

共同意思主体としての共謀共同正犯

上田正和

I	はじめに	6
II	共謀共同正犯についての法理論的な説明——共同意思主体と行為規範	8
III	共同意思主体の形成とその構成メンバーであることの認定	18
IV	これまでの主な判例についての若干の検討	21
V	その他の関連する問題	29
VI	おわりに	34

1 はじめに

法律学は実践学であり、実社会の中で生じる様々な「具体的な出来事（事件）」に法的解決を与えることを研究対象とする学問であり、刑法解釈論もその1分野である⁽¹⁾。そして、刑事法分野についていえば、平成21年5月に開始した裁判員制度の下における事実認定と法の解釈・適用を意識した法解釈論が求められている⁽²⁾。

もっとも、実践学であり裁判員制度の下での具体的な法実務を意識した法解釈論が、〇〇〇の本質論や△△△の性格論という抽象度の高い議論を、もはや実務に役立たないとして直ちに不要にするものとは思われない。法律についての素人である裁判員（その背後には、一般国民がいる。）が関与する事実認定や法令の適用という作業において、ある法律要件に該当するか否かを判断する際に、その要件に関わる法的概念についての基本的な考え方と特徴を理解しておくためには、過度に複雑で分析的にならない程度の一定の本質論や法的性格論の提供を受けていることが有益であることは否定できないであろう⁽³⁾。

(1) 平野龍一『刑法の基礎』（1966年）243頁は、「裁判所には制定法を解釈し、現実的な法をつくる権限があるが、学者には、本来の意味で制定法を解釈する権限はないといつてよいのである。学説の役割は、裁判官に働きかけて法をつくらせることにある。」とする。また、本稿のテーマである共謀共同正犯についての否定論者であった団藤重光は、最高裁判所裁判官の意見として、「社会事象の実態に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、すくなくとも一定の限度において、それなりの理由がある。一般的にいつて、法の根底にあって法を動かす力として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできないのであり、共謀共同正犯の判例に固執する実務的感覚がこのような社会事象の中に深く根ざしたものであるからには、従来の判例を単純に否定するだけで済むものではないであろう。」と述べるに至っている（最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁）。さらに、刑事実体法分野における実務と学説の協働関係について述べるものとして、井田良『変革の時代における理論刑法学』（2007年）97頁以下。

(2) 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律6条1項によると、裁判員は、事実の認定、法令の適用、刑の量定を行うが、同条2項2号によると、裁判員は、法令の解釈に係る判断についての権限を有しないとされている（裁判官の権限である）。もっとも、法令の適用に当たっては（一定程度の）法令の解釈は避けて通れないであろう。

裁判員裁判と刑法解釈についての文献の例として、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号（2009年）1頁以下。特集「裁判員裁判と刑法解釈」刑事法ジャーナル18号（2009年）2頁以下。

(3) 山口厚他「裁判員裁判と刑法解釈の在り方〔座談会〕」ジュリスト1417号（2011年）128頁〔橋爪隆発言〕は、「裁判員の方々に対して法令解釈の説明をするときには、単に結論を示すだけではなくて、正当防衛とはこういった概念であるとか、故意責任の本質はこのようなものだというように、本質論・根拠論をある程度、裁判員の方にも伝えるべき……判例の事案とやや異なった事

本稿は、このような問題意識に基づき、刑法解釈論における伝統的なテーマとされ、具体的な事案の解決における認定ないし評価について日々実務の現場で議論がなされ、膨大な判例の集積とその評釈、そして学説からの主張が存在する「共謀共同正犯(論)」について、裁判員裁判時代を踏まえて、具体的な法適用の指針となり実務でも使いうような考え方(発想)と判断基準について、若干でもその方向性を明示することができないかを探ってみようとするものである⁽⁴⁾。

共謀共同正犯については、これまで数多くの優れた研究成果が世に出されているが、それら全てについての分析と検討を行うことは私の能力を遥かに超えるものであり、また、共謀共同正犯に関する数多くの判例についての分析と検討を行うことも、残念ながら、私の手に余る作業である⁽⁵⁾。従って、本稿は、共謀共同正犯に関する限られた何点かの問題点についての素描程度の粗い検討と考察に過ぎず、質・量のいずれの面においても甚だ不十分なものであろうが、内容としては、(1)共謀共同正犯についての法理論的な説明についての若干の試み、(2)共謀共同正犯としての認定、(3)共謀共同正犯に関するこれまでの代表的な判例についての若干の検討、(4)その他の関連する問題についての若干の言及、という順序で論を進めることにしたい。そして、本稿を手始めにして、さらに検討を深めていきたいと考えている。

実関係が問題になる場合があり得るため、判例理論の背景にある本質論に遡った議論をする必要もある」とする。

(4) 佐久間修「共謀共同正犯をめぐる諸問題」法律時報85巻1号(2013年)22頁以下、佐伯・前掲(2)43頁以下。島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」『理論刑法学の探求③』(2010年)31頁以下は、「従来の学説および判例・裁判例が用いてきた『手法』には、見直されるべき点もあるのではないだろうか。それらは、意識的・無意識的に、もっぱら専門家による解釈・適用を予定しており、裁判員制度を想定していないからである。」という視点の下に、共謀共同正犯論について論じる。

なお、改正刑法草案27条2項は、共謀共同正犯について、「2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。」との規定を置いているが、現行刑法の立案担当者は共謀共同正犯否定説であったといわれている(松尾浩也監修『刑法沿革総覧[増補版]』(1990年)925頁)。

(5) 共謀共同正犯に関する最近の学説の状況をまとめたものとして、杉田宗久他「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(上)」判タ1355号(2011年)82頁以下。最近の本格的な論考の例として、島田・前掲(4)、松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報63巻7号(2011年)1頁以下。実務家(裁判官)の考え方をまとめたものとして、杉田宗久他「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(下)」判タ1356号(2011年)50頁以下。

共謀共同正犯に関する判例の状況をまとめたものとして、杉田・上記「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(上)」76頁以下。松宮孝明「共謀共同正犯」法学教室387号(2012年)23頁以下は、判例の事案を、①対等共同型、②委託による監督型、③命令・利用型、の3類型に分類する。

比較法や旧刑法と関連付けた検討を行うものとして、島田・前掲(4)38頁以下。

共謀共同正犯に関する現時点での私の考え方の大まかな方向性をあらかじめ簡単にまとめると、①共謀共同正犯としての法適用の指針としては、共同意思主体説を基礎とし、行為規範（禁止規範）の提示による行為のコントロールという点を加味した理解と説明が適切であると考えられること、②共同意思主体の形成の有無（第1段階）、そして、形成された共同意思主体の構成メンバーといえるか否か（第2段階）、という2つの段階の検討を経ることによって、共謀共同正犯とその他の関与者（教唆犯や幫助犯）の区別を行っていくべきであること等である。これらについて、共謀共同正犯に関する最近の論考や判例を参考にしながら論じていきたい。

II 共謀共同正犯についての法理論的な説明——共同意思主体と行為規範

1 共謀共同正犯についての法理論的な説明の意味と必要性

共謀という参加形態（実行行為を行わない参加形態と表現する方が適切であろう。）である共謀共同正犯について、我が国の判例・実務はこれを一般的に認めてきたが、以前の学説の圧倒的多数は共謀共同正犯について否定的であり、その後、次第に肯定説が強くなり、現在では否定説が少数になったという状況にある⁽⁶⁾。

そして、共謀共同正犯を肯定するための法理論的な説明としては、これまで、共同意思主体説、間接正犯類似説、行為支配説、優越支配共同正犯、重要な役割説等の考え方が主張されてきた。

私は、共謀という参加形態（実行行為を行わない参加形態）による共同正犯は認められると考えるが、具体的な事案の解決の前提として、既に判例・実務において揺るぎないものとして確立した共謀共同正犯についての法理論的な説明を議論しておく意味や必要性はあるのか。あるとすればそれは一体何であろうか。議論のための議論という法解釈論の自己満足に陥っていないであろうか。

これに関しては、1つ1つの事案において、実行行為を行っていない関与者につい

(6) 実行行為に関する形式説（形式的実行共同正犯論）を前提に、共謀共同正犯を否定するものとして、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（2011年）279頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）419頁、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（2008年）877頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（2009年）275頁。なお、共謀行為が実行行為になりうることを論じるものとして、小島秀夫「共謀共同正犯における実行行為概念の再検討」大東法学22巻1・2号（2013年）33頁以下。

なお、機能的行為支配という説明を行うことにより、共謀共同正犯を限定的に認めるものとして、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（2000年）186頁以下。

て、共謀共同正犯としての評価と法適用（当該犯罪現象において、教唆犯や幫助犯にとどまらない共同正犯者としての評価と法適用）を行うための判断指針として、とりわけ裁判員裁判において、共謀共同正犯とは一体どのようなものであり、どのような特徴と実態を有するものであるのかに関する基本的な考え方を示すものとして、理論的な説明を探求する意義と役割があると考えられる⁽⁷⁾。従って、理論的な説明といっても、従来の刑法解釈論においてしばしば見られる理論的精緻さよりも、実行行為を行っていないにもかかわらず共同正犯と評価される関与形態の特徴と実態の基本を理論的に説明しようとするに重点が置かれるべきである。例えば、犯行現場において凶器を使って他人を傷つけるような行為を実際に行っていないにもかかわらず、なぜ傷害（致死）罪の共同正犯という評価と法適用を行うことができるのかについてのバックボーンとなるような説明方法が探求される必要がある。

2 共同意思主体説による説明

以上のような観点から、共謀共同正犯の理論的な説明（基礎付け）について述べるとすれば、私としては、共同意思主体説を基本にした説明が（他の考え方との比較において）優れているように思われる。

共同意思主体説は、学説の多くが共謀共同正犯否定説であった時代から主張されている（その意味でやや古典的な）学説である⁽⁸⁾。この考え方の概要は、共謀により同心一体的な共同意思主体が形成され、その中のある者による実行行為は共同意思主体の活動とされ、共同意思主体の責任は民法の組合理論を類推して共同意思主体を形成する各個人に帰せられる、というものである。この中の「民法の組合理論を類推して」という部分は、刑事責任を論じるに当たって適切とはいえないが（現在の共同意思主体説は、この点を自覚している）、それを除いたとしても、共同意思主体といういわば「超個人的な団体」に犯罪主体性を認めることは個人責任に立脚する刑法の議論として

(7) 島田・前掲(4) 69頁以下参照。

(8) 共同意思主体説を展開したものとして、草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』（1950年）315頁以下。さらに、西原春夫『刑法総論 改訂準備版（下巻）1993年』374頁以下、立石二六『刑法解釈学の諸問題』（2012年）133頁以下、岡野光雄『刑法要説総論〔第2版〕』（2009年）297頁以下。なお、共同意思主体説に立ちながら共謀共同正犯を否定するものとして、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）255頁。

高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年）427頁は、因果性を前提に共同正犯の構造を考えて「共同正犯の処罰根拠は、共謀に基づく相互利用・相互補充による行為帰属の点に求められる」とするが（相互的行為帰属論）、実質的には、共同意思主体説の考え方に近い（あるいは、その理論的基礎を提供しようとするもの）と理解することが可能であろう。

は適切でないと批判され、共同意思主体説は多数の支持を得ることはできなかった。

しかし、共犯現象を説明する際に、特に共犯現象の現実的な特徴と実態を説明しようとする時に、1人1人の人間を超えた団体的なもの（その事件に限って形成された犯行グループ）に「犯罪現象」の主体性を認めることは実態に適っている。実社会における現実の出来事に法的解決を与えるための手掛かりを探索する法律学にとって、そして、違法行為に対して国家刑罰権を現実に行使・実現していくことに関する学問研究である刑法学においても、このことは十分に意識される必要がある。刑法学においては、個人を超えた団体に行為主体性を認めることは当然に否定されるべきである、という固い姿勢は適切とは思われない。個人を超えた団体に「犯罪現象」についての行為主体性を認めたとしても、「具体的な犯罪現象」に対する各人の関与の質と量に見合った適正な刑事責任を「関与者各人」に負担させることができれば、犯罪抑止のための行為規範（禁止規範）の提示という一般予防効果を期待することができ、刑事制裁の目的は達成される。そして、刑事事件の解決が職業裁判官という専門家だけに委ねられるのではなく、法律の素人である一般人が裁判員として参加することが求められる裁判員時代の刑事法学において重要なことは、現実が発生した具体的な事件における特定の関与者について、当該事件の実態に適うものとして（共謀）共同正犯であるとの認定・評価と法適用を行ってよいか否かを判断するための考え方の手掛かりと指針を提供することである。このように考えれば、これまで共同意思主体説に対して向けられてきた冷たい批判には、克服されるべき点があるように思われる。さらにいえば、今日の犯罪現象を説明するに当たっては、組織ないし団体による活動によって惹き起こされる「犯罪現象」、つまり、1人1人の自然人行為者に分解ないし還元することが適切でなく又は不可能な事象が数多く発生している。例えば、刑法犯についても、企業や各種団体による活動によって人身被害が生じるという事例（例として、欠陥製品事故や交通機関の事故等がある。⁹⁾）が、最近注目されている。

従って、犯罪現象を共同意思主体による活動としてとらえようとする視点には十分な合理性があると思われる。ただ、従来主張されてきた共同意思主体説は、関与者間の主観面のつながり（強固な意思連絡）に重点を置いて共謀共同正犯を説明しようとしてきたといえるが、これについては、複数人によって犯罪行為に対して、行為規範

(9) 欠陥製品事故の例として、薬害エイズ事件、三菱自動車事件、パロマガス湯沸器事件。交通機関の事故の例として、日航機ニアミス事件、JR西日本事件。特集「事故と刑事法」法学教室395号(2013年)2頁以下、上田正和「企業活動による人身被害と刑事責任」刑法雑誌51巻2号(2012年)49頁以下。

(禁止規範)の告知による犯罪予防効果(積極的一般予防による犯罪の抑止)という観点からの修正又ないし補充を行うことが必要であろう。その際、単独での犯罪実現に比較して、複数人が共同して行う犯罪現象によって社会にもたらされる危険性に着目する必要がある。刑事制裁の役割として、規範の告知による働き掛けによって犯罪の防止を図るという視点が重要であると考えられることから⁽¹⁰⁾、ある具体的な犯罪現象が共同意思主体による活動であるといえるか否かを検討するに当たっては、行為規範(禁止規範)の提示による犯罪抑止という観点を踏まえる必要がある。

このように、共同者間の意思連絡の強固さにも多くを依存しない共同意思主体という考え方、つまり、「犯罪抑止に向けられた行為規範(禁止規範)に違反するような(人の)集合体である共同意思主体の活動としての共謀共同正犯」という観点から、共謀共同正犯を共同正犯として位置付けることは可能であるし、それは「犯罪現象の実態」を踏まえると適切な視点であろう。刑法60条の規定については、「2人以上の者によって形成された共同意思主体による犯罪の実行(の禁止)」を意味するものとして読むことができ、規定の文言にも違反していない⁽¹¹⁾。

3 共同意思主体説以外の考え方について

共謀共同正犯の理論的な説明方法として、共同意思主体説は少数説である。そこで、共謀共同正犯を認めると共にその限界を判断するための説明方法として、これまで主張されてきたその他の主な考え方についても、触れておきたい。学説に関していえば、共同意思主体説という団体主義的な理解から正犯性を重視する個人主義的な理解へ、という流れがあるといえる。もっとも、最近有力に主張されている重要な役割説は、共謀共同正犯の共犯性に重点を置く考え方である。

(1) 間接正犯類似説

共謀共同正犯に関する重要判例である練馬事件判決(最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁)は、某政党の軍事組織に属する被告人Xと被告人Yが、同人らが所属する組合に対する犯罪捜査を行っていた練馬警察署巡查Aに対して暴行を加えることを共謀し、具体的な実行についての指導と連絡を行ったYを介して、Bら数名が巡查Aを鉄管等によって殴打し死亡させた、という事案について、次のように述べて

(10) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(2007年)7頁以下、高橋・前掲(8)10頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(2008年)4頁以下。刑事規制についてのこのような理解は1つの考え方に過ぎないが、本稿はかかる理解を前提とするものである。

(11) 植松正「共謀共同正犯」『刑法講座4巻』(1963年)115頁。さらに、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)402頁、島田・前掲(4)36頁、松原・前掲(5)6頁。

いる。

「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。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。他面ここにいう『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないこというまでもない。しかし『共謀』の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」

最高裁は、共謀共同正犯について、共同意思主体説的な考え方を示しながらも、「直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」という説明によって、共同正犯性を肯定した。

そして、この練馬事件判決をきっかけに主張されたのが間接正犯類似説である⁽¹²⁾。この考え方は、共同意思の下に一体となって相互に了解しあって互いに他人を道具として利用するという心理的な拘束を重視する。共謀が成立した場合には、特に実行行為者は自らの判断のみによって仲間を裏切ることができず、犯罪行為に対する規範的障害を容易に乗り越えることになり、これにより、現場に赴かない背後の黒幕を正犯とすることが可能になるとするのである。

この考え方に対しては、支配型の共謀共同正犯については説明しやすいが、対等型(分担型)の共謀共同正犯については、他者を利用するという説明が果たして適切であるのか、という問題点が指摘されている。

(12) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』(1967年)334頁は、「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改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……他の共犯者の道具としての役割を果たす」とする。

間接正犯論を用いることは、共謀共同正犯の説明について、「共犯」性よりも「正犯」性を重視することを意味するが、複数の関与者からなる共犯現象において、相互に他人を（道具として）利用するという説明は、関与者の正犯性にこだわろうとするためか技巧的であり、この考え方によれば、共謀共同正犯は複数の間接正犯（単独正犯）の集合体（間接正犯が束ねられたもの）ということにもなるが、共犯現象の実態を反映した説明とはいいいくように思われる。

(2) 行為支配説と優越支配共同正犯

行為支配説は、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身はその犯罪実現の主体となったものといえるような場合には、本人は実行行為を行っていないとも基本的構成要件該当事実の共同実現者として共同正犯に当たるとする⁽¹³⁾。この考え方も、共謀共同正犯の「正犯」性を強調するものであり、この点では間接正犯類似説と共通している。

また、優越支配共同正犯という考え方は、実行行為を行わない共謀者は共同正犯にはならないとしつつも（その意味で、共謀共同正犯自体については否定的である。）、共謀者が実行行為者に対して圧倒的に優位に立つ場合には、優越支配共同正犯というものになるとして、結果的に、実行行為を行わない共同正犯を認める⁽¹⁴⁾。この考え方も、実質的には間接正犯に類似する説明であり、優越支配「共同正犯」であるとはいえ、実は単独正犯としての性格付けを行おうとするものである。また、優越支配共同正犯というのは、支配型（それも、圧倒的な支配型）についてのみ妥当しうる説明である。この考え方は、実行行為概念を軸とする形式的犯罪論を前提にした共謀共同正犯否定説を基本としながらも（一般的な共謀共同正犯に相当する関与者については、教唆犯の成立を認めるにとどまる。）、学説の多くが共謀共同正犯を肯定する方向へ変わりつつある中で、完全な否定説を採りにくくなったがために主張された考え方であるといえてよいであろう。

行為支配説や優越支配共同正犯という考え方は、共謀による関与者の支配性や優越性を根拠に共謀共同正犯を認めようとするものであるが、間接正犯類似説について述べたのと同様に、共犯現象の実態に適合した説明方法であるのかという問題点を指摘できると思われる。

(13) 最決昭和57年7月16日〔大麻密輸入事件〕における団藤重光裁判官の意見。さらに、平場安治『刑法総論講義』（1961年）155頁以下。なお、松原・前掲（5）10頁は、「行為支配説・間接正犯類似説が想定する『行為支配』とは、60条によって『共同して犯罪を実行した』といえる程度に修正・緩和された『行為支配』であるとする。

(14) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年）306頁以下。

(3) 重要な役割説

最近、比較的多くの学説から主張されているのは、理論的な説明を深めることは一歩後退させつつ、実行行為を行わない関与者が、具体的事案において、実行行為に準じるだけの重要な役割を果たしているのかを個別に検討することによって共同正犯性を判断していこうとする立場である⁽¹⁵⁾。学説によって主観的事情を考慮に入れること等について主張内容に幅はあるが⁽¹⁶⁾、共謀共同正犯と教唆犯や幫助犯との差を質的なものでなく量的なものともみる考え方であるといえる。なお、共謀共同正犯に関する判例・実務の取扱いについては、自己の犯罪を行った場合は共同正犯、他人の犯罪に加担したに過ぎない場合は共犯（特に、幫助犯）、という実質的基準が用いられていると説明されているが⁽¹⁷⁾、そのような分析の視点は、重要な役割説と実質的には重なるであろう。

重要な役割説によれば、共謀共同正犯となるか否かの具体的な判断は、それぞれの事案ごとに、共謀者と実行行為者の関係、当該犯行の企画や立案、犯行手順、役割分担、準備、犯行による利得の有無や程度等の諸事情を分析・検討の上、総合的に評価・判断することになる。

このような考え方は、当該犯行において問題とされている関与者がどの程度の役割を果たしたのかという実質的な判断を前面に出すものであって、それぞれの事案ごとに各関与者が果たした役割の内容と程度に応じた刑事責任を負わせようとするものであり、事案の実態を反映させるという点で、正しい方向性を有していると考えられる。また、重要な役割を果たしたか否かの具体的な下位基準（判断要素）を数多く提示することによって、重要か否かの判断の手掛かりをより具体的に示すことが可能となる。

もっとも、共謀共同正犯についてのこのような説明は、個別事案の現象面に着目して具体的に妥当な解決を図ろうという点に主眼があるので、実行行為を行わないにもかかわらず共同正犯として取り扱われることの理論的根拠や、裁判員に対して共謀共同正犯の特徴や基本的性格を示すという点では、必ずしも十分ではないであろう。

さらにいえば、この考え方は、刑法60条の共同正犯の基本型は実行行為を行う実行共同正犯であるということを前提に、共謀共同正犯はそれに準じるもの（つまり、第

(15) 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(1990年)361頁以下。

(16) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)407頁は、「役割分担や心理的因果関係のあり方を判断するためには、外部に表れた事実だけでなく行為者の主観（より正確には共犯者全員の主観）を考慮する必要があることは否定できない」とする。

(17) 主観説といわれる。松本時夫「共同正犯——幫助との区別——」芝原邦爾編『刑法の基本判例』(1988年)64頁以下。もっとも、主観的意思のみでなく、各行為者が果たした役割等の客観的諸事情が認定要素として考慮される。

2次的な共同正犯)という位置付けを行おうとするものであるが、果たしてそれであるのかという問題点を指摘しよう。これについては後述する。

(4) その他の最近の考え方

共謀共同正犯についての学説による理論的な説明は、今日においても盛んに試みられているが、現在の議論状況は、これまでに蓄積された数多くの共謀共同正犯に関する判例を踏まえた上で、共謀共同正犯を認めることは動かしがたいものとして、その具体的・実質的な基準ないし要件を、関与についての類型化作業を行いながら示していこうとするものである。その中から、最近の学説を2つ紹介しておく。

その1つは、①背後者が、共謀に積極的に参加する等、実行者等と心理的に強く結びついており、構成要件該当事実を直接実現する行為が、背後者にとっても「共同のもの」と評価できる場合、②背後者の行為が当該犯行にとって代替不可能で、それがなければ当該犯行が失敗していたであろう場合、のいずれか一方が認められれば共謀共同正犯とすべきであるというものである⁽¹⁸⁾。他の1つは、重要な役割説は、実行行為者に対する因果性と犯罪実現についての重要な事実的寄与という2段階構造を採ったものであるとしてこれを評価した上で⁽¹⁹⁾、共謀共同正犯には、①合意の拘束力による意思支配に基づく狭義の共謀共同正犯と、②犯罪の実現過程を掌中に握っているという機能的行為支配に基づく準実行共同正犯、の2類型があるというものである⁽²⁰⁾。

これらの考え方は、共謀共同正犯といえるための要件を、抽象論や観念論にとどめることなく、できるだけ具体的・実質的にかつ精緻に明らかにしようとするものであって、その方向性は適切なものであり、極めて有益な視点を提供するものである。ただ、共謀共同正犯と評価すべき類型が果たしてこれらにとどまるのか、なお検討を必要とするであろう。例えば、幫助行為の集積によって結論として共同正犯と評価すべき事案があるとすれば、それを上記の類型の中でどのように位置付けて説明するのかという問題がある。また、本稿の問題意識にも関係するが、裁判員時代を迎えて、共謀共同正犯の要件ないし判断基準の前提となる理論的な説明と基礎付けを共同正犯事案の具体的な特徴と実態を踏まえながら分かりやすく裁判員に提示する、という点からすれば、やや分析的に過ぎるように思われる。

(18) 島田・前掲(4)64頁。

(19) 松原・前掲(5)10頁。

(20) 松原・前掲(5)12頁。

4 共謀共同正犯と実行共同正犯の関係

これまで共謀共同正犯に関して主張されてきた学説は、共同正犯の基本型は実行行為を行う実行共同正犯であって、共謀共同正犯は例外型であり、いかにしてそれを（本来的ないし原則型の）共同正犯の範疇に加えることができるのか、という共謀共同正犯の正当化に焦点を当ててきたといえることができる。このことは、共同正犯に関する刑法60条の規定が「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。」となっていることからすれば、やむを得ないことであろう。

もっとも、実行行為を行う実行共同正犯が共同正犯の「典型例」であるとしても、実行行為が共同正犯の「基本的な要件」であると考えざるべき必然性はあるのだろうか。実行行為を行ってれば共同正犯になり、そうでなければ教唆犯又は幫助犯になるとすることは、確かに基準としては明快である。ところが、複数人によって行われる犯行形態においては、現場での実行行為を行わずとも、事前に犯行を企画・立案し、犯行手順や役割分担の策定に深く関与し、犯行準備にも相当程度関与した者が、当該犯行に大きな影響を与えた、ということは否定できない事実であり、これが共謀共同正犯肯定説の主張の根底にある。他方では、実行行為を行いながらも幫助犯と評価すべき場合があることも指摘されている（故意ある幫助的道具といわれる行為類型である。）⁽²¹⁾。当該犯行は誰の犯罪か、というときに、現場での実行行為の有無は有力な判断材料ではあるが、そのみが決定的な決め手ではない。

また共同正犯としての処罰根拠という点でも、実行行為の有無は大きな違いをもたらすものではない。そもそも、実行行為を分担する（実行）共同正犯であっても、自分が行う実行行為以外の部分については、他人（共同正犯者）の実行行為を介した共謀共同正犯に他ならない⁽²²⁾。例えば、複数人が意思連絡と役割分担の上で結合犯である強盗罪を実現する場合についていえば、暴行や脅迫を行う者は窃盗部分については実行行為を行っておらず、他方で、財物奪取を行う者は暴行や脅迫の部分については実行行為を行っていない。その意味で、実行行為を行わないが共同正犯となる場合があ

(21) 中森喜彦「実行行為を行う従犯」判タ560号（1985年）67頁以下。横浜地川崎支判昭和51年11月25日判時842号127頁は、「被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、AのBに対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認むべく」として、故意ある幫助的道具を認めている。

(22) 島田・前掲(4)45頁は、「共同正犯を特徴付けるのは、実行行為の自手実行以外の部分である」とする。

なお、共同正犯の実行行為は単独正犯の実行行為よりは拡張解釈できるとするものとして、山中・前掲(6)877頁、松宮・前掲(6)273頁。

ることは既に認められている。また、現在は、多様な形態で犯罪行為が行われ、犯罪構成要件自体が多種多様化しており、そもそも実行行為を行ったか否かの区別や判断基準が実際には明確でないことが少なくない。

このように考えると、実行共同正犯が本来の共同正犯であり、(共謀)共同正犯については、それを認めるとしても、本来の共同正犯に準じる場合に認められる、というような消極的な位置付けを行うことは適切ではない。刑法60条も、「共同正犯」という1類型を規定するのみである⁽²³⁾。現代社会では、複数人(さらには組織ないし団体)による活動として犯罪行為が行われることが少なくなく、実際に行われた犯行が複数人による「共同のもの」といえれば、その複数人を共同正犯として評価するのが事案の実態に即した適切な評価といえる。

5 共謀共同正犯の根拠に関する判例の考え方

共謀共同正犯について、我が国の判例・実務は一般的に認めてきたが、その理論的な説明方法としては、先にも述べたが、最判昭和33年5月28日〔練馬事件〕が、「直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」として間接正犯に類似する考え方を示したことが大きな意味を持っているが、既に述べたように、判例・実務では、自己の犯罪を行ったものは共同正犯、他人の犯罪に加功したに過ぎない場合は共犯(特に、幫助犯)、という実質的基準が用いられているといわれる。

そして、後に改めて若干の検討を行うが、個々の関与者に対して具体的な刑法的評価を行うことを目的とする判例・実務においては、共謀共同正犯論を前提として、個々の関与者が共同正犯としての(重い)刑法的評価を受けるに値するか否かが重要であり、事案の解決に直ちにつながらない理論的な説明は主たる目的ではない。このことは、最決昭和57年7月16日〔大麻密輸入事件〕が具体的な結論を述べるに当たって、「これらの行為を通じ被告人が右山本及び中野らと本件大麻密輸入の謀議を遂げたと認め

(23) 佐伯・前掲(2)47頁は、「そもそも、刑法典に共謀共同正犯という規定があるわけではなく、存在しているのは共同正犯だけである。判例は、共謀共同正犯という類型を発展させてきたが、共同正犯が実行共同正犯と共謀共同正犯の2つの類型しかないと考えざるべき必然性はないのである。」とする。さらに、高橋・前掲(10)135頁は、「共謀共同正犯は60条の例外的適用ではなく、原則的適用」とする。

実務上は、実行共同正犯と共謀共同正犯は明確に区別されておらず、起訴状には「被告人らは、共謀の上……」と記載され、罰条として刑法60条が記載されるという取扱いがなされている。

た原判断は、正当である。」と述べ、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕が「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、A、B、C及びD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。」と述べているところに現れている。

Ⅲ 共同意思主体の形成とその構成メンバーであることの認定

1 共同意思主体の形成（第1段階）とその構成メンバーであるという評価（第2段階）

(1) 既に述べたように、共謀共同正犯を肯定するための考え方として、私は、基本的には、共犯現象の特徴と実態に適う説明方法である共同意思主体説に従うことが適切であると考え、具体的な事案の解決においては、実行行為を行った者のみが共同正犯になるのか、それとも、共同意思主体という犯罪実現に向けて結合した一種の団体が当該犯行の主体であり、実行行為を行っていない者も共同正犯になるのかを、それぞれの事案ごとに、(共同で)かかる行為に出てはならないという行為規範(禁止規範)の提示とそれに対する違反という観点を考慮しながら検討することになる。

次に、このようにして共同意思主体が形成されたとの評価が行われた場合に(第1段階)、犯行に関わった者について、当該犯行に関する共同意思主体の構成メンバーとして評価できるか否か(第2段階)、を検討することになる(2段階構成)⁽²⁴⁾。この場合、この共同意思主体の(本来的な)構成メンバーには、教唆犯や幫助犯として評価される者は含まれない。「共同」の「意思主体」である以上、正犯性を有する者が複数名存在することが必要であり(意思主体として複数の者が存在しなければ、共同正犯でなく単独正犯となる。)、共同意思主体の(本来的な)構成メンバーは共同正犯に限られる。第2段階において、共同意思主体の構成メンバーであるとの評価がなされない場合には、その者については教唆犯又は幫助犯の成否を考えることになる。

なお、従来の学説においては、共謀、意思連絡、共同犯行の認識、さらに故意等の各概念の意味や相互関係についての議論が重ねられてきたが、未だ解決のための共通の方向性は見出せていないようである⁽²⁵⁾。共謀共同正犯の成否が問題となる実務の現場

(24) 西原・前掲(8)375頁は、「共同意思主体を形成する全員につき共犯が成立する。そして、各人は、共同意思主体の活動への寄与の仕方いかんによって、共同正犯、教唆犯、従犯のいずれかの責任を負うこととされる。」とする。さらに、共同意思主体説においては、共同正犯、教唆犯、幫助犯が区別されていることを主張するものとして、立石・前掲(8)150頁。

(25) 松原・前掲(5)18頁以下。亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法學研究84巻

においては、これら各概念の内容と相互関係の詳細を明らかにした上での当てはめを行うということではなく、各関与者の関与の具体的な内容と程度を踏まえた上での共同正犯性の評価と判断が行われているというのが実情であろう。

(2) 共同正犯性の認定の第1段階である共同意思主体の形成の有無の評価においては、当該犯行の実質が、単独の行為主体による犯罪行為であるのか、それとも、(実行行為者に限られない)複数人による犯罪行為であるのか、つまり、犯罪行為主体の実質的な(人数としての)単複性を検討することになる。この場合、実行行為者を含む複数人(犯行グループ)は、共同性を背景としてかかる行為に出てはならない、という行為規範(禁止規範)の告知による犯罪予防効果(積極的一般予防による犯罪の抑止)という観点から、共同意思主体性の有無を判断することになる。

(3) 共同意思主体性が肯定された場合に、第2段階として、問題とされる関与者が、実質的な犯行主体であると評価された共同意思主体の構成メンバーといえるに値する関与を行ったと評価できるのかを具体的に検討することになる。

ここでは、問題とされている共謀参加者について、どの程度の重要な役割を果たしたのかを具体的に考えることになる。重要な役割説が用いてきた判断要素と同様の下位基準によって判断することになるであろう。そして、このような検討を行うことは、これまでの判例・実務が実質的な判断基準としてきたとされる「自己の犯罪」であるのか「他人の犯罪」であるのかという区別を実質的にほぼ相当するものである。

そして、実際の事案の解決においては、共謀共同正犯であるのか幫助犯にとどまるのかの問題となることが少なくないが⁽²⁶⁾、幫助犯になると刑の必要的減輕が行われることになり(63条)、そこにおける減輕の程度は、有期の懲役刑・禁錮刑や罰金刑については法定刑の上限と下限が正犯者の半分になるという大きな効果上の差異を生じさせるので、関与の質と量において、これに相当するだけの類型的差異があることが必要である⁽²⁷⁾。

従来、重要な役割を基礎づける要素として、共謀者と実行行為者の関係、当該犯行

9号(2011年)115頁は、これまで多様な意味で用いられてきた共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の3つに分解して整理すべきことを主張する。

共同正犯における意思連絡(心理的因果性)についてモデル化して分析するものとして、高橋則夫・杉本一敏「共犯論①意思連絡について」法学セミナー706号(2013年)96頁以下。

(26) 最決昭和57年7月16日〔大麻密輸入事件〕。さらに、大阪高判平成8年9月17日判タ940号272頁(実行行為を否定し幫助犯を認定)や東京高判平成8年6月25日判時1581号134頁(共同正犯を認定)等。実行行為を行う従犯(故意ある幫助的道具)については、(21)を参照。

(27) 島田・前掲(4)63頁。

の企画や立案、犯行手順、役割分担、準備、犯行による利得の有無や程度等の諸事情があげられてきたが、これらは、共同意思主体性が肯定された後に、当該関与者がその構成メンバーに当たるといえるか否かを判断するための事情として機能することになる。これは、当該関与者が、具体的な犯行（実行行為）に対して共同正犯者としての評価を受けるに値するだけの（強い）因果的寄与を有しているのかということでもある。

なお、犯行終了後に取得した利益の有無や多寡が正犯性の判断において一定の意味を有するとされるが（特に、財産犯において特徴的である。）、犯行に対する役割の重要性と相当程度の因果的寄与は、あくまでも具体的な犯行時（実行行為時）におけるものでなければならないので、犯行終了後の利益取得は、役割の重要性や相当程度の因果的寄与を判断する間接事実としての意味を有することになる。

2 謀議行為の要否

従来、共謀共同正犯も共同正犯として認められるという前提の下、そこにいう共謀に関して、関与者相互間に意思の連絡が存すれば足りると考えるのか（主観的謀議説）⁽²⁸⁾、それとも、単なる意思の連絡ないし意思の合致にとどまるのではなく、客観的な謀議行為の存在が必要であると考えるのか（客観的謀議説）⁽²⁹⁾、について議論がなされてきた。

判例は、最判昭和33年5月28日〔練馬事件判決〕において、『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にはかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならない」として、客観的謀議説に立つものよ

(28) 藤木・前掲(12)343頁は、「共謀共同正犯の刑事責任を根拠づけるものは、犯罪の共同遂行に関する合意」とする。

亀井・前掲(25)101頁は、主観的謀議説といっても、その多くは、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものではない外部的な「意思の連絡」を要求しているとする。従って、主観的謀議説は、各関与者の意思が合致していれば（あるいは、さらにその合致を各関与者が互いに認識していれば）足りるとする考えであるとして批判することは、いい過ぎであるとする。

(29) 最判昭和33年5月28日〔練馬事件〕に関する岩田誠の調査官解説『昭和33年度最高裁判所判例解説・刑事篇』（1959年）405頁。さらに、最判昭和34年8月10日刑集13巻9号1419頁〔松川事件〕は、謀議の存在を否定して死刑判決を破棄したが、これには「共同意思はただ存在が確認されればよいのであり、その成立の過程は問題ではない。」という反対意見が付されている。

立石・前掲(8)152頁は、共同意思主体説の立場から、共謀の定義を「相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡」とした上で、「かかる意思連絡存否の認定にあたっては、役割分担についての協議、実行方法についての計画作成、等の要素をあわせ考慮すべきもの」とするが、実質的には客観的謀議説に近い考え方であるといっている。

うであるが、その一方で、『共謀』の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」としていること、そしてさらに、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕において、「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ふ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、A、B、C及びD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。」と述べていることに照らすと、客観的な謀議行為を必ずしも必要とするものではないと理解することができる。

共同意思主体説によると、関係者間の共謀を重視することになるので、客観的な謀議行為を要求することになりそうであるが、共同意思主体の形成がなされたとの評価を行うためには客観的な謀議行為の存在が必要不可欠であるとまではいえないであろう。複数の者の間において、相互の意思連絡ないし意思の合致が認められれば、共同性を背景とした犯行を禁止する行為規範の提示という観点からは、特定の犯罪実現に向けられた共同意思主体の形成がなされたと評価しうる場合はありうる。また、複数人によって行われる犯罪現象（共犯現象）についていえば、相互の意思連絡ないし意思の合致は、特定の客観的に示すことができる謀議行為によって初めて認められるとは限らず、一連の経過の中で関係者相互の言動によって相互の教唆ないし心理的幫助の積重ねによって共同意思主体の形成に至る場合が十分に想定される。実務上、傷害（致死）罪の事案等において認定されることが少なくないとされる現場共謀は、客観的な謀議行為の存在が認められなくても共謀関係の成立が認められうる1つの場面である。

IV これまでの主な判例について若干の検討

共謀共同正犯に関する重要な判例については、本稿において既に紹介を行ったものもあるが、ここで改めて共謀共同正犯に関する代表的な判例について、時間の流れに

沿って古いものから簡単に紹介と検討を行っておく。

1 大判昭和11年5月28日刑集15巻715頁〔大森銀行ギャング事件〕

本件は、ある政治団体の地下組織の資金部長であった被告人が、資金獲得のために他の者と銀行強盗を計画し、部下にそれを指示して実行させた、という事案である。大審院は、共謀共同正犯が成立する犯罪が知能犯に限られないことを明らかにしたが、本判決によって、判例・実務上、共謀共同正犯の考え方が確立するに至ったとされる。

大審院は、「凡そ共同正犯の本質は2人以上の者一心同体の如く互に相倚り相援けて各自の犯意を共同的に実現し以て特定の犯罪を実行するに在り共同者が皆既成の事実に対し全責任を負担せざるべからざる理由茲に存す」と述べて、共同意思主体説の考え方によって共謀共同正犯を説明すると共に、「2人以上の者窃盗又は強盗の罪を犯さんことを謀議し其の中或者に於て之を実行したるときは爾余の者亦由て以て自己の犯意を実現したるものとして共同正犯たるの責を負ふべきものと解せざるべからず」と述べて、自己の意思の実現という観点から共同正犯を説明している。

2 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁〔練馬事件〕

本件は、某政党の軍事組織に属する被告人Xと被告人Yが、同人らが所属する組合に対する犯罪捜査を行っていた練馬警察署の巡査Aに対して暴行を加えることを共謀し、具体的な実行についての指導と連絡を行ったYを介して、Bら数名が巡査Aを鉄管等によって殴打し死亡させた、という事案であるが、共謀共同正犯に関する今日までの議論に大きな影響を与えた重要判例である。なお、本件は、順次共謀による事案である。

最高裁は、共謀共同正犯について、次のように述べている。

「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。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」

本判決は、共同意思主体説の影響を受けているものの、同時に「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。」と述べて、背後にいる共謀者が実行行為者に対

して心理的拘束を及ぼしていることに着目した判断を行っており、これが、間接正犯類似説の主張へとつながっていく。ただ、実行行為者に対する心理的拘束を根拠にして共同正犯性を認めるのでは、共謀共同正犯の成立範囲が限定されてしまうであろうし、複数の間接正犯（単独正犯）の集合体として共謀共同正犯を説明しようとすることは、共犯現象の実態を適切に反映した説明とはいいいくいであろう。

さらに、既に述べたように、本判決は、「『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にはかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。」として客観的謀議行為が必要であるかのように述べながらも、「『共謀』の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」としている。この点については、共謀の存在によって共同意思主体の形成がなされたといえるのか（第1段階）、そして、形成された共同意思主体の構成メンバーであるとの評価を行うことができるのか（第2段階）、を検討すればよいと考えるので、共謀の日時や場所や内容等について具体的に特定する必要はないと思われる。共謀の日時や場所や内容等について具体的に特定されれば、共同意思主体の形成やその構成メンバーといえるか否かの判断を容易に行うことができるであろうが、これらは必要不可欠の要件ではないので、最高裁の判示は適切なものである。

3 最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁〔大麻密輸入事件〕

本件は、大麻の密輸入を依頼された被告人自身は密輸入行為を行わなかったという事案であるが、最高裁は、被告人の行為内容等を具体的に示しながら、被告人について共謀共同正犯を認めている。

最高裁は、次のように述べている。

「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画した山本博からその実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、知人の中野正彦に対し事情を明かして協力を求め、同人を自己の身代りとして山本に引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（金20万円）を山本に提供したというのであるから、これらの行為を通じ被告人が右山本及び中野らと本件大麻密輸入の謀議を遂げた

と認めた原判断は、正当である。』

本決定は、(共謀)共同正犯となるのか幫助犯に過ぎないのかが問題とされた事案について、関与についての欲求(動機)、身代わりの提供(本件では、被告人とその身代わりである中野正彦との間の年齢差等の具体的な関係が重要である)、資金提供という具体的な事情をあげながら、共謀共同正犯となるとの評価を行ったものである。最高裁が示している事情によれば、被告人を含む共同意思主体が形成されたといえ(第1段階)、被告人はその構成メンバーであると評価することができるであろう(第2段階)。

なお、本決定は、それまで共謀共同正犯を一貫して否定してきた刑事法学者である団藤重光裁判官が、「単独正犯のばあいには、みずから実行行為(基本的構成要件に該当し当の構成要件の特徴を示す行為)そのものを行った者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身その犯罪実現の主体となったものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである。」との意見を述べて、共謀共同正犯を容認する立場に転じたことでも有名な判例である⁽³⁰⁾。

4 最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁

本件は、生活費に窮した母親が、勤務先のスナック経営者から金品を奪うことを企て、12歳10ヶ月の長男に対して働き掛け、強盗の方法と手順を示した上で道具を提供して強盗を行わせたが、強盗行為の際、長男は、現場で機転を利かせて自己の判断で行為してスナック経営者から金品を奪い取り、奪ってきた金品を母親に渡した、という事案について、母親の罪責が問題になった。

最高裁は、次のように述べて、母親について、教唆犯でなく(共謀)共同正犯の成立を認めている。

「本件当時Aには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はAの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Aは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められ

(30) さらに、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年)397頁。

ない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、A に対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、A が奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。したがって、これと同旨の第1 審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」

本決定は、母親によって意思が抑圧されておらず、現場で機転を利かせて行為した（出入り口のシャッターを下ろしたり、被害者をトイレに閉じ込める等した。）長男の道具性を否定し、母親に間接正犯が成立することを否定した上で、母親が犯行を計画し、長男に対して犯行方法の指示や犯行道具の提供を行い、さらに長男が奪ってきた金品を受け取ったという事実関係に基づいて、母親は（共謀）共同正犯であると評価している。強盗行為に向けての共同意思主体が母親の主導により形成されたということができ（第1 段階）、母親は正にその構成メンバーの中核であるので（第2 段階）、共謀共同正犯であるとの判断を行うことは容易である。

5 最決平成 15 年 5 月 1 日刑集 57 卷 5 号 507 頁〔スワット事件〕

本件は、暴力団組長である被告人が、同人の近くにおいて同人の警護を行うボディガード（スワット）がけん銃等を所持していたが、被告人がけん銃等の所持について直接具体的な指示や命令を行っていなかった、という事案について、被告人のけん銃等所持についての共同正犯性が問題となった。最近の共謀共同正犯における重要判例であるとされるが、最高裁は、次のように述べている。

「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた……前記の事実関係によれば、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、A、B、C 及び D からスワット 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。」

本決定は、具体的な謀議行為が行われていなくても共謀共同正犯が成立するとして、黙示的な意思連絡による共謀共同正犯を認めたものである。最判昭和33年5月28日〔練馬事件〕のように、事前の謀議を明示的に要求しておらず、いわゆる主観的謀議説の考え方に従ったものといつてよいであろう。

もっとも、本件の被告人である暴力団組長については、そもそも共謀共同正犯という位置付けが適切であったのかという点を指摘することができる、既に指摘したように、私は、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別することに意味があるとは考えておらず、また、実行共同正犯が共同正犯の原則型であり共謀共同正犯は例外型であると考えられるものでもないが、それを別にしても、本件の被告人については、けん銃等の所持についての実行行為性を認めることができるように思われる。けん銃等の所持とは、けん銃等に対する事実上の支配を有していることを意味するが、本件における被告人とけん銃等の位置関係や、けん銃等を所持しているスワットと被告人との間の本決定が指摘するような具体的関係に照らすと、本件においては、規範的には「スワットの所持 = 被告人の所持」と評価することができる。スワットの立場や被告人との関係を考えると、スワットにけん銃等についての独立した所持を認めることはできず、スワットは被告人の占有補助者として位置付けることが適切であったと思われる⁽³¹⁾。

以上のように考えることによって、謀議行為のない共謀共同正犯であることや黙示的な意思連絡で足りるとした本決定に対して向けられる批判に対して、反論することが可能となるであろう。つまり、共謀共同正犯の要件がかなり弛緩したとして本決定をとらえるよりも、実行行為を規範的・実質的にとらえることによって、暴力団組長である被告人に実行犯としてのけん銃等所持罪の成立を認めるという説明の方が適切であったというべきである。

6 最決平成17年11月29日集刑288号543頁と最判平成21年10月19日判時2063号155頁

この2件は、5で述べたスワット事件と類似の事案である。暴力団組員がけん銃等を所持していたことに対して、暴力団組織の長である被告人らについて共謀共同正犯の成否が問題とされたが、最高裁は2件いずれについても被告人に共謀共同正犯の成

(31) 佐伯・前掲(2)48頁は、「問題となっているのが拳銃の所持であり、所持概念を広くとらえれば実行正犯と解することもあながち不可能ではない事例であることも重要である。したがって、スワット事件判例を「共謀」共同正犯のリーディングケースとして一般化することには慎重でなければならない」とする。

立を認めている⁽³²⁾。

(1) 最決平成 17 年 11 月 29 日集刑 288 号 543 頁は、ホテルのロビーで暴力団会長である被告人に同行していた組員がけん銃等を所持していた、という事案において、被告人を無罪とした第 1 審判決を破棄自判した控訴審判決を維持して、「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していたものであり、実質的にはこれらの者に本件けん銃等を所持させていたと評し得るなどとして、本件けん銃等の携帯所持について被告人に共謀共同正犯が成立するとした原判断は、正当として是認できる。」と述べている。

(2) 最判平成 21 年 10 月 19 日判時 2063 号 155 頁は、上記(1)事件と同一の機会に発生した同様の事案について、暴力団の長である被告人を無罪とした第 1 審判決及び控訴審判決を破棄して第 1 審に差し戻したが⁽³³⁾、「A 会幹部である B と C は、JR 浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、D 会からのけん銃による襲撃に備えてけん銃等を所持し A 会総長である被告人の警護に当たっていたものであるところ、被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下の B、C らを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、このような状況のもとにおいては、他に特段の事情がない限り、被告人においても、B、C がけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受入れて認容していたものと推認するのが相当である。けん銃等の所持の共謀が認められないとした第 1 審判決及びこれを是認した原判決には、重大な事実誤認の疑いがある。」と述べている。

(3) 最高裁が上記の 2 件において示した判断は、最決平成 15 年 5 月 1 日〔スワット事件〕において示された判断枠組みを前提にしたものであるが、スワット事件と異なり、被告人を取り巻く極めて強固な護衛組織の存在や被告人と同組織が一体となって移動していたこと等が認定されていないことを理由に、最高裁の結論を批判する見解が主張されている⁽³⁴⁾。また、共同意思主体説は、共同正犯を認めるために必要な共謀について比較的明確なものを要求するので、この観点から、最高裁判例に反対する見解が主

(32) 最決平成 15 年 5 月 1 日〔スワット事件〕と合わせて 2 判例について検討を行い、これらについて肯定的な評価を行うものとして、亀井・前掲 (25) 104 頁以下。

(33) 差し戻後の第 1 審判決（大阪地裁）は無罪としたが、平成 25 年 8 月 30 日の大阪高裁判決はこれを破棄差し戻した。

(34) 最判平成 17 年 11 月 29 日に対する批判として、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務——最高裁平成 17 年 11 月 29 日第一小法廷判決を中心に——」。

張されている⁽³⁵⁾。

もっとも、共同意思主体説の考え方に立つとしても、暴力団組織の長のすぐ近辺において、暴力団組織の下位の者がけん銃等を持って組織の長を護衛するということに向けられた行為規範（禁止規範）という観点からは、共同意思主体の形成と被告人がその構成メンバーであることを肯定することができるであろうし、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕におけるのと同様に、本来は、被告人自身に所持の実行行為性を肯定できる事案であったといえるであろう。

いずれの事案においても、裁判所の判断にも現れているように、間接事実の認定と評価という点が実務上は重要なポイントになる。

7 最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁⁽³⁶⁾

本件は、共謀共同正犯が成立するためには未必の故意でもよいとされた判例である。

本件の被告人は、倉庫業等を営む株式会社とその代表取締役等であった者5名である。代表取締役等であった5名の被告人は、会社が借地において保管している硫酸ピッチ入りのドラム缶6000本の処分を考えて下請会社の代表者Aに委託したところ、Aを介して他の者が上記のドラム缶のうちの361本を捨てた、という事案であり、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（廃棄物処理法）16条の不法投棄罪の成否が問題になった。

最高裁は、「Aにおいて、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを周知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申入れたところ、被告人5名は、Aや実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えてAに処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後Aを介して共犯者により行われた同ドラム缶の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである。」と述べて、被告人らから委託を受けた者から更に他の者によって行われた廃棄物の不法投棄について、被告人らに共謀共同正犯の成立を認めている。

(35) 立石・前掲(8)166頁は、共同意思主体説の立場から、「謀議という要件の介在によって得られた『共謀』という主観的因子が、共謀共同正犯拡大の認定の歯止めの役割を果たす」する。そして、同167頁以下は、最決平成15年5月1日〔スワット事件〕以降の最高裁判例を批判する。

(36) 本決定についての評釈として、松原芳博「未必の故意による共謀共同正犯」刑事法ジャーナル14号(2009年)112頁以下。

本決定は、未必の故意による共謀共同正犯の成立を認めたが、単独正犯でなく共謀共同正犯であることによって犯罪成立に必要な故意のレベルが異なる理由はないので、未必の故意であったこと自体が問題になるわけではないと思われる⁽³⁷⁾。

本決定の事案においても、不法投棄に向けられた共同意思主体の形成がなされたといえるのか（第1段階）、そして、共同意思主体の形成が認められる場合に、被告人は共同意思主体の構成メンバーであると評価できるのか（第2段階）、という点を検討することになる。そして、共同意思主体の形成の有無を考えるに当たっては、複数人が共同して不法投棄に向けられた意思決定と行動に出ることに向けられた行為規範（禁止規範）という観点が重要であると考えますが、本件ではそれを肯定することができ、さらに5名の者は共同意思主体の構成メンバーであると評価することができるであろう。従って、共謀共同正犯の成立を認めた最高裁の判断は適切である。

V その他の関連する問題

共謀共同正犯に関連するその他の問題について、簡単ではあるが若干の言及を行っておきたい。

1 不作為による共同正犯としての処罰

先に述べた最決平成15年5月1日〔スワット事件〕、さらに、最決平成17年11月29日や最判平成21年10月19日は、暴力団組織の長についてけん銃等所持の共謀共同正犯の成立を認めたものである。

いずれの事案においても、暴力団組織の長である被告人らは、けん銃等の所持について共謀共同正犯であるとされたものの、その主観的事情や客観的行為態様は、けん銃等所持の実行犯に対する積極的な働き掛けを内容とするものではないので、共謀共同正犯であるという評価を行うことに異論を挟む余地は残されている。そこで、これらの被告人について、共謀共同正犯という法律構成でなく、けん銃等所持の実行犯の行為を防止しなかったとして、所持の不作為犯という法律構成による説明を行うことが理論的には可能である。これは、共謀関係を希薄な関係によって認定することに対する歯止めとなりうるものである。黙示の意思連絡による共謀関係を認めるよりも、

(37) 立石・前掲(8)174頁は、共同意思主体説の立場から、「『共謀』には確定的故意の存在が不可欠なものであり、未必の故意で足りると解するのは不十分である」として、最高裁決定を批判する。

不作為犯における作為義務ないし保証人的地位や構成要件的同価値性を厳格に認定していくことによって処罰範囲の限定を行う方が適切であると考えるのである。

東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁は、正にこのような考え方に立つものである。同判決は、共犯者らが被害者に暴行を加えて意識を失わせた後に被害者を一旦解放したものの、警察に通報されることを恐れて、被害者を呼び出した上で池に転落させて殺害した、という事案において、謀議に立ち会い被害者を殺害現場まで運んだ者の刑事責任について、原審の千葉地判平成20年3月31日が黙示の意思連絡による共謀を認めて殺人罪の共同正犯の成立を認めたことに対して、次のように述べて、不作為の殺人罪（共同正犯）が成立するとした。

「本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でないというべきである。その代わり、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうかが重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切であるといえる。」

このように、不作為犯によって刑事責任を負わせる場合には、不作為犯の一般的な要件である作為義務とその根拠、そして作為との構成要件的同価値性を検討することになる。仮にこれらの要件が具体的事案の中で丁寧に検討されないようであれば、共謀共同正犯を安易に認めることの隠れ蓑になるだけである。東京高判平成20年10月6日においては、先行行為や排他的支配の考え方によって作為義務が導かれているが、この点の評価が適切であったのかが問題になると思われる。先行行為を強調することは、本来は教唆犯や幫助犯として評価されるべき者について、共同正犯であると評価してしまう可能性を含んでいる⁽³⁸⁾。

(38) 松原・前掲(5)27頁は、「共謀共同正犯が否定された場合に、別途、不作為犯が成立する理論的な可能性は否定できないとしても、当初の(間接的な)関与を先行行為として不作為犯を肯定することには、(共謀)共同正犯の要件を潜脱するものではないかとの疑問が残るところである。」とする。

本判決の事案について、共謀共同正犯とすべきであったとするものとして、西田典之『共犯理論の展開』(2010年)159頁、島田聡一郎「不作為による共同正犯」刑事法ジャーナル29号(2011

従って、複数の者からなる犯行グループについて、そのような行為に出ることを禁止するという行為規範の提示という観点を考慮に入れた共同意思主体の形成を検討し（第1段階）、それが肯定された場合に、共同意思主体の構成メンバーと評価できるのかを検討していく（第2段階）、という法律構成の方が、事案の実態に適う処理であり、処罰範囲を適正に画するという点でも好ましいように思われる。

2 承継的共同正犯

承継的共同正犯については、後行行為者が参加する前に先行行為者が行った行為とそこから発生した結果について後行行為者が刑事責任を負うかが否かが問題になるが、従来の多数説は、因果的共犯論を前提に原則として承継を否定してきた⁽³⁹⁾。

そして、承継的共同正犯に関して最高裁が初めて判断を行った最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁は、被告人が現場に到着する前にAらから暴行を受け負傷していた被害者Bらに対して、被告人はAらと共謀の上、それまでの暴行により被害者Bらが逃走や抵抗が困難であることを認識しながら、Aらによる暴行よりも激しい暴行を加えて被害者Bらの傷害の程度を相当程度重篤化させた、という事案について、次のように述べて承継を否定している。

「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る暴行によってB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。」

最高裁は、因果的共犯論の見地から参加前に生じた傷害結果について刑事責任を負うことを否定する判断を示したが、これは学説の多数説と同様の考え方に立つものである。

承継的共同正犯における後行行為者の刑事責任の範囲については、共同正犯関係を共同意思主体の形成と理解し、共同意思主体の形成とその構成メンバーといえるのかによって関係者の共同正犯性を考えていくべきであるとする私見からは、途中から参加した後行行為者は、自らが参加する前の行為についての共同意思主体の構成メンバーになることはおよそありえないので、承継は否定されるという結論が導かれる。共

年) 46頁。

(39) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(2010年)366頁、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(2011年)500頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』(2007年)350頁等。

同意意思主体の形成は、既に発生した事態を事後に認識・認容するのみでは行われえないのである。

3 共犯関係の解消（共犯からの離脱）

共犯関係の解消（共犯からの離脱）は、途中から参加するという承継的共同正犯の裏返しの場面であり、議論の状況もほぼ同様のものとなる。ここでは、犯行グループによって一旦形成された共同意思主体が依然として継続して存続しているのか（それとも、従来の共同意思主体は消滅したのか）、また、依然として共同意思主体の構成メンバーの地位にあるといえるのか、によって共同正犯の成否を考えればよい。共犯関係の解消のためには何が求められるのかを検討することは、いわば裏側から「共謀」の特徴と実態、そして要件を明らかにしようとすることでもある。

(1) 最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁においては、暴行の実行を開始した後の共犯関係の解消（離脱）の成否が問題になったが、約1時間ないし1時間半にわたって共同して手拳・竹刀・木刀等を用いて暴行を加えた後に「おれ帰る」とのみ告げて現場を立ち去った、という事案について、「被告人が帰った時点では、坏においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、坏との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の坏の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりに花田の死の結果が被告人が帰った後に坏が加えた暴行によって生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。」とされ、共犯関係の解消を認めなかった。

2名の者が意思を通じて共同して約1時間ないし1時間半にわたって被害者らに暴行を加えた行為は、2名によって形成された被害者に対する暴行を目的とする共同意思主体による活動であり、「おれ帰る」とのみ告げて現場を立ち去る行為は共同意思主体の解消と評価することはできず、依然として、被告人には存続中の共同意思主体の構成メンバーとしての地位が残っていると考えられる。

(2) 最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁は、被告人を含む8名の者が住居侵入と強盗についての共謀を行い、これに基づき、共犯者2名が住居に侵入した後に、住居付近に止めてあった自動車内にいた被告人が、住居に侵入した共犯者らに一方的に電話で「危ないから待てない。先に帰る」と伝えた共犯者らと共に自動車現場を離れたが、その後、残りの共犯者らは、被告人らが現場を離れたことを知ったにもか

かわらず強盗を行った、という事案について、「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はできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。これと同旨の判断に立ち、被告人が住居侵入のみならず強盗致傷についても共同正犯の責任を負うとした原判断は正当である。」として、共犯関係の解消を認めなかった。

本件においては、被告人を含む犯行グループ8名は、犯行前夜に現場付近の下見を行い、被害者宅の明かりが消えたら、2名の者が屋内に侵入し、内部から入り口の鍵を開けて侵入口を確保し、他の者も住居内に侵入して強盗を行う、という犯行手順と役割分担を相談しており、これにより、住居侵入と強盗に向けられた共同意思主体が形成されたといえる。そして、共同意思主体の構成メンバーの2名が住居に侵入した後に、「危ないから待てない。先に帰る」と一方的に電話で伝えただけで現場を離れたに過ぎない者らについては、既に形成された共同意思主体が解消したとはいえず、被告人は依然として存続している従来の共同意思主体の構成メンバーとしての地位を失っていないといえる。

もっとも、本件では、住居に侵入した2名の者が一旦住居外に出てきた時に、被告人ら3名が現場を立ち去ったことを知ったにもかかわらず、残りの者5名が引き続き強盗を実行した（さらに、被害者らを負傷させた）点について、現場を離れた被告人らを除いた残りの5名のメンバーによって新たに形成された共同意思主体による強盗行為と評価できるのではないかと考える余地は残されている。

(3) 最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁は、複数の者が加害者に対する正当防衛として暴行行為を行い、これによって加害者からの攻撃が終了したにもかかわらず、一部の者がさらに暴行を行った、という事案について、「相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱

したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである。」と述べている⁽⁴⁰⁾。

本判決については、先行する共同行為が正当防衛という適法な行為である場合について、共犯関係の解消を正面からは問題にしていないという点の理解が検討課題であるが、共同で正当防衛行為に出た後の新たな共謀の成立を問題にするということは、新たな暴行に向けての共同意思主体の形成を問題にしようとするものと理解することができる。

VI おわりに

共謀共同正犯は伝統的な刑法解釈論上のテーマであるが、現在は、具体的な事案において共謀が認められる限界やその類型化に議論の重点が移っている。実務上は、具体的な事案において、共謀者が果たした役割を具体的に検討することが求められている。そして、裁判員裁判が既に開始されているが、法律の素人である裁判員にとって、これらの作業を行うことは一般的には困難な作業であるといつてよい。このような中、理論刑法学に求められることは、裁判員が適正で安定的な判断を行うことができるような考え方の枠組みを提供するところにある。抽象的な理論を闇雲に深めることや過度に細分化した場合分けのような実際に利用しえない議論を重ねることは、実践学である現在の刑法学に期待されることではない。

本稿は、このような問題意識の下、共謀共同正犯、正確には実行行為を行わないにもかかわらず共同正犯であるとの認定ないし評価を行うための判断枠組みとして、共謀共同正犯の理論的な説明ないし基礎付けを考えようとするものである。結論としては、共同意思主体説による説明が共犯現象の特徴と実態を的確にとらえるものとして適切であると考えられ、これに具体的な事案における犯罪抑止のための行為規範（禁止規範）の提示という一般予防効果という視点を加えることが、共謀共同正犯の理論的な基礎付けとして適切であると考えている。そして、共謀共同正犯としての評価を行うためには、相互の意思連絡を示す客観的な謀議行為の存在は必ずしも必要ではないと考える。犯行現場において、言葉をかかわす、あるいは、目と目で合図を行い意思

(40) 本決定についての評釈として、佐伯仁志「正当防衛と共犯からの離脱」ジュリスト1125号(1997年)148頁以下、嶋矢貴之「共犯からの離脱(3)」『刑法判例百選I総論〔第6版〕』(2008年)196頁以下。

を連絡しあう等の様々な方法によって共謀関係は形成される⁽⁴¹⁾。また、これまでの学説がやや空中戦の様相の中で議論を展開し深めてきた諸概念、つまり、「共謀」や「意思の連絡」や「共同犯行の認識」や「故意」等の概念の内実や相互関係を明らかにすることによって共謀共同正犯に関する具体的な諸問題に解決を与えることには限界があると感じている。

共同意思主体説というやや過去のものとなりつつある考え方に、行為規範（禁止規範）の提示による行為のコントロールによる一般予防効果という観点を加味した共同意思主体の形成という説明等、理論的には不完全で粗いものであろうが、今後の具体的事案に対する裁判所の判断を注意深く見守っていくと共に、実務上も機能しうるような理論的な研鑽をさらに深めていきたいと考えている。また、本稿では検討することができなかったが、共謀共同正犯者の責任能力や故意の存在時と共謀共同正犯の実行の着手時期との関係⁽⁴²⁾、そして、共謀共同正犯が問題となる事案における公判前整理手続や公判手続や評議のあり方という手続法上の問題点等についても、今後の検討課題としていきたい。

(41) 客観的謀議説を厳格に適用すると、暴行・傷害（致死）事件等における現場共謀の認定は困難になると考えられ、このことが、実務においては主観的謀議説の考え方に従って運用されてきたことの理由であろう。もっとも、客観的謀議説も、実際の適用においては、謀議が共謀共同正犯の客観的要件であることをそれほど厳格に要求するものではないと思われる。

(42) 松原・前掲(5) 17頁は、「個人の責任は本人の行為と結びついてはじめて意味をもつものであるから、共同正犯における各関与者の故意や責任能力は、各自の関与の時点で具備されなければならない。したがって、狭義の共謀共同正犯における共謀者については、意思形成に寄与する謀議行為の時点の故意や責任能力が問われるべきである。」と述べて、共謀とは実行行為時における心理状態であるとする主観的謀議説の問題点を指摘する。