HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「共謀共同正犯」に関する試論（５）　－日中両国の共犯理論に即して－
Author(s)	畢, 英達
Citation	北大法学論集, 47(1), 319-376
Issue Date	1996-05-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15665
Type	bulletin (article)
File Information	47(1)_p319-376.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

「共謀共同正犯」に関する試論（五）

―日中両国の共犯理論に即して―

畢　英達

〈目　次〉

序　本稿研究の目的とその構成
第一章　「共謀共同正犯」を巡る理論の考察
第一節　判例における「共謀共同正犯論」
第二節　学説による「共謀共同正犯」の論争
第三節　立法案における「共謀共同正犯」の規定とその批判

（以上四六巻三号）

第二章　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析
第一節　中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革
第二節　中国現行刑法における共同犯罪の理論　（以上四六巻四号）
第三節　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析
第三章　「共謀共同正犯論」とその肯定説の批判的検討
第一節　日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相
第二節　自説展開の前提　（以上四六巻五号）
第三節　共同正犯の成立要件に関する自説の展開
一　主観的成立要件の自説展開
二　客観的成立要件の自説展開　（以上四六巻六号）
第四章　結び　（以上本号）

第三節　共同正犯の成立要件に関する自説の展開

前節で明らかになったように、共同正犯が成立するためには、二人以上の関与者の間には「共同実行の故意」と「共同実行の行為」とが存することが必要である。以下においては、その二つの成立要件概念とその特徴・種類およびそれらを認定する場合には何に注意すべきかなどの問題について自説を述べることとする。

一　主観的成立要件の自説展開

(一) 共同実行の故意の概念とその特徴

言うまでもなく、共同実行の故意の内容を明らかにするためには、それを正確に定義しなければならない。ところが、それに定義を与えるためには、差し当たり「共同の故意」というものを明確にする必要があると思う。というのは、前節で確認したように共同実行の故意というものはあくまで「共同の故意」の一種であるに違いはないからである。しかし、それを明確にするためには、まず何より「故意」という概念を究明すべきであると言えよう。何故ならば、「共同の故意」は結局故意の特殊な形式の一種であるに過ぎないからである。ところで、周知のように日本では、「故意」という観念の体系的地位をめぐって今日でもなお議論が続いている。[1] この状況に照らすと、「故意」という概念を解明することは、きわめて難しいと感ぜざるを得ない。ところで、私には、「故意」の体系的地位について論争するよりも、むしろ「故意」の内容を検討することの方がより重要ではないかと思われる。何故ならば、「故意」がどのような体系的地位にあるとしても、故意犯にとっては故意が存在しないとそれが成立しないからである。しかし、「故意」という概念の内容については、日本の学説では厳しい議論が行われているし、判例も決して終始同じ態度を採ってきたわけではない。

つまり、周知のように日本の学説では、故意が成立するためには、行為者が単に犯罪事実を認識・予見しただけで足りるのか、それともさらにその実現を意欲し、希望したことを要するのかについて、古くから認識で足りるとする表象説[2]と意欲ないし希望することが必要であるとする意思説[3]とが対立していた。しかし、その両説のいずれも、未必の故意と認識ある過失との区別への対応において難点がないとはいえないことから、従来の表象説を基調としつつ、行為者が犯罪の実現される蓋然性の程度を相当高度なものとして表象した場合に故意を認めようとする蓋然性説[4]や、意思説を基調として、犯罪事実の実現を意欲・希望することは必要ではないが、これに対する認容があれば足りるとする認容説[5]や、

蓋然性説と認容説とを総合する動機説[6]などが主張されている。ところが、表象説及び意思説のいずれについても、故意の内容となるべき認識要素と意志要素とを対立させて、その一方だけを強調することは、正当であるとは言い難いであろう[7]。そして、蓋然性説は、認識的要素のみに基づいて故意を認めようとする立場であるので、上述の表象説に対するのと同様の非難を免れないとともに、具体的認定上、行為者にどの程度の蓋然性の表象があれば故意が成立するのかに関する明確な基準がないという実際上の不都合が存在することも否定できないであろう[8]。また、認容説は、正確に行為者の意志要素を反映させることができないおそれがあると思われる。というのは、行為者の意志要素には、認容説の主張した犯罪事実が発生する危険を犯す心理状態[9]を含むほかに、その犯罪事実が発生する危険を希望する場合をも含むからである。言うまでもなく、仮にこの2種類の心理状態を認容と呼ぶことができるとしても、その程度にはかなりの差があることは否定できないであろう。しかし、この差を認めることは、正確に行為者の責任を追求することにとって意味があるばかりではなく、認識ある過失との区別にとっても意義があると言えよう。なお、日本の判例は、大審院以来、だいたい犯罪事実が発生する可能性を認識ないし予見していれば故意を認めうるとしてきたが、しかし判例は、このように言いながらも、同時に「予見しながら敢えてする」場合に故意があると述べているもの[10]が少なくない外、「未必の故意とは結果発生の可能性即ち結果発生の蓋然の大たることを認識しながらもしかもその発生を認容する心理状態である」[11]と判示したものや、「確定的故意と未必の故意との差異は、認識の程度の差にあるというよりは主たる意思方向の差にある」[12]と判示したものなどがある。

以上の学説及び判例における「故意」というものの内容についての理解の実態からすると、今のところ日本では、「故意」という概念自体がかなり流動的なものであると言えよう。これに対して、中国では、故意という概念についてほとんど議論が見られないのが、現状である。では、中国では、なぜ故意についての理解に異議がなかったのであろう

か。その原因は、学者の間では故意を構成要件的故意とする理解について一致が見られるほかに、刑法典には故意とは何かについての定義があることによると思われる。つまり、中国刑法典第一一条によると、「故意による犯罪」とは、「自己の行為によって社会に危害を与える結果の発生することを知りながら、かかる結果の発生を希望しまたは放任し、よって犯罪を構成したものは、故意による犯罪」と定義されるのである。

しかし、日本ではなぜ故意について、これほど激しい議論が見られているのか。その原因は、主に「故意」が成立するためには、認識要素あるいは意志要素のいずれか一つで足りるのか、それともその両方を要するのかについての見解の対立にあるではないかと思う。私は、「故意」があると言えるためには、その両方とも―すなわち、認識要素と意志要素が必要であると考えている。何故ならば、それによってこそ未必の故意と認識ある過失とを明確に区別することができるからである。このことから、私は、ここで、「故意」を以下のように定義したいと考えるのである。つまり、故意とは、行為者が自己の行為によって法益に侵害を与える犯罪事実が発生することを知りながら、しかもその犯罪事実の発生を希望しまたは認容する心理状態なのである。この概念から分かるように意志要素には以下の2種類がある。一つは、犯罪事実の発生を希望する場合である。もう一つは、犯罪事実の発生を認容する場合である。このように解するならば、いわゆる確定的故意と未必の故意との差異は、もっと明らかになるではないかと思われる。

もし、以上の論述が可能であるとすれば、私は、共同の故意を以下のように定義したいと考えている。つまり、二人以上の関与者の間には、「各関与者が自己の行為と他人の行為とを結合して法益に危害を与える犯罪事実が発生することを知りながら、かかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容しており、かつ他人もその行為と自らの行為が結合して法益に同様な危害を与える犯罪事実が発生しうることを予見し、かかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容していることを知っている心理状態の結合」をいう。言うまでもなく、もしこの定義が許されるとすれば、共同の故意というものは

絶対に一人で持つことは不可能だということになるであろう。すなわち、それは、あくまで二人以上の関与者の間に存在し、かつ各自が有する「二重的故意」、すなわち自己の行為と他人の行為とを結合して法益に危害を与える犯罪事実が発生することを知りながらかかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容している心理状態と他人もその行為と自らの行為が結合して法益に同様な危害を与える犯罪事実が発生しうることを予見しかかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容していることを知っている心理状態の結合なのである。ただし、この共同の故意は、必ずしも共同実行の故意だけに限って初めて成り立つというものではないことは、既に前節で論じた通りである。つまり、それは、共同実行の故意で成り立つ場合もあるし、実行の故意とそうではない故意（たとえば、教唆の故意と従犯の故意と組織犯の故意）などとで構成する場合もある。以上のことから、ここで私は、共同実行の故意を次のように定義すべきであると思う。すなわち、共同実行の故意とは、二人以上の関与者の間には、「各行為者が自己の実行行為と他人の実行行為とが結合して法益に侵害を与える犯罪事実が発生することを知りながら、かかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容しており、かつ他の人もその実行行為と自らの行為が結合して法益に侵害を与える犯罪事実が発生しうることを予見し、かかる犯罪事実の発生を希望しまたは認容していることを知っているという心理状態の結合」である。この概念から分かるように、共同実行の故意には以下の二つの顕著な特徴がある。一つは、すべての行為者が互いに彼らの実行行為が結合して同一の法益侵害に関する犯罪事実を引き起こしうることを知っているか、もしくは予見していたことである。もう一つは、すべての行為者が彼らが互いに知っているか、もしくは予見したのと同一の法益侵害に関する犯罪事実の発生を互いに希望しまたは容認していることである。そして、心理学的に言えば、前者は相互的な認識要素に属しており、後者は相互的な意志要素に属しているのである。言うまでもなく、この二つの特徴はいかなる共同実行の故意にも不可欠である。以下では、共同実行の故意が持っているその二つの特徴を分析しながら、それと関連がある議論について私見を述べること

にしたい。

1　相互的認識要素の分析

上述のように、相互的認識要素とは、すべての行為者が互いに彼らの実行行為が結合して法益に同一の侵害を加える犯罪事実を引き起こしうることを知っているか、もしくは予見していたことをいうのである。つまり、犯罪に関与する各行為者の間においては、自己の実行行為が他人の実行行為と結合して法益に侵害を与える犯罪事実を発生させることを知っているばかりではなく、他の人もその実行行為と自らの行為が結合して法益に同様な侵害を与える犯罪事実を発生させることを予見したことをも知っているという心理状態である。この相互的な認識要素は、すべての行為者について法益に同一の侵害を与える犯罪事実を予見した程度によって、以下のようにいくつかのケースに分けられると思う。

第一は、すべての行為者がお互いの実行行為が結合して法益に同一の侵害を加える犯罪事実を必ず引き起こすことを知っているか、もしくは予見していた場合である。たとえば、甲は乙と丙に傷害を与える方法について共謀した結果、日本刀で相手に切りつけることを決めたうえで、翌日二人で一緒にその行為を実行して、よって相手に傷害を与えたような場合である。というのは、日本刀で相手に切りつけるならば、必ず相手に傷害をもたらすからである。

第二は、行為者たちがお互いの実行行為が結合して法益に同一の侵害を与える犯罪事実を引き起こすかも知れないということを知っているか、もしくは予見していた場合である。たとえば、甲は乙と横領の罪跡をくらます為に、二人で会計室に放火することを決めたが、しかし彼らは部屋にいる会計士が焼死するかも知れないということを予見していたが、敢えて放火して会計士を焼死させる結果を招いたような場合である。何故ならば、この場合、甲・乙は彼らの放火行為によって会計士が焼死する結果を招く可能性のあることを予見していたからである。

第三は、行為者たちが法益に同一の侵害を与える犯罪事実を互いに知っているか、もしくは予見していた程度が行為者の間で異なっている場合である。すなわち、ある行為者が自己の実行行為によって法益に侵害を与える犯罪事実が必ず発生することを知っていると同時に、他の人もその実行行為と自らの行為が結合して法益に侵害を与える犯罪事実が発生するかも知れないということを予見していたことを知っているが、ある行為者が自己の実行行為によって法益に侵害を与える犯罪事実が発生するかも知れないことを知っていると同時に、他の人もその実行行為と自らの実行行為が結合して法益に侵害を与える犯罪事実が必ず発生することを予見していたことをも知っている場合である。たとえば、甲は乙と丙を殺す方法について共謀したところ、甲は「丙が留守である今晩、時限爆弾を彼のベットの下においたらどうか」と言ったが、乙は「それはいいが、万一丙がずっと留守であった場合、どうするのか」と返事をしたので、甲は「彼は必ず帰ると思う」と断定したが、乙は「必ずしもそうならないかも知れないが、一応やってみよう」と答えたので、結局時限爆弾を携帯した二人は一緒に丙の部屋に入って、その時限爆弾を計画どおり丙のベットの下に置いたまま離れたが、その後丙が戻って横になったとき、その時限爆弾が爆発したので、丙を死亡させたような場合である。言うまでもなく、この例のなかで、甲と乙とは、丙の死亡結果については、互いに知っているか、もしくは予見していた程度が異なっているのである。

第四は、行為者の間には彼らの実行行為が結合して法益に対しどのような同一の侵害を与えるべき犯罪事実を引き起こすかについて互いに確定的・具体的な予見はないが、しかし互いに概括的な予見がある場合である。つまり、犯罪に関与する各行為者が自己の行為によって法益にどのような侵害を与えるべき犯罪事実を発生させるかについての確定的・具体的な予見はないが、ただ概括的な予見のあることを知っているばかりではなく、他の人もその行為と自らの行為が結合して法益にどのような同一の侵害を与えるべき犯罪事実を引き起こすかについて概括的な予見しかないことを

も知っているのである。たとえば、丙がその足を甲に踏まれた際、甲に「この野郎、なぜ注意しないのだ」と言ったことから、甲・乙はそれを聞いて怒って何も言わずに携帯していた日本刀で丙の腹を刺したために、丙が死亡したような場合である。もちろん、この例においては、甲と乙との間に、丙を死亡させる結果について互いに確定的・具体的な予見は存在しないが、しかしその結果について概括的予見が存しないとは言えないであろう。というのは、彼らが丙の腹を刺すことによって丙を負傷あるいは死亡させることは間違いないからである。したがって、どのような結果の発生も彼らの主観意志と矛盾しないであろう。

2　相互的意志要素の分析

すでに指摘したように、相互的意志要素とは、すべての行為者が彼らが互いに知っているか、もしくは予見した法益への同一の侵害を加える犯罪事実の発生を互いに希望しまたは認容していることをいうのである。つまり、犯罪に関与する各行為者の間においては、自己の予見した犯罪事実の発生を希望しまたは認容しているばかりではなく、他の人もその自分と予見した同一の犯罪事実の発生を希望しまたは認容していることをも知っていることを要するのである。この相互的意志要素は、すべての行為者が互いに予見した法益への同一の侵害を与える犯罪事実に対する態度によって、以下のようにいくつかのケースに分けられると思う。

第一は、すべての行為者が互いに知っているか、もしくは予見した法益に同一の侵害を加える犯罪事実の発生を互いに希望していた場合である。すなわち、この場合には、犯罪に関与する各行為者は自己の予見した犯罪事実の発生を希望しているばかりではなく、他の人もその自分の予見したのと同一の犯罪事実の発生を希望していることを知っているのである。たとえば、医者である甲（男）は患者である乙（女）と不倫の関係を保つために、丙（乙の夫）を殺害する

方法について共謀した結果、丙が飲んでいる酒の中に毒物を投与することに決めて、ある日二人で一緒にその行為を実行して、よって相手を死に致した場合が、それであると言えよう。

第二は、すべての行為者が彼らが互いに知っているか、もしくは予見した法益への同一の侵害を加える犯罪事実の発生を互いに認容している場合である。言い換えれば、この場合には、犯罪に関与する各行為者は自己の予見した犯罪事実の発生を認容しているばかりではなく、他の人もその自分の予見したのと同一の犯罪事実の発生を認容していることも知っているのである。たとえば、母親である甲は、自分の子供は時々丙の子供に苛められているので、報復のために夫である乙とその報復の方法について相談した結果、丙の住宅に放火することを決めたものの、彼らはもし放火するという方法を採れば、丙の年をとった母親が焼死するかも知れないと予見していたが、しかしやはり報復のため放火をした結果、丙の母親を焼死させたという場合である。この場合、甲・乙は、丙の母親を焼死させるという結果を希望していなかったが、しかし互いにこの結果を認容したのであると言えよう。

以上、共同実行の故意が持っている二つの特徴について概略的に分析したが、しかしここでもう一つの問題について言及しなければならない。つまり、行為者同士が共同実行の故意を持っているということは、必ずしも彼らが面識を有しなければならないということを意味するものではない、という点である。というのは、ある共同正犯による共同犯罪においては、互いに知らなくても相互的な認識要素と相互的意志要素に欠けるところがないからである。たとえば、数人の間において、手紙あるいは電話などを通じてある犯罪の実行に関する連絡を取り合うような場合である。それ故、行為者同士に、面識がないということを以て、共同実行の故意を否定するべきではないのである。(13)

上述のように、そのような相互的な認識要素と相互的意志要素との統一は、共同実行の故意の本質的内容を構成するだけではなく、共同実行の故意と単独実行の故意との区別をも可能とするのである。そして、相互的な認識要素は共同

実行の故意を形成するための基礎と前提であり、相互的な意志要素は共同実行の故意の具体的な表現である。

従って、もし行為者の間にそのような相互的な認識要素と相互的な意志要素がなければ、共同実行の故意は成立しないはずである。それ故、いわゆる同時犯或いは共同過失の場合、行為者の間には以上のような共同実行の故意がないので、共同正犯を構成しえないことは言うまでもないが[14]、更に人為的に相互的な要素の内容を切り離す理論 — たとえば「片面的共同正犯説」[15]や、或いは共同実行の故意をある相互的要素の上に打ち立てた理論 — たとえば次のような「相互的な認識説」などは、正当なものであるとはいえないであろう。

この「相互的な認識説」とは、行為者の間に相互的な認識要素さえ存在すれば、共同実行の故意が成立することをいう。このような見解は、中国の学説の中にはよく見られる。たとえば、共同の犯罪の故意とは、「共同犯罪者が自分で故意的に共同犯罪を行っていることを認識しているだけではなく、他の共同犯罪者も自分と一緒に共同犯罪を行っていることをも認識しているということである」[16]というものなどは、それである。これに対して、日本の学説ではそのような見解はあまり見られないが、ただし判例にはそれを窺うことができる。たとえば、判例には「行為者相互間ニ意思ノ連絡即共同犯行ノ認識アリテ互ニ他ノ一方ノ行為ヲ利用シ全員協力シテ犯罪事実ヲ実現セシムルニ由ル」[17]に代表されるような「共同正犯の認識」[18]についての定義づけが多い。ところが、このような見解は、「明知」（即ち共同実行の故意を構成する相互的な認識要素）を強調しているが、しかし共同実行の故意を構成する相互的な意思要素を無視しているのである。言うまでもなく、このように共同実行の故意を相互的な認識要素だけで構成する見解は、妥当であるとは言い難いであろう。従って、その見解は、全面的かつ正確に共同実行の故意の内容を反映させることはできないと言っても言過ぎではないであろう。

(二) 共同実行の故意の種類

以上、簡単ながら、共同実行の故意の概念、特にその特徴について検討してきたわけである。ところで、より正確に共同実行の故意を認識するため及び更にその内容を把握するためには、共同実行の故意の種類を明確にする必要があると思われる。そして、私は行為者の間における相互的認識要素と相互的意思要素との組み合わせによって、少なくとも共同実行の故意は次のように二種類に分けられると思う。つまり、一つは共同実行の直接故意である。もう一つは共同実行の間接故意である。以下においては、その二種類の共同実行の故意について概略的に論じることにする。

1　共同実行の直接故意

共同実行の直接故意とは、すべての行為者が互いに彼らの行為が結合して法益に同一の侵害を加える犯罪事実を引き起こしうることを知っているかもしくは予見しており、かつこの法益に同一の侵害を加える犯罪事実の発生を希望することをいうのである。言い換えれば、それは、犯罪に関与する各行為者が自己の行為によって法益に侵害を与える犯罪事実が発生することを知りながら、かかる犯罪事実の発生を希望しており、かつ他の人もその行為と自らの行為が結合して法益に侵害を与える犯罪事実の発生しうることを予見し、かかる犯罪事実の発生を希望していることである。この概念からすると、共同実行の直接故意には次の二つの特徴がある。一つは、すべての行為者が互いに彼らの行為が結合して法益に同一の侵害を加えるような犯罪事実を引き起こしうることを知っているかもしくは予見していたことである。もう一つは、すべての行為者が彼らの互いに知っているかもしくは予見した法益に同一の侵害を加える犯罪事実の発生を互いに希望していることである。たとえば、甲と乙とが共謀した結果、丙を殺すということを決めたうえで、翌日二

人で一緒に相手を殺害したような場合である。というのは、その二人が丙を死亡させるという結果を予見しただけではなく、その結果の発生を希望していたからである。

言うまでもなく、共同正犯による犯罪現象における行為者の間に形成された共同実行の故意には、このようなケースに属しているものが多いであろう。何故ならば、共同実行の直接故意を持っている行為者の間では、刑法各則に禁止された行為に着手する以前に大体相談が行われているからである。つまり、行為者同士は、犯された具体的犯罪について共謀している場合が多いのである。すなわち、如何に分担するか、どの時間・地点で行うか、如何に証拠を湮滅するか及び利益を如何に分けるのかなどについて事前に相談して決めているのである。それ故、そのようなことがあるが故に、犯罪の意図が明確化しており、犯罪計画も具体化しているので、犯罪を実行しやすいのである。もちろん、このような共同実行の直接故意を持っている行為者たちは、決してすべてが刑法各則に禁止された行為を着手する以前に共謀をしたわけではない。つまり、行為者の間には事前にある犯罪についての打ち合わせがなく、ただ偶然的に集合して一緒に犯罪を行う場合にも、このような共同実行の直接故意に属するものがある。たとえば、甲が乙のすきをみて乙方の応接間においてあった乙の映写機を玄関に持ち出し、丙に渡したのを見た丁が、甲の窃盗の意思を諒知し、とっさにこれに加わる意思で、ただちに丙からそれを受け取って屋外に持ち出し、その占有を取得したときは、丁は窃盗罪の共同正犯となるような場合である。[19] この事件における甲と丁との心理状態から見れば、彼らが互いに窃盗の結果を引き起こしることを知っているだけではなく、その結果の発生を互いに希望していたのである。それ故、二人は共同実行の直接故意があると言えよう。

2　共同実行の間接故意

共同実行の間接故意とは、すべての行為者が互いに彼らの行為が結合して法益に同一の侵害を加える犯罪事実を引き起こしうることを知っているかもしくは予見しており、かつこの法益に同一の侵害を加える犯罪事実の発生を認容することをいうのである。言い換えれば、それは犯罪に関与する各行為者が自己の行為によって法益に侵害を与える犯罪事実が発生することを知りながら、かかる犯罪事実の発生を認容しており、かつ他の人もその行為と自らの行為が結合して法益に侵害を与える犯罪事実が発生しうることを予見し、かかる犯罪事実の発生を認容していることである。この概念によれば、共同実行の間接故意には次の二つの特徴がある。まず、認識要素に関しては、行為者同士が互いに彼らの行為が結合して法益に同一の侵害を加える犯罪事実を引き起こしうることを知っているかもしくは予見していたことである。次に、意志要素については、行為者同士が互いに知っているかもしくは予見した法益に同一の侵害を加える犯罪事実の発生を互いに認容していたことである。実務においては、共同実行の間接故意には次のような三つのケースがあると思われる。

第一は、行為者たちがある犯罪目的を実現するために、他のある犯罪事実を認容している場合である。たとえば、前述の相互的な認識要素の分析の第二に挙げた例は、この場合に属していると思う。つまり、甲と乙にとって会計室に放火することは共同実行の直接故意であるが、彼らが会計士を焼死させたという結果は共同実行の間接故意によるものである。というのは、甲と乙とは彼らの放火行為によって会計士を焼死させる結果を招く可能性があることを互いに予見したうえで、互いにその結果を認容したからである。

第二は、行為者たちがある非犯罪目的を実現するために、他のある犯罪結果を認容していた場合である。たとえば、甲と乙が野外で猟をした際、一匹の猪を見つけたので、甲が射撃しようとしたが、しかし乙は猪の付近に柴を切ってい

る丙がいるのを発見したと同時に、甲に「もし弾丸が外れて丙に命中すれば……」と言ったが、甲は「どうであろうと、猪を打つことは大事である」と答え、結局二人が猪に向かって射撃したが、結果として弾丸がいずれも外れて丙の足に命中したような場合である。この場合、猪に対する命中可能性があれば、丙を傷つけるもあることを予見したが、しかし猪に命中することを希望すると同時に、丙に命中する可能性があることについて、意識的に無関心な態度を取ってきたのである。つまり、彼らは互いに丙に命中するという結果の発生を希望しないし、その結果の発生を希望したくないという心理を有していないのである。すなわち、彼らの心理状態に徴すると、彼らはある非犯罪目的を実現するためにほかのある犯罪事実を認容したのである。

第三は、ある突発性の共同正犯による犯罪の場合、法益にもたらした結果の発生を、行為者たちは一般的に互いに認容しているのである。たとえば、前述の相互的な認識要素の分析の第四に挙げた例は、この場合に属していると思う。というのは、甲と乙は丙の腹を刺すことによって丙を負傷或いは死亡させうることを予見しながら、あえて行為を行ったからである。それ故、彼らは丙の死亡という結果を互いに認容したと言えよう。

以上の共同実行の間接故意の分析から、この共同実行の間接故意は、実行の直接故意と共通点があると同時に、相違点のあることも見出だすことができる。共通点は、すべての行為者は互いに彼らの行為が結合して法益に同一の侵害を加える結果を引き起すことを知っていた、ということである。相違点は、次の二点に求められる。一つは、共同実行の直接故意においてはすべての行為者が互いに認識したのは法益に与える結果発生の可能性或いは必然性であるのに対して、共同実行の間接故意においてはすべての行為者が互いに認識したのはその結果発生の可能性だけである。もう一つは、共同実行の直接故意の場合、すべての行為者は互いに予見していた同一の結果発生を互いに希望していた――つまり、結果の発生を積極的に追求したのに対して、共同実行の間接故意の場合、すべての行為者は互いに予見していた同一の

結果発生を互いに認容していたのである。言い換えると、結果の発生を希望していないにしても、結果の発生を否定せずに、結果の発生に無関心または無頓着の態度を取っていたのである。言うまでもなく、共同実行の間接故意の方が結果の発生に対する意志要素としては、共同実行の直接故意よりも消極的なものであろう。

ちなみに、周知のように、日本における故意理論は主に行為者の認識要素によって、故意を「確定的故意」と「不確定的故意」とに区別している。従って、この故意理論によって、共同実行の故意を「共同実行の確定的故意」と「共同実行の不確定的故意」とに分けることができると思われる。ただし、注意すべきなのは、前者は共同実行の直接故意であると言えるが、後者は必ずしも共同実行の間接故意であるとはいえないという点である。というのは、前者の場合には、行為者の間における意志要素からすると、希望しか考えられないのに対して、後者の場合には、必ずしも認容に限られないからである。つまり、日本では不確定的故意を更に「概括的故意」と「択一的故意」と「未必的故意」と分けている。それ故、共同実行の不確定故意を「共同実行の概括的故意」と「共同実行の択一的故意」と「共同実行の未必的故意」とに分けることは可能である。言うまでもなく、共同実行の未必的故意は共同実行の間接故意であると言えるが、共同実行の概括的故意と共同実行の拓一的故意は共同実行の直接故意である場合もあるし、共同実行の間接故意である場合もあるのである。

(三)　共同実行の故意の認定

以上、共同実行の故意の概念・特徴及びその種類について論述したが、しかし共同実行の故意というものは、究極的には行為者の間における主観的な心理状態なので、それは客観的行為の中に現れなければ、認定することは不可能であろう。この意味で、共同実行の故意の認定に当たってその内容の現れる行為を究明することは極めて重要であると思わ

れる。言うまでもなく、共同実行の故意の現れる行為については、様々なものがあるかも知れないが、私は、それを主に以下の二種類に概括することができると思う。一つは、共謀である。もう一つは、刑法各則で禁止される行為である。以下ではこの二種類の行為について概略的に論述することにする。

1　共謀

日本の判例理論においては、共謀とは何かという点についての理解が異なっているが、私の知るかぎりでは、日本の判例の中で、明確にそれを定義づけるものは、既に第一章の第一節で見たようにおそらく次の三つがある。すなわち、①　大判大正15年3月7日判決、②　最判昭和24年2月8日判決、③　最判昭和33年5月28日判決の三つである。①では、「共同正犯ノ主観的要件タル共謀トハ二人以上共同シテ犯罪ヲ実行センコトヲ協議決定スルコト」[20]をいうと判示する。②では「共謀とは、数人相互の間に共同犯行の認識があること」[21]をいうとする。③では共謀とは、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同の意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」[22]であるとする。①の判決から見れば、その定義自体が矛盾であると言わざるを得ないであろう。というのは、この判決が共謀を主観的なものとしながら、その内容を客観的なものとしたからである。更に、この定義に従うと、行為者の間には共謀がなければ共同正犯も成立しえないという問題が生じるであろう。他の二つの判決については、②が共謀を共同犯行の認識とするのに対して、③はそれは客観的に限定しようとするのである。言い換えると、共謀というものが主観的なものであるか、それとも客観的なものであるか、という点について両者の理解は異なっていると言えよう。ところが、共謀を「共同正犯の認識」という主観的なものとして理解する考え方には、検討の余地があると思われる。何故ならば、日本の行政法規の中には共謀自体を処罰する規定があるからである。たとえば、日本の国家公務員

法第110条は、「何人たるを問わず第98条第2項前段に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者」[23]は、「三年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する」と規定している[24]。この規定から見ると、このような理解は妥当ではないであろう。また、共謀を「謀議」という純粋に客観的なものとして理解する③のような見解も、やはり妥当ではないであろう。何故ならば、このような規定は、共謀を独自に犯罪とするからである。この意味で、共謀自体は、主観と客観とが統一されたものであると言えよう[25]。言い換えれば、共謀は犯罪行為なので、その行為は主観面を含むはずであろう。それ故、共同正犯の場合においては、このような行為によって共同実行の故意を認定することができるわけである。ただし、ここで指摘しなければならないのは、以上のような法規に規定されている共謀罪は、実質から見れば実行行為とは言い難いという点である。すなわち、共謀の後に、共謀に参加した者が一緒に共謀した行為に出る場合もありうるからである。この点に鑑みると、共謀は、実は、犯罪としては共同の予備行為であろう。ところが、このような法規は、ただ共謀を犯罪として規定したが、しかし共謀を達成した後の行為については何等の規定もないのである。この意味で、立法面においては欠陥があるように思われる。

以上の検討からすると、共謀とは、二人以上の者が共同の故意のもとで行おうとする特定の違法な行為、または犯罪についての謀議である、と定義づけられよう。言い換えれば、それは、特定の違法な行為・犯罪の具体的な方法・時期・計画・分業などについて協議することである。この概念で分かるように、実は、共謀には二種類あるのである。一つは、特定の違法な行為についての謀議である。もう一つは、犯罪についての謀議である。前者においては、行為者の間で特定の違法な行為について謀議した場合に限って、共謀が成立するが、他の場合においては共謀は成立しえないのである。言い換えれば、違法な行為についての共謀は独立な犯罪として規定された場合だけに限られるべきである。というのは、このような規定がないとそのような謀議を犯罪行為として見ることができないからである。もちろん、どのような違法

行為についての謀議を犯罪として規定するのか、これはまったく立法政策の問題である。後者について言えば、二人以上の行為者が犯罪についてそのような行為を行ったこと自体は、共同の予備であると言えよう。[26] 何故ならば、このような共謀は、実質的には行為者たちが行われようとする犯罪のための条件を作るものであると言えるからである。この意味で、第一章第二節で見た共同意思主体説の主張する共謀があっても、その中の一人が犯罪の実行に着手しなければ、共同意思の活動があるとはいえないという見解[27]は、極めて不当なものであると言わざるを得ないであろう。また、もし中国で二人以上の者がそのような行為を行った場合には、その行為はすべて処罰されるであろう。何故ならば、既に見たように中国刑法第一九条によると、すべての予備行為は処罰されるからである。[28] これに反して、もし日本でそれを行った場合、必ずしもすべてが処罰されるとは限らないことは、周知の通りであるが、しかし注意すべきなのは、特定の違法な行為についての共謀は処罰されるが、一部の犯罪についての共謀は処罰されないという点である。

むろん、共謀は必ず一定の行為方式で行わなければならない。たとえば、言語・電報・電話・手紙などはいずれも、行為者が共謀を達成するために採用する行為方式である。すなわち、共謀を達成するためには、二人以上の行為者が必ず一個所に集合して謀議する必要はないと言えよう。ところが、問題なのは、いわゆる「順次共謀」および「暗黙の共謀」を認めるべきかどうかという点である。

まず、「順次共謀」とは何かということから見ることとしたい。周知のように、いわゆる順次共謀とは、「同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀する」[29]ことをいうのである。ところで、この場合、これらの者のすべての間に当該犯罪の共謀が行われたと解することができるであろうか。日本では、判例が古くからそれを肯定しているのは、周知のところである。すなわち、大正一二年六月五日判決[30]や、大判昭和一一年六月一八日判決[31]や、大判昭和一三年一〇月二八日判決[32]や、前掲最高裁昭和三三年五月二八日判決[33]などは、それを肯定していたものであると言われている。[34]

しかし、「順次共謀」を共謀として認めるべきかどうかについては、一概に言えない、言うべきでないと思われる。それは以上の意味における順次共謀は、更に色々な種類に分けられるからである。差し当たり、おそらくそれを、甲が乙と共謀したとき、乙において不確定・又は確定の丙と共謀する内容を決めており、かつ乙が丙と共謀したとき、甲と共謀した内容について丙も賛成した(ア)という場合も考えられるし、そうではない(イ)という場合も考えられるであろう。もし、このような分類が許されるとすれば、私は、(ア)の場合には順次共謀を認めるべきであるのに対して、(イ)の場合にはそれを認めるべきではないと考える。というのは、前者の場合には甲と丙との間には共謀の事実が存すると言えるが、後者の場合には甲と丙との間にはそのような事実が存しないからである。つまり、(ア)の場合、実は、行為者の間でなされた共謀は、「間接的な共謀」であると言えよう。むろん、間接的な共謀であるとはいえ、実質から見れば直接的な共謀と何等の差異もないのではなかろうか。この意味で、この場合は断じて認めるべきであろう。それに対して、(イ)の場合は、両者の間には直接的な共謀の事実もないし、間接的な共謀もないのである。従って、否定しなければなるまい。[35]

ところで、ここで指摘したいのは、この場合においてはすべての行為者の間には共謀がないとはいえ、必ずしも共犯を構成しえないということを意味するものではない、という点である。というのは、行為者の間には共同の故意を有する場合があるからである。たとえば、現場で一緒に共同の行為に出た場合である。つまり、この場合は行為者が一緒に行為を行っている過程で共同の故意を形成させたのである。それ故、行為者の間には共犯が成立するであろう。

以上のいわゆる順次共謀についての検討から分かるように、それは「順次共謀」というよりも、むしろ「間接的な共謀」と呼ぶほうが、妥当ではないかと思われる。

次に、「暗黙の共謀」を考えることにする。日本では、「暗黙の共謀」論は、おそらく判例によって形成されてきたものであると言えよう。判例によれば、いわゆる暗黙の共謀とは、「明示の意思の表示が無くても暗黙にでも意思の連絡

があれば共謀があったといい得るのである」[36]という場合を指す。判例は、古くから今日までほとんどそれを認めてきたのである。たとえば、行使の目的で株券を偽造するものであることを知りながら他人の依頼に応じてその株券を印刷する者は、たとえその偽造行使を謀議しなくても、有価証券偽造罪の正犯であるとしたもの[37]や、他人の名誉を毀損した事実を起草投稿したのに対し、新聞社の漢文欄編集を担当する被告人がこれを紙上に掲載した場合は、両者暗黙の間に共同して名誉毀損罪を遂行する認識があるとしたもの[38]や、事前に明示的に謀議する場合だけでなく、あらかじめ暗黙のうちに強盗をすることを互いに了解していた場合であっても、なお共謀の上強盗したものといいうるとしたもの[39]や、被告人たる母親が被害者の上に馬乗の状態となってこれを押し付けている際、右母親の挙動を見てとった子たる被告人が、母の意を察し、被害者の首に巻付けてある手拭に力を加えて、これを死に致した場合には、被告人など両名には暴行につき共同犯行の認識があり、被害者の死亡について共犯としての責任を免れないとしたもの[40]や、必ずしも事前の謀議を要せず、二人以上の者相互の間に暗黙裡に互いに強力して共通の犯意を実現する意思を相通じれば足りるとしたもの[41]や、事前の共謀はなくても、他人の窃盗の意思を了知し、これに共同加功する意図の下に窃盗の実行行為の一部を分担した場合には、窃盗罪の共同正犯となるとしたもの[42]や、相手に対し強度の反感を持っていた二人のうちの甲が、相手方から殴られた際、乙が懐中から小刀を出して甲に交付し、甲がそれをもって相手方に傷害を負わせたような場合には、二人の間に、とっさに相手方に対する傷害の共謀が成立したものと認めるのが相当であるとしたもの[43]などは、それであると言われている[44]。ところで、共謀を犯罪の共同の予備行為とする私の理解からすると、「暗黙の共謀」を共謀として認めている判例の態度は、極めて不当なものであると言わざるを得ないであろう。すなわち、共謀には、直接的および間接的な共謀しか存在しえない。従って、いわゆる暗黙の共謀を共謀の中に加えることができないし、加えてはいけないであろう。

では、判例はなぜ「暗黙の共謀」および先に見た「順次共謀」(イ)の場合を共謀として認めてきたのか。それは主に共謀を共同正犯の主観的成立要件と同視したせいではなかろうかと私は思う。しかし、その理解は不当なものであることは、概に論述したとおりであるから、ここでその理由をくり返す必要はない。(45)

以上の検討で分かるように、共謀はあくまで行為者の間に存在する主観的要素と客観的要素との統一されたものであって、つまり、犯罪の予備行為である。したがって、共同正犯の場合においては、共謀によって行為者の間に共同実行の故意を有するかどうかを判断することができるわけである。

2　刑法各則において禁止される行為

周知のように、刑法各則において禁止される行為とは、二人以上の行為者が実行した刑法各則において規定された犯罪行為をいう。つまり、二人以上の行為者が共に刑法各則において禁止されるいわゆる基本的構成要件に該当する実行行為を行った場合である。このような行為は、行為者の間に共同実行の故意があるか否かを判断することにとって、極めて重要であると思われる。言うまでもなく、大多数の共同実行の故意は共謀を通じて表すことができるが、しかし共同正犯の場合は必ずしも行為者が行われようとする犯罪について事前に共謀したとは限らないのである。それ故、この場合、行為者の間に共同実行の故意があるかどうかは、行為者の間において行われた刑法各則に禁止される行為によって認定しなければならないと言えよう。たとえば、前掲最判昭和二四年一一月一〇日判決、札幌高判昭和二九年一二月二五日判決などにおいては、行為者の間の共同実行の故意はまさにこのような行為によって認定されたと解される。つまり、この場合の共同実行の故意は行為者が一緒に実行行為を行っている過程で形成されたものである。この意味で、その実行行為によって行為者の間に共同実行の故意が存するか否かを判断することができるといえるのである。

ちなみに、共同実行の故意の認定には、もう一つの研究すべき問題がある。即ち、目配せ・手真似などが共同実行の故意を表す行為となりうるかどうかという問題である。たとえば、中国の学説の中には、それを肯定する見解がある。(46) ところが、私はこのような見解には賛成しがたい。それだけによって行為者の間に共同実行の故意の存することを判断することはできないからである。つまり、それはその前後の行為と結合しなければ、決して共同実行の故意を表す行為とはいえないであろう。ただし、聾唖者が共同して犯罪を行おうとする場合には、手真似は共同実行の故意を表す行為であるといえるが、むろん聾唖者の場合においても、手真似より、むしろ言葉であろう。

以上、一般的にいかに正確に共同実行の故意を確定するかということについて検討してきたが、具体的に共同実行の故意を認定する場合には、なお以下の点に留意する必要があると思う。

第一に、共同正犯者の供述、または裁判官の主観的な推測だけではなく、事件の具体的な状況を分析したうえで、全体的に被告人が実行した行為を考察しなければならないという点である。この様にしてこそ、行為者の間において共同実行の故意が存したか否かを論理的に判断することができるのである。

第二に、共同正犯者の間に自ら実行した犯罪行為の内容について変化があったかどうかという点である。というのは、行為者が実際に行った行為は、共謀によって決まった行為と異なる場合もありうるからである。たとえば、甲が乙と窃盗について共謀したが、翌日ある倉庫の中で窃盗しようとした際、当番者である丙が誰何したので、甲と乙はその声を聞いて即座に逃げ出したが、しかし甲が振り返ってみると、丙は老人だったことから、落ちていた鉄棒を拾って丙を殴打し、乙も手で丙を殴って丙が倒れた後、貴重品を窃取したような場合である。この場合、甲が乙と予め実行しようと共謀したのは窃盗行為であったが、しかし彼らが実際に実行したのは強盗である。つまり、彼らが丙に暴行を加えた時点から、その行為は窃盗から強盗に転じたのである。従って、彼らが有していた共同実行の故意の内容も、窃盗から強

盗に転化したはずである。この意味で、共同実行の故意の認定に当たっては、共同正犯者の間において自ら実行した行為の内容に変化があったかどうかに注意する必要があると言えよう。

第三に、共同正犯者間に刑法各則で禁止される犯罪行為を実行する以前にいくつかの共同実行の故意が存したかどうかという点である。つまり、行為者達はある犯罪目的を達成するために、いくつかの計画について共謀し、かつ客観状況に応じてその中からある計画を選んだ場合も考えられるわけである。たとえば、甲・乙が窃盗の方法について共謀した後、窃盗の現場に行く途中、甲が「もし発見されたらどうする」と乙に聞いたが、乙が「そうなったら、おれはナイフで脅かすから、おまえは財物を奪ってくれ」と提案したところ、甲はそれに賛成したものの、結局二人は現場で発見されずに財物を盗んだようなケースである。ところで、この場合においては、その選ばなかった計画についても、行為者の責任を追及すべきではないかと思われる。というのは、この場合にも行為者の間には共同の予備行為があるからである。もちろん、加重、それとも吸収の原則を採用するかどうかについては議論の余地があると思う。

二　客観的成立要件の自説展開

これまで、共同正犯の主観的成立要件について自説を述べてきたが、以下においては、その客観的成立要件としての共同実行の行為に関して論ずることとする。まず、その概念と特徴から見ることにしたい。

（一）共同実行の行為の概念とその特徴

まず、共同実行の行為に正確な定義を与えるためには、何よりも「共同の行為」という概念を究明しなくてはなるまい。それは、共同実行の行為が結局共同の行為の一種であるに過ぎないからである。ところが、その共同の行為を明ら

かにするためには、更に刑法の意味における行為とは何かについて考える必要があると思われる。何故ならば、それはあくまで刑法的な意味での行為の特殊な形式に属するからである。しかし、周知のように、この刑法的な意味での行為の意義については、日本の学説には様々な見解が存するのである。たとえば、意志の発動による人の挙動であるとするもの[47]や、意志の外部的表現としての身体的挙動であるとするもの[48]や、社会的なレベルにおける客観的な支配可能性を行為概念の外枠とするが、有意性の要件は維持され、反射運動などは行為から除外すべきであるとするもの[49]や、社会的に意味のある人の態度であり、有意性による制約をまったく排除して、反射運動なども行為に含まれるとするもの[50]や、盲目的な因果関係を排し、意志の目的的な支配と操縦力たる目的性に人間行為の特性を見出だすべきであるとするもの[51]や、行為者人格の主体的現実化としての身体の動静であって、従って反射運動や絶対的強制としての行為などは、人格の現われではないから、最初から行為とはいえないとするもの[52]や、行為者人格の主体的発現としての有意性に基づく社会的意味のある身体的動静であるから、従って意思の背後にある人格態度から、作為も不作為も、故意も過失も人格の主体的な現われとして行為に包含されるとするもの[53]、などが存する。もちろん、それらの見解は、因果的行為論・社会的行為論・目的的行為論・人格的行為論のいずれかに還元することができるかも知れないが[54]、しかし仮にそう言えるとしても、同じ立場に立っている学者の間においてすら具体的な問題については、その見解に微妙な差があることを否めないであろう。この意味でも、行為の意義についての究明は、極めて難しいと言えよう。また、中国の通説ではそれを人の意識と意志とを表し、しかも客観的に社会に対して危害を持ち、かつ刑法上禁止される行為であると定義している[55]。私は、刑法の意味における行為は人の心理状態の現われとしての刑法上禁止された行為ではないかと思う。というのは、そのような行為を行ってこそ初めて刑法上取り扱われうるからである。すなわち、睡眠中の挙動などは、刑法上無意味なのである。

以上、簡単に刑法の意味における行為について検討してきたが、もしこの論述が可能であるとすれば、私は、共同の行為を以下のように定義したいと考えている。つまり、共同の行為とは、二人以上の行為者が共同の故意の支配のもとにおいて各行為者が刑法上禁止される行為を行った場合である。この概念で分かるように、ここで言う共同の行為は、刑法各則において禁止される行為によって構成されるだけではなく、刑法各則で禁止される行為と刑法総則で禁止される行為によっても構成されうる。たとえば、実行行為で成り立つ場合は前者であるのに対して、実行行為と幇助行為などとで成り立つ場合は後者である。本来、前者の場合が、まさに共同実行の行為だと考えられるわけであるが、ところで日本の学説における「実行行為」自体に関する理解の流動化及び刑法典が犯罪の予備を刑法各則で規定しているという実態に鑑みると、それを定義するに当たっては、「実行行為」という概念を改めて検討する必要があると思われる。[56]

周知のように、日本の学説は、実行行為を、形式的には、構成要件に該当する行為であるとする一方、構成要件を基本的構成要件と修正的構成要件とに分けているのである。[57] 言うまでもなく、実行行為をこのように理解すると、刑法の意味における行為は実行行為であると理解されかねないという問題があるほかに、敢えて犯罪行為を実行行為と非実行行為とに分ける必要はないのではなかろうかという疑問も生じるのである。[58] この意味からすると、構成要件に該当する行為は、やはり基本的構成要件に該当するという意味での行為ではなかろうかと、私には思われる。[59] つまり、刑法各則において禁止される行為に該当しなければならないのである。ところが、もし実行行為をこの様に理解することが妥当であるとすれば、日本の場合、予備行為は、実行行為であると理解しなければならない、という問題があるであろう。というのは、予備もやはり刑法各則において禁止される行為であるからである。[60] そうすると、実行行為の存在意義がないのではなかろうかという疑問が起こるであろう。この点はまさに本章第一節で見た「予備罪の共同正犯」の成否を巡る論争の要因であるかも知れない。私の考えるところ、予備行為を罰する規定を総則に置こうと、各則に置こうと、予

備行為を、あくまで行われようとする犯罪のために、道具の準備あるいは条件を作るなどの行為として見るかぎり、それはやはり行われようとする犯罪自体とは別個のものであると考えなければならないのである。言うまでもなく、学説によれば、実行行為とは行為者が行おうとする犯罪に該当する行為である。ところで、予備行為自体も、犯罪なので、やはり実行行為であると考えられないわけではない。それは、あらゆる犯罪は実行しなければ犯罪とならないからである。同じ理由で、教唆行為あるいは幇助行為なども実行行為であると考えられると言えよう。このことから、刑法の意味における実行行為は、実は刑法上禁止される行為—すなわち犯罪行為なのである。ところで、刑法上禁止される行為を実行行為として見ることができるといっても、決してすべてが同質なものであるという意味ではない。つまり、それには色々な種類があるからである。差し当たり、基本的な構成要件に該当する行為と修正された構成要件に該当する行為とに分けられるであろう。また、後者は、更に予備行為と未遂行為と教唆行為と幇助行為などに分類されるのである。言い換えると、基本的に構成要件に該当する行為は、正犯の実行行為であるのに対して、そうでない行為は非正犯の実行行為であると言うことになる。(61) 言うまでもなく、共同正犯における共同実行の行為は正犯の実行行為から成り立たなければならないであろう。

以上の検討に基づいて、私は共同実行の行為を次のように定義したいのである。つまり、共同実行の行為とは、二人以上の行為者のそれぞれが共同実行の故意の支配のもとにおいて基本的な構成要件に該当する行為を行った場合を言う。この概念から見れば、共同実行の行為には次のような三つの特徴があると言えよう。

第一は、各行為者のすべてが基本的な構成要件に該当する行為を行ったことである。

第二は、この共同実行の行為は、一つの共同実行の故意に結合された有機的な一体であり、犯罪全体の流れのなかで、それぞれの行為がどのように分業しても、いずれもその必要な環となっていることである。

第三は、犯罪結果が発生した際、行為者の共同加害行為全体と発生した結果との間に因果関係が存在しており、しかも、各行為者が行った行為と結果発生との間にも因果関係が存在していることである。

言うまでもなく、結果犯の場合においては、以上の三つの特徴が存しないと、共同実行の行為とはいえないが、他の場合においても、前の二つの特徴を備えなければ、共同実行の行為を構成しないであろう。

以上で、不十分ながら、共同実行の行為の概念につき考察したうえで、その特徴をも指摘した。更により一層この共同実行の行為の概念およびその特徴を理解するために、以下において、本章の第一節で見た日本の学説における「予備の共同正犯」および「見張り行為」を巡る論争について、検討を加えることとする。

1　「予備罪の共同正犯」の検討

既に本章第一節で見たように、「予備罪の共同正犯」の成否を巡る論争は、主に以下の二つの点に集約されているのである。

第一は、二人以上の者がある犯罪を起こそうと相談した結果、それぞれが犯罪の道具を手に入れようと決め、しかも各行為者は現に道具を入手したが、結局その犯罪の実行に着手しなかった場合である。

第二は、AがBから犯罪のための道具を手に入れてくれと頼まれ、Bがある犯罪のために使うのを知りながら承諾し入手した道具をBに渡したが、Bはこの道具を使わなかった場合である。

学説では、第一の場合に関して言えば、肯定説と否定説と折衷説とにわかれているのに対して、第二の場合については、積極説と消極説とがあることは、前述したとおりである。また、判例を見ると、第一の場合は見当たらないが、第二の場合についての判断に相違があることは、やはり前述したとおりである。

では、いわゆる予備罪の共同正犯を認めるべきであろうか。私の考えとしては、第一の場合は、専ら予備行為を基本的構成要件に該当する実行行為として見ることができるどうかによって、決めるべきであるのに対して、第二の場合は、予備行為だけではなく、幇助行為も基本的構成要件に該当する実行行為と言えるかどうかによって、決めるべきであると思う。前者においては、予備行為がそのような行為でなければ、正犯としての実行行為は存在しないからである。後者では、両者の行為はそのような実行行為が存しないと共同正犯を成立させえないからである。

まず、第一の場合から検討することにしよう。むろん、前掲の日本の学説から見ると、要するに、予備行為を「実行行為」として考えうるか否かによって、その結論が異なってくるといえよう。ところで、私は、予備行為自体は犯罪なのでそれを実行行為と考えることは可能であると思うが、しかしそれはあくまで正犯という意味での実行行為ではない。そのことは、既に前の部分で論述したとおりである。言うまでもなく、共同正犯における共同実行の行為は正犯としての実行行為から成り立たなければなるまい。以上の意味で、この場合においては、「予備の共同正犯」はありえないと言わなければなるまい。

以上の検討から、肯定説の欠点は、主に予備の実行行為を正犯としての実行行為と同一視したところにあると言えよう。言い換えれば、肯定説は、いわゆる「実行行為」が、どのような性質を持つ実行行為であるのかという点を、必ずしも明確にしていなかったと思うのである。それ故、肯定説は否定説に対して、予備行為を実行行為でないとすると、予備行為は構成要件に該当する実行行為でないのに、犯罪として処罰されることになってしまい、構成要件に該当する実行行為が違法性・有責性を具備すれば犯罪となるという犯罪論体系を根本的に無視することになってしまうという反論を行ったわけである。(62) また、否定説も肯定説と同様の欠点を持つことが窺われるのである。つまり、否定説によると、もし予備行為を「実行行為」と見るならば、「予備罪の共同正犯」を認めなければならないからである。まして、予備

行為を実行行為としない点においては、この説にとって、反省する余地があろう。なお、折衷説はそのような欠点がないように見えるが、しかしある予備行為を基本的な構成要件に該当する実行行為と解するのは、やはり誤りであると言わざるを得ない。というのは、そのような予備行為はあくまで予備行為だからである。つまり、それは究極において修正された構成要件に該当する行為という点においては、何の変わりもないのである。言い換えると、そのような行為は、更に実行することが可能である。たとえば、日本の刑法第九三条などの場合は、それにあたると言えよう。ところで、このような場合には、なぜ予備行為を犯罪として規定するのに対して、正犯を犯罪として規定していなかったのかという問題があると言えよう。おそらくこの問題については立法論の進むことが期待しうると言っても言過ぎではないであろう。それを別としても、そのような行為は実質から見ると、予備行為であることに変わりがないであろう。この意味において、折衷説が主張するのは、形式的な理論に過ぎないと言わざるを得ないであろう。

ちなみに、仮に百歩譲って、判例の態度および折衷説を含めた肯定説には、もし予備行為を基本的な構成要件に該当する実行行為として見ることができるとしても、それを未遂と如何に区別するかという問題があることは言うまでもなく、更に共犯者がすべて正犯となり兼ねないという問題も存する。何故ならば、予備に関する規定であろうと、共犯に関する規定であろうと、そのいずれも基本的な構成要件の修正形式だと言えるからである。この意味においても、予備の実行行為を正犯の実行行為として見ることはできないといえよう。

更に、同じような理由で、第二の場合も「予備罪の共同正犯」は成立しないと言わざるを得ないであろう。

ところで、以上二つの場合については、行為者たちをどのように取り扱うべきかが、重要な問題であるといえよう。この問題について、日本の学説を改めて確認することにしたい。

まず、第一の場合については、肯定説によれば、「予備罪の共同正犯」として処罰されるということになる。折衷説

によれば、「予備罪の共同正犯」として処罰される場合とそうでない場合とがあるということになる。ところが、この説は、そうでない場合の行為者をいかに処罰すべきであるかという点については、答えていない。否定説も、この場合については、答えていなかったようである。

第二の場合については、肯定説によれば、「予備罪の共同正犯」として処罰されるということになる。(63) 否定説は、三つの見解に分かれている。第一に、Bを予備犯として処罰するのに対して、Aを処罰しないという見解である。(64) 第二に、Bを正犯として処罰するのに対して、Aを従犯として処罰するという見解である。(65) 第三に、Bが行った予備行為を独立犯罪として見ることができるかどうかによって、結論が異なるべきだという見解である。つまり、もしBの行為を独立罪として見ることができるならば、Bは正犯として処罰されるのに対して、Aは従犯として処罰されるが、もしそうでなかったら、Bは予備犯として処罰されるのに対して、Aは処罰されないと主張するのである。(66) 言うまでもなく、この見解は、実は折衷的なものであると言えよう。つまり、この見解によれば、もしBの行為を独立罪とすることができるならば、第二の見解とまったく同じとなるが、そうでない場合ならば、第一の見解と同じということになる。もちろん、その原因は、前者の場合については折衷説および第二の見解のいずれについても、Bの行為を正犯としての実行行為とした点に求められるのに対して、後者の場合については折衷説および第一の見解のいずれについても、Bの行為を正犯としての実行行為としなかったという点に求められるであろう。

では、以上の二つの場合については、一体どのように取り扱うべきであるのか。言うまでもなく、もし形式論から、つまり日本の刑法に従って解釈するならば、第一の場合の各行為者のそれぞれは予備犯として処罰されるのに対して、第二の場合のBは予備犯として処罰され、Aは処罰されないということになるのである。(67) ところが、この形式論については、検討する余地がないとはいえない。すなわち、この点については以下の二つの問題に要約することができると思

う。一つは、二人以上の行為者が予備の段階において共犯を構成することができるかどうかという問題である。つまり、予備の段階においても共犯という観念を認めうるか否かという問題である。もう一つは、もしこの段階で共犯を認めうるとすれば、行為者の関与形式をも認めるのかどうかという問題である。つまり、関与者を区別するかどうか、更に刑にも差異を設けるかどうかなどという問題である。前者の問題に関しては、もし刑法に規定される予備罪が二人以上の者が協力して犯される現実の存在であるとすれば、それを認めなければならないであろう。後者の問題に関しては、もし正犯としての犯罪について二人以上の者が協力して行った場合においては、その関与形式を認める以上、予備罪の場合においてもそれを認めるべきであろう。そうでないと、刑法のアンバランスが起きることになるであろう。以上の意味で、つまり実質論から言えば、第一の場合については、行為者たちは「共同正犯の予備犯」として処罰されることになるのに対して、第二の場合、Bは（正犯の）予備犯として処罰され、Aはその予備犯の従犯として処罰されると言えよう。もちろん、このような実質論は、現行の日本の刑法典と矛盾すると言わざるを得ないが、しかしこの矛盾を解決するためには、刑法典自体を改正する必要があるのではなかろうか。ちなみに、中国刑法の共同犯罪に関する規定からすると、このような実質論が成り立つであろう。なお、この実質論は、第一の場合においては、処罰の結果から見ると、この場合の各説とまったく同様の結論になるかもしれない。それは、共同正犯の予備犯であろうと、「予備犯」であろうと、「予備罪の共同正犯」であろうと、そのいずれもその予備犯に関する規定の法定刑の範囲で行為者たちに対して量刑しなければならないからである。しかし、仮にそうなったとしても、各説の理論的前提はまったく異なることを、再び指摘して置きたい。更に、第二の場合においては、Aを従犯として処罰すべき点で消極説の中に存する見解と同じように見えるが、実は、両者は従犯の意味が異なっている。つまり、消極説の方はAを正犯の従犯として見るのに対して、私の実質論はそれを（正犯の）予備犯の従犯として見るのである。すなわち、私は、このような予備犯の従犯につ

いても、刑法典で予め規定しなければならないと主張するわけである。(68)

2　「見張り行為」の検討

言うまでもなく、ここで言う「見張り行為」の検討とは、要するに見張りの行為が他の正犯の行為と結合した場合には、両者は共同正犯を構成することができるかどうかという問題についての検討を指すのである。日本の学説および判例におけるこの問題についての議論・態度は、既に本章の第一節で見たとおりである。ちなみに、中国ではこの問題について余り議論が展開されなかったが、しかし犯罪の類型によって見張りを共同正犯と見る場合と幇助犯と見る場合とに分けられる、と言うような見解(69)も存在していることは、第二章の第二節で見たとおりである。むろん、日本の論争および中国の上述の見解から見れば、この問題の焦点は、見張り行為を正犯としての実行行為と見ることができるのかどうかという点にあるのである。

では、果たして見張り行為は正犯の実行行為であると言えるであろうか。私には、見張り行為は正犯の実行行為であるとはいえないと思われる。それは、以下の日本の学説および判例についての検討からこのような結論が許されると思われるからである。既に本章第一節で考察したように、判例には、実行者との共謀に重点をおいて見張り行為を共同正犯として認定した場合があるほか、学説にも、このような判例の態度を肯定する見解がある。もちろん、かような判例の態度およびその態度を肯定する学説の見解のいずれも、共謀共同正犯を認めるということを前提としたものであるが、しかし後述のように共謀共同正犯自体さえ否定すべきであるという観点から見れば、このような態度及び見解にはそもそも賛成しがたいのである。ここでは、主に学説および判例が見張りを共同正犯として認めるもう一つの理由づけ（見張り行為も実行行為に加功する行為またはその分担する行為或いは犯罪の実行を確保する重要手段であるという点）に

重点をおいて、見張り行為を共同正犯と認める見解について検討することにする。まず、通説から見ることにしたい。この通説には様々な理由づけが存することは、既に前節で見たとおりであるが、以下ではそれらの理由づけを分析することとする。論述の便宜のため、それらの理由づけを更に、機能或いは役割説[70]と全体観察説[71]と行為支配説[72]と関係説[73]と共同意思説[74]等と呼ぶこととする。ここで、まず指摘したいのは、以上の各説は、実は、すべてが折衷説だという点である。それは、これらの説の核心が、具体的事案に応じて見張りを共同正犯と見る場合と従犯と見る場合とに分けて考えているという点にあるからである。ところが、私には、このような折衷説は成立し難いと思われる。というのは、どの場合においても、見張り行為自体の性質は変わらないからである。この意味で、それ自体をもし基本的構成要件に該当する行為であるとすれば、それは正犯となる。そのような行為ではないとすれば、それは非正犯となる。したがって、論理的には、その両立は不可能なのである。ところで、見張り行為を基本的構成要件に該当する行為として見ることは困難であろう。何故ならば、それはあくまで犯罪の完成を容易にする行為に過ぎないからである。このことから、見張りを共同正犯として見ることはできないと言わざるを得ないのである。まして、もし機能或いは役割説および行為支配説に従うならば、ある場合においては見張りが正犯より重く処罰されなければならないという問題が、また、もし全体観察説に従えば、すべての共犯への関与者は共同正犯となるという問題[75]があろう。更に、仮に具体的事案に応じて見張りを共同正犯と見る場合と従犯と見る場合とに区別することが可能であるとしても、見張りについては科刑の点においてアンバランスが起きることを避けられないであろう。この意味からも、それらの問題を解決することができないのであれば、折衷説は否定されなければならないであろう。

以上で、不十分ながら、共同実行の行為について検討してきたが、より的確に共同実行の行為を認識するためおよび更にその内容を把握するために、共同実行の行為の種類およびその認定について検討する必要があると思われる。次の

部分ではそれらの検討を行うこととする。

（二）共同実行の行為の種類とその認定

1　共同実行の行為の種類

言うまでもなく、共同実行の行為については異なる基準によって、いろいろな種類に分けることが可能である。私は二人以上の正犯の間では分担する行為が同種類のものであるか否かによって、それを次のような二種類に分けることができると思う。つまり、一つは単純な共同実行の行為である。もう一つは複雑な共同実行の行為である。以下においては、その二種類の共同実行の行為について論じることとする。

（1）単純な共同実行の行為

単純な共同実行の行為とは、二人以上の行為者の分担する行為が同種類のものである場合をいう。言い換えれば、各行為者によって実行された行為のそれぞれが基本的な構成要件行為に完全に該当する場合である。たとえば、甲と乙とが共同暴行の故意のもとで、ともに丙を殴打するような場合である。言うまでもなく、この場合には、甲と乙との行為を別々に考察すれば、その二つの各行為はいずれも暴行罪に該当するのである。周知のように、このような共同実行の行為による共同正犯は学説上認められている。この意味で、このような共同実行の行為については特に論述する必要はないと思われる。ところが、これに関連して次の問題を検討する必要があると思う。つまり、この場合、もし一人が「未遂」に終わる時、たとえば、AとBとが共同発砲してXを殺害しようとしたが、Aの弾丸だけがXに当たり、それによ

ってXが死亡した場合には、その人が他者と共同正犯を構成するかどうかという問題である。

この問題に関しては、通説によれば、それが肯定されるだけではなく、他者の犯罪の結果についてまで責任を負わなければならないとされている。これに対して、少数説によれば、それを否定したうえで未遂責任を負うべきであるとされている。少数説の理由づけとしては、たとえば、澤登教授は、「共同目的で一緒にやった犯行で意思連絡がある場合でも、互いに仲間の犯行を因果的に利用し合う関係にない場合は共同正犯にならない」[76]と論じた。これに反して、通説にはいろいろな理由づけが存している。たとえば、「二人以上の者の行為が、相互に他の共同者の行為を利用し合い、補充し合う関係において、全体として刑法的評価の対象とされる点に、共同正犯の特色が見られる」[77]としたものや、「なぜ、自分の弾丸があたらなかったときでも、BはXの死に対して責任を負うのか。それは、一見自己の行為と因果関係のない結果について責任を問われるように見える。しかしそうではない。Bが責任を問われるのは、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幇助するものなのである」[78]としたものなどがある。この両説によれば、その対立の焦点は未遂に終わった者についても結果との間には、因果関係があるのかどうかというところに存すると言えよう。私は、共同正犯の成否は結果との間に因果関係があるかどうかによって左右されるべきではないと思う。なぜならば、もしそのような因果関係の存否によって左右されるとすれば、共同正犯が結果犯だけに限られるという不合理な結論になるからである。この意味で、仮に一人が未遂に終わっても、もし他者との間に共同実行の故意と共同実行の行為とが備わるならば、他者と共同正犯を構成すべきであると言えよう。ところが、前例でのBはなぜXの死に対して責任を負うのか。このことについて、私は次のように考えている。確かにもしBの行為を独立に考えるとすれば、Xの死亡という結果との間に因果関係は存在しないと言えるが、しかし、この場合Bはもはや単独犯では

なくAと一緒に共同正犯を構成しているのである。したがって、彼の行為とXの死亡結果との間に因果関係があるかどうかは、彼の行為がAの行為と関係があるかどうかによって決めるべきであると思われる。というのは、Bの行為であろうとAの行為であろうと、そのいずれも相手がともに実行行為を行うことを前提としていたからである。換言すれば、この場合においては、相手が実行行為を遂行しないと自分も実行行為に出ないということになるのである。このことから、BはXの死亡結果と直接的な因果関係はないと言えるが、しかしその結果と間接的な因果関係があることは否めないであろう。それ故、BにAの犯罪結果であるXの死亡の責任を負わせるべきなのである。これが、まさに『一部行為の全体責任』の根拠であると思われる。(79)

ちなみに、この単純な共同実行の行為と関連して、一個の問題に言及したい。つまり、このような単純な共同実行の行為の場合における行為のすべてが未遂または既遂、特に既遂の場合、行為者を共同正犯として処罰したという意味の問題である。言い換えれば、このような行為者は共同正犯として把握しなくとも、単独正犯として処罰されうるのである。そうすると、それを共同正犯として処罰する意味はないのではないかという疑問が許されるであろう。もちろん、刑法自体は、現に社会の犯罪現象に即して規定を設けなければならない。そして、この意味からすると社会において、このような行為による犯罪現象が存在する以上、それを共同正犯として規定することには、何ら不都合はないと言えるが、しかしこのような行為による共同正犯は法益侵害の増大或いは増大の可能性が存することから、単独犯の刑の範囲内で処罰されるという点について、検討の余地があると思われる。すなわち、それらの者については単独正犯より、重く処罰する必要あるのではないかと思われる。ここでは問題の提起に留めて置きたい。

（2）複雑な共同実行の行為

複雑な共同実行の行為とは、二人以上の行為者の中の少なくとも一人或いは一部の者が基本的構成要件に該当する一部行為を実行した場合をいう。この場合、少なくとも更に以下の二つのケースが考えられる。すなわち、①一人或いは一部の者が行った行為は基本的構成要件の全部に該当するが、他の一人は基本的構成要件の一部にのみ該当する場合である。たとえば、甲乙二人が強盗について共謀し、甲が反抗を抑圧する程度の暴行を加え、甲乙二人がともに財物を奪取した場合、または甲乙二人がともに反抗を抑圧する程度の暴行を加え、甲が材物を奪取した場合などが、それである。②二人以上の行為者が行った行為がともに基本的構成要件の一部に該当する場合である。たとえば、先の例において、甲が反抗を抑圧する程度の暴行を加え、乙が財物を奪取したような場合である。そして、日本の学説ではこの二つの場合について、共同正犯の成立が認められているのは、周知のところである。[80] この様に、一人或いは全部の関与者が部分的な行為しかしていないのに全体行為の責任を負わされるということになる。学説は、それを『一部行為の全体責任』という言葉で表現している。言うまでもなく、この一部行為の全体責任はどのようにして根拠づけられるかは重要な問題であるが、これについての私見は既に述べたとおりである。ただし、その根拠は行為者の間に共同実行の故意が存することを前提としなければならないと思われる。

2　共同実行の行為の認定

以上、共同実行の行為・特徴およびその種類についての検討により、共同実行の行為と単独犯罪の行為とを比較すると、量的な区別があるだけではなく、質的な差異のあることも明らかになったといえよう。この量的な区別に関しては言うまでもないが、質的な差異について言えば、共同正犯において重要視されるのは、単独者の実行行為よりも、むし

ろ各行為者の実行行為が共同実行の故意の支配のもとで一つの共同実行の行為を構成したかどうかという点であろう。まさに、この様な質的な差異が、共同実行者の活動に内部的統一性を具備させ、各行為者の活動はそれによって一致した共同活動となるのである。しかも、犯罪の結果が発生した際、行為者の共同加害行為全体と発生した結果との間に因果関係が存在しているだけではなく、各行為者が行った行為と結果発生との間にも因果関係が存在しているのである。このことから、共同実行の行為を認定するに当たっては、特に以下の点に注意すべきではないかと思われる。

第一は、共同実行の行為の形式という点である。というのは、共同実行の行為の形式は単独実行行為と異なっているからである。つまり、それは共同実行の作為（各行為者が共同実行の故意の支配のもとで積極的に基本的構成要件に該当する行為を実行すること）および共同実行の不作為（各行為者が自ら実行すべき行為を、共同実行の故意の支配のもとで積極的に行わなかったこと）というような形態で現れるだけではなく、作為と不作為との結合した形態で現れることも可能なのである。言うまでもなく、いわゆる作為と不作為との結合した共同実行の行為とは、行為者間に存する共同実行の故意の支配下で、ある行為者が積極的に基本的構成要件に該当する行為を実行する一方で、他の行為者は積極的に自ら実行すべき行為を行わなかった場合をいう。たとえば、父親がその子を川に突き落とし、母親がそれを容易に助けられるのに助けず死亡させた場合には、共同正犯と言えよう。[81] ここで指摘したいのは、①不真正不作為犯を構成する共同実行の行為は、行為者に作為義務があることを前提としているということである。たとえば、親としては幼児に飲食物を与える義務があるので、両親が共謀して共に幼児に飲食物を与えず死亡させたときのような場合は、不作為による共同実行の行為であると言えよう。[82] ②ある犯罪にとって単独正犯の場合については、作為あるいは不作為だけから構成するが、しかし共同正犯の場合には、作為と不作為との結合から構成する場合も考えられるのである。以上のことから、共同実行の行為の認定に当たっては、共同実行の行為の形式に注意しなければならない。

第二は、共謀行為についての認定を軽視してはならないということである。何故ならば、もちろん大多数の共同正犯においては、行為者は共謀のとおりに共同実行の行為を行うのであるが、しかし共同正犯の中には、行為者が共謀どおりに共同実行の行為を行わない場合も珍しくないからである。つまり、各行為者が共謀の段階に留まったままの場合（たとえば、甲と乙とが丙を殺す方法について共謀した結果、翌日一緒に丙の自宅で丙を殺すことに決めたが、しかし翌日誰も行かなかった場合）や、共謀した共同実行の行為を行う前に、その内容が変化したので、新たな共謀内容に従って共同実行の行為を行った場合（たとえば、甲と乙とは共謀して丙の財物を窃取することを決めたが、しかし途中で窃盗を放棄して改めて強盗を実行することを共謀し、しかもその行為を共同して実行した場合）などが考えられよう。ところが、以上のような場合はいずれも、共謀行為自体が行為者たちにより既に共同予備の行為の行われたことを示しているので、各行為者には予備罪の責任を負わせなければならないであろう。この意味で、共同実行の行為を認定するに当たっては、共謀行為に注意すべきであろう。

第三は、同一の結果と因果関係がある行為であっても共同実行の行為であるとは限られないという点である。というのは、同一の結果は、数人の過失でもたらすことも、そしてまた数人の故意と過失でもたらすことも可能だからである。[83] 以上のような場合においては、各行為者が行った行為は、確かに同一の結果と因果関係を有するが、しかしそれらの行為はあくまで共同実行の故意のもとで実行した行為ではないので、共同実行の行為であるとはいえないのである。

以上で、日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相を概観しながら、自説を展開してきた。言うまでもなく、もし本章で展開してきた自説が可能であるとすれば、判例により「共謀共同正犯」として認められてきたすべての場合が、共同正犯としての客観的成立要件を満たさないことはもちろんであるが、しかも主観的成立要件を満たすとも言い切れないので、「共謀共同正犯論」とその肯定説は断じて否定されなければならないであろう。従って、判例が「共

謀共同正犯」という意味での共謀者を共同正犯として処罰するのは、極めて不当なことだと言わざるを得ない。[84] ところで、序章で述べたように、「共謀共同正犯」およびその肯定説を否定することが、本稿の最終目的ではない。つまり、本稿の狙いは、そのような共謀者をいかに処罰すべきかというところにあるのである。以下の結びの部分では、この問題について、他の説を検討しつつ、私見を述べることにする。

（1）故意は、従来過失と並ぶ責任条件ないし責任形式として理解され、専ら責任の領域で論じられてきた（大場・前掲『刑法総論』七〇〇頁、牧野・『刑法総論下巻』全訂版昭和三四年五六四頁、斎藤・前掲『刑法総論』一六七頁など参照）。しかし、故意を主観的違法要素と解し、さらに主観的構成要件要素に位置づける見解が、とりわけ戦後有力になりつつある。これに対して、近日では違法の本質に関するいわゆる結果無価値論の立場から、故意というものはあくまでも責任要素であり構成要件には含まれないとする見解も現れている（内藤謙・『刑法講義総論』昭和五八年二二〇頁、中山研一・『刑法総論』昭和五七年三四九頁など参照）。

（2）泉二・前掲『日本刑法論』四五六頁、宮本・前掲『刑法大綱』一五〇頁。

（3）大場・前掲『刑法総論』七〇四頁。

（4）牧野・前掲『刑法総論下巻』五五六頁。

（5）小野・前掲『新訂刑法講義』一五二頁、木村・前掲『刑法総論』二〇四頁以下、植松・前掲『刑法要説』二四七頁、団藤・前掲『刑法綱要』二七三頁、福田・前掲『刑法総論』一〇五頁など。

（6）荘子・前掲『刑法総論』三一五頁、中山・前掲『刑法総論』三六五頁、大谷・前掲『刑法議義』二一二頁、なお、平野・『刑法総論Ⅰ』昭和四七年一八五頁以下参照。

（7）福田・「故意・過失」団藤編『注釈刑法総則(3)』昭和五一年三二〇頁、大塚・前掲『刑法概説』一八二頁以下など参照。

（8）大塚・前掲『刑法概説』一八三頁参照。

（9）福田・前掲「故意・過失」三二八頁参照。ここで、福田教授によれば、認容とは、「結果が発生するであろうことを知り

つつ、あえてその危険をおかす心理状態」をいう。

(10) 大判大正一一年五月六日刑集一巻二五五頁、福岡高判昭和二五年九月二六日高集三巻三号四三八頁など。

(11) 高松高判昭和三二年三月一一日裁特四巻五号九九頁など。

(12) 東京高判昭和四二年四月一一日東時一八巻四号一二〇頁など。

(13) 日本では、大判大正七年一〇月一一日判決―つまり、「共同とは、必ずしも数人間において面識を有し……た事実を必要としない」(刑集一一巻一四五二頁)としたものや、広島高判昭和二六年七月二〇日判決―すなわち、「共同正犯については、数人が必ずしも相互に面識あること……を必要とするものではなく」(特報二〇号二八頁)としたものなどは、このような趣旨の判決であるといえよう。

(14) 日本の学説および判例では、同時犯が共同正犯を構成しえないことについては、異論が見られないが、ただ、ここで注意すべきなのは、日本の刑法第二〇七条においては、傷害罪について、「二人以上ニテ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合ニ於テ傷害ノ軽重ヲ知ルコト能ハス又ハ其傷害ヲ生セシメタル者ヲ知ルコト能ハサルトキハ共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル」という特別規定が設けられているということである。しかし、現代の法医学は、そのような場合について果たして判断することができないのであろうか。仮に確実な判断の付かない場合が存在したとしても、この規定は被告人にとって不利なものではなかろうか。また、同時犯の場合に反して、日本の学説では、「過失の共同正犯」の成否を巡って否定説と肯定説とが激しく対立していることは、既に前節で考察したとおりである。ここで、その両説について若干の検討を加えることとする。まず、否定説から検討することにしたい。否定説といっても、いろいろな理由づけがあることは、既に見たとおりであるが、しかし、それを要約すれば主に過失犯の場合には、行為者が法益にもたらす結果を認識することはできないという点に集約されるように思われる。ところで、そのような理由で過失の共同正犯を否定しなければならないという結論を導くことは、早計であると言わざるを得ない。何故ならば、周知のように単独過失犯には、認識なき過失犯と認識ある過失犯との二種類があるからである。すなわち、もしそのような理由で認識なき過失犯について共同正犯の成立を否定することができるとしても、それによって直ちに認識ある過失犯にも共同正犯はありえないという結論が成り立つわけではない。というのは、この場合には、行為者たちは法益にもたらす結果を互いに認識することが可能であるからである。この意味からすると、否定説には、なお反省すべき点が存するといえよう。次は、肯定説を見ることにする。本章第一節

で考察したように、この説もいろいろな理由づけに支えられている。しかし、その様々な理由づけも決して検討する余地がないとはいえないであろう。たとえば、第一の理由づけに対しては、いくら自然的行為を共同にする意思があっても、過失犯の共同正犯は成立しえないという疑問が許されるであろう。というのは、その意思は「過失の共同正犯」の成立にとって必ず具備しなければならない共同過失の心理状態ではないからである。また、第二の理由づけは、少なくとも認識なき過失犯の共同正犯の成立にとっては、十分な理由づけであるとは言い難いであろう。何故ならば、この場合に、行為者の間には、構成要件的行為を共同にする意思がないからである。なお、第三の理由づけによれば、故意犯と過失犯とは、いずれも目的的行為によって実現されるものである。ところで、ここで言う目的は、犯罪目的と理解すべきではあるまいか。何故ならば、いかなる非犯罪目的も犯罪の構成とは関係がないからである。もし、このように理解することが可能であるとすれば、この理由づけはやはり否定すべきであると思う。最後に、第四の理由づけは、不注意が過失犯の本質要素として強調されているが、しかしその理解は認識なき過失犯にとっては正しいかも知れないが、認識ある過失犯にとっては決して正しい理解とはいえないであろう。何故ならば後者の場合には、結果に注意を払ったからである。私の考えるところによれば、いわゆる過失の共同正犯と言うものは、共犯の本質と背馳するので、断じて否定すべきであると思われる。

(15) 本章の第一節で、不十分ながら、「片面的共同正犯」の成否を巡るこれまでの日本の学説における肯定説と否定説とを概観した。その結果、その両説の論争の焦点は、あくまで「片面的な意思」を「共同実行の意思」として認めるかどうか、言い換えれば、その片面的な意思は共同実行の意思といえるか否かという点にあると思われる。ここで、この論争の焦点を念頭において、両説を検討したうえで私見を述べることにする。まず、肯定説から検討することにしよう。肯定説による片面的共同正犯の理論づけに対しては、否定説からの少なからず説得力のある反論が存したことは既に見たとおりである。この意味からは、肯定説に理論的な破綻が窺われるのである。仮に肯定説が、否定説からの批判に抗弁することができるとしても、おそらく次のような難点を否定し難いであろう。その難点とは、なぜ片面的な意思が共同実行の意思といえるかという問題について、何も説明していなかったということである。すなわち、既に考察したとおり、肯定説によって主張されたいくつかのいわゆる片面的共同正犯を認めるための理由には、その核心とでも言うべき問題についての説明が、まったくなかったのである。前説の考察からすると、肯定説によって主張された片面的共同正犯を認めるべき理由は、以下の三点に要約することが許されるであろう。第一に、片面者は他者の行為と因果的関連があること、第二に、『一部行為

の全体責任』は、共同正犯の性格なので、もし片面者にこの原理を適用しないと、共同正犯の概念と矛盾することになること。第三に、片面者を直接正犯或いは間接正犯と解することは困難なので、それを片面的共同正犯と理解することが、理論的により合理であるばかりではなく、犯罪論から見てもより簡明であること。しかし、この三つの理由のいずれも、片面的な意思を共同実行の意思と認めるための根拠とはいえないであろう。何故ならば、次のような反論が存在するからである。つまり、第一に、片面者は他者と因果的関連があっても、両者は必ず共同実行の意思があるとは断じえないのである。更に、共同実行の行為は共同実行の意思を前提としなければならない。というのは、もし行為者の間にそのような意思がないと、互いの行為を利用することができないからである。第二に、仮に『一部行為の全体責任』が、共同正犯の性格であるとするならば、それは共同正犯が成立した場合にはじめて適用されるべき原則ではなかろうか。そうだとするならば、片面的共同正犯は共同正犯を構成するかどうかということを論じる前に、それをもって片面的共同正犯の成立を根拠づけることは、果たして理論的であろうか。第三に、仮に片面者を直接正犯或いは間接正犯と解することがいかに困難でも、片面的共同正犯を認めなければならないという結論は導かれないのである。というのは、ある行為はどんなに当罰性があっても、その行為が刑法の構成要件を満たさない限り、断じて犯罪と成しえないことは、罪刑法定主義の当然の要請だからである。ところで、いわゆる片面者を、片面的共同正犯とすることなく、果たして現行の刑法の規定によって処罰することはできないのであろうか。後述のように、答えは否である。以上の肯定説についての検討からすると、この説が従来の理論によって、片面的共同正犯を認めるという結論は、早計なものであると言わざるを得ないであろう。次は、否定説を見ることにする。既に見たように、この説は、共同意思主体説に基づく理由づけを除けば、共同実行の意思は相互的な意思でなければならないという理由によって、片面的共同正犯を否定したのである。しかし、この説はおそらく以下の点について検討する余地があると思う。つまり、ある論者が片面的共同正犯に与えている定義である。たとえば、大塚教授によれば、「片面的共同正犯、すなわち、共同行為者のうちの一部の者だけが共同実行の意思を有し、他の者にはこれが欠ける場合を共同正犯の一種と解すること」（大塚・前掲『犯罪論の基本問題』三二三頁。なお、片面的共同正犯をほぼ同じように定義しているものとして、大野平吉・「共犯」『刑法基本問題六〇講』昭和五一年二二二頁、木村・前掲『全訂新刑法読本』二七〇頁などがある）と定義されている。ところで、この定義に即すれば、同教授が主張している見解の崩壊を導くことにもなりかねないと思われる。というのは、この定義によると、片面者には既に共同実行の意思があるか

らである。そうすると、片面的共同正犯が成立すべきではなかろうかという反論は許されるであろう。従って、このような片面的共同正犯の定義については、なお再考の余地があると思われる。既に論じたように、共同正犯の成立のためには、行為者の間に共同実行の故意と共同実行の行為とが必要である。しかし、いわゆる片面的共同正犯の場合は、行為者の間には共同実行の故意が存しないので、それは共同正犯を構成しえないのである。では、なぜこの場合には行為者の間に共同実行の故意が存しないと言えるのであろうか。それは、既に論述したように、共同実行の故意と言えるためには、行為者の間には相互的な認識要素と相互的な意志要素とが存しなければならないからである。ところで、「片面的共同正犯」の場合には、行為者の間にはこのような相互的な認識要素と相互的な意志要素とが存在しがたいであろう。それ故、行為者の間には共同実行の故意があるとはいえないのである。すなわち、片面者が共同実行の故意を持つことはできないのである。ただ、注意すべきなのは、この場合には、片面者が持っている故意は普通のような単一の故意ではないという点である。言い換えれば、この場合には、片面者の認識要素は、二重の認識要素である。つまり、片面者は、自分が当該犯罪を実行している点についての認識を有しているだけではなく、更に他の者と共同して当該犯罪を遂行しているという認識を有しているのである。ところで、このような二重の認識は、決して相互的な認識要素ではなく、あくまで片面者自身の認識要素であるに過ぎないであろう。まして、共同正犯の場合、主体は二人以上でないと構成しえないと言えよう。以上の意味で、片面者を共同正犯にしようという理論は共同正犯の本質に即した議論であるとは言い難いであろう。なお、もう一つの問題を指摘したい。つまり、片面者を、どう処罰すべきかという問題である。周知のように、肯定説と否定説との間では、「片面的共同正犯」の例の中には、どちらが適例なのかということ自体についてさえ、議論が存している。ところで、私には、片面的共同正犯の適例であると言えるためには、少なくとも片面者が自己の持っている二重の故意のもとで、犯罪の実行行為を行ったことを要すると思われる。もし、このような限定が可能であるとすれば、片面者を単独犯として処罰すれば、十分であると思われる。というのは、この場合においては、片面者は実行の故意を持っているだけではなく、実行行為もあるからである。

(16) 高格・前掲『比較刑法研究』一六二頁以下。

(17) 大判大正一一年二月二五日刑集一巻七九頁。

(18) 大判大正一四年二月二二日刑集三巻九二一頁、最判昭和二三年一二月一四日刑集二巻一三号一七五一頁、最判昭和二四

年二月八日刑集三巻二号一一三頁など。

(19) 東京高判昭和三五年三月一日東時一一巻三号五二頁。

(20) 刑集一九号七四頁。

(21) 刑集三巻二号一一三頁。

(22) 刑集一二巻八号一七一八頁。

(23) 同法第九八条第二号前段に規定される違法な行為とは、「同盟罷業・怠業その他の争議行為」及び「政府の活動能率を低下させる行為」である。

(24) なお、地方公務員法第六一条にも同趣旨の規定がある。

(25) 同旨、「従来の判例の多くが、共謀における主観的、目的的側面に着目したものであったのに反して、この判例（練馬事件判決）は、専らその客観的側面に共謀の本質を見出だしたものといえるであろう。共謀を客観的に把える試みは一応正しいとしても、しかし、それを徹頭徹尾客観的なものとするのはやはり行過ぎであって、共謀の実態は、実は、その何れかではなくて、両者の統一されたものであるといわなければなるまい。すなわち、共謀は当然に主観的・客観的な両側面をもつ予備行為であるからであり、又、従って、予備行為は本質的に実行行為ではないのであるから、共謀を実行行為として把えるのは、将に、従来の判例の主観的偏向に対して、客観的偏向を犯すものといわなければなるまい」（夏目・前掲「『共謀共同正犯の理論』批判的検討」五四号四二頁）と。

(26) 日本では、共謀を予備とする見解がある。たとえば、「共謀とは、犯罪の性質に応じた、遂行の計画、役割の取極遂行の時期等に関する共同遂行者間の事前の予備的協定―その本質は予備である―のことであり、或いは、具体的な犯罪の遂行について謀議すること」（夏目・前掲「『共謀共同正犯の理論』批判的検討」五四号三六頁）というものや、共謀は「……核心が謀議結果にあるという意味で実質は予備的なものと表するのが妥当であると思う」（正田満三郎・「共謀共同正犯補論」（三）判例タイムズ一八五巻二二頁）というものなどが、それである。なお、旧ソビエト刑法理論では、共謀を一般に犯罪の実行のための条件の作成行為としての予備と解されており、共謀が構成要件の要素となっている場合であっても、共謀の事実の存在は、本犯罪の予備と解されるのである（夏目・前掲「『共謀共同正犯の理論』批判的検討」五四号三八頁参照。

(27) 草野・前掲『刑法改正上の重要な問題』三一五頁。

(28) 中国の刑法理論では、共謀は主観的なものに過ぎないとする見解（林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』一七頁など）がある。

(29) 前掲・最判昭和三三年五月二八日判決。

(30) 「数人共同シ人ヲ欺シテ財物ヲ騙取セントスルニ際リ其ノ一部ノ間ニ於テハ各自其ノ者ト共ニ之ヲ犯スノ意思連絡ナキモ苟モ其ノ一部ノ者ト該犯罪ノ実行ヲ共謀シタル以上ハ其者ヲ介シテ通謀ノ意思アリシ謂フコトヲ得ヘキヲ以テ縦令其ノ各自カ単独ニ施シタル詐欺ノ手段ニ付認識ナキ場合ニ於テモ共同ノ目的タル財物騙取ニ対シ詐欺罪ノ共犯者トシテ其ノ責ニ任セサルヲ得サルモノトス……」（刑集二巻四九〇頁）。

(31) 「斯ノ如ク被告人等四人カ順次二人宛共謀シタル場合ニ於テハ其ノ一人ハ他ノ一人ヲ通シテ順次通謀シ結局四人共謀シタルモノト謂フヘク即被告人等ハ共謀シテAヲシテ実行ノ任ニ当ラシメ因テ共同ノ犯意ヲ実行シタルモノト為スヘキヲ以テ……」（刑集一五巻八〇五頁）。

(32) 「同一犯罪事実ニ付数人順次通謀シテ之ヲ遂行セル場合ニ於テハ縦シ其ノ中ノ一員カ其ノ者ト通謀関係ナキトキト雖、結局、全員カ共同一体ト為リテ犯罪ヲ実行セルコトニ帰着スルヲ以テ、通謀者各員ハ其ノ犯行全体ノ事実ニ付其責ニ任セサルヘカラス。而シテ此ノ解釈タルヤ亦本院判例ノ採用セル所ニシテ、至当ノ見解タルヲ失ハス……」（刑集一七巻七八八頁）。

(33) 「……数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀の成立することを必要とするものでなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者すべての間に当該犯行の共謀が行われたと解するを相当とする。本件について原判決によれば、被告人Xが昭和二六年一二月二五日夕被告人Y方を訪れ、同人に対し北部地区の党員等が協力して同月二六日夜二班に分れA巡査およびBを殴打すること、および参加人員、集合場所、実行方法等について指示し共謀したというのであり、その指示を受けた右Yが順次各被告人と共謀していったというのであるから、各被告人について本件犯行の共謀共同正犯の成立する事をなんら妨げるものではなく……」（刑集一二巻八号一七一八頁）。

(34) 村上・「共謀共同正犯の成立要件」前掲『大コンメンタール刑法』四九二頁など。

(35) ただし、日本の学説においては、このような場合でも、「共謀」として認めるべきであるという見解が見られる。たとえ

ば、「わが刑法の解釈上、順次共謀の方式による共謀の成立が認められるかどうかは、要するに、かような方法によって、関係者の間に、当該犯罪の共同遂行の合意の成立が認め得るか否かによる。AからB、BからCというように、順次に全員の間に犯罪の遂行について相互間の連絡了解が成立し得ることは疑いない。問題は、全員が、その結果、犯罪の共同遂行についてそれぞれ意思を確定するに至ったものと言い得るかどうかにあるが、その可能性は罪質により実際上のちがいはあるにせよ、理論上十分に認め得るものであるから、順次共謀の方法による共謀の成立は肯定できる。この際、各人が相互に面識を欠く事があっても共謀の成立を妨げるものとは解されない。直接合意を成立させた相手方のほかに、他にその犯罪の遂行につき加担する者のあることを知っていれば、その者が何人であるかを知る必要はない」（藤木・前掲「共謀共同正犯の根拠と要件」（二）一六頁）、などである。なお、中国では、これを認める見解もあるのは、既に前章第三節で見たとおりである。

(36) 最判昭和二三年一一月三〇日裁判刑集五号五二五頁。
(37) 大判大正一五年一二月二三日刑集五巻五八四頁。
(38) 台湾高等法院判昭和五年三月五日評論一九巻刑法一五三頁。
(39) 最判昭和二四年一一月一〇日裁判刑集一四号五〇三頁。
(40) 札幌高判昭和二九年一二月二五日高裁刑特報一巻追録七七〇頁。
(41) 東京高判昭和三二年九月三〇日東高時報八巻一〇号三五〇頁。
(42) 東京高判昭和三五年三月一日東高時報一一巻三号五二頁。
(43) 東京高判昭和四〇年六月七日東高時報一六巻六号四九頁。
(44) 村上・前掲「共謀共同正犯の成立要件」四九四頁など。
(45) 共同意思主体説をとっている下村教授は、「共同正犯」という論文の中においては、共謀は、共同正犯の主観的成立要件としての意思連絡（共同犯行の認識・共同実行の意思）と別個の概念であって、それは、むしろ犯罪の実行に準じて考察されるべきものであると指摘した。即ち、「まず、一般的な意味における意思連絡は共同正犯、教唆犯、幇助犯を含めて共犯成立のための主観的要件であり、つぎに、共同正犯成立のための主観的要件としての意思連絡は共同犯行の認識、いいかえれば共同実行の意思である。そこで、厳密に考えるかぎり、理論上、共謀と共同犯行の認識とは別個の概念である。

共同犯行の認識は、本来、各自の実行行為とあいまって共同正犯を成立させる主観的要件であり、共謀は共謀者の中の一人が犯罪の実行に着手すれば、その存在のみで犯罪の実行に与らない共謀者を共同正犯たらしめるところのものである。従って、共謀がある場合には、当然、共同犯行の認識が存在するといえるが、これとは逆に、共同犯行の認識があれば共謀が存在するとはいえない。この意味において、共謀とは共同犯行の認識である、とするのは行き過ぎである。やはり、共謀というには、共に謀る、つまり、共同犯行の認識以上のものがなければならないのであって、「共同犯行の認識があって互に他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現させる意思」そのものとは区別さるべきである。……理論上は、両者はあくまで別個のものであって、共謀の事実は、むしろ、犯罪の実行に準じて考察さるべきものである」と。

(46) 王作富・前掲『中国刑法研究』二四二頁など。
(47) 牧野・前掲『日本刑法』上巻一二一頁。
(48) 小野・前掲『新訂・刑法講義・総論』昭和二五年九三頁。
(49) 内田・前掲『刑法Ⅰ・総論』改訂版昭和六一年八一頁、西原・『刑法総論』昭和五二年七四頁。
(50) 中山研一・『刑法総論』昭和五七年一四八頁、平野・『刑法総論Ⅰ』昭和四七年一一三頁、佐伯・『刑法講義・総論』三訂版昭和五二年一四五頁。
(51) 福田・『新版刑法総論』昭和五七年五七頁以下、木村・『刑法総論』昭和五三年一六七頁など。
(52) 団藤・前掲『刑法綱要総論』昭和五四年九一頁以下。
(53) 大塚・前掲『刑法概説・総論』昭和六一年九五頁など。
(54) 中山・『注釈刑法』平成三年六七―六八頁参照。
(55) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一一九頁など。
(56) 中山編・『刑事法小辞典』平成四年一三六頁など。
(57) 大塚・「構成要件」前掲『大コンメンタール刑法』第二巻三三頁など。なお、この様な分類のほかに、それを積極的構成要件と消極的構成要件および完結した構成要件と補充を必要とする構成要件などに分けるものも存する。
(58) 団藤・前掲『刑法綱要総論』三二九頁など。
(59) 中国では、実行行為については、異議なくこの様に理解されている（陳興良・前掲『共同犯罪論』八二頁など）。

(60) 日本と違って、中国の場合はあまり問題にならないと思う。予備は刑法総則で禁止されているからである。
(61) 概念の混乱を回避するために、本稿でいう「実行行為」は、原則として、すべてが正犯の実行行為を指す。
(62) 板倉宏・「予備罪の共同正犯」『日本法学』第五七巻第四号六頁。
(63) 正田・前掲「予備犯について」三三頁、藤木・前掲『刑法講義総論』二九三頁、板倉・前掲「予備罪の共同正犯」一一頁など。なお、一部の判例もこのような態度を取っている。たとえば、前掲の名古屋高判昭和三六年一一月二七日判決や、最判昭和三七年一一月八日判決は、それである。
(64) 佐伯・前掲『刑法講義・総論』三六一頁、大塚・前掲『刑法概説・総論』二七三頁、植松・前掲『刑法概論Ⅰ』三八三頁、香川・前掲『刑法講義・総論』二六五頁など。
(65) 青柳・前掲『刑法通論Ⅰ』三三一頁、柏木千秋・『刑法総論』昭和五七年一九三頁、吉川・前掲『刑法総論』二四二頁、内田・前掲『刑法Ⅰ・総論』二六三頁、植田・前掲『刑法要説・総論』一七四頁、平野・『刑法総論Ⅱ』昭和五〇年三五一頁など。
(66) 福田・前掲『刑法総論』二三七頁、西原・『刑法総論』昭和五二年二七三～二七四頁。
(67) ちなみに、もし中国の刑法によって解釈すると、第一の場合については、行為者たちは「共同予備犯」として処罰されるということになる。というのは、既に前章で見たように中国刑法では共犯の概念について規定があるからである。第二の場合については、Bは予備犯として処罰され、Aは従犯として処罰されるということになる。
(68) ちなみに、犯罪の予備とは何かについて簡単に検討することにしたい。この問題につき、中国の学説は前章第三節で見た中国刑法第一九条に規定されている予備犯に関する概念に基づいて、ほとんどそれを犯罪のために道具を準備しまたは条件を作る行為として理解しているのに対して、日本の学説は中国と違って様々な見解が見られるのである。たとえば、それを、犯罪の実行を目的とする準備行為であるとするもの（江家・前掲『刑法総論』一五四頁など）や、犯罪の実行行為（未遂）以前の予備行為であるとするもの（中山・前掲『刑法総論』四〇七頁）や、ある犯罪を実現しようとして行われた謀議以外の方法による準備行為であるとするもの（大塚・前掲『刑法概説・総説』二一七頁）や、実行の着手にいたらない行為であって、犯罪の実行を目的としてなされた、犯罪の完遂に実質的に役立つ行為であるとするもの（平野・『刑法総論Ⅱ』昭和五〇年三三九頁）や、犯罪の発展的実現の一態様であって、犯罪意思実現のためにする物的準備行為であ

るとする（野村・「予備罪の中止」前掲『大コンメンタール刑法』第二巻九七〇頁）もの、などである。言うまでもなく、形式的に見ると、これらの様々な理解が生じるのは、刑法典自体において予備の定義に関する規定が置かれていなかったためかも知れないが、実質的には、若干の点を除く（たとえば、謀議を予備から排除しようとする見解は、それであると言えよう。しかし、謀議の実質は、犯罪の予備であるとする私見からすると、この見解に賛成しがたいことは言うまでもない）と、その異なっているところは、主に予備を物的な予備行為に限るかどうかという点に求められると思われる。しかし、私には、予備というものは、物的な予備行為を含むのは無論であるが、それ以外の行為を決して含めることはできないとはいえないと思われる。たとえば、現場を下見することや、待伏せや、共謀などのいずれも、予備行為だといってよいであろう。何故ならば、それらのいずれも犯罪の条件を作る行為であると言えるからである。

(69) 陳興良・前掲『共同犯罪論』六三頁。
(70) 前掲の荘子・平野両教授の見解は、この説に属していると思う。
(71) 前掲の小野博士の見解及び藤木博士の部分見解。
(72) 前掲の団藤・松村両教授の見解。
(73) 前掲の青柳教授の見解。
(74) 前掲の木村博士の見解。
(75) 共同意思説も、この問題に直面していると言えよう。
(76) 澤登・前掲「片面的共犯」『刑法の判例』一一五頁。
(77) 大塚・前掲『刑法概説・総論』二五九頁。
(78) 平野・前掲『刑法総論Ⅱ』四〇三～四〇四頁。
(79) なお、中国の通説は、日本の通説と同じように、それを肯定するばかりではなく、他者の犯罪の結果についてまで責任を負うべきである（李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』三三頁など）としている。また、その根拠は「共同犯罪の行為は有機的な統一の一体である」（馬克昌・「簡単的共同犯罪略論」『法学』一九八三年六期一四頁）というところに求められている。ただし、これに対して、少数説はそれが絶対的なものではないと主張している。つまり、「行為犯の場合、もしその犯罪構成要件の特徴によって行為者につき非代替的な性質を持つ場合は、共同実行犯における各共同犯罪

人の未遂または既遂には、独立性が現れるのである。従って、ある共同犯罪人の未遂あるいは既遂は他の共同犯罪人の未遂あるいは既遂を表現しえず、すべての共同犯罪人が構成要件の行為を完成してから犯罪の既遂を構成することができるのである。この場合には、共同実行犯における一人が既遂になっており、もう一人が未遂に終わるという既遂と未遂との併存的現象を肯定することができる。たとえば、強姦・逃走などの犯罪は、その犯罪目的はそれぞれ婦女と強行に性交すること・労働改造機関の監視と管理を逃避することであって、このような犯罪目的は行為者につき非代替的な性質を持っているのである。本人が法定の行為を完成してこそ初めて既遂になるわけである。もし本人の意志以外の原因によって法定の行為を完成しなかったときには、仮に他人がこの行為を完成したとしても、この法定の行為を完成しなかった共同犯罪について言えば、やはり犯罪の未遂なのである」（陳興良・前掲『共同犯罪論』四〇〇頁）。この長い論述から見ると、この説の根拠は、主に犯罪の目的を犯罪構成要件として要求されるいわゆる行為犯の共同実行犯の場合、その犯罪の目的によって各共同実行者の行為が他人に取って代わることはできない性質を持っている、というところにあると思われる。しかし、すべての犯罪行為はそのような性質を持っているのではなかろうか。かような意味で、この説には疑問が残る。

(80) 中国でも、以上のような共同実行の行為による共同正犯が認められている。その理由づけは、行為者同士が、共同犯罪の故意のもとで各自の行為を相互的に利用し合い相互的に補充し合うところにある（陳興良・前掲『共同犯罪論』九二頁など）とされている。

(81) 大谷・前掲『刑法議義・総論』四七四頁。

(82) 神山・「不作為をめぐる共犯の研究」刑法雑誌一八巻一＝二号三頁参照。なお、泉二博士は、一人の患者に付き添っている二人の看護婦が、共同の殺意をもって患者に医薬を給せず、そのために患者が死亡したような場合は、不作為による共同正犯が成立しうる（泉二・前掲『日本刑法論・総論』六三六頁）とされる。

(83) たとえば、被告人A・Bは、共同して飲食店を経営していたが、Cから仕入れたウイスキーと称する液体を、メタノール含有の有無につき、不注意にもなんら検査することなしに、しかも意思連絡のもとに、D・E・Fなどに販売したところ、これを飲んだ者が中毒により死傷するに至った場合（最判昭和二八年一月二三日刑集七巻一号三〇頁）は、それである。数人の単独故意でもたらす場合として、たとえば、被告人甲が被害者を殴打して路上に転倒させ、被告人乙は甲が逆襲されそうになったら加勢する積もりで見ていたが、甲が警察に電話するためその場を離れた間に、被害者が立上ったので立

腹して足蹴りにして路上に転倒させ、被害者を死亡するに至らせた事例（神戸地尼崎支判昭和六一年九月一二日判夕六四八号二六六頁）が存する。

（84）ちなみに、ここでは、「承継的共同正犯」という問題について、日本の学説および判例の態度を簡単に概観した上で、私見を述べることにしたい。日本におけるいわゆる承継的共同正犯とは、先行行為者がある犯罪の実行に着手し、その実行行為終了までに、後行者が先行者と意思疎通して（共同実行の意思を生じて）残る行為に共同加功する場合であるとされている（『新法律学辞典』平成二年四月七一二頁、高橋則夫・「承継的共犯」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論』平成三年四月一六八頁など参照）が、しかし周知のように、後行者が自分の介入以前の先行者の行為について先行者と共同正犯としての責任を負うべきかどうかという問題に関しては、学説上激しい議論がある。しかも、判例はこの問題についても結論が分かれているのである。その議論は、主に単純一罪の場合と強盗罪・強姦罪のような所謂結合犯の場合及び結果的加重犯・牽連犯などの場合に関して展開されてきた。まず、学説の論争状況から見ることにする。第一に、単純一罪の場合についてである。この場合においては、後行者が自分の介入以前の先行者の行為について先行者と共同正犯としての責任を負うべきかどうかという問題について、余り論争がなされていない。しかし、全く議論が存しないわけではない。これまで、公表されたものについては主に肯定説と否定説とに分けられると思う。まず、肯定説は、この場合には、同じ犯罪に向けて行為者の間に意思の結合がある（荘子・前掲『刑法総論』四三五頁）という点や、このような犯罪は構成要件上不可分である（植松・前掲『刑法要説・総論』三五四頁。なお、同趣旨のものとして、中山研一・『口述刑法総論』昭和五六年四四六頁などがある。）という点や、行為の共同がある（平野・前掲『刑法・総論Ⅱ』三八三頁）という点等に、その論拠を求めている。これに対して、否定説は、要するに共同正犯の性質上、合意があった以前の行為については共同正犯を認むべきではない（中野・前掲『刑法総論概要』一七四頁など）という理由を、その根拠とするのである。第二に、強盗罪・強姦罪のような結合犯の場合に関してである。学説上、この場合、後行者はいかに責任を負うかという問題について、議論が非常に多い。それを要約すると、肯定説・否定説・折衷説などに分類される。まず、肯定説は、主に行為者の間では行為の全体について共同の意思がある（木村・前掲『刑法総論』四〇八頁）という点や、行為者の間では犯罪の全体について共同実行の意思と事実がある（福田・前掲『刑法総論』二四七～二四八頁）という点や、先行者がすでに生じさせた状態をその後後行者みずから行った行為と一体として利用する（藤木・前掲『刑法講義総論』二九一頁）という

点や、後行者が先行者の行った行為を認識・利用する意図がある（大塚・前掲『刑法概説・総論』二五八頁）という点や、行為者の間には行為の共同がある（平野・前掲『刑法・総論Ⅱ』三八三頁）という点等をその根拠としている。これに対して、否定説は、主に責任の関係がさかのぼって成立するということは考えられない（牧野・『刑法総論』下巻全訂版昭和三四年七四五頁）という点や、過去の行為に対しいかに理解ないし利用の意思をもっていても、後に成立する行為が過去の事実に対して原因力を有するものと考えることはできない（牧野・「承継的共犯」『刑法研究』九巻一八一～一八五頁参照）という点や、後行者が先行者の行為に対する行為支配を有しない（平場・前掲『刑法総論講義』一五六頁参照）という点や、先行行為は共同加功の意思に基づくものとはいえず、また、共同意思に基づく後行者の行為は先行行為に対して因果性をもちえないことから、後行者の罪責には影響しないとみるべきである（曽根・『刑法総論』昭和六二年二八六頁）という点などで、それを根拠としているのである。なお、折衷説によれば、後行者がその介入以前の行為について共同正犯としての責任を負うかどうかは、先行者が現場に居合わせたか否かによって決めるべきである（斎藤信宰・『刑法議義・総論』平成三年三四八頁。すなわち、「先行者が居合わせた場合には、先行者の加えた暴行・脅迫と財物奪取の間に密接な因果関係があるといえるから、たとえ後行者は被害者に対して暴行・脅迫を加えなかったとしても、後行者が被害者より財物奪取した場合には、後行者にも強盗罪がみとめられると解するから、そこに承継的共同正犯はみとめられることになる。しかし、すでに先行者が現場から立ち去ったような場合には、抗拒不能になっている被害者から財物を奪うのは窃盗罪が成立するにすぎないと解する。また、後行者に対して、先行者が立ち去る前に意思の疎通があった場合には後行者には窃盗罪の共同正犯を認めるべきであろう」）と主張している。第三に、結果的加重犯・牽連犯などの場合である。この場合についても、後行者はその介入以前の先行者の行為について先行者と共同正犯としての責任を負うかどうかという問題に関して、学説によって論じられている。たとえば、「強盗致死傷罪における基本的行為につき、後行行為者に対して共同正犯としての罪責を負わせ得るものと判断した場合には、先行行為者による暴行を実行行為の「分担」として認識し、これを受け容れ、自らは強盗罪実現のために実行行為『分担』としての窃取行為を行ったと判断したのであるから、両者は加重結果の発生に至る『危険な』実行行為を相互に分担し、基本的犯罪実現のために共同したと解しなければならない。したがって、極めて異常な過程を経て加重結果が発生しない限り、後行行為者は、共同して『危険な』実行行為を行った者と解し、先行行為者とともに加重結果に対し『危険の実現』の責任を負うべきである。そこで、結果的加重犯においては、危険の実現

に至る危険な実行行為を分担し合う意思の結合が認められるか否かが、特に重要となる。既に先行行為による暴行行為によって加重結果としての死傷が確定している時には、後行行為者は、先行行為者による暴行行為の分担を受け容れ、自らは窃取行為を分担したと解するとはいえ暴行行為による『危険の実現』としての死傷まで責任を負う必要はない。これに反し、致死傷という加重結果が先行行為により生じたと判断し得ない場合、たとえば先行行為者による暴行後に後行行為者も加重結果に至る程度の暴行を行い、先行行為者が傷害の結果を生じさせたと断定し得ない場合には、危険な行為を共同に実行した以上、共に危険の実現としての傷害に責任を負わなければならない。したがって、特殊な結合犯としての強盗殺人罪においても、先行行為者による殺人行為が完了した後に窃取行為を分担した時には、暴行の限度において実行行為の分担を受け容れたものと解し、強盗罪の実現を共同に行ったものと解すべきである」（荘子・前掲『刑法総論』四三五頁以下）というものや、「牽連犯のように構成要件的に可分の犯罪については、現実に関与した部分を分割して論ずることができるから、共犯は共に現実に関与した部分の罪についてしか成立しない。包括一罪や継続犯については多少問題があるが、罪名の点では同じ一罪の共犯となることは疑いない。ただ、事実としては可分であるから、現実の関与部分についてだけの共犯と見るべきであろう」（植松・前掲『刑法要説・総論』三五四頁）というもの、等である。次に、判例を検討することにする。第一は、単純一罪の場合に関してである。この場合については、大審院時代から今の最高裁時代までの判例は、ほとんど先行者の為した部分についても共同正犯としての責任を認めていた。たとえば、大判明治四三年二月三日判決（刑録一六輯一一三頁）や、大判明治四四年一一月二〇日判決（刑録一七輯二〇一四頁）や、大判昭和八年七月六日判決（刑集一二巻一一二五頁）や、福岡高判昭和三六年二月一六日判決（下集三巻一＝二号四〇頁）や、名古屋高判昭和五八年一月一三日判決（判時一〇八四号一四四頁）や、大阪高判昭和六二年七月一〇日判決（高刑集四〇巻一号七二〇頁）、などである。しかし、以上の判例に対して、後行者はその介入以後の行為だけについて先行者と共同正犯としての責任を負うべきであるというような判例や、あるいは後行者はその介入以後の行為について従犯としての責任を負うべきであるというような判例が見られている。前者の例として、たとえば、大阪地裁は、甲が殺意をもって菜切包丁でAの頸部などを数回切りつけるのを見た乙が、とっさに甲に加勢してAに攻撃を加えようと決意し、その結果Aが死亡するもやむなしと考え、ここに甲・乙は意思を相通じ、甲がさらに右包丁で切りつけようとするのを、乙がAに体当たりをし、転倒したAの頸部を椅子などで殴打するなどの暴行を加えたところ、Aは死亡したが、死因は、甲の与えた右側頸部刺創による外

頸動脈切断によって惹起された大出血に基づく失血であったという事案に対して、次のように判示していた。すなわち、「――本件の場合、後行者である被告人乙は、被告人甲の先行行為による殺人既遂罪の責任を負わず、介入後の行為について殺人未遂の共同正犯の責任を負うにすぎないものといわなければならない。そして、被告人甲は、被告人乙の介入後の犯行について同被告人の殺人未遂罪と共同正犯の関係に立つが、これが殺人既遂罪に吸収され、被告人甲については殺人既遂罪のみが成立する」（大阪地判昭和四五年一月一七日判時五九七号一一七頁）と。後者の例として、例えば、横浜地裁は、A・Bなど四名が、甲から金員を喝取しようと共謀し、甲に対して暴行・脅迫を加えて金員を要求し同人を畏怖させていたところへ、行為のほとんど大部分かつ重要な部分が終了していたものの、その全部が終了しないうちに、被告人Cが右現場に行き会わせ、その事情を知りながらAなどから金員を取りにいくよう指示されて承諾し、自らは暴行を加えることなく甲を同行のうえ銀行の駐車場で甲から五万円を受け取った（なお、甲は恐喝の手段としてのAらの暴行により傷害を負った）という事案に対して、次のように判示していた。すなわち、「……結局、本件については恐喝罪の限度で承継的共犯の成立を認めることができるが、傷害についてはこれを認めえない。……本件は、暴行を加えて財物の交付を受けようとする恐喝罪の正犯が先行しているところ、被告人はその財物の交付を受ける行為のみを、情を知ってなした者であり、かつ、これを自らの犯罪遂行としてなしたのではなく、A、Bに指示され、それらの者のために加担したものであって、恐喝の正犯意思を有していたとまでは認め難いから、恐喝の共同正犯の成立は認定できず、恐喝幇助犯の限度で認定することとした」（横浜地判昭和五六年七月一七日判時一〇一一号一四二頁）。第二は、結果的加重犯の場合についてである。この場合、特に強姦致死傷罪・強盗致死傷罪に関しては、先行行為者の行為により致死傷の結果が生じたとき、財物盗取行為あるいは姦淫行為だけを行った後行行為者が、その死傷の結果についても責任を負うべきか否かをめぐって、判例の態度が分かれている。肯定の例としては、たとえば、札幌高裁は、A・Bが酒を飲んで、通りを相前後して通行していたところ、Aが強盗の目的で、通りかかった甲の顔面を殴打し、「金を出せ」と要求している際に、Bもこの機会を利用して金品を強取しようと企て、直ちに甲と協力し、意思連絡の上、金品を強奪したが、甲は先のAの暴行により眼部に傷害を受けたという事例についてBも強盗傷人罪の責任を負わなければならない（札幌高判昭和二八年六月三〇日高刑集六巻七号八五九頁）と判示していた。この例のほかに、肯定の例としては、神戸地裁昭和三九年三月一〇日の判決（下刑集六巻三＝四号二〇四頁）などがある。否定例としては、たとえば、東京地裁は、Aが飲食店にきていた甲を強姦するため、

帰宅しようと店外に出た甲の後を追い、店出入口付近で、胸などを殴り、抱き抱えるようにして店内に連れ戻したうえ、要求をきかなければ更に暴行を加えることを脅迫した際、店内で様子を見ていた他の三名も強姦を決意し、順次姦淫したが、甲は前記の店外での暴行により胸部打撲傷を負ったという事案について、他の三名は共同正犯としては強盗致傷罪が成立するが、その責任は強盗罪の限度に留める（東京地判昭和四〇年八月一〇日判タ一八一号一九二頁）と判示していた。この判決の特色は、共同正犯成立上の一体性と共同正犯処罰上の個別性を主張する点にあると思われる。また、岡山地裁津山支部は、ホテルに泊まったA・Bのうち、Bは先に就寝したが、Aは仲居Cを相手に酒を飲んでいたが、そのうち酒の酔いも手伝って強姦の決意を生じ、手拳でCの顔面を殴打し、果物ナイフを見せて要求に応じなければ殺すと脅迫したうえ、逃げようとする同女を押し倒し、大声で助けを求める同女の口を手でふさぐなどの暴行を加えたところ、この騒ぎで目をさましたBも、Aの強姦の意図を察知し、Aに加勢して姦淫しようと決意し、二人でCをおえつけるなどしてその反抗を抑圧して、まずBが姦淫し、ついでAが姦淫しようとしたが、隙を見てCが逃げ出したためAは目的を遂げなかった（なお、CはAの先の一連の暴行によって、打撲傷、中耳炎などの傷害を受けたが、Bは、右傷害に気付かなかった）という事案については、Bは強姦罪の限度で共同正犯の責任を負うにすぎない（岡山地津山支判昭和四五年六月九日刑裁月報二巻六号六七九頁）と判示していた。第三は、結合犯・継続犯に関してである。既に見た通り、学説上、結合犯においては後行者はいかに責任を負うかという問題について議論が一番多いところであるが、しかし判例を拾ってみると、それに直接的に関係するものは、ほとんど存在しなかったのである。ところで、判例の結果加重犯に対する態度から見れば、致死傷の結果について責任を負うかどうかという点に関する態度が分かれているにもかかわらず、しかし後行者にとっては強盗罪あるいは強姦罪の共同正犯が成立するという点においては、判例の態度が一致すると言えよう。ところが、そのような判例はいずれも、その理由についてはまったく説明していないのは惜しまれる。また、継続犯については、判例は、積極的態度を取っているのである。例えば、東京高裁は、他人が不法監禁されているとき、途中からその加害者の犯行を認識しながら、これと犯意を共通してその監禁状態を利用し、自らその監禁を続けた後行者については、介入前の監禁を含めて全部について共同正犯としての責任を負う（東京高判昭和三四年一二月七日東高時報一〇巻一二号四三五頁）と判示していた。以上で、極簡単に日本の刑法理論における「承継的共同正犯」に関する論争を見てきたが、私は、あらゆる場合において、後行者は先行者が既に行った行為について責任を負うべきではないと思う。何故ならば、その先行行為について

行為者の間に共同実行の故意による共同実行の行為が存しないからである。すなわち、その先行行為に関して両者は共同正犯の関係にありえないのである。従って、後行者は自分が関与した後の共同実行の行為だけについて責任を負うことになるわけである。