HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「共謀共同正犯」に関する試論（４）　－日中両国の共犯理論に即して－
Author(s)	畢, 英達
Citation	北大法学論集, 46(6), 139-214
Issue Date	1996-03-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15643
Type	bulletin (article)
File Information	46(6)_p139-214.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

「共謀共同正犯」に関する試論（四）

―日中両国の共犯理論に即して―

畢英達

〈目次〉

序　本稿研究の目的とその構成
第一章　「共謀共同正犯」を巡る理論の考察
第一節　判例における「共謀共同正犯論」
第二節　学説による「共謀共同正犯」の論争
第三節　立法案における「共謀共同正犯」の規定とその批判

（以上四六巻三号）

第二章　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析
第一節　中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革　（以上四六巻四号）
第二節　中国現行刑法における共同犯罪の理論
第三節　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析　（以上四六巻五号）
一　分析の事実概要
二　事実概要の分析
三　小　括
第三章　「共謀共同正犯論」とその肯定説の批判的検討
第一節　日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相
一　主観的成立要件に関する諸理論
二　客観的成立要件に関する諸理論
三　小　括　（以上本号）
第二節　自説展開の前提
第三節　共同正犯の成立要件に関する自説の展開
第四章　結び

第三節　中国共同犯罪理論による「共謀共同正犯」の分析

いうまでもなく、中国の共同犯罪理論によって、日本の「共謀共同正犯」を分析する場合、まずその範囲を明確にする必要があるが、前章小括部分で触れたとおり、今日まで日本の判例が認めてきた「共謀共同正犯」は、少なくとも七

種類に大別することができる。以下においては、まず、その分析すべき七種類の共謀共同正犯に相当する各々の事実の概要を示すこととする。(1)

一　分析の事実概要

「①に該当する事実概要」　被告人Aは、日本赤軍・連合赤軍の団体となった共産同赤軍派の最高指導者であるが、昭和四五年一月上旬から他の被告人と海外に国際根拠地を作り、そこから武器などを国内の赤軍派に送りこんで武装ほう起しようという方針を決めた上で、同年三月一三日、一四日の両日にわたり、被告人B・C・Dらとハイジャックを敢行して北朝鮮に向かう旨を決定し、参加者の大半を選定し、決行までのスケジュールを定め、かつ、旅客や、乗取りの具体的方法につき謀議したが、しかし右謀議の直後被告人AおよびDの逮捕により、右謀議の際の決行予定日から約一〇日遅れて実行された。(2)

「②に該当する事実概要」　被告人甲は乙および北千住に住む年齢二七・二八歳くらいの氏名不詳の男と共謀し、昭和二二年五月二七日午後一〇時三〇分頃東京都台東区浅草日本堤一丁目A方で乙はその表入口で見張りをし、北千住の男が階下でAの次男BおよびAの妻Cにブリキ製ピストルを突きつけ「騒ぐな金を出せ」と脅迫し、被告人甲はその際右男の傍に佇立し、よって同人等を畏怖せしめてから現金三千九百円余を奪取し、さらに二階でAのワイシャツ一枚、夏軍服上着一着、短靴一足を、また階下土間で自転車一台を奪取した。(3)

「③に該当する事実概要」　被告人A（印刷工場のオフセット制版工）は、被告人Bらと共謀し、しかも、Bらが強盗するに先立って、工場の紙の見本をBらに渡した上で、Bらを工場まで道案内した。(4)

「④に該当する事実概要」　暴力団の親分Aは、他の子分Bらと共謀し、出刃包丁を結びつけた棒・槍の穂先を結びつ

けた棒・刺身包丁・竹槍などを持たせ、Aは棍棒を持って一緒に被害者宅に赴き殴り込みをかけ、傷害致死の結果をもたらしたが、その結果はAの直接の暴行によるものとは認められなかった。(5)

「⑤に該当する事実概要」　被告人甲は、昭和二一年三月二三日松本区裁判所で詐欺罪により懲役二年（勅令により一年六月に変更）に処せられ、三年間右刑の執行を猶予されていたが、昭和二二年三月一日頃かねて知り合いのXからY・Zも行くことになっているから、地下足袋を盗みに行こうと誘われ、これに同意し、ここに四名共謀し、同日午後八時頃右Xと共に当時被告人の居住していた松本市折井町A方を出発した途中でY・Zと落合い女鳥羽橋の辺まで行ったが、執行猶予中の身であることを思い出したので犯行を思い止まり、単身で同所から引き返した。他の三名はそのまま松本市伊勢町の家庭雑貨卸組合第一倉庫に至り同所において同組合所有の塵紙三号品二〇締入三包を窃取した。(6)

「⑥に該当する事実概要」　日本共産党員であったA（日本共産党の北部地区軍事委員会委員長である）・Bは、昭和二六年一二月二四・二五日頃B方で同じく日本共産党員であったCと相謀り、X製紙会社の労働争議に関して第二組合委員長丙と練馬警察署勤務の印藤巡査を襲撃することを計画し、その実行を被告人Bが指導連絡することと定めた。かくて、同年一二月二六日被告人D・E・F・Iは他の二名とともにF方に集合し、Bも加わって印藤巡査に暴行を加えることおよびその方法を協議した。被告人H・Jは他の二名とともに第二組合委員長丙を殴打するためH方で会合したが丙の所在不明により、Bの連絡で、H・J等もF等に合流して、印藤巡査に暴行を加えることに決し、さらにCはBを通じ、GはHを介し、これに加担することになり、かくして被告人A・B・C・D・E・F・G・I等は印藤巡査に対する暴行を共謀し、同夜一一時頃被告人C・D・E・F・G・Iは外数名と現場におもむき、行き倒れ人があると詐って印藤巡査を練馬区旭町の路上に誘い出し、古鉄管等で乱打し、同人を現場で死亡させた。(7)

「⑦に該当する事実概要」　甲のために傷つけられたAが甲方二階で甲と強談中、Aの輩下たる被告人Bらが甲方に馳

せ集まり、もしA・甲間に話が付かない場合には当然けんかとなる情勢であり、殺傷沙汰の起こることを予期し、その場合にはAに加勢し甲と闘争すべきことを暗に共謀して待機中、突然二階で物音がしたので、一同はけんかが始まったものと速断して二階に押し寄せ、被告人Bらの一人が甲に傷害を加え死に致した。(8)

次に、以上に挙げた七つの判例の各事件は、中国刑法における共同犯罪理論によれば、共同犯罪として処断することができるのかどうか、もし処断できるとすると各被告人はどのような共同犯罪人となるのか、そして各被告人はいかなる責任を負うべきであるのかという順序で分析したい。

二　事実概要の分析

（一）「①に該当する事実」の分析

まず、ハイジャックを直接行わなかった被告人A・Bを含む全員について、共同犯罪として処断すべきである。それは、前節で言及した共同犯罪が成立するための二つの要件が欠如しなかったからである。つまり、まず主観的要件の面では、認識要素については、A・Bを含む各人が自己の行為によってハイジャックの結果が発生することを認識していただけではなく、しかも他の被告人も自分とともにその結果を発生させるために一緒に行うことをも認識していたのである。次に、意志要素に関しては、A・Bを含む各被告人がその予見していたハイジャックの結果発生を希望していたのである。言い換えれば、A・Bを含む各被告人の間には、共同の認識要素と共同の意志要素が同時に備わっていたのである。また、他方客観的面では、A・Bを含む各被告人が行う活動は、互いに連係し、協力しあっており、いずれもハイジャックという結果の発生に一定の役割を果たしていた。このように主観・客観の両要件が欠如していなかったか

らこそ、中国刑法理論の通説によれば、A・B両名を含む全被告人の行為を共同犯罪として処断することができるのである。

前述したように、中国刑法における共同犯罪規定は、共同犯罪の定義を行い、共同犯罪人の種類およびその刑事責任について定めている。その共同犯罪人の種類について、中国刑法は独自の分類を行っているといえよう。すなわち、「主犯」、「従犯」、「脅従犯」、および「教唆犯」という四分法が、それである。理論上および裁判実務上、更に一九五〇年代の中国刑法に決定的な影響を与えたソビエト刑法の共同犯罪規定にも、共同実行犯・教唆犯及び幇助犯の三分法から、さらに組織犯の概念を加えての四分法へという発展の歴史がある。中国刑法草案の度重なる改稿の過程で、共同犯罪の問題が大きな論点の一つになった原因も、共同犯罪人の種類を、どのように区分するかをめぐって、いくつかの見解が対立したためである。主に二種類の見解がある。[9] 一つは、それを実行犯と教唆犯と幇助犯と組織犯との四種類に分けるものである。その理由づけは、主に次の三点に求められていた。[10] 第一に、その区分は各共同犯罪人の共同犯罪での地位と従事の活動を明確に顕示することができる、という点である。第二は、その分担された行為によって、罪名という問題を比較的都合よく解決しうる、という点である。最後に、この考え方は、巧みに共同犯罪という複雑な現状を反映させることができ、従って主犯ではない限り従犯だという大雑把な区別を避けうる、という点である。もう一つは、犯罪人が行う役割によって、それを主犯と従犯と脅従犯との三種類に分ける見解であり、主に以下のような理由を挙げている。[11] 第一に、これは中国の歴史的伝統・司法習慣と符合する、というものである。そのうち、特に解放区から現在まで裁判の実務は主に犯罪者が共同犯罪において果たした役割によって各犯罪者の刑事責任を確定してきたのである。第二に、これは、党と国家が犯罪者に対する「区別を以て対応すべき」という政策・原則を明確に体現することができる、ということである。第三は、犯罪者を「主と次」または「首と従」に分けることは、犯罪集団を分化・瓦解させる

ことにとって有利だと、いう点である。最後は、それによって犯罪者が社会に与える危険性を解明することができ、従って正確に犯罪者の刑事責任を確定することができる、という点である。それが現在みられる四分法に落ち着いたのは、両者の意見の妥協的産物であるが、同時に、この分類が、中国共産党の解放区以来の伝統的な刑事政策・方針と比較的合致する、という事情も影響したものと考えられる。とはいえ、そのような四分法が結局疑問を抱かせないものではないと言うことは、既に前節で指摘したとおりである。

次に、本事件の各被告人A・B・C・Dらは、いずれも主犯であり、しかもすべてが首謀者であると思われる。というのは、彼らが本事件において、組織・計画・指揮の役割を果たしたからである。中国刑法における「首謀者」の定義によると、犯罪集団または集合的犯罪において、犯罪者が組織・計画・指揮の役割のうち、いずれか一つの役割を果たしたのであれば、すべて首謀者とするのである。ただし、A・B以外の他の被告人は、首謀者である外に、ハイジャックの実行行為を行ったので、主要な役割を果たした主犯であると言えよう。

（二）「②に該当する事実」の分析

まず、甲・乙両被告人を含む全員について、共同犯罪が成立することとなる。何故ならば被告人らの間には、共同犯罪が成立するための二つの条件が同時に備わっていたからである。すなわち、被告人甲・乙を含む各被告人の間には、主観的要件について言えば、共同の認識要素と共同の意志要素が欠如していなかったのである。また、客観的要件に関しては、実行された活動は互いに連係し、協力しあっており、いずれも強奪（強盗）結果の発生に一定の役割を果たしていたからである。

次に、氏名不詳の男は本事件において、主要な役割を果たしていたので、主犯として重きに従い処罰されなければな

らない。そして、乙は本事件においては、従犯として本事件の氏名不詳の男と比較して、軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除すべきであると解される。というのは、彼は本事件において、「補助的な役割」しか果たしていなかったからである。前節で紹介したように、中国刑法における従犯に関する規定によると、従犯には二種類ある。一つは、共同犯罪において副次的な役割を果たした者である。もう一つは、共同犯罪において補助的な役割を果たした者である。そして前節で見たように、ここでいう補助的役割を果たした者とは、犯罪道具を提供したり、障害を排除しまたはそのほかの方法により他人が犯罪を行うことを幇助する者をいう。たとえば、本事件の被告人乙のような見張りは、中国刑法理論では、ほとんど異論なく、障害を排除する方法により他人が犯罪を行うことを幇助する者として処断するのである(12)。ただし、最近は、具体的な事案に応じて見張りは共同実行犯（共同正犯）と解すべき場合と従犯と捉えるべき場合とに分けられる(13)、という見解が現れている。この見解によれば、いわゆる「自手犯」による犯罪以外の場合、すなわち窃盗・強盗・殺人・放火などの場合には、その見張りは実行行為の分担と解するべきこととなる(14)。その理由としては、前者はその行為が他人によって取って変わることができないのに対して(15)、後者は各犯罪者が一つの共同犯罪の目的に関して分業的に犯罪活動を行うべきものだからであるとされている(16)。従って、この見解によると、乙は主犯・（副次的な役割を果たした）従犯のいずれかであるということになるはずである。

さて、被告人甲は本事件においてどのような共同犯罪人であるのか、いかなる刑事責任を負うべきであるのか。思うに、既に見た通説によると、彼も従犯として本事件の氏名不詳の男と比較して、軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除すべきだということとなる。なせならば、彼は本事件において、「副次的な役割」を果たしたに過ぎないからである。前述したように、中国においては、いわゆる「副次的な役割」とは、犯罪集団または集合的な犯罪において、主犯の命令を受けて犯罪活動を行い、あるいは一般的な共同犯罪活動において、直接に重大な結果を引き起こさなかった

ことまたは比較的情状の軽いことであるとされている。たとえば、本事件における甲のような被告人については、強盗の実行行為は行ったものの、情状が比較的軽いので、従犯として処断すべきである。言い換えれば、甲は直接強盗の犯罪構成要件中の客観的要件を実行したが、犯罪全体の中においては副次的な役割を果たしたにすぎないのである。中国刑法理論では、共同犯罪においてこのような副次的な役割を果たした者も「副次的な実行犯」と呼ばれている(17)ことは、既に前述したとおりである。ただし、前節で言及したような中国刑法中の従犯には幫助犯しか存在しないという見解によると、甲は主犯として処断すべきだということとなるであろう。

（三）「③に該当する事実」の分析

まず、A・Bらの間には、共同犯罪が成立することとなる。それは、A・Bら被告人の間には、共同犯罪が成立するための二つの要件が一つも欠如していなかったからである。つまり、行為者の間には、強盗罪につき、共同の故意と共同の行為とがあったのである。

次に、Bらは本事件において、主要な役割を果たしたので、主犯として重きに従い処罰されなければならない。また、Aについてであるが、通説によれば、本事件においては従犯としてBらと比較して、軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除すべきだということとなるはずである。それは、彼が本事件において、「補助的な役割」しか果たしていなかったからである。従って、従犯中の幫助犯となるわけである。ただし、前述したような幫助犯にも主要な役割を果たす場合があるという見解によれば、Aは主犯となる可能性もあるということとなろう。

（四）「④に該当する事実」の分析

まず、A・Bを含む全員について、共同犯罪が成立することとなる。何故ならば、被告人の間には、共同犯罪が成立するための二つの要件が同時に備わっていたからである。すなわち、A・Bを含む各被告人の間には、主観的要件については、共同の認識要素と共同の意志要素が欠如していなかったし、また客観的要件に関しては、行われた活動は互いに連係し、協力しあっており、いずれも傷害（致死）結果の発生に一定の役割を果たしていたからである。

次に、Aは本事件において、主要な役割を果たしたほか、組織的・指揮的な役割をも果たしていたので、当然主犯として重きに従い処罰されなければならない。また、Bらも本事件において主要な役割を果たしたので、やはり主犯として処断すべきである。

ただし、ここで指摘しなければならないのは、従来の中国の学説では、Aのように実行行為を直接に行わなかった首謀者に対して、責任を追求すべきかという問題について、様々な議論がなされてきた、という点である。総括すると、以下の三つの見解に分かれる。第一は、首謀者に関しては、個人責任の原則を堅持しなければならないので、首謀者は自ら犯した個人的行為としての犯罪についてのみ刑事責任を負い、他人の犯した犯罪については刑事責任を負わない、という見解である。[18] たとえば、本事件の場合には、この見解によれば、被害者の死亡という加重結果については、具体的に傷害行為を実行したもののみが刑事責任を負い、Aはそれに関して刑事責任を負わないこととなる。第二は、首謀者は犯罪集団または集合的犯罪での組織者・指導者・画策者である以上、その成員の実行したすべての犯罪活動に対して刑事責任を負わなければならない、という見解である。[19] たとえば、本事件において、もしBらが更に窃盗を実行した場合には、AはBらが行った傷害（致死）行為に刑事責任を負うだけではなく、Bらが行った窃盗行為についても刑事責任を負うことになる。第三は、首謀者の刑事責任の問題を正しく解決するためには、犯罪における主観要件と客観要件とが合致するべきであるという原則を堅持しなければならないので、首謀者はその犯罪集団または集合的集団の共謀

にかかるすべての犯罪活動（重大な結果を含む）に対して刑事責任を負わなければならない、という見解である。[20] たとえば本事件の場合、Aは被害者に対する傷害致死結果について刑事責任を負うことになる。中国の学説では、この見解が通説である。

なお、前節で既に見てきた中国刑法理論における「主要な役割を果たした」主犯と「副次的な役割を果たした」従犯とに関する区別の曖昧さに鑑みるならば、本件のA・B以外の被告人或いはその中の誰かが、従犯として処罰されることは十分考えられることだと思う。

（五）「⑤に該当する事実」の分析

前節で見たように、中国刑法第二二条における共同犯罪の定義によると、共同犯罪が成立するためには、共同犯罪の故意と共同犯罪の行為とが同時に備わっていることを要する。ところで、既に見たように中国の学説では、本件甲のように共謀に参加したにとどまるものを、共同犯罪として処断することができるかどうかという問題につき、否定説と肯定説とが対立している。つまり、本事件の場合、否定説によれば、X・Y・Zと窃盗を共謀して窃盗を実行しなかった甲とは共同窃盗の行為を持たないので、X・Y・Zとの間に共同犯罪を構成しないということとなる。この説に対して、肯定説によれば、甲が他の者と共謀すること自体が共同の犯罪行為となることから、甲を含む全被告人が、共同犯罪として処断されることとなる。

次に、本件の各被告人はどのような共同犯罪人であるのか、そして各被告人はいかなる刑事責任を負うべきかという二つの問題について、分析することにしよう。

いうまでもなく、肯定説に立つか、否定説によるかに応じて、結論が異なるであろう。まず、否定説においては、被

告人X・Y、Z三名は共同犯罪に際して、いずれも主要な役割を果たしていたので、主犯として重きに従い処罰されなければならないのに対して、甲については共同犯罪人ではなく、他の被告人と窃盗を共謀していたので窃盗予備罪として軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除するということとなる。[21] 肯定説によると、被告人X・Y・Z三名は本件共同犯罪中において、いずれも主要な役割を果たしていたので、[22] 主犯として重きに従い処罰されるのに対して、甲は共同犯罪人として教唆犯あるいは従犯によって処罰されるかまたは本件において果たした役割によって処罰されるということとなる。[23]

なお、本件における甲の行為は、その実質から考えれば、前節で挙げた中国の「争議例四」での被告人Cが行った行為とそれ程変わらないであろう。ただ、そのCがそもそも何の共犯者として処罰されたのかという点が不明である。おそらく従犯として処罰されたのかも知れない。仮にこの推測が正しいとすれば、本件の甲も従犯として処罰されることとなろう。

ちなみに、ここで指摘したいのは、中国の刑法における予備犯の規定が日本の刑法における規定と異なり、すべての犯罪の予備を処罰する、という点についてである。中国刑法第一九条の規定がそれであるが、この規定は、犯罪の予備および予備犯をいかに処罰するかについて定めたものである。本条は、犯罪の予備および予備犯をいかに処罰するかについて次のように規定している。「犯罪のために、用具を準備し、条件を作るものは、犯罪の予備である。予備犯については、既遂犯に比較して、軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除することができる」。この規定によると、「犯罪の予備」とは、罪を犯す故意を持ち、これを実現するために、事前に道具を準備したり、条件を作り出す行為をいう。犯罪の予備行為にはさまざまなものがある。たとえば、放火罪を実行するために火種・引火物を準備し、放火地点の下見をすること、殺人罪を実行に移すために、凶器・毒薬などを準備すること、窃盗罪を実行に移すに当たって、事前に

犯罪を実行するうえでの障害をとりのぞくこと、すなわちたとえば犬を毒殺すること、国家通貨偽造罪を行うために用紙、インク、印刷用具を準備することなどである。犯罪の予備は、社会に対する危険性を持つが、その危険性は比較的小さいので、本条第二項では「予備犯については、既遂犯に比較して、軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除することができる」と規定している。

いうまでもなく、犯罪の予備と犯意の表明とは明確に区別しなければならない。犯意の表明とは、いかなる犯罪活動にも着手していない時点での思想の現れのことをいう。その区別について、現在の中国の学説によると、犯罪の予備は罪を犯す意思を持つだけでなく、これを実現するために用具を準備しまたは条件を作り出すので、このような行為は社会に対する危険性を有するが、犯意の表明の場合は思想の現われが存するに過ぎず、犯罪を行うために何らかの用具を準備したり、何らかの条件を作り出したことにはならないし、また社会的に何らの危害を加えたことにもならないので、犯罪の予備として処罰することはできない[24]とされている。

（六）「⑥に該当する事実」の分析

本事件を分析するに先立って、まず指摘したいのは、中国の学説では、「順次共謀」を認めるかどうかについて、未だに議論が見られないという事実である。ただ、それを認める見解もある。たとえば、「各共犯者は自分が共犯者中の特定のある者あるいは何人かの者と共同して同一の犯罪を行うことを知っているが、しかし各共犯者のすべてを互いに知っていなくとも」、共同の故意は成立すべきだ[25]という見解がそれである。たとえば、乙は甲から丁の殺害に関して教唆されたうえ、丙に要求して丁を殺害するための凶器を入手したが、甲に教唆された点については丙に打ち明けなかったような場合を指すのである[26]。以下では、この見解によって本件を検討することとする。

まず、印藤巡査の襲撃に直接関与しなかった被告人A・Bを含む全員について、共同犯罪が成立することとなる。なぜならば、共同犯罪が成立するための二つの要件（第一に、主観的には、共同者が共同犯罪の故意を持たなければならない。第二に、客観的には、二人以上が同一の犯罪を行うために、共同犯罪の行為を行わなければならない）が同時に備わっていたからである。つまり、主観的要件については、認識要素の点では、A・Bを含む各被告人が自己の行為によって印藤巡査に傷害（致死）結果が発生することを認識していただけではなく、しかも他の被告人も自分とその結果が発生するために一緒に実行することをも認識していたのである。次に、意志要素の点については、A・Bを含む各被告人は印藤巡査に対する傷害（致死）結果の発生を希望し（または放任し）ていたのである。また、客観的要件に関しては、A・Bを含む各被告人にはその共同犯罪の故意の支配のもとに印藤巡査に対する傷害致死の結果を生じさせる協力行為が存在していたのである。換言すれば、主観的には、A・Bを含む各被告人の間には、共同の認識要素と共同の意志要素が欠如していなかったし、客観的には、A・Bを含む各被告人が行う活動は、互いに連係し、協力しあっており、いずれも印藤巡査に傷害致死を発生させた結果に対して一定の役割を果たしていたのである。このような条件が備わればこそ、通説によれば、A・B両名を含む全被告人を共同犯罪者として処断することができるのである。(27)

次に、本件の被告人のうち、被告人A・B・C・D・F・Iおよび他の二名は、首謀者であると思われる。というのは、彼らは本事件において、組織・計画・指揮の役割を果たしているからである。その他の被告人は、傷害の実行行為を行ったとは言え、結局首謀者ではないので、従ってもし彼らによって行われた行為がその傷害の結果に対し同等なものであるとすれば、主犯となるが、そうではなければその内の一部の者は従犯にもなりうると思われる。それは、前節で見たような中国の学説などに求められているこのような場合における主犯と従犯との区別の基準に基づくならば、必ずそうなるはずだからである。

それ故に、本件の被告人A・B・C・D・F・Iおよび他の二名は、傷害致死罪の主犯として重きに従い処罰しなければならないのに対して、本件の実行行為を行ったその他の各被告人については、主犯として処罰されない可能性が残ると思われる。ただし、もし前の『「④に該当する事実」の分析』で見てきた首謀者の刑事責任についての第一の見解によれば、A・Bは傷害（暴行）罪についてのみ刑事責任を負うこととなるわけである。

（七）「⑦に該当する事実」の分析

これまで見てきた共同犯罪の理論から見ると、従来の中国には、「暗黙の共謀」という概念は存在しないのである。言うまでもなく、その概念自体が認められるべきかどうかは、検討の余地があると思うが[28]、しかしたとえそれを認めないとしても、中国の共同犯罪理論からすると、その場合必ずしも共同犯罪を構成しえないということを意味するわけではない。それは、行為者が共同して犯罪行為を行っている過程で共同の故意を形成する場合もあり得るからである。

ただし、本事件の場合においては、中国の共同犯罪理論では、AとBらとの間には、共同犯罪が成立するための要件を見出だすことはできないのではないかと思われる。

ちなみに、中国刑法における「重きに従い処罰する」、「軽きに従い処罰する」及び「処罰を軽減する」などの意味について簡単に触れることにする。

中国刑法五八条は、犯罪者を重きに従いまたは軽きに従い処罰する意味について、次のように規定している。「犯罪者に本法の定める重きに従い処罰するかまたは軽きに従い処罰する情状がある場合には、法定刑の範囲内で刑罰を科さなければならない」。「法定刑」とは、各則の条文に定められているそれぞれの罪の刑種および刑期の量刑幅のことである。つまり、中国の刑法は各種犯罪現象の複雑な状況に適応させるために、各犯罪類型に対する刑罰規定には、一定の

幅を持たせている。本法の各則に定められた法定刑の範囲内で、ある犯罪者に対しては刑を重くし、ある犯罪者に対しては刑を軽くするのである。これが重きに従いまたは軽きに従い処罰するという意味である。

「犯罪者に本法の定める重きに従い処罰する情状がある場合」とは、主犯（第二三条）、一八歳未満の者を教唆して罪を犯させたもの（第二六条）、累犯（第六一条）、国家工作人員が職務上の便益を利用して密輸・投機空取引の罪を犯したとき（第一一九条）、国家工作人員が容疑者に対する自白の強要のため、身体刑によってその人を廃疾者にした場合（第一三六条）、一四歳未満の女子を姦淫したもの及び二人以上で強姦罪を犯し共同で輪姦した場合（第一三九条）などである。犯罪者に上述の条文で定めるような重きに従い処罰する情状のある場合には、人民法院は刑罰を適用するに際して、法定刑の範囲内で、比較的重い刑種または比較的長い刑期を選択することができる。

犯罪者に本法の定める「軽きに従い処罰する」情状がある場合とは、満一四歳以上一八歳未満の者が罪を犯した場合（第一四条）、聾唖者または盲人が罪を犯したとき（第一六条）、予備犯（第一九条）、未遂犯（第二〇条）、従犯（第二四条）、被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合の教唆者（第二六条）、罪を犯した後自首した場合（第六三条）などである。犯罪者に上述の条文に定める軽きに従い処罰する情状のある場合には人民法院は刑罰を適用するに当たって、法定刑の範囲内で、比較的軽い刑種または比較的短い刑期を選択することができる。

また、中国刑法五九条は、犯罪者に対する処罰軽減について、次のように規定している。「犯罪者に本法の定める処罰を軽減する情状がある場合には、法定刑以下の刑罰を科さなければならない。犯罪者に本法の定める処罰を軽減する情状がなくても、事件の具体的状況に基づき、法定刑の最低刑がなお重すぎる場合には、人民法院裁判委員会の決定を経て、法定刑以下の刑罰を科することができる」。

「犯罪者に本法の定める処罰を軽減する情状がある場合」とは、満一四歳以上一八歳未満の者が罪を犯した場合（第

一四条）、聾唖者または盲人が罪を犯した場合（第一六条）、正当防衛および緊急避難が必要な限度をこえて不当な危害を生じた場合（第一七条）、みずから犯罪を中止するかまたはみずから犯罪の結果の発生を効果的に防止した場合（第二一条）、自首する場合（第六三条）などをいう。

「軽減する」とは、法定刑の最低刑以下の刑を科することを言う。たとえば、第一〇八条で定める交通設備破壊罪についていえば、重大な結果をもたらさなかったものは、三年以上一〇年以下の有期懲役に処することになっている。もし犯罪者に処罰軽減の情状がある場合は、三年未満の刑を科することができる。このようにして、犯罪者に上述した「軽減する情状」が一つでもあれば、人民法院は法定刑の最低刑以下の刑罰を言い渡すことができるのである。そして、本法に定める処罰は上述の「軽減する情状」が存しなくても、処罰を軽減することのできるなんらかの具体的事情があれば、人民法院裁判委員会の決定を経て、法定刑以下の刑罰を科することができる。

三　小括

以上で中国刑法における共同犯罪理論による日本の「共謀共同正犯」の事例についての分析を終える。この分析から、現在の中国における日本の「共謀共同正犯」的意味での共謀共働現象を巡る理論は、おそらく次の諸点において日本の「共謀共同正犯論」およびその肯定説と異なっているといってよいであろう。

第一に、刑法理論における親分のようないわゆる「黒幕」ついて、日本では正犯として処罰するのに対して、中国では刑法における主犯として処罰するのである。

第二に、見張りのような犯罪行為について、日本では[29]正犯として処罰するのに対して、中国では[30]従犯として処罰するのである。

第三に、実行行為を分担した行為について、日本ではすべて正犯として処罰するのに対して、中国では従犯として処罰する場合もあるのである。

第四に、幇助的な行為をした場合について、日本では正犯として処罰するのに対して、中国では従犯として処罰するのである。[31][32]

第五に、犯罪現場に赴き、犯行を目撃した場合について、日本では正犯として処罰するのに対して、中国では主犯とされることがありうる。

第六に、共謀に参加したに留まる場合について、日本では正犯として処罰するのに対して、中国では予備犯或いは教唆犯または従犯ないし主犯として処罰するのである。[33]

第七に、「暗黙の共謀」について、日本ではこれを認めるのに対して、中国では認めないのである。

言うまでもなく、このような区別から、日本の「共謀共同正犯」否定説との差異を窺い知ることもできるであろう。この意味で、中国での共謀共働現象を巡る理論は、「共謀共同正犯」の議論に際して、一つの理論として加えることが許されるであろう。

では、中国の理論を含めて日本の「共謀共同正犯論」およびそれに対する賛否両説は、その正当化理由があるのであろうか。また、仮に日本の否定説および中国の理論に、それなりの理由があったとしても、それらの理論によってこの共謀共働現象を果たして合理的に解決することができるのであろうか。なお、もしそのような理論によってもこの現象を合理的に解決することが無理であるならば、この両者の実質的な差異を解明しつつ、その解決の道を探るのが、何よりも重要であるかも知れないと考えられる。言うまでもなく、これは「共謀共同正犯論」およびその肯定説が成立しえない場合の話である。この意味で、まず次章においては、専ら「共謀共同正犯論」とその肯定説を正当化しえない所以

を、究明したい、と考える。

（1）ただし、注意すべきなのは、日本の学者の一部が「共謀共同正犯」に与えている次のような概念から見ると、⑤の場合（共謀（謀議）に留まるだけの場合）が「共謀共同正犯」から外されることになる、という点である。すなわち、「『共謀共同正犯』とは、行為者の間に共謀があり、共謀者中のある者が共謀にかかる犯罪の実行行為に出た場合には、実行を分担しなかった共謀者もすべて共同正犯として責任を負うことをいう」（中山研一・『刑法総論』昭和五八年四六五頁。なお、「共謀共同正犯」をほぼ同じように定義しているものとして、藤木英雄・「共謀共同正犯」『刑法判例百選総論』昭和五四年一七二頁、村上光鵄・「共謀共同正犯」『大コンメンタール刑法』第四巻平成二年四五四頁などがある）というものや、「共謀共同正犯とは二人以上の者が特定の犯罪の遂行を共謀し、共謀者中の一人がその共謀に基づいてその犯罪の実行行為に出た場合には実行行為を分担しなかった他の共謀参加者も共同正犯としての責任を負うとするものである」（野村稔・「共謀共同正犯」上・法学セミナー四一四号昭和六〇年八一頁。なお、共謀共同正犯をほぼ同じように定義しているものとして、日高義博・『刑法総論講義ノート』昭和六三年二〇〇頁、植松正・『再訂刑法概論一総論』昭和四九年三六四－三六五頁などがある）、等である。ところが、次のような定義から見ると、そのような問題は生じないと言えよう。すなわち、「共謀共同正犯は、二人以上の者が犯罪を共謀した場合に一部の者が実行行為にでたときは、共謀に参加しただけにとどまる他の者についても共同正犯が成立するという意味である」（阿部純二・『刑法総論』昭和五五年二〇八－二〇九頁。なお、共謀共同正犯をほぼ同じように定義しているものとして、香川達夫・『刑法講義総論』昭和五五年三三一頁、小暮得雄・「共謀共同正犯の意義」『刑法判例百選総論』平成三年一五四頁などがある）と。このことから、日本の学者が、具体的にどのような共働現象を「共謀共同正犯」の対象とするかという点についての理解には、多少差があると言えよう。この意味で、おそらく日本の学説でも、今後この共謀共同正犯の定義を統一させる研究が進むものと思われる。

（2）東京地判昭和五五年一月三〇日判例時報九八九号一三頁以下参照。

（3）最判昭和二三年六月二二日刑集二巻七号七一一頁以下参照。

（4）最判昭和二五年四月二〇日刑集四巻四号六〇三頁以下など参照。

(5) 最判昭和二三年五月四日刑集二巻五号四八〇頁以下参照。
(6) 東京高判昭和二五年九月一四日高刑集三巻三号四〇七頁以下参照。
(7) 最判昭和三三年五月二八日刑集一二巻八号一七九八頁以下参照。
(8) 最判昭和二五年六月二七日刑集四巻六号一〇九六頁以下参照。
(9) 高銘暄・前掲『刑法総則要義』一八二、一八三頁参照。
(10) 高銘暄・『中華人民共和国刑法の孕みと誕生』法律出版社一九八一年五二―五三頁参照。
(11) 高銘暄・前掲『中華人民共和国刑法の孕みと誕生』五二頁参照。
(12) 楊春洗等編・前掲『刑法総論』二〇八頁など参照。
(13) 陳興良・前掲『共同犯罪論』六三頁。
(14) 陳興良・前掲『共同犯罪論』六三頁。
(15) 陳興良・前掲『共同犯罪論』六三頁。
(16) 後述のように、もしこの理由づけを除けば、この見解は日本の通説と同じである。このような見解の当否についての検討は、次章に譲ることにしたい。
(17) 高銘暄・前掲『刑法総則要議』一八八頁参照。
(18) 陳興良・前掲「共同犯罪中の問題」三六〇頁参照。
(19) 前掲・『新中国刑法学研究綜述』三六一頁参照。
(20) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲『刑法学』一九八頁参照。
(21) 前掲・『刑法専論』二一四、二一五頁参照。なお、前掲・『新中国刑法学研究綜述』三四二頁参照。
(22) 李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』三六頁参照。
(23) つまり、甲は本件において、主要な役割を果たしていたのであるとすれば、主犯として重きに従い処罰されなければならない。副次的な役割を果たしていたのであるとすれば、従犯として主犯に比較して軽きにしたがい処罰するか処罰を軽減または免除しなければならない（前掲・『刑法専論』二一五頁参照）ということとなる。
(24) 法学教材編輯部刑法学編写組・前掲「刑法学」一七六頁参照。この中国刑法における予備犯に関する規定からすると、

おそらく次の諸点が日本の刑法の予備犯に関する規定と異なっているといってよいであろう。その一は、予備犯の定義について、日本では規定が存在しないのに対して、中国ではその規定が存するという点である。その二は、日本ではきわめて重大な犯罪についてのみ例外的に予備を犯罪としているのに対して、中国ではすべての犯罪について例外なくそれを犯罪としているという点である。その三は、日本では予備犯を処罰する原則を各則で規定したのに対して、中国ではそれを総則で規定しているという点である。

(25) 林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』二〇頁。

(26) 林文肯・茅彭年・前掲『共同犯罪理論と司法実践』二〇～二一頁。

(27) ちなみに指摘したいのは、前節で見た共同犯罪の成立要件に関する少数説によっても、本件の全被告人の行為を共同犯罪として処断することができる、解される点である。すなわち、各被告人の間には、少数説が主張する主体的成立要件あるいは客体的成立要件が存在したからである。つまり、主体から見れば、本件の各被告人が刑事責任年齢に達しており、しかも責任能力を有することは言うまでもないが、客体から見ると、他人の健康を侵害したのである。もちろん、この少数説によっても、既に分析してきた上述の事件における行為者の間には共同犯罪が成立しうるのである。

(28) これについての検討は、本稿第三章に譲ることにする。

(29) 肯定説の特別論者の見解を除く。

(30) 特別な見解を除く。

(31) 肯定説の論者のほとんどの見解を除く。

(32) 特別な見解を除く。

(33) 肯定説の論者のほとんどの見解を除く。

第三章　「共謀共同正犯論」とその肯定説の批判的検討

第一章で見たように、日本では、「共謀共同正犯論」とその肯定説といっても、その理由づけは、必ずしも一様ではない。ところが、その理由づけがどんなに分かれても、共謀者中のある者が共謀にかかる犯罪の実行行為に出た場合には実行行為に出なかった他の共謀者について、刑法第六〇条に依拠しつつそれを共同正犯として処罰しようとする点においては、何等差異がないといってよいであろう。しかし、そうであるとすれば、以上のような実行行為に出なかった者は他の実行行為に出た者との間に、共同正犯としての関係がなければならない。言い換えれば、両者の間に共同正犯が成立する必要がある。というのは、もしその両者の間に共同正犯の関係が存在しないならば、彼らに対して刑法第60条を適用する余地がないからである。この意味で、その両者は、共同正犯の成立要件を満たしたかどうかが、「共謀共同正犯論」とその肯定説の成否の鍵であると言えよう。このことから、本章においては、日本における共同正犯の成立要件に関する理論を踏まえた上で、その成立要件についての自説を展開し「共謀共同正犯論」とその肯定説の成立しえない所以を、明らかにしたい。

第一節　日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相

日本の現行刑法第六〇条は、共同正犯について規定したものである。すなわち、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ正犯トス」は、それである。そして、周知のように、日本の学説・判例は、この規定のもとで共同正犯が成立するためには、主観的要件と客観的要件とが必要であるとしている。しかし、その二つの要件の内容についての理解は、学説・判例のいずれにおいても必ずしも一様ではない。ここでは、まず日本の共同正犯の成立要件に関する理論の諸相を概観することにする。

一　主観的成立要件に関する諸理論

（一）　学説の現状

日本の学説では、共同正犯の主観的成立要件とは何かという点についての答えは、必ずしも一致しているとはいえない。

たとえば、学説は、それを「共同実行の意思」[1]、「意思の連絡」[2]、「共同遂行の合意」[3]、「共同の意思」[4]、「合意」[5]、「共同加工の意思」[6]などと定義づけている。

また、この外に、「共同実行の意思」を「意思の連絡」と同義と理解する見解[7]や、「共同の意思」を「意思の連絡」と同義と理解する見解[8]や、或いは「共同遂行の合意」を「共同加工の意思」と同義と理解する見解[9]や、更に「合意」を「意思の連絡」・「共同実行の意思」・「共同加工の意思」・「共謀」と同義と理解する見解[10]などがある。

なお、学説が、共同正犯の主観的成立要件に関して同じような定義を与えたといっても、その定義の内容についての理解は、決して一様ではない。たとえば、「共同加功の意思」については、それを「二人以上の各自犯罪実行の決意を有する者が、他の者と共同し、各自の行為を相互に利用し、補充しあって、共同の目的（犯罪結果）実現のため協力する旨の合意」[11]とする見解や、「ともに犯罪を実行しようという意思」[12]とする見解や、「共同正犯者の各自が、他の者と共同して犯罪を実現する意思」[13]とする見解などがある。

以上のように、これまでの学説においては共同正犯の主観的成立要件の定義に関しては、様々な表現が用いられているのである。そして、これまでのところ、これらの表現を統一する必要があるかどうかという問題についての議論はまったく展開されてこなかったのである。このことから考えると、日本の学説ではそれらの表現を区別なく同義のもの、

つまり共同正犯の主観的成立要件の同義語として用いていることが窺われるのである。しかし、もしそうであるとしても、学説におけるその内容についての理解は、決して同じではないと思われる。何故ならば、「共謀共同正犯」の外に、「過失の共同正犯」および「片面的な共同正犯」を巡って、以下のように厳しい論争があるからである。ここでは、その二つの問題に関する議論の概観を通じて、主にその対立の理由を確認することとしたい。

1　過失共同正犯の論争

周知のように、過失の共同正犯の成否については、日本の学者の間では、古くから肯定説と否定説との間に種種の議論があって今日に至っている(14)。以下においては、この両説の理由づけを見ることとする。

(1)　肯定説の理由づけ

過失の共同正犯を肯定する見解は、極めて多い(15)。ところで、それらの見解のいずれも、主に以下のような理由づけのいずれかによって各自の主張を展開してきたと思う。

第一は、特定の犯罪を共同して実行する意思は必要でなく、自然的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従って故意の共同を必要としない、という理由づけである(16)。

第二は、特定の犯罪については実行行為を共同にする意思があれば共同正犯を考えてゆくことも十分可能である、という考え方である(17)。

第三は、故意犯と過失犯の構成は、いずれも目的的行為によって実現されるものであり、唯、故意の行為は構成要件該当の結果に向けられた行為であるが、過失の行為は構成要件的に重要でない結果に向けられた行為である、というも

のである。[18]

第四は、不注意は過失犯の本質要素であり、その不注意は無意識的部分ではなくて主に意識的部分、あるいは両者の接点であり、しかもそれは抽象的に存在せず、一定の具体的な意識的行為に存在するのである、という見解である。[19]

過失の共同正犯を認める理由づけにはこの外に、また種々のものが存する。たとえば、二人以上の者がある危険な共同行為を行う場合には、「各共同者の注意義務の遵守について、相互的に結び合い、一体化されている面がうかがいうるのであり、この点こそ、過失犯の共同正犯をみとめうることの核心がある」[20]というものや、「合意は、客観的にみて実行行為に該当する行為をすることの合意であって、『犯罪』を行うことの合意である必要はない。したがって故意は合意の要素ではないから、過失犯の共同正犯（例えば、ＡＢが屋上から重い物を棄てるため共同して投げ落とし、通行人を傷つけた場合）も成立可能であるし、一定の事実につき故意のある者とない者とが行為を共同にした場合（例えば、Ａは殺意をもって、Ｂは単なる傷害の故意で人を死に致した場合）でも共同正犯である」[21]というものや、「過失犯にも実行行為の存在を認める以上、共同して実行行為を実現する意思とその事実とがあれば共同正犯の要件を充足するから、これを肯定する説が妥当である。……犯罪共同説は、共同して一定の構成要件に該当する事実を実現するのが共同正犯であるとする立場と解すべきであるから、過失犯の共同正犯を認めることは十分可能である」[22]というもの、などである。

（2）　否定説の理由づけ

他方、過失の共同正犯を否定する見解も、やはり極めて多い。[23]ところで、それらの見解は、大体以下のような理由づけによって各自の主張を展開してきた。

第一に、共同正犯の成立は、特に故意を共同することを要するので、従って過失犯の共同正犯はありえない、という

理由づけである。[24]

第二に、「過失一般に本質的なことは結果不可避である。即ち自己の支配圏を流れた因果関係に対する不干渉である。その意味では不作為と同一構造を持つ。このことは行為に随伴する過失においても同様である」[25]、という考え方である。

第三に、過失行為の本質は、構成要件的結果を認識することはできないという点にあるので、したがって意識的部分についての意思の連絡を理由づけとして過失犯の共同正犯を論ずるのは、過失犯の本質に即した議論とはいえない、というものである。[26]

第四に、共犯現象を特殊の社会的・心理的現象である共同意思主体の活動であると考え、それは故意犯に限られるべきである、という見解である。[27]

過失犯の共同正犯を認めない理由づけとしては、以上のほかに、なお幾つかのものがある。たとえば、共同正犯という概念は構成要件の修正形式であって、過失犯の共同正犯は、その構成要件を満たさないので、否定すべきであるというもの[28]や、「過失犯の共犯には種々の態様がある。各自がそれぞれ不注意な行動をなし、結果を生ぜしめた場合には、その過失行為が共同でなされていても、各人につき単独犯としての過失犯を認定することができるから、とくに共犯規定を持ち出すまでもない」[29]というものや、「過失犯の共同正犯を認める見解は、協働行為を根拠として過失を推定し、過失処罰を拡大する危険を有するものであり、妥当でない」[30]というもの、などである。

以上で、不十分ながら、過失の共同正犯に関する日本の学説の状況を概観した。この概観から、従来の日本における過失の共同正犯を巡る理論に関して、次の諸点が明らかになったと思われる。

第一は、肯定説と否定説との論争の原因は、主に共同正犯の主観的成立要件の内容に関する理解の相違に基づいているという点である。つまり、否定説によると、「共同実行の故意」は故意犯に限られるべきであると主張するのに対して、

肯定説によると、「共同実行の故意」は、故意犯だけに限られるべきではなく、過失犯にも有りうるはずであると論ずるのである。

第二は、両説を比較すると、その主観的成立要件の内容についての理解から見て、同じような観点を持つことが窺われないわけではない、という点である。何故ならば、両説はいずれも、故意犯についてはその「共同実行の故意」を認めるからである。(31)

2 「片面的共同正犯」の論争

日本の学説では、「片面的共同正犯」の成否という問題を巡っては、古くから肯定説と否定説とが対立している。ここでは、学説の状況を概観したうえで、そこに認められる論争の対立理由を指摘することにする。

(1) 肯定説

これまで、発表された片面的共同正犯を肯定する見解は、極めて多い。(32) ところが、肯定説はあくまで少数説に過ぎないが、それは、行為共同説を基礎とすると言われている。(33) ここでは、「肯定説の代表的立場として」(34)の宮本博士と植田博士の見解を含むいくつかの見解を見ることにする。

① 牧野英一博士の見解

共同加功の意思は行為者各自の内心的な事項であるが、相手にも同様な意思があるという客観的事実は外界の事項であって、両者ははっきり区別すべきである。まして共犯の成立する主観的要件は前者であって後者ではないのである。(35) だから、行為者の片方が相手とやろうという意思があれば、共犯の効果を生ずるのである。

② 宮本英脩博士の見解

刑法上結果に対する責任は、理論上常に因果関係に依って生じ、又理論上因果関係のみを以て足れりとす。従て、共同正犯成立の契機も亦因果関係を外にして他に求むべからず。共同正犯の性質は、本来一方的、即ち独立のものとなり。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。(36)

③ 植田重正博士の見解

通説は、共同正犯の要件として意思の相互連絡を必要としているが、しかし共同正犯に意思の相互連絡が必要であるかどうか、言い換えれば加功者に「一部行為の全体責任」負わせるために、意思の相互連絡を必要とするかどうかということは、片面的共同正犯が認められるかどうかによって決定される帰結であって、その前提ではないから、片面的共同正犯とされる具体的事例について、それが果たして共同正犯の性格を持つかどうかを考察すべきである。(37)

④ 澤登佳人教授の見解

澤登教授は、共同正犯の罪責が他人の犯罪実行行動の利用という点に求められていることに基づいて、「共同正犯の成立要件は、利用者が被利用者の犯罪行動を利用する意思で利用することに尽き、被利用者側の認識や意思には全く関わりがないはずである。従って、片面的共同正犯は認められるべきである」(38)という見解を表明したうえで、「共犯の一人一人は単独犯と同じだ、ということである（共犯単独犯説）。その点は共謀共同正犯も例外ではない。謀議において自己が主導的地位にたって犯罪実行計画を作り、その計画が強制力をもって他の仲間の行動を拘束するという因果関係を通じて、他の仲間の犯罪行動を因果的に利用することが、自己自身の犯罪実行行為にほかならないのである。かくてこそ個人責任の原則が、共犯理論においても貫徹されることになる」(39)という見方をも示した。そして、同教授は、以上

のような視点から、「共同目的で一緒にやった犯行で意思連絡がある場合でも、互いに仲間の犯行を因果的に利用し合う関係にない場合は共同正犯にならない」と論じた。

（2）否定説

他方、片面的共同正犯を否定する見解も、やはり極めて多い[40]。ところで、それらの見解は、主に以下のような理由づけによって各自の主張を展開してきたのである。

第一は、共犯は、二人以上の異心別体である個人が、ある犯罪を行うという共同目的を実現するために、共同意思主体の活動現象となる点で単独犯とはっきり区別されるのであるから、行為者の間に意思の連絡によって一個の共同意思主体ないしは社会学的範疇における一個の社会集団が形成されるのでなければ、共犯関係の成立を認め得ない、という理由づけである[41]。

第二は、共同正犯の成立には、犯罪を共同にする意思、つまり故意の共同を必要とするので、行為者の間には互いに意思の連絡がなければ、共同正犯は成立することができない、という考え方である[42]。

第三は、行為者の間に相互的な意思の連絡がない場合には、共同の意思は存在しえない、とする見解である[43]。

以上で、片面的共同正犯に関する日本の学説の状況についての概観を終える。この概観から、従来の肯定説と否定説との間における片面的共同正犯の成否を巡る論争の原因が、主に共同正犯の主観的成立要件の内容に関する理解の相違に基いていることが、おそらく明らかになったと思われる。つまり、否定説によると、その内容は、相互的なものに限られるべきであるとするのに対して、肯定説によると、その内容は、相互的なものだけに限られるべきではなく、片面的なものをも含めるべきであると主張するのである[44]。

以上のように、日本の学説における共同正犯の主観的成立要件については、いろいろな定義が存すると同時に、その成立要件の内容の理解もかなり異なっていると言えよう。では、判例はその主観的成立要件について、どのような態度を採ってきたのであろうか。次に、判例の態度を見ることにする。

(二)　判例の態度

判例は、共同正犯の主観的成立要件を「行為者相互間ニ意思ノ連絡即共同犯行ノ認識アリテ互ニ一方ノ行為ヲ利用シ全員協力シテ犯罪事実ヲ実現セシムルニ由ル」[45]のように「共同正犯の認識」と定義づけるほかに、「共同犯罪の認識」[46]や、「共同行為の認識」[47]と定義づけるものがあり、更に「共同犯行ノ認識」を「共謀」[48]としたものもある。

そして、判例はこのような前提のもとで、以下のような場合には、行為者の間には共同正犯としての主観的成立要件が欠如すると判示していた。

第一に、行為者の間に意思の合意が存しない場合である。たとえば、群衆が警察署に石を投げこんだりしている騒ぎを見物していた者が、逃げ遅れて警察官に警棒で殴られたのに腹を立てて路上の石を拾いその警察官に投げた場合には、その行動が極めて突発的であり、他の者と共同して警察官に投石しようという積極的な意欲までがあったと見られない[49]以上、他の者と共同して公務執行妨害をしたものとは言えないのである。

第二に、行為者が他人の意思に関わりなく行為を行った場合である。たとえば、甲が乙と格闘中、丙が乙に加勢する気配があったので、甲の同行者である丁らが杉の丸太で乙・丙を殴打して傷害を与えた場合に、丁らの行為が甲の意思と関わりなく行われたにすぎないときは、甲と丁らとの間に乙を傷害することについての共同実行の意思があったものとすることはできない[50]のである。

第三に、ある者が犯罪の情を知らない場合である。たとえば、新聞紙に他人の名誉を毀損する事実を掲載した場合には、それを執筆した記者は名誉毀損罪となるが、発行人・編集人などがその情を知らない時は、共同正犯とならないし[51]、詐欺罪の犯人から依頼を受け、その妻と詐称して被害者から金員を受け取っても、基本たる詐欺の事実を知らない場合は、詐欺罪の共同正犯にはならない[52]のである。

第四に、他人の犯行を幇助する意思を持っている場合である。たとえば、ただ他人の強盗の実行を容易にする意思で、その行為に加功したにすぎないときは、強盗罪の共同正犯ではなく従犯であるとしたもの[53]が、それにあたる。

第五に、いわゆる片面的共同正犯の場合である。たとえば、大審院は、数名による襲撃行為を知った被告人が後で駆けつけ、みんなの知らないうちに加わって脅迫行為をした者は、共同正犯ではない[54]、と判示している。

しかし、判例は少なくとも以下の二つの場合には、行為者の間に共同正犯の主観的成立要件を欠いているかどうかについて、終始同じ態度を採ってきたわけではない。

1　他人の犯行を傍観あるいは認識しているだけの場合

この場合については、多くの判例は共同正犯の成立を認めていなかった。たとえば、他人が自動車を窃取するものであることを認識してその見張りをしても、他人と自動車を窃取するための共謀がなければ、共同正犯とはならないとしたもの[55]や、甲が、タクシー強盗をしようとする乙の情を知りつつ、これと一緒にタクシーに乗って、その傍に坐し、乙が運転手を殴打するのを制止もせず、また、みずから積極的に脱落しようとしなかったが、乙と意思相通じ、乙の行為を利用して自己の犯行を実行に移したものとはとうてい認められない場合には、甲は強盗罪の共同正犯ではなく、その従犯であるとしたもの[56]などは、それである。

しかしまた、この場合にも、共同正犯の成立を認めた判例が存する。たとえば、輩下の者が被害者に対し暴行を加えたり、ナイフで傷害を与えたりした際、その場にいた首領が右暴行を黙認し、傷害の結果を未然に防止する措置を採らなかった場合には、首領も共同正犯としての責を負うとしたものは[57]、それである。

2　「過失共同正犯」の場合

この場合については、大審院は、当初次のように二人以上の者が共同的過失行為によって他人を死に致した場合には、共同正犯は認められないと判示していた。すなわち、「被告等ハ共同的過失行為ニ因リテ他人ヲ死ニ致シタルモノナレトモ共犯ニ関スル総則ハ過失犯ニ適用スヘキモノニ非サルヲ以テ原判決ニ於テ被告等ノ過失致死罪ヲ処断スルニ付キ刑法第六〇条ヲ適用セサリシハ相当ナリ」[58]。

これ以後、大審院時代には、なお過失の共同正犯を否定していた判例がいくつか見られる。たとえば、「二人ノ共同過失ニ因リ他人ヲ死傷ニ致シタル犯罪ハ共犯ニアラス故ニ関シテ生シタル公訴訴訟費用ニハ刑法施行法第六七条ノ適用ナキモノトス」[59]としたものや、「二人ノ業務上ノ共同過失ニ因リ人ヲ死傷ニ致シタルトキハ共犯規定ノ適用ナク其各自ニ対シテ刑法二一七条ヲ適用処断スヘキモノトス」[60]としたものや、「過失犯ニハ共犯関係ヲ認ムルニ由ナキカ故ニ自己及他人ノ過失カ傷害ノ共同原因ヲ為シ他ノ共同過失者カ傷害ヲ被リタルトキハ之ニ対シ責ヲ負ハサル可カラス要スルニ共同過失者ハ其過失ノ為メ他人ニ傷害ヲ被ラシメタル以上ハ其被害者カ共同過失者ナルト否トヲ問ハス右傷害ニ付テハ各自其責ヲ負ハサル可ラサルモノトス」[61]としたものなどは、それである。

しかし、その後、大審院昭和一〇年三月二五日判決[62]は、原判決が被告人両名に刑法六〇条を適用したことを維持した。この点からすると、大審院は、はじめて過失の共同正犯を是認する態度を示したと言えよう[63]。ただ、本判決において、

過失の共同正犯を是認した点についての理由づけがまったく示されなかったことは、惜しまれるであろう。にもかかわらず、この判決は過失の共同正犯を是認した最初の判例であり、注目に値すると思われる。

判例上はじめて過失の共同正犯を明確に理由づけたのは、最高裁昭和二八年一月二三日の判決[64]であった。この判決の理由づけは、「被告人等はいずれも不注意にもこの義務を懈り、必要な検査もしないで、原判示液体は法廷の除外量以上の『メタノール』を含有しないものと軽信してこれを客に販売した点において有毒飲食物等取締令四条一号後段にいわゆる『過失ニ因リ違反シタル』ものと認めたものであることは原判文上明らかである。しかして、原判決の確定したところによれば、右飲食店は、被告人両名の共同経営にかかるものであり、右の液体の販売についても、被告人等は、その意思を連絡して販売をしたというのであるから、此点において被告人両名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とする[65]」というものである。つまり、その理由づけを要約すれば、被告人らはウイスキーを販売する点において、共同の意思があったという趣旨である。ところが、この判決は、小谷裁判官の少数意見[66]が付いていたばかりではなく、学説からも厳しい批判を受けていたのである[67]。それにもかかわらず、本判決が過失の共同正犯の成立に関する理由づけを行っていた点については、特別の意味が認められよう。しかし、すべての過失犯の間に共同正犯を認めるべきかどうかということについては、最高裁自体の明確な態度表明のないまま今日に至っていると思われる。

その後今日まで、過失の共同正犯に関する最高裁判例は存在しないが、下級審判例においては、これを肯定したものがいくつか存している。たとえば、被告人両名が共同して素焼きこんろを使用して煮焼きした後、消火措置を講じないで帰宅したため建物を焼燬した場合、失火罪の共同正犯であるとしたもの[68]や、船舶運行の技能、経験のない被告人両名が共同して繋留中の観光船を運航し、座礁させた場合には、過失往来妨害罪の共同正犯であるとしたもの[69]や、二人制の踏切で、二人の踏切警手が、列車接近の確認義務を怠り、遮断機を閉鎖しなかった過失により、列車の衝突事故を起こ

し、人を死に致したときは、業務上過失致死罪の共同正犯であるとしたもの[70]などがある。

ただし、下級審においては、以上の判例とは逆に、過失の共同正犯を否定していたものもいくつか認められる。たとえば、共同診療に当たる数人の医師の過失により、人を死に致した場合は、単に過失行為が競合したにすぎないから、共同正犯ではないとしたもの[71]や、被告人が他の一人と同一の日時場所において熊を捕獲するために「共に」据銃をした結果、他人に傷害を負わせた場合は、業務上過失傷害の共同正犯ではないとしたもの[72]などである。

また、下級審判例においては、過失の共同正犯の概念を認めながら、具体的事案につき、その成立を否定したものが存する。たとえば、秋田地裁昭和四〇年三月三一日判決[73]及び越谷簡裁昭和五一年一〇月二五日判決[74]などである。

さらに、下級審においては、過失の内容が異なる場合には過失犯の共同正犯は成立しないが、過失の内容が共通した場合には過失犯の共同正犯が成立すると判示しているもの[75]もある。

以上、共同正犯の主観的成立要件に関する日本の判例の態度を概観したわけであるが、それによれば、日本の判例の態度は、必ずしも一様ではないと言えよう。

二　客観的成立要件に関する諸理論

（一）　学説の現状

日本の学説では、共同正犯の客観的成立要件につき、主観的成立要件と同様に様々な定義が与えられている。

たとえば、学説は、それを「共同して犯罪を実行したこと」[76]、「共同実行の事実」[77]、「共同して実行すること」[78]、「実行行為の共同という事実」[79]、「共同加功の事実」[80]、「共同実行」、「実行行為」[81]などと定義づけている。

そして、「共同して犯罪を実行したこと」を「共同実行の事実」と同義と理解する見解[82]や、「共同加功の事実」を「共同実行」・「共同して実行すること」と同義と理解する見解[83]や、更に「共同実行の事実」を「共同加功の事実」・「行為の分担」・「共同して実行すること」と同義と理解する見解[84]などがある。

以上のように、今日までの学説上、共同正犯の客観的成立要件についての定義づけには、様々な表現が用いられていることが明らかになったと思われる。しかも、今までのところ、それらの表現を統一する必要があるかどうかについての議論はまったく行われていない。この意味で、日本の学説ではそれらの表現を区別なく同義のものとして使用されていることが窺われるのである。しかし、仮にそうだとしても、学説では、その内容に関して、次のようにいろいろな見解が主張されている。それを概括すれば、少なくとも以下の四つが挙げられよう。

第一は、「共同正犯にあっては実行そのものが各共同正犯者によって分担されることを要するのである」[85]という見解である。

第二は、「二人以上の行為が犯罪の実行において相呼応し協力して構成要件を実現することを要する」[86]という見解である。

第三は、共同の実行は必ずしも共同者の全員が実行行為を分担することを要しない、つまり実行行為を分担せず単に謀議に参与するに止まる者も共同正犯と解すべきである[87]という見解である。

第四は、行為者が特定の共通の犯罪目的または各自の犯罪目的を実現するために、意思疎通の内容となっている違法行為を実行しなければならない[88]という見解である。

以上の考察によれば、日本の学説では、共同正犯の客観的成立要件の意義については、仮に同一の視点から把握することができるとしても、その内容についての理解は流動的であるといえよう。この点は、前章で見てきた「共謀共同正

犯」に関する争いのほか、以下の日本の学説における「見張り行為」および「予備の共同正犯」を巡る論争から、一層明らかになると思う。

1　「見張り行為」の論争

周知のように、刑法上いわゆる見張り行為とは、犯行の現場あるいはこれに接近した場所で、犯罪の実行者のために、障害を排除し、犯行の発覚を防止し、そのほか犯罪の完成を容易にする目的を持ってなされる行為を言う(89)。ところが、他人の犯罪の実行の見張りをした者を共同正犯と認めるべきであるかどうかについては、日本の学説では、厳しい争いが存する。その論争においては、概ね以下の三つの見解が認められる。

第一は、実行者と共謀して見張りをした者はすべて共同正犯になるべきである、という見解である。この見解は、ほとんど共同意思主体説の論者によって主張されているものである。たとえば、草野判事及び斎藤博士などは、そのような見解を表明している(90)。

第二は、具体的事案に応じて見張りを共同正犯とする場合と従犯とする場合とに区別すべきである、という見解である。この見解は、通説のように見えるが、しかし同じ見解であっても、その区別の基準は一様ではない。たとえば、犯罪遂行に欠くことのできない機能を持つかどうかに、その基準を求める(91)見解や、重要な役割を持つかどうかに、それを求めている(92)見解の外に、共同意思を実現する意図があるかどうかをその区別の基準とする(93)見解や、二人以上の行為を全体として観察すべきであると言う視点から、その基準を求める(94)見解や、共同者の行為を全般的に見たときには実行の分担と同視される行為をしたかどうかまたは共犯者を道具の如く利用して共同の犯罪意思の実現をはかる場合に当たるかどうかに、それを求める(95)見解、などがある。更に、何等かの形で犯罪の主体システムを支配・制御していることができ

るかどうかに、その基準を求めたり[96]、犯罪の実行との関係が濃いかどうか、或いは犯罪の構成にとって不可欠の要素であるかどうかに依拠したり[97]、構成要件自体に含まれる見張りを除いて、当の構成要件該当事実の実現に対して行為支配を持ったかどうかによって、その区別を行おうとする見解[98]、などもある。

第三は、見張り行為は従犯に当たると解するべきである、という見解である。この見解の理由づけは、見張りは実行行為ではない[99]、という点にある。

以上、簡単に日本の学説における見張りをめぐる議論の状況を概観したが、その議論の焦点は、あくまで共同正犯の客観的成立要件をいかに理解すべきであるかという点に存すると言えよう[100]。

2 「予備罪の共同正犯」の論争

日本の学説におけるいわゆる「予備罪の共同正犯」を巡る論争は非常に厳しい。その論争は、主に次の二つの問題に集約される。すなわち、① 予備を処罰する規定がある場合で、しかも基本的構成要件の共同正犯たるべき者が予備の段階に留まる場合に、それらの者は予備罪の共同正犯となるか否かという問題である。② 予備罪の共同正犯は自己予備行為以外に、他人予備行為のごとく、他人の予備罪の実行に加わる場合、つまり正犯の実行を幇助する意思でその幇助の行為を行ったが、しかしその正犯が予備の段階に留まった場合にも認められるか否かという問題である。

まず、①の問題については、学説には、おおむね三つの説が存する。第一は、肯定説である。その理由は、主に予備罪は、修正形式の一種であるにせよ構成要件化されるので、それぞれの「実行行為」を観念することができる[101]、という点に求められる。第二は、否定説である。この説の理由は、主に実行行為という概念は、基本的構成要件という限定された行為類型に裏打ちされて、はじめて実質を持ちうるから、もし予備という本来極めて定型性の希薄な行為をも含め

るとすれば実行行為の概念は著しく内容の空疎なものとなる[102]、という点に求められる。第三は、折衷説である。つまり、この説は、予備罪を、構成要件の修正形式であるものとそうでないものとに分け、前者には共同正犯は認められないが、後者については共同正犯は認められる、と主張するのである。具体的には、予備行為自体が定型化または限定されるかどうかによって、共同正犯の成否を判断するのである。すなわち、独立罪たる予備罪や、内乱予備罪のように予備罪が基本犯と同一に評価される場合、あるいは通貨偽造準備罪のように構成要件が具体的に記述されている場合には、実行行為概念を認めうるから、予備罪の共同正犯も成立しうるが、殺人予備罪や強盗予備罪などのように、基本的構成要件の単なる修正形式に留まる場合は、予備行為は無定型・無限定であって、実行行為として観念できないから、そのような予備罪についての共同正犯は認められないとするのである[103]。

次に、②の問題については、学説上、肯定説と否定説とが対立している。肯定説は、予備の幇助も正犯の実現を目的とする独立の行為である[104]という点に、その理由を求めている。しかし、この説については批判がある[105]。これに対して、否定説は、予備は正犯の実行を予定する者にとってのみ予備であり、他の者にとっては予備ではないという点を理由として、他人予備行為は予備罪の幇助として処罰すべきである[106]と主張している。

以上で、学説における「予備罪の共同正犯」を巡る論争を考察したが、その論争の焦点は、主に予備行為が実行行為であるかどうかという点にあると思われる[107]。

さて、共同正犯の客観的成立要件についての日本の学説の現状を見ると、様々な定義が存すると同時に、その成立要件の内容についての理解も一致しているとはいえない、ということが明らかになるのである。次に、この問題についての判例の態度を見ることにする。

（二）判例の態度

従来の判例には、共同正犯の客観的成立要件とは何か、という点について明確に答えたものはほとんど見られない。この意味で、共同正犯の客観的成立要件に関する判例の態度を確定することは、極めて難しいと感ぜざるを得ない。それにもかかわらず、判例は一般には、主に以下のような場合に、共同正犯の客観的要件を認めていると解される。

第一に、行為者間に事実上の行為の分担がある場合である。たとえば、［放火罪］放火を謀議してその装置を作成し、他の謀議者に指示して点火させた場合[108]や、［賭博罪］賭博開張罪の共謀者の一名が盆の監督を、一名が中盆の役割を担当した場合[109]や、［文書偽造罪］株券の偽造行使につき謀議しないでも、情を知って依頼に応じ偽造株券を印刷した場合[110]や、［監禁罪］監禁を共謀して、被害者を乗せた自動車を運転疾走させ、被害者を自動車から脱出できないようにした場合[111]や、［公然猥褻罪］猥褻行為をする者と意思を連絡させて、公然の状態を作り出した場合[112]や、［猥褻文書販売罪］翻訳者が出版販売者の依頼に基づいて独立で猥褻文書の翻訳を完成して引き渡し、出版販売者がそのままこれを出版販売した場合[113]や、［堕胎罪］産婆が堕胎手術を医師に依頼し、その医師の手術手当の後に自ら胎児を分娩させた場合[114]や、［名誉毀損罪］名誉毀損の意思で、新聞記者らが新聞の編集人に虚偽の事実を通信し、編集人は、情を知りながらそれを掲載した場合[115]や、［強盗罪］甲・乙が、強盗を犯そうという意思の連絡のもとに丙方に侵入し、甲は丙を脅迫して現金を強取し、その間に、乙は別室で丙の時計を窃取した場合[116]及び強盗の共謀者の一人が、夜間ブリキ製のピストルで被害者を脅迫したとき、他の者がその傍らに佇立していた場合[117]や、［業務上横領罪］第三者が他人の物の占有者と共謀し、その占有者から自己に占有を移転させた場合[118]や、［密輸出・密輸入罪］共謀の上、密輸入品が日本の領海に入った後に瀬取りしてこれを運搬し、貨物を外国船に積み替える目的で、船舶に積載し待機した場合[119]などには、それぞれ各罪の共同正犯の客観的成立要件を認めていた。

第二に、ある行為者は実行行為を分担したが、他の行為者が実行行為に密接な行為を分担した場合である。たとえば、甲・乙・丙の三人が窃盗を犯すことを共謀したうえ、甲が被害者を旅館に誘って同宿し、乙が旅館内の被害者の部屋から財物を窃取して丙に交付し、丙がそれを持ち逃げした場合は、甲の被害者を旅館に誘い出した行為は単なる共謀に留まらず、窃盗の遂行に必要な行為を分担したものであって、共同正犯としての責を免れないと判示したもの[120]や、強盗罪を共謀し、各実行行為もしくはこれに密接する行為の一部を分担した場合は、共謀者全員が共同正犯であり、強盗被害者誘出行為は、強盗実行に密接な行為であると判示したもの[121]、などがある。

第三に、前述の共謀共同正犯の場合、つまり共謀の範囲で、ある者が実行行為に出たが、他の者が実行行為を行わなかった場合である。しかし、判例は、少なくとも以下の二つの場合には、行為者の間に共同正犯の客観的成立要件が存するかどうかにつき、終始同じ態度を採ってきたわけではない。

1　見張り行為の場合

この場合については、判例は、今日に至るまで、概ね見張り行為を共同正犯と判示してきた。しかし、見張り行為を従犯に当たるとした判例もないわけではない。たとえば、賭博の見張り行為に対しては、「刑法第一八五条及一八六条第一項は、自ら偶然の輸贏に関し、財物を以て博戯又は賭事を為す者を処罰する趣旨なりと解すべきを以て、単に賭博実行者のために見張を為す行為の如きは、畢竟妨害を排除して賭博実行を容易ならしめ、則ち賭博犯を幇助したる関係あるに止まるものと謂はざるべからず」[122]として、これを従犯とした。また、殺人罪の見張り行為を幇助犯とした判例もある[123]。

そして、判例は、見張り行為を共同正犯として認めた理由を、以下のように二つに分けている。

一つは、実行者との共謀に重点をおいて、見張り行為を共同正犯と認定した場合である。すなわち、共謀者中の一部の者によって犯罪が実現されたときは、実行にたずさわらなかった他の共謀者も皆共同正犯と見られるのである[124]以上、共謀したうえ、見張りを担当した者を共同正犯とするべきことは当然であるとするのである。判例にはこのような理由で見張りを共同正犯として認定したものが、極めて多い。たとえば、［騒擾罪］騒擾を共謀し、妨害排除のため見張りをしてその気勢を高めた場合[125]や、［放火罪］放火の共謀者が、その発覚を防ぎまたは逃走に便宜を与えるため見張りをした場合[126]や、［殺人罪］殺人を謀議した者の一人が、共犯者が殺害を実行している際戸外に佇立助勢して見張りをした場合[127]や、［強盗罪］強盗の共謀をした者が、その実行場所で見張りをした場合[128]や、［窃盗罪］窃盗の共謀者の一人が実行中、他の者が見張りをした場合[129]や、［鉄砲等所持禁止令違反の罪］日本刀を携帯して強盗することを共謀した者がその実行のため見張りをした場合[130]などを、共同正犯として認定した場合などである。

もう一つは、見張り行為も実行行為に加功する行為またはその分担する行為あるいは犯罪の実行を確保する重要手段であるという点に重点をおいて、見張り行為を共同正犯として認定した場合である。たとえば、［強盗罪」強盗についての共謀者中二人が凶器を携帯し、屋内に押し入って強盗殺人の行為に及び、他の一人が戸外で見張りをしてその警戒の任に当たったときは、その見張り担当者も強盗殺人罪の実行に加功したものであって、共同正犯の責を免れないと判示したもの[131]や、［殺人罪］殺人の見張りは、他の共犯者が刃物をもって被害者に斬りつけた行為と相まって殺人の実行行為を組成し、後方の不慮に備えて実行を分担するに他ならないのであって、共同正犯の責を免れないと判示したもの[132]や、［詐欺罪］詐欺賭博の見張りは、妨害を排除する行為を担当したのであり、実行に関与したのに他ならないと判示したもの[133]や、［放火罪］放火の見張りは、犯罪遂行に対する妨害を排除するものであり、犯罪の実行を確保する重要手段であって、実行正犯であると判示したもの[134]、などがある。

また、見張り行為が共同正犯か否かを区別する基準に関する判断は、大審院或いは最高裁の判例ではほとんど見当たらないが、しかし下級審には、それを自己の犯罪を実現する意思であったのか、他人の犯罪を幇助する意思であったのかという主観面に置く判例が見られる。たとえば、東京高裁昭和二四年一二月二二日判決及び東京高裁昭和二五年五月二三日判決は、それである。ところで、ここで注意を要するのは、前者が見張りを共同正犯として認定したのに対して、後者が見張りを従犯として認定した点である。(136)

2　「予備罪の共同正犯」の場合

この場合については、一審と二審との判断が異なっている判例も見られる。たとえば、「被告人は、某年三月上旬ごろ、従兄Yから、同人がかねてから密通しているA子との関係を続けるために、同女の夫Bを殺害したいという気持ちを打ち明けられ、その殺害の方法などについて相談を持ちかけられていた。同年六月二五日ごろ、被告人は、Yから青酸カリ入手方を頼まれ、YがBを殺害するために使用するものであることを知りながら、これを承諾してCから青酸ソーダーを譲りうけ、同月二七日ごろ、Yの自宅で、ビニールに包んだ青酸ソーダー約三八グラムをYに手渡した。しかし、Yは、この青酸ソーダーによるBの殺害の実行に着手しなかった」という事案につき、一審は被告人を殺人予備罪の幇助と認定したのに対して、二審は被告人を殺人予備罪の共同正犯と認定したのである。(137)(138)

一審は、主にYの予備を基本的構成要件の修正形式なので、その実行行為性を認めなければならないという理由によって、被告人を殺人予備罪の幇助として認定したと解される。(139)

二審の論拠は、予備罪の従犯を処罰する規定はないので、被告人を殺人予備罪の共同正犯として認定すべきである、という点にあると解される。(140)

なお、最高裁は、何ら理由を示すことなく二審の結論を支持したのである。すなわち、最高裁は、「被告人の判示所為を殺人予備罪の共同正犯に問擬した原判決の判断は正当と認める」[141]とした。

また、密出国を企てた者に、その事情を知りながら、旅費を貸したりその見廻り品を運ぶのを手伝ったりして、その密出国の企てに便宜を与えた被告人について、大阪高裁は以下のような理由をもって予備罪の従犯であると判示した。すなわち、「予備罪については結局犯人の意思によって共同正犯と従犯とを区別するのほかはないこととなるが、さきに述べた共同正犯と従犯との区別に関する一般的基準のうち実行正犯についてのものを予備罪に適用すると、犯人が自ら基本的構成要件上の行為を分担実行する意志をもってその予備行為をした以上、その者は予備罪の共同正犯となるが、自ら基本的構成要件上の行為を実行する意志はなく単に他人の行為を幇助する意思でその予備行為をした者は、予備罪の従犯となると解するのほかはない」[142][143]と。

上述から見ると、判例における共同正犯の客観的成立要件に関する態度は、決して同一ではないのである。

三　小　括

以上、日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相を概観してきた。この概観から、おそらく次の点が明らかになったと思われる。

第一に、日本の学説および判例における共同正犯の成立要件に関する理論は、かなり複雑な様相を呈しており、しかも未だに議論の帰趨が展望できない状況にあるという点である。

第二に、この複雑な様相の根本的原因は、共犯という現象の理解の仕方に関係しているという点である。換言すると、それは共犯の本質とは何かという問題に深く関わっているのである。

言うまでもなく、この二点に鑑みると、この問題を解明することは、極めて難しいと感ぜざるを得ない。ところが、この問題を究明すること自体が、「共謀共同正犯論」とその肯定説を解消すべきかどうかの鍵であることは、既に本章の冒頭で述べたとおりである。ただし、第二点の意味で、共同正犯の成立要件を究明するためには、どうしても共犯とは何かという原点に戻らなければならないであろう。このことから、次節では、それを自説展開の前提として検討することにする。

第二節　自説展開の前提

刑法各則で定める犯罪は、いわゆる「必要的共犯」を除いては単独犯を対象として規定されているのである。しかし現実には、複数の者が互いに協力して行う場合もある。これを共犯現象という。ところで、周知のように日本では、共犯は何を共同にするものであるか、という本質的問題をめぐって、犯罪共同説と行為共同説とが唱えられている。[144] すなわち、犯罪共同説によれば、共犯とは数人が共同して特定の犯罪を行うことであると説かれるのに対し、[145] 行為共同説によれば、共犯とは数人が共同の行為によって各自の企図する犯罪を行うことに過ぎないと説かれている。[146] ところが、共犯を刑法各則に定める犯罪を、複数の者が互いに協力してそれを行う共犯現象と解するかぎり、共犯の本質は数人が一つの犯罪を行うところにあると考えられる。また、共犯の本質に関連して日本の学説では、狭義の共犯者に関する理論として共犯従属性説と共犯独立性説とが対立している。前者によれば、狭義の共犯者が成立し、または可罰性を帯びるための前提として、正犯者は一定の行為を行ったことが必要であるとされるのに対して、[147] 後者によれば、狭義の共犯者もその固有の行為によって成立し、かつ可罰性を帯びると主張するのである。[148] 以上の両説を比較すると、前者は共犯の

角度から共犯者の成立または可罰性を理解するのに対して、後者は単独犯の視点から共犯者の成立または可罰性を把握しようするものと言えよう。ところで、私の考えとしては、狭義の共犯者はあくまで共犯の存在を前提とするので、共犯自体が成立しなければ、それは存在しないということとなる。この意味で、「共犯」が成立するためには、狭義の共犯者－教唆犯・従犯などは正犯の成立に従属するだけではなく、逆に正犯は教唆犯あるいは従犯などの成立に従属しなければならない。この点については、共同正犯も同じである。要するに、「共犯」は、関与者の相互的な依存の総体である。もちろん、ここにいう「共犯」は正犯（正犯の予備・未遂・既遂）がないと成立しないが、しかしここでの正犯は結局「共犯」としての正犯であるから、他の共犯者がなければ、自らも「共犯」としての正犯ではないであろう。もちろん、いわゆる共犯独立性説が成立しえないとはいえないが、ただし、この説が成立するとすれば、それは共犯独立性説と呼ぶよりも、むしろ犯罪独立性説とでも呼ばれるべきであろう。何故ならば、「共犯」が成立しないと共犯者が存在しないからである。この点から見れば、共犯独立性説の核心は確かに「共犯」という現象を否認するところにあると言えよう。[149] しかし、「共犯」が社会における現実の犯罪現象として存在するかぎり、この共犯独立性説に従うことは、不可能であろう。ただし、日本では、特別法において、たとえば、「破壊活動防止法」第四一条や、「爆発物取締罰則」第四条などに、「独立教唆犯」を認める規定が存するといわれているが、そうだとすれば、[150] このような「独立教唆犯」は、もはや私のいう「共犯」という意味での教唆犯とはいえないであろう。

言うまでもなく、このような複数の協力的な関与者をどのように取り扱うかは、刑法上の重要な問題である。ところで、各国の刑法における共犯に関する規定を見ると、その取扱は決して同じではない。それは、次の三つの立法体系に大別される、と解される。

第一は、各関与者が区別なく、すべて正犯として処断されるものである。たとえば、イタリアの一九三〇年刑法典「一

一〇条」が、それであると言われている。すなわち、「多数人が同一の犯罪に共働するときは、その各人は、これに対して定められた刑に服す」[151]と。しかし、すべての関与者について、正犯としての主観的・客観的成立要件があるかどうかは疑問であると言えよう。

第二は、関与者を区別はするが、すべてを正犯と同一の刑で処断するものである。たとえば、アルゼンチン刑法典「四五条」が、それであるとされている。すなわち、「所為の実行に関与したり、一人又は多数の犯罪者の犯行に援助又は協力をなした者は、所為が実行され得ない場合を除いて、その犯罪について予告された刑罰に処する。犯罪を犯すように他人を直接に、規定した者に対しても同じである」[152]と。言うまでもなく、この規定は、関与者を正犯と教唆犯と幇助犯とに分けたうえで、そのすべての者を正犯と同一の刑で処断するのである。しかし、特に幇助犯を、正犯と同一の刑で処罰するのが、果たして妥当かどうかについては疑問が残らざるを得ないであろう。

第三は、関与者を区別するだけではなく、刑にも差異を設けるものである。たとえば、日本や中国の刑法における共犯規定はそれである。言うまでもなく、共犯といっても、それはあくまで各関与者（各共犯者）から成ったものであるので、それを構成する各関与者ごとに刑罰を論ずるのが、適当であると思われる。ところが、何によってその関与者を区別するのか、更にどのようにしてその関与者の刑に差異を設けるのかという二つの問題については、日本と中国との共犯に関する規定を比較すると、その根拠が異なる。つまり、日本の刑法では、関与者の関与形式によって、関与者を「共同正犯」と「教唆犯」と「従犯」とに分かち、その上で、共同正犯者の刑は「正犯」のそれとし、教唆犯の刑は正犯に準じ、従犯の刑は正犯に照らして減軽すると定められているのに対して、中国では、主に関与者が共犯現象において果たした役割（関与形式をも考慮して）によって、それを「主犯」と「従犯」と「教唆犯」と「脅従犯」とに分け、その上で、主犯の刑は重きに従い処罰し、従犯の刑は主犯に比較して軽きに従い処罰するか処罰を軽減または免除し、

脅従犯の刑は従犯に比較して処罰を軽減するかまたは免除し、教唆犯の刑は共同犯罪において果たした役割に照らして処罰すると定められているのである。言うまでもなく、中国の場合主に役割をその二つの問題の根拠としている。ところが、ここで問題となっているのは、その役割の大小を決定する基準は何か、という点である。おそらくその基準は、正犯（実行犯）に求められるべきであろう。そうであるとすれば、既に前章第三節で見たように中国の共犯規定によれば、正犯は主犯の中に存在するだけではなく、従犯の中にも存在するほかに、更に脅従犯にも含まれているのである。この意味からすると、役割によって関与者を区別することには疑問が起こるであろう。もちろん、中国の場合、役割によって共犯者の種類を分けるというよりも、むしろその役割によって関与者を合理的に処罰するということに狙いがあると言えよう。しかし、この狙いは関与者を正確に区別する基準を前提としなければならない。この意味で、日本刑法が関与形式によって関与者を区別していることは、それなりに合理的であると言えよう。しかも、その関与形式から関与者の刑に差異を設ける根拠をも見出だすことができると思われる。つまり、関与形式が異なるので、関与者が共犯現象において果たした役割は必ずしも同じではないということとなるからである。従って、関与者の刑にも差異を設けることができるのである。もちろん、その役割の基準は正犯によらなければならない。日本の刑法が関与者に刑の差異を設ける際の基準は、まさにそれによっているかもしれない。つまり、共同正犯はあくまで正犯から成り立つものなので正犯によって処罰され、教唆犯はその役割がほぼ正犯と同じなのでその刑は正犯に準じることとされ、従犯はその役割が正犯より小さいのでその刑は正犯に照らして軽減されるのである。このように、日本の刑法は関与形式によって、関与者を区別するだけではなく、刑にも差異を設けているのである。しかも、中国の刑法規定と比べるときわめて合理的であると思われる。ただし、ここで指摘したいのは、日本の刑法規定がすべての関与形式を含め切れるかどうか、および仮にそれを含め切れたとしても教唆犯が果たした役割は正犯とほぼ同じであるのかどうかという問題が残ろう。第一

の問題はまさに「共謀共同正犯論」を生ぜしめる一つの要因ではないか、と考えられる。

以上、各国の刑法における共犯中の各関与者についての取扱に関する規定を概観してきたが、しかしここで特に留意すべきなのは、以上のように立法体系がいかに異なるとしても、それらは何れも共犯という現象の成立を前提としなければならないという点である。というのは、共犯という現象自体が成立してこそ、はじめて各関与者を共犯者として処罰しうる根拠を見出だすことができると考えられるからである。ところで、周知のように、「共犯」の処罰根拠を巡っては、ドイツでは今日まで、主に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する責任共犯説と共犯者は正犯の故意を惹起して違法な犯罪行為にいたらせ、またはその援助行為によって違法な正犯行為を促進したとする不法共犯説とがある[153]。また、日本では「共犯」の処罰根拠については、責任共犯説に立つ見解[154]と不法共犯説に立つ見解[155]とがあるほかに、共犯者の正犯者の実行行為を通じての犯罪の完成への影響力を論じ、その間の因果関係を重視する見解[156]、などが認められる。ところで、以上のような各説および見解に徴すると、それらは共犯の処罰根拠についての解釈であるというよりも、むしろ共犯者がなぜ処罰されるかについての説明であるに過ぎないと言えよう。しかし、共犯者はあくまで共犯中の共犯者なので、「共犯」という現象が成立しないと、共犯者は存在しえないであろう。この意味で、共犯の処罰根拠は共犯者にあるのではなく、「共犯」という現象自体にあると思われる。強いて言えば、「共犯」自体は犯罪なので、従ってそれが処罰されるというべきであろう。もちろん、共犯は犯罪といっても、それは結局複数者から成り立っているので、各関与者が共犯者としてその犯罪について責任を負わなければならないのである。ところで、その各関与者をいかに取扱うかは、各国の法律において異なっていることは既に見たとおりである。

以上論述したように、共犯者の処罰根拠は共犯者にあるのではなく、「共犯」自体にあるのである。言い換えれば、「共犯」が成立してこそ、初めて共犯者は処罰されるわけである。この意味で、「共犯」自体の成立についての研究は

きわめて重要であると思う。ただし、この問題については、日本では、共同意思主体説に立つ極少数の学者の側から指摘されていた[157]ほかには、ほとんど研究されてこなかったのである。その代わりに、学説は主に共犯の本質とは何かについて議論を行ってきたのである。

既に指摘したように、「共犯」とは複数者が互いに協力して刑法各則で定める犯罪を行うことをいう。言うまでもなく、共犯は犯罪なので、それが成立するためには、犯罪としての成立要件が必要である。ところが、共犯という現象はあくまで特殊な犯罪形態なので、その成立要件は単独犯と異なる面を持つであろう。つまり、単独犯の場合には、構成要件に該当する故意或いは過失の行為が行われば、その犯罪が成立することになるが、これに対して、共犯の成立には、共同の故意に基づく共同の行為が必要となる。つまり、共犯が成立するためには、複数者の間に「共同の故意」（二人以上のすべての関与者の間における心理状態の結合）と「共同の行為」（二人以上のすべての関与者によるその結合された心理状態における協力行為）とが必要である。というのは、もし関与者の間に共同の故意がない場合、互いの行為においては協力性があるとはいえないし、もし関与者の間に共同の行為がなければ、刑法各則で定める犯罪を互いに協力して行うとはいえないからである。まさに、前述したように、共犯の本質は複数者が互いに協力して特定の犯罪を行うところにあるのである。従って、複数者の間において、このような主観的・客観的成立要件が同時に備わったときにはじめて、共犯は成立するのである[158]。

ところで、共犯成立要件としての共同の故意・共同の行為は、必ず共同実行の故意・共同実行の行為から成り立つであろうか。言うまでもなく、この点に関しては、前述の第一の立法例からは肯定という結論になるのに対して、第二・第三の立法例からは否定という結論となるのである。しかし、共犯者の関与形式を認める立法体系に従うかぎりは、それを否定すべきである。つまり、共同実行の故意・共同実行の行為で成り立つ場合もあるし、実行の故意・実行の行為

とそうでない故意・行為とで成り立つ場合もある。たとえば、日本の立法体系に従うと、共同正犯は前者の場合であるのに対して、正犯と教唆犯とで構成する場合や、正犯と従犯とで構成する場合や、更に正犯と教唆犯と従犯とで構成する場合などは、後者の場合である。なお、中国の立法体系に従うと、後者の場合には正犯と組織犯とで構成する場合もあるであろう。もちろん、もし第一の立法体系に従えば、教唆犯などの共犯者は排除されるが、しかしこれは不当であることは既に述べたとおりである。要するに、もしこのように理解しなければ、共犯という現象には、「共同正犯」という現象しか存在しないということになるのである。

なお、ここで指摘しなければならないのは、前述のように日本では、過失犯の間においても、(更に故意犯と過失犯の間においても)共犯が成立し得るというような見解があるが、しかし共犯の本質を以上のように理解するかぎり、そのような見解は存在する余地がないであろう。

言うまでもなく、もし上述のような論述が可能であるとすれば、共同正犯の成立には、主観的要件としての共同実行の故意と客観的要件としての共同実行の行為とが必要であるということになる。では、この二つの成立要件はいかに理解すべきであろうか。次節では、それを論じることにしたい。

注

(1) 小野清一郎・『新訂・刑法講義・総論』昭和三七年六月五日二〇三頁など。
(2) 日高義博・「正犯と共犯」田宮裕・板倉宏編『刑法総論』平成二年七月二五日二一三頁など。
(3) 藤木英雄・『刑法講義・総論』昭和五九年二月一五日二八三頁。
(4) 内田文昭・『刑法Ⅰ・総論』現代法律学講座二六昭和五二年七月五日二八〇頁など。

(5) 中野次雄・『刑法総論概要』昭和六三年一二月一五日一四二頁。
(6) 木村亀二・『刑法総論』昭和三四年四〇四頁。
(7) 前田雅英・『刑法総論講義』一九八九年一〇月二五日四一四頁など。
(8) 内田・前掲『刑法Ⅰ・総論』二八〇頁など。
(9) 藤木・前掲『刑法講義・総論』二八四頁。
(10) 中野・前掲『刑法総論概要』一四二頁。
(11) 藤木・前掲『刑法講義・総論』二八三頁。
(12) 平野龍一・『刑法概説』一九七七年三月一一八頁。
(13) 佐伯・前掲『刑法講義・総論』三四八頁。
(14) しかも、後述のように判例も、この問題について終始同じ態度を採ってきたわけではない。
(15) たとえば、過失の共同正犯を肯定する見解としては、大場・前掲『刑法総論』一〇一三頁以下、勝本勘三郎・『刑法要論・総則』大正二年三八六頁、宮本英脩・『刑法大綱』昭和一〇年一九七頁、牧野英一・『日本刑法』上巻昭和一二年四六〇頁、市川秀雄・『刑法総論』昭和三〇年三三一頁、小泉英一・『刑法総論』昭和三二年二五六頁、植田・前掲『刑法要説・総論』二六一頁、内田文昭・『刑法における過失共働の理論』昭和四八年六一頁以下、藤木・前掲『刑法講義総論』二九三頁、木村・前掲『刑法総論』三八二頁以下、中義勝・『講述犯罪総論』昭和五五年二四四頁、大塚・『犯罪論の基本問題』昭和五七年三一九頁以下、福田平・『刑法総論』昭和五九年二〇一頁、中野・前掲『刑法総論概要』一四三頁、大谷實・『刑法講義・総論』平成一年四二六頁、などがある。
(16) たとえば、「共同ヲ以テ単ニ行為ノ共同ナリト解スルトキハ、犯意ノ関係ハ之ヲ共犯関係ノ要件ヨリ除外セサルヘカラス。……数人カ共同シテ一定ノ行為ニ出テタル場合ニ於テ、其ノ数人ハ過失犯ノ共同正犯タルコトヲ得ヘシ」（牧野・前掲『日本刑法』上巻四五八頁以下）というものや、「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、従って、故意の共同を必要としないから、結果的加重犯については行為を共同にするという意思の共同があれば共同者のすべてが結果に対して責任を負うことになり、又、過失犯の共同正犯を認める」（木村・前掲『刑法総論』四〇五頁。なお、同様な見解を表明したものとして、市川・前掲『刑法総論』二三一頁などがある）というもの、などである。

(17) たとえば、「過失ノ共犯ハ行為者カ行為ヲ為スノ意思アル場合ニ存スルモノナレハ共同正犯タル過失ノ数人共同シテ其行為ヲ為スノ意思アル場合ニ存スルモノトス。而シテ其行為ヲ為スノ意思ト故意トハ同シカラス。故意ハ行為ヲ観念シナカラ之ヲ為スノ意思（茲ニ所謂意思）アルニ止マラス犯罪構成ノ要件タル行為ノ客体、手段、時若クハ所等ノ性質ヲ観念スルコトヲ要スル点ニ於テ茲ニ所謂意思ト同シカラス。之ヲ要スルニ過失犯ノ共同正犯アリト為サントスルニハ数人共同シテ過失タル行為ヲ為スノ意思アリタルコトヲ必要トス」（大場・前掲『刑法総論』一〇五〇頁以下）というものや、「過失犯における実行行為の存在をみとめるわれわれの立場からは、この実行行為を共同するということが可能であるかぎり、過失犯の共同正犯がみとめられよう。ところで、過失犯における実行行為とは、……客観的注意に違反した、構成要件的結果惹起の現実的可能性がある非故意の行態であるが、こうした行態を共同にするということは可能であるから、実行行為を共同にするという意思と事実とみとめられるばあいには過失犯の共同正犯が肯定される。しかも、こうした結論は、一定の構成要件に該当する実行行為の共同を共同正犯の要件とする犯罪共同説の立場とも矛盾するものではなかろう」（福田・前掲『刑法総論』二〇一頁以下。なお、同旨のものとして、内田・「過失と共犯」『総合判例研究叢書二六』一三五頁以下、同・「過失共同正犯論の反省」刑法雑誌一五巻二号二五一頁以下、鈴木茂嗣・「過失の共同正犯」ジュリスト刑法の判例第二版昭和四八年一二八頁などがある）というものなどは、それである。

(18) たとえば、「過失犯にあっては、たとえ故意行為におけるように構成要件的に重要な結果の認識としての故意がないにしても、過失行為が単純な因果関係の生起ではなく、構成要件的に重要ではないが不注意な目的（的）行為を原因とするものであり、その目的（的）行為は意思行為であり、その意思行為の共同、従って、共同正犯も可能である」（木村・前掲『刑法総論』三二八頁）というもの、などである。

(19) たとえば、木村博士が、団藤教授の過失犯の本質から過失犯の共同正犯を否定する見解に対して行った批判の中において表明したものは、それである。すなわち、「団藤教授は、過失行為は意識的なものから無意識的なものにまたがるものであるが、意識的な部分は過失に本質的なものではないから、意識的部分についての意志の連絡を基礎として過失犯の共同正犯を論ずるのは過失犯の本質に即した議論といいがたいとする。この場合、意識的とか無意識的ということの意味ははっきりしないが、その意味は、過失行為は、故意行為が構成要件的結果の認識を本質とするのに対して、構成要件的結果を不注意によって認識しない点に特色があり、その点が無意識的なものであり、過失行為の本質だと解せられるのであろう。

ところが、その場合、過失行為が構成要件的結果を認識しないという要素は非故意行為としての過失行為を故意行為から区別する消極的な特色たることは周知のとおりであるが、それでは過失行為の積極的な特色は何かというと、それは不注意であり、そのことも一般に認識せられている。そして、その不注意ということが過失行為の本質的要素たることは何人にも異論のないところであろう。ところが、この不注意が原因となって構成要件的結果の不認識ということが成立するのであるが、その不注意ということは、抽象的に存在するものではなく、一定の具体的に意識的な行為、例えば、発砲するとか、物を投げるとか、自動車を運転するとか、酒をのむとかいうような行為に不可欠的に結びついて現実に存在するのである。そうすると、このような過失犯の本質的要素を含むところの意識的な行為の部分を基礎として、過失犯の共同正犯を論じるのは、『過失犯の本質に即した議論ということができない』どころか、正しく、『過失犯の本質に即した議論』といわねばならないのである」（木村・「過失の共同正犯」判例演習［刑法総論］昭和四四年版一七七頁以下）と。

(20) 大塚・『刑法概説』総論・改訂版・昭和六一年二五二頁。

(21) 中野・前掲『刑法総論概要』一二九頁。同教授の見解から見れば、彼は、過失犯の共同正犯を認めるばかりではなく、故意犯と過失犯との共同正犯をも認めていると言えよう。

(22) 大谷・前掲『刑法講義』四二六頁。

(23) たとえば、過失の共同正犯を否定する見解としては、滝川幸辰・『刑法講義』改訂版昭和五年二六三頁以下、泉二新熊・『日本刑法論・総論』昭和一四年六七四頁、井上正治・『刑法学・総則』昭和二六年二一七頁、江家義男・『刑法総論』昭和三〇年一八八頁、草野・前掲『刑法要論』昭和三一年一二二頁、植松正・『刑法要説・総論』全訂版昭和三九年三〇五頁、青柳文雄・『刑法通論Ⅰ・総論』昭和四〇年三一五頁、島田武夫・『日本刑法新論』三五七頁、安平政吉・『改訂刑法総論』昭和三一年二〇八頁、西原・前掲『刑法総論』三三四頁以下、荘子邦雄・『刑法総論』新版昭和五六年四一七頁以下、小野清一郎・「過失犯の共同正犯といふことがあるか」刑評一五巻五頁、平場安治・「過失共同正犯ーそれはあり得るか」法学論業五九巻三号一一九頁、などがある。

(24) たとえば、「各共同者は、他人の行為を補充し、また他人の行為によって補充せられることを認識し、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ゆう決心が共同正犯の相互的要素であり、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。（中略）数人が過失によって構成要件に該当する結果を引起する場合は数個の過失犯として取り扱われる」（滝川・前掲『犯罪論序説』二二九頁。なお、同様な見解を表明したものとして、泉二・前掲『日本刑法総論』六七四頁などがある）と言うのが、それである。

(25) 平場・前掲「過失共同正犯―それはあり得るか」一一九頁。

(26) たとえば、団藤博士が示された次のような見解等である。すなわち、団藤博士は、「過失行為は、もともと、その主観的方面において、意識的なものから無意識的なものにまたがる領域を占める。意識的な部分が決して過失行為にとって本質的なものではない。意識的な部分についての意思の連絡をもとにして、過失犯の共同正犯の成立を論じるのは、過失犯の本質に即した議論ということができないであろう」（団藤・前掲『刑法綱要』三六七頁）と論じた上で更に、「過失犯に犯罪性を付与する本質的部分はむしろ行為者人格による統制を受けながらも意識したにとどまっている部分であり、その部分の共同ということは、さしあたり、考えることが困難のようにおもわれる」（団藤・「過失犯と人格責任論」日沖博士遠暦祝賀・過失犯（一）八〇頁）という見解を表明しつつ、続いて仮に過失犯の共同正犯がありうるとしても故意犯のそれとの間には、次のような構造的な差異があるという見解をも示していた。すなわち、「第一に、意識的行為の共同ということは不必要でもあれば無意味でもある。第二に、……共同義務の存在を前提として、それに違反する人格態度が共同にとられたことが過失犯の共同正犯の成立要件として要求されることになろう」（団藤・前掲「過失犯と人格責任論」八三頁）と主張されているのである。

(27) たとえば、「法律の共犯を規定するゆえんが、二人以上で共同目的に向かって合一するところに特殊の社会的心理的現象の生ずることを認めたのによる以上、一定の犯罪は故意犯であることを要するのである。何故なら、一定の目的に向かっての相互了解がなければ、特殊の社会心理的現象を生ずるものとして、特殊の取扱を為す必要がないからである。従って、過失犯に対する共犯又は過失による共犯というようなことは、これを認むべきでない」（斎藤金作・『刑法総論』改訂版昭和三〇年二三三頁）という理由づけは、それである。

(28) 小野・前掲論文五頁。つまり、小野博士は、この論文の中において「何よりも刑法六〇条の『二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者』という概念規定―構成要件の一つの修正形式で、それ自体一つの一般的な構成要件ともいひ得るものである。それは、故意犯を基準としてその共同実現の態様を類型化したものである。『共同シテ』といふとき、主観的客観的に共同

して実行した場合を表象しているのである。主観的に共同するとは、犯罪構成要件的事実について、二人の相互認識と意思の一致とがあることである。普通に『意思の連絡』といふのがそれである。そして『実行シタル』とは、犯罪構成要件的事実を共同して実現する行為をしたことである。そのやうに、構成要件的事実の実現において、主観的・客観的に共同があるとき、はじめて『正犯トス』、すなわちその各自ひとしく正犯として―従犯としてではなく―評価することができる。さういふのが刑法六〇条における法律的表現の意味であると解される。過失犯については、右のやうな意味の共同正犯といふことはあり得ない。もちろん、二人以上の過失行為が競合して一つの結果を発生するといふことはある。否さういう場合が多いであろう。しかしその場合に、その構成要件的な結果の発生に対する意思はない。さういふ意思のないところに過失犯の特徴があるのである。（さういふ意思のある場合は故意犯である。）結果に対応する意思のないところに、その共同ないし共同実行といふことはあり得ない。二人以上が或る合法な共同の目的を実現する共同の行為過程において、或る犯罪構成要件的な結果を生じたとする。そして、その結果は二人の過失によって生じたものとする。その二人はそれぞれその過失責任を負はなければならないが、それは過失行為の競合であって、過失行為の『共同』ではない。合法な行為についての共同はあっても、違法な、構成要件的な結果の発生についての『共同』はない。だから共同の犯罪実行といふものはないのである」と論じていた。

(29) 西原・前掲『刑法総論』三三五頁。

(30) 荘子・前掲『刑法総論』四一八頁。

(31) ちなみに、今の中国では、過失犯の共同正犯の成否という問題については、ほとんど否定説しか見られない状況にある。そして、その否定説の根拠は前章第二節で見てきた刑法第二二条に求められている。しかし、私としては、その根拠について疑問を持っている。何故ならばその第二二条における第一項つまり、「共同犯罪とは二人以上共同しての故意による犯罪をいう」（共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪）と第二項つまり、「二人以上共同しての過失による犯罪は、共同犯罪を以て論ぜず、その刑事責任を負うべき者は、犯した罪に照らして各別に処罰する」（二人以上共同過失犯罪、不以共同犯罪論処・應当負刑事責任的、按照他們所犯的罪分別処罰）とは、矛盾する可能性があるからである。すなわち、第二項によると、共同的な過失犯罪は共同犯罪の一種であるが、但しそれを「共同犯罪を以て論ぜず、その刑事責任を負うべき者は、犯した罪に照らして各別に処罰する」に過ぎないというような解釈が恐らく許されるであろう。もしそのような解釈が可

能であるとすれば、本条の第一項は第二項との間に矛盾があると言わざるを得ないであろう。この意味では、中国にとって、恐らく今後そのような矛盾を克服する立法の進展することが期待しうるといってよいであろう。なお、立法例として、明文をもって共同過失を共同正犯として規定するものがある。例えば、前掲の『中華民国暫行新刑律』第三五条（「過失罪ニ付キ共同過失アルトキハ共犯ヲ以テ論ス」）及び『中華民国刑法』第四七条（「二人以上過失罪ニ付キ共同過失アルトキハ皆過失正犯トス」）などは、それである。

(32) たとえば、勝本勘三郎・前掲『刑法要論・総則』三八五～三八六頁、牧野英一・『刑法研究』三巻大正八年～昭和四二年二四〇頁、同・前掲『日本刑法』上巻四四四頁、同・『刑法総論』上巻全訂版・昭和三三年七三八頁、宮本英脩・『刑法学粋』昭和六年三九九～四〇〇頁、同・前掲『刑法大綱』一九七頁、宮崎澄夫・『刑法総論』昭和二五年一五三頁以下、市川・前掲『刑法総論』二九八頁、植田・前掲『刑法要説・総論』一七〇頁、同・『共犯論上の諸問題』昭和六〇年二四五頁以下、中義勝・前掲『講述犯罪総論』二四〇頁、佐伯千仞・『刑法講義・総論』四訂版昭和五六年三四八頁以下、澤登佳人・「片面的共犯」ジュリスト刑法の判例第二版一一五頁などがある。

(33) 大塚・『犯罪論の基本問題』昭和五七年三一四頁など参照。

(34) 大塚・前掲『犯罪論の基本問題』三一四頁。

(35) 牧野・前掲『日本刑法上巻』四四四頁。

(36) 宮本・前掲『刑法学粋』三九六頁以下。なお、同博士は、この本の中において、片面的共同正犯に当たる例としていくつかを挙げられた。たとえば、「甲乙丙人路上ニテ組打ヲ為セル際丙仲裁ニ託シテ中間ニ入リ、双方ヲ取鎮メル如ク装ヒテ、実ハ甲ヲ軽ク乙ヲ強ク取押ヘ、甲ヲシテ自由ニ暴行ヲ行ハシメ、而カモ甲ハ其援助ノ事実ヲ知ラサルカ如キ場合ニハ、丙ノミ一方的ニ甲ト共同正犯関係ニ立ツヤカ問題トナルナリ」（宮本・前掲『刑法学粋』四〇〇頁）というもの、などである。

(37) 植田・「片面的共犯」『現代の共犯理論』斎藤博士還暦祝賀昭和三九年二四二頁参照。同博士は、この論文のなかで、また勝本博士が前掲『刑法要論・総則』三八六頁で挙げられた例（「甲カ暴行ヲ用ヒテ乙女ヲ強姦シツツアルノ際共ニ犯スノ意思ヲ以テ甲ノ不知ノ間ニ於テ乙女ノ手足ヲ押ヘ居リタル丙ハ甲ノ強姦ノ共同正犯タルヘキモノトス」という例）や、牧野博士が前掲『刑法総論下巻』七三八頁で挙げられた例（「わたくしは、見張りの場合において、容易に片面的共犯の成立することを想定し得るものと解する。そうして、その見張りは、場合に依り共同正犯であろうし、また、従犯たるに止ま

ることもあろう」という例）や、宮本博士が前掲『刑法学粋』四〇〇頁で挙げられた例などを見たうえで、自分はいろいろな事例を片面的共同正犯の例として挙げられている。たとえば、「AがBのC女に対す強姦意思を知り、それを遂行させるために、Bと意思連絡なく、あらかじめC女に麻酔薬を用いて昏睡させ、その状態を利用してBに姦淫させたような場合」や、「AはBが致死量に足らぬ毒物でCを毒殺しようとすることを知り、これに共同する意思で、しかしBとは意思の連絡なく、あらかじめCにBの毒物と合して致死量を超える毒物を与え、後行のBの毒物投与行為と相まってCを毒殺したような場合」や、「AがBのC宅への窃盗侵入を事前に知り、それを完遂させるために、事前にC宅に侵入、Cに暴行脅迫を加えてその自由を拘束し、その間にその事情を知らない後行のBをして、その盗取行為を遂行させたような場合」、などである（これらの例は、いずれも植田・前掲論文二四四頁以下にある）。植田博士は、この論文で、さらに自分で挙げた最後の例について、なぜAが片面的共同正犯になるかという理由をも説明したのである。つまり、この場合、Aは、一方的にではあるが、Bの窃盗行為を予見して、それを遂行させたのであって、その結果に対して因果関係を与えたものであるから、Bの盗取行為をも含んだ全体としての犯罪について、責任を負うべきであり、強盗罪の片面的共同正犯を構成すべきである（植田・前掲論文二四五頁以下参照）。なお、同博士は、昭和六〇年の『共犯論上の諸問題』において、片面的共同正犯の意義について次のように述べられた。すなわち、「いわゆる片面的共同正犯といっても、それがたとえ片面的にもせよ共同正犯と呼ばれるかぎりは、この概念自体の中に、当然この一部行為の全体責任、つまり他人の行為についても責任をもつことが必然的に内含されているのであって、さもなければ概念矛盾をおかすものといわざるをえない。ところで、かように他人の行為についてもまた責任をもつということは、当然、自己の行為が他人の行為と因果的連鎖に立つことを前提としなければならぬ。けだし、かような前提を欠きつつ、なお他人の行為について責任をもつというごときことは、往時のいわゆる連坐責任を認めるならば格別、行為責任を認める今日の刑事責任制度の見地からみて、原則として承認しえないことがらであるからである。この意味で、いわゆる片面的共同正犯といっても、それはすでに自己の行為がたとえ一方的にせよ他者の行為と因果的関連に立つことを前提にした概念であって、この前提を欠けばこの概念自体が成立しえないということになる。ゆえに、かりに一方の行為者の側、他方の行為について一方的に認識・了解があっても、もし両者の行為の間に因果的連鎖が欠けるかぎり、外見的には片面的共同正犯のごとく見えても、それは似て非なる片面的共同正犯であって、概念上のそれでないといわねばならぬ」（植田・前掲『共犯論上の諸問題』二四七頁）と。

(38) 澤登・前掲「片面的共犯」『刑法の判例』一一五頁。

(39) 澤登・前掲「片面的共犯」一一五頁。

(40) たとえば、大場・前掲『刑法総論・下巻』一〇四九頁、泉二・前掲『日本刑法論・総論』六三二頁以下、小野清一郎・『新訂刑法講義・総論』増補版昭和二五年二〇三頁、井上・前掲『刑法学・総則』一二八頁以下、平場・前掲『刑法総論講義』一五六頁以下、滝川・前掲『犯罪論序説』二三八頁、江家・前掲『刑法総論』一八八頁以下、斎藤・前掲『刑法総論』二三二頁以下、草野・前掲『刑法要論』一一三頁以下、小泉英一・『刑法総論』昭和三二年二七三頁、滝川春雄・『刑法総論講義』新訂版昭和三五年一八六頁以下、植松・前掲『刑法要説・総論』二八一頁以下、同・「片面的共犯否定への道標」『現代の共犯理論』斎藤博士還暦祝賀昭和三九年二五一頁以下、下村康正・『続犯罪論の基本的思想』昭和四〇年一一五頁、藤木・前掲『刑法講義総論』三〇一頁、木村・前掲『刑法総論』四〇四頁以下、福田平・前掲『刑法総論』二〇〇頁以下、大塚・前掲『刑法概説・総論』一九七頁以下、同・前掲『犯罪論の基本問題』三一三頁以下、団藤重光・『刑法綱要・総論』改訂版増補昭和六三年三六六頁、吉川経夫・『刑法総論』三訂版平成元年二五〇頁以下、などがある。

(41) たとえば、「共同意思主体説を採って共犯の共犯たるゆえんを、二人以上の異心別体である個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため、同心一体となるの点に求めるかぎり、片面的共犯というようなことは是認せらるべきでない」（斎藤・前掲『刑法総論』二三二頁。なお、同様なものとして、草野・前掲『刑法要論』一二四頁以下、植松・前掲「片面的共犯否定への道標」等がある）というもの、などである。

(42) たとえば、「共同正犯ヲ存スルニハ主観的方面ニ於テ共同行為者相互間ニ共同犯罪ノ観念、殊ニ自己ノ意思実行ト他ノ共同者ノ意思実行トカ相竣テ、同一犯罪事実ヲ完成スルニ至ル可キコトノ観念アルコトヲ要スルヤ否ヤ議論ノ存スルナリト雖モ豫輩ハ積極説ヲ主張スル者ナリ、抑共同行為ノ観念ハ普通一般ノ観察方法トシテ共同意思ノ存スル場合ニ之ヲ認ムルヲ通例トスルカ故ニ、刑法ニ於テ此一般ノ観念ニ従フヲ適当ナリトシ、又、共同正犯ヲシテ他ノ共犯ノ行為ノ結果ニ付テモ全責任ヲ負ハシムルノ根據ハ、共同意思ヲ以テ相互ニ利用者ト為リ、又、被利用者ト為リテ単一ノ事実ヲ発生セシムルノ点ニ存スルモノト解ス可キモノナルカ故ニ共同意思ヲ度外視シテ共同正犯ヲ認ム可キ理由ナシ」（泉二・前掲『刑法総論』六七二頁以下）というものや、「共同正犯者は、相互に相手方の行為を利用し合い、それぞれの行為の足りないところは補充し合ってある犯罪を遂行している者同士に限られるべきです。そのような者同士であるからこそ、他の共同者の行った

ところについてまで、正犯としての責任を問われることに合理性が見出されるのです。したがって、共同者間に片面的にしか認識がない場合には、相手方の行為を十分に利用しえない状況にあるわけですから、そのような者にまで共同正犯としての責任を問うことは失当であると言わなければなりません。片面的共同正犯の観念は否定されるべきです」（大塚・前掲『犯罪論の基本問題』三二七頁）とするもの、などである。

(43) たとえば、「意思の連絡は相互的なものでなければ共同の意思であるとはいい得ない。共同者の一部にだけ共同するの意思があるにとどまる場合を「片面的共同正犯」というが、共同正犯ではない。したがって、たとえば、甲は乙が丙を殺すのを知って共同するの意思で、しかし乙にはその共同の意思なく、両者が丙に対して発砲した結果、丙は乙の弾丸に当たって死んだような場合には、甲には結果に対する既遂の責任はない。共同正犯にあっては、意思の連絡が相互的であるから、共同者が結果の全体に対して原因を与えたことになるのである」（木村・『全訂新刑法読本』昭和四二年二七〇頁）というのは、それである。

(44) ちなみに、中国には、「片面的な共同犯罪」を認めようとする説が存しているのは、既に前章の第二節で見たとおりである。しかも、そこで私は、そのような説が中国刑法における共同犯罪の規定と矛盾することを合わせて指摘したのである。では、そのような説がなぜ中国の刑法学に登場したのか。それにはいろいろな原因が考えられるが、日本の共犯理論の影響はその一つの要因であるかも知れないと思われる。というのは、中国の刑法典が制定された後、中国の刑法学は日本の刑法理論に益々高い関心を持っているからである。その中でも折衷説は、特にそうあるといってよいであろう。周知のように、日本の判例は一貫して片面的幇助犯を認めているのである。このような判例の態度に対して、学説では共同意思主体説に立つ理論以外は判例の態度を支持しているのである。判例及びそれを支持する学説が片面的幇助犯を認める根拠としては、共同正犯の規定には「共同シテ」とあるので、犯罪の共同すなわち意思連絡を必要とするが、幇助犯の規定には「共同」の文字がないから、意思連絡を要件としないという点にある（植松・前掲『増訂刑法概論』二七六頁参照）と言われている。もしその理由づけが正当であるとするならば、中国刑法における共同犯罪の規定によって、かえって片面的幇助犯を否定すべきではなかろうか。ともかく、中国における折衷説は、その主張しているところについて、更に考える必要があると思う。なお、前掲の『中華民国暫行新刑律』においては、片面的共同正犯を含むすべての片面的共犯が認められる立法例がある。

(45) 大判大正一一年二月二五日刑集一巻七九頁。
(46) 大判大正一四年一月二二日刑集三巻九二一頁。
(47) 最判昭和二三年一二月一四日刑集二巻一三号一七五一頁。
(48) 最判昭和二四年二月八日刑集三巻二号一一三頁。
(49) 大阪地判昭和三六年一二月二三日判時二八六号一一頁、なお、同趣旨のものとして、東京高判昭和三二年七月二〇日高刑集一〇巻八号六三三頁などがある。
(50) 東京高判昭和三五年一〇月四日東高時報一一巻一〇号二六三頁。
(51) 大判昭和一三年二月二八日刑集一七巻一四一頁。
(52) 広島高判昭和二九年四月二一日判時三一号五三頁。
(53) 東京高判昭和三四年六月三〇日東高時報一〇巻七号二九七頁。
(54) 大判大正一一年二月二五日刑集一巻七九頁。
(55) 東京高判昭和三四年一一月五日下刑集一巻一一号二三三五頁。
(56) 名古屋地判昭和三五年一一月八日判時二七四号三三頁。
(57) 東京地判昭和三四年二月一八日下刑集一巻二号四〇一頁。
(58) 大判明治四四年三月一六日刑録一七輯三八〇頁。
(59) 大判大正三年一二月二四日刑録二〇輯二六一八頁。
(60) 朝鮮高等法院判決大正一一年五月二二日評論一一巻刑法一八六頁。
(61) 大判大正一一年一〇月二三日評論一一巻刑法四〇〇頁。
(62) 刑集一四巻三三九頁。事案は、被告人両名が被害者に対する祈禱を施し、その病魔を退散させるために、手で被害者の身体を擦り込みした結果下腹部に擦過傷を負わせたが、消毒その他安全な方法を施すなど危険防止のため周到な注意を払わずに放置したので、その傷口より化膿菌が侵入し、敗血症のため被害者を死亡させるに至ったというものである。
(63) この判決が、過失の共同正犯を是認しものたか否かについて、日本の学説には、議論が存した。本判決は過失の共同正犯を是認する趣旨のものと理解する見解としては、小泉英一・「業務上過失致死の共犯」法学志林三七巻八五頁や、佐瀬昌

三・「過失犯における共同正犯の成立」法律論叢一四巻七一頁などがあるが、かならずしもそうではないと理解する見解として、草野・「過失犯と共同正犯」刑事判例研究三巻八五頁以下がある。

(64) 刑集七巻一号三〇頁。被告人A・B両名は、共同して飲食店を経営していたが、Cから仕入れたウィスキーと称する液体（メタノール三〇%以上含有）を、メタノール含有の有無につき、不注意にもなんら検査することなしに、しかも意思連絡のもとに、D・E・Fなどに販売したところ、これを飲んだ者が中毒により死傷する至ったという事案である。

(65) 最判昭和二八年一月二三日刑集七巻一号三〇頁。

(66) 小谷裁判官の少数意見とは、「結論だけを述べる。即ち私は過失犯には共同正犯を認むべきものではないと信ずるから、本件に刑法六〇条を適用した原判決は失当であり、論旨第二点は結局理由があるから原判決は破棄すべきものである」というものである。

(67) この判決に反対するものとしては、小野・前掲「過失犯の共同正犯といふことがあるか」五頁、団藤・前掲論文八四頁等がある。

(68) 名古屋高裁昭和三一年一〇月二二日高刑裁特三巻二一号一〇〇七頁。なお、同趣旨のものとして、名古屋高裁昭和六一年九月三〇日高刑集三九巻四号三七一頁・判時一二二四号一三頁がある。この事案は、鉄工場の従業員である被告人甲・乙は、旅館の食堂拡張工事において鋼材の電気溶接作業を行うに当たり、付近に存在するベニヤ板、フェルトなどの可燃物に遮蔽などの処置を講じることなく、両名のうち一方が溶接中は他方が花火の飛散状況を監視するという方法で交替して右作業を終えたが、溶接により発生した輻射熱または花火が前記可燃物を発火させ、現住建造物を焼燬したというものである。

(69) 佐世保簡裁昭和三六年八月三日下刑集三巻七・八号八一六頁。

(70) 京都地裁昭和四〇年五月一〇日下刑集七巻三号五三六頁。

(71) 広島高裁昭和三二年七月二〇日高刑裁特四巻追録六九八頁。

(72) 仙台高裁昭和五二年二月二四日高検速報昭和五二年五号。

(73) 下刑集七巻三号五三六頁。事案は、板金工務店の工事責任者の被告人甲が、秋田県庁々舎の屋根のトタン板葺替工事を従業員乙・丙らを指揮監督しながら、同人等と共に作業していたが、右庁舎は木造で葺替のため一部分トタン板が剝がさ

れ下葺の柾板が露出されたままであり、当時は連日の晴天、高温続きで柾板などは極めて乾燥しており、このような状況において右屋上のような箇所において作業する者が喫煙するときは、着火している煙草の破片、吸殻などが柾板などに附着して発火する危険が十分に予測されるのみならず、当日は異常高温現象で且つ六米の風が吹いていたので、屋上での喫煙を慎むばかりではなくその配下の従業員に対しても予め屋上での喫煙を禁止するなどして、火災の発生を未然に防止すべき義務があり、特に被告人甲は前々から父より作業所での喫煙については注意されていたのに、従業員に対し屋上での喫煙を禁止せず、また自らも屋根の上で喫煙したため、右三名いずれかの喫煙による煙草の吸殻が下葺の柾板に着火し、火を失して前記県庁々舎などを焼燬したというものである。

(74) 判時八四六号一二八頁。事案は、被告人甲は、A社の代表取締役で、アドバルーン広告・宣伝に関する業務に従事していたが、B社の依頼により、従業員乙（ベテランのアルバイト学生）をしてアドバルーンの掲揚方法などを指示して出張させた。乙は、本件現場でアドバルーンに水素ガスを充填してこれを掲揚し、引き降ろした後も、ガスを抜かないで地上に繋留したまま帰宅し、翌日も右アドバルーンを繋留のまま別の地点で別のアドバルーンを掲揚しながら、時々本件現場を監視に訪れていたが、四度目に訪ねたさいに、繋留中のアドバルーンが潰れているのを発見し、調べたところ水素ガス注入口付近が破られ、中に子どもが二人は入っていることを発見して救出措置を講じたが、酸素欠乏症により両名を死亡するに至らしめたというものである。

(75) 大阪高裁昭和三二年六月一七日高検速報昭和三二年六号八頁。

(76) 小野・前掲『新訂・刑法講義総論』二〇三頁など。

(77) 団藤重光・『刑法綱要・総論』改訂版昭和五四年三六五頁など。

(78) 香川達夫・『刑法講義・総論』昭和五五年三二〇頁。

(79) 大野平吉・「共犯」『刑法基本問題六〇講』昭和三八年二一九頁など。

(80) 佐伯・前掲『刑法講義・総論』三四九頁など。

(81) 日高・前掲「正犯と共犯」二一三頁。

(82) 伊達秋雄・「共犯」小野・中野・植松・伊達編『刑法ポケット注釈全書』昭和六三年一九五頁、福田・前掲『刑法総論』二五一頁など。

(83) 香川・前掲『刑法講義・総論』三二〇・三三〇頁など。
(84) 大塚・『刑法概説・総論』昭和五三年一九五・二〇〇頁など。
(85) 佐伯・前掲『刑法講義・総論』三五〇頁など。
(86) 伊達・前掲『刑法ポケット注釈全書』一九五頁など。
(87) 草野・『刑法総則講義・第一分冊』昭和一二年二〇四頁、斎藤・前掲『刑法総論』二三八頁など参照。
(88) 野村稔・『刑法総論』平成二年八月三九八頁参照。
(89) 村上・「見張り行為と共同正犯」前掲『大コンメンタール刑法』三五四頁。
(90) 草野・「刑事判例研究」二巻八九頁以下など参照。もちろん、この見解の理由づけとしては、共同正犯は二人以上が一定の犯罪を実現するための目的を持った共同意思主体の活動であるから、共謀があれば実行行為を分担しなくても見張りは共同正犯であるとする、という点にあると思われるが、しかし、注意しなければならないのは、共同意思主体説に立ちながら、この見解を批判する見解が見られるということである。たとえば、「司法の実際において、謀議にさえ関与していれば、事の軽重、関係の濃淡などを問うことなく、無批判にすべて共同正犯となるかのように扱う傾向を生じたことは、大いに是正されなければならない。たとえば、見張り行為に付き判例は一般的にこれを共同正犯と見る態度を確立しているが、各場合の具体的事情に応じて共同正犯か従犯かを分つべきである」（植松・前掲『再訂刑法概論Ⅰ・総論』三六六頁）と言うような見解は、それであると言えよう。
(91) 荘子・前掲『刑法総論』四四一頁。すなわち、「見張り行為者が他の共同者に『分担を引き受けて貰う』という意思のもとに積極的に犯罪実現の一部として重要な役割を有する見張りを行った場合には、見張りが直接の実行行為の絶対的必要条件でないとしても、犯罪遂行に欠くことのできない機能を有すると認め得るかぎり、共同正犯と解する必要があろう」。
(92) 平野龍一・『刑法・総論Ⅱ』昭和五一年三九八頁。すなわち、「形式的な観点からすれば、屋外の見張りは、およそ共同正犯とはなりえないであろう。しかし、実質的にみれば、見張りが犯罪の遂行にとって、目的達成のための『役割の分担』であり、しかも屋内にはいった者と違いのない、あるいは一段と重要な役割であることもある。したがって、実質的に考えれば見張りも共同正犯と認むべき場合もあるであろう。ただし見張りが従属的な役割しか持たないこともある。そのようなときは、幇助犯とすべきである。したがって、判例が見張りも一律に共同正犯だとしているように見えるのは、必ず

しも妥当でないし、他方見張りを定型的に幇助犯だとするのも妥当でないのである。なお、犯罪の類型によって、見張りを共同正犯とし、あるいは幇助とする見解もある。たとえば、強盗や窃盗（窃盗に限る見解もある）では共同正犯であるが、賭博では幇助犯だというのである。たしかに、結果犯の場合と違い、行為犯の場合、自らその行為をした者でなければ共同実行といえない場合が多いであろう。しかし、右のように犯罪定型により一律にどちらかに考えるのは定型説の誇張であると思われる。窃盗の見張りが幇助であることもあり、賭博の見張りもその役割によっては、共同正犯になることもありうるのである」。

(93) 木村・前掲『刑法総論』四一〇頁。すなわち、「共同の意思の成立以後の行為は、共同の意思を実現せんとするものたるかぎり、実行の共同の内容たる行為と解せられ、その場合の実行行為は、客観説特に型式説の意味における実行行為たる必要はなく、主観説の意味における著手以後の行為であれば足りるから、たとえ客観説の見地において単に予備と解せられるにとどまる行為であっても、亦実行の共同の内容たる行為たり得ると解すべきである。その意味において、『見張り』をすることは、客観説においては当然幇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」。

(94) 小野・『刑法講義・総論』昭和二六年二〇五頁。すなわち、「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、幇助でなく共同正犯と認むべきであろう」と。なお、同博士は、昭和三五年の『刑法概論』において、屋内で賭博をするのを屋外で見張りしたものは、賭博の共同正犯にならないと指摘した。

(95) 藤木・『判演総論』一九〇頁。すなわち、「見張りの共同正犯性を検討するわけであるが、共同正犯は正犯の一種であり、各人が正犯たるの実質をそなえることを要することは当然の前提であるが、そのためには、各人が厳密な意味で実行行為を分担する必要はなく、共同者の行為を全般的にみたときには実行の分担と同視される行為をなせば足りるし、また、さらに、共犯者を道具のごとく利用して共同の犯罪意思の実現をはかる場合にもまた正犯であると認めることも理論上許されて然るべきであろう。したがって、謀議に際して積極的な役割を演じ、且つ見張りを分担するごときは正犯と認めて差支えないと思われるし、また、共謀の際、終始受動的立場にあった者のごときは、屋外の見張りを分担したに過ぎぬ場合には幇助と見るべきであろう。ただ屋内で、犯行現場と密接した地点で見張りをなす行為は、場合によって実行の分担と

認めうるから、この場合には共同正犯の成立を認めるべきである」と。

(96) 松村格・「共同正犯と幇助犯（一）」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論』一九九一年一五七頁。すなわち「見張りも何らかの形で犯罪の主体システムを支配・制御していれば正犯であり、さもなくば単なる幇助犯である」と。

(97) 青柳文雄・『刑法通論・総論』昭和四〇年三七四頁。すなわち「私は見張りについてはまず定型的にそれが犯罪の実行に関係の薄いもの（例賭場開張図利の見張り）と濃いもの（不法監禁の見張り）に分け、前者の見張りは常に幇助、後者の見張りは常に正犯とし、その中間にある多くの犯罪についてはそれが犯罪の構成に不可欠の要素であったか否かによって具体的事例ごとに定めるのがよいと思う。殺人行為に際し交番付近で見張りをし現場に急行しようとする巡査に虚偽の方向を教えて殺人を完成させたり、強盗に際して庭先見張りをしてその足音、口笛などで家人の抵抗を諦めさせたりすれば見張りも正犯であるし、窃盗に際しての見張りはすりのようないわゆる幕になる者は正犯であるが、そうでない場合は従犯としてよいと思う」と。

(98) 団藤・前掲『刑法綱要・総論』三六九頁。すなわち、「私は、見張りは、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、一般には幇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」と。

(99) 小疇傳・『日本刑法論・総則之部』明治三九年三六〇頁（すなわち、「仮ニ必要的消極的要件ハ罪ノ実行行為ニ属ストスルモ単ニ見張ヲ為シタリトノ事実アリタルノミニテハ未タ以テ犯罪ノ実行ヲ妨クヘキ事実ヲ排除シタリト云フコトヲ得サルヲ以テ本問ノ場合ハ予備ノ行為ヲ以テ正犯ノ実行ヲ奨励幇助シタルモノ即チ従犯ヲ以テ論スヘキナリ」と）、福田・前掲『全訂刑法総論』二五四頁注（二）（即ち、「犯罪を共謀者の見張りでも、単純な見張りは、一般的にみて実行行為の一部とはいえない」と）。なお、吉川教授の一九八九年の『刑法総論』の二七二頁も、ほぼ同じような主張である。

(100) また、従来、見張りを障害を排除する方法により他人が犯罪を行うことを幇助する者として論じてきた中国の刑法理論でも、極最近は、具体的な事件に応じて見張りは共同実行犯と解すべき場合と従犯と捉えるべき場合とに分けられるという見解が見られるのは、前章第三節で見たとおりである。なお、第一章の注釈で挙げたドイツの判例および一部の学説の見解に従うと、場合によって見張りを従犯とすることは推測できるであろう。

(101) 植田・前掲『刑法要説・総論』二四八・二五二頁、吉川、前掲『刑法総論』二三九頁注（三）など。

(102) 植松・『刑法概論・Ⅱ』昭和五〇年版二八五頁、宮内裕・「刑法基本問題三七講」二四九頁など。
(103) 福田・前掲『刑法総論』一九三頁など。
(104) 正田満三郎・「間接正犯と予備罪」曹時一五巻一号二七頁、同「予備犯について」『刑法における犯罪論の批判的考察』三二頁。
(105) 斎藤誠二教授は、昭和五七年版の『刑法判例百選Ⅰ・総論』の一八一頁において、肯定説について次のように批判している。すなわち、①他人のための予備行為も予備行為であるのだとすれば、もし正犯が実行に着手するとそれは幇助となり、たまたま正犯が予備の段階にとどまればそれは予備行為ということになるが、それはおかしな結論である、刑法は直接的な実行行為とか予備行為とかという正犯行為と教唆や幇助という共犯行為とは別な系統の可罰的なカテゴリーだと考えているからであるとか、②たとえば、刑法二〇一条について言えば、「前二条ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其予備ヲ為シタル者ハ」となっているが、これは、殺人か尊属殺を犯す目的でその準備をするということで、これに、他人の殺人を幇助する目的で準備することまで含めるのは文理的に無理であるとか、③たとえすべての予備罪が独立罪だとしても、そのことから、他人のための予備行為も予備行為である、とはかならずしもいえない、すべての予備罪が独立罪だとしても、自分のための準備行為だけが予備行為であるというようにも理解できるからであるとか、④七九条が置かれているので、七八条の内乱予備罪については、他人のための準備行為は含まれないと理解しなければならないが、そうだとすれば、現行刑法の「予備」という文言を統一的に理解して、現行刑法の「予備」には、他人のための準備行為は含まれない趣旨だということができるからだ、というのである。
(106) 植松・「従犯」『刑法基本問題三七講』二四四頁。なお、同趣旨のものとして、萩原・「予備罪と共同正犯」藤木編『刑法の争点』一九八四年版一二四頁などがある。
(107) ちなみに、この問題は、中国ではほとんど議論がされていないが、ただし前掲①の問題についてはほぼ先に見た日本の否定説と同じような見解（陳興良・前掲『共同犯罪論』三九一頁）が行われており、②の問題に関しては予備犯の幇助犯として処罰すべきである（陳興良・前掲『共同犯罪論』三九七頁）と主張されている。
(108) 大判昭和八年六月八日刑集一二巻八六四号。
(109) 大判昭和一五年一一月二〇日新聞四六五七号八頁、評論三〇巻刑法七六頁。

(110) 大判大正一五年一二月二三日刑集五巻五八四頁。
(111) 大判昭和一〇年一二月三日刑集一四巻一二五五頁。
(112) 東京高判昭和三二年四月一二日東高時報八巻四号八七頁。
(113) 東京高判昭和二七年一二月一〇日高刑集五巻一三号二四二九頁。
(114) 大判昭和二年六月一七日刑集六巻二〇八頁、評論一六巻刑法二六二頁。
(115) 大判明治四四年一〇月二七日刑録一七輯一八〇三頁。
(116) 大判昭和七年四月二八日刑集一一巻五〇四頁。
(117) 最判昭和二三年六月二二日刑集二巻七号七一一頁。
(118) 東京高判昭和三〇年三月一九日東高時報六巻三号六一頁。
(119) 最決昭和三二年七月一九日刑集一一巻七号一九八七頁。
(120) 大判明治四一年二月二七日刑録一四輯一三六頁。
(121) 大判昭和一〇年六月二五日刑集一四巻七三二頁。
(122) 大判大正七年六月一七日刑録二四輯八四四頁。
(123) 大阪地堺支判昭和四六年三月一五日判タ二六一号二九四頁。本件がその見張り行為を幇助犯として認定した理由は、次の通りである。すなわち、「被告人両名間にA殺害の共謀があったか否かについて判断するに、前期認定のとおり被告人MはAの頚部を扼しはじめた際、被告人Hに対し『いてまうぞ、Sが来るかわからんからみてこい』と言ったわけであるが、それより以前に被告人両名間でAの殺害を共謀したと認めるべき証拠は何等存在せず、また前掲各証拠によれば、判示第一の冒頭に記載した経緯で被告人両名とAの三名が同居するようになったが、被告人Mは、Aが考えていたほどには金を持っておらず、Aがいるため被告人Hと情交関係を結ぶにも邪魔であるし、Aが被告人Hに接近することに対する嫉妬心などから、潜在的に場合によってはAを殺害しようということを考えていたかもしれないが、被告人HはAが邪魔でこれを殺害したいという程の気持ちがあったとはとうてい認めがたいところである。問題は被告人両名の関係がAに見破られ、被告人MとAとが争いとなったとき、被告人Mが被告人Hに『いてまうぞ、Sが来るかわからんから見てこい』と言い、被告人HがSの見張りにいったことから共謀の事実が認められるか否かであるが、被告人Hが被告人Mの右言葉を聞いて、

被告人MがAを殺害しようとしていることを認識したことは明らかである。ところで共謀が成立したというためには、単に他人が犯罪を行うことを認識しているだけでは足らず、数人が互に他の行為を利用して各自の犯意を実行する意思が存することを要し、被告人H自身にもAを殺害しようとする意思の存することが認められなければならない。その点で前判示のとおり、被告人Hが、被告人Mの言葉にしたがってSを見張る行為に出ていることが認められるが、そのことから被告人HがAを殺害することを決意ないしは欲してSの見張りを引き受けたとみるのは早計であり、その際における同被告人の心情、当事者間の関係および状況などを総合して判断すべきものであるところ、同被告人の前掲司法警察員に対する供述調書によれば、『私もおじいちゃんから金さえ貰ったらあとはどうせ放ろうと思っていた矢先でもあったので、おじいちゃんがにいちゃんに殺されても仕方がないが、おじいちゃんが殺される苦しいそうな顔やうめき声など聞いたりするのは堪え切れなかったので家を出て……』となっており、また同被告人の検察官に対する供述調書では、『私はMに対しおじいちゃんを殺すのはやめというようには言える立場でなく、私とMとでおじいさんを騙していたのがばれ、その結果おじいさんが怒り出したわけですからMの考えておることに従うことになり、MをとめないでそういうようにMがおじいさんを殺そうとしているところへSが来たら具合が悪いのでこれをやめようと思って……』となっている。右両供述調書の記載からは被告人Hの心情としてはAが被告人Mに殺されても仕方がないと考えたことが認められる程度であって、被告人H自身も積極的にAの殺害を決意ないし欲したことまでは認めることができず、また見張りに出た際も、Sの来るのをとめるためであったが、Aが殺害された現場にいたたまれないという気持ちもあったわけで、両被告人間の判示のような関係に加えて、被告人Mの言うままにSの来るのを見張ったことが認められ、その態度は消極的で、専ら被告人Mのために見張りをしたことが認められ、被告人Hが被告人Mの前記言葉を聞いて見張りをしたとしても、その際の被告人Hの右のような心情、両被告人間の関係、犯行前の前記被告人Mと被告人Hの対Aに対する感情の相異、本件犯行の突発性等の諸事情に徴すれば、本件で被告人Hの共謀を認めるのは困難であるといわなければならない。さらに被告人Hの判示電気釜のコードの授受行為から共謀が認められないかという点についても、前掲各証拠によれば判示のとおり『手ではあかん、とどめをさすから紐を持ってこい』という被告人Mの指示で被告人Hが右コードを手渡したことが認められるが、前記見張りの場合と同様に被告人Hの態度は消極であり、その心情も変わっておらず、被告人Mと一緒になってAを殺害しようとして渡したというよりは専ら被告人MのA殺害行為に奉仕する形で渡したものであることが認められ、このことから被

告人Hの共謀を認めることも困難である。されば被告人Hの判示見張り行為および電気釜コードの授受行為はいずれも被告人MのA殺害行為を容易ならしめるためになされた行為であることが認められるから、被告人Hについては判示のとおり殺人幇助罪が成立するに過ぎないものと結論するのが相当である」。

(124) 大判大正一一年一〇月二七日刑集一巻五九三頁、大［連］判昭和一一年五月二八日刑集一五巻七一五頁、最判昭和二五年二月一六日刑集四巻一八四頁など。

(125) 大判昭和二年一二月八日刑集六巻四七六頁。

(126) 大判明治二九年一二月一七日刑録二輯一一巻五六頁、大判明治三六年六月二日刑録九輯九三七頁。

(127) 大判明治四四年一二月二一日刑録一七輯二二七三頁、大判大正二年二月一八日刑録一九輯二一七頁。

(128) 大判明治四二年六月八日刑録一五輯七二八頁、大判大正一一年一〇月二七日刑集一巻五九三頁、最判昭和二三年三月一一日刑集二巻三号一八五頁、最判昭和二三年三月一六日刑集二巻三号二二〇頁、最判昭和二三年五月二五日刑集二巻五号五〇七頁、最判昭和二三年七月一日裁判集［刑事］三号五頁、最判二三年七月二〇日刑集二巻八号九七九頁、最判昭和二三年七月二二日刑集二巻九号九九五頁、最判昭和二三年一〇月一九日裁判集［刑事］四号四六三頁、最判昭和二三年一〇月三〇日刑集二巻一一号一四二七頁、最判昭和二三年一一月九日裁判集［刑事］五号一九一頁、最判昭和二三年一一月一八日裁判集［刑事］五号三八七頁、最判昭和二四年五月二四日裁判集［刑事］一〇号四一七頁、最判昭和二四年九月二二日裁判集［刑事］一三号五五一頁、最判昭和二五年一月一九日裁判集一六号七一頁、最判昭和二五年二月一六日刑集四巻二号一八四頁、最判昭和二五年六月二〇日裁判集［刑事］一八号二七五頁、大阪高判昭和二四年一〇月二六日特報二号二六頁、東京高判昭和三一年五月二六日東高時報七巻六号二一六頁など。

(129) 大判大正五年一一月一七日刑録二二輯一七九一頁、大判大正一一年一〇月二七日刑集一巻五九三頁、大判昭和九年五月一七日刑集一三巻六三四頁、最判昭和二三年三月一六日刑集二巻三号二二〇頁、最判昭和二三年四月一七日裁判集［刑事］一号七〇一頁、最判昭和二三年五月二五日刑集二巻五号五〇七頁、最判昭和二三年七月一日裁判集［刑事］三号五頁、名古屋高判昭和二四年七月二五日特報一号六八頁、東京高判昭和三三年九月二九日東高時報九巻九号二五四頁など。

(130) 最判昭和二三年七月二二日刑集二巻九号九九五頁。

(131) 大判明治四二年六月八日刑録一五輯七二八頁。

(132) 大判明治四四年一二月二一日刑録一七輯二二七三頁、朝鮮高等法院判決大正九年一一月四日朝高録七巻一三九頁。

(133) 大判大正二年二月二一日刑録一九輯二二九頁。

(134) 朝鮮高等法院判決大正一〇年五月一二日朝高録八巻一七〇頁。

(135) この判決は、次のように判示していた。すなわち、「共同正犯は数人が各自己の犯罪を実現する意思を相通じ共同して犯罪を実現するものをいうのであって、正犯者各自の行為は互に他の正犯者のために奉仕し各人は他の正犯者の行為を自己の為に利用するものであるから、正犯者各人は自己の行為は勿論他の正犯者の行為についてもその責に任ずべき関係にあるものである。故に正犯者の或る一人は単に補助的な行為をなしたに止る場合或は全然犯罪に加工しなかった場合においても他の正犯者が犯罪を実行した場合実行正犯の責任を免れないのである。これに反して従犯は他人の行為を利用して自己の犯意を実現させる意思なく他人の犯罪を幇助する意思を以て実行行為以外の行為を以てこれを幇助するものである。この場合他人の犯罪か自己の犯罪かという区別は単に他人のため或は自己のためというと異なり実行行為と離れて観念することはできないで、他人のためにしたのでも実行行為をすれば即ち自己の犯罪なのである。而して他人の犯罪に加功するのが従犯なのである。右の観点から観察すると窃盗行為の見張りは或は正犯を以て論ぜられ或は従犯と観られる場合があるが、その区別の標準は専ら自己の犯罪を共同して実現する意思であったか或は他人の犯罪を幇助するだけの意思であったかにあり、これによって両者が分かれるのである。よってこの標準に従って本件を見るに原判決の挙示している司法警察員作成の被告人の供述調書によると被告人は埼玉のMと約束した通り午後一一時頃日立駅階段の所へ行ったらMが待っており、海岸工場内より銅板を盗み出すのだから手を貸してくれといったので被告人は捕まると困るから嫌いだというたが、Mがとにかく行こうというたので承知し、判示工場に行ってMが先に次に被告人が五尺位の板塀を超えて侵入しそこでMが警察官が外を通るかも知れないから自分が盗んでくるから君は見張をしてくれといい、被告人はこれによって見張をしていたらMが一人で変電所の方へ行き一〇分位して銅板を七枚程持って来、再び変電所の陰に行き同様のものを七枚運んだ。それからその品を塀の下から外に出し被告人は内七枚をマフラーで縛りMも七枚程持ち各自これを担いで弁天地付近迄来た時に警察官が来たので品物をその場に捨てて逃げたが遂に捕えられたとあるから被告人の意思はMから頼まれて特定の幇助的行為に限定せず、本件窃盗行為に全面的に加担する意思即ち自分も窃盗をなす意思で承諾し塀を超えて工場内に侵入してから偶偶Mから役割の分担として見張をいわれこれをなしたものと認められるから原判決が右証拠を以

て被告人をMと共謀して原判示窃盗行為をなした正犯なりと認めたのは相当である」。

(136) この判決は次のように判示していた。即ち、「窃盗罪の見張行為は或場合には共同正犯であることがあり或場合は単に従犯に止ることがある。共同正犯は数人が互に協力して自己の犯罪を実現する意思を以て自己の行為を自己の犯罪実現に利用すると同時に他人のためにも奉仕し他人の行為を又自己の犯罪実現に利用するもの即ち互に利用奉仕の関係に結ばれているものである。従って各人は自己の行為に対する責任は勿論他人の行為の責をも負担し結局において各人は全員のなした行為に対する責任を負うものである。故に共同正犯者の一人は単に見張をなしたに過ぎなくとも或は何等行為をしなくても他の共同正犯者が犯罪を実現した以上は正犯たる責任を免れないものである。これに反して従犯は自己の犯罪を実現する意思はなく専ら他人の犯罪実現に奉仕するものである。即ち相互的に利用奉仕の関係にあるのでなく一方的に奉仕の関係あるのみである。この場合他人の犯罪とか自己の犯罪とかいうのは単に他人のためとか自己のためとかいうのと異なり実行行為を離れて観念することができないもので他人のためであっても実行行為をするものは即ち自己の犯罪なのである。窃盗の見張りが共同正犯であるか従犯であるかは右の見地に立って判断しなければならないものであるが右の見地に立ち本件記録を精査すると被告人を共同正犯と認定した原判決は事実誤認である。従って原審の科刑は重きに過ぐるものがある。論旨いずれも理由があり原判決は破棄を免れない」と。

(137) 名古屋地判昭和三六年四月二八日下刑集三巻三＝四号四三七八頁。

(138) 名古屋高判昭和三六年一一月二七日高刑集一四巻九号六三五頁。

(139) すなわち、一審は、「予備罪は、教唆犯或いは従犯のように、正犯者のために加功するものと異なり、自己の犯罪の目的のために犯意を実現する行為であって、換言すれば、いわゆる基本的構成要件の実現を目的とする犯罪意思行為であると言いうるから、予備罪の成立には、行為者において、基本的犯罪類型の充足を目的とする意思が必要であって、これを殺人予備について言えば、行為者が、自ら殺人の意図をもって、その準備行為をすることが必要と考えられる。そこで、本件についてみると、前掲各証拠によれば、被告人は、Yから、同人がBを殺害する意図を有することを打ち上げられて、Yに青酸ソーダを手渡しているが、被告人としては、Bを殺害する何らの動機原因もなく、同人を殺害する意図も毛頭なかったことが認められるから、被告人に対して、殺人予備罪をもって、処断することはできないと言わねばならない。しかして、判示のとおりYが、Bを殺害するため、青酸ソーダを入手して、その準備をしたことは、まさに殺人予備行為で

あり、被告人において、右の情を知って、青酸ソーダをYに手渡したことは、同人の殺人予備行為を容易ならしめたものであるから、被告人の行為は、殺人予備の幇助に該当すると解するのを相当とする。こう考えると、犯罪の予備は、『実行行為に着手する』以前の行為であるから、刑法第六一条の教唆犯は、人を教唆して『犯罪を実行せしめた』る者とすることからして、同法第六二条の従犯もこれに従い解釈されていることから、実行行為以前の行為である予備には、刑法第一編総則の共犯規定の適用がないのではないかとの文理解釈からの反論があり、又、刑法第七九条が予備の幇助について、特に規定しているのは、他の予備罪には、刑法総則の幇助の適用がないのではないかとの疑問も生ずるが、刑法第一編総則の共犯規定は、特別の規定がないかぎり、同法第二編に規定する各種の犯罪にこれを適用すべきものであるし、前者の反論に対しては、一般に実行行為とは、刑法各本条に規定する犯罪構成要件に該当する事実を実現することと解されているが、予備罪も基本的な構成要件の修正形式ではあるが、一個の構成要件をなしているものであるから、これを充足する行為は、実行行為であると考えられ、又、後者の疑問に対しては、刑法第七九条は、内乱罪の組織的集団犯の特質から、その刑について特に加重して規定したものにすぎないもので、他に予備の幇助を罰しない趣旨ではないと言いうるので、予備罪について、従犯の成立を否定する理由もないから、前述のとおり主たる訴因を排斥し、本件を殺人予備の幇助と認定したものである」と。

(140) すなわち、二審は、「わが刑法は、予備罪の従犯を処罰するのは、特に明文の規定がある場合にこれを制限し、その旨の明文の規定のない場合は、一般にこれを不処罰にしたものと解すべきである。すなわち、総則規定としての刑法六二条の規定は、予備罪が独立に処罰される場合においても、当然にその適用があるものではない、ということになるわけである。してみれば、殺人罪の予備罪の幇助行為について、特にこれを処罰する法律の規定はないのであるから、被告人の原判示所為を殺人予備罪の幇助（予備幇助罪）として処罰した原判決は、既にこの点において法律の解釈を誤った違法があるものというべきである」と判示した。

(141) 最高裁決定昭和三七年一一月八日刑集一六巻一一号一五二二頁。

(142) 大阪高判昭和三八年一月二二日高刑集一六巻一号一七七頁、同旨のものとしては、東京高判昭和四八年四月二六日高刑集二六巻二号二一四頁などがある。

(143) ちなみに、上述の名古屋高裁・大阪高裁の判決は以下のように評価されている。すなわち、「以上の名古屋高裁の判決も

大阪高裁の判決も、予備罪を基本的構成要件の修正形式として、その実行行為性を認める点は共通しているが、大阪高判が、明文がなくても予備の従犯を処罰できるとした点、さらに予備罪の共同正犯と従犯の区別に関して、名古屋高判が予備罪を修正形式ではあっても基本的構成要件とは独立した固有の構成要件に転化したものと把握し、その予備構成要件の実行行為の共同正犯、従犯の成立を考えているのに対し、大阪高判が基本的構成要件をもとに、その前提として予備を把握し、元来、基本的構成要件の共同正犯、従犯となるべき者が、正犯か予備に止どまった場合を予備罪の共同正犯、従犯とする点で異なっている（村上光鵬・前掲「共謀共同正犯」三七六～三七七頁）。

(144) 滝川・前掲『犯罪論序説』二二六頁など。

(145) 牧野・前掲『刑法総論』上巻六七七頁以下など。

(146) ちなみに、中国の刑法学では、この両説に対して以下のような評価が見られている。つまり、前者については、「犯罪共同説は、厳格に共犯成立の条件を確定することによって、共犯者の構成範囲を厳格に制限し、従ってこれ自体が封建的独裁の刑法の批判なので、歴史上において異論なく進歩的な意義を持つのである。しかし、この説にはそれなりの限界があるのである。すなわち、それは、因果関係論中の原因説を共犯論の基礎とすることによって、共犯の成立・共犯者の区別を科学的に説明することができない、という点である」（李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』一九六頁）や、「共同犯罪説は、厳格に共同犯罪の範囲を制限するので、歴史的な進歩の意義を持つが、しかしこの説は客観主義を基礎として打ち立てられたものなので、共同犯罪の範囲は拡大され（たとえば、その内一部分の学者が事後幇共犯を認めること）または縮小され（たとえば、その中の一部の学者が片面的共犯を認めないこと）ることになり、従って科学的に共同犯罪の範囲を確定することはできなかったのである」（陳興良・前掲『共同犯罪論』六七頁）と評価しているのに対して、後者に関しては、「共同行為説は、ある程度共同犯罪の範囲を拡大したが、刑法理論上取り入れるべきところもある。たとえば、事前の通謀がある事後の共犯を否定することや、片面的共犯を認めることなどは、我々にとって参考にするのである」（陳興良・前掲『共同犯罪論』六八頁）と評価している。もちろん、この評価自体に大いに疑問が有りうると思われるが、それを別として考えるならば、以上の論述から見ると、その論者は主に共犯の成立の範囲からその両説を把握しようとするのであると言えよう。そして、中国においては、この共同犯罪の範囲が如何に確定されるかについては、「社会において存在する共同犯罪の現象及びその共同犯罪を処理する司法実践の客観的要求によって決定されるべきである」（陳興良・前掲

『共同犯罪論』六九頁）という見解や、「共同行為者の客観面と主観面との統一を基準とすべきである」（李興燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』一九六頁）という見解等が行われている。しかし、私の考えでは、共犯の範囲はあくまで共犯とは何かということによって決定すべきなのである。何故ならばそれは共犯自体を越えては考え難いからである。換言すれば、共犯の範囲というものは正に共犯自体なのである。

(147) 大塚・「共犯の本質」『大コンメンタール刑法』第三巻二四一頁など参照。

(148) ちなみに、中国の刑法学においては、この両説についての評価が見られるほかに、この問題に関しては新しい説が作られているのである。まず、前者についてであるが、以下のように評価している。たとえば、「共犯従属性説は、正犯の行為を中心として教唆犯・幇助犯を正犯の存在に従属させることによって、厳格に共犯の構成条件を制限し、一定の程度で正確に正犯と共犯との関係を示したので、従って取るべきところがある。ところが刑法理論から分析すれば、この説には多くの欠陥もあるが、その原因は、客観説に求められる。つまり、この説は客観主義に立脚して行為者の主観犯意を無視し、主観と客観との関係を切り離すのである。従って、単純に行為の分業によって共同犯罪人を正犯と共犯とに分けるのである」（陳興良・前掲『共同犯罪論』五一頁）というものや、「刑法理論から分析すると、共犯独立性説は、極端的共犯独立性説の外に取るべきところがあるのである。この説は、共犯の可罰性を本人が行った行為を基礎に打ち立て、教唆犯における主観の悪性につき十分に注意し、従ってある程度共犯従属性説の欠陥を克服したのである。しかし、この説は、主観主義のもとで樹立されたものなので、客観主義の共同犯罪理論と同じように主観と客観との連係を切り離すことによって、共犯の正犯に対する従属性を断じて否認するので、正確に正犯と共犯との関係を示すことには役立たないのである」（陳興良・前掲『共同犯罪論』五二～五三頁。なお、この両説とほぼ同じ評価をしているものとしては、李光燦・馬克昌・羅平・前掲『共同犯罪について』二〇三頁以下などがある）というもの、などである。次に、後者に関してであるが、たとえば、教唆犯の成立またはその可罰性は二重性を持つ（伍柳村・「教唆犯の二重性に関する試論」『法学研究』一九八二年第一期一七頁）とされている。この見解によれば、教唆犯は、従属性と相対的独立性とを持つべきだ、と主張しているのである。すなわち、それは、教唆犯における犯罪の意図は、必ず被教唆者の決意かつその者が彼による犯罪行為を行ったことを通じて、危害の結果を発生しあるいは犯罪の目的を実現しうるわけであるが、さもないとその危害の結果の発生または犯罪目的の実現と言うことは不可能なので、故に教唆犯と被教唆犯との関係について言えば教唆犯は従属の地位にあって、従

って従属性を持つと言えるのに対し、それと同時に共同犯罪においては教唆犯は教唆行為を通じて被教唆者との間には既に人と人との社会関係を発生させ、しかもこのような社会関係において他人を教唆して犯罪を行う行為自体は社会に与える危害性の重大性の程度を顕示したので、被教唆者が犯罪行為を実行したか否かを問わず教唆行為自体を犯罪と見なすべきであって、よってこの意味で教唆犯は共同犯罪において相対的に独立の地位を持つわけで、従って相対的な独立性もある、と言うものである。しかも、多くの中国刑法学者は、この「教唆犯の二重性説」に賛意を表明したのである。たとえば、この見解は、教唆犯の従属性と独立性とを巡る伝統的な論争を突破し、独自の道を切り開き、非常に有望である（馬克昌・「教唆犯論」『法律学習と研究』一九八七年第五期一六頁）、というものなどである。ところが、もしこの説に従うならば結局教唆犯という共犯者は既に共同犯罪から排除されたと解釈することに他ならないと、わたしは思う。何故ならば教唆犯の独立性を認める以上、教唆犯の従属性が存在する意味は既になくなるからである。言葉を換えて言えば、その両者（従属性と独立性）は併存することはできないのである。すなわち、教唆犯は既に被教唆犯とは無関係ということになる。よってこの見解は否定すべきであると言えよう。では、このような考え方がなぜ中国の刑法理論に現れたのか。その原因は私には、既に見てきた中国刑法第二六条第二項が「理論根拠」を提供しているところにあると思われる。この意味からすると、この二六条第二項は改める必要があると考えられるであろう。ところで、残念なのは、中国の刑法学においては、この見解の欠陥が認識されなかったどころか、反ってすべての非実行犯（「狭義の共犯」）にまで拡大されようとしている点である。たとえば、陳興良教授は自分の前掲『共同犯罪論』という著書の五三頁において、「教唆犯だけはその二重性を持つばかりではなく、組織犯と教唆犯などの非実行犯も全てがこのような二重性を持つのである。かような認識に基づいて、我々は批判的に共犯従属性と共犯独立性を参考にしたうえで、共犯従属性と共犯独立性との統一説を樹立して、これによってわが刑法中における実行犯と非実行犯との関係を解釈するのである」、と主張している。ところで、今更指摘するまでもなく、もし先の私の「教唆犯の二重性」の見解についての分析が許されるとすれば、非実行犯による共犯者、すなわち教唆犯・幇助犯・組織犯（犯罪集団または集合的犯罪において組織・計画・指揮の役割を果たした者）は共同犯罪から排除されるという結果になるわけである。すなわち、中国における共同犯罪は実行犯によるものしか残らないということになるはずである。要するに、この説は、先の「教唆犯の二重性」の見解と同じように、共犯従属性と共犯独立性とを統一させるということ自体に既に矛盾を孕んでいるのである。この意味で、この説は結局賛成し難いと言わざるを得ないであ

ろう。

(149) 草野・前掲『刑法改正上の重要問題』三一八頁など。

(150) なお、中国刑法第二六条には「独立教唆犯」を認める規定があるのは、既に見たとおりである。

(151) 宮沢浩一・「イタリーにおける共犯論」『現代の共犯理論』斎藤還暦昭和三九年四一二頁。なお、ほぼ同じような立法例として、ブラジル刑法典「二五条」がある。すなわち、「何等かの方法で、犯罪に共働した者は、当該犯罪について予告された刑罰に処する」（高橋則夫・『共犯体系と共犯理論』一九八八年三四頁）。

(152) 高橋・前掲『共犯体系と共犯理論』三六頁。

(153) 大塚・「共犯の処罰根拠」『大コンメンタール刑法』第三巻二四五～二四六頁参照。

(154) 泉二・前掲『日本刑法論』六八二頁以下など。

(155) 平野龍一・『刑法総論Ⅱ』昭和五〇年三三一頁など。

(156) 牧野・『刑法総論』下巻全訂版・昭和三四年六七五頁以下。

(157) たとえば、植松教授は、前掲の『刑法概論・Ⅰ総論』の三四九頁において、この問題について次のように論述している。すなわち、「共犯の成立には、主観的要件としてはいわゆる意志の連絡、客観的要件としては実行行為が必要である」と。

(158) ちなみに、共犯の成立要件につき、先の注釈のところで見たような植松教授の見解が存するが、しかし単独故意犯の場合には、その主観面においてはほとんど異論なく「故意」という用語が使われるが、刑法理論体系の統一性という視点からは、共犯が成立するための主観的要件として「共同の故意」という用語を使うべきではないかと、私は思う。また、共犯の成立には、客観的に見れば一般に基本的な構成要件に該当する実行行為が必要であるが、しかし以下に述べるように必ずしも関与者のすべてがそのような行為を行ったことは必要ではない。