

## 刑事法総合 I (2)

高橋直哉\*

### 3. 第17回 共同正犯

今回のテーマは、共同正犯です。条文では「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」(60条)となっています。刑法典には任意的共犯に関して、共同正犯、教唆犯、幫助犯の3種類が規定されていますが、実務上は圧倒的に共同正犯が多用されています(現在は統計がないですが、状況が劇的に変わっているとは思われません)。どこのロースクールでも、共犯の勉強をするときには共同正犯に重点が置かれており、狭義の共犯についてはほとんど時間を割けないというのが実情ですが、それは、このように実務上はほとんどが共同正犯として処理されていることに大きな理由があります。

ここで、実務ではほとんどが共同正犯として処理されることから、共同正犯をしっかりと勉強しなければならないということの意味を、少し考えてみましょう。なぜ、共同正犯をしっかりと勉強しなければならないのでしょうか? 1つの、世俗的な(しかし無視できない)理由は、試験に出る可能性が高いからです。実務でめったに使われることのない条文

の理解を論述試験で問うというのは、意地悪ですし、センスが悪いと思います。では、このような世俗的な理由以外に、どのような理由が考えられるのでしょうか? すぐに思いつくことは、実務で多用されているのだから、しっかりと勉強しておかないと仕事ができなくなる、ということでしょう。それは、その通りです。実務をしっかりと知ることは、きちんとした仕事するための第一歩でしょう。

しかし、私は、もう少しその先に思いを致してもらいたいと思っています。共同正犯は実務で多用されています。それも圧倒的です。かつての統計と大して違いがないとすれば、共犯関係者の中で、幫助犯は2~3%、教唆犯に至っては1%にも満たない割合しか適用例がありません(しかも、それぞれが適用される犯罪には偏りがあります)。佐伯先生は、教唆犯を「絶滅危惧種」と評しているほどです<sup>22)</sup>。皆さんは、この割合を見て、どう感じるでしょうか? 狭義の共犯は、(共同)正犯に比べて犯罪性が軽微な類型だから、そもそもあまり起訴されていないのではないか、というような見方をする人もいるかもしれません。そのようなこともないわけではないかもしれませんが、それが最大の理由ではないでしょう。一番の理由は、共同正犯を広く認めることが可能な解釈・運用がなされている

\* 中央大学法科大学院教授

ことにあると思います。そのような解釈が良いのか悪いのか、ということについては評価が分かれるかもしれません。否、むしろ分かれて当然でしょう。

さて、皆さん、将来弁護士として被告人の主張を聞いて、実行行為を分担しているわけでもなく、現場にも行ってないが、果たしてこれを共同正犯としてよいものだろうか、という疑問が湧いたとき、どのような弁護をするのでしょうか？ そのときに、実務で共同正犯がどのように運用されているのかについて、正確な理解がなかったとしたら有効な弁護ができるのでしょうか？ 場合によっては、これまでの実務の流れに逆らっても勝負しなければならないと思うような事案に遭遇するかもしれません。そのような場合には、実務のあり方を正確に知った上で、それに対する批判的な視点を提供する必要があるでしょう<sup>23)</sup>。そのようなことのためにも、まずは実務での共同正犯に関する解釈・運用のあり方を正確に知らなければならないのです。敵を攻撃するためには、まず敵のことを知らなければなりません。私は、そのような批判的な視点をもつためにも（あるいは、そのためにこそ）共同正犯をしっかり学ぶべきだと思うのです（そして、このことは、実は、判例・通説とされるもの全般に当てはまることだと思います。もっとも、誤解を防ぐためにあらかじめ注意しておきますが、心情的には判例・通説に納得していなくとも、試験では判例・通説で書いた方が相対的に有利であることは間違いありません。ですから、私は、

常々、試験ではあまり冒険しない方が得策だよと言っています。考えてみれば、資格試験では、採点者には誰が解答したのかもわからず（わかったら大変です）、時間的にも紙幅的にも全く余裕のない状況で起案しなければならないのですから、そんなところで思いのたけをぶつけてみても何の得にもならないでしょう。そのような思いは、実際に働く現場で存分につけてください。試験はそのためのハードルにすぎません。従って、試験では戦略が重要なのです。

脱線がすぎました。話を本筋に戻しましょう。共同正犯を認めることの法的効果は何でしょうか？ 例えば、XとYが、強盗を計画し、Xは暴行を、Yは財物の奪取を分担した場合、XとYは強盗罪の共同正犯となります。Xが暴行罪、Yが窃盗罪となるわけではありません。このように共同正犯が認められると、実行行為の一部しか分担していないにもかかわらず、犯罪全体について正犯としての罪責を負うこととなります。これを「一部実行（あるいは一部行為）の全部責任」と呼びます。また、XとYが、Aの殺害を計画し、それぞれAに向けてピストルを発砲したが、Xの弾丸のみ命中しAは死亡したという場合も、XとYは殺人既遂罪の共同正犯となります。この場合、どちらの弾丸が当たっても両者は犯罪全体について正犯となるのですから、どちらの弾丸が当たったのかわからない場合でも、両者とも殺人既遂罪の共同正犯となります。これに対して、XY間に共同正犯が成立しなければ、弾が当たった方だけが殺人既遂で、当

たらなかった方は殺人未遂になりますし、どちらの弾が当たったのか判明しなかった場合はどちらも殺人未遂にとどまります。このような場合を同時犯と言いますが、これと比較すると共同正犯が重要な意味をもっていることがよくわかるでしょう（ちなみに、同時犯については207条に特例があります。最近議論のある条文なので各論できちんと勉強してください）。

この「一部実行（あるいは一部行為）の全部責任」という共同正犯の法的効果をどのようにして説明するのか、という共同正犯の本質論については、古くから見解の対立があります。1つは、相互利用・相互補充の関係を重視する見方です。2人以上の者が共同して犯罪を実行しようとする意思のもとに、お互いに利用し補充し合って、いわば各自の行為が一体となって犯罪の遂行に結びついたからすべて正犯とされるのである、といった説明がなされています。この考え方は、犯罪共同説と呼ばれる見解と親和性があり、感覚的に言うと、数人が一緒になって1つの犯罪を実行するのが共同正犯である（「数人一罪」）、というようなイメージです。この考え方によると、相互の意思連絡が必要ですから、片面的共同正犯は否定されます（ただし、片面的従犯は肯定される場合が多いので注意してください）。過失の共同正犯も厳格に考えれば否定されそうですが（「過失犯と一緒に実行しようとする意思連絡」というものは想定しにくいですね）、過失犯にも実行行為はあるといって現在では共有されている認識を出発

点にすると、そのような行為を共に行うことについての意思連絡というものは考えられるのではないかといった観点から過失の共同正犯を肯定する立場も有力です<sup>24)</sup>。

これに対して、犯罪実現に対する因果的寄与の重要性を重視する見解も主張されています。例えば、「一部行為の全部責任」が問われるのは、共同実行という、単独正犯よりも類型的に危険な犯行形態において、各人の構成要件実現行為がその物理的因果性ないし心理的因果性により、犯罪実現にとって不可欠といえるほど十分な因果的寄与をして重要な役割を果たし、結果を共同して惹起したからである、といった説明が見られるところです。このような見方は、共同正犯も基本的には各人がそれぞれ自分の犯罪を実現するものだとする（「数人数罪」）行為共同説と呼ばれる見解と相性がよいといえるでしょう。この考え方によると、相互の意思連絡は必ずしも必要とされませんので片面的共同正犯を肯定することも可能だとされます。また、行為を共同にする意思があれば共同正犯を肯定することができるので、過失の共同正犯を肯定することにも理論的な難点はあまりないこととなります。

**【共同正犯の本質……「一部実行（一部行為）の全部責任」の根拠】**

A説：2人以上の者が共同して犯罪を実行しようとする意思のもとに、お互いに利用し補充し合って、いわば各自の行為が一体となって犯罪の遂行に結びつい

たからすべて正犯とされる(→相互利用・相互補充関係の重視[←犯罪共同説的])

B説:「一部行為の全部責任」が問われるのは、共同実行という、単独正犯よりも典型的に危険な犯行形態において、各人の構成要件実現行為がその物理的因果性ないし心理的因果性により、犯罪実現にとって不可欠といえるほど十分な因果的寄与をして重要な役割を果たし、結果を共同して惹起したからである(→犯罪実現に対する因果的寄与の重要性を重視[←行為共同説的])

このようなことはどんな基本書でも書いていますので、皆さん、既に勉強されていると思います。これが重要な問題であることは確かなので、きちんと勉強しておいてほしいのはもちろんなのですが、この問題との付き合い方には多少注意が必要だと個人的には思っています。なぜかという、試験の答案で、共同正犯が問題となると、何はさておき相互利用・補充関係云々と書くものによくお目にかかるのですが<sup>25)</sup>、具体的な事案の特徴も考えずにこのようなお題目を呪文のように唱えるのは考え物だと常々思うからです。先ほど共同正犯の適用範囲は非常に広いということをお話ししました。実際に共同正犯が認められている事例には種々雑多なものがあるので、それらを全部まとめて同じように説明できるかという、私には疑問です。例えば、共謀共同正犯が認められるケースには、対等な立場の仲間が緊密に結びついて犯罪を実行

する場合もあれば、親分子分のような上下関係がはっきりして上位者の指揮命令に基づいて犯罪が実行される場合もあります。前者の場合は相互利用・補充関係で説明するのがしっくりくるでしょうが、後者の場合は因果的影響力の強さに着目した方が納得できるのではないのでしょうか。そのような具体的事案の特性を無視して、1つの理論的な鑄型に無理にはめこもうとすると非常にいびつな感じがするのです。そのようなわけで、共同正犯の本質に関する議論は重要でありきちんと勉強しなければならないけれども、そのいずれかの見解をとれば、実際の事案をすべてきれいに説明できるというようなものではない、ということに留意してほしいと思います<sup>26)</sup>。

このように共同正犯の本質論で具体的に説明できることはあまり多くはなさそうだという認識を前提にすると、より重要なのは共同正犯の成立要件の分析だということになるでしょう。この点に関しては、共同実行の意思と共同実行の事実に分けて説明することが一般的です。実務的には、共謀とそれに基づく実行が必要だとされることが多いでしょう。ここで1つ注意してもらいたいのが、検討の順番です。皆さんは、これまで、犯罪の成否を検討するときに、客観的要素を最初に検討して、その後で故意などの主観的要素について検討するという順番で考えてきたと思います。それに対して、共同正犯の場合には、共同実行の意思(あるいは共謀)という主観面を最初に検討して、その後で共同実行の事実という客観面を検討するという順番になって

います。このように一般的な検討の順序とは逆になっていることには理由があります。例えば、先ほど挙げた、XとYが、強盗を計画し、Xは暴行を、Yは財物の奪取を分担したという場合について考えてみましょう。客観面から検討するとXがやっていることは暴行であり、Yがやっていることは財物奪取ですから、これだけでは強盗の構成要件に該当する事実は認められません。このとき、XとYの行為を合わせて全体について考えないと強盗罪の構成要件に該当しないことがわかります。このように、共同正犯の場合には、その行為の構成要件該当性を判断するときに、関与者間の行為をどの範囲で一緒にして考えてよいのかを、まず決定しなければならないのです。その範囲を決定するためには、関与者が何を一緒にやろうとしていたのかを確定しなければならないこととなります。そのため、共同実行の意思や共謀を最初に検討するという思考の順序になるのです。

さて、これらの要件が満たされるかどうかを具体的事案に基づいて判断することになりますが、その際、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別することがよく行われます。この2つは、実行行為の分担があるかないかで区別されるのですが、60条はこの2つを分けているわけではないですし、どちらも結局は共同正犯であるのならば、端的に共同正犯の要件を具備しているかどうかを問題とすればよいのであって、両者で成立要件が異なると考えるべき理由はないように思われます<sup>27)</sup>。おそらく、実務的には、実行共同正犯であれ共

謀共同正犯であれ、共謀があることを前提として、それに基づく実行があったといえるかを問題とするという点では共通しており、その際、正犯とされる理由（正犯性の根拠）として実行行為の分担は必ずしも必要とされていないということなのだと思います。そうだとすれば、実行共同正犯と共謀共同正犯で要件それ自体が異なる、とまでいう必要はないことになるでしょう。

ところで、ここで少しわき道にそれますが、最近、学生さんの答案で「共同正犯の処罰根拠は因果性にある」という表現がとて多くて気になっています<sup>28)</sup>。あまりに多いので、最近では反論する気力を失いつつあるのですが、この表現は正確さに欠けると思います。なぜならば、因果性は共同正犯に固有の要件ではなく、狭義の共犯においても基本的に必要とされているものだからです。因果性がないところでは共同正犯は成立しませんから、その意味では、共同正犯の成立に因果性は必要です。しかし、因果性さえ肯定されれば共同正犯になるわけではありません。単に因果性を指摘するだけでは共同正犯がまさに「正犯」であることを説明することはできないのです。このことを図式的に表すならば、共同正犯は、共犯の要素（共犯性）と正犯の要素（正犯性）の双方を備えていなければならない、因果性は共犯性に関係するものであるのに対し、正犯性ではそこに解消しきれないプラスアルファが求められる、とでも表現することができるでしょう。そして、共同正犯に固有の問題（すなわち教唆犯や幫助犯では問題に



ならない事柄)は、まさに正犯性の点にあるということになります。従って、「共同正犯の処罰根拠は因果性にある」という表現は、共同正犯における正犯性の問題をうまく表現できていないという点で不適切だということなのです。共同正犯の成否が問題となる場合には、共同正犯の共犯性の部分が問われているのか、正犯性の部分が問われているのかをよく弁えて論ずる必要があるということでしょう。

#### 【共同正犯の共犯性と正犯性】

- ・共犯性→因果性 (⇒他人の行為を介して自己の行為の因果性が拡張される  
[→因果的共犯論])
- ・正犯性→実行行為, 行為支配, 正犯意思, 果たした役割の重要性 etc. ?

話を共謀共同正犯に戻します。共謀共同正犯については、その肯否に関して学説上見解の対立がみられます。そして、肯定説の中にも様々な理論があるところです。勉強する際には、これらもしっかり確認してほしいと思いますが、試験の答案を書くという観点からすると、その肯否や理論的説明の詳細に踏みこむことが得策かどうかは、少し考えてみる必要があります。まず、学説はともかく、判例においては共謀共同正犯が肯定されており、将来においてこれが否定される可能性はありません。学習者としては、現に生きている法を学ぶことが大切ですので、自分がそれに賛成・反対のいずれであれ、ともかく正確

に理解するということが大前提です<sup>29)</sup>。そして試験では、その理解の正確さが基本的に試されているわけですから、あまりエキセントリックな主張を展開しても読む側に真意がうまく伝わらないおそれがあります。

そういうわけで、通常の試験では、共謀共同正犯は肯定されるものという前提で論述していくのが無難でしょう(ただし、最近では「反対説の立場にも留意して論じなさい」的な問題もあるのでそれには注意が必要です)。そのような視点でみると、共謀共同正犯において最も重要な点は何かといえば、自ら直接実行行為を行わない者がなぜ共同「正犯」になるのか、という「正犯性」の論証にあることは明らかです。よく、「共謀共同正犯の要件は、①共謀、②共謀に基づく一部の者の実行である。①は……認められる。②も……認められる。故に共謀共同正犯が成立する」といった論述を見かけるのですが、内容的に不満の残るものが少なくありません。それは、この論述の過程に、「なぜこの人は実行行為を分担していないのに共同正犯になるのか」という点の実質的な説明がないことに原因があります。形式的に要件を並べても、その点の実質的な説明がないと説得力が乏しいのです。

さて、その点に留意して共謀共同正犯について考察するとすると、どのような形になるのでしょうか。まず、共同正犯において実行行為の分担が必須の要件ではないといえるのはなぜなのかを示すことができるのであれば、そうするのが好ましいでしょう。ただ、

この点を長大に論ずると頭でっかちな論述になりがちなので、実際には簡潔な叙述で済ませることになると思います。例えば、「共同正犯において『一部実行（あるいは一部行為）の全部責任』という法的効果が生ずるのは、関与者間に相互利用・補充関係が形成されることに本質的な理由があるから、そのような関係が形成されていると評価できるのであれば実行行為の分担は必ずしも必要ではないと考えることができる」とか、「共同正犯において『一部実行（あるいは一部行為）の全部責任』という法的効果が生ずるのは、犯罪の実現に対して重大な因果的寄与を及ぼすところに理由があるから、そのような重要な役割を果たしているといえれば実行行為の分担は必ずしも必要ではないと考えることができる」といった程度の記述で十分だと思います（なお、これらの表現は実際に問題となっている事案の特徴に応じて、よりフィットする方を選ぶということも戦略的にはあり得るところでしょう）。

実質的に重要なのは、具体的な要件の検討です。この点に関しては、大きく分けて、2つの考え方があると思います。1つは、①共謀、②それに基づく一部の者の実行、という2要件型であり、もう1つは、①共謀、②それに基づく一部の者の実行、③正犯性、という3要件型のものです。おそらく、皆さんの中にも、2要件型の人もいれば、3要件型の人もあると思います。これはどちらが良いとか悪いとかという話ではありません。ただ、注意しなければならないのは、どちらの構成をとっても、実質的に論ずる内容は変わらな

いはずだという点です。先に、共謀共同正犯において最も重要な点は、「なぜ実行行為を分担していない者が正犯になるのか」ということの説明にある、と言いました。従って、どのような論じ方をしようとも、この点の説明が欠けているものは、必然的に論述としては不十分なものになります。

そのような目線で見えていくと、3要件型は③正犯性のところでこれを論ずるのでよいとして、2要件型ではどこでこれを論ずるのでしょうか？ それは①共謀のところでしょう。つまり、2要件型の場合には、共謀は、単なる意思連絡にとどまらず、正犯性の要素も含んでいなければならないことになるのです。正犯性の指標を正犯意思に求める判例の考え方によれば、共謀は「意思連絡+正犯意思」といった内容のものになると思います。これに対して、3要件型の場合には、形式的には共謀の内容は意思連絡で足りることになりそうです。それでよいとは思いますが、判例は、共謀がある場合には共同正犯にしますので、共謀を認めながら正犯性がないので幫助犯にとどまる、というような表現をすると違和感があると思います。ですので、論述する際には、結論を見据えて、共謀を認めるのであれば共同正犯を肯定する結論にもっていくことを前提とすべきでしょう（結論として幫助犯にする場合には、共謀という言葉を避けて、例えば、意思連絡という言葉にとどめておくというような表現上の工夫をしておいた方が要らぬ疑念を生じさせないと思います）。

## 【共謀共同正犯の成立要件に関する2つの見方】

A説：①共謀（＝意思連絡）

②一部の者の実行

③正犯性

B説：①共謀（＝意思連絡＋正犯性）

②一部の者の実行

この2つの論じ方の違いは、判例でも見られるように思います。例えば、最大判昭33・5・28刑集12・8・1718は、「共謀共同正犯が成立するには、2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」と判示しています。これは、2要件型に近いように思われます。これに対して、最決平15・5・1刑集57・5・507では、「被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺において被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、B、A、D及びCらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である」と判示し

ています。前掲最大判昭33・5・28と比較すると、謀議の存在には触れることなく、意思連絡は「黙示」のもので足りるとしながら、被告人の地位や影響力といった役割の重要性に関する事柄が別途指摘されているところからすると、共謀と正犯性を区別して論ずる3要件型に近いように見受けられます。このような評価には異論もあると思いますが、いずれにせよ注意してもらいたいのは、この2つの判例では事実関係にかなり違いがあるという点です。前掲最大判昭33・5・28では、問題となっている被告人の関与は実際上共謀段階のものに限られていました。この事案では、共謀に関与したことがほとんど唯一の理由として共同正犯が認められるという筋立てになっているのです。従って、共謀がそれ自体として正犯となる理由（正犯性）を含んでいなければならないこととなります。そのため、この判例では、非常に内容豊かな謀議の存在が要求されているのだと思います。他方で、前掲最決平15・5・1では、明示的な謀議があったわけではなく、事前の意思連絡としては黙示的なものしか認められませんが、それ以外の諸々の事情からすれば、被告人がこの犯罪の中心人物であると評価することができるという流れになっています。ここでは、正犯性を基礎づける要素を、共謀とはやや異なるものに求めた方がわかりやすい事案だったということができるといえるでしょう。そのため、共謀を黙示の意思連絡でギリギリ認めつつ、それ以外のところで、正犯であることを示すための事情をいろいろ指摘する、という形になっ



たのではないかと思われます。このように、事実関係の違いが論じ方の違いとなって表れたように思います。皆さんも、判例を読むときや事例問題に取り組む際には、このような事実関係の違いに十分注意してください。

ここで、共謀という概念について、いくつか注意しておきます。まず、共謀については、具体的な謀議を内容とする外部的な行為（客観的謀議行為）が必要であるとする「客観的謀議説」と、客観的な謀議行為がなくとも実行行為の時点において犯罪の共同遂行の合意があれば共謀を認めることができる「主観的謀議説」とがありますが、後者が実務における一般的な理解です。

次に、共謀という概念は多義的であるということに注意してください。どの場面で共謀がとりあげられるかによって、そこで問題とされている実質的な内容が異なることに注意が必要です。共謀が問題となる場面としては、①共謀の有無それ自体が争われる場合、②共同正犯なのか狭義の共犯（特に幫助犯）なのかが問題となる場合、③いかなる犯罪について共同正犯が成立するのかが問題となる場合、④事実関係のどの範囲まで共同正犯が成立するのかが問題となる場合、などが考えられます。①は、共謀があれば共同正犯、なければ無罪になるというケースです。ここでは主として意思連絡の有無が問われることになるでしょう。②では、正犯性の有無が問題となります。前掲最大判昭33・5・28では、このような意味合いでの共謀が問題になったと思われます。③では、どの犯罪について共

同正犯が成立するのかがということで、関与者の認識が問題となり、主としていかなる犯罪事実の認識があったのかという故意の問題が前面に出てきます。他方で、④では、そのような法律的な意味での犯罪の理解よりは、むしろ、事実上の影響力の有無が重要な意味をもってきます。この点は「共謀の射程」の問題として近時議論されているところでもありますので、後のテーマでとりあげることにします。

最後に、（共同）正犯と狭義の共犯の区別の問題について簡単に触れておきます。判例は、この区別を正犯意思の有無によって行っているといわれています。学説はこれに対して批判的なものも多く、主観的な意思で区別するのは妥当ではなく、客観的に果たした役割の重要性を重視して区別するべきである、という見方が有力です。しかし、判例も客観的な事情を無視しているわけではありません。論理的に適切なやり方なのかはいろいろ見方もあるところでしょうが、判例は単に主観的な意思だけで正犯意思の有無を判断しているわけではなく、客観的な事実も総合的に考慮して、「これだけの事情があるのだから、どう考えても、『自分のためにやったものではありません、単に他人のために関与したにすぎません』などとはとてもいえないであろう」と評価できるときに正犯意思があるとしているのだと思われます。その際に考慮されている事情としては、①共犯者間の関係（組織的な背景がある場合には組織の強固さ、組織内における各人の地位なども含む）、②共犯者

間の意思疎通・意思連絡の過程（謀議の有無など）、③犯行の動機・意欲、④利得の有無、⑤関与行為の内容（実行行為の分担〔犯罪の性質などにも留意〕、計画立案、見張りなど）、⑥犯行後の徴表（実際の分け前の分配、犯行報酬の有無、犯跡隠蔽工作など）などがあげられるでしょう。これらはそれ自体が判断基準となるものではなく、「正犯意思」の存在を推認させる事情として考慮されるものであり、これらの要因の現れ方は事案によって様々ですから、あくまでその意義や重要性は具体的事案に即して判断されなければなりません。

#### 4. 第18回 共犯の因果性

今回のテーマは共犯の因果性です。このテーマは、私が大学時代に刑法を習ったときにはありませんでした。このテーマがポピュラーなものとなったのは、学説において共犯の処罰根拠の問題が議論されるようになったことがきっかけだと思います。共犯の処罰根拠論は、時代的には昭和の終わりから平成の初めころに盛んに議論された問題です。わが国の刑法学の伝統ですが、ここでも議論の中心はドイツ刑法学の紹介でした。今、皆さんが、基本書を読むと、〇〇惹起説といった紛らわしい名称がたくさん並んでいると思いますが、基本的にそれらの出自はドイツ刑法学にあります。確かに、ドイツ刑法学における解釈論のレベルは非常に高く（おそらく世界一ではないかと思いますが）、そこから学ぶべき

ことはたくさんあるのですが、あまりに多くの翻訳語が飛び交うと初学者には近寄りやすい雰囲気生まれてしまうかもしれません<sup>30)</sup>。そういう目線で見ると、共犯の処罰根拠論は、少しドイツの細かい議論にこだわりすぎの側面があるかもしれません。

共犯の処罰根拠論は、それ自体としては非常に興味深いものであり、深く研究するに値する問題だと思いますが、初学者の段階でああでもないこうでもないといってもあまり生産的ではないので、現在のところ、ある程度コンセンサスが得られていると考えられることを簡潔に示しておくにとどめておきましょう。

共犯の処罰根拠論は、共犯が処罰される理由を考える問題領域ですが、現在では、共犯も正犯と同じく法益侵害（違法な結果）を惹起したことを理由に処罰されるのであるという惹起説（因果的共犯論）が通説となっています。そして、そこにいう違法な事態の理解の仕方によって、共犯者は自ら違法な結果を惹起するものであり、共犯の違法性は正犯の違法性とは独立しているとする「純粹惹起説」、共犯は正犯が法益を侵害するのに関与し、正犯の結果不法を共に惹起するものであり、共犯の違法性は正犯行為の違法性に基づくとする「修正惹起説」、共犯は正犯を介して間接的に法益を侵害するものであり、共犯の違法性は共犯行為自体の違法性と正犯行為の違法性の双方に基づくとする「混合惹起説」に分かれ、最後の混合惹起説が通説であるといえるでしょう（それにしても、やたらと「惹

起説」が多くて辟易としますし、本によっては名称が違っていたりして紛らわしいことの上ないです)。これら諸見解の差異についてきわめて大雑把に言うと、純粹惹起説は共犯にとって違法な事態を惹起していれば共犯は成立するとし、修正惹起説は正犯にとって違法な事態を惹起していれば共犯は成立するとするのに対して、混合惹起説は正犯にとって違法であり、かつ、共犯にとっても違法な事態を惹起していなければ共犯は成立しないという考え方だということができるでしょう。

【各種惹起説の相違点】

例1：XがAの依頼により、Aに対して重大な傷害を負わせた（Xに傷害罪が成立する〔違法〕とする）。

例2：Yは、Bに対して、自傷行為を教唆した（Bは当然に不可罰〔適法〕）。

純粹惹起説：例1（Aは不可罰〔適法〕）

例2（Yは傷害の教唆犯〔違法〕→妥当か？）

修正惹起説：例1（Aは傷害の教唆犯〔違法〕→妥当か？）

例2（Yは不可罰〔適法〕）

混合惹起説：例1（Aは不可罰〔適法〕）

例2（Yは不可罰〔適法〕）

共犯の処罰根拠論の射程に関しては、共同正犯にも妥当とする見方と、共同正犯には妥当せず、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）のみを対象とするという見方とがあります。いずれの見方にも相応の理由がありますが、

共犯処罰のミニマムの要件、すなわち、他人の行為並びにそこから生じた結果についても罪責を負わせるために最低限度必要な要件という観点からみるならば、それは共同正犯にも妥当するとみるべきでしょう。要するに、自己の行為と何らの因果性も認められない他人の行為並びにそこから生じた結果については罪責を問われない、という当然の事理は共同正犯にも妥当するということです。

そして、この点にこそ、惹起説（因果的共犯論）<sup>31)</sup>が一般的に承認されたことによって合意が形成された内容が端的に表されています。つまり、自己の行為と何らの因果性も認められない他人の行為並びにそこから生じた結果については罪責を問われない、ということがそれです。そこから因果性の有無が争点となる問題を総称して共犯の因果性というテーマで講ずることが一般的になってきました。その代表例が、共犯関係の解消と承継的共犯です。ここでも、この2つを中心としてお話ししたいと思います（共犯の因果性との関係では、幫助の因果性の問題も興味深いものですが、ここでは詳細は割愛させていただきます。ただ、幫助の因果性については、幫助行為と正犯の結果との間に単独犯の場合と同じ意味での条件関係〔その幫助行為がなければ正犯の結果は発生しなかったであろう〕までは必要なく、正犯行為を物理的または心理的に容易にし、あるいは促進する関係が認められれば足りると一般に理解されていることは押さえておいてください〔なお、東京高判平2・2・21判タ733・232参照〕）。

それでは、まず、共犯関係の解消から始めましょう。この問題を考える前提として、共犯の中止犯について確認しておきます。XとYが、共同して強盗の実行に着手したが、途中で2人とも被害者Aがかわいそうになり、お互い合意の上で、犯行を中止したという場合、XとYは共に強盗罪の中止犯となります。XとYが、共同して強盗の実行に着手したが、Xは途中で被害者Aがかわいそうになり、なおも犯行を継続しようとするYを力づくで制圧し、犯行を中止したという場合には、Xは強盗罪の中止犯となりますが、Yは強盗罪の障害未遂にとどまります。要するに、共犯の場合にも中止犯は成立し、その効果は中止行為を行った者にしか及ばない（一身専属的である）ということです。

この共犯の中止犯と共犯関係の解消は紛らわしいところがあるのですが、きちんと区別しなければなりません。重要なポイントは、共犯の中止犯の問題にはならないけれども共犯関係の解消は問題となり得るという場合があるということです。例えば、実行の着手前に離脱した場合には、（予備罪の規定がなければ）中止犯の問題にはなり得ません。また、傷害致死罪のような結果的加重犯の場合にも、中止犯は問題になり得ません。更に、犯行の途中で離脱したけれども、他の共犯者によって犯行が継続され結果が発生したという場合も、そのままでは中止犯の問題になり得ません。加えて、監禁罪のような継続犯が既遂に達した後、犯罪が継続している途中で離脱した場合も、中止犯として論ずることはで

きません。しかし、これらの場合であっても、途中で犯行から離脱し、それまで自分が与えた影響を取り除いたならば、たとえ他の共犯者によって犯行が継続されたとしても、それは他の共犯者が離脱した者とは無関係に行ったことであって、その部分について離脱した者が共犯としての罪責を負ういわれはないのではないかと、という疑問が出てくるのではないのでしょうか？これが、共犯関係の解消の問題なのです。少し結論を先取りして言うと、共犯者がそれまでに自分が及ぼした因果的影響力を取り除く形で離脱したならば、それ以降の他の共犯者の行為及びそれによって生じた結果は離脱した共犯者とは関係のないもので、その部分について共犯は成立しないというのが共犯関係の解消の問題です。ここでは、どこまで共犯が成立するのかが問題となっているのです。それに対して、共犯の中止犯は、犯罪が未遂にとどまることを前提に、中止犯の成立要件が備わっているかどうか（刑の必要的減免が肯定されるかどうか）という問題です（予備の中止を認める場合もこれに準じます）。従って、両者は区別しなければなりません。

くどいようになりますが、この区別が紛らわしい、実行の着手後の離脱の場合における両者の違いを説明しておきましょう。例えば、XとYが、窃盗を共謀し、実行に着手した段階でXが離脱したけれども、Yが犯行を継続し、窃盗既遂に至ったとします。このとき、共犯関係の解消が認められなければ、XY共に窃盗既遂の共同正犯となります。他方で、

共犯関係の解消が認められると、Yが窃盗既遂となるのは当然ですが、Xは窃盗未遂にとどまります。更に、Xに中止犯の要件が備わっていれば、Xには中止犯が成立するということになります（もっとも、着手後の離脱の場合に、共犯関係の解消は認められるが中止犯は否定されるというケースは、そう容易には考えにくいところがあります。しかし、理論上は、共犯関係の解消が肯定されることによって罪責は未遂にとどまることになり、それを前提として中止犯の成否が問題となる、という思考の順序になることに注意しなければなりません）。

このように、共犯関係の解消は、共犯者中のある者が、犯罪の完成以前に犯行から離脱した場合に、その離脱した共犯者は、他の共犯者が実行した犯罪について罪責を負うのか、また、罪責を負わないとすればその要件はどのようなものか、という問題です。ここで、用語の問題について少し補足しておきます。それは「離脱」という言葉と「解消」という言葉の使い分けです。判例は、共犯者中のある者が、犯行を止めたとか、その場を離れたとか、事実上、犯罪の遂行から抜ける行動に出たことをもって「離脱」したという言葉を用い、それを理由にして、その後他の共犯者が行った行為及びその結果について共犯の罪責を負わないという法的効果を肯定するときに共犯関係の「解消」という言葉を用いているようです。事実上の行為を指す場合は「離脱」、法的な評価を指す場合は「解消」とでもいえるのでしょうか。この区別はわかり

やすいですし、今後定着していくものと思いますので、ここでもこれに従うことにします。

さて、共犯関係の解消がこのような問題だとした場合、どのような場合に離脱した者が罪責を負わないことになるのか、すなわち、共犯関係の解消の判断基準が重要な問題となります。この点について、現在では、因果的共犯論の立場から、因果性を遮断する形で離脱した共犯者は、それ以降の他の共犯者の行為及びその結果について責任を問われないと解するのが通説となっています。要するに、共犯関係の解消の判断基準は因果性の遮断である、ということです。

ここで注意しておきたいのが、実行の着手の前後で要件を分ける考え方です。典型的なのは、実行の着手前は、①離脱意思の表明と②他の共犯者による了承で足りるが、着手後は、③他の共犯者が犯行を継続するのを阻止する措置を講じなければならない、といった形で、着手前は2要件、着手後は3要件とするものです。これは形式的でわかりやすいですが、必ずしも妥当な結論に至るとは限りません。例えば、問5<sup>32)</sup>のYについて、共犯関係の解消を認めるべきでしょうか？おそらく、多くの人は否定的に解するのではないかと思います。それは、合鍵を供与したことが犯罪の実現に大きく影響しているのだから、その点について全く罪責を負わないというのはおかしいのではないかと、という感覚によるものかもしれません。このような場合は、やはり、合鍵を回収することまで行わなければ、自分が及ぼした影響力を取り除いたとは言え



ないのではないかと考えるでしょう。つまり、実行の着手の前であっても、離脱意思の表明と他の共犯者による了承だけで常に共犯関係の解消が認められるというわけではなく、あくまで判断基準は因果性の遮断にあるということです。イメージ的に言えば、ある共犯者が離脱する段階で、それまでに及ぼしていた因果的影響力の内実に応じて、それを取り除くために必要であることを行ったのかどうかを、具体的な事実関係に基づいて判断するということです。確かに、実行の着手の段階にまで至れば、結果の発生がかなり近づいているだけに、それまでに及ぼした因果的影響力を除去するためには相当のエネルギーを要することが多いでしょうから、一般的には着手後の離脱の方が認められにくいということにはなるでしょう。しかし、それは実行の着手の前後で離脱の要件が異なるからではなく、犯行が進展していけばいくほど因果性を遮断することが困難になる場合が多くなるということにすぎないと思います。

判例も、実行の着手の前後で要件を形式的に分けているわけではありません。最決平21・6・30刑集63・5・475は、「[本件]事実関係によれば、被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機してい

た場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはでき」と判示しています。ここでは、強盗の実行の着手の前であるにもかかわらず、「被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎ」ないことを理由にして共犯関係の解消が否定されています。この事案の場合は、共犯者が被害者宅に侵入し、まさに強盗に取り掛かる直前であり、そこまで現場に帯同することによって犯行に寄与しているにもかかわらず、共犯者が強盗に取り掛かることがほぼ確実だと思われる状況を放置して立ち去っているのですから、自分が離脱以前に及ぼした因果的影響力を取り除いたとは言いきりでしょう。

このように、共犯関係の解消は因果性の遮断を基準として判断するという枠組みを押さえておけば、後は具体的な事実に基づいてその肯否を判断するということになりますが、2点補足しておきたいことがあります。

1つは、共同正犯関係の解消（共謀関係の解消）の取扱いです。おそらく、判例は、これも、因果的共犯論を前提として、因果性を遮断していればその後の犯行については不可

罰とし、遮断していなければその後の犯行についても共同正犯が成立すると考えているように思われます。しかし、先に共同正犯のところで、共同正犯には共犯性と正犯性の二つの側面があり、因果性は主として共犯性にかかわる問題である、というお話をしました。これに照らして考えてみると、因果性は遮断できていないから共犯性は残っているが、正犯性を基礎づける事情は失われたといえる場合があり得るのではないかと、という疑問が出てくるのではないのでしょうか。実際、学説では、例えば、共同正犯の本質を相互利用・補充関係に求める立場を前提にして、離脱により因果性は遮断されていないが相互利用・補充関係はなくなったとみられる場合には、共謀関係の解消を認めて、それ以降の犯罪については共同正犯ではなく幫助犯にとどめるべきである、という見解も有力に主張されているところです。イメージ的には、共犯関係が完全に解消されたとはいえないが、関与形式が共同正犯から幫助犯にランクダウンしたとみるような考え方だともいえるのでしょうか。確かに、これは分析的な考え方で魅力があるのですが、このような処理をする場合、離脱前の共同正犯と離脱後の幫助犯の関係をどうするかなど、まだ解明されていない問題点が残るところなので、試験の解答としては書きにくいかなという感じがしています<sup>33)</sup>。ただ、このような見方もあるのだということは押さえておいてよいことでしょう。

もう1つは、具体的にどのような場合に因果性の遮断を認めるかという、いわば勘所の

ようなものをどのあたりに設定するかという点です。これは評価が絡む問題ですので、人によって判断が分かれ得るところですから、具体的事実に基づいてきちんと評価のプロセスを示していれば、結論をどうするか自体はそれほど大きな問題ではないと思われませんが、実際には判断に悩む場面も少なくないでしょう。一例として、名古屋高判平14・8・29判時1831・158をどのように評価するか、自分なりに考えてみると有益だと思います。この事案では、途中で犯行の継続を中止した共犯者が他の共犯者に殴られて気絶したという場合に、気絶後に他の共犯者が行った行為及びその結果についても共同正犯としての罪責を負うかが問題となりましたが、共犯関係は「被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置というB自身の行動によって一方的に解消され」と判断されました。共犯者による犯行の継続を阻止できなかったことに着目すると、因果性を完全に遮断したとは断じにくい事案ですが、このような事態であれば共犯として処罰するに値する因果的影響力はなくなったと評価することも可能かもしれません。限界事例ですので、考えてみるとよいでしょう（なお、この判例では、共犯関係の解消が認められたにもかかわらず、207条が適用されて結局被告人に傷害罪の罪責が肯定されました。ここも議論のあるところですので注意しておいてください）。

次に、承継的共犯の問題に移りましょう。これは、ある者（先行者）が犯罪の実行に着手した後、他の者（後行者）が事情を知りな

がらそれ以降の行為に関与した場合、後行者はどの範囲で共犯としての罪責を負うか、という問題です。例えば、問7<sup>34)</sup>の場合に、Xが強盗致傷罪の罪責を負うのは当然として、Yは何罪の罪責を負うのか、ということが問題となるのです。

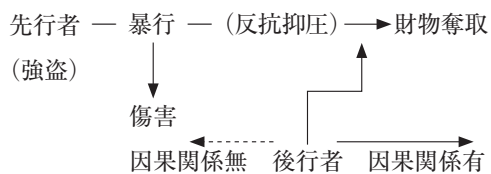
この問題に関しては、学説が錯綜しています。大まかに分けると、後行者は先行者が既に行った行為も含めて犯罪全体について罪責を負うとする見解（全面肯定説：上例ではYは強盗致傷罪の共同正犯となる）、基本的には肯定説に立つが、後行者が罪責を負う範囲に一定の限定を施す見解、及び、基本的には否定説に立つが、一定の場合に介入前の行為についても責任を問い得るとする見解（部分的肯定説：上例ではYは強盗罪の共同正犯となる）、後行者は自らの関与以降の行為についてしか罪責を負わないとする見解（全面否定説：上例ではYは窃盗罪の共同正犯となる）、共同正犯については否定しつつも、従犯については肯定する見解（中間説：上例ではYは窃盗罪の共同正犯と強盗〔致傷〕罪の従犯の観念的競合〔あるいは法条競合〕となる）といったものが主張されているところです。このうち、かつては、部分的肯定説が比較的有力であったように思われます。例えば、従来の下級審裁判例では、「後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中か

ら共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られる」という考え方が有力化していました（大阪高判昭62・7・10高刑集40・3・720など）。

そのような中で、最高裁がこの問題について初めて判断を下しました。すなわち、最決平24・11・6刑集66・11・1281は、「被告人は、Aらが共謀してCらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Aらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Dの背中や足、Cの頭、肩、背中や足を殴打し、Dの頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはCらの傷害（したがって、第1審判決が認定した傷害のうちDの顔面両耳鼻部打撲擦過とCの右母指基節骨折は除かれる。以下同じ。）を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」と判示したのです。この下線部には明らかに因果的共犯論の影響が見て取れます。しかも、この判例は、「原判決の……認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解され

るが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえない」とも言っています。原審は、先に見たような従来有力であった見解に基づいて、先行事情の積極的利用という点を重視して全体について共同正犯が成立するとしていたのですが、最高裁はこれを否定したのです。この事案では、かつての有力説の考え方に従っても、先行事情を利用したという説明にはしっくりこないものがあるので、そのような観点から承継的共同正犯を否定することも可能であったと思われるのですが、そうではなく因果関係がないことに承継的共同正犯を否定する論拠を求めたことから、この判例はかなり否定説に親和性のある判断であるように見えます。

【強盗（致傷）罪のケース】



さて、そうなると、先に挙げた強盗（致傷）罪のケースであっても、後行者は窃盗罪の罪責しか負わないのだろうか、ということに関心がもたれます。この平成 24 年決定の射程は、ここで問題となった傷害罪の事例にしか及ばず、強盗罪等については別異に解する余地があると考えられるべきでしょうが、関与以前

の事象については因果関係がないという論拠は、すべての犯罪に妥当するようには見えないので、それとの整合性を保ちながら承継的共同正犯を肯定することは可能なのか、という点が問題となりそうです。千葉裁判官の補足意見は、その点に関して考える 1 つの手がかりになるかもしれません。千葉裁判官は、「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得る」とする補足意見を述べています。これは、因果関係が必要な対象に関与の前後にまたがって進行している犯罪の結果に求めることによって、従来有力であった部分的肯定説的な見方と因果関係の問題を調和させようとする 1 つの試みだとみることできるでしょう。このような見方によれば、先の例では、Y は強盗罪の罪責を負うことになるでしょう（他方で、傷害結果は関与以前に既に発生している結果なので因果関係がなく強盗致傷罪の罪責は負わない、ということになりそうです<sup>35)</sup>。

そういうわけで、承継的共犯の問題については、今後の判例の動向が注目されるどころですが、近時、判例は、いわゆる「だまされたふり作戦」が行われた詐欺未遂事件において受領行為にのみ関与した者に関し、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せず、共犯者らと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為

と一体のものとして予定されていた本件受領行為に参与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかにかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」との判断を示しています（最決平29・12・11刑集71・10・535）。結論的には、詐欺罪について途中から参与した者について承継的共同正犯を肯定する結果となっているので、どうやら判例は承継的共同正犯について否定説に立っているわけではないということはおもなかなったかと思いますが、この判例では因果関係に言及するところがなく<sup>36)</sup>、前掲最決平24・11・6との整合性に関しては必ずしも明確ではありません<sup>37)</sup>。理論的にはまだまだ解明を要する問題が残されています。

このようにまだまだ判例・学説が流動的な状況ですので、皆さんもこの問題については論じにくいという印象をもたれている方が多いようです。いまだに多くの方は、従来有力であった先行事情を積極的に利用したかどうかに着目する見解に立って解答されており、きちんと論じられていれば、それで問題はないと思われませんが、少なくとも、平成24年決定のような事案では、判例の立場を全く無視することはできないので、最低限知識としてはそのような判例があるということを知っていなければならないでしょう。

最後に、2点注意しておきたいことがあります。1つは、従来有力であった先行事情を自己の犯罪を実現するために積極的に利用し

たという理由づけを用いる際に、承継的共同正犯には共同正犯だけではなく、従犯もあり得るというところに注意してほしいということです。例えば、先に挙げた例で、後行者が先行者のために見張りをしたというケースならば、承継的共同正犯が成立する場合があると思われませんが、その場合には先行事情を積極的に利用したという説明は相応しくないでしょう。ここからは、私の考えになりますが、承継的共同正犯に固有の問題は、関与以前の先行事情について因果性がないという点をどのように評価するのかという共犯性の問題が中心であり、それによって共犯が成立する範囲が画され、次いで、その関与の類型が共同正犯なのか従犯なのかという正犯性が問題となる（従来の先行事情の積極的利用という点は、正犯意思の問題としてこの正犯性にかかわるものである）というように考えられるのではないかと考えています。

もう1つ、承継的共同正犯がよく問題となる類型として傷害罪の成否が問題となる場合があるのですが、これに関しては、承継的共同正犯の問題に言及することなく直ちに207条を適用して後行者にも傷害罪の成立を認める、という筋で書いてくる答案を時々目にします。おそらく、承継的共同正犯の肯否にかかわらず207条を適用すれば後行者も傷害罪の共同正犯になるのだから、承継的共同正犯について論ずる必要はない、と考えたのでしょう。しかし、これは、少なくとも思考の順番として妥当ではないと思います。207条は共同正犯が認められない場合の例外規定であ



り、共同正犯が認められる場合にも適用される規定ではありません。従って、まず、基本となる共同正犯の成否が問われ、それが否定された場合に初めて 207 条の適否が問題となる、という順番で考察が進められるべきなのです（これは共犯関係の解消が問題となるケースでも同様であり、まず共犯関係の解消の肯否が問われ、それが肯定されたときに初めて 207 条の適否が問題となると考えるべきでしょう）。また、この関連では、近時、最高裁が、207 条の適用を肯定する判断を示したことが注目されます（最判令 2・9・30 刑集 74・6・669）。

注

- 22) 佐伯仁志「絶滅危惧種としての教唆犯」山口厚・佐伯仁志・今井猛嘉・橋爪隆編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）171 頁以下。
- 23) このような批判的な視点を育むことに、ロースクールでの教育の重要な意義があると思う。念のために付言すれば、「批判的な視点をもつ」とは単に批判するというだけでなく、ある考え方の妥当性を様々な角度から検証しようとする能動的な態度を身に付けるということである。
- 24) 最決平 28・7・12 刑集 70・6・411 は、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要である」と判示している。
- 25) もっとも、後述するように、最近では、何はさておき因果性、というのがトレンドである。
- 26) もっとも、これは多分に理論を提供する側に責任があるともいえるであろう。学説は、様々な「理論」を提示するが、それがどのような観点・目的から提示されている理論かによって、その性質はかなり異なる。例えば、本文で述べたの

は共同正犯の本質論であるが、その他に類型論（例えば、実行共同正犯と共謀共同正犯を異なる類型として分け、その成立要件を検討するような理論）や（個人的な呼称であるが）振り分け論（例えば、刑事未成年者を利用するケースについて、間接正犯にするか共同正犯にするかの区別を問題とするような理論）なども見られ、それぞれその議論の焦点や主張のトーンは異なっている。

- 27) もっとも、近時は、実行共同正犯と共謀共同正犯とで成立要件が異なるということを強調する見解も有力に唱えられている。このような場合、授業でどこまで言及するか、悩むところである。
- 28) いくつかの受験予備校で、共犯の問題が出たらまずは因果的共犯論の立場から検討しなさい、というような指導がなされているようであるが、そういったことも影響しているのであろうか。いずれにせよ、問題の所在がどこにあるのかもわきまえず、ただ因果的共犯論のフレーズを書いてくる答案が多いことには辟易とする。
- 29) 判例と学説との関係という理論的な問題と共に、教育という観点から見たときの判例と学説の位置づけという問題が、ここでは重要である。
- 30) ロースクールにおける比較法研究並びに比較法教育の意義については、改めて考えてみるべきかもしれない。
- 31) もっとも、このような意味で理解された因果的共犯論は、共犯の処罰根拠論で論じられていた中心的な問題、すなわち、共犯者間での違法の相対性を認めるか否か、という問題を対象としていないため、理論的にはやや矮小化されている感がある。
- 32) 問 5：X と Y は、甲宅に侵入して金品を窃取することを共謀し、実行役は X で Y は見張りをすることに決まった。また、Y は甲宅の合鍵を入手して X にそれを渡していた。しかし、犯行の前日に、Y は「俺はやっぱりやめる。」と言ったので、X は「分かった。後は俺一人で作る。」と言って Y の申出を了承し、翌日、X は Y から渡されていた合鍵を使って甲宅に侵入し、金品

- を窃取した。Yの罪責はどうか。
- 33) 理論的な分析として優れてはいるが、実際の使用に難点がある場合だとか、理論的には優れているが、判例がその考え方を採用していないというような場合に、そのような理論についての程度説明すべきか、悩むところである(多くの場合、時間的な制約のために、ほとんど説明することはできない)。
- 34) Xが強盗目的でAに暴行を加え(それによってAは傷害を負った)それにより反抗を抑圧された段階で、Yが事情を知りつつXと意思を通じて、こもごもAから金品を奪った、という事例。
- 35) 筆者は、承継的共犯の問題について、若干のこだわりをもっているが、いたずらに自説を前面に出すことは、学生の理解を妨げるおそれがあるのではないかと考え、自重している。研究者と教育者のバランスを保つことは、意外に難しいと感じる。
- 36) 「被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき」共同正犯となるとされている部分の理解が難しい。だまされたふり作戦が開始される前に先行者が欺罔行為に出た時点で詐欺未遂罪が成立することに異論はないだろうが、この判断の下線部分が、そのような後行者が加入する前の先行者の行為に関しても共同正犯が成立するという含みをもつのであれば、そもそも不能犯の問題を論ずる必要がなくなる。そのため、本最高裁決定が不能犯の問題に言及しなかったのは、承継的共犯についてこのような理解をしたからだと見る向きもある。しかし、仮に承継的共犯についてこのような理解に立ったのだとすると、それは因果的共犯論とそりが合わないきらいがある。
- 37) 判例に整合性があるのか疑わしい場合、これを学生にどのように説明するかは、悩ましいところである。