

# 國學院大學學術情報リポジトリ

共謀共同正犯における「行為支配説」の検討：  
共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(6)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 関, 哲夫 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.57529/00001160">https://doi.org/10.57529/00001160</a>

# 共謀共同正犯における「優越支配共同正犯説」の検討

——共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(六)——

関 哲 夫

## 一 序——本稿の課題——

### 二 共犯性説

- 1 共同意思主体説(以上、國士館大學・國士館法学三五号(二〇〇三年)九九〜一四〇頁)
- 2 共同意思関係説(以上、國士館大學・國士館法学四二号(二〇〇九年)二五〜六〇頁)

### 三 正犯性説

- 1 はじめに
- 2 形式的実行為説(以上、國學院大學・國學院法学四九卷三号(二〇一一年)一〜四〇頁)
- 3 間接正犯類似説——実質的実行為説・その

- 1——(以上、國學院大學・國學院法学五一卷四号(二〇一四年)六五〜九四頁)

### 4 行為支配説——実質的実行為説・その2——

- (以上、國學院大學・國學院法学五三卷四号(二〇一六年)一〜五〇頁)

### 5 優越支配共同正犯説——実質的実行為説・

- その3——
- (1) はしがき
  - (2) 内容
  - (3) 特徴
  - (4) 小括(以上、本誌本号)

### 三 正犯性説 (承前)

#### 5 優越支配共同正犯説——実質的実行行為説・その 3——

##### (1) はしがき

優越支配共同正犯説の内容に入る前に、この説の理解を容易にするために、正犯概念と実行行為概念との関係に關するモデル論、及び、そこにおける優越支配共同正犯説の位置を再度確認しておきたい。<sup>(1)</sup>

① 正犯の基軸 どのような要素を軸にして正犯を規定するか、という問いに対して、まず、実行行為を軸にし、「正犯＝実行行為の分担者」という命題を前提にして正犯を規定する実行行為基軸論が存在する。この実行行為基軸論には、その軸となる実行行為の概念を記述的・類型的に把握する形式的実行行為説、すなわち、「正犯＝形式的実行行為の分担者」と解し、記述的・類型的に把握された基本法律要件に該当する実行行為を行う者が正犯であり、基本法律要件を修正して得られた拡張法律要件に該当する行為を行う者が共犯であると見る見解と、実行行為の概念を規範的・価値的に把握する実質的実行行為説、すなわち、「正犯＝実質的実行行為の分担者」と解し、規範的・価値的に把握された現実的・具体的に危険な実行行為を行う者が正犯であり、それ以外の行為で正犯の現する犯罪に加功する者が共犯であると見る見解とがある。

どのような要素を軸にして正犯を規定するか、という問いに対して、次に、「正犯＝実行行為の分担者」という命題に拘泥せず、正犯を考究する視点を実行行為から正犯そのものへと移す実行行為遊離論が存在する。これは、正犯概念を規定する要素そのものを考究することで正犯を規定しようとする見解で、正犯性基軸論と称することも

できる。この正犯性基軸論には、その正犯概念を記述的・類型的に把握する形式的正犯性具備説、すなわち、「正犯Ⅱ形式的な正犯性要素を具備する者」と解し、記述的・類型的に把握された形式的な正犯性の要素を具備する者が正犯であり、正犯性の要素を具備することなく犯罪の実現に加功する者が共犯であるとする見解と、正犯概念を規範的・価値的に把握する実質的正犯性具備説、すなわち、「正犯Ⅱ実質的な正犯性要素を具備する者」と解し、規範的・価値的に把握された実質的な正犯性の要素を具備する者が正犯であり、正犯性の要素を具備することなく犯罪の実現に加功する者が共犯であるとする見解とがある。

実行行為性	正犯性	形式的正犯性基軸論	実質的正犯性基軸論
		形式的実行行為説	実質的実行行為説
実行行為基軸論		形式的正犯性具備説	実質的正犯性具備説
正犯性基軸論Ⅱ実行行為遊離論			

実行行為を基軸論と正犯性基軸論とは、正犯を規定する軸を実行行為に置くか、正犯性そのものに置くかに違いがある。ただ、実行行為を基軸論のうちの形式的実行行為説も、正犯性基軸論のうちの形式的正犯性具備説も、同じく記述的・類型的な要素をもって正犯を規定しようとする点で類似した思考法を採っているし、実行行為を基軸論のうちの実質的実行行為説も、正犯性基軸論のうちの実質的正犯性具備説も、同じく規範的・価値的な要素をもって正犯を規定しようとする点で類似した思考法を採っている。

② 優越支配共同正犯説の位置 優越支配共同正犯説は、共同正犯は単独正犯と同様の意味において正犯であるとする正犯性説であり、また、正犯概念について、実行行為を軸にして正犯を規定する実行行為を基軸論、しかも、そのうちの形式的実行行為説をその出発点としていたことは明らかである。しかし、後に明らかになるよう

に、優越支配共同正犯説は、次第に規範的・価値的な観点を強く打ち出すようになり、実質的実行行為説へと大きく傾斜しただけでなく、<sup>(2)</sup>正犯性説に立ちながらも、次第に共同正犯の共同性・共犯性にも着目し、個人責任の原理に団体的責任の原理を加えていくようになるのである。

優越支配共同正犯説を実質的実行行為説に分類することについては、形式的実行行為説ではないか、あるいは形式的実行行為説と実質的実行行為説との総合説ではないかという異論が出されるかもしれない。しかし、この説の軸足は、もはや形式的実行行為説ではなく実質的実行行為説にあると考えるべきである。この点の考察は本項での後の考察に譲ることにして、実質的実行行為説に分類できるのは、優越支配共同正犯説のほか、間接正犯類似説、行為支配説、及び準実行共同正犯説である。間接正犯類似説<sup>(3)</sup>及び行為支配説<sup>(4)</sup>については、すでに考察した。準実行共同正犯説は、共同正犯は共犯であるとともに正犯であるとする「共犯・正犯性説」なので、その項で取り扱うことにする。

③ 優越支配共同正犯説の論者 優越支配共同正犯説は、周知のように、大塚仁氏が主張した見解<sup>(5)</sup>であり、そもそも立脚点は構成要件の理論、その定型的な思考法にあるのであり、共謀共同正犯の理論を否定する立場から主張されたものである。この点は、大塚氏自身によっても、優越支配共同正犯説の考え方は共謀共同正犯の理論を肯定するものではないと強調されている。

大塚氏の優越支配共同正犯説について、佐久間修氏は「優越的行為支配説」と呼称し、この見解は、「行為支配説」に含みうるかは明らかでない<sup>(6)</sup>けれども、「より実質的に共同『実行』を把握しようとする点では、近年における構成要件論の進展と軌を一にする<sup>(6)</sup>」と評している。佐久間氏自身は、大塚氏の優越支配共同正犯説を踏まえつつ、(共謀)共同正犯の正犯性とともに共犯性をも考慮し、共謀共同正犯の集団犯的性格を重視する見解を主張し

ていると考えられる。その意味で、佐久間氏の見解を優越支配共同正犯説(氏のいう「優越的行為支配説」)に分類するとしたら、正確さを欠くことになろう。しかし、佐久間氏の見解は、大塚氏の優越支配共同正犯説を意識し、それを踏まえたうえで、その不足を補い、修正を加え、発展させた見解と評することもできるように思う。その意味で、この項で佐久間氏の見解を考察することは、あながち不相当とはいえないと考えるし、それは、むしろ優越支配共同正犯説の見解の特徴や問題点を逆照射することになるのではないかと期待する。そこで、この項で佐久間氏の見解にも若干触れることにしたい。

以下、優越支配共同正犯説の論者として、大塚仁氏の論述を一人称の形で紹介し、その特徴を指摘した後、この説について若干の考察を加え、併せて佐久間氏の見解にも触れることにする。

- (1) 関哲夫「共謀共同正犯における『形式的実行行為説』の検討——共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』の一考察(三)——」國學院大學・國學院法學四九卷三号(二〇一一年)二七頁参照。
- (2) 記述的・類型的な観点から規範的・価値的な観点への傾斜は、未遂犯と不能犯の区別に関し、「社会通念を基礎として犯罪行為を定型化」した「構成要件的な実行行為」の要件として用いられている「犯罪実現への現実的危険性」の有無を規準とすることも見られる。大塚仁・刑法概説(総論)(第四版)(二〇〇八年)二六九〜二七一頁参照。
- (3) 関哲夫「共謀共同正犯における『間接正犯類似説』の検討——共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』の一考察(四)——」國學院大學・國學院法學五一卷四号(二〇一四年)六五〜九四頁参照。
- (4) 関哲夫「共謀共同正犯における『行為支配説』の検討——共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』の一考察(五)——」國學院大學・國學院法學五三卷四号(二〇一六年)二〜八頁参照。
- (5) 大塚仁氏の共謀共同正犯論については、大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年)三三四〜三四一頁、大塚仁・刑法の焦点 Part 2「共犯」(一九八五年)三七〜四〇頁、大塚仁「共同正犯の本質」法学教室一〇九号(一九八九年)二〇〜三五頁、大塚仁「莊子教授の共謀共同正犯理論」莊子邦雄先生古稀祝賀・刑事法の思想と理論(一九九一年)一五五〜一七四頁、福田平||大塚仁

〔対談〕最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上) 現代刑事法六四号(二〇〇四年) 四一七頁、大塚仁・刑法概説(総論)(第四版)(二〇〇八年) 三〇一～三〇七頁参照。

(6) 佐久間修・刑法総論(二〇〇九年) 三六五頁。また、佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理」齊藤誠二先生古稀記念・刑事法学の現実と展開(二〇〇三年) 三〇〇頁、三〇四頁参照。大塚仁氏自身は、「他人を道具として利用する間接正犯者と、共謀共同正犯における単なる共謀者とは、はたしてまったく同じ意味で行為支配をもちうるのかどうかは疑問だ」(大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年) 三三九頁)、「私は、このような観念(行為支配論のいう行為支配という観念——括弧内引用者)をとくに正犯の標識とすることは無用であると考えております」(大塚仁「共同正犯の本質」法学教室二〇九号(一九八九年) 二六頁)、「私は、行為支配の観念を用いる立場を支持するものではありません」(福田平「大塚仁」〔対談〕最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上) 現代刑事法六四号(二〇〇四年) 一三頁における大塚氏の発言。)と明言しており、大塚氏の見解を「優越的行為支配説」として行為支配説に分類するのは、必ずしも正確ではないと思われる。

(7) 佐久間修氏の共謀共同正犯論については、佐久間修「正犯と共犯の概念」現代刑事法一号(一九九九年) 九五～一〇〇頁、佐久間修「共犯の概念」法学教室二五五号(二〇〇一年) 一六～一九頁、佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理」齊藤誠二先生古稀記念・刑事法学の現実と展開(二〇〇三年) 二九七～三一五頁、佐久間修・刑法総論(二〇〇九年) 三六〇～三六七頁、佐久間修「共謀共同正犯をめぐる諸問題」法律時報八五巻一号(二〇一三年) 二二～二七頁、佐久間修・刑法総論の基礎と応用(二〇一五年) 二二頁以下参照。

## (2) 内容

① 正犯・共同正犯の意義 「実質的観点において考察するとき、正犯とは、当該犯罪を実現したことに於いて、第一次的な責任を負担すべきものであるのに対して、共犯とは、正犯を通してその犯罪の実現に加わったことによつて、第二次的な責任を課せられるべきもの」、すなわち、「正犯は、みずから直接的にその犯罪を実現したか(直接正犯)、あるいは、これと法的に同視しうる形態において、他人を道具として利用することによつてその

犯罪を実現した(間接正犯)ことを要するのに対して、共犯は、そのような正犯を、教唆し、または幫助することによって、その犯罪の実現に関与したものである。そして、構成要件論的立場において、これを形式的に表現するとき、正犯が、基本的構成要件に該当する実行行為を行うものであるのに対して、共犯は、それぞれ、修正された構成要件に該当する教唆行為、幫助行為によって、正犯の実行行為に加担するものであるということができよう。<sup>(1)</sup>この場合、「共同正犯の構成要件は、行為の主体が二人以上の者である点で、単独犯の構成要件を修正したものであるが、実行行為の観点では、形式的には、基本的構成要件の性格を保持していることに注意すべきである。」<sup>(2)</sup>

② 共同正犯の処罰根拠 「共同正犯の処罰根拠は、形式的には、二人以上の者の行為が共同正犯の構成要件に該当し、違法であるとともに、各行為者に責任のあることであり、また、実質的観点からは、それらの者による共同実行行為が、相互的に利用・補充し合う依存協力関係のもとにその犯罪を惹起し、法益の侵害(危険)を生じさせたことである」<sup>(3)</sup>。換言すれば、共同正犯の処罰について、「形式的観点からすれば、共同正犯の修正された構成要件に該当する行為がなされたこと、それが違法であること、行為者に責任があることが必要です」が、「実質上、とくに問題とされるのは、二人以上の者が共同して実行したところについて共同者のすべてが何故に『皆正犯ト』して扱われるのか、つまり、自分の行為だけでなく、他の共同者の行為についても責任を問われるのか」にあるが、これは、「二人以上の共同者の行為が相互的に利用・補充の関係に立つことによります。その関係は、共同実行の意思および共同実行の事実によって主観・客観両面から支えられるのです」<sup>(4)</sup>(傍点原文)

③ 共同正犯の要件 共同正犯とは、「二人以上共同して犯罪を実行した」(六〇条)場合をいい、これが成立するには、「二人以上の行為者に、主観的に共同実行の意思(共同加功の意思、意思の連絡)が存在することと

もに、客観的に共同実行の事実（共同加功の事実、行為の分担）が認められること<sup>(5)</sup>が必要である。

主観要件である共同実行の意思とは、「二人以上の行為者が共同して実行行為を行おうとする意思、すなわち、ある犯罪を実現するについて、行為者同士が相互的にそれぞれの行為を利用し合い、補充し合って目的を遂げようとする意思」を意味し、客観要件である共同実行の事実とは、「二人以上の行為者が共同してある犯罪を実行すること」を意味し、「実行行為以外の行為が協力してなされても、共同正犯は成立しない。」<sup>(6)</sup>

④ 共謀共同正犯と刑法六〇条 共謀共同正犯を肯定する立場が本来企図するところは、「いわゆる共謀者中には、現に実行行為を担当した者よりもその背後にひそむ大物的存在がありうることに着眼し、これに対して、正犯者としての可罰性を与えようとする」ことにあり、「その趣旨は適当だとおもう」が、しかし、「共謀共同正犯が共同正犯とされるためには、直接実行行為を分担しなかった単なる共謀者にも、共同実行の事実が認められなければならない」のであり、「そのような者も、単なる共謀者にとどまっている限り、『共同して犯罪を実行した者』と解することはできない。」その意味で、共謀共同正犯の観念を肯定することは、「明らかに刑法六〇条の文理に反する」<sup>(7)</sup>。

結局のところ、「わたくしは、共謀共同正犯の観念は、刑法六〇条の厳格な解釈に適合しえないものと考えています。その場合には、二人以上の行為者間に共同実行の意思はありませんが、共同実行の事実があることについては、右に引用した判例および学説の説明を聞いても、到底、納得しえないからです。」そして、共謀の観念を「昭和三三年五月二八日の最高裁大法院判決の示しているように、制限したからといって、共謀だけで実行行為があるといえないことは当然である」から、「共謀共同正犯の観念は、みとめられるべきでないでしょう。」<sup>(10)</sup>

⑤ 実行行為の規範的理解と共同の実行 「実行行為とは、犯罪実現の現実的危険性を含む行為ですが、たと

えば、間接正犯の場合に、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為が実行行為と解されるように、ある程度の規範的理解が可能であり、また、必要でもありません。その見地からしますと、単なる共謀者の中にも、直接の実行担当者と同様に、実行者と評価されるべき者がみられると思うのです。<sup>(11)</sup> すなわち、「実行行為の観念は、元来、構成要件に該当する事実的な行為を基本としつつも、それだけに限られず、たとえば、間接正犯における利用者の被利用者を犯罪に誘致する行為や、原因において自由な行為についての行為者の責任能力のある状態での原因行為などのように、一定の範囲においては、規範的なものでもありうるのである。共同正犯における共同実行の事実についても、共同者の各自に現に実行の分担がなされた場合だけでなく、実行を担当した者の行為とそれを行わせた者の行為とが、規範的に一体化して共同の実行と解される場合にも、それを認めることができるといわなければならぬ。<sup>(12)</sup>」

⑥ 準間接正犯概念の提唱 例えば、暴力団の親分が子分に向かってある犯罪を行うことを命じた場合、「子分は、親分の命令に心理的には強く拘束されますが、当然に、身体的な自由を失うまでにはいたっていないわけではなく、命令にしたがうのが嫌ならば、逃亡するか、警察に保護を求めるなどの自由も残されていることが多いでしょう。その限りにおいて、子分は間接正犯の道具に当たるものではありません。しかし、子分が暴力団員としてとどまろうとする限りは、親分の命令に反する行動をとることはきわめて困難です。そして、命令にしたがってその犯罪を実行すれば、子分自身に、実行行為がみとめられ、その犯罪が成立することは当然ですが、一方の親分の行為についても、子分に命令して、右のような拘束を与えることは、単なる教唆以上のことをやっているのであり、間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為として、法律上、実行行為にあたるものと評価してよいのではないのでしょうか。そして、子分の実行行為と相まって当該犯罪を実現したものとして、そこに共同正犯をみとめ

ることができるのではないのでしょうか。これは、まさに、間接正犯に準じる場合であり、準間接正犯といってもよいかと思えます。」この場合、「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」でなければならぬのです。<sup>(13)</sup>

⑦ 共謀と実行行為 「単なる共謀者は、物理的には実行行為をしていないのですが、その共謀行為の特別の意味からみて、規範的にそれを実行行為と評価することができるならば、実行行為を行った者との間に共同実行を認めることが可能であり、共同正犯と解し得る<sup>(14)</sup>。すなわち、「共謀者が、実行行為を担当した者を心理的に支配したり、強く規制して実行行為を方向づけたりしている場合には、そこには、規範的観点から、実行行為を共同に行っている」と評価しうるものがあると思います。もつとも、厳密にいうと、その場合は、間接正犯の場合とは同一ではない<sup>(15)</sup>」のですが、「ともかくそれを実行行為と評価する一つの根拠にはなし得ると考えます。」

結局のところ、「私は、物理的な実行行為を担当しない共謀者が、実行行為を担当する者の行為を優越的立場において利用支配して実行にいたらせている場合には、共同正犯として扱うことが適当ではないだろうかと考えているわけ<sup>(16)</sup>です。」

⑧ 優越支配共同正犯の意義 こうして、「従来、一般に共謀共同正犯とされてきたものの中、実行行為を担当しない共謀者が、社会観念上、実行行為を行った者に比べて圧倒的に優越した地位に立ち、実行担当者に強い心理的影響を与え、事実上、その実行行為を拘束して自らの犯罪意思の実現に利用しているとみられる場合には、その優越した地位に基づく実行担当者への影響から、規範的観点においては、共謀者も実行担当者と共に共同実行の事実を示したものと評価しうるのであり、そこに共同正犯を認めることができる<sup>(17)</sup>」。これは、むしろ「優越支配共

同正犯」とでも呼ぶべきもので、「従来、共謀共同正犯の観念中に含められていたものではありませんが、『共謀』共同正犯とは別異のものであるといわなければならぬのです。<sup>(18)</sup>」

この点、共謀共同正犯を肯定する判例が意図したところは、「共同の犯行に関与し、現実的な実行行為そのものは担当しないが、社会観念上、実行行為を担当した者以上の大物であって、実行行為者に強い影響を与えてその行爲を行わせたとみられる者を、教唆者として扱うことは適当でなく、より重い第一次的な犯罪である正犯を共同して行う者として処罰しようとした趣旨ではなかったかと考えられますが、私の優越支配共同正犯は、このような認識に適うものであります。<sup>(19)</sup>」また、『造意者』を『首』として扱った律の法制の下で、『造意者』が、単なる教唆者にとどまらず、犯罪を主謀し、他の共犯者に支配的な影響を与えてその犯罪を行わせた者であるとしますと、それは、正に優越支配共同正犯者に外ならないのであります。私は、刑法六〇条の共同正犯の中に、このようなわが国古来の伝統的な考え方も活かした解釈を加えるのではないかと解するわけでありま<sup>(20)</sup>す。

⑨ 優越支配者と実行担当者との共同実行 「私が優越支配共同正犯を共同正犯と解するのは、実行行為を担当しない者が優越支配者としての地位を有するときは、それによって、実行担当者との共同実行があったものと規範的に理解しようと考ええるからです。それは、従来から一般に行われている構成要件該当性についての規範的判断の一環としてとらえることができると思います。<sup>(21)</sup>」その限りで、優越支配共同正犯説は、「判例が共謀共同正犯として扱ってきたもののうち、優越支配共同正犯と呼びうる場合を共同正犯と解しようとするものであって、共謀共同正犯を認めるものではありません。<sup>(22)</sup>」すなわち、「共同正犯者としての優越支配者と実行担当者との関係」は、「間接正犯における利用者と被利用者との関係に、形式的には類似しているようにみえるところがあるとしても、法的には全く異なる」のであり、「間接正犯における実行行為は、利用者の被利用者を利用する行為について認められ

るのであつて、被利用者の行うところは、当該犯罪に關しては、利用者の道具的意味しかなく、実行行為となりうるものではありません。これに対して、優越支配共同正犯における優越支配者と被支配者とは、ともに共同正犯者なのであつて、共同実行者としての法的地位は平等であり、対等なものです。<sup>(23)</sup>」

- (1) 大塚仁・刑法概説(総論)(第四版)(二〇〇八年)二八一頁参照。
- (2) 大塚仁・注1文献・二八一頁注10。
- (3) 大塚仁・注1文献・二九〇～二九二頁。
- (4) 大塚仁・刑法の焦点Point 2「共犯」(一九八五年)三七頁、三八頁。
- (5) 大塚仁・注1文献・二九二頁参照。
- (6) 大塚仁・注1文献・二九二頁、二九九頁。
- (7) 大塚仁・注1文献・三〇三頁、三〇六頁参照。
- (8) 大塚仁氏は、戦前の判例として大連判昭和一一・五・二八刑集一五・七一五を、戦後の判例として練馬事件・最大判昭和二三・五二八刑集一二・八・一七一八を批判的に考察している。大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年)三三四～三三七頁、大塚仁・注1文献・三〇三～三〇五頁参照。
- (9) 大塚仁氏は、戦前の学説として草野豹一郎氏の共同意思主体説を、戦後の学説として藤木英雄氏の間接正犯類似説及び平場安治氏の行為支配説を批判的に検討している。大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年)三三五～三三九頁、大塚仁・注1文献・三〇三～三〇五頁参照。
- (10) 大塚仁・注9文献・三三九頁参照。また、大塚仁・注1文献・三〇六～三〇七頁も参照。
- (11) 大塚仁・注9文献・三四〇頁。また、大塚仁・注1文献・三〇一頁以下も参照。
- (12) 大塚仁「荘子教授の共謀共同正犯理論」荘子邦雄先生古稀祝賀・刑事法の思想と理論(一九九一年)一六九～一七〇頁。
- (13) 大塚仁・注9文献・三四〇～三四一頁参照。
- (14) 大塚仁「共同正犯の本質」法学教室一〇九号(一九八九年)三五頁。また、大塚仁・注1文献・三〇七頁も参照。

- (15) 大塚仁・注14文献・三五頁。
- (16) 大塚仁・注14文献・三五頁。
- (17) 大塚仁・注14文献・三三頁。また、大塚仁・注1文献・三〇七頁。
- (18) 大塚仁・注9文献・三四一頁。また、大塚仁・注14文献・三三頁、大塚仁・注1文献・三〇七頁も参照。
- (19) 大塚仁・注14文献・三三頁。
- (20) 大塚仁・注14文献・三三頁。また、大塚仁・注1文献・三〇七頁注39も参照。
- (21) 福田平Ⅱ大塚仁〔対談〕最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上)〔現代刑事法六四号(二〇〇四年)一四頁における大塚氏の発言。〕
- (22) 福田平Ⅱ大塚仁・注21文献(5・上)・一三頁における大塚氏の発言。
- (23) 福田平Ⅱ大塚仁・注21文献(5・上)・一四頁における大塚氏の発言。

### (3) 特徴

以上、大塚氏自らが命名した優越支配共同正犯説の論述内容をやや詳しく紹介した。これらの論述を踏まえ、以下では、その主な特徴を指摘してみたい。

① 構成要件論に立脚した実行行為基軸論 この説の論者が、構成要件の理論を出発点とし、構成要件のもつ記述的・類型的な枠組み・定型を前提にして犯罪論を構成しようとする一つの表現が、正犯と共犯の区別において、基本的法律要件に該当する行為を規準とする立場であり、共同正犯の正犯性を重視する考え方でもある。すなわち、この説の特徴として、正犯と共犯との区別において、基本的法律要件に該当する実行行為を規準とする、まさに実行行為基軸論が採られているのである。この点は、「実行行為を行った者が正犯であり、実行行為以外の行為をもって実行行為に関与する者が共犯である」という区別の規準は、決して形式的な条文の語句のみに従った内容

の空虚なものではなく、「実行行為は、構成要件に該当する行為として、主観、客観両面の要素を含むもの」であり、それゆえ、「この考えは、単なる客観説ではない」のであり、「主観、客観の両面を考慮した総合的な見解」にほかならない<sup>(1)</sup>という論述や、「構成要件論的立場において、これを形式的に表現するときは、正犯が、基本的構成要件に該当する実行行為を行うものであるのに対して、共犯は、それぞれ、修正された構成要件に該当する教唆行為、幫助行為によって、正犯の実行行為に加担するものであるということができよう<sup>(2)</sup>」という論述によって、端的に表現されている。

② 実質的実行行為説への傾斜 しかし、こうした論者の論述で注目しておかなければならないのは、論者が、正犯と共犯の区別のために提示している「基本的構成要件に該当する実行行為」という規準が、記述的・類型的観点から抽出された形式的規準であることが自認されているにとどまらず、規範的・価値的観点から把握される実質的実行行為の概念へと大きく傾斜していることである。この点は、「構成要件理論の創設以来、いわば当然のこととされてきた実行行為を行う者が正犯であるという考えの意味を改めて認識し直すべきであり、その実行行為の内容を明らかにすることこそが、現行刑法の解釈論として正しい立場である<sup>(3)</sup>」として、実行行為の実体の解明を課題として設定し、「実行行為は、構成要件に該当する行為として、主観、客観両面の要素を含むもの」であり、また、実行行為は「犯罪の実現への直接的かつ現実的な危険性」を内容としており、実質的客観説によると、「実行の着手は犯罪への危険を含むことが必要だとされておりますが、この危険について、私は、現実的危険性という観念を考慮すべき」であり、「これが、実行行為の実体にはかならない<sup>(4)</sup>」とする論述でも明らかであろう。すなわち、論者にあつては、正犯と共犯の区別の規準である実行行為の概念は、記述的・類型的観点から抽出された形式的な概念にとどまっておらず、規範的・価値的観点から把握された実質的な実体を盛り込まれた概念へと移行して

おり、むしろ、規範的・価値的観点から把握された実質的な概念へと変質していることが知れるのである。

③ 形式的判断と実質的判断との一体性 このように、論者にあつては、規範的・価値的観点から把握される実質的実行行為の概念へ大きく傾斜しているにもかかわらず、論者自身は、刑法解釈における形式的判断と実質的判断との一体性を強調している点の特徴としてあげることができる。すなわち、正犯の基軸となる実行行為の概念について、論者にあつては、記述的・類型的な観点から構成要件の理論を踏まえて「基本的構成要件に該当する行為」という要素が提示され、規範的・価値的な観点による実質的客観説の立場を前提にして「直接的・現実的な危険性」という要素が提示され、「これらの形式的判断と実質的判断とは、実際の事件の処理などに関しては、常に一体化して行われなければならない」と強調されているのである。換言すれば、構成要件に係る形式的・類型的観点と、直接的・現実的危険性に係る規範的・価値的な観点との関係について、論者は、相互補完的に一体化していると考えているのである。したがって、論者の見解によると、正犯とは、構成要件に該当し、犯罪実現への直接的かつ現実的な危険性を含む実行行為を行うものであるということになる。とすると、論者の見解は、実行行為を基軸論であるとしても、形式的実行行為説と実質的実行行為説とを統合する見解に与するものとも考えられる。この点は、形式的観点と実質的観点の関係の問題として、後に再度触れたい。

④ 共謀共同正犯の否定 また、この説の論者が、優越支配共同正犯説を主張する段階に至ってもなお、共謀共同正犯の観念、共謀共同正犯の理論を肯定するものではない点を強調していることを指摘しておかなければならない。すなわち、優越支配共同正犯の観念は、決して「共謀」共同正犯を肯定するものではなく、通常の（実行）共同正犯の範疇に包摂されるものであることが強調されているのである。この点は、例えば、「単なる共謀者にとどまっている限り、『共同して犯罪を実行した者』と解することはできない」のであつて、単なる共謀者を「共同

して犯罪を實行した者」と解し、共謀共同正犯の觀念を肯定することは、「明らかに刑法六〇条の文理に反する」<sup>(7)</sup>という論述や、優越支配共同正犯は、「決して『共謀』共同正犯という觀念を用いて性質づけうるものではない」し、『共謀』共同正犯とは別異のものである<sup>(8)</sup>という論述、さらに、優越支配共同正犯説は、「判例が共謀共同正犯として扱ってきたもののうち、優越支配共同正犯と呼びうる場合を共同正犯と解しようとするものであつて、共謀共同正犯を認めるものではありません<sup>(9)</sup>」し、優越支配共同正犯の優越支配の存否について「規範的解釈によつて認められる共同正犯は、刑法六〇条に該当する通常の共同正犯の一種なのであつて、共謀共同正犯ではないのです<sup>(10)</sup>」という論述において、繰り返し強調されているのである。

⑤ 形式と實質の統合 先に指摘した「形式的判断と實質的判断との一体性」という特徴と重複するが、この説の特徴として、共同正犯（・共犯）を考察するにあつて、形式的觀點と實質的觀點とを統合する思考方法が採られていることをあげることができる。このいわば形式と實質の統合は、例えば、「共同正犯の処罰根拠は、形式的には、二人以上の者の行為が共同正犯の構成要件に該当し、違法であるとともに、各行為者に責任のあることであり、また、實質的觀點からは、それらの者による共同実行行為が、相互的に利用・補充し合う依存協力関係のもとにその犯罪を惹起し、法益の侵害（危険）を生じさせたことである<sup>(11)</sup>」という論述にもうかがうことができるが、むしろ、論者の理論に通底している思考方法といった方が的確であろう<sup>(12)</sup>。

しかし、翻つてみるに、刑法解釈学においては、戦後、形式的・類型的な思考法から實質的・価値的な思考法への転換が図られ、記述的・類型的な概念構成から規範的・価値的な概念構成への変化がもたらされたとするのが一般的な理解であるし、<sup>(13)</sup>形式と實質との統合が困難な場合があるし、形式的判断と實質的判断とは常に一致するとは限らないという認識が定着しているものと思われる。にもかかわらず、論者は、形式と實質の統合、形式的判断と

実質的判断との一体化に固執し、次のように論述している。

「共犯に限らず、およそ犯罪の要件としては、形式的な面とともに実質的な面」も必要で、「常に両者を併せ考慮しなければならぬ」のであり、「これらの形式的判断と実質的判断とは、実際の事件の処理などに関しては、常に一体化して行われなければならないのであって、形式的共犯論、実質的共犯論などという区別は意味を持たない」、「正犯は自ら実行行為を行う者であり、狭義の共犯は実行行為を行わせる者である」という表現は、「正犯の要件について『実行行為』を行う者と明らかに規定している現行刑法典の解釈論としては、当然に導かれるところといえますが、その実行行為の意味は、実際には、かなり複雑・多様であって、決して単純な形式論で判定しうるものではありません<sup>(14)</sup>」。

このように、論者にあつては、記述的・類型的な観点と規範的・価値的な観点とは常に相互補完的に一体化したものであつて、形式的判断から導き出される射程範囲と実質的判断から導き出される射程範囲とは常に同一であらねばならないと考えているようである<sup>(15)</sup>。

⑥ 規範的理解による実行行為と共同の実行 さて、この記述的・類型的観点と規範的・価値的観点との統合ないし一体化の考え方に関連して、この説について指摘しておかなければならないのは、規範的に実行行為を把握することを前提にして、単なる共謀者についても「共同の実行（共同実行の事実）」が肯定されていることである。すなわち、論者は、間接正犯においては「利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為」が、原因において自由な行為においては「行為者の責任能力のある状態での原因行為」が実行行為となるように、実行行為の「ある程度の規範的理解」が可能であつて、共同正犯における「共同実行の事実」についても、「共同者の各自に現に実行の分担がなされた場合だけでなく、実行を担当した者の行為とそれを行わせた者の行為とが、規範的に一体化して共同の実

行と解される場合にも、それを認めることができる<sup>(16)</sup>と論述するのである。

ここで付言しておきたいのは、論者が、「規範的に理解された実行行為」を、「構成要件に該当する事実的な行為」・「物理的な実行行為」・「現実的な実行行為」と対比して説明していることであり、論者にあつては、実行行為には、記述的・類型的な観点から抽出される「事後的・物理的・現実的に理解された実行行為」の概念と、規範的・価値的な観点から抽出される「評価的・価値的・観念的に理解された実行行為」の概念という、二つの実行行為の概念が存在するようである。すなわち、論者にあつては、前者の「事後的・物理的・現実的に理解された実行行為」の概念は、構成要件の理論を踏まえて、記述的・類型的な観点により、「基本的構成要件に該当する行為」という概念要素と結びつきの対し、後者の「評価的・価値的・観念的に理解された実行行為」の概念は、実質的客観説の立場を前提にして、規範的・価値的な観点により、「直接的・現実的な危険性」という概念要素と結びつくことと解されていることは、明らかであろう。

⑦ 圧倒的な優越的地位と共同実行の事実 さらに、この説の論者にあつては、共同正犯における共同実行の事実について、「心理的拘束を与えうる強制的性質の行為」が重視されている点の特徴としてあげなければならぬ。論者において、記述的・類型的な意味での実行行為を分担していない単なる共謀者に共同正犯が認められるための論理は、以下のようである。

例えば、暴力団の親分 X が子分 Y にある犯罪を行うことを命じた場合、子分 Y は、親分 X の命令に心理的に強く拘束されるが、身体的な自由を完全に失うまでには至っていないことが多いので、ここに間接正犯の論理を適用することは妥当でないが、Y が暴力団員としてとどまろうとする限りは、親分 X の命令に反する行動を取るときはきわめて困難であり、X の命令に従ってその犯罪を実行すれば、Y 自身に実行行為が認められるけ

れども、親分Xが子分Yに命令して心理的拘束を与えることは、「単なる教唆以上のこと」をやっているのであり、「間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為」として「準間接正犯」といってよく、法律上、「実行為にあたるもの」と評価してよい。すなわち、この場合、命令者は受命者に対して、「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至っていないわけではないが、それに準じる「心理的拘束を与えうる状況にある」ので、「命令者の行為は、受命者の実行為と相まって当該犯罪を実現したものととして、そこに共同実行の事実を認め、共同正犯の成立を認めることができる」のである。<sup>(17)</sup>

ここでは、命令者の「一定の社会的関係における圧倒的な優越的地位」が、命令行為を「強制的性質の行為」に変質させ、受命者に心理的拘束を及ぼしているため、命令者の行為は、教唆以上の「間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為」として「実行為」に該当し、受命者の実行為と相まって「共同実行の事実」の存在が肯定され、共同正犯の成立が認められているのである。

⑧ 心理的拘束による正犯性　そして、優越支配者の圧倒的な優越的地位とその心理的拘束の点に関連するのであるが、この説の特徴として、優越支配共同正犯における心理的拘束について、間接正犯における心理的支配のそれよりも緩やかなものを要求することによって、優越支配者である単なる共謀者に対し、自ら実行行為を行う者との同価値性を認め、「準間接正犯」として（共同）正犯性が肯定されている点を指摘することができる。換言すると、ここでは、優越支配者が他の共同者（受命者）に強い心理的拘束を与える行為について、間接正犯者の利用行為に準じる強制的性質を有する行為として実行行為性が肯定されており、この点は、「間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為として、法律上、実行為にあたるものと評価してよい」という論述に端的に表現されて<sup>(18)</sup>

いる。しかし、論者にあつては、その実行行為性は、優越支配者である単なる共謀者の行為のみをもって顕在化するとは認められておらず、実行担当者の実行行為がなされた段階に至つて初めて実行担当者との「共同実行の事実」が認められると観念されていることには留意する必要があるだろう。

- (1) 大塚仁「共同正犯の本質」法学教室一〇九号(一九八九年)二六〇二七頁参照。
- (2) 大塚仁・刑法概説(総論)(第四版)(二〇〇八年)二八一頁。
- (3) 大塚仁・注1文献・二六頁。
- (4) 大塚仁・注1文献・二六〇二七頁参照。
- (5) 大塚仁・注2文献・一七一頁参照。
- (6) 福田平Ⅱ大塚仁「対談」最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上)現代刑事法六四号(二〇〇四年)一四頁における大塚氏の発言。
- (7) 大塚仁・注2文献・三〇六頁参照。
- (8) 大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年)三四一頁。
- (9) 福田平Ⅱ大塚仁・注6文献(5・上)・一三頁における大塚氏の発言。
- (10) 福田平Ⅱ大塚仁・注6文献(5・上)・一四頁における大塚氏の発言。
- (11) 大塚仁・注2文献・二九〇二九二頁参照。
- (12) 形式と実質の統合(論者は「併用」というのであるが)は、例えば、形式的違法性と実質的違法性の関係についての論者の見解をみても明らかである。大塚仁・注2文献・三五五頁参照。
- (13) 刑法解釈学における「記述的・類型的な思考法から規範的・価値的な思考法への転換」は、一九六〇年代半ばに、すでに指摘されていた。「形式的・概念的考察に代わる実質的・価値関係的思考の深化」とするのは、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法学協会雑誌八〇巻五号(一九六四年)六〇二頁であるし、「記述的概念から規範的概念への転換」とするのは、平場安治・刑法における行為概念の研究(一九六六年)九〇頁(平場安治「構成要件論の再構成」の初出は、瀧川先生還暦記念・現代刑法学の課題

下巻(一九六五年)であるし、さらに、「構成要件の類型性の判断に先行する実質的な違法性の判断」を指摘するのは、藤木英雄・可罰的違法性の理論(一九六七年)一四頁以下(藤木英雄「可罰的違法性の理論」の初出は、法学協会雑誌八三卷七〇八号(一九六六年))である。最近でも、正犯・共犯の区別においても形式的客観説から実質的客観説への学説の移行が看取されるのが一般的である。例えば、松原芳博・刑法総論(二〇一三年)三三九頁、橋本正博・刑法総論(二〇一五年)二二七頁参照。

(14) 福田平Ⅱ大塚仁・注6文献(5・上)・一四頁における大塚氏の発言。

(15) この点は、違法性の本質に関する形式的違法性と実質的違法性の関係について、論者が、「わが国の最近の学説には、これら二つの見解の異質性を強調するものが少なくないが、妥当ではない。両者は、基本的に共通の基盤に立脚するものであり、むしろ、両者を併用することによって違法性の実質を正しく把握することができる」(大塚仁・注2文献・三五五頁)と論述する点に端的に表れている。

(16) 大塚仁・注8文献・三四〇頁、大塚仁「荘子教授の共謀共同正犯理論」荘子邦雄先生古稀祝賀・刑事法思想と理論(一九九一年)一六九〜一七〇頁、大塚仁・注2文献・三〇一頁以下参照。

(17) 福田平Ⅱ大塚仁・注6文献(5・上)・一四頁における大塚氏の発言。

(18) 大塚仁・注8文献・三四〇頁。

#### (4) 小括

① 形式と実質の関係について まず、優越支配共同正犯説の論者が強調する、形式と実質の統合、形式的判断と実質的判断との一体性について考察しておきたい。論者は、「形式的判断と実質的判断とは、実際の事件の処理などに関しては、常に一体化して行われなければならない」という前提認識<sup>(1)</sup>のもと、「わが国の最近の学説には、これら二つの見解の異質性を強調するものが少なくないが、妥当ではない。両者は、基本的に共通の基盤に立脚するものであり、むしろ、両者を併用することによって違法性の実質を正しく把握することができる<sup>(2)</sup>」と論述し、また、「形式的共犯論、実質的共犯論などという区別は意味を持たない」とも発言している。論者は、形式的・類型

的観点と実質的・規範的観点とは相即不離の関係で一体化しており、両方の観点を併用して初めて当該概念を正しく把握することができる。と解しているようである。

記述的・類型的観点と規範的・価値的観点との併用、及び主観と客観との統合的認識は、論者の理論に通底している思考方法で、一つの特徴をなしている。しかし、すでに指摘したように、戦後の刑法解釈学においては、記述的・類型的な思考法から規範的・価値的な思考法への移行ないし転換が図られており、それを容認するのが戦後の刑法解釈学の潮流となっているといえる。そうであれば、両方の観点の関係を明確にする必要がある。それは、記述的・類型的観点からの帰結と規範的・価値的観点からの帰結とが必ずしも一致せず、矛盾する場合があるからである。にもかかわらず、論者のように、「共通の基盤に立って一体化している」、「両方の観点を併用すべきである」と答えるだけでは、納得できる回答とはならないであろう。論者の見解において、実行行為はきわめて重要な鍵概念となっているにもかかわらず、その概念内容が両義的で曖昧なもの、その意味で、柔軟な概念となっており、実行行為に関する論者の理解はきわめて特異であると評せざるをえなくなっているのである。この点は、次に、再度触れたい。

② 形式的実行行為と実質的実行行為の関係について 論者によると、正犯とは、形式的観点において考察するときは、「基本的構成要件に該当する実行行為を行うもの」であるが、実質的観点において考察するときは、「当該犯罪を実現したことについて、第一次的な責任を負担すべきもの」であるところ、実行行為は、元来、「構成要件に該当する事実的な行為」を基本としつつも、それだけに限られず、例えば、間接正犯における利用行為や、原因において自由な行為における原因行為のように、「ある程度の規範的理解」が可能であり、共同正犯における共同実行の事実についても、各共同者が現に実行行為の分担をした場合だけでなく、実行担当者の行為と単なる共謀

者のそれとが、規範的に一体化して「共同の実行」と解される場合にも、共同実行の事実を認めることができ、その意味で、単なる共謀者の中にも、直接の実行担当者と同様に「実行者と評価されるべき者」が存在すると論述している。<sup>(4)</sup>

しかし、この論述には、まず素朴な疑問が生じる。論者は、実質的観点から、正犯とは、当該犯罪の実現について「第一次的な責任を負担すべきもの」と説明するが、これは、「当該犯罪の第一次的刑事責任を負うべき者は誰か」という視点で正犯者を探求すべきであるというような誤解を招きかねない。正犯は、確かに当該犯罪について第一次的刑事責任を負担すべき者である。しかし、それは犯罪認定・罪責判断の結論としてそうだったというだけであって、法律要件該当性を前提にして、あたかも違法性と有責性を統合した全体考察の方法により、総量規制的な判断方法で正犯を認定すべきであると主張するとしたら、それは妥当ではないであろう。

この点は一応措くとして、次の疑問は、繰り返しになるが、論者にあつては、実行為概念の記述性・類型性と規範性・価値性との関係が必ずしも鮮明となっていない。この疑問は、私見が、支配的な見解と同じく、記述的・類型的観点からの帰結と規範的・価値的観点からの帰結とが必ずしも一致せず、矛盾する場合があるという理解を前提にしている立場からの疑問ではあることを踏まえても、論者は、記述的・類型的観点と規範的・価値的観点、形式的判断と実質的判断の関係をいまま少し詳らかにする責任があるように思う。その場合、両者を併用するとして、⑦記述的・類型的観点を優先させ、規範的・価値的観点による判断の射程範囲に限界を画するために記述的・類型的観点をを用いるやり方、具体的には、記述的・類型的観点を判断の「入口」あるいは「柵」として用いるやり方がある。また逆に、⑧規範的・価値的観点を優先させ、ただ規範的・価値的観点による判断の暴走を押さえるために記述的・類型的観点をを用いるやり方、具体的には、記述的・類型的観点を「天下の宝刀」として活用するやり

方がある。これに対し、㉞記述的・類型的な観点と規範的・価値的な観点を単純に併用するやり方は、観念的にはありうるとしても、実際には存在しえないであろう。というのは、両観点を併用するということは、結局のところ、先の㉚か㉛のどちらかに収斂していくか、それとも、規範的・価値的観点からの判断が前面に出て、記述的・類型的観点が大きく後退ないし無視されるかのいずれかになると考えられるからである。

③ 実行行為と共同の実行行為について 論者にあつては、優越支配者で単なる共謀者の指示・命令は、それ自体で当該犯罪の実行行為となるのか、それとも、実行担当者の後の行為と一体となつて共同の実行行為となるのかが必ずしも明確でない。優越支配者で単なる共謀者の指示・命令、より広く、共謀共同正犯における共謀の行為が、間接正犯における利用行為や原因において自由な行為における原因行為と同じく、規範的・価値的観点から実行行為であるとされているようにも思えるが、他方、論者は、優越支配者の指示・命令が実行担当者の後の行為と一体化して共同実行の事実となることも論述していることからすると、同じく規範的・価値的観点からの判断によつても、優越支配者の指示・命令行為は、間接正犯の利用行為、原因において自由な行為の原因行為とは異なり、それ自体実行行為とされるわけではなく、実行担当者の後の行為と一体化して共同の実行行為になると解しているようにも思えるからである。

私見の理解によれば、論者の論述から判断すると、論者は、当初は前者の趣旨で考えていたのではないかと考えられる。もしそうでないとすると、規範的・価値的観点を導入するに当たつて、間接正犯における利用行為や原因において自由な行為における原因行為を例としてあげたために、優越支配者の指示・命令の行為が実行行為であるかのような誤解を与えることになつたと考えられる。その後、論者は、その点を意識したのか、後者の趣旨を鮮明にしていつたと考えられるのである。<sup>(5)</sup>

論者の趣旨が後者、すなわち、優越支配者の指示・命令の行為がそれ自身が実行行為とされるわけではなく、実行担当者の後の行為と一体化して「共同の実行」行為になるといっているのであれば、論者にあつても、(共謀)共同正犯の成立を実行担当者の後の実行行為に依存させる実行従属性が維持されているのであるから、この「共同の実行」行為と共同正犯の従属性について、論者によるさらなる説明が求められる。

④ 実行行為の主体について 「共同の実行」行為とまさに関連することであるが、論者は、実行担当者の行為と単なる共謀者のそれとが、「規範的に一体化して共同の実行」となるとする。しかし、ここで「共同の実行」というとき、その実行行為の主体は誰なのか、各共同者個人なのか共同者全体なのか、必ずしも明確とされていない。というのは、「共同の実行」といつても、例えば、「Xの実行行為」でもあるし「Yの実行行為」でもあるというように、各共同者に分解された各人の実行行為の総和という意味でいつているのか、それとも、例えば、「X、Yなどの共同者全体の実行行為」というように、各共同者に分解できない共同者全体の実行行為という意味でいつているのか、両様の理解が可能だからである。

もし論者の趣旨が前者であるならば、改めて一部実行全部責任の法理の根拠づけが問われることになるし、「共同の実行」の意味があらためて問われることになる。また、もし後者の趣旨であるならば、(共謀)共同正犯の共同性・共犯性についての理解や、共謀共同正犯の理論を肯定する見解、特に団体責任を認めるものであるとの厳しい批判が加えられる共同意思主体説との相違について、あらためて問われることになる。

⑤ 規範的な一体化について 論者は、実行担当者の行為と単なる共謀者のそれとが、「規範的に一体化して共同の実行」となると説明する。しかし、個人責任の原理を堅持しようとする立場に立ちながら、規範的な一体化に依拠することは可能なのか、その一体化は何を根拠に生じるのか、「共同の実行」と個人の責任との関係はどの

よくなるのかなど、説明を求めたい点が多々生じてくる。というのは、この「規範的な一体化」は、論者にあっても、共同実行の意思、具体的には、共謀の事実から生じるものと考えられるが、しかし、「規範的な一体化」の概念を導入したことによって、(共謀) 共同正犯を個人責任の原理で解析しようとする論者の責任原則は揺らいでいるし、(共謀) 共同正犯は単独正犯と同様の意味において正犯であるという論者の正犯性説も微妙に変質しているし、さらに、構成要件の理論を前提に基本的構成要件該当行為を軸とする論者の実行行為基軸説も薄まっているといわざるをえないからである。

⑥ 共同性・団体的責任の承認について 実は、共同正犯現象の共同性に着目し、共同正犯の共犯性を考慮すると、各共謀者・各共同者のそれぞれの行為に分解することのできない共同性、その限りで個人責任の原理を超えた一体性に着目することになり、共同正犯の団体的犯罪・集团的犯罪としての性格を強く意識せざるをえなくなる。しかも、共同正犯の共同性は、個別分解的な考察方法では捕捉できないため、全体的考察方法、総量的考察方法をいざるをえなくなるのである。

優越支配共同正犯説の論者は、その見解を提唱した一九七〇年代末においては、共同正犯の共同性・団体的責任を考慮する傾向は見られなかったのであるが、一九八〇年末になると、次のような論述が見られるようになる。

共同意思主体説について「団体責任が否定されるのは、何ら犯罪行為を行っていない者が、ただある団体に所属しているという理由だけで処罰されることが不当だから」であり、「自己の意思で、ある犯罪を犯そうとする団体に参加し、団体の一員として他の団体の一員と共同し、相互に行為を利用、補充し合うことによって、その犯罪を実現した者が、その団体の行ったところについて団体の一員としての責任を帰せられるのは、むしろ、当然のことではないでしょうか。このように考えることは、何ら近代的な個人責任の原則に反するもので

はないと思います。」また、「犯罪を犯そうとする団体に参加した各人は、めいめい自己の個人的な行為として実行した部分だけでなく、他の共同者の実行したところについても、それを自己の実行に利用し、また自己の実行だけでは足りなかった部分について補充させたのである以上、団体的行為の全体に対して、それぞれの責任を負担すべきものと解しようと思います。そして、刑法六〇条が『皆正犯トス』と定めているのは、このような団体的責任を認めた趣旨であるというべきであります。<sup>(6)</sup>」

この論述では、明らかに、共同正犯の共同性、(共謀)共同正犯の共犯性が承認されている。しかも、全体的考察方法によって、団体の行為が観念されており、団体的責任の考え方が正面から容認されている。佐久間修氏は、優越支配共同正犯説を、「単に共謀に参加した者であつても、その者が『圧倒的な優越的地位』から、直接的な実行担当者に『強い心理的拘束を与え』たならば、それが『現場の実行行為の一部分担と評価し得る程度の実質を備える』範囲で、共謀共同正犯の成立を認めようとする見解」と定義し、これを「優越的行為支配説」と呼称する。<sup>(7)</sup>そして、優越的行為支配説に対して、適切にも、「背後者が犯行全体を支配したというだけで、行為支配の『共同』を十分に根拠づけておらず、結局、個人責任の法理に依拠した説明になっている<sup>(8)</sup>」と、その問題点を指摘している。

佐久間氏自身は、(共謀)共同正犯の共同性・共犯性について、次のように論述している。

「そもそも、共謀とは、行為の客観面も踏まえた『共同性』を認定する際の基礎資料」にとどまるのであつて、「実行共同正犯にあつても、元来は他人である仲間の犯罪事実を本人に帰属させる限度では、共犯者相互の『共同性』を契機とした個人責任法理の修正原理が働いている」のである。しかも、「共謀共同正犯の理論が共同実行の規範的把握から正犯性を拡張する法理であるならば、もっぱら客観的・物理的な見地からみて、

当該共謀者の待機した場所を問題にするのは不合理」であつて、「共謀者自らが共同の実行に加担したとみられる以上、あえて共謀共同正犯の理論を援用する必要もない」し、「当然に各人が形式的な実行行為の一部を分担することが絶対的条件となるわけではない。」<sup>(9)</sup> ここでは、「まさしく共同正犯の『共犯性』に依拠した『共同の実行』が罪責評価の前提となる」。その場合、「共謀共同正犯の理論が、個々の関与行為の機械的な総和を超える一体性を『全部責任』の根拠とする以上、その限度では、集団犯罪の法理を取り入れたもの」と考えることができる。<sup>(9)</sup> そして、「共謀の場面で主導的な役割を果たした者は、各人の主観的認識や客観的地位に応じた罪責を問われるべき」である。「一部の学説では、背後者に優越的行為支配を認めている」が、そうした事実にもとづく共謀共同正犯は、ごく例外的な事案に限られる」のであり、「ここでは、実行を分担しない共謀者の加担行為が、他の共同者の実行行為を介して、違法結果を惹起する危険性を著しく高めた場合に限定される」<sup>(10)</sup> のであり、具体的には、「犯罪実現の現実的危険性が判断基準となる」。

佐久間氏は、一方で、優越支配共同正犯説（氏のいう「優越的行為支配説」の見解を強く意識し、この説の一つの面、具体的には共同正犯の共同性の面に焦点を当てて展開するとともに、他方で、共同正犯の正犯性とともに共犯性にも着目することによって、個人責任の原理の修正原理として集団犯罪の法理を導入している。この共同正犯の共同性・共犯性は、先に引用した論述からもうかがえるように、大塚氏の優越支配共同正犯説においてもその端緒が見られたのであるが、佐久間氏は、この点を掘り下げることによって自らの見解を展開しているのである。その意味で、佐久間氏の見解は、大塚氏の優越支配共同正犯説とは相当に距離のある見解ではあるが、その延長線上、その見解の一つの展開型として位置づけることができるように思う。

⑦ 準間接正犯について さて、優越支配共同正犯説の論者は、周知のように、当初、暴力団の親分・子分の

関係为例にして、その理論を展開した。すなわち、暴力団の親分が子分に向かつてある犯罪を行うことを命じた場合、「親分の行為についても、子分に命令して、右のような拘束（強い心理的拘束——括弧内引用者）を与えることは、単なる教唆以上のことをやっているものであり、間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為として、法律上、実行行為にあたるものと評価してよい」し、「子分の実行行為と相まって当該犯罪を實現したものととして、そこに共同正犯をみとめることができる」のであり、「これは、まさに、間接正犯に準じる場合であり、準間接正犯といつてもよい」と論述していたのである。<sup>(11)</sup>

しかし、優越支配者である単なる共謀者の行為、先の例でいえば、暴力団の親分の子分への命令が、「間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為」であるとしても、それを「準間接正犯」とするのは、誤解を招きかねない説明である。というのは、この説明は、規範的・価値的観点の重要性を説明するために、間接正犯の名を借りてはいても、その実体は、実行共同正犯の射程範囲を拡張し、そこに共謀共同正犯の類型を放り込むための理論構成であつて、共謀共同正犯の理論をいわば裏から取り込むようなものだからである。そのため、この説に対して、「間接正犯に近いが間接正犯ではないような支配という基準では、不明確にすぎる」との批判が加えられるのも、また当然といえよう。

⑧ 支配型・対等型の共謀共同正犯について 優越支配共同正犯説に対しては、周知の批判、すなわち、各共同者が命令・受命、支配・被支配のタテの関係で加功している支配型の共謀共同正犯を基礎づけることはできて、各共同者が対等・平等のヨコの関係で加功している対等型の共謀共同正犯を基礎づけることはできないという批判が加えられる。<sup>(13)</sup>

しかし、論者自身も、「優越支配共同正犯における優越支配者と被支配者とは、ともに共同正犯者なのであつて、

共同実行者としての法的地位は平等であり、対等な<sup>(14)</sup>と発言していること、また、後に、刑法六〇条の共同正犯には団体的責任の趣旨が含まれていると主張していることを踏まえると、主観的に、二人以上の共謀者・共同者が、ある犯罪を実現するについて、相互的にそれぞれの行為を利用し合い、補充し合って共同の目的を実現しようとする共同実行の意思を形成し、客観的に、それらの者の行為が、相互に他の者の行為を利用し合い、補充し合う関係において、刑法の規範的観点から、共同実行の事実が認められる場合には、団体的行為の全体につき、各人はそれぞれの責任を負担すべきであり、論者においても、支配型に限らず対等型についても共同正犯を肯定することができると考えられる<sup>(15)</sup>。勿論、その場合でも、共同者が単なる共謀者にすぎないときには、「圧倒的な優越的地位に基づく強い心理的拘束」が必要であるし、一部・全部の実行行為の分担者であるときには、記述的・類型的な意味及び規範的・価値的な意味での実行行為の分担が認定されることが必要である。したがって、先の周知の批判は、優越支配共同正犯説に対して必ずしも妥当しないことになる<sup>(16)</sup>。但し、そのようにいえるとしても、その場合、優越支配共同正犯説は、その出発点であった地点とは相当に距離のある位置に立っていることになるのであるが。

⑨ 実行共同正犯の拡張について 以上の考察でも明らかなように、優越支配共同正犯説は、当初は、「準間接正犯」として間接正犯の名目を借りてはいたが、その実体は、実行行為の規範的理解を梃子に、論者がこれまで堅持していた（実行）共同正犯の射程範囲を拡張するものであり、その拡張された部分に、一般に共謀共同正犯とされる類型を包摂したのである。その結果、構成要件の理論に基づいて記述的・類型的な観点により把握されてきた実行行為概念を軸とする形式的実行行為説からは離反することとなり、規範的・価値的な観点により把握された実行行為概念を軸とする実質的実行行為説へと踏み入ったことになる。その意味で、論者の見解は、「より実質的に共同『実行』を把握しようとする点では、近年における構成要件論の進展と軌を一にするところがある<sup>(17)</sup>」と評

されるのも、構成要件論「進展」か「崩壊」か、評価の分かれるところではあるが、当然かもしれない。

いずれにしても、優越支配共同正犯は「『共謀』共同正犯ではない」という論者の主張とは裏腹に、ごく限られた支配型を念頭におくものであっても、優越支配共同正犯説が共謀共同正犯の理論を肯定する見解であることは否定できないのである。

⑩ 共同の実行について 私見の理解によると、論者は、次第に、単なる共謀者の指示・命令の行為そのものが実行行為であるという当初の構成を後退させ、単なる共謀者と実行担当者との「共同の実行」という構成を強調することによって、団体的責任の法理を導入し、各共同者が団体的行為の全体に対してそれぞれの責任を負担するという構成を鮮明にしていたものと考えられる。<sup>(18)</sup>

このような優越支配共同正犯説については、この説は、⑦実行共同正犯の射程範囲を実行行為に準じる行為にまで、つまり、準実行行為にまで、拡張した理論であるという理解、④実行共同正犯と間接正犯とが結合した両概念の統合形態として、新たに優越支配共同正犯の類型を創設した理論とみるべきであるという理解、あるいは、もつと単純に、⑤共謀共同正犯の理論を正面から肯定する一つの見解にすぎず、これまでの自説を放棄したものであるという理解が可能であろう。もし⑦とすれば、優越支配共同正犯説は、後に考察する「準実行共同正犯説」と同旨の見解と評することができるし、①とすれば、記述的・典型的な意味の実行行為に代わる規範的・価値的な意味の実行行為に比肩しうるものとして、「実行担当者に対する圧倒的な優越的地位」を要求する優越支配共同正犯という新たな共同正犯類型を提唱した見解と解することができるし、あるいは、⑤とすれば、純粹かつ典型的な実行共同正犯と広範に認められがちな共謀共同正犯との中間に位置する、限定された範囲の共謀共同正犯を提唱しようとする見解と評することができる。

こうして、優越支配共同正犯説は、論者の意図とは異なるけれども、論者がこれまでその理論の骨格としてきた「記述的・類型的な観点と規範的・価値的な観点との併用」ではなく、「規範的・価値的な観点の重用」により、より実質的な実行行為の概念へと傾斜していったのであり、その点で、構成要件の理論を逸脱し、むしろ構成要件の理論からの離反が図られていると解することができよう。また、実行担当者の行為と単なる共謀者のそれとの「規範的な一体性」を重視し、「共同の実行」行為を観念している点も重要で、その点で、個人責任の原理を超越し、むしろ団体責任の原理による個人責任の修正が図られていると解することもできよう。

こうした移行・転換の点を捉えて、優越支配共同正犯説は曖昧な点を多く抱えた理論であると評することは容易であるが、そう評するよりも、優越支配共同正犯説は構成要件の理論から完全に脱しようとする過渡期の理論であると評する方が適当かもしれない。

(1) 福田平Ⅱ大塚仁〔対談〕最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(5・上)現代刑事法六四号(二〇〇四年)一四頁における大塚氏の発言。形式的共犯論・実質的共犯論の分類については、大谷實Ⅱ前田雅英・エキサイティング刑法総論(一九九九年)二四三頁以下参照。大塚氏は、ここで、前田雅英氏による形式的共犯論・実質的共犯論の分類を批判的に論じているのである。

(2) 大塚仁・刑法概説(総論)(第四版)(二〇〇八年)三五五頁。

(3) 福田平Ⅱ大塚仁・注1文献(5・上)・一四頁における大塚氏の発言。

(4) 大塚仁・注2文献・二八一頁参照。

(5) 「実行を担当しない共謀者が、社会観念上、実行担当者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行にいらせている場合」について、論者は、従来は、その者は「実行担当者と同様に、実行者と評価されるべき」であり、その者の行為は「間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為として、法律上、実行行為にあたる」(大塚仁・犯罪論の

基本問題(一九八二年)三四〇頁)と論述していたのであるが、その後、その「共謀者も実行担当者と共に共同実行の事実を示した」(大塚仁「共同正犯の本質」法学教室一〇九号(一九八九年)三三頁、「実行担当者との共同実行があった」(福田平二大塚仁・注1文献(5・上)・一四頁における大塚氏の発言)、あるいは「規範的観点から共同実行がある」(大塚仁・注2文献・三〇七頁)と論述するように変化していったのである。

(6) 大塚仁・「共同正犯の本質」法学教室一〇九号(一九八九年)三〇頁。

(7) 佐久間修・刑法総論(二〇〇九年)三六五頁参照。

(8) 佐久間修「共同正犯における集団犯罪の法理」齊藤誠二先生古稀記念・刑事法学の現実と展開(二〇〇三年)三〇〇頁。

(9) 佐久間修・注8文献・三〇二〜三〇三頁参照。

(10) 佐久間修・注7文献・三六五〜三六六頁参照。

(11) 大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年)三四〇頁参照。但し、すでに考察したように、論者は、親分の命令行為そのものが「実行行為にあたる」とする見解を改め、「規範的観点から共同実行がある」とする見解に変更したものと思われる。大塚仁・注2文献・三〇七頁参照。

(12) 浅田和茂「共謀共同正犯」中山研一ほか・レヴィジョン刑法1共犯論(一九九七年)七八頁。

(13) 例えば、平野龍一・刑法総論II(一九七五年)四〇二頁、西田典之・共犯理論の展開(二〇一〇年)五〇〜五一頁(この論文の初出は、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(一九九〇年)三六一頁以下)、山中敬一・刑法総論(第三版)(二〇一五年)九三四頁など。

(14) 福田平二大塚仁・注1文献(5・上)・一四頁における大塚氏の発言。

(15) 大塚仁・注2文献・二九一頁、二九九〜三〇〇頁参照。

(16) なお、佐久間修・注8文献・三〇四頁参照。

(17) 佐久間修・注7文献・三六五頁。

(18) こうした大塚氏の理論構成が佐久間氏のそれにきわめて近いことは、指摘するまでもないであろう。