

# 共同正犯における因果的共犯論の意義

谷 岡 拓 樹

## 第1章 はじめに

## 第2章 共同正犯の処罰根拠としての因果性

### 第1節 実務の運用と因果性

#### 第1款 問題の所在

#### 第2款 実務の運用を正当化する論理

##### 第1項 主観的謀議説による正当化

##### 第2項 全体行為説についての検討

#### 第3款 実務は個別行為を不要としているか

### 第2節 包括的共謀における因果性

#### 第1款 包括的共謀における因果性の要否

#### 第2款 包括的共謀における個別行為の特定

### 第3節 個別行為を特定する意義

## 第3章 「重要な役割」説についての検討

### 第1節 問題の所在

### 第2節 「重要な役割」説の意義

### 第3節 「重要な」役割についての検討

#### 第1款 準実行共同正犯論による基準

#### 第2款 近時の有力説による基準

### 第4節 重要な「役割」についての検討

#### 第1款 実務と「重要な役割」説の対立点

#### 第2款 「重要な役割」説と実務の差異

### 第5節 具体的問題の検討

第1款 付加的共同正犯における「重要な役割」

第2款 包括的共謀における「重要な役割」

第4章 おわりに

## 第1章 はじめに

法益侵害（またはその危険）との因果性を処罰根拠とする因果的共犯論は、長らく共同正犯を含めた広義の共犯全体に妥当するものとして理解されてきた。<sup>(1)</sup> 因果的共犯論は、正犯と共犯の処罰根拠を基本的に同一のものと理解するものであるから、共同正犯についてだけそれと異なって理解すべき理由は見出しがたい。そのため、上記のような理解は、ある意味で当然のものといえる。

しかし、近時では、そのような理解に疑問が示されている。すなわち、共同正犯には因果的共犯論は適用されないとの主張がなされているのである。それによれば、共同正犯においては、関与者各自の個別行為と結果との間の因果性は不要であり、むしろ、それを不要とすることに刑法60条の意義がある<sup>(3)</sup>、というのである。このような主張は、俄かには首肯しがたいものの、最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁が詐欺未遂罪について承継的共同正犯を認めたこともあり、一定の説得力をもつものとして受け入れられているように思われる。そのため、上記のような従前の理解を所与の前提とすることは、もはや許されない状況にある。

そこで、本稿では、共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場からの問題提起を踏まえつつ、共同正犯における因果的共犯論の意義を再確認することにしたい。このような検討により、因果的共犯論の意義を明らかにすることができるとはもちろん、因果的共犯論をめぐる議論の争点を整理することもできると思われる。

もっとも、そのような検討の前に確認しておかなければならないことがあ

る。それは、共同正犯に因果的共犯論を適用すべきでない、との主張には、二つの異なる内容が含まれているということである。

その一つは、共同正犯に因果的共犯論を適用することそれ自体、つまり、共同正犯の処罰根拠を因果的共犯論によって説明することを問題視するもの<sup>(5)</sup>である。論者は、このような主張によって、個別行為と結果との間の因果性を共同正犯の要件から除外しようとするのである。<sup>(6)</sup>

そして、もう一つは、因果的共犯論を基礎とする立場から主張されるいわゆる「重要な役割」説<sup>(7)</sup>を問題視するものである。<sup>(8)</sup>「重要な役割」説は、因果性の存在を前提として、その因果的寄与が重大である（「重要な役割」が認められる）場合に共同正犯を肯定しようとするものであるから、その意味では、因果的共犯論を前提とするものといえる。<sup>(9)</sup>しかし、共同正犯の処罰根拠を因果的共犯論に求めることが、直ちに「重要な役割」説の採用を意味するわけではない。そのため、因果的共犯論と「重要な役割」説を不可分一体のものとして俎上に載せるのは適切ではなく、両者の問題は区別して検討されなければならない。

以下では、このような理解を前提として、これらの点について順に検討していく。

## 第2章 共同正犯の処罰根拠としての因果性

### 第1節 実務の運用と因果性

#### 第1款 問題の所在

上述のように、共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場は、共同正犯から因果性という要件を除外しようとするのであるが、その背後には、次のような問題意識があるようである。すなわち、因果的共犯論の立場から、共同正犯についても個別行為の因果性を要件とするのであれば、「罪となるべき事実」において、被告人自身の個別行為が特定されなければならない。<sup>(10)</sup>しかし、実務では、狭義の共犯の場合とは異なり、共同正犯についてそのような

個別行為の特定はなされていない。したがって、実務は共同正犯に因果的共犯論を適用していない。<sup>(11)</sup>このような問題意識である。

実務上、共同正犯の「罪となるべき事実」は、単に「共謀の上」とのみ記載すれば足りるとされている<sup>(12)</sup>（以下、これを「実務の運用」とする。）。確かに、このような実務の運用は、個別行為の特定を不要とするものであり、因果的共犯論の立場とは整合しないようにも思われる。しかし、だからといって、そこから、実務が共同正犯に因果的共犯論を適用していないとの推論が成り立つとは限らない。というのも、そのような実務の運用が確立されたのは、実務に因果的共犯論が浸透するよりも前の話だからである。<sup>(13)</sup>そのため、単に「罪となるべき事実」の記載のレベルまで、因果的共犯論が浸透しきるに至っていないだけである可能性も否定できないのである。この点については、より慎重な検討が求められる。

そこで、以下では、上記のような推論が成り立つのかを明らかにするために、実務の運用がどのような理解に基づくものであるのかという点から、検討を始めることにしたい。

## 第2款 実務の運用を正当化する論理

### 第1項 主観的謀議説による正当化

実務の運用については、主観的謀議説の立場から説明する理解が有力である。すなわち、「共謀」というのは、犯罪の共同遂行の合意、つまりは、実行行為時点までに形成された内心の意思状態であり、犯意と同一ではないけれども、それと同性格のものであるから、単に「共謀の上」とのみ記載すれば足りる。<sup>(14)</sup>このような説明である。

しかし、このような説明は、「共謀」を日時等によって特定する必要がないことの説明にはなっても、因果の起点としての個別行為の特定が不要となることの説明としては十分なものではない。なぜならば、仮に「共謀」を内心の意思状態と解したとしても、因果の起点として何らかの個別行為が必要

なのだとすれば、「共謀」とは別の形で個別行為が要求されることになるはずだからである。そのため、本稿の問題意識からすると、上記のような説明で満足することはできない。

もしかすると、上記のような議論の前提には、共同正犯の「罪となるべき事実」は「共謀」という点につける、という理解があるのかもしれない。確かに、練馬事件判決（最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁）の『「共謀」または「謀議」は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならない』、との判示には、それ以外の個別行為は不要である、という趣旨まで含まれていたように思われる。しかし、それは、同判決が「共謀」を謀議行為と解していたからにすぎない<sup>(16)</sup>。同判決は、「共謀」を謀議行為と解さない場合についてまで、「共謀」のみで足りるとする（個別行為を不要とする）ものではなかったはずである。そのため、やはり「共謀」の特定の問題と個別行為の特定の問題は、区別して検討されなければならない。

個別行為の特定を不要とすることによって生じる最大の問題は、個別行為を抜きにして、共同正犯としての処罰をどのようにして根拠づけるのか、という点にある<sup>(17)</sup>。上記のような主観的謀議説による説明は、このような実体法上の問題に答えるものではない。そこで、ここからは、実体法解釈として、主観的謀議説を主張した藤木英雄の見解を検討することにより、その解決策を探ることとする。

藤木は、「共謀共同正犯の刑事責任を根拠づけるものは、犯罪の共同遂行に関する合意……にほかならず、……共同謀議行為自体は、共同正犯としての責任を根拠づける要素そのものではない」と説明している<sup>(18)</sup>。このような説明だけをみれば、主観的謀議説は、個別行為を不要とするものであるかのようにも見える。しかし、藤木は、合意のほかに何らかの客観的行動が必要になるのではないかと、という問題について、次のように説明している。すなわち、「合意が継続していること自体切り離してみれば結果実現に向けられた一種の精神的幫助的行為が続行していることになるから、かりに結果実現に

向けられた行動を要するとしても、それで充分である<sup>(19)</sup>』と。これは、一見すると合意のほかに行為は必要でないとの理解が示されているようにもみえる。しかし、実際には、(行為が継続する)<sup>(20)</sup>継続犯と同様の論理を合意にも及ぼすこと<sup>(21)</sup>によって、個別行為の存在を肯定しているにすぎない。つまり、主観的謀議説が意図していたのは、共同正犯の成立要件から謀議行為を排除すること<sup>(22)</sup>であって、個別行為を排除しようとするものではなかったのである<sup>(23)</sup>。

以上のように、仮に主観的謀議説を採用したとしても、それだけでは、個別行為を不要とすることはできない。そのため、主観的謀議説の立場に立つだけでは、実務の運用を十分に説明することはできない。そこで、以下では、主観的謀議説とは異なる立場から、実務の運用を説明する途を探ることにする。

## 第2項 全体行為説についての検討

実務の運用を説明するための論理として注目されるのが、共同正犯について個別行為の因果性を不要とする次のような理解である。すなわち、共同正犯の場合に問題とされるべきは、共同正犯者全員の行為をあわせた全体行為と結果との間の因果関係であって、個別行為と結果との間の因果性ではない、という理解<sup>(24)</sup>(全体行為説)である。このような理解は、承継的共同正犯を肯定するための論理として近時注目を集めているが、個別行為の因果性を不要とするというその理解からは、個別行為の特定を不要とする実務の運用を説明する余地が生じよう。

しかし、このような理解に対しては、個別行為の因果性を不要としうる根拠を示せていないという課題が指摘されている<sup>(26)</sup>。共同正犯についても個人責任の原則が妥当するのであれば、全体行為にではなく、各人に処罰される根拠が備わっていなければならないはずである。そのため、全体行為と結果との間の因果関係の存在(のみ)を理由に、個別行為の因果性を問わないというのであれば、その理解は、個人責任の原則に反するものといわざるをえな

い。おそらく、全体行為説の背後には、仮に全体行為について責任を負わせたとしても、それを認めるだけの根拠が各人に備わっている限り、それは個人責任の原則に反するものではない、という理解があるのではないと思われる。しかし、どのように説明しようとも、他人の行為について責任を負わずというのであれば、それは個人責任の原則に反するといわざるをえないであろう。そのため、全体行為について責任を負うというのは、あくまでも全体行為によって実現された犯罪の共同正犯が成立する、という意味に理解しなければならない。そして、そうであるからには、全体行為と結果との間の因果関係だけでなく、各人がそれぞれ処罰される根拠を備えていることが、ぜひとも必要とされなければならない。それにもかかわらず、全体行為説が、あえて全体行為の帰責という構成を採用する背後には、次のような理解があるのかもしれない。すなわち、共同正犯も正犯である以上、その責任は、直接に構成要件を実現した全体行為を帰責することによってはじめて基礎づけられる、という理解<sup>(27)</sup>である。しかし、共同正犯も正犯である、という理解は、決して必然のものではない。むしろ、刑法60条が「共犯」の章に存在することからすれば、共同正犯はあくまでも共犯であり、刑法60条によって正犯として扱われるにすぎない、と理解する方が自然とさえいえる<sup>(28)</sup>。また、共謀共同正犯も含めて広く共同正犯が認められている現状からすると、共同正犯を正犯として理解することは、正犯概念の拡張を招き、正犯と共犯の区別を曖昧なものにしてしまうように思われる。したがって、上記のような理由で、全体行為の帰責という構成を採用する必要はない<sup>(29)</sup>。

以上の検討から明らかになったのは、仮に全体行為説の立場に立つとしても、個別行為の因果性とは別の形で、各人が処罰根拠を備えていることを説明できなければならないということである。そこで、以下では、そのような説明が可能であるのかについて検討することにしたい。

そのような説明を可能とするものとして、まず次のような理解が考えられる。すなわち、共謀を遂げた複数人による一連の行為は、1個の行為と評価

することができるから、各人の個別行為ではなく、その1個の行為、つまりは全体行為と結果との間の因果関係を問題とすれば足りる、という理解である。<sup>(30)</sup>このような理解に従えば、個別行為と全体行為は同視されることになるため、全体行為と結果との間の因果関係の存在によって、各人が処罰根拠を備えていることを説明することができる。

しかし、問題は、そのように複数人の行為を1個の行為と評価することが許されるかである。まず、そもそも他人の行為を含めて1個の行為と評価すること自体が、個人責任の原則に反するのではないかという疑問がある。<sup>(31)</sup>この点で、単独犯において、一連の行為全体と結果との間の因果関係を問題とすることが許されているのとは、決定的に事情が異なっている。<sup>(32)</sup>また、その点を措くとしても、上記のような説明が共同正犯のすべての場合に妥当するのかという疑問もある。例えば、複数人で同一の被害者に対して暴行を加えて傷害を負わせるという傷害罪の実行共同正犯の場合であれば、上記のような説明もなじむであろう。<sup>(33)</sup>しかし、例えば、暴行と財物奪取を複数人で分担するという強盗罪の実行共同正犯の場合、暴行と財物奪取はまったく別種の行為であるから、それらを1個の行為と評価して、それを因果関係の始点とするという説明は成り立たないと思われる。<sup>(34)</sup>そのため、上記のような説明によって、全体行為説の立場を基礎づけることはできないと思われる。

そこで次に考えられるのが、個別行為とは別の観点から、共同正犯の処罰根拠を説明することによって、全体行為説の立場を基礎づけるというアプローチである。共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場は、共同正犯の処罰根拠について、まさにそのような説明をしている。すなわち、「共同正犯は、上位に立つ者が下位に立つ実行行為者に指示命令を与える場合、一体感のある関係性を形成している者の一部が全体を代表して実行行為を行う場合、共同で実行行為が行われる場合を典型とする」という理解を前提として、共同正犯の処罰根拠について、「個別の被告人ごとに、実行行為を支配・指示していたこと、一体扱いを基礎づける意思連絡の一員であったこ



と、あるいは、共同実行行為に参加したことを処罰根拠としている点で、個人責任を問うものである<sup>(35)</sup>」、と説明するのである。

仮にこのような説明が成り立つのであれば、全体行為説の立場も、個人責任の原則に反するものではないということになる。しかし、このような処罰根拠の説明には、次のような疑問がある。

まず、そもそも上記のような説明は、共同正犯の処罰根拠を説明するものであるのか、という疑問がある。というのも、実行行為者に指示命令を与えた場合に、共同正犯としての処罰を根拠づけるのは、実行行為を支配・指示していたことである、という上記の説明は、単なるトートロジーにすぎないからである。共同正犯の処罰根拠として論じられるべきは、むしろ、実行行為を支配・指示することが、なぜ処罰を根拠づけるのか、という点である<sup>(36)</sup>。仮にこの点を説明しないのであれば、いくら共同正犯の処罰根拠を論じたところで、共同正犯の諸問題を解決するための指針は、何も得られない。そのため、上記のような説明で満足するのであれば、共同正犯の処罰根拠を論じる意味は、ほとんどなくなってしまうと思われる。

さらにいえば、共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場も、狭義の共犯<sup>(37)</sup>についてまで、因果的共犯論の適用を否定するわけではない。そのため、共同正犯に因果的共犯論を適用しないというのであれば、なぜ共同正犯についてだけ、正犯や狭義の共犯とまったく異なる処罰根拠を採用しなければならないのか、という点が問われざるをえない。因果的共犯論が狭義の共犯の処罰根拠として妥当なものだとすれば、それが、なぜ共同正犯の処罰根拠としては妥当でないのであろうか。そのような説明はやはり困難だと思われる。また、結論の面からいっても、仮に共同正犯についてだけ因果性を不要とするのであれば、因果性が認められないために幫助犯としてすら処罰されない行為を共同正犯として処罰することになりかねない。そのような結論は、明らかに不当だと思われる。

また、上記のような理解に対しては、個別行為を不要とするのであれば、

責任能力や故意などについて、いつの時点のそれらを問題とするのか、という疑問もある。上記のような理解からは、例えば、Xが、Yに対して殺人の指示をしたところ、Yはその指示通りにVを殺害した、という事例において、Yへの指示時点ではXに責任能力が認められなかったが、Yの実行行為時点でたまたまそれが生じた、あるいは、その逆で、Yへの指示時点ではXに責任能力が認められたが、Yの実行行為時点ではたまたまそれを失っていた、という場合、それぞれどのように処理されるのであろうか。一般的な理解からは、Xの個別行為（Yへの指示行為）時点の責任能力の有無が問われることになり、その結果、前者については、共同正犯の成立が否定され、後者については、それが肯定されることになる。そして、このような結論は妥当なものと思われる。しかし、Xの処罰を根拠づけるのが、Xの個別行為（Yへの指示行為）ではないのだとすれば、その時点の責任能力の有無を問うべき理由はなくなってしまうであろう。そのため、上記のような理解に従う場合、いつの時点の責任能力を問うことになるのか、また、その時点の責任能力の有無を問うべき理由はどこにあるのか、といった点について、説明が求められることになる。しかし、そのような説明は困難であると思われる。

以上のように、共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場からの説明は、共同正犯の処罰根拠の説明として問題があるといわざるをえない。そのため、それによって、全体行為説の立場を基礎づけることもできない。

以上の検討の通り、全体行為説の立場を個人責任の原則と調和するものとして理解することは困難だと思われる。したがって、実務の運用を全体行為説の立場から説明することにも問題があるといわざるをえない。

### 第3款 実務は個別行為を不要としているか

これまでの検討から、個別行為の特定を不要とする実務の運用は、実体法の観点からみれば、十分に基礎づけられていないということが明らかとなった。もっとも、実務も、実際には、（それが個別行為の特定を不要とする実

務の運用と整合するかはともかくとして、) 個別行為を要求するという適切な実体法解釈を採用してきたのではないかと考えられる。

そう考えられる理由の一つとして、実務においても、「共謀」を認めるためには意思連絡の成立が必要だとされていることを挙げる<sup>(39)</sup>ことができる。というのも、意思連絡が成立するためには、意思の偶然的な併存では足りない<sup>(40)</sup>のであるから、意思連絡の成立が必要とされているということは、何らかの<sup>(41)</sup>外部的態度によって意思が伝達されたこと、つまりは個別行為が要求されているということになるからである。

もっとも、このような理解に対しては、そのような意思伝達行為も、謀議行為と同様に、あくまでも「共謀」の存在を推認させる間接事実にすぎないのではないか、という疑問を抱かれるかもしれない。しかし、そのような理解は成り立たないように思われる。というのも、いずれにしても、故意や責任能力等の存否については、(他の行為が認められない場合には) 意思伝達行為時点のそれらを問題としているはずだからである。<sup>(42)</sup>それはすなわち、意思伝達行為は単なる間接事実ではなく、「罪となるべき事実」とされるべきものだということを意味する。

また、その他の理由として、実務では共同正犯から幫助犯への縮小認定が認められている、ということも挙げることができる。実務では、共同正犯の訴因に対して、訴因変更手続を経ることなく幫助犯の認定をすることが認められている。<sup>(43)</sup>このような縮小認定が認められているということは、共同正犯と個別行為を必要とする幫助犯が、包摂・被包摂の関係にあると考えられているということになる。しかも、そのような理解は、共同正犯の訴因に被告人の個別行為が記載されている場合だけでなく、単に「共謀の上」としか記載されていない場合にも、同様に妥当すると考えられている。<sup>(44)</sup>つまり、個別行為の特定がなされていない場合でも、実際には、個別行為の存在は、当然の前提とされているのである。実際、このような理解について、『共謀のうえ』実行したという抽象的事実の中に、共謀に至らない教唆又は幫助により

正犯者を通じて実行させたという事実が含まれている」との説明がなされて<sup>(45)</sup>いる。このような説明からしても、個別行為の特定がなされていないからといって、そのことが、必ずしも個別行為が不要とされていることを意味しないことがわかる。

以上の検討から、実務は個別行為の特定を不要としてはいるものの、実際には、実務においても、個別行為の存在は当然の前提とされていることがわかる。つまり、実務の運用と実務の(実際の)実体法解釈には、ズレが生じてしまっているというのが実情ではないかと思われる。したがって、実務が個別行為の特定を不要としているからといって、そのことを根拠として、実務が共同正犯に因果的共犯論を適用していないと判断することはできないと思われる。

もちろん、仮にこのような理解が正しいのだとしても、そのようなズレを解消しなくてよいのか、という問題は残る。しかし、そのようなズレを解消するために、実体法解釈の方を実務の運用に合わせるべき必然性はない。これまで検討してきたように、仮にそこで実体法解釈の方を実務の運用に合わせるのであれば、実体法解釈に無視できないほどのしわ寄せが生じてしまう<sup>(46)</sup>。実務の運用を維持することに、それを上回るだけの理由があるとは思われない<sup>(47)</sup>。

## 第2節 包括的共謀における因果性

### 第1款 包括的共謀における因果性の要否

共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場から、因果性を不要とすべき理由として、具体的に、包括的共謀の問題が挙げられている。包括的共謀が問題となる特殊詐欺の事案では、被告人の個別行為と個々の詐欺結果との間の因果性を<sup>(48)</sup>取り上げることは<sup>(49)</sup>困難である、というのである。

特殊詐欺は、組織的に反復継続して行われるという特徴を有している。このような特徴からしても、特殊詐欺においては、個々の構成員が(自らが直

接に関与していない) 個々の詐欺に対して与える因果的影響力は、希薄とい  
わざるをえない<sup>(50)</sup>。しかし、その反面として、組織としての一体性が強いとい  
う側面もある。具体的には、詐欺で得た利益がアジトの賃料や電話代金等の  
必要経費に充てられていたり、詐欺の手口やノウハウなどを共有していたり  
といった事情が認められる。そこで、共同正犯に因果的共犯論を適用しない  
立場は、この点に着目し、包括的共謀の根拠を組織としての一体性、具体的  
には、グループ意識に求める<sup>(51)</sup>のである。

しかし、そのように理解すべき理由がどれほどあるのかは定かではない。  
上記のように、包括的共謀が問題となる事案では、因果性が希薄な面がある  
ことは確かである。しかし、だからといって、因果性を認めないとまでい  
えるかについては、なお検討を要する。もちろん、実際に因果性を認めうる  
か否かは、具体的な事案によるであろう。しかし、特殊詐欺については、多  
くの事案に一定の共通性が認められるため、最低限の検討は可能である。そ  
こで、特殊詐欺の多くの事案で共通に認めうる因果性の内容について、検討  
することにしたい。

そのようなものとして、まず考えられるのは、意思連絡に基づく心理的因  
果性である。包括的共謀の場合、個々の詐欺についての意思連絡を問題とす  
ることはできない。しかし、包括的なものであれ、事前に何らかの意思連絡  
がなされているのだとすれば、それに基づく心理的因果性が個々の詐欺にも  
及んでいるということはある。そのため、そのような意思連絡に基づく  
心理的因果性を肯定しうる事案も、中には存在すると思われる。しかし、特  
殊詐欺の事案では、これが認められないことも少なくないと思われる。とい  
うのも、特殊詐欺組織は、詐欺を反復継続して実行することを目的に組織さ  
れているのであるから、単なる一構成員の（組織に加入する旨の）意思連絡  
が、他の構成員の心理（詐欺実行の犯意）に有意な影響を及ぼすとは考えに  
くいからである<sup>(52)</sup>。したがって、包括的共謀が問題となる事案では、個別の共  
謀の場合とは異なり、意思連絡に基づく心理的因果性が認められる事案は、

そう多くないと思われる。

このように、包括的共謀が問題となる事案では、個別の共謀の場合と比べて、因果性を認めにくい面があることは確かである。しかし、次のような内容の因果性であれば、包括的共謀の事案でも、広く認めることができるのではないと思われる。すなわち、特殊詐欺は、一般に、組織のアジトにおいて、組織によって用意された道具やノウハウ、情報等を利用して行われる。そうすると、そのような組織の活動基盤の形成・維持・強化に寄与したといえれば、それを利用して行われた詐欺の結果に対して因果性をもったと認めることができる。このような内容の因果性であれば、どのような役割であれ、一定の期間組織の一員として活動してさえいれば、広く認めることができるとされる。もっとも、このような理解に対しては、そのような因果性を具体的に認定しうるのか、という疑問を抱かれるかもしれない。確かに、組織で活動することにより、組織に何らかの利益をもたらしていたとしても、そこから個々の詐欺結果に至るまでの具体的な因果経過を認定することは困難である。しかし、そのような具体的な因果経過を認定できなくとも、因果性を認定することは可能なように思われる。というのも、組織に利益をもたらしながら、それが組織による詐欺にまったく寄与していないということは、通常考えにくいからである。したがって、被告人が組織で活動し、それが組織の活動基盤の形成・維持・強化に寄与したと認められるのであれば、具体的な因果経過の認定まではできなくとも、因果性を認めることは十分に可能である。

以上のように、包括的共謀が問題となる事案においても、因果性を認めることにそれほど大きな障害は存在しないと思われる。もっとも、だからといって、因果性が認められない事案が存在することを完全に否定することまではできない。そのため、そのような事案について、共同正犯の成立を認める余地を否定してよいのか、という問題は残る。そこで、ここからは、この点について検討することにしたい。

仮に共同正犯について因果性を不要とするとしても、自らが組織に加入する前になされた（既遂に至った）詐欺についてまで、共同正犯の成立を認めるわけではないであろう。そのため、問題となるのは、被告人が組織に加入した後になされたが、被告人の個別行為と当該詐欺結果との間の因果性は認められない、という場合に限られることになる。

例えば、組織に加入はしたが、組織内で活動し始める前に（それと無関係に）行われた詐欺については、上記のような理解によっても、因果性を認めることは困難である。そのため、このような場合にも、共同正犯の成立を認めるべきなのだとすれば、それは、因果性を不要とすべき理由ともなりうる。しかし、このような場合に本当に共同正犯の成立を認めるべきなのだろうか。少なくとも、現時点で、このような場合に共同正犯の成立を認めるべきだという共通理解は存在しないと思われる。したがって、このような場合に共同正犯の成立が認められなくなることを問題視し、あえて因果性を不要とする必要はないと思われる。

それでは、組織内で活動し始めた後に行われた詐欺であるが、因果性は認められない、という場合であればどうであろうか。例えば、組織に加入し、活動を始めてから、その詐欺の被害金を受け取るまでの間に既遂に至った別の詐欺について、共同正犯の成立を認めるべきであろうか。この場合、組織内で実際に活動し始めているのであるから、当該詐欺についても、共同正犯の成立を認めるべきだと思われるかもしれない。しかし、この場合も、自らが直接に関与した詐欺について処罰することで足りるのではないと思われる。それに加えて、組織の詐欺すべてについてまで共同正犯として処罰する必要があるかは疑問である。

以上のように考えると、因果性が認められない事案について、あえて共同正犯の成立を認める必要性は、そう高くないように思われる。仮にこのような事案について、それでもなお処罰を肯定しなければならないのだとしても、そのことと詐欺罪の共同正犯として処罰すべきかは別問題である。<sup>(53)</sup>

て、詐欺罪の共同正犯として処罰すべきか否かという判断は、やはり処罰根拠という観点を抜きにはなしえないと思われる。その意味では、因果性という要件は、包括的共謀が問題となる事案においても、共同正犯の成否を分ける基準として、有効に機能しうるように思われる。<sup>(54)</sup>

## 第2款 包括的共謀における個別行為の特定

以上のように、包括的共謀が問題となる事案でも、因果性を認めることは十分に可能である。もっとも、論者が問題視しているのは因果性の存否だけではない。論者は、包括的共謀が問題となる事案では、因果性の認定だけでなく、因果性の始点となる個別行為の特定も困難だと考えているようである。<sup>(55)</sup>そのため、因果性の存否だけでなく、この点についても検討することにしたい。

そもそも、論者が問題視している個別行為の特定の困難さが、具体的にどのようなことを指しているのかは必ずしも明らかではない。包括的共謀によって共同正犯の成立を基礎づける場合、問題となっている詐欺について直接の関与行為がなされているわけではない。その意味で、被告人の具体的な個別行為を特定することに困難な面があることは確かなのかもしれない。しかし、因果的共犯論の立場からも、個別行為について、それほど高度な特定が求められるわけではない。というのも、因果的共犯論は、因果性の始点となる行為について、構成要件上特段の限定を付すものではないからである。そのため、構成要件該当性の判断としては、被告人の何らかの行為が結果に対して因果性をもったことを確認できれば、それで十分なはずである。<sup>(56)</sup>それ以上に、その行為が何月何日何時何分のどのような行為であったのか、といった点についてまで具体的に明らかにする必要はない。つまり、因果性が認定できさえすればそれで十分であり、それ以上に個別行為の特定を問題とする必要はないのである。

もっとも、刑事訴訟法256条3項が、訴因を「できる限り日時、場所及び



方法を以て罪となるべき事実を特定して」明示することを要請していることから、そのような要請をみたしうるか、という問題（訴因の特定の問題）は別途生じうる。しかし、そのような要請も、あくまでも「できる限り」のものにすぎない。例えば、最判昭和58年5月6日刑集37巻4号375頁では、殺人未遂の犯行の手段・方法について、単に「有形力行使して」とするのみで、それ以上に具体的に摘示しなくとも「罪となるべき事実」の特定として十分であるとされている<sup>(57)</sup>。結局、ここでも、問題は因果性を認定しうるかであって、それが認定できるのであれば、その始点となる行為の日時等について具体的に明らかにすることができなかつたとしても、できる限りの特定をしていれば、それで足りるのである<sup>(58)</sup>。したがって、訴因の特定の観点からみても、個別行為の特定について特段の問題は生じないと思われる<sup>(59)</sup>。

### 第3節 個別行為を特定する意義

以上の検討から、個別行為を不要とすることはできないし、また、個別行為を不要とする必要性も乏しいことが明らかとなった。最後に、個別行為を特定することの意義を再確認することによって、そのことをより一層明らかにしたい<sup>(60)</sup>。

まず、個別行為の特定には、問責対象行為を明示する、という意義がある。因果的共犯論に限らず、共同正犯であっても、自らの行為を理由に処罰されると考えるのであれば、その行為は、当然「罪となるべき事実」とされなければならない。逆に、それを不要としようとするのであれば、共同正犯の処罰根拠を被告人の行為以外の点に見出さなければならなくなる。しかし、そのような説明が困難であることは、既に検討した通りである。

次に、故意や責任能力等の責任に関する要件の存否及び新法の適用の有無は、特定された行為の時点を基準に判断されることになる。逆に、個別行為を不要とした場合、これらをどのようにして判断するのかは明らかでない。個別行為を不要としても問題がないと思われるのは、これらの点が問題とな

らない事案のみを想定しているからにすぎないと思われる。

また、特定された行為が、仮に不作為なのであれば、不作為犯の要件の存否が検討されなければならない。仮に個別行為を不要とした場合、不作為の共同正犯が問題となる場合について、保障人的地位などの不作為犯の要件が不要とされることになろう。しかし、これは明らかに不当である。

最後に、54条1項の「1個の行為」に当たるか否かは、個別行為が1個の行為であるかによって判断されることになる<sup>(61)</sup>。もっとも、この点については、問題がないではない。というのも、共同正犯の場合には、「1個の行為」に当たるか否かは、一人でその犯行を行った場合に、1個の行為とみることができるか否かによって判断されると考えられており、上記のような理解は、必ずしも一般的なものではないからである。実際、最決昭和53年2月16日刑集32巻1号47頁は、数人が共同して二人以上に対しそれぞれ暴行を加え、一部の者に傷害を負わせた場合について、傷害を受けた者の数だけの傷害罪と暴行を受けるにとどまった者の数だけの集団暴行罪が成立し、それらは併合罪となる、としているのである。しかし、そのような判例・実務の理解は、個別行為の特定を不要とする実務の運用によって歪められたものにすぎないと思われる。(実際には個別行為を要求している)実務の実態に即して考えるならば、共同正犯についても、やはり個別行為の個数を問題とすべきである。判例も、幫助犯については、幫助行為の個数を問題としているのであり(最決昭和57年2月17日刑集36巻2号206頁)、共同正犯について、これと異なって理解すべき理由は見出しがたいと思われる。<sup>(63)</sup>

以上のような個別行為の特定の意義に鑑みれば、共同正犯だからといって、個別行為を不要とすることはできないはずである。したがって、共同正犯に因果的共犯論を適用しないという論者の主張には、理由がないといわざるをえない。

### 第3章 「重要な役割」説についての検討

#### 第1節 問題の所在

続いて、「重要な役割」説の検討に移ろう。

共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場は、<sup>(64)</sup>実行共同正犯と共謀共同正犯<sup>(65)</sup>の区別を中心とする共同正犯の類型化を提言する。<sup>(66)</sup>その背後には、裁判実務においては、多彩な事案で共同正犯が認められており、それにもかかわらず、共同正犯を統一的に理解したのでは、判例・実務の結論を説明することはできても、その結論を導き出したものが具体的に何であるのかを明らかにすることはできない、<sup>(67)</sup>という問題意識があるようである。このような問題意識自体は、もっともなものと思われる。しかし、そのことから直ちに、論者が主張するような類型化が必要であるとまではいえないと思われる。というのも、それだけであれば、「重要な役割」の下位基準を設定し、それに基づいて類型化を行うことでも<sup>(68)</sup>足りるように思われるからである。そのため、仮にそれで足りないというのであれば、「重要な役割」説自体に問題があることを示さなければならない。

その意味で、より重要であるのは、「重要な役割」説は必ずしも実務に受け入れられているわけではない、<sup>(69)</sup>という問題意識だと思われる。なぜならば、「重要な役割」説が実務に受け入れられていないという事実は、「重要な役割」説に問題があることを示す何よりの証左であるように思われるからである。そこで、以下では、実務の立場と対比する形で「重要な役割」説を検討することにより、その問題点を明らかにすることにしたい。

#### 第2節 「重要な役割」説の意義

まずは、「重要な役割」説の意義から確認しよう。「重要な役割」説の主張内容は、大きく二つに分けることができる。

その一つは、被告人が果たした役割が「重要な」場合に共同正犯性を肯定

する、というものである。つまり、「重要な役割」説からは、被告人が果たした役割の重要性によって、共同正犯と狭義の共犯が区別されることになる。

もう一つは、被告人が果たした「役割」によって共同正犯性を基礎づける、というものである。これは、実務に対する次のような問題意識に基づくものである。すなわち、「犯罪実現への意欲や積極性、利益の帰属といった心情要素によってその有無を判断するとすれば、明確な情況証拠がない場合その認定はかなり困難であり、却って不安定なものとなる」、という問題意識<sup>(70)</sup>である。つまり、「重要な役割」説は、主観的要素を重視する実務に対して、主観的要素ではなく、事実に寄与という客観的要素を基準とすべきことを提言するものなのである。<sup>(71)</sup>

このような「重要な役割」説の主張は、いずれについても、必ずしも実務に受け入れられてはいない。それでは、これらの主張のどこに問題があるのだろうか。以下、順に検討していくことにする。

### 第3節 「重要な」役割についての検討

#### 第1款 準実行共同正犯論による基準

まずは、被告人の果たした役割の重要性によって、共同正犯と狭義の共犯を区別することの当否について、検討しよう。

これまで、実務においては、「自己の犯罪」か「他人の犯罪」かによって、共同正犯と狭義の共犯を区別してきたとされている。<sup>(72)</sup>「重要な役割」説は、このような実務の基準に対して、より有効な基準を示せているのだろうか。

被告人の果たした役割が「重要な」場合に、共同正犯の成立が認められるといっても、それだけでは、その基準はまったく不明確である。そこで、問題となるのは、その具体的な基準の中身である。

そのようなものとして、まずは「実行に準ずる」という基準を挙げることができる。これは、いわゆる準実行共同正犯論に基づくものである。それに

よれば、実行の分担はなくとも、それに準ずるほどの重要な役割を果たした場合には、（共謀）共同正犯の成立が肯定されることになる。<sup>(73)</sup>このような理解からは、被告人の果たした役割の重要性が「実行に準ずる」と評価できるか否かが、共同正犯と狭義の共犯を区別する具体的な基準とされることになる。

しかし、このような準実行共同正犯論の理解には、問題があるといわざるをえない。というのも、実行行為の一部を分担する実行共同正犯も、その他の部分についての実行はないのであるから、その（犯罪全体についての）共同正犯性は決して自明のものではないからである。<sup>(74)</sup>つまり、実行共同正犯の共同正犯性を基礎づけているのは、実行行為の分担（だけ）ではないのである。そのため、実行行為の分担によって共同正犯性が基礎づけられることを前提として、それに準ずるほどの重要な役割を果たした場合にも共同正犯性を肯定する、という準実行共同正犯論の論理は、その前提を欠いているのである。このように、準実行共同正犯論が理由のないものだとなれば、それを根拠とする「実行に準ずる」という基準も、それと同様に理由がないことになろう。

## 第2款 近時の有力説による基準

このような問題に加えて、「重要な役割」説には、「重要な役割」だけでは、共同正犯と教唆犯とを区別することができないという問題がある。<sup>(75)</sup>そこで、近時では、準実行共同正犯論とは別の観点から「重要な役割」を要件とすることにより、これらの問題を克服しようとする見解が有力化している。すなわち、共同正犯と教唆犯については、幫助犯とは異なり、正犯の刑が科されることになる。そこで、この見解は、「重要な役割」という要件をそのことを正当化する（言い換えれば、共同正犯・教唆犯と幫助犯とを区別する）ための要件として位置づける。そして、共同正犯と教唆犯・幫助犯との区別については、「重要な役割」とは別の要件（「共同性」）によって説明す

るのである。<sup>(76)</sup>このような理解から、有力な見解は、「重要な役割」を「幫助減輕を認める必要がない程度の役割」と理解している。<sup>(77)</sup>

しかし、このような理解にも問題がある。というのも、共同正犯の要件として、「重要な役割」以外の要件を設定した場合、「重要な役割」は認められても、当該要件を欠く場合には、共同正犯の成立は認められなくなる。それでは、そのような場合には、教唆犯が成立することになるのかといえば、必ずしもそうはいえない。教唆犯の場合に「重要な役割」が認められるからといって、「重要な役割」のすべてが教唆に当たるとはいえないからである。その結果、「重要な役割」は認められるけれども、幫助犯にとどまるという<sup>(78)</sup>場合が生じざるをえないことになる。つまり、「重要な役割」が認められても、幫助減輕はなされうるのである。<sup>(79)</sup>したがって、「重要な役割」を「幫助減輕を認める必要がない程度の役割」と理解することにも、理由がないといわざるをえない。

この点を措くとしても、「幫助減輕を認める必要がない程度の役割」というだけでは、有効な基準とはなりえない。そのため、基準のさらなる具体化が必要となる。この点については、必ずしも意見の一致をみていないが、<sup>(80)</sup>有力な見解は、「犯罪の実現に対等ないしそれ以上の立場・役割で加担した者」という<sup>(81)</sup>基準や「関与者中、最も重大な寄与を果たした者に比肩する、または、<sup>(82)</sup>準じる程度」といった基準を主張している。これらの基準は、いずれも、他の関与者が果たした役割と被告人の果たした役割とを比較する形で「重要な役割」の有無を判断する点で、共通している。このように、「重要な役割」という基準を絶対的な基準としてではなく、相対的な基準として理解することには、十分な理由があるように思われる。というのも、各人が果たす役割の大きさは、関与者の数にも左右されるため、「重要な役割」の有無を絶対的な基準として理解してしまうと、関与者が多数になればなるほど、共同正犯の成立を認めにくくなってしまふからである。そのような不当な<sup>(83)</sup>結論を回避するためには、「重要な役割」の有無を相対的な基準によって判断

せざるをえないのである。

このように、「重要な役割」を相対的な基準として理解することには無理からぬ理由がある。しかし、そのような理解は、かえって大きな問題を生じさせてしまうように思われる。それは、関与者の数や各人の果たした具体的な役割を明らかにすることができない場合に、「重要な役割」の有無を判断することが困難となってしまうという問題である。被告人が黙秘するなどして、具体的な共犯関係や役割の分担を明らかにすることができないという事態は、当然に起こりうる。このような場合には、他の関与者が果たした役割と被告人の果たした役割とを比較する上記のような基準は、有効に機能しないのである。もちろん、利益原則を適用しても、なお「重要な役割」が認められる場合もありうる。しかし、それだけでは、多くの場合に、共同正犯の成立を否定せざるをえなくなってしまうであろう<sup>(84)</sup>。このような問題は、決して無視しうるものではないと思われる。

以上のように、「重要な役割」説からは、実務に対して、共同正犯と狭義の共犯を区別するための有効な基準を提供することはできない。そのため、このような観点からみれば、「重要な役割」説が実務に受け入れられていないことには、十分な理由があったといえる<sup>(85)</sup>。

#### 第4節 重要な「役割」についての検討

##### 第1款 実務と「重要な役割」説の対立点

上述のように、「重要な役割」説は、主観的要素を重視する実務の立場よりも、客観的な役割を基準とする自説の方が、共同正犯の認定を安定的に行うことができると主張している。しかし、「重要な役割」の判断と実務における「共謀」の認定とで、実際にどれほどの違いが生じるのかは定かではない。

「重要な役割」説からの上記のような批判に対しては、実務の立場から、次のような応答がなされている。すなわち、実務の立場においても、証拠に

より認められる被告人の分担した役割等の客観的要素を含めた諸要素を総合的に勘案せざるを得ないのであるから、「重要な役割」説と多くの場合には結論に差はでない<sup>(87)</sup>、と。このような実務からの応答に鑑みれば、実際には、「重要な役割」の判断と実務における「共謀」の認定にそれほど大きな違いはないということになろう。

また、実務においても、近時では、客観的事情を重視する傾向があることが指摘されてお<sup>(88)</sup>り、その意味でも、実務と「重要な役割」説との対立は、ほとんど解消されているとみることができる。

もっとも、これにより、「重要な役割」説の問題意識が完全に解消されたというわけではない。というのも、「重要な役割」説の主張は、被告人が果たした役割等の事実を「罪となるべき事実」とすべきことまで含んでいたからである。つまり、実務と「重要な役割」説との対立点は、「共謀」を「罪となるべき事実」とするか、「重要な役割」を「罪となるべき事実」とするか、という点にあるといえる。もしかすると、このような対立は、単なる形式的なものにすぎないと思われるかもしれない。しかし、このような対立によって生じる差異にこそ、実務が「重要な役割」説を採用していない理由が潜んでいるという可能性も否定できない。そこで、以下では、上記のような対立によって生じる差異が、どのようなものであるのかについて検討することにしたい。

## 第2款 「重要な役割」説と実務の差異

「重要な役割」説と実務の立場との間で、具体的な結論の差異が生じるのは、次のような場合である。

まず、「重要な役割」(及び意思連絡ないし共同性)は認められるが、消極的な意思・態度にとどまっていたために、実務の立場からは「共謀」が認められない、という場合に、両者の間で結論に差異が生じうる<sup>(90)</sup>。この場合、「重要な役割」説からは、共同正犯の成立が認められるが、実務の立場から



は、共同正犯の成立が否定されうることになる。このような結論の差異について、どちらが妥当なものかは判断しがたい。しかし、「重要な役割」が認められる場合であっても、具体的な事案に応じて、共同正犯の成立を否定する余地を残しておくという発想は十分に理解できるものである。<sup>(91)</sup>そのため、あえてその余地を否定するだけの根拠を「重要な役割」説が示すことができるのかが問われる。それでは、「重要な役割」説がそのような根拠を有しているかといえば、決してそうはいえないと思われる。というのも、いくら「重要な役割」が認められたとしても、それは、単独正犯の場合に果たす役割と比べれば劣らざるをえない。そのため、「重要な役割」説がいえるのは、せいぜいそれが認められる場合には「共同正犯としてもよい」というところまでであって、「共同正犯としなければならない」とまではいえないように思われるからである。したがって、この点で、「重要な役割」説の主張を受け入れる理由は乏しい。

次に、先ほどとは逆に、「重要な役割」は認められないが、「共謀」を認めることはできる、という場合も考えられる。例えば、具体的に果たした役割は不明であるが、犯行後に分け前を要求していたような場合には、そのような認定がなされることもありうる。<sup>(92)(93)</sup>このような場合であっても共同正犯の成立を認めるべきことは、主観的謀議説を採用すべき根拠としてもたびたび挙げられてきた。<sup>(94)</sup>そのことからしても、そのような理解は、実務では相当に根強いものであることがわかる。それでは、「重要な役割」説は、そのような実務の理解を覆すだけの根拠を有しているのだろうか。ここでも、やはりそのようにはいえない。なぜならば、共同正犯も共犯であり、単独正犯と同一の正犯原理が妥当しないのだとすれば、被告人が果たした役割によって共同正犯性を基礎づけるべき必然性はないはずだからである。<sup>(95)</sup><sup>(96)</sup>したがって、この点でも、「重要な役割」説の主張を受け入れる理由はないといわざるをえない。

このような具体的結論の差異のほかにも、「重要な役割」の判断には、実務

における「共謀」の認定にはない困難さを抱えていることを指摘することができる。それは、心理的寄与(犯意の維持・強化)の重大性が問題となる場合にあらわれる。心理的寄与は、被告人が相手方の心理に及ぼす作用を問題とするものであるから、「重要な役割」説からも、内心に立ち入った判断が求められざるをえない<sup>(97)</sup>。しかも、その認定は、実務における「共謀」の認定と比べても、時に困難なものとなりうる。というのも、実務が犯罪実現への意欲や利益の帰属といった主観的事情を重視しているとはいっても、それはあくまでも客観的事情と並ぶ(重要な)考慮要素の一つにとどまるのであって、主観的な心情そのものを直に問うているわけではない<sup>(98)</sup>。これに対して、心理的寄与の重大性を認定する場合には、(被告人が因果性を及ぼした)相手方の心情の変化(及びその程度)そのものを問わざるをえない。そのような認定が、安定的に行えるとは到底思われ<sup>(99)</sup>ないのである。特に、順次共謀の場合のように、実行者に対する心理的寄与が間接的である場合には、因果性の有無はともかく、その程度を判断することは極めて困難であると思われる。

このように、心理的寄与の重大性の認定が困難であることは、最決平成30年10月23日刑集72巻5号471頁をめぐる議論にも示されているように思われる。すなわち、同決定の事案は、XとYが、互いに自動車の速度を競うように高速度で走行するため、赤色信号を殊更に無視して高速度で交差点に進出したところ、被害者一家5名が乗車する自動車にY運転車両が衝突し、車外に放出されたうち1人をX運転車両がれき跨、引きずるなどし、一家4名を死亡させ、1名に重傷を負わせた、というものであった。本件において、XとYは、互いに速度を競い合い、赤色信号を殊更に無視する意思を強め合っていたのであるから、XがYに及ぼした心理的寄与は、当然に重大だといえ<sup>(102)</sup>そうである。しかし、同決定の調査官は、「その心理的因果が、そのみで被告人の共同正犯の成立を肯定しうる程度に強いものであったといつてよい<sup>(103)</sup>かは、なお疑問の余地がありうるようにも思われる」としたのである。仮にこのような事案でさえも、心理的寄与の重大性を認めがたいのだとすれば、

実際に心理的寄与の重大性が認められる事案は、「重要な役割」説の想定よりもはるかに少なくなると思われる。

最後に、訴訟法の観点から、次のような違いが生じることを指摘することができる。すなわち、「重要な役割」説の立場からは、被告人が果たした役割等の事実は「罪となるべき事実」とされることになるから、起訴状や判決書においても、それらの事実が明示されなければならないことになる。<sup>(104)</sup>このような理解について、特に問題となりうるのは、起訴状の記載に関してである。というのも、（防御権説の立場からそのような事実の記載を求めるという考え方に対して、）詳細すぎる記載には弊害もあること<sup>(105)</sup>から、起訴状の記載として、そこまでの記載を求めるのは適切ではない、との意見もみられるからである。「重要な役割」という基準が不明確であることからしても、過度に詳細な記載を招くおそれは十分にあり、このような問題も軽視すべきではないと思われる。

以上の検討からすると、実務が「共謀」を「罪となるべき事実」としつつ、被告人が果たした役割等の事実は、あくまでもそれを推認させる間接事実として位置づけてきたことには、相応の理由があったといえるように思われる。

「重要な役割」説は、共同正犯を認めるために実行の分担は必須でないことを説得的に論証したものとして、大きな意義を有していた。しかし、これまでの検討から明らかなように、共謀共同正犯を肯定しうることが議論の前提となった現在においては、その意義は決して大きなものではない。それどころか、現在では、「重要な役割」説の存在は、議論の発展を妨げる要因となっているとさえいいうる。なぜならば、「重要な役割」説と一口にいっても、その具体的な内容や具体的基準は論者によりさまざまである。そのため、本来であれば、「重要な役割」説か否かという点よりも、むしろそれらの点にこそ議論の焦点があてられなければならないはずである。それにもかかわらず、それらを「重要な役割」説と一括りにしてしまうと、それぞれの

見解の差異が捨象され、議論の対立点がみえにくくなったり、個々の見解に対する検討がおざなりになったりしてしまう<sup>(107)</sup>。そのことが、議論を停滞させる一因となっていたようにも思われるのである。このように考えると、共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場からの問題提起は、その限りで正当なものであったように思われる。

## 第5節 具体的問題の検討

### 第1款 付加的共同正犯における「重要な役割」

最後に、「重要な役割」説が具体的な問題についてどのように説明しているかを検討することによって、改めてその問題性を示すことにする。

まずは、付加的共同正犯の問題について検討してみよう。

因果的共犯論の立場からは、付加的共同正犯について、次のような説明がなされている。すなわち、XとYが、Vを殺害することを共謀し、一緒にVに向けて発砲したところ、Yの弾のみが命中してVを死亡させた、という場合、(弾を命中させていない) Xも殺人(既遂)罪の共同正犯となるのは、Yと共謀することによりYの心理に強い影響を及ぼし、そのYの行為を介してVの死亡結果と因果性をもったからだ、と説明されている<sup>(108)</sup>。

共謀共同正犯が広く認められている以上、自ら弾を命中させていなかったとしても、そのことは、共同正犯の成立を認めるうえで、さしたる障害にはならない。そのため、「重要な役割」説からも、共謀共同正犯として付加的共同正犯を説明することはできる。しかし、そのような説明が、常に妥当するわけではない。例えば、上記事例に修正を加え、XとYは、Zに(別々に)指示されて、上記犯行を行った、とした場合には、上記のような共謀による強い心理的因果性は認めがたい。もっとも、このような場合でも、Xは現場まで同行し、一緒に発砲する姿勢をYに示したことにより、Yに強い心理的因果性を及ぼした、と説明することはできる<sup>(109)</sup>。しかし、そのような説明が妥当する<sup>(110)</sup>のも、やはり限定的である。例えば、Yにとって、Zの命令は

絶対であり、Xの存在は特に意味をもたなかった、ということもありうるであろう。このような場合には、上記のような説明によっても、「重要な役割」を認めることはできない。

以上のように、「重要な役割」説の立場からは、付加的共同正犯の場合について、処罰の間隙が生じざるをえないと思われる。もっとも、このような理解に対しては、そもそも付加的共同正犯について、すべての者に共同正犯の成立を認めるべきだという直感自体が誤りである、との反論がなされている。それによれば、「殺人『既遂』に関する罪責を問題とする以上、弾が命中しなかった者については、引金を引いたのが実はおもちゃのけん銃であったとしても、罪責の重さは変わらないはずである。そして、そうであるとすれば、その者が引金を引くことが他の者を強く動機づけたとか、謀議の段階で深く関わったなどといった事情が存在しない限り、弾が命中した者に比して、その罪責の重さは一段落ちると評価するのが妥当ではなからうか」、<sup>(111)</sup> というのである。

しかし、このような反論は、「重要な役割」説を所与の前提とするものによすぎないように思われる。確かに、因果性という観点からは、弾が命中しなかった場合とおもちゃのけん銃であった場合とで、異なるところはない。しかし、共同正犯性を因果性という観点によって説明すべき必然性はないはずである。因果的寄与が重大な場合に重く処罰されるべきだとしても、そのことをダイレクトに共同正犯と幫助犯の区別に反映させる必要はない。共同正犯と幫助犯の区別はそれと別の観点から説明し、因果的寄与が重大であることは、量刑において考慮する、という理解も十分に成り立ちうるはずである。そもそも、「重要な役割」説自体、重要な役割を果たしていれば、共同正犯としての処罰に値する（幫助減輕を認めるべきではない）、という直感に基づくものであることは否定できないはずである。そのような直感が、付加的共同正犯の事例について、すべての者を共同正犯とすべきだ、という直感に優越すべき理由はないと思われる。<sup>(112)</sup>

## 第2款 包括的共謀における「重要な役割」

包括的共謀が問題となる事案においても、因果性を認めうることは、既に検討した通りである。もっとも、その因果性が「重要な役割」を認めうるほど強いものであるのかは、なお検討を要する<sup>(113)</sup>。仮に被告人が組織の活動基盤の形成・維持・強化に寄与したと認められたとしても、それを「重要な役割」と評価するのは通常困難だと思われる。

これに対して、「重要な役割」説の立場から、組織への参画が基礎づけられた場合には、(特別な事情の存しない限り)「重要な役割」も認められる、との主張がなされている。問題はその内容であるが、この点について、論者は、(一例として)「グループ内の役割分担基準によりそれが命じられる場合には躊躇なく実行行為に出ますよ、という強力な犯行支持表明」を挙げる<sup>(114)</sup>。

しかし、そのような「犯行支持表明」によって、「重要な役割」が認められる事案は、現実にはそう多くないと思われる。まず、上記のような「犯行支持表明」によって、「重要な役割」を認めるためには、その相手方が、被告人からそれがなされたことを認識しなければならない。しかし、ある者が組織へ加入したとして、それを上記のような「犯行支持表明」として認識する者が、現実にはそれほどいるとは思えない<sup>(115)</sup>。また、仮にそのように認識したとしても、特殊詐欺組織の構成員は、いずれにしても詐欺を継続的に実行するつもりなのであるから、単なる一構成員の「犯行支持表明」から受ける影響はほとんどないと思われる<sup>(116)</sup>。

このように、「重要な役割」説によって認められている「重要な役割」の内容は、現実の認定を想定していない単なるフィクションにすぎないと思われる。つまり、そこで実際に問題とされているのは、因果的寄与の重大性ではなく、せいぜいその危険性にすぎないのである。「重要な役割」説の論者から、そのような説明がなされていること自体が、「重要な役割」という基準が現実には機能しないことを如実に示しているように思われる。

## 第4章 おわりに

本稿の結論は、次のようなものである。すなわち、共同正犯の処罰根拠を説明するものとして、因果的共犯論は維持されなければならない、これを放棄することはできない。これに対して、因果的共犯論を基礎とする立場から主張されている「重要な役割」説は妥当なものとはいえず、これは改められるべきである。

このような本稿の結論は、共同正犯に因果的共犯論を適用すること自体は肯定する点で、それを否定する立場とは対立するものである。しかし、そのような対立が実際にどれほど深刻なものであるのかは、必ずしも明らかではない。というのも、論者の議論は、実行共同正犯と共謀共同正犯の区別や共同正犯の類型化といった点に重点が置かれており、因果的共犯論に代わる処罰根拠や、因果性を不要とすることにより、どのような事案について共同正犯を肯定したいのか、といった点についての具体的な説明は、ほとんどなされていないからである。そのため、論者の問題意識の核心は、（論者の意図に反して）因果性を不要とすることにあるのではなく、むしろ共同正犯性の議論にこそあったのではないかとも思われるのである。仮にこのような理解が正しいのであれば、実際には、共同正犯に因果的共犯論を適用しない立場と本稿の結論との対立は、それほど深刻なものではないということになる。

もしかすると、論者が因果的共犯論の適用を否定しようとする真の意図は、承継的共同正犯を認めることにあるのかもしれない<sup>(117)</sup>。つまり、因果的共犯論の立場からは、承継的共同正犯は認められないから、因果的共犯論の適用を否定することによって、承継的共同正犯を認めよう。このように考えたのかもしれない。しかし、仮にそうなのだとすれば、それは見当違いである。なぜならば、承継的共同正犯を認めるのが困難である理由は、因果的共犯論のみにあるのではないからである。確かに、因果的共犯論が浸透する以前には、例えば、「積極的な利用」を理由に承継的共同正犯の成立を認め

る、といった議論<sup>(119)</sup>がなされていた。しかし、それは、単に当時の議論が理論的に未成熟であったというだけである。承継的共犯論における因果的共犯論の功績は、因果的共犯論そのものにあるというよりも、承継的共犯の問題を処罰根拠の観点から論じるという視座<sup>(120)</sup>をもたらしたことにある。このような因果的共犯論の功績により、承継的共犯論は、「積極的な利用」といった感覚的な議論から脱却し、承継の可否についての理論的な検討が可能となったのである。このような現在の議論状況からすると、承継的共同正犯を肯定するために、共同正犯の処罰根拠という観点からの基礎づけは必要不可欠である<sup>(121)</sup>。しかし、そのような基礎づけは、因果的共犯論の適用を肯定するか否かにかかわらず、困難なものである<sup>(122)</sup>。つまり、仮に因果的共犯論の適用を否定したとしても、承継的共同正犯の問題を処罰根拠という観点から検討するならば、やはり承継的共同正犯を認めることは困難なのである<sup>(123)</sup>。仮に論者が因果的共犯論の適用を否定することによって、承継的共同正犯を(容易に)肯定することができると考えているのだとすれば、それは、既に検討した通り、論者の処罰根拠の理解に問題があるからにすぎない。そのため、承継的共同正犯を肯定するために、因果的共犯論の適用を否定する必要はない。

結局、共同正犯について、因果性を不要とすることはできないし、その必要もないのである。

- (1) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)310頁などを参照。
- (2) ただし、谷岡拓樹「因果的共犯論と承継的共犯」早稲田法学会誌71巻1号(2020年)252-253頁参照。
- (3) 樋口亮介「特殊詐欺における包括的共謀と抜き事案における共同正犯の成否——共同正犯の基本的理解に立ち返って」刑法雑誌61巻2号(2022年)327-328頁参照。
- (4) 同決定の調査官解説(川田宏一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成29年度)』(法曹会、2020年)256頁)は、「因果的共犯論による立論を含めその具体的な理論構成は特定の立場を採ることを明らかにしたものではない」とする。これは、



因果的共犯論から距離をとったものと理解することもできるし（樋口亮介「承継的共同正犯」法律時報92巻12号（2020年）37頁参照）、逆に、承継的共同正犯を認めたことが、因果的共犯論からの離反と受け取られるのを避けたものと理解することもできよう。

- (5) 例えば、樋口・前掲注（3）332頁、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その2）」法学セミナー804号（2022年）112頁などを参照。
- (6) 樋口・前掲注（3）327-328頁参照。
- (7) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂、2019年）376頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）404頁などを参照。
- (8) 例えば、樋口・前掲注（3）331頁、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その4・完）」法学セミナー807号（2022年）118頁以下（ただし、裁判実務における「重要な役割」についての議論である）などを参照。
- (9) もっとも、因果的共犯論とは異なる立場を基礎として、「重要な役割」（ないし「重大な寄与」）が問題とされることもある。例えば、共同意思主体説（西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕（下巻）』（成文堂、1993年）396頁などを参照）や機能的行為支配説（井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）349頁などを参照）においても、「重要な役割」は問題とされている。しかし、同じ「重要な役割」という語が用いられていたとしても、それが同内容であるとは限らない（この点については、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）61-62頁、伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法律時報91巻11号（2019年）70-71頁の議論も参照）。そのため、本稿では、因果的共犯論を基礎として主張される「重要な役割」説のみを検討の対象とする。
- (10) 松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂、2020年）195頁以下参照。
- (11) 樋口・前掲注（5）112頁、同「薬物輸入の罪における共同正犯（その3・完）」法学セミナー812号（2022年）114頁参照。
- (12) 例えば、稗田雅洋「訴因の特定」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）117頁などを参照。
- (13) その重大な契機となったのは、最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁の調査官解説である原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成元年度）』（法曹会、1991年）181-182頁である。
- (14) 小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』（判例タイ

- ムズ社、1989年) 31-32頁などを参照。
- (15) ただし、この点についても異論はありうる(堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修737号(2009年) 8頁参照)。
- (16) 岩田誠「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和33年度)』(法曹会、1959年) 405-406頁参照。
- (17) 朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』(成文堂、2015年) 164頁も、「犯罪の共同実行の合意という主観的要件だけで、共謀共同正犯としての責任を根拠付けるのに十分であるかという点については、疑問がないとはいえない」とする。
- (18) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』(有信堂、1967年) 343頁参照。
- (19) 藤木・前掲注(18) 338頁参照。
- (20) 西田・前掲注(7) 90頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018年) 112頁などを参照。異論として、山口・前掲注(1) 49頁、高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』(成文堂、2022年) 124-125頁、松原芳博『刑法総論〔第3版〕』(日本評論社、2022年) 58-59頁、小林憲太郎『刑法総論〔第2版〕』(新世社、2020年) 40頁などを参照。
- (21) 現に、藤木・前掲注(18) 358頁は、「共謀は、いわば継続犯的な性格をもったもの」とする。
- (22) 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究84巻9号(2011年) 101頁以下参照。
- (23) なお、藤木自身は、単に「共謀の上」と記載するだけでは不十分であるとしており(藤木・前掲注(18) 378頁参照)、主観的謀議説によって実務の運用を説明しようとしていたわけではない。このような藤木の理解は、一貫性を欠くものとして批判されている(小林(充)・前掲注(14) 32頁、後藤昭「訴因の記載方法からみた共謀共同正犯論」村井敏邦先生古稀記念『人権の刑事法学』(日本評論社、2011年) 476頁注(32) 参照)が、藤木が個別行為を不要としていたわけではないことに鑑みれば、必ずしも理由のないものではないといえる。
- (24) 例えば、井田良「承継的共同正犯についての覚書」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2017年) 637頁以下などを参照。
- (25) 伊藤・前掲注(9) 69頁参照。
- (26) 伊藤・前掲注(9) 69頁参照。
- (27) 例えば、因果的共犯論に対する安田拓人「共同正犯——一部実行全部責任の原

- 則の根拠」法学教室506号（2022年）113頁の批判には、そのような理解がうかがわれる。
- (28) この点については、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）93頁以下、同「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 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006年）477頁注76）を参照。
- (29) 少なくとも、個人責任の原則を放棄してまで、あえて共同正犯を正犯として理解すべき理由はないと思われる。
- (30) このような理解から、承継的共同正犯を説明するものとして、金山薫「承継的共犯」龍岡資晃編『現代裁判法体系⑩〔刑法・刑事訴訟法〕』（新日本法規出版、1999年）62頁を参照。
- (31) この点については、豊田兼彦「共同正犯の構造の再検討——2つの最高裁決定を契機として——」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020年）92-93頁も参照。
- (32) 松原・前掲注（10）278頁参照。
- (33) 金山・前掲注（30）62頁の説明も、あくまでも傷害、死亡との因果関係が問題となる犯罪に限ったものである。
- (34) これに対して、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）456頁は、結合犯や結果的加重犯を複数の行為の一体性が強いと類型的に解される犯罪とし、むしろそれらの方が傷害罪の場合よりも、複数人の行為を1個の行為と評価しやすいかのような説明をしている。しかし、そこで問題とされている行為の一体性の強さと、因果関係の始点として1個の行為と評価しうるかという問題は、まったく別の問題であると思われる。そのため、そのような説明は、あくまでも強盗罪等について承継的共同正犯を肯定する余地を残すためのものにすぎないと理解すべきである。
- (35) 樋口・前掲注（3）328頁参照。
- (36) 例えば、（狭義の）共犯の処罰根拠論において、教唆犯の処罰根拠を「犯罪を実行させたこと」とは説明しないであろう。因果的共犯論（惹起説）にせよ責任共犯論（墮落説）にせよ、そこで論じられているのは、「犯罪を実行させたこと」がなぜ処罰を根拠づけるのか、である。
- (37) 樋口・前掲注（5）112頁などを参照。
- (38) （狭義の）共犯の処罰根拠論については、大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981年）、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988年）93頁以下、

松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年)275頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年)157頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年)3頁以下などを参照。

- (39) 例えば、杉田宗久ほか「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(下)」判例タイムズ1356号(2011年)64頁などを参照。
- (40) 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別——実務的観点から——」法曹時報51巻8号(1999年)25頁などを参照。
- (41) これには、もちろんアイコンタクトなども含まれる。
- (42) もしかすると、仮に意思伝達行為時点で故意や責任能力を欠いていたとしても、その後それらが生じた場合には、共同正犯の成立を認めてよいのではないかと思われるかもしれない。しかし、それは、意思伝達行為後の不作為(という別の個別行為)を問題としうるからにすぎないと思われる。
- (43) 例えば、最判昭和29年1月21日刑集8巻1号71頁などを参照。
- (44) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第3版〕』(有斐閣、2021年)266-267頁は、このような理解を裁判実務の大勢としたうえで、それを批判する。
- (45) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』(信山社、2005年)307頁参照(ただし、「もちろん、その行為の具体的内容を検察官に明示させたい、立証と防禦をつくさせるべきである。具体的防禦権を擁護する観点からは、訴因変更の手続をとらせるのが妥当とされる場合もあろう。実務上そうすることも多い」とする)。
- (46) それが単なる理論的な問題にとどまらないことは、これまでの検討から明らかである。
- (47) 堀江慎司「訴因の明示・特定について—再論」研修793号(2014年)16頁参照。少なくとも、狭義の共犯について個別行為の特定が求められている以上、共同正犯についてだけそれができないということはないのではないと思われる。
- (48) ここでの「包括的共謀」というのは、あくまでも特殊詐欺事案でみられる包括的共謀のことである。そのため、以下でも、そのような場合のみを検討の対象とする。
- (49) 樋口・前掲注(3)332頁、同・前掲注(5)112頁、同「特殊詐欺における共謀認定——実体法に基づく構造の解明」法律時報91巻11号(2019年)62頁参照。
- (50) 品田智史「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺」法律時報92巻12号(2020年)24頁は、因果性が希薄となる理由として、合意が複数の犯行にわたっていることを挙げる。しかし、より重要なのは、特殊詐欺組織が高度に組織化

されている点だと思われる。

- (51) 樋口・前掲注（49）64-65頁参照。
- (52) 樋口・前掲注（3）331頁も参照。
- (53) 小林憲太郎「いわゆる実行共同正犯について」判例時報2480号（2021年）104頁注（23）、同「共犯関係の解消をめぐる近時の裁判例について」判例時報2504号（2022年）126頁、131頁注（6）は、因果性を不要としようとする議論に対して、立法論であるとの批判を加える。
- (54) 因果性の有無という基準が、実務においても有効に機能しうるのは、実務が因果性遮断説を採用していることにも示されている。包括的共謀の事案について、因果性遮断説の立場から検討するものとして、大塚雄毅「判批」研修846号（2018年）24頁以下、鈴木邦夫「判批」警察学論集73巻3号（2020年）188頁以下参照。
- (55) 樋口・前掲注（3）332頁、同・前掲注（5）112頁を参照。
- (56) 次節で述べるような個別行為の特定の意義に照らしても、それほど高度な特定は要求されない。
- (57) 厳密に言えば、同判決で問題となったのは、訴因の特定の問題ではなく、有罪判決における「罪となるべき事実」の判示として要求される特定の程度である。しかし、訴因における「罪となるべき事実」の特定の程度と、有罪判決における「罪となるべき事実」の特定の程度は同一であると解されている（中山善房ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法〔第三版〕第8巻』（青林書院、2021年）145頁〔中谷雄二郎〕参照）から、その違いは特に影響を及ぼさない。
- (58) 龍岡資晃「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和58年度）』（法曹会、1987年）97-98頁は、「構成要件に該当すべき行為の存在そのものについては認定できるときには、犯行の具体的な手段・方法自体は、必ずしも特定判示されなくてもやむを得ないのであって、そのことから直ちに『罪となるべき事実』の判示として不十分であり、理由不備となるというものではない」とする。
- (59) なお、因果性の始点となる行為として、被告人の複数の行為を想定しうるのが、それらを個別に特定する必要はなく、全体として特定することで足りる（家令和典「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成22年度）』（法曹会、2013年）48頁などを参照）。
- (60) 以下の点については、松原・前掲注（10）も参照。
- (61) このような理解として、西田・前掲注（7）454頁、山口・前掲注（1）410頁、小林（憲）・前掲注（20）370頁などを参照。

- (62) 大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第三版〕第5巻』（青林書院、2019年）533頁〔佐藤文哉＝横山泰造〕などを参照。
- (63) ただし、西田・前掲注（7）454頁参照。
- (64) 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）133頁以下参照。
- (65) 樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修844号（2018年）3頁以下参照。
- (66) 樋口・前掲注（5）104頁以下などを参照。
- (67) 樋口・前掲注（3）327頁、同・前掲注（5）113頁、同・前掲注（11）114頁などを参照。
- (68) そのような試みとして、島田・前掲注（9）63頁以下を参照。
- (69) 樋口・前掲注（65）4頁、同・前掲注（8）118-119頁参照。
- (70) 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）58-59頁参照。
- (71) 西田・前掲注（70）58-59頁、佐伯・前掲注（7）407頁参照。
- (72) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌31巻3号（1991年）318頁、小林（充）・前掲注（40）8頁以下などを参照。
- (73) 西田・前掲注（70）51頁参照。
- (74) 島田・前掲注（9）46頁参照。
- (75) 山口・前掲注（1）341頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）332頁、松原・前掲注（20）419頁などを参照。
- (76) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（二・完）——共同正犯論序説——」法学協会雑誌121巻10号（2004年）1696頁以下、島田・前掲注（9）54頁以下、橋爪・前掲注（75）330頁以下、小林（憲）・前掲注（20）326-327頁などを参照
- (77) 島田・前掲注（9）63頁、橋爪・前掲注（75）331頁参照。
- (78) 例えば、（既に犯意を有している）実行者に対して、意思連絡することなく、一方的に犯行に不可欠かつ代替不可能な道具や情報を提供した場合には、「重要な役割」は認められるものの、「共同性」は認められず、また、教唆に当たるともいいがたいため、幫助犯にとどまらざるをえない。
- (79) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）627頁は、このような問題を自認し、立法（あるいは量刑判断）による解決を（試論として）提示する。
- (80) 樋口・前掲注（11）115頁注13）参照。

- (81) 島田・前掲注（9）64頁参照。
- (82) 小林（憲）・前掲注（79）625頁参照。
- (83) 特殊詐欺組織などの大規模な犯罪組織による犯行について、共同正犯の成立を認めにくくなってしまふのは大きな問題であろう。
- (84) 実際には、このような場合でも、「重要な役割」が否定されるとは考えられてこなかったと思われる。そのことからしても、「重要な役割」の有無がいかにか恣意的に判断されてきたかがわかる。
- (85) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）58頁は、裁判員に対する説明方法として、「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かどうか」という案を挙げる。そこでは、「重要な役割」という語は用いられているものの、そこで基準として実際に機能しているのは、やはり「自己の犯罪」の方である。
- (86) 朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雑誌53巻2号（2014年）313頁は、『『重要な役割』』という、共同正犯と幫助犯との違いが程度の差という印象を与えるのに対し、『自己の犯罪』という、質的な違いを印象づけるように思われる。このため、このメルクマールは、実務において有力なものとして機能してきたのではないかと指摘する。
- (87) 菊池則明「対等型共謀の共同正犯」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）〔第3版〕』（立花書房、2020年）396頁参照。
- (88) 杉田ほか・前掲注（39）60-61頁参照。ただし、同61頁によれば、これは、必ずしも「重要な役割」説からの批判に応えたものではないようである。
- (89) 西田・前掲注（70）52頁参照。
- (90) 橋爪・前掲注（75）351頁は、「重要な役割」説と実務の立場との差異は、この点に尽きるとする。
- (91) 幫助犯の成立にとどめつつ、重要な役割を果たしたことについては量刑上考慮する、という判断も十分に考えられよう。杉田ほか・前掲注（39）63頁は、『『重要な役割を果たしたかどうか』』というようにリジットな形で判断対象を設定してしまうのは妥当とは言い難い」とする。
- (92) 鈴木義男「共謀共同正犯における『共謀』と『罪となるべき事実』」法学セミナー45号（1959年）74-75頁参照。
- (93) この場合、事前に意思を通じていたことは明らかであるから、因果性の存在自体は認定しうる。しかし、「重要な役割」まで認定することは困難だと思われる

- (西田・前掲注(70)53頁参照)。仮にこのような場合にも「重要な役割」を認めるというのであれば、被告人が果たした「役割」によって共同正犯性を基礎づけるという主張は形骸化し、「重要な役割」説の意義は失われてしまうと思われる。
- (94) 例えば、小林(充)・前掲注(14)31頁などを参照。
- (95) 西田・前掲注(70)44頁などを参照。
- (96) これは、共同正犯の処罰根拠を因果性に求めたとしても変わらないと思われる。
- (97) もちろん、そのような判断をせずとも、心理的寄与の重大性を認めうる場合もありうる。しかし、心理的寄与の程度が、最終的には、相手方の受け取り方に依存することも確かであろう。
- (98) 例えば、菊池・前掲注(87)396-397頁などを参照。
- (99) 心理的因果性の有無の判断と比較しても、その程度を判断することは、より困難であると思われる。
- (100) 相手方の供述から認定することも考えられるが、その供述は、自らの責任を軽くするために誇張されているおそれもあるし、そもそも、相手方から供述を得られる保証もない。
- (101) この場合に問題とされるのは、直接の相手方ではなく、あくまでも実行者に対する心理的寄与の程度である。
- (102) そのような理解として、橋爪・前掲注(75)342頁、小林(憲)・前掲注(53)「実行共同正犯」98頁などを参照。
- (103) 久禮博一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成30年度)』(法曹会、2021年)185頁参照。
- (104) 西田・前掲注(70)52頁参照。
- (105) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)[新版]』(弘文堂、1999年)175頁は、捜査の長期化、裁判官の予断、公判審理の硬直化などがあるとする。
- (106) 稗田・前掲注(12)117頁参照。また、亀井源太郎「共謀概念と刑事手続」(修766号(2012年)14-15頁、上富敏伸「訴因の特定、変更 検察の立場から——コメント1」三井誠ほか編『刑事手続の新展開 下巻』(成文堂、2017年)178頁も参照。
- (107) その意味では、樋口・前掲注(11)115頁注13)の指摘は、芯をついたものであるように思われる。
- (108) 橋爪・前掲注(75)327頁参照。
- (109) 小林(憲)・前掲注(53)「実行共同正犯」95頁参照。



- (110) それに加えて、上述したような心理的寄与の重大性の認定という問題も生じる。
- (111) 小林（憲）・前掲注（79）646-647頁参照。安田・前掲注（27）117頁も、このような価値判断を支持する。
- (112) 小林（憲）・前掲注（79）647頁は、さらに、「行為者が多数の末端構成員のひとりとして付和雷同的に参加し、いちおう引金は引いたが弾は明後日の方向に飛んでいったという場合に、殺人未遂はともかく、殺人既遂についてまで行為者を共同正犯とすることが通常の法律家の当罰性感覚に沿うものとは到底思われぬ」とする。確かに、引金を引いたという一事をもって共同正犯の成立を認めるのだとすれば、それは妥当でないのかもしれない。しかし、だからといって「重要な役割」まで要求したのでは、やはりその成立範囲は狭くなりすぎるように思われる。
- (113) この点については、品田・前掲注（50）24頁を参照。
- (114) 小林（憲）・前掲注（53）「共犯関係の解消」126頁参照。
- (115) それは、組織への加入が実際にそのような意味をもっていたとしても変わらないと思われる。
- (116) 特に論者は、既述のように、比較的厳格な基準（「関与者中、最も重大な寄与を果たした者に比肩する、または、準じる程度」）を主張していることから、「重要な役割」を認めることはより困難なはずである。
- (117) 論者による承継的共同正犯の議論については、樋口・前掲注（4）37頁以下を参照。
- (118) 山口・前掲注（1）371頁などを参照。
- (119) 例えば、大阪高判昭和62年7月10日判時1261号132頁などを参照。
- (120) 「積極的な利用」を理由に承継的共同正犯を認める、というかつての議論には、このような視点が欠けていたことは明らかである。
- (121) 当然のことながら、その必要性は、仮に因果的共犯論の適用を否定したとしても、少しも失われることはない。そもそも、承継的共同正犯の問題を処罰根拠という観点から論じないのであれば、承継的共同正犯を認めるために、因果性を不要とすべき理由もなくなるであろう。なぜならば、共同正犯の処罰根拠を因果的共犯論によって説明しつつ、承継的共同正犯をそれと別の観点から論じればよいだけだからである。
- (122) もちろん、仮に因果的共犯論と異なる立場を採用するのであれば、その立場が、共同正犯の処罰根拠を説明するものとして、因果的共犯論よりも妥当であることも示せなければならない。

(123) なお、筆者自身は、因果的共犯論を再構成することにより、承継的共同正犯を認めることができると考えている(谷岡・前掲注(2)227頁以下、同「因果的共犯論と共同正犯」早稲田法学96巻3号(2021年)127頁以下参照)。