

実務における正犯性判断の課題

愛媛大学法文学部講師 田川靖紘

- I はじめに
- II 最近の裁判例における「重要な役割」の位置づけ
- III 学説における「重要な役割」について
- IV 検討
- V おわりに

I はじめに

実務が、正犯と共犯の区別に際し、「自己の犯罪か、他人の犯罪か」を、「多様な要素」の総合判断によって決定するという手法は、かなり定着しているといつてよい⁽¹⁾。そして、その手法によって導き出される結論それ自体は、おおむね妥当なものであると評価することができる。

ただし、その「総合判断」は、ある意味「ずるい」。実務において、二人以上の者が意思連絡の上で犯罪に関与しているとき、前面者が形式的な実行行為、すなわち殺人罪なら被害者を殺害する行為、窃盗罪なら他人の財物を窃取する行為(本稿においては、形式的な実行行為を、単に「実行行為」とする。)をすべて行った場合、実行行為が「重要な役割」なので(共謀)共同正犯とする一方、場合によっては、そのような実行行為を行っていたとしても、「総合判断」によって正犯性を否定することがあるからである⁽²⁾。

学説においても、「重要な役割」を正犯と共犯の区別基準とする学説が有力に主張されているが、その内容はそれぞれ異なっている。ある立場は、「重要な役割」の中に「正犯者意思」(とでもいうべきもの)を読み込んでいるし、ある立場は、実行行為を行っている以上、「重要な役割」を果たしているのだから従犯にはならないと主張している。これら学説の検討をふまえて、実務における総合判断の「課題」を明らかにするのが、本稿の意義である。

実務と学説の乖離が進んだのには、実務サイドから見れば、共謀共同正犯否定

(1) 後述する、横浜地判平成 25 年 9 月 30 日裁判所 HP も同様の考え方であるし、そのほかの裁判例も、正犯性の判断にあたって多様な要素を考慮している。

(2) 実行行為を行う従犯がこれにあたる。「ずるい」としたのは、その結論は納得のいく結論であり、決して不合理なものとはいえないが、どのような要素が、どのような事実を基礎づけ、それが刑法上どのように評価されるのかは不明であり、また、共犯者間の地位が問題とされる場合とそうでない場合の基準も不明確だからである。

論を強固に主張し続ける学説サイドの態度が影響していることは否定できないだろう。一方、学説サイドから見れば、実務が、示したはずの課題に応えることなく、「実務は実務」として判断し続けてきたことによって乖離が進んだともいえる。本稿は、実務と理論の架橋を目指すという点では、「現行刑事法研究会」の趣旨に賛同するものであるが、「現に効力を有する法」の「課題」を示し、(筆者が)妥当と考える試論を示すものである⁽³⁾。この点をご理解いただきたい。

Ⅱ 最近の裁判例における「重要な役割」の位置づけ

1 横浜地判平成 25 年 9 月 30 日裁判所 HP

最近、横浜地裁において注目すべき判決がなされた。まず、その裁判例から紹介する。この事件は、本件犯行当時、証券会社の執行役員の地位にあった被告人が、職務上知り得たインサイダー情報を、友人 B に伝達するなどして、同人をしてインサイダー取引を行わせた事案である。問題は、被告人が共同正犯なのか教唆(あるいは従犯)なのかであるが、横浜地裁は、共謀の有無に関し、「一般に、2 名以上の者について犯罪の共同正犯が成立するためには、犯罪を共同して遂行する意思を通じ合うこと(意思の連絡)に加えて、自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たすこと(正犯性)が必要である」と、共同正犯が成立するための一般論を示した。

その上で、当該事案につき、意思の連絡があったことは明らかとしつつ、正犯性については、「被告人から B への本件 3 銘柄のインサイダー取引の情報は、重要事実の伝達としては、方法においても、内容においても、甚だ不十分なものであった」こと、このインサイダー取引による損益は「すべて B に帰属している」こと、B が取引によって得た利益が「1 円も被告人に分配されていないこと」、「主たる動機が融資の焦げ付き案件等に関する B の責任追及から逃れることにあったこと」などを認めたうえで、「被告人は、本件 3 銘柄のインサイダー取引について、B に重要事実を伝達したものの、自己の犯罪を犯したといえる程度に、重要な役割を果たしたとはいえない。」として、共同正犯の成立を否定している。

そして、「B は、本件 3 銘柄について被告人から重要事実を伝達される前は、せいぜいインサイダー取引を行う一般的傾向を有していたにすぎず、具体的な犯行を決意しなかったものであり、被告人から重要事実の伝達を受けて初めて、当該銘柄のインサイダー取引を実行する具体的な決意を固めたものと認められる。(原

(3) 本稿が示すのは、「結論を変更せよ」という提言ではない。その意味で、何のための議論なのか疑問に思うかもしれない。しかし、実務と理論の架橋には、刑法理論上の説明が不可欠なのである。本稿は、その基礎的考え方を示そうとするものである。

文改行)したがって、被告人による本件 3 銘柄の重要事実の伝達は、・・・教唆に該当するといふべきである」として、被告人に教唆犯の成立を認めた。

なるほど、被告人の行為は、買い付け行為ではなく、情報の伝達行為である。また、被告人の情報の中には、「取引をすれば確実に損をするものが含まれていた」ため、B は自分の判断によって情報を選別しなければならなかったのだから、被告人の果たした役割は大きなものであったとは言えないともいえよう⁽⁴⁾。

しかし、横浜地裁は以下のようにも述べている。すなわち、「B は、本件 3 銘柄について、被告人から重要事実を伝達されなければ、およそインサイダー取引を行うことは不可能であったと認められる」というのである。もし、被告人の行為が B の犯行にとって不可欠の行為だとしたら、それは「重要な役割」なのではないか、という疑問が出てくる。被告人の行為がなければ、本件インサイダー取引の結果が発生しないということになり、その行為の結果に対する因果性は相当大きい、「重要な役割」と言わざるを得ないのではないだろうか。

もちろん、言葉の問題であって、「条件関係を有する」程度の意味しかないのかもしれない。上記のような被告人の行為でも、「重要な役割を果たしたとはいえない」とすれば、ここでいう「重要な役割」には、物理的・心理的な因果性の大小以外の要素（判決に表れているものは、利益の帰属、動機の有無などである）をふまえた概念であるということになる。

2 最近の裁判例に見る「重要な役割」

本来、重要な役割は、総合判断の際に用いられる「多様な要素」のひとつにすぎないはずである。もっとも、実際の裁判例においては、下記に示す通り、「共謀」が認められるかを判断する際に考慮される要素となっている場合や、正犯性の有無を多様な要素を用いて総合判断する際に、共謀の有無のほかに重要な役割が一要素となっている場合など、形式的には（言葉の上では）さまざまなヴァリエーションが存在している。本稿では、比較的最近の裁判例を観察して⁽⁵⁾、どのような傾向があるのかを明らかにしておきたい。

上述の横浜地裁判決は、共謀共同正犯の成立に当たり、共謀とは、意思の連絡と重要な役割を果たすことによって認められるとする。最近の裁判例の中にも、同様の考え方を採用するものがある。たとえば、被告人は、氏名不詳者と共謀の

⁽⁴⁾ もっとも、疑問がないわけではない。というのも、横浜地裁の示した正犯性は、「重要な役割を果たすこと」によって判断されるはずだが、利益が帰属しなかったこと、あるいは、主たる動機が自らの利益を図ることになかったことが、「重要な役割を果たすこと」とどういう関係にあるのか、不明である。「自己の犯罪」かどうかを直接の問題にしている疑いがある。

⁽⁵⁾ 本稿では、平成 25 年 4 月 1 日から平成 26 年 4 月 1 日までの入手可能な裁判例のうち、「重要な役割」という文言が用いられているものを分析の対象とした。

上、覚せい剤を日本国内に輸入しようと計画し、メキシコ合衆国から覚せい剤を隠し入れた段ボール 2 個を発送し、航空機によって成田空港に到着させ、税関検査上において、税関職員の検査を受けたが、覚せい剤を発見されたため、覚せい剤を受け取ることができなかったという事案であるが、この事案で共謀を認めるに当たり、「被告人は、輸入貨物に覚せい剤が隠匿されている可能性を認識しながら、犯罪組織関係者から輸入貨物の受取を依頼され、これを引き受け、覚せい剤輸入における重要な行為をして、これに加担することになったということができるのであるから、犯罪組織関係者と共同して覚せい剤を輸入するという意思を暗黙のうちに通じ合っていた」といえ「共謀も認定するのが相当である。」と結論付けている⁽⁶⁾。

これとは異なり、共謀のほかに、重要な役割も独立した要素として考慮したうえで、共謀共同正犯の成立を認めるものもある。たとえば、被告人が A および B と事前に計画し、その計画のとおり、けん銃の取引を装って被害者をおびき出して誘拐し、同人を逮捕監禁するとともに暴行を加えて現金のありかを聞きだし、長時間拘束した末、A が、被害者の頸部をロープで締め付け、頭部をバールで殴って殺害し、B が被害者所有の現金等を強取した事案について、仙台高裁は、「被告人は、・・・A との間で明示的に強盗殺人の 共謀を遂げていたことに加え、・・・強盗殺人の準備段階に当たる行為というべき営利誘拐、逮捕監禁の各犯行については、その具体的な犯行計画を立案するとともに、実行役として加担したこと、被害者の殺害についても、被害者殺害の実行行為こそ担当しなかったものの、被害者を A に引渡し、被害者の逃走を阻止するなど、重要な役割を果たした こと、本件犯行に加担したことで A から 1000 万円もの多額の報酬を受け取ったこと」から「共謀共同正犯が成立する ことは明らかである」と判断している⁽⁷⁾。

しかし、「重要な役割」という言葉が最も用いられているのは、量刑判断の場面である⁽⁸⁾。そして、各事案の量刑判断の場面においても、多様な要素が考慮されている。中には、正犯性を否定する可能性のある事情（共犯者間の地位について触れ、背後者の指示を拒むのが困難であったという事情）を挙げているものも

⁽⁶⁾ 最決平成 25 年 4 月 16 日裁判所時報 1578 号 20 頁（下線は筆者による。）。なお、東京高判平成 25 年 5 月 28 日裁判所 HP は、行った行為（睡眠薬の提供）は重要な役割ともいえるが、犯罪の実行を決断させるのに重要な働きをしていないとして、正犯者意思、共謀の成立を否定している。

⁽⁷⁾ 仙台高判平成 26 年 2 月 27 日 LEX/DB25503181（下線は筆者による。）。なお、東京地判平成 25 年 12 月 19 日 LEX/DB25503062 も、意思の連絡と別に「役割の重要性」を考慮して共謀共同正犯の成立を認めている。

⁽⁸⁾ たとえば、さいたま地判平成 25 年 6 月 10 日 LEX/DB25501546、大阪地判平成 25 年 10 月 8 日 LEX/DB25502259、名古屋地判平成 25 年 10 月 11 日 LEX/DB25503138、京都地判平成 25 年 12 月 20 日 LEX/DB25502733 などがある。

あるが⁽⁹⁾、当該事案の被告人は、実行行為を行っていることを理由に正犯であるとされているようである（量刑上考慮されても、正犯と共犯の区別においては考慮されていない）。

3 小括

以上のように、最近の裁判例を概観したが、重要な役割は、①共謀を基礎づける要素である場合、②正犯性を基礎づけるための、共謀とは独立した要素である場合、そして、③量刑上の判断要素として記述される場合がある。

もっとも、①と②は、形式的に（文言上）は別に分類することができるが、その実質に異なることはないと言える。①は、共謀とは、意思の連絡と重要な役割からなるとした上で、それらの有無を多様な要素から判断するのであり、②は、意思の連絡（②の見解は、これを共謀と呼んでいる場合があると考えられる）の他に、役割の重要性や利益の帰属などを総合的に判断しているのである。結局、判断に際して考慮している事実は同じだといえよう。それゆえ、どちらがより妥当な考え方であるとは、一概には言えないであろう。しいて言うなら、横浜地裁の判断は、何が正犯性を基礎づけていたのかを明らかにした（重要な役割が正犯性を基礎づけるとした）点については評価することができる。

③の量刑判断の上で多様な要素が判断されていることについては、従来の議論に従えば、正犯と共犯の区別の際にも考慮すべきものだといえる。量刑判断の上で考慮される要素の中には、正犯性を否定する方向に働く要素も含まれている。そうすると、そのような要素を正犯性の判断に際して考慮しないことは、恣意的な判断につながるとの指摘もありうる。ただし、事実認識として、裁判例においては量刑判断において多様な要素を考慮していることを素直に事実として受け止めることも、現に効力を有する法の記述に当たっては必要な場合もある。このことは、後述する。

III 学説における「重要な役割」について

1 西原春夫博士の立場

西原博士は、共同正犯の成立範囲を実行共同正犯に限定せず、共謀共同正犯にまで広げる立場を採り、共同正犯成立の範囲が不明確になることを防ぐために、「共同正犯と教唆犯・従犯の区別は、犯罪実現に対し重要な役割を演じたかどうか」という基準を設定する⁽¹⁰⁾。そして、どのような場合に重要な役割を演じた

⁽⁹⁾ 前掲注 8 名古屋地判平成 25 年 10 月 11 日参照。

⁽¹⁰⁾ 西原春夫『刑法総論 下巻（改定準備版）』（1993 年、成文堂）396 頁。

と評価しうるかについては、4つの類型から考察している。

第一に、実行共同正犯の場合である。実行の分担がある場合には、原則として重要な役割を演じた者と評価することができるという。例外的に、実行の分担が「犯罪の実現に対し必ずしも決定的ではなく、また、主観的にみて単に他人の犯罪を助勢する程度のものであった」場合は、従犯として取り扱われるべきとする⁽¹¹⁾。

第二に、犯罪の見張りをどう評価するかについて考察している。西原博士は、見張りの場合について、「(イ) 実行行為そのものの分担もあえて辞さないが役割分担として見張りを引き受けたような者は共同正犯であるが、平等な立場での役割分担ではなく、見張りによる加功のみについて意思を有するような者は従犯である」、「(ロ) 組織的常習的な犯罪の場合には、右の標準はさらに軟化し、共同正犯たりうる場合が増大するが、それでも、その組織への新参加者がさほど重要ではない役割を分担したような場合は、従犯たりうる」、「(ハ) とくに強姦罪、賭博罪のような自手犯について、実行行為にも参加する者が順次見張りを担当したような場合は共同正犯であるが、はじめから実行行為を行う資格のない者が見張りのみを引き受けたような場合は、従犯である」として、見張りにも共同正犯である場合と、従犯となる場合があることを指摘している⁽¹²⁾。

第三に、相互意思連絡のもとに現場に居合わせたが、直接実行行為を行わなかった者について、次のように考察する。「(イ) 実行の着手もあえて辞さない意思を持ち、かつそれが可能な立場に立って共同の行為に参加した者」の場合、「(ロ) 実行行為そのものを行う意思なく、かつこれを行わなかったが、実行行為の前後におけるその行為が、共同の犯意の実現、犯罪発覚の防止のため必要不可欠である場合」共同正犯が成立するという⁽¹³⁾。

第四に問題となるのは、「単なる謀議参加者」の行為が重要な役割といえるかである。この点について、西原博士は、まず、その謀議参加者が「首魁、指導者」である場合とそうでない場合に分けるべきことを指摘する。そして、指導者である場合でも、「主観的に共同犯行の意識をもって客観的に謀議に参加することが必要であり、さらにその上に、当該実行行為の担当もあえて辞さぬだけの強度の態度が要求される」とする。そして、そのような事情は、「常習的犯罪団体の場合には、原則として、単なる謀議参加という事実でもって確定」可能だという。これに対し、常習的でない団体の犯罪遂行の場合には、「なぜ別人が実行行為を担当することになったのかの事情を調査し、また、謀議参加者の意欲の内容、集団における地位、謀議の際及びその前後におけるその態度を確定することが必要で」、「そ

(11) 西原・前掲注 10『刑法総論 下巻』397頁。

(12) 西原・前掲注 10『刑法総論 下巻』397-8頁。

(13) 西原・前掲注 10『刑法総論 下巻』397-8頁。

れいかんによって、単なる謀議参加者は教唆犯、従犯に止まることがあるとする⁽¹⁴⁾。

西原教授の「重要な役割」論の特徴は、第一の問題にもみられるように、実行行為を行っていたとしても、共同正犯とならない場合を認める点にある。また、第二の問題においては、「見張りによる加功のみ」の意思という主観や、新参者で実行行為を担当しなかったという事実が従犯を基礎づけ、第四の問題では、謀議参加者の意欲、集団における地位といった、行った行為そのものとは無関係な要素も判断の対象となっていることも特徴と言えるかもしれない。

2 西田典之博士の立場

西田博士は、共謀共同正犯の正犯性を説明するために、「重要な役割」という概念を用いる。西田博士によれば、支配型の場合については、「共謀者が実行者に強い心理的支配力を及ぼすことにより実行に準ずるような重要な役割を果たした場合に共謀者の共同正犯性を肯定」し、分担型の場合については、共謀者が、「犯罪の共謀や準備・実行段階において、実行行為は分担していないが、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、または、これに準じるような重要な役割を果たしたと認められる場合にも共同正犯性を肯定すべき」であるとする⁽¹⁵⁾。

このように考える場合、形式的実行共同正犯論（共同正犯を認めるためには、少なくとも実行行為の一部を分担する必要があるという考え方）と比較して、正犯と共犯の区別基準が不明確になるとの指摘があるが、「共謀者と実行者の主従関係、共謀者が謀議において果たした役割、犯罪の準備・実行段階等において共謀者が果たした役割の重要性等の下位基準によって具体的な類型化が可能である」と反論している⁽¹⁶⁾。

そして、「この重要な役割を基礎づける事実、共同正犯か幫助犯かを区別する基準であり、さらに、この区別は単なる量刑事情ではなく、まさしく「罪となるべき事実」なのであるから、起訴状および判決書に明示され判示されることが必要だ」とする⁽¹⁷⁾。

もっとも、西田博士は、「共同正犯と従犯の区別が単なる量刑事情ではなく犯罪事実であるとすれば、それは犯罪実現に対する事実的寄与度を基準とした客観的類型的判断にとどまるべき」であるとし、実行行為を行った者については、その寄与度が大きいのであるから、重要な役割を演じたというべきであり、正犯であ

(14) 西原・前掲注 10『刑法総論 下巻』398 頁。

(15) 西田典之『刑法総論 第二版』（弘文堂、2010 年）349-50 頁。

(16) 西田・前掲注 15『刑法総論』350 頁。

(17) 西田・前掲注 15『刑法総論』350 頁。

ると結論付ける⁽¹⁸⁾。

3 亀井源太郎教授の立場

亀井教授は、構成要件実現ないし結果発生に対する行為の危険性や因果性のみを基準として、正犯と狭義の共犯を区別することは「実際には困難」であるとし⁽¹⁹⁾、問題を解決するには、構成要件実現に際し行為者が果たした役割を基準とする必要があるとする⁽²⁰⁾。

では、具体的にはどのように判断するのであるだろうか。亀井教授によれば、「非因果的な要素も含めて、犯罪の遂行過程における関与者の果たした役割の重要性を規範的に考慮すべきである」とする⁽²¹⁾。そして、役割の重要性は、「単に当該組織、団体等における地位のみならず、当該犯罪の計画から実現までのプロセスに対して、その者が為した寄与の重要性を勘案し、当該関与者がそのプロセスに対して重要な寄与を為したと評価できるような場合に、その存在を認め得る」とするのである⁽²²⁾。

では、実行行為を行う従犯についてはどうか。実行行為は重要な役割のようにも思えるが、亀井教授は、実行行為を行う従犯を肯定する。実行行為を行う従犯の裁判例は、さまざまな理由づけによって実行行為者の従犯性を論じているが⁽²³⁾、亀井教授は、それらを重要な役割の判断に反映させ、「関与者が犯罪の計画から遂行までの過程に対して果たした役割を、犯罪実現への意欲の程度、関与行為の行為全体の中で占める重要性、不可欠性の程度、これを受け持つに至った経過等の事情、共謀者と実行者との主従関係、共謀者が謀議において果たした役割の重要性、犯罪の準備段階・実行段階において共謀者が分担した役割の重要性等を勘案して決定すべき」としている⁽²⁴⁾。

亀井教授の見解は、実務において用いられる要素を、重要な役割の判断に落とし込む点に特徴がある。もっとも、区別基準は、重要な役割を果たしたか否かなのであり、考慮される多様な要素は、その下位基準ということになるろう⁽²⁵⁾。

(18) 西田・前掲注 15『刑法総論』353 頁参照。

(19) 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』(弘文堂、2005 年) 109 頁。なお、同 95-101 頁も参照。

(20) 亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別するということ』109 頁。

(21) 亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別するということ』110 頁。

(22) 亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別するということ』112 頁。

(23) 詳しい事例については、亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別するということ』123-127 頁参照。

(24) 亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別するということ』136 頁。

(25) 多様な要素を考慮する意味については、亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別するということ』187 頁以下参照。

IV 検討

1 重要な役割と多様な要素

以上のように、「重要な役割」を基準とする学説を概観したが、各説によって判断基準に違いがあることが確認できた。

繰り返しになるが、西原教授の考える重要な役割の特徴は、第一の問題において論じられたように、実行行為を行っていたとしても、犯罪を助勢する意思しかなかったような場合に従犯の成立を認める点にある。また、第二の問題においては、「見張りによる加功のみ」の意思という主観や、新参者で実行行為を担当しなかったという事実が従犯を基礎づけ、第四の問題では、謀議参加者の意欲、集団における地位といった、行った行為そのものとは無関係な要素も判断の対象となっていることも特徴と言える。つまり、果たした役割以外の要素も考慮して「重要な役割」の判断をしているのである。

このような考え方は、比較的実務と近い考え方であるといえよう。原則として、行為者が犯罪の実現に対してどのような役割を果たしているのかを問題とし、一定の場合についてのみ、たとえば、他人の犯罪を助勢する意思であった場合などには、正犯ではなく従犯であるとする。この考え方からは、共謀共同正犯も、実行行為を行う従犯も認めることができる。

しかし、問題なのは、従犯であると結論付けるに当たり、行為者の主観面をダイレクトに問題とする点である。重要な役割による判断を原則としつつ、正犯性を否定する場合に主観説的思考を行うことが許されるのはなぜなのだろうか。

たしかに、裁判例においても正犯の意思を否定して従犯にすることがあるが、文字通り受け止めると、「自分は正犯でない」と考えていれば従犯になるということになる。これでは、かねてから批判され続けてきた主観説の考え方とあまり変わらないのではないか、という疑問が出てくる。

この問いに対し、亀井教授は、次のように回答している。亀井教授は、実行行為を行う従犯を認めた裁判例を分析し、それら裁判例の中では、たしかに正犯意思が否定されているが（表面上の主観説）、「事実経過を詳細に認定して、当該関係者が犯罪実現において果たした役割の大小、当該関係者が関与するに至った経緯等を詳しく認定したうえで、結論的に正犯意思を否定しているのである・・・したがって、判例が、当該関係者が正犯意思を有していたか否かによる、単純な主観説的判断をしているとはいえない。これらは、いずれも、純粋な主観的要素ばかりでなく、わが国の判例が主観説を採用しているわけではないと言うべきである」とする⁽²⁶⁾。

つまり、西原博士の見解も、亀井教授の見解も、重要な役割という基準によっ

⁽²⁶⁾ 亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別すること』128頁。

て正犯と共犯を区別するが、その判断には様々な要素が影響を与え、その結果として、重要な役割を果たしていたと認められる場合は正犯となり、そうでない場合は狭義の共犯となるのである。このように、重要な役割の判断中に、多様な要素を落とし込んで判断するやり方は、「自己の犯罪か否か」を多様な要素によって判断する実務の考え方と親和的である⁽²⁷⁾。

しかし、このような考え方は、1つの基準（たとえば「重要な役割」）に様々な要素を落とし込むことによって、それ自体の概念が非常に複雑化するという点を指摘しなければならない。つまり、重要な役割という基準の内容が、単に心理的・物理的因果性を問題とするのではなく、それ以外の要素も含んで判断されることになるので、たとえば、実行行為という犯罪実現に対して重要な役割を果たしていても、多様な要素を判断した結果、当該犯罪全体から見れば重要な役割ではないという結論がありうるのである。

とにかく細分化して分析すればよいという考え方には賛同できないが、あらゆる要素をひとつの基準に落とし込んで、単一化した、わかりやすい基準であるというのは、悪く言えば問題の本質を隠蔽するだけになってしまう。亀井教授もこのことを危惧して、「多様な事実を平板に羅列して総合判断をする・・・方式に止まるとすれば、この点には、賛同できない」とする⁽²⁸⁾。実際、先に挙げた横浜地裁の判断においてはかなり明確に重要な役割の位置づけを試みている。横浜地裁は、正犯性の認定について「一般に、2名以上の者について犯罪の共同正犯が成立するためには、犯罪を共同して遂行する意思を通じ合うこと（意思の連絡）に加えて、自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たすこと（正犯性）が必要である」としているものであり、このこと自体は、評価することができる。しかし、「共謀＝意思の連絡+正犯性」ということは、共謀の概念自体が明快な概念ではないことを示しているし、そこにいう「正犯性」もまた、多様な要素から判断される複雑な概念である以上、重要な役割という単一基準なのだから良いとは言えない。

また、重要な役割であることが正犯性を基礎づけ、そうでない場合に狭義の共犯となる理由も、明らかではない。従犯の規定は、「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。」となっているが、重要な役割を果たさなかったことが、何故「正犯の刑の減輕」を導くのか明らかではないのである。そこには、「刑事政策的に、また量刑の点から、全体的に評価して罪責の軽いものは、すでに共犯形式の段階で幫助犯とすべきだという考慮」があるからかもしれない⁽²⁹⁾。しかし、どのような理論によって「減輕」の効果が導かれたのかは、いずれにせよ不明である。実務と

(27) 文言の違いだけで、実質的にはほとんど変わらないとも言える。

(28) 亀井・前掲注 19『正犯と共犯を区別するという事』189頁。

(29) 西田・前掲注 15『刑法総論』353頁。

理論が架橋されるためには、この点も踏まえた検討が不可欠なのである。

2 重要な役割の体系的位置づけ

重要な役割の判断にあたり、多様な要素を総合判断するという考え方は、実務と親和的である反面、そもそも重要な役割が刑法体系において果たしている役割が不明なこと、その重要な役割を判断するための多様な要素も、刑法体系においてどのような役割を果たしているのか不明なことは、実務と理論の架橋の妨げとなってしまう。

この点について、西田博士の見解は、その基準からすれば、実質的客観説のうち、構成要件実現に対して、行為者の果たした役割を基準にして正犯性を基礎づける考え方であるが⁽³⁰⁾、その重要な役割の判断基準は、「実行に準ずるような」重要な役割としており⁽³¹⁾、それは「犯罪実現に対する事實的寄与度を基準とした客観的類型的判断」によって行われる⁽³²⁾。この判断においては、実務において用いられるような動機、利益の帰属、実現意欲の積極性などの主観面、あるいは正犯意思は考慮しない。

そうだとすると、西田博士の見解は、「事實的寄与度」という言葉を用いてはいるが、因果性の強度に段階的な区別を求め、これに基づいて正犯と共犯を区別する考え方に近いとも言えるのである⁽³³⁾。このように考えるなら、西田博士の考え方は、刑法体系における重要な役割の意義を説明することができよう。すなわち、この事實的寄与度が大きい場合は、犯罪結果に対し実行行為と同視できるほどに因果性が大きいということとなり、当該行為も正犯としての違法性を有することになる。一方、事實的寄与度が小さいのであれば、それは犯罪結果に対する因果性が小さいということになり、正犯よりも違法性の減少した、狭義の共犯となるのである。

このように考えるならば、西田博士の見解は、刑法体系上の正犯と共犯の区別について説明できることとなる。もっとも、西田博士の見解によれば、実務のように多様な要素を考慮に入れることができないので、実行行為を行う従犯が成立する余地はない。なぜなら、実行行為は、客観的に見て「重要な役割」と判断することができるからであり、実務において考慮される「主観的心情的要素は酌量

(30) 実質的客観説は、2つのモデルに分類されるという（亀井・前掲注19『正犯と共犯を区別するということ』94頁参照。）。西田博士の見解は、その基準だけを見ると「役割分担モデル」である。

(31) 西田・前掲注15『刑法総論』348頁以下参照。

(32) 西田・前掲注15『刑法総論』353頁。

(33) このような分類は、亀井教授による分類とは異なるものである。亀井・前掲注19『正犯と共犯を区別するということ』94頁参照。

減輕や量刑判断の資料として考慮すれば足り」るとする点で⁽³⁴⁾、実務とは親和的でないと言え、現に効力を有する法の記述とは言えない。

3 量刑論における区別

亀井教授の見解は、重要な役割が刑法体系上どのような意味を持つのか、なお不明であり、西田博士の見解は、刑法体系上の説明が可能ではあるが、実務の考え方とは相いれない部分があった。

この点につき、現に効力を有する法を記述するという観点から、正犯と共犯の区別について論じたのが、松澤教授の見解である。松澤教授の見解の特徴は、統一的正犯体系を柱とする点にある。松澤教授は、判例を分析したうえで、裁判官の思考を「統一的正犯体系への無意識的な進行」と読み取っている。そして、この「統一的正犯体系への進行」という表現は、「複数人が関与した犯罪現象においては、関与者は、その関与形態・程度に関わらず、同一の処罰根拠・要件に基づいて処罰される方向に進んでいる、という意味」であるとする⁽³⁵⁾。

このことは、法文上では「狭義の共犯と正犯の区別が、犯罪論のレベルで行われるように見えるが、実際には、狭義の共犯と正犯の法的性質は全く同じであり、狭義の共犯と正犯の区別は、量刑のレベルにおける区別を定めているに過ぎない」ことを意味する⁽³⁶⁾。つまり、上述したような「違法性の差などによる区別」ではなく、量刑の問題と位置づけてしまおうというのである。

実際、正犯と共犯の区別を行う際に用いられる多様な要素は、「共犯の量刑の際に考慮される事情とほぼ同一である」と言える⁽³⁷⁾。このことは、先に挙げた最近の裁判例の多くの事例において、量刑判断の中に「重要な役割」という言葉が入っていることから理解可能である。そのうえで、正犯と共犯の定義を、「重く処罰されるべき者が正犯、それ以外が共犯」だとするのである⁽³⁸⁾。

もっとも、筆者も指摘しているところであるが、統一的正犯体系に進行したら、すべて共同正犯になる、というわけではない。犯罪関与者が、同一の処罰根拠・要件に基づいて処罰されるだけで、正犯と共犯の区別が失われるわけではないのである。

この考え方は、正犯と共犯の区別論は量刑論の問題であると位置づけ、正犯と共犯の区別において「多様な要素」をそのまま区別基準として用いることのでき

(34) 西田・前掲注 15『刑法総論』353-4 頁。

(35) 松澤伸「共犯と正犯の区別について」『曾根武彦先生＝田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014 年）822-3 頁。

(36) 松澤・前掲注 35「共犯と正犯の区別について」823 頁。

(37) 松澤・前掲注 35「共犯と正犯の区別について」825 頁。

(38) 松澤・前掲注 35「共犯と正犯の区別について」826 頁。

る、実務に親和的で、かつ、刑法体系上の位置づけ問題も考慮に入れた、現に効力を有する法の記述ということができるであろう。

ただし、量刑の問題とすればすべて解決するかという点は、なお考慮する余地があるように思う。量刑判断は、あらゆる事案の、ことこまかな事情を拾い上げて行われるものであるから、ある程度の柔軟さは必要である。しかし、「量刑がもっぱら裁判所の裁量に委ねられることは、量刑に不均衡が生じ、平等原則に反する危険も招来しかねない。」との指摘があるように⁽³⁹⁾、何らかの量刑基準を探求する必要があるとし⁽⁴⁰⁾、この量刑的な差異はどこから生じるのかという問題も残っている。もし、量刑的差異が、違法性や責任の差によって生じているのだとしたら、犯罪論上の問題は残されたままということになる。

4 課題と試論

松澤教授の見解は、現に効力を有する法の記述として、妥当なものである。ただし、量刑論上の問題としても、なぜその差が生じるのかが明らかにされなければならないという課題が残されているのである。本稿では、正犯と共犯の差は、違法性や責任の差によって生じるという前提の下⁽⁴¹⁾、まずは、「共犯者間の地位」という要素について、試論を述べる。

「共犯者間の地位」を問題とする場面は、次の二通りの場面が考えられる。ひとつは、組織の黒幕が、その地位を利用して自らは実行行為に関与せず、配下の者に犯罪を行わせていたような場合である。このような場合、実行行為に関与していないという点で物理的な因果性はないが、その黒幕の「支配的な地位」が、強い心理的因果性を及ぼすことによって、正犯としての違法性を獲得することになる⁽⁴²⁾。

もうひとつの場面は、実行行為を行う従犯の場面である。この場面では、「共犯者間の地位」が、前面者の正犯性を否定する方向に働くが、それはなぜか、という問題がある。というのも、背後者の支配下に置かれ、意のままに行為をしてい

(39) 高橋則夫『刑法総論 第2版』（成文堂、2013年）532頁。

(40) 松澤教授も、「今後は、・・・『多様な要素』をそのまま区別基準として検討する、という方向へ研究を進めていくことができる」とする（松澤・前掲注35「共犯と正犯の区別について」828頁。）。

(41) この前提は、現に効力を有する法の記述ではない。筆者による価値判断である。「重く処罰されるべき者が正犯、それ以外が共犯」とする松澤教授の考え方はわかりやすい。では、なぜ正犯が重く処罰されるのか、それは、違法性や責任が重い（大きい）からと考えるのである。もちろん、一般予防、特別予防の側面も考慮するが、中心は、その人の（一般的な意味での）責任に応じた判断になろうと考えるからである。

(42) この点については、役割の重要性の問題に位置づけることもできる（西田・前掲注15『刑法総論』349頁参照。）

た前面者であるとはいえ、実行行為という、物理的な因果性の大きな行為をしてきたからである。この実行行為を行う従犯の説明は、責任の段階で差が生じるとする説明と、違法性の段階で差が生じるとする説明のふたつが考えられる。

まず、責任の段階で差が生じるとする説明は、「共犯者間の地位」を考慮した結果、背後者に支配されて、その他の行為に出る（つまり、犯罪に関与しないという選択をする）ことができない前面者を問題とする。この状況は、期待可能性論と似ているのである。そして、期待可能性がないことによる責任阻却ではなく、責任減少であるにとらえ、正犯よりも責任が軽いので従犯となると結論付けることになる（⁴³）。

次に、違法性の段階で差が生じるとする説明は、「共犯者間の地位」を考慮して、それぞれの共犯者を「自由な者」と「不自由な者」に分け、自由な者は、それだけ強く規範に拘束されるにもかかわらずそれを乗り越えたのだから、規範違反の程度は大きく、違法性の程度も大きい、反対に、不自由な者は、規範違反の程度が小さいので、違法性の程度も小さいというように、規範違反の程度を違法性の程度に反映させ、違法性に差を見出すのである。その結果、違法性の程度が大きな者は正犯、違法性の程度が小さな者は従犯となるのである（⁴⁴）。

以上のことは、あくまで試論にすぎない。今後は、正犯と共犯の区別が、刑法体系上の何によって区別されるのか、量刑論上の問題だとすれば、その量刑上の差は何によってもたらされるのかを踏まえた上で、多様な要素中の各要素の個別の検討が進められる必要がある（⁴⁵）。

V おわりに

学説において有力に主張される、「重要な役割」を基準とする考え方は、実務の考え方と親和的であると評価できる。実際、実務において正犯と共犯を区別するに当たり、重要な役割を問題とするものも散見される。

もっとも、そのような抽象的な規範に、すべて還元できるのかは疑問である。実際、西田博士は実務で考慮されている主観的事実を、「重要な役割」の判断から除外している。また、多様な要素から重要な役割を判断する見解については、そ

(43) 詳しくは、拙稿「期待可能性論と従犯について」愛媛大学法学会誌 39 巻 3=4 号 81 頁以下参照。

(44) 詳しくは、拙稿「正犯と共犯の区別に関する一試論」『曾根武彦先生＝田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014 年）835 頁以下参照。なお、この論文上では、正犯と共犯の区別は量刑上の差ではないとするが、仮に量刑上の差だとしても、量刑上の差が、違法性の差にあると考えるのであれば、同じく妥当する議論である。

(45) 松澤・前掲注 35「共犯と正犯の区別について」828 頁参照。

の重要な役割が、刑法体系（あるいは犯罪論）上のどこに位置づけられるのか、言いかえるなら、違法性、責任、あるいはそれ以外の要素のいずれによって正犯と共犯を区別するのかが不明確であることを指摘した。

結局、実務も、一部の学説も、ひとつの抽象的な規範に多くの要素を落とし込みすぎた結果、その概念が曖昧になってしまったのである。それゆえ、抽象的な規範によらず、多様な要素を量刑の段階で考慮する実務の思考方法を直接反映した見解は、現に効力を有する法の記述としてより妥当なのである。

問題は、その量刑上の差が、何によってもたらされるかであり、これが違法性・責任の差であるなら、いずれにせよ議論はふりだしに戻ってしまう。もっとも、このような理解を前提にして「多様な要素」をそれぞれ検討していけば、少なくとも「平板に羅列」した議論とはなくなる。

本稿においては、「共犯者間の地位」についての試論を述べたが、この問題は、純粹に理論上の問題であり、これまでの実務の判断に大きな影響を及ぼすものではない。それゆえ、本稿は、現に効力を有する法を記述するものでもなければ、政策的な提言を行うものでもない。しかし、ご理解いただきたいのは、このような理論的な説明をすることなしに、実務と理論の架橋はできないということである。ひとつ言えるのは、松澤教授によって示された視点から議論を行うことは、実務にとっても意味のあることではないだろうか、ということである。