が得て、

そのことにより法益が保護されると考えられるからである。したがって、【事例⑤】のBが創出する危険の排除が被害者への逃げ道の提供を、つまりAから逃走する可能性の創出を意味し、【事例⑦】のBの場合と同様の効果が期待できるのであれば、【事例⑤】のBにも殺人罪の共同正犯の成立を認めてよいと思われる⁽²⁰⁵⁾。

【事例⑧】

A、B、C・・・K（計11人）の行為（致死量の10分の1の投薬）に因果性を認めることはできる。それでは、重要な役割を認めることはできるであろうか。【事例⑧】の場合、各行為それ自体の危険性は僅かであり、それゆえ各行為が創出する危険を排除することで、直ちに法益の保護に至るわけではない。しかし、法益を保護するためには最低でも2人を翻意させなければならず、また、誰が刑法の要請に従うか分からない以上、それぞれを同等に抑止する必要がある。【事例⑧】のAらの行為は同等抑止を必要とする危険を創出するものであるから、その排除には、他の関与者が創出する危険の排除の効果を促進する以上の意義が認められる。かくして、Aらは、殺人罪の共同正犯として処罰されると解される。

これに対して、Lが創出した危険（提供した道具）を実行行為の段階において排除することに独立の意義は認められないため、Lに成立するのは殺人罪の幫助犯にとどまる。

【事例⑨】

Aは、自身の投薬行為により被害者を殺害している以上、殺人罪の正犯として処罰される。

これに対して、Bは、Aが飲ませた毒によって被害者が死亡しなかった場合に更に毒を飲ませる予定であったに過ぎず、実際には毒を飲ませていない。Bの共同正犯性の成否を検討するにあたっては、潜在的な投薬“行為”ではなく、Aの隣で被害者の様子を伺っていたことが基準となる。しかし、「被害者の様子を伺う」行為に因果関係を肯定することはなお可能であったとしても、それを排除することで法益保護のための途が新たに設けられるわけではない。したがって、Bにはせいぜい殺人罪の幫助犯が成立するに過ぎないと思われる。

第5款 本節の結論

共同正犯は正犯であり、一次的な責任類型である。そして、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（すなわち、実行行為）の抑止に最大の関心を有するのは当然であるから、形式的客観説が共同正犯に対して実行行為を

⁽²⁰⁵⁾ Roxinも【事例⑤】のBの共同正犯は肯定しているが、被害者を殺害するためにAはシンガポール空港で、Bは香港空港で待ち伏せし、Aが被害者を殺害したという事例については、Bに共同正犯は成立しないと解している（【事例⑩】）（Roxin, a. a. O. (Anm. 14), S. 524; ders, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 231 ff.; ders, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 769）。確かに、【事例⑩】の場合、Aが実行行為を行う時点においてBが創出する危険を排除したとしても、Aから逃亡するための逃げ道を被害者に提供することにはならない。本稿の立場からも、【事例⑩】のBに共同正犯は認められないと解される。

要求することは正犯・共犯論の出発点としては正しい⁽²⁰⁶⁾。しかし、形式的な（狭義の）実行行為をそのまま要求するのでは刑法60条の解釈論としては狭きに失するため、狭義の正犯に対して実行行為を要求することの意味を実質的に考察し、刑法60条による実行行為（正犯性）の拡張を認めつつ、その限界を見極めなければならない。

刑法60条は、その正犯性拡張機能を通じて正犯性の基準を「実行行為」から「重要な役割」にまで拡張するのであって、この「重要な役割」が共同正犯の第2の成立要件として要求される。その意味内容を解明するための重要な鍵として「事前判断」、「危険性」、および「同等性」の3つを提示した本稿は、結論として、重要な役割を「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」と定義した。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。

ところで、以上の定義は、共謀段階において積極的に関与した場合（例えば、【事例④】）を考察の対象外にした上で導かれたものであることから、結局のところ実行段階における寄与を要求し、共謀共同正犯の成立可能性を否定するものと思われるかもしれない。しかし、現在の判例・学説の状況を鑑みると、共謀共同正犯をおよそ是認し得ない理論は妥当ではないし、また、私見は共謀共同正犯を否定するものでもない。そこで、次節では、本稿が提示する定義が矛盾なく共謀共同正犯に当てはまりうるかを改めて検討することにする。

⁽²⁰⁶⁾ 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕〔第2版〕』（成文堂、2005年）288頁。

第2節 共謀共同正犯の構造

第1款 問題の所在

判例法として確立した共謀共同正犯が学説からも承認されるようになってから既に久しい。共同正犯の基準についても、実務が採用する「自己の犯罪」基準と学説（の多く）が採用する「重要な役割」基準は、確かに表面的には対立しているようにも見えるが、その内実に大きな差異はない⁽¹⁾。この点をめぐる判例と学説の対立は収束を迎えたときえいえるかもしれない。しかし、だからといって共謀共同正犯の実体ないしその基準が解明され尽くしたわけではない。共謀共同正犯も共同正犯である以上、その成立要件である——自己の犯罪といえるほどの——重要な役割が認められなければならない。しかし、実行段階では寄与しない背後者の場合、彼の行為はいかなる意味において重要と評価されるのであろうか。あるいは教唆者の教唆行為との差異はどこに見出されるのであろうか。重要な役割を認定するための間接事実をいくら列挙したところで、それらによって何を認定するのかを明らかにしない限り、恣意的な判断を防ぐことはできない⁽²⁾。それゆえ、共謀共同正犯が正犯と評価される根拠に遡り、その構造を分析することは、現在においてもなお重大な課題であるといえる。

他方、本稿は、重要な役割の解明を試みた第2章第1節において、主として付加的共同正犯と呼ばれる事例群を素材に考察することで、重要な役割を、「構成要件該当事実と（促進関係を含む）因果関係を有する行為に、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べき危険性が認められる場合に、より具体的には、当該行為の創出した——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、それゆえに当該関与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」⁽³⁾ものと定義した。しかし、この定義は、実行段階で何らかの行為を行っている事例を念頭に導いたものであるため、共謀共同正犯を矛盾なく説明できるか明らかでない。確かに、時間的にも場所的にも構成要件該当事実と近接する者に重い刑事責任を認めるのが原則であるとはいえる。しかし、今日、構成要件該当事実から離れてもなお重要な役割を認めるべき場合があることも多くの論者が認めるところである⁽⁴⁾。こうした近時の趨勢を踏まえると、共謀共同正犯を一切認め得ない理論は、現在の正犯・共犯論としては妥当性を欠くものといわざるを得ない。それゆえ、改めて共謀共同正犯の成否が問題になる事例を議論の射程に含めた上で、上述の定義の是非を検討する必要があるだろう。

(1) 第2章第1節第1款第1項（44頁以下）参照。

(2) 照沼亮介「共謀共同正犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）101頁参照。

(3) 第2章第1節第4款第4項（88頁）参照。

(4) Vgl. BGHSt 40, 218 [237].

そこで、本節では、共謀共同正犯における重要な役割を検討するため、実行行為に直接は関与しない背後者の行為（違法行為の指示・命令）の意味・機能を分析することにする。

第2款 従来の共謀共同正犯肯定説

第1項 集団主義に基づく見解——共同意思主体説——

共謀共同正犯に理論的基礎を与えた最初の学説は共同意思主体説であった。共同意思主体説の主眼は、関与者らが共同目的の下に共同意思主体を形成しても、それだけでは未だ共同意思主体の活動は認められず、共犯者の一人が共同目的に基づいて実行行為を行うことによって、その行為は共同意思主体全体の行為として認識されるとして、（共同正犯を含む）共犯の従属性を基礎づけ、自らは実行行為を行わない関与者にも共同正犯が成立しうることを論証する点にあったといえる。

共同意思主体説において注目されるのは、その主張を論証するにあたって社会心理学の知見を援用している点である。共同意思主体説の提唱者である草野豹一郎は、二人以上の者が共同目的に向かって合一する場合、個人心理とは異なる団体心理が生じ、個人の意思では企図し得ないことも敢行できるようになることから、犯罪の危険性と重大性の増大が認められる旨述べているが、その際心理学者の所見を引用している^⑤。共同目的の下に形成された集団が外部（外集団）に対して高い危険性を示すことを社会心理学の観点から説明しようと試みたのである。

以上の共同意思主体説においても、共同意思主体を形成するすべての者に正犯性を認めるわけではない。この点、同説は、共同正犯と狭義の共犯の区別基準を重要な役割の有無に求めている^⑥。しかし、単に重要な役割を基準として定立するだけでは十分でない。背後者の共謀共同正犯の成否が問われる場合、彼の行為の役割は直接実行者に対する指示・命令に、すなわち直接実行者の心理に対する影響力の行使にあるのだから、その指示・命令が直接実行者の心理にどのように作用し、いかなる作用が認められる場合に重要な役割が肯定されるのかを検討する必要があるはずである。共同意思主体説が依拠する社会心理学によれば、二人以上の者により集団が形成されると関与者間に特殊な相互作用が生じる。一方で、社会心理学を援用しつつ、他方で、背後者の正犯性の根拠を重要な役割に求めるのであれば、集団内の相互作用に着目し、集団の構成員間で下された指示・命令がどのように機能するのかについて敷衍すべきだったと思われる。共同意思主体説はこの点で不十分であるとの誹りを免れないだろう^⑦。

^⑤ 草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』（巖松堂書店、1950年）262頁。

^⑥ 草野豹一郎『刑法總則講義第一分冊』（南郊社、1935年）202頁、同『刑法要論』（有斐閣、1956年）123頁、斉藤金作『共犯理論の研究』（有斐閣、1954年）174頁、同『共犯判例と共犯立法』（有斐閣、1959年）59頁以下、下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』（学陽書房、1983年）139頁以下、岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』（成文堂、2009年）309頁以下。

^⑦ もっとも、草野も、集団犯の検討の際に、個人が群集に組み込まれた場合に著しい人格

第2項 個人主義に基づく見解

(1) 強い心理的因果性に着目する見解

前田雅英は、刑法 60 条の『共同して実行した』とは、実行行為が『共同のもの』と評価できることであり、共同の意思に基づいて誰かが実行した場合を当然に含む」のであって、「共謀という強い心理的関係を要求することにより、『一部行為の全部責任』を基礎づけ得る」とし、共謀共同正犯の根拠を強い心理的因果性に求めている⁽⁸⁾。背後者の行為は直接実行者の心理に影響を与える点にその役割が認められるのだから、強い心理的因果性に着目するのは正当である。しかし、心理的因果性の強弱というだけでは基準としては曖昧過ぎる。直接実行者の心理にどのような作用を及ぼす場合に正犯性は肯定されるのだろうか⁽⁹⁾。そこで注目されるのが、直接実行者の意思の支配に着目する以下の諸見解である。

(2) 直接実行者の意思の支配に着目する見解

(i) 目的的行為支配説

平場安治は、「共同正犯において、他人の所為にまで責任を負う所以」を「実行行為に対する共同正犯各自の共通包括的な行為支配がある点に求め」、「共同正犯においては自己の手による部分はもちろん、他の共同正犯の手による部分に対しても包括的一体的に共同の目的支配が存する」と解する⁽¹⁰⁾。その上で、共謀共同正犯については、「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発し、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」とする。具体的には、「直接実行者

上の相違が生じ、場合によっては自己の人格をほとんど失い、同時に催眠状態に入った時のように無意識ないし半無意識的に活動し、その群集の指導者らの言動のままに支配されるような状態になるとする寺田精一の所見を引用している（なお、草野の著書では寺田精一『群集心理学』（大正 15 年）341 頁が引用されているが、寺田精一『犯罪心理学』（岩波書店、1926 年）341 頁のことだと思われる。）ことから、集団内における相互作用がまったく意識されていなかったわけではないだろう（草野豹一郎『刑事法学の諸問題』（勁草書房、1951 年）186 頁）。

⁽⁸⁾ 前田雅英『刑法総論講義〔第 6 版〕』（東京大学出版会、2015 年）352 頁。

⁽⁹⁾ 前田自身、例えば対等型の共謀共同正犯が問題になる場合、「共謀による『相互に裏切ることはできないという心理的拘束』や、背後に仲間に控えているので実行しやすくなること、さらに客観的な幫助行為が付け加わる場合も多いことなどにより、実行行為を『共同のもの』と評価し得る」、あるいは「共謀はそれにより相手にどの程度強い心理的因果性を与えたか（意思の疎通の程度）という点に加えて、共謀者と実行者の関係（共謀における主従関係）、犯行動機、正犯者意思の明確度と強度、犯罪結果（利益）の帰属関係、実行行為以外の関与の内容などを考慮して、認定される」（前田・前掲注（8）354 頁）としており、心理的因果性の強弱だけでは共謀共同正犯を認定し得ないことを認めている。また、前田の見解においても、心理的因果性の強弱以外の要素が正犯性の認定とどう関係しているのかは明らかになっていない。

⁽¹⁰⁾ 平場安治『刑法総論講義』（有信堂、1952 年）155 頁。

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』というばあい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やめられるので、他の仲間との約束には拘束されない』というばあいには謀議関係者は教唆犯ないし従犯である」としている⁽¹¹⁾。

(ii) 間接正犯類似説

藤木英雄の共謀共同正犯論は、「二人以上の者が犯罪遂行について合意に達した場合、この二人の行動を全体的にみたときは、間接正犯における利用関係に対比すべき実体をそこに見出すことが可能である」ことを出発点とする⁽¹²⁾。すなわち、「参加者の間に、犯罪を遂行すべき、確定的な意思の合致が成立した場合」、「実行担当者は、この合致した意思に基づいて、自己の意思で犯罪を遂行するものではあるが、その意思決定の内容は他の合意者との約束に基づいて形成されたもので、爾後の行動は合意により拘束され、実行担当者は、実行するかしないかを自分の自由意思であらためて決定する事はできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されない」。実行担当者は、「他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意思を翻し得ないものとなるという意味で、他の共犯者に拘束・支配されるのである」⁽¹³⁾。それゆえ、背後者は、「共同の意思をもった共同者の一員に加わることにより、仲間がいるという心強さ、あるいは団結による規律の影響力と、それぞれ集合の形態によって事情を異にするにせよ、実行担当者の、犯行を思いとどまろうとする反対動機規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、みずから手を下すことがなくても実行担当者と共同して実行行為をしたもの」といえるのである^{(14) (15)}。

(11) 平場・前掲注(10) 158頁。

(12) 藤木英雄「共謀共同正犯」同『可罰的違法性の理論』(有信堂、1967年) 336頁。

(13) 藤木・前掲注(12) 336頁以下。

(14) 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975年) 284頁。

(15) その他、「共謀共同正犯の提供事例はきわめて狭隘なものとなることが予想される」と前置きしつつも、実行者に対する心理的拘束がその反対意思を抑圧する程度に達しているのであれば共謀共同正犯は認められるとする改説前の中義勝『間接正犯』(有斐閣、1963年) 189頁以下、「間接正犯において利用者が被利用者の行為を自己の手足のよう利用するごとく、その他人の行為を支配拘束して、それが結果に対して、その者(すなわち利用者)の「しわざ」と価値的に同一評価ができる場合、その者にも実行行為がある」とする穴沢成巳「共謀共同正犯についての一考察」司研44号(1970年) 64頁、「合意の拘束力による(緩和された)意思支配」に着目する松原芳博「共謀共同正犯論の現在」曹時63巻7号(2011年) 11頁以下、同『刑法総論』(日本評論社、2013年) 350頁、同「共同正犯をめぐる議論の概観」刑雑53巻2号(2014年) 262頁以下、共同正犯において意思連絡が要求される理由を「相手の心理を拘束する」点に求める杉本一敏「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) 229頁以下、共同行為における相互的義務付けに着目する仲道祐樹「共謀における義務付けと共謀の射程」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) 241頁以下も参照。

(iii) 優越支配説

大塚仁は、「実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行担当者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行にいたらせている場合には、規範的観点から共同実行があるといいうる」とし⁽¹⁶⁾、その限りで実行行為を行わない背後者も共同正犯として処罰されうると述べている。団藤重光も、「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は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」とし、同趣旨の見解を展開している⁽¹⁷⁾。

(iv) 問題点

これらの見解は、正犯性を基礎づける「強い心理的因果性」の実体を明らかにするものとして、妥当な方向性を示すものといえる。

また、直接実行者の意思の支配に着目するこれらの見解は、「共同犯行という現実の社会現象に対し、単なる単独犯行の論理にとどまらない共同責任的な方向を加味しつつも、他方、個人責任の根拠をはっきりさせようとする」（下線引用者）⁽¹⁸⁾のものであって、背後者の指示・命令が集団という特殊な状況下で行われたことを看過しているわけではない。しかし、二人以上の者が共同目的に向かって合一し、集団を形成することで、背後者の指示・命令が自己答責的な他者の意思を支配しうようになるメカニズムは明らかにされておらず、経験則以上の具体的な根拠は提示されていない。この不十分さこそが、「責任能力があり、事情を認識している他の共同者を道具とみなして理論構成することには疑問がある」との批判⁽¹⁹⁾や、この理論は——優越支配説が自認するように——対等型（ないし分担型）の共謀共同正犯には妥当しないとの批判⁽²⁰⁾を招く原因であったと思われる。

あるいは、これらの見解が「心理的拘束力の程度を従来の間接正犯の場合よりも緩めて理解する」点については、もし「心理的拘束がその程度のもので足りるとするならば、それは、狭義の共犯の場合にも存在しうる」ため、「心理的拘束による中止の困難性を以て共謀共同正犯の要件とするなら、狭義の共犯となる場合は事実上皆無になりかねない」とする批判もある⁽²¹⁾。確かに、狭義の共犯と正犯の間に意思連絡に基づく合意があるのであれ

⁽¹⁶⁾ 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）307頁。

⁽¹⁷⁾ 団藤重光『実践の法理と法理の実践』（創文社、1986年）445頁。同『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）401頁（注32）も参照。

⁽¹⁸⁾ 藤木英雄「共謀共同正犯」同編『判例と学説 7・刑法I（総論）』（日本評論社、1977年）291頁。

⁽¹⁹⁾ 関哲夫『講義刑法総論』（成文堂、2015年）425頁。同「共謀共同正犯における『間接正犯類似説』の検討」国学院51巻4号（2014年）85頁以下も参照。

⁽²⁰⁾ 平野龍一『刑法総論II』（有斐閣、1975年）402頁、岡野光雄「個人的共犯論と『共謀』共同正犯論」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻』（成文堂、1998年）298頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）341頁。

⁽²¹⁾ 白木豊「正犯概念と共謀共同正犯（一）」上法32巻1号（1989年）134頁。中義勝「共

ば、そこに（ある程度の）心理的拘束力が生じる余地はある。したがって、心理的拘束力を共謀共同正犯の根拠と解するとしても、正犯性を基礎づける場合と狭義の共犯を基礎づけるに過ぎない場合の差異を示す必要がある。

第3項 小括——個人主義と集団主義の止揚——

以上のように、集団主義を基礎とする共同意思主体説は、社会心理学の知見を援用しつつも、集団内の指示・命令がどのように機能するのかを十分解明していなかった点に、個人主義に基づく間接正犯類似説等は、背後者が行使する影響力の実体の解明に迫りつつも、その根拠を提示することができなかつた点にそれぞれ課題を残していた。これらの課題を解決するには両者の視点を併用するのが有益と思われる。

まず、この議論においても、個人主義を出発点に据えなければならない。というのも、刑法60条以下において問われるのは集団それ自体の罪責ではなく、個々人の罪責であるため、共謀共同正犯の成否が問題になる場面でも、背後者自身の行為の性質を問わなければならないからである。

しかしながら、個人主義の立場を堅持しつつ、直接実行者の心理に対する影響力を具体化しようと試みた間接正犯類似説等は、脅迫や欺罔を用いることなく自己答責的な他者の意思を支配することはできないと批判されてきた。この批判は、「人間は自己の行動に対する制御能力を持つ存在であり、よほど強い脅迫・強制でもない限り、意志にそぐわない行為はしないという合理的人間像」⁽²²⁾に基づくものであろう。しかし、現実の人間の行為は、常に、「他者や周囲の情報環境から強い影響を受けて [いる]」⁽²³⁾。「人間は真空状態において行動するのではなく、社会的影響に大きく影響される事実」⁽²⁴⁾を看過するわけにはいかない。それゆえ、背後者の行為の役割・機能を検討するにあたっては、指示・命令を下した背後者と実行行為を行った直接実行者がいかなる状況に置かれているのか、当該状況が背後者の指示・命令にどのような変化をもたらし、直接実行者の心理にどのような作用を及ぼすのかを分析することが肝要となろう。その分析を通じて、はじめて、脅迫や欺罔を用いなくても直接実行者の意思を支配しうるかという問題に結論を下すことができるようになる。

したがって、共謀共同正犯論においては、個人主義的視点から背後者自身の影響力に着目しつつ、集団主義的視点を援用しながら彼の行為の意味を解明しようと試みるべきであると思われる。個人主義的視点と集団主義的視点は相互に排斥し合うものではなく⁽²⁵⁾、前

同正犯の正犯性——相互間接正犯的構成とその批判的考察——」『現代の共犯理論（齊藤金作先生還暦祝賀）』（有斐閣、1964年）183頁、西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」『現代の共犯理論（齊藤金作先生還暦祝賀）』（有斐閣、1964年）140頁も参照。

⁽²²⁾ 小坂井敏晶『責任という虚構』（東京大学出版会、2008年）7頁。

⁽²³⁾ 小坂井・前掲注（22）174頁。

⁽²⁴⁾ 小坂井・前掲注（22）8頁。

⁽²⁵⁾ 「相互的利用関係を基礎として共謀者の正犯性を根拠づけようとした〔間接正犯類似説

者を出発点としつつ、後者が前者を補完する関係にあると解すべきである。

この点、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない」が、「右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない」（下線引用者）とした練馬事件判決⁽²⁶⁾は、共同意思主体説からも、間接正犯類似説からも「理論化することができるものであり、一定の学説に立脚したものではない」⁽²⁷⁾との評価もあるが、むしろ、両者の視点を取り入れたものと評価すべきではないだろうか。つまり、最高裁は、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体とな〔る〕」ことで、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行〔う〕」ことが可能になるからこそ、背後者は共同正犯として処罰されると考えたのではないだろうか。既に、本判決の中に、個人主義的視点と集団主義的視点の止揚の萌芽を見て取ることができよう⁽²⁸⁾。しかし、共同意思の下に一体となることでいかなる作用が直接実行者の心理に及ぶのであろうか。あるいは、背後者が直接実行者を自己の手段として利用できるのは何故だろうか。練馬事件判決は、その基本的立場は支持できるものの、これらの疑問に対して何らの解答も示していない。

果たして集団という要素がもたらす特殊な作用は——たとえ脅迫や欺罔を伴わなかったとしても——支配的影響力を基礎づけるものなのだろうか。この問題を検討する端緒として、以下では、組織の特殊性に着目する「組織的権力機構に基づく間接正犯」論を参照することにする。

第3款 組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐるドイツの議論

第1項 共謀共同正犯への応用可能性

「ドイツでは間接正犯が大きな役割を果たしている」が、共同正犯の役割も「まったく失われていない」のに対して、「日本では、判例において間接正犯はそれほどの重要性はなく、むしろ正犯の中心は共同正犯である」ことから、「少なくとも機能においては、日本の

の] 試みは共同意思主体説の立場とは必ずしも矛盾するものではない」とするものとして、川崎一夫「共同意思主体説について」『創立 25 周年記念論文集』（創価大学出版会、1995 年）113 頁。

⁽²⁶⁾ 最大判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁。

⁽²⁷⁾ 高橋則夫「判批」『刑法判例百選 I 総論〔第 7 版〕』（有斐閣、2014 年）153 頁。

⁽²⁸⁾ 我が国の裁判例を詳細に検討した黄士軒は、練馬事件判決は共謀者ら全員が共謀を形成する必要があるとして「全体的視点」に依拠しつつも、個々の共謀者は他人を自己の手段として犯罪を遂行するものであるとして「個別的視点」も用いているが、全体的視点と個別的視点の併用は既に旧刑法時代の判例に見て取ることができると分析している（黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究」博士論文（東京大学大学院法学政治学研究科、2014 年）76 頁以下、87 頁、184 頁）。

共同正犯にはドイツの共同正犯だけではなく、間接正犯とも重複・併存する部分がある」ことは、後藤啓介が指摘する通りである⁽²⁹⁾。そうであるならば、「ドイツの組織支配に基づく間接正犯をほとんど検討の対象にしないで、もっぱらドイツの共同正犯の議論だけを参照して、日本の（共謀）共同正犯との議論に結び付けるような手法は——以前はともかく——もはや今日では牽強付会な議論方法である」ことになろう⁽³⁰⁾。

実際、組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐるドイツの議論では、直接実行者が自己答責的であるにもかかわらず、指示・命令を下すだけの背後者に正犯性を肯定できるかが問われているわけだが、その多くは、日本であれば共謀共同正犯として処理される事案であろう。また、ドイツの有力説は——後述のように——直接実行者の意思の支配によって組織的権力機構を利用した背後者の間接正犯性を説明しようとしているが、これは、まさに、共謀共同正犯肯定説として主張された目的的行為支配説や間接正犯類似説に近い立場であるといえる。事案においても理論構成においても共通点が認められることから、この議論を我が国の共謀共同正犯論に応用することは十分可能であると思われる⁽³¹⁾。

組織的権力機構を利用した背後者の間接正犯性を認める学説は、組織（および結果発生）との関係に着目する見解⁽³²⁾と直接実行者との関係に着目する見解に大別できる⁽³³⁾。以下では、まず、それぞれの代表的論者である Claus Roxin と Friedrich-Christian Schroeder の見解を検討し、次いで BGH の立場を確認し、組織的権力機構に基づく間接正犯の議論を概

(29) 後藤啓介「間接正犯論の新展開——ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの——」慶応ロー24号（2012年）230頁以下。

(30) 後藤・前掲注（29）229頁。

(31) 大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察（2・完）——共謀者の間接正犯性をめぐって——」法雑 28 卷 2 号（1982 年）290 頁は、ドイツの「正犯の背後の正犯」の議論を参照することで、「いわゆる共謀共同正犯の理論によらずなお共謀者を正犯とすることが可能となる」と解し、共謀共同正犯を間接正犯として捉え直すべきであると主張している。水落伸介「背後者の正犯性について——『正犯の背後の正犯』は認められないか？——」中大院 40 卷（2010 年）215 頁以下も、同様に、支配型の共謀共同正犯が問題になる事例は間接正犯として処理されると主張している。しかし、共謀共同正犯が既に定着している我が国において、共謀共同正犯として処理されてきた事例を間接正犯と捉え直すことにどれほどの意義があるかは不明である。

(32) 「人は時には権力手段を用いながらも、集団を支配もしくは指導し、集団は自身の維持と発展の為にかかる支配者、指導者を必要とする。かかる支配・指導者は、システムの動向を左右する力（Macht）を有しており、システムを排他的・独占的に制御しているのである。従って、この制御者こそが、集団の支配者である。そして、システムの支配者こそが、正犯者（Täter）である。〔中略〕実行者のほかに、立案者、目標設定者、システム組成者、準備者もシステム支配者として正犯者たり得るのである。これが、まさしく共同正犯の場合である」とする松村格「共同正犯の共犯性と正犯性（中）——システム論的考察——」駒紀 44 卷（1986 年）69 頁の見解も、直接実行者ではなく、組織（のシステム）の支配を問う点で同様の発想であるといえよう。松村格『日本刑法総論教科書』（八千代出版、2005 年）279 頁以下も参照。

(33) Vgl. Jan Schlösser, Soziale Tatherrschaft: Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004, S. 76.

観することにする。

第2項 組織的権力機構に基づく間接正犯論の展開

(1) Roxin の見解——代替性に基づく組織の支配——

(i) 概要

組織的権力機構に基づく間接正犯を提唱した Roxin の主張は、個々の実行者に依存することなく自動的に機能する組織の場合、実行機関の一人が任務を放棄しても、直ちに別の者が彼の地位に就くので、彼の任務の放棄によって計画が失敗することはない、という認識を出発点とする⁽³⁴⁾。組織的権力機構に基づく間接正犯が問題になる場合、組織の上位者（背後者）は、個々の直接実行者を支配するのではなく、そのような組織を道具として支配する。そして、当該組織内に多数の実行担当者が用意されていることにより、結果惹起が——教唆犯、あるいは強制や錯誤を利用した間接正犯よりも——高い蓋然性でもって保証される。背後者は、それゆえに、結果を支配しているといえるのである⁽³⁵⁾。

このような組織支配ないし結果支配が認められるには、まず、①直接実行者の代替可能性（*Fungibilität*）が要求される。組織的権力機構を背景とする場合、背後者にとって個々の直接実行者は交換可能な存在であって、権力機構という装置の中でいつでも取り換える歯車の一つに過ぎない。直接実行者に答責的な意思が認められる場合、通常、背後者に成立するのは共犯であるが、組織的権力機構の枠内においては、直接実行者が歯車の一つに過ぎないことからそうはならないのである⁽³⁶⁾。次いで、②背後者が利用する権力機構が法規範から逸脱していなければならない（組織の法逸脱性）。というのも、実行機関が法規範から逸脱していない場合、法規範の方が優先され、違法な命令は通常遂行されないため、可罰的な行為の命令に組織支配ないし結果支配を認めることはできないからである⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾。

(ii) 検討

Roxin の見解の特徴は、組織的な犯罪における背後者の（間接）正犯性を基礎づけるにあたって、実際に実行行為を行った直接実行者ではなく、当該直接実行者が任務を放棄したとしても彼の代わりに背後者の命令を実行するであろう別の者を投入しうる組織の構造それ自体の支配に着目する点にある。このような考え方によって背後者の正犯性を基礎づけるのであれば、我が国の共謀共同正犯論においても、間接正犯類似説が直面する——自己答責的な直接実行者を支配できるのかという——問題を回避しつつ、背後者の（共謀共

⁽³⁴⁾ Claus Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA 1963, S. 200.

⁽³⁵⁾ Claus Roxin, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, in: *Festschrift für F.-C. Schroeder*, 2006, S. 392 f.

⁽³⁶⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 34), S. 200 f.

⁽³⁷⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 34), S. 204.

⁽³⁸⁾ 結果支配の要件として法逸脱的代替可能性（*Rechtsgelöste Fungibilität*）を要求する近時の見解として、Ioannis Morozinis, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, S. 297 ff.

同) 正犯性を説明することが可能となろう。しかし、果たして Roxin の論拠は正当なものであるか⁽³⁹⁾。

Thomas Rotsch によると、正犯性を基礎づける行為支配は現実の犯罪に関するものでなければならないが⁽⁴⁰⁾、そのような支配を、直接実行者の代替可能性によって基礎づけることはできない。というのも、[最初の直接実行者が任務を放棄したことから改めて命令された] 第二の直接実行者によって犯罪が実現された場合、それはもはや同じ犯罪ではないからである⁽⁴¹⁾。例えば、西ベルリンに亡命するためにベルリンの壁を乗り越えようとする者を殺害しようとする背後者 A が実行機関に命令したところ、直接実行者 B がその任務を放棄した場合、彼が現実には直面した逃亡者 X は東ベルリンから逃走してしまう。直接実行者 B の代わりにその任務に就いた直接実行者 C が別の逃亡者 Y に遭遇し彼を殺害したとしても、そこでの被害者 Y は、逃亡者 X とは別人である。確かに、「逃亡者」という属性を有する者を殺せよという背後者 A の計画は、B、C、あるいはその他の実行機関によっていずれにせよ実現するだろう。しかし、ここでは逃亡者殺害罪の成否が問題になっているのではない。背後者 A に問われるのは、現実の被害者 X (あるいは Y) に対する殺人未遂罪 (あるいは殺人罪) の成否である。したがって、背後者 A に間接正犯が成立するには、X (あるいは Y) を被害者とする個々の構成要件該当事実を A が支配していなければならず、「逃亡者」という属性を有する者をいずれにせよ殺害しようという意味で結果を支配しているだけでは十分でない。Roxin 説に対する Rotsch の批判は、大要、以上のような趣旨だと思われる⁽⁴²⁾。

また、Rotsch によると、たとえ被害者が同一人物であったとしても、代替可能性によって行為支配を基礎づけることはできない。背後者 A が被害者 X の殺害を命令したところ、月曜日に直接実行者 B が良心の呵責により当該犯罪の実行を拒否した。火曜日に直接実行者 C は実行行為に着手したが、銃弾が外れたため X を殺し損ねた。水曜日に、ようやく、直接実行者 D が X を殺害した。背後者 A は、月曜日の犯罪について、直接実行者を交替させることで当該犯罪を実現することはできないから、この犯罪を支配しているとはいえない。同じことが火曜日の犯罪にも当てはまる。また、結局のところ直接実行者 C によって犯罪が遂行されたことによって、[月曜日および火曜日の犯罪に対する] 支配が基礎づけられることもない。[水曜日に行われた] 新たな犯罪が既遂に至ったことによって、月曜日および火曜日における犯罪遂行の確実性が増大するわけではないからである⁽⁴³⁾。

⁽³⁹⁾ Roxin が要求する個々の要件に対する批判については、後藤・前掲注 (29) 211 頁以下参照。

⁽⁴⁰⁾ Vgl. auch Bettina Noltenius, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 319.

⁽⁴¹⁾ Thomas Rotsch, Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 2005, S. 15.

⁽⁴²⁾ Vgl. Thomas Rotsch, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW 2000, S. 528 f.

⁽⁴³⁾ Rotsch, a. a. O. (Anm. 42), S. 529.

Rotsch が指摘するように、Roxin は、背後者が現実利用した手段および現実に発生した構成要件該当事実ではなく、現実の直接実行者が背後者の指示・命令を拒否した場合に蓋然的に生じるであろう——同種ではあるが——別の構成要件該当事実を根拠に、背後者の正犯性を基礎づけるものである。しかし、現実に成立した犯罪に関する正犯性を問う際に、将来行われるであろう別の手段ないし別の犯罪に着目してよい理由は示されていない⁽⁴⁴⁾。例えば、行為者が、銃弾が6発装填されたけん銃を使用し、最初に撃った1発で被害者を殺害した場合、彼が正犯であることに疑いはない。しかし、その正犯性の根拠は、最初の1発を外したとしても、いずれにせよ残り5発のいずれかによって、あるいは——それら全てを外したとしても——自宅にある別の銃弾によって被害者を殺害しうる点にあるわけではない。確かに、1発しか装填されていないけん銃を使用する場合より、6発装填されたけん銃を用いる場合の方が被害者を殺害しうる可能性が高いことは明らかである。しかし、行為者が殺人罪の正犯として処罰されるのは、そのようにして認められた結果発生の蓋然性ではなく、被害者を実際に殺害した銃弾の発砲を彼が支配していたからである。Roxin の見解は、たとえ行為者が被害者を実際に殺害した銃弾を支配していなかったとしても、残りの5発の銃弾あるいは自宅にある別の銃弾を使用できる状態にあることを理由に正犯性を認めるようなものである⁽⁴⁵⁾。

この点、Roxin⁽⁴⁶⁾と同様に、直接実行者の代替可能性により背後者の間接正犯性を肯定する Kai Ambos は、個別的不法 (individuelles Unrecht) を組織的な権力関係・作用関係において生じる集団的不法 (kollektives Unrecht) ないし組織不法 (Organisationsunrecht) から区別すべきであって、組織犯罪 (マクロな犯罪 (Makrokriminalität)) の場合、帰属原理を新たに考察し直さなければならないと主張している⁽⁴⁷⁾。また、Katja Langneff も、

⁽⁴⁴⁾ Roxin 説における「『代替性』は、仮定的な事情であるから、当該具体的行為との関係での背後者、行為媒介者のおかれていた状況、具体的な関与の程度は問題にできない」とする島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002年)306頁、および「組織作用における仮定的な代替可能性は、背後者が実際に提供した行為不法の性質に影響を与えるものではな〔く〕」、「そのような議論は既に個別行為責任の範疇を逸脱するものである」とする照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年)112頁も、Roxin 説が仮定的事実から正犯性を肯定する点を論難するものである。Vgl. auch Joachim Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S. 89.

⁽⁴⁵⁾ Manfred Heinrich, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, S. 278は、Roxin が直接実行者を組織の歯車と解し、その歯車が代替可能であることを正犯性の根拠とする点につき、時計といった機械装置の歯車が回転するには、他の多くの歯車が用意されていることは重要でなく、別の歯車が正確な位置に設置されていることが必要であるとして代替性要件を批判している。

⁽⁴⁶⁾ Roxin は、Rotsch の批判に対して、背後者は「一個の所為 (eine Tat)」を支配していると反論している (Claus Roxin, *Strafrecht AT II*, 2003, § 25 Rn. 117)。しかし、同じ犯罪類型 (例えば、殺人罪) が問題になっているとしても、被害者ごとに別々の犯罪事実が成立するのであって、各犯罪事実に対して個別に正犯性ないし支配を検討しなければならないはずである。

⁽⁴⁷⁾ Kai Ambos, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft*, GA 1998, S. 234. Vgl. auch René

個別支配 (Individualherrschaft) と組織支配 (Organisationsherrschaft) の区別の必要性を指摘している。実行者の錯誤を利用する場合、背後者は実行者に対する個別支配を有しているが、組織支配の場合、背後者は事象〔全体〕を権力的組織機構によって支配しているのであって、特定の実行者は問題とならない。潜在の実行者が数多く用意されていることによって結果〔発生〕が確実になる。つまり、Langneff によれば、背後者が犯罪遂行を命令することで機械装置 (Maschinerie) が作動し、その構成員が自動的に動くことから、背後者は支配的地位を獲得するといえるのである⁽⁴⁸⁾。

しかし、組織犯罪の場合に背後者が実現する不法が、通常の犯罪における個別的な不法とは異なる特殊な集団的不法であったとしても、そのことによって帰属原理を修正し、「現実が発生した犯罪 (例えば、現実の逃亡者 X の殺害) の支配」から「背後者が計画した犯罪 (例えば、いずれかの逃亡者の殺害) の支配」へ転換してよいとする理由は未だ判然としない。Langneff の主張も結論を述べるだけで、支配対象の転換を根拠づけるものではないだろう。また、そもそも、集団的不法という特殊な不法が認められるかも疑わしい。背後者に成立する罪名は、直接実行者が実現した罪名と同一のもの (例えば、直接実行者が故意に被害者を殺害したのであれば、背後者に成立しうるのも当該被害者に対する殺人罪) であって、それとは異なる特殊な犯罪類型 (例えば、逃亡者殺害罪) の成否が問題になるわけではない。したがって、Ambos らの主張によって帰属原理の修正を正当化することはできないと思われる⁽⁴⁹⁾。

以上のように、直接実行者の支配の可否という問題を回避するために、支配の対象を組織へと転換することはできないといえよう。発砲されることのなかった銃弾ではなく、実際に被害者を殺害した銃弾の支配が問われるように、組織的な犯罪が問題になる場面においても、実際に被害者を殺害した直接実行者の意思にどのような影響を及ぼしたのかが問われなければならない。この点で注目されるのは、現実の直接実行者の性質から背後者の正犯性を導く F.-C. Schroeder の見解である。

(2) F.-C. Schroeder の見解——直接実行者の所為決意——

(i) 概要

Roxin らが組織犯罪の特殊性を議論の出発点にしていたのに対して、F.-C. Schroeder は、「A は、B が C の暗殺を計画していることを知り、A の敵である D を予定の場所に向かわせたところ、B が客体の錯誤により D を殺害した」という古典的な講壇事例 (ドーナ事例)⁽⁵⁰⁾ から「正犯 (B) の背後の正犯 (A)」の問題を考察している。ドーナ事例のように、他

Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, S. 441.

⁽⁴⁸⁾ Katja Langneff, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000, S. 92 f.

⁽⁴⁹⁾ これらの見解が新たな帰属原理の導入を正当化できていない点を指摘するものとして、Jan Schlösser, Der Täter hinter dem Gehilfen, JR 2006, S. 104.

⁽⁵⁰⁾ Friedrich-Christian Schroeder, Tatbereitschaft gegen Fungibilität, ZIS 2009, S. 569.

者〔直接実行者〕が既に所為決意 (Tatentschluß) を確定していることを〔背後者が〕認識する場合、狭義の共犯の場合に典型的な結果〔発生〕の不確実性は認められない⁽⁵¹⁾。そこで、F.-C. Schroeder は、背後者の正犯性の根拠は、背後者が影響を及ぼす前に既に直接実行者が犯罪を決意している点に⁽⁵²⁾、すなわち犯罪を既に決意している者を利用する場合における結果発生の確実性にあると主張するのである。

F.-C. Schroeder は、また、以下のようにも述べている。脅迫や欺罔を利用した背後者の行為支配の根拠は、その背後者が①脅迫によって〔直接実行者の〕心理的抵抗力を排除した点、②反対動機を形成できない状態を利用した点、あるいは③自身の行為の結果ないし違法性を認識することで生じる抵抗力が存在しないことを利用した点にある。しかし、そうであるならば、④道具〔直接実行者〕が自身に心理的抵抗力が存在しないことを背後者に明らかにしている場合であっても、背後者に正犯性を認めうるといえよう、と⁽⁵³⁾。

こうした見解においては、組織的な犯罪における背後者の正犯性を検討するにあたって、他の正犯類型と異なる原理が妥当するわけではない。Roxin が要求する代替可能性も、その存在によって背後者の正犯性が直接基礎づけられるのではなく、犯罪を実行する傾向のある道具〔直接実行者〕が調達されうるという点に意味があるに過ぎない⁽⁵⁴⁾。結局のところ、背後者の正犯性にとっては、直接実行者が既に決意しているか否か（条件付きの所為決意の有無）が重要なのである。

(ii) 検討

背後者の正犯性を検討する際に——Roxin の見解とは異なり——実際に構成要件を実現した直接実行者の状態に着目する点は妥当であるが、背後者との支配・被支配関係を顧慮しない点に F.-C. Schroeder 説の問題があると思われる。F.-C. Schroeder によれば、〔直接実行者が〕自由であるにもかかわらず道具となりうるのは、彼が自らの自由により自身を道具と化したからである⁽⁵⁵⁾。しかし、もし直接実行者の自由により自らを背後者の道具と化したのであれば、自身の道具性を排除することも直接実行者の自由のはずである。そして、それに伴い、直接実行者はいつでも犯罪の遂行を自由に放棄できることになり、結果の発生は不確実なものになってしまう⁽⁵⁶⁾。正犯性の根拠を結果発生の確実性に求めるのであれば、背後者による直接実行者の支配に依拠するほかないと思われる。

答責的に自身を規定しうる直接実行者の行為を支配しうるのは——Heribert Schumann が指摘するように——〔背後者が〕直接実行者の意思形成に介入し、その意思形成に支配

⁽⁵¹⁾ Friedrich-Christian Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, S. 150.

⁽⁵²⁾ Friedrich-Christian Schroeder, *Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis*, JR 1995, S. 178.

⁽⁵³⁾ F.-C. Schroeder, a. a. O. (Anm. 51), S. 196 f.

⁽⁵⁴⁾ F.-C. Schroeder, a. a. O. (Anm. 51), S. 168; ders., a.a.O. (Anm. 50), S. 569.

⁽⁵⁵⁾ F.-C. Schroeder, a. a. O. (Anm. 51), S. 201.

⁽⁵⁶⁾ Vgl. Harro Otto, *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, JURA 2001, S. 757 f.; Schlösser, a. a. O. (Anm. 33), S. 160.

的影響力を行使する場合だけである⁽⁵⁷⁾。それゆえ、背後者の正犯性を論証するには、いかなる場合に支配的影響力が背後者によって行使され、直接実行者が自らの道具性をもはや自力では排除できない状況に陥るのかを解き明かす必要がある。そして、その際には、集団犯罪・組織犯罪という特殊な状況下で実行行為が行われている以上、集団ないし組織という要素が背後者の指示・命令および直接実行者の心理状態にもたらす作用を考慮するべきである。

(3) BGHの立場

BGHは、既に、回避可能な禁止の錯誤に陥った直接実行者を利用した間接正犯（正犯の背後の正犯）を肯定した「猫の王事件判決」において、「答責原理の支持者も権力機構を通じて組織化された犯罪の場合には行為者〔直接実行者〕の完全な法的答責性を顧慮することなく『正犯の背後の正犯』を認めているのであって、答責原理を用いるだけで常に明確な区別が可能になるわけでないことは彼ら自身も認めている」⁽⁵⁸⁾として、組織的権力機構に基づく間接正犯の可能性を示唆していた⁽⁵⁹⁾。

その後、旧東ドイツから旧西ドイツへ亡命しようとした者らが国境警備兵によって射殺され、あるいは地雷によって死亡した事案につき、そのような命令を下した国家防衛評議会の構成員の罪責が問われ、彼らに間接正犯の成立を認めた「旧東ドイツ国家防衛評議会事件判決」が、組織的権力機構に基づく間接正犯のリーディング・ケースとして、BGHの解釈論を示した。

「行為者が錯誤に陥っておらず、また、責任能力が減弱してもいない場合、通常、背後者が間接正犯になることはない」が、「所為介在者の答責性が減弱していないにもかかわらず、背後者の寄与が、ほぼ自動的に当該背後者が追求する構成要件の実現へと至る場合がある。そうした事例は、背後者が組織構造によって規定された基本枠組み (Rahmenbedingungen) を利用し、彼の所為寄与がその枠組み内において通常〔予想される〕経過をたどる場合に認められる。〔中略〕背後者がこうした事例において〔彼を取り巻く〕状況を認識した上で行為し、とりわけ無条件に構成要件を充足する直接実行者の傾向 (unbedingte Bereitschaft) をも利用し、結果を自身の行為の帰結として欲している場合、彼には間接正犯が成立する（下線引用者）⁽⁶⁰⁾。

かくして、BGHによれば、背後者が組織構造に基づく①「基本枠組み」を創出・利用し、

⁽⁵⁷⁾ Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S. 75.

⁽⁵⁸⁾ BGHSt 35, 347 [353].

⁽⁵⁹⁾ トーマス・ヴァイгент（高橋則夫訳）「ドイツ刑法における間接正犯の新しい形態」早比 31 卷 1 号（1997 年）140 頁。

⁽⁶⁰⁾ BGHSt 40, 218 [236].

②その枠組み内における「通常の経過」をたどることで、③ほぼ「自動的に構成要件を実現すること」が組織的権力機構に基づく間接正犯の成立要件ということになる。この基準はその後の裁判例においても踏襲されており、既に判例として定着したものと見える⁽⁶¹⁾。ここでいう①基本枠組みの創出・利用とは、例えば、けん銃によって他人を殺害しようとする場合において、行為者が「撃鉄を起こした状態で引き金を引くと、撃鉄が銃弾の雷管を叩き、火薬が引火することで銃弾が発射される」という枠組み（けん銃の仕組み）を利用することを意味し、②その枠組み内における通常の経過をたどって構成要件を実現するとは、「発射された銃弾が被害者に命中することで出血多量等により被害者が死亡する」という通常の経過を経て被害者を殺害することを意味するものであろう。そして、③銃弾の装填されたけん銃の引き金を引きさえすれば——銃口が被害者に向いている限り——あとは自動的に他者を殺害しうる（つまり、いわば「人を殺害するためのプログラム」が用意されている）状況にあり、その状況を認識した上で引き金を引いた（つまり、当該プログラムを作動させた）場合に、殺人罪の（直接）正犯は成立するのである。この場合と同様に、組織的な権力機構に基づく間接正犯が問題になる事例においても、背後者が、「組織内における下位者が上位者の命令を——たとえその内容が違法なものであったとしても——盲従的に遂行する」という枠組み（組織の仕組み）を利用し、その枠組みにおいて予想される通常の経過をたどってほとんど自動的に構成要件を実現したといえるのであれば、当該背後者に（間接）正犯の成立を認めることもできる⁽⁶²⁾。これが、BGHの判例理論の大枠であると思われる。

以上のようなBGHの基準は、組織の仕組みに組み込まれた直接実行者が——けん銃の仕組みに組み込まれた銃弾のように——無条件に構成要件を実現するようになったか否かに着目するものであり、直接実行者の「条件付きの所為決意」の有無に着目するF.-C. Schroederの見解に近いといえる。F.-C. Schroeder自身、自説の条件付きの所為決意とは、たとえ直接実行者が犯罪の実行を決意していたとしても、それだけで犯罪を実行することはないが、背後者の合図がありさえすれば実行する状態にあることを意味するものであって、BGHの基準との差異は僅かであるとしている⁽⁶³⁾。また、我が国の練馬事件判決は、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体とな〔る〕」ことで集団ないし組織を形成し、犯罪遂行のための基本枠組みを構築することで、「〔直接実行者〕の行為を

⁽⁶¹⁾ BGHSt, 40, 307 [316]; BGH StV 1996, 478 [480]; BGH NStZ 1998, 568 [569]; BGHSt, 45, 270 [296]; BGHSt, 48, 77 [91]; BGHSt, 48, 331 [342]. 組織的権力機構に基づく間接正犯に関するドイツの判例については、鈴木彰雄「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」関東学園 11 卷 2 号（2001 年）115 頁以下、後藤・前掲注（29）194 頁以下参照。

⁽⁶²⁾ 「共謀共同正犯の正犯性は、共謀行為に正犯としての実質が存在する限りにおいて肯定されなければなら〔ず〕」、「共謀行為に法益侵害の確実性・自動性が認められる場合に限って、共謀共同正犯は認められる」とする大越義久の見解（大越義久『刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）185 頁以下）も同趣旨と思われる。

⁽⁶³⁾ F.-C. Schroeder, a. a. O. (Anm. 52), S. 179.

いわば自己の手段として犯罪を行〔う〕ことが可能になり、ほぼ自動的に犯罪を遂行できるからこそ、背後者に（共謀共同）正犯を認めうると考えていたとすると、我が国の最高裁判所と BGH の思考プロセスもかなり近いといえそうである。

BGH の判例理論は、直接実行者を脅迫や欺罔を用いることなく道具として利用しうる余地を認めるものである。しかし、ここで問題となっている直接実行者は——事物の善悪を自ら判断せずに、機械的に作動する「けん銃の銃弾」のような道具とは異なり——自らの行為の帰結を認識し、その違法性を理解しうる者である。組織に組み込まれたからといって、自己答責的な者が違法な行為を盲従的に行ってしまう基本枠組みを構築することは可能であろうか。もし可能であったとしても、その基本枠組みとはいかなる内容のものであろうか。BGH は、練馬事件判決と同様に、この問題に対して何らの解答も示していない。あるいは、犯罪組織における上位者が命令しさえすれば、それが如何なる内容であったとしても、直接実行者が当該命令を遂行することは自明の理であると考えているのかもしれない。しかし、それだけでは、組織内の直接実行者を道具のように支配することはできないとの批判⁽⁶⁴⁾に対して十分に反論しているとはいえないだろう。

（４）議論のまとめ

組織犯罪の特殊性から出発し、直接実行者の代替可能性により背後者の正犯性を基礎づけようとした Roxin の試みは、実行行為を実際に行った当該直接実行者に対する支配を考慮しない点に特徴があるが、最大の問題もまさにこの点にあった。背後者も直接実行者が現に実現した構成要件該当事実について刑事責任を問われる以上、直接実行者に及ぼした背後者の影響力から彼の（間接ないし共謀共同）正犯性を導きうる途を模索しなければならない⁽⁶⁵⁾。

他方、既に犯罪遂行を決意しており、それゆえに心理的抵抗力が低下している直接実行

(64) 例えば、「直接行為者は権力機構における単なる『歯車』ではなく、「自由答責的な者なのであり」、「自由答責的に行為する者は常に事象の主体なのであって、単なる客体ではない」とする Otto, a. a. O. (Anm. 56), S. 757、「国家防衛評議会からの命令にもかかわらず、国境警備兵らは、具体的な状況において、国境侵犯がなされた場合に銃器をそもそも使用するか、そしてどのように使用するかについて自ら決定したに違いない。彼らは、自分達が人に向けて発砲することをはっきり認識していた。〔ドイツ〕刑法 35 条の意味における強制を受けていない以上、彼らは自由答責的に所為遂行を決意したのである」、「組織構造という観点も、〔中略〕強要的脅迫や欺罔がない限り直接行為者は所為の遂行を自由答責的に決意するという事実を変えるものではない」とする Frank Zieschang, Gibt es den Täter hinter dem Täter?, in: Festschrift für Otto, 2007, S. 509, 515、あるいは組織内の教化によっても「行為者がいわば他者の自動装置に、つまり道具になることはないのであり、緊密に組織化された権力機構においても個々人は主体であって、機構と同一視する、あるいは『魂のない機構』の一部と同定することはできない」、「強固な組織構造が問題になった場合であっても、国境警備兵らは他者を殺害することを意識しながら行為した」のであって、組織の道具ではないとする Noltenius, a.a.O. (Anm. 40), S. 320 f.を参照。

(65) Vgl. Schlösser, a.a.O. (Anm. 49), S. 104.

者の状態を利用した点に背後者の正犯性の根拠を求める F.-C. Schroeder は、集団ないし組織における特殊な心理作用を十分考慮していなかった。その不十分さ故に、背後者による直接実行者の支配を自説に取り入れることができなかつたものと思われる。

こうした状況の中、直接実行者の性質（無条件に構成要件を実現する傾向）に着目しつつ、組織を通じて形成された基本枠組み（あるいは、組織内の指示・命令が自動的に遂行される仕組み）をその前提として考慮する BGH の判例理論は、Roxin 説と F.-C. Schroeder 説の特徴を統合するものとして傾聴に値するといえよう⁽⁶⁶⁾。しかし、BGH のこの判例理論においても、自己答責的な直接実行者に違法な行為を自動的に行わせようとする基本枠組みの具体的内容は定かではない⁽⁶⁷⁾。この基本枠組みを明らかにするために、以下では、組織という要素が直接実行者に与える影響力を具体的に検討することにする。

第3項 強要による間接正犯への還元を試みる見解

(1) M.-K. Meyer の見解

まず、直接実行者が自由に行為できない点（行為の不自由）に間接正犯性の根拠を求める Maria-Katharina Meyer の見解を検討する⁽⁶⁸⁾。M.-K. Meyer によれば、旧東ドイツ国家防衛評議会事件のような場合、犯罪を遂行する時点では「違法でない他の行為をするよう」決意する誘因が直接実行者にはないことから、直接実行者の行為の自由が（相対的に）制限されている。そのような状況の下では「違法な行為を」抑止する動機（Hemmungsgründen）が排除されている「つまり、違法でない他の行為をする自由が制限されている」ことから、「背後者の」所為決意は、自然法則（Naturkausalismus）のように実現する。M.-K. Meyer は、ここに、犯罪の遂行を決意している者「直接実行者」に犯罪の客体「被害者」を提供することで背後者に間接正犯が成立する根拠を見出すのである⁽⁶⁹⁾。

M.-K. Meyer は、直接実行者に「違法な行為を」抑止する動機が生じない理由、つまり直接実行者が不自由である理由につき、直接実行者が不法システム（Unrechtssystem）に取り込まれている点に着目している。ある人間が権力機構において交換可能な歯車になる

⁽⁶⁶⁾ BGH が Roxin と F.-C. Schroeder の両者に依拠していることを指摘するものとして、Uwe Schulz, Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – eine notwendige Rechtsfortbildung? – BGH, NJW 1994, 2703, JuS 1997, S. 111.

⁽⁶⁷⁾ BGH のアプローチにおいても、「直接実行者との支配関係、あるいは現実の犯罪事象との結びつきは少なくとも言及されておらず、それゆえ直接実行者が答責的に行為しているにもかかわらず背後者が所為を支配している理由も明らかでない」とするものとして、Jan Schlösser, Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen: Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26.8.2003 und Urteil vom 13.5.2004, GA 2007, S. 164. Vgl. auch Manfred Heinrich, Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen, in: Festschrift für Krey, 2010, S. 155.

⁽⁶⁸⁾ Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum: Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, 1984, S. 86, 102.

⁽⁶⁹⁾ M.-K. Meyer, a. a. O. (Anm. 68), S. 102.

のは、ナチス時代に存在していたような暴力が支配するシステムに彼が組み入れられた場合だけである。不法システムを特徴付ける暴力の支配は、〔違法な行為を〕抑止する動機の発生を禁止することによって、あるいはその動機に従った行為を行えないようにすることによって、その支配下にある者らの行為の自由を制限するのである⁽⁷⁰⁾。このように、M.-K. Meyer の見解は、背後者の命令が自動的に遂行される組織の「基本枠組み」を、命令違反に対する制裁の存在によって（違法な行為を抑止する）反対動機の発生が妨げられ、それゆえに違法な行為を自動的に遂行してしまう点に認めるものといえよう。

（2）Schulz の見解

Uwe Schulz は、まず、旧東ドイツ国家防衛評議会事件判決において、BGH が、国境警備兵が実際に被っている外的圧力に言及していない点を批判する。彼によれば、国境警備兵は国家防衛評議会の決定に基づいて行為するよう求められており、その期待に沿わない場合、自分自身および親族に対する職業的・社会的降格、職の喪失、および刑事制裁が予想され、社会的基盤の崩壊を招くことになったのである。生命、身体、自由に対する脅迫は全体主義体制に内在するものであって、当該脅迫を執行する体制の責任者は、国家防衛評議会の構成員だったのである⁽⁷¹⁾。

全体主義体制における国境警備兵にはその特殊な状況に基づく〔意思決定過程の〕瑕疵（Defekt）が認められ、間接正犯における道具と化するのであって、直接実行者が何らの強制も受けずに行為する場合とは異なる評価を正当化する。したがって、国家防衛評議会の構成員には強要による支配に基づく間接正犯が成立することになる⁽⁷²⁾。かくして、Schulz においても、命令違反に対して予定された制裁によって直接実行者の意思を抑圧する組織構造を、組織の上位者の命令が自動的に遂行されうる「基本枠組み」と解しているといえる。

（3）検討

我が国においても、橋本正博や島田聡一郎によって、旧東ドイツ国家防衛評議会事件のような場合には強要による直接実行者の支配（あるいは違法性の錯誤を利用した間接正犯）の成否が問題になるのであって、それが肯定される限りで間接正犯を認めるべきだと主張されている⁽⁷³⁾。あるいは、組織的権力機構に基づく間接正犯を否定する Frank Zieschang も、直接実行者がドイツ刑法 35 条の意味における強制状況に置かれ、背後者がその状況を利用する場合は直接実行者の自由答責性が欠けるのであって、そのような場合であれば組

⁽⁷⁰⁾ M.-K. Meyer, a. a. O. (Anm. 68), S. 103 f.

⁽⁷¹⁾ Schulz, a. a. O. (Anm. 66), S. 112.

⁽⁷²⁾ Schulz, a. a. O. (Anm. 66), S. 112.

⁽⁷³⁾ 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000年）173頁以下、島田・前掲注（44）305頁以下。

組織的権力機構の事例においても間接正犯は成立すると解している⁽⁷⁴⁾。これらの見解が指摘するように、組織がその構成員の命令違反に対して有形無形の制裁を用意することは少なくないし、組織の上位者が命令の遂行を制裁によって担保することも容易に想像できる。したがって、この種の「基本枠組み」によって背後者の間接正犯性を肯定することは十分可能であろう。

組織内の制裁は、確かに他者の意思および行為を支配するための有効な手段である。それは、しかし、多岐にわたる手段のうちの一つに過ぎない。組織は、制裁を含む様々な手段を利用することで構成員をコントロールしようとするのであって、背後者が制裁以外の手段を利用した場合に正犯性を一律に否定することは妥当とは思われない。また、M.-K. Meyer や Schulz が想定する組織はナチス・ドイツや旧東ドイツといった国家レベルのものであって、構成員が当該組織から抜け出すことが事実上不可能な状況を背後者の正犯性を肯定する前提と解している⁽⁷⁵⁾。そのような状況においては組織内の制裁の意味が著しく重大となり、それに伴い背後者による直接実行者の支配の程度も強くなり、背後者の正犯性を肯定することも容易になるとはいえる。しかし、背後者の正犯性の成立範囲をそうした極端な場合に限定することに合理性はない。各構成員の生活基盤と密着不可分な関係にある組織でなくても、背後者の正犯性を肯定しうる程度に彼らをコントロールすることは十分可能であると思われる。

これらの見解の意義は、組織という特殊な要素が構成員の意思形成に多大な影響を及ぼしうる事実を——その一例とともに——適示した点にある。しかし、違法行為を遂行する場面において直接実行者に影響を及ぼす存在は組織に限定されない。違法行為の実現を目的とする組織が直接実行者に対して当該犯罪の遂行を要請する一方で、違法行為の阻止を目的とする刑法は、彼に対して、当該犯罪を遂行しないよう働きかける。つまり、違法行為をめぐって、犯罪の遂行を要請する組織とそれを禁圧する刑法が対立するのである。以下では、Manfred Heinrich の見解を検討することで、組織犯罪における直接実行者が犯罪の遂行を決意するに至る過程を分析する。

第4項 M. Heinrich の見解——組織特有の犯行傾向——

(1) 議論の出発点：直接実行者の心理的障壁に関する瑕疵

刑法規範は名宛人に対して、例えば「侮辱するなかれ」、「殺すなかれ」、あるいは「盗むなかれ」と訴える。規範の要請に直面する者が犯罪を行おうと思う場合、通常、彼は、心理的障壁 (Hemmschwelle) の存在を認識し、そのことにより犯罪を行わないよう誘導される。つまり、刑法規範による法益保護は、国民の前に犯罪遂行の決意を妨げる心理的障壁を構築することによって実現するのである⁽⁷⁶⁾。以上の理解を前提に、M. Heinrich は、

⁽⁷⁴⁾ Zieschang, a. a. O. (Anm. 64), S. 520.

⁽⁷⁵⁾ Schulz, a. a. O. (Anm. 66), S. 113.

⁽⁷⁶⁾ M. Heinrich, a. a. O. (Anm. 45), S. 203 f.; ders, a.a.O. (Anm. 67), S. 160.

直接実行者の心理的障壁に瑕疵がある状況を道具として利用する点に間接正犯の本質を求めている（例えば、医師が、看護婦に対して、患者に与えられる毒入りの注射には鎮静剤しか入っていないと偽った場合、医師は、当該看護婦が心理的障壁に直面することはなく、注射の投与をやめる理由がない状況を利用しているからこそ間接正犯と評価される。）⁽⁷⁷⁾。

（2）組織的権力機構への適用

組織的権力機構による間接正犯の成否が問題になる場合、一見すると、直接実行者に錯誤や強要といった心理的障壁に関する瑕疵はなく、刑法規範の要請に従うか否かを自由に決定できるようにも思われる。

しかし、直接実行者は、確かにあらゆる事情を衡量した上で命令された法益侵害を実行するか否かを決定できたであろうが、彼は〔実際には〕そのようなことをしない。というのも、直接実行者は、（不法）組織に加入した際に、命じられた行為の正当性について自ら考察し、その考察の結果として当該命令に従うか否かを決定することを放棄するからである。組織の構成員は、組織への加入を通じて、犯罪について自ら熟慮することなく任務を遂行する強い傾向（組織特有の犯行傾向（*organisationstypische Tatgeneigtheit*））を示すのであって、彼に与えられた任務を、その任務〔の是非〕を改めて問うことなく無批判的に遂行するようになる⁽⁷⁸⁾。

組織内の権力者（背後者）は、そのような下位者の傾向（つまり、心理的障壁が減弱している状態）を認識した上で、そうした状況を利用する。〔犯罪〕事象は、直接的には、背後者の決定に依拠するものといえ、それゆえに背後者は間接正犯とされるのである⁽⁷⁹⁾。

（3）検討

M. Heinrich の主張の意義は、第一に、制裁という一種の暴力装置に頼ることなく、組織内の構成員の意思および行為をコントロールしうる機能が組織にあることを示唆する点にある。第二に、直接実行者が自己答責的な存在である以上、刑法規範が彼に対して違法な行為を行わないよう要請し、通常は刑法規範の要請が法益保護を十分担保するにもかかわらず、組織という要素の介入によって刑法規範の法益保護機能が効果を発揮し得なくなる場合があることを指摘する点も重要である。「正犯の背後の正犯」を否定する論者は、常套文句として、直接実行者が自己答責である場合は刑法規範による違法行為の禁圧が有効に機能し、その結果として背後者が直接実行者を支配することはできないと主張する。しかし、M. Heinrich によれば、たとえ直接実行者が自己答責的であったとしても、組織という要素の中の何かによって刑法規範の機能が阻害されるのである。ここに、自己答責的な直接実行者の支配の可否という問題を解く鍵があるように思われる。

⁽⁷⁷⁾ M. Heinrich, a. a. O. (Anm. 45), S. 204 ff.; ders, a. a. O. (Anm. 67), S. 160 f.

⁽⁷⁸⁾ M. Heinrich, a. a. O. (Anm. 45), S. 273 ff.; ders, a. a. O. (Anm. 67), S. 162 f.

⁽⁷⁹⁾ M. Heinrich, a. a. O. (Anm. 45), S. 275, 356; ders, a. a. O. (Anm. 67), S. 163.

しかし、その何かを明示していない点に彼の主張の限界がある。確かに、刑法規範は、直接実行者に対して違法行為の遂行を禁圧する。それにもかかわらず直接実行者が背後者の命令に従い、違法行為を遂行してしまうのは、当該命令が刑法規範の禁圧を凌駕するだけの圧力を直接実行者に加えているからであろう。あるいは、刑法規範の要請を無効化し、直接実行者の中に心理的障壁が形成されるのを阻止するからこそ、背後者は直接実行者を支配できるといえる。そこで、次に、背後者が組織内の直接実行者を支配するメカニズムを解明するため、Jan Schlösser⁽⁸⁰⁾が提唱する社会的行為支配に着眼することにする。

第5項 Schlösser の見解——社会的行為支配——

(1) 「社会的支配」概念の概要

Schlösser によれば、間接正犯は具体的な直接実行者を支配する場合に成立し、他者を支配するにはその者が——少なくとも相対的には——不自由でなければならない⁽⁸¹⁾。以上を前提に、組織犯罪における背後者に間接正犯を認めるために、彼は、各関与者を取り巻く社会関係ないし人間関係に着目する。つまり、階層構造を有する組織内には構成員間に上下関係 (Über-Unterordnungsverhältnis) ないし権威関係 (Autoritätsbeziehung) が存在し、この関係が組織内の下位者の自由の喪失ないし制限をもたらすと解するのである⁽⁸²⁾。Schlösser は、各関与者の社会関係から導かれるこのような支配を社会的支配 (soziale Herrschaft) と呼称する。

Schlösser の見解において注目されるのは、組織内の上下関係ないし権威関係が下位者 (直接実行者) の自由に瑕疵を生じさせる根拠を、犯罪学、社会学、および心理学といった社会科学の知見から解明しようとする点である⁽⁸³⁾。これらが説くところによれば、①権威関係に基づく自己判断の放棄 (自身の行為を他者が決定することの容認)、②〔命令された違法な行為の〕合理化・正当化によって〔法〕規範などの効力を阻害する中和化作用、③権威への従属に基づく責任の転嫁、④組織内の上位および同格の者からの同調圧力といった作用により、組織内の下位者は命令された行為を遂行するようになる⁽⁸⁴⁾。下位者 (直接実行者) は、自身よりも上位に位置する者に直面し、彼から指示・命令されることによって、自ら意思決定をする自由を喪失ないし制限されるのである。かくして、Schlösser によれば、上位者 (背後者) の間接正犯性の根拠は、背後者が、組織内の階層的優越性を通じて下位者 (直接実行者) の自由に瑕疵をもたらす社会的支配を行使する点に求められる⁽⁸⁵⁾。

⁽⁸⁰⁾ Schlösser, a. a. O. (Anm. 67), S. 171.

⁽⁸¹⁾ Schlösser, a. a. O. (Anm. 49), S. 102.

⁽⁸²⁾ Schlösser, a. a. O. (Anm. 49), S. 104 f.

⁽⁸³⁾ Schlösser, a. a. O. (Anm. 33), S. 276.

⁽⁸⁴⁾ Schlösser, a. a. O. (Anm. 33), S. 277 ff.

⁽⁸⁵⁾ Schlösser, a. a. O. (Anm. 33), S. 330.

(2) 社会的支配の具体的基準

組織の上位者（背後者）が階層的優越性に基づく社会的支配を行使することで、彼の指示・命令は盲従的に（*autoritär*）遂行される。*Schlösser* は、指示・命令の盲従的な遂行、ひいては社会的支配の具体的基準につき、以下の各要素を挙げている。①組織内における同調圧力の強さ、②組織における規律の厳格さ、③上下関係の受容具合、④〔当該組織が有する〕法違反〔傾向〕の明白性、⑤法違反〔傾向〕の内在化の程度、⑥命令された行為が組織の権限の範囲に含まれるか、⑦当該行為が組織にとって典型的なものか、⑧当該行為が関与者らの価値観と一致するか、⑨当該行為の違法性を認識する可能性、⑩組織の規模と安定性、⑪分業、指揮・命令機関と実行機関の間の権限の格差、情報操作、直接実行者の代替可能性により生じる責任転嫁がこれである⁽⁸⁶⁾。これらの要素の有無および程度によって、上位者（背後者）の社会的支配、ひいては彼の間接正犯性が判断される。

(3) 検討

従来、自己答責的な直接実行者を支配しうることを肯定する見解は、その根拠として経験則以上のものを提示してこなかった。あるいは、我が国の共同意思主体説は、集団内の相互作用を十分考慮していなかった。これに対して、*Schlösser* は、組織内における背後者と直接実行者の社会関係に着目し、その関係を犯罪学などの周辺諸科学の知見から分析することで、背後者による直接実行者の支配を論証しようと試みたのであり、まさに、ここに、彼の見解の特徴と意義がある。また、*M. Heinrich* によつては、刑法規範の機能を阻害する何かがなおも判然としなかったが、*Schlösser* によれば、同調圧力をはじめとする組織の特殊性により直接実行者の瑕疵が生じるからこそ、刑法規範の機能は阻害されると考えられる。

しかし、*Schlösser* の見解を我が国の共謀共同正犯論にそのまま適用することはできないだろう。*Schlösser* 説の射程範囲は、強固な階層構造に基づく上下関係を社会的支配の要件と解することから極めて狭いものとなり、とりわけ対等型の共謀共同正犯に適用することは困難である。確かに、関与者間に上下関係が認められる場合の方が、そうでない場合よりも背後者による支配を容易に肯定できるといえよう。しかし、関与者間の上下関係は背後者による支配を基礎づける間接事実の一つに過ぎないのであって、たとえそれが欠ける場合であっても、その他の事情によって支配を肯定しうる場合もあるのではないだろうか。また、*Schlösser* 説によつては、その社会的支配という基準にもかかわらず、（広義の）正犯と（狭義の）共犯を区別することは困難となる。彼の主張からすると、犯罪組織の上位者が当該組織において通常予定されている犯罪を指示・命令した場合、背後者には常に正犯が成立することになりかねないが、この結論を是認することはできない。狭義の共犯と直接実行者との間にも一定程度の心理的拘束、つまり支配関係が生じうることは既に指摘

⁽⁸⁶⁾ *Schlösser*, a. a. O. (Anm. 33), S. 332 f.

されているが⁽⁸⁷⁾、そうであるならば——前述のように——正犯性を基礎づける場合と狭義の共犯を基礎づけるに過ぎない場合の差異を示す必要があるだろう。

第6項 近時の Roxin 説における「実行者の著しく高められた犯行傾向」要件

(1) 「実行者の著しく高められた犯行傾向」要件

Roxin は、近時、F.-C. Schroeder や M. Heinrich らの見解を受け、組織的権力機構による間接正犯の成立要件の一つとして「実行者の著しく高められた犯行傾向 (die wesentlich erhöhte Tatbereitschaft des Ausführenden)」を付け加えている⁽⁸⁸⁾。つまり、直接実行者が組織から様々な影響を受け、[そのような影響を受けていない] その他の潜在的犯罪者に比べて犯罪を遂行する傾向をより強く持つようになることで、結果を実現する蓋然性が高まり、ひいては背後者の行為支配が基礎づけられるのである⁽⁸⁹⁾。

Roxin は、直接実行者の犯行傾向を高める組織に固有の事情として、以下の点を挙げている。まず、①ある組織に所属することで、各構成員は、当該組織に順応するよう求められる。組織への順応を通じて、そのような組織に入っていないかと思えないような行為に関与するようになる。②出世欲、自己顕示欲、イデオロギー的心酔、加虐衝動ないしその他の犯罪衝動から職務に対して過剰に忠実になる。③内心では[職務に] 反対している者も、「自分がやらなくても、他の者が結局行ってしまおう」と諦める結果、犯罪に関与してしまう。④職務を放棄した場合の地位の喪失、同僚からの蔑視、その他の社会的不利益を危惧する、あるいは上から命じられた行為は処罰されないと考えることで、強要ないし欺罔による支配ほどではないが、それらに近い状況に置かれる。これらの事情により直接実行者の犯行傾向が強化され、確実に背後者の指示・命令が遂行されるようになる⁽⁹⁰⁾。

(2) 検討

もっとも、Roxin によれば、背後者の間接正犯性を基礎づけるのは、あくまでも、法規範から逸脱した組織における直接実行者の代替可能性であって、「実行者の著しく高められた犯行傾向」は独立の要件ではなく、代替可能性等の他の要件から派生する副次的な効果に過ぎない⁽⁹¹⁾。

⁽⁸⁷⁾ 中・前掲注 (21) 183 頁、西原・前掲注 (21) 140 頁、白木・前掲注 (21) 134 頁。

⁽⁸⁸⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 35), S. 397 f.; ders, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStrR 2007, S. 15 ff.; ders, Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru, ZIS 2009, S. 567; ders, Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft, in: Festschrift für Krey, 2010, S. 462 ff.; ders, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012, S. 412.

⁽⁸⁹⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 35), S. 397 f; ders, a. a. O. (Anm. 88) (2007), S. 16.

⁽⁹⁰⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 35), S. 398; ders, a. a. O. (Anm. 88) (2007), S. 16; ders, a. a. O. (Anm. 88) (2009), S. 567; ders, a. a. O. (Anm. 88) (2010), S. 463 f.

⁽⁹¹⁾ Roxin, a. a. O. (Anm. 88) (2009), S. 567; ders, a. a. O. (Anm. 88) (2010), S. 463; ders, a.

しかし、構成要件該当事実を実際に実現した直接実行者の支配こそが背後者の正犯性の根拠であることは既に指摘した通りである。この立場からは、直接実行者の高められた犯行傾向こそが背後者の正犯性を立証するための主要事実であって、「代替可能性」や「組織の法逸脱性」はその間接事実の一つに過ぎないと解されることになる。例えば、直接実行者は、自身の代替可能性を認識することで——Roxin が指摘するように——「自分がやらなくても、他の者が結局行ってしまう」と考え、あるいは自分の行為に対して責任を感じなくなる。また、法規範から逸脱した組織へ所属することで、直接実行者は、当該組織の法逸脱性を自己に内在化・内面化させるだろう。これらの事情により刑法規範の要請に対する直接実行者の感受性が低下し、違法行為に対する心理的障壁が減弱することになる。直接実行者がそのような状態にあるからこそ、背後者は違法な行為を指示・命令するだけでほぼ自動的に計画を実現できるのである。

第7項 小括

(1) 背後者の正犯性の根拠

組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐるのは、自己答責的な直接実行者の支配の可否という問題を回避するために、組織の支配によって背後者の正犯性を説明しようとする試みもあったが、背後者の正犯性が現実に生じた構成要件該当事実に関係するものである以上、当該構成要件該当事実を実際に実現した直接実行者との関係を問うことなく、背後者の正犯性を導くことは許されない。

M. Heinrichによれば、直接実行者が自己答責である場合、刑法規範は彼に対して違法行為の遂行を禁圧する。刑法規範からの禁圧により直接実行者の中に心理的障壁が生じるからこそ、通常は違法行為を阻止することができる。それでは刑法規範の存在にもかかわらず、違法行為を内容とする背後者の指示・命令が自動的に遂行されるのはいかなる場合であろうか。この問題を解く鍵は、社会心理学がその存在を立証する集団圧力であるように思われる。一方で、刑法規範が、違法行為を阻止するために直接実行者に圧力を加えている。しかし、他方で、集団内において定立された集団規範が、違法行為を遂行するよう直接実行者に圧力（集団圧力）を加える。この対抗関係において後者が前者を凌駕するからこそ、刑法規範の法益保護機能が阻害され、違法行為が自動的に行われることになるわけである。従前の見解が背後者の（間接ないし共謀共同）正犯性の根拠として挙げてきた「心理的拘束力（藤木）」、「社会的支配（Schlösser）」、あるいは「指示・命令を自動的に遂行させる基本枠組み（BGH）」といった概念は、集団規範が発する集団圧力を換言したものといえよう。

これまで検討してきた見解によれば、集団圧力が刑法規範の圧力を凌駕しうるのは、背後者および直接実行者が所属する組織がその構成員に多大な影響を及ぼすからである。組

a. O. (Anm. 88) (2012), S. 412. したがって、代替可能性を不要と解する F.-C. Schroeder 説との対立は解消していないといえる (F.-C. Schroeder, a. a. O. (Anm. 50), S. 570)。

織が行使する影響力、ひいてはその集団圧力は種々の事情により強化される。例えば、M.-K. Meyer や Schulz が指摘するように、組織内の制裁によって直接的に集団圧力が強化され、命令の遂行が担保される場合もあろう。しかし、命令の遂行を担保する手段は制裁に限られない。Schlösser が強調する権威も有効な手段の一つといえる。心理学者である Stanley Milgram によれば、「権威システムに参加する人物は、もはや自分が独自の目的に従って行動しているとは考えず、他人の願望を実行するエージェント（代理人）として考えるようになる[り]」、「この状態になると、その人は最早自分の行動に責任があるとは考えなくなり、他人の願望を実行する道具にすぎないと己を定義するようになる」⁽⁹²⁾。権威を持つ者がある行動を命じた場合、「その行動はかれ〔直接実行者〕自身の動機系から生じたものではなく、したがって内面的な抑制力によるチェックを受けない」⁽⁹³⁾。その結果、「命令が正当な権威からきていていると感じる限り、かなりの部分の人々は、行動の中身や良心の制約などにはとらわれることなく、命じられた通りのことをしてしまう」⁽⁹⁴⁾。また、Roxin が要求する代替可能性、そしてそれに基づく没個性化も組織が利用する有効な手段といえよう。心理学者 Philip Zimbardo によれば、「個性あるひとりの人間としてでなく、システムの中の区別がつかない“他人”として扱われたり、自分の存在が無視されたりすると、人は自分を匿名だと感じる」が、「自分が匿名だと感じられる状況、誰も自分の正体を知らず、知ろうともしない状況では、個人としての責任感が薄れ、悪行に走る可能性が高まる」⁽⁹⁵⁾。組織が権威や没個性化といった手段を用いることで、直接実行者は自己の行為に対する責任感を感じなくなり⁽⁹⁶⁾、ひいては違法行為に対する直接実行者の心理的障壁が減弱する。これらの作用により、違法行為の遂行を要請する集団圧力が間接的に強化されるといえる。

しかし、組織内の上位者が何らかの集団圧力を介して指示・命令しさえすれば、常に正犯が成立するわけではない。組織やその構成員に関する上述の諸事情の有無・程度によって、集団圧力の強弱にも当然違いが出てくる。それゆえ、正犯を基礎づけうるだけの強度について検討しなければならない。

（2）集団と組織

これまでの考察では集団と組織の違いを特に意識してこなかったが、ここで若干言及し

⁽⁹²⁾ スタンレー・ミルグラム（山形浩生訳）『服従の心理』（河出書房、2012年）202頁以下。

⁽⁹³⁾ ミルグラム・前掲注（92）220頁。

⁽⁹⁴⁾ ミルグラム・前掲注（92）277頁。

⁽⁹⁵⁾ フィリップ・ジンバルド（鬼澤忍＝中山宥訳）『ルシファー・エフェクト：ふつうの人が悪魔に変わるとき』（海と月社、2015年）484頁以下。

⁽⁹⁶⁾ 本間道子編『組織性逸脱行為過程』（多賀出版、2007年）24頁以下は、「内集団（所属する企業組織）の利益（集合効果）を優先し、あるいはそれを免罪符とした結果として、外部の一般社会の公共の利益を損なう」組織性逸脱行為の要因を「集合罪悪感の低下」に求め、その下位要素として①役割認識、②外集団認識の低下、③全体的見通しの低下、④公正観の低下、⑤内集団志向の強さ、⑥集団同一化を挙げている。

ておく。集団とは、二人あるいはそれ以上の個人が「社会的相互作用を通して相互に影響を及ぼし合う」ことで成立する社会関係ないし人間関係である⁽⁹⁷⁾。これに対して、組織は、集団が「さらに持続的に機能するように成長を遂げたシステムとして成り立った」ものである⁽⁹⁸⁾。あるいは「集団がさらに、①何らかの目標をもち、②その目標の達成のために調整されている場合」に組織は成立するともいえる⁽⁹⁹⁾。集団は、その内部構造を高度にシステム化させることによって、組織へと発展していくといえよう。つまり、「すべての集団は多かれ少なかれ組織的である」が、「組織の特性を強く備えている〔組織化の程度が高い〕集団のみを『組織』と呼んで、組織としての特性の弱い〔組織化の程度が低い〕ふつうの集団から区別」されるのである⁽¹⁰⁰⁾。「単なる集団」と「組織」の線引きには——それが流動的なものであることから——不可避免的に困難を伴うが、ひとまずは内部構造のシステム化の程度によって両者は区別されると考えられる。

ところで、組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐる見解は、いずれも、階層構造および関与者間の上下関係を備え、集団内の役割分担・分業が固定化している場合を前提に、つまり高度にシステム化された組織による犯罪を念頭に議論を展開している。しかし、我が国の共謀共同正犯論は、組織の形成には至っていない集団による犯罪の場合や階層構造に基づく上下関係が認められない場合をもその射程に含めている。したがって、これまでの議論がこれらの類型にも妥当するかを考えなければならない。

第4款 集団圧力の実体

第1項 川端博の見解

我が国において、共謀共同正犯を基礎づける際に社会心理学に言及する論者⁽¹⁰¹⁾としては、川端博を挙げることができる。川端によれば、共同正犯の本質（一部行為の全部責任の原則）は個人主義的に理解されるべきであるが、このことは、「心理状態について『集団心理学』の知見を援用することを否定すべきことを意味するわけではない」⁽¹⁰²⁾。すなわち、個人主義的立場を出発点にしつつも、集団内の相互作用を加味し、「数人が集合して集団を形成したばあい、『共同目的』による心理的拘束力が生ずる」のであって、「人的結合が緊密

⁽⁹⁷⁾ 本間道子『集団行動の心理学——ダイナミックな社会関係のなかで——』（サイエンス社、2011年）3頁。

⁽⁹⁸⁾ 田尾雅夫「組織と組織論」同編『よくわかる組織論』（ミネルヴァ書房、2010年）3頁。

⁽⁹⁹⁾ 今田高俊＝友枝敏雄編『社会学の基礎』（有斐閣、1991年）99頁〔高瀬武典〕。

⁽¹⁰⁰⁾ 今田ほか・前掲注（99）100頁〔高瀬武典〕。

⁽¹⁰¹⁾ そのほか、夏目文雄「組織論的共犯論序説（1、2、3、4、5、6、7、8、9、10、11、12、13、14・完）」愛大99号（1982年）1頁以下、同100号（1982年）1頁以下、同101号（1983年）69頁以下、同102号（1983年）98頁以下、同103号（1983年）151頁以下、同104号（1984年）1頁以下、同105号（1984年）1頁以下、同106号（1984年）1頁以下、同107号（1985年）1頁以下、同108号（1985年）77頁以下、同109号（1986年）371頁以下、同110号（1986年）1頁以下、同111号（1986年）31頁以下、同112号（1986年）41頁以下も参照。

⁽¹⁰²⁾ 川端博『共犯の理論』（成文堂、2008年）2頁。

になればなるほど、それだけ強く各構成員に『心理的同調性』が生じ、その集団の共同目的関係から離脱することに対する『心理的抵抗感』が強ま〔り〕、「協同関係に基づく『合同力』が強くなって犯罪遂行が確実になる」点の一部行為の全部責任の原則の根拠を求めするのである⁽¹⁰³⁾。以上の理解を前提に、共謀共同正犯については、間接正犯類似説からその正犯性を導いている⁽¹⁰⁴⁾。

ところで、川端は、共同意思主体説が「共同正犯は『共同現象・団体现象』であるから『必然的に団体法理が働く』とされる点」につき、「共同正犯は『共同現象』、つまり『協同現象』であるといえるが、しかし、必ずしもつねに『団体现象』とはいえない。『団体』概念には組織性の程度に著しい差が存在するのであり、その差を看過して共同正犯を一律に『団体』現象として把握するのは妥当でない」と批判し、「共同正犯は、個々人が結びついた心理的な『集団』の行動現象として把握したうえで、社会心理学の見地を加味して説明されるべき」とする⁽¹⁰⁵⁾。

川端の主張においては、共同意思主体説を批判する文脈で用いられた団体をいかなる意味で解しているのか判然としない部分もあるが、おそらく、共同正犯の成立範囲は持続的・安定的に存続する団体ないし組織による場合には限られないとする趣旨であろう。高度にシステム化された組織においてだけでなく、組織性の程度が低い集団（場合によっては、当該犯罪を実現するためだけに集まった複数人の間）においても共謀共同正犯が成立しうること、また、その場合の共謀共同正犯を説明する際にも社会心理学の知見を援用しうることを示唆するものといえる。

第2項 Steckermeier の見解——拡張された行為支配——

(1) 議論の出発点：答責原理と平等原則

ドイツにおいては、間接正犯は関与者らの間に上下関係がある場合を、共同正犯は関与者らが同格・同等である場合を対象としており、それぞれが対象とする領域は明確に区分されてきた。組織的権力機構に基づく間接正犯をめぐるのは、まさに、間接正犯の特徴である上下関係が自己答責的な直接実行者の支配を肯定する論拠と考えられていた。それゆえ、同一の議論をそのような特徴を欠く共同正犯論において展開することは不可能であって、他の共同正犯者の支配を基礎づけることもできないと考えられてきたのであろう。機能的行為支配説が、ある関与者の（共同）正犯性を、他の共同正犯者に対する支配に依拠することなく説明しようと試みた理由もここにある。しかし、こうした議論状況の中、**Kristina Steckermeier** は、共同正犯においても他の共同正犯者を支配する必要はあり、また、その支配を基礎づけることも十分可能であると主張し、共同正犯論に一石を投じてい

⁽¹⁰³⁾ 川端・前掲注（102）27頁。川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）556頁も参照。

⁽¹⁰⁴⁾ 川端・前掲注（102）55頁以下。川端・前掲注（103）579頁も参照。

⁽¹⁰⁵⁾ 川端・前掲注（102）54頁。

る。

Steckermeier の議論は、答責原理と平等原則をその出発点としている。「他人の行為について責任を問われることはない」とする答責原理にもかかわらず、共同正犯者には他人の行為が自らのもののように帰属させられる。また、同等のものを不平等に扱うことを禁止し、同等のものを平等に扱うことを保障するドイツ基本法 3 条 1 項（平等原則）からすると、共同正犯は、その法的効果において単独正犯と等しく扱われるのだから、単独正犯と同等の存在でなければならない。それゆえ、①他人の行為についても正犯として責任を問われうる根拠、および、②共同正犯が単独正犯と同等の存在とされる根拠を解明する必要がある⁽¹⁰⁶⁾。

（2）相互行為帰属の根拠としての拡張された行為支配

単独正犯は、犯罪全体の有無（Ob）および態様（Wie）の両者を包括的に支配する関与類型である。そうすると、〔単独正犯と同等でなければならない〕共同正犯は、従来主張されてきた機能的行為支配を有するだけでは不十分ということになる。例えば、強盗罪において、A が暴行を、B が財物奪取を担当した場合、確かに、A は自身の行為（暴行）を支配し、また、強盗罪の成否を機能的に支配しているといえるが、B の行為（財物奪取）に対する支配について機能的行為支配説は何ら言及していない。しかし、財物奪取部分を含めた全体を支配してはじめて、A は、単独で強盗罪を実行した単独正犯者と同等と評価されるのである。それゆえ、共同正犯が成立するには、自身の行為を支配するだけでなく、他の関与者の行為も支配しなければならない。つまり、行為支配の対象は、他者の行為にまで拡張されなければならないのである（拡張された行為支配（verlängerte Tatherrschaft）⁽¹⁰⁷⁾）。しかし、このように考えると、如何にして自由に意思を決定しうる他の関与者を支配できるのかが問題となる。この問題を解決するにあたって、Steckermeier は、犯罪学や社会心理学（とりわけ集団力学）の知見を援用している。

他の関与者に対する支配を基礎づける作用として、まず、①相互暗示が挙げられる。我々〔意識〕の形成（Wir-Bildung）により、集団の各構成員の潜在意識に影響を与え、各自のセルフコントロールを阻害し、〔指示された行為に対する〕批判力等の低下を招く。このような相互暗示を通じて、個々人は、（無意識のうちに）合意した目標へと方向づけられる⁽¹⁰⁸⁾。次いで、②集団圧力が考えられる。集団の形成により集団規範が定立し、場合によってはそれに制裁が伴うことにより、集団の構成員は、それぞれが担当した行為を行うよう義務づけられる⁽¹⁰⁹⁾。更に、③寄与を相互に約束することによって各関与者が心理的に強化され

⁽¹⁰⁶⁾ Kristina Steckermeier, Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB): Verlängerte Tatherrschaft als Zurechnungsgrund – eine empirisch gestützte Untersuchung, 2015, S. 36 ff., 58 ff.

⁽¹⁰⁷⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 106), S. 63 ff.

⁽¹⁰⁸⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 106), S. 79 ff.

⁽¹⁰⁹⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 106), S. 95 ff.

ることを意味する心理的強化⁽¹¹⁰⁾と④各関与者が集団の存在または他の構成員の存在を犯罪遂行の言い訳として用いる、もしくはそれらに責任を押し付けることによって、自分には責任がない（あるいは自分の責任は軽い）と考えることを意味する中和化の技術⁽¹¹¹⁾も集団内の相互作用として挙げられる。

十分に緊密な集団を形成することによって、各関与者は、以上で挙げた相互作用の影響下に置かれる。そうして生じた影響力は、確かに、他の関与者の意思の自由を完全に消滅させる程のものではないが、意思の自由を制限し、選択できる行為の幅を狭め、集団の設定する目標に向かわせうる程のものである。これが、拡張された行為支配の実体である⁽¹¹²⁾。

（3）検討

既に指摘したように、背後者の正犯性の根拠は、彼の指示・命令が刑法規範により発せられる禁圧を凌駕するだけの圧力を有している点に求められる。この点、Steckermeier は、共同正犯の場合も他の関与者の行為を支配する必要があると解した上で、自己答責的な他者を支配しうることを——Schlösserと同様に——社会心理学などの知見から根拠づけようと試みており、我が国の共謀共同正犯論にも有益な視座を提供するものであろう。

Schlösser は、上述のように、高度にシステム化された組織および組織内の階層制度を背後者の正犯性を肯定するための不可欠の前提としていた。これに対し、Steckermeier の議論は、高度な組織性を備えた集団（組織）を前提としておらず、上述の相互作用を生じさせる集団としては最低限二人いれば十分であると述べており⁽¹¹³⁾、「背後者による直接実行者の支配」という理論が妥当する領域を拡張するものといえる。つまり、階層制度を前提とする上位者の指示・命令だけが支配力を有しうるのではなく、小集団内における対等な関与者間においても相互作用は生じ、その作用が自己答責的な他者に対する支配を基礎づける場合もあると主張するのである⁽¹¹⁴⁾。実際、Milgram のアイヒマン実験⁽¹¹⁵⁾は、大規模組織においてではなく、一回限りの実験のためだけに集まった小集団において実施されたにもかかわらず、被験者の多くは、実験者の権威に依拠することで他人に危害を加え続けたのであった。階層制度を備えた強固な組織内でなくても、自己答責的な他者を違法行為へと誘導することは可能である。「自己答責的な直接実行者の支配」という基準は、小集団においても、あるいは上下関係の存在しない対等型においてもなお妥当しうるといえよう。

⁽¹¹⁰⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 106), S. 113 ff.

⁽¹¹¹⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 106), S. 123 ff.

⁽¹¹²⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 106), S. 152 ff., 176 ff.

⁽¹¹³⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 106), S. 73 f.

⁽¹¹⁴⁾ 我が国においても、既に、牧野英一が、群集心理の現象は必ずしも多数人の間だけでなく、二人が共同する場合にも認められると指摘している（牧野英一『重訂日本刑法上巻』（有斐閣、1937年）436頁（注2））。

⁽¹¹⁵⁾ アイヒマン実験については、ミルグラム・前掲注（92）30頁以下参照。

最後に、これまでの考察を前提に、背後者の正犯性の根拠としての集団圧力について具体的に検討していく。

第3項 背後者の正犯性と集団圧力

(1) 集団圧力の下位基準

社会心理学が教えるところによると、「集団規範とは、人びとがどのように自分の属する集団の行動標準に影響されるかということにかかわる事柄であり」、「成員全体によって共有された行動の枠組み、つまり共有的な準拠枠 (shared frame of reference) として作用」する。そして、この集団規範が、「成員に対してそれにそって行動するように働きかけ、またそれから逸脱しないようにさせる心理的力、すなわち集団圧力 (group pressure) として働く」のである⁽¹¹⁶⁾。

また、集団規範の影響力 (集団圧力) の強度については、以下の諸要素によって規定されるとする。①集団の顕出性 (個人にとってその集団が重要な意味をもつものであるとき、つまり集団がその個人にとっての顕出度が大であるとき規範の影響力は大きくなる)、②目標達成への動機づけ (斉一的な行動が集団の目標達成へ有効であるという認識があり、またその目標そのものを高く価値づけているとき規範の影響力は大きくなる)、③集団の凝集性 (集団が成員に対して及ぼす影響力の大きさは、その凝集性の大きさに比例する)、④制裁の確実性 (規範から逸脱した場合の制裁が明確なときには規範の持つ力は強くなる)、⑤自信の弱さ (自分の意見について確信が弱い場合、あるいは自己の判断を尊重し自己の行動原理に従おうとする構えが弱い場合には、規範の影響力は強くなる) がそれである⁽¹¹⁷⁾。しかし、ここで挙げられた諸要素は集団圧力の強さを示す間接事実であって、常にそのすべてを充足しなければならないわけではない。また、他の要素の存在を排斥するものでもないだろう。例えば、⑥中和化の作用 (集団・組織内の権威や匿名性 (代替可能性) によって直接実行者が感じる責任が低下する)、⑦相互暗示 (集団・組織の構成員の深層心理に影響を及ぼし、批判力等の低下を招く)、および⑧組織におけるイデオロギーや法規範逸脱性の内在化・内面化の程度といった事情は、集団規範に対する感受性を強化する間接事実の一例であると思われる。

(2) 正犯性の基準

(i) 集団圧力の強度

背後者に正犯性を肯定するには、彼が行使する集団圧力が刑法規範の圧力を上回るものでなければならない。集団圧力の強度については、一般論としては、以下のようにいえる。まず、支配型と呼ばれる事例においては、階層制度を備える強固な組織がその背後に存在する場合が一般的であることから、集団圧力の強度を示す上述の間接事実の多くが認めら

⁽¹¹⁶⁾ 佐々木薫=永田良昭編『集団行動の心理学』(有斐閣、1987年) 59頁 [狩野素朗]。

⁽¹¹⁷⁾ 佐々木=永田・前掲注 (116) 61頁以下 [狩野素朗]。

れると思われる。この事例群の場合、直接実行者は、通常、強力な集団圧力の影響下で行動するよう強いられるといえる。これに対して、いわゆる対等型の事例の場合、そこには組織を背景としない犯罪も含まれている。この場合においては、組織や関与者間の上下関係が存在しないことに伴い、支配型の事例に比べて、上述の間接事実を立証することも困難となろう。しかし、組織や関与者間の上下関係といった要素はあくまでも集団圧力の間接事実の一つに過ぎないため、それらがなくても正犯性を基礎づける強い集団圧力を肯定する余地もあろう。

また、犯罪類型が異なることで、要求される集団規範の強度にも違いが生じるとされる。例えば、殺人罪のように刑法規範がその遂行を厳格に禁止する場面においては、その強い禁圧を凌駕するだけの集団圧力が認められる場合にのみ、当該背後者の正犯性は肯定されう。他方で、侮辱罪のように比較的軽微な犯罪類型が問題になる場面では、刑法規範による禁圧の程度が——殺人罪等の場合に比べて——低下することに伴い、背後者の正犯性を肯定するのに必要な集団圧力も、また、低下することになる。

これに対して、集団圧力の強度が刑法規範の圧力を下回る場合、直接実行者は刑法規範の要請に従い、違法行為の遂行を中止する（つまり、背後者の支配が否定される）と考えられる。たとえ背後者の指示・命令に一定程度の圧力（心理的拘束力）が備わっていたとしても、それによって当該背後者の正犯性を基礎づけることはできず、狭義の共犯の成否が問題になるに過ぎない⁽¹¹⁸⁾。

(ii) 背後者と集団規範（集団圧力）の関係

集団規範に基づく集団圧力に着目するとしても、ここでは集団ないし組織自体の処罰を問題にしているわけではない。あくまでも背後者の正犯性が問われているのである。したがって、集団規範に基づく集団圧力が刑法規範による禁圧を凌駕することが確認されたとしても、更に、背後者と当該集団規範（集団圧力）の関係を考察しなければならない。

この段階においては、刑法規範の法益保護機能がそれと対立する集団規範（集団圧力）の存在により阻害されてしまっている。そのため、十分な法益保護を担保するには刑法規範の機能を修復する必要がある。刑法規範の修復にはそれが機能不全に陥った原因を、つまりは集団規範（集団圧力）を排除しなければならない。それでは集団規範（集団圧力）の排除を試みるこの場面において、背後者にはいかなる役割が認められるであろうか。

(118) 他の関与者が実行した犯行について、共謀共同正犯ではなく、不作為としての共同正犯の成立を肯定した東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁は、「現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による〔不作為としての〕共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があり、その場合は「意思の連絡」で足りるが、共謀共同正犯が成立には「共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀」が必要であるとした（下線引用者）。本稿の立場からは、この濃い共謀は、正犯性を基礎づけるほどに強力な集団圧力が生じた場合を意味し、弱い共謀は、集団圧力が狭義の共犯を成立させるに過ぎない場合のことをいうと解される。

まず、支配型の事例においては、背後者が集団ないし組織の意思決定権限を独占しており、彼の意思のみで当該集団規範を撤回しうる関係が形成されている場合が多々あろう。この場合、背後者の指示・命令の撤回には直接的な法益保護効果を期待できる。この事例群における背後者の正犯性は、以下の実行共同正犯と比較することで明らかになろう。例えば、強盗罪において暴行を担当した者に共同正犯が成立するのは、その寄与を放棄させさえすれば法益を直ちに保護できるからである。そうであるならば、集団・組織犯罪における指示者・命令者（背後者）の正犯性が問題になる場面においても、当該背後者の指示・命令の撤回が法益保護に直結すると考えられるのであれば、そのことを根拠に背後者に重要な役割を、つまり彼の正犯性を肯定してよいと思われる。

他方で、対等型に分類される事例においては、背後者が一方的に集団規範を放棄しうる場合はそれほど多くないであろう。しかし、ある関与者の意思決定だけでは当該集団規範を放棄できず、すべての関与者が合意することではじめてそれを放棄できるような関係が形成されている場合は考えられうる。この場合、直接実行者のみに、あるいは背後者のみに犯意の放棄を要求しても、集団規範が発する集団圧力に屈していることから彼らが単独でその要求に従うことはない。それゆえ、十分な法益保護を図るためには、両者に対して犯意（あるいは集団規範）を放棄するよう同時に要求しなければならない。この事例群の正犯性を検討するにあたっては、いわゆる付加的共同正犯と呼ばれる事例が参考になると思われる。例えば、AとBが共謀の上で被害者に向けて同時に発砲し、Aが発砲した銃弾により被害者を殺害した（Bの撃った銃弾は外れた）場合、Bに殺人罪の共同正犯が成立するのは、Bの行為を排除しただけでは法益を保護できないが、一般予防の観点から十分な法益保護を図るためには両者の行為を一様に禁止する必要があると考えられるからである⁽¹¹⁹⁾。そうであれば、たとえ支配型の背後者のように単独では集団規範を放棄できない（つまり犯罪を阻止できない）場合であっても、刑法規範が——付加的共同正犯の場合と同様に——各関与者に同等の禁止を発する必要があると考えられるのであれば、対等な地位にある背後者にも正犯性を認めうる。

いずれの場合にも該当しない場合、たとえ集団圧力が刑法規範の禁圧を凌駕しているとしても、背後者を正犯として処罰することはできない。

第5款 本節の結論

第1項 議論のまとめ

共謀共同正犯における重要な役割について検討してきた本節の結論は、以下の通りである。

(1) 共謀共同正犯論の出発点

共謀共同正犯論も個人主義的立場をその基礎としなければならない。しかし、背後者の行為（指示・命令）の役割を検討する際にも、直接実行者の心理状態を検討する際にも、

⁽¹¹⁹⁾ 第2章第1節第4款（73頁以下）参照。

集団ないし組織の特殊性を顧慮しないわけにはいかない。

(2) 正犯・共犯論における評価対象

背後者の正犯性・共犯性は直接実行者が実際に実現した構成要件該当事実に関する評価である。それゆえ、正犯性・共犯性を検討するにあたっては、当該実行行為が遂行される段階において背後者の指示・命令が果たす役割について検討を加えなければならない。

(3) 刑法規範と集団規範の対抗関係

刑法は、自己答責的な直接実行者に対して違法行為を行わないよう要請する。それにもかかわらず当該実行者が背後者に支配され、自動的に違法行為を遂行してしまうのは、違法行為の遂行を要請する集団規範の圧力（集団圧力）が刑法規範の圧力を凌駕しているからである。この集団圧力こそが心理的拘束力の実体であるといえる。

(4) 正犯性の根拠としての集団圧力

背後者を共謀共同正犯として処罰できるのは、まず、①背後者が利用する集団圧力が刑法の禁圧を凌駕し、次に、②当該集団圧力を排除するには背後者の指示・命令を撤回させる必要があると考えられる場合である。

集団圧力の強度は集団凝集性や集団内の制裁の確実性といった要素の有無・程度によって規定されるため、それらの要素を多く備える組織犯罪の場合、①要件は比較的容易に充足されることになる。しかし、少人数で構成される小集団においても①要件を認める余地はあると思われる。

②要件は、背後者の指示・命令を放棄させることで直ちに集団圧力を排除できる場合(①)、あるいは背後者の翻意だけで集団圧力は排除されないが、他の関与者と合意することではじめて集団圧力を排除しうる関係が形成されている場合(②)に肯定されうる。①の場合、背後者の指示・命令を撤回させることさえできれば十分な法益保護を期待できる。②の場合、集団規範を否定し、集団圧力を排除するには——他の関与者の翻意と同時に——背後者の指示・命令を撤回させることが不可欠となる。①ないし②の関係が認められるからこそ、背後者の指示・命令を「排除することが直接的な法益保護に資すると考えられ」、同行為を、「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」行為、つまり「重要な役割」を担う行為と解しうるのである。かくして、本稿の立場からも、以上の要件を充たす限りで、実行行為に直接関与しない背後者に重要な役割を、つまり正犯性を肯定することはできると思われる。

第2項 残された課題

基本的には間接正犯類似説の立場に立つ本稿は、その最大の課題として、「自己答責的な直接実行者を支配することはできない」という批判を克服しなればならなかった。そこ

で、本稿は、社会心理学（とくに集団力学）の成果を援用することで、自己答責的な直接実行者が、一方で、刑法規範から違法行為の中止を要請され、他方で、集団規範から同行為の遂行を要請される状況の中、集団規範の圧力に屈する可能性があることを提示した。しかし、このような経験主義的方法論は、規範主義的方法論を徹底する立場から、直接実行者に責任が認められる以上、たとえ事実としては背後者に支配されていたとしても、規範的には彼は自由と評価される（つまり、支配の対象にはならない）と批判されると思われる。経験主義的方法論と規範主義的方法論の是非については、別途、検討する必要がある。経験主義的方法論を採用する点については、更に、重要な役割の有無は事前判断により判断されるべきとする（つまり、規範的評価の介入を肯定する）私見の立場⁽¹²⁰⁾との整合性も問題になる。

また、直接実行者の支配に共謀共同正犯の正犯性の根拠を求める以上、共謀共同正犯と間接正犯の区別基準を定める必要がある。ドイツの通説のように、共同正犯は関与者が同等の立場にある場合（水平構造）を、間接正犯は関与者間に上下関係がある場合（垂直構造）を対象にするとして、それぞれの適用範囲を明確に区分する立場⁽¹²¹⁾を前提にするのであれば、両者の区別は比較的容易であると思われる。しかし、支配型の共謀共同正犯が定着している我が国の場合、そのような形式的基準に依拠することはできず、別の基準を模索しなければならない⁽¹²²⁾。その他、背後者による直接実行者の支配を肯定する場合、その支配が直接実行者の罪責にどのような影響を及ぼすのかも検討しなければならない。

⁽¹²⁰⁾ 第2章第1節第4款（73頁以下）参照。

⁽¹²¹⁾ *Statt vieler Roxin, a.a.O. (Anm. 88) (2010), S. 453.*

⁽¹²²⁾ 終章第2節第2款第2項（249頁以下）参照。

第 3 章 結合機能（客觀的共同性）

事例集（第3章 結合機能（客観的共同性））

【事例①】	強盗を共謀した A と B は、前者が暴行を、後者が財物奪取を実行し、強盗を遂行した。
【事例②】	A、B、C・・・J（合計 10 人）は共謀の上、それぞれ致死量の 10 分の 1 ずつ毒薬を被害者 X に飲ませて殺害した。
【事例③】	A と B は、X 殺害を共謀の上で同時に発砲したところ、(B の撃った銃弾は外れ) A の撃った銃弾のみが命中し、X は死亡した。
【事例④】	A と B は、X 殺害を共謀の上で同時に発砲したが、彼らとは無関係の C も同時に発砲し、C の撃った銃弾のみが命中し、X は死亡した。
【事例⑤】	A と B は、意思連絡することなく、同一の被害者 X を殺害する意思をもって同時に発砲し、いずれかの撃った銃弾により X は死亡した。
【事例⑥】	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て姦淫する最中、背後からけん銃で被害者の抵抗を別途抑圧した。
【事例⑦】	A は X に対する暴行を、B は X からの財物奪取をそれぞれ独立に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各自の行為を行った。
【事例⑧】	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ところ、その後 B がその斧によって第三者を殺害した。
【事例⑨】	A が被害者 X の殺害を計画していることを知った B は、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、A が X を殺害した。

第1節 客観的共同性の予備的考察

第1款 共同正犯の結合機能

第1項 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⁽¹⁾と正犯性⁽²⁾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（条件関係または促進関係）と正犯性（重要な役割）を備えたとしても、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⁽³⁾。

（以下では各事例の関与者 α の行為を「行為 α 」、関与者 β の行為を「行為 β 」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（要件①）も重要な役割（要件②）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 A も行為 B 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 X に飲ませて殺害した場合（【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 $A+B$ 、【事例②】：共同行為 $A+B+C+\dots+J$ ）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、

⁽¹⁾ 因果性拡張機能については、第 1 章第 1 節（10 頁以下）を参照。

⁽²⁾ 正犯性拡張機能については、第 2 章第 1 節（44 頁以下）を参照。

⁽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。

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B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Aと行為Bが結合することで形成される共同行為 $A+B$ 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も殺人既遂で処罰されるのである。他方で、Xの殺害を共謀したAとBが発砲した（共同行為 $A+B$ ）が、彼らとは無関係のCも同時に発砲し（行為c）、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Aと行為Bを個別に検討するのではなく、共同行為 $A+B$ 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cの存在によりそれが否定されるため、AとBは殺人未遂で処罰されるにとどまることになる⁽⁴⁾。

第2項 本章の検討素材

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】、【事例④】において、一方で行為Aと行為Bが結合し、共同行為 $A+B$ が形成され、他方で行為cが共同行為 $A+B$ から排除される根拠は何であろうか。複数人による複数行為の結合根拠の解明、これが本章の目的である。

本章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ものと思われる⁽⁵⁾。そこで、本章では、まず、「一連の行為」論を概観し、複数行為を一つに

⁽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ず

結合するための必要条件を析出することにする（第1節）。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るため、これらも併せて検討することにする（第2節）。

第2款 「一連の行為」の基準としての「意思の同一性」

第1項 「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〕：東京高判平成13年2月20日（ベランダ転落死事件）⁽⁶⁾

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〔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〔る〕」とした（下線引用者）。

（ii）裁判例〔2〕：最決平成16年3月22日（クロロホルム事件）⁽⁷⁾

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。

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。

以上の事案につき、最高裁は、「第1行為は第2行為を確実に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〕：最決平成17年7月4日（シャクティ治療事件）⁽⁸⁾

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⁽⁹⁾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⁽¹⁰⁾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」と判示しているため、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ものと思われる（下線引用者）⁽¹¹⁾。

（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⁽¹²⁾。これらにおいては、防衛行為の一連性の根拠と限界が問われている。

⁽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

（i）裁判例〔4〕：最判平成9年6月16日⁽¹³⁾

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な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、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〕：最決平成20年6月25日決定⁽¹⁴⁾

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〕：最決平成21年2月24日⁽¹⁵⁾

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⁽¹⁶⁾は、「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・場所的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

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。

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⁽¹⁷⁾、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〔7〕）⁽¹⁸⁾。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〔8〕、裁判例〔9〕）⁽¹⁹⁾。

（i）裁判例〔7〕：大阪高判昭和56年9月30日⁽²⁰⁾

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つて、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ふことができ、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〕：東京高判昭和54年5月15日⁽²¹⁾

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銃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〕：長崎地判平成4年1月14日⁽²²⁾

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

(17) 高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2016年）360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。

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でたもので、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」⁽²³⁾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⁽²⁴⁾。また、④についても、裁判例

⁽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。

〔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⁽²⁵⁾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る⁽²⁶⁾。

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づけるものである。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行為の結合を基礎づ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⁽²⁷⁾。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。⑧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⁽²⁸⁾）。

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

⁽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。

認定基準としつつ、他の要素をその間接事実位置づけていると思われる⁽²⁹⁾。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ならない。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。

第2項 「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⁽³⁰⁾。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、如何なるレベルで同一とい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があるとし、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⁽³¹⁾。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⁽³²⁾。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、「刑法に関心を有するのは、行為規範に違反する行為ということになる」⁽³³⁾。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

⁽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、客観的な行為態様と同質性についても、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[る]」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。

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」⁽³⁴⁾。

（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」⁽³⁵⁾。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るべきであ[る]」とする⁽³⁶⁾。そして、深町は、行為意思・意思決定の同一性が「一連の行為」を基礎づける理由につき、「『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」⁽³⁷⁾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⁽³⁸⁾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⁽³⁹⁾。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「結果発生までの障害が存在するか否かという点に」求めている⁽⁴⁰⁾。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な[くなる]」。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⁽⁴¹⁾。

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

⁽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。

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⁽⁴²⁾。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が第1行為に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発生結果の第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⁽⁴³⁾

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⁽⁴⁴⁾、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

⁽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、過剰防衛の刑の減免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』をめぐる考察」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）。

⁽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頁以下参照）。

て扱うことは可能である」とする照沼亮介の見解⁽⁴⁵⁾にそうした傾向を見て取ることができる⁽⁴⁶⁾。これらの見解において、時間的・場所的接近性や侵害・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⁽⁴⁷⁾。

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况等）の両者を挙げている⁽⁴⁸⁾。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⁽⁴⁹⁾。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⁽⁵⁰⁾。

（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⁽⁵¹⁾。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⁽⁵²⁾。

例外モデル（結果行為説）を理論的に基礎づけた西原春夫は、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

(45) 照沼亮介「過剰防衛と『行為の一体性』について」『理論刑法学の探究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実体を備えているか否かを検討する必要がある〔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『全体的考察』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）356頁。

(52) 高橋・前掲注（17）358頁。

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」、と⁽⁵³⁾。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）の帰結を導くのである⁽⁵⁴⁾。

（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」としている⁽⁵⁵⁾。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⁽⁵⁶⁾。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らないと思われる⁽⁵⁷⁾。

第3項 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る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かったように思われる。

⁽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。

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、いずれかの撃った銃弾によりXが死亡した場合（【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Aと行為B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B）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A）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 $A+B$ 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AはBの意思を実現するものではないし、また、行為B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 $A+B$ 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AはBの意思を実現するものではない。しかし、Aの立場から見ると、行為B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 $A+B$ を認定する余地はあるといえる。

（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）⁽⁵⁸⁾。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す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見る見解（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て財物を奪取した以上、強盗罪が成立する」と述べている⁽⁵⁹⁾。ドイツにおける「強盗とは、防御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」とする Günther Jakobs の主張⁽⁶⁰⁾、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」とする Tatjana Hörnle の主張⁽⁶¹⁾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

⁽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 卷 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.

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。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」見解である⁽⁶²⁾。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[る]」⁽⁶³⁾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⁽⁶⁴⁾、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つて初めて、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⁽⁶⁵⁾も、「一連の行為」論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

⁽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。

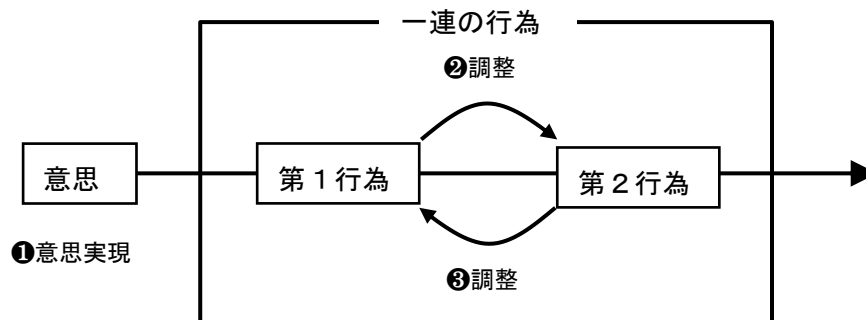
行為と財物奪取行為が同一の意思（強盗計画）により包括されることにより、各行為は他の行為の状況に注視し、それぞれの状況に応じて調整するようになる。例えば、暴行・脅迫行為が当初の想定よりも反抗抑圧効果を発揮しなかった場合、それに応じて奪取する財物の量を減らすこともあろう。あるいは、例えば、当初の想定よりも多くの財物を奪取することになった場合、相手方の反抗抑圧状態を予定よりも継続させるために、暴行・脅迫行為はその効果を維持・強化するよう対応するであろう。このように、同一の意思に包括されることによって各行為の間に相互応答・相互調整の関係が認められるようになる。まさに、これこそが、複数行為がそれぞれ個々別々に存在する無関係の事象ではなく、相互に関係づけられた一個の行為であることを基礎づけるのである（「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）。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。

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。

【図1】



第2節 共同正犯における複数行為の結合根拠

第1款 複数人による複数行為の結合

第1項 「意思実現」要件について

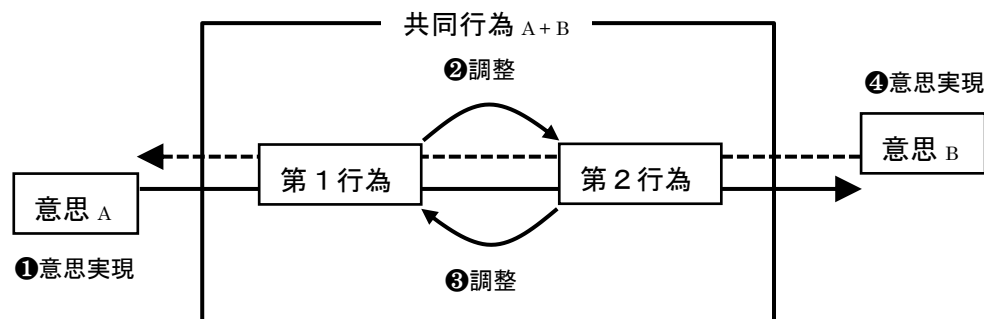
（1）Hans Welzel における共同正犯論

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）を形成するものである⁽¹⁾。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⁽²⁾。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 A と行為 B が共同行為 A+B 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」要件が充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 A+B が認定されるには行為 A と行為 B 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）。

【図2】



⁽¹⁾ Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 549.

⁽²⁾ Welzel, a. a. O. (Anm. 1), S. 551.

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 $A+B$ 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 A 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 A および行為 B を通じて自分の意思を実現しうることは【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 $A+B$ を認めるには、同時にBにも共同行為 $A+B$ 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 $A+B$ を認める」ための要件として要求することになるが、この命題自体、論証を必要とするものである。しかし、そうした命題を定立するとしても、それは、「意思 A 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。

第2項 「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」⁽³⁾⁽⁴⁾。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」⁽⁵⁾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⁽⁶⁾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3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）⁽⁷⁾、②共同行為

⁽³⁾ 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。

⁽⁴⁾ 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づ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。

⁽⁵⁾ 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。

⁽⁶⁾ 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。

⁽⁷⁾ 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

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）⁽⁸⁾がそれである⁽⁹⁾。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⁽¹⁰⁾。Bratman は、A と B の間に共有意図が存在する場合を以下のようにまとめている（なお、内容や表現に若干の修正を加えている。）⁽¹¹⁾⁽¹²⁾。

1a : A は、「我々が～すること」⁽¹³⁾を意図している。

1b : B は、「我々が～すること」を意図している。

2a : 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。

2b : 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（1a）、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（1b）、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（2a・2b）、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_{A+B}）と評価されることになる。

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）。

⁽⁸⁾ 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。

⁽⁹⁾ Bratman, *supra* note 7, pp. 93-95.

⁽¹⁰⁾ 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。

⁽¹¹⁾ Bratman, *supra* note 7, pp. 100-103.

⁽¹²⁾ 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（10）14 頁以下、片岡・前掲注（8）53 頁以下参照）。

⁽¹³⁾ 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、そこである「～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（5）93 頁以下、同・前掲注（8）50 頁参照）。

（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 1a 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」となる⁽¹⁴⁾。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、関係づけられるからこそ、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」⁽¹⁵⁾。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⁽¹⁶⁾。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⁽¹⁷⁾。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ろう。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推測できる。

（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

(14) 片岡・前掲注 (5) 94 頁以下。

(15) 杉本・前掲注 (6) 224 頁。

(16) 大判大正 11 年 2 月 25 日刑集 1 卷 79 頁。

(17) 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。

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⁽¹⁸⁾。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⁽¹⁹⁾。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⁽²⁰⁾。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」⁽²¹⁾。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ときも、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試み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がぜひとも必要になる」⁽²²⁾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きうる」⁽²³⁾。そして、そのような計画理

(18) 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。

(19) 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。

(20) 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。

(21) 山口ほか・前掲注（20）38頁以下。

(22) 山口ほか・前掲注（20）39頁以下。

(23) 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）184頁。

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で〔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」と述べている⁽²⁴⁾。

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⁽²⁵⁾。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⁽²⁶⁾。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⁽²⁷⁾を特徴とする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⁽²⁸⁾。

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⁽²⁹⁾。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⁽³⁰⁾。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

⁽²⁴⁾ 仲道・前掲注（23）185頁。

⁽²⁵⁾ 仲道・前掲注（23）185頁。

⁽²⁶⁾ Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, S. 153.

⁽²⁷⁾ BGHSt 6, 248 [249]; BGHSt 24, 286 [288].

⁽²⁸⁾ 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づける点にあるのであって、それによつ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。

⁽²⁹⁾ Ingeborg Puppe, *Der gemeinsame Tatplan der Mittäter*, ZIS 2007, S. 236.

⁽³⁰⁾ Wilfried Küper, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, S. 53 f.

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⁽³¹⁾。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⁽³²⁾。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づけられる、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」と定義される⁽³³⁾。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⁽³⁴⁾。

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A）の存在がBに影響を与え、その結果としてBが行為Aに合わせて自身の行為Bを調整し、他方で、B（あるいは行為B）の存在がAに影響を与え、その結果としてAが行為Bに合わせて自身の行為Aを調整するからこそ、行為Aと行為Bは共同行為A+B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）結果発生蓋然性を高めたといえる」⁽³⁵⁾のは、単に互いに影響を及ぼし合っただけでなく、その結果として、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」

⁽³¹⁾ Dencker, a. a. O. (Anm. 26), S. 157.

⁽³²⁾ Dencker, a. a. O. (Anm. 26), S. 160.

⁽³³⁾ 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。

⁽³⁴⁾ 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。

⁽³⁵⁾ 大塚・前掲注（34）20頁。

と述べている⁽³⁶⁾。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）だけでなされうるものではなく、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ろう。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。

第3項 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Aと行為Bを相互に関係づけられた一個の共同行為 $A+B$ 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A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B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AがBの意思Bを実現するものでない（【図2】④の不成立）以上、Bの立場から見れば共同行為 $A+B$ は存在しない。他方、Aの立場から見ると、行為B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

⁽³⁶⁾ 嶋矢・前掲注（33）191頁。

ないにもかかわらず、行為 B が A の意思を実現しうることは、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）場合に、背後者に間接正犯を認める立場⁽³⁷⁾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 B 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觀念する必要はなく、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る。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 B に合わせて自身の行為 A を行っている。また、B は、行為 A の存在を認識してはいないが、行為 A が創出した状況に合わせて行為 B 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 A）を、B が X からの財物奪取（行為 B）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各自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 A に合わせて調整してくれるとは思っていないが、行為 B の状況に注視し、

⁽³⁷⁾ 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。

それに合わせて行為Aを調整するし、また、Bも同様に行為Aに合わせて行為Bを調整するといえる。【事例⑥】や【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。「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[って]」⁽³⁸⁾、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⁽³⁹⁾。

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、それらは確かに関係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とも肯定される余地はある。意思連絡は、共同行為（複数行為の結合＝客観的共同性）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づ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。

第2款 規範的共同性

第1項 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

⁽³⁸⁾ 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）465頁、同「共謀共同正犯論の現状と課題」『理論刑法学の探究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。

⁽³⁹⁾ 共同実行を「相互促進性」により基礎づける大塚は、「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と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（34）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。

見ていく⁽⁴⁰⁾。

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い⁽⁴¹⁾。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「もっぱら規範的な共同性」に区別しているが⁽⁴²⁾、本稿では前者に考察対象を限定する。

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づ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である⁽⁴³⁾。

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布を奪取した場合、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、相互に関連づ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、関連づけられる点に求めるのである⁽⁴⁴⁾。

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、関連づ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⁽⁴⁵⁾。②次いで、Lesch

(40) Heiko H. Lesch, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), S. 281.

(41) Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 292.

(42) Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 282.

(43) Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 282 f.

(44) Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 283.

(45) Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 283 f.

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A）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B）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Aから行為Bへの客観的目的連関は欠けるが、行為Bによる片面的な調整・結合は認められるのである⁽⁴⁶⁾。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B）、AがXを殺害した（行為A）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⁽⁴⁷⁾。それゆえ、行為Bから行為Aに対する片面的結合を認めうることになる。

第2項 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⁽⁴⁸⁾やドイツの皮革スプレー事件⁽⁴⁹⁾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」⁽⁵⁰⁾。

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ない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⁽⁵¹⁾。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

⁽⁴⁶⁾ Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 284 f.

⁽⁴⁷⁾ Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 285.

⁽⁴⁸⁾ 最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁。

⁽⁴⁹⁾ BGHSt 37, 106.

⁽⁵⁰⁾ 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。

⁽⁵¹⁾ 金子・前掲注(50)143頁以下。

という客観的な問題」であって⁽⁵²⁾、「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⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾。

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ても、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。

第3項 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られており、その点では相互行為帰属の要件として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づ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 A の展開を予測しながら、自身の行為 B を行為 A に合うよう調整し、自身の目的のために行為 A を利用している。また、A は、B および行為 B を認識していないとしても、行為 B 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 A 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。という

⁽⁵²⁾ 金子・前掲注（50）187頁以下。

⁽⁵³⁾ 金子・前掲注（50）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。

⁽⁵⁴⁾ 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。

のも、Bは、行為Aおよびその作用に注視し、自身の行為Bをそれに合わせて適合・調整しているが、他方で、行為Aは、行為Bの有無・態様とは無関係に展開され、行為Bに合わせて調整されることもないからである。さて、このような事例の場合、行為Aの有無・態様は、行為B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Bとは独立に遂行・完結する行為Aを「行為Bと関係づけられている」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A）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⁽⁵⁵⁾——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。結論からいえば、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A・行為B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、構成要件的结果（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。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係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」との金子の指摘⁽⁵⁶⁾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づ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づけられるものと推測される。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。

⁽⁵⁵⁾ 金子・前掲注（53）198頁注309。

⁽⁵⁶⁾ 金子・前掲注（53）194頁。Vgl. auch Lesch, a. a. O. (Anm. 40), S. 283.

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⁽⁵⁷⁾・通説⁽⁵⁸⁾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⁽⁵⁹⁾、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⁽⁶⁰⁾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。）⁽⁶¹⁾。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⁽⁶²⁾。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、共同性をもっぱら客観的に認定し、事実的要素の存否にかかわらず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⁽⁶³⁾。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⁽⁶⁴⁾。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

⁽⁵⁷⁾ 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。

⁽⁵⁸⁾ 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。

⁽⁵⁹⁾ 津地四日市支判昭和47年7月24日判時672号30頁。

⁽⁶⁰⁾ 大阪地判平成3年3月29日判時1383号22頁。

⁽⁶¹⁾ 潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』（信山社、2009年）3頁以下参照。

⁽⁶²⁾ 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。

⁽⁶³⁾ 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）。

⁽⁶⁴⁾ 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。

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。）⁽⁶⁵⁾。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Aと何らの事実的關係も有さず、Aの意思を実現するものではない行為Bを含めた共同行為 $A+B$ について、それをAの行為と解し、Aは違法な行為 $A+B$ 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關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——許されない⁽⁶⁶⁾。

第3款 規範的評価による共同行為の限定

第1項 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⁽⁶⁷⁾ないし最小限従属性説⁽⁶⁸⁾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。それゆえ、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關係（条件關係）が肯定されるといった場合を想定することはできない。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

⁽⁶⁵⁾ 松生・前掲注（54）233頁参照。

⁽⁶⁶⁾ 刑法上の唯一の例外が同時傷害の特例（刑法207条）である。

⁽⁶⁷⁾ 例えば、団藤・前掲注（37）382頁以下、曾根・前掲注（64）558頁。

⁽⁶⁸⁾ 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、十河太朗「共犯従属性概念の再構成（二・完）」同法303号（2005年）179頁。

じる前提が失われることになるのである。したがって、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る。

第2項 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章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認識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思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」⁽⁶⁹⁾との理解を前提に⁽⁷⁰⁾、規範的共同性は、「共同正犯特有の関係だ

⁽⁶⁹⁾ 金子・前掲注（50）144頁以下。

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〔ない〕」のであって⁽⁷¹⁾、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。

第3項 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の否かという点にある」⁽⁷²⁾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とでは、法的には全く別個のものとして把握すべきこととなる」⁽⁷³⁾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ると思われる。

（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。

(70) これに対して、松生・前掲注(54) 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。

(71) 金子・前掲注(50) 151頁。

(72) 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) 328頁。

(73) 荒木・前掲注(72) 334頁。

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」⁽⁷⁴⁾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、それらを一括りに扱い、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。

第4款 結論

第1項 本章の帰結

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。行為と行為の客観的な結合関係（客観的共同性）の根拠と限界を考察してきた本章の結論は、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づけられている場合、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、複数人による同一意

⁽⁷⁴⁾ 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）234頁。

思の共有を意味するのではなく、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A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 $A+B$ 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Aと行為Bの両者を通じて実現しているといえるから、Aの関係では共同行為 $A+B$ 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B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、客観的共同性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。

第2項 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。しかし、共同正犯の第三の要件である「客観的共同性」が問題になる文脈においては、相互調整関係の存否のみを問えば足り、その程度を考慮する必要はなく、それゆえ意思連絡を要求する必然性もないことになる。

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、西原春夫は、共同意思主体説の立場⁽⁷⁵⁾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」

⁽⁷⁵⁾ 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——」国士館42号（2009年）26頁以下。

として⁽⁷⁶⁾、（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⁽⁷⁷⁾。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⁽⁷⁸⁾。

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A（暴行）と行為B（財物奪取）が共同行為A+Bを形成するとしても、あくまでも行為B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B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⁽⁷⁹⁾。

更に、客観的共同性（要件③）の下位基準である最低限の相互調整が共同正犯成立の必要十分条件であるかも疑う余地がある。関与者らが意思連絡なしに一定程度の連携を取るとは観念可能であるが、刑法60条は、それ以上の高度な連携を要求するのであって、そのためには意思連絡が必要になると解する余地もあろう⁽⁸⁰⁾。

そこで、次章では、意思連絡の要否、ひいては片面的共同正犯の成否について最終的に結論を下すために、意思連絡が共同正犯論において果たすべき役割を検討することにする。

(76) 西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕（下巻）』（成文堂、1993年）375頁。

(77) 西原・前掲注（76）383頁。

(78) 第4章第1節第4款第2項（186頁以下）、第3項（188頁以下）参照。

(79) 第4章第2節第1款（191頁以下）参照。

(80) 第4章第2節第2款（195頁以下）参照。

第4章 意思連絡の要否と役割 (主観的共同性)

事例集（第4章 意思連絡の要否と役割（主観的共同性））

【事例①】	Aは、被害者に恨みを持っていたところ、Bが被害者を強姦する際にBに気づかれることなく被害者の足を押さえ、Bによる強姦を完遂させた。
【事例②】	強盗を共謀の上、Aが被害者に暴行を加え、その間にBが被害者の財物を奪取した。
【事例③】	Aが被害者に暴行を加え、その間にBが被害者の財物を奪取した事案において、Bはその関係上Aに対して強い立場にあり、それゆえAの心理に対するBの影響力は拘束力を認めうるほどの強度であったが、他方で、AはBの要求を渋々了承したに過ぎず、Bに対するAの心理的影響力は微弱であった。
【事例④】	Aが被害者に暴行を加え、Bが被害者の財物を奪取して強盗を実行することを共謀し、AがBの心理を拘束したところ、その後Cが加わり、Aと共にBに犯罪の実行を指示・命令した。
【事例⑤】	Aが直接実行者Bに対して屏風をけん銃で撃つよう指示し、器物損壊の意思でBが発砲したところ、実は屏風の後ろに被害者がおり、Bが撃った銃弾により死亡した（被害者の存在はAのみが認識していた）。
【事例⑥】	Aは、Bが被害者宅から財物を窃取しようとしていることを偶然知り、Bを助ける意図で暴行により被害者の反抗を抑圧し、Bはその状況を知ることなく財物を窃取した。
【事例⑦】	Aが殺人の故意を、Bが傷害の故意をもって一緒に被害者に暴行を加えて死亡させた。

第1節 意思連絡の論理的必要性と類型的必要性

第1款 はじめに

第1項 共同正犯における意思連絡

（1）問題の所在

共同正犯の成立要件の一つとして意思連絡（および合意）を要求する。そして、その論理的帰結として片面的共同正犯を否定する。これが我が国の判例^①・通説^②の立場である（必要説（または意思連絡必要説））。これに対して、因果的共犯論を中心に議論を展開する我が国の共犯論においては、一方で心理的因果性を基礎づける点のみに意思連絡の意義を認め、他方で物理的因果性だけでも共同正犯の成立を肯定しうるとして、意思連絡の必要性を否定し、片面的共同正犯を肯定する見解も有力に主張されている（不要説（または意思連絡不要説）^③）。

この問題をめぐる議論状況を見る限り、判例・通説による必要説の支持が揺らぐことは今後もないだろう。しかし、たとえそうだとした場合、ここで改めて共同正犯における意思連絡を再考することに意味がないわけではない。

まず、必要説と不要説は、意思連絡の必要性をめぐり議論を展開しているにもかかわらず

^① 大判大正11年2月25日刑集1巻79頁。

^② 例えば、内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣、1973年）8頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）283頁以下、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）391頁、西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕（下巻）』（成文堂、1993年）383頁、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（成文堂、1997年）144頁、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するという事』（弘文堂、2005年）51頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）468頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）292頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）270頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）410頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）557頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）376頁、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開（町野朔先生古稀記念）上巻』（信山社、2014年）249頁以下、立石二六『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2015年）315頁、橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）260頁以下、日高義博『刑法総論』（成文堂、2015年）466頁、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（東京大学出版会、2015年）343頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）561頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2016年）460頁。

^③ 例えば、植田重正「片面的共犯」『齊藤金作博士還暦祝賀（現代の共犯論）』（有斐閣、1964年）241頁以下、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）390頁以下、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣、2002年）1433頁、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2004年）293頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）414頁以下、松宮孝明『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2009年）267頁以下、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）355頁、小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）158頁以下、佐伯千仞『刑法の理論と体系』（信山社、2014年）339頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）897頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）367頁。

ず、そこでいう「必要性」の意味の点で既に一致が見られないように思われる。不要説の主張は、共同正犯の要件（例えば、因果性や相互利用・補充関係）は意思連絡がなくても充足されうると解することで、意思連絡の不可欠性に疑問を呈するものである。つまり、ここでは（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」を問い、不要説はそのような意味での必要性を否定するのである。これに対して、必要説の中には——意識的にせよ、無意識的にせよ——共同正犯の要件が意思連絡なしに充足されうること認めつつも、一般的にはそれらが意思連絡を前提に充足されることに着目し、刑法60条はそのような類型的な因果性や相互利用・補充関係が存在する場合のみを予定する規定である、と解するものもあろう。ここで求められているのは、あくまでも（例外の存在を許容する）意思連絡の「類型的な必要性」なのである。以上のように各説が前提とする「意思連絡の必要性」にニュアンスの違いがありうるとすると、その点を考慮しつつ必要説と不要説の主張を分析することで、両説の対立軸を見直すことが可能になるように思われる。

また、共同正犯における意思連絡は、要否だけでなく、その役割も十分に解明されているとはいえない。この点の不十分さは、例えば、承継的共同正犯の処理の際に顕在化する。共同正犯の成立要件として意思連絡を要求する立場からは、「他人の行為について責任を負う根拠が、共同意思の形成とその意思に基づく実行にあるとすれば、共同正犯としての責任は、共同意思が形成されたのちの共同行為により生じた事実についてのみ及ぶとするのが一応論理的である」⁽⁴⁾はずである⁽⁵⁾。先行者Aが強盗する目的で暴行を加え、被害者の反抗を抑圧した後で、事情を認識した後行者BがAと意思連絡した上で被害者から財物を奪取した場合、暴行時点のAはBと意思連絡しておらず、B（およびBの将来の行為）の存在を認識すらしていない。そうであるならば、少なくともAの暴行についてBに共同正犯を認める理由はない、といえそうである。しかし、意思連絡を成立要件として要求しつつ、承継的共同正犯が成立する余地を認める論者は、例えば、「後行者が、介入の時点において先行者によって実現された状況を認識し、その状況を積極的に利用して先行者とともその犯罪の実現を意図してい[れば]」、「事前に相互的理解が成立しているばあいと実行行為の一部が行われた後に相互的理解が生じたばあいと価値的に同じである」として、共同正犯の成立を認めるのである⁽⁶⁾。ここでは「事後的な認識」、「積極的な利用意思」、および「積極的な利用」が意思連絡を代替しており、不可欠の要件として要求したはずの意思連絡が軽視されている。このような解釈は、まさに、意思連絡の役割が不鮮明であることに起因するものといえよう。

以上のように、我が国の共同正犯論は意思連絡の要否および役割を未だ解明するには至っておらず、これは、共同正犯の構造を検討する上で避けては通れない問題であるといえ

⁽⁴⁾ 藤木英雄『新版刑法演習講座』（立花書房、1970年）408頁。

⁽⁵⁾ 「共同正犯の成立要件としては、共同実行の意思とともに共同実行の事実が存在しなければならぬから、〔中略〕共同正犯の成立する範囲は、後行者が介入した後の共同実行行為についてである」とする大塚・前掲注（2）294頁も参照。

⁽⁶⁾ 福田平「承継的共同正犯の成立範囲」判時1276号（1988年）216頁。

よう。

（2）本章の構成および目的

意思連絡をめぐる議論の出発点は、共同正犯を規定する条文の文言である。我が国の意思連絡必要説は、例えば、刑法60条の「共同して」という文言には『相互了解のもとに』ということが含まれている」のであって、意思連絡の必要性は文理解釈から導かれると説いている⁽⁷⁾。ドイツの学説においても、通説は、ドイツ刑法25条2項が「共同して（gemeinschaftlich）」と規定する以上、共同所為決意（gemeinsamer Tatentschluss）を欠く共同正犯を認めることは法律の文言に反し、類推解釈の禁止に抵触するものであると理解している⁽⁸⁾。

しかし、刑法60条の文言上、「共同者間の『意思連絡』は、共同正犯成立において不可欠の要件とはいえず」、『意思連絡』は共同正犯成立に必須の要件ではないとの文言解釈も成り立ちうることは既に指摘されている通りである⁽⁹⁾。それでは、それにもかかわらず片面的共同正犯が『他の共同正犯者なき共同正犯』という不自然な共同正犯形態⁽¹⁰⁾として否定されるのは何故だろうか。それは、おそらく、共同正犯の本質に由来する解釈の帰結なのだろう。したがって、意思連絡の要否に結論を下すには、条文の文言に依拠するだけでは不十分であって、共同正犯という関与類型において意思連絡が有する実質的意義に着目し、その役割を分析しなければならないことになる。当然のことではあるが、ある要素の「要否」と「役割」は相互に関連し合うものであって、常に両者の間で視線を往復させながら検討する必要があるといえる。

そこで、以下では、まず、刑法60条に3つの機能（因果性拡張機能（因果性）・正犯性拡張機能（正犯性）・結合機能（共同性））があることに鑑み、意思連絡がそれぞれの場面で如何なる役割を有しており、如何なるレベルで要求されるのか（論理的な必要性なのか、それとも類型的な必要性なのか）を分析する（第1節第2款、第3款、第4款）。次いで、節を改めて、以上の機能に還元されない観点（他者関係的正犯性および類型的に高度な危険性）から意思連絡の意義を考察することにする（第2節第1款、第2款）。

「共同正犯における意思連絡の要否と役割」という問題は、決して新規制のあるものではない。本章では、しかし、この古典的な問題を今一度取り上げ、その再考を通じ、共同正犯論の深化に寄与することを目的とする。

⁽⁷⁾ 植松正「片面的共犯否定への道標」『齊藤金作博士還暦祝賀（現代の共犯論）』（有斐閣、1964年）259頁。

⁽⁸⁾ Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 759 f. Vgl. auch Rudolf Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2014, 44/12.

⁽⁹⁾ 内海朋子「共同正犯における『意思連絡』の意義について（一）」亜大39巻2号（2005年）108頁。Vgl. auch Volker Haas, in: Matt/Renzikowski StGB, 2013, § 25 Rn. 66.

⁽¹⁰⁾ 内海朋子『過失共同正犯について』（成文堂、2013年）78頁。

第2項 意思連絡と合意

ところで、我が国では共同正犯の要件として「意思連絡」が要求されると説明されるのが一般的であるが、ドイツでは「共同所為決意」（すなわち、関与者間の「合意」）が要件として挙げられることが多い。確かに、意思連絡と合意は、互換的に用いることも可能な概念であろう⁽¹¹⁾。したがって、意思連絡を要求する我が国の立場と共同所為決意（合意）を要求するドイツの立場に本質的な差異はなく、表現の違いに過ぎないともいえる。しかし、本来、意思連絡が関与者らの間で行われる「外部的・客観的なコミュニケーション」を意味するのに対して、合意は、意思連絡（コミュニケーション）の結果として到達する関与者らの「意思の合致」を示すものであって、それぞれ異なる事実を対象にする概念である。意思連絡と合意が密接な関係にあることは明らかであるが、無用な混同を避けるためにも、両者は区別して用いられるべきであろう⁽¹²⁾。

第2款 因果性と意思連絡

第1項 必要条件としての心理的因果性

共同正犯の成立には個々の行為に——刑法60条を通じて拡張された——因果性（条件関係または促進関係）が認められなければならない。ここでは、そうした立場に立ちつつ、その因果性を心理的因果性と理解し、その前提として意思連絡を要求する見解を検討する。

（1）町野朔の見解

町野朔は、「共同正犯を含めた意味での共犯においては、共同正犯行為・共犯行為と結果との間に条件関係は必要ではない、心理的因果性が存在すれば足りるとすることは、単独正犯の場合に対して、帰責の前提としての因果関係の内容が拡張されている」⁽¹³⁾と理解した上で、「共犯者同士が意思を通じることによって犯罪結果の発生が促進されたであろうという『心理的因果性』が、条件関係に代わる」⁽¹⁴⁾として、意思連絡に基づく心理的因果性を（広義の）共犯の必要条件に位置づけている。そして、こうした前提の下、「共同正犯も幫助犯も、心理的因果性によって結果の帰責を認めることにおいては同じであるのだから、片面的共犯はいずれに関しても否定される」との結論を導くのである⁽¹⁵⁾。

⁽¹¹⁾ 例えば、岩田誠「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三十三年度』（法曹会、1971年）405頁は、「本来の共同正犯（実行共同正犯と仮称する）が成立するためには、二人以上の者の間に『意思の連絡』即ち『共同犯行の認識』があれば足り」としており、意思連絡と合意（共同犯行の認識）を同義に用いている。

⁽¹²⁾ なお、意思連絡または合意の互換的な概念として「意思疎通」が使用されることもある。これは、互いの意思を相手に伝達するという意味では意思連絡に近いが、互いの意思が相通じ合っている状態を指すという意味では合意と同義ともいえる。意思連絡や合意よりも多義的で、曖昧な概念であると思われる。

⁽¹³⁾ 町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」『刑事法学の現代的状況（内藤謙先生古稀祝賀）』（有斐閣、1994年）130頁。

⁽¹⁴⁾ 町野朔『プレップ刑法〔第3版〕』（弘文堂、2004年）226頁。

⁽¹⁵⁾ 町野・前掲注（13）136頁。

しかし、町野の見解においては、一方で、刑法60条以下を通じて拡張された因果性として心理的因果性（心理的促進関係）を要求しつつ、他方で、拡張された物理的因果性（物理的促進関係）を排除する理由が明らかでない。「心理的因果性が存在しないときにも物理的因果性〔物理的促進関係〕が肯定されれば共犯の成立があるとすることは、〔中略〕共犯に必要とされる心理的因果性も、単独犯に必要な条件関係も存在しないところで関与者の責任を肯定することであり、やはり不当だと思われる」⁽¹⁶⁾とするのみで、心理的因果性を必要条件と解する根拠は何ら提示されていない（〔〕内引用者）。そこで、その根拠を探るために、この点に言及している石井徹哉の見解を次に見ていく。

（2）石井徹哉の見解

石井は、共同正犯を含む広義の共犯に単独正犯の帰責原理が妥当しない理由につき、「教唆犯・従犯では正犯者が規範的障害となっており、共同正犯では他の共同者が規範的障害になっているため、犯罪結果に対する因果関係が直接正犯と同様に理解することができない」点に求めている⁽¹⁷⁾。そして、「共犯においては規範的障害を媒介した因果性を問題にするため、その因果性は心理的因果性を考えざるをえない」と解するのである⁽¹⁸⁾。

また、石井は、物理的因果性のみで共同正犯の因果性を判断することが妥当でない理由について、以下のようにも述べている。まず、「犯罪結果に対する因果的関連性に共同正犯の処罰根拠を求める以上、その基準を結果に対する寄与度にもとめることは正当であ〔つて〕」、「共同正犯が『正犯とされる』以上、共犯としての因果性が認められるなかで、単独正犯における因果的関連性に価値的に同等といえる因果的寄与が認められる場合に、共同正犯の成立が認められるべき」⁽¹⁹⁾であることを出発点とする。以上の理解を前提に物理的因果性のみでも共同正犯は成立しようと考えると、①単独正犯の因果的寄与と同等の物理的因果性が肯定される場合は、「もはや共犯関係の成立を認める必要はなく、単独正犯として処罰可能」となるし、②「共犯における物理的因果性の内容を結果の促進ないし強化という点から考察するのであれば、結果の促進ないし強化が単独正犯のもつ因果性といかなる点で価値的同等となるのか、はたしてそのような場合が存在しようのか」が問題になることになる⁽²⁰⁾。このことから、「少なくとも共同正犯に関しては、物理的因果性それ自体で共同正犯の成立は認められない」と結論づけるのである⁽²¹⁾。

しかし、因果的寄与度の強弱により（広義の）正犯と（狭義の）共犯を区別すべきとの

⁽¹⁶⁾ 町野・前掲注（13）131頁。

⁽¹⁷⁾ 石井徹哉「共同正犯に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻』（成文堂、1998年）379頁。

⁽¹⁸⁾ 石井・前掲注（17）380頁。

⁽¹⁹⁾ 石井・前掲注（17）383頁。

⁽²⁰⁾ 石井・前掲注（17）383頁。

⁽²¹⁾ 石井・前掲注（17）384頁。幫助犯の場合にも心理的因果性が必要であるとの主張については、石井徹哉「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について（下）」千葉27巻2号（2012年）75頁以下参照。

主張の点で既に疑問なしとはしないが⁽²²⁾、その点を措くとしても、物理的促進関係が単独正犯における因果的寄与と価値的に同等となりうることを疑うのであれば、動機の提供・強化・促進によって認められるとする心理的因果性⁽²³⁾が単独正犯と因果的に同価値になりうるかも疑わしくなってくるであろう。また、そもそも、規範的障害である他者を介することにより因果性が拡張されるからといって、そのことから直ちに物理的因果性が排除されると結論づけることには論理の飛躍がある。「単独犯の場合でも物理的因果性と心理的因果性の相違に規範的な意味は認められていないのに、なぜ共犯の場合にだけそこに規範的差異が認められるのか不明である」との批判⁽²⁴⁾が妥当するものと思われる。結局、石井の試みによっても心理的因果性の不可欠性は論証されていないといえる。

第2項 心理的因果性と意思連絡

(1) 意思連絡の必要性

それでは、仮に心理的因果性を共同正犯に不可欠の要件であるとして、そこから意思連絡の「論理的な必要性」を論証することは可能であろうか。

この点、町野は、心理的因果性の意味について、「行為者がある行為を遂行するに当たって、他の行為者がそれを認識し支持を与えていることを認識することによって、彼は勇気づけられ、行為に出ることが促進され、結果の発生も促進させられる」⁽²⁵⁾と理解した上で、「行為者が行為に出ることに関して、彼と他の者との間に意思の疎通があれば、その行為から発生した結果に関して他の者は責任を負うというのが、共犯である」⁽²⁶⁾としている。共同正犯者および（狭義の）共犯者の心理的因果性を認めるには、彼らの存在・支持を他の正犯者が認識しなければならず、そのためには意思連絡（意思疎通）が不可欠であると解しているように思われる。

しかし、意思連絡がなくても他の関与者の心理に影響を与えることは十分可能である。「例えば、甲が窃盗犯人乙のために、丙の家のドアの鍵を壊しておいたところ、乙は鍵が壊されているのを知って、誰かが助けてくれていると感じ、勇気づけられて、侵入した、という場合」、甲と乙の間に意思連絡はないが、町野が指摘する『「勇気づけ」の関係は存在している」⁽²⁷⁾といえる。そうすると、心理的因果性の必要性から直ちに意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできないことになる。

他方で、意思連絡が存在する場合の方が心理的因果性の認定が容易になることは確かだ

⁽²²⁾ 第2章第1節第3款第1項（60頁以下）参照。

⁽²³⁾ 石井・前掲注（17）380頁。

⁽²⁴⁾ 今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）365頁〔島田聡一郎〕。

⁽²⁵⁾ 町野・前掲注（13）131頁。

⁽²⁶⁾ 町野・前掲注（13）132頁。

⁽²⁷⁾ 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして——」立教57巻（2001年）55頁以下。

ある。このことから、心理的因果性の観点から意思連絡の必要性を導く見解は、広義の共犯の因果性を認定するには事実的な心理的因果性があるだけでは足りず、それに加えて刑法60条以下が予定する類型的な心理的因果性が要求されるのであって、その類型性を担保する要件として意思連絡が要求されると考えたのではないだろうか。

（2）小括

共同正犯の場合、各関与者の個々の行為の因果性は——たとえ刑法60条を通じて拡張されたものだとしても——不可欠の要件として要求される⁽²⁸⁾。

しかし、そもそも物理的因果性のみによって因果性要件を充足することも可能であるが、たとえ心理的因果性を（広義の）共犯の必要条件と解したとしても、意思連絡なしに心理的因果性を肯定する余地もある。それゆえ、因果性要件から、意思連絡（および合意）の「論理的な必要性」を基礎づけることはできない⁽²⁹⁾。他方で、刑法60条以下が要求する心理的因果性は単なる事実的な因果性ではなく、類型的な法的因果性であると理解するのであれば、意思連絡を心理的因果性の類型性を担保する要素と解する可能性も出てこよう（類型的な必要性）。

第3款 正犯性と意思連絡

共同正犯は、犯罪事実のすべてを自ら実現したわけではないが、それにもかかわらずその全体について正犯として処罰される。この意味において、刑法60条には正犯性を拡張する機能が認められる。ここでは、この正犯性拡張機能の実質的根拠と意思連絡の関係を考察していく。

第1項 相互利用・補充関係

（1）概要

共同正犯は、犯罪の実現に対して部分的にしか関与していないにもかかわらず、全体について正犯として責任を問われる。共同正犯におけるこの法的効果「一部行為の全部“正犯”責任」⁽³⁰⁾の根拠をめぐっては、従来、関与者間の相互利用・補充関係に求めるのが一般的であった⁽³¹⁾。すなわち、例えば、「共同正犯において、共同者全員が、共同者によって実行

⁽²⁸⁾ 第1章第1節第3款（20頁以下）参照。

⁽²⁹⁾ 意思連絡がなくても心理的因果性を肯定しうる場合があることを指摘するものとして、小林憲太郎「共犯関係の解消について」『理論刑法学の探究⑨』（成文堂、2016年）195頁脚注4。

⁽³⁰⁾ 「一部行為の全部責任」とされるのが通例であるが、それでは部分的な行為にもかかわらず犯罪事実全体について刑事責任を問われるという意味で狭義の共犯にも妥当することになる。共同正犯の法的効果の特殊性は、全体について“正犯”として責任を問われる点にあるのだから、「一部行為の全部“正犯”責任」と表現する方が適当であろう。

⁽³¹⁾ これに対して、共同意思主体説の論者は、個人的共犯論から「一部行為の全部“正犯”責任」を説明することはできず、「一部行為の全部責任の法理は、所詮、自分の実行しなかった部分についても正犯責任を問うものであって、個人的共犯論の立脚する個人責任の法理

され、実現されたことについて、正犯としての罪責を問われるのは、これらの共同者が、相互にそれぞれの行為を補充し合っているところから、共同者各自の行為が一体のものと評価されるからである〔る〕⁽³²⁾、あるいは「刑法が、共同者の行為を共同正犯として特別に取り扱おうとする趣旨は、各共同者が、互いにその行為を利用し合い、補充し合って実現したところに対して共同の責任を負担させようとするところにある」⁽³³⁾と説くのである。

しかし、相互利用・補充関係は、「一部行為の全部“正犯”責任」を説明する原理としては不十分である。まず、広義の共犯としての罪責（の限界）を基礎づけるのは個々の行為の（心理的ないし物理的）因果性であって、相互利用・補充関係ではない⁽³⁴⁾。他者の行為をいくら利用し補充したところで、その行為に対して因果的な影響力を何ら及ぼしていない者を当該行為につき処罰することはできない。また、相互利用・補充関係は、共同正犯の場合だけに形成されるわけではなく、狭義の共犯者（教唆者・幫助者）も正犯者の行為を利用・補充し、他方で正犯者も狭義の共犯者の行為を利用・補充しているといえる⁽³⁵⁾。それゆえ、そのような関係によって共同正犯の特殊性ないし共同正犯性を説明することはできないはずである。

しかし、以下ではこれらの問題をひとまず措いた上で、相互利用・補充関係を前提に考察を進めることにする。

と相容れない。共同正犯の共犯性が認識されれば、共同正犯の団体的把握が可能となり、超個人的なものの行った実行行為の全部につき、その分担者にそれぞれ責任を負担させるという全体的考察方法が可能となる」（立石二六「共謀共同正犯」同『刑法解釈学の諸問題』（成文堂、2012年）146頁）、あるいは「共犯が、自らは実行行為を行っていないにもかかわらず、処罰の対象となり（教唆犯・従犯の場合）、また、犯罪の一部しか行っていないにもかかわらず全体について責任を問われる（一部実行全部責任／共同正犯の場合）理由としては、数人が一定の犯罪を実現しようとする共同目的の下に合一したということ以外には考えられず、〔共同意思主体説が〕もっとも適切な見解である」（曾根・前掲注（2）549頁）と説いている。しかし、これだけでは、共同意思主体それ自体が共同行為全体の正犯と評価されることは説明できても、個々の共同正犯者が正犯として処罰される理由は明らかにならない。結局のところ、各共同正犯者の正犯性を犯罪全体におけるそれぞれの役割の重要性から導くとするならば、その判断過程に「共同意思主体」という観念的な主体を介在させる必要はないといえる。

⁽³²⁾ 福田・前掲注（2）273頁注1。

⁽³³⁾ 大塚・前掲注（2）292頁。

⁽³⁴⁾ 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）109頁も参照。

⁽³⁵⁾ 幫助者は幫助行為を通じて正犯行為の足りない部分を補充し、正犯行為は単独では構成要件を充足しない幫助行為を補充するといえ、他方で、幫助者は正犯行為を利用することで自身の目的を実現し、正犯者も幫助行為を利用することで構成要件の実現を容易にしているといえる。「通常、幫助者も正犯者と分業的に協働するのであって、それゆえこの観点〔分業〕が共同正犯を特徴づけるのに資するのは、特殊な分業を要求する場合くらいのものである」とする René Bloy, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, GA 1996, S. 429 も同趣旨であると思われる。

（2）意思連絡の要否

（i）従来の理解

我が国の学説は、一般に、意思連絡の不可欠性を「一部行為の全部“正犯”責任」の根拠とされる相互利用・補充関係から導いてきた。例えば、阿部力也によれば、相互利用・補充関係は全体として見れば「犯罪の分業・分担」と捉えられるとの理解の下、「犯罪結果の発生に向けた分業の前提として、各関与者にそれぞれの役割が分担されなければならないが、このような分配は、各関与者の合意がなければ生じない」、つまり「各共同者間の心理的な内容としてお互いに利用し合うという認識を相互にもたないかぎり、成立しえない」⁽³⁶⁾。また、「各関与者の寄与が犯罪結果の発生へ向けて実効性を有するのは、各関与者が、意思連絡をとおして、それぞれの役割を果たし、その目的へ向けて各自が行為を遂行するからにはほかなら〔ず〕」⁽³⁷⁾、「主観的には、お互いが利用し利用され合うという認識をもたなければなら〔ない〕」⁽³⁸⁾。かくして、相互利用・補充関係（犯罪の分業・分担）が形成されるには、その不可欠の前提として、意思連絡を通じて役割を分担し、各自の役割を相互に認識し合う必要があるとするのである。

（ii）検討

それでは、意思連絡には、相互利用・補充関係の形成にとって如何なる意味が認められるであろうか。

この点、まず、意思連絡がなくても相互利用・補充関係を形成しうることを確認すべきである。例えば、Bが被害者を強姦する際に、被害者に恨みを持っていたAがBに気づかれることなく被害者の足を押さえ、Bによる強姦を完遂させた場合（【事例①】）、AとBの間に意思連絡はないが、AはBの姦淫行為を利用・補充しているといえる。更に、Bも、Aが創出した状況を意識せずに利用しているし、姦淫を遂行することで（強姦の実現を意図する）Aの行為を補充していると考えられるだろう⁽³⁹⁾。また、「片面的加功意思によって役

⁽³⁶⁾ 阿部力也「共同正犯の主観的成立要件について」法論 70 卷 1 号（1997 年）121 頁以下。

「関与者の行為は、『意思連絡』を通じて形成された『共謀』により、分業的あるいは分担的な行為として評価される」のであって、『意思連絡』は関与者の行為を分業化するという効果を有する」とする行田桜子「共同正犯の主観的成立要件について：『意思連絡』における共同性と正犯性」北大法政ジャーナル 21・22 卷（2015 年）56 頁以下も同趣旨であろう。

⁽³⁷⁾ 阿部力也「黙示の意思連絡について」法論 70 卷 2・3 号（1997 年）119 頁。

⁽³⁸⁾ 阿部・前掲注（36）122 頁。

⁽³⁹⁾ なお、阿部は、承継的共同正犯について、「各関与者による『相互利用補充関係』が認められた共同行為と、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」としては十分であるとの理解を前提に、先行行為が後行者の関与後にもなお効果を持ち続けている場合に、後行者がその状態を利用して先行者と共同して結果を発生させたと評価できるのであれば、その限度では共同正犯の成立を認めることができる」としている（阿部力也「共同正犯の因果性——承継的共同正犯に関する議論を参考にして——」明治大学社会科学研究所紀要 50 卷 2 号（2012 年）220 頁、同「承継的共同正犯について」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014 年）553 頁）。このように、共同正犯の成立要件として意思連絡を、共同正犯の本質として相互利用・補充関係を要求した上で、承継的共同正犯については、先行者（A）の先行行為と後行者（B）の関与後の行為に相互

割分担を事前形成することも不可能ではない⁽⁴⁰⁾。つまり、【事例①】をAの立場から見れば、AとBが役割を分担して犯罪（強姦）を遂行していると評価することも可能なのである⁽⁴¹⁾。以上のように、意思連絡が存在しなくても相互利用・補充関係は形成されうるものであって、この観点から意思連絡の「論理的な必要性」を導くことはできないといえる。

しかし、他方で、関与者間に意思連絡がなく、一方の関与者の片面的な認識しかない場合、当該関与者による他者の行為の利用が——意思連絡がある場合に比べて——困難になることも確かである⁽⁴²⁾。例えば【事例①】の場合、意思連絡がない以上、AがBの計画を正確に認識することは難しく、それに伴いBの行為を含めた役割分担を想定することも難しくなる⁽⁴³⁾。それゆえ、一般論としては、意思連絡のない関与者間に相互利用・補充関係

利用・補充関係が認められる限りで肯定する見解は他にも見受けられる（例えば、大谷・前掲注（2）418頁）。しかし、これらの主張は、相互利用・補充関係に意思連絡が不可欠でないことを証左するものである。Aは、Bが介入する前の時点、すなわち先行行為の時点でBと意思連絡しておらず、Bの行為を予見してもいない。他方で、Bは、Aと意思連絡を交わした時点で、Aの先行行為をいわば一方的・片面的に認識し、利用したといえる。つまり、「先行行為時のA」と「後行行為時のB」の間に相互的な意思連絡はないのである。それにもかかわらず両者の間に相互利用・補充関係を肯定するのであれば、相互利用・補充関係は、意思連絡を論理的には要求しないことになるはずである。

⁽⁴⁰⁾ 鎮目征樹「片面的共犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）107頁。

⁽⁴¹⁾ 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）179頁以下は、「共謀によってこれから行う行為の意味、その行為によって生じ得る結果の予期があるからこそ、その行為全体における自己の地位・役割も確認でき、この点に、相互的行為帰属し得る基礎が認められる」としているが、共謀ないし意思連絡が欠け、片面的な認識しかない場合であっても、そのような認識を持つ関与者は、犯罪全体における自己および他者の行為の役割を把握することは可能であろう。

⁽⁴²⁾ 大塚仁『犯罪論の基本問題』（有斐閣、1982年）327頁参照。

⁽⁴³⁾ 大越義久『共犯論再考』（成文堂、1989年）64頁は、「『他人の関与行為を、自己の関与行為でもって完全な犯罪にする』ためには、一方的了解で足り、必ずしも共同者間の意思疎通までも必要とはしない」ため、「共同正犯が分業の原則に基づくことと、共同正犯の成立に共同者間の意思疎通を要求することとの関連性が、いまひとつ判然としない」とする。また、「意思連絡がなくても、客観的に相互に影響を及ぼし合う関係も考えられることなどを考慮すると、実行行為を分担するなど関与者が客観的に密接な関係にある場合については、意思連絡がなくても例外的に共同性を肯定することが可能である」とする橋爪隆「共謀の意義について（2）」法教413号（2015年）100頁以下、「共同性は、複数人があたかもひとりで基本的構成要件を実現したかのように扱うことを正当化するための要件であるから、たとえその間に意思連絡が存在しなくても、たとえば、相互に不法を実現する行為を促進する影響を与えあっているとか、他方への時宜に応じた助力を継続的に提供しているような場合には、なお不法の共同の産物とみて、共同性を肯定することも可能であろう」とする小林・前掲注（29）195頁脚注4も参照。「相互諒解」を共同正犯の成立要件から排除しつつも、複数人の行為が「客観的に現実に共同すること、すなわち、相互に相呼応し、相補足し合うこと——共同加功の事実——を要する」とする佐伯・前掲注（3）339頁、および、同じく意思連絡の必要性を否定しつつも、共同正犯が成立するには複数人の行為が「客観的かつ同時的に相互依存している関係がなければならない」（機能的な相互依存関係）とする山中・前掲注（3）897頁以下も、関与者間に意思連絡がなくても、彼らの

が成立することはほとんどないといえる。このことから、相互利用・補充関係の観点から意思連絡を要求する見解は、共同正犯に——意識的にせよ、無意識的にせよ——類型的な相互利用・補充関係を、つまりは法的に限定を加えられた相互利用・補充関係を求め、意思連絡をその前提条件に位置づけたのではないだろうか。

以上のように、意思連絡がなくても相互利用・補充関係を形成すること自体は可能であって、従来の通説は、このことを看過していた点に問題を残していた。しかし、通説の真意は、相互利用・補充関係が常に不可欠の要件として意思連絡を要求すること（つまり、意思連絡の「論理的な必要性」）の論証ではなく、共同正犯の射程範囲を刑法が類型的に想定する相互利用・補充関係の場合に限定しようとする（つまり、意思連絡の「類型的な必要性」を要求する）点にあったように思われる。

第2項 機能的行為支配

（1）機能的行為支配の前提としての分業

共同正犯の正犯性の根拠として機能的行為支配を要求する見解は、意思連絡をその不可欠の前提に位置づけるのが一般的である。

例えば、「不可欠な役割分担による機能的行為支配」を重要な役割の下位基準の一つと解する松原芳博によれば、機能的行為支配は、「意思連絡によって形成された共通の計画に基づく分業を内容とする」ものである⁽⁴⁴⁾。また、照沼亮介も、意思連絡に基づいて分業関係・役割分担を形成し、「自分が他の者と同等に重要な寄与を分担している」ことを相互認識することで、一部分の分担のみで全体の不法について支配性を獲得するとしている⁽⁴⁵⁾。

ドイツの機能的行為支配説においても同様の説明が見受けられる。これは、例えば、全体を包括する計画があるからこそ個々の行為に機能が与えられるのであって、そのような計画は、機能的行為支配を基礎づける分業的共働にとって不可欠の要素であるとする Claus Roxin⁽⁴⁶⁾および Bernd Schünemann⁽⁴⁷⁾の見解に見て取れよう。つまり、犯罪全体の中で個々の行為に付与される意味（機能）は、関与者らが意思連絡を通じて形成した計画を基準に判断されると解するのである⁽⁴⁸⁾。

以上の考え方を推し進めると、Torsten Buser が指摘するように、行為支配の対象は、実際に実現した犯罪ではなく、関与者らが計画の中で想定した犯罪ということになる。このことは、消極的行為支配（阻止力）という概念から導かれる。阻止力とは、ある関与者が、ある時点において、犯罪の完遂にとって必要とされる彼の行為を遂行しないことによって、その犯罪の完遂を阻止しうる可能性のことを意味する。こうした可能性（すなわち、阻止

行為が——客観的には——相互に補充し合う場合があることを示唆するものである。

⁽⁴⁴⁾ 松原・前掲注（2）376頁。

⁽⁴⁵⁾ 照沼・前掲注（2）254頁。

⁽⁴⁶⁾ Claus Roxin, in: LK 11. Aufl., 2003, § 25 Rn. 173.

⁽⁴⁷⁾ Bernd Schünemann, in: LK 12. Aufl., 2006, § 25 Rn. 173.

⁽⁴⁸⁾ Günter Heine/Bettina Weißer, in: Schönke/Schröder 29. Aufl., 2014, § 25 Rn. 73.

力)を当該関与者が有しているのは、彼が自身の行為を遂行する前まで、つまり、計画上の犯罪が完成する前までである。ひとたび計画上の犯罪が実現されてしまったならば、もはやそれを阻止することは不可能だからである。したがって、阻止力、すなわち消極的行為支配の対象である犯罪とは、現実の犯罪ではなく、計画上の犯罪なのである⁽⁴⁹⁾。

このように考えるのであれば、機能的行為支配（消極的行為支配）の成否を検討するには関与者らの計画、および、その中で各関与者に割り当てられた役割・機能を見なければならぬ。そして、それゆえに、その前提として関与者間の意思連絡が要求されることになるのであろう。

（2）検討

（i）計画に基づく機能的行為支配

しかし、まず第一に、支配の対象として計画上の犯罪を指定すること自体が妥当ではない。関与者らの正犯性・共犯性は、現実に発生した犯罪事実に関する彼らの罪責を決する評価の一部であって、計画上想定された犯罪について認定されるものではない。それゆえ、機能的行為支配説に立つとしても、支配の対象は、あくまでも関与者らが現実に実現した構成要件該当事実に求めなければならない⁽⁵⁰⁾。

第二に、正犯性・共犯性の基準を関与者らの犯罪計画に求めるのであれば、結局のところ、正犯性・共犯性をもっぱら関与者ら自身に判断させることになる。しかし、関与者らを正犯として処罰するか否かという問題は、裁判所が彼らの役割を法の立場から評価することで解決すべきものである。関与者らの犯罪計画は、彼らの正犯性・共犯性を認定するための間接事実にはなり得ても、その直接の基準にはならないと思われる⁽⁵¹⁾。

（ii）意思連絡との関係

次に、以上の点を措いた上で、意思連絡と役割分担（分業）・機能的行為支配の関係を考察する。

既に相互・利用補充関係を検討した際に指摘したように、例えば【事例①】の場合、片面的な加功意思を有するAの立場から見れば、A・B間で役割が分担され、当該犯罪（強姦）

⁽⁴⁹⁾ Torsten Buser, *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, 1998, S. 62.

⁽⁵⁰⁾ 第1節第2節第4款（35頁以下）参照。

⁽⁵¹⁾ 重要な役割は、一般予防の観点から実行行為と同程度に喫緊の抑止対象として評価されるべき危険を創出する行為に認められるとする私見（第2章第1節第4款（73頁以下）参照）によれば、関与者らの役割の重要性は、彼ら自身の計画ではなく、「一般予防の必要性」という客観的な認定基準により判断されるのであって、必ずしも意思連絡を必要としない。ここでは各関与者の行為の客観的な性質が問われるのである。もっとも、意思連絡に何らの意義も認められないわけではない。共謀共同正犯の成否が問題になる場合、直接実行者に対する背後者の指示・命令に「重要な役割（心理的拘束力）」を認めうるかが問われるわけだが、その際、関与者間の意思連絡が緊密であればある程、当該行為（指示・命令）の客観的性質としての危険性は増し、その役割の重要性は認められやすくなるといえる（終章第2節第1款第3項（223頁以下）参照）。

を分業的に遂行したと評価する余地はある。そして、また、A・Bが共有する計画ではなく、Aのみの計画に基づく分業により各関与者にそれぞれの役割が割り当てられ、Aの役割が犯罪の成否を掌握する程に重要であるならば、Aに機能的行為支配を肯定することも可能になろう⁽⁵²⁾。したがって、機能的行為支配説が要求する「役割分担（分業）」および「それに基づく各関与者の機能」という観点から、意思連絡（ないし共通の計画（合意））の「論理的な必要性」を論証することはできない⁽⁵³⁾。

他方で、相互利用・補充関係の形成と同様に、意思連絡のない相手の行為を計画に組み入れ、その行為に当該計画における役割（意味）を与えることは困難であって、役割分担（分業）は意思連絡を通じてなされるのが一般的であることも事実であろう。また、たとえ意思連絡がなくても一定程度の機能的行為支配は成立しうるとしても、やはり、関与者間に意思連絡が存在する場合の方が強固な機能的行為支配を基礎づけることはできる。個々の具体例においては、意思連絡がないにもかかわらず、意思連絡がある場合よりも強固な機能的行為支配を認めうる事例も稀には存在するだろうが、類型判断としては、機能的行為支配は意思連絡に基づき形成されるのが通常であり、また、意思連絡に基づく場合の方が強固な支配関係を形成しやすいといえる。

以上のように、機能的行為支配を共同正犯の本質として要求するとしても、そこから意思連絡の「論理的な必要性」を基礎づけることはできない。しかし、機能的行為支配から意思連絡の必要性を導く見解も、意思連絡なき役割分担および（それに基づく）機能的行為支配が成立する事実的な可能性を一切否定するものではないのであって、この見解の背後には、機能的行為支配が一般的には意思連絡に基づき成立することに着目し、共同正犯の成立範囲を意思連絡に基づき機能的行為支配が成立した場合に限定しようとする類型判断があったように思われる。

⁽⁵²⁾ 中義勝「片面的共同正犯」関法16巻4・5・6号（1967年）19頁以下、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）196頁参照。

⁽⁵³⁾ 橋本・前掲注（2）282頁は、共同正犯の成立根拠について機能的行為支配説を支持することを前提に、承継的共同正犯に関して「いわゆる『承継』現象は否定されるべきである」としつつも、「社会的事象としての犯罪事実が不可分の一体性を有するとき、その一部を分担したことが、事象全体に対する分業となる限りで、全部責任を肯定してよい場合があるように思われる」と述べている（橋本正博『承継的共同正犯』論の現在」現刑28号（2001年）72頁以下、同『承継的共同正犯』について『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）591頁以下も参照）。しかし、承継的共同正犯が問題になる事例においては、「先行行為時のA」と「後行行為時のB」の間に相互的な意思連絡はなく、後行行為時のBが片面的かつ事後的に先行行為時のAの行為を認識・利用するだけである。それにもかかわらず、この場合に分業（およびそれに基づく機能的行為支配）を肯定するのであれば、分業（および機能的行為支配）の成立に意思連絡は必須でないことになろう。吉川真理「承継的共同正犯について——ドイツの判例・学説を中心として——」法学研究年誌6号（1992年）92頁以下も参照。

第3項 心理的拘束

（1）杉本一敏の見解

例えば、共謀の上、Aが被害者に暴行を加え、その間にBが被害者の財物を奪取した場合（【事例②】）、AとBは強盗罪の共同正犯になる。しかし、杉本一敏によれば、Bの財物奪取行為が自由な故意行為である以上、遡及禁止の原理により、その背後で関与したAは、Bが行った財物奪取に関して正犯としての罪責に値しないことになる。それにもかかわらずAを財物奪取部分も含めて強盗の共同正犯として処罰するのであれば、共同正犯にはAを正犯に押し上げるだけの何か特別な要素がなければならない。この点、杉本は、A・B間の意思連絡こそがその特別な要素として機能すると主張するのである⁽⁵⁴⁾。

そして、杉本は、意思連絡が特別な要素として要求される理由は「心理的拘束」に求められるとする。すなわち、関与者間に意思連絡がある場合、一方の関与者（例えば、【事例②】のB）は、他方の関与者（例えば、【事例②】のA）が自分に寄せている行動の予期・期待を裏切ることにより心理的抵抗を感じるようになるのであって、ここに、AがBの行為（財物奪取）について正犯として責任を問われる根拠を見出すのである⁽⁵⁵⁾。

以上の理解を前提に、杉本は、このような（Bに対するAの）心理的拘束を成立させるには、Bが一方向的にAの意向を知っただけでは足りないとする。というのも、「自分がAの意向を知ってその実行を了承した、ということがAにも伝わっている」（Aに期待を与えた）とBが知ったときにはじめて、BはAに気兼ねして計画からの一方的離脱が困難になるからである。心理的拘束を本質とする意思連絡は、双方向的なやり取りでなければならないのである⁽⁵⁶⁾。

（2）Steckermeierの見解

杉本の見解と同様に、共同正犯の成立に他の共同者の行為の支配を要求し、意思連絡をその不可欠の要件と理解する見解は、ドイツにおいても展開されている。

Kristina Steckermeierによれば、共同正犯は、犯罪全体を支配する単独正犯と同等の関与類型である以上、自身の行為および犯罪結果の成否だけでなく、他者の行為も支配しなければならない（拡張された行為支配）⁽⁵⁷⁾。例えば、【事例②】の場合、Aは自身の行為（暴行）および強盗結果を支配するだけでなく、Bの行為（財物奪取）も支配する必要がある。そうすると、自己答責的な他の共同正犯者に対する「拡張された行為支配」を認めうるか

⁽⁵⁴⁾ 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）228頁。

⁽⁵⁵⁾ 杉本・前掲注（54）229頁以下。

⁽⁵⁶⁾ 杉本・前掲注（54）230頁。

⁽⁵⁷⁾ Kristina Steckermeier, Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB): Verlängerte Tatherrschaft als Zurechnungsgrund – eine empirisch gestützte Untersuchung, 2015, S. 63 ff., 152. Steckermeierの見解については、第2章第2節第4款第2項（118頁以下）および拙稿「クリスティーナ・シュテッカーマイヤー『共同正犯の所為決意（ドイツ刑法25条2項）』」早法91巻4号（2016年）211頁以下も参照。

が問題になるが、この点、Steckermeier は、集団力学の知見を取り入れ、結論として、複数人が共同して犯罪を遂行する際には様々な要素（例えば、相互暗示や集団圧力）が他の関与者の意思に強く影響するのであって、これにより他者の行為の支配が正当化されるとしている⁽⁵⁸⁾。Steckermeier が指摘する様々な集団力学的作用およびそれらに基づく「拡張された行為支配」は、各関与者の計画が一つに統合されている（つまり、共同所為決意が成立している）からこそ生じるものである。共同所為決意は、共同正犯者の各行為を調整し、目的を達成するために関与者らの共働をまとめるものであって、共同所為決意なき「拡張された行為支配」は存在しないのである⁽⁵⁹⁾。

ところで、Steckermeier によると、共同して達成すべき目的について複数人が同一の認識を持つには意思の伝達（Übertragung）、つまりはコミュニケーションが不可欠である⁽⁶⁰⁾。関与者らが相互に約束を交わすからこそ互いを拘束することができる⁽⁶¹⁾。それゆえ、共同所為決意は、主観的要素というよりはむしろ客観的な性質のものであり、共同所為共謀（gemeinsame Tatverabredung）と呼称する方が適切であると説いている⁽⁶²⁾。

（3）検討

以上のように、他の関与者の——間接正犯には至らない程度の——意思支配（心理的拘束）を共同正犯の必要条件と捉える見解は、その前提として関与者間の意思連絡（およびそれに基づく合意）を要求する傾向にある。

（i）必要条件としての心理的拘束

しかし、第一に、共同正犯の必要条件として心理的拘束を要求すること自体が妥当ではない。確かに、共同正犯の中には重要な役割の下位基準として心理的拘束が要求され、その存在により共同正犯性が肯定される場合もあるだろう。共謀共同正犯がまさにそうである⁽⁶³⁾。しかし、だからといって、すべての共同正犯に心理的拘束を要求することは適切ではない。例えば、【事例②】を修正して、Bはその関係上Aに対して強い立場にあり、それゆえAの心理に対するBの影響力は拘束力を認めうるほどの強度であったが、他方で、AはBの要求を渋々了承したに過ぎず、Bに対するAの心理的影響力は微弱であったとする（【事例③】）。【事例③】のAがBを心理的に拘束していなかったとしても、暴行を担当している以上、Aを強盗罪の共同正犯として処罰することは原則として否定されないはずである。しかし、他の共同者（B）に対する心理的拘束を共同正犯の必要条件として厳格に要求

⁽⁵⁸⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 156.

⁽⁵⁹⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 178 f.

⁽⁶⁰⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 192.

⁽⁶¹⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 195.

⁽⁶²⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 57), S. 181 ff. Steckermeier と同様に、共同所為決意を客観的要素と解するものとして、Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, S. 149 ff.; Helmut Frister, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2013, 26/1 f.

⁽⁶³⁾ 第2章第2節（92頁以下）参照。

するのであれば、Aの共同正犯性は否定されざるを得ない。

あるいは、【事例③】のBは、Aに対して協力を要請し、了承させた手前、Bにとっても当該計画から抜け出すことは困難になっているのであって、Bの要請を了承したAは、Bの心理を拘束している、と考えるのであろうか。しかし、この場合にも生じうる程度の心理的拘束力で共同正犯性を肯定するのであれば、意思連絡に基づいて役割分担がなされさえすれば直ちに共同正犯が成立することになり、それに伴い意思連絡のある教唆犯・幫助犯が成立する余地はおよそ存在しなくなると思われる。これは、正犯と共犯の区別を前提にする我が国の刑法の解釈論としては受け入れられない帰結である。それゆえ、心理的拘束を共同正犯の必要条件と解すべきではない。

（ii）意思連絡との関係

また、これらの見解も、意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできないと思われる。この観点から意思連絡の「論理的な必要性」を論証できると考える見解は、例えば、【事例②】のAの共同正犯性を検討するにあたって、Bの心理的拘束状態がA自身により惹起されたことを要求するものなのであろう。つまり、Aは「Bの担当する行為について自分が期待していること」をBに認識させなければならず、そのためにはA・B間の双方向的な意思連絡が要求されると理解するのである⁶⁴。しかし、Aの共同正犯性の根拠は、Bの心理的拘束状態の惹起それ自体ではなく、そうした状態の利用にこそ認められるべきである。例えば、責任無能力者を利用する間接正犯の場合、利用者（間接正犯者）が被利用者の責任無能力状態を自ら惹起する必要はない。あるいは、被利用者の事情の不知を利用する間接正犯の場合も、利用者（間接正犯者）がその不知を惹起する必要はなく、利用者の間接正犯性は不知状態の利用にその根拠を有するものである。そうであるならば、仮に共同正犯の場合にも他の関与者の意思支配（心理的拘束）が要求されるとしても、【事例②】のAがBの心理的拘束状態を自ら惹起する必要はないことになろう。例えば、AとBが意思連絡を交わし、AがBの心理を拘束したところ、その後Cが加わり、Aと共にBに犯罪の実行を指示・命令した場合（【事例④】）、Cは、自らBの心理的拘束状態を形成したわけではないが、Bの心理的拘束状態を利用している以上、Cを共謀共同正犯と評価する余地はあると思われる。そうであるならば、Aについても、Bの心理的拘束力状態を自ら惹起する必要はないはずである。

また、【事例④】において、Bを取り巻く周囲の状況（例えば、Bが所属する組織・集団が発する有形・無形の集団圧力）から——Aとは別のところから——Bが自分の役割について圧力を感じる、という場合を想定することも可能である。更に、そうした状態にあるBがAと意思連絡することなく、知らず知らずのうちにAに利用されることもあり得ることはない。したがって、Bの心理的拘束状態を惹起するにあっても、また、そうした状態にあるBを利用するにあっても、A・B間の双方向的な意思連絡を不可欠の要件と解すること

⁶⁴ 松原・前掲注（2）376頁も、「意思支配は、自己の存在を意識させることに基づくものであ[る]」とする。

はできない。

もっとも、以上のように意思連絡なき心理的拘束力の存在を理論的には想定できるとしても、A・B間に（黙示の場合も含む）意思連絡が一切認められない状況下でBの心理的拘束状態が形成され、Aがその状態のBを利用するという事例は、実際にはほとんど存在しないと思われる。それゆえ、心理的拘束力という観点からも——相互利用・補充関係および機能的行為支配と同様に——、それを肯定するには一般に意思連絡が必要になるのであって、意思連絡なしに生じた心理的拘束力は刑法60条の射程範囲に含まれない、と解する余地はある。意思連絡は、この立場からは、刑法60条が予定する類型的な心理的拘束力を担保する要件ということになる。

第4項 小括

以上のように、正犯性の根拠である「相互利用・補充関係」、「機能的行為支配」、および「心理的拘束」は、いずれも意思連絡の必要性を論理的に論証するものではない。しかし、意思連絡必要説の本来の意図は、意思連絡がそれらの成立にとって常に不可欠であるとまで主張するものではなく、意思連絡に基づき成立するのが一般的であると説くに過ぎなかったのではないだろうか。そして、必要説は、そのような類型判断を背景にした上で、刑法60条の射程範囲を意思連絡が認められる事例に限定すべきと主張したものと推測されるのである。

第4款 共同性と意思連絡

第1項 共同行為——行為の共同性——

共同正犯が成立する場合、関与者らの個々の行為は一個の「共同行為」を形成する。そして、この共同行為が単独犯の場合と同一の構成要件要素（例えば、実行行為性や因果関係（条件関係））を充足する場合に、各関与者は当該犯罪の既遂につき正犯として処罰されることになる。

（1）意思連絡に基づく共同行為

意思連絡には、以上のような「行為の共同性」を基礎づける要素としての役割が与えられることがある。

例えば、内田文昭によると、共同正犯の場合、相互に他人の行為を自己に帰属させようとする意思の結合が見られ、更に、この二つの意思方向の融合に対応した統一的な実行性とそこから発生した統一的な結果が現存する。このことから個々の行為はその個性を喪失し、統一的な実行行為の一要素になる。つまり、「共通の目標達成のために他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする相互的な意思のつながり（意思連絡）を契機として、各行為者は、単に自己が現象的に行なったところにとどまらず、現象的には他人が行なったところについてもこれを実行したものとして評価されなければならない

のである」⁽⁶⁵⁾。同趣旨の説明は、ドイツの議論の中でも多く見受けられる。例えば、Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlenは、共同所為決意が個々の行為を一つに結合させるからこそ、各共同正犯者は他者の行為についても責任を負うことになる」と説いている⁽⁶⁶⁾。相互行為帰属の根拠を「意識的な分業性」、つまり共同所為決意に基づき相互に補充し合う寄与を行なう点に求める Uwe Murmann の主張も、意味するところは同じであろう⁽⁶⁷⁾。

以上のように、これらの見解においては、相互的な意思連絡に基づく合意（共同所為決意）が個々の行為を包括することで、それらの一体性（共同性）が基礎づけられると考えられている。

（2）検討

しかし、これらの見解は、「意思連絡および合意が個々の行為を結合させる」という結論を述べるに過ぎず、意思連絡が行為と行為を結びつける理由を何ら提示していないように思われる。

この点、Helmut Frister は、一方で、以上の見解と同様に、一体的な行為を志向し、各行為を結合させる共同計画を共同正犯の要件として要求しつつ、他方で、共同行為の一体性は単独犯における〔複数〕行為の一体性と同じ基準（すなわち、ドイツ刑法 52 条（行為の単一）が意味するところの行為の一個性）で判断されるとしている⁽⁶⁸⁾。しかし、もし共同正犯の場合と単独犯の場合で複数行為の統一性を判断する基準が基本的に同じであるならば、共同正犯の場合に関与者間の意思連絡を要求する理由はないことになる。我が国の判例および学説は、単独犯における複数行為の一連性を「同一の意思」の有無により判断している⁽⁶⁹⁾。そして、単独犯における複数行為が意思の同一性により一個の行為と評価される根拠は、一個の意思が複数行為全体の中で実現し（「意思実現」要件）、かつ、それらの行為が相互に調整し合う（「相互調整」要件）点に求めることができる⁽⁷⁰⁾。しかし、この観点からは、以下で示すように、共同正犯における共同行為の不可欠の要件として意思連絡を要求する契機を見出すことはできない。

まず、第一に、「意思実現」要件から意思連絡の必要性を導くことはできない。例えば、意思連絡のない片面的幫助犯の場合、成立した犯罪について幫助者に刑事責任を問う以上、責任主義の観点からは「彼の意思が当該犯罪において実現した」との評価がその背後に存

⁽⁶⁵⁾ 内田・前掲注（2）8頁。

⁽⁶⁶⁾ Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2011, S. 239.

⁽⁶⁷⁾ Uwe Murmann, in: *SSW-StGB* 2. Aufl., 2014, § 25 Rn. 31.

⁽⁶⁸⁾ Frister, a. a. O. (Anm. 62), 26/8.

⁽⁶⁹⁾ ドイツの罪数論における「行為の単一性判断」については、仲道祐樹「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑ジャ 48 号（2016 年）20 頁以下参照。仲道によれば、ドイツの BGH は、「①本質的部分における行為の同質性、②意思の単一性、両行為の空間的・時間的近接性、④第三者から見て単一の事象といえるかどうか」を判断基準にしているとのことである（同上 22 頁）。

⁽⁷⁰⁾ 第3章第1節第2款（130 頁以下）参照。

在するはずである。片面的幫助犯の事例は、意思連絡を欠いたとしても、ある関与者（幫助者）の意思を他の関与者（正犯者）が無意識のうちに実現しうることを例証するものである。第二に、「相互調整」要件からも意思連絡の必要性は導かれぬ。既に述べたように、関与者間に意思連絡がなくても、それぞれの行為が役割分担の下で相互に利用・補充し合うことはありうるからである⁽⁷¹⁾。

例えば、【事例①】の場合、AとBの間に意思連絡はないが、Bの姦淫行為はAの意思を実現するものであるし、被害者の足を押さえるAの行為とBの行為は——客観的に見れば——相互に調整し合っているといえる。それゆえ、Aに共同行為を認定することは可能であると思われる（他方で、Bに共同行為が成立することはない）。共同行為の成否を考えるにあたって、個々の行為を包括する意思の重要性を説くとしても、その意思は、当該共同行為の成立が問われるAが有しさえすれば十分であって、Bと共有する必要はない。共同行為の成立には——Friedrich Denckerが指摘するように——「犯行に関する共同決意」ではなく、「共同犯行に関する決意」が要求されるのである⁽⁷²⁾。

以上のように、行為と行為の客観的な結合関係（客観的共同性（要件③））を問う文脈では、意思連絡の「論理的な必要性」を基礎づけることはできない。もっとも、正犯性と意思連絡の関係と同様に、一般に意思連絡がある場合の方が共同性を肯定しやすいのも事実である。つまり、関与者らが意思連絡をしているのであれば、通常は共同行為の要件（「意思実現」要件と「相互調整」要件）を充足するといえるのであって、共同性の要件として意思連絡を要求する見解も、この意味において理解されるべきであろう。

あるいは、（内田が要求する）「相互的な意思のつながり（意思連絡）」は、行為と行為の結合関係を問う文脈ではなく、人と人との結合関係を問う文脈においてこそ、その本来の意義を見出しうる要素なのかもしれない。そこで、次に、関与者らの人的結合を（広義の）共犯の必要条件と解する共同意思主体説を見ることにする。

第2項 共同意思主体説——人的結合——

（1）共同「実行行為」と意思連絡

共同正犯における実行行為を行うのは誰かという問題について、西原春夫は、以下のよう述べている。すなわち、【事例②】の場合に「強盗という実行行為を想定する以上、その実行行為の主体は存在せざるをえず、〔中略〕その主体はA・B二人以外にはありえない」。また、「ここにいう『A・B二人の行なった実行行為』というものの実体」については、「Aの行なった実行行為の一部とBの行なったそれとの算数的総和でないことはいうまでもなく」、「Aの暴行とBの財物奪取とは、事実的のみならず法的にも相互に補足しあって、一つの強盗という実行行為まで総合される」。そして、「そこにある実行行為の主体は、A・B二人の物理的存在ではなく、すでに法律上意味ある人的結合にほかならない。この人的結

⁽⁷¹⁾ 第3章第2節第1款（145頁以下）参照。

⁽⁷²⁾ Dencker, a. a. O. (Anm. 62), S. 158 ff.

合は、すでに自然人の概念を超えた社会的存在であって、〔中略〕これを予定せずには、強盗の実行行為の主体、従って強盗の実行行為そのものも論じえないわけである」と⁽⁷³⁾。

この見解においては、共同正犯における共同行為（実行行為）を観念するには、その前提として統一的な行為主体、つまりは共同意思主体（人的結合体）が認められなければならないことが明瞭に指摘されている。そして、共同意思主体を形成するためには、関与者らが相互に意思連絡を交わし、共同目的の下に合一しなければならないとするのである⁽⁷⁴⁾。

一つの主体（共同意思主体）の中に複数の異なる意思が混在するわけにはいかない。また、AとBが偶然にも（つまり、意思連絡することなく）同じ犯罪遂行の意思を抱き、かつ、相手が自分と同じ犯意を持っていることを相互に認識したとしても、それだけでは自身の助力を相手が受け入れ、あるいは相手が自分に協力してくれるか確信が持てない。一つの行為主体の中にそのような不確定な心理状態が存在することは許されないだろう（例えば、ある自然人が犯罪を遂行しようとする際、右半身が左半身の協力について確信を持てないようなものである。）。したがって、本説の立場からは、共同意思主体を形成するには関与者らが相互に相手の意思を偶然認識し合っただけではならず、意識的な意思連絡を通じて合意に至る必要があることになる⁽⁷⁵⁾。以上のように、共同意思主体説は、意思連絡（および合意）の「論理的な必要性」を論証する理論の一つであるといえる。

（2）検討

共同意思主体を形成するには確かに意思連絡および合意が不可欠となる。しかし、そもそも、「共同意思主体」という観念的な行為主体は、【事例②】において強盗罪の実行行為を認定するために不可欠なのだろうか。

共同意思主体を要求する見解は、一つの行為が含意しうる意味は一つであり、それゆえ、その一つの意味を当該行為に付与する行為主体も一つでなければならないと考えているように思われる。しかし、そのように考える必然性はない。例えば、Aが直接実行者Bに対して屏風をけん銃で撃つよう指示し、器物損壊の意思でBが発砲したところ、実は屏風の後ろに被害者がおり、Bが撃った銃弾により死亡した（被害者の存在はAのみが認識していた）場合（【事例⑤】）、Bの発砲行為は、彼自身の立場から見れば、器物損壊（と過失致死）の意味が付与されるものであるが、他方で、Aの立場から見れば、殺人（と器物損壊）の意味が付与されているといえよう。このように一つの行為が複数の意味を同時に含意することはありうるのであって、それぞれの意味ごとに行為主体を観念することも可能であるように思われる。

そうすると、【事例②】におけるAとBは、いずれも暴行行為と財物奪取行為に強盗罪の

⁽⁷³⁾ 西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」同『犯罪実行行為論』（成文堂、1998年）294頁以下（行為者の氏名は変更）。

⁽⁷⁴⁾ 曾根・前掲注（2）549、560頁。

⁽⁷⁵⁾ 山本雅子「共謀概念の性質」中央学院27巻1・2号（2014年）9頁参照。

一部としての意味を与えているため、両者には強盗行為（強盗罪の実行行為）が帰属することになる。しかし、例えば、Aは、Bが被害者宅から財物を窃取しようとしていることを偶然知り、Bを助ける意図で暴行により被害者の反抗を抑圧し、Bはその状況を知ることなく財物を窃取したという場合（【事例⑥】）であれば、暴行行為と財物奪取行為の両方に強盗としての意味を付与するAには強盗罪の実行行為が帰属することになるが、財物奪取行為に窃盗の意味しか与えていないBには窃盗罪の実行行為が認められるに過ぎない。したがって、一つの行為が複数の意味を含意する可能性を肯定するのであれば、【事例②】のA・Bおよび【事例⑥】のAに強盗罪の実行行為を認めるにあたって、「共同意思主体」という概念に依拠する必要はない。このように共同意思主体の形成を共同正犯の必要条件から排除する以上、この観点から意思連絡および合意の必要性を根拠づけることもできない⁽⁷⁶⁾。

第3項 犯罪共同説——故意の共同——

（1）犯罪共同説における実行行為の一個性

（i）実行行為の一個性と意思連絡

共同意思主体のような人的結合体を観念する以外に、意思の結合を不可欠の要件として要求すべき理由はあるだろうか。

犯罪共同説の立場からすると、「共同正犯は、一定の基本的構成要件に該当する実行行為を共同して行うものにほかならない」⁽⁷⁷⁾。例えば、Aが殺人の故意を、Bが傷害の故意をもって一緒に被害者に暴行を加えて死亡させた場合（【事例⑦】）、行為共同説によれば、本事例における共同行為は、一方でAにとっては殺人罪の実行行為と評価され、他方でBにとっては傷害（致死）罪の実行行為と評価されるため、一個の共同行為に複数の実行行為性が認められることになる。これに対して、犯罪共同説によれば、特定の構成要件に該当する一個の実行行為を観念する必要があり、例えば【事例⑦】の場合は（構成要件が重なり合う範囲で）傷害罪の実行行為を一つだけ認定しなければならない。この立場においては、一個の共同行為に複数の実行行為性を認定することは否定される。そして、それゆえ——共同意思主体のような人的結合体を観念する必要はないとしても——関与者らは故意を共有しなければならず（故意の共同）、そのためには意思連絡を通じて互いの意思を確認

⁽⁷⁶⁾ 山本雅子は、共同の実行行為を観念する必要性とは異なる観点から共同意思主体説の妥当性を主張している。すなわち、「現に集団による組織的な犯行があり、各人がその組織の一構成単位として犯行に加わっている場合、その単一的部分行為はそれだけでは意味をもたない」のであって、「集団あるいは組織体自体の活動を共犯現象で捉えていく必要がある」[り]、「共同意思主体説はその要請に最も良く適合する見解である」とする（山本雅子「共謀共同正犯論」同『実質的犯罪論の考察』（成文堂、2007年）178頁）。確かに、山本が指摘するように、共犯事象の中には集団や組織を背景に行われる場合が多いことは事実であろう。しかし、実際には、そのような集団性・組織性を前提にしない共犯もありうるのではないだろうか。（広義の）共犯の成立範囲を共同意思主体が成立しうるような集団・組織犯罪に限定することは、刑法60条以下の解釈論としては狭すぎると思われる。

⁽⁷⁷⁾ 団藤・前掲注（2）390頁、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（勁草書房、2007年）293頁。

し合い、合意に至らなければならない。犯罪共同説は、このようにして意思連絡および合意の不可欠性を論証するものと思われる。

（ii）検討

それでは、犯罪共同説が主張するように、実行行為の単一性に固執し、関与者らの「故意の共同」およびその前提である「意思連絡」を要請することに合理性または必然性はあるだろうか。

特定の構成要件に該当する実行行為を共同しなければならないとする点は、従来、「構成要件的定型をもとに考えるかぎり」⁽⁷⁸⁾、あるいは「構成要件理論を基調とする」立場においては⁽⁷⁹⁾、そのように考えるべきとされてきた。しかし、少なくとも現在の行為共同説は、個々の関与者ごとに構成要件該当性ないし実行行為性を問うものであって、「構成要件理論と何ら矛盾するものでもない」⁽⁸⁰⁾。また、関与者間における実行行為を一個に限定することが構成要件論の遵守に繋がるわけでもない。したがって、実行行為の単一性に固執する必要はないといえる。

また、そもそも、関与者らが同一の犯意を偶然有したに過ぎない場合にも実行行為の単一性を肯定することは可能であるから、この立場から意思連絡を要求する必然性はなく、その「論理的な必要性」を基礎づけることはできないと思われる。

（2）共同正犯の類型性

それゆえ、この立場も、意思連絡の「論理的な必要性」ではなく、「類型的な必要性」を主張するものと推測できる。このことは、例えば、「特定同一の犯罪を実現しようとする合意にもとづいて作業分担が行われるところに法の予定する正犯性が生じる」のであって、「因果性に加えて行為の類型性を付加的に考慮して犯罪行為の輪郭を守ろうとする立場からは犯罪共同説が支持される」とする井田良の見解に見て取ることができる（傍点引用者）⁽⁸¹⁾。

もっとも、「共同正犯は類型的に意思連絡に基づく共働を要求している」との命題は、犯罪共同説からしか導かれ得ないわけではなく、行為共同説の立場からも主張されている。例えば、「共同正犯の類型性からいって、意思の連絡を全く欠く場合は除いて考えるべきであらう」⁽⁸²⁾、あるいは「行為共同説を徹底したものとして、片面的共同正犯を認める見解もあるが、そこまで行くと構成要件の類型性を無視することになり、処罰範囲を無限定化するものとして、妥当でないといわねばならない」⁽⁸³⁾との主張がそれである。合意の内容

(78) 団藤・前掲注(2) 391頁。

(79) 大塚・前掲注(2) 282頁。

(80) 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）351頁。山中・前掲注(3) 887頁も参照。

(81) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）351頁。

(82) 前田・前掲注(2) 343頁脚注5。

(83) 伊東・前掲注(80) 351頁脚注3。

（対象）として同一構成要件（とくに結果）の共有を要求するか否かで犯罪共同説と行為共同説は異なるが、いずれも、共同正犯という関与類型は意思連絡に基づく（特定の「構成要件の実現」ないし「行為」に関する）意思の共有を類型的に要求するものであって、単なる因果的な共働は当該関与類型から排除されると考える点では軌を一にするのである。意思連絡の「類型的な必要性」の問題は、犯罪共同説と行為共同説の対立（「合意の対象」の問題）とは別の次元のものといえよう。

第2節 他者関係的正犯性と類型的に高度な危険性

第1款 他者関係的正犯性

共同正犯は、構成要件該当事実全体につき正犯として処罰される、つまり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責任を問われる（以下では、他の共同者の行為に関する正犯性を「他者関係的正犯性」とし、結果との関係で認定される「重要な役割」に基づく（従来の）正犯性を「結果関係的正犯性」とする。）。

通常、自己答責的な共同者の行為について正犯として責任を問われることはなく、（狭義の）共犯が成立するに過ぎない⁽¹⁾。また、結果との関係により認定される「結果関係的正犯性」から「他者関係的正犯性」を同時に導くこともできない。他方で、他の共同正犯者の心理的拘束（意思支配）を必要条件として要求することが刑法60条の解釈論としては厳格に過ぎることは前述の通りである⁽²⁾。それゆえ、他者関係的正犯性の最低限の要件としては、心理的拘束力を伴うことなく（狭義の）共犯以上の罪責を基礎づける何かが要求されるはずである。そこで、以下では、他者関係的正犯性の実体を検討した上で、関与者間の意思連絡がそれとどう関係するかを分析していく。

第1項 相互委任説（Haas および Renzikowski の見解）

（1）Haas の見解

共同正犯者には他の共同者の行為が自らのもののように帰属する。その根拠を関与者間の「相互委任（wechselseitiges Mandat）」に求めるのが Volker Haas である。Haas によると、共同正犯者は、合意に基づいて、互いにそれぞれの行為を他者の名の下において（も）行うよう委任し合う。それゆえ、共同正犯者が行為を行うのは、自分のためだけでなく、他の関与者のためでもある⁽³⁾。関与者間に相互委任関係が形成されることにより、それぞれの行為が帰属し合うことになるのである⁽⁴⁾。

（意思連絡および）合意の必要性は、この相互行為帰属の根拠から導かれる。関与者が合意に至ることにより、個々の意思は、関与者全体の共同意思になる⁽⁵⁾。契約を結ぶかのように関与者が一致するからこそ、共同者全体の名の下に行為する権限を得るのである⁽⁶⁾。

⁽¹⁾ 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）228頁。

⁽²⁾ 第4章第1節第3款第3項（181頁以下）参照。

⁽³⁾ Volker Haas, in: Matt/Renzikowski StGB, 2013, § 25 Rn. 64.

⁽⁴⁾ Haas は、共同正犯を自身の行為に関する直接正犯と他者の行為に関する間接正犯から構成されると考えているが、他者に委任することで「間接正犯」が成立すると解する点については、Volker Haas, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 2007, S. 537 ff.を参照。

⁽⁵⁾ Haas, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 64.

⁽⁶⁾ Haas, a. a. O. (Anm. 3), § 25 Rn. 65.

（2）Renzikowski の見解

同様の主張は、Joachim Renzikowski によっても展開されている⁽⁷⁾。Renzikowski によると、共同正犯は、いわば契約当事者のように互いを使役し、相互に他者を代理するものである。つまり、〔共同正犯の特徴である〕分業とは、共同計画の相互代理（wechselseitige Repräsentation）にほかならないのである⁽⁸⁾。彼は、また、関与者らの合意により個々の意思は関与者全体の共同意思になるのであって、意思が合致することで——我が国における共同意思主体と同趣旨の——倫理的人格（moralische Person）が形成されると述べている。この倫理的人格において個々人は統一的な総体を構成するのであって、共同して行われた行為に関して彼らを区別することはできない。したがって、倫理的人格に帰属するもの〔共同行為〕は、個々の関与者らにも同様に帰属するのである⁽⁹⁾。このようにして、Renzikowski は、相互行為帰属の不可欠の要件として、共同計画（合意）の必要性を論証する。

第2項 Ingelfinger の見解

心理的拘束を要求することが刑法 60 条の解釈論としては厳格に過ぎることは前述の通りであるが、Ralph Ingelfinger は、杉本や Steckermeier⁽¹⁰⁾と問題意識を共有しつつも、彼らの見解よりも緩やかな要件を提示している。

【事例②】（強盗の共同正犯）の場合に A および B が共同正犯として処罰されるのは、A の行為（暴行）と B の行為（財物奪取）が相互に帰属し合うからである。しかし、結果の発生を機能的に支配していたとしても、必ずしも他者の行為を支配したことにはならない⁽¹¹⁾。それゆえ、相互行為帰属を正当化するには、犯罪結果の支配（機能的行為支配）に加えて、他者の行為に対して重大な心理的影響力を及ぼす必要がある。そして、ここでいう重大な影響力は、その機能上、犯罪結果にとって重要といえる行為を確約することにより生じるものである。例えば、【事例②】の A が暴行を決意したのは、B が財物奪取行為を行うであろうことを認識しているからであり、B の確約に依存しているといえる（逆もまた然りである。）⁽¹²⁾。以上のように、Ingelfinger によれば、共同所為決意（犯罪計画）は、機能的行為支配の前提である役割分担においてだけでなく、各関与者の動機に影響を与え合い、相互依存関係を形成する上でも意義があり、これらにより相互行為帰属が基礎づけられるのである⁽¹³⁾。

(7) Vgl. auch Urs Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in: Festschrift für Hollerbach, 2001, S. 645; ders, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, §40 Rn. 2.

(8) Joachim Renzikowski, Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen, JuS 2013, S. 485.

(9) Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Joachim Renzikowski, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2014, § 49 Rn. 11.

(10) 第4章第1節第3款第3項（181頁以下）参照。

(11) Ralph Ingelfinger, “Schein”-Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 709.

(12) Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 11), S. 710.

(13) Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 11), S. 708. 同様の問題意識から、共同正犯者は犯罪実現に

なお、Ingelfinger が共同正犯を自身のためだけでなく、他者のためにも行為する関与類型と理解する点⁽¹⁴⁾は Renzikowski らと同様である。しかし、Renzikowski が、各関与者が担当・遂行する行為（役割）について、それを共同正犯の成立を基礎づけうる合意の存在を徴表する要素、つまりは間接事実と理解し、それほど重要でない行為により共同正犯が成立する余地を認める⁽¹⁵⁾のに対して、Ingelfinger は、機能的行為支配が認められる行為を確約した場合にこそ他の関与者に対して重大な心理的影響力を及ぼしうると理解している。ここに Ingelfinger 説の特徴の一つを見出すことができると思われる。

第3項 検討

（1）議論のまとめ

以上のように、Haas、Renzikowski、および Ingelfinger は、【事例②】において、A が B の財物奪取行為についても正犯として責任を問われること（逆もまた然り）の理由を、意思連絡を通じて B が A のために（も）財物奪取を行うことを意図するようになり、そのような心理状態で当該行為を行なった点に求めている。つまり、前二者によれば、A・B 間の意思連絡により合意が成立し、次いで、その合意（共同意思）に基づき共同行為が形成され、当該共同行為の構成要素である B の行為は A の意思をも同時に実現するものとなり、それゆえに、B は、A のために（も）財物奪取を行ったことになる。他方、後者によれば、A・B 間の意思連絡により合意が成立し、次いで、その合意に基づき役割が分担され、A の機能的行為支配が基礎づけられることになり、A はそのような重要な行為を確約することで B の心理に重大な影響を及ぼし、それゆえに B は A のために（も）財物奪取を行ったことになるのである。

結局のところ、Haas と Renzikowski は共同行為（客観的共同性（要件③））に、Ingelfinger は機能的行為支配およびその前提である役割分担（正犯性＝重要な役割（要件②））に意思連絡の根拠を求めているといえる。しかし、既に述べたように、共同行為と（機能的行為支配の前提である）役割分担は、いずれも——少なくとも単独では——意思連絡の「論理的な必要性」を論証するものではない。

（2）意思連絡の役割

一方で、Haas と Renzikowski は、事例②の B が A のために（も）行為することを意図す

関する消極的支配だけでなく、他の共同正犯者の行為に影響を及ぼす必要があるのであって、関与者らを相互に義務づける共同所為決意（計画）により、関与者らは自身のためだけでなく、他者のためにも犯罪を遂行するようになると主張するものとして、Andreas Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 2009, S. 128 f.も参照。

⁽¹⁴⁾ Ingelfinger, a. a. O. (Anm. 11), S. 710.

⁽¹⁵⁾ Maurach/Gössel/Zipf/Dölling/Laue/Renzikowski, a. a. O. (Anm. 9), § 49 Rn. 39.

る前提として、行為Aと行為Bが一つの統一的な行為（共同行為 $A+B$ ）⁽¹⁶⁾を形成することを要求し、他方で、Ingelfingerは、行為Aが（機能的行為支配を、つまりは正犯性を肯定しうる程に）重要な役割を有することを要求している。そこで、以下では、彼らが提示する二つの視点（「共同行為」と「重要な役割」）を併用することで、【事例②】のBがAのために（も）財物奪取を行うことを意図するに至るプロセスを分析し直す。

まず、Bの計画ないし行為を——必ずしもBとの意思連絡に頼ることなく——認識・予見したAは、行為Aおよび行為Bを通じて自身の意思を実現しようとし、また、行為Aと行為Bとの間に相互調整関係を形成することで、共同行為 $A+B$ の成立を基礎づける（①）。Bは、以上の事実を認識することで、Aが自身の計画の中に行為Bを組み入れ、行為Bを含む共同行為 $A+B$ を通じて意思Aを実現させようと企図していることを認識する。次に、行為Aが法的観点から「重要な役割」を担うものと評価される場合、行為AはBが意図する犯罪の成否にとっても重要であることになる（②）。それゆえ、Bは、行為Aに関するそうした評価を基礎づける事実の認識を通じて、行為Aおよびその行為者Aが自分にとって重要な存在であることを認識する。つまり、①および②の認識を併せ持つBは、「自分にとって重要な存在であるAが行為Bを通じて彼の意思を実現しようとしている」ことを認識する（認識 $B:【①+②】$ ）⁽¹⁷⁾。そして、Bが認識 $B:【①+②】$ を持った上で行為B（財物奪取）を行なったといえれば、BはAのために（も）当該行為を行なった、と評価してよいであろう。また、Bがそのような心理状態で行為Bを遂行したのであれば、AはBが当該行為を行う際の重要な動機（の一つ）を提供した、つまりBに重大な心理的影響力を及ぼしたものとして、行為Bにつき、Aを狭義の共犯ではなく共同正犯として処罰することも是認できるのではないだろうか⁽¹⁸⁾。かくして、行為Bに関するAの共同正犯性を基礎づける事実としては、認識 $B:【①+②】$ が要求されることになる。

また、ある関与者を共同正犯として処罰するには、以上の事実に加えて、彼が「自身の正犯性を基礎づける事実」を認識していなければならない（正犯性の故意）。それゆえ、Aを共同正犯として処罰するには、「Bが認識 $B:【①+②】$ を持っていること」を認識する必要がある（認識 $A:【認識B:【①+②】】$ ）。したがって、行為BについてAを（共同）正犯として処罰するには認識 $B:【①+②】$ と認識 $A:【認識B:【①+②】】$ の両者が要求されることになる。

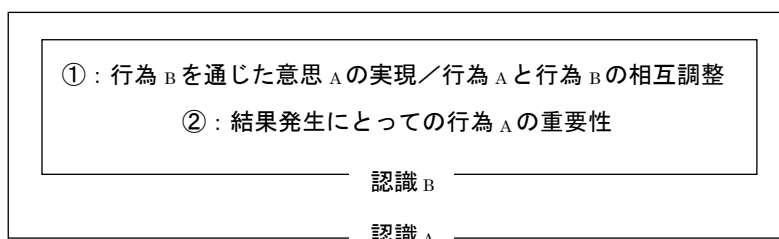
しかし、以上の分析を前提に意思連絡の意義を検討したとしても、結局は、意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできないと思われる。というのも、意思連絡なしにBが認識 $B:【①+②】$ を有することも、また、Aが認識 $A:【認識B:【①+②】】$ を有することも必ずしも不可能ではないからである。意思連絡に依拠することなくBが認識 $B:【①+$

(16) 以下では、適宜、 α の行為を「行為 α 」、 α の意思・認識を「意思 α 」「認識 α 」、 α および β の共同行為を「共同行為 $\alpha+\beta$ 」と表現する。

(17) 認識の対象を【】で表す。

(18) 「他者関係的正犯性」は、「結果関係的正犯性」を補填する副次的な正犯性であるから、後者よりは緩やかな基準で認められてよいだろう。

②】を持つことも、あるいはAが認識A：【認識B：【①+②】】を持つことも、いずれも稀有な事態であるから、意思連絡なしに両方の成立を同時に認めうる可能性は限りなくゼロに近づくとはいえる。しかし、まったくのゼロではないのであって、その成立可能性が論理的に否定されるわけではない。したがって、「他者関係的な正犯性」という観点から「共同性（共同行為）」と「正犯性（重要な役割）」を併せ考慮したとしても、意思連絡の「論理的な必要性」を論証することはできない。この立場からも、せいぜいのところ「類型的な必要性」を要求するにとどまるものと思われる。



第2款 類型的に高度な危険

第1項 これまでの分析のまとめ

意思連絡をめぐる不要説が否定するのは、その「論理的な必要性」である。これに対して、下記の【表1】が示すように、必要説のうち、意思連絡の「論理的な必要性」を問い、それを肯定しうるのは共同意思主体説だけである。意思連絡を要求するその他の見解は——意識的にせよ、無意識的にせよ——意思連絡の「論理的な必要性」ではなく、「類型的な必要性」を問題にし、その意味において意思連絡の必要性を要求していたのではないだろうか。つまり、従来の必要説は、何らかの方法で事実上成立した任意の共働関係では不十分であって、意思連絡に基づき成立した類型的な共働関係が存在する場合にのみ刑法60条は適用されるのであって、その類型性を担保する要素として意思連絡を要求していたものと推測できるのである⁽¹⁹⁾。

以上の推測が正しいとすると、意思連絡の「論理的な必要性」を否定する不要説と「類型的な必要性」を要求する必要説は矛盾しないことになる。というのも、必要説の立場から、（意思連絡がなくても「心理的因果性」や「相互利用・補充関係」等が成立する可能性はある、という）不要説の主張を受け入れつつ、共同正犯という関与類型の類型性を担保する要素として意思連絡を要求する解釈も十分成り立ちうるからである。

しかし、必要説の趣旨をこのように捉え直すとする、次の課題として、刑法60条の射程範囲を意思連絡に基づく類型的な共働に限定し、意思連絡に基づかない非類型的な共働をそこから排除する根拠を明らかにし、その合理性を提示する必要がある。これらを示すことなく共同正犯の類型性を主張しただけでは、論者が考える「共同正犯のイメージ」を述べるに過ぎないからである。

(19) 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）376頁。

【表1】

	意思連絡の必要性	
	論理的な必要性	類型的な必要性
心理的因果性	×	○
相互利用・補充関係	×	○
機能的行為支配	×	○
意思支配（心理的拘束）	×	○
共同性（共同行為）	×	○
共同意思主体（人的結合体）	○	○
実行行為の一体性	×	○
他者関係的正犯性	×	○

第2項 共同正犯の類型性

（1）類型的特徴

犯罪共同説および一部の行為共同説の立場から、意思連絡を欠いては共同正犯の類型性を認め得ないとする見解があることは既に見た通りである。また、共同意思主体説の立場から、「共犯は、なるほど刑罰拡張事由ではあるが、それにはおのずから一定の限界があるのであって、単独犯とは異なる共犯固有の事情（私見によれば共同意思主体の活動）によって、単独犯に存在しながら共犯に欠けるもの（完全な実行行為性〔単独正犯性〕）を補わなければならないのであり⁽²⁰⁾、「一定の犯罪を実現しようという共同目的の下に合一するところに独自の扱いを必要とする共犯の本質が認められる」とされているが⁽²¹⁾、この見解も、（広義の）共犯には単独犯には見られない特殊性が類型的に内在することを指摘するものである。

しかし、これらの見解からは、共同正犯には一定の類型性があり、その類型性と意思連絡に何らかの関係があることは看取できるが、類型性の具体的内容は依然として明らかになっていない。そこで、まず、共同正犯の類型的特徴を明らかにし、次いで、そこで明らかになった類型性と意思連絡の関係を分析することにする。

（2）類型的に高度な危険

共同正犯の法定刑は単独犯の場合と同一であるし、一般論としては量刑レベルでも同等

⁽²⁰⁾ 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）547頁。

⁽²¹⁾ 曾根・前掲注（20）551頁。

といえる⁽²²⁾。しかし、共同正犯が如何に結果との関係で重要な役割を有している（更には、他者関係的正犯性を有している）としても、共同正犯の果たす役割は——典型的に——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⁽²³⁾。それにもかかわらず共同正犯を単独犯と同等に処罰するには、その不足分を補填する要素を見出す必要があるといえよう⁽²⁴⁾。

この問題を解決するにあたっては、「一般に、共犯事犯は、単独犯に比して、集団的犯罪として犯罪の重大性をともなってくるし、危険性が多大となる虞があるので、犯罪の情状は重いとみられてきた。しかし、このことは、共犯者全員に対し重刑をもつて臨むべきであるという趣旨ではなく、個々の共犯者の行為を個別的に認定して、そのそれぞれが犯行において占めた地位や態様によつて、共犯者相互間の均衡をはかるような配慮がなされているのが実際である」⁽²⁵⁾との分析が参考になる⁽²⁶⁾。この分析からは、①複数人が関与する犯罪の場合、各関与者の刑事責任は、まずはじめに、共同行為全体の重大性・危険性を評価し、次に、当該犯行における関与者らの個々の役割を考慮することで導かれること、②複数人が関与する犯罪の危険性が単独犯の場合よりも高いことが読み取れる。そして、既に見たように、③共同正犯の場合、個々の関与者の役割が単独犯のそれに及ばないにもかかわらず、最終的に導かれる刑事責任が単独犯の場合と同等（ないしそれ以上）であることも看過してはならない。以上の①・②・③を併せ考えると、個々の役割が劣るにもかかわらず単独犯と同等に処罰される理由は、共同正犯における共同行為全体の危険性⁽²⁷⁾が単独犯の危険性を凌駕する点に求められることになろう。

例えば、【表2】で示したように、単独正犯の危険性を「10」、役割を「10」、そして刑事

⁽²²⁾ 「共同正犯と本条の正犯との間には、法定刑において差異がないことは勿論、他に定型的な罪の軽重も存在しない」とする大澤裕「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社、2003年）502頁を参照。

⁽²³⁾ 単独正犯の要件すべてを充たす関与者に刑法60条を適用することを認めるのであれば、「単独犯と同等の役割を果たす共同正犯」を想定することも可能となる。しかし、ここではあくまでも類型判断が問題になっているのであって、共同正犯の役割は一般には単独犯のそれよりも劣るといえるだろう。

⁽²⁴⁾ Vgl. Kristina Steckermeier, Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB): Verlängerte Tatherrschaft als Zurechnungsgrund – eine empirisch gestützte Untersuchung, 2015, S. 59 ff.

⁽²⁵⁾ 中利太郎＝香城敏磨『量刑の実証的研究（司法研究報告書15輯1号）』（司法研修所、1966年）44頁〔中利太郎〕。

⁽²⁶⁾ 遠藤邦彦「量刑に関する諸問題（3）」判タ1186号（2005年）39頁も「共犯事案は、複数人による犯行であつて、犯罪が成功する蓋然性が高まり、法益侵害の危険性を高めるという意味で犯行自体に対する非難を強めるという面」を認めている。共犯事案における量刑判断については、木山暢郎「共犯事件と量刑（上、下）」判タ1202号（2006年）94頁以下、同1203号（2006年）28頁以下も参照。

⁽²⁷⁾ なお、ここでの単独犯と共同正犯の比較は、発生結果の質・量は同じであることを前提にするので、「危険性」も「犯罪の規模の増大」ではなく、「犯罪実現の蓋然性の増大」の意味で理解する。

責任を「100」とする。これに対して、共同正犯の役割を単独犯のそれより劣る「5」とし（なお、それ以外の犯情はすべて同じであるとする）、刑事責任を単独正犯と同じ「100」とすると、共同行為全体に「20」という高度の危険性が認められなければならないことになる。したがって、単独犯と同等（ないしそれ以上）の法定刑および量刑を予定する共同正犯は、単独犯が創出する危険を凌駕する類型的に高度な危険を包含する関与類型であると解される。

【表2】

	危険性		役割		刑事責任
単独犯	10	×	10	=	100
共同正犯	20	×	5	=	100

第3項 高度な危険の実体

それでは、刑法60条が類型的に予定する高度な危険性とは、具体的には如何なるものであろうか。

（1）我が国の議論

（i）共同意思主体説

共同意思主体説は——共同正犯だけでなく、「広義の共犯」全体を射程に含める点に留意すべきであるが——複数の関与者が合一することで単独犯には見られない特徴が形成され、刑法60条以下をそれに対応するための特別の規定と解するものである。例えば、齊藤金作によれば、「共犯規定の存在を必要とする理由は、二人以上の者が共同目的に向って合一するところに、個人心理を離れて特殊の団体心理が生じ、個人意思では企図することが出来ないようなことも敢えて行うものであるからである。〔中略〕従つて、二人以上共同して罪を犯す場合は、単独で犯す場合に比して危険性が多大で、おそれるべきものであるといわなければならない」わけである⁽²⁸⁾。

以上の見解においては、意思連絡および合意により増大した危険性が共犯論の核であることが明示されている。しかし、これだけでは意思連絡の存在が危険性を増大させる理由が十分には明らかになっておらず、また、その不明確さに伴い、意思連絡に基づくことなく増大した危険性を共犯論から排除する理由も示せていない。

（ii）内海朋子の見解

近時、「共同正犯に内在する特殊な危険」を強調するものとして、内海朋子の見解がある。内海説の出発点は、「人間はそのコミュニケーション能力を通じて全体行為計画の下で他者と共同して行為を遂行することが可能であり、そのような場合には結果の発生・不発生に関わる偶然性が減少し、法益侵害の危険（結果発生の確実度という意味での危険性）は個人で行動するときと比して増加する、という事実」認識である。

まず、客観的な事実として、共同者がそれぞれ異なる役割を分担するような場合（分業

⁽²⁸⁾ 齊藤金作『刑法總論〔改訂版〕』（有斐閣、1955年）226頁以下。

型)、「通常 1 人の人間が同時的には行えないような行為を平行して行うことによって犯罪目的をより短時間に、効率的に達成することができる」し、「共同者全員がそれぞれ実行行為のすべてを遂行したとしても（重複型）、同一実行行為を重複して行うことによって各人は結果発生をより確実なものにすることができるのであるから、単独で行動するよりも明らかにメリットがある」と指摘できる⁽²⁹⁾。また、関与者らの主観面においても、「意思連絡の下で行為することによって、各行為者は犯罪実行に対する反対動機、規範的障害を相互的に抑圧し、共同者がいるという意識による安心感から心理的に鼓舞され、その意思の実現を容易にするような支援を受けることができ、あるいは当該行為を行わないという決定がより困難になるという心理的拘束を受ける」と考えられる⁽³⁰⁾⁽³¹⁾。

内海は、この「特殊な危険」の存在から、共同正犯における帰属原理の修正を主張している。すなわち、「複雑を極めるその相互的利用補充関係・心理的促進関係を逐一因果関係として具体的に証明していくことは容易ではない」ため、「共同正犯の規定は、意思連絡を通じた共同行為の特殊性に鑑みて、因果関係判断に代えて、同一犯罪実現に向けての合意の存在、および共同実行の事実が証明されれば共同行為支配ゆえに各人に全体結果の帰責を認めるものである」とするのである⁽³²⁾。しかし、このような理解に対しては、①刑法 60 条を通じて結果犯を危険犯に化してしまう、②個々の行為の因果性を認定するのは困難であるとしてその放棄を主張することは、「疑わしきは被告人の利益に」原則に抵触する疑いがある、③狭義の共犯も犯罪の実現をより容易・確実にする、つまり犯罪実現の危険を増大させるものであるから、個々の共犯行為の因果性を認定しなくてよいことになる、と批判できよう。

以上のように「特殊な危険」を理由に共同正犯における帰属原理の修正を正当化することはできないとしても、複数人が共働することで生じる特殊な危険の分析は示唆に富む。もっとも、内海の見解においても、なお、その特殊な危険が何故に意思連絡（および合意）を前提にするものなのかは判然としない。意思連絡を欠いた場合であっても、利用する側は、被利用者を一方的・片面的に利用することで、単独では実現不可能な目的を実現できるようになり、また、被利用者が知らず知らずのうちに鼓舞され、あるいは重圧を感じる

⁽²⁹⁾ 内海朋子『過失共同正犯について』（成文堂、2013年）134頁。

⁽³⁰⁾ 内海・前掲注（29）134頁以下。

⁽³¹⁾ 「犯罪の関与者が複数存在する場合は、単独で行うよりも、犯罪の準備・遂行・逃亡・罪証隠滅等の活動が役割分担され、犯罪がやりやすく、大規模になりやすい。単独では物理的に不可能な犯罪でも複数では迅速に行うことが可能となり、例えば、みんなでするので怖くない、成功の確率も高い、自分は犯罪の一部だけに関わるので単独でするより悪くない、誘われたから仕方ない、単独でするより儲かり、手っ取り早い等の集団心理や自己本位な思い込みも加わり、違法行為に関与することへの物理的・心理的抵抗は減少する。被害に遭う側にとっては、それだけ被害が甚大となりやすく、防衛も困難になり、社会的にも危険で悪質な犯行といえる」とする菊池則明「いわゆる対等型共謀共同正犯の認定」警論 69 卷 7 号（2016年）136頁も参照。

⁽³²⁾ 内海・前掲注（29）135頁。

ことも考えられないではない。したがって、内海が指摘する特殊な危険は、意思連絡（および合意）が存在する場合にのみ認められるものではない。刑法60条が典型的に特殊な危険を要求し、それとの関係で意思連絡を要求すると説くには、「意思連絡がなくても生じる危険増加」と「意思連絡が存在するが故に生じる危険増加」を比較し、刑法60条が後者のみを予定することを論証しなければならない。

（2）ドイツの議論

ドイツでも、例えば、Steckermeier が、単独犯よりも共同正犯の方がより危険であることを強調している。そして、その理由として、①個人は集団内において犯罪に対する障壁および躊躇を低減させてしまう、②複数人が有効に結合することで〔単独犯の場合よりも〕能力的・精神的に強化される、③犯罪がエスカレートする傾向にある点を挙げている⁽³³⁾。これらは、内海が「共同正犯に内在する特殊な危険」の根拠として挙げるものと基本的には同じであろう。しかし、これらを指摘するだけでは、意思連絡（およびそれに基づく集団の形成）が高度な危険を創出することを述べるだけであって、意思連絡がなくても危険が増大する可能性を排除しておらず、後者を共同正犯の射程範囲から除外する理由も明らかでない。我が国の学説と同様に、両者の間に如何なる意味で有意な差異を認めうるかが課題となる。

この点、両者の区別がなお不十分であった以上の議論に対して、Christoph Knauer は、複数の関与者らの間に共同決意がある場合の方が、それが無い場合よりも、結果発生の危険性がより増大することを意識的に適示している。Knauer は、関与者らが心理的に相互に結び付くこと、つまりは相互連帯性（wechselseitige Solidarisierung）によって、複数人が意思連絡なく特定の目的に向かって偶然共働する場合には見られない特殊な危険が創出されるとするのである⁽³⁴⁾。Knauer の見解においては、その具体的なメカニズムが十分解明されているとはいえないが、「意思連絡に基づいて増大した危険性」が「意思連絡に基づかずに増大した危険性」を凌駕し、その根拠を相互連帯性に求めうることを示唆されている。そこで、次に、意思連絡の有無がどのような違いを生じさせるのかを検証していく。

第4項 意思連絡に基づく危険

（1）意思連絡なき連携

意思連絡がなくても、A が B を一方的に利用することは可能であるし、B の犯行を物理的に容易にし、心理的に促進することも可能である。また、A が行為 B を一方的に認識・予見することで、A の計画の中に行為 B を組み込むことも可能である。そうすることで、A の

⁽³³⁾ Steckermeier, a. a. O. (Anm. 24), S. 175.

⁽³⁴⁾ Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft, 2001, S. 156. Simone Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 38 も、〔共同〕計画があつてはじめて〔関与者間の〕連帯性が生じると主張している。

計画の中でAとBが役割分担（分業）し、相互に利用・補充し合うことで、Aの意図する犯罪をより容易に、あるいはより確実に実現できるようになる。以上のように、行為Bを一方的に認識・予見しているAは、行為Bに合わせて自分の行為を調整するわけだが、他方でBも知らず知らずのうちにAが創出する状況に合うよう自分の行為を調整し、Bが意図する犯罪の実現をより蓋然的なものにすることができる。それゆえ、単に犯罪実現の可能性を単独犯の場合よりも高くするだけならば、関与者間の意思連絡を要求する必要はないといえる。

しかし、たとえそうだとしても、一般論としては、意思連絡がなければ刑法60条が予定する——例えば、【表2】の「20」という——高度な危険を生じさせるのは難しいといえる。確かに、Aは、意思連絡に依拠せずとも、Bの挙動等を観察することによってBのその後の行為を予測することはできる。しかし、その予測に不確定要素が伴うことも事実だろう。Aは、意思連絡を通じてBの意思を直接確認したわけではないから、その後にBがどのような行動に出るのか、あるいは状況の変化にどう対応するのか確信することはできない。また、Bは、そもそもAに合わせる意図を持ち合わせていないため、Aの行為の有無にかかわらず、予定通り行為を遂行しようとするだろう。そうすると、両者の行為の間に円滑な相互調整を確保することは困難であって、彼らの連携作用は歪なものにならざるを得ない。意思連絡に依拠せずに役割分担（分業）、相互利用・補充、あるいは相互調整関係を形成すること自体は可能であったとしても、それはあくまでも最低限の連携作用をもたらすに過ぎないといえよう。すなわち、意思連絡を欠く場合にも何らかの連携作用を認めることはなお可能であるが、円滑かつ高度な連携を確保することは到底不可能なのであって、高度な連携なきところに犯罪実現の高度な危険を認めることもできない。場合によっては関与者同士が拮抗する行為を行ってしまい、かえって犯罪実現の可能性を低減させることすらありうるだろう。それゆえ、意思連絡なき複数人の共働は、たとえ一定程度の危険増加を創出するとしても、刑法60条の適用を認めうるほどの高度な危険を類型的に創出するものではないと考えられる。

（2）意思連絡の役割——類型的に高度な危険の創出——

例えば、因果関係論においては、事実的に認定される因果関係（条件関係）だけでは法的評価には十分でなく、当該因果経過が法的に類型化された枠内に収まっていること（相当因果関係ないし客観的帰属）が要求されるわけだが、共同正犯の共働関係を認定する場面においても同様の限定がなされる。すなわち、意思連絡がなくても関与者らが連携することはあるし、また、それが高度な危険を生じさせることも——極めて稀ではあるが——あり得なくはない。しかし、高度な危険は、一般的には個々の行為が円滑に連携できるよう緊密に調整し合っている場合に創出されるのであって、意思連絡なき高度な危険の創出は異常な、つまり非類型的な事態であるといえる。たとえそのような危険創出が事実上認定されうるとしても、それは、立法者が類型的に予定するものではないとして、刑法60条

の適用範囲から排除されるのである。

意思連絡は、犯罪の遂行過程から不確定要素を排斥し、個々の行為の円滑な連携を担保するものである。相互利用・補充関係や機能的行為支配といった観点から意思連絡の「類型的な必要性」を主張する従来の見解も、結局のところ、意思連絡の「関与者間の円滑な連携を担保する」という性質に着目するものだったのだろう。かくして、意思連絡は、関与者間の円滑な連携作用およびそれに伴う高度な危険を類型的に担保する要素として、刑法60条の必要条件の一つに位置づけられる、と解される。

第3款 結論

第1項 本章の結論

共同正犯における意思連絡の要否をめぐる議論を考察してきた本稿の結論は以下の通りである。

（1）意思連絡の「類型的な必要性」

意思連絡の必要性の根拠として従来挙げられてきた諸概念のうち、「意思連絡がなければその成立を肯定する余地はない」として意思連絡の「論理的な必要性」を論証できるのは共同意思主体（人的結合体）だけである。これに対して、心理的因果性、相互利用・補充関係、機能的行為支配、共同行為（客観的共同性）、実行行為の一個性、および他者関係的な正犯性に依拠する立場は、いずれも、意思連絡なしにそれらが成立する余地を認めつつ、意思連絡がある場合に成立するのが一般的であることに着目し、意思連絡の「類型的な必要性」を主張するものである。このような趣旨に理解された意思連絡必要説は、意思連絡不要説の主張と対立するものではない。

（2）意思連絡の役割

意思連絡は、共同正犯の類型性を担保するものである。

刑法60条は、共同行為全体が類型的に高度な危険を創出する場合に適用される。意思連絡なしに高度な危険が創出されることも原理的には否定されないが、それは、刑法60条が予定する類型的な危険創出ではないため、共同正犯が成立することはない。刑法60条の適用を正当化するには、同条が類型的に予定する高度な危険の発生が要求され、そのためには関与者間に緊密な共働関係を形成し、共同行為全体の高度な危険性を担保する意思連絡が必要になるのである。

（3）主観的共同性

共同正犯は、以上のように、「行為と行為の客観的結合関係（客観的共同性）」を要求するだけでなく、相互的な意思連絡を基礎とする「他者関係的正犯性」と「共同行為の高度な危険性」を要求するという形で「人と人の主観的結合関係（主観的共同性）」をも必要とする関与類型である。

第2項 片面的共同正犯の成否

意思連絡不要説の立場からは、例えば、「共同正犯は構成要件該当事実の共同惹起であるから、その共同性を担保するための要件として『意思の連絡』『共同遂行の合意』が必要になると理解し、片面的共同正犯を否定する解釈が十分考えられる」が、「片面的に関与する者の側から見れば、物理的因果性、又は、一方的な心理的因果性を基礎として、構成要件該当事実を片面的又は一方的ではあれ他の共同者と共に惹起するという関係を認めることができる場合が例外的には考えうる」のであって、「片面的共同正犯も例外的な限られた場合であれ、肯定することが不可能ではない」とされる⁽³⁵⁾。（不要説が問題とする）意思連絡の「論理的な必要性」のみに着目するのであれば、確かにこのような帰結が導かれると思われる。

しかし、「構成要件該当事実の共同惹起」は、何らかの任意の方法で実現しただけでは十分でなく、刑法60条が典型的に予定する方法で（つまり、典型的に高度な危険を創出する形で）実現しなければならないとするのであれば、それを担保する要素として意思連絡が必要になる。つまり、意思連絡に基づく共同惹起でなければならないことになる。それゆえ、意思連絡のない片面的関与は——たとえ個々の具体例においては例外的に高度な危険を創出するものであったとしても——刑法60条の対象になることはない。判例・通説が概念的に否定する片面的共同正犯は、やはり、「それ自体矛盾するものである」⁽³⁶⁾として否定されると解すべきであろう。

第3項 残された課題

意思連絡をめぐる論争が刑法60条の解釈論的帰結に対して影響を及ぼす場面は、片面的共同正犯に限られない。

そのうちの一つが承継的共同正犯である。我が国において、承継的共同正犯は、因果性の問題として検討される傾向にある。しかし、構成要件該当事実全体に対する因果性を要求する否定説⁽³⁷⁾と一部に対する因果性で足りるとする中間説⁽³⁸⁾が展開する現在の議論は、いささか水掛け論の様相を呈している感も否めない。そもそも、承継的共同正犯は、犯罪の一部が既に遂行されてから「意思連絡」がなされた場合に問題となる事例群であるのだから、因果性だけでなく、意思連絡も重要な考察対象になるはずである。それゆえ、意思

⁽³⁵⁾ 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）367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。

⁽³⁶⁾ Edmund Mezger, in: LK 8. Aufl., 1957, § 47 S. 254.

⁽³⁷⁾ 例えば、「犯罪の不法前提に対しては因果性を必要としないが、不法内容に対しては因果性を必要とすると解す〔る〕」松原芳博「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）201頁以下。

⁽³⁸⁾ 例えば、第1次的な法益の侵害と因果関係がある限りで承継的共犯を肯定できるとする十河太朗「承継的共犯論の現状と課題」『理論刑法学の探究⑨』（成文堂、2016年）144頁以下。

連絡の要否と役割をめぐり本稿が提示した帰結は、承継的共同正犯を検討する際の新たな分析軸を提供してくれるものと期待される。

また、本稿では検討対象を意思連絡の「要否」に限定しているため、（結果を共有しなければならないのか、それとも行為の共有で足りるのか、という）意思連絡の「対象」については検討できていない。しかし、この問題は、とりわけ過失の共同正犯を問う際に重要になってこよう。しかし、過失の共同正犯を検討するには、更に、過失共働の特殊性も考慮しなければならない。故意犯の場合、関与者間の意思連絡は、犯罪実現の危険性を増大させる方向にのみ作用するといえる。これに対して、過失共働における意思連絡は、一方で、不注意を促進し合うという意味で危険増加を基礎づける要素になりうるが、他方で、（例えば、チーム医療の場合が典型例であるように）結果発生の可能性を減少させる要素にもなりうる。以上のように、過失の共同正犯においては、意思連絡の対象および役割の点で故意犯にはない特殊な問題が生じてくるが、いずれも本稿の射程を超えるものであるため、この問題の検討は今後の課題としたい。

終章

第1節 共同正犯の成立要件

第1款 共同正犯における因果性

第1項 修正された因果性の必要性

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となる因果関係（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すると、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）⁽¹⁾。

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）⁽²⁾。

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⁽³⁾。なお、侵害行為主義からの要請としては、因果性（要件①）を心理的因果性に限定し、物理的因果性を排除する理由はない。しかし、後述の主観的共同性（要件④）⁽⁴⁾を併せ考えると、「他者関係的正犯性」は他の共犯者に対する心理的因果性を、「刑法60条が典型的に予定する高度な危険性」は相互的な心理的因果性を前提にするため、結局のところ、心理的因果性が必要条件として要求されることになる。

第2項 問責対象行為の画定

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

(1) 第1章第1節第2款（11頁以下）参照。

(2) 第1章第1節第3款（20頁以下）参照。

(3) 因果性（要件①）は広義の共犯に共通する要件であるから、これが認められない場合、狭義の共犯すらも否定されることになる。

(4) 本節第3款第2項（210頁以下）参照。

とはできない（現実志向型正犯論）⁽⁵⁾。

共同正犯の未遂をめぐるのは、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⁽⁶⁾。

第2款 共同正犯における正犯性

第1項 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。

⁽⁵⁾ 第1章第1節第4款（24頁以下）および同章第2節第4款（36頁以下）参照。

⁽⁶⁾ 第1章第2節第5款参照（40頁）。

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⁽⁷⁾。

第2項 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⁽⁸⁾。

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。背後者を共謀共同正犯として処罰するには、更に、集団圧力の排除には背後者の関与を撤回させる必要があるといえなければならない。これは、背後者の指示・命令を放棄させることで直ちに集団圧力を排除できる場合（①）、あるいは背後者の翻意だけで集団圧力は排除されないが、他の関与者と合意することではじめて集団圧力を排除しうる関係が形成されている場合（②）に肯定される⁽⁹⁾。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（この場合は、通常、上記①に該当することになる）。しかし、組織性を備えるに至っていない集団に

⁽⁷⁾ 第2章第1節第4款（73頁以下）参照。

⁽⁸⁾ 第2章第2節第2款（93頁以下）参照。

⁽⁹⁾ 第2章第2節第4款（117頁以下）参照。

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（この場合は上記②に該当することが多いと思われる。）。

重要な役割（要件②）は、抽象的には「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」と定義されるわけだが、これが肯定される事例は、大別して、心理的拘束力を伴うことなく実行行為の成否に直結する行為を行う場合（【類型1】）と刑法規範の禁圧を凌駕する心理的拘束力を伴う場合（【類型2】）に類型化できる⁽¹⁰⁾。

第3款 共同正犯における共同性

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。

第1項 客観的共同性

共同正犯においては、関与者らの個々の行為が単独では単独正犯の成立に必要な実行行為性や因果関係（条件関係）などを充足しない場合がある。そこで、彼らを構成要件該当事実について共同正犯として処罰するには、彼らの個別行為が結合して形成される「共同行為」が単独正犯の成立要件を充足しなければならない⁽¹¹⁾。

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実現するものでなければならない（「意思実現」要件）。もっとも、複数行為が関与者ら全員（例えば、AとBの両者）の意思を実現する必要はなく、共同行為の成否が問われる関与者の意思を実現するものといえる限り、彼に共同行為を認める余地はある。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つの行為であることが基礎づけられる⁽¹²⁾。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

(10) 本節【表3】（212頁）および終章第2節【表4】（251頁）参照。

(11) 単独正犯の場合に要求される「因果関係（条件関係と危険の現実化）」と共同正犯の各自の行為に要求される「因果性」を区別し、「共同正犯の場合、共同実行と結果との間に（正犯的）『因果関係』が必要であるとともに、個々の行為者の行為と結果との間に『因果性』が必要」であるとする大塚裕史「共同正犯の処罰根拠と共謀共同正犯」法セミ 743号（2016年）96頁以下も参照。

(12) 第3章第2節第1款（145頁以下）参照。

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）⁽¹³⁾。

客観的共同性（要件③）を基礎づける下位基準（意思実現、相互調整、重要な役割）は、関与者間の主観的な人的結合関係ではなく、行為と行為の客観的な結合関係を形成・担保するためのものである。共同正犯の第 3 の成立要件である客観的共同性を問うこの文脈においては、最低限の相互調整（連携）関係が認められれば足りるのであって、関与者間の意思連絡はその必要条件ではないと解される。

第 2 項 主観的共同性

（1）他者関係的正犯性

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（重要な役割【類型 2】⁽¹⁴⁾）。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（重要な役割【類型 1】⁽¹⁵⁾）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⁽¹⁶⁾。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⁽¹⁷⁾。

他者関係的正犯性の下位基準の一つである重要な役割（要件②）は、他の共同正犯者の役割との同等性⁽¹⁸⁾を含むものである。したがって、A が重要な役割（要件②）を充足することを B が認識している場合、B は A を少なくとも同等な存在と考えるはずであるから、原則として、B の行為に関する A の他者関係的正犯性が否定されることはない。しかし、

⁽¹³⁾ 第 3 章第 2 節第 2 款（154 頁以下）参照。

⁽¹⁴⁾ 本節【表 3】（212 頁）および終章第 2 節【表 4】（251 頁）参照。

⁽¹⁵⁾ 本節【表 3】（212 頁）および終章第 2 節【表 4】（251 頁）参照。

⁽¹⁶⁾ 「共同正犯は、意思の共同と行為の共同とを要し、自ら犯行に加工しない場合には、少くとも、他人をして自己の犯意を実現せしめんとする意思を要し、実行行為担当者においても、他の加担者の犯意を実現せんとする認識が必要である」とする名古屋高判昭和 31 年 2 月 10 日刑集 14 卷 9 号 1174 頁、高刑集 9 卷 4 号 325 頁も参照（下線引用者）。

⁽¹⁷⁾ 第 4 章第 2 節第 1 款（191 頁以下）参照。

⁽¹⁸⁾ 第 2 章第 1 節第 3 款（60 頁以下）、同第 4 款（73 頁以下）参照。

例外的に、組織・集団内におけるAの地位が低いことなどを理由に、AはBの動機形成に強い影響を及ぼしていないとして、Aの他者関係的正犯性が否定される場合も考えられる(19)(20)。

なお、他者関係的正犯性が意思連絡に依拠することなく成立することも理論上はありうるだろうが、実際のところは、意思連絡に基づき成立するものと考えられる。

(2) 意思連絡に基づく典型的に高度な危険性

共同正犯の果たす役割は——典型的に——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——典型的に高度な危険(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条が典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(21)。

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。

(3) 片面的共同正犯の成否

以上のように、共同正犯の本質(の一部)である「他者関係的な正犯性」と「共同行為の典型的に高度な危険」は、いずれも、関与者らが主観的に結びついていることを前提にする。共同正犯は、これらを具体的内容とする主観的共同性を第4の成立要件として必要と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る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を認めつつも、(例外の存在を

(19) 終章第2節第1款第2項(220頁以下)参照。

(20) 他者関係的正犯性は、結局のところ、共犯者らが被告人の役割をどのように評価するかを基準とするものである。この点、本稿は、正犯性はあくまでも法的観点から評価されるべき問題であって、共犯者らの主観的評価に依拠させるべきでないと主張してきた(第1章第2節第4款(36頁以下)および第4章第1節第3款(174頁以下))ため、このことと他者関係的正犯性の矛盾が問題になりうる。しかしながら、まず、第一次的な正犯性としての結果関係的正犯性を法的観点から確定し、次いで、その枠内で副次的に共犯者らの主観的評価を顧慮するにとどめるのであれば、十分許容されうると思われる。

(21) 第4章第2節第2款(195頁以下)参照。

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。

第 4 款 まとめ

第 1 項 本稿の結論

関与者らが因果性（条件関係または促進関係）（要件①）と重要な役割（実行行為と同程度の禁圧の要請）（要件②）を備える行為によって構成要件該当事実に関与し、要件①と要件②を充足する複数行為の間に客観的共同性（意思実現と相互調整）が成立して、一つの共同行為を形成し（要件③）、次いで、意思連絡に基づく主観的共同性を通じて関与者らが当該共同行為の枠内において他者関係的正犯性を獲得し、かつ、その行為全体が刑法 60 条の予定する類型的に高度な危険を具備し（要件④）、当該共同行為が単独正犯の成立要件（実行行為性や因果関係など）を充足する場合に、共同正犯は成立する。なお、関与者らを共同正犯として処罰するには、当然、彼らが以上の事実（要件①・②・③・④）を認識している必要がある（要件⑤）。これが、ここまでの考察の結論である（【表 3】参照）。

【表 3】

共同正犯の成立要件

要件①	因果性	【内容】条件関係または促進関係
要件②	重要な役割	【内容】実行行為と同程度の禁圧の必要性 1（心理的拘束力を伴わない）実行行為の成否に直結する行為 【類型】 2 刑法規範の禁圧を凌駕する心理的拘束力を伴う関与
要件③	客観的共同性	【内容】複数行為による共同行為の形成 【下位基準】意思実現／相互調整／役割の重要性（要件②） 【派生要件】共同行為による単独正犯の成立要件（実行行為性／因果関係（条件関係／相当因果関係・客観的帰属）など）の充足
要件④	主観的共同性	他者関係的正犯性 【内容】 高度な連携に基づく共同行為の高度な危険性 【下位基準】相互意思連絡に基づく客観的共同性（要件③）の共有
要件⑤	故意	【内容】要件①・②・③・④の認識

第2項 従来の見解との比較

従来、我が国の通説は、共同正犯の成立に「共同実行の事実」（客観的要件）と「共同実行の意思」（主観的要件）を求めてきた⁽²²⁾。しかし、これだけでは「共同実行の事実」が具体的に何を意味し、如何なる場合に「共同実行の意思」が肯定されるのかは明らかでない。そこで、本稿の立場からこれらを捉え直すと、まず、「共同実行の事実」は、要件①・②・③に還元されると思われる。つまり、要件①・②・③の存在により関与者らの複数行為は一個の共同行為を形成し、この共同行為が構成要件該当事実を実現すること、これが「共同実行の事実」である。これに対して、「共同実行の意思」とは、関与者らが以上の事実を主観的に共有しながら共働することで共同実行の範囲を限定し（要件④）、かつ、これらすべての要件を認識することを意味する（要件⑤）。

また、現在の実務においては、（共同）正犯と（狭義の）共犯は「自己の犯罪」か「他人の犯罪」かによって区別されると考えられている⁽²³⁾。つまり、正犯意思（自己の犯罪を行う意思）をもって関与する者が共同正犯であり、共犯意思（他人の犯罪を行う意思）をもって関与する者が共犯となるわけである⁽²⁴⁾。しかし、「自己の犯罪」か否か（または「正犯意思」の有無）は、共同正犯の成立要件（の一つ）というよりも、「被告人には共同正犯が成立する」という結論を表す概念である。つまり、被告人が要件①・②・③・④を充足することで、当該犯罪はまさに被告人の犯罪であると評価され、また、このことを被告人自身が認識すること（要件⑤）で、被告人は正犯意思をもって当該犯罪に関与したと認定されるのである。あえて主観説の立場から主観的要素に重点を置くとしても、正犯意思は、狭義には、自己の犯罪と評価しうるだけの役割で当該犯罪に関与していることの認識を、つまりは自身の役割の重要性（要件②）の認識を意味し（狭義の正犯意思）、広義には、自己の犯罪であること（要件①・②・③・④）の認識（要件⑤）を意味するものと思われる（広義の正犯意思）。結局のところ、正犯意思を認定するには、被告人らの主観的要素のみならず、客観的要素も併せて総合的に考慮する必要があるのである⁽²⁵⁾。

第3項 次節の検討課題

本稿は、序章で、個々の間接事実と最終的な結論（共同正犯の成否（自己の犯罪か否か、または正犯意思の有無））の間に存在するものと推測される“途中式”を言語化し、共同正犯の判断プロセスを解き明かすことを目的とした。

しかし、ここまでの考察は、共同正犯の成否という最終的な結論とその“途中式”の関係を分析したにとどまり、本稿全体の目的との関係でいえばその半分を達成したに過ぎない。

⁽²²⁾ 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀『大コンメンタール刑法第5巻〔第2版〕』（青林書院、1999年）130頁〔村上光鵬〕。

⁽²³⁾ 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑雑31巻3号（1991年）318頁。

⁽²⁴⁾ 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」曹時51巻8号（1999年）6頁。

⁽²⁵⁾ 松本・前掲注（23）320頁以下。

判断プロセス全体を解明するには、抽象的な要件論に終始することなく、別途、裁判例の中で考慮された具体的な事実関係がその“途中式”と如何に関係するのかを検討する必要がある。そこで、次節では、まず、共同正犯の成否が争われた裁判例を概観し、如何なる間接事実⁽²⁶⁾が共同正犯の成否に影響を及ぼしうるのかを整理・分類した上で、次いで、それらの事実が（本稿が提示する）成立要件の成否に対してどのように作用するのかを具体的に分析することにする。

⁽²⁶⁾ 共同正犯の成否を判断するための間接事実としては、例えば、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」曹時 51 卷 8 号（1999 年）19 頁以下は、①犯行の際行った行為の内容、②他の行為者との共謀の有無ないしその経過・態様、③他の行為者との主従等の関係、④犯行の動機、⑤犯行に対する積極性の有無、⑥犯罪の結果に対する利害関係の有無ないしその程度、⑦犯罪の準備および犯行後の犯跡隠蔽・利得分配等において果たした役割を列挙し、また、石井一正＝片岡博「共謀共同正犯」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——（上）』（判例タイムズ社、1992 年）348 頁以下は、①共謀者と実行行為者の関係、②犯行の動機、③共謀者と実行行為者間の意思疎通行為の経過・態様・積極性、④実行行為以外の行為に加担している場合はその内容、⑤犯行前後の徴表行為（犯跡隠蔽行為、分け前分与、実行行為者からの事後報告、実行行為後に続く行為への参加等）を列挙している。あるいは、①明示・黙示の意思の連絡の存在、その意思疎通の状況・程度、②被告人と実行行為者との関係（組織関係、上下関係、勧誘・被勧誘の別）、③実行行為以外の被告人の具体的役割（犯行過程の一部分担、激励・待機・見張り、方法教示・道具貸与・資金提供、犯行隠蔽・実行行為者からの事後報告・実行行為後の行為への参加）、④犯行動機（利得の有無・額・割合、法益侵害そのものへの積極性、実行行為者への義理立て）が共同正犯の間接事実として列挙されることもある（司法研修所『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009 年）58 頁以下）。「共同正犯であったのか、幫助犯であったのか、即ち、実行者を通じて自己の犯罪を実行する意思であったのか、単に正犯の犯罪の実行を容易にする意思であったのかの区別については、被告人が行った行為の内容、他の行為者との共謀の有無ないしその経過・態様、他の行為者との主従等の関係、犯行の動機、犯行に対する積極性の有無、犯罪の結果に対する利害関係の有無ないしその程度、犯罪の準備及び犯跡隠蔽、利得分配等において果たした役割等の事情を総合して判断すべきである」との一般論を提示した新潟地判平成 23 年 9 月 9 日刑集 67 卷 3 号 288 頁も参照。

第2節 共同正犯の認定⁽¹⁾

第1款 共同正犯認定のための間接事実

共同正犯の成否に係る間接事実は多岐にわたるが、それらは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」に分類できよう⁽²⁾。本節では、これらが共同正犯の成立要件（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）と如何に係るのかを検討していく⁽³⁾。

第1項 行為の内容・役割

（1）重要な役割（要件②）との関係

（i）実行行為の全部または一部

Ⅰ「行為の内容・役割」は、まず、重要な役割（要件②）の存否に影響を及ぼす。重要な役割（要件②）は、刑法による禁圧に期待される意義・効果が実行行為の場合と同等と評価される行為に認められるから、【I-i⁺】被告人が自ら実行行為のすべてを遂行した場合、重要な役割（要件②）は当然肯定される⁽⁴⁾。したがって、例えば、**裁判例〔9-5〕**：東京高判昭和40年8月9日が、実行行為のすべてを担当した以上、被告人が他の「主謀者

⁽¹⁾ 本節で引用する裁判例については、「資料：裁判例（事案・判旨）」参照（下線および〔〕内引用者）。

⁽²⁾ 間接事実の一覧については、【表5】（252頁）参照。

⁽³⁾ 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）139頁は、『『意思の強度』『結果に対する関心』『動機の悪質性』『獲得した利益の程度』『犯行に至る経緯』『地位・精神関係の上下』『犯罪の発覚の防止』といったメルクマールには、本来、個別具体的な量刑判断にあたって考慮されるものや、問題とされている不法とは異なる法益を侵害するものとして（別の構成要件により）独自に評価されるべきもの、あるいはそもそも行為刑法における評価とは無関係な心情要素に過ぎないと思われるものなどが含まれているのであって、これらの総合判断によって構成要件の問題である正犯性の有無を判断するというのは、やはり罪刑法定主義の要請とは調和し得ない』と批判する。この批判は、確かに、これらの事実関係から正犯・共犯の成否を直接導く見解に対しては妥当するだろう。しかし、以下で見るように、これらの事実関係を顧慮することなく、被告人の行為の「意味」を明らかにすることはできず、また、行為の意味を確定できなければその構成要件該当性を判断することもできなくなろう（亀井源太郎「実務における正犯概念——最一小決平13・10・25を契機に——」判タ1104号（2002年）28頁参照）。これらをあくまでも共同正犯の成立要件の間接事実に位置づけるのであれば、罪刑法定主義違反の疑義は生じないと思われる。

⁽⁴⁾ 例えば、交通事故を装った保険金詐欺が問題となった**裁判例〔5-6〕**：高松高判平成12年7月18日は、複数の被告人らがそれぞれに保険金の支払請求を行った場合、「関与した者すべてが偽装事故であることを秘して受傷を装い続けることによってはじめて実行行為たる各人の保険金支払請求手続が奏功するのであって、うち一人でも脱落して真相が明らかになれば、他の者の支払請求手続もすべて不奏功に帰することはほぼ自明の理である」として、被告人らに共同正犯の成立を認めている。本件のように、いずれかの不成功が他の不成功（結果の不発生）を導きうるのであれば、重要な役割（要件②）を認めうるであろう。

の指示に従い、その意図を実現するため従属的立場においてこれに加功したに過ぎない観を呈することがあつてもその所為は従犯たるに止まるものではない」と判示したように、たとえ被告人が他の共犯者に従属していたとしても、重要な役割（要件②）が否定されることはない^⑤。

また、【I-ii+】関与者が実行行為の一部を遂行した場合も、重要な役割（要件②）は肯定される^⑥。例えば、**裁判例〔4-1〕：大判昭和7年4月28日**における被告人のように、強盗罪を遂行するにあたって財物奪取を担当した場合、その行為の阻止により強盗罪の実現を直接阻止しようと評価できるため、重要な役割（要件②）は肯定される。同様に、恐喝罪における脅迫文書の作成・郵送^⑦や喝取金の受領^⑧も、重要な役割（要件②）を充足する。

なお、ある行為の実行行為性は、それが行われた状況・文脈に依存するため、単独では実行行為と評価され得ない行為に実行行為性が認められる場合もある。例えば、被害者らにブリキ製ピストルを突きつけて脅迫する共犯者の隣に佇立する場合、佇立のみを取り出して独立に評価するのであれば、当該行為を強盗罪の実行行為の一部（脅迫）と評価するのは困難であるが、共犯者の行為を併せ考慮すれば、その実行行為性および重要な役割（要件②）を肯定できることになる^⑨。

（ii）実行行為の成否に直結するその他の行為

【I-iii+】共犯者が被害者をナイフで刺殺する際に被害者を羽交い絞めにする者に殺人罪の共同正犯が成立するように、実行行為そのものではないが、その行為の中止により直

^⑤ 実行行為のすべてを遂行したにもかかわらず共同正犯の成立を否定した**裁判例〔7-1〕：福岡高判昭和27年6月11日**、**裁判例〔7-3〕：横浜地川崎支判昭和51年11月25日**、**裁判例〔7-5〕：大津地判昭和53年12月26日**は、主観面（「自ら支配する意思」、「正犯意思」、「自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図」の欠如）のみを一面的に重視しているように思われる。これに対して、**裁判例〔7-6〕：東京高判昭和57年7月13日**は、被告人が他者の覚せい剤を所持していたという点で上記**裁判例〔7-1〕**に類似するが、事実上の支配（握持）によって重要な役割（要件②）の充足および共同正犯の成立を認めており、妥当な判断である。

^⑥ 例えば、「行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからである〔る〕」とする**裁判例〔4-12〕：福岡地判昭和59年8月30日**も参照。

^⑦ **裁判例〔5-4〕：東京高判平成8年6月25日**。高利率の社債の募集等を行っているなどの内容が記載された架空会社のパンフレットを送付する行為の実行行為性を肯定し、共同正犯を認めたものとして、**裁判例〔5-10〕：広島高判平成25年4月23日**。

^⑧ **裁判例〔5-5〕：大阪高判平成8年9月17日**。詐欺罪（振り込め詐欺）における詐欺金の回収を実行行為の一部と評価し、共同正犯を認めたものとして、**裁判例〔5-8〕：金沢地裁平成24年10月23日**。

^⑨ **裁判例〔4-3〕：最判昭和23年6月22日**。被害者の首を絞めて気絶させ、その後に被害者を土中に埋めて窒息死させた場合に、被害者の首を絞めた被告人を「実行行為そのものを担当しており、その役割が犯罪遂行に不可欠といえるほど重要であったことも明らかである」としたものとして、**裁判例〔1-31〕：盛岡地判平成26年9月24日**。

ちに共犯者の実行行為を、ひいては犯罪全体を不成功に終わらせうる場合もある⁽¹⁰⁾。例えば、殺人罪や強盗罪を遂行する際に被害者に睡眠薬などを摂取させ、その逃走・抵抗を不可能または困難にする行為には——被害者の羽交い絞めと同様に——重要な役割（要件②）を認めることができる⁽¹¹⁾。これに対して、睡眠薬（またはその他の手段・道具）が如何に重要であったとしても、それを他の共犯者に提供しただけであれば、その道具・手段の使用・不使用は直接実行者に委ねられているのだから、その提供行為のみによって直ちに重要な役割（要件②）が肯定されることはない⁽¹²⁾。

ここでは「見張り」の重要性も問題となる。監禁罪のように見張り自体に実行行為性を認めうる犯罪類型もあるが、一般的には見張りに実行行為性を認めることはできない。しかし、見張りに重要な役割（要件②）を肯定する余地はある。殺人罪を遂行する際に被害者を羽交い絞めにする行為に重要な役割（要件②）が認められるのは、その行為の排除により被害者がその場から逃走する可能性が生じ、直接的な法益保護が期待されるからである。そうであるならば、刑法規範により見張りを排除することで、直接実行者が犯罪の遂行を中止せざるを得ない状況が創出され、直接的な法益保護が期待されるのであれば、その見張り行為に重要な役割（要件②）を肯定することもできよう。例えば、実行犯らによる金庫窃盗が相当の時間を要し、また相当の音を発生させていたような場合であれば、周囲の状況を見張り、その状況を適宜実行犯らに連絡していた被告人の役割は、要件②を認めうる程に重要であるといえる⁽¹³⁾。また、共犯者が相手方に覚せい剤を密売する際に警察等による取締りから逃れるためにその周囲を見張っていたような場合、見張り役がいなくなれば共犯者も直ちに密売を中止して逃走すると考えられるから、その見張りに重要な役割（要件②）を認めることは可能であろう⁽¹⁴⁾。他方で、そのような役割が認められないのであれば、見張りそれ自体により重要な役割（要件②）が充足されることはない。その

⁽¹⁰⁾ 覚せい剤の密売人 A と暴力団会長 B の間での覚せい剤譲渡を仲介した被告人に共同正犯の成立が認められた**裁判例〔7-8〕**：大阪高判昭和59年3月14日では、Bからの信用を得ている被告人の存在は本件取引にとって必要不可欠であった旨認定されている。取引現場への被告人の同行・同席を排除すれば本件取引は中止されると評価できるなら、被告人の関与に重要な役割（要件②）を認めることもできよう。**裁判例〔7-4〕**：東京高判昭和52年2月16日も参照。

⁽¹¹⁾ 例えば、睡眠薬入りのカルピスを飲ませた**裁判例〔1-4〕**：大阪高判昭和53年5月11日や既に他の共犯者に睡眠薬を飲まされた被害者に飲酒させた**裁判例〔1-26〕**：福岡地小倉支判平成19年10月10日を参照。

⁽¹²⁾ 睡眠薬入りカプセルを準備した被告人に幫助犯を認めた**裁判例〔1-27〕**：広島高判平成21年4月30日、睡眠導入剤を提供した被告人に幫助犯を認めた**裁判例〔4-23〕**：東京高判平成25年5月28日を参照。これに対して、睡眠薬の調達・提供がその他の間接事実（動機や積極性、利益など）と相俟って心理的拘束力を生じさせるのであれば、睡眠薬を調達・提供した被告人に重要な役割（要件②）を肯定しうるとされる（**裁判例〔1-12〕**：東京高判平成6年9月16日および**裁判例〔1-30〕**：秋田地判平成26年8月5日を参照）。

⁽¹³⁾ **裁判例〔3-11〕**：神戸地判平成15年5月13日。

⁽¹⁴⁾ **裁判例〔7-14〕**：東京地判平成15年12月19日。

他の間接事実と相俟って心理的拘束力を生じさせた場合に限り、重要な役割（要件②）を認めうることになる⁽¹⁵⁾。心理的拘束力すら認められないのであれば、その見張り役に共同正犯が成立することはない⁽¹⁶⁾。

見張りと同様に、「自動車の運転」に重要な役割（要件②）を肯定しうる場合もある⁽¹⁷⁾。例えば、被害者宅に対する襲撃を成功させるには犯行直後に逃走しうることが何よりも肝要である場合、つまり迅速な移動手段の存在が実行行為の成否に直結していると考えられる場合であれば、運転自体に重要な役割（要件②）を認めうることになる⁽¹⁸⁾。また、自動車移動しながら窃盗を行った事案において、運転手役の被告人以外の共犯者らは自動車を運転できず、日本語も話せず、犯行現場の地理感覚もないような場合であれば、被告人による運転に重要な役割（要件②）を認めうるであろう⁽¹⁹⁾。これに対して、運転自体に重要な役割（要件②）を認め得ないときには、他の間接事実と併せて考慮し、他の共犯者に対する心理的拘束力の有無を検討することになる⁽²⁰⁾。以上の検討を経ても重要な役割（要件②）を認められないのであれば、運転手役に共同正犯は成立しない⁽²¹⁾。

（iii）心理的拘束力の間接事実としての行為

関与者が担当した行為が直ちに重要な役割（要件②）を充足するものでない場合、被告

⁽¹⁵⁾ 被害者の殺害とそれに至る経過の確定的認識、自動車の用意、証拠物の放棄、実行犯の出迎え、罪証隠滅を併せ考慮して被告人の共同正犯を認めた裁判例〔1-23〕：東京地判平成18年3月27日、自動車の提供、ガソリンの入手、死体の遺棄、ガムテープの提案・用意、金銭的利益を併せ考慮して被告人の共同正犯を認めた裁判例〔4-18〕：松山地判平成14年9月26日を参照。

⁽¹⁶⁾ 見張りを担当した者の共同正犯性を否定した裁判例として、裁判例〔1-3〕：大阪地判昭和46年3月15日、裁判例〔1-25〕：松山地判平成19年8月23日、裁判例〔3-2〕：東京地判昭和41年6月4日、裁判例〔3-9〕：大阪地判平成11年4月22日、裁判例〔3-13〕：東京高判平成22年12月8日、裁判例〔4-7〕：名古屋高判昭和36年8月15日、裁判例〔9-17〕：東京高判平成19年8月8日。

⁽¹⁷⁾ 監禁罪の場合、被害者の乗った自動車を運転することには実行行為性が認められるため、重要な役割（要件②）は肯定される（裁判例〔9-1〕：大判昭和10年12月3日）。

⁽¹⁸⁾ 裁判例〔6-1〕：東京地判平成9月7月14日および裁判例〔6-2〕：旭川地判平成28年9月5日。

⁽¹⁹⁾ 裁判例〔3-12〕：高松高判平成20年7月14日。

⁽²⁰⁾ 裁判例〔1-30〕：秋田地判平成26年8月5日および裁判例〔3-10〕：東京高判平成15年1月23日（事案②）。

⁽²¹⁾ 運転手役の共同正犯性を否定した裁判例として、裁判例〔1-19〕：仙台高判平成15年7月8日、裁判例〔3-9〕：大阪地判平成11年4月22日、裁判例〔4-11〕：千葉地判松戸支判昭和55年11月20日、裁判例〔4-19〕：富山地判平成16年12月14日、裁判例〔4-21〕：名古屋地判平成24年6月29日、裁判例〔4-24〕：水戸地判平成26年10月6日。なお、裁判例〔3-4〕：東京高判昭和56年10月27日は、Aが自車を運転しながら窃盗対象を物色し、その後Aが被害車両を窃取してそのまま運転し、被告人がAの自動車を運転してAに追従した事案について、被告人に窃盗の共同正犯を認めている。しかし、本件における被告人の運転そのものに重要な役割（要件②）を認めるのは困難であるし、また、心理的拘束力を基礎づける他の間接事実も認定されておらず、共同正犯の認定としては不十分であると思われる。

人が担当した行為は、心理的拘束力を認定するための間接事実になる。

共同正犯の成立要件としての重要な役割（要件②）を認めうる程ではないとしても、犯罪の実現にとってはなおも重要とされうる行為を行ったという事実（【I-iv⁺】⁽²²⁾は、そ

⁽²²⁾ 【I-iv】に該当する行為は、見張りや自動車の運転を含め、多岐にわたる。裁判例の中では、例えば、【I-iv-i】犯行に必要な手段・道具の提供（裁判例〔1-3〕：大阪地判昭和46年3月15日（電気釜のコードの提供：共同正犯否定）、裁判例〔1-16〕：東京地判平成14年8月23日（けん銃・実包の提供：共同正犯否定）、裁判例〔4-6〕：神戸地判昭和36年4月8日（ビニール紐の提供：共同正犯否定）、裁判例〔4-8〕：東京地判昭和42年1月12日（ナイフの貸与：共同正犯否定）、裁判例〔4-18〕：松山地判平成14年9月26日（ガムテープの提供：共同正犯肯定）、裁判例〔5-2〕：東京高判昭和57年12月21日（日本刀・重要美術品認定通知書用紙の提供：共同正犯否定）、裁判例〔5-3〕：大阪地判昭和59年2月29日（契約書の提供：共同正犯肯定）、裁判例〔5-9〕：東京高判平成25年2月20日（休業損害証書の作成：共同正犯否定）、裁判例〔8-1〕：東京地判昭和57年7月28日（拳銃の調達：共同正犯否定）、裁判例〔9-9〕：福岡高判昭和61年9月11日（船舶の提供・運航：共同正犯否定）、裁判例〔9-12〕：東京高判平成9年12月18日（内容虚偽の文書の作成・提出：共同正犯否定）、裁判例〔9-13〕：東京地判平成10年8月19日（必要書類等の提供：共同正犯肯定）、裁判例〔9-16〕：東京地判平成13年11月8日（内容虚偽の書類の作成・提出：共同正犯肯定）、【I-iv-ii】犯行に必要な前提状況の作出（裁判例〔1-18〕：広島地判平成15年3月24日（合名会社の設立・保険契約手続：共同正犯肯定）、裁判例〔1-20〕：福岡地判平成16年5月27日（生命共済加入申込手続：共同正犯否定）、裁判例〔1-22〕：福岡高判平成17年4月7日（生命共済加入・共済掛金払込：共同正犯肯定）、裁判例〔3-7〕：札幌高判昭和60年3月20日（試験問題購入希望者の斡旋：共同正犯否定）、裁判例〔7-15〕：神戸地判平成17年4月18日（麻薬の送付先の提供：共同正犯否定）、裁判例〔9-11〕：東京地判平成8年3月28日（公然わいせつの場所「カップル喫茶」の営業：共同正犯否定）、裁判例〔9-19〕：新潟地判平成23年9月9日（賭博場所の提供：共同正犯否定）、【I-iv-iii】資金提供（裁判例〔1-14〕：福岡高那覇支判平成10年5月19日（共同正犯肯定）、裁判例〔4-13〕：浦和地判平成元年3月2日（共同正犯否定）、裁判例〔7-7〕：最決昭和57年7月16日（共同正犯肯定）、裁判例〔7-10〕：大阪高判昭和63年7月26日（共同正犯一部否定）、裁判例〔7-17〕：東京地判平成20年5月14日（共同正犯肯定）、裁判例〔8-2〕：大阪地判昭和58年11月30日（共同正犯否定）、裁判例〔7-19〕：大分地判平成27年10月15日（共同正犯否定）、裁判例〔8-2〕：大阪地判昭和58年11月30日（共同正犯否定）、【I-iv-iv】情報提供（裁判例〔1-26〕：福岡地小倉支判平成19年10月10日（共同正犯肯定）、裁判例〔1-28〕：福岡高判平成22年10月15日（共同正犯肯定）、裁判例〔3-14〕：金沢地判平成26年7月24日（共同正犯肯定）、裁判例〔4-6〕：神戸地判昭和36年4月8日（共同正犯否定）、裁判例〔4-16〕：東京高判平成13年1月17日（共同正犯否定）、裁判例〔9-15〕：札幌高判平成13年2月8日（強盗殺人未遂につき共同正犯肯定）、裁判例〔9-20〕：横浜地判平成25年9月30日（共同正犯否定）、【I-iv-v】障害の排除（裁判例〔1-1〕：大判明治37年5月27日（下女の誘導：共同正犯肯定）、裁判例〔3-3〕：東京高判昭和43年1月11日（窓の棧の除去：共同正犯否定）、裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日（勝手口の開錠：共同正犯肯定）、【I-iv-vi】被害者の誘い出し（裁判例〔3-1〕：大判明治41年2月27日（共同正犯肯定）、裁判例〔4-2〕：大判昭和10年6月25日（共同正犯肯定）、裁判例〔4-25〕：山形地判平成28年8月5日（共同正犯肯定）、【I-iv-vii】共犯者らの仲介・連絡役（裁判例〔4-22〕：東京地判平成24年9月14日（共同正犯肯定）、裁判例〔7-7〕：最決昭和57年7月16日（共同正犯肯定）、裁判例〔7-12〕：東京地判

の担当者が共犯者らにとって看過し得ない存在であること、または彼が当該犯罪の実現に相当の利益を有していることを推測させる⁽²³⁾。また、犯罪の実現にとって重要な行為の遂行には（逮捕や処罰などの）相応のリスクが伴うところ、そうしたリスクにもかかわらず当該行為を遂行したという事実は、共犯者を——もはや後戻りは許されないと感じさせる等して——心理的に拘束する要素の一つになると思われる⁽²⁴⁾。

（2）客観的共同性（要件③）と主観的共同性（要件④）との関係

客観的共同性（要件③）が肯定されるには、重要な役割を担う者の意思が複数行為全体を通じて実現され、また、重要な役割を担う行為同士が相互に調整し合う必要がある。したがって、I「行為の内容・役割」における間接事実は、客観的共同性（要件③）の存否にも関係することになる。

また、他者関係的正犯性（主観的共同性（要件④）の一部）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ある必要がある。そして、その評価は、関与者の行為に役割の重要性が認められうるかに依拠するため、I「行為の内容・役割」は主観的共同性（要件④）の存否にも関係するといえる。

第2項 他の共犯者との人的関係

II「共犯者間の人的関係」に位置づけられる事実関係としては、【II-i^{+/ー}】組織・集団の存在、性質（組織・集団の凝集性、組織・集団内の制裁の質・量、個々の構成員における集団規範の内在化、構成員の遵法意識の低下など）、【II-ii^{+/ー}】組織・集団内における上下関係、権限の有無、【II-iii^{+/ー}】その他の人間関係（家族関係（夫婦、親子、兄弟）⁽²⁵⁾、恋人・愛人関係⁽²⁶⁾、年齢差⁽²⁷⁾、人間関係の未形成・未成熟（初対面、面識なし））が考えられる。

平成12年4月12日（共同正犯肯定）、裁判例〔7-13〕：福岡地判平成13年3月1日（共同正犯肯定）、裁判例〔7-17〕：東京地判平成20年5月14日（共同正犯肯定）、裁判例〔8-2〕：大阪地判昭和58年11月30日（共同正犯否定）、【I-iv-viii】地理案内（裁判例〔1-6〕：大阪地判昭和58年12月15日（共同正犯否定）、裁判例〔1-24〕：神戸地判平成18年11月30日（共同正犯否定））が考慮されている。

⁽²³⁾ 利益の有無と心理的拘束力の関係については、本款第4項（224頁以下）参照。

⁽²⁴⁾ アメリカでけん銃等を調達した被告人の共同正犯を否定するに際し、彼が「合法の範囲内にあるけん銃等の売買に尽力する限度でこれに協力する態度をとり続け〔た〕」ことをその理由の一つにした裁判例〔8-1〕：東京地判昭和57年7月28日は、リスクの負担を避けようとする被告人の態度が共同正犯の成立を否定する方向に作用することを示唆する。

⁽²⁵⁾ 裁判例〔4-17〕：最決平成13年10月25日。

⁽²⁶⁾ 例えば、裁判例〔1-15〕：札幌地判平成12年1月27日は、被告人には「Aの望みを聞いてやり、Aにいいところを見せてその歓心を買おうという動機があった」と認定している。

⁽²⁷⁾ 裁判例〔7-7〕：最決昭和57年7月16日、裁判例〔9-14〕：東京地判平成12年7月4日。

(1) 重要な役割(要件②)との関係

第一に、共犯者間の人的関係は、心理的拘束力の有無・程度に影響を及ぼすものと考えられる。

組織・集団の凝集性、組織・集団内の制裁の質・量、個々の構成員における集団規範の内化、それに伴う構成員の遵法意識の低下といった要素が高まる時(【II-i⁺】)、実行担当者の犯行傾向は強化され、違法行為を内容とする指示・命令はより確実に遂行されるようになる⁽²⁸⁾。そして、そうした傾向を強く示す組織・集団において上位者が下位者に働きかける場合(【II-ii⁺】)、下位者に対する心理的拘束力は一層増強するといえる⁽²⁹⁾。また、共犯者間に上下関係が認められなくても、組織・集団の凝集性、制裁、目的の共有などを通じて相互依存関係が形成される場合はあるのであって、心理的拘束力を肯定する余地はある。

これに対して、たとえ所属する組織・集団に強い凝集性や確実な制裁が認められるとしても、それを行使する権限を有さない者(組織・集団の下位者、機械的作業のみに従事する者、新人、年少者など)が、その権限を有する者(実質的決定権者、上位者、年長者など)に支配的影響力を行使するのは困難であるから、これらの事実関係は、前者に対する後者の心理的拘束力の有無・程度に消極的に作用する(【II-ii⁻、iii⁻】)。また、共同正犯の成否が問題になる事例には組織や集団を背景にする場合だけでなく、共犯者らが初対面である場合や(仲介者を通じて連絡を取っていたため)共犯者間に直接の面識はない場合も含まれる(【II-iii⁻】)。しかし、これらの事情は、心理的拘束力の成立に積極的に作用する上述の事実関係(【II-i⁺、ii⁺】)の不存在を、ひいては心理的拘束力の不存在を推測させるものである。

(2) 客観的共同性(要件③)と主観的共同性(要件④)との関係

II「共犯者間の人的関係」は、重要な役割(要件②)を下位基準とする客観的共同性(要件③)および他者関係的正犯性(主観的共同性(要件④))の存否にも影響を及ぼすことになる。

⁽²⁸⁾ 集団の顕出性、目標達成への動機づけ、集団の凝集性、制裁の確実性、自信の弱さ、中和化の作用、相互暗示、組織におけるイデオロギーや法規範逸脱性の内化・内面化の程度を間接事実として挙げた第2章第2節第4款第3項(121頁以下)も参照。

⁽²⁹⁾ 裁判例〔1-14〕:福岡高那覇支判平成10年5月19日、裁判例〔8-5〕:最決平成15年5月1日、裁判例〔8-6〕:最決平成17年11月29日、裁判例〔8-7〕:最判平成21年10月19日。しかし、上位者としての地位は、あくまでも共同正犯の成立要件の間接事実の一つに過ぎず、常に共同正犯を成立させるわけではない(裁判例〔1-8〕:東京高判昭和60年9月30日、裁判例〔1-11〕:浦和地判平成3年3月22日、裁判例〔9-4〕:札幌地判昭和40年3月15日を参照)。また、組織内の上下関係はあくまでも「心理的拘束力」の間接事実であるから、組織の下位者が他の種類の重要な役割(例えば、実行行為の一部)によって犯罪に関与した場合は、当然に共同正犯を認めうる(従属的な立場であった被告人に共同正犯を認めた裁判例〔5-8〕:金沢地裁平成24年10月23日を参照)。

他者関係的正犯性は、自身の役割の重要性を共犯者らに認識させ、彼らの動機形成に強い影響力を及ぼした場合に肯定される。したがって、重要な役割（要件②）が肯定されるのであれば、原則として他者関係的正犯性が否定されることはない。しかし、重要な役割（要件②）が法的立場から被告人の役割を評価することでその存否を検討する要件であるのに対して、他者関係的正犯性においては、他の共犯者らとその役割を如何に評価するかが基準となるため、両者の評価に齟齬が生じる可能性もある。つまり、一般予防の観点からはある行為の役割に重要性が認められるとしても（重要な役割（要件②）の肯定）、それを担当する被告人が組織・集団において機械的作業に従事するだけの者（交換可能な歯車）として扱われ、他の共犯者らが彼の役割の重要性をその代替可能性などを理由に否定する場合（【Ⅱ-ii⁻】）、他者関係的正犯性は否定されうるのである⁽³⁰⁾。

また、共犯者間の人的関係は、高度な連携に基づく共同行為の高度な危険性（主観的共同性（要件④））にも関係する。凝集性の高い組織・集団においては、役割分担、役割間の相互調整、関与者間の意思連絡などの仕組みが確固たる制度として構築されているのが一般的である（【Ⅱ-i⁺】）⁽³¹⁾。これは関与者間の高度な連携を担保するものであり、それに伴い共同行為全体の危険性も増大することになる。他方で、関与者らが犯行時に初めて知り合った、あるいは直接の面識を持つに至らなかった（【Ⅱ-iii⁻】）のであれば、彼らの間に役割分担・相互調整に関する枠組みや緊密な意思連絡が存在しなかったことが推測されるため、関与者間の高度な連携、そしてそれに基づく共同行為の高度な危険性の不存在が推測されることになる。

⁽³⁰⁾ 例えば、**裁判例〔4-12〕**：福岡地判昭和59年8月30日は、覚せい剤の奪取（実行行為の一部）を担当した被告人について強盗殺人未遂の共同正犯を否定し、幫助犯の成立を認めている。本件の場合、実行行為の一部を遂行した以上、重要な役割（要件②）を否定することはできないが、被告人の立場を考慮し、その他者関係的正犯性（要件④）を否定する余地はあると思われる。その他、一方で、被告人の役割を「非主体的かつ非裁量的な面を有する機械的補助的なものにとどまる」ことを理由に共同正犯の成立を否定した**裁判例〔1-24〕**：神戸地判平成18年11月30日、「被告人でなくともなし得る形式的・機械的行為を行ったにすぎ〔ない〕」ことを理由に共同正犯の成立を否定した**裁判例〔8-3〕**：東京地判昭和63年7月27日、「〔共犯者〕の指示に基づいて行われた極めて単純かつ機械的なものであ〔る〕」ことを理由に共同正犯の成立を否定した**裁判例〔9-10〕**：東京地判平成2年10月12日、被告人Eの「行為自体はいずれも極めて単純な機械的幫助行為にすぎない」ことを理由に共同正犯の成立を否定した**長崎地佐世保支判昭和60年11月6日（裁判例〔9-9〕**：福岡高判昭和61年9月11日の原審）を、他方で、「単純な事務的、機械的作業の類ではな〔い〕」ことを理由に共同正犯の成立を肯定した**裁判例〔5-4〕**：東京高判平成8年6月25日を参照。

⁽³¹⁾ そうした仕組みが緻密に構築されている場合、関与者らはいわば「阿吽の呼吸」で共働しうる状態にあるため、黙示の意思連絡でも共同正犯は成立しやすくなる。被告人に共同正犯を成立させる理由の一つとして暴力団組長である被告人を専属で警護する「スワット」の存在を挙げる**裁判例〔8-5〕**：最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁、および被告人の世話と警護を担当する「親衛隊」の存在を挙げる**裁判例〔8-6〕**：最決平成17年11月29日を参照。

第3項 犯意・情報の共有

(1) 概説

Ⅲ「犯意・情報の共有」に分類される事実関係には、【Ⅲ-i^{+/-}】意思連絡の方法（明示・黙示、謀議の有無、謀議への参加の有無、現場共謀・順次共謀など）、【Ⅲ-ii^{+/-}】意思連絡の密度・内容（意思連絡の頻度、意見・賛否の表明の有無、情報交換の有無など）、【Ⅲ-iii^{+/-}】犯罪の具体的内容の認識の有無・程度がある。

共同正犯の成立には黙示の意思連絡で足りる⁽³²⁾。また、共同正犯の故意（要件⑤）としては未必の故意で十分である⁽³³⁾。したがって、犯罪全体について詳細かつ具体的な認識を持ちうる程に緊密な意思連絡は必ずしも必要ないはずである⁽³⁴⁾。

しかし、裁判例においては、例えば、「事前謀議に直接参加したことはなく、したがって、本件の全体像を把握してはいなかった」という事情（【Ⅲ-i⁻、iii⁻】）⁽³⁵⁾が共同正犯を否定する根拠として挙げられることもあるように、被告人と共犯者の間で犯罪結果に関する具体的な謀議がなされておらず（【Ⅲ-i⁻】）⁽³⁶⁾、また、犯罪計画の具体的内容が被告人に知らされていない（【Ⅲ-ii⁻】）結果、被告人が犯罪の全体像を未必的にしか認識できていない場合（【Ⅲ-iii⁻】）⁽³⁷⁾、共同正犯が否定される傾向にある⁽³⁸⁾。例えば、裁判例〔3-10〕：

⁽³²⁾ 裁判例〔1-21〕：仙台高判平成16年12月21日、裁判例〔5-3〕：大阪地判昭和59年2月29日、裁判例〔8-5〕：最決平成15年5月1日、裁判例〔8-6〕：最決平成17年11月29日。

⁽³³⁾ 未必の故意による共同正犯を認めたものとして、裁判例〔5-3〕：大阪地判昭和59年2月29日、裁判例〔5-7〕：東京高判平成23年11月25日、裁判例〔9-18〕：最決平成19年11月14日。

⁽³⁴⁾ 「詐欺の共謀が成立したといえるためには、他の実行行為者による欺罔行為の態様や内容等について、必ずしも詳細かつ具体的に認識している必要はないし、また、共犯者の間で、数人が順次に意思を連絡し合うことにより、犯罪を実現する意思が形成されたような場合でもよく、必ずしも共犯者全員を覚知している必要はない」とする裁判例〔5-10〕：広島高判平成25年4月23日を参照。

⁽³⁵⁾ 裁判例〔4-19〕：富山地判平成16年12月14日。裁判例〔4-9〕：大阪地判昭和43年11月16日も「本件強盗について特段の謀議をしたような事実は全く認めない」ことを被告人に共同正犯が成立しないことの理由の一つに挙げている。

⁽³⁶⁾ 共犯者Aによるけん銃所持について、「Aとの間で十分な意思連絡をする暇はない状況にあった」ことを共同正犯否定の理由の一つに挙げるものとして、裁判例〔8-4〕：東京地判平成3年7月22日。

⁽³⁷⁾ 供与罪の共同正犯の成立を否定する際に、被告人が「本件の金員が供与されるものとの確定的な認識を持っていたとはなし難い」ことに言及するものとして、裁判例〔9-8〕：大阪地判昭和56年5月30日。

⁽³⁸⁾ 裁判例〔1-2〕：大阪地判昭和39年11月4日、裁判例〔1-20〕：福岡地判平成16年5月27日、裁判例〔3-7〕：札幌高判昭和60年3月20日、裁判例〔3-9〕：大阪地判支判平成11年4月22日、裁判例〔3-13〕：東京高判平成22年12月8日、裁判例〔4-8〕：東京地判昭和42年1月12日、裁判例〔4-13〕：浦和地判平成元年3月2日、裁判例〔4-24〕：水戸地判平成26年10月6日、裁判例〔5-2〕：東京高判昭和57年12月21日、裁判例〔5-12〕：名古屋地判平成27年4月27日（事案②）、裁判例〔7-15〕：神戸地判平成17年4月18日、裁判例〔7-20〕：横浜地判平成27

東京高判平成15年1月23日は、7月20日(①)と8月3日(②)に行われた窃盗に運転手役として関与した被告人につき、①事案では幫助犯を認め、他方で②事案では共同正犯の成立を認めている。この点、東京高裁が①事案で共同正犯を否定した理由が「店舗荒らしないし金庫盗のやり方や運転手役としての仕事の内容、心得等について〔中略〕、どの程度の説明を受けたのか全く不明であり」、初運転の際の「観察から犯行グループの金庫盗のやり方、被告人の仕事の内容、金庫盗の実行行為との関係におけるその重要性等をどの程度に認識できたのかも不明である」し、「犯行グループの実態〔中略〕に対する認識をどの程度有するに至っていたのか不明である」点に求められている(【Ⅲ-iii⁻】)のに対して、②事案で共同正犯が肯定されたのは、多数回にわたり運転手役を務めた結果、被告人が実行犯らによる金庫盗の実態や役割分担、被告人の報酬の出所を8月3日の「金庫盗を行うころまでには、確定的に知るようになっていたこと」、および自身の役割の「重要性等を十分認識するに至っていた」からである(【Ⅲ-iii⁺】)。このように、たとえ担当した行為に違いがなかったとしても、被告人と他の関与者の間で緊密な意思連絡が行われたか否か(【Ⅲ-i^{+/-}、ii^{+/-}】)、その結果として被告人が犯行の具体的内容を認識したか否か(【Ⅲ-iii^{+/-}】)により結論は変わりうるのである。

(2) 重要な役割(要件②)との関係

意思連絡が不十分であり、犯行の具体的認識を欠くという事情が共同正犯を否定する方向に作用するのは、第一に、詳細な犯罪計画を知らされていない被告人には心理的拘束力(重要な役割(要件②))を認めるのが困難だからである⁽³⁹⁾。犯行の具体的内容が被告人に知らされていない場合、被告人が他の共犯者から重視されていないことが推測される。また、被告人が犯行の具体的内容を知ろうとしなかった場合、彼が当該犯罪の実現に強い動機や積極性、利益を有していないことが推測される⁽⁴⁰⁾。そして、これらの事情が相俟って、他の共犯者に対する支配的影響力が減少するものと思われる。

また、そのような場合、関与者が犯罪の全体像を認識することは難しく、その結果、犯罪全体における自身の役割の意味を認識することも困難になる。したがって、十分な意思連絡を欠くという事情は、重要な役割(要件②)の認識、すなわち狭義の正犯意思の成立にも消極的に作用するといえる。

(3) 客観的共同性(要件③)と主観的共同性(要件④)との関係

第二に、十分な意思連絡を欠くという事情は、客観的共同性(要件③)の成立にも消極

年12月21日(事案②)、裁判例〔8-3〕: 東京地判昭和63年7月27日。

⁽³⁹⁾ 例えば、裁判例〔1-2〕: 大阪地判昭和39年11月4日は、被告人は共犯者と襲撃の具体的方法について検討しておらず、一般論的助言をしたに過ぎないのであって、共犯者が「テロ計画を執行するか否かについて被告人の意向に拘束され〔ていない〕」ことを共同正犯否定の根拠の一つに挙げている。

⁽⁴⁰⁾ 動機などと心理的拘束力の関係については、本款第4項(225頁以下)参照。

的に作用する。すなわち、そうした事情が認められる場合、関与者は他の共犯者の行為を詳細には認識していないわけだから、その行為を通じた自己の意思の実現は認められにくくなる。更に、共犯者の行為の具体的方法・態様を認識していなければ、その行為に合わせて自身の行為を調整することも困難になる。緊密な意思連絡の欠如は、客観的共同性の下位基準（意思実現、相互調整、重要な役割）のいずれにも消極的に作用しうるといえよう⁽⁴¹⁾。

第三に、共犯者らが被告人に詳細な情報を与えていないという事情は——前述のように——彼らが被告人を重要視していないことを示唆するから、他者関係的正犯性も否定されやすくなる。また、客観的共同性の前提である最低限の相互調整ですら容易でなくなるのだから、当然、共同行為の高度な危険性の前提である共犯者間の高度な連携を形成するのも困難になる。緊密な意思連絡の欠如は、主観的共同性にも消極的な影響を及ぼすものと思われる⁽⁴²⁾。

第4項 犯罪との関わり方

(1) 概説

次に、IV「犯罪との関わり方」を検討する。IV「犯罪との関わり方」に分類される要素としては、【IV-i^{+/-}】動機（積極的な意欲、願望／恐怖心、義理立て）、【IV-ii^{+/-}】態度（積極的・主体的な関与／消極的・受動的な関与）、【IV-iii^{+/-}】利益（利益の有無、利益の分配方法）が考えられる。

裁判例においては、関与者が強い動機を持って積極的・主体的に犯罪に関与し、その実現に利益を有している場合には共同正犯が肯定され⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾、他方で、関与者が犯罪の実現に

⁽⁴¹⁾ 意思連絡があまりにも抽象的過ぎる場合、実行犯が遂行する犯罪を認識できなくなることもある。この場合、教唆犯・幫助犯の成立に必要な「意思実現」要件すら否定され、関与者は無罪になる（裁判例〔4-8〕：東京地判昭和42年1月12日）。

⁽⁴²⁾ 例えば、実行犯が「共同犯行の認識の下に行動したことを認めるに足る証拠もない」とした裁判例〔1-2〕：大阪地判昭和39年11月4日、「実行犯には、被告人とともに被害者殺害を行うという共同実行の意思に欠けていたとの合理的な疑いを入れる余地があ[る]」とした裁判例〔1-20〕：福岡地判平成16年5月27日、「両者が共同意思の下に一体となつて、互いに他の行為を利用して右各窃盗を行つたなどということとはできない」とした裁判例〔3-7〕：札幌高判昭和60年3月20日、「共謀と評価できるだけの緊密な意思連絡が形成されていたということもできない」とした裁判例〔7-15〕：神戸地判平成17年4月18日を参照。

⁽⁴³⁾ 裁判例〔1-12〕：東京高判平成6年9月16日、裁判例〔1-14〕：福岡高那覇支判平成10年5月19日、裁判例〔1-15〕：札幌地判平成12年1月27日、裁判例〔1-18〕：広島地判平成15年3月24日、裁判例〔1-30〕：秋田地判平成26年8月5日、裁判例〔3-12〕：高松高判平成20年7月14日、裁判例〔3-14〕：金沢地判平成26年7月24日、裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日、裁判例〔4-18〕：松山地判平成14年9月26日、裁判例〔4-22〕：東京地判平成24年9月14日、裁判例〔5-4〕：東京高判平成8年6月25日、裁判例〔5-10〕：広島高判平成25年4月23日、裁判例〔7-8〕：大阪高判昭和59年3月14日、裁判例〔7-16〕：大阪高判平

対して動機や利益を有しておらず、消極的・受動的に関与する場合には共同正犯が否定される⁽⁴⁵⁾傾向にある⁽⁴⁶⁾。しかし、動機や積極性といった主観的要素が共同正犯の成否に影響を及ぼす理由は不明である。また、強盗罪や詐欺罪のように他人の利益のためにも行われうることが条文上明記されている犯罪類型においてさえ、自己の利益の存否が共同正犯の成否に影響すると考えられているが、その理由も明らかにはされていない⁽⁴⁷⁾。

(2) 重要な役割(要件②)との関係

まず、動機や積極性、利益の有無・程度は、共犯者に対する心理的拘束力の存否に影響を及ぼすものと考えられる。

被告人が犯罪の実現に大きな利益を有している場合、共犯者らが彼の意向を無視して犯罪の決行・中止を決定することは容易でない(【IV-iii⁺】)⁽⁴⁸⁾。他方で、彼が犯罪の実現に

成18年12月27日、裁判例〔7-17〕：東京地判平成20年5月14日、裁判例〔9-16〕：東京地判平成13年11月8日、裁判例〔9-17〕：東京高判平成19年8月8日(④事案)、裁判例〔9-18〕：最決平成19年11月14日。

⁽⁴⁴⁾ 積極性は、承継的共同正犯を認める根拠として言及されることもある(裁判例〔1-9〕：大阪高判昭和62年7月10日、裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日、裁判例〔5-1〕：横浜地判昭和56年7月17日を参照。)

⁽⁴⁵⁾ 裁判例〔1-3〕：大阪地判昭和46年3月15日、裁判例〔1-6〕：大阪地判昭和58年12月15日、裁判例〔1-16〕：東京地判平成14年8月23日、裁判例〔1-20〕：福岡地判平成16年5月27日、裁判例〔1-24〕：神戸地判平成18年11月30日、裁判例〔1-25〕：松山地判平成19年8月23日、裁判例〔3-2〕：東京地判昭和41年6月4日、裁判例〔3-7〕：札幌高判昭和60年3月20日、裁判例〔3-9〕：大阪地判昭和11年4月22日、裁判例〔4-6〕：神戸地判昭和36年4月8日、裁判例〔4-16〕：東京高判平成13年1月17日、裁判例〔4-19〕：富山地判平成16年12月14日、裁判例〔4-23〕：東京高判平成25年5月28日、裁判例〔4-24〕：水戸地判平成26年10月6日、裁判例〔4-25〕：山形地判平成28年8月5日、裁判例〔5-9〕：東京高判平成25年2月20日、裁判例〔5-11〕：大阪地判平成27年2月17日、裁判例〔5-12〕：名古屋地判平成27年4月27日(②事案)、裁判例〔7-15〕：神戸地判平成17年4月18日、裁判例〔7-19〕：大分地判平成27年10月15日、裁判例〔8-1〕：東京地判昭和57年7月28日、裁判例〔8-2〕：大阪地判昭和58年11月30日、裁判例〔9-2〕：名古屋高判昭和27年12月10日、裁判例〔9-4〕：札幌地判昭和40年3月15日、裁判例〔9-10〕：東京地判平成2年10月12日、裁判例〔9-17〕：東京高判平成19年8月8日(①・②・③事案)、裁判例〔9-19〕：新潟地判平成23年9月9日、裁判例〔9-20〕：横浜地判平成25年9月30日。

⁽⁴⁶⁾ 被告人の関与が「必ずしも積極的とはいえない」場合に共同正犯の成立を認めたものとして、裁判例〔7-12〕：東京地判平成12年4月12日。

⁽⁴⁷⁾ 詐欺罪が問題になった事案において、自己の利益の不存在を理由の一つに共同正犯を否定したものとして、裁判例〔5-9〕：東京高判平成25年2月20日、裁判例〔5-11〕：大阪地判平成27年2月17日、裁判例〔5-12〕：名古屋地判平成27年4月27日(②事案)。

⁽⁴⁸⁾ 例えば、裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日は、ほぼ山分けに近い金額を被告人が取得した事実を、「被告人がAの強盗行為をまさに自己の犯行と同視し、金員奪取の結果を意欲していたことを示す一つの有力な間接事実と評価できる」と判示している。

対して僅かな利害関係しか有していない場合、共犯者らは、彼の意向に留意することなく、当該犯罪を遂行するか否かを決定できよう（【IV-iii⁻】）⁽⁴⁹⁾。被告人が強い動機を持って積極的・主体的に犯罪に関与した場合も、共犯者らは、犯罪を遂行するか否かを最終的に決するにあたって、彼の意向を無下にすることはできない（【IV-i⁺、ii⁺】）。これに対して、被告人が共犯者らの依頼に応じて協力を渋々了承したに過ぎなかった場合⁽⁵⁰⁾、あるいは彼らに対する恐怖心から従わざるを得なかった場合⁽⁵¹⁾、被告人が彼らの意思決定を拘束することはほとんどないといえる（【IV-i⁻、ii⁻】）。

（3）客観的共同性（要件③）と主観的共同性（要件④）との関係

関与者の動機や積極性、利益は、心理的拘束力の有無・程度に関係する要素であるから、客観的共同性（要件③）および主観的共同性（要件④）の成否にも影響を与えることになる。

また、たとえ——心理的拘束力に依拠することなく——【I-i⁺、ii⁺、iii⁺】の存在により重要な役割（要件②）を肯定できたとしても、被告人の消極性を理由に主観的共同性（要件④）が否定される場合はある。つまり、共犯者らが犯罪の遂行に消極的な被告人のことを当てにせず、彼の行為の存否にかかわらず犯罪を完遂できる用意をしているような場合（【IV-ii⁻】）、共犯者らは彼の存在および行為を重要視していないのであって、他者関係的正犯性が否定されるのである⁽⁵²⁾。例えば、**裁判例〔4-12〕：福岡地判昭和59年8月30日**における被告人は、共犯者らに騙されて強盗殺人未遂に関与することになったわけだが、被害者の財物（覚せい剤）を自らの手で奪取した（つまり、実行行為の一部を担当した）以上、重要な役割（要件②）の充足は認めざるを得ない。しかし、裁判所が認定したように「被告人が覚せい剤を搬出していなくても、A自身が行っていた」といえるのであれば、被告人は、被害者の反抗を抑圧するために行われた銃撃行為の担当者に対し、重大な心理的影響を与えたとはいえなくなる。そして、暴行部分に関する被告人の正犯性（他者関係的正犯性（要件④））が否定されるのであれば、被告人には——窃盗または占有離脱物等横領の正犯は成立するとしても——強盗殺人未遂の共同正犯は成立しないことに

⁽⁴⁹⁾ 他の共犯者らが取得した金員等をまず分け合い、そのうちの一人が得た金員等から被告人の報酬が支払われる場合、被告人の共同正犯性は否定される傾向にある（**裁判例〔1-19〕：仙台高判平成15年7月8日、裁判例〔4-6〕：神戸地判昭和36年4月8日、裁判例〔4-19〕：富山地判平成16年12月14日**）。こうした場合、被告人が自身に報酬を支払うことのない共犯者に対して強い心理的影響力を及ぼすことは難しくなる。これは、犯罪全体に対する被告人の正犯性を否定する方向に作用する事情であるといえる。

⁽⁵⁰⁾ **裁判例〔5-11〕：大阪地判平成27年2月17日**。

⁽⁵¹⁾ **裁判例〔4-16〕：東京高判平成13年1月17日、裁判例〔5-12〕：名古屋地判平成27年4月27日（㊟事案）**。

⁽⁵²⁾ 共犯者らが被告人を重視していない場合、犯罪全体に関する詳細な情報が被告人に伝えられていないことも多々あろう。そして、それに伴い、主観的共同性（高度な連携に基づく高度な危険の創出）が否定されることもあると思われる。

なろう。

第5項 補論：因果性（要件①）に関する間接事実

（1）概説

ここまでの考察は、主として共同正犯に固有の要件（重要な役割（要件②）、客観的共同性（要件③）、主観的共同性（要件④））に関係する事実関係を分析するものであって、広義の共犯に共通する要件（因果性（要件①））は検討できていない。そこで、以下では、まず最高裁判例を手がかりに因果性（要件①）の内容を確認し、次いで、その成否に関する事情を分析することにする。

裁判例〔4-5〕：最判昭和25年7月11日は狭義の共犯に関するものであるが、本件は、正犯者らが、被告人（教唆者）が教示した被害者方への侵入を断念し、その後に隣家へ侵入して強盗を遂行した事案である。本件について、最高裁は、正犯者らは犯意を一旦は放棄し、新たに決意して強盗を遂行したのであって、被告人の教唆行為と正犯者の実行行為との間の因果関係の存在に疑いがあると判示している。しかし、一旦犯意を放棄した後に行われた強盗行為も被告人の教唆がなければ行われなかったといえるのであって、教唆行為と強盗の条件関係（事実的な因果関係）は否定できない。それにもかかわらず因果関係を否定するのであれば、共犯の因果性も相当性により限定されるのであって、正犯者が一旦犯意を放棄してから新たに決意して犯罪を実行した場合には、教唆行為の相当因果関係が否定されると考えざるを得ない。したがって、狭義の共犯においても、教唆犯・幫助犯が典型的に予定する因果性（相当因果関係）が要求されると解される⁽⁵³⁾。

また、傷害罪の承継的共同正犯の成否が問われた**裁判例〔1-29〕：最決平成24年11月6日**において、最高裁は、「被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」と判示し、共同正犯にも因果的共犯論が妥当すべきことを確立した⁽⁵⁴⁾。したがって、判例理論においても、共同正犯と狭義の共犯は、個別行為の因果性の点で成立要件を共有しているといえる。

以上の最高裁判例の趣旨を併せ考えると、実務においては、共同正犯の因果関係としては共同行為全体に（単独犯と同義の）因果関係が要求されるだけでなく、まず、個々の行

⁽⁵³⁾ 因果関係の内実を「危険の実現」と解するのであれば、教唆犯・幫助犯が成立するには「教唆行為・幫助行為の危険が結果に実現した」といえないなければならないことになる。

⁽⁵⁴⁾ もっとも、本件の補足意見において、千葉勝美裁判官が「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合があります」と述べているように、実務が因果的共犯論を徹底するものかは疑わしい。

為にも事実的な因果性（条件関係または促進関係）が要求され⁽⁵⁵⁾、次いで、その因果性が相当性（または危険の実現）を備える必要があると解されているといえよう。

（2）因果性認定の間接事実

そうすると、次に、相当性（予見可能性⁽⁵⁶⁾）の認定方法が問題になる。

複数人が共働して犯罪の実現を試みる場合、如何にその手段や方法を緻密に計画していたとしても、実際は計画通りに遂行されないことも多い。しかし、関与者らはそれぞれの裁量で状況に合わせて各自の役割を変更・調整するのであるから、ある程度の齟齬は計画に織り込み済みであると解すべきである。したがって、計画時に想定していた犯行態様と実際の犯行態様に若干の齟齬があったとしても、「犯罪の同一性」が維持されている限り相当因果性は否定されない。他方で、実行担当者が「犯罪の同一性」の認められない逸脱行為を遂行した場合には、もはやそのような逸脱行為は予見不可能な事態であって、相当因果性は否定されると考えるべきである。そこで、以下では、「犯罪の同一性」を、共同正犯を認定する上で考慮すべき間接事実の類型の一つに位置づけることにする。

V「犯罪の同一性」に係る具体的な事実関係としては、【V-i^{+/-}】罪種・犯意の異同⁽⁵⁷⁾、【V-ii^{+/-}】動機・前提状況の連続性、【V-iii^{+/-}】矛盾の有無、【V-iv^{+/-}】犯意の放棄（実行担当者による犯意の放棄、他の関与者による犯意の放棄）、犯意の断絶、新たな犯意の形成が考えられる。

例えば、被告人が実行担当者に窃盗を指示して決意させたところ、直接実行者が強盗を実行した場合、一方で、被告人が指示した犯罪（窃盗）と直接実行者が実行した犯罪（強盗）が異なること（【V-i⁻】）は相当因果性の成立に消極的に作用するが、他方で、直接実行者の動機に連続性が認められ（【V-ii⁺】）、また、暴行・脅迫を手段とする財物奪取が被告人の指示の趣旨に矛盾しないのであれば（【V-iii⁺】）、相当因果性を肯定する余地はあると思われる。他方で、例えば、被告人が実行犯に被害者の拉致を指示したところ、実行犯が殺意をもって被害者を殺害した場合、確かに被告人の行為（拉致の指示）と結果（被害者の死亡）との間の事実的な因果関係は肯定されるが、被害者の拉致は同人の生存を前

⁽⁵⁵⁾ なお、事実的な因果性の有無・程度に関しては、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」がその間接事実として考慮されると思われる。

⁽⁵⁶⁾ 一方で、**裁判例〔1-21〕**：仙台高判平成16年12月21日は、共犯者が被害者に再び暴行を加える可能性が一定程度あることを認識しながら放置した事案について共同正犯の成立を認め、他方で、**裁判例〔1-7〕**：名古屋高判昭和59年9月11日は、被告人が共犯者らと共同して被害者を拉致した後、共犯者らが被害者に傷害を加えた事案について、「本件監禁行為に当然随伴するものとして認識予見し得る範囲を逸脱したものであったと認めるのが相当である」として、上記傷害の点については犯罪の証明がないと判示している。**裁判例〔4-15〕**：東京地判平成7年10月9日も参照。

⁽⁵⁷⁾ 計画に齟齬が生じた事案につき、「従前の共謀とは異なる別個の犯意に基づくものとみることとは困難である」として、被告人に共同正犯の成立を認めたものとして、**裁判例〔4-20〕**：松山地判平成21年6月24日。

提にするものであって、同人の殺害は被告人の指示と矛盾するから（【V-iii⁻】）、相当因果性は否定されうる⁽⁵⁸⁾。また、被告人が被害者に制裁を加える目的で同人の連行を実行犯に指示したところ、実行犯が被害者からの報復を恐れて同人を殺害した場合、被告人の指示と実行犯による実行行為は動機を異にするため（【V-ii⁻】）、相当因果性を否定しうる⁽⁵⁹⁾。被告人が被害者からの侵害に対して共犯者と共同で防衛行為を行ったところ、共犯者が被害者による侵害の終了後に更に追撃を加えた事案⁽⁶⁰⁾においては、防衛行為と追撃行為における動機の違いや行為状況の変化（被害者による侵害の終了）（【V-ii⁻】）を考慮すると、被告人は、共犯者による追撃行為に対する相当因果性を有していないと解する余地もある⁽⁶¹⁾。前述の**裁判例〔4-5〕：最判昭和25年7月11日**のように、実行担当者が一旦犯意を放棄し、その後改めて犯行を決意した場合、違法行為の遂行を改めて決意することは法的には異常な事態であるといえるから、相当因果性を否定することも可能であろう（【V-iv⁻】）。というのも、たとえ同種の犯罪を改めて決意し遂行した場合であったとしても、異常な事態の介入により「犯罪の同一性」が否定されるといえるからである。また、実行担当者ではない被告人が犯意を放棄し、それを実行犯らが認識・了承した場合にも、「犯罪の同一性」は否定されうると思われる（【V-iv】）⁽⁶²⁾。関与者の離脱を実行担当者が認識・了承することで、その時点で当該関与者を除いた合意が改めて形成される結果、「犯罪の同一性」は否定されると考えられるからである⁽⁶³⁾。

⁽⁵⁸⁾ **裁判例〔1-8〕：東京高判昭和60年9月30日**は、「未必的であるにせよ相手の殺害を認容することは、本件のような目的による『拉致』の観念と正面から矛盾することとなるものといわざるを得ない」として、被告人に無罪を言い渡している。

⁽⁵⁹⁾ **裁判例〔1-11〕：浦和地判平成3年3月22日**は、実行犯が行った行為のうち、当初の目的（被害者に対する制裁・復讐）とは異なる動機・目的に基づいて行われた部分について、被告人は共同正犯としての責任を負わないと判示している。

⁽⁶⁰⁾ **裁判例〔1-13〕：最判平成6年12月6日**。

⁽⁶¹⁾ 【V-ii^{+/-}】動機・前提状況の連続性については、以下の裁判例も参考になる。被告人らがトルエン6缶の販売を共謀したところ、その2か月後に共犯者Aがそのうちの1缶を販売した事案について、A以外の被告人らに無罪を言い渡した**裁判例〔9-7〕：東京地判昭和52年9月12日**は、無罪の理由の一つとして、共犯者らの「就職に伴う定期的収入、自動車の売却代金あるいは親元に戻ったこと等により、彼らの生活は経済的にも精神的にも安定したものとなり、「以前のように金銭に困らなくなった」点に着目している。当初の謀議行為がAによるトルエンの販売を事実上促進したことは否定できないが、被告人らの経済・精神状況が変化した（【V-ii⁻】）にもかかわらず、なおもAが犯行を継続させたことは異常な事態であって、相当因果性が否定される余地はある。これが無罪の根拠であると思われる。

⁽⁶²⁾ **裁判例〔1-10〕：大阪地判平成2年4月24日**、**裁判例〔2-1〕：大阪高判昭和41年6月24日**、**裁判例〔2-2〕：神戸地判昭和41年12月21日**、**裁判例〔9-14〕：東京地判平成12年7月4日**、**裁判例〔4-4〕：福岡高判昭和28年1月12日**。

⁽⁶³⁾ 関与者が自主的に離脱した場合だけでなく、他の関与者により強制的に共犯関係から排除された場合も同様である（**裁判例〔1-17〕：名古屋高判平成14年8月29日**）。

(3) 他の成立要件との関係

V「犯罪の同一性」は、因果性（要件①）だけでなく、その他の成立要件にも関係する。例えば、ある共犯者が当初とは異なる動機に基づく行為を行った（【V-ii⁻】）、当初の計画の趣旨とは矛盾する行為を行った（【V-iii⁻】）、あるいは当初の犯意を放棄して改めて決意し直した（【V-iv⁻】）といった事情は、彼が当初の合意に基づく心理的拘束から解放されていることを示唆する。

また、共犯者が同一性を逸脱する犯行を行う場合、予見することが不可能または困難な逸脱行為を通じて被告人が自らの意思を実現するのは難しい。被告人がそのような逸脱行為に合わせて自身の行為を調整することも難しく、両者の間に高度な連携を見出すことは益々もって困難となる。それゆえ、「犯罪の同一性」を否定する事情（【V-i⁻、ii⁻、iii⁻、iv⁻】）は、客観的共同性と主観的共同性の両者の成立にも消極的に作用するといえる。

第6項 小括

(1) 因果性（要件①）の間接事実

共同正犯の因果性（要件①）は、まず、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。

事実的因果性の存否は、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（【I-iv⁻】）⁽⁶⁴⁾、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（【III-i⁻、ii⁻】）、裁判所は、事実的因果性の不存在の心証を得ることになろう⁽⁶⁵⁾。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（【II-i⁺、ii⁺、iii⁺】）、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

⁽⁶⁴⁾ もっとも、被告人による同行の了承が共犯者を決意させ、あるいは共犯者に安心感を与えるとともに、被告人の同行が被害者を威圧する効果を持つときは、事実的因果性の存在を肯定できる（裁判例【5-11】：大阪地判平成27年2月17日）。

⁽⁶⁵⁾ 例えば、裁判例【4-10】：岡山地判昭和44年8月1日は、共犯者に同行しつつも、共犯者の犯行を制止した被告人に無罪を言い渡しているが、本件における被告人の行為は構成要件該当事実の実現を何ら促進するものではなく、（狭義の共犯の成立要件でもある）事実的因果性が否定されるため、裁判所の結論は支持できよう。また、裁判例【7-11】：神戸地姫路支判平成5年9月21日は、共犯者らが営利目的で覚せい剤を所持または譲り受けた際、その場にいた被告人の罪責が問われた事案について、「仕入れについて被告人が何らかの影響を与えていたとは認め難い」し、「その場において見ていただけで、何ら幫助的行為すらして【いない】」として被告人に無罪を言い渡しているが、これも妥当な判断であるといえる。

性が否定される。なお、相当性の存否は、V「犯罪の同一性」の有無・程度（【V-i^{+/-}、ii^{+/-}、iii^{+/-}、iv^{+/-}】）により判断される。

（2）重要な役割（要件②）の間接事実

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【I-i⁺】実行行為の全部、【I-ii⁺】実行行為の一部、または【I-iii⁺】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。なお、【I-iii⁺】に該当するか否かは、ある行為の排除が実行行為者または被害者に作用し、直接的な法益保護効果を期待させうるかにより判断されるが、この評価は、当該行為が行われた状況に依拠する。それゆえ、状況次第では見張りや自動車の運転といった行為が【I-iii⁺】に該当することもある。

【I-i⁺】、【I-ii⁺】、【I-iii⁺】のいずれにも該当しない場合、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⁽⁶⁶⁾。心理的拘束力の有無・程度に積極的に作用する間接事実としては、リスクを伴う重要な行為の担当（【I-iv⁺】）、組織・集団の高い凝集性、確実な制裁、集団規範の内化、構成員の遵法意識の低下（【II-i⁺】）、組織・集団における高い地位・権限（【II-ii⁺】）、家族関係（夫婦、親子、兄弟）、恋人・愛人関係に基づく依存関係、年齢差に基づく支配関係（【II-iii⁺】）、強い動機、積極的・主体的な関与、大きな利益、他の共犯者と同等の利益分配（【IV-i⁺、ii⁺、iii⁺】）などが挙げられる。なお、被告人が明示的な意思連絡・謀議に参加し、他の共犯者と緊密な意思連絡を取ることで、犯罪の全体像やその方法・態様などを具体的に認識していた場合（【III-i⁺、ii⁺、iii⁺】）、組織・集団内における被告人の地位の高さ（【II-ii⁺】）や被告人の強い動機や積極性など（【IV-i⁺、ii⁺、iii⁺】）を推測することが可能となる。

他方で、とくに重要でもなければ、リスクを伴うこともない行為の担当（【I-iv⁻】⁽⁶⁷⁾）、凝集性や制裁を伴う組織・集団の不存在（【II-i⁻】）、組織・集団における低い地位・権限（【II-ii⁻】）、人間関係の未形成・未成熟（【II-iii⁻】）、恐怖心や義理立てといった消極的な動機（【IV-i⁻】）、消極的・受動的な関与（【IV-ii⁻】）、微細な利益（【IV-iii⁻】）といっ

⁽⁶⁶⁾ 裁判例〔9-11〕：東京地判平成8年3月28日は、客らが店内で公然とわいせつな行為を行ういわゆるカップル喫茶の経営者の罪責が問題になった事案につき、「入店した後は、同伴客において何らかの性的行為をしなければならないような決まりがあったわけではなく、他の客に迷惑をかけない限り、どのような行動をとるかは同伴客の自由に委ねられていた」のであって、「入店した同伴客が性行為など過激な行為に及んでも、それを制止することはなかったし、その逆に、同伴客が何もしなくても、性的行為をするよう求めたりすることもなく、あくまでも店内の行動は客の自由に委ねられていた」ことから、被告人に公然わいせつ罪の幫助犯を認めた。この裁判例においては、実行行為の存否が直接実行者に完全には委ねられていないこと（心理的拘束力）が背後者の共同正犯性の根拠と解されているといえる。

⁽⁶⁷⁾ 裁判例〔7-9〕：大阪高判昭和62年4月2日を参照。

た事情は、心理的拘束力の成立に消極的に作用する。また、共犯者が——罪種や動機などを異にし（【V-i⁻、ii⁻】）、当初の意図と矛盾し（【V-iii⁻】）、あるいは新たな決意に基づく（【V-iv⁻】）——予見することが不可能または困難な逸脱行為を行った場合、当該逸脱行為に対する心理的拘束力は否定されやすくなる。また、被告人が謀議に参加していない（【III-i⁻】）、共犯者と緊密には意思連絡していない【III-ii⁻】、犯行の具体的内容を知らされていない、もしくは知ろうとしていない（【III-iii⁻】）といった事情からは、被告人の地位の低さ（【II-ii⁻】）、あるいは積極的な動機や主体的な関与の不存在など（【IV-i⁻、ii⁻、iii⁻】）が窺える。

（3）客観的共同性（要件③）の間接事実

客観的共同性は、重要な役割（要件②）の充足を前提にする。したがって、重要な役割（要件②）の存否に関係する間接事実は、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（【III-i⁻、ii⁻、iii⁻】）、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（【V-i⁻、ii⁻、iii⁻、iv⁻】）、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。

（4）主観的共同性（要件④）の間接事実

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（【II-i^{+/-}、ii^{+/-}】）。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（【III-i^{+/-}、ii^{+/-}、iii^{+/-}】）もここで考慮される。たとえ被告人が【I-i⁺、ii⁺、iii⁺】により重要な役割（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（【IV-i⁻、ii⁻】）、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（【V-i⁻、ii⁻、iii⁻、iv⁻】）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（【Ⅱ-i⁺、Ⅲ-i⁺、ii⁺、iii⁺】）、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（【Ⅱ-iii⁻、Ⅲ-i⁺、ii⁺、iii⁺】）。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（【Ⅴ-i⁻、ii⁻、iii⁻、iv⁻】）。

（5）故意（要件⑤）の間接事実

共同正犯の故意（広義の正犯意思）は、自身の共同正犯性（要件①・②・③・④）の認識を意味するから、以上の間接事実はいずれも故意の存否に関係することになる。

第2款 裁判例の検討

第2款では、以上の分析結果を踏まえつつ、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、それが如何なる結論を導いているのかを概観・分析し、併せて本稿が提示する共同正犯論の適用方法を具体的に提示する。第1項で共同正犯の成否が問題となった一般的な事例を検討し、次いで、第2項では特殊事例（共犯過剰、共犯関係からの離脱、実行行為を行う幫助犯など）を取り扱う。

第1項 共同正犯の成否（総説）

（1）共同正犯の成立が肯定された裁判例

（i）裁判例〔1-31〕：盛岡地判平成26年9月24日

本件では、共犯者Aらが被害者を殺害するに先立ち、被告人は、④過去に自分に金を貸してくれた恩義もあり、精神的に追い詰められている様子で気の毒にも思ったAを助けようと考え、⑤被害者に会うのを逡巡しつつも、⑥虚偽の土地取引の話によって誘い出した被害者の首を絞めて気絶させ、Aらが待っている場所まで運んでいる。

本件被告人は、④共犯者Aに対する恩義により協力することになったのであり、自分自身の動機や利益を有しているわけではないし（【Ⅳ-i⁻、Ⅳ-iii⁻】）、⑤犯行当日、被告人は被害者を連れて行きたくないとして逡巡しており、彼の関与の消極性が示されている（【Ⅳ-ii⁻】）。しかし、裁判所が認定するように、被告人は「実行行為そのものを担当しており、その役割が犯罪遂行に不可欠といえるほど重要であった」のであれば（判旨参照）、彼の行為（⑥）は【Ⅰ-ii⁺】（または【Ⅰ-iii⁺】）に該当することになる。【Ⅰ-ii⁺】（または【Ⅰ-iii⁺】）が認められる以上、心理的拘束力に依拠せずとも、つまり積極性や利益の有無に着目せずとも重要な役割（要件②）を肯定しうる。また、重要な役割（要件②）が認められれば、その他の成立要件を肯定し、共同正犯の成立を認めることも可能であろう。

(ii) 裁判例〔5-6〕：高松高判平成12年7月18日

本件では、被告人、B、Cの3名が偽装事故により受傷したように装い、それぞれが保険金支払請求手続を行って保険金を取得した場合に、支払請求手続に関与せず、利益の分配にもあずからなかったBとCの保険金詐欺についても、被告人は共同正犯として処罰されるのかが争われている。

被告人は、①Bとは本件偽装事故の一週間前に、Cとは事故当日に知り合い、②それぞれの保険契約加入状況について殊更に確認することもなく推移したため、いずれも支払請求が可能な保険契約の存否について具体的な認識を有しておらず、保険金支払請求がそれぞれ可能であろうことを互いに認識していたに過ぎず、また、③他の者がそれぞれ詐取するであろう保険金から利益分配を受ける意図を全く有していなかった。以上のように、被告人は、B・Cが行った保険金詐欺について、その手続に関与せず、利益を得ていないだけでなく、そもそも彼らの保険契約について具体的に認識してすらいない（【III-ii⁻、iii⁻、IV-iii⁻】）。また、（とくにCとの間に）緊密な人的関係を形成するだけの意思連絡がなされた形跡もない（【II-iii⁻、III-i⁻】）。したがって、被告人がBらの詐欺行為について心理的拘束力を有していたと認定することはできない。

しかし、本件の場合、被告人は、自身が契約する保険について実行行為を自ら行っている。裁判所の認定によれば、「一人でも脱落して真相が明らかになれば、他の者の支払請求手続もすべて不奏功に帰することはほぼ自明の理である」ため、被告人の行為の排除は、B・Cによる詐欺も含む本件詐欺罪全体の結果の不発生をもたらしうると考えられる（【I-i⁺】または【I-ii⁺】）。それゆえ、被告人は、心理的拘束力（およびそれを基礎づける間接事実）に依拠することなく、重要な役割（要件②）を充足することになる。また、B・Cの欺罔行為を具体的に認識していなくても、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）を認める余地はある。他者関係的正犯性（主観的共同性（要件④））も、B・Cが、被告人が自らの実行行為を通じて本件詐欺罪全体の実現にとって重要な役割を果たしていることを認識していれば、肯定することは可能である。高度な連携に基づく高度な危険性も、本件全体を把握するAを中心にそれぞれ調整されているのであって、肯定されうると思われる。かくして、本件は、十分な意思連絡、他者の犯行に関する具体的認識、他者の犯行による利益といった事情は認められないものの、被告人の役割の重要性を理由に共同正犯が肯定されうる事案であると思われる。

(iii) 裁判例〔1-12〕：東京高判平成6年9月16日

生命保険金の受取人Aと被害者殺害の実行犯Bの間の仲介役として関与した被告人は、①Bに本件犯行を持ち掛けてその承諾を得て、②殺害実行をBに催促し、③Bから受け取った睡眠薬ハルシオンをAに手渡し、④Bからの催促を受けてAに生命保険金を請求し、⑤犯行後に証拠を隠滅している。被告人の行為は、確かに殺人罪の実行行為またはその成否に直結する行為ではないが、被害者の殺害（および保険金騙取）にとって重要な役割を演じるものである（【I-iv⁺】判旨①参照）。更に、被告人は、本件犯行に積極的に関与し

【IV-ii⁺】判旨①参照）、㉔Aらと被害者殺害の決意を確認し合い（【III-i⁺、ii⁺、iii⁺】判旨②参照）、また、仲介料としてAから多額の金員を得ようとしている（【IV-i⁺、iii⁺】判旨④参照）。

本件犯行は、確固たる組織・集団、あるいは組織・集団における上下関係を背景に行われたものではない。しかし、被告人らが被害者の捕獲に何度も失敗したBを呼び出し、その決意を確認し合うことで（㉔）、Bは、もはや後戻りできない状況に追い込まれている。これに加えて被告人の積極性や利益を考慮すると、本件は、心理的拘束力に基づく重要な役割（要件②）を被告人に認める余地のある事案であったと思われる⁽⁶⁸⁾。また、重要な役割（要件②）が肯定されうるなら、その他の成立を認めることも可能であろう⁽⁶⁹⁾。

（iv）裁判例〔1-18〕：広島地判平成15年3月24日

生命保険金を騙取する目的で合名会社を設立し、被害者をその役員にするにあたって、被告人は、㉕会社設立登記や役員変更登記の申請書類等を作成し、㉖保険契約手続の代理店を選定し、Aらと相談しながら保険金額を決定し、㉗合名会社名義で借りた500万円のうち130万円はAが支払っているが、直ちにAからその説明を受けて残金を保管・管理し、㉘被害者殺害の実行犯Bに提示するために6000万円分の保険証券を用意している。これらに加えて、被告人は、㉙被害者殺害後は保険金手続に奔走しており、また、㉚保険金により親族へ金銭的援助をし、Aと裕福な生活を送るといふ動機を有している。

本件の場合、被告人により保険金騙取のためだけの合名会社が設立され、被害者を被保険者とした保険契約を締結された以上、共犯者らは、彼らの犯罪計画がもはや後戻りできない段階に至ったものと考えらるであろう。それゆえ、被告人は、その行為（㉕・㉖）を通じて共犯者らを犯罪遂行に向けて強く推進させ（【I-iv⁺】）、更に、㉘保険証券の用意・提示により実行犯Bの決意をより強固なものにしている（【I-iv⁺】）。これらの役割を㉙本件犯行の成否に大きな利害関係を有する被告人が担うことで、共犯者に対する心理的拘束力は更に強化されることになる。したがって、本件被告人に共同正犯を肯定することは可能であると思われる⁽⁷⁰⁾。

⁽⁶⁸⁾ 本件は、被告人の一存では集団圧力を排除できない場合（心理的拘束力②）に該当する（本款【表4】（251頁）参照）。

⁽⁶⁹⁾ これに対して、裁判例〔1-16〕：東京地判平成14年8月23日の場合、被告人は、㉕Bを実行犯としてAに紹介し、㉖けん銃および実包をBに渡し、㉗けん銃提供の対価として150万円を受け取っているが、㉘背後者Aに実行犯Bを紹介して以降、謀議には参加していないし、㉙けん銃をBに積極的に提供したわけでもなく、㉚謝礼を期待してBをAに紹介したわけでもない。被告人の行為（㉕・㉖）は、いずれも実行行為またはそれに準じるものではない（判旨②参照）。また、被告人は、㉗確かに150万円を得ているが、㉚謝礼を期待していたわけではないし（【IV-iii⁻】）、㉕Aらの謀議にも参加しておらず（【III-ii⁻】）、その消極性が窺える（【IV-ii⁻】）。たとえ被告人の行為（㉕・㉖）がある程度重要なものだったとしても（【I-iv⁺】）、心理的拘束力の成立に消極的に作用する上記の事情を覆す程のものではない。したがって、本件被告人の共同正犯性を否定した裁判所の判断は是認できる。裁判例〔1-24〕：神戸地判平成18年11月30日も参照。

⁽⁷⁰⁾ 裁判例〔1-22〕：福岡高判平成17年4月7日は、被告人の夫である被害者が保険金

(v) 裁判例〔2-3〕：東京高判平成20年7月10日

Aらがアダルトビデオを撮影するために、被害女性の承諾を得ないまま、激しい暴行を加えて無理やり姦淫した本件について、被告人は、④株式会社Xの実質的経営者として業務全般を統括し、⑤本件アダルトビデオの基本コンセプトを十分認識し、⑥定例会ではAの説明に対して「ぬるい」などと不満を述べ、⑦監督料の支出を自ら決裁しているのであって、被告人の了承なしに撮影することはできない状況であり、⑧撮影終了後には被告人に報告がなされている。

被告人は、本件において、撮影方法について具体的には指示しておらず、Aらの裁量に委ねている。しかし、④実質的経営者としての地位（【II-ii⁺】）、⑤その了承なしには撮影できないという権限（【II-ii⁺】）、および⑧撮影後の報告（【III-i⁺、ii⁺】）からは、被告人が実行犯Aらに対して極めて強い影響力を行使しうる存在であったことが窺える。そのような地位にある被告人が、アダルトビデオを製造・販売する株式会社Xの存在を背景に（II-i⁺）、⑤本件ビデオのコンセプトを十分理解した（【III-iii⁺】）上で、⑥定例会でその従業員であるAらに対して「ぬるい」などと不満を述べることは、より過激な撮影を行うようAらに強要するものといえる。被告人は、裁判所が認定するように「X社の実質的な経営者として影響力を行使し、本件各作品を撮影させたもの」であって、Aらに対する心理的拘束力（および共同正犯の成立）を認めうる事案であったと思われる⁽⁷¹⁾。

目的で殺害された事案につき、④Aから被害者に内緒で同人に本件生命共済に加入した上で交通事故を装って殺害し、共済金をAが取得するという計画への了承・協力を執拗に迫られ、⑤本件生命共済に加入して共済掛金を払い込んだ被告人に共同正犯を認めている。確かに被告人の行為（④）は本件にとって重要ではあるが（判旨①参照）、裁判例〔1-18〕における保険金騙取のためだけの合名会社設立および保険契約締結とは異なり、生命共済への加入自体は日常的に行われうるものであって、それにより共犯者Aがもはや後戻りできないと感じることは少ないといえる（【IV-iv⁻】）。また、被告人は、借金返済、離婚回避、被害者の妻としての地位の維持といった動機・利益を有している（【IV-i⁺、iii⁺】判旨②参照）が、Aの執拗な要求に応じる形で本件に協力することになったのであり（⑤）、その関与の受動性が窺える（【IV-ii⁻】）。したがって、本件は——裁判例〔1-18〕に比べて——心理的拘束力を認めにくい事案であったと考えられる。

裁判例〔1-20〕：福岡地判平成16年5月27日においても、共犯者Aらが保険金詐取目的で被害者殺害を企図していることを認識しながら、生命共済加入申込を行った被告人の罪責が問われている。本件の場合、Aは、⑥被告人に殺害方法などについて一切説明していない、⑦被害者殺害後に被告人から電話でAの犯行ではないかと問い詰められた際、これを否定している、⑧被告人に依頼すれば容易に入手可能な情報すらも、被告人に求めていないし、また、被告人は、④死亡時共済金額が最大2000万円のコースがあったにもかかわらず、死亡時共済金額最大1500万円の生命共済に加入している、⑥被害者の死を積極的に望むような事情はない、⑦生命共済への加入について被害者の承諾を得ている、⑧被害者殺害に積極的に同意したわけではなく、Aを不用意に刺激しないために従ったに過ぎない、⑨自ら進んで警察に出頭し、捜査に協力している。これらの事情は、Aが被告人を重視していないどころか、自身の共犯者として扱ってすらいらないことを推測させる。それゆえ、本件は、裁判例〔1-22〕以上に被告人に心理的拘束力を認めるのが困難な事案であったといえる。

(71) 本件は、被告人の一存で集団圧力を排除できる場合（心理的拘束力①）に該当する（本

(vi) 裁判例〔3-15〕：福岡高判平成28年5月11日

本件において、被告人は、④資金提供者Bの指示により実行犯Aらが盗品の数量等をごまかさないうよう監視する役としてAらに同行し、⑤Aらが本件被害寺院を下見したり、必要な道具を買い揃えたりした際にレンタカーで待機し、⑥Aらが窃取した経典の包装を手伝い、経典を入れるために自分のかばんを提供している。

確かに、Bは、Aらに対して活動資金を提供しており、Aらの心理に一定程度以上の影響を及ぼしていると考えられる。他方で、被告人の役割は、あくまでも④Aらが窃盗の既遂後に盗品の数量等をごまかさないうよう監視するものであって、Aらの窃盗それ自体を指揮・監督するものではない（【I-iv⁻】）。また、⑤Aらが犯行準備をしている際にもレンタカー内で待機するだけだし、⑥経典の包装も渋々手伝っているに過ぎず、その関与は消極的・受動的なものである（【IV-ii⁻】）。したがって、被告人自身がAらに対する心理的拘束力を有しているとは考えられない。また、Bの支配的影響力に乗じて、Aらに対する心理的拘束力を取得・行使する可能性もあるが、そのような認定はなされていない。裁判所は本件被告人を共同正犯として処罰しているが、その成立を認めることは難しいように思われる。

(vii) 裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日

本件被告人は、④けん銃を入手・提供し、また、⑤共犯者Aが被害者方に侵入したものの、居室には侵入できずに引き返してきたため、風呂場窓から屋内に侵入して勝手口のアルミサッシ戸の鍵を内側から開け、そこからAが被害者方に侵入して強盗殺人を実行した。

本件において被告人が行なったのは、④けん銃の入手と⑤侵入経路の確保であり、実行行為またはその成否に直結する行為ではない。しかし、それらは、裁判所が「強盗殺人の実行行為に準ずるとも評価できる」（判旨④参照）としているように、実行行為に密接に結びつくものであり、もはや後戻りは許されないとAに感じさせる契機になりうる（【I-iv⁺】）。これに加えて、現金取得の強い欲求（【IV-i⁺】判旨①参照）、強い相互依存関係（【II-iii⁺】判旨②参照）、単なる付和雷同的な追従ではない積極的関与・意欲（【IV-i⁺、ii⁺】判旨④参照）、山分けに近い取得金（【IV-iii⁺】判旨⑤参照）が認められることから、Aが単独で本件犯行を中止することはもはや難しくなっており、被告人の心理的拘束力（重要な役割（要件②））を肯定する余地はあると考えられる⁽⁷²⁾。

(viii) 裁判例〔7-7〕：最決昭和57年7月16日

本件において、被告人は、④大麻を入手したいという欲求のもとに（【IV-i⁺】）、⑤日頃

款【表4】（251頁）参照。

⁽⁷²⁾ これに対して、共犯者Aによる侵入窃盗に先立ち、窓ガラス付近にあった棧を排除し、侵入経路を確保した被告人の罪責が問題になった裁判例〔3-3〕：東京高判昭和43年1月11日において、東京高裁は、被告人に幫助犯を認めている。本件における被告人の行為も実行行為に密接に結びつく重要な行為ではあるが（【I-iv⁺】）、相互依存関係、動機、積極性、同等な利益の存在が——裁判例〔4-14〕とは異なり——認定されておらず、心理的拘束力を認めるのは困難であるから、裁判所の判断は妥当であると思われる。

から世話をしていた5、6歳年少のBを実行担当者として紹介し（【II-iii⁺】）、㉔貰い受ける大麻の代金に見合う資金（20万円）を提供している（【I-iv⁺】）。そして、以上の事実関係から、団藤重光裁判官は、被告人は「本件犯行計画においてBを自分の思うように行動させてこれに実行をさせたものと認め[られる]」としている。

確かに、Bは、日頃から世話になっている被告人から依頼された以上、その依頼を無下にすることは難しくなっている。また、被告人が本件犯行を積極的に意欲し、相応の資金を提供していることでその影響力は更に強化される。しかし、いくら日頃から世話をしていたからといって、被告人とBの人的関係は犯罪を目的とする違法組織の中で形成されたものではなく、Bにおいて違法行為（本件の場合は大麻密輸）を志向する集団規範が内面化されているわけでもないから、Bに対する被告人の心理的影響力は必ずしも刑法規範を凌駕するものとはいえない。また、被告人が提供した資金はあくまでも自身の麻薬の分であって、それ以外の麻薬分について、強い心理的影響力を維持できるかは疑わしい。したがって、本件犯行全体について、刑法規範が発する禁圧を凌駕するだけの心理的拘束力（重要な役割（要件②））を認定しうるとするには疑いが残る。共謀共同正犯を肯定できるとしても、その限界事例に位置づけるべきであろう⁽⁷³⁾。

(ix) 裁判例〔8-5〕：最決平成15年5月1日

本件は、暴力団の組長である被告人が㉔遊行目的での上京をBに伝えたところ、㉕Bが

⁽⁷³⁾ 密輸入が問題になった事案としては、裁判例〔8-1〕：東京地判昭和57年7月28日、裁判例〔8-2〕：大阪地判昭和58年11月30日もあるが、いずれも共同正犯の成立を否定している。けん銃等の密輸入が問題になった裁判例〔8-1〕において、被告人は、㉔アメリカでけん銃等を購入しており、本件犯行の実現に不可欠な役割を果たしている（【I-iv⁺】）。しかし、被告人は、㉕合法の範囲内でのみ協力しようとしており（【IV-ii⁻】判旨①参照）、㉔けん銃の売渡し先には関心を示さず（【IV-ii⁻】判旨①参照）、㉕密輸・処分の方法について尋ねておらず（【III-i⁻、ii⁻】判旨②参照）、㉔経済的利害・関心も有さず（【IV-i⁻、iii⁻】判旨③参照）、また、㉕被告人らの間に緊密な人的関係はない（【II-iii⁻】判旨④参照）。被告人の役割（㉔）が如何に不可欠であったとしても、心理的拘束力の成立に消極的に作用する事情（㉕、㉔、㉕、㉖、㉗）がこれ程認められる本件においては、実行犯に対する被告人の心理的拘束力は否定されて然るべきである。

裁判例〔8-2〕の被告人は、Aからけん銃等の密輸を持ち掛けられ、㉔実行犯としてBをAに紹介し、㉕融通手形の割引金の一部をAに交付し、㉔密輸のための航空券を手配している。被告人の行為（㉔、㉕、㉖）が本件犯行の実現に対して少なからざる役割を果たしているのは確かであるが（【I-iv⁺】）、㉕その動機はAへの義理立てにあり（【IV-i⁻】判旨②参照）、㉔いずれもAの依頼に基づく受動的なものであって、積極的に関与しようとはしていない（【IV-ii⁻】判旨②参照）。これらに加えて、㉕被告人が自らの資金を拠出する予定であったか、あるいはどの程度の危険を負担する立場にあったかは不明である（【I-iv⁻】）。被告人の役割（㉔、㉕、㉖）が本件犯行の実現に相当程度寄与しており、当該役割を通じてAらの心理に多大な影響力を及ぼしていることは十分推測できる。しかし、その他の事情（㉕、㉖、㉗）は、いずれも、被告人がAらにとってさほど重要な存在でないことを推測させるものであり、被告人の役割（㉔、㉕、㉖）が有する心理的影響力を減少させる。心理的拘束力に基づく重要な役割（要件②）の成立を肯定できない本件につき、共同正犯の成立を否定した大阪地裁の判断は妥当なものといえる。

被告人を専属で警護するボディガード「スワット」に上京を命じ、被告人に対する襲撃を懸念したスワットがけん銃を携行した事案である。被告人に関する事実関係としては、更に、㉔スワットは被告人を警護する目的でけん銃を所持していた、㉕被告人はスワットによる警護を概括的とはいえ確定的に認識していた、㉖被告人はスワットに指示・命令できる地位・立場にあった、㉗被告人はスワットの警護を当然のこととして受容・認容し、スワットもその意思を察していたことが挙げられる。

本件暴力団組織においては、㉘被告人を警護するための確固たる仕組み「スワット」が設けられている（【Ⅱ-i⁺】）。そうした制度が整備されている場合、具体的な指示・命令を逐一することなく、その利用者の意図を実現することが可能になる。それゆえ、被告人が、そうした組織的制度を前提にしながら、同人に対する襲撃が懸念される中でスワットへ上京を伝えること（㉙）は、たとえ表面的には「けん銃の所持」を命じていなかったとしても、それを含意するものになる。意思連絡が黙示であることは、一般的には共同正犯の成立に積極的に作用することはない。しかし、本件のような場合はその限りではなく、共同正犯の成立に積極的に作用する十分緊密な意思連絡が認められるといえる（【Ⅲ-i⁺、ii⁺】）。そして、それゆえに、被告人は概括的とはいえ確定的に本件警護およびけん銃所持を認識できるのである（【Ⅲ-iii⁺】）。

被告人は、スワットに指示・命令できる権限（【Ⅱ-ii⁺】）を有しながら（㉚）、スワットによる警護を確定的に認識・認容している（㉕、㉗）。他方で、スワットは、被告人のそうした意思を察しながら（㉗）、被告人のためにけん銃を所持している（㉔）。この場合、スワットによるけん銃所持は、被告人の意思に強く依存することになる。また、本件被告人はけん銃所持の現場に同行しているが、被告人の同行により、スワットが自らの意思でけん銃所持を放棄することは一層困難になったといえる。これらの事情が合わさることで被告人の心理的拘束力は一層強固なものとなり、共謀共同正犯の成立を肯定しやすくなると考えられる⁽⁷⁴⁾。

（2）共同正犯の成立が否定された裁判例

（i）裁判例〔1-19〕：仙台高判平成15年7月8日

共犯者Aらが保険金詐取目的で被害者の自動車に追突し、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させ、意識を失った状態の被害者を自動車ごと海中に転落させ死亡させた本件において、被告人は、㉛当初の犯行予定日に急遽Aに呼び出され、本件への加担を依頼されて了承し、㉜被害者の運転していた自動車を運転し、㉝被害者の乗った自動車を転落させる際にその自動車を押し、㉞報酬としてAから100万円を受け取っている。

⁽⁷⁴⁾ 裁判例〔8-6〕：最決平成17年11月29日においても、被告人の地位、被告人の警護に当たる「親衛隊」の存在、および被告人に対する襲撃の危惧といった事実関係から、被告人の共謀共同正犯を肯定できよう。また、「スワット」や「親衛隊」といった確固たる制度が存在しなくても、状況によっては被告人に共謀共同正犯を肯定する余地はあると思われる（裁判例〔8-7〕：最判平成21年10月19日を参照。）。

本件被告人は、②急遽 A に呼び出されただけで、殺害計画の立案には関与しておらず（【Ⅲ-ii⁻】判旨③参照）、具体的な役割についても説明・指示されていない（【Ⅲ-ii⁻】判旨①参照）。また、殺害後の保険金取得には何ら関与せず、関心も示しておらず（【Ⅳ-i⁻、ii⁻】判旨⑤参照）、①被告人の報酬は A の分け前から出されたものであり、その金額は他の共犯者に比べて格段に低い（【Ⅳ-iii⁻】判旨⑥参照）。これらの事情は、いずれも、被告人が A らにとって重要な存在でないことを示唆するものである。したがって、たとえ被告人の行為（②、③）がそれなりに重要であったとしても（【Ⅰ-iv⁺】）、A らに重要視されていない被告人がそれを行ったところで、A らに対する心理的拘束力を基礎づけることはできない。被告人に幫助犯の成立を認めた裁判所の結論は妥当といえる。

（ii）裁判例〔1-27〕：広島高判平成21年4月30日

本件被告人は、A と B が被害者を殺害するに先立ち、②睡眠薬入りカプセルを提案・準備し、また、①謀議の際に「ぼこぼこのばきばきに殺してしまえばいい」などと発言している。

被告人による睡眠薬の準備（②）が本件犯行にとって重要であることは否定できない（【Ⅰ-iv⁺】）。被告人は、また、A らとの謀議に参加し、そこで睡眠薬の使用を提案したり、上記のような発言（③）をしている（【Ⅲ-ii⁺】）。しかし、A らは被告人に犯行現場への同行や実行行為の担当を期待しておらず、そのような立場にある被告人が具体性を欠く上記発言をしたところで、A らにとって大した意味があるわけではない（判旨②参照）。それゆえ、A らに対する心理的影響力は然程でもないと考えられる。また、A と B は本件の報酬を二人で折半しようとしており、これは、A らが被告人を同等の共犯者とは見ていなかったことを証左するものである（【Ⅱ-ii⁻】判旨④参照）。したがって、被告人の関与は A らの心理を拘束しうる程のものではなく、心理的拘束力に基づく重要な役割（要件②）、ひいては共同正犯の成立は否定されて然るべきである⁽⁷⁵⁾。

（iii）裁判例〔3-6〕：仙台高判昭和59年12月6日

かねてから骨董品に興味を持っていた本件被告人は、生活費に困窮していた A に対し、②その買い取りと他転売しないことを約束した上で、執拗に窃盗に行くことを促し、①犯行場所を A に案内して具体的に指示し、③A が犯行を行うにあたって自動車に給油をし、②窃取するに際しても犯行が発覚しないよう細かな指示・注意を与え、③犯行後は連絡することを予め指示し、①盗品のすべてを自己の手中に収め、A には被害品の価格よりはるかに低い合計 50 万円程度の金員を与えている。

(75) 裁判例〔4-23〕：東京高判平成25年5月28日も、被告人が強盗殺人の実行犯 A らに睡眠導入剤を提供した事案である。本件被告人は、②睡眠導入剤の使用を積極的に提案したのではなく、受動的に提供しており（【Ⅳ-ii⁻】）、①A らは被告人に相談することなく、殺害の実行日時や場所を決定している（【Ⅲ-i⁻、ii⁻】）。これらの事情からは、被告人が共犯者らと同等の立場にはなかったことが推測される（【Ⅱ-ii⁻】）から、本件も心理的拘束力に基づく重要な役割（要件②）を認めにくい事案であったといえる。原審は共同正犯を認めているが、東京高裁が判示するように、共同正犯の成立は否定されるべきである。

被告人は、仙台高裁が認定するように「窃盗の実行行為の全部又は一部、もしくは、これに密接かつ必要不可欠な行為【【I-i⁺、ii⁺、iii⁺】】を分担した」わけではない（判旨②参照）。被告人は、しかし、生活費に困窮しているAに執拗に働きかけ、本件窃盗の方法や場所を決定し、窃盗で得た利益の多くを得ているのであって、被告人の主体性・積極性が窺われる（【IV-i⁺、ii⁺、iii⁺】）。それゆえ、被告人は「積極的かつ主導的な立場にあった」として、共同正犯の成立を認めた原審の判断も理解できないではない。

しかし、他方で、被告人らの間に窃盗を強要する集団規範が醸成される程に緊密な人的関係が形成されている形跡はない。また、Aは、生活費を得るために現金を欲していたのであり、骨董品そのものには関心がなく、現金が手に入りさえすれば、盗品のすべてを被告人が占有しようが構わないと考えていた可能性もある。そうであるならば、たとえ被告人の助言・準備等が本件犯行にとって如何に必要不可欠であったとしても、Aは主として自身の利益（生活費の獲得）のために犯行を行ったのであり、被告人の意向にはそれほど拘束されていなかった、つまり心理的拘束力に基づく重要な役割（要件②）は認められないと解する余地もある。このように考えると、共同正犯の成立を否定した仙台高裁の判断にも合理性はあると思われる。

(iv) 裁判例〔5-2〕：東京高判昭和57年12月21日

本件は、刀剣類のブローカーをしていた被告人が、同業者Aが無銘の日本刀を重要美術品に認定された高価な日本刀であるかのように装い他人を欺罔して金員を騙取するに先立ち、日本刀や重要美術品認定通知書用紙をAに売り渡した事案である。

確かに、被告人の行為（日本刀等の売却）は、本件犯行にとって不可欠の寄与である（【I-iv⁺】）。しかし、被告人は、Aによる詐欺の相手方、方法、時期について聞いておらず（【III-i⁻、ii⁻】）、Aから事後報告も受けていないし（【III-ii⁻】）、また、騙取金の配分も受けていない（【IV-iii⁻】）。これらの事情は、被告人らの間には心理的拘束力を生じさせうる程の緊密な人的関係が存在しないことを裏づけるものであり、被告人を幫助とした東京高裁の結論は支持できる。本件は、被告人が提供する道具・手段が如何に必要不可欠なものであったとしても、それだけで心理的拘束力（重要な役割（要件②））が基礎づけられるわけでないことを証左するものである⁽⁷⁶⁾。

⁽⁷⁶⁾ 同種の事案として、裁判例〔5-9〕：東京高判平成25年2月20日がある（裁判例〔9-12〕：東京高判平成9年12月18日も参照。）。本件では、実行犯Aが交通事故による休業損害補償金を詐取しようと試みるに先立ち、Aの勤務先経営者である被告人が内容虚偽の休業損害証明書等を作成している。東京高裁は、被告人の行為が本件詐欺にとって密接不可分であることは確かである（【I-iv⁺】）が、本件詐欺によって得られる利益の分配を受ける約束はしていないこと（【IV-iii⁻】）から、被告人に共同正犯を認めた原審を破棄し、幫助犯を認めている。確かに被告人の行為（休業損害証明書等の作成）とAの欺罔行為が密接不可分ではあるが、だからといって必ずしも被告人とAの間に緊密な人的関係を認めうるわけではない。本件の場合、被告人とAは経営者と従業員の関係（上下関係）にあるが、犯罪遂行を目的に形成されたものではないから、被告人は、詐欺の遂行について、Aの意思を支配しうる権限を有してはいない。本件被告人に共同正犯は成立しないと思われる。

第2項 特殊事例

(1) 共犯過剰

共同正犯の場合、共犯者らはそれぞれの裁量で現場の状況に適した行動を取るものであって、必ずしも計画通りに遂行されるわけではない。したがって、ある程度の齟齬・逸脱は計画に織り込まれ済みであって、それが他の共犯者の罪責に影響を及ぼすことはない。しかし、その齟齬・逸脱がおよそ当初の計画の射程に含まれるものでない場合には、この限りではない。以下では、具体例の分析を通じてその限界を考察していく⁽⁷⁷⁾。

(i) 裁判例〔1-5〕：最決昭和54年4月13日

本件は、兵庫警察署保安課巡査であった被害者が風俗営業に関して強硬な立ち入り調査をしたとして、被告人ら7名が同人に対して暴行ないし傷害を加える旨共謀し、こもごも挑戦的な罵声・怒声を浴びせたところ、これに応答した被害者の言動に激昂したAが未必の殺意をもって小刀で被害者を突き刺し、殺害した事案であり、最高裁は、殺意のなかった被告人ら6名に傷害致死罪の共同正犯を成立させている。本決定は、従来、「共謀者間で故意が異なる場合に、軽い罪の故意しかない者の罪責をどう処理するかという問題」について、完全犯罪共同説の否定という最高裁の立場を明らかにしたものと理解されている⁽⁷⁸⁾。

しかし、本件の問題は、犯罪共同説と行為共同説の争いに尽きるものではなく、その結論も必ずしも自明のものではない⁽⁷⁹⁾。まず、Aは、未必の殺意をもって被害者を刺殺しており、暴行・傷害を意図する当初の共謀を逸脱しているのもであって、他の被告人らの共謀行為とAの実行行為の因果性(要件①)が問題となりうるはずである。また、本件は、心理的拘束力の有無・程度により被告人らの重要な役割(要件②)を判断すべき事案であるが、当初の共謀から逸脱したAに対する心理的拘束力を肯定しうるかも検討すべきである。

まず、因果性(要件①)の存否を検討する。Aの行為は当初の共謀に起因するものであるから、事実的因果性を認めることに問題はない。他方で、Aは当初の共謀が意図する暴行・

被告人の利益の有無(【IV-iii^{+/ー}】)は、被告人と共犯者の人的関係の緊密さを示す間接事実である。もっとも、あくまでも間接事実の一つであって、その意義を過大評価すべきではない。例えば、実行犯Aらが日本人名義の一般旅券を入手するにあたり、②旅券発給申請に必要な戸籍謄本、住民票、健康保険証、印鑑登録証明書および印鑑をAに渡し、③Aらが作成した一般旅券発給申請書を用いて一般旅券の発給を申請し、旅券の交付を受けた被告人に共同正犯を認めた裁判例〔9-13〕：東京地判平成10年8月19日は、その理由として、被告人の役割(②、③)が本件犯行の実現に不可欠であったこと(【I-iv⁺】)に加え、報酬(65万円)の受領を挙げている。しかし、「関与の不可欠性」に「利益」(【IV-iii⁺】)が加わるだけで、Aらに対する心理的拘束力(重要な役割(要件②))を認めうるかは疑わしい。裁判例〔9-16〕：東京地判平成13年11月8日も参照。

⁽⁷⁷⁾ 以下の裁判例以外には裁判例〔1-8〕：東京高判昭和60年9月30日、裁判例〔1-11〕：浦和地判平成3年3月22日も参照。

⁽⁷⁸⁾ 豊田兼彦「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』(有斐閣、2014年)182頁以下。

⁽⁷⁹⁾ 水落伸介「共謀の射程について」中大院44巻(2014年)162頁。

傷害とは異なる犯罪（殺人）を実現している（【V-i⁻】）ため、相当性の有無は問題となりうる。しかし、当初から刃物による襲撃を計画し、小刀を用意していることを考えると、その逸脱の程度は然程大きくはないし、また、いずれも被害者の強硬な立ち入り調査に対する憤慨を発端とし、それがエスカレートした結果としてAは殺意を抱いているのだから、動機・状況の連続性を認めることはでき（【V-ii⁺】）、被害者の殺害は必ずしも共謀の趣旨に矛盾するものでもない（【V-iii⁺】）。これらの事情を併せ考えると、暴行・傷害の故意が殺意に転化することも予見不可能な事態ではないといえる。したがって、被告人らの共謀行為とAの実行行為、ひいてはその結果（被害者の死亡）との間の相当因果性を認めることは可能であると思われる。

次に、心理的拘束力に基づく重要な役割（要件②）について検討する。本件の事実関係としては、Aによる逸脱が——上述のように——それほど大きくないこと（【V-i⁻、ii⁺、iii⁺】）に加え、暴力団X組による組織的犯行であること（【II-i⁺】）、AはX組組員であるが、被告人らの中には同組の組長Bや若者頭C、若者頭補佐Dらが含まれていること（【II-ii⁺】）、被告人らも被害者に対して憤慨しており（【IV-i⁺】）、同組組長であるBが被害者襲撃を積極的に指示し、それが順次Aら組員に伝えられていること（【III-i⁺、ii⁺、IV-ii⁺】）などが挙げられる。これらの事情からは、Aが被害者の言動に過剰に反応してしまった面はあるものの、なおも被告人らの強い影響力の下で行動していることが窺われる。そうであるならば、Aに対する心理的拘束力（重要な役割（要件②））を肯定する余地もあることになる。

心理的拘束力に基づく重要な役割（要件②）が認められるならば、その他の成立要件（客観的共同性（要件③）と主観的共同性（要件④））の充足も認められよう。ただし、被告人らは、Aによる被害者の殺害を認識・予見しているわけではないから、傷害致死の共同正犯が成立するにとどまる。

（ii）裁判例〔1-13〕：最判平成6年12月6日

本件は、被告人らが被害者の侵害に対してAと共同で防衛行為（暴行）を行ったところ、侵害終了後にAが追撃を行った（量的過剰防衛）事案である。Aの追撃部分も含めた本件全体につき被告人らを共同正犯として処罰するには、被告人らとその全体について共同正犯の成立要件を充足する必要がある。

本件の場合、最高裁が認定するように、被告人らの「反撃行為は、いまだ防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」のであれば、当初の共謀はあくまでも正当防衛を趣旨とするものであったと推測できる。そうすると、被害者による侵害が終了したにもかかわらず（【V-ii⁻】）、更なる追撃を行うことは当初の共謀に含まれておらず（【V-iii⁻】）、また、Aは、当初は適法行為（正当防衛）を意図していたわけだが、追撃時には違法行為（過剰防衛）を意図しているのであって、異なる犯意の下に、あるいは新たな犯意の下に当該違法行為を行っているともいえる（【V-i⁻、iv⁻】）。以上の事実関係からは、被告人らの防衛行為とAの追撃行為の間に「同一性」は認められず、追撃行為は

予見し得ない異常な事態であることになる。したがって、たとえ当初の共謀が追撃行為を心理的に促進し、被告人らの防衛行為が追撃行為を物理的に可能ならしめたとしても、相当因果性は否定される。被告人らを追撃部分についても処罰するには、最高裁が指摘するように「新たに〔過剰防衛を趣旨とした〕共謀が成立したかどうかを検討すべき」であって、その成立が否定されるのであれば、(狭義の共犯も含めて)被告人の罪責は否定されることが考えられる。

(iii) 裁判例〔7-10〕: 大阪高判昭和63年7月26日

被告人は、⑥覚せい剤2キログラムを密輸入することをAらと共謀し、⑦購入資金や経費として240万円を用意し、仕入れ役のAらに提供している。その後、Aらは、⑧卸元から覚せい剤5キログラムを受け取ったが、被告人に対する反感から、計画外の覚せい剤3キログラムについては被告人に知らせることなく日本へ密輸入している。

本件について、原審は、覚せい剤5キログラム全体について被告人に共同正犯を認めているが、大阪高裁は、「二キログラムを三キログラムも上回る覚せい剤を入手するとは予想もしていなかったものと認めざるを得ない」として、3キログラム分については共同正犯を否定している。しかし、本判決においては、同一構成要件内の量的過剰が共同正犯を否定する理由は明らかにされていない。

この点、被告人は、多額の資金を提供しており、その役割を看過することはできない(【I-iv⁺】)。しかし、被告人が猜疑心からAらに文句を言ったことで両者の関係は悪化しており(【II-iii⁻】)、Aらは、被告人に対する反感(【V-ii⁻】)から、余分に仕入れた覚せい剤について秘匿している(【III-ii⁻、iii⁻】)。これらの事実関係からは、被告人の支配的影響力は(少なくとも)覚せい剤3キログラム分の密輸入行為には及んでいないと考えることができよう。Aらは被告人のために3キログラム分の密輸入を執行したのではないから、もはや被告人の意向に縛られる理由はない。そうすると、(たとえ因果性(要件①)は肯定されうるとしても、)心理的拘束力に基づく重要な役割(要件②)、客観的共同性(要件③)、主観的共同性(要件④)のいずれもが否定されることになる⁽⁸⁰⁾。

⁽⁸⁰⁾ 裁判例〔7-10〕に類似する事例として、裁判例〔7-18〕: 東京高判平成24年2月28日がある。本件において、仕入れ役のAは、予定のおよそ半分の覚せい剤を計画通りの方法で日本へ郵送しているが、約30グラムの覚せい剤を計画されていない方法で日本へ密輸入している。東京高裁は、「現実に実行された犯罪の具体的態様が共謀時に想定されていたものと異なり、あるいは実行者の思わくが他の共犯者の意に反するものであったとしても、それらの事情は共謀者の情状に影響を与えることはあっても、共謀共同正犯の成否に影響を与えるものではない〔く〕」、「Aに本件覚せい剤を輸入した後、これを横取りする思わくがあった疑いがあるという事情〔中略〕は、本件共謀共同正犯の成否に影響を与えるものとはいえない」としている。しかし、裁判例〔7-10〕と同様に、被告人に秘匿して密輸入した分の覚せい剤については、被告人の支配的影響力は及んでおらず、共同正犯は否定されると解すべきであろう。

(2) 共犯関係からの離脱

裁判例の中には被告人が犯罪の完成前に共犯関係から脱し、自らが担当する役割を放棄した場合の罪責が問われたものもある。しかし、被告人が犯罪の完成前に共犯関係から離脱し、他の共犯者がその離脱を認識・了承したとしても、被告人の因果性（とりわけ心理的因果性）を完全に無にすることは事実上不可能であろう。それにもかかわらず被告人の罪責が何らかの形で否定されるのは何故だろうか。以下では、具体例を通じて、共同正犯としての罪責が否定されうる理由を探っていく⁽⁸¹⁾。

(i) 裁判例〔1-10〕：大阪地判平成2年4月24日

本件は、X組若頭組員Aから被害者殺害の指示を受けた被告人が、①けん銃を持って襲撃先まで赴きはしたが、結局襲撃せずに撤退し、②その後けん銃をBに渡して帰宅して、③Aらへの連絡を絶ったため、Bが代わりに本件犯行を執行した事案である。

被告人は、確かに実行行為を行う予定ではあったが、結局は遂行していない(①)。それゆえ、その計画上の実行“行為”を理由に重要な役割(要件②)の充足を認めることはできない。また、被告人が現場から撤退して以降、被告人の曖昧な対応に対してBは「もう、よろしいわ」と述べ、Bの報告を受けたAも「もうほっとけ」と返し、改めてBが本件犯行を執行することにしているのであって、この時点で、被告人を除いた新たな合意が形成されたものと考えられる(【V-iv⁻】)。これに加えて、被告人は、Aらへの連絡を絶ち、Bの犯行を新聞で初めて知ったのであって(【III-i⁻、ii⁻、IV-ii⁻】)、この点からも、Aらが被告人を共犯関係から排除したことが窺える。これらの事情からは、Bが被告人から支配的影響力を受けることなくその犯行を実行したことが窺えるから、心理的拘束力に基づく重要な役割(要件②)を認めることもできない。少なくとも共同正犯として被告人を処罰することはできないといえる⁽⁸²⁾。

(ii) 裁判例〔1-17〕：名古屋高判平成14年8月29日

本件被告人は、Bとともに被害者に暴行(①暴行)を加えつつもこれを中止し、その後被害者をベンチに連れて行き「大丈夫か」などと問いかけたが、立腹したBに殴りつけられ失神した。Bは、被告人をそこに放置し、別の場所で被害者に更なる暴行(②暴行)を加えた。

⁽⁸¹⁾ 以下の裁判例以外には裁判例〔2-1〕：大阪高判昭和41年6月24日、裁判例〔2-2〕：神戸地判昭和41年12月21日、裁判例〔4-4〕：福岡高判昭和28年1月12日、裁判例〔9-14〕：東京地判平成12年7月4日も参照。

⁽⁸²⁾ 大阪地裁は本件被告人に無罪を言い渡しているが、被告人は帰宅する際にBにけん銃を渡している(①)のであって、Bの殺人未遂に対する幫助犯が被告人に成立する余地はある。本件のような組織的犯行の場合、被告人自身が襲撃を執行せずとも、B(または他の構成員)がその任務を引き継ぎ、犯行に及ぶことは予見可能な事態であって、被告人の行為(①)の相当因果性(物理的因果性)を否定することはない。また、AやBが被告人を共犯関係から排除していたとしても、片面的幫助犯を肯定する立場を前提にすれば、幫助犯を否定する理由にはならないだろう。故意を認定できる限り、幫助犯を肯定することも十分可能だった事案であると思われる。

確かに、Bによる②暴行は——原審が指摘するように——被告人の共謀行為および①暴行の心理的・物理的影響力の下に行われており（事実的因果性の存在）、また、①暴行と同一の動機・目的に基づくものといえる（【V-ii⁺】）。したがって、被告人の行為の相当因果性が②暴行にまで及んでいると解する余地は十分ある（要件①）。また、傷害罪の実行行為（暴行）を行い、被害者の逃走・抵抗を不可能にする役割を果たしている（【I-ii⁺】）以上、重要な役割（要件②）も認めうる。しかし、被告人らの共犯関係は被告人に対する暴行により解消し、その後の②暴行は被告人の意思・関与を排除して行われたものと考えられる（【II-iii⁻、V-ii⁻、iv⁻】判旨参照）。そうすると、被告人の存在は、Bが②暴行を実行するにあたっては重要な存在ではなくなっているから、②暴行に関する被告人の他者関係的正犯性は否定されることになる。したがって、②暴行およびそれに基づく傷害結果について、被告人に共同正犯は成立しないと解される⁽⁸³⁾。

（3）実行行為を行う幫助犯

被告人が実行行為を担当・遂行した場合（【I-i⁺、ii⁺】）、通常、共同正犯の成立が否定されることはない。ただし、被告人が実行行為の一部を担当するとどまる場合、他の実行行為についての正犯性（他者関係的正犯性）を検討する必要があるのであって、例外的にその成立を否定し、犯罪全体については幫助犯の成立に限定する余地もあると思われる⁽⁸⁴⁾。以下では実行行為の一部を実行した事案（i）、実行行為のすべてを実行した事案（ii）、形式的には実行行為のすべてを実行したように見える事案（iii）を検討する。

（i）裁判例【5-5】：大阪高判平成8年9月17日

本件被告人は、暴力団員Aが被害者に対して1000万円の交付を要求した際、④その額を300万円に下げよう値引き交渉し、⑤被害者が持参した300万円のうちの250万円をAに届け、喝取金受渡しの仲介を行った。本件については、原審が恐喝罪の共同正犯を肯定したのに対して、大阪高裁は幫助犯の成立にとどまると判示している。

被告人は、喝取金を1000万円から300万円へと値引きしているが（④）、300万円分の恐喝罪の実現に対して因果的に寄与したことは否定できないし（因果性（要件①））、確かに——原審が指摘するように——喝取金の受領（⑤）という恐喝罪の実行行為の一部（【I-ii⁺】）を担当しているように見える（重要な役割（要件②））。

他方で、被告人は、被害者を庇わざるを得ない立場にあり、それゆえにAに値引き交渉しているのであって、本件犯行に対する消極性を示している。また、本件犯行は、一貫してAが主導しており、被告人はAの指示に従いながら受動的に関与しているに過ぎない（【IV-ii⁻】）。これらに加えて、被告人は、Aから50万円を受け取っている（【IV-iii⁺】）が、こ

⁽⁸³⁾ 裁判例【1-10】と同様に、幫助犯の成立可能性は残されている。

⁽⁸⁴⁾ 以下の裁判例以外には裁判例【7-1】：福岡高判昭和27年6月11日、裁判例【7-2】：福岡高判昭和30年5月28日、裁判例【7-3】：横浜地川崎支判昭和51年11月25日も参照。

れは A が申し出たことであり、また、その処理について被害者の意見を聞こうとしていることに鑑みると、この金員が被告人自身の動機になっているとは考えられない（【IV-i-】判旨②参照）。これらは、A の恐喝行為に関する被告人の他者関係的正犯性に消極的に作用する事情であるといえる。もっとも、（強盗殺人未遂において被害者所有の覚せい剤を奪取した被告人の罪責が問われた）**裁判例〔4-12〕**⁽⁸⁵⁾の場合に被告人の他者関係的正犯性を否定した事情（騙されて犯行に巻き込まれた、自分や内妻に危害が加えられることを危惧した、報酬を約束されたことはなかった、被告人が「奪取」を遂行しなくても他の共犯者が行っていた）と比べると、本件で認められる事情の消極的作用は弱く、他者関係的正犯性を否定する程のものであるかは疑問も残る。

（ii）**裁判例〔7-5〕**：大津地判昭和53年12月26日

被告人は、A が覚せい剤を水に溶かした水溶液を自己に注射する際、同人に頼まれて、右水溶液を同人の身体に注射している。

本件について、大津地裁は、「自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難い」として、覚せい剤使用の幫助犯を認めている。しかし、本件のように被告人が構成要件該当事実のすべてを自ら単独で実現した場合、そもそも刑法60条を適用することなく彼の正犯性は肯定されうるのであって、たとえその関与が消極的・受動的なものであり（【IV-ii-】）、A にとって被告人が重要な存在でなかった（つまり、他者関係的正犯性を否定する余地があった）としても、そのことが被告人の正犯性を左右することはない。積極的意図という被告人の主観的要素に一面的に依拠することでその正犯性を否定することはできないと思われる⁽⁸⁶⁾。

（iii）**裁判例〔9-6〕**：東京高判昭和50年2月4日

国鉄名古屋鉄道管理局の営業部旅客課課長補佐として旅客課長の職務を補佐していた被告人は、①飲食代金等の未払分が70万円ほどに達していることを旅客課長Aに話したところ、②Bから現金を受け取るよう指示を受け、③領収書と引き換えにBから現金25万円を受領している。

東京高裁は、本件につき、被告人に収賄の幫助犯を認めている。しかし、本件は、被告人が実行行為のすべてを自ら実行しているようにも見え、そうであれば被告人を幫助犯とすることはできないとも思われる。しかしながら、犯罪の中には、「構成要件の解釈によっては、時間的前後関係、及び直接の法益侵害行為者とその背後者が入れ替わりうる」もの

(85) **裁判例〔4-12〕**については、終章第2節第1款第4項（227頁）を参照。

(86) なお、構成要件該当事実のすべてを充足する被告人にあえて刑法60条を適用し、彼を共同正犯として処罰することの意味は、共犯者Aを共同正犯として処罰する際に認められると思われる。つまり、被告人を単独正犯と評価してしまうと、「関与者のうち一方が共同正犯で他方が単独正犯となるが、60条は共同正犯となる者が複数存在することを予定するものと解〔する〕」のであれば、そのような帰結は否定せざるを得ないのである（松原芳博『刑法総論』（2013年、日本評論社）376頁脚注11）。

もある⁽⁸⁷⁾。そして、収賄の成否が問われる本件の場合、確かに、時間的には被告人が先行して現金を受領してはいるが、利益の帰属対象はあくまでもAであって、実質的にはAの受領行為こそが本件の実行行為であると考えられる⁽⁸⁸⁾。

そうすると、被告人を収賄の共同正犯として処罰するには、Aの実行行為に関する被告人の共同正犯性を立証しなければならないことになる。被告人の受領行為(◎)は、実質的には実行行為でないとしても、Aの実行行為の成否に直結しうるものではある(【I-iii⁺】)から、重要な役割(要件②)の充足は認められる。しかし、被告人はAの補佐役であったこと(【II-ii⁻】)、未払分の代金等の責任は被告人ではなくAにあったこと(【IV-i⁻、iii⁻】)、被告人はAの指示に従ってBから現金を受領したこと(【IV-ii⁻】)を勘案すると、「Aは、被告人から依頼されたためにではなく、〔中略〕自分が単独でBから金員を収受するつもりであったとみるのが相当であり」(判旨②参照)、「被告人に指示することによって、被告人を自己の手足のよう利用する意思はあったとしても、被告人との間に収賄の共同意思を形成し、同人と一体になって賄賂收受を実行しようとしたものであるとは容易に認め難い」(判旨③参照)といえる。以上の事実認定からは、Aは、被告人を単なる仲介役に過ぎないと考えていたものと推測でき、被告人の他者関係的正犯性はそれに伴い否定されることになる⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾。

(4) 間接正犯と(共謀)共同正犯

(共謀)共同正犯の正犯性の根拠を「心理的拘束力」に求める場合、被利用者の「意思支配」をその本質とする間接正犯との区別が問題になる。この点、間接正犯の支配力は共同正犯のそれに優越するのであって、両者は「支配の強さ」により区別される、と解することはできない⁽⁹¹⁾。少なくとも事実的な意味での「支配(コントロール)」についていえば、責任無能力者や錯誤者を利用する間接正犯の場合よりも、組織的制度に基づく集団規範・集団圧力を利用する共謀共同正犯の方が直接実行者をより確実に支配できるからである。間接正犯と共同正犯は、支配力の強さの点では競合しうる関与類型であるといえる。

両者の区別は、結局のところ、それぞれの関与類型の本質的特徴を勘案しながら考える

⁽⁸⁷⁾ 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論』(有斐閣、2010年)940頁〔島田聡一郎〕。

⁽⁸⁸⁾ 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』256頁以下参照。

⁽⁸⁹⁾ 類似の事案として、被告人に賭場開帳凶利の幫助犯を認めた**裁判例〔9-3〕**：静岡簡判昭和35年11月7日。

⁽⁹⁰⁾ 他方で、株式会社Xの社長Aの指示により統制品であった麦を運搬した被告人に食糧管理法違反の共同正犯が成立するかが争われた**裁判例〔9-2〕**：名古屋高判昭和27年12月10日は、結論として共同正犯を否定し、幫助犯を認めているが、食糧管理法の趣旨が闇物資の移転防止にあるのであれば、自ら統制品を運搬した被告人は実質的にも実行行為を行ったものと評価され、その正犯性が否定されることはないと思われる。

⁽⁹¹⁾ 支配の強弱を基準に間接正犯と共同正犯を区別すべきとする見解として、田川靖紘「正犯概念の体系的再構成——共謀共同正犯と故意ある幫助道具の機能的分析を通じて——」博士論文(早稲田大学大学院法学研究科、2015年)114頁。

ほかないだろう。間接正犯は、利用者（間接正犯者）が被利用者を一方的に利用する関与類型であるのに対して、共同正犯は、背後者（共謀共同正犯者）と直接実行者が相互に利用・協力し合いながら犯罪を遂行する関与類型である。すなわち、共同正犯の場合、共犯者らが犯意や情報を共有しているからこそ、高度な共働関係（連携）が形成され、それに伴う高度な危険性が創出されるわけである。これに対して、錯誤等を利用した間接正犯の場合、情報は利用者（間接正犯者）に独占され、その共有は図られていないため、そこに高度な共働関係（連携）を見出すことはできない。また、暴行・脅迫等を利用した間接正犯の場合、被利用者は恐怖心のみによって支配されるのであって、彼が利用者（間接正犯者）と緊密に意思連絡し、積極的・主体的に協力するとは考えられず、ここでも高度な共働関係（連携）は認められない。以下では、本質的特徴の差異という観点から間接正犯と共同正犯の区別が問題になりうる事案を分析・検討する。

（i）裁判例〔4-17〕：最決平成13年10月25日

本件において、被告人は、④被告人の長男B（当時12歳）に対して覆面をした上でエアガンを突き付けて脅迫する方法によりCから金品を奪い取ってくるよう指示・命令し、Bは、⑤被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、⑥自己の判断によりCの反抗を抑圧してCの現金等を強取している。

本件は、直接実行者Bの母親（【Ⅱ-iii⁺】）であり、生活費の獲得という強い動機（【Ⅳ-i⁺】）を持つ被告人が、④本件犯行の具体的方法を主導的に立案・指示し（【Ⅲ-i⁺、ii⁺、Ⅳ-ii⁺】）、強取した現金等を受領した（【Ⅳ-iii⁻】）事案である。以上のように、被告人は当時12歳の息子に対して積極的に働きかけているのであって、その指示・命令には相当強度な心理的拘束力が伴っていたものと推測できる。他方で、本件の場合、直接実行者Bは、緊密な意思連絡を通じて被告人と犯意を共有しており、犯罪の全体像および自身の役割を理解した上で本件犯行に及んでいる。Bは、更に、基本的には被告人の指示に従いつつも（⑤）、自らの裁量でより適当な方法を考え、実行している（⑥）。これらの事情は、直接実行者（B）が——背後者（被告人）に支配されつつも——主体的にその役割を遂行していることを示唆するものであり、これは、まさに、共同正犯に特有の事象であるといえる。したがって、本件は、被告人を共同正犯として処罰すべき事案であって、最高裁の結論は支持できる。

（ii）裁判例〔3-5〕：最決昭和58年9月21日

本件被告人は、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた養女A（当時12歳）に対して現金等の窃取を命じ、これを行わせている。本件は、直接実行者Aの養父（【Ⅱ-iii⁺】）であり、宿泊費等の獲得という強い動機（【Ⅳ-i⁺】）を持つ被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているAの状態を利用して窃盗を行わせ、盗品を受領している（【Ⅳ-iii⁺】）のであって、裁判例〔4-17〕と類似する点もあるが、最高裁は被告人に間接正犯を認めている。

裁判例〔4-17〕の被告人と直接実行者Bが犯意を共有しながら共働しているのに対

して、本件の直接実行者 A は、被告人に対する恐怖心から一方的に使役されているのであって、被告人の指示・命令を納得して遂行しているわけではない。この場合、刑法 60 条が予定する高度な連携は認められないため、本件は刑法 60 条の適用が適切でない事案であるといえる。被告人は間接正犯として本件窃盗を實行したと解される⁽⁹²⁾。

【表 4】
「重要な役割」の構造

定義	重要な役割の類型	間接事実
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	【類型 1】 心理的拘束力を伴うことなく実行行為の成否に直結する行為を行う場合	<ul style="list-style-type: none"> ・【I-i⁺】実行行為の全部 ・【I-ii⁺】実行行為の一部 ・【I-iii⁺】実行行為の成否に直結するその他の行為
	【類型 2】 刑法規範の禁圧を凌駕する心理的拘束力を伴って関与する場合 →①背後者の指示・命令を放棄させることで直ちに集団圧力を排除できる場合 ②他の関与者と合意することではじめて集団圧力を排除しうる関係が形成されている場合	<ul style="list-style-type: none"> ・【I-iv^{+/-}】その他の行為（リスクを伴う重要な行為／何ら重要でない行為） ・Ⅱ「共犯者間の人的関係」に関する事実 ・Ⅲ「犯意・情報の共有」に関する事実 ・Ⅳ「犯罪との関わり方」に関する事実 ・Ⅴ「犯罪の同一性」に関する事実

⁽⁹²⁾ 裁判例〔3-8〕：大阪高判平成 7 年 11 月 9 日も、被告人を間接正犯として処罰するべき事案であると思われる。

【表5】

共同正犯認定の間接事実

間接事実の分類	具体的な事実関係
I 「行為の内容・役割」	<p>【I-i⁺】 実行行為の全部</p> <p>【I-ii⁺】 実行行為の一部</p> <p>【I-iii⁺】 実行行為の成否に直結するその他の行為</p> <p>【I-iv^{+/-}】 その他の行為（リスクを伴う重要な行為／何ら重要でない行為）</p>
II 「共犯者間の人的関係」	<p>【II-i^{+/-}】 組織・集団の存在、性質（組織・集団の凝集性、組織・集団内の制裁の質・量、個々の構成員における集団規範の内化、構成員の遵法意識の低下など）</p> <p>【II-ii^{+/-}】 組織・集団内における上下関係、権限の有無など</p> <p>【II-iii^{+/-}】 その他的人間関係（家族関係（夫婦、親子、兄弟）、恋人・愛人関係、年齢差／人間関係の未形成・未成熟（初対面、面識なし））</p>
III 「犯意・情報の共有」	<p>【III-i^{+/-}】 意思連絡の方法・態様（明示・黙示、謀議の有無、謀議への参加の有無、現場共謀・順次共謀など）</p> <p>【III-ii^{+/-}】 意思連絡の密度・内容（意思連絡の頻度、意見・賛否の表明の有無、情報交換の有無・程度など）</p> <p>【III-iii^{+/-}】 犯罪の具体的内容の認識の有無・程度</p>
IV 「犯罪との関わり方」	<p>【IV-i^{+/-}】 動機（積極的な意欲、願望／恐怖心、義理立てなど）</p> <p>【IV-ii^{+/-}】 態度（積極的・主体的な関与／消極的・受動的な関与）</p> <p>【IV-iii^{+/-}】 利益（利益の有無・多寡、利益の分配方法）</p>
V 「犯罪の同一性」	<p>【V-i^{+/-}】 罪種・犯意の異同</p> <p>【V-ii^{+/-}】 動機・前提状況の連続性</p> <p>【V-iii^{+/-}】 矛盾の有無</p> <p>【V-iv^{+/-}】 犯意の放棄（実行担当者による犯意の放棄、他の関与者による犯意の放棄）、犯意の断絶、新たな犯意の形成</p>

※ +：共同正犯の成立に積極的に作用する事情

－：共同正犯の成立に消極的に作用する事情

第3節 結語

第1款 本稿の結論

共同正犯を認定するための間接事実は具体的に示されている。共同正犯が成立した場合の法的効果（「一部行為の全部“正犯”責任」）の意義も（ある程度は）共有されている。これに対して、現在の実務・学説においては、その両者を繋ぎ合わせる“途中式”であるところの成立要件、およびそれらと成立要件の対応関係が不明確なまま放置されていた。これでは、しかし、共同正犯の認定は裁判官（および裁判員）の直感に委ねざるを得ず、その判断の客観性・公平性を担保することはできない。

以上の問題意識に基づき、本稿は、まず、共同正犯の成立要件として①因果性（条件関係または促進関係）、②重要な役割、③客観的共同性、④主観的共同性（他者関係の正犯性、典型的に高度な危険性）、⑤故意の5つを提示した⁽¹⁾。これらの要件が認められるならば、単独正犯（直接正犯・間接正犯）の要件を充足せずとも犯罪全体を被告人の犯罪と評価し、彼に第一次的な責任を問うことも許容できるだろう。次に、共同正犯を認定するための間接事実をⅠ「行為の内容・役割」、Ⅱ「共犯者間の人的関係」、Ⅲ「犯意・情報の共有」、Ⅳ「犯罪との関わり方」、Ⅴ「犯罪の同一性」に分類し、それぞれが成立要件の存否にどのように影響するかを具体的に分析し、関与者間の上下関係、意思連絡の密度、積極性、利益の多寡といった必ずしも構成要件該当事実と直接は関係しない要素が共同正犯の成立要件の存否に——積極的にも消極的にも——影響を及ぼしうることを示した⁽²⁾。その限りでは、これらを考慮する実務の傾向も是認できると思われる⁽³⁾⁽⁴⁾。

本稿は、以上のように、従来の実務・学説がその内実を包み隠してきた共同正犯の判断プロセスを解析し、総合判断という名のベールを引き剥がそうと試みてきた。しかし、本稿の試みがある程度の成功を収めるものだったとしても、自然科学における計算式のように特定の数値（間接事実）を代入すれば一義的にその解答（結論＝共同正犯の成否）が得られるようになるわけではない。間接事実が成立要件の存否にどう影響するかを考えるにあたって、一定の価値判断に依拠せざるを得ない場合があることは否定できず、また、共同正犯の成立要件はいずれも量的概念を含むものであって、その存否に関して評価が分かれうる限界事例の存在を認めざるを得ないからである。しかし、たとえそうだったとして

⁽¹⁾ 詳細については終章第1節第4款（212頁以下）参照。

⁽²⁾ 詳細については終章第2節第1款第6項（231頁以下）参照。

⁽³⁾ これに対して、もしこれらの要素が間接事実の枠を超え、主要事実と解されているのであれば、そのような解釈を是認することはできない。

⁽⁴⁾ 被告人が実行行為の一部を担当した場合、原則として、共同正犯の成立が否定されることはない。しかし、重要な役割（要件②）を共同正犯成立の必要条件の一つと解する立場からは、これらの間接事実が重要な役割（要件②）以外の要件の充足を阻害する場合には共同正犯の成立を否定する（いわゆる「実行行為を行う幫助犯」を認める）余地もある。

も、共同正犯の成否を判断する際にいずれの成立要件の存否が争われるのかを具体的に明示し、その存否に積極的または消極的に作用する間接事実を——その根拠とともに——列挙することが可能となれば、その判断の是非をめぐって事前的にも事後的にも検証できるようになるはずである。この検証可能性を確保できたのであれば、ひとまず、本稿の目的は達成されたといつてよいだろう。

第2款 暗黒の章としての共犯論

本稿は、序章で確認したように、共同正犯の基本構造の解明にその射程を限定している。したがって、裁判例の検討に関しても、共同正犯の成立が肯定または否定される理由は提示できても、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）の成否については言及できない。狭義の共犯は、共同正犯にはない独自の性質・性格を有する関与類型であるから、これを解明することなく狭義の共犯の成否について結論を下すことはできないのである。

これらに加え、本稿は、あくまでも共同正犯の基本構造を扱ったに過ぎないため、その特殊な形態にはほとんど言及できていない。例えば、不作為犯が問題になる事例としては、共同行為全体が不作為と解される場合だけでなく、共同行為は作為であるが、個々の行為の中に不作為が含まれる場合もありうるが、これらがどのように処理されるのかは明らかになっていない。また、故意犯の場合、関与者らの意思連絡は犯罪の実現に向かって斉一しており、だからこそ共同行為に典型的に高度な危険が認められるわけだが、過失犯（過失共働）の場合は必ずしもこうはならない。関与者らが意思連絡を通じて互いの不注意を促進し合うことも確かに考えられるが、他方で、関与者間の意思連絡が結果発生防止を目的としている場合（例えば、チーム医療）もあるのであって、後者の場合に刑法60条の適用を肯定できるかは疑わしい。更に、近時の共犯論は承継的共犯、共謀の射程（共犯過剰）、共謀からの離脱などを中心に議論を展開しているが、これらに関する判例・学説の包括的検討もできていない。いずれにせよ、以上の諸問題が本稿の議論を適用・応用すれば事足りるものなのか、それともそれらには還元できない特別な考慮を必要とするものなのかを見定めた上で、別途、検討しなければならないと思われる。

また、本稿の主張はいずれも更なる推敲を必要とするものである。例えば、本稿は、その全体を通じて、共同正犯は一次的責任類型であり、狭義の共犯は二次的責任類型であるとの理解を当然の前提としてきたが、このことの根拠や意味についても再考すべきであると思われる。この問題を解決するには、規範論や一般予防論を併せ考慮しながら、関与類型全体を正犯と解する統一的正犯体系を比較検討しつつ、限縮的正犯体系の意義を明らかにしなければならないだろう。あるいは、本稿は、個別行為の因果関係を拡張する方法として「条件関係から促進関係への拡張」を当然の前提としてきたが、条件関係の「あれなければこれなし」公式の後件部分を単独犯の場合よりも具体的に記述することで、共同正犯における個別行為の因果性を肯定するという方法も考えられうるのであって、因果性の拡張方法の是非も再考する余地がある。たとえ促進関係説を採用するとしても、促進関係の

意味それ自体の解明も必要になってこよう。客観的共同性の下位基準として提示した「意思実現」と「相互調整」は、共犯論（または刑法解釈論）以外から導入した概念であるため、刑法解釈論としての共犯論においてこれらが如何なる意味を持つものなのか、如何なる場合にその成立が肯定または否定されるのかを更に検討する必要がある。共同正犯を認定するための間接事実についても、その分類方法や個々の間接事実の解釈だけでなく、本稿で取り上げなかった事実関係の有無や意味を再検討しなければならない。これらの問題に加え、本稿は刑法 60 条の理論的検討に比重を置くきらいがあるため、裁判例の検討は必ずしも十分ではなく、その判断過程や結論の是非についても更なる精査を必要とする。

本稿は、共犯論の研究としては以上のように多くの課題を残しており、「混迷極まる暗黒の章」⁽⁵⁾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不完全なものであるが、その第一歩になることを願いながら、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。

⁽⁵⁾ Hermann Kantorowicz, *Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft*, 1910, S. 306.

資料：裁判例（一覧）

1. 殺人罪／傷害罪／暴行罪

(1) 裁判例〔1-1〕：大判明治37年5月27日刑録10輯1145頁（○）

(2) 裁判例〔1-2〕：大阪地判昭和39年11月4日下刑集6巻11・12号126頁、判タ170号261頁（×）

(3) 裁判例〔1-3〕：大阪地堺支判昭和46年3月15日判タ261号294頁（×）

(4) 裁判例〔1-4〕：大阪高判昭和53年5月11日判時919号112頁、判タ369号437頁（○）

(5) 裁判例〔1-5〕：最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁、裁判集刑事214号307頁、判時923号21頁、判タ386号97頁（○）

(6) 裁判例〔1-6〕：大阪地判昭和58年12月15日判時1123号141頁（×）

(7) 裁判例〔1-7〕：名古屋高判昭和59年9月11日判時1152号178頁（×）

(8) 裁判例〔1-8〕：東京高判昭和60年9月30日判タ620号214頁（×）

(9) 裁判例〔1-9〕：大阪高判昭和62年7月10日高刑集40巻3号720頁、判時1261号132頁、判タ652号254頁（×）

(10) 裁判例〔1-10〕：大阪地判平成2年4月24日判タ764号264頁（×）

(11) 裁判例〔1-11〕：浦和地判平成3年3月22日判時1398号133頁、判タ771号263頁（×）

(12) 裁判例〔1-12〕：東京高判平成6年9月16日高検速報（平6）号107頁（○）

(13) 裁判例〔1-13〕：最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁（×）

(14) 裁判例〔1-14〕：福岡高那覇支判平

成10年5月19日高検速報（平10）号125頁（○）

(15) 裁判例〔1-15〕：札幌地判平成12年1月27日判タ1058号283頁（○）

(16) 裁判例〔1-16〕：東京地判平成14年8月23日D1-Law/ID28135208（×）

(17) 裁判例〔1-17〕：名古屋高判平成14年8月29日高検速報（平14）号134頁、判時1831号158頁（×）

(18) 裁判例〔1-18〕：広島地判平成15年3月24日裁判所ウェブサイト（○）

(19) 裁判例〔1-19〕：仙台高判平成15年7月8日刑集58巻3号225頁、判時1847号154頁、判タ1147号297頁、高検速報（平15）号163頁（×）

(20) 裁判例〔1-20〕：福岡地判平成16年5月27日裁判所ウェブサイト（×）

(21) 裁判例〔1-21〕：仙台高判平成16年12月21日高検速報（平16）号261頁（○）

(22) 裁判例〔1-22〕：福岡高判平成17年4月7日高検速報（平17）号332頁（○）

(23) 裁判例〔1-23〕：東京地判平成18年3月27日裁判所ウェブサイト（○）

(24) 裁判例〔1-24〕：神戸地判平成18年11月30日裁判所ウェブサイト（×）

(25) 裁判例〔1-25〕：松山地判平成19年8月23日裁判所ウェブサイト（×）

(26) 裁判例〔1-26〕：福岡地小倉支判平成19年10月10日裁判所ウェブサイト（○／×）

(27) 裁判例〔1-27〕：広島高判平成21年4月30日高検速報（平21）号212頁（×）

(28) 裁判例〔1-28〕：福岡高判平成22年10月15日高検速報（平22）号249頁（○）

(29) 裁判例〔1-29〕：最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁、判時2187号

142 頁、判タ 1389 号 109 頁（×）

(30) 裁判例〔1-30〕：秋田地判平成 26 年 8 月 5 日 LEX/DB 文献番号 25504694(○)

(31) 裁判例〔1-31〕：盛岡地判平成 26 年 9 月 24 日 LEX/DB 文献番号 25504820(○)

2. 強姦罪

(32) 裁判例〔2-1〕：大阪高判昭和 41 年 6 月 24 日高刑集 19 卷 4 号 375 頁、判タ 196 号 155 頁（×）

(33) 裁判例〔2-2〕：神戸地判昭和 41 年 12 月 21 日下刑集 8 卷 12 号 1575 頁（×）

(34) 裁判例〔2-3〕：東京高判平成 20 年 7 月 10 日 LEX/DB 文献番号 25421068 (○)

3. 窃盗罪

(35) 裁判例〔3-1〕：大判明治 41 年 2 月 27 日刑録 14 輯 136 頁（○）

(36) 裁判例〔3-2〕：東京地判昭和 41 年 6 月 4 日判タ 194 号 173 頁（×）

(37) 裁判例〔3-3〕：東京高判昭和 43 年 1 月 11 日東高刑時報 19 卷 1 号 1 頁（×）

(38) 裁判例〔3-4〕：東京高判昭和 56 年 10 月 27 日高検速報（昭 56）号 272 頁（○）

(39) 裁判例〔3-5〕：最決昭和 58 年 9 月 21 日刑集 37 卷 7 号 1070 頁、裁判集刑事 232 号 103 頁、判時 1093 号 149 頁、判タ 509 号 126 頁（×）

(40) 裁判例〔3-6〕：仙台高判昭和 59 年 12 月 6 日高検速報（昭 59）号 556 頁（×）

(41) 裁判例〔3-7〕：札幌高判昭和 60 年 3 月 20 日判時 1169 号 157 頁、判タ 550 号 315 頁（×）

(42) 裁判例〔3-8〕：大阪高判平成 7 年 11 月 9 日高刑集 48 卷 3 号 177 頁、判時 1569 号 145 頁、判タ 920 号 255 頁（×）

(43) 裁判例〔3-9〕：大阪地堺支判平成 11 年 4 月 22 日判時 1687 号 157 頁（×）

(44) 裁判例〔3-10〕：東京高判平成 15 年 1 月 23 日東高刑時報 54 卷 1~12 号 1 頁（×/○）

(45) 裁判例〔3-11〕：神戸地判平成 15 年 5 月 13 日裁判所ウェブサイト（○）

(46) 裁判例〔3-12〕：高松高判平成 20 年 7 月 14 日高検速報（平 20）号 339 頁（○）

(47) 裁判例〔3-13〕：東京高判平成 22 年 12 月 8 日東高時報（刑事）61 卷 1~12 号 314 頁（×）

(48) 裁判例〔3-14〕：金沢地判平成 26 年 7 月 24 日 LEX/DB 文献番号 25504567(○)

(49) 裁判例〔3-15〕：福岡高判平成 28 年 5 月 11 日 LEX/DB 文献番号 25542951(○)

4. 強盗罪

(50) 裁判例〔4-1〕：大判昭和 7 年 4 月 28 日刑集 11 卷 504 頁（○）

(51) 裁判例〔4-2〕：大判昭和 10 年 6 月 25 日刑集 14 卷 732 頁（○）

(52) 裁判例〔4-3〕：最判昭和 23 年 6 月 22 日刑集 2 卷 7 号 711 頁、裁判集刑事 2 号 539 頁（○）

(53) 裁判例〔4-4〕：福岡高判昭和 28 年 1 月 12 日高刑集 6 卷 1 号 1 頁（×）

(54) 裁判例〔4-5〕：最判昭和 25 年 7 月 11 日刑集 4 卷 7 号 1261 頁、裁判集刑事 18 号 695 頁、判タ 4 号 47 頁（教唆否定）

(55) 裁判例〔4-6〕：神戸地判昭和 36 年 4 月 8 日下刑集 3 卷 3 号 295 頁（×）

(56) 裁判例〔4-7〕：名古屋高判昭和 36 年 8 月 15 日下刑集 3 卷 7・8 号 676 頁（×）

(57) 裁判例〔4-8〕：東京地判昭和 42 年 1 月 12 日判タ 207 号 187 頁（×）

- (58) 裁判例〔4-9〕：大阪地判昭和43年11月16日判タ233号195頁（×）
- (59) 裁判例〔4-10〕：岡山地判昭和44年8月1日刑月1巻8号813頁（×）
- (60) 裁判例〔4-11〕：千葉地松戸支判昭和55年11月20日判時1015号143頁（×）
- (61) 裁判例〔4-12〕：福岡地判昭和59年8月30日判時1152号182頁（×）
- (62) 裁判例〔4-13〕：浦和地判平成元年3月2日判時1333号3頁（×）
- (63) 裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日判時1516号169頁（○）
- (64) 裁判例〔4-15〕：東京地判平成7年10月9日判時1598号155頁、判タ922号292頁（×／ただし承継的共同正犯成立）
- (65) 裁判例〔4-16〕：東京高判平成13年1月17日東高刑時報52巻1～12号1頁（×）
- (66) 裁判例〔4-17〕：最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁、裁判集刑事280号525頁、判時1768号157頁、判タ1077号176頁（○）
- (67) 裁判例〔4-18〕：松山地判平成14年9月26日D1-Law/ID28085100（○）
- (68) 裁判例〔4-19〕：富山地判平成16年12月14日裁判所ウェブサイト（×）
- (69) 裁判例〔4-20〕：松山地判平成21年6月24日裁判所ウェブサイト（○）
- (70) 裁判例〔4-21〕：名古屋地判平成24年6月29日LEX/DB文献番号25482252（×）
- (71) 裁判例〔4-22〕：東京地判平成24年9月14日LEX/DB文献番号25500619（○）
- (72) 裁判例〔4-23〕：東京高判平成25年5月28日高刑集66巻2号1頁、高検速報（平25）号65頁、東高刑時報64巻1～12号108頁、判タ1418号165頁（×）
- (73) 裁判例〔4-24〕：水戸地判平成26年10月6日LEX/DB文献番号25505093（×）
- (74) 裁判例〔4-25〕：山形地判平成28年8月5日LEX/DB文献番号25543775（○）
5. 詐欺罪／恐喝罪
- (75) 裁判例〔5-1〕：横浜地判昭和56年7月17日判時1011号142号（×）
- (76) 裁判例〔5-2〕：東京高判昭和57年12月21日判時1085号150頁（×）
- (77) 裁判例〔5-3〕：大阪地判昭和59年2月29日判タ559号306頁（○）
- (78) 裁判例〔5-4〕：東京高判平成8年6月25日判時1581号134頁（○）
- (79) 裁判例〔5-5〕：大阪高判平成8年9月17日判タ940号272頁（×）
- (80) 裁判例〔5-6〕：高松高判平成12年7月18日判時1732号149頁、高検速報（平12）号231頁（○）
- (81) 裁判例〔5-7〕：東京高判平成23年11月25日東高刑時報62巻117頁、高検速報（平23）号176頁（○）
- (82) 裁判例〔5-8〕：金沢地裁平成24年10月23日LEX/DB文献番号25483138（○）
- (83) 裁判例〔5-9〕：東京高判平成25年2月20日高検速報（平25）号45頁、東高刑時報64巻1～12号62頁（×）
- (84) 裁判例〔5-10〕：広島高判平成25年4月23日高検速報（平25）号203頁（○）
- (85) 裁判例〔5-11〕：大阪地判平成27年2月17日LEX/DB文献番号25506325（×）
- (86) 裁判例〔5-12〕：名古屋地判平成27年4月27日LEX/DB文献番号25540401（○／×）
6. 器物損壊罪
- (87) 裁判例〔6-1〕：東京地判平成9月7

月 14 日判時 1626 号 155 頁（○）

（88）裁判例〔6-2〕：旭川地判平成 28 年 9 月 5 日 D1-Law/ID 28243548（○）

7. 薬物犯罪

（89）裁判例〔7-1〕：福岡高判昭和 27 年 6 月 11 日高等刑特報 19 号 100 頁（×）

（90）裁判例〔7-2〕：福岡高判昭和 30 年 5 月 28 日高裁刑特報 2 卷 12 号 577 頁、ジュリ 88 号 577 頁（×）

（91）裁判例〔7-3〕：横浜地川崎支判昭和 51 年 11 月 25 日判時 842 号 127 頁（×）

（92）裁判例〔7-4〕：東京高判昭和 52 年 2 月 16 日高刑集 30 卷 1 号 102 頁、刑月 9 卷 1・2 号 29 頁、東高刑時報 28 卷 2 号 14 頁（○）

（93）裁判例〔7-5〕：大津地判昭和 53 年 12 月 26 日判時 924 号 145 頁（×）

（94）裁判例〔7-6〕：東京高判昭和 57 年 7 月 13 日高検速報（昭 57）号 304 頁（○）

（95）裁判例〔7-7〕：最決昭和 57 年 7 月 16 日刑集 36 卷 6 号 695 頁、判時 1052 号 152 頁、判タ 477 号 100 頁（○）

（96）裁判例〔7-8〕：大阪高判昭和 59 年 3 月 14 日判タ 535 号 304 頁（○）

（97）裁判例〔7-9〕：大阪高判昭和 62 年 4 月 2 日判時 1238 号 154 頁、判タ 652 号 262 頁（×）

（98）裁判例〔7-10〕：大阪高判昭和 63 年 7 月 26 日判タ 694 号 173 頁（×）

（99）裁判例〔7-11〕：神戸地姫路支判平成 5 年 9 月 21 日判時 1490 号 143 頁、判タ 833 号 273 頁（×）

（100）裁判例〔7-12〕：東京地判平成 12 年 4 月 12 日判タ 1074 号 285 頁（○）

（101）裁判例〔7-13〕：福岡地判平成 13 年 3 月 1 日刑集 57 卷 4 号 429 頁、判時 1742

号 157 頁（○）

（102）裁判例〔7-14〕：東京地判平成 15 年 12 月 19 日裁判所ウェブサイト（○）

（103）裁判例〔7-15〕：神戸地判平成 17 年 4 月 18 日裁判所ウェブサイト（×）

（104）裁判例〔7-16〕：大阪高判平成 18 年 12 月 27 日高検速報（平 18）号 263 頁（○）

（105）裁判例〔7-17〕：東京地判平成 20 年 5 月 14 日判時 2012 号 151 頁（○）

（106）裁判例〔7-18〕：東京高判平成 24 年 2 月 28 日東高刑時報 63 卷 34 頁、高検速報（平 24）号 55 頁（○）

（107）裁判例〔7-19〕：大分地判平成 27 年 10 月 15 日裁判所ウェブサイト（×）

（108）裁判例〔7-20〕：横浜地判平成 27 年 12 月 21 日 LEX/DB 文献番号 25542207（○/×）

8. けん銃の密輸/所持罪

（109）裁判例〔8-1〕：東京地判昭和 57 年 7 月 28 日判時 1073 号 159 頁、判タ 486 号 177 頁（×）

（110）裁判例〔8-2〕：大阪地判昭和 58 年 11 月 30 日判時 1123 号 141 頁（×）

（111）裁判例〔8-3〕：東京地判昭和 63 年 7 月 27 日判時 1300 号 153 頁（×）

（112）裁判例〔8-4〕：東京地判平成 3 年 7 月 22 日高検速報（平 3）年 65 頁（×）

（113）裁判例〔8-5〕：最決平成 15 年 5 月 1 日刑集 57 卷 5 号 507 頁（○）

（114）裁判例〔8-6〕：最決平成 17 年 11 月 29 日裁判集刑事 288 号 543 頁（○）

（115）裁判例〔8-7〕：最判平成 21 年 10 月 19 日裁判集刑事 297 号 489 頁、判時 2063 号 155 頁、判タ 1311 号 82 頁（○）

9. その他

(116) 裁判例〔9-1〕：大判昭和10年12月3日刑集14巻1255頁（○）

(117) 裁判例〔9-2〕：名古屋高判昭和27年12月10日高等刑特報30号21頁（×）

(118) 裁判例〔9-3〕：静岡簡判昭和35年11月7日下刑集2巻11・12号143頁（×）

(119) 裁判例〔9-4〕：札幌地判昭和40年3月15日判タ176号211頁（×）

(120) 裁判例〔9-5〕：東京高判昭和40年8月9日高刑集18巻5号594頁、東高刑時報16巻7・8号125頁、判タ184号153頁（○）

(121) 裁判例〔9-6〕：東京高判昭和50年2月4日東高刑時報26巻2号19頁（×）

(122) 裁判例〔9-7〕：東京地判昭和52年9月12日判時919号126頁（×）

(123) 裁判例〔9-8〕：大阪地判昭和56年5月30日判時1023号11頁（×）

(124) 裁判例〔9-9〕：福岡高判昭和61年9月11日判タ625号238頁（×）

(125) 裁判例〔9-10〕：東京地判平成2年10月12日判タ757号239頁（×）

(126) 裁判例〔9-11〕：東京地判平成8年3月28日判時1598号158頁（×）

(127) 裁判例〔9-12〕：東京高判平成9年12月18日東高刑時報48巻1～12号89頁（×）

(128) 裁判例〔9-13〕：東京地判平成10年8月19日判時1653号154頁（○）

(129) 裁判例〔9-14〕：東京地判平成12年7月4日判時1769号158頁（×）

(130) 裁判例〔9-15〕：札幌高判平成13年2月8日判タ1070号291頁（○／×）

(131) 裁判例〔9-16〕：東京地判平成13年11月8日裁判所ウェブサイト（○）

(132) 裁判例〔9-17〕：東京高判平成19

年8月8日高検速報（平成19）号296頁（×／○）

(133) 裁判例〔9-18〕：最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁、判時1989号160頁、判タ1255号187頁（○）

(134) 裁判例〔9-19〕：新潟地判平成23年9月9日刑集67巻3号288頁（×）

(135) 裁判例〔9-20〕：横浜地判平成25年9月30日判タ1418号374頁（×）

○：共同正犯肯定

×：共同正犯否定

資料：裁判例（事案・判旨）

1. 殺人罪／傷害罪／暴行罪

裁判例〔1－1〕：大判明治37年5月27日刑録10輯1145頁

【事案】

本件は、Aが被害者を殺害するにあたって、被告人らが被害者の護身用短刀を隠し、被害者の熟睡を待って上記短刀をAに渡した上、Aの犯行の障害を排除するために下女2名を他の場所へ誘導した事案である。

【判旨】

大審院は、被告人らは殺害実行の現場でAに助勢し、または犯行の障害を排除したのであって、その実行の一部を分担したのであるから、被告人らを謀殺の正犯とした原判決は相当であると判示した。

裁判例〔1－2〕：大阪地判昭和39年11月4日下刑集6巻11・12号126頁、判タ170号261頁

【事案の概要】

本件は、被告人が、日本共産党中央委員会議長である被害者に対するAの殺人未遂に先立ち、いわゆる「一人一殺」「一殺多生」の右翼精神を体してテロを遂行してもらいたいという気持からAに対して先人の心境や右翼テロの心構えを説いて激励し、また、Aの行動によって右翼団体「護国団」に迷惑をかけないように尼崎支部宛に退団願を出すことを勧め、いったん無断で退団した以上再び団には戻れないことを心配するAに対して「そんなに心配することはない」と安心させた事案である。

【判旨】

本件について、大阪地裁は、①「現場での襲撃の具体的方法に関して被告人両名が共同して検討した形跡がない」、②「Aが使う兇器についても刃物であることを推察しているのみで見せてもらっていないし説明もきいていない」、③「Aに対し『早くから会場に行くこと怪しまれることが多いから被害者が来たのを確かめて入れ』と教えているが、その内容は一般論にすぎ〔ない〕」ことから、「被告人において右犯行をAと共同するという意識があつたとは認められず、他方Aにおいてもテロ計画を決行するか否かについて被告人の意向に拘束されるとか、共同犯行の認識の下に行動したことを認めるに足る証拠もない」として共同正犯の成立を否定し、殺人未遂の幫助犯を認めた。

裁判例〔1－3〕：大阪地堺支判昭和46年3月15日判タ261号294頁

【事案の概要】

本件は、Aが被害者を殺害しようとして決意し、同人の前頸部を扼し始めた際に、たまたまその日時頃に知人が訪問することになっていたので被告人に見張りを頼み、また、「手ではあ

かん、とどめをさすから紐を持ってこい」と言ったところ、被告人が A の指示通り見張りをし、A に電気釜のコードを渡した事案である。

【判旨】

本件について、大阪地裁堺支部は、A が被害者を殺害しようとしていることを被告人が認識したことは明らかであるとしつつも、①「被告人自身も積極的に被害者の殺害を決意ないし欲したとまでは認めることができ [ない]」、②「見張りに出た際も [中略] 被害者が殺害される現場にいたたまれないという気持もあつた」、③被告人の見張りは A の言うままに行われ、「その態度は消極的で、専ら A のために見張りをしたことが認められ [る]」ことから、「被告人の共謀を認めるのは困難である」とした。また、電気コードを渡したことについても、「被告人の態度は消極的であり、その心情も変つて [いない]」ことから、共謀を認めることは困難であつて、殺人の幫助犯が成立するに過ぎないと判示した。

裁判例〔1－4〕：大阪高判昭和 53 年 5 月 11 日判時 919 号 112 頁、判タ 369 号 437 頁

【事案の概要】

本件は、被告人が睡眠薬入りのカルピスを飲ませて熟睡させ、共犯者 A が飾り石で被害者の後頭部を殴打し、死亡したものと誤信して浴室に運んだところ、被害者が意識を回復しかけたのでその頭を押さえつけ、浴槽の湯の中に漬け、死亡させた事案である。

【判旨】

大阪高裁は、まず、共謀について、①「被告人は、本件犯行当夜、A が忍んで来た際、同被告人 [A] がどうしても同夜被害者殺害の計画を実行する決意であることを察知すると同時に、同被告人とともに被害者を殺害することを決意し、そのことはおのずから A に通じたものと認めるのが相当であり、右の時点において被告人兩名の間に本件殺人の共謀が成立したものである」とした。次に、②「いわゆる実行共同正犯の面から検討してみるに、いわゆる実行共同正犯が成立するためには、主観的には共同して犯罪を実行する意思が、客観的には共同して犯罪を実行した事実がそれぞれ存することが必要であるが、後の共同実行の事実については、共同者のおのおのが実行々為そのものか、これに密接かつ必要な行為を行うことを要し、かつ、それで足るものと解すべきである」とした上で、「睡眠薬をカルピスに溶かして被害者に飲ませ同人を熟睡させた行為は、[中略] 少なくとも本件殺人の実行々為に密接かつ必要な行為に当るものというべきである」と認定した。かくして、裁判所は、「被告人兩名は、本件殺人を共謀し、それに基づきそれぞれ本件殺人の実行々為もしくはこれに密接かつ必要な行為を行ったものであるから、いずれにしても、本件殺人の共同正犯の刑責を負うべきものであるといわなければならない」として、被告人に殺人の共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔1－5〕：最決昭和 54 年 4 月 13 日刑集 33 卷 3 号 179 頁、裁判集刑事 214 号 307

頁、判時 923 号 21 頁、判タ 386 号 97 頁^①

【事案の概要】

本件は、兵庫警察署保安課巡査であった被害者が風俗営業に関して強硬な立ち入り調査をしたとして、被告人ら 7 名が同人に対して暴行ないし傷害を加える旨共謀し、こもごも挑戦的な罵声・怒声を浴びせたところ、これに応答した被害者の言動に激昂した A が未必の殺意をもって小刀で被害者を突き刺し、殺害した事案である。

【判旨】

最高裁は、本件について、「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人ら七名のうちの A が前記福原派出所前で被害者に対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人ら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。すなわち、A が殺人罪を犯したということは、被告人ら六名にとつても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといて、被告人ら六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかつたのであるから、被告人ら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない」として、A を除く被告人らに傷害致死の共同正犯を認めた。

裁判例〔1-6〕：大阪地判昭和 58 年 12 月 15 日判時 1123 号 141 頁

【事案の概要】

本件は、被告人と同じ系列の暴力団組員 A および B が対立抗争中の組事務所を襲撃するに際して、被告人が、犯行前日、大阪市内の地理に不案内の A らを連れて抗争中の上記事務所約 10 ヶ所を案内し、その所在場所等を教え、また、犯行当日、タクシーを利用して実行行為者である A を同組事務所付近まで案内搬送した事案である。

【判旨】

大阪地裁は、「被告人は、〔中略〕本件犯行遂行のため軽視できない役割を担っている」

^① 本件については、清水勇男「判批」研修 419 号（1983 年）113 頁以下、中野次雄「殺意のある者となない者の共同正犯」警察研究 54 卷 6 号（1983 年）43 頁以下、松本光雄「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 54 年度』（法曹会、1983 年）67 頁以下、斉藤豊治「判批」『刑法判例百選 I 〔第 2 版〕』（有斐閣、1984 年）176 頁以下、奈良俊夫「判批」『刑法判例百選 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、1997 年）180 頁以下、関哲夫「判批」『刑法判例百選 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2003 年）178 頁以下、荒川雅行「判批」『刑法判例百選 I 〔第 6 版〕』（有斐閣、2008 年）184 頁以下、豊田兼彦「判批」『刑法判例百選 I 〔第 7 版〕』（有斐閣、2014 年）182 頁以下参照。

し、「被告人が本件犯行につきAらと共謀していたことを窺わせるような事実も存在している」としつつも、①「Aらの報復手段としての本件犯行に積極的に加担する理由が十分でなく」、被告人が所属する暴力団の組長が「抗争に関して一切動いてはならないなどの指示を出していた」ため、「被告人としては表立った行動が取りにくい状況であった」、②Bらの依頼は一貫して大阪市内の案内にあったのであり、被告人がそれ以上本件に関与するのを明白に拒否していた」、③被告人は襲撃対象について難色を示していたことから、「本件犯行を互いに共同して実行しようとの積極的な意思の存在を否定させるような事情の存することなどの事実を総合すれば、〔中略〕被告人が本件殺人未遂の犯行を行うためAらとともに共同意思の下に一体となって同人らの行為を自己の手段とし、よって右犯罪実行に及んだとまでは認めがたい」として、殺人未遂の幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔1-7〕：名古屋高判昭和59年9月11日判時1152号178頁

【事案の概要】

被告人は、戸塚ヨットスクールのコーチからの依頼により共犯者らと意思を通じ、昭和58年6月4日に被害者方に赴き、暴行を加えた上で被害者を戸塚ヨットスクール合宿所に連行し、翌5日午前2時頃、共犯者において同所の格子戸付き押し入れ内に入れて施錠し、同日夕方に帰宅し、次の週末まで合宿所に来ることはなかった。同月7日、逃走を試みた被害者は、追跡して来た同スクール訓練生により暴行を受け、全治7日の傷害を負ったが、被告人はこの件には全く関与せず、その事実も知らなかった。

本件では、6月7日における傷害も被告人が関与した共謀に基づくものであるかが争われ、原審（名古屋地裁）は、上記傷害の点につき被告人の犯意および共謀に基づくと認定した。

【判旨】

これに対して、名古屋高裁は、被告人の犯意は、被害者を「逮捕連行して相当期間右合宿所に監禁することはもとより、監禁行為を遂行継続するために通常予想される有形力の行使をも含むものと認めるのが相当であるとはいえ、それ以上に、被告人が、右監禁行為に随伴するものとして通常認識予見し得ないような暴行及びこれに起因する傷害についてまで右共謀による責任を認めるのは相当でない」ところ、被告人は合宿所での被害者に対する監視行為には全く関与していないばかりか、被告人が帰宅した後の被害者の動静について全く関知せず、連絡も受けておらず、また、戸塚ヨットスクールにおける被告人の立場や被害者の脱走・被傷害の実情からすると、被告人にとって、6月7日における被害者に対する暴行およびこれに起因する傷害は「本件監禁行為に当然随伴するものとして認識予見し得る範囲を逸脱したものであったと認めるのが相当である」として、上記傷害の点については犯罪の証明がないと判示した。

裁判例〔1-8〕：東京高判昭和60年9月30日判タ620号214頁⁽²⁾

⁽²⁾ 本件については、西田健「暴力団組長への予断と闘う——殺人共謀共同正犯に無罪（昭

【事案の概要】

暴力団の組長である被告人が配下の者らと被害者の拉致を共謀したところ（①共謀）、拉致に失敗した配下の者らが被害者の殺害を共謀し（②共謀）、被害者を殺害した本件につき、原審（東京地裁）は、被告人には被害者の殺害について共謀共同正犯が成立すると判示した。

【判旨】

これに対して、東京高裁は、まず、「各段階に分かれた謀議を併せて全体として一個の共同謀議が成立するためには、当然のことながら、各段階における謀議内容の間に同一性、連続性が保たれていることが必要である」と解した。その上で、拉致に関する共謀について、「拉致行為は相手の意思に反して強行するのであるから、相手の抵抗を抑圧するに足りるだけの人数と兇器を整えて決行した場合であつても、相手が絶対に抵抗しないとはいいい切れないし、逃走を図る場合も考えられるから、相手の身柄を確保するための必要最小限の暴行はつねに予定されているといえるし、また、拉致に成功した場合の処置として、被告人は、〔中略〕監禁段階における暴行も容認しているものと認められる。そして、傷害及び傷害致死（ないし監禁致死。以下同じ。）は暴行の結果的加重犯であるから、拉致の過程に随伴し、あるいは監禁中に加えられた暴行に起因するものである限り、最大限傷害致死の結果までは、拉致の共謀の内容に包含されているものといえることができる」と認定した。しかし、他方で、「未必的であるにせよ相手の殺害を認容することは、本件のような目的による『拉致』の観念と正面から矛盾することとなるものといわざるを得ない」として、①共謀に故意殺人は含まれていないとした。そして、被害者襲撃直前の②共謀が被害者の「殺害及び警護者に対する未必的殺傷の合意を内容とするものであることは、証拠上明らかであ」って、「ここで成立したとされる謀議は、前述の〈プリンスホテル謀議〉〔①共謀〕を越える範囲において、これとは同一性、連続性を有せず、Bら四名による別個の新たな共謀であるといわざるを得ない」とし、被告人は、②共謀に基づく殺害行為について責任を負わないと判断した。

なお、本件においては、①共謀が拉致の失敗後にも存続していたため、被害者の死が①共謀に基づくものといえる限りで被告人に傷害致死罪の成立を認めうるのではないかが更に問題となった。しかし、東京高裁は、被害者を殺害した実行犯らにはもはや①共謀に「基づく拉致の実行という意識はなかつたのである」から、彼らの実行行為は①共謀に基づくものとはいえないとして、傷害致死罪の成立を否定し、被告人を無罪とした。

裁判例〔1-9〕：大阪高判昭和62年7月10日高刑集40巻3号720頁、判時1261号132頁、判タ652号254頁^③

和六〇年九・三〇東京高裁判決）——」自正39巻8号（1988年）63頁以下参照。

③ 本件については、大谷實「承継的共同正犯の成立要件」法セミ33巻10号（1988年）115頁、福田平「承継的共同正犯の成立範囲」判評354号（判時1276号）（1988年）67

【事案の概要】

本件は、A が B と共謀の上、①被害者方および暴力団 X 組事務所へ連行するタクシー内で被害者に顔面を殴打するなどの暴行を加え、②事務所に居合わせた C と共謀の上、こもごも手拳、木刀およびガラス製灰皿で殴打したり、足蹴りにする暴行を加えたところ、③同組事務所の 3 階から降りてきた被告人が、いち早く事態の成行きを察知し、A らが被害者に対し暴行を加えて同人を負傷させた事実を認識・認容しながら、C の誘いに応じて、被害者の顎を手で 2、3 回突き上げるなどの暴行を加えた事案である。

【判旨】

大阪高裁は、まず、「先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる」から、「いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによつて生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である」とした。その上で、本件については、「暴行罪そのものの性質、並びに被告人が被害者に対し現実にはその顎を二、三回突き上げる程度の暴行しか行っていないことからみて、被告人が先行者たる A らの行為等を自己の犯罪遂行の手段として利用する意思であつたとか、これを現実にそのようなものとして利用したと認めることは困難である。従つて、本件において、被告人に対しては、A らとの共謀成立後の行為に対して共同正犯の成立を認め得るに止まり、右共謀成立前の先行者の行為等を含む犯罪全体につき、承継的共同正犯の刑責を問うことはできないといわざるを得ない」から、「被告人に対しては、暴行罪の共同正犯が成立するに止ま〔る〕」と判示した。

裁判例〔1-10〕：大阪地判平成2年4月24日判タ764号264頁

【事案の概要】

暴力団 X 組の幹部が暴力団 Y 組組員に射殺されたことから、X 組の若頭組員である A がその報復として同系列の暴力団組員を殺害するよう被告人らに指示したところ、被告人はこれを了承し、けん銃および実包を受け取った上で襲撃先の組事務所付近までは赴いたが、襲撃実行の気を失って同組事務所に入ろうとしなかったため同日の襲撃は失敗に終わった。

頁以下、内田文昭「いわゆる承継的共同正犯の成否」判タ 702 号（1989 年）68 頁以下、坪内利彦「いわゆる承継的共同正犯の成立要件」研修 491 号（1989 年）73 頁以下、野元元郎「承継的共同正犯の成立要件」研修 579 号（1996 年）63 頁以下、高橋則夫「判批」『刑法判例百選 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、1997 年）168 頁以下、林美月子「判批」『刑法判例百選 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2003 年）162 頁以下、堀内捷三「判批」『刑法判例百選 I 〔第 6 版〕』（有斐閣、2008 年）168 頁以下参照。

その後、被告人が本件けん銃および実包を他の B 方に置いて帰り、被告人の襲撃を手伝おうとして被告人からの連絡を待っていた B らに対し何の連絡もせず、姿を現わさなかったため、B が本件被害者らに向けてけん銃を発砲したが、殺害するには至らなかった。

【判旨】

大阪地裁は、被告人について、①「組事務所付近まで行きながら全く襲撃を実行しようとして、その夜 B に適当な理由を言って本件けん銃を渡して帰宅し、翌二七日には、A らと連絡を断ち、前夜同被告人から指示されていた同日の Y 組襲撃の実行を放置し、その翌二八日の夜、B に架電した際には〔中略〕あいまいなことを言い、怒った B に『もう、よろしいわ。』と言われて、それで終わり、B が A に右のような被告人の言動を報告すると、A は、『もうほっとけ。』とまで言い、本件犯行の「実行を B にやらせる決意をした」、②「B との電話以後、被告人 A ら全被告人と一切連絡を断って姿を隠し」、B による犯行を「新聞を見て始めて知ったことが認められる」ことから、被告人は「報復の意思を完全に失っており」、このことは A らにも伝わっていたものと認められるとして、B らによる「犯行には加担していないとみるべきである」と判示した。

裁判例〔1-11〕：浦和地判平成3年3月22日判時1398号133頁、判タ771号263頁

【事案の概要】

暴力団 X 組の組長である被告人が、被害者に制裁を加える意図の下で、配下組員 A らに対して被害者を X 組事務所へ連行するよう指示し、更には A を介して Y 組組員 B らと被害者に対する制裁について共謀したところ、A らは、①まず、被害者の自宅前の路上で暴行を加え、②次いで、パチンコ店駐車場に連行した上で更に暴行を加え、③手首を鎖で結わえた状態で被害者を車両トランク内に押し入れ、元荒川に運び、同川内に蹴落として殺害した。

【判旨】

浦和地裁は、被告人の罪責を考えるにあたり、まず、①・②および③の罪数関係を検討し、①と②は「被害者に制裁ないし復讐しようとする意思のもとに〔行われた〕」ものであり、「単に、物音がしたため犯行の発覚を恐れて場所を変えたというにすぎず、犯意継続の上引き続いて行われた一連の同種暴行行為であって、これを包括して一個の暴行と解することに何らの妨げはない」のに対して、③は、②により「激しい暴行を加えたところ、死んだかと思った被害者が『死なねえよ。』などと声を発したことから、そのたくましい生命力に怖れをなし、同人の報復から身を守るためには、いっそのこと同人を殺害してしまうほかないと決意するに至〔った〕」のであって、「その動機・目的は、同人の『報復を怖れて』というもので、それまでの『制裁ないし復讐のため』とは明らかに異質であ〔り〕」、また、「それまでの暴行とは全く異質な手段・方法により行われたものであ〔る〕」から、①・②と③は併合罪を構成すると解した。

次に、浦和地裁は、被告人の指示に基づいて実行した犯罪（①・②）と一罪関係に立た

ない別個の犯罪につき被告人の刑責を問うには、「当初の指示・命令の中に、既に実行された犯罪以外に、右別個の犯罪の実行をも指示・容認する趣旨が含まれて [いる]」必要があると理解した上で、「被告人の A に対する指示は、被害者に対するある程度の有形力の行使を容認しつつも、最終的には、同人を X 組事務所へ連行させて、同所における制裁を目的とする趣旨のものであった」から、「第三現場における A らの行為をも容認する趣旨のものでな [く]」、③の「A らの行為が、当初の共謀に基づくものと認め得ないことは、明らかなところである」として、「第三現場における A らの被害者殺害行為について、被告人に対し共謀共同正犯の刑責を問うことはできない」と判示した。

裁判例〔1-12〕：東京高判平成6年9月16日高検速報（平6）号107頁

【事案の概要】

A が夫である被害者に掛けられている多額の生命保険から保険金を騙取することを企て、その実行犯の仲介を頼まれた被告人は、B に被害者殺害の実行を持ち掛け、手付金を 200 万円とし、保険金から更に 2300 万円を出すことを条件に承諾を取り付けた。また、A と B の間に入って B に殺害実行を催促したり、殺害に当たり被害者をおびき出す段取りをしたが、B が被害者の捕捉に何度も失敗したため、A から B ともども叱咤されるに及び、被告人ら 3 名は改めて被害者殺害の決意を確認し合った。A から睡眠薬の使用を提案された被告人は、B にその旨を伝え、B から睡眠薬ハルシオンを受け取り、これを A に手渡すなど殺害に向けての段取りを進め、A が被害者に睡眠薬を飲ませて仮睡状態に陥らせ、B が被害者を殺害した。その後、被告人は、B から報酬の催促を受け、A にその旨伝え、生命保険金の支払いを請求するなどした。

【判旨】

東京高判は、殺人について、「被告人は、被害者に対する殺害並びに保険金騙取の実行行為には、いずれも直接加担してはいないが」、①「A と B の間にあつて、単に連絡役の立場にいたのではなく、時には B に対し実行を催促したり、時には実行に向けて種々段取りを試みたり、積極的に重要な役割を演じて [いる]」、②「三名で最終的に被害者殺害の決意を確認し合うなど、三名が一体となつて被害者殺害に向けて行動して [いる]」、③「犯行後も B とともに証拠隠滅工作等にかかわつていたのであつて、その関与の程度からして、教唆ないし幫助の域を越えるものであることは明らかである [る]」、④「被害者殺害に関し仲介料等として A から多額の金員を得ようとしていたのであつて、B らの行為を利用してその意思を実現しようという関係にあつた」ことから、「殺人の共謀共同正犯が成立することは明らかである」と判示した。また、詐欺についても、「被告人も保険金取得に大きな利益を感じていたことはいうまでもなく、したがつて、同被告人にとつては、A との間に、同人の行為を利用してその意思を実現しようという関係があつたことも明らかである [る]」以上、詐欺についても共同正犯は成立すると判示した。

裁判例〔1-13〕：最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁⁽⁴⁾

【事案の概要】

本件は、被告人らが被害者による侵害に対し共同して防衛行為としての暴行に及び、被害者からの侵害が終了した後に、共同して防衛行為を行ったAが更に暴行を続けた（量的過剰防衛）事案である。本件では、侵害終了後の暴行を行っていない被告人がAによる追撃行為についても責任を負うかが問題となった。

本件につき、原々審（東京地裁）および原審（東京高裁）は、各暴行を一連・一体のものと評価し、全体について共同正犯を認め、被告人には過剰防衛が成立すると判示した。

【判旨】

最高裁は、まず、「後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである」とした上で、本件については、当初の「反撃行為は、いまだ防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」とし、また、追撃行為に関し、被告人が被害者に暴行を加える意思を有し、Aらとの共謀があったものとは認定できないとした。以上を前提に、最高裁は、「被告人に関しては、反撃行為については正当防衛が成立し、追撃行為については新たに暴行の共謀が成立したとは認められないのであるから、反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はなく、被告人に関して、これらを一連一体のものと認めて、共謀による傷害罪の成立を認め、これが過剰防衛に当たるとした第一審判決を維持した原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」とした。

裁判例〔1-14〕：福岡高那覇支判平成10年5月19日高検速報（平10）号125頁

⁽⁴⁾ 本件については、小田直樹「共犯者による量的過剰を伴う場合における正当防衛の判断」重判平成6年（ジュリ臨増1068号）142頁以下、野村稔「共同正犯と正当防衛の成否の判断方法」法教177号（1995年）72頁以下、井田良「判批」セレクト'95（法教186号）（1996年）34頁、川口政明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成六年度』（法曹会、1996年）212頁以下、川崎友巳「共犯者による量的過剰を伴う場合における正当防衛の判断」同志社48巻4号（1996年）242頁以下、船山泰範「正当防衛の共同と侵害終了後の共謀」判評448号（判時1561号）（1996年）69頁以下、前田雅英「判批」『刑法判例百選I〔第4版〕』（有斐閣、1996年）194頁以下、佐伯仁志「正当防衛と共犯からの離脱」ジュリ1125号（1997年）148頁以下、東公明「過剰防衛と共同正犯」創法26巻2・3号（1997年）173頁以下、室井和弘「共同正犯と正当防衛・過剰防衛の成否」研修607号（1999年）61頁以下、只木誠「判批」『刑法判例百選I〔第5版〕』（有斐閣、2003年）190頁以下、嶋矢貴之「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』（有斐閣、2008年）196頁以下、十河太朗「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』（有斐閣、2014年）194頁以下参照。

【事案の概要】

本件は、暴力団同士の抗争時に対立組織の動向を偵察し、襲撃を行うための組織である「行動隊」の隊長であった被告人が、対立抗争中の暴力団に対する報復として、同暴力団の構成員の殺害を指示したところ、実行犯が暴力団事務所前で工事をしていた高校生を組員と誤認して射殺し、引き続き右暴力団事務所に隣接する駐車場にいた相手方暴力団員 2 名を射殺しようとしたが命中せず未遂に終わった事案である。

【判旨】

福岡高裁那覇支部は、行動隊の隊長である被告人は、①「行動隊を組織して行動することを提案し」、②幹部組員 A にけん銃および実包を渡し、③A あるいは A の指揮する行動隊の一員 B に対して対立組織に対する襲撃または偵察を指示して、同人らから報告を受け、④一家会において集まった構成員らに対して檄を飛ばし、積極的に行動しない者を叱責し、⑤「B から当時同棲していた女性のことが心配であると聞き、それが犯行への障害とならないよう『こっちの方で生活も全部みるから、心配しないで行って来い。』などと述べて犯行を促し」、⑥本件犯行の 2、3 日前頃、A に対立組織に対する襲撃を指示し、B に対しても「さっさとやれ。」などと犯行を促し、これを受けた A が B らに指示したことにより、同人らが本件犯行に及んだのであり、⑦本件犯行後、A らに逃走資金を交付したものであるから、「被告人の関与の度合いは〔中略〕受動的、消極的なものであったとは到底いえ〔ない〕」として、被告人に共同正犯を認めた。

裁判例〔1-15〕：札幌地判平成 12 年 1 月 27 日判タ 1058 号 283 頁^⑤

【事案の概要】

本件は、A が夫である被害者に不満を募らせ、A に対する暴行を被告人に依頼し、被告人が更に B および C に依頼し、B らが被害者に暴行を加えて傷害を負わせたところ、右傷害に起因するストレス性胃内損傷に基づく胃内出血による出血性ショックにより死亡させた事案である。

【事案】

札幌地裁は、①「互いにほとんど面識もない、首謀者である A と実行犯である B 及び C とを引き合わせるという重要な役割を果たし〔た〕」、②「A は、被告人が自分に好意を持っており自分の頼みなら多少無理なことでも聞いてくれると感じていたから依頼した旨、B からも、信頼でき、ふだん世話になっている被告人の頼みだからこそ引き受けることができた旨」供述しているように、「各共犯者は、A と被告人の信頼関係、被告人と B らとの信頼関係という被告人を中心とした人間関係を基本として結びつけられている」、③「被告人を中心とした人間関係を十分に利用して A と B らとの仲介を積極的にしており、こうした被

^⑤ 本件については、山田利行「判批」研修 639 号（2001 年）51 頁以下、小林憲太郎「判批」現刑 4 巻 5 号（2002 年）74 頁以下、杉本一敏「判批」早法 77 巻 3 号（2002 年）297 頁以下参照。

告人の行動を全体として見た場合、本件犯行の実行を確実なものとする方向で一貫して行われている」、④被告人には「Aの望みを聞いてやり、Aにいいところを見せてその歓心を買おうという動機があった」、⑤「犯行後の報酬の受渡しは、被告人がAと連絡を取り、Aのところに被告人が報酬を取りに行き、これをB及びCに渡すという形で、被告人を介して行われていて、被告人自身も、その報酬二万円のうちから二万円受け取っている」が、「報酬は、B及びCにとっては犯行動機の大きな部分を占めるものであるから、その受渡しは確実に履行されるかどうかは重要な問題であるところ、これに被告人が深く関与している」ことから、被告人に傷害致死の共同正犯を認めた。

裁判例〔1-16〕：東京地判平成14年8月23日D1-Law/ID 28135208

【事案の概要】

本件は、Aらによる被害者らに対する殺人罪および殺人未遂罪を実行するに先立ち、被告人が、Aから殺人の実行者の紹介を依頼されてこれを引き受け、AにBをその実行者として紹介し、AからBに被害者らの殺害を依頼してBがこれを引き受け、共謀を成立させるに至らせ、また、被告人の所持するけん銃をBに渡して欲しい旨依頼され、けん銃1丁および実包5発をBに渡した事案である。

【判旨】

東京地裁は、被告人について、①「AとBとを引き合わせ、AとBが話をしているテーブルに同席していたが、その話の内容に特に意見を述べたりした事実はなく、AとBとの本件各犯行に関する会話に加わるようなことはなかった」し、「AにBを紹介して以降、〔中略〕謀議に参加したことはないし、こうしたBの一連の行動に関与した事情も見当たらない」、②「けん銃及び実包を渡したこと〔中略〕は実行行為又はこれに準ずる行為ではなく」、また、「150万円の返済を免れるためにけん銃をBに積極的に提供し、その利益をはかったとは認め難い」、③「被告人がAからの具体的なお礼を期待してBを紹介したとは認め難い」、④「被告人が受け取った150万円は、殺人が実行されたことへの対価と認定することはできず、けん銃提供の対価等として受け取っていると評価せざるを得ない」ことから、「被告人が本件各犯行を自己の犯罪として実現する意思を有していたと評価することは困難であり、結局、被告人には共同正犯は成立しない」とし、幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔1-17〕：名古屋高判平成14年8月29日高検速報（平14）号134頁、判時1831号158頁^⑥

【事案の概要】

被告人は、①共犯者Bとともに被害者に暴行を加えたところ、これを見ていたCが制止したことをきっかけとして暴行を中止し、被害者をベンチに連れて行って「大丈夫か」な

^⑥ 本件について、小林憲太郎「判批」判評546号（判時1858号）（2004年）38頁以下、照沼亮介「判批」セレクト2004（法教294号）（2005年）32頁。

どと問いかけたが、勝手なことをしていると考えて腹を立てた B が被告人を殴りつけて失神させ、その場に被告人を放置した上で、②被害者を別の場所に連れて行き、そこで更に暴行を加え、逮捕監禁した。

原審（名古屋地裁）は、②暴行は①暴行に関する共謀内容と同一の動機、目的の下になされたものである上、B が被告人に対し暴行を加えて気を失わせた段階において、被告人との共謀、その実行行為によりもたらされた心理的、物理的な効果は残存しており、B がこれを利用してなお犯行を継続する危険性があったことは明らかである」として、②暴行についても被告人は責任を負うとした。

【判旨】

これに対して、名古屋高裁は、「B を中心とし被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置という B 自身の行動によって一方的に解消され、その後の第二の暴行は被告人の意思・関与を排除して B、C らのみによってなされたものと解するのが相当である」から、「原判決が、被告人の失神という事態が生じた後も、被告人とBらとの間には心理的、物理的な相互利用補充関係が継続、残存しているなどとし、第2暴行による「傷害についても被告人の共同正犯者としての刑責を肯定したのは、事実を誤認したものというほかない」とした。

裁判例〔1-18〕：広島地判平成15年3月24日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

被告人と A は、会社役員にした者に多額の生命保険を掛けて殺害し、その保険金を騙取しようとして、被告人が X 合名会社を設立し、本件被害者を X 合名会社の社員とした上で、生命保険会社 8 社との間で保険金受取人を X 合名会社に、被保険者を被害者にした保険金合計 1 億 4500 万円の契約を成立させ、その後、被告人と A に被害者の殺害を依頼された B が被害者を殺害した。

【判旨】

広島地裁は、被告人について、①A が「暴力団関係者からの 1000 万円の借金の返済に窮していたことを理解し、かつ、保険金殺人によって多額の金員を取得できれば、被告人の親族へ金銭的な援助をすることができるし、二人で裕福な生活をする可以考虑で、A から保険金殺人計画へ協力するように求められてこれを了承したことが認められるのであって、被告人は、保険金目的による殺人事件を敢行するに十分な動機を持っていた」、②「X 合名会社を設立することは、A と被告人の両名が相談して決めたものではあるが、書籍を購入する等して各種の会社設立手続の違いを調べ、合名会社とするのが一番簡便であるとの結論に達したのは被告人であり、A はそのような被告人の判断に従ったものといえ、また、会社設立登記や役員変更登記の申請書類等は、A と相談しながらではあるものの、被告人が作成した」、③「保険契約手続を行うための保険代理店として F を選定して依頼したのは被告人であり、保険金額をいくらにするかは、被告人と A が、F とも相談の上、決め

たものであり、ことにCが高額の保険金額に不審を抱いて保険加入を取り止めたことから、被告人とAとが相談して、被害者の保険金額をAのそれと同額程度にすることとした」、④「X合名会社名義で借り入れた500万円のうち130万円」はAが支払い、「この点について被告人は、Aから直ちに説明を受けていることや、残金については被告人が保管、管理していた」、⑤「被害者殺害のために広島に来たBに対して、Aの指示によってではあるが、被害者に掛けた保険のうち6000万円分の保険証券を用意し」、「これをAがBに示して被害者殺害の直接の動機付けを行った」ことから、被告人は、「Aの協力依頼によってではあるが、Aの内妻として、Aと共通の利益を目的とし、動機として、Aとともに保険金殺人を計画したものといえ」、また、「本件保険金殺人計画に不可欠かつ重要な要素である〔中略〕保険契約手続を行い、保険料支払のための金員を管理し、〔中略〕被害者殺害後は、Bに対する報酬の支払いに関与し、保険金請求手続に奔走しているといっている」のであって、「本件殺人の実行行為には直接関与していないけれども、〔中略〕A及びBと意思を相通じ、一体となって殺害行為を実行したものといえることができ、共謀共同正犯としての責任を負うものであることが明らかである」と判示した。

裁判例〔1-19〕：仙台高判平成15年7月8日刑集58巻3号225頁、判時1847号154頁、判タ1147号297頁、高検速報（平15）号163頁

【事案の概要】

共犯者A、B、Cらが保険金を詐取する目的で被害者の車に迫突し、示談交渉を装って自車に招き入れた被害者にクロロホルムを吸引させて失神させ、拉致した場所から約2キロメートル離れた港まで運び、依然意識を失った状態にある被害者を自動車ごと海中に転落させ死亡させた（クロロホルムの吸引により死亡したのか、海中での溺死なのかは特定できなかった）本件において、被告人は、実行の予定日に急遽Aに呼び出され、保険金目的の被害者殺害に加担するよう依頼されて承諾し、同日は待ち伏せに失敗したために後日犯行をAらとともに実行し、被告人はAから報酬として100万円を受け取った。

【判旨】

仙台高裁は、被告人の罪責について、①「殺害及びそれによる生命保険金からの報酬の取得について、互いに具体的な説明と話し合いが行われ、さらに、殺害の具体的方法についても、被告人Bを中心に時間をかけて互いに相当話し合われている」のに対して、「殺害を予定した当日に、急にAから殺害に加担してくれるよう依頼され、それを承諾したものの、Aからは自動車の運転といった話があっただけで、それ以上に殺害について被告人が具体的にどのような役割、行動をするのか、説明がなされていない」、②犯行当日も「被告人に対し、殺害のための具体的な行動について他の者から明確な指示〔はなく〕」、③被告人は「被害者の乗っていた自動車を運転し」、「被害者の乗った自動車を転落させるについてその自動車を押した程度であつ〔て〕」、「保険金を目的とした殺害計画を立てるについては何ら関与しておらず」、「殺害実行への関わり方も〔中略〕いわば補助的な役割を務めたに過ぎな

い)、④「殺害を手伝った報酬は、保険金から A が取得する分け前からもらえると言われたものの、その金額は明白に決められず、後から支払うと約束されたに過ぎない」、⑤「被告人は、殺害後の保険金取得には全く関与せず、関心も特に示していない」、⑥被告人は報酬として 100 万円を受け取っているが、「それは保険金からの A の分け前から更にもらったものであり、金額としても他の共犯者に比べて格段に低い」ことから、「自らも他の共犯者らと一体となって保険金を詐取しようとの正犯意思をもって、詐欺の共謀をしていたとまでは認めることはできず、被告人については、殺害行為に加担することにより他の共犯者らが行う保険金詐欺を容易にしたという幫助犯が成立する」と判示した。

裁判例〔1-20〕：福岡地判平成 16 年 5 月 27 日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

本件は、A および B が被害者を保険金取得目的の目的で殺害することを企て、B が自動車内で被害者の頸部を締め付ける等して殺害した際、被告人が、それに先立ち、A が保険金取得等の目的で被害者殺害を企図していることを認識しながら、A の勧めを受け、A の面前において生命共済加入申込手続を行い、その後追加の共済掛金を振替指定口座たる被告人名義の普通預金口座に入金し、更に、生命共済加入申込手続から被害者殺害の実行に至るまでの間、共済掛金に充てるべく入金した金員を費消していないか A に確認された際には、費消していない旨申し向けた事案である。

【判旨】

福岡地裁は、殺人罪について、①A は被告人に「実際の殺害方法などについては具体的な内容を一切告知していない」し、「A は、被害者殺害後に被告人から電話で A の犯行ではないかと問い詰められた時にも、これを否定する応対をした」、②「A は、B の風貌を知るための写真の入手や、勤務先である設計事務所の所在地及び使用車の特定など、被告人に依頼しさえすれば容易に入手できてしかも有益と思われる情報の提供すら、被告人に対して求めて[おらず]」、これは、「被告人が被害者殺害を真に納得していた上でのものとしては、極めて不合理というほかない」、③「生命共済には、死亡時共済金額が最大 2000 万円のコースがあったし、A が、真に被告人と被害者殺害について謀議していたならば、加入させる生命共済のコース選択についても、被告人と十分協議する機会があったと思われるのに、被告人は死亡時共済金額最大 1500 万円の本件生命共済に加入して [いる]」、④「その死を積極的に望むほどに、被害者を憎悪していたと窺わせるような事情は認められない」し、「もし何らかの方法で A に借金を返済することができ、不倫の事実や借金の存在等を被害者に隠し通すことさえできるならば、なるべく被害者が殺されて欲しくないという気持ちを持つ方が自然であるといえ」、「被告人が、被害者を本件生命共済に加入させることについては、被害者自身の事前承諾があったとする被告人の弁解を排斥することはできない」から、「A の被害者殺害意図については、積極的な賛同や了承をしておらず、[中略] A を不用意に刺激しないことを主たる目的として、その意に従った行動をすることも、またあり得

る」、⑤被害者殺害後、「自ら進んで警察署に出頭し、Aが犯人ではないかと思う旨供述したほか、〔中略〕その後の捜査にも協力して〔おり〕り、「このような被告人の行動と、被告人が被害者の殺害を積極的に意欲し、自らが行った犯罪であると認識していたこととは相容れない」ことから、「Aには、被告人とともに被害者殺害を行うという共同実行の意思に欠けていたとの合理的な疑いを入れる余地があり、被告人自身にも、被害者殺害に向けた正犯意思を欠くという合理的疑いがある」として、共同正犯の成立を否定し、幫助犯を認定した。

裁判例〔1-21〕：仙台高判平成16年12月21日高検速報（平16）号261頁

【事案の概要】

本件は、飲食店経営者である被告人が①従業員である被害者に単独で暴行を加えたところ、②その後、他の従業員Aが別の場所で被害者に暴行を加え、③更にA方で暴行を加え、①、②、③暴行により生じた傷害によって被害者が死亡した事案である。

【判旨】

仙台高裁は、まず、②暴行について、①「Aは、『みんなから焼きをもらってもいいから、もうやらせてください。』と了解を求める発言もしているというのであり、また仮にそのような発言がなかったとしても、被告人の口頭での制止で暴行をいったん中断しながらまた暴行を再開することを、15分ないし20分間にもわたり繰り返しているのであるから、被告人の口頭での制止も上辺的なものであって、それを察知しているからAは、被告人の制止に一応従ってもまた繰り返していると認められるのであり、被告人が断固としてAの暴行を阻止する意思及び姿勢を示さなかったため、Aにおいて被告人の様子をうかがいながら暴行に及んでいたものと認められ、「被告人は、従業員らの統制者である自己が断固とした暴行制止の意思及び姿勢を示さないことで、Aが被告人の制止を上辺的なものにとらえて上記のとおり暴行を繰り返していることを十分認識しながら、なすがままにしていたというべきであるから、Aによる暴行を暗黙裡に承知、容認していたといわざるを得ず、Aもそれを了知したからこそ、被告人の了解があるものと理解して執拗な暴行を継続したものと認められる」、②売上金の「被害者の使い込みの事実を従業員らの前で自白させることは経営者への不満の目を被害者らに向けさせ、離反しかかっていた従業員らの心を掴むことになり、従業員らの怒りが被害者に向かうことは都合が良かったことが明らかであるし、被告人の第1暴行はそれに拍車を掛けるものであり、従業員の不満を代弁しているようなAの第2暴行を容認する素地があることからみると、被告人による口頭の制止は、上記のとおり上辺的なものでやり過ぎないようにとの趣旨に過ぎないものと解される」ことから、「被告人とAには、第2暴行につき少なくともその現場において黙示の意思の連絡があったと認められるのであり、共謀共同正犯が成立する」と判示した。

次に、③暴行について、「第2暴行が一応終了してから約1時間半後に約3キロメートル余り離れた場所において、事務所に連れて行くようにとの被告人の指示に反しAの独断で

被害者を自宅に連れ込んだ際第 3 暴行が行われ、被告人はそのことを知らなかったという事情があっても」、③「A には被告人との第 2 暴行の共謀によりもたらされた心理的、物理的効果が消滅することなく残されていた」、④「被告人は、A が被害者に対し再び暴行を加える可能性が一定程度あることを認識し、しかも第 2 暴行の際に口頭での制止によっては十分な効果がなかったことを承知し、A の被害者に対する暴行を防止する程度の方策が容易に取りうるのに、A に対し口頭『もうやんなよ』と言ったのみで、一従業員に過ぎず A よりも年下の B を同行させたにとどまるのであるから、この程度では A の被害者に対するさらなる暴行を防止するに十分な措置を講じたとはいえない」ことから、「被告人には第 3 暴行についても A との共同正犯が成立する」と判示した。

裁判例〔1-22〕：福岡高判平成 17 年 4 月 7 日高検速報（平 17）号 332 頁

【事案の概要】

保険金取得目的で被告人の夫である被害者が殺害された本件において、被告人は、借金返済に追われており、A から被害者に内緒で同人に本件生命共済に加入した上で交通事故を装って殺害し、共済金を A が取得するという計画への了承・協力を執拗に迫られ、本件生命共済に加入して共済掛金を払い込んだものである。

本件について、原審（福岡地裁）は、被害者殺害に向けた共謀が成立したと認めるには合理的な疑いが残るとして殺人罪の共同正犯の成立を否定し、幫助犯を認めた。

【判旨】

これに対して、福岡高裁は、①「被告人の協力が得られなければ、そして、夫を殺害後は、共済金を被告人から受け取る見込みがなければ、A にとっては被害者を殺害する意味もなく、殺意が生じる理由もなかった」ため、被告人の行為は「殺害の実行犯に劣らないほどの重要性を持つものと評価できる」、②「被告人の主観面からみても、被告人は、A の計画に従って、被害者死亡後交付を受ける共済金から A への借金を清算することにより、A との不倫関係を顕在化させることなく借財の返済を処理できれば、離婚の危機から逃れて、被害者の妻としての地位を維持することができるという認識を有していた」ことから、「直接殺人の実行行為に参加しなくても、客観的にも主観的にも、A の企図した被害者殺害行為を自己の手段として犯罪を行ったという意味で、実行担当者とその刑責に差異はないと評価することができるから、結局、被告人は、被害者殺害行為について共謀共同正犯の責任を免れない」と判示した。

裁判例〔1-23〕：東京地判平成 18 年 3 月 27 日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

本件は、A および B とともに被害者を逮捕・監禁した被告人が被害者の反抗的態度から同人の殺害を共謀し、A の指示により B が船舶や被害者を縛る鎖等を用意し、被告人が普通乗用自動車を借り受け、同車で被害者を搬送し、A および B が睡眠薬を飲まされた被害

者を小型船に乗せ、Bが海上まで操船した上で被害者をナイフで刺殺した事案である。

【判旨】

東京地裁は、殺人の共同正犯の成否について、①「被告人ら3人の間では、Aが主導権を握っていたものの、その間に強固な支配服従関係があったとは認められないことなどに照らすと、被告人には、その意思に基づき本件犯行から離脱する機会と時間が十分にあった」にもかかわらず、「被告人は、被害者の殺害とそれに至る経過を確定的に認識しながら、〔中略〕およそ19時間にもわたる間、A及びBと共に行動して、本件殺人の犯行に対する関与を継続した」、②被告人は被害者を運ぶための自動車を借り受け、Aらの外出中は単独で被害者を見張り、証拠となるタオルケットを海中に放棄し、船から戻ったBを出迎えて送り届けるといった「本件犯行の遂行に密接に関連する重要な役割を果たしている」、③犯行後に被害者の部屋を掃除し、被害者の出奔を装う電子メールを継続して送信するなど、「自ら罪証隠滅行為にも及んだものである」ことから、「被告人は、本件において、A及びBと甲の殺害という目標に向けて一体となり、その不可欠の一員として自ら本件殺人の遂行に重要な役割を果たし、相互の役割分担を利用し補充し合って、被告人ら3人の共同意思を実現したものと評価することができる」として、被告人に共同正犯を認めた。

裁判例〔1-24〕：神戸地判平成18年11月30日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

神戸市内でテレホンクラブXを営むAがB、C、DおよびEの4名と商売敵である他のテレホンクラブYに営業妨害するため火炎びんを用いて放火することを企て、C、DおよびEがテレホンクラブ2店に火炎びんを投げつけて発火・炎上させ、店員や客らを殺傷した本件において、被告人は、BらをY各店に案内したり、Bから報告された犯行の準備状況等をAに伝えるなどしたものである。

【判旨】

神戸地裁は、被告人について、①「被告人は、Aと日掛け金融を共同で行っていたほか、Aから、野球賭博などの資金として多額の借入れを受けた恩義があり、今後も資金の融通を期待する一方、Aの機嫌を損ねて借金の返済を迫られることを恐れ、日ごろからAの指示に従うようにしていたことから、本件犯行に加担したことが認められ」、また、「Xの経営に関与しておらず、Xの商売敵ということでYの営業妨害に利害を有する立場になく、もとよりAから資金の融通も含め本件犯行による報酬等の約束を受けたこともない」から、「本件犯行に正犯として関与する積極的な動機も認められず、Aとの関係で組織的に本件犯行に関与したともいえない」、②被告人は謀議に参加し発言もしているが、「あくまでAに追従した非主体的なものといわざるを得〔えず〕」、「本件謀議に参加してAら共犯者との間で、犯行計画について単に認識していたにとどまらず、了承していたことは否定できないが、共謀の要件となる相互に利用し補充し合う旨の意思の連絡まで認めることはできない」、③被告人の行為は「すべてAの指示に基づくものであるし、Yの店舗への案内も、被告人で

なければできないものではない」し、「A と B との間の連絡役も、両者の間を事務的に仲立ちしていたいわばメッセンジャー的存在にすぎず、重要な決定は、A と B が直接話をして行われている」から、「非主体的かつ非裁量的な面を有する機械的補助的なものにとどまるのであって、本件犯行を実行する上では重要かつ不可欠なものとは到底いえない」ことから、「被告人と他の共犯者らとの間に相互利用・相互依存関係は認められず、犯罪の共同遂行に関する合意すなわち共謀も認められないから、本件犯行につき、被告人に対し、共謀共同正犯の罪責を問うことはできず、幫助犯の限度にとどまる」と判示した。

裁判例〔1-25〕：松山地判平成19年8月23日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

暴力団 X 組若頭代行であった被告人が同組事務所で事務所当番をしていた際、同組組員 A が事務所のあるビルの屋上で被害者ら 4 名に暴行を加え、うち 3 名に傷害を負わせた本件において、被告人は、A が被害者らに暴行を加えることを知りながら、本件犯行場所を提供し、被害者らが逃走しないよう見張りをした。

【判旨】

松山地裁は、①「被告人は被害者らとはほとんど面識はなく」、「A の怒りに共感を覚えることはあったであろうが、自らも A と同じように被害者らに激しい怒りを覚えたとは想像し難い」、②「A が舎弟を増やすことを被告人が積極的に望んでいたとまでは認められ」、③被告人の役割は「A が被害者らに暴行を加える場所を提供し、その犯行を容易にし」、また、「被害者らが A の目の届かない隙に逃げ出したり、警察に通報したりすることを事実上妨げる見張りをしていたものと評価でき、いずれも相応に重要な行為であり、これらが A の犯行を容易にしたことは明らかである」が、「これらの行為が、A が被害者らに暴行を加える上で必要不可欠であったとまでは認め難い」ことから、被告人は幫助犯としての罪責を負うにとどまると判示した。

裁判例〔1-26〕：福岡地小倉支判平成19年10月10日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

被害者の妻 C が保険金目的で被害者を殺害しようと企て、被害者に睡眠薬の混入した炭酸飲料水を飲ませ、引き続き飲酒をさせた上、半覚せい状態に陥っていた被害者を自動車の助手席に乗せ、同車ごと被害者を海中に転落させて殺害した本件において、被告人 A は、殺害方法等を C と謀議し、C が被害者と車ごと海中に落下する直前の飲酒の席に同席し、C から被害者に睡眠薬を事前に飲ませたことを聞いた上で被害者とともに飲酒し、また、被告人 B は、C が本件犯行を行うに先立ち、携帯電話のメール機能で被害者殺害の時期・方法等について忠告・助言した。

【判旨】

福岡地裁小倉支部は、A について、①「最終的な殺害場所選定のための情報を提供し、〔中

略] 被害者を乗車させる位置など、実行行為の詳細な態様についても意見し、また、被害者を食事に誘う段取りについても、メールで打ち合せている」から、「被告人 A は、C と、被害者の殺害とその後の保険金詐欺という一連の犯行が成功するように、殺害の方法、殺害の実行日、殺害場所、被害者を誘い出す段取りなどの詳細についてそれぞれ謀議を遂げ、C との間で本件犯行を行うについて十分な意思疎通が行われているということが出来る」、②「被告人 A は、C が被害者と車ごと海中に落下する直前の飲酒の席に同席し、C から被害者にハルシオンを事前に飲ませたことを聞いた上で被害者とともに飲酒しているところ、被告人 A 及び C が謀議によって予定した殺害方法は、被害者に睡眠薬を溶かした飲料を飲ませた上で飲酒させ、半覚せい状態に陥らせた被害者を車に乗せて車ごと海中に沈めて溺死させるというものであるから、被害者に飲酒させる行為は、殺人の実行行為そのものではないとはいえ、実行行為に密接する必要不可欠な行為であり、被告人 A はそれを共同している」以上、「共謀共同正犯としての罪責を免れない」と判示した。

これに対して、B については、「C が本件保険金殺人及び詐欺の実行を決意し、また、殺害方法を選択するにあたって精神的に助勢寄与するものであったことは認められる」が、③「その具体的内容が策定された本件実行行為については直接の関与を認めることはできない」、④「C が、10 月 12 日に本件方法により殺害を実行することについて被告人 B に報告したのは、被告人 B の金策の件で被告人 B から電話がかかってきたからであり、C において、積極的に被告人 B に報告しようという姿勢はみられず、仮に被告人 B から電話がかかってこなければ同人に連絡しないままに実行行為に及んだ可能性すらうかがわれるのであって、C においても、本件実行にあたり被告人 B の行為を利用する意思があったとは認められない」ことから、「共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議を遂げ、よって犯罪を実行した場合と評価するには足りない」として共同正犯を否定し、幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔1-27〕：広島高判平成 21 年 4 月 30 日高検速報（平 21）号 212 頁

【事案の概要】

本件は、A と B による殺人事件につき、被告人が睡眠薬を詰めたカプセルを飲ませるよう提案し、その睡眠薬入りカプセルを準備し、また、A と B の謀議にも参加して「ぼこぼこのばきばきに殺してしまえばいい」などと発言した事案である。本件について、原審（広島地裁）は、被告人に共謀共同正犯の成立を認定した。

【判旨】

これに対して、広島高裁は、被告人による睡眠薬入りカプセルの準備は「本件殺人を首尾良く実行できたことの大きな要因になっており、その点において、被告人が重要な役割を果たしたことは否定し難い」としつつも、①「被告人の上記行為は、あくまで殺害の準備行為に過ぎず、被告人は、殺人の実行行為そのものに直接加担したわけでないことはもちろん、殺人の現場にも行っていないのであるから、殺人それ自体の実行を分担したに匹

敵し、またはこれに準ずるほどの重要な役割を果たした」かは疑わしい、②被告人の発言は具体性に乏しく、また、「AもBも、被告人が殺害の実行行為をすることを期待してはいないところ、そのような立場にある被告人が上記のような発言をしても、〔中略〕意味のある発言であったといえる」かは疑問である、③死体を船で運ぶという話になり、「被告人が船舶免許証の再交付を受けたことについては、〔中略〕AやBにおいて、被告人に船舶を操縦させることを、一応考えてはみたものの、それを実行することまでは考えていなかったとみざるを得ない」、④Bは「被告人を実行行為に加担させることは考えていなかった」し、本件報酬もAと折半しようと思っていたことから、被告人は「自己の犯罪を行う意思ではなく、AとBらの犯行を幫助する意思であったに過ぎないと解する余地があったことは否定し難〔い〕」として、幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔1-28〕：福岡高判平成22年10月15日高検速報（平22）号249頁

【事案の概要】

Aらが対立抗争中の暴力団会長を射殺した本件において、被告人は、Aに被害者の殺害等に使用された本件車両等を調達して引き渡し、被害者の捜索を行ってその状況をAに報告し、また、犯行直前に繰り返しAと携帯電話で通話したほか、犯行後その日のうちにAから同人のアジトにある荷物の処分や本件原付の処分を指示されたものである。

【判旨】

福岡高判は、①車両の提供やAのアジトにある荷物の処分等は、「被害者の殺害等の目的を達成し、あるいはその犯人等の発覚を防ぐために重要な役割といえる」、②「Aが被害者の殺害等に至るまでの間、被告人が継続的に行っていた被害者の捜索に関する情報収集やAに対する情報提供は、厳重な警戒をしていたと考えられる被害者のわずかなすきをついて被害者を殺害するという目的を達成するためには相当に重要な役割といえる」、③本件犯行は「組織的かつ計画的な犯行であり」、被告人も自己が所属する「組員として犯行に関わっていることにも照らすと、被告人は自己の犯罪として原判示の犯行に関与したと評価することができる」として、被告人とAらの共謀を認めた原審（福岡地裁）判決を是認した。

裁判例〔1-29〕：最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁、判時2187号142頁、判タ1389号109頁⁷⁾

⁷⁾ 本件については、豊田兼彦「傷害罪の共同正犯の成立範囲」法セミ58巻2号（2013年）133頁、早瀬宏毅「判批」研修777号（2013年）25頁以下、前田雅英「承継的共同正犯」警論66巻1号（2013年）139頁以下、松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」関学64巻1号（2013年）1頁以下、丸山嘉代「判批」警論66巻2号（2013年）151頁以下、宮崎万壽夫「承継的共犯論の新展開」青山ロー7号（2013年）21頁以下、森住信人「傷害罪における承継的共同正犯の成否」専法119号（2013年）89頁以下、今井康介「判批」早法89巻2号（2014年）101頁以下、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修791号（2014年）3頁以下、同「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』（有斐閣、2014年）166頁以下、設楽裕文＝淵脇千寿保「判批」日法79巻4号（2014年）165頁以下、高橋則

【事案の概要】

本件は、A および B が①駐車場またはその付近において、被害者 C および D に顔面を殴打したり、背中をドライバーで突くなどの暴行を加え、②別の駐車場（本件現場）で更にドライバーの柄で頭を殴打するなどの暴行を加え、その後、③本件現場に到着した被告人は、被害者らが A から暴行を受けて逃走や抵抗が困難であることを認識しつつ、A らとともに、被害者に①・②の暴行よりも激しい暴行を加えた事案である。本件について、原々審（松山地裁）および原審（高松高裁）は、A らの①・②の犯行を自己の犯罪遂行に積極的に利用する意思の下に現に利用したのであるから、承継的共同正犯として①・②も含む傷害全体について責任を負うと判示した。

【判旨】

これに対して、最高裁は、「被告人は、A らが共謀して C らに暴行を加えて傷害を負わせた後に、A らに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、D の背中や足、C の頭、肩、背中や足を殴打し、D の頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位については C らの傷害〔中略〕を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前に A らが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって C らの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」と判示した^⑥。

裁判例〔1-30〕：秋田地判平成 26 年 8 月 5 日 LEX/DB 文献番号 25504694

【事案の概要】

本件における被告人は、共犯者 A が被害者の頸部を絞め窒息死させ、毛布等で包んだ死体を遺棄した際、A の指示により毛布を準備し、被害者を店内で殺害する計画であった A

夫「判批」刑ジャ 39 号（2014 年）85 頁以下、照沼亮介「判批」重判平成 25 年（ジュリ臨増 1466 号）（2014 年）164 頁以下、松尾誠紀「判批」セレクト 2013〔I〕（法教 401 号）（2014 年）28 頁、松宮孝明「『承継的』共犯について——最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 卷 11 号 1281 頁を素材に——」立命 352 号（2014 年）355 頁以下、水落伸介「判批」新法 121 卷 3・4 号（2014 年）327 頁以下、石田寿一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 24 年度』（法曹会、2015 年）433 頁以下、山口厚「承継的共同犯論の新展開」曹時 68 卷 2 号（2016 年）343 頁以下参照。

⑥ なお、本件最高裁決定においては、千葉勝美裁判官が「共謀加担後の傷害の認定・特定方法」および「強盗等の承継的共同正犯」について補足意見を付しており、後者に関して、「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので〔中略〕、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難い」と述べている。

に対して他の従業員を店から早く帰らせるよう求め、被害者の殺害に睡眠薬を用いることを提案し、これを入手し、Aがこれを用いて被害者を眠らせており、また、死体を遺棄するにあたってはAが運転免許取消中であったため、自動車を運転したものである。

【判旨】

本件について、秋田地裁は、「被告人は、被害者の殺害準備行為及び殺害後の罪証隠滅行為・逃亡行為等に積極的に関与しており、単にAが被害者を殺害し、死体を店外に運搬して遺棄する計画を有していたことを認識していたにとどまらず、その計画を被告人両名で共有し、被告人が被害者を殺害する固有の動機を有していたものと認められる」として、「被告人には、被害者に対する殺人について共謀共同正犯が成立する」と判示した。

裁判例〔1-31〕：盛岡地判平成26年9月24日LEX/DB文献番号25504820

【事案の概要】

本件被告人は、過去に自分に金を貸してくれた恩義もあり、精神的に追い詰められている状態で気の毒にも思ったAを助けようと考え、被害者を連れて行きたくないと、彼に会うのを逡巡しつつも、虚偽の土地取引の話によって被害者を誘い出し、車で人目につかないところまで連れて行き、そこで首を絞めて気絶させ、共犯者Aらが穴を掘って待っている場所まで運んで行き、そこでAらが被害者を土中に埋め、窒息等により殺害した。

【判旨】

盛岡地裁は、被害者の「首を絞めて気絶させ、抵抗できない状態で連れて行くという行為は、それ自体が危険であることに加え、その後の生き埋め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といえ」、また、「首を絞めた行為以降に殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情は存しなかったものと認められる」、つまり「首を絞めて気絶させ、穴のある現場まで連れて行くという行為は、生き埋め行為に密接といえるから、被告人らが被害者を気絶させる行為を開始した時点、すなわち車内で被害者の首を絞め始めた時点で既に、そのまま殺人に至る現実的な危険性が明らかに認められ、このとき殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」として、「被告人は、実行行為そのものを担当しており、その役割が犯罪遂行に不可欠といえるほど重要であったことも明らかである」と評価した。盛岡地裁は、以上の認定に基づき、被告人に共同正犯の成立を認めた⁹⁾。

⁹⁾ 本件の控訴審（仙台高判平成27年2月19日LEX/DB文献番号25505914）は、盛岡地裁の判断を概ね相当として是認した上で、「被告人の行為は殺人罪の実行行為とは評価できない旨主張する」弁護人の主張を、「被害者の首を絞め気絶させたという行為は、それ自体が危険ではあるが、これを単独で評価すれば、殺人罪の実行行為を直ちに構成するものではない」が、「この行為は、それに続く被告人及びCが被害者を本件空き地付近に連行した行為と相俟って、その後の生き埋め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て、かつ、生き埋め行為と密接に関連するものであるところ、この生き埋め行為と一体のものとして評価されることで、実行行為の一部となるものである」として否定した。上告審（最決平成27年6月1日LEX/DB文献番号25540620）は、弁護人の上告趣意は

2. 強姦罪

裁判例〔2-1〕：大阪高判昭和41年6月24日高刑集19巻4号375頁、判タ196号155頁⁽¹⁰⁾

【事案の概要】

本件は、A、B、C、およびDが被害者に対する強姦を共謀した上、Aが被害者を旅館に連れ込み、その後にBら3名がその部屋に入ろうとしたところ、同旅館の主人に断られたため、Aを交えて相談した結果、Bら3名は本件強盗の実行を断念して引き返すことになり、Aもこれを了承したが、同旅館にとどまったAが単独で被害者に対する強姦を遂げたという事案である。

【判旨】

大阪高裁は、Bについて、「被告人Bが一旦は被告人Aらと強姦の共謀を遂げたとはいえ、C、Dと共に、右犯行の着手前右共謀に基づく犯罪の実行を断念する意思を表明し、共謀者被告人Aもこれを了承したことにより、一旦成立した共謀関係は犯行の着手前にすでに消滅したと解するのが相当であるから、その後における被告人Aの強姦行為について、被告人Bが共謀共同正犯としての刑責を負うべきいわれはない」として、無罪を言い渡した。

裁判例〔2-2〕：神戸地判昭和41年12月21日下刑集8巻12号1575頁

【事案の概要】

被告人A、B、Cの3名は、Dらと被害者に対する強姦を共謀し、①Dらが自動車内で被害者を強姦した後、被告人らも被害者を姦淫しようとして機会を窺っていたが、他の者に先を越されそうになったので被害者に対する姦淫を諦め、Dらにその旨表明し、Dらから了承され、現場を引き上げた。後に残ったDらは、②場所を変えて再び被害者を強姦することを企て、アパートやモーテル内で被害者を姦淫した。

【判旨】

神戸地裁は、Dらによる最初の強姦「において被告人〔A〕及びB、Cは自から同女を姦淫する意思を放棄し、共謀の相手方であるDらに対してその旨表明し、Dらの了承を得て、現場を離れ帰途についているのであるから、その後においては被告人〔A〕及びB、CとDらとの間に生じた被害者を強姦することに関する当初の共謀関係は崩れ去ってしまったと解するのが相当であり、（もつとも、当初の強姦の共謀の範囲内と目される部分については共謀の責任は免れないが、）被告人〔A〕及びB、Cを除いたDほか数名の者が、その後なおも引続いて同女を強姦しようとして企て、〔中略〕Dらが同所で同女を強いて姦淫したとしても、その姦淫は法律的には判示認定の姦淫と包括一罪として評価し得るも、社会的事実と

事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらないとして、上告を棄却した。
⁽¹⁰⁾ 本件については、鈴木義男「実行着手前における共謀関係からの離脱」研修230号(1967年)47頁以下参照。

しては別個の姦淫と見るのが相当であ[る]」として、被告人 A、B、C は②強姦について責任を負わないと判示した。

裁判例〔2-3〕：東京高判平成 20 年 7 月 10 日 LEX/DB 文献番号 25421068

【事案の概要】

被告人はアダルトビデオを制作・販売する株式会社 X の実質的経営者であったものであるが、A から 3 名が本件作品を撮影するに際してアダルトビデオの出演に応じた各被害女性に対して、真の承諾を得ないまま、激しい暴行を加え、多数人で無理やりに延々と姦淫し、また身体を水中に沈めるなどの暴行を加えた。

【判旨】

東京高裁は、被告人は、①X 社を平成 14 年に設立し、平成 16 年にその代表取締役を辞任したが、その後も業務全般を統括し、設立以来 X 社を実質的に経営していた、②女性らが真に苦しみもだえる場面を撮影することを企図し、女優らに対して激しい暴行を加え、多数人により女性らを輪姦するという本件シリーズの基本コンセプトを十分認識していた、③X 社における定例会の席上で A から企画の説明を受けた際、「ぬるい」などと不満を述べて受入れないことが多々あり、制作費や撮影後に支払われる監督料の支出も自ら決裁し、被告人の了承を得ずには撮影ができなかった、④本件各作品の撮影後ではあるが、女優の意思を一顧だにしない企画内容が特に問題視されずに被告人に対して報告されていた等と認定し、「被告人は、出演女優が真に苦しみもだえる場面を撮影するという本件各作品の基本コンセプトを十分理解した上、撮影現場において、女優の真の承諾を欠いたまま、激しい暴行を加えて多数人が無理やり輪姦したり、身体を水中に沈めるなどの暴行が行われたりする場合があることを当然のこととして受け入れて認容し、X 社の実質的な経営者として影響力を行使し、本件各作品を撮影させたもの」であって、「その撮影方法について具体的な指示を出すことはなく、撮影の具体的な態様については、A から制作担当者の裁量に任せていたことが認められる」が、上記のような事実関係によれば、本件各作品の撮影に際して敢行された原判示の各犯行について、被告人と A、B 及び C らとの間に共謀があったことは優に認定できる」とし、強姦致傷および傷害の共同正犯の成立を認めた。

3. 窃盗罪

裁判例〔3-1〕：大判明治 41 年 2 月 27 日刑録 14 輯 136 頁

【事案の概要】

本件は、被告人が被害者を旅館に誘引・同宿した上で、A が被害者の居室内から金員等を窃取し、これを B に交付した事案である。

【判旨】

大審院は、犯罪の実行に手を下さすことなく、犯罪の遂行に必要な行為のみを分担した場合でも実行正犯としての責任を免れることはできないとして、被告人を正犯として処罰

することは相当であると判示した。

裁判例〔3-2〕：東京地判昭和41年6月4日判タ194号173頁

【事案の概要】

共犯者Aが伊藤建設飯場内に入ってセメント袋に入った白米を窃取し、「米だ米だ」等と言って戻って来たところ、他の共犯者BおよびCと共に更に金品を窃取しようとして、同飯場内から背広等を窃取した際、本件被告人は、同飯場前で、赃物であるセメント袋入り米包みを監視し、見張っていた。

【判旨】

東京地裁は、①Aが米包みを持ち出して来てから被告人らの間に窃盗に関する謀議がなされたわけではない、②「被告人は被告人B等とは数米離れていたうえ、被告人B等のその後の窃取行為も個々になされているばかりでなく、被告人B等が立ち戻るまでの時間は数分に過ぎなかつた」ことから、被告人がB等の窃取行為を認識しこれを容認したとはいっても、「進んで被告人B等と一体となつて窃盗行為をするものであり、その全体の行動の一部として積極的に見張行為を分担するまでの意思の連絡があつたとは認め難く、単に被告人B等のために窃盗行為を容易にするための幫助行為に止つたものと認めるのが相当である」と判示した。

裁判例〔3-3〕：東京高判昭和43年1月11日東高刑時報19巻1号1頁

【事案の概要】

本件は、犯行当時指に怪我をしていたAに窓の棧を外すよう頼まれた被告人が、被害者方車庫の窓ガラス付近にあった棧1本を取り除いてその場を去り、Aがその窓から被害者方に侵入し、現金などを窃取した事案であり、原審（東京地裁）は、被告人に窃盗の共同正犯を認めた。

【判旨】

これに対して、東京高裁は、「Aが右窃盗行為を実行するにあたり、その犯行を容易にさせるため、それに接着先行する窓のさんを取りはずす行為をしてやつたにとどまり、それ以上に右窃盗行為に加功しているものとは認められないから、その刑責は、窃盗の従犯に過ぎないものと解すべきである」と判示した。

裁判例〔3-4〕：東京高判昭和56年10月27日高検速報（昭56）号272頁

【事案の概要】

被告人は、窃盗対象の外車を物色ながら走行するAの運転する自動車に同乗し、Aが目的の外車を発見するや、そこから少し離れた場所に自車を停車させて同車内に被告人を待機させた上、Aが窃取した外車を運転し、被告人はA所有の自動車を運転してこれに追従して、隠し場所の駐車場に被害車両を放置した。

【判旨】

東京高裁は、①「被告人には A との間で本件各窃盗につき主観的な共同実行の意思の存することが明らかである」、②「被告人の果たした前示のような役割は右各窃盗の実行行為に密接かつ必要な行為に当たる」ことから、「被告人が本件各窃盗につき実行共同正犯の罪責を負わなければならないことは多言を要しない」と判示した。

裁判例〔3－5〕：最決昭和 58 年 9 月 21 日刑集 37 卷 7 号 1070 頁、裁判集刑事 232 号 103 頁、判時 1093 号 149 頁、判タ 509 号 126 頁⁽¹¹⁾

【事案の概要】

本件は、被告人が、当時 12 歳の養女 A を連れて四国八十八ヶ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたり、ドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていたところ、宿泊費用などに窮した結果、A に対して現金および菓子缶等の窃取を命じ、これを行わせた事案である。

【判旨】

本件について、最高裁は、「被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行つたと認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立する」と判示した。

裁判例〔3－6〕：仙台高判昭和 59 年 12 月 6 日高検速報（昭 59）号 556 頁

【事案の概要】

かねてから骨董品に興味を持っていた被告人は、生活費に困窮していた A に対し、その買い取りと他転売しないことを約束した上で、執拗に窃盗に行くことを促し、その犯行場所を A に案内して具体的に指示し、A が犯行を行うにあたっては自動車に給油をする等の

⁽¹¹⁾ 本件については、内田文昭「間接正犯の正犯性」判タ 530 号（1984 年）64 頁以下、大越義久「判批」重判昭和 58 年（ジュリ臨増 815 号）（1984 年）147 頁以下、斉藤誠二「是非の弁別能力のある刑事未成年者を利用する間接正犯」法教 44 号（1984 年）94 頁以下、山崎基宏「判批」研修 432 号（1984 年）133 頁以下、神山敏雄「是非の弁別能力を有する刑事未成年者を利用して盗みをさせた者の間接正犯の成否」法セミ 30 卷 3 号（1985 年）146 頁、奈良俊夫「判批」新報 91 卷 8～10 号（1985 年）407 頁以下、山本輝之「判批」警察研究 56 卷 9 号（1985 年）70 頁以下、佐藤多美夫「判批」北海道駒澤大学研究紀要 21 号（1986 年）243 頁以下、吉川真理「間接正犯の正犯性に関する一考察——昭和 58 年 9 月 21 日の最高裁決定を中心として——」法学研究年誌（東北学院）4 号（1987 年）41 頁以下、渡邊忠嗣「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 58 年度』（法曹会、1987 年）275 頁以下、園田寿「判批」『刑法判例百選 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、1997 年）148 頁以下、浅田和茂「判批」『刑法判例百選 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2003 年）146 頁以下、川端博「判批」『刑法判例百選 I 〔第 6 版〕』（有斐閣、2008 年）150 頁以下、松生光正「判批」『刑法判例百選 I 〔第 7 版〕』（有斐閣、2014 年）150 頁以下参照。

便宜を図り、また、犯行の用に供すべき道具を与える等しただけでなく、窃取行為をするに際しても犯行が容易に発覚しないように細かな指示・注意を与え、犯行後は連絡することを予め指示しておき、犯行が成功すると、その盗品のすべてを自己の手中に収め、Aには本件被害品の価格より遥かに低い合計50万円くらいの金銭を与えたのみであった。

原審（福島地裁いわき支部）は、「本件犯行における被告人の地位、役割、Aに対する影響力、本件各犯行における関与の程度、その内容、謀議の内容等に照らせば、被告人は、本件犯行の実行行為を直接行っていないとはいえ、被告人にはAとの間に本件各窃盗につき主観的な共同意思の存することが明らかであるばかりでなく、本件各窃盗の犯行形態をみると、被告人は、むしろ積極的かつ主導的な立場にあったと認められ、被告人の果たしたこのような役割は、Aの右各窃盗の実行行為に密接かつ必要不可欠な行為を分担したとすべきであり、共同実行の存在が認められる」と判示した。

【判旨】

これに対して、仙台高裁は、①窃盗を執拗に催促するなどしても、「被告人に共同正犯における共同意思ないし謀議があったものと断ずることはできない」、②「資料館や博物館には防犯ベルとか隠しカメラがあるとして注意を喚起し、あるいは、犯行発覚防止のために手袋の着用を勧めたり、盗品運搬のための一反風呂敷を貸与したり、犯行場所へ行くための自動車の給油につき、被告人のガソリンチケットをAに使用させたとする被告人の所為は、これまた、Aの窃盗の犯行を容易ならしめたに過ぎず、これをもって窃盗の実行行為の全部又は一部、もしくは、これに密接かつ必要不可欠な行為を分担したということはできない」、③「被告人が、Aから、同人が窃取して来た本件各盗品を即刻、かつ、全部引渡しを受けたとしても、その所為は、〔中略〕窃盗の実行行為そのものの一部、もしくは、これに密接かつ必要不可欠な行為ということはできない」、④「相馬民族資料館や伊佐須美神社にAを案内したり、同人とともに展示してある骨董品等を見たりした行為は、それ自体窃盗の実行行為の一部にあたるとかこれに密接かつ必要不可欠な行為であるとは認め難い」、⑤カッターをAに渡したとしても、「これをもって被告人に窃盗の共同実行の意思があるとか、実行行為の一部ないしはこれと密接かつ必要不可欠な行為であるということもできない」ことから、被告人の行為は「Aの窃盗に対する教唆ないし幫助の域を出〔ない〕」として、共同正犯の成立を否定した。

裁判例〔3-7〕：札幌高判昭和60年3月20日判時1169号157頁、判タ550号315頁⁽¹²⁾

【事案の概要】

本件において、被告人は、かつてAから試験問題を入手し幹部昇任試験に不正合格した縁から、Aから試験受験希望者が試験問題のコピーを売りつけて欲しいなどと依頼され、数回にわたって部下や知人などから各試験問題のコピーの入手の希望者を物色し、若干の謝

⁽¹²⁾ 本件については、内田文昭「共謀共同正犯と幫助犯」判タ557号（1985年）55頁以下、森直樹「判批」中京院7号（1987年）68頁以下参照。

礼を出せば試験問題のコピーが入手できるなどと告げて希望を募り、A が窃取した試験問題のコピーを希望者らに渡し、謝礼として合計 140 万円を受け取り、そのうちの約 19 万円を自分の手許におさめた。

原審（札幌地裁）は、「被告人は A と共同意思のもとに同人と一体となり A 又は同人と意思を相通じた者の行為を利用する意図で各試験問題の入手方を依頼することにより、自己の意思を実行に移そうとしたものと評価できる」として、被告人に窃盗の共謀共同正犯を認めた。

【判旨】

これに対して、札幌高裁は、①「被告人は A から右試験問題の窃取方法について具体的に説明を受けたことはなく、また、これについて詳細な知識をえようとしたこともない」、②「窃取方法などについて相談、打合わせなどしたことは全くない」、③「被告人が A に対して試験問題のコピーの入手希望者を知らせたり、コピーを売りつけるなどしたとしても、それは、もともと A からコピーの売りつけを頼まれたことによるものであつて、被告人自身の固有の強い動機、利益、関心によつて、同人の方から積極的にその入手方を依頼したとまでは認め難い」、④「被告人が窃取行為自体について A に対して心理的拘束を感じさせるほど強く働きかけた形跡はない」、⑤「両者いずれも共同で窃取行為をするという意識をもっていたことはない」ことから、「両者が共同意思の下に一体となつて、互いに他の行為を利用して右各窃盗を行つたなどということはできない。被告人と A との間に共謀共同正犯の関係を認めることはできない」として、窃盗の共謀共同正犯の成立を否定し、幫助犯を認めた。

裁判例〔3-8〕：大阪高判平成 7 年 11 月 9 日高刑集 48 卷 3 号 177 頁、判時 1569 号 145 頁、判タ 920 号 255 頁⁽¹³⁾

【事案の概要】

本件は、本件被害者が事故により橋の上に倒れ、橋の付け根の道路上にバッグが落ちていたところ、被告人が当時 10 歳の A に命令し、同人を利用して被害者のバッグを窃取した事案である。

【判旨】

本件について、大阪高裁は、①A が事理弁識能力が十分とはいえない 10 歳（小学 5 年生）の刑事未成年であったのみならず、「右の A の年齢からいえば、目ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがある」、②「A は、被告人の目の前で 4、5 メートル先に落ちているバッグを拾ってくるよう

⁽¹³⁾ 本件については、亀井源太郎「判批」首法 38 卷 2 号（1997 年）489 頁以下、佐藤多美夫「判批」駒澤大学北海道教養部論集 12 号（1997 年）8 頁以下、高橋則夫「判批」セレクト'96（法教 198 号）（1997 年）35 頁、中山研一「刑事未成年者の利用と間接正犯——大阪高裁平成七年一月九日判決を素材として——」判タ 929 号（1997 年）62 頁以下、野口元郎「判批」研修 585 号（1997 年）77 頁以下参照。

命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえてこれに抵抗して被告人の支配から逃れることが困難であった」、③「Aの行った窃盗行為も、被告人の命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかった」、④「被告人は、〔中略〕自己が直接窃盗行為をする代わりに、Aに命じて自己の窃盗目的を実現させた」ことから、「たとえAがある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人には、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか10歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である」と判示した。

裁判例〔3-9〕：大阪地裁支判平成11年4月22日判時1687号157頁⁽¹⁴⁾

【事案の概要】

本件は、AおよびCが見張りをし、BおよびDがパチンコ店に侵入し、パチンコ遊技機設置のロムを窃取して逃走しようとした際、Bが同店に立ち寄った出入り業者の従業員に発見・追跡され、路上で取り押さえられたことから、Aが同人に対して暴行を加え、逃走した事案であるが、本件被告人が果たした役割は、実行犯らによる下見や侵入窃盗の際に自動車を運転し、実行犯らを現場まで運び、Bが従業員に取り押さえられた際には、Aの指示により、自動車を運転してBの横あたりに止め、AとBが自動車に乗り込むや直ちに発進させたというものであった。

【判旨】

本件について、大阪地裁堺支部は、①被告人の「搬送行為は実行行為そのものではない上、被告人の見張りとしての役割も、〔中略〕極めて限定的なものにすぎないとみるのが相当である」、②被告人は一度も謀議に参加していない、③被告人は下見の際もパチンコ店に入ることなく車内で待機していた、④犯行道具（車両やカーナビ）の代金はAが払っており、被告人は負担していない、⑤被告人はA以外の者については姓しか知らず、彼らの役割分担について知らされていない、⑥被告人は常にAの指示に従って行動しており、一貫して従属的である、⑦被告人の報酬は運転一回につき定額であり、窃盗が成功した場合に利益の配分を受けるものでないことから、「共謀共同正犯の成立要件である『実行行為者の行為を自己の犯罪の実現のために利用する意思』及び『実行行為者に対する支配的地位』の存在を認めることは困難である」として、建造物侵入について被告人に幫助犯の成立を認めた。また、事後強盗致傷についても、「一貫してAの指示に従って行動しているにすぎず、その関与の仕方は常に従属的かつ消極的であることに照らすと、未だ『実行行為者に対する支配的地位』にあるものとは認め難く、共謀共同正犯の成立を肯認するには躊躇せざるを得ない」として、幫助犯の限度で被告人の罪責を認めた。

⁽¹⁴⁾ 本件については、高橋誠一郎「判批」研修622号（2000年）33頁以下、只木誠「判批」判評504号（判時1731号）（2001年）41頁以下、豊田兼彦「判批」愛大157号（2001年）109頁以下参照。

裁判例〔3-10〕：東京高判平成15年1月23日東高刑時報54巻1～12号1頁

【事案の概要】

本件は、①7月20日に2回、②8月3日に2回行われた建造物侵入および窃盗に際して運転手役として関与した被告人につき、原審（静岡地裁）がいずれの犯行についても共同正犯の成立を認めた事案である。

【判決要旨】

東京高裁は、まず、「本件において、被告人が本件各犯行について共同正犯〔中略〕であるか幫助犯であるかについては、被告人が、実行役らの行為を利用して自らも建造物侵入、窃盗の各犯罪を実現する意思を有していたのか、それとも被告人には実行役らによる本件各犯罪の実行を容易にする意思しかなかったかによって決せられる」とした上で、「本件各金庫盗は、ほぼ共通の仲間とかかわった同種の店舗荒らし（金庫盗）であるとはいえ、7月20日（19日出発）と8月3日（2日出発）の2回の機会に日を隔てて行われており、正犯か幫助犯かに関する事情も各機会ごとに必ずしも同一とはいえない」とした。

①7月20日の犯行については、「金庫盗に及ぶまでに被告人がA その他の犯行グループの関係者から犯行グループの行っている店舗荒らしないし金庫盗のやり方や運転手役としての仕事の内容、心得等について〔中略〕、どの程度の説明を受けたのか全く不明であり」、初運転の際の「観察から犯行グループの金庫盗のやり方、被告人の仕事の内容、金庫盗の実行行為との関係におけるその重要性等をどの程度に認識できたのかも不明である」し、また、「犯行グループの実態〔中略〕に対する認識をどの程度有するに至っていたのかも不明であるし、運転手役の2回の依頼が単発的なものなのか、今後継続的になされるものであるのか等について犯行グループの関係者が被告人に説明したのかも不明である」ことから、「自らも実行役らの行為を利用して建造物侵入、窃盗の犯罪を実現する意思を有していたと認めるには証拠不十分であ〔る〕」と判断した。

これに対して、東京高裁は、②8月3日の犯行について、①7月15日以降、下見のための運転も含め多数回にわたり金庫盗のための運転を行っていることから、実行犯らによる金庫盗の実態や役割分担、被告人の報酬の出所を8月3日の「金庫盗を行うころまでには、確定的に知るようになっていたことを推認するに十分であ〔り〕」、また、②「被告人の担当する運転手役は、犯行グループの行う金庫盗の実行役、見張り役を搬送するもので、チームを組み標的としたスーパーマーケット等の店舗へ出向いて多人数が一斉に侵入して金庫を搬出盗取するという、犯行グループの行う金庫盗の犯行にとって不可欠な役回りであり、〔中略〕実行役が、警備会社の警備員等が現場に駆け付けてくると競争して金庫盗を遂行し、寸秒を争って建物外に出てくるのを待ち受け、実行役が外に出て来るや直ちにこれを車に乗せて現場から逃走するという、実行行為そのものではないが、実行行為に準ずるような極めて重要な行為を行うことも求められていたものであ〔り〕」、③被告人は自身の役割の「重要性等を十分認識するに至っていたと推認できる」と認定した。以上を前提

にすると、たとえ「金庫盗を実行する店舗の選定等に与ることがなく、その分担する仕事も基本的には運転にとどまり」、また、「その報酬が〔中略〕定額であ〔った〕」としても、「自らも、共犯者の行為を利用して建造物侵入、窃盗の各犯罪を実現する意思を有していたと優に認めることができる」として、被告人に共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔3-11〕：神戸地判平成15年5月13日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

被告人は、本件以前にもAら窃盗グループによる盗みの際に見張りを行い、分け前をもらっていたが、本件時においても、Aらが窃盗に及ぶことを十分に予測しながら行動を共にし、AおよびBが車を降りて犯行現場に向かうときからDと共に車内で現場付近の様子を見張り、その後Dが前記2名から呼ばれて犯行現場に行った後も、引き続き車内から現場付近を見張り、いつでも携帯電話で共犯者に連絡が取れるようにして、Aらが金庫を破壊している際にも共犯者からちゃんと見張りをしているか確認の電話がなされていた。

【判旨】

神戸地裁は、「本件においては、犯行現場に侵入後、金庫を破壊するまでに相当の時間を要し、また、金庫の破壊の際には相当の音が発生していることから、実行行為に及んだその他の共犯者も、被告人による見張りが必要不可欠であり、それを被告人に委ねていた」との認定を前提に、「被告人は、A、B及びDが住居ないし建造物に侵入して窃盗に及ぶことを認識しながら、見張りを行い、何か異変があれば直ちに同人らに知らせるつもりで車内において待機していたものであり、同人らも、残った被告人に見張り役を委ねて、安心して実行行為に及んでいたのであるから、被告人とA、B及びDは、それぞれ、互いにその行為を利用する意思で、本件犯行に及んだものであることが認められ、被告人の役割の重要性を考え合わせると、被告人の行為が見張りに止まるとしても、被告人が共同正犯としての罪責を負うことにつきこれを左右するものではない」と判示した。

裁判例〔3-12〕：高松高判平成20年7月14日高検速報（平20）号339頁

【事案の概要】

中国人であるBおよびCを泊まらせ、車の運転をするようAから求められた被告人は、以前の経験などからBらが窃盗を行うものと思ったが、Aから家賃として10万円、運転手代として1日1万円の報酬を、Bから1日3万円の報酬を約束されたことから了承し、合計23件にのぼる本件各犯行を行った。本件について、原審（高松地裁）は、被告人の罪責は幫助犯にとどまるとした。

【判旨】

これに対して、高松高裁は、「BもCも自動車は運転できず、日本語も十分にはできず、犯行場所となった四国や岡山県の地理感覚もなかったから、盗品の保管場所も含めて住居を提供し、車を運転してくれる被告人の協力がなければ、本件各窃盗等の実行は不可能で

あった」と認定し、「被告人は、報酬目的で、旅行に行き不在であった日を除いては連日車を運転するなどして、Bらの侵入盗に必要不可欠な重要な行為をしたから、主体的に関与し、積極的に上記の行為に及んだもので、自分の犯罪として加担したものというべきであり、共同正犯の責任を免れない」と判示した。

裁判例〔3-13〕：東京高判平成22年12月8日東高時報（刑事）61巻1～12号314頁

【事案の概要】

本件において、被告人は、侵入窃盗の実行犯Aらに対して系列の暴力団組長からバールのうまい被告人をそちらに行かせるとの電話があったことから、本件犯行に同行することになったが、被害店舗に向かう移動中の車中においても、Aらから本件侵入窃盗の計画、被告人の役割、その分け前等について被告人に説明がなされることはなく、「ここに泥棒に入るから、お前は見張りをやれ」以上の指示はなく、結局、Cとの間で相互の携帯電話を通話状態にすること以外は具体的な犯行計画や逃走経路等の説明も、見張りをすべき場所等に関する指示等もなく、バールの使用にもまったく関与しなかった。

原審（横浜地裁小田原支部）は、「見張りをすることにより、実行犯3名を精神的に支え、主観的にも実行行為を容易にしたのであって、相当重要な役割を果たしたものであること等を併せ考慮すると、被告人は共犯者らと共に本件窃盗を遂行、成功させるために、受動的ながらも重要な役割を担ったものであって、自己の犯罪として共犯者らと共同で犯罪を實現したものと評価できる」として、被告人に共同正犯の成立を認めた。

【判旨】

これに対して、東京高裁は、「被告人については、前記組長からバールに長けているとして差し向けられた者であるにもかかわらず、犯行計画の説明や分け前及び役割に関する相談も受けないまま、実行行為者にも加えられずに、おざなりな指示だけで見張りとされ、携帯電話で行った被告人からの連絡にも応答されないまま、本件侵入窃盗が完遂されているのであって、被告人は実行犯3名らから実質的な仲間の一員として扱われていないといわざるを得〔ず〕」、このことは、「販売価格が1億3600万円を超える窃取品からの被告人の利得がわずか30万円にすぎなかったことにも現れている」と認定した。かくして、東京高裁は、「被告人は、集合した際の思惑とは異なり、他の共犯者から、共同正犯者としての扱いを受けず、見張りに甘んじたというのが実体と見ざるを得ず、被告人が自己の犯罪として、共謀を遂げ、共同正犯者として、本件侵入窃盗に及んだとは認めることはできない」として、幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔3-14〕：金沢地判平成26年7月24日LEX/DB文献番号25504567

【事案の概要】

本件は、AおよびBが被害者宅に侵入し、現金1億円在中の金庫1台等を窃取するにあたって、被告人が、本件を遂行する上で必要不可欠な情報（被害者宅に1億円が持ち込ま

れたことなど）を提供し、犯行直前には自動車から A を現場直近の駐車場で降ろし、犯行の時間帯はその周辺で待機し、犯行直後には立ち去ったという事案である。

【判旨】

金沢地裁は、本件被告人について、①「本件において実行犯に勝るとも劣らない極めて重要な役割を果たしたといえる」し、②「本件犯行により取得された利益の帰属が見られない被告人は、本件犯行に加担しなかったことが窺える」とする弁護人の主張に対して、A から 3 名に「上下関係はなかった以上、不可欠な情報提供を含む極めて重要な役割を果たした被告人も、相当額の分け前を取得したはずであり、その額が不明であるというに過ぎない」として退け、被告人に窃盗の共同正犯の成立を認定した。

裁判例〔3-15〕：福岡高判平成 28 年 5 月 11 日 LEX/DB 文献番号 25542951

【事案の概要】

本件被告人は、大般若経等の窃盗の実行犯である A らが対馬渡航前に資金提供者 B から資金提供の条件として「弟分」である被告人を同行させるよう求められたため、対馬滞在中、A らが本件被害寺院を下見したり、必要な道具を買い揃えたりした際にレンタカーで待機し、A らが窃取した経典を包装したときには包装を手伝い、経典を入れるために自分のかばんを A に渡した。

本件について、原審（長崎地裁）は、①「資金提供者である B が A に対して頑なに被告人の同行を求めたことからすれば、被告人の同行は B における資金提供の絶対的な条件であったといえる」、②「被告人は自身が本件各犯行の監視役であることを理解した上で、自己の意思で対馬への渡航を決め B から A への資金提供行為についても関与している」、③「対馬來島後本件各犯行までの 3 日間、共犯者 4 名と行動を共にして監視役としての役割を忠実に果たし、渋々とはいえ経典の包装を一部手伝い、また同経典の収納のためにバッグを提供している」以上、「被告人は自己の犯罪として本件各犯行を行ったといえ、正犯性も認められる」として、被告人に共同正犯を認めた。

【判旨】

福岡高裁は、B は「実行犯らによって、窃取した盗品の数量等、ひいては盗品を韓国内で転売して得た利益の額をごまかされることを防ぐために、『弟分』としての被告人を同行することを実行犯らに要求したと考えられるところ、被告人がその役割を適切に果たすためには B の意図を正しく理解している必要があ〔り〕」、「被告人は、すでに実行役が決まっていること、B が被告人の同行を資金提供の条件としたことを聞かされている」ことからすると、「被告人は、本件犯行の監視役として対馬に行くことを認識していたと認められ、被告人がほかの共犯者と本件犯行を共謀し、共同正犯としての罪責を負うというべきである」と判示した。

4. 強盗罪

裁判例〔4-1〕：大判昭和7年4月28日刑集11巻504頁

【事案の概要】

本件は、被告人が共犯者 A と共謀して凶器を所持して被害者宅に侵入し、被害者所有の時計を窃取し、次いで、A において凶器を被害者に突き付け、現金を強取した事案である。

【判旨】

大審院は、被告人らは共同して強盗罪の構成要件の一部である被害者の財物支配を侵したものであり、進んでその一人が被害者を脅迫して財物を強取した以上、両名は共同して強盗の実行行為を分担したと認められると判示した。

裁判例〔4-2〕：大判昭和10年6月25日刑集14巻732頁

【事案の概要】

本件は、被告人が外套の買い取りを口実に被害者を外に誘い出した上、A および B が被害者に暴行を加え、被害者が暴行に耐えかねて手放した外套を被害者が奪取し、C の運転する自動車に乗り逃走した事案である。

【判旨】

大審院は、まず、数人が強盗の罪を犯すことを共謀し、各自その実行行為もしくは実行行為に密接する行為の一部を分担した場合は、その部分実行した行為は共謀者全員の意思を遂行するものであって、他の者はその者により自己の意思を実行したのであるから、共謀者全員はいずれも強盗の実行正犯として責任を負うとした上で、被害者を誘い出す行為が実行行為に密接なものである以上、暴行行為そのものを分担したわけでもなくとも、当該行為の結果について責任を負うのは当然であると判示した。

裁判例〔4-3〕：最判昭和23年6月22日刑集2巻7号711頁、裁判集刑事2号539頁

【事案の概要】

本件は、共犯者 A が被害者らにブリキ製ピストルを突きつけて、「騒ぐな金を出せ」と脅迫し、同人ららを畏怖せしめてから現金等を奪取した際、被告人は A の傍に佇立していた、という事案である。

【判旨】

本件について、最高裁は、「夜間において、他の共犯者がブリキ製のピストルを被害者に突きつけ脅迫した際に、被告人がその傍に佇立していたことは、被害者を畏怖せしめるに役立つこと論を待たないから、原判決が被告人の行為を強盗罪の共同正犯と認定したことは、もとより違法ではない」と判示した。

裁判例〔4-4〕：福岡高判昭和28年1月12日高刑集6巻1号1頁

【事案の概要】

被告人は、A から「どこか押し入るのによい所はないか」と話しかけられた際、「この先

の峠で二人の子供を抱えた後家さんが店をしている、入るには都合がよい、その上今日は炭坑の勘定日だから掛金が集まり相当の金があるだろう」と述べ、被害者方を教え、強盗の用に供するために被告人所携の匕首を取り出し、刀身を研磨した後、被害者方内に侵入しようとしたが、戸を開くことができなかつたのでいったん引返し、そのうちに強盗の非を悟り、Aらの犯行を阻止することも、当該犯行からの離脱を明示することもなく立ち去った。その約2時間後、Aら3名は、被告人が犯行から離脱したことを察知し、被害者方で強盗を実行した。

【判旨】

福岡高裁は、本件被告人につき、「たとい、その者が他の共謀者に対し、犯行を阻止せず、又該犯行から離脱すべき旨明示的に表意しなくても、他の共謀者において、右離脱者の離脱の事実を意識して残余の共謀者のみで犯行を遂行せんことを謀つた上該犯行に出でたときは、残余の共謀者は離脱者の離脱すべき黙示の表意を受領したものと認めるのが相当であるから、かかる場合、右離脱者は当初の共謀による強盗の予備の責任を負うに止まり、その後の強盗につき共同正犯の責任を負うべきものではない。けだし、一旦強盗を共謀した者と雖も、該強盗に着手前、他の共謀者に対しこれより離脱すべき旨表意し該共謀関係から離脱した以上、たとい後日他の共謀者において、該犯行を遂行してもそれは、該離脱者の共謀による犯意を遂行したものといふことができないし、しかも右離脱の表意は必ずしも明示的に出るの要がなく、黙示的の表意によるも何等妨げとなるものではないからである」として、強盗の予備の責任を負うにとどまると判示した。

裁判例〔4-5〕：最判昭和25年7月11日刑集4巻7号1261頁、裁判集刑事18号695頁、判タ4号47頁

【事案の概要】

本件は、被告人がAらに対してX方への住居侵入窃盗を教唆したところ、Aらが、強盗目的でX方に侵入したものの母屋に侵入する方法を発見し得なかつたので断念したが、なおも犯意を継続させ、隣のY方に侵入して強盗を実行した事案である。

【判旨】

最高裁は、「被告人の本件教唆に基いて、判示Aの犯行がなされたものといひ得るか否か、換言すれば右両者間に因果関係が認められるか否かという点について検討〔し〕」、「AのY方における犯行は、被告人の教唆に基いたものというよりむしろAは一旦右教唆に基く犯意は障碍の爲め放棄したが、たまたま、共犯者三名が強硬に判示日備電気商会〔Y方〕に侵入らうと主張したことに動かされて決意を新たにして遂にこれを敢行したものであるとの事実を窺われないでもないのであって、彼是綜合するときは、原判決の趣旨が果して明確に被告人の判示教唆行為と、Aの判示所為との間に、因果関係があるものと認定したものであるか否かは頗る疑問である」と判示し、原判決の破棄差戻しを言い渡した。

裁判例〔4－6〕：神戸地判昭和36年4月8日下刑集3巻3号295頁

【事案の概要】

A および B の強盗殺人事件において、被告人 C は、強盗を行うのに適当な家を紹介した上で、被害者方の模様・道順を手帳に記入しながら同家の内情を詳しく説明し、被告人 D は、A に B を紹介し、また、A および B が出発するに際し、A の求めに応じて（被害者を殺害する際に用いた）ビニール紐を提供した。

【判旨】

神戸地裁は、被告人 C に強盗殺人の幫助を認めた上、被告人 D についても、①「実行々為のみを拒否したに止まるというよりは、一旦はいかなる意味においても仲間に入るとはやめようという意思でもつて右の誘いを拒絶した」、②A に B を紹介した「点においては受働的であつた」し、被告人 D が「B に対しこの点で特に積極的に本件犯行に加わるように働きかけたとは認められ [ず]」、B の「決意は A の働きかけに起因するものであつて、B が犯意を生じたのは D の策動の結果であるとする検察官の主張はこれを採用することが困難である」、③「被告人 D において右犯行が成功すれば幾何かの分け前を受取り、A 及び B と遊興する意図を有していたことは認められる」が、A および B の「意思として『本件犯行はあくまでも二人でやるのだ、従つて分け前は半々なのだ、D には世話になつたお礼という意味でいくらかずつ出し合おう [中略]』というものであつた」、④ビニール紐を渡す等の行為は、「いずれも客観的に観察して本来幫助行為としての評価を受けるべき行為であつて、これらの行為も場合によつては質的転換を遂げ共謀の意思の発言とみられるに至る可能性がないとはいえないが、本件の右各事実からは他の諸事情と相俟つて、むしろ被告人 D に幫助の意思こそが推測される」、⑤「かんじんの実行々為そのものについては、[中略] これに関してなんらかの発言をしたとの事実はこれを窺うことができない」ことから、「A 及び B 両名の行為を利用し、自己が人を殺して金品を奪うというまでの強い意思によつて前記 B を紹介する等の行為をなしたものと認められない」として、強盗殺人の幫助を認めた。

裁判例〔4－7〕：名古屋高判昭和36年8月15日下刑集3巻7・8号676頁

【事案の概要】

本件被告人は、A および B が強盗を実行するにあたって、自ら強盗をするまでの意思はなく、A が強盗をするのだから、現場まで同行し、見張りでもすればよい位に考えて同人らと共に再び被害者方に赴き、「見張りにしてくれ」と A らに告げ、同所から約1キロメートル離れた場所で同人らの犯行が終わるのを待ち受けた。

【判旨】

名古屋高裁は、「他人の実行行為がなお、その実行行為をしなかつた者の行為として評価されるためには、後者が前者の行為を、自己の行為として支配する関係がなければならず、そのためには、後者の主観、あるいは意思面において、前者の行為を自己の行為として意

欲することを必要とするから」、「共謀者と目される者においては、当該共謀に係る犯罪を飽く迄自己の犯罪として、自ら実行し又は共謀者中の一員をして実行させるものでなければならぬ」と解した上で、①「被告人としては、A、Bが原判示被害者方で強盗をすることの情を知りながら、同所まで同行はしたものの、被告人としては、自ら強盗を実行する意思のなかつたのは勿論、A、Bのする強盗行為を、自己の行為として意欲した事実もとうてい認められ[ず]」、②「被告人の見張行為というのも、同被告人としては、Aらの犯行現場から約一軒米離れた場所で、同人らが犯行を終えて出てくるのを待ち受けていたまでのことであり、かつ、その待ち受けていた場所と犯行現場の地理的關係を考えれば、他人の犯罪行為の見張りというが如き關係の成り立ち得ないことも、既に見たとおりである」として、共同正犯の成立を否定した。

裁判例〔4－8〕：東京地判昭和42年1月12日判タ207号187頁

【事案の概要】

犯行前日に被告人からナイフを借り受けたAおよびBは、犯行日、被告人に「これから金をつくつてくる。」と述べ、被告人から「池袋近くでやると、外に出られなくなるから遠くへ行つてやつてこい。警察に捕まるなよ。」などと言われた上で、被害者に所携ナイフを突きつけて現金等を強取した。

【判旨】

東京地裁は、被告人について、①ナイフを貸与した際に「犯行を具体的に打合せしたような事実は証拠上全く認められないから、この段階で被告人とAおよびBの三者間に強盗の謀議が成立したものとみることは[できない]」、②「被告人がAおよびBから『金をつくつてくる』といわれ、『池袋から遠くでやつてこい』とか『警察に捕まるなよ』などと申し向けていることから考えると被告人は右両名がこれから恐喝か強盗か、あるいは窃盗か、ともかく何か金をつくるために悪事を働きに行くのだということは大体推察し認識していたものと断じてよいが、前日の朝に貸したナイフをその際も同人が所持しているかどうかということを確認した形跡もなく、犯行の手段や方法などについてとくに相談にあずかつたような事実は何等うかがえないのであるから被告人の右言動から直ちに同人がA、Bの両名と共同して強盗しようとする意思があつたものと認めることはいささか無理である」、③「強取金の一部を被告人に差し出したり、被告人がさらにAからその一部を取りあげたりした事実」は、「犯行の分配金というよりも世話を見て貰っている生活費ないし謝礼という程度の趣旨で差し出したとみるのが相当である」ことから、「被告人とAおよびBとの間に強盗をするについての意思の連絡ないし共同犯行の認識があつたものと認めることも無理というほかない」として、強盗の共同正犯の成立を否定した。

また、「被告人の言動は、たかだが漠然と、金を得るためには、場合によつては犯罪をなすべき旨A、Bの両者に指示し、これを認容した程度に止まり両名をして強盗という一定の犯罪を実行する決意を具体的に生ぜしめる程度に至つていたものとは認め難く、また前記

ナイフを貸与したのも、右両名が具体的にどのような犯罪を実行するかを表象し、これを幫助する意思をもって渡したものとどうてい認められない」として、強盜の教唆または幫助の成立も否定した。

裁判例〔4-9〕：大阪地判昭和43年11月16日判タ233号195頁

【事案の概要】

本件は、共犯者Aが被害者と喧嘩をした際、自己のズボンが破れたことからその弁償にかこつけ、被害者から金品を強取しようとして、同人に暴行を加えて反抗を抑圧し、腕時計を奪取した際、被告人が、Aが被害者の金品を強取しようとしているのを知りながら、Aの犯行が目撃されないようにするため犯行現場付近に停車した自動車を立ち去らせた上、被告人の足をつかんできた被害者の顔面を踏みつけた事案である。

【判旨】

本件について、大阪地裁は、「被告人はAの強盜行為を認識し容認して右の所為に出たものというべきである」としながら、①「Aとの間に本件強盜について特段の謀議をしたような事実は全く認めない」、②「被告人が被害者の顔面を踏みつけたのは、前示のような事情のもとにおいてであり、それ以外に被告人が被害者に暴行脅迫等を加えた事実は認められない」ことから、「被告人の暴行は、同被告人が前示のようにAの強盜行為を認識し容認していたにしても、すすんでAと一体となつて強盜をなすべく、その行為の一部を分担する意思のもとになされた実行行為の一部であると認めることは困難である」として、共同正犯の成立を否定し、幫助犯を認めた。

裁判例〔4-10〕：岡山地判昭和44年8月1日刑月1巻8号813頁

【事案の概要】

本件は、Aらが被害者の運転する車両を追跡し、因縁をつけて修理代として金員を喝取または強取しようとして、①被害者X・Yに対して恐喝および傷害を、②被害者Zに対して強盜致傷を実行するにあたり、Aらに同行していた被告人の罪責が問われた事案である。

【判旨】

岡山地裁は、①について、①被害者らに対し何らの暴行を加えていない、②他の共犯者がXを殴ろうとするのを制止している、③鼻血を出して倒れているYに対し、Aにちり紙を取りに行かせ、同人に鼻血を拭うよう勸めている、④犯行後被害者に謝罪していることから、右のような被告人の犯行時における消極的というよりむしろ否定的行動に徴すれば、〔中略〕共同意思の下に一体となつて、互に他人の行為を利用して自己の本件恐喝及び傷害乃至暴行を敢行する意思を実現する謀議があつたものと認めることは困難である」として無罪とした。岡山地裁は、②についても、⑤当該犯行には当初から反対であつた、⑥何ら犯行の実行行為に加担することなく、「バックミラーが当たったんじゃ」と知らされても車に戻っていることから、「暴行を働いて金員を強奪する意思があつたものと認めるのは勿

論、同様の手段で金員を喝取する意思さえあつたと認めることは困難であるといわなければならない」として無罪を言い渡した。

裁判例〔4-11〕：千葉地松戸支判昭和55年11月20日判時1015号143頁

【事案の概要】

本件は、昭和55年1月14日におけるA、B、Cの三名による現金輸送車の強盗について、予め事情を知っていた被告人が、Bの指示に従い、自己の自動車で同人らを山林内で待ち受け、同所からB宅まで運転走行し、同人らを逃走させた事案である。

【判旨】

千葉地裁松戸支部は、「被告人が、Bらの行為を利用して自らも強盗をする意思であったかどうかについては」、「本件において被告人が果たした役割は軽微なものではなく、むしろ必要不可欠なものであり」、また、「被告人が受領した金額は〔中略〕その役割分担に照らせば、それ相応の金額であるということもできないわけではない」ものの、①1月12日の謀議、山林内の下見には参加していない、②被告人が受領した200万円は、強取金員をBら三名で三等分し、Bの取分から出されたにすぎない、③Bらが被告人を単に逃走用車両の運転手としてしか考えていなかったことから、「被告人にBらの行為を利用して自らも強盗をする意思があったとは認め難〔い〕」として、強盗幫助を認定した。

裁判例〔4-12〕：福岡地判昭和59年8月30日判時1152号182頁⁽¹⁵⁾

【事案の概要】

本件は、A、B、CおよびDの4名が対立抗争の関係にあった被害者を殺害した上で覚せい剤を奪取しようとして企て、Aが覚せい剤の取引を口実に被害者をホテルにおびき出し、覚せい剤取引の仲介を装って覚せい剤をホテルの部屋から搬出した直後、Dが被害者に向けてけん銃を発砲したが、被害者を殺害するには至らなかった事案である。本件において、被告人は、上記共謀を知悉しながら、Aの指示・命令により、①被害者をおびき出すためのホテルを捜し、二部屋を予約し、②覚せい剤取引の仲介役を装って部屋を行き来し、③被害者のいる部屋から覚せい剤を搬出・運搬し、ショルダーバッグ内に覚せい剤を入れてAと共にホテルを脱出した。

【判旨】

本件被告人は、覚せい剤を搬出しているのであって、「強盗殺人未遂の実行行為の一部を担当したことは明らかである」。そして、確かに、「およそ共同正犯が成立するためには、各行為者にそれぞれ共同実行の意思が認められることも必要であることは多言を要しない

⁽¹⁵⁾ 本件については、竹内正「判批」判評322号（判時1167号）（1985年）42頁以下、夏目文雄「判批」『刑法判例百選I〔第4版〕』（有斐閣、1997年）156頁以下、京藤哲久「判批」『刑法判例百選I〔第5版〕』（有斐閣、2003年）154頁以下、甲斐克則「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』（有斐閣、2008年）160頁以下、植村立郎「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』（有斐閣、2014年）158頁以下参照。

が、行為者が実行行為の一部を分担する場合、一般にほとんど右共同実行の意思が問題にならないのは、右実行行為一部分担の事実のみから、通常極めて容易に共同実行の意思が推認されるからである〔る〕。しかし、他方で、「実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎないことに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でない」と言うべきであって、前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形式上実行行為の一部に該当する行為を行なった場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である」。

本件の場合、①Aから騙されて本件犯行に巻き込まれたのであって、Aらの計画を知った時には犯行から離脱することが困難になっていた、②本件犯行に加担したのは、そうしないと自己や内妻に危害が加えられるおそれを感じたからであった、③他の共犯者にとっても被告人はAの手下程度の者に過ぎず、謀議の際にも何らその役割は定められず、被告人自身自ら進んで謀議に加わる意思があったわけではなかった、④本件犯行への加担に対する報酬付与の約束は全くなされなかったし、現実に報酬が与えられた形跡もない、⑤被告人の加担行為はすべてAの命令に従ったものであった、⑥被告人が覚せい剤を搬出していなくても、A自身が行なっていたであろうから、本件犯行を全体として見れば、被告人は本件犯行において不可欠の存在であったとは考えられない。福岡地裁は、「これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Aら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない」として、強盗殺人未遂の共同正犯を否定し、幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔4-13〕：浦和地判平成元年3月2日判時1333号3頁

【事案の概要】

Aらが自衛官の制服を着用して自衛官を装って陸上自衛隊朝霞駐屯地内に侵入し、被害者の携帯するライフル銃を強取する意思で同人に暴行を加え、草むらに落下したライフル銃を発見できずに逃走したため強取の目的を遂げなかったが、上記暴行に基づく出血等により被害者を死亡させた本件に先立ち、被告人は、Aらの依頼により、自衛隊基地からの武器奪取闘争のために用いられるかも知れないと認識しながら4万円を送金した。

【判旨】

浦和地裁は、被告人の罪責について、①被告人は「Aが何処かの自衛隊基地から武器を奪取するとの抽象的な認識しか有していなかったものと解するのが相当である」、②「被告人の積極的なA逃亡への協力及び被告人の長年月にわたる逃亡」は「犯行への関与を強く推認させうる事実であることは否定できない」が、「間接事実中の一つであって、これらを過大視することは許されない」、③被告人とAの間では「より過激な闘争形態の必要性が論じ

られていたにすぎず、何時何処で何をするという具体的な方法論、戦術論が両者の間で話し合われたものとは解し難く、結局一般的、抽象的に過激な闘争の必要性について両者の意思が一致しているにすぎない」ことから、本件について「被告人が事前に A から明かされていたと認めるに足る証拠は存せず、〔中略〕被告人と A 間に本件犯行に向け共同意思主体が成立しその意思に基づいて本件が敢行されるに至ったとは認められない」として、建造物侵入、公務執行妨害、強盗致死の幫助犯を認定した。

裁判例〔4-14〕：富山地判平成5年7月15日判時1516号169頁

【事案の概要】

本件は、被告人と A が強盗殺人を企て、A の運転する車で被害者方付近に赴き、実包 4 発を装填したけん銃を携帯して被害者方に侵入したものの、居室部分には侵入できずに引き返してきたため、被告人が替わりに侵入口を確認するためにドライバーを持って被害者方に向かい、開いていた風呂場窓から屋内に侵入して勝手口のアルミサッシ戸の鍵を内側から開け、そこから住居に侵入した A が被害者らを射殺した上、被害者ら所有の現金約 1200 万円等在中のバッグを強取した。

【判旨】

富山地裁は、①被告人の借財やローン残高の合計が 1000 万円以上にのぼっており、暴力団員として交際費等で毎月 100 万円近くの金員を必要としていたことから、「被告人において、現金取得の欲求は強く、これが本件強盗殺人の犯行動機となったことを認めるに十分である」、②「A が情報を仕入れて計画を立案し、主導的な立場で犯行を遂行していったとの関係が認められることは否定できないところであるが、本件強盗殺人に至るまでの一連の過程において、被告人兩名は、被害者夫婦殺害の計画を含め、共同して行動していたことは明らかであり、同人らの相互依存関係は相当強かったと認められる」、③「被告人が本件けん銃を入手していなければ本件強盗殺人の実行は不可能であったことは疑いを入れないところであり、本件強盗殺人の準備行為の側面に限ってみても、被告人が本件強盗殺人の遂行に果たした役割りは極めて大きいと認められる」、④「被告人がアルミサッシ戸を解錠した点は、A において強盗殺人を実行するために不可欠であり、犯行遂行に対する寄与度という視点からは、まさに強盗殺人の実行行為に準ずるとも評価できる行為であり、被告人の犯行当日の一連の行動状況を見れば、そこには単に A のペースに巻き込まれて付和雷同的に追従していたというのとは異質な犯行遂行に対する積極的関与ないし意欲を認めることができる」、⑤「強盗殺人実行直後、被告人は強取金約一二〇〇万円のうち約五三〇万円の分け前を受け取って〔おり〕」、「被告人の取得金は、ほぼ山分けに近い額に達し、右金員を A との間で何らのトラブルもなく、当然のように取得していることが認められ、このことは、被告人兩名の間に強取金の分配につき、およそ折半にするという暗黙の了解があったことを窺わせ、右事実自体、被告人が A の強盗行為をまさに自己の犯行と同視し、金員奪取の結果を意欲していたことを示す一つの有力な間接事実と評価できる」として、「A

と共同意思の下に一体となって相互の行為を利用補充しあい、自己の強盗殺人の犯意を実行に移すことを決意し、強盗殺人の実行に不可欠な行為を担当していると認められるから、被告人が A と共同正犯の関係に立つことは明らかである」と判示した⁽¹⁶⁾。

裁判例〔4-15〕：東京地判平成7年10月9日判時1598号155頁、判タ922号292頁

【事案の概要】

本件は、被告人が共犯者 A および B と昏睡強盗を共謀し、A が被害者に睡眠薬入りのビールを飲ませたものの、同人が眠り込むには至らなかったため、B が同人に暴行を加え、頭部顔面外傷の傷害を負わせて気絶させた上で、A および B が被害者のバッグの中から現金などを奪い、被告人もコンパクトディスクと現金を奪ったという事案である。

【判旨】

東京地裁は、本件について、被告人と共犯者らの間には「昏酔強盗の共謀が事前に成立し、その実行行為にも着手していたと認められるものの、昏酔強盗とは手段方法が質的に異なっている暴行脅迫を手段とする強盗についての共謀が認められないのであれば、右暴行によって生じた致傷の結果について直ちに被告人に責任を負わせることはでき〔ず〕」、また、暴行脅迫を手段とする強盗の現場共謀の成否については、B による暴行が行われるまで「昏酔強盗の計画が暴行脅迫を手段とする強盗へと発展する可能性を認識していたとは認められ〔ない〕」し、B が暴行を加えている時点においても「暴行を認容してそれを自己の強盗の手段として利用しようとしたとまでは認められない」として、暴行脅迫を手段とする強盗についての意思連絡はないとした。

東京地裁は、以上のように強盗の共謀を否定してはいるが、承継的共同正犯の観点から、「後行行為者〔被告人〕は、財物奪取行為に関与した時点で、先行行為者〔B〕によるそれまでの行為とその意図を認識しているのみでなく、その結果である反抗抑圧状態を自己の犯罪遂行の手段としても積極的に利用して財物奪取行為に加担している」のであるから、個人責任の原則を考慮に入れても、先行行為者〔B〕の行為も含めた強盗罪の共同正犯としての責任を負わせるべきものと考えられるが、反抗抑圧状態の利用を超えて、被害者の傷害の結果についてまで積極的に利用したとはいえないのにその責任を負わせることは、個人責任の原則に反するものと考えられる」として、強盗罪の限度では共同正犯は成立すると判断した。

裁判例〔4-16〕：東京高判平成13年1月17日東高刑時報52巻1～12号1頁

【事案の概要】

本件は、A および B がパチンコ店駐車場において同店から集金を終えて出てきた信用組合従業員に対して刃物を突き付けるなどして脅迫し、現金約1542万円を強取したのに先立

⁽¹⁶⁾ 控訴審判決（名古屋高金沢支判平成9年3月11日高検速報（平9）号109頁）も、共同正犯の成立を肯定している。

ち、本件パチンコ店のマネージャーである被告人が、Aによる本件強盗の企てを徐々に認識しながら、何回もAと電話で連絡をとって集金の日時、集金担当者の数、使用車両の色などの情報を伝えた事案であり、原審（横浜地裁）は、被告人に共同正犯の成立を肯定した。

【判旨】

これに対して、東京高判は、被告人は「強盗の実現のために重要な情報を伝えているが」、①「情報提供の態様は、Aからの電話に応答して、同人の質問に答えるという受動的なものである」、②「被告人は、Aらの具体的な計画や準備を殆ど知らず、Aの犯意の強さについて確たる認識もなかった」、③「被告人が、Aに対する恐怖心から、同人の質問に答えたという面も否定できない」、④「被告人がAから二〇〇万円を受け取った際、分け前等の趣旨があることを理解していたことは否定できないが、分け前をもらえることが被告人が情報を提供した動機となっていたとは認められない」ことからすると、「被告人が、Aとの一連のやりとりを通じて、集金担当者から金品を強取するという自己の犯意を実現しようとし、そのために、Aらとの間で、互いの行為を利用して右強盗を実行することを内容とする共謀をしたとまで認めることはできない」として、共同正犯の成立を否定し、幫助犯を認定した。

裁判例〔4-17〕：最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁、裁判集刑事280号525頁、判時1768号157頁、判タ1077号176頁⁽¹⁷⁾

【事案の概要】

本件は、スナックのホステスであった被告人が、生活費に窮したため、同スナックの経営者Cから金品を強取しようとして企て、被告人の長男B（当時12歳）に対し、覆面をした上でエアガンを突き付けて脅迫するなどの方法によりCから金品を奪い取ってくるよう指示命令し、Bが被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断によりCの反抗を抑圧し、C所有に係る現金等を強取した事案である。

【判旨】

最高裁は、一方で、「本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した

⁽¹⁷⁾ 本件については、亀井源太郎「実務における正犯概念——最一小決平13・10・25を契機に——」判タ1104号（2002年）23頁以下、北原一夫「判批」研修647号（2002年）139頁以下、島田聡一郎「判批」法教259号（2002年）124頁以下、同「判批」重判平成13年（ジュリ臨増1224号）（2002年）156頁以下、東公明「刑事未成年者との共同正犯」創法32巻1・2号（2002年）243頁以下、前田雅英「形式的共同正犯論の終焉」曹時54巻11号（2002年）1頁以下、松宮孝明「判批」法セミ47巻3号（2002年）110頁、齊藤彰子「判批」セレクト2002（法教270号）（2003年）31頁、清水真「判批」判評533号（判時1818号）（2003年）33頁以下、十河太朗「判批」同法55巻1号（2003年）272頁以下、平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成13年度』（法曹会、2004年）146頁以下、香川達夫「刑事未成年者の利用」学習院45巻2号（2010年）1頁以下、前田雅英「間接正犯と共同正犯と教唆犯」警論65巻7号（2012年）165頁以下参照。

上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない」とし、他方で、「被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、B に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、B が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」と判示した。

裁判例〔4-18〕：松山地判平成 14 年 9 月 26 日 D1-Law/ID 28085100

【事案の概要】

本件は、少年である被告人が、A から強盗殺人の計画を持ち掛けられて以降、A と行動を共にし、A が被害者を殺害する現場に居合わせて被害者の鼻口部を塞ぐためのガムテープ等を用意した上、自車に被害者の死体を積んで、バックホーで掘った土中に被害者の死体を遺棄し、その後の罪証隠滅工作も共同で行ったほか、被害者から強取した現金の分配を受けた事案である。

【判旨】

松山地裁は、①「被告人は、死体運搬に不可欠な自動車を提供し、自動車に補給するためにガソリンを手に入れた上で、当初の殺害計画場所であった隻手薬師駐車場や本件殺害現場に同行し、殺害行為着手前に見張り行為を担当し、さらに、被害者の死体を共同で遺棄するなどの役割を果たした」だけでなく、②「自らの判断で、被害者の死体を自車に積み込むために多数の土のう袋を手に入れ、被害者にとどめを刺す意図の下に、同女の顔面にガムテープを貼ることを提案してそれを用意したほか、死体を遺棄する場所を A に提案するなどし [た]」たのであって、「本件強盗殺人及び死体遺棄は、後者の円滑な遂行のめどが立たない限り前者が実行に移されることがないという意味で、当初から不可分一体の一個の計画として想定されていた」のであり、また、③「A が、その性格や死体運搬用の自動車がなかったことから、単独ではその計画を実行できず、被告人に協力を求めたのに対し、被告人は、A のそのような性格を知りつつ、殺害行為自体は拒絶する一方で、自ら相応な金銭的利益を得る意図の下に、被害者の殺害は A にさせ、自分は殺害行為を行うことなく、死体の運搬や遺棄等を分担するという条件で、上記各犯行への加担を承諾した」のであるから、被告人と A は「相互に利用しあう関係のもとに、両名の利得のために被害者を殺害してその死体を遺棄するという共同の目的の実現を図ることを謀議したものである」と判示した。

裁判例〔4-19〕：富山地判平成 16 年 12 月 14 日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

本件は、A、B、C、D、E、F、G、H、I および J から共犯者が強盗致傷を実行するにあたって、被告人が、犯行前日にレンタカーを借り受け、被害者方を下見する際に同車を運転

し、犯行当日、実行役らが金品を強取している間は犯行後に H らを同車に乗せるために待機し、その後、東京方面へと運転した事案である。

【判旨】

富山地裁は、被告人は「自己名義でレンタカーを借りてHらを富山まで運び、下見のときにも運転手をしていること、待機中、Iと頻りに連絡を取り、その中で、報酬の値上げまで約束させていること、実行時にサウナ駐車場で待機し、犯行終了後、H を乗せて東京方面まで戻っている」が、①「事前謀議に直接参加したことはなく、したがって、本件の全体像を把握してはいなかった」、②「従前から I が行うクレジットカード詐欺の手伝いを通じて、同人に従属する関係があった反面、H 以外の共犯者とは本件まで面識はなく、H とも気軽に話せるような間柄ではなかった」、③「被告人は、当初、自己の役割は富山まで H らを運ぶことだけと考えており、実行時に被害者宅に実行犯を運ぶことまでは想定しておらず、待機中も、I に対し実行犯を車に乗せて被害者宅に行くことを拒み、実際にも、実行時に被害者宅には行っておらず、J が自動車（ラルゴ）を運転して実行犯の運搬を行っている」、④「I との報酬の約束は、当初 3 万円から 4 万円、値上げ後も 10 万円か 20 万円くらいと、本件強盗の成果と連動した取り決めがなされているわけではなく、しかも、被告人の報酬は I の分け前の中から支払われる予定であった」、⑤「富山においても、被告人が本件遂行について主体的に決定した形跡は何らうかがえないこと、I との連絡は、これを通じて被告人が実行役らに指示を与えるような性格のものではなく、単に I に富山での犯行の経過・状況を報告するにとどまるものであった」ことから、「被告人が本件について不可欠で重要な役割を果たしていると認めるには未だ十分でないといわざるを得ない」として、被告人に強盗致傷の幫助犯を認めた。

裁判例〔4-20〕：松山地判平成 21 年 6 月 24 日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

A と被告人は、前者がパチンコで勝った客に対して暴行を加え、後者が客の財布を奪って車で逃走することを企てた上、A は換金を済ませた被害者の後をつけたが、被告人は車がガス欠であったため追いかけるのを諦めた。A は、被告人がついて来ないことに気付いたものの、やるしかないと思い、被害者が自宅に入ろうとするのを背後からその頸部に左腕を巻き付けて引き倒し、その顔面を路面に押し付ける暴行を加え、財布等を奪い、その際に被害者に傷害を負わせた。

【判旨】

松山地裁は、本件について、「A が被害者に暴行を加え、被告人が財布を奪うという役割分担を想定していたが、結果的に A 一人が実行行為を行っている点をどのように考えるかが問題となる」とした上で、①「A は、もともと、はぐれても犯行を中止するつもりはなく、被告人が後をついてきていないことに気付いたものの、『ベストを尽くそう』（公判証言)と考えて犯行に及んでいる」し、「強盗の相手は当初の予定どおりであり、A が加えた暴行

も、当初想定されていた暴行と大きく異なるものではない」から、「Aの被害者に対する暴行と財布の奪取行為を、従前の共謀とは異なる別個の犯意に基づくものとみことは困難である」、②「被告人は、事前の話合いとは異なり、自らが犯行に加わることはできなかったものの、Aが一人で犯行を行うことをなお期待し、Aの犯行後にこれを受け入れたものと認められる」ことから、「Aによる上記犯行は、二人の事前共謀に基づくものということができる」として、被告人に強盗致傷の共同正犯を認めた。

裁判例〔4-21〕：名古屋地判平成24年6月29日 LEX/DB 文献番号 25482252

【事案の概要】

本件において、被告人は、AおよびBが被害者を車中で脅迫し、更に被害者が経営するX株式会社の事務所内において被害者に暴行・脅迫を加えて現金や自動車等を強取した際、自動車を運転中にAらによる脅迫行為を認識し、X株式会社事務所に到着後には事務所内の備品の物色を行い、敷地内の自動車と鍵を照合し、Bに包丁を手渡した。

【判旨】

名古屋地裁は、被告人は①「暴行、脅迫や財物奪取という強盗罪の実行行為は一切行っていない」、②Aと被害者の「債権債務関係について事前に知っていたと思われる事情はない」、③「Aらから被害者のカードの残高照会等を依頼された時点で、それが被害者の意に反する異常な事態であることは察知できたとしても、それ以上に具体的な事情が分かったとは思われない」、④被告人の行為は「強盗の実行行為と同等程度に重要とはいえない」、⑤「被告人は、運転手役を務めており、奪ったカードによる現金の引き下ろしを行うなどしており、これらは一連の犯行の中では相応に重要な行為ではあるものの、強盗の犯行に与えた影響が大きいとまでは言えず、特に後者については、強盗致傷の行為の大半が終了した後に行われたものであり、この行為自体は独立した窃盗罪を構成していることからすると、強盗致傷罪への関与と同視することはできない」、⑥「終始AやBの指示で行動していただけで、自らの判断では行動していない」、⑦「被告人の利得はない」ことから、「自己の犯罪を犯したといえる程度に、重要な役割を果たしたとは到底認められず、強盗の共謀があったとの検察官の主張を認めることはできない」として、被告人は強盗致傷について幫助犯の限度で責任を負うと判示した。

裁判例〔4-22〕：東京地判平成24年9月14日 LEX/DB 文献番号 25500619

【事案の概要】

本件は、多数の貴金属類等を奪うことを目的として、情報提供や見張りなどを行う日本人グループと強盗を実行する中国人グループによって行われた計画性・組織性の高い連続的犯行であるところ、被告人は、両グループを引き合わせ、本件における強盗グループを結成させたものである。

【判旨】

東京地裁は、「被告人は、本件強盗グループを結成する上で重要な役割を果たしており、その後も、本件各事件における分け前の確保のために、犯行の前後を通じて積極的に関与し続け、相応の利益を得たのであるから、正に本件強盗グループの一員という立場にあったと評価できる」として、被告人に強盗の共同正犯を認めた。

裁判例〔4-23〕：東京高判平成25年5月28日高刑集66巻2号1頁、高検速報（平25）号65頁、東高刑時報64巻1～12号108頁、判タ1418号165頁⁽¹⁸⁾

【事案の概要】

本件は、被告人が実行犯Aらによる被害者3名に対する強盗殺人のために睡眠導入剤を提供し、また、実行犯らの依頼により報酬を得て被害者らの死体の運搬・処理を引き受けた事案である。原審（長野地裁）は、「被告人には、強盗殺人罪の故意を肯定できるのみならず、その関与の程度は、単なる幫助犯にとどまらず、自己の犯罪として主体的に関与する共謀共同正犯の域に達している」として、強盗殺人の共同正犯を被告人に認めた。

【判旨】

これに対して、東京高裁は、被告人が睡眠導入剤の使用を提案し、これを提供した点について、①Aから被害者を眠らせたいなどと相談を受けた際に、使用経験がある睡眠導入剤の使用を提案したところ、Aがそれを求めてきたため、当時たまたま持っていた睡眠導入剤を提供したものであって、その使用を積極的に提案し、進んで提供したのではない、②本件睡眠導入剤は入手困難なものではなく、「被告人がAから求められるまま安易に提供してしまった疑いも否定し切れない」、③Aらは、睡眠導入剤の提供を受けた後も、殺害の実行日時や場所等について被告人に相談せずに決定し〔ており〕、「犯行当日も被告人には一方的に待機等の指示をするだけで状況を詳しく知らせ〔ておらず〕」、また、「被告人においても、睡眠導入剤の提供以降もAの指示に従って行動し強盗殺人の計画や実行について積極的に関わる姿勢を示していない」ことから、「被告人において被害者らに対する強盗殺人に自らも関与する認識に変わり、Aらにおいても被告人とともに強盗殺人を実行する認識に変わったとは到底いえない」とした。また、「睡眠導入剤を提供した事実は、その後の強盗殺人の遂行の上で重要な行為であったことは否定できないが、強盗殺人の実行を決断させるのに重要な働きをしたとまではいえないし、提供するに至った経緯やその状況は、Aからの相談や交付要請に応答した受動的なものであったことは否定できない」として、被告人には強盗殺人の幫助犯が成立すると判示した⁽¹⁹⁾。

⁽¹⁸⁾ 本件については、門田成人「共謀共同正犯における正犯性の判断方法」法セミ59巻3号（2014年）111頁、本田稔「判批」法セミ61巻9号（2016年）161頁参照。

⁽¹⁹⁾ なお、本件の上告審である最決平成25年9月30日LEX/DB文献番号25502137は、弁護人の上告趣意は、「憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、刑法405条の上告理由に当たらない」として、被告人の上告を棄却した。

裁判例〔4-24〕：水戸地判平成26年10月6日LEX/DB文献番号25505093

【事案の概要】

本件は、A および B が被害者方に侵入し、被害者に暴行・脅迫を加え、反抗を抑圧した上で現金を奪い、傷害を負わせた事案において、被告人が自動車で A らを被害者方付近まで運び、A らが犯行を行っている間、犯行後に両名を乗せて逃走するために D 方付近で待機したものである。

【判旨】

本件について、水戸地裁は、「被告人が本件において果たした運転手という役割は、都内から茨城県内の被害者方付近まで交通手段のない深夜に移動して本件犯行を行うに当たり、かなり重要なものであったといえる」が、①「被告人の役割に照らすと、何らかの報酬を受け取っていると解するのが自然であるが、他の上位者との関係も不明であり、被告人が本件被害金から分け前を受け取ったとする証拠もないから、被告人の供述する運転手代一、二万円以上の報酬を受け取ったとは証拠上認められない」し、②「被告人がどのような経緯で本件に関与するに至ったか、被告人が本件の犯行計画をどの程度まで具体的に把握していたかは明らかでなく、被告人が当初から本件に積極的に関与したと認めるに足りる証拠もな〔く〕」、③「本件住居侵入、強盗の実行自体については何ら関与していない」ことから、「住居侵入、強盗致傷の幫助犯が成立するにとどまると判断した」。

裁判例〔4-25〕：山形地判平成28年8月5日LEX/DB文献番号25543775

【事案の概要】

被告人、A および B の3名は、被害者を山に埋めようと企て、本件山林において穴を掘った上、被告人が被害者を麻雀に誘い、その後、被害者から賃料の支払いを要求された B が山中に埋めている金員で支払う旨述べ、被告人ら3名は被害者と本件山林付近に向かった。本件山林に到着後、A および B が被害者と共に本件現場付近に向かったところ、被告人は逃げ出したいとの心境から A らについて行かず、また、A に対して「やらなくてもいいんじゃないか」と発言したが、本件現場において、A が被害者をナイフ様のもので突き刺し、B が金属バット様のもので殴打して殺害した。被害者を殺害した後、被告人が本件現場に到着し、B が被害者の財布を奪取した上、被告人ら3名は以前掘った穴に被害者の遺体を埋めて遺棄した。

【判旨】

山形地裁は、「被害者を殺害して財布を持ち出してパチンコ会員カードを換金するとの話を聞いても反対〔せず〕」、また、「A らとの間で被害者を山に埋める旨の話をし、これに沿う形で、本件山林に下見に行った上で、実際に、数時間をかけて穴を掘るという具体的な行動を伴った準備をしている」以上、強盗殺人の意思連絡の存在を肯定できるとした上で、①「自身も被害者への腹立ちや自由になりたいとの思いから、本件強盗殺人の話に加わったり、A らと行動を共にして穴掘り行為や被害者の呼び出しなどを行い、本件強盗殺人の際

も現場付近あるいは現場にいたことが認められるのであり、〔中略〕自己の意思によって意欲的に関与していることが認められる」、②「被告人が行った穴掘り行為は、殺害行為と一体となるものであり、また、呼び出し行為も、被害者の殺害のきっかけとなるものであり、かつ、AやBと被害者との関係上、被告人しか果たし得なかった行為である」から、「被告人が行った各行為は、本件強盗殺人の実行にとって重要なものであった」、③『「やらなくてもいいんじゃないか』との発言についても、被告人は、実際にAを制止するなどしておらず、真に犯行を止めようとする趣旨で発言したとは認められない」ことから、「被告人は、自己の意思によって意欲的に重要な行為を行っている上、〔中略〕本件強盗殺人に加わる動機が認められる」として、被告人に強盗殺人の共同正犯を認めた。

5. 詐欺罪／恐喝罪

裁判例〔5-1〕：横浜地判昭和56年7月17日判時1011号142号⁽²⁰⁾

【事案の概要】

本件は、A、B、C、Dの4名が被害者から金員を喝取しようとして共謀し、D方において、被害者に対して暴行・脅迫を加えて同人を畏怖させたところ、上記現場に行き合わせた被告人が、AとDに金員を取りに行くよう指示されてこれを承諾し、被害者を同行させた上で銀行に赴き、被害者から被害者の義父を介して現金5万円の交付を受けた事案である。

【判旨】

横浜地裁は、「共同正犯の成立には、共同実行の意思とその事実が必要であり（幫助犯にあっては、正犯を幫助する意思と正犯を幫助する行為）、承継的共同正犯において、じごに犯行に加担した者に、それ以前の先行行為者の行為についてまで責任を負担させることができる理由は、先行行為者の行為及び生じさせた結果・状態を単に認識・容認したというにとどまらず、これを自己の犯行の手段として積極的に利用すべく自己の犯罪行為の内容に取り入れて、残りの実行行為を他の共犯者と分担して行うことにあり、この場合の後行行為者の共同実行の意思の内容及び共同実行の事実は、介入後の後行行為者の行為を通じて明確となるわけである」とした上で、「本件においては、被告人は被害者がAらの先行行為により畏怖状態にあることを認識・容認して金員受領行為に加担しているので、これによって恐喝罪の実現に協力したと評価することができるが、傷害の結果を生じさせることやその拡大につながるような暴行等の寄与行為はなんらしていないから、傷害については共同実行の意思及びその事実の存在を認めることはできず、結局、本件については恐喝罪の限度で承継的共同犯の成立を認めることができるが、傷害についてはこれを認め得ない」と解した。

⁽²⁰⁾ 本件については、宇津呂英雄「承継的共同犯の責任の範囲」警論35巻1号（1982年）153頁以下、佐藤多美夫「承継的共同犯」北海道駒沢大学研究紀要19号（1984年）165頁以下、福山道義「判批」『刑法判例百選I〔第4版〕』（有斐閣、1997年）166頁以下、立石二六「判批」『刑法判例百選I〔第5版〕』（有斐閣、2003年）164頁以下、只木誠「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』（有斐閣、2008年）170頁以下参照。

なお、横浜地裁は、「本件は、暴行を加えて財物の交付を受けようとする恐喝罪の正犯が先行しているところ、被告人はその財物の交付を受ける行為のみを、情を知ってなした者であり、かつ、これを自らの犯罪遂行としてなしたのではなく、A、Dに指示され、それらの者のために加担したものであって、恐喝の正犯意思を有していたとまでは認め難いから、恐喝の共同正犯の成立は認定でき〔ない〕」として、恐喝の幫助犯を認定した。

裁判例〔5-2〕：東京高判昭和57年12月21日判時1085号150頁

【事案の概要】

本件は、刀剣類のブローカーをしていた被告人が、同業者Aが無銘の日本刀を重要美術品に認定された高価な日本刀であるかのように装い他人を欺罔して金員を騙取することを十分に認識しながら、Aに日本刀等売り渡し、Aが上記日本刀を高価な刀であると誤信させて、被害者から金員を騙取した事案である。

【判旨】

被告人が「日本刀や重要美術品認定通知書用紙をAに売渡し、右日本刀を重要美術品として認定された刀であるかのように装うことをAに勧めるなどし、本件各詐欺の犯行の実現につき相当程度寄与していることは明らかであるけれども、各詐欺の実行行為そのものを分担したものと認められず、また、Aとの間で各詐欺の犯行につき共謀があったと認めることも困難というべきである」。というも、「Aが欺罔しようとする相手方や欺罔の方法、時期などについては何も聞かず、日本刀などを売渡したほかはAの犯行につきなんら介入、関与せず、Aから事後報告もうけていないし、騙取金員の配分もうけていないのであって、これらの諸点からすれば、被告人にAの行為を利用し同人と共に詐欺罪を行おうとする犯意があったとは認め難いものといわなければならない」からである。かくして、東京高裁は、詐欺の共同正犯を否定し、被告人に幫助の成立を認めた。

裁判例〔5-3〕：大阪地判昭和59年2月29日判タ559号306頁

【事案の概要】

被告人が仲介人として売りに出しているA所有の土地の袋地部分(1400万円)について、被告人は、Bがこれを別の土地であるように装って被害者を欺罔し、高値で買わせようとしていることを推測したが、騙取金のうちから相当の分配金を得られると考えたことからBの計画に加わり、同人に契約書を渡した。Bは、改ざんした契約書により被害者を欺罔して5500万円を騙取し、被告人はそのうちから約800万円を受け取った。

【判旨】

大阪地裁は、詐欺の共同正犯の成立を肯定したが、「被告人に確定的詐欺の犯意及び被告人と共犯者らとの間に明示的共謀共同正犯の成立を認めるにはなお合理的な疑いがあり、未必的詐欺の犯意及び黙示的共謀の限度でこれを認めるのが相当である」と判示した⁽²¹⁾。

⁽²¹⁾ 本件の控訴審判決（大阪高判昭和60年1月25日判タ559号304頁）も、「被告人に少

裁判例〔5－4〕：東京高判平成8年6月25日判時1581号134頁

【事案の概要】

本件は、談合に関するものとして持ち出された内部資料を利用して関連企業を恐喝しようとする元総会屋であるAらが企てたところ、元弁護士である被告人が、談合を糾弾した上、回答がない場合には公正取引委員会に対する申告と不正談合罪による刑事告訴等の手続をとる趣旨の脅迫文書を作成し、郵送した事案である。

【判旨】

本件につき、東京高裁は、被告人は、①「通知書の案文作成にとどまらず、これを発送しさらには最終通知書についても同様に起案して郵送して〔おり〕」、「この通知書と最終通知書の起案、発送は、本件恐喝未遂の実行行為の一部ないしはこれに準ずるものであるうえ、被告人が高度の知識を駆使して主体的、積極的に行ったものであって、決して単純な事務的、機械的作業の類ではな〔く〕」、②Aがブラックジャーナリストや新聞記者らに会った際に、「いずれも同席するなど事件に深く関わっている」し、③被告人が本件犯行に関与したのは日当のほか、企業側から金が支払われた場合には分け前ももらえると期待したためであり、現に現金分配の際に自ら要求して250万円の分け前に与っており、「犯罪の遂行に当たって相応の利得を目的としていたと認められる」ことから、「他人の犯罪を助長するという程度にとどまらず、自己の犯罪を目的的に遂行したと評価できる」として、「原判決が認定したとおり共同正犯とするのが相当である」と判示した。

裁判例〔5－5〕：大阪高判平成8年9月17日判タ940号272頁

【事案の概要】

暴力団員であるAが被害者を恐喝した本件において、被告人は、Aが1000万円を要求した際にはその額を下げよう申し出て300万円に値引きし、被害者が300万円を持参した際にも200万円くらいでおさめてもらいたい旨を電話で交渉しつつ、Aから取っておくよう言われた50万円を手元に置いた上で、250万円をAに届け、喝取金受渡しの仲介を行った。

原審（神戸地裁）は、喝取金の受領行為を恐喝行為の典型的な実行行為の一部であると説示し、被告人に恐喝罪の共同正犯を認めた。

【判旨】

これに対して、大阪高裁は、被告人が「本件恐喝の犯行の実現に相当程度寄与していることは明らかであるけれども、恐喝の実行行為を分担したものと認められず」、また、①被告人がA「との友好関係にも配慮しつつも、他方で、被害者の側にあって同人をかばわざるを得ない立場にあり、〔中略〕Aに値引き交渉をしていること」、②Aから分け前の趣旨で

くとも本件詐欺の未必的故意があつたこと、被告人とBとの間に黙示の共謀が成立していたことは明らかである」として、被告人に未必の故意による詐欺の共同正犯を認めている。

50万円を受け取ったが、それはAが言い出したことであり、また、その処理について被害者の意見を聞こうとしていることに鑑みると、「被告人にAらの行為を利用し同人とともに恐喝罪を行おうとする犯意があったとは認めがたい」とした。かくして、大阪高裁は、実行行為を分担しておらず、また、Aらとの間で共謀があったともいえないとして、恐喝罪の共同正犯を否定し、幫助犯の成立を認定した。

裁判例〔5－6〕：高松高判平成12年7月18日判時1732号149頁、高検速報（平12）号231頁⁽²²⁾

【事案の概要】

本件は、被告人、B、Cの3名が乗車し、Bが運転する自動車にAが故意に追突し、被告人らが受傷したように装った偽装自動車事故を引き起こし、被告人ら3名がそれぞれ保険金支払請求手続を行って保険金を取得した事案である。本件においては、被告人に、①他の共犯者による保険金支払請求が可能であろうことを認識しつつも、その支払請求手続に関与せず、利益の分配にもあずからなかった保険金詐欺について、また、②共犯者の保険契約の存在自体を知らず、支払請求手続に関与したことも利益の分配にあずかったこともない保険金詐欺について、共同正犯が成立するかが問われた。

【判旨】

高松高裁は、①「保険金詐欺の実行行為は、偽装事故であることを秘して行う各別の保険金支払請求手続それ自体であって、偽装事故を引き起こすことではない」が、「両者の結びつきは密接不可分で、前者〔偽装事故の惹起〕が成功裡に推移すれば後者〔保険金支払請求手続〕の成功することはほぼ確実といえるのであって、〔中略〕その重要性において前者は後者に勝るとも劣るものではないといえる」から、「被告人らは、本件各保険金詐欺において、実行行為を共同して行ったというのに限りなく近い立場にあるといえる」、②「本件のような態様の保険金詐欺においては、関与した者すべてが偽装事故であることを秘して受傷を装い続けることによってはじめて実行行為たる各人の保険金支払請求手続が奏功するのであって、うち一人でも脱落して真相が明らかになれば、他の者の支払請求手続もすべて不奏功に帰することはほぼ自明の理である」のであって、「各別ではあるが相互に密接に関連した同種の目的を有し、その達成のためには各人の実行行為の完遂を互いに必要とし合っている一連托生ともいべき相互依存の関係にあるといえるから、自らの行う支払請求手続にとって他の者の行う支払請求手続は不可欠の存在であり、両者の関係は互いにその一部をなしているといっても過言でないほどに密接である」、③「偽装事故を共同して引き起こし、それにより受傷したように装ったからには、被告人らは、それに引き続く実行行為たる各人の保険金支払請求手続の段階においてもなお共通の利害関係を有し、そ

⁽²²⁾ 本件については、門田成人「共謀共同正犯の成立範囲」法セミ46巻6号（2001年）110頁、中山研一「共謀共同正犯の成立範囲——偽装事故による保険金詐欺の事例——」北陸9巻2号（2001年）121頁以下参照。

の完遂に向けて互いに強い心理的紐帯と拘束を有しているといえる」ことから、被告人らは相互に利用し合う関係にあるのであって、「互いに他の者の行った各保険金支払請求についても、共謀共同正犯の責任を問われて然るべきものといえる」と判示した。

裁判例〔5－7〕：東京高判平成23年11月25日東高刑時報62巻117頁、高検速報（平23）号176頁

【事案の概要】

本件は、被告人が「オレオレ詐欺」の被害者らから現金を受け取った事案であるが、原審（横浜地裁）は、受け子である被告人について、①全体的な犯行計画は氏名不詳者らが策定したもので、被告人は、その内容を全く知らされておらず、詐欺の犯意も未必的なものにとどまる、②単に指示されるまま、犯行全体のうちごく一部をなすにすぎない現金受領役を果たしただけである、③被告人の報酬は、詐取し、又は詐取しようとした金額に対してごく僅かであるとして、幫助犯の成立を認めた。

【判旨】

これに対して、東京高裁は、本件のような「詐欺を遂行するには、〔中略〕受取役の者が、これら欺罔役の者と密接に情報を交換し、被害者と打ち合わされた内容を把握し、金融会社の者に見えるような服装で、予めそれらしい外観の領収証を準備し、欺罔役が被害者に伝えてある偽名を名乗るなどして被害者に接触することが必要であり、これらの者が密接に連携した上、被害者からの金銭受領に向けて一体として動くことが予定されているものといえる」ことから、「被告人の受取役としての行為は、本件犯行において、単に交付された金銭を受領するという事実行行為であるにとどまらず、目的達成に向けた欺罔行為の一部にも関わり、本件犯行を完遂させるために重要かつ不可欠な行為と評価できる」と解した。また、原審の上記①については、「オレオレ詐欺の一端を担うものと認識しながら、受取役を実行したものと認められる」から、共同正犯成立の支障にはならない、③については、「絶対額として必ずしも低額とはいえず、これを得ようとして本件犯行に加担した被告人の心情をも考慮すると、この点が共同正犯の成立を否定するほどの大きな事情になるとは考えられない」として、結論として、被告人に詐欺の共同正犯を認めた。

裁判例〔5－8〕：金沢地裁平成24年10月23日LEX/DB文献番号25483138

【事案の概要】

本件は、被告人が、いわゆる「振り込め詐欺」において、被害者らが郵便受けに投函した現金を持ち去った事案である。

【判旨】

金沢地裁は、「被告人は、従属的な立場であったとはいえ、被害者が投函した現金を郵便受け等から回収するという重要な役割を分担し、いわゆる振り込め詐欺の目的達成に不可欠な実行行為の一部をしているから、実行共同正犯に該当することが明らかである。しか

も、被告人は、回収した現金から報酬相当額を差し引いて共犯者に送金しており、その金額や割合等に照らしても、幫助犯とは到底いえない」として、被告人に詐欺の共同正犯を認めた。

裁判例〔5－9〕：東京高判平成25年2月20日高検速報（平25）号45頁、東高刑時報64巻1～12号62頁

【事案の概要】

本件は、実行者 A の勤務先経営者である被告人が、A の依頼を受けて、その情を知りながら内容虚偽の休業損害証明書等を作成し、実行者が交通事故による休業損害補償金を請求した詐欺未遂の事案である。本件について、原審（千葉地裁松戸支部）は、「本件詐欺行為の中核は勤務先作成の休業損害証明書等に虚偽の内容を記載することにあるといえる点で、被告人の行為は本件詐欺の実行行為の前提をなす重要かつ密接不可分の行為である」などとして、被告人に詐欺未遂の共同正犯の成立を認めた。

【判旨】

これに対して、東京高裁は、被告人の行為は「本件詐欺の実行行為の前提をなす重要かつ密接不可分の行為を行ったものとも評価でき〔る〕」し、休業損害証明書等を A が勤務する「会社の実質的経営者として作成したもので、その意味でも重要な役割を果たしたといえる」としつつも、①「本件は、通常、財産的利益を得ることが主たる動機となる詐欺の事案であるにもかかわらず、被告人は、本件詐欺行為によって得られる利益について、その分配を受けるような約束を A との間で全くしておらず、また、これを期待していたことすら証拠上認められ〔ない〕」、②「被告人は、休業損害証明書等を作成してこれを A に交付した後は、その詐欺行為の実行や中止に全く関与しないばかりか、詐欺行為の結末等に関心を示した様子すら証拠上窺われない」ことから、「被告人が本件における A の行為を利用して、本件詐欺行為を自己の犯罪として行ったものと認定するにはなお合理的な疑いを容れる余地がある」として、詐欺未遂の幫助犯が認められるにすぎないと判示した。

裁判例〔5－10〕：広島高判平成25年4月23日高検速報（平25）号203頁

【事案の概要】

本件は、氏名不詳の共犯者が投資を装って現金を振り込ませる詐欺を行うにあたって、被告人が架空会社 X の代表取締役として自己の氏名を使用することを許諾した上、架空会社 X が現に存在して実際にレアアースなどの取引を取り扱っており、高利率の社債の募集等を行っているなどの内容が詳細に記載されたパンフレットを被害者に送付した事案である。原審（広島地裁福山支部）は、「本件各詐欺を行う意思はなく、他人の行為を、自己の手段として犯罪を行おうとしたこともなかったし、だれとも知らない本件各詐欺の各実行行為者らとの間で、犯罪の共同遂行の合意をしたはずもない」として、詐欺の共同正犯を否定し、幫助犯を認めた。

【判旨】

広島高裁は、まず、①「被告人が行ったパンフレット送付行為について、将来行われるかもしれない詐欺の準備行為であって、詐欺の実行行為に当たらないと判断した原判決の見方は」是認できないのであって、「その送付を受けた者を、X社は営業実体があり、同会社の社債を購入することにより、相応の利益が得られると誤信させ、あるいは、誤信を強めさせる危険性を有するものと優に認めることができる」として、送付行為の実行行為性を認めた。次に、②「詐欺の共謀が成立したといえるためには、他の実行行為者による欺罔行為の態様や内容等について、必ずしも詳細かつ具体的に認識している必要はないし、また、共犯者の間で、数人が順次に意思を連絡し合うことにより、犯罪を実現する意思が形成されたような場合でもよく、必ずしも共犯者全員を覚知している必要はないと考えられる」から、「犯罪の認識を欠くとか、共謀の成立が否定される」ことはないとした。また、被告人は、③（ア）架空会社の口座を管理し、振り込まれた金員を出金し、共犯者に渡し、（イ）口座が凍結されていないかを確認し、（ウ）口座から社債の利息の支払いを装って送金したわけだが、いずれも本件詐欺にとって重要な意味を持つと認定した。以上に加え、④「自身の利益を図る動機によるものであったことが認められ〔る〕」ことから、「氏名不詳者らによる本件の一連の投資名目による金員詐取の企てにおける被告人の関与の重要性や、その利欲的な動機等に照らすと、被告人は、〔中略〕自己のために犯罪を行う意思を実現すべく、〔中略〕共謀を遂げるに至った」として、被告人に共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔5-11〕：大阪地判平成27年2月17日 LEX/DB 文献番号 25506325

【事案の概要】

本件被告人は、AおよびBが融資を依頼していた被害者から金品を強奪しようと考え、Bが被害者に対して金槌で暴行を加え、その反抗を抑圧した上で、被害者所有または管理の現金等を強取し、その際に傷害を負わせた事案において、AからBに同行するよう指示されてこれを引き受け、Bの指示に従い周囲の車の動きを見て、被害者が乗車する車両の接近をBに伝え、Bが強盗を実行する際にその場にとどまっていた。

【判旨】

大阪地裁は、まず、「被告人は、犯行の際に、Bが被害者に対してある程度の暴行や脅迫を加えることは認識していたが、反抗を抑圧する程度の暴行や脅迫を加えることについては、せいぜい漠然とした危惧感、不安感を持っていた程度にとどまり、この点を未必的にも認識、認容していたとまでは認め難い」から、「被告人には、強盗の共謀は認められず、恐喝と傷害の共謀（その前提としての故意）が認められるにとどまる」とした。次に、恐喝および傷害の共同正犯の成否に関しては、①「Bへの同行を了承したことが、Bにおいて実行を決意するきっかけとなっている」、②「被告人がBに同行して現場まで赴き、被害者の車の接近を教え、さらに実行行為がほぼ終わるまで現場にとどまったり被害者に近付いたりしていることは、Bに安心感を与え、周囲を気にせず実行行為に注力できるなど犯行を

容易にしているとともに、被害者に対して威圧的効果も与えている」、③「事件後、被告人は、Bから渡された200万円を首謀者のAに届けている」から、「被告人の関与が一連の犯行の実現に寄与した程度はそれなりに大きい」と評価しつつも、①は、「AやBとの上下関係から、断り切れずに渋々引き受けたという面が強かったと認められる」のであって、「被告人の了承は、Bが実行を決意したきっかけにはなっているが、それがなかったとしても、他の人物を用意するなどしてBが犯行を決意したことは十分考えられ、被告人が犯行に不可欠な役割を果たしたとはいえない」、②は、「Bの行為を正確に認識し、これを受け入れた上で現場にとどまっていたとは認め難く、むしろ、想定外の激しい暴行を見たため動揺し、とにかく様子を見ようとして近づいたところ、Bがかばんを奪おうとしている状況が見えたため、Bの向かう方向と一緒に逃げたと認める余地が十分にある」、③は、「被告人が現金をAに届けることについては、事前に綿密に計画されていたものとは認め難い」ことから、被告人の役割・寄与は「実行行為者への心理的な援助等の周辺のなものにとどま[り]」、「自らの利益を得ようとするなどの明確な動機は認め難く」、「終始、AやBの指示を受けてこれに従っていたのであり、そこに主体的、積極的な関与は見られない」として、恐喝および傷害の幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔5-12〕：名古屋地判平成27年4月27日LEX/DB文献番号25540401

【事案の概要】

本件は、被告人が、①不正に入手したB名義のキャッシュカードを使用して現金自動預払機から現金を窃取しようとして共犯者Aと企て、25回にわたって各金融機関の管理者が管理する現金を現金自動預払機から引き出して窃取し、②AがBになりすましてCから現金を騙し取ろうと企てたところ、AがCから現金を騙し取ろうとしていること、およびCが騙されて上記口座に振込入金した現金の引き出しをA自身が行い難いことを知りながら、Aに対して、B名義の普通預金口座から引き出すことを被告人が引受ける旨を連絡し、認識させた事案である。

【判旨】

名古屋地裁は、①事案について、「通常、実行行為を行ったことから、当該犯罪に自己の犯罪として関与する意思、すなわち正犯意思の存在も推認されるので、実行行為をしているにもかかわらず、正犯意思を欠くのは特段の事情が存する場合に限られる」とした上で、「金融機関から現金の占有を移転させるという窃盗の実行行為の全部を一人で担っており、B口座からの引き出しをA自ら行うことは避けたい状況にあったことなど、被告人が本件各引き出しを担った経緯等も併せ考えれば、被告人が本件において果たした役割は極めて重要なものである。弁護人が主張する諸事情〔被告人の動機がAに対する恐怖や義理立ってだったこと〕自体は認められるとしても、そのような諸事情を正犯意思の存在を否定する特段の事情とみることはできない」として、窃盗の共同正犯を認めた。

他方、②事案については、「欺罔行為により現金が口座に振込入金されれば、その時点で

詐欺は既遂となるから、詐取金を口座から引き出すことは、詐欺の実行行為ではないが、詐欺による利益を実質的に手にするには、詐取金相当額を振り込まれた口座から引き出す必要があるので、口座からの引き出しは、詐欺の目的を達する上で重要な行為である」と評価しつつも、①「事前に欺罔行為等の具体的な内容まで知らされていたわけでもないことからすれば、本件詐欺について A と被告人との間の意思連絡は必ずしも密にされたものとは認め難〔く〕」、②「A との関係は、被告人が一方的に A に従属する関係にあり、被告人が今回についても引き出しを担うことを了解したのも、〔中略〕復讐を恐れる恐怖心等から逆らい難い状況にもなっていたという事情があ〔り〕」、③「被告人には詐取金の分配を受けるなど金銭的な報酬を得る目的はなく、実際に利益分配も報酬も受けてはいない」ことから、「A と被告人とが、共同して本件詐欺を遂行しようとする意思を有していたとはいえず、被告人には、A の思うままに行動して A が本件詐欺の目的を遂げるのに助力する意思はあったとはいっても、それを自己の犯罪として行おうとする意思、すなわち正犯意思があったとは認められない」として共同正犯を否定し、幫助犯の成立を認めた。

6. 器物損壊罪

裁判例〔6-1〕：東京地判平成9月7月14日判時1626号155頁

【事案の概要】

本件において、被告人は、A および B が被害者方の玄関ドアに向けてけん銃を発砲し、建造物の一部である玄関ドアを損壊したところ、B の指示に基づき、自分が運転する自動車に A を乗せて被害者方付近まで行き、A に被害者方を教え、同人方から数十メートル離れた地点で車を止めエンジンを掛けたまま待機し、被害者方にけん銃を撃ち込んで戻って来た A を車に乗せて逃走した。

【判旨】

東京地裁は、被告人が果たした役割について、「このような被告人の行為は、建造物損壊や脅迫の実行行為そのものとはいえない。しかしながら、実行行為者が、路上から住宅の玄関に向けてけん銃を撃ち込む行為を完遂し、自己の犯行であることを悟られないためには、誰にも気付かれることなく対象物に接近することのみならず、けん銃の発射音が大きく、かつ、それと分かるものであるがゆえに、けん銃を撃ち込んだ後誰にも見付けられることなく素早くその場から逃走することが肝要であり、その意味で、被告人の前記の行為は、実行行為と同程度に重要なものである。しかも、本件においては、被告人のみが被害者方の所在地、同人方への道順及び同人方からの逃走経路を把握していたのであるから、被告人の関与なしには実行することができなかつたのであり、被告人の前記行為は、本件犯行を行うために必要不可欠のものであった」と評価した。また、被告人は、「警察に追われる身で、経済的にもゆとりのない状態であり、今後も引き続き B から小遣いをもらえることを期待するなどして B の指示に従い、B が A との関係で行うべき行為を行ったものである」。

かくして、東京地裁は、①被告人の役割および重要性、②被告人と A および B の関係、③被告人の心理状態からは、「A、B 及び被告人の三者はそれぞれの置かれた立場に応じて被害者所有の建造物の損壊行為及び被害者に対する脅迫行為の実現に向けて一体となったものであり、A の行った実行行為は、その共同意思の下に行われた三者共同のものであると認められる」として、被告人に共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔6-2〕：旭川地判平成 28 年 9 月 5 日 D1-Law/ID 28243548

【事案の概要】

本件は、暴力団員 A が被害者宅に向けて一升瓶を投げつけ、他人の財物を損壊するにあたって、暴力団員 A の舎弟である被告人が自動車を運転し、助手席に乗り込んだ A の指示に従い被害者の住居に赴き、A が本件実行行為に及ぶや、直ちに同車に戻り、被告人の運転でその場を離れた事案である。

【判旨】

旭川地裁は、①「本件は、暴力団組織間の抗争の一環として行われた犯行である」、②「被告人は、本件に先立ち、抗争の一方当事者である暴力団組織の構成員として、他方当事者である対立組織の構成員らの動静監視等の活動に従事していた」、③「被告人は、事前に、共犯者から、対立組織の会長の住居である判示建物に赴き、びんを投げつけるという、本件の計画を告げられた上で、同行することを承諾した」、④「被告人が本件で果たした役割は、車を運転して共犯者を同建物直近まで送り届け、降車から約 10 秒後に、実行を終えて戻ってきた共犯者を再び乗車させ、直ちにその場から離れて逃走するという、本件の遂行に当たって極めて重要な役割であった」ことから、「被告人が、本件について共同正犯としての責任を負うべきことに、疑いを容れる余地はない」と判示した。

7. 薬物犯罪

裁判例〔7-1〕：福岡高判昭和 27 年 6 月 11 日高等刑特報 19 号 100 頁

【事案の概要】

本件被告人は、覚せい剤の携行をその所持者から依頼され、その依頼者に随伴して覚せい剤を携行した。

【判旨】

福岡高裁は、「物の所持とは人が物を実力的に支配する状態を指称するものであるから、物を実力的に支配している者からこれが携行を依頼されてこれに随伴してその物を携行する場合、その物に対する実力的支配は依然としてその依頼者に存し、依頼を受けたものにおいてこれを自ら支配する意思がない限り、その物に対する実力的支配関係を設定するものでなく、単に依頼者のその物に対する実力的支配を容易ならしめているに過ぎない」として、被告人に覚せい剤所持の幫助犯を認めた。

裁判例〔7-2〕：福岡高判昭和30年5月28日高裁判特報2巻12号577頁、ジュリ88号577頁

【事案の概要】

本件は、Aが覚せい剤注射液4cc入りアンプル1410本、2cc入りアンプル150本を製造するにあたり、注射液をアンプルに詰めた被告人に覚せい剤製造罪が成立するかが問われた事案である。

【判旨】

福岡高裁は、本件覚せい剤入りアンプルを製造にあたり、「Aは注射液そのものの製造と注射液のはいつたアンプルの口を封緘する仕事をし、被告人はAからたのまれて既にAが製造した注射液を空アンプルに注入する仕事だけに従事したことが認められる」ところ、「被告人がしたような既に製品となつている覚せい剤注射液をアンプルにうつし入れるだけの所為はそのアンプル入注射液の製造とは云えない」として、「原判決が判示事実に対し覚せい剤製造の従犯として処断したのは相当である」と判示した。

裁判例〔7-3〕：横浜地川崎支判昭和51年11月25日判時842号127頁

【事案の概要】

本件は、Aから1グラム1万円の覚せい剤50グラムの世話を依頼された被告人がBに連絡し、取引の日時・場所をBに知らせたところ、取引相手が快くないAであることをBが見聞・了知したことから、被告人がBから受け取った覚せい剤をAに渡し、同人から50万円を受け取った上、これをそのままBに渡した事案である。

【判旨】

横浜地裁川崎支部は、「被告人が覚せい剤五〇グラムをAに手渡した客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為における被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、BのAに対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべく〔中略〕、これを正犯に問擬することはできない」として、被告人に覚せい剤譲渡の幫助犯を認めた。

裁判例〔7-4〕：東京高判昭和52年2月16日高刑集30巻1号102頁、刑月9巻1・2号29頁、東高刑時報28巻2号14頁

【事案の概要】

被告人は、Aが覚せい剤の入ったB所有の鞆を持ち去る機会を窺っていることを知りつつ、Aが鞆の中の覚せい剤を騙取する意思でBに対し「お客はこの近くにいる。一五分位で品物を金にしてくれるから預からしてもらいたい。」と欺罔して鞆をBから受取るや、Bと共にAの帰りを待つかのように振舞ってBを安心させ、再び戻ってくる意思のないAが右鞆を持って立ち去るのを見送った後、Bと共にそのまま居残った。

【判旨】

東京高裁は、「被告人はAがBから本件覚せい剤をだまし取るや、Aと意思相通じ、覚せい剤と知りつつ同人と相協力してその所持を確実なものにしたのであるから、所持罪の共同正犯としての責任を負わなければならない」と判示した。

裁判例〔7-5〕：大津地判昭和53年12月26日判時924号145頁

【事案の概要】

本件は、被告人が、Aが覚せい剤を水に溶かした水溶液を自己に注射する際、同人に頼まれて、右水溶液を同人の身体に注射した事案である。

【判旨】

大津地裁は、「覚せい剤取締法一九条にいう覚せい剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解されるし、覚せい剤の水溶液を注射器で人の身体に注射することは、それ自体が覚せい剤の使用と目される場合もありえ〔る〕」としつつも、「被告人は、Aにおいて自ら覚せい剤の水溶液を注射しようとする途中で、同人に頼まれるまゝその手で同人に注射をしてやったというもので、結局、同人の身体に注射をしたのは被告人自身であるけれども、しかし右所為における被告人は、自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚せい剤使用の正犯意思を欠き、Aの覚せい剤使用行為を幫助する意思を有したにすぎないと認めざるをえないから、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認めるべく、これを正犯に問擬することはできない」として、被告人にAの覚せい剤使用の幫助犯を認めた。

裁判例〔7-6〕：東京高判昭和57年7月13日高検速報（昭57）号304頁

【事案の概要】

Aが自己所有の覚せい剤を携えてマンションを出ようとした際、マンションの出口辺りで張り込み中の警察官に気づいたために引き返したところ、被告人は、Aが右覚せい剤所持を警察官に発見されて逮捕されるのを防ごうと考え、自ら積極的に同人にかわって覚せい剤を持つと申し出て、Aがこれを了承し、被告人とAが連れ立ってマンションを出たが、約20メートル程歩いたときに警察官に職務質問され、両名は検挙された。

【判旨】

東京高裁は、「被告人が現実には覚せい剤を手にしていたのが前記佐久間マンションを出てから道路上を約二〇メートル程進行した比較的短時間に過ぎないとはいえ、その間における被告人の所持は、外形的には、これを握持することによつて目的物に対する事実上の支配を設定しているうえ、主観的にも、被告人において、Aの了解の下に、所有者である同人に代つて事実上の実力支配を本件覚せい剤に及ぼすことの認識を有したものと見える」ことから、覚せい剤所持の共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔7-7〕：最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁、判時1052号152頁、判タ477号100頁⁽²³⁾

【事案の概要】

本件は、タイからの大麻密輸入を計画したAから実行担当者になって欲しいと頼まれた被告人が、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、大麻を入手したい欲求にかられ、知人のBに事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとしてAに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部(20万円)をAに提供した事案である。本件では被告人に大麻密輸入の共謀共同正犯が成立するかが争われ、一審(大阪地裁)と二審(大阪高裁)はいずれもその成立を肯定した。

【判旨】

最高裁は、自己の身代わりとしてBをAに引き合わせ、大麻の一部をもらい受ける約束のもとに資金の一部を提供した点をもって、「大麻密輸入の謀議を遂げたと認めた原判断は、正当である」として、共謀共同正犯の成立を認めた原審の判断を肯定した。

なお、本件最高裁決定には団藤重光裁判官の補足意見が付されている。団藤裁判官によれば、「正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である」が、「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はその犯罪実現の主体となつ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」。これを本件について見ると、①「みずから大麻を入手したい欲求にかられて、本件犯行に及んだこと」および②「大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその代金に見合う資金を提供していること」が認められ、「これは被告人にとって本件犯罪が自分のための犯罪でもあつたことを示すものというべく、それだけでただちに正犯性を基礎づけるには足りないとはいえ、本人がその犯罪実現の主体となつたものとみとめるための重要な指標のひとつになるものというべきである」。また、被告人が果たした役割について見ると、「Bは被告人よりも五、六歳年少の青年で、被告人がかねてからサーフィンに連れて行くなどして面倒をみてやつていた者であるが」、外国旅行を切望していたBに『「旅費なしでバンコックへ行ける話がある』といつてタイ国行きを二つ返事で応諾させたのであり、その際、大麻の密輸入のこともいつて、自分の代わりに行くことを承知させたものと認められる」から、被告人は、「Aとともに、本件犯行計画においてBを自分の思うよう

⁽²³⁾ 本件については、香川達夫「判批」判評289号(判時1064号)(1983年)59頁以下、西田典之「判批」法教29号(1983年)132頁以下、大越義久「判批」法セミ28巻4号(1984年)61頁、中野次雄「判批」警察研究56巻1号(1985年)70頁以下、木谷明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和57年度』(法曹会、1986年)221頁以下、大野平吉「判批」『刑法判例百選I〔第3版〕』(有斐閣、1991年)158頁以下、室井和弘「共同正犯と幫助犯」研修608号(1999年)69頁以下、酒井安行「判批」『刑法判例百選I〔第5版〕』(有斐閣、2003年)152頁以下、岡上雅美「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』(有斐閣、2008年)158頁以下、橋本正博「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』(有斐閣、2014年)156頁以下参照。

に行動させてこれに実行をさせたものと認めることができる」。団藤裁判官は、以上のことから、「被告人は共同正犯の責任を免れない」との結論を下している。

裁判例〔7－8〕：大阪高判昭和59年3月14日判タ535号304頁⁽²⁴⁾

【事案の概要】

本件は、覚せい剤の密売人Aの依頼を受け、親交のある暴力団会長Bに覚せい剤100グラムを注文した被告人が、Aを伴ってBの事務所に出向き、Aが信用できる人物であることを保証した上、A・B間の覚せい剤譲渡を仲介し、覚せい剤の代金を相手方に手渡した事案である。本件について、原審（大阪地裁）は、「本件は被告人が覚せい剤を欲しがっていたAにその仕入先を紹介する目的で好意的に同行したものであり、しかも取引の現場でも、被告人はAのために、同人に代つて代金を先方に引き渡したにすぎない」として、被告人の罪責は幫助犯にとどまると判示した。

【判旨】

これに対して、大阪高裁は、本件における被告人の役割について、①「本件のような多量の覚せい剤の取引については代金決済等契約履行の面のみならず、将来関係者の一部が検挙された時累が及ぶおそれがある等種々の面で危険が伴うため相手方に信用があることが重要な要素となつていることは所論指摘のとおりであつて、本件において、BはAと面識すらなかつたのであるから被告人から電話で頼まれただけでは一〇〇グラムもの多量の覚せい剤をAに売り渡すようなことはしないと考えられたので、Bの信用をえている被告人がAを連れて直接Bのもとに出向き、被告人自身も覚せい剤の売買に立ち会うことによつて同人に対し買受人であるAの信用を保証したもので、それによつてAがBらから本件覚せい剤を買受けることができたものとみるべきである」として、「被告人が果たした役割は本件覚せい剤の譲受けの結果実現に必要で欠くべからざる重要なものであつたと認められる」とした。また、②「本件取引における自己の尽力に対し相応の謝礼を期待して本件に関与したものと認めるのが相当である」し、「原判決が説示するように本件売買の取り決めはAが取引現場で実質全部行つたと認めるのも相当でない」と認定した。

以上の事実認定に基づき、大阪高裁は、被告人自身が覚せい剤を譲り受けたわけではなく、実行行為を分担したものとはいえないとしても、「被告人の代金支払い行為自体本件覚せい剤の譲り受けに密接で重要であるばかりでなくこれを含めて被告人がAの本件覚せい剤譲り受けの犯行を完遂させる目的で終始同人に協力加担した行為は前記のとおり本件譲り受けの結果実現に必要で欠くことが出来ない重要なものであり、しかも犯行によりAの財産上の利益を図るとともに自分も利得を期待していたと認められるから、被告人はAと共謀のうえ営利の目的で本件覚せい剤の譲り受けをしたものとして正犯と認めるべきである」と判示した。

⁽²⁴⁾ 本件については、内田文昭「共同正犯と幫助犯」判タ540号（1985年）73頁以下参照。

裁判例〔7-9〕：大阪高判昭和62年4月2日判時1238号154頁、判タ652号262頁

【事案の概要】

本件は、Aが自己使用分を捻出する目的で覚せい剤の密売を行っていたところ、親交のあった被告人がA方で同居するようになり、Aの覚せい剤密売の手助けを行うようになったが、Aに対し密売する覚せい剤の数量が代価に比して多過ぎるので減量するよう勧告したり、買受代金を借りにして支払わない不良買受人にその支払方を督促したり、時折買受客を探してAに引き合わせ、またはAに頼まれて買受客のもとへ覚せい剤を持参ないし交付するのを手伝ったりする程度であった事案である。

【判旨】

大阪高裁は、被告人について、①被告人の行為は「あくまでも真の手助けの程度にすぎず、Aの覚せい剤密売を共同しその販売の役割を分担して実行する販売係というようなものではなかつたこと、したがって、右覚せい剤の密売は、終始Aが全面的に単独で行っていた」、②「覚せい剤の仕入れ、売り捌きのための小分け、保管、客への販売など原則的にはすべてAが単独で切り回し、被告人は現実には時にAに依頼されて客と接触をする使い走り程度のことをしていただけにすぎ[ない]」、③「Aから覚せい剤の保管や密売を任されることは勿論、その留守中においても、同人の依頼で全体或いは密売用の小分け覚せい剤を託されて密売を代行するようなこともな[かった]」、④「外出に際してはA本人が覚せい剤を携行し、自己使用に当たつても、代金こそ徴収はされなかつたもののすべてAから許しを受けて使用する状況であつた」、⑤本件「覚せい剤は、その一部は当日AがBから仕入れたもので、被告人はAの希望でB方に同行して同席はしていたものの、仕入れについてとくに関与はしておらず、残部のものは被告人は仕入れ先も知らず、その入手に全く関知していない」ことから、覚せい剤所持の共同正犯は成立しないとして、無罪を言い渡した。

裁判例〔7-10〕：大阪高判昭和63年7月26日判タ694号173頁

【事案の概要】

被告人は韓国から覚せい剤2キログラムを密輸入して日本で密売することをAらと共謀し、購入資金や経費の調達役の被告人が240万円を調達し、仕入れ役のAらが更に140万円を調達した上で渡韓したところ、当時の韓国の不穏な治安情勢のため海上封鎖がされているとして日本への持込みが遅れていたことから、被告人がAらに文句を言い、Aらが秘かに覚せい剤を入手して売りさばっているのではないかと疑うようになったので、Aらは被告人に反感を抱くようになった。その後、Aらは卸元から5キログラムの覚せい剤を受け取ったが、被告人に対する反感から、3キログラム余分に入手したことについては被告人に知らせずに日本へ密輸し、覚せい剤所持により警察官により逮捕された。本件について、原審（神戸地裁）は、被告人には5キログラム全体について所持の共同正犯が成立するとした。

【判旨】

これに対して、大阪高裁は、①「五キロの覚せい剤を全部売却した段階で被告人に事実を話すつもりであった」旨の A らの証言は信用し難い、②「被告人としては二キログラムを若干上回る程度の覚せい剤ならともかく、A が代金後払いであるとはいえ、二キログラムを三キログラムも上回る覚せい剤を入手するとは予想もしていなかったものと認めざるを得ない」ことから、3 キログラム分について被告人に覚せい剤所持の共同正犯は成立しないと判示した。

裁判例〔7-11〕：神戸地姫路支判平成5年9月21日判時1490号143頁、判タ833号273頁

【事案の概要】

本件は、B および C が営利目的で覚せい剤を所持または譲り受けた際、その場にいた被告人に覚せい剤の営利目的所持罪または譲受罪の共同正犯が成立するかが争われた事案である。

【判旨】

神戸地裁姫路支部は、実行共同正犯の成否について、覚せい剤を「譲り受け、これを所持する実行行為をなしたのは、それまでと同様、専属的に仕入れ行為を行っていた B であり、被告人については、その場にいたとしても、当該覚せい剤についての事実的支配も、譲り受けの主体としての地位も認められないことは明らかである」から、「実行共同正犯が成立する余地はなく、共謀共同正犯の成否のみが問題となる」とした。

次いで、共謀共同正犯については、「本件のようなグループによる継続的な覚せい剤の密売事犯において、ある特定の覚せい剤の仕入れないしその直後の所持につき、実行に直接関与していない者に営利目的譲受罪ないし所持罪の共謀共同正犯が成立するためには、個々の謀議まで必要としないことはもちろんであるが、少なくとも、その者が実行担当者と互いにその行為を利用し合って犯罪を実現する関係、換言すれば、その者につき、他人の行為を利用していわば自己の犯罪を行ったという『正犯性』を肯定すべき実質がそなわっていることが必要というべきである」と解した上で、「実行担当者である B は、密売の発案者で、かつ、覚せい剤の仕入れ、保管、売上金の管理などを取り仕切る本件密売の中心人物であったのであるから、被告人につき、右相互利用関係を肯定するためには、被告人が密売グループの中において B と対等ないしそれ以上の立場で本件密売を積極的に推進していたか」、あるいは「当該譲り受けに際して、実行行為に準ずる重要な役割を果たした〔中略〕など、実行行為者に対して支配または影響力を行使したと認められる特段の事情が必要というべきである」とした。そして、本件の場合、①「同じ覚せい剤仲間といっても、B より三歳年下で、組員でもなく、かえって同人の従業員としての立場にあり」、B が「本件密売は自分と C の二人が中心となっていたものである旨証言していることなどをも合わせ考慮すると、被告人が B と対等な立場で本件密売を推進していたとは、とうてい認められない」、②「覚せい剤の仕入れ先である D を見つけたのは B であり、D との交渉、連

絡、取引の全ては、B がして、被告人が介入する余地はなかった」し、被告人が現場にいたのは「たまたま取引の現場に居合わせたというだけのことであり、仕入れについて被告人が何らかの影響を与えていたとは認め難い」し、「その場において見てただけで、何ら幫助的行為すらしておらず、もとより、B の右譲り受けないし所持行為について実行行為に準ずる重要な役割を果たしていたとも認められない」ことから、「B 及び C の覚せい剤の譲り受けないしその直後の所持について、売り子としての被告人に、共謀共同正犯の成立を認めるには、疑問が残るといわざるを得ない」と判示した。

神戸地裁姫路支部は、更に、「本件覚せい剤の譲り受けないしその直後の所持に関する限り、被告人が、何らかの幫助的行為をなしていたとも認め難い」として幫助犯の成立も否定し、「営利目的の覚せい剤所持ないし譲り受けの公訴事実は、犯罪の証明がない」とした。

裁判例〔7-12〕：東京地判平成12年4月12日判タ1074号285頁

【事案の概要】

公海上で外国船籍の船舶から覚せい剤約290キログラムを受領して漁船に積載し、本邦領海内に搬入した本件において、被告人は、①Aから漁船の調達を頼まれ、BをAに引き合わせ、Aが本件漁船を購入した後は、BからAに対する購入代金の催促を取り次ぎ、AからBに対する代金の一部は被告人を通じて行われ、②Aから船長や乗組員の手配を依頼され、Bに連絡し、BがCから船長になることの承諾を得て、B自身も漁船に乗り込むこととし、被告人を通じてAに伝えられ、③Aから漁船に覚せい剤を積載して密輸入する計画を打ち明けられ、覚せい剤の密輸を明確に認識するとともに、相応の報酬をもらえるものと期待し、④密輸入の打合わせをした際に被告人も同席し、被告人を通じてAからBらに対する報酬の前渡し金が支払われ、Aから最終的な密輸入の計画の概要について説明を受け、⑤漁船の故障や修理、覚せい剤の積込み、陸揚げ場所の変更などの事態の変化について、その都度Bから連絡を受けてAに取次ぎ、Aの指示をBに変更し、覚せい剤投げ入れ後はAの指示により回収作業に携わり、⑥報酬として60万円を受け取った。

【判旨】

東京地裁は、①「被告人は、AとBとを引き合わせた上、結果的にBを犯行に引き込んだのであり、本件各犯行において必要不可欠な役割を演じ」、②「準備段階からAとBとの間の仲介者として深く関与し、Aから覚せい剤の密輸入の計画の概要を説明された後も、必ずしも積極的とはいえないにせよ、AとBとの間に立って指示、要望を取り次ぎ、必要経費等の支払の仲介をするなどして、橋渡し役を務め」、③「本件覚せい剤を海中に投げ入れた後は、その回収作業に加わり」、④「報酬として、AとBから少なくとも六〇万円を受け取った」ことに鑑みると、被告人には共同正犯が成立すると判示した。

裁判例〔7-13〕：福岡地判平成13年3月1日刑集57巻4号429頁、判時1742号157

頁⁽²⁵⁾

【事案の概要】

覚せい剤 565 キログラムを船籍不詳の船舶から台湾漁船に積む込んだ上、同船を日本に向けて航行させ、上記覚せい剤を海上でゴムボートに積み替え、日本に密輸した本件において、被告人は、無線機を使って台湾漁船と交信・連絡をし、本件現場付近を車で走って警戒にあたりると共に、共犯者に対して懐中電灯を海に向かって点滅させるよう指示したり、自動車のヘッドライトを海に向かって点滅させ、台湾漁船に陸揚場所を示すなどした。

【判旨】

福岡地裁は、①本件覚せい剤の密輸の全体像は、台湾側の組織が北朝鮮海域で何者かから覚せい剤を入手した上、本件現場まで運搬して陸揚し、香港側組織の指示で行動していた者らがこれを荷受して、日本国内の某所に搬送するという計画の下に実行されたが、陸揚直後に検挙されたというものである、②被告人は、年収の約 3 倍の報酬を提示されたことから本件犯行への関与を決意し、遅くとも本件犯行の 1 週間前頃には前記密輸の全体像を認識していた、③日本で荷受と搬送を担当した関与者らは、「被告人が本件覚せい剤を香港側組織に引渡す台湾側組織に属し、若しくはその指示の下に行動している人物であると認識していた」、④本件密輸の少なくとも 40 日以上前からその準備行為に関与し、台湾側組織で覚せい剤の入手および香港側組織との連絡等を担っていたと目される A、香港側組織の人物である B と会い、その後、本件現場を下見して確認し、A に陸揚現場の説明した上、覚せい剤入手の際の取引相手であることを証明する割り符を渡されて数日間保管しており、さらに、本件覚せい剤の密輸行為の数日前に日本に渡り、荷受の担当者と合流して本件現場に案内し、陸揚時においては台湾漁船との連絡交信に当たるなど、台湾側組織の首謀者格と目される C の指示の下で、犯行の準備から実行に至るまでの全過程において、密輸の遂行にとって不可欠ともいえるべき重要な役割を果たしていると認定して、「被告人が本件密輸の準備及び実行において果たした役割の重要性や、被告人のこれらの関与が、高額報酬獲得という自らの主体的な目的に基いていることからすると、幫助とみる余地はない」として、共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔7-14〕：東京地判平成 15 年 12 月 19 日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

⁽²⁵⁾ 永田憲史「判批」甲法 43 卷 1・2 号（2002 年）77 頁以下参照。本件上告審である最判平成 15 年 4 月 11 日刑集 57 卷 4 号 403 頁、裁判集刑事 284 号 19 頁、判時 1823 号 39 頁、判タ 1123 号 87 頁については、保坂和人「判批」警察公論 58 卷 11 号（2003 年）71 頁以下、井上宏「判批」研修 675 号（2004 年）11 頁以下、松宮孝明「犯行のために使用した航空券の価額追徴の可否」法セミ 49 卷 3 号（2004 年）118 頁、上田哲「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 15 年度』（法曹会、2006 年）187 頁以下、若尾岳志「判批」法時 78 卷 1 号（2006 年）74 頁以下、鈴木左斗志「犯罪供用物件没収（刑法 19 条 1 項 2 号）の検討——最高裁平成 15 年 4 月 11 日判決（刑集 57 卷 4 号 403 頁）を契機として——」研修 724 号（2008 年）3 頁以下参照。

被告人 A、B、C は、F を含む約 20 人のイラン人ふう外国人とたむろし、その者たちとともに覚せい剤を含む薬物密売のための一つのグループを形成し、グループ内のある者に客がつけば周囲にいた他の者が見張りをするなど、その時々状況に応じて適宜役割を分担しながら、協力して薬物を密売する旨の了解を遂げ、またその協力を繰り返していたところ、本件当日、A が客 I と覚せい剤取引を始めるや、C は、その旨を認識して被告人 A の密売の意思を察知し、A の薬物密売の実行に協力する意図で A らの様子を注視したり、その周囲を警戒し、同被告人らやその後を追尾した B が井ノ頭通りに出て見えなくなるころまで警戒を続けるという態様の見張り行為を行い、B は、A に客がついたことを認識してその密売の意思を察知し、A の薬物密売の実行に協力する意図で、周囲を警戒しながら A を追尾して自らも移動し、さらに F も加えて A と I の周囲をうかがうなどした上、薬物の密売場所まで先に移動し、F とともに A らの付近に立って周囲を警戒するという態様の見張りを行った。

【判旨】

本件について、東京地裁は、「被告人 B、同 C 及び F は、被告人 A による本件覚せい剤の営利目的譲渡の犯行について、その実行行為自体を自ら行ったのではないが、前記認定のとおり、被告人 A、同 B、同 C 及び F を含むイラン人ふう外国人の薬物密売グループの者らは、警察等による取締りから逃れるために、仲間の密売人に客がつくとその付近にいる他の密売人らが見張りをするなど、他の密売人による見張りを不可欠なものとして相互に利用しあって薬物密売を行っていたのであり、本件各見張り行為を行った被告人 B、同 C 及び F も、自己の犯罪を実現する意思をもって、上記のとおり、まさに本件覚せい剤の営利目的譲渡の犯行の実現に不可欠で重要な関与をしたものと認められるのであるから、本件各見張り行為を行った被告人 B、同 C 及び F には、本件覚せい剤の営利目的譲渡の犯行について共謀共同正犯が成立することが明らかである」と判示した。

裁判例〔7-15〕：神戸地判平成 17 年 4 月 18 日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

暴力団組長 A らが MDMA 錠剤（麻薬）を木製机の天板内に隠匿し、情を知らない港湾職員をしてオランダから日本へ輸入した上で、引き続き、輸入禁制品である上記麻薬を日本で引き取ろうとしたところ、税関職員に発見されたため、これを遂げなかった本件において、被告人は、当時の被告人方を荷物の送付先として提供したものである。

【判旨】

神戸地裁は、「本件密輸入においては、貨物便を利用するという方法がとられていることからすれば、本件 MDMA の受取場所を提供し、受取役を引き受けるという被告人の役割が重要な意味を有していたことは否定できない」が、①「本件密輸入の実現に向けて、自発的、積極的に行動していた形跡は窺われず、むしろ、被告人方にはほとんど帰らなくなったり、最終的には『荷物』を受け取ることについては断ったりするなど、被告人は、本件

密輸入の成否に特段の関心を抱いておらず、これに深く関わり合うのを避けようとしていたということができる」、②「受取役という検挙される危険が高い役割を一旦引き受けていたにもかかわらず、Aらと被告人との間では、分け前や報酬の話は一切されず、また、被告人がAらに分け前や報酬を求めたという事実も認められない」、③「被告人は、Aの求めに応じて本件密輸入に関与するに至ったところ、当初は密輸入であるとの認識を欠いていた上、その後も、Aらからは、違法な薬物を密輸入することさえ打ち明けてもらえず、いかなる薬物をどれだけ密輸入するのか、どこからどのような方法で密輸入するのかなどの、本件密輸入計画の内容をほとんど把握していなかった」、④「被告人に受け取らせるといふ当初の計画に変更が生じたにもかかわらず、Aらは、被告人にそのことも知らせていなかった」ことから、「被告人が、正犯意思、すなわち、自己のために犯罪を行う意思をもって、本件密輸入に関与していたということとはできない」し、「本件密輸入を遂行するに当たって、Aらと被告人との間で、共謀と評価できるだけの緊密な意思連絡が形成されていたということもできない」として、被告人に麻薬輸入罪及び禁制品輸入未遂罪の幫助犯を認めた。

裁判例〔7-16〕：大阪高判平成18年12月27日高検速報（平18）号263頁

【事案の概要】

本件は、暴力団Xの構成員である被告人が、密売人AおよびBに覚せい剤を販売させていたところ、原審（大阪地裁）は、「暴力団X会内部の覚せい剤密売の最高責任者がだれか、被告人らが受領した場所代の最終的な帰属先はだれかなどが証拠上明らかでなく、また、X会関係者のうちの責任者がだれかも不明であるとして、X会が組織として本件密売を取り仕切っていたとは認められない」ことを理由に、被告人に幫助犯の成立を認めた。

【判旨】

これに対して、大阪高裁は、「共謀共同正犯が成立するか否かは、これらX会関係者とA、Bら密売人との力関係やX会関係者の本件密売への関与の程度などを考慮して判断すべきであって、X会が組織として密売を取り仕切っていたとまでは証拠上認められないとしても、このことがX会関係者の正犯性を否定することには直ちに結びつかないというべきであり」、「覚せい剤の密売に関する重要な事項は全てX会関係者が決定し、X会関係者は密売グループの親方や売り子の顔を把握するなどして密売を全般に管理し、密売の売上の約3分の1を取得していたのであるから、X会関係者が主体となってA、Bらに覚せい剤密売を行わせていたと認められ」、そして、「X会関係者である被告人は、他のX会関係者より明らかに地位が低いとか、密売への関与が明らかに薄いと認められるのでなければ、本件密売を主体的に行ったX会関係者の一人として、共謀共同正犯の責任を負うというべきである」と解した。以上の理解を前提に、大阪高裁は、「被告人は、本件当時、X会の若頭補佐の地位にあったほか、本件密売に関し一定の決裁権限を有していたと認められ、A、Bらに覚せい剤の仕入先を紹介するなど密売に積極的に関与していたと認められる」ことから、

被告人に共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔7-17〕：東京地判平成20年5月14日判時2012号151頁⁽²⁶⁾

【事案の概要】

本件は、北朝鮮国籍の貨物船が覚せい剤を積載して、これを日本海海上に投下した上で、Cらが小型船舶で覚せい剤を回収して日本に輸入した際に、被告人AおよびBが北朝鮮側との連絡役などとして関与した事案である。

【判旨】

東京地裁は、①被告人Aが「暴力団の有力者として大規模な違法薬物の密売等を行い得る立場にあり、本件以前にも違法薬物取引に関わっていたこと」、②被告人Bが「その経歴等から我が国と国交のない北朝鮮との間で不正な取引の仲介をなし得る立場にあったこと」、③「九州方面で北朝鮮から覚せい剤を密輸入することができなくなったことから、Cに別の地域での北朝鮮からの覚せい剤密輸入を依頼し、Cはこれを引き受けたが、両者の間では密輸入の経費は被告人A負担することになっていたこと」、④「Cが直接北朝鮮側と連絡を取ることはなく、各事件での実行日時や覚せい剤投下ポイント等の調整については、Cが被告人Aに伝えたことを同被告人が被告人Bに伝え、被告人Bが北朝鮮側と交渉してその結果を再度被告人Aを介してCに伝えるという方法で行っていたこと」、⑤回収した覚せい剤の個数に関して「被告人Bから北朝鮮側に確認していたこと」、⑥「Cは密輸入した覚せい剤を一旦被告人Aに引渡し、その後同人から覚せい剤を卸してもらい密売を行っていたこと」、⑦「被告人両名は本件各密輸入によりそれぞれ多額の利益を得、又は得るはずであったこと」を認定した上で、以上の事実認定からは「本件各犯行につき被告人Aは資金提供役を担うとともに本件を統括し、また同Bは北朝鮮側との交渉、連絡役として、それぞれ不可欠かつ枢要な役割を果たしたものであって、被告人両名は、互いに他人の行為を利用し合い、自己の犯罪を遂行したと評価できるから、いずれもCら実行行為者との間に共謀共同正犯が成立することは明らかというべきである」と判示した⁽²⁷⁾。

裁判例〔7-18〕：東京高判平成24年2月28日東高刑時報63巻34頁、高検速報（平24）号55頁

【事案の概要】

⁽²⁶⁾ 本件については、亀井源太郎「判批」判評612号（判時2060号）（2010年）21頁以下参照。

⁽²⁷⁾ 本件控訴審判決（東京高判平成24年12月14日東高刑時報63巻1～12号283頁）は、「被告人両名の関与を認めたC供述の信用性を肯定し、これに基づいて被告人両名を有罪とした原判決の事実認定は、論理則、経験則等に照らして不合理であり、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認があるといわざるを得〔ず〕」、また、「C供述を除いた間接事実を総合しても、被告人両名が共犯者であると認めるに足りないから、結局、本件各公訴事実について、犯罪の証明はない」として、被告人両名に無罪を言い渡した。

本件被告人は、A らと、A が 2 キログラムの覚せい剤を中国から日本に輸入し、その際は何らかの貨物に隠匿して船便で送ることを共謀したところ、A は 2 キログラムの覚せい剤のうち約半量をパイプラックのパイプ内等に隠匿した一方で、ビニールラップに包んだ覚せい剤 2 包（合計約 29.38 グラム）を作るとともに、覚せい剤（合計約 1.47 グラム）が付着したビニール袋およびビニールラップ各 1 枚を入れ歯安定剤の箱の中にしまい（本件覚せい剤）、これら本件覚せい剤を靴下やスーツケース内に隠匿し、航空機に搭乗して日本に持ち込んだ。

【判旨】

本件覚せい剤の輸入が共謀に基づくものかを検討した東京高裁は、「共同意思ないし犯罪の謀議とは、特定の犯罪の構成要件を実現することを内容とするものであることを要し、かつ、それをもって足りると解すべきであり、現実に実行された犯罪の具体的な態様が共謀時に想定されていたものと異なり、あるいは実行者の思わくが他の共犯者の意に反するものであったとしても、それらの事情は共謀者の情状に影響を与えることはあっても、共謀共同正犯の成否に影響を与えるものではないというべきである」と解した上、本件について、「A に本件覚せい剤を輸入した後、これを横取りする思わくがあった疑いがあるという事情や A が本件覚せい剤を船便によることなく自ら携行して輸入したという具体的な態様の違いは、本件共謀共同正犯の成否に影響を与えるものとはいえない」として、被告人に本件覚せい剤営利目的輸入の共同正犯を認めた。

裁判例〔7-19〕：大分地判平成 27 年 10 月 15 日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

本件は、被告人が、中学校の後輩 A から経済的に困窮しており、覚せい剤の密売で生計を立てたいが、元手がないなどと相談を受け、A に協力するために現金を提供し、A が知っている仕入元から覚せい剤を仕入れ、これを被告人の自宅で保管し、A が被告人から渡された覚せい剤を複数人に有償で譲り渡した事案である。

【判旨】

本件について、大分地裁は、「被告人は、本件密売の多くの例で、A が客から覚せい剤の代金として受け取った現金をそのまま受け取ってはいるが、A は、この代金と引き換えに得た覚せい剤については、前記のとおり、その客への譲渡量の決定も含め自由に処分することができ、被告人に渡した額以上の売上を手にすることも可能であった。被告人は、A とともに仕入れた覚せい剤のうち、一定量を渡す対価として現金を受け取っていたにすぎないのであって、本件密売の売上金全部を受け取っていたとみることはできない」のであり、「しかも、被告人は、A から覚せい剤の原価相当額を受け取っていたにとどまり、本件密売による売上金の全てを受け取っていたわけではないから、本件密売自体によって生じた利益を得る目的があったとはいえない」ため、「本件密売は、あくまで A 主体の密売であって、被告人が単独で行っていた密売とはそもそもの性質が異なるといえ」、「被告人が自己の犯罪

として本件密売を行ったことを導くのは困難である」とした。かくして、大分地裁は、「被告人は、本件密売に不可欠な重要な役割を果たしている」が、「自分の犯罪として主体的に関与する理由を見出すのは困難である」から、被告人に共同正犯は成立せず、幫助犯が成立するにとどまると判示した。

裁判例〔7-20〕：横浜地判平成27年12月21日 LEX/DB 文献番号 25542207

【事案の概要】

石材の日本への輸入販売等を業とする会社を日本で設立した本件被告人は、①メキシコから日本に大理石を輸入した際、その内部に覚せい剤を隠匿させて日本に輸入し、また、②他の共犯者が覚せい剤を隠匿した大理石を日本に輸入した後に、その大理石を破壊して覚せい剤を取り出すことを承諾した。

【判旨】

横浜地裁は、事案①について、被告人に共同正犯の成立を認めた。他方で、事案②については、「被告人は、相模原石材〔事案②〕の輸入完了時まで、抽象的に厚木石材〔事案①〕のほかにも同様の石材が複数輸入されるということを知っており、その石材についても取出し役を承諾していたことは認定できるものの、具体的に相模原石材の輸入そのものの内容等を認識していたとまで認められ〔ず〕」、また、「本件各犯行に関わる薬物密輸組織は〔中略〕国際的で規模が大きく、関係者も多数であり、被告人は従属的な末端の関与者ではないが、首謀者的地位にある者でもないから、被告人が組織の全体像〔中略〕や組織が計画している犯行について当然に十分認識していたとも認められない」と解した上で、「覚せい剤の取出しは重要ではあるものの、輸入完了後に行うべき行為にすぎない」のであるから、相模原石材の輸入に関する認識が上記の程度にとどまる以上、被告人が、同石材の輸入については、自分の犯罪ではなく、同組織内の自分とは別のグループ等が行う他人の犯罪であるととらえていたと解する余地がある」として、共同正犯の成立を否定し、禁制品輸入の幫助犯を認めた。

8. けん銃の密輸／所持罪

裁判例〔8-1〕：東京地判昭和57年7月28日判時1073号159頁、判タ486号177頁

【事案の概要】

本件において、被告人は、Aがアメリカ合衆国内で調達したけん銃および実包を日本国内に輸入するにあたって、けん銃合計32丁および実包合計696発を購入してBを介してAに引き渡した。

【判旨】

本件につき、東京地裁は、「被告人は自己の利益を図る目的で本件けん銃等の調達に極めて重要な役割を果たしているのであって、被告人のこのような積極的な加功なしにはAの本件密輸入の各犯行もあり得なかったことは否定できないところであ〔る〕」が、①アメリ

カ合衆国における永住権の取得を考えていたため、「けん銃を調達することについてむしろ消極的な態度をとっていたのであり、B からアメリカ国内ではけん銃を買うことは違法ではないし、被告人には迷惑をかけない旨説得されてこれを承諾し、〔中略〕合法の範囲内にあるけん銃等の売買に尽力する限度でこれに協力する態度をとり続け、本件けん銃等の最終的な売渡し先については何らの関心を示さなかった」、②A が「いかなる手段、方法を用いて右けん銃等を本邦内に密輸入し、どのように処分するのかについても同人に尋ねることすらせず、この点については何らの関与もしていない」、③「被告人としては将来反覆してこのようなけん銃等の調達に協力するつもりはなく」、「A による密輸入の成功、不成功及び帰国後の密売による利益の多寡等には経済的な利害や関心を全く有していなかった」、④被告人において積極的に A の本件密輸入の各犯行を成就させようと意欲するほどの緊密な人的関係は認められない」、⑤「カリフォルニア州においてはけん銃等の売買が違法とはされていないところから、〔中略〕被告人には関係のないこととして安易に本件けん銃等の調達方を引き受けてしまった面がある」と認定し、「被告人において A の行為を手段として自己の犯罪意思を実現したものとまで認定することには疑問があ〔る〕」として、「幫助犯の成立を認定〔した〕」。

裁判例〔8-2〕：大阪地判昭和 58 年 11 月 30 日判時 1123 号 141 頁

【事案の概要】

本件は、タイにおいて A からけん銃および実包の密輸を持ち掛けられた被告人が、自己が執行猶予中であつたことから、B に A の相談に乗って欲しい旨申し向けて両名の間を取り持ち、タイから帰国後はけん銃等の買付資金にあてられることを知りながら融通手形の割引・換金を行い、その割引金の一部を A に交付し、また、密輸入のための航空券を手配した事案である。

【判旨】

本件について、大阪地裁は、「A 及び B が行ったけん銃等の密輸入に対して少なからざる役割を果たしており、被告人のかかる協力によって右両名の犯行が円滑になされたことは明らかである」が、①「本件けん銃等の密輸入を計画し、主導的な立場に立ってこれを積極的に推進したのは A である」、②「各行為はいずれも A の依頼に基づくものであり、その動機は主として同人への義理を立てることにあつたのであつて、本件けん銃等の密輸入計画に対する被告人の意向ないし態度は、義理である程度の協力はするが、自ら進んで積極的に関与しようとはしないというものであつた」、③「被告人が自己の資金を拠出することが予定されていたか否か、〔中略〕どの程度の危険を負担する立場にあつたかは必ずしも明らかでない」ことから、「いまだ被告人において右 A らと、右密輸入へ向けての共同意思の下に一体となって、同人らの行為を利用して自己の意思を実行に移すことを内容とする謀議を遂げたと認定することはできない」として、けん銃密輸および関税遁脱未遂の幫助犯を認めた。

裁判例〔8-3〕：東京地判昭和63年7月27日判時1300号153頁⁽²⁸⁾

【事案の概要】

本件は、A、B、および被告人の兄Cがフィリピンから日本へけん銃および実包を密輸入しようとして共謀したところ、被告人が、けん銃および実包が隠匿された木製テーブルを航空貨物として日本へ発送するようCらから依頼され、上記テーブル内にはけん銃および実包が隠されているのではないかと未必的な認識を有しながら発送手続を行なった事案である。

【判旨】

東京地裁は、まず、「被告人は、本件テーブルの発送手続時点において、右テーブル内にけん銃及びその実包が隠されているかもしれず、Cらがこれを日本に密輸して売り捌くつもりなのかもしれない旨の認識を、未必的に持つに至ったものと認められ、発送手続前においてかかる認識を持っていたものと認めるに足りる証拠はな〔く〕」、また、運送業者に「同行したAが、この僅かな時間ないに被告人の右未必的認識を察知して、けん銃等の密輸行為につき被告人と互いに意思を相通じた」と認めるに足りる証拠はな〔い〕とした。また、「被告人がけん銃等の調達、隠匿等の実質的行為に関与したという証拠はなく、単に、貨物輸出運送業者での本件テーブルの発送手続にかかわったのみであり、右発送手続自体もB名義で行われているのであって、被告人の本件への関与は、重要な部分に関するものではあるが、特に被告人でなくともなし得る形式的・機械的行為を行ったにすぎ〔ず〕」、報酬として告げられた額もけん銃等の代金総額の一部にすぎない点を併せ考えると、「判示けん銃・実包の密輸入行為に際し、これにつき被告人がCらと共謀していたと認めるには未だ証拠十分とはいえず」として、けん銃密輸入の幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔8-4〕：東京地判平成3年7月22日高検速報（平3）年65頁

【事案の概要】

本件は、被告人が匕首を、Aがけん銃を所持し共同して①傷害および②監禁致傷の各犯行に及んだところ、被告人にけん銃所持の共同正犯が成立するかが問われた事案である。

【判旨】

東京高裁は、まず、実行共同正犯について、①「本件けん銃等は、もともとAが入手して長期間にわたり所持していた」、②「本件けん銃等を現実に手中にしたことは一度もなかった」、③「本件けん銃等の入手及び保管の経緯や被告人とAとの関係等の周辺事情に徴しても、被告人が、Aの所持する本件けん銃等について、客観的にみて、同人と共同の実力支配関係を及ぼしていたと認めるべき状況にはなかった」として、その成立を否定した。

⁽²⁸⁾ 本件については、川端博「片面的従犯」法セミ34巻7号（1989年）124頁、土本武司「判批」判評367号（判時1315号）（1989年）69頁以下、橋本正博「判批」『刑法判例百選I〔第4版〕』（有斐閣、1997年）172頁以下、名和鐵郎『刑法判例百選I〔第5版〕』（有斐閣、2003年）170頁以下、安達光治『刑法判例百選I〔第6版〕』（有斐閣、2008年）176頁以下、武藤眞朗『刑法判例百選I〔7版〕』（有斐閣、2014年）172頁以下参照。

次いで、①における謀共同正犯につき、④「Aとの間で十分な意思連絡をする暇はない状況にあった」のであり、「被告人がX方に乱入したのを見たAが、自らもこれに遅れて乱入して加担行為に出た際に、被告人との事前の意思連絡もないまま、Aだけの判断で本件けん銃等を持ち出して加担行為にこれらを使用したという域を超えるものではない」ことから、「加害行為に関する共謀はあったといえるものの、本件けん銃等の持ち出し及び使用に関する共謀があったとまではいえず、本件けん銃等の持ち出し及び使用は、未だA限りの行動であり、Aが持ち出した本件けん銃等の実力支配について、被告人とAとの間でこれを共同で行う意思の連絡があったとまではみることができない」とした。また、②については、⑤「Aが本件けん銃等を使用するであろうことを予測していなかったわけではない」が、「被告人があいくちを自己の凶器として使用し、Aがこれとは別にけん銃を凶器として使用し、それぞれが思い思いに凶器を支配して行動している点では、X方における前記犯行〔①〕の場合ととくに異なるところはな〔く〕」、「X方における前記犯行が先行し、それに引き続いてYに対する上記犯行〔②〕が敢行されているために、そのことが凶器所持の態様にも反映していると認められ、両犯行の間に上記の点に関して基本的な差異があるとまではいえない」、⑥「被告人としては、Aが行う加害行為を援助するために行ったものとみることができる」から、「加害行為そのものの共謀が認められるからといって、そのことから直ちに、被告人にAの所持する本件けん銃等についてまで共同支配することの意思があったと認めるに十分でない」ことから、「Aは、専ら自己の意思に従ってこれらを所持して使用したものであって、被告人がAとこれらの所持を共謀し、共同してこれらに対する実力支配関係をもったとまでは認めることができない」として、共謀共同正犯の成立を否定した。

裁判例〔8-5〕：最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁⁽²⁹⁾

【事案の概要】

⁽²⁹⁾ 本件については、本田稔「共謀共同正犯における『共謀』事実の特定の意義」法セミ48巻8号（2003年）118頁、山中敬一「判批」関法53巻3号（2003年）180頁以下、大久保隆志「判批」重判平成15年（ジュリ臨増1269号）（2004年）159頁以下、亀井源太郎「共謀共同正犯における黙示の意思連絡とその認定」法教280号（2004年）114頁以下、末道康之「判批」セレクト2003（法教282号）（2004年）29頁、十河太朗「判批」現刑6巻12号（2004年）85頁以下、板倉宏「共謀共同正犯——その基礎づけと成立要件——」日本ロー1号（2005年）55頁以下、亀井源太郎「判批」判評554号（判時1882号）（2005年）43頁以下、島田聡一郎「判批」ジュリ1288号（2005年）155頁以下、清水真「判批」新報111巻5・6号（2005年）343頁以下、芦澤政治「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度』（法曹会、2006年）295頁以下、伊藤博路「情況証拠の積み重ねによる共謀共同正犯における黙示の意思連絡に関する共謀の認定について——大阪高裁平成16年2月24日判決を契機として——」信法6号（2006年）261頁以下、島伸一「共謀共同正犯に関する最高裁判例の新展開——最高裁（一小）平成一五・五・一決定の意義を中心にして——」法時78巻3号（2006年）64頁、増井敦「判批」産法40巻2号（2006年）94頁以下、町野朔「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』（有斐閣、2008年）154頁以下、井田良「判批」『刑法判例百選I〔第7版〕』（有斐閣、2014年）154頁以下参照。

大阪を本拠地とする暴力団の組長である被告人が遊興等の目的での上京を B に伝え、B が被告人を専属で警護するボディガード「スワット」の C に上京を命じたところ、スワットらは、被告人に対する襲撃を懸念し、実包の装填されたけん銃を携行した。本件は、上記けん銃等の所持につき、被告人がけん銃等を携行して警護するようスワットらに直接指示しなくても、被告人にけん銃等所持の共謀共同正犯が成立するかが争われた事案である。

本件につき、原々審（東京地裁）は、被告人は、本件けん銃等所持が被告人のためになされ、一々指示しなくてもスワットらが被告人の警護をする際にけん銃等を携帯所持するものと認識・認容していたと認められるから、けん銃等所持の共謀は認められると判示した。原審（東京高裁）も、「本件けん銃等所持の犯行は、被告人にとっても自己の犯罪であり、被告人の正犯意思は十分に認められる」として、被告人に共謀共同正犯を認めている。

【判旨】

最高裁は、「スワットらは、いずれも、被告人を警護する目的で実包の装てんされた本件各けん銃を所持していたものであり、被告人も、スワットらによる警護態様、被告人自身の過去におけるボディガードとしての経験等から、スワットらが被告人を警護するためけん銃等を携行していることを概括的とはいえ確定的に認識していた。また、被告人は、スワットらにけん銃を持たないように指示命令することもできる地位、立場にしながら、そのような警護をむしろ当然のこととして受入れ、これを認容し、スワットらも、被告人のこのような意思を察していた」との事実認定を前提に、「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた」のであり、「被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる」とした。その上で、「スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得る」として、被告人にけん銃等の所持の共謀共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔8-6〕：最決平成17年11月29日裁判集刑事288号543頁⁽³⁰⁾

【事案の概要】

本件は、暴力団 X 組の幹部であり、Y 会の会長でもある被告人が、同会の配下組員 A、B と共謀の上、平成9年9月20日、大阪のホテルにおいて、けん銃および適合実包を所持したとして銃刀法違反に問われた事案である。なお、本件に関連する事実関係として、同年8月28日に X 組若頭が射殺される事件が発生したところ、同年9月3日、被告人を含む X

⁽³⁰⁾ 本件については、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務——最高裁平成17年11月29日第一小法廷判決を中心に——」刑ジャ3号（2006年）54頁以下を参照。

組執行部によって、その事件の実行犯と目される者が属する W 会の会長が絶縁処分とされ、また、X 組系組員による W 会に対する発砲事件が多発していたという事情がある。

本件について、原々審（大阪地裁）が「被告人において、A 及び B がけん銃等を所持して被告人を警護していたことを認識し、これを容認（許容）していたとするには、なお合理的な疑いが残るといわざるを得ない」として被告人に無罪を言い渡したのに対して、原審（大阪高裁）は、①Y 会には抗争の際にけん銃等で相手方を殺傷する攻撃部隊があり、被告人の周辺には会長秘書の指揮の下で被告人の世話と警護に当たる親衛隊と呼ばれる組員がいた、②組員が組織のために検挙された場合には、その後に地位が昇格する実態があり、被告人自身がこの種行為を容認・賞賛してきた、③被告人も服役した後に地位の昇格にあずかった経歴を有する、④本件当時、会長秘書の A が親衛隊の指揮者として被告人に同行していた、⑤B も親衛隊の一員として被告人の警護に携わっていた、⑥8 月 28 日の事件以降、W 会による反撃が懸念されていた、⑦Y 会の本部事務所において、けん銃による襲撃を想定したとみられる警戒・警護態勢の強化措置が執られていた、⑧8 月 3 日に被告人らが本件ホテルに宿泊した際も、B がメインロビーに先行して警戒に当たっていた、⑨本件前日の駅のホームにおいては、けん銃を所持し、防弾チョッキを着用した配下組員により警備されていた、⑩新幹線の客室内や前後のデッキには合計 10 人前後の配下組員が詰めていた、⑪本件ホテルで特段の必要性も窺われないのに部屋替えをしている、⑫係員を客室内に入れなかった、⑬出発時には B が先行して周囲を警戒し、A が被告人の直近を固めながら進行し、防弾チョッキを着用した組員らが同行した、⑭A らはけん銃を直ちに発射できる状態で携帯所持していた、⑮Z 会も会長を警護するため 2 人の配下組員が同様の状態でけん銃等を携帯所持していたことを認定し、これらの事実から、「被告人は、いわゆる親衛隊の構成員やその指揮者である A らに対し、けん銃等を携帯所持して警護するように直接指示を下さなくても、本件当時の情勢下において阪神方面に出掛ける被告人に同行するに当たっては、これらの者の一部が被告人を警護するため自発的にけん銃等を携帯所持していることを、少なくとも概括的とはいえ確定的に認識しながら、それを当然のこととして受入れて認容していたものであり、他方、A 及び B も、被告人のこのような意思を察していたと認められる」とし、「各自のけん銃等の携帯所持につき、それぞれ黙示的な意思の連絡があったといえ」、また、「両名に対する指揮命令の権限を有する被告人の地位及び両名による警護を受けるといふ被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人が両名に本件けん銃等をそれぞれ所持させていたと評し得る」として、共同正犯の成立を認めた。

【判旨】

最高裁は、「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していたものであり、実質的にはこれらの者に本件けん銃等を所持させていたと評し得るなどとして、本件けん銃等の携帯所持について被告人に共謀共同正犯が成立するとした原判断は、正当として是認できる」と判示した。

裁判例〔8-7〕：最判平成21年10月19日裁判集刑事297号489頁、判時2063号155頁、判タ1311号82頁⁽³¹⁾

【事案の概要】

本件は、暴力団X組の幹部であり、また、同組第二次団体Z会の総長でもある被告人が、同会の配下組員A、Bと共謀の上、平成9年9月20日、大阪のホテルにおいて、けん銃および適合実包を所持したとして銃刀法違反に問われた事案である。なお、本件に関連する事実関係として、同年8月28日にX組若頭が射殺される事件が発生したところ、同年9月3日、被告人を含むX組執行部によって、その事件の実行犯と目される者が属するW会の会長が絶縁処分とされ、また、X組系組員によるW会に対する発砲事件が多発していたという事情がある。

本件について、原々審（大阪地裁）および原審（大阪高裁）は、被告人は周囲の者がけん銃を所持して警護していると確定的に認識してはいなかったとして無罪を言い渡した。

【判旨】

これに対して、最高裁は、①「Aらは、被告人を警護すべく、けん銃をいつでも発射できる状態で携帯所持した上、被告人に随行していたものであり、その理由は、正に被告人がW会関係者から襲撃を受ける危険があると考えたことにあると認められ、同じ機会にY会が、W会関係者からの襲撃を危くして、配下組員がけん銃を適合実包と共に携帯所持して組長の警護に当たっていたことも併せ考慮すると、独り被告人のみが、そのような危険はなく、特段の警護をするまでのことはない」と判断していたとしても不自然ではないという原判決の評価は、不合理なものというほかはない」、②同年9月1日以降の警戒態勢については、「W会関係者による襲撃の危険性が少なくなるなど状況に変化がない以上、同様の警戒態勢を一定期間取り続けることは自然なことであり、現に同月十九日、翌二〇日の本件時には、被告人を警護するためいつでもけん銃を発射できる状態で携帯所持し被告人に随行していたことに照らしても、〔中略〕Z会本部事務所や被告人の自宅付近で、Z会関係者による警戒態勢が強化されていた旨を否定する原判断は、相当ではない」、③新幹線ホームにおいては「被告人に対する厳重な警護が行われていたものと認められる」し、他の場所でも「駅ホームなどにおけるのと同様の警戒態勢が取られていたと推認すべきである」、④ホテル滞在中も被告人の配下組員は継続的に監視の目を光らせ、被告人の警護に当たっていた、⑤「仮に被告人が集団の最前列を歩いていたとしても、〔中略〕配下組員二名が、一団に接近する者の有無、その状況を警戒しながら、危急の場合に防御や反撃ができる程度

⁽³¹⁾ 小玉大輔「判批」ひろば63巻5号（2010年）49頁以下、坂口拓也「判批」警論63巻5号（2010年）149頁以下、林幹人「黙示的・不作為の共謀——最高裁平成21年10月19日判決を契機として——」研修748号（2010年）3頁以下、拙稿「判批」早法86巻2号（2011年）375頁以下、斎藤司「判批」刑弁65号（2011年）66頁以下、橋本正博「判批」重判平成22年（ジュリ臨増1420号）（2011年）204頁以下、水落伸介「判批」新報118巻9・10号（2012年）309頁以下参照。

に被告人に近接した位置にいれば、その警護に必ずしも支障があるともいえない」、⑥組長の警護組織については、「専従の警護組織があれば共謀が認められやすいとはいえても、それが認められないからといって、共謀の認定を直接左右するまでの事情になるものとは考え難い」と認定した。

最高裁は、その上で、Aらは「JR 浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、W会からのけん銃による襲撃に備えてけん銃等を所持し Z 会総長である被告人の警護に当たっていたものであるところ、被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下の A、Bらを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、このような状況のもとにおいては、他に特段の事情がない限り、被告人においても、A、Bがけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受け入れて認容していたものと推認するのが相当である」として、最高裁は原判決および一審判決を破棄し、本件を大阪地方裁判所に差し戻した⁽³²⁾。

9. その他

裁判例〔9-1〕：大判昭和10年12月3日刑集14巻1255頁

【事案の概要】

本件は、Aから被害者の拉致に加担するよう依頼を受け、これを承諾した被告人が、Bらにより自動車内に押し入れられた被害者を乗車させたまま自動車を運転し、被害者が自動車内から脱出することを不可能にした事案である。

【判旨】

本件について、大審院は、被害者を自動車に無理やり乗車させたのがBらであったとしても、被害者を乗せた自動車運転する行為は、被害者が容易には自動車より脱出できないようにするものであり、被害者の自由を拘束するものであるから、不法監禁罪の実行行為の一部と解するのが相当であって、被告人は共同正犯として責任を負うと判示した。

裁判例〔9-2〕：名古屋高判昭和27年12月10日高等刑特報30号21頁

⁽³²⁾ 最高裁により差し戻された後、大阪地裁は再度、「被告人が A、B がけん銃等を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受け入れて認容していたと推認するには合理的な疑いが残る」として、被告人に無罪を言い渡した（大阪地判平成23年5月24日裁判所ウェブサイト）が、大阪高裁は「被告人において、A や B がけん銃等を携帯所持して警護に当たっていることを認識し、あるいはその蓋然性が極めて高いことを認識した上で、それを当然のこととして受け入れて認容していたものと推認するのが相当であり、それに疑いを容れるべき特段の事情も見当たらず、「被告人は、Z 会総長として、A や B らの意思決定や行動に大きな影響を与える支配的な立場にある上、本件犯行の利益は専ら被告人に帰属する関係にあるのであるから、共謀共同正犯としての責任を負うこともまた明らかというべきである」として、原判決を破棄し、大阪地裁に差し戻した（大阪高判平成25年8月30日 LEX/DB 文献番号 25506214）。大阪高裁の判決に対しては被告人から上告がなされたが、最高裁は本件上告を棄却した（最決平成27年3月3日 LEX/DB 文献番号 25506118）。

【事案の概要】

本件は、株式会社 X の社長 A が当時統制品であった麦の闇取引により利益を挙げようと企てたところ、同社に自動車運転手として雇われていた被告人が、事情を知った上で、闇取引の談合に立ち会い、代金を支払って買い受けた麦を指定場所まで運搬した事案である。

【判旨】

名古屋高裁は、「被告人の演じた役割は相被告人 A の企図実現上相当重要ではある」としつつも、「被告人が此等売買につき運転手として従来受けていた給料以外に格別報酬等の利益を受けた形跡は全然ない」ことから、「此等の被告人の行動はすべて雇主的な立場にある原審相被告人 A の指示命令の儘に為されたものと見るの外なく」、「被告人に共同正犯の要件である他と意思を連絡し自己の犯意を実現しようとの意思があつたとの証明はないものといはねばならぬ」として共同正犯を否定し、被告人に食糧管理法違反の幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔9-3〕：静岡簡判昭和 35 年 11 月 7 日下刑集 2 卷 11・12 号 143 頁

【事案の概要】

本件は、A が 20 名位を賭客とし、胴元となって骨子や壺などを用いた「上下」と称する賭博を 50 回にわたり行うにあたり、被告人がその情を知りながら賭金の配分などを行う「札付き」の役をなし、あるいは A に代わって「壺振り」を行った事案である。

【判旨】

静岡簡裁は、「被告人は同 A に頼まれ、且当を貰う約束で同被告人の開設した賭場においてさきに判示したようないわゆる『札付け』をしたり、同 A に差支えのあるとき臨時に壺振りを代行したものに過ぎず、賭金（胴金）の出資、配分には関係しなかつたものと認められる」として、賭場開帳図利の幫助犯の成立を認めた。

裁判例〔9-4〕：札幌地判昭和 40 年 3 月 15 日判タ 176 号 211 頁

【事案の概要】

本件は、A が賭場を開帳し、賭博者に賭博を行わせ、彼らから寺銭の名目で金銭を徴収して利益を図るに先立ち、A の親分である被告人が賭場開帳を承認した事案である。

【判旨】

本件について、札幌地裁は、①「被告人が利益を図る目的を有していたこと、同被告人が自ら主宰者となつて賭博場を開帳したことを認めることはできない」、②「A が同被告人にウイスキー六本を渡し、これは同被告人が賭博場開帳を承認したことに対する謝礼の意味を持つものであると認められるのであるが、同被告人が当初から利益を得ることを期待して A に承認を与えたと認めるにたる証拠はない」、③「A が同被告人の名前で折詰を注文し、この代金が同被告人の内妻振出名義の小切手で支払われているが、この事実をもつて同被告人が賭博場を開帳したとの証拠となるものでない」のであって、「いかに博徒の親分

の立場にあるからといって、その輩下の者の行った賭博場開帳につきその承認を与えただけで法律上共犯としての責任を負うべきものでないことは当然である」として、被告人に無罪を言い渡した。

裁判例〔9－5〕：東京高判昭和40年8月9日高刑集18巻5号594頁、東高刑時報16巻7・8号125頁、判タ184号153頁

【事案の概要】

本件は、被告人A、B、Cの三名が町長選挙に立候補する意思を有していたEを無投票当選させるため、Aの主謀・画策に基づき、Dが候補者となることを止めさせる目的をもって金銭を供与することを企て、BおよびCがその代償とする趣旨のもとに現金20万円を贈与する旨の申し込みをしたところ、原審が本件BおよびCに金銭供与申込の幫助を認めた事案である。

【判旨】

これに対して、東京高裁は、「金銭供与申込罪は、公職の候補者となろうとすることを止めさせる目的をもって公職の候補者となろうとする者に対し金銭の贈与する旨の意思表示をし、又は、現実に金銭を提供して相手方においてこれを受領し得べき状態におくことによつて成立する犯罪であるから、自らかかる所為に出でた者をもって犯罪の実行行為者即ち正犯と解すべきことは言うまでもないところ、刑法第六二条第一項にいわゆる従犯とは、主として犯罪の実行行為（刑罰法規各本条所定の構成要件に該当する行為）以外の行為により、正犯者の自ら行う犯罪の実行行為を助けその実現を容易ならしめることを言い、犯罪を主謀画策した者において自らはその実行行為に出でず、これと意思を通じた他の者においてこれを担当実行した場合においては、たとえその者において、専ら右主謀者の指示に従い、その意図を実現するため従属的立場においてこれに加功したに過ぎない観を呈することがあつてもその所為は従犯たるに止まるものではなく、右主謀者と共同して犯罪を実行した者として刑法第六〇条所定の（共同）正犯の罪責あるを免かれず」として、BおよびCに金員供与申込罪の共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔9－6〕：東京高判昭和50年2月4日東高刑時報26巻2号19頁

【事案の概要】

国鉄名古屋鉄道管理局の営業部旅客課課長補佐として旅客課長の職務を補佐していた被告人は、旅客課として支払をすべき飲食代金等の未払分が70万円ほどに達していることを知り、そのことを旅客課長Aに話したところ、Bから現金を受け取るよう指示を受け、AがBから現金の供与を受けようとしていることを知りながら、上記指示を了承した上、Bが旅客課宣伝係長Cに対して現金25万円を交付し、42万円を額面とする領収証の作成交付方を求め、Cから領収書作成の可否について相談を受けるや、右領収証の作成を承認し、そうして作成された領収書と引き換えに前記25万円を受領した事案である。

【判旨】

本件について、東京高裁は、①「被告人が支払に苦慮していた飲食代金等のほとんどは、被告人が着任する前にAやその他の関係者によってなされた飲食についてのものであって、Aがその支払について最も責任を負うべき立場にあ[る]」、②「Aは、被告人から依頼されたためにではなく、旅客課長としての自己自身のためにBに金策の要請をし同人の承諾を得ていたものであり、Bとの従前からの関係からしても、自分が単独でBから金員を收受するつもりであったとみるのが相当である」、③「被告人に指示することによって、被告人を自己の手足のように利用する意思はあったとしても、被告人との間に収賄の共同意思を形成し、同人と一体になって賄賂收受を実行しようとしたものであるとは容易に認め難い」、④「被告人としても、[中略]Aと共にBから賄賂を收受しようとの意思を生じ、Aとその意思を共通にして同一の立場に立ったものとは決して考えられない」、⑤領収書作成に関する被告人の承認も、「Aの収賄行為の幫助にすぎない」として、被告人に収賄の幫助犯を認めた。

裁判例〔9-7〕：東京地判昭和52年9月12日判時919号126頁

【事案の概要】

本件は、被告人ら5名が窃取したトルエン6缶を販売することを共謀したところ、Aがその約2か月後にそのうちの1缶を販売した事案である。

【判旨】

東京地裁は、「共謀成立後本件販売行為までの二か月余の期間内に共謀の解消についての話し合いが行われたとか、共謀関係からの離脱の意思表示がなされたとかの形跡はうかがわれない」が、「共謀の解消は必ずしも明示的になされる場合に限られるものではない」ところ、①共犯者らの「空間的あるいは物理的に隔離されたこと及びその後に行った内紛は、以前の一心同体的な被告人らの結合を弱めることとなったことは否定できない」、②共犯者らの「就職に伴う定期的収入、自動車の売却代金あるいは親元に戻ったこと等により、彼らの生活は経済的にも精神的にも安定したものとな[り]」、「以前のように金銭に困らなくなった」ため、「『トルエンをみんなで売ってもうけよう。』という意思、更には分け前に対する欲求を急速に減退せしめていったのではないかと思われる」、③被告人らはトルエンを吸引するなどして使用していたが、「『売り物に手をつけるな。』などと文句を言った者は一人もいなかった」、④「本件販売行為に至るまでの二か月余の期間中、被告人らの間で共謀についての確認ないしは相互のチェックが行われた形跡は全くうかがわれない」、⑤「A被告は本件販売行為によって得た三万円を六月二日逮捕されるまでの間、十分な時間的余裕があったにもかかわらず、だれにも分け与えて」おらず、他の共犯者らも分け前を要求していない等のことから、「毒物及び劇物取締法違反の点については共謀の事実を認めることができ[ない]」として、A以外の被告人らに無罪を言い渡した。

裁判例〔9－8〕：大阪地判昭和56年5月30日判時1023号11頁

【事案の概要】

選挙買収のために金員が供与された本件において、被告人は、選挙事務所の会計担当として出金し、白封筒に小分け配分するなどした上で、現金を他の被告人や選挙運動者に手渡した。

【判旨】

大阪地裁は、本件被告人について、「本来会計担当者が果すべきものと考えられる入出金に関する判断（チェック）あるいは意思決定等については一切任されておらず、会計担当者であるとはいうものの」、「既に決定した入出金につき、その指示するところに従ってその関係を記帳するという、いわば事務のみを担当するという程度のことを扱っていたものにすぎず、そのため選挙管理委員会等の関係機関に対しては会計責任者としての届出すらなされていなかったものであることをも併わせ考えると、被告人においては、これが一般的な会計処理においても実質的にも形式的にも、いわゆる選挙事務所の会計担当者と目されるようなものではなかったと言わざるを得ない」、②「その資金の調達方はもちろん、その配分額や、出金のやりくり、帳簿上の操作、処理等についての意見すら求められていないばかりか」、金員の支出についても、他の被告人の「指示されるまゝ出金したに過ぎず、その際金銭の使用目的などの点についての説明をうけたわけでも〔ない〕」、③「本件の金員が供与されるものとの確定的な認識を持っていたとはなし難い」ことから、他の被告人らと「一体となって本件買収を実現しようとしたものとはどうてい認め難〔い〕」として、供与罪の共同正犯を否定し、幫助犯を認めた。

裁判例〔9－9〕：福岡高判昭和61年9月11日判タ625号238頁

【事案の概要】

本件は、被告人Cが、Aらが金地金を日本から韓国に向けて密輸出するにあたって船舶を提供し、Aらの指示する海域までこれを運航させ、それに対する報酬を得た事案であり、原審（長崎地裁佐世保支部）⁽³³⁾は、関税法違反につき、被告人CにAらとの共同正犯を認

⁽³³⁾ 原審である長崎地佐世保支判昭和60年11月6日判タ623号212頁は、CらによるAに対する強盗致傷につき、自己が所有する漁船を提供した被告人Eに強盗致傷罪の幫助犯を認めた。長崎地裁佐世保支部は、「共同正犯関係が成立するには、二人以上の者が相互の意思連絡の下に対等な行為主体として一体となり、互いに自己の役割を分担し合つて遂行し、かつ、他人の役割分担行為を実質的にも支配又は利用し合つて、各自の犯罪意思を実行に移し、もつて特定の犯罪を共同で実行したと認められることが必要であり、特定の犯罪の共同謀議に参加した者が、直接実行行為に関与しなかつた場合に、いわゆる共謀共同正犯としてなお正犯者としての責任を負うためには、当該共同謀議の結果、各当事者間に互いに相手の行為を利用し合う実質的な一体的相互利用関係が形成されるとともに、当該謀議参加者において、実行行為こそ分担してはいないものの、当該犯罪の計画及び準備段階から最終的な実行段階までの全体の犯罪遂行過程を通して見たとき、自らも当該犯罪遂行の対等又は対等以上の行為主体として加功し、かつ、実行行為者の行為と等価的と評価される重要な役割を自己の分担した行為によつて果たしていると認められる場合（等価的

定した。

【判旨】

これに対して、福岡高裁は、「船の提供者の側で現実にその船に乗り込み運航等にあたつたものについては、密輸行為に必要な運航行為を自ら実行したものと解する余地もないではない。しかし、これらの者が貨物の委託を受けるなど貨物に対する管理、支配の権能を有する場合には、まさに自ら実行行為の一部をしたといえるが、自ら管理、支配する貨物を外国に持ち出すために、運搬手段として他人の船を使用し、これを自己の指示のとおり運航させるに過ぎないと考えられる場合にあつては、船の運航を行う者は、密輸出を実行しようとする者に移動の手段を提供して、密輸出を容易ならしめるにとどまるものと解するのが相当である」との一般論を展開した上で、本件については、①被告人 C と A らとの間に「従前と異なる協議等がなされた形跡は何ら窺われ」ない、②「被告人らにおいて、A らに気付かれぬように原判示の強盗を計画し、被告人 C 及び原審相被告人 D、同 E において、従前どおり密輸に使用する船を提供するとともにその運航に当たつたものであり、ただ、今回は、被告人 C 及び原審相被告人 D においては、A らから現金を強取する計画を首尾よく実現させることができるよう、A らの密輸出が成功することをひそかに欲していたことが認められるに過ぎない」ことから、「関税法の無許可輸出の共謀が成立したものであるといふことはでき〔ない〕」と判示した。また、「強盗行為に向けられた準備行為として、韓国船との海上での取引の成功、不成功につき利害関係を有するとはいえ、密輸出はあくまでも A らの行為であり、いまだ彼等の指示に従つて船の運航にあたつている段階にある以上は、そのような利害関係を有するからといつて、それだけでは、被告人 C が、A らとは独

分担関係が存在する場合)であるか、若しくは、当該謀議参加者において、他人である実行行為者の行為を自己の手段として実質的にも支配又は利用して当該犯罪を共に実行したと認められる場合、即ち、当該謀議参加者において、自らも当該犯罪遂行の対等又は対等以上の行為主体として加功し、かつ、共同謀議などの際において、自ら又は他人を介して、実行行為者に対し当該犯罪の実行を自己に代わつて遂行するよう指揮命令又は委託し、あるいは、利益誘導などの方法で誘導するなど自らの意思に従つて支配又は利用すべく働きかけの行為を為し、その結果、当該実行行為者をして自らの代行者として実行行為の遂行をなすことを事実上引受けせしめ、その引受に基いて当該実行行為者をして当該犯罪を実行せしめたと認められる場合（実質的支配又は利用関係が存在する場合）であることが必要と解すべきである」との一般論を展開した上、本件の E については、①「強取計画の共同謀議自体にはほとんど関わつておらず、右の謀議の場では何ら積極的役割を果たすことがなかつた」、②他の被告人は E を「船を借りる相手位にしか考えておらず」、「僅少の報酬しか予定しておらず」、また、「積極的な役割を分担させようと働きかけたことはほとんどなく」、かえつて「E に対し、強取計画自体は同人に関係ない、何があつても知らないで通せばいいとの趣旨を告げて [いる]」、③「E のなした行為自体はいずれも極めて単純な機械的幫助行為にすぎない」、④他の被告人ら「に特に影響力を及ぼしうるような関係にはおよそなかつた」ことから、強盗の実行を他の被告人らに「委託するなどして自らの代りにこれをなさしめるなどの関係にはおよそな [かつた]」とし、「共謀共同正犯として認めるに足る実質的な相互利用関係の存在はおよそ認められず、その責任は幫助犯たるにとどまる」と判断した。本件については、大谷實「判批」法セミ 391 号 (1987 年) 95 頁参照。

立して無許可輸出の実行行為をしたことにはならないし、情を知らない者を利用する間接正犯の成立を論ずる余地もない」として、幫助犯が成立するに過ぎないと判断した。

裁判例〔9-10〕：東京地判平成2年10月12日判タ757号239頁

【事案の概要】

本件は、AおよびBが賭博ゲーム機10台を設置したゲーム店において、常習として、不特定多数の賭客を相手方として多数回にわたり賭博をした際、被告人が、主として厨房担当従業員として、随時賭客の注文に応じ飲食物を調理・提供し、また客の入りの多いときには、いずれもBの指示に従って、同人から受領した清算金等を賭客に手渡したり、前記ゲーム機のゲーム開始のセッティングを行ったりした事案である。

【判旨】

東京地裁は、本件被告人につき、「A及びBが違法な賭博行為をしていることを十分認識しながら約一か月間にわたって前記のような物質的加功を行っていたことは認められるものの」、①「最初から賭博行為に加担すべく本件ゲーム店の従業員になったものではなく、〔中略〕ゲームフロアでの仕事には関心が薄く、その仕事を積極的に手伝おうという意思もなければ仕事を覚えようという意識もなかった」、②「AやBも、被告人と意思を相通じて本件ゲーム機賭博を行っているという意識はなかった」、③「その七割方は厨房での飲食物の調理・提供の仕事やこれに関連する仕事であり、残りの三割を占めるゲームフロアでの仕事も、〔中略〕Bが求めた場合にだけ、いずれも全面的にBの指示に基づいて行われた極めて単純かつ機械的なものであって、正犯意思の徴表とも認め得るような自らの判断で行う実質的な仕事は全くなかった」、④「本件ゲーム機賭博による利益の分配という観点から見ても、その利益の大半はAとBが取得しており、被告人自身の給料は単純作業に対するアルバイト報酬の域を出ない」ことから、被告人には幫助犯の限度で罪責を問うことが相当であると判示した。

裁判例〔9-11〕：東京地判平成8年3月28日判時1598号158頁

【事案の概要】

本件は、いわゆるカップル喫茶の経営者である被告人が、同店客席において客らが公然とわいせつな行為をするに際し、同伴客らが互いの姿態を相互に見通せるように、同店内に木製長椅子等12脚を配置した上、各椅子に座布団、バスタオル、ウエットティッシュ等を備え置くなどして、男女同伴客がわいせつ行為をし易く、かつ、その姿態を互いに覚知し合って更に性的感情を刺激し、高めるように工夫が施された客室を提供するなどした事案である。

【判旨】

東京地裁は、本件カップル喫茶は、「男女の同伴客でなければ入店できないことになっていたが、入店した後は、同伴客において何らかの性的行為をしなければならないような決

まりがあったわけではなく、他の客に迷惑をかけない限り、どのような行動をとるかは同伴客の自由に委ねられていたことが明らかであり」、「同伴客が店内で性的行為をし、これを相互に見せ合うことにより更に行為をエスカレートさせることを営業の狙いとし、その狙いに従って店内の雰囲気作りなどがされていたが、店側の働きかけはそれにとどまり、入店した同伴客が性行為など過激な行為に及んでも、それを制止することはなかったし、その逆に、同伴客が何もしなくても、性的行為をするよう求めたりすることもなく、あくまでも店内の行動は客の自由に委ねられていたことが明らかである」から、「自らも客と共同して公然わいせつの犯罪行為を実現しようとするものではな〔く〕」、共同正犯は成立せず、「公然わいせつ罪の幫助犯の成立が認められるにとどまる」と判示した。

裁判例〔9-12〕：東京高判平成9年12月18日東高刑時報48巻1~12号89頁

【事案の概要】

Aが代表取締役をする株式会社Xが所有し、Bが居住する建物1棟およびその敷地である宅地2筆について、不動産競売開始決定に基づき執行官による現況調査が行われたりしたことから、同建物には競売の買受人に対抗できる賃貸借契約が締結されているように装って右土地建物の買受けを阻止しようと企て、賃貸借契約に基づいてBが居住しているなどと虚偽の記載をした文書等を作成し、これらを東京地方裁判所執行官に提出し、同執行官をして右土地建物の現況調査報告書にその旨記載させ、同報告書を同裁判所に提出させ、偽計を用いて右土地建物について開始されていた不動産競売手続に係る公の入札の公正を害した本件において、被告人は、その知識や経験に基づき、競売手続による買受人に対抗できる権限を作出するための内容虚偽の短期賃貸借の契約を記載した書面を作成したり、Bから執行官に提出すべき回答書の内容を下書きし、同様の内容を記載した報告書を作成したりしたものである。

【判旨】

東京高裁は、被告人の行為は「犯行を実行するためには、まさに必要な準備行為であり、その意味で、被告人が右犯行に関し重要な役割を果たしたということ是可以する」と評価しながらも、①「前提となる短期賃貸借契約が内容虚偽の架空のものであるということを明確には知らされていなかった」、②「本件各書面に作成名義人の記名や押印を補充して賃貸借契約書の外観を有する書面を作成したり、Bに被告人の下書きに従い、回答書用紙に記載をさせたりした上、これらの各書面を執行官に提出するという行為は、Aが自ら行っているものであり」、「被告人は、これらの実行行為に全く関与しておらず、また、Aとの間で、本件実行行為に関し、これを行う時期や具体的方法などについて相談なども全くしていない」、③本件「犯行を実行するかどうかは、Aの意思にかかっており、この点、被告人がAに対して働きかけたり、あるいはAから相談を受けてその判断に影響を与えるような立場にもなかった」、④「本件各書面の作成等について報酬や謝礼を受け取ることも予定しておらず、被告人の気持ちとしても、右犯行の成否に関し、ほとんど関心がなかったとみ

られる」ことから、「被告人においても A や B の行為を手段として自己の犯罪意思を実現したものと認めることには合理的な疑いが残〔る〕」として、被告人には競売入札妨害の幫助が成立すると判示した。

裁判例〔9-13〕：東京地判平成10年8月19日判時1653号154頁

【事案の概要】

本件は、日本人名義の一般旅券を欲しがっている中国人 C のために、A、B および C が被告人名義の旅券を不正に入手しようと企てたところ、A から依頼された被告人が、旅券発給申請に必要な戸籍謄本、住民票、健康保険証、印鑑登録証明書および印鑑を A に渡し、A が被告人名義の一般旅券発給申請書を作成し、被告人から交付を受けた右書類等を用いて一般旅券の発給を申請し、旅券の交付を受けた上で、被告人に報酬として合計 65 万円を渡した事案である。

【判旨】

東京地判は、「本件一般旅券発給申請書は被告人名義であるが、一般旅券発給申請書は、その性質上名義人たる署名者本人の自署を必要とする文書であるから、例え名義人である被告人が右申請書を自己名義で作成することを承諾していたとしても、他人である共犯者が被告人名義で文書を作成しこれを行使すれば、右申請書を偽造してこれを行使したものというべきである」として、有印私文書偽造罪、同行使罪の成立を認めた上で、被告人の罪責については、被告人は文書偽造および同行使の実行行為自体は行っていないが、①「本件犯行の実現のためには被告人の関与が不可欠であったこと」、②「六五万円という多額の報酬を受領していること」などから、「自己の犯罪として右犯行に関与したものというべきであって、共謀共同正犯としての責任を負うものである」と判示した。

裁判例〔9-14〕：東京地判平成12年7月4日判時1769号158頁

【事案の概要】

被告人を含む数名の共犯者 A が被害者を略取・監禁して、略取された被害者の安否を憂慮する者に現金を要求した本件において、被告人は、共犯者らの指示に従って被害者を見張り、その後、身の代金の受取りを指示されて了承したが、被害者の弟から紙袋を受け取ったところを現行犯人として警察官に逮捕された。被告人は、逮捕後、共犯者の逮捕および被害者の解放のために捜査に協力するよう説得されて了承し、警察官らの指示に従って A の電話に応答する等した。他方、A らは、一時的に被告人との電話連絡が取れなくなったため、被告人が逮捕されたことを察知したが、被害者に 200 万円振り込むよう約束させた上で被害者を解放した。

【判旨】

東京地裁は、本件被告人について、①「犯行の概要を自供し、自らの氏名、住所等を明らかにしているほか、警察官らの指示に従って、A からの電話に対し〔中略〕応答したり、

警察官らに、Aらの所持する凶器の種類を教えるなどして、Aらによる被害者の解放や警察官らによるAらの逮捕に資する行動をとっており、逮捕された者としてなし得る犯行防止措置は尽くしたということが出来る」、②「被告人は、被害者を拐取した者ではなく、〔中略〕居住する本件居室を監禁場所として提供したほか、同室で被害者の見張りを担当しただけで」あり、「被害者を直接支配していない」、③「拐取者身の代金要求の犯行についても、被告人の役割は身の代金の受取りのみであるところ、被告人が、逮捕後、Aらに『金は受け取った。』旨述べ、Aらも、被告人が逮捕されたことを察知したことにより、右犯行において、被告人がその役割を果たす余地はなくなったものと認められる」、④「被告人は、共犯者の間で格段に最年少の少年であり、本件各犯行への加担も、主犯格であるAに対する恩義もあって同人の指示に従ったものであることを考慮すると、本件各犯行への被告人の加功は決して強いものとはいえない」、⑤「被告人らの逮捕後は、これを察知したAらにおいて、被告人とは無関係に、被害者に対する監禁及び被害者の弟に対する身の代金要求を繰り返した」ことから、「被告人は、警察官らに逮捕された後、その説得に応じて捜査協力をしたことにより、自らの加功により本件各犯行に与えた影響を将来に向けて消去したものと評価できるから、その時点において、Aらとの間の当初の共犯関係から離脱したものと認めるのが相当である」と判示した。

裁判例〔9-15〕：札幌高判平成13年2月8日判タ1070号291頁⁽³⁴⁾

【事案の概要】

本件は、Aによる住居侵入、強盗殺人未遂、現住建造物等放火に先立ち、被害者の長女である被告人が、家の間取り、ストーブの位置、メーカー、型式、年式、合鍵の保管場所、電話の種類、窓のカーテンの有無などの被害者方の様子を事細かに見てくるようAに指示され、被害者方の様子を詳細に伝えたのに加え、被害者方の住所、名前、電話番号などを電子メールで知らせた。本件について、原審（札幌地裁）は、住居侵入、強盗殺人未遂、現住建造物等放火のいずれについても共同正犯が成立するとした。

【判旨】

札幌高裁は、住居侵入および強盗殺人未遂について、①「Aから被害者殺害についての打診を受けこれに同意を与え」、被害者方の情報を逐一Aに伝え、遺産を要求する旨の話にも躊躇なく同意する旨を伝えているし、事件当日も「母さんから宅急便送ったかと聞かれたら、送ったと言え。中身を聞かれたら適当に答えろ。」などとAに指示され、これを了承しているのであって、「本件犯行に欠くことのできない重要な役割を担った」といえる、②被告人の実母の遺産取得を目的とした本件の「そのような犯行計画の中で、被害者の相続人である被告人の存在とその協力は必要不可欠であ〔り〕」、「Aは被告人とまさに一体となることによって本件犯行計画を遂行しようとしたのであるし、被告人についても、そのよう

⁽³⁴⁾ 本件については、門野博「裁判員裁判への架け橋として(1)」判タ1289号(2009年)50頁以下参照。

な A の意図、犯行計画の全体像を熟知しながらこれを受入れ、同人に対して金銭的に貢献したいがために、同人と一体となってその犯行計画に加担していった」ことから、共同正犯は成立すると判示した。

他方、現住建造物等放火については、「現住建造物等放火は強盗殺人（未遂）の手段・方法としての意味を持つけれども、それに包摂されてしまうものではなく、それ自体も独自の保護法益を持った一個の独立した犯罪であり、それについて、被告人に対して共謀共同正犯として責任を問うためには、その犯罪自体についても意思の連絡その他を含めて共謀といえるだけの具体的状況の存したことが必要と思われる」とした上で、A と被告人の間では「いずれの方法によって強盗殺人（とりわけ殺人）を敢行するのかという明確な意思の確認は行われていなかったというのであるし、A が、被告人にストーブのことをあれこれ調べるように指示したのは、放火のためではなく、実際はストーブに細工をして一酸化炭素中毒に見せかける方法を念頭に置いていた」ことから、「共同してこの一個の独立した犯罪を遂行するとの合意（共謀）が成立したとするまでの状況があったとは到底いえない」として、共同正犯の成立を否定した。

裁判例〔9-16〕：東京地判平成13年11月8日裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

被告人は、船舶の売買・仲介等を業とする A が北朝鮮に輸出する冷凍運搬船の売買の仲介を依頼され、魚ろう設備を有する中型イカ釣り漁船「第三十一博洋丸」を B に売却するにあたり、インドネシアを仕向地として輸出するように装い、通商産業大臣の承認を受けずに同船を北朝鮮に密輸出した本件において、インドネシア共和国運輸省発行の暫定船籍証明書様の用紙及び暫定計測証明書様の用紙に、それぞれ英文タイプでその船名欄に「ATILA-1」等と打ち込んで記入するなどし、作成者の署名欄に黒色ボールペンで「H」等と冒書した上、駐日本国インドネシア共和国大使館の公印様の丸型印を冒捺するなどして、同大使館海事担当官 H および同国マナド港管理者 I 共同作成名義の暫定船籍証明書 1 通及び暫定計測証明書 1 通をそれぞれ偽造した上、船舶資格変更届を提出するに際して、これらの文書があたかも真正に成立したもののように装って提示させて行使したものである。

【判旨】

東京地裁は、①「仕向地をインドネシア共和国に仮装して第三十一博洋丸に関する通産大臣の無効の輸出承認を得るとともにその後の通関手続に必要な書類の作成に当たることであったとはいえ、それは、同船を北朝鮮に輸出する旨申請しても通産大臣の承認を得ることができなかったことから、同船を小名浜港から出港させた上北朝鮮に回航して密輸出するためには是非とも必要な手続であったことが明らかである」、②「A から同船の輸出承認の手続について『漁船を北朝鮮に持って行きたいが、どこかいい国ないか』と電話で相談を受けるや、〔中略〕インドネシア共和国を仕向地に仮装するのが良いと考え、A にその

旨の話をし、30万円の報酬を受ける約束でその申請手続の代理を引き受け〔た〕」、③「自ら関わった輸出承認手続等における偽装工作が露見しないためにも、同船が通産大臣の輸出承認手続やその後の輸出通関手続を経た後、無事に北朝鮮に回航されることは、被告人にとっても重要な関心事であった」ことから、「被告人が本件において果たした役割、更には被告人が本件によって得た利益等に照らすと、被告人は、自らの犯罪として本件を敢行したものであってその責任は単に幫助犯に止まること〔はない〕」として、産大臣の承認を受けないで漁ろう設備を有する船舶を輸出した部分についても共同正犯の成立を認めた。

裁判例〔9-17〕：東京高判平成19年8月8日高検速報（平成19）号296頁

【事案の概要】

本件は、共犯者Aによる被害者の①監禁、②殺人、③死体損壊、および④死体遺棄につき、被告人が見張りや死体遺棄場所の選定を行った事案であり、原審はいずれについても幫助犯の成立を認めた。

【判旨】

東京高裁は、①監禁、②殺人、③死体損壊については、原審と同様に、幫助犯の成立を認めた。その際、東京高裁は、①監禁については「被告人が果たした役割、関与に対する受動的態度、首謀者であるAとの隷属的ともいえないではない関係やAへの追隨的な動機等」を、②殺人については「被害者殺害の明示的な話合いの場から意図的に外されていること、被告人の犯行加担につき、首謀者であるAには消極的な意思が窺われること、被告人は、被害者殺害現場に居合わせているが、殺害の実行行為は担っておらず、見張り行為等も、Aらから指示をされた訳ではなく、いわば片面的かつ補完的なものにとどまること、被告人に被害者殺害に対する積極的な意欲までは認められないこと」を、③死体損壊については「死体損壊の話合いに参加しておらず、明示的な役割も定められなかったこと、被告人による死体損壊の道具等の提供は受動的であって、自発的見張りにしても片面的かつ補完的といえること、加担動機も強いとまでいえないこと」をその理由としている。

これに対して、東京高裁は、④死体遺棄について、「被害者の死体を積載した車等に乗車して遺棄場所に同道し、死体遺棄場所を選定するという重要な役割を担っており、死体の遺棄行為自体に直接手を染めていないとしても、密接不可分ともいふべき役割を果たしたと認められ」、また、「従前からAが検挙される事態を避ける方策に重大な関心を抱いていたとみられ、現に、被害者殺害前の段階で既に、Aに対し、死体遺棄場所に関する意見を述べており、監禁、殺人、死体損壊の場合と比べれば、加担動機もより強いと推認でき〔る〕」ことから、「被害者の死体遺棄につき、被告人の行為が幫助にとどまるとはいえず、共同正犯の罪責は免れない」と判示した。

裁判例〔9-18〕：最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁、判時1989号160

頁、判タ 1255 号 187 頁⁽³⁵⁾

【事案の概要】

本件は、神奈川県横須賀市に本店を置き、港湾運送事業、倉庫業等を営む X 株式会社の代表取締役等であったその余の被告人らにおいて、被告会社が千葉市内の借地に保管中の硫酸ピッチ入りのドラム缶の処理をその下請会社の代表者であった B に委託したところ、同ドラム缶が北海道内の土地で捨てられたことにつき、被告会社の業務に関し、B らと共謀の上、みだりに廃棄物を捨てたものとして、廃棄物の処理及び清掃に関する法律所定の不法投棄罪に問われた事案である。

本件につき、原々審（札幌地裁）は、被告人らの故意および共謀を肯定し、不法投棄罪の共謀共同正犯の成立を認めた。原審（札幌高裁）は、「共同遂行の合意があったというには、被告人の地位、立場、共犯者との関係、犯罪遂行過程における役割、犯行の動機等を総合的に勘案し、他人の行為を利用して自己の犯罪を行ったといえるような場合であることを要すると解される」とした上で、「被告人らは、未必的なものだったとはいえ、本件ドラム缶の不法投棄という犯罪が実行されるおそれを強く認識しながら、被告会社の利益のためにこれを任せたものであり」、また、本件犯行は被告会社が委託しなければ起こり得ず、「その決定権は被告人らが握っていたものである」し、「被告会社は、合計 1 億 4000 万円を拠出しており、他に費用を拠出したものはない上、〔中略〕業務委託契約の解除通知を受け取った際も本件ドラム缶の搬出作業を続行させている」ことから、被告人らは、実行者らの「行為を利用して自己の犯罪を行ったものというべきである」と判示した。

【判旨】

最高裁は、「B において、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申し入れたところ、被告人 5 名は、B や実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えて B に処理を委託した」以上、「被告人 5 名は、その後 B を介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである」と判示した。

裁判例〔9-19〕：新潟地判平成 23 年 9 月 9 日刑集 67 卷 3 号 288 頁

⁽³⁵⁾ 本件については、山元裕史「判批」研修 724 号（2008 年）19 頁以下、北村喜宣「判批」重判平成 20 年（ジュリ臨増 1376 号）（2009 年）50 頁以下、十河太朗「判批」セレクト 2008（法教 342 号）（2009 年）33 頁、田川靖紘「判批」早法 84 卷 4 号（2009 年）99 頁以下、松原芳博「判批」刑ジャ 14 号（2009 年）112 頁以下、山本紘之「判批」新報 115 卷 11・12 号（2009 年）261 頁以下、松田俊哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 19 年度』（法曹会、2011 年）453 頁以下、手塚明「共謀共同正犯における未必の故意に基づく共謀について」明治ロー 13 号（2013 年）183 頁以下参照。

【事案の概要】

本件は、A が本件組事務所において賭博場を開帳し、賭客らに麻雀賭博をさせ、その際に同人らから寺銭として金銭を徴収し、賭博場を開帳して利益を収めた際、被告人が、事情を知らず、同所を麻雀賭博の場所として提供し、A が賭博場として利用することを容認した事案である。

【判旨】

新潟地裁は、まず、「共同正犯であったのか、幫助犯であったのか、即ち、実行者を通じて自己の犯罪を実行する意思であったのか、単に正犯の犯罪の実行を容易にする意思であったのかの区別については、被告人が行った行為の内容、他の行為者との共謀の有無ないしその経過・態様、他の行為者との主従等の関係、犯行の動機、犯行に対する積極性の有無、犯罪の結果に対する利害関係の有無ないしその程度、犯罪の準備及び犯跡隠蔽、利得分配等において果たした役割等の事情を総合して判断すべきである」とした。

その上で、①「被告人と実行行為者たる A との間で、犯罪の実行計画等について十分な協議が遂げられたという事実を認めることはできない」、②「本件当日における A の賭博開帳収利によって、被告人が利益を得ようとしていたといった動機や、利益を分配するなどして利益を得たという事実はない」、③「被告人が、積極的に本件組事務所を賭け麻雀として利用等するように A から賭客に働きかけたものではない」、④「被告人による犯跡の隠蔽といった事実は認められない」、⑤「どのようにして賭客が本件組事務所の鍵を手に入れ、立ち入っていたのかについて、被告人が知っていたと認められる証拠はない」、⑥「実行行為者たる A も、被告人との共謀を否認し、被告人と意思を相通じて、賭客らに賭け麻雀をさせていたとは述べていない」ことから、「賭博開帳収利行為を自らの犯罪としてこれを遂行しようとの意思、即ち正犯意思を有していたとは認め難い」として、共同正犯の成立を否定し、予備的訴因である賭博開帳収利罪の幫助を認め、懲役 10 月（執行猶予 5 年）に処した⁽³⁶⁾。

(36) なお、第 1 審判決に対して検察官が控訴せず、弁護人のみが控訴した控訴審において、東京高裁は、職権により、本位的訴因（賭博開帳収利罪の共同正犯）について調査を加え、被告人に共同正犯の成立を認めた（東京高判平成 24 年 2 月 22 日刑集 67 卷 3 号 310 頁）。これに対して、最高裁は、「本件のように、第 1 審判決の理由中で、本位的訴因とされた賭博開帳収利の共同正犯は認定できないが、予備的訴因とされた賭博開帳収利の幫助犯は認定できるという判断が示されたにもかかわらず、同判決に対して検察官が控訴の申立てをしなかった場合には、検察官は、その時点で本位的訴因である共同正犯の訴因につき訴訟追行を断念したとみるべきであって、本位的訴因は、原審当時既に当事者間においては攻防の対象から外されていたものと解するのが相当である〔中略〕」から、「原審としては、本位的訴因については、これを排斥した第 1 審裁判所の判断を前提とするほかなく、職権により本位的訴因について調査を加えて有罪の自判をしたことは、職権の発動として許される限度を超えたものであり、違法というほかない」しつつも、東京高裁が言い渡した刑が第 1 審判決と同一（懲役 10 月、執行猶予 5 年）であったことから、「原判決を破棄しなくてもいまだ著しく正義に反するものとは認められない」と判示した（最決平成 25 年 3 月 5 日刑集 67 卷 3 号 267 頁）。

裁判例〔9-20〕：横浜地判平成25年9月30日判タ1418号374頁⁽³⁷⁾

【事案の概要】

本件は、証券株式会社の執行役員であった被告人が、株券の公開買付けの実施に関する事実の公表前に、知人Aに「X株がTOBになる。」などと電話で前記事実を伝え、その公表前にX社らの株券を買い付けるように促したところ、Aが上記各事実の公表前にX社らの株券を買い付け、金融商品取引法に違反した事案である。

【判旨】

横浜地裁は、被告人に共同正犯が成立するか否かにつき、「一般に、2名以上の者について犯罪の共同正犯が成立するためには、犯罪を共同して遂行する意思を通じ合うこと（意思の連絡）に加えて、自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たすこと（正犯性）が必要である」と解した上で、①被告人の行為は「本件3銘柄について、TOB又はMBOが行われるということ、及びその公表の時期等の情報の伝達に限られ」、「各銘柄の具体的な買付け及び売付けの時期、その株数等の判断は、全てAが自ら行っている」し、Aは「被告人から提供されたインサイダー取引に関する情報を取捨選択した上で取引を行っており、決してこれを鵜呑みにしていた訳ではな〔く〕」、「被告人からもたらされた情報に基づいて個々の銘柄の取引の買付けを行ったかどうかやその内容について、事後に被告人に報告したこともなく、被告人も、Aに対してその報告を一切求めていない」、②被告人は会社四季報の頁のコピーを提供したり、MBOの実施の進捗状況を報告しているが、「会社四季報は、公刊物であって、何ら機密性のある資料ではない」し、「MBOの進捗状況を報告していたことは、それなりに重要な行為といえるが、〔中略〕インサイダー情報の精度が低いものであった」から、「インサイダー取引を行う上で、必要不可欠なものであったことは否定し得ないものの、これを超えて、被告人が重要な役割を果たしたとはいえない」、③本件取引は「全てAの計算で行われ、その損益は、全てAに帰属している」し、「Aと被告人との間で、インサイダー取引による利益の分配に関する事前の約束はなく、実際にAが本件3銘柄の取引によって得た利益が1円も被告人に分配されていない」ことから、「被告人は、本件3銘柄のインサイダー取引について、Aに重要事実を伝達したものの、自己の犯罪を犯したといえる程度に、重要な役割を果たしたとはいえない」として、共同正犯の成立を否定し、インサイダー取引の教唆犯を認めた。

⁽³⁷⁾ 本件については、小林史治「判批」金法1980号（2013年）58頁以下、鈴木優典「判批」刑ジャ40号（2014年）158頁以下、豊田兼彦「判批」法セミ59巻2号（2014年）123頁、平山幹子「判批」重判平成25年（ジュリ臨増1466号）（2014年）180頁以下、堀口勝「判批」洋法58巻1号（2014年）181頁以下、宮下央＝石原慎一郎「判批」金法1997号（2014年）96頁以下、田川靖紘「判批」セレクト2014〔I〕（法教413号）（2015年）30頁、白井智之「判批」警論69巻3号（2016年）175頁以下、小島陽介「判批」金沢59巻1号（2016年）63頁以下参照。

参考文献

【邦文文献】

- 青木孝之 「共謀共同正犯の理論と実務」 琉法 78 号（2007 年）
- 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）
- 浅田和茂 「共謀共同正犯」 中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法 1』（成文堂、1997 年）
- 「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第三卷 刑法の理論』（成文堂、1997 年）
- 「判批」『刑法判例百選 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2003 年）
- 『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007 年）
- 朝山芳史 「共謀の認定と判例理論」木谷明編『刑事事実認定の基本問題〔第 3 版〕』（成文堂、2015 年）
- 芦澤政治 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 15 年度』（法曹会、2006 年）
- 芦部信喜＝高橋和之 『憲法〔第 6 版〕』（岩波書店、2015 年）
- 安達光治 『刑法判例百選 I 〔第 6 版〕』（有斐閣、2008 年）
- 穴沢成巳 「共謀共同正犯についての一考察」 司研 44 号（1970 年）
- 阿部力也 「共同正犯の主観的成立要件について」 法論 70 卷 1 号（1997 年）
- 「黙示の意思連絡について」 法論 70 卷 2・3 号（1997 年）
- 「行為帰属説と共同正犯の実行の着手時期」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002 年）
- 「共同正犯の因果性——承継的共同正犯に関する議論を参考にして——」 明治大学社会科学研究所紀要 50 卷 2 号（2012 年）
- 「承継的共同正犯について」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014 年）
- 荒川雅行 「判批」『刑法判例百選 I 〔第 6 版〕』（有斐閣、2008 年）
- 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）
- 生田勝義 『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002 年）
- 石井一正＝片岡博 「共謀共同正犯」 小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——（上）』（判例タイムズ社、1992 年）

- 石井徹哉 「共同正犯に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』(成文堂、1998年)
- 「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について(上、中、下)」千葉 26巻1・2号(2011年)、同 26巻4号(2012年)、同 27巻2号(2012年)
- 石田寿一 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 24年度』(法曹会、2015年)
- 井田良 『講義刑法学・総論』(有斐閣、2008年)
- 「判批」セレクト' 95(法教 186号)(1996年)
- 「共同正犯の基本問題 コメント①」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001年)
- 『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)
- 『変革の時代における理論刑法学』(慶應義塾大学出版会、2007年)
- 「判批」『刑法判例百選 I [第7版]』(有斐閣、2014年)
- 板倉宏 『刑法各論』(勁草書房、2004年)
- 「共謀共同正犯——その基礎づけと成立要件——」日本ロー1号(2005年)
- 『刑法総論 [補訂版]』(勁草書房、2007年)
- 「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)
- 出田孝一 「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社、2006年)
- 伊東研祐 『刑法講義 総論』(日本評論社、2010年)
- 伊藤博路 「情況証拠の積み重ねによる共謀共同正犯における黙示の意思連絡に関する共謀の認定について——大阪高裁平成 16年 2月 24日判決を契機として——」信法 6号(2006年)
- 伊藤正己 『憲法 [第3版]』(弘文堂、1995年)
- 伊藤嘉亮 「判批」早法 86巻2号(2011年)
- 井上宏 「判批」研修 675号(2004年)
- 今井康介 「共同正犯の客観的帰責構造——取締役会の場合を念頭に置いて——」上法 55巻3・4号(2012年)
- 「過失犯の共同正犯について(1、2、3)」早研 143号(2012年)、144号(2012年)、148号(2013年)
- 「判批」早法 89巻2号(2014年)

- 今井猛嘉＝小林憲太郎 『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2012年）
＝島田聡一郎＝橋爪隆
- 今田高俊＝友枝敏雄編 『社会学の基礎』（有斐閣、1991年）
- 岩田誠 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三十三年度』（法曹会、1971年）
- ヴァイгент、トーマス 「ドイツ刑法における間接正犯の新しい形態」早比 31 卷 1 号（1997年）
ス（高橋則夫訳）
- 植田重正 「片面的共犯」『齊藤金作博士還暦祝賀（現代の共犯論）』（有斐閣、1964年）
—— 『共犯論上の諸問題』（成文堂、1985年）
- 上田哲 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度』（法曹会、2006年）
- 植田博 「共同正犯の因果構造」愛媛大学教養部紀要 21 卷 1 号（1988年）
- 植松正 「片面的共犯否定への道標」『齊藤金作博士還暦祝賀（現代の共犯論）』（有斐閣、1964年）
- 植村立郎 「判批」『刑法判例百選 I〔第7版〕』（有斐閣、2014年）
- 白木豊 「正犯概念と共謀共同正犯（一、二・完）」上法 32 卷 1 号（1989年）、34 卷 1 号（1991年）
- 内田文昭 『刑法における過失共働の理論』（有斐閣、1973年）
—— 「間接正犯の正犯性」判タ 530 号（1984年）
—— 「共同正犯と幫助犯」判タ 540 号（1985年）
—— 「共謀共同正犯と幫助犯」判タ 557 号（1985年）
—— 「いわゆる承継的共同正犯の成否」判タ 702 号（1989年）
- 内海朋子 「共同正犯における『意思連絡』の意義について（一、二・完）」亜大 39 卷 2 号（2005年）、同 40 卷 2 号（2006年）
—— 『過失共同正犯について』（2013年・成文堂）
- 宇津呂英雄 「承継的共犯の責任の範囲」警論 35 卷 1 号（1982年）
- 梅崎進哉＝宗岡嗣郎 『刑法学原論』（成文堂、1998年）
- 梅崎進哉 『刑法における因果論と侵害原理』（成文堂、2001年）
- 遠藤邦彦 「量刑に関する諸問題（3）」判タ 1186 号（2005年）
- 大久保隆志 「共謀共同正犯に関する一考察（1、2・完）——共謀者の間接正犯性をめぐって——」法雑 28 卷 1 号（1981年）、同 28 卷 2 号（1982年）
—— 「判批」重判平成 15 年（ジュリ臨増 1269 号）（2004年）
- 大越義久 「判批」重判昭和 58 年（ジュリ臨増 815 号）（1984年）
—— 「判批」法セミ 28 卷 4 号（1984年）

- 『共犯論再考』(成文堂、1989年)
- 『刑法総論〔第5版〕』(有斐閣、2012年)
- 大阪刑事実務研究会 「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(上、下)」判タ 1355号(2011年)、同 1356号(2011年)
- 大澤裕 「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」『田宮裕博士追悼論集下巻』(信山社、2003年)
- 大塚仁 『犯罪論の基本問題』(有斐閣、1982年)
- 『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣、2008年)
- 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署長事件を契機として——」神戸 62巻1・2号(2012年)
- 「共同正犯の処罰根拠と共謀共同正犯」法セミ 743号(2016年)
- 大野平吉 「判批」『刑法判例百選I〔第3版〕』(有斐閣、1991年)
- 大谷實 「判批」法セミ 391号(1987年)
- 「承継的共同正犯の成立要件」法セミ 33巻10号(1988年)
- 『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂、2012年)
- 岡上雅美 「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』(有斐閣、2008年)
- 岡野光雄 「個人的共犯論と『共謀』共同正犯論」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻』(成文堂、1998年)
- 『刑法要説総論〔第2版〕』(成文堂、2009年)
- オステン、フィリップ 「正犯概念再考——ルバンガ事件判決と国際刑法における共同正犯論の展開を素材に——」慶法 87巻5号(2014年)
- 小田直樹 「共犯者による量的過剰を伴う場合における正当防衛の判断」重判平成 6年(ジュリ臨増 1068号)
- 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』をめぐる考察」阪法 60巻6号(2011年)
- 『承継的責任無能力』と実行行為の個数について(一、二・完)」阪法 61巻5号(2012年)、同 62巻2号(2012年)
- 小野清一郎 『新訂刑法講義総論〔増補版〕』(有斐閣、1950年)
- 『犯罪構成要件の理論』(有斐閣、1953年)
- 甲斐克則 「判批」『刑法判例百選I〔第6版〕』(有斐閣、2008年)
- 「刑法におけるリスクと危険性の区別」新潟 45巻4号(2013年)
- 「正犯と共犯の区別」山口厚=甲斐克則編『21世紀日中刑事法の重要課題』(成文堂、2014年)

- カウフマン、アルトゥール（甲斐克則訳） 『責任原理——刑法的・法哲学的研究——』（九州大学出版会、2000年）
- 香川達夫 「判批」判評 289号（判時 1064号）（1983年）
- 「刑事未成年者の利用」学習院 45巻2号（2010年）
- 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）
- 「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）
- 加藤一郎 『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）
- 門田成人 「共謀共同正犯の成立範囲」法セミ 46巻6号（2001年）
- 「共謀共同正犯における正犯性の判断方法」法セミ 59巻3号（2014年）
- 門野博 「裁判員裁判への架け橋として（1）」判タ 1289号（2009年）
- 金澤真理 「行為原理・侵害原理」法セミ 53巻6号（2008年）
- 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——」立命館 326号（2009年）
- 「不作為犯の共同正犯（1、2・完）」立命館 344号（2012年）、347号（2013年）
- 神山敏雄 「是非の弁別能力を有する刑事未成年者を利用して盗みをさせた者の間接正犯の成否」法セミ 30巻3号（1985年）
- 亀井源太郎 「判批」首法 38巻2号（1997年）
- 「実務における正犯概念——最一小決平 13・10・25を契機に——」判タ 1104号（2002年）
- 「共謀共同正犯における黙示の意思連絡とその認定」法教 280号（2004年）
- 『正犯と共犯を区別すること』（弘文堂、2005年）
- 「判批」判評 554号（判時 1882号）（2005年）
- 「判批」判評 612号（判時 2060号）（2010年）
- 川口政明 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成六年度』（法曹会、1996年）
- 川崎一夫 「共同意思主体説について」『創立 25周年記念論文集』（創価大学出版会、1995年）
- 川崎友巳 「共犯者による量的過剰を伴う場合における正当防衛の判断」同志社 48巻4号（1996年）
- 川端博 「片面的従犯」法セミ 34巻7号（1989年）
- 『共犯の理論』（成文堂、2008年）
- 「判批」『刑法判例百選 I〔第6版〕』（有斐閣、2008年）
- 『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）

- 菊池則明 「いわゆる対等型共謀共同正犯の認定」 警論 69 卷 7 号 (2016 年)
- 北川佳世子 「我が国における過失共同正犯の議論と今後の課題」 刑雑 38 卷 1 号 (1998 年)
- 木谷明 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 57 年度』(法曹会、1986 年)
- 北原一夫 「判批」 研修 647 号 (2002 年)
- 北村喜宣 「判批」 重判平成 20 年 (ジュリ臨増 1376 号) (2009 年)
- 木山暢郎 「共犯事件と量刑 (上、下)」 判タ 1202 号 (2006 年)、同 1203 号 (2016 年)
- 京藤哲久 「判批」『刑法判例百選 I [第 5 版]』(有斐閣、2003 年)
- 草野豹一郎 『刑法總則講義第一分冊』(南郊社、1935 年)
- 『刑法改正上の重要問題』(巖松堂書店、1950 年)
- 『刑事法学の諸問題』(勁草書房、1951 年)
- 『刑法要論』(有斐閣、1956 年)
- 楠田泰大 「過失の競合に関する一考察」 同法 66 卷 3 号 (2014 年)
- グロホラ、エルヴィン 『組織理論入門』(文眞堂、1989 年)
(清水敏允=小田章訳)
- 刑法理論研究会 『現代刑法学原論 総論 [第 3 版]』(三省堂、1996 年)
- 黄士軒 「共謀共同正犯に関する基礎的研究」 博士論文 (東京大学大学院法学政治学
研究科、2014 年)
- 行田桜子 「共同正犯の主観的要件について:『意思連絡』における共同性と正犯性」 北
大法政ジャーナル 21・22 卷 (2015 年)
- 小坂井敏晶 『責任という虚構』(東京大学出版会、2008 年)
- 小島秀夫 『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂、2015 年)
- 小島陽介 「判批」 金沢 59 卷 1 号 (2016 年)
- 小玉大輔 「判批」 ひろば 63 卷 5 号 (2010 年)
- 後藤啓介 「間接正犯論の新展開——ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの——」 慶応ロー 24 号 (2012 年)
- 小林憲太郎 「判批」 現刑 4 卷 5 号 (2002 年)
- 「判批」 判評 546 号 (判時 1858 号) (2004 年)
- 『刑法総論』(新世社、2014 年)
- 「いわゆる承継的共犯をめぐって」 研修 791 号 (2014 年)
- 「判批」『刑法判例百選 I [第 7 版]』(有斐閣、2014 年)
- 「不作為による関与」 判時 2249 号 (2015 年)
- 「共犯関係の解消について」『理論刑法学の探究⑨』(成文堂、2016 年)

- 小林史治 「判批」金法 1980 号 (2013 年)
- 小林充 「共同正犯と狭義の共犯の区別」曹時 51 卷 8 号 (1999 年)
- 近藤敦 「比例原則の根拠と審査内容の比較研究」『高見勝利先生古稀記念 憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用——』(信山社、2015 年)
- 齊藤彰子 「判批」セレクト 2002 (法教 270 号) (2003 年)
- 「作為正犯者による犯罪実現過程への不作為による関与について」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』(成文堂、2015 年)
- 齊藤金作 『共犯理論の研究』(有斐閣、1954 年)
- 『刑法總論 [改訂版]』(有斐閣、1955 年)
- 『共犯判例と共犯立法』(有斐閣、1959 年)
- 齊藤誠二 「是非の弁別能力のある刑事未成年者を利用する間接正犯」法教 44 号 (1984 年)
- 齋藤司 「判批」刑弁 65 号 (2011 年)
- 齊藤豊治 「判批」『刑法判例百選 I [第 2 版]』(有斐閣、1984 年)
- 佐伯千巳 『刑法講義 (総論) [4 訂版]』(有斐閣、1981 年)
- 『刑法の理論と体系』(信山社、2014 年)
- 佐伯仁志 「正当防衛と共犯からの離脱」ジュリ 1125 号 (1997 年)
- 『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013 年)
- 酒井安行 「判批」『刑法判例百選 I [第 5 版]』(有斐閣、2003 年)
- 坂口拓也 「判批」警論 63 卷 5 号 (2010 年)
- 佐々木薫=永田良昭編 『集団行動の心理学』(有斐閣、1987 年)
- 佐藤幸治 『日本国憲法論』(成文堂、2011 年)
- 佐藤多美夫 「承継的共犯」北海道駒沢大学研究紀要 19 号 (1984 年)
- 「判批」北海道駒沢大学研究紀要 21 号 (1986 年)
- 「判批」駒沢大学北海道教養部論集 12 号 (1997 年)
- 塩見淳 「共同正犯における実行の着手」論叢 162 卷 1~6 号 (2008 年)
- 潮見佳男 『不法行為法 I [第 2 版]』(信山社、2009 年)
- 鎮目征樹 「片面的共犯」西田典之=山口厚=佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣、2007 年)
- 設楽裕文=淵脇千寿保 「判批」日法 79 卷 4 号 (2014 年)
- 渋谷秀樹 『憲法 [第 2 版]』(有斐閣、2013 年)
- 司法研修所 『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会、2009 年)

- 島伸一 「共謀共同正犯に関する最高裁判例の新展開——最高裁（一小）平成一五・五・一決定の意義を中心にして——」 法時 78 卷 3 号（2006 年）
- 島田聡一郎 「適法行為を利用する違法行為」 立教 55 号（2000 年）
- 「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして——」 立教 57 卷（2001 年）
- 『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002 年）
- 「判批」 法教 259 号（2002 年）
- 「判批」 重判平成 13 年（ジュリ臨増 1224 号）（2002 年）
- 「判批」 ジュリ 1288 号（2005 年）
- 「間接正犯と共同正犯」 『神山先生古稀祝賀論文集第一巻』（成文堂、2006 年）
- 「共謀共同正犯論の現状と課題」 川端博ほか編『理論刑法学の探究③』（成文堂、2010 年）
- 嶋矢貴之 「過失犯の共同正犯論（1、2・完）——共同正犯論序説——」 法協 121 卷 1 号（2004 年）、同 10 号（2004 年）
- 「過失犯の共同正犯」 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣、2007 年）
- 「判批」 『刑法判例百選 I 〔第 6 版〕』（有斐閣、2008 年）
- 清水勇男 「判批」 研修 419 号（1983 年）
- 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）
- 清水真 「判批」 判評 533 号（判時 1818 号）（2003 年）
- 「判批」 新報 111 卷 5・6 号（2005 年）
- 下村康正 『共謀共同正犯と共犯理論』（学陽書房、1983 年）
- 白井智之 「判批」 警論 69 卷 3 号（2016 年）
- ジンバルドー、フィリップ（鬼澤忍＝中山宥 訳） 『ルシファー・エフェクト：ふつうの人が悪魔になるとき』（海と月社、2015 年）
- 末道康之 「判批」 セレクト 2003（法教 282 号）（2004 年）
- 杉本一敏 「判批」 早法 77 卷 3 号（2002 年）
- 「遡及禁止と間接正犯」 高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014 年）
- 「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）

- 鈴木彰雄 「共同正犯の未遂」新報 96 卷 1・2 号 (1989 年)
- 「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」関東学園 11 卷 2 号 (2001 年)
- 鈴木左斗志 「刑法における結果帰責判断の構造——犯罪論の機能的考察」学習院 38 卷 1 号 (2002 年)
- 「犯罪供用物件没収 (刑法 19 条 1 項 2 号) の検討——最高裁平成 15 年 4 月 11 日判決 (刑集 57 卷 4 号 403 頁) を契機として——」研修 724 号 (2008 年)
- 鈴木優典 「判批」刑ジャ 40 号 (2014 年)
- 鈴木義男 「実行着手前における共謀関係からの離脱」研修 230 号 (1967 年)
- 須藤陽子 「比例原則と違憲審査基準——比例原則の機能と限界——」立命 321・322 号 (2008 年)
- 関哲夫 「判批」『刑法判例百選 I [第 5 版]』(有斐閣、2003 年)
- 「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——」国士館 42 号 (2009 年)
- 「共謀共同正犯における『間接正犯類似説』の検討」国学院 51 卷 4 号 (2014 年)
- 『講義刑法総論』(成文堂、2015 年)
- 十河太朗 「判批」同法 55 卷 1 号 (2003 年)
- 「判批」現刑 6 卷 12 号 (2004 年)
- 「共犯従属性概念の再構成 (一、二・完)」同法 302 号 (2005 年)、同 303 号 (2005 年)
- 「判批」セレクト 2008 (法教 342 号) (2009 年)
- 「承継的共犯の一考察」同法 64 卷 3 号 (2012 年)
- 「判批」『刑法判例百選 I [第 7 版]』(有斐閣、2014 年)
- 「共謀の射程と共同正犯関係の解消」同法 377 号 (2015 年)
- 「承継的共犯論の現状と課題」『理論刑法学の探究⑨』(成文堂、2016 年)
- 曾根威彦 『刑法の重要問題 総論 [第 2 版]』(成文堂、2005 年)
- 『刑法総論 [第 4 版]』(弘文堂、2008 年)
- 『刑法各論 [第 5 版]』(弘文堂、2012 年)
- 『刑法原論』(成文堂、2016 年)
- 園田寿 「判批」『刑法判例百選 I [第 4 版]』(有斐閣、1997 年)
- 田尾雅夫 「組織と組織論」同編『よくわかる組織論』(ミネルヴァ書房、2010 年)

- 高橋誠一郎 「判批」 研修 622 号 (2000 年)
- 高橋直哉 「複数の反撃行為と過剰防衛の成否」 駿河台 26 卷 2 号 (2013 年)
- 高橋則夫 『共犯体系と共犯理論』 (成文堂、1988 年)
- 「共犯における危険概念」 刑雑 33 卷 2 号 (1993 年)
- 「判批」 『刑法判例百選 I 〔第 4 版〕』 (有斐閣、1997 年)
- 「判批」 セレクト' 96 (法教 198 号) (1997 年)
- 『規範論と刑法解釈論』 (成文堂、2007 年)
- 「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)
- 「判批」 『刑法判例百選 I 総論 〔第 7 版〕』 (有斐閣、2014 年)
- 『刑法各論 〔第 2 版〕』 (成文堂、2014 年)
- 「判批」 刑ジャ 39 号 (2014 年)
- 『刑法総論 〔第 3 版〕』 (成文堂、2016 年)
- 高山佳奈子 「複数行為による事故の正犯性」 『三井誠先生古稀祝賀論文集』 (有斐閣、2012 年)
- 『責任主義』と『比例原則』 刑雑 53 卷 1 号 (2013)
- 田川靖紘 「判批」 早法 84 卷 4 号 (2009 年)
- 「正犯概念の体系的再構成——共謀共同正犯と故意ある幫助道具の機能的分析を通じて——」 博士論文 (早稲田大学大学院法学研究科、2015 年)
- 「判批」 セレクト 2014 [I] (法教 413 号) (2015 年)
- 滝谷英幸 『『一連の行為』と因果関係 (1、2、3・完) ——実体法と手続法の交錯領域の 1 つとして——』 早研 151 号 (2014 年)、同 153 号 (2015 年)、同 154 号 (2015 年)
- 竹内正 「判批」 判評 322 号 (判時 1167 号) (1985 年)
- 只木誠 「判批」 判評 504 号 (判時 1731 号) (2001 年)
- 「判批」 『刑法判例百選 I 〔第 5 版〕』 (有斐閣、2003 年)
- 「判批」 『刑法判例百選 I 〔第 6 版〕』 (有斐閣、2008 年)
- 立石二六 「判批」 『刑法判例百選 I 〔第 5 版〕』 (有斐閣、2003 年)
- 「共謀共同正犯」 同 『刑法解釈学の諸問題』 (成文堂、2012 年)
- 『刑法総論 〔第 4 版〕』 (成文堂、2015 年)
- 谷口和弘 『組織の実学——個人と企業の共進化』 (NTT 出版、2008 年)
- 団藤重光 『実践の法理と法理の実践』 (創文社、1986 年)
- 『刑法綱要総論 〔第 3 版〕』 (創文社、1990 年)

- 土本武司 「判批」判評 367号 (判時 1315号) (1989年)
- 坪内利彦 「いわゆる承継的共同正犯の成立要件」研修 491号 (1989年)
- 手塚明 「共謀共同正犯における未必の故意に基づく共謀について」明治ロー13号 (2013年)
- 寺田精一 『犯罪心理學』(岩波書店、1926年)
- 照沼亮介 『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年)
- 「判批」セレクト 2004 (法教 294号) (2005年)
- 「共謀共同正犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣、2007年)
- 「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法・医事法の新たな展開上巻(町野朔先生古稀記念)』(信山社、2014年)
- 「過剰防衛と『行為の一体性』について」『理論刑法学の探究⑦』(成文堂、2014年)
- 「判批」重判平成 25年 (ジュリ臨増 1466号) (2014年)
- 豊田兼彦 「判批」愛大 157号 (2001年)
- 『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年)
- 「傷害罪の共同正犯の成立範囲」法セミ 58巻 2号 (2013年)
- 「判批」『刑法判例百選 I [第 7 版]』(有斐閣、2014年)
- 「判批」法セミ 59巻 2号 (2014年)
- 内藤謙 『刑法講義総論(下) II』(有斐閣、2002年)
- 中利太郎＝香城敏麿 『量刑の実証的研究(司法研究報告書 15 輯 1 号)』(司法研修所、1966年)
- 中義勝 『間接正犯』(有斐閣、1963年)
- 「共同正犯の正犯性——相互間接正犯的構成とその批判的考察——」『現代の共犯理論(齊藤金作先生還暦祝賀)』(有斐閣、1964年)
- 「片面的共同正犯」関法 16巻 4・5・6号 (1967年)
- 『講述犯罪総論』(有斐閣、1980年)
- 長島敦 『刑法判例研究』(大学書房、1966年)
- 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)
- 永田憲史 「判批」甲法 43巻 1・2号 (2002年)
- 中野次雄 「殺意のある者とない者の共同正犯」警察研究 54巻 6号 (1983年)
- 「判批」警察研究 56巻 1号 (1985年)
- 『刑法総論概要 [第 3 版補訂版]』(成文堂、1997年)

- 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）
- 『『一連の行為』の行為論的基礎付け』刑雑 53 卷 2 号（2014 年）
- 「過失競合における主体の問題」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014 年）
- 「共謀における義務付けと共謀の射程」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）
- 「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）
- 「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑ジャ 48 号（2016 年）
- 中森喜彦 「原因において自由な行為（上、下）法セミ 396 号（1987 年）、同 397 号（1988 年）
- 「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）
- 中山研一 「刑事未成年者の利用と間接正犯——大阪高裁平成七年十一月九日判決を素材として——」判タ 929 号（1997 年）
- 「共謀共同正犯の成立範囲——偽装事故による保険金詐欺の事例——」北陸 9 卷 2 号（2001 年）
- 夏目文雄 「組織論的共犯論序説（1、2、3、4、5、6、7、8、9、10、11、12、13、14・完）」愛大 99 号（1982 年）、同 100 号（1982 年）、同 101 号（1983 年）、同 102 号（1983 年）、同 103 号（1983 年）、同 104 号（1984 年）、同 105 号（1984 年）、同 106 号（1984 年）、同 107 号（1985 年）、同 108 号（1985 年）、同 109 号（1986 年）、同 110 号（1986 年）、同 111 号（1986 年）、同 112 号（1986 年）
- 「判批」『刑法判例百選 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、1997 年）
- 奈良俊夫 「判批」新報 91 卷 8～10 号（1985 年）
- 「判批」『刑法判例百選 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、1997 年）
- 成瀬幸典 「量的過剰に関する一考察（一、二・完）」法学 74 卷 1 号（2010 年）、同 75 卷 6 号（2012 年）
- 名和鐵郎 『刑法判例百選 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2003 年）
- 西岡正樹 「判批」法学 74 卷 2 号（2010 年）
- 西田健 「暴力団組長への予断と闘う——殺人共謀共同正犯に無罪（昭和六〇年九・三〇東京高裁判決）——」自正 39 卷 8 号（1988 年）

- 西田典之 「判批」法教 29 号（1983 年）
- 『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂、2010 年）
- 『共犯理論の展開』（成文堂、2010 年）
- 西田典之ほか編 『注釈刑法第 1 卷総論』（有斐閣、2010 年）
- 西原春夫 「共同正犯における犯罪の実行」『現代の共犯理論（齊藤金作先生還暦祝賀）』（有斐閣、1964 年）
- 『刑法総論〔改訂準備版〕（下巻）』（成文堂、1993 年）
- 『刑法総論〔改訂版〕（上巻）』（成文堂、1995 年）
- 『犯罪実行行為論』（成文堂、1998 年）
- 「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務——最高裁平成 17 年 11 月 29 日第一小法廷判決を中心に——」刑ジャ 3 号（2006 年）
- 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）
- 野口元郎 「承継的共同正犯の成立要件」研修 579 号（1996 年）
- 「判批」研修 585 号（1997 年）
- 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利 『憲法 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）
- 野村稔 「共同正犯と正当防衛の成否の判断方法」法教 177 号（1995 年）
- 萩原滋 『実体的デュー・プロセス理論の研究』（成文堂、1991 年）
- 「刑罰権の限界としての比例原則——ドイツの判例と学説（一、二・完）」愛大 155 号（2001 年）、156 号（2001 年）
- 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）
- 「過剰防衛の成否について」法教 406 号（2014 年）
- 「共謀の意義について（1、2）」法教 412 号（2015 年）、同 413 号（2015 年）
- 橋本正博 「判批」『刑法判例百選 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、1997 年）
- 『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000 年）
- 『「承継的共同正犯」論の現在』現刑 28 号（2001 年）
- 「判批」重判平成 22 年（ジュリ臨増 1420 号）（2011 年）
- 『「承継的共同正犯」について』『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（成文堂、2014 年）
- 「判批」『刑法判例百選 I 〔第 7 版〕』（有斐閣、2014 年）

- 『刑法総論』（新世社、2015年）
- 濱田新 「幫助犯の処罰範囲限定理論について」法政論究 93号（2012年）
- 林幹人 「黙示的・不作為の共謀——最高裁平成21年10月19日判決を契機として——」研修 748号（2010年）
- 林美月子 「判批」『刑法判例百選 I 〔第5版〕』（有斐閣、2003年）
- 早瀬宏毅 「判批」研修 777号（2013年）
- 東公明 「過剰防衛と共同正犯」創法 26巻2・3号（1997年）
- 「刑事未成年者との共同正犯」創法 32巻1・2号（2002年）
- 樋口亮介 「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定——」刑ジャ 39号（2014年）
- 「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定——」『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）
- 日高義博 『刑法総論』（成文堂、2015年）
- 平木正洋 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成13年度』（法曹会、2004年）
- 平野龍一 『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966年）
- 『刑法総論 II』（有斐閣、1975年）
- 『犯罪論の諸問題（上）〔復刊版〕』（有斐閣、2000年）
- 平場安治 『刑法総論講義』（有信堂、1952年）
- 平山幹子 「判批」重判平成25年（ジュリ臨増1466号）（2014年）
- 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）
- 福田平 「承継的共同正犯の成立範囲」判評 354号（判時1276号）（1988年）
- 『刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）
- 福田平ほか編 『刑法（4）各論 II』（有斐閣、1977年）
- 福山道義 「判批」『刑法判例百選 I 〔第4版〕』（有斐閣、1997年）
- 藤木英雄 「共謀共同正犯」同『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967年）
- 『新版刑法演習講座』（立花書房、1970年）
- 『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）
- 「共謀共同正犯」同編『判例と学説 7・刑法 I（総論）』（日本評論社、1977年）
- 船山泰範 「正当防衛の共同と侵害終了後の共謀」判評 448号（判時1561号）（1996年）

- 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)
- 「共同行為の構成条件」 哲学 63 号 (2012 年)
- ベッカリア、チェーザレ (小谷眞男訳) 『犯罪と刑罰』 (東京大学出版会、2011 年)
- 保坂和人 「判批」 警察公論 58 卷 11 号 (2003 年)
- 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)
- 堀内捷三 『刑法総論 [第 2 版]』 (有斐閣、2004 年)
- 「判批」 『刑法判例百選 I [第 6 版]』 (有斐閣、2008 年)
- 堀口勝 「判批」 洋法 58 卷 1 号 (2014 年)
- 本田稔 「共謀共同正犯における『共謀』事実の特定の意義」 法セミ 48 卷 8 号 (2003 年)
- 本田稔 「判批」 法セミ 61 卷 9 号 (2016 年)
- 本間道子 『集団行動の心理学——ダイナミックな社会関係のなかで——』 (サイエンス社、2011 年)
- 本間道子編 『組織性逸脱行為過程』 (多賀出版、2007 年)
- 前田達明 『不法行為帰責論』 (創文社、1978 年)
- 前田達明=原田剛 『共同不法行為法論』 (成文堂、2012 年)
- 前田雅英 「判批」 『刑法判例百選 I [第 4 版]』 (有斐閣、1996 年)
- 「形式的共同正犯論の終焉」 曹時 54 卷 11 号 (2002 年)
- 「間接正犯と共同正犯と教唆犯」 警論 65 卷 7 号 (2012 年)
- 「承継的共同正犯」 警論 66 卷 1 号 (2013 年)
- 『刑法総論講義 [第 6 版]』 (東京大学出版会、2015 年)
- 牧野英一 『重訂日本刑法上巻』 (有斐閣、1937 年)
- 『刑法総論下巻 [全訂版]』 (有斐閣、1959 年)
- 増井敦 「判批」 産法 40 卷 2 号 (2006 年)
- 町野朔 「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性」 『刑事法学の現代的状況 (内藤謙先生古稀祝賀)』 (有斐閣、1994 年)
- 『プレップ刑法 [第 3 版]』 (弘文堂、2004 年)
- 「判批」 『刑法判例百選 I [第 6 版]』 (有斐閣、2008 年)
- 松生光正 「共同正犯の構造について」 法政 76 卷 4 号 (2010 年)
- 「判批」 『刑法判例百選 I [第 7 版]』 (有斐閣、2014 年)
- 松尾誠紀 「事後的な関与と傷害結果の帰責」 関学 64 卷 1 号 (2013 年)

- 「判批」セレクト 2013 [I] (法教 401 号) (2014 年)
- 松澤伸 「教唆犯と共謀共同正犯の一考察——『間接正犯と教唆犯の錯誤』を切り口として——」 Law & Practice 4 号 (2010 年)
- 「共犯と正犯の区別について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上巻』(成文堂、2014 年)
- 松田俊哉 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 19 年度』(法曹会、2011 年)
- 松原芳博 『犯罪概念と可罰性——客観的処罰条件と一身の処罰阻却事由について——』(成文堂、1997 年)
- 「共謀共同正犯と行為主義——最高裁平成一五年五月一日決定・同平成一七年一月二九日決定を契機として——」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2007 年)
- 「判批」刑ジャ 14 号 (2009 年)
- 「共謀共同正犯論の現在」曹時 63 巻 7 号 (2011 年)
- 『刑法総論』(日本評論社、2013 年)
- 「共同正犯をめぐる議論の概観」刑雑 53 巻 2 号 (2014 年)
- 「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015 年)
- 松宮孝明 「判批」法セミ 47 巻 3 号 (2002 年)
- 『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003 年)
- 「犯行のために使用した航空券の価額追徴の可否」法セミ 49 巻 3 号 (2004 年)
- 『刑法総論 [第 4 版]』(成文堂、2009 年)
- 「『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)
- 「『承継的』共犯について——最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 巻 11 号 1281 頁を素材に——」立命 352 号 (2014 年)
- 松村格 「共同正犯の共犯性と正犯性 (上、中、下) ——システム論的考察——」駒論 32 巻 (1986 年)、駒紀 44 巻 (1986 年)、駒論 (1986 年)
- 『日本刑法総論教科書』(八千代出版、2005 年)
- 松本時夫 「共謀共同正犯と判例・実務」刑雑 31 巻 3 号 (1991 年)
- 松本光雄 「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 54 年度』(法曹会、1983 年)
- 丸山嘉代 「判批」警論 66 巻 2 号 (2013 年)
- 水落伸介 「背後者の正犯性について——『正犯の背後の正犯』は認められないか?——」中大院 40 巻 (2010 年)
- 「判批」新報 118 巻 9・10 号 (2012 年)

- 「共謀の射程について」 中大院 44 卷 (2014 年)
- 「判批」 新法 121 卷 3・4 号 (2014 年)
- 宮川基 「罪刑法定主義の憲法上の根拠規定」 東北学院 68 卷 (2009 年)
- 宮崎万壽夫 「承継的共犯論の新展開」 青山ロー7 号 (2013 年)
- 宮下央＝石原慎一郎 「判批」 金法 1997 号 (2014 年)
- 宮本英脩 『宮本英脩著作集第四卷 刑法講義〔新版〕』 (成文堂、1987 年)
- ミルグラム、スタンレー (山形浩生訳) 『服従の心理』 (河出書房、2012 年)
- 武藤眞朗 『刑法判例百選 I〔7 版〕』 (有斐閣、2014 年)
- 室井和弘 「共同正犯と正当防衛・過剰防衛の成否」 研修 607 号 (1999 年)
- 「共同正犯と幫助犯」 研修 608 号 (1999 年)
- 森直樹 「判批」 中京院 7 号 (1987 年)
- 森住信人 「傷害罪における承継的共同正犯の成否」 専法 119 号 (2013 年)
- 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 卷 3 号 (2011 年)
- 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)
- 安田拓人 「過剰防衛の判断と侵害終了後の事情」 刑雑 50 卷 2 号 (2011 年)
- 山口厚 『問題探究刑法総論』 (有斐閣、1998 年)
- 「共同正犯の基本問題」 山口厚＝井田良＝佐伯仁志 『理論刑法学の最前線』 (岩波書店、2001 年)
- 『刑法総論〔第 2 版〕』 (有斐閣、2007 年)
- 『刑法各論〔第 2 版〕』 (有斐閣、2010 年)
- 「共犯の従属性をめぐって」 『三井誠先生古稀祝賀論文集』 (有斐閣、2012 年)
- 『刑法総論〔第 3 版〕』 (有斐閣、2016 年)
- 「承継的共犯論の新展開」 曹時 68 卷 2 号 (2016 年)
- 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)
- 山崎基宏 「判批」 研修 432 号 (1984 年)
- 山田利行 「判批」 研修 639 号 (2001 年)
- 山中敬一 「判批」 関法 53 卷 3 号 (2003 年)
- 『刑法総論〔第 3 版〕』 (成文堂、2015 年)
- 山本輝之 「判批」 警察研究 56 卷 9 号 (1985 年)

- 山元裕史 「判批」 研修 724 号 (2008 年)
- 山本紘之 「判批」 新報 115 卷 11・12 号 (2009 年)
- 山本雅子 『実質的犯罪論の考察』 (成文堂、2007 年)
- 「共謀概念の性質」 中央学院 27 卷 1・2 号 (2014 年)
- 横山晃一郎 「罪刑法定主義の再構成」 『犯罪と刑罰 (佐伯千仞博士還暦祝賀) 上』 (有斐閣、1968 年)
- 吉川友規 「『一連の行為』と過剰防衛」 同法 66 卷 2 号 (2014 年)
- 吉川真理 「間接正犯の正犯性に関する一考察——昭和 58 年 9 月 21 日の最高裁決定を中心として——」 法学研究年誌 (東北学院) 4 号 (1987 年)
- 「承継的共同正犯について——ドイツの判例・学説を中心として——」 法学研究年誌 6 号 (1992 年)
- 若尾岳志 「判批」 法時 78 卷 1 号 (2006 年)
- 我妻栄 『事務管理・不当利得・不法行為』 (日本評論社、1937 年)
- 渡邊忠嗣 「判解」 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 58 年度』 (法曹会、1987 年)

【欧文文献】

- Ambos, Kai, Tatherrschaft durch Willensherrschaft, GA 1998
- in: Gesamtes Strafrecht, Handkommentar (Dölling/Duttge/Rösner [Hrsg.]), 3. Aufl., 2013, § 22
- Bauer, Claudia, Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten), 1996
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003
- /Mitsch, Wolfgang,
- Becker, Christian, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2009
- Beulke, Werner/ „Lederspray-Entscheidung“ – BGHSt 37, 106, JuS 1992
- Bachmann, Gregor,
- Birkmeyer, Karl, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890
- Bloy, René, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985
- Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996

- Bockelmann, Paul/Volk, Klaus, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1987
- Bratman, Michael E., Faces of Intention, 1999
- Shared Agency, in: C. Mantzavinos (ed.), Philosophy of the Social Sciences, 2009
- Buser, Torsten, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, 1998
- Cramer, Peter/Heine, Günter in: Schönke/Schröder 27. Aufl., Vorbem §§ 25 ff., 2006
- Dencker, Friedrich, Kausalität und Gesamttat, 1996
- Ebert, Udo, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2001
- Fad, Frank, Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, 2005
- Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 18. Aufl., 1931
- Frister, Helmut, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013
- Gores, Claus-Jürgen, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982
- Gropp, Walter, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992
- Strafrecht AT, 4. Aufl., 2015
- Günther, Hans-Ludwig, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978
- Haft, Fritjof, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2004
- Häring, Daniel, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2005
- Hauf, Claus-Jürgen, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2001
- Hefendehl, Roland, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011
- Heine, Günter/Weißer, Bettina, in: Schönke/Schröder 29. Aufl., 2014, § 25
- Heinrich, Bernd, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2014
- Heinrich, Manfred, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002
- Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen, in: Festschrift für Krey, 2010
- Herzberg, Rolf Dietrich, Täterschaft und Teilnahme, 1977
- Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987)
- Herzberg, Rolf Dirtrich/Hoffmann-Holland, Klaus, in: MüK 2. Aufl., 2011, § 22
- Hillenkamp, Thomas, in: LK, 12. Aufl., 2007, § 22

- Hirsch, Hans Joachim, Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?, in: Festschrift für Lüderssen, 2002
- Hoffmann-Holland, Klaus, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2015
- Hörnle, Tatjana, Wider das Dogma vom Finalzusammenhang bei Raub und Nötigung, in: Festschrift für Puppe, 2011
- Hoyer, Andreas, Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996
- in: SK, 7. Aufl., 2000, § 25
- Ingelfinger, Ralph, “Schein”-Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995
- Jakobs, Günther, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991
- Zur Kritik der Fassung des Raubstatbestands, in: Festschrift für Eser, 2005
- Mittäterschaft als Beteiligung, in: Festschrift für Puppe, 2011
- System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012
- Theorie der Beteiligung, 2014
- Jescheck, Hans-Hainrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996
- Joecks, Wolfgang, in: MüK, 2. Aufl., 2011, § 25
- Kantorowicz, Hermann, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, 1910
- Kamm, Simone, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999
- Kaspar, Johannes, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014
- Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip – Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1976
- Kelker, Brigitte, Online-Demonstrationen – ein Fall “additiver Mittäterschaft“?, GA 2009
- Kindhäuser, Urs, Handlungs- und normtheoretische Grundfrage der Mittäterschaft, in: Festschrift für Hollerbach, 2001
- Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013
- Kluszczewski, Diethelm, Strafrecht AT, 2012
- Knauer, Christoph, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft, 2001
- Köhler, Mychael, Strafrecht AT, 1997
- Kraatz, Erik, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006

- Krack, Ralf, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 110 (1998)
- Krey, Volker/Esser, Robert, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl., 2012
- Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012
- Küper, Wilfried, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978
- , Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979
- Küpper, Georg, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993)
- Küpper, Georg/Mosbacher, Andreas, Untauglicher Versuch bei nur vermeintlicher Mittäterschaft-B-GH, NJW 1995, 142, JuS 1995
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2014
- Lagodny, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996
- Langneff, Katja, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000
- Lesch, Heiko H., Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993)
- Luzón Peña, Diego-Manuel/Díaz y García Conlledo, Miguel, Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, in: Festschrift für Roxin zum 70. Geburtstag, 2001
- Marlie, Marcus, Unrecht und Beteiligung, 2009
- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz/Dölling, Dieter/Laue, Christian/Renzikowski, Joachim, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2014
- Meyer, Maria-Katharina, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum: Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, 1984
- Mezger, Edmund, Strafrecht: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949
- , in: LK 8. Aufl., 1957, § 47
- Morozinis, Ioannis, Dogmatik der Organisationsdelikte, 2010
- Mosenheuer, Andreas, Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 2009

- Murmann, Uwe, in: SSW-StGB 2. Aufl., 2014, § 25
- Mylonopoulos, Christos, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, GA 2011
- Nagler, Johannes, in: LK 8. Aufl., 1957
- Noltenius, Bettina, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003
- Otto, Harro, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, JURA 2001
- Grundkurs Strafrecht AT, 7. Aufl., 2004
- Prüßner, Michael, Die von mehreren versuchte Tat, 2004
- Puppe, Ingeborg, Anmerkung, JR 1992
- Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, in: Festschrift für Spinellis, 2001
- Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004
- Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS 2007
- Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl, 2011
- Die Architektur der Beteiligungsformen, GA 2013
- Rengier, Rudolf, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2014
- Renzikowski, Joachim, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung 1997
- Die fahrlässige Mittäterschaft, in: Festschrift für Otto, 2007
- Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen, JuS 2013
- Rotsch, Thomas, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW 2000
- Neues zur Organisationsherrschaft, NSTZ 2005
- „Einheitstatterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009
- „Gemeinsames Versagen“ – Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft, in: Festschrift für Puppe, 2011
- Roxin, Claus, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963
- Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979
- Zur Mittäterschaft beim Versuch, in: Festschrift für Odersky, 1996
- Strafrecht AT II, 2003

- in: LK 11. Aufl., 2003, § 25
- Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006
- Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: Festschrift für F.-C. Schroeder, 2006
- Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStrR 2007
- Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru, ZIS 2009
- Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft, in: Festschrift für Krey, 2010
- Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012
- Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015
- Rudolphi, Hans-Joachim, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in: Festschrift für Bockelmann, 1979
- Samson, Erich, Anmerkung, StV 1996
- Schild, Wolfgang, Tatherrschaftslehren, 2009
- in: NK StGB, 4. Aufl., 2013, § 25, Vor §§ 26, 27
- Schlösser, Jan, Soziale Tatherrschaft: Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004
- Der Täter hinter dem Gehilfen, JR 2006
- Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen: Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26.8.2003 und Urteil vom 13.5.2004, GA 2007
- Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984
- Schroeder, Friedrich-Christian, Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965
- Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, JR 1995
- Tatbereitschaft gegen Fungibilität, ZIS 2009
- Schulz, Uwe, Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – eine notwendige Rechtsfortbildung? – BGH, NJW 1994, 2703, JuS 1997

- Schumann, Heribert, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986
- Schünemann, Bernd, in: LK 12. Aufl., 2007, § 25
- Seher, Gerhard, Grundfälle zur Mittäterschaft, JuS 2009
- Vorsatz und Mittäterschaft – Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre, JuS 2009
- Steckermeier, Kristina, Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB): Verlängerte Tatherrschaft als Zurechnungsgrund – eine empirisch gestützte Untersuchung, 2015
- Stein, Ulrich, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988
- Stoffers, Kristian F., Mittäterschaft und Versuchsbeginn, MDR 1989
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011
- Valdágua, Maria da Conceição, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW 98 (1986)
- Volker Haas, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007)
- Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008
- in: Matt/Renzikowski StGB, 2013, § 25
- Welzel, Hans, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939)
- Wengenroth, Lenard, Zur Strafbarkeit von virtuellen Sit-Ins – Zugleich ein Beitrag zur (Mit)Täterschaft bei minimalen Tatbeiträgen, 2014
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht AT, 44. Aufl., 2014
- Zaczyk, Rainer, in: NK, 4. Aufl., 2013, § 22
- Zieschang, Frank, Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?, ZStW 107 (1995)
- Gibt es den Täter hinter dem Täter?, in: Festschrift für Otto, 2007
- Strafrecht AT, 3. Aufl., 2012