

國學院大學學術情報リポジトリ

共謀共同正犯における「実質的正犯性具備説」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: 国学院大学法学会 公開日: 2024-10-31 キーワード (Ja): 共謀共同正犯, 実質的正犯性具備説 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/10.57529/0002000977

共謀共同正犯における「実質的正犯性具備説」の検討

——共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(七)——

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——実質的実行行為説・その1——
1 (以上、國學院大学・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——実質的実行行為説・その2——
(以上、國學院大学・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——実質的実行行為説・その3——(以上、國學院大学・國學院法学五四卷三号(二〇一六年)三三〜六五頁)

6 実質的正犯性具備説

(1) はしがき
(2) 内容

A 相互利用・補充関係説——大谷實氏の見解——

B 「自己の犯罪」説——松本時夫氏・前田雅英氏の見解——

C 教唆正犯説——野村稔氏の見解——
D 「正犯の背後の正犯」説——大久保隆志氏の見解——

(3) 特徴

(4) 論者の相違点
(5) 小括(以上、本誌本号)

三 正犯性説 (承前)

6 実質的正犯性具備説

(1) はしがき

① 実質的正犯性具備説 本稿では、まず、共謀共同正犯を共犯とする共犯性説として共同意思主体説、共同意思関係説を考察した。

次に、共謀共同正犯を正犯とする正犯性説として、記述的・類型的な実行行為概念を基軸にする形式的実行行為説を考察した。そして、同じく正犯性説として、規範的・価値的な実行行為概念を基軸にする実質的実行行為説である間接正犯類似説、行為支配説、優越支配共同正犯説を考察した。正犯性を規定する実行行為を形式的アプローチにより把握する前者の形式的実行行為説と、実質的アプローチにより把握する後者の実質的実行行為説とは、実行行為概念の把握について違いはあるけれども、いずれも「正犯＝実行行為の分担者」と解する実行行為基軸論を採っている点⁽¹⁾で同じである。

他方、正犯性説の中には、正犯性を規定にするにあたって実行行為概念から離れる実行行為遊離論を前提にし、正犯概念そのものを軸にする正犯性基軸論を採る見解も主張されており、近時、この傾向が強くなっている。正犯性基軸論には、理論的には、「正犯＝形式的に正犯性を具備する者」と解する形式的正犯性基軸論を採る形式的正犯性具備説と、「正犯＝実質的に正犯性を具備する者」と解する実質的正犯性基軸論を採る実質的正犯性具備説とが存在しうる。

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
実行為基軸論	正犯性	形式的実行為説
正犯性基軸論(=実行為遊離論)	正犯性	実質的実行為説
		形式的正犯性具備説
		実質的正犯性具備説

しかし、前者の形式的正犯性具備説は理論としてはありうるけれども、正犯性を規定する形式的要素として、「法律要件に該当する行為」、つまり「実行為」以外には見出せていないため、実際には主張されていない。⁽²⁾

② 主な学説と論者 共謀共同正犯を正犯とする正犯性説を支持したうえで、正犯を考究する視点を実行為から離れて実行為遊離論を採って正犯そのものへと移し、しかも、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を採る見解には、相互利用・補充関係説、「自己の犯罪」説、教唆正犯説、及び「正犯の背後の正犯」説がある。

ここで、相互利用・補充関係説について一言触れておく必要がある。この説を主張する論者は、自説を「包括的正犯説」と呼び、「刑法六〇条の『共同して実行した』というのは、二人以上の共同意思に基づいて犯罪を実行することをいうから、実行為を分担し合った実行共同正犯の場合ばかりでなく、共同実行の意思と共同実行の事実とが認められる限り共同正犯が成立するとする」⁽³⁾ 見解であると定義しており、包括的正犯説のこの定義をそのまま採用する論者もいる。⁽⁴⁾

しかし、包括的正犯説がこのような意義の見解だとすると、この定義がきわめて包括的であることもあって、本稿でいう実質的正犯性基軸論、すなわち、実質的実行為説及び実質的正犯性具備説に分類される諸見解のほとんどがこの説に分類されてしまいかねない。むしろ、この説は、犯罪を共同して遂行するという共謀に基づき、相互

に他人の行為を利用し補充し合うという関与者相互の心理的因果性を根拠に共謀共同正犯を肯定する点に特徴があること、また、この説の基軸となる要素は相互利用・補充関係にあることを考慮すると、「包括的正犯説」よりも「相互利用・補充関係説」の名称の方が適当であると考へる。

また、この説の主な論者として、平野龍一氏、大谷實氏、西田典之氏、前田雅英氏があげられること⁽⁵⁾あれば、中野次雄氏、平野龍一氏、大谷實氏、前田雅英氏があげられること⁽⁶⁾もある。しかし、平野龍一氏の見解は、共犯・正犯性説に分類される準実行共同正犯説の基盤を提供した見解であると考へる。また、西田典之氏の見解は、平野龍一氏の見解を踏まえつつも、明らかに共犯・正犯性説に分類される準実行共同正犯説を主張するものである。したがって、平野龍一氏及び西田典之氏の見解は、その項で考察するのが適当であろう。また、中野次雄氏の見解は、団藤重光氏の見解を意識して展開された見解であり、むしろ行為支配説に近似した見解と解するのが適当であろうと考へたので、その項で考察した⁽⁷⁾。さらに、前田雅英氏は、当初の因果共犯論を基本軸にする考へ方から、次第に「自己の犯罪」説の考へ方へとその重点を移動させていっているように思われる。特に同氏の刑法総論の第六版⁽⁸⁾を見る限り、同氏の見解は、因果共犯論を基礎にしつつも「自己の犯罪」か否かを軸に据える「自己の犯罪」説に分類するのが適当と考へ、その項で考察することにした。

以下、本稿では、相互利用・補充関係説を主張する論者として大谷實氏の見解を、「自己の犯罪」説を主張する論者として松本時夫氏の見解⁽¹⁰⁾及び前田雅英氏の見解を、教唆正犯説を主張する論者として野村稔氏の見解⁽¹²⁾を、そして、「正犯の背後の正犯」説を主張する論者として大久保隆志氏の見解を取り上げること⁽¹³⁾にしたい。

以下、これらの論者の内容を一人称の形で紹介し、その特徴を指摘した後、これらの説について若干の考察を加えることにしたい。

- (1) 関哲夫「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)——」國學院大學・國學院法學五四卷三号(二〇一六年) 三四〜三五頁参照。
- (2) 形式的正犯性具備説として、制限的正犯概念が想起されるかもしれない。しかし、これは、「自ら基本的法律要件(基本的構成要件)に該当する行為を行う者が正犯である」とするもので、「基本的法律要件に該当する行為」は実行行為を意味すると解されるので、むしろ記述的・類型的な実行行為概念を基軸にする形式的実行行為説に分類されることになる。しかし、「基本的法律要件に該当する行為」に限定することなく、「ある犯罪を構成するのに必要な基本的法律要件を自ら直接に充足する者が正犯である」とするのであれば、形式的正犯性具備説も実際に主張することができるかもしれない。
- (3) 大谷實・刑法講義総論(新版第四版・二〇一二年) 四二六〜四二七頁。
- (4) 大塚仁ほか編・大コンメンタル刑法第五卷(第二版・一九九九年) 三四一頁〔村上光瑠〕参照。
- (5) 大谷實・注3文献・四二七頁注80参照。
- (6) 大塚仁ほか編・注4文献・三四一〜三四三頁〔村上光瑠〕参照。
- (7) 中野次雄氏の見解を行為支配説に分類したこと、及び同氏の見解の内容・特徴などについては、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) 六頁以下参照。
- (8) 前田雅英・刑法総論講義(第六版・二〇一五年) 三三二頁以下、三四一頁以下、三五〇頁以下参照。
- (9) 大谷實・刑法総論の重要問題(新版・一九九〇年) 三八一頁以下、大谷實・注3文献・四二四頁以下参照。
- (10) 松本時夫「共謀共同正犯と実務」法学教室第二期四号(一九七四年) 三五頁以下、松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌三一巻三号(一九九一年) 三二三頁以下。
- (11) 前田雅英・刑法演習講座(一九九一年) 一二二頁以下、前田雅英・刑法の基礎総論(一九九三年) 三三三頁以下、前田雅英・Lesson 刑法三七(一九九七年) 一四九頁以下、前田雅英・刑法総論講義(第五版・二〇一一年) 四八六頁以下、前田雅英・注8文献・三五〇頁以下参照。前田雅英氏は、自らの説を、「実質的な共同実行概念」に基づく「実質的犯罪論」、「実質的共同正犯の理解」と呼んでいる。前田雅英・刑法の基礎総論(一九九三年) 三三六〜三三七頁、前田雅英・法曹時報五四卷一―号(二〇〇二年) 一八頁以下参照。

- (12) 野村稔「共謀共同正犯(上・下)」法学セミナー四一四号(一九八九年)八一頁以下、四二五号(一九八九年)一〇二頁以下、野村稔「共謀共同正犯」芝原邦爾ほか編・刑法理論の現代的展開総論Ⅱ(一九九〇年)二一九頁以下(野村稔・刑法研究上巻(二〇一六年)一八九頁以下に所収)、野村稔・刑法総論(補訂版・一九九八年)四〇三頁以下参照。
- (13) 大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察(一)(二・完)」大阪市立大学・法学雑誌二八巻一号(一九八一年)一四四頁以下、二号(一九八二年)二六四頁以下参照。

(2) 内容

A 相互利用・補充関係説——大谷實氏の見解——

① 共謀共同正犯の正犯性・共犯性 「共同正犯はもともと個々の犯罪の実行行為は行っていないが、その実行行為に対する支配力が強いために、実際に実行行為を行ったと同じ扱いにする趣旨にもとづく概念」であり、「刑法六〇条の共同正犯には実行共同正犯と共謀共同正犯の二つの類型が含まれており、特に共謀共同正犯は、実行行為がそれ自体は行っておらず、実行者という他人の意思を媒介として犯罪を実現する場合ですから、正犯というよりむしろ共犯に近い性質をもっているので、六〇条はこの共犯の態様の者を正犯として扱うとする意味から、『皆正犯とす』と規定したものと解するのです。⁽¹⁾すなわち、「正犯と共犯の中間に属するのが共同正犯」であり、「教唆犯や幫助犯と異なり、共同正犯の場合は共犯者全員が単独正犯と同じ扱いを受ける」のであり、「共同者は、みずから構成要件を実現する意思は有しているが、他人の実行行為と共同し、それを通じて犯罪を実現する点で、正犯の面と共犯の面を併せもっていると考える。⁽²⁾」

② 一部実行全部責任の原則 「共同正犯においては、他人の分担行為についても責任を負わされるのであり、犯罪を実行するための行為の一部を行えば、よって生じた犯罪的結果の全部について責任を課されることにな

る。このことを標語化して、『一部実行の全部責任』の原則という⁽³⁾。例えば、共同して強盗を行う意思でXが暴行をYが財物奪取をした場合、X・Yは強盗罪の共同正犯となるし、共同してA殺害を行う意思で甲がAを取り押さえ乙がナイフで同人を刺突した場合、甲・乙は殺人罪の共同正犯になるが、「その根拠は、それぞれが共通の意思のもとに相互に手足となって協力し合い、いわば一体となって犯罪を実現したということにあるのです。」「XとYとが一緒になって強盗を、甲と乙が一緒になって殺人を実現したとみられるからこそ、二人はそれぞれ全体について責任を負わなければならないのでしょうか。刑法六〇条が『皆正犯とす』としているのは、このように、元来、単独としてみれば正犯といえない場合でも、『正犯』の扱いをするという趣旨にほかならないのです。かくして、六〇条においては、『一部行為の全部責任』の法理が認められている⁽⁴⁾のである。

③ 相互利用・補充関係（共謀）共同正犯が共犯としての性質を有しながら、正犯とされるのは、「二人以上の者が共同実行の意思のもとに相互に利用し補充し合って犯罪を実現するものである以上、発生した事実は共同者全員の犯罪実現へ向けた協力を原因として生じたものと認められるから⁽⁵⁾」である。言い換えれば、「共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用・補充し合って犯罪を実現することにあるから、犯罪を共同して遂行するという合意（共謀）に基づき、相互に他人の行為を利用・補充し合い、その結果として犯罪を實現した以上、実行行為を分担する場合であると実行行為に向けて行為を共同する場合であるとを問わず、すべて『正犯とす』べき⁽⁶⁾」である。結局のところ、「二人以上の者が共同して犯罪を實行しようとする意思のもとに、お互いに利用し補充し合⁽⁷⁾って、いわば各自の行為が一体となって犯罪の遂行に結びついたから正犯とされるのである。」

④ 犯罪の共同遂行 「実行行為を担当していない共謀者が『正犯』として扱われるのは、他人の意思を媒介としているとはいえ、共同加功のもとに自らも他人の意思と同化し、互いにその行為を利用し補充し合⁽⁷⁾って、共通

の目的である犯罪を共同者全員の意思で実現したとみられるから」⁽⁸⁾であって、「共同実行の意思のもとに共同者が相互に他人の行為を利用し補充し合うところに『すべて正犯とする』根拠があるとすると、実行行為を共同して犯罪を実現する場合ばかりでなく、共同者全員が犯罪を共同して遂行する合意すなわち『共謀』のもとに協力し合いい、その一部の者が犯罪を実行した場合も相互に他人の行為を利用し補充し合って犯罪を実現したといえるから、共同者全員をすべて正犯として扱うべき」⁽⁹⁾ことになる。

⑤ 共同正犯の要件 実行共同正犯が成立するためには、「①二人以上の者に共同実行の意思」、すなわち、「行為者各自が実行行為を分担し合って相互に他人の行為を利用し補充し合って構成要件を実現する意思」があり、かつ、「②実行行為共同の事実」、すなわち、「二人以上の者が各自の実行行為を共同して犯罪を実現すること」があることを要する⁽¹⁰⁾。

これに対し、共謀共同正犯が成立するためには、「①二人以上の者が相互に他人の行為を利用して各自の意思で実行に移す謀議」、すなわち、「二人以上の者が特定の犯罪を行うため相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯意を実行に移すことを内容とする相談ないし協議を行い、合意に達すること」をなし、「②共同して犯罪を実行する意思」、すなわち、「相互に他人の行為を利用・補充し合って犯罪を実行する意思」のもとに、「③共謀者のある者がその犯罪を実行すること」、すなわち、「少なくとも共謀者の一人が、共謀に基づき実行行為を行うこと」が必要である⁽¹¹⁾。

⑥ 共謀の意義 「共謀とは、二人以上の者が特定の犯罪を行うため相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯意を実行に移すことを内容とする相談ないし協議を行い、合意に達すること」をいい、これは、「相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯罪意思を実現するために行われる」のであるから、「実行に準ずる重要

な役割を果たす性質のもの」、したがって、「謀議によって相互に相手方の行為を利用・補充し合う実質的な相互利用・補充関係が各当事者間に形成されること」を要する。具体的には、「謀議によって、実行者の行為と同程度の重要な役割を演ずるといふ対等な関係、または、実行者をみずからの代行者として実行行為の遂行を引き受けさせ、それに基づいて犯罪を実行させるといふ支配関係が形成されることを要する。例えば、①被告人が実行者との間で犯罪の実行計画等について十分な協議をしておらず、実行方法の決定が実行者だけでなされている場合、②犯罪の遂行に対する被告人の関与の仕方が消極的であり、実行者の指示に従って行動していたにすぎない場合、③いったんは謀議に参加したといふものの、その後は単純な機械的補助行為を分担したにすぎない場合は、いずれも共謀があつたとはいえないと解すべきである。共謀は、実行行為に準ずる罪となるべき事実にはかならず、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。」⁽¹²⁾

⑦ 相互利用・補充関係の形成 「共同正犯を基礎づけるのは共同者全体が相互に他人の行為を利用し補充し合つて、それぞれが不可分となつて犯罪を実現し合つていふという点にあると考え、このような関係が共謀者の間に認められないかぎり共同正犯にはならないと解するのです。」⁽¹³⁾ その意味で、共謀共同正犯の場合、「謀議は相互に他人を利用し補充し合い、各自の犯罪意思を実現するために必要なのですから、単に謀議に参加しただけでは足りず、謀議によって各当事者間に実質的な相互利用関係が形成されるのでなければなりません。」⁽¹⁴⁾

⑧ 刑法六〇条と共同正犯 刑法「六〇条が『すべて正犯とする』と規定して、『一部実行の全部責任』を認めているのは、共同実行の意思のもとに相互に他の共同者の行為を利用・補充し合つて実行行為に至ることを根拠とするものであるから、共同者は必ずしも実行行為を分担する必要はなく、二人以上の者が共同意思のもとに共同して実行行為が行われれば足りると解すべきである。共謀共同正犯は、まさに六〇条を形式的根拠とするもので

ある⁽¹⁵⁾。つまり、「刑法六〇条の規定は、このように共同実行の事実と共同実行の意思があるかぎり『皆正犯とす』る趣旨であり、したがって、そこには『実行共同正犯』と『共謀共同正犯』の二つの態様が包括して規定されている⁽¹⁶⁾」のである。

⑨ 共同正犯と従犯の区別 「実行行為を分担していない共謀者と無形的幫助の区別」が問題となるが、「形式的に実行行為を行ったか否かで両者を分けることは困難」であり、「重要なことは、共同実行の意思のもとに、相互利用・補充の関係において行為したかどうか」であり、「共謀共同正犯の要件を満たしているかどうかを中心に解決すべきである⁽¹⁷⁾」。

この点を見張りについて考えると、「共同加功の意思にもとづいて共謀者の共同行為の一部分担として見張りが行われていれば共同正犯であり、そうでない場合が幫助犯ということになります。一時的に見張りだけを頼まれたような場合とか、一方的に見張りに立った場合などが幫助にあたり、多くの場合、見張りは共謀にもとづいてなされる⁽¹⁸⁾」から従犯になるのは稀です。言い換えれば、「同じ見張り行為であっても互いに他人の行為を利用し補充し合う意思で謀議が行われ、その結果として相互に利用し補充し合って犯罪を実現したと認められれば共同正犯とすべきであり、単に正犯を容易にしたといえるにすぎない場合は、幫助犯と解すべきである⁽¹⁹⁾」。

- (1) 大谷實・刑法総論の重要問題（新版・一九九〇年）三八二頁。
- (2) 大谷實・刑法講義総論（新版第四版・二〇一二年）三九八頁。
- (3) 大谷實・注 2 文献・四〇九頁。
- (4) 大谷實・注 1 文献・三八四頁。また、大谷實・注 2 文献・四〇八～四〇九頁参照。
- (5) 大谷實・注 1 文献・三八二～三八三頁。

- (6) 大谷實・注2文献・四二九頁参照。
- (7) 大谷實・注2文献・四〇九頁。また、大谷實・注1文献・三八六頁参照。
- (8) 大谷實・注1文献・三八六頁。
- (9) 大谷實・注2文献・四〇九頁。
- (10) 大谷實・注2文献・四〇九〜四一〇頁参照。また、大谷實・注1文献・三八九〜三九〇頁参照。
- (11) 大谷實・注2文献・四二九〜四三二頁参照。また、大谷實・注1文献・三九〇〜三九一頁参照。
- (12) 大谷實・注2文献・四二九〜四三一頁。また、大谷實・注1文献・三九〇〜三九一頁。
- (13) 大谷實・注1文献・三八八頁。
- (14) 大谷實・注1文献・三九一頁。
- (15) 大谷實・注2文献・四二八頁。
- (16) 大谷實・注1文献・三八六〜三八七頁参照。
- (17) 大谷實・注2文献・四四六〜四四七頁。また、大谷實・注1文献・三九〇〜三九一頁参照。
- (18) 大谷實・注1文献・三九〇〜三九一頁。
- (19) 大谷實・注2文献・四四七頁。

B 「自己の犯罪」説——松本時夫氏・前田雅英氏の見解——

① 共謀共同正犯の正犯性 「実行行為を分担しなかつた者であっても、犯行の計画立案、あるいは利得の分配などからみると、まさにその者の行った犯罪として、社会的には犯行の主体とみられる場合も多々ある」のである。二人以上の者が一の犯罪に関与し、かつ、そのうちに実行行為に当たつた者と実行行為を分担しなかつた者がいながら、社会的には関与者全員がその犯行の主体であると観念され、また、関与者自身においても当該犯罪は互いに協力して遂行したものであるという意識を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実に存在するのである。そ

して、実務では、こうした共同犯行について、その社会的責任評価を法的には共同正犯という評価であると把握しているにすぎない。⁽¹⁾他方、正犯には、「単独正犯と共同正犯」があり、「正犯とは、自ら実行行為を行い結果を惹起した者である。自己の手により直接実行した者に限らず、『それと同視し得る者』も正犯である」が、「正犯の客観面は、自らの手で実行行為を行うこと、ないしそれと同視できることである。ただ、『実行行為』は実質的に理解されなければならない。」具体的には、「個々の構成要件の特徴を考慮しつつ、実質的に『その罪を自己の犯罪として行った』といえる場合が正犯である。そして、主観的には、正犯者としての『故意』が必要である。⁽²⁾」このように共謀共同正犯と呼ばれるものが、少なくとも教唆犯や幫助犯とは異質の社会的実体を持つということは、いしかえると実務がこの点について社会一般の法意識の支持を得ているということである。⁽³⁾

② 一部行為全部責任の原則 「共同正犯の意義は、一部行為の全部責任の原則、すなわち共同しなければ帰責されない他人の実行行為・結果が帰責される点にある。この点について、因果性で説明しようとすると、共同正犯者に一部実行の全体責任の効果が生じるのは、物理的共同とともに共同正犯者相互に教唆ないし心理的幫助を行って心理的影響を及ぼし合い、結果発生 of 蓋然性を高めるからであるということになる。⁽⁴⁾」言い換えれば、「一部実行の全体責任の効果が生じるのは、共同して実行した場合には、全体を一人で実行した場合と同様に、ないしは単独で行った場合以上に処罰すべき政策的必要性と、それを支持する国民の規範意識が存在しているからである。そして、その実質は、物理的共同とともに共同正犯者相互に教唆ないし心理的幫助を行って心理的影響を及ぼしあい結果発生 of 蓋然性を高めたからである。⁽⁵⁾」

③ 実行行為の分担 「実行行為の分担があれば、特に物理的因果性が強まるが、しかし、共同正犯の全員が実行行為の一部を必ず行うとは限らない。たとえば、強盗の事案で、Xがピストルを突きつけて物を取りYは脇

に立っていただけであったとしても、Yが共同正犯であることについては争いが無い。実行の分担は共同正犯の必須の要件ではないのである。六〇条の『共同して実行した』という文言は、『全員が実行行為の一部を行ったこと』を要求していると読む必然性はない。実行行為が共同のもの、すなわち相互に強い因果性を持って行われたものと評価し得れば足りる。⁽⁶⁾

④ 共同正犯の要件 実行共同正犯が成立するためには、「①客観的な実行行為の分担と、②共同正犯者間に意思の連絡、そして③正犯者意思が必要である。⁽⁷⁾」①と②が、「共同正犯の『構成要件行為』であるといえよう。意思の連絡も結果との因果性が問題となる外部的要素なのである。そしてそれに加えて、共同正犯者の責任要素として、単独正犯における故意に相当する共同正犯の認識（正犯者意思）が必要である。」そして、「共同実行の核心部分は意思の連絡にある。この要件を欠けば客観的に共同実行が存在しても同時犯にすぎないことになる。⁽⁸⁾」

これに対し、共謀共同正犯を認めるためには、「客観的に、共謀に参加した者の誰かが実行に着手したことを前提に、まず、①実行行為を分担したと評価できるだけの謀議（行為）と共謀者内での地位が認定されなければならない。ここでは、『共同実行性』が認められるだけの重要な役割を果たしたか否かが、謀議の発言内容・関与者間での力関係、その後の行為なども勘案して客観的に判断されるのである。」また、「②共同正犯といえるためには、意思の連絡が必要であるが、共謀が認定できるのであれば、別個に吟味する意味はほとんどない。」そして、「③共同正犯の主観的成立要件としての共同正犯の認識（正犯者意思）が欠ければ、類型としての『共同正犯』には該当し得ない。⁽⁹⁾」このように、「共謀共同正犯の場合には、共謀者の内の誰かの客観的な実行行為が存在する。その客観的事情を帰責させるだけの要件として、正犯者としての意思と犯罪計画に関する共謀があれば足りるか否かの問題なのである。そして、共同正犯が関与者相互の心理的な影響を重視して自らの惹起しない結果をも帰責さ

せるものである以上、強い心理的因果性を根拠に、実行行為の一部をも行わなかった者に客観的行為を帰責することは十分可能である。⁽¹⁰⁾

⑤ 共謀の意義 「共謀共同正犯が正犯たりうるのは、『共謀』を通じて、相互の利用関係と依存関係を設定することにより、他人の行為を自己の手段すなわち実行行為と化すことにあるのである」が、そこでは、「共同実行正犯におけると同じく、相互の利用関係と依存関係が本質と考えられる」。⁽¹¹⁾ すなわち、「一部実行すら行っていないのに共同正犯性を認める根拠」となる共謀の事実は、結局、実質的に共同正犯と評価できるだけの関与をしているのかという問題となり、それは、『主として自己の犯罪として行ったといえるか』『犯行の重要部分を占めているのか』『最終的に大きな利益を享受したのか』等からなる共同正犯性の判断と明確に区別するのは難しい。『共謀』では、客観的行為の分担がないにもかかわらず『強い意思の連絡』の存在ゆえに、正犯性を認め得るかが問題となる⁽¹²⁾のである。

「『共謀』が正犯性を基礎づける程度のものであるか否かの認定に、被告人の主観的事情、すなわち、犯行の動機等は考慮される。供述証拠に含まれる、犯行計画や動機が無視し得ないが、それはあくまで、客観的事実を基にした立証に裏打ちされていなければならず、客観的に『一定の共謀行為』を要求することと実質的差は少ない。」⁽¹³⁾

⑥ 犯罪の共同実行 刑法「六〇条の『共同して犯罪を実行した者』には、実行行為の一部を分担しなかった者も含まれる。そもそも、直接正犯ですら常に現場で実行行為の全部を実行するとはかぎらないし、間接正犯は当然自己の手では実行行為を行わない。まして、政策的に正犯の処罰範囲を拡張する共同正犯の場合に、常に共同実行行為が客観的に必要だとするのは不合理である。『共同して実行した』とは、実行行為が『共同のもの』と評価できればよいのであり、共同の意思に基づいて誰かが実行したことを当然含むものと解すべきである。⁽¹⁴⁾

⑦ 刑法六〇条と共同正犯 「判例や実務において『共謀共同正犯』が当然に刑法六〇条に定める共同正犯に当たるとするのは、共謀者にとってはその犯罪がこれまで述べたような意味で『自己の犯罪』であるからであり、その本質において共同実行正犯と同一の実体を持つと観念される」のであり、「もとより、『自己の犯罪』と『他人の犯罪』の区別は、この共犯者の主観的意思のみによって定まるものではなく、互い意思連絡を通じ相互の利用関係及び依存関係が設定されたかどうかにかかるとも明らかである。⁽¹⁵⁾」

⑧ 共同正犯と教唆犯・従犯の区別 「少なくとも現在においては、実務上、二人以上の者が一の犯罪に加功し、そのうちのある者が実行行為を分担していないという場合に、これを共謀共同正犯と認めるべきか、あるいは教唆犯、幫助犯その他といふべきかという判断の基準は、共同意思主体という観念とは別個のものであるということができよう。そして、その判断の基準は、端的にいつて、実行行為を分担しなかつた者にとって当該犯罪が『自己の犯罪』か『他人の犯罪』かということである。⁽¹⁶⁾」

すなわち、「共謀共同正犯を認める以上、形式的な『実行行為を行うか否か』という判断では、共同正犯か幫助かは区別し得ない。関与者の主観面（正犯として行為する意思を認定できるか否か）、犯罪行為全体における役割の実質的重要性と犯罪によって生じる『利益』が誰に帰属するか等を中心に、『自己の犯罪』か否かが問題となる⁽¹⁷⁾」のである。

- (1) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌三一巻三号（一九九一年）三二四頁、三二五頁。
- (2) 前田雅英・刑法総論講義（第五版・二〇一一年）四五三―四五五頁。
- (3) 松本時夫・注1文献・三一五頁。また、松本時夫「共謀共同正犯と実務」法学教室第二期四号（一九七四年）三六頁参照。
- (4) 前田雅英・注2文献・四六〇頁、四七九頁。また、前田雅英・刑法総論講義（第六版・二〇一五年）三二六頁参照。

- (5) 前田雅英・注2文献・四七七頁。また、前田雅英・注4文献・三四一〜三四二頁参照。
- (6) 前田雅英・注2文献・四七七〜四七八頁。また、前田雅英・注4文献・三四二〜三四三頁参照。
- (7) 前田雅英・注2文献・四九一頁。
- (8) 前田雅英・注2文献・四七七〜四七八頁。また、前田雅英・注4文献・三四二〜三四三頁参照。
- (9) 前田雅英・注2文献・四九一〜四九二頁。また、前田雅英・注4文献・三五二〜三五三頁参照。
- (10) 前田雅英・注2文献・四九〇頁、前田雅英・注4文献・三五二頁参照。
- (11) 松本時夫・注1文献・三二七頁。また、松本時夫・注3文献・三六頁参照。
- (12) 前田雅英・注2文献・四九三頁。この記述は、「『一部実行すら行っていないのに共同正犯性を認める根拠』である共謀の認定は、実質的に共同正犯と評価できるだけの関与をしたかの吟味であり、それは、『最終的に大きな利益を享受したのか』等により判断される主として自己の犯罪として行ったかという共同正犯性の判断と、実際には重なると考えてよい。」(前田雅英・注4文献・三五三頁)と圧縮・変更されている。また、前田雅英・刑法の基礎総論(一九九三年)三四三頁参照。
- (13) 前田雅英・注2文献・四九三頁。
- (14) 前田雅英・注2文献・四九〇頁。また、前田雅英・注4文献・三五二頁参照。
- (15) 松本時夫・注1文献・三二〇頁。また、松本時夫・注3文献・三八頁参照。
- (16) 松本時夫・注1文献・三一八頁。また、松本時夫・注3文献・三六頁参照。
- (17) 前田雅英・注2文献・五一九頁。また、前田雅英・注12文献・三四五頁、前田雅英・注4文献・三八五頁参照。

C 教唆正犯説——野村稔氏の見解——

① 個人責任の原則 「思うに内乱罪や騒擾罪(現・騒乱罪——括弧内引用者)はいわゆる集団犯とされるがその責任の基礎は、例えば、騒擾罪においては刑法一〇六条各号に規定する役割の内容となる行為を実行行為と解し、これを行うことによって、結果である多衆の暴行・脅迫が生じたものと構成すれば、必ずしも団体責任の法理を援用する必要はな⁽¹⁾いのである。

他方、「行為者が自由な意思により、その犯罪意思を実現するためにその所為計画を取り込んだ、あるいはその遂行に当たって予定・計算に入れた他人の行為が行われた場合には、その他人の行った行為の結果についても責任を負わなければならない。自己の犯罪を実現する意思で犯罪構成要件を実現する者は、正犯としてその結果につき責任を負担し、自己の犯罪を実現する意思ではなく単に他人の犯罪に加担する意思で行為を行った場合には、共犯(幫助犯)としてそのなした行為のいかんを問わずにその加担の限度で責任を負担するのである(刑法六三条)。(2)」。これが個人責任の原則からする、犯罪の実現に関与した場合の責任の負担形式である。(2)

結局、「共同正犯あるいは教唆犯の場合には、行為者が、まさに自己の犯罪を実現する意思で、当該犯罪構成要件を実現したからこそ、その実現した犯罪結果について自ら責任を負うことができ、また、負わなければならないのである。(3)」。

② 正犯の概念 「正犯とは、自己の犯罪を実現する意思で犯罪構成要件を実現し、これにつき自ら責任を負担する者であり、必ずしも自ら実行行為を行う必要はない。その犯罪構成要件を実現する態様・方法のいかんにより、さらに細分される」のであり、「行為者が自ら実行行為を行い犯罪構成要件を実現する者が単独犯としての正犯」であり、これには直接正犯と間接正犯とがあり、また、「自らは実行行為は行わないが、規範的障害となる他人の行う実行行為を通じてこれを利用して犯罪構成要件を実現する教唆犯」、さらに、「規範的障害となる他人と共同して実行行為を行い、犯罪構成要件を実現する共同正犯(4)」がある。

③ 教唆犯の正犯性 「行為共同説に立脚して共犯にも固有の犯罪性があるとする私見によれば、例えば、教唆犯においてもその犯罪性は正犯の実行行為の可罰性に由来するものではなく、自己の犯罪意思を実現する際にその所為計画のなかに他人の行為を予定・計算に入れて、つまり、その行為の結果を引き受けるという意思に基づい

て正犯結果を実現したからこそ、その責任を負うべきものである⁽⁵⁾。換言すれば、教唆犯は、「行為者が、自己の犯罪を実現するために規範的障害となる他人の何らかの意味で違法な行為を利用して、当該犯罪構成要件を実現する場合」であり、「教唆者は他人の決意に基づく違法行為を通して構成要件を実現するものであり、教唆行為も正犯と同じく構成要件の実現（正犯結果）と因果性を持つものである。教唆犯が正犯の刑を科されるのも、その違法内容が正犯のそれと同じだからである⁽⁶⁾。」

このように、「正犯とは自己の犯罪を実現する意思で犯罪構成要件を実現した場合であり、その実現の態様としては、実行従属性の制約を受けない犯罪の実現態様である直接正犯、間接正犯と、実行従属性の制約を受ける犯罪の実現態様である共同正犯、教唆犯とに分けられ、共犯は犯罪構成要件を実現するものではなく他人の犯罪に加担する場合であり、幫助犯がこれに属するものである。したがって、犯罪の実行につき共謀に参加したのみにとどまる者は、その役割のいかんにかかわらず共同正犯ではなく、実行従属性の制約を受ける犯罪の実現形式である（正犯の一種である）教唆犯である⁽⁷⁾と考える。」

④ 一部行為全部責任の法理 「二部行為の全部責任の法理を説明するにしても甲、乙という自然人を超えた人的結合としての社会的存在が行った一つの強盗という実行行為を考えるのは犯罪共同説に基づくものであり、行為共同説に立脚して甲、乙各人が自己の強盗罪の犯罪意思を実現する際にそれぞれ互いの行為を利用して、予定・計算に入れて実現したものと考えるので、この場合には甲、乙各人が強盗罪の実行行為の主体なのであり、甲、乙という自然人を超える社会的存在の行為と考える必要はないのである⁽⁸⁾。」

⑤ 刑法六〇条と共同正犯 「刑法六〇条が規定する共同正犯は、少なくとも実行行為の一部を自ら行っているという意味で、単独犯の部分と予定・計算に入れた他の規範的障害となる者の行為に対する教唆犯との複合形態

である⁽⁹⁾」。

これに対し、「二人以上の者が特定の犯罪の遂行を共謀し、共謀者中の一人がその共謀に基づいてその犯罪の実行行為に出た場合に実行行為を分担しなかった他の共謀参加者も共同正犯としての責任を負うことができるかどうか」が問題となるが、「本書の立場によれば、この場合には、単独犯の部分がなく、したがって、単独正犯と教唆犯との複合形式としての共同正犯ではないが、正犯の一態様としての教唆犯であると解する⁽¹⁰⁾」。

このように、「単に共謀に参加したが実行行為の分担をしない者は、刑法六〇条により共同正犯として処罰されないと解する⁽¹¹⁾」言い換えれば、「現行刑法の規定からは、実行行為を正犯のメルクマールとしていることは明らかであるが、しかし、刑法がこのような実行行為を中心に据えた正犯概念のみを前提にしていると考えべきものではないことは、刑法が依拠する個人責任の原則とそれに基づく諸規定に沿うものである⁽¹²⁾」。

(1) 野村稔「共謀共同正犯(上)」法学セミナー四一四号(一九八九年)八五頁参照。

(2) 野村稔・刑法研究上巻(二〇一六年)一九九頁(初出は、野村稔「共謀共同正犯」芝原邦爾ほか編・刑法理論の現代的展開総論Ⅱ(一九九〇年)二一九頁以下)。

(3) 野村稔・刑法総論(補訂版・一九九八年)三八一頁。

(4) 野村稔・注2文献(上巻)・二〇〇頁。

(5) 野村稔・注1文献(上)・八五頁。

(6) 野村稔・注3文献・四一三〜四一四頁。また、野村稔・注2文献(上巻)・二〇二〜二〇三頁参照。

(7) 野村稔・注2文献(上巻)・二〇三頁。

(8) 野村稔・注1文献(上)・八五頁。

(9) 野村稔・注2文献(上巻)・二〇一頁。

(10) 野村稔・注3文献・四〇三―四〇四頁。

(11) 野村稔・注2文献(上巻)・二〇一頁。

(12) 野村稔・注2文献(上巻)・二〇一頁。また、野村稔・注1文献(上・下)「法学セミナー四一四号(一九八九年)八一頁以下、四一五号(一九八九年)一〇二頁以下を参照。」

D 「正犯の背後の正犯」説——大久保隆志氏の見解——

① 共謀共同正犯の単独正犯性の探究 「間接正犯類似説の登場によって共謀共同正犯をめぐる論争は新局面を迎えたにも拘わらず、なお共謀者の正犯性の論証に必ずしも成功したとは言いがたい」のであるが、「共謀共同正犯の正犯性を共同正犯という(広義の)共犯の方向へではなく、むしろ単独正犯の方向へ徹底することを目指した。幸いドイツにおいては、いわゆる正犯の背後の正犯の理論が議論せられているところから、これを利用して共謀者の間接正犯性を導き得るのではないかと考え、若干我国の議論とクロスさせてみたわけである。」⁽¹⁾

② 共謀者の間接正犯性 「共謀者を間接正犯として説明する方法を検討する所以は、この方法によれば、判例上極めて広範に肯定されている共謀共同正犯の拡張に歯止めをかけ、共謀者の正犯性の範囲を間接正犯となし得る限度に止めると共に、その他の共謀者を教唆、幫助と構成して黒幕処罰という本来の目的を達成しつつ、正犯と共犯との限界を明確にすることが出来ると思われる点にある。」⁽²⁾

③ 故意ある正犯的道具 「実行行為を行わない共謀者を間接正犯とする道の一つは、故意ある幫助的道具(doloses Gehilfen Werkzeug)を利用した背後者の正犯性の肯定である。故意ある幫助的道具とは、故意をもって構成要件を実現しながら正犯者意思若しくは自己のためにする意思を欠くために他人の道具とされる者であるが、

一般には主観的共犯論の立場から主張されている。⁽³⁾しかし、「この理論を採用すれば共謀共同正犯における共謀者を間接正犯とする余地が生ずるが、故意ある幫助的道具理論を適用した当然の結果として直接実行担当者たる単なる幫助犯となり得るのみである。そこで共謀共同正犯の理論と同じ結論を得るためには、直接実行者の正犯性をも認め得る理論構成をしなければならない。その意味で故意ある幫助的道具の理論を更に一步進めて、『故意ある正犯的道具』による間接正犯が認められ得るか否かの検討が必要となる」のであり、それは、「故意ある幫助的道具の理論は成立史的にみればそもそも主観説の産物とされており、且つその主観説は現在においては、ドイツ新刑法第二五条第一項との関係で支持し難いとされているから、この理論を一步進めた『正犯の背後の正犯』の理論も又認め難いのではないかと疑問がある」⁽⁴⁾からである。

④ 正犯の背後の正犯の類型 共謀共同正犯の正犯性を「(広義の)共犯」の方向ではなく、「単独正犯」の方向へと徹底して「正犯の背後の正犯の理論」を利用して「共謀者の間接正犯性」を導き出そうとするとき、「理論的にみれば正犯の背後の正犯は主観説からのみ認められ得るものではなく、行為支配概念の理解如何によっては行為支配説からも認め得るとする有力な論者も存在するのである。従って正犯の背後の正犯を故意ある幫助的道具の理論とは別異の観点から明らかにすることも十分に考えられる」⁽⁶⁾。

そして、「正犯の背後の正犯の具体例として挙げられるところ」は、「大体以下の四類型に大別せられる」⁽⁷⁾。

第一の類型は、「責任阻却事由の限界領域」における行為者の利用⁽⁸⁾による場合であり、「直接実行者は形式的には責任を阻却されないが、実質的には阻却されるのと類似の状況にある場合」である。この類型には、具体的には、まず、⑦「責任能力の限界領域」にある行為者の行為を利用する場合⁽⁸⁾があり、この場合における「心理的・性的隷属は実行担当者の是非弁別能力の欠缺を意味しない。その精神的活動能力には何らの障害もないのであ

るから、その限りでは犯罪実行の謀議を阻害する事由は見出すことが出来ない。ただ共謀の形態において、被利用者の心理的隷属性の故に実行の合意形成と実行担当者の決定とが殆ど一方的に命令的形式によってなされるという特徴があるにすぎない。⁽⁹⁾次に、①「刑事未成年の限界領域」にある者の行為を利用する場合」があり、この場合は、「教唆で何らの不都合もないと思われるが、仮に間接正犯が可能であるとすれば共謀関係が成立し得ることに異論はあるまい。⁽¹⁰⁾」また、②「過剰防衛の限界領域」にある者の行為を利用する場合」があり、この場合においても、「甲が乙を殺害するために、乙に対し丙の困惑による過剰的防衛行為を予想して丙への攻撃をそのかし、乙が丙に対し攻撃したところ、甲の予想通りに丙が困惑による過剰的防衛行為に出て乙を殺害したという場合には共謀関係は存在しないが、甲が乙を殺害するために、乙に対して丙を攻撃するようにそのかし乙が丙への攻撃を開始したところ、甲が困惑に陥った丙と連絡協議して丙に乙の攻撃に対する過剰的防衛行為を行わせ、よって丙をして乙を殺害せしめるといふ場合には、甲丙間の共謀関係を認めることが一応可能であろう。⁽¹¹⁾」また、③「緊急避難の限界領域」にある者の行為を利用する場合」があり、「この場合における被強制者は責任が阻却されないのだから、指示や命令に対して拒絶の事由が無かつたとは言いがたい。それで、少なくともその自由の限度においては犯罪実行の合意が成立し得、その範囲において共謀関係が成立しうるのである。⁽¹²⁾」そして、④「避け得る禁止の錯誤に陥った者を利用する場合」があり、「共謀における協議は構成要件該当事実に関するもので足り、かつ避け得る禁止の錯誤は、責任説に立つ限りせいぜい責任の軽減にとどまり、構成要件該当事実の協議には何ら影響がないから、その錯誤が共同者甲・乙双方にある場合、一方のみにある場合、いずれも共謀の成立を考え得る。しかしながら甲・乙ともに錯誤があるときには間接正犯は成立しない。⁽¹³⁾」

第二の類型は、「上司関係の濫用」の場合、特に違法命令の場合であり、この場合における実行担当者は、「一種

の誤想緊急避難に類する状態」にあり、「正当化事由の錯誤に陥っていることになる」が、「事実上は大部分の構成要件該当事実の認識、認容が存するのであって、その限りにおいてなお共謀関係の成立は可能である」のであって、「部下の心理過程は強制による間接正犯と同様である。」⁽¹⁴⁾

また、第三の類型は、「具体的行為の意味に関する錯誤」の場合である。この類型には、具体的には、まず、㉗「人の錯誤の誘発の場合」であり、「ドーナ・ケースについては、殺害者Aと本来狙われていたFとの間に意思の連絡すらないのであるから共謀関係はそもそも考えられない。」⁽¹⁵⁾次に、㉘「刑を加重するような行為事情についての欺罔」を利用する場合があり、「共謀には具体的で詳細な協議は必ずしも必要ではなく、実行の決意のみの連絡協議で足りるとされるのであるから、例えば、乙が正義感に燃えてAを殺害せんとしていることを甲が乙と協議中に認識し、下劣な動機を抱いて協議を継続することによって乙を実行担当者にするという場合は十分考えられる。」⁽¹⁶⁾さらに、㉙「『量化可能な不法又は責任の程度についての欺罔』を利用する場合」があり、「より大きな不法の実現については背後者が主人であるから、彼は正犯を利用した間接正犯になる。」⁽¹⁷⁾

最後に、第四の類型は、「組織的権力機構による支配」を利用した場合であり、「背後者が——大抵は国家的に組織された——人的『機構』を意のままにし、その助けをかりて、実行者の決意に委ねる必要なく、自己の犯罪を實現し得る」場合であって、直接実行者は「自手的行為支配」の故に正犯であるが、「背後者も、直接的実行行為からの近接性の喪失を機構の指導的地位に基づく常に増大的な組織的支配の量によって補うことにより間接正犯たり得るとされる。」すなわち、「このような機構は、命令者が下命すればその指示が順次下降して具体化され結果に向かつて作動する一種の機械であるから、機構の頂点に立つ命令者は直接の実行担当者と面識がないのはもちろん、氏名も知らずその存在すら知らないかもしれない」が、「判例の立場によれば、順次共謀も肯定せられるから、共

謀者のうちの少なくとも一部分については組織的権力機構を利用した間接正犯が成立し得るものと思われる。⁽¹⁸⁾

こうして、「正犯の背後の正犯の具体例たる四つの類型は殆ど共謀共同正犯の成立範囲内に包摂され得ることが明らかとなる。かくて以上検討した限度に於いて、いわゆる共謀共同正犯の理論によらずなお共謀者を正犯とすることが可能となるのである。⁽¹⁹⁾」

⑤ 共謀の概念 共謀の概念について、「共同犯行の認識とする立場は、共謀とは共同実行の意思であるとし、更にこれを『意思の連絡』と同視することによって共謀共同正犯と実行共同正犯とを同構造と考え、共謀者を当然に正犯であるとする」のに対し、「共謀とは合意に達するための協議であるとする立場」があり、「具体的な犯行について、方法を画策するとか、実行担当者を定めるとかの行為」とされる。⁽²⁰⁾

しかし、「共謀は謀議行為とその結果たる合意とから成立するというのがより適切」であり、「共謀とは、①合意に至るまでの日時、場所、方法などの協議検討（共同謀議行為）と②その結果たる具体的内容に関する確定的意思の合致（合意）との総合である。」⁽²¹⁾ 具体的には、「構成要件に該当する具体的事実の主要部分に関する協議とこれに基づく合意の形成があれば十分である」⁽²¹⁾。

⑥ 重要な役割 「共謀共同正犯が成立するためには、このような『意思の連絡』が充たされただけでは不十分であって、被告人の果たした役割が『重要な役割』であること又は意思連絡の内容が謀議に足りるものであることを要する。⁽²²⁾」その点、最高裁判成一五年決定は、「①スワットらは被告人 X 警護のために終始 X の近辺にいて X と行動をともししていたこと」、「②スワットらに指揮命令権限を有している X の地位」、「③スワットらによって警護を受けている X の立場」を「謀議と切り離された『重要な役割』を認定するための間接事実とみたものと解することもできるが、他方、謀議を主観的要件とし謀議参加のみをもって共同正犯が成立することを前提にした上、①②

③を謀議自体を認定するための間接事実とみて、謀議の成立自体に絞りをかけたものと解することもできないわけではない⁽²⁴⁾と思われる。」

- (1) 大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察（二・完）」大阪市立大学・法学雑誌二八巻二号（一九八二年）二九二頁。
- (2) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二六四～二六五頁。
- (3) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二六八頁。
- (4) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七二頁。
- (5) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二九二頁参照。
- (6) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七二頁。
- (7) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七五頁。以下の四つの類型についての詳細は、大久保隆志・注1文献（二・完）・二七五～二七九頁、二八〇頁参照。
- (8) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七五頁、二八七頁参照。
- (9) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七五頁、二八七頁参照。
- (10) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七六頁、二八七頁参照。
- (11) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七六頁、二八七頁参照。
- (12) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七六頁、二八七頁参照。
- (13) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七六頁、二八七～二八八頁参照。
- (14) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七六～二七七頁、二八八～二八九頁参照。
- (15) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七八頁、二八九頁参照。「ドーナ・ケース」とは、Fは、Aが自分を待ち伏せして殺そうとしていることを知り、自己の敵Lをこの機会に殺害せんと決意してLにAが待ち伏せしている場所へ行かせ、AがLをFだと誤認して射殺することをFが利用したという事例、すなわち、背後者が、実行正犯者の錯誤を利用して自己の犯罪を実現する形態である。大久保隆志・注1文献（二・完）・二七八頁参照。
- (16) 大久保隆志・注1文献（二・完）・二七七～二七八頁、二八九頁参照。

- (17) 大久保隆志・注1文献(二・完)・二七七頁、二八九頁参照。
- (18) 大久保隆志・注1文献(二・完)・二七八頁、二八九頁、二九〇頁参照。
- (19) 大久保隆志・注1文献(二・完)・二九〇頁。
- (20) 大久保隆志・注1文献(二・完)・二八二頁、二八三頁参照。
- (21) 大久保隆志・注1文献(二・完)・二八四頁、二八五頁参照。
- (22) 大久保隆志・平成一五年重要判例解説(二〇〇四年)一六一頁。
- (23) スワット事件・最決平成一五・〇五・〇一刑集五七・五・五〇七、判時一八三二・一七四、判タ一三三・一一一。
- (24) 大久保隆志・注22文献・一六一頁。

(3) 特徴

以上、実質的正犯性具備説として、相互利用・補充関係説を主張する大谷實氏の見解を、「自己の犯罪」説を主張する松本時夫氏の見解と前田雅英氏の見解を、教唆正犯説を主張する野村稔氏の見解を、そして、「正犯の背後の正犯」説を主張する大久保隆志氏の見解を紹介してきた。

以下では、この実質的正犯性具備説の特徴を指摘してみたい。

- ① 実行行為遊離論 実質的正犯性具備説の特徴として、まず指摘しなければならないのは、この説の論者が(共同)正犯概念を規定するにあたって実行行為の概念から解放する実行行為遊離論を採っている点である。

この点、「問題となるのは実行行為を分担していない共謀者と無形的幫助の区別」が問題となるが、「形式的に実行行為を行ったか否かで両者を分けることは困難である」という論述や、「共同正犯の全員が実行行為の一部分を必ず行うとは限らない」のであり、「実行の分担は共同正犯の必須の要件ではない」という論述、また、「正犯と

は、自己の犯罪を実現する意思で犯罪構成要件を実現し、これにつき自ら責任を負担する者であり、必ずしも自ら実行行為を行う必要はない」し、「現行刑法の規定からは、実行行為を正犯のメルクマールとしていることは明らかであるが、しかし、刑法がこのような実行行為を中心に据えた正犯概念のみを前提にしていると考えるべきものではないことは、刑法が依拠する個人責任の原則とそれに基づく諸規定に沿うものである」という論述に端的に表現されている。さらに、「正犯の背後の正犯の具体例たる四つの類型は殆ど共謀共同正犯の成立範囲内に包摂され得ることが明らかとなる。かくて以上検討した限度において、いわゆる共謀共同正犯の理論によらずなお共謀者として正犯とすることが可能となる」という論述には、実行行為を行わない背後者の（間接）正犯性そのものが探究されているという意味で、正犯概念の実行行為の遂行からの解放が正面から志向されていると考えることができる。

② 共同正犯の実質的正犯性 実質的正犯性具備説が正犯概念を実行行為概念から解放するのであれば、それに代わる正犯概念の内実が問われることになるのは不可避であり、正犯概念の新たな基軸要素を示す必要がある。この、実行行為概念に代わる正犯性の基軸要素が実質的正犯性具備説の特徴の一つにもなっているからである。

この点、相互利用・補充関係説の論者は、「二人以上の者が共同して犯罪を實行しようとする意思のもとに、お互いに利用し補充し合つて、いわば各自の行為が一体となつて犯罪の遂行に結びついたから正犯とされる」と論述し、「共同実行の意思のもとに共同者が相互に他人の行為を利用し補充し合うところ」に正犯性の根拠があるとしている。また、「自己の犯罪」説の論者は、「共謀共同正犯が正犯たりうるのは、『共謀』を通じて、相互の利用関係と依存関係を設定することにより、他人の行為を自己の手段すなわち実行行為と化すこと」、つまり、「共同実行正犯における同じく、相互の利用関係と依存関係が本質と考えられる」とし、「『一部実行すら行っていないのに共同正犯性を認める根拠』である共謀の認定は、実質的に共同正犯と評価できるだけの関与をしたかの吟味であ

り、それは、『最終的に大きな利益を享受したのか』等により判断される主として自己の犯罪として行ったかという共同正犯性の判断と、実際には重なる⁽⁸⁾と論述している。この点、教唆正犯説の論者は、「正犯とは、自己の犯罪を実現する意思で犯罪構成要件を実現し、これにつき自ら責任を負担する者であり、必ずしも自ら実行行為を行う必要はない⁽⁹⁾」ところ、「教唆者は他人の決意に基づく違法行為を通して構成要件を実現するものであり、教唆行為も正犯と同じく構成要件の実現（正犯結果）と因果性を持つ⁽¹⁰⁾」ものであり、「教唆犯が正犯の刑を科されるのも、その違法内容が正犯のそれと同じだからである」と論述しており、正犯と異ならない構成要件実現の違法内容に教唆犯の正犯性を求めている。さらに、「正犯の背後の正犯」説の論者にあつては、「幸いドイツにおいては、いわゆる正犯の背後の正犯の理論が議論せられるところから、これを利用して共謀者の間接正犯性を導き得るのではないかと考え、若干我国の議論とクロスさせてみたわけである⁽¹¹⁾」という問題意識のもと、実行行為を分担しない背後の共謀者の（間接）正犯性を考究することが志向されている。

このように、実質的正犯性具備説において、正犯性の基軸要素は論者によって異なるけれども、いずれも実行行為概念に代わる正犯性概念の基軸要素が考究されているのである。

③ 一部実行全部責任の法理の溶解 実質的正犯性具備説が実行行為概念から正犯概念を遊離させ、それに代わる正犯性の基軸要素を考究するということは、一部実行全部責任の法理が共謀共同正犯を軸にした共同正犯の処罰根拠論へと溶解していくことを意味する。すなわち、一部実行全部責任の法理は、周知のように、共同者が少なくとも実行行為の一部を分担する実行共同正犯を根拠づける原理である。しかし、共謀共同正犯の理論を肯定する以上、実行共同正犯と共謀共同正犯の双方を包摂する共同正犯の処罰根拠論が必要となるのであり、それは、実行行為の一部・全部を分担する実行共同正犯の正犯性よりも広く、実行行為を全く分担しない単なる共謀者の正犯性

を積極的に根拠づけるもの、すなわち、共謀共同正犯の正犯性を根拠づけるものでなければならず、それは、まさに共謀共同正犯の処罰根拠論へと収斂されるのである。

この点、相互利用・補充関係説の論者にあつては、共同正犯が「正犯」とされるのは、「共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用・補充し合つて犯罪を実現すること」にあり、「犯罪を共同して遂行するという合意(共謀)に基づき、相互に他人の行為を利用・補充し合い、その結果として犯罪を実現した以上、実行行為を分担する場合であると実行行為に向けて行為を共同する場合であるとを問わず、すべて『正犯とす』べき」なのである(12)という論述に、また、「自己の犯罪」説にあつては、「実行行為を分担しなかつた者であつても、犯行の計画立案、あるいは利得の分配などからみると、まさにその者の行った犯罪として、社会的には犯行の主体とみられる場合も多々ある(13)」という論述や、「二人以上の者が一の犯罪に関与し、かつ、そのうちに実行行為に当たつた者と実行行為を分担しなかつた者がいながら、社会的には関与者全員がその犯行の主体であると観念され、また、関与者自身においても当該犯罪は互いに協力して遂行したものである」という意識を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実存在する(14)という論述、さらに、「六〇条の『共同して犯罪を實行した者』には、実行行為を一切分担しなかつた者も含まれる」のであり、「政策的に正犯の処罰範囲を拡張する共同正犯の場合に、常に共同実行行為が客観的に必要だとするのは不合理である(15)」という論述に、実行共同正犯を包摂する共謀共同正犯の処罰根拠論が展開されていると解することができる。

これに対し、教唆正犯説の論者にあつては、六〇条は実行共同正犯の規定で、一部実行全部責任の法理に係る条文であるのに対し、共謀共同正犯は「正犯の一態様としての教唆犯」であり、六一条が適用されるといふ見解に立っている。しかし、この論者は、「個人責任の立場から他人の行為による結果についても責任を負う理由は、行為

者が自己の犯罪を実現する際に、その所為計画の中に他の規範的障害となる行為者の行う実行行為の全部またはその一部を予定・計算に入れて、実行行為の全部またはその一部を行ったからである。この場合には、行為者が予定・計算に入れた他の者の行った行為の結果を引き受ける意思をもっていたことに基づいて、他人の行為についても責任を負担する⁽¹⁶⁾という構造を提示しているが、これは、実行共同正犯と共謀共同正犯(正犯としての教唆犯)の双方に共通するものとして提示されているのである。

④ 共謀の重要性 実行行為を分担しない単なる共謀者の共同正犯性を根拠づけるものは、共謀(謀議)だけである。ということは、共謀共同正犯にとって共謀が共同正犯性の中核的な要素となっており、この点は、共謀共同正犯の理論を肯定する以上、当然の特徴ともいえる。

この点は、実質的正犯性具備説の論者にあっても、例えば、「謀議は、相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯罪意思を実現するために行われる」のであるから、「実行に準ずる重要な役割を果たす性質のもの」でなければならず、「謀議によって相互に相手方の行為を利用・補充し合う実質的な相互利用・補充関係が各当事者間に形成されること」を要し、「謀議によって、実行者の行為と同程度の重要な役割を演ずるといふ対等な関係、または、実行者をみずからの代行者として実行行為の遂行を引き受けさせ、それに基づいて犯罪を実行させるという支配関係が形成されることを要する」のであり、「共謀は、実行行為に準ずる罪となるべき事実にはかならず、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⁽¹⁷⁾」という相互利用・補充関係説の論者の論述に表れている。また、「共謀共同正犯が正犯たりうるのは、『共謀』を通じて、相互の利用関係と依存関係を設定することにより、他人の行為を自己の手段すなわち実行行為と化すことにある⁽¹⁸⁾」、あるいは、「共謀共同正犯を認めるためには、客観的に、共謀に参加した者の誰かが実行に着手したことを前提に、実行行為を分担したと評価できるだけの謀議

の存在と共謀者内での地位が認定されなければならない。「共同実行性」が認められるだけの重要な役割を果たし
 否かが、謀議の内容・関与者間での力関係、その後の行為なども勘案して客観的に判断される」、「共同正犯にと
 って最も重要な意思の連絡は、共謀が認定できるのであれば別個に吟味する必要はほとんどない⁽¹⁹⁾」という「自己の
 犯罪」説の論者の論述に、共謀共同正犯における共謀の重要性が端的に表現されている。この点は、「正犯の背後
 の正犯」説の論者にあつても同様で、やはり共謀の重要性が指摘されている。というのは、この論者においても、
 直接実行者を直接正犯と解しつつ、実行行為を行わない背後者をなお「間接正犯」として共謀共同正犯の成立範囲
 内に包摂するために、そこに何らかの「共謀関係」が存在しなければならぬとするが、「責任阻却事由の限界領
 域」(第一類型)・「上司関係の濫用」(第二類型)・「具体的行為の意味に関する錯誤の利用」(第三類型)及び「組
 織的権力機構の利用」(第四類型)において、「犯罪実行の合意」・「構成要件該当事実の協議」・「連絡協議」・「順次
 共謀」など何らかの「共謀関係」の存在を肯定することができれば、その限度において「共謀者の間接正犯性」を
 認めることができる⁽²⁰⁾と論述しているからである。

他方、教唆正犯説の論者にあつては、共謀共同正犯は正犯の一類型である教唆犯に包摂されることになるので、
 「共謀」は教唆者の教唆行為及び教唆犯の故意に集約されることになるが、この論者が、「自由な意思に基づいて他
 人の行為を自己の行為の延長として予定・計算に入れてある目的を実現しようとした場合」は、「その行為の結果
 を引き受ける意思」に基づいて、「その他人の行為から生じた結果をも含めてその実現した結果全体につき責任を
 負担する」のであり、「行為者の意思内容に応じた法律効果を認める意思表示制度・法律行為制度と趣旨は同じで
 ある⁽²¹⁾」と論述するとき、それは教唆犯(共謀共同正犯)における「被教唆者の行為及びその結果を引き受ける意
 思」の重要性を指摘するものと解することができる。

⑤ 心理的因果性の重視 共同正犯、特に共謀共同正犯において、実行行為を分担しない単なる共謀者の（共同）正犯性を「実行行為に準ずるほどに重要な共謀（謀議行為）」・「共同正犯にとつて最も重要な意思の連絡」に求めることの結果として、その心理的因果性が重視されることになるのは必然であり、これは共謀共同正犯の理論を肯定する場合には当然といえよう。

例えば、「実行行為を担当していない共謀者が『正犯』として扱われるのは、他人の意思を媒介としているとはいえ、共同加功のもとに自らも他人の意思と同化し、互いにその行為を利用し補充し合つて、共通の目的である犯罪を共同者全員の意思で実現したとみられるからです」という相互利用・補充関係説の論者の論述や、「共同正犯が関与者相互の心理的影響を重視して自らの惹起しない結果をも帰責させるものである以上、強い心理的因果性を根拠に、実行行為の一部をも行わなかった者に客観的行為を帰責することは十分可能である」、あるいは、「共謀という強い心理的関係を要求することにより、『一部行為の全部責任』を基礎づけ得る」という「自己の犯罪」説の論者の論述にもうかがうことができる。

この点は、教唆犯を正犯の一態様と解し、共謀共同正犯を正犯としての教唆犯の類型に包摂する教唆正犯説の論者においても同様であり、教唆行為は「被教唆者に一定の犯罪行為を実行する決意を生じさせるものでなければならない」とし、「他人の何らかの意味で違法な行為を利用して自己の犯罪を実現しようとする意思が発現する行為であればたりる」と論述しており、教唆行為の心理的因果性を当然の前提にしている。この点は、「正犯の背後の正犯」説にあつても同様であり、共謀共同正犯の理論を正面から認めるものではないけれども、「共謀者の間接正犯性」を検討する際に、「直接正犯者との共謀関係の存在」が探求されている点にその趣旨を看取することができる。

⑥ 刑法六〇条の解釈 すでに指摘したように、実質的正犯性具備説の論者がいずれも、正犯概念を実行行為概念から遊離させることに伴って、刑法六〇条の解釈もその方向が定まることになる。

例えば、「共同者は必ずしも実行行為を分担する必要はなく、二人以上の者が共同意思のもとに共同して実行行為が行われれば足りる」⁽²⁸⁾、つまり、刑法六〇条の規定は、「共同実行の事実と共同実行の意思があるかぎり『皆正犯とす』る趣旨であり、したがって、そこには『実行共同正犯』と『共謀共同正犯』の二つの態様が包括して規定されている」⁽²⁹⁾という論述や、「六〇条の『共同して犯罪を實行した者』には、実行行為を一切分担しなかつた者も含まれる」のであり、「『共同して実行した』とは、実行行為が『共同のもの』と評価できることであり、共同の意思に基づいて誰かが実行した場合を当然含む」⁽³⁰⁾という論述に六〇条の解釈が端的に表現されており、共謀共同正犯の理論を肯定する条文上の根拠となっている。

これに対し、教唆正犯説の論者は、刑法六〇条は、「少なくとも実行行為の一部を自ら行っている」実行共同正犯の規定であり、これは「単独犯の部分と教唆犯の部分の融合した犯罪実現態様」・「単独犯の部分と予定・計算に入れた他の規範的障害となる者の行為に対する教唆犯との複合形態」⁽³¹⁾であるのに対し、実行行為を分担しなかつた単なる共謀者の場合には、「単独正犯の部分がなく、したがって、単独正犯と教唆犯との複合形式としての共同正犯ではないが、正犯の一態様としての教唆犯である」⁽³²⁾と論述しており、論者は、従来の支配的見解と同じく、現行刑法の規定が「実行行為を正犯性のメルクマールとしていることは明らか」⁽³³⁾という認識を前提にして、六〇条は実行共同正犯のみを規定するものと解釈している。

⑦ 共同正犯と従犯との区別 実質的正犯性具備説の論者が正犯概念を実行行為概念から遊離させ、実質的な正犯性の要素を考究することに伴い、改めて共同正犯と(教唆犯・)従犯との区別が問われることになる。

この点、相互利用・補充関係説の論者は、「実行行為を分担していない共謀者と無形的幫助の区別」において重要なのは、「形式的に実行行為を行ったか否か」ではなく、「共同実行の意思のもとに、相互利用・補充の關係において行為したかどうか」であり、「共謀共同正犯の要件を満たしているかどうかを中心⁽³⁴⁾に解決すべきである」と論述し、また、「自己の犯罪」説の論者は、少なくとも現在においては、実務上、「共謀共同正犯と認めるべきか、あるいは教唆犯、幫助犯その他といふべきか」という判断の基準⁽³⁵⁾は、「端的にいつて、実行行為を分担しなかつた者にとつて当該犯罪が『自己の犯罪』か『他人の犯罪』かということ⁽³⁵⁾」であり、具体的には、「関与者の主観面（正犯として行為する意思を認定できるか否か）、犯罪行為全体における役割の實質的重要性と犯罪によつて生じる『利益』が誰に帰属するか等を中心に、自己の犯罪か否かが吟味される⁽³⁶⁾」と論述しており、それぞれその立場を一貫させている。

- (1) 大谷實・刑法講義総論（新版第四版・二〇一二年）四四六頁。
- (2) 前田雅英・刑法総論講義（第六版・二〇一五年）三四二～三四三頁参照。
- (3) 野村稔・刑法研究上巻（二〇一六年）二〇〇頁、二〇一頁参照。
- (4) 大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察（二・完）」大阪市立大学・法学雑誌二八巻二号（一九八二年）二九〇頁。
- (5) 大谷實・注1文献・四〇九頁、大谷實・刑法総論の重要問題（新版・一九九〇年）三八六頁参照。
- (6) 大谷實・注1文献・四〇九頁参照。
- (7) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌三一巻三号（一九九一年）三二七頁参照。
- (8) 前田雅英・注2文献・三五三頁。また、前田雅英・刑法総論講義（第五版・二〇一一年）四九三頁参照。
- (9) 野村稔・注3文献（上巻）・二〇〇頁。
- (10) 野村稔・刑法総論（補訂版・一九九八年）四一三～四一四頁、野村稔・注3文献（上巻）・二〇二頁参照。
- (11) 大久保隆志・注4文献（二・完）・二九二頁。

- (12) 大谷實・注1文献・四二九頁参照。また、大谷實・注5文献・三八四頁参照。
- (13) 松本時夫・注7文献・三一四頁。
- (14) 松本時夫・注7文献・三一五頁。
- (15) 前田雅英・注2文献・三五二頁参照。また、前田雅英・注8文献・四九〇頁参照。
- (16) 野村稔・注3文献（上巻）・二〇〇～二〇二頁。
- (17) 大谷實・注1文献・四三〇～四三二頁、大谷實・注5文献・三九〇～三九二頁参照。
- (18) 松本時夫・注7文献・三二七頁。
- (19) 前田雅英・注2文献・三五二～三五三頁参照。
- (20) 大久保隆志・注4文献（二・完）・二八六～二九〇頁参照。
- (21) 野村稔・注3文献（上巻）・一九八～一九九頁参照。教唆犯の成立要件については、野村稔・注10文献・四一六～四一七頁参照。
- (22) 大谷實・注1文献・四三〇頁。
- (23) 前田雅英・注2文献・三五三頁。
- (24) 大谷實・注5文献・三八六頁。
- (25) 前田雅英・注8文献・四九〇頁。
- (26) 前田雅英・注2文献・三五二頁。論者は、「共同正犯も共犯の一種であると考えれば、幫助犯で認められる程度の緩やかな心理因果性で処罰を基礎付け得る」けれども、「狭義の共犯とは明確に区別し、他者との共同を条件に正犯のメルクマールである実行行為を緩め、一部行為の全部責任を認める共同正犯の最外枠としての『許容し得る共謀共同正犯概念』を探索すべきである」（前田雅英・刑法の基礎総論（一九九三年）三四一～三四二頁）、「共謀共同正犯論を肯定する」ということは、共謀という強い心理的因果性を要求することにより、形式的な共同実行を不要とする共同正犯を認めることを意味する。」（前田雅英・注26文献・三四三頁）とも論述している。
- (27) 野村稔・注10文献・四一四～四一八頁参照。
- (28) 大谷實・注1文献・四二八頁。

- (29) 大谷實・注5文献・三八六～三八七頁。
- (30) 前田雅英・注2文献・三五二頁。
- (31) 野村稔・注3文献(上卷)・二〇〇～二〇一頁参照。
- (32) 野村稔・注10文献・四〇三～四〇四頁参照。
- (33) 野村稔・注3文献(上卷)・二〇一頁。
- (34) 大谷實・注1文献・四四六～四四七頁参照。
- (35) 松本時夫・注7文献・三一八頁参照。
- (36) 前田雅英・注2文献・三八五頁、三八六頁参照。

(4) 論者の相違点

① 正犯性・共犯性 すでに指摘したように、実質的正犯性具備説は、(実行・共謀)共同正犯が正犯であることを前提としている。

この点、「自己の犯罪」説の論者が、「正犯とは、自ら実行行為を行い結果を惹起した者である」が、「正犯の客観面は、自らの手で実行行為を行うこと、ないしそれと同視できることである。個々の構成要件の特徴を考慮しつつ、実質的に『その罪を自己の犯罪として行った』⁽¹⁾といえる場合が正犯である。そして、主観的には、正犯者としての『故意』が必要である」と論述し、この説の別の論者が、「実行行為を分担しなかった者であっても、犯行の計画立案、あるいは利得の分配などから見ると、まさにその者の行った犯罪として、社会的には犯行の主体と見られる場合も多々ある」⁽²⁾のであって、「実行行為に当たった者と実行行為を分担しなかった者がいながら、社会的には関与者全員がその犯行の主体であると観念され、また、関与者自身においても当該犯罪は互いに協力して遂行し

たものという意識を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実に存在するのである⁽³⁾と論述するのは、(実行・共謀)共同正犯の正犯性を認めることの表明である。また、共謀共同正犯を正犯の一類型としての教唆犯に包摂する教唆正犯説の論者が、「教唆者は他人の決意に基づく違法行為を通して構成要件を実現するものであり、教唆行為も正犯と同じく構成要件の実現(正犯結果)と因果性を持つものである。教唆犯が正犯の刑を科されるのも、その違法内容が正犯のそれと同じだからである⁽⁴⁾」と論述するのは、教唆犯に包摂される共謀共同正犯の正犯性を強調するものである。この点、「正犯の背後の正犯」説の論者は、共謀共同正犯の枠組みに代えて「共謀関係を媒介とした間接正犯性」の枠組みが用いられているけれども、単なる共謀者(背後者)に(間接)正犯性を看取しようとする点では同じ志向にあるといえる。

しかし、同じ実質的正犯性具備説にあっても、相互利用・補充関係説の論者は、共同正犯は正犯性とともに共犯性をも備えていると強調している。論者は、刑法六〇条の共同正犯には「実行共同正犯と共謀共同正犯の二つの類型」が含まれており、「特に共謀共同正犯は、実行行為それぞれ自体は行っておらず、実行者という他人の意思を媒介として犯罪を実現する場合ですから、正犯というよりむしろ共犯に近い性質をもっている⁽⁵⁾」けれども、刑法六〇条の規定により、「教唆犯や幫助犯と異なり、共同正犯の場合は共犯者全員が単独正犯と同じ扱いを受ける」のである。「共同者は、みずから構成要件を実現する意思は有しているが、他人の実行行為と共同し、それを通じて犯罪を実現する点で、正犯の面と共犯の面を併せもっている⁽⁶⁾」と論述しているのである。ここでは、共同正犯は正犯性と共犯性とを併せ持つ犯行形態であるが、刑法六〇条により、「共犯の態様の者を正犯として扱う」意味から、「すべて正犯とする」と規定されたのであり、これは、「元来、単独としてみれば正犯とはいえない場合でも、『正犯』の扱いをするという趣旨」にほかならないのであり、「共謀共同正犯は、まさに六〇条を形式的根拠とするもの⁽⁷⁾」

との認識が示されている。

② 実行行為概念からの距離 また、実質的正犯性具備説は、すでに指摘したように、(共同) 正犯概念を規定するにあたって実行行為概念から遊離しようとする点に特徴がある。しかし、この説にあっても、実行行為概念からの距離には遠・近の微妙な相違が見てとれる。

例えば、相互利用・補充関係説の論者が、「犯罪を共同して遂行するという合意(共謀)に基づき、相互に他人の行為を利用・補充し合い、その結果として犯罪を実現した以上、実行行為を分担する場合であると実行行為に向けて行為を共同する場合であるとを問わず、すべて『正犯とす』べき」と論述するとき、ここでは、「実質的な相互利用・補充関係の形成」が共同正犯の成否を判断する軸となっており、実行行為概念から遠く遊離した共同正犯性の概念が設定されている。しかし、この説においては、「謀議によって各当事者間に実質的な相互利用関係が形成されるのでなければなりません」⁽⁹⁾とか、「謀議が実行に準ずる重要な役割を果たす性質のものでなければならぬ」⁽¹⁰⁾という限定が付されているけれども、(共謀) 共同正犯の成立範囲が相当に拡大しており、共犯性をも包摂した広い統一的正犯方式が採られているようにも思われるのである。

他方、例えば、「自己の犯罪」説の論者が、「二人以上の者が一つの犯罪に関与し、かつ、そのうちに実行行為に当たった者と実行行為を分担しなかった者がいながら、社会的には関与者全員がその犯行の主体であると観念され、また、関与者自身においても当該犯罪は互いに協力して遂行したものという意味を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実に存在する」⁽¹¹⁾と論述するとき、「当該犯罪は関与者全員による共同犯行」という認識が示され、(共同) 正犯において実行行為概念は重要ではないことが強調されており、実行行為概念からの距離は相当に遠いと考えられる。この点、同じ「自己の犯罪」説の別の論者が、「実行の分担は共同正犯の必須の要件ではない」⁽¹²⁾

とし、「共同正犯の全員が実行行為の一部分を必ず行うとは限らない⁽¹³⁾」と論述するとき、同じく、実行行為が概念からの距離は相当に遠いとも考えられる。しかし、その同じ論者が、「実行行為が共同のものと同評価し得れば足りる⁽¹⁴⁾」とし、共謀共同正犯を認めるためには、客観的に、「実行行為を分担したと評価できるだけの謀議の存在と共謀者内での地位」が認定されなければならず、「共同実行性」が認められるだけの「重要な役割」を果たしたか否かが、「謀議の内容・関与者間での力関係、その後の行為なども勘案して客観的に判断される⁽¹⁵⁾」と論述するとき、先の論者とは異なり、単に「関与者全員による共同犯行」という認識にとどまらず、「関与者全員による『共同実行性』を媒介とした共同犯行」という構図が提示されており、実行行為が概念を念頭においた共同実行行為性が考慮されていると解することもできる。それは、この論者が、「正犯とは、自ら実行行為を行い結果を惹起した者である。自己の手により直接実行した者に限らず、『それと同視し得る者』も正犯である⁽¹⁶⁾」とか、「正犯の客観面は、自らの手で実行行為を行うこと、ないしそれと同視できること⁽¹⁶⁾」と論述し、依然として実行行為が概念が正犯性を決める重要な要素の一つであることを認めていることからもうかがうことができるのであり、この論者にとっては、実行行為が概念からの距離は意外と近いのかもしれない。

この点、教唆正犯説の論者は、実行共同正犯は「規範的障害となる他人と共同して実行行為を行い、犯罪構成要件を実現する共同正犯⁽¹⁷⁾」として刑法六〇条の射程であるのに対し、共謀共同正犯は「自らは実行行為は行わないが、規範的障害となる他人の行う実行行為を通じてこれを利用して犯罪構成要件を実現する教唆犯⁽¹⁷⁾」であり「正犯の一態様」であるとし、「教唆者は他人の決意に基づく違法行為を通して構成要件を実現するものであり、教唆行為も正犯と同じく構成要件の実現（正犯結果）と因果性を持つもの⁽¹⁸⁾」であり、「教唆犯の違法内容が正犯のそれと同じだ⁽¹⁸⁾」と論述している。ここでは、教唆犯とされる共謀共同正犯においては、「単独正犯の部分が欠如する単な

る教唆犯」とされていることから明らかなように、実行行為概念からの距離は相当に遠いものとなっている。

他方で、「正犯の背後の正犯」説の論者は、共謀共同正犯の正犯性を「単独正犯」の方向へと徹底し、「正犯の背後の正犯の理論」を利用して「共謀者の間接正犯性」を導き出そうとするのであるが、この「正犯の背後の正犯」の構造においては、直接実行者の正犯性を認めつつ、これを利用する背後の共謀者の(間接)正犯性を論証することに主眼があることからすると、単独正犯における実行行為概念の重要性は念頭におきながらも、背後者の実行行為性ではなく(間接)正犯性そのものが重要となつていたのであり、その限りで、(間接)正犯性の概念において実行行為概念からの距離は相当に遠いと考えられる⁽²⁰⁾。

③ 単独正犯現象・共同正犯現象 同し実質的正犯性具備説にあつても、単独正犯現象と共同正犯現象との同質性に着目する立場と異質性を強調する立場とがあるように思われる。

例えば、「正犯とは、自己の犯罪を実現する意思で犯罪構成要件を実現し、これにつき自ら責任を負担する者であり、必ずしも自ら実行行為を行う必要はない。その犯罪構成要件を実現する態様・方法のいかんにより、さらに細分される」のであり、「行為者が自ら実行行為を行い犯罪構成要件を実現する単独正犯」(直接正犯・間接正犯)、また、「自らは実行行為は行わないが、規範的障害となる他人の行う実行行為を通じてこれを利用して犯罪構成要件を実現する教唆犯」、さらに、「規範的障害となる他人と共同して実行行為を行い、犯罪構成要件を実現する共同正犯」が存在するという教唆正犯説の論者の論述⁽²¹⁾には、論者が個人責任の原則を強く志向していることもあつて、単独正犯現象と共同正犯現象との同質性を認める趣旨を看取することができる。また例えば、「共謀共同正犯の正犯性を共同正犯という(広義の)共犯の方向へではなく、むしろ単独正犯の方向へ徹底すること」⁽²²⁾を目指し、「共謀者を間接正犯として説明する方法を検討する所以は、この方法によれば、判例上極めて広範に肯定されてい

る共謀共同正犯の拡張に歯止めをかけ、共謀者の正犯性の範囲を間接正犯となし得る限度に止め、「正犯と共犯との限界を明確にすることが出来ると思われる点にある」という「正犯の背後の正犯」説の論者の論述には、まさに共謀共同正犯現象を単独正犯現象へと収斂させようとする志向が強く表れている。

他方、実質的正犯性具備説の論者にあつても、単独正犯現象と共同正犯現象との異質性を強調する立場もある。例えば、「二人以上の者が共同して犯罪を實行しようとする意思のもとに、お互いに利用し補充し合つて、いわば各自の行為が一体となつて犯罪の遂行に結びついたから正犯とされる」共同正犯は、「正犯と共犯の中間」に属し、「正犯の面と共犯の面を併せもつている」という相互利用・補充関係説の論者の論述は、共同正犯現象は単独正犯現象とは異質の要素が含まれていることを承認するものである。但し、この論者は、その論述の表現が示す通り、正犯性と共犯性の「併有・併存」と解しているようであるが、後に触れるように、それだと共謀共同正犯の正犯性を根拠づけることはできないので、論者にあつても、それは正犯性と共犯性の「溶融的な結合」である必要がある。また例えば、「社会的には関与者全員がその犯行の主体であると觀念され、また、関与者自身においても当該犯罪は互いに協力して遂行したものである」という意識を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実に存在する」という「自己犯罪」説の論者の論述、あるいは、共同正犯の意義は「共同しなければ帰責されない他人の実行行為・結果が帰責される点」にあり、それは、「共同正犯は、単独正犯と共犯の中間的性質を持つ」や、さらに、「物理的共同とともに共同正犯者相互に教唆ないし心理的幫助を行つて心理的影響を及ぼし合い、結果發生の蓋然性を高める」という「自己犯罪」説の論者の論述は、単独正犯現象とは異なる共同正犯現象を強調するものであるとともに、それは正犯性と共犯性の「併有・併存」というよりもむしろ「溶融的な結合」と解していると思われる。

④ 共謀の意義　すでに指摘したように、実質的正犯性具備説は、共謀共同正犯の理論を肯定する見解と同じ

く、(共謀)共同正犯における共謀の重要性を強調するとともに、その心理的因果性を重要視している。しかし、実質的正犯性具備説の論者にあっても、共謀の概念については若干の理解の相違があることを指摘しなければならぬ。

例えば、相互利用・補充関係説の論者にあつては、「共謀とは、二人以上の者が特定の犯罪を行うため相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯意を実行に移すことを内容とする相談ないし協議を行い、合意に達することをいう⁽²⁸⁾」と定義していること、また、共謀共同正犯の成立要件として、この「(1)共謀の事実」とは別にさらに、「(2)共同実行の意思(相互に他人の行為を利用・補充し合つて犯罪を實行する意思)⁽²⁹⁾」を要求していることからすると、共謀は「狭義の謀議」ないし「共同謀議行為」を意味しており、その結果得られた「共同犯行の合意」ないし「共同実行の意識」とは区別されているように思われる。しかし、他方で、論者は、「謀議によつて、実行者の行為と同程度の重要な役割を演ずるといふ対等な関係、または、実行者をみずからの代行者として実行行為の遂行を引き受けさせ、それに基づいて犯罪を實行させるという支配関係が形成されることを要する」と論述していること、また、「実行方法の決定が実行者だけでなされている場合」や、「関与の仕方が消極的であり、実行者の指示に従つて行動していたにすぎない場合」、あるいは、「単純な機械的補助行為を分担したにすぎない場合」は、いずれも「共謀があつたとはいえない」と解していることからすると、共謀は「狭義の謀議」・「共同謀議行為」だけでなく、その結果得られた「共同犯行の合意」・「共同実行の意識」をも包含した広い概念と解しているとも考えられる。その点に不明確さはあるけれども、論者にあつては、「共謀は、実行行為に準ずる罪となるべき事実にはかならず、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」と論述⁽³¹⁾していることもあつて、共謀は共同正犯性を肯定するための密度と強度が要求されていることは疑いなくであろう。

この点、「自己の犯罪」説の論者にあつては、共謀共同正犯が正犯たりうるのは、「共謀」を通じて、「相互の利用関係と依存関係」を設定することにより、他人の行為を「自己の手段すなわち実行行為と化す」ことにあり、ここでは、「共同実行正犯」におけると同じく、「相互の利用関係と依存関係」が本質と考えられる⁽³²⁾として、また、「一部実行すら行っていないのに共同正犯性を認める根拠」である共謀は、「実質的に共同正犯と評価できるだけの関与をしたか」の吟味であり、「主として自己の犯罪として行ったか」という共同正犯性の判断と実際には⁽³³⁾重なることと論述されていることからすると、⁽³³⁾共謀に、共同正犯性を肯定するための密度と強度が求められていることは明らかである。しかも、論者が、「自己の犯罪」と「他人の犯罪」とを区分けするためには、「犯行の結果との関与者の関わり合い」だけでなく、「実行に関与した者としなかつた者との人的関係（上下、主従、対等など）、実行に関与するかどうかを決定した事情、財産犯の場合には利得の分配、動機犯の場合には直接又は間接の動機の有無などの状況」も考慮して、「社会一般の常識に照らし、当該犯行が客観的にもその者の行為とみられるときは、まさにその者の『自己の犯行』⁽³⁴⁾なのである」と論述していることからもうかがえるように、共謀共同正犯においては、「共同正犯性」要素と「自己の犯罪」要素とが「共謀」概念によって接合され、これらの概念はほとんど同じ密度と射程範囲が与えられているのではないかと考えられるのである。

(1) 前田雅英・刑法総論講義（第六版・二〇一五年）三三四～三三五頁参照。論者が、共同正犯の正犯性だけでなく共犯性をも考慮している点については、後に触れたい。

(2) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌三一巻三号（一九九一年）三二四頁。

(3) 松本時夫・注2文献・三一五頁。

(4) 野村稔・刑法総論（補訂版・一九九八年）四一四頁参照。

- (5) 大谷實・刑法総論の重要問題(新版・一九九〇年)三八二頁参照。
- (6) 大谷實・刑法講義総論(新版第四版・二〇一二年)三九八頁。
- (7) 大谷實・注6文献・四二八頁、大谷實・注5文献・三八四頁参照。
- (8) 大谷實・注6文献・四二九頁。
- (9) 大谷實・注5文献・三九一頁。
- (10) 大谷實・注6文献・四三〇頁。
- (11) 松本時夫・注2文献・三一五頁。
- (12) 前田雅英・刑法総論講義(第五版・二〇一一年)四七八頁。
- (13) 前田雅英・注1文献・三四三頁。
- (14) 前田雅英・注1文献・三四三頁。
- (15) 前田雅英・注1文献・三五二―三五三頁。また、前田雅英・注12文献・四九一頁参照。
- (16) 前田雅英・注1文献・三四四頁。
- (17) 野村稔・刑法研究上巻(二〇一六年)二〇〇頁参照。
- (18) 野村稔・注4文献・四一三―四一四頁、野村稔・注17文献(上巻)・二〇二頁参照。
- (19) 大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察(二・完)」大阪市立大学・法学雑誌二八巻二号(一九八二年)二九二頁参照。
- (20) ただ、この論者が、「理論的にみれば正犯の背後の正犯は主観説からのみ認められ得るものではなく、行為支配概念の理解如何によつては行為支配説からも認め得るとする有力な論者も存在する」(大久保隆志・注19文献(二・完)・二七二頁)と論述して、行為支配説に親近性を示していることからすると、行為支配説を支持する見解に分類すべきなのかもしれない。しかし、論者には行為支配に関するそれ以上の論述がなかったこともあり、この項で扱うことにした次第である。
- (21) 野村稔・注17文献(上巻)・二〇〇頁参照。この論者が個人責任の原則を強く志向している点については、野村稔・注17文献(上巻)・一九八―二〇一頁、野村稔・注4文献・二七〇頁、三九五頁参照。
- (22) 大久保隆志・注19文献(二・完)・二九二頁。
- (23) 大久保隆志・注19文献(二・完)・二六四―二六五頁。

- (24) 大谷實・注6文献・四〇九頁。
- (25) 大谷實・注6文献・三九八頁参照。
- (26) 松本時夫・注2文献・三一五頁、松本時夫「共謀共同正犯と実務」法学教室第二期四号(一九七四年)三六頁参照。
- (27) 前田雅英・刑法の基礎総論(一九九三年)三四二頁、前田雅英・注1文献・三二六頁。また、前田雅英・注12文献・四六〇頁、四七九頁参照。
- (28) 大谷實・注6文献・四二九頁。
- (29) 大谷實・注6文献・四三一頁参照。論者は、共謀共同正犯の成立要件として、さらに「(3)共謀者の一部の者の実行行為(少なくとも共謀者の一人が共謀に基づき実行行為を行うこと)」を要求している。大谷實・注6文献・四三二頁参照。
- (30) 大谷實・注6文献・四三一頁。また、大谷實・注5文献・三九〇～三九一頁参照。
- (31) 大谷實・注6文献・四三一頁。
- (32) 松本時夫・注2文献・三二七頁参照。
- (33) 前田雅英・注1文献・三五三頁参照。
- (34) 松本時夫・注2文献・三二四頁参照。注目すべきは、論者が、「共同犯行における関与者の加功の態様は千差万別であり、謀議のみに関与し実行行為を分担しない者らの当該犯行への係わり方も多種多様である。したがって、『自己の犯罪』と『他人の犯罪』とを区別する具体的要件をこれ以上詳細に示したり、典型的なものを求めるのは困難と思われる」(松本時夫・注2文献・三二四頁)と指摘していることであり、この指摘は、「共謀共同正犯の成立範囲を限定しようとして明確な規準や要件を定立しても無駄である」という指摘、「共謀共同正犯の成立範囲を限定する規準など設定できない」という指摘に連なるように思えてならないのである。

(5) 小 括

以上、相互利用・補充関係説、「自己の犯罪」説、教唆正犯説及び「正犯の背後の正犯」説を実質的正犯性具備説として括り、それらの説の論者の論述するところを紹介し、その特徴を指摘し、その相違点を考察した。ここ

で、実質的正犯性具備説、特にこの説の主流となつてゐる相互利用・補充關係説と「自己の犯罪」説を中心に、若干の検討を加えてみたい。

① 共同正犯性の基軸　すでに指摘したように、実質的正犯性具備説の論者は、(共同) 正犯概念を実行行為の概念から解放する実行行為遊離論を採り、「正犯＝実質的に正犯性を具備する者」とする実質的正犯性基軸論を採ることを特徴にしている。ここで、相互利用・補充關係説及び「自己の犯罪」説の論者が、実行行為の概念に換わつて提示する共同正犯性の軸及び共謀共同正犯の成立要件について、少しく考察してみたい。

相互利用・補充關係説の論者は、共同正犯性の軸として、「共同加功のもとに自らも他人の意思と同化し、互いにその行為を利用し補充し合つて、共通の目的である犯罪を共同者全員の意思で実現した」⁽¹⁾ こと、あるいは、「共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を相互に利用・補充し合つて犯罪を実現する」⁽²⁾ ことを提示する。そして、共謀共同正犯の成立要件として、第一に「共謀の事実」、すなわち「二人以上の者が特定の犯罪を行うため相互に他人の行為を利用・補充し合い、各自の犯意を実行に移すことを内容とする相談ないし協議を行い、合意に達すること」、第二に「共同実行の意思」、すなわち「相互に他人の行為を利用・補充し合つて犯罪を実行する意思」、「犯罪を他の関与者と協力し合つて遂行する共同意思」、そして、第三に「共謀者の一部の者の実行行為」、すなわち「共謀の内容に基づいて、それぞれ犯罪実現にとつて必要な行為を行う必要があるとともに、少なくとも共謀者の一人が、共謀に基づき実行行為を行うこと」を要求する。この点、「自己の犯罪」説の論者は、共同正犯性の軸として、「自己の犯罪」、言い換えて、「自身も犯罪実現の意図を持ち、『共謀』という過程を通じて他人のする実行行為を自己の犯意遂行の手段化している」⁽³⁾ こと、あるいは、「実行行為が『共同のもの』と評価できること」⁽⁴⁾、端的に「犯行の主体」、「共同犯行」あるいは「共同実行性」⁽⁵⁾ を提示する。そして、共謀共同正犯の成立要件とし

て、「共謀に参加した者の誰かが実行に着手したことを前提」に、第一に「共同実行性が認められるだけの重要な役割を果たしたこと」、すなわち、客観的に、「実行行為を分担したと評価できるだけの謀議の存在と共謀内での地位が認定されなければならない」こと、第二に「意思の連絡」、そして、第三に「共同正犯者意思」を要求する。⁽⁶⁾

では、相互利用・補充関係説及び「自己の犯罪」説の論者が共同正犯性の軸として実行行為の概念に換えて提示する「相互利用・補充関係」・「自己の犯罪」は、実行行為の概念に比肩しうるほどの明確性を有しているのか、また限定機能を有しているのかという疑問が生じる。すなわち、前半の疑問は、相互利用・補充関係説及び「自己の犯罪」説の論者は正犯概念を実行行為概念から解放したけれども、実行行為概念が有していた明確性を放棄して共同正犯性の概念を曖昧なものにし、（共謀）共同正犯の成立範囲を拡散させてしまったのではないかという疑問であり、この疑問は、「正犯Ⅱ（形式的・実質的）実行行為の分担者」という命題を維持しようとする実行行為軸論を採る論者から当然提起されるものと思われる。さらに、後半の疑問は、相互利用・補充関係説及び「自己の犯罪」説の論者は、結局、共謀共同正犯の正犯性を限定する基本軸を提示できていないのではないかという疑問であり、この疑問は、共謀共同正犯の理論を肯定しつつもその成立範囲を限定しようする原理を模索している論者が抱かざるを得ない疑問と思われる。これらの疑問は、相互利用・補充関係説及び「自己の犯罪」説の論者が共謀共同正犯の成立要件を提示し、共同正犯性ないし共謀の存否を判断する際の考慮事情についても言及し、しかも、例えば、「謀議が実行に準ずる重要な役割を果たす性質のものでなければならぬ」⁽⁷⁾、「他人の行為を自己の手段すなわち実行行為と化すこと」⁽⁸⁾、あるいは、「『共同実行性』が認められるだけの重要な役割を果たしたか否か」⁽⁹⁾と論述して、共同正犯性の軸に限定機能を持たせ、その成立範囲を限定しようとしていることを考慮しても、結局、その限定は有効に機能しないのではないかという疑問に連なるのである。

② 共同正犯性の考慮事情 これとの関連で、共謀の有無ないし共同正犯性を判断する際に、相互利用・補充関係説及び「自己の犯罪」説の論者が考慮する事情をみておきたい。

相互利用・補充関係説の論者は、すでに紹介したように、謀議は「実行に準ずる重要な役割を果たす性質のもの」でなければならぬ⁽¹⁰⁾が、その判断には、「狭義の謀議」・「共同謀議行為」だけでなく、例えば、実行方法の決定の態様、犯罪の遂行に対する関与の仕方の積極性・消極性、分担した行為の軽重などが考慮されて「共謀があった」といえるかが認定されるとし、また、「財産犯において不法利得の分配を受ける意思」の有無は「共同意思」の有無に影響することが認められている⁽¹¹⁾。したがって、この論者にあつては、共謀は「共同犯行の合意」・「共同実行の意識」をも包含した概念と解され、比較的広範な諸事情が考慮されているものと思われる。

また、「自己の犯罪」説の論者も、共謀の存否ないし共同正犯性を判断する際の考慮事情として、「犯行の結果との関与者の関わり合い」、「実行に関与した者としなかつた者との人的関係(上下、主従、対等など)」、実行に関与するかどうかを決定した事情、財産犯の場合には利得の分配、動機犯の場合には直接又は間接の動機の有無などの状況⁽¹²⁾をあげ、この説の別の論者は、「謀議の存在と共謀者内での地位」、「最終的に大きな利益を享受したのか」等⁽¹³⁾をあげており、広範な諸事情の考慮を認めている。

このように、相互利用・補充関係説及び「自己の犯罪」説の論者における共謀の有無ないし共同正犯性を判断する際の考慮事情は、「狭義の謀議」・「共同謀議行為」に係る事情だけでなく、犯行・犯罪結果との関わり方、共謀者内の人的関係・地位、利得の分配などの客観事情、及び、共謀者の動機・意識などの主観事情と、広範である。しかも、論者が、「共同犯行における加功の態様は千差万別」であり、「犯行への係わり方も多種多様」であつて、「自己の犯罪」と「他人の犯罪」とを区別する具体的要件をこれ以上詳細に示したり、類型的なものを求めるのは

困難」であると自認していることもあって、その考慮事情は限定されるべきではないという点にこの説の有意性が認められていると思えるほどである。⁽¹⁴⁾

③ 共同正犯の正犯性 実質的正犯性具備説の論者は、正犯概念を実行行為から解放して正犯性それ自体を探求し、「正犯＝実質的に正犯性を具備する者」を基本軸にし、(実行・共謀)共同正犯の正犯性を重視することを出発点としている。しかし、すでに紹介したところからも明らかなように、共同正犯の正犯性の概念について、実質的正犯性具備説の論者の間でも、単独正犯現象と同性質の正犯性として理解する論者と、共同正犯現象特有の正犯性、つまり共同正犯性として理解する論者と、認識の違いがあるように思われる。

前者の、共同正犯の正犯性を単独正犯現象と同性質のものとして解するのは、「正犯の背後の正犯」説及び教唆正犯説の論者である。すなわち、「正犯の背後の正犯」説の論者においては、共謀共同正犯の正犯性を「単独正犯」の方向へと徹底し、「正犯の背後の正犯の理論」を使って「共謀者の間接正犯性」を導き出すことを企図していること、また、この「正犯の背後の正犯」の構造では、直接実行者の正犯性を認めながら、これを利用する背後の共謀者の(間接)正犯性をも論証しようとしていることがあるからであり、それはまさに単独正犯現象と同性質の正犯性を探求するもの⁽¹⁵⁾と考えられるからである。また、教唆正犯説の論者においては、この論者が、個人責任の原則の貫徹を志向していること、また、「個人責任・意思自由の原則」は、「自由な意思に基づいて他人の行為を自己の行為の延長として予定・計算に入れてある目的を実現しようとした場合」をも射程範囲にしていると解し、「行為の結果を引き受ける意思」に基づいて「結果全体について責任を負担する」と論述していること、さらに、共謀共同正犯を「正犯の一態様である教唆犯⁽¹⁷⁾」とし、教唆犯の処罰根拠について、「自己の犯罪を実現するために、規範的障害となる他人の何らかの意味での違法な行為を自己の行為に取り込んで当該犯罪構成要件を実現すると考える」

ことを根拠に惹起説を妥当とし、しかも、「他人の行為は、その者にとって規範的障害の契機となり得るものであれば、必ずしも構成要件に該当し、違法である必要はない」ことを根拠に、独立性志向の強い純粹惹起説を支持していることが⁽¹⁸⁾あるからであり、論者は単独正犯現象と同性質の正犯性を志向しているものと解することができる。

他方、後者の、共同正犯の正犯性を共同正犯現象特有の正犯性、つまり共同正犯性と解するのは、相互利用・補充関係及び「自己の犯罪」説の論者である。確かに、相互利用・補充関係説の論者は、正犯とは「自己の意思に基づいて構成要件実現の現実的危険性を有する行為(実行行為)を行った者」(直接正犯・間接正犯)であるのに対し、共犯とは「構成要件に該当する行為をみずから行わずに、正犯を教唆しまたは幫助することによって、正犯の実現に關与すること」、つまり、「正犯の実行行為を通じて犯罪実現に關与すること」(教唆犯・従犯)と論述⁽¹⁹⁾し、正犯の概念が単独正犯現象と同性質のものであることの認識を明らかにしている。しかし、論者は、共同正犯は「正犯の面と共犯の面」を併有していること⁽²⁰⁾、しかも、実行共同正犯は「正犯の面」が強い概念であるのに対し、共謀共同正犯は「実行行為に対する支配力が強いために、実際に実行行為を行ったと同じ扱いにする趣旨にもとづく概念」であり、「正犯の面」よりも「共犯の面」が強いこと⁽²¹⁾を明らかにしている。論者のこの認識は、実行共同正犯と共謀共同正犯とは「それぞれ類型的特徴を有する」という論述に連なるのであるが、論者においては、実行共同正犯の正犯性は、「共同実行の意思」に基づく「全体としての実行行為の一部分担」を内容とし、単独正現象と同性質の正犯性、その意味で正犯性の強い概念であるのに対し、共謀共同正犯の正犯性は、「犯罪の共同遂行という合意(共謀)⁽²³⁾に基づく「実質的な相互利用・補充関係」を媒介にして、「各自の行為が一体となって犯罪の遂行に結びついたこと」⁽²³⁾を内容とするもので、共同正犯現象特有の共犯性の強い正犯性、その意味で共同正犯性

を内容とする概念であると考えられている。そして、実行共同正犯と共謀共同正犯の両者を包括する共同正犯の正犯性は、単独正犯の正犯性と共同正犯特有の共同正犯性とを併有するものと考えられているのである。

この点、「自己の犯罪」説の論者が、一方で、「当該犯行が客観的にもその者の行為とみられる」、「共謀共同正犯が正犯たりうるのは、『共謀』を通じて、相互の利用関係と依存関係を設定することにより、他人の行為を自己の手段すなわち実行行為と化すことにある」と論述しているの(24)をみると、単独正現象と同性質の正犯性が念頭におかれているのではないかと考えられるし、他方で、「社会的には関与者全員がその犯行の主体」、「当該犯罪は互いに協力して遂行したものである」という意識を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実存在する」という論述や、「共謀共同正犯と呼ばれるものが、少なくとも教唆犯や幫助犯とは異質の社会的実態を持つ」と論述しているの(25)をみると、共同正犯現象特有の共同正犯性を意味しているとも考えられる。しかし、この説の別の論者が、「共同正犯は、単独正犯と共犯の中間的性質を持つ」ので、「共犯の処罰根拠論は、共同正犯には当てはまらない」と論述し、共同正犯は「正犯性と共犯性を併有する」と論述せずに「単独正犯と共犯の中間的性質を持つ」と表現しているのを見ると、一方で単独正犯現象の正犯性とも異なるし、他方で狭義の共犯の共犯性とも異なる、まさにその「中間」の共同正犯現象特有の共同正犯性が指摘されているように思えるのである。

このように、共同正犯の正犯性の概念については、単独正犯の正犯性を主旨とするものと、単独正犯現象のそれとは異質の共同正犯特有の共同正犯性を指向するもの(26)があり、「正犯の背後の正犯」説及び教唆正犯説の論者は前者の傾向を、相互利用・補充関係説及び「自己の犯罪」説の論者は後者の傾向を有しているといえるかもしれない。

④ 共同正犯の共犯性 以上のように、実質的正犯性具備説にあつては、共同正犯の正犯性について、一方で

単独正犯現象と同性質の正犯性を主旨とする論者と、他方で共同正犯現象特有の共同正犯性を指向する論者との二つの傾向があるが、いずれにしても実質的な正犯性の概念を志向している点で共通している。

では、実質的正犯性具備説にあつては、(実行・共謀)共同正犯の共犯性はどのように考えられているのか。

この点、教唆正犯説の論者は、共謀共同正犯を正犯の一類型としての教唆犯に包摂することもあつて、また、具体的には、「教唆犯は広い意味での正犯の一態様と解し、従犯とはその本質を異にするものと考ええる」ので、「狭義の共犯は、従犯だけを意味する」と論述する⁽²⁷⁾ことからもうかがえるように、教唆犯(共謀共同正犯)に共犯性を看取しようとはしていない。

この点、相互利用・補充関係説の論者は、共犯とは、「構成要件に該当する行為をみずから行わずに、正犯を教唆しまたは幫助することによって、正犯の実現に關与すること」、つまり、「正犯の実行行為を通じて犯罪実現に關与すること」(教唆犯・従犯)を意味するとし、共同正犯、特に共謀共同正犯は共犯性が強いことを認めている⁽²⁸⁾。

しかし、論者のいう共同正犯の共犯性が狭義の共犯(教唆犯・従犯)における共犯性の意味にのみとどまっているとは思えない。というのは、狭義の共犯を根拠づける要素にとどまっていたのでは、それをいくら積み上げたとしても、共謀共同正犯の共犯性を正犯性へと質的に転換することはできず、およそ共謀共同正犯の正犯性を根拠づける要素とはなりえないからである。論者にとっては、共謀共同正犯は刑法六〇条の規定によって「正犯」にまで格上げされる実態を有しなければならぬのであるから、そこには、狭義の共犯の共犯性の集積に尽きない共犯性と、単独正犯現象の正犯性とも異質の正犯性との併有ないし結合が存在しなければならないはずである。これが、先ほど指摘した点、すなわち、(共謀)共同正犯の正犯性は、「犯罪の共同遂行という合意(共謀)」に基づく「実質的な相互利用・補充関係」を媒介にして、「各自の行為が一体となつて犯罪の遂行に結びついたこと」を内容と

するものとして共同正犯現象特有の共同正犯性であり、単に正犯性と共犯性との総和に尽きない概念なのである。論者においては、「相互利用・補充関係を通じてそれぞれが一体となって自己の犯罪を実現している」、「お互いに利用し補充し合って、いわば各自の行為が一体となって犯罪の遂行に結びついた」ことを(共謀)共同正犯の正犯性の根拠にしているので、この「共同正犯現象特有の共同正犯性」から「単独正犯現象の正犯性」を控除したものが「共同正犯の共犯性」だと考えられる。そして、その中核的な要素をなすのが、「相互利用・補充関係」・「相互協力関係」による犯罪の遂行・実現を内容とする共同者全員の「一体性」・「共同性」であり、その意味で、「一体性」・「共同性」は、単に単独正犯現象の正犯性の総和として個々の共同者に分解することはできないし、狭義の共犯の共犯性の集積とは異質のものとして設定されていると考えられるのである。

他方、「自己の犯罪」説の論者の中には、共同正犯は「単独正犯と共犯の中間的性質」を持つので、「共犯の処罰根拠論はそのままの形では、共同正犯に当てはまらない」と明言するものもある。論者が、共同正犯は「正犯性と共犯性を併有する」としないで、「単独正犯と共犯の中間的性質を持つ」と表現している点は注目しなければならぬ。すなわち、ここでは、共同正犯は、一方で単独正犯現象の正犯性にも還元できないし、他方で狭義の共犯の共犯性にも分解できない、まさに「正犯性と共犯性とが溶融して結合した」共同正犯現象が認められているのである。その限りで、共同正犯は正犯と共犯の「中間」に位置するものとして、共同正犯現象特有の共同正犯性が存在していることが明らかにされていると考えられるのである。

⑤ 共同正犯の従属性 共同正犯の共犯性を承認するということは、この共犯性が狭義の共犯の共犯性であるうと、共同正犯現象特有の共犯性であるうと、共同正犯が成立して可罰的段階に達するためには、少なくとも共謀者の一部の者が共謀に基づいて実行行為が行われることが必要であることを意味する。共同正犯における実行行為

の存在は、一般に、実行従属性として承認されているところである。

この点、相互利用・補充関係説の論者が、「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、共謀共同正犯もまた実行行為に従属」するとして「共謀共同正犯の従属性」を指摘する⁽³¹⁾のは、共謀共同正犯の共犯性を根拠にその従属性を根拠づけるもので、支配的見解と同じであり、理解できる。また、「自己の犯罪」説の論者も、「共謀共同正犯を認めるためには、客観的に、共謀に参加した者の誰かが実行に着手したことを前提に⁽³²⁾」と論述しており、共同正犯における実行従属性を承認している。

ただ、翻って考えてみると、共同正犯の従属性は、共犯従属性説に基づいて共同正犯の共犯性から導き出される実行従属性と解することも可能で、これが一般的な理解と思われるが、他方で、共犯従属性説を持ち出すことなく、共同正犯において、謀議行為の潜在的で間接的な結果惹起の危険性は少なくとも共謀者の一部の者が共謀に基づいて実行行為を行うことよって現実的な危険性として顕在化することになるので、その段階に達して初めて可罰的な範囲に入るのだと説明することも理論的には可能である。すなわち、共同正犯における実行行為の要件は、共犯従属性の観点による共犯の正犯への実行従属性に基づくものではなく、結果惹起の危険性の視点による現実的危険性の顕在化に基づくものであると説明することが可能なのである。

他方、教唆正犯説の論者は、共謀共同正犯を正犯の一類型としての教唆犯に包摂し、狭義の共犯は従犯だけである⁽³³⁾と主張し、また、教唆犯の処罰根拠論について独立性志向の純粹惹起説を支持していることからもうかがえるように、あえて教唆犯（共謀共同正犯）に共犯性を看取しようとはしない。ただ、これと関連して、論者が、教唆犯は「本来の正犯ではない」が、「他人が行為をなしたことにより、結局は、自己の犯罪を実現したのであるから、自己が正犯として犯罪を実現した場合に準じて、その実現した犯罪について責任を負う」と論述し、「教唆犯

は本来の正犯ではないが、これが正犯の刑を科せられるものである以上、教唆犯の犯罪内容も本来の正犯に近いものが認められなければならないと論述⁽³⁴⁾している点にも注目する必要がある。ここで、論者は、「自己の犯罪を實現するために、規範的障害となる他人の何らかの意味で違法な行為を自己の行為に取り込んで当該犯罪構成要件を實現する場合」は、「本来の正犯」ではないが、「本来の正犯に準ずる実態」を有するものとして正犯の概念に包摂する構成を示して「拡張された正犯」概念を提示し、教唆犯は「本来の正犯」ではないが、「拡張された正犯」に包摂されることを明らかにしているのである⁽³⁵⁾。

このように、教唆正犯説にあつては、「拡張された正犯」概念を前提にしているとはいへ、共謀共同正犯を正犯の一類型としての教唆犯に包摂し、しかも、教唆犯の処罰根拠論として純粋惹起説を支持しているにもかかわらず、教唆犯が成立するために、なぜ「他人の何らかの意味で違法な行為」の存在を必要とし、実行行為の存在を要するのであるか。この疑問に対して、論者は、「他人が行為をなしたことにより、結局は、自己の犯罪を實現したのであるから」とか、「他人の違法行為から生じた結果についても責任を負うためには、現実⁽³⁶⁾にその他人が違法行為を行ったことが必要となるのである」、あるいは、「教唆犯の行為自体の違法性は、教唆行為そのものと、それに加えて、被教唆者が何らかの意味で違法な行為を行ったことであり、結果の違法性は被教唆者の實現した正犯結果である法益侵害結果である」と論述⁽³⁶⁾して、被教唆者の実行行為を要する根拠を説明している。教唆犯の成立に被教唆者の実行行為を必要とする根拠は、共謀共同正犯を正犯の一類型である教唆犯に包摂し、かつ、教唆犯の処罰根拠論として独立性志向の純粋惹起説を支持する論者からすれば、共犯従属性説による教唆犯の共犯性から導き出される実行従属性を根拠とするものではないはずである。そうだとすると、論者は、ここで、教唆行為の潜在的で間接的な結果惹起の危険性は少なくとも被教唆者が教唆に基づいて実行行為を行うことよって現実的な危険性と

して顕在化することを根拠にしているものと思われる。この点を、間接正犯における実行の着手時期に関する論者の見解を参考にして表現すると、規範的障害の有無の視点から、教唆者の所為計画の中に、規範的障害たりうる被教唆者の行為の介在が予定されているので、一般的に、特別な事情のない限り法益侵害は必然化しておらず、實質的には法益侵害の危険性は間接的であり、教唆者の行為に実行の着手を肯定することはできないことになるということである。

しかし、それでもなお、教唆正犯説の論者が教唆犯の成立に被教唆者の実行行為を必要とする根拠として提示するものは、充分に説得的なものとなっていない。それは、論者にあつては、教唆犯の成立に被教唆者の実行行為を要し、実行の着手時期を被教唆者の行為にのみ求める画一的・固定的な見解に固執する必然性はないのではないか、また、論者の見解にあつては、そもそも被教唆者の実行行為を必要とする論理必然性もないのではないかという疑問が払拭しきれないからでもある。

- (1) 大谷實・刑法総論の重要問題(新版・一九九〇年)三八六頁。
- (2) 大谷實・刑法講義総論(新版第四版・二〇一二年)四二九頁。
- (3) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雜誌三一巻三号(一九九一年)三二四～三二五頁、三三〇頁参照。
- (4) 前田雅英・刑法総論講義(第六版・二〇一五年)三五二頁。
- (5) 松本時夫・注3文献・三一四～三一五頁、前田雅英・注4文献・三五二頁参照。
- (6) 前田雅英・注4文献・三五二～三五三頁参照。
- (7) 大谷實・注2文献・四三〇頁。
- (8) 松本時夫・注3文献・三二七頁。
- (9) 前田雅英・注4文献・三五二～三五三頁。

- (10) 大谷實・注2文献・四三〇頁参照。
- (11) 大谷實・注2文献・四三一～四三二頁参照。
- (12) 松本時夫・注3文献・三二七頁。
- (13) 前田雅英・注4文献・三五二～三五三頁参照。
- (14) 松本時夫・注3文献・三三四頁参照。
- (15) 大久保隆志「共謀共同正犯に関する一考察（二・完）」大阪市立大学・法学雑誌二八巻二号（一九八二年）二九二頁参照。
- (16) 野村稔・刑法研究上巻（二〇一六年）二〇〇頁参照。
- (17) 野村稔・刑法総論（補訂版・一九九八年）四一八頁、野村稔・注16文献（上巻）・二〇二頁参照。
- (18) 野村稔・注17文献・三九三頁、野村稔・注16文献（上巻）・二〇二頁参照。
- (19) 大谷實・注2文献・三九八頁参照。
- (20) 大谷實・注2文献・三九八頁参照。
- (21) 大谷實・注1文献・三八二頁参照。
- (22) 大谷實・注2文献・四〇九頁。
- (23) 大谷實・注2文献・四〇九頁、四一〇～四一一頁、四三〇～四三一頁参照。
- (24) 松本時夫・注3文献・三二七頁参照。
- (25) 松本時夫・注3文献・三一五頁参照。
- (26) 前田雅英・注4文献・三五二～三五三頁、三四四頁参照。
- (27) 野村稔・注17文献・三七八頁参照。
- (28) 大谷實・注2文献・三九八頁参照。
- (29) 大谷實・注2文献・四〇九頁参照。
- (30) 前田雅英・刑法の基礎総論（一九九三年）三四二頁参照。
- (31) 大谷實・注2文献・四三二頁参照。論者は、従属性を實行共同正犯では触れていない。
- (32) 前田雅英・注4文献・三五二頁。

(33) 野村稔・注17文献・三七八頁参照。

(34) 野村稔・注17文献・三八四頁参照。

(35) 野村稔・注17文献・三八四頁、四一三～四一四頁参照。論者にあつては、刑法六〇条の共同正犯は、「行為者が、各自の犯罪を実現するために、規範的障害となり得る他人の違法な行為を相互に利用し合つて、当該犯罪構成要件を実現する場合」(野村稔・注17文献・三八三頁、三九五頁参照。)である。論者においては、「規範的障害となる他人の違法な行為を(相互に)利用して当該犯罪構成要件を実現する」点で、共同正犯と教唆犯とは共通し、同じ「拡張された正犯」に包摂されるが、「実行行為の一部・全部を共同に行うか否か」の点で、同じ正犯の中でも共同正犯と教唆犯とが区別されることになる。

(36) 野村稔・注17文献・三八四頁、三九〇頁、三九三～三九四頁参照。

(37) 野村稔・注17文献・三三八頁参照。

〔未完〕