

共謀共同正犯の理論的基礎づけとそれに基づく成立要件

15H2054 杉本 芽

I. はじめに

共謀共同正犯とは、二人以上の者が一定の犯罪を実現することを共謀し、共謀者中の一部の者がその犯罪を実行した場合には、実行行為に関与しなかった者も含め共謀者全員について共同正犯が成立する犯罪形態をいう。そして、共謀共同正犯はその名からも承知の通り、共同正犯の一形態である。したがって、この犯罪形態においても、原則として共同正犯の成立要件である「共同実行の事実」と「共同実行の意思」が要求されることとなろう。ところが、共謀共同正犯の場合においては、一見するとこれら二要件のうち「共同実行の事実」が欠けるように思われる。では、なぜこの場合にも共同正犯の成立を認めることが可能なのであろうか。共謀共同正犯の理論的基礎づけ方および成立範囲を明らかにしなければ、実行行為を欠く者にも共同正犯の成立を認めることになり、刑法の大原則である行為主義ないし罪刑法定主義に反するおそれがある。そこで、これら二つについて以下検討していく。

II. 共謀共同正犯の理論的基礎づけ

まず、共謀共同正犯はいかなる理論により基礎づけられるか。これについては、間接正犯類似説により基礎づけることが最も妥当と考える。この見解は、背後の者が実行担当者の反対動機・規範的障害を抑圧し、共同実行者全員の手足として行動させた点を間接正犯に類似するものと考え、共謀のみに参加した者についても共同正犯の責任を問うとするものである。本見解が妥当といえる根拠としては、本説が個人主義原理に基づき、実行行為概念を維持しつつ、対等平等関係においても成立余地を見出している点、および共同正犯の本質である「一部実行の全部責任」を相互利用補充関係により適切に捉えられる点を挙げることができる。

具体的にいうと、まず共同正犯は最低限の人数として「二人」(60条)を想定しているため、二人という少人数の場合をも一括して団体现象と捉えることには無理があり、共同正犯は個人主義の見地から検討されるべきである。そうだとすると、各自が相手の行為を利用して自己の犯意を遂げようとしている点に着目している本説は、個人主義原理を前面に据えているといえるため妥当と評価できる。そして、狭義の共犯との区別の明確化のために実行行為概念はあくまで維持されるべきであるところ、本見解は共謀者の自己に不足する実行行為部分を実行担当者の行為を利用することによって補っているものと評価しており、実行行為概念を実質化することでこれを維持しようとする姿勢が窺えるため妥当とい

える。さらに、命令服従関係だけでなく、場合によっては対等平等関係においても共謀共同正犯の成立を認める必要があるところ、本見解でいう利用関係は対等な間柄にも肯定できるものであり、この点からも妥当と評価できる。このように、以上の三つの観点に着目すると、本見解が共謀共同正犯を適切に基礎づけていることが明らかとなる。

もっとも、共謀共同正犯は共同正犯の一形態であるため、共同正犯の本質である「一部実行の全部責任」の原則を本見解からも適切に説明できなければならない。思うに、この原則は、各共犯者が相互に相手の行為を利用し補充し合うという相互利用補充関係により理解されるべきである。なぜなら、まず共同正犯を全体的にみると、相互に相手の行為を利用し、補充し合う関係が認められ、これにより犯行を効率よくかつ確実に成し遂げることが可能となる。そうすると、共同正犯の場合には単独で同様の行為を行う場合よりも法益侵害ないしその危険性が高まることになるといえるため、この関係が認められる場合には実行行為部分に限り責任を負う単独犯の場合とは異なり、発生した結果のすべてについて共同正犯者全員が責任を負うと解すべきだからである。そして、このような関係性はまさに間接正犯類似説によって適切に説明することができる。すなわち、共謀共同正犯関係にある各構成員の心理内容における中核をなすのは、それぞれ相手の行為を相互に利用し補充し合うことで、犯罪を容易に、かつ、確実に遂行・実現しようとするものである。そして、このような関係は共謀者にも認められるため、実行行為を担当しない共謀者にも共同正犯が成立するのである。以上のように、共同正犯の本質という観点からも、間接正犯類似説は妥当であることが窺える。

判例については、共同正犯の本質は二人以上の者が「一心同体ノ如ク」相互に合い寄り合い助けて犯意を実現するところにあるとし、当初は団体主義的な共同意思主体説を採っていたものと考えられる（大連判昭11・5・28刑集15巻715頁など）。しかし、練馬事件（最大判昭33・5・28刑集12巻8号1718頁）以降は「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行」ったという点を重視しており、個人主義的な間接正犯類似説を採って共謀共同正犯の基礎づけを試みているといえる。間接正犯類似説を適当と解する本稿の立場からは、この判例の傾向は妥当と評価できる。

Ⅲ. 共謀共同正犯の成立要件

これまでの考察で共謀共同正犯は間接正犯類似説に基づきその成立を肯定できることが明らかとなった。次に、共謀共同正犯の成立要件はいかに解すべきか。とりわけ共謀共同正犯の場合、冒頭でも述べたように一見すると「共同実行の事実」を欠く者にも共同正犯の成立を認めることになるから、処罰範囲が拡大すると刑法の大原則である行為主義ないし罪刑法定主義に反する危険性を含んでいる。そこで、一般に共謀共同正犯の成立要件として挙げられる「共謀」と「一部の者の実行行為」の二要素について慎重に検討する必要がある。とくに、最近の学説は「共謀」の内容を限定することにより共謀共同正犯の成立

範囲を制限する傾向にあるため、以下ではとりわけ「共謀」に重点を置いて考察を進めたい。

第一に、共謀の意義については、共同実行の意思と解する見解が最も妥当である。なぜなら、まず共謀者間に共同実行の意思がある場合は、共同実行につき合意が形成されることになる。そして、そもそも共謀共同正犯が間接正犯類似説により基礎づけられる根拠は、この犯罪形態においても共犯者間で合意に達した共同実行の意思により、相互に相手の行為を拘束し利用するといった間接正犯に類似すべき形態が見受けられるところにある。そうだとすると、共同実行の意思、すなわち共同実行の合意が形成されている場合には、まさに間接正犯類似説の想定する相手の行為を拘束して自己の犯意を遂げる関係をそこに見出すことができるからである。したがって、共謀共同正犯の成立要件である共謀の内容としては、共同実行の意思、すなわち相手を拘束するほどの共同実行の合意と解すべきである。

続いて、以上のような共謀の有無が問題となる特殊な場面について検討したい。まず、判例は共謀が黙示的になされた場合、すなわち共同して犯罪を遂行することが明示的に示されなかった場合にも、共謀の成立を肯定している（最決平 15・5・1 刑集 57 巻 5 号 507 頁など）。しかし、私見からすると黙示の場合は共謀を認めてはならないと解する。なぜなら、明示的な意思連絡がない場合にまで互いを拘束するほどの共同実行の合意が成立していたといえるかについては疑問が残るからである。さらに、判例は未必的認識の場合、すなわち共同して犯罪を実行することが明示的に示されないどころか、そのことにつき互いの認識が不確定である場合にも、共謀共同正犯の成立を肯定している（最判平 19・11・14 刑集 61 巻 8 号 757 頁）。これについても、黙示の場合に共謀を認めない私見からすると、当然ながら未必の場合にも共謀を認めてはならないと解することになる。繰り返し指摘している通り、共謀共同正犯においては一見すると「共同実行の事実」を欠く者に対しても共同正犯を成立させ、実行行為者と同様にこの者を処罰するのであるから、その成立要件の解釈は厳格に行われなければならない。

第二に、一部の者の実行行為については、実行行為を担当しない共謀者が実行担当者の行為を利用したものと認めるためにも、当該共謀の基本部分に基づき、共謀者中の少なくとも一名はこれを直接遂行することが必要になると解すべきである。なお、直接実行を担当しない共謀者が見張り行為等の密接行為を行っても問題ないと考える。なぜなら、見張り行為者にも相手を拘束するほどの共同実行の合意が成立している場合、相手の行為を拘束して自己の犯意を遂げる手段として利用するような間接正犯に類似した関係を見出すことができるからである。一方で、共謀内容の核心的、本質的部分の認識と実行担当者の実行行為との間に相違がある場合は、共謀共同正犯を認めてはならないと解する。なぜなら、共謀者の認識と実行担当者の行動に齟齬が生じているため、共謀者が相手の行為を利用することはできないはずであり、間接正犯に類似した関係が認められないからである。

IV. おわりに

以上の結論要旨を簡潔に述べると、まず共謀共同正犯を理論的に基礎づける学説としては、個人主義原理に基づき、実行行為概念を維持しつつ、対等平等関係においても成立余地を見出している点、および共同正犯の本質である相互利用補充関係を適切に捉えられる点から、間接正犯類似説が最も妥当である。さらに、成立要件としては、相手を拘束するほどの共同実行の合意（共謀）、および共謀者中の少なくとも一名が共謀の基本部分に基づいて実行行為を行うこと（一部の者の実行行為）が必要となると解すべきである。

なお、判例が黙示の共謀や未必的認識による共謀の場合にも共謀共同正犯の成立を認めていることから明らかな通り、近年共謀共同正犯の成立範囲は拡大傾向にあるといえる。このような拡大の流れは、刑法の大原則である罪刑法定主義ないし行為主義に抵触するおそれのあるものであり、賛同できない。本稿で述べたように、共謀共同正犯を間接正犯類似説により基礎づけ、共謀を共同実行の合意と解することで、その成立範囲を限定していくべきである。