

学説における「共謀共同正犯論」

鄭
澤
善

目次

- 一、はじめに
- 二、共同意思主体説およびその問題点
- 三、間接正犯類似説およびその問題点
- 四、行為支配説およびその問題点

五、価値・規範的行為説の検討

六、むすびにかえて

一、はじめに

「共謀共同正犯」とは、二人以上の者が犯罪の実行を共謀し、共謀者の中の一部の者が実行に出た場合、実行を分担していない共謀者も刑法六〇条の共同正犯として責任が問われる刑法上の概念である。共同正犯が成立する要件として、学説では一般に、主観的な共同意思と共に、客観的な共同実行の事実、つまり、各人が実行行為を分担することが必要であるとされている。しかし判例は、共謀に基づいて犯罪が実行された場合には、実行行為を自ら行わなかった者も、実行行為者と共に共同正犯として処罰されうるとしている。すなわち、実行行為の分担は必ずしも共同正犯の要件ではないとするのである。この「共謀共同正犯」理論は既に大審院時代から認められてきたもので、最高裁判所もこれを踏襲し、そして下級審に至るまで、現在判例上完全に定着したと言っても過言ではない。

これに対して学説は従来、いわゆる共同意思主体説を除き、実行行為を行わない共謀者を共同正犯と認めるのは共同正犯の不当な拡大をもたらすとして、こぞって「共謀共同正犯」に対し反対の態度を採り、判例と学説は鋭く対立してきた。しかし近時では、共同意思主体説以外にも、一定の範囲で「共謀共同正犯」を肯定しようとする見解が増えつつある。それは、客観主義刑法理論が学派の対立の止揚を唱えて主観主義刑法理論に接近し、自然的・物理的把握から価値・規範的把握へ転換しつつあるという大きな潮流と無縁ではない。²判例の動かしがたい定着状況に鑑み、いたずらに「共謀共同正犯」を否定するよりも、これを理論化して適切な限定を図るべきだという発想から来たので

はないかと思われる。

日本の学説が従来「共謀共同正犯」に対して否定的立場を採ってきたのは、犯罪に関わった各人に実行行為の分担を要求するからであって、それは、形式的には、刑法六〇条が「共同して犯罪を實行した」と規定しているからである。しかし、それは一つの自然的な解釈であっても、必然的な解釈とは言えない。³⁾「共同して犯罪を實行した」と言えるのがどのような場合なのかがまさに問題なので、実行するのは一部の者であっても、その実行行為が全員に共同のものとして帰属されるような場合を、これに含ませることも、文言解釈として不可能ではないであろう。⁴⁾つまり、実行行為を形式的に把握するか、実質的に把握するかの問題である。本稿はかかる問題を意識しつつ、諸学説を概観した上で、実行行為を価値・規範的に把握することが可能であることを検討することにする。

二、共同意思主体説およびその問題点

I、共同意思主体説

日本の学説において、「共謀共同正犯論」に最初理論的根拠を与えたのは、共同意思主体説⁵⁾で、この共同意思主体説は草野教授の提唱によったもので、判例理論の基礎となったと言われている。故に、本説の提唱者草野教授は、共謀共同正犯論自体の創始者でもある。しかし、同じく共同意思主体説でも、論者によりかなりの差異があることも否定できない事実である。それを順次に概観すると次のとおりである。

(1) 草野豹一郎教授と共同意思主体説

草野教授は、昭和七年の論文「刑法改正草案と共犯の従属性」⁷⁾において、まず共犯に関する犯罪共同説と行為共同説の共に採るべからざる点から、共同意思主体説こそ共犯規定理解の唯一の正論であると論じられた。つまり、「惟

ふに、共犯關係を以て、所謂行為共同説の如く、共犯者各自が、他人の行為を利用して自己の犯罪を行なうものであると解するにおいては、共犯の問題は、すべて、因果關係論を以て解決しうることに成り、端的に言うならば、終には、共犯無用論に帰着せねばならぬことになる。しかし、さればと云つて、共犯論維持の意味からして、無条件に所謂犯罪共同説に加担することも出来ぬ。何となれば、犯罪共同説はあまりに犯罪事実^にに執着して行為者ということ^をを閑却する嫌があるからである。されど、これを行為共同説の個人責任論^にに比するならば、若干共同責任論的であると言ひ得よう。けれども、宮本教授の如く、犯罪共同説を解して共同意思主体論とせらるるに至つては、いささか言ひ過ぎであつて、当らざるものがあるのではあるまいか。私の見るところを以てするならば、この共同意思主体説こそ、共犯の從屬性を解決する為に残された唯一の道ではないかとさへ考えられる。」と論じられた上で、教授は、立論の根拠につき、「凡そ社会現象は、個人の単なる行為に因つて生ずるばかりでなく又数人の共同なる行為に因つても生ずるものである。此の共同現象は経済学に於ては分業又は合同の關係として研究せられ、民法商法に於ては法人又は組合の制度として規定せられている。而して此の現象を刑法上より觀察するときは、共犯なる觀念が生ずるのである。蓋し、二人以上の者が共同目的に向かつて合一する所に特殊の社会的心理的現象を生ずるからである。例へば、一人では深夜廁に行き得ない臆病な少年でも二人とならば之を敢行し得るが如きは之を証して余あるものである。」と論じられた。

それに、教授は、共同正犯の成立上の從屬性について、「惟ふに、二人以上共同して罪を犯したりと云はんには、先づ一定の犯罪を実現せんとする共同目的が存在し、而して其の目的の下に二人以上が同心一体となりたる上（共同意思主体）、少なくとも其の中の一人が犯罪の實行に著手したことを要する。何となれば、共同目的の存せざる所に共同と云ふことは存し得ないのみならず、共同目的の下に一体となつた丈では、未だ以て共同意思主体の活動があつ

たと云ふことを得ないからである。〔中略〕從來、加担犯たる教唆犯及従犯は正犯の成立を缺ちて成立すると云はれた共犯の従属性といふことは、大いに意味あることであり、更に進んでは之を通謀による共同正犯の如きに付いても認めねばならぬことにならう。私は之を呼んで成立上の従属性と云ふことにしている^⑧と説かれた。

また、教授は、共同意思主体説の特徴につき、「共同意思主体説の特色は、二人以上の異心別体たる個人が一定の犯罪を犯すと云ふ共同目的を実現する為、同心一体となる点に在ると云はねばならぬ。併し、この共同意思の主体と云ふことは、決して自然的に発生するのではなく、かならずや、二人以上の者が一定の犯罪を行ふに付いて協議することから成立するものである。而して此の協議を為すことを通謀又は陰謀と云ふのである。之を譬ふれば、法人または組合の設立行為に比すべきであらう。故に通謀が通謀に止まる間は、共同意思主体の活動はないわけである。しかし、通謀が整って、通謀者の一人が共同目的たる犯罪の実行に著手するによりて、そこに、はじめて、共同意思主体の活動があることになり、随て犯罪の実行に著手せざる通謀者も、自ら実行に著手したるものと看做されることになる。されば、一定の犯罪にして、之を単独にて行ふ場合に於て、少くとも、実行に著手することを犯罪の成立要件と為すものに付ては、数人の者に於て之が通謀を為すも、通謀が単に通謀に止る限り、換言すれば、通謀者中の何人も、未だその実行に著手せざる限り、そこに犯罪は成立しないのである。」^⑨と主張した。

そして、教授は、責任の帰属について、「二人以上共同して罪を犯す場合を、以上の如く、一個の共同意思主体の活動として観ると云ふことになると、その責任の帰属を共同意思主体に付て論ずべきや將に共同意思主体を構成する個人に付て論ずべきや、といふことが問題たらざるを得ないことになる。惟ふに、責任の帰属を共同意思主体に付て論ずるといふことも一理ない訳ではないが、元來共犯に於ける共同意思主体たるや犯罪を目的とする違法的・一時的存在のものであるから、かかる者に責任を認むると云ふ訳にはいかない。故に共犯に於ける責任は、結局、之を共同意

思主体を構成する個人に付て論ずる外はないことになる。而して共犯現象を共同意思主体の活動と見ることと、責任の帰属を共同者個人に付て論ずることが毫も矛盾するものではないことは、民法組合の理論から推して考へる事が出きよう。況んや現行刑法の刑罰は自然人を予定しているに於てをやである。」¹¹⁾と論じられた。

以上が、草野教授の共同意思主体説で、教授の説には時代によって多少の変遷があると言わざるを得ないが、共犯を特殊な社会・心理的現象と把握して、共謀により、異心別体たる数人が一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため、同心一体となり、そのうちの一人が共同目的のために犯罪を実行した場合は、その行為は共同意思主体の活動と認められ、全員につき共犯が成立しうるとしたのが特徴である。

(2) 斎藤金作博士と共同意思主体説

斎藤博士は、基本的には草野教授の見解を継承したが、「共犯成立上の一体性」、「共犯処罰上の個別性」の提唱により、草野教授の「共犯成立上の連帯性」との違いが特徴である。つまり、『従来、一般に、共犯の従属性ということを説いて以て足れりとしていたのは、必ずしも妥当でない、と言うべきであろう。草野教授が「共犯の連帯性」ということを主張され、また、小泉博士が「共犯の依存性」ということを説くのもこれを肯定しうるのであろう。しかし、この小泉博士の依存性という語は、共犯の成立につき、二人以上の者が相互に依存するという意味である、と考えられるので、われわれのように、共犯の共犯たる所以を、二人以上の異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を表現するため、同心一体となるの点にありとする立場よりするときは、右の言葉は、異心別体たる個人が同心一体となるということまで言い表していない、と言うべきであって、各個人は未だ個別的に把握せられていないから、と考えられる。従って、共同意思主体説の用語としては、共犯の連帯性という草野博士の語句の方がより適切である、と考えられる。もっとも、右の共犯の連帯性ということを強調するのあまり、共犯処罰の点にまでこれ

を認めようとするのは、いささか行き過ぎである、と言わなければならない。何故なら、刑法は、人間——自由意思の主体としての個々の人間——を、名宛者とするからであり、小泉博士の説くがごとく、「刑罰は自然人たる個人を対象とする。特にその意思を対象とするものであるが故に、その責任の帰属はまた個別化せらるべきである。即ち共同者の責任は其の各自の身分、共同加功の程度の深淺、刑罰の加重減免の原由の存否によりて個別的に觀察せらるべきである」からである。従って、草野教授が連帯性ということの説かれる場合にも、成立上の領域においてのみこれを論ずべきであった、と考えられる。しかも、この連帯性という語は、連帯責任というような語句を連想させ、また、そのような連想を意図して用いられているのであって、草野教授も「単独犯の場合に於ける身分に因る責任阻却事由も、共犯關係を生ずることに因って、脱落して仕舞ふ」とせられているのである。しかし、共犯關係の成立と責任阻却事由の脱落とは、これを区別して考察すべきものである、と考える。すなわち、共犯關係の成立によって、当然に責任阻却事由も脱落する、と解すべきでない、と思うのである。そして、この草野教授の「連帯性」という言葉が責任阻却事由の脱落を予定している点にかんがみ、私は、この語にかえて「一体性」という語句を以てしたいと考¹³える。従って、共犯の成立については、「共犯成立上の一体性」という語辞を使用しようとするのである』と説かれた上で、『私は、草野教授が、共犯の連帯性ということを強調せられる結果、身分による責任阻却事由までも、当然に、脱落してしまふと解するのは、いささか、ゆきすぎではないか、と考えるのであって、やはり、処罰の点については、これを個別的に考察すべきものであると解するのである〔共犯処罰上の個別性〕。従って、この立場よりするときは、被告人Aが他人Bを教唆して自己の刑事被告事件に関し証憑湮滅罪を犯させた場合——事例甲——においては、被告人Aの刑責を負うべきこと、まさに、判例の採るところのごとくでなければならぬ。これに対し、被告人が単独で自己の刑事被告事件に関する証憑の湮滅を為した場合——事例丙——には、法律は「他人ノ」刑事被告事件に関する

証憑を湮滅し云云として、これを不問に付しているのである。それは、まさに「刑法が、刑事被告人に於て自己の被告事件に関する証憑を湮滅するを不問に付する所以のものは、刑事被告人に対し証憑を湮滅せざるべきことを期待することが無理であると解したに由るのである」ところが、右と異なって、被告人Mに対し他人Nが証憑湮滅を教唆した場合——事例乙——においては、共犯処罰上の問題として、この被告人Mの刑責をいかに考えるかは、まさに、一個の問題といわなければならない。この場合、私は、被告人Mを必ずしも事例甲の被告人Aと同一に取り扱う必要はない、と考える。被告人Mの人的責任阻却事由は、教唆・被教唆という関係の生ずることによって脱落するとする共犯連体性論にも一理ないわけではないが、いわゆる *humana fragilitas* ということや、新憲法、新刑事訴訟法などで認められている被告人の地位などにかんがみ、被告人Mの人的責任阻却事由は脱落せず、刑責はこれを帰せしむべきでない、と考える。かくして、私は、共犯の成立については一体性、共犯の処罰については個別性ということを提唱するものである¹⁴⁾と主張されていた。

以上見られるように、共犯成立上の連体性ないし一体性は共同意思主体説からする当然の帰結といえるが、処罰の点につき、草野教授と斎藤博士との間にはこのように見解が分かれている。そのほか、斎藤説には、共同正犯の共犯性を強調・論証されたことも特徴の一つである。¹⁶⁾

(3) 植松正博士と共同意思主体説

植松博士の見解を共同意思主体説と断定すること自体は、疑問がないとは言えないが、少なくとも共同意思主体説に近いとは考えられ、博士自身も、「わたくしは自分の見解を共同意思主体説という名称をもって呼んだことは一度もないけれども、犯罪の成否につき共同正犯者の集団を全体として考察するという態度を正しいものとして把握しているのであるから、やはり共同意思主体説と呼ばれるとしたら、拒む理由はないのである。」¹⁷⁾と述べられたことから、

共同意思主体説の中に分類することにする。しかし、「そもそも犯罪共同説というものは、一定の犯罪を複数の者が共同して遂行すると考えるのであるから、いわゆる共同意志主体的に考えているのである。もし、共同意志主体という何か法人のような特別の人格者が設立されるように考えるならば、それは単なる犯罪共同ではないことになるが、わたくしはそのようなものを考えているのではないし、従来諸家の説くところもそうではないものと理解している。したがって、共犯理論として犯罪共同説と行為共同説のほかに共同意志主体説という第三のものが併立的に存在するように考えたくない。」¹⁸⁾と論じられた。これは、通常の共同意思主体説が犯罪共同説、行為共同説との鼎立を唱えるのと大きく異なっていると云わざるを得ない。

博士はまず、正犯とは実行行為者であるべきではないのか、という理論上の疑問につき、「正犯というものは実行を要件とするのであるから、共同正犯も正犯である以上、そうでなければならぬはずであるのに、いわゆる共謀共同正犯においては、その実行をみずからの動作により行なわない者についてまで、正犯の罪責を認めるものであるから、まちがっているとするとするにある。この点が発点なのであるが、存外この点は論評されることが少ない。反対論は実行を各人が自分の身体の動作によってなさなければならぬと頭からきめてかかっているようである。正犯の概念から言って自明のことと考えているのであろう。しかし、単独の正犯については、一人しか行為者はいないのであるから、実行をその者自身が行なわなければならないことは、まさに自明のことであるけれども、複数人の協力によって行なわれる共同正犯については、かならずしも自明と断ずることはできない。かりに共同意思主体と名付けようとする否にかかわらず、複数人の集団を全体として考察すれば、そこに実行がないわけではないのであるから、各人が自己の身体をもって実行しなければならぬということが自明の要件であるとは言いが切れない。しかし、反対論は、これをも自明のことと思ひ込んでいるようである。……あくまで実行行為の分担を要することは、多くの学者の強調す

るところであるけれども、はたして「実行」の意義はどのように自明なものであろうか。さきに指摘したように、単独正犯において行為者が実行者でなければならぬことは概念それ自体において自明であるが、共同正犯においてもそうだとはいえ、かならずしも言えない。単独正犯において一人によって行なわれることを、共同正犯においては二人以上の者が行なうのであるから、その全体において実行の存在が不可欠のことであるとしか言えるだけで、各人におのおの実行の動作をする必要があるということが自明の論理として出てくるのではない。このようなわけであるから、「正犯」であるということの実質論からする共謀共同正犯否定論は、たやすく成り立たない。」²⁰⁾と論じられた。

そして、『法規の形式論から言っても、法文に「共同シテ犯罪ヲ実行シ」とあることは、この否定論の論拠にはなれない。反対論者は、これを率直に読めば、各人に実行の動作を要求する規定のように読まざるをえないかのように主張するのであるが、それは自明のことと確信する立場から、そう読めるだけのことであって、わたくしにはかならずしもそう一義的には読み取れない。反対論の主張するような意味に読むことも可能であるが、少なくともそれと同じ程度には、別の読みかたをすることも可能である。わたくしはこの点の卑近な説明として、この法文の「実行」というところを強く読まず、「共同シテ」というところを強調して読むべきことを提唱してきた。そうして「共謀」という事実によって『共同』がおこなわれ、それが共謀者のうちのどれかによって実行に移されれば、けっきょく『共同シテ……実行シタ』ことになる。」というような説明を試みている。したがって、これは、反対論者の言うように、「犯罪の実行に着手せざる通謀者も、自ら実行に着手したるものと看做さるる」などというものではないし、そういう曲解を前提として「この『看做す』という考へ方が刑法においては許すべからざるもの……である」と非難することも不当である。共謀共同正犯を認めることは、実行しない者を実行したと擬制することになるのではないのである。そのように見えるのは、集団現象を個人現象として見ようとするからで、その点からすれば無理もない節もあるが、

結局は共犯の本質に無理解なところから起こる解釈なのである。』²¹と主張された。

また、『ほんらい集団現象であるものを無理に個人現象に分解して議論しようとする態度がこのように根強いのは、個人責任の原則といわれるものに不当にこだわっているからである。それを正解していないからだと言っても過言ではあるまい。この原則の意味するところは「行為者個人に出ずるものだけが、その個人の罪責に帰する。」ということである。それは、裏を返せば、中世以前における連坐、縁坐その他「罪九族に及ぶ」とするような思想の全面的否定を意味するものなのである。一定の職司にあったとか、一定の親族関係にあったとかいうような、行為の動因としては何の關係もないことがらを理由として、罪責を問われることを防ぐために発達した近代刑法の原則なのである。もとより、この意味において、いわゆる個人責任の原則が不動のものであるべきは、言うまでもない。筆者にしても、これに対して異議のあろうはずはないのである。したがって、いわゆる個人責任の原則に関する多数説の理解に誤りがないと思うならば、筆者もとうてい共謀共同正犯を認める立場を採るべきではないのである。それを、久しい以前から、あえて当時における学界の通説に抗して、この立場に従ってきているのは、個人責任の原則について、多数説には大きな誤解があると思うからなのである。共謀共同正犯における共謀者は具体的な実行行為に対して動因を与える役割をしているのである。犯罪行為に対して具体的・現実的なつながりを持っているという点で、連坐、縁坐の類が漠然たる身分的・静態的開運を有するにすぎないのとは、著しく異なるものである。各人は犯罪行為に対して、後者では、せいぜいのところ、いわば偶然的關係しかないのに対して、前者では、それがいわば必然的關係をもって結びついている。したがって、共謀者各人に犯行の責任を帰することは、少しも個人責任の原則に反することには成らないのである。』²²とした上で、『……共同正犯の関与者というものは、自分自身の身体の物理的な挙動によって構成要件実現のための実行行為を行なわなくても、その実行行為に対して共謀という形式による心理的関与をすることによつ

て、他の共謀者の動作した部分についても、罪責を負うべきものであることを示している。甲は乙の動作した部分についても罪責を生ずるし、乙は甲の行なった部分についても罪責を生ずるからこそ、共に強盗罪の罪責を負うのである。これがそもそも共同正犯というものである。否、これらのことは共犯現象一般に当てはまることなのである。反対論者は共謀共同正犯説を攻撃するのに、それは他人の行為について代理を認めるものであるとか、他人の行為を自己の行為とみなすものであるとか言うが、もし共謀共同正犯について、そういうことが言えるものであるならば、その同じことは実行共同正犯についても言えることになる。……実行共同正犯と共謀共同正犯との間に横たわる唯一の相違は、前者にあつては各人が自己の動作により構成要件の全部または一部の実現行為をかならず行なうのに対し、後者にあつては関与者のうちにその実現について全く自己の動作を用いることのない者がいる、という点にある。そこで、この点をもう少し問題にしてみるが、実行共同正犯のなかにも、実は取るに足りない端役しか分担しない関与者もいるのに対し、共謀共同正犯のなかにも、実行に際して自己の動作を用いることなくして、しかもきわめて重要な役割を演ずる者もあるということは、看過することのできない事実である。共謀共同正犯を認めようとする立場の実際上の根拠とその合理性は、実にここにあるのである。実行の端役よりは背後の主役をこそ正犯として罰するのが正義公平を旨とする法の理念にかなっていないと言わなければならない。反対論はいたずらに「実行」ということに膠着して、この理に耳を貸さうとしないのであるが、それは「下手人」ということばかりを重視したがるやや原始的な行為理論の残滓でしかない。知能犯について考えるとき、いっそうその欠陥を露呈する。そこに判例がまず知能犯的なものから共謀共同正犯を認めるといふ出発点を取った理由もあるのである。²³と述べられ、更に、『集団犯罪とか集団心理とかいうものを立論の根柢に置いて事を論ずるならば、その理論上の欲求からしても、「実行」を個別的に見ることには、にわかには組するわけにゆかないが、かりにその理論的欲求を犠牲にするとしても、教唆・幫助にすべて

を組み入れるという方法では、事態の刑法的評価において、実際上の具体的妥当性を得ることができない場合があるのである。』と論じられた。²⁴

以上のように、植松博士は、各人の行為に実行行為という単独犯の場合と同様の正犯的特徴を要求するのは意味がないと主張され、共謀共同正犯と教唆犯・幫助犯との区別は、犯罪実現に対しての「重要な役割」を演じたかどうかによるべきで、その判断は、寄与の客観面のみにおいてなされるわけではなく、主観面も顧慮されるべきだとしたのが特徴である。

(4) 下村康正教授と共同意思主体説

共同意思主体説は、「創始者は草野教授、継承者は斎藤博士、そして有力な支持者が植松教授である」といわれているが、この理論の正統的継承者としてもう一人、下村教授が挙げられる。²⁵

教授はまず、刑法第六〇条の解釈につき、『形式的には、例えば、刑法第六〇条は、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」と規定しているのみで、とくに、「犯罪ヲ実行シタル」に重きを置いて、共同者各自が犯罪を実行しなければならぬと規定してはいるわけではない。文理上も充分、「二人以上共同シテ」というところの意義を汲んで、二人以上が共同した上は、何人かが犯罪の実行をすれば足りると解釈できるわけである。現に、衆知の如く、刑法改正法案がその第二五条において「二人以上共同シテ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯トス」と規定するのみで、敢えて犯罪を実行するということを明文化していないことは、二人以上が共同するという点を重視しているものと解し得るのである。』と説かれた上で、『次に、実質的にことを考えてみよう。問題の要点は、結局、団体的共犯論の立場から共犯規定を解釈するか、それとも、個人的共犯論の立場から爾くするかということになる。この場合、共同意思主体説が立論の基礎とする団体心理の存在は、社会心理学者によっても、すでに夙く、みとめられているところである。』

多衆がともに考え、ともに感じ、ともに行動するときには、団体の各員の精神作用と行動とは、各員が孤立的な一人人としてそうした境遇に置かれた場合なすべき筈のこととは、著しく異なりがちなものであって、犯罪について言えば、犯罪の危険性と重大性を決定する要因があるのである。このように、犯罪行為の一要素をなす心素の点で、個人の犯罪行為におけるのとは異なったものがある以上、よって成り立つる犯罪行為についても、個人的心理をもって論ずることなく、団体的心理をもって断ずべきこと、当然の理であって、現に、現行刑法典中にも、単独で行なえば一年以下の懲役にしかあたらぬ逃走罪（第九七条）が、二人以上通謀して行なえば三月以上五年以下の懲役（第九八条）となる場合、また、単独で行なえば二年以下（昭和二二年の改正前は一年以下）の懲役にしかあたらぬ暴行罪（第二〇八条）が、数人共同して行なわれれば三年以下の懲役（暴力行為等処罪に関する法律第一条）にあたり、さらに、多衆聚合してこれを行なえば騒擾罪（第一〇六条）として、その首魁は一年以上一〇年以下の懲役にあたり、指揮または率先助勢した者は六月以上七年以下の懲役にあたり、附和随行者は五〇円以下の罰金にあたる場合が規定されているのであって、これらは、団体心理（group mind）、群衆心理（mob mind）、²⁷ とうような特殊の社会的心理的現象を考慮に入れて立法したものと考えなければ理解ができないであろう。加え、共犯において、主たる役割を演ずる大物は背後にあって糸をあやつるに止り、小物に相当する者が現実には犯罪を実行する事例の多いこと、さらには、近時、犯罪集団化の傾向のあることを思えば、右に述べた理論的長所をもってするほか、刑事政策的にも有効な点を考慮して、判例が一貫して共謀共同正犯の理論を採用する所以も明らかになるのであり、まさに、共同意思主体説こそ、共犯規定を解するのに最も妥当な見解である、²⁸ といひ得るのである。』と論じられた。そして、共謀共同正犯の理論は、「本来、共同意思主体説の立場からこそ正当の理由づけを与えらるべきもの」²⁸ であり、共同意思主体説こそ正統な共謀共同正犯の学説だと主張された。

また、共謀の意義・内容につき、「典型的には、役割の分担についての協議、実行方法についての計画作成などが共謀であり、単なる意思の連絡とは異なるものである」と説かれた上で、『私見では、それは「共同犯〔実〕」の認識²⁸⁾、すなわち、相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となつて行なおうという、行為者の対等関係における意思連絡をいうのであって、単なる相互の存在認識ではないのである。……要するに、正犯と従犯の区別は、犯罪の実現に重要な役割を演じたか否かによつて決定すべきであり、共謀に加わるということはまさしく重要な役割を演じたことであるし、犯罪の見張りも、共謀があればそれだけで当然、共謀がなくても見張り自体が重要な役割を演ずることになる場合は共同正犯になるのであって、ただ実際上見張りに立つということは共謀に基づいての上の役割の分担にある場合が通常なので、前出多くの判例を見ることになつたと解すべきであろう。したがつて、用語の上で、意思の連絡という語を広く用うれば、それはあえて、共同正犯の場合のみならず、教唆犯、従犯をもふくめた、つまり、広く共犯一般に必要な要件とも解しうるし、現に、共同意思主体説にいうところの共犯成立の要件としての意思連絡は、まさに、かような意味で理解されるので、共謀共同正犯の場合の意思連絡は、これと区別する意味で、一体となつての共同犯行又は共同実行の認識とするのが妥当であろう。そして共謀はこの一体的共同犯行〔実行〕の認識たる点において、一体的ではあつても教唆・被教唆の認識、あるいは、実行者・補助者の認識である教唆犯、従犯における要件としての意思連絡とは異なると解すべきであろう²⁹⁾と説かれていた。

以上見られたように、教授の主張は、共犯の成立及び処罰について、「処罰の連体性ということの主張は、……成立上の連体性ないし一体性にこれを求めるべきであつて、処罰上の連体性については、責任の個別化ということを基礎にした上で、処罰の公平さ、責任追求の正しい在り方を考慮しての一つの帰結と解すべき³⁰⁾」点と、共謀概念に分析を加え、共同正犯と教唆犯・従犯、とくに従犯との区別規準である「役割の重要性」と共謀を結びつけられ、共謀と

単なる意思連絡とは異なるものであることを強調された点³²⁾が特徴である。

(5) 西原春夫教授と共同意思主体説

西原教授は、個々の用語や説明においては草野教授以来の共同意思主体説に近いが、論理の中核的部分については価値的・規範的行為説に立たれたのが特徴³³⁾である。

教授はまず、「共謀共同正犯を認めなければならない実務的要請は、大小の組織的集団とくに暴力団関係の集団による犯罪の場合、直接実行にあたる者は組織の小物で、大物は背後にかくれて計画・指導にあたっており、この小物を正犯、大物を教唆犯ないし従犯とするにはしのびないという法感情から来る。たとえば組織的な銀行強盗の場合、全体の計画を立て、かつ現場で指揮をとった指導者や、銀行の玄関前で顧客を欺罔し入場を差控えてもらう幹部の方が、ピストルで行員を脅かしたり、札束を集めて持ち去る者よりはるかに強盗の遂行に対し重要な役割を演じていると言ってよい。にもかかわらず、共同正犯の成立のためには構成要件の一部実現を要するという通説の立場からすれば、後二者のみが共同正犯で、前二者は教唆犯あるいは従犯となってしまう、明らかに処罪価値と齟齬する。これを是正するために編み出されたのが共謀共同正犯の理論にはかならない。」³⁴⁾と説かれた上で、『通説に対して疑問を持つのは、通説において、何故に実行行為の一部を実現したにすぎない各共同正犯が完全な実行行為者として責任を負うかということ、換言すれば一部行為の全部責任の法理を何によって基礎づけるのか、ということである。通説は、この法理を基礎づけるのは共同正犯の主観的要件たる意思疎通であるとする。しかし、個人責任の原理を共同正犯に貫徹しようとするれば、そのような主観的要件の採用ではとうてい不充分と言わなければならない。けだし、共同正犯の可罰性につき個人の行為から出発して考え、共同正犯においても単独正犯と同様な正犯の特徴を保持しようとするかぎり、客観的に実在するのはあくまでも甲の行為と乙の行為であって、甲と乙の間に相互的意思疎通を認めたとこ

ろで、個人責任の基礎となる客観的な個人の違法行為がそれ以上に発生することにはならない。通説もまた、一部行為の全部責任の法理を認めようとするならば、意思疎通を媒介として、「甲乙二人の行なった犯罪」の实在を認め、その実現に対して甲乙がそれぞれ責任を負うと考えるのでなければならぬ。ところで、このように解するならば、通説についても、各個人になお単独正犯と同様な正犯的特徴——構成要件該当性——を要求することに、どのような実益があるのか疑問になってくる。すなわち、各人の責任の基礎がすでに各人の具体的な行為のみでなく、共同してなした実行行為であるとすれば、確定すべき問題は、なされた実行行為が甲と乙との共同の仕事であるかどうかであって、実行行為の遂行に対する甲乙それぞれの寄与の形態は、第二義的のことである。その各人の行為につき、どのみちすでにそれ自体では責任の基礎になり得ない単独正犯的特徴を要求したところで、それは意味のないことである。甲乙がそれぞれ構成要件の一部分担をした、という事実は、当該構成要件の実現が甲乙の共同の仕事であることを確定するための、一つの材料にしかすぎない。」³⁶⁾と説かれた。

そして、「共同正犯の場合に単独正犯の場合と同様な——つまり個人責任の基礎となるような——正犯的特徴を要求することは無理であって、むしろ率直に甲乙二人の行なった犯罪というものの实在を認め、その実現に対して甲乙がそれぞれ責任を負うと考えるほかはない、ということである。それは、いずれにせよ団体責任の原理であるか、せいぜい修正された個人責任の原理にほかならない。そして、ここに強調しなければならないのは、このような責任原理を承認する以上、各個人になお単独正犯と同様な正犯的特徴——構成要件該当性——を要求することには意味がないということである。すなわち、各人の責任の基礎がすでに各人の行為のみではなく、共同でなした実行行為であるとなれば、確定すべき問題は、なされた実行行為が甲と乙との共同の仕事であるかどうかであって、実行行為の遂行に対する甲乙それぞれの寄与の形態は、右の判断をする為の事実的資料という以上の意味を持つものではない。その

各人の行為につき、どのみちすでに責任の基礎たり得ない単独正犯的特徴を要求したところで、それはもはや意味のないことである。³⁶⁾と述べられた。

また、『共同正犯は共犯であるから、その責任の基礎に単独犯と同様な正犯的特徴を要求する必要はない。したがって、各共同者の行為が個別的に観察した場合に実行行為の一部にあたるかどうか、つまり構成要件に該当するかどうかは本質的でない。問題となるのは、二人以上の共同作業が犯罪の実行である場合に、その各人につき犯罪実現に対する、単独正犯者または直接実行者と法的に同視すべき寄与が考えられるかどうかである。いいかえれば、その二人以上がともに手を下して構成要件の全要素を実現したのと同視すべき共同関係がそこに存在するかどうかである。そのような評価が加えられる場合、その各人の寄与こそが共同正犯の責任の基礎にはかならない。このような理解は、実は通説たる犯罪共同説もまた当然とるべきものであった。小野博士が構成要件理論に立脚し、犯罪共同説の立場に立ちつつ、共同正犯における責任の基礎について「全体的考察」の方法をとり、見張りのあるものを共同正犯とし、さらにすすんで共謀共同正犯を是認するに至ったのも、また、植松教授、中野判事、莊子教授などが、やはり犯罪共同説に立ちつつ集団犯特有の法理を適用して共謀共同正犯を認めるのも、正しい理解を示したものと云わなければならぬ。共謀共同正犯は、別に共同意思主体説のような理論構成を持ち出さなくとも、通説の立場に立ちつつこれを共同正犯の一種に数えることができるのである。ただ共同意思主体説は、共同正犯における実行行為の主体を「甲乙二人」という超個人的なもの（共同意思主体）とし、その活動の成果たる実行行為を措定した上で、その実現に対する各人の寄与を責任の基礎としたその考え方が、犯罪共同説の必ずしも自覚し得なかった全体的考察方法を明らかにした点で、学説史的意義を有するにとどまる。』³⁷⁾と論じられた。

以上のように、西原教授は、共謀共同正犯は是認しうるが、共同意思主体説に基づくものではないことを主張しな

がら、「共謀」概念をより狭く解し、また「役割の重要性」を分析・類型化することによって共謀共同正犯の成立範囲をさらに限定されようとした点、そして、共同正犯における「一部行為の全部責任の法理」と個人責任あるいは団体責任の関係を論及され、同法理は個人責任の原則では説明しえないことを明らかにされた点³⁸等も特徴である。

II、共同意思主体説の問題点

共同意思主体説に対しては、長い年月にわたって根強い批判がある。ここでは、これまで公表された見解のうち、主なものを取り上げて見ると共に、検討することにする。

(1) 滝川幸辰博士の批判

まず、滝川博士の反対論は次のように展開されている。「共謀共同正犯は他人の実行を利用・支配することを共同者各自の意思に求めるようである。各共同者はいずれも目的効果を付与するように、刑法においても犯罪の目的を意欲したところに、刑罰という法的効果を結びつけようと解するようである。しかしこれは間違いである。民法は行為者の意欲に着眼して法的効果を付与する。民法は適法効果を目的とする。公序良俗に反しない限り行為者相互の自治を認めて法上の効果を付与してよいからである。民法の組合を構成する各人が相互に代理し、または、相互に委任関係があると見ることは許される。これに反して刑法は違法効果を意欲すること自体に法上の効果〔刑事責任〕を認めるのではない。刑事責任は違法効果を意欲して行為に出るといふ義務違反に対する法上の非難である。義務違反を相互に代理し委任することは許されない。刑事責任はどこまでも一身に専属する」³⁹

(2) 木村亀二博士の批判

木村博士は、まず、「共同意思主体説が広義の共犯に共通した性質として個々の個人と異なる超個人的な共同意思主体の存在を認めるのは共犯を以て群集現象と解することを根拠とするというのであるが、そこには、まず社会学的

には、群集と組織的団体の区別が明確に区別せられていないという疑問がないではない。また、そのような理論は刑法的には今日の刑法の理念たる個人責任の原則に反するという疑問があるといわねばならない。のみならず、そのような共同意思主体説によると、狹義の共犯たる教唆犯・幫助犯にあつても、被教唆者、被幫助者たる正犯者と教唆者・幫助者間にも、これらの個々の個人的主体のほかに超個人的な共同意思主体を認めることになるが、これもまた、実態に即しない理論である。というのは、教唆者・幫助者と被教唆者・被幫助者たる正犯との間には、共犯從属性説の見地にあつては相互に從属・非從属すなわち独立の關係があるとせられ、独立性の見地にあつては相互に独立の關係があるとせられるにとどまり、相互に共同の關係は全然なく、したがつて、相互の間に共同意思主体を認める余地もまた全然ないと言わねばならないからである。その意味において、共同意思主体説をもつて広義の共犯の全体に関する共通の性質を表示する理論としての価値については疑問があり、妥当とはいえない。しかし、ただ共同正犯については、それが二人以上共同して犯罪を實行することを意味するから、共同意思主体を認めることは論理的に不可能であるとはいえないが、そのような超個人的な共同意思主体を認めなければならない必然性はどこにもなく、それを認めることは、かえつて、今日克服せられた古い団体責任の原則に還ることであつて、刑法の理念たる個人責任の原則に反するといわねばならないだろう。」^⑭と批判した上で、『何故に、法律が「共同シテ実行シタル」という実行の共同という客観的要件の無視が許されるかという点について疑問が成立する。……共同正犯に固有の特殊な要素は、客観的には犯罪の實行を共同にすること、即ち、実行行為の共同ということであつて、そこに、実行行為を教唆する教唆犯及び実行行為を幫助する幫助犯と共同正犯との概念的な区別が可能となるのである。……（共謀共同正犯論は）共同正犯の固有の客観的要件の意義を没却して、從犯又は教唆と解せられるべき領域にまで共同正犯の概念を不当に拡充するものだ」と、更に批判を加えた。

(3) 団藤重光博士の批判

団藤博士は、「仮に共同意思主体といふものを認めることができるとしても、これを犯罪の主体とするのは団体責任を認めるもので、近代刑法の個人責任の理念に反する。各人について考えるかぎり、実行させることは実行することではない。謀議に留まるものは、本来、教唆犯または幫助犯に過ぎないと解すべきである。実行者の背後関係にしばしばいわゆる大物がいることは社会的事実であって、判例の見解はそこに実質的な理由をもっているが、共同正犯の規定の解釈によって対処するのは無理である。判例は立法論を解釈論に持ち込んだものと言わなければならない。」⁴²と批判した。

(4) 大塚仁博士の批判

大塚博士も、『共同意思主体説が社会心理的観点から共犯現象を見ようとした点は注目には値するが、それは、本質的に近代刑法学の予定する個人責任の原理と背馳する団体責任主義の立場であるとともに、また、積極的にこのような団体責任を論ずるものでもなく、かえって民法の組合理論の如きを刑法解釈上に推及して、その団体構成員の個人的責任を認めようとするのであって、理論的にもきわめて不徹底である。また、いわゆる共謀は共同正犯の客観的要件にあたるのであって、「実行共同正犯」における共同実行の事実に相当と解するときは、実行行為の概念がいまいとなるとともに、それならば何ゆえに共謀自体に共謀共同正犯の実行行為を認めないのかという疑問を甘受しなければならぬはずである。』⁴³と批判した。

(5) 村井敏邦教授の批判

今現在の刑法学会において、首尾一貫して否定的立場⁴⁴に立たれた学者の一人である村井教授は、『共同意思主体説は、犯罪を個人犯罪の延長上で捉まえるのではなく、「あくまでも一体化されたものの犯行と解すべきものであって、

これをバラバラに引き離して検討することはまさしく共犯現象の実体を見損なうものといわなければならない」とする。このように、共犯を一種の共同体の犯行としてとらえ、責任も共同体における責任を追求するという。しかし、共同正犯は、団体の責任を問題にするものではなく、あくまでも二人以上で共同して犯罪を實行した者それぞれの個人責任を問うものである。もちろん、二人以上の者が共同して実行を行なうのであるから、相互に他の共同正犯者の実行行為を自己の実行行為を補完するものとして予定するという関係は認められ、その限りにおいて、他の者の実行行為の結果に対しても責任を負うが、これは、「実行行為の主体について超個人的な存在を認め、結局その超個人的なもの行なった実行行為の全部につき、その分担者にそれぞれ責任を負担させている」というようなことではない。純粋な単独犯でも、実行行為者はある程度被害者の行為やその場の状況を自己の行為の補完物として利用して、実行行為を完成させる。……やはり、共同意思主体という団体の責任を問題にする共同意思主体説は、この点で、刑法の共同正犯の性格認識に根本的な誤りを犯しているといわざるをえない。』¹⁵⁾と批判した。

この外にも数多くの批判が存在するが、それらを要約すれば、①刑法六〇条の明文が「実行」を要求しているにもかかわらず、実行行為を分担しない単なる共謀者までも実行行為を行なったものと見なして、共同正犯となすのは解釈論の限界を逸脱するものであり、罪刑法定主義にも反する。②共同意思主体説は団体責任の考え方立つものであって、個人責任主義という近代刑法の根本原則に反する。③共犯現象を共同現象として共同意思主体の活動と見ていながら、その責任のみを共同意思主体の構成員たる各個人に負わしめることは、責任の転嫁であるから刑法責任論上認めがたい。④共謀共同正犯を認めると、これと狭義の共犯、ことに教唆犯との概念的区別が不可能となり、共犯論はもとより刑法全体の体系にも混乱が及びかねない。⑤共謀者を正犯として処罰する実質的根拠も必要性も存在しない。他にも批判がないとは言えないが、概ね以上の五点にまとめられると思われる。

まず、文理上解釈の限界から見ると、日本刑法六〇条は、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」と規定されている以上、この文言との調和をはかることは絶対不可欠だといっても過言ではないであろう。共同意思主体説は、従来この点につき特に論ずることはなかったが、普通の読み方をとる限り、同条は実行の共同を要求する趣旨と解されるから、この点の説明は避けられないことでもあろう。そこで、植松博士がこの困難の打開に努め、「実行」より「共同」に重点を置いて読むことを主張され、下村教授も賛成の意を表わしたことはすでに論じたとおりである。西原教授も、『是認論』に対する批判として、まず、是認論は刑法六〇条の文理に合わない、というのがあり。すなわち、六〇条は「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル」という文言を用いているが、犯罪の実行とは構成要件に該当する行為を行なうことであるから、構成要件の少なくとも一部を実現する行為をもって共同した者だけが共同正犯であり、自ら構成要件に該当する行為を行なわない共謀共同正犯は認めることができない、というのである。たしかに、六〇条の文言をこのように読むことは可能である。しかし、それは一つの読み方にしかすぎないのであって、絶対のものではない。六〇条の解釈として、二人以上共同し、その共同した者が犯罪を実行したときは、共同者の各人はみな正犯として処罰される、というように読むことは、文理解釈としてすでに可能である。それは、罪刑法定主義上許されない類推でもなければ、拡張解釈でもない。文理に即した読み方の一つというにとどまる。そうであれば、そのいづれの文理解釈をとるかは、刑法学的な合理性、合目的性によって決定すべきであり、ここで六〇条の文言をあげつらうことは、単に水かけ論争を行なうに等しい。』と説かれた。

確かに、互いに優劣つけがたい二説であるならば、そのいづれをとるかは、全体的考察からより好都合な、言い換えれば合目的、合理的なものをとることでよい。⁴⁶⁾ 故に、二つの解釈の差異が、真に「法規の明文との関係は両説五歩百歩と言ふもおろかなほどである。」⁴⁷⁾ならば事はまことに簡単である。しかし、「共同シテ」は、「実行シタル」

にかからなければならぬから、両者は切り離せないひとつづきの語句であり、しかも、「共同シ」た者と「実行シタ」者とが等号で結ばなくなると、それぞれの主語も異なる人物を指すことになるから、一つの文の中に主語が二つも存在することにならざるを得ない。主語の統一を保つためにも、「実行セシメタル」と他動詞句化しなければならぬし、それに、刑法上「シタル」と「セシメタル」は理論的にも明らかにことなる概念で、実際上も両者を混用する用語例は全くないから、六〇条の明文は、全員に実行の共同を要求する趣旨だとしか読めないであろう。植松教授が提唱された読み方が牽強附会のそしりを免れないことも自然なことで、「わが国で改正草案二七条二項のような提案がなされるのは、刑法六〇条に共謀共同正犯を読み込むことが文理的に無理であるからこそである。教唆や幫助も、それらの非実行者と正犯である実行者との間に相互了解のある場合が大部分であって、共謀しただけで実行しないのも、共同して犯罪を実行したものと読める、という肯定論の主張は技巧的にすぎ、説得力に乏しい。五十歩、百歩と居直るのは、いささか厚顔に過ぎるのではなからうか。」⁵¹⁾という厳しい批判も、まことな正論⁵²⁾であろう。

次の、団体責任主義で近代刑法の根本原則である個人責任主義に反する点については、これを濡れ衣と断じえる。それは、団体責任といっても、それはいわゆる連座・縁座といった封建的な連帯責任とは異なり、「自己の行為と關係のある」他人の犯罪について責任を負担させられるものであって、現行法も現に総則において教唆犯・従犯の可罰性につき他人である正犯者の実行行為を前提としており、各則においては内乱罪・騒乱罪の首謀者や謀議参与者の責任について団体責任の原理が是認されており、個人責任論に立脚する否認論も「一部行為の全部責任」の法理を認めているとおり、そこにはすでに団体責任の原理が忍び込んでいるから、犯罪結果実現につき現実的且つ具體的な、いわば必然的關係ともいふべき強力な結合を以て実行担当者をコントロールする者に対し、自らの行為の責任を問うにすぎないから、これを以て反近代的だの、個人責任の原則に背いたという批判は、全く的を得ないものであるといえ

よう。

そして、共犯現象を共同現象として共同意思主体の活動と見ていながら、責任は構成員たる各個人に負わしめることは、責任の転嫁であるという批判に対しては、「犯罪の成立が全体的に考察されながら、責任が個別的に論ぜられるということも、共謀共同正犯に限った特殊現象ではない。」⁽⁵⁵⁾とも言われるが、説得力が充分だとは言えない。刑法は自然人処罰を予定しているとか、共同意思主体が違法的な一時的存在にすぎないとかは、責任転嫁の理由としてはさして意味があるまい⁽⁵⁶⁾と言っても過言ではないであろう。

しかし、狭義の共犯との区別の問題への批判は正論だとは言えないと思われる。確かに、共謀共同正犯否定説からは、物理的実行の有無によって両者を区分するから、その区別は明確だと言える。この点、共謀共同正犯肯定説は区別につきやや不明確だと言われるが、法的安定性を強調する刑法の世界においても、実は区別の不明瞭な臨界事例その他不明確な概念が少なくない⁽⁵⁷⁾。共謀共同正犯否定説に立っても、共同犯罪においての見張りを分担した共謀者を共同正犯にするか、幫助犯にするかの基準ははっきりしているとは言えないのが事実である。それに、ここでいう区別とは、処罰するかしないかの区別ではなく、単なる処罰の形式・程度の違いにすぎないから、その重要性においてはやや劣るといえるであろう。しかも、この問題は今後における学説の努力や判例の蓄積に待てば解決が可能である⁽⁵⁸⁾。区別が全く不可能だというならばともかく、このようにして区別が可能であるから、残った問題はその難易、つまり程度の差しかないのである。

もう一つ、共謀者を正犯として処罰する実質的根拠も必要性もないという批判については、これは共同意思主体説に対する批判より、むしろ共謀共同正犯肯定説全体に対しての非難だと思われるが、大審院時代から今日に至るまで、裁判所が首尾一貫して共謀共同正犯を認めてきたそれ自体が、実質的根拠及び必要性があるからこそ判例上ほぼ定着

したことで、このような批判は妥当とは言えないであろう。

以上の検討から見られるように、共同意思主体説が、実行行為の主体と考える超個人的な存在である共同意思主体に基いて、共犯現象をとらえること自体が一種の比喩そのものであり妥当性を欠くと言わざるを得ないであろう。近年共同意思主体説に賛成する者が少ないのは、こうした事情を物語ったといえよう。

三、間接正犯類似説およびその問題点

I、間接正犯類似説

間接正犯類似説は藤木英雄博士により提唱されたと言われている。博士は、いわゆる練馬事件判決の評釈につき、『本件の判例は、共謀共同正犯を肯定し、判例法の流れに沿ったものという意味ではとくに新しさがなくとも見えるが、共謀共同正犯の理論について、共同意思主体説とは別個に、いわば間接正犯類似の理論を用いてその正当性を根拠づけようとする志向がうかがわれその結果として、共謀者の正犯性の認定に相当程度の絞りをかける方向をとるものと思われる点において、とくに注目すべきものがあり、本判例を共謀共同正犯の判例の代表としてとりあげた趣旨も、この点に存するわけである。本判旨にも、もとより、「共同意思の下に一体となって……」とするあたり、共同意思主体説的観点に立脚するものと読み取れる部分がないではない。しかしながら、重要なのは、実行しない共謀者が何故に正犯としての責任を問われるかの説明として、「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」に参加した以上、「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なったという意味において」実行者と異なるところがないとしている点である。これは、他人の行為を手段として犯罪を行なう点を重視して、共同意思主体説をはなれ、個人責任の見地から共謀者の正犯性を根拠づけよう

という努力のあらわれとみるべきであり、単に情を打ち明けられ了承したとか、他人の犯罪遂行に単に加担するだけの意思をもって犯行の相談に加わっただけの者については、共同正犯性を否定する方向を示すものである』⁽⁶⁴⁾と論じられたのである。

さらに、博士は、「共同正犯の正犯性については、各共同正犯者が各自正犯としての標識を具備することを要するものと解されている。正犯性の根拠として、自ら犯罪を實行した者が正犯であるということは、疑いない原理として承認されている。共同正犯もまた各自正犯である以上、各人が結局それぞれ犯罪を實行した者と認めえることが必要である。」⁽⁶⁵⁾が、「自分の手による実行をもって正犯の唯一の標準とする考え方は絶対的な正しさを持たず、物理的な身体の動静ばかりでなく、その行動のもつ価値的な意味合いを重視して実質的に正犯性を画すべきである。」⁽⁶⁶⁾と説かれた上で、「ここから、共謀共同正犯における共謀者の責任を、その意思方向、実行担当者に対する関係から見ても、自ら実行を分担する者ではないが、実行担当者の行為と併せて実質的に考察して、結局実行を共同にした者として正犯性を認める理論的方向がひらける。このことは、すでに若干の学者によって指摘されている。」⁽⁶⁷⁾と論じられた。また、「これまでの学説は、もちろん、間接正犯における利用行為と共同正犯における利用行為とを、法的性格においてまったく異なったものとしてきた」⁽⁶⁸⁾が、「全体的に見たときは、間接正犯における利用関係に対比すべき実体をそこに見出すことが可能である。」⁽⁶⁹⁾と主張された。

そして、「元来、狭義の共同正犯、いわゆる実行共同正犯においても、自ら手を下さず、他の共同者の行為により実現された結果に対して責任を負うべき根拠は、他の共同者と協力して、相互に相補い、相利用して共同の目的完遂に向かつて努力するところに存する。ただ自らも実行しているためこれを正犯と認めることに格別の困難はない。共同犯の一般の形式としては、他人を利用するというだけでは通常共犯にとどまるのであって、それだけで直ちに正犯を

根拠づけるわけにはゆかない。しかしまた、われわれは、自らの手によって実行行為をしないで、他人を利用して犯罪を実現する者を、間接正犯として正犯性を認めることがある。むしろ他人の利用を実行行為の一つの方法としてとらえている。間接正犯という概念を用いるか否かは別として、自ら手を下した者と同じく正犯として罰せられることは、伝統的にはむしろ自明のこととされてきたのである。それは結局、被利用者の行動を、自己の規定した方向に向かって意のままに動かすこと、目的的行為論の論者によれば目的的行為支配をなすことにより根拠づけられるのである。共同正犯、ことに共謀者の利用行為が、間接正犯が単独正犯と認められるのと並行した趣旨で自ら手を下したものと価値的に同一に評価し得るというのであれば、そこに共謀者を、他人と合意の上共同して相互に利用しあって結果を実現したという意味で、共同の実行をした者と認めることが可能となるのである。」⁶⁹と説かれたのである。

博士は、また、利用関係に対比すべき実体について、「ここでわたくしが問題としている合意とは、単なる犯罪遂行の下相談ではなく、参加者の間に、犯罪を遂行すべき、確定的な意思の合致が成立した場合である。実行担当者は、この合致した意思に基づいて、自己の意思で犯罪を遂行するものではあるが、その意思決定の内容は他の合意者との約束に基づいて形成されたもので、爾後の行動は合意により拘束され、実行担当者は、実行するかしないかを自分の自由意思であらためて決定することはできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されないのである。すなわち実行担当者はその意味で、他の共犯者の道具としての役割をはたすのである。かくしてかれは、一方においては、自由な意思に基づき合意に参画し且つそれを実行したという意味において自己の意思に基づいて事態を方向づけ、支配したという点で正犯性を認められるが、同時に、合意によりみずからの犯罪意思を確定させたが、他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意思を翻しえないものとなるという意味で、他の共犯に拘束、支配されるのである。これをみずから実行を担当しない他の共犯者の側から見ると、合意の一員となることによって、実行行為

担当者の将来の行動を方向づけ支配することを通じ、結局実行行為担当者を介して実行したものと認めえるものと言わねばならぬ。要するに共謀者の間に、犯罪遂行に関する合意が成立しているときは、換言すれば、共謀の内容を前述のように解する限り、共謀者の犯罪関与の形態は、教唆と異なり、その実体はむしろ間接正犯における利用行為と質的に同じであるということが肯定できるであろう」と論じられた上で、「各人がそれぞれ意思を連絡の上、互いに他人を利用し補いあって共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、自ら実行行為を分担しなかった者であっても共同の意思を持った共同者の一員に加わることににより、仲間がいるという心強さ、あるいは団結による規律の影響力と、それぞれ集合の形態によって事情を異にするにせよ、実行担当者の、犯行を思い止まろうとする反対動機、規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、自ら手を下すことがなくとも実行担当者と共同して実行行為をしたものであるといえる。また、実行を担当する者も、背後に共同者がいるという意識によって、心理的に鼓舞され、到底単独では行なえないことでも容易に実行できる程度に、その意思の実現を容易にするような支援を受けているのである。かように、共謀者と実行担当者のあいだには、相互の利用、補充関係が認められる。したがって、共同者の行為を、全体として、犯罪を共同実行したものと認めることができる。二人以上の者が犯罪の共同遂行につき合意をし、そのうちある者が合意に基づいて実行した場合、実行に加わらなかった他のものも、かような意味で、共同実行者として共同正犯の責任を負うべきである。」と論じられた。

II、間接正犯類似説の問題点

間接正犯類似説に対しての批判は、共同意思主体説及びその支持者により行なわれる以外、他の論者からもなされている。ここでは、公表された見解のうち主なものを見るとともに、若干の検討をすることにする。

(1) 齋藤金作博士の批判

齋藤博士は、『共謀共同正犯を間接正犯類似の理論で説明しようとする』ことは、共犯を単独犯の理論で論じようとするものではあるまいか。刑法が単独犯のほかに、共犯を規定する所以のものは、共犯には単独犯の法理では説明しえないものがあるからではあるまいか。共犯が共犯たるの要点は、学者のいわゆる「他の共同正犯に欠くる部分を補充」する説明をどのように構成するかにあるのではあるまいか。間接正犯類似の理論を採る学者は、他の共同正犯者を「道具類似のもの」として理解するのに反し、共同意思主体説においては、共同正犯者相互の「相倚い相助ける」点にこれを求めるのである。言い換えれば、共犯の共犯たる所以を、「二人以上の異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため、同心一体となるの点にあり」とするものである。』⁶⁸と批判した。

(2) 西原春夫教授の批判

西原教授も、『たしかに共同正犯の場合、犯罪の実現について相互に他人の行為を利用するという実態は存在する。しかし、共犯従属説に立脚する以上、それは、間接正犯の場合と同様な程度の支配と考えることはできない。論者は、共同正犯の場合の中止の困難性という事実をもって、相互的な支配の強さを論証しようとするが、中止の困難な場合は教唆犯にも存するのであって、そのような場合を正犯とするならば、教唆犯・間接正犯・共同正犯の間を徹底的に再編成しなければならなくなる。しかも、共同正犯の場合に間接正犯の場合と同様な行為支配が認められれば、たしかに共同正犯の可罰性は個人責任の原理であって説明し尽くされることになるが、その場合には共同正犯と直接単独正犯、間接正犯との法律上の差異も失われることとなる。一方、共同正犯におけるのと類似したものに過ぎないと解するのであれば、それは支持しうる。ただその場合には、そのような行為支配的な事実のみをもって、つまり個人責任の原理をもって共同正犯の正犯性を基礎付けたことにはならなくなる。その場合には、「甲乙二人」という共同

思主体を認め、現実に行なわれた実行行為をその活動と把握する方法として、間接正犯類似の行為支配を援用したにすぎないことになる。それならば、私もまた賛成しようところである。』⁷⁶⁾と非難した。

(3) 福田平博士の批判

福田博士も、「共同正犯も正犯である以上、正犯性を持つことが必要である。ところで、正犯とは実行行為、すなわち構成要件実現の可能性を持った行態をなす者である。間接正犯が正犯であるとされるのは、その被利用者に対する誘致行為が構成要件実現の現実的可能性を持つ行態 \parallel 実行行為と認められるからである。しかしながら、共謀に参加しただけで何等の行為に出なかつた者は、共同意思による心理的拘束を実行行為をなした他の共謀者に及ぼした者であると言っても、構成要件の現実的可能性を持つ行態 \parallel 実行行為をなした者とは言えないから、この者の正犯性を肯定することはできないはずである。したがって、この者と実行行為をなした他の共謀者とが共同正犯であると解することはできないのではなからうか。」⁷⁷⁾と批判した。

(4) 大塚仁博士の批判

大塚博士も、間接正犯類似説について、『この説明には、十分な説得力がない。間接正犯に類似すると言っても、間接正犯における利用者と被利用者の関係と、共謀共同正犯における単なる共謀者と実行担当者との関係は、明らかに異なっている。前者は、被利用者の道具の身体活動に対する支配・被支配の関係を内容とするのに対して、後者は、元来、法的に平等な立場にある者同士の共謀関係を基礎とするものだからである。そして、判旨の示すところについても、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行なった」という表現は極めてわかりにくく、同様な疑問を禁じ得ないものがある。』⁷⁸⁾と批判したのである。

間接正犯類似説に対する諸家の批判は、故意ある道具を認め、道具となる実行行為者に存在する規範意識を克服し

て背後者に正犯性を認めたと点、それに、間接正犯類似と称されるが、本来対等平等関係にあるべき共謀共同正犯に正犯と道具、つまり、支配と被支配の關係が認められるかにまとめられる。

藤木博士により提唱された間接正犯類似説は、個人的共犯論の発想から共謀共同正犯を基礎付けようとした点に特徴がある。つまり、共謀共同正犯は、間接正犯類似の構造を持った犯罪態様であるから、これを共同正犯の範疇に含ませて、正犯として処罰しようとする理論構成である。故に、共同意思主体説に対する批判のような非難は十分免れ得ると思われる。

しかし、間接正犯というのは他人を道具として利用し、これによって犯罪が行なわれる以上、被利用者は道具と同視しうる存在、つまり、必ず責任能力がない者や情を知らない者でなければならぬ。しかるに、共謀共同正犯においての被支配者（被利用者）は、責任能力があるのみならず、情も知り、故意をもって犯罪にかかわるから、これをはたして道具と呼びうるかが問題で、ここでも明らかに異質なものを同列に論じ得るかどうかこそ疑問である。⁷³だから、提唱者の藤木博士が間接正犯的とか、間接正犯類似とか呼称に迷わざるを得なかったのであるが、それにしても適切だとは言いがたい。共謀共同正犯が、他に何らかの犯罪態様に似ているとすれば、それは、まさに共謀共同正犯否定論者がしばしば指摘するような教唆犯であろう。何となれば、間接正犯をも含めて、正犯というのは、自らが責任を持ち、被利用者を介するときもこれに対する支配は、道具に対するものだけが直接的で、結果実現に対する結びつきもまた直接的であるからである。⁷⁴これに対して共謀共同正犯の場合は、利用者自身の他にも責任を分かち合うメンバーが存在する以外にも、被利用者に対する行為支配も間接的であるから、結果に対する結びつきもそれだけ弱くなる。ゆえに、共謀共同正犯よりむしろ教唆犯に近い性質をもっている。これを差し置いて間接正犯と位置づけるのは納得しがたい。藤木博士が、「もちろん間接正犯は単独正犯であり、共謀者の責任を間接正犯のそれと同一の

ものとして説明することは当を得ない。共同正犯者を利用する間接正犯というものは、単独犯行の形態としてはありえないことである。」と論じられたものこの点がある程度認められたからであろう。もし、本當に共謀共同正犯が、間接正犯と質的に同じ実体を有するならば、それは間接正犯そのものであって、共謀共同正犯概念は無用となるし、まして、被利用者との間の共同正犯などは、論ずる余地がなくなるはずではなからうか。

四、行為支配説およびその問題点

Ⅰ、平場安治教授と目的的行為支配説

(1) 目的的行為支配説

平場教授の目的的行為支配説は、正犯というのは構成要件の行為に対する目的の支配があれば十分で、必ずしも自己の手によって実行行為をなす必要がないという理論的前提に立って、共謀者が実行行為者に行為支配を及ぼすことも可能であるとして、共謀共同正犯を肯定したのである。

教授は、まず、そもそも共同正犯において、共犯者が他の共犯者の行為についてまでも責任を問われるのは、実行行為に対する共同正犯各自の共通包括的な行為支配があるからだとされた上で、「元来正犯とは自己の手により実行行為をなす必要は必ずしもなく、構成要件の行為に対する目的の支配があれば足りるわけであった。共同正犯においては自己の手による部分はもちろん、他の共同正犯者の手による部分についても包括的一体的に共同の目的の支配が存在するのであって、実行行為全体にわたって各自が正犯であるわけである。従って、自己の手による部分のみならず、実行行為の全体にわたって自己の行為としての責任を負うのは当然の結論であると言わなければならない。」と論じられた。

そして、「共同実行とは構成要件の全部または一部をおのおの自己の手によって行なったという意味ではない。すでに述べたように構成要件の行為の全体に対する共同的支配があれば足りるのである。従って極限的には自分としては何ら手を下さなくても、他人の行為を支配して自分の犯罪をとげる共同正犯がありうる。」⁷⁶⁾と論じられた上で、「おもうに、実行行為を自然的、物理的に自己の手による実行だと解する自然主義的見解を排し、実行行為とは構成要件に該当する行為支配だと解するわれわれの立場からは、共謀共同正犯の範疇を一概に否定するのは正しくないと考える。ことに実行の一部を自ら行ないながらも実行の全部につき責任を負う共同正犯の規定の合理的基礎づけを追求して行くなれば、当然に共謀共同正犯の肯定に到達する。」⁷⁷⁾とし、「謀議者が単に謀議に参与したというだけではなく、直接実行者の意思に現実に作用し、それをして遂行せしめているならば共同正犯であるが、ただ単に直接実行者の犯意を誘起し、または犯意を強化したにとどまるならば教唆犯もしくは従犯にとどまるであろう」と主張されたのである。⁷⁸⁾

(2) 目的的行為支配説の問題点

目的的行為支配説に対する批判は、主に、①いかなる場合に行為支配があるとするのか、その判断基準が明確でない。②関与者の力関係が対等な場合には、謀議者や見張りの行為支配はどこまであるのかの判断が困難である。③行為支配の概念は多義的で、いわゆる開かれた概念ではないか、この三点に要約される。⁷⁹⁾例えば、大塚博士は、そもそも行為支配の概念ははなはだ明確性を欠き、見方によっては教唆行為、幫助行為についても、教唆者、幫助者に行為支配があるといえなくともない。⁸⁰⁾と非難したうえで、行為支配とは、実は、間接正犯を正犯として説明する際にも用いられている観念であって、その曖昧さは、別論としても、他人を道具として利用する間接正犯者と、共謀共同正犯における単なる共謀者とが、はたしてまったくおなじ意味で行為支配をもちうるかどうかは疑問であると批判し⁸¹⁾

たのである。

村井教授も、行為支配という概念それ自体が極めて多義的であって、行為支配を共謀共同正犯の根拠にする者の間にも、共通のものがない。いずれにしても、行為支配という概念は伸縮自在であるところがいかにも便利なようであるが結局は内容がないと批判した。⁸⁴⁾

目的的行為支配説は、目的的行為論の立場から、単なる共謀者でも実行担当者の行為を支配した場合には、共同正犯になりうるという前提で、実行行為概念の定立、把握にあたって定型的な構成要件それ自体から出発することではなくて、非定型的、つまり、実質的概念たる行為支配の有無をメルクマールとして、従来の考え方に差異を示したのが特徴である。このような立場によれば、実行行為に関与しなくても、行為支配がある限り、正犯になりうるから、刑法六〇条には抵触したとは言えず、そもそも共同意思主体なる概念を用いていないから、団体責任とか、責任転嫁であるとかの問題も生ずることはないと思われる。そして、狭義の共犯との区別も実行、行為支配の有無によって決められるから、少なくとも理論上は明快だとは言えるが、そもそも目的的行為論自体が問題で、行為支配概念の多義性とともに、何を、どのように支配すれば正犯になるのかという点が明白でない、それに行為支配では、対等平等関係にある共同正犯の説明ができないのもあるから、容易には支持し難いと言わざるを得ない。

II、大塚仁博士と優越的行為支配説

(1) 優越的行為支配説

大塚博士は、共謀共同正犯につき、『共謀共同正犯の観念は、刑法六〇条の厳格な解釈に適合しえないものと考えられている。その場合には、二人以上の行為者間に共同実行の意思はあるが、共同実行の事実があることについては、判例及び学説の説明を聞いても、到底、納得しえないからである。刑法六〇条の規定を、二人以上の者の「共同」があ

り、かつ、「実行」がなければ共同正犯は成立しうるとしたものだと思ふことによつて共謀共同正犯も共同正犯だとする見解も、同条の趣旨を正しくとらえているとはいえない。同条の主眼とするところは、「共同シテ実行シタル」という点にあると解すべきである。そして、「共謀」の観念を練馬事件判決の示しているように、制限したからといって、共謀だけで実行行為があると言えないことは当然であると考えられる。共謀共同正犯の観念は、認められるべきでないであろう。ただ、以上の考察を通じて着目されるのは、判例が共謀共同正犯として取り扱ってきたものの中には、直接の実行を担当しない共謀者にも実行行為があると見られ、共同正犯と解するのが適当な場合も含まれているのではないかということである。実行行為とは、犯罪実現の現実的危険性を含む行為であるが、たとえば、間接正犯の場合に、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為が実行行為と解されるように、ある程度の規範的理解が可能であり、また、必要でもある。その見地からすると、単なる共謀者の中にも、直接の実行担当者と同様に、実行者と評価されるべき者が見られると思うのである。』⁸⁶と論じられた上で、さらに、『例えば、暴力団の親分が、自分に向かってある犯罪を行なうことを命じた場合についてみると、自分は、親分の命令に心理的には強く拘束されるが、当然に身体的な自由を失うまでに至っている訳ではなく、命令に従うのが嫌ならば、逃亡するとか、警察に保護を求めるなどの自由も残されていることが多いであろう。その限りにおいて、自分は間接正犯の道具に当ものではない。しかし、自分が暴力団員としてとどまろうとする限りは、親分の命令に反する行動を取るとは極めて困難である。そして、命令にしたがつてその犯罪を実行すれば、自分自身に、実行行為が認められ、その犯罪が成立することは当然であるが、一方の親分の行為についても、自分に命令して、右のような拘束を与えることは、単なる教唆犯以上のことをやっているのであり、間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為として、法律上、実行行為にあたるものと評価してよいのではなからうか。そして、自分の実行行為とあいまつて当該犯罪を実現したものととして、そこに共同正犯を

認めることができるのではなからうか。これは、まさに、間接正犯に準じる場合であり、準間接正犯と言ってもよいかと思う。このような事態の特徴は、命令を下す者が、命令を受ける者に対して、一定の社会的関係において圧倒的な優越的地位に立っていることによって、受命者の自由を奪って道具とする程度には至らないが、それに準じる心理的拘束を与えうる状況にある場合でなければならない。このような形態での共同正犯を仮に優越支配共同正犯とする。従来、共謀共同正犯の共同正犯としての理由づけを目指して展開された学説の中にも、あるいは、このような場合を念頭において、その共同正犯性を論じようとしたものがあつたのではないかと思う。そうだとすれば、その狙いは妥当であつたと言わなければならない。しかし、それは、決して「共謀」共同正犯という観念を用いて性質づけうるものではないと思う。「共謀」という観念をどのように限定してみても、その語義自体から、当然に、右のような場合だけを指す趣旨とはならないからである。それゆえに、優越支配共同正犯は、従来、共謀共同正犯の観念中に含められていたものであるが、「共謀」共同正犯とは別異のものであると言わなければならないのである。』⁸⁷⁾と主張されたのである。

(2) 優越的行為支配説の問題点

大塚博士の優越的行為支配説に対する主な批判は、結局間接正犯類似説とあまり変わりがない、自説が自己矛盾する、主観的正犯論に過ぎない、共謀行為をも必要としないから歯止め基準が不明ではないか、とにまとめられる。例えば、村井教授は、「優越支配共同正犯が共謀共同正犯ではないとする論理は分らない。結局は、刑法六〇条を適用するのであるから、共謀共同正犯をその文理に反するとした、同じ批判が自らにも返ってくることになる。よほど例外的な場合にだけ、実行によらない共同正犯の成立を限定しようとする意図はわからないが、明文の規定のない限り、その意図の実現できる保障はない。しかも、優越支配共同正犯は、共謀行為をも必要としないも

のようであるから、歯止めの基準はますます不明確である。」と批判した。

松村教授も、『大塚は、一定の社会的関係において圧倒的な優越的地位に立つ背後者が、受命者に心理的拘束を与ええる状況〔優越支配〕を正犯性の指標にするが、それはもはや典型的な間接正犯であって、受命者をも含む共同正犯の問題ではないし、かりに「それに準じる心理的拘束を与えうる状況」に緩和してみても、背後者は教唆者にすぎない。』と非難したのである。

また、白木助教授も、「大塚教授は、心理的拘束が優越的地位により生じたことを正犯性の要件とされたが、それでは結局、行為者の地位により罪責の軽重が決定される身分刑法か、あるいは、行為者の主観を大幅に考慮する心情刑法・主観的正犯論に他ならないことになる。」と異議を立てた。

大塚博士の優越的行為支配説は、「直接実行を担当しない共犯者が、実行担当者に対して圧倒的に優越した地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行に至らせた」場合に、共謀共同正犯は認められるとしたのが特徴であるが、刑法的視点からは、犯罪の成立につき、例え優越的地位にあったとしても、身分犯でない限り、何等の意味も持たないし、また「強い心理的拘束」と言っても、客観化された行為によって判断しないのであれば、無意味ではないかと思われる。つまり、実行行為を形式的意味に理解したまま、共謀共同正犯の社会的な実態や、その処罰の必要性をもって、実行行為性を肯定しようとするのでは、その間の矛盾を回避することは不可能だと言わざるを得ないであろう。

Ⅲ、団藤重光博士と行為支配説

(1) 団藤博士の新しい見解

最も強固な共謀共同正犯の否定論者の一人であった団藤博士も、最高裁判所の判事として関与した麻薬密輸入事件

を契機として、共謀共同正犯肯定論に改説されたのは衆知のことである。

博士は、「社会事象の実態に即して見るときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、一定の限度において、それなりの理由がある。共同正犯についての刑法六〇条は、改めて考えてみると、一定の限度において共謀共同正犯を認める解釈上の余地が十分あるように思われる。そうだとすれば、むしろ、共謀共同正犯を正当な限度において是認するとともに、その適用が行き過ぎにならないように引き締めて行くことこそが、われわれの取るべき途ではないかと考える。思うに、正犯とは、基本的構成要件が該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独犯の場合には、自ら実行行為そのものを行なったものでなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯の場合には、そうではなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえる場合がある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについても自分の思うように行動させ本人自身はその犯罪実現の主体となったものといえるような場合には、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものといふべきである。」⁽⁹⁶⁾と論じられたのである。

(2) 団藤博士の新しい見解の問題点

団藤博士の新しい見解に対しても様々な批判が見られる。まず、博士は、実行行為につき、「基本的構成要件についての構成要件の故意があり、基本的構成要件に該当する行為のすくなくとも一部が行なわれたことが必要であり、かつ、それで十分である。」⁽⁹⁶⁾を必要としたが、これは、少なくとも実行行為について、形式説を維持することになる。しかし、教授が共謀共同正犯を否定したときも、多くの否定論者がそうであったように、単なる謀議参加者には、形式的意味での実行行為があるとは言えないから、正犯としての責任を問うことはできないということにあったのであ

り、正犯について、基本的構成要件を実現したものと比べてみたところで、単なる共謀者が、形式的な意味での実行行為をしていないことは明らかであるから、実行行為の概念を変更することになるのか、あるいは、共同正犯についてのみ特別のものを考えているのかが不明である。⁽⁹⁷⁾ という批判である。

次に、共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させることは、どんなことか、つまり、博士の見解によれば、この部分が、すべての共謀共同正犯にとって、どうしても必要な、その成立範囲を限定する歯止め⁽⁹⁸⁾の基準として示されているが、それが何ゆえに必要条件になるのかということについては、明らかになっていない、のではないかという疑問である。

そして、博士の見解が、共謀共同正犯を限定的に考えているとしたら、いわゆる支配型の共謀共同正犯は説明することができても、分担型の共謀共同正犯は説明できない⁽⁹⁹⁾のではないか、という批判である。

団藤博士は、教唆犯と間接正犯との区別について、教唆犯は、教唆された者が構成要件事実の實現に対して支配力を有するのに対して、間接正犯は、人を道具にした者が構成要件事実の實現に対して支配力を有する⁽¹⁰⁰⁾と主張されるから、必ずしも形式説に立っているとは言えないが、論理的に透徹した⁽¹⁰¹⁾とは言にくい。そして、限定的に共謀共同正犯を認めようとする点では、大塚教授の優越的行為支配説とほとんど同じ趣旨だとは言えないし、このように制限的に共謀共同正犯を認めると、分担型の共謀共同正犯の説明ができないのは当然であろう。博士は、実務の要請に応じて、共謀共同正犯を肯定するための論拠を提供したものの、結論的には、ややもすれば広がりが必要な実務に対して、制限的な態度を取ろうとしたところにその意図があった⁽¹⁰²⁾と言えよう。

五、価値・規範的行為説の検討

Ⅰ、価値・規範的行為説

価値・規範的行為説とは、実行行為を価値的、規範的に把握することで、近年の共謀共同正犯肯定論に通用の傾向^⑧でもある。ここでは、その代表的な見解を見ることにする。

(1) 莊子邦雄教授の見解

莊子教授の見解は、価値・規範的行為論の典型だと言われている。教授は、共謀共同正犯の成立につき、『共謀による共同正犯の論議の焦点は、現場において実行行為の一部を分担していなくても、実行行為を分担した者としての責任、すなわち「正犯」としての責任を負わせることができるかにある。謀議を越えて、全体としての実行行為に対する意思支配力が強烈であるにもかかわらず、おおよそ「正犯」として認めえないという理由は存在しない。共同正犯者のそれぞれは、必ず現場において実際的な行動を行わなければならないと言う根拠はない。現場で実行行為の一部を分担している場合であっても、現場で実行行為の一部を分担したという客観的要件だけで共同実行という評価を下しているわけではない。実行行為の一部分担は、犯罪を實現しようとする共同の意思の化体したものである。一部分担という客観的な要件と共同の意思の支配という主観的な要件との双方を総合して、共同の実行という評価判断を加えたものである。犯罪の實現に対して、共同の実行と言いつに足りるだけの強さと力を備えているときには例え現場にいたくとも、現場で実行行為の一部を分担したものと同じ程度の力を犯罪實現に対して有していたと考えて、共同実行者として扱うことは不当ではない。企画をし指令を発した強盜の首領は、現場に臨まなくとも、企画し命令したことがらに命令を受けて現場に臨んだ実行行為者によって忠実に實現されているときには、犯罪實現にあたって強力な意思の支配力を及ぼす。ただ単に現象的に実行行為の共同を考えるべきではない。強盜の首領は、現場で実行行

為の一部を分担しなくとも、全体の企画の責任者として、命令を下すものとして、支配者・指導者として、現場に臨んで実行行為の一部を分担する子分と同じように、実行行為の分担者と言える機能を果たしている。かりに子分に対して強盗の決意を喚起した点において教唆犯と言えなくとも、犯罪の実現に対する寄与の仕方が実行行為の分担にまで及ぶというのであれば、教唆者としての役割を越えた共同正犯として扱わなければならない。共謀による共同正犯を認めえるためには、分担を引き受けてもらう意思が強力であって、分担者に対して強烈な支配を及ぼすため、現実に現場などで身体的活動を行わなくとも、補ってあまりあるということがいえなければならぬ。……もとより、共謀による共同正犯を容易に認めることは許しえない。しかし、わが国における学説の多くが真正面から反対するほど、まったく根拠のないものではない。共同の意思及び共同の実行を総合して共同正犯の本質を弁える限り、共謀による共同正犯を刑法六〇条からはみだした超法規的なものとして把握する見解は妥当でない。』¹⁰⁴と論じられた。

(2) 中野次雄教授の見解

中野教授は、判例を最も明快かつ論理的に表現していると言われている。¹⁰⁵ 教授は、まず、今日、如何に徹底した客観主義刑法論者であっても主観的要件や価値的要件を無視して考えることはできないのであって、正犯と共犯との区別はある程度正犯者意思の有無によるべく、また実行行為概念の把握は自然主義的把握を離れて価値的・規範的把握に努めるべきである¹⁰⁶と主張された上で、「各人が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から、共同正犯を認めることは一般に容易である。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、共同実行そのものが決定的な意味を持つわけではない。従って、正犯意思をもって合意に加わったことが他の何らかの資料によって明らかに認められれば、その者が自ら実行をしなくても、共同正犯だと言ってよい。……かつては、各人が実行行為を分担した場合だけを共同正犯と認めるのが通説であった。それは、実行を分担しない者に安易に正犯意思

を認める危険があることを警戒したためだと考えれば一つの理由のあることである。しかし、理論的には、実行共同正犯の場合でも共同者の行為について刑事責任を負うのであり、それは自ら実行行為をしたことの効果でなく合意の効果だと言わざるを得ない。そうだとすれば、自ら実行行為をしようか、共同正犯にとって本質的なものではないから、共謀共同正犯を否定する理由はないと思われる。」と論じられた。

教授によれば、共同正犯は、AとBが強盗を共謀し、Bが実行行為を行なった場合に、A、Bともにそれぞれ全部の強盗行為についての刑事責任を負わなければならないが、「そこには、実行行為をすることについてA・Bの合意が存し、Bはその合意を実現するために行為するのであって、自己の単独の意思だけに基づいて行為するのではない。そして、その合意はAの実行行為をする意思〔正犯意思〕とBの実行行為をする意思〔正犯意思〕とから成り立っているから、この合意の実現としてBの行為は、言い換えればA・Bそれぞれの正犯意思を併せて実現するものにはかならず、B自身の実行行為であると同時にAの実行行為たる性質をも持つことになる。」と説かれたのである。つまり、単独正犯〔間接正犯も変わらない〕においては、基本的構成要件の予定している実行行為を、自らが主体となって全部を実現することが必要であるのに、共同正犯〔共謀共同正犯を含む〕においては、必ずしも自らが実行行為の全部を実現しなくとも、全部の責任を負わされることになるが、その間のギャップを埋めるために、刑法六〇条の規定がある¹⁰⁹と主張されたのである。

(3)平野龍一博士の見解

平野博士は、刑法学には体系的思考以外に、時には、それにまさって問題的思考が必要であり、こうした思考を欠いた学説は自己満足的な学説にすぎないと批判しつつ、共謀共同正犯につき、次のように論じられた。まず、『現在判例と学説とが大きく分離しているのに、共謀共同正犯がある。判例は犯罪を共謀した者は自ら実行しなくとも他の

者が実行すれば共同正犯だとするのに対し、学説は実行行為をした者だけが共同正犯だとするのである。そして学説の説くところが「正しい」刑法の解釈であり、判例は「立法論と解釈論とを混同したものである」というような批判がなされる。しかし、数十年にわたって裁判所が法律によらない裁判をしていると考えるのは、あまりに観念的ではなからうか。何が「正しい」解釈であるか、絶対的に決めることができないものである以上、最高裁判所が正しいと判断して下した判決が「生きた法」であることは、ことを現実的見る限り否定できないところである。従って問題は「どのようにしてこれを変えて行くか」という形で提起されなければならないであろう。もっとも大正一一年に知能犯について初めて共謀共同正犯が認められたとき、あるいは昭和一一年にそれが一般犯罪に広げられたとき、あるいは最高裁判所によってその理論が受け継がれようとしたとき、それが「正しい解釈でない」という主張は、これを改めさせようという実践的な意味を持っていた。しかし現在では、もはやそういう効果はほとんど期待できない。解釈論で若干その範囲を狭くすることはできるかもしれないが、それも限られている。それ以上のことは立法によるほかないであろう。それにもかかわらず、ただ反対だというだけで、どの程度まで解釈によって限定できるであろうかという見込みも示さず、立法による修正にも反対する人が多いのは、わが国の法律学の弊のあらわれにほかならないように思われる。¹⁰⁾と説かれた。

次に、博士は、裁判所が共謀共同正犯を認めるようになった背景につき、『第一は、背後にいて計画をたて実行を指示した者は、犯罪の遂行にとつて、自ら実行にあたった者に比べて実質的に必ずしも軽い役割とはいえず、むしろ重要な役割である場合もあるが、これを教唆・幫助とすると、実行正犯者と同じ、あるいはこれより重い刑を科するのが困難だ、という点である。これに対しては、教唆犯の法定刑は正犯と同じであるから、その範囲内で正犯より重い刑を量定することは可能であり、幫助犯も、現行法の法定刑の幅はかなり広いから、その範囲内で適当な刑を量定

することは可能であり、さらに立法論としては幫助犯の刑を正犯の法定刑と同じにし、あるいは加重できるようにすべきだという見解もある。しかし、「正犯」という「名」は、単なる形式的な行為の枠を示すだけではなく、その犯罪の「主犯」であるという実質的な評価も含んでいる。この評価機能を無視することはできないのである。第二は、実行、教唆、幫助という類型が、現実の犯意形成の過程と必ずしも合致しない点である。実行、教唆、幫助という區別は、教唆者はあらかじめ犯意を持っていて、教唆により正犯に犯意を生ぜしめるのであり、正犯が一度犯意を持った以上、他の者は幫助としてこれを強化するだけだという理論的な「モデル」にしたがってつくられている。しかし現実には、話し合いの過程で、お互いに影響しあって次第に犯意が形成されてゆくということが多いのである。すなわち、いわば相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態をとることが多い。この実態を捉まえるためには「共謀」という概念がより適しているとも言える。¹¹⁾と論じられた。

そして、博士は、共謀共同正犯について、『共謀共同正犯の第一の問題は、それが現行法の解釈として認めうるものであるかどうかにある。現行法は、「共同して実行した」ときはじめて共同正犯だとしている。もしこの語が、実行そのものを共同にすることしか意味しえないとすれば、共謀共同正犯を認めるのは、罪刑法定主義に反するであろう。しかし、右の語は実行を担当したのは一人であっても、その実行行為が一心同体の「ように」強く結合した人々の「共同のもの」といえる場合も含むこともまったく不可能ではないであろう。そうだとすると、共謀共同正犯も、現行法の可能な解釈の一つだということになる。もっとも一心同体のものであったかどうかは必ずしもはっきりしたのではないから、客観的に各自が実行行為の一部を行なったときはじめて共同正犯だとする解釈の方が限界を明確にする点で望ましいことは否定できない。学説が共謀共同正犯を強く反対してきたのもそのためである。しかし、前に述べたような、実質的な観点も無視することはできない。とくに、例えば未遂犯の場合のようにおよそ可

罰的であるかどうかの問題である場合には、客観的見地が重要であるが、可罰的な行為の範囲でどの行為を重く処罰するかという問題の場合に、主観的なものの実質的な影響力を重視するのは、これと若干意味を異にする。それだけではなく、共謀共同正犯の概念は、いわば確立した判例となっているということも考慮しなければならない。わが国では従来ともすれば、判例も学説も、法の「唯一の正しい解釈」を探究するものであって、判例であっても「誤ったものは誤ったものである」という考え方が強かった。しかし、判例は、法を具体化して行くものであり、学説はそのための参考意見に過ぎない。従って、判例として確立している場合には、是正するとしてもむしろ立法によるべきであって、解釈論としては判例の基本線はそれを前提とせざるをえないこともあるのである。¹¹⁹⁾と説かれたのである。

博士は、また、共謀共同正犯の要件の一応の思考方針として、まず、意思の疎通である共謀が必要であるとされた上、『共謀共同正犯は、単に意思を疎通させただけでなく、実行行為が「共同の意思にもとづく」ものといえるような「意思方向」を持つ者に限られるべきである。しかも、この「意思方向」は、単に主観的なものであるだけでなく、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つものでなければならぬ』¹²⁰⁾と論じられ、次に、共謀者のうちの少なくとも一人が実行行為をしたことが必要である〔共同正犯の〈実行〉〈従属性〉とされるが、その際、その他の共謀者も、正犯者となるための行為は必要とされ、共謀共同正犯では、正犯行為と実行行為とは分離すると主張されたのである。¹²¹⁾

(4) その他の見解

森下忠教授は、平場、莊子教授等の共謀共同正犯肯定論を積極的に評価しながら、『これらの見解は、目的的行為論を採用すると否にかかわらず、縮限的正犯論における自ら犯罪を実行した者は正犯である。』との命題を規範的にとらえようとする点で、一致している。自ら実行するとは、必ずしも自己の身体的挙動を指すのではなく、法的には一定の所為がその者のしわざと評価されることである。それゆえ、いわゆる間接正犯は、他人の挙動を自己の行為の一

部として利用支配するものとして、正犯と解される。同様に、刑法六〇条についても、規範的に見て「共同シテ犯罪ヲ実行シタ」と評価されるならば、共同正犯の成立は肯定されるわけである。共謀者の利用行為が直接の実行者を支配したものととして、価値的に実行者と同一に評価されるとき、共謀共同正犯も実行の着手という実体的構造をもつ以上、それは共同「正犯」であって共犯ではない。このような根拠に基づき、厳格な要件のもとで、私も共謀共同正犯の成立を認める。この立場からは、共謀共同正犯は刑法六〇条の解釈として可能であり、決して超法規的な存在ではない。従って、罪刑法定主義に違反するものでもない。』¹⁵⁾と論じられた。これは、典型的な価値的行為説¹⁶⁾だと言っても過言ではないであろう。

荻原玉味教授も、『いわゆる共謀共同正犯については、その実行を自らの動作により行なわない者についてまで、正犯の罪責を認めるものであるから、刑法六〇条の解釈として認められないというのが、反対論の出発点である。しかし、刑法六〇条にいう「実行」の意義は、各人が自分の身体の動作によってなされなければならないという意味に限定されるのであろうか。』¹⁷⁾と反対論に対して疑問を提起した後、肯定論の見解を評釈しながら、『これらの諸見解にも見られるように、「共同の実行」は固定観念ではなく動きのある概念のひとつであり、これを価値的にとらえることができるものと考ええる。そして、共謀共同正犯を歴史的に考察した場合に、初め知能犯に限って認められていたということをここに想い起こすべきである。知能犯においては、共同謀議行為そのものが、実行行為の一部と看做することができる程その犯罪において重要性を有するものだったからである。漫然単に通謀とか謀議とかいっただけでは、実行的意義は認められないが、共謀の結果、その計画実現の方法として共謀者のある者に実行を担当せしめる行為がそれ自身構成要件的行為と等価値のものといえる場合があるのではなからうか。もちろん謀議に参与した場合でも、単に相談相手になったというような場合は従犯にすぎないし、実行者の犯意を誘起したにすぎない場合は、教唆犯に

とどまる。』⁽¹⁸⁾と論じられたのである。

II、価値・規範的行為説の検討

価値・規範的行為説とは、実行行為の概念を価値的、規範的に把握し、自然的、物理的な実行行為だけではなく、共謀共同正犯のような犯行への直接参与、つまり実行の分担をしていない者も、これを価値的、規範的にとらえるとして実行行為にあたるという見解である。もともと、練馬事件判決を境に主張されてきた共謀共同正犯肯定の諸学説は、価値的、規範的行為説のみならず、行為支配説や間接正犯類似説も、『縮限的正犯論における「自ら犯罪を實行した者は正犯である」との命題を規範的にとらえようとする点で一致している。』⁽¹⁹⁾のであるが、行為支配とか間接正犯類似的のような特別の理論構成を用いることではなくて、価値的、規範的評価を重要視するのが特徴である。⁽²⁰⁾

価値的、規範的行為説によると、共同意思主体説に浴びせられた種々の批判は概ね免れ得ると思われるが、本来定型の枠外にある行為を価値的、規範的把握によって実行行為と見なすのは、客観主義刑法理論の自壊ではないか、という批判は十分考えられる。価値的、規範的行為説の発想は、従来の実行行為を打破した新しい考え方であるが、従来の通説とは異なった学説として、物理的、自然的実行行為概念に拘束されないから、非難を被らざるを得ないと思われる。実は、刑法典の何処にも「実行」を、物理的、自然的しか把握できないとは書かれていないし、定型——それに連なる罪刑法定主義、ひいては保障機能だけが刑法の眼目だとは言えない⁽²¹⁾であろう。確かに、保障機能が重要であることは否定できないが、法益保護の機能も見落としてはならない重要性があることも忘れてはいけな⁽²²⁾いことであって、一方だけを偏重すべき関係ではないであろう。保障機能の完璧のため、法益保護機能を大幅に後退させることは許すことではなく、定型性が多少弛緩せざるを得ないといっても、それは他にも例がないとは言えないことである。その典型的な例が間接正犯で、間接正犯を、もし厳格に定型的な把握を強調し、物理的、自然的実行を要求するなら、

それはどうしても正犯、つまり、実行犯だとは言えないであろう。それにもかかわらず、社会的要請に答えて、それに処罰の必要性から、間接正犯の概念は刑法に完全に定着したばかりでなく、通説になったのは否定しえない証明でもあろう。それに、主観的違法要素もまた同様なことで、これらは、いずれも、客観主義、定型理論に譲歩を強いるものだと言わなければならないであろう。

このように、社会情勢に伴い、刑法学において厳格な客観説をどこまでも貫こうとするのが無理なのは、明らかである。学派の対立の止揚とか、客観主義刑法理論の破綻とかいわれるのも、まさにこのようなことを指すことである。価値的、規範的行為説が、このような傾向、潮流に背いていない限り、保障機能がある程度後退するかも知らないという危惧感をさきに、これを否定するなら、時代後れとしか言えないことであろう。

六、むすびにかえて

以上の検討から見られたように、日本の学説では、共謀共同正犯を認めるべきかどうかについて、戦前から激しい論争があり、今日にまで至り、今は肯定説が主流になってはいるが、その理由づけが必ずしも充分だとは言えないのが現実である。しかし、理由づけの不充分を理由に、共謀共同正犯を完全に否定することもできないのであろう。それは、判例がすでに定着して変わることができないこともあり、直接的な実行者がすでに正犯である場合でも、背後の者が正犯的な実体を有する、ひいては正犯以上の重要な役割を果たしたことが否定しえない事実として存在するからである。

重要な役割とは、犯罪実行への関与程度のことと、共謀共同正犯論においては、その正犯性は、実行行為の有無という形式的要素だけではなく、実質的〔価値的・規範的〕に把握すべきであって、その共謀が、客観的に重要な役割

を果たしたかどうかこそが問題で、逆に、共謀というものがなくても、別の形で客観的に重要な役割を果たした場合は、共同正犯になりうることである。⁽¹⁸⁾

重要な役割という正犯性は、間接正犯においては、実行者に対する拘束・支配という仕方で現れる。故に、教唆型あるいは支配型といわれる共謀者と実行者が一方的な縦の関係で結ばれている場合には、間接正犯の発展型として、拘束・支配を以て基礎付けることが妥当であるが、⁽¹⁹⁾ 幫助型あるいは分担型においては、重要な役割はこれとは異なった仕方で現れるのである。共同犯罪において、全ての犯罪関与者の参与程度には、それなりの差はあるが、積極性〔自分の犯罪〕と消極性〔他人の犯罪〕を、重要な役割を果たしたか否かの基準とすべきである。積極的に関与した者は、正犯として処罰するのに対して、消極的な者は従犯とすべきである。また、多人数による共同犯罪において、参与者たちの行動は、互いの協力が欠かせないが、この協力につき、協力の分担等を決めた者も、重要な役割を果たした正犯として処罰すべきである。重要な役割とは、曖昧なとらえかただという批判があるかも知れないが、過失犯の理論における「注意義務違反」と「結果回避義務違反」のように、刑法条文に具体的規定がない限り、解釈に任せられないであろう。

共同犯罪において、共謀にのみ参与し、形式的な実行行為には踏み切らなかつた犯罪者に対して、刑法条文の解釈により対処するのも不可能ではないが、最もいい方法があるとしたら、条文に重要な役割とはなにかを、価値・規範的にとらえて明文で規定することではないかと思われる。

注

- (1) 白木豊「正犯概念と共謀共同正犯」上智法学三二巻一号八八頁。
- (2) 石田清史「共謀共同正犯の研究」駒沢大学大学院公法学研究一〇号三九頁。
- (3) 西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編『論争刑法』(昭和五一年)二二四頁、同『刑法総論』(昭和五二年)三四四頁、植松正「共謀共同正犯」『刑法講座』第四巻(昭和三八年)一一一頁等。
- (4) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)三九七頁。
- (5) 中山研一「共謀共同正犯」『現代刑法講座第三巻』(昭和五四年)一九六頁等。
- (6) 斎藤金作『共犯判例と共犯立法』(昭和三四年)九頁等。
- (7) 法学協会雑誌第五〇巻第六号、後の論文集『刑法改正上の重要問題』にも収録された。
- (8) 草野豹一郎『刑法総則講義第一分冊』(昭和一〇年)一九三頁以下、同『刑法要論』(昭和三二年)一一七頁以下。
- (9) 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』一九四頁以下、同前掲『刑法要論』一一八頁。
- (10) 草野・前掲『刑法改正上の重要問題』三一五頁。
- (11) 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』一九五頁、同前掲『刑法要論』一一九頁。
- (12) 斎藤金作『共犯理論の研究』一二〇頁参照。博士は、「草野教授は、始め、成立上の従属性を肯定し、処罪上の従属性を否定するという立場を採っておられたが、のち、これを改め、共犯の連帯性ということを提唱されて、共犯の成立上の従属性も、その処罪上の従属性も、ともに、これを是認するというのと同じ立場に移行された。」と述べられている。
- (13) 斎藤前掲『共犯理論の研究』一九一頁以下。
- (14) 同注(13)、二〇二頁以下。
- (15) 岡野光雄「共同意思主体説と共謀共同正犯論」特集『共謀共同正犯理論の総合的研究』刑法雑誌三二巻三号二九四頁。なお、岡野教授は、『斎藤博士が言及されている「連帯責任」と「団体責任」との間にとどのような差異があるかは別として、草野説の方が団体の強いものであることは否定しえないであろう。ところで、草野判事が「処罰の連帯性」を主張されるに至った背景には、被告人が自己の刑事事件に関し偽証教唆をした場合、教唆犯としての当罰性が認められると考える思考があったものと推測される。さらに、草野判事は、他人が犯人の親族を教唆して犯人のために証憑を湮滅させた場合、その他

人に教唆犯の刑責を認めるとともに、被教唆者である犯人の親族にも刑責を肯定すべきと主張されたのである〔現行法と異なり、当時の刑法一〇五条は「之ヲ罰セス」と規定していた〕。しかし、二つの事例におけるこのような結論自体が妥当かどうか疑問である。齋藤博士は前掲事例甲の場合には被告人の刑責を肯定され、事例乙の場合にはその刑責を否定されているが、「処罰の個別性」という観点からとらえるとき、両者の間に矛盾が生じないのかどうか疑問とするところである。より基本的には、犯人蔵匿罪・証憑湮滅罪・偽証罪における被告人や親族に関する教唆の事例がこのような観点から論ずべきかどうかが問題とされよう。すなわち、これらの問題は、犯人・被告人や親族に特有の期待可能性の不存在あるいは低減という一身的な責任の問題であって、その本質からすれば、共犯従属性の問題や処罰の連帯性あるいは個別性の問題、さらには、共犯と身分の問題とは別個の問題と考えるべきであろう。従って、共同意思主体説を採ったとしても、草野判事や齋藤博士のように解する必要はないものと考ええる」と述べられた。

(16) 齋藤・前掲『共犯判例と共犯立法』一八頁以下。

(17) 植松正「共謀共同正犯」『刑法講座第四卷』一一九頁。なお、教授自身は、自分の見解を共同意志主体と呼んでおられるようであるが、自説における場合は「志」、他説を引用する場合は「思」と、はっきり使い分けているが、その理由は不明である。

(18) 植松・前掲「共謀共同正犯」一二〇頁以下。

(19) 石田清史・前掲「共謀共同正犯の研究」四四頁。

(20) 植松・前掲論文一一〇頁以下。

(21) 植松・前掲論文一一一一―一二二頁。なお、下村康正、『犯罪論の基本思想』一九二頁には、『刑法第六〇条は「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」と規定する。この規定は重点を何処に置くかで二通りの読み方が可能である。』と書かれた。また、西原春夫『刑法総論』三四四頁も同じ趣旨である。

(22) 植松・前掲論文一一二一一―一二三頁。

(23) 同注(22)、一一四―一一五頁。

(24) 同注(22)、一一六頁。

(25) 下村康正『共謀共同正犯と共犯理論』(増補版)八三頁。

(26) 下村康正『犯罪論の基本的思想』一九八頁以下。

(27) 同注(26)、一九八頁以下。

(28) 同注(25)、九三頁。

(29) 下村康正『刑法の判例』一二四頁。

(30) 同注(25)、一三九頁。

(31) 同注(25)、四七頁。

(32) 岡野・前掲論文二九五頁。

(33) 石田・前掲論文四九頁。

(34) 西原春夫・前掲『刑法総論』三四三頁以下。

(35) 同注(34)、三四三頁以下。

(36) 同注(34)、三四三頁以下。

(37) 西原春夫「共謀共同正犯」中義勝編『論争刑法』二三〇頁以下。なお、共同意思主体説に賛成する学者として、小泉博士、江家博士、佐瀬博士、鳩田博士の諸家が挙げられるが、こうした人々は早い時期において、つまり、共同意思主体説以外に共謀共同正犯を肯定する学説がなかった時代に、この学説に同調されたのであって、最近新に共同意思主体説に加わる学者は、まずいまいと思われる。近年増えつつある共謀共同正犯肯定論者は、そのほとんどが、共同意思主体説以外の新たな理論に拠ったものであるのが現実である。

(38) 岡野・前掲論文二九七―二九八頁。

(39) 瀧川幸辰「共謀共同正犯」法曹時報一卷二〇号七頁以下。なお、博士は草野教授の理論を昭和二六年の『刑法の諸問題』において、次のように批判した。「①草野氏によると、実行担当者共同意思主体の意思を代表して実現する者である。代表者の実行は共同意思主体の実行と見なされるから、犯罪は共同意思主体の犯罪であって、共同意思主体を構成する各個人の犯罪ではない。刑法の責任論に従えば、犯罪によって責任を負う者は犯罪を実行した者である。共同意思主体の犯罪については、共同意思主体が責任を負うべきである。ところが草野氏によると、責任を負う者は共同意思主体ではなく、共同意思主体を構成する各個人である。これは自分の犯罪の責任を他人に転嫁することであって、刑法の責任論に反する。」

②共同意思主体は犯罪の実行という限定せられた目的をもつ一時的、違法的団体であるので責任を認めるわけにはゆかない、というのは理由にならない。犯罪を実行する違法的団体であれば、それだけに、一層責任を負うのが当然である。一時的の存在であるということは責任を免れる理由にはならない。犯罪を実行するという、その目的を達成した瞬間に団体がなくなるのと、組合が目的たる事業の成功によって解散するのと同様に考えたのかも知れないが、組合の解散は将来に向かつてのみ効力があるのに過ぎない。解散によって過去の義務を免れるものではない。私法理論によってこの問題を解決することは適切ではないが、仮に私法理論に準拠するとしても、犯罪の実行という目的を達したと同時に、犯罪の責任までなくなるというのは、理由のない説明である。

③民法の組合では、各組合員が組合の義務を負担するが、それは全員として義務を負えばよいので、組合員の各自が重複して全部の義務を負うことはない。共同正犯として各自に独立の刑事責任があるということと、組合の全員が全員として民事上の義務を負うということは反対の現象である。共同正犯の刑事責任を説明するために組合の民事上の義務の理論を援用することは、理論の混淆である。④現在の刑罰組織は自由刑中心であって、自然人を目標にしている。しかしこれから推論して、共同意思主体に責任がないということは本末転倒である。共同意思主体を構成するものに対し、いかに刑事責任をとらすべきか、ということは別個の問題である。共同意思主体は団体である。刑事責任は自然人に対して認められるのが原則である。ゆえに団体である共同意思主体は刑事責任を負わない、という理論は単なる形式理論に過ぎない」と。

(40) 木村亀二『犯罪論の新構造』二五八頁以下。

(41) 木村亀二「共謀による共同正犯」警察研究二〇巻一号三〇頁以下。

(42) 団藤重光『刑法綱要総論』(昭和四〇年)三〇二頁以下。

(43) 大塚仁『注釈刑法』(昭和五二年)七六一頁。

(44) 共謀共同正犯否定説として、代表的なものを取り挙げると次のようである。まず、主観主義刑法理論の立場から、①牧野博士は、共謀者は、実行担当者を決定した点において、他人に犯意を確定せしめた者であるから教唆犯であるとされた。②木村博士も、共同意思主体説に対し、個人責任に反する疑問、超個人的な共同意思主体を認めることは実態に即しない理論であること、「重要な役割」概念の不明確性、等を挙げられ、共謀共同正犯は刑法六〇条の共同正犯概念を逸脱し罪刑法定主義に反するとの批判を呈されている。そして、単に共謀に参加するにとどまった者に対しては、従犯または教唆犯の成立

を論ずべきであるとされた。

そして、客観主義刑法理論の立場からは、①小野博士は、共同意思主体説は私法的な組合観念の刑法における不当な適用であり、共同正犯は二人以上の協力者がいずれも、「正犯」として処罰されるに値する場合でなければならず、それは共同の実行ある場合であると論じられた。②瀧川博士は、共同意思主体説によれば、各共同者は他人の行為による責任を負うことに帰着し、刑法の個人的責任の原則に背弛すると批判され、実行しない共謀者は教唆犯または従犯と解すべきものとされた。③佐伯博士は、謀議に関与しただけで自ら実行を担当しなかった者は、直接実行を担当した者（正犯）の教唆犯もしくは従犯にほかならず、そのように解しなければ、共同正犯と教唆犯・従犯との概念的限界は画しえないと論じられた。④中山教授は、共同意思主体説による根拠づけには個人責任の原理に反するという批判があり、間接正犯論や行為支配説による根拠づけには対等平等な協力関係を説明しえないという問題があり、背後の重大処罰という共謀共同正犯の実践的な必要性については実務はそうに機能しているが、教唆・幫助としての処罰ではどうしても不都合なのか、この理論を認める効果は手続上の「訴追と処罰の便宜」に資する点のほか共謀ある従犯を一律に共同正犯に格上げすることにあつたのではないか、草案による立法化も重要な役割かどうかの実質的基準による区別も判例の合理的制約に疑問が残る等々の問題点を挙げられた後、「実行行為」の分担を共同正犯の基準として維持する必要性と妥当性を説かれた。⑤曾根教授は、重要な役割を演じたかどうかという実質的な基準に形式的な明確性を与えるためには、正犯と「共同正犯」と実行行為概念との結びつきを否定することはできず、実行行為を行なった者がすべて重要な役割を演じたといえるかどうかは別として、少なくとも実行行為を行なわなかった者は重要な役割を演じなかった者としてこれを正犯（共同正犯）と解すべきではないとして、共謀共同正犯理論を否定され、共同意思主体説は、実行行為を一部しか分担しなかった者についても成立した犯罪全体について刑責を問うことを可能にする、という限度でその意義を認めるべきものと主張された。⑥野村教授は、刑法六〇条が二人以上共同して犯罪を実行したと規定しているのは、二人以上のいずれもが実行行為の全部または一部を行なったことを要する趣旨だとされ、行為共同説の立場から、共同正犯は、少なくとも実行行為の一部を自ら行なっているという意味で、単独犯の部分と予定・計算に入れた他の規範的障害となる者の行為に対する教唆犯との複合形態であり、この意味で、単に共謀に参加したが実行行為の分担をしない者は共同正犯としては処罰されないと論じられた。（牧野英一『刑法総論下巻』七三六頁。木村亀二『犯罪論の新構造（下）』二一五六―二六九頁。小野清一郎『新訂刑法講義総論』二〇五頁。瀧川幸辰『犯罪

論序説」〔改訂版〕、団藤重光他編『瀧川幸辰刑法著作集第二卷』二〇三—二〇四頁。佐伯千仞『三訂刑法講義総論』三五一頁。中山研一『刑法総論』四六六—四六七頁。曾根威彦『刑法総論』二八三頁。野村稔『共謀共同正犯』芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開総論Ⅱ』二三八—二三九頁等参照。〕

(45) 村井敏邦『共謀共同正犯——否定説の立場から』刑法雜誌三一巻三号三四〇頁以下。

(46) 例えば、小暮得雄教授は、共犯関係が、集団現象の一種として純然たる個人現象と異なる側面を持つことは否定できないが、その集団性は、一部の者の実行を共謀者全体の実行に統括し、個々人をして集団に埋没させる類のものではない。共謀による共同の關係は、集団心理の影響を蒙りながらも、なお依然として独立な個性の集合であり、個人責任の原理の妥当する場にふさわしいのである。集合を支える個人的契機を不当に閑却し、共同意思主体の名において、一網打尽的な処罰の可能性を担保することは、刑事司法の運用上決して好ましい方向とはいえないと論じられた。〔小暮得雄「共謀共同正犯」ジュリスト五〇〇号四〇九頁参照。〕

そして、吉川経夫教授も、実行行為を分担しなかった共謀者に共同正犯の罪責を認めることは、共同正犯の成立に共同の実行を要求している刑法六〇条の明文を無視して共同正犯という概念を不当に拡大するものであり、共同正犯と教唆犯・従犯の概念的区別を失わせるとの謗りを免れない。わが国の通説が今日もなお共謀共同正犯の理論に反対していることは、正当であると論じられた。〔吉川経夫『改訂刑法総論』〔昭和四二年〕二五三頁参照。〕

(47) 西原春夫・前掲『共謀共同正犯』二二四頁。

(48) 石田清史・前掲『共謀共同正犯の研究』二九七頁。

(49) 植松正・前掲『共謀共同正犯』一一五頁。

(50) 石田・前掲論文九八頁。

(51) 米田泰邦『共謀共同正犯——否定論の立場から』中義勝編『論争刑法』二四一頁。

(52) 平野龍一博士も、「共同シテ実行シタ」という語は、ともに実行行為をした場合をいうとするのが、どちらかといえば素直な解釈であり〔平野『刑法概説』二二二頁〕とやや遠慮がちなが言われる。思うに面説の優劣は明白であって、植松教授らが読めないものを読めると言い張るのは、そうあって欲しいという願望（言わば予断）を以て文言に臨むからではあるまいかと論じられた。

- (53) 西原春夫・前掲論文二二五―二二六頁参照。
- (54) 石田・前掲論文九六頁。
- (55) 植松正・前掲論文一一七頁。
- (56) 石田・前掲論文九七頁。
- (57) 同注(56)、九六頁。
- (58) 同注(57)、なお、古くは大判明治四四年一〇月六日から、共謀共同正犯と狭義の共犯との区別を示す判例も出ており、少しずつではあるが、明確化の途を歩んでいると言えるのが現実である。
- (59) 三枝有「共同正犯論における共謀共同正犯」中京大学大学院生法学研究論集第六号八一頁。
- (60) 藤木英雄「共謀共同正犯」『刑法総論百選総論』(昭和三九年)一七三頁。
- (61) 藤木英雄「共謀共同正犯」『可罰的違法性の理論』(昭和五一年)三二四―三二五頁。
- (62) 同注(61)、三三三頁。
- (63) 同注(61)、三三三頁。
- (64) 同注(61)、三三五頁。
- (65) 同注(61)、三三六頁。
- (66) 同注(61)、三三四頁。
- (67) 同注(61)、三三七頁。
- (68) 藤木英雄『刑法講義総論』二八四頁。
- (69) 斎藤金作「共謀共同正犯と間接正犯類似の理論」研修二五四号一一頁。
- (70) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)一一頁以下参照。
- (71) 福田平『刑法総論』(新版)(昭和五一年)二〇五頁参照。
- (72) 大塚仁『犯罪論の基本問題』(昭和五七年)三三八頁以下参照。なお、この外にも小暮得雄教授及び中義勝教授の批判が挙げられる。小暮教授は、間接正犯ないしこれに類する構成を用いて、共謀者の正犯性を論証しようとする学説は、実行の概念を規範的にとらえることによって正犯標識を維持しつつ、共謀共同正犯の成立に絞りをかける一方、現行法を貫く個人

責任の原理との調和をはかろうとする志向は、まことに傾聴に値するが、他面では実行概念の規範的拡張にともなう定型性の弛緩、未遂罪の成立範囲をめぐる疑問などの難色も免れず、なお十分に熟した議論とは言い難いと論じられた。(小暮得雄「共謀共同正犯」ジュリスト五〇〇号四〇九―五〇〇頁参照。)

中教授も、しかし、他の共同正犯を道具として支配・拘束するということは不可能であり、道具はもはや共同正犯でありえないことになって、その理論のゆきつくところは共同正犯を否定することによって共同正犯であることを論証しようということであると論じられた。(中義勝『刑法総論』〔昭和四六年〕二五四頁以下。)

(73) 石田・前掲論文一〇〇頁。

(74) 同注(73)。

(75) 藤木前掲「共謀共同正犯」三三六頁。

(76) 中義勝「共謀共同正犯」法律時報三七卷一号一五頁。

(77) 平場安治『刑法総論講義』一五五頁。

(78) 同注(77)、一五五頁。

(79) 同注(77)、一五五頁。

(80) 同注(77)、一五七頁。

(81) 畢英達「共謀共同正犯に関する試論」北法四六卷六〇二頁。

(82) 大塚仁『刑法概説総論』(改訂版)二四二―二四六頁参照。

(83) 大塚仁『犯罪論の基本問題』三三九頁。

(84) 村井敏邦・前掲「共謀共同正犯」六九―七〇頁参照。

(85) 石田・前掲論文九九頁。

(86) 大塚仁前掲『犯罪論の基本問題』三三九以下私見部分参照。なお、この論文は口語文でできているものを、文章文として引用したのである。

(87) 同注(86)。

(88) 村井敏邦前掲「共謀共同正犯」三四七頁。なお、同じ趣旨で、立石二六教授も『しかし、共謀共同正犯を否定しながら優

越支配共同正犯を説かれるとき、両者の相違は理解できない。共謀共同正犯が「共同して犯罪を實行したる者」といえないのなら、優越支配共同正犯もまた同様の帰結とならう。共謀共同正犯の場合は「共謀」によってしほりをかけることが可能であるが、優越支配共同正犯にはそれがないのであるから、歯止め基準は極めて不確かといわざるをえない。」と論じられた。

- (89) 松村格「共謀共同正犯」『刑法基本講座第4巻』（内田文昭・阿部純二・板倉宏等編）二〇〇頁。
- (90) 白木・前掲論文、一三四頁以下。
- (91) 大塚仁「莊子教授の共謀共同正犯論」一七三頁『刑事法の思想と理論』莊子邦雄先生古稀祝賀論集（平成三年）
- (92) 畢英達・前掲論文六〇九頁。
- (93) 平良木登規男「共謀共同正犯について」四六六頁『刑事法學の総合的検討』（下）（一九九三年）福田平・大塚仁先生古稀祝賀論集。
- (94) 同注(93)、四六六頁。なお、団藤博士の改説により、学界では共謀共同正犯肯定論が主流に変わったと言われている。
- (95) 刑集三六卷六号六九五頁参照。
- (96) 団藤重光『刑法綱要総論』（第三版）三三四頁以下。
- (97) 中野次雄「共謀共同正犯にあたる」とされた事例（特に団藤裁判官の意見）『警察研究五六卷一号、七〇頁以下参照。
- (98) 同注(97)、七六頁。
- (99) 同注(97)、八一頁。なお、同じ趣旨としての批判は、平野龍一「刑法総論Ⅱ」四〇五頁、木谷明「大麻密輸入の謀議を遂げた」とされた事例「法曹時報三五卷五号、一一〇六頁、中山研一「共謀共同正犯の帰趨——団藤博士の見解の検討」研修四四〇号一三頁。白木前掲論文、松村格前掲論文などにも見られる。
- (100) 団藤重光・前掲綱要一五五頁。
- (101) 平良木・前掲論文四六八頁。
- (102) 同注(102)、四六八頁。
- (103) 石田・前掲論文五三頁。
- (104) 莊子邦雄『刑法総論』七〇二頁。

- (105) 平良木・前掲論文四六八頁。
- (106) 石田・前掲論文五四頁。
- (107) 中野次雄『刑法総論概要』一三〇頁以下参照。
- (108) 同注(107)、一三九頁。
- (109) 同注(107)、一三九頁以下。
- (110) 平野龍一『刑法の基礎』(昭和四一年)二四七頁。
- (111) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(昭和五〇年)四〇〇頁。
- (112) 同注(111)、四〇二頁。
- (113) 同注(111)、四〇三頁。
- (114) 同注(111)、四〇三―四〇四頁参照。なお、平野博士と同じ趣旨の見解としては、前田教授、西田教授、松本判事の見解が挙げられる。前田教授は、「共謀共同正犯の場合には、共謀者の内の誰かの客観的な実行行為が存在する。その客観的事情を帰責させるだけの要件として、正犯者としての意思と犯罪計画に関する共謀があれば足りるか否かの問題なのである。そして、共同正犯が関与者相互の心理的な影響を重視して、自らの惹起しない結果をも帰責させるものである以上、強い心理的因果性を根拠に、実行行為の一部をも行なわなかった者に客観的事象を帰することは十分可能なはずである。」とした上で、具体的には、①共謀に参加した者の誰かが実行に着手すること、②共同正犯である以上、関与者が明確な正犯意思を持ち、共同して犯罪を行なう意思を形成するだけの共謀が必要で、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りず、実行行為が「共同のもの」といえる場合でなければならない、と論じられた。(前田雅英『刑法総論講義』四一―四一九頁。)西田教授は、共同正犯を単独犯と同じ意味で正犯としつつなお、「一部行為の全部責任」の法理を正当化することはできないのであって、共同正犯は、明らかに単独正犯とは異なる「共犯」の一形式であり、その処罰根拠を犯罪結果との物理的、心理的因果性に求めることを提唱された。そして、共犯処罰の具体的妥当性という見地から、共謀者(「非実行者」と実行分担者の間の支配関係、役割分担関係から判断し、犯罪実現に対する事実的寄与において実行に準ずる重要な役割を果たした共謀者にまで共同正犯の範囲を拡張することを主張され、この見解を「準実行共同正犯論」と称された。西田典之「共謀共同正犯について」、『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』三二六―三二七頁参照。松本判事は、共謀共同正犯につき、

「二人以上の者が一の犯罪に関与し、かつ、そのうちに実行行為に当たった者と実行行為を分担しなかつた者がいながら、社会的には関与者全員がその犯行の主体であると觀念され、また、関与者自身においても当該犯罪は互いに協力して遂行したものである」という意識を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実に存在する」とした上で、『共謀共同正犯が正犯たりうるのは、「共謀」を通じて、相互の利用関係と依存関係を設定することにより、他人の行為を自己の手段すなわち実行行為と化することにある。』と論じられた。（松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法三一巻三三二五、三三七頁参照。）

(115) 森下忠「共謀共同正犯」ジュリスト三〇〇号学説展望所収三〇七頁。

(116) 石田・前掲論文五五頁。

(117) 萩原玉味「共謀共同正犯」ジュリスト増刊「刑法の争点」所収一一八頁。

(118) 同注(117)、一一八頁参照。なお、龍岡資久氏も同じ趣旨で、氏は、『凡そ、多衆が共に考え、共に感じ、共に行動するとき、その集団の各員の精神作用と行動とは、各員が孤立した一個人としてその境遇に直面した場合に成し遂げたであろうと想像されるところとは、著しく、異なりがちである。そして、それが犯罪である場合には、その危険性と重大性とは一にかかってここにある。これが、共犯理論の底に流れる思想である。その上、世の中には、大物と言われ、自らは背後にあって策を弄し、手を濡らすことなくして、犯罪を遂げる黒幕的存在たる吞舟の魚者もいる。俗に、「悪い奴ほどよく眠る。」という言葉があるが、かかる類がそれである。しかし、法は、かかる類を見逃してよいものであろうか。共謀共同正犯を認めようとする根拠は、実にここに、胎胚する』と論じられた。（龍岡資久「共謀共同正犯に関する諸問題」植松正編『現代の共犯理論』所収二一四頁以下。）

(119) 森下忠・前掲論文三〇七頁。

(120) 石田前・掲論文一〇二頁。

(121) 同注(120)。

(122) 同注(120)。

(123) 同注(120)。

(124) 同注(120)。

(125) 白木・前掲論文一四〇頁。

(126) 同注(125)、一四二頁。