

## 論 説

# 共謀概念の言語哲学的考察

小 島 秀 夫

### 【目次】

はじめに

#### I 言語の行為性

- 1 言語行為論
- 2 コミュニケーション的行為としての言語
- 3 身体的行為としての言語

#### II 語用論の意味に基づく共謀の意義

- 1 共謀の正犯性
- 2 「実行行為」の多義性
- 3 共謀と故意の相違
- 4 共謀の共犯性

おわりに

### はじめに

実定法の中でも、刑法は、哲学および法哲学と最も密接な関わりを有していると言われている<sup>1)</sup>。そこで哲学的考察方法に目を向けると、言語論的転回、すなわち、哲学をめぐる問題は言語に着目することで解決されるとする方法論への転回を経て、自然言語（日常言語）を対象とした言葉そのものもつ意味や、言葉の発話を通じて伝達される内容とその伝達のメカニズムに関心が寄せられている<sup>2)</sup>。こうした現状にもかかわらず、刑法学では、そのよ

うな意味論や語用論を基礎とした研究がわずかしか見られない<sup>3)</sup>。しかし、名誉毀損罪や詐欺罪などを思い浮かべれば明らかなように、発話そのものが実行行為と認定される犯罪は数多く考えられる以上、犯罪の成否を検討する際、言語哲学の議論にも目を向けることは有益ではないだろうか<sup>4)</sup>。

共謀共同正犯における共謀の意義を検討する上では、なおさら言語哲学的考察が求められると言えよう。共謀概念をめぐるのは、関与者の内心における意思の合致を指すとする主観的謀議説と客観的な謀議行為も含まれるとする客観的謀議説が、二者択一の形で示されてきた<sup>5)</sup>。また、共謀の意義を検討するアプローチは、判例分析の域を出ていないものが多い。確かに、スワット事件最高裁決定でも示されたように<sup>7)</sup>、意思連絡は常に明示的であるとは限らず、黙示的な場合も考えられ、その際には共謀者が明示的に依頼したり指示を下したりしないため、関与者の言語に着目する必要性は感じられないかもしれない。しかし、黙示的な意思連絡が認められる場合でも、共謀者は、法益侵害結果を直接発生させる直接行為者と日常会話を交わすなど発話しているのが一般的である<sup>8)</sup>。そうであるならば、言葉の意味や発話の機能といった観点から共謀概念を限定する道があり、主観的謀議説と客観的謀議説の対立にとどまる議論や判例分析だけでは、甚だ不十分ではないだろうか。近時の判例では、共謀と故意が意識的に区別されているように見受けられるが<sup>9)</sup>、共謀概念を共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題に分解するとしても<sup>10)</sup>、そもそも共謀の必要条件である合意とは何かを言語哲学的に論究しなければ、共謀の意義を理解することは困難である。むしろこうした論究によって、共謀共同正犯論における議論の錯綜が「実行行為」の多義性にあることが浮き彫りになるように思われる。

そこで本稿では、発話の機能が言語哲学においてどのように捉えられているのかを概観しながら、共謀共同正犯における共謀の本質に迫りたい。すでに別稿では、明示的な事前共謀について、それ自体が限定的に実行行為となりうる場合があることを主張したが<sup>11)</sup>、本稿では、現場共謀や黙示的な共謀も

含めた全ての共謀形態を検討対象とする。言語哲学における議論については、言語思想の伝統的な系譜を見ると、認識論的問題として捉える系譜と人間存在の特徴として捉える系譜があり、20世紀に入ると、前者の主流は分析哲学、後者の主流は解釈学（解釈学的現象学）として学派が形成される一方、戦後には、両者の重なり合う部分に位置づけられるポスト構造主義も誕生した<sup>12)</sup>。それぞれの学派に配慮すべく、以下では、J・L・オースティン、ユルゲン・ハーバーマス、ジュディス・バトラーによる言語の捉え方にスポットライトを当てる。それぞれの捉え方を踏まえた上で、共犯論における「実行行為」の使用規則を解き明かし、共同正犯における共謀として認められる要素を抽出したいと考えている。

## I 言語の行為性

### 1 言語行為論

言語分析に取り組んだオースティンによれば、言語の重要な評価基準を構築するのは、論理学よりもむしろ日常言語である。すでに後期のヴィットゲンシュタインは、私たちが日常生活の中で実際に言語を使用している方法こそが意味の問題にとって決定的に重要であり、言語のさまざまな使用方法を言語ゲーム（Sprachspiele）と称していたが<sup>13)</sup>、オースティンは言語ゲームの概念と関連させながら、言語を理論的に純化できる理想的なものを見ていたフレーゲやラッセルとは異なり<sup>14)</sup>、日常的な言葉の使われ方に着目した発話行為の類型化を試みた<sup>15)</sup>。

当初オースティンは、陳述文としてひとまとめに扱われてきた発話の機能を事実確認的（constative）機能と遂行的（performative）機能の2種類に分類した。例えば、「Xは明日行くことを約束した」という発話は、真か偽のどちらかであることを確認できるため、事実確認的機能を有する。これに対して、「Xは明日行くことを約束する」という発話は、内面的で精神的な行為の記述にとどまるものではなく、真理値を用いることも容易ではない。

そのような発言は、当該行為を実際に行うことに他ならない遂行的機能を有しており、行為そのものである。さらに、遂行的機能を有する発話には、<sup>16)</sup>「Xは明日行くことを約束する」と述べるように何の行為が遂行されているのかが明示的な遂行的発話もあれば、それが必ずしも明らかではない黙示的な遂行的発話も考えられる。例えば、XがYに対して「明日行く」と述べた場合、XはYに告知しているだけでなく、発話の状況次第では、約束していることも想定されよう。オースティンは、言語の進化という歴史的観点から、明示的な遂行的発話よりも黙示的な遂行的発話の方が先に存在していたとして、後者を原初的な遂行的 (primary performative) 発話であると評している。<sup>17)</sup>

そもそも、「明日行く」という発話は、単なる事実確認にとどまる場合もありうる。そうであれば、同じ1つの文であっても、発話の状況次第では、<sup>18)</sup>事実確認的機能としても遂行的機能としても使用されうると言えよう。そこでオースティンは、全ての発話が行為としての性格を有していると主張するに至った。その上で、新たな体系ないし分類化を探究し、成果として得られたのが言語行為論 (speech akt theory) である。

言語行為論によれば、<sup>19)</sup>発話は3つの異なる行為に区別される。第1は、発話行為 (locutionary act) である。これは、何かを言う行為そのものであり、一定の意味をもつ言葉や音声を伴う発話それ自体を指す。第2は、発話内行為 (illocutionary act) である。これは、何かを言いつつ行っている別の行為の遂行を指す。第3は、発話媒介行為 (perlocutionary act) である。これは、発話行為もしくは発話内行為の遂行による効果を含む行為である。具体例を挙げると、XがYに対して「Aを今すぐ処分する必要がある」と発言し、その数時間後にYがAを殺害した場合、Xがそのように発言することそのものは、発話行為である。もっともXは、Aを今すぐ処分する必要があるという事実を単に確認しているだけでなく、発話の状況次第では、Yに対してAを殺害するよう依頼したり、教唆や促進、命令したりするといっ

た発話内行為を遂行している。こうした発話内行為に基づいてYがAを殺害する行為に出れば、その殺害行為はXの発話媒介行為として捉えられよう。

オースティンは、言語行為のこうした三層構造のうち発話内行為に注目し、言語が機能するさまざまなタイプについての理論を発話内の力 (illocutionary forces) と称した。発話内の力は、以下の5つに分類される<sup>20)</sup>。第1は、判定宣告型 (Verdictives) であり、陪審員の判断のように、さまざまな理由に基づいて何らかの判定を伝える機能である。第2は、権限行使型 (Exercitives) であり、命令や任命のように、力や権限を行使する機能である。第3は、行為拘束型 (Commissives) であり、約束や意図のように、話し手を一定の行動へ義務づける機能である。第4は、態度表明型 (Behabitives) であり、謝罪や感謝のように、他者に対する態度やその表明に関する機能である。第5は、言明解説型 (Expositives) であり、断言したり答えたりするように、立場や言葉の用法を説明してコミュニケーションを明確にする機能である。

もっとも、こうした5つの分類は、オースティン自身も認めるように必ずしも明確に区別されるものではない。例えば、XがYに対して「Aを今すぐ処分することを許可する」という発言は、XがYに対して権力を行使する機能 (権限行使型) を有しているにとどまらず、行為の結果に関してXを拘束する機能 (行為拘束型) も兼ね備えている。発話行為の類型化には課題が残されているものの<sup>21)</sup>、オースティンは、法律家が捉える「行為」の多くについて、身体運動に過ぎないものではなく、遂行的発話そのものか、または遂行的発話を部分として含み、慣習的ないし儀式的な性格を有するものである、と注意喚起している<sup>22)</sup>。

## 2 コミュニケーション的行為としての言語

ハーバーマスは、人間存在の特徴を解釈学的な潜在力、すなわちコミュニ

ケーション能力 (kommunikative Kompetenz) に見出し、オースティンの言語行為論を捉え直したコミュニケーション的行為論 (Theorie des kommunikativen Handelns) を提唱している。コミュニケーション的行為とは、発話行為をすることができる少なくとも2人以上の主体が、行為の状況について了解ないし合意を求めるものである。解釈の中心概念は、合意できる状況の規定の取り扱い方に関係しており、こうした行為モデルでは、言語が何よりも重要となる。<sup>23)</sup> 言語は、叙述のみならずコミュニケーションにも用いられ、言語による表明自体、人間相互の関係を創り出す行為の一形態に他ならない、と主張している。<sup>24)</sup>

ハーバーマスによれば、言語使用の機能は、非コミュニケーション、了解指向、合意指向、結果指向の4つに大別される。まず、言語の非コミュニケーション的な使用とは、頭の中で事態を純粹に記述したり行為計画を作り上げたりする目的で言語を使用する行為である。こうした言語使用は、発話内行為ではない。というのも、話し手は、受け手の了解や合意を得る目的で主張しておらず、自分が考慮していることや真と考えていることを誰かにわからせるにとどまっているからである。したがって、話しかける相手の存在も常に必要とされるわけではない。ハーバーマスは、複数の当事者がそれぞれの行為計画を達成しようとする過程で他者の予測される行為に準拠することを社会的行為と定義しているが、相互主観的承認を目指さない言語の非コミュニケーション的な使用を非社会的行為と捉えている。<sup>25)</sup>

発話内行為である言語のコミュニケーション的な使用として認められるためには、少なくとも次のような条件が充たされなければならない。それは、話し手と受け手が共通の言語を用いること、両者にとって検証可能な発話状況であること、相互主観的に共有された背景の了解があること、受け手が話し手の発言を肯定したり否定したりする自由を享受していることである。すなわち、話し手は、自分が発言した内容を受け手が妥当なものとして受け入れることを願っており、受け手は、そのような妥当請求を自由に承認したり

否定したりできる、といった状況がコミュニケーション的行為の前提とされ<sup>26)</sup>る。

以上の条件を充たすコミュニケーション的行為は、弱いコミュニケーション的行為と強いコミュニケーション的行為の2種類に区別されうる。弱いコミュニケーション的行為とは、単なる命令や意図の表明など、規範的な枠組みに組み込まれない意思の表明であり、言語を了解指向的に使用する行為である。ハーバーマスが意味する「了解」は、話し手による妥当請求を受け手が承認する際、話し手側の理由と無関係に、受け手本人の選好に照らして、話し手が表明している意図を行うだけの十分な理由があると受け取られる場合に認められる。これに対して、強いコミュニケーション的行為とは、約束や宣言といった完全な発話内行為であり、言語を合意指向的に使用する行為である。ハーバーマスによれば、「合意」として認められるためには、対話の参加者による妥当請求が同一の理由から承認されなければならない。その際、妥当請求は明示的に掲げられる必要はなく、黙示的でも構わない。いずれにせよ「合意」の特徴としては、対話の参加者が、共通の規範もしくは価値に依拠し、相互に義務を負うことが指摘されている<sup>27)</sup>。

最後に、言語の結果指向的な使用とは、発話行為ないし発話内行為の効果を生じさせる発話媒介行為である。ハーバーマスは、発話媒介的效果を3つのタイプに分けている。第1は、命令が実行されたり約束が守られたりするように、文法の規則に従って発話媒介効果が生じるタイプである。第2は、ある発話行為の結果が偶発的にもたらされる、すなわち文法の規則に従うことなく発話行為の効果が生じるタイプである。例えば、「交際しなければ、家に火をつけるぞ」という発言は、ある条件を前提にして否定的な懲罰を宣言する発話内行為であるが、強要としての意味を獲得して交際に成功することで、宣言としての発話内的意味を背後に退かせる発話媒介行為である。もっとも、第1のタイプとは異なり、発話の状況次第では、受け手を喜ばせる効果をもたらすこともある。具体的には、当事者双方が交際を望んでお

り、話し手が告白する際に冗談交じりでそのような発言をした場合、受け手は強要として捉えず、むしろ発言の内容を好意的に受け取るであろう。第3は、受け手本人に気づかれない形で発話媒介効果が生じるタイプである。いずれのタイプであれ、発話媒介行為は、社会的行為に属するものの、ハーバーマスのよればコミュニケーション的行為ではない。というのも、発話媒介行為では、対話に参加する当事者たちが、相互の影響力を行使することによってすでに行為を調整しており、合意を目指す力としてのコミュニケーション的合理性が体现されないからである<sup>28)</sup>。

ハーバーマスの提唱するコミュニケーション的行為論とオースティンの言語行為論を比較すると、発話内行為はさらに、弱いコミュニケーション的行為と強いコミュニケーション的行為に区別されうるとするハーバーマスの主張に留意すべきだろう。また、ハーバーマスは、発話媒介行為を戦略的行為と称して、戦略的行為においては当事者が相互に観察し合い、自己の行為計画の利害に従って相手に影響力を行使すると指摘している。こうした点も、本稿の検討対象との関係において特筆すべき主張内容であろう。

### 3 身体的行為としての言語

アメリカの哲学者バトラーは、フェミニズム理論、ジェンダー論、クイア理論、精神分析学、政治哲学といった分野において顕著な功績を収めているが、バトラーによる分析の中心には、言語と身体の関係が据えられている。その契機として批判的に考察されているのが、先に述べたオースティンの遂行的発話である。

オースティンは、遂行的発話が「行為を遂行している」(performing actions)と捉えられる以上、まさに行為と呼ぶにはふさわしくないもの(unsatisfactoriness)があると指摘していた。例えば、強制の下で行われたり、偶発的に行われたり、さまざまな錯誤によってなされたり、意図的でない仕方で行われたりする場合、「その行為がなされた」とか「誰それがそれをやっ



た」とは単純に言い難い。それゆえ、そうした行為は、情状酌量的な状況としたり、あるいは行為者の責任を減輕または免除したりすることで、一般的には例外に位置づけられている。また、発話は、舞台上で役者によって発言されたり、独り言で発せられたりした場合、独特の仕方であらうだけのものとなったり、空虚なものとなったりする。このように、発話は特別な状況において様相を大きく変えるが、オースティンは、こうしたものを遂行的発話の考察対象外とし、遂行的発話はあくまで日常の状況で発せられたものと解されなければならない、と主張していた<sup>29)</sup>。

これに対してバトラーは、発話が主体によってコントロールしえない性質を有する以上、強制された行為や意図的でない行為なども遂行的発話の対象として捉えている。むしろバトラーも、発話が行為であることに異論は示していない。私たちは言語を使って何かを遂行し、言語を使って何かの効果を生み出しているが、そもそも言語それ自体、私たちが遂行する事柄であり、人間であるがゆえに遂行する行動に付けられた名称だからである<sup>30)</sup>。

もっとも、そのような「行為」は、瞬時の出来事ではなく、時間の地平をもつ繋がりであり、過去・現在・未来といった歴史性のゆえに発話が「行為」となり、社会的意味が付与される<sup>31)</sup>。ここでバトラーは、L. アルチュセールによる「呼びかけ」の構造と関連づけて説明している<sup>32)</sup>。例えば、警官が通行人に「こら、そこのおまえ」と誰何する場合、誰何されたのは自分だと思ってそれに応えようと周りを見まわす者（ほとんど全ての者）は、その呼びかけの前には存在しない。こうした警官の行為は、反復される慣習の力によって誰何を行うことができる。すなわち、「誰何」という慣習を引用して初めて、そのような行為が機能する。また、警官が意図していた人は振り向かず、別の通行人が振り向いたりすることを考慮すると、発話の主体が言葉の意味を最終的にコントロールすることは不可能である。それゆえ、発話の創始者は発話者ではなく、それ以前になされた発話の行為遂行的な作用を通じて、言語の中に生み出される。このように考えると、発話者に発話の責

任を問うことができないように思われるかもしれないが、バトラーによれば、発話者の責任は、無から新たに言葉を作った点ではなく、言語使用の慣行を使用した点に求められる<sup>33)</sup>。

また、発話行為の力は、発話者の統治性から引き出されるものではなく、身体と関係するものである、とバトラーは主張する。ショシャナ・フェルマンは、発話と身体が完全に一致する関係にはないものの、分離することもできない関係にあると指摘しているが<sup>34)</sup>、このことは脅迫を想起すれば明らかである。脅迫は発話行為であり、将来行為すると宣言するだけでなく、次なる力を予言し、しかもそれを起動させる力を言葉の中に刻み込む。脅迫行為それ自体が身体行為であって、その身振りの中に、来るべき行為の輪郭を形作っているのである。こうしてみると、発話行為の意味や効果が当初意図されていた意味や効果を超えたり、現在の文脈が発話時の文脈と異なったりするのであって、そうであれば言語行為は、意図的な行為としての側面を有すると共に、意図的でない身体的行為としての側面も有すると言えよう<sup>35)</sup>。

さらにバトラーは、言語がコミュニケーション的ないし合意指向的的目的のみに資するわけではないとして、ハーバーマスのコミュニケーション的行為論にも懐疑的な見方を示している。合意という理念が意味を持ちうるのは、唯一、問題の言葉が、合意によって確定された意味に従う場合のみである。その際、ハーバーマスによれば、合意を得るには全ての参加者が同一の発言に同一の意味を付与する相互理解がなければならないとされている。しかし、言葉は多義的であるため、決して一度で意味を確定することはできない。実際発言が多義的であることは、その発言が必ずしも同じような意味を持たないということであり、その意味が場面に応じて異なることも想定されうる。もっとも、このように考えるとしても、私たちは意味していないことを語ったり、言葉の中で行くと主張していることを行わなかったりすることを指摘しているわけではない。発話と意味の間には連続性がないのであって、むしろ不連続性こそ、行為遂行性を新しく考え直すための条件となる。

発話の行為遂行性は、言語の慣習や構造の中で歴史的に蓄積されてきた意味の反復（再意味づけ）ないし再文脈化によって獲得され、発話の答責性もそうした過去ないし将来に対するものとして捉えられうる。<sup>37)</sup>

以上のように、バトラーは、合意を指向し、非暴力の余地を切り開くコミュニケーションの手段として理解されてきた言語の伝統的な捉え方に疑問を呈し、発話には基本的に暴力的ないし侵害的な性質が見られることを主張している。このような行為遂行性は、意図が発話行為を取り仕切るのに成功したからではなく、その行為がそれに先立つ行為を反響させ、先行する権威とも言うべき言語的慣習を反復したり引用したりすることによって発話者の中に蓄積されるのである、と強調している。<sup>38)</sup>

## Ⅱ 語用論的意味に基づく共謀の意義

### 1 共謀の正犯性

言語哲学における以上の議論を概観すると、それぞれ立場の違いはあるものの、1つの共通点が浮かび上がってくる。それは、いずれも発話内行為を認めている点である。すなわち、発話行為には、何かを言う行為にとどまらず、別の何らかの行為を遂行する性質が内在している。そのような性質を刑法学の議論に取り込むならば、構成要件要素としての実行行為を意味の核心に属する外部的行為に限定し、遂行された行為を記述的意味で捉えて実行の着手時期を判断する修正された形式的客観説や、記述的意味の範囲内で正犯性を判断する形式的客観説は、<sup>39)</sup>発話内行為の具体的危険性を十分に捉えることができないため、適切ではないだろう。<sup>40)</sup>

発話内行為の具体的危険性を考慮すると、発話を伴う共謀それ自体、刑法上の構成要件に該当する行為そのものとして限定的に認められ、<sup>41)</sup>明示的な遂行的発話よりも黙示的な遂行的発話の方が古い歴史を有するとのオースティンの指摘を振り返れば、黙示の共謀も刑法上の構成要件に該当する行為そのものとして極めて限定的に認められる余地があると言えよう。こうした捉え

方は、刑法学における近年の行為概念をめぐる議論からも受け入れられるのではないだろうか。

例えば、キントホイザーは、刑法上重要な行為とは、構成要件の実現に関わる回避可能な行動であると主張している<sup>42)</sup>。犯罪行為は、コミュニケーション的に解釈すると意思表示、すなわち規範への異議に他ならない<sup>43)</sup>。このような理解の背景には、キントホイザーが犯罪行為を1つの言語行為として捉えていることが挙げられよう<sup>44)</sup>。ディスクルス理論を批判するエングレンダーも、ディスクルス理論における行為論の基礎がコミュニケーション的行為論にあり、コミュニケーション的行為モデルが言語行為論によって根拠づけられていることを指摘している<sup>45)</sup>。実際キントホイザーは、言語行為のプロトタイプである約束が、ドイツでは原則可罰的とされる不能未遂と同程度の不法であることを示している<sup>46)</sup>。

また、バヴリックは、行為について、人格性を表す性質を有していることから、コミュニケーション的出来事であると同時に社会的出来事でもあると述べている<sup>47)</sup>。このような捉え方は、遅くとも私的言語に反対するヴィットゲンシュタイン以降、言語行為の特殊なケースとして周知されている。私たちは音声記号や文字をどのように利用し、いかなる方法でそれらを結びつけるかを自由に決定しうるが、そうした記号の意味や結びつきの多くは、私たちが幼い頃から従ってきた社会での実践によってあらかじめ決定されており、そうしたことを踏まえて行為を捉えようとしている<sup>48)</sup>。

バヴリックの主張は、語用論を念頭に置く必要があることを示唆するものであろう。語用論 (Pragmatik) という用語自体は、記号学者であり哲学者でもあるモリスによって初めて登場したものであるが、その内容は、言語ゲームを唱えていた後期のヴィットゲンシュタインによってすでに展開されていたことがうかがえる<sup>50)</sup>。語用論とは、コンテキスト (文脈) を考慮に入れて言語の使用を研究する分野であり<sup>51)</sup>、発話の場面やその前後関係、話し手と聞き手が共有する知識、社会や文化などをコンテキストの中身に置きなが

ら、実際に使用された言葉の意味を考察する方法論である。発話の行為遂行性は言語の慣習に基づく意味の反復（再意味づけ）や再文脈化によって獲得される、と述べていたバトラーも、語用論を基礎としていると評価されよう。私見によれば、発話の語用論的意味を検討する意義は、共謀それ自身が刑法上の構成要件に該当する行為であることを明らかにするにとどまらず、正犯性の有無を判断しうる点にも見出せるように思われる。

これまでの拙稿では、結果を直接惹起する直接行為に向けた共謀行為の推進力が、正犯性を有する実行行為として認められる根拠であることを示した<sup>52)</sup>。これは、ハーバーマスが分類する強いコミュニケーション的行為に該当することを意味している<sup>53)</sup>。すなわち、共謀にのみ関与した者が合意指向的に発話していることが認められなければならない。ハーバーマスは、合意の特徴として、対話の参加者が共通の規範もしくは価値に依拠し、相互に義務を負う点を挙げていた。また、法律学における意思表示については、言語行為論の観点から分析すると約束としての一面が見られ、法律効果の実現に向けて自らを拘束すると共に他者にも同じ内容を要求する機能を有しているとの指摘が見られる<sup>54)</sup>。これらの主張を踏まえると、共謀者と直接行為者の間で交わされる発話の場面や前後関係から、共謀が法益侵害結果の惹起に向けて相互に拘束する意味を有する場合には、共謀の段階で、法益侵害結果に対する強い志向力ないし推進力が認められよう。そのような共謀については、正犯性を有することになると考えられる。

## 2 「実行行為」の多義性

共謀それ自身が刑法上の構成要件に該当する行為であり、正犯性を有する場合がありますとしても、共謀に参加した時点で直ちに未遂犯が成立するわけではない。その点を明らかにするためには、「実行行為」の語用論的意味を整理し、共犯論のコンテキストにおける「実行行為」の使用規則を理解する必要があるように思われる。

一般に「実行行為」という言葉は多義的である。第1に、実行行為は、形式的に「構成要件に該当する行為」という意味で使用されている。この意味の下では、予備行為も予備罪の構成要件に該当することから、予備罪の実行行為と表現することも論理的には可能であろう。第2に、実行行為は、未遂犯論のコンテクストにおいて「未遂行為」という意味で使用されている。43条によれば、未遂犯が成立するためには実行の着手が不可欠の要件とされており、実行行為は未遂犯の処罰根拠である。したがって、この意味の下では、予備行為は実行行為ではない。第3に、実行行為は、共犯論のコンテクストにおいて「正犯行為」という意味で一般的に使用されている。60条の趣旨は、一部実行全部責任の法理を是認し、実行行為の全部を1人で完遂しない場合でも、各関与者が協力しながら実行行為の一部を分担して犯罪を実現すれば、関与者全員に正犯としての（全部の）責任を問うことができる点に置かれている。その際、実行行為が正犯行為として評価されることは言うまでもない。そうであるならば、ここでの「実行行為」は、第1や第2の意味における実行行為とは異なる意味で使用されているのではないだろうか。<sup>55)</sup>

こうした「実行行為」の多義性にもかかわらず、共同正犯に関する従来の議論においては、「実行行為」の意味に特段の注意を払っていなかったように思われる。その好例として、次のような主張を挙げることができよう。すなわち、実行の着手論によって、実行行為よりも未遂の成立が前倒しされるのは、刑法規範が決定的に乗り越えられたと評価できる範囲にまで刑法の介入を拡張しているからである。そうであるならば、実行共同正犯の成立範囲においても、刑法規範への決定的乗り越えを共同していると評価できる範囲に前倒しすることが許されるはずであり、実行行為に対する必要不可欠ないし実行行為との不可分一体性が認められれば、実行共同正犯が成立する。<sup>56)</sup>

しかし、実行の着手論と連動する形で実行共同正犯が画されるとの理解は適切ではない。というのも、共犯論における「実行行為」と未遂犯論における「実行行為」は、「実行行為」の使用規則が異なるため、当該関与行為が

正犯行為として認められるかどうかは、未遂行為として認められるかどうかとは異なる基準で検討すべき問題だからである。

そのことは、共謀共同正犯を例に挙げれば一層明らかになるだろう。共謀にのみ参加した者の罪責をめぐっては、何よりも共謀それ自体が正犯行為として評価されうるかが問われているのであって、共謀の時点で未遂犯が成立するかが問われているわけではない。共謀それ自体が正犯行為として評価される場合でも、結果無価値としての客観的危険事態が認められる時点、すなわち、直接行為が遂行される時点まで未遂犯は成立しない。このように考えると、正犯性の有無は、未遂犯の成否よりも前段階で判断されうるものであると言えよう。したがって、60条における「実行」は、43条における未遂犯の「実行」と同義ではないと解すべきである。

従来、共謀共同正犯については、実行共同正犯と対比する形で議論されてきた。しかし、未遂犯論のコンテキストにおける「実行行為」と共犯論のコンテキストにおける「実行行為」の意味内容（使用規則）が異なっているにもかかわらず、その点を明らかにしないまま、「共謀行為が実行行為と評価できるか」という問題の立て方をした場合、議論がかみ合わないばかりか、共同正犯の肥大化も招きかねない。共犯論、とりわけ共同正犯論においては「正犯行為」という言語表現を使用し、「共謀行為が正犯行為と評価できるか」という観点から議論すべきであろう。

### 3 共謀と故意の相違

ところで、私見に対しては、共謀と故意の関係も問われることになるだろう。というのも、私見によれば、正犯性の判断基準は、関与行為に内在する構成要件の故意である。<sup>57)</sup> そうであるとする、共謀それ自体が正犯行為として認められる場合には、正犯行為に故意が内在しているため、共謀と故意、ひいては意思連絡と故意が同義なのではないかとの疑問が向けられうるからである。<sup>58)</sup>

確かに、共謀それ自体が正犯行為として認められる場合には、共謀と故意が重なり合う。しかし、共謀は故意と同義ではない。共謀の内容は、主に行為計画であるのに対し、故意の内容は、法益侵害結果の惹起を志向する具体的な行為であり、故意の内容によって正犯性の有無が決められる。それゆえ、共謀と故意は、その認定も異なる。共謀の認定においては、発話の語用論的意味が決定的に重要となるため、過去のコミュニケーションにおいてどのような言語使用の慣習があったのか、関与者間における発話のコンテキストを明らかにし、行為計画について拘束力を有するほどの相互主観的な承認の存在が立証されなければならない。これに対して、故意の認定においては、法益侵害結果の惹起を志向する具体的な行為について関与者が認識していたことを立証しなければならない。そのような認識が認められない場合には、狭義の共犯としての故意が認められうるかが問われることになろう。

近年の判例も、共謀と故意の問題を区別して検討しているように見受けられる。例えば、営利目的での覚せい剤輸入が問題となった最決平25・4・16刑集67巻4号549頁の事案では、裁判員の参加する合議体で審理された第1審判決において、被告人が公判廷で「メキシコにおいて、犯罪組織関係者に脅され、日本に行って貨物を受け取るように指示された際、貨物の中身は覚せい剤かもしれないと思った」旨供述していることから覚せい剤輸入の故意が認められた一方、被告人と共犯者の意思の連絡を推認させる点は見当たらず、両者が共同して覚せい剤を輸入するという意思を通じ合っていたことが常識に照らして間違いないとはいえないことから共謀は認められないとして、被告人を無罪とした<sup>60)</sup>。しかし、控訴審判決では、覚せい剤輸入についての暗黙の了解があったことを裏付ける客観的事情等を適切に考察することなく共謀の成立を否定したのは経験則に照らして不合理であるとして第1審判決を破棄し、有罪判決を下した<sup>61)</sup>。最高裁もこの結論を支持して上告を棄却しているが、その際、最高裁は「覚せい剤輸入についての暗黙の了解があったことを裏付けるような両者の信頼関係に係る事情がみられる」と指摘してい



る。当該事案では、第1審判決から一貫して共謀と故意が区別されている。その上で、共謀の有無を判断する際、最高裁が「暗黙の了解があったことを裏付けるような両者の信頼関係に係る事情」に着目したのは、被告人と犯罪組織関係者との発話のコンテクストが何よりも重要な基準となることを示唆するものであろう。

また、宅配便で現金を受け取るタイプの特殊詐欺において、名宛人になりすまして荷物を受け取る行為が問題となった最判平30・12・11刑集72巻6号672頁の事案では、詐欺の故意を推認させる事実について、最高裁が次のような内容を挙げている。すなわち、被告人がGの指示を受けてマンションの空室に赴き、そこに配達される荷物を名宛人になりすまして受け取り、回収役に渡すなどして受領行為を多数回繰り返し、1回につき約1万円の報酬等を受け取っており、被告人自身、犯罪行為に加担していると認識していたことを自認している。また、宅配便を利用して空室に送付させる詐欺の手口と被告人が認識していた直接財物を受け取るなどの手口は、多数の者が役割分担する中で他人になりすまして財物を受け取るという行為を担当する点で共通している。さらに、被告人は、荷物の中身が拳銃や薬物であることを確認したわけでもなく、詐欺の可能性があると認識が排除されたことをうかがわせる事情は見当たらない。こうした事実を認定した上で、「被告人は、自己の行為が詐欺に当たるかもしれないと認識しながら荷物を受領したと認められ、詐欺の故意に欠けることなく、共犯者らとの共謀も認められる」とした。<sup>62)</sup>当該事案における最高裁は、共謀と故意を概念的に区別しつつ、両者を一括して認めたことがうかがえる。<sup>63)</sup>

この点、学説からは、共謀を犯罪実行についての合意と捉えてその対象を実行行為とし、とりわけ詐欺罪においては、実行行為の一部を担当するだけで実行共同正犯が成立することとのバランスを考慮して、欺罔行為のみあるいは受領行為のみが合意の対象になっている場合でも、当該合意を形成した者に詐欺罪の共謀共同正犯を認めてよいとの見解が提出されている。<sup>65)</sup>しか

し、ハーバーマスも主張しているように、合意は強いコミュニケーション的行為であり、直接行為者の行為に該当する発話媒介行為は、行為計画に基づいた結果指向の表れである。<sup>66)</sup> そうであるならば、直接行為の一部のみ合意を形成しても、直接行為全体について合意形成がなされていない以上、共謀行為は正犯行為として評価されるべきではない。合意の対象は、最終的な法益侵害結果を含めた犯行計画の全体であると解すべきであろう。

また、特殊詐欺事案における受け子の共謀と故意については、先にも述べたように、判例において「詐欺の故意に欠けるところはなく、共犯者らとの共謀も認められる」といった形で両者が一括して認められる傾向がある。<sup>67)</sup> しかし、共謀は相互主観的な承認であるため、本来であれば首謀者（かけ子）側との詳細なやりとりや首謀者側の認識についても立ち入った判断を行う必要があるのではないだろうか。<sup>68)</sup> 首謀者が特定できないという事情があるとしても、共謀の認定を安易に緩めてはならない。共謀の認定は故意と区別した上で、<sup>69)</sup> 発話のコンテキストに基づく相互主観的な承認の存在が立証できない場合には、共謀の存在を認めるべきではないだろう。<sup>70)</sup>

#### 4 共謀の共犯性

共謀と故意が異なることは、共謀の共犯性という性質からも裏付けられる。本来、共謀は共犯性ないし共同性のメルクマールであり、それが法益侵害結果の惹起に向けて相互に拘束する意味を有する場合に限り正犯性も認められる、と解するのが適切であろう。

ハースは、共同正犯論が中世における共謀理論から発展したことを指摘した上で、<sup>71)</sup> 行為の取り決め (Tatverabredung) ないし合意 (Tatvereinbarung) について、次のように述べている。すなわち、そのような取り決めや合意は、ドイツ刑法典25条2項に直接規定されていないものの、特別な形で関与者相互に行為を帰属する共同正犯の客観的要件である。いわば契約に匹敵するような合意こそ、関与者の全体的な意思を構成し、犯罪集団 (so-

cietas delinquendi) の名で行為寄与をもたらす権限が各共同正犯者に付与される。それゆえ、合意 (Einigung) は、明示的もしくは断定的な取り決めの中にのみ認められ、一味との単なる関係があれば直ちに認められるというものではない。<sup>72)</sup>これに対して、故意は共同正犯の主観的要件であり、第1に共同正犯の取り決めや合意と関連し、<sup>73)</sup>第2に他の関与者が合意に基づいて行為寄与をなすことと関連する。ハースは、共同性の根拠を合意に求め、<sup>74)</sup>共謀を共同正犯の客観的要件と捉える一方、<sup>75)</sup>故意をその主観的要件と捉えている。

また、レンツィコフスキーも、共同正犯において重要なのは、行為寄与者側の双方向的な契約類似の約束、すなわち相互的に他人に貢献しあう約束であって、<sup>76)</sup>そこから共同のものが生じると主張している。共謀は、協力者間において協力を期待することによって相互的に教唆しあって力づけること、そして、共謀者の協働が少なくとも行為の場所にその者がいる形で行われることによって特徴づけられる。この点に鑑みると、犯罪集団は、特に危険であるとみなされよう。というのも、協力しあう犯罪者たちは被害者よりも優位的な立場にあり、被害者の抵抗が制約されるからである。<sup>77)</sup>

共謀の共犯性は、今日主張されている共同意思主体説にも見られよう。共同意思主体説は、もともと共謀共同正犯を肯定する60条の解釈論として生み出されたものであるが、<sup>78)</sup>今日では、共同意思主体の内部で狭義の共犯が成立する余地が残されている。例えば、共同意思主体説を精緻化した下村康正によれば、共謀とは、数人相互の間に共同犯行の認識があること、すなわち、相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという行為者間の対等関係における意思連絡をいい、単に他人の犯行を認識しているだけでは共謀者とならない。もっとも、意思の連絡という用語を広く用いるならば、教唆犯や幫助犯も含めて広く共犯一般に必要な要件と解されるため、<sup>79)</sup>正犯と狭義の共犯は重要な役割の有無によって区別される、と主張している。また、西原春夫も、共同意思主体活動へどのように寄与するかによって、共同正

犯、教唆犯、幫助犯のいずれの責任を負うかを判断している。すなわち、単なる謀議参加者は教唆犯、幫助犯にとどまることがあり、それを超える謀議参加者の情報探知や連絡等の行為も幫助犯となる場合があると述べている<sup>80)</sup>。さらに、曲田統も、狭義の共同意思主体と広義の共同意思主体を区別した上で、前者は共同正犯の成立を基礎づける主観的要件であるのに対して、後者は共同正犯を含めた共犯の成立を一般的に基礎づける主観的要件である、と主張している<sup>81)</sup>。こうした主張は、共謀を共犯性、すなわち正犯と広義の共犯の区別基準として捉えていることの表れであると言えよう。

共同意思主体説が個人責任の原理から受け入れ難い論拠であるとしても、そもそも共謀が広義の共犯に共通する共犯性ないし共同性を有している点は、すでに広く受け入れられているように思われる。複数の者が教唆を行うことについて共謀し、そのうちの1人が現実に教唆行為を行った場合は共謀共同教唆になり、複数の者が幫助を共謀し、そのうちの1人が幫助行為を行った場合であれば共謀共同幫助になると指摘されている<sup>82)</sup>。詳細は別稿に委ねざるを得ないが、いわゆる間接教唆や間接幫助は、共同教唆や共同幫助として限定的に処罰対象になるのではないだろうか。その際、共同性については、例えば正犯を直接幫助する行為と同程度の法益侵害に対する具体的な危険性があれば直ちに認められる、というものではない。単なる冗談話にとどまらず、正犯が実現される具体的な状況やその点に関する行為計画等を正確に認識した上で、正犯を幫助することについて、拘束力を有するほどの相互主観的な承認が存在しているかどうかが決定的に重要な基準となるだろう。

ともあれ、以上のように考察すると、共謀それ自体は共同正犯に特有のものではなく、教唆犯や幫助犯においても見られるものであり、故意の内容によって共同正犯、教唆犯、幫助犯が区別されうると解されよう。

## おわりに

本稿では、共謀共同正犯における共謀を言語哲学的に考察し、次のような

結論を得るに至った。第1に、共謀それ自体、刑法上の構成要件に該当する行為そのものとして認められうる。第2に、共謀それ自体が正犯行為として評価される決定的な基準は、法益侵害結果の惹起に向けた、拘束力を有するほどの相互主観的な承認の有無である。第3に、共同正犯における「実行行為」は多義的である。すなわち、「実行行為」という言語表現の使用規則は、①構成要件該当行為、②未遂行為、③正犯行為の3つが存在する。共犯論においては、「正犯行為」という言語表現を使用した上で、「共謀行為が正犯行為と評価できるか」という観点から議論すべきである。第4に、共謀と故意は部分的に重なり合うものの、その内容は異なる。共謀とは、行為計画について拘束力を有するほどの相互主観的な承認を意味する。拘束力を有するほどの相互主観的な承認は広義の共犯に共通し、いわゆる間接教唆や間接幫助が問題となる事案においても、共謀の有無が問われることになる。一方、故意は、法益侵害結果の惹起を志向する具体的な行為の認識であり、その認識内容によって正犯性が決せられる。共謀にのみ参加した者は、各則構成要件に該当する事実を具体的に認識した上で、法益侵害結果の惹起に向けて関与者間で拘束力を有するほどの相互主観的な承認が存在する場合にのみ、正犯性が認められよう。第5に、拘束力を有するほどの相互主観的な承認それ自体は広義の共犯に共通するものであり、いわゆる間接教唆や間接幫助が問題となる事案においても、共謀の有無が問われることになる。

共謀概念のこうした捉え方は、近時の判例を検討する上でも意義を有すると思われる。最決平30・10・23刑集72巻5号471頁では、次のような事案が問題になった。すなわち、被告人は、第1車線を進行するA運転の自動車のすぐ後方の第2車線を、自動車を運転して追走し、互いの自動車の速度を競うように高速度で走行するため、交差点に設置された対面信号機が赤色を表示していたのに、いずれもこれを殊更に見視し、Aが、時速約111kmで交差点内にA車を進入させ、その直後に、被告人が、時速100kmを超える速度で本件交差点内に被告人車を進入させたことにより、左方道路から信号に

従い進行してきたB運転の普通貨物自動車（C、D、E、F同乗）にAがA車を衝突させて、CとDを車外に放出させて路上に転倒させ、被告人が被告人車でDをれき跨し、そのまま車底部で引きずるなどし、よって、B、C、D、Eを死亡させ、Fに重傷を負わせた、というものである。

第1審判決<sup>84)</sup>や控訴審判決<sup>85)</sup>は、Aとの共謀の成立を認め、被告人に危険運転致死傷罪（自動車運転死傷行為等処罰法2条5号）の共同正犯を認めたが、最高裁は、共謀の成否を正面から述べることを慎重に避けつつ、次のように述べて、被告人に危険運転致死傷罪の共同正犯を認めた。すなわち、「被告人とAは、互いに、相手が本件交差点において赤色信号を殊更に無視する意思であることを認識しながら、相手の運転行為にも触発され、速度を競うように高速度のまま本件交差点を通過する意図の下に赤色信号を殊更に無視する意思を強め合い、時速100kmを上回る高速度で一体となって自車を本件交差点に進入させた」。このような事実関係によれば、「被告人とAは、赤色信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する意思を暗黙に相通じた上、共同して危険運転行為を行ったものといえるから、被告人には、A車による死傷の結果も含め、……危険運転致死傷罪の共同正犯が成立する」。

本件では、被害者4名に対する危険運転致死傷罪の実行行為を「Aの危険運転行為」と捉えた上で被告人に共謀共同正犯が成立するか、それとも当該実行行為を「被告人とA双方の危険運転行為」と捉えた上で被告人に実行共同正犯が成立するかが論点とされている<sup>86)</sup>。本件における被告人の行為を共謀共同正犯と捉える場合は言うまでもなく、実行共同正犯と捉える場合でも、被告人とAとの意思連絡ないし共謀がどのようなものであったかを検討する必要がある。その際、私見によれば、発話のコンテクストないし語用論に基づき、赤色信号を殊更に無視し、かつ重大な交通の危険を生じさせる速度で運転することについて、拘束力を有するほどの相互主観的な承認があったかどうか結論を左右する。確かに、本件では、被告人とAとの間

に明示的な意思連絡は認められない。しかし、第1審判決や控訴審判決が認定しているように、「Aが被告人車に追い抜かれた際に『被告人速いな。』と同車の速度を意識する発言をし、被告人もM店前の交差点を過ぎて加速を始めた後に、『これ以上出ない。』などと速度を上げる意欲をうかがわせる発言をしたほか、被告人兩名はこれまでに複数回にわたり一般道路で互いに競うように自動車を高速度で走行させた」という事実は、語用論を重視して黙示の意思連絡が認められうるか判断していることを示唆するものであろう。もっとも、自動車運転死傷行為等処罰法2条5号における意思連絡の内容は、単なる高速度での運転では足りず、赤色信号を殊更に無視して交差点に進入することも必要である。<sup>87)</sup>被告人兩名とも約2km手前の交差点で赤色信号により停止していたことを踏まえると、本件交差点の赤色信号を殊更に無視する黙示の意思連絡については、高速度での運転とは別の事実から推認する必要があったと思われる。<sup>88)</sup>

【付記】本稿は、JSPS科研費若手研究（研究課題番号19K13541）の助成を受けたものである。

注

- 1) 松原芳博「刑法と哲学—刑罰の正当化根拠をめぐって—」法と哲学1号（信山社、2015年）58頁。また、Jochen Bung, Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts, ZIS 2016, S.344も参照。
- 2) 例えば、足立英彦「語用論的な法概念について」仲正昌樹編『近代法とその限界』（御茶の水書房、2010年）215頁以下、ジョン・ギボンズ（中根育子監訳）『法言語学入門』（東京外国語大学出版社、2013年）41頁以下等。
- 3) 増田豊「語用論的意味理論と法解釈方法論」（勁草書房、2008年）1頁以下、竹内健互「教唆概念の構造と位相」駿河台法学31巻1号（2017年）113頁以下。高橋則夫は、哲学、社会学などの周辺諸科学と刑法学との連関が切り離されてしまった一因として、結果無価値論の優勢を指摘している。高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門—刑法定論の味わい方』（日本評論社、2014年）327頁。
- 4) 酒匂一郎は、そもそも法の実践が言語と密接に結びついた実践である以上、法とは何

かを考える上でも、言語哲学の議論、とりわけ日常言語に関する分析や解釈に関する議論は重要な意義をもっている、と指摘している。酒匂一郎『法哲学講義』（成文堂、2019年）16頁。また、クビチエールは、実定法の領域を超えて法哲学的考察を加えた者のみが現行法に対する批判をなしうる、と述べている。Michael Kubiciel, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S.29. さらに、飯島暢の指摘によれば、実定法を批判的に考察する際の基準として、法哲学的思考は一定の役割を果たしており、形而上学的な法の理念モデルが現実における法との関係で優位性を有することについては争いなく認められている。飯島暢「『刑法基礎理論の可能性』の先に在るもの」佐伯仁志=高橋則夫=只木誠=松宮孝明編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020年）139頁。

- 5) 明示的に主観的謀議説を支持する論者として、立石二六「共謀共同正犯における「共謀」概念—最近の最高裁判例を批判して—」京女法学1号（2011年）156頁、客観的謀議説を支持する論者として、松原芳博『刑法総論第2版』（日本評論社、2017年）387頁、町野朔『刑法総論』（信山社、2019年）382頁等。
- 6) 黄士軒「共謀共同正犯に関する基礎的研究（6・完）」法学協会雑誌134巻9号（2017年）227頁以下、大善文男「共謀共同正犯の認定と審理のあり方—裁判員裁判を念頭に—」高橋則夫=山口厚=井田良=川出敏裕=岡田好史編『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2018年）499頁、樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修844号（2018年）3頁以下、曲田統「共犯の本質と可罰性」（成文堂、2019年）56頁以下、齊藤彰子「『共謀』概念の意義」刑法雑誌58巻3号（2020年）135頁以下等。こうした状況の中、システム論の観点から共謀共同正犯を検討する文献として、松村格『システム思考と刑事法学』（八千代出版、2010年）158頁以下、行為論の観点から意思連絡や共謀を検討する近年の文献として、高橋=杉本=仲道・前掲注（3）221頁以下、伊藤嘉亮「共同正犯における複数行為の結合根拠—『意思実現』と『相互調整』—」早稲田法学会誌67巻1号（2016年）77頁以下。
- 7) 最決平成15・5・1刑集57巻5号507頁。
- 8) スワット事件においても、被告人である暴力団組長は、遊興等の目的で上京することを秘書見習いに伝え、当該秘書見習いがスワットに上京を命じている事実が認定されている。このことから、被告人の発話が一切なかったわけではなく、むしろ被告人が言葉をどのように用いているかを検討する必要があるだろう。
- 9) 例えば、最判平30・12・11刑集72巻6号672頁、最判平30・12・14刑集72巻6号737頁等。
- 10) 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究84巻9号（2012年）115頁。
- 11) 拙著『幇助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2015年）95頁以下。
- 12) Gerald Posselt/ Matthias Flatscher, Sprachphilosophie, 2. Aufl., 2018, S.11ff. また、Andrea Funke, Varianten sprachpragmatischer Rechtsphilosophie, in: Martin Borowski / Stanley L. Paulson/ Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017, S.242ff.; E.フフナーゲル（竹田純郎=斎藤慶典=日暮陽一訳）『解釈学の展開』（以文社、1991年）20頁以下も参照。
- 13) Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1984, Nr.7. ルートヴィヒ・ヴィットゲンシュタイン（丘沢静也訳）『哲学探究』（岩波書店、2013年）12頁参照。
- 14) フレーゲやラッセル、前期ヴィットゲンシュタインは、自然言語が曖昧で混沌としていることから、記号論理学という人工言語を使用して、概念や主張の意味を明らかにしようとしていた。こうした立場は、理想言語（ideale Sprache）学派とも呼ばれている。
- 15) オースティンのような立場は日常言語（normale Sprache）学派とも呼ばれている。



オースティンの言語行為論については、井上達夫「規範と法命題—現代法哲学の基本問題への規範理論的接近—(1)」国家学会雑誌98巻11・12号(1985年)65頁以下も参照。

- 16) J.L.AUSTIN, *Performativ-Constativ*, in: PHILOSOPHY AND ORDINARY LANGUAGE, 23 (Charles E. Carton ed., 1963).
- 17) J.L.AUSTIN, *HOW TO DO THINGS WITH WORDS*, 69-71 (J.O. Urmson & Marina Sbisa eds. 2d ed. 1975). J.L.オースティン(飯野勝己訳)『言語と行為』(講談社学術文庫、2019年)111頁以下参照。
- 18) *Id.* at 67. オースティン(飯野訳)・前掲注(17)109頁参照。
- 19) *Id.* at 94-108. オースティン(飯野訳)・前掲注(17)149頁以下参照。
- 20) *Id.* at 151-164. オースティン(飯野訳)・前掲注(17)234頁以下参照。
- 21) 言語行為論の明確化に取り組んだ継承者として、JOHN R. SEARLE, *EXPRESSION AND MEANING*, (1979). ジョン・R・サール(山田友幸監訳)『表現と意味』(誠信書房、2006年)参照。
- 22) AUSTIN, *supra* note 17, at 19. オースティン(飯野訳)・前掲注(17)34頁参照。
- 23) Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, 1981, S.128. ユルゲン・ハーバーマス(河上倫逸=M.フープリヒト=平井俊彦訳)『コミュニケーション的行為の理論(上)』(未来社、1985年)133頁参照。すでにハーバーマスは、1965年に行われたフランクフルト大学就任公開講義において言語の重要性を認識していた。*Ders. Technik und Wissenschaft als ›Ideologie‹*, 1968, S.163. ユルゲン・ハーバーマス(長谷川宏訳)『イデオロギーとしての技術と科学』(平凡社、2000年)187頁参照。
- 24) Jürgen Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung*, 2004, S.9. ユルゲン・ハーバーマス(三島憲一=大竹弘二=木前利秋=鈴木直訳)『真理と正当化』(法政大学出版局、2016年)3頁参照。
- 25) Habermas, a.a.O. (Anm.24), S.113ff. ハーバーマス(三島=大竹=木前=鈴木訳)・前掲注(24)134頁以下参照。
- 26) Habermas, a.a.O. (Anm.24), S.135. ハーバーマス(三島=大竹=木前=鈴木訳)・前掲注(24)161頁参照。
- 27) Habermas, a.a.O. (Anm.24), S.116ff. ハーバーマス(三島=大竹=木前=鈴木訳)・前掲注(24)137頁以下参照。
- 28) Habermas, a.a.O. (Anm.24), S.125ff. ハーバーマス(三島=大竹=木前=鈴木訳)・前掲注(24)148頁以下参照。
- 29) AUSTIN, *supra* note 17, at 21-22. オースティン(飯野訳)・前掲注(17)42頁以下参照。
- 30) JUDITH BUTLER, *EXCITABLE SPEECH*, 8 (1997). ジュディス・バトラー(竹村和子訳)『触発する言葉』(岩波書店、2004年)14頁参照。
- 31) *Id.* at 14. バトラー(竹村訳)・前掲注(30)24頁参照。
- 32) アルチュセールが主張する呼びかけの作用については、ルイ・アルチュセール(西川長夫=伊吹浩一=大中一彌=今野晃=山家歩訳)『再生産について下』(平凡社、2010年)88頁以下参照。
- 33) BUTLER, *supra* note 30, at 25-27. バトラー(竹村訳)・前掲注(30)40頁以下参照。
- 34) SHOSHANA FELMAN, *THE SCANDAL OF THE SPEAKING BODY*, 5 (Werner Hamacher ed., 2003). ショシャナ・フェルマンについては、小林史明「深淵の法哲学に向けて—ショシャナ・フェルマンと法—」法律論叢89巻4・5号(2017年)107頁以下を参照。
- 35) BUTLER, *supra* note 30, at 9-13. バトラー(竹村訳)・前掲注(30)16頁以下参照。
- 36) JUDITH BUTLER, *Afterword*, in: *THE SCANDAL OF THE SPEAKING BODY* 113, 122 (Sho-

shana Felman ed., 2003).

- 37) BUTLER, *supra* note 30, at 86-95. バトラー (竹村訳)・前掲注 (30) 135頁以下参照。
- 38) BUTLER, *supra* note 30, at 51. バトラー (竹村訳)・前掲注 (30) 80頁以下参照。
- 39) 塩見淳「実行の着手について (3)」法学論叢121巻6号 (1987年) 16頁。また、最判平成30・3・22刑集72巻1号82頁における補足意見も同様の立場であると言えよう。事案によれば、被告人は、警察官になりすまし、被害者から現金をだまし取ろうと考え、氏名不詳者らと共に謀の上、被害者が前日に詐欺被害に遭ったことに乗じ、あらかじめ被害者に預金口座から現金を払い戻させた上で、同人から同現金の交付を受ける意図の下、氏名不詳者らが被害者に複数回電話をかけ、預金を下ろして現金化する必要があると、前日の詐欺の被害金を取り戻すためには被害者が警察に協力する必要があるとの嘘 (1回目の電話) や、これから間もなく警察官が被害者宅を訪問する等の嘘 (2回目の電話) を言い、電話の相手が警察官であり、その指示に従う必要がある旨被害者を誤信させ、被害者に預金口座から預金の払戻しをさせた後、警察官になりすました被告人が、被害者から現金の交付を受けようとしたものの、被害者宅付近で警戒中の警察官に発見されて逮捕されたため、その目的を遂げなかった、というものである。補足意見では、財物等を交付させる目的で交付の判断の基礎となる重要な事項について欺く行為が詐欺罪の実行行為であるとして、上記の電話は、財物の交付を求める行為がなされていないため、詐欺罪の実行行為である「人を欺く行為」自体への着手は認められないものの、その行為に「密接」な行為が行われていると解して、詐欺未遂罪の成立を肯定している。しかし、前日に被害者が詐欺被害に遭っていることを知りながら先の内容を話しているのであれば、電話で述べた嘘の内容を記述的に捉えるのではなく、語用論的に捉えて財物の交付を求める発話行為として認められるかどうかを検討すべきであったように思われる。「密接性」という基準は、論者の捉え方次第で実行の着手時期が大幅に前倒しされる危険性を孕んでいるのではないだろうか。
- 40) 市川啓によれば、正犯性の判断基準としての形式的客観説は、構成要件を自ら実現する者が正犯であると解するものの、論理必然的に間接正犯を否定する見解でもなければ、正犯=物理的な自手実行に限る見解でもなく、管轄を持ちうる直接行為者が介在するかどうかを各則で規定されている構成要件ごとに判断すべきであるとして、形式的客観説と実質的客観説は相対立するものではないと主張している。市川啓「間接正犯論」佐伯=高橋=只木=松宮編・前掲注 (4) 163頁以下。しかし、こうした形式的客観説の理解は、発話内行為や発話媒介行為といった発話行為の語用論的機能を踏まえて初めて成り立つように思われる。なお、フロイント/ロシュタルスキーは、類推禁止に当たらない限り、形式的客観説の立場からも拡張解釈は許容され、さらに被害者や第三者を介した法益侵害も、間接的な法益侵害行為者が実行行為の要件を自ら充たしていると解されると述べている。Georg Freund/Frauke Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.Aufl., 2019, S.386.
- 41) 拙著・前掲注 (11) 117頁以下も参照。
- 42) Urs Kindhäuser, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff, in: Hans-Ullrich Paeffgen/Martin Böse/ Urs Kindhäuser/ Stephan Stübinger/ Torsten Verrel/ Rainer Zaczky (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, 2011, S.39ff.
- 43) Urs Kindhäuser, Zu einem „kommunikativen“ Straftatmodell, in: Thomas Rotsch/ Janique Brüning/ Jan Schady (Hrsg.), *Strafrecht, Jugendstrafrecht, Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis*, 2015, S.483.
- 44) Urs Kindhäuser, Zur Logik des Verbrechensaufbaus, in: Harald Koch (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht*, 1997, S.86.

- 45) *Armin Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S.19ff.
- 46) *Kindhäuser*, a.a.O. (Anm.43), S.486.
- 47) ヤコブスも、外部的な行為形態は、分権的管理の領域では、管理者のコミュニケーション的に重要な表象の文脈において解釈されなければならない、と論じている。ギンター・ヤコブス(松宮孝明訳)「刑法の行為概念」松宮孝明編訳『ギンター・ヤコブス著作集 第1巻 犯罪論の基礎』(成文堂、2014年)25頁。また、行為を人間のコミュニケーション的な意味表現と捉える論者として、川口浩一「行為概念の説明機能」奈良法学会雑誌9巻1号(1996年)57頁。*Roman Hamel*, Strafen als Sprechakt, 2009, S.37も参照。
- 48) *Michael Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S.9f.
- 49) Vgl. *Ekkehard Felder*, Pragmatik des Rechts: Rechtshandeln mit und in Sprache, in: Ekkehard Felder/ Friedemann Vogel (Hrsg.), Handbuch Sprache im Recht, 2017, S.49.
- 50) Vgl. *Wittgenstein*, a.a.O. (Anm.13), Nr.532.
- 51) 増田・前掲注(3)39頁参照。
- 52) 拙著・前掲注(11)117頁以下参照。
- 53) ドイツの一般的な教科書にも、共同正犯の要件とされる「共同の行為計画」は、共同正犯者間における行為の遂行に関して必要不可欠な合意であり、そうしたコミュニケーション行為が要件とされる、と説明されている。Johannes Wessels/ *Werner Beulke/ Helmut Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl., 2020, S.288.
- 54) Vgl. *Kyriaki Archavlis*, Die juristische Willenserklärung, 2015, S.125ff.
- 55) 「実行行為」という言語表現の多義性ないし使用規則の複数性を示唆する論者として、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣、2020年)37頁以下参照。
- 56) 樋口亮介「実行共同正犯」酒巻匡=大澤裕=川出敏裕編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2019年)160頁以下。
- 57) 拙著・前掲注(11)120頁以下参照。
- 58) 照沼亮介「書評 小島秀夫著『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(2015年、成文堂)」刑事法ジャーナル46号(2015年)177頁。
- 59) したがって、単独犯の場合であれば、予備の段階であり、事前の故意(dolus antecedens)に相当すると言えよう。
- 60) 東京地判平23・7・1刑集67巻4号632頁。
- 61) 東京高判平23・12・8刑集67巻4号637頁。
- 62) 同様の判示として、最判平30・12・14刑集72巻6号737頁。
- 63) 亀井源太郎「判批」ジュリスト1544号(2020年)144頁参照。
- 64) 樋口・前掲注(6)8頁。
- 65) 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巻11号(2020年)63頁。また、1個の犯行につき客体や手段・方法等が特定されていない不特定型の包括的共謀の意義について、品田智史「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法律時報92巻12号(2020年)23頁以下参照。
- 66) 曲田統も、共謀共同正犯の一体性は、関与者における目的・計画への主観的適合傾向と、関与者相互の主観的結束性、いわば不確実性のない組織構造性であると述べている。曲田のバックボーンである共同意思主体説には賛同しえないものの、こうした捉え方は、共謀が行為拘束型の言語使用機能を有していることと軌を一にするものであろう。曲田・前掲注(6)22頁以下。
- 67) 他には、最判令元・9・27刑集73巻4号47頁、福岡高判平29・5・31判時2363号120頁等。半田靖史「受け子の故意と共謀の認定」法律時報92巻12号(2020年)20頁も

参照。

- 68) 品田智史「特殊詐欺事案における故意と共謀」阪大法学68巻3号(2018年)187頁参照。照沼亮介も、背後者の側が一方的に認識しただけでは意思連絡や心理的因果性の存在は基礎づけられず、関与者の一方の側における「認識の程度」のみで決まる問題ではない、と指摘している。照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」佐伯=高橋=只木=松宮編・前掲注(4)107頁。
- 69) 黙示の共謀と故意の認定が厳格に区別されている判例として、福岡高判平31・3・15 LEX/DB25562714を参照。
- 70) 大阪地堺支判平29・10・6 LEX/DB25547826では、傷害致死の事案において、故意が認められるものの意思連絡や正犯性を基礎づける事情が認められないとして共謀共同正犯を否定し、傷害致死罪の幫助犯が成立するとした。その控訴審判決である大阪高判平30・3・22 LEX/DB25449403でも第1審判決を是認した。また、京都地判平29・12・6 D1-Law28254996では、共謀共同正犯が成立するためには、被告人と実行行為者との間に「犯罪の共同遂行の合意」が認められ、かつ、被告人に「自己の犯罪を行う意思」が認められなければならない、具体的には意思の連絡の存在、その意思疎通の状況・程度に加えて、被告人と実行行為者との関係、被告人の具体的役割、犯行動機などの諸事情を考慮して認定する、と述べた上で、被告人には犯罪の共同遂行の合意があったとも、自己の犯罪を行う意思があったとも認められず、幫助犯が成立するにとどまるとされた。
- 71) Volker Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S.116ff.
- 72) Volker Haas, in: Holger Matt/ Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2.Aufl., 2020, S.371f.
- 73) Haas, a.a.O. (Anm.72), S.380.
- 74) 同様に指摘する論者として、伊藤嘉亮「共同正犯における意思連絡の要否と役割」早稲田法学会誌67巻2号(2017年)125頁参照。
- 75) 行為の取り決めや合意を共同正犯の客観的要件と捉えるならば、こうした理解は、主観的なものをすでに客観的構成要件の中で例外的に検討していることになり、客観的構成要件と主観的構成要件を厳格に区別する通説からは受け入れがたいと思われるかもしれない。しかし、他者によって実現された構成要件の結果の帰属という客観的な要素は、合意という主観的要素が認められることによって初めて基礎づけられるため、そもそも客観的・主観的という概念的対置それ自体の妥当性を疑うべきであるように思われる。増田豊は、帰属論において、こうした概念的対置の問題点を指摘している。増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009年)228頁参照。
- 76) ヨアヒム・レンツイコフスキー(内海朋子訳)「過失共同正犯」法学研究92巻2号(2019年)82頁。
- 77) レンツイコフスキー(内海訳)・前掲注(76)77頁。
- 78) 草野豹一郎「刑法改正上の重要問題」(巖松堂書店、1950年)315頁以下、齊藤金作『共犯理論の研究』(有斐閣、1954年)202頁以下等。
- 79) 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』(学陽書房、1975年)138頁以下。
- 80) 西原春夫『刑法総論改訂準備版下巻』(成文堂、1993年)396頁以下。岡野光雄も、単なる共謀参加者・幫助的共謀者は共同正犯とすべきでない、と主張している。岡野光雄『刑法要説総論』(成文堂、2009年)310頁。
- 81) 曲田・前掲注(6)33頁。
- 82) 拙稿「共謀共同正犯」法学セミナー690号(2012年)19頁参照。
- 83) 井田良『講義刑法学総論第2版』(有斐閣、2018年)541頁、547頁。
- 84) 札幌地判平28・11・10刑集72巻5号528頁。

- 85) 札幌高判平29・4・14刑集72巻5号545頁。
- 86) 久禮博一「判解」ジュリスト1534号(2019年)99頁参照。
- 87) 今井猛嘉「飲酒運転に関連する危険運転致死傷罪」法政法科大学院紀要13巻1号(2017年)37頁以下も参照。
- 88) 安田拓人「判批」法学教室461号(2019年)160頁参照。