

國學院大學學術情報リポジトリ

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(4)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-05-11 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	https://doi.org/10.57529/0002000367

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)——

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、國士館大学・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、國士館大学・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、國學院大学・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——

- (1) はしがき

- (2) 内 容

A 藤木英雄氏の見解

B 川端博氏の見解

- (3) 特 徴

- (4) 小 括(以上、本誌本号)

三 正犯性説(承前)

3 間接正犯類似説——実質的実行行為説・その1——

(1) はしがき

① 実質的実行行為説の位置 間接正犯類似説の内容に入る前に、まず、この説が分類されている実質的実行行為説の位置を確認しておきたい。実質的実行行為説は、(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する正犯性説に分類できる。また、実質的実行行為説は、その正犯概念について、実行行為概念を基軸にしてこれを構築する実行行為基軸論に分類できる。

この実行行為基軸論には、一方で、形式的アプローチによって捕捉された実行行為概念を基軸にする形式的実行行為説がある。この説は、記述的・類型的な概念として理解された実行行為、すなわち、基本的構成要件に該当する実行行為を行う者が正犯であり、基本的構成要件を修正して得られた拡張的構成要件に該当する行為を行う者が共犯であると解するものである。この形式的実行行為説については、前項において考察した⁽¹⁾。

他方、実行行為基軸論には、実質的アプローチによって捕捉された実行行為概念を基軸にする実質的実行行為説がある。この説は、規範的・価値的な概念として理解された実行行為、すなわち、現実の具体的危険性を有する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実現する犯罪に加功する者が共犯であると解するものである。換言すれば、実質的実行行為説は、法益の侵害・危殆化という結果の実現に対する具体的な危険性、現実的な因果性という実質的観点を実行行為概念に導入し、現実の具体的危険性により実行行為の概念を規範的・価値的に

画定したうえで、それを基軸にして「正犯Ⅱ実質的実行行為の分担者」とする見解を採っているのである。

② 間接正犯類似説の位置 この実質的実行行為説に分類されるのは、間接正犯類似説、行為支配説、優越支配共同正犯説及び準実行共同正犯説である。ただし、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ことを前提とする「共犯・正犯性説」であり、学説分類としては区別すべきであると考えるので、その項で扱うことにする。

以下、実質的実行行為説に分類できる見解のうち、ここではまず、間接正犯類似説について、その内容を紹介し、その特徴を指摘し、その後、この説について若干の考察を加えることにしたい。ただ、間接正犯類似説については、例えば、「共同意思のもとに一体となり、相互に了解し合つて互いに相手を道具として利用し合う点に正犯性を認める間接正犯類似説」⁽²⁾と紹介されることが多く、その内容がいささか単純化されすぎているように思うので、この説の論者の論述を多少詳しく紹介することをお許し願いたい。

(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)——」國學院大学・國學院法学四九卷三号(二〇一一年)一〇四〇頁参照。

(2) 大谷實・刑法講義総論(新版第四版・二〇一二年)四二六頁、前田雅英・刑法総論講義(第五版・二〇一一年)四八九頁など参照。

(2) 内 容

間接正犯類似説の論者として、ここでは、藤木英雄氏⁽¹⁾と川端博氏⁽²⁾の論述を一人称の形で紹介していく。⁽³⁾ただし、両氏の見解は、その前提認識、内容において異なる点もあるので区別して紹介していくことにしたいが、ただ両者

の見解を対比できるように、「共同正犯の正犯性」、「一部実行全部責任の法理」、「心理的拘束性」、「間接正犯との類似性」、「実行行為と共同実行」、「共謀の意義」、「共同正犯と実行の着手」、「実行共同正犯と共謀共同正犯」の項目に分けて紹介していきたい。

A 藤木英雄氏の見解

① 共同正犯の正犯性 「正犯性の根拠として、みづから犯罪を実行した者が正犯であるということは、疑い
ない原理として承認されている。共同正犯もまた各自正犯である以上、各人が結局それぞれ犯罪を実行した者と認
め得ることが必要である。」しかし、この場合、「当該犯罪の構成要件の行為をみづから担当した者が正犯、それ以
外の行為をした者が共犯（とくに幫助犯）という」形式的な実行行為による解決は、「一見簡明直截ではあるが、
最終的には、構成要件の行為を日常の用語例により解釈しなければならぬ点で結局不明確となるばかりでなく、
実質的にいつて必ずしも当を得たものといえない。」すなわち、「実行行為をみづから分担しない者でも、実質
的・全体的考察から共同正犯と認め得べき場合」のあることは、理論的に裏づけることができるのであり、その意
味で、「実行の共同」は、「必ずしも個々の共犯者の実行の分担を嚴格に要求するものではなく、共謀共同正犯理論
を容れる余地のあることを確認しておかねばならない。」⁴⁾

② 一部実行全部責任の法理 「実行共同正犯においても、みづから手を下さず、他の共同者の行為により実
現された結果に対して責任を負うべき根拠は、他の共同者と協力して、相互に相補い、相利用して共同の目的完遂
に向かつて努力するところに存する。」それは、結局、「被利用者の行動を、自己の規定した方向に向つて意のまま
に動かすこと」によって根拠づけられる。換言すれば、「共同正犯、ことに共謀者の利用行為が、間接正犯が単独
正犯と認められるのと並行した趣旨で、みづから手を下したものと価値的に同一に評価しうるというのであれば、

そこに共謀者を、他人と合意の上共同して相互に利用しあつて結果を実現したという意味で、共同の実行をした者と認めることが可能となるのである。⁽⁵⁾」

その場合、「実行の一部を分担したに過ぎぬ者が、何故に、共同正犯として結果全体につき責任を負わねばならぬ」かの根拠は、「やはり、主観的側面たる共同加功の意思に求めねばならない」のである。しかも、この意思の存在によつて「他人の手により実現された結果の発生に対して責任を負うものとされる根拠」は、「単に他人の犯行の認識を有しただけでなく、その他人と協力し、相互に相補い相利用して共通の目標の実現を図る意思をもつところに存することを認むべきであると言わねばならぬ。これは結局、共謀共同正犯の要件としての共謀すなわち犯罪の共同遂行に関する合意との同質性を承認することに帰着すると言つてよい。⁽⁶⁾」

③ 心理的拘束性 「ここであつたくしが問題としている合意とは、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。かくしてかれは、一方においては、自由な意思に基づき合意に参画し且つそれを実行したという意味において自己の意思に基いて事態を方向づけ、支配したということで正犯性を認められるが、同時に、合意によりみづからの犯罪意思を確定させたが、他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意思を齟し得ないものとなるという意味で、他の共犯者に拘束・支配されるのである。これを、みづから実行を担当しない他の共犯者の側からみるならば、合意の一員となることによって、実行担当者の将

来の行動を方向づけ支配することを通じ、結局実行担当者を介して実行したものと認め得るものと言わねばならぬ。⁽⁷⁾

④ 間接正犯との類似性 「共謀者の間に、犯罪遂行に関する合意が成立しているときは、換言すれば、共謀の内容を前述のように解する限り、共謀者の犯罪関与の形態は、教唆とは異なり、その実体はむしろ間接正犯における利用行為と質的に同じであるということが肯定できるであろう。⁽⁸⁾」もちろん、「間接正犯は単独正犯であり、共謀者の責任を間接正犯のそれと同一のものとして説明することは当を得ない。共同正犯者を利用する間接正犯というものは、単独犯行の形態としてはあり得ないことである。しかし、二人以上の者が犯罪遂行について合意に達した場合、この二人の行動を全体的にみたときは、間接正犯における利用関係に対比すべき実体をそこに見出すことが可能である。⁽⁹⁾」

⑤ 実行行為と共同実行 正犯は「みずからの手で実行を分担すること」が必要かどうかの問題について、「法文上も必ずしも実行の分担を要するという解釈が必然的であるとはいえない」であり、むしろ、「共同犯行で重視すべき」は、「実行の背後でなんびとが実行者と一体となつて犯罪実現に協力したかということ」であり、これが認められるかぎり、「刑法六〇条の実行の共同という要件をみたすものであるから、本来の共同正犯に当然に含まれるものと解すべきである。⁽¹⁰⁾」その場合、「二人以上の共同者の行為を全体的・総合的に考察して判断すべき」であり、「各人がそれぞれ意思を連絡のうえ、互いに他人を利用し補いあつて共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、みずから実行行為を分担しなかつた者であっても、共同の意思をもつた共同者の一員に加わることによる、実行担当者の犯行を思い止まろうとする反対動機、規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の拘束の下に全員の手足として行動させた点で、みずから手を下すことがなくとも実行担当者と共同して実行行為をしたもので

あるといえる。また、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、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間には、相互の利用・補充関係が認められる⁽¹¹⁾。」

かくして、「共謀共同正犯を、犯罪遂行に関する二人以上の者の意思の合致（共謀）を中心に、これらの者の行動を全体的に考察した結果として、『共同の実行』ありとして、個々のには実行を分担しない者に対しても共同正犯としての責任を問い得る⁽¹²⁾」のである。

⑥ 共謀の意義 「共同正犯の責任の根拠として重要なことは、実行行為のときに犯罪共同遂行に関する合意が存在するということ」であり、「共謀共同正犯の要件たる共謀ないしは共同謀議とは、共同謀議行為ではなく、その結果成立した犯罪の共同遂行に関する合意でなければならない⁽¹³⁾。」そして、この共謀とは、「単なる意思の連絡ではなく、犯罪の共同遂行に関する合意であり、各共謀者が他の共犯者と協力してみずから犯罪を遂行する意思をそれぞれもって結合することを要するのである。単に他人の犯罪遂行に加担する意思、あるいは他人の犯罪遂行の決意を誘発させる意思を有しただけでは、共謀の成立を認めることができない。この意味で、共謀の概念は行為者の意思の面から厳格な限定をうける⁽¹⁴⁾。」

また、この共謀は、「共謀共同正犯に特有な要件ではなく、むしろ実行共同正犯、偶然的共同正犯を含め共同正犯一般に共通した、共同正犯の成立要件の一つ」であり、「各人が、自己の行為だけでなく、互いに他の者の行為を利用しあつて共同実行すること、すなわち犯罪の共同遂行について合意——共謀——することが共同正犯の本質的成立要件⁽¹⁵⁾」である。そして、「共謀をこのような合意としてとらえるかぎりで、共謀共同正犯の理論を肯定することができ⁽¹⁶⁾る。」そして、それは、「団体責任論による共謀共同正犯論の構成ではなく、個人責任に基礎をおいた共

同責任の説明として正当なものだといえる⁽¹⁶⁾。」

⑦ 共同正犯と実行の着手 「共謀共同正犯において、共謀者が実行担当者を道具のごとく利用したと認められるのは、犯罪の共同遂行の合意が、成立してから実行されるまでの間継続し、実行担当者の実行の決意を持続させ且つ実現させる一連の状態を包括的に考察した結果にほかならぬのであるから、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ものがあり、かりに間接正犯の実行の着手を利用者の利用行為に求むべきであるとの見解をとるとしても、共謀共同正犯における共謀者の正犯としての責任が共謀成立のときに完全に成立すると解すべきことにはならないのである。共謀者の刑事責任は、共謀者中のある者が、共謀の内容を実現すべく現に実行に着手したときに成立するものと解すべきものである⁽¹⁷⁾。」

⑧ 実行共同正犯と共謀共同正犯 「実は、各人が、自己の行為だけでなく、互いに他の者の行為を利用しつつ共同実行すること、すなわち犯罪の共同遂行について合意——共謀——することが共同正犯の本質的成立要件」なのであり、その意味で、「共謀は、共同正犯に共通の要件としての地位を認められるべきものである。したがって、共謀共同正犯は、「実行共同正犯と対立する共同正犯の特別な形態」ではなく、「共同正犯の一形態として実行共同正犯と性質上根本的に異なつたものではない」⁽¹⁸⁾」であり、「共謀共同正犯か実行共同正犯かは、犯罪事実の特定等には影響のない問題であるといえることができる」⁽¹⁹⁾。」

(1) 藤木英雄氏の共謀共同正犯に関する主な論稿として、藤木英雄「共謀共同正犯」藤木英雄・可罰的違法性の理論（一九六七年）二九三～三八〇頁（初出は、藤木英雄「共謀共同正犯」（法学協会雑誌七八卷六号、七九卷一号（一九六二年）、藤木英雄「共謀共同正犯」藤木英雄・新版刑法演習講座（一九七〇年）一九一～二〇八頁、藤木英雄・刑法判例百選（新版・一九七〇年）九〇～九一頁、藤木英雄・刑法判例百選Ⅰ総論（一九七八年）一七二～一七三頁、藤木英雄・刑法判例百選Ⅰ総論（第二版・一九

八四年) 一五八頁、藤木英雄・刑法講義総論(一九七五年) 二八五頁、藤木英雄・新刑法(一九七八年) 一四四頁、藤木英雄・板倉宏・刑法案内(一九八〇年) 二八頁、二八五頁がある。

(2) 川端博氏の共謀共同正犯に関する主な論稿として、川端博「間接正犯類似説からの反論と批判」植松正ほか・現代刑法論争Ⅰ(第三版・一九九七年) 三二六頁、川端博「共犯論の課題と展望」川端博・共犯論序説(二〇〇一年) 一四四頁(初出は、東北学院大学・法学政治学研究紀要第八号(二〇〇〇年)、川端博「西田典之の『日高義博』鼎談・共同正犯の課題と展望」現代刑事法二八号(二〇〇一年) 二五頁、川端博・刑法判例百選Ⅰ(第五版・二〇〇三年) 一四八頁以下、川端博「共犯の本質の解明」明治大学社会科学研究所紀要四二巻二号(通巻六〇集)(二〇〇四年) 六五頁以下、川端博・刑法講話Ⅰ総論(二〇〇五年) 二九九頁、川端博「共謀共同正犯の基礎付けと成立要件」川端博・共犯の理論(二〇〇八年) 四五頁、二頁(初出は、板倉宏博士古稀祝賀論文集・現代社会型犯罪の諸問題(二〇〇四年)、川端博・刑法総論講義(第三版・二〇一三年) 五七四頁、五八二頁がある。

(3) ほかに間接正犯類似説を支持するのは、森下忠「共謀共同正犯」ジュリスト三百号記念特集・学説展望(一九六四年) 三〇六頁以下、特に三〇七頁、穴沢成巳「共謀共同正犯についての一考察」司法研修所論集一九七〇年一号五〇頁以下、特に六四頁以下である。

(4) 藤木英雄・可罰的違法性の理論(一九六七年) 三二四頁、三二六頁、三三二頁。「物理的な身体の動作だけでなく、その行動のもつ価値的な意味合いを重視して実質的に正犯(共同正犯)性をとらえるべき」であり、「いわゆる共謀者の責任について、その意思の内容、実行担当者に対する関係からみて、みずから実行を分担するものではないが、実行担当者の行為と併せて実質的に考察して結局実行を共同にした者と認めるための要件を求めることが重要である」(藤木英雄・新版刑法演習講座(一九七〇年) 一九七頁、共同正犯も「他人と共同することによって、個別的観察においてはみずから実行しない者もまた価値的観点から他人と共同して実行したと認められる者を包含するといつてよい」(藤木英雄・刑法判例百選(新版・一九七〇年) 九一頁、刑法判例百選Ⅰ総論(一九七八年) 一七三頁、刑法判例百選Ⅰ総論(第二版・一九八四年) 一五九頁)とも論述する。

(5) 藤木英雄・可罰的違法性の理論(一九六七年) 三三二頁、三三三頁、三三三頁、三三三頁。

(6) 藤木英雄・注5文献・三六五頁、三六六頁。

(7) 藤木英雄・注5文献・三三六頁、三三七頁。また、藤木英雄・新版刑法演習講座(一九七〇年) 一九八頁も参照。

- (8) 藤木英雄・注 5 文献・三三七頁。
- (9) 藤木英雄・注 5 文献・三三六頁。
- (10) 藤木英雄・刑法講義総論（一九七五年）二八七頁。
- (11) 藤木英雄・新版刑法（一九七八年）一四五頁。また、藤木英雄・注 5 文献・三三五頁、藤木英雄Ⅱ板倉宏・刑法案内（一九八〇年）二八四、二八五頁も参照。
- (12) 藤木英雄・注 5 文献・三三八、三三九頁。
- (13) 藤木英雄・注 5 文献・三四四頁。
- (14) 藤木英雄・注 5 文献・三五二頁。
- (15) 藤木英雄・注 5 文献・三六六、三六七頁。
- (16) 藤木英雄・注 7 文献・一九九頁。論者は、共謀の成立要件は、「共謀者の主観的要素の面で相当の絞りがかけられている」し、「単に内心の状態に過ぎぬものではなく、犯罪遂行の意思が客観的に確定した状態である」し、さらに「二人以上の者がそれぞれ犯罪の共同遂行の意思を有することを要し、単なる犯罪の計画の了知に止まるものではないから、その要件はきわめて嚴格に絞られている」と論述する。藤木英雄・注 5 文献・三六一頁参照。
- (17) 藤木英雄・注 5 文献・三六九頁。
- (18) 藤木英雄・注 5 文献・三六七、三六八頁。

B 川端博氏の見解

① 共同正犯の正犯性 「正犯と共犯の区別の問題ですが、この点について私は『実行為性』説を採りますので、その観点から、『実行為性』をみずから行うのが正犯であり、それに別の形で関与するのが狭義の共犯であるという捉え方をします。⁽¹⁾」そして、「共同正犯はやはり正犯であって、狭義の共犯とはまったく質が違ふと考えているのです。」「従来の一般的な見方からしますと、やはり正犯こそが本当に悪いことを行っているものであって、狭

義の共犯はそれに関与しただけですから、単なる量の差を超えて質が違ふと観念されることになります。⁽²⁾換言すれば、「わたくしは、構成要件論を堅持しつつ、正犯と共犯を『構成要件の実現態様』と解しているので、構成要件の中核となっている構成要件の行為、すなわち、実行行為こそが、正犯行為の中核となると解する実行行為性説(形式説)が妥当であると考える。」⁽³⁾そして、「実行行為の実質的把握は、共同正犯のばあいだけでなく、単独犯においても実行の着手について生ずる一般の問題であつて、間接正犯類似説固有の難点ではない。」⁽⁴⁾

② 一部実行全部責任の法理 一部実行の全部責任の法理は、個人主義原理から「合理的に基礎づけることができる。すなわち、人的結合によつて強められた個々人の行為は、形式的に見てそれ自体としては独立の意味をもたなくても、それぞれの分業・分担を一つの合同力として統一的に把握すると、重要な意味をもつてくる。したがつて、個々の行為はその部分だけを形式的に捉えられるべきではなく、全体との関連において実質的に評価されるべきなのである。部分は全体との関係において部分とされるわけであるから、全体の一部を遂行したにすぎないばあいであっても、全体に対して責任を負わなければならない。これは、個人を超越する者の責任を代位して負担するのではなくて、あくまでも分業・分担によつて統一的に実現された結果に対する自己責任なのである。」⁽⁵⁾

このように、「共同正犯の場合になぜ個々人の個別的行為の結果に対する因果関係を証明しなくてもいいのかと言いますと、共同者が寄り集まることによつて『合同力』が形成されて、その『合同力』の結果として、当初意図した全体的な結果を惹起しているからです。全員がその結果に対する罪責を負わされるという意味で『一部実行の全部責任』なのです。言い換えますと、これは現実が発生した結果を各共同者に帰属させる原理なのであり、『責任』というのは、結果の帰属を意味し、狭義の責任とは違います。⁽⁶⁾」つまり、「部分は全体との関係において部分とされるわけであるから、全体の一部を遂行したにすぎないばあいであっても、全体に対して責任を負わなければな

らない。これは、個人を超越する者の責任を代位して負担するのではなくて、あくまでも分業・分担によって統一的に実現された結果に対する自己責任なのである。⁽⁷⁾

③ 心理的拘束性 「共犯現象は、個人主義的原理に基づいて理解されなければならない」のであり、それは、「共同正犯の犯罪現象を個々の行為者の行為に還元したうえで行為者の協同関係」として、また、「分業形態」による犯罪の完成をめざす協力関係」として把握するものである。⁽⁸⁾ 換言すれば、「共犯者間に存在する『相互の利用関係』こそが、共同正犯の本質をなし、共謀共同正犯にもその存在がみとめられるのである。この利用関係を全体として見れば、まさしく犯罪の『分業・分担』にほかならず、共謀者もそれぞれ役割分担をしていることになり、正犯性がみとめられるのである。⁽⁹⁾」

このよう、「数人が集合して集団を形成したばあい、共同目的による心理的拘束力が生ずるが、それは集団の個々の構成員を超越するものではなく、」⁽¹⁰⁾「あくまでも複数の人格主体が作り上げ、その人格主体に従属するものであり、したがって、自由にこれを解消させることもできるもの」である。「集団に『心理的拘束力』が生ずるのは、個々人の人的結合が強化されるからであり、人的結合が緊密になればなるほど、それだけ強く各構成員に『心理的同調性』が生じ、その集団の共同目的関係から離脱することに対する『心理的抵抗感』が強まってくることは明白な事実である。このような人的結合が形成されると、協同関係に基づく合同力が強くなって犯罪遂行が確実になるので、これを抑止するために刑法はこれを共犯として特別に取り扱うのであり、その特別な取り扱いこそ『一部実行の全部責任』の原理にほかならない。⁽¹⁰⁾」

④ 間接正犯との類似性 「共謀共同正犯関係にある個々の構成員の心理内容の核心は、それぞれ相手の行為を利用することによって犯罪を容易に、かつ、確実に遂行・実現しようとするところの中にあるといえる。つまり、

共犯者間に存在する相互の利用関係こそが、共同正犯の本質をなす」のであり、「この利用関係を全体として見れば、まさしく犯罪の分業・分担にほかならない。」すなわち、「行為を共同するというのは、行為者の心理内容としては、他人の行為を相互的に利用することとなる」のであり、そのような「相互の利用関係は、各構成員については単独正犯としての間接正犯における利用関係に類似するものとして説明することができる。すなわち、藤木博士が指摘されたように、「二人以上の者が犯罪遂行について合意に達した場合、この二人の行動を全体的にみたときは、間接正犯における利用関係に對比すべき実体をそこに見出すことが可能である」(藤木「共謀共同正犯」同・可罰的違法性の理論三三六頁)といえるのである。⁽¹¹⁾

⑤ 実行行為と共同実行 共同正犯に必要な「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」をいい、「共同して」とは、「共同者全員が相互に他人の行為を利用・補充し合って犯罪を実行することを意味する。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。すなわち、共同者各自は構成要件を実現する『現実的危険性』を有する行為、つまり、実行行為を分担することを要する⁽¹²⁾」のである。ただし、刑法第六〇条にいう「共同して実行した」の語は、「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』』⁽¹³⁾といえる場合も含むすることも全く不可能ではない」とすると、「共謀共同正犯論をみとめる余地は十分にあるといえる。」

⑥ 共謀の意義 共謀共同正犯の客観的要件である「共謀の事実」は、二人以上の者が、一定の犯罪をおこなうため相互に他人の行為を利用し補充し合い、各自の犯意を実行に移すことを内容とする謀議をおこない、合意に達したばあいにもとめられる。したがって、たんに共同実行の認識があるだけでは足りず、犯罪を他の関与者と協力し合って遂行する共同実行の意思が必要である(最判昭二四・二・八刑集三卷二号一一三頁⁽¹⁴⁾)。

⑦ 共同正犯と実行の着手 「共謀共同正犯が成立するためには、少なくとも共謀者の一人が、共謀に基づいて実行行為をおこなわなければならない。」ただし、「実行行為が存在しなければ共謀共同正犯は成立しないという意味において、共同正犯の実行従属性といわれることがある」が、しかし、「従属性の問題は、狭義の共犯について議論されるべきであるとする本来の立場からは、共謀共同正犯の従属性という用語は、必ずしも適切とはいえないことになる。」⁽¹⁵⁾

- (1) 川端博「西田典之」日高義博「鼎談・共同正犯の課題と展望」現代刑事法二八号(二〇〇一年)二八頁の川端博氏の発言。
- (2) 川端博「西田典之」日高義博・注1文献・三三頁の川端博氏の発言。
- (3) 川端博・共犯論序説(二〇〇一年)五七頁。
- (4) 川端博・刑法総論講義(第三版・二〇一三年)五八〇頁。
- (5) 川端博「間接正犯類似説からの反論と批判」植松正ほか著・現代刑法論争Ⅰ(第二版・一九九七年)三一七〜三一八頁。
- (6) 川端博「西田典之」日高義博・注1文献・二七頁の川端博氏の発言参照。
- (7) 川端博・注5文献・三一八頁。
- (8) 川端博・注4文献・五五六頁参照。
- (9) 川端博・注4文献・五七九頁。また、川端博・注5文献・三一六〜三一七頁、川端博・共犯の理論(二〇〇八年)五五頁も参照。
- (10) 川端博・注9文献・五四〜五五頁。また、川端博「西田典之」日高義博・注1文献・二九頁の川端博氏の発言も参照。
- (11) 川端博・注5文献・三一八〜三一九頁、川端博・注4文献・五七九頁。
- (12) 川端博・注4文献・五五八頁。
- (13) 川端博・注4文献・五七八頁。

(14) 川端博・注9文献・六一〜六二頁、川端博・注4文献・五八〇頁。

(15) 川端博・注4文献・五八一〜五八二頁。共同正犯の從属性について、論者のこれ以上の言及がないので、「共謀共同正犯の從属性という用語は、必ずしも適切とはいえない」と論述する趣旨は不明である。

(3) 特徴

以上、間接正犯類似説の論者の論述内容をやや詳しく紹介した。その論述からも明らかなように、同じ間接正犯類似説の論者であっても、藤木英雄氏の見解と川端博氏の見解には相違が見られる。それは、藤木英雄氏の提唱した間接正犯類似説に、川端博氏が独自の要素を加え、その説を「私見」へと改変したからである。そうした手法は、学問研究においては当然の理論的作業であつて是とすべきであるが、ここでは、藤木英雄氏が提唱した本来の間接正犯類似説を中心に、その特徴を指摘することにし、必要な限りで川端博氏の見解を見ることにしたい。

① 共同正犯の正犯性の重視 まず、間接正犯類似説の論者が共同正犯の正犯性を重視している点の特徴とし

て指摘しなければならない。この点は、すでに明らかであるが、この説の論者が、「みずから犯罪を実行した者が正犯である」ことは疑いのない原理であるが、「みずから実行行為を分担すること」をもつて正犯性の唯一の標準とするやり方は正しくないものであり、その行為のもつ「価値的な意味あいを重視して実質的に正犯（共同正犯）性をとらえるべき」であつて、単なる共謀者についても、「みずから実行を分担するものではないが、実行担当者の行為と併せて実質的に考察」し、「価値的観点から他人と共同して実行したと認められる者」⁽¹⁾、すなわち、他人と共同することによって「実行を共同にした者」と認められる者もまた共同正犯に包含されるところに端的に表れている。

この点に関連して、論者は、この論理を導き出すために、各共同者の行為を物理的観点から個別的に観察するの

ではなく、価値的・実質的観点から全体的・総合的に考察するという思考法⁽²⁾、及び、実行行為を形式的ではなく実質的に把握し、各共同者の部分的行為を全体との関連において実質的に評価するという思考法⁽³⁾を採用していることには注目しておく必要がある。

② 共謀の重要性 この説の論者は、次で述べるように、共犯現象における心理的拘束性を重視するという特徴を持っているのであるが、その前提として、(実行・共謀) 共同正犯の成立において、「共謀」犯罪の共同遂行に関する合意」を重要な要件としている点の特徴としてあげることができる。論者は、共謀は「単なる意思の連絡」ではなく、「各共謀者が他の共犯者と協力し合って自ら犯罪を遂行する共同実行の意思を持って結合すること」であると強調し、このような意味での「共謀」犯罪の共同遂行に関する合意」は、共謀共同正犯に特有な要件ではなく、むしろ共同正犯一般に共通した「共同正犯の本質的成立要件」であるとする⁽⁴⁾。

こうしたこの説の論者の思考方法は、次のように分析することができる。すなわち、論者は、共謀について、一方で、各共同者が他の共同者と協力し合って犯罪を共同遂行するという確定的な意思の合致、つまり、「犯罪の共同遂行に関する確定的な意思の合致」という密度の濃い内容を要求するとともに、他方で、他の共同者と協力し、相互に相補い相利用して共通目標の実現を図る意思の存在、つまり、「共通目標実現のための相互補充・相互利用の意思の合致」という効果を導き出すという思考方法を採用していると考えられるのである。

③ 心理的拘束性の強調 この説の論者が、「合意」共謀」を共同正犯の本質的な成立要件と解している点と正に関連するのであるが、その中味である「犯罪の共同遂行に関する確定的な意思の合致」と、その効果である「相互補充・相互利用の意思の合致」とを連結するものとして、「共同意思の心理的拘束性」の要素が提示されている点の特徴としてあげることができる。そこでは、複数の共犯者が、犯罪の共同遂行についての合意(共謀)に

よって「共同の犯罪意思」を形成することで、互いに心理的拘束が生じ、相互補充・相互利用の意思及び関係が形成されるという構造が示されている。論者によれば、他の合意者（共犯者）との約束に基づいて形成された合意により、一方で、「自由な意思に基き合意に参画し且つそれを実行した」という意味において「自己の意思に基いて事態を方向づけ、支配した」ことにより正犯性が認められるとともに、他方で、「合意によりみずからの犯罪意思を確定した」のだけれども、「他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意思を翻し得ないものとなる」という意味において「他の共犯者に拘束・支配される」ことになるとする。そのため、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ことはできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されない」のであるし、単なる共謀者は、「合意の一員となることによって、実行担当者の将来の行動を方向づけ支配する」ことを通じて、結局のところ、「実行担当者を介して実行したもの」と認めることができるのである。⁽⁵⁾

川端博氏は、この点をより分析して、集団に「共同目的による心理的拘束力」が生ずるのは、「個々人の人的結合が強化される」からであり、各構成員の人的結合が緊密になればなるほど、それだけ強く「心理的同調性」が生まれ、その集団の共同目的関係から離脱することへの「心理的抵抗感」が強まってくることになるのである。「このような人的結合が形成されると、協同関係に基づく合同力が強くなつて犯罪遂行が確実になるので、これを抑止するために刑法はこれを共犯として特別に取り扱う」のであるとする。⁽⁶⁾

④ 相互補充・利用関係の重視 さらに、先の心理的拘束性の強調という特徴と関連するのであるが、この説の特徴として、論者が、共同正犯において共同者の相互補充・利用関係を重視している点をあげなければならぬ。すなわち、論者によれば、二人以上の共同者の行為を全体的・総合的に考察したとき、各人がそれぞれ意思を

連絡したうえ、「相互に相補い相利用して共通の目標の実現を図る共同の犯罪意思」を実現しようとする場合には、共謀者と実行担当者間に相互の補充・利用関係が認められるのであり、その場合、実行担当者は、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、その意思の実現を容易にするような支援を受けているとともに、共謀者は、実行担当者の反対動機・規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の拘束の下に全員の手足として行動させており、その限りで、共謀者と実行担当者間には相互補充・利用関係が認められるのである。⁽⁷⁾この点、川端博氏は、この相互補充・利用関係にさらに分業論を加えて考察し、複数の共犯者の間に存在する相互補充・利用関係を全体として見れば、それは正に「分業・分担形態によって犯罪の完成をめざす協力関係」であり、「共謀者もそれぞれ役割分担をしている」のであるから正犯性が認められるとするのである。⁽⁸⁾

このように、この説の論者は、相互補充・利用関係をもたすのは「犯罪共同遂行に関する合意」、つまり、「共謀」(共同謀議)であると解しているものであり、その限りで、論者において、(実行・共謀)共同正犯の成立にとつて、共謀概念、しかも密度の濃い共謀の概念が重視されることになる。そうであるからこそ、この説の論者の認識、すなわち、共同正犯の責任の根拠として重要なのは「犯罪共同遂行に関する合意」であり、そのような意味での共謀は、共謀共同正犯に特有な要件ではなく、むしろ「共同正犯一般に共通した、共同正犯の成立要件の一つ」「共同正犯の本質的成立要件」、「共同正犯の本質」である⁽⁹⁾という認識につながっているものといえよう。

⑤ 実行行為概念の地位低下 論者は、共謀(Ⅱ犯罪の共同遂行に関する合意)によって、互いに心理的拘束が生じ、相互補充・相互利用の意思及び関係が存在することこそが共同正犯の本質的な成立要件であると認識している。この点から、この説の特徴として、さらに、共同正犯における実行行為概念の地位が相対的に低下している点をあげることができよう。論者によれば、それが実行共同正犯であろうと共謀共同正犯であろうと、人的結合が

緊密になればなるほど、それだけ強く各構成員に心理的同調性が生じ、その集団の共同目的関係から離脱することに対する心理的抵抗感が強まってくるのであり、そのような人的結合が形成されると、共同関係に基づく合同力が強くなつて犯罪遂行が確実になるとする。しかも、その場合における共同加功の意思、つまり、他人と協力し、相互に相補い相利用して共通の目標の実現を図る意思是、人的結合を強めるのであつて、それによつて強められた個々人の行為は、形式的に見ればそれ自体としては独立の意味をもたなくても、全体との関係においてそれぞれの分業・分担を一つの合同力として統一的に把握するときには重要な意味をもつてくるのである。¹⁰⁾

かくして、この説の論者によると、全体との関係において実質的に評価するならば、全体の一部を遂行したにすぎない場合であつても、全体に対して責任を負うのは当然であつて、それは分業・分担によつて統一的に実現された結果に対する「自己責任」であつて、個人を超越するものの責任を代位して負担するのではないのであり、その意味で、一部実行全部責任の法理は個人責任主義の原理によつて説明できるとするのである。¹¹⁾

⑥ 間接正犯論の援用 さらに、この説の論者が間接正犯に関する考え方を(共謀)共同正犯に援用する点を特徴としてあげなければならない。現に、この説の論者も、「共謀者の犯罪関与の形態は、教唆とは異なり、その実体はむしろ間接正犯における利用行為と質的に同じであるということが肯定できるであらう」¹²⁾とか、「二人以上の者が犯罪遂行について合意に達した場合、この二人の行動を全体的にみたときは、間接正犯における利用関係に對比すべき実体をそこに見出すことが可能である」¹³⁾と論述し、また、「相互的利用関係は、各構成員については単独正犯としての間接正犯における利用関係に類似するものとして説明することができる」¹⁴⁾と論述しているからである。

しかし、私見によれば、この点はあまり過大に評価すべきではないと考える。むしろ、「(共謀)共同正犯におけ

る共謀者と実行者との関係、実行者間の関係には、間接正犯における利用者と被利用者との関係に類似する構造が認められるにすぎない」という程度に解しておくのが適当なのではないかと考えている。この点は、後の「小括」の項で再度触れることにしたい。

- (1) 藤木英雄・新版刑法演習講座(一九七〇年) 一九七頁、藤木英雄・刑法判例百選(新版・一九七〇年) 九二頁、刑法判例百選 I 総論(一九七八年) 一七三頁、刑法判例百選 I 総論(第二版・一九八四年) 一五九頁参照。
- (2) 藤木英雄・新版刑法演習講座(一九七〇年) 一九七頁、藤木英雄・刑法判例百選(新版・一九七〇年) 九二頁、刑法判例百選 I 総論(一九七八年) 一七三頁、刑法判例百選 I 総論(第二版・一九八四年) 一五九頁参照。
- (3) 川端博「間接正犯類似説からの反論と批判」植松正ほか著・現代刑法論争 I (第二版・一九九七年) 三一七〜三一八頁参照。
- (4) 藤木英雄・可罰的違法性の理論(一九六七年) 三六七頁参照。
- (5) 藤木英雄・注 4 文献・三三六〜三三七頁参照。「共謀者の間に、犯罪の共同遂行に関する合意が成立しているとき」は、共同正犯では、他の仲間との約束で犯罪を止めることができないという心理として働くが、狭義の共犯(教唆犯・従犯)では、自己の意思で犯罪を止めることができるという心理として働くという点で、共同正犯における合意は、「教唆を超える何物かをもつということ」であるとも論述されている。藤木英雄・注 4 文献・三一〇頁、三三六〜三三七頁参照。
- (6) 川端博・共犯の理論(二〇〇八年) 五四〜五五頁参照。
- (7) 藤木英雄・注 4 文献・三三五〜三三七頁、藤木英雄・新版刑法(一九七八年) 一四五頁、三六五〜三六六頁参照。
- (8) 川端博・刑法総論講義(第三版・二〇一三年) 五五六頁、五七九頁参照。
- (9) 藤木英雄・注 4 文献・三六七頁、川端博・注 8 文献・五七九頁参照。
- (10) 藤木英雄・注 4 文献・三三五頁、藤木英雄・注 7 文献・一四五頁、川端博・注 8 文献・五七九頁、川端博・注 3 文献・三一六〜三一七頁、川端博・注 6 文献・五五頁参照。
- (11) 藤木英雄・注 4 文献・三三二〜三三五頁、三六五〜三六六頁、川端博・注 3 文献・三一七〜三一八頁、川端博Ⅱ西田典之Ⅱ日

高義博「鼎談・共同正犯の課題と展望」現代刑事法二八号(二〇〇一年)二七頁の川端博氏の発言参照。

(12) 藤木英雄・注4文献・三三七頁。

(13) 藤木英雄・注4文献・三三六頁。

(14) 川端博・注3文献・三一九頁、川端博・注8文献・五七九頁参照。

(4) 小括

① 心理拘束の相互性について 以上のような間接正犯類似説について、まず、この説の論者が強調する、共謀によって共犯者間に生じる相互の心理的拘束性の点を考察したい。この点は、すでに指摘したように、この説の論者においては、犯罪の共同遂行に関する確定的な意思の合致によって、複数の共犯者が互いに他の共犯者を心理的に拘束し支配するという心理的拘束性が生じ、その結果、相互に相補い相利用して共通の目標である犯罪結果の実現を図るところに共同正犯として犯罪結果全体について責任を負う根拠が存在するという構造のものとして提示されている。より簡潔に言えば、犯罪の共同遂行に関する共謀によって、共犯者は互いに心理的に拘束・支配し合っている。その結果、相互補充・利用の意思・関係のもとに共通の犯罪結果を実現したがゆえに、一部実行分担者であっても、また自ら実行を担当しない共謀者であっても、共同正犯として犯罪結果全体について責任を負わなければならないという構造のものとして提示されているのである。

ここでは、「各共犯者が拘束しつつ拘束される」という心理状態が、換言すれば、各共犯者が心理的拘束力を互いに及ぼし合うという心理状態が、つまり、「心理拘束の相互性」が、(実行・共謀)共同正犯の本質的特徴として提示されているのであるが、この点について二つの疑問が生じる。第一の疑問は、「拘束されつつ拘束する」という心理構造についてである。すなわち、同一個人の中に、ましてや責任能力があり犯罪事実を了知している同一人

の中に、「拘束されつつ拘束する」という心理構造は認められるのか疑問があるのである。責任能力を有し、他人にとって規範的障害を有する個人が、犯罪計画・犯罪事実の主要な部分を認識しながら、他の共犯者から一方的に心理的拘束力を受けつつ、しかし同時に、他の共犯者に対して一方的に心理的拘束力を及ぼしているなどという事態を観念することはできないのではないかとこの疑問である。換言すれば、一方で、ある共犯者Xが他の共犯者を自らの道具のように一方的に利用・支配する「正犯性」を獲得すればするほど、他の共犯者の被支配性としての「道具性」が際立ってくることになるけれども、他方で、それは同時に、当該共犯者Xも自らが他の共犯者の道具のように一方的に利用・支配される「道具性」を際立たせることにもなるため、間接正犯類似説は、「正犯性」と「道具性」との、ある種の「綱渡り」理論を前提にしているのではないか、しかも、この説の論者にあつては、「正犯性」は「相互正犯性」であらうし、「道具性」は「相互道具性」であらうから、それらが同時に同一人に存在しうるなどということは理論的にもおおよそあり得ないのではないか、という疑問である。この疑問は、この説の論者が、各共同者の部分的行為を形式的・物理的観点から個別的に観察するのではなく、価値的・実質的観点から全体的・総合的に考察するという思考法を採用したからといって解消されるものではない。この点は、間接正犯類似説に対して、共謀共同正犯の形態のうち「一方が他方を支配する」タイプの支配型の場合に「実質的には間接正犯類似の考え方が妥当する」にすぎず、「両者が対等平等に協力し、一方が実行を担当したにすぎない」ヨコの対等型の場合は、間接正犯類似説は必ずしも妥当しないと批判される点でもある。しかし、むしろ問題はそこにあるのではなく、この説の論者が個人責任原則を貫徹して共謀共同正犯を分析しながらも、同一人(各共犯者)に「相互支配拘束性」と「相互被支配拘束性」、「相互正犯性」と「相互道具性」を同時に看取しようとした点に問題があるのである。

また、第二の疑問は、「拘束されつつ拘束する」という心理状態の強度についてである。確かに、この説の論者も指摘するように、複数の共犯者間に犯罪を共同遂行すべき確定的な意思の合致がなされた場合には、各共犯者間にある程度の心理的拘束力が生じ、その限りで、互いに「爾後の行動がその合意によりある程度拘束される」ことになるのは否定できないであろう。しかし、そうであるからといって、論者のいうように、実行担当者とはや「自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されない」とか、「もはや自己の独断ではその意思を翻し得ないもの」となるという意味で、他の共犯者に拘束・支配される⁽³⁾といえるほどの強い心理的拘束性が常に存在しているといえるのかについては、大いに疑問があるのである。⁽⁴⁾この点は、鋭くも、ある論者が、間接正犯類似説に対して、「他の共同正犯者を間接正犯として支配・拘束するといったことは不可能であるし、もし真に支配・拘束があつたとすれば、それはすでに単独の間接正犯であり、道具はもはや共同正犯たりえぬことになって、その理論のいきつくところは共同正犯を否定することによって共同正犯たることを論証しようということになる⁽⁵⁾」と批判するところでもある。

② 心理的拘束性と正犯性について　すでに考察したところと関連するのであるが、この説の論者は、複数の共犯者の間に「犯罪を共同遂行すべき確定的な意思の合致」が成立した場合、「各共謀者が他の共犯者と協力してみずから犯罪を遂行する意思をそれぞれもって結合する」ことになり、「爾後の行動は合意により拘束される」ために、「自己の一存で、犯罪の共同遂行の意思を放棄することは許されない」し、「他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意思を翻し得ないもの」となる、したがって、各共犯者は互いに拘束・支配し合うことになるのであり、それは、自ら実行行為を分担しない単なる共謀者であっても、「合意の一員となることによって、実行担当者の将来の行動を方向づけ支配すること」を通じて、結局、「実行担当者を介して実行したもの」と認めるこ

とができるがゆえに、「他人と合意の上共同して相互に利用しあつて結果を実現した」という意味で、「共同実行した者」と認めることが可能である、その意味で、「みずから手を下した者と価値的に同一に評価しうる」ので共謀共同正犯が根拠づけられるとする。⁽⁶⁾ここでは、犯罪の共同遂行に関する意思の合致が相互の心理的拘束性を生じさせ、実行担当者間、共謀者・実行担当者間等に相互補充・利用の心理・関係を作出し、それが（実行・共謀）共同正犯を実質的に根拠づけるといふ構造が提示されている。

しかし、この構造において、相互の心理的拘束性に基づく相互補充・利用の心理・関係が、なにゆえに正犯性を根拠づけることができるのか、すなわち、論者の要求する密度の濃い「共謀」が存在すると、なにゆえに「共同の実行」、「実行担当者を介して実行したもの」と評することができるのかについて、その根拠が明らかにされておらず、したがって、そこに論理の飛躍があるといわざるをえない。この点は、この説に対する批判として、「共謀に参加しただけで、なんらの行為に出なかつた者は、共同意思による心理的拘束を実行行為をした他の共謀者に及ぼした者であるといつても、構成要件実現の現実的可能性をもつ行態⁽⁷⁾＝実行行為をした者とはいえないから、この者の正犯性を肯定することはできないであろう」と指摘されている点でもある。

そのためもあつてか、川端博氏はすでに紹介したように、相互補充・利用関係に「共同者が寄り集まることによつて形成される合同力」概念を加え、さらに、「分業形態による犯罪の完成をめざす協力関係」という分業論を導入して、心理的拘束力・心理的同調性による人的結合の強化を説明することによつて、一部実行全部責任の法理を根拠づけ、（実行・共謀）共謀共同正犯を理論づけようとする。しかし、このような見解は、もはや個人責任の原則を貫徹しようとする間接正犯類似説とはいひがたい見解、むしろ、共同意思関係説ないし共同意思主体説と紙一重の見解と考えざるを得ない。それは、論者が、「共同者が寄り集まることによつて『合同力』が形成されて、そ

の『合同力』の結果として、当初意図した全体的な結果を惹起している」⁽⁸⁾との論述や、「集団に『心理的拘束力』が生ずるのは、個々人の人的結合が強化されるからであり、人的結合が緊密になればなるほど、それだけ強く各構成員に『心理的同調性』が生じ、その集団の共同目的関係から離脱することに対する『心理的抵抗感』が強まってくることは明白な事実である。このような人的結合が形成されると、協同関係に基づく合同力が強くなって犯罪遂行が確実になる」⁽⁹⁾との論述からうかがうことができよう。この点は、論者が、「これは、個人を超越する者の責任を代位して負担するのではなくて、あくまでも分業・分担によつて統一的に実現された結果に対する自己責任なのである」⁽¹⁰⁾といくら力説してみても変わらない。

③ 思考の方法・概念の混在について さらに間接正犯類似説について指摘しておきたいのは、一見併存するとは考えられない思考の方法・概念が併用され、混在していることである。例えば、個人主義的な責任原則を貫徹するのであれば、各共犯者が自らの行為等を通じて、他の共犯者に対してどのような相互補充・利用の意思・関係を及ぼしたか、つまり、いかなる心理的・物理的な因果性を及ぼしたか、を個別的に観察して究明していくべきで、その意味で、心理的・物理的因果性を個別具体的に考察する方法が採られるべきであると考えられるが、この説の論者は、「実質的・全体的考察」、「価値的観察」、「それぞれの分業・分担を統一的に把握」などとして、何の論証もなく、いとも安易に「実質的・価値的な全体的・統一的な考察方法」を採用する。

この点は、思考の概念についても同様で、先に指摘した「正犯性」と「道具性」の併用、「相互正犯性」と「相互道具性」の併用もそうであるが、さらに、「心理的拘束性」と「相互補充・利用関係」の併用、「心理的拘束力」と「合同力」の併用など、通常、理論的には併用されることはないと思われる概念が、その根拠を明らかにするとなく、いとも安易に併用されているのである。

④ 間接正犯のアナロジーについて さらに、この説の論者が、(実行・共謀) 共同正犯の正犯性を間接正犯のアナロジーで説明している点を考察しなければならない。すでに紹介したように、この説の論者によると、共同正犯における共謀者・実行担当者間や実行担当者間の関係は、間接正犯における利用者と被利用者との間の関係に類似するものであり、それに比肩すべき実体、類似の性質を有するものと解されている。

しかし、先に指摘したように、各共犯者は他の共犯者を心理的に拘束することにより、自分の手足の延長のように他の共犯者を利用することに正犯性を見出すことができるとしても、それが責任能力者同士で、しかも互いに犯罪事実を了知し、規範的障害を有している者同士の間で、いわば相互間接正犯というような構成を採ることはおそらく困難ではないかという疑問が生じる。すなわち、同じ一人の共犯者が、一方で利用者として、他の共犯者を心理的に拘束して一方的に利用する立場にあると同時に、他方で、被利用者として、他の共犯者から心理的に拘束されて一方的に利用される立場にあるなどという事態は観念できないのではないかということである。この点は、周知のように、間接正犯における利用者と被利用者との関係は、「被利用者の道具的身体活動に対する支配・被支配の関係を含意とする」のに対し、共謀共同正犯における単なる共謀者と実行担当者との関係は、「元来、法的に平等な立場にある者同士の共謀関係を基礎とするもの」であり、明らかに異なっている¹¹⁾とか、「明らかに規範的障害が認められる実行分担者を道具と呼ぶことは不可能であって、共同正犯と間接正犯とは相容れない¹²⁾」として批判される点でもある。

私見によれば、先に指摘したように、この説の論者が、間接正犯における利用者と被利用者との関係を(実行・共謀) 共同正犯に援用する点をあまり過大に評価するのは適当ではないと考える。というのは、共同意思主体説からの脱皮を図ろうとしたと評される練馬事件・最高裁一九五八年(昭和三三年) 大法院判決が出された頃、さら

に、間接正犯類似説が提唱された一九六〇年代初め、さらに一九七〇年代に至るまで、共謀共同正犯否認論が圧倒的に優勢な状況にあつて、共謀共同正犯肯定説は、共同意思主体説¹³のほか、わずかに行為支配説が主張されていたにすぎなかったからである。したがって、「この説の論者は、(共謀)共同正犯における共謀者と実行担当者との関係、実行担当者間の関係について、間接正犯における利用者と被利用者との関係に類似する構造を認めているにすぎない」という程度に理解しておくが適当ではないかと考える。換言すれば、「この説の論者は、(共謀)共同正犯における共謀者と実行担当者との関係、実行担当者間の関係を説明するにあたって、間接正犯における利用者と被利用者との関係を借用したにすぎない」という程度に理解しておくが適当であろうと考える。現に、藤木英雄氏は、「間接正犯は単独正犯であり、共謀者の責任を間接正犯のそれと同一のものとして説明することは当を得ない。共同正犯者を利用する間接正犯というものは、単独犯行の形態としてはあり得ないことである¹⁴」とも論述し、また、「共謀共同正犯において、共謀者が実行担当者道具のごとく利用したと認められるのは、犯罪の共同遂行の合意が、成立してから実行されるまでの間継続し、実行担当者の実行の決意を持続させ且つ実現させる一連の状態を包括的に考察した結果にほかならぬのであるから、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¹⁵」とも論述しているからである。

⑤ 共同正犯における実行の着手時期について 最後に、この説の論者が、(実行・共謀)正犯における実行の着手時期をどのように解しているかについて触れておきたい。この説の論者は、すでに紹介したように、「共謀者の刑事責任は、共謀者中のある者が、共謀の内容を実現すべく現に実行に着手したときに成立するもの」と解すべきで、¹⁶「共謀共同正犯が成立するためには、少なくとも共謀者の一人が、共謀に基づいて実行行為をおこなわなければならない¹⁷」とし、(共謀)共同正犯の従属性を認める。

しかし、他方で、この説の論者は、間接正犯における実行の着手時期について、「被利用者の行為と合わせて全体として犯罪事実発生に接する段階にいたったかどうかで定めるのが妥当である」⁽¹⁸⁾、あるいは、「間接正犯の『実行行為』と『実行の着手』を分離することによって個別化説を基礎づける見解」によれば、「当該利用行為は、結果発生の具体的危険の生じた段階ではじめて未遂の構成要件該当性を取得することになる。わたくしは、この立場が妥当であると解している」⁽¹⁹⁾との論述から明らかなように、個別化説を支持するようである。論者は、間接正犯における利用者と被利用者との関係を（実行・共謀）共同正犯に援用するのであるから、その着手時期についても、「実行担当者（被利用者）の行為と合わせて全体として犯罪事実発生に接する段階にいたったとき」とか、「結果発生の具体的危険の生じた段階に至ったとき」とするのが一貫した立場であるが、論者は、「共謀共同正犯において、共謀者が実行担当者を道具のごとく利用したと認められるのは、犯罪の共同遂行の合意が、成立してから実行されるまでの間継続し、実行担当者の実行の決意を持続させ且つ実現させる一連の状態を包括的に考察した結果にほかならぬのであるから、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」⁽²⁰⁾との根拠をあげて、間接正犯における実行着手時期とは別異に考える。

しかし、論者が、間接正犯における実行の着手時期に関する個別化説の見解を（実行・共謀）共同正犯におけるそれに応用しない理由がいま一つ明らかでない。この説の論者が、（実行・共謀）共同正犯における実行の着手時期を、間接正犯におけるそれと同じように考えないのは、やはり、この説の論者が、単独正犯としての間接正犯形態と共同正犯ないし共犯としての（共謀）共同正犯形態との間に異質な面があることを認めている証左であるとともに、（実行・共謀）共同正犯における罪責を説明するにあたって、間接正犯における利用者と被利用者との関係を単に借用したにすぎないことを裏付けるものであろう。その意味でも、論者の間接正犯類似説による理論構成

は、きわめて便宜的であるといわざるをえないのである。

- (1) 藤木英雄・新版刑法演習講座(一九七〇年)一九七頁、藤木英雄・刑法判例百選(新版・一九七〇年)九二頁、藤木英雄・刑法判例百選Ⅰ総論(一九七八年)一七三頁、藤木英雄・刑法判例百選Ⅰ総論(第二版・一九八四年)一五九頁、川端博「間接正犯類似説からの反論と批判」植松正ほか著・現代刑法論争Ⅰ(第二版・一九九七年)三一八頁参照。
- (2) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年)四〇二頁、松村格「共謀共同正犯」阿部純二ほか編・刑法基本講座第四卷(一九九二年)一九九頁参照。なお、中野次雄氏は「支配型共謀共同正犯」・「分担型共謀共同正犯」に分ける。中野次雄・「判例評釈」警察研究五六卷一号(一九八五年)八一頁参照。
- (3) 藤木英雄・可罰的違法性の理論(一九六七)三三七頁。
- (4) この説の論者は、逆に、そうした強い心理的拘束性が肯定できる場合に(実行・共謀)共同正犯の成立を限定すべきであると反論がなされるかもしれない。
- (5) 中義勝「共謀共同正犯」法律時報三七卷一号(一九六五年)十五頁。さらに、中義勝「共謀共同正犯」綜合法学五卷九号(一九六二年)五七頁、中義勝・刑法総論(一九七一年)二四四頁、中義勝・講述犯罪総論(一九八〇年)二五四頁も参照。
- (6) 藤木英雄・注3文献・三三五〜三三七頁、三四四頁、三五二頁参照。
- (7) 福田平・全訂刑法総論(第五版・二〇一一年)二七八頁。
- (8) 川端博Ⅱ西田典之Ⅱ日高義博「鼎談・共同正犯の課題と展望」現代刑事法二八号(二〇〇一年)二七頁の川端博氏の発言参照。
- (9) 川端博・共犯の理論(二〇〇八年)五四頁参照。
- (10) 川端博・注1文献・三一八頁。
- (11) 大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年)三三八〜三三九頁、大塚仁・刑法概説(総論)(第四版・二〇〇八年)三〇五頁。さらに、西原春夫・刑法総論下巻(改訂準備版・一九九三年)三九六頁も参照。
- (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Ⅰ共犯論(一九九七年)七八頁。
- (13) 関哲夫「共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』に関する一考察(一)」國士館大学・國士館法学三五号(二〇〇三年)九九頁以

下、特に一〇七頁以下参照。

- (14) 藤木英雄・注3文献・三三六頁。
- (15) 藤木英雄・注3文献・三六九頁。
- (16) 藤木英雄・注3文献・三六九頁。
- (17) 川端博・刑法総論講義(第三版・二〇一三年)五八一頁。
- (18) 藤木英雄・刑法講義総論(一九七五年)二七九頁。
- (19) 川端博・注17文献・五四七頁。
- (20) 藤木英雄・注3文献・三六九頁。

〔未完〕