

共犯と身分

— 共犯論における主観主義の展開を通じて —

西 台 満

Die Teilnahme am Sonderdelikt — durch eine Entwicklung des Subjektivismus in den Probleme der Teilnahme—

Michiru NISHIDA

ACCOMPLICE WITHOUT THE QUALIFICATION

— an essay on the basis of Subjectivism —

It has been said that there is an inconsistency in Criminal Code Art. 65. Because Clause 1 of it prescribes that an accomplice without the qualification should be punished in the same way as the principal offender, while according to Clause 2, the accomplice

should be imposed a higher penalty than the principal.

I insist that this apparent inconsistency can be explained only on the basis of Subjectivism, which attaches more importance to mens rea (guilty mind) than the external form that the accused actually committed actus reus (wrongful deed) or not.

刑を科す³⁾—。

- 一 序論—六五条の解釈—
- 二 正犯と共犯の区別に関する主観説
- 三 共犯従属性説と行為共同説
- 四 結論

第一章 序論—六五条の解釈—

刑法六五条は、身分犯に身分なき者が関与した場合どのように処置するかについて、次のように定めている。「①犯人の身分に因り構成す可き犯罪行為に加功したるときは、其身分なき者と雖も、仍ほ共犯とす。②身分に因り特に刑の軽重あるときは、其身分なき者には通常の

通説によれば、一項は真正身分犯と共犯、二項は不真正身分犯と共犯、の関係を定めたものである。例えば、公務員に賄賂を受け取るように勧めた一般人は、収賄罪が公務員しか犯すことのできない犯罪、つまり真正身分犯であるから、この場合一項の適用があり、身分のない一般人でありながら例外的に身分犯の罰条で処罰される。他方、Aに対しAの親Cを殺すように、つまり尊属殺を犯すようにそのかしたBは、Cの卑属でない「身分なき者」であるから、「通常の刑」つまり殺人罪の教唆犯として罰せられる。尊属殺は被害者の卑属という身分を有する者だけが特に重く罰せられる不真正身分犯だから、二項の

適用範囲に入る。

以上挙げた二例はいずれも教唆犯の場合で、それぞれ典型例であるから、学界においてほぼ意見の一致を見ている。ところで、一項に関しては、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）だけに限られるのか、それとも更に広く共同正犯にも適用があるのか、という問題がある。団藤によれば、「真正身分犯については身分のない者の行為はその実行行為としての類型を欠くから、共同実行ということはいえない。たとえ、非公務員が公務員とともに贈賄者の宅へ行って賄賂をもらって来たとしよう。：そこに行為の共同がある（としても）：非公務員にとつては、その目的物は『賄賂』ではないし、これを受け取ることは『賄賂の收受』の実行行為ではない¹⁰⁾。木村も「収賄罪の主体は、それが単犯正犯たる共同正犯たるを問わず常に公務員・仲裁人たることを必要とするから、非公務員・非仲裁人はいかなる意味においても共同正犯者たりえないことは純真正身分犯の概念の当然の結論である。したがって、純真正身分犯たる収賄罪に非公務員・非仲裁人が加功する場合は教唆者または幫助者として以外ではありえない。その意味において、刑法第六五条第一項の『仍ホ共犯トス』という場合の『共犯』は狭義の共犯を意味し、共同正犯を含まないと解すべきであり、したがって、刑法第六五条第一項と第二項がその適用範囲を異にするものであることはいうまでもない¹¹⁾」と主張する。

このような、六五条一項は共同正犯には適用がないとする立場を否定説と呼ぶならば、それと反対の立場が肯定説であり、同項「は共同正犯にも適用されるというのが通説・判例である¹²⁾」。まずもって、否定説では一項と二項の適用範囲が異なってくる、つまり一項では共同正犯が排除されるのに、二項では含まれる、との一貫性のなさが気になるところである。形式的にも、六五条一項「も共同正犯の規定も共に『共犯』の章下にあり、(前者には)『共犯トス』との文言があつて、

そのいわゆる『共犯』には共同正犯をも含む¹³⁾」、と解する方が自然ではある。

そして肯定説を妥当とする、より実質的な理由としては、「共同正犯」というものの本質を考えなくてはならない。柏木が言うように、「非公務員が単独で収賄罪の正犯者となりえないことは確かであるが、公務員と共同して一体となって収賄罪を犯すことは不可能ではない。このばあいには公務員と非公務員との一体となったものが収賄罪の主体なのである。このように二人以上の者の一体となったものが実行行為の主体である、という考え方はまさしく共同正犯の要点にほかならないのであつて、だからこそ各人の行為を個別的に観察すれば必ずしも構成要件を充足していなくてもいいのである。この考え方を身分の点に推し及ぼすならば、構成的身分のない者も身分者と共同して真正身分犯を犯すことができるものと解しえよう¹⁴⁾」。

身分なき者の行為は類型性を欠き、実行行為とは言えない——という否定説の論拠は、犯罪の「共同」を単に単独正犯の集合としか見ておらず、共同正犯を同時犯と同一視する点で失当である。収賄罪の例で言えば、否定説は、公務員に賄賂を受けるのを禁じる趣旨は不正な職務行為が行われるのを防ぐこと、換言すれば、収賄罪の法益は職務行為の公正である、と考えている節がある。そう考えると確かに、非公務員はどうころんでも不正な職務行為をなし得ないから正犯とはなり得ない、という結論になる。しかし、「職務行為が賄賂とからんで行われるときは、たとえそれが客観的に公正になされたものであつても、その公正に対する社会の信頼を害うものであることを考えれば、職務行為の不可買収性を基本としていることは疑いなく、ただ職務違反行為があるばあいを加重類型としているから、そのかぎりで職務行為の公正もまた違法要素として、参酌されているものと解すべきである¹⁵⁾」。

賄賂の授受がなされるように適当な業者を探して公務員に引き合わせ、賄賂の一部を謝礼として公務員から受け取ることに合意した非公務員の場合、単なる幫助と言うより、意思の連絡の下に一体となって収賄を実行すると言うべきであろう。このように、収賄罪の法益は職務の不可買収性であることを明確にするならば、公務員という身分のない者であっても、公務員と共同すれば公務員に対する社会の信頼を失墜させることはできる、と肯定説を根拠づけることができる。

そして、共同正犯の本質に関連して特に注意すべきは、柏木が主張するように、「個別的に観察すれば必ずしも構成要件を充足していないくても」正犯たり得る、という事実である。例えば、「見張り」は概ね共同正犯になる、というのがこれまでの判例である。その理由づけには、(1)「構成要件たる実行行為と犯罪実行を確保するための行為とが犯罪遂行行為として把握され、この犯罪遂行行為の分担実行を、すなわち実行正犯と考え……したがって、ここで考えられている実行の範囲とは、もともと基本的構成要件にあたる実行行為よりも広い」という流れと、(2)「見張りは実行行為ではないが、共謀がある以上、共同正犯であるとする、共謀に比重をかける⁸⁾」流れとがある。いずれにしても、「正犯とは……基本的構成要件該当事実を実現する者であ(り)……狭義での共犯は……それ以外の行為をもって、これに加功するものである⁹⁾」というような構成要件を基準にする定型説は、判例では否認されている。

構成要件に定められた行為を「実行行為」と呼ぶとすれば、実行行為は正犯と共犯を分ける基準ではない。構成要件該当行為を全くしなかった者でも、正犯となり得るからである。例えば、公務員と非公務員が虚偽公文書作成(一五六条)を計画し、公務員が非公務員の傍らにすわっていちいち助言・指導したとしよう。公務員は文字一つ書いたわけでもなく、印章に触れさえしなかったとしても、即ち実行行為

らしき行為を何一つしなかったとしても、正犯とするのに何人も異議を挟まないであろう。

こうして、定型説論者といえども、構成要件に記載された行為を現実にこなう者だけが正犯である、と固執することが難しくなってくる。一つの例が責任無能力者等を教唆する「間接正犯」であって、この場合の行為は単なる言葉でしかない。しかるに、なぜそこに「直接正犯と異ならない実行行為性の存在が認められる」のか。大家によれば、我々は「構成要件に該当する実行行為の觀念のもつ規範的意味を忘れ」てはならない。「間接正犯の正犯的性格の実体は……背後の利用者の行為において……被利用者の行為を一定の犯罪の実現、すなわち、法益の侵害・脅威にいたらせる現実的な危険性が含まれる点に見出されるべきである¹⁰⁾」。結局、正犯と共犯を分ける基準は、問題となる行為が一定の型にはまっているかいないかではなくて、法益にとってどれだけ危険であるかという主観による評価なのである。実行行為概念はあくまで規範的なものだと言われるのは、まさにこうした意味においてである。

従って、YがZとKに斬り付けている間、不慮に備えて後方で見張りをしていたXにつき大審院は、殺人の実行行為を分担しており「幫助より進んで実行の範囲に入りたるもの¹¹⁾」と断じたが、これに対して定型説の立場から「しかし、そうなると、構成要件にあたる実行行為とはどういうものなのか¹²⁾」と疑問を投げかけるのは、些かのはずれと云うべきであろう。構成要件を基準に採ったとしても、共犯を初め、不作為・原因において自由な行為・過失犯など、到る所で壁にぶつかり、明確化と言うには程遠いであろう。

見張りの正犯性を肯定する判例に話を戻せば、(1)系統の理由づけは、それ自体方向は正しいとしても、定型説同様、正犯行為の範囲はどこまでなのか、不明瞭さがつきまとうことになる。なぜなら、客観

的な行為で正犯と共犯を分けようとする点で定型説と異ならず、間接正犯で述べたように、構成要件的行為をする者ではなく背後にいる者が正犯とされるように、客観的見地からは正犯・共犯が逆転することさえあり得るからである。そこで、構成要件的外形から離れ、「共謀」に基準を求めようとする(2)系統が注目されることとなる。

共謀とは、「数人相互の間に共同犯行の認識があることを云う¹³⁾」。もう少し詳しい定義を探すなら、「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¹⁴⁾」である。互に他人の行為を自己のそれとして利用し合う関係¹⁵⁾というのは、主観的合意に基づいて成り立つが故に、判例は正犯と共犯の区別においては「主観説」を採用、と言ってよいであろう。客観的に見れば目標を同じくする点で協力し合っている、主観的な結び付きがなければ「同時犯」、即ち互に利用し合う関係でないとされて、行為者ごとに責任は別個のものとなるのである。

註

- (1) 原文は、読点なしで片仮名。
- (2) 団藤重光、刑法綱要総論改訂版(以後、団藤と略す)、三九四頁。
- (3) 木村亀二、犯罪論の新構造(下)、三七八頁。
- (4) 団藤、三九四頁。
- (5) 植松正、再訂刑法概論I総論、三八七頁(丸カッコ内筆者)。
- (6) 柏木千秋、「共犯と身分」法学教室(昭三六年)第一号、五〇―一頁。
- (7) 谷口正孝、新版刑法(木村・阿部編、基本法コンメンタール)、一九〇頁。同旨、定塚道雄、「賄賂罪」刑事法講座四卷、七六六頁。
- (8) 鈴木享子、「教唆犯と幫助犯」判例刑法研究四卷、二〇七、二〇九頁。
- (9) 団藤、三四八頁。

(10) 大塚仁、刑法概説(総論)改訂版(以後、大塚と略す)、二四二、一四八頁。

(11) 新判例体系刑法4、四一〇ノ六三(大判明四四年二月二日刑録一七輯二七三頁)、原文片仮名。

(12) 鈴木、前掲、二〇八頁。

(13) 最判昭二四・二・八刑集三卷二号一四頁。

(14) 最判昭三三・五・二八刑集二卷八号一七三頁。

第二章 正犯と共犯の区別に関する主観説

正犯と共犯を区別する標識に関して、古くは主観説と客観説との対立があった。「因果関係に関する条件説を前提としつつ、正犯者の意思をもって行為する者を正犯、加担者の意思をもって行為する者を共犯と解する」のが主観説で、他方「原因説の立場に立って、犯罪的結果に対して原因をあたえた者を正犯、単に条件をあたえたにすぎない者を共犯とする」のが客観説だと説明されている。大塚によれば、両説とも「因果関係の問題を偏重する点において、根本的批判をまぬがれない¹⁶⁾」。

しかし、この批判は因果関係論によって正犯と共犯を区別しようとした客観説に当てはまるだけで、主観説に対しては当を得ない。言うまでもなく、主観説は行為者の心理面に着目して区別しようとする立場であるから、因果関係を偏重していたのではその説は成り立たない。滝川によれば、「刑法上の因果関係は行為の限界内において適用せられねばならない(から、結局)行為の因果関係の限界と故意または過失の限界とは一致する。∴(従って)行為の因果関係の理論は責任の理論の或場面にほかならない。刑法において特に行為の因果関係を論ずる必要はない¹⁷⁾」。このように、行為者の主観を中心に考える責

任には因果関係までが包摂され得るとなれば、主観説は恐らく因果関係否定論の方にこそ親近性をもつてであろう。実際、条件説は結果を招来するのに寄与した諸要因をすべて結果との関係では同価値と見なし、原因説あるいは相当説のように価値判断を加えない。日沖によれば、法的な評価を加える前に、先ずその対象としての事実を確定しなければならぬ。「我々の法律的思想が経験界を把握しようとする際にも、やはりこの（メッガーの言う根源的ないしアプリアオリのな一筆者註）一般的な思惟形式に従わねばならない（から）、…条件説のみが唯一の可能な因果関係論だとせざるを得ない。それに引き換え相当因果関係説は刑事責任論である¹⁰⁾」。条件説は、結果との遠近、結果発生への貢献度を無視してさまざまな要素を評価の対象として広範囲に取り込むため、実質的には、因果関係は特に論ずる必要はないとする否定説と変わらないと言えるだろう。

以上、主観説に対する批判は首肯し難いことを述べたが、主観説自体問題がないわけではない。正犯者の意思、加担者の意思とは、一体何なのか。その内容が説明できなければ、定型説に対すると同様「明確な標準といいたい¹¹⁾」ことになる。主観説には、「二種類あって、そのうち目的説は「自己の目的・利益のために行為をした場合を正犯とし、他人の目的・利益のために行為をした場合を共犯と解する」。しかしこれに対しては、囑託殺人・囑託墮胎や第三者の利益を図る背任などでは正犯がいなくなるという批判がある¹²⁾。更に、教唆犯・帮助犯もそれぞれ何らか自己の目的をもって行為するのだと言えなくもない。共犯には「自己の目的」はないとするためには、目的の内容を構成要件実現に限定しなければならぬであろう。そうすると、その目的は故意と一致する。故に、正犯と共犯を分かち主観説としては、もう一方の主観説である故意説が妥当である。

木村によれば、「故意説は自己の行為をなす意思をもってする場合

を正犯とし、他人の行為に加担する意思をもってする場合を共犯と解する。しかし、この説は意思の対象たる自己の行為・他人の行為を予め客観的に区別せられたものとして前提するから、主観的区別とはいいがたく、主観説の自己否定に帰する¹³⁾」。この批判が正しいとすれば、そもそも主観なるものの存在する余地がなくなってしまうであろう。なぜなら、具体的なものから極端に抽象化されたものまで程度に差はあっても、我々の認識の対象は常に客観的なものと言えるだろうからである。もし認識の中味が客観であれば、それはもはや主観でない一となれば、我々は認識していることを認識したり、思考を思考するというような無意味な主観しか持ち得ないことになる。それ故、主観説が自己否定しているのではなくて、批判自体が「主観」否定の上に成り立っている、ということがわかるのである。

そして批判は、「自己の行為をなす者が正犯で、他人の行為に加担する者が共犯」と解するのと、「自己の行為をなす意思とする者が正犯で、他人の行為に加担する意思とする者が共犯」と解するのとの間の、表現上は意思が入るか入らないかのわずかな、しかし決定的な差異に気づいていない。前者では、自己の行為と他人の行為への加担とが「予め客観的に区別せられ」ており、どちらを選択するかで正犯と共犯に分かれる。しかし、後者は違う。客観的・外見的には他人の行為への加担のように見えても、本人は自己の行為をしているつもりの場合があり得る。第一章で挙げた「見張り」がその好例である。その他、「強盗にあたって、一人が被害者の前からピストルを突きつけ、他の一人は単に被害者の背後に佇立していたとせよ。単なる佇立行為も、かような状況のもとでは、あきらかに脅迫行為として強盗罪の実行行為の一部をなすものといわなければならない¹⁴⁾」。黙って立っているだけの行為は、通常なら到底、強盗の実行行為とは言えない。客観的には、幫助としか言えないような加功形態である。ここに定型説に賛同でき

ない理由がある。そのような行為であっても、周囲の状況から、本人は自己の行為として積極的に参加する意思であることが認定できるなら、彼は強盗の共同正犯なのである。

次に逆の場合として、外見上は自己の行為を行なっているように見えながら、本人は他人の行為に加担する意思があり得る。それが、所謂「故意のある幫助的道具」である。判例に現れた事実としては、運送会社の代表取締役が従業員Sに命じて、食糧管理法施行規則で禁じられている米の輸送を行なわせたというものであるが、「直接の運搬行為者は被告人ではなくSであって、被告人は、直接には『輸送』の実行行為を行なっていないといわなければならない」。他方、Sは「責任能力者であり、かつ、おそらく、食糧管理法等に違反して米を輸送するのであるという情を知りつつ、これを自己の運転する貨物自動車で運搬したのであったろう。わが国のこれまでの見解においては、情を知った責任能力者を介して犯罪を実現するばあいは、一般に教唆犯とされ、間接正犯とは考えられていない。それを、この判例は、被告人がSを『自己の手足として判示米を自ら運搬輸送した』と判示しているのであって、あきらかに：間接正犯としてしているのである。：Sを間接正犯の被利用者とするためには、その主観面を考慮するのはおかないであろう。Sには、情を知ってはいるが、みずから正犯として米を輸送しようとする故意はなく、ただ、被告人のために、米を輸送してやろうとする幫助的意図しか具備されていなかったのではなからうか⁸⁰⁾。

下級審判決にも、同趣旨のものあることが報告されている。覚醒剤取引からんで、被告人はSとMの間の連絡係を担当した後、現物をSから受け取ってMに手渡した—という事案で、横浜地裁は、被告人が覚醒剤を「手渡した客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為における被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、Sの

Mに対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎない」と判示して、覚醒剤譲渡罪の幫助犯の成立を認めたとのである⁸⁰⁾。

このように我国の「判例は、故意ある幫助的道具を利用した間接正犯を認める方向にあるといえるが⁸¹⁾」、ドイツではそれがもっと明確である。なぜなら、「ドイツの判例は、ほぼ一貫して主観説を採用してきた」からである。「自ら構成要件該当行為を行わない者も共同正犯、間接正犯たりうると同時に、他方で、自ら構成要件を実現した場合でもなお従犯たりうる⁸²⁾」というのが主観説の結論であるが、この点を明示したのが有名な浴槽事件で、妹の依頼を受けて妹の生んだ嬰兒を浴槽で溺死させた姉につき、ライヒ裁判所は「自己のためにする意思を欠いていた姉には、むしろ幫助犯の責をとるのが妥当であるとした⁸³⁾」。そして「ライヒ裁判所によって確立された主観説は連邦通常裁判所にも継承された」のである。ソ連のKGB（国家保安委員会）の命令で、特殊な毒薬銃を使って、ソ連からの亡命者二名を殺したスタシンスキーにつき、「彼はこの犯罪を自己のものとして意欲せず、なんらの利益もなく、固有の犯罪意思を持ってはいなかった」のに対し、彼に「暗殺を命令したKGBの指導者達こそ正犯者意思を有する間接正犯であるとし、（彼自身は）従犯にとどまる」と判示した⁸⁴⁾。

因^{ちん}にドイツ学説について言えば、主観を重視する人的不法論に由来する行為支配説が圧倒的な通説となっている。主観説よりも若干客観面に傾斜するという違いは認められるものの、「正犯原理をリジッドな構成要件該当行為から切離し、共犯処罰における具体的妥当性を実現するという点では志向を同じくするといつてよい⁸⁵⁾」。我国で有力な「正犯と共犯との区別の標準は、行為支配そのものではなく、行為支配の対象が構成要件該当事実であるかどうかに求められなければならない⁸⁶⁾」とする形式的客観説、私の所謂「定型説」は、ドイツでは既に過去のものとなっているのである。

そこで我国でも、もはや純然たる定型説では立ち行かないと見て取った者は、そこに主観面を取り入れて講和を求めてくる。「正犯および共犯の行為が、いずれも、主観的要件を具備すべきことは当然である。すなわち、正犯の実行行為は、実行の意思によるものであるし、共犯も、それぞれ教唆の意思、幫助の意思に導かれるのでなければならぬ」と。これは主観説と呼んでもよいであろう。なぜなら、幫助の意思で実行行為をした者は正犯としての主観的要件に欠けていて正犯とはできず、実行の意思で幫助行為をした者は幫助犯の主観的要件を具備していないため幫助犯とできないからである。もし「錯誤でもない限り、意思と行為は一致する」と反論するならば、なおさらである。実行行為は常に実行の意思から生ずるのであれば、「実行の意思をもって行為するのが正犯」と主観的に定義して、何の不都合もないはずだからである。

しばしば主観説に対する批判として、「正犯概念を不当にゆるめるもの」¹⁵⁾とか、「主観説を徹底するとき、行為の外部的形式、行為関与の軽重の度合いといった外部諸条件は、いずれも考慮の外におかれることとなり、正犯と共犯の区別については、主観的基準のみが決定的な要素となつてこざるをえなくなる」¹⁶⁾とか言われる。しかし、これらの批判は、「主観的要素は心の中の現象であるから、外部から認識不可能なもので、そういう要素を刑罰の条件にすると、刑法の適用が恣意的になる」という前近代的な偏見、思い込み、が前提となつている。認識の対象を明確な客観的要素に限定したのは古代であり、「結果主義」と呼ばれる。その後、人類はそのような「原則を徐々に克服して、(結果の他にも)故意・過失を必要とすることが原則として認識せられ、その原則が従来責任主義とか責任原則という名称をもってよばれている」¹⁷⁾ことは、周知のところである。捜査科学の未発達のせい、この理想追求は結局は拷問という形で国民を苦しめることになつ

たのであるが、刑罰の有無・軽重を認識の容易な客観的要素だけで決めることの不正義を、人類は早くから気づいていたのである。そして科学の発達が刑事司法にまで及ぶようになった今日では、我国は憲法で拷問を禁止し(三六条)かつ自白のみで有罪にできないことを宣言する(三八条三項)。裁判におけるその具体化が、「事実の認定は、証拠による」(刑訴法三一七条)との証拠裁判主義なのである。

従つて、故意・過失はもろろん、それ以外の主観的要素もすべて、裁判においては客観的な裏づけ、つまり証拠が要求されることになっている。コロンが道破したように、行為者意思を客観的な行為事情から読み取るようにすれば、「主観的基準は不明確だ」というような批判は一掃されてしまうのである¹⁸⁾。客観的な行為事情として最も重要なのは、定型説の言う構成要件該当事実の実現、即ち実行行為であろう。これは正犯者意思(故意)の有無を認定する一要素であつて、これだけで正犯か共犯かが決まるわけではない。他に、利益説の言う利益、犯罪によって利益を得るのは誰か、という視点も欠くことはできないであろう。このような諸々の客観的要素から、主観的要素の有無が決まる。従つて、主観説に対する前記のような批判が、いかに的はずれであり、歴史に対する理解を欠くものであるかがわかるであろう。

註

- 15) 大塚、注釈刑法(2)のII、六八三頁。
- 16) 滝川幸辰、犯罪論序説、三七―八頁。
- 17) 日沖憲郎、刑事法講座一巻、一七六、一八三頁。
- 18) 木村亀二、刑法総論(阿部増補)、三七五頁。
- 19) 団藤、三六九頁。
- 20) 大沼邦弘、「間接正犯」判例刑法研究4、一三五頁。
- 21) 大塚、総合判例研究叢書刑法(2)、四五―四七頁(判例は、最判昭二五・

七・六刑集四卷七号二一七八頁。

22 大沼、前掲、一三五—六頁。

23 大沼、前掲、一三六頁。

24 西田典之、「正犯の概念—共同正犯と従犯の区別」判例によるドイツ刑法（総論）（堀内・町野・西田編）、一九三、一九四頁。

25 香川達夫、「正犯・共犯—スタシンスキー事件—」ドイツ判例百選（別冊ジュリスト二三号）一七九頁。

26 西田、前掲、一九二、一九〇頁。

27 西田、前掲、一九五頁。

28 団藤、三四八頁。

29 大塚、二四三頁。

30 団藤、三四七頁。

31 香川、前掲、一七九頁。

32 木村、犯罪論の新構造(下)、四二二頁（丸カッコ内筆者）。

33 Hans-Joachim Korn, Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen, NJW 1965 Heft 27, S. 1207.

第三章 共犯従属性説と行為共同説

正犯の心理を特徴づける主観としては、「自己の行為をなす意思」とか「正犯者意思」とかいろいろに表現されているが、故意説に従うとすれば、結局、「構成要件に該当する客観的事実を表象し、かつその事実の発生を認容」とするという故意の定義に帰着する。事実発生を認容したりしなかつたりするためには、発生に関して少なくとも主観的に、目的行為論の言う「行為支配」がなければならぬであろう。単独正犯なら自己の決心一つでどうにでもなるが、二人以上の場合、自己の思い通りにすることが困難になる分、行為支配という概念は有

益である。共同正犯も視野に入れた場合は、「正犯とは自ら犯罪を行なう意思で行為する者、共犯とは他人を介して犯罪を行なう意思で行為する者」と定義するのが妥当であろうか。

さて、この立場で共犯の諸問題を考えることにしよう。(1)判例が一貫して認めてきた「共謀共同正犯」は、安易に認めるべきではないにしても、通説のように全面的に否認するのは誤りである。国外にまで刺客を放つ秘密警察が命令を発した場合とか、共謀の上犯行現場に出かけて見張りすることによって犯罪の完成に寄与するとかの場合は、構成要件該当の実行行為が絶対的基準でない以上、正犯とされてよい。通説によれば、「幫助行為は：正犯の実行行為を容易ならしめることである。凶器の貸与などの物質的方法によると、助言・激励などの精神的方法によるとを問わない⁸⁾」わけで、共謀共同正犯というのは、まさに精神的方法による犯罪の共同と言える。逆に言うと、幫助については、修正されているとはいえ構成要件には違いないものの、精神的方法による充足を認めておきながら、実行については構成要件の精神的方法による充足を認めないのは、矛盾と言うの他ない。もっとも、念のため付言すれば、犯行には不参加だったが共謀には参加していたという事実だけで、安易に共同正犯とすべきではない。現実に行行した者に対する多大の精神的影響力、という特殊事情があって初めて、認められる責任であることを忘れてはならないであろう。

(2)主観説を採ることによって、「間接正犯」という矛盾な概念を放棄することができる。定型説にとっては、正犯と共犯を区別する基準は外見的に明白—その意味で客観的—でなければならぬのに、「間接」という概念をここに持込むことにより、客観性が失われる。外見的に「実行行為」をする人間が、背後で指図する人間の単なる道具なのか、それとも独立の行為者なのか。定型説によっても、やはりそこに外見では捉え切れない規範的評価が導入されざるを得ない。

構成要件該当事実を実現する者が、単なる道具かそうでないかを判断する基準としては、主観的なものが用いられるのが通例である。例えば、「被利用者が是非の弁別能力をまったく欠く（のか、それとも）たとい責任無能力者であっても、すでに是非の弁別能力のある者」であるのかとか、「利用者が被利用者の意思を抑圧して行為をさせる（のか、それとも強迫的方法を用いたにも拘らず）被利用者の自発的な意思によって実行行為が行われる」のか、とかである。その他、「被利用者」に構成要件要素としての故意がない（のか、それとも）責任要素としての故意の要件」を具備しないのか、という検討も利用者が間接正犯になるか教唆犯になるかの重要な分かれ目となるし、被利用者が目的犯の実行行為を行なう時は、彼が「目的を欠く」か否かが重要となる⁸⁹。

しかし、間接正犯をなくすと言っても、間接正犯には故意即ち「自ら構成要件を実現する意思」が認められるのであるから、あくまで単独・直接正犯として処罰すべきである。その点では、共犯独立性説が「間接正犯の理論は、従属犯説がその破綻を救うために、独立犯説の理論を借用したものに外ならない」とし、従属犯説が間接正犯と称しているような「場合はすべて初めから単純な正犯である⁹⁰」と主張していることが注目される。独立性説のこの結論は正当としても、間接正犯という「不合理性をさげるために案出された技巧的概念」は、実は従属性説というより、その前提となっている「人を介しないでみずからの手で実行行為を行なった者だけが正犯であるという制限的正犯論⁹¹」ないし定型説、更には客観主義、に由来するのである。

私は間接正犯をすべて普通の正犯に解消しようとするのであって、教唆犯・帮助犯とすることには反対する。例えば医者がある患者を殺そうと思つて毒薬のビンを指さして看護婦に投薬を命じ、看護婦にも患者の死について過失責任があったような場合、医者の間接正犯を否

定し過失犯に対する故意の殺人教唆とする見解は、教唆犯は正犯（この場合だと過失犯）に準じて罰すると規定する六一一条に反すること、あまりにも明らかである。更に「公務員Aが非公務員Bを使って、Xに対して賄賂を要求させた場合：制限従属性説によつても、間接正犯とせざるをえない。それで、客観主義を貫徹させようとする人は：利用者には教唆、被利用者は幫助…とするのである（が）、正犯を予定しない教唆・幫助というものは、現行法の予定しないところだと思われる⁹²」。

間接正犯を不要とする結論は、所謂「拡張的正犯概念」によつても得られている。それによれば、「いやしくも、ある犯罪類型の実現に有責に何らかの条件を与えた以上は、すべて正犯として取り扱うべきであ（り）、その行為者の態度が単独に犯罪類型を実現したのか、それとも他人の行為を介して初めてその実現に影響したのかは、問題でない⁹³」。構成要件該当の行為を、必ずしも「自ら」行なう必要はないとし、その点で「限縮的正犯概念」を否定したのは、誠に卓見であった。そして、もしそれが「平等条件説」に基づいて、外形的な因果関係の有無で正犯と共犯を区別しようとするのであれば賛成できないが、因果関係を主観的に捉えるのであれば、十分再評価に値する見解ではあろう。佐伯は、拡張的正犯概念は間接正犯解消を旨とする点では評価できても、正犯概念変更という方法を選んだ点で誤っており、むしろ極端従属形式にこそ疑いの目を向けるべきだった、と批判する⁹⁴。

(3)そこで、次の問題は、共犯の従属性ということになる。正犯の行為は必ずしも構成要件に規定されたものに限られないとなれば、主観説は「共犯独立性説」と結びつくのか。共犯独立性説（以後、独立説と略称する）は、狭義の共犯は正犯の行為に従属して成立し可罰的となるとする「共犯従属性説」（以後、従属説と呼ぶ）に反対して、狭義の共犯即ち「教唆犯や従犯の行為についても、それと犯罪的結果との

間に因果関係があるかぎり、正犯の犯罪の成否に関係なく、共犯者の犯罪の成立を認めるべきだとする⁴⁰⁾。両者の対立は特に未遂の成立に関し、従属説では「被教唆者・被幫助者が犯罪の実行に着手し、それが未遂に終わった場合にのみ、教唆犯・従犯の未遂が考えられるのに対して、共犯独立性説によれば、教唆者・幫助者の教唆行為・幫助行為がなされた以上、たとえば、被教唆者が直ちにこれを拒否するなど、被教唆者・被幫助者が全く実行行為に出なかつた場合にも、教唆犯・従犯の未遂として、未遂罪の罰せられる犯罪については可罰的である⁴¹⁾。

独立説に対しては、先ず、「刑法六一条、六二条には、教唆犯および従犯の要件として、それぞれ、『人を教唆して犯罪を実行せしめたる者は正犯に準ず』、『正犯を幫助したる者は従犯とす』と規定されており、そこには、正犯の存在が予定され⁴²⁾ている、と批判できよう。教唆が終了した時点ではまだ正犯は存在せず、被教唆者が実行に着手した時点で初めて正犯と呼ぶに値する者になることが、六一条から窺える。教唆より刑の軽い幫助なら、なおさらである。従って、教唆行為・幫助行為をそれだけでは犯罪の実行でなく、未遂処罰規定の適用はない。狭義の共犯については、従属説が適當である。

では、狭義の共犯は、「正犯にどの程度従属するのであろうか。「戦前のわが国の通説は、刑法六一条の『犯罪』という語を根拠として、極端従属形態にしたがっていたが、戦後の今日では、同条の『実行せしめたる』という点を重視して制限従属形態を支持する立場が通説化している⁴³⁾。六一条に「人を教唆して犯罪を実行せしめたる者は正犯に準ず」とある以上、被教唆者が実行するのは、何らかの行為ではなくて、「犯罪」でなければならぬ。制限従属形態とは、共犯が可罰的となるには、正犯が構成要件該当かつ違法な行為に出なければならぬとい、と主張する説である。しかし、構成要件該当・違法な行為はまだ

犯罪ではない。「実行」という言葉を重視するなら、むしろ、正犯は構成要件該当の行為をすれば足りると主張する最小従属形態に賛成する方が筋が通るといふものである⁴⁴⁾。なぜなら、実行行為とは、一般に構成要件に規定されている行為と定義されるからである。しかし、制限・最小いずれにしても、現行法上は採り得ない見解である。もし制限従属論者のように条文の特定の語句を、自説に都合が悪いからといって無視して解釈してよいものなら、従属説そのものも独立説に対して自己の正当性を主張できない、と言わねばならない。

更に批判すれば、①制限従属という考え方はそもそも、「極端従属性説のもとで間接正犯とされたものの多くを教唆・幫助にし、正犯概念を厳格なものにしようという関心にもとづくものである⁴⁵⁾。換言すれば、「法律上の観念は：凡てが法律的（即ち規範的）な価値の衣を纏ったものである⁴⁶⁾」ことを忘れ、正犯をあくまで物質的・感覺的に捕捉したいという無益な努力の一環として、間接正犯の抹殺を狙う。しかし、結果は案の定、何の成果も得られない中途半端なものに終わった。即ち、相変らず間接正犯は残る。例えば、前述のように公務員が非公務員を使って賄賂を要求した場合とか、行使目的がある者がない者を利用して通貨を偽造した場合とか、「被利用者に全く意思がない場合はもちろん、ごく幼年である場合あるいは精神障害の重い場合は、もはや教唆ではなく、間接正犯である⁴⁷⁾」と認めている。結局、間接正犯の一部を教唆犯に組み入れただけに終わっており、正犯の行為を構成要件該当・違法とすること自体に理論的根拠を欠いていることと相俟って、間接正犯と教唆犯との境界までをも不明確にしたのである。

②極端従属の論拠と深く関連することであるが、例えば一三歳の少年に窃盗をさせた場合、制限従属では使喚者は教唆犯である。「正犯なき犯罪」は認められないということであるから、少年が正犯とされる。刑法上処罰できない者を、各則の法定刑の対象となる「正犯」に含ま

せる、というのは矛盾以外の何ものでもない。他方、間接正犯の場合で、幼年者や重度精神障害者でも、構成要件該当・違法な行為はできるのに、正犯とされないのは不思議である。

③極端従属によって生じる間接正犯（私見では単なる正犯）の実行の着手時期については、被利用者の行為について考えるならば、敢えて教唆犯としなくても不都合は生じない。少年に「家に忍び込んで金を盗んで来い」と命じた者は、窃盗の間接正犯とされても、その着手時期は少年による屋内物色である。

これに対しては、「間接正犯の被利用者には、刑法的意味における行為をなさない者も含まれるが、そのような被利用者の身体的動静について実行行為を論ずることはできないはずである」との批判がある。確かに、被利用者について考えればその通りであるが、被利用者の動静は利用者の行為と評価されることを忘れてはならない。従って、「実行の意思は利用者のみが有するので：実行の意思と実行行為とを別々の行為主体に分属させ、しかも、利用者の行為が終了した後、実行の着手を認めるという不都合がきたされる⁸³⁾」という批判は当たらない。意思主体、行為主体どちらも利用者であって、被利用者の身体的動静が始まるまで、利用者の実行の着手はない。

それ故、判例も「間接正犯における実行の着手時期を論定するについて、おおむね、右の（ハ）の立場（被利用者が現実に犯罪的行為を開始したときに着手があると解する―筆者註）をつらぬいている⁸⁴⁾」のである。例えば、被害者が小包郵便で「毒薬混入の砂糖」を受領した時に於て、同人又は其家族の食用し得べき状態の下に置かれたるものにして、既に毒殺行為の着手ありたるものと云ふを得⁸⁵⁾と判示している。これに対して、「結果の発生に対する直接の原因をあたえたかかみえる被利用者の犯罪的活動」を重視するのは、自然主義的であって、「われわれは、規範主義的な観点から、背後の利用者の誘致行為に、間

接正犯の実行行為性を見出さなければならない⁸⁶⁾との批判がある。しかし、被利用者の行為に実行性を認めるのは、決して自然主義的考察によるのではない。なぜなら、被利用者の行為は価値的に利用者の行為と見なし得ると評価して初めて可能だからである。その意味で、優れて規範主義的であると言わなければならぬ。人間の行為である限り実質を問わず、常にそれぞれを独立させて考えなければならぬ—というように硬直した機械的な、その意味で自然主義的な考察方法を我々は排する。そして、この自然主義的定型説は実行行為の定型性というものを破壊し⁸⁷⁾、被利用者に働きかけただけで未遂とする点で、共犯独立説に近づくのである。

(4)従属の程度は極端従属でなければならぬと述べたが、それは正犯が狭義の共犯の成立及び可罰性の内容について拘束力をもつという意味であって、単に成立の契機となるだけと解してはならない。なぜなら、罪刑法定主義の理念から考えて、共犯は成立さえしてしまえば何罪の法定刑によって罰するかは適当にせよ、というようないまじいな態度を刑法がとるはずがないからである。共犯は正犯から独立に適宜の罪で罰せられるのではなく、明確に、正犯に従属して正犯と同じ罰条で罰せられるのでなければならない。

「共犯の錯誤」の問題は「単独犯に対する錯誤理論を応用することによって解決される⁸⁸⁾」と考えるのは誤りである。なぜなら、単独正犯には実行行為があるが、狭義の共犯にはそれが無いからである⁸⁹⁾。従ってまた、それらに独自の結果もない。教唆あるいは幫助それぞれ自体を（基本的）構成要件に該当する行為とし、正犯の実行をその結果と解するのは、共犯独立性説である。独立説は言う、「共犯が罰せられるのは、他の者が可罰的行為をしたからではなく、共犯者自身が犯罪をなしたからである⁹⁰⁾」と。しかし、現行法上はそのような解釈は採り得ないこと、前述した。

従って、いやしくも共犯に従属性を承認する限り、例えば「甲が乙に丙方への住居侵入窃盗を教唆したところ、それによって、乙が丁方に侵入して強盗を犯した場合には、甲には住居侵入窃盗罪の教唆犯が成立すべきである。」³⁰—とはならない。甲は強盗教唆である。「乙には窃盗をするように言っただけだ」という弁解は、立証を条件に、量刑で斟酌されるに止まる。正犯が強盗で処罰されるのに、教唆犯が窃盗罪では、刑法に反する。六一条には、教唆犯は「正犯に準」じて罰す、と明記されているからである。これに対しては、「罪本重かる可くして犯すとき知らざる者は、其重きに従って処断することを得ず」とする三八条二項が持ち出されるであろう。しかし、前述の如く教唆犯には構成要件の結果は存在しないのであるから、予見しなかつた重い結果が発生した場合の規定である本項は適用がない。重い本の罪とは、正犯が惹起した結果を指す、と考えねばならない。教唆や幫助には実行行為がないが故に、正犯を離れて未遂は論じられないのであった。従って、間接正犯と教唆犯の相違も自明である。間接正犯には実行行為があるのに対して、教唆犯にはない。

多数説によれば、「被教唆者が教唆者の表象したところよりも少なく実行したときは、その実行の限度で教唆犯が成立する。たとえば、甲が乙に窃盗を教唆したところ、乙の行為が窃盗の未遂にとどまったときは、甲には窃盗未遂罪の教唆犯が認められる。逆に、被教唆者が教唆者の表象したところ以上の実行を行ったときは、教唆犯は教唆者の表象の範囲内で認められる³¹」。この共犯過剰の例は前段で引用した。しかし、前者では正犯の実行が教唆者の責任限度となるのに対し、後者では教唆者の表象が限度、というように理論的な一貫性がない。のみならず、法政策的にも好ましくない。教唆犯は自らは手を汚すことなく、他人を引きずり込んで、犯罪を実現しようとする、見方によつては正犯以上に当罰性の大きい加功形態である。それ故、実行行

為は一切なさず精神的な働きかけだけであるのに、法は処罰の面で実行者と區別せず、「正犯に準ず」としているのである。

多数説は自然主義的に実行行為に固執し、現実に行っていない以上はできる限り寛大に処すべきもの、と我々の法感覚からかけ離れた結論を導き出している。教唆犯は自らやらずに他人にさせる以上、過剰な結果が生じる危険を負担するのは当然である。そのような危険は負いたくないと言うのであれば、自分でやるしかない。そして、結果が過剰な場合の教唆者の責任は表象したところまで、という原則も、多数説は一貫させることができない。即ち「結果的加重犯の基本的犯罪を教唆したところ、被教唆者が重い結果まで発生させた場合には、教唆者にも、結果的加重犯の教唆犯が成立すると解するのが通説であり、判例³²」である—と。その論拠として、被教唆者が重い結果を惹き起こしたことについて教唆者に「過失が認められる限り、その重い結果に対しても教唆犯の罪責を問いうる³³」と言っているのであるが、確かに暴行を教唆すれば傷害、更には傷害致死が生ずる危険性のあることは一般的には予見できる。しかし、現実に行行するのでない教唆者に、具体的な注意義務違反をどのようにして認定するのであるか。過失を罰するのに、構成要件の過失だけではまだ足りないのである。

幫助犯の錯誤についても、同様である。甲が「傷害を与えるかも知れないことを表象して七首を貸与したところ、乙がその七首で殺人罪を犯したときには、甲には…傷害致死罪の幫助犯³⁴」ではなく、殺人幫助を問うべきである。単に正犯を励まし決意を強めるといった精神作用までも含む共犯には、実行行為がない、換言すると行為に明確な定型性が欠けているが故に、正犯と同列に論じることではできないのである。「…のつもりで」とか「…を表象して」とか、純然たる主観で共犯の罪責を決定してゆこうとするこの多数説の立場を敢えて表現するなら「超主観主義」とでも呼ぶべく、もちろん本来の「主観主義」と

は無縁のものである。

刑法六三条は、「従犯の刑は、正犯の刑に照して減輕す」と規定する。幫助者が「正犯は傷害に使うのだから」と思っただけで傷害幫助になると言うのなら、どこに傷害正犯が存在するのかと問わねばならない。正犯は殺人罪である。正犯とは関係なく、幫助者は幫助者自身の責任を負えば足りるのであれば、もはや共犯の從屬性は否定されていると言っても過言ではないだろう。

(5)次に、共同正犯は何を共同にするのか、を問題にしたい。木村によれば、「共犯正犯は二人以上の者が一箇の犯罪を共同で実行することを意味すると解するか、又は、犯罪の箇数のいかんを問わず共同の実行行為により犯罪を行うことを意味すると解するかにより、犯罪共同説と行為共同説が区別せられる」。従つて例えば、「甲乙共同で、それぞれ甲は丙を、乙は丁を殺したとか、甲は殺意をもって、乙は殺意なくして、丙を殺した場合⁶¹⁾」、行為共同説では甲乙共同正犯になるのに、犯罪共同説ではならないであろう。共同行為が必ずしも一個の犯罪に納まり切らないことは、犯罪共同説も認めるところである。即ち、甲と乙が別個の犯罪をなしても「両罪が構成要件的に重なり合うものであるときは(殺人罪と傷害罪など)、その重なり合う限度で、実行行為の共同、したがって共同正犯の成立をみとめるべきであろう⁶²⁾」と。重なり合っていないでも、犯罪としては数個であるから、行為共同説を正当とする。

このような理解に対しては、「通常の単独犯と少しも異なるところはなく、ただ他人の犯罪行為を利用して行われる点が外形上の特色たるに過ぎない⁶³⁾」との批判がある。むしろ、外形上は単独犯と異ならない、の間違ひであろう。外見では単独犯二人だが、共同実行意思という主観的要素の存在によって、先程の例で言えば、甲は丁に対して全く実行行為らしきことをしていないのにも拘らず、乙は丙に何もして

いないにも拘らず、甲は丙・丁殺害につき、乙も丙・丁殺害につき責任を問われるのである。通常の単独犯とは、余りにも大きな違いである。また、「前構成要件的——あるいは前法律的・自然的——な行為を共同に行なえば、共同正犯になる」となれば、教唆や幫助も基本的構成要件の実行行為以外の行為による加功であつて、その点で共通であるから)共同正犯と教唆犯・幫助犯との区別を全廢するところまで行かなければならないであろう⁶⁴⁾という批判もある。しかしこれは多分、牧野が、行為の共同と言う場合「共同なる事實は、犯罪事實の法律上の構成を離れて考ふべく、即ち、共同関係は或は数個の犯罪事實に跨りて成立することあるべし⁶⁵⁾」し、と言つたことの曲解である。「法律上の構成を離れて考ふる」とは、構成要件に該当しない行為の共同で足りるという意味ではなくて、共同正犯の成立は必ずしも一個の構成要件に限定されない、との趣旨である⁶⁶⁾。構成要件を単数で考へるか複数で考へるかの違いにすぎないから、「構成要件的定型をもとにして考へるかぎり、犯罪共同説が当然の帰結である⁶⁷⁾」とは、単純に批判できないのである。

共同正犯の特質は、まさに中野の言うように、「二人の共同正犯に例をとると、共同者B(A)のした実行行為が、かれ自身の実行行為であると同時に共同者A(B)の実行行為としても評価され、A(B)もそれについて刑事責任を問われるところにある。(従つて)Aは暴行・脅迫を、Bは財布の奪取を分担実行すれば、A Bともにそれぞれ全部の強盜行為をしたものとして刑責を負わなければならないのである(いわゆる一部行為の全部責任)⁶⁸⁾」。繰り返すと、他人の実行行為についてまで責任を負わされるという関係が、通常の正犯と異なる共同正犯の特徴なのであるから、「共同正犯」という語もそのような時に使うべきであつて、単なる飾りのように使うのは用語の混乱を避けるため控えるべきであろう。

それ故、先の例ではBは暴行脅迫をしていないのに強盗とされるから、その点を明らかにするため強盗の共同正犯と表記すべきである。

他方、AとBが強盗の意思で暴行脅迫し、Bが財物奪取したとすれば、Aの行為を追加しなくてもBだけの行為で強盗が成立するから、Bは強盗の単独正犯としておけば足りる。Aとの共同があったことを示すためやはり強盗の共同正犯とすべきだとの反論も予想できるが、Aとの共同は最も重要なBの罪責を決定する上で殆ど意味をもたなかった事実なので、割愛してしまう方が、むしろ本質に迫りやすい。

そして、行為の共同という場合、狭義の共犯は問題外であることに注意しなければならない。犯罪共同か行為共同か「の問題は、わが国では、広義の共犯に共通する基本問題として解されているのが一般であるが、木村博士の主張されるように、むしろ共同正犯に固有の問題と解すべきである⁵³⁾。即ち、「広義の共犯という場合は単に犯罪が二人以上の者の参加によってなされるというだけの意味で……概念的に正確には共同正犯は正犯の一形態であり、狭義の『共犯』とは本質的に異なるものである⁵⁴⁾」。確かに、共同正犯は実行行為を共同にするのに対し、正犯と狭義の共犯はそのような共同関係にないことはもちろん、実行行為と非実行行為を共同にするものでもない。なぜなら、正犯と共犯は互に相手の行為を自己のそれとして、責任を負い合う関係にないからである。

それ故、教唆犯に行為共同説を適用するのは、間違いである。例えば「甲が、乙に窃盗を教唆したところ、乙は強盗を行なったという場合、甲は、窃盗の限度で強盗である乙と共犯となる」のではない。教唆は正犯に極端に従属するのであるから、ここはむしろ「共犯は正犯と全く同じ犯罪についてのみ成立する」と解する犯罪共同説に従って、「右にあげた例で、甲は、正犯乙が強盗である以上強盗の教唆犯であら⁵⁵⁾」と解するのが正しい。

註

- 34) 団藤、三六六頁。
 35) 参照、団藤、一四〇―三頁。
 36) 宮本、「刑法大綱」宮本英脩著作集第三卷、一九九頁。
 37) 内藤謙、「間接正犯」刑法基本問題60講、四九五頁。
 38) 参照、佐伯千仞、三訂刑法講義(総論)、三五五頁。
 39) 平野龍一、刑法総論Ⅱ(以後、平野と略す)、三六〇―一頁。
 40) 佐伯、前掲、三四二頁。
 41) 参照、佐伯、前掲、三四三―四五頁。
 42) 佐伯、前掲、三三三頁。
 43) 大塚、二四六頁。
 44) 大塚、二四六頁。
 45) 大塚、二四八頁。
 46) 「厳密に言えば、共犯は、正犯の構成要件に該当する行為にのみ従属し、違法であるかどうかも正犯と共犯の各々について検討すべきだということになる」平野、三五八頁。
 47) 平野、三六〇頁。
 48) 宮本、前掲、五五頁。
 49) 平野、三六一頁。
 50) 大塚、一五八頁。
 51) 大塚、「間接正犯」総合判例研究叢書刑法②、一一二〇頁。
 52) 新判例体系刑法②、二九六ノ四ノ五(大判大七・一一・一六刑録二四輯一三五二頁)、原文片仮名、読点なし。
 53) 大塚、前掲叢書、一一六、一一八頁。同旨、団藤、三三〇頁註(四)。
 54) 子供に向かって「家に帰り、引出しから取ってこい」と命ずる行為は、その子供の年齢がどうであれ「はたして……定型的に『物を取る』行為と

いえるであろうか。……原因において自由な行為の場合も、責任能力のない状態になる行為（酒を呑む行為）でなく、責任能力のない状態で法益を侵害しようとした行為（斬りかかった行為）に実行の着手を認むべきである」平野、三一八九頁。

- (56) 大塚、二九二頁。
 (57) 同旨、福田平、全訂刑法総論、二七二頁註(五)。
 (58) 木村、刑法総論、三九四頁。
 (59) 大塚、二九四頁。
 (60) 大塚、二九五―六頁。
 (61) 木村、前掲、四〇四頁。
 (62) 団藤、三六四頁。
 (63) 齊藤金作、刑法総論、二二六頁。
 (64) 団藤、三六五頁（丸カッコ内筆者）。
 (65) 牧野英一、重訂日本刑法上巻（六三版）、四〇九頁。
 (66) 「本来の行為共同説とは、犯罪行為の全部にわたって共同である必要はなく、その一部の共同でもよいとする見解なのである」平野、三六四頁（傍点筆者）。

(67) 中野次雄、刑法総論概要、一二四頁。

(68) 福田、前掲、二四六頁註(一)。

(69) 木村、新構造（下）、二四八頁。

(70) 平野、三六四、三六五頁。

第四章 結論

共犯論における以上のような主観主義を基礎として、本稿のテーマである「共犯と身分」の締め括りに入りたい。もう一度繰り返すと、

刑法六五条は一項で「犯人の身分に因り構成す可き犯罪行為に加功したるときは、其身分なき者と雖も、仍ほ共犯とす」、二項で「身分に因り特に刑の軽重あるときは、其身分なき者には通常の刑を科す」と規定している。これについて、「一項の構成的身分犯では、共犯は正犯に從属し、二項の加減的身分犯では、共犯は正犯から独立である。そこで、この両者の間に矛盾があるのではないか、が問題にされてきた¹⁾」。

一項に言う「共犯」は、広義のものとして、共同正犯・教唆犯・幫助犯のすべてを含むか。「教唆・幫助について、判例は、以前は、身分犯について身分者の教唆・幫助が成立するのは当然であって、六五条一項によってはじめてその成立が認められるのではないとした²⁾」が、正当である。「実行行為をするのが正犯」との通説の立場を前提にすれば、身分なき者は実行行為ができないのであるから、非身分者を共同正犯にすると定める一項は例外規定ということになる。しかし、外面的な実行行為の有無は正犯と共犯を分ける基準ではないとする主観的の立場からすると、非身分者が身分者と共同した場合共同正犯になるのは、教唆・幫助の場合と同様、理の当然と言わなければならない。

ただ、実行行為をしない共謀共同正犯と同じく、身分がないにも拘らず「正犯者意思」を認定できるとするのは、特別の場合に限られるだろうから、注意規定として明記しておく価値はあるわけである。判例は後に「六五条一項の『共犯』には、共同正犯のみならず教唆犯、従犯も含まれる³⁾」と変化した⁴⁾が、共同正犯だけを意味する共犯という用語は特殊すぎるし、本項での結論に変化を来たすわけでもないから、やむを得ないであろう。

第一編の「第十一章 共犯」という表題が、広義で用いられていること言うまでもないが、六五条一項においても同じとなれば、二項でも「加功の態様は、共同正犯・教唆犯・従犯のいずれであってもよいと解」するのに、敢えて異を唱える理由は見当たらない。他人Bが子

Aを教唆して親Cを殺させた場合、つまり「不真正身分犯に関して、いわゆる加減的身分（不真正身分）のない者がその身分のある者の行為に加功したばあい適用されることについては異論がない⁽⁶¹⁾」。他人Bは本来ならば尊属殺の教唆であるところ、本項によって「通常の刑」即ち殺人の教唆となる。

問題はその逆で、子Aが他人Bを教唆して親Cを殺させた場合、「加減的身分のある者がその身分のない者の行為に加功したばあい⁽⁶²⁾」である。通説・判例は二項の適用を認め、子Aは殺人教唆ではなく尊属殺教唆であるとしている。他人Bの犯したのは殺人であるから、共犯の従属性からすれば子Aは、殺人教唆のはずなのに、なぜこのような結論が支持されるべきなのか。それは、現実には嬰兒を溺死させた姉を謀殺の正犯ではなく、単なる従犯として処罰した西ドイツ司法の主観主義を想起させるものである。

A、B、Cの関係を考える場合、実行行為という外見を重視する定型説からは、あくまでBとCの關係が中心となろうが、主観主義はあらゆる事情を勘案して、犯罪を生み出した本質的原因に迫ろうとする。中野的的確な表現を借りれば、「実行行為をしていれば、正犯意思のあることが通常明白である⁽⁶³⁾。しかし、それも、正犯意思認定の一つの判断資料なのであって、…実行そのものが決定的な意味をもつわけではない⁽⁶⁴⁾」。構成要件該当行為の重要性を否定するのでは決していない。ただ、それだけで万事終われりとするのではなく、犯罪行為を生み出した主観的原因にまで、客観的諸事情を手がかりにして探究せんとするのである。従って、場合によっては、全く手を汚さない背後者が正犯、ということが大いにあり得るのである。

子Aの教唆によるC殺しの場合、あくまで通例としか言えないが、犯罪の中心はAとCであって、第三者Bは「飛入り」との感を拭えない。それ故、Aを尊属殺正犯に近づける二項解釈は、主観主義の見地

からは正当と評価せざるを得ない。責任無能力者の中でも高度の精神病者や幼児を使わないと間接正犯とはならない、とする説が有力であるが、この例のように教唆者と被害者との間に特に濃い關係がある場合、そのような限定なしに、あるいはBが能力ある少年であっても、教唆者Aは尊属殺の正犯とされる可能性がある、と言わなければならぬ。

六五条二項は、特殊な事情を刑の決定に際し考慮させ刑事司法の適正化を図るものである。「異論がない」とされるその前の例でも、やはり犯罪の中心はAとCであると見て、教唆した他人Bを尊属殺規定の適用からはずす、という判例・通説の解釈は妥当である。

こうして、構成要件該当行為をしたかしないかは正犯と共犯を区別する決定的な基準ではなく、行為者の意思内容を認定するための最も重要な証拠にすぎないとする主観主義に則⁽⁶⁵⁾って初めて、六五条一項と二項の統一的な解釈が可能となる。客観主義に止まる限り、両項の解釈はどこまで行っても連帯性と個別性、従属性と独立性という二律背反に悩まされ続けることになろう。

註

- (71) 平野、三六六頁。
- (72) 平野、三六九頁。
- (73) 福山道義、「共犯と身分」判例刑法研究4、二二八頁。
- (74) 内藤謙、注釈刑法(2)のII、八四一頁。
- (75) 内藤、同右、八四四頁。
- (76) 中野、刑法総論概要、一三〇頁(傍点筆者)。