

# 順次共謀による共同正犯の処罰根拠についての一試論

弁護士 藤田 昭平(2016年3月修了)

I	はじめに
II	共同正犯の処罰根拠
III	順次共謀による共同正犯
IV	おわりに

## 本論文の趣旨

順次共謀による共同正犯の問題は、XとYがある犯罪遂行について共謀した後、YとZも同犯罪について共謀し、犯罪が実行された場合に、X、Y、Zの三者は実行された犯罪につき共同正犯としての責任を負うことになるのかという問題である。この問題について、判例及び学説は、順次共謀による共同正犯の成立を当然に認めてきたが、その根拠は明らかにされてこなかった。

本稿では、まず、共同正犯の処罰根拠及び要件について検討した上で、共同正犯の処罰根拠は、共犯者が共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあることを示し、共同正犯固有の危険性が生じるには、通常「意思の連絡」が必要であるということを明らかにする。そして、順次共謀による共同正犯の処罰根拠は、順次共謀により各共犯者間で犯意が強化され、順次共謀を行った者達が同一の法益侵害を目的に行動するため、共犯者全体が同一の共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあり、この場合には特定の当事者間で直接的に「意思の連絡」がなくても、共同正犯の成立を肯定できると結論付ける。さらに、適切な処罰範囲を画するという観点からは、順次共謀がなされたと思われる各共犯者が同一の法益侵害の危険性を生じさせたといえるかが決定的であり、その区別の指標をできる限り示す。

従来裁判例を見る限り、順次共謀による共同正犯の成立につき、その成立範囲を慎重に検討しているものはなく、犯行計画に関わった者を処罰したいという実質的な要請から、漫然と共同正犯の成立を認めてきたのではないかという疑いもある。本稿は、従来論じられてこなかった、順次共謀による共同正犯の処罰根拠の問題について一石を投じ、適切な処罰範囲を画する契機となることを志向するものであり、理論上も実務上も重要な意義を有する。

## I はじめに

### 1 順次共謀による共同正犯の問題点

#### (1) 順次共謀による共同正犯についての現状と問題点

順次共謀による共同正犯の問題は、XとYがある犯罪遂行について共謀した後、YとZも同犯罪について共謀し、犯罪が実行された場合に、X、Y、Zの三者は実行された犯罪につき共同正犯としての責任を負うことになるのかという問題である。

この場合、XとZとの間では直接的には共謀がなされていないが、判例<sup>1</sup>(練馬事件)は「数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀の成立することを必要とするものではなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解する」と述べる。また、学説も順次共謀による共同正犯が成立するものとし、この結論に明示的に反対しているものは見当たらない。

しかしながら、上記事例でXとZ間で直接には共謀がなされていないにもかかわらず、X、Y、Zの三者間で共同正犯が成立するとされる根拠は、判例上も学説上も明らかにされていない。練馬事件では、十人について、傷害致死罪についての共同正犯の成立が認められたが、十人が常に一緒に行動していたわけではなく、十人すべての者が、それぞれ誰が当該犯行に参加し、誰がどのような行動をとるのかということについて、認識しているという状況にはなかった。このような状況であっても、共同正犯の成立を認め、全員に対して責任を負わせることは妥当なのか、妥当だとするとそれは何故なのか。

従来十分な検討が加えられてこなかった順次共謀による共同正犯について検討することは、適切な処罰範囲を画するために重要である。

#### (2) 共同正犯の処罰根拠論への影響

また、近年、共謀共同正犯の成否に関連して共同正犯の処罰根拠について様々な見解が述べられ、共同正犯の処罰根拠そのものについて再考を迫られている。順次共謀による共同正犯については、従来、共同正犯とされる特定の当事者間で直接の共謀がなされていないにもかかわらず、それらの者に共同正犯の成立が認められてきた。現在主張されている共同正犯の処罰根拠についての各見解から、順次共謀による共同正犯における上記結論を導けるかということは、各学説が述べる共同正犯の処罰根拠が適切かどうかを判断する一要素となりうる。

## 2 本稿の目的

---

<sup>1</sup> 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

本稿では、まず、共同正犯の処罰根拠及び要件について検討した上で、共同正犯の処罰根拠は、共犯者が共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあることを示し、共同正犯固有の危険性が生じるには、少なくとも二者間における「意思の連絡」が必要であるということを明らかにする。

そして、順次共謀による共同正犯の処罰根拠は、順次共謀により各共犯者間で犯意が強化され、順次共謀を行った者達が同一の法益侵害を目的に行動するため、共犯者全体が同一の共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあり、この場合には特定の当事者間で直接的に「意思の連絡」がなくても、共同正犯の成立を肯定できると結論付ける。

さらに、適切な処罰範囲を画するという観点からは、順次共謀がなされたと考えられる各共犯者が同一の法益侵害の危険性を生じさせたといえるかが決定的であり、その区別の指標をできる限り示すこととする。

## II 共同正犯の処罰根拠

### 1 順次共謀による共同正犯の処罰根拠と「意思の連絡」

#### (1) 共同正犯の成立と「意思の連絡」

近年、二人以上の者が犯罪の実行を共謀し、そのうちのある者が実行行為を行った場合、実行行為を直接分担しなかった共謀者も共同正犯としての責任を負うのか、という共謀共同正犯の成否の問題に関連して、共同正犯の処罰根拠について様々な見解が提唱されている。

そして、その見解ごとに、共同正犯の成立に必要な要件も異なって主張されている。もっとも、共同正犯の成立要件について、多くの見解が要求するものとして、「意思の連絡」の要件がある。しかし、そもそも共同正犯を肯定するためには、「意思の連絡」が果たして不可欠な要件であるのか<sup>2</sup>。

#### (2) 順次共謀による共同正犯の成立と「意思の連絡」

ア 順次共謀による共同正犯の処罰根拠についても、通常共同正犯の処罰根拠が妥当するはずであるから、まずは共同正犯の処罰根拠は何であるかということ明らかにする必要がある。

そして、順次共謀による共同正犯において、共同正犯の成立要件として共同正犯者間に「意思の連絡」が必要かどうかということは特に重要な問題である。なぜなら、XとYが共謀した後に、同じ犯罪についてYがZと共謀したという場合には、YがXとZの両者にそれぞれの存在を伝えない限り<sup>3</sup>、XZ間には「意思の連絡」はないため、共同

<sup>2</sup> 山口厚「共犯の処罰根拠論の意義」法学教室 266号 32頁(2002)。

<sup>3</sup> この場合には、XとZは直接会話をしなかっただけで、Yを介して、又は用いて、「意思の連絡」をし

正犯の成立に「意思の連絡」が必要不可欠だとすると、XYZの三者について共同正犯を成立させることはできないように思われるからである。順次共謀による共同正犯の処罰根拠及び範囲を検討する前提として、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要なのか、必要であるとするとはそれは何故なのかということをも明らかにしなければならない。

イ そこで、以下では、まず、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が不可欠な要件なのかどうかということに着目しつつ、共同正犯の処罰根拠は何かということをも明らかにする。

なお、「意思の連絡」の意義についても問題となるが、差し当たりは意思の連絡を要件として要求する見解の共通項であると思われる「二者以上の者達の間における相互の主観的つながり」という意味で用いる。

## 2 「意思の連絡」を不要とする見解

### (1) 「意思の連絡」の要否についての諸見解

共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要かどうかという点に関しては、従来、片面的共同正犯を肯定すべきかどうかという問題の一環として論じられてきた。

この問題につき、共同正犯の処罰根拠として、従犯と同じく因果的共犯論に立脚する見解の論者達は、片面的共同正犯を肯定してきた<sup>4</sup>。因果的共犯論とは、自分の行為と因果性のある結果について罪責を負うのが基本原則であり、それゆえ、他人の行為を通じて犯罪結果と因果関係をもった場合も、その結果については責任を負うという考え方である。共同正犯の処罰根拠として因果的共犯論に立脚する見解は、その見解の明確さ故か、近時有力化しつつある。そして、共同正犯の処罰根拠につき、様々な見解があるものの、共同正犯の成立に「意思の連絡」が必要不可欠ではないとして片面的共同正犯を肯定する見解は、大半が因果的共犯論に立脚する見解である<sup>5</sup>。

そこで、以下では、まず、共同正犯の処罰根拠として、因果的共犯論に立脚する見解が妥当か否かについて検討する。

### (2) 因果的共犯論に立脚する見解(準実行共同正犯論)

ア 早くから因果的共犯論に立脚し、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」は必ずしも必要とは言えないのではないかと疑問を呈していたのは西田典之教授である<sup>6</sup>。西田

---

たと評価できる。

<sup>4</sup> 西田典之『刑法総論』(弘文堂、第2版、2010)355頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975)390頁等。

<sup>5</sup> 高橋則夫『刑法総論』(成文堂、第2版、2013)445頁以下参照。なお、同書は片面的共同正犯の成立を肯定するものとして、行為共同説と因果的共犯論を挙げるが、行為共同説はそれ自身が共同正犯成立の根拠となるものではなく、共同正犯の成立根拠を他に求めた結果として、共同正犯者が何を共同しているかという点を捉えたものにすぎないと考える。

<sup>6</sup> 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集(上)』382、383頁(1990)。

教授は、甲と乙が殺人を共謀して同時に丙に発砲したが、甲の弾丸のみが命中して丙が死亡した場合に、なぜ乙に殺人既遂の共同正犯が成立するのかという事例を想定し、次のように述べている<sup>7</sup>。「これに対する答えは、乙が甲と共謀することにより甲の殺意を強化し、その殺害行為を促進して、丙の死亡という結果と心理的因果性をもった点に求めるしかないと思われる。この点で共同正犯の刑事責任の構造は、基本的には、他人の行為を媒介として自己の行為の因果性<sup>8</sup>の幅を拡張する教唆犯や幫助犯と同一のものであり、その意味で、共同正犯は単独正犯とは異なる「共犯」の一種だと考えるべきであろう」。そして、西田教授は、なぜ従犯ではなく共同正犯としての責任を負うのかという点について、共謀者が「犯罪の実現にとって実行に準じるような重要な役割を果たした」ことが、共同正犯性を基礎づけると述べ<sup>9</sup>、これを準実行共同正犯論とする。

つまり、準実行共同正犯論は、広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを区別する点に特徴がある<sup>10</sup>。すなわち、準実行共同正犯論は、まず、共謀をしたと思われる者のうち、厳密に誰が責任を負うのかという点につき、その者の行為が法益侵害結果との間に因果性を有するかどうかにより判断する。次に、因果性を有する行為を行った者の中で、その者が従犯と共同正犯のどちらの責任を負うのかという点につき、その者が犯罪結果実現にとって重要な役割を果たしたかどうかにより判断する。

イ この見解によると、「意思の連絡」は心理的因果性として、因果性の一種となる。その結果、「意思の連絡」は、第一判断における共犯の範囲を画する一事情及び第二判断における重要な役割を果たしたか否かという際の一事情に過ぎないことになり、共同正犯の成立要件として必ずしも必要ではないこととなる。

では、このような準実行共同正犯論は、共同正犯の処罰根拠として妥当であろうか。

### (3) 準実行共同正犯論の妥当性

ア 準実行共同正犯論は、上記のように、広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを区別し、前者は「因果性」の有無、後者は重要な役割を果たしたか否か、すなわち法益侵害結果に対する因果的寄与度で判断する見解である。

そもそも、共同正犯の処罰根拠として広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを分けて考えることができるか、できるとしてもそれが妥当であるかという点も問題となるが、この点自体は分けて考えることができ、かつそれが妥当であると考える。共同正犯としての責任を負うという場合、何故、自己の行為のみでは構成要件に該当せず、他人の行為が関わって結果が生じている場合にも、法益侵害結果に対して

<sup>7</sup> 西田・前掲注4 345頁。

<sup>8</sup> 「因果性」の意義は明らかにされていないが、西田教授は、法益侵害結果とある行為とのつながりというように広く捉えて用いているようである。そして、共犯においては、単独正犯の構成要件における因果関係よりも因果的寄与度が小さい場合についても「因果性がある」と考えているように思われる(西田・前掲注4 336頁以下)。

<sup>9</sup> 西田・前掲注4 349頁。

<sup>10</sup> 佐伯『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013)404頁。

責任を負うことになるのか。また、その責任を負うとしてなぜ従犯ではなく共同正犯としての責任を負うのか。これら二つの点については、ある一つの事由が両者の根拠となる見解がありうるとしても、両者について何らかの根拠が必要であることは否定できない。

そこで、以下ではこれら二つの観点から、準実行共同正犯論が共同正犯の処罰根拠足り得るかを検討していく。

イ まず、広義の共犯の問題に関して、準実行共同正犯論は、実行行為を行わない者も、何らかの行為により他人を介して法益侵害結果との間に因果性を有していることから、直接は他人の行為から生じた結果についても共犯として責任を負うとする。

単独正犯の場合には、法益侵害結果と因果関係のある実行行為を行った者が責任を負うとされるため、それと同様に、法益侵害結果に影響を与える行為を行ったものが責任を負うというのは基本的には妥当である。また、今日、少なくとも従犯において、行為者が責任を負うのは、従犯となる者が他人を介して間接的に法益侵害を惹起したからであるということは異論がないことである。そして、確かに、共同正犯とされる場合も、他人を介して間接的に法益侵害を惹起していると言える場合であるため、これを根拠に直接的には他者の行為から生じた結果についても責任を負うと考えるのが素直であり、妥当である<sup>11</sup>。

したがって、広義の共犯の問題については、準実行共同正犯論は十分根拠足り得る。

ウ(ア) 次に、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題について、準実行共同正犯論は、法益侵害結果に対する因果的寄与度で区別する。

まず、準実行共同正犯の論者自身、「共同正犯を単独正犯と同じ意味で正犯としつつ、なお、『一部実行全部責任』の法理を正当化することはできないといわねばならない」と述べており<sup>12</sup>、そもそも準実行共同正犯論は単独正犯や間接正犯等の他の正犯と同じ意味における「正犯」性の根拠として主張されているわけではない。

そのため、準実行共同正犯論が、個人の行為で見ると正犯足りえないにも関わらず、共同「正犯」として処罰することを許容する根拠たり得るかが問題となる。

(イ) 準実行共同正犯論によると、行為者が共同正犯として処罰されるのは、行為者の行為が犯罪結果との間に因果性を有し、その因果的寄与度が大きいからである。しかしながら、単独正犯の場合には、基本的には<sup>13</sup>行為者一人の行為が犯罪結果との間に

<sup>11</sup> 近年、共同正犯の成立範囲につき、因果性を重視しているとみられる最高裁判例もいくつかでてくる(最判平成21年6月30日刑集63巻5号475頁、最判平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁)。

<sup>12</sup> 西田・前掲注6 366頁。

<sup>13</sup> 判例は、最決昭和63年5月11日刑集42巻5号807頁以降、行為の持つ危険性が結果に実現化した場合に因果関係を肯定するという、いわば「危険現実化」論を採用しているといわれる(山中敬一「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選I』(第7版)23頁(有斐閣、2014))。これを前提にすると、他人の行為が介在する場合でも、行為者の行為の持つ危険が犯罪結果に現実化したと評価できる場合には、因果関係が肯定されるため、単独正犯であっても因果的寄与度が十割ではない場合もある。もっとも、判例を見

因果的寄与度が十割である場合であると言えるが、共同正犯の場合には因果的寄与度が大きい場合でも、他者の行為も介する以上それが十割であるとは言えないであろう。そうすると、共同正犯における因果的寄与度は単独正犯におけるものよりも小さいと言わざるを得ない。

共同正犯は修正された構成要件であると考え、共同正犯が成立するために、単独正犯における結果に対する因果的寄与度と同様の寄与度は不要であり、あくまで共同正犯における「正犯」としての責任を負う、と考えることは一応可能である。しかしながら、共同正犯も単独正犯と同様に「正犯」として同じ法定刑の責任を負うとするならば、なぜ共同正犯であれば構成要件を修正することが許されるのか、その理由が必要である。

この点につき、条文の規定も異なるため、単独正犯と全く同じ根拠により、共同正犯が単独正犯と同程度の責任を負うとされる必然性はない。しかし、準実行共同正犯が単独正犯と同程度の因果的寄与度がないにもかかわらず、共同「正犯」として単独正犯と同程度の責任を負うと考える以上、因果的寄与度が足りないことに代わる何らかの特別の理由がないと、共同「正犯」としての責任を負わせることはできない。準実行共同正犯論は、この点についてどのように考えるか明らかでなく、単独正犯原理を修正する根拠を欠くものである。

したがって、結局のところ、準実行共同正犯論は、共同正犯がなぜ正犯として処罰されるのかという点について、十分な根拠足り得ない<sup>14</sup>。

(ウ) 以上より、準実行共同正犯論は、共同正犯の処罰根拠足りえない。

準実行共同正犯論は、因果的共犯論の観点からのみ、共同正犯理論を根拠づけようとするものであるが、今まで検討してきたように、それでは根拠として不十分である。

このこと自体から、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要であると導き出せるものではない。しかしながら、共同正犯の成立に「意思の連絡」を必ずしも必要としない代表的な学説ともいえる準実行共同正犯論が、共同正犯の処罰根拠として不十分であることは明らかである。

### 3 共同正犯の処罰根拠

では、因果的共犯論のみによっては共同正犯の処罰根拠として十分ではないとすると、

---

ると、その場合でも幫助犯の因果的寄与や、共同正犯における各自の行為の因果的寄与よりも寄与度が大きい場合について単独正犯としているといえるだろう。従犯や共同正犯の各自の行為と法益侵害結果との間には条件関係すら要求されていないことから、これらの成立に必要な因果的寄与度は、単独正犯の成立に必要な因果的寄与度よりも低いことが伺える。

<sup>14</sup> 島田教授も、準実行共同正犯論に対して「共同正犯が、通常、単独正犯の成立要件を個人では満たしていないにもかかわらず、単独正犯と同等の法的評価を受けることが基礎づけられない」と批判している(島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」『理論刑法学の探求3』(成文堂、2010)55頁)。

共同正犯の処罰根拠をどのように考えるべきか。

ここでも、共同正犯の処罰根拠として、広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを分けて検討することとする。

(1) 他者の行為から生じた結果につき責任を負う理由

第一に、なぜ他人の行為が関わって生じた結果についても責任を負うのかという広義の共犯の問題については、因果的共犯論を根拠とすることができるであろう。前述のように、単独正犯と同様に、法益侵害結果に影響を与える行為を行ったものが責任を負うというのは基本的には妥当であり、また従犯において因果的共犯論を根拠とすると、共同正犯の場合にも因果的共犯論が妥当すると考えるのが素直だからである。

少なくとも、法益侵害結果と自己の行為との間に因果性があることは処罰の必要条件であるということは否定できない。

(2) 共同正犯と従犯の明文上の違いに着目する嶋矢准教授の見解

ア 第二に、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題、すなわち、法益侵害結果と因果性のある行為を行ったが故に他者の行為から生じた結果についても責任を負うとしても、なぜ共同「正犯」として重い責任を負うことになるのかという問題について、その根拠が問題となる。

共同正犯としての責任を負うということは、裏返すと従犯としての責任を負わないということであり、ここでは、共同正犯と教唆犯及び幫助犯との区別が問題となっている。

イ この問題について、それら三つの規定から生じる法定の効果の違いに着目して細やかな分析を行ったものとして嶋矢貴之准教授の見解<sup>15</sup>がある。嶋矢准教授は、どのような場合に共同正犯を認めるべきかという問いに対し、次の二点の法定の効果の違いに着目して要件を導き出している。一つは、共同正犯と狭義の共犯との区別であり、「拘留又は科料のみに処すべき罪」については、教唆及び幫助については特別の規定がなければ処罰されない(刑法 64 条)という違いである。もう一つは、共同正犯(同法 60 条)と教唆犯(同法 61 条 1 項)については正犯としての刑が科されるとされるのに対し、幫助(同法 62 条 1 項)については「正犯の刑を減輕する」(同法 63 条)として軽い刑が定められているというものであり、これは、法定刑の重さの違いである。そして、嶋矢准教授は、共同正犯の成立要件として、前者の違いから共同正犯の「共同性」<sup>16</sup>が必要であり、後者の違いから重大な寄与が必要であるとする。

ウ 私は、後者については、結局、重要な役割を果たしたからと言ってなぜ「正犯」とし

<sup>15</sup> 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(2)」法協 121 卷 10 号 1688 頁以下。

<sup>16</sup> 嶋矢准教授は共同正犯要件としての「共同性」とは次のように定義できるとする(嶋矢・前掲注 14 1697 頁)。「すなわち、共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響力を経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する、ということである」。

ての責任を負うかが明らかでないため不要であるとする。一方、共同正犯の成立要件として共同正犯の「共同性」が必要であるとするには概ね賛成である。もっとも、嶋矢准教授は、もっぱら法律上の規定の効果の違いという観点から、その要件が必要であることを導き出しており、形式的な根拠により、共同正犯の「共同性」という要件を導き出している。私は、法律がこのような違いを定めていることには、教唆や幫助犯とは異なる共同正犯という類型ゆえの理由があり、共同正犯の成立要件として「共同性」が必要であるということには実質的な根拠があるとする。

続けて、この点についての私の見解を述べていく。

#### 4 共同正犯における「正犯性」

##### (1) なぜ共同正犯は「正犯」としての責任を負うのか

共同正犯の場合に、他者の行為から生じる結果についても責任を負う点については、因果的共犯論により根拠づけられるとしても、従犯ではなく共同「正犯」としての責任を負うのは何故なのか。

まずは、共同正犯の場合も単独正犯と全く同じ意味における「正犯」としての責任を負うと考えることが妥当であるかが問題となるも、これは妥当ではないと考える。なぜなら、共同正犯の場合、共犯者のうち個々人の行為についてだけみると、行為が単独正犯における実行行為と同等の危険性を有しない、因果的寄与度が単独正犯の場合よりも小さいなど、単独正犯が成立するに足る要件を満たしていない場合にも、共同正犯としての責任を負うからである。また、共同正犯の場合には、共犯者は間接正犯の被利用者とは異なり、自らの意思で犯罪遂行を図る者であり、共同正犯を間接正犯におけるのと同じ意味における「正犯」としての責任を負うと捉えることもできない。

もっとも、共同正犯が成立するような状況で、各人が単独正犯の要件を満たさないから、単独正犯と同等の責任を負わない、とすることも不自然である。そのように考えると、例えば、Xが一人でVを拳銃で殺害した場合にはXは殺人罪の責任を負う一方で、XがYと共謀してVを拳銃で殺害した場合にはXは前者よりも軽い責任しか負わないことになるが、そのような結論は一般人の感覚からして是認できないだろう。そこで、共同正犯は修正された構成要件であると捉え、共同正犯における「正犯性」が必要であると考えざるをえない。

もっとも、その場合もなぜ共同正犯については正犯概念を修正することができるのかという根拠が必要である。

##### (2) 共同正犯固有の危険性

ア 私は、共同正犯について正犯概念を修正することができるのは、共同正犯の場合には、共同正犯とされる者達が共同正犯固有の危険性を生じさせるため、これを防止する必要性があるという一般予防の考慮のためであるとする。

共同正犯は、二人以上の者が犯行を行う点で単独正犯とは異なり、共犯者すべてが自己の意思に基づいて犯行を行う点で間接正犯とは異なる。これらの違いから、共同正犯については固有の危険性が生じるといえる。具体的には、共同正犯の場合、単独正犯の場合と異なり、第一に犯罪遂行の物理的な可能性が増大し、第二に共犯者間で犯意の強化がなされるため、共同正犯の方が典型的に法益侵害の危険性が大きい<sup>17</sup>。また、間接正犯と比べた場合も、間接正犯の場合は事情を知らない他者の行為が介在するため結果発生につき予想できない部分があるが、共犯者の場合には、相手方がどういう行動をとるかも互いに予測でき、二人ともが犯罪遂行を図り協力するため、間接正犯よりも共同正犯の方が法益侵害の危険性が大きい。

実際に先ほどの例で考えてみても、人数以外の条件が同じであると仮定すると、一般的には、Xが一人でVを殺害しようとする場合よりも、XがYと共謀してV殺害を図る場合の方が、Vが殺害される可能性は高いはずである。このような場合に、共犯者それぞれが共同正犯固有の危険性の創出に加功しているため、その危険性の創出を防止するために、単独正犯における正犯概念の修正を許容するのが刑法60条であると解するのが妥当である。

イ このように考えると、共同正犯の処罰根拠については、端的に、共同正犯は二人以上の者が共同正犯固有の危険性を創出し、その結果法益侵害がなされたためと考えればよく、このことが広義の共犯の問題と共同正犯と狭義の共犯の区別の問題の二点についての根拠となる。この場合も、法益侵害結果及び共同正犯固有の危険性と各共犯者の行為の間には因果性があることが前提であり、因果的共犯論を内包する処罰根拠論といえる。

## 5 共同正犯固有の危険性

もっとも、共同正犯の場合には共同正犯固有の危険性を生じさせるために、単独正犯の正犯概念が修正されると述べても、それだけでは共同正犯の処罰範囲を画することはできない。そこで、共同正犯固有の危険性とは何かということを具体的に明らかにする必要がある。

### (1) 共同正犯固有の「危険性」の内実

まず、共同正犯固有の危険性というのは何に対する危険性のことを意味するかが問題となる。

この点については、刑法は法益保護を目的とするのだから、法益侵害の危険性を意味すると考えるのが素直である。もっとも、ここでいう共同正犯固有の危険性というのは、実行者の実行行為の持つ法益侵害の危険性の高さそのものではなく、二人以上のものが協力

<sup>17</sup> ドイツにおいても、共同正犯の正犯性の認定における「特殊な危険」として、「相互的な犯意の強化、および共同行為による犯行の過激化」ということや、「相互的な犯意の強化に加えて犯罪遂行の物理的な可能性の増大」ということが挙げられることもあるようである(内海朋子『過失共同正犯について』(成文堂, 2013)115頁)。

することにより法益侵害の蓋然性が高まるということの意味する点に注意が必要である。

例えば、XとYがV殺害について共謀し、Vが自宅へ帰るところを狙撃することにしたが、Vがxの道とyの道のどちらを通過して帰るか明らかでないため、Xはxの道で待機し、Yはyの道で待機していたという場合について考える。このとき、Vがxの道を通り、XがVを射殺した場合、Yがyの道で待機していたことは、事後的にみると無駄な行為だったのであり、Aの射殺行為自体が持つ危険性を向上させるものではない。しかしながら、Vがどちらの道を通って帰宅するかわからないという状況でXとYがxとyの道に待機し、Vがどちらを通過しても射殺される状況になっていたことを考えると、Yの行為もVの生命侵害の蓋然性を高める行為だったと言える。このような場合も考えられるため、共同正犯固有の危険性は、結果発生の直接的な原因となった実行行為が持つ法益侵害惹起の危険性ではなく、二人以上の者が協力することにより法益侵害の蓋然性が高まるということの意味すると考えるべきであろう。

なお、上記事例において、YがXとV殺害を図り、yの道に待機した行為については、準実行共同正犯論によると、Yの行為自体はVの生命侵害との間に物理的には因果性を有しないが、Yの参加はXに心理的影響を与え、その意味でYの行為もVの生命侵害との間に心理的因果性を有する、ということになりそうである。しかしながら、このような理解はYをXとの共同正犯として処罰する上で、捉え方が不十分なのではないだろうか。かかる見解では、Yがyの道に待機していた点が刑法上何ら評価されないことになるが、果たしてそれでいいのであろうか。この点につき、Yの参加がXの行為に心理的因果性を有することはその通りであるが、Yがyの道で待機すること自体、Vがxとyどちらの道を通っても死亡するという意味でVの生命侵害の蓋然性を高める点も考慮すべきである。つまり、XとYが共謀することで、法益侵害を直接的に惹起したXの実行行為の危険性が高まるわけではないが、X若しくはYが犯罪実行に至る可能性が高まり、その結果法益侵害惹起の現実的危険性も高まると考えることができる。そして、Yの行為はXとともに共同正犯固有の危険性を惹起し、その危険性がV死亡に現実化しているといえるので、Yの行為はV死亡及び共同正犯固有の危険性との間に物理的にも心理的にも因果性を有すると考えるべきであろう。

## (2) 共同正犯「固有の」危険性の内実

ア 次に、共同正犯固有の危険性の内実について検討する。

共同正犯においては、共同正犯固有の危険性を生じるが故に正犯概念を修正すると考えるならば、その危険性が共同正犯に典型的に認められる必要がある。そして、前述のように、共同正犯では、第一に犯罪遂行の物理的な可能性が増大する点、第二に共犯者間で犯意の強化がなされる点に、共同正犯に典型的に認められる危険性がある。

イ 第一の点については、具体的には、二人以上で犯罪を遂行する場合には、情報収集や凶器の準備など準備行為の段階においても迅速にそれを行うことができ、実行段階にお

いても被害者を攻撃する量及び質が強化されることなどを意味する。このように、人数が多いほど、単独正犯の場合よりも、犯罪遂行の物理的な可能性が増大することは明らかである。なお、間接正犯の場合にも外形的には二人以上のものにより犯罪を遂行することになるが、この場合、道具として一方的に利用される者は間接正犯者と協力関係にあるわけではないため、上記におけるような共同正犯の危険性は生じない。したがって、第一の点は、単独正犯および間接正犯には認められない共同正犯固有の危険性と言える。

ウ 次に、第二の点については、共同正犯となる犯意の強化の現れには大きく分けて二通りの場合が想定できる。

(ア) まず、共犯者間でほぼ対等な立場で犯罪遂行を図る場合である。この場合、「意思の連絡」によって関与者それぞれの犯罪遂行の決意が促進され、規範意識による犯行抑制が弱まることになる<sup>18</sup>。すなわち、XとYが共謀してV殺害を図る場合、XとYは自分一人であれば殺害を決意することを躊躇い、仮に決意してもすぐに撤回するであろう場合にも、共謀することで決意自体がしやすくなり、決意後も相互に犯罪遂行の気持ちを高めて維持し、相手がいるから引き返せない、少なくとも引き返しづらいという心理になることが想定できる<sup>19</sup>。そして、このような心理的影響により、行為者は実行に着手しやすくなり、その結果として法益侵害の危険性を増大させる。

(イ) 次に、実行担当者とその他準備行為等をする者との間に上下関係があり、実行担当者の方が弱い立場にある場合である。典型的には、暴力団の長が、部下に命じて犯罪を遂行させる場合が考えられる。このような場合には、実行担当者は、準備行為等をする上の立場の者から強い影響を受けるが、上の立場の者は犯罪をやめさせようと思えば自己の判断で容易にやめさせることができるはずであり、二者間に「相互の」犯意強化がなされているとは言い難い<sup>20</sup>。もっとも、この場合にも、上の立

<sup>18</sup> 内海・前掲注16 117頁。

<sup>19</sup> このような心理的影響については、藤木英雄教授も指摘していた。藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975)284-285頁では、次のように述べられる。「各人がそれぞれ意思を連絡のうえ、互いに他人を利用し補いあって共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、みづから実行行為を分担しなかった者であっても、共同の意思をもった共同者の一員に加わることに、仲間がいるという心強さ、あるいは団結による規律の影響力と、それぞれ集合の形態によって事情を異にするにせよ、実行担当者の、犯行を思いとどまろうとする反対動機規範的障害を抑制し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、自ら手を下すことがなくても実行担当者と共同して実行行為をしたものであるといえる」。そして、「実行を担当する者も背後に共同者がいるという意識によって心理的に鼓舞され、到底単独では行えないことでも容易に実行できる程度に、その意思の実現を容易にするような支援を受けているのである」とし、共謀者と実行担当者のあいだには、相互の利用、補充関係が認められることを理由に、「共同者の行為を、全体として、犯罪を共同実行したものと認めることができる」と。藤木英雄教授は、共同正犯相互間に生じる心理的影響を的確に捉えていたといえる。もっとも、そこから間接正犯類似の構成をとったため、間接正犯と同じであるなら間接正犯が成立するはずであり、間接正犯と異なるのであれば、なぜ違うにも関わらず、正犯としての責任を負うのか説明がなされていない(佐伯前掲注10 402頁)、等と批判される。

<sup>20</sup> 橋爪隆「刑法総論の悩みどころー共謀の意義について(2)」法学教室413号102頁(2015)でも、背後者が実行担当者に指示命令をする場合には、「背後者は、実行担当者を利用しているが、実行担当者が背後

場の者が指示、命令をすることで実行担当者に大きな心理的影響を与え、犯意を強化することで、実行担当者が実行に着手する蓋然性が高まり、その結果法益侵害の危険性を増大させる。これは、単なる教唆とは異なる心理的影響を及ぼしており、実行担当者が自己の判断で犯行決意を撤回しづらい点で、教唆とは法益侵害の危険性の蓋然性も異なる。

以上二通りの心理的影響は、単独正犯および間接正犯のみならず、教唆犯や幫助犯においても生じないということが重要であり、まさに共同正犯固有の危険性と言える。

エ 犯罪遂行の物理的可能性が増大するという第一の点は、単独正犯および間接正犯には認められない危険性であり、その意味で共同正犯の「正犯性」を修正する一根拠にはなる。もっとも、二人以上の者で協力して、犯罪遂行の物理的可能性を増大することは、幫助によっても可能である<sup>21</sup>。この点につき、前述のように、重要な役割を果たしたか否かで幫助犯と共同正犯を区別しようとする見解がある。しかしながら、そもそもなぜ重要な役割を果たしたら共同正犯になるのか明らかでないし、そのように量刑と同様の考慮要素で区別することは、法が幫助犯と共同正犯を別の類型として定めた意義を軽視しており妥当ではない。

また、犯罪をするよう指示命令する者と実行担当者に分かれる共犯においては、教唆と共同正犯の区別が困難であるが、この点についても前述のように共犯者間の心理的影響を見ることで区別することができる。

したがって、幫助犯、教唆犯と共同正犯については、共犯者間の犯意強化についての第二の点で区別でき、共同正犯が従犯ではなく「正犯」としての責任を負う根拠としては、第二の点が特に重要である。

## 6 想定される自説への批判

共同正犯の処罰根拠が二人以上の者が共同正犯固有の危険性を創出し、その結果法益侵害がなされたことにあり、その共同正犯固有の危険性が上記のようなものであるとすると、次のような批判が考えられる。

その批判とは、二人以上の者により創出される共同正犯固有の危険性という抽象的な危険性を想定して、それが現実化した場合には共同正犯としての責任を負うというのは、一種の団体責任を認めるかのような発想であり、個人責任の原則に反するのではないかとい

---

者を利用しているわけではない」として、両者の間に相互利用補充関係といわれる関係はないことが指摘されている。

<sup>21</sup> 嶋矢・前掲注 14 1704 頁では、「共同決意を要素とする見解は、その必要性の論証において単なる幫助でもありうる意思連絡と共同決意を区別できないところに致命的な問題点がある。」とするが、後に検討するように、幫助における意思連絡と共同正犯の成立に必要な「意思の連絡」は区別できると考える。

う、共同意思主体説<sup>22</sup>に向けられていたのと同様の批判である。

しかしながら、自説に対してはこのような批判は妥当しない。共同意思主体説は、単独正犯とは異なる、集合体による犯罪遂行という側面を捉えた点で秀逸であった。しかしながら、共同意思主体説は、共同正犯として処罰される各人とは異なる「共同意思主体」という主体を想定し、その「共同意思主体」の構成員が行った行為の結果につき「共同意思主体」に属する他の構成員も責任を負うという考えであり、いかにも自己の行為とは関係がない他人の行為から生じた結果についても責任を負うという感覚がぬぐえない点が問題であった。他方、共同正犯の処罰根拠が共同正犯固有の危険性を創出した点にあると考えると、共同正犯として処罰される者は、自ら共同正犯固有の危険性創出に加功しているのであり、それにより生じた結果について責任を負うのだから、自己責任に反するとは言えないであろう。

## 7 共同正犯の成立要件

以上検討してきたように、共同正犯の処罰根拠は、共犯者各自が共同正犯固有の危険を生じさせ、それにより法益侵害結果を生じさせた点にあり、共同正犯固有の危険性とは、犯罪遂行の物理的な可能性が増大すること、及び共犯者間で犯意の強化がなされることで法益侵害の蓋然性が高まることを意味する。それでは、それを前提にすると、共同正犯が成立するにはどのような要件を満たす必要があるだろうか。

### (1) 「意思の連絡」の要否

まず、共同正犯の成立要件として、「意思の連絡」は必要であるか。

この問題については、「意思の連絡」がなくとも、共同正犯固有の危険性を生じさせることが可能であれば、共同正犯の成立を肯定でき、「意思の連絡」は必ずしも必要ではないことになる。そこで、「意思の連絡」なしに共同正犯固有の危険性が生じるかどうかの問題となる。

法益侵害結果につき処罰するには特定人の実行行為が必要であり、共犯者間の犯意強化がなされると実行行為まで至りやすくなるという点で、法益侵害結果発生の蓋然性が高まる。また、前述のように、幫助犯、教唆犯と共同正犯の区別の観点からは、共犯者間の犯意の強化を欠く場合には共同正犯固有の危険性は生じていないと言わざるを得ない。そのため、コミュニケーションの方法はともかく、少なくとも二者間で相互の主観的つながりがなければ、犯意の強化がなされることは不可能である。

したがって、共同正犯固有の危険性を生じさせるには「意思の連絡」が必要であり、共

---

<sup>22</sup> 草野豹一郎『刑法要論』(有斐閣, 1956)118頁は、共同正犯の処罰根拠につき、2人以上の者が、一定の犯罪を実現しようとする共同目的を持つことで、そこに超個人的社会的実在としての「共同意思主体」が形成されて、その構成員の一部の者による実行が共同意思主体の実行として認識されることになり、その責任が共同意思主体の構成員に帰属することになると説明した。このような見解は共同意思主体説と呼ばれる。

同正犯の成立要件として「意思の連絡」は必要不可欠である。

## (2) 「意思の連絡」の内実

ア では、「意思の連絡」が必要であるとして、その内実はどのようなものである必要があるか。

ここまでの検討より、共同正犯固有の危険性を生じさせるには共犯者間で犯意の強化がなされる必要がある、そのためには「意思の連絡」が必要であるため、「意思の連絡」は共同正犯の成立要件となる。したがって、「意思の連絡」の内実としては、それが共同正犯固有の危険性を生じさせるような共犯者間の犯意の強化をもたらすものでなければならない。

イ それでは、共同正犯固有の危険性を生じさせるような共犯者間の犯意の強化をもたらす「意思の連絡」とは具体的にはどのようなものであるか。相互の主観的なつながりという意味以上の意義が付加されるべきであろうか。

前述のように、共同正犯固有の危険性とは、二人以上のものが協力することにより法益侵害の蓋然性が高まることを意味する。そして、共犯者間の犯意の強化とは、関与者それぞれないし犯罪実行者の犯罪遂行の決意が促進され、規範意識による犯行抑制が弱まることを意味する。具体的には、「意思の連絡」後、相互に犯罪遂行の気持ちを高めあう、いわばポジティブな影響を与えるものと、相手がいることにより引き返せないという拘束力が働く、いわばネガティブな影響を与えるものがあり、これらはともに犯意の強化をもたらすものである。そして、共犯者間の相互の主観的な犯意の強化により共同正犯固有の危険性が生じる、すなわち法益侵害の危険性が高まるのは、上記心理的影響により実行行為に至る可能性が高まるためである。

ウ 実行行為に至る可能性が高まるような共犯者間の犯意の強化として、具体的には前述の二つの類型が考えられる。

第一に、共犯者が対等な立場で犯罪遂行を図る場合である。この場合、共犯者は、特に相互に犯罪遂行の気持ちを高めあうというポジティブな影響を強く受けるとともに、ネガティブな影響も受けて、実行行為に至る可能性が高くなる。この場合、共犯者間で相互の犯意強化がなされた結果、単独正犯や従犯とは異なる危険性が生じている。

第二に、実行担当者とその他準備行為等をする者との間に上下関係があり、実行担当者の方が弱い立場にある場合である。この場合、実行担当者を X、その他準備行為等をする者を Y とすると、X は、Y がいるために引き返せないというネガティブな影響を強く受け、それとともに Y が指示するからこそ実行できるというポジティブな影響も受ける。これにより、X が実行行為に至る可能性が高まり、二者の協力により法益侵害の蓋然性も高まって、共同正犯固有の危険性を生じさせるため、X も従犯ではなく、共同正犯として責任を負うべきであるといえる。

では、上記第二の類型と同じような場合で、実行担当者が強く、その他準備行為等を

する者が弱い立場にある場合には、両者はどのような責任を負うか。実行担当者を X、その他準備行為等を行う者を Y とすると、X は Y がいなくても実行行為に至る可能性がもともと高く、Y の参加により実行行為に至る可能性が高まったとは言えない。そうすると、この場合には実行行為に至る蓋然性が特段高まったとは言えず、Y の参加により法益侵害の蓋然性が高まるわけではない。したがって、Y は共同正犯ではなく従犯の責任を負うと考えるべきである。

そして、この場合と第二類型とは、実行担当者が、準備行為等をする者の指示命令等の影響をどのくらい持続して受けているかで区別できるであろう。具体的には、実行担当者以外の共犯者が、犯意の撤回の抑止力になっているか否かにより区別できると考える。

エ 以上の検討より、共同正犯の成立に必要な「意思の連絡」の中身としては、次の二つが考えられる。第一に、二者以上の者が犯行を決意し、それらの者が対等な関係における意思の疎通である。第二に、二者以上の者が犯行をともに決意し、その後実行担当者にとって他方の存在が当該決意の撤回の抑止力となるような関係における意思の疎通である。

共同正犯の成立には、通常、上記意味における「意思の連絡」が必要となる。もっとも、それは共同正犯固有の危険性を生じさせるには、共犯者間の犯意強化が必要であり、その犯意強化は、通常は共犯者間の直接の意思の疎通によりもたらされるからであるということに留意する必要がある。

## 8 小括

以上より、共同正犯において正犯概念を修正することが許されるのは、共同正犯の場合には他の類型にはない、共同正犯固有の危険性が惹起され、それにより法益侵害の危険性が高まるからである。

そして、その危険性の内実は、物理的な犯行遂行可能性の増大と、心理的な犯意の強化により、法益侵害の蓋然性を高めることにある。物理的な犯行遂行の可能性の増加は従犯においても可能であること、教唆と共同正犯の区別は客観面からは困難であることを考えると、特に重要なのは心理的な犯意の強化である。

そして、このことから、共同正犯の成立要件としては、「意思の連絡」が必要であり、「意思の連絡」の意義は、二者以上の者が犯行を決意し、それらの者が対等な関係における意思の疎通、または二者以上の者が犯行をともに決意し、その後実行担当者にとって他方の存在が当該決意の撤回の抑止力となるような関係における意思の疎通であると解すべきである。

### Ⅲ 順次共謀による共同正犯

#### 1 順次共謀による共同正犯の処罰根拠

以上検討してきた共同正犯の処罰根拠からすると、順次共謀による共同正犯を処罰することは可能だろうか。

##### (1) 順次共謀における「意思の連絡」の有無

共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要であると述べたことからすると、共犯者全員の相互間に「意思の連絡」があるとは言えない順次共謀の場合には、共同正犯は成立しないようにも思われる。しかしながら、このように考えると、順次共謀の典型例とも言える、暴力団の長が部下にある者の殺害を命じて、その部下が他の組員と順次共謀して犯罪を遂行したというような場合には、長が具体的に誰が参加したか逐次把握しているような例外的な場合を除き、長に共同正犯が成立すると考えることはできなくなるであろう。このような結論は、共同正犯とされる者につき、他の共犯者の個別具体的認識があったかを細かく認定することなく共同正犯の成立を認めていると考えられる裁判実務の態度とは相いれない。また、そのような結論は、長が背後者として犯罪遂行を命じて、長自身は容易に撤回することもでき、実行の主犯は長であるという実体を捉えておらず、理論的にも妥当でない。

##### (2) 順次共謀において共同正犯固有の危険性が生じるメカニズム

ア 共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要であったのは、「意思の連絡」がなされることで、共犯者間で犯意が強化され、共同正犯固有の危険性を生じさせるためであった。

そうすると、二者間における共同正犯とは異なり、以下述べるように、順次共謀による共同正犯においては、特定の当事者間で意思の疎通がなされなくても、物理的に犯罪遂行の可能性は向上し、共犯者間で特定の法益侵害に向けての犯意強化がなされ、その結果法益侵害の蓋然性を高めることは可能である。具体的には、前述の「意思の連絡」の二つの場合に分けて考えると、次のような場合が想定できる。

イ 第一に、対等な三者間での順次共謀を考える。XとYが共謀して、YとZが共謀するという場合、XZ間で直接的に意思の連絡がないとしても、XとYの共謀により両者の犯意は強化され、YとZの共謀により両者の犯意は強化され、しかもXYZは同じ犯罪遂行を目指して行動する。また、仮にYがXとZにそれぞれ指示・連絡をしているならば、XYZは三人で犯罪遂行を目指すことで、様々なことができ、犯罪遂行の危険性が増大している。

そうすると、XとY、YとZと順次共謀することで、XYZは三者で同一の共同正犯固有の危険性を惹起したと評価できるため、それにより法益侵害がなされた場合には、両共謀に関わるYのみならず、XとZも責任を負うべきである。

ウ 第二に、上の立場の者が指示命令し、その後部下が順次他の者と共謀する場合を考え

る。暴力団の長 X が部下 Y に V 殺害を命じ、Y が他の部下 Z と共謀して犯罪を遂行した場合、まず X が犯罪遂行を命じた時点で、Y は強いネガティブな心理的拘束を受け、犯罪遂行の蓋然性は高まり、共同正犯固有の危険性が生じるといえる。そして、その後、Z と共謀がなされ、犯罪が実行されて法益侵害が現実化した場合、どこまで、当初 X と Y が生じさせたのと同じ共同正犯固有の危険性が実現したといえるかは問題となりうるが、それが実現したといえる限り、当初指示命令した者も共同正犯として責任を負うと考えることができるであろう。

### (3) 順次共謀による共同正犯の処罰根拠

このように、順次共謀による共同正犯においては、XZ 間で「意思の連絡」がないとしても、XY 間及び YZ 間のそれぞれで「意思の連絡」があれば、三者で一つの共同正犯固有の危険性を生じさせることは可能であり、必ずしも XZ 間の「意思の連絡」がなくても処罰根拠を基礎づけることができる。

したがって、順次共謀による共同正犯の処罰根拠は、順次共謀がなされることで、共犯者全体で共同正犯固有の危険性を生じさせ、その危険が現実化して法益が侵害された点に求めるべきである。

## 2 順次共謀による共同正犯の処罰範囲

### (1) 処罰範囲を画する必要性

順次共謀による共同正犯の処罰根拠を上記のように解するとして、具体的にはどのようなときに順次共謀の成立を認めることができるか。

二者間においてある者の殺害をひそかに計画していたところ、そのうちの一方が独断で雇ったスナイパーにより殺害が遂げられたという場合には、元の共謀者間に共同正犯が成立するのは不合理ではないかとも思われる。一方で、暴力団の長が部下に誰かの殺害を命令して、その部下が長に言わずに他の暴力団員とも共謀して殺害を実際に行ったという場合には、暴力団の長が殺人の結果について責任を負わないとするのは不合理であると思われる。そこで、順次共謀による共同正犯の適切な成立範囲及びそれを画する根拠が問題となる。

### (2) 適切な処罰範囲についての具体的検討

ア では、上述の順次共謀による共同正犯の処罰根拠からすると、具体的にどのような場合に共同正犯が成立するか、以下具体的な事例を交えつつ、順次共謀による共同正犯の適切な処罰範囲について検討する。

今から、X と Y の間で共謀がなされて、Y が Z と順次共謀して犯行が実行された場合について、X の主観に応じて次の三つの場合に分けて考察する。まず、X が具体的に Z という参加者がいることを認識している場合。次に、具体的に Z が参加するという事は認識していないが何者かが参加することを認識している場合。最後に、X と Y 以外に

共犯者がいることを認識していない場合である。

イ 第一に、当初の共謀者が具体的に第三者の参加を認識している場合について検討する。

XとYがV殺害を共謀して、その後YがZともV殺害を共謀し、YがXとZにも三者でV殺害を凶ることを伝えて、Vを殺害した場合に、XYZに共同正犯が成立するか。

この場合、そもそもYを介しているだけで、XZ間に「意思の連絡」があるといえ、実質的にも、XYZは三人で犯罪遂行を凶ることで物理的にできることが増加し、三者間で犯意の強化をすることで同一の共同正犯固有の危険性を生じさせているといえる。また、XもZもお互いの存在を具体的に認識しており、共同正犯固有の危険性を生じさせる事実についての故意もある。

したがって、この場合にXYZに共同正犯が成立することには異論がないであろう。

ウ 第二に、当初の共謀者が不特定の第三者の参加を認識している場合について検討する。

XとYがV殺害を共謀し、YはXに対して誰かを誘う旨伝えた後、YがXとの計画を説明した上でZを誘い、Xは具体的に誰が参加しているのかを認識することなくそれぞれの分担に従い行動し、Vを殺害した場合には、XYZに共同正犯は成立するか。

この場合、Xは、具体的にZが犯罪計画に参加するということを認識していない以上、XZ間に「意思の連絡」があるとはいえない。役割分担次第では、Xは犯罪実行時まで具体的に誰が計画に参加したか、そもそも本当に参加しているかがわからない場合も想定でき、そのような場合にXZ間に「意思の連絡」があったとは言えないであろう。もっとも、XとYが「意思の連絡」をすることで、Vの生命侵害の蓋然性が増大するという共同正犯固有の危険性が生じているところ、後にYとZで共謀がなされ、ZはXYの立てた計画を認識したうえで、YとV殺害について「意思の連絡」をなしている。そうすると、ZはXYが建てた計画を踏まえて、役割を与えられるはずである。この場合、当初XとYの共謀により生じた共同正犯固有の危険性は、Zの参加により、危険性の同一性を失うことなく、法益侵害の蓋然性をさらに高めるものであるといえる。

したがって、XYZはXZ間に直接の「意思の連絡」はなかったとしても、Yを介して三者間で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといえるであろう。そして、その危険が現実化してVの死亡結果が生じているため、XYZに共同正犯が成立する。

なお、仮に順次共謀による共同正犯が成立するためには、故意の内容として、第三者が参加することにつき認識認容が必要だとしても、Xは不特定の他の者の参加についての認識認容はあったのだから、故意もあると言わざるを得ない。したがって、Xが故意を欠くことを理由に共同正犯としての責任を負わないとすることもできない。

エ 第三に、当初の共謀者が第三者の参加を全く予見していなかった場合について検討する。

(ア) XとYがV殺害を共謀し、計画が漏れるのを嫌ったXはYに二人だけの内密にしようとしていたが、Yが勝手にZとV殺害について共謀し、Vを殺害した場合に

は、XYZに共同正犯が成立するか。

この場合、さらに分けて、Yが確実にV殺害を図るために、少しでも可能性をあげようとして、Xとの計画とは別に、ZとV殺害の計画を立てて、V殺害を図るという場合と、XとYがV殺害を共謀した後、内密のはずだったが、XY間の計画を手伝ってもらおうと、YがZと共謀したという場合が考えられる。

(イ) まず、前者については、Yが別個に計画を立ててZとともにVの殺害を図っている以上、XYが生じさせた共同正犯固有の危険性とYZが生じさせた共同正犯固有の危険性は別個のものといえるだろう。そうすると、三者で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたわけではないため、XYZに共同正犯は成立しない。もっとも、かかる場合にも、XYの共謀内容とYZの共謀内容次第では、三者で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといえる場合があるかもしれない。

(ウ) 次に、後者については、仮にXがZの参加を予期していなくとも、Zも当初のXとYの計画に基づきYを手伝うという状況である以上、XYZは三者間で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといわざるを得ないように思われる。そして、その危険性が現実化してVの死亡結果が生じた場合、XYZの三者で生じさせた同一の共同正犯固有の危険性が現実化してVの死亡結果が生じているといえる。

もっとも、XはZの参加につき、全く予期していなかったにもかかわらず、XYZで共同正犯が成立すると考えることは妥当であろうか。この場合、共同正犯の処罰根拠は共同正犯固有の危険性を生じさせ、それにより法益が侵害された点にあり、共同正犯固有の危険性が生じるには「意思の連絡」たる共犯者間のつながりが必要であることからすると、そのつながり、すなわち同じ共同正犯とされる犯罪に誰が参加しているかという点は、故意の対象となるのではないかという疑問がありうる。

確かに、共同正犯の処罰根拠を上記のように考える以上、二人以上の者で犯罪を遂行するという点は故意の対象となるであろう。しかしながら、本件のように、XY間でV殺人を図っている場合、二人でVの生命を侵害する認識認容はある。この場合に、XはZも含めた三者以上でVを殺害する認識認容はなかったから、故意を欠くと考えすることは、三者間で客観的に同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたと評価する以上は、できないように思われる。

したがって、本件では、Xには故意も認められ、XYZを共犯とする共同正犯の責任を負うことになるであろう。

オ 以上、具体的事例を想定して、順次共謀による共同正犯の成立範囲について考察してきた。

順次共謀による共同正犯の成立については、他者が参加することについての認識を欠く場合も、当初の共謀の時点において、二者以上で犯罪を遂行するという認識認容はある以上、故意がないと考えることができないであろう。そうであるならば、第三者の参

加により、当初の共謀で生じた共同正犯固有の危険性が現実化して法益侵害がなされたかどうかの検討が、適切な処罰範囲を画する上で決定的に重要になる。換言すると、当初 XY の共謀により生じた危険性は、その後 Y が Z と順次共謀することにより、XYZ で同一の危険性を生じさせることになるのか、それとも XY で生じた危険性と YZ で生じさせた危険性は別個のものなのかどうか、それらを区別することが重要となる。

### (3) 同一の危険性の判断について

ア では、上記のような区別は、どのようにすることができるか。この点については、明確に一つのメルクマールがあるわけではなく、諸般の事情の総合考慮によるしかないのではないかと考える。そうとはいえ、いくつか具体的に考慮すべき要素はあるように思われるため、本稿ではそれを指摘することとする。

イ まず、共同正犯固有の危険性とは、二者以上の者で法益侵害の蓋然性を高めることを言うのであるから、XY 共謀と YZ 共謀により侵害する対象たる被害者、対象物が同一であることは必要条件である。X と Y が V の殺害を共謀し、その後 Y が X に告げずに、Z と共謀して W の殺害を図る場合には、両者は別の危険といえるであろう。

そして、被害者、対象物の同一性を前提にし、その他には、X と Y が犯罪を遂行する日時、場所と Y と Z が犯罪を遂行する日時、場所が一致するかという点が考慮要素となる。もっとも、X、Y、Z が V 殺害につき順次共謀して、Y が指示を出し、X は x という道、Z は z という道で V を待ち伏せたという場合や、同様に共謀がなされ、V は関東のどこかにいるという情報のもと、Y が指示を出し、X は東京、Z は神奈川県で V を探して殺害を図るというような場合も考えられ、これらの場合は両共謀の内容の日時や場所は異なるが、三者で同一の危険性が生じるといえる。したがって、日時、場所は一考慮要素にすぎないことになる。

また、XY 間での計画と YZ 間の計画の類似性も一考慮要素となるだろう。すなわち、XY 間で法益侵害に至るまで予定している具体的な経過と、YZ 間で予定している経過が同一であるほど、XYZ は全体として一つの計画に基づき、犯罪遂行を図っているといいやすいであろう。

さらに、XY 間の共謀による犯行で主導的に犯罪遂行を図る者と、YZ 間の共謀による犯行で主導的に犯罪遂行を図る者が同一であるかという点も考慮要素となる。この点は、特に、X が上の立場の者で、Y に V 殺害を命じたところ、Y が第三者 Z と共謀して V を殺害したという場合に重要な考慮要素となる。例えば、その後誰が参加しても、Y が主導的な地位を保ち犯罪を遂行した場合には、X から Y への心理的影響が強く、法益侵害に至ったといえ、X も含め同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといいいやすい。他方、Y が Z にも話を持ち掛けたが、Z は X と全然関係ない者であり、Y よりも目上の者で Y もむしろ Z の言うことを聞かざるを得ない、という場合には、当初 XY 間で生じた共同正犯固有の危険性とは別の危険性だと評価されやすくなるだろう。もっとも、この

場合も今までに挙げた要素も考慮して、危険の同一性を判断する必要がある。

ウ 以上のような要素を総合的に考慮して、共同正犯固有の危険性の同一性を判断することで、順次共謀による共同正犯の適切な処罰範囲を画することができるであろう。

#### IV おわりに

従来、判例及び学説は、順次共謀による共同正犯の成立を当然に認めてきたが、その根拠は明らかにされていなかった。以上検討してきたように、共同正犯の処罰根拠は、共同正犯とされる者達が、順次共謀をすることで、同一の共同正犯固有の危険性を生じさせ、その危険が現実化して法益侵害結果が生じた点に求められる。

しかしながら、順次共謀による共同正犯の適切な処罰範囲を画するためには、当初の共謀により生じた共同正犯固有の危険性は、順次共謀がなされ第三者が参加したことにより、三者間で同一の危険性を生じさせることになるのか、それとも全く別個の危険性を生じさせることになるのか、慎重な検討が必要不可欠である。

従来の裁判例を見る限り、順次共謀による共同正犯の成立につき、そのような慎重な検討をしているものはなく、犯行計画に関わった者を処罰したいという実質的な要請から、漫然と共同正犯の成立を認めてきたのではないかという疑いもある。

本稿が、従来論じられてこなかった、順次共謀による共同正犯の処罰根拠の問題について一石を投じ、適切な処罰範囲を画する契機となれば、幸いである。