

共謀共同正犯におけるイリュージョン —実行行為の分担は本当に不要なのか？—

小島 秀夫

1. はじめに

本校に着任して早くも2年が経過した。私自身、大学の授業にふさわしい講義ができていくかいまだに不安ではあるが、今回の研究報告では、刑法総論の授業から生まれた1つの疑問を提示したい^①。

刑法総論の授業では、どのような場合に犯罪が成立するか、犯罪の成立要件について講義が行われている。犯罪とは構成要件に該当し、違法で有責な行為であり、通説によれば、犯罪の成否は、構成要件該当性、違法性、有責性の順序で検討される。まず構成要件該当性が認められるためには、構成要件要素を具備しなければならないが、その要素としては行為や結果、因果関係等が挙げられよう。

ところで、刑法各則に定められている犯罪については、原則として単独正犯が想定されていると理解するのが一般的である。そこで単独正犯の事例を想定すると、構成要件要素としての「行為」が認められるためには、被告人自ら行為を行うことが前提とされている。つまり、実行行為は、被告人自身が行わなければならない。しかし、単独正犯と比較して例外に位置づけられる共犯の分野に入ると、共謀共同正犯では次のように説明される。組織犯罪における黒幕のように、2人以上の者がある犯罪の実行を共謀し、その一部の者が共謀に基づいて犯罪の実行に出た場合、直接には実行行為を行わず、共謀や準備にのみ関与した共謀者にも共同正犯の成立が認められうる、と。

ここで立ち止まって考えてみてほしい。そもそも単独正犯の場合には被告人自身の実行行為が存在しなければならないと解されているにもかかわらず、なぜ共謀共同正犯になると、自ら実行行為を行わなくても（共謀）共同正犯として犯罪が成立するのだろうか。仮に、共謀者は他者の行為について帰責されるのだとすれば、自己答責性原理（個人責任の原理、責任主義）に反することになろう。しかし、共謀共同正犯を容認することは責任主義に反するとか、刑法60条に鑑みて共謀共同正犯は罪刑法定主義に反するといった主張は

① 本稿は、2013年11月20日に開催された大東文化大学法学研究所第57回研究会での報告内容に加筆修正したものである。なお、報告内容は、拙稿「共謀共同正犯」法学セミナー690号（2012年）18頁以下、同「共謀共同正犯における実行行為概念の再検討」大東法学22巻1=2号（2013年）33頁以下に基づくものである。

今日あまり多く見られない。では、共謀者も共同正犯になりうると主張する従来の学説は、通説として首肯しうる十分な論拠を示しているだろうか。

この点を明らかにするに当たって、検討すべきは、共謀共同正犯における「実行行為」の概念であると考え。以下では、共謀共同正犯の典型例と思われる事前共謀型を念頭に置いていただきたい。

2. 共同正犯の行動規範と 60 条の解釈

今日、法治国家的原理の観点から承認されている罪刑法定主義によれば、いかなる行為が犯罪に当たるか、行為時にあらかじめ法律で定められていなければ、何人も当該行為について処罰されない。この罪刑法定主義に従うならば、共同正犯に向けられる行動規範を正確に理解しなければならないだろう。

まず、正犯と共犯の関係を述べると、先に言及したように、一般的な理解によれば刑法各則の構成要件は単独正犯による行為が想定されていることから、単独正犯を唆したり助けたりする形で犯罪に関与する者、すなわち教唆者や幫助者は、正犯行動規範とは異なる行動規範に違反する者である。このように理解する正犯概念を制限的正犯者概念という⁽²⁾。

では、制限的正犯者概念に基づく場合、狭義の共犯（教唆犯、幫助犯）には含まれないが広義の共犯に含まれる共同正犯も、各則に内在する行動規範とは異なり、固有の行動規範に違反する者なのだろうか。答えを導き出すためには、共同正犯について規定されている 60 条の立法趣旨に立ち返る必要があるだろう。

例えば、太郎と次郎は互いに協力し合って通行人から金品を強奪する計画に基づき、夜道を 1 人で歩く花子に太郎が暴行を加えている最中、次郎は花子のハンドバッグを奪った、という事件を想定してみたい。制限的正犯者概念に基づきながら、60 条の規定が存在しない場合を仮定すると、殴打行為しか行っていない太郎には暴行罪（あるいは傷害罪）、ハンドバッグの窃取行為しか行っていない次郎には窃盗罪が成立するに過ぎないことになる。しかし、太郎もしくは次郎が 1 人で全部の行為を遂行して同様の結果を実現すれば強盗罪が成立するにもかかわらず、共同して実行行為を分担しながら実現すると強盗罪より軽い暴行罪（傷害罪）あるいは窃盗罪が成立することになれば、法益を保護するという刑法の目的に反する結果になってしまうだろう。一方で、構成要件の一部すら実行していない者

(2) 拙稿「正犯者概念と幫助構成要件」法学研究論集 29 号（2008 年）129 頁以下。したがって、松澤伸のように教唆犯や幫助犯を「実行行為を伴わない犯罪」と表現するのは妥当ではない。松澤伸「教唆犯と共謀共同正犯の一考察—いわゆる『間接教唆と教唆犯の錯誤』を切り口として—」Law&Practice 4 号（2010 年）104 頁。制限的正犯者概念を前提にすれば、教唆犯や幫助犯においては、教唆行為や幫助行為が固有の「実行行為」となる。

を正犯とみなしてしまうと、刑法の法治国家的原理（刑法の保障機能）の観点と明らかに矛盾する。立法者が60条において、「共同して実行した者は」という微妙な表現を使っている趣旨（立法趣旨）は、一部実行を共同正犯の条件とすることによって、この刑法の目的と機能をまさに両立させることにあったのではないだろうか。つまり、制限的正犯者概念の下で生じる、法規内の欠缺（Lücken intra legem）を補充しているのが、60条であると考えられる。60条は、一部実行全部責任の法理を是認して刑法の基本原理を調和させつつ、各則の規定解釈に一定の指針を示す一般条項（Generalklauseln）として理解すべきであろう。このように考えれば、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。」との一般条項は、共同正犯に対しても各則に内在する正犯行動規範が向けられることを宣言するものであると解されよう⁽³⁾。したがって、共同正犯の行動規範は、各則に内在する行動規範と同一である。

60条が各則の規定を解釈する際の一般条項であるとすれば、次に一般条項としての60条の解釈が問題となる。その際、法規解釈が文理解釈（sprachlich-grammatikalische Interpretation）から始まることに鑑みれば⁽⁴⁾、立法者も同様に解しているように⁽⁵⁾、60条が想定しているのは「実行」共同正犯である、と文理解釈するのが素直だろう。文理解釈は、文言あるいは表現についての一般的な使用規則によって配属される意味に従って解釈する方法であるため、共謀者が「実行」共同正犯に該当する余地は一見ないように思われるかもしれない。しかし、文理解釈によるとしても、問題となる行為がその指示対象に含まれるかどうか疑わしいニュートラルなケース（neutrale Kandidaten）が非常に多く存在する⁽⁶⁾。

ここでニュートラルなケースとは何かについて少し説明すると、法規は、それが日常言語の表現で書かれている限り、通常はあいまいで不明確なものである。比較的明確なように思える記述的概念ですら、不明確である。凶器準備集合罪を例に挙げれば、「凶器」のポジティブな領域にはピストルや日本刀が挙げられる。一方、ネガティブな領域にはハンカチやちり紙が挙げられる。では、竹刀や果物ナイフなどはどうだろうか。これらは、一般

(3) ドイツにおいても、共同正犯の規定がいかなる意味を持つのかをめぐる争いが見られる。ドイツ刑法典では25条2項に「複数の者が共同して犯罪行為を行ったときは、各人が正犯として罰せられる。」と規定されている。この規定についてクライやエッサーは、宣言的（deklaratorisch）でもあり、構成的（konstitutiv）でもある、と指摘している。Völker Krey/ Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2012, S.336. 構成的規則については、増田豊『語用論の意味理論と法解釈方法論』（勁草書房、2008年）348頁以下参照。

(4) Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., 2010, S.57.

(5) 松尾浩也増補解題・倉富勇三郎＝平沼駿一郎＝花井卓蔵監修『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）925頁以下参照。

(6) Kramer, a.a.O.(Anm.4), S.67. 青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）522頁、増田・前掲註(3) 283頁以下も参照。

的な用法に従う限りネガティブな領域に属するが、場合によってはポジティブな領域にも属するだろう。これらこそ、ニュートラルな領域である。ニュートラルなケースとは、裁判官の裁量によって、それがポジティブな領域にもネガティブな領域にも属しうるケースを指す。一般条項には、こうしたニュートラルなケースが極めて多いのではないだろうか⁽⁷⁾。民法における信義誠実の原則に関する規定や公序良俗規定などを思い浮かべれば、一層明らかだろう。そこで、一般条項である刑法 60 条の「実行」に、共謀共同正犯、言い換えれば共謀行為も該当するかどうか、該当するならばどのような場合か、裁判官の裁量が反映された判例理論を皮切りに説明したい。

判例理論によれば、共謀行為にのみ関与した者に対しても 60 条が適用される。その論拠は、練馬事件最高裁大法廷判決において明確に示されている。すなわち、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって、右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない」⁽⁸⁾。当該判決では、被告人自身の行為、すなわち共謀行為が実行行為とは別物であることを示唆している。そして、共謀者が実行行為に出なくても共同正犯が成立しうることを認めている。

通説も、こうした判例理論に大方賛成している。例えば、共同意思主体説は、共謀者と実行行為者を区別せず、2 人以上の者が一定の犯罪を実現しようとする共同目的を有することで 1 つの共同意思主体が形成され、その共同意思主体において犯罪の実行が認められれば、その構成員全員に共同正犯が成立する、と主張している。また、間接正犯類似説は、共謀者と実行行為者の関係が間接正犯における利用関係に類似していることに着目し、他者と合意の上で共同して相互に利用し合って結果を実現した場合に、共謀者を共同の実行者と捉えている。これらは共謀共同正犯に特有の理論を持ち出して、共謀行為は実行行為ではないとしながらも共謀者に共同正犯が成立しうることを認めている。

また、正犯と共犯をどのように区別するか、その基準をめぐる学説から判例の見解を支持する論者も見られる。例えば、正犯と共犯を客観的に区別すべきとする実質的客観説か

(7) A・カウフマン（上田健二訳）『法哲学 [第 2 版]』（ミネルヴァ書房、2006 年）248 頁以下。亀本洋「一般条項について—広中俊雄教授の民法解釈方法論覚書 その二—」法学論叢 160 巻 3・4 号（2007 年）131 頁も参照。

(8) 最大判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 巻 8 号 1718 頁。

らは、重要な役割の有無で共謀共同正犯の成否を決するべきだとする⁽⁹⁾。重要な役割の有無を基準とする見解は、結果を惹起する直接行為に及ぶ者が、役割の軽微性から幫助犯にとどまる場合があることを肯定する一方、実行行為ではない共謀行為にのみ関与した者に役割の重大性が認められる限りで、共同正犯の罪責を広く認めうることになるだろう⁽¹⁰⁾。また、犯罪の実現に向けた流れや行為を支配していた者が正犯であると解する行為支配説も、共謀行為と実行行為は別物であると考えている⁽¹¹⁾。

このように、従来の判例理論や通説は、60条に規定されている「実行」あるいは「実行した者」を拡張解釈し⁽¹²⁾、共謀者にも60条が適用されうることを認めている。しかし、共謀行為と実行行為が別物であり、実行行為に直接加わらない共謀者にも共同正犯の成立を認めるとする解釈方法は、本当に拡張解釈なのであろうか。共謀行為が実行行為でないのであれば、共謀行為にのみ関与した者は決して60条の「実行した者」に該当しない。それにもかかわらず、共謀者に60条を適用すれば、それは罪刑法定主義の派生原理である、行為者に不利益な類推解釈の禁止に明らかに抵触するだろう。

そうであれば、若干ながら今なお主張されている共謀共同正犯否定説を支持するのが良さそうである。しかし、そのような結論に飛びつくのは早計だろう。従来の否定説も、日常言語的意味における「殺す」、「盗む」といった外部的行為に出る者のみが正犯だと主張する形式的客観説の呪縛から解き放たれていないからである⁽¹³⁾。否定説を採用すると、間接正犯の正犯性をどのように説明するのか、極めて困難になるであろう⁽¹⁴⁾。

思うに、従来の判例理論や学説を振り返ってみると、共謀共同正犯肯定説であれ否定説であれ、共謀行為の捉え方、すなわち「共謀行為は実行行為ではない」あるいは「共謀行為は実行行為となりえない」とする前提自体が、批判の契機となっているのではないだろうか。これまで暗黙の了解が得られていた「共謀行為と実行行為は別物である」とする前提の当否について、ここで今一度疑ってみる必要があるだろう。

次のような事例を考えたい。Xは、Aを毒殺することについてYと共謀し、XとYは、

(9) 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）51頁。

(10) 亀井源太郎『正犯と共犯を区別すること』(弘文堂、2005年)94頁以下参照。

(11) 例えば、橋本正博『「共謀共同正犯」概念再考』齊藤豊治＝日高義博＝甲斐克則＝大塚裕史編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂、2006年)397頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年)143頁以下、松原芳博『共謀共同正犯論の現在』法曹時報63巻7号(2011年)1498頁等。

(12) 平野仁彦＝亀本洋＝服部高宏『法哲学』(有斐閣、2002年)234頁参照。

(13) 島田聡一郎『共謀共同正犯論の現状と課題』川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究③』(成文堂、2010年)44頁。

(14) 増田・前掲註(3)57頁。また、正犯と共犯の区別基準における形式的客観説の批判的考察について、拙稿『共同正犯と幫助犯の区別基準—故意の再評価—』法学研究論集33号(2010年)50頁以下参照。

入手した毒薬のうち致死量をコーヒーに混入した（第1行為・共謀行為・先行行為）。その後、Yは1人で、共謀に基づき、毒薬入りコーヒーを持ってAの家に行き、そのコーヒーをAに飲ませて死亡させた（第2行為・直接行為・後続行為）。この事例では、Xについて、明示的な事前共謀に基づく共謀共同正犯の成否が問題となる。X、Y両者に正犯性が認められる場合、毒薬入りコーヒーをAの家を持って行き、Aに飲ませる第2行為は、法益侵害の具体的・直接的危険性を有している。そのため、第2行為は、共同正犯の実行行為として容易に認められよう。

それでは、第1行為についてはどうだろうか。従来の諸説に従うならば、第1行為が共同正犯の実行行為として検討されることは決してない。第1行為は共謀行為（準備行為）であり、共謀行為は実行行為ではない、と理解されるからだ。しかし、そもそも実行行為とは、法益侵害の具体的・直接的危険性を有する行為であることに鑑みれば、第1行為そのものも、すなわち共謀行為自体も、法益侵害に対する具体的・直接的危険性を有する共同正犯の実行行為として、極めて限定的ではあるが、理論的に認められうる場合があるのではないだろうか。

このように考えないと、そもそも次のような実行共同正犯の事例におけるXの実行の着手時期について、奇妙な結論を招くことになる。Xは、Aを毒殺することについてYと共謀し、入手した毒薬をYと分け合った（第1行為）。その後Yは1人で、共謀に基づき、致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入してAに飲ませたが、その際、Xは現場にいなかった（第2行為）。後にXが合流し、Xは、致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入してAに飲ませ、Aを死亡させた（第3行為）。この事例において、実行の着手時期とは実行行為の開始時期であるとの一般的な理解によれば、第1行為が実行行為でないとすれば、Yが第2行為に着手した段階でXにも共同正犯としての実行の着手が認められることになる。つまり、たとえYが第2行為に着手する際にXが寝ていたとしても、従来の諸説によればXについては睡眠時に実行の着手を認めることになるのである。これは、「着手」の語義からあまりにもかけ離れた帰結であるように思われる⁽¹⁵⁾。

そうであるならば、共同正犯者のうち一部の者が初めて直接行為に出た時点で他の共同正犯者全員に実行の着手と未遂犯の成立を認める全体解決説は、妥当でない⁽¹⁶⁾。実行の着

(15) 松原芳博も、離隔犯や間接正犯における実行の着手時期について、行為者の行為を離れた危険発生時を「実行の着手」と呼ぶのは日常用語から離れるし、同時存在原則等の基準となる未遂行為を軽視するくらいがある、として行為者の行為である発送行為・誘致行為が実行の着手時期である、と主張している。松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）301頁。また、齋野彦弥「危険概念の認識論的構造」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』（有斐閣、1994年）79頁も参照。

(16) さらに、全体解決説に依拠すれば、共謀行為を実行行為と捉える道を閉ざすことになるため、こ

手時期は、共同正犯者それぞれ個別的に判断する個別解決説に依拠すべきであろう。もっとも、個別解決説を採用しても従来のように共謀行為を実行行為ではないと解すると、X、Y 両者に正犯性が認められる場合、従来の諸説によれば第 1 行為は決して共同正犯としての実行行為になりえないため、X にとって実行の着手時期は、第 3 行為の時点となる。そうすると、単独犯の場合には第 2 行為の時点で実行の着手が認められて未遂段階に到達するにもかかわらず、共同正犯の場合には第 3 行為の時点で実行の着手が認められ、ようやく未遂段階に到達することになる。単独犯と共同正犯はどちらも正犯性を有しているにもかかわらず、共同正犯の場合に未遂成立時期が後退するのは、整合性に欠ける帰結と言わざるをえないだろう⁽¹⁷⁾。

ともあれ、共謀行為が少なくとも共同正犯の実行行為そのものとなりうるならば、事前共謀に基づく共謀共同正犯は、実行行為と結果の発生が時間的・場所的に離れた離隔犯であると言えよう。さらに、実行行為に着目して共謀共同正犯の犯罪構造を見ると、その構造は承継的共同正犯の裏返しとして捉えることができるのではないだろうか。承継的共同正犯とは、次のような事例である。Y は、A を毒殺するため、2 回に分けて服毒させることを計画し、まず、入手した致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入し、A に飲ませた（第 1 行為・先行行為）。その後、X が、Y の状況を把握した上で Y と意思を通じて計画に参加した。X と Y は、致死量の半分に相当する毒薬をコーヒーに混入して A に飲ませ、A を死亡させた（第 2 行為・後続行為）。先に挙げた事前共謀に基づく共謀共同正犯の事例において、X は第 1 行為しか関与していないが、承継的共同正犯の事例においては、X は第 2 行為しか関与していない。承継的共同正犯の成否をめぐっては、傷害罪の事例判断であるが、近年初めて最高裁決定が出された⁽¹⁸⁾。共謀加担前に他の共犯者らが既に生じさせていた傷害結果について傷害罪の共同正犯としての責任を負わないことを明らかにした当該決定の詳細な検討は別の機会に行いたい。最高裁が承継的共同正犯の成立に否定的な態度を示すのであれば、共謀共同正犯の成立についても今まで以上に否定的な態度を示すべきであろう。

3. 事前共謀の実行行為性判断と未遂犯の成立時期

共謀行為が実行行為そのものになりうる余地があるとすれば、具体的にどのような場合

の点からも従うことはできないだろう。わが国でも通説的立場を占める全体解決説の論拠について、塩見淳「共同正犯における実行の着手」法学論叢 162 巻 1~6 号（2008 年）108 頁以下を参照。

(17) Vgl. *Georg Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, S.113.

(18) 最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 巻 11 号 1281 頁。

に、共謀行為が共同正犯の実行行為として認められるのか、詳論する必要があるだろう。そこで、ドイツ刑法典に目を向けてみたい。

ドイツ刑法典 30 条 2 項によれば、特定の重大犯罪を共同正犯的に遂行する「申し合わせ（約束）」をした者は、重罪の未遂に関する規定により（刑の必要的減輕事由ではあるが）罰せられる。これは極めて政策的な規定であるとドイツでは理解されているが、申し合わせ行為それ自体は日本の共謀行為と非常に類似している。

ドイツの通説によれば、申し合わせの可罰性は肯定的に受け止められている。というのも、申し合わせをすることで、結束力が高まり、犯罪に関する情報交換が行われ、計画された行為の中止が困難になるからである⁽¹⁹⁾。これに対して申し合わせの可罰性に否定的な論者も見られるが⁽²⁰⁾、反対説も含めて、申し合わせ行為が少なくとも抽象的危険犯の様相を呈し、行為の具体的危険性が認められることについては、一致している。

そうであるならば、共謀行為も申し合わせと同じように理解できるのではないだろうか。共謀行為が事前的に判断される行為無価値としての具体的危険性を有する場合はあるならば、共謀行為それ自体を実行行為と評価することは可能であろう。

では、どのような場合に、共謀行為が具体的危険性を有するのか。申し合わせの可罰性は「犯罪をやろう」という単なる約束では認められていないが、同様に共謀行為も単なる約束だけでは具体的危険性を認め難いだろう。また、共謀行為の直接的危険性が認められるためには、直接行為としての後続行為が行われる高度の蓋然性を要求すべきであろう。そして共謀者は、未必的であれ概括的であれ、直接行為（後続行為）が行われる高度の蓋然性を認識していなければならない。この認識の有無が、共謀共同正犯か幫助犯かを左右する重要な基準となるように思われる。すなわち、直接行為（後続行為）に出るかどうかを他の関与者に委ね、直接行為の遂行やその具体的な内容についても、他の関与者と双方向で自ら決断することなく準備行為に関与した者の行為は、正犯性を有する実行行為としての共謀行為ではなく、幫助行為として評価されることになる。総じて、明示的な事前共謀が間接正犯と同様に離隔犯的構造を有していることに鑑みれば、間接正犯における利用者の行為と同程度の危険性が、共謀行為に認められなければならない。

しかし、翻って単独犯の場合、準備行為の段階では決して実行行為として評価されないにもかかわらず、なぜ共同正犯の場合は、準備行為（共謀行為）の段階で正犯性を有する実行行為として評価される場合があるのだろうか。申し合わせの処罰根拠では、複数人が

⁽¹⁹⁾ Vgl. *Klaus Rogall*, Bemerkungen zum Versuch der Beteiligung, in: *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, S.870.

⁽²⁰⁾ Vgl. *Rainer Zaczyk*, in: *Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen*(Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, Band 1, 3.Aufl., 2010, § 30, Rn.7.

共同して遂行する場合、単独犯と比べ、結果に至る行為の遂行を中止することが困難になる、という一面が挙げられていた。この点について「共謀」と関連させて考えれば、次のように理解することができるだろう。すなわち、犯罪の実現という目標に向けられた申し合わせ、さらには「強固な共謀」が成立すると、共謀者の中で犯罪実現を相互に拘束し合うという、ある種の規範的な関係あるいは連帯関係が構築され、直接行為への「推進力」が単独犯（直接正犯）の場合と比べて、類型的には飛躍的に、換言すれば間接正犯における利用行為と同程度にまで強化されるという面が認められることになるのである。それゆえ、直接行為者にとって強固な共謀の内容は、自らを拘束する「行動の指針」となり、直接行為を単に実現しようという意識のみならず、「実現すべきである」あるいは「しなければならない」という、ある種の（むろん法に敵対する）規範意識さえ抱くことになるだろう。

先に挙げた明示的な事前共謀に基づく共謀共同正犯の事例を思い出してもらいたい。直接行為者である Y は、確かに事情を知っている。しかし、Y は単に事情を知っているというのではなく、X との間に成立した強固な共謀に伴う、ある種の規範力あるいは推進力に従って直接行為を実現するのである。このような場合に、共謀行為自体の危険性は、事情を知らない第三者を利用して被害者宅に毒物を発送するという間接正犯（離隔犯）における利用行為の危険性と比較して決して劣るようなことはないだろう。

そうであれば、準備行為（共謀行為）を複数人で行う場合は、単独犯による準備行為に比べ、法益侵害結果に至る行為の推進力が強く、行為の具体的危険性も高くなるのが限定的に想定されるだろう。そのような場合に、準備行為も実行行為となりうるのではないだろうか。また、結果に対する志向力が強ければ強いほど、法益侵害を志向する行為の無価値が増大するのであれば⁽²⁾、共謀者による準備行為には、単独犯による準備行為に比べて強い志向力が認められ、共謀行為の無価値も増大することが考えられよう。共同正犯の共犯性は、まさにこの点に見出されるように思われる。

もっとも、このような私見に対しては、共謀行為の段階で共同正犯としての実行の着手が認められると、その時点で直ちに共同正犯の未遂が成立してしまうのではないか、つまり、共謀共同正犯の場合に未遂犯の成立時期が早まるのではないかという懸念が生じるかもしれない。

しかし、そのような懸念は、次のように考えれば払しょくされるだろう。判例や通説によれば、行為者が処罰されるためには行為無価値と結果無価値の両方が揃わないといけないが、共謀行為の段階で行為無価値としての行為の具体的・直接的危険性が認められたと

(2) 増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009年）83頁以下。

しても、後続行為者が法益侵害結果を惹起する直接行為に出ない限り、結果無価値としての客観的危険事態は認められない⁽²²⁾。そうであれば、共謀者は、共謀行為をする時点で実行の着手が認められるが、後続行為者が直接行為に出ない限り、未遂犯として処罰されないと解することができる。

確かに、通説によれば、実行の着手時期と未遂犯の成立時期は完全に一致するものとして捉えられている。しかし、実行の着手時期と未遂犯の成立時期を一致させなければならぬ必然性はない。本来、実行の着手は実行行為がいつ開始されたかという問題であることに鑑みれば、実行の着手概念としては、法益侵害の危険性を有する行為の開始時点、と理解すべきだろう⁽²³⁾。それゆえ、共謀者における共同正犯の未遂犯が成立する時期は、早くても後続行為者が直接行為に出た時点、ということになると思われる。

4. 先行行為が問題となる事例への応用可能性

まとめに代えて、今後の展望を述べて終わりにしたい。先行行為としての共謀行為が実行行為そのものとして理解される余地があるならば、先行行為が問題となる他の事例においても、同様に捉えることができるのではないだろうか。

その1つとして、いわゆる原因において自由な行為が挙げられよう。刑法では、実行行為時に責任能力を有していなければ犯罪が成立しない。原因において自由な行為とは、結果を直接発生させる行為時には責任能力が欠如しているものの、そのような責任能力の欠如を行為者が事前の先行行為によって自ら惹き起こしていた場合を解決する1つの理論構成を意味するものであるが、差し当たって自ら招いた責任無能力の事例を想定していただきたい。解決方法を大別すると、原因行為（飲酒や薬物摂取など責任無能力状態を惹起する行為）を実行行為と解する原因行為説と結果行為（直接結果が惹起される責任無能力状態の行為）を実行行為と解する結果行為説に分類されよう。近年、結果行為説が有力に唱えられているが、共謀行為と同様に、先行行為としての原因行為を実行行為と捉えうる余地があるのではないだろうか。現に、原因行為の正犯性を問う見解が主張されていることは⁽²⁴⁾、私見の妥当性を裏づけるものであろう。

また、引受け過失も同様に理解することが可能であるかもしれない。次のような事例を考えてみてほしい。疲労困憊しているXは、そうした自己の状態を認識可能であるにもか

(22) 増田・前掲註(21) 261頁以下参照。

(23) 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）214頁以下。

(24) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）301頁、南由介「原因において自由な行為」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（成文堂、2011年）165頁以下。もっとも、平野や南は、原因行為に正犯性を要求しつつ、私見とは異なり、原因行為と実行行為は同一ではないと解している。

かわらず自動車の運転を開始し、過労の故に交通状況を誤認して事故を起こしたが、事故に直結する誤認は個人的には回避不可能であった。このような事例では、確かに事故を起こした時点での個人的な能力を基準にすれば、過失を問えない。しかし、それに先行する、自動車の運転を開始するという行為の時点で事故を招く事後の行為について注意する個人的能力が認められるならば、個人的過失の帰責を問うことができるように思われる⁽²⁵⁾。もっとも、引受け過失については、今後更に検討していきたい。

他には、不真正不作為犯や自ら招いた正当防衛状況（挑発防衛）なども先行行為の問題として捉える余地があるが、こうした先行行為の実行行為性についても今後の検討課題とさせていただくことにして、本報告を締めくくる。

⁽²⁵⁾ 増田・前掲註(21) 191頁以下参照。