

松本実務研究会（H.26.6.18実施）研究報告(10)

「実務における正犯と共犯の区別」

長野地裁松本支部判事 本 間 敏 広

【設例】

建設業を営む甲（経営者）は、住み込みの従業員として、乙（現場監督者）、丙及び丁（各現場作業員）を雇っていた。ある晩、乙及び丙は、ある飲食店内で一緒に飲食をしていた際、乙が店員Aに対しその接客態度が悪いなどと因縁を付け、乙から「やれ」などと指示された丙がAの顔面を殴るなどの暴行を加え、Aに顔面打撲、鼻骨骨折等の傷害を負わせた。また、丙によるAへの暴行の最中、乙らと合流するつもりで入店してきた丁は、丙の暴行を制止しようとした店員Bに対しその顔面を殴るなどの暴行に及び、Bに顔面打撲等の傷害を負わせた。

その後、騒ぎを聞きつけたC（近隣飲食店の店長）がその仲裁に入るため入店してきたところ、Aの近くにいた乙及び丙がCに向かって近づき、乙から「やれ」と指示された丙がCの顔面を殴るなどの暴行を加え、Cに顔面打撲等の傷害を負わせた。

Aは乙らがCに向かった隙に店外に逃げ出したところ、Bの近くにいた丁は、警察への通報を懸念しそれを阻止するなどのため、Aを追って店外に出て、Aを捜すなどした。

A及び丁が店外に出た後、逃げ出そうとするBに気づいた乙は、Bの腹部を蹴る暴行を加えてBに内臓破裂の傷害を負わせ、それが原因でBを死亡させるに至った。

乙は、前記飲食に当たり、あらかじめ、①甲から「店員Aが甲の不倫相手に干渉しているようなので痛めつけてお灸を据えてほしい」などと依頼されていた、②甲から「店員Aを殺害してほしい。止血困難な病気を抱えている

Aの顔面を殴って鼻血を出させるなどして出血死させるのがよい」などと依頼されていた一方、途中入店してきた丁は、店員Bへの前記暴行後、たまたまAの持病を知っていたのに、大量に鼻血を出しているAの顔面を1回殴り、その後前記のとおり逃走したAが病院に向かう途中出血性ショックで死亡した。

第1 総論

1 正犯及び共犯の意義

- (1) 正犯概念は多義的ではあるが、基本的には、正犯とは、自ら犯罪を実行した者（自己の犯罪を行った者）と定義づけることができる。

自ら単独で実行するのが通常であるが、他人を道具として自ら実行行為をする形態の場合を間接正犯という。他人の動作や行為をあたかも一種の道具として自己の犯罪に利用するときは、規範的な評価の問題として、自ら実行行為をしたのと同じに考えることができるからである。

- (2) 共犯（最広義の意味）とは、二人以上で犯罪を行う場合である。

刑法は、原則として、一人の者が単独で犯罪を実行する場合（単独犯）を予定して構成要件を規定している。そのため、犯罪に複数人が関与した場合の対処方として、二人以上の者の加功を初めから予定した構成要件を特別に設ける方法（これを必要的共犯という。）と、刑法総則の第11章共犯の各規定（60～62条）により、単独犯を予定した基本的構成要件を複数人が主体である形態に修正して処罰を広げる方法（これを任意的共犯という。）の2種類の対応の仕方を定めている。

- (3) このように、単独犯を予定して構成要件が定められている犯罪を二人以上の者が実現する場合である任意的共犯（広義の共犯）には、共同正犯（刑法60条）、教唆犯（同法61条）、幫助犯（同法62条）の三つの態様がある。

共同正犯は、二人以上が共同して犯罪を実行する場合であって、全員が正犯として処断され、共犯であるとともに正犯の一種でもある特殊な

犯罪形態といえる。これに対し、教唆犯と幫助犯は、正犯に加担した者自体を処罰するものであるから、加担犯（狭義の共犯）といわれる。このうち、教唆犯は、犯罪意思のない者をそそのかし、犯罪を決意させて実行させた場合¹であって、正犯に準じて処断される。他方、幫助犯は、犯罪の実行を容易にした場合であって、その刑は正犯の刑に照らして減輕される（刑法63条）。

2 共同正犯の正犯性

- (1) 「二人以上共同して犯罪を実行した」場合（これを「犯罪の共同実行」という。）と評するためには、各共犯者が具体的にどのような行為を行う必要があるのか、言い換えると、「犯罪の共同実行」のいかなる点に正犯性を認めるべき基礎が存在するのか問題となる。
- (2) 「犯罪の共同実行」の本質は、全員が、互いに相利用し相補いあって「自己の犯罪」を実現しようとする犯罪共同遂行の合意（これを共謀という。）を行い、そのような合意に基づいて実行行為がされるという点にあると解される。そして、共同正犯の正犯性は、実行行為の一部を形式的に分担したという点においてではなく、犯罪の実体として犯罪共同遂行の合意としての共謀が存在し、かつ、行為者がこれに加わったという事実こそ求められるであろう。

3 共謀共同正犯²

(1) 判例・実務の動向

¹ 犯罪の教唆といえるためには、漠然と犯罪一般をそそのかすだけでは足りないというべきであるが、一定の犯罪を実行する決意を被教唆者に生じさせれば十分であり（最判昭26.12.6刑集5巻13号2485ページ）、犯罪の日時・場所・方法・被害物件まで具体的に特定して教唆するまでの必要はない。

² 共謀共同正犯として起訴された事件について、實際上登場するのは、主に、共謀の存否をめぐる有罪・無罪が争われる場合（共謀存否型）と、共同正犯か幫助犯かが争われる場合（幫助犯区別型）の二つの類型と考えられる。

実務は、大審院（大刑連判昭11.5.28刑集15巻715ページ「銀行ギャング事件」³⁾）や最高裁（最大判昭33.5.28刑集12巻8号1718ページ「練馬事件」）の判例等⁴⁾に従っており、今日、共謀共同正犯も共同正犯の一種であるという点を当然のこととして運用している⁵⁾。

(2) 成立要件

練馬事件判決を踏まえて共謀の点を分析すると、共謀の存在を認定するには次の二つの事情を必要とするものと解される。第1に、各関与者が、それぞれ、他の関与者と協力し、特定の犯罪をいわば「自分たちの犯罪」として共同遂行しようという認識（これを共同犯行の意識という。）を有していること、第2に、各関与者が共同犯行の意識を各人の内心に持っているというだけでは十分でなく、更にそのような共同犯行の意識について相互に意思の連絡が存すること、すなわち、互いに相利用し相補充する旨の意思疎通が成立していること（これを意思の連絡又は意思疎通という。）が必要といえる。

ところで、スワット事件決定（最一小決平15.5.1刑集57巻5号507ページ）は、スワットと呼ばれる専属の警護組織がけん銃等を所持して暴力団幹部である被告人を警護していた事案において、被告人とスワット

³⁾ 大審院は、当初、知能犯に限って共謀共同正犯の成立を認めていたが（大判大11.4.18刑集1輯233ページ）、次第にこれを拡大して適用するようになり、最終的には一般的にこれを認めるに至った。

⁴⁾ 練馬事件判決は「共謀共同正犯が成立するには、2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い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。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担又は役割のいかんは右共犯の刑責したいの成立を左右するものではないと解するを相当」とする。

⁵⁾ 実行共同正犯を原則、共謀共同正犯を例外と見るのか、それとも両者の間に原則・例外の関係はないと見るのかについて、共謀共同正犯を肯定する立場においても見解が分かれ得るが、判例・実務は後者の立場にある。

との間に、具体的な謀議行為を認定できなかったものの、意思の連絡があったことを認定した上で、犯行時の被告人とスワットの行動、被告人の地位・立場等から、「実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得る」と判示する。この決定を踏まえると、共謀共同正犯の成立には、既に触れた共同犯行の意識や実行犯との意思の連絡に加えて、実行犯の行為を被告人に帰責させる事情が必要であるとの理解が可能といえる。そこで、さきの事情に続き、第3⁶として、「自分たちの犯罪」を一緒に行ったと評するにふさわしい犯行への寄与などが必要であると解される^{7,8,9}。

⁶ 大別して、共謀共同正犯の成立要件をすべて「共謀」概念の中にも含める立場と、「共謀」概念を重視しながらもこれとは別に何らかの客観的な要件を要求する立場があり得る。

⁷ 一般に、被告人と実行犯との間に犯行についての意思疎通があったことが認められても、どのような場合に共謀共同正犯とされ、どのような場合に狭義の共犯とされるのかをめぐる判断基準が、従前から論点となっている（平成15年度最高裁判例解説刑事篇301ページ・芦澤政治）。この判断基準については、①実質的客観説（犯罪の遂行に際し、実行の分担に匹敵し又はこれに準ずるような重要な役割を演じたか否かを基準とする説、あるいは、実行犯の行為を支配したといえるか否かを基準とする説）、②主観説（「自己の犯罪」を行ったものであるか「他人の犯罪」を行ったものであるかを基準とする説）等の見解が見られ、練馬事件以降の下級審判例は主観説的な考えが中心になっているといわれている（小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号1ページ、西田典之「共謀共同正犯について」平野龍一先生古稀祝賀上378ページ等）。

⁸ 大阪刑事実務研究会「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件（下）」判例タイムズ1356号59ページ以下・杉田宗久判事（当時）等は「まず第1に、昭和50年代ころから、共謀共同正犯が認められるか否かの基準―実行行為者との意思連絡（意思疎通）が認められることを前提とし一犯罪関与者が「自己の犯罪」としてその犯罪に関与したといえるか否かという主観説的な考え方（中略）前述したような裁判例の動向との相互作用の下に、その後も今日に至るまで裁判実務家の間で根強く支持され続けてきている。第2に、しかしこの考え方は、すべてを関与者の主観面に依拠するドイツ流の純然たる主観説とはやや趣を異にし、いずれも犯罪の主観面と客観面を総合して判断して「自己の犯罪」が認められるか否か、又は、正犯意思が認められるか否かを検討しようとするものであって、その結果、学説上有力な実質的客観説と、その具体的事案における帰結において大差ないものとなっている。」と指摘する。

4 共謀の内容

(1) 形成過程

共謀は、実行行為の時点で形成されていれば足りるのであって、それがいかなる経過で形成されたのかは、共同正犯の成否を考える上で必ずしも本質的な問題ではない。例えば、実務上、それぞれ、事前共謀、現場共謀（最判昭23.12.14刑集2巻13号1751ページ）、黙示の共謀（最判昭23.11.30裁判集刑事5号525ページ）、順次共謀（前記練馬事件判決も、順次共謀が共謀として欠けるところがない旨明確に認めている。）と呼ばれる形態の共謀が存在する。よって、例えば、共謀者の一部の者において、実行担当者が誰であるか知らないというような事態も生じ得る（最判昭27.4.18裁判集刑事63号341ページ）。

(2) 具体性

犯罪の中核的部分についてさえ意思連絡が認められれば、各共犯者間で実行の具体的方法についてまで逐一意思連絡がされていなくとも共謀が成立する（最判昭26.9.28刑集5巻10号1987ページ）。

例えば、順次共謀等の事案において、共同謀議行為を何回も繰り返しているうちに、次第に共謀内容が変遷し、その結果当初の共謀内容と最終段階での共謀内容とが大きく食い違ってしまうというケースも実務上まれではない。いわゆる共謀の同一性（連続性）の問題である。謀議の形成過程において、共謀内容が変遷した結果、前後の共謀の中核的部分に食い違いが認められる場合には、両共謀は同一性を欠くことになるため、実行行為及びそれにより発生した結果を当初の共謀関与者に帰せしめることはできないであろう（東京高判昭60.9.30刑月17巻9号840ペー

⁹ 学説の世界でも、明治以来長年にわたって、共謀共同正犯自体認め得るか否か、これを是認するとすればその成立要件は何か、共謀共同正犯と教唆犯・幫助犯とを区別する具体的基準は何かなどの諸点について数々の研究が累積されてきた。本稿の主眼ではないのでその詳細を振り返ることはしないが、現在、学説の流れは何らかの形で共謀共同正犯を認める立場にあり、その成立要件や狭義の共犯との区別の具体的基準に関して諸説が主張されているものの、実質的客観説が多数を占めているといつてよい。

ジ)。

なお、共謀は「特定の犯罪」についてされる必要があるものの、これは、社会的事実として特定された犯罪の趣旨であって、必ずしも法的評価を下した結果としての罪名の同一性まで要求するものではないと解される。

5 実行行為を行う幫助犯^{10,11}～正犯性認定の理論的根拠

- (1) 共謀共同正犯のように、実行行為を行わない者でも正犯となり得るところ、逆に、実行行為を行う者であっても、幫助犯にとどまることがあり得るか¹²。

ア 実務家の所説

前掲判例タイムズ1356号51ページ以下によると、中野次雄元判事はその所説（刑法総論概要・第3版補訂版）で「ある者が実行行為の一部を行ったとしても、事実全部の実現には関心がなく、例えば報酬目

¹⁰ 中森喜彦（当時京都大学教授）「実行行為を行う従犯」（判例タイムズ560号67ページ以下）参照

¹¹ 江藤孝「正犯と共犯の区別—正犯概念と実行概念をめぐって—」（志學館法学創刊号）は、「わが国では、正犯と共犯の区別については、主として、実行行為を行わない共謀にとどまる者の共同正犯性の成否を中心に、共謀共同正犯の是非が論じられているが、実行行為の一部または全部を行った者の共犯性（従犯性）については、あまり論じられていない。これは、単独正犯であれ共同正犯であれ、正犯とは自ら犯罪を実行した者すなわち自ら基本的構成要件該当事実を実現した者をいうことが当然の前提とされていることから、実行行為を自ら行った者が従犯となることはありえないと考えられているためであろう。」（同号10ページ）、「二人以上の者が犯罪に関与する加功の態様は、多様で複雑であって、類型化にはなじまない。したがって、各行為者の主観・客観を総合して自己の犯罪か他人の犯罪かを個別的に判断し、正犯と共犯とを区別するしかない。その意味で、実行行為の一部または全部を行わない共謀者に共同正犯の成立を肯定し、他方、実行行為をした者にも従犯となりうることを認めることは、共犯論として妥当な方向を示すものであるといえよう。」（同号14ページ）と指摘する。

¹² もとよりこの場合も正犯の存在を前提とする。加担犯（教唆犯と幫助犯の総称）は「他人の犯罪」に加功するものであり、正犯のないところに加担犯はあり得ないからである（加担犯の従属性）。

当てにその行為だけを行ったのであれば、それは正犯ではなく幫助犯である。」と指摘し、また、小林充判事（当時）はその所説（前掲「共同正犯と狭義の共犯の区別」）で「人的関係や犯行動機ないし犯行結果との関わり合いの事情によっては、例外的に、たとえ実行行為の一部を分担しても、『自己の犯罪』意識を欠くものとして、幫助犯とされることもあり得る。」と指摘している。

イ 主な判例の通覧

① 横浜地川崎支判昭51.11.25（判例時報842号127ページ）

Lから覚せい剤の調達の依頼を受けた被告人が、Lの言い値でSと話をまとめ、Lと共に取引場所に赴いたところ、SはLと会うことを嫌い、覚せい剤を被告人に託して立ち去ったため、被告人がLに手渡し、Lからの代金支払についてSの指示に従った上、Lから代金のほか車賃等として5万円を受け取り、後日Sに代金を渡したが、Sからは1円ももらわなかったという事案について、被告人を覚せい剤譲渡の幫助犯とした。この判決は、実行行為を行った者も正犯意思をもたなければ正犯たり得ないとの立場を明言している点で注目を集めた。

② 大津地判昭53.12.26（判例時法924号145ページ）

覚せい剤を他人に注射した、すなわち、被告人が、Mにおいて自ら覚せい剤の水溶液を注射しようと試みる途中で、同人に頼まれて注射してやったという事案について、「覚せい剤取締法19条にいう覚せい剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解される」とした上で、「被告人は、自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚せい剤使用の正犯意思を欠き」、「いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認めるべく」、覚せい剤使用の罪の共同正犯ではなく幫助犯にとどまるとさ

れた。

③ 福岡地判昭59.8.30（判例時報1152号182ページ）

暴力団員らが覚せい剤の取引名下に対立関係にある暴力団の幹部をおびき出して覚せい剤を奪取するとともに同幹部を殺害しようと企てたが、殺害は未遂に終わった事案について、覚せい剤売買の取次ぎ役を装い、被害者から覚せい剤を受け取ってそのまま現場を脱出した被告人を強盗殺人未遂の幫助犯とした。この判決は、被告人が実行行為の一部を担当したことは明らかだとしながら、「実行行為一部分担の事実も、結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎない」と述べ、「当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実行行為の一部を分担したことの一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でない」「特段の事情の存する場合においては、たとえ当該行為者が形式上実行行為の一部に該当する行為を行った場合であっても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である」との一般論を示した上、この事件では、被告人は事情を知らずに正犯者の一人であるNに謀議の場に連行されたのであり、謀議に参加したわけではなく、その際被告人の役割は何ら定められなかったこと、被告人は加担しないと危害を加えられるおそれがあると考えて加担したのであり、Nのその場その場の命令に従って言われるままに行動したこと、被告人が犯行において不可欠の存在であったとは考えられないこと、報酬の約束はなく、現実にも報酬を得ていないことなどの諸点を挙げ、「これら諸事情を総合的に検討する限り、被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Nら他の共犯者と共同して本件強盗殺人を遂行しようとするような正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない」としている。

④ 名古屋地判平9.3.5判例時報1611号153ページ

被告人が、Qらと共謀の上、Qらにおいて、被害者に暴行を加え、瀕死の重傷を負わせた後河川敷に被害者を放置して死亡させた殺人の事案について、被告人を殺人の幫助犯とした。この判決は、被告人において、Qらに暴行を受けた後、Qらに随行していたにすぎないこと、被害者を殺害しなければならないような動機がないこと、事前の共謀にも加わっていないことから正犯意思を認めがたいだけでなく、関与行為もQらの不作為による殺人行為のうちの放置行為を行ったにすぎないことなどを幫助犯認定の根拠とする。

ウ 正犯意思の位置づけ

（共謀）共同正犯における主観面の成立要件として、当該犯罪の故意（犯意）及び共犯者間の意思疎通（各行為者に共同犯行の意識があり、行為者間に意思の連絡があることで共謀の存在が認定可能であることは前説示のとおりであるが、ここでは、説明の便宜上、意思疎通の点に絞ることとする。）以外に、正犯意思の存在を必要とするかについて、既に見たとおり、判例・実務上は、何らかの形でこれを必要としているのではないかと解される^{13,14}。

¹³ この点、前掲判例タイムズ1356号64ページ以下は「これまでの判例・実務は、認定レベルの位置付けとしては、正犯意思を共謀共同正犯の積極的要件というよりは、むしろ『被告人には幫助の意思しかなく、正犯意思が認められないから共同正犯も成立しない。』という形での消極的要件としての扱いで臨んできたのではないかと思われる。」と指摘する。

¹⁴ 実質的客観説の立場に分類し得る学説の中でも、共謀共同正犯の成立要件の設定の仕方について見ると、例えば、①専ら、実行に準じるような重要な役割・事実に寄与が客観的に認められるかという観点からその成立要件を考え、主観的・心情的要素は可及的に排除しようとする西田典之教授・佐伯仁志教授と、②その成立要件において、犯罪実現に果たした役割・寄与の重要性は認める一方で、犯罪実現の動機・意欲の強さやこれに裏付けられた正犯意思といった主観的・心情的要素も必要であるとする前田雅英教授・大谷実教授・井田良教授との間には相違が認められる（大阪刑事実務研究会「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件（上）」判例タイムズ1355号82ページ以下参照）。

(2) 概括的考察

ア XがYを道具的に利用しYが当該犯罪の実行行為を全部行った場合¹⁵

(ア) 例えば、XがV殺害の故意でその情を知らないYを道具として利用したとき、Xは殺人の間接正犯となる。たとえYに傷害の限度で故意があっても道具性は否定されず¹⁶、ただ、傷害の限度で、Xと意思疎通があれば共同正犯、意思疎通がなければ幫助犯（片面的なもの¹⁷）が成立し得る。

(イ) 例えば、YもV殺害の故意を有しながら実行に及んだとき、Yは、正犯意思がある限り、殺人の（実行）正犯となり、Xは、Yとの意思疎通があれば殺人の共謀共同正犯が成立し、Yとの意思疎通がなければ（YはXの情を利用行為後の途中で知ったが、XはYの知情が想定外であったようなケース）、主観的には間接正犯のつもりで客観的には教唆犯となっているので、いわゆる共犯形態（修正形式）の錯誤の一種として殺人罪の教唆犯となるであろう。

XとYがV殺害の故意及び意思疎通を有し、ただYが正犯意思を欠くため幫助犯にとどまるときは、Xとの関係でYを「故意ある道具」¹⁸と評価してXに殺人罪（間接正犯）を問うことができよう¹⁹。

¹⁵ 前掲横浜地川崎支判昭51.11.25は、覚せい剤の「譲渡」それ自体（実行行為）を被告人がほぼ一人で担当したケースといえよう。また、前掲大津地判昭53.12.26のケースについても、被告人が犯罪（覚せい剤使用）の実行行為を全部行った類型に含めることが可能といえる。

¹⁶ 間接正犯となる者（利用者）に利用されて犯罪を実現する者（被利用者）に利用者の意図する犯罪に係る故意があると被利用者が規範的障害に直面して実行の抑止（反対動機の形成）が期待されるため道具性が否定されるのが通例といえる。もっとも、被利用者が他の軽い部類の犯罪について犯意を有するにすぎないときは利用者の意図する犯罪についての規範的障害には直面しておらず、道具性を認め得る。

¹⁷ 幫助者と被幫助者とは、必ずしも意を通じていることを必要とせず、幫助者が被幫助者の知らないうちに幫助行為をするような場合にも幫助犯が成立する（片面的幫助）。

¹⁸ 故意ある道具とは、間接正犯における被利用者のうち、故意（利用者の意図する犯罪についての知情）をもってその犯罪を実現する者のことをいう。

利用者と被利用者との間に意思の連絡があり、ただ被利用者に正犯意思まで認めることができないため「他人の犯罪」に加担したにすぎないと評価されるような場合には、その意味合いでの（いわばXはYを利用補充したい、YはXから利用補充されたいといった）利用補充関係が形成されており、利用者から見れば、被利用者（の実行加担の点）を犯罪実現に向けての道具と位置づけることが可能となる²⁰。

では、Xの利用行為時Yも既にV殺害の故意を有していたが、意思疎通がなく、Yが正犯意思を欠くため幫助犯（片面的なもの）にとどまるときは、どうであろうか²¹。この点、いわゆる身分（目的）なき故意ある道具²²の場面で、規範的見地から、身分（目的）を有しない被利用者に道具性を肯定する考え方が有力であるところ、被利用者において正犯意思の有無により直面する規範的障害の程度に差異が生じこれを軽視できないとすれば、Yの道具性を基礎づけることが可能となろう^{23,24}。

イ XとYが同一の機会にそれぞれ当該犯罪の故意を有しながらその実行行為を一部行った場合²⁵

¹⁹ なお、故意ある道具の適用場面で、被利用者が正犯意思を欠く場合にその者を幫助犯とする考え方に消極的な見解として、例えば、島田聡一郎「他人の行為の介入と正犯成立の限界—故意作為犯を中心に(四)」法学協会雑誌117巻5号688ページ以下。

²⁰ 実行の着手時期について、故意なき道具の場合には、規範的に見て、道具性の程度が強い場合、利用者による利用行為の開始時点で実行着手を認めるとともに、故意ある道具の場合には、被利用者による実行の開始時点でこれを認める、との考え方が可能であろう。

²¹ 前説示の変則的な利用補充関係の考え方は意思疎通を前提とするためここでは用いることができない。

²² 身分なき故意ある道具の例として、公務員Lが、非公務員Mに命じて、Lの職務に關し、Nからの賄賂を受領させた場合（賄賂罪）など、目的なき故意ある道具の例として、Qが、行使の目的を秘して、教材に使うと欺いて、Rに手形の偽造を依頼し、Rがこれに従った場合（有価証券偽造罪）などをそれぞれ挙げ得る。

(ア) まず、それぞれの一部実行部分が当該犯罪の成立に不可欠（構成要素）あるいは発生結果に影響（寄与）することを前提に、例えば、V傷害の故意を有するX及びYがそれぞれ意思の連絡なくVに暴行を加えて負傷させたがその暴行による傷害の軽重を知ることができないときは、同時傷害の特例（刑法207条）により傷害罪の罪責を問うことが可能といえる。

(イ) 同様の前提事情の下、例えば、V殺害の故意を有するX及びYが意思疎通なくそれぞれ一部実行に及び、その行為と結果（V死亡）との因果関係が不明なときは、正犯意思を有している限り、いずれも殺人未遂罪²⁶とならざるを得ない。

これに対し、いずれかが正犯意思を欠く場合、例えば、XとYにはV殺害に関する故意があるもののYに正犯意思がないためYが幫助犯（片面的なものを含む。）にとどまるときは、意思疎通を有するならば変則的な利用補充関係の考え方により、意思疎通を欠くならば直面する規範的障害の差異に着目することによって、Xとの関係でY（の一部実行部分）を故意ある道具と評価し、Xに殺人罪（部分的な間接正犯）を問うとの考え方もあり得よう。

なお、一部実行部分のいずれかが、犯罪成立に不可欠なものではなく²⁷、かつ、発生結果にも影響しない場合、例えば、Xの一部実行部分でV殺害の結果が生じ、Yの一部実行部分に犯罪成立の不可欠性や結果への寄与度を認めることができないとき²⁸は、Xに殺人

²³ なお、目的なき故意ある道具において、利用者の正犯性に疑問を呈した上、被利用者に幫助犯が成立することにも否定的な見解として、例えば、島田聡一郎「いわゆる『故意ある道具』の理論について(-)」立教法学58号109ページ以下。

²⁴ 身分なき故意ある道具の場面で、もし利用者と被利用者に意思疎通があれば、共同正犯の成立を前提にいわゆる共犯と身分の問題（刑法65条）として処理される。

²⁵ 前掲福岡地判昭59.8.30は、覚せい剤の「強取」という実行行為について、覚せい剤の受領という形で被告人が実行行為の一部を担当したケースといえよう。

²⁶ このように、二人以上の者が意思の連絡なく同一の機会にそれぞれ独立して同一客体に対し同一の犯罪を実行する場合を同時犯という。

既遂罪、Yに殺人未遂罪²⁹が成立する。

第2 設例の具体的検討

1 丙の罪責

(1) 対A関係

ア 設例①

暴行を加えて傷害の結果を生じさせているので、傷害罪が成立する。

イ 設例②

傷害の故意で暴行を加えて死亡の結果を生じさせているので、傷害致死罪が成立する。

(2) 対B関係

暴行を加えて傷害の結果を生じさせた丁との間でその点の現場共謀（意思疎通を含む。以下同じ。）が形成されていれば、傷害罪の共謀共同正犯が成立する。

暴行を加えて死亡の結果を生じさせた乙との間で傷害罪についての現場共謀が形成されていれば、傷害致死罪の共謀共同正犯³⁰が成立する。

(3) 対C関係

暴行を加えて傷害の結果を生じさせているので、傷害罪が成立する。

²⁷ 前掲名古屋地判平9.3.5のケースは被告人が不作為によって殺人行為のうちの放置行為に及んだというものであるところ、被告人の一部実行部分（不作為）は、他の行為者の実行部分（不作為）と併存することから、あえて被告人の一部実行部分に正犯性を与える必要がないということもできよう。

²⁸ この場合には、Yの一部実行部分をXが道具として利用したとの法的構成により、わざわざXの実行行為に加える必要性がない。

²⁹ 殺人の実行行為性の判断では、客観的に生命侵害の現実的危険性を有する必要はなく、一般人を基準に具体的にそのような危険を感じるか否かで決すれば足りるとの見解によれば、Yの一部実行部分が結果に影響しないものであっても未遂となり得る。

³⁰ 結果的加重犯の共同正犯が問題となる。判例は、基本行為について共謀があれば、たとえその共謀の範囲を超えて一定の結果が発生しても、その重い結果と基本行為との間に因果関係があり、かつ、それが結果的加重犯を構成する限り、共謀者全員につき結果的加重犯の共同正犯の成立を認める。

2 丁の罪責

(1) 対A関係

ア 設例①

丁は、丙のAに対する暴行の途中から、その状況を認識した上、丙の暴行を制止しようとしたBに暴行を加えて関与している。

よって、丙らとの間で現場共謀が形成されていれば、少なくともその関与以降の傷害罪について共謀共同正犯が成立する³¹。

イ 設例②

丁が殺意をもって暴行に及んだとしても、殺意を有し丙を道具として利用する乙との間でA殺害につき現場共謀が形成されたとは通常考えがたい。また、丙の暴行によりAが大量出血しているので、丙の暴行が結果発生に寄与していることは明らかである。

そこで、丁において、正犯意思があり、丁の暴行も結果発生に寄与するときは殺人罪（同時犯）が成立し、丁の暴行が結果発生に寄与していないときは殺人未遂罪（前同）となる。

なお、丁が正犯意思を欠いて幫助犯にとどまり、丁の暴行が結果発生に寄与するときは、乙において、規範的見地から、丁（の一部実行部分）を道具として利用する殺人罪（部分的な間接正犯）が成立し得る。

丁に殺意がなく傷害の故意にとどまる上、A傷害につき現場共謀も存在しないときは、傷害致死罪（同時犯）が成立する³²。

(2) 対B関係

丁は、暴行を加えて傷害の結果が発生しているので、傷害罪が成立す

³¹ 承継的共同正犯の成立範囲が問題となる。この点に関していまだ最高裁の判例は出ていないが、近時の下級審判例を見ると、その範囲に一定の合理的制限を加えようとするものが多くなりつつある。

³² 死亡結果への寄与度や軽重が不明であれば、丙に成立する傷害致死罪との関係では同時傷害の特例（刑法207条）の適否が問題となるが、傷害致死罪の場合にもこれを肯定するのが判例である（最判昭26.9.20刑集5巻10号1937ページ）。

る。

では、丁は、乙が暴行を加えてBを死亡させた点につき罪責を負うであろうか。B傷害につき乙と丁との間で現場共謀が形成されていることを前提に、丁は乙の暴行の際既に店外に出ているため、共犯関係から離脱したといえるか問題となるが、相互利用補充関係が解消されたような場合でない限り、共犯関係からの離脱を認めることはできない（最決平元.6.26刑集43巻6号567ページ）。そして、相互利用補充関係の解消を基礎づける事情も特に見当たらないので、結局、傷害致死罪の共同正犯が成立する。

(3) 対C関係

C傷害につき乙らとの間で現場共謀が形成されていれば傷害罪の共謀共同正犯が成立する。

では、現場共謀が存在しないときはどうか。乙ら正犯に対する幫助犯の成否が問題となるが、意思疎通がないので正犯に対する心理的因果性を考える余地はない。また、丁は、店でBを捜し出すことができず、正犯の行為を容易ならしめるような行動（例えば店外周囲での見張り）にも及んでいないとすれば、片面的幫助を前提としての物理的因果性も欠いており、結局、幫助犯は成立しない。

3 乙の罪責

(1) 対A関係

ア 設例①

丙を道具として利用した傷害罪の間接正犯が成立する。

イ 設例②

丙を道具として利用した殺人罪の間接正犯が成立する。

丁による殺人の実行行為との関係については既に触れた。

(2) 対B関係

丁の暴行時に傷害につき現場共謀が形成されなかったとしても、乙は、

自己による暴行の際、先行者丁の暴行及びその結果（B負傷の状況）を自己の犯罪遂行の手段として利用したものと評し得れば、丁との間で丁の暴行による傷害結果をも承継する内容の共謀を前提とした傷害致死罪の共同正犯が成立し得る。

(3) 対C関係

丙との間で傷害罪の共謀共同正犯が成立する。

4 甲の罪責

(1) 設例①

ア 対A関係

事前共謀が存在する乙との間で、また、順次共謀が形成されるならば丙や丁との間でも、傷害罪の共謀共同正犯が成立する。

イ 対BC関係

甲の眼目はもとよりAの傷害であるが、事態の展開次第ではAのみならずその関係者をも巻き込むことを十分想定できるようなときは、その関係者への傷害も共謀内容に包摂し得る。

よって、この場合には、乙丙丁との間で、Bに対する傷害致死罪、Cに対する傷害罪の共謀共同正犯が成立し得る。

(2) 設例②

ア 対A関係

乙との間で殺人罪、丙との間で傷害致死罪の共謀共同正犯が成立する。

イ 対BC関係

共謀内容によっては、乙丙丁との間で、Bに対する傷害致死罪、Cに対する傷害罪の共謀共同正犯が成立し得る。