



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	共同正犯における意思連絡の要否とその内実（１）
Author(s)	中田，翔太
Citation	北大法学論集， 75(5-6)， 87-108
Issue Date	2025-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/94407
Type	departmental bulletin paper
File Information	04_Nakata_lawreview_75_5・6.pdf



共同正犯における意思連絡の 要否とその内実（１）

中 田 翔 太

目 次

序章 はじめに

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

第２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
理解に対する近時の判例・学説

第３款 共同正犯の基本的理解についての問題

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

第２款 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
と理解する立場からみた共同正犯の因果経過

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

第４款 小括

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

第２款 結果発生の可能性を高める一体性

第３款 関与者間の関係性に着目する必要性

第４款 共同正犯に固有の特徴がもたらす結果発生の可能性の高
まり

（以上、本号）

第４節 アメリカ法におけるコンスピラシー

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

第6節	個人責任と集団責任に関する本稿の立場
第7節	実行共同正犯と共謀共同正犯の区別
第2章	共同正犯における意思連絡の要否
第3章	意思連絡の位置づけ
第4章	意思連絡における意思の相互伝達
第5章	意思連絡として了解すべき内容
第6章	共同正犯に関する代表的な判例についての検討
終章	おわりに

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上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、共同正犯についてのさまざまな理論的課題が議論されてきた。しかし、その一方、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

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性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。

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ることは、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、第2章で示すとおり、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か否か、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。

このように因果的共犯論が共同正犯にも妥当するという理解からは、各関与者は自らの行為と因果性を有するものについてだけ処罰されるこ

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。

ととなる⁷。言い換えれば、共同正犯においても、単独正犯と同様に、自らの個別の行為と結果との因果性が必須の要素とされ、その因果性を欠けば、共同正犯は成立しない。このような帰結は、個人責任の原則が共同正犯にも妥当しなければならないことを明示している。同時に、そこで個人責任の原則として要請される内容は、自らの個別の行為と結果との因果性の存在という単独正犯と同質のものであるといえる。そして、共同正犯と単独正犯との構造上の差異は、要求される因果性が構成要件該当事実を促進するもので足りるか否かという因果性の程度にあることになる。このような共同正犯の理解は、個人責任の原則を厳格に共同正犯に適用するものといえよう。

第2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。

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

⁷ 山口厚「共同正犯の基本問題」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001）210頁。

を通過する意図の下に赤色信号を殊更に見放す意思を強め合い、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、赤色信号を殊更に見放し、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⁸。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⁹。

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¹⁰。

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¹¹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

⁸ 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。

⁹ 樋口亮介「平成の刑法総論」法時91巻9号（2019）37頁。

¹⁰ 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。

¹¹ 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「危険運転致死傷罪における実行共同正犯と共謀共同正犯」佐

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¹²。

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与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）、

伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020）67頁以下。

¹² 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「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（11）「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。

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る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¹³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¹⁴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当することという内容が含まれる¹⁵。

しかし、前者は狭義の共犯を想定したものである¹⁶。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、

¹³ 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。

¹⁴ 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。

¹⁵ 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（13）869-873頁。

¹⁶ 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。

個人責任の原則は共同正犯に適用されると主張する¹⁷。

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ければならないはずである¹⁸」り、「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¹⁹」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²⁰。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」²¹を前提として、共謀共同正犯における共謀は心理的拘束または心理的障壁の除去をもたらし²²、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²³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、実行行為者を支配・指示していたなどの態様で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

¹⁷ 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。

¹⁸ 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。

¹⁹ 谷岡・前掲注(18)59頁。

²⁰ 谷岡・前掲注(18)61頁。

²¹ 樋口・前掲注(17)146頁。

²² 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。

²³ 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)145頁。

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」とまではいえないこととなろう²⁴。

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からは、個別の行為と結果との因果性は不要であるとも主張される²⁵。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²⁶。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²⁷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ろう。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

²⁴ 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を示されていない（谷岡・前掲注（18）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（18）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（18）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（9）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ろう。

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。

²⁵ 樋口・前掲注（17）147-148頁。

²⁶ 十河・前掲注（13）879頁。

²⁷ 樋口・前掲注（17）150-151頁参照。

あるならば、因果性を検討せずとも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、この点はなお十分には明らかにされていない²⁸。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²⁹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。

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。

第2款 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」³⁰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。

²⁸ 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。

²⁹ 中田翔太「判批」北法74巻3号（2023）381頁も参照。

³⁰ 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010）43頁。

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るという意義を持つ」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³¹。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言いうことができず、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」³²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。

全体行為に着目する異なる立場として、「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することには無理であろう。」³³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」³⁴という理解も示されている。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。

また、「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

³¹ 樋口・前掲注（17）148頁。

³² 安田拓人『基礎から考える刑法総論』（有斐閣、2024）386-387頁。

³³ 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。

³⁴ 松生・前掲注（33）233頁。

体行為の危険を高めたという関係」³⁵であるとも主張される。しかし、実行行為が結果発生危険を生じさせても、結果との因果関係が認められないのであれば、未遂犯として結果の責任を負うことはない。それと同様に、各関与者が全体行為の危険を高めたとしても、全体行為から生じた結果について各関与者に責任を負わせることができる説明とはならないと思われる。

このように考えると、全体行為に着目したとしても、各関与者が結果の責任を負うことを説明するためには、全体行為という観点を含めて個別の行為との結果との事後的な因果性を必要とするほかないのではないか。すなわち、因果経過として個別の行為と結果との間に介在する全体行為を想定し、そのような介在事情があることを前提とした上で、従来立場と同様に、個別の行為と結果との因果性を必要とするものと考えべきであると思われる。このような理解からは、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ととなる。しかし、このように考えるならば、あえて全体行為という概念を想定する必要はなく、個別の行為と結果との因果性だけを問題とすれば足りると思われる。もっとも、各関与者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という点は重要であり、これは後述するとおり、共同正犯の正犯性において検討すべきである。

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、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の因果性を必要とすべきことが導かれた。

もっとも、各関与者の集合体としての性質を考慮することは、共同正

³⁵ 安田・前掲注(32) 382頁。

犯の基礎づけとして重要である。すなわち、次節でみるとおり、そのような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、なぜ共同正犯が正犯として処罰されるのかを示すことはできないのではないと思われる。

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³⁶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、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、教唆による因果的寄与も重要であるという点で、教唆犯と区別することができず³⁷、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」³⁸。これは言い換えれば、共同正犯においては、自らが実行行為のすべてを行っていないくても、実現した結果全体について正犯としての責任を負うという一部行為全部責任

³⁶ 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。

³⁷ 山口・前掲注（6）341頁、松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂、2020）237頁、橋爪・前掲注（36）332頁。教唆犯は重大な因果的寄与があるからこそ、正犯の刑を科されるともいえよう。

³⁸ 安田・前掲注（32）377頁。

の原則が認められているところ、因果性という観点のみでは、そのような一部行為全部責任の原則が認められる根拠を明らかにすることができないということを意味するといえよう。

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ない。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 結果発生の可能性を高める一体性

まず、一体性については、結果発生の可能性を高める性質があるということが考えられる。もっとも、そのような結果発生の可能性の高まり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³⁹。

また、結果発生の可能性が高まるとしても、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なっ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、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⁴⁰。このような意味において、単に結果が発

³⁹ 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。

⁴⁰ 仮に共同正犯においては犯罪が実現しやすい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

生する可能性が高まるということが、直接的に、共同正犯を処罰する根拠になるわけではない。

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、結果発生の可能性の高まり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⁴¹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との間に共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いよい。」とする⁴²。その上で、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ない。」と論じる⁴³。ここでは、「共犯の因

きるといふ議論はありうるかもしれない。

⁴¹ 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（36）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。

⁴² 町野朔『刑法総論』（信山社、2019）413頁。

⁴³ 町野・前掲注（42）414頁。

関性」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の結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⁴⁴。

共犯の因果性を心理的因果性に限定することの可否は措くとしても、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ており、そのような関与者間の関係性によって結果が実現されやすくなるということができる。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結果発生の可能性の高まり

共同正犯における関与者間の関係性からみて、結果発生の可能性が高まるということについては、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」⁴⁵、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」⁴⁶、③「共同正

⁴⁴ 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）226頁。

⁴⁵ 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013）556頁。

⁴⁶ 島田・前掲注（41）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）191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。

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」⁴⁷、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に比して増加」⁴⁸し、また、「意思連絡の下で行為することによって、各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」⁴⁹、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

⁴⁷ 橋爪・前掲注（36）331頁。

⁴⁸ 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」とであると論じる。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。

⁴⁹ 内海・前掲注（48）『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。

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」⁵⁰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結果発生の可能性が高まることを説明するものではある。もっとも、このように結果発生の可能性が高まるということが事前に判断されるのか、または事後的に判断されるのかは必ずしも明らかではない。さらに、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、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。

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、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

⁵⁰ 小林憲太郎「実務・学説・目的的行為論(3)」判時2568号(2023)102頁。

大に寄与するのでなければ正犯者としては処罰されえないのである」⁵¹と論じられる。さらに、このような主張に賛成して、「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」⁵²とした上で、加えて、心理的障壁を取り除くことによって、全体行為としての危険増加を肯定でき、共同正犯を認めることができることも主張される⁵³。

以上の主張は、関与者全体の働きに着目して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の詳細な分析から、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と思われる。そこで、上記のような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、意思連絡がなされることによって、関与者が個別の行為について引くに引けなくなることは考えられるところ、共同正犯における集団としての危険が、以上の見解が主張するような、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や心理的障壁の除去に限定されるかという点にはなお疑問がある。

近時、共同正犯においては、共同の行為計画に基づいて事前的な危険増加が生じ⁵⁴、そのような危険増加の実質的な根拠は「関与者間の意思

⁵¹ 松生・前掲注(33) 233-234頁。

⁵² 安田・前掲注(32) 381頁。

⁵³ 安田・前掲注(32) 380-382頁。

⁵⁴ 馬場智大「時間的に前後して関与した共犯者間の罪責について(一)」論叢193巻4号(2023) 111頁。

連絡を通じて、共同の行為計画における各関与者の役割が決せられる」⁵⁵ ことにあるとの主張がなされている。そして、このような危険増加は類型的なものであるとされる⁵⁶。このような理解からは、「共同正犯における意思連絡の意義は、各関与者が意思連絡の相手方を心理的に拘束することではなく、むしろ、意思連絡を通じて共同の行為計画の中における自己の役割・立ち位置を正確に把握し、それによって共同正犯行為による結果実現の危険性が高められる」ことにあるという帰結が導かれる⁵⁷。このような主張は、共同正犯に固有の特徴として⁵⁸、意思連絡を通じて各関与者が自らの役割を決定・把握するということに着目して、危険増加を基礎づけたものといえる。これは、意思連絡を通じてどのように危険が増加するかを具体的に示したものとして注目される。

しかし、たしかにそのような役割の決定・把握によって危険増加が基礎づけられるとしても、たとえば、意思連絡がなければ行為を取りやめることができたのに、意思連絡があることで、各関与者が引くに引けないと感じて行為を取りやめることができなくなるなど、それ以外のメカニズムによって危険が増加する場合もありうると思われる。そのため、共同正犯における集団としての構造をより詳しく分析する必要がある。なお、この見解は、「共同正犯における結果とは、共同の行為計画の形成によって増加された危険が具体的に現実化したという意味での結果」であるとして、各関与者の個別の行為が結果に対して因果性を有することは必須ではなく、「共同正犯的寄与がその全体において結果に対して

⁵⁵ 馬場智大「時間的に前後して関与した共犯者間の罪責について(二)」論叢 194巻2号(2023)76-77頁。

⁵⁶ 馬場・前掲注(55)76頁。

⁵⁷ 馬場・前掲注(55)78-79頁。同80頁は、「関与者間で形成・共有された行為計画に基づいて、各関与者の寄与同士が統合され、またそれらが機能的に展開されることによって、行為の危険性(すなわち、結果実現の危険性)が類型的に高められるというところに、『共謀』の持つ処罰根拠としての実質が存する」と論じる。

⁵⁸ 共同正犯に固有の特徴に着目するからこそ、危険増加が類型的であるといえる。

因果的であれば」よいと論じる⁵⁹。このような主張は、個別の行為と結果との因果関係が不要であることを、共同正犯の「結果」の意義から導くことが特徴的である。しかし、結果に現実化した危険はたしかに共同の行為計画によって増加されたものではあるが、それはあくまでも個別の行為から生じた危険であるため、共同正犯における結果は個別の行為の危険が現実化したものでもある。したがって、共同正犯における結果が、増加された危険が現実化したものであることをもって、各関与者の個別の行為が結果に対して因果性を有することが必須ではないことを導くことはできないと思われる。よって、論者のいう事前的な危険増加があれば、なぜ個人責任の原則に反しないか、具体的には、個別の行為が結果に影響を与えたことが事後的に明らかになっていないのに、その関与者に当該結果の責任を負わせてよい根拠が問われる必要があるだろう。

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。

【付記】

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2024年3月25日授与）「共同正犯における意思連絡の要否とその内実」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたり、JST次世代研究者挑戦的研究プログラムJPMJSP21119の支援を受けた。

⁵⁹ 馬場・前掲注（54）111頁。