

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

水 落 伸 介*

要 旨

我が国の裁判例においては、共謀共同正犯の適用範囲の著しい拡大を背景として、共同正犯が圧倒的多数を占め、狭義の共犯の成立が肯定されるのはごく例外的な場合に限られていると指摘されてきた。もっとも、これまでの下級審裁判例の動向を改めて注視してみると、個別具体的事案において、共同正犯ではなく結論において幫助犯の成立が認められるにとどまるケースも相当数見られるところ、これらの裁判例における共同正犯と幫助犯との区別基準を解明することは、共同正犯と狭義の共犯との区別をめぐる議論の発展を妨げていた側面を有することを否定できないであろう共謀共同正犯論の深化に資するように思われる。

このような観点から、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、それらの検討の過程で、かつて共謀共同正犯論について、「数十年にわたって裁判所が法律によらない裁判をしていると考えるのは、あまりに観念的」であるとされたように、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もまた、適切な手法ではなく、この要件を受け入れた上で、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主張する。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」で足りるとするこれまでの主張を維持しつつ、ただこの「意思連絡」とは「緊密な意思連絡」を意味することを確認した上で、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。

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、以上の客観的要件と主観的要件とは少なくとも理論的には区別するべきであること、及び、裁判例の多くが重視していると解される「利益」という観点については、これを当該被告人が「正犯意思」を有していたか否かを評価するための間接事実の1つとして考慮すること自体には一定の理解を示しつつ、しかしながら「重要な役割」とは結びつき得ない、ということの論証を試みる。

目 次

I	序
II	審級により判断の分かれた2つの裁判例
III	検 討
IV	結 語

* みずおち しんすけ 法学研究科刑事法専攻
博士課程後期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 曲田 統

I 序

我が国の共犯論をめぐる裁判例においては、共同正犯が圧倒的多数を占め、狭義の共犯の成立が肯定されるのはごく例外的な場合に限られていると指摘されて久しいが¹⁾、その背景には、共謀共同正犯の適用範囲の著しい拡大があったことは想像に難くない。筆者もそのような問題意識に基づいて、かつて共謀共同正犯の基本構造について検討を加えたことがある²⁾。

しかしながら、これまでの下級審裁判例の動向を改めて注視してみると、個別具体的事案において、共同正犯ではなく結論において狭義の共犯（とりわけ幫助犯）の成立が認められるにとどまるケースも相当数見られるところ、比較的最近においても、一度検討を加えておくべき裁判例が登場しているようである。その代表例としては、①交通事故による受傷により休業していたかのように装って、保険会社から休業損害補償金名目で金銭を騙し取ろうとした詐欺未遂の事案において、正犯者から依頼され内容虚偽の休業損害証明書を作成した被告人につき幫助犯の成立を認めた事例である、東京高判平成25年2月20日東高刑時報64巻1～12号62頁や、②強盗殺人及び死体遺棄の事案において死体の運搬保管を引き受けてこれを実行した者について強盗殺人の共謀共同正犯の成立が否定された事例である、東京高判平成25年5月28日判タ1418号165頁などを挙げることができよう。これらの事案は、いずれもその第1審判決が当該被告人につき共謀共同正犯の成立を肯定したのに対して控訴審判決がこれを否定している点で、非常に興味深いところ、このように審級により結論を異にした理由は一体どこにあるのだろうか。この点を解明することは、共同正犯と狭義の共犯との区別をめぐる議論の発展を妨げていた側面を有することを否定できないであろう共謀共同正犯論それ自体の深化にも大いに資するようと思われる。そこで本稿では、まずはこれら2つの裁判例を詳

しく取り上げることとしたい。次いで、この問題に関する近時の議論の動向を概観し、先の2つの裁判例と併せてこの点に検討を加え、最後に共同正犯と狭義の共犯との区別についての今後の指針を示すことが本稿の目的である。

なお、共同正犯と狭義の共犯との区別をめぐる裁判例はこれまでも数多く存在するところ、それらに対して包括的な検討を加えた主として実務家による優れた先行研究も複数存するのであるから³⁾、そこで扱われている同一の裁判例を再び逐一取り上げるといふ愚は避けるべきであろう。そのため、本稿では当該先行研究の成果を踏まえた上で、比較的最近の裁判例を取り扱うにとどめた。

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）

(1) 事実の概要

被告人は、土木工事業等を業とする株式会社Aの実質的経営者であり、実行行為者Xを同社に雇い入れた者であるが、Xが交通事故に遭って傷害を負った後もXが上記負傷のために休業したことはなく継続的に稼働していたことを被告人も認識していた。それにもかかわらず、被告人は、Xから保険会社に交通事故による休業損害補償金を請求するとして、内容虚偽の休業損害証明書等の作成を依頼され、特段躊躇することなくその依頼を引き受け、合計86日間の休業損害証明書を作成した。さらに、被告人は、Xがより高額の休業損害補償金の支払いを受けられるようにするため、自らの判断で、交通事故前の3か月の期間中におけるXの稼働日数や支給額を水増しした内容虚偽の給与支払明細書を作成するなどした。

Xはこれらを用いて被害会社に対して休業損害補償金の請求をしたが、同社担当者に虚偽を看破され、休業損害補償金が支払われるには至らなかった。

(2) 第1審判決（千葉地判平成24年9月27日）

第1審判決は、大要次のような点を指摘して、被告人につきXとの共謀共同正犯の成立を肯定した。

被告人は、(1) 本件詐欺の実行行為の前提をなす重要かつ密接不可分の行為を行ったものとも評価でき、また、(2) 休業損害証明書等を、現にXが勤務している会社の実質的経営者として作成したもので、その意味でも重要な役割を果たしたと言い得るほか、(3) Xから明示的な依頼もないのに、自らの判断で、給与支払明細書や休業損害証明書中の給与支給額等について事実と大幅に異なる虚偽記載を積極的に行うなど、本件詐欺に主体的に関与したといえる。

なお、(4) 被告人とXの間には利益分配の約束がなく、被告人が本件詐欺により得た金員によって自己又はA社が直接的に利益を受けることを期待していたとも認め難いものの、被告人が、Xを自己が経営する会社の労働力として評価していた一方、その生活が経済的に相当に苦しいことを認識していたことを考えれば、少なくとも、被告人において、本件詐欺によって、何ら会社の出捐を伴うことなく従業員であるXの生活が向上し、Xが会社の仕事により貢献できる状況となることを期待していたものと推認することができ、本件詐欺によって間接的にとはいえ、自己の実質的に経営する会社の利益を図る動機を有していたといえることができる。

(3) 控訴審判決⁴⁾

これに対して被告人から控訴の申立てがなされたところ、控訴審判決は、大要次のように述べて、共謀共同正犯の成立を肯定した原判決を事実誤認を理由に破棄し、幫助犯の成立を認めるにとどめた。

「共謀共同正犯と幫助犯との区別の基準は、本件に即していえば、被告人の担った行為の内容、共犯者との意思連絡の内容・態様、共犯者との人的関係、犯行に対する積極性の有無、犯罪結果に対

する利害関係の有無・程度、利得の分配状況等を総合して、被告人にとって自己の犯罪と評価できるか否かによることになる。」

そして、上記認定事実を踏まえて検討すると、原判決が、前記(1)ないし(3)の事情を指摘することにより、被告人が「本件詐欺未遂の犯行に主体的に関与したことが認められると評価したことは相当であり、これらは共謀共同正犯の成立を肯定する方向に働く事情である。」

しかしながら、原判決が、前記(4)の事情を共謀共同正犯の成立を認める一事情とした点は是認することができない。このような「原判決の評価には無理があり、これを共謀共同正犯の成立を認める根拠の一つとすることは困難だといわざるを得ない。すなわち、本件では被告人には分け前や経済的利得を得ようとする意図が全くなかったということになるが、この点は問題となっている犯罪が詐欺罪という財産領得罪であることに照らせば、共謀共同正犯の成立を否定する方向に働く事情だといえるべきである。」

以上の事情を総合して検討すると、確かに、原判決が説示するように、前記(1)ないし(3)の事情は、「被告人とXとの間の本件詐欺についての共謀を一定程度推認させるものである。しかし、他方、本件は、通常、財産的利益を得ることが主たる動機となる詐欺の事案であるにもかかわらず、被告人は、本件詐欺行為によって得られる利益について、その分配を受けるような約束をXとの間で全くしておらず、また、これを期待していたことすら証拠上認められず、さらに、被告人は、休業損害証明書等を作成してこれをXに交付した後は、その詐欺行為の実行や中止に全く関与しないばかりか、詐欺行為の結末等に関心を示した様子すら証拠上窺われなかったという事情もあって、被告人が本件におけるXの行為を利用して、本件詐欺行為を自己の犯罪として行ったものと認定するにはなお合理的な疑いを容れる余地があるといわざるを得ない。」

2. 東京高判平成25年5月28日判タ1418号165頁 (②事例)

(1) 事実の概要

被告人は、いわゆる高利貸し業、建築業等を営む企業体の従業員であるXらが、同グループ内で専務と呼ばれていたA及び会長のB親子を殺害して多額の金品を強取する計画であることを認識しながら、殺害後の右親子の遺体を長野県から愛知県まで運搬し、被告人の管理する資材置場に埋めることを150万円から200万円の報酬の約束で引き受けるとともに、Xの依頼に応じ、同人に対し、屈強なAを殺害する際に暴れられないよう昏睡させるための睡眠導入剤を送付して受領させ、さらに、Xの指示を受けて、犯行当日、遺体を運搬するため普通貨物自動車を運転してB方付近の駐車場に赴き、そのころ同所において、Xの依頼に応じ、同人らがAに対する強盗殺人を実行するためにAの妻であるCを殺害することを認識しながら、殺害後のCの遺体についても上記同様に運搬して埋めることを引き受け、被害者3名の殺害が終わるまで犯行現場付近で待機するなどした。

なお、被告人は本件犯行後、Xらから200万円を受領している。

(2) 第1審判決（長野地判平成24年3月27日LEX/DB25480894：裁判員裁判）

第1審判決は、大要次のように判示して、被告人につき強盗殺人罪の共謀共同正犯の成立を肯定し、被告人を懲役28年とした。

「被告人は、共犯者らがB会長親子を殺害した上、現金を奪いその中から自分に対する報酬を支払うことを十分に知りながら、自らも現金入手の欲求にかられ、まずB会長親子の遺体の運搬処分を引き受け、その後、妻Cを殺害せざるを得なくなったことを告げられても、翻意することなく、積極的に報酬金200万円を受け取り、これを自己のために全額使ったばかりか、屈強なA専務を殺害するために、睡眠導入剤の使用を勧め、自分の手元にあった睡眠導入剤を共犯者Xに提供し、現に

共犯者らは睡眠導入剤をA専務に飲ませているのであって、被告人には、強盗殺人罪の故意を肯定できるのみならず、その関与の程度は、単なる幫助犯にとどまらず、自己の犯罪として主体的に関与する共謀共同正犯の域に達していると評価すべきである。」

なお、「被告人の関与行為は、遺体遺棄の準備行為と遺棄行為自体である上、報酬も遺体の運搬処分に対するものであることは明らかである」。しかしながら、前述のような「睡眠導入剤を共犯者Xに提供した事実は、被告人自身、B会長親子を殺害し、現金を強取するという犯行計画全体の完遂を意欲していたことを物語っている。また、B会長方でB会長親子を殺害した後、遺体をそのまま放置すれば、容易に犯行が露見し、B会長親子の身近にいる共犯者Xらに疑いの目が向けられる可能性があることから、犯行直後に、B会長親子の遺体をB会長方から搬出し、遠方に遺棄するという行為は、B会長親子殺害計画を実行に移す上で重要な地位を占めていたことは、被告人も……十分に理解した筈である」。

(3) 控訴審判決⁵⁾

これに対して、被告人から事実誤認などを理由として控訴の申立てがなされたところ、本件控訴審判決は、大要次のように述べて、被告人には強盗殺人罪の幫助犯が成立するにとどまるとして前述の第1審判決を破棄し、被告人を懲役18年に処した。

「被告人がB親子の遺体の運搬保管を引き受けるに至るまでの被告人とXとの話し合い……では、あくまでXらが殺害したB親子の遺体を、殺害後に被告人が運搬保管して報酬を得るという前提での話に終始していたのであって、被告人がその報酬の原資を確認した際に、B親子から奪取した金を充てる可能性も相当程度あることを知るに至ったからといって、それだけで被告人に強盗殺人についても正犯意思が生じ、自己の犯罪として関与するに至ったと認めることは到底できない。」

被告人が睡眠導入剤の使用の提案や提供をした点についても、「被告人から睡眠導入剤を用いて絞殺することを積極的に提案したり、被告人から進んで提供したのではなく、「被告人がXから求められるまま安易に提供してしまった疑いも否定し切れ」ず、「睡眠導入剤の提供の前後で、被告人とXらとの関係やB親子に対する強盗殺人への関わり方に有意な変化がみられないこと」などからすると、睡眠導入剤の使用の提案や提供をしたことより「被告人においてB親子に対する強盗殺人に自らも関与する認識に変わり、Xらにおいても被告人とともに強盗殺人を実行する認識に変わったとは到底いえない。また、客観的にみても、確かに、睡眠導入剤を提供した事実は、その後の強盗殺人の遂行の上で重要な行為であったことは否定できないが、強盗殺人の実行を決断させるのに重要な働きをしたとまではいえないし、提供するに至った経緯やその状況は、Xからの相談や交付要請に応答した受動的なものであったことは否定できない。」

「したがって、被告人が遺体の運搬保管の報酬を期待して一連の犯行に及んだことは認められるものの、さらに、被告人自身がB親子を殺害して現金を強取するという犯行の完遂を意欲していたとする原判決の指摘は相当ではない。また、確かに、本件犯行において、3名の遺体の遺棄行為が殺害遂行の上で重要であったことは原判示のとおりであるが、殺害に必須な行為とか、殺害に移るための決定的な要因とかいうものではない上、殺害行為は遺棄行為とは全く異なる重大な行為であるから、被告人が上記の重要性を認識した上で遺棄行為に及んだとしても、そのことから直ちに殺害行為についてまで主体的に関与したことを示す事情といえるのかは疑問が残る。」⁶⁾

Ⅲ 検 討

1. 裁判例の一般的傾向と文献による評価

裁判例の主流は、一言でいえば、自己の犯罪を

行う意思か他人の犯罪に加功する意思かによって共同正犯と狭義の共犯とが区別されるとする主観説の立場に立っていると説明されることが多い⁷⁾。そして、このような裁判例の立場によれば、いわゆる正犯意思の存否は、「概ね、(1)被告人(共謀者)と実行行為者の関係、(2)被告人の犯行の動機、(3)被告人と実行行為者間の意思疎通行為、(4)被告人が行った具体的加担行為ないし役割、(5)犯行の周辺に認められる徴憑的行為などの点にわたり、これに犯罪の性質(罪種)・内容なども考慮して総合的に判断されている」⁸⁾と指摘されていた。

この点について、前述の①事例の控訴審判決は、「共謀共同正犯と幫助犯との区別の基準は、本件に即していえば、被告人の担った行為の内容、共犯者との意思連絡の内容・態様、共犯者との人的関係、犯行に対する積極性の有無、犯罪結果に対する利害関係の有無・程度、利得の分配状況等を総合して、被告人にとって自己の犯罪と評価できるか否かによることになる」と明示しているし、同第1審判決も、とりわけ「利益」に対する評価こそ控訴審判決のそれとは異なるものの、概ねこれらの要素を考慮しているようである。また、②事例も、具体的な事案との関係で如上の諸要素に対して網羅的に検討を加えているわけではないものの、やはりこれらとほぼ同様の観点から総合的に評価した上で、「自己の犯罪」といえるか否か、被告人が「正犯意思」を有していたか否かに言及している。これらのことから、2つの裁判例はいずれも従来の裁判例の傾向に沿うものであるといえよう。

しかしながら、これら2つの裁判例がともに審級により判断が分かれていることから分かるように、数多の要素を総合評価しようとすればするほど、その判断は不安定なものとなりやすい⁹⁾。現に、裁判例においては「自己の犯罪実現意思、共同実行の意思を認定するにあたり、動機、利益の帰属、実現意欲の積極性といった心情的要素が重

視されている」¹⁰⁾が、これらによって自己の犯罪と他人の犯罪とを区別しようとするならば、「明確な情況証拠がない場合その認定はかなり困難であり、却って不安定なものとなるように思われる」¹¹⁾との批判が加えられているところである。このことから、学説上は、「正犯意思」のような主観的要件を共同正犯の成立要件から可及的に排除しようとする見解も有力である¹²⁾。

もっとも、共同正犯と狭義の共犯との区別基準ないし「正犯性」の判断基準に関していえば、前述の①事例や②事例にも見られるように、「重要な役割」ないしこれに類似する言い回しが、「自己の犯罪」ないし「正犯意思」という表現と併用されている裁判例が相当数散見される場所である¹³⁾。このことから、既に多くの論者によって指摘されているように¹⁴⁾、裁判例の立場は純粋な主観説ではなく、実質的には学説における重要な役割説と大差ないものと評価して差し支えないであろう¹⁵⁾。

2. 「正犯意思」の内実

ところで、そうだとすると、実に多くの裁判例が未だに「自己の犯罪」ないし「正犯意思」という用語を使用し続けていることには、果たしていかなる意味が存するのであろうか。

この点について、前述のように客観的要素を重視し主観的要素を極力排除しようとする学説における有力説と現在のほぼ確立した裁判例の立場とが、その実質において大差ないものであるならば、「却って不安定なもの」になりかねないとされる総合評価の一因となっている「自己の犯罪」という思考方法から脱却することも確かに1つの方法ではあろう。しかしながら、夥しい裁判例が「自己の犯罪」ないし「正犯意思」という観点を相当程度重視していることには、やはり相応の理由があるように思われてならない。かつて共謀共同正犯論について、「数十年にわたって裁判所が法律によらない裁判をしていると考えるのは、あまりに観

念的」であるとされたように¹⁶⁾、裁判実務に堅く根差しているこのような観点を一切切捨排除しようとすることは、やはり適切な手法ではないのではなかろうか。そうであるとすれば、「正犯意思」という要件をひとまず受け入れた上で、これに相応しい理論的意義を付与することこそが、これからの採るべき途であるように思われる¹⁷⁾。

では、どのように考えることができるであろうか。まず、共同正犯の成立要件は、伝統的には「共同実行の意思」と「共同実行の事実」とから構成されると説明されることが多かった¹⁸⁾。これらのうち後者について、「実行行為の一部分担」は必ずしも「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いう点が意識されるようになり、このことが共謀共同正犯という概念を生んだわけであるが、だからといって、これにより前者の要件が放棄されたわけではない。いわゆる片面的共同正犯という概念を認める立場¹⁹⁾に立つならば別論、これを否定する立場に立脚する限り、共謀共同正犯の成否が問題となる場面においても、「共同実行の意思」を認めるための要素としての「意思連絡（共謀）」が当然に要求されるべきものと解される。したがって、ある行為者が客観的に見ればどれだけ「重要な役割」を果たしていたとしても、他の共犯者との心理的な結びつき（意思連絡）が認められないならば、当該行為者には（自身の寄与が何らかの構成要件要素を単独で完全に充足する限りにおいて）単独正犯が成立し得ることは別論としても、少なくとも共謀共同正犯の成立を認めることはできないはずである。

次に、ここでこの「意思連絡」について補足しておく。筆者は、「共謀」概念に特別な意味を認める必要はなく、実行共同正犯と共謀共同正犯とで区別することなく、共同正犯の主観的要件としては「意思連絡」を要求すれば足りると考えられる旨を述べたことがある²⁰⁾。もっとも、そこで主張したことは、あくまでも実行共同正犯における主観的要素と共謀共同正犯におけるそれと異なる

る水準のものを要求する必要はない、ということに尽きるのであって、「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」という程度の幾分弱い意味としての「意思連絡」で足りるという意味ではない、ということを確認しておくべきであろう。「共謀」が多義的に用いられてきたように²¹⁾、「意思連絡」という用語もまた様々な意味合いで用いられてきたように感じられるが²²⁾、結局のところ、筆者のいう「意思連絡」とは、「一体となつての共同犯行又は共同実行の認識」²³⁾ないし「緊密な意思連絡」²⁴⁾とでも表現すべきものであって、これには前述のような比較的弱い意味で用いられる「意思連絡」以上の幾分強い意味合いが込められているわけである²⁵⁾。そして、この主観的要件は、共謀共同正犯においてのみならず、実行共同正犯においても同様に要求されるべきものである。ただ、実行共同正犯においては、その名の通り客観的に実行行為の一部分担という客観的事実が存在するために、「緊密な意思連絡」が比較的容易に認定できるに過ぎないと考えられる²⁶⁾。

以上のように共同正犯の主観的要件としてはこのような「緊密な意思連絡」が必要であるとして、その具体的内容をどのように解するかが次に問題となる。この点に関して、「もとより共謀とは単なる意思の連絡ではないし、他人（実行者）の犯行の認識・認容では足りない。これらを前提とはするが、共謀というためには、これに加え更に積極的な意思を必要とするであろう。これを共謀者について一語でいえば、『自己の犯罪』の意識ということになるか」という、かつての指摘²⁷⁾が参考になる。このような理解を前提にするならば、裁判例が一般に要求しているとされるいわゆる「正犯意思」（「自己の犯罪」を犯す意思）とは、学説のいう「共同実行の意思」すなわち上述の「緊密な意思連絡」そのものを構築するための概念として捉えることはできまいか²⁸⁾。もっとも、私見によれば、「共謀」概念に特別の意味を認める必要はなく、実行共同正犯と共謀共同正犯とで区別する

ことなく、共同正犯の主観的要件としては共通の「緊密な意思連絡」を要求すれば足りると考えられるので²⁹⁾、先の指摘はこの点において確かに私見とは異なるかもしれない。しかしながら、ここでは、（共謀）共同正犯の成立を認めるに足るだけの意思連絡（共謀）とはまさしく『自己の犯罪』の意識であると説明されていたことに注目すべきである。この限りで、原則として関与者間で共通する同一の犯罪を志向しているはずの「正犯意思」を関与者の各々が有していることを通じて当該関与者間の「緊密な意思連絡」が構築されると考える私見と先の指摘とは、少なくともその基本的部分において軌を一にしていると評価することが許されるのではないだろうか。

もっとも、「実際の事案で共謀を認めるにあたっては、共謀の内容となる合意が徐々に形成され、特定の日時、場所における合意形成行為として把握できない場合、諸般の事情から、合意に基づく犯行であることは明らかであるが、証拠上その合意形成の経過は判明しない場合がある」³⁰⁾という指摘を顧慮するならば、「緊密な意思連絡」の存在を正面から肯定し得る事案はそれほど多くないのが現実であろう。つまり、「共謀が要証事実としていきなり直接証拠により認定されるということは、実務上極めて稀であり、多くの場合、それは、様々な間接事実を認定した上で、総合的に判断される」³¹⁾という方法論に依拠せざるを得ないことは想像に難くない。それゆえ、実務上は、この「緊密な意思連絡」を認定するための間接事実として関与者各々の「正犯意思」の存在を問題とすることが不可欠となろう。ただ、この正犯意思も結局は各々の関与者の内心に関する事情であることに鑑みるならば、そのための判断材料として、Ⅲ 1の冒頭で挙げた諸要素、すなわち、(1) 被告人（共謀者）と実行行為者の関係、(2) 被告人の犯行の動機、(3) 被告人と実行行為者間の意思疎通行為、(4) 被告人が行った具体的加担行為ないし役割、などの点を間接事実として取り上げることは目下

のところ是認せざるを得ないものと考えられる。もっとも、(5) 犯行の周辺に認められる徴憑的行為という要素（具体的には、犯跡隠蔽行為、分け前分与、その他実行行為者からの事後報告、実行行為後に続く行為への参加等の事実などが挙げられている³²⁾）については再考の余地があるように思われるので、この点は後述する。

なお、各々が有している「正犯意思」が関与者間で共通する同一の犯罪を志向している限り、そのことを通じて「緊密な意思連絡」が彼らの間で構築されていると考えて差し支えない事案がほとんどであろうが、典型的には共犯過剰におけるごく例外的な場合には、そのような「緊密な意思連絡」（あるいは、少なくとも狭義の共犯としての可罰性を基礎づけるための心理的因果性それ自体）が否定される場合がなおあり得る³³⁾。その意味で、正犯意思と緊密な意思連絡という2つの概念はほとんどの場合には重なり合うものであるが、正犯意思が個々人の内心における事情であるのに対して、緊密な意思連絡は正犯意思の存在を前提として関与者らを一心同体のごとく固く結びつけ、これにより共同正犯としての可罰性を基礎づけるだけの心理的因果性を生じさせるものであるから、両者はやはり厳密には区別されるべきであろう。

このように正犯意思を共同正犯のあくまでも主観的要件の1つとして位置づける以上、客観的要件としての「重要な役割」は、理論上これとは区別されなければならない³⁴⁾。確かに、実際に両者を截然と分けられるか否かについて、「意思の連絡は、共同行為者間の人的関係や実際の発言、態度、行動等を総合して推認されることがあるから、主観的要件と客観的要件が相互に密接に関連していることは否定できない³⁵⁾」ことは事実かもしれない。そして、この点に関連して、例えば、実行行為には加わらず犯行の現場にも居合わせないが、犯行の事前又は事後に一定の役割を引き受ける「事前事後援助型」が「元来幫助犯との判定に傾きやすい」とされる一方で、援助行為の犯行全体の

中で占める重要性、不可欠性の程度等の事情によっては、共謀共同正犯の認定も当然あり得ると考えること自体には全く異論はない。ただ、「その者の犯罪実現への意欲の程度」が挙げられている³⁶⁾点について、このような主観的事情が、その者の行為が「重要な役割」に当たるか否かという客観的な事情に影響を及ぼし得ると考えるべきではない。換言すれば、客観的に不足している「役割の重要性」が、主観的な「意欲の強さ」によって補強されてはならない³⁷⁾。したがって、「その者の犯罪実現への意欲の程度」という事情は、せいぜい「正犯意思」の存否を認定する上での間接事実の1つとして位置づけられるにとどまると解すべきである。

以上、縷々述べてきたように、客観的事情と主観的事情とを併せた総合考慮によって共同正犯性を判断するのではなく、「重要な役割」という客観的要件と「正犯意思」の存在を前提とした「緊密な意思連絡」という主観的要件とは、あくまでも理論上は区別して検討されるべきである。さもなければ、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であろう。

3. 裁判例の考察

以上のような理解を前提に、冒頭で言及した2つの裁判例に対して検討を加えることとする。ただ、「犯行の周辺に認められる徴憑的行為という要素」を正犯意思の存否を判断するための資料とすることには前述のように再考の余地があるように思われるところ、これらの裁判例においても、この要素に属するであろう被告人にとっての「利益」の存否という観点が問題とされている。そこで、あらかじめこの点に論及しておきたい。

(1) 「利益」要素について

まず、①事例について、その第1審判決の指摘する、(1) 本件詐欺の実行行為の前提をなす重要

かつ密接不可分の行為を行ったものとも評価でき、また、(2) 休業損害証明書等を、現にXが勤務している会社の実質的経営者として作成したもので、その意味でも重要な役割を果たしたと言い得るほか、(3) Xから明示的な依頼もないのに、自らの判断で、給与支払明細書や休業損害証明書中の給与支給額等について事実と大幅に異なる虚偽記載を積極的に行うなど、本件詐欺に主体的に関与したといえる、などの点については、その控訴審判決においても是認されており、筆者も特に異論はない。もっとも、これらが「共謀共同正犯の成立を肯定する方向に働く事情である」という点は全くその通りではあるものの、共同正犯の成否につきこれらの事情をいわば「総合考慮」のための一事情として位置づけるにとどめるならば、前述のように、各々の事情が共同正犯のいかなる成立要件との関係で問題とされているのか、また、当該事情に共同正犯の成否を判断するためのどの程度の比重が置かれているのか、という点が見えにくくなってしまふおそれがある。如上の諸事情が詐欺罪を実現するための「行為」に関連するものであることに鑑みると、これらは共同正犯の客観的成立要件すなわち重要な役割の存在を基礎づける事情として評価すべきである。そして、このような理解を前提とした場合、本件被告人につき少なくとも共同正犯の客観的成立要件は明らかに充足していると考えられる。

これに対して、第1審判決と控訴審判決とで結論を異にした主な理由は、(4) 被告人自身に何らかの「利益」が認められるか否か、という点に求められるようである。なお、控訴審判決は、このほかにも、被告人は本件詐欺行為の実行や中止に全く関与しないばかりか、詐欺行為の結末等に関心を示した様子すら証拠上窺われなかつたといった本件詐欺への積極性を否定する事情の存することも指摘しているが、「本件では被告人には分け前や経済的利得を得ようとする意図が全くなかつたということになるが、この点は問題となっている犯

罪が詐欺罪という財産領得罪であることに照らせば、共謀共同正犯の成立を否定する方向に働く事情だというべきである」と述べていることに鑑みると、結論を異にした主な理由は、やはり「利益」評価の差異に由来すると考えて差し支えないであろう。

もっとも、これは事実認定の問題に帰するため、その結論の当否をここで批評の対象とすることはしない。むしろ問題とすべきは、そもそも「利益」という観点を正犯性評価のための判断材料として考慮すること自体の適否である。この点について、ある見解は、裁判例の傾向を分析すると、「実行行為者のそれと対比した分配利益の大小、被告人の利益分配に対する期待度（切実さ）の大小が、その量的大小に応じ、動機として犯行への積極的意思の大小に反映し、更に『自己の犯罪』を行っているという意識（＝共謀）の存在を推認させ、幫助犯との判別に寄与しているといえ」³⁸⁾るところ、「財産犯等犯行による利得が生ずる犯罪の場合には、分け前の分配がないことは、共謀共同正犯の成立を否定する場合にはかなり重視されている因子のように思われる」³⁹⁾とする一方で、「経済的利益に関する動機」という「事由は性質上共謀共同正犯と幫助犯を判別する因子とまではいいきれない」⁴⁰⁾とも述べている。また別の見解も、経済的利得のような観点について、「それ自体共謀共同正犯の客観的要件に該当する事実とはいえない」が、「例えば、共謀参加者が実行行為者と同額の分け前を得ているということは、その者の関与が他の参加者から重要なものと評価されていることを示すものである」から、「犯行の周辺に認められる徴表的行為」という「客観的状況を推認させる間接事実とみることができよう」と指摘する⁴¹⁾。

確かに、現実の犯罪事象を想像するに、被告人が犯罪結果に基づいて獲得する利益が大きければ大きいほど、それに見合うだけのいっそう重大な寄与を果たしていることが通常であろうから、実務において前記のような手法が採られていること

自体にはそれなりの合理性があろうし、あるいはそれどころか、そのような手法を選択せざるを得ないという認識が実務家の間に普及しているのかもしれない。しかしながら、犯行により利益を得たかどうかという問題と犯罪の実現にどの程度寄与したかという問題とは、本来、無関係のはずではなからうか。仮にこの「利益」という要素を過度に強調するならば、犯罪の完成にとってそれほど重要な役割を果たさなくても利益さえ受け取れば共同正犯とされるおそれがあるが⁴²⁾、これは紛れもなく純粋な主観説ないしその派生的見解ともいべきいわゆる利益説の立場そのものであって妥当ではないし、少なくとも、実質的には学説における重要な役割説と大差ないものと考えられる現在の裁判例の基本的立場と矛盾することにならう。

それにもかかわらず、現在の裁判実務が正犯性を判断するに際して少なからぬ実際上の意義を「利益」という要素に認めようとする背景には、例えば強盗罪のような利欲犯において、当該犯罪遂行との関係で必ずしも重要な役割を果たしていたとは（少なくとも証拠上）認定し難い関与者が、けれども事後的に見れば多額の経済的利益を得ているような場合に、その者を正犯として処罰できないのは不当であるという考慮が存するのかもしれない。しかしながら、正犯か共犯かを判断するに際しては、当該犯罪遂行との関係で重要な役割を担ったか否かという客観的要素も主観的要素と並んで決定的な区別基準の1つである以上、むしろ行為後（より厳密には犯行終了後）になされる利益收受の存否ないしその多寡という事情を正犯性評価にかからしめるべきではない⁴³⁾。そもそも、実務家の論稿の多くが「利益を得ているという事情は、その者が客観的に重要な役割を果たしていることを推認させる間接事実となる」旨を述べていることから明らかなように、重要な役割を果たしていない者が多額の報酬を得るような事案がそれほど多いとは思われない。考えられるケース

としては、例えば暴力団などの組織犯罪における組長等の上位者が犯罪収益の多くを手中に収める場合であろうが、このような場合であっても、上位者の行為それ自体が客観的にみて重要な役割にあたりと評価されない限り、共同正犯としてであれ間接正犯としてであれ、当該上位者を正犯とすべきではなからう。犯罪収益の多くを手中に収めたというような事情は、正犯性の判断基準としてではなく、犯情すなわち量刑の問題として考慮すれば足りるはずである。確かに、幫助犯と認定されるならば我が国の現行法63条にしたがい必要的に刑を減輕しなければならず、しかも同68条3号が、有期の懲役又は禁錮を減輕する場合にはその長期及び短期が半分になる旨の重大な効果を規定していることには留意しなければならないが⁴⁴⁾、犯罪収益の多くを手中に収めたというような事情が存するとしても、縷々述べてきたように、それは「幫助犯の中では犯情の重い事案」に当たると評価することにより十分に対応可能であるばかりか、むしろ積極的にそうするべきであるように思われる。

このように考えてみると、「利益」という要素を主観的要素としての「正犯意思」を認定するための一事情として位置づけること自体は特に財産犯においてはやむを得ないとしても、これを超えて、「事前の分け前分配約束がなく、被告人が、犯行の結果得られる利益に関する認識が明確でないまま犯行に関与しているか……分配金が犯行による利益分配としては、（実行行為者に比して）極めて少額にとどまった」⁴⁵⁾というような事実をことさら重視して、客観的に重要な役割を果たしている者を幫助犯にとどまるとしたり、逆に、多額の利益を得ているからといって、重要な役割を果たしたとは認定できない者を共同正犯としたりするべきではないと考えられる⁴⁶⁾⁴⁷⁾。筆者が裁判例における総合考慮に警鐘を鳴らす理由は要するにここにある。理論上、「利益」要素は「正犯意思」と結びつくことはあっても「重要な役割」とは結びつき得

ない、という点を確認しておかなければならない。

(2) ①事例について

このことを前提に改めて前述の①事例に言及するならば、Ⅲ 1の冒頭で挙げた諸要素に関する裁判例による評価が必ずしも十分ではないために断定的に論じることはできないものの、当該被告人につき何らかの「利益」が認められたか否かという観点を重視するべきではないとすれば⁴⁸⁾、第1審判決が被告人につき共謀共同正犯の成立を肯定するにあたり正犯意思を認定したことに問題はなかったともいえる⁴⁹⁾。

確かに、詐欺罪が財産的利益の獲得を企図する犯罪であることに鑑みると、このような利得の存否ないしその大小が当該詐欺行為に加担する重大な契機となりやすいことは否定し難い。しかしながら、①事件を修正して、例えば「Xが、お金に困っているYと意思を相通じた上、もっぱらYのために単独でAから100万円を騙し取り、これを全額Yに給付した」という場合を想定すると、自らは財産的利益を得ることを意図していなかったからといって、Xに正犯意思がないと評価することは不当であろう。もちろん、この設例のXは詐欺罪の実行行為を全て単独で行っている以上、控訴審判決の理解を前提にしてもXが幫助犯にとどまるとは解されないであろうが、利益という観点を過大視することには、そのような不当な結論に至る危険性を孕んでいるように思われる。そして、もしこのような結論に至り得るとすれば、それは多くの批判にさらされた純粋な意味での主観説ないし利益説への逆戻りをも意味してしまうであろう⁵⁰⁾。

(3) ②事例について

次に、②事例に検討を加える。

はじめに、第1審判決は、「共犯者らがB会長親子を殺害した上、現金を奪いその中から自分に対する報酬を支払うことを十分に知りながら」本件犯行に関与したという点を、本件被告人に「自己の犯罪」という認識があったことを認定するため

の少なくとも理由の1つとして挙げている。このことは、「犯行に際し経済的利得を得ることがあっても、それが犯罪結果の分配とはみられず、犯罪結果とは切り離された犯行に加功したこと自体の対価とみられる場合には、共謀共同正犯ではなく、従犯と認められる」⁵¹⁾というかつての実務家による分析が、現在でもまさに妥当し得ることを示すものと評価することができよう。

しかしながら、このような実務の在り方には疑問がある。例えば共犯者のポケットマネーから抛出されるであろう犯罪の「対価」を得るために殺人に加功する場合と、犯罪収益それ自体の山分けに与ること（すなわち「利益分配」）を期待して強盗に加功する場合とで、決定的といえるほどに事情が異なるのであろうか。少なくとも筆者にはそのような思われぬ。そして、この点について、②事例の控訴審判決が「被告人がその報酬の原資を確認した際に、B親子から奪取した金を充てる可能性も相当程度あることを知るに至ったからといって、それだけで被告人に強盗殺人についても正犯意思が生じ、自己の犯罪として関与するに至ったと認めることは到底できない」と述べて第1審判決を批判していることも、筆者の感覚が決して実務のそれと乖離しているものではないことを端的に示しているように思われる。そうだとすれば、仮に「利益」という要素を正犯と共犯との区別基準の1つとして考慮しようとする裁判例の立場を前提にしたとしても、ある関与者が得た経済的利益が犯罪結果そのものの分配であるか否かが共同正犯の成否にとってなぜ重要な意義を有するのかが不明である、との批判を第1審判決に向けることが可能であろう。したがって、当該被告人が犯行後に200万円もの大金を得ているにもかかわらず、この点を共同正犯性の判断において重視しなかった控訴審判決は、私見によれば正当である。

また、控訴審判決は「睡眠導入剤を提供した事実は、その後の強盗殺人の遂行の上で重要な行為であったことは否定できない」と述べつつも、「強

盗殺人の実行を決断させるのに重要な働きをしたとまではいえないし、提供するに至った経緯やその状況は、Xからの相談や交付要請に応答した受動的なものであったことは否定できない(傍点筆者)と判示している。このことからすると、本件被告人の関与は、自身が積極的に関わった死体遺棄に先行する共犯者らによる強盗殺人との関係でもそれなりの重要性を有していたことは否定できないにせよ、それが不可欠というほどに特に重要なものであったまではいえず、ひいては共同正犯の客観的成立要件であるところの「重要な役割」には当たらないと評価することができよう⁵²⁾。

その上で、確かに被告人が関与した死体遺棄は共犯者らによる強盗殺人を当然に前提としており、「3名の遺体の遺棄行為が殺害遂行の上で重要であったことは原判示のとおりであるが、殺害に必須な行為とか、殺害に移るための決定的な要因とかいうものではない上、殺害行為は遺棄行為とは全く異なる重大な行為である」ことをも指摘して、強盗殺人の点については被告人に共同正犯は成立しないと結論づけている控訴審判決は説得的であるように思われる。

IV 結 語

本稿では、我が国の比較的最近の裁判例のうち、とりわけ審級により共謀共同正犯と幫助犯のいずれが成立するのかという点で判断の分かれた2つの裁判例に検討を加えることを通じて、これらの関与類型(広義の共犯類型)をどのような基準によって区別するべきかを考察した。その過程で、既にたびたび指摘されているように、裁判例の立場は純粋な主観説ではなく、実質的には学説における重要な役割説と大差ないものと評価して差し支えないということを確認した上で、それにもかかわらずなお主観説を連想させる言い回しを用いることが裁判実務に堅く根差していることに鑑み、近時の学説と実務の見解とを調和することを試みた。本稿で得られた結論は、主として次の3点で

ある。

1. いわゆる「正犯意思」を共同正犯の成立要件として考慮すべきである。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。

2. 正犯意思が共同正犯の主観的要件として位置づける以上、客観的要件として要求されるべき重要な役割は、理論上これと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、客観的事情と主観的事情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。

3. 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。

ところで、「重要な役割」とは独立した共同正犯の成立要件として「正犯意思」を考慮するとするならば、客観的には重要な役割と評価し得る寄与を果たしていたとしても、その者が正犯意思を有していなかった場合には、他の共犯者らとの間で「緊密な意思連絡」が構築されることはないため、

当該関与者は共同正犯とは評価され得ないことになる。そして、このように考えるならば、いわゆる「実行行為を行う従犯」を認める余地が生じ得ることになる。そこで、最後にこの点について簡単に言及しておきたい。

筆者はかつて「実行行為を行う従犯（故意ある補助的道具）」という概念を肯定するだけの正当な理由はなく、これが問題となる場合にはいわゆる「正犯の背後の正犯」を認めることの方が妥当である旨を主張したことがある⁵³⁾。ただ、そこで念頭に置いていたのは、直接行為者に単独正犯性が肯定できる場合、すなわち実行行為者が実行行為の全てを単独で行っていた場合であった。これに対して、強盗罪に代表される結合犯においては事情が異なり得る。つまり、例えば「Xがけん銃で銀行員を脅迫している間に、Yが金員を持ち出した」という強盗分担設例において、もし彼らのいずれかに正犯意思が欠けているならば、各々の行為単独では強盗罪の構成要件を充足し得ない以上、一部であれ実行行為を分担しているにもかかわらず、XまたはYに強盗罪の共同正犯も単独正犯も成立せず、場合によってはその補助犯が成立するにとどまる事案があり得ることになる。

ではどのように考えるべきであろうか。結論から言えば、この限りで「実行行為を行う従犯」が認められる余地を是認しなければならないであろう。ただし、筆者は「実行行為」を一部でも分担した者は例外なく「重要な役割」を果たしたと評価されるべきであると解している⁵⁴⁾。先の強盗分担設例の両名が脅迫ないし窃取という強盗罪の実行行為を一部であれ分担している以上、両名のいずれの寄与も客観的に重要でないとは評価することはできない⁵⁵⁾。それゆえ、それにもかかわらず当該関与者の共同正犯性を否定するならば、それは主観的要件の欠如に見出すしかない⁵⁶⁾。もっとも、文字通り「実行行為」を一部でも分担している者⁵⁷⁾が、それにもかかわらず「正犯意思」を有していなかったと評価できる事案が多く存在す

るとは決して思われないため、現実には彼らのいずれかが補助犯にとどまるというのは極めて例外的な場合に限られるであろう。

なお、付言しておく、先の強盗分担設例で共同正犯が成立しない場合があり得るとしても、その際に強盗罪の補助犯の成否のみが問題となるわけではない。つまり、仮にXY両名の間に共犯関係が存在しない場合を想定すると、彼らの（部分）行為がそれだけでは強盗罪の構成要件には該当しないことは当然としても、Xには脅迫罪の単独犯が、Yには窃盗罪の単独犯が、それぞれ成立するはずである。そうだとすれば、この設例におけるXとYが共犯関係にある場合において例えばYには正犯意思が存しないとき、そのことを理由としてYに強盗罪の共同正犯ではなくその補助犯が成立するに過ぎないとしても、当該部分行為が単独でも窃盗罪の構成要件を充足していると評価できる限り、別に窃盗罪の単独犯も成立すると解すべきである。さもなければ、その行為の本質が強盗への加功としての窃取行為を分担したものであるという点を法的に適切に評価することができないであろう⁵⁸⁾。そして、このように当該被告人に別罪の単独正犯が成立する限りにおいて、実行行為を行う従犯という法形象を認めるべきか否かという問題の重要性は、いくぶん低下するように思われる。

さて、既に述べたように、「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ある」とはいえ、考慮要素を増やせば増やすほど法的安定性を損なう恐れもまた増してしまう以上、今後の議論の方向性としては、「種々様々な考慮要素」を可及的に簡潔なものにしていくことが望ましいであろう。例えばこれらのうち、「被告人と共犯者らの人的関係」という要素も法的安定性を損なう危険性を大いに秘めている。つまり、行為刑法の観点からは、「組織内での人間関係が正犯性の有無に直結するわけではないのは当然である」⁵⁹⁾が、その一方で、外

形上は全く同じ働きかけであったとしても、それを行ったのが暴力団組長である場合と末端の組員である場合とでは、おのずから他の関与者に与える影響力（感銘力）には差が生じるはずである⁶⁰。この点について、「暴力団の親分と子分との人間関係や親分の子分に対する言動等」も『共同実行の事実』と実質的に同視し得る客観的事情」に含めてよいであろうとする見解が主張されている⁶¹。ただ、このように人的関係を強調するならば、「暴力団の幹部は果たした寄与の程度とは無関係に、實際上既に実行担当者に対して何らかの心理的影響を及ぼしていることが多いであろうが、そうすると最初から事実上『教唆』とされる余地はないのだろうか⁶²」という別の問題が生じ得る。今後、どのような考慮要素を取り除くべきか、あるいは逆に取り込むべきかを検討する際には、以上のような問題点にも留意しておかなければならないと考えている。

本稿では、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併せて指摘したが、そもそも「正犯意思」とは具体的にどのような意思をいうのかという点、さらには、これにより「緊密な意思連絡」が構築されるとも主張したが、何をもって「緊密」と評価できるのかという点なども含め、多くの解明すべき問題が残されたままである。これらについては、他日を期したい。

- 1) 例えば、亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』(弘文堂, 2005年) 6頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』(東京大学出版会, 2015年) 322頁以下参照。
- 2) 水落伸介「共謀共同正犯の構造について」中央大学大学院研究年報41号法学研究科篇(2012年) 147頁。
- 3) 例えば、石井一正=片岡博「共謀共同正犯」小林充=香城敏磨編『刑事事実認定(上)』(判例タイムズ社, 1992年) 341頁、伊東武是「共謀共同正犯の

謀認定」『小野慶二判事退官記念論文集 刑事裁判の現代的展開』(勁草書房, 1988年) 133頁、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会, 2009年) 313頁以下、杉田宗久ほか「共犯(1) 共謀共同正犯の成立要件(上)(下)」判例タイムズ1355号75頁, 1356号(ともに2011年) 50頁など。

- 4) 評釈として、福原道雄「判批」警察学論集66巻10号(2013年) 183頁がある。
- 5) 評釈として、門田成人「判批」法学セミナー710号(2014年) 111頁、本田稔「判批」法学セミナー740号(2016年) 161頁がある。嶋矢貴之「正当防衛・共犯について」刑法雑誌55巻2号142頁以下、稗田雅洋「裁判員裁判と刑法理論」同180頁以下も参照。
- 6) なお、本件は被告人により上告されているもの、いわゆる三行半によって棄却されている(最決平成25年9月30日 LEX/DB25502137)。
- 7) 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号(1999年) 14頁、松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌31巻3号(1991年) 44頁以下など。
- 8) 石井=片岡・前掲注3) 348頁以下。上野智「事実認定の実証的研究—第6回共謀の認定」判例タイムズ254号(1971年) 16頁以下も参照。
- 9) Vgl. *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, 2006, § 25 Rdn. 30.
- 10) 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂, 2010年) 56頁以下。
- 11) 西田・前掲注10) 58頁以下。
- 12) 西田・前掲注10) 59頁のほか、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年) 404頁以下、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣, 2016年) 340頁以下などを挙げることができよう。橋爪隆「共謀の意義について(2)」法学教室413号(2015年) 97頁以下も参照。
- 13) 比較的最近の裁判例だけでも、大阪高判平成27年11月19日 LEX/DB25541871(殺人、詐欺未遂被告事件、共同正犯を認定)、大阪地判平成27年10月15日 LEX/DB25447723(覚せい剤取締法違反等被告事件、幫助犯を認定)、長崎地判平成27年10月8日 LEX/DB25541484(窃盗等被告事件、共同正犯を認定)、東京地判平成27年4月30日 LEX/DB25506320(殺人等被告事件、共同正犯を認定)、名古屋地判平成27年4月27日 LEX/DB25540401(窃盗、詐欺被告事件、前者につき共同正犯を、後者につき幫助犯を認定)、

- 大阪地判平成27年2月17日 LEX/DB25506325 (強盗致傷被告事件, 恐喝と傷害の限度で幫助犯を認定), 福井地判平成27年2月4日 LEX/DB25505959 (強盗致傷等被告事件, 共同正犯を認定), 盛岡地判平成26年9月24日 LEX/DB25504820 (殺人被告事件, 共同正犯を認定), 盛岡地判平成26年7月29日 LEX/DB25504612 (殺人被告事件, 共同正犯を認定)などを挙げることができる。
- 14) 青木孝之「共謀共同正犯の理論と実務」*琉大法学*78号(2007年)58頁, 出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(上巻)』(判例タイムズ社, 2006年)206頁, 川田宏一「共謀共同正犯の成否」池田修=杉田宗久編『新実例刑法(総論)』(青林書院, 2014年)313頁, 司法研修所編・前掲注3)56頁以下, 村瀬均「共謀(1)支配型共謀」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)〔第3版)』(立花書房, 2013年)266頁以下, 菊池則明「共謀(2)対等型共謀」同書284頁以下, 杉田ほか・前掲注3)「共犯(1)共謀共同正犯の成立要件(下)」60頁など。
- 15) 嶋矢貴之「共犯論」*法学教室*418号(2015年)21頁は, 近時の裁判員裁判をめぐる実務の動向について, 「従来の判例理論を見直すものではないが, 『重要な役割』の有無という(比較的)客観的な評価方法にシフトすることが志向されているといえる」とする。
- 16) 平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会, 1966年)248頁。
- 17) 「正犯意思」を共同正犯の成立要件の1つとして考慮しようとするものとして, 前田・前掲注1)353頁。
- 18) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第5巻』(青林書院, 1999年)130頁〔村上光鷄〕参照。
- 19) 例えば, 西田典之『刑法総論〔第2版)』(弘文堂, 2010年)355頁, 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣, 1975年)390頁以下, 堀内捷三『刑法総論〔第2版)』(有斐閣, 2004年)293頁以下, 山口・前掲注12)367頁など。西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣, 2010年)853頁〔島田聡一郎〕も参照。
- 20) 水落・前掲注2)160頁以下。
- 21) 「共謀」概念の多様性に対して批判的に検討を加えるものとして, 亀井源太郎「共謀共同正犯に関する覚書」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』(成文堂, 2015年)438頁以下や, 同439頁脚注31及び同448頁追記掲載の諸論文がある。
- 22) 既に, 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論〔増補版)』(学陽書房, 1983年)139頁以下は, 「意思の連絡」という語が種々の意味で用いられ得ることを指摘していた。内海朋子「共同正犯における『意思連絡』の意義について(1)」*亜細亜法学*39巻2号(2005年)93頁以下も参照。
- 23) 下村・前掲注22)140頁。
- 24) 小林・前掲注7)12頁, 村瀬・前掲注14)266頁など。
- 25) この点について念のためさらに補足すると, このように解することは, 水落・前掲注2)161頁で「いわゆる『意思の連絡』が認められれば十分であって, それに加えて『共謀』などという要件を課す必要はない」と述べたことと矛盾するものではない。このことは, 下村康正『統犯罪論の基本的思想』(成文堂, 1965年)108頁以下が, 「厳密に考える限り, 理論上, 共謀と共同犯行の認識とは別個の概念である」から, 「共謀とは共同犯行の認識である, とするのは行き過ぎである」と述べていたことから明らかであろう。要するに, 「共謀」という概念は, 論者によってはときに極めて堅固な意思の合致とでもいべき意味合いで用いられることがあるが(立石二六『刑法総論〔第4版)』(成文堂, 2015年)309頁), それは共同正犯の主観的要件の内容としては過剰であると考えているのである。
- 26) 石井=片岡・前掲注3)384頁, 上野・前掲注8)16頁, 小林・前掲注7)12頁など参照。
- 27) 石井=片岡・前掲注3)343頁。
- 28) 例えば, 神戸地判平成27年3月19日 LEX/DB25540679 (殺人等被告事件, 共同正犯を認定)は, 「自分たちの犯罪を行う意思(共同実行の意思)」という表現を用いている。また, 菊池・前掲注14)280頁が, 正犯意思・共犯意思は「『共謀』と不可分一体の要件, すなわち『共謀』の主観的部分として把握されて必ずしも独立の要件と扱われていない場合もある」と指摘していることも, このような理解の仕方を補強し得るであろう。
- 29) 水落・前掲注2)161頁, 出田・前掲注14)208頁も同旨。
- 30) 小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会編『刑事公判の諸問題』(判例タイムズ社, 1989年)31頁。
- 31) 朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編『刑事事実認定の基本問題(第3版)』(成文堂, 2015年)

- 157頁。
- 32) 石井=片岡・前掲注3) 385頁。
- 33) この点については、水落伸介「共謀の射程について」中央大学大学院研究年報44号法学研究科篇(2014年) 161頁(特に166頁以下)参照。
- 34) 朝山・前掲注31) 165頁は、共謀共同正犯の主観的要件と客観的要件を別個の要件として考えることは、刑法60条の解釈として十分成り立つものであるばかりか、議論を整理する上でも有益な視点を提供するものと考えられるとする。さらに、朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雑誌53巻2号(2014年) 188頁も参照。
- 35) 朝山・前掲注34) 188頁。
- 36) 伊東・前掲注3) 141頁。
- 37) 橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号(2006年) 13頁も、「客観的な役割がきわめて軽微な場合に……主観面だけを考慮して共同正犯の成立が認められるわけではない」とする。
- 38) 石井=片岡・前掲注3) 358頁。
- 39) 石井=片岡・前掲注3) 387頁。
- 40) 石井=片岡・前掲注3) 357頁。
- 41) 朝山・前掲注31) 167頁。
- 42) 十河太朗「暴力団組長が自己のボディガードらのけん銃等の所持につき直接指示を下さない場合の共謀共同正犯の成否」現代刑事法68号(2004年) 89頁。さらに、山口厚「覚せい剤事犯と共犯論」刑法雑誌27巻2号(1986年) 427頁は、「判例における『利益の帰属』には、因果的寄与度判断の単なる間接的な証拠以上の意味が与えられて」おり、「『利益の帰属』自体を基準として正犯性を判断する考えが判例の中にならかなり含まれていることは否定しえないように思われる」と分析していた。
- 43) 「利益分配」と「正犯性」との関係については、水落伸介「窃盗の間接正犯の訴因に対して、被利用者の道具性が認められないとして、窃盗教唆と認定された事例」法学新報122巻5・6号(2015年) 123頁以下でも若干の言及をしておいた。さらに、照沼亮介「間接正犯の正犯性を基礎付ける事情についての誤想」上智法学論集59巻4号(2016年) 274頁も、利得の多寡によって(いわば事後的に)正犯性の有無を変動させることに疑問を投げかけている。
- 44) 島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究3』(成文堂、2010年) 63頁は、そのような現行法の規定を踏まえ、幫助とされるべきなのは「関与の仕方観点から見て、処断刑を半分にされるに足る役割しか分担していない者」と考えられるべきと主張する。
- 45) 石井=片岡・前掲注3) 358頁。
- 46) 松澤伸「共犯と正犯の区別について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2014年) 825頁も、「分け前の分与」あるいは「利益の帰属」などの要素は「正犯性とも共犯性とも結びつく余地はない。せいぜい、利益を得ただけだから犯罪において主導的な役割を果たしたのだらう」という正犯性を基礎付ける間接事実として考慮される程度のものであろう」と批判する。
- 47) 「利益」要素を正犯性評価の基準の1つとして位置づけることに対しては、ドイツでも、「RG判決の末期段階からの残滓であり、今や時代遅れである」などとする強い批判がある。*Roxin, Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 196. Vgl. auch *Schünemann*, (Fn. 9), Rdn. 30.
- 48) 大阪地判平成27年10月15日 LEX/DB25447723は、被告人は本件覚せい剤の「密売に不可欠な重要な役割を果たしている」としつつ、「被告人は、本件密売からは、金銭的利益も含め何らの利益も得ておらず、自分の犯罪として主体的に関与する理由を見出すのは困難である」として、当該被告人には幫助犯が成立するととどまるとする。「利益」の不存在を重視し過ぎであるようには思われるものの、「重要な役割」とは区別された「正犯意思」が欠けるという趣旨であれば、その結論は了解可能である。
- 49) 福原・前掲注4) 190頁参照。
- 50) ドイツにおける浴槽事件(RGSt 74, 84)やスタシンスキー事件(BGHSt 18, 87)が想起されるべきである。
- 51) 出田・前掲注14) 213頁。
- 52) 菊池則明「いわゆる対等型共謀共同正犯の認定」警察学論集69巻7号(2016年) 147頁。
- 53) 水落伸介「背後者の正犯性について」中央大学大学院研究年報40号法学研究科篇(2011年) 205頁以下。
- 54) この点については別稿で検討を加える予定である。
- 55) このような観点からすると、共謀共同正犯論と「表裏一体の関係にある」(亀井・前掲注1) 114頁。同

- 133頁以下も参照。)がゆえに実行行為を行う従犯が肯定されるわけではない。水落・前掲注53) 206頁参照。
- 56) 橋爪・前掲注12) 100頁脚注29は、「多数人が実行行為を分担しており、その一部の者に限って、『共同性』を基礎づけるにたりる密接な関係が認められる場合には、実行行為を分担しているが『共同性』が欠ける関与者について、正犯性が否定され、幫助犯が成立することになろう」とする。
- 57) ある行為がそもそも当該構成要件における「実行行為」に当たるか否かは、結局のところ各則構成要件解釈の問題に帰するようと思われるが、実行行為の解釈に基づいて実行行為を行う従犯を肯定しようとする見解に対して批判的検討を加えるものとして、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）227頁以下がある。
- 58) 只木誠「罰条による評価」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（下巻）』（成文堂、2014年）10頁参照。
- 59) 照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014年）264頁。
- 60) 島田・前掲注57) 370頁は、幫助犯における心理的因果性の文脈において、「正犯者と背後者の人的関係……が重要な考慮要素となるように思われる。正犯者と背後者との間に、例えば親族、親しい友人、知人、同僚といった関係や、犯罪的な組織の構成員同士である等の人的な結びつきがある場合には、比較的弱い働きかけであっても因果性が肯定される場合が多いと思われる。親しい人にいわれれば、その心理への影響は強いと思われるからである。」と指摘している。
- 61) 朝山・前掲注31) 165頁以下。
- 62) 照沼・前掲注59) 262頁。

