

共同正犯論における共謀共同正犯(1)

三 枝 有

目次

一 序論

二 学説の検討

(1) 共同意思主体説

(i) 共同意思主体説

(ii) 共同意思主体説の検討

(2) 行為支配説・間接正犯類似説

(i) 行為支配説

(ii) 間接正犯類似説

(3) 小括

——以上本号

三 判例の検討

——共謀共同正犯の実態——

四 共同正犯論の本質と共謀共同正犯

(1) 犯罪共同説

(2) 行為共同説

(3) 小括

五 結論

共謀共同正犯論の展望

一 序論

共謀共同正犯 (Verabredete Mittäterschaft) 論とは、二人以上の者が犯罪の実行を謀議し、共謀者中のある者が、その共同の意思に基づいてこれを実行した場合に、現実的には実行行為を行わなかった他の共謀者も実行者と同様に正犯 (共同正犯) とする理論である。判例は、従前は智能犯と実力犯の区別を行い、智能犯についてのみ共謀共同正犯を認めてきたが、昭和十一年五月二十八日 (刑集一五卷七一五頁) の大審院刑事連合部判決以降は、智能犯・実力犯の区別を問わず共謀共同正犯を認定するようになったのである。このような判例の傾向を積極的に擁護する学説として共同意思主体説や行為支配説などが存在しているが、現在でも、謀議に関与しただけでみずから実行を担当しなかった者は、直接実行を担当した者 (正犯) の教唆犯もしくは従犯にはかならないとする共謀共同正犯否定説も根強く存在している。もっとも改正刑法草案第二十七条第二項は「二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする」として共謀共同正犯を規定している。そしてこのような実務の共謀共同正犯処罰に対する肯定的傾向は、共謀共同正犯肯定論が主張するような背後の大物処罰

の必要性、すなわち直接実行行為にはたずさわらないが犯罪の実現に主動的な役割を演じた者の正犯としての処罰を目的とし、それに限定的に機能するのではなく、むしろ社会的実在としての共働現象に対する積極的評価として共謀共同正犯論を構成しているのである。もっとも、社会的共働現象を強調しすぎて、単独犯を予定している構成要件を、犯罪者の主観的心理的側面（一人ではできないけど、仲間が居ればできる）を重視して、相互的心理促進機能をもって、個人ではなく、一つの共同意思主体が、民法上の組合の法律行為の如くに充足すると考えることは妥当性を欠くものである。しかしながら、現代のように社会生活関係の複雑多岐化した文明社会において、犯罪意図の実現をはかる場合には、単独犯の形態よりもむしろ複数の者が相互に心理的あるいは物理的に援助をうけ、かつ利用しあうという単独正犯には存在しない共働形態によって犯罪を遂行していくことが法益侵害の確実性（危険性）を増大させるものといえよう。そこでは、単独正犯に対する教唆・従犯とは異なった、積極的な犯罪加功の意思と共謀者が相互にその心理を通じて当該行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼした⁽²⁾ことにより、一部行為の全部責任が肯定できるものである。そして、このように共謀現象を一種の社会的実在として、単独正犯と異なり、教唆・従犯とも全く異なった社会共働現象として把握すると同時にその現象の正犯としての可罰性が確定できる時には、刑法六〇条の共同正犯を各人による構成要件の部分的実現が存在する場合に限定する必要もなくなるものと思われる。それ故に、共謀関係につき、共謀共同正犯論としてあえて特殊理論を構成し、その適用を考えていくよりも、むしろ共謀関係の実体の解明にもとづき、どこまでを限度として刑法六〇条の共同正犯として包摂できうるものであるかを検討していくのが妥当と思われる。そして、むしろ刑法六〇条の解釈では包摂しきれないような共謀関係については、直截に教唆・従犯とすべきであろう。

以下では、既存の共謀共同正犯論を個々に検討することでその妥当性を考えるとともに、判例が認める共謀共同正

犯の形態を分析し、さらに刑法六〇条の共同正犯にどこまで包摂可能であるかを、共同正犯の本質から明白にしてゆくつもりである。

〔注〕

(1) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五九年)三五一頁。

(2) 江家義男『刑法(総論)』(昭和二十七年)一八二頁以下。

(3) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三八一頁。

二 学説の検討

(1) 共同意思主体説

(i) 共同意思主体説

判例が形成してきた共謀共同正犯に、理論的な根拠をはじめて与えたのが「共同意思主体説」である。そして、この共同意思主体説は、草野豹一郎博士を創始者とし、齊藤金作博士さらに下村康正教授、西原春夫教授へと発展継承されてきたのである。また、共同意思主体説の有力な賛同者には、植松、小泉、江家、佐瀬、島田博士などの諸家がある。しかしながら現在では、共同意思主体説に対する後述の批判ならびに練馬事件判決の影響により、共同意思主体説を採用する学者は極めて少数であるといえよう。

草野博士の提唱された共同意思主体説は、まず、犯罪共同説ならびに行爲共同説の双方につき批判的検討を加えることにより、共犯論の全体構造そのものにつき共同意思主体説の妥当性を説かれ、「共同意思主体説こそ、共犯の従属性を解決する為に残された唯一の途ではなからうか」⁽²⁾とされる。そして、「共同意思主体説の特色は、二人以上の

異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すと言ふ共同目的を実現するが為、同心一体となる点に在ると言わねばならぬ。併し、此の共同意思の主体と言うことは、決して自然的に發生するのではなく、必ずや、二人以上の者が一定の犯罪を行ふに付て協議することから成立するものである。而して此の協議を為すことを通謀又は陰謀と言ふのである。之を譬ふれば、法人又は組合の設立行為に比すべきであらう。」⁽⁸⁾として、共犯現象を社会的事実面としての共犯現象として把握し、「通謀が整つて、通謀者の一人が共同目的たる犯罪の実行に着手するによりて、そこに、はじめ、共同意思主体の活動がある」とされる。ここでは、特定の目的の下に二人以上の者が同心一体たる共同意思主体を形成し、少なくとも其の中の一人が犯罪の実行に着手したことにつき共犯の從属性を認め、さらに從属性から共犯の「連帶性」へと進展する。そして、「共同意思主体の構成員たる個人の犯罪実行行為が、共同意思主体自身の活動となる場合に於て、其の刑事責任を何人が負うべきかは一個の問題である。之を共同意思主体をして負わしめることも考へ得らるるが、各個人をして、自ら実行行為に出たと同様に、其の責任を負はしむべきであると解すべきであらう。」⁽⁹⁾として、共犯の連帶性を、処罰の連帶性にまで押し括げている。この点につき、共同意思主体説の立場から、齊藤金作博士は、「共犯成立上の一体性」を主張され、草野博士が連帶性の強調から单独犯における身分に因る責任阻却事由も、共犯關係を生ずることにより脱落すると解すのに対し、共犯關係の成立と共犯処罰についての個別性を分離し、団体責任論を回避し、個人責任の原則を貫徹させる。⁽⁷⁾

下村教授は、共同意思主体説こそが「正統的共謀共同正犯学説」⁽⁸⁾であるとして、徹底した共同意思主体説擁護論を主張される。ここでは、社会的事実としての共同犯行の実体の一体的認識を強調され、個別化理論を否定し、団体的共犯論を主張されている。すなわち、「二人以上の者が共同目的をもつて行動する場合には、单独犯の場合におけるとは異つた犯罪構造というものが存在し、それは、したがって、共同者の各自を单独犯の原理で割り切り、その総和

と目するのでは解決出来ないものであって、これを一体として考察し、犯罪実行の概念もそうした犯罪構造の特殊性を把えた上で理解しなければならぬ^⑨とされている。このような下村教授の主張は、草野博士の共同意思主体説を継承しつつむしろ齊藤博士の理論を純化したものといってもよからう^⑩。そして刑法六〇条についても、「二人以上共同シテ」の意義に重きを置き、団体的共犯論から、二人以上の共同が存在した以上は、何人かが犯罪の実行をすれば足るとして、刑法改正仮案二五条をその根拠付けに引用されている。

西原教授は、共同正犯は「共犯」の一形態であるとし、「正犯」の一形態でないことを明言すること^⑪で、共同正犯における実行行為の一部実現の不要性を説かれ、共同意思主体（共同犯行の意識）による犯罪実現を認められる。そして、「一部行為の全部責任」の法理を採用した上で、「問題となるのは、二人以上の共同作業が犯罪の実行である場合に、その各人につき犯罪実現に対する、単独正犯者または直接実行者と法的に同視すべき寄与が考えられるかどうかである。いいかえれば、その二人以上がともに手を下して構成要件の全要素を実現したのと同視すべき共同関係がそこに存在するかどうかである。そのような評価が加えられる場合、その各人の寄与こそが共同正犯における責任の基礎にはかならない^⑫。」として、一つの社会現象としての共犯現象の把握を行いつつ、純粋な意味での個人責任原理を修正し、他人の行なった行為についてまで責任を負わせる限度で一種の団体責任論を採用するものである。しかしながら、このような西原教授の所説では、共同正犯における責任の基礎として、犯罪の実現に対する「重要な役割」を問題視するため、究極的には価値的行為説に近いものとなり、「共謀共同正犯は、別に共同意思主体説のような理論構成を持ち出さなくとも、通説の立場に立ちつつこれを共同正犯の一種に数えることができるのである。ただ共同意思主体説は、共同正犯における実行行為の主体を『甲乙二人』という超個人的なもの（共同意思主体）とし、その活動の成果たる実行行為を指定した上で、その実現に対する各人の寄与を責任の基礎としたその考え方が、犯罪

共同説の必ずしも自覚しえなかった全体的考察方法を明らかにした点で、学説史的意義を有するにとどまる。⁽¹⁸⁾と述べられるに至っている。このことは、共犯現象をもって、共同意思主体という超個人的な社会心理的存在の活動と把握しつつも、各人の寄与をもって責任の基礎とすることで、責任の個別化を行なった結果、実際の適用場面においては、個人責任の原理を守る結果となったためであるといえよう。⁽¹⁹⁾

このように、草野博士による共同意思主体説は、斎藤博士による共犯成立上の一体性による修正にともない、個人責任の法理への端緒を得、やがて西原教授により一層の進展がはかられるのである。ここにおいては、もはや団体責任論にもとづく共謀共同正犯論は存在せず、個人責任の法理の修正説の一つとしての共同意思主体説が存在するにすぎないのである。

このことは既に、立場の異なる植松博士が共謀共同正犯を肯定するに際して、「犯罪共同説というものは、一定の犯罪を複数の者が共同して遂行すると考えるのであるから、いわゆる共同意志主体的に考えている」⁽²⁰⁾とされ、自らの見解を共同意思主体説と呼ばれることを認容していることからもうかがい知れる。すなわち、共同意思主体説は、犯罪共同説、行為共同説と併立しうる共犯理論の一つとしての存在意義を有していないのである。それは、植松博士が、共同意思主体説に賛意を表しつつも、共犯理論としての共同意思主体説の存在に否定的であることから明白である。そして、「第六〇条の条文に『共同シテ実行シ』とあるところは、犯罪における協力現象のうちで、その共謀という心理面においてであろうと実行という動作面においてであろうと、とにかく、複数人の間に共同の事実がありさえすれば、実行はその共同者のうちの誰かによって行われれば足りる」⁽²¹⁾という形で共同正犯を把握しているのである。

(ii) 共同意思主体説の検討

共同意思主体説そのものにつき、既に記述したように理論的変遷がうかがわれるが、このような共同意思主体説に對しては、多方面からの批判が存在する。

牧野博士は、草野博士の団体的共犯論に對して、主観主義の立場より「個人的責任の原理を基点として共犯論を考へねばならぬ」⁽¹⁹⁾とされ、共同意思主体説は共犯現象の本質論において犯罪共同あるいは行為共同と從属性あるいは獨立性の理論との混同があるとされる。そして、共謀關係は、本来教唆であり、教唆犯を共同正犯と同一視する誤りを共同意思主体説は犯しているとされている。そこには共謀による連帶性は無用であり、共同正犯の從属性そのものも不要であるとの考え方があつた。さらに牧野博士は、「刑法上、個人責任の原理を考へるにおいては、他人の行為に因つて責任の成立があるといふことは考へ得られるところでない」として、責任の分担・配分のない共同意思主体説では行為責任による責任の個別化がはかれな⁽²⁰⁾いとされている。

木村博士は、「共同正犯に固有の特殊な要素は、客観的には犯罪の実行を共同にすること、即ち、実行行為の共同ということ」⁽²²⁾であるとされ、実行行為のない共謀参加者は、具体的事情に應じて幫助もしくは教唆犯の成立をみるとされる。そして、「ただ共同正犯については、それが二人以上共同して犯罪を実行することを意味するから、共同意思主体を認めることは論理的に不可能であるとはいへないが、そのような超個人的な共同意思主体を認めなければならぬ必然性はどこにもなく、これを認めることは、かえつて、今日克服せられた古い団体責任の原則に還ることであつて、刑法の理念たる個人責任の原則に反する」⁽²³⁾とされている。さらに、草野博士が責任の帰属につき各個人をして、自ら実行行為に出たと同様に、其の責任を負わしめることにつき、何故に共同意思主体そのものに帰責しないのかと批判されている。

以上の主観主義の立場からの批判は、異なった立場である客観主義からも同様な形でなされている。滝川博士は、「実行担当者と通謀者との間には『実行の著手』という刑法上重要な境界線がある。」⁽²⁵⁾とされて共謀者と実行担当者は同一視できないものと理解されている。そして、共同意思主体説は、犯罪の主体を共同意思主体としながら、責任のみは各個人に負わせるもので、一種の転嫁責任を認め、刑法の個人責任原理に反する⁽²⁶⁾とされている。それ故に、実行行為をしない共謀者については教唆もしくは従犯となる。

また団藤博士も当初は、「かりに共同意思主体というものをみとめることができるとしても、これを犯罪の主体とするのは、団体責任をみとめるもので、現行法の——いな、ひろく近代法の——個人責任の理念に反する。各人について考えるかぎり、実行させることは実行することではない。謀議にとどまる者は、教唆犯または幫助犯にすぎない」と主張され、判例は立法論を解釈論に持ち込んだものとして批判されていた。さらに大塚教授も「共同意思主体説は、基本的に、近代刑法学の予定する個人責任の原理と背馳する団体責任主義の立場であるとともに、また積極的にさような団体責任を論ずるのでもなく、かえって民法の組合理論のごときを刑法解釈上に推及して、その団体構成員の個人的責任をみとめようとするのであって、容易に左祖しがたい」⁽²⁸⁾とされている。

以上の如く、共同意思主体説に対しては種々の批判が存在するが、その主たるものは、第一に、共同意思主体説は、一種の団体責任論を認めるもので、刑法における個人責任の原則に反すること、また第二に、共同意思主体という超個人的存在による実行行為につき、民法の組合理論を援用して各個人にその責任を転嫁することは、刑法理論と民法理論との混同であり、また行為責任の原則に反するものである。第三に、このような共同意思主体説では、共同正犯と教唆ならびに従犯との概念的区別が不可能となることなどが実質的批判点であり、形式的には、刑法六〇条の文理解釈からは共同正犯に包摂することは不可能となり、罪刑法定主義違反となるとするものである。

まず、共同意思主体説においては、犯罪現象の實質的把握から、共犯現象を相互に補充し合う社会的実在としての共働現象としてとらえることを大前提としている。そして、このような理解のもとに「集団犯罪において、犯罪の実行にあたる者は、原則として地位の低い小物、中心人物ともいうべき大物は背後にかくれて采配をふっている。実行者を罰するだけでは処罰の目的を達することができない。誰が実行したかという問題は、実はどうでもよい。指導者、大物を処罰することが要求せられる」という法感情のもとに共同意思主体説が構成されてくる。このような認識のもとに共同意思主体説に対する批判を検討する場合、第一に、共同意思主体説が、刑法の個人責任の原則に反するという批判⁽²⁸⁾については、共同正犯を単独正犯の原理により把握することの不合理性を説くことによってある程度納得のいく回答を導き出せよう。すなわち、共同正犯を単独正犯の原理により理解する場合には、「何故に実行行為の一部を表現したにすぎない各共同正犯者が完全な実行行為者として責任を負うとされるのか」と問わざるを得ず、その結論として、共同正犯の主観的要件と共謀者相互の補充行為こそが「一部行為の全部責任」を基礎づけるものとなる。しかしながら、個人責任の原理は、行為支配あるいは間接正犯類似の理論の導入でもない限り（この検討は後述する）、単なる意思連絡のみによっては基礎づけられないものといえる。その結果として、少なくとも共同正犯は、共犯として把握されることによってはじめてその意義を生じるものであり、たとえ集団犯罪における団体責任論を認めるものではないにしても⁽²⁹⁾、個人責任原則は、その限りにおいて修正せざるを得ないものと思われる。もっとも、共同正犯を共犯の一種とし、犯罪共同説を採用する限り、共犯の従属性が問題となるわけだが、共同正犯の場合には、正犯は存在せず問題となる。この場合、共同意思主体説では、正犯への依存としての従属性は問題とならず、共同意思主体としての共犯成立上の連帯性⁽³⁰⁾のみが問題となるのである。

第二に、実行行為の主体たる共同意思主体と責任の主体たる各共同者との乖離の問題がある。この点については、

共同正犯の場合に実行行為の主体が何かの問題となつてあらわれる。共犯現象を社会的実在として把握する共同意思主体説では共同正犯の主体は、共同者の部分的実行行為の算術的総和でなく、法律上意味ある人的結合（超個人的存在）⁽³⁹⁾ということになる。勿論、共同意思主体説における「共同意思主体」は従前の草野博士のような民法の組合理論によつて説明されるものではなく、内乱罪や騒擾罪などの集団犯法理にもとづく心理的社會集團現象として、今日の共同意思主体説では把握されているといえよう。しかしながら、集団犯罪については「あくまでも大集團の異常な雰囲気の中で個々の実行行為が吸収され無名化するという特殊な事情を考慮したものである。また、そうであればこそ、各則に特別の規定が設けられている」⁽⁴⁰⁾のである。それ故に、通常の共同犯罪に超個人的な人的結合の考え方をもち込むことは不合理であり、また共働現象としての共同意思主体の活動を想定し、その内部での各人の演じた役割を明らかにし、これらを総合して各人の責任の基礎を確定する共同意思主体説は、妥当とはいえないのである。たしかに、共謀という特殊な共働現象につき共同正犯を認定するためには、従来の犯罪共同説では不十分であり、共同意思主体の構想は魅力的なものとはいえるが、やはり共同意思主体が形成されるというのは、一種の比喩であつて、現実ではないといえよう。しかし、共同意思主体説を批判しながら、見張り行為を共同正犯に取り込む犯罪共同説の立場からの積極的な理由付けは存在せず、何故に直接因果關係に立たない他の共同者の行為につき正犯として責任を負うのかは不明であるといえる。せいぜい、小野博士による個々の行為の「全体的考察」による理由付け⁽⁴¹⁾が存在するぐらいである。

本来、社会的実在としての共同行為を重視する場合、江家博士のように把握されることにならう。すなわち、「共犯においては、犯罪が数人の協力によつてなされる結果として、単独犯とは異なる特殊の犯罪現象を呈する。そして、この現象は、二つの方向にあらわれる。その一は、主観的な心理の方面である。単独犯においては、犯人の反社会的

性格はそのままに表現されるが、共犯においては、共犯者各自の反社会的性格が相互に影響しつづあらわれる。すなわち、意思の強化作用である。その二は、客観的な行為の方面である。共犯には、行為の利用（補充）作用がある。したがって、単独では簡単拙劣な手段も、共犯では複雑功妙な手段となることが多い⁽³⁸⁾とされる。このような理解は、共犯現象を機能的に適確にとらえたものであり、共犯成立における行為共同説に近似し、むしろ犯罪共同説からは遠いものといわざるを得ない。それ故に、「いわゆる『犯罪共同説』は、共犯理論として殆んど価値のないもの」との見解を生じさせる。行為共同説に立つ場合、共謀共同正犯は、共同行為者が他の共同者の心理を通じてその行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼしたが故に、共同正犯として処罰されるものとなる。そして、共同正犯は、自ら実行行為の一部を行なうと同時に、他の共同正犯者の実行行為を教唆または精神的に幫助するものである。

このように検討してみると、共同意思主体説が、実行行為の主体と考える超個人的存在である共同意思主体にもとづき、共犯現象をとらえること自体が一種の比喩そのものであり妥当性を欠くとともに、集団犯罪として共同正犯を把握しその法理を適用してゆくことには合理性がないといえよう。

最後に、このような共同意思主体説では、共同正犯と教唆・従犯との区別が著しく困難になる。すなわち、共同意思主体説では、共同正犯の重要な基準として「犯罪の実行について重要な役割を果たした」ことを要求しているが、⁽³⁹⁾そもそも「重要な役割」の明確な基準は具体的に示されていない以上、たとえ実行と法的に同視しうる重要な役割を果たした者と定義しなおしても、不明確さは払拭できないのである。さらに、刑法六〇条が共謀共同正犯を包摂しうるものかの問題点があるが、既に共同意思主体説からの主張の如く、それは六〇条の文理解釈の問題にすぎず、二人以上共同し、その共働行為の結果として犯罪を実行したときは、共同行為者の各人はみな正犯として処罰されるもの

との解釈も十分可能であるように思われる。⁽¹⁴⁾

〔注〕

- (1) 小泉英一『刑法要論総論』(昭和一七年) 二二三頁。江家義男『刑法講義(総則篇)』(昭和一五年) 三八五頁。佐瀬昌三『刑法大意第二分冊』(昭和一二二年) 二三五頁。島田武夫『刑法概論総論』(昭和七年) 等を参照。より詳細な分類は夏目文雄「『共謀共同正犯の理論』の批判的検討(Ⅳ)」愛知大学法経論集五六号九四頁以下参照。
- (2) 草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』(昭和二五年) 三一四頁。
- (3) 草野・同右三一五頁。
- (4) 草野豹一郎『刑法要論』(昭和三一年) 一一七―八頁。
- (5) 草野・前掲(2) 書二七七頁。小泉博士は共犯成立の際の相互依存関係につき「依存性」なる概念を用いているが、「連帶性」とは若干ニュアンスが異なるように思われる。
- (6) 草野・前掲(2) 書三一五頁。
- (7) 齊藤金作『共犯理論の研究』(昭和二九年) 二〇三頁以下。
- (8) 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論(増補版)』(昭和五八年) 八三頁以下。
- (9) 下村康正『共同正犯』『刑法講座四卷』(昭和三八年) 九八頁。
- (10) 下村・前掲(8) 書四〇頁以下。
- (11) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年) 三三九頁。
- (12) 西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編『論争刑法』二三二頁。
- (13) 西原・同右二三二頁。参照、西原・前掲(11) 書三二六頁。
- (14) もっとも西原教授がくり返し主張されているように、通説もまた純粋な個人責任の法理を修正し、団体責任の法理を認めざるをえなくなったことも事実であるといえよう。
- (15) 植松正「共謀共同正犯」『刑法講座四卷』(昭和三八年) 一二〇頁。
- (16) 植松・同右一二〇頁。この点で共同意思主体説そのものと根本的に異なるのである。

- (17) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（昭和四九年）三六五頁。
- (18) 共同意思主体説の主唱者たる草野博士自身の所説においても当初の宮本博士の見解にもとづく共同意思主体説と晩年の主張とは、たとえそれが充実という形態であったとしても、異なっているように思われる。
- (19) 牧野英一「刑法改正案と共犯の独立性」法学協会雑誌五〇巻八頁以下。
- (20) 牧野英一『刑法総論下巻』（昭和三四年）七三六頁。
- (21) 牧野・前掲（19）書九頁以下。
- (22) 木村亀二「共謀による共同正犯」警察研究二〇巻一号三三頁。
- (23) 木村亀二『犯罪論の新構造（下）』（昭和四三年）二五九頁。もっとも木村博士も無形的共同正犯（*intellektuelle Mittäter*）を承認している（同書・二六四頁）。
- (24) 木村亀二『刑法総論』（昭和三四年）四〇七頁。
- (25) 滝川幸辰「通謀と共同正犯」『刑事法判決批評第一巻』一八六頁。
- (26) 滝川幸辰「共謀共同正犯」『刑法の諸問題』（昭和二六年）二三六頁。
- (27) 団藤重光『刑法綱要総論増補版』（昭和四七年）三〇三頁。もっとも団藤博士はのちに『刑法綱要総論改訂版』（昭和五四年）三七一一二頁において行為支配の理論の応用として共謀共同正犯を許容されている。
- (28) 大塚仁『刑法概説（総論）』（昭和五〇年）一九二頁。
- (29) 滝川・前掲（26）書二三六頁。特にこのような考え方が共謀共同正犯論否認論者からも主張されていることは注目に値する。共犯現象に対するこのような処罰感情は、判例の根底に存在し、おそらくは一般論としても肯定されうる感覚であろう。
- 問題は、このような処罰感情に対応した理論として共謀共同正犯論が成立しうるか、また成立しうるとして、如何なる形式において理論構成をすべきなのかにあるといえよう。
- (30) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（昭和二八年）一一五頁。滝川・前掲（26）書二三二頁。大塚・前掲（28）書一九二頁。
- (31) 西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」『現代の共犯理論』斎藤博士還暦祝賀（昭和三九年）一三二頁。
- (32) 刑法規定上の内乱罪（刑法七七条）や騒擾罪（刑法一〇六条）についても、拙著では集団犯罪現象としての把握にもとづく役割分担等に応じた個人責任原則（たとえそれが修正されたものであるとしても）が適用され、いわゆる団体責任として取り

扱うべきではないとの理解に立っている。

- (33) 齊藤・前掲(7) 書二〇二頁以下参照。
- (34) 西原・前掲(31) 書一三〇頁。
- (35) 米田泰邦「共謀共同正犯―否定論の立場から―」中義勝編『論争刑法』(昭和五一年)二四二頁。
- (36) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)四〇二頁。
- (37) 小野清一郎『刑法講義総論新訂版』(昭和二七年)二〇五頁。
- (38) 江家義男『刑法(総論)』(昭和二七年)一八二頁以下。
- (39) 平野・前掲(36) 書三八一頁、三九七頁以下。
- (40) 齊藤金作『共犯判例と共犯立法』(昭和三四年)五九頁以下。
- (41) 平野・前掲(36) 書四〇二頁。西原・前掲(12) 書二二四頁。

(2) 行為支配説・間接正犯類似説

(i) 行為支配説

目的的行为支配を有する者を以て正犯者となす目的的行为論 (finale Handlungslehre) の立場では、あえて共同意思主体を考えなくても、自然的・物理的意味における実行のない者につき共同正犯となしうる。すなわち、平場博士によれば「共同正犯において、他人の所為にまで責任を負う所以は、わたくしは実行行為に対する共同正犯各自の共通の行為支配がある点に求めたいと考える。元来正犯とは、自己の手により実行行為をなす必要はかならずしもなく、構成要件の行為に対する目的的支配があれば足りるわけであった。共同正犯においては自己の手による部分はもちろん、他の共同正犯の手による部分に対しても包括的一体的に目的的支配が存するのであって、実行行為全体にわたって各自が正犯であるわけである。」⁽¹⁾と主張されている。このように、行為支配説では、共同正犯の本質を、実行

行為に対する共同正犯各自の共通包括的な行為支配にあると把握するのであるが、「既に全体の行為につき包括一体的に目的支配が存するのであれば、わざわざ『共同』正犯という必要はなく、『同時』正犯の一つの場合^②」とすべきであろうし、そもそも他人の行為をあたかも自分でなした場合と同視できるほどの支配関係が、共謀に存在しうるか疑問である。平場博士によれば、「直接実行行為者が『自分としては中止してもよいが、他の仲間との約束で止めることはできないのだ』という場合は謀議関係者は共同正犯であり、『自分一人の意思で止めようと思えばやめられるので、他の仲間との約束には拘束されない』という場合には謀議関係者は教唆ないし従犯である。」とされているが、このような区別であるとしても、やはり実行行為者の犯罪実行の認識や、共働行為者との意思の連絡などでは支配関係として不十分なものとして理解されるといえよう。

同様に、従来、莊子教授は、「謀議を越えて、全体としての実行行為に対する意思支配力が強烈であるにもかかわらず、およそ『正犯』として認め得ないという理由は存在しない。」^④として共謀共同正犯を容認されてきたが、近年、「共同正犯は、相互的な分担意思を通じて形成された全体意思のもとで、実行行為の一部を分担したという客観的事実すなわち実行の共同が認められる時に成立する^⑤」とされ、共謀共同正犯を成立させる要件として、意思の結合、指導的・積極的役割（役割の重要性）、犯罪実現に対する極めて強烈な関心の三つを要求し、主観と客観との総合的検討を説かれている。このことは、従前のような強烈な意思支配力を要求する行為支配説とは異なった、むしろ共同意思主体説に近似した考え方に変説されたかのように思われる。このような行為支配説内における差異は、結局、正犯原理としての行為支配が、何であるかにつき十分な説明がなされていないことに原因があるといえよう。

また、目的的行為論の主唱者たるヴェルツェルによれば、^⑥共同正犯（Mittäterschaft）は、目的的行為支配の共同の担い手であり、まさしく共犯ではなく正犯なのである。もっとも、ヴェルツェルの見解は、共犯者相互に行為支配

が及ぶと考えるのではなく、共同の決意にもとづいてのみ全体についての行為支配をもつものであって、共通の行為意思がなければ、各人の部分的行為についてののみ行為支配があると^⑦しており、前述の行為支配説とは若干その様相を異にしており、むしろ西原教授の共同意思主体説に近似しているようにも思われる。

(ii) 間接正犯類似説

藤木博士は、共同者の行為を全体的・総合的にみた場合、間接正犯における利用関係に対比すべき実体を見出すことが可能であるとされ、共同意思主体説とは異なり、共謀共同正犯の成立範囲を制限的に理解されている。すなわち、藤木博士によれば、共謀における合意とは、「単なる犯罪遂行の下相談ではなく、参加者の間に、犯罪を遂行すべき、確定的な意思の合致が成立した場合である。実行担当者は、この合致した意思に基づいて、自己の意思で犯罪を遂行するものではあるが、その意思決定の内容は他の合意者との約束に基づいて形成されたもので、爾後の行動は合意により拘束され、実行担当者は、実行するかしないかを自分の自由意思であらためて決定する事はできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されないものである。すなわち、実行担当者はその意味で、他の共犯者の道具としての役割を果すのである。」^⑧とされている。本来、犯罪共同説からは、単なる共謀にとどまる者が、何故に共同正犯として実行担当者と同じ責任を問われるのかの理論的説明が必要であり、また少なくとも実行行為を行なっていない共謀者につき、共同正犯は制限的に成立すべきであると考える場合に、この間接正犯類似説は、極めて有力なものとなりうる。この理論は、共同意思主体説のような、共同意思主体を形成する行為を重視するのではなく、合意が形成され現実存続している状態を問題視している。そして実行行為と合意との関連性を、「実行を担当する者も、背後に共同者がいるという意識によって、心理的に鼓舞され、到底単独では行なえないことでも容易に実行できる程

度に、その意思の実現を容易にするような支援をうけているのである。かように、共謀者と実行担当者のあいだには、相互の利用、補充関係が認められる。したがって、共同者の行為を、全体として、犯罪を共同実行したものと認めることができる⁽⁹⁾とされている。

藤木博士は、目的的行為論にもとづく行為支配説をより充実させた形で理論構成を行ったわけであり、そこでの合意たる「共謀」は、実行行為者の犯罪意思を支配するような強力なものでなくてはならないわけであるが、その強度は、少なくとも共同者の正犯性を奪い去り、全く意思の自由を失う程度に強力なものではありえない。もしそうであるとしたなら、各共同者は、それぞれが自己の実行行為を完全に行なうものであり、单独正犯の同時犯の適用を考へうることはあっても共同正犯をあえて持ち出してくる必要性がなくなることになるのである⁽¹⁰⁾。そうなると、单独正犯におけるように完全な行為支配ではない、しかし単なる「意思の連絡」とは異なった合意としての「共謀」が存在しなければならぬわけであるが、間接正犯（单独正犯）の程度には至らない程度の行為支配で、共同者の行為を通して自己の犯罪意思を実現しようとする意思とは、教唆・従犯の意思から完全に分離できるものであろうか。藤木博士は、「共謀共同正犯においては、共謀者相互にたすけあい、互に補充しあうという関係が存するのに対し、教唆者と被教唆者との間には、このような関係を欠き、決意から実行に至るまでの過程を専ら被教唆者の主体的な意思に委ねている⁽¹¹⁾」として区別が可能とされている。しかし、相互利用、相互補充の関係は、合意による共謀関係を特色付けるものではあっても正犯性を基礎付けるものではない。教唆・従犯についてもそれが相互的になされている場合には、ある程度相互利用ないし補充的でありうる。また藤木博士は、中止の困難性をもって共同正犯と共犯との区別が可能であるとされている⁽¹²⁾。しかし、これについても、中止の困難性は共同正犯に固有のものではないのみならず、教唆犯にも認められるとの批判も可能であり、また中止の必然性は確定困難な要素である。さらに、共同正犯の場合

においても、全員が平等対等の立場にあるような時は、合意にもとづく強力な支配関係は存在せず、拘束力は微弱であり、単に援助にすぎないことも多いのが実際である。なお、この批判に対して藤木博士は、さらに規範的障害の軽減を説かれ、合意の結果として相互に心理的に鼓舞され、その意思の実現を容易にするような支援をうけることで規範的障害が軽減されて、結果実現へと向かうのであるから、拘束性が軽微であっても道具となしうるとされているが、共同正犯では、間接正犯と異なり規範的障害が消滅することは考えにくいことから、そもそも間接正犯とは異なった概念把握が必要だと考えられる。¹⁵⁾

藤木博士は、共謀による「合意」にもとづき間接正犯説を展開され、謀議行為は単なる「合意」を推定させる立証資料にすぎないとされるが、このことは、共謀者の「意思」のみを重視し、これによって実行行為の分担に代えさせることの理由づけに急なばかりに、きわめて主観的な観念論の域にとどまり、共謀の方法や態様等の謀議行為の内容自体の把握を欠いているものとの批判が、可能と思われる。また、合意による心理的拘束の強調は、終局的には共同意思主体の存在を肯定することほとんど変わらないといえよう。¹⁶⁾

加えて、間接正犯類似説を採用する時、実行の着手時期は本来は、共謀時に認められるのが、行為支配的把握から利用者標準説をとる藤木博士の当然の結論と思われるが、実際には「利用者と被利用者との間に犯罪の共同遂行の合意が存しない間接正犯の場合とは事情を異にする」¹⁸⁾ものがあるとされて、共謀者中のある者が、共謀の内容を實現すべく現に実行に着手した時であるとされている。このことは、共謀共同正犯が間接正犯ではないが、「間接正犯の利用関係に比すべき実体」を有する——間接正犯類似——という把握が前提となっているといえよう。そこでは、あくまでも「類似」であるが故に、間接正犯の理論を貫徹する必要性はないという考え方がうかがえる。そして、相互利用・相互補充という間接正犯への類似性は、むしろ間接正犯類似説における「合意」の強調によって、かえって一層

間接正犯より遠のき共同意思主体説への接近を思わせるのである。それ故に、合意の存続よりも、むしろ合意を形成する行為を重視すべきであり、これを重視してはじめて、具体的に、実行行為につき他人の行為をどの程度まで支配拘束していたかの確定が可能となり、責任の前提となりうるのである。

以上の如き間接正犯類似説のほかにも、共謀共同正犯論を否定しつつも、判例が共謀共同正犯として取り扱ってきたものの中には、直接の実行を担当しない共謀者にも実行行為があるとみられ、共同正犯と解するのが適当な場合も含まれているのではないかと⁽²⁾して、実行行為の規範的理解を前提に、「命令を下す者が、命令をうける者に対して、一定の社会的関係において圧倒的な優越的地位に立っていることによって、受命者の自由を奪って道具とする程度にはいたらないが、それに準じる心理的拘束を与えうる状況にある場合⁽³⁾」を優越支配共同正犯として限定的に共謀関係を共同正犯に取り込む大塚教授の見解も存在するのである。

〔注〕

- (1) 平場安治『刑法総論講義』（昭和二十七年）一五五頁以下。宮内・平場共著『刑法理論学』（昭和二十五年）二二二頁。Vgl. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, 1939, ZStW. Bd. 58, S. 491ff.
- (2) 井上正治『刑法学総則』（昭和二十六年）二二六頁。
- (3) 平場・前掲（1）書一五八頁。
- (4) 莊子邦雄『刑法総論』（昭和四九年）七〇二頁。
- (5) 莊子邦雄『刑法総論（新版）』（昭和五六年）四四〇—一頁。
- (6) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, II. Aufl. 1969, S. 110.
- (7) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, 1939, ZStW. Bd. 58, S. 550ff. Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., S. 277f.

- (8) 藤木英雄「共謀共同正犯の根拠と要件」法学協会雑誌七八卷六号四〇頁以下。
- (9) 藤木英雄『刑法講義総論』(昭和五〇年)二八四―五頁。
- (10) 同旨、西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」『現代の共犯論』齊藤博士還暦祝賀(昭和三九年)一四一頁。
- (11) 藤木英雄『新版刑法演習講座』(昭和四五年)二〇〇頁。
- (12) 藤木・前掲(8)書四〇―一頁。
- (13) 西原・前掲(10)書一四〇頁。
- (14) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)四〇二頁。
- (15) 大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察」大阪市立法学雑誌二八卷一〇号一六九頁。
- (16) 穴沢成巳「共謀共同正犯についての一考察」司法研修所論集昭和四五年一号六二頁。
- (17) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』(昭和四九年)三七〇頁。
- (18) 藤木・前掲(8)書二八頁。
- (19) 何故に実行の着手時期が間接正犯における場合と異なるかにつき積極的なアプローチは間接正犯類似説からはみられない。
- (20) 大塚仁『犯罪論の基本問題』(昭和五七年)三四〇頁。
- (21) 大塚・同右三四〇―一頁。

(3) 小 括

共謀共同正犯肯定説については、以上の如く検討してきたように、様々な問題点が存在する。そこでの中心的批判は、共謀共同正犯が、刑法六〇条共同正犯規定の文理解釈をこえるものであり、罪刑法定主義に反するとの形式論に始まり、共同意思主体説については、共同意思主体という超個人的主体の存在を、民法の組合論をもつて展開するのみならず、超個人的主体の責任を個人に転嫁するものであり刑法の責任原則に反すること、また共同意思主体説は団体責任の原則に立脚するもので個人責任の原則に反するものである。さらに、共同正犯と教唆・従犯との概

念的区別が失われるとしてもしている。また、行為支配を中心に共謀共同正犯を把握する学説に対しては、既に記述したように、共謀者と実行行為者の間には、道具とか支配・拘束という関係は存在せず、まともし真に支配・拘束の関係が存在すれば、それは単独正犯であり、もはや共同正犯でありえないとの批判があてはまるのである。このように共謀共同正犯論そのものには、根本的な問題点が数多く存在するため、容易には共謀者を共同正犯とすることができないのが実状といえよう。しかしながら、犯罪実現に対して主動的で重要な役割を演じた者が、直接実行行為にたずさわらないという理由でのみ正犯として処罰されないことに対する不合理さが、単に処罰感覚としてではなくて、判例として定着したものである以上は、単純に共謀関係を共同正犯として構成するのではなくて、より実質的に共同正犯の本質そのものを検討する必要があるといえよう。その際には、共謀共同正犯における共謀者各自の行為の相互補充・依存性ならびに相互関連性を重視することにより、社会的実在としての共働現象を客観的に把握することになるのである。このような観点より、共謀共同正犯を否定的あるいは肯定的に解する見解として、中教授ならびに平野博士の見解が存在する。

中教授はかつて、共同正犯は単独・直接正犯と同一の実体的構造をもつものであるとして、行為支配の原理より共同正犯を間接正犯の一態様とされていたが、今日では行為共同説の立場から共謀共同正犯の実質的根拠の把握をはかっている。すなわち、「いわゆる『実行共同正犯』が全体責任を負う理由を共謀による心理的関与に求める必要はないと考えます。全体責任の根拠は、さきにも説明したとおり、部分的実行行為が具備する相互的補充機能と心理的促進機能に求められなければなりません。」とされ、部分的実行がそなえる物理的・心理的な補充機能を根拠とされているのである。そして、その結果として、共謀による心理的関与は、せいぜい心理的幫助、ときには教唆として把握すべきであり、共謀共同正犯の成立そのものには否定的立場であるのです。

他方、平野博士は、刑法六〇条の共同正犯の規定は、実行を担当したのは一人であっても、その実行行為が一心同体の「ように」強く結合した人々の「共同のもの」といいうる場合も含むとすることも全く不可能ではないとして、解釈上、共謀共同正犯の成立も十分可能であるとされている。⁽⁴⁾そして、根本的には「共謀共同正犯が、一方では犯罪の元凶を捉える機能を持つ反面、責任のない者もまき込む危険を持つ、いわば、両刃の剣である」⁽⁵⁾との考え方に立って共謀共同正犯を制限的に把握される。すなわち、「共同正犯は、自ら実行行為を行なうと同時に、他の共同正犯の実行を教唆または精神的に補助するもの」⁽⁶⁾とされた上で、「共謀共同正犯は、単に意思を疎通させただけでなく、実行行為が『共同の意思にもとづく』ものといえるような『意思方向』を持つ者に限られるべきである。しかも、この『意思方向』は、単に主観的なものであるだけでなく、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つものでなければならぬ」⁽⁷⁾とされ、共謀共同正犯において自己の行為と一見因果関係のない結果について責任を問われる理由として、実際は、共同者の心理を通じてその行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼしているからとされる。⁽⁸⁾そして、このような共謀者のうち少なくとも一人が実行行為をしたことが必要であるとして共同正犯の実行従属性を認められるのである。

〔注〕

- (1) 中義勝『間接正犯』（昭和三八年）一八九頁以下。
- (2) 中義勝『講述犯罪総論』（昭和五五年）二五三頁。
- (3) 中・同右二五五頁。
- (4) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（昭和五〇年）四〇二頁。
- (5) 平野・同右四〇五頁。
- (6) 平野・前掲（4）書三八一頁。

(7) 平野・前掲(4) 書四〇三頁。
(8) 平野・前掲(4) 書三八一頁。