



Title	共同正犯における意思連絡の要否とその内実
Author(s)	中田, 翔太
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第15701号
Issue Date	2024-03-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k15701
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/91988
Type	doctoral thesis
File Information	Shota_Nakata.pdf



博士（法学）学位申請論文

共同正犯における意思連絡の要否とその内実

北海道大学大学院法学研究科

法学政治学専攻 博士後期課程

中田 翔太

序章	はじめに	1
第1章	共同正犯についての基本的理解	3
第1節	共同正犯の基本的理解をめぐる議論	3
第1款	因果的共犯論の適用を前提に共同正犯を連続的に捉える理解	3
第2款	従来の理解に対する近時の判例・学説	3
第3款	共同正犯の基本的理解についての問題	5
第2節	共同正犯における因果的共犯論	5
第1款	因果的共犯論の適用可能性	5
第2款	従来の立場からみた共同正犯の因果経過	8
第3款	全体行為に着目する立場からみた共同正犯の因果経過	8
第4款	小括	9
第3節	関与者の集合体としての性質（一体性）	10
第1款	一体性による共同正犯の正犯としての基礎づけ	10
第2款	結果発生危険を増加させる一体性	10
第3款	関与者間の関係性に着目する必要性	11
第4款	共同正犯に固有の特徴がもたらす危険の増加	12
第5款	実行行為を遂行する能力の拡張に着目する見解	13
第4節	アメリカ法におけるコンスピラシー	14
第1款	我が国の共同正犯論に対して期待できるコンスピラシーの議論からの示唆	14
第2款	コンスピラシーにおける集団の危険	15
第3款	心理学的・経済学的な知見から集団の危険を基礎づける見解	16
第5節	集団の危険をもたらす関与者間の関係性としての一体性	19
第6節	個人責任と集団責任に関する本稿の立場	20
第7節	実行共同正犯と共謀共同正犯の区別	21
第2章	共同正犯における意思連絡の要否	23
第1節	はじめに	23
第2節	意思連絡の要否についての判例	23

第1款	大判大正11年2月25日刑集1巻79頁	23
第2款	大判大正14年1月22日刑集3巻921頁	24
第3款	最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁	25
第3節	片面的共同正犯を否定する見解	29
第1款	「共同して」という文言に着目する立場	29
第2款	共犯の因果性を心理的因果性に限定する立場	30
第3款	相互利用補充関係に着目する立場	32
第4款	意思連絡を関与者の連携による高度な危険を類型的に担保する要素として位置づける立場	34
第5款	その他の立場	35
第4節	片面的共同正犯を肯定する見解	35
第1款	機能的行為支配に着目する立場	36
第2款	因果性に着目する立場	37
第3款	双方向的な因果的影響力に着目する立場	38
第5節	小括	39
第1款	片面的共同正犯否定説と肯定説の収斂傾向	39
第2款	一体性の観点からみた意思連絡の必要性	43
第3章	意思連絡の位置づけ	45
第1節	共同正犯の主観的要素	45
第2節	主観的謀議説と客観的謀議説	46
第3節	小括	47
第4章	意思連絡における意思の相互伝達	49
第1節	はじめに	49
第2節	心理的拘束からみた意思の相互伝達	49
第3節	令和3年決定・第一審（京都地判平成29年3月24日刑集75巻2号203頁）	51
第1款	判旨	51
第2款	検討	52

第4節 令和3年決定・控訴審（大阪高判平成30年9月11日刑集75巻2号220頁）	52
第1款 判旨	52
第2款 検討	54
第5節 令和3年決定・上告審（最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁）	56
第1款 決定要旨	56
第2款 検討——本件各サイト（X動画・Xライブ）の仕組みと被告人両名の運営・管理方針——	57
第3款 検討——システムの位置づけ——	58
第4款 検討——個々人が単独ではできないことを効率的に行うことができるようにするシステム——	59
第6節 一体性の観点から必要な意思の相互伝達	61
第7節 小括	63
第5章 意思連絡として了解すべき内容	64
第1節 従来 of 議論	64
第2節 共同正犯の類型に基づいた検討の必要性	66
第3節 共同正犯の類型	67
第1款 分担・代表実行型共謀共同正犯の定義	67
第2款 支配・使役型共謀共同正犯の定義	68
第3款 実行共同正犯・準実行共同正犯の定義	68
第4款 準実行共同正犯の位置づけ	68
第4節 近時の類型論による実行共同正犯の基礎づけ	71
第5節 近時の類型論による共謀共同正犯の基礎づけ	73
第6節 近時の類型論に対する批判	74
第7節 近時の類型論による共同正犯の基礎づけに対する疑問	75
第8節 実行共同正犯と共謀共同正犯の基礎づけ	76
第9節 分担・代表実行型共謀共同正犯における意思連絡	77

第10節	支配・使役型共謀共同正犯における意思連絡	79
第11節	実行共同正犯・準実行共同正犯における意思連絡	81
第12節	小括	86
第1款	共同正犯の各類型における意思連絡	86
第2款	各類型の混合型における意思連絡	87
第6章	共同正犯に関する代表的な判例についての検討	89
第1節	具体的な事例の検討の必要性	89
第2節	最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁（練馬事件）	89
第1款	事案の概要	89
第2款	判旨	90
第3款	意思連絡の判断についての検討	90
第3節	最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁（スワット事件）	91
第1款	事案の概要	91
第2款	決定要旨	93
第3款	意思連絡の判断についての検討	94
第4節	最決平成30年10月23日刑集72巻5号471頁	95
第1款	事案の概要	95
第2款	決定要旨	96
第3款	意思連絡の判断についての検討	97
終章	おわりに	98

序章 はじめに

刑法上の議論においては、理論的課題の解決と、判断過程の明確化などの実際の判断の双方が重要であると思われる¹。共同正犯においては、従来から共謀共同正犯の成否や共同正犯の正犯性など、さまざまな共同正犯についての理論的課題が議論されてきた一方、共同正犯の成否に関する判断は判例・学説の蓄積²にもかかわらず、必ずしも明確であったとはいえない。

また、共同正犯の成立要件の内実を明らかにすることなく承継的共同正犯³など共同正犯の限界を問う問題を解決することはできず、かえって議論が混迷を深めることにもなりかねない。特に共同正犯の成立要件のうち意思連絡の理解によっては、片面的共同正犯などの問題は結論が大きく左右されることとなる。それにもかかわらず、共同正犯の成立要件をめぐっては、正犯意思という意味での「共謀」や「重要な役割」といった要件は手厚く議論されてきたが、意思連絡それ自体がどのような内実を有するかという点については、他の要件に比べると十分に議論されてこなかったように思われる。さらに、後述するとおり、片面的共同正犯を肯定する立場においても共同正犯が成立する場合の多くは意思連絡が認められると指摘されるところ、このような意思連絡の内実を明らかにすることが共同正犯の成否そのものの判断を安定的かつ明確なものにすると思われる。

そこで、本稿は、共同正犯における意思連絡を考察の対象とし、その内実を明らかにした上で、判断の明確化を目指す。

判断の明確化のためには、意思連絡とは何かという大きな判断枠組みを最初に示すのではなく、意思連絡を構成する要素を抽出し、その要素ごとに検討を加えることが必要である。なぜなら、要素ごとに検討することによって、どのような点に着目して判断すべきかが浮き彫りになり、考慮要素の単なる列挙による総花的な判断がなされるおそれを低減できるからである。

そのため、本稿は、意思連絡がそもそも共同正犯の成立要件として必要なのか、また、それが必要であるとして意思連絡を成り立たせる要素はどのようなものであるかを明らかに

¹ 理論的な根拠が浮き彫りにされることによって実際上の判断も明確化されるというように両者は連動する。なお、理論的課題の解決と実際上の判断の双方が重要であるとはいっても、その議論によっていずれに重点が置かれるかが異なるように思われる。たとえば、因果関係や実行の着手をめぐる議論においては、その理論的問題の重要さは言うまでもないが、実際上の判断をどのように行うかという点が特に重要であると思われる。

² たとえば、共謀共同正犯や共謀の成否を判断する上で考慮される要素・間接事実を挙げるものとして、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009）58-59頁や司法研修所編『裁判員裁判において公判準備に困難を来した事件に関する実証的研究』（法曹会、2018）59頁など。

³ 承継的共同正犯については、中田翔太「承継的共犯の理論的根拠と限界」北大法政ジャーナル 27号（2020）1頁以下などを参照。

する。

具体的には、まず、意思連絡の要否と内実を解明するためには、その基礎となる理解を定める必要があるから、第 1 章では、共同正犯の基本的理解を明らかにする。この点は、近時、特に議論されている因果的共犯論の共同正犯への適用可能性および一体性を中心に分析する。これを前提に、第 2 章では、意思連絡の要否について検討する。その上で、第 3 章は、共同正犯の主観面について、その構造を分析し、共同正犯の主観的要件とされてきた概念間の関係を検討する。そして、第 4 章は、関与者は互いに意思の表明・了解のやり取りをどこまで続ける必要があるかという意思の相互伝達と呼ぶべき問題について分析する。最後に、第 5 章と第 6 章において、意思連絡として了解すべき内容を共同正犯の類型ごとに明らかにした上で、意思連絡の内実を示すにあたって抽象的な議論となることを避けるため、共同正犯の代表的な判例を素材に具体的な適用を検討する。

第1章 共同正犯についての基本的理解

第1節 共同正犯の基本的理解をめぐる議論

第1款 因果的共犯論の適用を前提に共同正犯を連続的に捉える理解

かつて、我が国における共同正犯論は、共謀共同正犯に関する肯定説と否定説の対立を背景として実行共同正犯と共謀共同正犯を区別して議論していた⁴。たとえば、学説では、共謀共同正犯を否定しつつも、各関与者の行為を全体として観察することによって実行共同正犯における実行行為と評価される範囲を拡張し、犯罪の見張りを行った者にも共同正犯を成立させるという主張がなされた⁵。

これに対し、現在は、共謀共同正犯を肯定する立場が多数を占め、因果的共犯論が共同正犯にも妥当することを前提に「実行共同正犯と共謀共同正犯という二種類の異なった共同正犯があるわけではなく、いずれも共同正犯の成立要件を充たす点で共通しており、両者の間にある相違・区別は連続的なものにすぎない」⁶という理解が有力である。

また、因果的共犯論は学説だけでなく実務にも浸透しており、なかでも共犯関係の解消に関して最高裁が判断を示した最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁や傷害罪の承継的共同正犯が問題となった最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁は、因果的共犯論に少なくとも親和的であるとされ、判例上も因果的共犯論が定着してきたと評されてきた。

第2款 従来の理解に対する近時の判例・学説

しかし、近時、いわゆる特殊詐欺の事案で詐欺罪の承継的共同正犯が問題となった最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁が現れた。同決定は、「被告人は、……本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、……被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」と判示し、欺罔行為と受領行為の一体性に言及した上で、先行行為も含めた共同正犯の成立を認めた。これは、後行者が先行する欺罔行為に関与していないにもかかわらず、当該欺罔行為も含めて共同正犯を認めたという点で、因果的共犯論からは説明しづらく、因果的共犯論が判例上も定着してきたという認識を揺るがすことになった。

⁴ 共同正犯をめぐる議論の変遷については、亀井源太郎「共犯論の「通説」——共犯論は何をどのように論じてきたか」法セミ809号(2022)35頁以下参照。

⁵ 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(有斐閣、1948)203-204頁。

⁶ 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016)338-339頁。

また、危険運転致死傷罪の共同正犯が問題となった最決平成 30 年 10 月 23 日刑集 72 巻 5 号 471 頁は、「被告人と A は、互いに、相手が本件交差点において赤色信号を殊更は無視する意思であることを認識しながら、相手の運転行為にも触発され、速度を競うように高速度のまま本件交差点を通過する意図の下に赤色信号を殊更は無視する意思を強め合い、時速 100km を上回る高速度で一体となって自車を本件交差点に進入させたといえる。……被告人と A は、赤色信号を殊更は無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する意思を暗黙に相通じた上、共同して危険運転行為を行った」として共同正犯の成立を認めた。同決定は実行共同正犯を認めた事案ではないとする理解がある⁷。その一方で、因果的共犯論が共同正犯に妥当することは「自明の前提」ではないとして、同決定は実行共同正犯を認めたものであって、「実行共同正犯は、関与者ごとの個別の実行行為から犯罪実現までの因果性に注目するのではなく、共同意思に基づく共同実行行為を把握し、個別の実行行為ではなく共同実行行為からの既遂結果惹起を問題にするものである」とも主張される⁸。

このような判例の動向と同様に、学説では、近時、因果的共犯論を前提にせず各関与者の個別の行為と結果との因果関係は不要であると理解し、各関与者の集合体としての「全体行為」に着目して共同正犯を理解する立場が示されている⁹。

さらに、研究者と実務家の双方から実行共同正犯と共謀共同正犯を区別する立場¹⁰が現れ、学説上はそのような区別を前提にさらに類型化を進め、それら類型ごとに共同正犯の成否を判断するものもあらわれている¹¹。

⁷ たとえば、小林憲太郎「危険運転致死傷罪の共同正犯」研修 855 号（2019）10 頁。

⁸ 樋口亮介「平成の刑法総論」法時 91 巻 9 号（2019）37 頁。

⁹ たとえば、井田良「承継的共同正犯についての覚書」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2017）637-646 頁参照。

¹⁰ 研究者による主張として、たとえば、伊藤嘉亮「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察（1）——正犯性拡張機能について——」早研 154 号（2015）1 頁以下、同「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察（2）——正犯性拡張機能について——」早研 155 号（2015）27 頁以下、同「共同正犯における『重要な役割』に関する一考察（3・完）——正犯性拡張機能について——」早研 156 号（2015）29 頁以下、同「共謀共同正犯の構造（1）——心理的拘束力の解明を目指して」早研 158 号（2016）15 頁以下、同「共謀共同正犯の構造（2・完）——心理的拘束力の解明を目指して」早研 159 号（2016）23 頁以下の一連の論文は、実行共同正犯と共謀共同正犯における「重要な役割」について論じ、共謀共同正犯では集団圧力が正犯性の根拠となるとする。また、実務家による主張として、菊池則明「危険運転致傷罪における実行共同正犯と共謀共同正犯」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020）67 頁以下。

¹¹ このような近時の類型論の総論的検討として、樋口亮介「類型論に基づく共同正犯の構造化（その 1）」法セミ 803 号（2021）106 頁以下、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その 2）」法セミ 804 号（2021）104 頁以下、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その 3）」法セミ 806 号（2022）103 頁以下、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その 4・完）」法セミ 807 号（2022）118 頁以下の一連の論文。また、各論的検討として、伊藤嘉亮

第3款 共同正犯の基本的理解についての問題

以上のとおり、現在は因果的共犯論が共同正犯に妥当することを前提に実行共同正犯と共謀共同正犯の成立要件が同一であると解し、両者を連続的に理解する立場が有力ではあるが、このような立場に対しては、①因果的共犯論は共同正犯にも適用されるかという問題、②共同正犯における各関係者の集合体としての性質をどのように考えるべきかという問題、③そもそも共同正犯を実行共同正犯と共謀共同正犯とに区別して理解すべきであるかという問題が提起されているといえよう。

これらはいずれも共同正犯の基本的理解に関わる問題であり、これらの問題に対する理解を示さなければ共同正犯の意思連絡の内実を明らかにすることはできないと思われる。そこで、本章では、これらの問題について分析を加える。

以下では、はじめに因果的共犯論が共同正犯にも適用され（問題①）、共同正犯の処罰は集合体としての性質により基礎づけられることを示した上で（問題②）、最後に共同正犯の成立要件は実行共同正犯と共謀共同正犯に区別して検討すべきであることを結論づける（問題③）。

第2節 共同正犯における因果的共犯論

第1款 因果的共犯論の適用可能性

まず、因果的共犯論¹²として論じられるものには、「共犯の処罰のためには正犯の行為はどのような要件を備える必要があるか」という共犯の従属性に関するもの¹³と自らが因果的に影響を有していない行為については責任を負わないという個人責任の原則が共犯にも妥

「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否（その1）」法セミ 808号（2022）107頁以下、同「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否（その2・完）」法セミ 809号（2022）107頁以下、樋口亮介「薬物輸入の罪における共同正犯（その1）」法セミ 810号（2022）93頁以下、同「薬物輸入の罪における共同正犯（その2）」法セミ 811号（2022）102頁以下、同「薬物輸入の罪における共同正犯（その3・完）」法セミ 812号（2022）110頁以下。

また、伊藤・前掲注（10）「共謀共同正犯の構造（2・完）」41-43頁も共謀共同正犯について支配型と対等型を区別して分析を進める。

¹² 因果的共犯論をめぐる議論については、十河太朗「因果的共犯論の意義」山口厚ほか編『実務と理論の架橋——刑事法学の実践的課題に向けて——』（成文堂、2023）865頁以下。

¹³ この点の内容については、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論§§1～72』（島田聡一郎）（有斐閣、2010）809-810頁などを参照。

当することという内容が含まれる¹⁴。

しかし、前者は狭義の共犯を想定したものである¹⁵。また、前者は正犯の行為が備えるべき要件に着目した議論であるから、各関与者の個別の行為と結果との因果関係の要否を問題とする場面では、あえて因果的共犯論を前者の内容で理解すべき理由はない。そのため、ここでは、因果的共犯論の内容は、個人責任の原則が共犯にも妥当することと捉えることとする。

因果的共犯論は共同正犯に適用されないとする立場も、「個別の被告人ごとに、実行行為者を支配・指示していたこと、一体扱いを基礎づける意思連絡の一員であったこと、あるいは、共同実行行為に参加したことを処罰根拠としている点で、個人責任を問うものではある」として、個人責任の原則は共同正犯に適用されると主張する¹⁶。

しかし、このような主張に対しては、「共同正犯についても個人責任の原則が妥当するのであれば、全体行為にではなく、各人に処罰される根拠が備わっていないはずである」¹⁷、「個別行為の因果性とは別の形で、各人が処罰根拠を備えていることを説明できなければならない」¹⁸という理解を前提として、上記の因果的共犯論は共同正犯に適用されないとする立場からの説明に疑問が示されている。

すなわち、「実行行為者に指示命令を与えた場合に、共同正犯としての処罰を根拠づけるのは、実行行為者を支配・指示していたことである」という説明は「単なるトートロジーにすぎ」ず、「実行行為者を支配・指示することが、なぜ処罰を根拠づけるのか」が論じられるべきであると指摘される¹⁹。この点については、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場の論者は、背後者が実行行為者を支配・指示する関係にあることなどの「共同正犯固有の構造」²⁰は、共謀共同正犯における共謀が心理的拘束または心理的障壁の除去をもたらす²¹、一方で実行共同正犯においては協調して行われる刑法規範への違反に対し、その刑法規範の妥当性を維持するために、一体としての協調行動が許されないことを明示する必要がある²²という意味で、共同正犯としての処罰が基礎づけられると考えた上で、共同正犯は、

¹⁴ このような用語法について、小林憲太郎「いわゆる実行共同正犯について」判時 2480 号 (2021) 101 頁、十河・前掲注 (12) 869-873 頁。

¹⁵ 共犯の従属性の議論が共同正犯に妥当しないとするものとして、たとえば、山口・前掲注 (6) 311-312 頁。

¹⁶ 樋口亮介「特殊詐欺における包括的共謀と抜き事案における共同正犯の成否——共同正犯の基本的理解に立ち返って」刑法 61 巻 2 号 (2022) 148 頁。

また、伊藤嘉亮「共同正犯の因果性拡張機能」早研 152 号 (2014) 41-42 頁は責任主義が憲法原理であることを指摘する。

¹⁷ 谷岡拓樹「共同正犯における因果的共犯論の意義」早誌 73 巻 2 号 (2023) 58 頁。

¹⁸ 谷岡・前掲注 (17) 59 頁。

¹⁹ 谷岡・前掲注 (17) 61 頁。

²⁰ 樋口・前掲注 (16) 146 頁。

²¹ 樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修 844 号 (2018) 7 頁。

²² 樋口亮介「実行共同正犯」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2019)

実行行為者を支配・指示していたことなどの態様でのこのような共謀や協調行動を行うことを処罰するものであるから、個人責任を問うものであると理解するのかもしれない。このように理解するのであれば、上記の論者の説明も「単なるトートロジー」とはいえないこととなろう²³。

もっとも、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場の論者は、個別の行為と結果との因果性は不要であるとする²⁴。これに対しては、このような立場も「各行為者の行為と全体行為との因果関係を要求し、ひいては各行為者の行為と構成要件の結果との因果関係を要求するものであり、事実上、因果的共犯論を排斥しているわけではない」と指摘される²⁵。しかし、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場の主眼が因果性を問題とすることなく包括的共謀を認めることにある²⁶とすると、やはり個別の行為と結果との因果性は不要と解されていると理解することになる。このように考えると、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場は、因果性以外の観点から個人責任の原則が満たされると理解するものと位置づけられると思われる。そうであるならば、どのような場合に個人責任の原則が満たされるかを明らかにする必要があるが、この点は明らかにされていない²⁷。しかし、因果的な影響を有しなければ、少なくとも生じた結果に対していかなる範囲で個人が責任を負うのかが明らかではない²⁸から、個別の行為が結果に対して因果性を有しない場合には個人責任の原則は満たされないと思われる。

145 頁。

²³ このほかにも、3つの疑問が示されている。第1に因果的共犯論が狭義の共犯に適用されることは否定されないのに、なぜ共同正犯には因果的共犯論が適用されないのかが示されていない（谷岡・前掲注（17）61頁）、第2に「因果性が認められないために幫助犯としてすら処罰されない行為を共同正犯として処罰することになりかねない」（谷岡・前掲注（17）61頁）、第3に「個別行為を不要とするのであれば、責任能力や故意などについて、いつの時点のそれらを問題とするのか」が明らかではない（谷岡・前掲注（17）61-62頁）という3点である。

これらのうち、第1の点については、樋口・前掲注（8）36頁は因果的共犯論を本来的に狭義の共犯に妥当する理論と位置づけているから、このような理解からは、むしろ共同正犯に因果的共犯論が適用される根拠こそ示されるべきということになる。

また、第3の点については、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場を本文のように理解するのであれば、共謀や協調行動を行なった時点で責任能力などを問題とすれば足りると思われる。

これらに対し、第2の点は、因果的共犯論を共同正犯に適用しないことによって生じる不当な処罰を指摘するものといえ、重要であると思われる。

²⁴ 樋口・前掲注（16）147-148頁。

²⁵ 十河・前掲注（12）879頁。

²⁶ 樋口・前掲注（16）150-151頁参照。

²⁷ 豊田兼彦「共同正犯の構造の再検討」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020）93頁も参照。

²⁸ 中田翔太「判批」北法74巻3号（2023）381頁も参照。

このように考えると、自らが因果的に影響を有していない行為について責任を負わないという個人責任の原則が共犯にも妥当するという意味での因果的共犯論は共同正犯にも適用されるといえ、共同正犯において因果性の観点は維持される。もっとも、各関与者の個別の行為と結果との因果関係をどのように理解するかという点はなお検討する必要があると思われる。

第2款 従来の立場からみた共同正犯の因果経過

各関与者の個別の行為と結果との因果関係が必要であると理解する従来の立場は、自らが分担しない実行行為から結果が生じた場合であっても、その結果に対する心理的因果性があるとして共同正犯を認める。

たとえば、「甲乙が丙の殺害を共謀して同時に発砲したが、甲の弾丸のみが命中して丙が死亡したという……設例の場合、乙が殺人既遂の罪責を負う根拠は、乙が甲と殺害を共謀することによって、甲の殺意を強化し、その殺害行為を心理的に促進したことにより、丙の死亡という結果と心理的因果性をもった点に求められるのである」²⁹と主張する。このように因果関係の程度は単独正犯よりも緩和され、「促進」という限度ではあるものの、共同正犯においても単独正犯と同様に因果関係が認められる。ここでの因果経過は、個別の行為と結果との間に実行担当者による実行行為が介在したものとして想定される。

第3款 全体行為に着目する立場からみた共同正犯の因果経過

各関与者の集合体としての全体行為に着目する立場は、全体行為と結果との因果関係は要求するものの、個別の行為と全体行為との関係をどのように考えるかということについては理解が分かれている。たとえば、「刑法60条は、複数名による犯罪実現に向けた共同現象を直裁に捉えることを可能にするものであり、関与者各自の個別行為を特定することを不要とし、特定の個別行為と結果との間の因果性を処罰要件から外すという意義を持つ」として個別の行為と全体行為との因果関係は不要であると主張される³⁰。しかし、「全体行為と結果との因果関係さえあればよいとされるだけでは、その責任を負う者は共同者全体だとしか言うことができず、全体行為を構成するAやBに全部責任を帰することができない」³¹と指摘されるとおり、個別の行為と全体行為との間に何らかの関係がなければ、関与者の集合体ではなく個別の関与者が発生した結果について責任を負う根拠を欠くであろう。

これに関しては、「全体的行為とは個々の関与者の行為遂行そのものによって形成されるのであり、行為とは異なる次元にある外的現象と同じようにこれに対する因果関係を構想

²⁹ 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010）43頁。

³⁰ 樋口・前掲注（16）148頁。

³¹ 安田拓人「共同正犯——一部実行全部責任の原則の根拠」法教506号（2022）118頁。

することには無理があろう。」³²とした上で、全体行為を行う「集団を形成して、全体的行為の遂行に関わった個々の関与者の義務違反に対して、正犯としての犯罪結果が帰属される」³³とも論じられる。しかし、このような理解に対しては、全体行為を形成したことが各関与者に帰属されることは説明できても、結果が各関与者に帰属される説明にはならないのではないかという疑問がある。

このような理解は「全体行為を個々の共同者に帰責するには、全体行為と個々の行為との正犯責任を基礎付けるだけのつながりが必要であり、それが全体行為の危険を高めたという関係」³⁴であるという主張であるといえるところ、「全体行為の危険を高めたという関係」に着目するこの見解も、個別の行為が結果発生を促進したことを全体行為という観点から説明するものであると考えることができるのではないか。そのように考えることができるとすると、この見解も因果経過として個別の行為と結果との間に全体行為が介在したものを想定するものといえ、介在事情がある因果性を認めるとして従来立場と同様であると考えられる。もっとも、この見解は従来立場とは異なり、介在行為として、実行担当者による実行行為ではなく、集合体による全体行為を考える。これは、共同正犯の集合体としての性質が共同正犯についての判断に影響を与えうることを示すものといえよう。

第4款 小括

以上のように、本節では、自らが因果的に影響を有していない行為について責任を負わないという個人責任の原則が共犯にも妥当するという意味での因果的共犯論は共同正犯にも適用されることが確認された。

また、従来立場と全体行為に着目する立場のいずれにおいても、個別の行為と結果との間に因果性が存在するといえることも確認された。

もっとも、各関与者の集合体としての全体行為に着目する立場は、個別の行為と結果との間に介在行為がある因果経過を想定するという限りでは従来立場と同様であるものの、介在行為の集合体としての性質を考慮する。そして、次節でみるとおり、介在行為の集合体としての性質を考慮するからこそ、共同正犯の正犯としての処罰は基礎づけられると思われる。

言い換えれば、因果的共犯論のみから共同正犯を基礎づけようとしても、それは個人責任の原則が共同正犯にも適用されることをいうにすぎず、個人責任の原則の共同正犯への適用を前提に、なぜ共同正犯が処罰されるのかを示すことにはならないのではないかと思われる。

³² 松生光正「共同正犯の構造について」法務研究 76 巻 4 号 (2010) 231 頁。

³³ 松生・前掲注 (32) 233 頁。

³⁴ 安田・前掲注 (31) 116 頁。

第3節 関与者の集合体としての性質（一体性）

第1款 一体性による共同正犯の正犯としての基礎づけ

共同正犯には関与者の集合体としての性質があり、そのような一体性³⁵の機能を明らかにしなければ共同正犯の意思連絡がどのようなものかを示すことはできない。

まず、一体性は共同正犯の正犯性を基礎づけるものと理解する必要がある。

すなわち、すでに指摘されているとおり、共同正犯を単なる因果的寄与の重大さから理解しようとしても、教唆犯と区別することができない³⁶。また、重要な役割を果たすことを理由に正犯としての処罰を根拠づけようとしても、そのような重要な役割を果たす者は「広い意味での共犯の中では責任が重いということまでしか言えておらず、正犯としての責任は基礎付けられていない」³⁷。

そのため、共同正犯の正犯性を基礎づけるためには、狭義の共犯と共通する単なる因果的な影響という観点だけではなく、共同正犯に特有の一体性という観点も含めて論じる必要がある。そして、共同正犯と狭義の共犯を単に区別できるというだけではなく、なぜ両者の処罰が区別されるのかという点を明らかにする必要がある。そのような正犯性の基礎づけは、共同正犯に固有の処罰根拠と言い換えることができる。

したがって、一体性がなぜ共同正犯としての処罰を根拠づけるのかを明らかにしなければならぬ。言い換えれば、一体性とはどのようなものかを明らかにする必要がある。

第2款 結果発生危険を増加させる一体性

まず、一体性については、結果を発生しやすくさせる、つまり結果発生危険を増加させる性質があるということが考えられる。もっとも、そのような危険の増加がただちには共同正犯を基礎づける根拠とはならないと思われる。

まず、共同正犯が単独正犯よりも危険性が高いか否か、または結果実現が容易であるか否かは、個別の事案によって異なるのではないかという疑問が考えられる³⁸。

また、結果発生危険が増大するとしても、共同正犯ではすでに結果が生じているため、犯罪を実現しやすくしたことが共同正犯を処罰する根拠にただちにはならないのではない

³⁵ このような集合体としての性質は、「共同性」ともいわれる。たとえば、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020）331-332頁。

³⁶ 山口・前掲注（6）341頁、橋爪・前掲注（35）332頁。

³⁷ 安田・前掲注（31）113頁。

³⁸ 照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020）117頁。

か。すなわち、共同正犯においては、あくまでも結果を発生させたことが処罰されるため、危険が増加し犯罪が実現しやすくなったとしても、そこからただちに共同正犯としての処罰を導くことはできないと思われる³⁹。このような意味において、単に結果が発生する可能性が高まるということは共同正犯を処罰する根拠にただちにはならない。

さらに、単に結果が発生する可能性が高まるということは、共同正犯だけではなく、狭義の共犯にも当てはまる。

そうすると、危険増加という観点から共同正犯の正犯としての処罰を根拠づけるとしても、そこでは、狭義の共犯とは異なる共同正犯固有の特徴が見出されなければならない。

この点については、共同正犯において各関与者が重要な役割を果たしても、それ自体は単独正犯の成立要件を満たすには足りない場合が多いという指摘⁴⁰を踏まえると、一体性は、因果的寄与の重大さだけでは基礎づけられない単独正犯と比較した場合の共同正犯の正犯性の不足を補うために必要なものであるといえるから、単独正犯にはない共同正犯の構造に着目することが有用である。

第3款 関与者間の関係性に着目する必要性

この点については、広義の共犯の因果性を心理的因果性に限定する議論が参考となる。

論者は、「共犯においては、単独犯より拡張された因果性が妥当」し、「X と Y との間に関犯関係が存在することによって、Y の行為が促進される。共犯の因果性はこのような関係の存在によって、単独犯のそれを拡張したものであり、共犯の因果性は共犯関係の存在であるといってよい。」⁴¹とした上で、「共犯の因果性は共犯行為と正犯行為との間で論じなければならない。」と論じる⁴²。ここでは、「共犯の因果性」という用語が用いられているものの、それは共犯行為と構成要件的结果とのものとしてではなく、「共犯行為」と「正犯行為」という関与者それぞれの行為間の関係を指すものとして用いられている。そして、このような「共犯の因果性」は正犯行為を促進するものであることから、論者は共犯の因果性は心理的因果性に限定されると論じる⁴³。

³⁹ 仮に共同正犯においては危険が増加すると考えることができるならば、共同正犯における実行の着手時期が単独正犯におけるそれよりも早期に肯定できるという議論はありうるかもしれない。

⁴⁰ 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006）463頁。橋爪・前掲注（35）326頁も「あくまでも本来の正犯は構成要件該当事実をすべて単独で実現している者であり、単独正犯と共同正犯の間には埋められないギャップが存在する」と指摘する。

⁴¹ 町野朔『刑法総論』（信山社、2019）413頁。

⁴² 町野・前掲注（41）414頁。

⁴³ 町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況』130頁以下、町野朔『プレップ刑法〔第3版〕』（弘文堂、2004）

共犯の因果性を心理的因果性に限定することの当否は措くとしても、ここでは、心理的因果性に限定することによって、共犯の特徴として、関与者間の人的な結びつきに着目する点が注目される。

すなわち、広義の共犯においては、単独正犯とは異なり、複数の関与者が存在し、一方の関与者が他方の関与者に影響を与え、それによって結果が実現されやすくなるという意味で、関与者間の関係性から危険の増加がもたらされるということが出来る。そして、広義の共犯についてこのようにいうことができる以上、共同正犯の一体性としての共同正犯固有の特徴にもそのような関与者間の関係性に関する性質があると考えることができよう。

第4款 共同正犯に固有の特徴がもたらす危険の増加

共同正犯における関与者間の関係性からみて、結果が発生しやすくなるという危険の増加については、次のような主張を挙げることができよう。

すなわち、①「各構成員に心理的同調性が生じ、その集団の共同目的関係から離脱することに対する心理的抵抗感が強まり」「『犯罪遂行が確実』になる」⁴⁴、②「複数人が共同し、しかもその行為が相互に結びついている場合には、一般に、いずれの行為者についても、単独ではできないことができる可能性が高まり、これをあわせてみると、犯罪実現の可能性は、単独犯の場合よりも飛躍的に高まっている」⁴⁵、③「共同正犯は複数人が一体となって、強い関係性に基づいて犯罪を共同実行するものであり、容易に反対動機を乗り越えて犯罪が実現されやすい」⁴⁶、④「人間はそのコミュニケーション能力を通じて全体行為計画の下で他者と共同して行為を遂行することが可能であり、そのような場合には結果の発生・不発生に関わる偶然性が減少し、法益侵害の危険（結果発生の確実度という意味での危険性）は個人で行動するとき比して増加」⁴⁷し、また、「意思連絡の下で行為することによって、各

226 頁。

⁴⁴ 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013）556頁。

⁴⁵ 島田・前掲注（40）463-464頁。この主張は、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（2・完）——共同正犯論序説——」法協121巻10号（2004）1967頁が論じる「双方向的な因果的影響力」を前提としたものである。

⁴⁶ 橋爪・前掲注（35）331頁。

⁴⁷ 内海朋子『過失共同正犯について』（成文堂、2013）134頁。同134頁はこのような危険増加が共同正犯の帰責原理の出発点とされるべきであると論じる。

もっとも、同「共同正犯論の系譜」浅田和茂ほか編『刑事法学の系譜』（信山社、2022）614-615頁は、「共同正犯は、一つの共同行為計画に関与することを複数の者が合意することにより、動機面・行為面の双方において共同して因果の流れを統制していく犯罪類型である点が重要」と論じる。この点について、同「共同正犯における行為計画に関する一考察」慶應ロー37号（2017）178頁は、「通常、人の有意的行為は、行為者の内心において犯罪行為計画が立てられた（動機統制の段階）上で、行為実行（行為統制の段階）に至る」とした上で、同178-179頁は「共同正犯の場合は、各関与者は、他者と連絡し合いながら一

行為者は犯罪実行に対する反対動機、規範的障害を相互的に抑圧し、共同者がいるという意識による安心感から心理的に鼓舞され、その意思の実現を容易にするような支援を受けることができ、あるいは当該行為を行わないという決定がより困難になるという心理的拘束を受ける」⁴⁸、⑤「単独正犯に達しない者まで正犯に格上げする」刑法 60 条という「創設規定が理論的に正当化され」る理由は、「複数者が一体となることで単独の場合よりも不法の実現が類型的に容易化する」ことにあり、このような「共同正犯における複数者の一体性は、典型的には同一の犯行計画に基づいて各自が役割分担を行うケースにあらわれるが、理論的にはそれに限らず、現場共謀のような、特段の計画の事前共有なしに、咄嗟の意思疎通に基づいて互いに犯行意思を強め合うだけのケースにおいても認めることができる」⁴⁹と主張されてきた。

これらの主張は、いずれも関与者間の関係性に着目して共同正犯において危険が増加することを説明するものではある。もっとも、これらは、心理的な抵抗感や反対動機の乗り越えなどの観点から犯罪が実現する可能性が高まることを説明するものの、犯罪の実現する可能性という点だけでいえば、狭義の共犯にも同様のことがいえるはずであり、これらの主張も言及する共同正犯における「集団」や「一体」が犯罪の実現との関係でどのような効果をもたらすかがなお十分に明らかにされていないように思われる。

第 5 款 実行行為を遂行する能力の拡張に着目する見解

学説では、共同正犯について、実行行為を遂行する能力の拡張に着目する見解が主張されている。

すなわち、共同正犯が正犯として処罰される根拠は「集団犯としての危険性にあ」り、「例えば、ある犯罪行為を分担的に実現する場合、単独犯の場合と比較すると、個々の行為者にとっては、心理的・物理的により少ないエネルギーの投入によって同一の犯罪結果を実現できることになる。個々の行為者がより容易に且つより少ないリスクで犯罪を遂行できるということは、社会にとって同じ犯罪行為であっても単独行為者の場合よりも危険であり、侵害的であることを意味する。このように人が集団的に結合する場合は、ある者の実行行為がより容易になるというよりも、実行行為を遂行する能力そのものが単独犯の場合よりも拡大されているのであって、このような実行能力の拡大によるより大きな社会侵害性、したがってより大きな規範違反性が、個々の関与者が部分的にしか実行していないにもかかわらず

つの行為計画を共同して立て、当該共同行為計画に従いつつ、分業によりながら行為実行に至る。この過程を単独犯における動機統制・行為統制の過程と比較すると、共同正犯者は、動機統制の段階において他者との合意により拘束され続け、その拘束は行為統制の段階に至っても作用し続けるのである」と論じる。

⁴⁸ 内海・前掲注 (47)『過失共同正犯について』134-135 頁。藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975) 284-285 頁も同旨。

⁴⁹ 小林憲太郎「実務・学説・目的的行為論 (3)」判時 2568 号 (2023) 102 頁。

ず、全体による犯罪遂行の結果を帰属される根拠といえるであろう。つまり、共同正犯においては、……組織化することによって実行行為能力を人的に拡大したことに対し責任を問われているのであり、したがって、個々の関与者は、実行行為能力の拡大に寄与するものでなければ正犯者としては処罰されえないのである⁵⁰と論じられ、「全体としてのパフォーマンスを増加させる重要な貢献があれば、その貢献者は、そのような危険増加を根拠として共同正犯で処罰されてよいと考えることは十分に可能である」⁵¹と主張される。

この主張は、共同正犯では、集団が形成されることによって、関与者の実行行為を遂行する能力の拡張が生じるという危険増加のメカニズムを明らかにするものといえる。これは、共同正犯の集団としての構造から、共同正犯の正犯としての処罰を説明する点で優れていると思われる。

もっとも、共同正犯ではすでに結果が生じているため、危険増加が共同正犯を処罰する根拠にただちにはならないことは前述のとおりである。そこで、上記のような実行行為を遂行する能力の拡張に着目する危険増加が一体性の内容であると解すべきではなく、危険増加を関与者の関係性という観点から捉え直した上で、一体性の内容を明らかにする必要があると思われる。

また、このように理解しても、共同正犯における集団としての危険が、各関与者が「心理的・物理的により少ないエネルギーの投入によって同一の犯罪結果を実現でき」、「個々の行為者がより容易に且つより少ないリスクで犯罪を遂行できる」という実行行為を遂行する能力の拡張に限定されるかという点には疑問がある。

そこで、次節では、集団としての構造をさらに分析するため、アメリカ法におけるコンスピラシーの議論を参照する。

第4節 アメリカ法におけるコンスピラシー

第1款 我が国の共同正犯論に対して期待できるコンスピラシーの議論からの示唆

アメリカ法には、コンスピラシー (conspiracy) という犯罪がある。これは、「ある犯罪行為もしくは一連の犯罪行為の実行または不法な方法による適法な行為の遂行のための2人以上の者の間における明示または黙示の合意 (an agreement, express or implied, between two or more persons to commit a criminal act or series of criminal acts, or to accomplish a legal act by unlawful means)」⁵²とされる。コンスピラシーは関与者の合意自体を処罰する点において、

⁵⁰ 松生・前掲注(32) 233-234頁。安田・前掲注(31) 115頁もこれに賛成する。

⁵¹ 安田・前掲注(31) 115頁。

⁵² JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 415 (9th ed. 2022).

同書第4版の邦語訳として、ヨシュア・ドレスラー著(星周一郎訳)『アメリカ刑法』(レクシスネクシス・ジャパン、2008)。

判例上も、コンスピラシーは「犯罪の目的の協定(a partnership in criminal purposes)」(United

早くとも実行の着手がなければ処罰されない我が国における共同正犯とは異なる⁵³。

しかし、コンスピラシーは合意の対象である実体犯罪 (substantive offence) を行なっていない関与者についても成立するところ、我が国の共同正犯も実行行為を行なっていない関与者にも成立しうる。

そのため、この点で両者は共通するため、コンスピラシーにおける議論から、自らが少なくとも実行行為のすべては行なっていない場合でも正犯としての責任を負うことの十分な根拠づけができていない我が国の共同正犯論にとって示唆を得ることが期待できる。特に、コンスピラシーが処罰されることの根拠には、関与者の集団としての危険性が挙げられるところ、我が国の共同正犯論において議論される一体性も関与者の集団としての性質に着目するものであるから、コンスピラシーの議論は共同正犯論における一体性の内容を明らかにするという点から参照することが有益である。

第2款 コンスピラシーにおける集団の危険

コンスピラシーにおける合意については、判例上、「コンスピラシーは別個の悪であり、公衆に対して危険であるがゆえに、それ自体で処罰されうるため、実体犯罪が続いて起こるか否かにかかわらず存在し、罰せられうる」⁵⁴とされ、「『犯罪における結合によって、より(他の)犯罪が行われやすくなり』、また、それによって『関係する個々人が犯罪行為への道から離れる可能性が減少する』ため、コンスピラシーは関連した実体犯罪を行うことの脅威以上の『公共に対する脅威』をもたらす」とされる⁵⁵。

ここでは、集団が形成されることによって(他の)犯罪が行われやすくなることと関与者が犯罪に達するまでに離反しづらくなることという犯罪における集団の危険性が示されている。

このような集団の危険については、多くの関与者がいれば計画が漏れる可能性が高まり、

States v. Kissel, 218 U.S. 601, 608 (1910)) であり、「犯罪行為の実行または不法な方法による適法な行為の遂行のための2人以上の者の間における明示または黙示の相互の合意または理解 (a mutual agreement or understanding, express or implied, between two or more persons to commit a criminal act or to accomplish a legal act by unlawful means)」(People v. Carter, 330 N.W.2d 314, 319 (Mich.1982)) とされる。

⁵³ コンスピラシーは未遂犯と同様に未完成犯罪 (inchoate crime) とされるが、処罰が可能となる時期は未遂犯よりも早い。

⁵⁴ Salinas v. United States, 522 U.S. 52, 65 (1997).

United States v. Jimenez Recio, 537 U.S. 270, 274-275 (2003) も Salinas v. United States, 522 U.S. 52, 65 (1997) を引用して、コンスピラシーは「『別個の悪』であり、『実体犯罪が続いて起こるか否かにかかわらず存在し、罰せられうる』」と述べる。

⁵⁵ United States v. Jimenez Recio, 537 U.S. 270, 274-275 (2003) (quoting Callanan v. United States, 364 U.S. 587, 593-94 (1961)).

また、関与者が不確実性を共有し互いに思いとどまらせる場合があると指摘されている⁵⁶。すなわち、このような指摘によれば、関与者が互いの決心を強化するなどにより集団の危険が認められる場合もあるが、そうではない場合もありえ、関与者が単独の場合と比べて集団では危険が高まるか否かは具体的な状況によって異なる⁵⁷。

第3款 心理学的・経済学的な知見から集団の危険を基礎づける見解

しかし、心理学的・経済学的な知見をもとに集団の危険を説明する見解⁵⁸が示されている。

この見解は、まず、心理学的な観点からは、個々人は集団に盲目的に従うというよりは、明白に異議がないときに集団は異議を抑圧し、追従をもたらすということがわかる⁵⁹とした上で、集団の危険を（１）偏り（Polarization）とリスクテイキング（Risk-Taking）、（２）構成員自身の利益に反した行動をとること、（３）思いとどまらせること（Dissuasion）、（４）任務における成功という観点から説明する。それは次のように論じられる。

この見解は、まず、（１）について、集団の構成員はその者がすでに有している傾向に偏り、このような偏りは個々人が集団の社会的アイデンティティ⁶⁰の特徴に過度に順応することから生じるとする。その上で、このような心理学的知見を前提とすると、犯罪行為を行う集団はどの標的に攻撃するかという点でより注意深くなり、また、彼らが犯す犯罪の数の点ではより危険を犯すようになる可能性がある⁶¹。

（２）については、集団は個々人が自身の利益を集団の利益に埋没させることを助長すると指摘する⁶²。すなわち、集団においては、その構成員は自身の利益よりも集団の利益を優

⁵⁶ Abraham S. Goldstein, *Conspiracy to Defraud the United States*, 68 YALE L.J. 405, 413 (1959) (“empirical investigation would disclose that there is as much reason to believe that a large number of participants will increase the prospect that the plan will be leaked as that it will be kept secret; or that the persons involved will share their uncertainties and dissuade each other as that each will stiffen the others’ determination.”) .

⁵⁷ *Id.* at 413-414.

⁵⁸ Neal Kumar Katyal, *Conspiracy Theory*, 112 YALE L.J. 1307 (2003).

同論文を紹介する文献として、亀井源太郎『刑事立法と刑事法学』（弘文堂、2010）106頁。また、伊藤・前掲注（10）「共謀共同正犯の構造（2・完）」は、社会心理学などの知見を援用するドイツの議論を参照し、社会心理学の観点から共謀共同正犯における心理的拘束力を分析する。

⁵⁹ Katyal, *supra* note 58, at 1317.

⁶⁰ 柿本敏克「社会的アイデンティティ理論」日本社会心理学会編『社会心理学事典』（丸善出版、2009）318頁によると、アイデンティティとは、「『自分は何ものであるのか』という疑問……に対して『自分はこれこれのものである』と答えることができたときの、その中味」であり、「このアイデンティティのうち、自分の属する集団や社会的カテゴリーの成員性に基づく部分は社会的アイデンティティとよばれ」、その例としては、ある家族の一員であることやある職業に就いていることなどが挙げられる。

⁶¹ Katyal, *supra* note 58, at 1318-19.

⁶² Katyal, *supra* note 58, at 1319.

先されやすくなるというのである。これに関しては、経済学的な研究によると、個人が集団の理想を認識し、それを無視すると、自己像への個人的な不安が生じるとされる⁶³。これは、構成員が自らの認識した集団の利益を無視して自らの利益を得ようとする、不安を感じるようになるということであると思われる。また、心理学的な研究によると、いったん個人がコンスピラシーに合意すると、集団のアイデンティティが根づき、その者自身の利益は集団の利益に埋没されるとされる⁶⁴。これは、コンスピラシーにおける合意がなされると、構成員に自らが集団の一員であるという自意識が生じ、そのために自己の利益よりも集団の利益を優先するようになるということであると思われる。

(3) については、心理学的な研究によると、集団の構成員が自らの行為を社会的または集団の目的のいずれかを促進するとして正当化する自己奉仕推論 (self-serving inference)⁶⁵ を展開するとされており、このような推論によって、集団の構成員は自らの行為を社会的または集団のいずれかの目的を助長するものとして正当化するようになるため、個人よりも思いとどまらせることがはるかに難しいとする⁶⁶。たとえば、そのような推論として、集団の他の構成員は正しい可能性が高い一方、集団の構成員でない者は誤っている可能性が高いという推論や集団の構成員は集団の構成員でない者よりも公正であるという推論があり、このような推論がなされると、集団の構成員は非構成員よりも互いの話をはるかによく聞くようになる⁶⁷。そして、犯罪を行おうとする集団がこのような推論を展開することによって、犯罪に向かう傾向が強化され、構成員は他の構成員を助けるために犯罪の活動を追求することがより正当化されると感じるかもしれず、また、合理化を発展させるかもしれないと論じる⁶⁸⁻⁶⁹。このように集団は結束感を促進し、それぞれの構成員が他の構成員の協力を必

⁶³ Katyal, *supra* note 58, at 1320.

Katyal, *supra* note 58, at 1320 は、「現代の研究者は……その者が内在化されたルールに違反するときに経験する不安の重要性に同意する」と指摘する George A. Akerlof & Rachel E. Kranton, *Economics and Identity*, 115 Q.J. Econ. 715, 728 (2000) を参照する。

⁶⁴ Katyal, *supra* note 58, at 1320-21.

⁶⁵ Donald Langevoort, *Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harms)*, in BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 144, 151 (Cass R. Sunstein ed. 2000) は、自己奉仕推論について、「それを許容するのに十分な不明確さがある場合、人々は自然と『彼らが見たいものを見る』。」と述べる。この点につき、平野晋『アメリカ不法行為法』(中央大学出版部、2006) 405 頁は“self-serving inference”を「自己奉仕推論」と訳している。

村田光二「動機や目標と社会的情報処理」日本社会心理学会編『社会心理学事典』(丸善出版、2009) 50-51 頁も参照。

⁶⁶ Katyal, *supra* note 58, at 1321.

⁶⁷ Katyal, *supra* note 58, at 1321-22.

⁶⁸ Katyal, *supra* note 58, at 1322.

⁶⁹ このような例として、薬物の密売人が、自らが薬剤師の行うよい仕事を行っており、消費者を暴力的な密売人からそらしていると信じている場合が挙げられる (Katyal, *supra* note 58, at 1322)。

要としているとの考え方を養うと指摘する⁷⁰。

(4) については、心理学的な研究を参照しつつ、集団においては、チームの成果への個人のインプットが見えないと、責任を逃れやすい（「チーム・プロダクション (team-production)」問題) 一方、アイデンティティを共有することによって、パフォーマンスは著しく増加すると論じる⁷¹。そして、コンスピラシーはそのようなアイデンティティをしばしば養うので、単独の個人よりも生産性が高いことがありえ、また、より大きな害を負わせることがあるとする⁷²。

加えて、上記の見解は、専門化と規模の経済 (Economies of Scale) という観点からも集団の危険を説明する。

すなわち、犯罪の事業体は、専門家たちを雇い、その規模を利用することによって、組織立っていない個人では得ることができない利益を得ることができる上、犯罪の事業体は構成員間の競争を最小化するため、コンスピラシーは犯罪の事業体にとっての効率性を創造しめると論じる⁷³⁻⁷⁴。

さらに、専門化によって、一つの犯罪の責任を多くの人物に広げる、分散の犯罪 (crimes of diffusion) が可能になる⁷⁵ところ、このような分散によって犯罪にとっての内的な制約が取り除かれめると指摘する⁷⁶。すなわち、道徳や社会規範の力は、人間の行動を分解し、小さな悪い行いは許されるという考えを利用する戦略によって弱められるところ、これによって、犯罪はより容易かつ安価に実行されることとなるとする⁷⁷。その例として、A 地点から B 地点まで人を車で送る者は、たとえ犯罪の現場から車で走り去るときでさえ、重大な不道徳なことをしているとは思わないかもしれず、また、個人の消費のためにコカインを「袋に入れる」者は、自分が購入者のコカイン依存に責任があるとは思えないかもしれないというものが挙げられる⁷⁸。

⁷⁰ Katyal, *supra* note 58, at 1323.

⁷¹ Katyal, *supra* note 58, at 1324.

⁷² Katyal, *supra* note 58, at 1324. S. ALEXANDER HASLAM, PSYCHOLOGY IN ORGANIZATIONS: THE SOCIAL IDENTITY APPROACH 162-163 (2d ed. 2004) は、「タスクが参加者が自身を共有された自己意識の観点から定義することをまさに促進する状況の下では、集団の生産性は単独の個人と一致し、またはそれを超えめする」とする (Katyal, *supra* note 58, at 1324 もこれの初版である S. ALEXANDER HASLAM, PSYCHOLOGY IN ORGANIZATIONS: THE SOCIAL IDENTITY APPROACH 243 (2001) を引用する。)

⁷³ Katyal, *supra* note 58, at 1325.

⁷⁴ Katyal, *supra* note 58, at 1326 は、このほかにも規模の経済の利点として、摘発の可能性を下げることを挙げる。

⁷⁵ Katyal, *supra* note 58, at 1326.

⁷⁶ Katyal, *supra* note 58, at 1327.

⁷⁷ Katyal, *supra* note 58, at 1327.

⁷⁸ Katyal, *supra* note 58, at 1327.

第5節 集団の危険をもたらす関与者間の関係性としての一体性

コンスピラシーに関する以上の心理学的・経済学的な知見をもとにする見解は、集団の危険には、複数の内容が含まれることを明らかにするものといえる。

つまり、集団の危険としては、①構成員のすでに持っている傾向が集団の一員となることによってより強化されること、②構成員は自己の利益よりも集団の利益を優先させるようになること、③集団は犯罪を思いとどまることが困難であること、④構成員が集団としてのアイデンティティを共有することによって集団はより高い生産性を有すること、⑤集団は個々人では不可能なことを行うこともでき、また、構成員間の競争を最小化すること、⑥構成員は自らの責任を感じづらくなることがあるとされる。これらの集団の危険のうち①ないし④は、関与者が自らが集団の構成員であると認識するという集団の一員としての意識を前提とするものであるといえる。

このような集団の危険は、集団としての構造が問題とされる共同正犯においても同様に妥当すると思われる。そして、このような集団の危険が一体性の具体的な内容をなすものと理解することができる。

もっとも、このように理解したとしても、①ないし⑥が、集団が形成されるすべての場合に認められるわけではないと思われる。これらが認められるか否かは前述のゴールドシュタインによる指摘のとおり、具体的な事情により異なるであろう。上記の見解の論者も、たとえば、④について「コンスピラシーは……単独の個々人より生産的である（そしてより大きな害を負わせる）ことがある。（Conspiracies …… can be more productive (and impose greater harm) than isolated individuals.）」⁷⁹とするように、すべての場合に①ないし⑥が認められるとするわけではないと思われる。しかし、これらはあくまでも一体性が認められるためのパターンであると理解すれば、そのいずれかがある具体的な事情の下では認められないとしても、ほかのパターンによって一体性が認められることもありえ、そのような場合には一体性自体が認められないわけではない。

また、このような集団の危険と心理的拘束は両立しうる。すなわち、特に共謀共同正犯を念頭に共同正犯を基礎づけるものとして心理的拘束が挙げられることがある⁸⁰。この場合、犯罪を遂行する「意思決定の内容はほかの合意者との約束に基づいて形成されたもので、爾後の行動は合意により拘束され、実行担当者は、実行するかしないかを自分の自由意思であらためて決定する事はできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されない」⁸¹とされる。このような心理的拘束は、関与者が自らが集団の構成員であると認識した上で、そのような集団の一員としての意識が発展したものともいえよう。

そのため、本稿で論じた集団の危険と心理的拘束は排他的な関係にはなく、両立しうると

⁷⁹ Katyal, *supra* note 58, at 1324.

⁸⁰ たとえば、藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967）336-337頁。

⁸¹ 藤木・前掲注（80）337頁。

思われる⁸²。

以上のように、結果発生危険を増加させる集団を関与者が形成することが一体性であり、言い換えれば、一体性とは集団の危険をもたらす関与者間の関係性といえる。そして、このような集団の危険を抑止するために共同正犯は処罰されるといえる。

このように一体性が共同正犯の処罰を基礎づけるということは、共同正犯として処罰される場合、単に結果発生が促進されるというのではなく、その促進の態様が限定されていることを意味すると思われる。

第6節 個人責任と集団責任に関する本稿の立場

以上の議論は共同正犯の集団としての関与者の関係性に着目するものではあるが、このような関係性に着目するとはいっても、集団責任を認めるものではない。

共同正犯において「一体性」という観点を考慮することに対しては、「どういった点にどの程度寄与したのかを一切問わず、『集団の行為』の一部を担った以上はそこから生じた結果すべてについてまとめて帰責されてしまう」⁸³という懸念が示されており、「少なくとも『共同性』『一体性』『相互性』といった概念には、因果性が不明な場合にも罪責を負わせるという意味内容を付与すべきではない」⁸⁴とされる⁸⁵。これは一体性を考慮することで生じる問題点を示しており、非常に重要な指摘である。

たしかに、共同正犯に一体性の観点を導入することによって因果性の観点を放棄するのであれば、それは個人責任の原則の否定であり、そのような立場をとることはできない。しかし、因果性の観点を維持しつつ、一体性を考慮することも可能であり⁸⁶、本章第2節で論じたとおり、因果的共犯論は共同正犯にも適用されると考えられる。そのため、本稿の立場もそのような因果性の観点と一体性の観点から共同正犯を基礎づけ、共同正犯の要件のうち意思連絡について、その要否や内実を論じることを試みるものである。

したがって、本稿の立場も集団責任を認めるものではなく、あくまでも共同正犯における

⁸² なお、吉戒純一「判解」曹時75巻2号(2023)169頁注(76)は、「共同正犯については、いわゆる指示型や現場共謀、過失の共同正犯等多様なものが認められてきたのであり、……心理的拘束が全ての共同正犯に妥当するとは考え難い。」と指摘する。

⁸³ 照沼・前掲注(38)114頁。

⁸⁴ 照沼・前掲注(38)114頁。

⁸⁵ このような一体性を考慮することによって生じる問題点について、照沼・前掲注(38)112-118頁。

⁸⁶ たとえば、橋爪・前掲注(35)331-332頁、337-343頁は、共同正犯を因果性と一体性の両観点から説明するものといえ、この点で本稿と同方向の議論と位置づけることができる。なお、同331頁は一体性・共同性を「共同正犯は複数人が一体となって、強い関係性に基づいて犯罪を共同実行するものであり、容易に反対動機を乗り越えて犯罪が実現されやすい」という意味で理解する。

各関与者の個人責任を問うものである。

また、本稿のように一体性という共同正犯の集団としての性質に着目する理解をとる場合、それは共同意思主体説とはどのように異なるのかという疑問が示されるかもしれない。共同意思主体説は、「二人以上の異心別體たる個人が、一定の犯罪を犯すと云ふ共同目的を實現するが爲、同心一體となる」という点にその特徴があるとされる⁸⁷。このような共同意思主体説が関与者間の関係性に着目する点は因果性の観点のみからは説明しきれない共同正犯の構造を論じるという限度で射た理解であるといえ、「複数の関与者の間に密接な関係性がある場合に、その行為が一体として法的評価の対象となると解する点は、まさに正当な問題意識であろう」とも指摘される⁸⁸。

しかし、共同意思主体説は、共犯の成立においては「実行者の行為が当該共同意思主体の犯罪と看得られる場合には、その範囲内において、共同意思主体の活動があつたと考えられ」、「その範囲内において、全共犯者につき、当該犯罪が、一體として成立する」と論じる⁸⁹一方、処罰は関与者ごとに個別に行う⁹⁰とすることで、個人責任の原則に反しないことを説明しようとするものと思われる⁹¹が、処罰を個別に行うとしても、各関与者が結果に対してどのように因果的な影響を与えたのかが示されなければ、個別の関与者が生じた結果に対してどのような範囲で責任を負うかが不明であり、なお個人責任の原則に反すると言わざるを得ないと思われる。

本稿の立場は、一体性の観点だけではなく因果性の観点も維持して共同正犯を基礎づけようとするものであり、個人責任の原則に反しておらず、この点で共同意思主体説とは異なるものと位置づけることができる。

第7節 実行共同正犯と共謀共同正犯の区別

以上のように一体性を理解する場合、実行共同正犯と共謀共同正犯は実質的に区別して理解することとなる。

詳しくは第5章において論じるが、実行共同正犯と共謀共同正犯とでは、集団の危険が生じるプロセスが異なるからである。そして、そのようなプロセスの相違からは、共同正犯の成立要件として要求される意思連絡の内容も異なるという結論が導かれる。

また、共謀共同正犯内部においても、集団の危険が生じるプロセスが異なることがありえ、それによって、意思連絡の内容も異なりうる。

⁸⁷ 草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』（巖松堂書店、1950）315頁。

⁸⁸ 橋爪・前掲注（35）331頁注（19）。

⁸⁹ 齊藤金作『共犯理論の展開』（有斐閣、1954）192頁。

⁹⁰ 齊藤・前掲注（89）198-200頁。

⁹¹ 曲田統『共犯の本質と可罰性』（成文堂、2019）6頁は「今日の共同意思主体説は、団体が負うべき責任を個人に転嫁するという発想を明瞭に否定しており、あくまで共謀者個人が果たした役割の重要性に応じて処罰を根拠づけようとしている」と指摘する。

このように考えると、共同正犯を実行共同正犯と共謀共同正犯とに区別して議論する実益がある。加えて、共謀共同正犯を関与者間の関係性に依じてさらに区別する必要も存在すると思われる。

第2章では、本章の分析から得られた結果を踏まえ、そもそも意思連絡は共同正犯の要件として必要であるかを論じる。

第2章 共同正犯における意思連絡の要否

第1節 はじめに

共同正犯における意思連絡の要否は、従来から片面的共同正犯の成否の問題として論じられてきた。

学説上は、後述のとおり、意思連絡を必要とする片面的共同正犯否定説と意思連絡を不要とする片面的共同正犯肯定説が対立してきた。もっとも、近時、両説は実質的に接近していると思われ、その対立は深刻ではないと考えられる。

これに対し、実務上は、共同正犯の成立に意思連絡は必要とされる。もっとも、サイトを介して意思連絡がなされた最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁やいわゆる包括的共謀などで判例・裁判例は緩やかに意思連絡を肯定していると思われる。そのため、判例・裁判例が意思連絡として検討する内容は意思連絡それ自体ではなく、実質的には意思連絡を不要と解しているのではないかとも考えられる。

そこで、共同正犯の成立要件として意思連絡が必要かを明らかにする必要があるため、本章では、この点について集団の危険をもたらす関与者間の関係性という一体性の観点から検討を加える。

第2節 意思連絡の要否についての判例

従来、判例は共同正犯の要件として意思連絡を要求し、片面的共同正犯を否定してきた。

第1款 大判大正11年2月25日刑集1巻79頁

[事案の概要]

Aらが被害者宅を襲い脅迫住居侵入建造物損壊器物毀棄傷害の犯罪行為に及んだところ、被告人は被害者宅に石や煉瓦などを投げ込み、また、抜刀⁹²して屋内に侵入し刀を畳に突き

⁹² 『大審院蔵版 大審院刑事判例集第一巻』（法曹会、1927）は「事実」の項目（同79頁）において、「刀」と表記する。同様に『大審院蔵版 大審院刑事判例集第一巻』（法曹会、1951）も「事実」の項目（同79頁）において、「刀」と表記する。

これに対し、『大審院蔵版 大審院刑事判例集』（中央大学、発行年不明）の第一巻第二号では、「事実」の項目（同79頁）において、第二審判決が「抜刀ヲ振ツテ……ト判示シ」とされているが、判決理由（同81頁）では第二審判決は「抜刀ヲ振ツテ」と述べたものとされている（傍点はいずれも引用者による。）。「之ヲ疊ニ突立テ」（同79-80頁）ないし「之ヲ疊ニ突キ立テ」（同81頁）という文脈に照らせば、この箇所は「刀」であると思われる。

立て被害者などを脅迫したが、被告人と A らとの意思連絡は認定されなかった⁹³。

[判旨]

「刑法第六十條ニ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トスト規定シ行爲者各自カ犯罪要素ノ一部ヲ實行スルニ拘ラス其ノ實行部分ニ應シテ責任ヲ負擔スルコトナク各自犯罪全部ノ責任ヲ負フ所以ハ共同正犯カ單獨正犯ト異リ行爲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爲ヲ利用シ全員協力シテ犯罪事實ヲ發現セシムルニ由ル然ルニ若シ行爲者間ニ意思ノ連絡ヲ缺カンカ縱令其ノ一人カ他ノ者ト共同犯行ノ意思ヲ以テ其ノ犯罪ニ參加シタリトスルモ全員ノ協力ニ因リテ犯罪事實ヲ實行シタルモノト謂フヲ得サルカ故ニ共同正犯ノ成立ヲ認ムルヲ得サルモノトス」⁹⁴。

大正 11 年判決は、「共同犯行ノ認識」という意思連絡を共同正犯の要件として要求するだけでなく、さらにそのような意思連絡を前提として関与者が「互ニ他ノ一方ノ行爲ヲ利用シ全員協力シテ犯罪事實ヲ發現セシムル」ことが一部実行全部責任の根拠とされていることが注目される。

第 2 款 大判大正 14 年 1 月 22 日刑集 3 卷 921 頁

[事案の概要]

A が賭場を開張し、客に賭博をさせていたところ、被告人はその賭場に客を誘引して賭博をさせ A の賭場開張行為を幫助したが、A は被告人による幫助行為を認識せず、被告人が A の行為を認識し幫助する意思を有するにとどまっていた⁹⁵。

[判旨]

弁護人は上告理由にて意思連絡なくして共犯は成立しない旨主張した⁹⁶。

これに対し、大審院は「共同正犯ノ成立ニハ其ノ主觀的要件トシテ共犯者間ニ意思ノ連絡即チ共犯者カ相互ニ共同犯罪ノ認識アルコトヲ必要トスレトモ從犯成立ノ主觀的要件トシテハ從犯者ニ於テ正犯ノ行爲ヲ認識シ之ヲ幫助スルノ意思アルヲ以テ足り從犯者ト正犯者トノ間ニ相互的ノ意思聯絡アルコトヲ必要トセルヲ以テ正犯者カ從犯ノ幫助行爲ヲ認識スルノ必要ナキモノトス」と判示した⁹⁷。

⁹³ 刑集 1 卷 79-80 頁。

⁹⁴ 刑集 1 卷 81 頁。

⁹⁵ 刑集 3 卷 922 頁、924 頁参照。

⁹⁶ 刑集 3 卷 922-923 頁。

⁹⁷ 刑集 3 卷 924 頁。

大正 14 年判決は幫助犯の成否が争われた事例ではあるものの、大正 14 年判決は大正 11 年判決と同様に共同正犯の要件として「共犯者カ相互ニ共同犯罪ノ認識アルコト」という意思連絡を要求している⁹⁸⁻⁹⁹。

第 3 款 最決令和 3 年 2 月 1 日刑集 75 卷 2 号 123 頁

このように大審院判例は共同正犯の成立のために意思連絡を必要としており、現在も判例は共同正犯の要件として意思連絡が必要とする。もっとも、判文上は共同正犯の要件として意思連絡が必要とされているものの、緩やかに意思連絡が認められたと思われる判例として最決令和 3 年 2 月 1 日刑集 75 卷 2 号 123 頁がある。

[事案の概要]

「(1) 原判決及びその是認する第 1 審判決の認定並びに記録によれば、上記各罪に関する事実関係は、次のとおりである。

ア X, I N C. (以下「X社」という。)、X 動画及び X ライブの概要等

(ア) X社は、アメリカ合衆国所在の会社であり、前記サイト「X」を管理・運営し、X内において、平成 19 年 11 月以降、投稿サイト「X動画」のサービスを、平成 22 年 8 月以降、配信サイト「Xライブ」のサービスをそれぞれ提供していた(以下、上記投稿サイト及び配信サイトを「本件各サイト」という。)

(イ) X動画では、インターネットを通じてX社が契約するサーバに動画データを投稿することができ、投稿された動画データは、無料会員用と有料会員用等の用途に合わせて変換された後、X社が管理する配信サーバに送られ、不特定多数の視聴者がそのサーバにアクセスすることで、その動画の内容を視聴できる。X動画では、有料会員については無料会員と比較して種々の特典が設けられており、視聴者に有料会員登録を促す措置が講じられている。

また、X動画においては、視聴者が投稿動画を介して新規に有料会員登録をした場合には、投稿者は登録料の一定割合に相当するポイントを報酬として得て、現金化することができるなどの仕組みや、投稿された動画を視聴者に評価させる仕組みなど、投稿者により多くの動画を投稿するよう促す措置が講じられている。

X動画は、「一般」と「アダルト」のカテゴリに分けられ、X動画アダルトへの投稿動画には、本件以前から、男女の性器等を露骨に表した無修正のわいせつ動画(以下「無修正わ

⁹⁸ 沢登佳人「判批」刑法の判例〔第 2 版〕(増刊ジュリスト)(有斐閣、1973) 110 頁は大正 14 年判決が共同正犯の要件として意思連絡を必要とした判示は大正 11 年判決を踏襲したものであると指摘する。

⁹⁹ 幫助犯の成立要件として意思連絡を不要とした判例として、大判昭和 3 年 3 月 9 日刑集 7 卷 172 頁、大判昭和 8 年 12 月 9 日刑集 12 卷 2272 頁。昭和 3 年判決は「相互間ニ意思ノ連絡又ハ共同ノ認識アルコトヲ必要トスルモノニ非ス」と判示しており、「意思ノ連絡」と「共同ノ認識」を区別している。

いせつ動画」という。)が相当数含まれており、X動画アダルトのサイト上には、「注目ワード」内に「無修正」(無修正わいせつ動画の意味)というキーワードが表示されたり、「おすすめ動画」内に無修正わいせつ動画のサムネイルが多数表示されたりしていた。

(ウ) Xライブでは、ウェブカメラ等で撮影した動画データをインターネットを通じて生中継でX社管理のサーバに配信することができ、不特定多数の視聴者が当該サーバにアクセスすることで、その動画をリアルタイムで視聴できる。

Xライブでは、無料配信形態と有料配信形態があり、有料配信形態の動画が視聴された場合には、その動画の配信者は、視聴者が支払ったポイントのうちXに手数料として支払われる分を除いた分を報酬として得て、現金化することができる仕組み、Xライブの出演者(パフォーマー)を管理する会社又は個人(エージェント)が視聴料を設定し、前同様に、ポイントを報酬として受け取ることができる仕組み、Xライブの画面上に売上上位者の名前や金額を表示する仕組みなど、配信者により多くの動画を配信するよう促す措置が講じられている。

Xライブにも、「一般」と「アダルト」のカテゴリがあり、Xライブアダルトについても、本件以前から相当数の無修正わいせつ動画が配信されていた。

イ Yの業務内容及び被告人兩名らの関与の状況等

(ア) Yは、本件当時、Xに関する業務の大半を行っており、X社と共にX動画やXライブを含むXの業務全般を管理・運営していた。

(イ) 本件当時、被告人兩名は、X社の代表者であるZ(以下、同人と被告人兩名を併せて「被告人兩名ら」ともいう。)と共に、Y従業員を介して、X社の業務全般を管理・運営していた。

X動画のアダルトカテゴリは、被告人甲とZの方針で設けられた。

Xライブは、Zの方針で、ブログ、動画に続く収益の柱に据えるように開発され、X動画と同様にアダルトカテゴリが設けられた。Xライブの売上上位者の名前や金額等のランキング等は被告人兩名らに報告されていたが、売上げの90%以上をアダルトカテゴリが占めるようになり、被告人兩名らは、多額の利益を上げていたエージェントを「セックス配信中心」などと称して把握していた。

(ウ) 本件各サイトでは、児童ポルノ、獣姦、死体写真、ひどい暴力等のコンテンツについては、一定の基準で凍結等の措置が採られ、特に前二者については監視体制を設けて積極的に削除するなどの措置が講じられていた一方、無修正わいせつ動画については、アダルトカテゴリでは基本的に放置する方針が採られており、その結果、本件各サイトには前記のとおり相当数の無修正わいせつ動画が投稿・配信され、X動画アダルトでは無修正わいせつ動画が削除されずに長期間閲覧ができる状態となっていた。

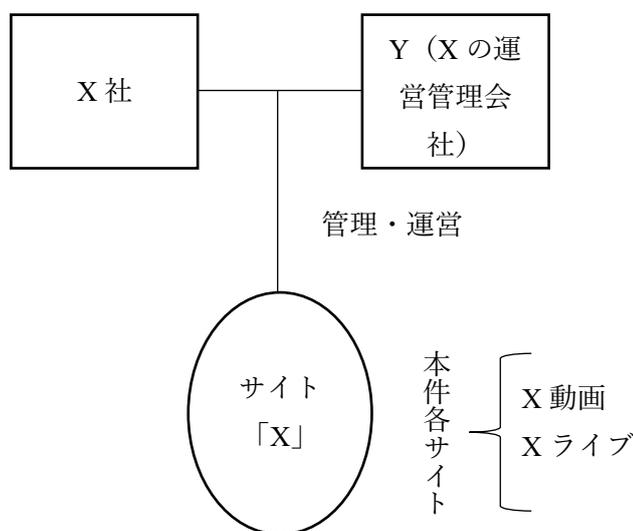
被告人兩名らは、アメリカ合衆国の法律では問題がないとして無修正わいせつ動画の投稿や配信を許可してきたことに関し、弁護士から、日本国内では刑事責任を問われる可能性がある旨を繰り返し指摘されていた。しかし、被告人兩名らは、X動画のアップロード画面

上の投稿者に対する警告文から「無修正ポルノ」の文言を削除し、公然わいせつ被疑事件について捜査照会を受けていたXライブアダルトの配信者が逮捕された後も、他の動画投稿サイトでは削除等がされている無修正わいせつ動画を放置するなど、上記方針を維持していた。

ウ 本件における投稿等の状況等

Bは、過去に何度も投稿した動画が削除されることはなく、視聴者の反応を楽しむ等の欲求を満たすために、第1審判決判示第1の無修正わいせつ動画の投稿（わいせつ電磁的記録記録媒体陳列の犯行）に及んだ。

Cは、Xライブアダルトは視聴者がコンスタントに入り稼ぎやすいこと、前記ア（ウ）の料金設定の仕組みがあることなどを理由にエージェント登録し、利益を得る目的で、有料設定で、Dと共謀の上、第1審判決判示第2の無修正わいせつ動画の配信（公然わいせつの犯行）に及んだ。Eは、他のサイトでは制限されている無修正わいせつ動画を配信しているXライブアダルトの存在を知り、エージェント登録し、利益を得る目的で、有料設定で、パフォーマーと共謀の上、第1審判決判示第3の無修正わいせつ動画の配信（公然わいせつの犯行）に及んだ（以下、B、C、D及びEらを併せて「本件各投稿者ら」という。）。¹⁰⁰



〈本件各投稿者ら〉

B...無修正わいせつ動画の投稿（わいせつ電磁的記録記録媒体陳列）。

C...Dと共謀の上、無修正わいせつ動画の配信（公然わいせつ）。

E...パフォーマーと共謀の上、無修正わいせつ動画の配信（公然わいせつ）。

¹⁰⁰ 刑集 75 卷 2 号 131-134 頁。

[決定要旨]

「被告人兩名及びZは、本件各サイトに無修正わいせつ動画が投稿・配信される蓋然性があることを認識した上で、投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であったとしても、これを利用して利益を上げる目的で、本件各サイトにおいて不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図を有しており、前記のような本件各サイトの仕組みや内容、運営状況等を通じて動画の投稿・配信を勧誘することにより、被告人兩名及びZの上記意図は本件各投稿者らに示されていたといえる。他方、本件各投稿者らは、上記の働きかけを受け、不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図に基づき、本件各サイトのシステムに従って前記投稿又は配信を行ったものであり、本件各投稿者らの上記意図も、本件各サイトの管理・運営を行う被告人兩名及びZに対し表明されていたといえることができる。そうすると、被告人兩名及びZと本件各投稿者らの間には、無修正わいせつ動画を投稿・配信することについて、黙示の意思連絡があったと評価することができる。」¹⁰¹

詳細は第4章にて検討するが、令和3年決定は、本件各投稿者らによる投稿・配信行為の時点で、被告人兩名は本件各投稿者らを具体的に認識しておらず¹⁰²、本件各投稿者らの意思を了解していない¹⁰³にもかかわらず、黙示の意思連絡を肯定した。

動画の配信については公然わいせつ罪、投稿についてはわいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪が問題となるころ、投稿・配信がなされた時点で被告人兩名が「本件各投稿者らの意思表示を認識していない」ことから、「共同性を基礎づける共謀が事前あるいは現場でなされたということとはできない」として、公然わいせつ罪については意思連絡は認められず、また、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪についても、同罪を継続犯と解したとしても、「同罪の『陳列』とは、わいせつ物を不特定または多数人が視聴できる状態に置くことであり、『置いた状態』の継続と『置くこと』の継続は同じではない」から、「投稿後の意思連絡ないし合意によって本罪の共謀を基礎づけることはできない」との批判がなされている¹⁰⁴。

相手方の意思を了解しなければ意思連絡は認められないと理解するならば、令和3年決定は判文上は黙示の意思連絡を認めているものの、実際は意思連絡なく共同正犯を肯定したということとなり、片面的共同正犯が肯定される場合があることを示した判例と位置づけられることとなろう。これに対し、令和3年決定はあくまでも共同正犯の成立要件としての意思連絡を肯定したと理解するならば、令和3年決定は相手方の意思の了解がなくても

¹⁰¹ 刑集75巻2号134-135頁。

¹⁰² 照沼亮介「判批」重判令和3年度（ジュリ臨増1570号）（2022）132頁、豊田兼彦「サイト等の管理・運営行為と共同正犯の成否——最高裁令和3年2月1日決定を素材として——」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2022）852頁。

¹⁰³ 平山幹子「インターネットサイトの管理・運営者の刑事責任について——最高裁令和3年2月1日決定を素材に——」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2022）863頁、平山幹子「判批」新・判例解説Watch32号（2023）185頁。

¹⁰⁴ 平山・前掲注（103）「判批」185頁。

意思連絡は認められうるということを示した判例とされることとなる¹⁰⁵。

第3節 片面的共同正犯を否定する見解¹⁰⁶

以上のとおり、判例上は大審院の時代から現在に至るまで共同正犯の要件として意思連絡が必要とされてきたことが確認された。

これに対し、学説は、前述のとおり、意思連絡を必要とする片面的共同正犯否定説と意思連絡を不要とする片面的共同正犯肯定説が対立してきた。

以下では、まず、片面的共同正犯否定説をいくつか取り上げ、それらについて、その根拠ごとに分類した上で検討を加える。

第1款 「共同して」という文言に着目する立場

片面的共同正犯が否定される根拠としては、刑法60条の「共同して」という文言が挙げ

¹⁰⁵ 豊田・前掲注(102)852-853頁は、令和3年決定を共謀共同正犯と実行共同正犯のいずれとして構成したとしても、実行行為者を特定せずに意思連絡を認めた点で共同正犯の成立範囲を広げたものであることを指摘する。

¹⁰⁶ 勝本勘三郎『刑法要論上巻(総論)〔訂正3版〕』(有斐閣、1915)385-386頁、宮本英脩『刑法学粹〔第5版〕』(弘文堂、1935)399頁、植松正「片面的共犯否定への道標」齊藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯論』(有斐閣、1964)258頁以下、岡野光雄「片面的共犯」法セミ236号(1975)47-48頁、藤木・前掲注(48)284頁、斉藤誠二「片面的共犯をめぐって」成蹊16号(1980)23-32頁、大塚仁『犯罪論の基本問題』(有斐閣、1982)326-327頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990)391頁、西原春夫『刑法総論(下巻)〔改訂準備版〕』(成文堂、1993)384頁、阿部力也「片面的共同正犯について」明大院2号(1995)29-30頁、内田文昭『改訂刑法I(総論)〔補正版〕』(青林書院、1997)295頁、297頁注(1)、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』(成文堂、1997)144-145頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』(成文堂、1998)388頁、佐藤司『刑法総論講義』(信山社、2000)158頁、曾根威彦『刑法の重要問題(総論)〔第2版〕』(成文堂、2005)320頁、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005)363頁、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』(勁草書房、2007)298頁、斎藤信治『刑法総論〔第6版〕』(有斐閣、2008)267頁、立石二六『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2008)311頁、佐久間修『刑法総論』(成文堂、2009)374頁、木村光江『刑法〔第3版〕』(東京大学出版会、2010)170頁、外木央晃「片面的共犯」明大院32号(2010)82頁、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010)352頁、370頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』(有斐閣、2011)270頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2011)232-233頁、川端・前掲注(44)566-567頁、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015)261頁、裁判所職員総合研修所『刑法総論講義案〔第4版〕』(司法協会、2016)353-354頁、松原芳博『刑法総論〔第3版〕』(日本評論社、2022)436-437頁、高橋則夫『刑法総論〔第5版〕』(成文堂、2022)500頁、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』(東京大学出版会、2019)345-346頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』(成文堂、2019)425頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第5巻〔第60条～第72条〕〔第3版〕』(村上光鷄)(青林書院、2019)174頁。

られる。

たとえば、ある論者は、片面的共同正犯とされる事例について共同正犯を肯定しなくても不当ではなく、その肯否は当罰性からは決定できないとしつつ¹⁰⁷、『共同シテ』の意味には、『相互了解のもとに』ということが含まれている¹⁰⁸、『共同』の語義に片面的なものまで含ましめることは、法文解釈の常道を逸するものと評せざるをえない¹⁰⁹、『共同シテ』という法文上の辞句がなによりも端的に心理的連絡つまり相互了解が要件となっていることを示している¹¹⁰と論じ、条文の文言から片面的共同正犯を否定する。

しかし、関与者間の意思連絡がある場合が「共同して」という文言の典型例であるとしても、意思連絡がない場合が文言上排除されるかは疑問がある。Xが、Aが暴行を用いてVを強制性交しつつある際に共に犯す意思をもってAの不知の間にVの手足を押さえたという事例¹¹¹において、XA間に意思連絡がなかったとしても、客観的にはXによる押さえつけがAによる暴行を用いた性交を容易にしていると考えられる以上、複数の行為が組み合わさって行われているという意味でこれが「共同して」という文言に含まれるとみることも不可能ではないと思われる¹¹²。

たしかにXによる押さえつけがAによる暴行を用いた性交を容易にしているという関係は促進関係であるから、幫助犯によって対応すべきであり、このような場合を「共同して」に含まれるとみるべきではないという批判もありえる。しかし、そのような批判の本質は共同正犯と幫助犯の性質の観点から両者をどのように振り分けるかという問題にあり、少なくとも、「共同して」という文言に意思連絡がない場合も含まれるということに対する批判とはならないと思われる。

第2款 共犯の因果性を心理的因果性に限定する立場

広義の共犯において条件関係は不要であり、心理的因果性があれば足りる¹¹³とした上で、

¹⁰⁷ 植松・前掲注(106)258-266頁。

¹⁰⁸ 植松・前掲注(106)259頁。

¹⁰⁹ 植松・前掲注(106)261頁。

¹¹⁰ 植松・前掲注(106)266頁。

¹¹¹ 勝本・前掲注(106)386頁〔同事例において「強姦」とされていた箇所は「強制性交」とした。〕。

¹¹² 片面的共同正犯を否定する根拠として「共同して」という文言を挙げることに對する批判として、中義勝「片面的共同正犯」関法16巻4・5・6号(1967)6頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975)391頁、大越義久『共犯論再考』(成文堂、1989)85頁注(2)。

片面的共同正犯を肯定するある論者は、『二人以上共同シテ』トアルハ、共犯其者ハ本質上一方的ナルニ拘ラス、二人以上ノ犯罪カ成立スル場合ニノミ生スル関係ナルコトヲ意味スルモノト解スヘシ。』とする(宮本・前掲注(106)400頁)。

¹¹³ 町野・前掲注(43)「惹起説の整備・点検」130頁以下、町野・前掲注(43)『プレップ刑法』226頁。

心理的因果性とは「共犯者同士が意思を通じることによって犯罪結果の発生が促進されたであろうという」ことである¹¹⁴とする立場がある¹¹⁵。これは、広義の共犯に必要な心理的因果性は意思連絡によって生じることから、共同正犯の要件として意思連絡を要求するものである。

この立場は、共犯の因果性を物理的因果性に限定する理由については、『物理的因果性』の内容が結果の発生を『促進』あるいは『容易』にしたことであるとされるとき、それは少なくとも単独正犯において必要とされる条件関係……とは異なっており、「心理的因果性が存在しないときにも物理的因果性が肯定されれば共犯の成立があるとするのは、……共犯に必要とされる心理的因果性も、単独犯に必要な条件関係も存在しないところで関与者の責任を肯定することであり、やはり不当だと思われる。」と論じる¹¹⁶。

このように共犯の因果性を心理的因果性に限定することに対しては、「心理的因果性を必要条件と解する根拠は何ら提示されていない」との批判が向けられる¹¹⁷。

しかし、心理的因果性に限定することについては、次のように理解することができるだろう。

すなわち、論者は、「共犯の因果性は共犯行為と正犯行為との間で論じなければなら」¹¹⁸ず、「共犯の因果性は結果発生を促進効果ではなく、実行者の行為を促進することにより、間接的に結果発生を促進することである」と論じる¹¹⁹。ここでは、共犯の因果性は「共犯行為」と「正犯行為」の關係に着目して論じられている。このように共犯行為が正犯行為自体を促進したというためには、正犯者への心理的な働きかけがなければならないと論者は理解しているものと思われる。たしかに正犯行為に及ぶこと自体を促進する必要があると考えると、促進の態様は心理的なものに限定されると考えられる。なぜなら、正犯行為に及ぶにあたっては、正犯者の行為に及ぶ意思決定が必要であるところ、その意思決定を後押ししなければ正犯行為に及ぶこと自体を促進することはできないと思われるからである¹²⁰。こ

¹¹⁴ 町野・前掲注(43)『プレップ刑法』226頁。町野・前掲注(43)「惹起説の整備・点検」135頁は、「行為の遂行において意思を合致させたことは行為の遂行を促し、結果の発生を促進させたとみることが『できる』という心理的因果性は、行為にでなければ結果を防止『できた』という条件関係よりも希薄なものである」とする。

¹¹⁵ 曾根・前掲注(106)320頁も「片面的共同正犯には、相手に対する物理的影響が認められるとしても、相手方に共同実行の意思がない以上、相互の意思連絡によって初めて可能となる心理的影響が認められない」として片面的共同正犯を否定する。

¹¹⁶ 町野・前掲注(43)「惹起説の整備・点検」131頁。

¹¹⁷ 伊藤嘉亮「共同正犯における意思連絡の要否と役割」早誌67巻2号(2017)102頁。

¹¹⁸ 町野・前掲注(41)414頁。

¹¹⁹ 町野・前掲注(41)416頁。

¹²⁰ XがYを殺害しようとしてナイフを突き出したYの背中を押し、刺突行為の威力を上げたという事例を考えても、Xが背中を押しした行為はYの刺突行為を物理的に促進したということではできない。なぜなら、Yはすでに刺突行為に及んでいる以上、刺突行為から結果が生じる可能性を高めることはできるが、刺突行為が行われる可能性を高めることはでき

のように理解すると、共犯の因果性は心理的因果性に限定されることとなる。そして、具体的には、片面的共同正犯の事例、たとえば、強盗をしようとしている Y の背後から、X が被害者 V に対して拳銃を構えたという事例については、V はたしかに X の行為の影響を受けているものの、X の行為によって Y が行為に及ぶこと自体が促進されたわけではないため、片面的共同正犯は否定されることとなろう¹²¹。

このような立場に対しては、意思連絡がなくても心理的因果性を肯定することはできると批判される¹²²⁻¹²³。このような批判に対しては、意思連絡がなくても心理的因果性が認められることはあるが、そのような心理的因果性では共同正犯を認めるには足りないとして、共同正犯の成立に必要な心理的因果性の程度を問題とすることもできるであろう。もっとも、このように考える場合、共同正犯の成立に必要な心理的因果性はどの程度のものかを明らかにする必要があるが、それを示すことは困難であるように思われる。

第3款 相互利用補充関係に着目する立場

共同正犯における一部実行全部責任の根拠を相互利用補充関係に求める立場は、それを次のとおり説明する。

すなわち、共同正犯においては、複数人が集合し人的結合が強化されることによって、関与者間に心理的拘束力が生じ、このような「人的結合が形成されると、協力関係に基づく合同力が強くなって『犯行遂行が確実』になる」¹²⁴ところ、これを抑止するための共同正犯の特別な取り扱いが一部実行全部責任である¹²⁵。そして、関与者は「全体との関連において実質的に評価され」¹²⁶、「『分業・分担』によって統一的に実現された結果」¹²⁷に対する責任を負う¹²⁸。

このように共同正犯の性質として相互利用補充関係に着目する理解からは、共同正犯に

ないからである。

¹²¹ 町野・前掲注(41) 416頁。

¹²² 山口・前掲注(6) 320-321頁注(6)など。

¹²³ 伊藤・前掲注(117) 104頁は、意思連絡がある方が心理的因果性の認定は容易になるから、心理的因果性を理由に意思連絡を要求する立場は「広義の共犯の因果性を認定するには事実的な心理的因果性があるだけでは足りず、それに加えて刑法60条以下が予定する類型的な心理的因果性が要求されるのであって、その類型性を担保する要件として意思連絡が要求されると考えたのではないだろうか」と指摘する(傍点は原文どおり)。

¹²⁴ 川端・前掲注(44) 556頁。

¹²⁵ 川端・前掲注(44) 556頁。

¹²⁶ 川端・前掲注(44) 556頁。

¹²⁷ 川端・前掲注(44) 557頁。

¹²⁸ 川端・前掲注(44) 556-557頁。このような関与者間を行為者レベルに引き直したものが相互利用補充関係である(川端・前掲注(44) 557頁参照)。

は意思連絡が必要とされる。たとえば、次のとおり説明される。

上記の関与者の分業・分担による人的結合は、「それぞれ相手の行為を利用することによって、犯罪を容易に、かつ、確実に遂行・実現しようとする事」であり、これは「各共同者間に存在する『相互の利用関係』として捉えることができる」¹²⁹。このような相互の利用関係を基礎づけるために意思連絡は常に必要とされる。すなわち、「役割分担をとおしてみとめられる相互の利用関係は、各共同者の心理的な内容としてお互いに利用し合うという認識を相互にもたないかぎり、成立しえない。つまり、相互の利用関係によって、各共同者がそれぞれの目的を実現することをとおして全体としての犯罪が遂行されるという観点からは、このような相互の利用関係を実効的なものにするためには、主観的には、お互いが利用し利用され合うという認識をもたなければならず、客観的には、各共同者が割り当てられた役割を十分に果たさなければならないのである」¹³⁰。

これに対しては、意思連絡がなくても相互利用補充関係は形成されうるとして、「例えば、Bが被害者を強姦する際に、被害者に恨みを持っていたAがBに気づかれることなく被害者の足を押さえ、Bによる強姦を完遂させた場合……、AとBの間に意思連絡はないが、AはBの姦淫行為を利用・補充しているといえる。更に、Bも、Aが創出した状況を意識せずに利用しているし、姦淫を遂行することで（強姦の実現を意図する）Aの行為を補充していると考えられる」と批判される¹³¹。

しかし、上記の相互利用補充関係を理由に意思連絡を要求する立場は、「相互の利用関係を実効的なものにするためには、主観的には、お互いが利用し利用され合うという認識をもたなければなら」¹³²（傍点は引用者による。）ないと論じている。また、ほかの論者も「共同者間に片面的にしか認識がない場合には、相手方の行為を十分に利用しえない状況にあるわけですから、そのような者にまで共同正犯としての責任を問うことは失当である」¹³³（傍点は引用者による。）と論じる。このように、この立場は、相互利用補充関係を実効的なものとするために意思連絡を必要としているのであり、意思連絡がなければ相互利用補充関係が形成されないとしているわけではないと思われる。

関与者が互いに利用し合う関係がどの程度まで認められれば、「実効的」である、または「相手方の行為を十分に利用」できる状況といえるかは明らかではないが、意思連絡がなけ

¹²⁹ 阿部力也「共同正犯の主観的成立要件について」法論70巻1号(1997)117頁。そして、「このような利用関係を全体として見た場合には、『犯罪の分業・分担』と捉えることができ」(同117頁)、「各共同者がそれぞれの目的において、それを実現するために犯罪の実行に関与し、お互いがそれぞれの行為を利用し合うところに共同正犯の特徴がある」(同118頁)。

¹³⁰ 阿部・前掲注(129)121-122頁。

¹³¹ 伊藤・前掲注(117)106-107頁。

¹³² 阿部・前掲注(129)122頁。

¹³³ 大塚・前掲注(106)『犯罪論の基本問題』327頁。

れば互いに状況に応じた臨機応変な対応をすることが難しいとはいえる。そのため、その点で「実効的」または「相手方の行為を十分に利用」できる状況ではないと評価することも可能であろう。そして、これは、上記の批判をする、「意思連絡を欠く場合にも何らかの連携作用を認めることはなお可能であるが、円滑かつ高度な連携を確保することは到底不可能なのである」という論者の理解¹³⁴と同様の発想に立つものと位置づけることもできるのではないか。

第 4 款 意思連絡を関与者の連携による高度な危険を類型的に担保する要素として位置づける立場

意思連絡を関与者の連携による高度な危険を類型的に担保する要素として位置づける立場がある。

これは、共同正犯が単独正犯と比べて「個々の役割が劣るにもかかわらず単独犯と同等に処罰される理由は、共同正犯における共同行為全体の危険性が単独犯の危険性を凌駕する点に求められる」¹³⁵という理解を前提として、「単独犯と同等（ないしそれ以上）の法定刑および量刑を予定する共同正犯は、単独犯が創出する危険を凌駕する類型的に高度な危険を包含する関与類型である」¹³⁶と位置づける。その上で、「意思連絡がなくても関与者らが連携することはあるし、また、それが高度な危険を生じさせることも——極めて稀ではあるが——あり得なくはない。しかし、高度な危険は、一般的には個々の行為が円滑に連携できるよう緊密に調整し合っている場合に創出されるのであって、意思連絡なき高度な危険の創出は異常な、つまり非類型的な事態である。たとえそのような危険創出が事実上認定されうるとしても、それは、立法者が類型的に予定するものではないとして、刑法 60 条の適用範囲から排除される」¹³⁷と論じる。

このような議論からは、「意思連絡は、犯罪の遂行過程から不確定要素を排斥し、個々の行為の円滑な連携を担保するもの」¹³⁸であり、「関与者間の円滑な連携作用およびそれに伴う高度な危険を類型的に担保する要素として、刑法 60 条の必要条件の一つに位置づけられる」¹³⁹（傍点は原文どおり）。そのため、共同正犯が成立するためには、「刑法 60 条が類型

¹³⁴ 伊藤・前掲注（117）135 頁。

¹³⁵ 伊藤・前掲注（117）130 頁。伊藤・前掲注（10）「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察（1）」16 頁においても、共同正犯の正犯性について、「正犯行為も共犯行為も犯罪実現の危険を有する（あるいは危険を増大させる）行為であると考えるのであれば、正犯が共犯よりも重いことの根拠は『正犯行為の危険性の高さ』に求められることになる。」と指摘される。

¹³⁶ 伊藤・前掲注（117）131 頁。

¹³⁷ 伊藤・前掲注（117）136 頁。

¹³⁸ 伊藤・前掲注（117）136 頁。

¹³⁹ 伊藤・前掲注（117）136 頁。

的に予定する方法で（つまり、類型的に高度な危険を創出する形で）実現しなければならないとするのであれば、それを担保する要素として意思連絡が必要になる」¹⁴⁰から、「意思連絡のない片面的関与は——たとえ個々の具体例においては例外的に高度な危険を創出するものであったとしても——刑法 60 条の対象にな」¹⁴¹らず、片面的共同正犯は否定されることとなる。

このような立場に対しては、「『類型的』とは『事実上そのようなケースが多い』という意味ではなく、あくまで『重要でない部分を捨象した』という意味なのであるから、数のうえでは少ないといっても、意思連絡なき相互調整による高度の危険創出が重要でないことを論証しない限り、結論先取りの誤謬を犯したものと評さざるをえない」¹⁴²と批判される。

第 5 款 その他の立場

これらの立場のほかにも、共同正犯の本質は機能的行為支配にあるとして、その前提として意思連絡が要求されるとする立場がある¹⁴³。もっとも、後述のとおり、機能的行為支配に着目しても意思連絡は必ずしも必要ではないと指摘される。

また、意思連絡を要件としなければ「共犯」の通俗的イメージとはかけ離れた事例が共同正犯とされかねないと指摘される¹⁴⁴。しかし、通俗的イメージとはかけ離れた事例が共同正犯とされかねないことは意思連絡を要件とすることの根拠とはならないと思われる。この立場は、心理的拘束を「寄与の重大性を示す要素」とする¹⁴⁵が、後述するとおり、寄与の重大性からは意思連絡を不要と解することもできると思われる。

第 4 節 片面的共同正犯を肯定する見解¹⁴⁶

¹⁴⁰ 伊藤・前掲注（117）138 頁。

¹⁴¹ 伊藤・前掲注（117）138 頁。

¹⁴² 小林憲太郎『刑法総論〔第 2 版〕』（新世社、2020）328 頁。

¹⁴³ 齊藤誠二「片面的共犯をめぐって」成蹊 16 号（1980）23-25 頁。

¹⁴⁴ 杉本一敏「意思連絡について」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014）227-228 頁。そこでは島田・前掲注（40）460 頁以下が参照されている。

¹⁴⁵ 杉本・前掲注（144）230 頁。

¹⁴⁶ 植田重正「片面的共犯」齊藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯論』（有斐閣、1964）245-249 頁、中・前掲注（112）19-21 頁、沢登・前掲注（98）115 頁、平野・前掲注（112）391-393 頁、大越・前掲注（112）78-90 頁、内藤謙『刑法講義総論（下）II』（有斐閣、2002）1433-1434 頁、堀内捷三『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣、2004）293-294 頁、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』〔伊藤涉〕（弘文堂、2005）306 頁、齊藤信宰『新版刑法講義〔総論〕』（成文堂、2007）454 頁、中山研一『新概説刑法 I』（成文堂、2011）220 頁、山口・前掲注（6）367 頁、山中敬一『刑法総論〔第 3 版〕』（成文堂、2015）899 頁、松宮孝明『刑法総論講義

第1款 機能的行為支配に着目する立場

前述のとおり、機能的行為支配に着目する立場は片面的共同正犯を否定するが、一方で、共同正犯の正犯性は機能的行為支配によって認められるとする立場に立ちつつも、片面的共同正犯を肯定するものがある。

この論者は、次のような事例では、片面的にしか関与しない者についても機能的行為支配が認められると論じる。

すなわち、「甲は強盗の意思で丙家に侵入したところ、とたんに棍棒をたずさえて隣室をうかがっているその家の主人丙を現認した。甲は、とっさの間に、隣室で乙が窃取しようとしてあれこれ物色しているのを知り、たちまちすべての事情を了解した。そこで、甲は、にわかには、乙をしてその窃取をとげしめようと考え、ピストルを丙に擬して、丙をしてその場に立ち往生させた。その間に何も知らぬ乙は窃取をとげ、窓から戸外へ逃走した。」¹⁴⁷という事例を挙げ、「もし甲による片面的加功がなされないとすれば、乙はたちまち兵によって逮捕されるか、そうでなくとも窃取をとげえずして逃走するにいたる」¹⁴⁸のであって、「甲はむしろ乙による窃取の成否を掌中に把持するというものであり、この意味において乙の行為をも支配するものだといってもよい」¹⁴⁹として、意思連絡がなくても機能的行為支配を肯定する。論者によれば、「加功がそれだけでも既遂の結果をとげうるような因果力をそなえるときには、たとえ一方的了解があってもその間に機能的行為支配は認められない」¹⁵⁰が、「各加功がそれだけでは既遂の結果をあげえぬとされるときにおける一方的了解と加功が行われる」¹⁵¹場合には、機能的行為支配が認められ、片面的共同正犯は肯定される¹⁵²

もっとも、このように機能的行為支配を要求しつつも片面的共同正犯を肯定する理解に対しては、このような「機能的行為支配の観念が刑法60条の解釈に適合するかどうかについては、格別、説明されていない」¹⁵³、また、「『機能的行為支配』という概念の一つのユニークな理解の仕方である」と批判される¹⁵⁴。

仮に前者の批判を措き、共同正犯が機能的行為支配によって基礎づけられると考えたとしても、そのような立場から意思連絡を必要とすることも、反対に意思連絡を不要とすることも可能ならば、機能的行為支配は少なくとも意思連絡との関係ではその要否を決するこ

〔第5版補訂版〕(成文堂、2018) 269-270頁、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2019) 427頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂、2019) 383-384頁。

¹⁴⁷ 中・前掲注(112) 19頁。

¹⁴⁸ 中・前掲注(112) 20頁。

¹⁴⁹ 中・前掲注(112) 20頁。

¹⁵⁰ 中・前掲注(112) 20頁。

¹⁵¹ 中・前掲注(112) 21頁。

¹⁵² 中・前掲注(112) 21頁。

¹⁵³ 大塚仁『刑法論集(2)』(有斐閣、1976) 16-17頁注(4)。

¹⁵⁴ 齊藤・前掲注(143) 26頁。

とができず、重要な意味を持たないのではないか。

第2款 因果性に着目する立場

共同正犯の要件として意思連絡を不要とし、片面的共同正犯を肯定する立場として、意思連絡がなくても関与者が結果に対して因果性を有することに着目する立場が有力に主張される。

たとえば、ある論者は、まず、片面的共同正犯においては当罰性の考察を前提として検討する必要があるとする¹⁵⁵。その上で、「AがBのC宅への窃盗侵入を事前に知り、それを完遂させるために、事前にCに暴行脅迫を加えてその自由を拘束し、その間にその事情を知らない後行のBをして、その盗取行為を遂行させた場合」¹⁵⁶において、Aは「結果に対し因果関係を与えた」¹⁵⁷一方、「BはAの先行行為に対し何ら影響を与えたものでないが故に、Aの行為については固より責任がなく、……自己の行為についてのみ責任をも」¹⁵⁸ち、したがって、「Bは窃盗既遂だとしても、Aは強盗の既遂であり、その意味でAは自己の行為だけでなく、Bの行為に対してもまた責任をもつ」¹⁵⁹として、Aについて強盗罪の片面的共同正犯を肯定する¹⁶⁰。

これに対し、上記の事例を修正した「Aにも一方的了解がなく、全くの偶然によってABの犯罪が競合した場合」¹⁶¹は「AはBの盗取に対し何ら（相当）因果の関係に立っていない」としてAは単独犯にとどまると論じる¹⁶²。

このような論者の立場は、当罰性から片面的共同正犯を肯定するものと評価されることもあるが¹⁶³、Aの罪責を判断するにあたって「結果に対し因果関係を与えた」ことに着目していることからすると、この立場は当罰性のみを問題とするものではなく、片面的共同正犯に当罰性が認められることを前提に、後述の立場と同様に因果性の観点から片面的共同正犯を肯定することができることを論じるものといえよう¹⁶⁴。

明示的に因果的共犯論を前提とする論者は、「因果的共犯論によれば、物理的因果性のみ

¹⁵⁵ 植田・前掲注（146）242頁。

¹⁵⁶ 植田・前掲注（146）244-245頁。

¹⁵⁷ 植田・前掲注（146）246頁。

¹⁵⁸ 植田・前掲注（146）246頁。

¹⁵⁹ 植田・前掲注（146）246頁。

¹⁶⁰ 植田・前掲注（146）247頁。

¹⁶¹ 植田・前掲注（146）245頁。

¹⁶² 植田・前掲注（146）245頁。

¹⁶³ このように評価するものとして、たとえば、大塚・前掲注（106）『犯罪論の基本問題』325-326頁を参照。

¹⁶⁴ なお、植田・前掲注（146）247-250頁は、片面的共同正犯を単独正犯として構成することについて、片面的共同正犯は直接正犯または間接正犯に包摂されないと論じる。

であっても共犯の処罰を根拠づけることは可能である。そして、たとえば、乙が丙を殺害しようとしているときに、甲が乙を援助する目的で丙の唯一の逃げ道であるドアを押しえつけて、乙による丙殺害を可能にしたような作為による片面的共犯の場合、その関与の重大性に鑑みれば、甲を殺人罪の片面的共同正犯とする方が妥当なように思われる¹⁶⁵として、因果性の観点からは共同正犯に意思連絡は不要であると主張する。

また、明示的に因果的共犯論を前提とする論者も当罰性を考慮していると思われる。すなわち、「片面的に関与する者の側から見れば、物理的因果性、又は、一方的な心理的因果性を基礎として、構成要件該当事実を片面的又は一方的ではあれ他の共同者と共に惹起するという関係を認めることができる場合が例外的には考えうる¹⁶⁶として片面的共同正犯を肯定する論者は、「片面的幫助又は片面的共同正犯を否定する立場からは、正犯が単独で構成要件該当事実を故意で実現するにあたり、それに一方的に関与した行為者が不可罰になりかねず、妥当でないと思われる。もっとも、片面的共同正犯だけを否定する場合には、片面的幫助の成立が肯定されることになるため、幫助という評価の妥当性に問題は残るが、不可罰という疑問のある帰結を回避することはできる¹⁶⁷とも指摘しており、片面的共同正犯としての処罰を許容する根拠としてではないものの、ここでも当罰性が考慮されていると思われる。

以上のとおり、因果性の観点からは意思連絡が不要であると主張されるが、後述のとおり、単なる因果性のみから意思連絡の要否を論じることはできない。

第3款 双方向的な因果的影響力に着目する立場

「犯罪遂行過程において因果的な同時的混合・競合を経て犯罪遂行が行われる場合には、その関与者は、もはや二次的背後的関与者ではなくなる¹⁶⁸として、意思連絡に代わって「双方向的な因果的影響力¹⁶⁹を共同正犯における共同性の要件と位置づける立場がある。

また、この立場から派生して、次のような主張もなされている。

すなわち、「複数人が共同し、しかもその行為が相互に結びついている場合には、一般に、いずれの行為者についても、単独ではできないことができる可能性が高まり、これをあわせてみると、犯罪実現の可能性は、単独犯の場合よりも飛躍的に高まっている¹⁷⁰から一般予防のために関与者は正犯とされる。また、「相互に結びついて結果を惹起している場合、それらの者は、たとえその行為に時間的先後関係があろうとも、なお一体として、同列的に

¹⁶⁵ 西田・前掲注(146)384頁。

¹⁶⁶ 山口・前掲注(6)367頁。

¹⁶⁷ 山口・前掲注(6)367頁。

¹⁶⁸ 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論」刑法45巻2号(2016)11頁。

¹⁶⁹ 嶋矢・前掲注(168)12頁。

¹⁷⁰ 島田・前掲注(40)463-464頁。

結果を惹起していると評価できる。このような場合であれば、関与者に主従関係はないから、要素従属性を妥当させないのが適切である¹⁷¹。そして、この立場は「一般予防の考慮と関与の同列性を根拠とするものだから、因果性判断で要求されている結果への現実的な影響は必要ない¹⁷²として、双方向的な因果的影響力を「『相互性』あるいは『相互的結びつき』¹⁷³と緩やかに捉え直す。

これらの立場からは、「意思連絡がなくとも、物理的因果性が相互に影響している場合、具体的には、背後者 X の行為と、実行正犯者 Y の行為が、実行あるいはそれに準ずる段階で、相互に結びつきあって結果に寄与した場合であれば、共同正犯を認める余地が生じる¹⁷⁴として片面的共同正犯を肯定することができるとされる¹⁷⁵。

また、共同性の内容は、「各人の行為が互いに他を促進する関係にある（双方向的寄与）か、または、たとえ一方的な寄与であっても、双方がその寄与を認識するとともに一方の認識を他方がさらに認識する、という関係が認められる（双方向的認識）場合¹⁷⁶であり、双方向的認識は意思連絡・意思疎通と表現されるとする立場がある。その上で、この立場は双方向的寄与が認められる場合には片面的共同正犯が肯定されると論じる¹⁷⁷。これは双方向的な因果的影響力が認められる場合を双方向的寄与と双方向的認識を分類するものの、双方向的な因果的影響力を共同性の要件として位置づける立場と同様の主張であると思われる。

このような立場は、共同正犯の構造を因果性の観点からの確に捉える点で重要であるが、後述のとおり、このような理解を前提としても意思連絡の必要性はなお否定できないように思われる。

第 5 節 小括

第 1 款 片面的共同正犯否定説と肯定説の収斂傾向

以上のとおり、従来、意思連絡の要否をめぐってさまざまな立場が主張されてきた。

¹⁷¹ 島田・前掲注（40）464 頁。

¹⁷² 島田・前掲注（40）465 頁。

¹⁷³ 島田・前掲注（40）465 頁。

¹⁷⁴ 西田ほか編〔島田〕・前掲注（13）853 頁。

¹⁷⁵ 橋爪・前掲注（35）338-340 頁は双方向的な因果的影響力がすべての共同正犯に認められるわけではないとしながらも同方向の主張をする。

¹⁷⁶ 小林・前掲注（142）326 頁。

¹⁷⁷ 小林・前掲注（142）336-338 頁。

また、小林・前掲注（49）102 頁は、「通常は意思連絡によりその存在が明らかな一体性も、限界的な事例においては、……類型的容易化の存否・程度に照らして実質的に判断されることになる」として、通常は意思連絡によって一体性が認められるとしつつも、意思連絡がなくても一体性が認められる場合が存在することを示唆する。

もっとも、少なくとも現在は、意思連絡を不要とする立場も意思連絡がある場合を共同正犯が成立する典型的な場合として位置づけており¹⁷⁸、また、過失の共同正犯や「実行行為を分担するなど関与者が客観的に密接な関係にある場合」のような例外を除いて、「(故意犯の)共同正犯が認められる場面は、実際には、意思連絡のある場合に限られてくる」とも指摘される¹⁷⁹。

一方、意思連絡を必要とする立場の中には、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別した上で実行共同正犯における意思連絡は「最低限、役割分担を可能にする程度のもの」¹⁸⁰で足りるとするものもある。

片面的共同正犯が問題とされる事例は実行共同正犯として構成することが可能な場合が多いことを踏まえると、両説は実質的に接近してきているといえると考えられる。

もっとも、意思連絡がなくても関与者は結果に対して因果性を有するとして関与者間にまったく意思の伝達・了解がない場合にも共同正犯を認めるということとはできないと思われる。

なぜなら、片面的共同正犯において一方的に関与する関与者が間接正犯とはならないのに共同正犯は成立する根拠が示されていないからである。すなわち、「片面的共同正犯事例における背後者は、事象に対する『支配』の程度は、間接正犯にはおよばない」にもかかわらず、「その背後者は、なお『正犯』として、単独正犯と同じ法的取り扱いをされる」ところ、「そのような扱いを正当化する、間接正犯には必要ないが、共同正犯には必要な要素、いわば『マイナスを埋め合わせる要素』が示されなければならない」が、このような理解は「そうした要素を示していない」¹⁸¹。

一方、双方向的な因果的影響力に着目しても何らかの意思の伝達・了解をまったく不要と

¹⁷⁸ たとえば、西田・前掲注(146)347頁は「共同実行の意思がない場合にも片面的共同正犯の成立を認める見解もある。それゆえ、この要件は、あくまでも原則にとどまる」(傍点は引用者による。)と主張しており、ここでは片面的共同正犯を肯定しつつも、意思連絡がある場合が共同正犯にとって典型例であることが前提とされている。山口・前掲注(6)367頁は「当然のことではあるが、相互の意思連絡が認められる場合が共同正犯の通常形態である。しかし、……片面的に関与する者の側から見れば、物理的因果性、又は、一方的な心理的因果性を基礎として、構成要件該当事実を片面的又は一方的ではあれ他の共同者と共に惹起するという関係を認めることができる場合が例外的には考えうられると思われる。こうして、結論としては、片面的共同正犯も例外的な限られた場合であれ、肯定することが不可能ではないと解される。」(傍点はいずれも引用者による。)としており、ここでも共同正犯が成立する場合として意思連絡が認められることが原則であり、意思連絡が認められない片面的共同正犯はあくまでも例外であるということが前提とされていると思われる。

¹⁷⁹ 橋爪・前掲注(35)337頁。

¹⁸⁰ 伊藤・前掲注(11)「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否(その2・完)」113-114頁。

¹⁸¹ 島田・前掲注(40)460頁。

解することはできないと思われる。双方向的な因果的影響力をより分析的に双方向的寄与と双方向的認識に分類する立場を検討すると、この立場は前述のとおり双方向的寄与が認められる場合に片面的共同正犯を肯定する。その具体的な思考は次のように示される。

すなわち、「XがAと強いて性交する間、YがこっそりAの脚部を押さえつけてやった、という場合には、Xが強いて性交しようとするからこそYが押さえつけ、反対に、Yが押さえつけるからこそXが強いて性交できる、という関係が存在し」、「そこではXとYの間に意思連絡が存在しない代わりに、おのこの行為につき双方向的寄与が認められる」として片面的共同正犯が肯定される¹⁸²。

しかし、双方向的な因果的影響力に着目する立場は「同時的・双方向に作用を及ぼしあって犯罪遂行する『共同性』がある場合には、関与者全員を等しく抑止することが必要かつ合理的であり、かつ等しく処罰するのが衡平にかなう」と理解する¹⁸³ところ、ここではYが犯行に及ぶ意思決定をするか否かはXがAと強いて性交しようすることにかかっている。そのため、Xさえ抑止すればYも犯行に及ぶ意思決定をしないため、XとYを等しく抑止する必要はないのではないと思われる¹⁸⁴。これに対し、XY間に何らかの意思の伝達・了解が存在すれば、Xを抑止しようとしてもYがXの犯意を維持・強化しうるから、両者を等しく抑止する必要がある。このように考えると、双方向的寄与がある場合でも、何らの意思の伝達・了解をまったく不要と解することはできないと思われる。

何らの意思の伝達・了解をまったく不要と解することはできないとすることは、刑法60条の沿革に照らしても正当であると思われる。

現行刑法60条の基礎となった刑法明治35年草案72条（「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」¹⁸⁵）に関して、帝国議会貴族院特別委員会において、政府委員であった石渡敏一は次のとおり述べている。

すなわち、菊池武夫の「『共同シテ』ト云フ意味ハ事實上ニ於テ共同ト見ラル、場合ヲ指シテ言フノデアリマセウカ、又ハ共犯人ノ間ニ意思相通ジテ、謂ハユル相談ヲシテ一緒ニヤッタト云フ場合ノミヲ指スノデアリマセウカ」という質問に対し、石渡は「『共同シテ』ト云フ意味ハ事實皆集〔ツ〕タト云フダケハ包含シマセヌ、即チ相談ヲシタ方ノ理論ヲ取ツタモノデゴザイマス」と答え、また、三好退藏の「共謀シナケレバ行カヌト云フコトニナルノデアリマスガ、共同シテ實行サヘスレバ宜イト云フコトニナルノデアリマスガ、ソコハ違ヒマス」という質問に対し、石渡は「意思ノ點ノミナラバ謂ハユル共謀ハ必要デアリマス」と答えている¹⁸⁶。その上で、石渡は「『共同』ナル文字ハ意思ノ點ハ謂ハユル……共謀モアリ

¹⁸² 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018）659頁。

¹⁸³ 嶋矢・前掲注（45）1697頁。

¹⁸⁴ 共同正犯を一次的な禁圧という観点から説明する伊藤嘉亮「共同正犯の類型的考察」刑法62巻2号（2023）101-102頁も参照。

¹⁸⁵ 内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕（4）（日本立法資料全集24）』（信山社、1995）39頁。

¹⁸⁶ 内田ほか編著・前掲注（185）372頁。□は内田ほか編著・前掲注（185）による補正・

マスルシ、事實ノ點ニ就テハ二人以上ノ者が矢張り集ッテヤルト云フコトヲ含ンデ居リマス」と述べている¹⁸⁷。

このような議論からは、立法者は、共同正犯が成立するためには、関与者間で「意思相通ジテ」いること、つまり意思連絡が必要であり、「共同して」といえるためには、客観面において関与者が単に集まって実行行為を行うことだけではなく、主観面において「共謀」が必要であると考えていたことがわかる¹⁸⁸。

このように意思の伝達・了解は必要であると解すると、片面的共同正犯の成立範囲は何らかの意思の伝達・了解はあるが、共同正犯の要件としての「意思連絡」には達しない場合に限定されることとなろう。さらに、前述のとおり、近時、令和3年決定は共同正犯を認めるにあたって黙示の意思連絡を肯定したが、それは従来判例の傾向を拡張するものであった。

このような判例・学説の状況を踏まえると、議論の方向性としては、(1) 意思連絡がある程度厳格に捉えた上で、例外的に「意思連絡」には達しない意思の伝達・了解がある場合に限り片面的共同正犯を肯定するか、あるいは(2) 意思連絡を緩やかに解した上で片面的共同正犯は否定するというものがありうる。

このような議論の方向性の設定に対しては、望ましい共同正犯の成立範囲を前提とした結論の先取りであるという批判が考えられる。しかし、片面的共同正犯は否定説と肯定説のいずれについてもそれぞれの論者が想定する当罰性を前提として議論されていると思われる。

たとえば、ある否定説の論者は「ただ罰したいという気持が先に立って、共犯理論と統一のとれない結果となってはならない」¹⁸⁹とした上で、「当罰性ということは価値判断の問題であり、多分に法感情の問題でもあるので、論理的に割り切るわけにはいかない。水掛論に帰するきらいがあるのは、やむをえ」¹⁹⁰ず、「よほど非常識な結論とならないかぎり、それを誤ったものと断定するわけにはゆかない。……片面的共同正犯の肯定論と否定論との優劣は、当罰性の議論からは決定できない」¹⁹¹と論じる一方、「共犯理論の一貫性を求めるのあまり、刑法の名宛人たる国民の良識から見て罰しなければ不当と感ぜられるものを逸落せしめるような結果にならないように留意する必要がある」¹⁹²とも指摘しており、当罰性が片面的共同正犯の成否を決する根拠とはならないながらも、まったくそれを考慮に入れていないわけではないと思われる。一方、前述のとおり、肯定説の論者も「当罰性の考察を前

訂正である。

¹⁸⁷ 内田ほか編著・前掲注(185)372頁。

¹⁸⁸ 立法者が実行共同正犯を中心に共同正犯を理解していたことについては第5章第3節第4款を参照。

¹⁸⁹ 植松・前掲注(106)254頁。

¹⁹⁰ 植松・前掲注(106)262頁。

¹⁹¹ 植松・前掲注(106)266頁。

¹⁹² 植松・前掲注(106)254頁。

提とする態度」¹⁹³が必要であると指摘しており、また、近時の論者も片面的幫助を含めた議論ではあるが、片面的共犯を否定すると「一方的に関与した行為者が不可罰になりかねず、妥当でない」¹⁹⁴と論じている。

このように当罰性は片面的共同正犯の議論の前提とされていると思われる。

当罰性の観点から片面的共同正犯の議論から切り離せないとする、仮に意思連絡を共同正犯の要件として要求するとしても、それを厳格に解するあまり共同正犯の成立範囲が過度に限定されるべきではなく、前述の（１）または（２）のいずれかの構成をとるべきであろう。

第２款 一体性の観点からみた意思連絡の必要性

前述のとおり、本稿は、因果性の観点と一体性の観点から共同正犯を基礎づけるところ、因果性の観点からは何らかの意思の伝達・了解は必要であるとしても意思連絡の要否まで決することはできない。

そこで、集団の危険をもたらす関与者間の関係性という一体性の観点から検討すると、上記の（１）と（２）という２つの議論の方向性があるうち、（２）に立ち、意思連絡を緩やかに解した上で片面的共同正犯は否定すべきであると思われる。

すなわち、大正 11 年判決は、前述のとおり、意思連絡を一部実行全部責任の根拠の前提とするところ、一部実行全部責任は正犯としての責任についてのものである¹⁹⁵から、意思連絡は共同正犯の正犯性を基礎づける一体性の観点から理解すべきである。そして、一体性の内容をなす集団の危険は、第 1 章で示したとおり、①構成員のすでに持っている傾向が集団の一員となることによってより強化されること、②構成員は自己の利益よりも集団の利益を優先させるようになること、③集団は犯罪を思いとどまることが困難であること、④構成員が集団としてのアイデンティティを共有することによって集団はより高い生産性を有すること、⑤集団は個々人では不可能なことを行うこともでき、また、構成員間の競争を最小化すること、⑥構成員は自らの責任を感じづらくなることから構成される。このような集団の危険のうち、①ないし④は関与者が自らが集団の構成員であると認識することによって生じ、そのような認識は意思連絡なくして生じないと考えられる。また、⑤の構成員間の競争を最小化するためには関与者間の意思連絡が必要であると思われ、さらに⑥についても、犯罪の実現に必要な行為を分担し、関与者一人一人が担当する行為が細分化されるという

¹⁹³ 植田・前掲注（146）242 頁。

¹⁹⁴ 山口・前掲注（6）367 頁。

¹⁹⁵ 伊藤・前掲注（117）141 頁注（30）は、「『一部行為の全部責任』とされるのが通例であるが、それでは、部分的な行為にもかかわらず犯罪事実全体について刑事責任を問われるという意味で狭義の共犯にも妥当することになる。共同正犯の法的効果の特殊性は、全体について“正犯”として責任を問われる点にあるのだから、『一部行為の全部“正犯”責任』と表現する方が適当であろう。」と指摘する。

責任を感じづらくなるプロセスを踏まえると、意思連絡が必要であると考えられる。

そのため、何らかの意思連絡は必要であると思われる。そうすると、次の課題として、そのような意思連絡の内実をどのように理解すべきであるかという点を検討する必要があるだろう¹⁹⁶。

第3章では、意思連絡の内実を検討する前提として、共同正犯の主観面について、その構造を簡潔に分析する。

¹⁹⁶ (1) または (2) のいずれかの構成をとるのであれば、いずれにしても意思連絡に関連して共同正犯の成立範囲は左右されないため、意思連絡それ自体を共同正犯の要件とするか否かは實際上、重要な問題ではないと考えたとしても、共同正犯の成立範囲は意思連絡が存在する場合を中心とするから、共同正犯が成立する典型的または代表的な場合に存在する「意思連絡」とはどのような内容のものなのかを明らかにする必要性は高い。

第3章 意思連絡の位置づけ

第1節 共同正犯の主観的要素

共同正犯の主観的要件として整理されることがある概念には、意思連絡のほか、共謀、正犯意思、故意がある。これらは互いにどのような関係に立つだろうか。

まず、共謀、意思連絡、正犯意思の三者の関係については、(1) 共謀は意思連絡と正犯意思から構成されるという理解と(2) 共謀と意思連絡は同じ概念であるという理解があり¹⁹⁷、実務上は(1)の理解がとられているともされる¹⁹⁸。

もっとも、(1)について、実務家から「正犯意思の認定には、証拠により認められる被告人の分担した役割等の客観的要素を含めた諸事情を総合的に勘案せざるを得ないのであり、主観的な心情のみで共謀共同正犯と認定することは困難とみられる」と指摘される¹⁹⁹。また、学説からも実務は「主観面において正犯意思が認められ、しかも、客観面においても正犯と評価されるにたりる重要な関与を行なっている場合」にのみ共同正犯を肯定しているとの指摘もなされている²⁰⁰。このような指摘からは、実務も正犯意思だけで正犯性を基礎づけてはおらず、正犯意思は、それが欠ける場合に共同正犯を否定するという消極的な働きをし、「①当事者間に意思の連絡があることを前提としつつ、②正犯意思と評価できるような主観面が充たされ、かつ、③それに対応する客観的に重要な関与」がある場合に共謀は認められることとなる²⁰¹。そして、共謀には「正犯性を基礎づける主観的・客観的事情をすべて束ねる意義」があることとなる²⁰²。

このような理解からは、(1)と(2)の違いは大きくないと思われる²⁰³。しかし、認定において客観的事情も考慮するとしても、そもそも共同正犯の正犯性を主観的要件に限定する必要はないと思われる。また、共同正犯の正犯性はそれに関する主観的要件と客観的要

¹⁹⁷ 共謀共同正犯における共謀と意思連絡の関係について、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013) 405-406頁参照。

¹⁹⁸ 司法研修所編・前掲注(2)『難解な法律概念と裁判員裁判』56頁は判例・裁判例においては「『自己の犯罪を行う意思』(正犯意思)」が「『共謀』と不可分一体の要件」であると指摘し、また、同58頁は「共謀の有無の認定と共同正犯・従犯の認定とは不可分一体」とする。このような指摘は、正犯意思が共謀に含まれることを示すといえよう。

¹⁹⁹ 菊池則明「対等型共謀の共同正犯」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)〔第3版〕』(立花書房、2020) 396頁。朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』(成文堂、2015) 166頁も同旨。

²⁰⁰ 橋爪・前掲注(35) 350-351頁。

²⁰¹ 橋爪・前掲注(35) 351頁。

²⁰² 橋爪・前掲注(35) 351頁。

²⁰³ 橋爪・前掲注(35) 351頁は、「客観的には重要な関与が認められるが、その態度や意思が消極的・従属的なものである場合に、共同正犯の成立を例外的に否定する余地を認めるか、という点に尽きる」とする。

件の双方が満たされる場合に肯定されると考えるとしても、そのような主観的要件を共謀の一部と捉えた上で、共謀を意思連絡と当該主観的要件から構成されるものと理解すると、共謀という概念を過度に複雑にするだけのように思われる。そのため、共謀は意思連絡のみから構成されると理解すべきである。そして、正犯性を基礎づける主観的要素²⁰⁴は共謀とは別個の概念として考え、共同正犯の正犯性は正犯性を基礎づける主観的要素と客観的要素の双方から基礎づけられると理解すべきであろう。

もっとも、(1)と(2)のいずれの理解をとったとしても、意思連絡は共謀を構成する少なくとも一つの要素ではあるから、意思連絡の位置づけを分析するにあたっては、共謀に関する議論を参照することができる。

また、意思連絡を共同正犯の主観的要件と理解すると、故意との相違が問題となる。故意は行為者の責任を基礎づける責任要素である一方、意思連絡は集団の危険をもたらす関与者間の関係性という一体性の観点から要求されるから、両者は異なる要件であると理解すべきであろう²⁰⁵。もっとも、實際上、両者の検討内容が重なることはありえよう²⁰⁶。

第2節 主観的謀議説と客観的謀議説

共謀共同正犯における共謀をめぐるのは、共謀を主観的要件と理解する主観的謀議説²⁰⁷とそれを客観的な「謀議」または「通謀」と理解する客観的謀議説²⁰⁸が対立してきた²⁰⁹。意

²⁰⁴ 共同正犯の正犯性を主観的要素と客観的要素の双方から基礎づける場合、正犯性を基礎づける主観的要素を「正犯意思」と表現することは避けるべきであろう。なぜなら、共同正犯の正犯性は主観的要素と客観的要素を併せて考慮して判断されるところ、「正犯意思」という表現は、その認定に際して客観的要素を考慮するとはいっても、共同正犯の正犯性をあくまでも主観的要件としてのみ構成する場合に用いられてきたと思われるからである。

²⁰⁵ 「共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の、三つの場面に分解すること」を主張する亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法研 84 巻 9 号 (2011) 115 頁も参照。

²⁰⁶ 松原芳博『行為主義と刑法理論』(成文堂、2020) 247 頁参照。

²⁰⁷ たとえば、藤木・前掲注 (80) 343-346 頁。

²⁰⁸ たとえば、岩田誠「判解」最判解刑事篇昭和 33 年度 (1959) 405-406 頁。なお、同 406 頁が「謀議は明示的である場合のほか黙示によっても成立し得ると思う」とすることから、芦澤政治「判解」最判解刑事篇平成 15 年度 (2006) 309 頁注 (5) は、岩田調査官は「単なる『意思の連絡』、『共同犯行の認識』を超えたような黙示的な意思疎通による『謀議』という概念も想定していたように思われる。」と指摘する。

²⁰⁹ 主観的謀議説と客観的謀議説の対立を整理するものとして、亀井・前掲注 (205) 98-101 頁。なお、同 101 頁は、「各関与者の内心における意思の合致にとどまるものではない外部的な『意思の連絡』」としており、主観的謀議説からも意思連絡は客観的なものとして位置づけられると理解しているように思われる。「意思連絡は、単なる内心の状態ではなく、(黙示的なものも含め) 言語的あるいは非言語的な方法によるコミュニケーションである」として「共同遂行の認識と意思連絡を一括して『主観的な状態』と位置付け、これを共謀の内実

意思連絡と共謀の関係については、前述のとおり、(1) 共謀は意思連絡と正犯意思から構成されるという理解と(2) 共謀と意思連絡は同じ概念であるという理解があるところ、本稿は意思連絡と共謀を同義の概念として理解するが、いずれの立場からも共謀をめぐるこの対立の影響を受けよう。

主観的謀議説に対しては、共謀共同正犯において、実行行為を分担していない者は主観的な共謀のみによって処罰されることとなり、行為主義に反するという批判がなされる²¹⁰。しかし、共謀共同正犯においても刑罰の対象は実行行為であり、共謀が処罰されるわけではない²¹¹。この点については、「実行担当者による実行行為は、法益の侵害・危殆化という外部的作用を実行者に帰属させるための結節点になるとしても、それをさらに背後者に帰属させるための結節点にはなりえない」と論じられる²¹²が、実行共同正犯においては客観的な謀議行為がなくとも自らが分担していない実行行為から生じた結果についてまで処罰されるころ、論者の理解によれば、このような実行共同正犯の場合であっても行為主義に反するという帰結が導かれよう。なぜなら、自らが分担していない実行行為から生じた結果については、関与者は何ら客観的な行為を行っていないといえるからである。

このように考えると、共謀をあえて客観的な「謀議」または「通謀」と理解する必要はなく、主観的要件と理解すれば足りると思われる。そのため、意思連絡も共謀と同様に主観的要件と理解すべきである。

第3節 小括

以上の検討から、共同正犯の主観的要件は、共謀と同義である意思連絡と故意であり、これらのほかに正犯性を基礎づける主観的要素が考慮されうると理解することができる。

このように意思連絡を共同正犯の主観的要件と位置づけた上で、第4章では、共同正犯の「意思連絡」とされるには、関与者Aが関与者Bに意思を表明してBがそれを了解した上

を謀議行為と解する立場と対置するという整理自体が誤りであった」と指摘する亀井源太郎「判批」佐伯仁志・橋爪隆編『刑法判例百選I〔第8版〕』(2020)153頁も参照。

しかし、関与者間の意思の伝達・了解が「非言語的な方法によるコミュニケーション」により行われるとしても、それは関与者による行為が意思の伝達・了解としての意味も有しているにとどまり、意思連絡を主観的なものとして理解することもなお可能なのではないだろうか。

²¹⁰ 松原・前掲注(206)204-205頁は、共謀について、「内心的状態のみによって処罰するのは、まさに意思処罰ではないだろうか。」と指摘し、行為主義の要請を満たすかを問題視する。

²¹¹ 出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集〔上巻〕』(判例タイムズ社、2006)201頁。

²¹² 松原・前掲注(206)205頁。

で、Bがさらに自らの意思を表明してAはBの意思を理解し、さらにAはBに意思を再度表明してBがそれを了解する必要があるかを検討する。

第4章 意思連絡における意思の相互伝達

第1節 はじめに

共同正犯における意思連絡の要素としては、関与者は互いに意思の表明・了解のやり取りをどこまで続ける必要があるかという問題——これは意思の相互伝達の問題といえよう——と関与者がどのような内容の意思を表明し、了解しなければならないかという意思の内容についての問題がある。

後者だけではなく、前者も明確にしなければ、意思連絡を認定することはできない。そこで、本章では意思の相互伝達についての問題を分析する。

第2節 心理的拘束からみた意思の相互伝達

従来、共同正犯における意思連絡は関与者に対する心理的拘束から説明されることがあった²¹³。

このように意思連絡を心理的拘束の観点から位置づける場合、関与者は互いに意思の表明・了解のやり取りをどこまで続ける必要があるだろうか。

この点につき、従来、意識的な議論は必ずしも多くはなかったと思われる。その中で、ある論者は次のような理解を示す。すなわち、①関与者 X が関与者 Y に意思を発信して Y がそれを受信・了解した上で、②Y が自らの意思を X に発信して X は Y の意思を受信・了解し、③さらに X は Y に意思を再度発信して Y がそれを受信・了解するというプロセスにおいて、意思連絡は相手方を心理的に拘束するものであるから、X に共同正犯が成立するためには③までが必要であり、Y に共同正犯が成立するためには②までが必要であると論じられる²¹⁴。

たしかに X に共同正犯が成立するかを問題とする場合、Y が X の意思を理解したことを X が了解し (②)、その X による了解が Y に表明され Y がそれを了解する (③) ことによって始めて、Y は自らの意思が X に知られてしまっている以上、行為に及ぶことを取りやめることができなくなるといえるため、この時点で Y は X に心理的に拘束されたといえる。

しかし、犯罪組織のリーダー A が末端の構成員 B に指揮命令する場合、B が指揮命令に従わなかったときの報復をおそれているなどの理由から、B の意思が A に表明されていなくても、A は B を心理的に拘束しているといえないだろうか。

²¹³ たとえば、共謀共同正犯について樋口・前掲注 (21) 8 頁。豊田・前掲注 (102) 846-847 頁は令和 3 年決定以前の判例は心理的拘束が認められる場合に共謀共同正犯を認めてきたことを指摘する。

²¹⁴ 杉本・前掲注 (144) 222-223 頁。

この点について、論者は「X・Y間の指揮系統が極めてよくシステム化されており、Yからの特段の返信がない限りYが当然にXの指示を了解したものと見なせる、という場合には、②の返信は暗黙のうちに行われていることになる。」と論じる²¹⁵。もっとも、このような議論においては指揮系統の高度なシステム化がなされていることが重要である一方、YがXに対して意思を表明しているか否かは重要ではなく、それが暗黙のうちになされたということはあくまでも意思連絡を認めるための便宜的な説明にすぎないということにならないだろうか。

すなわち、意思連絡の要素としては常に③までが必要なのではなく、③までの意思の相互伝達があれば心理的拘束を肯定し共同正犯を認めることができるが、仮に③までの意思の相互伝達がなくてもXY間の指揮系統の高度なシステム化があれば①までで共同正犯を認めることができるということになるのではないだろうか。

実行担当者が背後者の指揮命令に反した場合の制裁・報復が予定されているなどの事情から、実行担当者があらためて背後者に返信しない限り、実行担当者が背後者の指示を了解することが明らかである場合、③までの意思の相互伝達がなくても背後者の実行担当者に対する心理的拘束は生じているといえる。このような心理的拘束を担保するという意味で指揮系統の高度なシステム化がなされている場合には、背後者の実行担当者に対する指揮命令のみで意思連絡を認め、共同正犯を肯定することができよう。

このように考えると、③までの意思の相互伝達がなくても共同正犯を肯定できるようなXY間の関係は、心理的拘束を担保するという意味において高度にシステム化された指揮系統に限られるかが問題となる。

近時、最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁は、インターネットサイト「X」を管理・運営するX社の業務全般を管理・運営していた被告人甲と被告人乙（以下「被告人兩名」という。）²¹⁶と「X」にてそれぞれ無修正わいせつ動画を投稿・配信していた者ら（以下「本件各投稿者ら」という。）との意思連絡を肯定し、共同正犯を認めた²¹⁷。

令和3年決定では、本件各投稿者らによる投稿・配信行為の時点で、被告人兩名は本件各投稿者らを具体的に認識していない²¹⁸。そのため、被告人兩名は本件各投稿者らの意思を了解せず²¹⁹、言い換えれば本件各投稿者らの意思が被告人兩名に表明されていないにもかか

²¹⁵ 杉本・前掲注（144）222頁。

²¹⁶ 被告人兩名とともにX社を管理・運営していた者も存在したが、以下では省略する。

²¹⁷ 事案の概要については、第2章第2節第3款参照。

²¹⁸ 照沼・前掲注（102）132頁、豊田・前掲注（102）852頁。

²¹⁹ 平山・前掲注（103）「インターネットサイトの管理・運営者の刑事責任について」863頁、平山・前掲注（103）「判批」185頁。また、照沼・前掲注（102）132頁は、本決定と最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁（スワット事件）との比較において、スワット事件も「背後者の認識において、それが誰であるか不明であっても実行犯ないし媒介者の『存在』については特定されているのであって、各行為の時点で意思を通じる直接の対象についての認識が観念し難い場合は想定されていなかった」と指摘する。

ならず、黙示の意思連絡が肯定されている。そうすると、本件では前述のプロセスのうち②以降を欠いていても意思連絡を肯定し、共同正犯を認めたということとなる。

そのような意思連絡の認定においては、被告人兩名と本件各投稿者らの意思連絡はサイト X を介してなされたことが重要であると思われる。そこで、令和 3 年決定がどのような論理から意思連絡ひいては共同正犯が認めたのかを分析する必要がある。

第 3 節 令和 3 年決定・第一審（京都地判平成 29 年 3 月 24 日刑集 75 卷 2 号 203 頁）

第 1 款 判旨

第一審は、次のとおり判示し、具体的な投稿・配信行為を概括的に認識・認容していたことから、意思連絡および共謀共同正犯を認めた。

「X 動画アダルトや X ライブアダルトにおいては、これらの仕組みに動機づけられて、他のサイトで削除された動画も含め、無修正わいせつ動画が許容されるものとして相当数投稿・配信されており、B も同様に動機づけられて X 動画アダルトへ無修正わいせつ動画の投稿に及び、さらに X ライブアダルトではエージェント登録により高額な利益を上げる仕組みであることに動機づけられて、C 及び D 並びに E らも X ライブアダルトへ無修正わいせつ動画の配信に及んだものと認められ」、「D 及び被告人らは X が不特定多数の者により、無修正わいせつ動画が相当の割合で投稿・配信されることを認識し、許容するだけでなく、これを利用して利益を上げる目的で X 動画アダルト、X ライブアダルトを管理・運営していたのであり、各投稿者及び配信者の具体的な投稿・配信行為を認識しなくても、概括的にこれを認識・認容していたといえる」とした上で、「D 及び被告人らと、B、C 及び D 並びに E らとの間には、無修正わいせつ動画の投稿・配信の各行為の時点で、それぞれわいせつ電磁的記録記録媒体陳列ないし公然わいせつを共同して行う旨の黙示の意思連絡及び相互利用補充関係があったものと認めるのが相当である。……よって、いずれの犯行についても、被告人らには少なくとも共謀共同正犯が成立すると認められる」²²⁰。

弁護人の次の主張、すなわち、「被告人らは、B が判示第 1 の無修正わいせつ動画を投稿した事実も、C 及び D が判示第 2 の無修正わいせつ動画を配信した事実も、E らが判示第 3 の無修正わいせつ動画を配信した事実も、いずれも具体的に認識していなかった上、そもそも B、C 及び D 並びに E らの存在すら具体的に認識していなかったのであるから、個別の犯罪について特定された共謀者との間で共謀があったとはいえず、共謀共同正犯は成立しない」という主張に対しては、「被告人らが B、C 及び D 並びに E らの無修正わいせつ動画の投稿・配信行為を具体的に認識しておらず、また、同人らの存在を具体的に認識していなかったとしても、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列ないし公然わいせつを共同して行う

²²⁰ 刑集 75 卷 2 号 215-216 頁。

旨の黙示の意思連絡及び相互利用補充関係があったことは上記のとおりであり、必ずしも具体的な投稿者・配信者や個別具体的な実行行為まで認識することを要するものではない²²¹として、その主張を採用しなかった²²¹。

第2款 検討

第一審は、共同正犯の関与者は相手方や個別具体的な実行行為を具体的に認識する必要はなく、実行行為を概括的に認識・認容していれば足りるという理解を前提に黙示の意思連絡を肯定し、共同正犯を認めた。具体的な投稿・配信行為を認識・認容していなくても、概括的に認識・認容していれば、そのような概括的な認識・認容に具体的な投稿・配信行為も含まれるとして、意思連絡を肯定したものといえよう。

このように意思連絡を肯定するにもかかわらず、第一審の判示からすると、被告人両名が本件各投稿者らを心理的に拘束していたともいえないと思われる。

さらに、被告人両名と本件各投稿者らとの関係についても、被告人両名が X 動画アダルトや X ライブアダルトを管理・運営し、また、本件各投稿者らが X 動画アダルトや X ライブアダルトに動機づけられていたことは認定されているものの、このような関係を基礎として意思連絡だけではなく相互利用補充関係も認定されている。そのため、被告人両名と本件各投稿者らとの関係は、意思連絡との関係では次にみる控訴審や上告審と比較すると必ずしも重視されていないのではないかとも思われる。

そうすると、第一審の判断には、被告人両名が具体的な本件各投稿者らの意思を了解しなくても意思連絡を肯定できる根拠が十分に示されているとはいえない。もっとも、相互利用補充関係の認定と同時に示されているとはいえ、意思連絡の認定にあたって被告人両名と本件各投稿者らとの関係を考慮していること、また、第一審が「共謀共同正犯」を認めており、議論の射程を共謀共同正犯に限定していることは指摘できよう。

第4節 令和3年決定・控訴審（大阪高判平成30年9月11日刑集75巻2号220頁）

第1款 判旨

控訴審も次のように本件の事実関係を認定した上で意思連絡を肯定した。

「本件においては、X のサイトを利用して無修正わいせつ動画を投稿・配信し、不特定多数の者の閲覧及び観覧に供することについて、被告人ら〔引用者注：被告人甲と被告人乙〕及びE の意思と本件各投稿者らの意思が、それぞれの内心に止まっていたにすぎないものではない。すなわち、被告人ら及びE は、無修正わいせつ動画を除外することなくアダルト

²²¹ 刑集75巻2号216-217頁。

動画の投稿・配信を募り、たとえ投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であっても、他の適法な動画と同様に、各サイト（X 動画アダルト、X ライブアダルト）のコンテンツとして投稿者・配信者が既定の方法の中から選択した方法で不特定多数の者の閲覧又は観覧に供するとともに、その投稿者・配信者に対し、所定の特典を与えることによって投稿・配信を勧誘し、促進するという意図を有していたのであり、このような意図は、各サイトの画像上、当該サイトの利用者に対し、事前に黙示的とはいえ明確に示されていた。また、本件各投稿者らも、これらのサイトのシステムに従って、自らが投稿・配信した無修正わいせつ動画を不特定多数のサイト利用者の閲覧又は観覧に供するとともに、所定の特典を受けることを希望するという意思を有していたものであり、このような意思も、本件各投稿者らが本件投稿等を行った時点において、X の管理・運営を行う被告人ら及びE に対し、明確に示されていたといえることができる。原判決は、以上の事実関係を捉えて、本件投稿等がなされた時点における被告人ら及びE と本件各投稿者らとの間の黙示の意思連絡の存在を肯定しているのであるから、被告人ら及びE と本件各投稿者らとの間に、およそ意思連絡といえるものはないとする……批判は当たらない。

そして、X サイトの利用者が、X 動画アダルト及びX ライブアダルトの各サイトを、そのシステム（動画のアップロード時になされる警告を含む。）に従って利用することによって惹起することが想定される犯罪行為は、ほぼ無修正わいせつ動画の投稿・配信に尽きるのであって、その犯罪行為の概要や法的性格は明確であり、当該犯罪についてD の管理・運営者である被告人ら及びE と動画の投稿・配信者とが担う役割も固定された明確なものであったといえるし、これらの点は、本件各投稿者らと被告人ら及びE が共に事前に認識できたと認められる。

以上の事実関係によれば、たとえ被告人ら及びE が、個々の無修正わいせつ動画の投稿又は配信の時点では投稿者等の存在や投稿等の内容を認識していなかったとしても、被告人ら及びE は、その方針に従って構築した X サイトにおいて、投稿・配信された無修正わいせつ動画をサイト利用者の閲覧又は観覧に供する方針で各サイト（X 動画アダルト、X ライブアダルト）を管理・運営していたのであるから、対外的に明らかになっている上記方針に沿って、現実に実行犯である特定の投稿者等の投稿・配信行為があった場合には、当該投稿者等と被告人ら及びE との間で、共同して、このようなサイトのシステムにおいて予定されていた方法により、その投稿等に係る特定の無修正わいせつ動画をサイト利用者の閲覧又は観覧に供する旨の意思が実質的に合致したものといえるのであり、その旨の黙示の意思連絡が行われたと認めることができる。そして、無修正わいせつ動画の投稿・配信を利用して利益を上げる目的で各サイトを管理・運営していた被告人ら及びE と、各サイトにおいて無修正わいせつ動画を投稿又は配信しサイト利用者の閲覧又は観覧に供するという実行行為に及んだ本件各投稿者らとの間には、互いに他方の行為を利用し、各自の意思を実行に移したとみることができる相互利用補充関係も存在するというべきである。したがって、原判

決の事実認定は正当である」と判示した²²²。

また、弁護人の次の主張、すなわち、「共謀を構成する実行犯との意思連絡は、特定の犯罪について、かつ、特定の実行犯との間でなされたものであることが必要であるが、本件の場合にはこれに該当しない」という主張に対しては、「共謀が成立するには、実行犯が行う犯罪行為の具体的内容について逐一認識することを要するものではないし、組織的犯罪等のように、主犯格の者において末端の実行犯が誰であるかを知らなくても、共謀の成立を認めるべき場合もある。そして、何よりも本件各犯行については、いずれの犯行も、被告人ら及びEの管理・運営するウェブサイトへ、個々の実行犯が無修正わいせつ動画の電磁的記録の送信により投稿・配信するという形態によって実行されたものであること、被告人ら及びEと実行犯らは共に、このような形態によって違法な行為がなされることについて確定的に認識していたこと、被告人ら及びEにとって、個々の実行犯が誰であるかは特段問題ではなかったこと、特定の実行犯が特定の無修正わいせつ動画を投稿又は配信することにより、共謀の対象となる犯罪行為及び共謀の相手となる共犯者が具体的に特定されること、といった特質がある。このような本件各犯行の特質に照らすと、被告人ら及びEが、個々の実行犯や投稿等された無修正わいせつ動画を、投稿等の時点において、いずれも特定して認識していないからといって、そのことが実行犯との意思連絡ひいては共謀の認定の妨げになるとは考えられない。」と判示した²²³。

第2款 検討

控訴審は、被告人兩名と本件各投稿者らとの間で実質的な意思の合致があったということから黙示の意思連絡を肯定した。

このような実質的な意思の合致の前提となる事実としては、(1) 被告人兩名は無修正わいせつ動画についても X 動画アダルト、X ライブアダルトのコンテンツとして投稿者・配信者が既定の方法の中から選択した方法で不特定多数の者の閲覧・観覧に供するとともに、その投稿・配信者に対して無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を勧誘・促進する意図を有していたこと、(2) このような(1)の意図はサイトの利用者に事前に示されていたこと、(3) 本件各投稿者らもサイトのシステムに従って、自らが投稿・配信した無修正わいせつ動画を不特定多数のサイト利用者の閲覧・観覧に供するとともに、所定の特典を受けることを希望するという意思を有していたこと、(4) このような(3)の意思も、本件各投稿者らが投稿・配信行為を行った時点において、被告人兩名に対し、明確に示されていたこと、(5) サイトの利用者が、X 動画アダルト・X ライブアダルトの各サイトを、そのシステムに従って利用することによって惹起することが想定される犯罪行為は、ほぼ無修正わいせつ動画の投稿・配信に尽き、その犯罪行為の概要や法的性格は明確であること、(6)

²²² 刑集 75 卷 2 号 264-266 頁。

²²³ 刑集 75 卷 2 号 266-267 頁。

そのような犯罪について被告人兩名と動画の投稿・配信者とが担う役割も固定され明確であったこと、(7) これらの点は本件各投稿者らと被告人兩名が共に事前に認識できたことが挙げられている。

これら(1)ないし(7)の事実は、被告人兩名と本件各投稿者らの意図または意思は投稿・配信行為の時点において、X動画アダルト・Xライブアダルトのシステムを通じてそれぞれ相手方に明確に示されており、かつ、想定される犯罪の内容と各関係者の役割が明確であり事前に認識可能だったとまとめることができる。このうち、想定される犯罪の内容と各関係者の役割が明確であり事前に認識可能だったことは、X動画アダルト・Xライブアダルトのシステムを通じて行う犯罪であるという特性上、被告人兩名と本件各投稿者らが具体的な犯罪行為の内容や自らの役割は示すまでもなくお互いにとって明らかであったから、被告人兩名と本件各投稿者らがそれらをあえて相手方に示す必要はないという意味で理解することができる。

そうすると、控訴審が意思連絡を肯定した判断のポイントは、各関係者の意図・意思を示し、さらに想定される犯罪の内容と各関係者の役割を限定するX動画アダルト・Xライブアダルトのシステムが存在していたことにあるといえる。このように考えると、控訴審は第一審が意思連絡の認定にあたって考慮していた被告人兩名と本件各投稿者らとの関係をX動画アダルト・Xライブアダルトのシステムに着目して捉え直したものと評価することができる。

また、控訴審は、被告人兩名が個々の実行犯や投稿・配信された無修正わいせつ動画を投稿・配信行為の時点においていずれも特定して認識していないことが意思連絡の認定の妨げとならないことの説明として、次のような事実関係の特質を指摘する。

すなわち、(8) いずれの犯行も、被告人兩名の管理・運営するウェブサイトへ、個々の実行犯が無修正わいせつ動画の電磁的記録の送信により投稿・配信するという形態によって実行されたものであること、(9) 被告人兩名と実行犯らは共にこのような形態によって違法な行為がなされることについて確定的に認識していたこと、(10) 被告人兩名にとって、個々の実行犯が誰であるかは特段問題ではなかったこと、(11) 特定の実行犯が特定の無修正わいせつ動画を投稿・配信することにより、共謀の対象となる犯罪行為及び共謀の相手となる共犯者が具体的に特定されることの4点である。ここでもX動画アダルト・Xライブアダルトのシステムが重要なポイントとなっている。(8)と(9)だけでなく、(10)や(11)についても、本件各投稿者らによる投稿・配信行為がX動画アダルト・Xライブアダルトのシステムを通して行われるからこそ、実行犯として「誰かが無修正わいせつ動画を投稿・配信すること」が重要であり、被告人兩名にとって個々の実行犯が誰であるかは問題ではなく((10))、また、X動画アダルト・Xライブアダルトのシステムを通して投稿・配信すると自動的に具体的な投稿・配信者が特定されることとなるのである((11))。

控訴審が意思連絡を肯定したことに対しては、次の指摘がなされている。

まず、「実行者の側が被告人らの意図を汲んで行為したとはいえるものの、果たして被告人らがそうした実行者の意思を『投稿がなされた時点』において本当に了解していたといえるのかについてはなお明らかにされて」²²⁴おらず、「問題となる投稿・配信——遅くともその作業の完了——の時点において常に双方向的な意思連絡が成立していたことを認めるのは困難である」²²⁵と指摘される。論者は、「背後者にあたる被告人と実行者にあたる各投稿者の間には、投稿等の際にインターネットを介した相互意識が生じているのみであり、人間関係と呼べるような関係性はなく、そもそも個々の実行者が誰であるのかすら問題にならない状況であった」²²⁶とも指摘する。

また、「不特定多数の者に対して犯罪実行を促した場合」にはせん動により処罰され、せん動をした者は実行犯との共謀共同正犯にはならないと解されるどころ、「『せん動』罪の対象となる重大犯罪についてさえ共謀共同正犯の成立が認められていないのに、それより格段に刑の軽い本件の各罪について共謀共同正犯の成立を認めるのは、問題であるように思われ」²²⁷、本件の事案では実行犯が自由・主体的に犯罪を実行したことに特徴があるとした上で、共同正犯ではなく幫助犯しか成立し得ない²²⁸とも論じられる。

さらに、(8)ないし(11)についても、いずれも投稿・配信行為の時点で本件各投稿者らを特定して認識していなくても意思連絡を肯定しよい理由にはならず²²⁹、さらに控訴審のいう「共謀が成立するには、実行犯が行う犯罪行為の具体的内容について逐一認識することを要するものではない」という理解がとられてきたのは背後者が実行犯を特定して認識していた事例であると指摘される²³⁰。

これらの指摘はいずれも的確なものであると思われる。そうすると、本件がこのような問題点を抱えつつも、なお意思連絡ひいては共同正犯を肯定することができるのかという点を、関与者が実行行為の時点で相手方の意思を了解していないという事実関係の下で X 動画アダルト・X ライブアダルトのシステムがどのような意味を有するのかという観点から明らかにする必要がある。

第5節 令和3年決定・上告審（最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁）

第1款 決定要旨

²²⁴ 照沼亮介「共同正犯に関する最近の裁判例」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 [上巻]』729頁以下（成文堂、2022）736頁。

²²⁵ 照沼・前掲注（224）737頁。

²²⁶ 照沼・前掲注（224）736頁。

²²⁷ 豊田兼彦「判批」新・判例解説 Watch24号（2019）179-180頁。

²²⁸ 豊田・前掲注（227）180頁。

²²⁹ 豊田・前掲注（227）179頁。

²³⁰ 豊田・前掲注（227）179頁。

上告審は、次のように判示して意思連絡および共同正犯を認めた。

「被告人兩名及びZは、本件各サイトに無修正わいせつ動画が投稿・配信される蓋然性があることを認識した上で、投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であったとしても、これを利用して利益を上げる目的で、本件各サイトにおいて不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図を有しており、前記のような本件各サイトの仕組みや内容、運営状況等を通じて動画の投稿・配信を勧誘することにより、被告人兩名及びZの上記意図は本件各投稿者らに示されていたといえる。他方、本件各投稿者らは、上記の働きかけを受け、不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図に基づき、本件各サイトのシステムに従って前記投稿又は配信を行ったものであり、本件各投稿者らの上記意図も、本件各サイトの管理・運営を行う被告人兩名及びZに対し表明されていたといえることができる。そうすると、被告人兩名及びZと本件各投稿者らの間には、無修正わいせつ動画を投稿・配信することについて、黙示の意思連絡があったと評価することができる。

そして、本件わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪は、本件各投稿者らが無修正わいせつ動画を本件各サイトに投稿又は配信することによって初めて成立するものであり、他方、本件各投稿者らも、被告人兩名及びZによる上記勧誘及び本件各サイトの管理・運営行為がなければ、無修正わいせつ動画を不特定多数の者が認識できる状態に置くことがなかったことは明らかである。加えて、被告人兩名及びZは、本件公然わいせつの各犯行については、より多くの視聴料を獲得することについて、C、D及びEらとその意図を共有していたことも認められる。

以上の事情によれば、被告人兩名について、Z及び本件各投稿者らとの共謀を認め、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪の各共同正犯が成立するとした原判断は正当である。」²³¹

第2款 検討——本件各サイト（X動画・Xライブ）の仕組みと被告人兩名の運営・管理方針——

上告審は、被告人兩名の「投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であったとしても、これを利用して利益を上げる目的で、本件各サイトにおいて不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図」が本件各投稿者らに示され、また、本件各投稿者らの「不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図」も被告人兩名に表明されていたとして、黙示の意思連絡を肯定した。

ここでは、被告人兩名の意図が本件各投稿者らに示されたプロセスにおいて、本件各サイトの仕組み・内容・運営状況等を通じた動画の投稿・配信の勧誘が明示的に摘示されていることが注目される。また、本件各投稿者らの意図が被告人兩名に表明されたことについても、

²³¹ 刑集 75 卷 2 号 134-135 頁。

判文上は必ずしもその表明のプロセスとの関係は明らかではないものの、本件各投稿者らが本件各サイトのシステムに従って投稿・配信を行ったことが摘示されている。

そうすると、被告人兩名と本件各投稿者らのいずれの意図の表明においても、本件各サイトのシステムが何らかの重要な位置づけにあることがわかる。そして、このような本件各サイトのシステムの位置づけを明らかにすることが、それを介して結びついた被告人兩名と本件各投稿者らとの関係が意思連絡の認定にとってどのような意味を有するのかを分析する手掛かりとなろう。

本件各サイトのうち、X 動画については、「視聴者が投稿動画を介して新規に有料会員登録をした場合には、投稿者は登録料の一定割合に相当するポイントを報酬として得て、現金化することができるなどの仕組みや、投稿された動画を視聴者に評価させる仕組みなど、投稿者により多くの動画を投稿するよう促す措置が講じられてい」た。さらに、X 動画アダルトには本件以前から無修正わいせつ動画が相当数投稿されていた上、サイト上には「注目ワード」として無修正わいせつ動画の意味である「無修正」というキーワードが表示され、『『おすすめ動画』内に無修正わいせつ動画のサムネイルが多数表示され』ていた。

一方、X ライブには、「有料配信形態の動画が視聴された場合には、その動画の配信者は、視聴者が支払ったポイントのうち X に手数料として支払われる分を除いた分を報酬として得て、現金化することができる仕組み」や X ライブの出演者（パフォーマー）を管理する会社・個人（エージェント）が視聴料を設定し、同様にポイントを報酬として受け取ることができる仕組み、「X ライブの画面上に売上上位者の名前や金額を表示する仕組みなど、配信者により多くの動画を配信するよう促す措置が講じられてい」た。さらに、「X ライブアダルトについても、本件以前から相当数の無修正わいせつ動画が配信されていた」。

また、本件各サイトについて、被告人兩名は児童ポルノ、獣姦、死体写真、ひどい暴力などのコンテンツに対しては凍結等の措置や監視体制を設けた積極的な削除などの措置を講じていたが、無修正わいせつ動画は基本的に放置されていた。

第3款 検討——システムの位置づけ——

このような本件各サイトの仕組みや被告人兩名の運営・管理方針からは、本件各サイトにおいては無修正わいせつ動画の投稿・配信が許容されていたというだけではなく、無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を勧奨するシステムが構築されていたといえる。そして、このようなシステムは被告人兩名によって構築・維持されているから、無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を勧奨するというシステムの仕組みは被告人兩名の意図の内容と一致すると考えることができ、このような意味で被告人兩名が無修正わいせつ動画の投稿・配信を勧奨していることは本件各サイトを通じて外部に示されているといえる。そうすると、本件各サイトのシステムは、被告人兩名が具体的な投稿・配信行為を認識しなくても、被告人兩名が無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を許容しないという意味をあら

ためて外部に示さない限りは、無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を勧奨するという被告人兩名の意図を外部に示すものと位置づけることができよう。

さらに、このようなシステムは被告人兩名の意図を外部に自動的に示すと位置づけることができるだけでなく、本件各投稿者らにとっても被告人兩名が本件各投稿者らの意図を了解し、また、自らの意図を被告人兩名に自動的に表明したことと同様の状況を生み出すものと位置づけることができる。

すなわち、本件各サイトのシステムは無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を勧奨するという被告人兩名の意図を外部に示すものであるところ、そのシステムを利用して無修正わいせつ動画を投稿・配信するということは、被告人兩名の意図を了解したことを意味すると考えることができる。さらに、本件各サイトのシステムを利用して無修正わいせつ動画を投稿・配信するということは、単に無修正わいせつ動画を不特定多数の利用者の閲覧・観覧に供するという意図を外部に示すというだけではなく、本件各サイトを管理・運営する被告人兩名に対してその意図を示すことになる。

もっとも、このようなシステムの位置づけからは、被告人兩名が本件各投稿者らを心理的に拘束していたとまではいえない²³²。なぜなら、本件各投稿者らはいくまでも被告人兩名が想定した無修正わいせつ動画を投稿・配信する者の一部にすぎず、また、被告人兩名と本件各投稿者らは同一の組織に所属するなどの事情はなくサイトの管理・運営者とその利用者という関係だったからである。

一方、本件各サイトのシステムには、前述のとおり、被告人兩名が具体的な投稿・配信行為を認識しなくても、被告人兩名が無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を許容しないという意思をあらためて外部に示さない限りは、無修正わいせつ動画を含む動画の投稿・配信を勧奨するという被告人兩名の意図を外部に示すものと位置づけられ、また、本件各サイトのシステムを利用して無修正わいせつ動画を投稿・配信することで本件各サイトを管理・運営する被告人兩名に対して投稿・配信者の意図が示されるという特徴がある。令和3年決定において意思連絡を認定するにあたり重要なポイントは心理的拘束の有無ではなく、このようなシステムの特徴にあるのではないかと思われる。

第4款 検討——個々人が単独ではできないことを効率的に行うことができるようにするシステム——

本件各サイトのシステムに着目した意思連絡の説明としては、「サイト上での各関与者の

²³² 令和3年決定について、心理的拘束は認められないとするものとして、豊田・前掲注(102)852頁、伊藤・前掲注(11)「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否(その2・完)」113頁。吉戒・前掲注(82)168頁は、令和3年決定は「心理的拘束を共同正犯一般の成立要件として要求するのは相当でない」という考えと同様の理解に立つと指摘する。

行為自体に、それぞれ相手方の存在を当然の前提としたうえで、わいせつ動画を不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図が表明されており、そこにわいせつ動画を投稿・配信することに関する意思の合致があると解し得ることが、黙示の意思連絡を認める基礎となっており」、このような意思の合致は「サイトの利用に当たって、管理・運営者と利用者との間における個別の言語的コミュニケーションが省略されているシステム内での一種の非言語的コミュニケーションとして理解することができ」と指摘される²³³。この指摘は、被告人兩名と本件各投稿者らがシステムを通して「一種の非言語的コミュニケーション」を行ったことに着目するものであり、たしかにこのようなコミュニケーションが認められるのであれば、実際に被告人兩名と本件各投稿者らが言葉を交わしていなくても——たとえば、対面で直接話をしたり、メールやチャットでやり取りをしたりすることがなくても——、本件各投稿者らの意思を被告人兩名が了解していなくても意思連絡を認めることも可能かもしれない。

しかし、このように考えたとしても、被告人兩名が本件各投稿者らを心理的に拘束していないのに意思連絡を認めることができる理由は明らかではなく、そのような場合でも非言語的コミュニケーションをもって意思連絡を認めることができる根拠が問題となる。

まず、心理的拘束がなくても意思連絡を認めることができる理由については、被告人兩名と本件各投稿者らとの関係に着目することが有益であると思われる。なぜなら、心理的拘束も共同正犯の関与者間における関係の一種とみることができるところ、心理的拘束に代わる関係が存在するのであれば、心理的拘束なしに意思連絡を認めることができると考えられるからである。

そこで、被告人兩名と本件各投稿者らとの関係に着目すると、「本件被告人らの目的は本件各サイトの利用者らによる（主として無修正わいせつ動画の）投稿・配信を通じて経済的利益を上げることに尽き……投稿・配信が行われる日時や場所、具体的な投稿者・配信者が誰であるのかといった事柄にはほとんど無関心であったと推測され」、また、「本件各投稿者らにとっても、本件各サイトを利用して各々の経済的利益や性的満足を追うことが可能であることこそが重要であったはずである」とした上で、令和3年決定はこのような場合に非言語的コミュニケーションを認めることができるとしたのであると指摘される²³⁴。この指摘は非言語的コミュニケーションを前提とした意思連絡が認められる場合を示すものといえよう。たしかに、被告人兩名と本件各投稿者らのいずれにとっても無修正わいせつ動画を不特定多数の閲覧・観覧に供することによって経済的利益を得ることが重要であり、それを達成するためならば相手方が具体的に誰であるかは重要ではなかったからこそ、本件各サイトを利用しさえすれば、具体的な投稿・配信者が誰であっても非言語的コミュニケーションは

²³³ 高橋直哉「判批」法教493号（2021）142頁。

²³⁴ 水落伸介「判批」新報129巻1・2号（2022）363頁。豊田・前掲注（102）852頁も「サイト等の管理・運営者にとって投稿・配信者が誰であるかは、客観的にも主観的にもまったく重要でない」と論じる。

成り立ちうるといえるであろう。言い換えれば、投稿・配信者が本件各サイトを利用した時点で、投稿・配信者の意思を被告人両名が了解することなしに非言語的コミュニケーションは成立しうる。そして、投稿・配信者が本件各サイトを利用した時点で非言語的コミュニケーションが成り立つと考えられるから、投稿・配信者に対する心理的拘束は認められる余地はない。

もっとも、本件各サイトは無修正あいせつ動画の投稿・配信の手段を整備することによって、そのシステム上定められた方法に従えば、投稿・配信者が単独では行えない不特定多数の利用者に閲覧・観覧させることが可能となる。また、このように実行行為の態様をあらかじめ限定しておくことによって、関与者間の予定外の行動が防がれるので、本件各投稿者らの意思が被告人両名に実際に了解されることがなくても、無修正あいせつ動画を不特定多数の閲覧・観覧に供することで経済的利益を得るという被告人両名と本件各投稿者らに共通する目的を効率的に達成することに資すると考えられる。

このような本件各サイトにおけるシステムは、前述の心理的拘束を担保するという意味における高度にシステム化された指揮系統ではない。しかし、このようなシステムを利用することによって、被告人両名と本件各投稿者らは、個々人が単独ではできないことを行うことができるようになり、さらにそれを効率的に行うことができる。

そして、このシステムの利用の前提には、被告人両名が無修正あいせつ動画を含む動画の投稿・配信を許容しないという意味をあらためて外部に示さない限りは、無修正あいせつ動画を含む動画の投稿・配信を勧奨するという被告人両名の意図が外部に示され、また、本件各サイトのシステムを利用して無修正あいせつ動画を投稿・配信することで本件各サイトを管理・運営する被告人両名に対して投稿・配信者の意図が示されるということがある。なぜなら、このような被告人両名の意思の自動的な表明があるからこそ、本件各投稿者らは本件各サイトが安定的・継続的に管理・運営されると考えて利用することができるのであり、これに対し、投稿・配信者が動画を投稿・配信することがその意思の表明も同時に意味するからこそ、無修正あいせつ動画が閲覧・観覧の意図をもって継続的に投稿・配信されることがわかり、被告人両名は本件各サイトに無修正あいせつ動画が投稿・配信される蓋然性があることを認識して本件各サイトのシステムを維持するからである。

このような本件各サイトのシステムを介した被告人両名と本件各投稿者らの関係性が共同正犯を基礎づけると思われる。

そして、次節で示すとおり、これは集団の危険をもたらす一体性という観点から根拠づけることができる。

第6節 一体性の観点から必要な意思の相互伝達

集団の危険をもたらす関与者間の関係性としての一体性という観点からは、どのような意思の相互伝達がある場合に集団の危険が生じるかを検討する必要がある。

まず、集団の危険のうち、構成員のすでに持っている傾向が集団の一員となることによってより強化されること、構成員は自己の利益よりも集団の利益を優先させるようになること、集団は犯罪を思いとどまることが困難であること、構成員が集団としてのアイデンティティを共有することによって集団はより高い生産性を有することは、第1章第5節で示したとおり、関与者が自らが集団の構成員であると認識するという集団の一員としての意識を前提とするものである。そうすると、そのような集団の一員としての意識は、自らの意思を相手方が了解し、その相手方が了解したという意味を自らも了解しなければ生じないから、自らが表明した意思を相手方が了解し、その上で相手方のその意思を自らが了解するという意思の相互伝達のプロセスにおいては、自らが相手方の意思を了解することまでが必要とされよう。

これに対し、集団は個々人では不可能なことを行うこともでき、また、構成員間の競争が最小化すること、構成員は自らの責任を感じづらくなることという集団の危険は、自らが集団の構成員であるという認識を前提としない。もっとも、構成員間の競争の最小化が生じるためには、関与者がお互いの行為を認識した上で、連携することが必要であるから、自らが相手方の意思を了解することまでが必要とされる。また、構成員が自らの責任を感じづらくなるという点についても、これは犯行全体を認識した上で自らの行為の位置づけを認識することが必要であるから、自らが相手方の意思を了解することまでが必要とされよう。一方、集団は個々人では不可能なことを行うこともできるという点については、自らが相手方の意思を了解することまでは必ずしも必要とされないとされる。なぜなら、このような集団の危険は、自らが集団の構成員であると認識しなくても、個々人では不可能であることを行うことができるようなシステムが構築されていれば、生じうるからである。

したがって、集団の危険をもたらす関与者間の関係性としての一体性という観点からは、意思連絡の成立のためには、原則として相手方も意思を表明し、自らがそれを了解することが必要であるが、個々人では不可能であることを行うことができるようなシステムが構築されている場合には、相手方の意思の了解まではなくても意思連絡を認めることができると思われる。なお、この場合においては、関与者がそのようなシステムを認識した上でそれに参加することは、同時に自らの意思を表明することも意味すると考えられるから、前述の意思の相互伝達のプロセスにおいて、相手方による意思の表明までは問題とならないと思われる。

このような理解に対しては、本稿の立場からは、集団の危険さえ認められれば共同正犯を基礎づけるに足り、実質的には意思連絡を共同正犯の要件として不要と解しているのではないかという批判がありうる。しかし、意思連絡は一体性が認められるための前提として要求されるから、そこで問題とされる集団の危険の内容によって必要とされる意思連絡の要素も異なり、また、ある集団の危険が認められればそれに対応する意思連絡も認められているという関係に立つから、本稿のように解しても、実質的に意思連絡を不要とすることにはならないのではないと思われる。

第7節 小括

自らが表明した意思を相手方が了解し、相手方のその意思を自らが了解した上で、再び自らの意思を相手方が了解するという意思の相互伝達のプロセスのうち、従来、心理的拘束の観点からは相手方による再度の自らの意思の了解までが必要であると論じられ、もっとも、関与者間の指揮系統が高度にシステム化されている場合には、相手方による意思の返信は暗黙に行われていると主張されることがあった。しかし、このような高度なシステム化が認められる場合、相手方が意思を表明しているか否かは重要ではなく、それが暗黙のうちになされたということはあくまでも意思連絡を認めるための便宜的な説明にすぎないと思われる。そのような場合は、実行担当者があらためて背後者に返信しなくても、実行担当者が背後者の指示を了解することが明らかであるといえ、実行担当者による返信がなくても心理的拘束が生じているために、意思連絡が認められ、共同正犯が肯定されるものと思われる。

また、相手方による返信が不要であるのは、心理的拘束を担保するという意味において高度にシステム化された指揮系統が認められる場合に限られない。集団の危険をもたらす関与者間の関係性という一体性の観点からは、原則として自らが相手方の意思を了解することまでが必要とされるが、個々人では不可能であることを行うことができるようなシステムが構築されている場合には、相手方の意思の了解までではなくとも意思連絡を認めることができると考えられる。

本章は、意思の相互伝達の問題と意思の内容についての問題のうち、前者について検討した。続く第5章では、後者について検討する。

第5章 意思連絡として了解すべき内容

第1節 従来の議論

第3章で述べたとおり、共謀は意思連絡と正犯意思から構成されるという理解と共謀と意思連絡は同じ概念であるという理解のいずれによっても、意思連絡は共謀を構成する一つの要素ではあるから、意思連絡を分析するにあたっては、共謀に関する議論を参照することができる。

そこで、共謀に関する議論をみると、共謀共同正犯における共謀として、共謀とは「犯罪の共同遂行に関する合意」をいうとする見解がある²³⁵。この見解においては、そのような合意は、「単なる共同実行の認識以上の緊密な意思連絡が成立している状態である必要」があるとされる²³⁶。この見解の共謀の定義からは、意思連絡は「犯罪の共同遂行に関する」ものとされることとなるため、了解すべき内容も「犯罪の共同遂行に関する」ものに限定される。

また、このように共謀共同正犯における共謀を「犯罪の共同遂行の合意」と理解しても、これは「実行共同正犯における共謀」としての「共同実行の意思の連絡」と「同一内容のものとして把握するのが相当である」と指摘される²³⁷。

しかし、了解すべき内容を「犯罪の共同遂行に関する」と理解しても、そのうちどのようなものを了解する必要があるかは明らかではない。たとえば、意思連絡の内容として犯行の日時だけを関与者が表明・了解したとしても、犯行の日時が「犯罪の共同遂行に関する」ものであることは明らかであるが、日時の表明・了解だけでは意思連絡を認めることはできないであろう。

この点については、共謀共同正犯において、「心理的促進を生じさせる幫助とは異なる合意の特性は、犯罪実現に向かっての心理的拘束ないし心理的障壁の除去に求められる」ため、合意の対象は実行行為であるとする見解がある²³⁸。

²³⁵ 藤木・前掲注(80) 344頁。

²³⁶ 村瀬均「支配型共謀の共同正犯」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)〔第3版〕』(立花書房、2020) 378頁。

²³⁷ 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別——実務的観点から——」曹時51巻8号(1999) 12頁。

²³⁸ 樋口・前掲注(21) 8頁。同7頁によると、「合意が成立しているという心理状態は、犯罪の実行に向かってはならないという刑法規範が設定する障壁を心理面で除去したり、心理的拘束によって乗り越えさせたりするという特性を有する」。藤木・前掲注(80) 336-337頁も同旨。

安田・前掲注(31) 115頁は、合意についての記述ではないが、他方の関与者による寄与について、「AとBが拳銃を発射し、Aの弾丸だけが命中した場合についてみると、AからみてBの参加、また、BからみてAの参加は、一緒に殺人の禁止規範を突破してくれるということの約束であり、殺人の遂行にとりおそらく最後の関門となるであろう規範的障害という心理的障壁を取り除いてくれるものである。」と論じ、心理的障壁の除去に着目する。

この見解によると、「実行行為者と実行行為を行わない者との間では、実行行為を行うことが合意の対象になり、実行行為を行わない者同士では、実行行為者を確保することが合意の対象になる」²³⁹。また、この見解は、実行共同正犯においては複数の実行行為のうち一部を分担していれば共同正犯が成立するため、共謀共同正犯においても、実行行為の一部を分担する者と犯罪の一部実行についての合意をすれば、実行行為の一部を分担する者と同等の責任を負わせてもよいと論じる²⁴⁰。

しかし、この見解が根拠とする意思連絡による「犯罪実現に向かっての心理的拘束ないし心理的障壁の除去」は、集団の危険をもたらす関与者間の関係性という一体性の一つの側面にとどまり、それとは異なる一体性の特徴が意思連絡によってあらわれる場合がありうる。そのため、そのような場合には意思連絡の対象がどのようなものとなるかを分析する必要がある。

また、これらのような共謀共同正犯における共謀に関する議論とは別に、「共同正犯の本質である一部実行全部責任の根拠を、一定の目的に向けての意思連絡に基づく各行為者間の役割分担機能に求める」²⁴¹犯罪共同説の基本的視座に賛成する²⁴²見解は、「意思連絡は事後的に確認された心理的因果性の基礎づけとしてだけでなく、事前的に定められた全体行為計画における、各人の行為の地位・役割の重要性を明らかにする機能を有」²⁴³し、犯罪共同説によると、「Xは、Yと共に、深夜A宅に忍び込んで、YがAを取り押さえている間にXがAを刺し殺す、という計画を立てていた」²⁴⁴という事例を想定した上で、このような事例において共同正犯が成立するためには、Xは、「Yは自己の199条該当行為の遂行に協力する」²⁴⁵こと、「Yは自分(X)が殺人行為を行おうとしていることを認識している」²⁴⁶こと、「Yは自分(X)が殺人行為を行うことにつき、取り押さえ行為によって協力すること、つまりYは当該取り押さえ行為がXの殺人行為に役立つことを了承している」²⁴⁷ことを認識する必要があると論じる²⁴⁸。しかし、意思連絡からは役割分担以外にも心理的拘束なども生じると思われるところ、そうであるならば、意思連絡として了解すべき内容がこれら

²³⁹ 樋口・前掲注(21)8頁。

²⁴⁰ 樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定——実体法に基づく構造の解明」法時91巻11号(2019)63頁。

²⁴¹ 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』134頁。

²⁴² 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』134頁。同134頁は、「共同正犯の本質である一部実行全部責任の根拠を、一定の目的に向けての意思連絡に基づく各行為者間の役割分担機能に求める」立場としては、犯罪共同説だけではなく共同意思主体説も挙げており、このような「共同意思主体説・犯罪共同説の基本的視座は正しいように思われる」とする。

²⁴³ 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』134頁。

²⁴⁴ 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』133頁。

²⁴⁵ 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』133頁。

²⁴⁶ 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』133頁。

²⁴⁷ 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』133頁。

²⁴⁸ 内海・前掲注(47)『過失共同正犯について』133頁。

にとどまるか、または反対にこれらよりも限定された内容の了解で足りるかは明らかではない。

意思連絡は心理的因果性を基礎づけもするが、因果性の観点からは何らかの寄与があれば足りることとなり、その了解の内容まで限定することはできない。そこで、以下では、集団の危険をもたらす関係性という一体性の観点から意思連絡として了解すべき内容を明らかにする。

第2節 共同正犯の類型に基づいた検討の必要性

一体性の観点から検討する場合、関与者が実行行為を分担するか否かによってどのように集団の危険が生じるかが異なるため、実行共同正犯と共謀共同正犯とを区別して検討する必要がある。また、共謀共同正犯の中でも関与者間の関係性によって集団の危険が生じるプロセスは異なりうるため、さらに類型化する必要がある²⁴⁹。

このような類型化については、近時の類型論²⁵⁰が参考となる。近時の類型論は、共同正犯を実行共同正犯と共謀共同正犯に区別した上で共謀共同正犯を支配型共謀共同正犯と分担型共謀共同正犯に類型化する議論²⁵¹や、同様に共同正犯を実行共同正犯と共謀共同正犯に区別した上で共謀共同正犯を使役型、代表実行型、準共同実行型に類型化する議論²⁵²を基礎とし、また、共同正犯には「複数名が犯行に関与する現象に対応するための固有の法的意義」²⁵³があるとして、「複数名がどのように犯行に関与しているかという加担形態に着眼」²⁵⁴して共同正犯を類型化する。

このような類型論は従来の実務家による共同正犯の類型化をもとにしつつ、共同正犯の成否についての判断をどのような視点から行うべきかを示すものである。そして、近時の類型論が着目する加担形態は関与者間の関係性と言い換えることができるため、このような類型論は関与者間の関係性からどのように集団の危険が生じるかという観点からの検討に有益である。しかし、近時の類型論は判断のための「規範的視点」²⁵⁵を示すものの、それが共同正犯の要件とどのような関係にあるかは明らかではない。

そこで、本章では、近時の類型論が示す類型ごとに意思連絡の内容を分析する²⁵⁶。

²⁴⁹ 判例・裁判例をもとにした類型化が実務上、事実認定や量刑に役立つことを指摘するものとして、大塚ほか編〔村上〕・前掲注（106）351頁。

²⁵⁰ 文献については前掲注（11）を参照。

²⁵¹ 中野次雄「共謀共同正犯の問題点」ひろば13巻1号（1960）11頁、中野次雄「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第44巻第45巻』（有斐閣、1997）103頁。

²⁵² 香城敏磨『刑法と行政刑法』（信山社、2005）347-349頁。

²⁵³ 樋口・前掲注（16）146-147頁。

²⁵⁴ 樋口・前掲注（16）147頁。

²⁵⁵ 樋口・前掲注（11）「類型論に基づく共同正犯の構造化（その1）」106頁など。

²⁵⁶ 谷岡・前掲注（17）71頁は、共同正犯の要件の一つとして論じられる「重要な役割」に

なお、近時の類型論を主張する少なくとも一部の論者は、因果的共犯論が共同正犯には適用されないことを前提とする²⁵⁷。しかし、共同正犯をどのように類型化するかという問題と因果的共犯論が共同正犯に適用されるかという問題は別個の問題であり、類型化それ自体は因果的共犯論の適用の有無にかかわらず可能であるから、共同正犯に因果的共犯論は適用されるという本稿の立場からも、このような類型化を参照することは可能であると思われる²⁵⁸。

第3節 共同正犯の類型

はじめに、近時の類型論自体は共同正犯の各類型を新たに定義するのではなく、実務家による前述の類型を踏まえて、共同正犯を分担・代表実行型共謀共同正犯、支配・使役型共謀共同正犯、実行共同正犯・準実行共同正犯の3つに類型化して議論を展開するため、その類型の定義を確認する²⁵⁹。

第1款 分担・代表実行型共謀共同正犯の定義

第1に、分担・代表実行型共謀共同正犯は、次のように定義される。

すなわち、分担型共謀共同正犯とは、「各正犯者が対等な地位にあって犯罪事実実現のために必要な行為を各自が分担する場合」²⁶⁰であり、また、代表実行型共謀共同正犯とは、「共謀者も実行行為者とともに犯罪の完成と結果に重大な関心を有しており、実行行為者が両

下位基準を設定し、それに基づく類型化をすれば、実行共同正犯と共謀共同正犯の区別を中心とする類型化は必要であるとまではいえないと指摘する。しかし、少なくとも意思連絡の観点からは実行共同正犯と共謀共同正犯の区別を中心とする類型化をする必要性は否定されないと思われる。

なお、同83頁は、「『重要な役割』説は妥当なものとはいえず、これは改められるべきである」とする。

²⁵⁷ 樋口・前掲注(16)146-148頁。

²⁵⁸ 伊藤・前掲注(11)「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否(その1)」107頁以下、伊藤・前掲注(11)「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否(その2・完)」は近時の類型論の立場から各論的検討をするところ、伊藤・前掲注(16)37-38頁、45頁は、関与者の個別の行為が結果に対する促進関係を有することを要求するから、因果的共犯論を前提とするものと思われる。

²⁵⁹ これらの分類のほかに、平野・前掲注(112)405頁は、共謀共同正犯を「共謀者も実行行為の一部あるいは客観的な幫助行為をした場合とそうでない場合」として「教唆型と幫助型」とに区別する。これは、幫助型が分担型共謀共同正犯に対応し、教唆型が支配・使役型共謀共同正犯に対応するといえよう(中野・前掲注(251)「判批」103頁参照)。

²⁶⁰ 中野・前掲注(251)「判批」103頁。

者の代表として犯罪を実行した場合」²⁶¹である。

第2款 支配・使役型共謀共同正犯の定義

第2に、支配・使役型共謀共同正犯は、次のように定義される。

すなわち、支配型共謀共同正犯とは、「正犯者間の関係がいわば一方的である場合」²⁶²であり、また、使役型共謀共同正犯とは、「その犯罪の実質上の主体である共謀者が実行行為者を利用して犯罪を実行させた場合」²⁶³である。

第3款 実行共同正犯・準実行共同正犯の定義

第3に、実行共同正犯・準実行共同正犯は、次のように定義される。

すなわち、実行共同正犯とは、「実行行為を分担する共同正犯」²⁶⁴であり、また、準実行共同正犯とは、「それ自体では厳密な意味での実行行為にあたらぬ行為ではあるが、仮に実行行為者が実行行為と併せてその行為をするときには実行行為の一部と評価してよい場合において、共謀者が実行行為者の実行行為の際にその行為を分担して実行行為の効果を高めた」²⁶⁵場合である。

第4款 準実行共同正犯の位置づけ

このように厳密には実行行為を分担していない場合も準実行共同正犯として共謀共同正犯とは異なって類型化することに対しては、準実行共同正犯が共謀共同正犯という概念を肯定するために用いられることがあった²⁶⁶ことを踏まえると、実行共同正犯と共謀共同正犯の区別が不明確となり、両者を区別する意義が希薄化するという批判がありえよう。

しかし、共同正犯を類型化する利点は共同正犯を分類することそれ自体にあるのではなく、類型ごとに重視すべき要素を明らかにし、判断の明確化を図ることにある²⁶⁷のであるから、準実行共同正犯が実行行為それ自体を分担していないという点で共謀共同正犯と共通するといっても、その判断にとって重要な要素が実行共同正犯と共通するのであれば、実行共同正犯と同様のカテゴリーとして分類すべきであると思われる。

²⁶¹ 香城・前掲注(252)348頁。

²⁶² 中野・前掲注(251)「判批」103頁。

²⁶³ 香城・前掲注(252)348頁。

²⁶⁴ 中野・前掲注(251)「共謀共同正犯の問題点」11頁。

²⁶⁵ 香城・前掲注(252)348-349頁。

²⁶⁶ 西田・前掲注(29)48頁。

²⁶⁷ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その1)」106頁、伊藤・前掲注(184)100-101頁。

また、準実行共同正犯を実行共同正犯と同じカテゴリーに分類することは、共同正犯を実行共同正犯に限定しつつも、見張りについても共同正犯を認める刑法 60 条の沿革に照らしても正当であると思われる。

すなわち、現行刑法 60 条の基礎となった刑法明治 35 年改正案 72 条（「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」²⁶⁸）に関しては、帝国議会貴族院特別委員会において、三好退藏が「即ニ犯罪ヲ實行シタル以上ハ共謀シテヤツタ所ノ者ハ一人ガ手ヲ下シテヤツタナラバ他ノ一人ハ自ラ手ヲ下サヌデアッタト雖モ共謀シテ手ヲ下スマデノ間共同シテ居ッタモノナラバ唯一人ガ手ヲ下シタト言ッテモソレハ矢張り共犯デアル、共ニ正犯トシテ罰シナケレバナラス」と述べ、また、菊池武夫が「唯今三好君ノ共犯者ノ中ニ入レヤ〔ヨ〕ウト云フ一種ノ人、即チ相談ハシタケレドモ實行ノ際ニハ其場ニ居ナカッタトカ或ハ自分デ行爲ヲ爲サナカッタトカ云フ者ハ此刑法ニ據ルトドウナルノデアルカ、何カニ問ハレルノデアルカ、問ハレヌノデアルカ」という質問したのに対し、政府委員であった石渡敏一は「数人集ッテ犯罪ヲ行ハント相談ヲシテ其中ノ一人ダケガ犯罪ヲ實行シタ、残りノ者ノ處分ノ御質問ト察シマシタガ、其残りノ者が教唆ニナル若クハ從犯ニ當ルト云フナラバ四十三條四十四條デ罰シマス、之ニモ當テ〔ラ〕ヌトナルナラバ罰シナイ積リデアリマス」と答えた²⁶⁹。

この議論からは立法者は共同正犯としての処罰を実行共同正犯に限定していたことがわかる²⁷⁰。

一方、菊池の「一人ガ人家へ忍入ッテ品物ヲ竊ニ取ル、一人ガ竊盜ト名ヅクベキ行爲ハ加行〔功〕シナイケレドモ餘所ニ番ヲシテ居ルト云フヤウナモノハ其實行ト云フ方ニ這入ルト云フ解釋ニナルノデアリマスカ」という見張りをする者に共同正犯が成立するか問う質問に対し、石渡は「我々ハ矢張り実行ノ一ツト見テ居リマス」と答えている²⁷¹。これは、厳密には実行行為ではない行為を分担した者についても共同正犯が成立しうることが示唆するものと位置づけることができる²⁷²。

このような帝国議会貴族院特別委員会における議論は、処罰の対象として実行共同正犯を想定しており、しかし実行行為を緩やかに捉えることによって、実行共同正犯の成立範囲を拡張するものといえよう²⁷³。そうすると、厳密には実行行為を分担していない場合も準実

²⁶⁸ 内田ほか編著・前掲注（185）39頁。

²⁶⁹ 内田ほか編著・前掲注（185）374頁。□は内田ほか編著・前掲注（185）による補正・訂正である。

なお、石渡の答弁中にある「四十三條四十四條」は、それぞれ刑法明治 35 年改正案において教唆犯を規定していた 73 条、幫助犯を規定していた 74 条である（同 39 頁）。

²⁷⁰ 松宮・前掲注（146）278-279頁。

²⁷¹ 内田ほか編著・前掲注（185）376頁。□は内田ほか編著・前掲注（185）による補正・訂正である。

²⁷² 西田ほか編〔島田〕・前掲注（13）824頁、安田・前掲注（31）111頁。

²⁷³ 松宮孝明『先端刑法総論——現代刑法の理論と実務』（日本評論社、2019）176-177頁も

行共同正犯として共謀共同正犯とは異なって類型化し、実行共同正犯と同様のカテゴリーとして分類する理解は、このような立法時の議論とも整合すると思われる。

もっとも、このような立法時の議論を重視するならば、準実行共同正犯を除く実行行為を分担しない共同正犯は否定され、共同正犯としての処罰は実行共同正犯・準実行共同正犯に限定されるという理解もありえる。

たとえば、共謀共同正犯を否定するある論者は、実行共同正犯について「犯罪の実行そのものを分担するか、然らざるも実行に欠くべからざる行為をした場合」には、共同実行と評価でき、実行行為の有無は、各共同者の行為を「全体として観察すべき」であり、個別の行為を切り離して観察すべきではないと論じる²⁷⁴⁻²⁷⁵。

たしかに、このように理解すれば、立法者が見張りを分担した関与者を共同正犯として処罰可能とすることも準実行共同正犯の範疇で理解することができ、実行行為を分担しないその他の共同正犯は刑法 60 条によっては処罰できないという結論を導くことも不可能ではない。

しかし、立法者が処罰できる共同正犯として実行共同正犯や見張りのような準実行共同正犯を想定していたとはいっても、実行行為を分担しないその他の共同正犯は処罰できないと解する必要はない。なぜなら、実行行為を分担していない者を共同正犯として処罰できるかという帝国議会貴族院特別委員会の議論においては、共謀共同正犯を肯定する主観説に対して刑法明治 35 年改正案 72 条は客観説に立つとして、「犯罪ヲ實行」していない者に共同正犯は成立しないとされている。すなわち、三好の「二人以上共謀シテ共ニ犯罪ヲ企テタニ就キマシテハ其一人ガ實行スレバ共ニ共犯デアル」という発言²⁷⁶に対し、石渡は「三好君ノ共犯論ハ學問上ノ謂ハユル主観説ヲ取ツテ居ラレルダラウト思ヒマス」とし²⁷⁷、刑法明治 35 年改正案 72 条は客観説に立っていると述べている²⁷⁸。これを前提に議論が進められているところ、客観主義に立っても共謀共同正犯を処罰することは可能であるから、主観説と客観説のいずれをとるかにかかわらず、共謀共同正犯を肯定することができ、帝国議会貴

参照。

²⁷⁴ 小野・前掲注 (5) 204-205 頁。

²⁷⁵ 松宮・前掲注 (146) 277 頁も「共同正犯は、厳密な意味で、実行の着手後の行為の共同に限られる必要はない。とくに離隔犯の場合には、原因行為の共同で足りよう」と論じる。また、曾根威彦『刑法原論』(成文堂、2016) 579 頁は「責任主義の一面である個人責任の原則を徹底し……、また、理論上共犯(とくに従犯)たるべき者が実務上正犯(共同正犯)として扱われる可能性を排除するためには、共謀共同正犯の理論を否定することになお実践的、政策的意義が認められる」とし、同 570 頁は「『実行』(共同実行)は、必ずしも単独正犯における実行(単独実行)と同じでなければならない、というものではなく、「各自の行為を全体としてみて犯罪の実行と評価できるかどうかが問題なのであって、単独正犯と異なり各自の行為がそれ自体独立して実行行為性を備えている必要はない」と論じる。

²⁷⁶ 内田ほか編著・前掲注 (185) 373 頁。

²⁷⁷ 内田ほか編著・前掲注 (185) 373-374 頁。

²⁷⁸ 内田ほか編著・前掲注 (185) 374 頁。

族院特別委員会における議論の前提が妥当しないからである。

また、律令法制と現行刑法との共犯規定の相違から共謀共同正犯という概念を認めることに対して次の指摘がなされている。

すなわち、仮刑律は「凡俱に罪を犯は、造意主謀之者を以首とし、随従与党するを従と為、罪一等を減ず。」(名例犯罪首従²⁷⁹)²⁸⁰と定め、新律綱領も「凡共ニ罪ヲ犯ス者ハ、造意一人ヲ以テ首ト為シ、随従者ハ従ト為シ一等ヲ減ズ。」(名例第1段)²⁸¹と定めるところ、このような律令法制の下での「共同犯行の意思を形成するうえで重要な役割を果たした『造意者』を中核とする共犯思想」とは異なり、実行行為を中心とする現行刑法において共謀共同正犯を肯定することの整合性が指摘される²⁸²。

しかし、共謀共同正犯においても、背後者が実行行為には該当しないものの犯罪の実現に必要な行為を分担したことや実行担当者に実行行為を行わせたことなどに着目して、共同正犯の成否が判断されることから、このような新律綱領から現行刑法への変遷は共謀共同正犯を否定することの理由にはならないと思われる。もっとも、共謀共同正犯の背後者が「共同犯行の意思を形成するうえで重要な役割を果たした」者であることは否定できないから、実行共同正犯を共謀共同正犯とは区別して議論する必要があるだろう。

そのため、立法時の議論を前提としても、準実行共同正犯を実行共同正犯と同様のカテゴリーとして分類し、その他の実行行為を分担しない共同正犯は分担・代表実行型または支配・使役型共謀共同正犯として分類することができる。

第4節 近時の類型論による実行共同正犯の基礎づけ

近時の類型論は、このような類型化について、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別してそれぞれに異なる基礎づけを与える点に特徴がある。

まず、実行共同正犯について、近時の類型論のある論者は次のように論じる。すなわち、実行共同正犯については、重要な役割をその要件とすることを前提に、事後判断によって「重要な役割」の評価対象を確定し²⁸³、事前判断²⁸⁴によってその評価対象である行為が「重

²⁷⁹ 「犯罪首従」とは「複数人による犯罪」をいう(石井紫郎=水林彪校注『法と秩序』〔水林彪校注〕(岩波書店、1992) 12頁)。

²⁸⁰ 石井=水林校注・前掲注(279)〔水林彪校注〕11頁。

²⁸¹ 石井=水林校注・前掲注(279)〔石井紫郎=水林彪校注〕181頁。

²⁸² 曾根・前掲注(275) 580頁。現行刑法は実行行為時に果たす役割に着目して正犯と従犯とを区別するのに対し、新律綱領は共謀における役割に着目して共犯関係を規律するという点については、石井=水林校注・前掲注(279)〔水林彪〕501-502頁を参照。

²⁸³ 伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(2)」41頁。

²⁸⁴ 伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(3・完)」30-31頁は、このような事前判断は刑罰論における一般予防から導かれるとする。

要な役割」と評価できるか否かを判断する²⁸⁵。そして、「重要な役割」判断の出発点は「実行行為、すなわち構成要件に該当する行為（の一部）を行った者を共同正犯とする形式的客観説」にあるが、「実行行為（狭義の正犯行為）と同程度に抑止する必要がある行為（広義の正犯行為）にまで正犯性の範囲」は拡張され、そのような正犯性の拡張は実行行為における「危険性」の範囲を拡張することを意味すると論じる²⁸⁶。その上で、「重要な役割とは、一般予防上、実行行為（狭義の正犯行為）と同程度に喫緊の抑止対象として評価されるべき危険な行為」²⁸⁷であり、そのような危険性判断においては、関与者の行為を実行行為時点で排除することが直接的な法益保護に資するか否かにより判断される²⁸⁸⁻²⁸⁹。

このような議論は、「故意作為犯の実行行為の本質は、刑法が設定する規範に反する作為」にあるところ、「協調行動によって刑法規範への違反が共同して行われる場合」、「当該協調行動を一体のものとして把握し、全体として許されない行動であることを明示することが必要」であることから、「実行共同正犯の本質は、協調行動による刑法規範への共同違反に求められる」という説明²⁹⁰と径庭はないと指摘される²⁹¹。

このような実行共同正犯の基礎づけにおいては、行為の危険性が実行共同正犯の成否を判断するポイントであるところ、実行共同正犯における危険性については、次のような指摘も存在する。

すなわち、実行行為が共同して行われることによって、互いの行為への心理的因果が強まるだけではなく、「結果発生危険が飛躍的に高まると指摘される²⁹²。さらに、このような指摘は、実行行為の「結果への具体的な危険性を有する性質」に着目して「そのような危

²⁸⁵ 伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(2)」41頁。井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018)507頁注(7)も「犯罪実現のために果たした本質的な役割ないし重要な寄与」(同507頁)の有無と程度は事前判断により決すべきであると指摘する。

²⁸⁶ 伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(3・完)」31頁。

²⁸⁷ 伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(3・完)」31頁。

²⁸⁸ 伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(3・完)」39-40頁。直接的な法益保護に資するか否かは、刑法が関与者に対してその者が創出した危険を実現しないよう要請した場合に、関与者がその要請を受け入れ翻意すれば、他の共同者の決定を介することなく法益が保護されるか否かにより判断される(同39頁)。

このような危険性判断は、行為の排除が法益の間接的・従属的な保護にしかならない場合は比例原則に違反するという論理から裏づけられる(同40-42頁)。

²⁸⁹ 「共謀共同正犯が直接実行者(規範的障害)を介した間接的な危険創出であるのに対して、実行共同正犯の場合は、それぞれの行為が規範的障害を介さずに危険を創出している必要がある」とする伊藤嘉亮「危険運転致死傷罪の共同正犯に関する一考察」ソシオサイエンス27号(2021)41頁も参照。

²⁹⁰ 樋口・前掲注(22)145-146頁。

²⁹¹ 樋口・前掲注(22)153頁注(36)。

²⁹² 菊池・前掲注(10)74頁。

険を具体的に含む行為（実行行為）に『一体として』及んだときは、それ以外の行為で別の者の実行行為に絡んだ場合とは典型的かつ決定的に結果の発生の蓋然性が異なる」とも論じる²⁹³。このように、実行共同正犯としての処罰は、関与者が分担した行為の危険性に基礎づけられるといえる。

第5節 近時の類型論による共謀共同正犯の基礎づけ

これに対し、共謀共同正犯について、近時の類型論のある論者は次のように論じる。すなわち、「共謀共同正犯においては、個人の責任主義的視点から背後者自身の影響力に着目しつつ、集団主義的視点を援用しながら彼の行為の意味を解明しようと試みるべきであり、「個人主義的視点と集団主義的視点は相互に排斥し合うものではなく、前者を出発点としつつ、後者が前者を補完する関係にある」という理解²⁹⁴を前提として、共謀共同正犯に一次的な禁圧が向けられる根拠は「背後者たる被告人と共犯者との結びつきが強く、共犯者はもはや自身の一存で犯罪を実行するか否かを決められないため、刑法規範としても共犯者に訴えかけるだけでなく、被告人にも併せて訴えかける必要がある」²⁹⁵とされる。

その上で、共謀共同正犯において背後者を正犯として処罰することができる正犯性の根拠は、背後者が利用する集団圧力が刑法による禁圧を上回り、集団圧力を排除するために背後者による指示・命令を撤回させる必要があることに求められる²⁹⁶⁻²⁹⁷。

論者は、社会心理学などの知見を援用するドイツの議論を参照して社会心理学の観点から集団圧力を分析し、集団規範の影響力とされる集団圧力の強度を規定する要素として、「①集団の顕出性（個人にとってその集団が重要な意味をもつものであるとき、つまり集団がその個人にとっての顕出度が大であるとき規範の影響力は大となる）、②目標達成への動機づけ（斉一的な行動が集団の目標達成へ有効であるという認識があり、またその目標そのものを高く価値づけているとき規範の影響力は大となる）、③集団の凝集性（集団が成員に対して及ぼす影響力の大きさは、その凝集性の大きさに比例する）、④制裁の確実性（規範から逸脱した場合（中略）の制裁が明確なときには規範のもつ力は強くなる）、⑤自信の弱さ（自分の意見について確信が弱い場合、あるいは自己の判断を尊重し自己の行動原理に従

²⁹³ 菊池・前掲注（10）74頁。

²⁹⁴ 伊藤・前掲注（10）「共謀共同正犯の構造（1）」22頁。

²⁹⁵ 伊藤・前掲注（184）102頁。伊藤・前掲注（10）「共謀共同正犯の構造（2・完）」36頁以下も参照。

²⁹⁶ 伊藤・前掲注（10）「共謀共同正犯の構造（2・完）」41-43頁、45頁。

²⁹⁷ このような議論を前提として、共謀を合意と解した上で、合意の特性は「犯罪実現に向かっている心理的拘束ないし心理的障壁の除去に求められる」（樋口・前掲注（21）8頁）とする前述の議論が導かれる。

おうとする構えが弱い場合には、規範の影響力は強くなる)」²⁹⁸⁻²⁹⁹を挙げ、集団規範に対する感受性を強化する間接事実として「⑥中和化の作用（集団・組織内の権威や匿名性（代替可能性）によって直接実行者が感じる責任が低下する）、⑦相互暗示（集団・組織の構成員の深層心理に影響を及ぼし、批判力等の低下を招く）、および⑧組織におけるイデオロギーや法規範逸脱性の内在化・内面化の程度」³⁰⁰を挙げる。

このような議論は、共謀共同正犯における正犯としての処罰を関与者の集団としての性質に着目した心理的拘束または心理的障壁の除去という観点から基礎づけるものといえよう³⁰¹。

第6節 近時の類型論に対する批判

共同正犯の類型化に対しては、特に実行共同正犯と共謀共同正犯を区別した上で、実行共同正犯を心理的因果性以外の観点から基礎づけることについて批判がなされている。

すなわち、実行共同正犯においては、実行行為が一体として行われることによって関与者が分担した行為の危険性が高まるという前述の指摘に対して、「一体」の内容が不明確であると批判される³⁰²。しかし、この点については、結果発生危険が増加するような関与者間の関係性が「一体」の内容であると解すれば足り、そのような危険が増加するメカニズムは集団による危険であると理解することができると思われる³⁰³。

また、共同正犯は刑法60条という1つの条文によるから、実行共同正犯と共謀共同正犯の要件は異ならないと指摘される³⁰⁴。この点について、類型論の論者は、単独正犯においても、それには直接正犯と間接正犯という類型が存在し、それぞれの要件が検討されると主張する³⁰⁵。

²⁹⁸ 伊藤・前掲注(10)「共謀共同正犯の構造(2・完)」40-41頁。同箇所は佐々木薫=永田良昭編『集団行動の心理学』〔狩野素朗〕(有斐閣、1987)61-62頁を引用する。

²⁹⁹ なお、②に「斉一的な行動」という表現が用いられるところ、佐々木=永田〔狩野〕・前掲注(298)59頁は「集団が活動をつづけていくにともなって、成員の行動は相互作用によって、その考え方・態度・行動など、さまざまな側面において類似したものとなる」ことを成員行動の斉一化と説明する。

³⁰⁰ 伊藤・前掲注(10)「共謀共同正犯の構造(2・完)」41頁。

³⁰¹ 伊藤・前掲注(184)102頁は、実務における共謀共同正犯の射程は心理的拘束が認められる場合以上であると指摘する。

³⁰² 小林・前掲注(14)94頁。

³⁰³ このような集団の危険については、第1章第4節以下を参照。

³⁰⁴ 照沼・前掲注(102)132頁、平山・前掲注(103)「判批」186頁。平山・前掲注(103)「インターネットサイトの管理・運営者の刑事責任について」862頁は、「実行共同正犯と共謀共同正犯とを統一的観点から捉えようとする判例の立場は、基本的に適切といえる」と指摘する。

³⁰⁵ 伊藤・前掲注(184)101頁。

たしかに間接正犯においてはその正犯性を判断するための具体的な判断基準があり、その点で直接正犯と間接正犯とでは要件が異なっているようにもみえる。

しかし、直接正犯では道具としての被害者や第三者を介さないために正犯性は問題とならないから、間接正犯における正犯性を判断するための具体的な判断基準が検討されないにすぎない。両者は問題とされる各則は同一である以上、成立要件も異ならず、「両者の相違は事実上のものに過ぎ」ないのである³⁰⁶。

そのため、共同正犯においても、実行共同正犯と共謀共同正犯とで要件は異ならず、もっとも、類型化によって各要件内部の判断基準が異なりうると理解すべきであろう。

このような議論は、意思連絡や重要な役割というようなある種抽象的なものを要件と整理するか、あるいはそれらを類型ごとに具体化したものを要件と整理するかという概念の整理の問題とも捉えられようが、刑法 60 条という 1 つの条文が共同正犯を規律することからすると、共同正犯には意思連絡のような統一的な要件が存在し、その要件の具体的な内容は類型ごとに異なるという理解にとどめるべきであると思われる³⁰⁷。

第 7 節 近時の類型論による共同正犯の基礎づけに対する疑問

近時の類型論による共同正犯の基礎づけは、実行共同正犯と共謀共同正犯の特徴に着目して展開される点で優れているものの、疑問も残る。

すなわち、まず、実行共同正犯の基礎づけについては、実行行為が共同して行われることによって、なぜ結果発生危険が高まるのかが明らかではないと思われる。

また、共謀共同正犯の基礎づけについては、心理的拘束が認められる共謀共同正犯の基礎づけは措くとしても、それが認められない共謀共同正犯を基礎づけられてはいないという批判が可能であろう。心理的拘束が認められずとも、令和 3 年決定のように一体性が認められるために、共謀共同正犯が成立する場合は存在しており³⁰⁸、共謀共同正犯を十分には基礎

³⁰⁶ 西田ほか編〔島田〕・前掲注（13）786 頁。

³⁰⁷ もっとも、類型論の論者が「重要な役割」を実行共同正犯の要件と位置づけ（たとえば、伊藤・前掲注（10）「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察（1）」2 頁）、共謀共同正犯の要件としても「重要な役割」を検討する（たとえば、伊藤・前掲注（10）「共謀共同正犯の構造（1）」16 頁）ことからすると、このような論者も共同正犯の要件として統一的な要件を設定し、その上で具体的な判断基準が異なると解していると思われる。

³⁰⁸ 豊田・前掲注（102）851-852 頁は、令和 3 年決定を共謀共同正犯として構成する場合、令和 3 年決定の事案では投稿者・配信者が心理的拘束なく投稿・配信に及んでいるにもかかわらず共謀共同正犯を肯定することになる点で、従来の判例上は心理的拘束があるときに認められてきた共謀共同正犯の成立範囲を広げているといえと指摘する。

また、伊藤・前掲注（184）115 頁も「本件を共謀共同正犯として理解する場合、心理的拘束力に依拠しない共謀共同正犯を最高裁レベルで肯定した点に本決定の意義が認められる。」と指摘する。

づけられていないと思われる。

第8節 実行共同正犯と共謀共同正犯の基礎づけ

これらの疑問を前提とすると、まず、実行共同正犯の基礎づけは、実行行為を共同して行うことによる危険の増加にある³⁰⁹ところ、その危険増加の根拠は集団の危険にあると考えられよう³¹⁰。そして、実行行為を共同することから、集団の危険の中でも特に、1つの行為を細分化して捉え、小さな悪い行いは許されるという考えによって道徳や社会規範の力が弱められ、犯罪はより容易かつ安価に実行されるという点が注目される。

すなわち、実行共同正犯においては、犯罪の実現に必要な行為を分担し、関与者一人一人が担当する行為が細分化されることで関与者は自らの責任を感じづらくなるといえ、そのため、結果が発生する危険が増加するといえよう。これは心理的障壁の除去または軽減ということもできる。もっとも、なぜ心理的障壁が除去・軽減されるかが重要であり、その点に照らして意思連絡を解釈する必要がある。

また、集団においては構成員が有している傾向がさらに強化されること、たとえば、集団で暴行を加える場合、その構成員が粗暴な傾向を有している場合、各構成員が個別に暴行を加える場合よりも集団での暴行の方がその態様がエスカレートする可能性があろう。ほかに、関与者間の競争が最小化され、効率的に犯罪を実現することもできる。

次に、共謀共同正犯について分析すると、心理的拘束が認められなくても、集団の危険は認められると思われる。

たとえば、関与者が自己奉仕推論を展開して自らの行為が正当化されると考えると、その関与者は行為に及ぶことを思いとどまりづらくなり、結果が発生する危険が増加する。また、関与者が自らが集団の一員であるという意識を持つことで生産性が高まり、結果が発生する危険が増加することもありえる。ほかに実行共同正犯の場合と同様に関与者が自らの責任を感じづらくなり、また、関与者間の競争が最小化されることによる効率性が達成されることがありうる。これらに加え、集団においてはその構成員が自らの利益よりも集団の利益を優先するようになること、そのような場合には、それ自体が結果発生危険を増加させるというよりはほかの集団による危険増加の効果を高めると位置づけることができると思われる。

これらの場合には、心理的拘束は認められなくても集団の危険は認められるから、因果性の要請も満たせば、共謀共同正犯としての処罰が基礎づけられるといえよう。

³⁰⁹ 伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(1)」16頁は、共同正犯の正犯性について、「正犯行為も共犯行為も犯罪実現の危険を有する(あるいは危険を増大させる)行為であると考えるのであれば、正犯が共犯よりも重いことの根拠は『正犯行為の危険性の高さ』に求められることになる。」と指摘する。

³¹⁰ 以下の集団の危険について、第1章第4節以下を参照。

共同正犯は第 1 章第 3 節以下で示したとおり一体性の観点から基礎づけることができ、それは実行共同正犯と共謀共同正犯に共通すると思われる。もっとも、類型ごとに集団の危険が生じるプロセスが異なることも考えられ、そうすると、類型ごとに共同正犯の成立に必要な意思連絡の内容も異なることとなる。

そこで、以下では、共同正犯の類型ごとに必要な意思連絡の内容について検討する。

第 9 節 分担・代表実行型共謀共同正犯における意思連絡

近時の類型論は分担・代表実行型共謀共同正犯については、「自分たちの犯罪として一緒に行おうという内心の意思の合致」は心理的障壁を押し下げ、また、関与者の引き返しを妨げる心理的拘束を生じさせるところ、そのような相互意識は「禁圧に値する固有の事象」であり、分担・代表実行型共謀共同正犯は「一体性を生み出すような相互意識に基づいて行われた実行行為について、相互意識の一員であった者全員に責任を問う法理」³¹¹であるとする。ここでは、「相互意識という共同の心理状態や組織性という面」が重視される³¹²。論者が前述の集団圧力による共謀共同正犯の基礎づけに関する議論を参照して、共謀共同正犯の合意の特性は心理的拘束または心理的障壁の除去にあるという理解³¹³を導いている³¹⁴ことを踏まえると、分担・代表実行型共謀共同正犯についての上記の議論もこのような共謀共同正犯に関する集団圧力に着目した理解を前提としていると思われる³¹⁵。

本稿が示した集団の危険の観点からも、分担・代表型共謀共同正犯においては心理的障壁の除去が生じるといえよう。

すなわち、集団の構成員となり自己奉仕推論を展開することによって実行担当者が自らの行為が正当化されると考えるようになると、実行担当者の心理的障壁は除去されるといえよう。

たとえば、被告人 A から金銭を借りたにもかかわらず、それを返さない被害者 B に腹を立てた A が B に暴行を加えることを考えたとする。A が単独でこのような暴行を行う場合、A が暴行を加えようとしていることを知った第三者が A を説得し、A は実行行為に及ぶまでの間に翻意して暴行を行わないかもしれない。

これに対し、B が A を含む複数人から金銭を借りていたところ、腹を立てた複数の債権者が相談して B を痛めつけようと考え、A が代表して B に暴行を加えることとなったとする。この場合、事情を知った第三者が A を説得しようとしても、A はその第三者よりも他

³¹¹ 樋口・前掲注 (11)「類型論に基づく共同正犯の構造化 (その 2)」105 頁。

³¹² 樋口・前掲注 (11)「類型論に基づく共同正犯の構造化 (その 4・完)」121 頁。

³¹³ 樋口・前掲注 (21) 7 頁。

³¹⁴ この点については、前掲注 (297) を参照。

³¹⁵ 小林・前掲注 (14) 94 頁は、このような共謀共同正犯の基礎づけに対しては、そのような基礎づけは「意思連絡に基づく強度の心理的因果性」という共同正犯の要件を類型化したものであると指摘する。

の債権者の方が正しいことを言っていると考え、第三者の説得に応じない可能性がある。なぜなら、集団においては、集団の他の構成員は正しい可能性が高い一方、集団の構成員でない者は誤っている可能性が高いという推論がなされることがあるからである³¹⁶。このような場合においては、Aの心理的障壁は除去されているといえよう。

これとは異なり、心理的拘束や心理的障壁の除去はなくても分担・代表型共謀共同正犯を肯定すべき場合は存在すると思われる。前述のとおり、共謀共同正犯には心理的拘束がなくても集団の危険は認められうるからである。

すなわち、生産性の向上は関与者が自らが集団の一員であるという意識を持つことによって生じるとされるところ、分担・代表型共謀共同正犯における「自分たちの犯罪として一緒に行おうという内心の意思の合致」³¹⁷はこのような構成員としての意識を形成するものといえ、これによって集団としての生産性が高まるとされる。

ほかにも、関与者間の競争の最小化による効率性の達成が図られることから、分担・代表型共謀共同正犯を肯定することもできるとされる。

たとえば、複数人が詐欺を行う場合、それぞれが別個に同一の被害者に詐欺を行って各自が競争関係に立つよりも、各自が役割分担し、計画を立案する者、被害者を欺罔する実行担当者、詐取した金銭を回収する者、実行担当者を送迎する者など、各関与者の適正や経験に合わせて分担する方が競争は小さくなり、効率的に詐欺を行うことができるであろう。このような場合、関与者間に心理的拘束などはなかったとしても、集団の危険があり、その意味で一体性が認められるから、分担・代表型共謀共同正犯を肯定することができると思われる。

このように分担・代表型共謀共同正犯が認められる種々の場合が考えられるところ、これらの場合において、関与者が意思連絡として了解する必要がある要素はどのようなものになるだろうか。

分担・代表型共謀共同正犯は、心理的拘束や心理的障壁の除去、またはそれ以外の集団の危険から基礎づけられるところ、このような集団の危険が生じるためには、関与者が自身がその集団の構成員であるという意識を有することが必要であるから、関与者は自らが集団の構成員であると了解することが必要である³¹⁸。そのため、意思連絡の内容として、集団を形成すること、またはすでに形成されている集団に関与者が参加することの合意が必要となるとされる。一方、行為の分担や態様を具体的に合意する必要はない。

また、分担型共謀共同正犯については、集団の危険として、実行共同正犯・準実行共同正犯として構成することはできないような行為を分担する場合においても、集団において小

³¹⁶ 第1章第4節第3款で紹介した自己奉仕推論に関する議論を参照。

³¹⁷ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」105頁。

³¹⁸ 包括的共謀につき、関与者が集団の一員であるかというグループ意識を重視する樋口・前掲注(240)64-66頁、樋口・前掲注(16)150頁も参照。なお、包括的共謀が問題とされない共謀についても、包括的共謀と同様のアプローチをとれると思われることについて、中田・前掲注(28)379頁参照。

さな悪い行いは許されるという考えによって道徳や社会規範の力が弱められ、犯罪がより容易かつ安価に実行されることがありうると思われる。

たとえば、第1章第4節第3款で紹介した、実行役を犯行現場から自動車で逃走させる者やコカインの袋詰めを行う者³¹⁹については、分担している行為がそれほど重大なものではないと考え、心理的に容易にそれらの行為を行い、ひいては実行担当者が容易に犯罪を行うということもありえよう。

このような場合には、後述する実行共同正犯・準実行共同正犯の場合と同様に、他の関与者の行為を了解し、また、自らの行為の犯行全体における位置づけを了解すればよいと思われる。

第10節 支配・使役型共謀共同正犯における意思連絡

次に、支配・使役型共謀共同正犯については、支配型共謀共同正犯の基礎には、「犯罪実現を意図し、その意図に他の関与者を従わせて犯罪を実行させる首謀者は、実行犯よりも軽い関与形態として扱うことは適切ではなく、最も重い関与形態として評価すべきとの規範的視点」³²⁰という発想があり、支配型共謀共同正犯のそのような規範的視点を使役型共謀共同正犯にまで拡張することで使役型共謀共同正犯を基礎づけることができるとされる³²¹。このような支配・使役型共謀共同正犯においては、「犯行の首謀者といえる人物や、実行行為者の上位に立って犯行を指示する人物が複数いる」場合には、「複数の首謀者や上位者の間に一体性が形成されているという事情だけでは共同正犯性の基礎づけには十分とはいえず、「犯行の共同支配という事情や上位者が実行行為者に犯罪を共同で指示しているという事情」も重視されると論じられる³²²。

支配型共謀共同正犯においては、背後者が実行担当者を一方的に指揮命令する関係にあるから、心理的拘束が重要であると思われる。そのため、支配型共謀共同正犯の意思連絡においては、心理的拘束をもたらす事情を了解することが必要であるといえよう。

この点に関しては、まず、実行担当者が背後者によるその者に対する指揮命令を了解することが必要であると思われる。その上で、実行担当者がその指揮命令に従うことを担保するという観点から、関与者が了解すべき要素を挙げるができる。

たとえば、関与者が互いの人的関係を了解することが必要であるといえよう³²³。ここでの

³¹⁹ Katyal, *supra* note 58, at 1327.

³²⁰ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」108頁。

³²¹ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」108頁。

³²² 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その4・完)」122頁。なお、ここで言及される、複数の首謀者や上位者の間の一体性とは、それらの者の間の人的関係についてのものであるが、本稿でいう一体性とは厳密には異なると思われる。

³²³ 支配型共謀共同正犯の共謀の認定において、関与者間の人的関係が一つの要素となることを指摘するものとして、たとえば、村瀬・前掲注(236)378頁。

人的関係とは、上下関係や背後者が実行担当者に及ぼす影響力などを含む。背後者が犯罪組織の実権を握っている者である一方、実行担当者はその末端の構成員にすぎないことなどはこのような人的関係に当たる。

さらに、近時の類型論の論者の集団規範に着目する理解は、前述のとおり、集団圧力の強度を規定する要素として制裁の確実性を挙げるところ、実行担当者が背後者の指揮命令に反することに対する制裁が設定され、そのような制裁が心理的拘束を基礎づける場合には、実行担当者がその制裁の存在を了解し、さらに指揮命令に反したときにその制裁が現実に行われる可能性や自らがその制裁から逃れることができる可能性を了解することも必要であると思われる。

以上を整理すると、支配型共謀共同正犯の意思連絡とは、実行担当者が心理的拘束をもたらす事情を了解していることを前提として、背後者から実行担当者に対して指揮命令を発し、実行担当者がそれを了解することといえることができる。

これに対し、使役型共謀共同正犯においては、心理的拘束や心理的障壁の除去が認められない場合が存在する。すなわち、使役型共謀共同正犯を認めてよい場合として、論者は近時の裁判例の調査結果から、「実行犯に上位の立場から指示する場合と、犯罪実現への強い関心を実現するために犯罪実行を依頼する場合」を挙げる³²⁴ところ、後者について心理的拘束や心理的障壁の除去は認められないと思われる。この点につき、論者は「殺し屋に報酬を約束して殺人を依頼した人物」に使役型共謀共同正犯が成立するかという場面について、この者が「殺し屋を支配しているとはいえないのはもちろん、上位に立つ人物とも言い難い。そして、殺し屋と依頼者との間に一体感を基礎づけるような相互意識が生まれるかも疑わしい」³²⁵とする。このような議論は、実行担当者に対する支配という観点からは心理的拘束は存在せず、また、心理的障壁の押し下げや心理的拘束を生じさせる相互意識³²⁶の観点からも心理的拘束は認められないとするものと位置づけることができると思われる³²⁷。

しかし、使役型共謀共同正犯においても、分担・代表型共謀共同正犯と同様に、集団の構成員となり自己奉仕推論を展開することによって実行担当者が自らの行為が正当化されると考えるようになり、実行担当者の心理的障壁が除去されることがありえよう。

また、使役型共謀共同正犯について心理的拘束や心理的障壁の除去を認められない場合があるとしてもなお使役型共謀共同正犯を基礎づけることは可能であろう。この点について、論者は、上記の殺人を依頼する事例について、「殺人の実現に強い関心を抱く者が犯罪実行を依頼し、引き受けてもらうという経緯を鑑みると、軽い関与形態としての罪責評価は

³²⁴ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」108頁。

³²⁵ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」109頁。

³²⁶ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」105頁。

³²⁷ 伊藤・前掲注(11)「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否(その2・完)」113頁は心理的拘束力を認められない事案を共謀共同正犯として構成する場合に使役型共謀共同正犯の成否を検討しており、これは使役型共謀共同正犯が心理的拘束からは基礎づけられないことを示すものといえよう。

ふさわしくないと考えられる」ため、「教唆にとどめることなく、共謀共同正犯を認めるのが一般的ではないかと思われる」と論じる³²⁸。しかし、共謀共同正犯における共謀としての合意を、心理的拘束をもたらしたり、心理的障壁を除去したりするものとして位置づける論者の前述の理解からは、このような心理的拘束や心理的障壁の除去が認められない場合には共謀共同正犯は否定されることになるはずである。論者の主眼は、実務上、心理的拘束や心理的障壁の除去が認められなくても使役型共謀共同正犯が認められる場合があることを示すことにあると思われる³²⁹が、「殺人の実現に強い関心を抱く者が犯罪実行を依頼し、引き受けてもらうという経緯」からそのような共同正犯を基礎づけるとしても、教唆という軽い関与形態としての罪責評価はふさわしくないことだけではただちに基礎づけることはできないため、その理論的な基礎づけを検討する必要がある。

このような心理的拘束や心理的障壁の除去が認められない場合の使役型共謀共同正犯も集団の危険という観点から基礎づけることができると思われる。すなわち、関与者が自らが集団の一員であるという意識を持つことによって生産性の向上が生じるとされる場所、分担・代表型共謀共同正犯と同様に使役型共謀共同正犯においても生産性が向上する場合はありえよう。

たとえば、上記の殺人を依頼する事例においては、背後者が実行担当者に殺人を依頼することによって、集団の一員としての意識が形成され、それによって、背後者と実行担当者のいずれにおいても犯罪実現に対する忠誠心が生じ、その意味で生産性が向上するということがありうる。

このように、使役型共謀共同正犯は、心理的障壁の除去、またはそれ以外の集団の危険から基礎づけられるところ、このような集団の危険が生じるためには、関与者が自身がその集団の構成員であるという意識を有することが必要であるから、分担・代表型共謀共同正犯と同様に、関与者は自らが集団の構成員であると了解することが必要である。そのため、意思連絡の内容として、集団を形成すること、またはすでに形成されている集団に関与者が参加することの合意が必要となる。

第 11 節 実行共同正犯・準実行共同正犯における意思連絡

最後に、実行共同正犯については、判例上、意思連絡が否定された事例であるが、「刑法第六十條ニ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トスト規定シ行爲者各自カ犯罪

³²⁸ 樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」109頁。

³²⁹ 「個別事案の積み重ねによって自然発生的に生成された刑法60条の適用範囲を前提に、その中にある規範的視点を言語化し、実務書に透明性を与えることを目標として設定する」とする樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その1)」106頁参照。さらに、このような目標を達成するためには、「実務の積み重ねの結果、刑法60条の中には、複数の規範的視点が包含されるに至ったことを正面から認めることが必須」とする樋口・前掲注(11)「類型論に基づく共同正犯の構造化(その2)」113頁も参照。

要素ノ一部ヲ實行スルニ拘ラス其ノ實行部分ニ應シテ責任ヲ負擔スルコトナク各自犯罪全部ノ責任ヲ負フ所以ハ共同正犯カ單獨正犯ト異リ行爲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爲ヲ利用シ全員協力シテ犯罪事實ヲ發現セシムルニ由ル」³³⁰とされる。

このような判示からは、実行共同正犯における意思連絡の内容として重要な要素は、関与者の相互の行爲が連携し、各関与者が協力することにあるといえよう³³¹。もっとも、そのような連携・協力がどのようなものであり、なぜそれらが必要であるかは必ずしも明らかではない。

近時の類型論は、実行共同正犯・準実行共同正犯においては、「共同での規範違反行爲を一体のものとして把握するという発想」が実行共同正犯の共同正犯性を基礎づけるとし³³²、また、準実行共同正犯は「実行行爲及び実行行爲と密接な行爲が複数の関与者によって共同で行われる場合、その全体を一体のものとして捉えて禁圧する必要があるという点では実行共同正犯と同様」であるとする³³³。ここでは、「暗黙のうちに歩調を合わせて暴行を共同していれば実行共同正犯が認められる」ため、「代表実行型の共謀共同正犯のように、関与者間の一体性を基礎づけるだけの相互意識・組織性の有無」を検討する必要はないという指摘³³⁴が重要である。すなわち、互いに関与者「の存在を想定しているという程度の希薄な意思連絡であっても、(準) 実行共同正犯を認めるのに十分である」³³⁵とされる。このような議論からは、実行共同正犯の主観的要件は、「協調する形で実行行爲を行う旨の意思連絡」³³⁶とされる³³⁷。

³³⁰ 大判大正 11 年 2 月 25 日刑集 1 卷 79 頁。事案の概要については、第 2 章第 2 節第 1 款を参照。

³³¹ 刑法 60 条には複数の行爲を結合させる機能があり、そのような複数行爲の結合の成否は「意思実現」と「相互調整」という観点から判断されると論じる伊藤嘉亮「共同正犯における複数行爲の結合根拠——「意思実現」と「相互調整」——」早誌 67 卷 1 号 (2016) 53 頁以下も参照。もっとも、同 84-87 頁は「意思実現」と「相互調整」という観点からは意思連絡は必要ではないとする。

³³² 樋口・前掲注 (11)「類型論に基づく共同正犯の構造化 (その 2)」109 頁。樋口・前掲注 (22) 145-146 頁は、「故意作為犯の実行行爲の本質は、刑法が設定する規範に反する作為」にあるところ、「協調行動によって刑法規範への違反が共同して行われる場合」、「当該協調行動を一体のものとして把握し、全体として許されない行動であることを明示することが必要」であることから、「実行共同正犯の本質は、協調行動による刑法規範への共同違反に求められる。」と論じる。

³³³ 樋口・前掲注 (11)「類型論に基づく共同正犯の構造化 (その 2)」111 頁。伊藤・前掲注 (289) 41-42 頁も参照。

³³⁴ 樋口・前掲注 (11)「類型論に基づく共同正犯の構造化 (その 2)」110 頁。

³³⁵ 樋口・前掲注 (11)「薬物輸入の罪における共同正犯 (その 1)」99 頁。

³³⁶ 樋口・前掲注 (22) 144 頁。

³³⁷ 樋口・前掲注 (22) 143 頁は「実行共同正犯の成立に必要な意思連絡があるというためには、共同者の各自が、互いに暴行を加えることを認識し合つておれば足りる」と判示した

以上の理解に対しては、共謀共同正犯の共謀は充足されずとも実行共同正犯を成立させるに足る意思連絡の内容・程度はあり得る³³⁸として実行共同正犯の成立要件を緩和することに特徴があると指摘される³³⁹。

もっとも、このような議論において、実行共同正犯の意思連絡の内容とされる「協調する形で実行行為を行う旨」とは具体的にどのようなものを意味するかは必ずしも明らかではないと思われる。

この点については、以上の議論と同様に「実行共同正犯の場合、被告人らの一体性を基礎づけるほどの緊密な意思連絡は必ずしも必要ではなく、彼らが互いの実行行為を認識し合い、それらを協調し合える程度の意思連絡があれば足りる」³⁴⁰とする論者は、実行共同正犯における意思連絡は「最低限、役割分担を可能にする程度のものがあれば足りる」³⁴¹と論じる。実行共同正犯においては関与者間の役割分担が重要であり、この点についての了解が意思連絡の中核であるという発想は、基本的には支持できる³⁴²。

すなわち、実行共同正犯においては、犯罪の実現に必要な行為を分担し、関与者一人一人が担当する行為が細分化されることで関与者は自らの責任を感じづらくなり、そのため、結果が発生する危険が増加するという心理的障壁の除去・軽減のプロセスからすると、実行共

東京高判昭和 55 年 1 月 31 日刑集 34 卷 5 号 344 頁を例に挙げる。なお、同判決の上告審である最判昭和 55 年 10 月 27 日刑集 34 卷 5 号 322 頁は、実行共同正犯に必要とされる意思連絡の内容・程度について判示していない。

³³⁸ 樋口・前掲注 (22) 142-143 頁。同 142-143 頁は、このような共謀共同正犯と実行共同正犯の相違が意義を有する場面として、「犯行現場での咄嗟の協調行動」を挙げる。

³³⁹ 安田・前掲注 (31) 116 頁、小林・前掲注 (49) 103 頁。

³⁴⁰ 伊藤・前掲注 (184) 103 頁。

³⁴¹ 伊藤・前掲注 (11) 「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の「場」を提供する場合の共同正犯の成否 (その 2・完)」 114 頁。

³⁴² このほか、次の見解も参照。すなわち、清野憲一「共同正犯判断枠組の再構築に向けた基礎的考察」(2023 年 11 月 20 日) (https://researchmap.jp/kenichi_kiyono/misc/44073307, 2023 年 11 月 28 日最終閲覧) 21-22 頁は、共同正犯の類型には「役割分担が必ずしも明確でなく、現場の雰囲気や情動・感情にも強く影響され、状況に応じて行為計画が変化・発展しつつ遂行されていく『アメーバ型』」があるとし、同「共同正犯判断枠組の再構築」判時 2569 号 (2023) 96 頁は「刑法 60 条にいう『共同して犯罪を実行した』とは、『犯罪の遂行を不可分に内に含む行為計画を共同にした』ことであり、『行為計画を共同にした』とは、『行為計画を形成し、またはこれに参画した』ことであり、『行為計画に参画した』とは『行為計画上の役割遂行を引き受けた』ことである」と理解する。その上で、同 102 頁は、アメーバ型の現場共謀事案における意思連絡の内容を「状況の変化に応じて相手の犯行を相互に自己の犯行計画に取り込み、自身の犯行も相手の犯行計画の一部を構成することを引き受ける」として、これを「犯行現場での咄嗟の協調的行動」(樋口・前掲注 (22) 142-143 頁)、「実行共同正犯の成立に必要な意思連絡があるというためには、共同者の各自が、互いに暴行を加えることを認識し合っていれば足りる」(東京高判昭和 55 年 1 月 31 日刑集 34 卷 5 号 344 頁)などと表現することもできると論じる。

同正犯の意思連絡の内容としては、他の関与者がどのような行為を行うかを了解することが必要であると思われる。もっとも、このような心理的障壁の除去・軽減のプロセスにおいては、関与者が自らの行為の悪質さは小さいと考えることが重要と思われるから、単に他の関与者の行為を了解するだけでなく、予定された犯行全体³⁴³の中でその関与者の行為がどのような位置にあるかを了解する必要もあろう。

このように、実行共同正犯の意思連絡における連携・協力という要素は、他の関与者の行為の了解と犯行全体の中での自らの行為の位置づけの了解を必要とする心理的障壁の除去・軽減という観点から理解することができると思われる。

前述のとおり、このほかにも集団の危険が認められる余地はあるが、意思連絡との関係では、特に上記のプロセスが重要であり、実行共同正犯・準実行共同正犯の意思連絡の内容としては、他の関与者の行為を了解することと自らの行為の犯行全体における位置づけを了解することが必要であるとしていくことができる。

したがって、実行共同正犯・準実行共同正犯における意思連絡とは、各関与者が行う行為の存在と各行為の犯行全体における位置づけについての合意ということができるとと思われる。

このように実行共同正犯と共謀共同正犯とで意思連絡の内容を異なって理解することに対しては、「刑法 60 条の趣旨である一部実行全部責任の法理は、結果の実現に向けて関与者同士を拘束しあうほどの緊密な意思連絡やコミュニケーション関係が存在することによって、実行行為の一部しか遂行しない場合でも単独犯と同様の法益侵害結果の現実的危険性が認められるため、関与者全員に実行行為を 1 人で全部行った場合と同じ責任を問うことができる、という原理である」として、「実行共同正犯と共謀共同正犯では、要件とされる意思連絡の内容や程度に隔たりはないと解すべきであろう」と指摘される³⁴⁴。このような指摘は、共同正犯における正犯としての責任は「緊密な意思連絡やコミュニケーション関係」によって、結果の実現に向けて関与者同士が拘束されあう場合にのみ認められるという前提に立つと思われる³⁴⁵。これは、共同正犯はおよそ心理的拘束のみから基礎づけられるとい

³⁴³ これを「犯行計画」と表現することも不可能ではない。しかし、「計画」という表現は現場共謀にはそぐわないと思われる。

この点につき、清野・前掲注(342)「共同正犯判断枠組の再構築」102頁は、「『アメーバ型』の現場共謀事案にあつては、行為計画自体が情動や感情に支配され、その内容も状況に応じて次々と変わっていくものである以上、これを『行為計画』と呼ぶことはやや大仰に過ぎる感があるかもしれない」として、前述のアメーバ型における意思連絡の表現について論じる(前掲注(342)参照)。

³⁴⁴ 小島秀夫「危険運転致死傷罪の共同正犯——最決平成 30・10・23 刑集 72 卷 5 号 471 頁」法教 517 号(2023) 105 頁。

³⁴⁵ 「各関与者が、一定の無価値な結果の実現に向けて相互に拘束しあう、ある種の連帯関係ないしコミュニケーション関係を構築し、無価値な結果が発生する現実的危険性を認識している場合には、共謀行為のみ関わった者も、直接行為者に実行の着手が認められる限り、

う理解に言い換えることができよう。しかし、心理的拘束が認められる場合が共謀共同正犯の典型例だとしても、特に現場共謀がなされるような実行共同正犯の場合にまで心理的拘束をもたらす「緊密な意思連絡やコミュニケーション関係」が生じているかには疑問がある。このような場合でも心理的拘束が生じるとするならば、そこで要求される心理的拘束の内容は相当程度希薄化したものと理解することになり、そのような弱い心理的拘束から共同正犯の正犯としての処罰を基礎づけることはできないと思われる。

なお、実行共同正犯に必要とされる意思連絡は厳密には「緩和」されているのではなく、分担・代表実行型共謀共同正犯や支配・使役型共謀共同正犯とは異なる内容が要求されるにすぎないという点には注意が必要である。分担・代表実行型共謀共同正犯や支配・使役型共謀共同正犯において必要とされている了解について、実行共同正犯ではそれらが必要とされていないというだけである。逆に言えば、実行共同正犯では他の関与者がどのような行為を行うか、また、予定された犯行全体の中でその関与者の行為がどのような位置にあるかという内容の了解が必要とされるが、分担・代表実行型共謀共同正犯や支配・使役型共謀共同正犯ではそのような了解がなくとも共同正犯は成立しうる。

また、実行共同正犯・準実行共同正犯に対しては、それらの未遂犯が成立する時期に関して次のような批判がなされている。

この批判は、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別する立場が「①分担すべき実行行為はより前倒しされた部分を含むとともに、②分担すべき実行行為を実際にはまだ行なっていない、その形成すべきひとつの全体行為が行われていれば足りる」³⁴⁶とすることに対し、このような理解によれば、「実行行為分担型の実行共同正犯は、単に、犯行計画上の山場以降も自分が直接加わる（手を下す）旨が役割分担として共有されている、という事実だけで基礎づけられうることになる」³⁴⁷と論じる。

実行の着手よりも前の時点で実行共同正犯・準実行共同正犯として分担すべき行為の開始を認めることができるか否かは措くとしても、たしかに実行共同正犯・準実行共同正犯の場合には分担すべき行為が開始されれば、未遂犯が問題とされる関与者が分担すべき行為をまだ行なっていない、分担・代表実行型共謀共同正犯や支配・使役型共謀共同正犯よりも緩やかな意思連絡をもって共同正犯の未遂犯の成立を認めることができるとすれば、実行共同正犯・準実行共同正犯の未遂犯は、客観面では分担・代表実行型共謀共同正犯や支配・使役型共謀共同正犯の未遂犯と同様に関与者の一部が行為を開始したにすぎない一方、主観面ではそれらよりも緩和された要件でその成立が認められることになるとも考えられる。

共同正犯として処罰されうる」と論じる小島秀夫「共謀概念の比較法的考察—包括的共謀を顧慮して—」明学 114 号（2023）40 頁も参照。

³⁴⁶ 小林・前掲注（14）95 頁。同 103 頁注（14）はこのような主張として、樋口亮介「承継的共同正犯」法時 92 卷 12 号（2020）42 頁を参照する。

³⁴⁷ 小林・前掲注（14）95 頁。

しかし、前述のとおり、実行共同正犯・準実行共同正犯における意思連絡は分担・代表実行型共謀共同正犯や支配・使役型共謀共同正犯よりも「緩和」されているわけではない。そのため、実行共同正犯・準実行共同正犯の未遂犯が他の共同正犯の未遂犯よりも緩やかに認められるものではない。実質的にも、実行共同正犯・準実行共同正犯の場合には、他の関与者がどのような行為を行うか、また、予定された犯行全体の中でその関与者の行為がどのような位置にあるかという点について了解があれば集団の危険は基礎づけられると思われる。

第12節 小括

第1款 共同正犯の各類型における意思連絡

これまでの分析を踏まえると、意思連絡において了解すべき要素は何かという観点からみると、共謀共同正犯内部においても、関与者間の人的関係が心理的拘束を基礎づける支配型共謀共同正犯と関与者が集団の構成員であるという意識を有することによって生じる集団の危険から心理的障壁の除去などがもたらされ、それによって基礎づけられる分担・代表型共謀共同正犯や使役型共謀共同正犯とで、意思連絡が認められるために必要な了解すべき要素が異なることがわかる。

すなわち、支配型共謀共同正犯においては、実行担当者が心理的拘束をもたらす事情を了解していることを前提として、背後者から実行担当者に対して指揮命令を発し、実行担当者がそれを了解することが必要であるということができる。

これに対し、分担・代表型共謀共同正犯や使役型共謀共同正犯においては、関与者が自らが集団の構成員であるという意識を有することが重要であるから、関与者は自らが集団の構成員であると了解することが必要であり、意思連絡の内容として、集団を形成すること、またはすでに形成されている集団に関与者が参加することの合意が必要となる。なお、分担型共謀共同正犯においては、他の関与者の行為を了解し、また、自らの行為の犯行全体における位置づけを了解すればよい場合がありうる。

また、実行共同正犯・準実行共同正犯においては、実行共同正犯における意思連絡の内容として重要な要素は、関与者の相互の行為が連携し、各関与者が協力することにあるといえるところ、これらの要素は、他の関与者の行為の了解と犯行全体の中での自らの行為の位置づけの了解を必要とする心理的障壁の除去・軽減という観点から理解することができる。そして、実行共同正犯・準実行共同正犯の意思連絡とは、各関与者が行う行為の存在と各行為の犯行全体における位置づけについての合意といえる。

なお、実行共同正犯・準実行共同正犯の意思連絡は共謀共同正犯よりも「緩和」されたものであると指摘されることがあるが、実行共同正犯・準実行共同正犯と共謀共同正犯とで異なる内容の意思連絡が要求されるにすぎず、厳密には「緩和」されているわけではないことに注意する必要がある。

以上の近時の類型論による類型化にしたがって意思連絡の内容を検討した本章の結論に対しては、集団の危険の生じ方が共同正犯の各類型と1対1で対応しないため、必ずしも近時の類型論にしたがって検討する必要はなく、むしろ集団の危険の生じごとと共同正犯をあらためて類型化して検討すべきではないかという疑問も生じうる。しかし、意思連絡の内容のみに着目した類型化を行うことは、実際の判断において混乱を生じさせかねないように思われる。すなわち、たとえば、具体的な事案を支配型共謀共同正犯であると捉えた上で、意思連絡については集団の危険という観点から異なる類型——仮に α 類型とする——として理解すると、1つの事案を支配型共謀共同正犯かつ α 類型として構成することとなり、かえってその事案の特徴を捉えづらくなってしまいう可能性がある。また、意思連絡の内容に着目した類型化を行わなくても、本章の考え方をとればそのような類型化をした場合と同様の思考過程を経ることとなるため、あえて意思連絡の内容だけに着目した類型化をする必要性は高くないと思われる。

第2款 各類型の混合型における意思連絡

このように、共謀共同正犯と実行共同正犯・準実行共同正犯とで意思連絡の内容は異なるが、共謀共同正犯内部では、支配型共謀共同正犯と分担・代表型共謀共同正犯・使役型共謀共同正犯とで意思連絡の内容が異なるにすぎず、意思連絡との関係では、分担・代表型共謀共同正犯と使役型共謀共同正犯を異なって理解する必要は乏しい。また、共謀共同正犯を分担型共謀共同正犯と支配型共謀共同正犯とに区別した論者が指摘するとおり、これらの「混合型」³⁴⁸も考えられる。

たとえば、最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁（クロロホルム事件）は分担型共謀共同正犯と使役型共謀共同正犯の混合型として位置づけることができる。

同決定の事案は、被告人Aが夫のVを事故死に見せかけて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、被告人Bに殺害の実行を依頼し、報酬欲しさからその依頼を引き受けたBは、他の者に殺害を実行させようと考え、C、D及びEを仲間に加えたというものであった。Bは、実行犯であるC、D、Eの乗った自動車をVの運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装ってVをCらの乗った自動車に誘い込み、クロロホルムを使ってVを失神させた上、Vを運んでVの自動車ごと崖から川に転落させてでき死させるという計画を立て、実行犯3名にこれを実行するよう指示したところ、Aは、殺人の実行の方法についてはBらにゆだねていたものの、犯行当日、Bに対し、Vが自宅を出たと連絡した。そして、Bからその情報を電話で伝えられた実行犯3名は計画どおりに自動車を追突させた上、示談交渉を装ってVを自車に誘い込み、Vにクロロホルムを吸引させた³⁴⁹。

³⁴⁸ 中野・前掲注(251)「判批」103頁。

³⁴⁹ なお、クロロホルム事件においては、クロロホルムの吸引の後、被害者を海中に転落させて沈めたものの、Vの死因ができ水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム

クロロホルム事件において、AはVの殺害を依頼した背後者であると位置づけることができるため、Aについては使役型共謀共同正犯の観点から共同正犯の成否を検討することができる。一方、AはBに対してVが自宅を出たことを連絡したところ、これは犯罪事実実現のために必要な行為といえ、この点を捉えれば分担型共謀共同正犯と構成することができる。このように、AはBらを使役しつつも、犯罪実現のための行為を分担しているため、分担型共謀共同正犯と使役型共謀共同正犯の混合型として位置づけることができると思われる。

クロロホルム事件の事実関係の下では、殺害の依頼により集団の一員としての意識が形成されることで犯罪実現に対する忠誠心が生じ、生産性が向上するといえよう。また、AがBに対してVが自宅を出たことを連絡したことを契機に犯行計画の実行が開始されており、もしもAがこのような連絡を行わなければ実行犯3名は他の手段でVを待ち伏せする必要があったという意味でAの情報提供によって犯罪を容易に行うことができたといえるが、Aの情報提供はあくまでもVが自宅を出たタイミングを知らせるだけのものであり、そのような情報提供だけを取り出してみると、それほど悪質ではない行為であるとして、Aは情報提供することに対する責任を感じづらいついていえると考えられる。

このように、クロロホルム事件は、分担型共謀共同正犯と使役型共謀共同正犯の混合型として、いずれの類型としても集団の危険が生じるものといえる。

なお、クロロホルム事件においては、Aについては、前述のとおり、分担型共謀共同正犯と使役型共謀共同正犯の混合型として位置づけることができる一方、実行犯であるC、D、Eだけを見ると、それら実行犯3名を実行共同正犯として構成することもできよう³⁵⁰。

第6章では、これまでの分析を踏まえ、具体的な事例について検討を行う。

ム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショックまたは肺機能不全であるか、いずれであるかは特定できず、Vは、転落させられるより前の時点で、クロロホルムの吸引による昏倒によって死亡していた可能性があった。そのため、早すぎた構成要件の実現の問題が生じたが、集団による生産性の向上という観点とは関係がないため、本稿ではこの点について立ち入らない。

³⁵⁰「親分が計画した薬物密輸計画を知らされた子分B・Cが漁船で薬物を受領して運搬し、さらに別の船に荷物を積みかえたという事例」におけるB・Cについて、実行共同正犯に該当しうると指摘する樋口・前掲注(11)「薬物輸入の罪における共同正犯(その2)」102頁も参照。また、伊藤嘉亮「詐欺罪における共同正犯の限界」法時92巻12号(2020)31頁は、被告人自身が実行行為を実際には行なっていないとしても、実行担当者Aとの間で共謀共同正犯が成立するならば、Aの欺罔行為を被告人による実行行為と評価し、被告人と他の実行担当者Bとの実行共同正犯が成立することを肯定する。

第 6 章 共同正犯に関する代表的な判例についての検討

第 1 節 具体的な事例の検討の必要性

本稿では、集団の危険をもたらす関与者間の関係性という意味での一体性の観点から、共同正犯における意思連絡の内実を分析してきた。もっとも、意思連絡に必要な要素を明らかにすることによって、意思連絡の存否に関する判断を安定的かつ明確に行えるようにするという本稿の問題意識からは、具体的な事例において、どのように意思連絡の存否が判断されるかという点についての検討を欠くことはできない。

そこで、以下では、我が国の共同正犯論に対して大きな影響を与えている特に重要な最高裁判例を素材として、本稿の立場から、意思連絡がどのように判断されるべきかについて検討する。

第 2 節 最大判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁（練馬事件）

まず、最高裁がはじめて共謀共同正犯が認められる根拠とその成立要件について判示した最大判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁（練馬事件）について検討する。

第 1 款 事案の概要

X 社 Y 工場において、Y 工場従業員で組織された第 1 組合が賃金値上げ及び労働協約締結を要求して争議に入り、会社側と抗争していた。第 1 組合が争議に入るに先立ち、これに対抗して第 2 組合が結成され、第 2 組合は争議に反対の態度をとったため、第 1 組合と第 2 組合は反目対立し、特に第 1 組合の組合員が第 2 組合の組合員に対して暴行・傷害を加えた嫌疑によって練馬警察署に検挙されたことなどを通して、第 1 組合員の間では、第 2 組合の委員長 V1 に対する反感が高まるとともに、当時練馬警察署 Z 巡査駐在所勤務の巡査 V2 に対しても強い反感を抱いていた。

このような諸情勢のもと、被告人 A ないし J は V2 に暴行を加えて死亡させた。

すなわち、A 及び B は B 方等において第三者 K と相謀り、V1 及び V2 に対する第 1 組合員の反感を利用し、V1 に暴行を加えて第 2 組合を抑圧するとともに、V2 に暴行を加えようと企図しその実行を B が指導連絡することと定めた。B、D、E、F、I は F 方において、V2 に暴行を加えること及びその方法を協議し、一方、H と J は第三者 L らと H 方において、V1 を殴打しようとしたが V1 の所在が不明であったため、H、J 等も F 等に合流して V2 に暴行を加えることに決し、さらに C、G もこれに加担することとなった。

このように A ないし J らは V2 に暴行を加えようと順次共謀し、C、D、E、F、G、I、J はほか数名とともに現場に赴き、行倒れ人がある旨偽って V2 を Z 巡査駐在所より誘いだし、

同所において古鉄管、丸棒等を振り同人の頭部、顔面、背部等を乱打して後頭部等に頭蓋骨骨折等の十数個の創傷を負わせ、よって同人をして脳損傷によりまもなくその現場で死亡するに至らしめた³⁵¹。

第2款 判旨

「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。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。他面ここにいう「共謀」または「謀議」は、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし「共謀」の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」

第3款 意思連絡の判断についての検討

練馬事件における背後者については、関与者はいずれも結果に重大な関心を有し、実行担当者は関与者を代表して実行行為を行なつたとみることができると、代表型共謀共同正犯と構成することができる。

そのため、意思連絡の内容としては、集団を形成すること、またはすでに形成されている集団に関与者が参加することの合意が必要となる。

A ないし J は V2 の被害者とする集団を形成しており、このような集団の形成についての合意が意思連絡の内容を構成する。

もっとも、A および B は集団を形成することについて合意している一方、B が A との合意後に「指導連絡」を担当していることからすると、C ないし J は A および B が形成した集団に参加したともいえ、そのように捉えると、意思連絡の内容はすでに形成されている A および B による集団に参加することの合意となる。

そうすると、判文上、「特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて」と述べる

³⁵¹ 刑集 12 卷 8 号 1798-1801 頁を参照。

箇所は、集団の形成・参加が意思連絡の内容となることを指すと理解することになると思われる。また、集団の形成・参加が意思連絡の内容となり、実行行為の方法や分担を合意する必要はないため、「実行の方法、各人の行為の分担役割等」の具体的な判示は不要であるという結論が導かれよう。

実行担当者である C、D、E、F、G、I、J については、実行共同正犯と構成されるから、その意思連絡は、各関与者が行う行為の存在と各行為の犯行全体における位置づけについての合意といえる。

第 3 節 最決平成 15 年 5 月 1 日刑集 57 卷 5 号 507 頁（スワット事件）

第 1 款 事案の概要

被告人は、兵庫、大阪を本拠地とする P 組組長兼 Q 組若頭補佐という指定暴力団幹部の地位にあり、配下に総勢約 3100 名余りの組員を抱えていた。P 組には、被告人を専属で警護するボディガードが複数名おり、この者たちは、アメリカ合衆国の警察の特殊部隊に由来するスワットという名称と呼ばれていた。スワットは、襲撃してきた相手に対抗できるように、けん銃等の装備を持ち、被告人が外出して帰宅するまで終始被告人と行動を共にし、警護する役割を担っていた。

被告人とスワットらとの間には、スワットたる者は個々の任務の実行に際しては、親分である被告人に指示されて動くのではなく、その気持ちを酌んで自分の器量で自分が責任をとれるやり方で警護の役を果たすものであるという共通の認識があった。

被告人は、秘書やスワットらを伴って上京することも多く、警視庁が内偵して把握していただけでも、本件の摘発がなされた平成 9 年中に、既に 7 回上京していた。東京において被告人の接待等をする責任者は P 組兼 R 会長の A であり、A は、被告人が上京する旨の連絡を受けると、配下の組員らとともに車 5、6 台で甲空港に被告人を迎えに行き、A の指示の下に、おおむね、先頭の車に被告人らの行く先での駐車スペース確保や不審者の有無の確認等を担当する者を乗せ（先乗り車）、2 台目には A が乗って被告人の乗った車を誘導し（先導車）、3 台目には被告人と秘書を乗せ（被告人車）、4 台目にはスワットらが乗り（スワット車）、5 台目以降には雑用係が乗る（雑用車）という隊列を組んで、被告人を警護しつつ一団となって移動するのを常としていた。

同年 12 月下旬ころ、被告人は、遊興等の目的で上京することを決め、これを P 組組長秘書見習い B に伝えた。B は、スワットの C に上京を命じ、C と相談の上、これまで 3 名であったスワットを 4 名とし、被告人には組長秘書ら 2 名と P 組本部のスワット 4 名が随行することになった。この上京に際し、同スワットらは、同年 8 月 28 日に Q 組若頭兼 S 組組長が殺害される事件があったことから、被告人に対する襲撃を懸念していたが、P 組の地元である兵庫や大阪などでは、警察の警備も厳しく、けん銃を携行して上京するのは危険と考え、

被告人を防御するためのけん銃等は東京側で準備してもらうこととし、大阪からは被告人用の防弾盾を持参することにした。そこで、Bから被告人の上京について連絡を受けたAは、同人の実兄であるT連合会U組組長のDに電話をして、けん銃等の用意をも含む一切の準備をするようにという趣旨の依頼をし、また、Cも、前記兼Rの組員にけん銃等の用意を依頼し、同組員は、Dにその旨を伝えた。連絡を受けたDは、U組の組員であるEとともに、本件けん銃5丁を用意して実包を装てんするなどして、スワットらに渡すための準備を調えた。

同年12月25日夕方、被告人がBやCらとともに甲空港に到着すると、これをAやU組関係者と、先に新幹線で上京していたスワット3名が5台の車を用意して出迎えた。その後は、前述のそれぞれの役割区分に従って分乗し、被告人車のすぐ後ろにスワット車が続くなどの隊列を組んで移動し始め、最初に立ち寄った店を出るところからは、次のような態勢となった。

〔1〕先乗り車には、P組本部のスワット1名と同組兼Rのスワット1名が、各自実包の装てんされたけん銃1丁を携帯して乗車した。

〔2〕先導車には、Aらが乗車した。

〔3〕被告人車には、被告人のほかBらが乗車し、被告人は前記防弾盾が置かれた後部座席に座った。

〔4〕スワット車には、P組本部のスワット3名が、各自実包の装てんされたけん銃1丁を携帯して乗車した。

〔5〕雑用車は、当初1台で、途中から2台に増えたが、これらに東京側の組関係者が乗車した。

そして、被告人らは、先乗り車が他の車より少し先に次の目的場所に向かうときのほかは、この車列を崩すことなく、一体となって都内を移動していた。また、遊興先の店付近に到着して、被告人が車と店の間を行き来する際には、被告人の直近を組長秘書らがガードし、その外側を本件けん銃等を携帯するスワットらが警戒しながら一団となって移動し、店内では、組長秘書らが不審な者がいないか確認するなどして警戒し、店外では、その出入口付近で、本件けん銃等を携帯するスワットらが警戒して待機していた。

被告人らは、翌26日午前4時過ぎころ、最後の遊興先である港区六本木に所在する飲食店を出て宿泊先に向かうことになった。その際、先乗り車は、他車より先に、乙ホテルに向かい、その後、残りの5台が出発した。そして、後続の5台が、同区六本木1丁目7番24号付近路上に至ったところで、警察官らとその車列に停止を求め、各車両に対し、あらかじめ発付を得ていた搜索差押許可状による搜索差押えを実施し、被告人車のすぐ後方に続いていたスワット車の中から、けん銃3丁等を発見、押収し、被告人らは現行犯逮捕された。また、そのころ、先乗り車で乙ホテル前にその役割に従って一足先に到着していたP組本部のスワットと同組兼Rのスワットは、同所に警察官が来たことを察知して、所持していた各けん銃1丁等を、自ら、又は他の組員を介して、民家の敷地やビルディング植え込み付

近に投棄したが、間もなく、これらが警察官に発見された。

スワットらは、いずれも、被告人を警護する目的で実包の装てんされた本件各けん銃を所持していたものであり、被告人も、スワットらによる警護態様、被告人自身の過去におけるボディガードとしての経験等から、スワットらが被告人を警護するためけん銃等を携行していることを概括的とはいえ確定的に認識していた。また、被告人は、スワットらにけん銃を持たないように指示命令することもできる地位、立場にしながら、そのような警護をむしろ当然のこととして受入れ、これを認容し、スワットらも、被告人のこのような意思を察していた³⁵²。

第2款 決定要旨

「本件では、……捜索による差押えや投棄の直前の時点におけるスワットらのけん銃5丁とこれに適合する実包等の所持について、被告人に共謀共同正犯が成立するかどうかの問題となるところ、被告人は、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被告人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……。なお、弁護人らが主張するように、被告人が幹部組員に対してけん銃を持つなという指示をしていた事実が仮にあったとしても、前記認定事実を徴すれば、それは自らがけん銃等の不法所持の罪に問われることのないように、自分が乗っている車の中など至近距離の範囲内で持つことを禁じていたにすぎないものとし認められない。また、前記の事実関係によれば、被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるといふ被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、B、A、D及びCらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立するとした第1審判決を維持した原判決の判断は、正当である。」³⁵³

また、裁判官深澤武久の補足意見は次のとおりである。

「1 本件は、被告人を組長とするP組の組員3100名余の中から被告人の警護のために選ばれた精鋭の者が、けん銃等を所持して被告人を警護するために行われたものであって、被告人はP組の組長としてこれら実行行為者に対し圧倒的に優位な支配的立場にあり、実行行為者はその強い影響の下に犯行に至ったものであり、被告人は、その結果、自己の身の安全が確保されるという直接的な利益を得ていたものである。」

³⁵² 刑集 57 卷 5 号 510-513 頁を参照。

³⁵³ 刑集 57 卷 5 号 513-514 頁。

本件犯行について、具体的な日時、場所を特定した謀議行為を認めることはできないが、組長を警護するために、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是、組織の中で徐々に醸成され、本件犯行当時は、被告人も警護の対象者として、実行行為者らが被告人警護のために、けん銃等を携行していることを概括的にはあるが確定的に認識して犯行場所ないしその付近に臨んでいたものである。

2 被告人と実行行為者間に、上記のような関係がある場合、具体的な謀議行為が認められないとしても、犯罪を共同して遂行することについての合意が認められ、一部の者において実行行為が行われたときは、実行行為に直接関与しなかった被告人についても、他人の行為を自己の手段として犯罪を行ったものとして、そこに正犯意思が認められる本件のような場合には、共謀共同正犯が成立するというべきである。

所論引用の最高裁判所昭和29年(あ)第1056号同33年5月28日大法廷判決・刑集12巻8号1718頁は、犯罪の謀議にのみ参加し、実行行為の現場に赴かなかった者の共同正犯性を判示したものであって、被告人を警護するため、その身边で組員がけん銃を所持していた本件とは、事案を異にするものである。」³⁵⁴

第3款 意思連絡の判断についての検討

背後者である被告人が実行担当者であるスワットらを一方的に支配する関係にあるから、支配型共謀共同正犯と構成することができる。

そうすると、実行担当者が心理的拘束をもたらす事情を了解していることを前提として、背後者から実行担当者に対して指揮命令を発し、実行担当者がそれを了解することが必要である。

心理的拘束をもたらす事情としては、被告人とスワットらの関係性が挙げられる。すなわち、被告人は暴力団の幹部であり、スワットらはその組員であった上、スワットらは被告人を専属で警護するボディガードであった。そのため、被告人は自らの警護についてスワットらに強力な影響力を有していたといえる。また、スワットらはけん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたという事情も、スワットらが被告人の直接的またはそれに近い状況の監視下にあったという意味で、スワットらに心理的に強い影響を与えていたものと位置づけることができよう³⁵⁵⁻³⁵⁶。

³⁵⁴ 刑集57巻5号514-515頁。なお、引用中、匿名化は引用者による。

³⁵⁵ 芦澤・前掲注(208)306頁参照。

³⁵⁶ 井田良「判批」佐伯仁志・橋爪隆編『刑法判例百選I〔第8版〕』(2020)155頁は、このような被告人が犯行時点で犯行場所におり、実行行為者と行動を共にしていたという事実関係の特殊性から実行共同正犯に近い類型として謀議なく共謀共同正犯が肯定されたと論じる。朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法53巻2号(2014)184頁は、共謀共同正犯の成立要件の中で論じることには無理があるとし、同191頁は、本件は「実行共同正犯に近い類型であって、『現場において配下が警備する車に乗り込んで、警護を受けるこ

もっとも、スワットらは、その任務の実行に際して被告人に指示されて動くのではなく、その気持ちを酌んで自分の器量で自分が責任をとれるやり方で警護の役を果たすという認識を有しており、被告人がスワットらに警護に関して具体的な指揮命令があったとは認定されていない。しかし、けん銃を持たないように指示命令することもできる地位・立場にある被告人が、ボディガードであるスワットらがけん銃等を携行していることを確定的に認識³⁵⁷しつつも、それを当然のこととして受け入れ、認容していた一方、スワットらが被告人のそのような意思を察していたことは、具体的な指揮命令が実際には発せられていなくても、そのような指揮命令が発せられた場合と同様に、被告人の警護についてスワットらは了解していたといえよう。そうすると、被告人からスワットらに対して黙示に指揮命令が発せられたともみることができるのであり、このような黙示的な指揮命令の発出と前述のスワットらの了解から、意思連絡を認めることができる。このような意思連絡のあり方を「黙示的に意思の連絡があった」と判示したものと思われる。

このように黙示的に指揮命令が発せられる場合には、たとえば、被告人がけん銃等の携行を確定的に認識・受容するようになるだけの事情など、黙示的に指揮命令が発せられたと評価できるだけの事情が積み重なる必要があると思われる、そのような事情の積み重ねが「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」る（補足意見）ということであると思われる。

第4節 最決平成30年10月23日刑集72巻5号471頁

第1款 事案の概要

「被告人は、平成27年6月6日午後10時34分頃、北海道砂川市内の片側2車線道路において、第1車線を進行するA運転の普通乗用自動車（以下「A車」という。）のすぐ後方の第2車線を、普通貨物自動車（以下「被告人車」という。）を運転して追走し、信号機により交通整理が行われている交差点（以下「本件交差点」という。）を2台で直進するに当たり、互いの自動車の速度を競うように高速度で走行するため、本件交差点に設置された対面信号機（以下「本件信号機」という。）の表示を意に介することなく、本件信号機が赤色を表示していたとしてもこれを無視して進行しようと考え、Aと共謀の上、本件信号機が約32秒前から赤色を表示していたのに、いずれもこれを殊更に無視し、Aが、重大な交通の

と』により、客観的要件（正犯性）を充たしていると考えられる。」と論じる。

³⁵⁷ 村瀬・前掲注（236）383頁は、意思連絡の認定において、「未必的認識で足りるか否かは、当該認識の前提となる具体的な状況如何による」とした上で、「スワット事件のような犯行態様の事案において、けん銃所持の認識が漠然として未必的に止まる程度であるならば、警護の内容・程度の客観的状況や警護についての被告人の認識等もその程度に止まることになるであろうから、犯罪の共同遂行の合意が黙示的であったと認定することは困難となるのではなかろうか。」と指摘する。

危険を生じさせる速度である時速約111kmで本件交差点内にA車を進入させ、その直後に、被告人が、重大な交通の危険を生じさせる速度である時速100kmを超える速度で本件交差点内に被告人車を進入させたことにより、左方道路から信号に従い進行してきたB運転の普通貨物自動車（C、D、E及びF同乗）にAがA車を衝突させて、C及びDを車外に放出させて路上に転倒させた上、被告人が被告人車でDをれき跨し、そのまま車底部で引きずるなどし、よって、B、C、D及びEを死亡させ、Fに加療期間不明のびまん性軸索損傷及び頭蓋底骨折等の傷害を負わせた。」³⁵⁸

第2款 決定要旨

「被告人とAは、本件交差点の2km以上手前の交差点において、赤色信号に従い停止した第三者運転の自動車の後ろにそれぞれ自車を停止させた後、信号表示が青色に変わると、共に自車を急激に加速させ、強引な車線変更により前記先行車両を追越し、制限時速60kmの道路を時速約130km以上の高速度で連なって走行し続けた末、本件交差点において赤色信号を殊更に無視する意思で時速100kmを上回る高速度でA車、被告人車の順に連続して本件交差点に進入させ、……事故に至ったものと認められる。

上記の行為態様に照らせば、被告人とAは、互いに、相手が本件交差点において赤色信号を殊更に無視する意思であることを認識しながら、相手の運転行為にも触発され、速度を競うように高速度のまま本件交差点を通過する意図の下に赤色信号を殊更に無視する意思を強め合い、時速100kmを上回る高速度で一体となって自車を本件交差点に進入させたといえる。

以上の事実関係によれば、被告人とAは、赤色信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する意思を暗黙に相通じた上、共同して危険運転行為を行ったものといえるから、被告人には、A車による死傷の結果も含め、法〔引用者注：自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律〕2条5号³⁵⁹の危険運転致死傷罪の共同正犯が成立するというべきである。したがって、……危険運転致死傷罪の共同正犯の成立を認めた第1審判決を是認した原判断は、正当である。」³⁶⁰

³⁵⁸ 刑集72巻5号472-473頁。

³⁵⁹ 平成30年決定当時の法2条5号（平成25年11月27日法律第86号）は次のとおりである。

第二条 次に掲げる行為を行い、よって、人を負傷させた者は十五年以下の懲役に処し、人を死亡させた者は一年以上の有期懲役に処する。

五 赤色信号又はこれに相当する信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為

³⁶⁰ 刑集72巻5号473-474頁。

第3款 意思連絡の判断についての検討

本決定を実行共同正犯と共謀共同正犯のいずれで構成すべきであるかという点については、学説上、対立がみられる³⁶¹。

まず、実行共同正犯として構成すると、意思連絡とは、各関係者が行う行為の存在と各行為の犯行全体における位置づけについての合意と理解される。そうすると、被告人と A はお互いの運転行為の存在を了解し、また、自らの運転行為が赤色信号の交差点に進入するに際し互いに自動車の速度を競うという位置づけにあることを了解しているといえ、実行共同正犯における合意は認められると思われる。

これに対し、共謀共同正犯と構成する場合、被告人と A は対等な地位にあり、法2条5号の実現に必要な重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為を分担する場合といえるから、分担型共謀共同正犯といえよう。そうすると、意思連絡の内容として、集団を形成すること、またはすでに形成されている集団に関与者が参加することの合意が必要となる。本決定においては、被告人と A が、お互いの運転行為を認識しながら自動車の速度を競い合わせる集団を形成している以上、それについての合意があるとみることができると思われる。

³⁶¹ 本決定の調査官解説である久禮博一「判解」ジュリ 1534号(2019)99-100頁は、本決定が本件を実行共同正犯と構成した旨述べた。しかし、後に同「判解」最判解刑事篇平成30年度(2021)173頁以下では、本決定が本件を実行共同正犯と構成した旨直接的に述べた記述はなく、同184頁が「本決定は、実行共同正犯や共謀共同正犯の語を用いてはならず、判文自体はいずれの読み方も(あるいはそのような区別を意識していないという理解も)可能であろうし、両者の成立要件を統一的に解するか別個に解するかという学説上の論点について何ら触れるものでもないが、その理由付けは、どちらかといえば付加的共同正犯の既遂結果に対する正犯としての処罰根拠を心理的因果性と実行行為の共同の双方に求める見解に親和的といえる。」と述べるにとどまる。

終章 おわりに

本稿は、共同正犯における意思連絡を考察の対象とし、その内実を明らかにした上で、判断を明確化することを目的として、意思連絡がそもそも共同正犯の成立要件として必要なのか、また、それが必要であるとして意思連絡を成り立たせる要素はどのようなものであるかという点について分析を加えた。本稿の成果は概ね次のとおりである。

まず、第1章において、因果的共犯論の適用を前提に共同正犯を連続的に捉える理解が従来から有力であったが、近時は因果的共犯論からは理解しづらい判例があらわれ、学説上も因果的共犯論は共同正犯には適用されないとして各関与者の集合体としての「全体行為」に着目する立場や共同正犯の類型化を進める立場が主張されているという議論状況を確認した。その上で、因果的な影響を有しなければ、少なくとも生じた結果に対していかなる範囲で個人が責任を負うのかが明らかではないため、因果的共犯論は共同正犯にも適用されることが示された。また、共同正犯の正犯性を基礎づける一体性は関与者間の関係性という観点から把握される必要があり、その内容は、コンスピラシーについて心理学的・経済的な知見をもとに分析する見解を参照すると、集団としての危険にあることが明らかにされ、また、そのような集団としての関与者の関係性に着目するとはいっても、それは集団責任を認めるものではなくあくまでも個人責任を問うものである。

第2章では、共同正犯における意思連絡の要否について検討を行った。そこでは、意思連絡を共同正犯の要件として不要とする片面的共同正犯肯定説と意思連絡を必要とする片面的共同正犯否定説は実質的に接近してきていることがわかった。もっとも、現行刑法の沿革などに照らすと、何らかの意思の伝達・了解は必要であると考えられ、特に集団の危険をもたらす関与者間の関係性という本稿の一体性の観点から検討すると、意思連絡を必要として片面的共同正犯は否定すべきであるという結論が得られた。

第3章では、共同正犯の主観面について、その構造を分析し、共同正犯の主観的要件は、共謀と同義である意思連絡と故意であり、これらのほかに正犯性を基礎づける主観的要素が考慮されうるという結論を得た。

第4章においては、関与者は互いに意思の表明・了解のやり取りをどこまで続ける必要があるかという意思の相互伝達の問題について分析した。自らが表明した意思を相手方が了解し、相手方のその意思を自らが了解した上で、再び自らの意思を相手方が了解するという意思の相互伝達のプロセスのうち、従来、心理的拘束の観点からは相手方による再度の自らの意思の了解までが必要であると論じられ、もっとも、関与者間の指揮系統が高度にシステム化されている場合には、相手方による意思の返信は暗黙に行われているとされてきた。しかし、このような高度なシステム化が認められる場合、実行担当者があらためて背後者に返信しなくても、実行担当者が背後者の指示を了解することが明らかであるといえ、実行担当者による返信がなくても心理的拘束が生じているために、意思連絡が認められるのであり、相手方による意思の返信が暗黙のうちになされたということはあくまでも意思連絡を認め

のための便宜的な説明にすぎないことが示された。その上で、集団の危険をもたらす関与者間の関係性という本稿の一体性の観点からは、原則として自らが相手方の意思を理解することまでが必要とされる一方、個々人では不可能であることを行うことができるようなシステムが構築されている場合には、相手方の意思の理解までではなくとも意思連絡を認めることができることが明らかとされた。

第5章は、意思連絡として了解すべき内容について共同正犯の類型ごとに検討を加えた。その結果、支配型共謀共同正犯においては、実行担当者が心理的拘束をもたらす事情を了解していることを前提として、背後者から実行担当者に対して指揮命令を発し、実行担当者がそれを了解することが必要であると考えられる一方、分担・代表型共謀共同正犯や使役型共謀共同正犯においては、関与者は自らが集団の構成員であると了解することが必要であり、意思連絡の内容として、集団を形成すること、またはすでに形成されている集団に関与者が参加することの合意が必要となることがわかった。もっとも、分担型共謀共同正犯においては、他の関与者の行為を了解し、また、自らの行為の犯行全体における位置づけを了解すればよい場合がありうる。これに対し、実行共同正犯・準実行共同正犯の意思連絡とは、各関与者が行う行為の存在と各行為の犯行全体における位置づけについての合意といえると結論づけられた。また、共同正犯の類型には混合型がありえ、それについては最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁（クロロホルム事件）を例として検討が加えられた。

第6章では、第5章で得られた知見をもとに、最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁（練馬事件）、最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁（スワット事件）、最決平成30年10月23日刑集72巻5号471頁を素材とした具体的な検討が行われた。

本稿は共同正犯の成立要件のうち意思連絡に着目して主に一体性の観点から検討を加えたものである。しかし、いくつかの課題が残されている。

まず、一体性の理解について、本稿はアメリカ法のコンスピラシーについて心理学的・経済学的な知見をもとに議論する見解を参照して分析を進めた。もっとも、このような知見からの集団に関する分析は今後も深められていくことが予想され、そうすると、その発展を共同正犯における一体性の議論に反映していくことが必要であろう。

また、本稿は、意思連絡という要件を解釈し、具体化するためのアプローチとして、およそ意思連絡とは何かという大きな判断枠組みを検討するのではなく、意思連絡を構成する要素に分解し、その要素ごとに検討を加えるという方法をとった。判断の明確化をさらに進めるためには、考慮すべき事情の例を挙げることも必要である³⁶²が、本稿ではその検討をすることができなかった。

さらに、意思連絡の内実を解明したからといって、共同正犯の成否の判断が可能となるわ

³⁶² もっとも、考慮すべき事情を仮に挙げたとしても、それらをあらゆる事案で一律に取り上げる必要はなく、むしろそのような総花的な検討は判断のポイントを見失わせることになると思われる。すなわち、具体的な事案においては、その事案で特に重要な事情と重要ではない事情を見極め、事案の特性に応じた検討を行うことが肝要であると考えられる。

けではない。当然ながら、共同正犯には意思連絡以外の要件も存在するからである。従来、共同正犯の要件として「重要な役割」が有力に主張されてきた³⁶³が、このような立場については批判も加えられている³⁶⁴。そのため、「重要な役割」とは具体的に何を意味するのか³⁶⁵、また、「重要な役割」によらないとすればそれに代わる概念はどのようなものであるかという点の検討が残された課題である。

【付記】

本稿は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2119 の支援を受けたものである。

³⁶³ たとえば、西田・前掲注(29) 50-54頁。近時の詳細な分析として、伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(1)」1頁以下、伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(2)」27頁以下、伊藤・前掲注(10)「共同正犯における「重要な役割」に関する一考察(3・完)」29頁以下、伊藤・前掲注(10)「共謀共同正犯の構造(1)」15頁以下、伊藤・前掲注(10)「共謀共同正犯の構造(2・完)」23頁以下。

³⁶⁴ たとえば、近時の批判として、谷岡・前掲注(17) 71頁以下では詳細な検討がなされた結果、同83頁は、「『重要な役割』説は妥当なものとはいえず、これは改められるべきである」と結論づけている。

³⁶⁵ 「重要な役割」を具体化・明確化させた内容が、従来、「重要な役割」とされてきたものと同一またはそれを発展させたものであるか否かはあらためて考える必要があると思われる。