

共同正犯における共同と事実的寄与

——共同正犯の成立範囲に関する覚書——

橋 本 正 博

はじめに

正犯と共犯との区別は、刑法学において基本的な概念設定のひとつであり、そうであればこそ、この問題をめぐっては既に多くの文献が蓄積されている。しかしそれにもかかわらず、現在なおその基準について十全なものが提示されているとは、残念ながらいがたい。加えて、近時の日本における判例の推移をみれば、正犯性の根拠を改めて確認することの必要性はかえって高まっているように思われる。ある意味で正犯と共犯との両方の性格を有する共同正犯の場合、その関与者相互における犯罪構成要素の異同が、共同正犯成立の如何や成立範囲、違法性・有責性の判断の如何に及ぼす影響についても、問題とされる例が相次いだからである。この論文は、こうした状況を背景にして、

判例に現れた正犯・共犯をめぐる諸問題を、主として「共同正犯の成立範囲」の側面から検討し、正犯概念の再考を試みるものである。本来であれば、正犯概念の再考という課題に取り組むためには、従来の議論を包括的に再検討することが必要であるが、ここではそれを果すことはできない。判例を検討した上で試論を展開することに終始しており、これが「覚書」と副題した所以だが、行為支配論に関する基礎的研究の上に立って、その具体的応用として解釈論を展開することをめざしたものである。

序 共同正犯の成立範囲に関する諸問題

一 共同正犯における違法性の連帯

共同正犯相互において違法性阻却事由の存否などの違法性評価の条件が異なる場合に、その扱いが問題になる例が、最高裁判例で相次いだ。ここでは、違法判断が共同正犯内部で連帯するか個別的に判断されるべきかという視点から、これに関連する諸問題を共同正犯の連帯性とよぶことにする。もっとも、後に明らかにするように、この問題は連帯とは違うものの、元来共同されているものであるから連帯するということにはかならないのである。いいかえれば、この問題は共同正犯の本質論の反面であるということになる。

さて、右のように規定された連帯性は、正確には、共同正犯の成立範囲の問題と、共同正犯の成立する場合に違法性判断を個別的に行うことが妥当かという違法判断の相対性の問題とに分けられる。「違法判断が共同正犯に從属する」という形で、狭義の共犯の場合に用いられる從属性の議論を援用する向きもあるが、先に述べたとおり、共同正

犯が基本的に関与者相互対等の関与形態であり、各々は正犯として法的には同等の評価を与えられるものである限り、一方から他方への従属の観念を用いることは妥当でない。むしろ、そのことによって、問題の本来の所在が不明確になるうらみがある。

まず、議論の前提として、共同正犯の成立如何の問題は「構成要件該当性」の領域に属することを確認する必要がある。これは正犯概念を構成する際にも中核的な要請となるべきものである。共犯規定の法的意義については問題も残るとはいえ、日本では構成要件の修正形式として捉える考え方が通説であったし、総則編に置かれた共犯の条文によって各則の基本的構成要件が修正されて共犯構成要件となり、各関与者はその修正された構成要件に該当するという図式は十分明晰であって、さしあたりこれを捨てる必要は感じられない。もちろん、共同正犯の規定は、厳密に言えば、狭義の共犯構成要件ではなく正犯概念の拡張形式であるが、いずれにせよ、刑法六〇条の共同正犯の規定は構成要件を修正する規定であって、共同正犯が成立するかどうかの問題は共同正犯の構成要件に該当するかどうかの問題にほかならない。

したがって、犯罪成立要件を構成要件該当性・違法性・有责性という三段階で考える通説的立場からすれば、類型的な違法性と対比した意味での実質的違法性（以下、「実質的違法性」という語は、とくに断らない限りこのような意味で用いる）を論じる狭義の違法論の領域の要件、たとえば正当防衛の要件などは、共同正犯の成立如何自体が問題となる次元では考慮されない、ということになる。逆にいえば、共同正犯が成立する場合において、共同正犯であることを理由として、右のような違法性阻却事由などを共同正犯相互で連帶的に作用させる直接の理由は存在しない。実質的違法性は、独立して個別的に判断すべきであるということになるはずである。

もちろん、違法性（あるいは有責性判断すら）が共同正犯の成立範囲の問題には無関係であるかどうかは、単純に

割り切ることができない問題ではない。また、図式的には違法性阻却事由などは共同正犯の成立とは独立であるとしても、そのような違法判断の相対性を認めること自体が妥当か、ということとは別であろう。さしあたってここで確認しておきたいことは、共同正犯が構成要件該当性の領域に属する問題であること、したがって、右に述べたような意味で共同正犯の成立範囲と共同正犯における違法判断の相対性という視座から、問題を考察すべきであるということである。

二 共同正犯の正犯性

共同正犯の正犯性または共犯性という問題は、すでに繰り返し論じられてきた古くて新しい問題であるが、共同正犯を「正犯」として位置づける視点からの統一的理論はまだ確立していないといわざるをえない。とりわけ、ドイツ刑法において共同正犯・間接正犯を明文で規定し、正犯が「単独直接正犯」「共同正犯」「間接正犯」という三つの形態を含む概念であることが確認されたことを考え合わせると、ドイツ刑法学に学びつつ刑法理論を構築してきた日本の刑法学においても、「共同正犯の正犯性」の見地から正犯概念を今一度検討しておく必要があるのではないだろうか。というのも、共同正犯が正犯であることを前提にする以上、「共同正犯の従属性」といった議論が誤りであることが当然の帰結として納得されるであろうからである。共同正犯は基本的には相互に同等の立場に立つものの結合であって、それゆえに各々が正犯として扱われるのであるから、犯罪事実への関与形態に関わる法的評価、すなわち正犯・共犯に関する法的評価は、各関与者について同じであるはずである。共同正犯が正犯であるということは、当然にこのような法的評価を内包する。ことばにこだわるように思われるかもしれないが、概念として、従属と共同と

は異なるはずであろう。共同正犯においては、共同が存在すれば足りるが、狭義の共犯においては、共同の上、正犯の実行に共犯の成立が従属するのである。

共同正犯における各関与者の関与形式については、以前から、共同正犯を「支配型」「並列型」ないしは「教唆型」「幫助型」のように分類することが行われてきた。これは、犯罪現象の社会的実体を反映するものとして正当かつ有用であり、このことによって、共同正犯の形による犯罪実現態様をより明確に把握することができた。しかし、注意しなければならないのは、「支配型」ないし「教唆型」の共同正犯に関する理解の如何によっては、本来の教唆犯または間接正犯の場合が共同正犯概念の中に包摂されてしまう恐れがある、ということである。裁判実務において既に確立され、学説上も実質的・形式的両面の考慮からそれを容認する論者の増えている「共謀共同正犯」の存在する日本の刑法学にあつては、このことのもつ意味を過小評価することはできない。

たとえば、当時最高裁判事であつた団藤博士が、共謀共同正犯について、いわゆる「行為支配説」を採用して積極的にその正犯性の基礎づけを行つた意見（後述第二章一（二））を挙げることができる。この決定の事案では、犯罪事実を引き起こし、実行ないし実現したと評価すべき者には背後の者も含まれ、形式的には犯罪実行行為（実行行為）を行わなかつた背後の者も（共同）正犯であると評価された。簡単にいえば「兄貴分」の支配力を背景に、形式的実行者の行為を支配していたことが認められたのである。この事例がいわゆる「支配型」の共同正犯であり、背後の者に共同正犯の成立を認めることは、「共謀」を根拠とする「共謀共同正犯」概念にとつては至極当然のことであつたろう。しかし、「行為支配」を根拠としてこれが共同正犯と認められるか否かはそれほど自明なことではない。後にみるように、支配の観念を関与者相互内部の人的關係に重点をおいて理解すると、共同正犯は間接正犯に近づき、あえていえば、間接正犯の場合がすなわち共同正犯であるとする議論に接近することになる。そのこと自体の当否は別

としても、共同正犯がいわゆる「並列型」ないし「幫助型」の関与形態を含み、あるいはむしろこちらの方を本来的な類型としていることを考慮すれば、こうした共同正犯の基礎づけが共同正犯全体を包摂しうるかどうかについては、疑問を留保せざるをえない。考え方によっては、共同正犯の根拠には場合によって異なるいくつかのものがあるということになるであろう。これは、共同正犯という同じ法的評価が与えられる者について、その同一の評価を基礎づける統一的根拠がないということを認めることである。このような考え方は、正犯・共犯の区別を曖昧で恣意的なものにする危険を小さくする要請にてらしても、妥当なものとはいえない。

もとより、共謀共同正犯を「共謀」以外の根拠によって説明すること自体に、形式論理的な矛盾が存在するわけではない。その実質的な妥当性が論じられるべきことはもちろんであるが、ただ、これに「共謀」共同正犯という名称を与えることはあるいはふさわしくなくなるかもしれない。しかし、より重要な問題は、「支配」が、教唆行為の影響力を強める背景として存在しているにすぎないとか、被支配者を意のままに動かすことができるという意味において背後者（行為支配者）が間接正犯と評価されるべきである場合を、共同正犯と評価してよいかということにある。というのは、一方で、人の意のままに動かされた直接行為者は、道具として正犯性を否定されるか、責任が減少または阻却されるなどの扱いが、むしろふさわしいように思われるからである。

いうまでもなく、共謀共同正犯概念によれば、狭義では教唆犯・幫助犯とされる関与者が共同正犯に包摂される傾向が避けられない。加えてその根拠を「共謀」（だけ）ではなく、右のような意味に用いられる「行為支配」に求めるならば、そこから「間接正犯がすなわち共同正犯である」あるいは逆に「共同正犯はすなわち間接正犯である」とする帰結までは遠くない。なぜなら、間接正犯は、右にいう「行為支配」をもっとも典型的かつ強力に示す場合であるからである。しかしこの結論が行き過ぎであることは明らかであろう。共同正犯を基礎づける「行為支配」は、間

接正犯における場合とは別様に構成される必要がある。その際に考慮されるべきは、このような非対等の関与者間にあっても、間接正犯ではなくはかならぬ共同正犯としての法的評価が与えられる限り、基本的には関与者相互に存在するのは対等者間の関係であると認められるような実体を根拠としなければならないということになる。

このように、共同正犯を正犯として捉える一貫した思考にとつて、正犯を正犯として法が評価する根拠となつていゝる実体への問いこそが繰り返し立ち戻るべき場所であつて、ここが正犯論、したがつて共同正犯論の出発点であるといふべきなのである。

三 共同正犯と正犯行為

共謀共同正犯が、狭義の「実行行為」を行わない関与者を共同正犯とすることに対応して、近時の裁判例には、故意ある幫助的道具を利用する間接正犯、すなわち、形式的には「実行行為」を行うものと評価される者を正犯とせず、背後者を間接正犯とする場合が散見される。判決に示された判断は、正犯・共犯の区別を行為者の意思にかからせる、主観的的思考によつてこの結論が導かれていゝると考えられるが、実質的には二で指摘したような背後者のいわゆる「支配」のあり方についての規定が影響するものともいえる。⁽¹⁾

これらの、「実行行為を遂行しない正犯」、「実行行為を遂行する共犯」といった形態が当然のものとして受け入れられていくとするならば、その背後には従前からの「実行行為」ないし構成要件論に基く犯罪論自体にまで及ぶ、再考すべき問題が存在しているといふことができるのではないか。

いふまでもなく、間接正犯において実行の着手時期、および実行行為の意義をめぐつてはさまざまな議論が存在す

る。誇張を恐れずにいえば、既にして間接正犯における実行ないし実行行為概念は、単独直接正犯における実行行為概念とは異なった扱いを要求しているということもできる。一方で、共謀共同正犯が、各関与者における実行行為遂行を完全にその成立要件から除外することになれば、実行行為概念と不可分に論じられるはずの構成要件該当性の問題そのものを、根底から考え直さなければならぬであろう。そこまでいかなくとも、共謀共同正犯を含めた共同正犯における実行行為概念そのものに、再考の余地があるものと考えられる。このことは、ともすれば見失われがちであるが、正犯としての要件、または正犯行為などといった問題を、正犯に統一的な基礎を提供しつつ考察する際に不可欠の視点である。

わたくしのここでの議論は、右の問題自体を主題とするものではない。わたくしの目標は、正犯の問題を考える基本的かつ正犯の表現形式に通底する統一的視座の獲得にある。その視座から眺めた時に初めて、複雑に入り組んだ問題の糸がほぐされ、見通しの利く立場から解決の方策が自ずと立ち現れるであろう。

さらに、過失共同正犯および結果的加重犯の共同正犯、不作為の共同正犯、自手犯と共同正犯など、共同正犯をめぐる問題に限っても種々の困難な論点が残っている。ここでは、これらすべてを個別的主題として論ずることは到底できないが、先に挙げた問題を考察することによって、こうした問題に対してもいささかの示唆を得て思考の方向を提示することができるように思う。

ここで挙げた諸問題は久しく議論されてきたものであって、ある意味では何ものかを付け加えようとすることはもはや難しい。しかし、一ないし三で取り上げた、特に最近になって浮上してきた論点を考えてみることによって、これらの問題についても何らかの新たな見通しを持つことができるはずであると思う。

第一章 共同正犯における違法性の連帯

一 過剰防衛に関する最高裁判例

最高裁判所は、共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否に関して、比較的最近に相次いで、新しい判断を示した。学説においても従来自覚的に論じられることがまれであった問題点であり、判例評釈においても、これに関する問題点の整理に際して、いくぶん論点が錯綜する印象がなくもなかった。しかし、これらの判例が共同正犯の本質にかかわる問題を再考する契機となったことは疑いない。というのも、違法性の連帯という視座から共同正犯を見直すことによって、共同正犯が何を共同にするものであって、どのような要素を共有し、どの範囲で成立するものであるか、といった問題を改めて照らし出していると思われるからである。以下、これらの判例に即して、いささか詳しい考察を試みる。

(一) 平成四年判例

最高裁判平成四年六月五日第二小法廷決定²⁾は、殺人罪の共同正犯相互で過剰防衛の成立如何は個別的に判断すべきことを述べたものである。事案は、出稼ぎのため来日した外国人である被告人が、友人Aと共謀して殺人を行ったというものである。まず、認定された事実の概要を示しておく、次のとおりである。

被告人は被害者である飲食店店長Xと電話で口論の上憤激し、殺してやるなどと怒号して、渋る友人Aに包丁を持たせてタクシーでXの店に向かった。その途中、自分は顔を知られているからAに先に行くように、けんかになったらナイフを使うようにと説得を試みた。Aは内心自分から進んで暴行を加えるまでの意思を有していたわけではなかったが、Xの店出入口付近でXから先に暴行を受けるに及んで、自己の生命身体を防衛する意思で、被告人の指示どおりXを殺害することになって、もやむをえないと決意して共謀を遂げ、被告人との共謀の下にXを包丁で刺殺するに至ったとされたものである。

控訴審（東京高裁）では、Aは被害者からの急迫不正の侵害に対して、防衛の程度を超える反撃をしたとして過剰防衛の成立が認められたが、被告人はXの反撃を予期し積極的に加害する意思で侵害に臨んだものであるとして、過剰防衛の成立を認めなかったため、被告人が上告した。弁護人はその上告趣意第一において、共謀共同正犯の場合、違法性軽減事由であるAの過剰防衛行為は共同意思主体に備わっていた事由であるから、被告人にも連带的にその効果が及ぶはずである旨を主張している。

これに対し最高裁は上告を棄却したが、次のような職権判断を示した。

「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。原判決の認定によると、被告人は、Xの攻撃を予期し、その機会を利用してAをして包丁でXに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、XのAに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったAにとっては急迫不正の侵害であるとしても、被告人にとっては急迫性を欠くものであって（最高裁昭和五一年（あ）第六七一号同五二年七月二一日第

一小法廷決定・刑集三一巻四号七四七頁参照)、Aについて過剰防衛の成立を認め、被告人についてこれを認めなかった原判断は、正当として是認することができる。」

要するに、共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきその要件を満たすかどうかによって個別的に判断すべきであるとしたものである。決定ではこのような結論に至った理由を述べていないが、本件判例評釈はおおむねこの結論を妥当なものとして評価している。⁽³⁾論理的に言えば、弁護人の上告趣意にあるとおり、犯罪遂行主体は共同意思主体であるから、その主体について実行が違法であったか否かが論じられるはずであって、ただ刑罰を受ける責任は各個人がこれを有するというのが本来である。共同意思主体に基づく共謀共同正犯では、実際に実行行為を行う者もそれを共同意思主体の行動として行うという構成である。そうだとすると、現実に実行行為を行った者であっても、法的に実行行為を担当した共同正犯というような特別の地位にあるわけではない。あえて言えば、実行行為は共同意思主体が行ったのであって、共同意思主体との相対的關係では、いずれの関与者も実行行為を行った者ではない。そうするとこの決定の判旨は、犯罪を實行していない者についてその行為の違法性を問うことになって、一貫していないという批判を受けることは避けられないであろう。もっとも、最高裁の判例理論は、必ずしも「共同意思主体」概念を認めるともいえない。最高裁が共同意思主体という考え方についてどのような姿勢をとっているのか興味がある。

さて、過剰防衛(正当防衛)の要件をめぐっては議論が絶えないところであるが、ここではこの問題自体が主題ではないので、判例の考え方を前提にする。周知のとおり、積極的加害意思の存在は過剰防衛の前提たる侵害の急迫性の要件を失わせるものであるとしていることは、右にあげた判旨が昭和五二年決定を引用しているとおりでである。次に、過剰防衛の刑罰減輕は責任減少によるものか違法減少によるものかという議論がある。伝統的定式によれば、

「違法は連帶的に、責任は個別的に」働くことが原則であるとされる。そこから、過剰防衛は責任減少事由であると
 する立場とこの定式とを組み合わせると、過剰防衛要件は共同正犯者各人において個別的に考慮されるべきである
 という結論になる。もうひとつの可能性は、共同正犯相互では、違法性減輕に関する事由は個別的に考慮すべきである
 ということを、共同正犯における共同の本質から帰結することである。⁽⁴⁾

先に指摘したとおり、共同正犯は構成要件の修正形式として捉えることができ、また、これが妥当な考え方である。
 各則の構成要件が、原則として単独の行為者による犯罪実現を予定しているのに対し、これを複数の者が共同して実
 現する場合に単独犯における全実行行為の自己遂行以外の形で関与した場合にも正犯とする旨を定めたのが、共同正
 犯規定であると解することができる。そうだとすると、共同正犯の成立如何・成立範囲の問題は構成要件該当性判断
 であって、ある特定の犯罪の共同正犯の構成要件に該当するか否かの問題である。

共同正犯が共同にするのは構成要件実現であって、この意味で共同正犯の本質は犯罪共同であるといえるであろう。
 ただし、犯罪の実体は、前法的社会的事実としての全体計画であって、構成要件の評価は法的評価として論理的には
 事後的に付与される性質である。行為者が現実⁽⁵⁾に共同して行うのは犯罪を構成すべき社会的事実そのものであるから、
 実体として共同されるのは何らかの事実を実現しようとする行為にはかならない。それは犯罪的事実を実現する行為
 として法的にはいわゆる実行行為として評価されるであろうから、結局のところ実行行為の共同がその実質であるこ
 ともまた肯定される。このように、主観主義・客観主義の対立枠組からの議論はさしあたり措いて、共同正犯のあり
 方の実質から考えれば、犯罪共同・行為共同は、法的概念としての実行行為を媒介として共存しうるものであり、そ
 れらは考察の次元の相違にすぎないと位置づけることができる。すなわち、規範の次元では犯罪共同であり、事実の
 次元では行為共同である。事実としての行為共同を規範としての犯罪共同に結びつけるのが構成要件該当性評価とし

ての実行行為概念である。

ところで、犯罪実現という場合の犯罪は、いうまでもなく実定法上の各特別構成要件を考慮しているのであるから、共同して犯罪を実現するということは、構成要件を充足するような事実を共同して実現するというにはかならない。この場合そこで想定されていることがらが、実質的な違法性までをも備えた行為を共同して実現しようとすることを意味していると考えるのは、いかにも不自然であろう。まして、共同して関与者全員が有責に事実を実現することまでを予定していると考えすることはできない。こうして、一般に共同正犯の成立の問題として論じられる内容は構成要件該当事実の共同実現に関連し、それ以上でも以下でもないということが確認されよう。われわれは、実際、この問題を当然のごとく構成要件該当性の次元で論じていると思われるが、それは論理的にもそうであるべきなのである。ただし、場合によってはこのことが背景に押しやられ、十分に自覚的に考慮されないこともままあるように思われる。そこで、ここでも、共同正犯の成立に関する問題が犯罪論上構成要件該当性の次元の問題であるということを確認しておきたい。⁽⁵⁾

さて、犯罪の全体計画は、構成要件実現に向けられた前法的事実として把握されるが、ここにはいずれかの場面で形式的意味の実行行為の遂行が含まれる。この場合、各関与者が実行行為を分担することは、構成要件実現という意味で自明の必然性をともなって要請される要件であろうか。「共同してある犯罪を実現する」ということは、形式的意味の実行行為を非常に限られた一部分だけ担当することによって形式主義的に肯定されるものではないというべきではなからうか。そうではなく、実質的にみて、犯罪実現の主体として法的な評価を受けるに値するか、という視点から考慮されるのが正しい。もちろん、実行行為を分担することがそのような評価を基礎づけることも多いであろう。しかし、形式的に分担が必要であるとされるわけではない。

逆に、自らの手で構成要件該当行為すなわち実行行為をすべて行う場合、この者は構成要件を実現したと評価されなければならない。実行行為遂行者は構成要件を実現した者にほかならないからである。こうして、実行行為を自らすべて行った者は必ず正犯であることが帰結される。しかし、一部だけを行うことが直ちに正犯性を基礎づけるわけではない。正犯に関する形式的客観説ないし限縮的正犯概念とは、このように修正して理解されるべきである。⁽⁶⁾

次に、共同正犯がこのような意味で犯罪事実実現に関与する者であって、事実の上では行為を共同して、規範の意味においては犯罪を共同して惹起する者である、と把握すれば、共同正犯が共同するものは実質的違法ではありえず、法の予定する類型的違法としての構成要件的事実である。したがって、構成要件要素ないし構成要件に係る事由については、各共同正犯者間で連带的に評価されるが、実質的な違法性に関する事由については、各関与者において個別的に考慮されることになる。そこで、平成四年決定のような場合、実質的な違法性にかかわる過剰防衛（もちろん正当防衛についても同様である）の要件を備えているかどうかは、共同正犯のうちの一人についての法的評価がただちに他の共同正犯に連帯するものではない。決定の結論はこの意味で妥当であり、その根拠は、右に述べた点に求められるべきである。

そうすると、過剰防衛が違法性に関わるものか責任に関わるものかという点は、さしあたり問題の解決のためには議論する必要がないということになる。

(二) 平成六年判例

最高裁判所第三小法廷は、やはり共同正犯者間における正当防衛の成否を個別的に判断する旨の判決を下した。⁽⁷⁾ 事

件は、路上で雑談していたA・B・C・DおよびE女のグループと酩酊したXとの間に起きたいさかきに関わるものである。この判決の事案についても概略を示しておく。

AないしEが雑談していると、Xが車のアンテナを曲げたのに謝罪もせずに通り過ぎようとしたことから、いさかになり、XがE女に乱暴を始めた。そこで、これをやめさせるため、A・B・C・DがこもこもXに暴行を加えたところ、XがE女の髪をつかんで引っ張って行くので、さらにAらは追いかけて暴行し続けた。その後やっとE女の髪から手を放したXがなお「馬鹿野郎」等と言って応戦する氣勢を示しながら現場駐車場奥へ移動するのを、Aらはほぼ一団となって追いつき、その間CやBがXに殴りかかったがいずれもDが制止した。しかし結局駐車場奥でBが手拳でXの顔を殴り、Xは転倒して加療七か月半を要する頭蓋骨骨折等の傷害を負った。

第一審判決は、被告人AにB・Cとの共謀による傷害罪の成立を過剰防衛として認め、第二審でも、制止にまわった後のDの関係のほか、Aらの行為は意思連絡の下で行われた一連一体のものであるとして、全体について共同正犯が成立し過剰防衛にあたるという判断が示された。

これに対し、最高裁は被告人を無罪とした。職権判断として示された内容は、概略次のとおりである。

当初防衛のため共同で暴行した後、他の者が侵害終了後も暴行を続けた場合、正当防衛の成否判断をする際には、侵害が現在している時点と、侵害が終了した後とに分けて考察する必要がある。そして、「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」というのである。本件の場合、侵害現在時の防衛行為としての反撃行為は、防衛手段として相当であり、

正当防衛が成立する場合である。しかし、追撃行為について新たに暴行の共謀が成立したとは認められず、「反撃行為と追撃行為を一連一体のものとして総合評価する余地はな」とした。

平成四年決定の事案が、質的過剰といわれる場合であったのに対し、この事案は防衛行為として相当である範囲を超えて追撃したという、いわゆる量的過剰の場合である。判決の趣旨は、共同正犯として行われた反撃行為が防衛行為として相当であり、正当防衛が成立する場合には、共同正犯の一部の者が行った追撃行為という過剰の部分について、当然に正当防衛行為と一体化して総合的に過剰防衛として評価するのではなく、過剰部分について新たに追撃行為に関する共謀の成立が認められるときにはじめて、前後を一体として総合的に評価すべきである、ということになる。すなわち、当初の反撃行為が正当防衛行為であるときは、それ自体がいったん完結した行為として評価される(すなわち正当防衛行為であるとされ)、共同正犯からの離脱を論ずるまでもなくここで以後の行為とは切り離される。しかし、現実の事象として継続して行われた追撃行為に連続していく場合、この部分についても新たに同一の関与者相互に共謀が成立すれば、全体として追撃行為を含む共同意思が形成されるのであるから、追撃を含む行為全体を共同の行為として評価することができるわけである。

従前の判例が事象の経過を当然の一体として把握していたことは、第一審、控訴審の判断に現れているとおりであり、この場合の不都合を避けるために「共同正犯からの離脱」による解決が論じられる。共同正犯では、主観的に共同意思関係から離脱する意図を持つだけでなく、積極的な結果発生の防止措置をとるなどして自らの寄与の犯罪実現への因果性を断絶させた場合に、例外的に共同正犯関係からの離脱を認める余地があるとされてきた。しかし、共同正犯からの離脱は、共同意思主体的な考え方を採用する場合には想定するのは困難だといわなければならない。共同意思主体に加わった以上、そこから因果性を断絶させるためにどのような行為が考えられるであろうか。実際、共同

正犯からの離脱を認めうるとしても、非常にまれな場合に限定されると理解されてきた。⁽³⁾ せいぜい、責任か量刑に関わる取り扱いしか期待できないのが現実であろう。

一方、当初の共謀関係に含まれない過剰な部分について、当然のごとく共謀関係の継続を認めることは、もとより合理的でないといわなければならない。本件のような場合は、一種の「共同正犯の過剰」であって、過剰部分について他の関与者に当然帰属させるのは妥当でない、というべきである。正当防衛に防衛の意思を必要とするのであればなおさら、防衛の意思に基づいて行われた行為とそれ以外の行為とは、峻別して取り扱う必要がある。

平成四年判例について述べたところで確認したように、共同正犯は共同して行為を行ったことに伴ってあらゆる犯罪成立に関係する事実を共有することになるのではない。そもそも、構成要件要素として構成要件の故意を考える立場からは、共同正犯の成立如何は構成要件該当性判断であるから、構成要件の故意に包摂されない部分を実現したと評価されることはありえない。そうでなくとも、共同正犯としての「共謀」が、ここにいる反撃行為すなわち防衛行為を限度として成立していたとみることがごく自然であり、現に侵害のやんだ後には共同正犯者のうちのひとりが追撃の制止にまわっており、追撃しようとした者も、それに従って追撃をやめているのである。現実の自然的行為としては、なるほど継続した一体のものとみられる行為であるかもしれないが、少なくとも法的把握としては、そしておそらく社会的実体としても、防衛行為と防衛の範囲を超えた積極的加害行為とは、切り離して考えなければならないはずである。

そこで、この判決における判断の問題点は、この切り離された過剰部分が、新たな共謀という、いわば「共同正犯関係の更新」によって当初の共謀範囲に含まれた行為と結合され、これが「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」対象とされる可能性を認めることにある。すぐに気がつくように、もともと別個の

存在として把握され、であればこそ改めて共謀が成立する必要があったはずである行為を、全体として一体のものであると事後的に捉え直し、それを相当性の観点から検討し直すというのは、いかにも首尾一貫しない。ここであえて、「更新」ということばを使ったが、更新はあくまで一旦終了したことを含意しているはずである。当初から共謀していたのとは全く違う。その意味で、この判決に示された考え方は、語弊を恐れず図式的にいえば、正当防衛と正当防衛ではない積極的加害行為とがある場合に、それが連続して行われたことを根拠に両者を結び付けて混合し、結局のところ中間的な過剰防衛を導き出すということになっているのではないか。実質的違法性の判断として正当防衛が認められることを前提に、その場合には新たな共謀の成立を必要とし、このような新たな共謀があれば、ひるがえって正当防衛が否定されるというのでは、その論理の整合性は、やはり十分でないといわなければならない。

以上の検討では、あえて本判決の問題設定にある程度沿う形で論じてきたが、実は、共同正犯の成否は、防衛意思を含めた実質的違法に関わる要素とは関わらないことは、既に平成四年決定に関して述べたとおりである。すなわち、共同正犯の成立如何に関わる意思は、防衛意思などとは切り離された構成要件の次元における犯罪実現意思として把握されるべきであって、共同正犯が成立する場合にも、その上で各関与者について正当防衛の成立如何が論じられるべきなのである。したがって、類型的違法法としての構成要件関係の要素以外については、共同正犯が成立するからといって当然に連帯して考慮されるわけではない。

そこで、この判決の事案をこの観点から考察すれば、以下のように考えられる。まず、グループに属していた女性Eの髪をつかんで引き回すなどの乱暴を始めたXに対し、被告人Aを含めたグループの他の者がこれをやめさせるために実力の行使に及んだことについては、細部に問題がなければ、当然共同正犯の成立が認められるであろう。それは暴行罪（せいぜいそこから通常生じうる程度の傷害罪）にあたる事実を實現しようとする共同行為である。しかし、

XがEの髪から手を放した後、勢いからかれてXを殴打したCの行為について、このような事実をAが認識し認容し、共同して実現しようとしていたものとはいえない。この過剰部分についてはAに共同正犯は成立しない。したがって、これは過剰防衛が共同正犯の中で相対的に認められるかどうかという問題ではなく、少なくともこの事案におけるAについては、ただ単に共同正犯の成否の問題である。さて、その上で、Aは、他の共同正犯者と同様に防衛の目的で急迫不正の侵害を避けるために相当な行為を行ったのであるから、その犯罪実現は正当防衛として違法性を阻却するものであると評価される。

もっとも、結局過剰な部分を行ったCについて、どのように考えるべきかという問題は残る。Cの行為は共同正犯の成立する防衛行為に付加される形で追撃行為が行われた部分を含んでいる。Cについては共同正犯の部分を含むがそれを越える単独犯としての暴行・傷害罪が問題となるということができよう。しかし、Cの当初の意思がやはり防衛行為にとどまるものであったとすると、C自身の行為だけを取り出して考えたとしても、防衛行為とは切り離された独立した加害行為が行われたと評価すべきであろう。すなわち、防衛行為については違法性が阻却されるが、自らの新たな意思に基づいて行われた付加的な部分についての暴行・傷害罪は成立し、この部分については過剰防衛にもあたらないというべきかと思われる。もっとも、過剰防衛が責任減少にかかわることを認める立場から、Cの意思過程が防衛行為を行ったことに接続して高揚した気分の勢いのおもむくところであると認められたり、あるいは、客観的には侵害を排除することができたがさらに不安に駆られて深追いたものであると評価されたりする場合であれば、Cに過剰防衛を認めることもできるであろう。これは、Cが単独で行った場合と同様に考えればよいのであって、すなわち過剰防衛固有の問題に帰着する。

二 共同正犯における連帯性

以上の考察の基礎をなしているのは、共同正犯が共同して実現するものが構成要件該当事実であり、共同正犯はそのようなものとして構成要件該当性の次元に属する問題であるという認識である。まずこれを確認すべきである。ここから、共同正犯において連帯する要素は、その共同する要素にはかならないことがわかる。共同する要素については、法律上共同正犯関係にある者は、現実に分有しないものも共有すると評価されるのである。共同正犯が構成要件該当事実の共同を意味することを前提にすれば、共同正犯が共同する要素は構成要件該当事実であって、構成要件要素のみが連帯して考慮されることになる。違法性阻却事由は、構成要件該当性判断の類型的な違法性を超える実質的違法に関係する要素であって、共同正犯が成立することからただちに連帯して働くということとはできない。

違法性阻却を基礎づける事実そのものを取り出してみれば、前法的な全体計画としての次元では、それは共同正犯が実現する事実の構成部分であるということもできる。しかし、法律的事実としては共同正犯の共同する事実、いかえれば連帯的に考慮される事実には含まれない。たとえば、共同正犯のうちのある者が正当防衛状況を認識して、他の者は、正当防衛の目的をもたずに、それぞれ構成要件該当事実を実現した場合に（狭義の共犯であれば、正犯行為の違法性の有無に「従属」して、共犯の違法性が論じられるであろうが）、このことによって共同正犯の成立如何が左右されることはないというべきであろう。これは、正当防衛の成立に防衛の意思を必要とするかどうかなどという問題とは別に考慮される問題である。標語のないいかたをすれば、共同正犯の場合に正当防衛を論じることは当然であるが、「正当防衛の共同正犯」というようなものは考えられないということである。もちろん、正当防衛の共同がありうることを否定しているのではない。ただ、その場合には、正当防衛が共同されるから共同正犯になるという

構図が成り立つのではなく、共同正犯の成立を前提とした上で各人が正当防衛として行為を行った場合に、結果において正当防衛の共同という事態が実現したということであろう。そうでなければ、正当防衛行為という実行行為を規定した構成要件が存在するという結論を承認することになってしまふであろう。このような場合、共同正犯が成立するためには、各人が実現しようとする事実が正当防衛として実現されようとしていることについて、意思を通じている必要はないのである。⁽¹⁰⁾

以上検討したところから、共同正犯は、法的評価としては、構成要件該当性の次元において犯罪実現の中心人物として第一次的・直接的に犯罪事実を惹起したと評価される者であるということができる。この場合、共同して事実を実現するということは、法的評価の上では対等の関与者が直接に事実を実現することにはかならないから、正犯と狭義の共犯との関係の場合のように共犯の正犯への從属性が問題となるのではなく、元來犯罪構成要件に該当する事実を共同して実現することの实体として共同された要素、構成要件該当性判断という法的評価の次元で共同することがらについて、論理必然的にそれらを連帶的に考慮することになるのである。これは、たとえていえば「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は連帶的に判断されるか」といった問題設定自体が当を得ていない、ということを意味する。共同正犯の成立を考える上で共同されていないものが、共同正犯だからといって連帶的に考慮されなければならないはずはないからである。

しかし、次にはもちろん、共同正犯概念が論理的に連帶的考慮を帰結しない要素についても、共同正犯の成立する場合には連帶的に考慮するのが妥当であるという考え方はありうる。右の例に即していえば、「共同正犯が成立する場合には過剰防衛の成否も連帶的に判断すべきであるか」という問いには意味がある。先に述べたところは、共同正犯概念が構成要件関係的概念であって、そこから論理的にたとえば違法性阻却事由についてもこれを各関与者に連帶

的に認めることにはならないという趣旨の、ある意味で消極的な限定を主張しているにすぎない。このことを考慮した上でなお、目的論的観点から、違法性阻却事由も共同正犯の場合には連带的に働くとする解釈論を展開することは可能である。共同正犯がとくにいわゆる実行共同正犯の意味に捉えられるとき、各人が直面している事実は単一同一の事実であって、関与者間で相対的に認定されるわけではない。このような事実的水準で違法性が判断される場合には、共同正犯者相互で異なった取り扱いがなされることは妥当でないと考えられるであろう。それは別の考慮である。

実行を担当しない関与者が存在しうるいわゆる共謀共同正犯の場合でも基本的に事情は同じではあるが、しかし、実行の現場に現在しない共同正犯と実行行為を遂行する共同正犯とは、現実に認識する事実を隔たりがあり、それに対する対応も異なることが当然に予想される。現に、先にとりあげた判例の事案の場合、加害行為を実際に実行する者と他の者とを画一的に扱うことは妥当でなからう。実行行為を分担・犯行場所への現在を必要条件としない共同正犯を承認する以上は、右のような実質的考慮に基づく連帯性判断を採用することには慎重にならざるをえない。このように考えると、論理的には連帯的考慮が帰結されるわけではないが、共同正犯が成立する場合には同一事実を基礎にして行われる行為であるから、違法性判断も連帯的になされるべきであるとする解釈も、採用することができない。共同意思主体を考える場合のように、法律的観点からは個々の関与者にとって事実関係が相対化することが考えにくいときは、このような解釈にもまだ合理性がありそうである。しかし少なくとも、判例では正当防衛の成否に関する要件も行為者の主観に関わる部分があるため、関与者ごとに事実関係が相対化することは否めない。実際問題として、共同正犯相互で実質的違法性の判断は連動するであろうが、形式的に連帯性を認める解釈は、やはり妥当でないといふべきである。

こうして、共同正犯の成立範囲の問題を基礎にして考察すると、実質的違法性についての判断は共同正犯者相互において個別的になされるべきであるという結論が導かれる。その点では、右にみた二つの判例の結論は妥当であるといふことになる。しかし、重要なのはその結論を導く論理である。あくまで、共同正犯の本質論から議論する必要がある。そこで、次に、判例が共同正犯の基礎としてどのような実質を考えているかを改めて考察し、共同正犯が正犯とされる根拠を再考することとする。

第二章 共同正犯の正犯性

一 判例における共謀共同正犯理論

(一) 共同意思主体説

正犯と共犯とを区別する理論については、形式客観説（純粹な限縮的正犯概念）から主観説（利益説）まで、主として、行為者の主観によって判断するか、客観的に行った行為の形式的性質によって判断するか、という観点からわかることのできる、種々の理論が提示されている。ここではそれらを理論として比較することはしばらく措いて、日本の刑事判例における共謀共同正犯理論を跡付けることによって、共同正犯の本質として何が取り出され、重要視されてきたかを再確認することにした。

周知のとおり、共謀共同正犯は旧刑法下の大審院以来の歴史をもつ確立した判例理論であるが、その成立範囲や基

礎づけには、つとに指摘されているように元来二つの傾向が認められ、それぞれ代表的な判例によってその影響力に変動があったととらえることができる。

その第一は、共同正犯一般を共謀共同正犯の意味に解釈し、いわゆる共同意思主体説をその理論的根拠とするといわれているものである。共謀共同正犯自体は、いわゆる知能犯の場合に精神的加功の重要性が大きいことを根拠として認められてきたものであったが（大判明治二八年二月一九日刑録一輯五卷八八頁、大判大正十一年四月一八日刑集一卷二三三頁）、やがて共謀共同正犯の成立は多くの犯罪に拡大され、刑法六〇条の共同正犯自体の解釈としてそれが共謀共同正犯の意味に解釈されるべきであること、およびその理由を共同意思主体説の主張に沿って述べるところとなった（大連判昭和十一年五月二八日刑集一五卷七一五頁）。すなわち、犯罪に関わる複数の者が相寄り相助けて同心一体となって共同意思主体を形成し、犯罪はこの主体の行動として実行される。またその実行は分業の形でいわばシステマティックに実現される。ただし、責任はこの抽象的な主体に負わせるのではなく、民法の組合理論を類推して各々の関与者に帰属する、というのである。あらためて指摘するまでもなく、この共同意思主体説は個人責任を原則とする刑法の思考になじまない、として強い批判を浴びた。

もちろん、この共同意思主体説の系列に連なる理論は、このような批判を無視してきたわけではない。代表的な論者だけを挙げるとしても、共謀共同正犯をつとに肯定してきた植松正⁽¹²⁾、下村康正⁽¹³⁾、西原春夫⁽¹⁴⁾などが、この批判に対してそれぞれに答えを用意してきた⁽¹⁵⁾。さしあたり大まかでないかたで結論だけをのべれば、わたくしは、「共同意思主体」というものを擬制された観念的抽象的なものとして把握するのではなく、いわば共同主体として実在するもの、すなわち現にそこに存在する人的結合として把握することによって、行為と責任との乖離はかなりの程度解消されるものと思う。共同意思主体を規範的見地から構成された観念的主体として考えることは、そこに関与した者とこ

の主体自体とを相対的に独立したものと捉えることであって、個人責任主義を貫徹する上で困難を生じることが避けられないであろう。実際、判例が抽象的共同意思主体を正面から肯定しているかどうかは明らかでない。

共同意思主体説に基づく共謀共同正犯を否定する場合に、その理由として実行行為の分担がないことを援用するのは十分に説得力があるとはいえない。それは、一面において、論じられるべき対象をもって結論としていることにはかならないからである。実質的な面においても、これは批判の根拠としては薄弱である。たとえば、いわゆる実行共同正犯においても、実行行為の「一部」の分担で、共同して行った実行行為の「全部」を行ったものと法的に評価される以上、その実行していない部分に共謀共同正犯と同様の関係図式が成立するのであるからである。

いづれにせよ、共同意思主体説的思考が、当初からの強い批判にもかかわらず判例において採用され、学説上も絶えることなく主張されてきた背景には、実質的な意味でこの理論に共同正犯現象の核心に触れる部分があったからであるというのがわたくしの考えである。

共同意思主体説の代表的論者のひとりであった植松が、「組合論にこだわるのは揚足取りに類する⁽¹⁶⁾」として組合論の類推思考を事実上捨てたように、共同意思主体説の大きな問題点は実行主体と責任主体との不一致にあった。したがって、共同意思主体説がこの問題を解決する必要があったのはもちろんであるが、もし、共同正犯という犯罪実現過程の本質的性格として、それが共同意思主体と目すべき対象であるかどうかは別として、何らかの意味において「集団現象」としての特質があるとするならば、刑法学にはこの点を明確にすることが要請されているというべきであった。そのような集団現象としての特質が「共同意思主体」といわれるものではないとすれば、それ以外のどのような実体であるのかが明らかにされなければならない。しかし、ほかならぬ植松にあっても、積極的にこの部分が明確化されていたとはいいがたい。政策的判断と素朴な法感情が先んじていた印象を、わたくしはぬぐえないのであ

る。

一方で、共謀共同正犯は「共謀」を結節点にして関与者の「共同」したがって共同「正犯」性を肯定しようとするものであるから、学説が共同正犯の要件としてほぼ例外なく要請している「共同実行の意思」と「共同実行の事実」とを、関与者各々において二つながら備える必要はなく、概念上は共同正犯たる必要條件は「共謀」の事実において関与すること足りるという意味合いをもつことも指摘しなければならぬ。共謀者の一部が実行行為に出ることは、いわば「客観的構成要件該当条件」のような地位に退くことにならう。「共謀」に参加した者は、いわゆる「実行行為」を自ら行う必要はなく、共謀への参加のみで「実行の事実」への共同が認められるというわけである。いいかえれば、「共謀」者は「実行」を他の関与者に任せて、「共謀」を要件としてその実現しようとする犯罪事実について共同正犯と評価されることになる。したがって、次の問題は「共謀」の事実とは何であり、その事実への関与がどのような要件に基いて肯定されるか、それが「共同実行の意思」とどのような関係にあるのか、といった視点から提出される。後にみるとおり、判例においてもこの点が論点となることが少なくないのである。

反対から見れば、共謀共同正犯を「共謀」に基く共同正犯と位置づける限りにおいて、「共謀」こそがおのおの関与者を共同正犯とする根拠にはかならない。したがって、共謀共同正犯をこのようなものとして認めるということは、「共謀」への関与がある以上は共同正犯なのであって、いわゆる実行段階における客観的加功の如何による共同正犯性（正犯性）の評価を容れる余地がないことを意味する。もし、そのような加功の程度・態様等が正犯性の決定的な標準となるのであれば、共謀共同正犯は共謀に基く共同正犯であることを放棄したといふべきであろう。そうなれば、それはもはや共謀共同正犯ではなく何らかの別の観点から構成された実質的共同正犯である。もっともこの場合になお、「共謀」は共同正犯であるための必要條件であって、ただ共同正犯性の本質的根拠ではく十分条件ではな

いと考える考え方はありうる。このような立場からは、あるいは「共謀」への関与自体に量的・質的な差異を認めることによって、あるいは犯罪表現を「自己の犯罪」として一種の「引き受け」ともいえるべき関係にしている場合を共同正犯とすることによって、共同正犯の成立範囲を「共謀」の成立範囲より限定することが行われる。前者は結局のところ法的な共謀の成立を否定するだけであるし、後者は共同正犯の正犯性という観点からみれば、正犯に関する「主観説」である。共謀を共同正犯を基礎づける要件とした上で、さらに共同正犯とそうでないものとを分離するためには、客観的関与の差をもつてすることができない、たとえていえば因果関係における等価説と同様の状況になるのであって、両者の差は各関与者の内心における関与のしかたに求めるほかはないことになる。実際、近時の最高裁判例では、このような主観説的な基準をもって共謀共同正犯を説明するものが少なくないように思われる。

これらの裁判例は、より正確には、関与者の主観的基準を客観的に判断するために、当該犯罪事実から生じる「利益」の帰属如何を考慮することも多く、この意味では「利益説」というべきであろうが、正犯・共犯の区別に関する「主観説」や「利益説」の不都合についてはすでに多くの紙幅が費やされてきた。正犯性とは、畢竟ある犯罪がその人の実現した犯罪であるとする法的・構成要件的评价であるから、その人が実現された犯罪を「自己の犯罪」と考えたか否かは、ある犯罪事実が特定の関与者にとって「自己の犯罪」であるかという法的判断に対する答えにはなりえないはずではなかったか。

(二) 相互間接正犯的構成

共謀共同正犯判例のもうひとつの画期は、有名な最高裁判所大法廷のいわゆる練馬事件判決である（最大判昭和三

三年五月二八日刑集一二卷八号一七一(八頁)。判例が「共謀」を基礎にする共同正犯を承認する以上、現に大審院判例がたどった道筋が明らかに示すように、刑法典の条文が前提とする正犯・共犯の峻別の態度を曖昧化しつつ共同正犯の成立範囲が拡大していく危険性を否定しがたかった。この判例が出たのは、こうした状況を背景に学説が共謀共同正犯論の批判に大きく傾いていた時期であった。この練馬事件判決は、そのような批判を考慮に入れたと思われ、また反対に学説の側に対しても少なからぬ動きをもたらす契機となったものである。基本的に共同意思主体説的思考に基く共謀共同正犯論が長らく判例に影響を及ぼしてきたが、学説の側からはこの判決に示された最高裁の態度が、共謀共同正犯の成立範囲にある程度の限定を与えるものと捉えられたし、一方では、共謀共同正犯の基礎をなす理論的土台を、共同意思主体説から、いわゆる「相互間接正犯的構成」へと移行させる方向を示すものであると理解されたからである。もっとも、判例にも「相互間接正犯的構成」に連なる説明をして共謀共同正犯の成立を認めてきた系列が認められることはすでに指摘されている。練馬事件判決は、この系統を代表する判例として影響力の大きかった判例であると位置づけることができる。⁽¹⁷⁾

共同意思主体というようない種形而上学的な犯罪実行主体を想定することに伴う困難は、実際には単に責任の帰属の問題だけではない。現実の共同的犯罪実現のありかたを理論的に根拠づける際に、より実質的な正犯性の根拠づけを求めることは、学説における必然の傾向でもあった。先に述べたように、共謀共同正犯をいわゆる実行段階における物理的身体的加功でなく、本来的には共謀に基いて認めるとするならば、どうしても現実には「実行行為」を担当する他の実行者の行為を、少なくとも法的評価の上では実行を分担しない自分の行う実行行為であるとしなければ正犯性は認められないことになる。この判決は間接正犯類似的思考を共謀共同正犯の根拠として以前にも増して明確に述べたものである。

もっとも、最高裁がこの大法廷判例をもって共同意思主体説と訣別したものだということはできない。練馬事件判決を検討すれば、当然のことながらその根底には従来の判例を踏襲する姿勢が明らかであって、相互間接正犯的構成が共同意思主体説にとってかわったものではない。このことを確認するため、しばしば引用されるこの判決の要点を改めて引く。すなわち、

「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。したがつて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っ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。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。」

論者の指摘を待つまでもなく、この引用の冒頭部分は共同意思主体的主張にはかならない。共同意思主体説のみによる共謀共同正犯の根拠づけにおいては、共同意思主体と実行との間に明確な関連性の説明が欠けるきらいがあり、ひいては実行と帰責とが一致しないと批判されたのであったが、この判例はその部分を間接正犯類似の説明で補ったものである。もとより、共同正犯がいわゆる「実行共同正犯」の意味において理解された場合であっても、関与者が実行行為の全てを自ら行わなくても共同正犯とされることには異論がない。強盗の実行行為のうち、脅迫行為のみを担当したとしても、強盗の共同正犯とされるのである。そうであれば、実行行為の残余の部分は、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」という説明があてはまるのであって、この限りにおいていわゆる相互間接正犯

的構成は「実行共同正犯」においても必要な説明であったといふべきである。

以上のような考察によれば、練馬事件判決の共同正犯に関する考え方は、共同正犯という犯罪表現形態は、共同意思主体説の説くような個人の寄与の集積にとどまらない犯罪実行の共同主体が形成されること、およびその実質において、自己の担当しない実行寄与の部分を自己の犯罪実現に利用するという「間接正犯的」作用という実体の、両面を備えたものであるという主張であるというのが正しい。わたくしは、その意味で、練馬事件判決は共同正犯の特質をよく反映しているものといふことができ、であるからこそ、共謀共同正犯否定の傾向が強かった学説に、単に確立した実務慣行に変更が望めないからという消極的な理由からではなく、広義の共謀共同正犯肯定説への転換を促したものであったと考える。

(三) 行為支配論

ところで、共謀共同正犯をめぐる裁判例の画期としてもうひとつ、決定に付けられた「意見」においてではあるものの、学界において共謀共同正犯否定論を展開していた団藤重光判事が共謀共同正犯を理論的に基礎づけることによって積極的に肯定する方向を明示した最高裁決定を挙げることができよう（最一決昭和五十七年七月一六日刑集三六卷六号六九五頁）⁽¹⁸⁾。このような「意見」はそれ自体異例に属するであろうが、なによりその詳細であることは（従来、共謀共同正犯に対するもっとも厳格な批判者と目されてきた団藤判事が、共謀共同正犯を肯定するにあたって表した誠実さといふことももちろんあるにせよ）、共謀共同正犯論をより精緻なものとすることによって、罪刑法定主義の枠内で可能な解釈に限定する意図を持つものと考えられる。この団藤意見は「支配」概念を援用しており、一般に

「行為支配説」を採用して共謀共同正犯を基礎づけたものと評されている。ただし、ここに表明された「行為支配説」は、間接正犯類似の説明の延長上にあり、おそらくはそのまま間接正犯の成立根拠を述べたものとして通用しようといってもいいように思われる。その意味で、この「意見」は、まさに「間接正犯類似説」に分類されるべきものであるが、しかし、「行為支配説」を代表する考え方であるというには慎重であらねばならない。「行為支配」を、実行行為担当者の「意思」を拘束するような影響力を及ぼしたり、あるいはそのような意思拘束作用を通じて実行担当者の「行為」を左右することの意味に把握することは、この理論の本来的思考からいえばその一面を強調しすぎているくらいがある。また、実際上の取り扱いにも少しく問題を含むものと思われる。

わたくしはすでに「団藤意見」についていささかの見解をまとめたことがあるが、その際には「行為支配論」に明確な位置づけを与えるところまでには至っていなかった。その後「行為支配論」に関する程度包括的な検討を試みることとなったので、わたくしなりの「行為支配論」に関する考え方を基礎にし、なおこれについて若干の検討を加えることとする。まず、便宜上、団藤意見を引用する。

「おもうに、正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独正犯の場合には、みずから実行行為そのものを行った者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、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が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、共同正犯となるものというべきである。わたくしが、『基本的構成要件該当事実について支配をもつた者——つまり構成要件該当事実の実現についてみずから

主となつた者——が正犯である』としているのは(団藤・刑法綱要総論・改訂版・三四七—三四八頁参照)、この趣旨にほかならない。以上は、刑法の理論体系の見地から考えて到達する結論であるが、それは同時に、刑法六〇条の運用についての実務的要求の観点からみて、ほぼ必要にして十分な限界線を画することになるものといつてよいのではないかとおもふ。」

さて、このような思考の背景には、判例の主流を形成してきた「共同意思主体説」に連なる考え方を間接正犯的構成の考え方と結合する姿勢が認められよう。これは先の「練馬事件判決」と同様である。「行為支配」が、結局のところ犯罪実現にあたって中心的な役割を演じた者を決定しようとする態度を共通の指向としてもち、その決定を實質的に行うことを正面から認める学説である限りにおいて、団藤意見が「行為支配論」の名をもって語られることには問題はなない。しかし、「行為支配論」は、正犯性一般を行為支配を中心にして構成しようとする一般的正犯理論であることは、他方で行為支配が単独正犯・間接正犯・共同正犯という正犯形式それぞれにおいて正犯性を基礎づけることを意味するのである。このような観点からみれば、団藤意見にいわれる「行為支配」が大枠において間接正犯寄りの議論であることに注意しなければならない。すなわち、この考え方によれば、おそらくは一種の説明概念として持ち出された練馬事件判決などの間接正犯的構成にも増して、共謀の土台に関与者相互の人的・精神的相互関係における主観的な主従関係の存在を想定することになるであろう。そしてそのような心理的主従関係が認められる場合のみが共同正犯と評価されるべきことをも含意すると考えなければならない。共謀共同正犯が右のような関係に基礎を置いて非実行者の正犯性を説明するのであれば、主従関係のない場合には非実行者の正犯性を認めることはできないはずだからである。

いまま少し詳しく、具体的な事件において認定された事実関係と照らし合わせて、共同正犯性が認められた根拠を跡

付けてみよう。第一に、被告人が大麻依存性が生じていたと思われる程度に吸引歴を有しており、自ら大麻を入手したい欲求にかられて、また大麻の一部をもらいうける約束の下に代金に見合う資金を提供しているという点を、「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」と評価している。ここでは、被告人のこのような主観的態度がそのまま正犯性の根拠とされているのではなく、「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」として扱われているのであるが、この点だけをとってみれば、これはいうまでもなく共同意思主体説と共謀に基く共同正犯の関与者相互の等価性からの帰結とえらぶところがない。

第二に、被告人が計画の実行そのものを行うことなく、実行担当者となつた身代わりを出したことに關して、この身代わりが「被告人よりも五、六歳年少」であり、被告人が「面倒をみてやっていた者」であること、たまたま被告人と行く計画であつた外国旅行が中止になつたことから外国旅行を切望していたことを利用して、「タイ国行きを二つ返事で応諾させた」上大麻密輸入についても承諾させたという点を、この身代わりを「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」、第一の点と合わせて被告人が「大麻密輸入罪の実現についてみずからその主体となつたもの」と評価している。この第二の点も独立してみれば、判例にみられるもうひとつの潮流である間接正犯的構成を援用したものとということができる。加えて、その主張内容からみても、「自分の思うように行動させることをその内容としているところから、間接正犯に接近した考慮がなされていることがうかがえる。このように、いわゆる練馬事件判決と同様の、共同意思主体説的主張と間接正犯類似的構成との総合が意図されていることがわかる。問題は、団藤意見に表れた間接正犯的構成が、共同正犯における相互利用補充関係を間接正犯と平行的に説明するというだけでなく、実質的に間接正犯類似的の他人利用が非実行者の共同正犯性を基礎づけるように説いている点である。このような間接正犯的構成を採用した場合に、なるほど背後で利用した者の方が正犯であることは説明されるが、

その場合にこれが間接正犯としての正犯性とどう異なるのかが問題である。一方、背後の者に間接正犯におけると同様に利用され実行をさせられた身代わりの方が、なお共同正犯でありうるのかどうかという問題もある。もし、共同正犯をこのような根拠によって肯定するならば、逆に「他人の思うように行動させられた」者は、正犯性の根拠となるべき、実行行為をさせるような支配力を欠いていることになるのではないだろうか。そうだとすれば、この身代わりは正犯性を否定され、実行行為をすべて自分で行ったにもかかわらず幫助犯などにとどまるというべきであろうか。現に下級審の判決にはこのような実行行為と正犯正犯性とを完全に分離して、もっぱら関与に際しての主観的態度や人的主従関係に重きを置くものが散見されるようになってきている。間接正犯的構成の帰結としてはある意味で当然のことであるが果してこの結論が妥当であるかは問題である。

あるいは、共同正犯概念は、実行共同正犯と共謀共同正犯との二つの形態で成り立っており、実行共同正犯は実行行為の一部を分担することによって共同正犯となり、実行行為を分担しなかった者は、間接正犯的に実行行為分担者に対する支配を有していたときに、共謀共同正犯として共同正犯の成立が認められるということであろうか。しかし、共同正犯概念をこのように分裂させることが妥当であるかは問題であるし、判例の態度とも相違しているように思われる。実行共同正犯を補充するものとしての共謀共同正犯という考え方を採ることはかならないからである。

視点をかえてみれば、同じことは別の問題として取り上げることができよう。すなわち、間接正犯的構成が右のような思考を意味するとするならば、それは関与者相互に上下主従の関係がある場合に、その上位者・主たる関与者の正犯性を基礎づけることは説明されるが、共同正犯は対等者間の結合として行われる場合をむしろその典型として考慮すべきであって、間接正犯的構成がこのような対等の関係で関与する共同正犯をよく説明するものであるかは疑わしいということである。

以上のように、行為支配が本来的な「間接正犯的構成」の意味であるとする、関与者が「間接正犯的」に関わった場合を共同正犯とするという結論にならざるをえず、実際上も理論上も十分に説得力のある理論とはなりえていないというほかはない。⁽²⁾

(四) その後の判例

とくに練馬事件最高裁大法廷判決の後のものとして注目される下級審の判決をいくつかとりあげて、實際上、共同正犯の成立にとって何が重視されているか、問題点をさらに明確にしておくことにする。

共謀と相互利用関係

注目すべきであるのは、練馬事件判決以降、当然のことながら、下級審判例において、このような形で共同正犯成立のためには明瞭に相互利用の関係に立つ共謀関係が要請されていることである。先の団藤意見にみる行為支配的思想では、人的相互関係に基づく間接正犯類似の支配関係を要請していたが、ここでは共謀のあり方の如何に視点を設定して共謀関係を否定している。

①大阪地判昭和三十九年一月四日下刑集六卷一一一一二号一二六三頁

「共謀共同正犯において、実行々為に加担しない共謀者が共同正犯の責任を負う所以は、二人以上の者が共同意思の下に一体となつて互に相手の行為を利用し、各自の犯意を実行に移すことを内容とする謀議をなし、その謀議にもとづいて共謀者の一部が犯罪を実行するところにある。これを本件の場合についてみると、前掲各証拠によれば、本

件テロ行為は大勢の聴衆の面前で警備の網をぐぐつて遂行されるものであるのに現場での襲撃の具体的方法に関して被告人兩名が共同して検討した形跡がないのみならず、被告人Xはそのことについて被告人Tに確かめてもいない。また同被告人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聞いていない。ただ犯行の方法に関連するものとして、同被告人に対し「早くから会場に行くことと怪しまれることが多いからN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過ぎず（具体性がないから同被告人はそのとおりしていない）、この程度の意見をとらえてただちに共同して犯罪を実行するための謀議を遂げたものと見ることはできない。その他前示のような被告人Tとの話合いの経緯内容等をあわせ考えてみても被告人Xにおいて右犯行を被告人Tと共同するという意識があつたとは認められず、他方被告人Tにおいてもテロ計画を決定するか否かについて被告人Xの意向に拘束されるとか、共同正犯の認識の下に行動したことを認めるに足る証拠もない。

なお被告人Xは、尼崎支部の書記長であるが同支部組織のやくざの実態からしてHの直系の身内である被告人Tに対しHをさしおいて指示命令し同被告人Xの同Tに対する激励、助言、教示等の行為はいずれも同被告人の犯意を強化し、以て同被告人の犯行を幫助したにすぎず謀議に基く共同正犯ではないと認定せざるを得ない。」

②東京地判昭和五十七年七月二十八日（判時一〇七三号一五九頁、判夕四八六号一七七頁）

この判決は、先の団藤意見の付された昭和五十七年七月一六日決定の直後の判決であるが、事案も共通した部分を含むものであった。判断自体も「団藤意見」の場合と同様の、関与者の主観的姿勢ないし主従関係に着目している。しかしここでは、少なくとも形式的な意味で実行行為を行った者の側が問題となっているため、その正犯性を否定する論理として、実現された犯罪事実が「誰のもの」であったかを正犯性の判断に際して重視しているということができ、心理的な一種の主従関係が非実行行為者の正犯性を基礎づけるとすると、逆に形式的実行行為者の側はせいぜい

共犯として評価されるだけであって、共同正犯とはならない趣旨が明らかになっている。その意味で「団藤意見」について述べた疑問に答える形になっているともいえる。第一審判決であるから判決文は詳細な事実評価と結びついており、少々長いが、次に引用する。

「共謀共同正犯が成立するためには、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なし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならないものと解されるが（最高裁昭和三三年五月二八日大法院判決刑集一二卷八号一七一八頁参照）、このような観点から前記認定事実を検討すると、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阿部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り、被告人の共同正犯としての刑責を認めるべきであるとする検察官の主張もあながち理由がないわけではない。しかしながら、(一)被告人は、Nから本件けん銃等の調達方を依頼された当初、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（司法警察員作成の被疑者取調に伴う裏付け捜査報告書によれば、被告人は帰国後の同五七年三月二三日永住査証申請に必要な犯罪経歴証明書の発給申請をしている。）、右依頼を承認してけん銃等を調達した場合に犯罪等に巻き込まれることを懸念し、けん銃等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、N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る旨説得されてこれを承諾し、Bと交渉を開始してからも、合法の範囲内にあるけん銃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こと（在日アメリカ大使館付関税担当代理P作成の捜査関係事項照会回答書によれば、カリフォルニア州ではけん銃等の売買は一応合法的に行い得るものであることが認められる。）、(二)三月一三日購入代金を受領するためロスアンゼルス空港でAに

会ってからは、被告人の調達するけん銃等がAによって本邦内に密輸入されるものであることを認識したものの、その後もAにおいていかなる手段、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こと、(三)被告人がこの取引によって取得した現金二〇〇〇ドルは究極的には本件けん銃等の密輸入による利益の中から支払われるべきものであるが、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、右の二〇〇〇ドルもけん銃等を調達した報酬という意味合いです。Bに支払うべき代金に乗せしてAから取得していたため、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こと、(四)そもそも被告人はアメリカ合衆国に居住しており、日本からけん銃等の買付けに來たAとは従前全く面識がなく、本件取引に関する限りの接触であり、また、Nとも知り合ってから日も浅く個人的に特に親密な交際をしていたものではないのであって、被告人とこれらの共犯者との間には、けん銃等を調達して報酬を得るといふ経済的な関係を離れて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する意欲するほどの緊密な人的関係は認められないこと及び(五)昭和五三年來アメリカ合衆国で生計を立て同国の取引慣習になじんだ被告人としては、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、Aが買い付けた本件けん銃等をどのように処分するのかがA自身の問題であり、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こと等の事情が認められ、これらの事情を総合考察するならば、被告人において本件けん銃等の調達という重大な行為をなしたとはいっても、いまだ被告人とAらとの間に共謀共同正犯の成立に必要な前記のごとき謀議が成立し、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者とまで認定することには疑問があり、結局被告人のけん銃等の密輸入に対する加功の程度は、右けん銃等の調達行為によって正犯者Aの各犯行を容易ならしめたにとどまるものとみ

るべきであり、幫助犯の成立を認定するのが相当である。」

いま少し詳細にみれば、「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、主観的姿勢においても、客観的な寄与においても被告人を正犯とするのが自然な結論であると思われるところ、「被告人において本件けん銃等の調達という重大な行為をなしたとはいっても、いまだ被告人とAらとの間に共謀共同正犯の成立に必要な前記のごとき謀議が成立し、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者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にとどめている。

この判例の立場が共同意思主体的思考と間接正犯的構成を結合した共謀共同正犯論であることは改めて指摘するまでもなく、また先の判旨引用の冒頭においても確認されている。このような考え方を採用した上で共同正犯の成立を否定するとなれば、「謀議の成立」の否定または「他人の行為を手段とする自己の犯罪意思の実現」の否定のいずれか（または両方）を理由とするほかはなく、ここでもそのような議論がなされている。さて、この二点を否定する根拠は、判決文を読む限り、結局のところ被告人が当該犯罪を「積極的に実現しようとしていなかった」ということに帰着するであろう。被告人の「気が進まない」あるいは「無関心」という態度は共謀の事実を認定するには足りないとしたこと、実際客観的に行われた犯罪実現への寄与の実質によって「犯罪意思を実現したか」をはかるのではなく、「自己の」意思を実現したかどうかを重視するということが、このような判断を基礎づけるものとして目立っている。正犯性を左右するものは現実の寄与の如何ではなく、共謀の成立如何なのである。しかし、これはある意味では正犯・共犯の区別に責任判断を忍び込ませるといふ危険と紙一重のところにある考え方ではないだろうか。すなわち、端的に言って、正犯とされる関与者は犯罪実現において積極的にかかわったという意味で犯情が重い者であるといふのと違いが明確でないといえるからである。

実質的寄与の程度

もつとも、判決に現れた事例や判断をみると、裁判所の判断に統一の基準が成立しているとはいいがたい面があることは否定できそうもない。というのは、とくに最近になって、共謀者の実質的寄与の程度を正犯性の根拠として評価する傾向がみられるからである。

③大阪高判昭和五九年三月一日日判タ五三五号三〇四頁

「右認定の事実によると、被告人は、覚せい剤密売人のAから覚せい剤を一グラム当り一万円くらいの値段で一〇〇グラムほど買えるところを世話してほしいと頼まれ、同人が購入した覚せい剤を密売して利益を図るものであることを知りながら同人のために覚せい剤を取扱っている暴力団組織九州一会の会長Bに信用があることを利用して同人に対し電話で覚せい剤一〇〇グラムを信用できる友人に譲渡してほしいと申し込み、Bがこれに応じる意思があることを確認するとともに覚せい剤の価格についても同人との間で一グラム当り五〇〇〇円ないし六〇〇〇円と概略を取り決め、AとBとの間に立つて連絡をとって取引の日を打ち合わせAを連れて飯塚市の九州一会事務所に出向き、BにAを直接引き合わせて同人が信用できる男であることを保証し、AとBやCとの間で成立した本件覚せい剤約一〇〇グラムの譲受契約の締結に立ち会い、Aから預つた現金の中から四五万円をその代金としてCに手渡し、それと引き換えにAをしてCから本件覚せい剤を受領させたもので、本件覚せい剤の買受人がAであることは明らかであるが、被告人は、AがB及びCから本件覚せい剤を譲り受けた犯行に密接に深く関与し、AがBやCから本件覚せい剤約一〇〇グラムを譲り受けることができるようにその下準備の段階からAにおいて覚せい剤を受取るまで終始両者の間に立つて尽力してきたものであつて、被告人の関与がなければ本件覚せい剤の譲受の前提となる売買契約は成立しな

つたとみられるから、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。」

この判決の事案では、結局被告人は自ら覚せい剤を受け取るという行為を行っているわけではなく、被告人が代わって現金を手渡しした行為も覚せい剤譲り受けの実行行為とはいえない旨が確認され、すなわち被告人が実行行為を分担したのではないことが前提となっている。それにもかかわらず、「右被告人の代金支払い行為自体本件覚せい剤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と共に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り、原判決が説示するように被告人が本件取引後Aの覚せい剤の密売に関与せず、その密売利益の分配を受けなかつたことは右認定を左右するものではなく、被告人の所為を幫助の域にとどまると評価することは相当ではない」と述べている。判例の立場では、実行行為の分担は正犯性の認定にとって大きな問題ではないが、だからといって共謀の事実のみでただちに正犯性を認めることができるかどうかは別である。ここでは、寄与が犯罪実現に対して有する密接性と重要性、および犯罪事実実現に必要不可欠のものであること、自らの利得の期待（実際の利得ではない）などを総合して正犯性を肯定している。これは実質的な意味で正犯の名に値する寄与をなした関与者であることを根拠として正犯性評価を行おうとする考慮が明らかである。その意味で「共謀」共同正犯から実質的共同正犯ともいうべき方向への傾斜を強めた判決であるといえる。ただし、利益にあずかることへの主観的期待を考慮に入れる点には、従来からの主観説の派生型として捉えることのできる利益説的思考がうかがわれるのであり、純粹に客観的な基準に基づいて正犯性を肯定すると

いうわけではなく、主観的な関与意識の程度が依然として正犯性の基準となっていることが読みとれる。

二 共謀共同正犯を基礎づける理論

(一) 実質的客観説

正犯的寄与の実質

共謀共同正犯否定論が長らく学説における多数説を形成してきたが、とりわけ練馬事件最高裁判決を経た時期頃から、共謀共同正犯肯定論がその数を増してきた。今日では共謀共同正犯を全面的に否定する学説は、少なくとも文献⁽²²⁾上は少数にとどまるようになっていく。

いわゆる「実行共同正犯」ではない「共謀共同正犯」⁽²³⁾を肯定する場合には、実行行為に基礎を置き、「実行行為を自ら行う者が正犯である」とするいわゆる限縮的正犯概念、または正犯理論上の形式的客観説を採用することは困難である。この意味で、共謀共同正犯肯定論は、共同意思主体説を除くほかは広義の実質的客観説であるということが出来る。ここで用いている用語は、因果関係における「原因」と「条件」との区別に基く古い意味の実質的客観説ではない。ただ、ここではそのような実質的客観説の中において、「行為支配」にもとづく実質的客観説^{II}行為支配論を妥当と考える立場に立つので、論述の便宜上、狭義の実質的客観説として、すでに判例理論に関連して論じた「間接正犯的構成」と「行為支配論」以外の、関与者の実質的寄与の重要性に着眼する正犯理論をとりあげて若干の検討を加えることとする。

このような方向を示す学説に大きな影響を与えたものとして平野⁽²⁵⁾説を逸するわけにはいかない。平野は、刑法学における体系的思考に対する問題的思考の重要性を早くから指摘し、共謀共同正犯の問題をめぐっても、判例理論の変更を期待できない状況に至った以上、その実質的な根拠と理由を刑法の機能の面から考察することによって、妥当な範囲で共謀共同正犯を肯定する方向に働きかけるべきであると主張した。具体的には、共謀共同正犯の理論が定着した根拠として、教唆とは異なる正犯としての評価機能、共謀に基づく共同正犯が共同正犯現象の実態を反映していることなどをあげ、可罰的な行為を正犯と共犯とに振り分ける場面では主観的・実質的な考慮も必要であることを認めて、実行行為を一心同体の「ように」強く結合した人々の「共同のもの」と評価することのできる場合には共謀共同正犯が現行法の解釈として肯定できると指摘した。

この指摘は示唆に富むものであって、学説にひとつの指針を与えたものといえることができ、とくに、共同正犯がその法律上の扱いの特徴を示す「わゆる、「一部実行—全部責任」の根拠が、究極的には犯罪関与者の人的結合そのものにあることを指摘している点⁽²⁶⁾が、わたくしには重要に思われる。すでに判例および共同意思主体説はそれを前提にきたのであったが、先に述べたように、実行行為を共同意思主体とする考え方自体を純粹な形で主張することは、団体責任の隘路に踏み込むことになって妥当ではない。しかし一方で共同正犯がこのような人的結合に基づく共同性を本来の属性としていることはやはり否みがたく、この間を理論的に説明したときにはじめて、共謀共同正犯肯定論は完成したといえることができるであろう。⁽²⁵⁾

その延長線上にたとえば西田の「実行に準ずる重要な役割」といったいわゆる役割分担モデルによる基準が提案された⁽²⁶⁾ということができよう。これは、共謀共同正犯における実行行為を人的結合そのものの行為として把握すると行為主体と責任主体との分離が避けられないので、あくまで犯罪実現への客観的寄与の重要性を、実行行為に準ずるよ

うな実質的な意義において考慮しようとしたものである。右に指摘したように、このような指向はまさに共同正犯という犯罪実現形態の実態に即して考慮されるものであって妥当である。

ただし、共同正犯を正犯という概念の枠組で把握するか、処罰される犯罪実現形態と処罰されない形態とを分かつ広義の共犯一般の枠組の中で論じるかは問題である。西田の指摘するとおり、共同正犯の共同的性格は否定することはできない。しかし、それは共同正犯がその名称とは裏腹に「共犯」であるという意味ではない。共同正犯は本来的に正犯であると同時に、しかも、単独正犯・間接正犯とは異なる「共同的」正犯であることを意味しているのである。共同正犯は、単独直接正犯の場合のように、全てを加功者の結果に対する寄与による直接の因果的实现に帰着させることはできないという意味で「共同」的犯罪である。しかし、そのことは正犯としての寄与と共犯としての寄与との差異を否定する理由にはならない。共犯も正犯も因果的寄与としてはえらぶところがないという事情が、結局のところ判例理論に見られるような「主観説」に至らざるをえないことはすでに指摘した。実際にはその寄与が犯行実現に對して有する意義は異なるが、結局のところ実質的な考慮の水準で正犯と共犯とを区別するのに用いられるならば、因果的作用の点では心理的な惹起力助長以上のものを意味することは難しい。因果関係の問題として説明する場合であっても、ことがらは主観的な関わりという領域を脱するまでには至らないということである。

「縦の関係」と「横の関係」

先に述べたように、共同正犯が主観的な結合をその主たる要素とする共同的犯罪実現態様であることから、「意思の連絡」として従来から議論されてきたような結合的契機を無視することはできない。共同正犯における正犯性はこのような、各関与者の犯罪実現に寄与する因果的作用と、各関与者が客観的・主観的に結合し、分業的に犯罪を実現

する過程における寄与の実質とを、合わせて考慮するものである必要があるという結論になろう。わたくしは、これを「縦の関係」と「横の関係」として定式化したのである。すなわち、共同正犯として犯罪実現に対する因果的惹起力を正犯性における縦の要素としてとらえ、この部分を、犯罪実行行為が正犯行為として評価され、当該犯罪事実が外界に当該の事象経過として実現されることに對する寄与として、すなわち正犯として評価される契機として捉える。一方、犯罪実行行為そのものを正犯的寄与として評価するのみでは、共同正犯の「共同」的犯罪、いいかえれば「協働」の実態を十全に捕捉することはできないのであるから、「共同」が実現されたこと、端的にいえば各関与者の人的結合の成立をいけば横のつながりを表すものとしてもうひとつの要素として捉える必要がある、と考えるのである。これらは相互に本質的には一体となったものであるが、法的分析としては二面から把握することができる。以上のような考察が、共同正犯の成立要件として限縮的正犯概念をもとに主張されていた「共同実行の事実」と「共同実行の意思」とに最終的に対応することは容易にみとれるであろう。

しかし、限縮的正犯概念が狭義の実行共同正犯を説明する際には、「共同実行の事実」とはあくまで「実行行為の分担」であった。それに対して、ここでは、実行行為の分担ということには実質からみて大きな意味がないこと、正犯が犯罪実現の中心人物であるという法的評価概念であることの両面から、正犯行為を実質的に考察することが目指されているのである。さらに、「共同実行の意思」の内容についても、それが単に他人の行為を自己の行為として相互に利用補充する関係を形成するのみであるとすれば、依然として共同正犯におけるいわゆる「一部実行―全部責任」の本質を十分に納得のいく形で説明しているとはいえないことにも注意しなければならない。すなわち、ここでは判例に関連して共謀を問題としたと同様に、「意思の連絡」や「相互利用意思」という形で説明されていることからの実体を、いまだ少し詳細に考察してみる必要がある。

(二) 共同意思主体

共同意思主体と「共謀」の実体

共同意思主体説は、共謀共同正犯肯定論（先にも述べたとおり、この言い方には留保が必要である。すなわち共謀共同正犯を「共謀」共同正犯として把握することが通説的になっていくわけではない）が、少なくとも主張される数の上で有力になった以後も、ついに大きな支持を獲得することなく現在に至っている。この理論がもつ行為主体と責任主体との乖離が、個人責任主義を大原則とする刑法のありようといまわって、容認しがたい理論的齟齬を示していることが最大の原因であるといつてよいだろう。共同意思主体が法的な意味において犯罪実行為の主体と観念される超個人的存在であるとするならば、このような存在はやはり認めがたい。

しかし、このような犯罪実現のための人的結合体が存在すること自体を、社会的実態として否定することはできない。誤解を恐れずにいえば、むしろ共同正犯の本質はここにあるとしかいいようがないのではないか。狭義の共犯とは異なり、共同正犯においては、犯罪事実のうち構成要件に該当すると判断される実質に関しては、ほかならぬ正犯とされる者は、等しくその全体を実現したと評価されるのでなければならぬ。この意味で、共同意思主体はいわゆる「一部実行―全部責任」をよく説明し、したがって、ある程度共同正犯という犯罪実現形態の実体を反映していると考えられる。しかし、共同意思主体説にあつては、共同意思主体と各関与者とを相対的に独立した存在とみなすことが大前提であるはずである。その限り、共同意思主体説的思考は、共同者個人と犯罪主体と行為者という三者を理論的に分離するという犠牲を払っており、これが後に各関与者と犯罪事実とを結び付ける際の困難となつて表れてい

るといふことができよう。

そこで問題は、共同正犯において考慮されるべきこのような人的結合は、関与者が一心団体となり相寄り相助けて犯罪を遂行するような主体であるのか、各関与者がそれぞれの寄与をもって犯罪実現に参与していくそのような結合としての社会的実態そのものを指すのか、という点にあるだろう。そして答えはいうまでもなく後者に求められるべきである。すなわち、「意思の連絡」や「相互利用意思」の実質は、各関与者が正犯行為たる寄与をもって犯罪実現に、少なくとも行為形成の限りにおいて因果的作用を行使する際に、その寄与が全体としての犯罪実現行動に位置づけられることをも合わせて意識していることにはかならない。ここで考慮されているのは、いったん各関与者から独立した存在に昇華した新たな主体ではなく、あくまで社会的実態としての人的結合そのものである。行為者は超個人的な主体にいったん解消されてしまうのではなく、ひとつの犯罪的事実に関わる個人のままで犯罪実現の主体であると把握することが重要である。ところが、「共謀」共同正犯は、その名称や実体はともかく、「共謀」によって共同意思主体類似の共同体が形成され、この観念的主体の形成に伴って個々の実行主体・関与者とが分離される点に特質があり、また問題点もそこに存するのであった。共同意思主体がいわば独立した法人のように構成され、行為主体と位置づけられることにより、実現された犯罪事実と各関与者へのその帰属とが切断される結果、各共同正犯者の実質的寄与に正犯性の根拠としての意義が与えられにくくなり、各関与者が犯罪実現に対して有するある種直接的な因果的結合を薄弱にするのである。この点にこそ、近代刑法の大原則としての個人責任主義との齟齬の原因がある。

このように考えてみると、実際には「共謀」共同正犯というものを想定することが問題であるといふべきであるように思われる。いいかえれば、「共謀」によって、各関与者が観念的な共同意思主体に加わることになるとする考え方は適当でない。あくまで、個々の実行者・各関与者が事実的存在者として犯罪実現に寄与することが共同正犯の実

体なのである。すなわち、実行者・関与者が最終的に実現されるべき犯罪事実を実現したからこそ正犯なのであって、共謀ないし共同意思主体の場にその実現を委ね、必然的結果として犯罪事実が惹起されたからではないというべきであらう。したがって、「共謀」によって別個の犯罪主体の成立を考えるという結論は妥当でないといわなければならない。

構成要件関係概念としての共同正犯

ここで、共同正犯の成立如何の問題が構成要件の領域の問題であることをふたたび想起すれば、犯罪的事実の実現は、構成要件の行為（共同行為の全体を評価すれば構成要件該当とされるべき事実）の実現にはかならないのであるから、共同正犯は構成要件の共同実現であるといういいかたが許されるであらう。共同正犯の本質が犯罪共同であるか行為共同であるかという古くて新しい問いに対する答えは、構成要件の共同実現ということのもつ意味を吟味することから与えられるはずである。

ところで、犯罪事実はず前法的社会的事実として生起し、これに対して論理的には事後的に法的評価が与えられる。構成要件の評価はこの二重性を背景としている。すなわち犯罪事実は前法的な全体計画として行為者・関与者の観念に登場し、実現された事実についてはじめて構成要件該当という法的評価が加えられる。

図式的にいえば、前法的な事実の共同は共同正犯の共犯的な性質を反映する。すなわち、犯行の全体計画の実現に向けて、同一方向の意思に担われた協力的な活動が行われ、相互に依存し合い利用し合う関係が主観的・客観的両面において成立している。これは、共同正犯が共同的犯罪実現であると考えた場合の、単独犯と異なる協働現象特有の要素である。一方、構成要件該当性評価における共同関係は、犯罪事実実現に対して各関与者が等しく正犯としての

評価を受けることを基礎づけるものであって、全体としての構成要件該当事実を各人それぞれその者が実現したという評価をその実体とする。前者には共同意思主体の考え方が相応するが、法的評価としての共同正犯は、個人の犯罪事実に対する関係でなければならぬから、後者の次元に共同意思主体の考え方をあてはめることは妥当でない。わたくしのいう「縦の関係」に重点をおいた正犯理論が必要であるとする所以である。

第三章 共同正犯と正犯行為

これまで考察したように、共謀共同正犯を根拠づける理論として間接正犯類似の構成や間接正犯的構成に傾斜した行為支配論などが主張されている。このような理論を採用した場合、共同正犯と間接正犯とはどのような関係に立つのか問題になる。共同正犯が間接正犯と同様の根拠によって正犯性を承認されるのであれば、共同正犯は間接正犯の亜種であるという構図に近づいてしまうからである。また、右のような理論が、共同正犯の成立要件として自ら実行行為（の一部）を遂行することを必要としないことを認める以上、実行行為を行わない正犯が、実行行為を担当しない共謀共同正犯や間接正犯という形で広く認められる一方で、とくに判例においては主観的・概念的な正犯概念が用いられることに伴って、自ら実行行為を遂行しても正犯でなく狭義の共犯とされる場合が出現することは避けられない⁽²⁷⁾。この章では、最近の下級審判決に現れた事例を検討し、そこで共同正犯（共謀共同正犯）の成立如何がどのように考えられているかを中心に、共同正犯と間接正犯における正犯性の根拠ないし基準を考察することによって、統一的な正犯性の根拠について検討し、正犯概念の再考を試みたい。

一 実行行為を行う共犯

実行行為を行わない正犯が存在することを承認すると、他方で実行行為を行う（狭義の）共犯についての取り扱いが問題となる。もちろん、一方を認めたらからといって他方が認められなければならないという形式的必然性があるというわけではない。正犯性の実質を考察することによって、自ら実行行為を行う場合にも正犯でなく狭義の共犯とされる場合がありうるのかを判断する必要がある。そこで、ここでも、判例に現れた特徴的な事案を検討することしよう。故意を有しつつ実行行為を行うが、正犯者意思を有しないため幫助犯とされる場合は、いわゆる故意ある幫助的道具の場合である。よく知られているように、最高裁判所の昭和二五年七月六日判決（刑集四卷七号一一七八頁）は、会社の代表取締役が情を知る会社の使用人に米の不法運搬をさせた事案につき、食糧管理法上の輸送罪の実行正犯は運搬させた代表取締役であるとした。ここでは背後の利用者が正犯となる旨が述べられているが、他方、事実として運搬を行った使用人がどのように取り扱われることになるのかは明らかでない。ただ、背後の利用者が正犯である限りにおいて、間接正犯的な構成がとられ、現実の行為者が（故意ある道具）であるときみなされたことになるであろうし、また、その道具を幫助的道具と考えると構成すること自体を妨げるものはない。ただし、とくに行政取締の意味合いが強いこうした問題をめぐっては、構成要件的行為の各論的解釈が問題になることが多い。いわゆる自然犯的な行為理解では足りず、目的論的見地から規範的に把握する必要があると考えられるからである。この事案でも、食糧管理法所定の「運搬」行為に関して、機械的な運搬の外形事実そのものではなく、実質的な運搬行為者を取り締まる必要があるとの目的論的解釈からは、代表取締役の方がこの犯罪を実行した実行正犯であるとみることに合理性はある。

ともあれ、その後下級審では比較的明瞭に故意ある幫助的道具を認めるものがある。

(一) 故意ある幫助的道具

①横浜地川崎支判昭和五一年一月二五日判時八四二号一二七頁

Aから覚せい剤の調達依頼を受けた被告人が、Bと取引を決めてAとともに取引場所に赴いたところ、相手方Bは取引相手が快く思わないAであることを知って被告人に覚せい剤を託して立ち去ったため、被告人はAに覚せい剤を手渡し、Aから代金などを受取って、後日Bにそのまま渡したが、Bからは何ら金銭の分配を受けなかった、という事案である。被告人の覚せい剤の手渡しなどの行為は、取引当事者がA・Bであることを認識しながら行ったのであって、被告人が単独でBから覚せい剤を購入の上Aに売却したとも、被告人がBと共謀してAに覚せい剤を譲渡したとも認められないとしている。

判旨は、「被告人が覚せい剤五〇グラムをAに手渡し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、これを正犯に問擬することはできない」と述べて、客観的には譲渡行為が存在する場合であっても行為者が「正犯意思」を欠く場合には故意ある幫助的道具であって正犯ではない、と述べた。

いうまでもなく、この判決の場合にも、処罰されるべき覚せい剤「譲渡」行為の解釈如何によっては、正犯・共犯の評価が各則の構成要件解釈に帰着する可能性はあった。しかし、本件では、裁判所は正面から実行者の意思を問題

として、行為者は共犯意思のみを有する幫助犯であるとし、故意ある幫助的道具の概念を承認したのである。判例は、実行行為の分担を正犯性の決定的基準とはしていないのであるから、被告人が実行行為を行ったか否かを直接問題にする必要はない。とはいえ、訴因変更に関連してではあるが、「客観面において被告人の実行行為の分担的行為が即ち構成要件的行為を認めながら、主観面において正犯意思を否定し正犯幫助意思を認めて幫助犯とした認定」であると自認しているところから、主観說的傾向は明瞭である。判決文だけでは認定の細部は明らかでないが、利益を得ていないことが正犯者意思を欠くとされる理由の一端をなしていると思われるので、主観の反映を利益を図る意図などに求めるいわゆる利益説の考え方を取り入れているのであろう。利益の帰属や利益を図る意図は、正犯意思を認定するための根拠であって、それ自体を証拠として取り上げることが当然であるから、これをもってこの判断の主観說的傾向を否定することはできない。²⁸⁾

②大津地判昭和五三年一月二六日判時九二四号一四五頁

この判決の事案では、被告人の行為が実行行為にあたるかどうか問題は残るが、少なくとも形式的には実行行為の定義に当てはまる場合であるといえよう。

被告人は、他人に頼まれるままその者の腕に覚せい剤の水溶液を注射してやったのであるが、判決は覚せい剤取締法に関する一般的な解釈に従い「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よう」としている。しかし、「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がたいのであって、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解さなければならぬ。右のような被告人の所為の場合にまでAとの共謀共同正犯による覚せい剤の使用と解するのは相当でないと考える」と述べて、正犯性を否定した。この判例の場合にも、判決文自体からは被告人が正犯意思を欠いているとされる詳しい事情はうかがいにくい⁽²⁹⁾が、「他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図」の欠如をもって正犯意思の欠如とみなしているから、行為者の内面的意思方向やその程度を重視していることは否めない。

③福岡地判昭和五九年八月三〇日判時一一五二号一八二頁

被告人は、知人Aから暴力団関係者B―Dに紹介され、以後A―Dが、覚せい剤取引の名の下に、対立抗争関係にあったEをホテルにおびき出して殺害し、覚せい剤を強取する旨の謀議をなす間もAらと行動をともし、Aの命を受けて犯行に使用するホテルの物色、予約をし、さらにEの面前で覚せい剤売買の取り次ぎ役を装うなどした上、Eの了承の下に買い手に検分させる旨の名目で覚せい剤をEのいた部屋から搬出し、Aとともに覚せい剤を持ってホテルを脱出した。覚せい剤を運び出した直後にDがEに対し拳銃で実包を発射したが重症を負わせるにとどまった。

判旨は、「実行行為一部分担の事実も結局は共同実行意思認定のひと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」との原則を明示した。その上で、「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。」と判断したものである。その根拠として、被告人がだまされて知らない間に犯行に引き込まれており、気がついたときには犯行からの離脱がかなり困難な状況に至っていたこと、犯行に加担する理由はないが自己やその内妻に危害が加えられる恐れを感じて行つたものであること、他の共犯者にとつても被告人はせいぜいAの手下程度で謀議に際して何ら役割が与えられなかったし、被告人の側も自ら進んで謀議に加わる意思があつたわけではないこと、被告人に対する報酬付与の約束は全くなされず現実にも与えられていないこと、被告人は自己の意思に基づいて行動したのでなくすべてAのその場の命令に従つて言われるままに加担行爲を行つたこと、覚せい剤搬出行爲がほかならぬ被告人によつて行われること自体にさほど重要な意義があつたものともみられず、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つたとは考えられないこと、など多くの点を挙げている。

この判例の事案では、被告人が他動的に犯行に巻き込まれざるをえなかつたような特別な事情があつた旨が比較的詳しく述べられており、判決が被告人に正犯意思はなく幫助の意思があつたとどまると判断したことにある程度納得できるものがある。その主張は、実行行爲分担に正犯性の意義を認めない共謀共同正犯の立場からは自然な帰結であつて、それを正面から認めていることはその文脈の中ではむしろよく理解できる。注目されるのは、正犯意思が共同実行意思と同視されている点である。共謀共同正犯における正犯意思とはほかならぬ共同実行意思として把握されている。実行行爲を行う意思ではなく、こうした意味で正犯として積極的・自覚的に犯行に加担し、本来的な自己の犯行として実現する意思をもつことを、共犯意思と区別される正犯意思であると構成しているのである。これは正犯性を主観的立場から評価する旨を明示しているとともに、自ら遂行するか否かにかかわらず、各関与者と形式的意味の実行行爲とを結びつけるのが正犯意思としての共同実行の意思である点も明らかにしている点で重要である。この意味では、右の①②の二判決とは意味合いを異にし、正犯としての関与についての認識を正犯意思としていること

になる。

以上の検討からもわかるように、判例が正犯意思に基づく正犯性判断をしていること、すなわち主観說的傾向を強く示していることは明らかである。実行行為を行うか行わないかは、正犯性の判断にとって大きな意味をもたないことは、共謀共同正犯の場合に対応して故意ある幫助的道具の場合にも妥当することになる。そこで、次には正犯意思の实体をもう少し詳しく検討する必要がある。

(一) 正犯意思

判例には、一方の顕著な傾向として、正犯意思によって正犯性を認定する主観說的思考が存することを確認したが、これは正犯意思を欠く場合には実行行為を遂行したと目される行為者であっても共犯にとどまるとする考え方であり、当然に故意のある幫助的道具を利用する間接正犯の場合を想定することになる。周知のとおり、故意ある幫助的道具という概念が、間接正犯ひいては正犯性一般の基礎と合致するものであるかどうかは疑問が存するところであって、主観說に対する批判点のひとつにもなる。しかし、判例の共謀共同正犯では実行行為分担当が正犯性の根拠とはならないから、逆に実行行為を行っても狭義の共犯にとどまるとすることには何ら妨げはない。むしろ、共謀の成立した関与者に正犯性を認めない理由としてはこのように考えるほかはないともいえる。

ドイツ判例は伝統的に正犯・共犯の区別に関しては主観說を採用してきたが、これは学説の批判をまつまでもなく、自然な常識的市民的観念からも受け容れがたい結論を導くために、その妥当性が議論されているものである。もっと

も、ドイツ判例においてもいくらかの修正が目指された形跡があり、「行為支配」概念を用いて主観的思考を総合的実質判断に解消することもしばしば行われた。一九七五年のドイツ刑法典の新総則では、その二五条に正犯の定義規定が置かれ、⁽³⁾「犯罪を自らまたは他人を通じて遂行する者」が正犯であること、「複数の者が共同して犯罪を遂行する場合」各関与者が正犯とされることが定められることになった。この規定の下ではもはや純粹な形で主観説を貫くことはできず、学説における行為支配論の通説化にも呼応して、事実上「行為支配」による実質的判断に移行していると思われる。それとの対比では、日本の判例がその主観説的傾向を大きく変えないままに推移しているようにみえるのは特徴的である。

①正犯意思の実質を考える上で、まず、共謀共同正犯に関する判例の動きを示すものとして先に取り上げた判決を再度検討してみたい。東京地裁の昭和五七年七月二八日判決である。アメリカ合衆国から拳銃および実包を輸入する際、アメリカに在住している日本人が知人の依頼で密輸入用の拳銃および実包を調達した、という事件である。

判決は、「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」としながらも、「被告人において本件けん銃等の調達という重大な行為をなしたとはいっても、いまだ被告人とAらとの間に共謀共同正犯の成立に必要な前記のごとき謀議が成立し、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實現したものとまで認定することには疑問があり、結局被告人のけん銃等の密輸入に対する加功の程度は、右けん銃等の調達行為によって正犯者Aの各犯行を容易ならしめたにとどまるものとみるべきであり、幫助犯の成立を認定するのが相当である。」という判断に至ったものである。判決の理由の中でこのような判断の根拠として挙げられている

五項目は、いずれも被告人の犯行に対する消極的ないし無関心の態度を示す事情である。

右にみたいくつかの判決の場合と同様に、密輸入行為の内容として密輸入されるべき客体の調達それ自体が含まれるかどうかを論じる余地はある。すなわち本件の被告人が行った行為が実行行為であるか否かは問題である。本件の場合、実行行為を行った者について幫助犯を認めたのであるか、それ以外の援助をした者であって、その者が幫助犯とされたのかは明確でない部分がある。もちろん、実行行為遂行が正犯性判断にとって決定的であるとする立場であれば、まずもって被告人の寄与が法律上どのような意義をもつかを確定しなければならないであろう。しかし、判例の採用している考え方では、必ずしも被告人の行為が構成要件該当の実行行為であるかどうかを論じる必要はないといえる。

ただし、本件判決ではこれが密輸入行為の実現にあたって不可欠の行為であったことを承認し、共同正犯とすることも直ちに誤りとされるべきではないとしていることから、少なくとも裁判所としては、客観的側面からは被告人を共犯とすべき積極的な理由がないと考えていることがうかがえる。また他方で、謀議の成立を前提として「自己の犯罪意思を実現」した場合が共同正犯とされている。しかし、判決は「加功の程度」を根拠としているから、本件の場合に、正犯の意思が直接に問題となっているわけではなく、被告人の消極的態度も、主観的なものだけが考慮されているわけではない。ここでも実行行為の分担が決定的基準ではないとしても、それにかわる「加功」を総合的に評価しているものといえるであろう。

さて、正犯意思が、他の者と一体となって犯罪を自己のものとして実現しようとする意思である旨を比較的明瞭に認定した判決に注意しておくべきであろう。

②大阪地判昭和五六年五月三〇日判時一〇二三号一頁

本件は、昭和四九年の参議院議員通常選挙に際して当時の全国区から立候補した糸山英太郎の選挙運動員が、糸山のため投票、選挙用ポスター掲示等の選挙運動をすることに対して、その報酬等として大阪府下の地区責任者らに合計二五〇万円の現金を供与したという公職選挙法二二一条一項一号の金員供与罪が問題になった事件である。判決は、供与者側の一人について、供与罪の共謀共同正犯の成立を否定して同罪の幫助犯の成立を認めた。

その理由として「会計担当とはいえ、資金の調達には全く関与せず、それらのことはもっぱら被告人Aが被告人Sらと交渉して取決めたうえ、調達していたものであり、またその出金（払出）に際しても、被告人Aの決裁印の押捺された出金伝票による申出があれば、そのとおりの出金をしていたものであり、その際それに記載された費目、使途、要・不要、多寡等の内容を検討して、出金額を定めたり、それを拒否するような立場にはなかったこと、そのため収支の記帳も、大学ノートに収支一覧表を作成して、法定選挙費用額などに留意することもなく、いわゆる表金・裏金の区別なく出入金について悉く記帳し、その帳尻を合わせることに終始するようなものであったこと」から、「被告人Iに対しては本来会計担当者が果すべきものと考えられる出入金に関する判断（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、被告人Iは、専ら被告人Aらにおいて既に決定した出入金につき、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いかかったものであることを併せ考えると、被告人I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」ことや、本件買収については他の共犯者において協議・決定されたもので、被告人Iは意見を求められたり詳しいことを説明されたわけでもなく「被告人Iとしては、当時右金員が、被告人Aらによって地区責任者に対しポスター掲示にから

んで供与されるかもしれないという程度の認識を有していたことは否定できないにしろ、未だ確定的な認識を有していたと認定するには証拠が充分ではない」ことなどを挙げて、「本件買収に関し被告人Iがとった行動は被告人A、同Kらの指示のままに金銭の支出をしたものにすぎず、ましてや被告人A、同K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到底認め難く被告人Iに対しては、共謀による共同正犯としての刑責を問うことはできないものと言わなければならない」と結論している。

この事案でも、供与罪の構成要件解釈が問題となるが、外形的・形式的には「供与」行為を行ったとしても、他の共犯者と一体となって全体計画を実現しようとしたものとはいえない、とする思考は、少なくとも実行行為を純粹客観的に形式的行為として捉えていないことだけは確かである。しかし、より重要なことは、その行為の実質的重要性、いかえれば、全体計画の実現に対する寄与としての重要性を、究極的には他の共犯者と一体となって事実を実現しようとする意思に引きつけて考慮する傾向が顕著であることであろう。この意思は、共同実現意思として、自らの関与の实体、すなわち正犯的寄与の事実に対するものである。

注意しなければならないのは、そのような意思が、行為者の認識の範囲や程度、行為に出るか否か、どのように行爲するか等に関する決定権、裁量権などに大きく依存しているらしいことである。次の判決にはこのような思考が明らかにみとれる。

③東京地判平成二年一〇月二二日判タ七五七号二三九頁

この判例では、賭博ゲーム機を備えたゲーム店の経営者Aと経営者に準ずる地位にあるBと共に、従業員Cが、約一か月半にわたり、不特定多数の客を相手にいわゆるゲーム機賭博を行ったという事案につき、Cについて常習賭博罪の共同正犯の成立を認めず、単純賭博罪の幫助犯の成立を認めた。

Cが現に行った行為は、「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、前記二の3、4にいて詳細に認定したとおり、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といわざるを得ない」ものであるとされた。実際に認定されたところは、ゲーム用の現金の両替、店を訪れた客がゲームを開始する際に特定の点数をサービスするためゲーム機を操作すること、客が特殊な手役を作った場合にその手役の希少性に応じて定められた「御祝儀金」を客に交付すること、ゲームの終了後に客に持ち点がある場合にはその点数に応じて換金すること、客がゲームを終えた後に持ち点を零点にするようにゲーム機を操作すること、遅番勤務のAと交替する際、早番勤務時の客数・換金額等を集計表にメモして引き継ぐこと、客に提供する飲食物の買い入れなどである。なお、ゲーム機賭博による利益の分配の点でも、利益の大半をAとBが取得し、C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ものであって、ABの報酬との間には格段の差が存在した。

Cは、A・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物質的加功を行っていたことは認められるが、「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、当初は飲食店に勤務するつもりで同店の厨房で働き始めたものの、勤務三日目くらいからようやく同店の実態を認識するようになり、その後は悪いことだとは思いつつも約一か月くらいの短期間で同店を辞める意思でずると同店での勤務を続けていたものであり、もともとポーカーのやり方やゲーム機の遊び方を知らなかったことに加え、右のような経緯で勤務していたことから、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のであって、結局、C自身の内心においては、終始、Aらとともに自己の犯

罪として賭博を行っているという意識はなかったものと認められ」た。反対に、A・Bの側においても、採用面接の際からCに対しては本件ゲーム機賭博の実態を知らせず、指示に従って厨房で働くように告げただけであり、その後もゲームフロアでの仕事を積極的にCに覚えさせようとした形跡はなく、Cにはできるだけ金には触らせずまた電話にも出ないようにさせ、実質的な内容を伴う仕事は一切させないようにしていたことから、「AやBも、C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」と認めたとのである。

営業形態で行われるゲーム機賭博であるから、Cの行った行為は、形式的には実行為の一部負担を含む行為であったといえよう。その上で裁判所は、「CとA及びBの間には、賭博の事前共謀はもとより、判示の期間中も終始、共同して本件ゲーム機賭博を行う旨の意思の連絡は存在しなかったものと認めざるを得」ないので、CにはAらとの共同正犯ではなく幫助犯が成立すると判断した。ここでは、「自己の犯罪として」行っている意思すなわち正犯意思が否定されているが、それは同時に「意思の連絡」の欠如をも意味している。Cの行った寄与の実質が評価されているが、注意すべきはそれが「正犯意思の徴表」として考慮されていることである。利益の分配も「利益を得ようとする意思」と不可分であって、やはり行為者の主観を評価していることには変わりはない。

ところで、先に触れたように、この事件で「自己の犯罪として」行う意思、すなわち正犯意思が否定される根拠になっている事情は、犯行の本質的部分について被告人がどのように関わっているかを、主観的・客観的に示すものであるといえよう。もちろん、判決は最終的にはこれらを行為者の主観の判断のために用いているわけであり、行為者の寄与の実質を正犯性判断に用いているわけではない。判旨は、被告人の関わり方が、心理的前提として消極的なものであること、犯行の実際についての認識が限られていることなどを述べているが、もっとも重要な根拠は、被告人には犯行に関わる裁量権がほとんど認められていなかった、という共犯者間の内部事情であるように思われる。正犯

意思とは、自ら犯行の実際の態様につき判断・決定することを前提としているということができよう。このような考え方は、共謀の成立、または表裏をなすものとしての正犯意思の有無という次元で議論されているのだが、実質的には、全体としての犯罪計画を現実に実現して行く上で被告人の担った機能こそが問題とされていくべきなのではないだろうか。

判例理論は、事実上、行為者が行った犯罪事実実現への寄与の実質を考慮しているのだが、基本的にはあくまで行為者の主観の評価として正犯性を判断する傾向がある。行為者の内心の評価に際して、裁判で客観的事実を根拠にすることは当然であって、そのことによって判例が主観的考察方法を採用していないことにはならない。しかし、一方、共謀共同正犯論をとる以上は、このような寄与の実質的重要性そのものに基づいて正犯・共犯を区別することはできないのであるから、判例が主観的傾向を維持していることは、その限りでは一貫した態度であるともいえる。そこで、問題は、共謀ないし共同意思主体説を中核とする共謀共同正犯論自体が正犯理論として妥当であるかどうかということになる。実行を担当しない共同正犯を根拠づけるために「共謀」を媒介とすることに合理性があるかという問いにいいかえることもできる。右にみたように、「共謀」や「正犯意思」が共同正犯を基礎づけるという考え方には修正が迫られているのではないだろうか。

二 正犯行為と実行行為

実行行為を自ら遂行することが正犯性の根拠とはならないとしても、行為刑法の原則からは、もちろん何らかの正

犯的寄与が存することは要請される。これを正犯行為とよぶとすれば、正犯行為は実行行為ではないが正犯性を根拠づけるものであって、犯罪事実実現に向けられた実質的な寄与であるということになる。従来通説では、正犯行為はすなわち実行行為であるとして把握されるから、正犯性が否定される場合には、行為者の遂行した行為が実行行為ではないことを理由とする場合がある。しかし、実行行為の分担を正犯性の決定的基準としない判例の立場では、遂行された行為が実行行為でないことは、正犯性を否定する十分な根拠にはなりえない。なぜなら、共謀共同正犯において実行行為を分担することが要請されていない以上、共謀参加者は、共謀共同正犯という形で各自の意図を実現したならば、それだけで共同正犯となるはずであって、当該関与者が実行行為を行っていなくても正犯性を認めることができるはずだからである。そうすると、実行行為を担当した者の正犯性を否定する根拠として考えられるのは「共謀」の成立の否定だということになる。そこでまた、若干の判決例を検討することとしよう。

(一) 共謀の成否

①千葉地松戸支判昭和五五年一月二〇日判時一〇一五号一四三頁

この判決の事案は、銀行の現金輸送車を襲撃して現金を強取したというものであり、その実行行為自体には関与していない被告人は、本件犯行の共謀共同正犯として起訴されたのであるが、裁判所は、「他人の行為を利用して特定の犯罪行為を遂行しようとする意思までを有せず、単に非実行行為に加担するだけの意思しか有しない者には未だ共謀による正犯の責任を負わせることはできないと解すべきである」として、共謀の成立を否定して強盗幫助を認定した。

本件は、実行行為担当以外の関与形態であったとされたものである。従来から、共謀共同正犯において共謀に加わったのみで正犯とすると、正犯の範囲が拡大しすぎて幫助犯との区別が曖昧化すると批判があり、判例においても実質的な関与形態が問題とされることがまみられた。しかし、この判決においても、行為者の寄与の実質が正面から評価されるのではなく、このような非実行行為に加担するだけの意思は共謀共同正犯の成立に必要な共同の意思にまでは至らないという視点から、結局、行為者の意思の側面で評価する傾向がみられる。

くりかえすことになるが、共謀共同正犯は「共謀」による正犯であって、「共謀」関与者の内部でさらに行行為者の寄与の実質をもって正犯と共犯とを区別する思考枠組みは、本来的に採用できないはずである。共謀共同正犯論に立った上で共謀参加者に共同正犯の成立を認めないとすれば、そもそも共謀そのものが成立していなかったという認定にならざるをえないといえるのである。もとより、共同意思主体の形成は、共謀参加者が相寄り相助けて同心一体となることによって認められるのであるから、広い意味の共謀のうち他の関与者らがある程度まとまった一体をなして、犯罪計画の中心的部分について実質的に判断・決定している場合には、相対的にその他の共謀参加者が全体計画の中では周縁的なことがらについてのみ主観的・客観的に寄与することになる。この判決が、自己を正犯と意識することではなく、正犯者としての意思がないという理由で正犯性を否定しているのは、このこと自体、共謀共同正犯論からの一貫した考え方であるといえることができる。ただし、いうまでもないが、共謀共同正犯において各関与者が犯罪実現に対してどのような寄与をなすかを不問にして、各々についてその正犯性を論じることが妥当であるとは思われない。

②東京高判昭和五七年一月二一日判時一〇八五号一五〇頁

本件では、無銘の日本刀を入手し、文部省作成名義の重要美術品認定通知書を勝手に作成した上、この日本刀があ

たかも重要美術品に認定された高価な刀であるかのように偽って、顧客から金員を騙し取ったという詐欺の事実に関し、この日本刀等を用いて他人を欺いて金員を騙取するであろうことを認識しながら、これら売り渡した者に、詐欺の共謀共同正犯の成立を否定してその幫助犯の成立を認めた。被告人は、売り渡しのほか詐欺行為者の犯行に何ら関与せず、事後報告や利益の配分も受けていないなどを理由に、被告人には詐欺行為者の行為を利用して同人と共に詐欺罪を行うとする犯意があったとは認めがたい、としたのである。

これも、欺いて財物を騙取するという詐欺罪の実行行為そのものについての解釈が関わる。確かに、この事案のような詐欺行為において、欺く行為の手段として用いられた日本刀は、犯罪実現にとつての中核的存在であり、それなくしてはこのような形で犯罪が実現されることはなかった、不可欠の要素である。その意味で、事情を知りつつそれを売り渡す行為は、純粹に共謀によるのみで正犯性を決定する考え方からすれば、当然共謀共同正犯を否定するほどに周辺の事実であったとはいいにくいであろう。しかし、既に述べたところからもうかがえるとおり、判決は実質的な関与を事実上考慮しているというべきではないか。ただし、その考慮はここでもまた、実行者の行為を利用して共に詐欺罪を行うおうとする犯意、いいかえれば共同意思が欠けている、という評価につながっている。共謀共同正犯論が文字どおり「共謀」に基礎をおく共同正犯論であることを実質的には修正しつつ、形式的にはまさに「共謀」共同正犯として構成されていることがわかる。

③大阪地判昭和五八年一月三〇日判時一一二三号一四一頁

④大阪地判昭和五八年二月一五判時一一二三号一四一頁

同様の考え方は、これらにも現れている。前者は、けん銃等の密輸入に関して、タイ国で他の二人の間を取り持つて両者がけん銃等密輸入の話し合いをする機会を作り、帰国後連絡を取り次ぎ、けん銃等の買付資金に当てるための

ものであることを知りつつ、融通手形の割引を知り合いの金融業者に依頼し、その割引金を届け、他の二人がタイ国へ渡航するための航空券を手配した、という行為者を、けん銃密輸入の幫助と認定した。「本件においては、被告人の前記各行為によってAおよびBが行ったけん銃等の密輸入が円滑かつ容易になったとは言いいても、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ものというべきである」という判決は、同じく共謀の成立そのものを否定する論理であるが、それは実行行為以外の寄与であるから共同正犯ではないとする構成が採れない以上、当然の思考である。被告人とAとは暴力団内部の序列ではAの方が高い地位にあったことが認定されており、団藤意見の見解に従うとしても、先の最高裁判例の場合との相違がどこに起因するかが問題になるかもしれない。しかし、判例は、関与者の共謀に対する、すなわちひいては全体計画に対する主観的態度の如何によって正犯・共犯を画する立場に立っているのであるから、外形的行為の評価ではなく、自己の意思を実現しようとする謀議を遂げたか否かが、最終的には重要になる。この事件では、被告人は、Aの依頼に基づいて、主として同人への義理を立てることを動機として行為しており、「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ったと見られる」ことなどを理由として、被告人の全体計画に対する主観的態度が消極的なものであると評価されたのであろう。

後者は、暴力団の対立抗争に関連し、二人が共謀して、敵対していた組の組員をけん銃で殺害しようとして引金を引いたが、不発のため殺人未遂に終わった犯行に際して、その情を知りながら、あらかじめ依頼を受けて犯行前日に相手方組事務所を案内して所在場所等を教えるなどして両名が襲撃対象を決定するについて力を貸した上、犯行当日タクシーを利用して実行行為者とその組事務所付近まで案内搬送した、という事案である。判決は、一応、被告人が

本件犯行遂行のため軽視できない役割を担い、共謀を窺わせる事実も存在していることを認めた。しかし、他の二人とは異なり、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いこと、自らの属する組の組長から抗争に関して一切動いてはならないなどの指示が出ており、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こと、被告人に対する依頼内容が一貫して地理不案内の両名が相手方組事務所の所在を教えてもらいたいということにあって、その後も同人らは被告人がこれ以上本件犯行に関与するのを明白に拒否し、被告人も当時けん銃を隠し持っているにもかかわらずそれを本件犯行に使用することなく終わっていること、さらに、決定された襲撃対象に難色を示していることなどを挙げて、「被告人及びA、Bの双方について、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、被告人が同系列の組員からの依頼を断り切れず、案内程度ならよいと考えて大阪市内の地理に不案内の同人らを案内し、同市内のX組系の組事務所の所在を教えた、との被告人の当公判廷における供述にはむげに排斥しがたいものがあり、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、よって右犯行に及んだとまでは認めがたい」と結論した。

この事件でも、殺人の実行行為を行わない被告人が共謀を遂げたとされれば、共同正犯となるはずであったが、同人の実質的寄与はせいぜい殺人幫助にあたる行為にすぎないとみるべきである。裁判所はこれまでにみた判決と同様に、このような所為を共同実行の積極的意思を否定する要素として評価し、結局、被告人の本件犯行に対する主観的態度が消極的であり（かつ他の関与者も被告人の積極的関与を拒否していることもあり）、他の関与者と一体となって犯罪を実現したとまではいえないとしたのである。

この判決の基盤として主観的思考があることは明らかである。なぜなら、右にも触れた「共謀していたことを窺

わせるような事実」、すなわち「わしも一緒にかち込みに行かせてくれ」などという発言について、その趣旨を「犯行現場までの案内のため一緒に付いて行く」という内容と解することができることもないこと、被告人が現実に果たした役割が限定されていたこと、当時被告人が隠し持っていた拳銃の使用を申し出ていないことなどを理由として、「被告人の右発言が、果たして被告人の真意に出たものかどうかには、少なからず疑問があり、舞鶴から報復にかけてつけたAらの手前、体裁を取り繕うための発言であると解する余地があるので右と同趣旨の被告人の当公判廷における供述もあながち排斥し去ることはできない」と述べているからである。被告人が真意としてどう考えていたかが決定的な問題であって、実質的な関与の如何は、評価の対象として表面に表れてはいないのである。

⑤ 札幌高判昭和六十年三月二〇日判時一一六九号一五七頁

本判決は、いわゆる自衛隊試験問題漏洩事件控訴審判決で、試験問題の窃盗事件に関連して、実行行為自体には直接関与せず、事前に試験問題のコピーの入手希望者を募り、共犯者がそのつど試験問題を窃取してそのコピーが渡されるとこれを希望者らに渡して謝礼の金銭を受取り、その一部を自分のものとしたという事案である。被告人は、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、窃取方法について詳細な知識を得ようとしたことしたこともないこと、窃取方法等につき相談、打ち合わせなどしたことは全くないこと、コピーを売りつけるなどしたことは、もともと、義理を感じていた共犯者からそれを頼まれたことによるもので、自身の固有の強い動機、利益、関心によって自分の方から積極的にその入手方を依頼したとまでは認めがたいこと、被告人が窃取行為自体について相手に対し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こと、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ったことではないこと、などに照らすと、両者が共同意思の下に一体となって、互いに他の行為を利用して窃盗を行ったなどということはできないとした。

認定事実を前提にする限り、本件被告人は窃盗自体について実行行為を行った者とは認められないから、共謀共同正犯の成立に関し、共謀をどのように考えるかによって扱いが決まることになる。判決が、被告人が実際の窃取行為方法を知らず、窃取行為自体の遂行方法につき意思を通じてはいないこと、被告人の動機・利害・関心における主観的な消極姿勢、窃取行為者側の被告人からの心理的拘束などを取り上げていることは、ここでもまた、被告人が全体計画のためになした寄与自体の実質的意義を、犯罪事実実現に対する重要性の観点から考察するのではなく、被告人の主観における共同意思形成への意欲が問題とされ、それに基づいて共謀の成立自体を否定しているといえることができる。

⑥ 東京地判平成二年三月一九日判タ七二九号二二二頁

本件は、火炎瓶の使用等の処罰に関する法律違反事件で、自動車に仕組んだ時限装置を作動させて火炎弾を発射した行為に関して、その実行行為自体には関与せず時限装置作製に関与した被告人につき、共謀を認める証拠は不十分であるとして、火炎瓶使用の幫助を認めたものである。これも、被告人が実行行為を行ったわけではないので、共謀の成立如何が問題になった判例である。この事件には、情況証拠による共謀の認定が争われたという特殊の事情が存在するが、いずれにせよ実質的寄与の重要性ではなく、実行行為者と一体となって犯罪を實現しようとする意思という主観的要素を確定する手続において、その証明が十分でないと言われたものである。その意味でやはり主観說的傾向を示すものといえよう。

⑦ 大阪地判平成六年三月八日判時一五五七号一四八頁

この判決の事案では、数名の者が共謀して殺害が実行された事件に、被告人も加担し、共謀共同正犯が成立するとされたのであるが、裁判所は、共謀の成立につき十分な証明がないとして共謀共同正犯の成立を否定し、幫助犯の成

立を認めた。被告人が犯行に関して直接に殺害行為に関与したとは認定されていないので、この場合にも共謀の成立如何が被告人に共同正犯が成立するか幫助犯にとどまるかを左右することになる。判決では、相互的な意思の連絡が存在していたかについて証拠から確認することができないこと、被告人が具体的にを行った行為は殺害遂行とは関連がなく、殺害に積極的に関与しようとしていたとみられる事情がないこと、などを指摘して「被告人は、EがMを殺害する意図であることを確定的に認識していたことは認められるが、だからといって、被告人が、Eと共同意思の下に一体となって、互いに他の行為を利用してM殺害を実現しようとしたとまでは認め難いといわなければならない」と判示した。さらに、被告人が、被害者の死体遺棄に積極的に関与したという点も、被告人がその決定自体やその方法、場所等の決定にも何ら関与しておらず、指示のままに自動車を運転しただけであり、その報酬も一方的に他の共犯者と同額が支払われたにすぎず、共謀の成立を認めるべき理由とするには不十分であるとした。

これまでにみた諸判決と同様に、共謀の成立の次元で共謀共同正犯の成立を否定する論理であるが、ここでも、実質的な観点からみて被告人の寄与が正犯行為として十分ではないという点を、行為者の主観的姿勢の認定に利用していると理解することができる。

(二) 実質的正犯性

以上みたところから、判例は正犯性の判断に際して純粹に主観説的な基準から、実質的な寄与の重要性を判断材料とする方向に移行しているとはいえる。しかし、たびたび指摘したように、判例が「共謀」に基づく共同正犯、すなわち共謀共同正犯論に立つ限り、共謀に関与した行為者の中でさらに正犯と共犯とを区別しようとするれば、行為者の

主観にその基準を求めるほかはないのである。あるいは、共謀への関与に程度があり、「謀議を遂げた」といえるほどに関わった場合のみ共謀共同正犯が成立するということになるが、これも「謀議の事実」に関わって論じられるとはいえ、共謀に参加した者のうち「自分たちが一体となって行うのだ」という共通の認識が成立した者について共同正犯の成立を認めるということにはかならないから、いずれにせよ行為者の意思において正犯性が論じられていることになる。

ところが、近時の判例には、さらに一步を進める傾向を示すものもある。

①東京高判平成四年八月二六日判タ八〇五号二一六頁

本判決の事案は、中核派革命軍の対人闘争部隊班長が、同軍のメンバー数人で行った自動車窃盗、および同じく数名で行った強盗致傷（千葉県収容委員会会長襲撃）の各犯行に関与した事件である。後者の犯行については、自分の班の班員に指示し襲撃計画に参加させた。しかし実行行為そのものは行っていない。前者の犯行に関しては、被告人が、ナンバープレートの金型を作成してナンバープレートを偽造させ、その後自動車の窃盗を指示するなどして実行させた。自動車窃盗の犯行については被告人に共謀共同正犯の成立が認められ、強盗致傷の犯行については幫助犯の成立のみが認められた。

襲撃事件について、被告人が共謀共同正犯と認められるか幫助犯にとどまるかは、十分な証拠がなく、被告人が組織内部で有する地位からの推論はできないので、具体的な関与行為によって判断されるべきであるとされ、被告人の果たした役割は判然としないところも多く、被告人の果たした役割が実行行為に劣らない重要かつ不可欠なものであったとは到底いうことができない、と述べる。また、被告人が襲撃計画に班員を参加させるについてどの程度その決定に関わっていたかは判然としないし、また、指示した班員と人の関係は厳しい支配・隸属の関係であったと認められる

が、そこから直ちに班長の支配権が対人襲撃作戦に班員を提供するか否かやその人選の決定権等をも包含するものと推測し得るかどうかには疑問がある、として被告人の役割を消極的に評価した。

加えて、共謀共同正犯の成否との関係では、他の構成員の行為を利用して自己の意思を実行に移そうとする意思があったかどうかが争われた。判決は、「本件強盗傷人の実行において、同じく中核派革命軍の構成員であっても、その地位、役割等により、知情の有無・程度、具体的関与の有無・程度は、構成員ごとに様々であった可能性を否定することはできない。そして、被告人については、写真の授受、襲撃作戦への参加指示（実質は、参加指示への関与ないし激励）などの関与事実は認められるが、これらの行為がいまだ実行行為ないしそれに準ずる重要性のある行為、あるいはTを自己の分身ないしは手足として作戦に参加させた行為と評するに足りないことは既に説示したとおりである。それ故、これらの関与事実から直ちに被告人が犯行の謀議に加わったと推認することはできない。又、以上検討してきたところからすれば、被告人の組織内の地位、右格関与行為や犯行後に果たした役割等を総合考慮しても、被告人がAらと本件強盗傷人を共謀したとの事実はこれを推認するに足りないといわざるを得ない」と述べて、共謀の成立を認めなかったのである。

窃盗事件については、「本件自動車窃盗は、それ自体で完結した一個の作戦ではなく、他の計画されていたと考えられる何らかの作戦のための予備的行動に過ぎないものと認められるから、班長レベルの者にその実行の指揮が委ねられることは十分あり得るところであり、前示ナンバープレート偽造用の金型作成から自動車の窃取に至る事実経過が、計画に従った一連の組織的行動であること、被告人がナンバープレートの作成において指導性を発揮したことが明らかであるところ、本件自動車窃盗の計画において、ナンバープレートの作成は相当の重要性を有するとみられること、被告人はTに窃盗実行グループへの参加を指示していること、犯行当日、Tらの逃走先に現れて、同人を迎え

ており、自動車窃取後の段取りについても掌握していたと推認されること、被告人が中核派革命軍内において班長の地位にあることなどを総合すると、原判決が、被告人は右計画を主導した者と推認したことは首肯することができる。「それ故、被告人は、Tらへの指示などを通じて実行メンバーと謀議を遂げ、実行メンバー四名により自らの犯罪として本件窃盗を実現したとして、被告人を本件窃盗の共同正犯とした原判決の認定判断は、正当として是認することができる」とした。

この事件の二つの犯罪事実およびそれらに対する対照的な判断内容は、共謀共同正犯に関する考え方を知る上で興味深い。というのも、「自らの犯罪として」犯罪事実を実現するというのは、その事実実現につき行為者がかなりの裁量権を有し、自ら実質的な判断をし、犯行の実行、中止、実際にどのように事象を経過させるか等について掌握していることを意味するものであることが、かなり明確に示されているからである。これは、純粹に主観的に自分の犯罪として、事実の中核部分を認識して実行したか否かという基準ではなく、いわば因果的原告としての犯罪実現にとつての中核的人物と評価されるかどうか、を考慮しているものだということができるであろう。

こうした視点が強調される結果になっているのは、この事件が過激派という「非合法的な軍事組織」を背景にした強固な組織的犯行であるという理由もあろう。しかし、それだけではなく、このような思考は、近時、判例が行為者の共同意思の有無を判断する際に、内心の主観的な認識を、実質的な寄与の如何によって評価する傾向を強めていることとも関連すると思われる。すなわち、既に見たように、形式的に実行行為を行っても、犯罪実現に関する主導権を自らも分有していない行為者は、結局自己の犯罪として謀議に加わった者ではないとか、客観的な寄与が、犯罪実現の中心的部分を左右するものでなく、周辺のな部分に関わるものにすぎない場合には、行為者は自己の犯罪として実現したとはいえない、などという判示は、あくまで最終的には共同意思（正犯意思）を標準として理論構成をするも

のである（そしてそれが「共謀共同正犯」という共同正犯概念を採用する限り当然である）が、事実上、主観的・客観的両面から、犯罪事実の実現に関連した裁量の幅を主観的・客観的に問題にしているということが出来るからである。

本判決で注目し得るのは、組織的犯罪では、組織内の地位は同じでも、組織として実現しようとする個々の犯罪事実によって、正犯となるか幫助犯となるかが相対的である点である。その相違は、犯罪事実ごとに当該行為者の裁量の範囲が異なることが理由となっている。いいかえれば、実質的寄与の如何が考慮されている。判例の共謀共同正犯が、「共謀」共同正犯から、一種の実質的共同正犯の方向に移行せざるをえない事情をうかがわせるものといえよう。その意味では、本判決が「正犯意思」の認定という方向から正犯性を論じるのではなく、被告人が共謀に参加し謀議を遂げたかどうかを事実的側面から問題にし、あるいは被告人の関与行為を犯罪実現に対する重要性の側面から評価し、さらには実質的な裁量の範囲や程度を考慮することによって、實際上、行為者の犯罪事実実現の如何関する掌握の程度によってその正犯性を評価していることは、大きな示唆を含むものである。

②東京地判平成八年三月二八日判時一五九八号一五八頁

事案は、いわゆるカップル喫茶の経営者について、公然わいせつ行為をした客との間に共謀共同正犯関係の成立が問題になったものである。カップル喫茶とは「相互鑑賞喫茶」などと称され、店内の客席で男女の同伴客が性的行為をし、同伴客相互でその姿態を見せ合うことによってさらに性的感情を刺激し高めることを狙いとして営業されているものである。検察官は主位的訴因で、店内の客席で性的行為に及ぶと不特定他の客にもその行為が容易に覚知されるようになっていたのであるから、店の経営者と同伴客との間に、同伴客が公然わいせつ行為をすることについて相互に暗黙の了解があった上、店の営業は同伴客の公然わいせつ行為の上に成り立っていることなどからすると、

経営者は同伴者の公然わいせつ行為を自己の犯罪として行ったものとみることができるとして、公然わいせつ罪の共謀共同正犯の成立を主張した。これに対して判決は、予備的訴因であった公然わいせつ幫助罪の成立を認めたとした。

その理由として次の二点が上げられている。第一に、この店は男女の同伴客でなければ入店できないことになっており、「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なされていたが、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動に及んでも、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。」第二に、入場料が、「客一人に一本ずつ提供されるジュース類の代金のほか、公然わいせつ行為をするのに適した雰囲気及び構造の場所提供の対価に相当するものと認められる。」そして

「このようにみると、被告人の立場は、同伴客のそれとは異なり、自らも客と共同して公然わいせつ罪の犯罪行為を實現しようとするものではなく、本件喫茶店の客室を提供することにより、同伴客の公然わいせつ罪の犯罪行為を容易ならしめようとするものであったというべきである。したがって、本件において、被告人には、公然わいせつ罪の共謀共同正犯の成立は認められず、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」と判示したのである。

この判決の判断内容をいかえれば、被告人の犯罪事実実現に対する寄与は、実質的にみて犯罪の基幹的実体を構成するためのものではなく、他の者がその中心的事実を實現するために周辺の状況を整えてその実現を促進したものだ、と評価したものである。これは、一方で客観的に表明された行為者の意思を共犯者の意思であると認めたものであるということができているが、他方では、行為者の実質的寄与の程度を正犯行為としての重要性の点から評価したものと

であるということもできる。いかに共謀共同正犯を前提にして考えられるとしても、被告人の寄与が公然わいせつ行為の実行行為でないしそれに準ずる重要な寄与であるとはいえないであろうから、被告人の行為を正犯行為として実質的な重要性を肯定することは困難である。共謀共同正犯を形式的に考えれば、このような場合にも共同正犯は認めうるであろうが、そのこと自体が共謀共同正犯という概念の問題性を示すものといえる。

また、共謀共同正犯において実行行為の分担は必要条件ではないとしても、公然わいせつ行為のように一種の挙動犯についても全く実行行為を行わないで正犯とされるか否かについても問題となろう。さらにいえば、いわゆる実行共同正犯にあっても、いわゆる自手犯のような場合に、実行行為の限られた一部の分担が正犯性を基礎づけるかは疑問であろう。

既に述べたように、正犯性の根拠として実行行為の遂行ではなく、犯罪事実（構成要件該当事実）の実現の主体となったことが必要であるという考え方をとる場合、何らかの実行行為から相対的に区別可能な結果惹起ではなく、挙動それ自体によって犯罪事実が惹起されることになるような犯罪類型については、そのような事実を実現することに對する寄与についても、それに対応する実質的判断が求められる。「実行行為の遂行そのもの」という事実から相対的に独立した何らかの最終的な結果が引き起こされる場合には、実行行為遂行自体を実現することに限定しなくても、その最終的結果惹起にとって重要な寄与がありうる。しかし、実行行為遂行の事実そのものがすなわち構成要件該当事実の全部であるとき、実行行為遂行を容易にするにとどまる行為が重要な寄与であるかどうかは、別様に考える必要がある。すなわち、当該の具体的な構成要件との関連で行為者の事実的寄与が有する重要性を判断しなければならぬ。そして、このような観点から評価すれば、実行行為の遂行を容易にするだけでは正犯行為とは認められず、幫助犯として評価されることになるであろう。

いわゆる自手犯の場合、自ら犯罪を實行することが構成要件該当の条件となつているとすれば、正犯性の根拠としても、自分の手による実行行為が要請されるということになる。何らかの挙動自体が犯罪事実として構成要件該当評価を受ける場合に、その事実を實現することは自ら挙動すること以外に考えられないとすれば、自手犯においても自ら実行行為を行うことが必要になる。ただし注意すべきは、このような考え方の背景には、各構成要件が自手犯であるかどうかは構成要件解釈に委ねられているという事情があることである。共同正犯の成立に自ら実行行為を行うことが必要であるとしても、それは構成要件が「自手的」実行を實行行為として定めているからである。自手犯の場合には共同正犯の成立要件が修正されて、各自が自分で實行することが必要になるわけではない。要するに、自手犯の場合にも、犯罪事実實現の主体となつたか否かという視点から、同じように共同正犯の成立を考えることができる。その場合の犯罪事実すなわち構成要件該当事實は、各関与者が自分自身で実行行為を行うという事実なのである。

第四章 正犯概念への視座と行為支配論

一 判例理論と正犯概念

以上の考察から、近時の下級審判決が共同正犯概念としては基本的な部分で共謀共同正犯の考え方を堅持する一方、事実上実質的共同正犯ともいふべき方向への傾斜を見せ始めていることがうかがえる。既に何度か指摘したことを確認しておけば、共謀共同正犯が「共謀」に基礎をおき、さしあたり共謀関与者を一体となつて犯罪を實現する者と把

握する以上、彼らは等しく正犯（共同正犯）とされることになるはずであって、共謀関与者の中でさらに正犯と狭義の共犯とを区別するとすれば、それは言葉の厳密な意味においてはもはや共謀共同正犯ではなく、別の基準から共同正犯概念を構成しているというべきである。判例が実際に採用しているのは主観説的方法であったが、これは、共謀という客観的事実が共同正犯の決定的な成立条件とされるときに、共謀参加者のうちさらに一部のものを正犯とする必要があれば、あとは行為者の主観によるほかはないからである。共謀は、客観的事実ではあるが、参加者の主観によってその成立如何が左右されるものであるから、一体となる旨の意思連絡が存在し、相互にひとつの犯罪事実を實現しようとする意向が共有されている必要がある。共謀共同正犯において正犯性を否定するためには、究極的には共謀が成立していないことを理由とすることになるはずなのである。

しかし、このような考え方は、批判の強い主観説、すなわち正犯意思を持つものが正犯であるという一種のトートロジーであって、正犯と共犯とを明瞭に区別する基準とはなりにくいと指摘されている考え方に通ずる。また、右に検討した判決をみても、一方で故意ある幫助的道具が共犯とされ、一方で実行行為を行わない者がかなり広範にわたって正犯とされている事情がうかがえる点から、正犯性に関する一定した形式的基準が読み取りにくくなっている。もちろん、正犯性の基準が形式的なものである必要はない。しかし、主観説的思考は、行為者の内心に依存し、それ自体が法益侵害に向けられた行為および結果の点からは同様の法的評価を与えられるべきであると考えられる犯罪事実に対して、異なった取り扱いをすることを認める理論であることはさげられない。しかも、実際問題として、行為者の内心に関する事実を認定していくことには困難が伴うから、実践的な意味からいっても、主観的要素に全面的に依拠して正犯概念を構成することは妥当でない。理論的枠組みからしても、正犯か共犯かという問題は構成要件該当性の次元の問題であるから、客観的要素を切り離して決定することには疑問がある。

さらに理論の内在的な問題も無視することはできない。共謀共同正犯というものは、複数の者が共謀によって一体となり、相互に他人の行為を利用して自己の犯罪として事実を実現しようとするのが、その本質であるという認識に立っている。これは、いわゆる、「一部実行―全部責任」を根拠づけるという観点からみれば、それを共同意思主体とよぶかどうかはともかく、関与者による共謀によって個々の参加者からは相対的に独立した犯罪遂行主体が観念され、その主体がいれば一種のブラックボックスのような役割を担い、共謀に参加するという入力さえあれば、出力としての犯罪遂行主体の実行（現実には関与者のいずれかが行う実行行為およびそれによって外界に形成される事実）が帰属させられることになるということである。個々の者が共謀という中間事実に加わること、すなわち、実際に実現されるべき事実に対する包括的かつ間接的な関与で足りるとする考え方である。しかし、既に述べたように、犯罪事実実現に対する因果的寄与の思考が間接的で薄弱であるような思考が、真に全体としての犯罪事実実現を根拠づける理論枠組みとして説得力をもつとどういうかという点、わたくしは、十分な理論たりえていないのではないかと思う。

比較的最近の共犯の処罰根拠論、共犯の因果性等の議論³²は、狭義の共犯にあっても犯罪事実を惹起したからこそ違法とされる、というある意味で当然の原則を再確認させるものである。共同正犯の場合に、曖昧模糊とした主観的結合や相互利用関係の存在に基づいて違法事実を帰属させることは、やはり妥当でないといわなければならない。まして正犯者としての意思の有無によって違法事実実現の主体とされることは、狭義の共犯の場合に比しても、法的評価の根拠としては薄弱なものであるというべきであろう。確かに、共同正犯は、同方向の意思で結合し、主として主観的な犯意の強化または助長をもたらし、これによって犯罪実現への危険性が増加するという犯罪形態であって、狭義の共犯と共通した要素と異なる要素とを包含している。しかし、狭義の共犯においても正犯の意思を精神的に強化することだけで十分かどうかが問題になるのであれば、狭義の共犯、とくに幫助犯との対比からして、正犯は正犯とし

ての寄与、正犯行為によって実質を備えている場合にはじめて正犯とされるといのが正しいはずである。

実際、右の検討では従来の共謀共同正犯概念を事実上修正する傾向がみられた。融通無碍とも見える正犯・共犯の区分は、ある意味では柔軟で現実的な扱いを可能にするだろうが、もちろん、そのような態度では一面恣意的な判断に傾く恐れを否定できない。さらに、共謀共同正犯論自体の存立基盤にさえ問題がある。わたくしの考えでは共謀共同正犯概念と主観説とは密接な関係があることは既に述べてきた。その主観説が一種のトートロジーであることに起因して、「共謀に参加した者が正犯である」が、「正犯意思をもたない者は共謀に参加したことにはならない」から、「正犯意思をもたない者は共謀に参加していない」したがって、「正犯意思をもたない者は正犯ではない」という構図の、循環論法まがいの議論が帰結される。これでは、共謀共同正犯、すなわち「共謀」に基礎をおく正犯形態を認める意味がないのではないか。当初から正犯者意思の存否が正犯性したがって共同正犯性を決定するということにはかならないからである。ただ、共同正犯の場合における正犯意思は、他の相互的正犯意思もつ者と共同して正犯として犯罪を實現しようとする意思というように、共同正犯という犯罪遂行形態に応じた修正を受けるだけである。もし、共同意思主体というような相対的に独立した主体の観念的意思を想定し、それを共同意思とよぶならば、共謀の事実に伴随してその観念的な意思の形成如何を別にも問うことも意味がないわけではないかもしれない。しかし、判例に表れているような実質的関与の程度を共同意思の成立に関連して考慮するような場合には、あくまで各関与者の意思がどのような実質を備えているかを問うているのであるから、各個人の正犯者意思の存否を論じれば足りるはずではないか。この意味で、右にみた諸判決の傾向は、既にして共謀共同正犯の「共謀」共同正犯たる所以を否定する方向を指しているとさえ言えると思うのである。

二 行為支配論

以上の考察から、「共謀共同正犯」は、正犯性に関する十分な根拠をもった概念とはいえないと結論できるものと思う。誤解を避けるために付け加えるが、共謀共同正犯を共謀に基礎をおく共同正犯として維持することには、説得力のある理由づけが存在しないということである。共同正犯は「共謀」に基礎をおいてその成立を論じらるべき概念ではない。共同正犯も正犯の一種として、正犯性の基本的内実を備えているからこそ共同正犯として評価されるのである。このような命題自体は、一面ではいふまでもないことであるが、共犯論の中で共同正犯が論じられ、共同正犯を共犯一般の枠組の中で捉える傾向が強かった日本の刑法学においては、改めてこのことを確認し、この方向から共同正犯概念を考えることによって、従来見逃されがちであった問題に光を当てることができると思う⁽³³⁾。

共同正犯の成立如何は、行為者の事実的寄与の程度によって判断されるべきである。しかも、実現された事実の全体を、各人が実現したという評価を与えうるときに、共同正犯が成立するとしなければならない。いわゆる、「一部実行―全部責任」は、共同正犯の正犯としての位置づけを明瞭に示すものであるが、それは右のような評価に基づくからこそ認められるものである。

純粹に直接的な因果性を論じると、共同正犯者は必ずしも現実の因果的寄与をなしたと認めることができない。よく挙げられる例で、二人がある者を殺害しようとして共同して拳銃を発射したが、一人の弾丸が命中し、一人の弾丸が外れた場合、死亡の結果に対して明確に因果関係のない寄与を行った者が、なぜ共同正犯とされるのかという問いがある。わたくしは、共同正犯における寄与は寄与の事実そのものを評価すべき事実的寄与であって、その意味では実行行為そのものを犯罪事実と認めるものだと考えている⁽³⁴⁾。

このようにして、行為支配論によって実質的寄与に基づく共同正犯を根拠づけることが妥当であるという結論に至るのである。寄与の実質のみを評価し、正犯行為を実行行為から解放して、実質的分担の程度を評価するだけでは、やはり共同正犯という犯罪遂行共同体に具体的・現実的実行を委ねるといふ形になるので、最終的な事実に対する寄与としての性格が曖昧になるのはさけられない。ここで支配という観念によれば、実現された事実を実質的な意味で掌握していたことが正しく評価されるであろう。

もちろん、このような実質的判断を可能にする行為支配概念には、それゆえの不明確さが付きまとう印象を与えることも事実である。しかし、行為支配は心理的圧力や強制力と同一ではない。間接正犯の場合にはそのような関係を媒介にして行為支配が発現することにもなるが、それでも支配の対象が媒介者たる直接行為者であるわけではない。いずれにせよ重要なことは、行為支配論において支配の対象として想定されているのは「事実」にはかならないことである。先に検討した「団藤意見」に表明された「行為支配」の考え方は、あたかも他人の「行為」を思うままに動かすことであるかのようにみえる。また、共犯者相互における主従関係を「支配」と考えるならば、それは「他人」あるいは「他人の意思」を支配するという意味になる。

しかし、このような考え方はいずれも共同正犯と間接正犯との関係を曖昧にし、究極的には、正犯一般を間接正犯モデルで説明することにつながる恐れがある。したがって、「行為支配」にいう「支配」は、「事実」を対象にしていることが確認されなければならない。そうであるからこそ、関与者は惹起された「事実」の全体について構成要件該当の評価を受けるといふべきであろう。この意味において、また、その限りにおいて、共同正犯は外界に形成された事実について因果的寄与を行った、⁽³⁵⁾ といいうるのである。

さらに、このような「事実」は、構成要件該当事実として理解されなければならないということに注意する必要がある

ある。その意味は二つある。ひとつは、客観的な結果のみが事実なのではないということである。実行行為者の行為も、外界に実現された事実にはかならず、もちろん構成要件の評価を受ける対象だからである。そして、行為者の行為は主観―客観の全体構造をもつ意味をもった統一体であると理解の下では、構成要件の評価の対象としての事実は、主観的・客観的両面を有する事実であって、先に触れたような、人的・心理的主従関係を「事実」の次元で包摂することもありうるといえるであろう。ただし、あくまでも構成要件に該当するとされる全体としての事実を支配すること、すなわち事実形成を実質的に左右することができるか否かというレベルで考慮されるものである。

もうひとつの意味は、行為支配の有無は、構成要件を基準として判断されるものだということである。そこで、たとえば、強盗罪のようないわゆる結合犯の場合にも、事実の一部についての支配が個別的に論じられるべきではない。くりかえし指摘したとおり、共同正犯の成立如何は、犯罪論上、構成要件該当性の問題であって、正犯概念、共同正犯概念は当然のことながら構成要件関係的に構成され、論じられる。³⁶⁾

さらに、ここから行為支配を認めるための要件を導くことができるだろう。すなわち、共同正犯は、事実的寄与をもって犯罪実現に関与する者である。事実的寄与は、精神的・心理的寄与では足りず、事実としての寄与が客観的に存在することと、事実を実現するための寄与であるということを意味している。事実を実現したという評価が行為支配の存在とは表裏をなすことになるから、事実を形成する有形的事実としての寄与が要請されるというべきなのである。なぜなら、構成要件は一種の行為類型としての評価に密接に結びついているものであって、構成要件該当事実を客観的事実として「形成」することが、構成要件該当事実の実現といわれるものであろうからである。精神的・心理的寄与は、いまだ「形成」という実体的作用そのものと評価することはできないであろう。

事実的寄与をもって関与し、犯罪構成要件該当の事実を実現した者が共同正犯である。構成要件該当の事実を実現したといえるためには、その寄与の実質的重要性によって、事実の惹起そのものの如何、事実の中核的部分の事象経過如何を左右することができる場合でなければならぬ。このように「行為支配論」を構成することによって、本論で考察したさまざまな論点に、統一の視点からの解決を与えることができるのである。

本稿では、近時の判決例を契機として、共同正犯をめぐる諸問題について、その意義を明らかにすることをめざした。その成果は不十分なものであるが、問題の一端は示し得たものと思う。他日より立ち入った検討を行うことを期して、今は、行為支配論を応用することによってこうした問題への解決の示唆が与えられること、また、行為支配論によって、正犯を統一的に考察する視座がもたらされることを強調して、結論に代えたい。

(1) これは、いわゆる「オウム真理教」関連の諸事件において、「教祖」たる立場の者を法的にどのように評価するかという問題にも関連するところがあり、その意味で現代的な意味ももっている。林幹人「正犯の内容——正犯と狭義の共犯の区別」研修六〇一—三頁以下参照。

(2) 最決平成四年六月五日刑集四六卷四号二五四頁。なお、本決定については、橋本「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否」平成四年度重要判例解説(ジュリスト一〇二四号)一六六頁参照。解説として、小田正持・法曹時報四六卷一〇号一七六頁以下参照。

(3) 高橋則夫「共同正犯における過剰防衛の成否の判断方法と他の共同正犯者に及ぼす影響」法学教室一四八号一一二頁、園田寿「過剰防衛と共謀共同正犯関係」法学教室一五〇号判例セレクト'92三二頁、川端博「共同正犯と過剰防衛について」研修五四〇号二二頁、曾根威彦「共同正犯における過剰防衛の成否」判例評論四一〇号四一頁、前田雅英「殺人罪と共同正犯」警察学論集四六卷一〇号四七頁など。

(4) 前掲の調査官による最高裁判例解説では、狭義の共犯におけるいわゆる要素従属性の問題が詳しく論じられている。最高裁判所の判断に際してこの問題が考慮されたことを推認させるが、既に述べたように、これは共同正犯の正犯としての評価を十分に反映しないものであるといわなければならない。共謀共同正犯が、犯罪実行行為を現実遂行して犯罪の主たる実現者と目される者と、実行行為を分担しない教唆ないし帮助的関与者とに分裂する傾向があることが、こうした配慮の背景にあるものと思われる。しかし、共同正犯が共謀共同正犯の意味に解されるとしても、依然として共同正犯は正犯であって、法文上も、あくまで各関与者が同等の正犯として取り扱われることが前提であるから、実行行為担当者とそれ以外の者との間の従属関係を問題とすることは共同正犯の本質から外れる議論であるといえよう。一方で、共同意思主体と、各関与者個人との間の従属関係を論じることが、共同意思主体の観念性について先に指摘した問題があり、これも採用することはできない。対等者間であっても狭義の共犯と同様の従属性を論じる余地があったくないわけではないが、それを従属性の名で呼ぶのは妥当ではない。共同正犯という正犯形式の本質を反映する形で、何が共同されるのか、反対からいえば、何を共同にした場合に共同正犯とされるのか、が問われるべきである。その場合には、積極的に共同されるものとして違法性・責任にかかわる要素が想定されるのであって、共同正犯の成立如何とは相対的に独立した要素として関与者相互に従属関係が存在するわけではない。このことは本文でも後に詳述するとおりである。

(5) 狭義の共犯従属性の議論が正犯による構成要件実現に対して間接的に関与する者の取り扱いに関する理論であるのに対し、共同正犯は直接正犯であるといういかたもできる。この直接性は、共同正犯が犯罪事実実現に対して有する惹起力の側面の重要性を示すものである。すなわち、犯罪事実を惹起するための実質的寄与を、共同正犯性の根拠として重視すべきである。

(6) このような「修正」は、既に、実行行為を概念の実質化という形で行われている。実行行為とは、構成要件の結果発生の実質的危険性のある行為である、とする立場である(たとえば、福田平『全訂刑法総論(第三版)』(一九九八)二四五頁)。ここでは、実行行為の「一部」分担が要件ではなく、実質的にみて、行為者の行為自体が構成要件該当事実実現のための必要十分な寄与としてとらえられる。

(7) 最判平成六年二月六日刑集四八巻八号五〇九頁。本判決について、野村稔「共同正犯と正当防衛の成否の判断方法」法

- 学教室一七七号七二頁、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」平成六年度重要判例解説（ジュリスト一〇六八号）一四二頁、井田良「数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、一部の者の行為が過剰防衛となった場合に、他の者については正当防衛の成立を認めた事例」法学教室一八六号判例セレクト95三四頁、川端博「共同正犯と正当防衛・過剰防衛の成否」研修五七八号三頁、船山泰範「正当防衛の共同と侵害終了後の共謀」判評四四八号六九頁など参照。
- (8) 最決平成元年六月二六日刑集四三卷六号五六七頁参照。ほとんど、共同正犯の中止が認められる場合と重なるであろう。
- (9) 指摘されているように、この判決に関連していえば、「反撃行為」自体が既に相当性を欠き、過剰防衛とされる場合であったらどうかか問題である。正当防衛行為と積極的加害行為との結合ではなく、過剰防衛行為と積極的加害行為との結合であった場合、ここに示された考え方が同様に適用されるであろうか。この場合、侵害現在時と侵害終了後とに分けることが妥当であるかどうかは疑問である。しかし、結論だけをいえば、本文のような考え方は、結局論理的には、同じく当初の共同実行の意思がどの範囲までを包摂していたかにかかわって、共同正犯の成立範囲を画することになる。もちろん、その場合でも、過剰防衛の成否は各関与者において個別的に考察されるべきである。
- (10) もっとも、正当防衛の成立に防衛意思は不要だとする立場からは、客観的に防衛行為にあたる行為の実現を認識していればよい。しかし、この場合には、なおさら、「正当防衛」事実にあたることを認識する必要はないといえよう。
- (11) この問題に関する文献は枚挙に暇がないが、比較的最近のものとして、ドイツについては Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994: StGB Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 8. Lieferung, 1993, § 25. を参照。最近までの日本の議論をまとめたものとして、亀井源太郎「共犯の『内側の限界』・『外側の限界』上・下」東京都立大学法学会雑誌三七卷二号・三三三頁以下、同三八卷一号五三七頁以下をあげておく。
- (12) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ（総論）』昭和四九年・三六九頁以下。
- (13) 下村康正『犯罪論の基本的思想』昭和三五年・一八三頁以下、『共謀共同正犯と共犯理論（増補版）』昭和五八年など参照。
- (14) 西原春夫『刑法総論』昭和五年・三四三頁以下。
- (15) なお、この問題については既にさまざまに論じられているので、ここで詳細を述べることはしない。最近の学説の状況に

ついてさしあたり、「特集・共謀共同正犯理論の総合的研究」刑法雜誌三一巻三号をあげておく。

- (16) 植松正「共謀共同正犯」(日本刑法学会編『刑法講座 第四巻 未遂・共犯・罪数』昭和三八年)一一七頁。
 - (17) 小暮得雄「共謀共同正犯の意義」別冊ジュリスト『刑判判例百選Ⅰ第四版』平成九年・一五〇頁参照。
 - (18) 大野平吉「共同正犯と幫助犯(2)」別冊ジュリスト『刑判判例百選Ⅰ第四版』平成九年・一五四頁参照。
 - (19) 橋本「共謀共同正犯と行為支配論——団藤説を中心に——」一橋研究・一一巻一—二頁以下。
 - (20) 橋本「行為支配論の構造と展開」一橋大学研究年報『法学研究・一八』一九八八年・六九頁以下。
 - (21) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』平成二年・四〇〇頁(注二八)では、共同正犯と間接正犯とは本質的に異なるものであるとの認識が示されているが、これは二つの側面から、この「意見」の趣旨との齟齬が問題になる。第一に、共同正犯を正犯としての統一的視点から概念構成しようとする観点からは、共同正犯と間接正犯とは本質的に異なるものであるということとはできないということである。しかし、これは相対的な問題であるから、共同正犯を間接正犯と同様の構成によって正犯と認めることができないのは当然である。ただ、そうすると第二に、こちらの方が重要であるが、この「意見」に示された考え方が間接正犯の基礎づけとどのように異なるかが問題になる。
- 行為支配論と間接正犯類似の構成とを包括的に取り扱うことには、この意味で正確さを欠くところがある。逆に、団藤意見の「行為支配」は、わたくしの立場からは行為支配論の考え方ではなくて、あえて間接正犯類似の構成として位置づけるのがふさわしいように思われる。
- (22) 井田良「正犯概念」法学教室一三七号・二七頁以下参照。
 - (23) 後述のように、「共謀共同正犯」を「実行共同正犯」以外の、すなわち実行行為の分担なしに共同正犯の成立を肯定する場合を指すものとして使用するのには適當でないと思う。共謀共同正犯の問題点は一にかかって「共謀」による共同正犯を認める点にあるからである。
 - (24) 平野龍一『刑法Ⅱ』昭和五〇年・三九七頁以下。
 - (25) ただし、既に述べたように、「共謀」によってそのような正犯としての法的評価を實質的に根拠づけることができるかと

いう点は、さらに考えてみなければならない。

(26) 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古希祝賀論文集上巻』平成二年・三六一頁以下。

(27) さらに、形式的・外形的にいえば、間接正犯は実行行為をすべて自分で行うが(狭義の)共犯にもならないという場合を含むことになる。

(28) 「正犯意思」と「正犯者意思」とが同じであるか、また、その実体として何が考えられているかについては、これらの判決からは十分明確にならない。しかし、本判決においては本来的に正犯としての自覚があるかどうかが問題であると思われる。(29) ただし、この判決自体は、被告人の行為が実行行為であるかどうかについて微妙な表現をとっており、覚せい剤の「使用」という構成要件解釈において、被告人の行為が実行行為とみなされるためには主観的な意図の点でも積極的なものが必要であるとする解釈をとっているように思われる(中森喜彦「実行行為を行う従犯」判タ五六〇号六八頁およびそこに挙げられた判例評釈を参照)。

(30) ライヒ裁判所時代の有名な「浴槽事件」(Badewannenfall RGSt 74 84)や、連邦通常裁判所の「スタシンスキー(Staschynski)事件」(BGHSt 18, 87)を参照。なお、ドイツにおけるこの問題に関する最近までの判例の動向については、前掲注(15)にあげた橋本「行為支配論の構造と展開」の中で検討したほか、さしあたり、堀内捷三・町野朔・西田典之編『判例によるドイツ刑法(総論)』昭和六十二年・一九〇頁以下(西田典之執筆)を参照。なお、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994, S. 546 ff. 参照。

(31) ドイツ刑法典の条文は次のとおりである。

§ 25 Täterschaft.

(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.

(2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

これによつて、単独正犯、間接正犯、共同正犯の三形態が正犯の概念の中に包摂されることが、法文上明確に規定されたことになる。新条文下における共同正犯の考え方については、Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., S. 622 ff. 参照。

(32) 林幹人「共犯の因果性——心理的因果性を中心として——」同『刑法の基礎理論』平成七年一五九頁以下（初出は警察研究六二卷三、四、五、七号）参照。

(33) ドイツ刑法典が正犯の定義規定をおいたことは既に指摘したが、一九七四年の改正刑法草案が二六条、二七条に正犯・共同正犯の定義規定を置いていることも指摘できる。これは、とくに二七条二項で共謀共同正犯を明文化することが問題視されてきたものであるが、そのことの当否はとして、立法形式自体としては、このような定義規定を置くことが望ましいといえるであろう。

(34) Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl. 1994, S. 275 ff.

行為支配論については、前掲・橋本「行為支配論の構造と展開」で詳細に検討したが、さらに、共同正犯との関連では、橋本「共同正犯の行為支配的構造と共謀共同正犯論」一橋論叢一〇四卷一号六〇頁以下を参照。本節の記述は、性質上これら先行論文の内容と重複する部分がある。

注(6)で述べたように、実行行為概念そのものを実質化すれば、各関与者はその実質的実行行為を行うことによって犯罪事実を全体として実現する者であることになる。本文において、正犯行為を実行行為とは別個の事実的寄与として構成するのは、このような実質化が構成要件の行為の定型性を弱めることをおそれるからである。本稿の主題ではないが、間接正犯の諸問題などに影響するものと思う。

(35) このような因果的寄与を実行行為とよぶか、事実的寄与とよぶか自体は名称の問題であるが、注(34)でふれた問題のほか、実行行為をいかに実質化しても完全に構成要件の定型を離れることはできないから、事実的寄与として実行行為と区別した場合と一致するわけではない。

なお、事実的寄与として、客観的に犯罪事実形成に関与することは、正犯としての直接性を強調する立場からは、必要な要件であろう。精神関係によって正犯性を考慮しようとする最近の提案（前掲注(一)・林・八頁以下）に対しては慎重にならざるをえない。

(36) ついでにいえば、ここから、共同正犯の成立如何と実質的違法性の問題とは独立して考えられるべきだという結論になる。

反対にいえば、支配の対象として、構成要件該当事実のみが想定されているのであって、法的意味で共同される事実は構成要件レベルの評価として理解される。これは本文の中で論じたとおりである。行為支配論は、まさしくそのような要請を理論的に根拠づけるものである。