

刑法における多数関与犯の理論

第 一 編

刑法における多数関与犯の理論

序 問題の所在と本稿の目的

I 序 説

一般的に、共犯とは必要的共犯と任意的共犯の統一的概念を意味する。必要的共犯とは構成要件の性質上その構成要件実現のために二人以上の者の共同を必要とする犯罪類型を意味し、任意的共犯とは、個々の犯罪の構成要件の実現について構成要件の性質上二人以上の者の加功を必要としない犯罪において、二人以上の者がその構成要件実現に対して加功する場合である。従って、刑法総則にいう「共犯」とは任意的共犯を意味する。

わが国の刑法典は、共犯として共同正犯(60条)、教唆犯(61条)、幫助犯(62条)の三行為類型を規定する。この三行為類型から正犯者の正犯行為、教唆者の教唆行為、幫助者の幫助行為が考えられるのであるが、狭義の共犯としては後の二者が考えられている(いわゆる *Teilnahme*)。しかし、広い意味では *Beteiligungsformen* という表現で現されている。また、正犯という表現についても、それが正犯者(*Täter*, *Haupttäter*)の意味か、正犯行為(*Haupttat*)の意味か、正犯者たる性質(*Täterschaft*)の意味か、わが国でははっきり区別されずに用いられている傾向がある。そこで、まず最初に、共犯規定に関する解釈論上の問題点を指摘しておこう。

1. 一般的な共犯問題について

(1) 共同正犯と従犯(幫助犯)の区別、特に、見張り行為者をどのように理解するか¹⁾、たとえば、見張行為を従犯(幫助犯)と理解するならば63条により必要的減輕という法的効果が生じるが、それでいいのである。

(2) 共同正犯は正犯の共同である。すなわち正犯の一種である。正犯の種類としては単独正犯、間接正犯、同時犯が論じられているが、これらの正犯を統一的に「正犯」と解するならば、『正犯』とは何かが前もって明らかにされていなければならない。特に、間接正犯と称される場合と従犯と解される場合は著しい類似点がある。例えば、狂人Zが丙を殺そうとしてこれを追っかけて

いるのを見て、そのZに対して甲が刃物を渡したために、Zはその刃物で丙を突き殺した場合、甲の行為は間接正犯と解するのが一般的である。しかし、Zが狂人でなく普通人すなわち責任能力者であった場合には、甲の行為は従犯(幫助犯)と解しなければならなくなる。ここでは間接正犯か従犯(幫助犯)かの区別如何が問題になる²⁾。

(3) 正犯と教唆犯との間には、教唆犯に対する刑は61条で「正犯ニ準ス」として正犯に対する法定刑の範囲内において教唆犯を処罰する旨規定しているが、処罰の点においては両者の間には何等相違はない。しかし、わが国の学説は教唆犯は正犯に比し刑が軽いと一般的に考えられている³⁾。

また、教唆犯についても、教唆犯と間接正犯は著しい類似性を示している。この点の区別あるいは限界設定の問題がこれまで議論されてきた。このことは、教唆犯が正犯に従属するのかどうか、すなわち共犯従属性と共犯独立性の理論的論争という形で刑法学説に花を咲かせている。いわゆる拡張的正犯者概念の立場にたてば、教唆犯と間接正犯の区別は無用となる⁴⁾。

2. 伝統的・核心的な共犯問題について

(1) 教唆の未遂の可罰性如何をめぐる論争 — この問題は、共犯従属性と共犯独立性との間の理論的な論争として活発な議論をまきおこした。この論争の根底には、刑法解釈論上いわゆる主観主義刑法理論と客観主義刑法理論の対決がその背景となっていた。今日的な論争の核心は「実行従属性」の問題として捉えられている⁵⁾。

(2) 実行行為の一部を分担しない者までも共同正犯として処罰することが可能かという問題である。共同正犯理論をめぐる論争において、客観主義刑法理論を基礎とした犯罪共同説と主観主義刑法理論を基礎とした行為共同説との理論的対立のなかで、実行行為の一部を分担しない者の処罰根拠を共同者全員の共同意思主体に求めるいわゆる「共同意思主体説」が登場した⁶⁾。この説を基礎として『共謀共同正犯論』が提唱された。ここでは、犯罪共同説も行為共同説もこぞって「共謀共同正犯論」に批判的であった⁷⁾。ところが、最近、学説

の趨勢は、どちらかといえば共謀共同正犯を認める傾向にある。共謀共同正犯論のなかに何か変化があらわれたのであろうか。

3. 要 約

以上のように、共犯論をめぐる問題は、現行共犯規定の解釈問題とならんで、刑法理論の主義主張の見解の相違に基づいた理論論争 — 共犯従属性説と共犯独立性説の対立 — の発展した構図として理解される。特に、この理論的な対立の構図は「教唆の未遂の可罰性如何」をめぐるスタートしたものであった。主観主義刑法理論の提唱者牧野英一博士による「教唆の未遂は、被教唆者の実行行為とは関係なく、可罰的である」⁸⁾ という主張に対して、客観主義刑法理論者は、この牧野説を克服すべく「実行行為」「故意」を共犯論の中心に位置づけて理論構成し、正犯とは実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者であり、共犯とはそれ以外の行為を行う者であるという実行行為概念による区別を主張した。この客観主義刑法理論に基づく共犯論は「正犯—共犯」という二元的体系にある。この体系は共犯従属性と容易に結びつくが故に、客観主義刑法理論の共犯観念は共犯従属性説に基づいて論理づけられたものといえることができる。

ところが、客観主義刑法理論者にとって、共犯従属性に基礎をおいた結果、逆に、牧野博士から「何故に教唆及び幫助がしかく処罰せられねばならぬかの実体的理由を明らかにして欲しいとおもうのである」⁹⁾ と批判された。今にして思えば、当時、牧野博士のこの批判に真剣に取り組んでいたならば、様相は一変していたのではないか。後述するように、客観主義刑法論者は、構成要件論の確立に力を注ぐことによって、理論体系の構築に目を向けていった。

II 共犯体系と統一的正犯者の体系(共犯論における体系論争)

わが国の共犯立法は共犯体系(正犯—共犯という二元的体系)に立脚するといわれている。

それに対して、犯罪の実行に対して共同して加功するものすべてを正犯と解

し、個々の共同者に対してはその加功の程度、性質に従って刑を量定し、たとえ広義の共犯に関する従来の種類を認める場合においても、それは、その他の刑の量定の基準たる事情とともに、刑の量定に際して考慮すれば足りるとする立場がある。いわゆる広義の共犯者はすべて自己の行為によって罰されるものと解する個別行為責任を徹底させるものである。この基本理論は共犯独立化の理論(Theorie der Verselbständigung der Teilnahme)と呼ばれている。この理論の下に、広義の共犯者はすべて統一的に正犯者と解する統一的正犯者概念(Einheitstäterbegriff)、包括的正犯者概念(umfassender Täterbegriff)、正犯以外に共犯の種類を認めない排他的正犯者概念(exklusiver Täterbegriff)が提唱された。これらの見解の思想的基礎は、因果関係に関する条件説と等価説の上にたって、結果に対して条件を設定することによって、その結果の発生に共同に加功した者はすべてその結果に対して原因を与えた者であり、またその結果に対する条件はすべて等価であるから、すべての「起因者(Urheber)」を正犯者と解し、正犯者はすべてその構成要件の実現に対する加功の程度と性質に従って罰されるという思想(Liszt・Schmit)、または犯罪において重要なのは犯人であり、犯罪行為は犯人を捉えるための単なる機会たるに過ぎないと解し、従って行為の法律的意義は行為者の反社会性の重要性の前にはこの価値を喪失するとする思想である¹⁰⁾。

この共犯独立化理論に対しては、次のような批判がなされている。

(1) 論理的認識論の見地においては、因果関係は等価であっても規範的には等価であるとはいえない。正犯と共犯の区別は法的評価の見地からの区別であって、排他的正犯者概念はこのことを見過ごしている。

(2) 排他的正犯者概念は正犯者をもって単純に法益侵害という結果を因果的に惹起する者と解するが、行為を行うことと行為の結果を因果的に惹起することとは同一ではない。また、排他的正犯者概念は主として行為価値を記述した純正挙動犯の正犯性を説明することはできないとか、構成要件実現に対して因果的に加功する者すべてを正犯者と解する結果、その結論としてすべての共同加功の未遂をもって可罰的と解することになるが、そのような可罰性の拡張は

疑問である。

(3) 共犯独立性説は、共犯の本質的特質がその目的の単一性ということにある点を見過ごし、個々の共犯者を分離して評価することによって他の共犯者との関係を抽象することになり、その結果、個々の共犯者の行為を適切に評価しえない。

以上のような諸批判は共犯従属性説に基づいて提起されたものであるが、この諸批判に対して、木村亀二博士は、共犯独立犯説、統一的正犯者概念、包括的正犯者概念、排他的正犯者概念の根本思想が広義の共犯者の犯罪性と可罰性はその個々の共犯者自身の行為を基礎として論じなければならないという最も重要な点について十分に考慮を払ったものとはいえず、その意味では的を外れた批判に終わっていると反論されている¹¹⁾。

牧野博士、木村博士の没後、共犯独立性説は姿を消滅させたかに思われている。しかし、最近の共謀共同正犯論の動向をみるに、共犯独立性説が姿を変えて主張されているように思われてならない。むしろ従来の伝統的な構成要件理論が修正を余儀なくされているように考えるのである。現に、団藤博士は、正犯・共犯の区別に関し、「正犯とは、実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者である」という命題から「正犯とは、犯罪を実行する者すなわち基本的構成要件に該当する事実を実現する者である」に改説されている¹²⁾。更に、共犯処罰根拠論が登場¹³⁾するに至って、牧野博士の叫びを真剣に考えようとの姿勢と受けとめることができよう。

Ⅲ 本稿の目的(研究対象の設定)

今日でも、小野・団藤流の構成要件論に立脚する犯罪論体系が通説とされている。一般的には、これを「定型説」と称する。この見解は構成要件の内容的な独自性を主張する。すなわち構成要件を違法有責な行為の類型として捉え、ただ例外的に違法阻却事由、責任阻却事由を考慮するという論理構成をとるようである。定型説の主張者団藤博士は次のように述べられる。曰く、『構成要件は、のちに詳論するように、違法・有責の行為の定型である。ことばをかえ

れば、それは違法類型であるとともに有責行為類型である。違法性・有責性そのものは具体的・個別的なものであって、その有無の判断はどこまでも具体的事情に即して行われなければならないし、また、有無の判断のほかには強弱の程度の判断も一ことに量刑の関係で一可能かつ必要である。これに対して、構成要件に該当するかどうかは定型的な判断であってこれについては有無の判断のほかには強弱の程度の判断はない(未遂の問題もかような意味での程度の判断の問題ではない)。ある行為が、そもそも違法類型・有責行為類型たる構成要件にあたるかどうかを判断することを要するのである。つまり行為に対して、まず定型的・一般的・抽象的な判断を加えてそれが違法類型・有責行為類型に当たることをたしかめた上、さらに、これに個別的・具体的な判断を加えて、それが違法性・有責性を具備するかどうかをたしかめ、かようにして犯罪の成立が肯定されることになる。』¹⁰ と。このような定型説は、体系的思考の上に構築されたものであり、本稿の論証対象である共犯論においては、次のように問題を処理する。

(1) 定型説は「実行行為」、「故意」を共犯論の中心に据えて、正犯とは、実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者であり、共犯とはそれ以外の行為を行う者である、というように、まず実行行為概念によって正犯と共犯を区別する。そして、過失犯には共犯の適用がないという意味で「故意」という概念を共犯論の主軸とする。— 定型説は共犯の従属性を説明するのに優れている。

さらに、定型説の立場では、教唆行為、幫助行為は基本的構成要件についての実行行為そのものではないから、教唆・幫助の未遂は基本的構成要件についての未遂罪にはならない。従って、教唆・幫助にとどまるものを処罰するためには、特別の規定を必要とし、特別の規定がないかぎり、正犯の行為があってはじめて教唆犯・幫助犯の成立を認める。なる程わが刑法典各則をみると、その大部分の条項は「…したる者」と規定し、あたかも単独正犯者を前提としているかのように考えられる。その意味で、「正犯が前提で、共犯はそれに従属する」という基本的思考は理解できる。それでは、いわゆる間接正犯や共

謀共同正犯は、これをどのように考えるべきか。すなわち自ら実行行為を為さ
ないで実行行為を他人の手に委ねる犯罪類型は、その実行行為性の故に正犯と
はならないはずであるが、それでもなお正犯とされる理由はどこにあるのであ
ろうか。ここでは、犯罪行為、とくに間接行為者の行為性が問題となる。この
点については、竹田直平博士の「共犯における犯罪概念要素 — 間接行為者の
罪責の根拠 —」なる論文は示唆に富む。

(2) 要素従属性について、実行行為概念を共犯論の中心に据える定型説にあっ
ては、正犯の行為は構成要件に該当すれば足りるという最少限従属性説が妥当
する。ところが定型説は制限従属性説が妥当であると主張する¹⁵⁾。

以上の主要な論点は、共犯規定の解釈上の問題点だけでなく、その根底には
刑法解釈論上の主義主張の相違に深く根をはっているということを推測させる。
従って、われわれは、まず最初に、わが国において、なぜにこれほどまで主義
主張の相違が生じたのかを明らかにする義務がある。この解明が行われてはじ
めて、共犯の従属性説と独立性説の基本的思想を受けとめることが可能となる
からである。

そして、最近、共犯の従属性説の立場に立って、共犯処罰根拠論がよく主張
されている。果たして共犯処罰根拠論は加担者の罪責を説明し得るであろうか。
しかも何故共犯処罰根拠論を主張しなければならないのか。この点を明らかに
しなければならない。

最後に、わが国においては、伝統的に共犯体系が基礎となっていること周知
のとおりである。しかし、先ほども触れたが、多数関与犯の問題に対して適切
な解決策を与え得るのか、問題点が生じてきた。共犯体系によらずして、新た
な解決策が存在するのか。もしあるとすれば、それはどのような解決策なのか
である。ここで、1975年に施行されたオーストリア刑法典が手がりとなる。
いわゆる統一的正犯者の体系¹⁶⁾がこれである。従って、共犯体系と統一的正
犯者の体系の異同を究明しなければならない。

もちろん、共犯論をめぐる問題はこれだけに尽きるものではない。例えば、
未遂の教唆 — 特に、アジャン・プロウヴォカトエール — の問題¹⁷⁾、共犯と

身分の問題¹⁸⁾など複雑な問題が存在する。しかし、本稿では、個別行為責任を維持し、関与者の独立可罰性を強調するいわゆる統一的正犯者の体系に立脚する立場から、わが国の共犯体系を検討することを主目的とする。従って、共犯論に内在する個別的な諸問題については稿をあらためて論証することとした。

そこで、まず最初に、わが国の刑法解釈論上の客観主義と主観主義の論争を辿りながら、その根本思想の相違を理解した後に、その根本思想の相違が共犯論にどのような影響を与えたかを考察することにする。

- 1) 見張行為の刑法的評価については、下村康正「共謀共同犯と共犯理論」112頁以下参照。見張行為の正犯性を積極的に認める見解は、草野豹一郎「刑事判例研究」2巻98頁以下、斎藤金作「共犯理論の研究」134頁、消極的な立場は、団藤重光「刑事判例評釈集」8巻134頁。折衷的立場は、泉二「日本刑法論上巻」645頁参照。
- 2) 木村亀二「犯罪論の新構造(下)」69頁以下参照。
- 3) 大越「正犯が重く共犯が軽いというのは、この危険(行為の危険)の程度に強弱があるからにはかならない」とされる(刑法雑誌27巻4号157-158頁参照)。
- 4) Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 29, 竹田直平「共犯における犯罪概念要素—間接行為者の罪責の根拠—」斎藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』3頁以下、同「正犯概念の拡張と共犯概念の拡張」法と経済5巻6号29頁以下、同「間接正犯」立命館学叢4巻8号53頁以下、武藤文雄「間接正犯論の最近の発展(上)(下)」志林36巻1号55頁以下、同2号188頁以下、なお、行為共同説の立場を主張する主観主義刑法論者牧野博士は「教唆といわゆる間接正犯との間に性質上の差異あることを認めないのである。さうして、それは、共犯のすべての態様についておなじであるとするのである」と述べられる(「教唆の未遂に関する学説と立法例」刑法研究11巻所収11頁参照)。
- 5) 客観説は、従属性説の立場に立つから、共犯の成立には現に正犯の行為が行われなければならないかどうかという実行従属性を問題とする(平野龍一「刑法総論Ⅱ」345頁)が、共犯論における主観説の立場に立てば、教唆の未遂は、教唆行為それじたいが存在することにより処罰されることになる。木村「犯罪論の新構造(下)」66頁以下、牧野「刑法研究」11巻1頁以下参照。
- 6) 草野豹一郎「刑事法学の諸問題」第一巻201頁以下、斎藤「共犯理論の研究」参照。
- 7) 滝川幸辰「刑法の諸問題」236頁以下、牧野「共謀共同正犯雑考」法曹時報(2巻

- 2号) 5頁以下、木村「法律学全集刑法総論」406頁以下。最近の共謀共同正犯論の動向については、刑法雑誌 31 卷 3 号 275 頁以下の「特集 共謀共同正犯理論の総合的研究」を参照。
- 8) 牧野「刑法研究」11 卷 1 頁以下参照。
- 9) 牧野「刑法総論」(昭和 23) 349 頁参照。
- 10) 木村「包括的正犯者概念の比較法的意義」犯罪論の新構造 (下) 所収 395 頁以下参照
- 11) 木村「前掲書」74頁参照。
- 12) 団藤「刑法綱要総論」(昭 44) 280 頁以下、同「刑法綱要総論(改訂版)」(昭 55) 347 頁以下参照。
- 13) 大越義久「共犯の処罰根拠」(昭 56)、高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(平 1) 9 1 頁以下参照。
- 14) 団藤「刑法綱要総論改訂版」85 頁、小野小野博士は、その刑法講義総論の 87 頁では、「刑法は国家的法律体系である。国家による国民的道義の維持を目的とし、其のために反道義的行為にして放置すべからざるものを犯罪としての烙印するのである。構成要件は実に反道義的行為の社会的類型であり、法律の定型である。構成要件は反道義的行為の定型を規定することによって国家の道義的見解を明かにするものであるとも謂える。然るに、反道義的行為にして放置すべからざるものは、国家的、法律的に保護される法益に対する侵害であり、又は之を危殆ならしめる行為である。」と述べられる。なお、その詳細は「犯罪構成要件の理論」1 頁以下参照。
- 15) 団藤博士は、次のように述べられる。曰く、「刑法全体の趣旨から考えねばならない。」といい、「客観的に基本的構成要件にあたる犯罪があったばあいにはじめてその背後関係としての教唆や幫助を追及すべき」であり、しかも「正犯の行為が違法性を欠くときは、ひいてはその教唆行為・幫助行為も違法性を欠くことになるから」、「正犯の行為は違法であることを要する」として、制限従属性説が妥当であるとされる(前掲書 356 - 357 頁)参照。
- 16) 統一的正犯者概念に関するものとして、Kienapfel, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974; ders., Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971; ders., Erscheinungsform der Einheitstäterschaft, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971 (Hrsg: Müller - Dietz), S. 21ff. [(紹介) 浅田和茂「キーナップフェル『統一的正犯の現象形式』」関西大学法学論集23卷2号112頁以下], 斎藤「共犯判例と共犯立法」139 頁以下; ders., Probleme der Einheitstäterschaft, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1973, S. 63ff. ders., Das Prinzip

der Einheitstäterschaft, JuS 1974, S. 1ff., 更に、オーストリア関与理論については、Kienapfel, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Einheitstäterschaft in der höchstrichterlichen Praxis, ÖJZ 1979, S. 90ff ; ders., Die Einheitstäterregelung der § § 12 und 32 StGB, JBI 1974, S. 113ff, 180ff ; Triffiterer, Die österreichische Beteiligungslehre, 1983. (なお、本書の前半部分の紹介として西山富夫「共犯概念の新展開—オーストリア刑法について—」名城法学 41 巻別冊 421 頁以下)、オーストリア共犯論の現状を整理した研究として、高橋「前掲書」42 頁以下、拙稿「協働の形式—その序論的考察—オーストリア関与理論を中心として—」名城法学 37 巻別冊 71 頁以下、同「数人の犯罪行為への関与の基本構造 —シュモラーの諸説を中心として—」第一経大論集 16 巻 3 号 143 頁以下参照。

- 17) アジャン・ブロウヴォカトエールの問題に関しては、共犯従属性説に立たれる団藤博士は、その可罰性を認められ(団藤「前掲書」381頁)、共犯独立性説に立たれる木村博士はその可罰性を否認される(木村「刑法総論」415 - 416 頁)。可罰性を認める実質的な理由は、「いかなる理由にせよ、刑事処分を受けさせるために他人を犯罪に引き入れる権利を有するものではない。斯ような態度は警察の手先として行われることが多いが(従って警察の犬という説明語すらある)刑法上は未遂反への教唆として処罰すべきである。「吾々を誘惑するなかれ」は刑事裁判の尊厳のために遵守せられねばならない」という考慮があるからであろう(滝川幸辰「犯罪論序説」247 頁)。いわゆる囹捜査に関し、判例は未遂の教唆を認めている。例えば、「いわゆる囹捜査は、これによって犯意を誘発された者の犯罪構成要件該当性、有責性若しくは違法性を阻却するものではない」とする(最判昭 28・3・5 刑集 7・3・482、最判昭 29・11・5 刑集 8・11・1715)。なお、最判昭 29・11・5 刑集 8・11・1715 の第一審判決(横浜地判昭 26・10・17)及び控訴審判決(東京高判昭 27・7・28)は、「麻薬所持の行為をもって、いわゆる囹捜査にもとづくものであるが故に犯罪行為としての反社会的危険性を欠くもの」として無罪を言い渡した。
- 18) 共犯と身分に関しては、とくに非身分者が身分犯に関与した場合に非身分者をどのように取り扱うべきかを規定する刑法 65 条の解釈が問題となるが、この 65 条 1 項と 2 項の関係をめぐって対立がある。特に、65 条は身分の共犯に及ぼす影響を規定しながら、1 項は身分の連帯的作用を、2 項はその個別的作用を認めている。詳細は、西田典之「共犯と身分」(成文堂・昭 57)参照。

第1章 刑法学派の争いと刑法理論

ここでは、共犯理論を念頭に入れながら、わが国における学派の対立と刑法理論の発展を概観することに努める¹⁾。

I 昭和初期までの刑法学派の争い

1. わが国では、ヨーロッパにおける学派の争いを念頭に入れながらいわゆる新派の根本思想を展開されたのは、古賀廉造²⁾、勝本勘三郎³⁾の両博士であった。

古賀博士は、いわゆる実利派の主張に従って社会防衛主義、目的刑論を採用された。曰く、「刑罰権は即ち社会が犯罪の侵害を防衛するが為に有する所の権利なり」とされ、また「今犯人は人を殺し火を放てり。既に殺されたる者は、再び活かす可からず。既に焼つくしたる家屋は、之を旧に復す可からず。故に、死者の爲め又焼きつくされた家屋の爲めに防衛権を行うの必要なことは、三尺の童子といえども之を知る。然れども、人を殺し火を放てる者に対して尚ほ刑罰を科する所以のものは、彼が再び人を殺し火を放つの危害を防がんことを欲し、又彼に倣ふて人を殺し火を放つの危害を爲す者あるを防がんと欲するのみ」⁴⁾と。さらに、主観主義的思考は、特に、不能犯論に現れている。曰く『刑法は、犯罪の意思ありて之を外形行為に表白するときは、常に之を罰せざるべからざるなり。その外形行為が犯罪の目的を達するに適當なる性質を有すると否とは之を論究するの必要なし。何となれば、その如何なる場合に於ても、犯人その期するところの犯罪の結果を収むること能はざるに至っては同一に帰着し、而して、その国家に及ぼす所の危険亦同一なればなり』⁵⁾と。

他方、勝本博士は、直接イタリア学派の祖ロンブローゾに学ばれ、新派の主張を強力に展開された。曰く、『犯罪は共同生存を害する行為にして犯罪人に制裁を加ふるは此害悪あるが爲めなり、自由意思を有するが爲めに非ず。吾人は吾人を害する恐ある猛獸毒蛇を殺りくするは猛獸毒蛇に自由意思あるや否やを問わず。国家の制裁も亦之と異ならず。罪を犯したる者は即ち危険なる者な

るが故に制裁を加ふるなり。従て刑罰を受くるの責任は犯罪者たることそれ自身より生ず。自由意思より生ずるに非ず』⁶⁾ と。ここに社会的責任論を展開され、また、『全然旧派の思想を脱却し、任意に犯罪の行為を為したる者は幼者その他の所謂責任無能力者たると否とに拘はらず皆な刑事上の処分を加ふべきものとし其処分は所謂刑罰のみならず純然たる予防保安の処分をも包含するものとせんと欲す』⁷⁾ として、刑罰と保安処分との一元論を提唱されたのである。

このような新派的根本思想は、古賀・勝本両博士において、刑法解釈論の隅々にまで浸透させられているわけではなく、解釈論における両博士の所説は、むしろ堅実的な旧派的立場にたたれていたといえる。例えば、共犯概念について、両博士ともに犯罪共同説を採り、また教唆犯の従属性を承認されているのがこれである⁸⁾。

2. 刑法学派的論争が展開されたのは、明治40年に現行刑法典が制定された以降である。この刑法典は主観主義的色彩の濃厚なものといわれ、この時期に学界に登場された牧野英一博士は、リストに学び、フェリーに影響を受けつつ、犯罪論においては主観主義・犯罪徴表説、刑罰論においては目的刑論、後になって教育刑論を主張された⁹⁾。ここに至ってはじめて、牧野博士の手によって新派の思想が刑法解釈論の隅々にまで浸透させられたのである。そして、以後今日に至るまで新派の代表者として一貫した論陣を張り続けられ、わが国の刑法解釈論上、新派刑法理論＝牧野刑法理論として今日もなお生き続けている。牧野博士の理論的基礎は『国家は、積極的に、能動的に、文化の担当者として行動せねばならぬのである。われわれは、今、かような立場から刑政を理解し批判せねばならぬのである』¹⁰⁾ という点にある。

この牧野博士の立場に、まず対立を示されたのは、大場茂馬博士、泉二新熊博士であった。

大場博士は、ビルクマイヤーに学び、その立場をわが学界において継承・展開され、客観主義・応報刑論にたつて大正期に至るまで旧派陣営の代表的存在であった。犯罪人の自由意思を否定し、刑罰と保安処分とを同一視する新派の立場に対して、博士は、「刑法総論上巻(大3)」のなかで『人に善事と悪事と

を選択する能力あるを以て根拠とする道德論は其根底より覆さるるに至るべく』¹⁰、『故に此学派は刑法の効力及び実質に反対する主張を為すものにして刑法を否認するものなりと言ふも甚しき過誤に非ざるべし』とされる。そして、『此学派の論旨を明白に且大胆に略言すれば第一刑法学は之を廃止し之に代ふるに医学を以てすべく第二に刑事訴訟法を学ばんよりは寧ろ診断法を修むべく第三監獄法を講ぜんよりは寧ろ病院の設備に付き考慮を費すべしと謂ふに帰すべし』として、『之を要するに人格主義の刑法は其实法律たる性質即ち人類行為の準則たる性質を具備せざるものなり』と主張される。また、刑法の目的は、犯罪の予防ではなくその鎮圧にありとの立場から、博士は、『刑事人類学派及び社会刑法学派に依れば其所謂刑法の目的は予防なりと謂うふに帰す。……然れども……若し刑法の実質にして将来の犯罪を予防するに在りとせば人が未だ罪を犯さざるに当り之に対し施すべき策を定むべきものにして其罪の犯されたるを待て始めて行為者に対し施すべき措置を定むべきものに非ず。然るに刑法は既に罪が犯されたる後行為者に対し施すべき措置を定むる法にして未だ罪を犯さざる人に対し施すべき予防の策を構すべきものに非ず。…仮に論者の主張を以て正当なりと為し之を採用せんか刑法中失火罪其他一般に過失犯の規定は實際上の適用を見ざる空文と為り復讐の目的を以てする殺人罪の如き其罪を遂げざるに当り之を罰するの必要あるも既に之を遂げたる時は之を罰する必要なきに至るべし』と新派の主張を攻撃される。さらに、『従来の刑法を廃し之に代ふるに保安処分的刑法を以てせんとするが如きは甚しく国民の権利自由を危うするの虞あるもの』といい、特別予防主義に対しては、『犯罪者の一小部分に対する刑罰の効力のみを知って刑罰が民衆一般に対する鑑戒を与ふる所以又は世道風教の興廃隆汚に関することすこぶる大なる所以を覚らざるなり』¹²と論ぜられる。

他方、泉二博士は、犯罪論においてはほぼ客観主義を採り、大体において旧派的立場にたつて牧野博士に論戦されたが、刑罰論においては予防主義すなわち目的刑論を採用される等、全体的にみると折衷的態度を旨とされていた。博士によれば、『刑罰は犯罪予防を目的とする応報なり。抑々国家が特定の人

に対し刑罰を行ふは犯罪あるに因るものにして、犯罪は法益の侵害若くは危害に依る非社会性の表示なり。非社会性が斯くの如き行為に依り外部に表現せずして唯心裡に潜伏するに止るときは未だ之を以て処罰の前提と為すを得ず。非社会性を表示する行為ありて然る後に処罰あるなり。此關係に於て刑罰は応報たるの性質を有す。然れども犯罪は一の經過的事実なり。既に犯されたる犯罪は復た之を補捉するに由なし。刑罰の対象は犯罪其ものに非ずして犯罪人なり。犯罪は特定の人を処罰するの条件たるに過ぎず。而して国家が過去の事実によりて人を処罰するの理由は将来の犯罪を予防するの必要に基くものとす。是れ刑罰を犯罪予防の手段なりとする所以なり。要之刑罰の本体は過去の犯罪を条件として一私人に科せらるる応報的制裁なり。国家が此制裁を科するの目的は将来の犯罪を予防するにあり。彼此混同す可きに非ず。』¹³⁾ と。そして、『新派の主張は新派に委す可し。旧派の主張は旧派に委す可し。其の間に処して長所を採択するも亦妙ならずや』と主張されて、折衷的態度を維持され、この態度は個々の解釈論上もしばしば見いだすことができる。例えば、『犯罪ノ実行ノ着手トハ犯罪ノ実行ヲ始ムルコトヲ謂フモノニシテ実行ヲ始メタリト認ム可キヤ否ヤハ一定ノ犯意ヲ実行スル犯罪行為ヲ主観客観ノ両方面ヨリ観察シ各場合ノ事情ニ照シテ犯意カ其实行行為ノ一部トシテマタハ之ニ接近セル意思活動トシテ表現シタリヤ否ヤヲ判断シ之ヲ標準トシテ常識的ニ決定スヘキモノナリト解ス』¹⁴⁾ というのがこれである。

ここで共犯論に視座を移してみると、牧野博士は、共犯に対して因果關係論の一つの適用として思考されている。ここには、犯罪徴表主義にたたれた因果論的色彩がうかがわれる。つまり行為者の危険性の徴表がうかがえるかぎり共犯は処罰しうるとされるわけである。そして、共犯論の根底において、行為共同説を主張し、共犯独立性説の立場にたたれる。曰く、『犯罪を以て悪性の表現なりと解するときは数人が一個の犯罪を共同にすると謂ふことは意味を為さず。犯罪を主観的に理解せむとするときは、共犯とは、数人が共同の行為によりて其の犯罪を遂行するものと解するを妥当とすべし。』と。また、『犯罪を以て悪性の表現なりと為すときは、犯罪が他人の犯罪に従属して成立するとい

ふことは意味を為さず。教唆及び従犯は、犯人固有の反社会性(犯意又は過失)が、それに因りて外部に表明せられたるものなるが故に、其の教唆又は幫助なる行為自体に基きて行為者に責任を生ずるものと謂はざるべからず。』と主張される¹⁵⁾。

これに対して、大場博士は、「犯罪態様論」において共犯を犯罪行為者の態様として理解される。そして、共犯論の根底において、犯罪共同説にたち共犯従属性説を主張されている。例えば、特定の犯罪の実行は主たる犯人すなわち正犯者によってのみ行われうるものとし、教唆者・幫助者は、実行行為に属しない行為をもってこれに加功するものと解せられる、とされるのがこれである¹⁶⁾。

3. 昭和期に來ると、学派的論争は新たな様相を見せてきた。旧派の陣営においては、ベーリング及びエム・エー・マイヤーの影響下に刑法解釈論の支柱として構成要件理論を用いられる小野清一郎¹⁷⁾、瀧川幸辰¹⁸⁾の両博士が登場され、また新派の陣営には牧野博士門下の木村亀二博士¹⁹⁾が加わられた。小野博士は国家的道義秩序の維持を強調する文化至上主義的立場にたつて、瀧川博士は社会自由主義的立場にして且つマルキシズムに好意的な立場で、いずれも客観主義・応報刑論を基調として新派の理論を批判され、木村博士は根本において牧野博士の主観主義・教育刑論を継承されつつも、規範主義的色彩を念頭に入れた所謂団体主義的立場にたつて、これに対峙された。この期において、牧野博士の主張は目的刑論から教育刑論に転化され、ますます主観主義的色彩を強調された。こうして論争はさらに峻烈化し、刑罰理論はもとより犯罪理論をめぐっても激化の一途を辿った。

ここで、この時期の新派の刑法学者として銘記しておかなければならないのは宮本英脩博士である。博士は牧野博士と並んで大正期から昭和期にかけて新派陣営に大きな地位を占められた。しかし、博士の立場は、主観主義・特別予防主義に従いつつも、単なる実証主義的立場を越えた人格主義的傾向がうかがわれ、主観的違法論を前提としつつ、伝統的な社会的責任論に対して、刑事責任はいわゆる一般規範に違反し、規範的に違法と判断された行為の中にのみ見いだし得るとする独自の規範的責任主義に立脚されている²⁰⁾。この点で牧

野博士との著しい相違が存在する。

その他、昭和期において旧派の立場に属されるものとしては、とくに草野豹一郎²¹⁾、久禮田益喜²²⁾、新派の立場に立たれるものとして、正木亮²³⁾、江家義男²⁴⁾、市川秀雄²⁵⁾、八木朕²⁶⁾等の諸家をあげることができる。この時期においては、両派とも次第に理論的接近の様相を示しているが、大体において旧派の立場に近い折衷的立場を示されるのは、島田武夫²⁷⁾、吉田常次郎²⁸⁾、佐瀬昌三²⁹⁾、小泉英一³⁰⁾、不破武夫³¹⁾、斉藤金作³²⁾、佐伯千仞³³⁾、植田重正³⁴⁾、宮崎澄夫³⁵⁾等をあげることができる。

そして、昭和30年代になると、何らかの観点において、新旧両派の理論的対立を止揚しようとする学問的意図が顕著となってきた。このような態度は、例えば、不破、斉藤、佐伯博士等にも見受けられるが、特に、安平政吉³⁶⁾、団藤重光³⁷⁾、植松正³⁸⁾、平場安治³⁹⁾、井上正治⁴⁰⁾等の諸博士の著作のなかに見受けられる。

以上のような学派的論争は、明治40年に刑法典がスタートして以後の刑法改正事業と絡んで展開されてきたのであった。これらの刑法改正事業の過程は、主として、旧派の理論の伝統の上に多分に新派の主張を盛り込んだ折衷的立場に出るものであったが、ここに新・旧両派の学者の間にしばしば熾烈な理論的対立を生んだものであった。この論争に参加されたもののうち、その中心にあったのは、旧派の側においては大場、小野、瀧川の各博士であり、新派の側にあっては牧野、宮本、木村の各博士であったと言われている⁴¹⁾。

この理論的論争は、共犯論の分野にも多大な影響を及ぼした。その中心的な論点は『教唆の未遂の処罰如何』であり、その背後にある思想的な対立は共犯は正犯に従属するのかそれとも正犯と関係なく独立しているのかという、所謂共犯の従属性説(共犯従属犯説)と共犯の独立性説(共犯独立犯説・共犯固有犯説)の対立であった。この根本思想的対立は、犯罪観の対立と相似して共犯解釈論に多大の相違点を呈示した。その主要なものをあげると、

(1) 例えば、共犯規定の意味について、旧派の立場は、構成要件の修正形式ないし刑罰拡張原因として捉えるのに対し、新派の代表者牧野博士は因果関係

論の一つの適用として捉えられる。

(2) 共犯理論の根底において、犯罪の定型的意味を重視する旧派の立場からの犯罪共同説と、徴表主義の立場にたつ新派の見地からの行為共同説(事実共同説)が対立する。前者にあっては、共犯は数人が共同して特定の犯罪を行うものであるとする説であり、後者にあっては、それぞれ固有の危険性をもつ複数の犯人が実行行為を共同にするところに共犯が認められるとする説である。

(3) 間接正犯の概念の要否について、旧派の学説上は、間接正犯の概念を用いるのが一般的であり、新派においては不要とする。

(4) 教唆の未遂の成立範囲について、共犯従属性説に従うと、教唆犯の未遂は正犯が実行行為を開始しそれが未遂に終わった場合にのみ考えられる、すなわち教唆行為自体はどのように行われても、正犯者が実行行為に出ていない以上教唆者を未遂として処罰することはできないとする。これに対して、共犯独立性説によれば、いやしくも教唆行為がなされた以上正犯行為の如何を問わずその犯罪性を認めるべきとするから、教唆犯の成立範囲も広く理解されることになる。この点の見解の相違は、教唆犯の実行行為の理解の相違に起因する。例えば、旧派は正犯行為に付いてのみ実行行為を認めるのに対して、新派は教唆行為にも実行行為性を承認するのである。

(5) 未遂の教唆、アジャン・プロヴォカトエールの処罰如何について、旧派の立場では、教唆に基づいて正犯者が実行に出た以上その未遂犯の教唆を認めるべしとするのに対し、新派の見地からは、教唆者は其の認識したる犯罪事実の限度に於て責任に任すべきものと解すとされている。この見解の相違は、行為の客観的意味を尊重するか、行為者の主観的な意思内容を重視するかという両派の根本的態度の相違に由来する結論の差異にある。

以上のような共犯論における両派の理解の相違は、両派の犯罪観の差異に還元されるものであるが、構成要件理論を支柱とした旧派刑法理論は次第に新派刑法理論の代表者たる牧野理論を克服し、以後わが国の刑法理論の通説的地位を築くことに成功したが、ヴェルツェルが提唱した所謂目的的行為論の登場によって事態は急激に変化した。

II 昭和期後半の刑法理論

1. 昭和期後半に入ると、わが国では、ヴェルツェルの目的的行為論を継承され犯罪論体系に導入されたのに木村、植松、平場、井上の諸博士をあげることができよう。いわゆる主観・客観の統一体として行為概念を捉える目的的行為概念は、従来までの主観主義刑法理論と客観主義刑法理論の対立を越えて、刑法解釈論に多大の影響を及ぼした⁴²⁾。

ところで、旧派刑法理論は大場→小野→団藤→大塚の諸博士を通してわが国の刑法解釈論の通説的地位を占め今日に至った。この立場の根本的思想は、外部的・現実的に発現した行為自体を犯罪と観念し、そこでは犯罪の客観的意味、換言すると行為の類型性・定型性を重視することにある。旧派の代表者小野博士の見解を聞いてみよう。曰く、『犯罪は、「国民共同体の道義的秩序を侵犯する現実的行動であり、斯かるものとして国法の批判を受けなければならない。犯罪行為は刑事責任の現実的根拠である。」すなわち「客観化された行為全体の評価が重んぜられる」べきであり、「行為は主観的、客観的なものであって、単なる物理的過程でないことは勿論であるが、又単に主観的心理的なものではなく、其の外部的実現において刑法的評価の対象を見出すものである。」かようにして「基本的に行為刑法、客観主義の立場をとる」べきもの』⁴³⁾とされる。さらに、共犯の規定について『未遂犯又は共犯の規定によって各本条の構成要件そのもの即ち其の観念的内容が修正されると考へるのである。其の修正された観念的形態は、それ自身一の構成要件、しかも「特別」構成要件である』⁴⁴⁾とされる。ここに所謂構成要件理論を骨子とした犯罪理論の完成を小野博士に見ることができる。そして、小野博士流の犯罪構成要件理論は今日に至るまでわが刑法解釈論の基礎を提供し、団藤博士によって確固たる地位を築くことになった。団藤博士によれば、「犯罪は法秩序に違反する行為、すなわち違法な行為である。しかも、それは行為者に非難を帰することのできる行為、すなわち有責の行為でなければならない。したがって、犯罪とは違法・有責の行為である、という定義を一応与えることができよう。しかし、この定義は重要

な点をみのがしている。違法・有責な行為はいくらもありうるが、犯罪とされるためには、何よりもまず、犯罪定型として法律によって規定された行為でなければならない。かような法律上の犯罪定型を犯罪の特別構成要件—あるいは簡単に構成要件—という。したがって、刑法上の意味での犯罪をいっそう正確に定義すれば、それは構成要件を充足する違法・有責の行為であるということになる。ここで行為というのは、ばあいによっては結果をも含むひろい意味においてである。』⁴⁵⁾ ということになる。

今日、我々が伝統的な犯罪理論とか犯罪論体系と称する場合、一般的には、この小野・団藤流の犯罪構成要件理論に基づいた犯罪論ないしは犯罪体系を指しているのである。

その後、目的的行为論が登場するに至り、刑法解釈論に重要な変化が生じた。小野・団藤流の構成要件論に立脚した構成要件的行为にあつては、構成要件に該当する行為として定型的・価値的行為がその中心をなしていたが、目的的行为論にあつては行為を主観・客観の統一体として理解し、没価値的存在論的行為として捉える。いわば行為に実質的意味を付与することになった。ヴェルツェルはいう、『人間の行為は、目的活動を遂行することである。それゆえ、行為は、「目的的な」事象であつて、単なる「因果的な」事象ではない。行為の「目的性(Finalität)」、すなわち、行為が目的をもっているということは、人間が因果法則についての知識を基礎として自分の活動によって発生しうる結果を一定の範囲において予見し、それによって種々の目標を設定し、この目標達成に向かってその活動を計画的に導くことが出来るということに基づいている。人間は、因果についての予知にもとづいて、その活動の個々の動作を統制することによって、外部的な因果的事象を目標に向かって導き、これを目的的に被覆決定(überdeterminieren)し得るものなのである。目的的活動が、意識的に目標に導かれた活動であるのに対して、純粋な因果的事象は、目標によって統制されるものではなく、たまたま存在する諸原因の偶然的な結果なのである。従つて、—比喩的にいえば—目的性は「目が見え」、因果性は「盲目」である。』⁴⁶⁾ と。

このような目的的行為論の登場は刑法解釈論に多大な影響を及ぼした。ヴェルツェルが「目的的行為論は、歴史的には主観的違法要素論及び規範的責任論によって必要となった体系構成の要石であり、実質的には全く矛盾のない刑法体系の礎石である」⁴⁷⁾と自負していることがこれである。ここでは、伝統的な犯罪体系との著しい差異を若干挙げておこう。

(1) これまで責任条件、重い責任形式であるとされ、責任論においてはじめて取り扱われた「故意」が、目的的行為論を基礎とする犯罪体系では、構成要件の内容である主観的違法要素であるとされ、構成要件論＝違法論で取り扱われて、責任論ではふれられていない。そして、従来、事実の認識とともに故意の要素と考えられていた違法性の意識の可能性を独立の責任要素として把握する。

(2) 違法性の概念について、従来は因果的行為論と結びついた違法観が支配していた。この違法観においては、違法性の実質は無価値な結果を招来すること、すなわち法益を侵害することないしこれを危険ならしめることであるとされていた(「犯罪とは、法益の侵害又はその危険である」というのがこれである)。これに対して、行為を目的活動として把握する目的的行為論からは、違法は行為者から内容的に切り離された結果の惹起(法益の侵害)につきるものではなく、行為者がいかなる目的設定を目的活動的にその客観的行為に与えたかといったことが、生ずるかも知れない法益の侵害とともに行為の不法を規定するものであって、法益の侵害脅威だけでなく、法益侵害の方法(行為の種類、主観的要素)も違法性の判断に考慮されるべきものであって、それ故に、違法性の判断は、本質的には「行為の無価値」であって「結果の無価値」ではなく、結果の無価値(法益の侵害)はただ行為の無価値の範囲内において副次的意味を持つにすぎない。違法性とは行為者に關係づけられた行為の否認である、として所謂人格的違法観を主張した。

(3) 共犯論においては、正犯と共犯の区別に関して、目的的行為論の見地から、故意行為の正犯概念を基準として「目的的行為支配」(finale Tatherrschaft)を主張した。わが国においても、この目的的行為支配説に立脚して正犯・共犯の理論構成をする傾向が増加した。

2. 目的的行为論の登場以後、わが国の刑法論争は急激に止揚の一途をたどった。それにもなって、刑法論争は個別的問題の究明に力が注がれることになった。例えば、過失犯論⁴⁸⁾における井上正治、藤木英雄の両博士、可罰的違法性論⁴⁹⁾における藤木博士、間接正犯論⁵⁰⁾に関する大塚仁、西原春夫、中義勝の諸博士の著作があげられる。また、共犯論⁵¹⁾に関しては、斉藤金作、植田重正、西村克彦の諸博士の著作、期待可能性論⁵²⁾に関する佐伯千仞博士の著作等がある。このような時期に、従来までの所謂体系的思考に基づいた犯罪論に批判的な態度を表明されて、所謂機能的考察方法に基づいて犯罪論を構築されたのに平野龍一博士をあげることができる。その著書「刑法総論Ⅱ」のはしがきで、博士は『内容的には、形式的な規範を重視し、その違反者の道義的責任を問おうとする、現在のわが国の刑法学の有力な方向に対して、本書では、刑法が現代社会で持つ実質的・機能的な役割を追求しようと努力してみた。』と主張し、『従来の教科書は、どちらかといえば、体系的に叙述し、すべての問題に自己の立場からの簡明な結論を示すというやり方だったといえよう。本書では、個々の問題の持つ意味を分析し、どこに本当の問題があるかを明らかにしようとしてみた。「体系的思考」ではなく、「問題的思考」でアプローチしようとした、といってもよい。』と述べられる。刑法解釈論における平野博士の基本的認識は次第に刑法学界の中に浸透し、以後「体系的思考」の相違に基づいた刑法論争から決別し、「問題的思考」に基づいた犯罪論の確立に力を注ぐことになった⁵³⁾。我々は、その顕著な例を、因果関係論から客観的帰属性論へ、共犯従属性論・共犯独立性論から共犯処罰根拠論へという理論的重点の変遷のなかに見ることができる。

以上のような学派の論争の止揚、体系的思考から問題的思考への変化は、この時代の犯罪現象の出現態様が大きく左右している。従来までの犯罪現象は、伝統的な犯罪類型として殺傷犯、財産犯の類型が中心で、それらの行為態様は田舎的、一般的なものであった。それは、終戦後、敗戦のなかから立ち上がった国家社会生活様式そのものに根ざした犯罪態様ということが出来る。しかし、昭和30年代以後、わが国の社会経済生活は急激な発展を遂げ、国民の生活行

動様式に著しい変化をもたらした。社会生活が安定し、価値観が多様化してくると、伝統的な犯罪類型に代わって、一方で、所謂現代型犯罪とかホワイトカラー犯罪あるいは都市型犯罪と称される犯罪類型が顕著となってきた。他方で、社会経済の発展の歪として公害犯罪が出現したのもこの時期である。ここでは、現代の社会経済構造と密接不可分の反社会現象としてクローズ・アップされているが、伝統的な考え方によると、犯罪として捉えにくい反社会現象を現代社会型犯罪として把握しようとするものである。このような社会的背景をとくに意識しながら刑法理論を構築されたのに藤木英雄博士の「刑法講義(総論)・(各論)」をあげることが許されるであろう。

Ⅲ 要 約

刑法学派の争いを歴史的にその足跡を辿ってきた。そこから学びとることができたのは、当時、牧野博士をその代表者とする新派刑法理論が支配的地位を占めていたのに対し、旧派はこの牧野理論をいかに克服するかに力を注いできたのであった。ここで、刑法解釈論上「第一の波」としてベーリングの構成要件論(Lehre von Tatbestand, 1930)が出現し、旧派はこの構成要件論を犯罪論の支柱として、牧野理論に対抗した。そして新派のなかにもこの構成要件論を導入するに及んで(木村亀二博士)、旧派は次第に支配的地位を築いてきた。ここで両派の刑法理論を簡潔に対比しておこう。

1. 思想的・国家観的背景について

(旧派) 自由主義的法治国思想を基盤として、犯罪及び刑罰の法律的把握を目標とする。

(新派) 政策的任務を担う社会的国家の観念を基底におき、実証科学的見地において犯罪の原因を探究し、その除去についての目的意識的な方法を論ずる。

2. 犯罪観念の把握について

(旧派) 非決定論(Indeterminismus)に立って、自由意思を有する理性人を理論的前提とし、その外部的・現実的に発現した個々の犯罪行為及びそ

の結果に着眼して、いわゆる行為主義 (Tatprinzip) ・ 現実主義 (Realistik) 及び客観主義 (Objektivismus) を採る。

(新派) 決定論 (Determinismus) に立って、罰せられるべきは、素質と環境によって宿命的にみちびかれる犯罪行為ではなく、行為に徴表される社会的危険性 (Gemeinfährlichkeit) ないし危惧性を有する犯罪人じたいであるとして、いわゆる行為者主義 (Täterprinzip) ・ 徴表主義 (Symptomatik) 及び主観主義 (Subjektivismus) を採る。

3. 責任論に関して

(旧派) 個別行為に対する犯罪人の犯罪意思に向けられた道義的非難をその核心とする、いわゆる行為責任 (Tatschuld) ・ 個別行為責任 (Einzeltatschuld) ・ 意思責任 (Willensschuld) ないし道義的責任論 (moralische Schuld) を主張する。

(新派) 社会的に危険な性格を有する犯罪人については、社会は常に自己を防衛・保全する必要がある、犯罪人はまた防衛の処分をうけるべき地位に立つとして、いわゆる性格責任論 (Charakterschuld) ・ 社会的責任論 (soziale Verantwortlichkeit) を主張する。

4. 刑罰論について

(旧派) いわゆる応報刑論 (Theorie der Vergeltungsstrafe) ないし贖罪刑論 (Theorie der Sühnenstrafe) をとり、刑罰は、犯罪行為に均衡するものとして、犯罪人に科せられる害悪であり、また、それを介して犯罪人をしてその罪を贖わしめるものとするか、または、一般人を威嚇・警戒して犯罪の将来的防止を期しようとする点に刑罰の目的があると解して一般予防主義 (Theorie der Generalprävention) を説く。

(新派) 相対主義的立場において、刑罰は、社会を保全・防衛するために、犯罪人を教育し、その再社会化をはかることを目的とするものであり、一般人に対する威嚇・警戒よりも、犯罪人じたいの改善による犯罪の予防こそ重視されるべきであるとする。いわゆる目的刑論 (Theorie der Zweckstrafe) ・ 保護刑論 (Theorie der Schutzstrafe) ・ 改善刑論 (Theorie der Besserungstrafe) ・

教育刑論(Theorie der Erziehungsstrafe)ないし特別予防主義 (Theorie der Spezialprävention)を説く。

以上のような両派の刑法理論の相違は、「第一の波」としての構成要件論が登場するに及んで、旧派が支配的地位を占めた。そして、小野・団藤流の構成要件論を要石とした犯罪論体系をいわゆる「定型説」という名でもって主張する立場が通説的地位を築いたのである。しかし、事態は再び変化を受けざるを得なかった。「第二の波」としての目的的行為論が登場したからである。この時期になると学派の争いは鎮静化し、刑法解釈論の視座は体系的思考に決別し、問題的思考(機能的考察方法)に重点を移していった。

このような学派の争いにみられる歴史的な展開は、多分にもれず共犯論にも多大な影響を及ぼしてきた。ただ昭和56年に大越義久教授の『共犯の処罰根拠』なる著書が登場するにおよんで、従来の共犯論から重点が決定的に置き換えられたことは確かである。このことを念頭に入れた上で、次に共犯論の歴史的発展過程を概観してみよう。

- 1) 大塚仁「刑法における新・旧両派の理論」(昭45)、木田純一「戦後日本の刑法学」(昭47)参照。
- 2) 古賀廉造「刑法新論」(初版・明31、改訂版明36)参照。
- 3) 勝本勘三郎「刑法総論講義」参照。
- 4) 古賀「前掲書」初版29-31頁、改訂版25-27頁(大塚「前掲書」38-39頁に引用)参照。
- 5) 古賀「前掲書」改訂版158-159頁、197-198頁(大塚「前掲書」38-39頁に引用)参照。
- 6) 勝本「刑法総論講義」3頁(大場・刑法総論上巻91頁に引用されている)参照。
- 7) 勝本「刑法の理論及び政策」194-195頁参照。
- 8) 古賀「前掲書」(改訂版)犯罪共同説について517頁、教唆犯の従属性について550頁、勝本「刑法要論」犯罪共同説について381頁、特に388-389頁、教唆犯の従属性について417頁参照。
- 9) 牧野英一「日本刑法」増訂版・大13、同刑法総論(昭32)、同刑法研究1巻～15巻、同「刑事学の新思潮と新刑法」(増訂版)、同「刑法と社会思潮」(増訂版)、同「刑法に於ける重点の交遷」(昭4)、同「刑法に於ける法治国思想の展開」(昭6)、同「刑法改正の諸問題」(昭9)、同「改正刑法仮案とナチス刑法綱領」(昭16)等参照。
- 10) 牧野「岩波全書刑法」11頁、特に、12頁以下参照。

- 11) 大場茂馬「刑法総論上巻(大3)」90頁参照。
- 12) 大場「刑法総論上巻(大3)」117頁、119頁、122頁、124頁、133頁参照。
- 13) 泉二新熊「日本刑法論総論」(大9)40-41頁参照。
- 14) 泉二「前掲書」470頁参照。
- 15) 牧野「刑法研究1巻」53頁以下参照。
- 16) 大場「刑法総論下巻」1062-1063頁、1077-1078頁参照。
- 17) 小野清一郎「刑法講義」(昭23)、「犯罪構成要件の理論」(昭43)、「日本法理の自覚的展開」(昭18))など参照。
- 18) 瀧川幸辰「刑法講話」(昭26)、「刑法講義改訂版」(昭5)、「刑法読本」(昭24)、「犯罪論序説」(改訂版昭22)など参照。
- 19) 木村亀二「全訂新刑法読本」(昭42)、「法律学全集刑法総論」(昭40)、「犯罪論の新構造(上)(下)」(昭43)など参照。
- 20) 宮本英脩「刑法学粹」(昭5)、「刑法大綱」(昭10)など参照。
- 21) 草野野一郎「刑法要論」(昭31)、「刑事判例研究」1巻～5巻(昭9～昭15)、「刑法改正の重要問題」(昭25)、「刑事法学の諸問題」1巻(昭26)、2巻(昭27)参照。
- 22) 久禮田益喜「日本刑法総論」(大14)、「刑法学概説」(初版昭5・増補版昭17)、「新客観主義の刑法理論」(昭9)、「日本犯罪論」(昭18)等参照。
- 23) 正木亮「行刑上の諸問題」(昭4)、「行刑法」(新法学全集・昭13)、「刑事政策汎論」(昭13、増改訂版昭18)、「行刑法析論」(昭19)等参照。
- 24) 江家義男「刑法講義総則篇」(初版昭15、改訂版昭24)、「刑法総論」(昭27)等参照。
- 25) 市川秀雄「刑法学」(昭24)、「刑法総論」(昭30)参照。
- 26) 八木朕「刑法総論」(昭28)、「経済刑法の基本問題」(昭19)、「法人の犯罪能力」(昭23)、「刑法における法律錯誤の理論」(昭23)、「刑法における法律の錯誤」(昭27)等参照。
- 27) 島田武夫「日本刑法新論総論」(大13)、「刑法概論総論」(初版昭7、訂正版昭10)等参照。
- 28) 吉田常次郎「日本刑法」(大13)、「刑法総則」(昭23)、「刑事法判例研究」(昭31)等参照。
- 29) 佐瀬昌三「刑法大意」(昭12～昭15)参照。
- 30) 小泉英一「刑法要論(総論)」(昭15)参照。
- 31) 不破武夫「刑法総則講義案」(昭17)、「刑の量定に関する実証的研究」(昭14)、

- 「刑事責任論」(昭 23)、「刑事法上の諸問題」(昭 25)等参照。
- 32) 齊藤金作「刑法総則大意」(昭 17)、「刑法総論」(初版昭 23、改訂版昭 30)、「共犯理論の研究」(昭 24)、「共犯判例と共犯立法」(昭 34)等参照。
- 33) 佐伯千仞「刑法総論」(昭 19)、「刑法総論」(昭 28)、「刑法における期待可能性の思想」(昭 41)等参照。
- 34) 植田重正「刑法要説総論」(初版昭 24、改訂版昭 27)、「共犯の基本問題」(昭 27)等参照。
- 35) 宮崎澄夫「刑法総論」(昭 25)参照。
- 36) 安平政吉「日本刑法総論」(昭 19)、「改正刑法総論」(昭 23)、「新刑法概論」(昭 23)、「犯罪理論の新構成」(昭 23)、「団体主義の刑法理論」(昭 10)、「刑法改正の基本理論」(昭 11)、「人格主義の刑法理論」(昭 13)、「刑事政策の新動向」(昭 15)、「刑事政策概論」(昭 23)、「新刑事政策」(昭 28)、「刑事政策概論」(昭 31)等参照。
- 37) 団藤重光「刑法」(改訂版昭 30)、「刑法と刑事訴訟法との交錯」(昭 25)、「刑法綱要総論」(初版昭 32、改訂版昭 54,55)等参照。
- 38) 植松正「刑法学総論」(昭 28)、「刑法概論」(昭 31)、「刑法総論」(昭 32)参照。
- 39) 平場安治「刑法総論講義」(昭 27)、「刑法における行為概念の研究」(昭 36)等参照。
- 40) 井上正治「刑法総論」(昭 24)、「刑法学総則」(昭 26)、不破 = 井上「刑法総論」(昭 30)、「過失犯の構造」(昭 33)、「判例にあらわれた過失犯の理論」(昭 34)等参照。
- 41) わが国における刑法改正をめぐる両派の陣営における主要な文献をあげてみると、新派の側においては、牧野「刑法改正の諸問題」(昭 9)、同「刑法改正仮案とナチス刑法綱領」(昭 16)、同「刑法改正案と三個の問題」(刑法研究 6 巻)36 頁以下、同「刑法改正案と共犯の独立性」(刑法研究 7 巻)130 頁以下、同「刑法改正の意義」(法学志林 30 巻 5 号)、同「淳風美俗と刑法の主観主義」(法律時報 12 巻 8 号)同「刑法改正仮案について」(警察研究 16 巻 2 号 ~ 9 号)、木村「刑法改正の社会的意義」(法律時報 4 巻 5 号)、同「刑法草案各則の比較法的考察」(刑事政策の基礎理論)482 頁以下、旧派の側においては、小野「刑法における道義と政策」(日本法理の自覚的展開)203 頁以下、同「刑法総則草案における未遂犯および不能犯」(犯罪構成要件の理論)277 頁以下、同「刑法総則草案と中止犯」(刑罰の本質について・その他)275 頁以下、滝川「刑法改正草案」のグリンプス」(刑法雑筆)129 頁以下、同「刑法改正仮案の各則」(法律時報 12 巻 7 号)、安平「刑法改正の基本理論」(昭 11)、草野「刑法改正の重要問題」(昭 25)、久禮田「主観的応報より主観の客観化

へ」(新客観主義の刑法理論) 373 頁以下、同「刑法改正委員会決議の「刑法改正」を観て」(法律時報 4 卷 5 号)、斎藤「刑法改正案の由来と意義」(ジュリスト 121 号) 40 頁以下参照。

42) 目的行為論に関する文献は大量にのぼる。なかでもわが国に影響を及ぼしたヴェルツェルの論文が特筆される。主要文献は、Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW. Bd. 51, S. 703 ff. ; ders., Naturalismus und Wertphiosophie im Strafrecht., ders., Studien zum System des Strafrechts, ZStW. Bd. 58. S. 491ff. ; ders., Um die finale Handlungslehre, 1949. ; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961. [福田=大塚訳・ハンス・ヴェルツェル「目的的行為論序説」(昭 40)], わが国においては、福田平「目的的行為論と犯罪理論」(昭 39)、木村「刑法における目的行為論」(季刊法律学 14 号) 3 頁以下、同「目的的行為論概説」(法律時報 33 卷 7 号)、内藤謙「目的的行為論の法思想史的考察」(刑法雑誌 9 卷 1 号)、平場「刑法における行為概念と行為論の地位」(小野還暦記念・刑事法の理論と現実 1 卷) 33 頁以下、井上「故意と過失の限界」(刑法雑誌 1 卷 2 号) 227 頁以下など参照。

43) 小野「刑法講義総論」80 頁以下参照。

44) 小野「犯罪構成要件の理論」254 頁以下参照。

45) 団藤「刑法綱要総論改訂版」84 頁参照。

46) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961. S. 1.,

47) Welzel, ZStW. Bd. 58, S. 491 ff.

48) 伝統的な結果犯としての過失犯に対して、過失は単なる不注意ではなくて結果回避義務を基礎とした違法性の検討が重要だとして「過失犯の違法性」を重視されて、新たな過失犯を構成されたのに井上博士があげられる。井上「過失犯の構造」(昭 33)、同「判例にあらわれた過失犯の理論」(昭 34)、さらに井上博士の見解を推し進められて、予見可能性の要件として「危惧感」で足りるとして独自の過失犯を展開されたのに藤木英雄博士をあげることができる。藤木「過失犯の理論」(昭 44)、同「過失犯—新旧過失論争」(昭 50)、そして、伝統的な過失犯論に対し、井上博士の立場は新過失犯論と称されているのに対し、藤木博士の立場は新新過失論と称されている。

49) 藤木「可罰的違法性の理論」(昭 42)、同「可罰的違法性」(昭 50)等参照。

50) 大塚「間接正犯の研究」(昭 33)、西原春夫「間接正犯の理論」(昭 37)、中義勝「間接正犯」(昭 38)参照。

51) 齊藤「共犯理論の研究」(昭 29)、同「共犯判例と共犯立法」(昭 34)、植田「共

犯の基本問題」(昭 27)、西村克彦「共犯論序説」(昭 36)、同「共犯理論と共犯立法」(昭 37)、同「共犯の分析」(昭 41)等参照。

52) 佐伯千仞「刑法に於ける期待可能性の思想」(昭 41)参照。

53) 平野「刑法総論Ⅰ、Ⅱ」(昭 47、昭 50)、このような平野博士の「問題的思考」の最初の試みは「刑法の基礎」(昭 41)に集約されているように考えられる。

第2章 共犯論の歴史的展開

I 序説

かつてカントロヴィッツが『共犯論は、ドイツ刑法学上もっとも暗黒にしてもっとも紛糾する章である』と嗟嘆して、すでに半世紀以上の歳月が経過した。しかし、カントロヴィッツの嗟嘆は、わが国における共犯論の現状にもまだ十分に妥当する。勿論、これまでの共犯論が個々の問題点ごとに問題の解決に力を注いできたという弊害を有していたことは否定できないけれども、それは体系的思考を維持する前提から出発したものであった。それには理由がある。わが国の刑法典は、主として、単独犯(既遂犯)を想定した犯罪類型を各則に設けている。従って、犯罪論体系もこの単独犯(既遂犯)を前提として構築するのが一般的なものとされ、これが犯罪構成要件論と結びつくのは当然であった。ところが、犯罪は数人の者によっても犯すことが可能であり、これをいかに理論構成するかで苦心してきたのである。伝統的な刑法理論は、単独犯にしてかつ既遂犯を基礎とした構成要件論を構築し、共犯はこの構成要件の修正形式としていわば刑罰を拡張するものだと説く。しかし、昭和50年代後半になって、共犯の処罰根拠論が登場するにおよんで、事態は一変した。共犯はなぜ処罰されるのか？という統一的な論点の視座を設定したからである。

そこで、次に、共犯論の歴史的発展過程を概観していこう。

II 共犯論の歴史的発展

1. 共犯とはなにか — 従属性説の是非

(1) 明治末期より昭和期前半までの共犯論争

明治40年に現行刑法典が制定され、この刑法典の性格づけをめぐって学派の争いがスタートし、これと相前後して、まず最初に、共犯規定の解釈をめぐる共犯論争がスタートした。この共犯論争の背後には、常に、刑法理論論争が横たわっていたのである。

① 共犯規定の解釈について、新派の代表者牧野博士は、『日本刑法』においては、共犯に対して因果関係論の一つの適用として思考されていた。その後の『刑法総論』においては、共犯に対して、「直接に定型的な実行行為に出たのでない場合においても、苟も犯罪に因る侵害的事実に対して原因を与えた者であるならば、その者に対し、社会保全の必要上適當の処置を採らねばならぬのは当然であり、そうして、その処置に関し、単独犯における実行者に対するものと區別すべき理由はない」と述べられる。ここには、行為者の危険性の徴表が存在するかぎり、共犯は処罰可能ということであろう。小野博士、瀧川博士の構成要件修正説、刑罰拡張原因説に対して、「私としては、かような見解を以て必しも不当なものであるとはしないのであるけれども、単独犯の犯罪が既遂になっているのを、犯罪の構成上、論理的に原則たるものであるとし、未遂及び共犯はむしろ補充的なものであるとして観念するの立場に対しては、必しも賛成ができない。思惟の心理的な過程はそれとして、論理的に批判するときは、既遂も未遂も、また単独犯も共犯も共に同時に犯罪たるもので、その間に前後の差異の存すべきものでない」¹⁾と批判される。

旧派にあって、大場博士²⁾は、いわゆる「犯罪態様論」において、犯罪行為の態様と犯罪行為者の態様を區別し、共犯を犯罪行為者の態様の問題として取り扱われる。そして、旧派の代表者小野博士と瀧川博士は、次のように述べられる。小野博士曰く、「未遂犯又は共犯の規定によって各本条の構成要件そのもの即ち其の観念的内容が修正されると考えるのである。其の修正された観念的形態は、それ自身一の構成要件、しかも『特別』構成要件である」³⁾と。また瀧川博士曰く、「現行法は二つの刑罰拡張原因を認めて居る。— 未遂犯と共犯。刑罰拡張原因は、各論に定めてある各犯罪の要素に、その概念的範圍以上の適用を与えるものである。即ちそれは、それと境界を接して居る一定範圍の地帯を、刑罰予告のもとにおくことによつて、各論の犯罪概念を拡張することである。例えば物を盗むという窃盜罪の構成要件の概念的範圍を超えて、盗もうとしたこと(未遂犯)、また人を殺すという殺人罪の構成要件の概念的範圍を超えて、人殺しを決心せしめること(教唆犯)を罰するのである」⁴⁾と。い

ずれも構成要件論を基底において、未遂犯及び共犯の意味を、それぞれの基本的構成要件との関連において捉えようとするものである。

② 共犯論の根底において、犯罪共同説と行為共同説(事実共同説)が対立する。犯罪の定型的意味を重視する旧派にあっては、共犯は数人が共同して特定の犯罪 — 原則として同一の構成要件に該るものであることを要する — を行うことであるとする説(犯罪共同説)をとり、徴表主義に立つ新派においては、それぞれ固有の危険性をもつ複数の犯人が、実行行為を共同にするところに — そのおのおのが、別個の構成要件に該るばあいでもさしつかえない — 共犯が認められるとする説(行為共同説、事実共同説)をとる。例えば、犯罪共同説の主張者瀧川博士曰く、「共犯は数人が共同して特定の犯罪(例えば殺人罪)を行うことである。共同者が共同するものは特定の犯罪であって、客観的に特定の犯罪を予想し、その事実を基礎として、数人の共同という事実を論ずることになる」⁵⁾ と。他方、行為共同説の主張者牧野博士曰く、「犯罪を以て悪性の表現なりと解するときは、数人が一個の犯罪を共同にすと謂ふことは意味を為さず。犯罪を主観的に理解せむとするときは、共犯とは、数人が共同の行為に因りて其の犯罪を遂行するものと解するを妥当とすべし。此の考えに従ふときは、先ず共同なる事実を予定し、之に基きて犯罪の成立を論ずべきことと為るなり。共同なる事実犯罪事実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実に跨りて成立することあるべく、或は単に一個の犯罪事実中の一部に限らることあるべし。又其の数人が必ずしも其の犯意を同一にするの必要なく、其の共同行為に於て、甲の犯意を以てしたる者に対しては甲罪の成立あるべく、乙の犯意を以てしたる者に対しては乙罪の成立あることを考ふことを得べし」⁶⁾ と。

③ 以上述べてきたような根本理論の対立は、いわゆる共犯従属性説(共犯従属説)と共犯独立性説(共犯独立犯説、共犯固有犯説)の対立を招来する。犯罪共同説をとる旧派にあっては、共同して犯されるべき一定の犯罪そのものが問題となるために、この犯罪に対して直接的かつ重要な地位に立つ行為は、それじたい独立した犯罪(正犯)となりうるが、間接的かつ軽微な関係を有するに

すぎない行為、とくに狭義の共犯(教唆犯及び幫助犯)は、それじたいでは独立して犯罪となることができず、他の主たる犯罪(正犯)に従属してのみ犯罪として成立し、または可罰性を帯びると論ぜられる。ただし、特定の犯罪の実行は主たる犯人すなわち正犯者によってのみ行われ得るものとし、教唆者・幫助者は、実行行為に属しない行為をもってこれに加功するものと解するのである。

他方、行為共同説に従う新派の立場では、いやくも行為者の危険性の徴表があれば、直ちに実行行為を認めるべく、従って、教唆者・幫助者の行為であっても、これを独立の犯罪と解すべきものという。牧野博士曰く、「犯罪を以て悪性の表現なりと為すときは、犯罪が他人の犯罪に従属して成立すということは意味を為さず。教唆及従犯は、犯人固有の反社会性(犯意又は過失)が、それに因りて外部に表明せられたるものなるが故に、其の教唆又は幫助自体に基きて行為者に責任を生ずるものと謂はざるべからず。苟も行為と犯罪事実との間に因果関係ある以上は、其の関係が直接又は重要なると間接又は輕微なるとを区別する理由なし。従て、此の見解に従ふときは、教唆及従犯は独立なる犯罪にして、共犯なる語に爾く広狭二義を認むる必要なし」⁷⁾と。同旨として、宮本・木村両博士の立場があげられる。

以上のような共犯論における根本理論の相違は、個々の共犯問題に解釈論上の論争を生じさせた。しかも、個々の共犯問題において、重点の設定は時代とともに変遷し、複雑な様相をみせてきた。

(2) 昭和期前半までの共犯論争

共犯論争のスタートラインは、戦前の刑法改正作業の過程において、教唆の未遂を処罰する旨の規定が新設されたという事実⁸⁾に依拠し、「教唆の未遂は可罰的か」という実行従属性に焦点を当てたものであった。すなわち、「正犯と何を共同にするのが共犯か」という問題意識から、「共犯の本質」を探究し、そこから教唆の未遂を解決しようとしていたのである。

当時の刑法改正作業を概観してみると、大正 15 年の刑法改正ノ綱領 26 項(教唆罪ヲ独立罪トスル規定ヲ設クルコト)、これを受けた昭和 2 年の予備草案総則 27 条(人ヲ教唆シテ罪ヲ犯サシメムトシタル者ハ被教唆者其ノ罪ヲ犯スニ

至ラサルトキト雖之ヲ罰ス但シ未遂犯ヲ罰セサル罪ニ付テハ此ノ限ニ在ラス前項ノ規定ニ依リ罰スヘキ者ノ刑ハ各本条ノ刑ヲ減輕シタルニ照シテ更ニ減輕シタルモノニ依ル但シ情狀ニ因リ之ヲ免除スルコトヲ得)、さらに昭和15年の改正仮案においては、例えば340条のような各則の中に教唆の未遂を罰する規定が設けられていた(第335条(殺人)又ハ第336条(尊属殺人)ノ罪ヲ犯スコトヲ教唆シタル者ハ被教唆者其ノ実行ヲ為スニ至ラサルトキト雖モ十年以下ノ懲役ニ処ス)。これらの諸規定の推進者は牧野博士であった。博士は、新派刑法理論の立場から、個人責任の原理を強調し、共犯論を因果関係論の一適用と捉え、具体的には、教唆の未遂は可罰的であると唱えられた。なお、博士の所説は、教唆の未遂に関して『刑法研究第11(教唆の未遂に関する学説と立法)』に詳細に展開されている。

この牧野説に対して、共犯従属性説に依拠する旧派刑法学は、教唆の未遂に関して、正犯が実行行為を開始し、それが未遂に終わった場合にのみ考えられるとする。例えば、教唆犯について、大場博士は「被教唆者が教唆せられたる犯罪を実現するの行為なきときは正犯行為存せざるを以て従属的性質を有する教唆罪も亦存せざることと為る」⁸⁾とされ、小野博士は「教唆行為があつて、しかも犯罪の実行を見るに至らなかったときは、教唆犯の未遂である。而して教唆犯の未遂は、現行法上原則としてこれを罰しない。教唆犯の未遂を罰する規定がないからである(刑44条)」⁹⁾とされる。要するに、教唆行為じたいがどのように行われても、正犯者が実行行為に出でない以上、教唆者を未遂として処罰することはできないということである¹⁰⁾。

そこで、教唆の未遂に関して、この牧野説と旧派刑法学との論争を若干詳細に検討してみよう。その手がかりとなるのは、旧派刑法学に属するとされる泉ニ博士、小野博士、草野博士の所説に対する牧野博士の批評である。

泉ニ博士は、その持論たる折衷主義の立場から、著手の觀念について「常識的に決定すべきもの」とされ、教唆について「他人を教唆するも、其の者果して犯意を決するや又其の犯意を実行するに至るや否は、教唆者に於て左右するを得ざる所にして、銃砲を発射して目的を達せむとするが如き場合と趣を異に

し、被教唆者が実際犯罪と為るべき程度の行為を為したる場合に非ざれば、因果関係発生危険ありと為すを得ざるものにして、不能犯に過ぎずと認むべし」とされる。すなわち教唆をもって「不能犯」とであるとされるが、それが正犯の実行を見るに至っては、刑法上の全責任を負わなければならないとされる¹¹⁾。この泉二博士の見解に対して、牧野博士は「此の見解に従ふときは、所謂加擔犯は、不能的行為が刑法上罪と為るものと解すべきことと為るべし」とされ、これを超えて付加すべきものは何もないとされる。そして「われわれは、教唆がそれ自体として原因力を有し、従って、社会保全上、単独犯の場合における実行行為と同様に、それに対して危険を看取せねばならぬものであることを考へねばならぬのである。」と結論される¹²⁾。

小野博士は、教唆の従属性ということは「本来現行法的問題」とであるとされ、次のように主張される。曰く、『或る犯罪を「教唆する」ことは、其の犯罪を「実行」することではない。人を教唆して他人を殺さしめたる者は自ら「人を殺したる者」ではない。従属的共犯形式は此の平凡なる社会観念を基礎とするものである。蓋し、人を教唆して他人を殺さしむる行為が「人を殺したる」ものであるならば其は当然第199条に依り殺人の罪に問はるべきもので、敢て第61条に依り「正犯に準ず」る必要はない筈である』¹³⁾と。このように「平凡なる社会観念」を論拠とされているが、博士によれば、それが一種の「理論的根拠」「理念的基礎」を有するものとされる。例えば、現行法の「理念的基礎」は、「一方に於ては、共犯を協働的現象として統一的に観念し、それに付て各行為者に其の責任を帰せしむるものであるといふ考え方(共同責任の理念、犯罪共同説)と、各共犯者の行為を飽くまでもそれ自体として観念し、其れに準ずる責任を帰せしめんとする考え方(個人的責任の観念、行為共同説)とである。私は、現行法は共犯に於て共同責任の理念を基本とし、第二次的に個人的責任の理念によって個別化しようとするものである」¹⁴⁾とされるのがこれである。そして、第61条の「理念的根底は、第一次に共同責任の理念であり、第二次に個人的責任の理論であると解する」と結論される。この点を詳説して、第一に、「共同責任の理念を極端に認むるときは、犯罪の実行なき限り其の教唆者

又は幫助者を処罰すべき理由がないのみならず、何等かの原因に因り実行者が可罰ならざるときは、他の共犯者も亦処罰されないといふことになる。此の『極端な従属形式』は現行法を一貫する個人的責任の理念に反するので現行法の精神とするところではあるまい」とされ、第二に、「個人的責任の理念を極端に認めるときは、教唆者及び幫助者は其の教唆行為又は幫助行為のみによって処罰さるべきである。実行者が可罰なることを必要とせざるは勿論、其の実行あることも必要ではない。即ち、実行なき場合に於てなほ、教唆の未遂犯又は幫助の未遂犯として処罰すべしといふことになる。此の『極端なる独立形式』は個人的責任の理念から見て合理的であるが、共犯現象の具体的統一性に適應するかが疑はしく、且つ単独犯の場合に於ても犯罪の『実行』なき限り未遂犯として処罰せざる現行法制の下に於て処罰の公平を缺く虞がある」と主張される。小野博士のこの見解から、『現行法を一貫する個人的責任の理念』上『合理的』であることよりも、単独犯の場合に比較して考えられた『処罰の公平』を重要視されていることがうかがわれる¹⁵⁾。

それでは、小野博士のいう『実行』の観念はどういうものであろうか。牧野博士は、小野博士の実行概念について「各犯罪のそれぞれについて『定型的』な行為といふことを考へられ、行為者において遂行的行為が成立しても、それが定型的な形式を具有するまでは、実行行為の成立はないものとせられるのである」と解釈され、次のように批評される。曰く、「正犯の実行行為なきところには犯罪の実行がないといふことを予定し、従って、教唆は、正犯の実行を待ってのみ処罰せられるのであり、自己としては教唆行為を為したのに過ぎないのであるけれども、かくしてそこに共同責任の理念といふものがはたらき、一方には他人の行為に因る責任といふことが成立し、(しかし、共同関係があるならば、実行のないところにも実行があったとおなじ責任が発生するといふ原理は、現行法の問題として決して明白に規定せられているところでない)、他方には処罰の公平が完うせられるといふのである。(しかし、他人の行為を待ってはじめて処罰に出るといふ考へ方は、社会的危険者に対する社会防衛の方法を、不当に遅延せしめるものであることを考へておかねばならぬ)。それ

で、そのいわゆる処罰の公平のために個人的責任の理論は犠牲にせられてしかるべきものである、とせられることになるやうに考へられる」¹⁶⁾ と。そして、小野博士の間接正犯論を論題にし、小野博士の「正犯と間接正犯とは、『本質的に異なるところはない』ものなので、ただ間接正犯の場合には、『行為者が直接手を下さざるに拘らず、社会的見解上全く同一の意義を有するに依り解釈上構成要件に該当する場合に外ならぬのである』」という主張に対して、間接正犯の観念を以て無用なものと反論される。それに対して、小野博士は、「牧野博士は間接正犯の概念を以て無用のものとされる。それは間接正犯と教唆犯とを同一視されるからであり、畢竟実行行為と教唆行為との差異を否認されるからである。しかし、此の定型的区別を否認するとき、共犯論は全く意味を為さなくなる」と反論されている¹⁷⁾。

この牧野博士と小野博士との論争から理解できることは、小野博士が提出された『現行法を一貫する個人的責任の理念』と『共同責任の理念』のいずれを重視するかである。牧野博士は、その新派刑法学の立場に立って、徹底した個人的責任主義を貫徹されている。それに対して、小野博士は、個人的責任の理念を「共犯の場合と雖も、其の根本理念としては、其の各自が各自の責任ある行為に由りて処罰せらるるものであるといふ原則の上に立脚しなければならぬ。是れ即ち法理的理念としての共犯の独立性である。私はまづ此の意味に於て共犯独立性論者であることを告白せねばならぬ」とされながら、他方で、共犯現象の具体的統一性を考慮した場合、極端なる独立形式は疑わしく、また単独犯の場合に於ても犯罪の『実行』なき限り未遂犯として処罰せざる現行法制の下に於て処罰の公平を缺く虞があるとして、共同責任の理念を前面に押し出される¹⁸⁾。だからこそ、これを称して、牧野博士は一種の折衷説でもあろうか、と主張されているのである。

最後に、牧野博士の批評は草野博士に向けられる。草野博士¹⁹⁾ は、実行の著手の観念について主観主義的立場に立たれている。間接正犯の場合についても変わらない。著手というのは行為が『矢の弦を離れた』状態に在るものとされる。しかし、共犯に関しては、「純理に従って、教唆の未遂を犯罪の実行に

著手して遂げざる所謂未遂罪と同一に論ずるに於ては、我法制上、予備陰謀の処罰せらるる罪との關係上権衡を失するものがある」と主張される。間接正犯に於ける実行を、使用者に付いて論ずべきや、被用者に付いて論ずべきや、と云ふことであるが、私は使用者に付て之を論ずべきものと考へて居る、といいながら、教唆犯における実行については、「教唆行為は、共同正犯に於ける通謀と同じく、教唆者及被教唆者の二人から成立せらるべき共同意思主体の設定行為である。故に之を教唆者の犯罪実行行為と解すべからざることは、通謀が実行行為たらざると同じである」と解して、「教唆の未遂を未遂として処罰すべしと為すことが正当であると云ふならば、通謀に因る共犯の場合に於て、通謀が通謀として止まる場合に付ても、共同正犯の未遂として処罰せねばならぬといふことになる」と述べられている。ここには、間接正犯の場合には利用者の利用行為自体を正犯の実行行為の一態様として理解されているが、教唆犯における教唆行為は教唆者と被教唆者とより成る共同意思主体成立上の過程行為であつて、これは実行行為ではないとの理解が潜んでいる。小野博士の言葉を借りれば、間接正犯と教唆犯とは定型的差異がある、ということであろうか。

ただ、ここで注意しておかなければならないことは、草野博士には、共犯論に関して、博士提唱の『共同意思主体説』²⁰⁾ という共犯団体責任論に基づいた独特の共犯理論が存在するということである。そして、この学説について、「此の共同意思主体説こそ共犯の従属性を解決するために残された唯一の途ではなからうか」とされる。そこで、われわれは、まず、この共同意思主体説なる理論を解明しなければならない。草野博士に聞いてみよう。博士曰く、「通謀が整つて通謀者の一人が共同目的たる犯罪の実行に著手することに因りて、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者と看做さるることになる」と。さらに、「二人以上共同して罪を犯す場合を、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、其の責任の帰属を共同意思主体に付て論ずべきや將た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

ふことも一理ない譯ではないが、元来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譯にはいかない。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即ち共同者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来よう。況んや現行刑法の刑罰は自然人を予定して居るに於てをやである」と述べておられる。

このような草野博士の見解、特に、『民法組合の理論から推して考へる事が出来よう』ということに対して、牧野博士は「しかし、組合であるならば、民事上、全員が全員として、その債権額につき、債権者に対し責に任ずればいいので、各組合員が、債権者に対し重複して負担を為すといふことはない。若し、草野判事が、かように民事上の考へ方を刑法にあてはめようとせられるのであるならば、共同正犯の場合における刑期はその共同正犯者の間に分配せられるか、又は、一の刑期が連带的に負担せしめられるといふことに為らねばならぬのであるまいか」と批判されている。そして「現行法の解釈論は暫くこれを措かう。専ら立法論として之を考へるにおいては、草野判事は、一方において、実質上主観説を妥当視しながら、他方において、主観説は予備と実行との区別を無視するものとせられるのである。さうして、その論理の歩を進めて、かかるが故に、予備と実行とを区別するのその必要から、共犯関係においては、行為者といふことを閑却はしないが、他人の行為に因る責任を認めねばならぬ、とせられるのである」と結論される²¹⁾。

以上のような牧野博士と泉二、小野、草野の諸博士との「教唆の未遂」を手がかりとした共犯論争は、『共犯現象をどのように捉えるか』という理解の差異に根ざしている。すなわち、牧野博士は、犯罪徴表説の立場から、徹底して個人的責任主義を強調され、それは共犯論においても変わらないという見解を維持された。それに対して、小野、草野の両博士は、個人的責任主義に一定の理解を示されながら、単独犯現象と共犯現象との定型的な差異を強調して、個

人的責任主義と団体責任主義との二元的思考を樹立された。特に、小野博士の思考前提は『構成要件論』にあることを忘れてはならない。

ところが、昭和期中葉になると『目的的行為論』が登場し、学派の争いを超えて次第に浸透してきたのであった。

(3) 昭和期中葉以後の共犯論争

① 教唆の未遂をめぐる論争

牧野、小野、草野の諸博士の共犯論争は、牧野博士→木村博士へ、小野博士→団藤博士へ、草野博士→斉藤金作博士へと学説が継承され、また、この時期に佐伯博士、植田重正博士も加わられた。さらに、構成要件論の刑法解釈論への浸透、目的的行為論の登場を契機に、共犯論争は新たな局面を迎えることになった。すなわち共犯論争は、いわゆる間接正犯論の研究、解明により、『実行従属性の問題』を根底に据えながら『共謀共同正犯の問題』へと次第に重点を移していったのである。

まず最初に、牧野理論の継承者木村博士の佐伯博士に対する論評から考察していこう。

木村博士は、『教唆の未遂』²⁰ という論文のなかで、まず、未遂の教唆(Anstiftung zum Versuch)と教唆の未遂(Versuch der Anstiftung; versuchte Anstiftung)の区別について「普通いはゆる未遂の教唆は教唆者の故意に關聯して論ぜられる場合であつて、それは教唆の未遂と区別せられることを要する。教唆の未遂は故意・過失又は一般に責任の問題とは別個に教唆行為そのものについて論ぜられる場合である」と主張される。そして、旧派刑法学が、国防保安法、戦時刑事特別法等における教唆の未遂に関する特別規定の実定法の意味に関して、共犯の未遂の処罰は例外で原則としてはそれは罰せられないのだということの宣言に外ならないものであって、現行法の解釈論としては共犯の従属性説が刑法の立場であると主張しているのに対して、木村博士は、『我々も亦共犯理論が徹頭徹尾実定法的问题であることはこれを承認する者である。然し、そのことは、共犯の問題が総て直ちに実定「法規」の中から解決せられるといふことを意味するものでは決してない。特に、共犯に関し我が刑

法が従属性の見地を採るか將た又独立性のそれを採るかについては、実定法規は何らの根拠も与へていないのである。…それ故、現行刑法における共犯が従属的なものなりや独立的なものなりやは、徹頭徹尾実定法的な問題ではあるが、然し、それは、牧野博士がいはれるがごとく、いはば「超法規的な」問題でもあることを認識せねばならぬと思ふ』として、共犯独立性説の立場を鮮明にされる²³⁾。

ところで、牧野博士によれば、「共犯の従属性」の実体的な理由として、従来、四種のものが諸家によって提言されているといわれる。それは、まず第一に、教唆の場合には自由意思の介入に因って因果関係が中断されるからということであり、第二に、正犯と教唆とは因果関係の価値が違うからということ、第三に、処罰の衡平上そうでなければならぬからということ、第四に、教唆は実行行為ではなく予備であるからということである²⁴⁾。これらの共犯従属性の実体的理由を念頭に置いて、木村博士は従属性論者佐伯博士の見解を詳細に論評される。

基本的には、教唆行為自体をもって単純なる予備と解するか、又はそれをもって、既に実行行為なりと解するかは、共犯に関する従属性説と独立性説との理論的対立から生ずる最も重要な結論の相違の一であるが、この方面から教唆行為自体が単純なる予備であることを論じて現行刑法が従属性説の上に立つものであるとの論証をするのに佐伯博士があげられる。博士によれば、「実定法上共犯にあってはその行為の間接性から結果(正犯の実行)の有無が直接的実行(未遂)の場合より一層大きな意義を認められ、その結果が生ずればそれは直接正犯と同一に罰されるが、その結果が生じない限りむしろ直接的行為の場合の予備に準じて扱はれる」²⁵⁾と主張される。

木村博士は、この佐伯博士の主張を三つの命題に分類して検討を進められる²⁶⁾。命題の第一は、実定法上共犯は「間接的」なものであるということであり、その第二は、その共犯の間接性ということを理由として、共犯においては直接的実行の場合よりも一層大なる意義が結果(正犯の実行)の有無におかれるということであり、その第三は、そこで、共犯においては右の結果が生ずれ

ば正犯と同一に罰せられるが結果が生じない限り直接的行為の予備に準じて取扱はれるということである。

木村博士は、まず、第一の共犯の「間接性」という命題について、教唆が他人の行為を利用する行為であるとか心理的に媒介させられた因果関係を利用する行為であるとかいう意味で「間接性」を持つというのであれば、これを是認するし、その意味で「直接的な実行又は予備行為」と「共犯行為」特に教唆とは「別個の系統に属する可罰的行為の類型」とされる佐伯博士の主張も妥当であると賛意を示される。しかし、この「間接性」ということは、従来の従属性説によれば、教唆が結果に対して直接の原因力を持たず単に条件を与えるに過ぎないとか、共犯特に教唆にあっては、その行為と結果との間に他人の自由意思による行為の介入があり因果関係の中断があるため、結果に対して間接的な性質を持つとかいう意味にも解される。しかし、原因と条件との区別とか、自由意思行為の介入による因果関係の中断とかいうことは今日では理論上根拠がないと一般に認められているために、このような意味で佐伯博士が「間接性」ということを主張されているとは考えられないとして、この点に関して否定的な態度をとられる。さらに、教唆行為が結果に対して因果関係を有するが、その因果関係は総て法律的価値において平等なものと解せず正犯行為は(無)価値性において共犯行為よりも大であり共犯行為の価値は正犯行為の価値から派生するものとし、そこに教唆行為が価値的に「間接性」を有するという考え方もあるが、佐伯博士の「間接性」を価値的意味に理解することは意義をもたないとして、この点にも否定的な態度をとられる。その結果、木村博士は、佐伯博士の強調される「間接性」とは『単に、教唆行為が直接手を下すところの行為ではなく、教唆者が他人の行為を利用するところの行為であるといふ事実を指すだけに止まるもの』と解さねばならないと結論される。そして、教唆行為とは教唆者が他人の行為を利用する行為であるという「教唆行為の間接性」から、第二の命題たる共犯に在っては一層大なる意義が正犯の実行という結果の有無に置かれるという結論(佐伯説)が出てくるのか— 教唆行為の間接性から教唆行為は間接的なが故に正犯の実行という結果の有無に拘らず教唆行為そのも

のについて犯罪の成否を論ずるという結論にもなり得るのではないか、また第三の命題たる正犯の実行という結果が生ずれば共犯は正犯と同一に罰され、このような結果が生じなければ予備に準ずるという結論(佐伯説)になるとは限らない— 間接的な教唆行為によって犯罪の結果が成立すれば既遂、犯罪の結果が成立せず且つ教唆行為が実行行為と解されれば未遂をもって論ずるという結論にもなり得る。従って、佐伯博士自身の結論は、自ら告白されているように「一見奇異な結論」となっている。この点を評して、木村博士は、次のように述べられる。曰く、『共犯特に教唆においては、正犯の実行といふ結果が生ずれば「直接正犯と同一に」罰せられ、結果が生じない限り直接的行為の場合の「予備に準じて」扱はれるといふのであるが、若し然りとするならば、共犯特に教唆行為それ自体は、ナグラーのいつたように、「法律的には無関係なあるもの」(etwas rechtlich Indifferentes)だといふことになるといふ点である。…唯だ、ナグラーは、正犯の実行といふ結果が生じない場合には、佐伯教授のごとく、教唆行為を「直接的行為の場合の予備に準じて」取扱ふとは考へず、教唆行為それ自体が予備の段階に止まると解している点に佐伯教授の考へと若干異なるものを示している。そして、実は、ナグラーのごとく解するのが、寧ろ、従属性説の一般的見解であるといふことになるであろう。』と。

最後に、「教唆行為それ自体は予備である」とする共犯従属性説によれば、被教唆者の実行の著手以前の行為であるから、教唆行為自体は予備に止まるとするのが共犯従属性論者の解答である。この点に関して、木村博士は、何故に教唆行為の法律的意義は被教唆者の行為を標準にしなければならないのか、その解答は出されていないと反論され、独立性説に従うと、教唆行為はそれ自体において犯罪的意義を確実に外界に表現する行為であり、その意味において、それ自体において既に実行行為と解されるのである、被教唆者が犯罪の決意に至ると否と、更に、実行に至ると否とは教唆行為が実行行為なりや否やの法律的评价とは関係がないと主張される。その理由をして、「共犯行為の処罰を正犯行為の成立に従属せしめるのでは刑罰の目的たる国家・社会の保全には余りに手後れの処置を採らねばならぬことになり刑法の機能を全うし得ざる結果と

なるが故に、共犯行為それ自体について論ずるのが合目的であり且つ妥当であるといはねばならぬからである。かかる意味において、我々は、解釈論的にも刑事政策論的にも現行法が共犯独立性説の上に立つものと解せねばならぬのである」とされる。

以上のような『教唆の未遂の処罰如何という実行従属性の問題』は、この問題と平行に問題となっていた『共同正犯の意義・成立範囲』の問題に論点を移していった。それは、判例によって確立された「共謀共同正犯」という概念をめぐる論争に端をはったものであった。

② 共同正犯の成立要件について

従来までは、共同正犯の主観的要件として、いわゆる共同実行の意思(共同加功の意思、意思の連絡)が必要とされているが、その内容について犯罪共同説と行為共同説とにおいて、見解が分かれ、それに基づいて共同正犯の成立範囲に差異が生じている。

行為共同説の立場に立たれる牧野博士は、片面的共同正犯(一方的共同正犯)の成立を論じて、「蓋、共同加功の意思は犯人の心理的事項に属す。其の相交換せらるるといふこと又は共犯者の双方にこれありといふことは外界の事項に過ぎず。故に、予輩は、共犯の主観的要件たる此の意思は、其の片面的なる場合に於ても尚成立し、其の場合に於ては、其の意思を有する一方に対して共犯の効果を生ずるものと解す」²⁷⁾とされ、また、木村博士は、過失犯の共同正犯および故意犯と過失犯との共同正犯の成立を説いて「共同加功の意思は、…故意的意思たる必要はなく過失的意思であつてもよい。従って、共同正犯は、意思の連絡ある限り、過失犯の間においても、又故意犯と過失犯との間においても成立し得るのである」²⁸⁾と主張される。

これに対して、犯罪共同説の立場に立たれる大場博士は、片面的共同正犯の成立を否定して、「二人の共同行為者中其の一人に共同意思ありたるも他の一人に共同意思なきときは事実上に於て共同意思ありと為す能はざれば此二人間に共同正犯の関係ありと為すに足らず」²⁹⁾とされ、また瀧川博士は、過失犯の共同正犯を否定して、「各共同者は、他人の行為を補充し、また他人の行為によつ

て補充せられたることを認識し、その認識に従って行為することを必要とする。補充し合う行為によって一つの結果に到達しようという決心が共同正犯の総合的要素であり、独自の特徴である。この心理的状態(相互的理解)は故意的行為について存するに過ぎない。従って共同正犯は故意を前提とする。過失犯の共同正犯は考えられない。何かを共同して企てるという観念は過失的共同動作とも結びつくが、結果を共同して引起そうという部分行為を含む決心は、過失的共同動作と結びつくものではない。数人が過失によって構成要件に該当する結果を引起す場合は数個の過失犯として取扱われる」³⁰⁾と主張される。共同正犯に関する犯罪共同説と行為共同説との根本的な対立は、共同実行の意思(共同加功の意思、意思の連絡)を必要とするか否かにある。この論点は、従来、『見張り行為は共同正犯か従犯か?』という問題として論じられていた。犯罪共同説の立場に立てば、共同正犯と従犯の区別につき客観的基準を尊重し、構成要件該当性の有無ないし実行行為の存否を問題として、例えば、大場博士は、「其現に為したる行為の実質を標準と為し之に基き共同正犯行為なるや否やを決定すべきである」³¹⁾とする。すなわち、「犯罪構成事実に属する行為を実行する」³²⁾のが正犯であり、「行為の実質にして犯罪の実行行為に属する以上は行為者は元来其行為を自ら為すの意思なく単に他人の行為を幫助するの意思に出でたる場合と雖も此行為は従犯行為を以て論すべきものに非ずして共同正犯行為を以て論すべきものとす」。また「之と同一理に依り行為の実質が犯罪の実行に属せずして其实行を幫助する行為に属する以上は行為者が其犯罪を共同して為すの意思を有する場合と雖も之に因り其行為は共同正犯行為に変わるものに非ずして依然従犯行為なり」³³⁾とされる。

他方、行為共同説の立場からは、主観的要素を重視して、例えば、宮本博士は、「幫助の特質は加担意思を以てする加担行為たる点に在り、茲に加担意思とは、其成立に於て他人の意思(故意又は過失)を条件として定まり且之に依存する意思(正犯が止めるときは、異議なく共に止める程度 of の意思)を謂ひ、加担行為とは他人の行為に依頼してのみ結果に影響する行為なり」³⁴⁾とされている。これに対して、牧野博士は、群衆心理に着目し、共同運動における主動的分子

と受動的分子との関係を共犯理論に應用して、「共同關係そのものに於て主たる地位を有する者を正犯とし、従たる地位に在るに過ぎざる者を従犯と為すなり」³⁵⁾とされ、また、「蓋、正犯と従犯との區別に關して合理的標準を明にすることは甚だ困難なるべし。惟ふに、此の區別は刑法理論に關する客觀說に基因するものにして、之を吾人の主觀說よりするときは寧ろ不条理なりと謂はざるべからず。犯罪事實に対して意思を有し、且其の發生に原因を與へたる者なる以上は、共に皆正犯と解すべし」³⁶⁾と主張される。この牧野說に対して、木村博士は、「しかし、この說にいうところの主・従、主動的・受動的の區別は漠然としている點に欠陥があり、…自己の決意によって構成要件實現に至る行為をする者を正犯とし、自己の決意の共同すなわち共同の意思により犯罪を行う場合を共同正犯とし、既になされた他人の決意を通して犯罪を行う場合をもって従犯と解すべきである。その場合、行為が形式說の見地から見て客觀的に実行行為たるか否かは重要ではなく、客觀說の見地から予備・附隨行為と解せられる行為をする場合も、その行為が、單獨であれ共同であれ、自己の決意によってなされた場合は正犯であり、既に決意せられた他人の意思を通してなされる場合を従犯と解すべきである。従つて、見張りは共同の意思の下になされる場合は正犯となるが、他人の既成の決意の下になされる場合は従犯と解すべきである」³⁷⁾と批判される。牧野說によれば、見張りは一般に従犯とされることになるが、木村說によれば、それは原則的には共同正犯と解されることになるう。

ところが、犯罪共同說の立場に立たれる小野博士は、「共同者の行為が犯罪の実行と認むべきや否やは、其の共同行為全体として構成要件に当籤まるや否やに依りて判断すべきである。併しながら、其は前述の意味に於て共同の行為である限り、其の共同者の各自の行為が犯罪の実行そのものに参加し犯罪の実行そのものを分担する場合であるべきである(此の點に共同正犯と幫助犯との區別が見出される)。此の意味に於て私は單なる見張行為は共同正犯と為す判例に疑問をもつものである。其は実行行為そのものの一部を為す場合に於てのみ共同正犯であろう」³⁸⁾とされ、また、団藤博士は、「とくに問題となるの

は、見張りである。判例は、かつては実行行為の分担であることを理由として、のちには後述の共謀共同正犯の理論によって、見張りを共同正犯とみとめている。共謀共同正犯の理論が不当なことは次に述べる。問題は、これを実行の分担といえるかどうかである。小野博士は、全体的観察という見地からこれを肯定されるが、全体的考察ということをここまで拡張されるのは行きすぎだともいう。わたくしは、見張りは、一般的には幫助犯にすぎないと考える。もっとも、たとえば監禁罪のように、構成要件によっては、見張りも実行行為でありうるであろう³⁹⁾とされる。また、齊藤博士は、小野博士が、後に、「共同正犯における実行行為の有無は『二人以上の行為を全体として観察すべきであり、個々の行為のみを切断して観察すべきではない。此の意味に於て直接手を下さなくても、犯罪を共謀し且つ其の見張りを分担するが如きは、幫助でなく共同正犯を認むべきであろう』として、見張り行為の共同正犯性を肯定的に解しつつも、「各自の行為が単独にその構成要件に該当することは、必ずしも必要でない。例えば二人で強盗を共謀をし、一人が屋内に入り、一人は屋外で見張りをした場合は、強盗の共同正犯である。しかし屋内で賭博をするのを、屋外で見張りをしていた者は、それだけでは、賭博をした共同正犯とはいへない」⁴⁰⁾とされるのに対して、「しかし、このように、賭博の見張りは共同正犯でない、と一律に解するのは如何なものであろうか。賭博の見張りでも共同正犯がありうるのであって、要は、犯罪事実の実現に重要な役割を演じた者を正犯とし、重要ならざる役割を演じた者を従犯とすべきである」⁴¹⁾と主張される。

ところで、わが刑法 60 条の「共同正犯」については、犯罪共同説・行為共同説ともに「犯罪の実行」を必要とすると解して、これを一般的に「実行共同正犯」として理解し、いわゆる「共謀共同正犯」と厳格に区別している。すなわち 60 条にいう共同正犯とは、内容の相違は別として、両学説ともに「共同の意思」と「共同の実行(犯罪の実行)」を必要とすると解している。この点に着目して、単なる『見張り』は実行行為の分担と考える余地がないために、これを従犯と解すべきであるというのが一般的である。ところが、犯罪共同説の代表者小野博士並びに行為共同説の代表者木村博士は、ともに、「見張り」が

犯罪実行行為の一部でないにもかかわらず、「直接手を下さなくても、犯罪を共謀し且つ其の見張りを分担するが如きは、幫助でなく共同正犯と認むべきであろう」とか、「その意味において、『見張』をすることは、客観説においては当然幫助行為と解せられるが、それが共同の意思を実現する意図の下になされた場合は、これを共同正犯と解する判例の見地は妥当である」として、『見張りの共同正犯』を肯定する態度がうかがわれる⁴²⁾。ここには、「見張り」を実行共同正犯の下で捉えれば従犯となるが、共謀共同正犯の下で捉えれば共同正犯になるとの解釈も成り立ち得る。

学説の主たる傾向は、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、間違っているとする。すなわち共謀共同正犯の概念を否定し、実行共同正犯の概念だけで処理しようとするのである。

そこで、我々は、もう一度、共同正犯に関する「犯罪共同説」、「行為共同説」なる学説の実体を検討してみなければならない。

犯罪共同説はいう。曰く、客観的要件に関し、「実行行為すなわち構成要件に該当する行為を分担したことを要するのである。実行行為の分担で足りるから、共同者の一人々々の行為が実行行為の一部にすぎないものであっても、むろんさしつかえない」⁴³⁾と。すなわち共同者のすべてが、少なくとも、構成要件に該当する行為の一部を行ったことを必要とすると解する。同じく客観的要件に関して、行為共同説はいう。曰く、「刑法60条ノ『共同シテ犯罪ヲ実行シタル者』ト云ヘル実行ノ辞ハ、狭義ノ実行ト、実行時ニ於ケル同価値ノ共同動作ト、実行ノ着手、予備ト、着手予備時ニ於ケル同価値ノ共同動作トヲ包含ス (1) 実行ハ共同者カ同様ニ担任スルコトアリ別様ニ分担スルコトアリ此種実行行為ノ共同実施者カ皆其正犯タルハ何等疑ナキ所ナリ (2) 実行時ニ於ケル同価値ノ共同動作トハ実行ノ際ニ於ケル重要ナル援護行為ヲ謂フ狭義ノ実行ヲ補充スルモノ及ヒ障碍ヲ除去スルモノ等此ニ属ス (3) 着手未遂ハ予備及ヒ

其同価値ノ共同動作ヲ実施シタル共同者亦其正犯ナルカ故ニ刑法60条ノ実行ノ辞ハ本書ノ用フル実施ノ辞ニ相当ス」⁴⁰⁾ と。すなわち共同者が必ずしも構成要件に該当する行為の一部をすら行ったことを必要としないと解する。両説の相違は犯罪の「実行行為概念」の理解の差異に基づくものであるが、共同正犯の客観的要件としては、ともに「犯罪の実行」を必要としている点では一致している。

他方、主観的要件に関して、犯罪共同説はいう。曰く、「行為者の双方に共同実行の意思(意思の連絡)がなければ、単なる同時犯にすぎない」⁴⁵⁾ と。同じく主観的要件に関して、行為共同説はいう。曰く、「共同の意思は意思の連絡又は共同加功の意思ともいい、共同者各自において相互的に存在すれば足り、これをもって十分とする」⁴⁶⁾ と。ただ、両説の相違は「共同の意思の範囲すなわち共同の意思は行為のいかなる範囲の事実を認識することを要するか」に関して異なる。犯罪共同説は、犯罪を共同にする意思を必要とするから、構成要件の結果の認識すなわち故意の共同を必要とする。従って、共同正犯は故意犯について且つ故意の範囲内においてだけ成立すると主張する。これに対して、行為共同説は、行為を共同にする意思があれば足り、結果を共同にする意思すなわち故意の共同を必要としないと主張する。それ故に、犯罪共同説によれば、共同正犯が成立するためには、二人以上の者が特定の犯罪を実現する意思をもって且つ実行行為を分担したことを要する。しかもその実行行為は構成要件に該当する行為の分担でなければならない。ところが行為共同説にあっては、二人以上の者が犯罪的意思をもって実行行為を分担していれば足りる。そして、ここでいう実行行為とはそれぞれの行為が独立に、又は全体として、結果発生の可能性を持つものであればよい。共同の行為によって現実に結果が発生した場合は、たとえ、個々の分担行為がそれだけでは結果発生の原因力がなかったときでも、成立した結果の全体に対してすべての共同者に責任があることになる⁴⁷⁾。この両説の相違は、両説の犯罪理論ひいては共犯従属性説と共犯独立性説の差異に基づいている。すなわち共犯独立性説を徹底させると、正犯・従犯の区別はなくなる⁴⁸⁾ のに対して、共犯従属性説を徹底させれば、構成要件該

当性の有無ないし実行行為の存否を問題とするから、単なる「見張り」の如き行為は従犯とすることこれ当然の理である。それなのに小野・木村の両博士は見張りを共同「正犯」と解される。木村博士が見張りが共同の意思の下になされる場合は正犯となるとされるのは、共犯独立性説の立場からしてこれ当然である。しかし、犯罪共同説の代表者小野博士が見張りを共同正犯と解されるのは、構成要件該当性の有無ないし実行行為の存否を重要視する立場からして疑問である。小野博士が引用されている判例をみると、「強盗を共謀し、その実行場所において見張りをした者は、他の共謀者のした強盗殺人の実行に加功したことになり、共同正犯となる」とか、「強窃盗を共謀した場合に共同正犯が成立するためには、必ずしも各共謀者が強窃盗の構成要件である実行行為の全部に加功する必要はなく、その一部に加功する場合は勿論、実行行為でない屋外の見張りもしくは家宅内の侵入を容易にするため梯子を周壁にかけようという行為に関与するだけでも足りる」とする、いわゆる共謀共同正犯とされている事案である。小野博士によれば、実行の共同という要件を緩やかに解し、犯罪を共謀した以上は、実行行為に密接且つ必要な行為を行う者も共同正犯であるとされる趣旨であろうか。いずれにしても、小野博士提唱の「実行行為概念による正犯・共犯の区別」は破綻する。

それは別として、判例は、当初、『共謀共同正犯』なる概念を知能的犯罪に限定して認めていたが、のちにはこれを一般化するに至った。この判例に理論的基礎を提供されたのは、草野博士提唱の「共同意思主体説」である。博士曰く、「惟ふに、共犯関係を以て、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、因果関係論を以て解決しうることになり、端的に言うならば、終りには、共犯無用論に帰着せねばならぬことになろう。しかし、さればといって、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、犯罪共同説は余りに犯罪事実に着目して行為者と言うことを閑却する嫌いがあるからである。されど、これを行為共同説の個人責任論的なに比するならば、若干共同責任論的であると言い得よう。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っては、いささか言い過ぎであって、当たらざるものがあるのではあるまいか。私の見る所を以てするならば、この共同意思主体説こそ、共犯の従属性を解決する為に残された唯一の途ではなからうかとさへ考えられる」⁴⁹⁾ とされ、さらに共同意思主体説の意義について、「惟ふに、二人以上共同して罪を犯したりと云はんには、先ず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為りたる上(共同意思主体)、少くとも其の中の一人が犯罪の実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った丈では、未だ以て共同意思主体の活動があったと云ふことを得ないからである。況んや我現行法の如く犯罪の実行に著手して其の構成要件を充足した場合、即ち既遂を罰するを原則とし、未遂を罰するは、之を各本条に定むる場合に限れるのみならず(第44条)、犯罪の予備陰謀を罰するを極度の例外とし、僅かに放火(第113条)、殺人(第201条)、強盗(第237条)等5, 6の場合に限り、而かも其の刑の著しく軽い法制の下に於ては、以上の如く解するの外はない。さて、此くの如く解するときは、従来、加担犯たる教唆犯及従犯が正犯の成立を俟ちて成立すると云はれた共犯の従属性といふことは、大に意味あることであり、更に進んでは之を通謀に因る共同正犯の如きに付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居る。刑法第61条第1項、第62条の如きは、此の成立上の従属性を規定したものである。故に此の意味に於て、通謀、教唆が通謀、教唆に止るものは、爆発物取締罰則第4条の如き明文の存せない以上、之を処罰するを得ないと解せねばならぬ」⁵⁰⁾ と主張される。

ここで注意しなければならないことは、共謀共同正犯論をめぐる論争は、判例理論そのものを対象としたというよりも、草野博士の共同意思主体説をその主たる対象としたものであった。だから、大多数の学説が反対を示したのは、共謀共同正犯論に対してではなくて、共同意思主体説に対してであった。そのような状況において、草野理論の継承者齊藤博士は、共同正犯における犯罪の

実行ということについて、『犯罪を実行する』とは、各本条に規定する構成要件に該当する事実を実現することをいう。必ずしも、共同者の全部が実行行為を分担することを要しない。実行行為を分担する者を以て共同正犯者とするのであるが、実行行為を分担せず単に謀議に参加するに止る者も共同正犯者と解すべきである』⁵¹⁾とされ、さらに『けだし、共犯の共犯たる所以は「二人以上の異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すと云う共同目的を実現するがため同心一体となる点に」これを求むべきだからである』⁵²⁾と主張される。草野・斉藤理論に強力な支持を示されるのは、植松正博士である。曰く、『共同正犯が成立するには、法文に照らしても明かなように、結局において実行がなければならないことは言うまでもないが、それは共犯者の集団全体として一の実行があれば足りるのであって、かならずしも共同者各自が実行行為を分担することを要すると解すべき根拠はない。ただ、正犯一般の定義との関係において考慮すべきものがある。単独犯については、直接に実行行為をする者を正犯とするのであるから、共同正犯もまた少なくとも各人の実行行為の分担を必要とすると解しやすいが、単独正犯の定義を共同正犯に推し及ぼすについては、共同者全員を一体として見なければならない。全体としては、そこに直接の実行があるのである。それはただ共同者のうちの若干の者にとっては自己の手足の挙措動作がないだけのことである。第60条の法文に「共同シテ実行シ」とあるところは、犯罪における協力現象のうちで、その共謀という心理面においてであろうと実行という動作面においてであろうと、とにかく、複数人の間に共同の事実がありさえすれば、実行はその共同者のうちの誰かによって行われれば足りる。法文はこの趣旨と解するのに何の支障ともならないはずである。実行行為を分担しなくとも、背後にあって、その集団中の重要な役目を果たす者もある。これを正犯でないとすることは、単なる実行の担当者のみを偏重することになる。その犯罪構成要件たる事実を実現するにつき重要な役目を演ずる者であれば、実行を分担せずとも、正犯としての責任を問うべきである。共犯者が一体をなして犯罪構成要件たる事実を実現するという点から見れば、たがいに兄たり難く弟たり難いような状況において相助けて活動するのが共同正犯で

ある』⁵³⁾ と。さらに下村教授によっても 支持されている⁵⁴⁾。

大多数の学説が反対するにもかかわらず、判例は「共謀共同正犯概念」を次第に確立していった。そして、最高裁判所になってからの指導的な判例とされているのは、昭和 23 年における傷害致死事件の判決である。判例曰く、「数名の者がある犯罪を行うことを通謀し、そのうち一部の者がその犯罪の実行行為を担当し遂行した場合には、他の実行行為に携わらなかった者も、之を実行した者と同様にその犯罪の責を負うべきものであって、その理は数名の者が他人に対し暴行を加えようと通謀し、そのうち一部の者が他人に対し暴行を加え之を死傷に致したときにもあてはまるものである」(最判昭 23・5・28 刑集 2・5・27 8) と。そして、最高裁のいわゆる練馬事件判決(最大)判昭 33・5・2 刑集 12・8・1718) で確定的なものとした。

- 1) 牧野「刑法総論」347 頁及び 344 - 345 頁参照。
- 2) 大場「刑法総論下巻」767 頁及び 999 頁参照。
- 3) 小野「犯罪構成要件の理論」256 頁参照。
- 4) 滝川「刑法講義」142 - 143 頁参照、また「犯罪論序説」では、「刑法に規定してある各種の犯罪は原則として一人が完全に構成要件に該当する行為を実現することを予定する。これを独立的犯罪類型とゆう。独立的犯罪類型に対し従属的犯罪類型ともゆうべきものがある。未遂犯がその一つ。未遂犯は、例えば殺人罪の未遂犯とゆうように、基本の犯罪があつて始めて意味が出て来る。未遂犯の『犯罪の実行に着手する』ことも、犯罪的性質を決定する要素に方向を与えるものであるが、独立的犯罪類型の構成要件と關聯するものでなければ無意味である。『実行に着手する』は人を殺すことの実行着手として、換言すれば、殺人罪の構成要件を必然的に予想して始めて刑法上意味あるものになる。即ち従属的である。この関係は共犯においても同様である。刑法はあらゆる犯罪が一人によって行われることを予想して規定を設けるが、事実においては多数人によつても行われる。関与者中には指導的、実行的の役割を引受ける者と隷属的、補助的の役割に服するに過ぎない者があるが、すべての関与者は特定の犯罪、例えば殺人罪の構成要件との關聯においてのみ刑法上意味をもつ。この意味において共犯は従属的犯罪類型の他の一つを形成する」と(200 頁)。
- 5) 滝川「犯罪論序説」226 頁、同「刑法講話」256 - 257 頁参照。

- 6) 牧野「日本刑法全」(増訂大 13) 318 頁参照。
- 7) 牧野「日本刑法全」320 - 321 頁、同旨宮本「刑法大綱」454 - 455 頁、同「刑法学粹」392 頁、木村「全訂刑法読本」258 頁以下参照。
- 8) 大場「刑法総論下巻」1065 頁参照。
- 9) 小野「刑法概論」143 - 144 頁参照。
- 10) 滝川「犯罪論諸説」245 - 246 頁、同「刑法講話」268 頁参照。
- 11) 泉二「日本刑法論総論」587 - 588 頁 (なお、下線部分は筆者であるが、その書大 9 年版では、この下線部分が「著手アリト認ム可キニ非ラサルナリ」とされている。)。博士は、その書「刑法大要」において、共犯従属性説に関し「因果関係の理論より観察するときは寧ろ共犯独立説を是認するを可とす」とし、「苟も自己の行為が罪と為る可き事実の発生に対し相当の条件を成したる以上は、直接なると間接なるとを問わず原因としての価値を異にするものに非ずして、唯其責任に付て価値判断を異にするの余地あるに過ぎざるが故に、教唆者並に従犯は間接に罪と為る可べき事実を実現するに依り自ら罪を犯すものにして、自己の犯罪に付き責任を負ふものに外ならずと認むるを可とす」(199 - 200 頁)とされている。
- 12) 牧野「刑法研究」11 巻 19 - 20 頁参照。
- 13) 小野「刑法講義総論」207 頁参照。
- 14) 小野「刑法講義総論」199 頁以下参照。
- 15) 牧野「刑法研究」11 巻 22 頁以下参照。
- 16) 牧野「刑法研究」11 巻 23 頁以下、なお小野博士は、共犯独説に対し「これは可罰的行為の定型性を無視する抽象論であり、現実生活の具体的な道義的評価から遊離した見解である」と批判される(小野「刑法講義総論」(200 頁)参照)。
- 17) 小野「刑法講義総論」106 頁、特にその脚注 (3) を参照。
- 18) 小野「共犯の従属性」法学評論(昭 13) 180 頁以下、とくに 182 - 183 頁参照。
- 19) 草野「共犯の独立性」及び「共犯の従属性」刑法改正上の重要問題所収 245 頁以下参照。
- 20) 「共同意思主体説」なる学説は、草野博士提唱によるものであり、判例における共謀起用同正犯論に基礎を提供したとされている。とくに、「刑事法学の諸問題」1 巻(昭 26)、同「刑法改正の重要問題」313 頁以下、及び「刑法要論」117 頁以下参照。
- 21) 牧野「刑法研究」11 巻 29 頁以下参照。
- 22) 木村「教唆の未遂」刑法の基本概念(昭 44) 所収 323 頁以下参照。
- 23) 木村博士のこの見解は、団藤博士に対する意見として述べられたものである。つ

まり団藤博士は、「教唆の独立性を認めるならば教唆の未遂は正にその犯罪自体の未遂となるので、かような(即ち国防保安法第12条のやうな)特別規定を要しない」、共犯独立性説を認めるならば、かかる規定は「無用であるのみならず、むしろ不当とせられねばならぬ」とされた(団藤「国防保安法の若干の問題」法律時報13巻5号4頁以下)。更に、教唆の未遂を特別罪として規定することは、「共犯従属性説に更に新しく条文上の根拠を与えたことになり」、「従属性説に論拠を与える以外の何ものでもない」と。何故かという、既に刑法が共犯独立性の見地に立っているとするならば更めてその結論と考えられるところの思想を内容とする特別規定を設ける必要がないからであると。また、解釈論として、狭義における教唆の未遂を原則として罰せざる理由について、まず「刑法第61条1項であって、この規定を基礎として現行法が教唆の未遂を罰するのは正犯が未遂に終わった場合に限るとせられるらしいのである」とし、次に「単独犯の場合に於ても犯罪の『実行』なき限り未遂犯として処罰せざる現行法制下に於て」は教唆の未遂を罰するのは「処罰の公平を欠く虞がある」との小野博士の見解(小野「法学評論(上)」181頁以下、同「刑法講義総論」201-202頁、なお同書では、「教唆犯ないし幫助犯の未遂を処罰するが如きは無用に処罰を拡張するものであり、政策的行きすぎである」とされている。)に対して、木村博士は、小野博士の最初の見解について「これは教唆行為そのものをもって『実行』行為と解せざるに於てのみ成り立つ議論である」とされ、また、後の見解に対しては「公平」の見地を基礎として教唆の未遂の不可罰を論ずる説も独立性説に対しては何らの意義を有し能はないことになると見るべきである」と述べられる。

- 24) 牧野「未遂の教唆と教唆の未遂」刑法研究11巻所収143頁参照。
- 25) 佐伯「戦時下に於ける我刑政の発展」法学論叢6巻4号116頁以下参照。
- 26) 木村「前掲書」342頁以下参照。
- 27) 牧野「通謀に因る共同正犯と片面的共犯の成立」刑法研究3巻238頁以下、とくに240頁。また宮本博士は、その書「刑法学粹」のなかで、『然れども前記の如く、相互了解の要件を否定し、共同正犯に於ける共同関係を単に因果関係として見んとする立場に於ては、共同正犯の性質は本来一方的即ち独立のものなり。此点は教唆犯、従犯の場合に異ることなし。従て仮に各共同者間に相互了解が成立したる場合に於ても、法律上は一方的なる共同正犯が事実上同時に相交錯して行はるるに過ぎず。斯かる見解に於ては、法文に「二人以上共同して」とあるは、共犯其者は本質上一方的なるに拘らず、二人以上の犯罪が成立する場合にのみ生ずる関係なることを意味するものと解すべし』(399-400頁)とされる。

- 28) 木村「全訂新刑法読本」267頁、同旨宮本「前掲書」400頁参照。
- 29) 大場「刑法総論」下巻1049頁、同旨小野「刑法講義総論」203頁参照。
- 30) 滝川「犯罪論序説」229頁、同「刑法講話」264頁、ただし、大場博士は過失犯の共同正犯を認めておられる。大場「前掲書」1050頁及び1061頁参照。
- 31) 大場「前掲書」1035-1036頁参照。
- 32) 大場「前掲書」1038頁参照。
- 33) 大場「前掲書」1041-1042頁参照。
- 34) 宮本「前掲書」419頁参照。
- 35) 牧野「日本刑法全」339頁、牧野博士は、正犯・共犯の区別につき、主観説の立場ではなくて、共同関係に於ける犯人の地位そのものを基礎とすることを提唱されている。そして、自説について、「単に事実の軽重を基礎とするものに非ざるが故に客観説に非ず。然れども単に犯人の心理を標準とするものに非ざるが故に主観説と為すことを得ず」と主張される(同書339頁)。なお、宮本博士の所説については、宮本「前掲書」418-419頁参照。ここで宮本博士は、牧野説を「従属関係説」と称され、自らは折衷説に依拠する旨表明されている。
- 36) 牧野「日本刑法全」340頁参照。
- 37) 木村「法律学全集刑法総論」421頁参照。
- 38) 小野「刑法講義総論」204頁以下参照。
- 39) 団藤「刑法綱要総論」(昭44)301頁、なお、改訂版では、とくに「当の構成要件該当事実の実現に対して行為支配をもったものといえるばあい—たとえば現場で見張りをする親分—は格別、一般的には幫助犯にすぎないと考える」(369頁)として、構成要件該当事実の実現に対して行為支配をもった者であれば、正犯に間擬してもよいという考えを表明されている。
- 40) 小野「新訂刑法講義総論」205頁、同「刑法概論(昭27)」169頁参照。
- 41) 斎藤「共犯理論の研究」143頁参照。
- 42) 小野「新訂刑法講義総論」205頁、木村「犯罪論の新構造(下)」353頁以下参照。
- 43) 団藤「刑法綱要総論(改訂版)」369頁参照。
- 44) 岡田朝太郎「刑法論(昭2)」163-164頁参照。
- 45) 団藤「刑法綱要総論(改訂版)」366頁参照。
- 46) 木村「全訂新刑法読本」267頁、同「法律学全集刑法総論」408頁参照。
- 47) 牧野「刑法総論」384-385頁参照。例えば、牧野博士は、「教唆及び幫助は、正犯の実行行為を通じて犯罪の完成に影響を及ぼすものであり、その点において因果関係を具有するものである、とするのである。そうして、教唆者又は幫助者の立場

において考えるときは、それぞれ、その行為者の犯意がそれに依って遂行的に表現しているものといわなければならない」とされ、その書「刑法研究」1巻13頁以下では、共同正犯は因果関係の横すなわち幅員の問題とされ、また、同書104頁以下では、共同正犯について「共同正犯の特色は犯罪の実行が共同的に為されるという点にある」とされている。ここでは、犯罪共同説的な「共同加功の意思」は不必要との態度が鮮明である。

- 48) 例えば、団藤「刑法綱要総論(改訂版)」365頁、そこでは、「共同正犯と教唆犯・幫助犯との区別を全廃するところまで行かなければならないであろう」とされ、また、草野「刑法改正上の重要問題」318頁では、「すなわち、知るべし、共犯独立性説は共犯否認論であることを」とされる。この点、宮本博士は率直に肯認されている。曰く、「従て刑法上共犯に関する規定は理論上処罰(処罰の有無又は程度)に関して何等か特例を設くる場合(例63-65条)の外は全く其必要なきものなり」(刑法学粹393頁)と。
- 49) 草野「刑法改正上の重要問題」313-314頁参照。
- 50) 草野「刑法要論」117頁以下参照。
- 51) 斎藤「刑法総論(訂正版)」214頁参照。
- 52) 斎藤「共犯理論の研究」108頁参照。
- 53) 福田平「再訂刑法概説Ⅰ総論(昭49)」364頁以下参照。
- 54) 下村「共謀共同正犯と共犯理論」(昭50)、同「共同意思主体説と共謀共同正犯」犯罪論の基本的思想(昭45)183頁以下参照。

2. 間接正犯論の再評価 ―間接行為者の行為性について

(1) 間接正犯論序説

この時期になると、学説は、共謀共同正犯論＝共同意思主体説という観念を持ちつつも、共謀共同正犯論を新たな視座から理論づけようとの動きが生じてきた。その1は、目的的行為論に基づいた理論構成であり、その2は、間接正犯類似の理論構成である。いずれもこの時期に、わが国で注目をあびた目的的行為論及び間接正犯論の影響が考えられる。そして、共犯論争は、正犯・共犯の区別に関する新たな理論論争へと発展していった。いわゆる共犯従属性説にいう「従属性」の実体に向けられていったのである。このことは、現在の通説がほぼ「共犯独立性説(牧野刑法理論)」を克服したということ及び間接正犯概念の確立にある。例えば、間接正犯概念の確立について、木村博士が、「間接正犯の概念は共犯従属性の理論の結論として成立する当罰的行為の概念的空白を補充するために構成せられた概念である」¹⁾とされるのがこれである。すなわち「間接正犯の概念は共犯従属性の形式の中極端従属形式を基礎とし、従って、被利用者の行為が構成要件該当で違法且つ有責な場合に共犯が成立すると解するから、間接正犯は被利用者の行為が構成要件に該当しない場合、構成要件に該当するが違法ではなく適法な場合及び構成要件該当で違法であるが責任がない場合を中心として考えられている」²⁾というのがこれである。共犯独立性論者は、間接正犯をもって共犯又は共同正犯と解し、間接正犯の概念を特に必要としないと主張する³⁾。ここには、共犯の可罰性は正犯のそれとは独立に、それ自体の中に存し、したがって共犯の成立のためには正犯者の実行行為を必ずしも前提とせず、それ故に、教唆犯と間接正犯との差異は全くないという思考がある。ところが、共犯従属性論者は、教唆犯は「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者」であり、自ら実行した者ではない。教唆行為は当該構成要件に該当する行為そのものではなく、他人に犯罪実行の意思を生ぜしめる行為であり、間接正犯は道義的に責任のない他人を利用して犯罪を実行することであり、両者の間には定型的差異があるという。すなわち間接正犯の概念は、自ら手を

下さないという意味において「間接」正犯であるが、実行者として「正犯」である点では直接正犯と異らないという点にある⁴⁾。

そこで以下、間接正犯論を若干検討した後に、あらためて間接正犯と教唆犯の問題に立ち入りたい。

(2) 間接正犯概念の生成史について

① 間接正犯概念の生成⁵⁾ について、その歴史的由来を探ってみると、19世紀初頭のドイツ刑法学では、犯罪の結果を惹起した者をひろく包含する Urheber(発起者)の概念が用いられていたというところに求めることができる。例えば、フォイエルバッハは、直接であると間接であるとを問わず、ある犯罪を活動としてもたらした十分の原因を具備する者を発起者(主犯者)(Urheber(auctor delicti))とし、これを、発起者の活動を援助することによって犯罪の実現に関与した者である幫助者(従犯者)(Gehilfe(socius delicti))と対置した。そして、発起者の中に、自ら犯罪を実行し、その直接の原因を与えたものと、他人の犯罪を利用することにより、間接の原因を与えたにすぎないものとを区別し、前者を身体的発起者(physischer Urheber;auctor physice talis)とよび、後者を、さらに、故意に他人を犯行に決意させたものと、すでに犯行の決意を有する他人の活動を妨げていたものを排除するものとに分ち、それぞれを、直接的間接発起者または精神的発起者(directer, mittelbarer Urheber; intellectueller Urheber)、及び間接的間接発起者・主たる共犯者(indirecter, mittelbarer Urheber; Hauptgehilfe; socius priipalis)と称した。今日の間接正犯者が、教唆者とともに、その最後の二類型中に含まれることは明白である。また、ステューベルは、当初、発起者(主犯者)という語は、科刑の理論においては、法の侵害を惹起することを自ら決意した者をいい、犯罪行為に対して直接的決意を有するか、他人によって企図された犯罪行為の促進に間接的決意をもつかによって、狭義の発起者と共犯者(Teilnehmer)とが区別されるとし、発起者の中に、直接犯罪を実現する直接発起者(unmittelbarer Urheber)と、間接的ないし離隔的に原因を与える間接発起者(mittelbarer Urheber)とを分ち、その後者をさらに三分して、他人に物理的に犯罪の実現を妨げていること

をなしてやる者を身体的発起者(physischer Urheber)、他人の行為を妨げ得たことをなさなかった者を道徳的発起者(moralischer Urheber)、また、その者の助力なしには他人が犯行の決意をなしえなかったであろう者を精神的発起者(intellektueller Urheber)と称していた。間接正犯者は、教唆者とともに、その間接発起者に当たるものとしていた。ところが、後になって、発起者の語を避け、いわゆる精神的発起者を間接正犯者(mittelbarer Täter)と称するに至った。このように、この時代のドイツ刑法学においては、未だ、今日のような正犯と教唆犯との類型的区別が認められておらず、他人を介して犯罪の結果に原因を与えた者として、間接正犯者と教唆者とは、いわゆる発起者、とくに精神的発起者または間接発起者の範疇中に混在させられていた。ここには、中世イタリア法学以来の、「他人によって犯した者は、自ら犯した者と認められる」(Quod quis per alium facit, per se ipsum videtur.)、「他人によって犯した者は、自ら犯した者とみなされるべきである」(Quod quis per alium facit, ipse fecisse putandus est.)、「他人によって犯した者は、自ら犯した者と評価される」(Quod quis per alium facit, per se ipsum facere censetur.)という法諺が行われており、発起者が他人を利用して犯罪の結果を惹起した場合についても、その利用された他人の責任能力の有無の如きは、格別問題にされていなかったのである。

② ところが、19世紀中葉になると、今日の間接正犯の場合と教唆犯の場合との性格の相異に着眼して、従来の発起者とくに精神的発起者ないし間接発起者の概念を分化して、間接正犯の場合は、なおその中にとどめるが、教唆犯はこれを独立の共犯類型として観念しようとする傾向が出現した。1871年のドイツ刑法典は、その48条1項で「贈与もしくは約束により、脅迫により、勢力もしくは権力を濫用することにより、ことさらに錯誤を惹起し、もしくは促進させることにより、またはその他の手段により故意に、他人に、彼に犯された可罰的行為(Strafbare Handlung)の決意をさせた者は、教唆者として罰せられる」と教唆犯を規定し、ここに教唆犯の内容は、もはや他人を介しての結果の惹起というような漠然としたものではなく、具体的に他人に可罰的行為の

決意をさせることであり、かつその他人の可罰的行為すなわち、構成要件に該当する違法・有責な行為に従属して成立するものと理解されてきた。そして、教唆犯の概念を前提とし、その認められぬ場合に間接正犯が考えられるとしたリストは、次のように説く。曰く、いわゆる精神的発起、犠制的正犯または間接正犯の認められる場合として、被用者が責任無能力の場合、強制されて行為する場合、故意を欠いて行為する場合、及び目的犯において目的なしに行為する場合の4つをあげているのであるが、その被用者が責任無能力の場合につき、「例えば、狂噪者に刃物を手渡し、他人を刺させる者は、謀殺の正犯者としての責を負う。幼児や刑事未成年者を利用する場合も精神錯乱者に対すると同様である。ただし、他人の可罰的行為に対する非独立の共犯としての教唆犯は、犯罪行為に利用された者に可罰的行為が存しない場合には、成立しないからである」⁶⁾と。さらに、被用者が強制されて行為する場合に対しては、ドイツ刑法52条により違法性が阻却される故に、行為の可罰性が消滅するのであり、従って、可罰的共犯の可能性が存しないと述べている。

このように、19世紀のドイツ刑法学において、間接正犯概念が生成してきたのであるが、それは刑法学の発展にともなう必然的所産としての意義を有していたとされている。つまり、以前のいわゆる結果主義の刑法の下にあっては、現実に発生した犯罪的結果のみが重視され、これをみちびいた行為自体の特性のようなものは軽視されていたのであるが、普通法時代以来ドイツで行われていた発起者概念も、結果の惹起に原因を与えた者をひろく包含した意味に用いられていた。そして、単に行為の表見的形態に着目するかぎり、その中に併せ含まれていた教唆犯の場合と間接正犯の場合とは、いずれも他人を介して犯罪的結果を実現するものである点において、あえて区別する必要を認めなかったものであり、また、当時の刑法学を支配した条件主義的因果論が、このような概念の維持に支持を与えていたのである。

ところが、犯罪のもつ法的意味は、ただ惹起された結果のみから判断されるものではなく、また、ある結果に向けられた一切の条件が常に同等に評価し得べきものではない。すでに、このような点に着眼して、犯罪の共同関与者中に、

正犯者と共犯者とを区別しようとする傾向が顕著になってきた。間接正犯を教唆犯と区別して、正犯の範疇に含ませようとする態度もこのような動向の一環であろう。そして、「行為の実体的意味を顧慮するときは、しばしば端的に指摘されたように、自由を喪失した被利用者を道具として利用することにより、犯罪の結果を実現した間接正犯のばあいと、一応自由な意思決定をなしうべき被教唆者に犯罪的意思を生じさせ、その決意のもとに犯罪にいたらせる教唆犯のばあいとが、社会倫理的観点において、それぞれ異なった評価をうけるべきことは当然であり、いわば、間接正犯者の被利用者に対する誘致行為は、主観的には、犯罪事実の認識および規範違反性の自覚の程度において、直接正犯者と相違するところはなく、また、客観的には、被利用者の活動を一定の犯罪結果、すなわち法的侵害にいたらせるについての必然的、現実的な因果的危険性を含む点に、直接的犯行と同様な実行性を具備するのであって、そこにその正犯として理解されるべき充分の根拠が見出されうるからである」という思考が確立していったのである⁷⁾。いってみれば、条件主義的因果論に基づいた刑法学から規範主義的色彩をもった刑法学へ、との思考論理の変遷がうかがわれる。いわば間接正犯概念は規範主義刑法学の遺産である⁸⁾。刑法解釈論が諸概念を規範的に構成しかつ構成しようと努力を積み重ねてきた足跡を振り返ってみると、間接正犯の概念が出現するのは時間の問題だったのである。

こうして、客観主義刑法学は、正犯の二元性(直接正犯(自手正犯)と間接正犯(他手正犯))を是認し、さらに正犯概念を前提として、共犯はその正犯者の行為に従属するという共犯従属性を主張する正犯・共犯の二元的体系(共犯体系)を樹立したのであった⁹⁾。すなわち、構成要件論を支柱として、直接正犯の正犯性を構成要件論によって基礎づけ(限縮的正犯概念)、これを前提として共犯論を分析するという態度をとったのである。団藤博士の言葉をかりれば、「正犯とは、実行行為すなわち構成要件に該当する行為を行う者である。共同正犯は、数人が実行行為を共同して行うばあいにはかならない。だから、それは、やはり正犯である。これに対して、教唆犯および幫助犯は、実行行為そのものを行うものではなく、それ以外の行為をもって実行行為に加担するもので

ある。教唆犯と幫助犯だけが狭義で共犯と呼ばれるのは、この理由による」¹⁰⁾ と。ここから、一方で、間接正犯の正犯性の問題、他方で、共犯従属性という従属性の実体把握に関する問題に重点が移っていったのである。

(3) 従属性の是非

「間接正犯の正犯性」及び「従属性の実体的把握」の問題は、共犯従属性論者すなわち客観主義刑法理論に属する諸家にとって必然的な問題であった。何故かという、これらの問題は、客観主義刑法理論すなわち構成要件理論を中核とした犯罪論体系の必然的な産物だからである。限縮的正犯概念論は、正犯行為とは自己の手により、即ち他人の手を借りることなく構成要件を実現する態度であり、共犯行為は他人の行為を教唆又は幫助するという仕方で、即ち他人の行為を通じて構成要件を実現する態度であり、従って、共犯規定は、これを刑罰拡張原因と解する¹¹⁾。外見上他人の行為を通じて構成要件を実現しておりながら、被利用者の特性等を考慮して、なおこれを、間接的であれ、正犯として把握しようとしたところに、「間接正犯の正犯性」の問題が出現した。この点に関して、平場安治博士は、『間接正犯の概念を認むことは罪刑法定主義の原則に反する。刑法が罰すべきものと規定しているのは正犯と共犯である。罰せられたる為には正犯であるか共犯であるかでなければならない、それ以外のもの例えば間接正犯であってはならない。さらに間接正犯の概念の不定性の故に幾多の無用の混乱を生じる』として、あたかも間接正犯概念無用を主張されているかにみえる。しかし、『限縮的正犯概念の前提を維持しつつ、かかる不可解な結論を避けるために、私は「自己の手による実行」に換える「構成要件該当の行為支配」をもつてしたいと思う。自分自身の挙動によったかどうかは事実的な態様であって未だ法的に重要でない。法的に意味があるのは一定の所為が彼の「はたらき」といえるかどうかである。すでに事実的には道具を使用する態様、動物を使用する態様も利用者の「はたらき」と見られる以上人の挙動を利用する態様も利用者の「はたらき」と見ることは一がいに否定されてはならない。しかし他人の挙動が何故に自己の「はたらき」と見得るのであろうか。それは他人の挙動を自己の行為の一部として利用支配しているからである。それな

らば共犯とても他人の挙動を自己の犯罪の因果関係の一部として利用しているとの反論があろう。しかし、共犯は他人の意思支配を通じての間接の結果到達であるに対し、正犯は意思支配を持たぬ他人を道具とする直接の結果到達である』¹²⁾ とされるところは、間接正犯の正犯性を「行為支配説」で論証する論理と同様である。平場博士によれば、自己の手によろうと他人の手によろうと構成要件該当の行為支配があれば、それは正犯と言えるのだから、「自己の手による正犯(いわゆる直接正犯、自手正犯)」に限定した正犯概念(限縮的正犯概念)を樹立し、これに間接正犯なる概念を構成しかつ対置するのはおかしいということであろう。しかし、伝統的な通説は、自手正犯を犯罪論の中核に据え、これを前提に共犯論を論じるのであった。そこから、一方で、被利用者が正犯とはいいい難く、利用者がこれを道具のように使用しており、利用者が自ら手を下したのと同視しうような場合を間接正犯と称するという理由を認め、他方で、『直接行為者が正犯といえないために処罰することができず、また利用者も共犯として処罰することができず、誰も処罰されないという事態がおこることを防ぐため、利用者を正犯として処罰しようとする「やむをえない手段」という性格を持つことも全く否定はできない』という理由も存する。いわゆる『可罰性の間隙の補充物(Lückenbüsser der Strafbarkeit)』といわれるのがこれである。この問題は、共犯従属性の問題と表裏一体の関係にあるが故に、まず、従属性の問題の解明から手をいれることにしよう。

1) 客観主義刑法論者は、正犯を前提とした共犯を思考するが故に、共犯従属性を主張する。団藤博士曰く、「共犯というのは、かならずなんらかの罪—殺人罪とか窃盗罪とか—の共犯であって、単なる共犯というものはない。かような意味で、共犯概念は、いわば論理上必然的に正犯概念に従属している。しかし、問題になるのは、かような論理的な従属性ではなく、実質的な従属性である。すなわち、共犯が成立するためには、正犯の行為が現に行われたことを要するかどうか(従属性の有無)、そうしてさらに、その正犯の行為がどの程度に犯罪の要件を具備することを要するか(従属性の程度)が議論されているのである」¹³⁾ と。伝統的な共犯論は、団藤博士の主張に表現されているように、こ

の共犯従属性をめぐる論争を展開してきたことも事実である。例えば、ヒッペルが、「この従属性の概念の不明確さは、共犯の従属性という辞句がしばしば法学的思惟の代用物にまで墮落するという結果を生じせしめた。人々はこの概念から諸種の判断を引き出しているが、しかしそれは一部では正当な結論の不当な根拠づけとして現われ、一部では又逆に不当な結論を理由づけているのである。従ってもしかかる不要且つ多義的な用語が消滅すれば、共犯論全体は真に救済されたであろう」¹⁴⁾ としていることは、従属性をめぐる論争の実態を暴露している。

ところで、従属性論者内部における論争は、従属性の程度(質的従属性)に関する議論でスタートした。すなわち共犯の概念上の前提となる正犯の行為とは、どの程度の行為でなければならないのかという問題である。ここで、M・E・マイヤー¹⁵⁾ が試みた有名な従属形式の分類が想起される。彼は従属性の程度によって次の4つの従属形式を掲げた。第一は最少従属形式(minimal akzessorische Form)で、正犯が単に構成要件を実現すれば足りるとする。第二は制限従属形式(limitiert akzessorische Form)で、正犯が構成要件を違法に実現したことを要する。第三は極端従属形式(extrem akzessorische Form)で、構成要件を違法且つ有責に実現したことを要する。第四は誇張従属形式(hyper akzessorische Form)で、共犯の可罰性は正犯の身分にもかかっていて、一身的な刑の加重減輕の事情も共犯の処罰に影響を及ぼすというものである。この従属性の程度の問題が間接正犯と教唆犯の成立範囲をめぐる議論されてきた。例えば、極端従属性説によれば、共犯が成立するためには、正犯の行為は構成要件に該当するだけでなく、違法・有責でなければならない。従って、責任無能力者を唆して人を殺させたときは教唆ではなく、間接正犯となる。これに対して、制限従属性説は、共犯も、自己の行為によって違法な結果を発生させることについて責任を問われるものである、という考え方を前提とする。そして、正犯の行為も、共犯からみれば、結果発生までの過程の一部にすぎない。その過程および結果が違法でない場合には、共犯がそれについて責任を問われることもない。その意味で正犯の行為は違法でなければならない。しかし、正犯に

責任があるかどうかは、正犯を処罰するかどうかを考えるについて問題にすればよいのであって、共犯にとってはどちらでもよいことである。共犯の責任の有無は、共犯自身について論じれば足りる。このようにして、正犯の行為が違法であれば共犯の行為も違法であるから、「違法は連带的である」ということができるが、正犯に責任がなくとも共犯には責任があることもあり、その逆のこともあるから、「責任は個別的である」といえる。この立場からすれば、責任無能力者を唆して人を殺させたときは、場合によっては教唆犯にもなり、また場合によっては間接正犯にもなろう(ただし、平野博士は、身分犯及び自手犯に関して、「極端従属性説をとった場合、責任能力のない身分者を利用した者、責任能力のない者に自手犯を行わせた者は、間接正犯とするか不可罰とするかのいずれかである。制限従属性説をとれば、いずれも教唆犯として処罰しうる」と主張される)¹⁶⁾。この説では、間接正犯と教唆犯の限界設定をめぐる困難な問題が生じる。例えば、団藤博士は、制限従属性説にたちながら、被利用者の行為が実行行為といえない場合(従って、間接正犯が成立する場合)について、被利用者が是非の弁別能力をまったく欠くとき。たとえば、高度の精神病患者や幼児を利用して犯罪を実行するばあいである。これに反して、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(たとえば12, 13歳の少年)に犯罪を実行させるのは教唆である、とされる。博士の立場の背後にある基本的な態度は、「教唆は人に実行行為をさせるものであり、これに対して、間接正犯は人を道具としてみずから実行行為をするものである。したがって人を利用する行為そのものが実行行為としての定型性を具備するかどうかによって、間接正犯となるかどうかきまる」¹⁷⁾ ということである。博士の基本的な態度自体は理解できる。しかし、「実行行為としての定型性」とはどういう内容をいうのか。博士は、また、「教唆のばあいには被教唆者が実行行為に着手しない以上不可罰的で未遂罪も成立しないが、間接正犯のばあいには、利用行為そのものが実行行為であるから、被利用者が結局何もしなかったとしても、一未遂を罰する規定があるときは一未遂罪の成立がある」¹⁸⁾ とされるが、論理構成上そうだからといって、例えば、責任無能力者を利用する行為が、一方で実

行行為と解され(従って、間接正犯が成立し)、他方で非実行行為と解される(従って、教唆犯が成立する)根拠はどこにあるのだろうか。この点に関して、前田教授は次のように説かれる。曰く、『例えば、3歳の幼児に窃盗をそそのかした場合、形式的には責任の要件が欠ける場合なので教唆犯になってしまう。しかし、この結論は明らかに不合理であろう。そこで、制限従属性説を採用する論者も間接正犯とする。例えば「幼児にはそもそも行為が存しない」という説明がなされるのである。このようにしてみるとYが間接正犯たりうるかは、Xの行為が「構成要件該当性と違法性を有する」か「構成要件該当性と違法性と有责性を有する」かという形式論では決定し得ないことがわかる。利用者Yの「正犯性」の有無と要素従属性は本来別個の問題なのである。正犯性の基準は実質的には「A女がどの程度行動の自由を奪われていたか」裏返せば「被告人がA女をどれだけ支配していたか」という点にある。これはまさに利用者自身の行為の正犯性の問題なのである。12歳の少女を判示されたような状態で利用した場合には、被告人に正犯性を認め得るといってよい。「教唆」の成否は、この正犯性が吟味された後に論じられねばならない』¹⁹⁾と。それ故に、この点に関するかぎり、従属性の論理(いわゆる要素従属性)は関係ないといえることができるだろう。それにもかかわらず、伝統的な従属性論者は、「限縮的正犯概念→制限従属性」を維持して、この体系的思考から脱落する「背後者の利用行為」を実行行為と考える間接正犯概念を思考する。そして、ここに「間接正犯の正犯性」の問題が出現したのであった。前田教授の主張もこの線上にある。しかし、これでは実行行為概念の破綻になるのではないか。この点を明確に指摘されるのは佐伯博士である。曰く、『例えば制限従属形式をとっても、正犯は少なくとも故意に構成要件該当行為を行う者でなければならぬから、正犯に故意がなくあるいはその行為が完全に構成要件を充さない場合(身分犯における非身分者、目的犯における目的なき行為者の行為その他)には、共犯は成立しえず、結局、間接正犯を認めるほかはないというようなことが議論の中心になっているのである。そこで、再び間接正犯の根拠付けが必要になり、今度は新たに「行為支配」(Tatherrschaft)という観念が提案されたりしている。例

えば正犯とは、行為の遂行とその経過とを、ともにみずから支配する者であり、共犯とは、正犯の行為支配に従属する者などと説くのである。…… となると数人の関与の場合には、まず他人を通じてなされた正犯であるかどうかが問われ、それが否定された後に初めて共犯が問題とされることになる。しかし、実は行為支配という観念は、すでに50年前に責任の有無判定の基準として提案されたものの、あまりに漠然としているというのでほとんど問題にされなかった観念の焼き直しであって、それが責任より遙かに細かい解釈問題である正犯と共犯の区別基準として役立つとは思われない。しかし、その考えを貫けば、例えば暴力団の親分が絶対服従の関係にある子分に競争相手を襲撃し殺傷するよう指示した場合のように今日では共犯(教唆犯)として疑われない場合も、間接正犯とせざるをえないことになり(行為支配は明らかに親分にある)、従来の共犯体系そのものを混乱・崩壊に導くことになる。わが準備草案も、一応「みずから犯罪を実行した者は、正犯である」と正しく規定しながら、すぐにそれに続いて類似の立場から、「正犯でない他人を利用して犯罪を実行した者も、正犯とする」などと規定して(25条1項2項)、実行概念を救い難い混乱に陥れてしまおうとしている。他人を利用する行為が「犯罪の実行」といえるならば、もともと後のような規定は不要なはずである。このように何とか間接正犯の概念を救おうとする努力の根底には、それを自然法的超実定法概念とする考えがひそんでいるようである。しかし、それは自然法的というより優れて実定法的な観念であって、例えば右に制限従属形式をとってもなくなるとされた間接正犯の諸場合も、われわれのように、わが刑法典上では、可罰的違法類型(構成要件)を完全に実現しない他人の違法行為についても可罰的共犯が可能だとする立場をとれば、それらも共犯のなかに解消してしまうことになるのである。間接正犯に固執するあまり、それを救うために実行行為概念の軽視から、ひいては罪刑法定主義的思惟との絶縁をきたすことが憂慮されるのである』²⁰⁾

と。そして、博士自身、制限従属形式をさらに修正した立場すなわち正犯の行為は違法でなければならないが、必ずしもそれ自体で可罰的違法類型(構成要件)を完全に充足する必要のないものという立場を主張される。この主張の背

後には、「共犯をもって方法的類型であるとする以上は、共犯となる各人の行為はそれぞれが一つの犯罪であって、二人以上の共犯者が一個の犯罪を共同に犯すのではなくて、各自が事実上の共同によって自分自身の犯罪を行うものだとななければならない」²⁰⁾ といういわゆる行為(事実)共同説的な思考が存在する。このような佐伯博士の態度を一步進めて、中博士は次のように主張される²¹⁾。曰く、「共犯の共犯性は多数人間で共通一個の犯罪に対する加功によって認められるのではなく、これらの者に共通する行為によってなりたつものであるとする事実共同説の見解が一層すぐれているとしなければなりません」とし、さらに「量的従属性は共犯成立のための最少限度の前提としてこれを堅持し、この上に附加される被従属物の規範的性質、すなわち質的従属性の残滓をことごとく洗い落とすというところにあると規定することができる」と。そして、伝統的な共犯論(通説)が二元的な正犯概念に立脚しているということに対しては、「一方において限縮的正犯概念、他方において制限従属形式にもれる背後の利用行為をも実行行為とみなす間接正犯概念。しかも、両者が緊密に符合しうるものでないことは原理的にも明白であり、その様子は上記の例でも一部うかがいえたところです。そうだとしますと後者の正犯原理は実は擬制された正犯原理であり、いわゆる間接正犯は限縮的正犯概念にあたらないから正犯ではなく、また制限従属形式にももれるから共犯でもないことになり、正犯にも共犯にも属しない犯罪論上の無籍者であるとされるほかなくなります」と批判される。中博士によれば、共犯の従属性という場合、量的従属性(従属性の有無—共犯が成立するためには、正犯の行為が現に行われたことを要するかどうか)の問題を処理すればそれでいいわけであって、質的従属性(従属性の程度—正犯の行為がどの程度に犯罪の要件を具備することを要するか)の問題は考察の対象から除外してもよい、ということであろう。

2) 同様の見解はザウアーにもみられる²²⁾。次のようにいう。共犯従属性説(通説)によれば、犯罪すなわち可罰的行為に対する共犯は具体的な場合においても他人の行為が可罰的であるときに限って可能であるという。だから、共犯の従属(非独立)性の原則を不可侵のドグマ(unangreifbares Dogma)として樹

立し、その内容が変容しているにもかかわらず、共犯の従属性の原則を「犯罪に対する共犯」にとって概念的に本質的なもの(begriffswesentlich)と考えたためにそれを保持しているのである。それは完全に既定的なものであって論理的に強制的なものであるとも考えられていた。例えば現実に一の殺人罪が存在する場合にはじめて他人に対して殺人罪の教唆がなされたとするのに反して、主たる行為(Haupttat)に構成要件の一つの要素が欠けたり、又は、犯罪の一般的な要件が欠けたときは犯罪に対する共犯も存在しないという。例えばAがBを窃盗に規制したがBは精神障害とか錯誤等により責任が欠けていたためにこれを処罰出来ないとするとき、従属性の諸理由からのみAを不処罰とすることは当然に不公平だと考えた。すなわちAは教唆犯ではなくて彼自身が正犯者つまり間接正犯者であり、これに反して、不処罰なBはAの道具であると。このような間接正犯の形式は、それ自体共犯に属する領域に正犯者概念を拡張することになる。従って、本来的な正犯者概念は次のように拡張される。正犯者とは所為(又は規範的には、可罰的行為)を実行するもの、又はそれを理由に答責的でない(又は全く答責的でない)他人を通じてそれを実行させるものである。前者は直接正犯者であり、後者は間接正犯者であると。このような正犯者概念の拡張(最初の「拡張」(erste "Expansion"))及び間接正犯者の「形式」は自然的現象ではなくて人為的現象である。それらは、それ自体自明の如き権限を有し且つ必然的なものであるが実生活からかけ離れた構成をしてはならない規範的な考慮に基づく。全共犯論に対して、(自然的な事実を評価する場合に)規範的なものを最後の結論において論ずる代わりに、最初におくという宿命的な欠陥たる方法論が設定されている。自然的な見解に従うと、間接正犯者もまた教唆者たるにすぎない。両者はともに実行者ではない。かれらは実行者に関しその規範的な意味においてのみ区別されるのである。すなわち実行者が完全に「主たる正犯者」として出現する限りで教唆者と異なり、又、不処罰的な又は完全に可罰的でない「道具」としてのみ出現するときは間接正犯者と異なる。ところが、通説は先の欠陥を救済するために、極端従属性説から制限従属性説へ移行した。これに対して、共犯の前提条件として責任のみならず主たる行為

の違法性をも放棄するのが正しい。そこで単純な自然的共犯概念が得られるであろう。すなわち、共犯者とは他人の所為に支援的に共働する者であり、この他人の所為が違法に行われたか有責に行われたかはどうでもよい。前提条件は他人の所為すなわち広い意味での実行行為だけである。この限りにおいてのみ共犯に対する概念要素として従属性を主張してもよい。しかしこの言葉を避けることも可能である。他人の所為に対する共犯、すなわち実行の開始を含めた実行行為つまり未遂犯論の意味での少なくとも実行と考えられる自由にして有意的な他人の態度に対する共犯だけが前提条件であると主張する。そして、自然的共犯概念によれば、教唆するのは行為であって犯罪ではない。教唆者と被教唆者との間に存するのは自然的な紐帯であって規範的な紐帯 (besteht nur einnatürliches, kein normatives Band) ではない。共犯の可罰性に対して、正犯者が可罰的であるかどうか、彼の行為に欠けているのは違法性なのか責任なのか、又は構成要件の要素なのかその他の可罰性の要素なのかはどうでもいいのである。可罰的共犯や共犯一般に対する前提条件は正犯者の実行行為だけであるという。さらに、独立した拡張的共犯概念は、従属性の原則やそれに基づきをおく間接正犯の概念とは反対に、遂行能力あるもの (leistungsfähiger) ということができると主張する。

以上述べてきたザウワーの見解の本質は、いわゆる質的従属性はそれが極端な形式であれ制限的な形式であれ放棄されるべきであって、共犯が成立するための唯一の前提条件は他人が実行行為を行ったという事実だけであるという点にある。その実行行為とは作為・不作為、既遂・未遂を含むとする。そして、間接正犯を教唆犯に編入する。そこで、彼のいう正犯者概念 (自然的正犯者概念、natürlicher Täterbegriff) によれば、正犯者とは法律上重要な結果に対する内部的な方向づけを与える者であり、また危険の意識的あるいは過失的な創造者である、つまり危険の独創的創造者であり、有害な結果に対する一般的な傾向を設定する者であり、また法律上重要な (相当) 因果関係を有する者とする。さらに共犯概念 (自然的共犯者概念、natürlicher Teilnehmerbegriff) によると、共犯者とは他人の所為の実行に「部分的に」 (Teil) のみすなわち支援的にのみ

共働する者である²⁴⁾。

このようにいわゆる質的従属性の面から考慮すると、最少従属性説に辿りつくことになる。共犯が成立するためには、正犯の行為が構成要件に該当すれば足りるのであって、違法かどうか、また責任があるかどうかは正犯と共犯の各々について検討すればよいという。この最少従属性説に関して、平野博士は、機能的には最小限の従属形態が最も共犯従属性の精神を徹底させたものとされる。そして「厳密に言えば、共犯は、正犯の構成要件に該当する行為のみに従属し、違法であるかどうかは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」が、一般的には制限従属性説を採り、その例外として考えようとされる。また従来の解釈論からすれば、極端従属形式→制限従属形式→最小従属形式といたるにつれて共犯独立性説に近づくものと考えられる²⁵⁾。現に木村博士は、もし従属性を認めるとすれば最小限従属形式が論理的であろうとされている²⁶⁾。しかし、平野博士によれば、実際上の結果として、極端従属性説が最も共犯(実行)独立性説に近く、最小従属性説が最も遠いとされる。その理由を問えば、「従属性の程度を緩和すればそれだけ教唆犯の範囲が増え、実行従属性が確保されると見られるからである」²⁷⁾ という点にある。これでは、間接正犯と教唆犯の限界設定はますます困難になってくる。すなわち極端従属性説→制限従属性説→最小従属性説へと従属性を緩和してくると、間接正犯の認められる範囲はそれだけ縮小の一途をたどり、逆に教唆犯の成立範囲が拡大されることになる。そして、最小従属性の立場に立って、『正犯なき共犯』²⁸⁾ も主張されている。その意味で、限縮的正犯者概念を基礎として、その正犯者の行為は構成要件に該当し違法にして且つ有責な行為でなければならないとするいわゆる極端従属形式が伝統的なものとされてきたのは、それだけの意義がある。

そこで、以上のことを念頭に入れたうえで、次に、間接正犯者の正犯性を教唆犯との限界設定を意識しながら検討することにしよう。

(4) 間接正犯の正犯性について—拡張的正犯者概念の是非

① 伝統的な極端従属形式によれば、教唆とは他人に犯罪を犯す動機を喚起することすなわち造意せしめることと解され、従って、教唆犯の第一の要件は

他人に犯罪を犯させるように決意せしめることであり、第二の要件は正犯が教唆による決意を現実に実行したことであるとする。すなわち、教唆犯の成立には正犯が犯罪(構成要件該当、違法、有責)として完全な行為を実行したときにのみ認められるとする。そして狭義の共犯の処罰は、刑罰拡張原因に基づくといわれてきた。つまり共犯の規定は、個々の犯罪のメルクマールに対してその概念上の範囲を越えた効力を認めること、つまり各論の部分に明らかにされている犯罪概念に隣接している一定範囲の地帯(教唆、幫助)を刑罰予告のもとに属せしめることによって犯罪概念を拡張するものである。従って、この規定がなければ共犯行為は処罰せられえないものと解する。このように限縮的正犯者概念→極端従属形式という考え方は厳格な枠のなかで共犯を論ずる。このために正犯と共犯の間に亀裂が生じた。つまり実行者が犯罪として完全な行為を為さない場合の取扱いの問題である。つまり実質的には、他人を利用する場合でも、被利用者が正犯とはいえず、利用者がこれを「道具」のように使うことによって、自ら行為したとき(直接正犯)と同視しうのような場合があるのではないかという認識がその根拠となっている。そして、一般的には「実行者が犯罪として完全な行為を為さない場合」の類型として、① 責任無能力者の行為の利用、② 故意のない被利用者の行為の利用、③ 故意のある道具の利用、④ 適法行為の利用が、あげられている。そこでこれらの類型を学説にならって検討してみよう。

① 責任無能力者の行為の利用 極端従属形式によれば、責任無能力者を利用する場合はすべて間接正犯であるとする。瀧川博士は、「犯人を道具として犯罪を実行することは厳格な意味における『自己の手による正犯』とゆうことはできないかも知れないが、社会生活の通念において、これと自然力、道具、動物の利用とを同視することは、異質物の混入として一蹴せられねばならないほど不合理なものではない」と述べられている²⁹⁾。制限従属形式の立場(現在の通説)にたてば、教唆犯が成立する。しかし、被利用者に全く意思がない場合やごく幼年である場合または精神障害の重い場合は間接正犯と解する。この通説に対しては、ごく幼年である場合を間接正犯と解するのは区別の不明確さ

と一律性を害するとの批判、及び人間の物理的利用(死せる道具の利用)および直接正犯との関係を含めて、その限界設定に問題があるとの指摘がある³⁰⁾。

② 故意のない被利用者の行為の利用 例えば医師が、毒薬であることを秘して、看護婦に命じて患者に注射させたような場合である。極端従属形式説では、故意という責任要素が欠けているから間接正犯と解するのに対して、通説では、正犯の故意・過失の有無にかかわらず、違法性は存在するのだから教唆犯が成立するという。

③ 故意のある道具の利用 被利用者に故意があるにもかかわらず、利用者が間接正犯になる場合である。これには、「身分なき故意ある道具」の場合と「目的なき故意ある道具」の場合が考えられる。身分犯において、利用者には身分があるが被利用者に身分がない場合が前者であって、例えば公務員の夫がその妻を利用して賄賂を受け取らせたような場合は、妻は身分を欠くので構成要件該当性がなく、夫が間接正犯だとされる(通説)。行使の目的のない者を利用して通貨を偽造させたような場合が後者である。例えばAは行使の目的があるが、これを秘して、Bに通貨を偽造させた場合は、Bの行為は目的を欠くので構成要件該当性がなく、Aが間接正犯であると解される(通説)。しかし、これらの場合は、被利用者は情を知っているのであるから、その「道具」性には疑問があるとの見解もある。

④ 適法行為の利用 被利用者の行為が構成要件に該当するが違法性を阻却されるような場合(正当防衛、緊急避難)、これを利用することも間接正犯とされるのが一般的である。堕胎の嘱託を受けた者が、堕胎手術を施したところ、妊婦の身体に異状を生じ、その生命に危険を生じたので、医師を呼び、医師が妊婦の生命に対する緊急避難として胎児を排出した事件は、医師の正当業務行為を利用した堕胎の間接正犯を認めた判決だとされている(大判大正10年5月7日刑録27輯257頁)。しかし、この場合についても「道具のように用いられた」といえるのか問題であるとの疑問が出されている³¹⁾。

以上のように他人を利用する場合に、「この他人(被利用者=実行者)が犯罪として完全な行為を為さない場合」をどのように捉えるべきか、学説もまだ一

致した見解に到達していない。ある者は間接正犯と解し、またある者は教唆犯と解する。いったい間接正犯と教唆犯との限界設定はどこにあるのだろうか。

② 拡張的正犯者概念について

ここで、限縮的正犯概念に固執するのを放棄して、正犯概念を拡張して構成しようとする立場が出現した。いわゆる拡張的正犯者概念 (extensiver Täterbegriff)³²⁾ がこれである。この立場は、限縮的正犯概念→極端従属形式が自らの欠陥を補充するために「間接正犯」という第三の範疇を産み出したが、これでは限縮的正犯概念の崩壊であるとして、いわゆる「従属犯説の破綻を救うために」構成要件の結果の実現になんらかの条件を与えた者は、本来すべて構成要件に該当する実行者であり、正犯者であると解し、それ故に「間接正犯」は当然に正犯となる。わが国では竹田直平博士や武藤文雄氏がこの立場に立てられる。拡張的正犯者概念によれば、正犯と共犯との間には区別はなく、ただ法律が何らかの理由でその一部について特別な取扱いを規定している場合に限り、共犯が認められるということになる。従って、限縮的正犯概念からすれば、共犯規定は、それがなければ処罰されない共犯行為 — それは刑法各本条の基準的犯罪類型が、本来予定している正犯行為の外にある — にまで刑罰を拡張するための規定、すなわち「刑罰拡張原因」であるが、拡張的正犯者概念によれば、それは、逆に、それがなければ当然に正犯行為となるべきものについてなんらか特別の取扱いを与えるための規定すなわち「刑罰縮小原因」にすぎないという。

拡張的正犯者概念の立場からすれば、いわゆる「間接正犯」の類型に属する事象は、自ら犯罪を実行する者ではないが、責任のない者その他をいわば道具として自分の手足のように使って自分の犯罪意思を実現するのだから、価値的には自分で実行する直接正犯と同じ扱いをしても差し支えないと理由づける。これは因果関係論における平等条件説に立脚する正犯論である。そして、拡張的正犯者概念のポイントは、極端従属形式はそのまま維持して、限縮的正犯概念を放棄し、それに代えて犯罪類型又は構成要件の実現に対して何らかの条件を与えた者は、それだけで既にその犯罪の正犯として処罰されうるのであって、

ただ何らかの理由で特に法律により正犯からはずされた者(共犯)だけがその例外をなすという点にある。この拡張的正犯者論には、次のような批判がある³³⁾。

① この理論は、罪刑法定主義的犯罪論体系の竜骨ともいえるべき実行行為の概念を放棄し、構成要件実現という結果に対して条件を与えたすべての行為は、刑法上同価値ですべて正犯として処罰されとすることによって、極端な平等条件説に転落することになる。

② 実定刑法が、この理論のいうように構成要件の実現に対して条件を与えたすべての行為をみな正犯とせず、そのうちの大きな部分を正犯でなく共犯として取り扱っていることの理由、特に、従犯の処罰が正犯に比してなぜ軽いのか、又は教唆の未遂が処罰されないのはなぜかを説明できない。

③ この理論は、極端従属形式を疑うことのできない絶対原理として前提するために、正犯概念の変更という方向に脱出路を求めざるを得なかった。しかし、極端従属形式は決して不可侵の原理ではなく、時代の趨勢は制限従属形式に移行し現在の通説的地位を築いている。そして、従来間接正犯とされた責任のない者を利用する行為もどちらかといえば共犯(教唆犯、従犯)のなかに包含される方向を辿っている。この点で、拡張正犯者論は歴史の動向を逆にとりちがえたのである。

以上のような拡張的正犯者論に対する諸批判は「批判としての妥当性」を有するだろうか。ここでは一応保留したうえで、まずわが国で拡張的正犯者論者とされている諸家の見解から検討してみよう。共犯独立性説の立場から、宮本博士は次のように述べられる。曰く「独立犯説ニ從テ、共犯ト单独犯トニ於テ犯罪構成ノ理論上毫モ差異ナシトスレバ、共犯ハ共犯ノ規定アルガ為メニ形式上共犯タルニ止マリ、共犯ノ規定ナクシバ当然单独犯タルベキモノナリ。故ニ解釈上仮ニ或場合ガ共犯タラントスルモ、是レ単ニ共犯ノ規定ノ適用ヲ受ケズト謂フニ過ズシテ、必ズシモ無罪ヲ意味スルモノニアラズ。若シ其行為ガ犯罪構成ノ一般理論特ニ責任及ビ因果關係ノ理論ニ照ラシテ罪トナルベキトキハ、既ニ其レノミノ理由ニ依リテ犯罪タルニ足ル」。「犯罪ノ本義ヨリ考ヘテ共犯独

立性説ヲ執り、形式上共犯タルモノハ之ヲ共犯トシ、其他ハ之ヲ当然ノ正犯ト為スベキモノトスレバ、間接正犯ナル觀念ハ之ヲ認ムル必要ナキナリ」と。一般的に、拡張的正犯者論が共犯の極端従属形式を基礎としていたのに対し、宮本博士は共犯の独立性を強調する立場からのものである点に特徴がある³⁴⁾。これに対して、竹田博士は、間接正犯もその責任及び行為の違法性については直接正犯と異なるところはなく、ただその行為の構成要件該当性が問題であるとして拡張的正犯者概念を主張される。曰く、『刑法は構成要件として「他人の財物を窃取する行為」「火を放つ行為」「人を殺す行為」等を規定している。窃取する、火を放つ、殺す等の行為は必ず自ら直接に手を下して為すことを要するものと解すべき法文上の根拠、理論上の根拠はなきものと言ねばならぬ。蓋し法律がこれ等の行為を構成要件とし、之に一定の刑罰を結合しているのは、之等の行為を為さんとする者に対し、反対動機たらしめんがためである。それには直接に之等の行為に対し手を下し実行せんとするものに対して然るばかりでなく、他人を使嚮援助して間接に之等の行為を犯さんとする者に対しても亦同一の作用を期待するものである。凡て行為は行為者の一定の外界変動を惹起せしめんとする意欲に端を発し、彼の理解する所の諸種の法則を支配利用としての一定の挙動となり、其の挙動の物理化学的又は社会的心理的作用に依り、期待されたる外界変動の実現を以て終わるものであって、或る時間的發展過程を経て一単位を構成するものである。直接に自ら実行に手を下すときは、直接に物理的打撃等の作用を経て結果の発生に到達するが、他人を使嚮援助する方法に依るときは、其の仲介者の動作を経て結果の実現に到る。然し両者は共に一単位の行為であり、何れの場合に於ても構成要件の定むる結果の觀念を以て反対動機たらしめ得べき行為である。換言せば決定規範 Bestimmungsnorm としての法の支配を及ぼし得べき範囲にある。従ってそれは法の構成要件として掲ぐる所の行為の概念範囲に落ち来るべきものと解し得る。即ち間接正犯の行為も亦構成要件を充実に得るものと解し得る』として、間接正犯も有責違法に構成要件を実現した正犯とされる³⁵⁾。

また、武藤文雄氏は、従来の学説における『行為者』の概念を修正すること

によって間接正犯の観念を否定し、間接正犯論をも不要に帰せしめうることに着眼して、規範主義的立場から新たな行為者概念の樹立を意図される。曰く、「実行者の実行を基礎とせず、逆に『始めから間接正犯を包含する、実行行為を為すことから切り離された正犯の概念を必要とする』」と。そして、「元来、刑法は社会を侵害する行為を否定することに因って法益を保護するものである。いかなる人間の行為が反社会的であって、それを抑圧するためにその行為への制裁が問題となるかは、刑法規定における構成事実において立法者が示している。この構成事実、その法治国的機能の外に、行為の定型を示し、その行為が保護法益を侵害するものであることを裁判官に認めしめるものである。…価値的見地から見るときは、或る行為に因って『利益侵害』が生じ、その中に行為の実質的社会侵害性が現れていることが重要なのである。…刑法上の不価値判断としての『行為者』及びその結果としての責任は、その者の行為にこの構成事実を充足した利益侵害を帰することができるすべての人に関係を生ずべきものである。…構成事実実現、従って法益侵害がその違法有責な行為に帰し得る限り、その者に外部的行為の存在を必要としないことになる」として、間接正犯は当然に正犯であるとするものである³⁶⁾。この点で、竹田博士が「間接正犯の行為は、彼の使喚又は援助行為及び仲介者の実行行為を合わせて彼自身の一つの行為を構成する」とされるのは、規範的考察方法を採用されながらも、なお自然主義的行為観に立脚されている趣旨が理解される。

ところで佐伯博士によれば³⁷⁾、限縮的正犯者概念といっても、その有する概念内容は、拡張的正犯者概念が抬頭する前と後では異なるとされる。以前の限縮的正犯者概念によれば、正犯あるいは実行行為の概念を狭く限縮的に解して、実行行為(あるいは正犯行為)とはいわゆる構成要件(可罰的違法類型)に該当する行為をすることで、このような構成要件該当の行為をみずから行う者が正犯であるとする。すなわち正犯と認められるためには、その者の行為が、それ自身で構成要件該当行為とみられうることを必要とするのであった(いわゆる直接正犯)。従って、正犯と狭義の共犯との間には、行為類型としての根本的区別があることになる(限縮的正犯者概念→極端従属形式)。ところが後の

限縮的正犯者概念は、従来の限縮的正犯者概念→極端従属形式の体系から脱落する者を間接「正犯」と解して、『従属犯説の破綻を救済』しようとした。従って、ここで限縮的正犯者概念のいう正犯概念には直接正犯のみならず間接正犯をも含んだ意味を有するのである。勿論、従属形式を極端な形式から制限的な形式に代えて、従来間接正犯とされてきた諸場合を教唆犯に解消させ、教唆犯の成立範囲を拡大しようとするものである(この点を称して、いわゆる拡張的共犯論とも呼ばれる)が、それでもなおこの立場では直接正犯と間接正犯に共通する「正犯概念」の樹立に力を注がざるを得なくなり、それと同時に間接正犯と教唆犯との限界設定問題が必然的に生じてくる。学説の大多数は、拡張的正犯者論を批判しつつ、かかる問題の解明へと歩をすすめた。

次に、これらのことを念頭に入れたうえで、前に保留した拡張的正犯者論に対する諸批判の検討作業に着手しよう。

まず、批判の第一は、罪刑法定主義的犯罪論体系の竜骨ともいべき実行行為の観念を放棄してしまい、その代わりに構成要件実現という結果に対して条件を与えたすべての行為は刑法上、同価値でみんな正犯として処罰されることによって、極端な平等条件説に転落することになるという批判。なるほど拡張的正犯論は、構成要件の結果に対し相当条件を与えたすべての行為者を理論上一応正犯とし、これから共犯を差引いた残りを実定法上の正犯とする見解である。その基礎は、構成要件の結果のすべての惹起を構成要件の実現とみる拡張的解釈にある。それによって、従来の間接正犯、共犯をも含めた一般的正犯概念を構成しようとするものである。この立場にたてば、構成要件は常に拡張的に解釈されたままの姿であるから、従来のように実行行為の概念を構成要件の行為の意味に用いるなら、実行行為は共犯行為を含んだものとなり、従来のように正犯と共犯を区別する基準を果たすことができなくなる。武藤氏³⁸⁾は、この点に関して、「元来、正犯と共犯とを区別すること自体が無理なのではなかろうか。正犯と従犯とは、犯罪の発現形態の相違にすぎないからである。むしろ、違法且有責に原因を与えた者はすべて行為者で、それに対して悪性に依って法的評価が許されるところに、共犯概念の規範的構成が徹底するのであ

る。正犯と従犯とは、…種々の法的評価を許容する共犯現象の各態様に外ならない。換言すれば『犯罪事実に対して意思を有し、且其の發生に原因を与へたる者なる以上は、共に皆正犯と解すべし。刑の裁量は裁判上の個別主義に一任し、立法上、正犯の區別は之を廃すべき』ものである」と主張される。そして、メツガーの拡張的正犯者論の論理構成に対して、規範主義的な面を評価し、「概念構成における規範的要素を強調しつつ、しかも価値判断の対象とする点は、犯罪構成事実該当するか否かの点のみである。何故に定型としての構成事実該当することが評価作用において意義を有するか、言ひ換へれば、その定型が重要な徴標となる実質的意義には少しも触れられるところがなかった。単に定型に該当するが故にとするのみでは単純な形式主義に陥る虞はないものであろうか。定型が最初に全能の権威として存在するものではなく、定型そのものが、その背景、その実質的基礎と規範的な関係を保たしめられるところにその存在の意義が見出されるものではなかろうか」とされる。共犯独立性説からの当然の帰結であるが、先の批判を納得させえたであらうか。従属性説の立場にたたないからといってしまえばそれまでである。この点、メツガーが「いわゆる拡張的正犯者概念と限縮的正犯者概念とは、本当のところ一般に考えられているように異なるものではない。両者の唯一の差異はただ次の点にある。すなわちいわゆる拡張的正犯者概念は、正犯は、自己の手によって構成要件実現を惹起したことを要せず！とするのに反し、限縮的正犯者概念は、自己の手による正犯が正犯一般の原型(Urbild)だという点にある」と主張する³⁹⁾のは的を得ている。ただ、ここでは、次のことを指摘しておこう。いみじくもザウワーは共犯従属性説について次のようにいった。曰く、「全共犯論に対して、自然的な事実を評価する場合に規範的なものを最後の結論において論ずる代わりに、最初におくという宿命的な欠陥たる方法論が設定されている」⁴⁰⁾と。私は、現に限縮的正犯概念も「間接正犯」なる概念を認める限りにおいて、構成要件を拡張解釈していると考ええるものである。大塚博士は、この点を称して、『いわゆる極端限縮的解釈よりも若干の構成要件内容の拡張をみとめるとしても、それは、けっして無定見な拡張であってはならず、規範的考察の結果当然

みちびかれるものでなければならない。この意味において、われわれの立場は、もし、従来の限縮的正犯論を「自然主義的限縮的正犯論」と呼びうるならば、あらたに「規範主義的限縮的正犯論」と名づけることもできるだろう⁴¹⁾とされる。だからこそいわゆる「直接正犯」と「間接正犯」に共通する正犯概念(実行行為概念)の確立に力を注いでいるのである。

批判の第二は、実定刑法は、構成要件の実現に対して条件を与えたすべての行為をみな正犯とせず、むしろそのうちの大きな部分を正犯ではなく共犯として取り扱っていることの理由、ことに共犯のうちでも従犯の処罰が正犯に比してなぜ軽いのか、あるいは教唆の未遂が処罰されないのはなぜかということを説明できない(当然に正犯であるべきものならば、なぜにそれが従犯として減輕せられ、あるいは未遂について他の正犯と別の扱いを受けるのか)との批判について。

これに対して、竹田博士の拡張的正犯論主張の根本には、「刑法上可罰的な行為即ち犯罪は、構成要件該当の違法且つ有責の行為であると定義される。この定義は一般の刑法学者に依って留保なしに承認されている。然し乍らこの定義は、従来の通説の取扱に於ては、正犯行為に対しては妥当するが、共犯(教唆・幫助)行為に対しては妥当し得ないものの如き観を呈している。何故ならば教唆行為又は幫助行為は構成要件該当行為以外のものであることを以て其の特徴とされているから。…犯罪の定義を可罰的行為の全体に妥当し得るやうに構成することが、刑法学に対する第一の学問的要求であるべきことを想へば、吾々は刑法学への粗雑なる出発点に於て、共犯行為も亦正犯行為と同じく、何等かの学問的・体系理論的加工を施すことに依り、構成要件該当的な違法有責の行為として理解すべきことに目標理想を持つべきではあるまいか」⁴²⁾ということが基底となっている。そして、この批判に対しては、「拡張的正犯概念を採るべきだとされる場合に於ては、正犯的な行為の内から、一定のものを成法が共犯として別個の取扱を為していることに対し、之を理由附くべき実質的基礎を探究せねばならぬ。其の実質的差異は構成要件該当性の有無、又は違法性或は有責性の有無に求めることは出来ぬから、之を其等の価値・程度の

差異、更には其の価値・程度の差異の出て来る基礎たる事情の差異に求めねばならぬ。其の差異に基いて、個々の行為の評価判断、即ち正犯であるか共犯であるか、又共犯の内の何れの類型に属するか判断が可能にされねばならぬ」⁴³⁾と主張される。そして、共犯(共同正犯、教唆犯)と間接正犯とを合せて、一般に他人の行為を自己の犯罪目的実現に役立てる「間接行為者」と称して、その罪責の根拠、間接行為における犯罪概念標識を何処に認むべきかを論究される。曰く、『「人間の行為の本質的構造」というのは、およそ行為者は、各自の経験と知識に照して、自己の身体の諸能力、道具機械、毒薬、動物等に本来具備する諸性質諸作用または有責無責の他人の能力等の「因果的可能性」を、すなわち行為者の目的とする結果(特に構成要件該当の結果)を惹起するのに役立て得る可能性を事前に認識予見して、この可能性または因果性を、目的とする結果を惹起せしめる方向に作用せしめるように任意に操縦支配して、そのような事物または他人の所為等の作用を通じて惹起せしめるところに、したがって彼の道徳的法律的規範意識に従ってこれを惹起せしめないように支配することの自由を有しながらこれを惹起せしめるところに、約言すれば「行為支配」(Tatherrschaft)の自由が存したところに、認められるとされるのである(目的規範的行為支配)。』⁴⁴⁾とされる。このような行為概念によれば『一定の因果的可能性の認められる自己の身体力や道具機械等の作用または有責無責の他人の能力等を、一定の構成要件結果の実現の方向に作用せしめるように適切相当な手段方法を講じて任意に操縦支配して、これを人為的に惹起せしめた場合には、その結果の惹起は、彼の任意の意思活動の産物であり、彼の人格的業績であり人的不法(Persönlichunrecht)であるから、その全責任は彼の人格に帰せられ正犯の刑を科せられる罪責の根拠となるわけである。それで、このような条件を具えた犯罪結果を任意的に惹起した者は、単独に直接に手を下した行為者(単独正犯)であると、数人の共同者(共同正犯)または教唆者(教唆犯)のように有責の他人の行為を利用した間接行為者であると、責任無能力者または犯意を欠く等のために自らの規範意識による行為支配の自由を持たない無責の他人を利用した間接行為者(間接正犯)であると区別することなく、すべて正犯の刑を

科せられる罪責を認められる者であり、この意味において広義のまたは理論上の正犯者であるということになる(拡張的正犯概念)。ただ刑法が、この理論上の正犯に属するものすなわち正犯刑を科せられる罪責を認められているものの中に、有責の他人を一方的に利用する間接行為者に限り「教唆犯」と名づけ「準正犯」としているから、現行法上の形式的意味における正犯は、これを除外した残余のものに限ることになるが、これは正犯刑に当る罪責の軽重を認める理由となるものではない⁴⁵⁾と主張される。さらに、「刑法は当然に正犯の概念に落ち来るべき一定のものを共犯として区別して取扱っているが、それは既に、因果的に同一なるものに対しても、規範的立場から異なる評価を与へんとする態度を示すものである。更に其の共犯の内に、教唆と幫助とを区別して異なる評価を与へているのも同一の態度の表明である。而してこの教唆と幫助とに対する評価の相異は、仲介者が有責なることを条件として存在すべき事情を考慮したものと言はねばならぬ。蓋し仲介者が有責なる場合には、幫助行為は通常教唆行為に比して行為者に対する反対動機となる力が軽微であると思はれる。然るに仲介者が非有責的に、即ち道具として行為する場合には、其の利用者の行為が教唆的となると幫助的となるとに依って、彼に対する反対動機としての力が、しかく常則的にしかく顕著に差異あるものと言ひ得ない。…幫助的な場合にも、教唆的な場合と同様に結果の惹起に対する因果関係あると同時に、価値的見地からも両者を一特に仲介者が非有責なる場合に同一に取扱ふべき事情あるものと言へ得る。等しく人を殺さんと決意した者に対してであつても、其の者が狂者である場合には、法が之に兇器を提供せざるべきことを、然らざる場合よりも一層強く要求し期待しているものと考えられる。この見地から幫助行為不罰説は妥当ならぬものと思はれる」⁴⁶⁾とされる。

最後に第三の批判は、拡張的正犯者論は、極端従属形式を疑うことのできない絶対原理として前提するために正犯概念変更の方向に脱出路を求めざるをえなくなった。しかし、極端従属形式は決して不可侵の原理ではなく、時代の趨勢は制限従属形式に移行し現在の通説的地位を築いている。そして、従来間接正犯とされた責任のない者を利用する行為もどちらかといえば共犯(教唆犯・

従犯)のなかに包含される方向を辿っている。この点で、拡張的正犯論は歴史の動向を逆にとりちがえたのであるという批判。この点に関し、竹田博士は、「然しこの如く共犯概念を拡張することは第一に体系理論の見地から従って又方法論の見地から正当であろうか、第二に其の結論即ち責任無能力者・故意なき者等を使役利用する場合にも教唆又は幫助の成立を認めることは、合理的実質的基礎を持つであろうか。法律が結果惹起を支配した者を、正犯と共犯の二種類に区別して取扱っていることに、何等かの基礎的実質的差異がありとせば、共犯拡張の結果はその実質的差異に適合するであろうか。」とされ、その脚註で「この見解(筆者註一拡張的共犯論)を採るときは、犯罪は構成要件該当の違法有責の行為であるとの定義を放棄せねばならぬ。この定義は正犯行為に対してのみ妥当し、共犯行為には妥当せぬからである。正犯及共犯に共通する犯罪概念から構成要件該当性なる概念要素を除去せねばなるまい」⁴⁰⁾ といわゆる拡張的共犯論を批判される。

③ なる程、「限縮的正犯概念→極端従属形式」という犯罪体系は、それによって正犯にも該当せずかといって共犯にも属さないいわゆる間接正犯なる概念を構築した。その反省が、一方で「正犯概念を拡張する方途(いわゆる拡張的正犯者概念)」、他方で「従属形式を極端な形式から制限的な形式へ移行し(制限従属形式)、究極的には最少限の形式へという方途(最少従属形式→いわゆる拡張的共犯概念)」の二者択一を迫られることになった。ただし、ここで注意しなければならないことは、限縮的正犯概念といっても初期のいわゆる自然主義的限縮的正犯概念と後半の規範主義的限縮的正犯概念とはその概念内容が異なるということである。そして、現在主張されている限縮的正犯概念とは、規範主義的限縮的正犯概念のことをいっているのである。わが国の通説は、「規範主義的限縮的正犯概念→制限従属形式」の立場を主張する。一部の有力説は「規範主義的限縮的正犯概念→最少従属形式」に立つ。従って、現在、拡張的正犯者概念を採用する論者は見あたらない。だからといって拡張的正犯者論が不合理だというわけではない。問題は、単独正犯を基礎として共犯現象を捉えるか否かにある。単独正犯を基礎として共犯論を考察すれば、当然に「限

縮的正犯者概念→共犯従属形式」に到達せざるを得ない。また、このような考え方の基底を現行共犯規定の文言に求めることは容易である。例えば、刑法61条の教唆犯の規定は「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者ハ正犯ニ準ス」と規定し、また同62条の幫助犯は「正犯ヲ幫助シタル者ハ従犯トス」と規定するが、通説及び有力説は、これを解して、狭義の共犯は正犯の実行行為を当然の前提とするものであるとし、教唆犯の場合、他人に犯罪を「実行させること」であって「自ら実行する」ものではないと解する。このように解するならば、共犯規定は付属物であって、まず正犯規定があって、あとから共犯規定をつけ加えたと理解することも不可能ではない。しかし、誰もここまで主張する者はいないだろう。現に、共犯現象を解して犯罪の態様における犯罪の方法的類型と説いている。すなわち、刑法各則に規定された個々の犯罪を実現する態様のうち、これを数人で実現するという実現方法を意味する。単独で実現するという実現方法が唯一のものであり、これが根本的原則であるという主張は、理解できなくもないが、それが絶対的なものであるとはいえない。これをあたかも絶対視したところに、伝統的な共犯従属性論者の主義主張の礎石がある。実際は、ただ社会生活上「単独で実現するという実現方法が一般的である」という認識に基づいているだけのことである。もし犯罪の態様における方法的類型という観点を重視するならば、単独で実現するという実現方法を前提的基礎とする必要はなく、ただ「実現方法の態様」を基礎とすべきであろう。この点に着眼したのがいわゆる新派刑法学に属する諸家でありまた竹田博士であった。

④ 伝統的な共犯従属性論者は、単独で実現するという実現方法を前提的基礎とし且つそれに基づいて共犯論を構成するという論理構成を当然視してスタートした。一方で正犯者概念を厳格に解する限縮的正犯概念を樹立し、他方でそれに従属する共犯の実体解明に力を注ぐという論法である。そして一方が極端なものになるとこれを緩和しつつ、他方を大幅に緩和するという態度を採ってきた。ただここで言えることは、いかなる形であれ、正犯(実行行為)概念を前提的基礎として維持しているということである。ここで「正犯—共犯」という二元的体系に立脚しながら、どちらかといえば従来の「正犯—共犯」という図

式に拘束されないで、あらたに「共犯はなぜ処罰されるのか—いわゆる共犯処罰根拠論」が登場した。

- 1) 木村「法律学全集刑法総論」399頁参照。
- 2) 木村「前掲書」400頁参照。
- 3) 牧野「日本刑法全」363頁、特にその脚注9では「間接正犯論を採り斯の如き迂曲せる論法を用いることを無用の議論なりと解す」とされ、また宮本白紙は、その書「刑法学粹」のなかで「要するに犯罪の本義より考えて共犯独立犯説を執り、形式上共犯たるものは之を共犯とし、其他は之を当然の正犯と為すべきものとすれば、間接正犯なる観念は之を認むる必要なきなり」(431頁)とし、更にその書「刑法大綱」では「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以外にない」とされる(199頁)。
- 4) 大場「刑法総論」1016頁以下、小野「刑法講義総論」105-106頁、208頁、滝川「犯罪論序説」243頁、同「刑法講話」262-263頁、団藤「刑法綱要総論(改訂版)」137-144頁参照。間接正犯は、他の人間を利用するという意味で教唆犯と類似しているが、この場合の被利用者には反対動機形成の可能性がなく、したがって適法行為の期待可能性がなく、それ故、法秩序としては利用者の教唆あるいは利用行為それ自体に直接法益侵害の危険性を、したがって違法性を認めることができる。この点で、教唆犯と間接正犯との間には、法的構造上の明瞭な差異があり、この点から、また、教唆の未遂と間接正犯の未遂との取扱い上の相違が出てくるのである、とされている(西原春夫「教唆と間接正犯」刑法講座第4巻138頁)。
- 5) 間接正犯の生成史についての詳細は、大塚仁「間接正犯の研究」1頁以下参照。
- 6) F. V. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 8. Aufl., S. 221ff., 9. Aufl., 1889, S. 220f. (大塚「前掲書」33頁の引用)。
- 7) 大塚「前掲書」37-38頁、滝川「犯罪論序説」222頁、224頁参照。
- 8) 武藤文雄「刑法における概念の規範的構成」(昭9)、同「間接正犯論の最近の発展(上)(下)」法学志林36巻1号55頁以下、同2号188頁以下、特に36巻1号66頁以下参照、そこで次のように述べられる。曰く、「間接正犯に関しても、実行者についての事実的観察方法や、誘導者と実行者との関係の因果論的解釈方法に代って、犯罪構成事実実現に関する規範的観察、誘導者と実行者との間の評価的把握が起らねばならないことになる。ここに、フランク等への批判が始まる訳である」と。
- 9) 中「間接正犯」1頁以下参照。更に、正犯・共犯の二元的体系を称して共犯体系と読んだのは、キーナップフェルである。Vgl. Kienapfel, Strafrecht, A. T., 1985,

S. 120. ; ders, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, S. 1ff. ,

- 10) 団藤「刑法綱要」281頁参照。
- 11) 例えば、「現行法は二つの刑罰拡張原因を認めて居る。一未遂犯と共犯。刑罰拡張原因は、各論に定めてある各犯罪の要素に、その概念的範囲以上の適用を与えるものである。即ちそれは、それと境界を接して居る一定範囲の地帯を、刑罰予告のもとにおくことによって、各論の犯罪概念を拡張することである。例えば物を盗むという窃盗罪の構成要件の概念的範囲を超えて、盗もうとしたこと(未遂犯)、また人を殺すという殺人罪の構成要件の概念的範囲を超えて、人殺しを決心せしめること(教唆犯)を罰するのである」(滝川「刑法講義総論」142 - 143 頁、同「犯罪論序説」215 頁)というのがこれである。これに対して、牧野博士は、「かような見解を以つて必しも不当なものであるとはしないのであるけれども、単独犯の犯罪が既遂になっているのを、犯罪の構成上、論理的に原則たるものであるとし、未遂及び共犯はむしろ補充的なものであるとして観念するの立場に対しては、必しも賛成ができない。思惟の心理的な過程はそれとして、論理的に批判するときは、既遂も未遂も、また単独犯も共犯も、共に同時に犯罪たるもので、その間に前後の差異の存すべきものではない」(牧野「刑法総論」344 - 345 頁)と批判される。
- 12) 平場安治「刑法総論講義」148 頁以下参照。
- 13) 団藤「刑法綱要総論」282 頁。同書改訂版 350 頁参照。
- 14) Hippel, Deutsches Strafrecht, II, 1930. S. 451f. ,
- 15) M.E.Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2. Aufl., 1923. S. 391.
- 16) 平野龍一「刑法総論Ⅱ」354 頁以下参照。
- 17) 団藤「刑法綱要総論(改訂版)」139 頁参照。
- 18) 団藤「前掲書」139 頁脚注 5 参照。
- 19) 前田雅英「刑法総論講義」(昭 63) 405 頁参照。
- 20) 佐伯千仞「刑法講義(総論)」(昭 43) 345 - 346 頁参照。
- 21) 佐伯「前掲書」332 頁参照。
- 22) 中義勝「講述犯罪総論」(昭 55) 219 頁以下、特に、224 頁及び 234 頁参照。同「間接正犯」60 頁参照。
- 23) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 2. Aufl. S. 173ff. ,
- 24) Sauer, a. a. O. S. 177 ff.
- 25) 平野「前掲書」346 頁参照。
- 26) 木村「法律学全集刑法総論」390 頁脚注 11 参照。

- 27) 中山「刑法概説Ⅰ」(平2) 247 頁参照。
- 28) 間接正犯の正犯性を実行行為にもとめるときは、間接正犯の成立の余地を殆ど否定せざるを得ない。いわゆる限縮的正犯概念を堅持しながら共犯の従属形式大幅に緩和させることによって可罰性の間隙を補充しようとの態度から「正犯なき共犯」なる概念が主張されている。いわゆる「拡張的共犯論」の立場からの主張である。佐伯「前掲書」346 頁、中「前掲書」231頁以下、中山「前掲書」243 頁参照。
- 29) 滝川「前掲書」222 頁参照。
- 30) 前田「前掲書」404 - 405 頁参照。
- 31) 平野「前掲書」302 頁参照。
- 32) 間接正犯と拡張的正犯者概念の関係については、竹田「正犯概念の拡張と共犯概念の拡張」法と経済5 巻6 号29 頁以下、同「共犯における犯罪概念要素」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』所収1頁以下参照。拡張的正犯者概念が「限縮的正犯概念→極端従属形式」の欠陥を補充するものとして登場したとする点については見解の一致を見る。西原「間接正犯の理論」71 頁以下、竹田「間接正犯」立命館学叢4 巻8 号53 頁以下、同4 巻10 号37 頁以下、同5 巻2 号87 頁以下、武藤「間接正犯論の最近の発展」法学志林36 巻1 号54 頁以下、2 号188 頁以下参照。なお、拡張的正犯者概念は、メツガーによって基礎づけられたものである。Vgl. Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950. ; ders., Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln, 1932, ZStW. Bd. 52, S. 529ff.
- 33) かかる非難は、多くの学者が提起している。滝川「犯罪論序説」211 頁以下、滝川春雄「教唆と間接正犯」刑事法講座3 巻478 頁、大塚「間接正犯の正犯性」間接正犯の研究所収58 頁以下、西原「拡張的正犯論と間接正犯」71 頁以下、佐伯「前掲書」344 - 345 頁以下等参照。
- 34) 宮本「刑法学粹」392 頁、431 頁、特に、431 頁では「是レ間接正犯(又ハ擬制的正犯)説カ一種ノ彌縫策たる所以ニシテ又従属犯説ノ破綻ヲ暴露スル所以ナリ」と述べられる。
- 35) 竹田「共犯の犯罪概念要素」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』25 - 26 頁、同「間接正犯」4 巻8 号72 - 73 頁参照。
- 36) 武藤「前掲論文」36巻1号69頁以下参照。
- 37) 佐伯「前掲書」341頁以下参照。
- 38) 武藤「メツガーの刑法論における規範主義(上)」法学志林35 巻6 号697 - 698 頁参照。
- 39) Mezger, ZStW, Bd. 52, S. 537f.

- 40) Sauer, a. a. O., S. 174. ,
- 41) 大塚「間接正犯の研究」124 頁参照。
- 42) 竹田「正犯概念の拡張か共犯概念の拡張か」法と経済 5 巻 6 号 31 頁参照。
- 43) 竹田「正犯概念の拡張か共犯概念の拡張か」法と経済 5 巻 6 号 32 頁参照。
- 44) 竹田「共犯の犯罪概念要素」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』27 頁参照。
- 45) 竹田「共犯の犯罪概念要素」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』27 - 28 頁参照。
- 46) 竹田「間接正犯」立命館学叢同 5 巻 2 号 98 - 99 頁参照。
- 47) 竹田「正犯概念の拡張か共犯概念の拡張か」法と経済 5 巻 6 号 57 頁参照。

第3章 共犯の処罰根拠論について

I 序 説

「共犯はなぜ処罰されるのか」という命題のもとに、共犯論を再検討されたのは大越教授である¹⁾。教授は、これまで共犯論において論争されてきた諸問題—必要的共犯、教唆の未遂、未遂の教唆、要素従属性、共犯と身分、非故意行為に対する共犯の問題—を伝統的な共犯従属性論すなわちいわゆる定型説の立場からアプローチした場合の最終的な論点は「共犯の処罰根拠」に集約されると主張して、ドイツ刑法学上の共犯処罰根拠論に学ばれる。その理由は、この論点が従来我が国においてほとんど意識されてこなかったし、またこの論点のもつ意味も十分に把握されていなかった、ただ必要的共犯との関連の下で論じられていたにすぎないという点にある。そして、わが国で共犯の処罰根拠論が自覚的な展開をみななかった原因の一つとして、共犯学説が個別的な論点の解明に満足していたという事情をあげられる。

先に検討してきた共犯論の歴史的発展は、大越教授のこの指摘を若干証明している部分もうかがわれた。しかし、この大越教授の指摘は、主として、共犯従属性論者に当てはまるのではなかろうか。共犯独立性論の代表的主張者牧野博士は、共犯従属性論者に対して「何故に教唆及び幫助がしかく処罰せられねばならぬかの実体的理由を明かにして欲しいとおもうのである。諸家は、教唆と幫助とが刑法の各本条の適用を直接に受け得るものでないことを高調せられるのであるが、しかし、教唆と幫助との性質上、やはり、その各本条に依って処罰せられねばならぬものであることをおのずから予定していられるのである。そうして、実に、その予定は、特にその理由を論ずるまでもなく当然のことのように考えられているものと認められるのである。ただ、しかく処罰せられねばならぬものであるが、しかし従属性を有するものとせられるのである。若しわたくしにして諸家の論述に対し誤解なきを得るならば、諸家は、ただ、教唆と幫助とが何故に従属的にのみ処罰せられるかという点に議論を集中せられるので、従属的であるにしても兎に角処罰せられねばならぬものであるとい

う点については態度が甚だ明白でないのである。そうして、それは、この後者がむしろ当然のものとして予定せられているからである」²⁾とされているのは、これを物語っている。そして、博士は、共犯の可罰性の基礎として「他人を介して犯罪事実を発生せしめたが故に」「教唆及び従犯は正犯の実行行為を通じて、犯罪の完成に影響を及ぼすのであり、その点において因果関係を具有するのである」、「教唆又は幫助と実行行為との間に相当因果関係の成立する場合においては、教唆及び幫助に独立な犯罪を認めてしかるべきである」とされる。これは、いわゆる惹起説の立場に類似する見解であって、博士が「共犯論は因果関係の一つの適用なり」³⁾とされる点と調和する。このように共犯独立性論者は、共犯の処罰根拠についてはほぼ明白な解答を与えていたのである。また竹田博士も「共犯の処罰根拠」を意識して関与者犯罪の実体解明に力を注がれている。博士曰く、『共犯(共同正犯、教唆犯)と間接正犯とを合せて、一般に他人の行為を自己の犯罪目的実現に役立てる「間接行為者」の罪責の根拠、間接行為における犯罪概念標識を何処に認むべきかについて若干の私見を述べ』て、拡張的正犯概念に立脚して目的規範的行為論を提唱し、いわゆる間接行為者犯罪(共同正犯、教唆犯)の可罰性を明らかにされている。この博士主張の根本的精神は、「犯罪の定義を可罰的行為の全体に妥当い得るやうに構成することが、刑法学に対する第一の学問的要求であるべきことを想へば、吾々は刑法学への粗雑なる出発点に於て、共犯行為も亦正犯行為と同じく、何等かの学問的・体系理論的加工を施すことに依り、構成要件該当なる違法有責の行為として理解すべきことに目標理想を持つべきではあるまいか」⁴⁾ということである。しかし、共犯従属性論の立場にたてば、単独正犯が基礎となって、この正犯に従属して共犯が論じられることになるから、共犯の可罰性如何が問題になるのは必然的であった。この点に関し、特に制限従属性説に対して「この見解を採用ときは、犯罪は構成要件該当の違法有責の行為であるとの定義を放棄せねばならぬ。この定義は正犯行為に対してのみ妥当し、共犯行為には妥当せぬからである。正犯及び共犯に共通する犯罪概念から構成要件該当性なる概念要素を除去せねばなるまい」⁵⁾と批判される。その意味で共犯従属性論者にしてみれ

ば、「共犯の処罰根拠論」は必要不可欠の問題だったのである。以下「共犯の処罰根拠論」を簡単に概観してみよう。

II わが国の共犯処罰根拠論

1. 序 説

共犯の処罰根拠に関して、わが国では、これを正面から論究する立場は希であった。その理由をあげると、第一に、わが国の共犯規定が正犯—共犯という二元的体系(いわゆる共犯体系)を採用しているために、各類型間の区別に関心が集中し、可罰性の外部的限界設定の問題が軽視されていたという点にある。第二に、共犯論を構成要件の問題として把握する立場が主流であった点である。すなわち正犯行為の実行行為性が中心に置かれ、それに関係する加担者の限界設定に努力が払われた(いわゆる間接正犯と教唆犯の限界設定問題)という点である。第三に、従属性の問題が共犯の処罰根拠の基底を構成するにもかかわらず、従属性の質的側面と量的側面の問題として処理しようとしたという点である。

実は、牧野博士が「何故に教唆及び幫助がしかく処罰せられねばならぬのかの実質的理由を明かにして欲しいとおもうのである」とされ、また竹田博士が「犯罪は構成要件該当の違法有責の行為であるとの定義を放棄せねばならぬ。この定義は正犯行為に対してのみ妥当し、共犯行為には妥当せぬからである。正犯及び共犯に共通する犯罪概念から構成要件該当性なる概念要素を除去せねばなるまい」とされたとき、共犯従属性論者はこの間に真正面から真剣に解答すべきであった。しかし、共犯論の歴史的な趨勢は、「従属性論者はこの独立性論の代表者牧野説をいかに克服するかに努力が払われてきた」ことを証明するものであった。牧野博士の問に解答を与えようとする試みは、問題提起以後30数年経た現在、「共犯処罰根拠」という命題のもとに自覚的に展開されるようになった。それもドイツの「共犯処罰根拠論」に影響されてのことであった。

2. わが国における責任共犯論と因果的共犯論

わが国では、一般的に「責任共犯論と因果的共犯論」という対抗軸で捉える

立場が大勢(いわゆる二分説)をしめている⁶⁾。その点で、大越教授は、ドイツの共犯処罰根拠論に学びつつ、責任共犯説、社会的完全性侵害説、行為無価値惹起説、惹起説(純粹な惹起説と修正された惹起説)、と大別される⁷⁾。また高橋助教授は責任共犯説、不法共犯説、独立性志向惹起説(純粹惹起説)、従属性志向惹起説(修正惹起説)、従属的法益侵害説(折衷惹起説)に分類される⁸⁾。

そこで、先ず最初に、わが国で、一般に主張されている責任共犯論と因果的共犯論を考察してみよう。

(1) 責任共犯論(Schuldteilnahmetheorie)

責任共犯論とは、共犯は正犯を墮落させ、罪責と刑罰に陥れたが故に処罰される(すなわち共犯者は正犯者を責任と刑罰とに誘い込んだことの故に罰せられる)という見解である。わが国では、瀧川、泉二、江家、莊子の各博士をあげることが許されるであろう。例えば瀧川博士は、「教唆犯の罰せられるは、犯罪の決意なき者または決意の定まらない者を犯罪の実行に誘導することを根拠とする」⁹⁾とされるのがこれである。また、泉二博士は、教唆犯に関して「教唆犯ハ共犯ノ一形式ニシテ刑法第61条ハ人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者ヲ正犯ニ準シタリ蓋教唆者ハ正犯ノ如ク自ラ犯罪ヲ実行スルモノニアラスト雖モ元來犯罪ノ意思ナキ他人ヲ教唆シテ犯罪ノ意思ヲ造形セシムルモノ(所謂造意者)ニシテ其地位ニ於テ毫モ実行者ト區別ス可キ理由ナキカ故ニ之ヲ正犯トシテ処分スルコトヲ規定シタルモノナリ」とされ、「被教唆者ハ責任能力者ニシテ且故意ヲ有スルコトヲ要ス」¹⁰⁾と主張される。さらに、江家博士は『「教唆」とは、犯意のない者に犯意を生ぜしめることである。故に、すでに犯意を有する者に対しその犯意を強固ならしめるのは教唆ではない。教唆は、このように、犯意のない者に犯意を生ぜしめることであるから、教唆犯の反社会性は二重にあらわれる。その一は、他人の行為を利用して犯罪を実行した点である。その二は、教唆によって犯罪人を創造した点である」¹¹⁾と主張される。このような立場は、莊子博士も展開されていた。曰く、「もともと、共犯を処罰するための根拠は、正犯が責任をおいする行為をおこなったために、その責任の一半になう者として処罰の範囲を拡張する(刑罰拡張事由)という点に在

る。」として「刑法総則において、教唆および幫助を処罰すべき旨とくに規定したのは、共犯行為が結果に対しておおよした因果の關係が不明確なことが多く、また、因果性じたいについて問題も多いために、正犯に従属することを根拠として可罰性を賦与する必要をみとめた」ためであり、この意味で、「共犯処罰の根拠は、正犯処罰の根拠と明確に相違する。」とし、「教唆犯には、二面の性格をみとめることができる。教唆犯は、一方では、自分じしんの手を汚さずに、ただ単に正犯の行為を惹きおこしたにすぎない。正犯に比較し、正犯がおこなった行為に対して遙かにゆるい關係にたつ。したがって、教唆行為は、正犯の行為に比較し、緩和した判断をうける可能性をそなえる。しかし、教唆犯は、他方において、正犯を誘惑して行為をおこなわせたという点において、正犯に比較して重い責任をおう可能性をそなえる。犯罪の本質を人倫の秩序違反にもとめて、外部的損害の惹起を重視しないとすれば、誘惑して犯罪をおこなわせることの方が客観的な法益侵害よりも重大であると考えうる。したがって、誘惑という面を強調すれば、正犯とおなじ程度に犯罪性をそなえたものとみななければならない。教唆者が殺人したとはいえないとしても、殺人犯を誘惑して殺人をおこなわせたということから、教唆犯は殺人犯と同様な評価を与えられるというわけである」¹²⁾と述べられていた。ところが博士は、刑法総論[新版](昭和56年)の421頁以下では、「共犯処罰の限度は、立法政策上の問題であり、刑法規範に立脚した価値感覚の問題である」として、「現行法にいう従属性は、少くとも違法の共同を前提とすべきであり、…特定の犯罪実現を違法に共同したことを根拠として正犯の違法行為に従属させる制限従属形式に拠るべきである」¹³⁾と主張される。共犯従属性説の立場に立脚されながら、極端従属性説から制限従属性説に転向されている。この転向が責任共犯論的なものから不法共犯論的なものへ変わられた背景となっているものと考えられる。

責任共犯論者に共通していえることは、従属性論の立場に属しいわゆる極端従属形式に立脚する諸家(瀧川、泉二、莊子(旧説))が中心であった。なお、江家博士は、新派刑法理論の立場から、共犯論を「共犯においては、利用者が他人の行為を自己の犯罪を遂行するために利用する点に、その反社会性があるば

かりでなく、その利用によって、被利用者の犯罪行為を助長し、又は被利用者をして犯罪行為に出でしめる点に、特殊な反社会性があることに着眼しなければならない」¹⁴⁾と理解されている。いずれにせよ、責任共犯論は、教唆の二面性を主張し、誘惑という側面を強調する。これはH・マイヤーが、「墮落は具体的な場合に常に具体的な違法所為に対する意思において正犯者を強化する点にある」¹⁵⁾としたいいわゆる「墮落思想」と相通じるものが存在する。

(2) 因果的共犯論(Verursachungstheorie)

因果的共犯論とは、共犯とは正犯の実現した結果を共に惹起したが故に処罰されるとする立場である。わが国の多数説といってよい。これに属するものとして、平野、平場、福田、中の諸博士及び内田、中山、西田、大越、斉藤(誠)等の諸教授をあげることが許されよう。平野博士は、『責任共犯論とは、共犯の可罰性の根拠は、共犯が正犯に犯意を生ぜしめ、これを墮落させたこと(教唆)あるいは、正犯の犯意すなわち墮落した心情に同調したこと(幫助)にある、という考え方である』が、違法は、原則として客観的・連带的であるが、責任は主観的・個別的に、という考え方からすれば、やはり「共犯も、自己の行為によって違法な結果を発生させたことについて問われるものである、という考え方から出発すべきである」として因果的共犯論を主張される¹⁶⁾。平場博士は、「教唆犯は行為類型としては他人に犯罪の決意を惹き起こす行為であるが、そのほか、目的として他人が惹起する犯罪の結果を意欲すること、および、他人がその決意をなんらか実行に移してはじめて罰せられることの二点に特殊性がある」として、従属性を承認し「教唆には、被教唆者の造意という本来の結果の意欲のほかに、被教唆者の行為による構成要件的结果発生の予見」を必要とされる¹⁷⁾。福田博士も、「教唆犯の処罰根拠を正犯(他人)の行為を通じて構成要件的结果を目的的に実現することに寄与したことにある」¹⁸⁾とし、中博士は、共犯を構成要件の修正形式であると把握しつつ、共犯行為も正犯行為とともに結果に対して相当因果関係を有するものであることを承認される¹⁹⁾。また内田教授は、『われわれの基本的な立場では、共犯は、「間接的法益侵害」のゆえをもって可罰的たりうる行為として確定されるべきである。さらに、「間接」

正犯・「共同」正犯との価値的区別を明確にするためには、「実行行為」以外の加担行為による「弱い法益侵害」としてとらえられるべきである』とされ、このような立場は、「原因設定論に近いが、実質的客観説による限縮的正犯概念を前提とし、共犯の従属性を前提とすることにより、シュトラーターテンヴェルト、平野教授の見解に最も接近することになる』と主張される²⁰⁾。中山教授は、共犯の処罰根拠として『「因果的共犯論」は、共犯が正犯を通じて結果を共同して惹起した点に処罰根拠があるとするもの(平野)で、共犯の因果性を基礎とした「行為共同説」に対応する』としたうえで、「私見は、因果的共犯論と緩和された要素従属形式の観点から、ここでは、行為共同説の立場をとる」²¹⁾とされる。さらに、西田教授は、「教唆といえどもその処罰根拠は、正犯を通じて惹起された法益侵害に求められるべきだとすれば、教唆犯の故意も当然に結果発生認識を含むと解すべきである」²²⁾とされる。斉藤教授は、「共犯の違法性(不法)は、共犯の行為そのものの違法性(不法)にもとづくとともに、正犯の行為の違法性(不法)にもとづくものであり、共犯者は、構成要件で保護されている法益を間接的に侵害するので処罰される、とする従属的な法益侵害説をとりたいとおもっている」と主張される²³⁾。

以上の見解は、共犯従属性論を基礎として「共犯は正犯を通じて結果を共同して惹起したもの」と解する因果的共犯論の立場である。しかし、同じく因果的共犯論に立つからといって、共犯論に関する個別的な諸問題についてまで見解が統一しているわけではない。

ところが、このような見解は共犯独立性論独特の立場であった。例えば、宮本博士は、共犯を方法的類型として把握し、規範関係の相対性という考え方から、「教唆を初めから実行の類型から除外すべき根拠」²⁴⁾はないとする。木村博士は、共犯とは「他人の決意にもとづく行為を通して構成要件実現に至る行為をなす者」であり、「正犯も共犯も、ともに、構成要件実現に至る行為である点において共通であり、その意味において正犯と共犯は、刑罰拡張事由でもなく、刑罰制裁事由でもなく、構成要件実現の態様に外ならない」²⁵⁾とされる。共犯独立性論の先駆者牧野博士は、「他人を介して犯罪事実を発生せしめたが

故に」「教唆及び従犯は正犯の実行行為を通じて犯罪の完成に影響を及ぼすものであり、その点において因果関係を具有するものである。」「少なくとも、相当因果関係論の立場からいうならば、教唆と実行行為との間に相当因果関係の成立する場合には、教唆及び幫助に独立な犯罪性を認めてしかるべきである」と主張される²⁶⁾。これは、因果関係が強調されているところにその特徴があり、因果的共犯論と称しても可能であろう。

(3) 不法共犯論(Unrechtsteilnahmetheorie)

不法共犯論とは、共犯が正犯を違法行為にいたらせた点に処罰根拠をもとめる立場である。すなわち共犯は正犯者の行為故意(Tatvorsatz)を呼び起こし、又はその援助行為によって違法な正犯行為を助長したことによって罰せられると解する。これがわが国の通説とされている。例えば大塚博士は、「教唆犯・従犯の処罰される実質的根拠ですが、私は、教唆犯については、教唆者が被教唆者である他人をそそのかして犯罪を実行する決意を生じさせ、かつ、それを実行させたことが、そして、従犯については、幫助者が正犯者の実行行為を幫助する行為を行い、かつ、正犯者がその犯罪を実行したことが、それぞれ必要であると考えています。被教唆者・被幫助者である正犯者は、構成要件に該当する違法な行為を行えば足りるのであり、責任を具備することまでは必要ありません。私は、共犯の制限従属形態を支持するのです。教唆行為がなされたことと被教唆者が犯罪の決意を抱いたこと、そして、それに基づいて実行行為に出たこととの間には因果関係がなければなりません。従犯についても、幫助行為と被幫助者の実行行為が容易にされたこととの間には、もちろん、因果関係が必要です。」²⁷⁾とされるのが、その典型的なものである。藤木博士は「教唆犯の可罰性は、教唆された者がその結果として犯罪の実行を決意し、かつその決意を実行に移したことを要件」とされ、「教唆の故意は、被教唆者が違法な犯罪の実行行為をなすことを認識認容すること(要するに修正された構成要件事実の認識認容)で足りる」²⁸⁾と主張される。また西原博士は、「教唆犯の違法性は、その教唆行為によって現に正犯者に犯罪を実行させたという点に存し、教唆の故意は「一定の犯罪を実行する決意を生ぜしめ、かつこれを実行させる

意思であり、それをもって足りる」²⁹⁾ とされる。

以上のようなわが国における責任共犯論、因果的共犯論、不法共犯論は、どちらかと言えば、意識的に「共犯の処罰根拠論」として統一的に展開されたものではなかった。共犯独立性論者だけが、共犯行為と実行行為との峻別を否定するが故に、いわゆる共犯者の共犯行為(=実行行為)の可罰性を真正面から論究していたのである。しかし、従属性論者は、「正犯—共犯」という二元的体系を採用する以上、正犯優位の思想に基づいて正犯行為(=実行行為)を前提として、従属的共犯を論究することになる。ここに従属的共犯の処罰如何が問題となるのであった。この点を意識的に考察して、統一的に「共犯の処罰根拠論」を展開されたのが、大越教授であった。教授はドイツの共犯の処罰根拠論に学んで、諸学説を詳細に解明された³⁰⁾。

3. 大越教授分析にかかる共犯処罰根拠論

(1) 共犯処罰根拠論に関する大越教授の分析

大越教授は、「共犯の処罰根拠に関する見解を、因果的共犯論、違法共犯論、責任共犯論という共犯論の枠組みの中で捉えると、因果的共犯論には純粋な惹起説が、違法共犯論には社会的完全性侵害説、行為無価値惹起説、修正された惹起説が、責任共犯論には責任共犯説が、それぞれ対応することになる。違法共犯論が三つに分かれるのは、各説の立脚する違法論の相違に基づいている」とされ、これらの学説の対立は、「共犯者は何を惹起するのか」という点の理解の相違がもたらす対立であると言うこともできる³¹⁾として、『責任共犯説は「正犯者の罪責と刑罰」を、社会的完全性侵害説は「正犯者の社会的不完全性」を、行為無価値惹起説は「正犯者の行為無価値」を惹起すると解し、純粋な惹起説は「犯罪結果」を、修正された惹起説は「違法な犯罪結果」を惹起する点に共犯の処罰根拠を求めているということが出来るからである』³²⁾と述べて、各学説の検討を進められる。ここでは、大越教授にしたがって、純粋な惹起説、社会的完全性侵害説、行為無価値惹起説、修正された惹起説を中心として、それらの学説の主義主張、理論的基礎・背景等を学んだ後に、わが国の諸

家の主張との相応関係を考察してみる。なお、高橋助教授の分類も合わせて考察対象に関係させた。

まず、社会的完全性侵害説から論を進めよう。この説は、1943年のドイツ刑法の一部改正³³⁾により、制限従属性説が採用されるに至って、責任共犯説にとって極端従属性説との結びつきは、一転深刻なものに変容した。それまで、法規が極端従属性説を採っていたが故に、責任共犯説は実定法の解釈として有利に作用していたからである。そこで、法規に忠実ならしめるために、制限従属性説に妥当するよう責任共犯説の内容を「誘惑要素を主として不法要素として捉えるべく」修正して社会的完全性侵害説が登場したのであった。この説によれば、教唆の実質的な不法内容を、教唆者が被教唆者を社会との鋭い対立の中に陥れ、被教唆者の社会的完全性を侵害する点に求める。レス曰く、「不法へと誘うこと、すなわち法秩序攻撃への誘惑は、被誘惑者が責任無能力者であり、または責任を阻却する錯誤のために何ら非難されない場合であっても、社会的に有害な行為であり、社会の平和を破壊する行為であり、その者が享受する社会的尊重を害する危険のある行為である」³⁴⁾と。それ以外は、責任共犯説と同一の解釈論的帰結を辿る。従って、社会的完全性侵害説は修正された責任共犯説とも言える。その意味で、高橋助教授は、「社会的完全性侵害説は独立させるほどの意味はなく責任共犯説の一種と捉えれば十分である」と主張される³⁵⁾。

次に、行為無価値惹起説をみてみよう。この説は、従来の責任共犯説を否定するところから出発し、共犯の不法を正犯に対する関係の中で捉え、教唆の不法内容を被教唆者の「社会的完全性」の侵害に求めるのではなく、それを一般性(Allgemeinheit)との関係で捉え、共犯の処罰根拠を共犯者が他人(正犯者)の行為無価値を惹起した点に求めたのである。ヴェルツェルは、違法の本質を行為無価値に求める「人的不法」の立場から、「共犯者は、社会的に我慢のならない、それ故に違法である行為への決意を喚起したか、またはその貫徹に援助を与えた」ために処罰されると主張する³⁶⁾。従って、ヴェルツェルは、結果無価値に重点をおく惹起説を唱えているのではなく、他人の行為無価値の惹

起に重点をおいているとみるべきであろう。シュトラテンベルトは、「共犯者が正犯者の未遂に一しかも未遂だけに一関与しようとする場合には、共犯者は一結果無価値ではなく一少なくとも正犯者の未遂の中に存在する行為無価値を(共に)惹起しようと意欲している。正犯者の未遂がすでに違法である場合には、正犯者の未遂の実現に向かった共犯者の意思は、刑法上の不法の実現をめざしている」³⁷⁾として、結果無価値に向かうことまでも必要ではないとし、明確に他人の行為無価値の惹起に共犯の処罰根拠を求めている。その理由は、共犯の禁止規範の内容が正犯のそれとは異なるからという。その例として、『共犯者は、正犯者と同じ法義務に違反するものではない。たとえば殺人罪を例にとると、教唆者は、「直接に人を殺すな」という禁止にではなく、「他人を人殺しへとそそのかすな」という禁止に違反するのである。「他人を人殺しへとそそのかすな」という禁止の違反は、他人(正犯者)の行為無価値を惹起した場合に認められる』³⁸⁾ということをあげている。しかし、正犯と共犯の禁止規範の内容が異なるとの主張だけからでは、他人(正犯者)の行為無価値の惹起に共犯の処罰根拠を求めることまでも基礎づけることはできないとの批判がある。つまり、規範論からは共犯は抽象的危険犯となるので、正犯行為の実行は、共犯の不法内容とは何の関係ももたない単なる客観的処罰条件になる。これに対して、行為無価値惹起説の主張は、まさに正犯行為の行為無価値が共犯の不法内容を決定づけるという議論である³⁹⁾。

次に、惹起説をみてみよう。この説は、「共犯は正犯の実現した結果を共に惹起したが故に処罰される」、すなわち「共犯も、自己の行為およびその結果として生じた結果について責任を問われるのであって、自己の行為と因果関係のないことについて責任を問われるのではない」⁴⁰⁾という考え方として理解されていて、原因設定論又は因果的共犯論とも称されている。この説は共犯を犯罪結果との関係で捉えようとするために、その根底には結果中心の刑法観が存在し、従って、その理論的根拠は結果無価値論(法益侵害説)に求めることができる。ただし、惹起説といっても、その背後に据える刑法観の如何によって、その有する意義が異なる。例えば、法益侵害説を個人主義的思想と結合させる

場合には、刑法の謙抑性を強調して、刑法の任務を法益の保護に求める立場になり、また、法益侵害説を社会防衛を強調する立場で捉える場合には、刑法の保護機能を強調する立場になる。後者の立場は、共犯独立性論者の主張するところである。現在主張されている惹起説とは前者(共犯従属性論に基づく惹起説)の意味においてである。責任共犯説は、惹起説を共犯否定論に結びつく理論であると批判するが、惹起説は、正犯と共犯を、直接侵害かあるいは間接侵害かという差こそあれ、法益を侵害するという点においては何ら相違がないと考えているから、これを共犯独立性論の立場で主張する場合は、共犯否定論に至るのは当然のことであって、この限りにおいて、この批判は妥当しない。しかし、共犯従属性論の立場で主張する場合には、「正犯—共犯」という体系を採用する以上、この批判に答えなければならない。否、それに答えるべく努力してきたといえよう。例えば、形式的な観点から、正犯と共犯の結果惹起の形態が異なる点を捉えて、行為の定型性という基準で正犯と共犯を区別する方法である。この方法では責任共犯説に接近する可能性が認められるが故に、この可能性を除去するために実質的な観点から区別しようとの試みがなされている。そこで、最近では、法益侵害に対する危険性の程度という観点から、正犯と共犯を実質的に区別しようとする見解が主張されている⁴⁰⁾。

惹起説のなかにも、「純粋な惹起説」と「修正された惹起説」があるとされている。この両説の相違は、実質的には「違法の相対性を原則として肯定するかどうか」という対立に還元される。ここでいう違法の相対性とは、違法の個別的把握、すなわち違法判断を行為者ごとに下すことが可能かどうか、という意味での違法の相対性をいう。純粋な惹起説は、違法の相対性を肯定し、共犯は正犯と共に結果を惹起すれば足りるといい、修正された惹起説は、違法の相対性を否定し、共犯は正犯と共に違法な結果を惹起しなければならないとする。まず、純粋な惹起説から論を進めよう。

純粋な惹起説には、これを徹底させて正犯と共犯の区別を撤廃しようとする立場と、正犯と共犯の区別を堅持する立場が存する。いうまでもなく、前者は共犯独立性論者の立場に属するといえよう。後者は、「共犯処罰のためには如

何なる要素の存在が必要か」という点をめぐって、三つの見解に分かれる。前者の立場にたてば、自己の行為の「発起者」(Urheber)であると理解するから、共犯独立性論に属し、統一的正犯者概念に接近する。

ところが、後者は、正犯と共犯の区別を堅持する立場から、この区別の基準を何処に求めるかに力を注ぐ。その主たる内容は、共犯不法を正犯不法から実質的に区別しようとする点にある。しかし、ここでは、共犯の不法を正犯のそれから区別することのみに力が注がれ、その結果、共犯の不法内容を一律に決しようとの態度が前提とされていた。これに対して、リューデルセン⁴²⁾は、「共犯の不法内容を犯罪類型別に分けて、個別的に探究すべきである」と主張し、従って、彼のいう惹起説は、「共犯者は自己の不法と責任についてだけ責任を負う」という意味で展開されることになる。彼によれば、共犯従属性というドグマは、共犯が関与する特定の行為が存在しなければならないという「事実的依存性」を意味するという。そして、「むしろ明らかにされねばならないことは、共犯者が自己の不法つまり〔他人から〕導かれたものでない不法に対して責任を負うことが、他ならず共犯者も構成要件に該当して行為することを意味し得るという点である。なぜなら、刑法典各則の構成要件からのみ、刑法上の不法が存するか否かは明らかになるからである。正犯者が構成要件に該当して行為することだけでは不十分である。まさに問題なのは、法益侵害が共犯者においても構成要件に該当するという点である」という。その基礎には、「構成要件該当性は正犯の処罰根拠であるばかりか、まさに共犯の処罰根拠でもある。換言すれば、構成要件は正犯のみならず、共犯形式での犯罪関与をも一たしかに完全ではないがその中核において一記述しているのである」という考え方が横たわっている。さらに、違法の相対性について、「不法概念は相対的である。同一の結果惹起は、それが(客観的に)帰属される人に応じて、違法か違法でないかとなる」といい、法益はそれ自体ではなく、つねに誰かに対してのみ存在するのであり、人的要素と法益侵害との関連について、人的要素が法益侵害に導く要因となる構成要件も存在し、法益の価値のみならず、侵害への関与の量と質もまた不法の程度を決定するという考えは、すでに法益侵害の概

念の中にあると主張する。そこで、高橋助教授は、純粋な惹起説を、それが共犯不法の独立性を主張する点で「独立性志向惹起説」として理解されている⁴³⁾。

以上のような純粋な惹起説は、共犯独立性論、拡張的正犯論、統一的正犯者論への最接近を示す。この説に対する諸批判は、共犯独立性論、拡張的正犯論、統一的正犯者論に対する諸批判と相通じるものがある。

修正された惹起説は、共犯の処罰根拠を構成要件上の法益侵害の惹起に求め、それを共犯従属性理論に立脚して主張するものである⁴⁴⁾。この説によれば、共犯の不法は正犯行為の不法から導かれ、共犯の独立した不法要素は承認し得ないこととなる。この説の実質的な理論的基礎は、大越教授によれば、違法の相対性を原則として否定する客観的違法論⁴⁵⁾にある。この客観的違法論は、周知のように、メツガーによって主張されたものであるが、彼によれば、法規範の論理構造を評価規範と決定規範に分類して、違法の実質を法益の侵害または危険に求め、違法を評価規範に違反するものと解する。その根底には、「名宛人なき規範という思想」(Gedanke der adressenlosen Norm)がある。この「名宛人なき」という意味は、責任無能力者の行為にも違法評価を下すことができるということのほかに、法益侵害を共同惹起した場合には各々は平等であり、違法評価は一方が適法であり他方が違法であるというように、人によって区別されないということである。従って、違法の連帯性は肯定され、それ故に、客観的違法論からは、正犯行為が違法であれば共犯行為も違法となり、違法は連帯すると解し得る。このように、修正された惹起説は、犯罪とはつねに正犯者の可罰的態度だけであると解し、それへの共犯はこの正犯の態度に関係づけられ、非独立の犯罪遂行形態であり得るだけとする立場である。共犯論上のこの考え方は、今日まで正犯行為への共犯の依存性・従属性が共犯に関連するすべての解釈論的・体系的考察の骨子である⁴⁶⁾。しかし、この説に対しては、何故に従属性を必要とするのか、その根拠が全く不明確で、高橋助教授の言葉を借りれば、「まさに従属性原理は根拠づけを要しないドグマと解されているのではないか」と思われる⁴⁷⁾。

最後に、高橋助教授の分類の一つである折衷惹起説(従属的法益侵害説)⁴⁸⁾

をみてみよう。この説は、独立性志向惹起説と従属性志向惹起説との中間に位置し、共犯の不法は、法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素との混合から構成されると主張するものであり、助教授はロクシンにならってこれを従属的法益侵害説と称される。この説は、構成要件上の保護法益への従属的な侵害の点に処罰根拠を求め、共犯不法は正犯不法に対して一部従属一部独立していると主張する。さらに、違法の相対性を一部否定一部肯定する、すなわち一方で「正犯なき共犯」を否定し（正犯不法なければ共犯不法なし）、他方で「共犯なき正犯」を肯定する（正犯不法あっても共犯不法なし）と解する。この点について、ロクシンは、共犯の不法を一部正犯行為から、一部関与者の固有の法益侵害から導くことにより、純粹惹起説と修正惹起説の一面性を回避することができるという。

以上、共犯の処罰根拠論と称されている学説を大越教授に学んで概観してきた。そこで、大越教授が主張される「共犯はなぜ処罰されるのか」という統一的な観点について、大越教授の主張及び大越説に対するわが国の諸家の見解を中心に検討してみよう。

（2）大越教授提唱の『共犯処罰根拠論』とその評価

まず、大越教授の見解から論を進めよう。教授は、違法本質論と共犯の処罰根拠論との関係について、心情無価値論 → 責任共犯説、行為無価値論 → 行為無価値惹起説、結果無価値論（法益侵害説）→ 純粹な惹起説・修正された惹起説、折衷説（行為無価値 + 結果無価値）→ 社会的完全性侵害説という図式化をなし、各見解を検討した後、自らの方途を「第三の惹起説」と主張される。その理論的基礎は「刑法の任務を法益の保護に求め、違法論において法益侵害説をとる」⁴⁹⁾ という点にある。教授によれば、まず、各見解の検討の結果として、共犯の処罰根拠を「誘惑要素」に求めた責任共犯説と社会的完全性侵害説は、教唆犯の説明には資するが、それでもって共犯のシェーマを説明することは困難であるとして、これを批判され、また、それを他人（正犯者）の行為無価値の惹起に求める行為無価値惹起説は、結果無価値を過小評価するので妥当な見解でないされる。結果無価値を過小評価する見解ではないが、不法概念を相

対的に把握する純粹な惹起説は、それを基礎づけている「不法概念は本来相対的である」という主張に問題がある。その理由は、不法概念の相対的把握を原則的に肯定することは、実質的には不法の本質を命令違反に求める主観的違法論への接近を示し、共犯の処罰根拠を法益侵害の惹起に求める惹起説の立場から離反するという点にある。従って、「不法概念を連帶的に捉える修正された惹起説が共犯の処罰根拠の議論として基本的には妥当な見解である」とされる。ただし、共犯行為の違法性に従属しない場合、例えば必要的共犯の一部あるいはアジャン・プロヴォカトゥールの場合、この説は如何に解決するかに問題点を残していると。そこで、基本的には修正された惹起説の立場にたちつつ、その解決の方途を次のように考察される。

まず、「法益侵害説は、違法の相対性をまったく認めない理論でもない」という点からスタートされる。法益侵害説の要とでもいうべき法益概念は、この説を個人主義的な思想と結びつける場合には、その視座を「法益主体」においた価値関係概念であると理解される。だから、違法論の中心に法益主体をおいた法益侵害説によれば、関与者の中に法益主体が含まれている場合には、法益主体とそれ以外の者とは、違法判断は相対化することになると。

また、「法益侵害説は、主観的要素が違法判断(危険判断)に不可欠である場合のあることをまったく認めない見解でもない」。主観的要素であっても、それが法益侵害性(危険性)に影響を及ぼすものである場合には、主観的要素として考慮するために、行為者の認識が危険判断に影響をもつ場合には、違法は相対化することもありうると。

ところで、この違法の相対性は、主として、関与者の一人に違法阻却事由の存在が認められる場合に問題になる。法益侵害説は、違法阻却の根拠を、保護されるべき利益の喪失による「利益不存在の原則」と、大なる法益と小なる法益が競合する場合には小なる法益の犠牲を認めるという「優越利益保護の原則」に求める。利益不存在の原則により違法性が阻却される場合には、その効果は相対的(個別的)に作用するが、優越利益保護の原則により違法性が阻却される場合には、違法の相対性を決定づけるという意味では法益主体という観念は登

場しない。従って、優越利益保護の原則により違法が阻却される効果は関与者のすべてに及ぶことになる。以上の論証から、大越教授は、『違法の相対性を一定の限度において認める「修正された惹起説」かりに名づけると「第三の惹起説」とでもいうべき立場が、共犯の処罰根拠としては妥当な見解であるように思われる』⁵⁰⁾と結論される。この大越説に対しては、若干の批判が提起されている。ここでは、その主要なものだけあげておく。

まず、大越教授の分析の特徴は、純粋な惹起説＝違法の相対性＝主観的違法論接近、これに関して、修正された惹起説＝違法の連帯性＝客観的違法性という関連があるというように、「違法論」を基準にして、この両者を区別しようとするところにある。問題なのは、このような図式が、とくに、純粋な惹起説＝主観的違法論、修正された惹起説＝客観的違法論という点で、妥当かどうかである。とくに、大越教授の出発点と帰結が、純粋な惹起説＝行為無価値志向型共犯論、修正された惹起説＝結果無価値志向型共犯論という図式に集約されるように思われるが、この点は疑問を禁じえないという批判である（中山、斉藤、高橋）⁵¹⁾。

次に、共犯の処罰根拠論の射程について、共犯の処罰根拠論は、狭義の共犯である教唆犯・幫助犯には妥当しえても、共同正犯にまでは妥当しないという批判である（斉藤、香川、高橋）⁵²⁾。

4. 高橋助教授分析にかかる共犯処罰根拠論

それでは、次に、高橋助教授の見解に論を移そう。まず、高橋助教授の結論は、「共犯の処罰根拠の意味内容としては、ザムソン・ロクシン流の従属的法益侵害説が基本的な妥当であるといってよいと思われる」として、従属的法益侵害説（折衷惹起説）を主張される。その内容は、「共犯不法は、法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素とから構成され、共犯の処罰根拠は、構成要件上の保護法益への従属的な侵害に存する」⁵³⁾ということである。この考え方によれば、一方で「正犯なき共犯」を否定し（正犯不法なければ共犯不法なし）、他方で「共犯なき正犯」を肯定する（正犯

不法あっても共犯不法なし」という結果になる。ところで、独立性志向惹起説は、「正犯なき共犯」および「共犯なき正犯」のいずれも肯定する見解であり、従属性志向惹起説は、「正犯なき共犯」および「共犯なき正犯」のいずれも否定する見解である、と要約されている。高橋助教授も共犯の処罰根拠論に関する諸学説に検討を加えることから論を進められるが、その特徴は、まず最初に、わが国の共犯の処罰根拠論一特に、未遂の教唆の可罰性如何—を分析し(責任共犯論、不法共犯論、因果共犯論)、その後ドイツにおける共犯の処罰根拠論に検討を加える、という点である。この点に、わが国の共犯の処罰根拠論とドイツのそれとの架橋を意図されるものが理解される。以下、高橋助教授の分析を辿ってみよう。高橋助教授によれば、上でみた大越教授の分類を基本的には妥当としながらも、「社会的完全性侵害説は独立させるほどの意味はなく責任共犯説の一種と捉えれば十分であること、行為無価値惹起説という場合の行為無価値の内容が多様に把握できるばかりか、その他の惹起説がすべて結果無価値の見解であるとの誤解を生じさせる危険があること、さらに、重要な論争は惹起説内部のそれであること等から考えて、責任共犯説・不法共犯説・独立性志向惹起説(純粹惹起説)・従属性志向惹起説(修正惹起説)・従属的法益侵害説(折衷惹起説)というように分類したい(5分説)」とされ、惹起説を共犯不法と正犯不法との関係如何の面から分類されている⁵⁰ ところに特徴がある。

まず、責任共犯説と不法共犯説を分析し、前説に属するH・マイヤーの「意思結合説」を、それが共犯者の意思と有責な正犯者意思との結合を要求している点で制限従属性説に適合しないと批判し、またトレクセルの「社会的統合体説」については、それが墮落要素の内容を新たに構成することによって責任共犯説と制限従属性説との調和を可能にするということであるが、ここでいう「社会的統合」がきわめて不明確な法益であり、法益という名に値しないと批判され、要するに、このようないわゆる修正責任共犯説は、墮落化的要素と惹起的要素を混在させた見解であり、この質的に異なる要素が両立し得るかどうかは疑問であると評価される。後説に属するレスの「二重の不法内容の理論」については、それが心理学上の暗示理論(Suggestionslehre)に基づいて「教唆

は、犯罪行為を惹起するのみならず、法共同体構成員を不法へと陥れ、法敵対性の事実的状态へとさらし、それによって、その社会的完全性を侵害する」ということであるが、幫助の二重の不法内容には何ら言及していないし、また制限従属性説と調和するか疑問であると批判され、ヴェルツェル・シュトラテンヴェルトの「不法加担説」については、犯罪行為とは人的不法の意味での違法行為であり、共犯者はこの社会的に耐えがたい行為の成立に関与したが故に処罰されるとしたり、共犯者は構成要件に該当する法益侵害の現実化を目指すのではなく、正犯者をして行為無価値の実現に規定するものであるが、共犯不法にとってこれで十分とするが、それだけで十分なのか、不法は行為無価値と結果無価値の両者が存在することによって基礎づけられると解すれば、とくに問題であると批判され、要するに、この説では倫理的行為無価値に接近し、行為無価値一元論からの主張であると評価される。ただ、責任共犯説と不法共犯説の分析の結果から、「共犯の無価値内容は、共犯者自身が構成要件に該当する法益侵害あるいはその危殆化の実現を正犯者を通じて追求し、さらに正犯者が犯罪の実行に着手することを生ぜしめることを前提とするのである」として、共犯の処罰根拠を「間接的法益侵害」と特徴づけられる。そして、その意味内容をさらに明確化させるために、諸惹起説の検討作業に論を進められる。

惹起説は、「共犯は正犯の実現した結果を共に惹起したが故に処罰される」という基本的な考え方を基礎とするため、原因設定論あるいは因果共犯論とも称されている。ただし、共犯の不法と正犯の不法との関係をどのように捉えるかにより、惹起説内部でさらに説が分かれている。

まず、共犯の不法は正犯の不法から完全に独立していると解する独立性志向惹起説(純粹惹起説)から検討作業をすすめられる。ここでは、シュミットホイザー、リューデルセンの見解を分析され、この説が「共犯の独立した不法要素を強調した点は、共犯の構造を深化させる試みとして重要な問題提起といえよう」と評価されつつ、次のように批判される。前者に対しては、「共犯不法の完全な独立は法規と一致し得ないことを自ら明らかにしている」とし、結局、シュミットホイザーの見解は「法政策的プログラムであり、現行法上の共犯の

構造を把握し得ないもの」と批判される。後者に対しては、「共犯者と法益侵害との関係を把握するために各則の構成要件要素を分析するという方法は、各要素を正犯あるいは共犯に整序することを評価に依存させる結果となり、その評価の恣意性は克服できないとの批判がある」とされ、また違法の相対性を原則的に肯定する点について、制限従属性と一致しえず、従属性の拘束による可罰性の制限を無視するものであるとされる。そして、リュエデルセンは共犯の正犯行為への依存性を「純粋に事実的な性質」と特徴づけているが、これは苦肉の策であり、理由づけの放棄であるとの批判があるとされ、共犯従属性は構成要件の明確性(Tatbestandsbestimmtheit)に奉仕するものだけに、事実的依存性というよりは、むしろ法的依存性であるといわねばならないと⁵⁰⁾。結局、独立性志向惹起説は、共犯の独自性を強調することにより、「刑罰は処罰されるべき者の固有の不法を要件とするという憲法上要請される個人責任の原則に適合するという点で、また従属性理論で事足りるとした従来の共犯論に対する強烈な問題提起をした点で、多大の功績をもたらした。しかし、当初の考えとは裏腹に、可罰性の根拠のない拡張を招来し、かえって、従属性の拘束による共犯行為の法治国家的輪郭づけを放棄してしまうという結果に至ってしまった。このことは、共犯の不法が本質的に正犯の不法を通じて決定され、共犯不法の本質的要素が正犯行為の不法から導かれるという点を看過したためである」と結論される⁵⁰⁾。

次に、共犯の処罰根拠を構成要件上の法益侵害の惹起に求め、従属性理論を前面に置く従属性志向惹起説(修正惹起説)に移される。この説は、ドイツにおける通説・判例であり、ここでは、イエシェック、マウラッハ、判例を検討した後、正犯において構成要件の不法が示されれば、従属性理論により共犯の不法は正犯の不法から導かれると解するものとされる。このような考え方は、正犯行為への共犯の依存性・従属性を共犯に関連するすべての解釈論的・体系的考慮の中心点におくものであり、古くから通説的地位を占めてきたのである。しかし、従属性志向惹起説は、独立性志向惹起説が招来した法規の不一致を防ぎ、従属性原理の基礎にある構成要件の明確性にも適合するが、「従属性を必

要とする根拠づけがまったく行われておらず、まさに従属性原理は根拠づけを要しないドグマと解されているのではないかとの疑問が生じる」と批判されている。自らは、共犯の不法が正犯の不法から導かれる根拠(制限従属性の根拠)を客観的違法性論から帰結する違法の連帯性に求められている。曰く、「名宛者なき規範の思想は、人によって違法評価が異なることを拒否し、一方が違法であれば他方も違法となるという考え方であり、したがって、正犯が違法であれば共犯も違法となり違法は連帯することになる。従属性志向惹起説はこの違法の連帯性を一貫させようとするものに他ならない」⁵⁷⁾と。しかし、この違法の連帯性を貫徹させたために、共犯の独立した不法の存在をまったく看過するという誤りをおかし、必要的共犯およびアジャン・プロヴォカトールの不可罰性を根拠づけることが困難になったと批判される。そして、「従属性志向惹起説は、従属性の根拠づけを放棄しているのみならず、あまりに一面的に、共犯の不法を正犯の不法に依存させたものといえよう」と結論される。

そこで、従属性志向惹起説を基本としつつも、この説の欠陥を補充するために、共犯の不法は、法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素との混在から構成されると説く従属的法益侵害説(折衷惹起説)にたどりつき、自らもこの立場にたたれることを表明されている⁵⁸⁾。

ここでは、ヘルツベルク、オットー、シュトラーターテンヴェルト、ザムゾン、ロクシンの見解を検討した後、共犯の処罰根拠の意味内容としては、ザムゾン・ロクシン流の従属的法益侵害説が基本的に妥当であると主張される。従属的法益侵害説に属する諸家の見解を検討するにつき、問題点は二つの要素(法益侵害性と従属性)の意味内容と関連性であると指摘し、ヘルツベルクの見解は、共犯構成要件における混合した要素の存在を指摘したのみで、各々についての根拠づけが欠けており、個別的解決にとどまっていると批判し、オットーおよびシュトラーターテンヴェルトは、行為無価値的要素を強調して、行為無価値によって違法の独立性を主張するもので、共犯の独立要素としての法益侵害を掲げる意味を曖昧にしてしまうおそれがあると批判される。結局、従属性の問題と法益侵害性の問題との関連性を論じたのは、ザムゾンとロクシンであって、それ

によれば、共犯不法は、法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素とから構成され、共犯の処罰根拠は、構成要件上の保護法益への従属的な侵害に存するという結論になるとされる。この立場によれば、一方で「正犯なき共犯」を否定し(正犯不法しなければ共犯不法なし)、他方で「共犯なき正犯」を肯定する(正犯不法あっても共犯不法なし)という結果になると主張される⁵⁹⁾。

そこで、高橋助教授自身の共犯論を聴いてみよう。高橋助教授は、共犯の処罰根拠について、従属的法益侵害説(折衷惹起説)を採用され、これを違法論と関連させて、法益侵害という独立固有な要素と正犯行為から導かれる従属的な要素とから構成される共犯不法を考察する場合、これらの要素を分析するためには正犯行為の性質・位置づけを解明することが前提であり、この問題は共犯構成要件の構造の問題に帰着するとされ、ここから自説を次のように展開される。

この共犯構成要件は共犯行為と正犯行為とから構成され、この場合に、共犯の広義の結果は、正犯意思、正犯実行、正犯結果と分断される正犯行為のすべてを含むが、共犯の本来の結果は最終結果である正犯結果であり、正犯意思・正犯実行は中間結果として捉えられている。また、正犯者の故意は共犯構成要件の構成要素ではなく、共犯における正犯行為は客観的に違法な行為(法益侵害への危険行為)であれば足りるとする。

同一の正犯行為が正犯者に対する内容と共犯者に対する内容とで異なって評価され(正犯行為の二重性)、共犯は自己の表象した正犯行為によって法益侵害を実現しようとするものであり、共犯の行為無価値が自らの従属すべき正犯行為をまず決定し、次に共犯の志向した法益侵害と正犯の実現した法益侵害とが相応する場合に共犯における正犯行為は存在すると評価される。そして、共犯行為の危険性を抽象的危险とし、正犯行為の危険性は具体的危険として捉え、故に両者の相違は判断構造にあるとされる。前者は正犯行為の危険性が生じた場合に遡って事後的に判断され、後者は行為の遂行過程に従って事前的に判断される。すなわち共犯行為の危険性と正犯行為の危険性とは相当因果的に連関

しているが質的転換といわねばならないと主張される⁶⁰⁾。

共犯における因果性の問題については、因果性を維持する危険増加理論(因果の危険増加)を基本原理として採用し、物理的因果性および心理的因果性とともコンディチオ公式による条件関係判断を求められ、帰属問題については、正犯の結果無価値を共犯不法の必要条件とし、次に共犯固有の法益侵害性(行為無価値・結果無価値)を考慮される。従属性原理の機能からみて、正犯の結果無価値による可罰性限定機能と可罰性根拠づけ機能の両機能を肯定される⁶¹⁾。

以上、共犯の処罰根拠論を大越教授、高橋助教授に学びながら詳細に論をすすめてきた。そこで、次に、共犯論に関して、わが国と異なった体系を有する『統一的正犯者の体系』を考察してみよう。

- 1) 大越「共犯の処罰根拠—とくに必要的共犯との関連について—」刑法雑誌 23 巻 313 頁以下、同「共犯の処罰根拠」(昭 56)。
- 2) 牧野「刑法総論」394 - 395 頁参照。
- 3) 牧野「刑法総論」384 - 389 頁、同「刑法研究」1 巻 13 頁以下参照。
- 4) 竹田「共犯における犯罪概念要素」斎藤還暦祝賀『現代の共犯理論』1 頁以下、同「正犯概念の拡張と共犯概念の拡張」法と経済 5 巻 6 号 31 頁参照。
- 5) 竹田「正犯概念の拡張と共犯概念の拡張」法と経済 5 巻 6 号 57 頁脚注 1 参照。
- 6) 平野「責任共犯論と因果共犯論」法学教室(1980 年)2 号 46 頁以下参照。
- 7) 大越「共犯の処罰根拠」67 頁以下参照。
- 8) 高橋則夫「共犯体系と共犯理論」(平 1) 93 頁以下参照。
- 9) 滝川「犯罪論序説」246 - 247 頁参照。
- 10) 泉二「日本刑法論総論」621 - 624 頁参照。
- 11) 江家義男「刑法(総論)」(昭 37) 190 頁参照。
- 12) 莊子邦雄「刑法総論」(昭 44) 712 - 717 頁以下参照。
- 13) 莊子「刑法総論(新版)」(昭 57) 422 - 424 頁以下参照。
- 14) 江家「刑法(総論)」183 頁参照。
- 15) H. Mayer, Tterschaft, Teilnahme, Urheberchaft, Festschr. f. Rittler, 1957, S256.
- 16) 平野「刑法総論Ⅱ」354 頁以下。平野博士は、違法が例外的に一身的であり得る場合を認め、違法であるかどうかを正犯と共犯の各々について考える見解、すなわち共犯は正犯の構成要件に該当する行為のみに従属するといういわば最小従属性説

ないしは(違法共犯論と区別された意味での)因果共犯論が、最も妥当だとされる(平野「前掲書」358頁)。

- 17) 平場「刑法総論講義」159 - 161 頁参照。
- 18) 福田平「全訂刑法講義」(昭 59) 258 頁。及び「いわゆる未遂の教唆について」平場還暦『現代の刑事法学(上)』(昭 52) 380 頁参照。
- 19) 中「未遂の教唆」関西大学法学論集 21 巻 3 号 9 頁以下参照。
- 20) 内田文昭「刑法 I (総論)」(昭 55) 286 頁及び 287 頁脚注(2)参照。
- 21) 中山研一「概説刑法 I」(平 2) 241 - 245 頁参照。同「刑法総論」(昭 57) 473 頁では、「最終的には教唆犯の処罰根拠にまでさかのぼるというべきであろう。問題は、教唆犯が自己の行為によって(正犯を通じて)結果を発生させるものであるとする単純な論理を承認するかどうかにかかっている」とされ、「これを承認するならば、教唆犯の因果性の上にその故意を位置づけることが可能となるであろう」とされていた。
- 22) 西田典之「アジャン・プロヴォカトゥール(未遂の教唆)」藤木・板倉編『刑法の争点(新版)』(昭 62) 146 頁。なお、「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法雑誌 27 巻 1 号 144 頁以下では、因果的共犯論と共犯処罰の限界を論じてある。
- 23) 斎藤誠二「教唆犯の周辺」Law School 48 号(昭 57) 21 頁、同「共犯の処罰根拠をめぐって」法律時報 57 巻 6 号(昭 60) 97 頁参照。
- 24) 宮本「刑法大綱」(昭 10) 201 頁以下。宮本博士は、正犯と共犯とは大要上の差しかなく、両者とも実行行為と解されるから、教唆行為も構成要件実行行為となり、その故意も構成要件実現に向けられねばならず、未遂の教唆の場合には、未遂罪にもならないとして、「既遂を予見しない行為は全く犯罪の故意を欠く、従ってこの場合には未遂罪にもならない」(宮本「前掲書」203 頁)とされる。
- 25) 木村「法律学全集刑法総論」(昭 4) 386 頁参照。
- 26) 牧野「刑法総論」384 - 389 頁、同「刑法研究」1 巻 13 頁以下参照。
- 27) 大塚「刑法の焦点 PART 2 (共犯)」29 - 30 頁。同「刑法概説(改訂版)」(昭 61) 266 頁参照。
- 28) 藤木「刑法講義総論」(昭 50) 295 頁。これに続けて「そのかぎりでは、教唆は正犯の実行に従属するものといわなければならない。しかしこれは、教唆には独自の罪悪性がなく正犯の罪責を借用してはじめて可罰的となるものという趣旨ではなく、立法政策上、処罰の範囲、限界をなるべく客観的に明確な事態に依拠させるのが妥当だとする観点から、教唆行為の処罰を正犯の実行がある場合に限定したものである」と主張する。

- 29) 西原「刑法総論」(昭52) 328頁、ここで「教唆犯の違法性は教唆行為それ自体に備わっているとはいえない」とされる。また、従属性の理論的基礎を規範的責任論に求められる(327頁)。教唆犯の故意について350頁参照。
- 30) 大越「共犯の処罰根拠」67頁以下参照。
- 31) 大越「前掲書」67頁参照。
- 32) 大越「前掲書」67-68頁参照。
- 33) 周知のように、1943年5月29日の改正法律によつて、ドイツ刑法典の共犯規定には重要な改正が加えられた。第50条1項の規定の新設がこれである。同項は「数人がある所為に加担した場合、その各人は他人の責任にかかわりなく自己の責任に従つて処罰される」という。いわゆる共犯従属性に関する規定である。従来の共犯規定は共犯の従属性を定めておらず、ただ共同正犯、教唆犯、幫助犯を定義する規定がそれぞれ正犯者の『可罰的行為(strafbare Handlung)』を前提としていたために、学説はこぞつて、共犯の成立には正犯の完全な犯罪性、すなわち正犯行為の構成要件該当性、違法性、有責性が必要であるとし、放棄はいわゆる極端従属形式による従属性を認めたものと解していたのであった。しかし1943年の改正以降、法規は共犯の成立につき正犯の有責性を不必要との態度を明文でもって規定したのである。いわゆる制限従属形式が確立したわけである。なお、付言するに、1975年新刑法典によれば、教唆犯、幫助犯ともに「他人によって故意になされた違法な所為につきその者を故意に…」と規定する(26条、27条)。
- 34) Less, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW. Bd. 69(1957), S. 47. なお、レスは、教唆の心理学的特色を他人の自由な意思形成の操縦とその侵害にみる近代心理学の暗示理論(Suggestionslehre)を基礎に「教唆の二重不法内容の理論(lehre von) doppelten Unrechtsgehalt 《der Anstiftung》」を提唱した(Less, a. a. O., S. 47 ff.). Vgl, Letzgus, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 128.,
- 35) 高橋「前掲書」95-96頁参照。
- 36) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 112, 115. ヴェルツェルのいう「違法」とは、違法の本質を結果無価値にではなく、行為無価値に求める「人的不法」を意味する。Vgl, Welzel, a. a. O., 9. Aufl., 1965, S. 56 f.
- 37) 大越「前掲書」101-102頁参照、高橋「前掲書」131-132頁参照。なお、両氏とも、シュトラテンヴェルトはその後改説したと述べられている。Vgl, Stratenwert, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1971, 237 ff, insbesondere ; 39 f, シュトラテンヴェルトは、「共犯の不法内容は、第一次的に、〔正犯の〕所為の不法

- 内容に従って決定される」とし、「共犯は犯罪の正犯的遂行と同じ法益に向けられ、ただ間接的なだけである。共犯の可罰性において、正犯という『回り道』を必要とするのは、もっぱら、刑法が、法益を任意の『因果的な』侵害に対してではなく、一定の行為態様に対してのみ保護し得るという理由に基づく」と(a. a. O., S. 241)。
- 38) 大越「前掲書」101頁参照。
- 39) 大越「前掲書」102頁参照。高橋助教授は、シュトラテンヴェルトの立場を評して、「折衷的な惹起説を採用するに至った」とされる(「前掲書」156頁)が、しかし、シュトラテンヴェルトはみずからの立場を不法共犯説と称している。
- 40) 平野「刑法総論Ⅱ」343頁。わが国では、惹起説は共犯独立性説の立場で主張されてきたと考えることができる。例えば、牧野「共犯従属性の文理的基礎」刑法研究1巻53頁以下、同「刑法改正案と共犯の独立性」刑法研究7巻130頁以下参照。
- 41) 平野「前掲書」340頁以下、Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, なお、木村博士は、リュエダーセンの「共犯の処罰根拠」について、「共犯従属性の理論を批判し、独立性の見解を展開したもの」と批評されている(「犯罪論の新構造(下)」126頁脚注(26)参照)。リュエダーセンの見解を紹介したものとして、相内信「クラウス・リュエダーセン著『共犯の処罰根拠について』」金沢法学19巻1・2号100頁以下参照。
- 42) Lüderssen, a. a. O., S. 25., 高橋「前掲書」141-142頁参照。
- 43) 共犯の不法は正犯の不法から完全に独立しているという意味で「独立性志向惹起説」と称され、シュミットホイザーと先のリュエダーセンをあげられる(高橋「前掲書」139頁)。
- 44) 高橋「前掲書」147頁以下参照。この立場に属するのは、イエシェック、マウラッハであり、またドイツの通説・判例とされている。Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 535 ff; Maurach, Deutsches Strafrecht, A. T., 1971, S. 668 ff.
- 45) メツガーの主張する客観的違法論がその基礎をなすとされている。大越「前掲書」148頁以下、メツガーの見解について佐伯「主観的違法と客観的違法」刑法における違法性の理論所収82頁以下参照。井上「メツガー」木村編『刑法入門』217頁以下参照。
- 46) Sax, Zur Problematik des Teilnehmerdelikts, ZStW, Bd. 90, 1978, S. 927 ff., insbesondere; S. 929.
- 47) 高橋「前掲書」150頁参照。
- 48) 高橋「前掲書」153頁以下、特に160頁以下参照。

- 49) 大越「前掲書」210 頁参照。
- 50) 大越「前掲書」260 頁参照。
- 51) まず、斎藤教授曰く、「結果無価値論と行為無価値論についての理解を前提として、共犯の処罰の根拠の問題についても、責任共犯説は、いわゆる行為無価値論をそのベースにおくものであり、惹起説は、いわゆる結果無価値をそのベースにおくものである、といわれることがある(大越)。しかし、はたして、こういうように、ストレートにいうことができるであろうか。」(斎藤「教唆犯の周辺」Law School 48 号 22 頁及び 23 頁も参照)と。同「共犯の処罰の根拠をめぐって」法律時報 57 巻 6 号頁以下、また、高橋助教授曰く、「いかなる違法論をとっても惹起説はとりうるのではないか」(刑法雑誌 27 巻 1 号 154 頁)と。同「前掲書」168 頁脚注 (6) 参照。更に、香川教授曰く、「共犯処罰の根拠をめぐる論争が、いわゆる結果無価値と行為無価値との対立と相関関係にたっているなどといわれると、私自身多少のとまどいを感じることもなってくる。というのは、違法性の実質が、この両価値の対立とその選択のうちに確定されているとは、私自身は考えていないからである。両価値のうち、いずれか一方のみを前提とする、そうした単純な違法論—それが、現に存在していることは知っているが、—それを私自身がとっているわけではない」と(香川達夫「共犯処罰の根拠」(63 年) 6 頁)。この点に関し、大越教授は「行為無価値にどのような内容をもるのかということによって、決まることになる」とされる(「共犯論再考」(平1)180 頁)。その他、刑法雑誌 27 巻 1 号 153 頁以下参照。
- 52) 詳細は刑法雑誌 27 巻 1 号 154 頁以下参照。及び斎藤「承継的共同正犯の成否」判例評論 306 号 55 頁、同「共犯の処罰の根拠をめぐって」法律時報 57 巻 6 号頁以下参照。
- 53) 高橋「前掲書」161 頁参照。
- 54) 高橋「前掲書」94 頁以下参照。
- 55) 高橋「前掲書」144 頁以下参照。
- 56) 高橋「前掲書」145 頁以下参照。
- 57) 高橋「前掲書」150 頁以下参照。
- 58) 高橋「前掲書」153 頁以下参照。
- 59) 高橋「前掲書」161 頁以下参照。
- 60) 高橋「前掲書」291 - 292 頁以下参照。
- 61) 高橋「前掲書」292 頁以下参照。

第4章 統一的正犯者の体系

I 統一的正犯者の原理

1. 概念とその意義

統一的正犯者概念(Einheitstäterbegriff)は、包括的正犯者概念(umfassender Täterbegriff)とも称され¹⁾、わが国では、共犯立法形式の一種として説明されている。統一的正犯者概念を基礎とした立法例は、「犯罪関与の形式如何を問うことなく、いやしくも犯罪に関与した者は、凡て正犯者とする」立法形式²⁾とされ、最近ではオーストリア刑法典に導入されている³⁾。その12条は、「全関与者の正犯者としての処遇」として、「直接正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規制し、又はその他所為の実行に加功した各人も、可罰的行為をなしたものである」と規定する。

統一的正犯者概念に関して、木村博士は、「伝統的な共犯理論が正犯と共犯を区別し、正犯を基本としてその正犯に対する教唆または幫助をもって共犯と解し、共犯に対する刑を正犯の刑に準じたり、または、正犯の刑に対して減輕するものに対して、犯罪の成立に対して条件を与えた者をすべて正犯と解し、その個々の正犯者の行為が直接に犯罪をなしたもののか、教唆または幫助をしたもののか等の行為の態様の区別を重要視することなく、個々の正犯者の行為について個別的・独立に犯罪の成立を論じ、これに対して犯罪につき法律上規定せられた刑を適用すべきだとする理論をいう」⁴⁾と定義されている。また、大野博士は、統一的正犯者の体系に関して、「犯罪の実行に対して共同に加功する者をすべて正犯と解し、個々の共同者に対しては、その加功の程度および性質に従って刑を量定し、広義の共犯に関する従来の種類を認める場合においても、それはその他の刑の量定の事情と共に、刑の量定に際して考慮せられるにとどまるものと解する体系である。この体系にあっては広義の共犯者はすべて自己の行為によって罰せられるものと解せられ、その意味においては、『共犯独立化の体系』(système de la complicité delit distinct)と言われ、また、この体系にあっては広義の共犯者をすべて統一的に正犯と解するので、『統一

的正犯概念』(Einheitstäterbegriff)とか、『包括的正犯概念』(umfassender Täterbegriff)の体系と言われている」と述べられる⁵⁾。この統一的正犯概念とか統一的正犯体系のもとで捉えられる概念には、多くの実質的な内容が含まれている。それによれば、統一的正犯概念または統一的正犯体系とは、次の五点が特色としてあげられよう。

- ① 犯罪成立に条件を与えた者はすべて正犯者である。
- ② 行為の態様の区別を重要視しない。
- ③ 犯罪の成立については、個々の正犯者の行為について個別的に論じる。
- ④ 個々の正犯者には同一の法定刑が適用される。
- ⑤ 刑の量定は加功の程度・性質に従って行われる。

統一的正犯概念は旧西ドイツの刑法改正作業において議論の対象にあげられていた。例えば、1956年のドイツ刑法総則草案理由書は関与規定の一方法として、「法規は、統一的、包括的正犯者概念から出発し、そして、個々の法定刑は、直接に各所為関与者につき効力を有し、その関与者が構成要件を自ら実現したか、または、その実現につき何等かの方法で寄与したにすぎないかはこれを問わない、ということを規定することができる」⁶⁾とし、さらにイエシェツクは「統一的正犯概念とは、構成要件の実現への因果的寄与をなしたあらゆる関与者を正犯とみなし、全事象の枠内においてその共働にいかなる意義が帰属するかを考慮しないもの」⁷⁾と述べている。ドイツ法的な理解による統一的正犯概念は、(1)構成要件の実現に条件を与えた者はすべて正犯者であり、(2)すべての関与者に同一の法定刑が適用される関与形式として把握される。

以上のような概念内容をもった統一的正犯者概念は、正犯と共犯を対置させて体系構成する二元論的体系(dualistisches System)すなわち「共犯体系」(Teilnahmesystem)に対して、一元論的体系(monistisches System)すなわち「統一的正犯者の体系」(Einheitstätersystem)として展開をみている⁸⁾。

我々は、この統一的正犯者の体系について、最近、特に詳細な展開をみせ且つ論証されているオーストリア関与理論に学ぶことができるし、さらに、統一的正犯者の体系に基づいた刑法理論の基礎をも理解することができるのではな

いか。

そこで、まず最初に、統一的正犯者概念の歴史的な展開を辿っておかなければならない。その後で、統一的正犯者の体系を検討していくことにする。

2. 歴史的な展開

統一的正犯者概念という名称自体は比較的新しいものであるが、その歴史は古く、重要な学説としての地位を有していた⁹⁾。この概念の首唱者としてリストを挙げることができる¹⁰⁾。キーナップフェルによれば、リストはドイツ旧刑法47条以下の共犯規定を、方法論的にもその実際の帰結においても不十分なもの、疑わしいものと考え、正犯者と共犯者の処罰の理想的な体系に関する問題を刑事政策との関連で提起したと考えられている。リストは、1882年に「刑法における目的思想」という大学教授就任講演において、刑事政策の一般的基础を採り¹¹⁾、その後「新しい見解が刑法上の根本概念に及ぼす影響」についての問題を提起した¹²⁾。この思想は、1889年に創立された国際刑事学協会の会議(1893年)において発表された「社会学的・人類学的研究が刑法の根本概念に及ぼす影響について」¹³⁾ という意見によって顕現化した。これによりリストは、当時支配的であった学問的法実証主義から意識的に離脱したのである。彼は、決然として「我々の刑法典における純論理的・概念的な要素の根本的制限」を求めた¹⁴⁾。まず第一に、彼は「混乱した共犯論」をとりあげ、「簡単な命題—発生した結果にある条件を設定した者はその結果に対して答責的である—の採用は、雑然とした争点を取り除き、ほとんど見渡すことのできない多数の論文を不必要なものとするであろう」と述べた¹⁵⁾。この考え方は、リストの教科書の最後の版において解釈論的に整理された。すなわち、「原因」という概念から結果として生じるのは、発生した結果に条件を設定することによって結果の招来に関与した者は、結果を惹起した者であるということ、また、結果の全条件は同価値であるので、結果の招来に関与した各人の間に概念的な区別はないということ、従って、その異なる処罰は同一法定刑の内部においてのみ正当化されるということ」¹⁶⁾ である。

統一的正犯者という概念が広く知られるようになったのは、1895年の国際刑事学協会のリンツ会議において、未遂と共犯が併せて討議されたことによる¹⁷⁾。その会議における議題は「新刑法観が未遂及び共犯の立法的処置に及ぼすべき影響如何」¹⁸⁾であった。周知のように、「新刑法観」とは主観主義であり、「共犯に及ぼすべき影響」とは共犯従属性の否定を意味した¹⁹⁾。しかし、リンツ会議では具体的な決議に至らず、国際刑事学協会内部でも共犯問題の立法的解決について議論が分かれていた²⁰⁾。

統一的な見解に至ったのは、1902年のペテルスブルク会議においてである。そこでは、統一的正犯の思想が変化を遂げ²¹⁾、その技術的实施が幅広い法理論的及び法方法論的基礎の上に置かれた。ペテルスブルク会議でなされた決議は、(1)統一的正犯の理念は形式的な統一的正犯概念に尽きるものではなく、維持された関与類型を事実上同置することに重点が置かれていること、(2)共犯問題の場合、空理空論的な概念構築の優位から実質的正義への強調の移行が問題になること、(3)これに関して、伝統的な法定刑・量刑体系も再考されねばならない、ということを示した点で意義がある²²⁾。

1903年のドレスデン会議において、国際刑事学協会ドイツ部会はペテルスブルク会議の提案を次のようなテーゼをもって従った。曰く、(1)可罰的行為の遂行に数人が故意に共働した場合、各共犯者(正犯者、共同正犯者、教唆者、幫助者)に対してその行為について予告された刑が適用されること、(2)けれども、裁判所は責任が軽いと認められる共犯者の刑を法規で定められた量に減輕させる権限が与えられるべきであると²³⁾。

これらの国際刑事学協会の発議はドイツ刑法のなかで実を結ぶことにはならなかった。しかし、統一的正犯思想は依然として生命を保ち続け、1930年代に至って、「意思刑法」(Willensstrafrecht)と「具体的秩序思想」(konkrete Ordnungsdenken)が統一的正犯の理念を支配する結果となった²⁴⁾。

以上のように、統一的正犯原理は近代学派の刑事政策的要請として登場し、わが国においても主観主義刑法学の立場から自己の共犯論すなわち共犯独立性説の論拠とされていた²⁵⁾。しかし、統一的正犯原理がナチス刑法理論として

変貌したことは、統一的正犯原理が意思刑法と容易に結びつきやすいことを意味する。従って、ドイツ刑法改正委員会の大多数は統一的正犯者の概念に否定的な態度を示したのである。この点にに関して、イエシェックは言う。「ドイツ刑法は、将来においても、正犯と共犯の各種の形態を従来のように区別することを保持するであろう。このような結論に関して、刑法(改正)委員会は、立ち入った論議を経て、まさに、このような点につき、殆んど意見の一致を見た。差別をたてない起因者概念は、周知のごとく、フエリー草案(第17条)を経て、1930年公布のイタリア刑法に採用されるところとなったものであるが、ドイツの刑法改正においては採用せられないであろう。実証学派の刑事政策的関心ということが、刑法簡易化および完全無欠性に向かつての努力と並んで、このような規制の基礎となつたものであるが、ドイツでは、やはり、生命のないものとなっている。蓋し、刑法は、一まさに、わが国の最近の歴史的経験を顧みても一原則として、行為刑法でなければならないからである。しかも、ドイツにおいて、刑事政策上の基盤が変化したことを度外視しても、実質的にして重要な疑問が、純粹に因果性に則して規整された差別を設けない起因犯の概念に異議を唱える」と²⁰⁾。

ドイツ刑法委員会が統一的正犯者概念を否定したのと同じ理由から、ドイツ刑法委員会と逆の方向を辿ったのがオーストリア刑法委員会である。この点の詳細については後述する。

3. 理論的根拠

統一的正犯者概念は、刑事政策的な要請から生成したものだけに、その理論的根拠を特定することは困難である。しかし、キーナップフェルが、統一的正犯原理に関して、構成要件の範囲の問題と量刑の問題の二つの基本的な問題が存在するというのが理論的根拠を解明する手がかりになるように思われる²¹⁾。従って、キーナップフェルが提起した二つの基本的な問題設定を念頭に入れた上で、統一的正犯原理の基礎を検討してみよう。

(1) 統一的正犯者概念は、周知の如く近代学派によって主張されてきたこと

から、この概念の基礎にあるのは行為者刑法又は意思刑法である²⁹⁾といわれている。なる程、リストの「罰せられるべきは行為ではなくて行為者である」という命題を標語とする近代学派と統一的正犯者概念は容易に結びつきやすい。統一的正犯者概念も「行為者」に重点を置いているからである。しかも、統一的正犯原理は、どちらかといえば量刑に重点を置いた原理であり、キーナップフェルの言葉を借りれば、統一的正犯者の体系は量刑体系である³⁰⁾。この意味で、統一的正犯者概念の基礎というか出発点は行為者刑法、しかも行為者刑法を支柱とする近代学派にあるといえよう。しかし、行為刑法の立場からして、統一的正犯者概念は相容れない概念であろうか。なる程、統一的正犯者概念は、共犯体系でいう共犯行為の類型化を重視しないが故に、「犯罪は行為である」という命題に反し、行為刑法と調和しないというのであろう。それでは、「行為刑法」とはどういう刑法をいうのだろうか。もし「犯罪は行為である」という命題から出発する刑法だ、というのであれば統一的正犯者概念との架橋は出てくるのではないか。

(2) 統一的正犯者概念は因果関係を基礎とせざるを得ないという。イエシエックは「統一的正犯者概念によれば、態度の刑法的重要性の基準はもっぱら『因果関係』のみである」³¹⁾という。なる程、統一的正犯原理はすべての共働形式を正犯とするものであり、そこにはすべての共働形式に共通する基礎として「構成要件実現に対する因果関係」といえるからである。しかも、ここでいう因果関係とは条件説的な考え方といえよう。すなわち結果に対して条件を設定することによって結果の発生に共同して加功した者は、すべてその結果に原因を与えたものであり、又、結果に対する条件はすべて等価的であるから、すべての起因者は正犯者である³²⁾、と解するのが統一的正犯原理だからである。ただし、ここでは統一的正犯原理の一つの基礎として因果関係をあげておく。

(3) 主観的共犯論による立法は統一的正犯原理を採用したものとされている。ディーツは、「刑法において、全条件は平等である。すなわち犯罪行為の結果は、その性質上不可分であり、その結果の実現に共働する全条件は平等である。犯罪は、常に、単一にして不可分のものである。そして、単独行為者の場合も、

多数関与者の場合もそうである。つまり、共犯者は主たる行為者の行為に共働せず、自ら自己答責的に犯罪結果を惹起する。それ故に、関与の個々の形式は、これを各別に考察し又は評価することはできない」³²⁾ ということを基礎として、いわゆる包括的正犯者概念を認める立法例があるという。ディーツは、この『包括的正犯者概念』を、『起因者概念もしくは統一的正犯者概念』という表現を用いる場合がある³³⁾。要約すると、ブーリー提唱の条件説に基づいた主観的共犯論→包括的正犯者概念＝統一的正犯者概念→共犯立法という図式が存在するということである。そして、主観的共犯論は近代学派の主張によるものであることから、主観的共犯論の帰結は共犯従属性の否定を導き、従って、条件説＝主観的共犯論＝共犯独立性説という関係が構成され、統一的正犯原理の理論的根拠と考えられるという。

(4) 統一的正犯者概念は拡張的正犯者概念と同じ正犯者概念を前提としているとの指摘がある³⁴⁾。拡張的正犯者概念を主張する拡張的正犯者論は、構成要件の結果に対し相当因果関係を有する条件を置いた者をすべて理論上一応正犯とし、ついで実定法上の例外として共犯をこれから除き、残りを実定法上の正犯とする学説をいうとされている。拡張的正犯論は間接正犯の正犯性を根拠づけるために主張されたものであり、その基本思想は刑法における諸概念の規範化である。拡張的正犯者概念は統一的正犯原理の基本思想であると主張するトゥリフテラーは、次のようにいう。「純粹な惹起犯の場合、結果に対して原因となり、又、客観的帰属可能な方法で結果を招来せしめたすべての態様が所為像という文言に下にある。その場合に、多数人が共働するとき、一貫して彼らの各人は(他人に関係なく)『正犯者』とみなすというだけである。このような評価が、刑法各則のすべての所為像の下で刑法上重要な方法で所為像の実現に共働した各人が『正犯者』に包摂され得るという点で、一般化されるならば、『拡張的正犯者概念』に達する。この構想によれば、すべての共働者は、各共働者の寄与の事実的な重さに関係なく、所為像全体を実現すると同時に、同価値的な不法をも実現するものである。各人は自らの寄与に対して自己答責的に責任を負い、又、正犯者として直接その時々々の刑罰規定の責任を負うのである。

従って、他人の犯罪行為への『共犯』は存在しない」³⁵⁾と。このことから理解されることは、法益保護という目的論的立場に立脚し、従属性原理を用いないで関与者の処罰根拠を説明しようとする点に、拡張的正犯者概念が統一的正犯者概念の根拠とされる理由が存するという点である。

最後に、違法論における行為無価値と結果無価値の対立という視座から統一的正犯原理を検討すれば、因果論的立場に立脚し、法益侵害性を基本とする統一的正犯原理は、結果無価値論の立場にあるといえよう。

以上、統一的正犯原理の理論的根拠を求めてみたが、その大部分がいわゆる近代学派の刑法理論に立脚しているということが明らかになった。すなわち統一的正犯原理が重点を共働問題に対する刑事政策的な価値決定に置いて理論構成していることから必然的なものであろう。しかし、近代学派の刑法理論→統一的正犯原理という必然性は存するが、逆に統一的正犯原理→近代学派の刑法理論という必然性は存しないのではないか。何故かというと、統一的正犯原理は、刑事政策的側面に視座を置いた量刑体系をその出発点とするが、刑法解釈論的側面の視座をも重視する傾向がうかがわれるからである。そこで、統一的正犯原理に対する批判的な見解を検討することによって、さらに、統一的正犯原理の実体を把握することにつとめよう。

4. 統一的正犯原理に対する批判的見解

統一的正犯原理に対する批判は、伝統的に正犯と共犯を区別する共犯規定を前提とし、立法論的に統一的正犯原理の採用如何をめぐる刑法改正の問題として提起されて本格化した。

古くはベーリング、ビルクマイヤーがその批判者とされている³⁶⁾。ベーリングは、その1906年の『犯罪論』のなかで、当時、従属的共犯概念に対する批判の結論としてリストが、これを廃止し、これに代わるものとして、一の構成要件実現に対してなされたすべての「共同加功」(Mitwirkung)に対しては単純に単一の法定刑を規定し、そうすることによって正犯者・教唆者・幫助者の区別を撤廃すべきであるとした主張を批判する。ベーリングの批判は、まず

最初に、正犯と共犯の区別が因果関係論や自由意思論すなわち因果関係の中断論をもって基礎づけることの不可能性を指摘し、次に、当時の現行刑法が共犯従属性の要件を不当に厳格に規定し、正犯においてすべての可罰性の要件を具備することを必要としている結果、間接正犯の形式が生じることになるが、共犯の要件としては単に正犯者の行為が構成要件該当であり、実行行為であれば足りるとし、共犯理論の単純化が望ましいとした。しかし、正犯と従属的共犯の構成要件の区別は無条件にこれを保持しなければならないとする³⁷⁾。

また、ビルクマイヤーは、共犯独立化の理論について、立法論的見地から、次のように批判する。まず第一に、一の結果を惹起する場合に多数の者が関与するという概念—すなわち共犯—は日常生活に属する概念であるから、これを否定することは「不自然」である、第二に、一の犯罪に共同に加功する場合には、共同者の間には犯罪的結果に対する共同の因果関係とか、共同の責任という紐帯があるのに、これを無視して、共同者各自を分離的に考察し、取り扱うことは必然的に「不正確」であり「不正」である、第三に、もし教唆と幫助をもって正犯と解するならば、特に身分犯について克服しがたい困難が成立する、第四に、共犯者の刑の減輕を規定したにすぎないノルウェー刑法58条について、そのような規定は裁判官の裁量権の巨大な拡張にいたる、第五に、共犯を正犯に転換することは、不自然であり、その故に、決して完全に実現しえないし、またたとえ実現しえたとしても不正確で不正な結論にいたるから、これを否定しなければならないと³⁸⁾。

以上ベーリング、ビルクマイヤーの批判は、統一的正犯者の前身である『単一的な正犯者概念』(einheitliche Täterbegriff)を対象としていたことに注意しなければならない。すなわち、私の理解によれば、共犯独立化の理論の批判なのである。

ところが、戦後西ドイツにおける刑法改正作業において、統一的正犯原理(Das Prinzip der Einheitstäterschaft)に対する批判が本格化した。その代表的な批判者はガラスとボッケルマンである。まずガラスの批判の要旨を紹介しよう。—第一に、統一的正犯者概念は必然的に因果的性質を有し、挙動犯につ

いて法定の行為記述を法益侵害の結果の惹起という意味に曲解することになり、構成要件の本来の意味を正確に把握したものとはいえない。第二に、統一的正犯者概念は可罰性が自手的犯行あるいは特殊的行为者要素の存在に依存している場合には役に立たない。第三に、犯罪行為に対するすべての共働形式が正犯とされるならば、共働の未遂もまた関与の種類を考慮することなく可罰的となり、可罰的行為の範囲を拡大することになる。第四に、統一的正犯者概念の採用は、適用される刑の分量は具体的場合における個々の関与者の当罰性にしたがって決定されるが、その場合の量刑基準は何かが問題となる。それは、結局、正犯と共犯の区別に到着することになり、法治国家的にいて、決して一の進歩だとはいいがたい。第五に、統一的正犯者概念を基礎として個々の共犯形式の区別を放棄することは評価基準の粗雑化に導くと³⁹⁾。

ボッケルマンの批判はガラスの批判と同一線上にある。第一に、統一的正犯者概念の採用は立法者が行為者人格の個別的取扱いを放棄するものであり、刑事制裁の個別化という方向と矛盾する。第二に、統一的正犯者概念は犯罪の遂行を単なる結果惹起の過程として把握するものであり、因果的な犯罪概念に依存している。しかし、共犯の本質は因果性に尽きるものではない。第三に、統一的正犯者概念を採用した場合にも結局個々の場合に種々の刑の加重減輕事由を認めることにより、実質的に正犯と共犯との区別が持ち込まれ共犯形式に存する困難性を除去できない。第四に、犯罪に対する共働の種々の形式に存する区別は事物の本性に根ざし立法者に先行するとともに、裁判官が量刑の際法律の指示なく正犯と共犯を実質的に区別することは法治国家的思想に矛盾する。第五に、統一的正犯者概念は共犯の未遂を無制限に処罰することになり刑事政策的に望ましくないと⁴⁰⁾。

また、統一的正犯者概念に対する批判を共犯立法の比較法的考察によって詳細に展開したのはディーツである。彼は、「種々の関与形式の間に区別を設けなくて考察し又は評価する」ような思想を根底として、いわゆる包括的正犯者概念を是認する立法例があり、これに対しては「重要な疑念」が存するという。その要旨を紹介しよう。第一に、統一的正犯者概念は、挙動犯の行為記述から

生じる正犯者概念と架橋できない矛盾が存し、そのような犯罪の類型的な行為無価値を捉えることができず、法益侵害の単なる惹起と解する。第二に、種々の関与形式は全く異なった心理的価値内容を有し、そのような心理的な価値内容のなかで種々の関与形式を一般的な概念決定に包摂することは困難であり、所与の構造相違性を無視できないのである。第三に、構成要件実現に因果的寄与を為した各人を正犯者と考えるならば、すべての共働の未遂もまた可罰的となる。第四に、個々の関与者の当罰性の分量が細分化され、また刑罰の分量は主として個々の関与者の責任に向けられねばならないから、関与者の人格的責任はいかなる基準によって量定されねばならないのか。統一的正犯者概念では法定の限界設定に代えて裁判官による適切な区別によらなければならない、疑わしい方法で裁判官の裁量範囲を拡大することになる。第五に、統一的正犯者概念は所為が単に自手的に行われるところで、あるいは行為者人格における特別な客観的・主観的メルクマールが前提とされるところでは実際の困難性に遭遇すると⁴¹⁾。

統一的正犯者概念に対する以上の諸批判は、統一的正犯者概念に対する西ドイツの統一的な見解であり⁴²⁾、まさに統一的正犯者概念もしくは統一的正犯原理は徹底的な批判にさらされているといえる。諸批判の要点は、次の三点に整理することができる。すなわち、まず、種々の関与の程度の評価を裁判官に委ね、裁判官は刑の量定についてやはり関与の種類と重要性を考慮しなければならず、これは法治国家的思想と矛盾するということ、次に、必然的に従属性を必要としなくなる結果、関与の未遂を可罰的であると、最後に、犯罪の本質は因果性・法益侵害の惹起に尽きるものではない、ということである。

統一的正犯原理に基づく立法は西ドイツ新刑法典においても実現しなかった。問題は、法治国家的確実性の欠如という批判をどのように克服するかである。この克服が達成されない限りドイツでは統一的正犯原理が認知されないだろう。しかし、このような圧倒的な諸批判のなかで、統一的正犯原理が新たに構成されてきていることも事実である。それをオーストリアの学説論争にみることができる。

II 統一的正犯者の体系の展開

1. 体系的基礎

統一的正犯原理は戦後西ドイツで徹底的な批判にさらされたが、近時、オーストリアのキーナップフェルが統一的正犯者に関する一連の論文を発表して、その原理を明らかにし体系化を試みている⁴³⁾。キーナップフェルの論理的出発点は、「共働の二重の性質(Doppelnatur der Mitwirkung)」の問題、すなわち共働者(関与者)の法的規制には二つの基本的な問題が存するとし、その一は、構成要件の範囲の問題すなわち多種多様な共働者の中から誰を可罰的とするかの問題、その二は、量刑の問題すなわち各共働者の不法・責任に応じた適切な刑の量定、刑の個別化が可能かという問題であるとする⁴⁴⁾。

統一的正犯原理は、構成要件の概念的・解釈論的次元で二つの意味を有する。その一は、正犯者と共犯者との対置を放棄すること、その二は、すべての共働者を正犯者にひきあげることである⁴⁵⁾。この意味で、多数人の共働の場合に生ずる一正犯形式又は複数正犯形式で問題を把握する(=統一的正犯者原理)ことから、一元体系(monistisches System)といえることができる。キーナップフェルによれば、統一的正犯者の体系では、正犯者とは所為を自ら実行する者だけでなく、その他の関与者をも包含する。すなわち所為を直接的に実行した者(直接正犯者)だけでなく、実行者の意思を強化したり又は実行者に援助した者もまた正犯者(間接正犯者)であり、その正犯者内部での価値的な段階づけは存しない。従って、共犯体系のように、事象の中心形態として正犯者が存在し、その周辺に共犯者が存在するというのではない。ただし、所為を自ら実行する者は直接正犯者であり、この意味では限縮的正犯者概念の立場に属し、統一的正犯者原理と共犯体系は調和する。統一的正犯者にいう「間接正犯者」とは、直接正犯者と並んで第二の中心的法形態であり、その他のすべての当罰的な共働に対する上位概念、すなわちその他の当罰的な方法で関与したすべての者を正犯者に包含する集合概念(Sammelbegriff)である。この間接正犯者概念には共犯体系でいう間接正犯のみならず、教唆犯、幫助犯も含むものである⁴⁶⁾。

共働規定に対する第二の基本問題は、「どのようにして直接正犯者を処罰すべきか又その他の関与者をどのようにして処罰すべきか」である。特に、「その他の関与者」に対して、どのようにして「分離され、段階づけられた法定刑」を適用するのか。又は「直接正犯者と同一の法定刑」を適用するのかが問題になる。統一的正犯者原理は犯行現場にいない (entfernte) 関与者も正犯者であるということを前提とするが故に、統一的正犯者の観念 (Einheitstäteridee) の刑事政策的目的からすべての共働者に対して同一の法定刑が妥当するという後者の方途を採用し、他方で、細分化された量刑規定を設定する。統一的正犯者の体系においては、解釈論的次元での個別化ではなくて、量刑段階における刑の個別化を志向する。共働の多様性を考慮した「共働関係の量刑事由」が統一的正犯者の体系の特色である。キーナップフェルは「一般的な量刑事由と共働関係の量刑事由は同価値的なものである」として『量刑事由の同価値性原理』を主張する⁴⁷⁾。

このように、統一的正犯者の体系においては、構成要件の次元で共働形式・共働類型の解釈論的・範疇的把握を問題とし、法定刑・量刑の次元で具体的場合における共働の事実的重要性を発見し考量することを問題とするものである。このように共働の二重の性質は、共犯体系ではこれまで十分に意識されていなかったし、また、共働現象を適確に把握しているとはいえないであろう。キーナップフェルによれば、共犯体系では、主たる正犯者への共犯者の解釈論的・概念的従属性、特に共犯者の行為は、その犯罪的内容を主たる正犯者の行為から『導き』、『取り寄せ』、『借用する』という表現が当てはまる。これをフランスの学説は『正犯の犯罪の反射的借用 (emprunt ou reflet de la criminalité d'autrui)』と呼んでいる。これは共犯の従属性を主張する場合に考えられるという。そこで、統一的正犯者の体系では、共犯体系の支柱である従属性原理を放棄する⁴⁸⁾。

統一的正犯者の体系においては、解釈論の次元で直接正犯者とその他の関与者とを等置するから、各共働者はもっぱら自己の不法・自己の責任に対してのみ答責的であるという原理を導き、不法、責任及び処罰の問題について、所為

が他の者の答責性をも根拠づけるか否か、またこの答責性がいかなる種類のものであるかは重要でない。他人の不法・責任に対する共同答責性の代わりに個人の自立的・個人的答責任性が生じる。従って、従属性の原理は生じる余地がまったくない⁴⁹⁾。さらに、共犯体系でいう質的従属性すなわち主たる行為がどの程度に犯罪の要件を具備する必要があるかという従属性の程度の問題は、統一的正犯者の観念とは両立し得ない。例えば、甲が乙の責任無能力を知らずに殺人を唆し、乙の実行により結果が発生したという事例について、質的従属性を認める共犯体系においては、教唆犯の意思で間接正犯の結果が生じた場合としてきわめて困難な問題とされているが、甲につき既遂犯の教唆犯説⁵⁰⁾、教唆未遂説⁵¹⁾、間接正犯の既遂説⁵²⁾に分かれている。これに対して、統一的正犯原理によれば、乙が責任無能力のために不処罰となることは、甲の答責性の問題に対して重要ではない。甲は自己の不法・自己の責任に対して答責的であり、乙の不処罰の理由は甲の可罰性に影響を及ぼさないが故に、甲は殺人既遂として処罰されることになる⁵³⁾。

量的従属性すなわち関与の可罰性は他人が所為を実行したことに従属するか否かという実行従属性も統一的正犯者の体系においては問題とならない。統一的正犯者の体系では、各共働者は自己の未遂及び自己の既遂について答責的であり、他の関与者が法的に未遂として又は既遂として認定され得る分担行為を行ったかどうかは重要でない⁵⁴⁾。例えば、甲は乙を射殺するようにすすめ、乙はうなずき家から武器を取ってこようと決意したが、それを行う前に考えを変え、所為の実行を放棄したという場合、共犯体系においては、乙が決意しただけである以上、甲・乙ともに犯罪は成立しない。これを統一的正犯者の体系でいうならば、甲の乙への教唆を固有の実行行為の着手として甲に帰責し得ることを前提とするならば、甲は(間接的)正犯的に遂行された殺人罪の未遂として処罰されることになる⁵⁵⁾。従って、質的従属性及び量的従属性を放棄するかどうかは、法規が統一的正犯者の体系を目的とするか共犯体系を目的とするかの標識・道標であると。

2. 統一的正犯者の体系の基本構造

統一的正犯者の体系の体系的基礎を出発点として、統一的正犯の現象形式が存在する。キーナップフェルは形式的な統一的正犯者の体系と機能的な統一的正犯者の体系を対置している⁵⁶⁾が、最近のオーストリア刑法学においては、オーストリア新刑法典がその12条以下で統一的正犯者概念を採用したことから、統一的正犯者の体系における体系的論争が展開されている⁵⁷⁾。そこでは、キーナップフェルがあげた体系以外に、さらに限縮的統一的正犯者の体系と帰属的(折衷的)統一的正犯者の体系を加えることができる。そこで、以下、現在主張されている統一的正犯者の体系の基本構造を考察した後、それぞれの体系に順次検討を加えていくことにする。

(1) 共通性⁵⁸⁾

すべての統一的正犯者の体系は次のような諸原理に向けられる。

- 構成要件の実現に刑法上重要な方法で共働した各人は、正犯者である。従って、犯罪行為への単なる共犯は存在しない。
- 各共働者は自らの加担行為に対して自己答責的に責任を負い、また、直接的にそのときの刑罰規定の責任を負う。何故なら、彼は自己の不法及び自己の責任を実現したからである。
- すべての加担行為はその不法内容に関して同価値的である。
- ある一人の共働者の他の共働者の犯罪行為への依存性(従属性)は原則的にこれを排除する。

① 正犯の前提条件⁵⁹⁾

統一的正犯者の体系においては、拡張的正犯者概念の助けを借りて客観的構成要件が共働者全員によって実現される。従って、態度に拘束された犯罪(verhaltensgebundenen Delikte)の所為像の要素すべてを自手的にかつ直接的に実現する者だけでなく、所為像の一部を実現する者又は他人を通じて所為の実行に刑法上重要な方法で寄与する者もまた正犯者である。共働者全員が正犯者であるために、犯罪行為の残りのすべての要素が各共働者に存在しなければならない。その要素は共働者各人に対して別々に検討され、これらの前提条件が個

別的な正犯者に存することで十分とする。それは統一的正犯者の体系は従属性を認めないのが原則だからである。

② 未遂犯と既遂犯⁶⁰⁾

統一的正犯者の体系においても、正犯は所為を前提とする。従って、構成要件が実現された場合に、例えば殺人罪では人の死が発生した場合にはじめて既遂犯で処罰される。既遂に至るまですべての共働者に対して未遂犯を理由とした処罰が考慮される。構成要件が実現される場合、統一的正犯者の体系では、共働者各人が構成要件を実現した者である。さらに、共働者各人は、自己の共働行為を設定するか又は共働行為に直接先行する行為を設定したときには未遂犯を行った者である。直接正犯者が未遂段階に達したか否かは重要でない。

③ 従属性の必要性⁶¹⁾

統一的正犯者の体系では、各従属性は不必要とするのが原則である。何故なら、各共働者は自己の寄与の重要性に関係なく所為像全体を自ら実現するので、彼の刑法上の判断は法的にある他の共働者の判断に依存しないのである。

④ 不法の同価値性—量刑においてはじめて細分化する⁶²⁾

共働者各人が同一レベルの不法を実現するという構成要件の局面での平均化という意味での統一化は、量刑においてこれを、例えば、その細分化は所為の実行に対する寄与の事実的重要性や行為者人格(Täterpersönlichkeit)に基づいて細分化することを不可能とはしない。むしろ、そのような細分化は、責任主義が充足されねばならないとき、必然的に刑の量定の局面で生じなければならない。統一的正犯者の体系では、共働関係の加重事由と共働関係の減輕事由を区別した構成がそれ以外の量刑事由と同一の局面で生じるのである。しかし、そのような衡量の可能性(Gewichtungsmöglichkeit)は、原則上共働者全員は同一レベルの正犯者であるということを全く変えるものではない。むしろ、その可能性は、全く関係のない二人の窃盗犯人のいずれが行ったのか、二人を分離した訴訟手続きであるにせよ同一裁判所に起訴された場合、量刑に際して裁判所が二人に対して行う考量と比較可能である。この場合にも各窃盗犯は正犯者であり、両者に対しては、所為の重要性が同一であれ又は全く異なったもの

であれ、127条(窃盗罪)の同一の刑の範囲が妥当する。

⑤ 変形の可能性⁶³⁾

以上の諸原理及びそれから得られた犯罪構成や刑の量定に対する基本構造は、キーナップフェルによって詳しく説明されまた論証されているが、その際、キーナップフェルが正当にも強調したように、統一的正犯、しかも統一的正犯者の概念でさえも「統一的な、それ自体閉ざされた体系(einheitliches, in sich geschlossenes System)」ではなく、ましてや主たる正犯者と共犯者に法規上分類することがそのような体系を具体化するというようなものでもないということである。統一的正犯及び統一的正犯者概念には種々の変形が可能である。統一的正犯を最も純粹にかつ徹底して貫徹するものとしての「形式的な」統一的正犯者概念、およびオーストリア法に対して主張された「機能的な」統一的正犯者概念と「限縮的」統一的正犯者概念がある。

(2) 形式的な統一的正犯者の体系の基本構造⁶⁴⁾

形式的な統一的正犯者の体系は、統一的正犯者の体系の共通性であげた基本構造を有している。その場合に、統一的正犯者の体系を厳格に(すなわち特に徹底的に)把握することを形式的という。統一的正犯者の体系では、単一的な正犯者だけが考えられる。正確にいうと、加担行為の解釈論的な整序に関しても刑の量定に対する基礎に関しても単一的な正犯者だけが存在するのである。そして、各人には刑法上重要な方法で所為像の実現に寄与したか否かの差異は存しない。すなわち同一レベルの正犯者である。それは故意犯、過失犯、故意の共働、過失の共働に当てはまる。共同正犯、同時犯、幫助犯、教唆犯及びいわゆる間接正犯という概念と名称は不必要であるばかりか誤解を招きやすい。何故かという、各人は所為への共働を理由に実現された不法全体の責任を負うからである。この点で、原則上個々の共働行為の相互帰属性は問題でない。

正犯者各人は固有の不法を設定しかつ固有の責任を負う。犯罪行為への共働の可能性すべては、不法内容からみて等価値的であり、また、法規に示されている限りで社会的意味内容に基づいても等価値的である。従って、各共働者が直接所為像を実現するために、(正犯者として)全員に同一の法定刑が当てはま

る。あらゆる概念的・法的区別は必要でないばかりか、構成要件の局面でも全く無用のものである。しかし、形式的な統一的正犯者の体系においても、量刑の分野で個々の寄与行為の事実的重要性は考慮される。

(3) 機能的な統一的正犯者の体系の基本構造⁶⁵⁾

概念と名称はキーナップフェルによるものである。形式的な統一的正犯者の体系においては、統一的正犯者の観念の諸原則と基本構造ができるだけ徹底的に貫徹されているのに対して、機能的な統一的正犯者の体系では、一定の観点で統一的正犯者の体系の観念型(Idealtypus)から逸脱する。キーナップフェルによれば、機能的なというのは、「ここで対置した犯行形式が構造、使命及び刑事政策的価値に基づく同一レベルである」ために、一定の相違(bestimmte Abweichung)が存するということである。形式的な統一的正犯者の体系と比較して、機能的な統一的正犯者の体系について、具体的には次のことがいえる。

① 法的等価値性に基づいた正犯の範疇化⁶⁶⁾

形式的な統一的正犯者の体系と同様、共働者各人は直接に法定の所為像を実現するが故に、正犯者である。しかし、個々の寄与行為は、形式的な体系と異なって、単一類型に合体されるのではなくて、範疇化されるのである。ただし、そこで確定された選択可能な犯罪行為の実行形式は、それらを類型化するにもかかわらず、形式的な統一的正犯者の体系と同様に完全に等置されるのである。各人は固有の不法すなわち他の共働者と同一レベルの不法を実現する。従って、形式的な統一的正犯者の体系との差異は、共働者全員を価値的に等置するにもかかわらず、また、刑の範囲に関して同等に取り扱うにもかかわらず、すでに構成要件該当性の局面で正犯の種々の形式を概念的に区分するということである。形式的な統一的正犯者の体系では「単一類型体系」であるのに、機能的な統一的正犯者の体系では「複数類型体系」である。

キーナップフェルによれば、機能的な統一的正犯者の体系における正犯形式の類型化は、犯行(Tatbegehung)の種類と結びつき、立法者が所為像を記述する場合に適用する形式的な基準を根拠とする。それ故に、直接正犯者とは、法

規の文言と一致する方法で犯罪行為(Tathandlung)を実行する者であり、他人を規制する者は誘発正犯者(Veranlassungstäter)であり、その他の寄与行為を為す者は援助正犯者(Unterstützungstäter)である。それと同義的(synonym)に使用されている規制正犯もしくは寄与正犯(Bestimmungs- bzw Beitragstäterschaft)という名称もまたよく知られている。この三分類は共犯体系の分類とも調和する。統一的正犯者の体系でいう名称(直接正犯者、規制正犯者、寄与正犯者)を選ぶか共犯体系のいう名称(正犯、教唆犯、幫助犯)を選ぶかはどうでもよい。キーナップフェルは、自ら主張する機能的な統一的正犯者の体系で用いる名称が優れているという。

② 範疇化のための根拠⁶⁷⁾

機能的な統一的正犯者の体系の類型構成は、体系から考えて、一見して無ければなしですむように思われるが、やはりこの体系の類型構成はこの体系の根本的な構造の一つである。

1) 明確性の獲得⁶⁸⁾

キーナップフェルは明確性を機能的な統一的正犯者の体系の特徴的なメルクマールであると述べて、あらゆる統一的正犯者の体系に対して唱えられた法治国家的明確性を失うおそれがあるとの反論に対して、このように犯行形式を細分化することにより、「機能的な」という体系は、構成要件の局面における法治国家的明確性を失う恐れは形式的な体系よりも少なくなるという。しかし、トリフテラーは、法治国家性を獲得することはキーナップフェルが考えているものより小さいはずであり、結局、それは共働の形式が確立されていなければならないという点に存するという。通説によれば、寄与正犯は犯罪行為へのすべての寄与行為を規制正犯の例外として捉える一般条項(Generalklausel)として解釈されているため、機能的な統一的正犯者の体系もまた構成要件の拡張に対する歯止めにはならない。ただ、統一的正犯者の体系の長所は、一括した正犯者類型に整序するのと反対に、この正犯者類型を種々分類して整序しなければならないという点にある。従って、整序する場合にはより正確に決定することを要求し、また、明確性の要請をより正確に顧慮することを保障する。

2) 当罰性の限界⁶⁹⁾

機能的な統一的正犯者の体系においてのみ、一般に当罰的でないと考えられまた多くの立法者も当罰的でないと考えている寄与正犯の未遂を排除することは可能であるというが、これは説得力がある。例えば、甲は、すでに窃盗の決意をしていた乙に合い鍵を与えると申し出たが、乙はこの申し出を拒否したという場合、甲の共働は失敗に終わっている。乙は合い鍵を受け取るには受け取ったが、未遂に至らなかったという場合、甲の共働は効果がなかったのである。これと同じことは、直接正犯者は窃盗を実行するにはしたが、寄与行為は影響を及ぼさなかったという場合に当てはまる。以上三事例において、甲は、厳格な形式的正犯者の体系によれば、窃盗未遂の正犯者として処罰されることになる。それに対して、機能的な体系によれば、彼が自ら実行行為を設定せず、また、これに直接先行する行為をも設定していないために、甲は不処罰となる。機能的な統一的正犯者の体系は関与の範疇と法技術的にかつ単純に結合することによってかかる領域を排除し得るので、形式的な統一的正犯者の体系より優れている。

3) 判決の正確化⁷⁰⁾

構成要件の局面における正犯者類型に基づいたかかる概念的細分化は、判決理由からすなわち事実認定からいかなる正犯者の形式が実現されたのが判決文のなかで推定可能でなければならないために、明確性の要請にも役立つものである。

4) 機能的な統一的正犯者の体系の帰結⁷¹⁾

上で述べてきたように、機能的な統一的正犯者の体系の解釈論的・刑事政策的基本観念は形式的な統一的正犯者の体系と一致していることはいうまでもない。

以下では、キーナップフェルのいう機能的な統一的正犯者の体系の帰結を要約して紹介しよう。

1 構成要件の明確性

① 機能的な統一的正犯者の体系における構成要件の理解は原理的に共犯体

系のそれと一致する。

- ② 機能的な統一的正犯は、伝統的な「文言構成要件」及びそれとともに従来の「直接正犯」に関する第一次的な所為像の解釈の維持を可能とする。
- ③ 共犯体系と同じく、統一的正犯者の体系は類型的思考を義務づけられている。
- ④ 共犯体系と同じく、共働の問題を構成要件の問題とする。
- ⑤ 共犯体系と同じく、機能的な統一的正犯は構成要件の局面で犯行の複数の形式を区別する。

2 犯行形式(正犯の諸形式)

- ① 共犯体系と異なり、すべての犯行形式は正犯類型である。
- ② 共犯体系と大きく異なり、機能的な統一的正犯の正犯類型は第一に「実行形式」であり、第二に「共働形式」である。
- ③ 機能的な統一的正犯の犯行形式は、「直接的」正犯と「間接的」正犯とに分類される。
- ④ 「間接的」正犯の場合、主に「誘発正犯」と「援助正犯」とに区別される。
- ⑤ 「誘発正犯」とは、とりわけ「教唆」と共犯規定の伝統的な意味での「間接正犯」とを含む。
- ⑥ 「援助正犯」は、とりわけ共犯体系の「幫助」を包含する。
- ⑦ 「誘発正犯」及び「援助正犯」は、価値的・概念的・構造的・機能的に、共犯体系の伝統的な類型とは比較できない。
- ⑧ 「誘発正犯」及び「援助正犯」は、故意の場合も、また過失が処罰される限り過失の場合も、同様に可罰的である。「他人の故意行為への過失共犯」の問題は、統一的正犯者の体系においては問題なく過失の「間接正犯」に形を変える。
- ⑨ 従来の内容を有する「教唆犯」「幫助犯」「直接正犯」「間接正犯」「共同正犯」「同時犯」は、機能的な統一的正犯者の体系においては存立の余地がない。

3 正犯者形式と当罰性

- ① 共犯体系と異なり、形式的な体系の犯行形式は価値を充たした価値に差のある当罰性の類型をあらわすものではない。それらは、もっぱら法治国家的な立法及び法適用の技術である。
- ② 「直接的」正犯と「間接的」正犯とは当罰性に関しては相互に同列である。

4 関与者の独立的可罰性

- ① 関与者各人は固有の不法・固有の責任に対して答責的である。
- ② 不法及び責任に対して、同一結果が他人の答責性をも根拠づけるか否か、また他人の答責性がいかなる種類のものであるかは関係がない(あらゆる従属性の放棄)。このことからとりわけ次のような共犯体系との差異が生じる。
 - 〈1〉「誘発正犯」及び「援助正犯」に対して、他の関与者が故意をもって行為したか又は過失で行為したかは関係ない。
 - 〈2〉他の関与者が、それ以外の関係において有責に行為したか無責に行為したかは関係ない。
 - 〈3〉他の関与者が、違法に行為したか否かは関係ない。
 - 〈4〉他の関与者が、構成要件該当的に行為したか否かは関係ない。
 - 〈5〉他の「関与者」が、そもそも行為したか否かは関係ない。
 - 〈6〉最後に、行為した他人がそもそも現場にいたか否かは関係ない。

5 類型内部の限界づけ

- ① 正犯形式の価値的な等置は、共犯体系に特徴的である類型内部の緻密な限界づけを無用にする。それにより自由となるエネルギーは類型外部の限界線の問題に集中することができる。
- ② 共犯体系の間隙問題は機能的な統一的正犯者の体系においては重要性を失う。
- ③ すべての犯行形式を価値的に同等に取り扱うため、機能的な統一的正犯者の体系においては、いずれが存在するかという事実的局面での解きたい疑念を留保することができる。択一的認定が許される。

- ① 「疑わしきは被告人の利益に(in dubio pro reo)」という原則の直接的適用又は類推適用も幫助を収容構成要件(Auffangtatbestand)として構成することも必要でない。
- ② このような区別は、統一的正犯者の体系において判決主文に記載されない。
- ③ 誘発正犯と援助正犯とを、又は直接的正犯と間接的正犯とを相互に法律上誤った判断をしても支障ないであろう。
- ④ 異なる正犯形式で行われた犯罪行為間の連続性を認めることは可能である。
- ⑤ 類型内部の限界づけが法的に誤っていることを理由とした上訴は却下される。

6 未遂の問題

- ① 一定の犯行形式の区別は、刑事政策的考慮から主に要請されている援助の未遂(versuchte Unterstützung)の排除を可能かつ容易にする。

7 共働の二重の性質

- ① 機能的な統一的正犯者の体系は共働の形式と具体的な事例における共働の重要性との間を厳格に区別する。前者は構成要件の解釈論の問題であり、後者は刑の量定の問題である。

8 統一的な刑の範囲

- ① 犯行形式の価値的な等置のために、すべての犯行形式に対して原則上同一の統一的な刑の範囲が適用される。
- ② 統一的な刑の範囲は統一的な刑罰を意味しない。

9 刑の量定

- ① 共犯体系と異なり、機能的な統一的正犯者の体系における共働の当罰性はもっぱら刑の量定の局面で把握される。
- ② 機能的な統一的正犯者の体系は一般的な量刑事由と共働関係的量刑事由とを区別する。
- ③ 一般的量刑事由と共働関係的量刑事由とは同価値である(量刑事由の同価値性の原則)。
- ④ 共働関係的量刑事由は概念的にも内容的にもその構造的原理に関しても共犯体系の共犯形式と一致しない。

- ⑤ 上位原則は完全に個別化された量刑の原理である。それは共働の諸事例にとって意義を持つ。すなわち、わずかな関与行為の軽微な無価値は加重事由によって修正され、強力な関与によって与えられた特別な無価値は他の減輕事由によって償われ得る。

10 統一的正犯者と体系二元論

- ① すべての犯行形式の「正犯化」は共働の「一元論的体系」の基礎であり前提である。

5) 限縮的な統一的正犯者の体系の構造 ⁷²⁾

限縮的な統一的正犯者の体系は、機能的な体系よりさらに形式的な体系の觀念から遠くにある。ブルクシュタラーが主張するこの名称は、觀念類型的にはむしろ共犯体系に配属されるべき解釈論的構造をも認める体系を特徴づける。例えば、ブルクシュタラーが前提としているのは、個々の正犯形式は同一の法的無価値内容を示さず、また、規制正犯と寄与正犯は制限的に(質的)從属的である、すなわち直接正犯者が故意をもって違法に行為する場合にはじめて処罰され得るという点である。さらに、「共同正犯」や「背後の (verdeckten)」間接正犯のような解釈論的構造は、すべての当罰的な諸事例を把握するために、これを使用する。次に、個々の正犯形式を限界づけるために、行為支配 (Tatherrschaft) の基準が組み入れられる。それによれば、すでに正犯形式の一つに制序する場合に所為に対する寄与の事実的重要性が考慮されることになる。形式的な統一的正犯者の体系及び機能的な統一的正犯者の体系ではすべての正犯形式の法的同価値性が根本的な要素をあらわし、また、ブルクシュタラーのいうそれ以外の諸要請や構造を必要としないので、統一的正犯者の觀念はこの領域を「限縮する」。この限縮性は、理論的には、結局統一的正犯者の觀念は同一の刑の範囲を科すという以上のものは残っていないということだけのことである。そのような事情が存するならば、共犯体系への境界を越える。ただし、この場合に注意すべきことは、限界部分において統一的正犯者の体系と共犯体系との間の架橋は流動的なものになる可能性があるということである。

このような限縮的な統一的正犯者の体系を採用する根拠として、ブルクシュ

タラーは、次の諸点を挙げている。まず第一に、援助正犯の未遂が不処罰とされていること(オーストリア刑法 15 条 2 項)、第二に、陪審裁判所において起訴上の正犯形式と異なった正犯形式が問題となった場合には予備的申立を行わなければならないこと(オーストリア刑訴法 314 条)、第三に、関与形式の誤った整序は無効の申立事由(Nichtigkeitsbeschwerde)になること(同刑訴法 281 条 1 項 10 号)。これらは、各正犯形式間には価値的に差があることを前提としている。さらに、制限従属性を採用する根拠として、これを認めなければ規制正犯と寄与正犯の区別が不可能となり、また、規制正犯は他人に故意を喚起するが故に無価値性が高いという。

6) 帰属的な統一的正犯者の体系の構造⁷³⁾

シュモラーによって主張されているこの体系は、基本的には機能的な統一的正犯者の体系と同じ方向にあるが、ただ、正犯形式の限界設定として客観的帰属可能性(objektive Zurechenbarkeit)という基準を採用する点に特徴がある。すなわちオーストリア刑法 12 条の『全関与者の正犯者としての取扱い』に関する規定について、この規定は他人の態度の客観的帰属性を規定したものであり、その際、直接正犯者として帰属するか又は規制正犯・寄与正犯として帰属するかという規範的負責衡量(normative Haftungserwägung)が重要となると主張する。従って、帰属的な体系は機能的な体系と同様に規制正犯・寄与正犯について制限従属性を否定するが、一種の依存性(事実的関連性、faktische Bezogenheit)を肯定する。すなわち、規制正犯・寄与正犯が成立するためには、直接正犯が客観的帰属可能に行為しなければならない。直接正犯は他人が構成要件実現につき客観的に帰属可能に行為しない限り、その背後の者に直接正犯性が肯定され、それ以外の者は規制正犯又は寄与正犯となる。ここにキーナツプフェルの正犯形式の限界設定との相違が存在する。シュモラーによれば、最終的にかつ客観的に帰属可能な寄与をなした者は常に直接正犯であり、何らかの犯罪構成要素の欠缺により不処罰となっても直接正犯としての地位は変わらないという。この点に関して各寄与の同価値性をいう機能的な統一的正犯者の体系との同一性を読みとることができる。

帰属的な統一的正犯者の体系は、基本的には機能的な統一的正犯者の体系に立脚するが、総体的には、機能的な統一的正犯者の体系と限縮的な統一的正犯者の体系との中間に位置することが判明する。

Ⅲ オーストリアにおける統一的正犯者の体系の展開

1. 体系論争の要約的帰結

— キーナップフェル、ブルクシュタラーとシュモラーの相違点とその評価
先ほども簡単に触れたが、キーナップフェルの体系とシュモラーの体系(及びブルクシュタラーの体系)との解釈論上の相違は正犯形式の限界設定をめぐって生じるが、それ以外にも重大な相違が存在する⁷⁴⁾。

(1) 12条の解釈について⁷⁵⁾

キーナップフェルは、12条について、共犯体系にいう限縮的正犯者の行為性を前提として直接的正犯者の行為性を捉え、規制正犯・寄与正犯はこれを犯罪実現の方法的類型のように理解する。すなわち直接的正犯者とは「法規の文言と一致する方法で行為を実行した」者であり、規制正犯・寄与正犯は「文言正犯にとって代わるべき別の方法(die Alternative zur Wortlauttäterschaft)」を内容的に含んだ正犯形式であると。構成要件の拡張解釈を通じてあらゆる加担者が直接的に構成要件に包括されるので、「従属性というドグマの放棄」を主張する。従って、キーナップフェルによれば、直接実行者(=構成要件の文言の意味での正犯者=直接正犯者)が故意をもって行為しなくても、各人は規制正犯者又は寄与正犯者として処罰され得ると。12条の三つの選択枝を区別することに対して構成要件の文言への方向確認が決定的なので、単独正犯者もまた、事情によっては、彼の行為が直接的に構成要件の文言と一致するか否かにしたがって、単なる寄与正犯者として整序される可能性がある。「単に加担したにすぎない単独正犯者(bloß beitragenden Alleintäter)」の事例で、キーナップフェルは「共働者なき共働」を主張する。

以上のようなキーナップフェルの見解に対して、12条の全体的な機能は、実際に、「構成要件の文言(Wortlauttatbestände)」の文法的な不足分を補う

点に存するのか、さらに、この規定はこの機能だけに向けられるのか、と問う。キーナップフェルはこれを肯定的に前提としているが、シュモラーは、「12条, 13条, 14条は多数人の所為への協働を標題としている (das Zusammenwirken mehrerer zu einer Tat)」が故に、12条の本質を「協働の形式」として把握すべきだという。このように解するならば、キーナップフェルのいう「共働者なき共働」は否定されるべきである。その理由は12条から明らかになる。12条によれば、寄与正犯は直接正犯者の可罰的行為すなわち寄与正犯者以外の関与者の可罰的行為を前提としているのである。シュモラーによれば、12条は以下のように読むことができる。「それ(他人の可罰的行為である！)を実行するよう他人を規制(bestimmen)し、又は、その他それ(他人の可罰的行為である！)の実行に寄与した」者はと。従って、「共働者なき共働」は否定すべきであるという。

(2) 従属性というドグマの放棄について ⁷⁶⁾

キーナップフェルは、12条中段(die Zweite Alternative des § 12)の規制正犯について、「規制することと他人による所為の実行との間の事実的関連性の必要性(Erfordernis der faktischen Bezogenheit)」を主張し、この必要性は(法的な従属性と反対に)「事物の本性によって予め与えられている先験的なものであって体系とは関係なきもの(durch die Natur der Sache vorgegeben, apriorisch Systemunabhängig)」といいながら、12条後段(die dritten Alternative des § 12)の寄与正犯については、「共働者なき共働」をこの段落に整序するため、事実的関連性を放棄せざるを得ないだろう。ところが、12条は多数人の関与形式を規定したものだと考えれば、判断すべき行為の他人の行為への事実的関連性が存在しなければならない。その理由は、構成要件の実現に多数人が関与したということの本質は、個々の関与者の行為はある一定の方法で相前後して関連づけられるということである。それ故に、シュモラーは、規制正犯・寄与正犯について事実的関連性を肯定する。

他方、ブルクシュタラーは、規制正犯・寄与正犯について制限従属性を認め、直接正犯が構成要件に該当する違法で故意のある実行行為を遂行した場合にの

み処罰される、という。この点に関して、シュモラーは、統一的正犯者の体系における制限従属性の採用は、立法者の意思と矛盾する。立法者は、規制正犯者について「故意なく所為を遂行するように他人を規制した者」を含むといい、寄与正犯について「犯罪類型の意味で実行者が故意をもって行為したか否かを問わない」といっているからである、という。

2. オーストリア関与規定について —シュモラーの所説を中心として

(1) 12条の多層性(Mehrschichtigkeit) ⁷⁷⁾

まず第一に、キーナップフェルが、「共働の二重の性質」という標語のもとで「共働形式を解釈論的・範疇的に把握する構成要件の局面」を「法規上の量刑もしくは裁判官による量刑の局面」から分離したことをあげることができる。さらに、構成要件の範囲内でも共働の問題をさらに分析しかつ分類している。曰く、「12条は、種々の犯行類型の概念的・範疇的対置だけでなく、刑法各則の諸構成要件に対する拠り所の確実な解釈規定も含んでいる」と。ここで「正犯者類型の分類」と「構成要件の文言の拡張化」という異なった問題点を論ずることができる。「正犯者類型の分類」という問題領域では、解釈論的な局面では犯行の異なった類型間を概念的・価値的・責任的にも区別せず、以後の犯行類型の範囲内で、正犯者類型の用語的・概念的局面とその不法評価の局面及び従属性に関する可罰性の局面の間を区別すべきという。さらにノヴァコフスキーは法的評価の局面でも区別可能と指摘する。ブルクシュタラーにしたがっても、「共働の複合性(Mitwirkungskomplex)」は常に「ある犯罪への関与という一定の問題点」だけを目標とし、「実定法の具体的な正犯規定から」これに解答を与えることができる。この場合、従属性とは異なった観点に接近することになる。

(2) 構成要件の文言の活動範囲 ⁷⁸⁾

行為のいかなる部分が構成要件に記述された動詞に当てはまるのか、刑法各則の諸構成要件から導くことはできないので、構成要件の実現に対して原因を設定した者は誰でも構成要件を実現したものであるという拡張的正犯者概念

(extensiver Täterbegriff) 及び明白に構成要件の文言に当てはまる者の態度だけが構成要件に該当したものとする限縮的正犯者概念 (restriktiver Täterbegriff) が存在する。わが国には、正犯者概念の概念規定は存在しないが、オーストリア刑法 12 条によれば、「その実行に加担した」者はそれぞれ正犯者として可罰的行為を実行した者と規定する。それ故に、オーストリア刑法の関与理論の基礎をなしているのは拡張的正犯者概念である。12 条の規定が存在しなかったならば、どんな犯罪にいかなる正犯者概念を採用したらいいのか答えることはできない。従って、拡張的正犯者概念を採用して、すべての構成要件に対して制限的な解釈を許さない刑法各則の諸構成要件の「拠り所のはっきりした解釈」を 12 条に認めることが無難であるという。12 条の規定は、刑法の保障機能であると同時に法治国家性を法規上明確にするのに役だっている。すなわち法規上根拠を有しない構成要件の拡張的解釈は罪刑法定主義 (nullum crimen sine lege) の原則を損なうかも知れない。実際に、この種の解釈規定を通じた法治国家性の獲得は保障機能の意味があるために重要である。「諸構成要件の文言を拡張的に解釈する」局面で、12 条は、法治国家性の向上に対して、(引き続いて) 種々の正犯者類型に分類することによって達成されるもの以上に意義がある。

拡張的正犯者概念に対する法規の決定を認識させるためには、12 条後段を引用すればたりる。すなわち「その実行に加担したものは、… 可罰的行為を実行したものである」と。このことから、この抜粋は 12 条の概念分野全体を外から最終的に記述しているので、構成要件の文言の拡張的解釈機能を充足し得るということが明らかになる。そこで直接正犯者や規制正犯者に触れることは拡張的正犯者概念の意味での解釈に対して固有の意味を持たないが、他方で、法規が使用する定義を意味のないものとして解釈してはならないので、この二つの正犯者類型を強調しすぎて構成要件の文言の活動範囲及びその解釈に関係づけられないのが正しいとシュモラーはいう。従って、概念分野全体を分類することは、構成要件の文言に関係のない基準に基づいて行わなければならない。このような思考過程は 12 条の多層性 (Mehrschichtigkeit) 理論によって支

持される。この理論は、12条の文言の拡張化に対して重要でない部分を関与問題の別の層に関係づけるのを可能とし、この点にこそ、キーナップフェルの見解との本質的な差異があるという。

キーナップフェルは、構成要件の文言の意味での正犯者を「直接的行為者 (unmittelbar Handelnden)」と同一視し、それ以外の二者を12条前段の意味での「直接正犯者」と同一視するが、これら三者の適合性は必然的なものでない。「直接的行為者」と「直接正犯者」とを同一視することが合目的か否かの問題は、正犯者類型を分類する局面においてのみ解明すべきであろう。

(3) 正犯者類型の概念的な区別⁷⁹⁾

12条の定義は、関与者全員を言葉の上で「直接正犯者」、「他人を規制する者」及び「その他…加担した者」と三種に分類している。この正犯者類型を(直接正犯者、規制正犯者、寄与正犯者に)区別する場合に、これらの正犯者類型の意味は言葉上の差異だけなのか、またこれら三種の正犯者類型の相互関係如何はどうなのかが問題になる。

キーナップフェルは、「共同正犯と幫助の間の限界づけという困難な問題は省略することができる」し、これが統一的正犯者の体系の長所であるというが、正犯、教唆、幫助の限界設定問題に代えて直接正犯、規制正犯、寄与正犯の限界設定問題を引き継ぐのであれば、うわべだけの長所にすぎないことになる。

そこで、未遂犯の規定を取り上げてみると、オーストリア刑法上、処罰の対象となっているのは、規制正犯の未遂(die versuchte Bestimmungstäterschaft)であって寄与正犯の未遂ではないこと明かである。さらに直接的な実行行為の未遂と規制正犯の未遂とでは可罰性の評価を異にしている。このことから、寄与正犯の未遂を処罰の対象から除外しているので、この正犯形式を残りの二つの正犯形式から限界設定することが考えられる。

さらに、直接的正犯者といえない正犯者はすべて間接的正犯者である。共犯体系でいう「間接正犯」との混同が考えられるが、この観念はオーストリア法上「背後にいる直接正犯」(verdeckten unmittelbaren Täterschaft)の観念との類似性がある。オーストリア法上間接的正犯者は規制正犯者か寄与正犯者

しか考えられない。これを教唆犯・幫助犯と主張したとしても、用語上可能である。

(4) 共働類型の法的評価⁸⁰⁾

構成要件の実現に共働した各人が同一の不法及び同一の責任を負うのではない。このことは予定された刑の範囲内で個別的な量刑を必要とすることを意味する。ここで問題なのは、立法者はすでに概念的な共働の範疇を類型化した不法として程度に差異をつけて評価しているのか否かである。共働形式の法的評価の局面で全関与者に同一の法定刑を指示するだけでは、統一的正犯的な評価の同一性という意味での最終的な判断を下したとはいえない。それは刑の分量(die Strafhöhe)に関する基準として、不法内容だけでなく一般予防的な考量や特別予防的な考量も存在するからである。しかし、共働類型の不法内容を法的に等しいと評価することは、オーストリア刑法上、周知の事実である。

そこで、限界設定を問題にする以上、すでに関与形式の間の評価を異にする法秩序のなかで、ある関与形式への当てはめは現実的な加功行為を正当に評価した結果であるというように、構成要件を範疇的に構成することは困難である。この点について、キーナップフェルは、次のように指摘した。曰く「『非定型的に無罪を方向づける直接正犯者』(atypisch entlastete unmittelbare Täter)とその逆の『非定型的に有罪を方向づける関与者』(atypisch belastete Beteiligte)をこの種の法体系に提出するのは困難である」と。この指摘は正しい。従って、限界設定基準は、構成要件の局面だけで、すなわち行為・結果・因果関係(客観的帰属性を含めた因果関係)の領域で論証すべきである。

(5) 正犯者類型の限界設定⁸¹⁾

直接正犯者と間接正犯者とを限界づける場合、正犯者という思考範疇全体の内部(innerhalb des gesamten Täterkreises)でどのように範疇化するかが問題である。ここで規制正犯や寄与正犯は質的に従属的なものであるというのは誤解を招きやすい。オーストリアで間接的正犯形式を限縮的に質的従属的なものとする立場は、従属性が結びつくべき属性を欠いていたとしても刑を免除しないので、質的従属性を認めることは、間接的正犯の代わりに直接的正犯を

認めることになる。すなわちある特定の関与形式のなかで正犯形式を狭く解釈することは、ある正犯形式からそれとは別の正犯形式に拡張することになり、この点で「正犯形式の相互依存性 (Interdependenz der Täterschaftsformen)」を主張することは正しい。

問題は、限界設定基準の本質はどこにあるのか、いかなる犯罪要素の領域で限界づけるのか、また、いかなる犯罪段階で直接正犯と間接正犯を区別するのかである。

刑法改正草案の理由書は、「実行することとそれ以外の関与形式との差異は行為の外部的な性質だけ」に関係するという。これは、限界設定基準が客観的行為側面すなわち客観的構成要件にあるということである。しかも、12条, 13条, 14条は所為への多数人の協働を標題としているから、原則上、多数人の行為が構成要件に該当する結果の実現に対して原因となる現象を問題にしている。従って、正犯者類型の間の差異は結果の領域にだけは存在しないといえる。それは、犯罪構成上、行為の領域にあるか行為と結果の結合する領域すなわち因果関係の領域にあるかである。理由書は、直接正犯と間接正犯との限界づけに対して、行為自体の一定の属性が有意的なものでなければならないという。すなわち、事物論理的に行為の(抽象的な)客観的外観に基づいてのみ行為が全般的に適格性を付与し得るのは「直接的犯行 (unmittelbare Tathandlung)」としてか又は「広い意味での加担行為 (Beitragshandlung)」としてか、ということになるがどうであろうか。例えば、甲が乙を殺そうとおもって毒入りのジュースを作ったとしよう。乙が直ちにこれを飲んだとすれば、甲は最初から直接正犯として現れる。しかし、情を知っている妻がこれを果物と一緒に食卓に並べた場合、毒入りのジュースを作る行為は関与行為だけに限定されるのではないか。ある時は関与行為としての適格性を示し別の時は直接的行為が示されるというのでは、行為の外観だけに結びつける「事物論理的」な基準の曖昧さが明かとなる。従って、形式的な基準すなわち構成要件の文言の活動範囲を目指す立場が出てきたのである。この文言説には、一方で文言の活動範囲は犯罪類型ごとに異なっているし、また他方で立法者は定義づける際に関与形式の限界づ

けを念頭に入れていなかったということになるので、妥当でない。

そこで、正犯者類型の限界設定については、行為と結果の結合する領域が重要となる。この結合に際しては因果関係が考えられる。それでは直接正犯と間接正犯を区別し得る因果関係は存在するのか。刑法上の因果関係は、本質的には、純粋な自然科学的な現象を確認することであり、それは因果経過をその自然法則性に基づいて検討する方法で確認される。しかし、経験主義の領域では自然科学的な因果関係だけでは足りない。それどころか関与形式の識別基準として自然法則的な因果関係は役に立たないのである。客観的構成要件は、結果が(規範的な)負責衡量 ((normative) Haftungserwägung) に基づいて行為に客観的に帰属され得かつ結果が実際に行為者の作品 (Werk des Täters) として現れる場合にはじめて充足するのである。今日的な客観的構成要件論において、客観的帰属性は行為と結果の結合する場面で重要な地位を占めるのである。これに対して、因果関係は、現在、客観的帰属性の基本的前提条件として捉えられ、客観的帰属可能性を確認するための「使役的機能」 (dienende Funktion) を果たすだけである。

なる程数人が異なった方法で加担した結果は関与者各人に客観的に帰属され得るが、客観的帰属性はあらゆる場合に同一の濱辞内容 (gleiche Aussagegehalt) を有するものではないと結論する場合、これが正犯者類型の適切な限界設定に対する出発点となる。ここで問題とするのは、正犯者の行為と結果の間の因果連鎖のなかに、さらにそれ自体法的に異なった性質を有する他人の行為が出現する事例、すなわち検討すべき行為が現実的に他人に関連する事例である。例をあげて説明しよう。例えば、甲が丙を殺害するよう乙に依頼した場合、乙がこの依頼に実際に応じたときには甲に客観的帰属可能性がある。だからといって、所為像の実現(丙の死)もまた甲に客観的帰属可能となるのか。又は乙が自己の自由な意思で行為したことに對する全体的な答責性を負うのか。関与規範は他人の行為の客観的帰属可能性に差異をつけていないと考えるならば、客観的帰属性の局面ではキーナップフェルのいう意味での「形式的な統一的正犯」が支配する。しかし、確かに他人によって引き起こされた結果もまた原則上客

観的帰属可能性があるが、差異のある客観的帰属可能性である。すなわち直接正犯者としての客観的帰属可能性は規制正犯者としてのそれとは異なった演繹内容を有し、さらに両者は寄与正犯者としての客観的帰属可能性から区別される。寄与正犯の形式における客観的帰属性の代わりに直接正犯又は規制正犯の形式における客観的帰属性を可能とする前提条件は何か。

オーストリア刑法 12 条は三種の独特な意味内容と演繹内容を有する客観的帰属性を規定したものと考え、さらに、この客観的帰属性の三種の可能性は不法内容の程度と種類(Höhe und Art)に関して等価値的である。ロエーダーは因果関係の局面を法律的な不法評価の局面から分離した。曰く「全条件の因果的(自然科学的)等価値性は法的評価の同一性ではない。この二つの局面の間に第三の局面すなわち客観的帰属可能性に基づいた因果関係の法的評価の局面が存在する」と。ここに間接正犯と直接正犯を限界づける問題を正しく提出することができる。キーナップフェルは、規制正犯者として又は寄与正犯者としての客観的帰属性は、直接的実行者が因果連鎖のなかで最初の行為(Ersthandlung)を継承して結果により接近した行為を設定したすべての場合に当てはまるといふ。それ故に、他人の介在的行為なくして結果は発生しなかったであろうことが確認されれば、直ちに二つの間接正犯形式のいずれに該当するかということだけである。

しかし、キーナップフェルの見解には若干の疑問がある。まず、他人を道具として利用する場合があるということである。この場合、直接正犯者は機械的な道具を利用したり、動物を生命のない道具と同一視できないが、動物を「道具」として利用することも可能なのである。また、人間が「行為した」と考えるのではなく、絶対的強制下で身体的活動だけをみせた場合、正犯者が人間を「道具」として利用したと考えることは当たり前である。

さらに、直接実行者に刑法上の行為性が存在するにもかかわらず、実際には「道具」にすぎなかったという場合がある。情を知らない他人を利用する行為がこれである。この場合に、生命のない道具あるいは動物の利用ということと事物的差異を見いだすことは困難であろう。また、構成要件の実現が第三者の

介在的行為によらないで直接的に結果を導いた因果経過と同様に、直接正犯として背後者に客観的帰属可能性がある場合も存する。適法行為を利用する場合である。例えば、交通量の多い道路で甲が乙と衝突したために、それまで適法に走行していたドライバーがハンドルを切り損ねて丙を曳いた場合、甲は直接正犯者として殺人罪の客観的構成要件を実現している。

以上に共通することは、直接実行者の刑法上の答責性は故意が存在しないために問題にならないのみならず、行為の注意違反、客観的予見可能性、危険増加等が存在しないために結果を直接実行者に客観的に帰属させることは不可能であるということである。因果連鎖の中で行為する者が具体的な結果に関して客観的基準を充たしていないかぎり、構成要件の実現はその行為者の客観的答責性の範囲内では問題にならず、ただ背後者の客観的な法の世界においてのみ問題になる。直接実行者も客観的に帰属可能に行為したときに初めてこの事情は変わる。すなわちその場合に結果は「直接実行者の作品」でもあって、「背後者の作品」だけではないのである。結果が背後者の作品だけではないという場合、結果が直接実行者に(直接正犯者として)客観的にも帰属され得るという事実は、結果を背後者に「間接正犯者(規制正犯者又は寄与正犯者)として」客観的に帰属することを正当化する。

要約すると、因果連鎖のなかで行為する直接実行者を経て結果を引き起こす背後者は、構成要件の実現が直接実行者に客観的に帰属され得るか否かによって、直接正犯者になったり間接正犯者(規制正犯者か寄与正犯者)になったりする。因果連鎖のなかで他人が構成要件の実現は自分にも客観的に帰属され得るというように行為していない場合に限って、直接正犯が存在する。この場合に他人は規制正犯か寄与正犯が問題となる。ここで直接正犯というのは、背後者に関して「背後の直接正犯者」(verdekten unmittelbaren Täter)という意味である。すなわち背後者だけが客観的に帰属可能な方法で所為像を実現したという意味であり、「背後の直接正犯者」は客観的には単独正犯者であるから直接正犯者である。勿論、結果が少なくとも二人の人間に客観的に帰属可能であるということを前提として、一人の関与者だけでは客観的構成要件を実現して

いない場合にはじめて客観的な複数正犯も当然存在する。

規制正犯と寄与正犯の限界づけはどうであろうか。両者の限界設定基準も行為と結果の結合する領域に存在する。ここでは他人の態度への「影響力の行使」(Einflußnahme)如何が問題となる。まず考えられることは、自分自身の態度を通じて他人に自分の意図と同じ態度をとる機会を増加させることができる。すなわち他人の一定の行為に対する危険増加(Risikoerhöhung)である。一般的には有形的な共働と無形的な共働(physische und psychische Mitwirkung)が考えられる。特に無形的な共働は確認可能な自然法則性を欠いているという点に特徴があるため、確認すべき因果関係は、背後者が確認可能な影響力行使したか否かが問題になる。ここでは危険増加が問われる。

規制正犯と寄与正犯に共通するのは、判断すべき正犯者の行為と結果の間に客観的に帰属可能な第三者の行為が介在するという点である。従って、この両正犯形式の間の限界設定は直接実行者が客観的に帰属可能な行為に着手した際の危険増加如何に存する。そして、シュモラーは、規制正犯と寄与正犯の限界設定基準として危険増加論を提起し、規制正犯の特徴は危険増加+危険創出であり、寄与正犯のそれは危険増加であると結論する。

- 1) 木村「包括的正犯者概念」木村亀二編『体系刑法辞典』(昭41)264頁参照。
- 2) 斎藤「共犯立法と共犯判例」139頁以下、同「主観的共犯論と共犯立法」木村還暦『刑事法学の基本問題(下)』651頁以下参照。
- 3) オーストリア新刑法典・草案の統一的正犯体系に関するものとして、平野「オーストリア刑法草案について」『犯罪者処遇法の諸問題』190頁。香川「1964年オーストリア刑法草案における未遂犯処罰規定」学習院大学法学部研究年報4号4頁以下。内藤謙「刑法改正と犯罪論(上)」(昭49)107頁以下参照。
- 4) 木村「包括的正犯者概念の比較法的意義」『犯罪論の新構造(下)』395頁参照。
- 5) 大野平吉「正犯と従犯の区別」斎藤還暦『現代の共犯理論』281頁参照。Vgl., Dietz, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, 1957, S. 108,
- 6) 斎藤「西ドイツの共犯立法」『共犯判例と共犯立法』所収203頁以下参照。
- 7) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 525.
- 8) Kienapfel, A. T., 1991, S. 159f.

- 9) 木村「包括的正犯者概念の比較法的意義」396頁参照。
- 10) Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrech, 1971, S. 9 ff.
- 11) Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1. Bd. 1905, S. 126ff.
- 12) Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Bd. 1905, S. 75.
- 13) Liszt, a. a. O., S. 75 ff.
- 14) Liszt, a. a. O., S. 88.
- 15) Liszt, a. a. O., S. 88.
- 16) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21/22. Aufl., S. 204.
- 17) 牧野「共犯独立性論の一資料」『刑法研究11巻』90頁、同「共犯独立性論とリンツ会議」『刑法研究11巻』104頁参照、Kienapfel, a. a. O., S. 13.
- 18) Kienapfel, a. a. O., S. 14.
- 19) 牧野「共犯独立性論とリンツ会議」104頁以下参照。
- 20) Kienapfel, a. a. O., S. 14.
- 21) Kienapfel, a. a. O., S. 14.
- 22) Kienapfel, a. a. O., S. 15.
- 23) 木村「包括的正犯者概念の比較法的意義」397頁参照。Kienapfel, a. a. O., S. 15.
- 24) 牧野「ナチスドイツの刑法理論と共犯の独立性」『刑法研究 11 巻』43頁以下。久
 札田益喜「共犯の変遷と帰趨」法学志林 41 巻 12 号 47 頁以下参照。Kienapfel, a.
 a. O., S. 15.
- 25) 牧野「刑法総論」402頁以下。市川英雄「刑法総論」(昭 36) 282 頁以下参照。
- 26) Jescheck, Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft im deutschen
 Strafrecht. Scheiz. ZStW, 1956, S. 227. 斎藤「主観的共犯論と共犯立法」『共犯判
 例と共犯立法』194 - 195 頁参照。
- 27) Kienapfel, a. a. O., S. 38.; ders, Das Prinzip der Einheitstäterschaft. JuS,
 1974, S. 1ff.
- 28) Jescheck, Lehrbuch, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 525. 平場安治「ガラス『正犯及び
 共犯』」佐伯編『ドイツにおける刑法改正論—刑法学者の意見集—』(昭 37) 115
 頁。行為者刑法とは、古典学派のビルクマイヤーが近代学派の主張を攻撃するた
 めに掲げた標語『罰せられるべきは、行為ではなしに行為者である』に表現された概
 念であり、一般に、近代学派 = 行為者刑法、古典学派 = 行為刑法と理解されてい
 る。莊子「刑法総論」(昭 49) 161 頁以下参照。
- 29) Kienapfel, JuS, 1974, S. 3.
- 30) Jescheck, Lehrbuch, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 525.

- 31) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 320f. この点に関し、プーリーは次のようにいう。曰く、「その方法の如何を問わず、もっぱら共働的な力であれ、有形力であれ、無形力であれ、各々の力は結果を惹起するとするのである。従って、自らの欲する結果に対して上述の力を譲渡した者は、他の共同に作用した諸力も彼らの意思と一致したことを前提として、該結果の全範囲について、また、答責しなければならないのである。何故なら、諸事実の単なる双方からの入り組みとしての因果的経過は、もっぱら意思の性質に依存するところの該結果に対する答責性とは区別されるべきであり、単なる共同作用の完全な原因性は、結果において合一する諸共同作用の各々のものは、それのみを切り離して考察するならば該結果に対して完全に無意味であること、しかし、それらの共同作用が同時に起るときは、他のすべての共同作用に関して、各々の個々の共同作用の因果性の交互的な授与と受領とが行われるということ、を根拠とするものだからである。各々の個別的な力は他の一切の諸力を因果の關係に立たせ、これによってそれ自体の諸力として他の一切の諸力を自己に招き寄せるのである」と(内田一郎「ドイツにおける共犯論」『現代の共犯理論』375頁より引用)。プーリーの条件説については、岡野光雄「刑法における因果關係の理論」(昭52)17頁以下参照。
- 32) Dietz, a. a. O., S. 108.
- 33) Dietz, a. a. O., S. 108, 128.
- 34) 平野「刑法総論Ⅱ」342頁参照。
- 35) Triffterer, österreichisches Strafrecht, A. T. 1985, S. 386f.
- 36) 木村「包括的正犯者概念の比較法的意義」405頁参照。
- 37) 木村「包括的正犯者概念の比較法的意義」405 - 406頁参照。
- 38) 木村「包括的正犯者概念の比較法的意義」406 - 407頁参照。
- 39) Gallas, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Sonderheft der ZStW, 1957, S. 39ff.
- 40) Bockelmann, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Sonderheft der ZStW, 1957, S. 46ff.
- 41) Dietz, a. a. O., S. 108ff.
- 42) Jescheck, Lehrbuch, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 525.; Schmidhäuser, Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 1975, S. 501f.; Poxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl., 1984, S. 451.
- 43) Kienapfel, "Beteiligung" und "Teilnahme", NJW, 1970, S. 1826ff.; ders., Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971; ders., Erscheinungsformen der

- Einheitstäterschaft, in : Mäller - Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 21ff. ; ders, Probleme der Einheitstäterschaft, in : Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1973, S. 63 ff. ; ders, Das Prinzip der Einheitstäterschaft. JuS, 1974, S. 1ff. ; ders, Der Einheitstäterregelung der § 12ff und 32ff StGB, JBI, 1974, S. 113 ff. 180 ff. ; ders, Zur Einheitstäterregelung im StGB, ÖRZ, 1975, S. 165 ff. ; ders, Zum gegenwärtigen Stand der Lehr von der Einheitstäterschaft in der höchstrichterlichen Praxis, öJZ, 1979, S. 90 ff. ; ders, Einheitstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW, 1983, S. 2226ff.
- 44) Kienapfel, Der Einheitstäter, a. a. O., S. 38; ders, Das Prinzip, a. a. O., S. 1ff.
- 45) Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 2. ; ders, Strafrecht, A. T, 1991, S. 163.
- 46) Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 2.
- 47) Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O., S. 21 ff (44ff) ; ders, Der Einheitstäter, a. a. O., S. 35f. キーナップフェル曰く、「共犯体系は、解釈論の次元においても、量刑の次元においても、所為の評価に固定した範疇をつくりあげた。しかし、統一的正犯者の体系によれど、所為の全無価値に対して、適切な刑を適用することが可能となる」と。ders, Das Prinzip, a. a. O., S. 3.
- 48) Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 4. ; ders, Strafrecht, A. T, 1991, S. 164. なお、可罰性借用説の形式上の根拠は、正犯と共犯が、共犯はそれ自体独立した犯罪性を有さず、正犯の意思と目的とを共同することにより、正犯からその犯罪性を借用するとして、可罰性借用説が展開されていた(江口三角「フランス刑法学における共犯(1)(2)」愛媛大学紀要 3 巻 4 号 1 頁以下、4 巻 2 号 25 頁以下参照)。また、可罰性借用説に関しては、大越「共犯の処罰根拠」48 頁以下、木村「犯罪論の新構造(下)」126 頁以下参照。
- 49) Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 4. ; ders, Der Einheitstäter, a. a. O., S. 27ff. ; ders, Erscheinungsformen, a. a. O., S. 26, 36, 53.
- 50) 例えば、団藤「刑法綱要総論(改訂版)」403頁、大塚「刑法概説(総論)(改訂版)」297頁、西原「刑法総論」367頁、Jescheck, Lehrbuch, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 54 6f.
- 51) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 123; Stratenwerth, Strafrecht, A. T., 3. Aufl., 1981, S. 262. など参照。
- 52) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl.,

1923, S. 393.

- 53) Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 4.
- 54) Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 4.
- 55) Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 5. 統一的正犯者の体系においては、関与行為の未遂も正犯の未遂となるからこのような結論に至り、この点で可罰性の不当な拡大という非難は妥当し得ると考えられる。しかし、なる程共犯体系における正犯＝実行行為という図式をそのまま統一的正犯者の体系に持ち込めば、関与行為＝正犯＝実行行為となり、関与行為の着手が実行行為の着手となる。しかし、統一的正犯者の体系において、論理必然的に関与行為＝実行行為となるかは一個の問題である。本文の設例で、甲が殺人罪の未遂となるためには、乙への教唆が固有の実行行為として帰責可能であることが前提とされている。甲の教唆行為(間接的正犯行為)は直ちに実行行為となるわけではなく、甲にとって帰責可能な場合に限って未遂となるのである。甲の行為が固有の実行行為として帰責可能でない場合には未遂とならない余地があると考えなければならない。そうであれば、正犯＝実行行為という図式自体がもはや維持できないものといわざるを得ない。正犯行為と実行行為とを分離するのは、平野「正犯と実行」『犯罪論の諸問題(上)総論(刑事法研究 2 巻 I)』127 頁以下参照。
- 56) Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 26ff.; ders, Das Prinzip, a. a. O., S. 5f. なお、平野博士はキーナップフェルとは反対に、前者に「実質的」、後者に「形式的」という名称を付与されている。平野「刑法総論Ⅱ」341 頁参照。
- 57) オーストリアにおける統一的正犯者の体系における体系論争については、Schmoller, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat — die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, öJZ, 1983, S. 337ff, 379ff., 拙者「数人の犯罪行為への関与の基本構造—シュモラーの所説を中心として—」第一経大論集 16 巻 3 号 143 頁以下。Vgl, Triffterer, Die österreichische Beteiligungslehre — Eine Regelung zwischen Einheitstäter - und Teilnahmesystemen ?, 1983. なお、高橋「共犯体系と共犯理論」42 頁以下参照。
- 58) Triffterer, a. a. O., S. 34.; ders, österreichische Strafrecht, A. T., 1985, S. 386ff, Kienapfel, Strafrecht, A. T, 4. Aufl, 1991, S. 163f.
- 59) Triffterer, a. a. O., S. 34.
- 60) Triffterer, a. a. O., S. 35.
- 61) Triffterer, a. a. O., S. 35., Kienapfel, Strafrecht, S. 164. その他、キーナップフェルは、自らのあらゆる論文で「従属性の放棄」を主張している。

- 62) Triffterer, a. a. O., S. 35., Kienapfel, Strafrecht, S. 164; ders, Der Einheitstätterregelung, a. a. O., S. 120. ここで、キーナップフェルは実行行為類型は価値的・本質的且責任においては同一レベルの正犯類型であり、それ故に同一の刑の範囲に制序されるが、個々の実行行為形式は概念的に当てはまるように多元化するという。
- 63) Triffterer, a. a. O., S. 36., Kienapfel, Strafrecht, S. 164. なお、キーナップフェルは、最新版の刑法総論でも形式的な統一的正犯者の体系と機能的な統一的正犯者の体系しかあげていない。ということは、ブルクシュタラーの体系及びシュモラーの体系は機能的な体系の内部での対立という図式で捉えられているものと理解することができる。すなわち、「形式的な」体系と「機能的な」体系の相違は種々の正犯形式＝実行行為形式を概念的に区別するか否かであり (Kienapfel, Strafrecht, S. 164.)、いわゆる限縮的な体系と帰属的な体系はいずれもこの区別を前提とするものであるから、機能的な体系に属するということであろう。
- 64) Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 27ff., Triffterer, a. a. O., S. 36. なお、形式的な統一的正犯者の体系を採用する立法例は、イタリア、ブラジルである。イタリアについては、宮澤浩一「イタリアにおける共犯論」斎藤還暦『現代の共犯理論』409頁以下。ブラジルについては、野田良之「ブラジル合衆国の新刑法典邦訳」法学協会雑誌 59 巻 12 号 86 頁、斎藤「共犯判例と共犯立法」184 頁、189 頁。夏目文雄「『共謀共同正犯の理論』の批判的検討」愛知大学法経論集法律篇 63 号 61 頁、157 頁以下参照。
- 65) Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 35ff. Triffterer, a. a. O., S. 37. なお、機能的な統一的正犯者の体系を採用する立法例は、ノルウェー、デンマーク、オーストリアである。Dietz, a. a. O, S. 97, 101., 詳細は、斎藤「前掲書」143 頁脚注 (1) 参照、188 頁以下参照。
- 66) Triffterer, a. a. O., S. 37., Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 5.; ders, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 35ff. ただし、キーナップフェルの正犯形式の類型化は法規 12 条の文言を基礎としたものであり (それ故に「文言正犯」ともいう)、それは形式的分類にすぎないとの批判がある。Vgl. Schmoller, a. a. O., S. 340f.
- 67) Triffterer, a. a. O., S. 38., Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 35f.
- 68) Triffterer, a. a. O., S. 38., Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 35f.
- 69) Triffterer, a. a. O., S. 39., Kienapfel, Das Prinzip, a. a. O., S. 6. なお、オーストリア刑法典は「寄与正犯の未遂」を不可罰とする。それは未遂規定においておこなっている。従って、幫助の未遂を不可罰とすることは実質的に正犯と紀要犯とを区別するもので、統一的正犯者の体系と矛盾するとの批判は当たらない。ついで

に、オーストリア刑法 15 条の未遂犯規定は次のとおり。「(1 項)故意の行動に対する法定刑は、既遂の所為に対してのみならず、その未遂に対しても、また未遂への各関与行為に対しても、効力を有する。(2 項)行為者が、所為を実行し又は他人を所為の実行へ規制する(第 12 条)決意を、実行に直接先行する行為を通じて行為に現わしたときは、その所為は未遂となる。(3 項)未遂及び未遂への関与行為は、行為者について法規が前提としているところの一身的な資格若しくは関係が欠如しているため、又は行為の性質上若しくは所為がなされた対象の性質上、いかなる事情の下においてもその所為の既遂が不可能であった場合には、これを罰しない。」と。

- 70) Triffterer, a. a. O., S. 39. ,
- 71) Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 49ff. ;ders, Das Prinzip, a. a. O., S. 6f.
- 72) Triffterer, a. a. O., S. 39. , Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRZ, 1975, S. 13ff, 29ff. ;ders, Vollendung oder Ende der Einheitstäterschaft, ÖRZ, 1982, S. 216f. なお、同旨の見解として、Vgl, Zipf, Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, ÖJZ, 1975, S. 617 ff.
- 73) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O, 337ff, 379ff, ;Triffterer, a. a. O, S. 64. , ders, Strafrecht, 393ff.
- 74) まず、解釈論上の基本決定において、機能的な統一的正犯者の体系と限縮的な統一的正犯者の体系との相違が決定的なものである。前者は正統派の統一的正犯者の体系としてオーストリア刑法学の基本的立場である。トゥリフテラー、シュモラーもまずこの立場に属する(モースもこの立場に属するとされている(Triffterer, Strafrecht, a. a. O, 391.)). 後者は、どちらかと言えば、かぎりなく共犯体系に近い立場に立つ。この点のキーナップフェル対ブルクシュタラーの論争を再現してみる。キーナップフェル曰く「彼の論述の背後には『制限従属性に基づく共犯様式』が潜んでいる」と。ブルクシュタラー曰く「共犯体系のカテゴリーで十分に把握することができ、キーナップフェルのいう統一的正犯理論に反対しているだけなのだ」と。なお、詳細は、キーナップフェル論文に対するブルクシュタラーの批判論文(ÖRZ, 1975, S. 13ff, 29ff.)、さらに、このブルクシュタラーの批判論文に対するキーナップフェルの返答論文(ÖRZ, 1975, S. 165ff)、および刑法12条をめぐる刑事判例(OG H16. 12. 1983, 10 Os168/83)評釈でのキーナップフェルとブルクシュタラーの対立(JBI, 1984, S. 389ff)、そして、両説を止揚すべきシュモラーの折衷説がある。
- 75) オーストリア刑法12条は、次のように規定する。12条(全関与者の正犯者としての処遇)『直接正犯者のみならず、所為を実行するよう他人を規制し、又はその他

所為の実行に加功した各人も、可罰的行為をなしたものである』と。これに関するキーナップフェルの態度については、Kienapfel, Der Einheitstäterregelung, a. a. O., S. 118f, 180, 190f. ; ders, Das Prinzip, a. a. O., S. 1ff, キーナップフェルの態度に対するシュモラーの態度については、Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 340 ff, insbesondere S. 342 ff,

- 76) Kienapfel, Der Einheitstäterregelung, a. a. O., S. 118f, ; ders, Das Prinzip, a. a. O., S. 1ff, これに対し、シュモラーは規制正犯及び寄与正犯について『事実的関連性(faktische Bezogenheit)』を要求する(Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 343. FN 86)。ブルクシュタラーの態度について、Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung, a. a. O. S. 13. なお、同旨の見解として、Vgl, Zipf, Die mittelbare Täterschaft, a. a. O., S. 620. ブルクシュタラーの態度に対するシュモラーの態度は、「それは立法者の意思に反する」という(Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 342. FN 63)。
- 77) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 342f.
- 78) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 343f.
- 79) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 345ff.
- 80) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 347ff.
- 81) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O., 379ff.

第5章 共犯体系と統一的正犯者の体系の架橋は可能か？

I 序 説

前章までは共犯体系と統一的正犯者体系をそれぞれ個別に検討してきた。ここでは、先ず最初に、わが国における共犯論争の整理と反省を述べ、その後統一的正犯者の体系を整理し、最後に私の立場を明らかにしてみたいと思う。

II わが国における共犯論争の整理と反省

1. 共犯論争の論点の整理

(1) わが国における共犯論争は、当初、『教唆の未遂の可罰性如何』についてスタートしたものであった。すなわち、「正犯と何を共同にするのが共犯か」という問題意識から、「共犯の本質」を探究し、そこから教唆の未遂の問題を解決しようとしていた。共犯の本質を解明する理論として、犯罪共同説、行為共同説、共同意思主体説が登場した。これらの理論は、自らが主張する主義主張の相違により、犯罪共同説→共犯従属性論、行為共同説→共犯独立性論、共同意思主体説→共犯従属性論としてそれぞれ位置づけられ、あるときは犯罪共同説⇔行為共同説⇔共同意思主体説の論争として、またあるときは共犯従属性論⇔共犯独立性論の論争として図式化されてきた。ただ、ここで銘記しておかなければならないことは、行為共同説→共犯独立性論の立場から、共犯従属性論者に対して、牧野博士が「何故に教唆及び幫助がしかく処罰せられねばならぬのかの実体的理由を明かにして欲しいとおもうのである」¹⁾と問われていたという事実である。しかし、従属性論者は、従属性原理は根拠づけを要しないドグマの如く解し、正犯とは自ら犯罪行為を実行した者であるとする限縮的正犯概念を基礎・前提として、共犯理論の構築に力を注いできた。

① 『教唆の未遂の可罰性如何』の問題は、一方で教唆犯と間接正犯の限界設定の問題へ、他方で共同正犯の成立要件一見張りは共同「正犯」か従犯か—の問題へと論点を移した。前者は正犯概念の拡張か共犯概念の拡張かという論題で論争され、後者は共謀共同正犯概念の是非という論題で論争された。前者

の論点について、従属性論者は、限縮的正犯概念を堅持する立場上、従属性にいう従属形式を緩和して(極端従属形式→制限従属形式)、共犯概念を拡張する方途を歩んだ(共犯規定を刑罰拡張事由として理解する)。それでもなお「間接正犯と教唆犯との限界設定問題」は、これに明確に境界線を引くことはできない。そこで、佐伯博士は、さらに従属形式を緩和して、共犯の成立範囲を拡張されるに至っている²⁾。

ところで、従属性論者は、従来の限縮的正犯概念(自然主義的限縮的正犯概念)から規範的なものを加味した規範主義的限縮的正犯概念を唱え、直接正犯と間接正犯に共通する正犯概念の内容を求めようとした。これに味方したのが目的的行為論である(いわゆる目的的行為支配論)³⁾。

他方、正犯概念を拡張する方途(拡張的正犯概念)は、構成要件の解釈段階で「直接正犯者と間接正犯者」に共通する正犯者概念を樹立し、これを規範的目的的行為支配でもって論証する⁴⁾。この立場は、共犯独立性論と容易に結びつく可能性がある。このような立場からは、共犯規定は刑罰縮少事由と理解する。

② 共同正犯の成立要件の問題は、どちらかといえば、古くから論争されていた論点の一つ(見張りは共同正犯か従犯かという問題)であったが、共謀共同正犯概念が意識されてくると、「正犯と何を共同にするのが共犯か」との問題意識が「共犯の本質論」にまで転換された。犯罪共同説は「特定の犯罪」を、行為共同説は「行為」を、共同意思主体説は「意思」をそれぞれ正犯と「共同するもの」として把握する。ここで注意しておかなければならないことは、論者によっては、共犯独立性論と共犯従属性論を共犯の本質論と結びつけて、共犯独立性論→行為共同説、共犯従属性論→犯罪共同説と観念的に図式化されているが、ただ容易に結びつきやすいというだけのことであって、共犯の独立性・従属性の問題と行為共同説・犯罪共同説の問題は別個の問題である⁵⁾。植田博士の表現を用いると、前者は「共犯の実行性」の問題(段階的類型)であり、後者は「共犯の共犯性」の問題(方法的類型)の問題といえよう⁶⁾。牧野博士が、「共犯論は因果関係論の一の適用なり」としたうえで、共犯を横の共犯と縦の共犯に区別し、共同正犯は横の共犯(因果関係の幅員)の問題であり、教唆は縦

の共犯(因果関係の延長)の問題である⁷⁾とされるのも、この事実を指摘されているのではなかろうか。

共同正犯に関して問題になったのは、共謀共同正犯論であった。この理論は、主観主義・客観主義の両刑法学説がこれを批判したにもかかわらず、判例によって確立されたものである。その理論的基礎は共同意思主体説であった。この説は、共謀者の中の一部の者の実行行為があれば、その者和其他の何ら実行行為に出ることなく単に謀議に参加するにとどまった者との間に共同正犯が成立すると解するのであるが、刑法60条の共同正犯は「実行共同正犯」を規定したものであって、それ故に、刑法60条の文理に合わないとか、個人責任の原理に反するとか批判された⁸⁾。注意すべきことは、批判の主たる対象は、共謀共同正犯概念自体ではなくて、共同意思主体説であったという事実である。つまり共謀共同正犯論を否認される瀧川博士でさえ、「今日は集団犯罪の時代である。集団犯罪において、犯罪の実行にあたる者は、原則として地位の低い小物、中心人物ともいべき大物は背後にかくれて采配をふっている。実行者を罰するだけでは処罰の目的を達することができない。誰が実行したかということは、実はどうでもよい。指導者、大物を処罰することが要求せられる」⁹⁾と述べられる。学説は、かかる意図を認識し且つ判例上不動のものとなったため、共同意思主体説によらないで共謀共同正犯論を構成しようとの立場が登場してきた。行為支配説(平場)や間接正犯類似の理論構成(藤木)、価値的行為による理論構成(莊子)がこれである¹⁰⁾。共謀共同正犯に関し、平野博士は『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ろうか。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

を現実的に見るかぎり否定できないところである。したがって問題は「どのようにしてこれを変えてゆくか」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11年に知能犯についてはじめて共謀共同正犯が認められたとき、あるいは昭和11年にそれが一般犯罪にひろげられたとき、あるいは最高裁判所によってその理論がうけつ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もっていた。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』¹¹⁾と述べられる。

共謀共同正犯概念においては、「謀議に加わっただけで— 現実に実行行為の一部でさえ行っていないのに— 他の実行者によって実現された犯罪の正犯として処罰され得るか」というのが主要な論点であった。ここには、従来から論点とされていた「見張りは共同正犯か従犯か」という問題と相通じるものがある。例えば、見張りが中心人物、指導者であった場合、どのように問題を処理するのだろうか。共謀共同正犯論肯定論者は別として、否認論者はせいぜい教唆犯として処罰すべしといわざるを得ないだろう。それでは、刑法60条に規定する「共同正犯」の実体は何なのだろうか。究極的には、この規定で共犯者の「実行行為性」をどのように構成するかである。改めてこれが問われなければならない。

③ 先ほど詳細に立ち入らなかった「間接正犯と教唆犯の限界設定」問題があつた。拡張的正犯論者は別として、いわゆる限縮的正犯概念を採る立場からは、どのようにして境界線を引くのだろうか。限縮的正犯概念(それが規範主義的なものであれ)を堅持して、従属形式を緩和する方向に歩む場合、従来間接正犯と称されたものの大部分が教唆犯になると主張されている。そして、なかには、従属形式を最大限緩和して(最少従属形式)、いわゆる『正犯なき共犯』

も主張されている(佐伯、中、中山)。このことは「間接行為者の行為性」をどのように捉えるかである。拡張的正犯論によれば、直接行為者の行為性と間接行為者の行為性を規範的に考察して、両者に共通する行為性を樹立し、「犯罪とは構成要件に該当する違法有責な行為である」という命題を維持することであった。ところが、限縮的正犯概念を主張する立場が、限縮的正犯概念を維持しつつも、間接行為者の行為性を、あるときは実行行為と解し、またあるときは非実行行為と解する実体的理由はどこにあるのだろうか。この点に関し、通説的立場¹²⁾と中博士提唱の実質的客観説がある¹³⁾。前者によれば、間接行為者の行為性を論証する場合、利用者が自ら実行行為を行ったと評価し得るか否かによって判別する。すなわち利用者自身の行為の正犯性を吟味し、その後に教唆の成否が論じられることになる。後者によれば、間接行為者の行為性について、ひとしく結果に対して相当因果関係を設定する行為のうち、その間に規範的障碍を介在させる行為と、そうでない行為に分け、この点をめぐって法的評価を異にするとし、規範的障碍が介在する行為はこれを背後者の実行行為と解せず、従って、共犯の成立問題が生じ、規範的障碍が介在しない行為は背後者自身の実行行為性(背後者の正犯性)の問題として捉えることになる。中博士の立場にたてば、いわゆる間接正犯概念なる用語は無用のもので、「みずからの手」による実行という概念を実質客観的に捉えれば、背後者の実行行為性如何は直接的実行行為性如何として解決可能ということであろう。このような理解のしかたは平場博士にもみられた¹⁴⁾。要するに、間接正犯なる概念を用いずに、直接的実行行為性を問題にしようとするものである。一般的に間接正犯とされている故意のない者、絶対的強制の下にある者を利用する場合のように、他人を自己の手足の延長として利用する場合は、当然の如く背後者が実行者(正犯)であり、それ以外に間接正犯とされている諸事例を共犯と解されている。そして、中博士は、通説的な正犯概念は、限縮的正犯概念を維持しつつ間接正犯を承認するが故に、二元的正犯概念であって、間接正犯原理は擬制された正犯原理であると批判される。

この問題は、共犯従属性論者によれば、共犯が成立するための正犯の要件の

問題、平野博士の言葉をかりれば「要素従属性」の問題(共犯の「概念」の問題)とされている¹⁵⁾。しかし、ここで問題提起したように、間接正犯と教唆犯の限界設定如何の問題として捉えるならば、間接行為者の行為性(実行行為性)の問題として理解することができる。要素従属性の問題として捉える立場は、限縮的正犯概念が前提的条件となっている。

(2) ここで、あらためて共犯独立性論を検討してみたい。

平野博士は、共犯の従属性を実行従属性、要素従属性、罪名従属性の三種類に分類し、「共犯の従属性と独立性の対立」として捉えられているのは、実行従属性に関してであると整理された。すなわち正犯が現実に行行をしたことが、共犯成立の要件になるか、という問題であるとされ、正犯が実行行為をしなくても、教唆者を教唆の未遂として処罰するという見解は、共犯独立性説と呼ばれ、反対の見解は、共犯従属性説と呼ばれると。しかして、共犯独立性説も、正犯と教唆犯とが定型的に異なることは認めている。すなわち、教唆行為がただちに正犯の実行行為だとするのではなく、教唆行為は教唆犯という拡張された構成要件の実行行為だとするにすぎない。そして、刑法 43 条の「実行」は基本的構成要件の実行だけでなく拡張された構成要件の実行も含む、という解釈から教唆の未遂も可罰的とするのであると述べられる¹⁶⁾。

平野博士が理解されている「共犯独立性説」は、一般的にもそのように受けとめられている。勿論、平野博士も述べておられるように、共犯独立性論者は、共犯も、自己の行為及びこれにもとづいて生じた結果について責任を問われるものであることを強調している(共犯独立犯説、共犯固有犯説)。この点に関しては、共犯の独自の可罰性を主張する共犯独立性説の卓見であった。ただ、問題は、他人の実行行為が存在しなくても、教唆の未遂が成立するということである。何故なら、教唆行為自体に実行行為性を認めるからである。ここで考えなければならないことは、「他人の実行行為が存在しなくても」という命題の意味内容である。この点を詳論されたのは、木村博士である。曰く、普通、教唆の未遂の成立如何を問題にすると、まず第一に、教唆そのものが失敗に終わった場合には、これを「失敗に終わった教唆」(mislungene Anstiftung)と

いい、第二に、教唆行為によって他人をして犯罪の決意を為すに至らしめたが、その他人が決意の実行にまでは至らなかった場合、ここでは、被教唆者が全然何らの行為に出でなかった場合もあり得るし、予備の程度に止まる行為をした場合もあり得るが、実行の著手に至らなかったという点が特徴である。これを「効果のない教唆」(erfolgslose Anstiftung)という。第三に、教唆によって被教唆者すなち正犯者が犯罪の実行に著手したが未遂に終わった場合、これを「未遂の教唆」(Anstiftung zum Versuch)という。教唆の未遂という場合には、この三者をいうのであって、「失敗に終わった教唆」と「効果のない教唆」とを包括的に「無効の教唆」(unwirksame Anstiftung)と呼んでおり、狭義においては、「無効の教唆」を教唆の未遂として論じているとされる。また、「失敗に終わった教唆」に関しては、被教唆者が教唆者の働きかけにもかかわらず全く動かされなかった場合と教唆者の働きかけ以前に既に犯罪の決意をしていた場合がある(omnimodo facturus; alias facturus)。第三にあげた教唆の未遂＝「未遂の教唆」の場合、一般的にその可罰性は認められている。問題は、狭義における教唆の未遂の可罰性如何である。独立性論者はこの可罰性を是認する¹⁷⁾。

この問題について、共犯従属性論者はその可罰性を否定するのが一般的である。その主たる理由に、教唆行為をもって被教唆者の実行の著手以前の行為(予備行為)であるという点に求めることができよう。従って、教唆の未遂の可罰性を認めるか否かは、教唆犯における実行の着手時期をどこに求めるかの問題に帰着する。井上正治博士は、共犯とは他人の行為を利用して自己の犯罪を遂行する場合にほかならぬとして、『犯罪行為を以て行為者人格の現実化と解すれば、教唆それじたいの中に、その現実化を認めることができるのであつて敢て正犯の実行行為を必要としない。ただ、ここで注意しなくてはならないことは、共犯を以て行為者人格の現実化と解するのは、共犯行為が結果の間に因果関係に立つからではなく、被教唆者をして犯罪実行の決意を生ぜしめる点にある。共犯「行為」とは、行為結果の因果関係の問題ではなく、行為じたいの評価である。そこで、一定の教唆行為によって他人に犯罪決意を喚起せしめた

場合、その行為は十分に行為者人格の現実化とみなし得る』と主張される。例えば、甲は乙を教唆して乙に殺人の決意を生ぜしめたが乙は実行行為に出なかったという場合、甲は殺人の教唆未遂であろうかと問われる。ここで殺人の教唆の中に行為者人格は十分に表現されてはいると、教唆行為を是認されるが、それは規範的評価においてであって、可罰的評価においては、『法律が「人を教唆して犯罪を実行せしめた」場合を教唆と解するのは、教唆によって、被教唆者が犯罪を実行しない限り可罰性のないことを宣言したものにはかならない』として、その可罰性を否認される。そして、規範的考察(規範的評価)と可罰的評価とは異なると説かれ、実行行為でもない教唆、幫助につき、その未遂までも処罰しようとすることは、法律全体の精神と矛盾することになると主張される¹⁰⁾。井上博士の見解は、上にあげた例でいうと「甲の殺人の教唆未遂は、犯罪としては成立するが可罰性がない」という趣旨に理解することができよう。ただ、ここで、私が井上博士の見解をあげたのは、従属性論を採るにせよ採らないにせよ、共犯「行為」とは、行為＝結果の因果関係の問題ではなく、行為じたいの評価であるとされる点である。すなわち共犯をもって行為者人格の現実化と解するのは、被教唆者をして犯罪実行の決意を生ぜしめたからである。なんとすれば、教唆行為とは他人に違法行為を行うべき動機を喚起し、これにもとづき被教唆者が犯罪実行の決意を生じることであり、教唆の行為類型は、被教唆者が犯罪実行の決意を生ずることを必要とするからである。教唆犯を規範的に評価すれば、独立性論者が主張する如く、「教唆者→被教唆者」の間に教唆行為が存在するが故に、被教唆者が実行行為に出たか否かは問題でない。ところが、可罰的評価の面から考察すると、教唆犯を正犯に準じて処罰しようとする法の趣旨は教唆犯をもって正犯に対する知的原因者とみるばかりでなく、たとえ結果に対し直接なる行為支配が存しなくとも、正犯の行為を利用する意味において間接的な関係を認めようとするものと解さざるを得ないということになる。ここに、被教唆者において実行行為の必要性を求め、これが存在しない限り教唆犯としての可罰性はないということになる。

独立性論者が、共犯固有犯を主張し、教唆行為をもって教唆者の犯意がそ

の遂行的な行為に表現されている以上、そこに、すでに実行行為は成立しているものと説くことは、これを規範的評価においては正しいと考える。しかし、教唆行為は存したが、共犯従属性説のいう意味で被教唆者が実行の着手に至らなかった場合、これを教唆の未遂として可罰的と評価するのは疑問である。共犯行為の特徴は、他人の行為を利用して自己の犯罪を遂行する(間接行為者犯)という点にある。この点に自ら行為を遂行して犯罪を実現する場合(直接行為者犯)と異なる。従って、いわゆる『教唆の未遂』の問題は、直接行為者犯罪にいう「実行の着手」の問題を間接行為者犯にストレートに当てはめることができるか、という問題に帰着する。独立性論者はこれを肯定し、従属性論者は否定する。すなわち独立性論者は、間接的であれ直接的であれ『犯罪行為者』という点を重視し、従属性論者は『間接犯罪・直接犯罪』という点を重視する。例えば、人を教唆して殺人を実行させ、人の死という犯罪結果を発生させた場合、従属性論者は、これを解して「殺人既遂の教唆犯」とするが、独立性論者は教唆犯の既遂罪すなわち「教唆の方法による殺人既遂罪」と解する。『犯罪とは行為者の行為である』という命題を維持する立場上、間接的であれ直接的であれ「犯罪行為者」という点では、教唆犯も単独犯も変わらない。従って、教唆の未遂も実行行為の未遂として観念することも可能である。しかし、可罰的評価の面から考察すると、教唆の未遂＝実行行為の未遂と考えることができるとしても、そこでいう実行行為の未遂とは不能未遂として理解すべきであろう。それ故に、教唆の未遂＝可罰性ありというわけにはいかない。そこには法益の侵害あるいはその危険性は発生していないからである。『教唆の未遂＝不能未遂』という観念は、泉二博士にこれを見ることが出来る。曰く、「他人を教唆するも、其者果して犯意を決するや又其の犯意を実行するに至るや否やは、教唆者に於て左右するを得ざる所にして、銃砲を発射して目的を達せむとするが如き場合と趣を異にし、被教唆者が実際犯罪と為るべき程度の行為を為したる場合に非ざれば、因果関係発生の危険ありと為すを得ざるものにして、不能犯に過ぎずと認めむべし」¹⁹⁾ と。従って、教唆の未遂を処罰すべきか否かは、不能未遂を処罰すべきか否かの問題に帰着する。その意味で、共犯の従属性・

独立性の対立という構図が「教唆の未遂の可罰性如何」に集中してスタートした共犯論争は、共犯の未遂(特に、教唆の未遂)の問題を未遂犯の問題に置き換えれば、結局、刑法観の相違に行き着くことになる。そこで、次に、教唆の未遂＝不能未遂の問題として捉える場合、その論理構造を若干分析してみよう。

(3) 結果発生を認識しながら犯罪を実行しようとしたところ結果を発生せしめ得なかった場合に、これを未遂犯の問題として処理する。そして、結果発生の可能性がない場合でもこれを処罰すべきだというときは可罰的未遂と呼び、処罰すべきでない場合にはじめて不能犯(不可罰未遂)と呼ぶ。不能犯論は、いわば可罰未遂の限界部分に位置する。すなわち、不能犯の場合は、客観的な行為はすでに十分になされている。これを可罰的とするかどうかの問題である²⁰⁾。ところで、不能犯は、方法の不能、客体の不能及び主体の不能に分けられるが、教唆の未遂を不能犯として把握する場合、教唆の未遂はいずれに当てはまるのだろうか。例えば、AがBに対してCの殺害を教唆したところ、BはC殺害の決意をなしたが実行に出なかったという場合、共犯独立性論者は、BにC殺害の教唆を為したAの教唆行為をもって殺人の実行行為と解するが故に、結果が発生しなかった場合にも、殺人の未遂として処罰すべしと言うことになる。Aの教唆行為を実行行為と解することは許されるとしよう。しかし、この教唆行為自体から「Cの死」という結果発生の可能性が出てくるだろうか。もしこれを肯定するのであれば(独立性論者は肯定するが故に、殺人の教唆の未遂として可罰性ありとするのだろうか)、それは過度の意思の危険性の重視である。可罰的評価の対象は行為としての現実的人格態度にあり、この現実的人格態度に対する評価は違法判断にある、ということを忘れてはならない。勿論、私もAのBに対する教唆行為をもって実行行為の対象となる行為と解するが、それが可罰未遂といえるかどうかは、その行為(ここではAのBに対する教唆行為)が結果(Cの死という結果)を発生させる実質的な危険性を持っているかどうかの判断如何による。もしこの実質的な危険性が存在しないとすれば、不能犯という「方法の不能」ということで不可罰ということになる。これに関して、牧野博士は、「此の見解に従ふときは、所謂加担犯は、不能的行為が刑

法上罪と為るものと解すべきことと為るべし」と批判される。そして、何故に、正犯の実行を見るに至った場合においては正犯とおなじく処罰せられることに為るのであろうかと疑問視され、「泉二博士が特に明かに教唆を以つて不能犯視していられるところから、疑が一層深いともいはねばならぬのである」²¹⁾とされる。泉二博士は、教唆犯には造意者としての性質を有するが故に、実行者と区別する理由はないとして、教唆犯を教唆正犯として捉えられるのに反して、可罰性の面では正犯に従属するとされる。ここには教唆行為の独自性を承認しつつ、処罰に関しては正犯の行為を条件とされている。従って、教唆行為の独自性を承認する点に実行行為の対象性を認め且つ危険な行為に違いないが(教唆者＝造意者)、それだけでは具体的な結果発生の危険性を承認できないという趣旨に理解されているのではないか。博士の折衷的態度をうかがうことができ、その意味で、純粋な共犯従属性論者ではない。従属性論者の如く、最初から正犯行為を前提として論ずるのではなく(「教唆及び従犯の未遂は理論上これを認めることができる」²²⁾とされているのが、このことを物語っている)、可罰性を限定する意味で正犯行為を条件とされているのである。基本的には、泉二博士の態度を支持したい。ただ、教唆の未遂が処罰されないのは、現行法が、被教唆者の行為が犯罪を構成しないときは教唆犯の成立を否定しているからという点に求めることもできようが、もっと積極的・実質的に考えてみると、教唆行為それ自体が具体的な結果発生の危険性を備えていなかったという点に求めることが許されよう。

間接行為者犯の特徴は、他人の行為を利用して自己の犯罪を実現するという点にあった。従って、規範的に考察すると、実行行為性という面では、間接行為者の実行行為と直接行為者の実行行為とは同一の内容を持っていないからではない。しかし、存在論的に考察すると、間接行為者の行為構造は直接行為者のそれとは異なっているのである。間接行為者の行為構造は、行為媒介者を通じて犯罪の結果を実現するという行為経過をもっている。従って、このような間接行為者犯と直接行為者犯の行為構造の存在論的な差を無視して、間接行為者犯を直接行為者犯と同列において論じたところに、共犯独立性論者において

は、過度の意思の危険性の重視が顕現化した。他方、共犯従属性論者は、単独の直接正犯の既遂を基本原理として固執しすぎたために、共犯の方法的型態としての意味を軽視した面がある。

Ⅲ 共犯処罰根拠論の評価

1. 大越説について

大越教授の『共犯処罰根拠論』の出発点は、『通説の論理である定型説ならびに判例は、共犯論の諸問題を解決する際に、実質的な側面からみると、必ずしも統一的な観点をとっているというわけではない。むしろ、個々の問題を、種々の観点から、個別的に解決しているようである。しかし、共犯論の諸問題には、本来相互に有機的に関連するものが存在するのではなからうか。混乱する共犯論を整理し体系化するためには、むしろ共犯論の諸問題を相互に有機的に関連づけてみるのが不可欠の前提であるようにさえ思われる。もちろん、そのような有機的な関連を見出すためには、従来の議論をさらにもう一步さかのぼらせる必要がある』とされた上で、『共犯論の諸問題は、究極的には、「共犯はなぜ処罰されるのか」という論点に集約されると考えるからである』という点にある²⁹⁾。

わが国の共犯理論の歴史的展開は、大越教授の指摘を証明した。しかも、「共犯はなぜ処罰されるのか」という命題は、すでに遠い過日に牧野博士が小野博士らに対して問われた命題でもあった。ところが客観主義刑法学説の主張者小野博士は『構成要件の理論』でもって緻密なまでに犯罪論体系を構築する方途を進まれた。その論理的前提は、犯罪を自ら単独で実現し既遂に至った「単独正犯論」である。もしという仮定が許されるならば、多数関与犯が存在しなければ、小野博士の理論構成は十分通用するものである。現にわが国の通説的地位を占めているのだから。しかし、犯罪は、多数関与犯のみならず未遂犯も存在するのである。ここに構成要件理論の弱点が潜んでいた。未遂犯に関しては、西山富夫博士の諸論文²⁰⁾にこれを譲るとして、本稿の研究目的から考察すると、大越教授の出発点には賛成する。

それでは、大越教授の主張される「共犯の処罰根拠」はどこに存するのか。

まず、教授は、刑法の任務を「法益の保護」に求め、違法論において「法益侵害説」を採るとの前提から結論を「修正された惹起説」の立場に立つことを主張される。その理由は、責任共犯説と社会的完全性侵害説は「誘惑要素」に共犯の処罰根拠を求めるが、正犯者は、彼の共同正犯者の誘惑者にもなりえるし、彼の幫助者の誘惑者にもなりえるから、これでもって共犯のシェーマを説明することが困難である、として排斥し、行為無価値惹起説は、他人(正犯者)の行為無価値の惹起に共犯の処罰根拠を認める見解であるが、結果無価値を過小評価するので妥当な見解でないと、これも排斥し、さらに純粹な惹起説は結果無価値を過小評価しないが不法概念を相対的に把握する見解であるが、この説を基礎づけている「不法概念は本来相対的である」という主張に問題があるとし、「不法概念の相対的把握を原則的に肯定することは、実質的には不法の本質を命令違反に求める主観的違法論への接近を示し、共犯の処罰根拠を法益侵害の惹起に求める惹起説の立場から離れていくからである。従って、不法概念を連带的に捉える修正された惹起説が共犯の処罰根拠の議論として基本的には妥当な見解である」と述べる²⁹⁾。

このような大越説の基本的態度には、法益侵害説が存在する。ただし、ここで主張されている法益概念は、個人主義的な思想と結びつけて、その視座を「法益主体」においた価値関係概念として捉える点にあり、従って、関与者の中に法益主体が含まれている場合には、法益主体とそれ以外の者とは、違法判断は相対化するとして、一定限度で認める「修正された惹起説」すなわち「第三の惹起説」を提唱される。

2. 高橋説について

高橋助教授は共犯処罰根拠論について、統一的正犯体系と共犯体系との比較検討した後、『共働問題に共通の重要問題は、構成要件の次元で誰を可罰的とするかという構成要件の範囲の問題である。構成要件の範囲の問題は共犯体系においては従来類型内部の限界づけの問題としてあらわれていたが、まず第一

に検討されるべき課題は、(統一的正犯体系上の重要問題である)関与者と非関与者との区別すなわち可罰性の外部的限界づけの問題である。そして、この問題を検討する際の基本的視点は「何故共犯は処罰されるのか」という「共犯の処罰根拠」論である』と問題意識を主張される²⁶⁾。

まず、高橋助教授は、結論からいうと、折衷惹起説を基本的に妥当とし、その理由を「折衷惹起説(従属的法益侵害説)は、構成要件上の保護法益への従属的な侵害の点に処罰根拠を求め、共犯不法は正犯不法に対して一部従属一部独立していると説く見解である。この見解は違法の相対性を一部否定一部肯定する。すなわち、一方で「正犯なき共犯」を否定し(正犯不法なければ共犯不法なし)、他方で「共犯なき正犯」を肯定する(正犯不法あっても共犯不法なし)。この従属的法益侵害説は、違法の相対性を一部否定一部肯定する点で、共犯の行為無価値と結果無価値の両方を考慮している見解と考えられ、行為無価値二元論の立場とも最も良く結合し得ると思われる」と²⁷⁾。すなわち「共犯不法は、法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素とから構成され、共犯の処罰根拠は、構成要件上の保護法益への従属的な侵害の点に存する」²⁸⁾ということになる。以上の点の前提として関与犯における正犯行為の性質、位置づけを分析された後、次のように結論される²⁹⁾。

(1) 共犯構成要件は共犯行為と正犯行為とで構成され、正犯行為は共犯における結果として把握できるが、正犯行為を正犯意思、正犯実行、正犯結果と分断するならば、これらすべてが共犯の広義の結果として包含され、最終結果である正犯結果が共犯の本来の結果であり、正犯意思・正犯実行は中間結果として把握される。

(2) 正犯者の故意は共犯構成要件の構成要素ではなく、共犯における正犯行為は客観的に違法な行為(法益侵害への危険行為)であれば足りる。

(3) 同一の正犯行為が正犯者に対する内容と共犯者に対する内容とで異なって評価され(正犯行為の二重性)、共犯は自己の表象した正犯行為によって法益侵害を実現するものであり、共犯の行為無価値が自らの従属すべき正犯行為をまず決定し、次に共犯の志向した法益侵害と正犯の実現した法益侵害とが相応

する場合に共犯における正犯行為は存在すると評価できる。

(4) 共犯行為の危険性は相当程度の危険あるいは抽象的危険であり、正犯行為の危険性は具体的危険であるが、両者は判断構造の点で異なり、前者は正犯行為の危険性が生じた場合に遡って事後的に判断され、後者は行為の遂行過程に従って自然的に判断される。すなわち、共犯行為の危険性と正犯行為の危険性とは相当因果的に連関しているとはいえ質的転換といわねばならない。

3. 両説の評価

まず大越説と高橋説の共通点は、共犯従属性を前提とする「正犯—共犯」という図式を基礎としているという点にある。両説の相違点は、大越説が従来の錯綜した個々の共犯論の不備を整理し統一的な観点(共犯処罰根拠)から再構成しようとの意図があるのに対し、高橋説はいわゆる共同犯罪行為そのものに着眼してその行為構造を究明しようとする意図が理解される。共犯従属性それはいわゆる実行従属性の立場を前提とするかぎり妥当と考える。牧野博士の言葉を借りれば「因果関係の延長の問題なり」という点を考えれば、高橋助教授の論理構成は十分理解できる。以下、高橋助教授の理論構成について若干の検討を加えてみたい。

高橋助教授は、可罰性の外部的限界設定を念頭に入れられている。それを共犯処罰根拠論に結びつけて論証された。もし可罰性の外部的限界設定すなわち関与者と非関与者との区別を問題にするのであれば、共働(高橋助教授の表現を借りれば「共働」となる)現象それ自体として把握すべきではなかろうか。いわゆる教唆型の犯罪現象を基本に思考されているが故に、正犯行為と共犯行為の相互関係の問題が必須の条件とならざるを得なかったと考える。また、幫助犯の場合、正犯結果が幫助犯の本来的結果といえるだろうか。幫助犯は正犯の犯罪実現への危険を増加させたとはいえるが、正犯結果を幫助者が有していたとすればそれは正犯つまり共同正犯として捉えられるのではないか。幫助犯が必要的減軽される理由はここにあると考える。もちろん、共同正犯については、このような論理とは区別して論証されているし、またその必要性も主張さ

れている³⁰⁾。

さらに、これは大越教授にもいえることであるが、共犯処罰根拠論でもって、正犯と共犯の区別をどのように考えられるのか、ということである。統一的に「錯綜した共犯論」を解決するのであれば、まず正犯と共犯の識別規準を設定することが必要ではなかろうか。その点、構成要件論者は明快であった。正犯とは構成要件に該当する行為＝実行行為を行った者であり、共犯は構成要件該当行為以外の行為で犯罪実現に加担した者であると。両者とも自ら批判しながら、知らず知らずのうちに通説の論理的基礎の上にたって理論展開したとは考えられないだろうか。

これでは牧野博士の間に解答を与えたことにはならない。共犯処罰根拠論について、キーナップフェルは正当にも次のようにいう。曰く、『正犯形式と共犯形式の価値的な落差から共犯の処罰根拠論が生じるのは当然である。今日まで、この問題はドイツ刑法のなかで非常に様々な見解が存在するし、また一部正反対の見解も存在する。このような基本的な問題に対する見解の不一致は、ドイツ共犯体系のなかに目に見えぬ緊張の場 (verborgene Spannungsfelder) が存する明白な指標である』と³¹⁾。

IV 統一的正犯者の体系の評価

1. まず、統一的正犯者の体系(それも機能的な統一的正犯者の体系)の基本構造は、『共働の二面性』に存する。すなわち構成要件の範囲の問題と量刑の問題である。構成要件の範囲の問題に関しては、構成要件の局面で犯行形式を概念的に区別することによって限縮的正犯者概念を維持できるということ、更に、各種の犯行形式を対置することによって法治国家的明確性を失う恐れが少なくなるということ、次に量刑の問題では、共働に関係づけられた量刑事由が基礎となる。

キーナップフェルは、直接正犯者と間接正犯者に区別し、間接正犯者は誘発正犯者と寄与正犯者が含まれるとする。そして、これら正犯者類型の識別は客観的帰属性の原理に基づいて行うという³²⁾。また、統一的正犯者の体系の特

徴は量刑にある³³⁾。さらに、従属性原理を不必要とすることである。

オーストリア刑法に規定する量刑規定をみてみよう。

まず 32 条で一般的原則が規定されている。

第 32 条 1 項 刑の量定の基礎は、行為者の責任である。

2 項 刑の量定に際しては、裁判所は、加重事由及び減輕事由を、それがすでに法定刑を決定していない限り、相互に比較衡量しなければならない。その場合には、法的に保護された価値に対して拒否するか若しくは無関心な行為者の態度に、どの程度所為を帰することができるか、又は、法的に保護された価値を伴う人をも所為に出でさせ得るような外部的事情若しくは動機に、どの程度その所為を帰することができるかを特に顧慮するものとする。

3 項 一般的には、行為者にその責任があり又は行為者が招来したのではないがその者の負責がそれに及んだところの加害又は危険が大きければ大きいほど、それだけ厳格に刑を量定するものとし、同様に、行為者がその行為により違反した義務が大きければ大きいほど、行為者がその所為を十分に熟慮すればするほど、行為者がその所為を慎重に準備すればするほど、又は行為者がその所為を傍若無人に実行すればするほど、また、所為に対して用心をなすことが困難であればあるほど、それだけ厳格に刑を量定するものとする。

共働関係の量刑事由は、次のとおり。

第 33 条 (特別の加重事由) 特に、次の場合は、加重事由となる。行為者が、

- ③ 他人を可罰的行為に誘惑した場合、
- ④ 数人でなされた可罰的行為の起因者又は教唆者であった場合、又はこのような所為に指導的に関与した場合、

第 34 条 (特別の減輕事由) 特に、次の場合は、減輕事由となる。行為者が、

- ④ 所為を第三者の働きかけを受けて、又は恐怖心から若しくは服従心

から行った場合、

- ⑥ 数人によってなされた可罰的行為に第二義的方法で関与したにすぎない場合、

2. 統一的正犯者の体系を採用すべきかどうかについては、まだまだ資料不足である。ただ、わが国では、行為刑法を維持するかぎり、統一的正犯者の体系は採用できない、という意見がある³⁴⁾。その理由は、その歴史的展開のところで明かなように、統一的正犯者の原理が「意思刑法」と「具体的秩序思想」に容易に結びつくからである。問題は、犯罪の根本概念として「行為」を基礎とするか、「行為者」を基礎とするかであるが、今日的に考えれば、『犯罪は行為である』という命題が確立している。しかし、そこでいう行為とは「単に一応の徴表たるにとどまるものではなく、行為者を規制しそれを方向づける一回的現実態である」と考えるべきである。すなわち、井上博士はいう。曰く、「可罰性の限度は、どこまでも現実化した行為そのものの中に探求すべきであるとしても、責任の基調は、行為者そのものに存すると解さなくてはならない。かような行為者責任は、可罰性の限度を決定すべきものではなく、規範的要請にもとづくものである。規範的に観て、行為者に責任が存するということは、可罰的評価の前提ではあるが、それ以上に、責任の存在は可罰性の限度に影響することはない。可罰的評価の対象は行為としての現実的人格態度であり、この現実的人格態度に対する評価は、違法であった」と述べられる³⁵⁾。ここには、『犯罪とは行為である』という命題を維持しつつも、その実質的な内容は『犯罪とは行為者の行為である』という考え方がうかがわれる。このように理解すると、行為刑法と行為者刑法の対立は、主体的事情をどの程度に考慮するかという量的差異に帰着する。主体的事情を重視する立場に立てば、実行行為、教唆行為、幫助行為という行為態様にそれ程意味をもたせない結果、統一的正犯者の体系を容易に採用することを可能ならしめ、逆に主体的事情を重視しない立場からは各行為態様に重点をおくことになり、統一的正犯者の体系を採用し難くなる。しかし、統一的正犯者の体系が行為を軽視しているのではなくて、多数関与犯の共働現象を合理的に把握するための立法形式であると考える³⁶⁾。

すなわち、統一的正犯者の体系は、単独の自らの手による既遂の正犯者という観念の優位性を基礎とするのではなくて、多数関与犯というか、共働現象をありのままの姿で把握する理論である。現に、シュモラーは、オーストリア刑法12条の本質は「共働の形式」を把握するものだ³⁰⁾と述べている。従来の批判すなわち統一的正犯者の体系＝行為者刑法という考え方は、形式的な統一的正犯者の体系＝行為者刑法という考え方に基づいている。機能的な統一的正犯者の体系は構成要件の局面で犯行形式を三類型に区別しているのである。従って、この三類型の犯行形式に妥当する行為態様は当然に意味を持ってくる。ここで注意しておきたいことは、実は、統一的正犯体系とか、統一的正犯原理とかよく称されているが、オーストリア刑法12条には、わが国で「正犯」として訳されている原語たる“Täterschaft”の表現は存在しない。そこで用いられている表現は“Täter”である。“Täter”は、一般的に犯罪行為者の意味であり、いわゆる共犯論以外の領域では、“Täter”は「犯罪者」として訳されている場合が多い³¹⁾。そうであれば、わが国においても「共同正犯」、「教唆犯」、「幫助犯」を「共同犯罪者」、「教唆という方法で犯罪を実現した犯罪者」、「幫助という方法で犯罪を実現した犯罪者」として理解することも可能である。いわばわが国の現行刑法60条、61条、62条は「共働形式」を把握するための態様を記述していると。このような見解に宮本博士をあげることができる。すなわち共犯を方法的類型として理解するものである。例えば、教唆犯に関して、宮本博士は次のように表現されている。「教唆はその方法に制限がない。唯だ正犯をして新に犯意を生ぜしめ且つその行為から一定の犯罪的結果(例、被害者の死亡)を生ぜしめたときには、その結果を要件とする教唆犯の既遂罪(例、教唆の方法に依る殺人既遂罪)が成立する(この場合に逆に殺人既遂罪の教唆犯と見るのは従属犯的観察である。)」と³²⁾。

次に、統一的正犯者の体系によれば、いわゆる共犯の従属性を不必要とするものであった。オーストリア刑法学説をみるに、制限従属性の立場に立つブルクシュタラーと従属性原理の不要を唱えるキーナップフェルの対立はあまりにも有名である。ただし、キーナップフェルは共犯体系でいうところの従属性す

なわち平野博士の表現を借りれば要素従属性及び罪名従属性を不要としているだけであって、実行従属性は、これを認めているふしがある⁴⁰⁾。すでにみてきたように、わが国では、教唆の未遂の可罰性如何として従来論争されたものである。

思うに、教唆の未遂の可罰性如何の問題は、真実、共犯の問題であろうか。この点に関しては、すでに触れたので、ここでは要点だけ整理することにする。泉二博士はこれを不能犯の問題と解された。周知のとおり、不能犯の問題は可罰未遂と不可罰未遂の限界部分に属する。規範的にみれば教唆行為は成立している。ただ可罰的評価の面で不可罰となるにすぎない。このことは教唆行為を実行行為と評価するかどうかの問題と考えるべきである。平野博士は正犯行為と実行行為に関して、次のようにいう。曰く、「もともと実行の着手という概念は、その段階にきたときに処罰するという段階を画する概念であるから、それが正犯行為と一致しなければならない論理的な必然性はない。正犯行為が行われても未遂としての処罰に値する危険性が発生しないかぎり処罰しないという態度をとることも十分可能なはずである。逆に正犯者でない者の行為が実行行為だということも不可能ではないだろう。実行行為とはこのような処罰に値する危険の発生を伴う行為をいうことになるからである。」と⁴¹⁾。現に、オーストリア刑法では、わが国でいう「教唆の未遂」に関して、未遂犯を規定する15条の2項に規定する。曰く、「行為者が、所為を実行し又は他人を所為の実行へ規制する(第12条)決意を、実行に直接先行する行為を通して行為に現わしたときは、直ちに、その所為は未遂となる」と。この点に関しては、泉二博士の卓見である。従属性論者の如く、「実行させる」ということを強調するならば、それはいわゆる間接正犯との境界線を曖昧にする。もし教唆犯と間接正犯を厳格に峻別するのであれば、教唆者は造意者であると考えざるを得ない。被教唆者が教唆に基づいて実行するか否かは被教唆者の自由である。

このように解するならば、統一的正犯者の体系を採用するための障壁はその大部分が取り除かれるのではないか。

すでに見てきたように、もともと統一的正犯者の体系は共働問題を立法的に

解決するために樹立されたもので、本質的には共働者に関する理論である。従って、わが国の共犯理論に解釈原理として採用することは現時点で可能と考える。この点、高橋助教授は「間接正犯は単独正犯に関する理論である。」と理解されながらも、「一方で犯罪の共働者を一律に正犯とし、各共働者に対して同一の法定刑を適用させるとともに、他方で共働現象には属さない間接正犯という概念を維持することも可能であろう。」とされる⁴²⁾。「間接正犯は単独正犯に関する理論である」というのは理解に苦しむ。被利用者が実際に行為を行っているのである。それでもなお背後者の行為というのは、いわゆる行為支配説の表現を借りれば、「他人の挙動を自己の行為の一部として利用支配しているからである」ということになる。私は、教唆犯といわゆる間接正犯との区別を考えないものである。それは、「数人で犯罪が実現された」という意味で、まさしく共働現象そのものである。ただ間接正犯者が処罰される理由は、直接行為者＝被利用者の行為に可罰的評価に値する危険性つまり実行行為が存しないからである。ここに間接正犯の正犯性を考える意味がある。教唆行為と間接正犯でいういわゆる背後者の行為にどのような相違があるのか、実際上の相違はないのではないのか。ただあるのは法的評価すなわち可罰的評価の局面だけではないだろうか。

V 多数関与犯論における私の立場

1. 基本的な態度

以上のように、統一的正犯者の体系は、わが国の共犯体系においても解釈原理として必ずしも矛盾せず、整合性を保持し得ると考えて、共働問題に対して刑事政策的合目的性を有する機能的な統一的正犯者の体系を支持し得ることになる。

まず、統一的正犯者の体系の視座は、共謀共同正犯の解釈に新たな視座を設定する。すなわち現代の複雑な共働現象を把握するための最も簡明な処置つまりわが国の共犯論上困難な類型内部の限界設定を一掃する。その典型的な例は正犯と共犯の区別の規準を提供する。共犯体系の如く「正犯—共犯」という図

式を放棄することによって、共働現象そのものとして把握する結果、関与行為の態様自体を詳細に分析する土台を提供するものである。そして関与行為の態様から正犯的な行為と共犯的な行為を峻別する。そのために直接行為者と間接行為者の類型構成は必要であった。ここでつけ加えると、いわゆる共謀共同正犯論は、実行共同正犯型(行為分担型)と教唆犯型の複合形式として把握されるのではないか。牧野博士は次のように指摘された。「実行の分担に因る共同正犯に関し、通説の理論的構成を修正する必要があると信じている。一方の行為に対する他方の者の立場は、単純なる共同正犯の範疇に属するものではなくして教唆である。従って、そこには、正犯と教唆との競合に因る共同正犯ということを考えねばならぬことになるのである。かような考へ方は、正犯と教唆との区別が場合に依って甚だ不明なものであること、なお正犯と従犯とのその如し、といふことの一例を明かにすることにならう」と⁴³⁾。共謀共同正犯をこのように解ずるとして、通説的な正犯・共犯の区別が破綻したことを示すとともに、統一的正犯者の体系の解釈原理の必要性が重要となる。

さらに、統一的正犯者の原理が共働問題と量刑問題との密接な関連を指摘していることは、共謀共同正犯論の実際の運用に通ずるところがある。ここで量刑問題を取りあげてみると、わが国では、解釈論と量刑論を区別して考える傾向がある。そして、「量刑の面で、正犯は重く、共犯は軽く」と。しかし、問題は「どういうものが正犯であり、どういうものが共犯なのか」である。解釈論重視の立場からいうと、『正犯＝実行行為を行った者＝重く処罰すべし、共犯＝実行行為以外の行為を行った者＝軽く処罰すべし』という図式になろう。共謀共同正犯論の登場はこの図式を疑問視したところに存した。実行行為を行わない黒幕の存在の背後者をどのように処理するのかと。このような考え方の背後には量刑的考慮が作用している。統一的正犯者の原理はこの点に新たな視座すなわち量刑論的視座を提供するのである。第2編で明らかになるが、判例は量刑論視座のもとに正犯・共犯(従犯)の区別を意図している傾向がある。ただし、共働現象の内部で関与行為の態様を綿密に観察していることも見逃せない。その意味で、統一的正犯者の原理は、共犯体系への架橋を十分に有してい

るといわなければならない。

最後に、以上の基本的な態度を前提として、犯罪論体系についての基礎的指針をあげておこう。

2. 犯罪構成に対する態度

『犯罪とは行為者の行為である』という基本原則を維持し、犯罪実現の方法的型態という視座を設定すれば、直接行為者犯と間接行為者犯に大別される。直接行為者犯とは、直接自ら犯罪を実現する者であり、間接行為者犯とは、行為媒介者を通じて自らの犯罪を実現する者であり、いわゆる間接正犯、共同正犯、教唆犯、幫助犯の集合概念である。このような理解から、わが国の共犯解釈論に関する若干の帰結を示しておきたい。

(1) 直接行為者犯と間接行為者犯に区別することによって、行為あるいは構成要件の局面で類型化を可能とし、共働問題は構成要件の解釈問題になる。両行為者犯の行為構造の存在論的差異を明確にすると同時に、これを規範的に考察すれば実行行為性によって統一することが可能である。これにより、構成要件の明確性を維持することができる。何故かという、直接行為者犯を策定することによって、いわゆる共犯体系にいう限縮的正犯概念を維持することができるからである。共働形式においては、規範的考察により、間接正犯、教唆犯、幫助犯の区別を間接行為者犯の内部で限界設定することができる。ここでは、間接行為者犯の存在論的行為構造が明らかにされる結果、行為者の行為性と行為者の実行行為性の区別を基礎として、犯罪構成を構築することができる。すなわち、行為性の問題は行為論に属し、実行行為性の問題は構成要件の問題となる。このことは、視座の設定を行為論に求めるために、すべての実行行為＝行為とはいえるが、すべての行為＝実行行為とはいえない。規範的にみれば、「行為 \geq 実行行為」という公式であらわされる。この意味で、間接行為者犯における間接行為者の利用行為は、行為論の段階では、行為性は存在するが、それが実行行為性を有するかどうかは規範的・可罰的な考察を要する。

(2) 構成要件の局面で規範的考察を行う結果、間接行為者犯の内部における

概念的・類型的区別が可能である。それによって、間接正犯、教唆犯、幫助犯の区別を可能ならしめる。従来から論争されてきた「教唆の未遂の可罰性如何」の問題についても、まず、教唆行為自体が実行行為性として評価されるか否かを規範的に考察し、それに社会的・法的意味内容を付与可能かどうかを判断しなければならない。教唆犯は、他人を利用して自己の犯罪を実現する方法的形態であるから、教唆犯の実行行為性もこの視座に立って判断することを要する。従って、いわゆる教唆の未遂は方法の不能により不可罰となろう。なお、つけ加えると、教唆の未遂の問題は、共犯の問題ではなく未遂犯の問題である。

従属形式は、これを必要としない。しかし、間接行為者犯の特徴を考慮すれば、行為媒介者の行為性の存在は、これを無視し得ないであろう。これが従属形式を意味するというのなら、それはそれでよい。私は、一種の依存性すなわち「現実的依存性」と理解するものである。この問題は、「実行(行為ではない)の着手時期」をめぐる問題になる。行為と実行行為とを峻別する結果、間接行為者犯の実行の着手時期も規範的考察により決すべきことになる。このように解すれば、実行の着手時期をめぐる争われている原因において自由な行為、離隔犯、間接正犯、教唆犯の実行の着手時期も規範的なものとして考察せざるを得ない。実行の着手時期は、行為の着手時期より若干法益の侵害またはその危険性に接近した時期になる。

(3)間接正犯、教唆犯、幫助犯の類型的区別は危険性概念による。まず幫助犯は「危険増加」として特徴づけられる。すなわち現に存する危険を増加させる場合、あるいは犯罪実現の危険を増加させた場合である。関与形式の方法は問わない。問題は関与行為の態様が「危険増加」と言えるか否かである。間接正犯と教唆犯はともに「危険創出」として特徴づけられる。さらに、教唆犯の場合は方法論的に「二重の危険創出」として特徴づけられる。いわば「承継的な危険創出」である。これに対して、間接正犯の場合は、方法論的な「危険創出と危険増加」の形態である。背後者の「危険創出」により被利用者が「危険増加」として出現する。ただし、被利用者の行為自体の「危険増加」が可罰のか否かは慎重に判断しなければならない。一般的には否定されるであろう。例

えば、違法要素とか責任要素の不存在を理由としてその可罰性を否定する場合である。

- 1) 牧野「刑法総論」394頁参照。
- 2) 佐伯「改訂刑法講義(総論)」338頁。ここでは、「共犯すなわち教唆犯・従犯が成立するためには、いわゆる正犯者の行為は厳格な意味において犯罪要件を完備している必要はなく、むしろ他人(正犯)の単純な違法行為に加担もしくはそれを利用することによっても共犯が犯されうること認めなければならない。こうすれば、従来のいわゆる間接正犯の大部分は教唆犯または従犯に還元されることになる」とされる。
- 3) 大塚「間接正犯の研究」40頁以下参照参照。
- 4) 竹田「正犯概念の拡張か共犯概念の拡張か」法と経済5巻6号29頁以下、同「共犯の犯罪概念要素」斎藤還暦『現代の共犯理論』1頁以下参照。
- 5) 平野「刑法総論Ⅱ」346-347頁参照。
- 6) 植田「共犯独立性説と従属性説」刑事法講座3巻439頁以下参照。
- 7) 牧野「共犯の基礎研究」刑法研究1巻13頁以下参照。
- 8) 牧野「刑法改正案と共犯の独立性」刑法研究7巻168頁、滝川「共謀共同正犯」刑法の諸問題222頁以下、特に231頁以下、木村「犯罪論の新構造(下)」258-259頁以下参照。
- 9) 滝川「前掲書」236頁参照。
- 10) 平場「刑法総論講義」155頁、藤木「共謀共同正犯」可罰的違法性の理論所収318頁、莊子「刑法総論」(昭44)702頁参照。
- 11) 平野「刑法の基礎」(昭46)248-249頁以下参照。
- 12) いわゆる定型説の立場である。小野「刑法講義総論」105頁以下、ここで、小野博士は、「自ら手を下さないという意味において「間接」正犯であるが、実行者として「正犯」である点では直接正犯と異ならない。…間接正犯は根本的に構成要件の解釈問題である」(106頁)とされる。また、大塚博士は、次のようにいう。「われわれは、今日の通説的見解とともに、構成要件該当行為の有無を正犯存否の一般の規準とする立場に出発すべきであろう。」とされ、「いやしくも正犯概念の標識と考えられる以上、実行行為が正犯者じしんのものでなければならぬことは当然である。他人の実行行為に対して、背後の利用者が正犯者としての責任を帰せられるとするのは、理論構成としてまことに奇異なものといわなければならない」と。そして、「では、「実行行為」そのものとはどうであろうか。わたくしは、いま、これを端的

に背後者じしんの行為、すなわち被利用者に対する誘致行為にもとめるべきであり、いわゆる「実行の着手」も「終了」も、もっぱら誘致行為じたいについて考えるべきものとしよう」（大塚「前掲書」123頁以下参照）とされる。

- 13) 中博士は次のようにいう。実質的客観説を前提として、「関与行為につきこの規範的障碍の有無を考察しますと、およそ他人(正犯)の自由意思的行為を介在してはじめて結果の達成がなされる関与行為においては、規範的主体(責任無能力者をふくむ)による独自のはからいによって関与行為の因果的發展が続行されるか遮断されるかが決せられる以上、その間に規範的障碍の存することは明らかな事実であるといわなければなりません。つまり、関与行為だけでは結果実現の必然性はまだ存せず、他人による規範的障碍をのりこえるのでなければこれを期待しえないと考えなければなりません。共犯の実行性を正犯の実行に求める実質的根拠はもっぱらこの点に存すると思われます」と(中「講述犯罪総論」229頁参照)。
- 14) 平場「前掲書」148頁。ここでは「間接正犯の概念を認めることは罪刑法定主義の原則にはんする。刑法が罰すべきものと規定しているのは正犯と共犯である。罰せられる為には正犯であるか共犯であるかでなければならず、それ以外のもの例えば間接正犯であってはならない。さらに間接正犯の概念の不定性の故に幾多の無用の混乱を生じる」と。
- 15) 平野「刑法総論Ⅱ」345頁参照。
- 16) 平野「刑法総論Ⅱ」345頁以下参照。
- 17) 木村「教唆の未遂」刑法の基本概念 323頁以下、同「犯罪論の新構造(下)」329頁以下参照。
- 18) 井上「刑法学(総則)」(昭26)215頁以下参照。井上博士の見解を理解するに、規範的評価と可罰的評価を区別される所以は、すでに行爲者の行為と実行行為を峻別される意図をうかがうことができる。
- 19) 泉二「日本刑法論総論」587-589頁。牧野博士の引用によれば、『不能犯に過ぎずと認めむべし』とされているが(「刑法研究11巻」18頁参照)、泉二博士の「日本刑法論総論(大9)」では『著手アリト認ム可キニ非サルナリ』とされている。
- 20) 平野「刑法総論Ⅱ」320頁以下参照。
- 21) 牧野「刑法研究11巻」18-19頁参照。
- 22) 泉二「前掲書」586頁参照。
- 23) 大越「前掲書」6-7頁参照。
- 24) 西山「不能犯の理論」法政研究21巻1号71頁以下、同「わが国における刑法思想の發展と不能犯」法政研究21巻3・4号267頁以下、同「ドイツ刑法思想の發展

と未遂・不能犯(1)(2)(3)」名城法学4巻2号1頁以下、同4巻3・4号26頁以下、同5巻1号15頁以下、同「不能犯問題の現状とその解決」名城法学11巻2・3号1頁以下参照。

- 25) 大越「前掲書」254頁参照。
- 26) 高橋「共犯体系と共犯理論」93頁参照。
- 27) 高橋「前掲書」166頁参照。
- 28) 高橋「前掲書」171頁参照。
- 29) 高橋「前掲書」291頁以下参照。ここでは共犯行為と正犯行為の関係だけを呈示した。
- 30) 高橋「前掲書」293頁以下参照。
- 31) Kienapfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl, 1991, S. 162.
- 32) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. O, S. 385.
- 33) Kienapfel, Strafrecht, A. T, 4. Aufl, S. 165.; なお、共働関係の量刑事由について、Kienapfel, "Beteiligung" und "Teilnahme", a. a. O, S. 1827.,
- 34) 斎藤「共犯判例と共犯立法」200頁以下参照。
- 35) 井上「刑法学(総則)」36-37頁参照。
- 36) 統一的正犯者の体系をこのように理解するものとして、高橋「前掲書」69頁参照。
- 37) Schmoller, Grundstrukturen, a. a. S. 341.
- 38) "Täterschaft" と "Täter" の相違を指摘するのに、木村「犯罪論の新構造(下)」68頁参照。
- 39) 宮本「刑法大綱」202頁。なお、共犯を方法的類型と把握するのに、佐伯「改訂刑法講義(総論)」328頁参照。
- 40) Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O, S. 24.; ders, Strafrecht, S. 164,
- 41) 平野「正犯と実行」犯罪論の諸問題(上)総論〔刑事法研究第2巻-1〕所収130-131頁参照。
- 42) 高橋「前掲書」72頁参照。
- 43) 牧野「刑法改正案と共犯の独立性」刑法研究7巻171頁脚注1参照。なお、司法統計年報によれば、刑法犯通常第一審事件の有罪人員中、共犯関係にある者は、このところ毎年1万1千人前後であるが、そのうち、教唆とされる者は30人前後、幫助とされる者は350人前後にすぎない。しかも、教唆・幫助が認められる罪種には、統計による限り大きな偏りがあり、前者の半数ほどは、犯人蔵匿・証拠湮滅罪に、後者の圧倒的多数は、賭博罪に集中しているとの指摘がある(中森「実行行為を行う従犯」判例タイムズ560号67頁)。

