

共謀共同正犯の理論的基礎づけと共謀の成立範囲

21H2032 葛西 愛子

I. はじめに

共謀共同正犯とは、二人以上の者が犯罪を共謀し、共謀者中のある者がその共謀に基づいて犯罪を実行した場合、共謀に参加しただけで実行行為を分担しなかった者も含め全員が共同正犯としての責任を負うことをいう。

共謀共同正犯の問題の所在はどこか。刑法 60 条は、共同正犯について「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」と規定をしており、本条文を根拠に、共同正犯が成立する要件としては、共同実行の意思と共同実行の事実が必要であるとされている。そしてこれら 2 つの要件を満たしたことによって「一部実行の全部責任」の法効果が生じ、結果の発生に関わった者全員が、相互に他の共犯者の行為と結果について責任を負うこととなる。以上を踏まえると、共謀に加わっただけで犯罪を実行していない者は、一見すると共同実行の事実が欠けており、一部実行の全部責任の法理がはたらかず共同正犯にはならないように思われる。それにもかかわらず、判例や多数の学説は共謀共同正犯の成立をひろく認めている。そこでまず本稿の前半では、その処罰根拠を明らかにする。

また、共謀共同正犯は実行行為を行わないため、共謀共同正犯が成立するか否かは共謀の内容によるところが大きい。しかし共謀の性質や要件については学説が錯綜しており、不明瞭な部分も多い。ここを明らかにしなければ、共同正犯と狭義の共犯との区別が曖昧なものとなり、共謀共同正犯の成立範囲が恣意的に変更されるおそれがある。これらの問題意識のもと、本稿の後半では、共謀共同正犯を基礎づける理論からどのように共謀概念が導かれるのかに着目した上で学説検討と判例検討を行い、共謀の成立範囲について限定を試みたい。

II. 共謀共同正犯の処罰根拠

共謀共同正犯の学説は、まず共謀共同正犯否定説と共謀共同正犯肯定説に大きく分かれる。否定説は、60 条が共同実行の事実を必要としていることを根拠に、実行行為を行っていない者を正犯として処罰するべきではないとする立場である。これに対し肯定説は、共謀共同正犯概念を認めるものであるが、その理論づけは多様である。本稿では、肯定説を、実行行為性を重視するか否かによって分類を試みた。実行行為性を重視しない立場には、共同意思主体説・包括的正犯説・心理的因果性説・精神関係説の 4 つがあり、これに対し実行行為性を重視する立場には優越支配共同正犯説・行為支配説・間接正犯類似説がある。また、これらの学説を検討するにあたっては、①行為主体と刑罰主体が同一であること、②実行行

為をしたとみなすための理論づけがされていること、③支配型と対等型の2類型を説明できることの3点から考えるべきである。以下では、この3つの観点から、学説の検討を行う。

まず、共謀共同正犯を基礎づけるにあたっては、行為主体と刑罰主体が一致している必要がある。たとえば行為主体が集団であるのに対し、刑罰主体が集団の構成員個人であるような場合、団体責任を認めることとなってしまう。したがって共謀共同正犯を基礎づけるにあたっては、複数人をひとつの行為主体と見るのではなく、個人責任の原則を前提とするのが妥当であり、共同意思主体説のように、行為主体が共同意思主体であるのに対し、刑罰主体が個人であるとする立場は妥当でない。

そして、共謀を行っただけの者であっても、何らかの形で実行行為をしたとみなすための理論づけが必要である。正犯と狭義の共犯とを区別するにあたり、実行行為性の有無は重要な判断基準となる。60条を根拠とすれば、正犯とは「犯罪を実行した者」である。このような正犯＝実行の枠組みによって、正犯と狭義の共犯が区別され、実行行為を行っている者が正犯、実行行為以外の行為態様によって実行行為に加担した者が狭義の共犯とされるのである。したがって肯定説のうち、実行行為性を重視しない4つの学説は妥当でないと考えられる。この点につき間接正犯類似説は、他者を道具として利用することによって自己の犯罪を遂げるという理論づけによって、実行行為をしたとみなす立場である。

さらに、共謀共同正犯には、支配型と対等型の2類型があることから、学説はこれら双方に根拠を与えるものでなければならない。したがって、実行行為を支配することに重きを置く優越支配共同正犯説と行為支配説は、対等型の共謀共同正犯を基礎づけることができないという点で妥当でない。この点につき間接正犯類似説は、仲間と結合することによって、道義的抑止力や規範的障害が軽減され、実行行為に出る可能性を増大させるとして対等型の共謀共同正犯を説明している。以上の3つの条件を満たしていることから、共謀共同正犯の処罰根拠論においては、間接正犯類似説が最も妥当であるといえる。

ここまでの学説検討を踏まえて、判例が共謀共同正犯をどの立場から基礎づけているか確認していく。昭和11年の連合部判決（大連判昭11・5・28刑集15巻715頁）において、共同正犯の本質は「一心同體ノ如ク互ニ相倚リ相援ケテ各自ノ犯意ヲ共同的ニ實現」する点にあると判示されていることから、本判例は共同意思主体説に立っていると見える。さらに最高裁も、昭和23年判決（最判昭23・1・15刑集2巻1号4頁）において、大審院の示した見解を受け継ぎ、共同意思主体説の立場をとっていることが明らかとなった。これらの判例に対し、昭和33年のいわゆる練馬事件判決（最大判昭33・5・28刑集12巻8号1718頁）では、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」ところに共謀共同正犯の処罰根拠があるとしたことから、判例は間接正犯類似説によって共謀共同正犯を基礎づけているといえよう。このように、共同意思主体説から間接正犯類似説に立場を変更した判例の傾向は、本稿の立場と合致するものであり、妥当であるといえる。

III. 共謀の定義

共謀共同正犯は、通常共同正犯とは異なり実行行為を行っていないため、正犯として実行行為者と同等に処罰される根拠を「共謀」に求めることとなる。前章では、共謀共同正犯と狭義の共犯の区別は実行行為性の有無によってなされるべきであるという立場を示し、共謀共同正犯を基礎づけるにあたっては間接正犯類似説が妥当であると結論づけた。間接正犯類似説の本質は、共謀によって共謀者と実行行為者とが相互利用関係に立ち、共謀に加わっただけの者にも実行行為性が担保されるという点にある。したがって共謀の内容が不明瞭なままでは、相互利用関係の有無もはっきりせず、間接正犯類似説によって共謀共同正犯を基礎づけることが困難となる。本稿において共謀概念を明らかにする意義はここにあり、本章ではこの点に着目しながら学説と判例を検討していく。

共謀概念に関する学説については、行為の認識や相互利用関係という点に主眼を置き、学説を、①互いの行為の認識を重視しない立場、②互いの行為の認識によって相互利用関係が生じることを重視する立場の大きく2つに分類することができる。①の立場には、客観的な謀議が必要であるとする立場、意思の連絡と実行行為を行うについて重要な精神的影響を与えることが必要であるとする立場、意思連絡と正犯意思が必要であるとする立場の3つがあり、これに対し②の立場には、意思の疎通と謀議のような特定の外形的行為が必要であるとする立場、共謀を犯罪の共同遂行に関する合意と捉える立場がある。

これらの学説のうち、共謀を定義づけるにあたっては、共謀を共同遂行の合意と捉える立場が最も妥当であると考えられる。まず、共謀は客観的な謀議行為と捉えるべきか、それとも主観的要素と捉えるべきかについて検討する。共謀を話し合いなどの具体的な行為として捉えた場合、謀議参加者を一律に共同正犯として処罰してしまうという問題がある。したがって共謀を定義づけるにあたっては、主観的な要素も含めて考えるのが妥当であると考えられる。

次に、共謀によって実行行為性が担保されているかという点にも注目する必要がある。本稿が妥当とする間接正犯類似説は、共謀によって共謀者と実行行為者とが相互利用関係に立つことで、共謀に加わっただけの者も実行行為をしたと認めるものである。したがって、共謀概念を捉えるにあたっては、②互いの行為の認識によって相互利用関係が生じることを重視する立場が妥当であり、①の3つの学説は退けられる。

そして、共謀の成立に必要な主観的な要素について、適切に限定がなされているかという点についても検討する必要がある。共謀を共同遂行の合意と捉える立場は、合意の成立には共同遂行の意思と、互いに利用しあうという旨の意思の連絡が必要であるとする。間接正犯類似説の要の部分、共謀者が、合意に基づいて実行行為者を拘束し、実行行為者を道具として利用することで犯罪を遂行することができるのに対し、実行行為者は、共同遂行の合意によって規範的障害が軽減され、犯罪の実行をしやすくなるという点である。この意味で、共謀者と実行行為者は、共同遂行の合意のもと相互利用関係に立つのであり、裏を返せば、両者の間で共同遂行の合意が成立していなければ、実行行為者は共謀者の意思通りに行動せず、合意による拘束を受けずに、いわば意思ある道具になってしまう。したがって、共同遂行の合意があると認められるためには、共謀者が実行行為者を道具として利用したとい

えるような、完全に近い意思の合致が両者の間に成立することが求められよう。このように、共謀から相互利用関係が生じることによって実行行為性が担保されており、また主観的要素について適切に限定がなされ、意思の連絡の内容も明確であることから、共謀を共同遂行の合意と解する立場が最も妥当であると考えられる。

以上の学説検討を踏まえて、判例の立場の変遷と妥当性について検討をする。まず練馬事件判決は、「共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移す」ことを内容とする謀議を必要としていることから、判例は共謀を共同遂行の合意と捉える立場であると推測できる。その後も判例は、大枠では一貫して共謀を共同遂行の合意と捉える立場である。スワット事件判決（最決平 15・5・1 刑集 57 卷 5 号 507 頁）では、被告人には実行行為につき概括的にせよ「確定的な認識」があったとして、黙示の意思連絡による共謀が認められた。そして平成 19 年決定（最決平 19・11・14 刑集 61 卷 8 号 757 頁）では、被告人が、実行行為者が実行行為に及ぶ可能性を「強く認識」していたとして、未必の故意しかない場合であっても共謀の成立が認められた。さらに平成 21 年判決（最判平 21・10・19 裁判集 [刑事] 297 号 489 頁）では、単に実行行為について「認識」があったとして、下級審の無罪判決が覆され共謀の成立が認められた。このように、判例が認める共謀概念は拡大傾向にある。共謀を共同遂行の合意と捉える本稿の立場からは、練馬事件・スワット事件は妥当なものと評価できるが、平成 19 年決定、平成 21 年判決は、実行行為の認識が緩やかなもので足りるとするものであり、共同遂行の合意が成立しているとまではいえず、この場合において共謀を認めるべきではないと考える。

IV. おわりに

以上のように共謀共同正犯の基礎づけを行い、そこから導かれる共謀概念を明確にすることで、本稿が問題としていた、実行行為を行っていないにもかかわらず正犯として実行行為者と同等に処罰される根拠、共謀が担う役割、拡大傾向にある共謀概念の妥当性などはある程度明らかになったといえよう。

特に学説や判例における共謀概念の拡大傾向について、これまでの検討を踏まえると、その傾向自体は一概に「悪」とはいえないように思われる。判例が黙示の意思連絡を認めたように、多様な共謀態様を包摂することで、今日の巧妙化する犯罪において実質的な大物や黒幕を処罰することが可能となったという点では大きなメリットがあると考えられる。ただし、共謀を共同遂行の合意という主観的な要素として捉える以上、共謀の成立を無制限に認め、本来は正犯でない者を共謀共同正犯として必要以上に重く処罰することがあってはならない。共謀共同正犯の成立範囲が過剰に拡大することを防ぐためには、まず共謀共同正犯の理論的基礎づけに立ち返った上で、基礎理論から丁寧に共謀概念を導き、共謀共同正犯の成立範囲に絞りをかけていく努力が必要である。そしてまた判例も、そのようにして定められた共謀概念を元に共謀の成否を判断し、特殊な枠組みである共謀共同正犯概念を適切に運用していくべきである。