

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。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てい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、そこでは、客観的な共働が不十分である分、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。現在でも共謀共同正犯否定説は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。ただ、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。

以上のような問題意識から、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「正犯の背後の正犯」論を肯定していくことの可能性を模索する。次に、その理論の射程を把握するため、同理論に関する問題がより活発に取り上げられているドイツの議論状況に着目しつつ、そこで得られた知見を日本の議論へと還元し、複数人関与形態における犯罪の多くを共謀共同正犯論によって解決しようとしている現在の日本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」を提唱することによって、共同正犯論および間接正犯論を、より適確な理論構成へと導くことを試み

る。具体的には、共謀共同正犯論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理論は、まさしく「正犯の背後の正犯」論である、ということ論証する。

なお、付言すると、「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するように思われる。それは、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。そして、結果として C は死亡したが、C の直接の死因は B ではなく A の弾丸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である。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 の弾丸によるものであるか、B の弾丸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、私見のように、本件を「共謀共同正犯」としてではなく「間接正犯」として構成することによって、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。

このような考え方を基礎として、第 2 章では、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によって、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読める「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たのではないかという点を指摘する。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対し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。そのように考える場合、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ざるを得ないが、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が決定的に異なる見解というわけではなく、いずれも正犯性要件として「重要な役割」を要求しているという点では共通の考え方を基礎に置いていることに鑑みると、むしろ共同正犯の客観的要件である「重要な役割」の内実を探るべきであるとする今後の議論の方向性が示されるであろう。

ところで、この「共謀」に関連して、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」とでもいうべき性質のものであるとする私見によれば、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が、このような場合には「一体性」が認められないようにも思われるからである。

そこで、この「重要な役割」の内実を検討を加える前に、第 3 章では、いわゆる「共謀の射程」という議論を素材として、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する。裁判例の分析を通じて得られる私見によれば、まず、(A)過剰な結果を惹起した行為者側の認識と、(B)その他の共謀者の認識とに区別して検討すべきであるが、理論上はまず、(B)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を問題とし、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、これが肯定されたとしても(心理的因果性が否定されないとしても)、(A)過剰な結果を惹起した行為者において、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の論証を試みる。

そのうえで、仮に共謀の射程という議論が、「ある被告人に了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。具体的には、3名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・立証の在り方に反省を迫る。つまり、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である。

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。そして、そうだとすると、そもそも心理的因果性を発生させるための「意思連絡」とは結局何か、という点が問われざるを得ないことになる。

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考察する。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、裁判実務に堅く根差しているとされる「正犯意思」という観点を一切切排除しようとするの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考えられる。具体的には、共同正犯の客観的成立要件としては「重要な役割」を要求すべきである一方、主観的要件としては「共謀」は不要であって「意思連絡」で足りるとする第2章における主張を維持しつつ、ただこの「意思連絡」とは、「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」とでもいふべきいわば「緊密な意思連絡」を意味す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として捉えることの可能性を主張する。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ってはじめて、実行共同正犯と共謀共同正犯とで共通の主観的要素である「緊密な意思連絡」が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、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。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る。そして、このように解することによって、従来の裁判例がしばしばそうであったように、客観的事実と主観的事実とを併せた総合考慮によっ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。

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。

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、筆者がその客観的成立要件として位置づけている「重要な役割」について考察する。そこでの問題意識は、概要、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」というものではなく、「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」というもので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・学説ともに、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それ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も、実行行為そのものの分担は必ずしも要求しておらず、この点で、共謀共同正犯是認論の出発点と共通するものがあるため、我が国において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、それによって直ちに共謀共同正犯の成立範囲は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が比較的容易に達成されることになる。ただし、果たしてこのように考えることが結論において妥当であるか否かは検討の余地があるところ、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結論づけられるとしても、ドイツにおける有力な見解は、「実行段階における共働」があることに加え、当該寄与が構成要件実現にとって「本質的なもの」であることをも要求しているのであるから、これに関するドイツの議論を参照することは、「重要な役割」の内実を解明することにやはり資するようと思われる。

それでは「重要な役割」をどのように理解するべきか。結論を述べるならば、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。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）は単独正犯に比して処罰拡張事由として位置づけられることになる。そ

うだとすれば、「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える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ように思われる。すなわち、第2に、「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る。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。