

## 共同正犯における「意思連絡」の意義について(一)

内海 朋子

## 一 はじめに

共同正犯においては、なぜ一部実行全部責任の法理が認められるのか。その根拠づけに関しては、—少なくとも幫助における帰責論ほどには—多くが語られているわけではない。<sup>1)</sup>

そうした中、共同正犯の処罰根拠と狭義の共犯の処罰根拠を統一的に説明する因果的共犯論からのアプローチと、共同正犯は「意思連絡」に基づく相互的な行為帰属によって他人の行為・結果が自己の行為支配の内容を構成するとして一部実行全部責任を説明する相互的行為帰属アプローチを区別する見解が現われた。<sup>2)</sup> また、因果的共犯論アプローチを採ると目される陣営からは、遡及禁止論の定式が正犯・共犯の区別に有用だとする見解が、近時有力に主張されている。あるいは、「心理的因果性」の概念を用いて、共同正犯における帰責を説明づける

学説も数多く登場する。

ところで、学説上、共同正犯の法的性質と関連して共同正犯は正犯か共犯かというテーゼがしばしば定立される。しかし、このテーゼの持つ意味は多義的であり、いくつかの側面から説明可能であろう。

まず、「共同正犯は共犯か」と問われるとき、その内実においては、共犯の処罰根拠論における議論を共同正犯論にも導入しうるか、を意味する場合がある<sup>(3)</sup>。もしこの問いを肯定し、共同正犯における帰責原理についても(共犯も結果に対して因果性を有しているという意味における)因果的共犯論が妥当する、とするならば、他の共犯者に対する心理的または物理的働きを通じて結果を発生させたときに共犯が成立するのであって「意思連絡」は必ずしも必要でない<sup>(4)</sup>、ということになる。

一方、責任共犯論からは、相手側を誘惑して墮落させるためには、相手側の意思に働きかける必要がある、「意思連絡」は共犯成立要件となるが<sup>(5)</sup>、責任共犯論は適切でないとの前提から、「意思連絡」必要説は不当だとの論が展開されることも考えられる。しかしながら、「意思連絡」が、共同正犯の共犯性を認めるため(のみ)ではなく、正犯性を認めるために必要な要件と考えれば、共犯の処罰根拠論と「意思連絡」の要否を関連づけるのは疑問である。また、後述するように因果的共犯論と関連づけられることの多い行為共同説側からも、「意思連絡」を必要とする見解がみられ、共犯の処罰根拠論のみを基礎としたアプローチは一部実行全部責任の解明に適さない。

また、刑法六〇条が、六一一条・六二条とともに、刑罰拡張事由とみなされるかどうか、という趣旨で、「共同正犯は共犯か」という問題提起がなされることもある<sup>(6)</sup>。たしかに、本来、「単独正犯の既遂」として処罰できない事例を、六〇条という条文を使って、因果性ありとされる範囲を単独犯の場合よりも拡大するのであれば、共

同正犯は共犯である、との解釈は成り立ちうる。しかし同時に、六〇条は因果性の拡張のみならず「正犯性」の拡張と考えることもできるのであるから、「六〇条が刑罰拡張事由である」ということと、共同正犯は共犯である、という二つのテーゼを等置することはできない。<sup>(7)</sup><sup>(8)</sup>

いずれにせよ、共同正犯とは、正犯でありながら、共犯的性質を持つ犯罪形態であるから、共同正犯論はその正犯的性格と共犯的性格のいずれをも、矛盾なく説明しうるものでなくてはならず、「正犯か共犯か」という二者択一自体に問題があるように思われる。<sup>(9)</sup>そこで本稿では、「意思連絡」要件の意義とその内容をめぐって各学说がどのように理解しているかを、従来の学説の枠組みに捕われることなく、検討し直してみたい。<sup>(10)</sup>

## 二 共同正犯の成否が問題となる事例群

しかしながら、「意思連絡」要件を基軸として学説を整理することには一つの困難が伴う。それは、「意思連絡」の意味につき、どのような内容の「了解」「合意」なのかについて意見の一致がみられないことである。

まず、共同正犯の主観的要件とされる「共同実行意思」は、「意思連絡」とする見解のほか、片面的な「共同加功意思」で足りるとの主張も見られる。そこで、共同実行の際に行行為者がいなく、他の共同者の行為に関わる認識内容を細かく検討してみると、ア・他の共同者が有意的行為を行うことの認識、イ・他の共同者が何らかの構成要件該当かつ違法な行為を行うことについての認識、ウ・他の共同者が特定の構成要件該当行為を行うことについての認識、エ・他の共同者が自己と同一ないし少なくとも重なり合う構成要件該当行為を行うことオ・他の共同者が自己と同一の構成要件該当行為を行い、さらに特定の具体的な客体について結果が生じること

の認識、といった様々なレベルが考えられる。

さて、「意思連絡」を不要とする見解（しかし共同加功意思は必要とする見解）に拠ったとしても、最低限、アあるいはイの認識は必要とされるであろう。ただし、エの認識までは必要ではない。

一方、犯罪共同説のように、共同正犯とはある特定の構成要件を共同実現する犯罪形態だとすれば、エの認識が必要である。しかも、相互的に協力しあう、相互に補充し合うという了解が必要であって、他に違法な行為を行う者が存在するという程度の認識では足りないのである。これに対し、行為共同説を基礎とした学説における「意思連絡」必要説の中には、同一構成要件を共同実現する意思としてではなく、イのレベルでの合意・了解を「意思連絡」の意味内容として理解するものもある。

そこで、議論の混乱を避けるため、問題となる事例をあらかじめ類型化し、共同正犯の成否を検討しよう。

（事例 1）まず、各関与者が単独で、同一の構成要件該当行為をそれぞれ行う形態、すなわち、X・YがA宅に侵入し、Xは現金一〇〇万円を窃取し、Yが一〇〇万円相当の宝石を窃取したような事例が考えられる。

（事例 2）次に、X・Yが各々拳銃を用意し、一発ずつAに向かって発砲したが、Yの弾のみがAに命中し、Aが死亡したという事例、

（事例 3）X外一〇名がAを殺そうとしているとき、Yが参加を求め、計一一名でAに向かって発砲し、Xの弾だけがAに当たってAが死亡した、という事例といったケースが想定しうる。

共同正犯を認めることにより、事例 1 では、Xにつき現金についての住居侵入窃盗の単独犯、Yにつき宝石についての住居侵入窃盗の単独犯が成立するのではなく、X・Y共に、現金・宝石両方について窃盗の罪責を負い、事例 2、3 についても両者が殺人既遂罪となる。

さらに、役割分担型と呼ばれる事例においては、各行為者が構成要件事実を完全には実現せず、各関与者の共同によりはじめて構成要件該当事実が実現される。結合犯のように、各人の行為を個別的にみれば、異なる構成要件に該当しうる場合もここに含まれる。例えば、(事例4) X・Yが、A宅に侵入して、XがAを脅迫しその反抗を抑圧している間に、Yが財物を盗取しようとする企み、実際にそのように行為した場合、X・Yはともに強盗罪の共同正犯として処罰されるのである。

以上の事例においては、共同正犯成立についてひとまず異論がないと思われるが、各学説で争いがあるのは、構成要件的重なり合いない共同正犯の成立(エの認識に欠ける場合)、とりわけ故意犯と過失犯における共同正犯の成立の可否である。

例として、(事例5) Xは屏風の後ろにAがいることを知っており、Yは知らなかったが、「屏風の虎を狙って腕を競おう」と合意して、屏風に向かって、一緒に発砲したため、Aがどちらかの弾丸に当たって死亡した、という事例が考えられる。

また、「意思連絡」不要説との関係で、片面的共同正犯の成否も問題となる。

(事例6) XのA宅での侵入窃盗計画を知って、YがXを助けてやろうと思ひ、先にA宅に侵入してAを気絶させておいたため、Xは、楽に財物を取ることができた事例などである。片面的共同正犯については片面的幫助との関係も問題となるが、前者を認めず後者のみ認めるのであれば、どのような理由づけに基づくのか(1)問題となる。

## 三 「意思連絡」は「心理的因果性」のみを基礎づけるとする見解

## 1 「意思連絡」要件を不要とする見解

## ① 遡及禁止論

因果的共犯論を基礎とする学説のうち、第一のグループは、共同正犯者相互の「意思連絡」の存在は、共同正犯の成立にとって必須の要件ではなく、物理的因果性を補充する「心理的因果性」を基礎づけるにすぎない、と考<sup>(12)</sup>える。因果的共犯論——共犯においても最終結果に対して因果性をおよぼしている必要があるという意味での——によれば、共犯者は各々自己の犯罪の実現を目指しており、他人の行為を利用することによって、自己の行為の因果的影響力を拡大する点にこそ（共同正犯を含む）共犯としての特質が求められ、<sup>(13)</sup>「意思連絡」や「意思疎通」は、他の行為者への働きかけによる影響力の行使という形で客観化されて「心理的因果性」の問題として把握されるにすぎない、と主張する見解——「意思連絡」を要件としない行為共同説——がこのグループに属する。<sup>(14)</sup>

さて、第一の立場のうち、最近特に有力に主張されているのは、遡及禁止論を基礎とした共犯理論である。この説は、正犯、すなわち構成要件の結果を引き起こす責任を第一次的に引き受けるべき者は誰か、を判断するにあたって、「結果惹起について故意のある自由な行為の背後に位置する行為については、結果惹起についての正犯性が否定される」、<sup>(15)</sup>との遡及禁止論を採用する。そして、共犯の処罰根拠として因果的共犯論を採用し、共犯行為と結果との因果性が肯定されることを前提にしつつ、遡及禁止を条件関係・相当因果関係に加えられる第三の客観的帰属の一つとして、<sup>(16)</sup>又は正犯性判断基準として位置付ける。<sup>(17)</sup>このように第三の帰責基準を設けることに

より、遡及禁止論は、相当因果関係判断において用いられた危険性概念を正犯・共犯の区別の基準として再度用いることなく、<sup>(18)</sup>両者の区別基準の問題に一つの解答を与えたのである。<sup>(19)</sup>

まず、遡及禁止論の適用を肯定するものうち、ある見解は、六〇条の規定は構成要件の修正形式であり、共犯としての因果性を拡張する処罰拡張事由であるとして<sup>(20)</sup>共同正犯を共犯の一種と位置づける(共同正犯の共犯性の強調)。そして、同説は、広義の共犯のうち、共同正犯・教唆・幫助のいずれに当たるかは、犯罪の実現にあって重要な(あるいは直接実行者と対等ないしそれ以上の)役割を果たしたかどうかという、因果的寄与の重要性によって決定される、とする。<sup>(21)</sup>

しかしながら、この基準を用いれば、犯罪惹起を行った教唆では因果的寄与は極めて大きく、共同正犯と評価されかねないという難点がすでに指摘されている。<sup>(22)</sup>また、寄与度の大小による共同正犯と狭義の共犯の区別は、幫助の場合においても不都合が生じよう。例えば、Yの弾丸のみがAに命中したという事例2において、Xの行為は結果に対して物理的因果性を有してはいない。そして、「心理的因果性」という観点からみても、心理的幫助程度の影響力をおよぼしているのにすぎないというよりほかはなく、<sup>(23)</sup>幫助とならざるを得ないのではないかと批判されている。<sup>(24)</sup>この点に関しては、ともに「実行」にでること、その実行の着手を支持する意思を表明してその後の相手側の行為に大きな理由を提供したから、重要な役割を果たしている、との反論がなされるが、<sup>(25)</sup>Yの犯行の意思が強固であって、最初にYの方からXに話を持ちかけ、Xがこれに応じてA殺害についての共謀が成立したという場合であれば、Xの「心理的因果性」——Xが共に発砲するという行為がYの心理におよぼす強化・促進効果——はさほど強いともいえないであろう。あるいはまた、事例3のバリエーションとして、Xを含む一九人が各々Aに対して発砲することに合意していると仮定するとYも加わったが、Xの弾丸しかAに当たらなかった、

という場合、Yの行為がXの心理におよぼす強化・促進作用は極めて微弱なものといわざるをえないのではあるまいか。さらに、物理的因果性と「心理的因果性」との調和をどのように図ればよいか、も問題となろう。<sup>(26)</sup> 犯行について、話を持ちかけたのはXであったが、犯行に必要な拳銃二丁を準備したのはYであって、犯行現場で彈丸を命中させたのもYであったという場合では、Xの寄与度はYのそれより一段劣ったものになるのであるか?<sup>(27)</sup>

以上のような欠点を回避するため、共同正犯の規定が「処罰拡張事由」だとしても、それは因果性の拡大のみに意味するものではなく、むしろ「正犯性」の拡張規定であるとする理解もある（共同正犯の正犯性の強調）。共同正犯においては、因果性の拡張のほかに、第一次的責任類型として正犯性の要件が拡張されており、その要件は、狭義の共犯の間接惹起性と区別されて共同惹起性<sup>(28)</sup>、と名づけられる。

しかし「共同惹起」とは一体どのような要件であろうか。この見解の主張者は、「共同惹起」があるとすると事例を類型化するのみで統一的な要件を提示するにはいたっていない。しかも「共同惹起」が充足されるはずのケースにおいて、遡及禁止論が有する正犯既遂としての帰責否定論理と真正面から矛盾してしまう場面が生じてくる。同説によれば、(ア)各関与者が構成要件該当行為を分担して実行する類型（役割分担型）、すなわち一人が被害者を脅し、他の一人が財物を奪取するという、事例4のような場合に共同正犯が成立し、(イ)関与者が単独で構成要件該当事実を惹起しうる構成要件該当行為をそれぞれ行う類型（付加的共同正犯型）、すなわち二人が発砲したがそのうち一人しか彈丸が命中しなかったという事例2において両者は殺人既遂罪の共同正犯として処罰される。しかし、遡及禁止論を適用すれば、(ア)において、Yの窃取行為の介入により、XにはせいぜいYの窃盜罪に対する幫助が成立するにとどまるはずである。(イ)についても、まずXが、次にYが発砲したと



いう時間的先後関係が明らかならば、遡及禁止論の適用により、Xに殺人罪の正犯として既遂結果を帰責することはできない。

さらに、共謀共同正犯や片面的共同正犯においても、先行行為者と結果との間に第三者の故意行為が介在するのであるから、遡及禁止論が適用されることとなり、先行行為者の正犯性を基礎づけることは困難である。<sup>(30)</sup>

② 遡及禁止論以外の立場

遡及禁止論の支持者以外も含めて、「心理的因果性」を強調せず「意思連絡」を不要とする行為共同説<sup>(31)</sup>については、次の問題点が指摘され得る。まず、片面的共同正犯、すなわち「他の共同正犯者なき共同正犯」という大変不自然な共同正犯を認めざるを得ない<sup>(32)</sup>、という点である。特に構成要件の故意を認めないならば、客観的な違法評価段階で外見上犯罪行為を共同した事実があれば刑法六〇条を適用し、責任段階で共同加功意思、すなわち因果的に共同して犯罪を実現する旨の予見・認識がある者についてのみ共同正犯性を認める、という奇妙な構成にならざるを得ないのである。<sup>(33)</sup>

さらに、たとえ共同加功意思が構成要件段階において考慮されるとしても、共同正犯成立の範囲を適切に限定するとは限らない。そもそも、共犯現象として自己の行為の遂行のために他者の行為を利用する、という側面にみに注目するならば、共同加功意思についても、相手側の行為を利用し、自己の犯罪に実現させようとする意思と考えれば十分であり、相手側の犯罪を「補充する」意思は本来不要のはずである。極論すれば、共同する相手の行為は自然的行為であれば足り、「実行行為の一部」である必要もない。現に、行為共同説の支持者の中には、いわゆる間接正犯の事例をも(片面的)共同正犯に含ませる見解や、共同正犯は間接正犯と直接正犯に解消され、六〇条は単なる確認規定だとする見解<sup>(34)</sup>さえ、存在するのである。

六〇条の「すべて」正犯とする、という文言を理由として、少なくとも「実行行為の一部」を遂行することを各共同者に要求し、かつ共同加功意思を他人の行為を利用・補充する意思と理解したとしても、問題は残る。片面的共同正犯の典型的事例とされる事例6（YがXの窃盗を助けてやろうと思ひ、先に被害者を気絶させておく事例）について、一説は、Yについて強盗罪の共同正犯を認めるが、他説は、YがXの窃盗行為に対して重大な寄与をなしており、Xの窃盗行為に対する加功という側面に着目して、窃盗罪の共同正犯を認めうる、とする<sup>(38)</sup>。このように、本来ならば、前者のようにYの自己の犯罪の実現に注目し（特に不法領得意思は、第三者たるXに財物を取寄せさせる意思でもよいのであるから）、自らの暴行とXの窃取行為の利用により、強盗罪の共同正犯が成立すると考えられるところ、Xの窃盗行為に対する加功という側面に注目して、窃盗罪の共同正犯を認める見解が存在することからも明らかなように、自己の行為の実現意思と、他者の行為の補充意思とのいずれを強調するかによって、共同正犯の成立範囲に差異が生じてしまうのである。

## 2 行為共同説を基礎とした「意思連絡」必要説

因果的共犯論を基礎とする行為共同説内部においても、共同正犯成立により厳格な制約を課せようという試みは、なされている。六〇条の「共同」の文言は「意思連絡」に基づく共同行為を意味すると解するのが素直であるばかりでなく、「すべて」正犯とする、とされているのであるから、共同加功意思を持たずただ一方的に自己の行為を利用されただけの者については単独犯を、共同加功意思を持って行動した者には共同正犯を認めるというような結論は妥当でない、<sup>(40)</sup>と考へ、共犯ないし共同正犯の本質として、「意思連絡」を要求するのである。

しかし、「意思連絡」の必要性は因果的共犯論から導くことができないため、「共犯の本質」・「共同正犯の本

「質」が何を意味するかをさらに探究せざるを得ない。また、ある実行行為者が、他の実行行為者（故意行為・過失行為を含む）の存在を認めた場合、後者に関わる前者の認識内容を整理すると、二において指摘したように、様々なレベルに分類できるように思われるが、どのレベルでの認識を相互に共有し、どの程度の「安心」を相手側に与えれば、「心理的因果性」として考慮されるのかについては統一の見解は存在しない。YがXに「心理的因果性」を与えた、すなわちYによる行為の存在によってXが「安心」した、といえるためには、少なくとも、Xは、「相手（Y）も被害者Aを狙っている」という事実について認識していなければならないであろう。しかし、それ以上に、相手側YのAを狙う行為が、故意行為か過失行為かということについての認識、さらにはX自身が行おうとしている行為と同一の構成要件に該当する行為かどうか、YがXの構成要件該当行為を利用・補充するつもりでいるのかどうか、という点についての認識まで要求するのであるか。あるいは、Yが単なる違法行為を遂行しようとしている認識のみでよいのであろうか。

以下、個別に学説を検討していこう。

「意思連絡」に必要とされる認識のレベルに関しては、「具体的な行為遂行」に関するもので足りるとし、「行為者がある行為を遂行するに当たって、他の行為者がそれを認識し支持を与えていることを認識することによって、彼は勇気づけられ、行為に出ることが促進され、結果の発生も促進させられる」一点に共犯の本質を求める見解は、他の犯罪実行行為者が有意的行為を行うことの認識、あるいは何らかの構成要件該当行為を行うことについての認識で足りるとしていると考えられる。<sup>(1)</sup>しかしながら、何らかの構成要件に該当し違法な行為を行っているということとを相互に了解しあっている、という状況は、自分以外にも犯罪行為（ないし反社会的行為）を行う人間が存在するのだ、ということとを相互的に認め合うことから生ずる規範的意識の鈍磨、といった程度の促進作

用しか有しないであろう。<sup>(42)</sup>

また、意思連絡要件が要求される理由についても十分な説明はなされない。この見解は、共犯関係とは、関与者間の意思による相互的了解によるもののみを指し、そのような了解を通じての心理的因果性にこそ、「(広義の)共犯の本質」がある、と主張する。共犯を、共同者がお互いの行為を利用・補充しあつて犯罪を実現する犯罪形態と考へ、<sup>(43)</sup>共同意思主体説ほど嚴格ではないが、何らかの緩やかな心理的結合がない限り、共犯という概念を特徴づけることはできない、と考えるのであろうが、<sup>(44)</sup>片面的幫助は認められないこととなり、その結論の妥当性が問題視されよう。<sup>(45)</sup>共同正犯とは異なり、幫助には意思連絡を必要とする文言上の制約がないことから、片面的幫助は否定しにくい。<sup>(46)</sup>その反面、意思連絡の内容が「具体的な行為遂行」のみで足りるというのでは、過失行為・故意行為との共同正犯も認められることとなり、共同正犯の成立範囲があまりにも広範囲に及ぶこととなる。

一方、「意思連絡」は、少なくとも故意行為についてのものである、しかもそれぞれの構成要件行為の重要部分に関するものでなければならぬ、とする見解もある。<sup>(47)</sup>同説で特徴的なのは、共同正犯者に一部実行全部責任が認められるのは、単独犯で行つた場合よりも、違法性・有責性の増大が認められるから、とする点である。これは、単に相手側の行為を機械的に利用する行為と共同正犯とは異なり、共同正犯行為は他者の行為の単なる因果的な利用以上のものであつて、(間接正犯を含む)単独犯に比して危険増大的に作用するファクターを類的に有している、との発想に基づくものと考えられる。そして、その危険の増大は、実行行為の分担による物理的因果性の強化に加えて、他人に働きかけることを中核とする、心理的因果性による法益侵害の増加によるものである、とされる。<sup>(48)</sup>しかし、犯罪としての類型性を無視し得ないから、各行為者の行為について構成要件の重要部分についての「意思連絡」が必要であるという同説の主張に関しては、構成要件の重要部分とは何を指すのか、

またなぜこのような制約が可能なのか明らかでない。<sup>(49)(50)</sup>

ちなみに、共同意思主体説の立場からも、この見解に近い分析が示されることがある。共同意思主体説が共犯現象における心理的な結合関係を行為主体として把握するために共働者間の「意思連絡」を要求したのは、行為者が他者に行為動機を提供する、あるいは行為動機を強化・促進することによって、犯罪結果に対する因果性が認められるから、とする見解がこれにあたる。この見解は「意思連絡」により同心一体となる共同意思主体の形成の問題を共犯の「心理的因果性」の問題に移行させることにより、共同意思主体説への批判を回避しようと考えたのである。<sup>(51)</sup>このような理解は、同一の犯罪行為を実現させるために複数の行為者が協力しあう時にこそ、動機の提供・強化・促進という作用を認めうるとして共同正犯成立の限界を明確化している点で、行為共同説を基礎とした「意思連絡」必要説よりは、優れた理論的構成のように思われる。

#### 四 「意思連絡」が「心理的因果性」と共同正犯における正犯性の双方を基礎づけるとする説

共同正犯の帰責原理に関して、生じた結果の各人の行為への帰責は「心理的因果性」(ないし心理的因果関係)によって判断するが、正犯性の判断においては、「役割分担」「相互利用補充関係」「分業」などのキーワードを用いつつ、「意思連絡」要素を重視する、中間的見解もある。ここでは、「意思連絡」によって了解された、具体的な犯罪実行計画が基礎となって各人の共同「正犯性」が判断されるため、「意思連絡」は結果帰責と正犯性の基礎づけという、二重の役割を担わされることになる。

その典例として、共同意思主体説における重要な役割論が挙げられる。<sup>(52)</sup>すでに検討したように、共同意思主

体説の中には、「意思連絡」による犯意の強化・促進効果に着目し「心理的因果性」を考慮するのと実質的に同  
じ思考方法を採用している分析も存在する。そこで、共同意思主体説の根底にある、特定の犯罪実現を目的として  
一体となる、という発想は、当該共同行為遂行にあたっての各行為者の役割分担の決定と、犯意の強化・促進と  
いう二重の役割を「意思連絡」に求めている、と考えることも不可能ではない。

とはいうものの、共同意思主体説に対しては、個人責任に反するとの批判が繰り返されてきたことは周知の通  
りである。<sup>(53)</sup>そして、特定の犯罪行為の実現を目指すことが共同正犯であるとする犯罪共同説も共同意思主体説同  
様、団体責任を認めるものだと批判を受けかねない。<sup>(54)</sup>

そこで、ある見解は犯罪共同説を採りながらも、「意思連絡」による「心理的因果性」、すなわち因果性概念に  
おける相互的な補充・拡張を主張する。<sup>(55)</sup>X・Yが一発ずつAに向って発砲し、Yの弾丸のみがAに命中した事例  
において、Xは自己の行為と因果性のないYの行為について連帯責任を問われるのではなく、Yの行為がXとの  
合意に基づいて行われる限り、この合意を通じて最終結果をもとに引き起こしたといえるが故に、Yと共に殺  
人既遂罪の共同正犯の罪責を負わされる、というのである。

しかし、共同正犯の本質として正犯としての不法を肯定するためには、正犯性の側面についての分析を行わな  
ければならない。そこで同説は、共同正犯の正犯性を、一人一人では当該行為の実行および結果の実現は不可能  
であって、共働によつてはじめて計画が有効に機能する点（機能的行為支配説）に求める。<sup>(56)</sup>機能的行為支配は、  
相互に了解された行為計画の実現可能性について検討する概念であるから、ここでは「意思連絡」要件を通じて  
正犯性が要求されていると考えられる。

機能的行為支配説そのものの構造、および帰責原理との関係については、後に検討することとして、ここでは

共同正犯の結果帰責を基礎づけるとされる心理的因果関係のみに着目する。同説は、共同正犯における条件関係は、行為者の行為が合意形成に因果性をもったことと、合意にもとづき実行者により結果行為が行われたこと、という二段階の因果関係判断により、判断されるとしている。その際、各共同者は他の共同者の心理を介して因果性を有するのであるから、共同正犯の因果性は心理的因果関係であることを本質とする。<sup>(57)</sup>ただし、行為の結果に対する寄与の程度ではなく、条件関係の存否に関する判断であり、だからこそ心理的「因果関係」の用語が用いられる。そして、心理的因果関係は人の意思形成に関わる因果法則である点に特殊性を持つものの、合法的条件関係の枠組みの中にとどまるものであるという。<sup>(58)</sup>

例えば教唆犯も、人の意思形成に関わる心理法則を適用して事実的経過を説明できれば合法的条件関係を肯定することができる、という。<sup>(59)</sup>しかし、「人の意思形成に関わる心理法則」なるものが存在する、と果たしていい得るのであろうか。教唆行為が、犯罪の原因になり得るとしても、<sup>(60)</sup>教唆行為の結果帰責の判断においては、人間の心理作用に関する厳格な因果法則を想定・適用することは困難であり、<sup>(61)</sup>むしろ、被教唆者が教唆した内容通りの行為を行ったのか否かが重要なものではないか。共同正犯においても同様に、合意形成と結果発生との間に合法的条件関係が存在するかは疑問であるように思われる。むしろ、各人の行為による結果が、事前の「合意の範囲」内にある、といえるかこそが、<sup>(62)</sup>共同正犯の構成要件の予定する帰責連関判断にとって重要だと思われる。

## 五 因果性概念を用いた共犯帰責論の問題点

以上、「意思連絡」を「心理的因果性」に解消することによって共同正犯の帰責原理を説明しようとする諸見解を検討してきたが、その多くは、「心理的因果性」を、「意思連絡」により相手側に対してその行為の遂行に影響を与えて結果発生の蓋然性を高めたこと、あるいは正犯の「犯意(故意)を強化した」ことにより、正犯行為を促進し、ひいては結果発生を促進した<sup>(63)</sup>こと、と理解しているようである。しかし、「意思連絡」の意義が多様であるのと同様、「心理的因果性」の概念も実は多義的である。単に、第三者に対して何らかの有意的行為を行う契機を与え、この第三者の行為を通じて法益侵害結果を惹起させることも、「心理的因果性」である、と<sup>(64)</sup>いい得るとすれば、間接正犯とされる場合でも「心理的因果性」はあり得ることになる。あるいは、教唆犯において、教唆行為と正犯結果との因果的な結合関係が、「正犯者の所為決意を喚起させるといふ心理的影響がなわち心理的因果性」と定義づけられる場合もある<sup>(65)</sup>。

そうだとすると、何よりも、幫助犯の行為を不法の内容を念頭においているかのような、意思連絡を通じて正犯行為を促進し結果的に正犯結果をも促進するという「心理的因果性」の定義が共同正犯にも妥当するのが疑問となってくる。とりわけ、因果性のみを共犯の帰責で考慮する学説においては、「意思連絡」の有する各人の行為が統合機能を無視、ないし軽視して、物理的因果性・心理的因果性という二種の帰責基準を設けているため、帰責原理に統一性が欠如するおそれがある。「心理的因果性」の概念は不明確であり証明も困難であるから、物理的因果性が欠落する場合に補充的に考慮されるにすぎない、との考え方もあり得ようが、少なくとも物理的因果



性が証明できない場合に結果帰責を認めるため便宜的に「心理的因果性」概念を用いるのは妥当でない。Xが他人の家に侵入するにあたって、Yが鍵をXに渡したが、たまたま扉が開いていた、という場合と、扉が閉まっていたので鍵を用いた、という場合を比べてみると、二事例ともに正犯Xに対してYの行為による心理的強化・促進作用は及んでいるといわなければならない。物理的因果性が存在するからといって、そのことよって「心理的因果性」がそれに吸収されたり、打ち消されたりするわけではなからう。<sup>(66)</sup>

また、かりに、補助における「心理的因果性」概念を共同正犯にそのまま持ちこむことが可能としても、その問題点―補助行為と結果との間に条件関係は問題とされ得るか、という―もまた、付随して生じることになる。すなわち、Aを殺害するという合意の上、X・Yそれぞれが発砲したが、Xの弾丸だけがAに命中しAを死亡させた場合、YはたしかにXの犯意を強化し、その結果、法益侵害発生の蓋然性を高めたといえるかもしれないが、実のところ、その促進作用は実行行為の促進にとどまるものであつて、結果発生まで促進されているとはい得ないのではないか、との疑問が生じるのである。<sup>(67)</sup><sup>(68)</sup>

補助における因果性判断については、条件関係公式を厳密に適用することはできないとして、正犯行為を通じて既遂到達を容易にする効果が足りるとするのが通説である。<sup>(70)</sup>しかし、その根拠が、混合惹起説を基礎として正犯と異なる独自の内容の因果関係を許容する点に求められるのだとすれば、すなわち補助の本質が正犯の実行行為を容易にする点にあるという補助不法の独自性に着目して、「<sup>(71)</sup>補助犯の構成要件がどのような態様の因果関係を予定しているか」という観点から導かれるものだとすれば、この論理を共同正犯に適用することはできない。教唆についても、教唆不法の内容に即して、被教唆者が教唆者の言動の意味を理解すること、すなわち教唆者の教唆内容を了解して、<sup>(72)</sup> 犯行動機の形成に採り入れたことこそが帰責ないし因果関係の認定に重要であると

すれば、共同正犯においては、狭義の共犯とは区別された、独自の帰責論が展開されてしかるべきではないかと考えられるのである。

## 六 小 括

「意思連絡」要件を基軸として学説を整理することには一つの困難が伴う。それは、「意思連絡」の意味につき、どのような内容の「了解」「合意」なのかについて意見の一致がみられないことである。<sup>(72)</sup> そもそも、刑法六〇条は「共同して犯罪を実行」と定めるだけであるから、共同者間の「意思連絡」は、共同正犯成立において不可欠の要件とはいえない。そこで、「共同」は因果関係ないし因果性概念によつて解決されるべきであり、「意思連絡」は共同正犯成立に必須の要件ではないとの文言解釈も成り立ちうる。<sup>(73)</sup>

しかし、共同正犯範囲の適切な限定という観点からの「意思連絡」不要説の解決は、十分満足のいくものとはいえない。まず、遡及禁止論については、まさに遡及禁止論における正犯としての結果帰責原理と、共同正犯の正犯性判断としての「共同惹起」概念とが、矛盾を生じさせる場合がある。また、遡及禁止論以外の立場においても、片面的共同正犯を認めざるを得ない点や、自己の犯罪の他人行為の利用による実現という共同正犯理解と共同加功意思の意味内容とに齟齬があることなどに難点がある。一方、「意思連絡」必要説のうち、行為共同説を基礎とする場合には、同一目的（同一犯罪）の遂行という制約的要素を持たない、各人の犯罪の実現として共同正犯を理解する行為共同説を出発点としながら、構成要件の重なり合いを主張し、あるいは犯意（故意）を強め合うという文脈での「心理的因果性」を論じうるのか、疑問なしとし得ない。

他方、意思連絡を正犯性・因果性の双方で考察する見解は、「心理的因果性」の概念をもつば因果関係の存否の段階で取り扱うため、因果性概念に程度を付さなければならぬ、という難点を回避することはできる。しかし、共同正犯における「心理的因果関係」の内実について、狭義の共犯との関係においてどのように理解されるべきか、なお検討の余地があるように思われる。共同正犯は、しばしば相互的教唆・補助行為であるとされるが、共謀(行為に先立つ行為者相互間での了解)の成立過程において、各行為者のいずれが主導的に行為計画を形成したのか判明しない場合(当初は被害の客体等が明白でなかったが、犯罪行為計画を一緒に作成していく過程で徐々に犯行の内容が明らかになっていったようなケース等)に、共同正犯における合意のうち、どの行為が具体的に教唆になり、どの行為が心理的補助となつて、結果との因果連関が問題とされるべきなのかを議論するのは非現実的である。そして、心理的因果性、心理的因果関係という用語には、物理的・自然的な事象経過と人間行為による因果形成過程をつとめて同視しようとする姿勢がうかがわれるが、相互的な了解を必要とする共同正犯においては、他の共同者による実行行為遂行以前の段階、すなわち具体的な犯行へ至る動機形成過程に関与しながら結果惹起を目指すものであるから、通常の因果関係論とは別個の帰責原理が必要とされるのではないだろうか。

教唆・補助として共同正犯は、広義の共犯として基本的構成要件が修正されているという点で共通するものの、それぞれ特有の不法内容を持つ<sup>(75)</sup>。もし、このように考えることが許されるならば、各々の不法内容に応じて結果帰責原理もそれぞれ異なるとするのが妥当ではなからうか。通説的見解は、共同正犯の帰責原理は狭義の共犯とまったく同一に考えうるとしているようであるが、共同正犯において「意思連絡」あり、と認定されるかぎりにおいて、当該結果が「合意の範囲」内にあったかどうかという判断こそが、共同正犯の結果帰責に決定的役割を

果たしているように思われる。

- (1) 本稿は、共同正犯の帰責原理を特に「意思連絡」との関係を中心に考察したものであるが、両者の関係は、「意思連絡」がありえないとされてきた過失共同正犯に関する議論においても重要な意義を有する。嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(一)」法学協会雑誌一二二巻一号(二〇〇四年)八一、八八頁参照。
- (2) 高橋則夫「共犯の因果性」『刑法の争点』第3版(二〇〇〇年)九七頁、同・「共犯の処罰根拠論の新様相」現代刑法五三巻(二〇〇三年)三四頁以下。また、「從属的解決」「非從属的解決」という対立軸を主張する見解もある。阿部力也「意思連絡と共同正犯の帰属原理」明治大学短期大学紀要七五号(二〇〇三年)一〇六頁。なお、阿部力也「行為帰属説と共同正犯の実行の着手時期」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(二〇〇二年)四八八頁以下も参照。
- (3) 西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法雑誌二七巻一号(一九八六年)一四八頁等。なお、相内信「わが国における『惹起説』の問題状況」金沢法学二九巻一・二合併号(一九八七年)四一〇頁以下、村上光鷄「共同正犯」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法(第二版)』第5巻(一九九九年)一一〇頁も参照。
- (4) 大越義久「共犯論再考」(一九八九年)七二頁等。
- (5) 大越「共犯論再考」(前掲注4)七二頁、堀内捷三「共犯の処罰根拠上」法学教室二二四号(一九九一年)五五頁等。
- (6) 齊藤金作「共同正犯の共犯性」『共犯判例と共犯立法』(一九五九年)二八頁以下、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巻』(一九九〇年)三三六頁以下、川端博・西田典之・日高義博「共同正犯論の新展開」現代刑事法二八号(二〇〇一年)二六頁等。なお、松村格「共同正犯の共犯性と正犯性(上)」駒澤大学法学部法学論集三二号(一九八六年)一一九頁以下の分析、東公明「共謀共同正犯の一考察」創価大学大学院紀要一七巻(一九九五年)六二頁以下の学説分類も参照。
- (7) 山口厚「共犯の処罰根拠論」法学教室二五五号(二〇〇一年)八頁、同・「共犯論の現状と課題」法学教室二六六号(二〇〇二年)二七頁、同・「共犯論の課題」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(二〇〇三年)一四〇頁。
- (8) このほか、他人の意思を媒介として犯罪を実現する点に共犯性を認めるものとして、大谷實「新版 刑法総論の重要問題」(一九九〇年)三二二頁。また、大谷實・前田雅英「エキサイティング刑法」[総論](一九九九年)二七〇

頁も参照(ただし二七二頁では正犯性と共犯性の両方が問題になるとする)。一方、木村亀二「犯罪論の新構造(下)」(一九六八年)二四四頁以下、小田直樹「刑法1」法学教室二八二号(二〇〇四年)一一八頁は、狭義の共犯のような従属性を問題としない点、中義勝「共同正犯の正犯性」『齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論』(一九六四年)一六五頁は、実行の一部しか分担しないにもかかわらず全結果に対して責任を負う点、川端博「共犯論の課題と展望」東北学院大学法学政治学研究所紀要八号(二〇〇〇年)七頁は共同正犯も実行行為性を具備している点に、共同正犯の正犯性が認められる、とする。

(9) 松村「共同正犯の共犯性と正犯性(上)」(前掲注6)一二三頁および同論文一二五頁注4に掲げられた文献参照、山中敬一「共同正犯の諸問題」芝原那爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編『刑法理論の現代的展開・総論Ⅱ』(一九九〇年)一九六頁、高橋(則)「共犯の処罰根拠論の新様相」(前掲注2)三三頁。岡野光雄「個人的共犯論と『共謀』共同正犯論」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二巻』(一九九八年)二八八頁も、共同正犯は正犯の一種であると同時に共犯の一種でもあるとするのが通説という。

(10) 筆者はかつて、過失共同正犯論に関する論文(内海朋子「過失共同正犯肯定説における帰責問題について」法学政治学論究四八号(二〇〇一年)七四頁以下)で、行為共同説・犯罪共同説という対立軸を用いながら共同正犯の帰責原理を説明づけようと試みたが、両者の対立が既に時代遅れとなっており、このような枠組みを用いること自体、意義が薄れていると考えられることから、改めて「意思連絡」の要否・内実に焦点を合わせ検討することとした。

(11) 大越「共犯論再考」(前掲注4)八二頁等参照。

(12) 以下では、「意思連絡」が「心理的因果性」を基礎づけるのか、共同正犯の正犯性を基礎づけるのか、という対立軸を用いて学説を整理している。しかしながら、「意思連絡」と「心理的因果性」とを別個のものとして扱う見解も存在する。他人の行為が自己の犯罪遂行に対する協力である、と認識したため、安心し、落ち着いて被害者を狙うことができた場合、「意思連絡」はないが「心理的因果性」は存在する、と考える場合などである。堀内捷三「刑法総論」(二〇〇〇年)二八五頁以下参照。

(13) 西田「共犯の処罰根拠と共犯理論」(前掲注3)一四八頁等。

(14) もっとも、行為共同説においても「心理的因果性」を共同正犯における帰責原理として考慮しない見解も見られる。

浅田和茂「共犯論覚書」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷』（一九九七年）二八〇頁は、「相手側の心理を通じてその行為に影響を与え、その行為および結果に対して因果関係を及ぼしたか」という「心理的因果性」の検討は、幫助・教唆においてのみ行われるべきで、共同正犯についての因果性は客観的に結果発生危険を高めたこと、その高められた危険が結果に実現したことのみを求めらるべき、とする。

(15) 山口「共犯論の現状と課題」（前掲注7）一三三頁。

(16) 山口厚「刑法総論」（二〇〇一年）六四頁以下。

(17) 島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」（二〇〇二年）八九頁以下参照。

(18) 井田良「正犯概念」法学教室一三七号（一九九二年）二七頁、同・「犯罪論の現在と目的的行為論」（一九九五年）二四頁、亀井源太郎「共犯の『内側の限界』・『外側の限界』（下）」東京都立大学法学会雑誌三八巻一号（一九九七年）五六頁以下。

(19) 井田良「正犯と共犯」現代刑事法二六号（二〇〇一年）一〇八頁。遡及禁止論に対する批判としては、井田・同論文一〇八頁、山本輝之「正犯と共犯」法学教室二五五号（二〇〇一年）一三頁以下、鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造」学習院大学法学部法学会雑誌三八巻一号（二〇〇二年）二五五頁以下、内藤謙「刑法講義総論（下）Ⅱ」（二〇〇二年）一三三六頁、高山佳奈子「相当因果関係」山口厚編著「クローズアップ刑法総論」（二〇〇三年）七頁以下、成瀬幸典「正犯・共犯」法学教室二八〇号（二〇〇四年）八二頁等、参照。

(20) 島田「正犯・共犯論の基礎理論」（前掲注17）九三頁以下。

(21) 島田「正犯・共犯論の基礎理論」（前掲注17）九八頁。

(22) それゆえ、山口厚ほか「INTERVIEW」問題探究「刑法総論」法学教室二四二号（二〇〇〇年）一〇五頁以下、山口「共犯論の現状と課題」（前掲注7）三一頁以下、同・「共犯論の課題」（前掲注7）二四一頁においては見解の変更が見られる。

(23) 松生光正「過失と共犯」刑法雑誌四〇巻二号（二〇〇一年）二六二頁。

(24) なお、行為時からみれば、失敗のリスクを減少させることにより構成要件実現の危険を飛躍的に高めている、したがって重要な寄与があったから共同正犯なのだ、と主張したならば、因果的寄与は事後的に判断されるという前提に

反することになってしまう。山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(二〇〇一年)二二八頁以下における、井田コメント参照。

(25) 島田『正犯・共犯論の基礎理論』(前掲注17)九八頁。

(26) 高橋(則)『共犯の処罰根拠論の新様相』(前掲注2)三四頁。

(27) このように、「因果性の強度」の測定はきわめて困難といわざるを得ない。照沼亮介「共同正犯の正犯性」法学政治学論究五一号(二〇〇一年)二八三頁。

(28) 山口・井田・佐伯(仁)『理論刑法学の最前線』(前掲注24)二二一頁以下、山口『刑法総論』(前掲注16)二七六頁、同・「共犯論の現状と課題」(前掲注7)二七頁、同・「共犯論の課題」(前掲注7)二二九頁以下。

(29) 関与者の一部が構成要件該当性を完全に実現した場合、それに関与するにすぎず自らは構成要件該当行為を實行しない者は、原則として共同惹起を認めることはできないが、実質的な共働関係の実体にてらせば、直接惹起者と共同で結果を実現したと考えられる類型(共謀共同正犯など)と各行為者が構成要件事実を完全には実現せず、関与各関与者の共同によりはじめて構成要件該当事実が惹起されたと考え得る類型とに大別される。後述の役割分担型・付加的共同正犯型とは、後者における区別である。

(30) 町野朔「書評(BOOKSHELF)山口厚『刑法総論』」法学教室二五七号(二〇〇二年)一〇三頁、鈴木「刑法における結果帰責判断の構造」(前掲注19)二六六頁。

(31) かつては、行為共同説においては、「他人の犯罪事實の全部又は一部が因果関係の一節として作用する」ことが共犯関係である、と語られたこともあった。宮本英脩『刑法大綱(第四版)』(一九三五年)一九七頁、牧野英一『改訂日本刑法』(一九三三年)三三四頁参照。ただし、牧野説は、共犯は、数人が一定の共同目的をもって協力することをも要件としている(牧野『改訂日本刑法』三七二、三九八頁)。しかし後には、同時犯との区別において、因果的な共同というだけではなく、「各自が、他の者と共同して犯罪を実現するという共同加功の意思を有していること」は必要であるとして、「共同加功意思」要件が要求されるようになる。佐伯千仞『4訂刑法講義(総論)』(一九八一年)三四八頁以下、中義勝『講述犯罪総論』(一九八〇年)二三九頁、内藤『刑法講義総論(下)Ⅱ』(前掲注19)一三六五頁以下、一四三二頁等、参照。松宮孝明『刑法総論講義[第3版]』(二〇〇四年)二四九頁以下は「共同実

行の意思」を必要とするが、片面的なもので足りるとするので、共同加功意思を要求していると考えられる。なお、共同正犯成立には正犯性および結果に対する心理的因果性あるいは物理的因果性のいずれかがあればよいとしつつ、相互の意思的・精神的な関係を基準とし、精神的に支配的もしくは対等な立場で犯罪実現に寄与した者が正犯であり、従属的な立場で関与した者が共犯であるとの独自の正犯認定基準を提示するものとして、林幹人「刑法総論」(二〇〇〇年)四〇五頁以下。

- (32) 片面的共同正犯の否定の論理として、行為の因果的競合は意思の側からすれば偶然的産物にすぎず、意思の主体に帰属させることはできない、などが挙げられる。内田文昭「共同正犯」西原春夫・宮澤浩一・阿部純二・板倉宏・大谷實・芝原邦爾編『判例刑法研究 第4巻』(一九八一年)一六二頁参照。司法協会「刑法総論講義案(三訂版)」(二〇〇四年)三二八頁も、共同犯行の意識を各人が内心に持っているだけでは不十分とする。しかし、もつとも有力な批判は意思連絡を前提としない「共同」行為は想定しにくい、という文言解釈からの要請であろう。植松正「片面的共犯否定への道標」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論(一九六四年)二五八頁以下、二七六頁、萩原玉味「片面的共同正犯(片面的幫助)」藤木英雄・板倉宏編『刑法の争点(新版)』(一九八七年)一三六頁、大塚仁「片面的共犯の成否」植松博士還暦祝賀・刑法と科学 法律編(一九七一年)三九九頁以下、齋藤信治「刑法総論(第五版)」(二〇〇三年)二七〇頁。なお、「意思連絡」不要説においても、片面的共同正犯を認めることに対しては、躊躇や迷いが見られる。例えば、遡及禁止論支持者のうち、島田説は、意思連絡必要説に肯定的である(島田聡一郎「不作為による共犯について(一)」立教法学六四号(二〇〇三年)五四頁以下)。山口説も、共同正犯における共同惹起性の判断において、「意思連絡」があれば共同惹起を認めやすく、「意思連絡」なしで共同惹起を認めるには特別の事情が必要である、として、共同正犯の正犯性認定の際、「意思連絡」を重視する方向へ転じている。山口「共犯論の現状と課題」(前掲注7)三三三頁参照。遡及禁止論と共同正犯論の関係については嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(2・完)」法学協会雑誌一一二巻一〇号(二〇〇四年)一七〇二頁以下。

- (33) 佐久間修「共犯の概念」法学教室二五五号(二〇〇一年)一七頁。

- (34) 齊藤信幸「刑法講義(総論)第三版」(二〇〇二年)四四三頁。

- (35) 長井圓「交通刑法と過失正犯論」(一九九五年)二三四頁以下。刑法六〇条の適用範囲を画定するのは、「客観的行



為共同とその意思または予見可能性」だけであるとして、共同正犯を間接正犯と直接正犯に解消しようとするこの見解の背後には、共同正犯の正犯性を強調しつつ、さらに共犯形態も自己の犯罪の実現形式であるとみる、行為共同説の前提を徹底する姿勢が看取される。すなわち、心理的因果性など共犯特有の結果帰責判断基準を一切排除し、共同正犯における自己の行為の実現のために利用された他者の行為については、間接正犯における被利用者の行為と同様に因果性判断を行うのである。しかしこの見解に対しては、六〇条をあまりにも無意味化する、という批判を向け得る。

(36) 山中敬一「共同正犯論の現在」現代刑事法二八号(二〇〇一年)四九頁以下、同・『刑法総論Ⅱ』(一九九九年)七九二頁。

(37) 植田重正「片面的共犯」『齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論』(一九六四年)二四四頁以下。

(38) 川端・西田・日高「共同正犯論の新展開」(前掲注6)三九頁における西田説。ただし、強盗罪の片面的共同正犯の成立可能性をも認めている。

(39) ただし、この事例について、同時的な相互依存関係がないとして、片面的共同正犯の成立を認めない見解もある。山中『刑法総論Ⅱ』(前掲注36)七九五頁。しかし、先行する暴行行為と後行する窃取行為との間に、わずかな時間的差異があっただけで、片面的共同正犯が成立しないとするのは不合理であるように思われる。

(40) 金澤文雄「犯罪共同説か行為共同説か」中義勝編『論争刑法』(一九七六年)一七三頁。

(41) 町野朔「惹起説の整備・点検」『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』(一九九四年)一三二頁。

(42) いわゆる柔らかい行為共同説に関しては、構成要件の限定を放棄し、反社会的行為の連帯性さえあれば共同正犯成立の要件として足りることになる、とされる。佐久間「共犯の概念」(前掲注33)一六頁。なお、亀井源太郎「共犯の『内側の限界』・『外側の限界』(上)」『東京都立大学法学会雑誌三七卷二号』(一九九六年)二八二頁は、各人がいかなる構成要件を共同実現しようとするかについて常に明白な意識を持つていとはいえないから、「意思連絡」は具体的なものではなくて「闘争を挑もう」「なぐりこみをかけよう」といった程度の曖昧なものでよいが、違法行為の共同遂行に関する意思疎通でなければ「心理的因果性」があったといえないとしている(同・二九三頁注一七五)。ただし亀井説は、片面的共同正犯について態度をペンディングしており、また正犯・共犯の区別については、因果性

による判断ではなく、役割分担の見地から行われるべきとして、**「意思連絡」**を因果性と正犯性の両方で考察する見解に分類され得る。

- (43) 名和鐵郎「片面的幫助」芝原邦爾・西田典之・山口厚編『刑法判例百選Ⅰ総論「第五版」』（二〇〇三年）一七〇頁。
- (44) 共犯現象を独立体としての人間が複数相寄って作る一つの集合現象とみる場合に意思連絡は不可欠だとするものに植松「片面的共犯否定への道標」(前掲注32) 二七七頁、岡野光雄「片面的共犯」法学セミナー三三六号(一九七五年) 四七頁等。なお、片面的共犯一切を否定する点が行為共同説の前提と相反する、と批判するのは、中山研一「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』法律時報六七卷二二号(一九九五年) 七一頁。
- (45) 山口「刑法総論」(前掲注16) 二九八頁。特に不作爲幫助のケースについて、大塚(仁)「片面的共犯の成否」(前掲注32) 四〇三頁以下、川端・西田・日高「共同正犯論の新展開」(前掲注6) 三九頁以下。
- (46) 植松「片面的共犯否定への道標」(前掲注32) 二七六頁、萩原「片面的共同正犯(片面的幫助)」(前掲注32) 一三六頁、大塚(仁)「片面的共犯の成否」(前掲注32) 四〇七頁以下。
- (47) 前田雅英『刑法総論講義 第2版』(一九九四年) 四四五頁、同・『刑法総論講義 第3版』(一九九八年) 三八四頁以下、四二四頁。
- (48) 共同正犯を実質的に基礎づけるものは、相互に実行行為を分担し、他の共犯者の犯罪的な意思・心理を惹起するか鼓舞・強化することによる相手側の実行行為に対する顕著な影響である、とする、斎藤信治「刑法総論」(第五版)二(前掲注32) 二七一頁や、村上「共同正犯」(前掲注3) 一三七頁もこの見解に近い。
- (49) この点についてはわずかに抽象的符合説の支持者が少なくなつたといふことが指摘されているのみである。前田『刑法総論講義 第3版』(前掲注47) 三九四頁脚注二五参照。
- (50) このほか、「特定の犯罪」についての意思連絡が必要だが、犯罪の中核的部分についての了解があれば足り、犯罪遂行の具体的方法についてまで了解する必要はない、とするものに、司法協会『刑法総論講義案(三訂版)』(前掲注32) 三三二頁以下、三六七頁。
- (51) 石井徹哉「共同正犯に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷』(一九九八年) 三七九頁以下。また、「共同研究 共犯処罰の根拠 討論の要旨」刑法雑誌二七卷一号(一九八六年) 一五七頁における、西原説に関する

西田発言（西原説は、物理的因果性だけでは共犯を認めず、しかも明確に犯罪を犯そう、という意味での「心理的因果性」を要求している、とする）、大谷・前田「エキサイティング刑法」〔総論〕（前掲注8）二七三頁を参照。

- (52) 西原春夫「共同正犯における犯罪の实行」〔齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論〕（一九六四年）一五九頁以下、同・「共謀共同正犯」中義勝編『論争刑法』（一九七六年）一三四頁以下。なお、石井「共同正犯に関する一考察」〔前掲注51〕二二六九頁も参照。

- (53) このような批判をふまえ、例えば橋本正博「正犯理論の實質的基礎」現代刑事法二二（一九九九年）一六頁は、共同意思主体説に対して、集団現象としての特質が「共同意思主体」といわれているものでないとすればそれを明らかにすべきだった、とする。なお、共同意思主体説からの反論については、鈴木裕文「集団的犯罪現象の理論と個人責任の原理」日本大学大学院法学研究年報一〇号（一九八〇年）二〇頁以下参照。

- (54) 共同意思主体説の論者は、事例4につきA・Bがなぜ強盗の実行行為をなしたといえるのか、また一部実行全部責任の法理が認められるのはなぜかを説明するためには、犯罪共同説も自説のように解さざるを得ないはずであるが、この点についての犯罪共同説の立場からの反論は、今もはっきりとは示されていない、と批判する。西原「共同正犯における犯罪の实行」〔前掲注52〕一一九頁以下、同・「共謀共同正犯」〔前掲注52〕二二七頁以下。また、犯罪共同説は、同一の犯罪についてのみ共同正犯を認めるが、そうするならば、各行為者の共同・共通目的が強調されることになり、共同意思主体におけるのと同様の集団主義的原理に依拠することになる、とするものに、阿部力也「片面的共同正犯について」法学研究論集（明治大学）二二（一九九五年）二七頁。

- (55) 井田良「共同正犯の基礎理論」現代刑事法三四号（二〇〇二年）一〇六頁、同・「共同正犯の成立要件」現代刑事法三六号（二〇〇二年）一一〇頁。なお、井田説と同様、機能的行為支配と心理的因果性の双方を考慮する見解として、照沼「共同正犯の正犯性」〔前掲注27〕二八四頁以下。

- (56) 機能的行為支配説の詳細は、橋本正博「行為支配論」と正犯理論（二〇〇〇年）七九頁以下参照。

- (57) 井田「共同正犯の成立要件」〔前掲注55〕一一〇頁以下、機能的行為支配説を採りつつ、自ら物理的に惹起したのではない結果について、意思連絡を通じての「心理的因果性」による帰責判断をする見解としては、ほかにも照沼「共同正犯の正犯性」〔前掲注27〕二八四頁。

- (58) ほかに、行為の結果に対する影響は、物理的・化学的・心理学的等種々の観点から問題とすべき、とするものに、大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」「最高裁判所判例解説平成二年度」(一九九二年)二四二頁など。
- (59) 井田良「教唆犯と帮助犯」現代刑事法三三八号(二〇〇二年)一一六頁。
- (60) 高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(一九八八年)二五三頁。
- (61) 植田博「共犯の因果構造」「市民社会と刑事法の交錯・横山晃一郎先生追悼論文集」(一九九七年)一〇五頁以下、同。「共犯の責任」「刑事実体法と裁判手続・法学博士井上正治先生追悼論集」(二〇〇三年)二七〇頁以下。
- (62) 井田「共同正犯の成立要件」(前掲注55)一一一頁。
- (63) 特に、共犯によって提供された正犯行為の理由が、正犯によって受け入れられることによって正犯の心理を強化・促進したことに注目するものとして、林幹人「刑法の基礎理論」(一九九五年)一八八頁以下、一九五頁以下、同。「刑法総論」(前掲注31)三八七頁。
- (64) 増田豊「もう一つの因果性としてのいわゆる心理的因果性」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一卷』(一九九八年)一三〇頁は、間接正犯においては「準自然的因果性」ともいえるべき心理的因果性がある、という。また、「共同研究共犯処罰の根拠 討論の要旨」(前掲注51)一五八頁における植田発言は、純粹の共犯の場合は正犯の有意行為があり、心理的因果性があるが、しかし、責任無能力者の行為の利用は完全な有意性がないので物理的因果性に近いとす。そして、教唆か間接正犯か、は心理的因果性か物理的因果性かという対比で区別する、という。
- (65) 高橋(則)「共犯体系と共犯理論」(前掲注60)二五一頁。
- (66) もっとも、その程度の正犯の心理の強化のみでは帮助犯を認めるに足りない、とすることは考えられる。杉浦巨「帮助の因果関係」名城法学論集二二集(一九九四年)一五四頁等。
- (67) 岡野「個人的共犯論と『共謀』共同正犯論」(前掲注9)二九二頁以下。
- (68) それゆえ、条件関係でいわれるような原因・結果の関係は心理的領域では適用されないとする見解が主張されることになる。林(幹)「刑法の基礎理論」(前掲注63)一八九頁。
- (69) 条件関係の適用を支持するのは、内田文昭「帮助の因果性」判例タイムズ七一七号(一九九〇年)三八頁。条件関

- 係の修正、あるいは具体的な結果についての修正を要求するものとして、十河太朗「幫助の因果關係」大谷實編『判例講義刑法I総論』(二〇〇一年)一四一頁。なお、曾根威彦『刑法総論(新版)』(一九九三年)二七八頁、同・『刑法の重要問題(総論)』(一九九三年)二八七頁以下、浅田和茂「幫助の因果關係」中山研一・浅田和茂・松宮孝明「レヴィジョン刑法I 共犯論」(一九九七年)一四四頁以下、山中「刑法総論II」(前掲注36)八五七頁等も参照。ドイツ学説の紹介については、照沼亮介「幫助犯の構造と因果性」法学政治学論究四八号(二〇〇一年)三九〇頁以下を参照。
- (70) 促進作用が正犯者の実行行為終了時まで必要かどうかについては争いがある。不要説として、日高義博「幫助の因果關係」『現代刑法論争I(第二版)』(一九九七年)三四〇頁以下、齊藤(信宰)「刑法講義(総論)第三版」(前掲注34)四九七頁、井田「教唆犯と幫助犯」(前掲注59)一一七頁、松宮孝明「共犯の因果性」法学教室二〇二号(一九九七年)四〇頁、同・『刑法総論講義「第三版」』(前掲注31)二六八頁等。必要説として西田典之「幫助の因果關係」法学セミナー三三二号(一九八一年)二五頁、前田雅英「強盜強姦致死傷罪・幫助の因果性」法学セミナー四三三号(一九九一年)一〇六頁、同・『刑法総論講義「第三版」』(一九九八年)四三八頁、同・「幫助の因果性」『最新重要判例250「刑法」第4版』(二〇〇二年)九四頁、曾根威彦「幫助の因果關係」『現代刑法論争I(第二版)』(一九九七年)三四二頁以下、山口厚「問題探究 刑法総論」(一九九八年)二五三頁以下、堀内「刑法総論」(前掲注12)二六〇頁、木村光江「刑法 第2版」(二〇〇二年)一六九頁、斎藤(信治)『刑法総論(第五版)』(前掲注32)二五二頁。
- (71) 井田「教唆犯と幫助犯」(前掲注59)一一六頁以下、奥村正雄「幫助の因果性」芝原邦爾・西田典之・山口厚編『刑法判例百選I総論「第五版」』(二〇〇三年)一七三頁。
- (72) さらに、「意思連絡」と「共謀」の概念についても、区別は明瞭ではない。共同正犯の成立要件としての「意思連絡」と「共謀」を区別するべきとするものに、例えば下村康正「共同正犯」『刑法講座 第4巻』(一九六三年)九四頁以下。
- (73) 大越「共犯論再考」(前掲注4)五六頁等。
- (74) 村上「共同正犯」(前掲注3)一一三頁等。

(75) 照沼「幫助犯の構造と因果性」(前掲注69) 四〇一頁等。