

氏名 (生年月日)	<small>ミズ オチ シン スケ</small> 水 落 伸 介 (1986年3月16日)
学位の種類	博士(法学)
学位記番号	法博甲第120号
学位授与の日付	2017年3月16日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項
学位論文題目	共同正犯論の再構成
論文審査委員	主査 只木 誠 副査 鈴木 彰雄・曲田 統

内容の要旨及び審査の結果の要旨

I. 論文の主題と構成

水落伸介氏より提出された博士学位(甲)請求論文「共同正犯論の再構成」の構成は以下の通りである。

序章 はじめに

第1章 背後者の正犯性について

—「正犯の背後の正犯」は認められないか?—

I 序

II 日本における間接正犯の周辺問題

- 1 責任無能力者の利用の場合
- 2 過失行為の利用の場合
- 3 異なる故意の利用の場合
- 4 いわゆる「道具」の利用の場合
- 5 判例
- 6 小括

III ドイツにおける間接正犯の周辺問題

- 1 総説
- 2 禁止の錯誤に基づく間接正犯
- 3 「具体的行為の意味」に関する錯誤に基づく間接正犯
- 4 組織的権力機構に基づく間接正犯

- 5 判例
- 6 小括
- IV 検討
 - 1 日本の議論への還元
 - 2 私見の有用性
- V 小括

- 第2章 共謀共同正犯の構造について
 - I 序
 - II 共謀共同正犯に関する判例の状況
 - 1 判例の概観
 - 2 判例の立場
 - 3 小括
 - III 共謀共同正犯に関する諸学説
 - 1 否定説
 - 2 肯定説
 - (1) 共同意思主体説
 - (2) 接正犯類似説
 - (3) 行為支配説
 - (4) 重要な役割説
 - 3 小括
 - IV 検討
 - 1 諸学説に対する考察
 - 2 「共謀」概念について
 - V 小括

- 第3章 共謀の射程について
 - I 序
 - II 裁判例の考察
 - 1 共犯の成立を肯定した事例群
 - 2 共犯の成立を否定した事例群
 - 3 分析
 - III 検討
 - 1 「共謀の射程」の意義
 - 2 「共謀の射程」の判断基準

3 試論の展開

IV 小括

第4章 我が国の裁判例における共同正犯と狭義の共犯との区別について

I 序

II 審級により判断の分かれた2つの裁判例

- 1 東京高判平成25年2月20日東高刑時報64巻1～12号62頁（①事例）
- 2 東京高判平成25年5月28日判タ1418号165頁（②事例）

III 検討

- 1 裁判例の一般的傾向と文献による評価
- 2 「正犯意思」の内実
- 3 裁判例の考察

IV 小括

第5章 共同正犯における「重要な役割」についての一考察

—いわゆる「実行段階における本質的共働」の要否を巡る議論を素材として—

I 序

II ドイツにおける議論状況

- 1 判例
- 2 学説
 - (1) 予備段階における共働で足りるとする諸説
 - (2) 実行段階における本質的共働を要するとする諸説

III 検討

- 1 諸学説の分析
 - (1) 予備段階における共働で足りるとする諸説
 - (2) 実行段階における本質的共働を要するとする諸説
- 2 自説の展開
 - (1) 「重要な役割」の構成要件関連性
 - (2) 「重要な役割」と機能的行為支配
 - (3) 「集団の首領（Bandenchef）」の取り扱いについて

IV 小括

終章 本稿の結論

II. 本論文の概要

1. はじめに

我が国の現行刑法 60 条は、「2 人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」として、共同正犯に関する規定を置いている。これについては、従来、同条の適用が肯定されるためには、主観的要件としての「共同実行の意思」と客観的要件としての「共同実行の事実」とが必要である、とするのが伝統的な理解であったが、判例の展開とともに、実行行為（構成要件該当行為）の一部分担は共同実行の事実を認めるための不可欠の要件ではないとする見解が次第に有力となったことは周知の通りである。これがいわゆる共謀共同正犯是認論であるが、ここでは、客観的な共働の事実の認定が不十分である分、主観面としては実行共同正犯における共同実行の意思（意思連絡）が認められるだけでは足りず、いわば付加的な要件として「共謀」が認められなければならないとされてきた。現在では、これに異を唱える共謀共同正犯否定説も一部で有力に主張されているものの、判例実務はもとより学説においても、共謀共同正犯是認論それ自体は大方の賛同を獲得し、今日に至っている。ただ、この共謀共同正犯是認論が定着したために、実務において共同正犯の成立範囲は著しく拡大することとなり、それと同時に、必然的に狭義の共犯の成立が認められるのはごく例外的な場合に限られるという現象が生じていることもまた周知の事実である。

ところで、実務で共謀共同正犯の成否が問題となる場合、その罪責が問題となる、行為分担を行わない関与者は、いわゆる黒幕重罰論に基づいて重く処罰されるべきと考えられるような背後者であることも多いように思われるが、支配・被支配関係（上下関係）が明確な事案を念頭に置く限り、そのような背後者の正犯類型としては共同正犯よりも間接正犯に近いものではなからうか。もちろん、もともと共謀共同正犯論の意図が、構成要件該当行為を自らは行わない背後者を正犯として重く処罰しようとした点にあった以上、そのような背後者を間接正犯ではなく（共謀）共同正犯として処罰してきたことは、歴史的経緯からすれば当然ではある。しかしながら、共同正犯については、「相互利用補充関係に基づく一部実行全部責任」という法理にも表れているように、関与者全員が一心同体のように結合する点にその最大の特徴があるはずである。それにもかかわらず、従来の共同正犯論の動向を観察してみると、こうした一体性という観点からは説明し難いように感じられる範囲にある関与者をも、「共謀」という概念を用いて一括りにすることを通じて、共同正犯者として処罰しようとしている傾向があることを否定できないように思われる。しかし、そのような傾向は、関与類型として共同正犯、教唆犯および幫助犯とを並列的に規定している現行刑法典との関係で、見直されるべき段階に至っているのではないだろうか。

本稿において、筆者の目指すところは、このような疑念に基づき、日本とドイツにおける正犯論について、それぞれの学説・判例を比較法的に検証するとともに、この作業を通して、間接正犯、共謀共同正犯等を中心とした正犯論について新たな見地からの解釈の道を探るという点に存する。

2. 背後者の正犯性について（第1章）

以上のような問題意識から、筆者は、第1章では、はじめに、本稿の基礎研究として、間接正犯が問題となる諸類型に対して個別的な検討を加えることによって、現在の日本においてもいわゆる「正犯の背後の正犯」論を肯定することができるかについて、その可能性を模索する。次に、「正犯の背後の正犯」論により多くの目が向けられ、より活発に議論がなされているドイツの状況を精査して同理論の射程について考察し、翻って、その成果を、複数人関与の形態になる犯罪の解決の多くを共謀共同正犯論に依って行おうとする現在の我が国の議論へと還元して、我が国の通説および判例実務を批判的に考察するとともに、ドイツの論者が主張している「行為支配の段階づけの原理」を容れることによって、わが国における共同正犯論および間接正犯論はより適確理論構成へと導かれることが可能となるとする。すなわち、具体的には、筆者は、共謀共同正犯論に立った解決が真に妥当するのはいわゆる対等型といわれる場合のみであって、いわゆる支配型に妥当するのはまさしく「正犯の背後の正犯」の理論であると唱えて、以下における考察・検討を通じてこれを論証しようとするのである。

なお、「共謀共同正犯」として構成する場合と、「正犯の背後の正犯」として構成する場合とは、必ずしも同一の結論に達するとはいい難い場合が存在するであろうことには注意を要するであろう。例えば「暴力団組長Aは、Cを殺害するよう同組員Bに命じ、拳銃を手渡した。しかし、Aは自らも拳銃を携えたうえで、Bとは別個にC殺害現場へ出向いた。Bはそこで、Aの命令通りに上記拳銃を発射し、結果としてCは死亡したが、実はBと同時にAも自らの拳銃により弾丸を発射していた。なお、Cの直接の死因はBではなくAの弾丸が命中したことによるものであることが、証拠上、明らかであった。」というように、間接正犯者が行為媒介者の利用行為後に自らも（当初の共謀内容に反して）直接実行行為を行い、当該行為によって結果を発生させたような場合に、もし従来のように「共同正犯」として処理するならば、Cの直接の死因がAの弾丸の命中によるものであるか、Bの弾丸の命中によるものであるかは、結論を何ら左右しない。それゆえ、A・B両名ともに殺人既遂罪として処罰されることは明らかであろう。これに対して、筆者の採るように、本件を「共謀共同正犯」としてではなく「間接正犯」として構成し、Aの射撃行為を「単独正犯」として理解するならば、直接行為者Bの行為それ自体からC死亡の結果が発生してはいないから、Bはせいぜい殺人未遂にとどまることになる一方、Aは当然に殺人既遂となることとなる。

3. 共謀共同正犯の構造について（第2章）

さて、このような考え方を基礎として、第2章では、筆者は、これまでの共謀共同正犯に関する判例の動向を概観することを通して、練馬事件大法廷判決当時においては明確に区別されていたようにも思われる「共謀」と「意思連絡」との相違が、近時においては非常に曖昧なものとなってきているのではないかという疑念を指摘する。そして、そのような認識を前提として、実行共同正犯とは異なり、共謀共同正犯においてのみ付加的に「共謀」をその成立要件とすることの是非について批判的検討を加え、実行共同正犯におけるのと同様に、共謀共同正犯における主観的要件として

も、付加的な「共謀」要件は不要である旨を主張するのである。そのように考えるとして、では、その場合には、いかにして共同正犯の成立範囲の拡大に歯止めをかけるのかが問われることになるが、これについては、筆者は、伝統的な共同意思主体説と近時有力であると思われるいわゆる重要な役割説とはそれぞれの主張が決定的に異なるというわけではなく、いずれも正犯性の要件として「重要な役割」を要求しているという点で共通の考え方を基礎に置いているのであり、そのことに鑑みると、むしろ共同正犯の客観的要件である「重要な役割」の内実を探ることのほうに力点が置かれるべきであり、そこに今後の議論の方向性が見出されなければならないとする。

ところで、この「共謀」に関連しては、いわゆる「順次共謀」を認めるのが現在の判例の立場である。しかしながら、共同正犯の共働現象は、共同行為者が結合して「一体となっている」とでもいべき性質のものであるとする筆者の見解によれば、このような順次共謀に基づく（共謀）共同正犯の成立を例外なく肯定することには疑問を差し挟む余地があるという。というのも、順次共謀によって結びつけられた関与者らの間には何ら面識すらない者が含まれていることもあり得るのであり、このような場合にはもはや「一体性」は認められないように思われるというのである。

4. 共謀の射程について（第3章）

そこで、この「重要な役割」の内実を探るための前提として、第3章では、いわゆる「共謀の射程」についての検討と、これをもとにした広義の共犯（もっとも、検討の中心はあくまでも共同正犯である）における因果性の内容について考察が加えられている。裁判例の分析を通じて得られる筆者の見解によれば、過剰な結果を惹起した行為者側の認識と、その他の共謀者における認識とに区別して検討すべきであるが、理論上は、まず、その他の共謀者が当該過剰結果の発生を認識・予見していたかどうか問題となり、これが否定されるならば、すでに当該過剰結果は共謀の射程外となること、他方、当該過剰結果の発生の認識・予見が肯定されたとしても（心理的因果性が否定されなくても）、過剰な結果を惹起した行為者の側において、当初の共謀にしたがって犯罪を実行したという意識がないならば、やはり、当該過剰結果は共謀の射程外となることが各々論証されなければならない。

そのうえで、仮に共謀の射程という議論が、「ある被告人に予知されることなく犯行に関与するに至った者の行為により惹起された結果をも当該被告人に帰属可能か否か」という問題にも応用可能であるとすれば、これまで判例が当然のこのように認めてきたとりわけ順次共謀についても、改めて検討してみる必要性が生じよう。例えば、3人以上から構成される関与者らのうちの1人が他の1人と通謀関係がない場合であっても、それらが順次共謀によって結びついているときには全員が共同正犯となるとする判例の立場に対して、筆者は批判的な検討を加え、従来の裁判実務における「共謀」に関する主張・立証の在り方に意義を唱える。すなわち、前述のような判断基準にしたがって第三者の介入（およびその者の行為によって惹起された結果）が共謀の射程外と評価されることにより順次共謀が否定された場合には、全共犯者が1つの共同正犯を形成するのではなく、複数の共同正犯が複合的に存在するものと解すべき、とするのである。

そして、このように、共謀の射程すなわち（意思連絡の存在に基づく）心理的因果性の及ぶ範囲について、これを限定的に解さざるを得ないとすれば、このことは、発生した結果との関連においてのみならず、そもそも「誰が本件犯行に関与するのか」という人的範囲との関連においても何ら異なるところはない。そうであるならば、そもそも心理的因果性を生ぜしめる「意思連絡」とは結局のところ何であるのか。筆者によれば、その点についても問われなければならないであろう。

5. 我が国の裁判例における共同正犯と狭義の共犯との区別について（第4章）

この点を明らかにするために、第4章においても、第3章に引き続き、日本の裁判例を分析することを通じて、意思連絡の内容についての考察が続けられる。そこでは、比較的最近の裁判例の中から審級により判断の分かれた2つの裁判例をはじめに取り上げているが、「実行行為の一部を分担するなど、客観的な役割が比較的重要な場合であっても、たとえば背後者の命令でやむを得ずに従っているなど、犯行に関与する態度ないし動機がきわめて消極的・従属的なものにとどまる場合には、共同正犯の成立を否定して幫助犯にとどめるべきだ」という発想が説得的であるとすれば、裁判実務に堅く根付いているとされる「正犯意思」という観点を一切切排除しようとすることは適切な手法ではなく、この要件を受け入れたうえで、これに理論的意義を付与することこそが採るべき途であると筆者はいう。具体的には、筆者の主張にかかるのは、共同正犯の客観的成立要件としては「重要な役割」の存することが要求されるべきである一方、主観的要件としては、第2章における見解によって維持されるように、「共謀」は不要であって「意思連絡」で足りるという点であり、ただこの「意思連絡」については、「共犯者間の単なる心理的結びつき」ないし「単なる相互認識」という程度の弱い意味として理解されるべきではなく、「一体となつての共同犯行又は共同実行の認識」とでもいべきいわば「緊密な意思連絡」を意味するものであることを確認したうえで、いわゆる「正犯意思（「自己の犯罪」を犯す意思）」とはこのような「緊密な意思連絡」そのものを構築する概念であると捉えることができるというその可能性の点である。すなわち、この正犯意思を関与者各々が有していることによつてはじめて、実行共同正犯と共謀共同正犯とに共通の主観的要素である「緊密な意思連絡」は当該関与者間に構築されることになるのである。

このように近時の学説と実務家の見解との調和を図りつつも、筆者は、しかし、客観的要件としての「重要な役割」と主観的要件としての「緊密な意思連絡」とは少なくとも理論的には区別されるべきであると指摘する。したがって、共同正犯の成立要件は、「正犯意思」と「重要な役割」の双方から構成されなければならない。そして、このように解することによつて、「従来の裁判例がしばしばそうであったように、客観的事情と主観的事情とを併せた総合考慮によつて共同正犯性が判断されることの帰結として、種々様々な考慮要素のいずれが、いかなる意味において『正犯性』判断に影響を与えたのかが見えにくくなってしまい、ひいてはこの点がいわばブラックボックスと化してしまう」という事態を回避することができるとしている。

また、正犯意思の存否を判断するに際して、種々様々な事情が間接事実として取り上げられることは不可避ではある。もっとも、多くの裁判例が考慮要素の1つとしている「利益」要素について

は、これを「正犯意思」を認定するための一事情として考慮することまでは事案によってはやむを得ないとしても、「利益」要素の充足によって「重要な役割」の不存在が補われることはなく、このことは財産犯においても同様であると解される。要するに、「利益」要素の存在はいかなる意味においても「重要な役割」とは結びつき得ないと筆者は指摘するのである。

6. 共同正犯における「重要な役割」についての一考察（第5章）

以上が共同正犯の主観的成立要件に対する検討であるが、第5章では、筆者がもう一方の客観的成立要件として位置づけている「重要な役割」についての考察が展開されている。概要は、次の通りである。すなわち、共謀共同正犯論の主要問題は、「共謀に参加しただけで共同正犯たり得るか」という点ではなく、「実行行為そのものを行うことが共同正犯の客観的成立要件として不可欠であるか否か」という点にあると考えられるが、この問題と関連して、ドイツでは判例・学説いずれにおいても、とりわけ、実行段階における本質的な共働を要するのか、それとも予備段階における共働で足りるのかという点をめぐって見解が激しく対立している。これらのうち、実行段階における本質的な共働を要するとする見解にあっても、必ずしも実行行為そのものにおける分担までもを要求してはならないため、もしもこのような理解に依れば、我が国における共謀共同正犯是認論に立ちつつ、あくまでも実行段階における本質的な共働を要求すること自体は理論的に可能ということになる。そして、仮にこのように考えることが妥当であるとすれば、それによって共謀共同正犯の成立範囲は直ちに大幅に限定されることとなり、「判例による共同正犯の過度な拡張」に歯止めをかけることは比較的容易に達成されることともいえよう。しかし、果たしてこのように考えることが妥当であるかは検討の余地があるところであり、結論としては、そのような限定方法を採用することはできない、と筆者は結論づける。とはいえ、この「寄与の時点」という観点が共同正犯の成立範囲の限定指針として有用ではないとしても、ドイツにおける有力な限定説は、単に「実行段階における共働」があるだけでは足りず、当該寄与が構成要件実現にとって「本質的なもの」であることを要求しているのであるから、この点のさらなる分析によって「重要な役割」の内実の解明は一層進むであろう。

それでは、「重要な役割」については、これをどのように理解するべきか。筆者は、これについて次のように述べて、結論的には、以下の2つの基準により共同正犯の成立範囲を画することが肝要であるとする。第1に、我が国において通説的見地であると思われる限縮的正犯概念（制限的正犯者概念）によれば、共同正犯（をはじめとする共犯）は単独正犯に対してその処罰拡張事由として位置づけられることになる。そうであるとすれば、「少なくとも単独正犯性を充足し得る寄与、すなわち構成要件該当行為（実行行為）を一部でも分担すれば、それは例外なく客観的には本質的なもの、すなわち重要な役割に当たる」といわなければならない。この意味で、形式的客観説の発想は基本的に正当である。もっとも、共謀共同正犯是認論の立場を前提にする限り、構成要件該当行為の一部分担が共同正犯の成立を肯定するための不可欠の要件というわけではない。たとえ構成要件該当行為ではなくとも、当該行為を除去すれば構成要件該当結果は発生しないといい得だけ

の危険性を有する行為もまた、これと並んで第一次的な制裁の対象とする必要性が高いであろう。第2には、「その者の行為が欠如したならば、当該犯行が頓挫したであろうといえるほどの寄与」を果たしたことも共同正犯の成立を認めるためのファクターとして重要であろう。この意味で、いわゆる機能的行為支配の発想もまた基本的には正当である。もっとも、既述のように、この要件を充足し得る寄与は「実行段階」におけるそれに限定されない。このうちのいずれかの基準を充足する場合、当該寄与を提供した者は共同正犯者である、と。

Ⅲ. 本論文の評価

我が国においては、判例においても学説においても、いわゆる黒幕重罰論に基づいて、共謀に基づく共同正犯を広く肯定する傾向にあり、必然的に狭義の共犯が認められる範囲は極めて制限されているといえる。本稿は、この現状を批判的に検討し、共謀共同正犯の構造や共謀の射程を明らかにし、それにより正犯と共犯を区別する基準を示すことを意図したものである。具体的には、筆者は、主観的には「正犯意思」があるか、客観的には「重要な役割」を果たしたか否かをもって正犯と共犯は決せられるとし、そして、この「重要な役割」については、我が国とドイツの学説についての詳細な検討の結果、少なくとも単独正犯性を充足し得る寄与、すなわち構成要件該当行為（実行行為）を一部でも分担すれば、それは例外なく客観的には本質的なもの、すなわち「重要な役割に当た」るのであり、「その者の行為が欠如したならば、当該犯行が頓挫したであろうといえるほどの寄与」があることとあわせて、その判断の基準となるとする試論を提示している。

現在の共犯論を判例・学説に配慮しつつ総括し、そのうえで主張されるこのような筆者の見解には一貫性があり、また、解釈学的にも1つの正論であると思われ、学界の共犯論の発展にとっても有意義な視座を提供する論稿となっていると思われる。

とはいえ、そのようななか、本稿には少なからず課題があることもまた否めないところである。今後の課題として考えられる点につき、以下、そのいくつかを指摘しておきたい。

第1に、本稿では、あくまでも共同正犯に主眼が置かれているため、いわゆる支配型共謀共同正犯は共同正犯ではなく間接正犯の領域へと移置されるべきことを主張しつつも、「正犯の背後の正犯」を認めるための具体的な要件、換言すれば、間接正犯の正犯性要件についてはほとんど検討を加えることがなされていない。そもそも支配型と対等型とは相対的なものであって截然と区別し得るわけではないところ、間接正犯に関する明文規定を持たない我が国において、間接正犯について、これをどのような要件に基づき、いかなる範囲で認めることができるのかについて明らかにすることは重要であり、その解明は劣後しないであろうと思われる。

第2に、共謀の射程と呼ばれている議論を応用し、順次共謀の成立範囲を限定的に解すべきとの主張に対しては、結論の妥当性を根拠とした批判が予想されよう。また、順次共謀を否定した場合に、どのように（再）間接教唆の事例と結論との整合性が図られるかも疑問となり得よう。

第3に、筆者は、共同正犯の主観的要件である「正犯意思」と客観的要件である「重要な役割」

とは明確に区別されるべきであるとする理解を前提に、客観的に重要な役割を果たしていたとしても正犯意思の不存在により共同正犯の成立が否定される場合のあり得ることをあわせて指摘しているが、それはどのような事例においてであるかについては明確にされていないように思われる。また、「密接な意思連絡」にいう「密接性」についても事例の例示が必要であり、またそのような意思連絡の形成過程はどのようなものであるのか、その解明が急がれるであろう。そのほか、「その者の行為が欠如したならば、当該犯行が頓挫したであろうといえるほどの寄与」とされるための判断基準は十分であるといえるであろうか。

これらについては、口頭試問である程度の説明や今後の方針について回答を得たが、今後に解決が求められる課題であるといえよう。

とはいえ、このような課題はありつつも、共同正犯については、「相互利用補充関係に基づく一部実行全部責任」という法理にも表れているように、関与者全員が一心同体のように結合する点にその最大の特徴があるはずでありながら、従来の共同正犯論の動向を観察してみると、こうした一体性という観点からは説明し難いように感じられる範囲にある関与者をも「共謀」という概念を用いて一括りにすることで共同正犯者として処罰しようとしている傾向があることを、事例を挙げて指摘し、そのような傾向は、関与類型として共同正犯、教唆犯および幫助犯とを並列的に規定している現行刑法典に立ち戻って見直されるべき段階に至っているとの主張は、理論的には十分に説得的であり、判例実務上に反省を迫る一石を投じるものであらうと思われ、そこに本稿のオリジナリティと筆者の意欲を見いだすことができると思われる。

IV. 結論

本稿は、共犯現象の多くが共謀共同正犯として処理され、実行共同正犯との区別も必ずしも明らかではない我が国における実情のもと、とりわけ共謀共同正犯の一部についてはこれを「正犯の背後の正犯」として共謀共同正犯とは区別して論じるべきであるとし、間接正犯、共謀共同正犯等を中心とした正犯論について新たな見地からの解釈の道を探ることを試みたものであり、刑法解釈学上の十分な知識のもと、筆者の構想、意図するところも十分に披瀝されており、正犯論の研究に新たな視点を根付かせようとする気概にあふれた意欲的な論稿である。

以上を総合的に判断するに、審査委員一同の意見として、この度水落伸介氏より提出された本論文は博士（法学）の学位を授与するに値するものであると思料する次第である。