

# 國學院大學学術情報リポジトリ「K-RAIN」

## 共謀共同正犯における「重要な役割説」の検討

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2026-03-11 キーワード: 作成者: 関, 哲夫 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.57529/0002001910">https://doi.org/10.57529/0002001910</a>

# 共謀共同正犯における「重要な役割説」の検討

——共謀共同正犯の「正犯性」・「共犯性」の一考察(八)——

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——實質的実行為説・その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——實質的実行為説・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——實質的実行為説・

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 實質的正犯性具備説(以上、國學院大学・國學院法学五六卷二号(二〇一八年)一〜五八頁)

## 四 共犯・正犯性説

- 1 はじめに
  - (1) 実行為為基軸論・実行為為遊離論
  - (2) 包括的正犯説の細分化
  - (3) 重要な役割説・準実行共同正犯説の位置
  - (4) 重要な役割説・準実行共同正犯説の論者
- 2 重要な役割説——平野龍一氏の見解——
  - (1) はしがき
  - (2) 内容
  - (3) 特徴
  - (4) 小括(以上、本誌本号)

#### 四 共犯・正犯性説

##### 1 はじめに

##### (1) 実行行為基軸論・実行行為遊離論

これまで考察した共謀共同正犯に関する諸見解を簡単にたどることによって、本項での考察の位置を確認しておきたい。

① 共犯性説 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。これら両説によると、共同正犯は共犯であるがゆえに、その成立のためには共同者の全員が実行行為の全部又は一部を分担することを要しない。すなわち、実行行為の分担は共同正犯の罪責を負担する要件ではなく、むしろ、実行行為の概念は、両説にとつて、共同正犯の可罰性を顕在化させ、実行従属性を表現するものとして機能しているにすぎない。両説が厳密な意味での統一的共犯方式を採ることになり、狭義の共犯（教唆犯・従犯）がそれに包摂されてしまうことになるのは、ある意味で当然の帰結といえよう。<sup>(1)</sup>

② 正犯性説＋実行行為基軸論 次に、本稿では、共謀共同正犯を正犯とする正犯性説のうち、実行行為を基軸にして正犯性を規定する見解を「実行行為基軸論」と称し、これを、記述的・類型的な実行行為の概念を軸にして正犯概念を構築する「形式的実行行為説」と、規範的・価値的な実行行為概念を軸にして正犯概念を構築する「実質的実行行為説」とに類別した。そして、後者の実質的実行行為説に分類される見解として、「間接正犯類似説」、「行為支配説」及び「優越支配共同正犯説」を考察した。これらの見解が緩やかな意味での統一的正犯方式に

接近していくことになるのは、当然といえるかもしれない。

形式的実行行為説が形式的アプローチにより把握された実行行為概念を軸にして正犯性を規定する見解であるのに対し、実質的実行行為説は、実質的アプローチにより把握された実行行為概念を軸にして正犯性を規定する見解であり、両説ともに、「正犯＝実行行為の分担者」とする実行行為基軸論を前提とするものであり、実行行為概念を形式的・類型的に把握するか、実質的・価値的に把握するかに相違があるにすぎない。そして、形式的実行行為説が共謀共同正犯の理論を否定するに至るのも、また必然といえよう。

③ 正犯性説＋実行行為遊離論 他方、共謀共同正犯を正犯とする正犯性説の中には、正犯の概念を実行行為の概念から解放する実行行為遊離論を展開し、正犯の概念それ自体を正面から考究しようとする見解が存在する。本稿では、これを「正犯性基軸論」と称した。正犯性基軸論を採る見解も、これを、正犯性の概念を形式要素でもって規定する形式的正犯性基軸論と、実質要素でもって規定する実質的正犯性基軸論とに類別することができる。

本稿では、前者の見解を「形式的正犯性具備説」と称したが、正犯性を規定する形式要素としては、現在のとおり、法律要件に該当する行為、つまり実行行為が提示されているのみである。これは実行行為基軸論の一つである形式的実行行為説にはかならず、すでに考察した。実行行為のほかに正犯性そのものを正面から規定する形式要素は未だ提示されていない現状からすると、実行行為遊離論を前提とした形式的正犯性具備説は主張されていないことになる。他方、後者の実質的正犯性具備説として、本稿では、「相互利用・補充関係説」、「自己の犯罪」説、「教唆正犯説」、「正犯の背後の正犯」説を考察した。

④ 共犯・正犯性説＋実行行為遊離論 さて、本項では、「(共謀)共同正犯は共犯でありかつ正犯でもある」とする共犯・正犯性説として、「重要な役割説」と「準実行共同正犯説」を考察する。両説とも、実行行為遊離論

を前提としている点で、前項で考察した実質的正犯性具備説と共通するが、両説が、「共謀共同正犯は共犯でありかつ正犯でもある」ことを正面に据えて展開する点で、「共謀共同正犯は正犯である」とする実質的正犯性具備説と異なる。また、私見によれば、重要な役割説は準実行共同正犯説へと引き継がれていく見解と位置づけることができる。

(1) 石井徹哉「共同正犯に関する一考察」西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷(一九九八年)三八三頁参照。

## (2) 包括的正犯説の細分化

① 包括的正犯説の広範性 「包括的正犯説」という学説の分類について、ここであらためて考察しておきたい。包括的正犯説を主張する論者の中には、この説の意義について、「刑法60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<sup>(1)</sup>」とする見解と定義するものがあり、この定義をそのまま援用する論者もいる<sup>(2)</sup>。

しかし、この定義をそのまま受け入れると、それが広範で包括的であるため、本稿で分類した実質的正犯性基軸論、すなわち、規範的・価値的な実行行為概念を基軸にして正犯概念を構築する実質的実行行為説、及び、正犯性の概念を実行行為の概念から解き放ち、実質要素でもって規定する実質的正犯性基軸論を前提とする実質的正犯性具備説(相互利用・補充関係説、「自己の犯罪」説、教唆正犯説、「正犯の背後の正犯」説)もこの説に包摂されてしまう。

また、包括的正犯説の意義について、「60条を、二人以上の者が共同し、そのうちのいずれかが実行したとき

は、共同者はすべて正犯として処罰されるという趣旨に読み、実行行為を行った者でなくても正犯たりえることを正面から認める考え方」であり、「いわば、「正犯概念と実行概念を分離する立場ともいえる」<sup>(3)</sup>として、正犯性の概念と実行行為の概念との分離を強調してこれを定義するものもみられる。しかし、正犯性の概念と実行行為の概念の分離という点を強調して定義したとしても、その定義には、準実行共同正犯説はもちろん、本稿で考察した実質的正犯性具備説(相互利用・補充関係説、「自己の犯罪」説、教唆正犯説、「正犯の背後の正犯」説)をも包摂されてしまう広範で包括的な定義であることに変わりはない。しかも、共謀共同正犯に実行従属性を認め、あるいは少なくとも共犯性を看取しようとするのであれば、それが正犯性説、共犯性説、正犯・共犯性説、共犯・正犯性説のいずれに分類されるかに関わりなく、必然的に正犯性の概念と実行行為の概念との分離を認めざるをえない。正犯性の概念と実行行為の概念の分離という点を強調したとしても、包括的正犯説の特徴を抽出したことにはならないのである。

② 包括的正犯説の細分化 したがって、包括的正犯説の定義をより精密にし、それが包括する範囲を限定すべきであるし、それが困難であるならば、包括的正犯説をさらに細分化し、各学説の特徴を鮮明にすべきである。本稿は、包括的正犯説を細分化し、「相互利用・補充関係説」、「自己の犯罪」説、「重要な役割説」、そして「準実行共同正犯説」に分けたうえで、相互利用・補充関係説、「自己の犯罪」説は正犯性説であるので実質的正犯性具備説に分類し、教唆正犯説、「正犯の背後の正犯」説も同様の特徴を有するので実質的正犯性具備説に分類した。他方、重要な役割説、準実行共同正犯説は共犯・正犯性説であって、正犯性説でも正犯・共犯性説でもないのだ。それぞれの学説の異同を明確にして特徴を鮮明にするために、実質的正犯性具備説とは別に分類することにした。

こうして、一般に、包括的正犯説に包摂されている学説を細分・再分類するとともに、「包括的正犯説」の名称は使用しないことにした。というのは、現在なされている包括的正犯説の定義はあまりにも広範かつ包括的であるため、学説分類の意義が失われているし、包括的正犯説の意義は、本稿で考察している実質的正犯性基軸論とほとんど同義であるので、「包括的正犯説」の語を使う必要性が認められないからでもある。

(1) 大谷實・刑法講義総論(新版第五版・二〇一九年)四二八頁。ここでは、包括的正犯説として、平野龍一氏、西田典之氏、前田雅英氏の見解があげられている。

(2) 大塚仁ほか編・大コンメンタール刑法第五卷(第三版・二〇一九年)三九三頁(村上光鵠)参照。ここでは、包括的正犯説として、中野次雄氏、平野龍一氏、大谷實氏、前田雅英氏の見解があげられている。

(3) 曾根威彦||松原芳博編・重点課題刑法総論(二〇〇八年)一二七頁(田山聡美)参照。ここでは、「重要な役割説(包括正犯説)」と表示され、重要な役割説と包括的正犯説とが同じ見解とされているとともに、この説として、大谷實氏、西田典之氏の見解があげられている。また、中山研一ほか・レヴィジョン刑法1共犯論(一九九七年)七九頁(浅田和茂)でも、「重要な役割説(包括的正犯説)」と表示され、重要な役割説と包括的正犯説とが同じ見解とされているとともに、この説が、「犯罪遂行に主観的・客観的に重要な影響力をもつ」ことを重視していることが指摘されており、この説として、平野龍一氏、西田典之氏、大谷實氏の見解があげられている。この文献では、「重要な役割説」の意義に関し、主に平野龍一氏の見解が念頭におかれていることは明らかであろう。なお、浅田和茂・刑法総論(第二版・二〇一九年)四三二頁も参照。

### (3) 重要な役割説・準実行共同正犯説の位置

① 相互利用・補充関係説との異同　そこで、重要な役割説及び準実行共同正犯説の理解を容易にするために、しばしば包括的正犯説に分類される相互利用・補充関係説との異同をここで確認することにする。<sup>(1)</sup>そして、重要な役割説及び準実行共同正犯説の特徴についての詳細は、後に、それぞれの説の「特徴」の項であらためて確認

することにした。

⑦ 共通点 まず、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、重要な役割説と準実行共同正犯説は、「正犯Ⅱ実行行為の分担者」という命題に拘泥することなく、正犯性の基軸を実行行為から正犯そのものへと移す実行行為遊離論を前提としている点で共通している。この点は、相互利用・補充関係説も同様である。

また、重要な役割説と準実行共同正犯説は、正犯性を特徴づける要素そのものを正面から考究することで正犯の概念を規定しようとする正犯性基軸論を前提にし、その正犯性を実質要素でもって規定し、「正犯Ⅱ実質的な正犯性要素を具備する者」とする実質的正犯性基軸論を採っている点も共通している。この点も、相互利用・補充関係説と同様である。ただ、重要な役割説においては、正犯性の重点が、「正犯Ⅱ実質的な正犯性要素を具備する者」から「正犯Ⅱ重い処罰に価する者」へと移行しており、この点は、相互利用・補充関係説と異なる点として注目しておく必要がある。

また、重要な役割説と準実行共同正犯説は、正犯性の概念を規範的・価値的に把握しており、この点は、相互利用・補充関係説を含めて実質的正犯性具備説に分類される各学説とも共通している。

① 相違点 しかし、重要な役割説・準実行共同正犯説と相互利用・補充関係説との相違点も確認しておく必要がある。

まず、重要な役割説・準実行共同正犯説と相互利用・補充関係説とでは、共謀共同正犯における正犯性と共犯性の構造についての把握が異なる。重要な役割説・準実行共同正犯説は、その当否は一応措くとして、共謀共同正犯は「正犯であり共犯である」とするのではなく、「共犯でありかつ正犯でもある」と解している。「かつ」「も」を

使用したのは、両説ともに、「共犯であることの上に正犯が乗っている」ことを正面から理論化し、共謀共同正犯の共犯性と正犯性が重層的に競合していることを強調しているからである。本稿が、重要な役割説及び準実行共同正犯説を「共犯・正犯性説」に分類したのは、そのためである。この点は、後に再度確認したい。

従来からも、「(共謀) 共同正犯は正犯であり共犯である」という説明はなされてきたし、現在もそのような説明がなされることがある。しかし、そうした説明は、通常、正犯・共犯(最広義・広義・狭義)の意義を説明する<sup>(2)</sup>ときになされることが多く、しかも、そうした説明の後に、(共謀) 共同正犯についてその正犯性を強調する立場、あるいはその共犯性を重視する立場のいずれかを採ることを表明することが多い<sup>(3)</sup>。

この点、相互利用・補充関係説は、「共同者は、自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」とし、(共謀) 共同正犯は正犯であり共犯でもあり「正犯と共犯の中間に属する」<sup>(4)</sup>ことを強調している。しかし、ここで強調されている(共謀) 共同正犯の正犯性・共犯性は、正犯性と共犯性が競合する「正犯であり共犯である」という構造であって、「共犯であり正犯である」という順序での構造ではないし、ましてや共犯・正犯性説がいう、共犯性と正犯性とは重層的に競合する「共犯でありかつ正犯でもある」という構造でもない。その意味で、相互利用・補充関係説は、やはり正犯性を重視する正犯性説であって、「正犯と共犯の中間」という論者の論述を考慮したとしても、正犯(共犯)性説であり、百歩譲っても正犯・共犯性説に位置づけるのが適当であろう。

ただ、相互利用・補充関係説が正犯性説、正犯(共犯)性説又は正犯・共犯性説のいずれであっても、この説の論者の論述からも明らかなように、共謀共同正犯の正犯性・共犯性は併存的に競合する構造として把握されていることは、くり返し強調しておきたい。すなわち、一方の端に正犯性があり、他方の端に共犯性があると、相

互利用・補充関係説にあつては、(共謀)共同正犯はその中間に位置するもの、つまり、正犯性と共犯性が併存的に競合する関係として把握されているのである。

しかし、正犯性と共犯性とを併存する構造として把握したとき、共謀共同正犯の共犯性は説明できるとしても、その正犯性を根拠づけることはできないのではないかという疑問がある。共犯性をいくら積み上げて、加算したとしても、「共犯性+共犯性=正犯性」へと変質することはありえないのであつて、共謀共同正犯の正犯性を根拠づけるには、共犯性が正犯性へと質的転換を遂げるための溶解的結合の紐帯、あるいは、共犯性とは別に正犯性を看取できる要素をその中に構造化しておく必要がある。この点について、相互利用・補充関係説がどのような考え方を採つて共謀共同正犯の正犯性を根拠づけているのかは必ずしもはっきりしない。いずれにしても、この点に関する相互利用・補充関係説の考え方は、(共謀)共同正犯の共犯性と正犯性とを重層的競合の構造として把握している重要な役割説・準実行共同正犯説とは明らかに異なつていえるであらう。

次に、重要な役割説・準実行共同正犯説と相互利用・補充関係説とは、正犯性の実質内容が異なる。重要な役割説・準実行共同正犯説は、共謀共同正犯の正犯性は、単独正犯(直接正犯・間接正犯)の正犯性と同義・同等でなく、共同正犯特有の正犯性であると指摘している<sup>(6)</sup>。

この点、相互利用・補充関係説にあつては、共謀共同正犯の正犯性は単独正犯(直接正犯・間接正犯)としての正犯性と同義・同等ではないという趣旨の明確な論述はみられない。むしろ、論者は、「正犯とは、構成要件を自ら実現する意思をもつて、構成要件実現の現実的危険を有する行為を行った者」、「共犯とは、構成要件に該当する行為をみずから行わず、正犯を教唆しあるいは幫助することによつて、正犯の実現に関与すること、すなわち、正犯の実行行為を介して犯罪実現に関与すること」をいうと定義していること、「正犯と共犯の中間に属するのが共

同正犯である」、「共同者は、自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」と論述していること、さらに、論者は、「共犯の処罰根拠は実行行為を通じて法益侵害・危険を惹起したことに求めるべき」として、因果論的思考を重視していること、「六〇条は、共同正犯者は『すべて正犯とする』と規定しているが、これは、共同して実行した犯罪について、共同者全員が正犯者としての刑事責任を問われるという意味、つまり、単独正犯と同様の扱いを受けるということである。」<sup>(9)</sup>として、正犯（直接正犯・間接正犯）の構造を（共謀）共同正犯の正犯性の論拠として援用していることなどを考慮すると、相互利用・補充関係説においては、（共謀）共同正犯の正犯性は単独正犯（直接正犯・間接正犯）の正犯性と同義・同等のものか、少なくともそれに限りなく近いものが意識されているのではないかと考えられる。

そうだとすると、この点も、相互利用・補充関係説は、共謀共同正犯の正犯性は共同正犯に特有の正犯性であることを明確に指摘している重要な役割説・準実行共同正犯説とは異なるものといえる。

② 実質的正犯性具備説との関係 本稿では、⑦共謀共同正犯を正犯とする正犯性説を採っていること、①正犯性の概念を実行行為概念から解放する実行行為遊離論を前提にし、正犯性の概念それ自体を正面から考究する正犯性基軸論を採っていること、さらに、⑤正犯性の概念を実質要素でもって規定する実質的正犯性基軸論を採っていることを特徴とする見解を「実質的正犯性具備説」と称し、これに分類される学説として、「相互利用・補充関係説」、「自己の犯罪」説、「教唆正犯説」、「正犯の背後の正犯」説を考察した。

これに対し、重要な役割説・準実行共同正犯説は、①正犯性の概念を実行行為の概念から解き放つ実行行為遊離論を前提にし、正犯性の概念それ自体を正面から考究する正犯性基軸論を採っていること、⑦正犯性の概念を実質

要素でもって規定する実質的正犯性基軸論を採用していることを特徴とする点では、実質的正犯性具備説と同じである。したがって、重要な役割説・準実行共同正犯説は、実質的正犯性具備説ときわめて近い位置にあるのだから、狭義の実質的正犯性具備説とは異なるとしても、広義の実質的正犯性具備説に分類・包摂することも考えられるところである。しかし、重要な役割説・準実行共同正犯説は、⑦の点について、「共謀共同正犯は共犯でありかつ正犯でもある」という共犯・正犯性説を採用していること、④⑤の点についても、正犯性の概念は、共犯性の概念の上に乗っている重層構造として把握されていること、という特徴には注目すべきであり、狭義の実質的正犯性具備説とは異なる無視できない特徴であると考え、本稿では、実質的正犯性具備説とは別に分類して考察することにした次第である。

(1) 関哲夫「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)——」國學院大學・國學院法學五六卷二号(二〇一八年)一頁以下参照。ここで、相互利用・補充関係説の特徴を簡単に指摘しておくこと、まず、⑦共謀共同正犯を正犯とする正犯性説を採用していること、④正犯性の概念につき実行行為遊離論を前提にしていること、また、⑤正犯性の概念を実質要素でもって規定する実質的正犯性基軸論を採用していることはもちろんであるが、さらに、⑥共謀に基づき、関与者が相互に他人の行為を利用し補充し合うという心理的因果性を共謀共同正犯の理論軸にしていること、したがって、④「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する」点に共同正犯の正犯性を求めることにあるといえる。要するに、相互利用・補充関係説における核心は、「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」、つまり、「相互利用・補充関係」にある。本稿が、相互利用・補充関係説を、正犯性説である実質的正犯性具備説の見解の一つとしたのは、そうした特徴を考慮したからである。

(2) 例えば、団藤重光・刑法綱要総論(第三版・一九九〇年)三七〇～三七四頁、大塚仁・刑法概説(総論)(第四版・二〇〇八年)二七五頁参照。

(3) 例えば、福田平・全訂刑法総論(第五版・二〇一二年)二四八頁、山中敬一・刑法総論(第三版・二〇一五年)八三三頁參

照。

- (4) 例えば、大塚仁・注2文献・二七五頁、橋本正博・刑法総論(二〇一五年)二五三頁参照。
- (5) 大谷實・刑法講義総論(新版第五版・二〇一九年)三九八頁参照。
- (6) この点については、西田典之／橋爪隆補訂・刑法総論(第三版・二〇一九年)三七五～三七六頁、橋爪隆・刑法総論の悩みどころ(二〇二〇年)三三三頁参照。
- (7) 大谷實・注5文献・三九七～三九八頁参照。
- (8) 大谷實・注5文献・四〇〇頁参照。
- (9) 大谷實・注5文献・四〇九～四一〇頁参照。

(4) **重要な役割説・準実行共同正犯説の論者**

さて、重要な役割説は、周知のように、主に平野龍一氏によって展開された見解であり、準実行共同正犯説は、主に西田典之氏によって展開された見解である。

平野龍一氏及び西田典之氏の見解は、包括的正犯説に分類されることが多いのであるが、すでに指摘したように、包括的正犯説の定義が包括的にすぎることあつて、平野氏及び西田氏の見解を包括的正犯説に分類するのは、その特徴を鮮明にすることにはならず、精確さ・厳密さに欠けるといわざるをえない。

私見の理解によれば、平野龍一氏の重要な役割説は、むしろ、共犯・正犯性説に分類されるのが適当であるし、同じく共犯・正犯性説に分類される準実行共同正犯説の萌芽となった見解、あるいはその基盤を提供し、その方向性を示した見解であると考えることができる。その意味で、平野氏の見解は、準実行共同正犯説の前史に位置づけられるのが、両説の歴史的な経緯を精確に反映するものと考ええる。そのため、平野龍一氏の見解はこの項で考察することにした。

かくして、本稿では、準実行共同正犯説の前史としての重要な役割説を主張する論者として平野龍一氏の見解<sup>(1)</sup>を取り上げ、準実行共同正犯説を主張する論者として主に西田典之氏の見解、さらに、佐伯仁志氏、橋爪隆氏の見解<sup>(2)</sup>も取り上げたい。

以下、これら両説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) 平野龍一氏の共謀共同正犯論については、平野龍一「第四章 正犯及び共犯」改正刑法準備草案附理由書(一九六一年) 一一〇―一一五頁、平野龍一・刑法の基礎(一九六六年) 二二五―二五二頁、特に二四八―二四九頁(初出は、原題「刑法における理論の役割」講座現代法第一五卷(一九六六年)、平野龍一「刑法の基礎」第七章 共犯/第一節 共犯の従属性(一)―(三) 法学セミナー 一四一―一四二頁(一九六七年) 三二頁以下、一四二―一四三頁(一九六八年) 二九頁以下、一四三―一四四頁(一九六八年) 二五頁以下〔法学セミナーでの二四回の連載は、加筆のうえ、平野龍一・刑法総論Ⅰ・一九七二年、平野龍一・刑法総論Ⅱ・一九七五年に収録〕、「共犯」の部分の後者の三四〇頁以下に収録)、平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年) 三四〇頁以下、特に三九七―四〇六頁、平野龍一・刑法概説(一九七七年) 一一七―一二四頁、平野龍一「正犯と実行」同・犯罪論の諸問題(上)(一九八一年) 一二七―一三七頁(初出は、平野龍一「正犯と実行」佐伯千悞博士還暦祝賀・犯罪と刑罰上巻(一九六八年) 参照。
- (2) 西田典之氏の共謀共同正犯論については、西田典之・共犯理論の展開(二〇一〇年) 四〇―六八頁(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)、西田典之／橋爪隆補訂・刑法総論(第三版・二〇一九年) 三七―三八二頁、佐伯仁志氏の共謀共同正犯論については、佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(二〇一三年) 三九三―四二二頁、橋爪隆氏の共謀共同正犯論については、橋爪隆「判例講座・共謀共同正犯の成否について」警察学論集七〇巻六号(二〇一七年) 一七一頁以下、橋爪隆・刑法総論の悩みどころ(二〇二〇年) 三〇〇―三二二頁参照。

## 2 重要な役割説——平野龍一氏の見解——

### (1) はしがき

平野龍一氏の共謀共同正犯論（以下、「平野説」、場合によっては「重要な役割説」という。）は、学説では、「重要な役割説」・「包括的正犯説」に分類されることが多い<sup>(1)</sup>。しかし、すでに指摘したように、平野説は、準実行共同正犯説への道筋をつけ、その理論的な前提基盤を提供した見解であり、準実行共同正犯説の前身といえるべき見解として位置づけるのが適当である。その方が、平野説から準実行共同正犯説へと結びついていく学説史的な経緯を精確に反映することにもなる<sup>(2)</sup>と考える。

以下、まずは、平野龍一氏の論述を一人称の形で紹介し、その特徴を指摘した後、氏の見解について若干の考察を加えることにする。なお、言うまでもないことであるが、以下に紹介する平野氏の論述は、主に一九六〇年代初めから一九七〇年代にかけてのものであり、当時、判例が一貫して共謀共同正犯の理論を肯定している状況の中、学説は、共謀共同正犯の理論を否定する考え方が圧倒的に支配していたのであり、そうした判例状況・学説状況を前提とした論述であることに留意する必要がある。

(1) 平野氏の見解を「包括的正犯説」に分類するのは大谷實・刑法講義総論（新版第五版・二〇一九年）四二八頁、「重要な役割説（包括的正犯説）」に分類するのは曾根威彦・松原芳博編・重点課題刑法総論（二〇〇八年）二二七頁（田山聡美）、浅田和茂・刑法総論（第二版・二〇一九年）四三二頁、「重要な役割説」に分類するのは松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報六三巻七号（二〇二一年）一〇頁などである。

## (2) 内容

① 共謀共同正犯の理論に関する判例と学説 一九六〇年代半ば、共謀共同正犯の理論については、判例と学説とが大きく乖離していたのであるが、「何が『正しい』解釈であるか、絶対的に決めることができないものである以上、最高裁判所が正しいと判断して下した判決が『生きた法』であることは、ことを現実的に見るかぎり否定できないところである。したがって問題は『どのようにしてこれを変えてゆくか』という形で提起されなければならぬであろう。」<sup>1)</sup>にもかかわらず、「ただ反対だというだけで、どの程度まで解釈によって限定できるであろうかという見込みも示さず、立法による修正にも反対する人が多いのは、わが国の法律学の弊のあらわれにほかならないように思われる。」<sup>1)</sup>つまり、「いかに学説が峻烈にこれを批判しても、判例が変わり、共謀共同正犯を消滅することはほとんど期待できない。そうだとすれば、立法によって合理的な限界を劃するように努力するのが、妥当なやり方だと思われた。」<sup>2)</sup>

② 共謀共同正犯に関する立法の意義 他方、「共謀共同正犯の概念が明確に定義されていないために、下級裁判所の中には、ただ犯行の計画を洩らされて知っていた程度の者まで、共謀共同正犯として処罰するものがある。このような極端な拡大を防ぐためにも、立法は有益である。」<sup>3)</sup>また、「共謀共同正犯の概念が明確にされていない理由の一つは、ほとんどすべての学説が全面的にこれを否定し、その内容を検討して適当な限界をひくという作業に協力していない点にある。共謀共同正犯の規定を設ければ、その解釈について学説が発展し、判例が採用できるような適当な限界がひかれるようになるだろう。」<sup>3)</sup>

③ 共謀共同正犯の正犯性 最高裁判所が共謀共同正犯を認めるようになった理由の第一は、「背後にいて計画をたて実行を指示した者は、犯罪の遂行にとって、自ら実行にあたった者に比べて実質的に必ずしも軽い役割と

はいえず、むしろ重要な役割である場合もあるが、これを教唆・幫助とすると、実行正犯者と同じ、あるいはこれより重い刑を科するのが困難だ、という点である。」すなわち、「『正犯』という『名』は、単なる形式的な行為の枠を示すだけではなく、その犯罪の『主犯』であるという実質的な評価も含んでいる。この評価機能を無視することはできない<sup>(4)</sup>」のである。

そうすると、「『正犯』ということばは、『重く処罰すべきだ』という感情を表現したことばでも」あり、「現行法が、正犯という概念を重く処罰すべきもの、少なくとも幫助犯より重く処罰すべきものとして規定していることは否定できない」のであって、「このような観念としての正犯が、実行行為の概念と一致しなければならぬかどうかは疑問である。たしかに短刀で人を殺すというような事例」では、「実行行為か否かと刑の軽重とはほぼ一致するといつてよい。しかし、集団的なあるいは複雑な行動形態が多くなると、そのなかには背後者の方が実行者よりも重く処罰すべき場合、あるいは少なくとも同じように処罰すべき場合がかなり出てくる」のであって、その意味で、「判例の認める共謀共同正犯の理論は、まさにこの重い処罰に価する者に正犯という名前を与えようとするもの」であって、「『重い処罰に価する者が正犯』、『軽い処罰に価する者が幫助犯』という考え方であるともいえるであろう<sup>(5)</sup>」。

④ 正犯行為と実行行為の分裂 「共謀共同正犯は、共謀者のある者が『共同の意思』に基づいて実行した場合でなければならぬ」のであって、「実行行為をしなかった者も、共同の意思に参与していなければならず、ただ、犯行の意向を洩らされて知っていたというだけでは、共謀共同正犯ではない、という点にこの規定(改正刑法準備草案第二六条——括弧内引用者)の意味がある<sup>(6)</sup>」。言い換えれば、共謀共同正犯は、「共謀者のうちの少なくとも一人が実行行為をしたことが必要である。これを共同正犯の(実行)従属性と呼ぶことができる。その他の共謀

者も、正犯者となるための行為（これを正犯行為と呼ぶことができる）は必要である。共謀共同正犯では、正犯行為と実行行為とは分離するのである。<sup>(7)</sup>この正犯行為と実行行為の分離を認めないときは、「正犯者の行為がなされたときはただちにこれを未遂として処罰するということになるであろう。そうだとすれば、正犯概念をそこまで上げることは極めて疑問だといわなければならない。それは判例の共謀共同正犯理論を制限するものではなく、むしろ拡張するものでさえある。」<sup>(8)</sup>

こうして、共謀共同正犯がその成立要件を充足した場合には、「共謀者も正犯とされる」のであり、共謀共同正犯は「共同正犯の一種であり、ただ狭義の共同正犯（実行共同正犯——括弧内引用者）とは区別されることになる。その結果、正犯概念と実行概念との間に、分裂が生じたことに注意しなければならない。犯罪を實行した者が正犯で、正犯とは、犯罪を實行した者であるのが、他の規定での概念であるが、この場合には、實行しない正犯というものが存在することになる。」<sup>(9)</sup>

⑤ 実行行為の共同性 「刑法は、『共同して犯罪を實行した』者を共同正犯としているのであるから、自ら直接実行しないにもかかわらず共同正犯というためには、その実行行為が、『共同のもの』であること、いいかえると、直接実行しない者にとっても『自己のもの』であると認められる場合でなければならない。『共同意思主体』というものの存在を認め、実行行為もその主体の活動だとすれば、たしかにこの点の説明は容易になる。しかし、共同意思主体という超個人的な主体が形成されるというのは、一種の比喩であって、現実ではないのであって、「もしこの説が真にこのような超個人的主体の存在を認め、その活動について個人を処罰するのだというのであれば、個人責任の原則に反するという批判を免れることはできない。」<sup>(10)</sup>

例えば、AとBとがXを射殺しようという共同の意思で、ともにXに向かってピストルを発射したところ、Aの

弾丸が当たって X は死んだが、B の弾丸は当たらなかった場合、「共同正犯の各自は、自己の行為の結果だけでなく、他の共同正犯者の行為の結果に対しても責任を負う」のであり、「この場合、A はもちろん、B も X の死に対して既遂の責任を負う」ことになるのは、「B が A の心理を通じてその行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼしたからである。共同正犯は、自ら実行行為を行うと同時に、他の共同正犯の実行を教唆または精神的に幫助するものなのである。共同加功の意思とは、このような主観的要素ということになる。」<sup>(11)</sup> すなわち、「共同正犯も、やはり自己の行為とこれから生じた結果について個人として責任を問われるものであることにかわりはない」のであって、自分の弾丸が当たらなかったにもかかわらず、既遂の責任を問われるのも、他の共同者の行為を心理的に促しているからである。問題はその心理的な影響が大きいときは、なおその実行行為は実質的に見て、「A B 共同のもの」であるとし、共同正犯と認めることができるかにある。共謀共同正犯論はこれを肯定するのである。<sup>(12)</sup>

⑥ 重要な役割・影響力 最高裁判所が共謀共同正犯を認めるようになった理由は、「背後にいて計画をたて実行を指示した者は、犯罪の遂行にとって、自ら実行にあたった者に比べて実質的に必ずしも軽い役割とはいえず、むしろ重要な役割である場合もあるが、これを教唆・幫助とすると、実行正犯者と同じ、あるいはこれより重い刑を科すのが困難だ、という点である。」<sup>(13)</sup>

そうすると、「共謀共同正犯は、単に意思を疎通させただけでなく、実行行為が『共同の意思にもとづく』ものといえるような『意思方向』を持つ者に限られるべきである。しかも、この『意思方向』は、単に主観的なものであるだけでなく、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つものでなければならぬ。」<sup>(14)</sup>

例えば、A と B が、夜、X の家に侵入し、A が X に対して暴行・脅迫を行い、B が X から財物を奪取した場合、

AとBは共同正犯である。しかし、「Cもともに侵入して懐中電灯で照らしていたとき」、Cを幫助犯とする見解は稀であるが、ここでは、「すでにCの行為が、当該犯罪の遂行に、実質的、客観的に必要な、あるいは重要な役割をいとなんでいるという実質的な観点が考慮に入れられているのである」<sup>(15)</sup>。

⑦ 統一的正犯概念 「判例の認める共謀共同正犯の理論は、まさにこの重い処罰に価する者に正犯という名前を与えようとするもの」であり、「『重い処罰に価する者が正犯』、『軽い処罰に価する者が幫助犯』という考え方」であるともいえる<sup>(16)</sup>。「この場合の正犯概念は、実行行為の概念とは切り離されたものでなければならぬ。判例はいわゆる共同正犯の従属性という概念によってこれを認めている。すなわち、共謀共同正犯である背後者の行為があれば、ただちに未遂になるわけではなく、共謀者中の誰かが実行行為をしたときにはじめて未遂として処罰される。そうだとすると、共謀共同正犯を認めるか認めないかは、それほど大きな問題ではないということ」になり、「共謀共同正犯は実は単なる量刑問題であり、ただ正犯という名前を与えるか与えないかだけの争いだといえ<sup>(17)</sup>」。

「もともと刑の重さという観点からするならば、共犯者を形式的な行為によっていくつかのカテゴリーに分けようとする<sup>(18)</sup>こと自体にかなりの無理がある。だから徹底するならば、裁判所は、共犯者全体について同じ法定刑の範囲内で適当な量刑をし、必要があれば、共犯者のうちどれかについて刑を加重しまたは減輕することができるとするのが適切であるかもしれない」<sup>(18)</sup>。そして、「このような立場は、統一的正犯概念と呼ばれる」<sup>(19)</sup>が、「わが国の立法は保守的であるから、ここまで踏み切るのには、なおかなりの時間を必要とするであろう。しかし古典的な正犯＝実行概念ですべてを解決することができなくなったことだけはたしかである以上、いつかはこれを真剣に考えなければならぬ時期がくると思う」<sup>(19)</sup>。

⑧ 共謀の意義・機能 最高裁判所が共謀共同正犯を認めるようになった第二の理由は、「実行、教唆、幫助という類型が、現実の犯意形成の過程と必ずしも合致しない点」にあり、「現実には、話し合いの過程で、お互いに影響しあつて次第に犯意が形成されてゆくということが多いのである。すなわち、いわば相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態をとることが多い。この実態を捉えるためには『共謀』という概念がより適しているともいえる。」<sup>(20)</sup>

実際、「教唆・幫助というカテゴリーで捉えにくい形態があることは事実である。『謀議』と呼ばれるものもそうである。数人が話し合った結果犯行の決意に到達したような場合、誰が誰を教唆したというわけでもなく、誰が誰を精神的に幫助したというわけではない。犯意は話し合いの間に、次第に成長してゆく。強いていえば相互的な教唆であるが、これも必ずしも実体に忠実な概念とはいえない。たしかに立法者が考えた教唆・幫助というカテゴリーは、あまりにも犯意というものを実体化し、いわゆる『自由意思』によって卒然として犯意が生じ、また人の心に生ぜしめることができるというようなものであるため、現実とマッチしなくなっている。その意味では共謀共同正犯は一つの必然的な社会現象だともいえるであろう。」<sup>(21)</sup>

共謀共同正犯が成立するために必要である「共謀とは、意思の疎通をいう。意思を疎通させるための行為もまた共謀（行為）あるいは謀議と呼ばれる。」<sup>(22)</sup>「厳格には、教唆とも幫助ともいいにくい、『共謀』という事態が存在するところに、共謀共同正犯論の発生した理由の一つがある。そうだとすると、共謀共同正犯は処罰の限界を拡大することにもなる。この場合には、『共謀』の意味内容は何かは、極めて重要な意味を持つてくる。」<sup>(23)</sup>

共謀共同正犯において、単に謀議に参加したにすぎない者によって「実行行為者に対する心理的なはたらきかけがなされたにとどまる場合」、「その者を処罰する根拠となる行為は、そのはたらきかけの行為すなわち共謀行為だ

けである。したがって、どのような内容のものが、それが何時、どこでなされたかが、決定的な意味をもつ。いわゆる練馬事件の判決で、『共謀は罪となるべき事実にはかならないから、これを認めるためには、厳格な証明にやらなければならない。』としたのは、この意味で重要な意味を持つ。<sup>(24)</sup>

⑨ 刑法第六〇条の解釈 「共謀共同正犯の第一の問題は、それが現行法の解釈として認めうるものであるかどうかにある。現行法は、『共同して実行した』ときはじめて共同正犯だとしている。もしこの語が、実行そのものを共同にすることしか意味しえないとすれば、共謀共同正犯を認めるのは、罪刑法定主義に反するであろう。しかし、右の語は、実行を担当したのは一人であつても、その実行行為が一心同体の『ように』強く結合した人々の『共同のもの』といえる場合も含むとすることも全く不可能ではないであろう。そうだとすると、共謀共同正犯も、現行法の可能な解釈の一つだということになる。<sup>(25)</sup>

刑法第六〇条にいう「共同して犯罪を実行した」という文言は「ともに実行行為をした場合をいうとするのが、どちらかといえばすなおな解釈であり、心理的な影響の強弱は必ずしも明確でないこともあるから、学説が、共謀共同正犯論に反対してきたのにも、十分の理由がある。しかし、AとBとが心理的に強くむすびついているとき、Bの行為がA B『共同のもの』と考えることも全く不可能ではなであろう。したがって、共謀共同正犯はあまり好ましくない拡張解釈ではあるが、必ずしも罪刑法定主義に反するものとははいえない。そして、この共謀共同正犯は永年の判例によって確立されたものである。したがって、現在ではこれを否定するとなれば立法によるほかないであろう。<sup>(26)</sup>」

(1) 平野龍一・刑法の基礎（一九六六年）二四八～二四九頁。

- (2) 平野龍一「第四章 正犯及び共犯」改正刑法準備草案附同理由書(一九六一年) 一二二頁。改正刑法準備草案における第二六条(共同正犯)の規定は、以下のようになっている。
- 「第二六条① 二人以上共同して犯罪を実行した者は、みな正犯とする。
- ② 二人以上で犯罪の実行を謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、他の共謀者もまた正犯とする。」
- (3) 平野龍一・注2文献・一二二頁。また、平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年) 四〇二〜四〇三頁参照。
- (4) 平野龍一・注3文献・四〇〇頁参照。また、平野龍一・刑法概説(一九七七年) 一二〇〜一二二頁も参照。この論述の趣旨は、佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(二〇一三年) 三九三頁に引き継がれている。
- (5) 平野龍一・犯罪論の諸問題(上)(一九八一年) 一三二頁、一三三頁参照。
- (6) 平野龍一・注2文献・一二二〜一二三頁参照。
- (7) 平野龍一・注3文献・四〇四頁参照。「正犯行為と実行行為の分離・分裂」については、さらに、平野龍一・注5文献・一二二〜一二三頁参照。
- (8) 平野龍一・注5文献・一三四頁参照。
- (9) 平野龍一・注2文献・一三三頁参照。
- (10) 平野龍一・注3文献・四〇一頁参照。
- (11) 平野龍一・注3文献・三八一頁参照。
- (12) 平野龍一・注4文献・一二一頁参照。
- (13) 平野龍一・注3文献・四〇〇頁参照。
- (14) 平野龍一・注3文献・四〇三頁参照。
- (15) 平野龍一・注3文献・三九七〜三九八頁参照。
- (16) 平野龍一・注5文献・一三三頁参照。
- (17) 平野龍一・注5文献・一三三〜一三四頁参照。
- (18) 平野龍一・注5文献・一三五頁。

- (19) 平野龍一・注5文献・一三五頁。
- (20) 平野龍一・注3文献・四〇〇頁参照。
- (21) 平野龍一・注5文献・一三六頁。
- (22) 平野龍一・注3文献・四〇三頁参照。
- (23) 平野龍一・注3文献・四〇四～四〇五頁参照。
- (24) 平野龍一・注3文献・四〇五頁参照。また、平野龍一・注2文献・一一二頁、平野龍一・注5文献・一三七頁も参照。
- (25) 平野龍一・注3文献・四〇二頁。
- (26) 平野龍一・注4文献・一一一～一二二頁参照。

### (3) 特徴

以上、準実行共同正犯説の前史といふべき平野龍一氏の共謀共同正犯論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、共謀共同正犯論に関する平野龍一氏の見解の特徴を指摘してみたい。

① 実行行為遊離論 平野説の特徴として、まず指摘しなければならないのは、実行行為遊離論を採っていること、すなわち、正犯概念を「正犯＝実質的実行行為の分担者」とし、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るとする実質的実行行為説を前提としていないこと、である。

この点は、平野説では、「実行行為をした者だけが正犯だとすると、正犯の範囲はたしかにかなりはつきりと限定される」が、しかし、「正犯だけが処罰される場合はほとんどないといってよい。それは実質的にいっても、とくに正犯に限定しなければならない理由はないことを示している。だからどの範囲の者を処罰するかという点では、正犯＝実行の概念はすでに重要性をうしなっている」<sup>(1)</sup>、「正犯概念は、実行行為の概念とは切り離されたものでなければならない」として強調されているところである。

② 正犯行為と実行行為の分裂 次に、実行行為遊離論を採っていることの必然として、平野説が、正犯行為と実行行為の分裂を強調していることを特徴として指摘しなければならない。平野説にあつては、実行行為遊離論を採り、かつ、共謀共同正犯に共犯性を看取することと相まって、正犯行為——「正犯者となるための正犯行為」・「正犯者を正犯者として処罰する要件となる正犯行為」<sup>(3)</sup>と、実行行為——「結果発生の具体的危険性を持っている実行行為」・「法益侵害の客観的な危険性のある実行行為」<sup>(4)</sup>との分離が明確に意識されているのである。この点は、共謀共同正犯の成立には、「共謀者のうちの少なくとも一人が実行行為をしたことが必要である。これを共同正犯の（実行）従属性と呼ぶことができる。その他の共謀者も、正犯者となるための行為（これを正犯行為と呼ぶことができる）は必要である。共謀共同正犯では、正犯行為と実行行為とは分離するのである。」<sup>(5)</sup>という論述に明確に表れている。しかも、平野説においては、正犯行為から分離された実行行為には、共謀共同正犯が処罰の段階に入ったことを画する可罰性画定機能が担わされており、この点は、共同正犯・共犯においてだけでなく、広く、原因において自由な行為、間接正犯・分離犯においても妥当する構想として提示されているのである。<sup>(6)</sup>

また、平野説にあつては、共謀共同正犯は実行共同正犯（狭義の共同正犯）とは区別されるが、「共同正犯の一種」として実行共同正犯と同じく、「正犯概念と実行概念との間に、分裂が生じたことに注意しなければならない。犯罪を実行した者が正犯で、正犯とは、犯罪を実行した者である」というのが、「他の規定での概念である」が、（共謀）共同正犯の場合には、「実行しない正犯が存在することになる」<sup>(7)</sup>と論述されており、改正刑法準備草案第二六条を解説したものはあるが、「正犯概念と実行概念の分裂」が、「正犯行為と実行行為の分裂」とはほぼ同義のものとして強調されていることを知ることができるのである。

いずれにしても、平野説にあつては、「現行法が、正犯という概念を重く処罰すべきもの」として「正犯

が、実行行為の概念と一致しなければならないかどうかは疑問であり、「この場合の正犯概念は、実行行為の概念とは切り離されたものでなければならぬ<sup>(8)</sup>。」と論述されており、正犯行為と実行行為の分離、正犯概念と実行概念の分裂が繰り返し強調されている。

③ 正犯性と共犯性の質的連続性  また、平野説の特徴として、正犯性と共犯性の質的な連続性、質的な同一性が肯定されている点を指摘することができるであろう。平野説は、正犯の概念そのものについて、「実行行為の一部・全部を實質的に分担する者」という性格づけから、「重い処罰に価する者（少なくとも幫助犯より重く処罰すべき者）」という性格づけへと重点移行させることによって、「背後者の方が実行者よりも重く処罰すべき場合、あるいは少なくとも同じように処罰すべき場合<sup>(9)</sup>」を根拠づけようとしており、その結果、共謀共同正犯か幫助犯かは「実は単なる量刑問題」、「ただ正犯という名前を与えるか与えないかだけの争いだといえる<sup>(10)</sup>」とするのである。

要約すると、平野説にあつては、(共同) 正犯とは「重い処罰に価する者」、共犯(教唆・幫助)とは「正犯より軽い処罰に価する者」とされ、「処罰の重・軽」によって正犯と共犯が区分されており、共同正犯の正犯性と共犯の共犯性とは同じ性質の質的連続性が認められる概念として把握されており、その結果、正犯か共犯かは「重い処罰・軽い処罰」という可罰的な類型に基づく量的差にすぎないことになる。平野氏の論述、すなわち、「共謀共同正犯は実は単なる量刑問題であり、ただ正犯という名前を与えるか与えないかだけの争いだとさえいえる<sup>(11)</sup>」という論述は、まさにその点を象徴的に表現したものと見える。

④ 統一的正犯概念  さらに、平野説の特徴として、統一的正犯概念が強く志向されている点を指摘することができる。この点は、先に指摘した、正犯性と共犯性の質的連続性という特徴と関連していることはいままでのない。

平野説によると、統一的正犯概念とは、「共働的な犯罪に対処する」ために、「およそ犯罪に関与した者はすべて正犯として処罰する<sup>(12)</sup>」ものをいう。

統一的正犯概念の意義については、これを「構成要件の次元における正犯と教唆・幫助との概念的区別を重視せず、正犯の内部においてその加功の程度・性質に応じて量刑上の区別をするのみにとどまる立法方式」とする論者<sup>(13)</sup>、あるいは、「統一的正犯体系」と称して、「犯罪の成立に条件を与えた者はすべて正犯とする立法形式」とする論者<sup>(14)</sup>もみられる。この点を私見なりに整理しておく、犯罪の実現に関与し、その実現に何らかの寄与をした者をすべて「正犯」として処断するやり方を「統一的正犯方式」と称し、犯罪の実現に関与し、その実現に何らかの寄与をした者をすべて「共犯」として処断するやり方を「統一的共犯方式」と称するとすると、日本の刑法は、犯罪の実現に関与し、その実現に何らかの寄与をした者をあらかじめ「共同正犯」と「共犯（教唆犯・従犯）」に類型化し、刑についても「正犯の刑」（共同正犯・教唆犯）と「必要的に減輕された正犯の刑」（従犯）に分けて法定しており、統一的正犯方式・統一的共犯方式と異なる「正犯・共犯類別方式」を採用しているということができよう。

したがって、現行刑法を前提とすると、統一的正犯方式・統一的共犯方式を提起することは、立法論ということになるが、統一的正犯方式を採るのか、それとも統一的共犯方式を採るのかは、犯罪実現への関与者を「正犯」ベースで処断していくのか、「共犯」ベースで処断していくのかの違いにすぎず、その違いは正犯概念及び共犯概念の意義・射程範囲をどのように解するかに因るものと考えられる。

この点、平野説の志向する統一的正犯概念（私見でいう統一的正犯方式）についていえば、平野説は、「共謀共同正犯は実は単なる量刑問題」と論述することから明らかのように、「共犯者全体について同じ法定刑の範囲内で

適当な量刑をし、必要があれば、共犯者のうちどれかについて刑を加重しまたは減輕することができる<sup>(16)</sup>とすることに関心があるのであって、統一的正犯概念(統一的正犯方式)か、「統一的共犯概念(統一的共犯方式)」かは、「名前の争い」をめぐる仮象問題にすぎないと解しているのではないかと思われる。この点の詳細は、後の「小括」で触れることにしたい。

⑤ 共謀共同正犯の正犯性と共犯性の交錯 平野説によると、共謀共同正犯の正犯性については、実行行為を分担しない単なる共謀者であっても、実行行為分担者と同等以上の「重要な役割」を果たした者もいるので、その者は「正犯」として「重い処罰に価する者」であるが、その「重い処罰」を根拠づける実質要素は、犯罪の遂行に客観的に「重要な影響力」をもったこと<sup>(19)</sup>という「実行行為・結果に対する因果性」<sup>(20)</sup>、より具体的には、「犯罪の遂行に客観的に重要な影響力」を及ぼした<sup>(21)</sup>ことにある。他方、共謀共同正犯の共犯性については、実行行為の「共同性」として展開されているものと考えられる。平野説によると、実行行為分担者の実行行為は実質的にみて「共同のもの」であると認められる<sup>(22)</sup>ことが必要であるが、その共同性を根拠づける実質要素は、互いに影響し合って次第に、「相互教唆・相互精神的補助の複合した形態」で形成される「意思の疎通」、つまり「共謀(行為)」「謀議」にあるとされている<sup>(23)</sup>。そして、この共犯性は、「(共謀)共同正犯の実行従属性」として顕在化することが指摘されているのである<sup>(24)</sup>。

ところで、平野説においては、正犯か共犯かは「名前の争い」の仮象問題にすぎないとされているだけでなく、共謀共同正犯の正犯性と共犯性とは渾然一体となって交錯したものの、したがって、必ずしも分離できるようなものとして捉えられていないのではないかと考えられる。そのように考えるのは、平野説が「重い処罰に価する正犯」・「軽い処罰に価する補助犯」という観点により、正犯性と共犯性の質的連続性を認めている前提があることは

もちろんであるが、平野説が、単なる共謀者が「自ら直接実行しないにもかかわらず共同正犯といえるためには、その実行行為が、『共同のもの』であること、いいかえると、直接実行しない者にとつても『自己のもの』であると認められる場合でなければならぬ」と論述していること、さらに、「共謀共同正犯は、単に意思を疎通させただけでなく、実行行為が『共同の意思にもとづく』ものといえるような『意思方向』を持つ者に限られるべき」であり、しかも、「この『意思方向』は、単に主観的なものであるだけでなく、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つものでなければならぬ」と論述していることがあるからである。これらの論述によって、平野説においては、「共同の意思」に基づく共犯性と「客観的に重要な影響力を持つ意思方向」に基づく正犯性とが渾然一体となって結合した概念として提示されていると考えられるのである。

⑥ 共謀の意義・機能 平野説にあつては、共謀は、「教唆・幫助というカテゴリーで捉えにくい形態」であり、むしろ、「いわば相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態」を取ることが多いのであつて、「お互いに影響しあつて次第に犯意が形成されてゆく」形態であると捉えられている。しかも、実行行為を分担しない単なる共謀者を処罰する根拠となる行為は、「そのはたらきかけの行為すなわち共謀行為だけである」ので、「どのような内容のものか、それが何時、どこでなされたかが、決定的な意味をもつ。いわゆる練馬事件の判決で、『共謀は罪となるべき事実にはかならないから、これを認めるためには、厳格な証明によらなければならない。』としたのは、この意味で重要な意味を持つ」と論述し、客観的な共謀概念を要求し、厳格な証明を要するとする見解に賛意を示している。<sup>(30)</sup>

(1) 平野龍一・犯罪論の諸問題(上)(一九八一年)一二八頁、一三三頁参照。

- (2) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年)四〇四頁。
- (3) 平野龍一・注1文献・一二九頁。
- (4) 平野龍一・注2文献・三三三頁参照。
- (5) 平野龍一・注2文献・四〇四頁。
- (6) 平野龍一・注1文献・一二八～一三二頁参照。
- (7) 平野龍一「第四章 正犯及び共犯」改正刑法準備草案附理由書(一九六一年)一二三頁参照。また、平野龍一・注1文献・一三二～一三三頁も参照。
- (8) 平野龍一・注1文献・一三〇頁、一三二頁、一三三頁。また、平野龍一・注2文献・四〇〇頁、四〇二頁も参照。
- (9) 平野龍一・注1文献・一三二頁参照。
- (10) 平野龍一・注1文献・一三四頁。
- (11) 平野龍一・注1文献・一三四頁。
- (12) 平野龍一・注2文献・三四一頁参照。平野氏は、統一的正犯概念を、「形式的統一的正犯概念」(オーストリア草案・アメリカ模範刑法典)と「実質的統一的正犯概念」(イタリア刑法)とに区別している。
- (13) 山中敬一・刑法総論(第三版・二〇一五年)八四〇頁参照。
- (14) 高橋則夫・刑法総論(第四版・二〇一八年)四三〇頁参照。
- (15) 関哲夫・講義刑法総論(第二版・二〇一八年)三八二頁参照。いずれの方式についても、さらに、関与の態様・程度等の段階的相違にに応じて量刑を類型化して規定しておく「量刑類型方式」と、関与の態様・程度等の段階的相違を問わずすべて裁判官の量刑判断に委ね、量刑の類型を法定化しない「量刑統一方式」とがある。
- (16) 平野龍一・注1文献・一三五頁。
- (17) 平野龍一・注2文献・四〇〇頁参照。
- (18) 平野龍一・注1文献・一三三頁参照。
- (19) 平野龍一・注2文献・四〇三頁参照。
- (20) 平野龍一・刑法概説(一九七七年)一二二頁参照。

- (21) 平野龍一・注 2 文献・四〇三頁参照。
  - (22) 平野龍一・注 2 文献・四〇一頁、平野龍一・注 20 文献・一二一頁参照。
  - (23) 平野龍一・注 2 文献・四〇〇頁、四〇三頁参照。
  - (24) 平野龍一・注 2 文献・四〇四頁参照。
  - (25) 平野龍一・注 2 文献・四〇一頁参照。
  - (26) 平野龍一・注 2 文献・四〇三頁参照。
  - (27) 平野龍一・注 1 文献・一三六頁。
  - (28) 平野龍一・注 2 文献・四〇〇頁参照。
  - (29) 平野龍一・注 2 文献・四〇五頁参照。
  - (30) 平野龍一の「平野龍一の正犯性」として、平野龍一・注 2 文献・四〇三頁参照。
- 要な役割論などの特徴を考慮すると、より精密な比較検討が必要ではあるが、共同正犯・共犯現象と単独犯現象の近接性・連続性、共謀共同正犯の正犯性と共犯性の二重構造、共同正犯の共犯性の重視、重要な役割論などを特徴とする西原説の共同意思関係説との近似性・親近性を感じる。西原説の特徴については、関哲夫「共謀共同正犯の『正犯性』・『共犯性』に関する一考察」——『共同意思関係説』の検討——」(國士館大学・國士館法學四二号(二〇〇九年)三八頁以下参照)。

#### (4) 小 括

ここで、平野龍一氏の見解について、次項で考察する準実行共同正犯説を意識しながら、若干の検討を加えたい。

① 正犯行為と実行行為の分界 平野説にあつては、正犯性を規定する要素について実行行為遊離論を採用することにより、正犯行為——「正犯者となるための正犯行為」<sup>(1)</sup>・「正犯者を正犯者として処罰する要件となる正犯行為」<sup>(2)</sup>——と、実行行為——「結果発生 of 具体的危険性を持つている実行行為」・「法益侵害の客観的な危険性のある実行

行為<sup>(3)</sup>——との分裂・分離が招来されることがくり返し強調されている。例えば、共謀共同正犯の成立には、「共謀者のうちの少なくとも一人が実行行為をしたことが必要である。これを共同正犯の（実行）従属性と呼ぶことができる。その他の共謀者も、正犯者となるための行為（これを正犯行為と呼ぶことができる）は必要である。共謀共同正犯では、正犯行為と実行行為とは分離する<sup>(4)</sup>」という論述などである。

共謀共同正犯における正犯行為と実行行為の分離・分裂について、平野説は、一方で、「正犯が現実に実行行為をしたことが、共犯成立の要件になる<sup>(5)</sup>」という実行従属性として説明するのであるが、これは、共犯性説、正犯・共犯性説、あるいは共犯・正犯性説のいずれの見解を採るかに関わりなく、共謀共同正犯に少なくともその「共犯性」を認める限り、ある意味で必然的な要件といえる。他方で、平野説は、共謀共同正犯における正犯行為と実行行為の分離・分裂は、「正犯者の有責な行為と未遂成立の時期とのズレ<sup>(6)</sup>」として、すなわち、正犯行為の時点と未遂成立の時点との分離として説明するのであるが、これは、共謀共同正犯が可罰性の段階に至ったといえるには、少なくとも結果発生 of 具体的危険を発生させることが要件であることを意味するもので、この点もある意味で必然的な要請といえる。

前者の「実行従属性」と後者の「正犯行為時と未遂犯成立時の分離」とは、すでに明らかなように、背反する二者択一の関係ではなく、正犯行為と実行行為の分裂がもたらすそれぞれの局面として、いわば形式と実質の関係にあると考えることもできよう。この点は、平野説においても意識されており、実行従属性に関する共犯独立性説と共犯従属性説の対立について、「正犯の実行の着手は、単なる因果関係の進行の過程の一段階ではなく、結果発生 of 具体的危険の発生であるという実質的な点からなされなければならない。未遂を処罰するのは、その行為が行為者の危険性あるいは反道義性の定型的徴表だからではなく、結果発生 of 具体的危険性が発生したからである。そう

だとすると、正犯が実行に着手したことを条件として処罰するのは、結果の発生をまつて処罰することであつて、不当でないだけでなく、むしろ当然である。<sup>(7)</sup>と論述されており、共犯従属性説を前提にして実行従属性を肯定するとき、それを実質的に根拠づけるのは、「結果発生 of 具体的危険性」であることが明らかにされており、実行従属性が形式、実行の着手が実質という「形式と実質」の関係が示唆されている。

ただここで、平野説について、一つの疑問がわいてくる。直接の単独正犯の場合、正犯行為をもつて直ちに未遂犯が成立するわけではなく、正犯行為の後、「結果発生 of 具体的危険性」が発生する実行の着手が認められるときに未遂犯として可罰性の段階に至ったものと構成するのであれば、共謀共同正犯の場合にも同じく、正犯行為をもつて直ちに未遂犯が成立するわけではなく、正犯行為の後、「結果発生 of 具体的危険性」が発生する実行の着手が認められるときに未遂犯としての可罰性の段階に至ったとすべきことになる。すなわち、共謀者の誰かが実行行為（これは同時に正犯行為でもある）を行ったときではなく、実行行為（正犯行為）の後、「結果発生 of 具体的危険性」が発生するときに共謀共同正犯の未遂犯が成立することになるのは論理必然ということになる。そうであれば、「共謀者の誰かが現実に実行行為をしたことが、共謀共同正犯成立の要件になる」ことを意味する「実行従属性」の語よりも、精確には、「共謀者の誰かの（正犯）行為が現実に実行の着手と認められる段階に至ったことが、共謀共同正犯成立の要件になる」ことを意味することになるはずなので、平野説においては、「実行の着手従属性」の語の方が精確ではないかと考えられるのである。<sup>(8)</sup>

また、これに関連して、正犯行為と実行行為の分裂に関する平野氏の用語について若干疑問があるので、付言しておきたい。平野氏は、これを「正犯概念と実行概念の分裂」<sup>(9)</sup>とし、後に「正犯行為と実行行為の分離・分裂」<sup>(10)</sup>としている。すでに紹介した氏の論述を考慮すると、双方は同一・同義の現象として捉えられているようである。し

かし、私見によれば、「正犯行為と実行行為の分離・分裂」は、「正犯行為は実行行為でなければならぬか」、具体的には、「正犯性が認められるには、正犯者は実行行為を分担・遂行する必要があるか」という、正犯行為と実行行為の関係を問われたときに選択される一つの立場決定であり、その意味で、犯罪法律要件に該当する行為(正犯行為・実行行為)の如何に関する見解の一つである。これに対し、「正犯概念と実行概念の分裂」は、「正犯性は実行性と等値・同義でなければならぬか」という、正犯性の概念と実行性の概念の関係を問われたときに選択される一つの立場決定であり、その意味で、犯罪法律要件に該当する犯罪関与形態(正犯・実行)の如何に関する見解の一つである。後者には、前者の「正犯性が認められるには、正犯者は『実行行為』を遂行しなければならないのか」という問題が含まれているのであるが、それにとどまらず、「正犯性が認められるには、正犯者は『犯罪』を実行したといえなければならないのか」という問題も含まれている。すなわち、前者が「正犯性と実行行為性の同義/分離」を問う比較的狭い問題であるのに対し、後者は「正犯性と犯罪実行性の同義/分離」を問う比較的広い問題であると位置づけることもできるのである。

いずれにしても、実行行為遊離論を採り、実行行為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収斂していくことを意味する。一部実行全部責任の法理は、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が、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展開されなければならない。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も積極的に根拠づけるもの、すなわち、実行共同正犯と共謀共同正犯とを包摂する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、まさに広く共同正犯の処罰根拠論へと収斂され

ることになるのである。<sup>(11)</sup> こうした認識は、学説において既に定着しつつあり、準実行共同正犯説においても前提となつて<sup>(12)</sup>いる。

② 実行の着手・実行行為 平野説においては、実行行為概念は、実行の着手を確定し、処罰を画定・確定する概念として構想されており、この点は、「もともと実行の着手という概念は、その段階にきたときに処罰するという段階を画する概念であるから、それが正犯行為と一致しなければならぬ論理的な必然性はない。正犯行為が行なわれても未遂としての処罰に価する危険性が発生しないうかぎり処罰しないという態度をとることも十分可能なはずである。逆に正犯者でない者の行為が実行行為だということも不可能ではないだろう。実行行為とはこのような処罰に価する危険の発生を伴う行為をいうことになるからである。」<sup>(13)</sup> という論述によつても明らかにされている。しかも、平野説においては、正犯行為は正犯としての処罰に価する行為であり、「刑法的非難の根拠」となる行為であるのに対し、正犯行為から分離された実行行為は、共謀共同正犯が処罰の段階に入ったことを画する可罰性画定機能が担わされた行為であり、「刑法的非難の契機」となる行為と位置づけられている。そして、平野説にあつては、こうした構想が、共同正犯・共犯においてだけでなく、原因において自由な行為、間接正犯・離隔犯においても妥当する一般的な構想として理論化されているのである。<sup>(14)</sup>

ここで、平野説について、一つの観念が浮上してくる。平野説においては、実行行為とは「処罰に価する危険の発生を伴う行為」であり、その開始である実行の着手においては、「処罰に価する危険」の発生を確認し、未遂としての処罰の段階に至つたことを画定することが重要であるとされている。そうすると、可罰性画定機能を担っているのは、実行行為それ自体というよりも、より厳密には、実行の着手ということになる。このようにいう意味は、可罰性画定機能は、確かに、それが人間（正犯者・被利用者）の行為であるときは「実行行為」としてその機

能を發揮するのであるが、それは人間の行為に限られる必然性はなく、人間でない動物・物・自然現象などであっても、それが正犯行為に帰属されるものである限り、実行の着手が認められて、その機能を發揮することができるからである。

平野説も、実行の着手が認められるのは人間の行為である実行行為に限定されるとする趣旨ではないであろう。例えば、訓練した自分の犬を使って他人の財物を盗ってこさせる場合に、その飼犬に「盗ってこい」と指示する行為だけで窃盗罪の未遂犯が成立するとするのは、平野説が、「間接正犯のときには、責任能力のない子供に対して『盗ってこい』という行為だけで未遂が成立するとするのは、ほとんど考えられない」<sup>(15)</sup>と論述していることから、認められない帰結であって、実行の着手は他人の財物を侵害する具体的な危険が発生する時点、つまり、飼犬が財物に近づいて盗ろうとした時点ということになるはずである。したがって、実行の着手は、それが人間の行為に認められるときはまさに「実行行為」であるが、そうでない動物・物・自然現象などに認められるときは、それと区別するために、「実行状態」とでも呼ぶべきであり、したがって、実行の着手が認められる事態には、「実行行為」と「実行状態」の双方が存在することになる。そうすると、平野説の構想は、「正犯行為と実行行為の分裂」でもよいのであるが、より精確には、「正犯行為と実行の着手の分裂」という構想として観念した方がより厳密ではないかと考える。

いずれにしても、平野説のように「正犯行為と実行行為（実行の着手）の分離・分裂」という構想を採らないで、「正犯行為・実行行為と具体的・現実的な危険結果（未遂結果）との分離・分裂」<sup>(16)</sup>という構想を採ったとしても、未遂犯にも実行行為とは別の次元での未遂結果（危険結果）が必要であるとする、いわゆる結果説の構想は、学説においても定着しつつあるところであり、準実行共同正犯説の論者においても支持されている。<sup>(17)</sup>

③ 正犯性・共犯性の同質性 平野説にあつては、(共同) 正犯とは「重い処罰に価する者」、共犯(教唆・幫助)とは「正犯より軽い処罰に価する者」と解され、「処罰の重・軽」によって正犯と共犯が区分されており、同正犯の正犯性と共犯の共犯性とは同じ性質であり、同一線上に位置する質的連続性が認められている。つまり、平野説によれば、正犯か共犯かは「重い処罰・軽い処罰」という量的相違に基づく可罰的な類型の差にすぎないのであつて、平野氏の論述、すなわち、「共謀共同正犯は実は単なる量刑問題であり、ただ正犯という名前を与えるか与えないかだけの争いだとさえいえる<sup>(18)</sup>」という論述は、まさにこの点を簡潔かつ象徴的に表現したものであることができる。

ただ、この点の平野説について注意しなければならないのは、この点を論述した論文「正犯と実行」がはじめて発表されたのは一九六八年<sup>(19)</sup>で、しかも、「判例の認める共謀共同正犯の理論」として論述されており、また、その後開始された法学セミナー連載の「刑法の基礎<sup>(20)</sup>」及び一九七五年公刊の刑法総論の基本書<sup>(21)</sup>には、この点の明確な論述がみられない。さらに、「正犯」という名称は「単なる形式的な行為の枠を示すだけではなく、その犯罪の『主犯』であるという実質的な評価も含んでいる<sup>(22)</sup>。」との論述もみられ、正犯と共犯の質的な相違をも認めているのではないか、したがつて、「処罰の重・軽による正犯と共犯の区分」の構想は平野説の見解ではなく、判例を分析した結果の見解なのではないか、という理解もありうるのである。

確かに、平野説も、現行刑法においては「統一的正犯概念」は採用されておらず、「正犯・共同正犯・教唆犯・幫助犯という個々の行為態様を規定し、かつ個別的に処罰規定」をおく「個別的方法」が採られ、その場合でも、「正犯は、それだけが本来処罰に価するものとして、一定の概念内容」を有している限縮的正犯概念が採られている、教唆犯・幫助犯の規定は、「一定の犯罪について、とくに処罰範囲を拡張したもの」とする犯罪(刑罰)拡張

事由と解するのが「伝統的な考え方であるばかりでなく、処罰の範囲を慎重にし明確にするという点で、長所を持つている。」<sup>(23)</sup> という理解も示されているところである。しかし、そのように論述する平野氏は、続けて、「ただ、この正犯・教唆犯・幫助犯という分け方が、実質的にみて、現代の共働現象を捉えるのに適当な分け方であるかには問題がないわけではない。統一的正犯概念、拡張的正犯概念あるいは……共謀共同正犯概念も、この限縮的正犯概念のもつ問題性から生じたものであることも、否定できないのである。」<sup>(24)</sup> と論述して、限縮的正犯概念への疑念を明らかにし、統一的正犯概念への強い志向を表明している。また、正犯も共犯も「自己の行為およびこれによって生じた結果について罪責を問われる」のであって、他の共同者の心理を通じてその行為に影響を与え、「その行為および結果に対して因果関係を及ぼした」のであって、他人の行為の罪責を問われるものでないことは「個人責任の原則上当然のことである。」<sup>(25)</sup> と確認して、因果論的思考による個人責任の原則を基軸にした理論構成を明らかにしている。したがって、平野説が、共同正犯の正犯性と共犯の共犯性とは同じ性質のもので、同一線上に位置する質的連続性を認めていることは否定できないように思われるのである。<sup>(26)</sup>

共謀共同正犯の共犯性と正犯性の同質性・連続性は、その是非は一応措くとして、平野説を特徴づけるものであるとともに、準実行共同正犯説の論者へと引き継がれている特徴でもある。<sup>(27)</sup>

④ 統一的正犯概念 先に述べたように、平野説においては、(共同)正犯とは「重い処罰に価する者」、共犯(教唆・幫助)とは「正犯より軽い処罰に価する者」であり、「処罰の重・軽」によって正犯と共犯が区別されることになり、共同正犯の正犯性と共犯の共犯性とは同一線上に位置する質的連続性が認められている。この理解が正しいとすると、平野説が統一的正犯概念(私見でいう統一的正犯方式)を強く志向するのもまた当然といえる。

ただ、私見の理解によると、平野氏は「統一的正犯概念」という語を使っているけれども、その重点は、「正

「犯・共犯の名前・類別」ではなく、むしろ「同一法定刑の範囲内での量刑」にあると考えられる。具体的というと、平野説のいう「統一的正犯概念」は、「犯罪の実現に関与し、その実現に何らかの寄与をした者はすべて同じ法定刑の範囲で量刑」することにその軸があるのであって、「犯罪の実現に関与し、その実現に何らかの寄与をした者をすべて正犯とするか、共犯とするか」に軸があるわけではないということである。それは、平野氏自身が、「共犯者全体について同じ法定刑の範囲内で適当な量刑をし、必要があれば、共犯者のうちどれかについて刑を加重しまたは減輕することができ<sup>(28)</sup>」と論述しているし、また、「わが国の法定刑の上限は高いので、加重規定は必要でないだろ<sup>(29)</sup>。」という認識を示していることがあるからである。さらに、「古典的な正犯<sup>(30)</sup> 実行概念ですべてを解決することができなくなったことだけはたしかである」との認識を述べていることからもうかがえるであろう。平野説にとって、「同一法定刑範囲での量刑⇓必要な場合は刑の任意的加重・減輕」という「量刑問題」こそが重要であって、「正犯」ベースの「統一的正犯概念(統一的正犯方式)」と、「共犯」ベースの「統一的共犯概念(統一的共犯方式)」のいずれが妥当なのかはどうでもよいことであり、「正犯」・「共犯」は形式的類型に付された「名前」という仮象問題にすぎないと解されているように思われるのである。

⑤ 共謀共同正犯の正犯性・共犯性 先に紹介した平野氏の論述からもお分かりのように、同氏にあっては、共謀共同正犯の正犯性に紙幅が費やされており、共犯性についての論述が必ずしも多くない。そのため、平野氏が、共謀共同正犯の共犯性についてどのように理解していたのかを知るのは難しい。それは、もちろん、平野説が共謀共同正犯の共犯性を否定しているということではなく、むしろ、共謀共同正犯の正犯性と共犯性が渾然一体となつて結合していると把握されているからであつて、そのため、共犯性そのものの内容が必ずしも鮮明になつていないのである。

しかし、私見の理解によれば、平野説は、それでも、共謀共同正犯の共犯性を実行行為の共同性に看取しているように思われる。この点を平野氏の論述を借りて説明するなら、「共謀共同正犯は、共謀者のある者が『共同の意思』に基づいて実行した場合でなければならない」のであり、「実行行為をしなかった者も、共同の意思に参与して」いなければならない<sup>(31)</sup>ところ、単なる共謀者が「自ら直接実行しないにもかかわらず共同正犯といえるためには、その実行行為が、『共同のもの』であること、いいかえると、直接実行しない者にとつても『自己のもの』であると認められる場合でなければならない<sup>(32)</sup>」、その場合の「共同の意思」は、「現実には、話し合いの過程で、お互いに影響しあつて次第に犯意が形成されてゆく」という、いわば「相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態」をとることが多いので、この実態を捉えるためには「共謀」という概念がより適している<sup>(33)</sup>。「問題はその心理的な影響が大きいときは、客観的な実行行為はBだけが行なつた場合でも、なおその行為は実質的に見て、AB共同のものであるとし、Aを共同正犯と認めることができるかにある。共謀共同正犯論は、これを肯定する」のであり、「AとBとが心理的に強くむすびついているとき、Bの行為がAB『共同のもの』と考えることも全く不可能ではないであろう<sup>(34)</sup>。」と要約できるように思われる。

ただ、ここで、一つの疑問がわいてくる。まず、「相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態を採る心理的な結びつき↓共同の意思↓実行行為の共同性」という構想が示されているのであるが、心理的な結びつきが存在すると、なぜ犯罪行為が「共同のもの」となるのか、「共同の意思↓共同性」の過程が説明されていないかという疑問がわいてくるのである<sup>(35)</sup>。また、この疑問に関連するが、平野説が個人責任の原則に基づく因果論的思考を標榜していることはすでに指摘したところであるが、そうすると、それを控除したときに残る「共同性に基づく共犯性」は、平野説においては、どこに看取され、どこから生じているのか。それとも、それを控除したときに

は、「共同性に基づく共犯性」もともに控除されてしまうのであろうか。平野説は、「共同の意思」は共謀（行為）という「相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態」として生じることが多いと指摘するのであるが、それは互いに教唆し、互いに精神的な幫助をし合うという渾然一体の事象を説明するものであって、個人責任の原則から説明できないものとはされていない。そうすると、平野説において、共謀共同正犯における「共同性に基づく共犯性」は一体どこから生じると解されているのであろうか。しかも、「相互教唆」・「相互心理的幫助」をいくら混合結合させても、それは共犯性の範疇にとどまっているにすぎない。それをいくら積み上げたとしても、それが正犯性への質的転換を遂げることはありえないとすると、平野説において、共犯性の上ののっている正犯性は何に求められているのか、何が正犯性を根拠づけているのか。<sup>(36)</sup>平野説にあっては、その点の明確な説明がなされていないのではないかと疑問がわいてくるのである。

いずれにしても、平野説にあっては、共謀共同正犯の正犯行為は正犯性に配置され、実行行為は共謀共同正犯の可罰性の段階を画する概念として、形式的には共犯性（実行従属性）に、実質的には犯罪結果発生の具体的危険性（実行の着手）に配属されていると考えることができる。ただし、繰り返しになるが、共謀共同正犯の正犯性と共犯性が渾然一体に結合したものとして把握されているため、その区別は鮮明になっていないのであるが。

⑥ 重要な役割論 平野説については、これを「重要な役割説」に分類する論者も散見されることからも明らかなように、「重要な役割」は平野説の特徴を象徴する用語となっている。本稿が、平野説を「重要な役割説」としたことの所以はここにある。

平野説にあっては、共謀共同正犯の理論における実質的評価機能、実質的価値観点が繰り返し強調されているのは、すでに指摘したとおりである。例えば、「共謀共同正犯は、単に意思を疎通させただけでなく、実行行為が

『共同の意思にもとづく』ものといえるような『意思方向』を持つ者に限られるべきである。しかも、この『意思方向』は、単に主観的なものであるだけでなく、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つもの<sup>(38)</sup>でなければならず、その意味で、「『正犯』という『名』は、単なる形式的な行為の枠を示すだけではなく、その犯罪の『主犯』であるという実質的な評価」も含んでおり、「この評価機能を無視することはできない<sup>(39)</sup>」のであって、例えば、AとBが、夜、Xの家に侵入し、Aが暴行・脅迫を行い、Bが財物を奪取して強盗を遂行した場合に、「Cもともに侵入して懐中電灯で照らしていたとき」、Cは幫助犯ではなく共同正犯だとする見解が多いが、ここでは、「すでにCの行為が、当該犯罪の遂行に、実質的、客観的に必要な、あるいは重要な役割をいとなんでいるという実質的な観点が考慮に入れられている<sup>(40)</sup>」と説明されているところである。ここでは、「背後にいて犯罪計画を立案し実行行為を指示した者」↓「犯罪の実現にとって実行分担者と実質的に同等以上の重要な役割を果たした者」↓「正犯という重い処罰に値する者」という構造が示されているのである。

平野説において、共謀共同正犯の正犯性を根拠づけるものとなっている「重要な役割」「重要な影響力」というのは、その因果論的な思考法からいって、共謀者が他の共謀者の心理を通じてその行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼした<sup>(41)</sup>こと、言い換えると、他の正犯者の心理を通じて間接に犯罪の遂行に大きな実質的役割を果たした<sup>(42)</sup>ことを意味するのは明らかである。しかし、因果論的な思考法を貫徹すると、正犯と共犯の質的相違は見出すことはできず、およそ量的な相違、程度の相違に還元されてしまう。この点は、平野説が正犯と共犯の質的同一性を認めていることと相応するのであるが、しかし、正犯と共犯の区別の明確性が減殺されることになるのは避けられない。この点は、「重要な役割」という規範的な要件は、それ自体として明確でなく、主観的な恣意的判断を許す。とうてい、実務における弛緩した共謀共同正犯の歯止めとして有効ではありえない。」<sup>(43)</sup>と

か、「重要か重要でないかといった漠然とした基準では、恣意的判断に至らざるをえないであろう。」と批判される<sup>(44)</sup>ところであるし、「このような評価概念を導入するのは相当でない」として躊躇される基準でもある。

この点は、平野説にあっても、「共謀共同正犯の内容をどのようにして明確にし、限定するか」は、「必ずしも容易ではない。共謀共同正犯にも種々の態様があり、しかも主観的要素と客観的要素とがからみあっているので、他の場合のようにそのおのおのについて、要件を明らかにしにくいからである。」と自認されており、「共謀共同正犯が、一方では犯罪の元兇を捉える機能を持つ反面、責任のない者もまき込む危険を持つ、いわば、両刃の剣であることは、やはり記憶しておかなければならないのである。」<sup>(47)</sup>という論述へと結びついていくのである。

いずれにしても、「重要な役割」概念については、準実行共同正犯説においても、「犯罪の実現にとつて実行に準ずる様な重要な役割」、「重要な因果的寄与」として継承されており、この概念の曖昧さを克服するための努力がなされている。<sup>(48)</sup>

- (1) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年)四〇四頁。
- (2) 平野龍一・犯罪論の諸問題(上)(一九八一年)一一九頁
- (3) 平野龍一・注1文献・三三三頁参照。
- (4) 平野龍一・注1文献・四〇四頁。さらに、平野龍一「第四章 正犯及び共犯」改正刑法準備草案附理由書(一九六一年)一一三頁(「正犯概念と実行概念との間に、分裂が生じた」)、平野龍一・注2文献・一一九頁(「正犯行為と実行行為とが分裂している」)、一三三頁(「正犯概念は、実行行為の概念とは切り離されたもの」)参照。
- (5) 平野龍一・注1文献・三四五頁。
- (6) 平野龍一「刑法の基礎」第七章 共犯/第一節 共犯の従属性(一)法学セミナー一四一号(一九六七年)三六頁。
- (7) 平野龍一・注1文献・三四九頁。

- (8) 「形式と実質の關係」であつたとしても、やはり中身の實質に重点が移っていくことになるのは、法解釈の一般的傾向であるし、法的思考の常である。(共謀 共同正犯における共同者の「一体性」「共同性」を媒介にし、共同者全員の関与を一体のものとして評価し、通常の単独正犯の場合と同じように法律要件該当性が肯定されればたりるとし、「結果発生の具体的危険性」という実行の着手論、したがって未遂犯論で処理することによって実行従属性の問題から解放する見解として、島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一卷(二〇〇六年)四六六～四六七頁、佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(二〇一三年)三七四頁、山口厚・刑法総論(第三版・二〇一六年)三三二頁、橋爪隆・刑法総論の悩みどころ(二〇二〇年)三〇四～三〇五頁参照。ただ、この見解にいう「一体性」「共同性」はどこから生じる概念なのか、それは縦型の共謀共同正犯にも妥当するのか、「共犯性」の概念との相違ほどの点にあるのか、(共謀 共同正犯を正犯に格上げした「共同意思主体説」の変型ではないのかなど、検討すべき点は多い。
- (9) 平野龍一・注4文献・一一三頁参照。
- (10) 平野龍一・注1文献・四〇四頁(「正犯行為と実行行為の分離」、平野龍一・注2文献・一二九頁、一三〇頁(「正犯行為と実行行為の分裂」)参照。
- (11) 関哲夫「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)——」國學院大學・國學院法學五六卷二号(二〇一八年)二八～二九頁参照。
- (12) 西田典之／橋爪隆補訂・刑法総論(第三版・二〇一九年)三七二頁、橋爪隆・注8文献・三二九頁参照。
- (13) 平野龍一・注2文献・一三〇頁。
- (14) 平野龍一・注2文献・一二九～一三二頁参照。
- (15) 平野龍一・注2文献・一三一頁参照。
- (16) 例えば、曾根威彦・刑法総論(第四版・二〇〇八年)二一七頁、関哲夫・講義刑法総論(第二版・二〇一八年)三三〇頁、三三五頁参照。
- (17) 佐伯仁志・注8文献・三四〇頁、西田典之／橋爪隆補訂・注12文献・三一七頁以下、橋爪隆・注8文献・二七四頁参照。
- (18) 平野龍一・注2文献・一三四頁参照。
- (19) 平野龍一「正犯と実行」佐伯千仞博士還暦祝賀・犯罪と刑罰上巻(一九六八年)(後に、平野龍一・注2文献・一二七頁以下

に収録」。

- (20) 特に、平野龍一「刑法の基礎／第七章 共犯／第一節 共犯の従属性(一)～(三)」法学セミナー一四二号(一九六七年)三三頁以下、一四二号(一九六八年)二九頁以下、一四三号(一九六八年)二五頁以下参照。
- (21) 平野龍一・注1文献・三四〇頁以下参照。
- (22) 平野龍一・注1文献・四〇〇頁参照。
- (23) 平野龍一・注1文献・三四二頁参照。
- (24) 平野龍一・注1文献・三四二頁。
- (25) 平野龍一・注1文献・三四四頁、三八一頁参照。
- (26) これは、「正犯者とは、犯罪実現に加わつた者のうちで最も重く評価されるべき者」、「犯罪実現について第一次的責任を負うべき中心的存在」という表現と相通じる趣旨を含んでいるように思われる。井田良・刑法総論の理論構造(二〇〇五年)三四八頁、島田聡一郎・注8文献・四六四頁参照。
- (27) 西田典之／橋爪隆補訂・注12文献・三七二頁、橋爪隆・注8文献・三二八頁参照。
- (28) 平野龍一・注2文献・一三五頁参照。
- (29) 平野龍一・注2文献・一三五頁参照。
- (30) 平野龍一・注2文献・一三五頁参照。
- (31) 平野龍一・注4文献・一一二～一一三頁参照。
- (32) 平野龍一・注1文献・四〇一頁参照。
- (33) 平野龍一・注1文献・四〇〇頁参照。
- (34) 平野龍一・刑法概説(一九七七年)一一一～一二二頁参照。
- (35) なお、平野龍一・注1文献・四〇一頁参照。
- (36) この疑問に対して、「特殊の社会的心理現象としての共同意思主体」をもって答えれば共同意思主体説、「心理的拘束性」をもって答えれば間接正犯類似説、「関与者ごとの複数の並列的行為支配」をもって答えれば機能的行為支配説に接近することになる。この疑問に関する答えとして、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯(二・完)」法学協会雑誌二二二卷一〇号(二〇〇四年)一六九

七頁、内海朋子「共同正犯における『意思連絡』の意義について」(一) 亜細亜大学・亜細亜法学三九卷二号(二〇〇五年) 九九頁、  
 島田聡一郎・注8文献・四五四頁、杉本一敏「意思連絡について」高橋則夫ほか・理論刑法学入門(二〇一四年) 二二九～二三〇  
 頁参照。

(37) 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」法曹時報六三卷七号(二〇一一年) 一〇頁(「重要な役割説」、曾根威彦Ⅱ松原芳博編・  
 重点課題刑法総論(二〇〇八年) 二二七頁(田山聡美)、「重要な役割説(包括的正犯説)」、浅田和茂・刑法総論(第二版・二〇  
 一九年) 四三二頁(「重要な役割説(ないし包括的正犯説)」参照。

(38) 平野龍一・注1文献・四〇三頁参照。

(39) 平野龍一・注1文献・四〇〇頁参照。

(40) 平野龍一・注1文献・三九七～三九八頁参照。

(41) 平野龍一・注1文献・三八一頁参照。

(42) 平野龍一・注1文献・三九八頁参照。

(43) 米田泰邦「共謀共同正犯——否定論の立場から——」中義勝編・論争刑法(一九七六年) 二五三頁。

(44) 浅田和茂・注37文献・四一八頁。

(45) 法制審議会刑事法特別部会・改正刑法草案附同説明書(一九七二年) 一一九頁。

(46) 平野龍一・注1文献・四〇三頁参照。

(47) 平野龍一・注1文献・四〇五頁参照。

(48) 西田典之／橋爪隆補訂・注12文献・三七六～三七八頁、橋爪隆・注8文献・三三二～三三四頁参照。

(未完)