

共同正犯の主観的成立要件について・再論

メタデータ	言語: 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2024-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 阿部,力也 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000312

【論 説】

共同正犯の主観的成立要件について・ 再論

阿 部 力 也

目 次

- 1 本稿の目的
- 2 共同の行為計画に基づく各関与者の寄与遂行
- 3 共同正犯に固有の帰属原理
- 4 共同の行為計画を策定すること
- 5 共謀すること
- 6 結論

1 本稿の目的

共同正犯が成立する場合、自らが分担部分を引き受けて行為を遂行した関与者は(後述事例参照)、実質的には他の関与者とお互いの行為を利用補充し合っていることが強調されるべきである。

この点において、全関与者が各自の行為寄与によって形成される犯罪行為を「一緒に力を合わせて」遂行していると評価できることから、そのことを根拠に全体結果の責任を各関与者に負わせることが正当化できる。これが私見の前提とする「(相互的) 行為帰属説」の主張である⁽¹⁾。

一緒に力を合わせて各関与者が全体行為を遂行することこそが「共同正犯の実

(1) (相互的) 行為帰属説に関する私見については、拙著『共同正犯の構造』(成文堂、2023年) 164頁以下を参照。共同正犯の構造を各関与者による「相互利用補充関係」から説明していく点については、同書 43頁以下を参照されたい。

体」である、といいかえてもよい。したがって、遂行されたそれぞれの行為を各関与者が利用補充し合う点において、「共同正犯における共同性」ということも理解されるべきである。

つまり、策定された行為計画によって各関与者の分担部分が割り振られ、かつ各関与者はその割り振られた分担部分を遂行することに拘束される。行為計画を策定することによって各関与者は自らの分担部分の遂行を承諾している以上、各関与者は他の関与者に対して相互に「心理的影響力」を有することになるのである。さらに行為計画にしたがうかぎり、自身が行わなければ他者の遂行（部分）がその意義ないし機能を発揮しなくなる場合、反対に、他者の遂行によって自身の遂行（部分）がその意義ないし機能をみいだすことになる場合、いずれも各関与者は相互に他の関与者による寄与遂行に対して積極的影響力を有していたことになる。まさしく、各関与者は行為計画を策定することによって「やらなければならない」という心理的影響を受けつつ、各自の分担部分を遂行することによって犯罪行為の全体を完成させているのである⁽²⁾。

したがって、共同の行為計画を策定することは、共同正犯成立にとって「本質的契機」である。なぜなら、各関与者を遂行に向けて強く動機づける機能を共同の行為計画を策定することにみいだすことができるからである。

さらに次のように指摘することができる。すなわち、このような各関与者による相互的な動機づけは「不法協定」に基づく。自らが割り振られた部分を遂行するに当たり、行為計画はその動機づけに影響する（ある者からその仲間に対する）相互的な依存性を作り出すのであり、その基礎にあるのが「不法協定」である。各関与者が不法協定に拘束されながら⁽³⁾、その計画上の役割を果たすことで各関与者が

(2) このような部分的な遂行を「重要な寄与」と評価することになる。

(3) なお、不法協定の意義については、拙著・前掲注(1) 76頁以下を参照。もっとも、他の関与者に及ぼす影響力が強い場合、つまり他の関与者の自律性を奪う程度に強い影響力を行使した場合には、共同正犯としての評価はできない。自律性を奪わない程度の相互的な影響力という条件づけは必要なのである。すなわち「対等な各関与者」の承諾に基づく寄与は、各関与者間に影響を与え合うのである。ただしここで指摘する対等性は、その影響力が自律性を奪わない程度という意味である。奪わないかぎり各関与者間に地位・身分の差は当然に存在しうると考える。拙著・前掲注(1) 214 - 5頁。

インゲルフィンガーは、同等に権限づけられた（対等な）複数人の行動に「共同正犯の構造」をみいだしている。もっともそれは積極的であっても制限的な（相互性の範囲内にある）影響力ということになる（一方的な影響力ではないということ）。

認識・意欲した結果を目指す「関与形式」が共同正犯といえるのである。

本稿においては、他の正犯・関与形式と区別される共同正犯の特徴を関与者間に存在する心理的影響、すなわち相互的な動機づけという観点から（再）検討することが目的である⁽⁴⁾。

2 共同の行為計画に基づく各関与者の寄与遂行

(1) 事例の検討

〔事例1〕

AとBとが共同してXを襲撃し強盗することを取り決めた。行為計画にしたがい、AはXを自宅から誘い出しこん棒で同人を殴打した。一方、BはXの家のなかに侵入し金目の物を盗み出した。取り決めにしたがいで盗み出した物を分配した⁽⁵⁾。

〔検討〕

もしBが計画どおり分担部分（寄与）を遂行することをAが何らかの障害により知ることができなかった場合、AはXを殴ることはなかったであろう。たしかにAは事実上Xを殴ることができた。しかしそのことは意味をもたない。犯罪目的を達成するためにBもその分担部分を遂行する場合にのみ、Aの殴打行為は意味をもつのである。暴力行使に対するAの決意は、Bもまた行為の全体結果（こ

vgl. Ingelfinger, "Schein"-Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 709.

さらに大塚仁博士は、共同正犯における共同者間の行為には、事実として優劣がありうるとしても、法的観点からはいずれも対等平等であり、それが「一体化されて」すべて正犯となる、と指摘されておられる。大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）283頁。

- (4) 再検討とするゆえんは、わたくしはかつて「共同正犯の主観的成立要件について」法律論叢70巻1号（1997年）71頁を著したことがあるからである。もっとも、旧稿との違いは、本稿においては、共同正犯の帰属原理として「(相互的)行為帰属説」を採用し、この観点から「意思連絡、共同の行為決意、共謀」という主観的成立要件の機能を捉え直すことに主眼がおかれている。
- (5) 本事例とその検討のアウトラインについては、vgl. Ingelfinger, a.a.O. (Fn. 3), S. 709. なおインゲルフィンガーの見解の詳細については、拙著・掲掲注（1）67頁以下、および206頁以下を参照。

の場合は強盗の完成) に対して機能的かつ本質的部分を遂行するという B の「承諾」に、完全に、決定的に依存する。別の動機でなく、強盗を行うという全体計画の一部である暴行を遂行しようという A の決意は、B の承諾をかならず前提としている。さらに B は承諾を A に与えることで A の決意を強化したのであり、その決意は現実化に至るまで承諾に依存し続けることになる。

承諾を与え、それに決定的に依存するという心理的影響とは、計画策定段階から実行段階 (A による X の殴打) にまで継続することになる。いうまでもなく、B の承諾は計画策定の段階においてなされている。たしかに本事例における B は計画どおり X 宅に侵入し金目の物を盗み出し、それを二人で分配している。しかし、計画策定段階から実行段階にまで継続的に作用する心理的影響ということを重視すると、実行段階以前の、いわゆる予備段階における共働に限定される関与者にも共同正犯が成立するか否かの問題は⁽⁶⁾、このような依存性を各関与者のなかにみいだしうるか否か、このことによって回答されることになる。

さらに上記事例において、かりに A が X を殴打したところで警察に捕まり、① A の自白により警官が X 宅に急行したため、異変を察した B は同宅への侵入を断念した場合、あるいは② X 宅に侵入したうえ物色行為を行っていたところ駆け付けた警官に B もまた捕まった場合、AB の罪責はどのように判断されるのだろうか。

両名で策定された計画にしたがって、自らが呼び出した X を殴打した A に強盗罪の直接的な開始を認めることは容易であるが、計画上割り振られた行為をまったく遂行していなかった B (①事例)、あるいは遂行しようとしたが財物奪取が失敗に終わった B には何罪が成立するのだろうか (②事例)。

(6) 共同正犯の客観的成立要件を検討するうえで重要となるのは、各関与者に要求される「寄与」の程度、およびどの「段階」での寄与であるならば、共同の行為実行ないし遂行として評価できるのか、という視点である。ドイツにおいては、各関与者に要求される寄与の程度および遂行段階は、「予備段階での共働」で足りるとする立場と「実行段階での共働」に限定されるべきであるとする立場が鋭く対立している。この点については、拙著・前掲注 (1) 26 頁以下を参照されたい。

なお、この問題設定はドイツにおける分析の視角を参考にしているが、それは、そのままわが国における共謀共同正犯論の根拠づけにも転用できると考える。実行行為を遂行しない関与者 (ただしそれは形式的にそうみえるだけだと思う) の共同正犯性を検討することがこのテーマの課題であるとするならば、予備段階での共働に限定される関与者の寄与であっても共同の行為実行と評価できる根拠は、その課題においても十分に説得的であると考えられるからである。

計画策定段階の心理的影響は実行段階にまで継続するという視点にしたがうならば、Bの承諾はAの決意に影響を与えていることになる。この点が各関与者の行為を相互的に帰属させる根拠になっているとするのであれば、Aの寄与遂行は上記いずれの場合においてもBに帰属させるべきである。

もっとも、①におけるBは計画にしたがった寄与を遂行していない以上（①ではまったく出番がなかった）、Bに強盗罪の未遂開始を認めることができず、心理的補助ないし予備罪での処罰が認められるにすぎないとする見解も有力である。共同正犯の未遂開始（実行の着手）時期は、各関与者が計画どおり未遂段階に入ったか否か、関与者ごと個別に検討すべきとする「個別的解決説」がこれである⁽⁷⁾。個別的解決説にしたがえば、②の事例は未遂開始を認めることができることからBにも強盗未遂罪の共同正犯が成立することになる。

かかる考え方に対して、①および②におけるBに強盗未遂罪の共同正犯の成立を認める結論が「全体的解決説」からの主張ということになる。

(2) 個別的解決説に対する批判

個別的解決説は、予備段階にとどまってもその関与者の寄与は、それが遂行されていたならば結果発生に対して決定的であったかもしれない。しかしそのことを理由に未遂犯の成立を認めるのは間違っている、と指摘する。結果を阻止することができた関与者は事象を支配していたとする見解にしたがう場合、かかる「阻止力」は自らの積極的な寄与遂行に対して付与されるものであり、別の関与者が一人で自らの寄与遂行をつうじて実現できた未遂に他の関与者が影響を及ぼすことはない。そのように理解すると、自らは何も遂行していない・遂行できなかった①のBはAの未遂開始に影響を及ぼすことはない、ということになる。共同正犯としての寄与遂行は、計画にしたがった実行段階における自らの活動に対する評価であり、阻止力も自らの遂行に対して付与されるとするならば、客観的要件としては「実行段階における本質的な共働」が各関与者に要求され、さらに未遂の開始時期については個別的解決説にしたがうことが結論づけられ、それゆえ②のBには未

(7) ドイツにおける個別的解決説の代表的な見解については、拙著・掲掲注(1) 94頁以下、拙稿「共同正犯の未遂について—全体的解決説と個別的解決説の展開—」明治大学短期大学紀要68号(2001年)27頁を参照。

遂開始の議論は可能ということになる。

しかし、予備段階での共働とは、けっして共同正犯としての寄与ができない段階ではない。実行段階において寄与を遂行する関与者に対して、結果発生に向けた重要な影響力が認められる寄与遂行を可能とする段階を意味するのである。策定された行為計画において割り振られた役割の重要性から、予備段階に限定された関与者もありうるのである（犯行現場に赴かない指示・命令型の共謀共同正犯の事例を想定）。

さらに上記事例における①および②の事例を考えたい。それぞれ、計画上前予定された寄与を遂行ないし完成できなかった B である。もっとも、A の未遂開始（実行着手）は B の参加に対する承諾を前提にした行為決意に基づくものである。A は、B との行為計画に基づく不法協定に拘束されて（取り止める自由があったにもかかわらず）未遂開始に至ったのである。そうであれば、まさに関与者のうち的一名による未遂開始が共同の行為計画に基づくかぎり、その行為の直接的開始が A 単独の・個別的な行為としての評価にとどまるはずがない。各関与者が相互的に犯罪を計画ないし構想して、それに基づいて A の殴打行為が開始されたのであれば（計画にしたがった A の寄与の開始）、その殴打行為は B の行為評価にとっても十分な意義があるはずなのである。

各関与者は個別的に行為を開始するのではない。あくまでも行為前に策定された行為計画に拘束されながら、各関与者は予定された分担行為（寄与）を開始する、と考えることこそが「共同して犯罪を実行」する共同正犯の「実体」にふさわしい評価ではないだろうか。

たしかに「犯罪の実行に着手」する必要はある。しかし、上記の見解が未遂犯規定に合致していないように思われても、各関与者による共働という観点からは強盗未遂という評価が②のみならず①の B にも可能なのである。なぜなら、未遂犯規定は共同正犯規定との関連性において読み解かれなければならないからである⁽⁸⁾。

(8) この点につき、最高裁平成 29 年 12 月 11 日第三小法廷決定（刑集 71 卷 10 号 535 頁、判時 2368 号〔判例特報〕15 頁、判タ 1448 号 62 頁。）が参考になる。特殊詐欺事例におけるいわゆる「だまされたふり作戦」と詐欺未遂罪の共同正犯の成否につき、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦を開始されたことを認識せずに、共犯者らと共に、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、だまされ

(3) 共同正犯としての未遂開始

さらに次のように指摘することが可能であろう。すなわち、Aは自らのために殴打行為を開始したわけではない。共同が予定された行為という表象にしたがって、Bと構成要件を一緒に実現するつもりで強盗行為を開始（着手）したのである、と⁽⁹⁾。Bの行為を計算に入れなければ、その殴打行為は単なる暴行・傷害罪にとどまるのであり、金目の物を奪うつもりがなければAはXを殴打することはなかった。実はAだけが強盗を直接的に開始したという評価（とくに個別的解決説による）はかならずしも正確ではない。その殴打行為が強盗の開始なのか、単に暴行・傷害にとどまるものなのか、については、Bと策定した行為計画を勘案しなければ回答できない、ということである。

かかる指摘が妥当であるとするならば、共同正犯という「事態」においては、各関与者によって遂行された行為、ないし遂行されなかった行為を個別的に評価の対象とすることに意味がないことが明確である。つまり、未遂開始を検討する場合には、「単独正犯のように」ではなく、「共同正犯として」の未遂開始であることを念

たふり作戦の開始いかんにかかわらず、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。」とする。本決定において、詐欺罪に関しては承継的共同正犯が成立する余地があることを認めたものと理解できる（なお、承継的共同正犯に関する判例・裁判例の動向については、拙著・前掲注（1）147頁以下を参照）。

この決定につき、上嶋教授は、かりに本事案において、欺罔行為に先行して共謀がなされていたならば、たとえば欺罔行為はしたが被害者がだまされようとしたことに気がつき、現金を送付しなかったような場合でも、欺罔行為をしたことによって詐欺未遂罪は成立し、欺罔行為を行うことがなく、受領行為を行うことを内容とする共謀を行うにとどまり、実際には受領行為を行うなどのことをしないうちに終わった者であっても、詐欺未遂罪の共同正犯となるであろう、と指摘され、そのことを前提として最高裁の考え方は、欺罔行為と一体性の認められる受領行為を内容とする共謀が、欺罔行為の後でなされた場合でも、共謀を行った後行者に上記の例と同様に、それだけで詐欺未遂罪の共同正犯の成立が認められるとするもの、と示唆的な指摘をされている。上嶋一高「詐欺未遂罪と承継的共犯」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀記念論文集上巻』（成文堂、2018年）568頁以下参照。

わたくしも、共謀が欺罔行為に先行して存在した場合には、本文中の理由から受領行為を実際になしえなかった者にも詐欺未遂罪の共同正犯が成立すると考え、さらに欺罔行為の後で共謀が交わされ、何らかの障害により受領行為を行えなかった、あるいは完成させることができなかった後行者にも詐欺未遂罪の共同正犯が成立すると考える。この点については、さらに拙著・前掲注（1）156頁以下を参照されたい。

(9) なお拙著・前掲注（1）204頁以下を参照。

頭におこななければならないのである。

事例における A の殴打行為は、A 単独の強盗開始ではなく、計画上の B の行為を勘案してはじめて強盗開始として評価されるのである。なぜならば、策定された行為計画を前提にした心理的影響力のもと、いかえると不法協定に拘束されながら A は強盗を開始したと評価できるからであり、またそのように共同正犯の実体に即して評価すべきでもある。そうであるならば、A の強盗開始は B にとっても強盗開始として評価されるべきであろう。なぜなら、計画策定段階における強盗に関与することについての B の承諾は、実行段階に至るまで A に対する心理的影響として継続的に作用していたのであり、B の承諾がなかったならば、A の強盗開始の行為決意は生じえなかったといってよい。つまり、強調されるべきは、共同正犯関係にある各関与者は不法協定に拘束されつつ割り振られた役割を果たす、このことである。

事例のように、策定された行為計画のなかで、先行する行為（寄与）、後続する行為（寄与）というように、時間的に間隔を空けて関与していくという場合は珍しくはないであろう。

(4) 事例の検討

〔事例 2〕

たとえば、A と B が銀行強盗を計画し両名は銀行に侵入した。計画にしたがって A は行員らに対してライフル銃を突きつけその反抗・抵抗を抑圧する。その状況を利用して B は店長に金庫を開けさせ、金員を奪取する場合を想定してみよう。実はこの場合も A が先行し、B は後続しているのである。もし居並ぶ行員らを抑圧しようとして銃を行員らに向けて発砲しようとし、引き金を複数回引いたが不発に終わったすきに、複数の行員が A に飛びかかり同人の身柄を確保、同時に武器をもっていなかった B も身柄を確保された場合、計画上の金員奪取を開始していなかった B には何罪が成立するのであるだろうか。

〔検討〕

AB 両名が現場にいたから強盗未遂の共同正犯になるというのであれば、それはかならずしも正確な結論づけとは思われない。かりに個別的解決説を徹底するのであれば、この場合も自らに割り振られた行為（財物奪取）を直接的に開始してい

ないBには、共同正犯の成立は難しいのではないか。それでは、このような場合でもAに対する強盗未遂の幫助犯の成立しか認めないという結論は妥当なのだろうか。さらにいうならば、最初から関与が予備段階に限定された人物、あるいは実行行為を行わないとされる人物（共謀共同正犯とされる諸事例を想定）に対しても共同正犯を認めるとするならば、個別的解決説にしたがうのは難しいと解されるのである。そのような人物に直接的な未遂開始を認めることはできないからである。

確認しておこう。事例1および事例2において計画どおり各関与者の行為が遂行された場合には、時間的間隔に関係なく、各関与者が直接的に遂行したことを理由として既遂の共同正犯が認められることになる。当然に行為計画どおり遂行され結果が発生したことによる結論である。もっとも、何らかの事情で策定された行為計画にしたがった行為をBが遂行できなかった場合には、Bに未遂開始をみとめることはできない。この結論は、未遂開始前のBによるAに対する影響は共同正犯の未遂を帰属させるためには十分ではない。Aのみが未遂開始でありBはそうではない、と考えるからである。そうであれば、事例1とは違い犯行現場にいたとしても、事例2のBにも未遂開始は認められない。もしBにも強盗未遂の共同正犯を認めるのであれば、両名で行為計画を策定した時点からAによる未遂開始までをふまえた評価をすべきであろう。Aによる未遂開始前におけるBの態度もAによって開始された行為の帰属を検討すべき対象なのである⁽¹⁰⁾。

3 共同正犯に固有の帰属原理

(1) 行為帰属説のスケッチ

たしかに、強盗罪の基本構成要件は単独の行為遂行を予定しているから、236条にしたがうかぎりでは、暴行・脅迫の直接的開始をもって行為者による未遂開始を確定する点にさほどの困難はない。しかし「二人以上」の関与者によって強盗行為が遂行される場合、各関与者による直接的開始を未遂開始の基準としてよいかは、

(10) Vgl. Krack, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 110(1998), S.620. なおクラックの見解については、拙著・前掲注(1) 88頁以下を参照。

また別の問題である。共同正犯として強盗罪を遂行する場合には、単独の行為遂行ではない、共同の行為遂行ということから未遂開始を検討しなければならないはずである。いいかえると、60条における「共同の行為実行」という点から236条の未遂開始を「修正」する必要があるということである。

わたくしは、各関与者によって遂行された行為を相互的に帰属することによって、全体結果の帰属（責）が関与者に許されると考えている。すなわち、共同正犯の成立要件を各関与者が充足しているかぎり、自らが遂行した部分（行為寄与）とそれ以外の他の関与者が遂行した部分が相互的に帰属させられる。各関与者は行為計画を共同して策定し、その計画に拘束されながら自らの分担部分を遂行したことから、他者によって遂行された部分は自らの行為（寄与）遂行のために重要な意義をもち、また自らの遂行部分も他者の遂行にとって重要な意義をもつ。このことが相互に行為を帰属する根拠であり、かかる重要な意義を各関与行為がもちうるのは、行為計画を策定することで犯罪行為全体における各関与者の行為遂行の意義が明らかにされ、その行為遂行に各関与者は拘束されているからである。このことから、各関与者によって遂行される行為は全体行為の一部分ということの意味することになる。このことは、既遂犯の場合であろうと未遂犯の場合であろうと異ならない。それゆえ行為計画にしたがった（すくなくとも）一人の・最初の行為遂行は、共同して行為計画を策定した他の関与者にとっても未遂開始として評価されるべきである。単独・直接正犯と異なり、共同正犯の場合には、個別的な未遂開始が各関与者に要求されているわけではないのである⁽¹¹⁾。

事例1および2において強盗既遂罪の共同正犯が成立する場合、AとBによって行為計画が共同して策定され、それによって各自が役割を分担し合って行為を遂行し強盗結果を発生させたことが必要である。両事例においてのAは単独で暴行を行い強盗の未遂開始に至ったわけではない。そうみえるだけである。Aも計画段階におけるBの財物奪取を遂行することへの承諾に拘束され、未遂開始に至ったのである。かかる承諾がなかったならばAは分担部分を遂行することはなかったといえる。BもAの強盗開始がなければ自らの分担部分を遂行することはなかったであろう。Bの行為遂行もまたAの遂行に依存していたのである。このような両者の依存性は行為計画の策定によって生じ、計画の現実化に対して相互的に動機

(11) 拙著・前掲注(1) 109頁参照。

づけられているのである。この動機づけの基礎にあるものを「不法協定」とよぶことになる。つまり各関与者は、行為計画を策定することで不法協定を交わしたことになり、その協定に拘束されながら、計画において割り振られた分担部分をそれぞれが遂行し、その結果、犯罪を完成させるのである。このような場合に、各関与者間に相互利用補充関係が存在することを認め、そのことから不法協定を交わした者によって遂行された行為をそれぞれに帰属させることが可能となる。そして、このような共同正犯における相互帰属のあり方は、未遂犯の場合であっても同様である。たしかにBには自らの手による未遂開始は認められない。しかし計画においてBが強盗への関与を承諾し、そのことがAの行為決意に強く影響を及ぼしていたとするならば、BにとってもAの未遂開始は、自らの強盗の未遂開始と評価してよいのではないか⁽¹²⁾。

(2) 役割分担とその現実化

繰り返すが、策定された行為計画において、各関与者によって分担される行為の意義が明確となる。既遂犯の場合には、分担された行為が遂行されたことでそれぞれ行為が相互に帰属され、犯罪の全体結果の帰属（責）も各関与者に肯定される。実は未遂の場合も同じなのである。たしかに未遂の場合、各事例のBはいまだ分担行為を遂行していない。しかし、Bにも帰属されるべきAの行為は遂行され、計画上想定された強盗は未遂開始段階に至ったと評価できるのである。不法協定を現実化するために全体行為の一部が開始された、といいかえてもよい。そしてこのような理解の前提として、共同正犯において他者の行為を帰属させる契機は、計画上分担された行為を自ら直接的に開始することにのみ存在するのではない。自らが他者と行為計画を共同して策定したことも含まれるのである。つまり、共同の行為計画を策定する段階あるいは予備段階も、他者の行為を帰属できる対象ということである。

以上のように共同正犯の帰属を考えるならば、既遂犯の場合に重要となる視点

(12) もっとも、不法協定を交わしたとはいえない程度の計画内容であれば、このような影響を相互に認めることはできない。各関与者に心理的拘束力を働かせる程度に行為計画は共同して策定されている必要がある。いいかえると、各関与者による相互利用補充関係を基礎づける程度には行為計画は具体的でなければならないのである。

は、「共同の行為計画に基づく役割分担」と「割り振られた役割の現実化」ということになる⁽¹³⁾。そして、未遂犯の場合にも（当然に）行為帰属原理が当てはまるとするならば、未遂犯である以上、前記事例のように関与者のなかには計画上の役割を十分に遂行できなかった者もいるであろう。また共謀共同正犯を肯定するのであれば、直接的な未遂開始を想定しない関与者も存在することになる。そのような関与形態であっても共同正犯として評価されるのであれば、直接的な未遂開始に至っていない関与者の正犯性はどのような観点から認められるのであろうか。

これに対する回答も、やはり「役割分担」と「役割の現実化」ということから考えるべきことになる。もっとも、関与者のなかで割り振られた役割を現実化できなかった者、あるいは最初からそれを想定していない者が問題になっているのであるから、現実化という表現は適切ではないという批判はありうる。

しかし計画された内容の一部は、すくなくとも一名の者によって開始されていたのである。そのことに対して、未遂開始に至っていない他の関与者がどのように寄与していたのか。このことが問題となっているわけである。それに対する回答は既述のとおり、計画を策定した段階で、自らがその実現に向けて承諾を与え、その承諾の効果が未遂開始にまで継続していた以上、一部の者の未遂開始は承諾を与えた他の関与者に対しても帰属させることが可能である、と考えるべきである。

4 共同の行為計画を策定すること

(1) 心理的拘束力が生じうる契機

共同正犯はその実現態様として、行為計画を策定したことによる他の関与者の承諾に影響を受けつつ、ある関与者によって直接的遂行がなされ（未遂開始）、その遂行が他の関与者が引き続いて遂行することに対して影響を与える、という点において、相互的な心理的影響が共同の行為計画を実現することに対する拘束力として顕れる場合である。

(13) これは、「分業」の存否を確認することでもある。割り振られた役割を各関与者が分担して遂行することは、行為計画の完成に向けられた各関与者による「分業」として理解することができるのである。

ここで確認されるべき心理的拘束力は、「不法協定」を基礎づける共同の行為計画をつうじて生じうるものと考えることから、かかる不法協定を基礎づけていない場合には、各関与者において相互的な行為帰属は認めることはできないこととなる⁽¹⁴⁾。

事例1および2においては、共同の行為計画にしたがったAの未遂開始は不法協定の顕れを指示するものであり、割り振られた役割分担に拘束された行為そのもの、つまりBからの心理的拘束力のもとに遂行された行為として評価すべきであり、けっしてA自身のために、A自身の強盗決意にのみ基づく遂行として評価すべきではないのである。

また、行為計画実現のために心理的に拘束されながら行為を遂行し、遂行された行為を他の関与者が利用することで具体的な結果実現を目指す関与者間には相互利用補充関係が存在していることから、特定の関与者からみると、自ら遂行した行為によって他の関与者の行為を補完し、その反対からみると同様に行為の補完を指摘できる。つまり各関与者は相互に補完することが可能な範囲で「全体行為」を形成していることから、かかる全体行為から犯罪結果を発生させていることを根拠として、その責任を各関与者が負担することが正当化されるのである⁽¹⁵⁾。

(14) たとえば、Bが有していたX宅への窃盗の意思をAが一方的に知ることができ、Bが同宅に侵入できるようにAは玄関の鍵を破壊し、さらに財物を窃取し易いように同人に睡眠薬を飲ませ抵抗できない状況を作出した結果、Bは難なく財物を期待どおり盗むことができた場合、Aにはどのような罪責を負担させることができるのだろうか。

Aが鍵を壊しXを眠らせていなければ、Bは絶対に室内に入ることはできなかったし、さらにXは屈強な人物であったことからBはかなりの抵抗に遭遇した可能性が高ったでしょう。そうなるとうAの行為がなければBの財物奪取は成立しなかったといえる。ではかかるAの行為を結果発生に対して「本質的な寄与」であったと評価してよいのか（あるいは因果性の肯定?）。もっとも、両者の間には共同の行為計画の策定が認められない以上、不法協定に基づく関与は存在しない。それゆえ、あくまでもBの行動は自分のために遂行されたのであって、計画実現に向けた相互的な心理的拘束力が働かない事態は、共同正犯として評価することはできない、と結論づけることになる。

(15) 「犯罪共同説」と「行為共同説」の対立は、共同正犯の帰属原理をめぐる議論と直接的に交錯するものではないが、「他者行為の補完可能性」という意味においては、各関与者の相互利用補充関係も「全体行為を形成しうる範囲で認められる」という限定を付すべきであろう。それゆえ、相互利用補充関係の形成された範囲が各関与者の共同した（あるいは共同が可能な）範囲である、と結論づけられ、構成要件評価としては一定の範囲に共同正犯の成立は制限される、と考える。拙著・前掲注（1）221頁参照。

近時の理論的対立は、完全（かたい）犯罪共同説と完全（かたい）行為共同説の対立ではなく、部分的犯罪共同説と「やわらかい」行為共同説との対立に移行しているといえる

(2) 各関与者の関係性

複数人が犯罪に関与する関与する形式を「共犯」とするのであれば、他の関与形式と共同正犯の違いは、関与者間に相互利用補充関係が存在するか否かの点にある。つまり、正犯は教唆犯に一方的に利用されることはあっても、教唆行為自体を正犯から利用補充することはないし、正犯は補助行為を利用することはあっても補充することはない、といえるのである（事例によってニュアンスはありうるが相互性はないとみてよい）。

したがって、各関与者が策定された行為計画にしたがって割り振られた分担部分を遂行する点に、不法協定の顕現を確認することができ、それは特定の犯罪を各関与者において分担し合っている点に（分業として）顕れることである。かかる分担・分業の実体が各関与者による「相互利用補充関係」として具体的に指摘できるわけである。そして、相互利用補充関係に基づいて各関与者がそれぞれの行為を遂行した場合が「共同された実行行為」として評価されるのである。

とくに注意しておきたいのは、行為帰属が認められることにより、自らの遂行部分（寄与。ただしこの寄与は実質的な意義をもつ）に加えて、他の関与者の遂行部分を帰属させられる点において、各関与者は一部実行ではなく、評価としては全部実行したということである。

わたくしは、共同正犯の帰属原理として、（相互的）行為帰属説にしたがうことを本稿の冒頭においても明らかにしている⁽¹⁶⁾。もっとも、全関与者が各自の分担行為（寄与）によって形成される犯罪行為を「一緒に力を合わせて」遂行していると評価できることから行為帰属説を正当化するとしても、さらにこの結論から、力を合わせて遂行された「全体行為」なるものが構想できたとしても、全体行為自体が帰属主体ではない、という点は強調しておきたい。というのは、共同正犯は、各関与者に欠けている行為（寄与）部分を他の関与者の行為を利用することで成り立

（かたい・やわらかいは成立する罪名への従属性にかかわる）。もっとも部分的犯罪共同説においても「やわらかさ」を指摘することは可能である。この点については、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）411—2頁参照。さらに同編『判例講義刑法I（総論）〔第2版〕』（悠々社、2014年）177—8頁〔十河太朗〕も併せて参照。

(16) さらに拙著・前掲注(1) 164頁以下参照、拙稿「共同正犯論における行為帰属説の展開」明治大学法科大学院論集5号（2009年）97頁以下、同「共同正犯の因果性」明治大学社会科学研究所紀要50巻2号（2012年）207頁以下も併せて参照。

つ正犯形式として理解すべきだからである。つまり、各関与者がお互いを利用し、その利用をまた承諾し合っている点が重要なのである。その点を捉えて、各関与者による犯罪行為の全体的遂行と評価し、自らの寄与部分（それは利用された部分でもある）と利用した部分によって結果が発生したかぎり、その責任を負担させられるのである。

たとえば、事例1では、X宅への強盗を計画し、その事前に策定された行為計画にしたがって、Xを自宅外に誘い出しそこで同人を殴打するというAに割り振られた行為（Aの寄与部分）、そのあとでX宅に侵入し財物を奪取するというBに割り振られた行為（Bの寄与部分）によって、全体としての強盗が成り立っている。共同して行為を計画したことにより、それぞれが分担すべき内容をAとBは了解し、その遂行を承諾し合っていたのである。Bの承諾は先行するAの行為決意に影響を及ぼし、そしてBもまたAに対して与えた承諾を履行しなければならない点に拘束されつつ、計画にしたがって財物奪取を遂行したのである。ここにAとBによって遂行された全体行為をみいだすことになるが、その実体は、Aは自らの殴打行為とBの財物奪取行為を利用して強盗を遂行したのであり、BもまたAの殴打行為を利用して自らの財物奪取行為をもって強盗行為を遂行したのである。特定の犯罪実現に向けた、かかる相互性が各関与者間に認められる点に共同正犯の特徴を指摘できるのである。けっして全体行為そのものを帰属主体とみるべきではない⁽¹⁷⁾。全体行為を構想するとしても（またその必要もあるのだが）、そのこと自体は各関与者の相互利用補充関係の具体化であり⁽¹⁸⁾、その関係性に基づ

(17) 井田教授は、共同正犯理解について二つの異なったモデルが存在する、と指摘される。その一つが共同正犯を「単独正犯の応用ないし亜種」として理解するモデルである。この理解にしたがうと、正犯性は単独正犯に準じたものとなり、因果関係は各関与者による寄与と最終結果との間に要求されることになる。教授は、これを共同正犯の正犯性を間接正犯の延長線上の捉え、かつ共同正犯を単独正犯に分解、理解するものと指摘され、このような理論構成を「単独正犯応用型の一段解説」と呼ばれる。

これに対して、もう一つのモデルは「集合体」が出発点となり、関与者全体からなる行為を観念し、これが各則の構成要件に該当する行為となり、実行の着手時期は、集合体の行為を基準として定められる。集合体について肯定された犯罪についての刑事責任が各関与者に「分配」され、このような理解においては、「集合体の犯罪と個別行為への帰責とを分断する二段階説」が採用されている、と指摘される。井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2020年）512頁。

(18) 相互利用補充関係のおよぶ範囲が、共同正犯として各関与者が罪責を負担する範囲ということになる。前掲注（15）参照。

き各関与者の「正犯性」が明らかになるのである。帰属主体はあくまでも、相互利用補充関係を構築し、行為計画にしたがって分担行為を遂行した各関与者である。

各関与者が分担部分を遂行することが全体行為に対する寄与として評価されるためには、各関与者は策定された行為計画にしたがっている必要がある。かりに行為計画にしたがわず、たまたま遂行された行為が結果発生に対して十分な影響をもちえたとしても、その関与者の行為は全体行為に対する寄与としては評価されない。同時犯が問題になるだけである⁽¹⁹⁾。また当初は事前に策定された行為計画にしたがいつつ、途中から勝手に行為計画を超過する行為を遂行したとしても、その関与者による超過部分は寄与として評価すべきではない。超過部分に対する心理的拘束力は行為計画に忠実であった他の関与者に対しては働かないからである。

5 共謀すること

(1) 共謀の機能

以上のように考えると、やはり行為計画を策定することについての機能、ひいては共同正犯の主観的成立要件の役割について、もう一度、共同正犯の帰属原理にしたがって捉え直すことが肝要であると思う。

共同正犯とは、その実現態様として、自らの手による直接的遂行（この場合の自らの遂行とは実質的な遂行を指す）⁽²⁰⁾と、その遂行が与える他の関与者への影響、これは相互的な心理的影響であって、共同の行為計画を果たすことへの拘束力として顕れる。そのような拘束力を生じさせる共同の行為計画の策定とは、まさしく共同正犯に要求される主観的要件として理解すべきものである。

もっとも、この主観的要件は共同正犯成立に不可欠のものと考えらるべきである

(19) 同時犯であることは、各関与者には自らの行為寄与だけが帰属させられるという意味では、責任の範囲が制限されていることにほかならない。その点に共同正犯と区別することの実践的な重要性が存在する、との指摘として、vgl. Küpper, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, S.525.

(20) たとえば、殺人罪であるならば直接的な生命侵害行為（刃物をもって刺突する、素手で頸部を圧迫するなど）のみならず、それに匹敵するような寄与も直接的な遂行と評価できる場合があると考えらる。

が、通説ないし代表的な見解においても、その具体的な内容についてはニュアンスがあるとみてよい。

たとえば、共同正犯の処罰根拠は、「共謀に基づく相互利用・相互補充による行為帰属」の点に求められるべきである、と明言される高橋博士は、各人の違法行為が相互的に帰属されるがゆえに、全体の結果に対して責任を負うのであり、この相互的帰属は「共謀」に基づく、と指摘される⁽²¹⁾。

さらに博士の見解において重要と考えられるのは、共謀によって、これから行う行為の意味、その行為によって生じうる結果の予期があるからこそ、その行為全体における「自己の地位・役割」が確認できる、とされ、かかる意味における「共謀の形成」が肯定されなければ、共謀共同正犯の成立が認められないことから、共謀とは「共同犯行の意識形成」と捉えるべきである、とされる点である⁽²²⁾。

私見においても、全体行為における各関与者の役割分担およびその役割の現実化を強調するものであるが、共同の行為計画の策定がなければ、役割を分担し、かつそれを現実化することに向けた心理的拘束力は認められない、と解されることから、博士が指摘されるように、共謀の具体的内容であるところの共同犯行の意識形成と同じ内容ないし機能を共同の犯罪計画の策定は担っている、と考えている。

なお共謀は共謀共同正犯に固有の成立要件か否か、ということも問題となる。高橋博士は、強盗罪の事例（甲が暴行、乙が財物奪取という典型例。かならずしも共謀共同正犯ではない事例）を挙げつつ、相互的行為帰属は「共謀」の機能により、共謀の存在によってはじめて個別的な行為を集団的な事象に結合させることができる、と指摘されることから⁽²³⁾、共謀はいわゆる実行共同正犯の場合においても

(21) 高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2020年）452—3頁。

(22) 高橋・前掲注（21）463頁。

(23) 高橋・前掲注（21）453頁。博士は、甲が暴行、乙が財物奪取を分担した場合、乙が甲の暴行結果を惹起させ、甲が乙の財物奪取の結果を惹起させたという「因果的要素」によっては、乙の暴行行為、甲の財物奪取行為を根拠づけることはできないことから、甲の暴行行為それ自体を乙の行為として、乙の財物奪取行為を甲の行為として帰属させると考えざるをえない、とされる。刑法60条は、かかる相互的帰属を肯定するための「文理上の根拠」として、いわば「構成的意義」を有することになる、と指摘される。

私見においても、共同正犯の法的効果である「一部実行の全部責任の原則」は、単に各関与者による行為と全体結果との間の因果性を指摘するのみでは説明できるものではない。むしろ因果性の指摘は、各関与行為によって形成された全体行為と全体結果との間にそれを認めることができれば十分であって（甲と乙との強盗行為と強盗結果との間の

同様の機能をもつもの、とされていると思う。

さらに重要な指摘として、井田教授も、同じ共同正犯でありながら、それぞれの要件を「別異のもの」と理解してよいのか、という疑問が生じ、次に、意思連絡と共謀は同一のものなのか否かについても疑問が生じうる、とされる。かかる疑問に対する回答として、共謀とは単なる意思連絡に尽きるものではなく、「正犯意思をもって（自己の犯罪を行う意思で）」犯罪の共同遂行の合意に参加することをいうとされ、「共謀＝意思連絡＋正犯意思」という等式が成り立つ、とされる。そのうえで、実行共同正犯の場合にも正犯意思がその要件として理解されることから、実行共同正犯の主観的要件も共謀とよびうることとなり、実行共同正犯であっても共謀共同正犯であっても、それぞれの成立要件は統一的に理解されることになろう、と指摘される⁽²⁴⁾。

このような見解に対して、実務の共謀認定について、実体法に基づいて構造を解明するという問題意識からは、共同実行の意思に基づく共同実行を要件とする実行共同正犯と、共謀および共謀に基づく犯罪実行を要件とする共謀共同正犯を分ける立場を前提にすることが有益である、と指摘されるのが樋口教授である。教授は、その理由として、このような立場は共謀概念を共謀共同正犯固有の要件と位置づける点において、実体法に基づいて共謀を構造化する基盤を提供できるからである、とされ、⁽²⁵⁾ 実行共同正犯の成立要件として、「共謀を認めるほどの意思連絡に至らずとも」、協調する形で実行行為を行う旨の意思連絡という主観的要件（共同実行

因果性)、問題は、なにゆえ甲と乙との行為を強盗行為として評価できるのか、個別的な行為を全体としての行為として評価できることの根拠を示すことにある、と構想している。それゆえ、全体行為に集約するために主観的な成立要件はどのような機能を果たしているのか、という点が問題分析の基本的な視座になるのである。さらに博士が指摘されるように、刑法 60 条は、相互的な行為帰属を肯定するための文理上の根拠を提供するものであり、これを「共同正犯規定の構成的機能」として指摘できるのである。全体行為に集約できなければ、個別的行為として評価するのみであるが、そのままでは強盗罪としては評価できない。60 条を適用することではじめて、甲と乙が強盗既遂罪になるとするならば、そのような帰属形式が共同正犯規定の定めるところであり、60 条はそのことを文理上明確にしていることから「構成的機能」を有しているのである。なおこの点について詳しくは、拙著・前掲注 (1) 173 頁以下、176—8 頁を参照されたい。

(24) 井田・前掲注 (17) 514—5 頁。

(25) 樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定—実体法に基づく構造の解明」法律時報 91 卷 11 号 (2019 年) 62 頁。

の意思）と、実行行為の分担という客観的要件を指摘される⁽²⁶⁾。

(2) 共謀と心理的拘束力

いずれの見解においても、共同正犯の主観的成立要件としての「共謀」の必要性を強調され、本稿も同様のスタンスを主張することとなる。もっとも、共同正犯においては、共同正犯の法的効果である「一部実行の全部責任の原則」が共謀者（実行段階には関与しない者）を含め、分担される一部分を担当した（あるいはその予定であった）各関与者におよぶか否かが問題となるのであるから、相互的な行為帰属が各関与者・共謀者間に認められるか否かを問題にできればよい、と考える。したがって、共同正犯の実現形態において相違があっても、共同正犯として評価されるかぎり、その成立要件に相違があるとは考えない⁽²⁷⁾。ただし共謀にどのような内容を盛り込むのか、についてはさらに検討を加える必要がある⁽²⁸⁾。

(26) 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年）144頁。さらに、樋口教授は、実際には共同正犯における協力するという意思連絡と、共謀共同正犯における共謀は大幅に「重なり合う」であろう、しかし意思連絡の内容・程度において、共謀共同正犯における共謀には該当しないとしても、実行共同正犯を成立させるには足りる局面も考えられる、と指摘される（樋口・前掲書 142頁）。

(27) 学説上、共謀共同正犯と実行共同正犯は異なるカテゴリーに属するものと捉える見解が支配的と思われるが、実務上はかならずしも明確に区別されていないとされ、その背景にあるのは、両者が同質なものであるという理解、あるいは共謀共同正犯における共謀と実行共同正犯における共同実行の意思とは共通のものであるとする理解がある、という指摘として、朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』（成文堂、2015年）163頁。

共同正犯として評価されるかぎり、実現形態に相違があってもその成立要件は異なる。もっとも各関与者間に相互利用補充関係を基礎づける程度のもの、すなわち、各関与者に対する心理的拘束力をもつものとしての共同実行の意思あるいは共謀を構想する必要がある、と考える。

(28) 前田教授は、形式上はまったく分担しない者も共同正犯となりうるから、その意味では意思連絡が共同正犯のもっとも重要な要件である、とされる。ただし実行の分担と意思連絡に基づく共同実行は共同正犯の構成要件行為であって、共同正犯者の「責任要素」として、単独正犯における故意に相当する「共同正犯の認識（正犯者意思）」が必要である、とされる。共同正犯の成立要件を構成要件と責任とに分属させるという点は示唆的である。前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（東京大学出版会、2019年）345頁。

私見においては、故意はまずは構成要件要素として検討すべきと考えるので、共同正犯の故意もまずは構成要件要素として考察されるのではないかと考える。それは故意犯であるかぎり、故意の体系的地位につき単独正犯の場合と相違するわけではないからである。もっとも単独正犯と相違するのは、前田教授の指摘されるように共同正犯の認識が故意に相当する、という点である。私見においては、既述のとおり、行為計画に基づき分担され

この点について、「共謀共同正犯における共謀＝合意」とされ、合意が成立しているという心理状態は、犯罪の実行に向かつてはならないという刑法規範が設定する障壁を心理面で除去したり、心理的拘束によって乗り越えさせたりするという特性を有する、という樋口教授の指摘はきわめて示唆的である⁽²⁹⁾。たしかに実行共同正犯においても、各関与者による相互的な心理的拘束は同様に指摘されるべきであると考えが、しかし共謀共同正犯の方がその拘束性は高いと評価できる場合が多いと考えられるからである。つまり、実行共同正犯に比べて共謀共同正犯の場合には、共謀者から（最初の・一名の）実行者への心理的拘束力が強度であったからこそ、その者は未遂を開始（実行に着手）したといえるのである。共謀者による、実行者に与えた心理的な影響こそ、その共謀者の共同正犯性の顕現と評価できる、といいかえてもよい。

もっとも、分担すべき行為がそれぞれに割り振られている点では異なっているが（一部実行はありうる）、実行共同正犯の場合においても、双方の行為遂行（実行）を当てにする、ないし当てにされていることを意識しつつ実行する点に、（強度の点に差があるにせよ）心理的拘束力は作用していると考えられる。

6 結論

(1) 共同正犯の構造とその帰属原理

各関与者が、策定された行為計画にしたがって役割分担を了承し、その了承から

た行為を他の関与者とともに（他の関与者の遂行を当てにしつつ）遂行・実行することに対する意識、つまり共同犯行の意識が故意に相当する、と考えている。

(29) 樋口「共謀共同正犯における共謀の意義」研修 844 号（2018 年）7 頁。さらに教授は、対等型の共謀共同正犯における共謀には、心理的障壁を除去する程度の緊密な意思連絡との位置づけを与えることができ、支配型の共謀共同正犯における共謀については、心理的障壁を乗り越えることを強く義務づけられると感じるような心理的拘束力が問題になっているというべきである、とされる。同「実行行為概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017 年）44 頁。

共謀共同正犯における各関与者への心理的拘束力の強さに関する分析としては、きわめて示唆に富む指摘であると思う。私見においても、共同犯行の意識形成によって、各関与者に心理的拘束力が働き、それは計画策定段階から（すくなくとも関与者中の一名による）実行段階における未遂開始に至るまで継続して影響をもつもの、と考えるからである。

生じた心理的拘束力に基づき、割り振られた役割を現実化するという「共同実行の实体」から考えると、共同の行為計画の内容は意思連絡に尽きるものではない、と解すべきである。もちろん意思連絡の内容にまたどのようなことを盛り込むのか。このことに結論は左右されるところであるが、関与者相互に心理的拘束力を生じさせない程度のものであれば、共同正犯を基礎づける主観的成立要件としては十分ではない。何らかの行為を共同すること、自分以外にも参加者がいるといった程度の認識では足りず、関与者同士において、自らが遂行する行為内容と他の関与者が遂行する予定の行為内容を十分に認識し、そのことに相互に心理的に拘束される必要がある。なぜならば、そのように理解しなければ他者行為の帰属を正当化することはできないからである。他者の行為の意義を十分に理解したうえで自らの行為を現実化する。自らの分担部分については、自らの意思に基づき（任意に）これを遂行しているのであるが、その意思は行為計画に基づいている。計画を承諾したかぎりにおいては心理的な影響を受けつつ遂行しているのである。承諾に基づくとはいえ、策定した共同の行為計画を「他の関与者ととともに」現実化することを自らの意思に基づき選択しているのである。かりにかかる意味における任意性に欠けている場合には、共同正犯を認めることができないのである⁽³⁰⁾。

共同正犯の主観的成立要件を「共謀」と理解するのであれば、共謀は共同正犯の実現態様にかかわりなく、実行共同正犯の場合でも共謀共同正犯の場合でも必要である⁽³¹⁾。もっとも、その内容は、共同正犯の構造（実体として各関与者間に存在する相互利用補充関係）をふまえ、その構造を前提とした共同正犯の帰属原理、すなわち「（相互的）行為帰属」の考え方にしたがって構成されなければならない。この点につき、共同犯行の意識形成、すなわち、各関与者において「犯行意識」が形成されることによって心理的拘束力が強まるという点を重視すべきであることから、共謀とは、共同の行為計画を策定することによって、各関与者が「分担すべき行為」の内容が確定され、その分担行為を遂行することに各関与者は心理的に相互に拘束されることを内容とする。心理的に相互に拘束されるためには、分担すべき行為を相互に認識していることが必要なのである。このような相互認識に欠け

(30) その場合、正犯であるとするならば、間接正犯が問題となろう。前掲注(3)を参照のこと。共同正犯と間接正犯の区別はなお確定的に明らかではない、という指摘として、vgl. Küpper, a.a.O. (Fn.19), S.522.

(31) 前掲注(27)参照。

ている場合には、意思連絡がない場合はもとより、かりに何らかの意思連絡が交わされても、心理的拘束力を生じさせない場合、つまり共同犯行の相互認識に欠ける場合は、共謀の不存在を理由に共同正犯は否定されるのである（片面的共同正犯を認めないかぎり）。

(2) 心理的に拘束されつつ行為を分担すること

繰り返しになるが、分担すべき行為を現実化することに心理的に拘束される場合、各関与者は共同の行為計画の策定に参加していなければならない。その策定段階においては、計画の実現に向けてより効果的な提案をする、犯行遂行に必要な道具・逃走用車両を用意する、現場の見取り図を事前に準備するなど、さまざまな策定段階における関与を想定できるのである。このような関与が心理的な拘束力を相互に高めていくことに結びついていくのである⁽³²⁾。すなわち、このような準備行為（予備段階における共働）であっても相互的・心理的な拘束力に結びつくかぎり、それは「重大な寄与」と評価できるのではないか。したがって、共謀とは各関与者における心理的拘束力を生じさせ、それを高めていく契機として共同の行為計画の策定段階を意味し、その内容は、共同犯行の意識形成に足りるだけの寄与が必

(32) この点に関して、近時、(修正された) 共同意思主体説を主唱される曲田教授の見解が注目される。行為帰属説の前提として「全体行為」を構想する私見からは、教授の見解はきわめて示唆的である。とくに「集団規範」を形成しようとする行動・態度は、相互の心理を拘束する効果をもたらすことにより、他の行為者に対する信頼感が生まれる、との指摘は、本稿における「共謀の機能」と同様のものと理解できるのではないか。曲田統『共犯の本質と可罰性』（成文堂、2019年）28—9頁。

さらに、他者の影響により当該者において心理的抵抗の減弱が生じた。のみならず、当該者の影響により他者に心理的抵抗の減弱を生じさせた、という指摘、つまり違法行為を遂行するに当たっての規範的心理抵抗を減弱させるところに（教授のいうところの）「団体犯」の特性があり、それは相互的心理的作用が働いたといえる複数人にこそ「団体性」を認めうる、という指摘は（曲田・前掲書 36—7頁）、共同意思主体説にしたがった場合にすぎられない結論ではないだろうか。もっとも、団体犯といういい方に「団体責任」を重ね合わせる批判もありうるが、共同正犯の場合には単独犯にはない特質を抽出してその正犯性を確認すべきであれば、複数人による共同遂行の意味するところを検討の対象とすべきである。その意味において、ある種の「集団性」「団体性」を強調せざるをえないと考える。そのような意味における「共同の正犯性」に着目することから、帰属主体はあくまでも共同した関与者個々人であることを強く指摘すべきなのである。この点において、井田教授の指摘される二つの「共同正犯モデル」はきわめて示唆的であり、共同正犯の構造を捉えるうえで意義深いと考える。前掲注（17）を参照。

要であり、この場合は計画策定段階での参加自体が重要なものとして評価されることが要件となる。

そして、かかる共謀を前提として、関与者のうち（最低でも）一名の者による直接的な未遂開始（実行の着手）が認められるならば、いまだ分担が予定された部分の行為遂行に至っていない者も含めた共同の行為計画の策定に参加した全関与者に共同正犯が成立する。もっとも、共同犯行の意識を形成するだけの参加が認められなかった関与者には、意思連絡は交わされたかもしれないが心理的拘束力が生じていなかったことを理由として共謀を否定すべきことから、共同正犯の未遂は成立しない、と解すべきである⁽³³⁾。

（情報コミュニケーション学部教授）

このたび、わたくしが敬愛してやまない中空壽雅先生がめでたく古稀を迎えられるにあたり、拙稿を謹呈できる機会を与えられたことは、わたくしにとりまして、望外の喜びとするところです。それにもかかわらず、本稿が拙いものになっている点につきなにとぞご海容いただきたく存じます。

先生にご指導を賜るとき、わたくしはつねに春風駘蕩という言葉を思い浮かべます。その先生が一つの節目を迎えられるということに、言い表せない寂しさと尽きせぬ感謝の念で一杯です。本当にありがとうございました。

先生のますますのご活躍をお祈り申し上げるとともに、これからもご指導を賜ることができれば、これにすぐる喜びはございません。

(33) この意味において、心理的拘束力の存否から共同犯行の意識形成の有無を判断することにより「共謀の存否」を考える場合、その判断時期は事後判断ではなく、事前（行為時）判断であるべきではないか。当該関与行為が結果発生に寄与していたことが事後的に明らかになったとしても、そのこと自体は、共謀の存在を肯定することの根拠にはならないのではないか、と考える。