令７－１７肢オ

第１．肢の結論

誤っている

第２．共同正犯を成立させるために，どこまで，意思連絡が必要か

１．問題の所在

甲と乙が窃盗を共謀し，同共謀に基づき甲が実行行為を行ったが，乙は同実行行為の日時，場所，方法を詳細に認識していなかった。この場合，乙に窃盗罪の共同正犯（２３５条，６０条）が成立するか。意思の連絡がどこまで必要か問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

意思の連絡は，犯罪の概要についてあれば足りる。詳細については，連絡は不要である。

したがって，本件の場合，乙にも窃盗罪の共同正犯が成立しうる。よって，成立しないとする肢は誤り。

（２）理由

まず，共同正犯が成立するには，①共謀（①-1 意思の連絡，①-2 共同犯行の意識），②共謀による実行行為が必要である。共同正犯が成立すると，一部実行全部責任を負う。それは，相互利用補充関係が正犯と共同正犯の間にあるからである。したがって，①-1 意思の連絡は必要である。また，①-2 教唆犯，幇助と区別するため正犯意思が必要である。

また，共同正犯は，②広義の共犯（１１章）のため，処罰根拠（因果的共犯論）を満たすため，共謀による実行行為，因果性が必要となる。

確かに，本件では，犯罪の内容として重要な防御の対象となる，実行行為，日時，場所，方法の意思連絡がない。

したがって，共犯関係が成立すると，乙から見ると，予定外の刑事責任を被るという側面もある。そのため，共同正犯の成立要件である①-1 意思連絡としては不十分であり，共同正犯が成立しないと思える。

しかし，不当である。共謀はしていても，実行犯である甲は，細かく乙に連絡せず，柔軟に犯行を行うケースもある。このような場合に，乙に刑事責任が問えないとするのは，法益保護や処罰感情に会わず問題である。したがって，刑法の目的を達成できるように，処罰できるとする必要がある。

共同正犯として，一部実行全部責任を負うのは，正犯と関係で相互利用補充関係があるからである。実行行為の詳細はわからなくても，概要を把握しており，犯罪の結果を欲するような関係があれば，共犯者乙は，正犯甲の行為を利用しているといえる。

このような関係があれば，意思の連絡としては十分である。したがって，結論通り，乙には窃盗罪の共同正犯が成立し得る。

以上