



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	共同正犯の主観的要件について：「意思連絡」における共同性と正犯性
Author(s)	行田, 桜子
Citation	北大法政ジャーナル, 21-22, 37-73
Issue Date	2015-12-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60356
Type	departmental bulletin paper
File Information	HokudaiHouseiJournal_No21-22_02.pdf



共同正犯の主観的要件について

—「意思連絡」における共同性と正犯性—

こう　だ　さくら　こ
行　田　桜　子

目　次

序章	39
第1章 判例と立法における「意思連絡」	40
第1節 時代区分ごとの判例の変遷	40
第2節 改正刑法準備草案および改正刑法草案における共謀共同正犯規定に関する議論	42
第3節 小括	44
第2章 学説における「意思連絡」	44
第1節 共同正犯の主観的要件としての「意思連絡」	44
1 不要説	44
2 必要説	46
3 ドイツにおける「意思連絡」について	48
4 まとめ	50
第2節 「共謀」を形成するための「意思連絡」	51
1 共同正犯の「共同正犯性」と「共同性」	51
2 行為主体を基準とする「意思連絡」の効果を求める見解	52
3 全体的な犯罪行為を基準とする「意思連絡」の効果を求める見解	55
4 まとめ	56
第3節 小括	57
第3章 「意思連絡」の方法について—「黙示の共謀」事例における「意思連絡」—	57
第1節 営業その他の活動等を組織的に行っている集団または団体による事件	58
第2節 児童虐待あるいは日常的な暴行の認められた事件	61

第3節 偶発的なけんか等における事件当日の犯行現場での意思連絡が行われた事件	63
第4節 小括	66
終章	67

序章

1 基本的な問題関心

(1) 原則として犯罪の成立に関しては「個人」を中心とする視点から検討される。しかし、実際の事件では行為者ひとりで犯罪を行うことだけではなく、複数人によってひとつの犯罪を完成させる現象も少なくない。この点について、集団による特殊な犯罪（内乱など）は、各則規定において「集団」としての特殊性にかんがみ、個別に規定がある。だが、特殊な犯罪以外の共犯形態については総則規定の中で共犯規定によって処理がされるのであり、特別「集団」という性格が注目されることは無い。特殊な犯罪でなくとも、複数の人間があるひとつの犯罪に関わるのであれば、一般的な共犯事例においても、複数人による犯罪現象である以上、集団犯罪と同様他の関与者も含めた全体を把握する必要があるのではないと思われる。共犯では「ひとりでは犯罪が完成しない」ことが重要であるとされ、この点で当該犯罪の全体を把握することは不可欠であると言える。そのため、共犯では単独犯とは異なり、単に行為者だけによって検討するのではなく、他の関与者との関係も含めて検討しなければならないはずである。

(2) 共犯における犯罪行為は「集合的行為」として把握され、関与者それぞれの「個人」視点だけではなく、複数の関与者を全体的にまとめた「集合体」の視点からも検討される。このとき、「個人」と「集合体」の2つの視点について、「個人」を基礎とし共犯はあくまでも単独正犯の応用であると考ええるアプローチと、そうではなく共犯における集合現象を強調して「集合体」から考えるアプローチがあるとされている¹。

共犯事例が複数人で行う犯罪であるならば、犯罪の全体から観察する必要があるだろう²。現に、「集合体」によって犯罪が行われることを重視し、単独正犯と同様の個人責任原理は適用が困難であるとして、集団責任原理を用いることを提案した見解³がある。また、社会心理学から集団行為の刑事責任に関して集団責任原理に基づくもの⁴

もある。しかし、いまだ騒乱罪などの集団犯罪に止まり、一般化されていない。因果関係の問題では、「集団」による全体的行為と犯罪結果との因果関係だけを問題とする見解⁵もあるが、簡素化しすぎる見解だろう。「集合体」の視点は、実際に起きている共犯事件を把握する点では優れているが、関与者が集合することではなく、集合したことで出現した「集団⁶」を基礎に事件を捉えようとしてきたことに問題があるのではないだろうか。

(3) 共犯における「集合体」の視点は、単独正犯と異なる共犯独自の本質を捉えることに意義がある。だが、「関与者が集合した」ということ自体が独立して意義を持つのではない。これまでも、共犯における「個人」と「集合体」の2つの視点は注目されてきたが、実際には「個人」と「集団」の対立の解決を図ろうとしていた。これにより共犯については、「個人」と「集団」のどちらか一方の視点を優先することになるが、結局共犯の二面性の問題は解決できない。共犯は「個人」による犯罪か「集団」による犯罪かという問題ではなく、「個人」が共働することで犯罪を完成させる現象であることを重視すべきである⁷。そこで、特に「個人」を重視しつつ、「集合体」となる過程あるいはその意味を検討することで、集団原理に基づく共犯の把握における既存の問題を解決したいと思う。

2 具体的な問題点

(1) 一般に、共同正犯は各関与者が犯罪の一部を実行し、関与者相互に行為を利用することによって犯罪全体の責任を負うとされ、狭義の共犯と異なり「正犯」への従属性は認められない⁸。しかし、共同正犯においても、他の関与者の実行行為に従うのは当然であり、少なくとも共犯と正犯（あるいは共同正犯者相互）の結びつきが狭義の共犯とは異なると言えるだろう。この点について、共同正犯の「共同」に関する議論の中で検討されていた。「共同」の議論では、他の関与者と「何を共同するのか」という問いを検討することによって、「共同」の意義を追究してきた。狭義

の共犯の「従属性」と共同正犯の「共同」が分けられているのは、狭義の共犯では正犯に対して教唆者あるいは幫助者の一方的な従属が認められることで足りるが、共同正犯では関与者が相互に関係することが必要とされ、独自の検討が必要であったと考えられる⁹。ここに、共同正犯における「集合体」視点の必要性和特殊性があると思われる。

(2) 共同正犯における「共同」でより重要なのは「他の関与者と共に当該犯罪を行っている」ことをどのようにして認めるか、という点である。これまでの「何を共同するか」についての検討では、関与者がそれぞれ最低限行うべき担当内容は明確にすることができるが、それは関与者「個人」の問題に止まる。やはり、「共同」について検討するためには実際に関与者が相互利用的あるいは相互作用的な関係それ自体に注意しなければならない。このように把握することは「どのように共同するのか」を中心に検討し、それぞれの関与者だけでない全体から把握することが可能となる。そして、関与者が互いに何らかの影響を与える関係として把握することで他の関与者と一体になることが重要となる。

共同正犯における「どのように共同するのか」という問題は「共同正犯の共同性」として、狭義の共犯の従属性や共同の対象の議論とは区別されてきた¹⁰。だが、従来、「共同」の内容について要素、あるいは要件を一致させないまま議論がされてきたために、「共同性」という語句だけが独り歩きしており、議論は混乱している。

(3) 共同正犯は犯罪の一部実行によって全体の責任を負うが、このような効果は関与者自身の物理的因果性と関与者相互に働く心理的な影響力としての心理的因果性によって生じると考えられる¹¹。中でも、「意思連絡」は心理的因果性を認めるために必要な要件として、共同正犯の成立要件の議論で検討されてきた。特に、裁判例では「意思連絡」は「集合体」としての視点で重視され、「意思連絡」によって関与者が他の関与者と「一心同体」となったかどうか検討する裁判例¹²

がある。このような関与者が相互に助け合い「一体」となるという判断枠組みは、大審院時代から存在していた¹³。ただし、ここでの「一心同体」を重視することは共同正犯における集団責任を基礎づけるものとも考えられ、純粹に複数人が集まったという「集合体」としての視点からの要請であるかは不明であった。

このため、「意思連絡」についても「共同性」と同様にその意味あるいは要件としての意義について一致した見解は無い。

3 本稿の目的

本稿では、共犯における「個人」と「集合体」の2つの視点が両立しなければならない問題点について検討し、これによって2つの視点の調和について考えることを目的とする。そのためには、共同正犯における「意思連絡」の意味内容について見解の整理を行い、「意思連絡」として最低限何が必要であるか検討する。見解の整理については、「共同性」あるいは「共同正犯性」のそれぞれの性格の要素としての「意思連絡」に関する意見を中心にこれを行う。また判例裁判例における「意思連絡」の意味内容について、これまでの変遷を確認し、また事例における「意思連絡」の取り扱いの違いについて比較し検討する。

第1章 判例と立法における「意思連絡」

第1節 時代区分ごとの判例の変遷

1 旧刑法における判例

旧刑法104条では「二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯ト為シ各自ニ其刑ヲ科ス」と規定していた。同規定の「現ニ」とは、共同正犯者らは犯行現場に犯罪時に現在する必要があるとされ、共謀には参加したが現場にいなかった者を共同正犯とすることは否定していた。A) 大判明治24年4月27日刑録24年4～9月分45頁やB) 大判明治32年11月28日刑録5輯10巻63頁では、窃盗罪または詐欺罪に関して「共謀をしたとしても、正犯とはならない」旨を判示した。しかし、C) 大判明治29年3月

3日刑録2輯3巻10頁では、恐喝罪に関して、「共に謀りて事を行ふ以上は、何人か局に当るも其行為は共謀者一体の行為に外ならず」として、共謀行為のみ参加者も共同正犯で処罰することを肯定した。現行刑法の下でも、共謀共同正犯肯定が続くが、知能犯に限ってこれを認めていた。

大正時代では、「共謀」の内容については「共同犯行の認識」(D)大判大正11年2月25日刑集1巻79頁)、「共同犯罪の認識」(E)大判大正14年1月22日刑集3巻921頁)とされ、各関与者における認識が主な問題とされていた。

2 昭和以降から「大森ギャング事件判決」までの判例

昭和時代に入ると、F)大判昭和3年7月21日新聞2904号14頁には傷害罪、G)大判昭和4年11月29日刑集8巻575頁には暴行罪、H)大判昭和6年11月9日刑集10巻568頁には放火罪などの実力犯についても共謀共同正犯が肯定された。さらに、I)大判昭和8年11月13日刑集12巻1997頁では殺人罪にも認められている。これらの判例では、「共謀」を「数人共謀して」犯罪を遂行するや、「相謀りて」犯罪を行うまたは参加する、と表現する。この表現では、各関与者の認識ではなく、「複数人が当該犯罪の遂行について謀ること」が存在したことが重視される。しかし、未だ「共謀」とはどのような状態を表すのかは明確ではない。

J)大判昭和11年5月28日刑集15巻751頁いわゆる「大森ギャング事件判決」において、「数人共謀」の具体的な説明がされている。本件では、政治的団体の活動資金調達のために組織的に計画された窃盗罪および強盗罪につき、共謀のみ参加した関与者が被告人となった事案について、共同正犯を認めた。要旨では、「凡そ共同正犯の本質は二人以上の者一心同体の如く相倚り相援けて各自の犯意を共同的に実現し特定の犯罪を実行するに在り…窃盗又は強盗の罪を犯さんことを謀議しその中の或者に於て之を実行したるときは爾余の者亦由て以て自己の犯意を実現したるものとして共同正犯たるの責を負ふべきものと解せざるべから

ず」と「数人共謀」を設定している。ここでは、「数人共謀」とは複数人が「一心同体」の状態となることであるとされ、この状態を基礎に共同正犯の責任を各自が負うとしている。

3 昭和23年～28年ごろの「意思連絡」に関する混乱について

大森ギャング事件判決以降、実行行為をしない者が共謀に基づいて共同正犯を肯定されることは、おおよそ確立してきた。特に、K)最判昭和23年1月15日刑集21巻8頁では、「凡そ共同正犯者が共同正犯者として処罰せられる所以のものは、共犯者が、共同意思の下に一体となつて、互に他人の行為を利用して自己の意思を実行に移す点にあるのであるから、苟も判文上共謀の事実を明確にさえずれば、共犯者の何人が実行行為の際、その如何なる部分を分担したかは、これを特に明示しなくとも、罪となるべき事実の判示として、間然するところはない。」と判示し、共謀の事実のみを基礎とする関与者について共同正犯の責任を肯定している。

共謀共同正犯が広く肯定されるようになると、「共謀」を表す文言の、意味内容を明らかにしようとする判例が出てきた。L)最判昭和23年12月14日刑集2巻13号1751頁では、共同正犯が成立するためには「共謀」とは「「意思連絡」が相互になされる必要がある」ことを指摘し、「意思連絡」とは「共同行為の認識があり、互に一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せしむれば足るのである」とした。一方、M)最判昭和24年2月8日刑集3巻2号113頁では同じく「共同犯行の認識」という文言を使用するが、「共同犯行の認識」を持って自ら参加することを了承した場合には「共謀」が達成されると判示している。さらに、N)最判昭和28年3月13日集刑76号143頁では、麻薬の所持について、現実には麻薬を所持していない者も、所持者と意思の連絡の結果、麻薬所持の事実が発生したであれば「共謀による所持」をしていたと判断した。これらの表現は、より細かく各人の認識・意思の段階にまで分けるこ

とで、「共謀」の内容を明らかにしようとしたのではないかと考えられる。

4 「練馬事件判決」以降での「意思連絡」について

O) 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁(いわゆる「練馬事件判決」)では、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつ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をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない」として、「共謀」を基礎として共同正犯を認める一方、P) 最判昭和34年8月10日刑集13巻9号1419頁いわゆる「松川事件第一次上告審」では、順次謀議がなされた事案について、被告人らの間で順次的に共謀の内容が伝わるためには中間の共謀が、不当に短時間のうちに行われていたことや、参加した被告人らの供述に謀議の内容が一切なかったことなどから、共謀は存在しなかったとした。この2つの判例を「謀議行為」の上で「共謀」が完成するとしたものであるとし、以て判例が客観的謀議を必要とする見解を採用したとするものもある¹⁴。

5 まとめ

共謀共同正犯における「意思連絡」については、複数人が当該犯罪に関する計画をたて実行しようとするという意味での「謀議」の内容が問題となっていた。その中で、まずJ) 判例では、複数人が範囲を一致させ「一体同心」の状態になることが必要という見解を提示した。これを受けて、L) 判例M) 判例では「共同犯行の認識」を一致させることによって「共謀」は達成されるとしていたが、N) 判例によると、「意思連絡」によって犯意を一致させた共謀を達成することができる

という表現になっている。これによれば、「意思連絡」をすることによって「共同犯行の認識」は関与者の間で一致させることが可能であり、そのような範囲の一致は「共謀」と言えるとされている。

このような流れの中で、O) 判例では、共謀共同正犯として処罰されるためには「意思連絡」あるいは「共同犯行の認識」を持つだけではなく、「共謀」としての謀議行為や通謀が必要となると判示されている。謀議行為などの共謀事情が存在するときには「意思連絡」による「共同犯行の認識」の一致は認めることができるが、逆については当然であるとは言えないと解説が付されている¹⁵。これを見ると、「意思連絡」と「共謀」は異なる次元のものであり同一として扱うことは許されないはずであるが、O) 判例以降では、「共謀」についての議論の中に「意思連絡」が含まれたまま発展している。この点については第2章でふれることとする。

これまでの判例における「意思連絡」では、単に関与者間での犯意の一致を言うだけで明らかにされていなかった部分について、共謀共同正犯の事例では「意思連絡」による犯意の一致とこれによって形成される「共謀」、さらに客観的事情としての謀議行為がある場合の処理について明らかにされていた。

第2節 改正刑法準備草案および改正刑法草案における共謀共同正犯規定に関する議論

1 準備草案での議論¹⁶

準備草案における共謀共同正犯規定の新設理由は、準備草案附理由書¹⁷の正犯および共犯の条文の理由部分で明らかにされている。これによると、まず、「共同加功の意思」と「共謀」の区別を明らかにすることを目的とされている。当時の下級審において、共謀共同正犯の適用範囲が、大審院・最高裁の考えるより広範囲になっており、共謀共同正犯の極端な適用拡大を防ぐために、規定を設置しなければならないと考えられた。また、共謀共同正犯規定を設置することで、学説の

議論が発展し、共謀共同正犯の解釈について進歩するだろうと期待していた。当時の学説の多くは、法の定めのない共謀共同正犯理論の適用そのものについての否定でしかなく、現実には起きている共謀共同正犯事例についての細かな分析が足らないと感じられていた。このため、共謀共同正犯規定を新設することで学説での議論を発展させ、共謀共同正犯の適用についてさらに制限ができるようにという思惑もあった。

準備草案作成では、共謀共同正犯成立には「共同の意思」へ参与することが必要とされた。ここでの「共同の意思」への参加は、単に犯罪実行をする団体を設立する以上に、「意思を通じ合う行為＝謀議」が必要であるとしている。このとき、「謀議」は順次的にされるものでも、明確な言葉を用いなくともよいとされ、場合によっては暗黙のものでも可能であると考えられた。

準備草案（未定稿）では、「二人以上で犯罪の実行を共謀し」とされたが、「共謀」という文言では裁判例にみられる広い共謀共同正犯の適用を制限できない¹⁸と批判があった。このため、準備草案では「二人以上で犯罪の実行を謀議し」に改め、意思を通じ合うための何らかの「謀議行為」が必要であることが明らかにされた。ここでは、「共謀」という文言よりも、「謀議」という文言により客観的な犯罪への合意形成行為を要求し、共謀共同正犯の成立を制限しようとした経緯がある¹⁹。

また、「共同の意思」への参与をより明確にするために「共謀者のある者にその実行を担当させたとき」という案も出た。同様の主張は、共謀共同正犯に関して間接正犯類似説に立つ論者からもされ、共謀による犯罪の支配が求められた²⁰。しかし、このような条文の文言では、実行の分担まで明らかな場合に限定され、狭すぎるとして却下された。更に、このような関与は共同正犯の一類型ではなく、「共謀」そのものを罪とする共謀罪を想定していると指摘されている²¹。

4 改正草案での議論について

準備草案での共謀共同正犯規定には、共謀共同正犯を否定ないし制限する立場と広く共謀共同正犯を認めるべきであるとする立場の両方の立場から批判があった。前者からは、準備草案中の条文の文言では、教唆犯や幫助犯との区別が不明確になると批判があった。また、後者からは、本規定では客観的な「謀議」の立証が必要となるが、これにより実務における立証が、現在よりも困難になると指摘された。

批判に対して練馬事件判決を挙げて、「共謀共同正犯の成立する範囲をかなり厳格に解し」としていると評価しており、同判決の考え方に従って明文規定を置き、共謀共同正犯の成立する範囲を限定する必要があるため、規定の新設は必要であると述べている。

改正草案での「共謀」「謀議」の内容については批判を受けて変更点が幾つかある。

まず、「謀議」に関しては、2人以上の者がその意思を合致させるため、何らかの客観的行為を必要とし、単なる「意思の連絡」では足りないとした。ただし、共謀者全員が一堂に会して打ち合わせをすることまでは不要とされ、犯罪現場で短時間内に意思を通じ合う行為や、いくつかのグループ間で順次共謀が行われる場合もこれに当たるとした。

6 まとめ

共謀共同正犯は判例による超法規的な措置であり、なんとか制限したいという目的が規定設立にあった。「…判例は、法を具体化してゆくものであり、学説はそのための参考意見にすぎない。したがって、判例として確立している場合には、是正するとしてもむしろ立法によるべきであって、解釈論としては判例の基本線はそれを前提とせざるを得ない²²」とすると、共謀共同正犯成立の範囲の確定には立法化が必要だった。しかし、共謀共同正犯の立法化は、近代刑法における責任主義から検討を要するだろう規定であり²³、この点について立法過程では特に「共謀」に関する議論に

において検討されていた。

準備草案では、客観的な「謀議」行為として、実際に「意思を通じる行為」を要求したが、暗黙による謀議でもよいとしており、具体的な内容を明らかにできなかった。批判にあるように、結局、この規定では共謀共同正犯の範囲は限定できないと思われる。改正草案では、そのような問題を克服するためにも、準備草案より客観的な「謀議」を要求し、さらに実行行為が存在することも必要とされていた。しかし、準備草案と同様に、「意思を通じる」ことに中心を置き、現場共謀や順次共謀を認める点では、犯罪の合意で十分であるとも解され、謀議行為を特別に必要とする要請はなく²⁴、特に「謀議」との文言を使う必要があったのか疑問である。

より問題なのは、実務面において、「自己の犯罪をおこなう意思（正犯意思）をもって行為する者」を正犯として扱うことについては草案では触れていない点である。「意思の合致」や準備草案の言うような「意思を通じ合うこと」の「意思」の内容として、「二人以上で何らかの犯罪行為を共同すること」としているだけであった。しかし、「正犯」として罰するためには、正犯意思が必要なのではないのかという意見²⁵もあり、「謀議」によって制限を厳格に行うのであれば、そのような正犯意思まで含めることは必要であると思われる。

第3節 小括

以上、簡単であるが練馬事件までの判例における共謀共同正犯の変遷について「意思連絡」に注意して概観し、さらに改正刑法準備草案および改正刑法草案での共謀共同正犯規定に関する議論を見てきた。これらの議論では共謀共同正犯を前提としていたため、「意思連絡」と「共謀」あるいは「謀議」との関係についてかなり密なものとなっていた。実際にも、これらは近い概念として存在していると思われるが、判例の変遷の中にもあったように、「意思連絡」がまず存在することによって関与者相互に「共同犯行の認識」を一致さ

せることが重要とされてきていたことは注意すべきであると思われる。判例、立法の場面では、「意思連絡」と「共謀」さらに「謀議」との関係は、一応の区別がなされており、それぞれは役割が異なることが検討されていた。

第2章 学説における「意思連絡」

第1節 共同正犯の主観的要件としての「意思連絡」

共同正犯の成立要件には、主観的要件としての「共同実行の意思」と客観的要件としての「共同実行の事実」が必要であるという点については、学説の中で異論はない。ただし、主観的要件である「共同実行の意思」については、共同正犯者それぞれ個別に存在する意思であればよいのか、それとも他の共同正犯者らとの間で意思を通わせること、つまり「意思連絡」が必要かという点は未だ争いがある。

1 不要説

不要説をとる見解では、大きく分けて2つの見解がある。

まず、【1】行為共同説をとる見解からは、「意思連絡」を否定する見解²⁶がある。この見解では、刑法60条によって処罰されるためには、狭義の共犯とは異なり「実行行為」が必要であるとする。このとき、当該犯罪へ関与者はそれぞれ、「共同加功の意思」を持って参加・関与し、また実際に犯罪を共同する事実によって、共同正犯における「2人以上の者が共同し」たことで満たされる。この見解は、「意思連絡」として当該犯罪に加功する意思を交換することについて「外界の現象にして犯人の心理に関係なきもの²⁷」であるために、主観的要件としては不要とする。

なお、同見解では片面的共同正犯、また過失犯における共同正犯についても肯定しうる。過失犯の共同正犯では、当該過失行為による結果については予見することはできず「意思連絡」が不可能

であるとする批判に対して、過失の構成要件該当行為に関する「意思連絡」のは可能であり、またこのような「行為に関する意思の連絡」に基づく共同正犯の肯定は可能である²⁸とする。

また、【2】処罰根拠につき因果的共犯論の立場に立ち、因果性による共同正犯と狭義の共犯の区別がなされるべきであるとする見地からも「意思連絡」は不要であるとする。

【2-1】共同正犯における正犯の責任帰属について遡及禁止論の見解による場合、「意思連絡」は必須の要件ではない。遡及禁止論による場合、いわゆる実行行為を行う者としての正犯者の背後に存在する者の「結果惹起について故意のある自由な行為の背後に位置する行為については、結果惹起の正犯性が否定される²⁹」。このため、背後者に正犯責任が帰属されるには、当該犯罪へ重要な寄与によって関与することで自由な介在者である正犯を取り除く必要がある。この見解では、狭義の共犯を含めた共犯一般の因果性については、物理的因果性と心理的因果性の2つがあるとしつつ、物理的因果性を基盤とし心理的因果性は補充的な役割をするものであると解する。共同正犯に限らず、共犯の因果性については、単独正犯が成立するために必要な当該犯罪結果との因果関係までは必要ないが、正犯行為を促進し容易にすることで足りるとする。そして、因果性を発生させる手段につき心理的因果性を必須の要件とはしない³⁰。このとき、物理的因果性が存在すれば関与行為と当該犯罪結果との関係は満たされ、「意思連絡」を不可欠の要件とする必要はないとする。

さらに、【2-2】共同正犯の因果性に関して遡及禁止論以外から、共同正犯と狭義の共犯との区別では、「寄与を相互補足的に行う」という「共同性」が存在するか否かの点が基準となる見解でも、「意思連絡」は不要である。ここでの「共同性」とは、「共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響力を

経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する」「寄与の補完関係」である³¹。複数人による犯罪現象としての集団心理的な側面として心理的因果性を要求することについては、論者は否定的であり、「意思連絡」の必要性も疑わしいとする。【2-2】によれば、共犯一般に「意思連絡」が必要であるとするとき、集団心理的側面が拡張的な処罰の要請の一因であるならば、単独正犯よりも共犯の刑が重くなければ理論として整合しないという³²。さらに、寄与の範囲あるいは役割分担を「意思連絡」によって決定、制約することは、関与者が重要な寄与によって当該犯罪の成否を掌握するかどうかに関して論理的な関係を持たず、相互的な因果的影響の問題として扱うことで十分説明できると述べる。したがって、関与者が片面的に自己の役割と他人との相互作用を認識しているだけでも「共同性」を認めることはでき、「意思連絡」は不要となる。

これら【2】の見解では、共同正犯の因果性の観点から、「意思連絡」といった心理的因果性は成立要件として不可欠のものではないと考える。ただし、共同正犯として処罰するためには関与者がそれぞれ「重要な因果寄与」を行うことが必要であり、各自の寄与行為が相互に影響し合うことによって、当該犯罪結果の相互的な「共同惹起³³」、または「共同性³⁴」が存在することが認められるべきであるとする。

以上のように不要説では、客観的事実に基づいて判断される関与者と当該犯罪結果との因果性によって当該犯罪が「共同して」行われたか判断することが可能である。この前提には、刑法60条における「共同正犯」とは実行行為の全部または一部を行うことが原則として必要であるとするところにあるだろう³⁵。しかし、もし関与者の関与行為と当該犯罪結果との間に因果関係が存在するとして、その関与者個人についての帰責は可能であろうが、他の関与者の行為との間での利用関係などについては判断の範囲が及ぶことができないのではないと思われる。

現に、【2-1】の見解では当該犯罪結果の「共同惹起」が必要であるとしているところ、「意思連絡」が存在するときには「共同惹起」を認めることは容易であり、逆に「意思連絡」が無いときは、特別の状況が無ければ「共同惹起」を肯定できないことを自ら指摘している。そして、この意味では、「意思連絡」が共同正犯における正犯性の判断にとって重要な意味を持つだろうということについて認めている³⁶。また、【2-2】の見解でも、共同正犯においては「共同性」としての双方向的な因果的影響が「寄与の補完関係」として必要であるとしていた。この「共同性」は共謀共同正犯の場合にのみ犯罪遂行の意思決定段階であるとされていたが、実行共同正犯の場合にも同様に犯罪遂行に関する意思決定が行われる段階があるはずにもかかわらず、区別する理由はないように思われる。また、重要な寄与に関して相互教唆的な意思決定の影響がある場合にも共同正犯を認めるとしている点では、「意思連絡」をすべて否定したものではないと考えられる³⁷。

不要説の見解をこれまで確認してきたが、共同正犯の成立に関して「意思連絡」が完全に不要なものとして説明することは困難であり、「共同して」犯罪を行ったというためには「意思連絡」が存在することそれ自体は否定できないと考えられる。

2 必要説

必要説についても2つの見解にまとめられる。

まず、【1】共同正犯の因果性の観点から出発する立場では、共同正犯における「共同」とは、相互に関係することによる当該犯罪結果の発生を高めることであるとして、このような「共同」のために「意思連絡」が必要とされる。このとき、共同正犯における因果性で重要とされるのは心理的因果性であり、物理的因果性は付加的に存在すると考えられる³⁸。

この中で、【1-1】共同正犯の処罰根拠は、狭義の共犯と同様に正犯を介して当該犯罪結果への因

果性を持つ必要があるとする見解がある。この見解では、共同正犯につき「一部実行の全部責任の効果が生じるのは、物理的共同とともに共同正犯者相互に教唆ないし心理的幫助を行って心理的影響を及ぼし合い、結果発生 of 蓋然性を高めるからである³⁹」とし、狭義の共犯との区別として共同正犯には「意思連絡」が必要であるとする。

このような考え方では、関与者の間で相互に当該犯罪実行を期待することによって、他の関与者の行為を拘束すると考えることも可能である。この見解では、関与者間で「意思連絡」を行うことで当該犯罪の遂行に関する「合意の拘束力」によって、他の関与者に対して「当該犯罪の実行をする」ために行為を拘束する「(緩和された)意思支配」の観点から主張されている⁴⁰。関与者は、相互に当該犯罪を実現させることを期待して、犯罪実現に向けた実行について合意した時点で、自らの犯罪意思を確定させ、さらに「他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意志を翻し得ない⁴¹」状態をつくり上げることによって、当該犯罪結果の発生 of 蓋然性を高める⁴²。ここでの「合意」は、実行共同正犯のほか共謀共同正犯における「共謀」であると説明する。

同様の主張は、ドイツ刑法第30条2項における「申し合わせ (Verabredung)」の検討からも導かれる。ドイツでは「申し合わせ」は犯罪の予備行為であるが、複数の関与者が結びつくことで、関与者の結束力が高まり、遂行を妨げる障害が除去され計画の中止が困難になることで、当該犯罪の遂行の危険性が高まる。そして、「犯罪実現という目標に向けられた申し合わせ、さらには「強固な共謀」が成立したことにより、共謀者の間で犯罪実現を相互に拘束し合うという、ある種の規範的な関係あるいは連帯関係が構築され、直接行為への「推進力」が単独犯 (直接正犯) の場合と比べて、類型的には飛躍的に、換言すれば間接正犯における利用行為と同程度まで強化される」「強固な共謀の内容は自らを拘束する「行動の指針」となり、…ある種の (むろん法に敵対する) 規範意識さえ抱く⁴³」と述べる。

【1-1】の見解では、関与者の相互に心理的因果性が影響し合うことで結果発生 of の蓋然性を高め、共同正犯の正犯性として注目できるとする。そして、狭義の共犯における議論では「物理的因果性は単独正犯の条件関係とは異なり、より緩和されたものである」とするならば、共犯一般には心理的因果性が不可欠の要件となるはずであると述べ⁴⁴、共同正犯にもこのような共犯の因果性に關する要請は当てはまるとする。

また、【1-2】共謀共同正犯の成立を基本的には否定する見解においても、関与者間の地位が上下関係のときには心理的拘束の可能性を認める考えもある。論者は、「実行を担当しない共謀者が、社会通念上、実行担当者に対して圧倒的な優越的地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行にいたらせている場合」は、規範的観点から共同実行があると言え、共同正犯として責任を問うことができるとする。このような事例で成立が認められる共同正犯は、従来の共謀共同正犯とは異なる「優越的支配共同正犯」であるとする⁴⁵。

以上のような【1】の見解では、共同正犯の因果性について特に心理的因果性に注目していた。これらの見解によると、関与者相互の双方向的な心理的因果性が働くことによって、当該犯罪の実現に向けて行動、または行動に先立つ意思決定を拘束することを以て、当該犯罪を支配したと評価できることとなる。

共同正犯における因果性に注目する立場の一方で、「意思連絡」は関与者それぞれの役割分担を決定し、分業・分担の関係を明らかにするための基盤であるとする考え方がある。

この考えに基づき、【2】共同意思主体説においては、「意思連絡」によって犯罪の行為主体が一体となることを土台とする。同説では、2人以上の者が共同目的の下に同心一体となることで、特殊の団体心理（集団心理）が生じ、個人の意思のみでは企図することができないようなことも行い得る、特殊な社会心理現象⁴⁶と考える。このよう

な団体心理によって形成されるのが「共同意思主体」である。ここでは、他の関与者との間で「互いに一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せんとする意思」が必要であり、当該犯罪実現について「相互了解」する必要がある⁴⁷としている。

注意すべきは、【2】説では共同意思主体を形成するための「共同意思」としての意思連絡は、共同正犯だけでなく狭義の共犯にも必要であるとされている点である。同説の論者によると、「共同意思」とは、共犯一般において共同意思主体を構成するための意思の連絡であり、共同正犯が成立するためには加えて「共同犯行の認識」が必要となるとしている。したがって、共同正犯では狭義の共犯と異なり「共同犯行の認識があつて互い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する意思」が連絡または交換されることが必要であり、これにより「2人以上共同する」と評価できる⁴⁸。また、「共同犯行の認識」以上のものとして、当該犯罪に関して重要な役割を担うような犯罪の計画や相談などは「共謀」として区別されるものである⁴⁹と説明する。このように考えるとき、共犯を複数人の者によって形成された団体による現象として捉えるため、各個人に分解することは許されない⁵⁰。したがって、「意思連絡」は複数の行為者を一体の主体として統一することが目的であり、それ以上の内容を含むものではないと考えられる。

以上のような【2】説に対して、【3】行為者の統一を目指さず、関与者の行為が全体犯罪行為から見て分業的あるいは分担的な行為であるということを明らかにするためのものとして「意思連絡」が必要であるとする見解がある。

まず、分業の存在自体に注目する見解では、【3-1】共犯を社会心理学的現象として、集団力学が存在することを挙げ、集団による犯罪としての特殊性を説明する見解がある。この見解では、「単独では実現できないことでも、あるいは分業形態により、あるいは合同力により、あるいは相

互的な精神的強化によって、これを遂行することができる⁵¹⁾とする。このような分業、分担は「人的結合」により強い拘束力を発揮するとし、**「意思連絡」**は必要であるとされる。

このような【3-1】の見解においては、【2】説の基本的な姿勢については有効であるとし、共同意思主体の形成を念頭に置きながら説明しようとするもの⁵²⁾もある。ただし、当該犯罪の達成に向けた集合体形成それ自体が重要なのではなく、構成要件実現に向けられた外界への作用が「分業的に」行われるという実態が存在することが重要である⁵³⁾とする。つまり、各関与行為はそれぞれが当該犯罪達成に向けて大きく影響する行為であると認められるが、その行為だけでは当該犯罪を達成できない行為であるということを明らかにするためには、全体犯罪行為を示す必要がある。この全体犯罪行為を基礎づけるものとして「意思連絡」が必要とされる。

さらに、【3-2】共同正犯は共犯の従属性によらないとしつつ、「一体」として責任を負うのは、関与者相互のつながりが必要であるとする見解もある。この見解では、関与者相互の犯意の強化をすることで、犯罪の共働による計画の中でのそれぞれの関与行為の機能の有効性を設定する。

関与者が共同正犯とされるためには、当該犯罪結果がその関与者の仕業であるということが明らかにされなければならない。広義の共犯の因果性は、正犯の犯罪を容易にしたとされる程度でよいと緩和されているが、これと同時に正犯への従属によって当該犯罪結果との関係を満たしている。しかし、共同正犯では、狭義の共犯と異なり他の関与者の行為が構成要件該当性を満たしていなくとも処罰されるという点で、共犯の従属性が当てはまらないため、狭義の共犯とは異なる理由が必要となるだろう。【3-2】の見解では、この点について、共同正犯では結果と共同正犯者全体の行為との関係で十分であり、結果との条件関係等が判断される「対象」としての範囲を確定だけが必要という。そして、「対象」の範囲付けは、各関与者の行為が相互に結び付き合うこと、つまり「互

いが互いのために協力していることを認識しあっていたこと（共同犯行の意思、意思連絡）を典型とする、相互的な結びつき⁵⁴⁾」を意味する。

以上で見てきたように、必要説では【1】共同正犯の因果性に注目する見解、【2】犯罪の行為主体を一体とするために必要であるとする見解、そして【3】関与者の行為が全体犯罪行為から見て分業的あるいは分担的な行為であることを示すためであるとする見解の3つに分類できた。これら3つの見解を見ると、【1】見解と【2】見解では、関与者間での心理的因果性による相互影響を重視しており、関与行為は心的なつながりを基礎として当該犯罪に「正犯」として関与するのであるとされていた。これに対して【3】見解では、関与者は分業的あるいは分担的な行為をすることを以て「正犯」として責任を負うとし、他の2つの見解よりも物理的因果性の要素を重く考えている。【3】見解では、「意思連絡」によって認められるのは、関与者の行為がそれだけでは犯罪全体を満たすような行為ではないということであり、当該犯罪結果への心理的因果性があるかどうかに関しては比重を軽く考えているように思われる。この意味では、「意思連絡」とは、共同正犯事例での関与者相互の現実的な関係性を問題であり、【1】・【2】の見解の犯罪結果への関係とは異なり、より広い関係の者も含むこととなろう。

そして、【1】・【2】の見解では「意思連絡」によって他の関与者を拘束することは、共同正犯での正犯性を基礎づける性格もあると考えられている。これに対して、【3】の見解では正犯性とは区別された「共同」を明らかにするためのものとしている点は先にも述べたとおりである。このように必要説の中でも「意思連絡」の内容あるいは効果に関しては一致した見解はいまだ見ることができない。

3 ドイツにおける「意思連絡」について

我が国の刑法理論に影響を与えたドイツにおける議論では、共同正犯の主観的要件として「共同

の行為決意」の存在を前提とした議論がされている。

ドイツ刑法第25条では犯罪正犯に関する規定があり、同条2項において共同正犯について規定されている。同項では、「複数人が犯罪を共同したとき、各人が正犯となる（共同正犯）。」と規定されており、日本での議論と同様に「共同して（gemeinschaftlich）」に関する議論がなされている。そのようなドイツにおける共同正犯の議論の中では、共同正犯の成立要件に「共同の行為決意（Der gemeinsame Tätentsluß）」が必要であるとする見解が通説的であるとされている。「共同の行為決意」は、当該犯罪に関する共同正犯者間での申し合わせ（Tatverabredung）あるいは取り決め（Tatvereinbarung）として存在するとされている。そしてこの「共同の行為決意」によって、当該犯罪を行う協力集団における特別な相互行為帰責が認められる⁵⁵とされている。このような主観的要件による共同「正犯」の成立については、主観的正犯概念を主張する見解から以外に、行為支配説の見解からも肯定されている⁵⁶。

通説的見解に対して、必ずしも関与者相互の意思の一致は必要ではないとする見解も少数ではあるが存在する。この見解によると、当該事件についての相互の合意という意味における「共同の行為決意」に代わって、それぞれの関与者が共同する意思を持つことで足りる「適合化決意（Einpassungentschluß）」で十分である⁵⁷と主張する。この「適合化決意」とは、直接的な当該犯罪の実行行為をしないが、分業的な関与行為を行うことによって当該犯罪の実行に組み込ませる意思である。ここでは、原則として関与者の「分業的な関与行為」が予定されており、関与者の主観的要件としては全体の犯罪に自分の行為が組み込まれることを意識することが必要になると考えている。

しかし、このような不要説に対しては「「片面的な分業」を共同正犯として認め、「共同して犯

罪を行った」として帰責させることは、法律の文言に反し、さらにそれによって類推解釈の禁止にも反する⁵⁸」と指摘されている。また、不要説においては、関与者のした関与行為が全体犯罪に組み込まれることが必要とされるが、そのために関与者の「事前の相互作用」が考慮されるべきである⁵⁹としている点では、不要説においても客観的な事情に加えて主観的事情としての「共同の行為決意」が検討されることもあるとしていることが指摘されている⁶⁰。

機能的行為支配説からは関与行為が「分業的」とであるとされるためには、やはり「共同の行為決意」が必要である⁶¹と主張されていた。機能的行為支配説においても、分業・分担が共同正犯の帰責には基礎となると考えられているが、関与行為が「分業的」とであるためには、まず実現する犯罪に関する意思の一致が必要であるとしている。この見解では、各関与者は相互に合意した「犯罪計画（Tatplan）」の実現のために、「分業による実行」を通じて構成要件を実現するものであるとし、実行行為にとって重要な部分を担当し、またこのような分担によって共同して犯罪を実現することを支配する、と考えるからである。ここでの「犯罪計画」とは、「共同の行為決意」によるものであり、単に「犯罪計画」について認識、了解するだけでなく、各共同正犯者が当該犯罪に向けた意思を一致させることが必要である⁶²とされる。ただし、「犯罪計画」が成立するためには明示的な手段のほか黙示的な手段によっても可能であるとされている。

関与行為が「分業的である」とされるために、「共同の行為決意」を不可欠の要件とするものに、共同正犯の因果関係を全体行為と当該犯罪結果との間での関係で満たされるとする、全体行為計画説⁶³がある。この見解においては、関与者個人ごとの当該犯罪結果との因果関係は不要であり、全体行為との因果関係で十分であるとされている⁶⁴。そして、「共同の行為決意」は、それぞれの関与者の関与行為（論者によると「部分行

為」)を全体行為へとまとめる役割を担うと考えている。全体行為として複数人が意思を一致させて犯罪の実現に向けて遂行されるとき、当該犯罪結果の発生の危険は単独正犯よりも高まることから、「共同の行為決意」は共同正犯にとって本質的な要素である⁶⁵としている。

機能的行為支配説や全体行為計画説では、「共同の行為決意」は最終的に実現させられる全体犯罪について関与者が意思を一致させるために必要であるとしている点で共通している。ここでは、「共同の行為決意」は実現すべき犯罪の計画としてあらわれており、共同正犯の本質的要素として考えられているが、「共同の行為決意」だけによって共同正犯として処罰されるとは考えていない。あくまでも「共同の行為決意」は関与者の間で効果を発揮する要素として考えられている。

これに対して、共同正犯は関与者の間で相互に教唆が行われる形態であると考ええる見解では、「共同の行為決意」は当該犯罪実現への動機付けをするものである⁶⁶としている。犯罪実現への動機付けのためには、「共同の行為決意」には何らかの目標を一致させる以上に、ある犯罪を集団で行うように調整し共働する意思を一致させることが必要であるとしている。ここでも、「共同の行為決意」は「犯罪計画」として存在するとされる。「犯罪計画」は、心理的因果性を認めることができればよいのであり、共同の行為計画の形成過程については、言葉によらずとも、そのほかの合図などによって遂行することを一致させることで足りる。ここでは、何らかのコミュニケーション表現があればよく、日本における謀議行為などは不要であると考えられている⁶⁷。ただし、「共同の行為決意」は当該犯罪の実現への動機付けを行い結果発生の危険を高めるが、当該犯罪の実行行為そのものとは異なることから、実行行為の分担は必要であるとしている⁶⁸。

さらに、「犯罪計画」に参加することで関与者らは自身の関与行為を動機づけられるのであり、その意味では相互の仲間への依存性を

作り出すものであると指摘される。そしてこのような依存性の基礎にあるのは「不法協定(Unrechtsvereinbarung)⁶⁹」であるとされている。そして、この「不法協定」によって各関与者の遂行する行為は相互に影響されあい、拘束されいると考えられる。

4 まとめ

因果的共犯論によって共犯処罰を根拠づける立場からは、関与者が帰責されるために何らかの因果性が当該犯罪結果に及ばなければならないことは当然のことであり、この点は「意思連絡」が不要であっても必要であっても変わらない。不要説の立場では、主観的事情と客観的事情とが厳格に区別され、共同して当該犯罪を行うことを「意思連絡」によって他の関与者と一致させることは、もはや客観的事情として把握できるのであり、主観的要件としては不要であると説明された。そして、共同したかどうかは客観的事情にのみ基づくと考えられていた。

しかし、不要説の「共同」とは、関与者それぞれの行為が当該犯罪結果との関係として「ひとりで行っていない」ことを明らかにすることはできるが、「誰かと共に行った」ということまで積極的に認めることはできない。例えば、夜半に公園でAが甲を強姦しようとして押し倒したとき、Aは気づかなかったがBが野次馬ついでに草むらに隠れつつ甲の上半身を押さえつけて、よってAが姦淫することを容易にした場合を考えてみる。このとき、Aは甲を脅す脅迫行為と姦淫行為をBは甲を押さえつけ暴行行為を行ったが、2人の行為は総合して甲への強姦を生じさせている。ただし、AとBの行為は分担して行われた行為ではなく、たまたま一致した行為であったのであり事後的に「ひとりで強姦をしたのではない」と判断されるに過ぎない。刑法60条が構成要件の修正形式であるとするならば、「強姦した」という行為は「共同して強姦した」となるのであるから、事前判断の範疇にあると考えられる。したがって、単にそれぞれの関与行為が一致した方向性を持ち、当該

ハンザ結果に関係していたというだけでは「共同」したと評価することはできないのではないだろうか。

この意味では、内心の関係を求める「意思連絡」必要説が妥当であると思われる。

ただし、必要説においては、それぞれの見解で「意思連絡」を必要とする理由は異なっていた。そして、「意思連絡」を必要とする理由について注目すると、「意思連絡」として共同犯行の意思を関与者が相互に認識することそのものが重要であるとは考えられておらず、「意思連絡」によって関与者が当該犯罪に関係するための「つなぎ」を形成することが重要とされている。ここでいう「つなぎ」とは、「意思連絡」必要説の中でそれぞれ異なっており、統一した概念によっては表現することはできない。しかし、このような「意思連絡」議論の内部に存在した離散的な視点は、これまでの学説における「意思連絡」と「共謀」の混同によって、「意思連絡」が必要か不要かという議論に埋もれていたのであると思われる。

第2節 「共謀」を形成するための「意思連絡」

第1節では、「意思連絡」の要否の議論を概観し検討を加えた。中でも、「意思連絡」が必要とされる場合、共通して「意思連絡」によって当該犯罪に関係するための「つなぎ」を形成することが考えられてきた。しかし、必要説の中でも「つなぎ」の内容あるいは効果に関して見解が異なり、統一的な説明は困難である。以下ではまず、共同正犯の「共同正犯性」と「共同性」について概観した後、「意思連絡」の効果の違いについて検討したい。

1 共同正犯の「共同正犯性」と「共同性」

共同正犯は複数人が同一の犯罪に関わる点では狭義の共犯と違いはない。単独正犯では、行為者が一人で当該構成要件該当性を満たすが、共同正犯では、複数人によって構成要件を充足させる。したがって、共同正犯は単なる犯罪行為者の集合ではなく、集合体的現象として捉える必要性があ

ることは重要な意義があると考えられてきた。しかし、それと同時に共同正犯は、狭義の共犯と異なり、「正犯」としての責任を負う類型であるから、狭義の共犯のような正犯への従属性を要求されない⁷⁰。この意味で共同正犯に関しては、これまでの共犯と正犯の区別という観点からの処罰範囲の制限は困難であり、特有の問題として扱うことが必要である。共同正犯は確かに共犯の一種だが、狭義の共犯とは大きく異なる複合的な性格⁷¹を持つ。

そこで、共同正犯の特異な要請から、今一度「共同」に関する議論について整理する必要がある。そしてこの議論は2つの方向からのアプローチが存在してきたと考えられる。

まず、共同正犯の「共同」に関して、共同正犯者間の相互関係に基づき犯罪全体を帰属させる見解では、共同正犯特有の「共同正犯性」を問題とする。狭義の共犯では、共犯者から正犯者に対して影響力を与え当該犯罪を実現あるいは実現を容易にさせるが、共同正犯では関与者が相互利用的に寄与することによってひとつの犯罪結果を惹起する点で異なるとする。このような相互利用的關係による寄与は、双方向的な因果性としてそれぞれの関与者に「拘束力」として働きかけられ、当該犯罪を実現することが単独犯に比べて危険性が高まると考える。この点を強調するならば、「共同」することによって当該犯罪の実現そのものに寄与することが可能となり、また自己の犯罪として参加することが認められる。このような考え方では、共同正犯特有に「共同」することによって当該犯罪の主役となることを認めるために、単独正犯とは異なる「共同正犯性」が問題となる。

「共同正犯性」の中でも問題となるのが、心理的因果性として他の関与者に影響力を与える場合であり、「意思連絡」の問題はこの「共同正犯性」の問題の中に含まれると解される。このような見解では、当該犯罪実現に向けられた「共同正犯性」はそれぞれの関与者を介して考えられるのであり、この意味では行為をする者に視点が注がれ

る。したがって、「意思連絡」の効果についても関与者を通じた当該犯罪の支配関係に関する問題として捉えられる見解であるといえ、行為主体を基準とする「意思連絡」の効果を求める見解である。

一方で、共同正犯の処罰の基礎となるのは関与者それぞれの関与行為あるいは結果惹起への因果性であるとし、「共同」の視点は区別されて検討され则认为る見解がある。共同正犯の「共同性」が問題は、狭義の共犯における従属性の問題との対概念であるとする。先述のように、共同正犯では共犯の従属性の問題は通用せず、それぞれが正犯として処罰されることは前提として覆されないため、関与者はそれぞれ当該犯罪を実現するにあたって寄与することが求められる。それでもなお「共同」することが必要とされているところ、関与者間での相互作用について検討する。このとき、上述の見解のように、関与者を通じて当該犯罪への関係を肯定し正犯性までを認めることはしない。関与者が共同「正犯」として処罰されるのは、あくまでも、それぞれの関与者が当該犯罪の実現に向けた行為を分担して行い、それぞれが結果惹起に寄与したことが認められるからであり、その中に他の関与者を拘束したからという理由は含まれない。ただし、共同して行う犯罪に関する範囲設定また制限をしたり、関与行為がそれだけでは完結しない行為であることを決定づけたることとして「共同」は要件として必要とされ、この意味で共同正犯の「共同性」は問題となる。このような見解では、行為を行う主体が基準とはならず、関与行為が中心の議論となる。そして、関与者が実現しようとする全体的な犯罪行為を基準とする「意思連絡」の効果を求める見解であるといえる。

以下では、これら2つの見解について検討していく。

2 行為主体を基準とする「意思連絡」の効果を求める見解

共同正犯において、複数人によって犯罪が行われるという点について、当該犯罪を実現しようとする行為主体に基準を置きこれを統一させることで全体の犯罪に関する帰責が可能であると考ええる立場からは、「意思連絡」によって求められる効果についても行為主体を基準としてい则认为る。単独正犯の場合、行為主体の問題は当該犯罪を実現するにあたって当該犯罪の構成要件に該当する条件（例えば身分犯における身分）が備わっているかどうかは問題となるが、これは当該犯罪の実行行為を行う者に当てはまるかどうかという問題である。共同正犯では、単独正犯での構成要件が修正された形で構成要件該当性が判断されるところ、「共同正犯者」として当てはまるかということが問題となるのであり、このような視点に立つ見解が以下で見えるものであると思われる。

行為主体を基準とする土台を志向する見解では、「意思連絡」必要説【2】の見解である共同意思主体説がまず挙げられよう。共同意思主体とは、相互に犯罪の実行に重要な役割をすることによって、当該犯罪を一体となつて行う行為者間の対等な関係のことである。このとき、関与者相互の「意思連絡」に基づき団体的意思が形成される。この団体的意思は、個人意思の上に成り立つ共同の意思でもなければ、個人意思の総和とも異なる「一体的意思」とであるとされる⁷²。共同意思主体の下、一体と為った共同者の一人が実行行為を遂行したことは、実行行為を担当しない者にも責任を負わせる契機となる。このような一部の関与者による実行に基づく帰責は、共同正犯の「成立上の従属性⁷³」によるものであるとし、例えば実行行為を行わずに当該犯罪実現に関する謀議行為に参加した者も重大な役目を演じたとして共同正犯となる。

この「意思連絡」必要説【2】には、共同正犯は、民法の組合理論によって理解することで共同意思主体そのものに対して責任を帰属させるので

はなく個人に帰属させることができる⁷⁴とする点について批判がある。刑事責任については、個人責任が原則であるところ、本説の主張者のように考えることは団体における責任や連帯責任を含む民事責任と、刑事責任とを混同してしまい賛同できない⁷⁵と述べられている。このような批判について、本説の目的とするところが共犯は単独正犯と異なり正犯者を介して犯罪結果を発生させる形態であることを明らかにしようとしたとし、団体責任として非難されたに過ぎないとして、本質的なところは否定されていないとする。しかし、団体責任を前提にする見解は個人責任を原則とする近代刑法の理論・立法とは相いれないものであろう。この点について、共同意思主体の形成を共犯の心理的因果性の問題へと移行させることによって、社会的現実としての共犯現象を適切に把握した共犯論を維持しつつ、本説への批判を回避することができる⁷⁶と主張する。

このように「意思連絡」を把握するとき、共同意思主体説において「意思連絡」を必要とする理由の根本には、関与者を一体の下に役割分担させる機能のほかに、他の関与者への犯意の強化・促進の機能も持つと考えられると指摘し、この意味では「意思連絡」には共同正犯の正犯性を基礎づける機能と従属性としての共犯的な機能の2の機能を持つとされる⁷⁷。このように考えると、「成立上の従属性」として実行行為を行わない者に対する帰責の根拠も「意思連絡」による共同意思主体の形成にあると言える。

また、本説では、共同意思主体の形成は共犯一般において必要とされているところ、共同正犯に関して実行共同正犯と共謀共同正犯を区別する基準として「共謀」があるとする。直接に当該犯罪結果を生じさせる実行行為を行わない共謀共同正犯においては、関与者の間の内心の一致だけにとどまる場合には原則として犯罪は成立せず、この意味で「意思連絡」とは異なる、それ以上の犯意の一致と合一が必要とされる⁷⁸。ここでの「共謀」は無形的な態様での加功を意味するのであり、単なる「意思連絡」では満たされないとす

る。そして、問題となる関与者の「共謀」への参加が当該犯罪実現についてどの程度影響するのか、さらにその他の共謀参加者との関係によって限定されなければならないとする。この意味で、共同意思主体説にとって「共謀」とは犯罪への加功の問題であり、「共謀」があれば「意思連絡」があったと認めることはできるが、「意思連絡」があったからと言って「共謀」までの加功があったかどうかは不明であるとし、両者は明確に区別される。

さらに、相互教唆、相互期待が「意思連絡」によりされることで、他の関与者の行為を拘束し、当該犯罪を支配すると評価した必要説【1-1】についても、行為主体の統一を目指すものであると考えられる。「意思連絡」によって合意を形成するのは、関与者の自由な意思に基づく参加である。しかし、「合意」形成後には他の関与者との関係では、互いに相手からの支援を期待し、同時に相手も自分も拘束するために、個人的な自由な意思決定はもはや不可能であるとすることで、間接正犯における利用関係に類似する実態があるとする。

このような内心の心理状態を「共謀」とする見解は、実務面ではより広く主張されている。例えば、共謀について「要するに、犯行の時点までに形成された内心の意思状態にほかならないのであり、犯意と同一でないにしてもこれと同性格のもの」である⁷⁹とする。しかし、「共謀」というためには他人の犯罪を認識さらに認容するだけではならず、「自己の犯罪」であるという認識まで必要であるとし、単なる「意思連絡」では満たされない⁸⁰と指摘される。

問題となるのは、「意思連絡」が客観的事実と区別されて、他の関与者の意思決定にまで影響する「合意」が形成されるためには、どのような手順が必要かということである。この点について、分析哲学の行為論から「意思連絡」によって「合意」を形成するまでの段階について検討しモデル化したもの⁸¹がある。この見解によると、以下の

ようなモデルが考えられる。すなわち、ある2人が共同して何らかの行為（以下、この行為のことを「 a 」とする。）をしようとするとき、【手順①】互いに「2人で a をする」ことを意図し、 a は相方の計画に調和して実現すると考え、【手順②】それぞれの意図が互いに他方から強制されず、【手順③】それぞれの意図が共働する上で安定していることが必要であるとする。そして、①から③の認識は、関与者の共通認識であり、この共通認識が「意思連絡」によって形成された「合意」、つまり「共謀」である。注意すべきは、「2人で a をする」と意図することで、「自己の犯罪」であることを自覚し、さらに互いに相手が自ら共同することを意図していることを認識している必要があるということである。

このような意味での「共謀」が共同正犯としての責任を基礎づけるものであって、「共謀」に到達する過程たる謀議行為などの事情によっては帰責を根拠づけられないとする。この意味で、心理的な拘束力によって他の関与者との関係を重視する見解であると言え、意思決定を行う関与者という行為主体を基準とした見解である。

行為主体を基準とする土台を志向する見解では、行為主体を一体であるとして考える共同意思主体説によるアプローチと、他の関与者との関係で当該犯罪の実現に向けた意思支配によるアプローチの2つがあることを見てきた。

共同意思主体説では、共同意思主体という団体的意思を形成することによって行為主体を統一し、一体の主体の下に集まった関与者は構成員として共同正犯の責任を負う。この共同意思主体の形成の機能は、関与者の役割分担を決定し、さらに相互に犯意を強化または促進するという2つの機能があるとされていた。

しかし、共同意思主体の形成による関与者の役割分担の決定がされただけでは、同一主体の下に集まった関与者が共同正犯としての重要な役割を演じたかどうかまでは評価できず、共同正犯における正犯性を基礎づける機能というまでに至らな

いのではないかとと思われる。このため、共同意思主体の形成があったと評価された後、形成に参加した関与者はさらに「当該犯行に関する共同意思主体の構成メンバーとして評価できるか」という評価判断がなされることが必要であるとされている⁸²。「共同意思主体の活動への寄与の仕方いかんによって、共同正犯、教唆犯、従犯のいずれかの責任を負うこととされる⁸³」として、特に共同正犯では「重要な役割」として寄与したか否かを検討していたところ⁸⁴、結果に対する因果性が存在するか否かを検討することで可能となるのであり以前よりも運用が有用的になるかもしれない。しかしながら、共同意思主体説のいう「共同意思主体」の形成は共犯一般でなされるものであり、結局心理的因果性の強さの問題が残り、共同正犯の責任を負わせる根拠としては不十分であると考えられる。

一方、当該犯罪実現に向けて関与者の意思決定を拘束する立場は、より心理的因果性による当該犯罪の支配関係が重視されている。このような拘束は、対等な関係においても相互期待によって可能であるが、実際には支配・被支配関係がある場合により強固な心理的拘束が可能となるということは、指摘されている⁸⁵。人的関係の内容によって内心の拘束が強まると考える場合、「意思連絡」必要説【1-2】にみられるように、優越的な地位にいる者からの心理的支配の認められる事例に限定するべきであろう⁸⁶。しかし、人的関係によって心理的拘束が強くなるのは、先ほどのみた【手順②】における合意形成への自由な意思決定が不可能となり、弱い立場の者が「故意ある幫助的道具」、強い立場の者が間接正犯として処罰されることとの区別が困難であろう⁸⁷。

ただし、拘束力の効果の問題が残るものの、この見解において重要なのは、「意思連絡によって意思の一致に到達する過程」と「意思連絡によって形成された共謀」の区別にあると思われる。この区別によって、「共謀に至る過程」である謀議行為と「共謀それ自体」との区別が可能となり、

「共謀」を形成するための「意思連絡」の意義が明確になりやすい。この見解では、形成された「共謀」による心理的拘束力を問題とするが、そもそも共謀を形成することへの因果性は問題とならないのであるから、人的関係による心理的拘束力の強度の違いを認めざるを得ないのではないかとと思われる。「共謀に到達する過程」と「共謀それ自体」を区別するのであれば、より細かく①共謀に到達する過程における関与者の影響としての因果性と②共謀それ自体による共謀成立後の行動の制約としての心理的拘束力という因果性の2つに分けて考えるべきではないかと思われる。①の因果性では実現しようとする犯罪への犯意を一致させることに参加することで②の因果性における拘束力を基礎づけることが可能となるとと思われる。

3 全体的な犯罪行為を基準とする「意思連絡」の効果を求める見解

「意思連絡」はあくまでも実現しようとする犯罪の全体行為を明らかにするものであるとする見解がある。この見解では、関与者は当該犯罪実現に向けた「重要な寄与」を分業的あるいは分担的に行っていると評価できることが重要であるとする。

共同正犯は、狭義の共犯と異なり他の実行者が当該犯罪の構成要件該当行為のすべてを行わなくとも、全体犯罪に関する責任を負う。この点で、共同意思主体説が「成立上の従属性」として必要性を説く従属性は、そもそも構成要件該当行為の実行が無いのであるから不可能であることが指摘される⁸⁸。共同正犯事例における関与者は、当該犯罪実現に向けた部分的な行為をするにすぎず全体行為は行わないが、全体犯罪から発生した結果に対して責任を負うとされるために、「意思連絡」によるつながりが必要とされるとする見解である。

この見解の前提は、関与者が共同「正犯」としての責任を負うためには、それぞれの関与者が当該犯罪の実現に向けられた「重要な寄与」ある

いは「本質的な寄与」を行うことが必要な点である。

これまで、共犯の因果性に注目する見解では、関与者個人の関与行為と当該犯罪結果との間における関係を必要としていた。「意思連絡」必要説【1-1】のように、重視されるのは心理的因果性の観点であり、実行行為の一部を行った場合にも直接に結果を発生させた行為への「意思連絡」による心理的因果性に基づいて帰責がされる。例えば、AとBが甲を殺害しようと相談し、2人で同時に甲を銃撃したが、Bの銃弾は当たらずAの銃弾だけが当たり甲が死亡した事例の場合、Bが共同正犯の責任を負うのは「結果を直接発生させたAの行為を心理的に促進した」ためであるとする。しかし、このときBと甲の死亡という結果は直接に関係することはなく、Aの直接の結果発生行為を介して関係することができる点で、実際には正しい表現ではないと指摘された⁸⁹。

このような関与者個人の因果性に注目する見解に対して、共同正犯者全員の行為と結果との間に因果関係があればよいと考え、結果への寄与を肯定する見解もある。つまり、先ほどの例では、Bが共同正犯として責任を負うとされるための関係は、Aの行為と甲の死亡結果の間に因果関係が存在すればよいこととなる。ただし、BはAを含めた「全員の行為」に組み込まれた行為に関与者それぞれがしなければならない。したがって、ここでは関与行為が共同正犯者全員の行為の一部であるかどうかの問題となるが、これを「意思連絡」によって明らかにすることができるとしている。

このような関与者間での「つながり」による関与行為の評価は、機能的行為支配説により強くみられる。ここでは行為支配の観点において人的な支配関係を排除し、全体行為における分業的あるいは分担的行為を担当することによる支配を求める。分業的、分担的行為を行うにあたって、関与者にとって、目標とする犯罪に関して認識を一致させることは、関与者が全員で行う行為の意味や生じらる結果の予期ができることによって、その行為全体における自己の地位や役割を確認し

合うことができるようになるとされる⁹⁰。また、「意思連絡」によって当該犯罪の実現に向けた合意を形成することは、集団現象において集団構成員の行動を相互に強く規制するルールの形成を通しての意思支配を行うことであるとし、関与行為の分業性を確定させると考えられる。このような関与者間での「意思連絡」は、単に当該犯罪の実現について拘束せず、全体犯罪行為からの逸脱を阻止し、分業的または分担的関与を基礎づける⁹¹。そして、当該犯罪に向けた合意の範囲内での結果が発生したことは、結果帰責にとって重要であると考えられる⁹²。この意思の一致があることを「共謀」があるとして評価し、共同正犯の本質的な部分であるとする。

行為の評価について重視するとき、他の関与者の行為を自己の関与行為とともに全体的に把握することで、相互の「行為帰属」が可能となることも必要となる。因果共犯論を基礎とし、発生した結果と関与者の行為との関係を問題とするととき、「意思連絡」によるつながりはより広い関係となる。なぜならば、共犯の因果性は単独正犯の因果関係に比べて緩和された形態でよく、単独正犯に比べて結果と関与行為との関係は遠い関係であっても因果性は認められるからである。結果と関与行為の関係だけを考えるならば、「意思連絡」によって関与者相互のつながりを形成したとしても「意思連絡」が無い場合と同じ距離での関係の問題となる。これに対して、「意思連絡」により、関与者の行為を分業的あるいは分担的であると評価することによって、関与者相互の行為の関係がつながると考えることは、結果と行為の関係よりも距離は縮まりより容易に理解できる。さらに視点の整理が可能となるため、「意思連絡」の意義を見出しやすいのではないと思われる。そして、共同正犯においては、各人の違法な行為が相互的に帰属されるがゆえに、全体の結果に対して責任を負うとするが、それぞれの関与者が当該犯罪の実現に向けた重要な寄与を担当し、これを「共同」させる必要があるために「意思連絡」が

効果を有する。

全体的な犯罪行為に注目する見解において、「意思連絡」によって関与者の共同「正犯」としての責任を基礎づけることは目標とはしていない。関与者が共同「正犯」として処罰されるのは、あくまでも関与者それぞれが当該犯罪に対して寄与を行ったからであり、「意思連絡」による心理的因果性に基づくのではない。このとき「意思連絡」は、前述2において検討したように、「共謀に到達する過程」であり「共謀」に到達する過程における関与者の影響としての効果のみ有している。そして、この「共謀」により当該犯罪へ方向づけられる。関与者の行為は、「意思連絡」を通じて形成された「共謀」により、分業的あるいは分担的な行為として評価されることで共同正犯における「共同性」を基礎づけることになるだろう。この意味での「共同性」とは、「共同正犯性」を目標とする見解と異なり、「共に当該犯罪を行う者」として認めることをせずに、関与者の行為が「ひとりでは完成しない」ことを明らかにすることを目的としている。したがって、関与者相互の「結びつき」を共同正犯の基礎となると考えるのは、当該犯罪に向けた仲間の確定であり、当該犯罪の支配を目的とするものではない⁹³。

4 まとめ

「意思連絡」によって得られる効果について、これまでの学説では異なるものを想定していたことがわかった。それにもかかわらず、これまで「意思連絡」の異なる効果の内容については細かく検討されず、「意思連絡」の要否について大きく争われていたことが、問題の所在を見えにくくしてきた原因であると考えられる。

そして、「意思連絡」の効果としては、まず行為主体を基準とする場合には団体的意思の形成あるいはより発展的に心理的拘束力に基づく当該犯罪の支配によって、当該犯罪の「共同正犯」となったことを明らかにすると考える見解では、共同正犯における「共同」の中にこれまでの正犯性の問題も含めて解決しようとしていた。しかしなが

ら、団体的意思の形成では正犯として処罰するのには不十分であるとしている点、さらに意思支配に基づく心理的因果性は関与者間での人的な支配関係においては有効であるが、犯罪結果との関係は未だ不明確なままであることを考えると、行為主体を基準とする「意思連絡」の効果の発揮では共同正犯の「共同」しているという事実は明らかにできても、それだけでは「正犯」であることを満たすことができないという問題が生じていた。

これに対して、関与者の行為に関して全体的な犯罪を基準とする見解では、「共同」それ自体について注目し検討している点でより明確な「意思連絡」の効果について駆らかにしていると考えられる。この見解では、特に関与者相互の行為帰属により全体犯罪と関与行為の関係が形成されることによって関与者それぞれの正犯性とは別に「共同性」について認めることが必要としていた。「意思連絡」は関与者相互の意思結合によって「共同性」を発揮させるためのものであり、直接的には全体犯罪に関与者を関係させることはできないが、基盤となることが求められている点で共同正犯の本質的な部分であるといえる。

第3節 小括

本章では「意思連絡」の内容とその効果について整理してきた。「意思連絡」を中心とする学説の整理では、「意思連絡」の内容に関する多様な意見のために混乱がある⁹⁴。「意思連絡」の不明確さは、これまでの「意思連絡」要否論の中に埋もれていた問題である。その問題である要否論において、「意思連絡」が不要であるとする見解では単純な客観的事実による共同正犯の「共同」部分の充足は不可能に近く、「意思連絡」が共同正犯の成立に必要なものであることが明らかになった。

その上で、「意思連絡」の効果について検討すると、必要説でも一致した見解は無く、「意思連絡」の内容についても不明であった。「意思連絡」は関与者間の主観的な面での影響力について特に問題となるのは当然であるが、そのような主

観的な影響力が心理的因果性として当該犯罪の結果惹起まで導くのか、あるいは人的な心理的影響に止まるのかという点で区別があると思われる。共同正犯の「共同」に関して「意思連絡」が効果を発揮することができるのは、関与者の行為を「ひとりでは完成しない」として分業化に関する点にあり、犯罪結果へ因果性を認めることは困難であると思われる。当該犯罪の結果惹起に関して重要な支配を意思支配によって可能となるのは、関与者の人的な関係その他の事情がある場合であり、これを一概に「意思連絡」による支配関係として認めることはできない。

以上のように、「意思連絡」は関与者の行為を分業化するという効果を有すると考えるとき、実際にどのような行為、あるいは状況が必要となるのかが問題となる。これまででは、「意思連絡」によって当該犯罪に関する合意を形成し他の関与者を拘束する程度までの「深い共謀⁹⁵」が必要とされていた。このような議論は、特に共謀共同正犯に関して行われてきたことは第1章でも確認したことであるが、実行共同正犯も含めた共同正犯における「意思連絡」が認められるためには、そのような心理的拘束力を持つことまでを求める必要はないと思われる。

第3章 「意思連絡」の方法について―「黙示の共謀」事例における「意思連絡」―

本章では、そのような「意思連絡」の内容を前提として、現実の事件での「意思連絡」過程について検討を加えたい。

以下では、黙示の共謀事例の判例・裁判例を事件の内容ごとに3つに分類して事案と判断について分析、検討をしたいと思う。分類として、①営業その他の活動等を組織的に行っている集団または団体による事件、②児童虐待あるいは日常的な暴行の認められた事件について同様に検討する。これら2つの類型の事例では、事件当日に発生した当該犯罪結果はそれまで反復継続して行われていた

行為を前提として発生している。これに対して、③偶発的なけんかの事例等における事件当日の犯行現場での意思連絡が行われたような場合である。この類型は、前者2つの類型に比べて、「意思連絡」がなされたと判断するための事情が少なく限定されているために、特に共同正犯と同時犯との区別に関する限界的判断がなされている特徴的な事例である。事例に関しては、「黙示の共謀」が問題となった事例について特に特徴的なものを抽出する⁹⁶。

第1節 営業その他の活動等を組織的にやっている集団または団体による事件

1 判例裁判例の概要

- (1) 最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁
(上告棄却：有罪：懲役7年) (スワット事件)

Xは、暴力団組織の組長であった。同組には、Xの警護組織「スワット」が設置されていた。Xが遊興などの事情で他所に行く際はスワットが数名付き添い、けん銃を所持して警護にあたった。本件事件当日、車両で移動の途中、警察捜査員の捜査にあい、スワット車からけん銃が発見された。このとき、X自身はけん銃を所持していなかった。

X自身、自己に対して付き人らが警護している認識があったと述べた。また、自身も組織幹部の警護を務めていた経験から、けん銃所持の伴う警護は親分の指示からではなく、自分が責任をとれるやり方で親分を守るものであったと述べ、自身の指示は無いことをほのめかしていた。

第1審(東京高判平成12年3月6日刑集57巻5号575頁)と続く控訴審(東京高判平成13年10月16日刑集57巻5号586頁)では、Xが警護による受益者であることから共謀の成立を肯定した。本判決では、「Xは、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的にXを警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた」として、黙示の共謀を認めた。

- (2) 最決平成17年11月29日集刑288号543頁
(上告棄却：有罪：懲役6年) (大阪ヒルトンホテル事件①)

- (3) 最決平成21年10月19日集刑297号489頁
(破棄差し戻し：現在上告中) (大阪ヒルトンホテル事件②)

本件は、(2)判例のX1と(3)判例のX2の2人の暴力団幹部の秘書または配下の組員が、護衛のためにけん銃を所持していた事案。事件当日、大阪府曾根崎警察署による一斉職務質問により秘書らのけん銃所持が発覚した。

(2)判例第1審(大阪地判平成13年3月14日判時1746号159頁)ではX1は実行行為者と意思疎通がなかったとして無罪とされたが、控訴審(大阪高判平成16年2月24日判時1881号140頁)では一転して、意思連絡を肯定し有罪としている。上告審である(2)判例は控訴審を支持している。(3)では第1審(大阪地判平成16年3月23日LLI/DB判例秘書登載)では、X2に対する警護は強化されていなかったことを中心に共謀を否定、続く控訴審(大阪高判平成18年4月24日公刊物未搭載)においても同様の点について指摘し共謀については否定している。しかし、上告審である(3)判例では、(2)判例と同様にX2への警護が強化されていたことを認め、これによりX2は自己の周辺の事情について認識していたことから共謀は達成されていたと判断している⁹⁷。2つの事件では、(1)判例のように組織的な警護は無かったが、X1・X2が「自身が嚴重に警護されていると認識できた」として共謀を認めている点に特徴がある。

- (4) 仙台高判平成17年11月22日判タ1237・336頁
(上告棄却確定：有罪：死刑) (第1審福島地判平成14年5月10日LEX/DB28075512、
上告審最判平成20年9月16日集刑295号71頁)

Xは自身を教祖として集まった信者と生活をしていた。Xは「御用」と称してAらに対して自らまた信者のPらに日常的に暴行や精神的なダメージを加えていた。本件では、Xは信者に対してX

自身とお気に入りの信者以外を格下とする厳しいルールを強制した。本件での「御用」とは、Xが儀式としていた行為であるが、実際にはAらへの不満や嫉妬等の感情から行っていた暴行行為であり、Aらが死亡した場合には死体番を部屋にいていた。裁判所は、Xは死亡時の暴行には参加していなかったが、それまでのXの行動から暴行と死亡結果の認識について認め黙示的な意思連絡があったとした。さらにXは信者らに暴行またその後の処理についても指示しており共謀共同正犯が成立するとされた。

(5) 福岡高判平成14年12月19日高刑速報（平14）・184頁（上告棄却確定：有罪：懲役7年）（K塾ミイラ事件）（第1審宮崎地判平成14年3月26日判タ1115号284頁）

Xは自身とともに活動するPと「K塾」を創設した。Xは、疾病の患部に手を当てたり、患部の近くで空気を切ったりする祈祷類似行為をし、信者に通院や薬の服用を否定していた。Aは2歳のころからステロイド依存症のネフローゼ症候群に罹患し治療を受けていたが、Aの実母Bは知人から同塾のことを聞きAを連れてXらの下で生活を始めた。XはAに祈祷類似行為を行ったが、容体は悪化する一方だった。そして、Aは適切な医療機関で治療されるべき状態だったが放置され、ネフローゼ症候群を原因とする肺水腫に基づく呼吸不全で死亡した。

本件では、Bは、Xらを信じAへの処置を委ねており、Aを保護する責任はXらにあったといえるとする。その上で、XとPはAが危険な状況にあること、および医療機関での治療の必要性について十分認識していたと考えられるのであることから、不保護の共謀が成立した。

(6) 大阪地判平成26年3月19日LEX/DB25503673（有罪：X1につき懲役2年、X2につき懲役1年）

被告会社でPはトラック運行に従事していた。X1とX2は、被告会社のG県営業所の所長と運行管

理者の職にある者で、Pからの申し出から過労状態で正常な運転ができない恐れがあることを知りながら、同人にトラック運行を命じた。Pは本件事故当日、過労による仮眠状態のまま業務用大型トラックを運転した。そして、渋滞で停車中の被害者の普通自動車に追突、さらに先行車両に玉突き衝突させ2名を死亡、4名に傷害を負わせた。

本件で注目する点は、X1とX2の2人が平成25年法律第43号による改正前の道路交通法66条、75条1項4号、117条の2の2第7号の自動車の使用者による過労運転下命行為を共同して行ったか否かの点である。X両名は法的に定められているか、あるいは運行管理に関する裁量権を有する者として、道交法上の「安全運転管理者等その他自動車の運行を直接管理する地位にある者」であると認められた。その上で、X両名は、Pの疲労している状態を確認し、また運行日報を閲覧して運行計画を作成していたので、Pの過労状態を認識していたと評価した。この認識は、X1・X2で共有しており、かつPへの下命を業務の一環として是正することもなく行っていたことから、黙示の共謀が成立していたとしている。

(7) 横浜地判平成23年7月20日LEX/DB25472536（有罪：懲役1年執行猶予4）

X1は、農畜産物や水産物などの輸出入販売業を目的とする株式会社甲の事業開発部長であった。X1は、取引相手の株式会社乙のX2と株式会社丙のX3とともに、被害会社らに対して、真実は丙が輸入した冷凍うなぎ蒲焼を、何の加工もしないまま「輸入者 株式会社乙」などと表示して販売した。この契約の前には、以下のような売買があった。すなわち、甲は丙が輸入した冷凍うなぎ蒲焼を仕入れたが、クレームから販売できず、また返品もできないため在庫が生じた。Xはその処理を担当していたところ、乙へ売却することとなったが、「輸入者 丙」とされたまま転々流通することが無いように依頼し乙のX2はこれを了承した（第一売買）。さらに、同蒲焼から発がん性が疑われる抗菌剤が検出され、また在庫が生じた。甲は

第一売買同様に再度乙と契約した（第二売買）。丙のX3は、乙のX2から第一、第二売買につき説明を受け、乙へうなぎを販売することにした（第三売買）。このとき、X1は甲として、それ以前で取引のなかった乙と丙の間に入り、第三売買の形式的な売主となった。

第一、第二売買においては、合法的な加工の話を出さないまま「箱の詰め替え」などの言葉がX1とX2で交わされたことが明らかであると、真実の輸入者を表示せずに販売することを明示的に共謀していたと判断した。一方、第三売買では甲は形式的な売主となっただけで、販売に関する事項はX2とX3の間でなされ、X1は不知であると弁護側は主張した。しかし、第三売買でも同蒲焼の在庫処理であることをXは認識しており、実質的な売主が丙であること以外は第一、第二売買と変わりはないのであるから、X1とX2・X3との間での黙示的な共謀があったと認めている。

2 検討

先ず挙げられるのは暴力団組織における事件である。

(1) 判例は、単に関与者の内心を以て共同正犯を認めたのではなく、共同正犯として必要な「意思連絡」は黙示的であってもよいとされる事例判断であることはすでに多くの場で確認されている。本件では、事件当日の「意思連絡」それ自体は黙示的に行われていたが、深澤補足意見にもあるように「けん銃等を所持するという犯罪行為を共同して実行する意思は、組織の中で徐々に醸成され」ていたこと、さらに当日に被告人が受益者であったことから、被告人が共同正犯として当該意思連絡の下に共同してけん銃所持を達成させたことは認められるべきであると思われる。

このように、事件当日までに当該犯罪行為（とそれに類似する行為）が恒常的に行われている場合、現場で明示的に意思連絡をすることが無かったとしても、それぞれの関与者の認識では当該犯罪に関する意思の一致は可能である。ただし、それだけでは当該犯罪の責任を負うことはできず、

客観的な事情に基づき寄与の有無が検討される。このとき、内心の状態を判断する事情と客観的な寄与を判断する事情は多く重なるものであるという点も明らかにしている。

(2) (3) 判例と (1) 判例の違いは、被告人らに対する警護は日頃から暴力団組織内部で構造的に設置されていたものではなかったことであろう。3件の事件はいずれも暴力団組織による事件であったが、暴力団であるというだけでの特種な評価は一般化されるべきではないことは指摘の通りであり、各事例で「恒常化していた行為」が存在するかということが黙示の意思連絡における認識の基礎となりうる。そして、このような事情が無いのであれば関与者の相互の意思の一致は疑わしい。そして (2) (3) 判例では、実際に被告人らへの警護がけん銃を伴うほどであったとは認められないならば、黙示的な意思連絡も不可能であったはずだろう。

また、宗教団体内部での暴行事件も挙げられる。(4) (5) 判例では宗教団体内部での日常的な暴行行為について注目し、事件当日の黙示的な「意思連絡」を肯定した。宗教団体内部での暴行行為は、他人から見ればそれは単純な暴行または傷害行為であったとしても、信者らにとっては各宗教儀式として日常的に行われ、その意味では暴力団と同様に団体の活動として行われていたことがわかる。Xは教祖という地位から実行者に本来の意図を秘して指示する場合があるが、事件当日の指示でないならば、最初の指示それ自体については直接的には寄与行為とはならない。しかし、事件当時の意思連絡の基礎としては必要であると考えられていることは2件の事件から見るができる。

さらに、一般企業における事例も挙げた。ここでは、より一般的な営業などの活動について、当該犯罪となった行為が事件以前に反復して行われていたものであったことが、事件当日の共謀成立に参考とされている。特に、(7) 判例ではそれま

で明示的に行われていた違法な売買契約に関する意思の一致について、第三売買に関しては特段明示的には確認をするなどされていなかったが、先行する第一、第二売買での認識・認容に基づいて第三売買については「黙示的な共謀」を認めている。これらの事例では、(1)～(5)の事件に比べて、繰り返されていた行為が、事件当日に当該犯罪結果を惹起したことを重視し、黙示的な意思連絡を認めている。

以上の事案において「意思連絡」は事件当日まで反復して行われていた当該犯罪行為と同様の（あるいは類似の）行為に基づく認識・認容によるものであった。それぞれの判例・裁判例では「意思連絡」との用語を用いていないものもあるが、認められた「意思連絡」それ自体だけでは当該犯罪を他の関与者らと犯罪を共同したとは認めていない。あくまでも、当該事件を行うことについて主観的に一致させることを明らかにしていたに過ぎない。

第2節 児童虐待あるいは日常的な暴行の認められた事件

前節の事例と類似する事例として、児童虐待あるいは日常的な暴行の認められた事件群が挙げられる。これらの事案の特徴としては、特別な団体における業務または活動として行われない、反復継続してなされた行為について注目している点である。団体における行為に比べて、より関与者相互の自由な意思が存在している場合における反復継続行為に基づく意思の一致が特徴であると思われる。

1 判例裁判例の概要

(8) 大阪高判平成13年6月21日判タ1085号292頁⁹⁸（原判決破棄自判：有罪：懲役15年）

Xの夫Pは、Xの子Aらに日常的に暴行を与えていた。Xは、日常的な暴行はしていなかったが、Pが言うように食事を与えないなどの育児放棄をした。A殺害事件当日は、Pからの「Aの泣き声がう

るさいからどうにかしろ」という文句に対して口論となった。Xは口論の怒りのまま、Aを持ち上げ、Pに向って「止めへんかったらどうなっても知らんから。」と言い、Aをこたつに叩き付けた。実行行為時、Pは、Xの行為について認識しAがどうなっても構わないと思った旨を証言し、実際に、Xと目があったにもかかわらず特にXを止めずに背を向けた。裁判所は、XとPとの間には被害者児童を殺害することの「暗黙の共謀」が成立したと認めた。

(9) 名古屋地岡崎支判平成15年1月20日裁判所WEB（有罪：懲役2年6月）

Xは、Xの長男Aが家庭内で盗みなどの問題行動を起こすことを、勤務先の知人Pに相談した。Pは、X方に度々訪問し、子供には裸にして罰を与えるのがよいとXに助言し、Aとの会話も禁じた。XはPの言うように、Aを裸にしてベランダに出すなどしていた。事件前日、XはAを裸にしてベランダに出した。さらに、XはAの手足をビニール紐で縛った。翌日（事件当日）、Aは手足を縛られたままなおも動き、これに怒ったXはPとともにAの手足をビニール紐で雨樋に縛り付けた。事件翌日、紐をほどいて自室に戻っているA見付け、全身に布製ガムテープを巻き付け、雨樋に縛り付けた。この間、Aには事件当日にゼリーを与えたのみで、食事を与えず、事件翌々日にAは敗血症などで死亡した。

裁判所の認める事実では、XはAの問題行動についてひどく恐怖しており、事件当時も追いつめられており、信頼するPの指示に従い、またP自身がAを緊縛するのを黙認し、自分でも同様の行為をした。本件では、Aに対する暴行の4日間に、XとPとは明示的な殺害などの謀議をしていない。しかし、事件までのXとPの関係から、少なくとも事件前日のAへの緊縛行為の時点で本件犯行について黙示の共謀をなしたと判断している。

- (10) 広島高判平成17年4月19日高刑速報（平17）312頁（第1審広島地判平成16年4月7日裁判所WEB掲載）（原判決破棄自判：有罪：懲役12年）

Xの子Aに対して、Xの恋人Pが日頃から暴力を加えていた。XはPを諷めるなどしていたが、そのうちにPの機嫌を損ねて同人と別れることを恐れ、命じられるままに暴力行為に参加した。事件当日、PがAに暴行しスポーツバッグに押し込み放置し、もって死亡させた。判決中では「Xは、Pの本件密着行為によりAが死亡するに至るかもしれないことを認識しながら、あえて、その後の放置行為に及んだものであり、その際、Pと暗黙のうちに意思を相通じていたことも認められる…」としている。本件でXとPとが意思を通じたことされるのには、XがPに相当程度傾倒しており、AがPによって危険な状態にされていることを日頃から認識していたことが重視されている。

- (11) さいたま地判平成18年5月10日裁判所WEB（有罪：懲役8年）

Xは、恋人Pと同棲を始めたころから、Pの子Aを嫌っていると発言するようになり、PもAを疎ましく思うようになった。そして、Pは自分までもXに嫌われることを恐れてAを居室のロフトに追いやり、食事を減らすなどの虐待をした。XはPの行動は自分が原因であると認識していたが、黙認した。本件事件当日、Aの健康状態が著しく悪化したが、PはAが死んでもやむを得ないと考え、XがAに近づくことを阻止した。Aは医療機関で治療すれば回復した可能性があるにもかかわらず、XはPとともに「Aが死んでしまってもやむを得ない」との共通の認識のもとAを放置する意思を通じ、以て死亡させた。本判決ではXはPと意思を通じた上で、医療機関にAを連れていく義務を怠り死亡させたとして不作為の殺人の共同正犯としている。

- (12) 大阪地判平成22年7月21日裁判所WEB（有罪：懲役8年6月）

Xは、恋人Pとともに子Aに対して十分な食事を与えないなどの虐待を加えていたところ、Aが極度に衰弱し身動きもできなくなって、医療措置を受けさせるなどの必要があったにもかかわらず、虐待の発覚を恐れて放置し、以て死亡させた。さらに、Aの死体を隣県の共同墓地に不法に遺棄した。

Aに対する虐待は、もっぱらPによってなされていた。しかし、XもPが包丁をAに向けたときにはこれを阻止したが、それ以外は特に止めず、またPに指示されて食事を十分に与えなかった。また、メールでPと連絡を取る際に、同人の虐待に同調するような言動をとっていた。

裁判所は、Xは明示または黙示の態度でPの虐待に同調し、Aの実母としてPの虐待を阻止すべきものであったが、自分の居場所の確保を優先させこれをせず容認したと判断した。これによりXはPと意思を通じ合っAに虐待を与えていた物であると評価した。そして、衰弱したAにたいして必要な保護を与えなかったことについて、XとPは上記虐待を通じて共謀が成立していたと判断されている。

2 検討

虐待事例は、より近い人間関係を基礎とする「意思連絡」の判断がなされている。虐待行為自体は、業務または活動と異なり、反復して行われるかどうかは行為者らにゆだねられる部分が大きく、その点で行為への動機付けあるいは継続の拘束性は低いものではないと思われる。これらの事案では、特徴的な事実とし、夫婦の一方あるいは交際相手からの児童への暴行または育児放棄に関する心理的影響の認められるような事情が挙げられる。(8)(10)(11)(一部注意するものとして(12))判例では、それぞれ、Xは事件までに夫婦または恋人から、被害者について嫌うような発言、または育児放棄するように言われるといった事情について取り上げている。特に、これらの発

言それ自体には、当該犯罪の結果を惹起するだけの因果性はないが、Xがそのような同居人の意向を無視するとは考えにくく、実際にそれぞれの事案におけるXらは虐待行為に直接参加あるいは阻止をしない不作為的な参加していた事実が存在する。

虐待事件において、このような支配関係が形成される事例として札幌高判平成12年3月16日判時1711号170頁（原審釧路地判平成11年2月12日判時1675号148頁）が挙げられる。この事案では内妻であるXが、実行担当者の内夫が被害者児童を繰り返しせっかんしていることを認め、またX自身も内夫から日常的に暴行されていたというものである。事件当日には、内夫が被害者児童を転倒させるなどして傷害し、以て死亡させるに至らしたのであるが、Xはこの行為を阻止しなかった⁹⁹。この事案でも、虐待に関してXは実行行為を行っていた内夫の行為を確認している事情はあり、黙示的な意思連絡は認められる状態にあったと評価してもよいと思われる。

第3節 偶発的なけんか等における事件当日の犯行現場での意思連絡が行われた事件

以下では偶発的に引き起こされたけんかその他の事例における現場共謀としての、黙示的な意思連絡について検討したいと思う。

1 判例裁判例の概要

(13) 大阪高判昭和60年1月25日判タ559号304頁（第1審大阪地判昭和59年2月29日）（原判決破棄自判：有罪：懲役2年執行猶予3年）

PはAに、改ざんした先行契約書類を提示し、さらに本件売買契約の対象となる土地（本件土地、約1,400万円相当）に類似した近隣地を見せ、6,500万円で買わせようとした。Xは、Pの考える契約に先行する売買契約の仲介役となっていたが、この先行売買契約を済ませて書類を渡せば、Pが不当な売買契約をすることを認識していた。

本件は、XとPの間で計画の連絡はなかったが、XにもAを欺罔させることが理解できていたこ

と、またXが騙取金から相当の分配金を得られると考えて計画に参加することを決意したことを挙げ、Xには少なくとも詐欺の未必的故意があったとし、これによりXとPとの間に黙示の共謀があったと認めた。

(14) 札幌地判平成6年9月26日無罪事例集3集126頁（無罪確定）

日本国内のヘリコプター運転免許を有しないP1が、a社のイベントで同社所有のヘリコプターを操縦して本件事故を起こした。P1は日本での運転免許を有するP2に連絡し、当該ヘリコプターにかかる保険金を騙取しようと企てた。そして、保険会社bに本件事故はP2が整備中に起きたと報告して保険金を支払わせた。また、本件事故の場合、航空局へ報告しなければならないが、P1らから連絡を受けたX1、X2両名は専ら航空局への事故報告に関して「免許のないP1の運転中ではなく免許のあるP2の整備中に事故は起きた」とする旨が確認されていた。Xらの相談内容の中に「保険金を騙取する」旨が出てきたことには合理的疑いがある。

裁判所は、Xらが相談したことは認められるが、内容からは明示的に詐欺を行う旨の謀議がなされたとは言えないとする。さらに、たとえX両名の業務に関わるヘリコプターにすべて保険が掛けられていることをもっても、常識的に当該ヘリコプターに保険が掛けられていると認識するにとどまり、航空局への虚偽の報告をそのまま保険会社にして保険金を騙取しようという意図までは認識できないとした。

(15) 東京高平成14年12月19日高検速報（平14）号110頁（控訴棄却有罪確定（X2上告））

キャバクラ経営をするX1、X2、X3は、店の売上を同店レジ係のAが着服していること疑ったが、AはX2に指示されたと述べた。X1がX2にこの点について聞くとこれを否定した。そこで真偽を明らかにするために、X1はX2にAから着服金について聞き出すように指示した。このとき、X1はX2が粗暴で、Aに暴行を与えるだろうことを認識

し、X2はAに暴行を加えても自らが関与していないと言わせようと考えていた。そして、会社の事務所にAを呼び出し、X2はAに暴行を加えX1はAに真相の追及を行った。さらにX1に呼び出されたX3も暴行に参加し、以てAを死亡させた。

本件は、X1は、X2の暴行を阻止しなかったこと、さらにX2とAを同席させるとAが暴行されることを認識していた点から、X2の暴行を容認して以て黙示の共謀を成立させたとした。

(16) 仙台高判平成16年12月21日高検速報（平16）号261頁（控訴棄却：有罪確定）

XがAに対して加えた暴行（第一暴行）のその後、Aへの怒りが収まらないPはXを含む他の従業員らの前でAに暴行を加えた（第二暴行）。Xは最初傍観しており、Pの暴行がエスカレートしてきたときに口頭で制止しが、Pはこれ聞かずさらに続け、一層エスカレートしたので両者を引き離れた。第二暴行後、Xは、Aを従業員寮に連れていくように従業員らに指示した。その際、PもAと同行しようとしていたため、Xは同人にこれ以上暴力を振るわないよう言い、Pもこれを了解する旨返答した。しかし、Pは自宅にAを入れ、同所でAに暴行を加えた（第三暴行）。Aは第一暴行ないし第三暴行によって生じた傷害により死亡した。

本件において、特に「意思連絡」について問題となるのは、第二暴行と第三暴行に関する事実である。第二暴行について、裁判所は、「Xは、従業員らの統制者である自己が断固とした暴行制止の意思及び姿勢を示さないこと…Pによる暴行を暗黙裡に承知、容認していたといわざるを得ず、Pもそれを了知したからこそ、Xの了解があるものと理解して執拗な暴行を継続したものと認められる。」として黙示的な共謀が成立したとする。さらに、第三暴行については、PがAに対して再度暴行に及ぶ懸念があったにもかかわらず、同行すること自体は認めていた点は、未だ共謀関係が解消されたとはいえないがたいとして、第三暴行についてもXとPの共謀は成立していたと判断している。

(17) 東京高判平成18年7月5日高検速報（平18）号111頁（原判決破棄：有罪確定）

X1とX2が酔ったいきおいで路上に置いてある自転車を蹴るなどして倒していたところ、Aがこれを阻止すべく近づき三者は言い争いになった。その後Aが自分たちに向けて唾を吐いたことから、X2が抵抗しないAを殴り、さらにX1がAの後方から後頭部を数回殴った。原審では、X1とX2の間には少なくとも黙示の現場共謀が成立するとした。本件では、X2の暴行は同人の「突発的な単独行為」であり、またX1が暴行をして以降、X2は加勢することもなかったため、X1の加勢にX2が呼応したとも認められないとし、両名には共謀は成立していなかったとされた。

(18) 東京高判平成20年9月8日判タ1303号309頁（第1審千葉地判平成20年3月27日警察学論集63巻8号168頁）（原判決破棄自判：有罪確定：X1につき懲役1年2月、X2につき懲役8月、X3につき懲役1年）

キャパクラを運営する有限会社において、Aは店金庫の現金及び会社所有の外国製自動車を不当に持ち出し、行方不明になった。経営者X1らがこれを発見し、X1とX2がまずAに対して暴行を加えた（第一暴行）。さらに、Aを発見した旨を連絡されたX3が、X1、X2に連れてこられたAに対して暴行を加え（第二暴行）、よって一連の行為によりAに傷害を負わせた。原審では、2件の暴行は事前共謀による一連の行為とし傷害罪の成立を認めた。

本件ではX1が他の2人に対して積極的にAを捜すように指示したというには合理的疑いが残るとし、また、「共謀が成立するためには、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互い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をしている必要がある」とし、本件でのX1による指示は、「暴行を加える意思が明示又は黙示に表示、伝達されたものではなく」、もとより具体的な計画が定まったものではなかった。さらにX1ら3名は以前では対等な関係

であり、当然共謀があったとは言えないとした。その上で、それぞれの暴行はX1らのいずれかの支配下に置かれており、3名共通の共謀にまでは至らなかったが「社会通念上同一の機会に行われた一連の行為と認めることができ」刑法207条の同時傷害の例によりX1らはAの傷害について責任を負うとした。

(19) 東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁（原審千葉地判平成20年3月31日公刊物未搭載）（控訴棄却：有罪確定）

Xが好意を寄せていたAから性交渉を求められたことを友人X2に打ち明けたところ、遊び仲間Pら6名で詳しく話を聞くこととなった。遊び仲間たちは「XはAに強姦された」と勘違いをし、彼らに説得されたXがAをコンビニの駐車場に呼び出した。しかしAは逃げ出し、Pらは一層怒りを募らせ、Aを公園に連行して暴行を加えた。その後一旦Aを解放したが警察に行くことを恐れて、殺害することにした。そこで、もう一度Xを含む全員を呼び戻し、遊び仲間の一人に命令してAを池に落として殺害した。

原審ではXについてPら実行者と最初の暴行に関して共謀が成立しており、その後の殺害についても移動中に暗黙のうちに意思を相通じて共謀したとした。しかし、本判決では「本件のように、現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。」として、まずXに不作為犯として作為義務が存在したか検討し、さらに作為による実行行為を遂行したPらと意思の連絡がある場合には共同正犯が成立すると判断した。また、「この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けけるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でないというべきであ

る」と説明している点で特徴的である。

2 検討

まず、これらの事例において共同正犯と同時障害の例が問題となった事例として（17）（18）判例がある。（18）判例では共謀に至るとは「特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互い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をしている必要がある」として、本件では関与者の間では共謀に至ることが無かったと判断されている。（19）判例では、さらに実際にXはPの実行行為には加勢しなかったことについて注目して、共謀に至らなかったと判断している。ここでの「共謀」とは、実行行為を伴う共同正犯の問題であり共謀共同正犯における共謀あるいは謀議行為とは異なるものを想定していると思われる。そして、そのような意思の一致に関して、（17）判例では他の関与者の行為への加勢を基準として、単なる現実の認識であるか意思連絡としての意思の一致であるかを区別しているのであると思われる。

このような「加勢の事実」について、（13）判例においても検討されている。この事例では、Xが実行行為に参加する、あるいは関与行為に先立って、共犯者の先行行為あるいは相談があったことが認められる。このような先行する事情を認識・認容したうえでそれぞれの事案において被告人は「加勢した事実」が認められることから、明示的には意思連絡がなされていないが意思連絡が認められている。（13）判例においては、契約に関する相談の中で明らかにXの行為に続く実行行為者らの当該犯罪がわかるという事情が認められたのであるから、意思連絡があったといえると思われる。ここでは、未必的な認識が可能であるという事情も考慮されている。

一方対照的なのは、（14）判例である。この事例では、Xと関与者らの航空機の事故についての相談の中では、「航空局への報告に関する相談」と「保険金の詐取に関する相談」の2つが同時に存在しているが、Xは前者に関する相談しか聞いて

いないのであり、後者に関する認識すること（未必的な認識も含めてすること）は不可能であったと判断されている。

他の関与者に対する「加勢の事実」は、実行行為への直接的ではない関与においても認められている。（15）（16）（19）判例では、Xは実行行為に直接参加することではなく、実行行為者の行為を阻止しない、あるいは見張り役などの役割を担当する事例において、先行する実行行為者を含めた関与者の先行行為に関する認識によって、黙示的な意思連絡を肯定している。（19）判例では、不作為関与による場合には「濃い共謀は必要でない」として、Xの正犯性は基礎づけず「共犯」として当該犯罪に関与することを基礎づけると考えていることがわかる。しかし、こうした黙示の意思連絡に関する、広義の共犯性を基礎づけることについては問題があるとして批判がある¹⁰⁰。つまり、意思の一致にのみ基づく処罰は意思処罰に陥る可能性があり危険であると批判する。確かに、共謀共同正犯の認められないような事例について、より簡易な「黙示の意思連絡」を前提とし不作為関与を肯定するならば広く処罰することが可能となることは許されまいだろう¹⁰¹。しかし、「意思連絡」による共同正犯の「共同性」の基礎づけは、正犯性の判断にまで至らないように制限するならば、このような範囲での「黙示の意思連絡」の肯定はむしろ必要であると考えられる。そして、処罰の制限は関与者それぞれの関与行為について正犯としての役割を演じたがどうかに限定することで、判断の不明確さもなくなるとされる。

第4節 小括

以上では、「黙示の共謀」事例に関して3つの分類に分けてそれぞれの事例の特徴に基づく裁判所の判断について確認した。

まず、①の類型の事例では、暴力団、宗教団体、その他企業の内部においてその中で頒布継続して行っていた業務または活動が存在していたことが重要な事情として注目されていた事例群であ

る。当該犯罪結果が生じるまでは、それぞれの事例における実行行為そのものとは区別されるべきであるが、このような、一定の目的を持った反復継続する行為を行うこと、また他の関与者の行為について、Xが認識していることは、事件当日の「意思連絡」の存在に関して重要な事情となっていた。この類型で注意すべきであるのは、単位特殊な団体であることから当該犯罪行為が当然反復継続されるとは認められない点である。

また、②の類型では、関与者間の人的関係が何らかの団体に基づく関係よりも、生活などを通じて密接な関係になっていることに注意すべきである。②の類型では、①の類型に比べて共犯者間の関係はより一般的なもの（夫婦または友人）であったが、日常的に行われていた行為、また行為に付随する行為者らの態度などに注目して、事件当日の「意思連絡」について判断している。

③の類型の事例ではそうした反復する行為はないが、現場での「意思連絡」について肯定することができるかどうか問題となる。この類型では、「意思連絡」を認めるための間接事実が少なく、他の類型に比べて犯意の一致を認めることは困難となっている。結論として、「共同性」が認められるだけの事情が存在すればよく、黙示的に現場での意思連絡は可能であると思われる。「意思連絡」によって他の関与者に影響する以外では不作為的な関与態様が考えられるのみであるとして否定的な意見もある¹⁰²。しかし、③の類型の事例では、ただ「意思連絡」による共謀に基づいてのみ被告人の帰責を認めているのではなく、あくまでも「共同性」について認めるための要件として「意思連絡」を用いているのであると評価できる。

「黙示の共謀」事例では、関与者の概括的・確定的な認識によって当該犯罪の故意について判断することは、明示的に当該犯罪に関して連絡した場合と比べて、認識の齟齬が発生する恐れが高いためにこのような判断枠組みになったと解されている¹⁰³。故意の内容と「意思連絡」の内容の2

つは、それぞれ向かう意識の着地点が異なるというだけでその認識の内容は変わらないと考えられる。ただ、「意思連絡」では故意と異なり当該犯罪に関する認識・認容による故意帰責を効果とせず、関与者が「ひとりではない」と云い得るための関係を形成することが第一の効果であることから2つを区別して判断することが可能である。

この意味で、「意思連絡」では「自分たちの犯罪」との認識までは不要であるが、「誰かを行っている」という認識まで必要であると考えられる。「自己の犯罪」としての認識は故意の問題であり、「意思連絡」による「共同性」の問題とは異なると思われる。「自分たちの犯罪」として犯意を一致させることは、「意思連絡」による心理的拘束力を生じさせるとも考えられるが、常に拘束することが可能であるかは不明でありこれを認めることはできない¹⁰⁴。そして、「黙示の共謀」事例に関する判例裁判例によれば、「意思連絡」には最低限「ひとりでは当該犯罪を完成させることができない」といえるための全体像を把握するということが効果として必要とされていたことが明らかになった。

「黙示の共謀」事例に関する判例裁判例における「意思連絡」によると、「意思連絡」そのものによる当該犯罪の支配は想定されておらず、専ら関与者間の関係について結びつけ、関与者が「ひとりではないこと」、さらに「ひとりでは当該犯罪が完成しないこと」を明らかにすることが目標とされていた。そして、このような目標は、「意思連絡」による共同正犯の「共同性」を基礎づけるものと考えられる。

終章

本稿では、共同正犯における主観的要件としての「意思連絡」についてこれまでの学説での議論と、実際の事例における裁判所の判断について検討してきた。

第1章では、いわゆる練馬事件に至るまでにお

ける「意思連絡」の内容について判例の立場について概観した。判例では、これまで「意思連絡」と「共謀」との違いが明確ではなかった。そのため、「意思連絡」という語句は判決文中に存在したとしても、それは「共謀」の内容の一部であることが多かった。

共謀共同正犯に関する規定は、共謀共同正犯を認める判例の状況、さらに社会全体の状況から同規定の設立が要請されていた。立法での議論では、もっぱら「謀議行為」に関する内容と要件に関する点が主な議論の中心であった。「意思連絡」または「共謀」は、「謀議行為」の一部として検討され、特別に区別されることなく検討されていた。しかし、単に「意思連絡」があっただけでは謀議行為があっただろうかは未だわからないとの批判や、「共謀」と「謀議行為」との区別に関する議論の中で、「意思連絡」の問題について共謀共同正犯固有の問題ではなく、共同正犯一般に関して、あるいは共犯一般に関して検討する必要があるのではないかと考えられた。

第2章では、学説における「意思連絡」に関する議論について整理、分析した。

共同正犯の主観的要件に関して「共同実行の認識」が必要であることは、共通して認められている。しかし、「共同実行の認識」を関与者が互いに連絡あるいは交換すること、つまり「意思連絡」まで必要とするか、関与者それぞれが個別に認識していればよいかということについては未だ見解の対立が存在する。「意思連絡」を不要とする見解では、共同正犯として関与者が「共同」とされるためには、不要説であっても共同正犯では「共同して実行する」という部分での相互作用性は否定できず、単に客観的事情だけでは相互作用性を認めることは困難であることを認めていた。したがって、「意思連絡」は共同正犯の成立要件としてやはり必要であるとの見解が妥当であると考えられた。

次に、「意思連絡」が必要とされる根拠について、「意思連絡」のもたらす効果に注目して学説

の整理を行った。ここでは、「意思連絡」による行為主体を基準とする「共同正犯性」を求める見解と、全体犯罪における関与行為の役割について注目し「共同性」について求める見解の2つに整理することが可能であった。「共同正犯性」を目標とする見解では、「意思連絡」によって関与者は互いに心理的に拘束し合うことで当該犯罪を支配することが可能となると考えられていた。しかし、「意思連絡」の心理的因果性によって犯罪を支配することを認めるならば教唆犯、あるいは間接正犯との区別がつかないことから心理的拘束に基づく犯罪の支配は困難である。

そこで、「意思連絡」には、他の関与者を心理的に拘束することで当該犯罪を支配し、当該犯罪結果と行為者との関係を形成するだけではなく、関与者相互のつながりを形成し、その上で犯罪結果へと寄与する2段階の構造に基づく「意思連絡」の効果が必要ではないかと考えた。「共同性」を目標とする見解では、「意思連絡」による効果は関与者相互の間に「共謀」としての「結びつき」を形成することであり、当該犯罪に直接的には影響しない。そして、「意思連絡」は関与者の行為を分業化する効果を有し、それ以上の影響力は持つことができないと考えられると述べた。このとき、行為者は「意思連絡」によって位置づけられた関与者それぞれの担当行為について遂行することが必要となり、これにより当該犯罪全体の支配への参加を認められることとなる。「意思連絡」はそれだけでは関与者による当該犯罪の支配を肯定することはできず、全体支配への前提状況の構築のために存在する要素であると考ええる。

第3章では、これまでの判例・裁判例における「意思連絡」の認定について、限界事例として問題の残る「黙示の共謀」事例について検討した。事例については、それぞれの特徴ごとに3つに分類した。分類は、①営業その他の活動を組織的に行っている集団または団体による事件②児童虐待あるいは日常的な暴行の認められた事件③偶発的なけんかの事例等における事件当日の犯行現場

での意思連絡が行われた事件の3つである。

判例・裁判例では反復継続する行為への参加の事実、または当該犯罪結果を惹起する直接的行為には参加しないが先行行為に参加あるいは行うことにより、当該犯罪に関する認識を認め「意思連絡」が存在するとした。このとき、「意思連絡」それ自体による処罰の根拠づけではなく、意思連絡による共同性を前提として実行行為へ寄与が行われたかどうかを別個に、正犯性判断として検討される。「意思連絡」による効果に関して、判例・裁判例で重要とされていたのは、「意思連絡」そのものによる当該犯罪への因果性を肯定することではなく、ひとりではなく「誰かと当該犯罪を行っていた」と評価することであった。したがって、「意思連絡」は、共同正犯における「共同性」効果を有するものとして扱われており、正犯性判断とは区別されている。

以上が本稿の要約である。これまでの学説では、「意思連絡」については客観的な共謀行為あるいは謀議行為との区別が明確でなかった。このことから、共同正犯の主観的要件としての内容と共謀共同正犯における実行行為をしない者への処罰根拠としての内容の2つの方向から検討されており、議論は困難なものとなっていた。さらに、共同正犯もまた、複数人による犯罪として共犯としての性格を持つ以上、心理的因果性による結果惹起への寄与が重視される場所、「意思連絡」それ自体での意思支配に基づく犯罪全体の支配・拘束力を認めるといったことが可能であるとされていた。しかし、「意思連絡」そのものだけでは当該犯罪に関与者が支配することは困難であり、当該犯罪を拘束・支配するのは「意思連絡」によって共同している他の関与者が当該犯罪を遂行し、関与者本人も完成に何らかの形で客観的に寄与していることまで必要であるだろう。

このように考えたとき、これまで「意思連絡」あるいは意思連絡によって達成された「共謀」によってのみ基礎づけられた共同「正犯」としての事情は、より厳格に判断されることとなる。なぜ

ならば、実行行為に参加しない者は「共謀」を他の関与者と遂げることによって当該犯罪の結果惹起に寄与するのであるから、「共謀」は「意思連絡」と異なって厳格に行われるものだけに限定すべきであるからである。本稿では正犯性判断については触れることができなかったが、「意思連絡」によって他の関与者とともに当該犯罪に参加したとされた行為者が共同「正犯」として認められるために必要な要素または要件について検討する必要があるだろう。また、正犯性判断について厳格な判断の内容を類型化して明らかにすることが求められると思われる。

¹ 井田良「いわゆる関与形式三分法をめぐって」『研修』784号（2013年）3頁。

² 小野清一郎『新訂刑法講義 総論』（有斐閣、1948年）205頁。

³ 草野豹一郎「衆団犯罪に就て」『法律時報』21巻11号（1949年）15頁。

⁴ 増井敦「集合的行為の刑事責任に関する予備的考察（1）、（2完）」『法学論叢』157巻1号（2005年）55頁以下、2号（2005年）48頁以下。

⁵ Helmut Frister, Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme, in: FS für Friedrich Dencker, 2012, S. 119 ff.

⁶ 辞書的な意味では「集団」とは、何らかの目的あるいは目標による集まりであるとされる（集団：松村明編『大辞林』（2006年、第3版、三省堂））。この意味で、「集団」は「個人」をその内部に吸収したものであり、「集団」そのものが主体的、自立的に存在する。例えば、法人や組合が考えられる。これに対して「集合体」は、本来は数学の分野において何らかのモノが集まること、または集まっている状態をいうとされる（集合：松村明編『大辞林』（2006年、第3版、三省堂））。「集合体」は、「集団」とは異なりいまだ「個人」とは別に存在する。本稿では、特に「集団」と「集合体」を区別して取り扱うことによって共犯の二面性を検討する。

⁷ 「共同」について強調するものとして、植松正「共謀共同正犯」『刑法講座 第4巻』（有斐閣、1963年）105頁以下。同『再訂（第8版）刑法概論 I 総論』（勁草書房、1974年）350頁。江藤孝「共犯理論の再検討」『名城法学』37巻別冊号（1988年）45頁以下。

⁸ 島田聡一郎「共謀共同正犯の現状と課題」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良（編）『理論刑法学の探究 3』（成文堂、2008年）58頁。

⁹ 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（2）」『法学協会雑誌』121巻10号（2004年）121頁。

¹⁰ 山口厚『第2版 刑法総論』（有斐閣、2009年）315頁。

¹¹ 十河太郎「共謀の射程について」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良（編）『理論刑法学の探究 3』（成文堂、2008年）91頁。町野朔「惹起説の整備・点検」松尾浩也＝芝原邦爾（編）『内藤謙先生古稀祝賀 刑事法学の現代的状況』（有斐閣、1994年）128頁以下。

¹² 特に「一心同体」を強調する裁判例として、大阪高判昭和45年3月16日判時602・98頁または東京高判昭和52年6月30日判時886・104頁。

¹³ 大判昭和11年5月28日刑集15巻751頁。

¹⁴ 同判例では客観的謀議が必要であるとしたものであるとする解説に、岩田誠「判解」最高裁判所判例解説刑事編昭和33年405頁がある。

¹⁵ 岩田・前掲論文（註14）405頁。

¹⁶ 改正刑法準備会『改正刑法準備草案 附同理由書』（1961年）、法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案 附同説明書』（1972年）、刑法改正資料（六）法制審議会『改正刑法草案 附同説明書』（1974年）（以下本稿では、個別の頁数は引用しない）。

¹⁷ 準備草案同理由書では、第4章「正犯および共犯」の理由書部分は平野龍一が担当している。

¹⁸ 土金賢三「責任主義の徹底ということ」『ジュリスト』313号（1965年）95頁以下では、責任帰属の点から集団犯罪規定を整備することが必要であるとしつつ、共謀共同正犯に関しては規定によっては制限ができないのではないかと疑問

を呈している。

- ¹⁹ 西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」植松正＝下村康正＝団藤重光＝西原春夫（編）『斎藤金作博士還暦記念論文集 現代の共犯理論』（有斐閣、1964年）119頁以下。
- ²⁰ 平場安治「改正刑法準備草案の総合的検討 準備草案総則の問題点」『法律時報臨時増刊』32巻8号（1960年）438頁。
- ²¹ 夏目文雄「「共謀共同正犯の理論」の批判的検討—特に共謀者の責任の問題を中心として—（7）」『愛知大学法経論集 法律編』59号（1969年）74頁。
- ²² 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）402-403頁。
- ²³ 澤登俊雄「改正刑法草案と責任主義」『法学教室第2期』4号（1974年）118頁。
- ²⁴ 萩原太郎「改正刑法準備草案第26条2項における「謀議」の意義」『ジュリスト』313号（1965年）111頁。
- ²⁵ 内藤謙「正犯および共犯」『刑法改正の研究Ⅰ』（東京大学出版会、1972年）230頁。なお参考として団藤重光『第3版 刑法綱要総論』（創文社、1990年）399頁。
- ²⁶ 佐伯千仞『第4訂版 刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年）348頁以下。浅田和茂『補正版 刑法総論』（成文堂、2007年）418頁以下。山中敬一『第2版 刑法総論』（成文堂、2008年）853頁。
- ²⁷ 牧野英一『第8版 刑法研究 第1巻』（有斐閣、1931年）35頁。
- ²⁸ 中義勝『刑法総論』（有斐閣、1971年）233頁以下。
- ²⁹ 山口厚「共犯論の現状と課題」『法学教室』226号（2002年）23頁。
- ³⁰ 平野・前掲書（註22）381頁。西田典之『第2版 刑法総論』（弘文堂、2010年）341頁。山口・前掲書（註10）305頁。
- ³¹ 嶋矢・前掲論文（註9）191頁。
- ³² しかしながら、そもそも共犯としての関与は、単独正犯の行為と比べると未だ不完全な行為で

あり、そのような行為が処罰されるのはそれぞれの共犯規定が設置されているからであると思われる。また、共同実行した者についても、例えば「2人の者がそれぞれ2つの別々の人を殺す殺人事件を起こした」というときにはそれぞれ1つずつの殺人について責任を負うが、「2人の者が2人の被害者の殺人事件を起こした」とときには共同したのだから2倍の刑を科すということにはならないだろう。同様の指摘は、松原・後掲論文（註40）1頁以下においてもなされている。

- ³³ 山口・前掲書（註10）324頁。島田・前掲論文（註8）59頁。
- ³⁴ 嶋矢・前掲論文（註9）121頁。
- ³⁵ 佐伯・前掲書（註26）348頁。浅田和茂「共謀共同正犯の拡散」広渡清吾＝大出良知＝川崎英明＝福島至（編）『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』（日本評論社、2005年）168頁。中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）467頁。
- ³⁶ 山口・前掲論文（註29）33頁。
- ³⁷ 嶋矢・前掲論文（註9）201頁以下。
- ³⁸ 井田良『刑法総論の理論構想』（成文堂、2005年）361頁。
- ³⁹ 前田雅英『第5版 刑法総論講義』（東京大学出版会、2011年）460頁。
- ⁴⁰ 松原芳博「共謀共同正犯論の現在」『法曹時報』63巻7号（2011年）11頁以下。
- ⁴¹ 藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967年）337頁。
- ⁴² 杉本一敏「意思連絡について」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）225-226頁。
- ⁴³ 小島秀夫「共謀共同正犯における実行行為概念の再検討」『大東法学』22巻1-2号（2013年）54頁以下。さらに、このような「共謀」は実行行為として判断の対象となりうると指摘している。同「共謀共同正犯におけるイリュージョン—実行行為の分担は本当に不要なのか—」『大東文化大学法学研究科所報』34号（2014年）18頁。

- ⁴⁴ 町野・前掲論文（註11）131頁。また、心理的因果性を共謀共同正犯の基本的要件とするものとして、林幹人「共謀共同正犯と「謀議」」『判例時報』1886号（2005年）3頁以下。
- ⁴⁵ 大塚仁『第3版増補版 刑法概説（総論）』（有斐閣、2005年）291頁。同「共同正犯の本質」『法学教室』109号（1989年）20頁以下。このように考えるのは、中国の唐律における共犯者の中の「造意者」の取り扱いに示唆されたものであるとしている。唐律では共犯者について「首」である「造意者」と「従」である「随従者」との間に科刑の区別をしていた。このことから、本説では、造意者は、他の共犯者らを首謀し、実行行為をさせたものとして、自らが実行を担当せずとも共犯者中の「首」として責任を問われたことを、現状での共謀共同正犯の一部の事例にも当てはまるのではないかと主張している。
- ⁴⁶ 曾根威彦『第4版 刑法総論』（弘文堂、2008年）233頁以下。西原春夫『改訂準備版刑法総論下巻』（成文堂、1998年）375頁。
- ⁴⁷ 草野豹一郎『刑法要論』（有斐閣、1956年）118頁。なお、草野は「相互了解」が必要とする点については宮本英修『第5版 刑法学粹』（弘文堂、1935年）396頁以下の「従来の觀察に於ては、共同正犯を以て共同意思主体の活動の一態様と為すを通例とす。共同意思主体とは共同の目的を実現するがため相互了解（Einverständnis, Connect）の下に各人が直接間接に何等かの寄与を為す社会生活上の一形式を謂う。」との意見から示唆を与えられたと述べている。
- ⁴⁸ 斎藤金作『刑法総論』（有斐閣、1955年）237頁。
- ⁴⁹ 下村康正『続犯罪論の基本的思想』（成文堂、1966年）100頁以下。立石二六『第2版刑法総論』（成文堂、2006年）304頁。
- ⁵⁰ 山本雅子「共謀概念の性質」『中央学院大学法学論叢』27巻1-2号（2014年）5頁。
- ⁵¹ 川端博『第3版 刑法総論講義』（成文堂、2013年）525頁。
- ⁵² 高橋則夫「正犯・共犯類型と共謀共同正犯の規範的基礎づけ」『早稲田法学』78巻3号（2003年）123頁。
- ⁵³ 橋本正博「「共謀共同正犯」概念再考—行為支配説に基づく制約論—」斎藤豊治＝日高義博＝甲斐克則＝大塚裕史（編）『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻』（成文堂、2006年）391頁。
- ⁵⁴ 島田・前掲論文（註10）59頁。
- ⁵⁵ Volker Haas, § 25.Rn.65, Strafgesetzbuch: kommentar, S.339.
- ⁵⁶ Wolfgang Joecks, Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl., 2011, S.1200. Rn.229.
- ⁵⁷ Günther Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, 21/43; Roland Derksen, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA, 1993, S.163 ff.; Heiko H. Lesh, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW105(1993), S.271 ff.
- ⁵⁸ Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.723-724.同様に、不要説を批判するものとしてRene Bloy, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA, 1996, S.431 ff.
- ⁵⁹ Lesch.a.a.O.（註57）, S.283-284.
- ⁶⁰ 阿部力也「共同正犯の行為決意の相互性について—ドイツにおける議論を参考にして—」『情報コミュニケーション学研究』3巻（2007年）112頁。
- ⁶¹ Claus Roxin, Strafrecht, AT, II, 2006, S.78.
- ⁶² Claus Roxin, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA., 1979, S.519 ff.
- ⁶³ Friedrich Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S.120 ff.
- ⁶⁴ Dencker.a.a.O.（註63）, S.224 ff.
- ⁶⁵ Dencker.a.a.O.（註63）, S.131.
- ⁶⁶ Ingeborg Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA, 1984, S.112 ff.
- ⁶⁷ Ingeborg Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS, 6/2007, S.238.
- ⁶⁸ この点について、Ingeborg Puppe, Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?,

NStZ,1991, S.571-574.において、関与者が他の共同正犯者との間に黙示的に「共同の行為決意」を遂げた事案 (BGH 15,1,1991-5StR494/90, NStZ,1991,280) について、事件当時に関与者が合意した意思についてどれだけ堅持しようとしたかについて裁判所検討していなかったことから共同正犯の成立を否定していることにもあらわれる。この点について日本語で紹介したものとして、阿部力也「黙示の意思連絡について」『法律論叢』70巻2-3号 (1997年) 95頁以下。

⁶⁹ Ralph Ingelfinger, Schein-Mittäter und Versuchsbeginn, JZ, 1995, S.708-709.

⁷⁰ 山口・前掲書 (註10) 300頁。

⁷¹ 山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年) 234頁。

⁷² 下村・前掲書 (註49) 116頁。

⁷³ 草野・前掲書 (註47) 118頁。

⁷⁴ 草野豹一郎「刑法改正草案と共犯の従属性」『法学協会雑誌』50巻6号 (1932年) 22頁以下。

⁷⁵ 牧野英一「刑法改正案と共犯の独立性 (1)」『法学協会雑誌』50巻8号 (1932年) 78頁以下。

⁷⁶ 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2巻』(成文堂、1998年) 379頁以下。

⁷⁷ 内海朋子「共同正犯における「意思連絡」の意義について (1)」『亜細亜法学』39巻2号 (2005年) 104頁。

⁷⁸ 植松・前掲書 (註7) 351頁。

⁷⁹ 小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会 (編)『刑事公判の諸問題』(判例タイムズ社、1989年) 31頁。

⁸⁰ 松本時夫「共謀共同正犯と実務」『法学教室第2期』4号 (1974年) 35頁。同「共謀共同正犯と判例・実務」『刑法雑誌』31巻3号 (1991年) 327頁。石井一正・片岡博「共謀共同正犯」小林充＝香城敏磨 (編)『刑事事実認定 裁判例の総合的研究』(判例タイムズ社、1992年) 341頁。

⁸¹ 杉本・前掲論文 (註42) 225-226頁。

⁸² 上田正和「共同意思主体としての共謀共同正犯」『大宮ローレビュー』第10号 (2014年) 18頁以

下。

⁸³ 西原・前掲論文 (註19) 375頁。

⁸⁴ 斎藤金作『共犯理論の研究』(有斐閣、1954年) 174頁。

⁸⁵ 杉本・前掲論文 (註42) 230頁。

⁸⁶ 大塚・前掲書 (註45)『刑法概説』291頁。なお、共謀共同正犯は実行共同正犯に比べて「強い意思の連絡」によって正犯性を認めると説明するものとして、前田雅英『刑事法最新判例分析』(弘文堂、2014年) 106頁。

⁸⁷ 同旨の批判は、高橋則夫による杉本論文へのコメント高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』(日本評論社、2014年) 232頁以下においてもなされている。

⁸⁸ 島田・前掲論文 (註8) 58頁。

⁸⁹ 島田聡一郎「共同正犯」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志 (編)『注釈刑法』(有斐閣、2010年) 812頁。

⁹⁰ 高橋・前掲論文 (註52) 133頁。

⁹¹ 井田・前掲書 (註38) 358頁。

⁹² 内海・前掲論文 (註77) 109頁。

⁹³ このような「意思連絡」を実行共同正犯にも求めるものとして、穴沢成巳「共謀共同正犯についての一考察」『司法研修所論集』1970年1号 (1970年) 59頁。

⁹⁴ 内海・前掲論文 (註77) 91頁以下。同「共同正犯における「意思連絡」の意義について (2)」『亜細亜法学』40巻2号 (2006年) 73頁。大越義之『共犯論再考』(成文堂、1990年) 55頁。亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」『法学研究』84巻9号 (2011年) 98頁。同論文では共謀概念について「共犯性の問題」「正犯性の問題」「故意の問題」の3つの場面に分解することを主張している。

⁹⁵ このような共謀の性格の違いについては、東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁において言及された。本件については、第3章において検討する。

⁹⁶ 本稿では、各事案中の人物については以下のような記号の取り扱いを行う。X、あるいは相Xに

関してはX（X1、X2…）とする。事件においてXと共に共同正犯者として関与した者、あるいはXと共に当該犯罪に関与した者はP（P1、P2…）とする。最後に被害者についてはA、B、C…とする。

⁹⁷ (3) 判例は、その後第1審に差し戻され、差し戻後第1審（大阪地判平成23年5月24日LLI/DB判例秘書登載）では再度共謀は否定された。しかし、差し戻後控訴審（大阪高判平成25年8月30日LLI/DB判例秘書登載）ではX2の警護は嚴重でありそのことについてXも認識し実行行為（所持）を認容していたと認めた。差し戻後第1審では新たに9名の証人による証拠を認め、差し戻前第1審及び差し戻前控訴審とは異なる事実判断のための証拠関係を備えたため、上告審判断から解放されることを前提に、当該新証拠と差し戻前から存在する証拠を合わせて判断した結果、差し戻前第1審と同様に共謀は存在しなかったとしている。差し戻後控訴審は大阪地裁に差し戻したが、これに対して即日X弁護側が上告している。

⁹⁸ 実行行為をしなかったPについては、大阪高判平成13年9月21日裁判所WEB掲載においてXとの共謀による共同正犯を肯定している。

⁹⁹ 第1審の釧路地判平成11年2月12日判時1675号148頁は、Xが実行担当者の行為を阻止するためには実力による阻止行為が必要であるとし、事件当時に妊娠していたXにはこれは不可能であるとしてXは無罪であるとされた。これに対して、控訴審では、「実質的に、作為義務がある

者の不作為のうちでも結果阻止との因果性の認められるもののみを幫助行為として限定」するとした上で、正犯の犯罪をある程度阻止できるという行為も検討すべきとした。このため、実力以外に言葉で制止する等の行為によっても正犯の犯罪を阻止できたとし、Xには傷害致死罪の幫助罪が成立するとされた。原審ではXによる実行行為の阻止は不可能であったことから無罪としているが、本判決では可能であったとして幫助犯の成立を肯定している。同様の判断をするものとして、名古屋高判平成17年11月7日高検速報（平17）292頁がある。

¹⁰⁰ 萩野貴史「判批」『獨協ロー・ジャーナル』7号（2012年）187頁。

¹⁰¹ 中森喜彦「不作為による共同正犯—2つの高裁判決」近畿大学法科大学院論集7号（2011年）132頁

¹⁰² 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』（2007年、成文堂）525頁

¹⁰³ 島伸一「共謀共同正犯に関する最高裁判例の展開」法律時報78巻3号（2006年）67頁/村瀬均「共謀（1）—支配型共謀」小林充・植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）』（2013年、第2版、立花書房）264頁

¹⁰⁴ 松本 前掲注（95）327頁

（こうだ さくらこ 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）