



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	共謀共同正犯に関する試論（1） 一日中両国の共犯理論に即して－
Author(s)	畢, 英達; BI, Ying Da
Citation	北大法学論集, 46(3), 101-200
Issue Date	1995-09-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15621
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(3)_p101-200.pdf



「共謀共同正犯」に関する試論（一）

— 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
- 一 本稿研究の目的
- 二 本稿の構成
- 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」

- 一 旧刑法時代
- 二 現行刑法下の大審院時代
- 三 現行刑法下の最高裁判所時代
- 四 小 括
- 第二節 学説による「共謀共同正犯」の論争
 - 一 共同意思主体説とその反論・質疑
 - 二 間接正犯類似説とその反論
 - 三 意思支配説・目的的行為支配説とその反論
 - 四 新しい学説の展開とその反論
 - 五 小 括

(以上、本号)

序 本稿研究の目的とその構成

一 本稿研究の目的

(3) 共犯論は、刑法理論上「絶望の章」⁽¹⁾や「さらに苛烈なもの」⁽²⁾と称せられるほど議論が錯綜している領域であり、犯罪論における諸問題が集約的に展開されている。そのため非常に理解が困難である反面、理論的関心を抱かせる分野である。⁽⁴⁾また、中国においても共同犯罪形態による犯罪が多く、⁽⁵⁾判例や学説も対応に苦慮している状況にある。⁽⁶⁾

このようなことから、私は、共犯（共同犯罪）論を研究テーマに選び、これまで中国の共同犯罪現象について理論的

な解明を推し進めてきたが、中国の議論の状況には満足できず、次第に理論の視座を日本に転じ、この問題領域を学説・判例がいかに扱い、どのように展開しているのかという点に関心を持つようになった。⁽⁷⁾

共犯論といっても問題領域は広く、しかも日本と中国では議論の基盤も異なっていることから、単純に比較検討するだけでは、得るものは少ないかも知れないが、しかし共犯という現象を犯罪として認めるかぎり、日本或いは中国ないし他の国であるかを問わず基本的に同じ法理を持つべきではなからうかと、私は思う。この法理を究明することは、刑法学者にのみ課せられる使命ではなく、私のような刑法学の初心者も当然負うべき義務である。

周知のように、日本の現行刑法典が施行されてから、既に八十年以上の歴史がある。この間に日本において、その刑法規定のもとで具体的事案の適法な解決を目指した努力の結晶であるばかりではなく、今後の刑事実務にとつての貴重な先例でもある。他方、共犯の規定および共犯の判例に対する学問的研究も、近年は多角的に進められており、優れた業績が積み重ねられている⁽⁸⁾。しかし、それにもかかわらず、日本の刑法の学説においては、共犯、特に共同正犯を巡る議論は未だにきわめて活発である⁽⁹⁾。そのうち、もつとも議論の激しいのは、何といつても「共謀共同正犯」の成否に関する問題である。

周知のように、日本の「共謀共同正犯」という概念は、判例によって作り出されたものだとされている。しかも、判例は、大審院時代以来首尾一貫してそれを肯定してきたのである。では、判例はなぜ「共謀共同正犯」を必要としてきたのか。その理由について、日本の学説では様々な指摘がある。たとえば、

第一に、集団や組織の中心的存在であつて、その配下の者を精神的・物質的に支配して、犯罪行為にいたらしめる、いわゆる背後の大物の処罰を確実に行うためであり⁽¹⁰⁾、しかも、このような黒幕・大物は、単なる狭義の共犯とするので

は不十分、より重く処罰されるべきであるという配慮があるとされる⁽¹¹⁾。あるいは、背後において計画を立て実行を指示した者は、実行者に比較して実質的に必ずしも軽い役割とはいえず、正犯という名称にはその犯罪の「主犯」という実質的な評価機能もあり、狭義の共犯とすると、実行者と同等、或いはより重い刑を科することが困難であるともいわれる⁽¹²⁾。

第二に、現実の関与形態としては狭義の共犯の理念型では把握しにくい場合が多いためであるとも言われる。現実には、話合いの過程で互いに影響しあつて次第に犯意が形成されて行くという、言わば相互教唆・相互精神的補助の複合した形態を取ることが多く、この実態を捉えるためには「共謀」という概念がより適していることになるのである⁽¹³⁾。

第三に、犯罪事実にかかわる訴訟上の簡便性が挙げられている。すなわち、ある関与者につき教唆犯あるいは従犯の罪責を問うためには、それがこの者により、いつ、どこで、誰に、どのようになされたのかを特定し、立証しなければならぬ。特に教唆の場合は、それによつて実行者が犯意を生じたことも立証・認定されなければならない。しかし、それは困難かつ煩瑣であるので、起訴状あるいは判決文に「共謀の上」と表示して一括・処理するほうがはるかに簡便であるという、非常に現実的な発想なのである⁽¹⁴⁾。

これらは、いずれも判例が「共謀共同正犯」を認めている要因であるかも知れないが、しかし私は判例が「共謀共同正犯」を必要としてきた理由としては、主に以下の二つを挙げうると思う。

その一つは、共犯関係におけるいわゆる背後の「大物」・「黒幕」を「共謀共同正犯」として扱わなければ、それを処罰しきれないという事情である。実際の事案においては、実行を行わない共謀者が当該犯罪を組織・立案画策し末端の構成成員にその実行を指示するというような、真に黒幕的な存在であることは、紛れもない事実である。確かに、犯罪

の故意を有していない者を組織・画策して犯罪を実行させた場合には、その組織・画策した者を、今まで日本における教唆犯に関する通説によれば教唆犯として処罰することが可能であるが、しかし小暮教授が論じているように、⁽¹⁵⁾ 教唆が犯罪意思のあらたな喚起であるかぎり、既に犯意を共有する場合などにおいては、いかにも重要な役割を演じた首謀者について、それを教唆犯として「正犯二準ス」る処罰の対象とすることはできないであろう。⁽¹⁶⁾ まして、すでに犯罪の故意がある他人を組織・画策しその実行に当たって指導した場合をやである。いずれにせよ、このような大物の全てを教唆犯として処罰することは不可能であるといつてよい。ところが、その残ったものが、教唆犯或いは「正犯性の網から洩れるとすれば、端役をとらえて主役を遁す、とのそしりを免れない」⁽¹⁷⁾ であろう。まさにこのような考慮が、「共謀共同正犯」という概念の確立を促したのだと考えられる。

もう一つの理由としては、他の共犯関係における共謀重罰という要請が挙げられよう。周知のように、日本の判例で「共謀共同正犯」を否定し、幫助犯を認めた事例は、ほとんど事実認定において、結局「共謀」までは認められず幫助に止まると判示するものばかりである。つまり、このような事例については、判例は、「共謀」によって正犯か從犯かを区別しているといえよう。しかし、そのことが、共謀重罰の要請に仕える側面のあつたことは否定しえないであろう。

ところで、このような分析が仮に許されるとすれば、それは「共謀共同正犯」を肯定する理由とならないことは、言うまでもないであろう。この「共謀共同正犯」という概念に対して、学説は従来、草野判事提唱の「共同意思主体説」の支持者を除くと、一致して判例の態度に強く反対してきたが、しかし「判例の動かしがたい定着状況に鑑み、いたずらに共謀共同正犯を否定するよりも、これを理論化して適切な限定を図るべきだ」⁽¹⁸⁾ というような顧慮があつた故か、近時では「共謀共同正犯」を正面から否定するのではなく、一定の範囲に限定してそれを認めようとする見解が増えつつ

(19)ある。とはいえ、「共謀共同正犯」をめぐる学説上の帰趨がこれによって決せられたわけではない。何故ならば、その帰趨は、あくまでいかにして実行行為を行わない共謀者を、合理的に処罰するのかという点に左右されるからである。まして、本稿の第三章で論じる如く、「共謀共同正犯論」は結局否定されるべきなのである。

言うまでもなく、判例および学説の肯定説は、その「共謀者」を共同正犯として処罰しようとするが、しかし問題は、その共謀者と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あったかどうかという点である。言い換えれば、その両者の間で、共同正犯の成立要件が満たされていたかどうかである。判例および肯定説は、この点について必ずしも十分な自覚を持ってきたとは思われない。もちろん、その両者の間において共同正犯の成立要件が満たされていないれば、判例によって作り出された「共謀共同正犯」の概念は否定されるであろう。つまり、理論上、「共謀共同正犯」が成立しえない所以を明らかにすることができるといえよう。

これに反して、学説の否定説は、「共謀者」を教唆犯・従犯として処罰すべきであるとする。ところで、否定説についていえば、すでに指摘したようにそのような「共謀者」のすべてを教唆犯として処罰するのは困難であるほかに、どのような場合を教唆犯として処罰すべきかが必ずしも明確ではなかったといえよう。まして、仮に一定の場合に限ってその「共謀者」を教唆犯として処罰することができるとしても、正犯の法定刑によって処罰することになる、という問題もあろう。

このような問題意識に基づき、本稿では、日本の「共謀共同正犯」の意味での「共謀者」をいかに処罰すべきかという点に関する中国の共同犯罪理論を加えて、「共謀共同正犯」の問題についての新しい解決のための糸口を得ることを目的としている。⁽²⁰⁾

二 本稿の構成

本稿は、以上の目的を達成するために以下の構成で書かれた。すなわち、第一章では、まず、日本の判例における「共謀共同正犯論」を概観することにする。その中から判例が「共謀共同正犯」を認める根拠の抽出をめざすと同時に、「共謀共同正犯」の成否にとって極めて重要な「共謀」についての解釈を見出だしたい。その上で、今日まで判例が認めてきた「共謀共同正犯」の種類を明らかにすることとしたい。次に、学説における「共謀共同正犯論」に関する論争を見ることにする。特に、「共謀共同正犯論」の肯定説が「共謀共同正犯」に与える理由づけと、判例が「共謀共同正犯」を認める根拠とはどこに差異が存するのかを、追求してみたい。また、否定説は一体どのような理由で「共謀共同正犯論」を否定しようとするのかおよび何に依拠してそれを処罰しようとするのかについて考究したいのである。最後に、従来の「共謀共同正犯」に関する立法の動きを概観することにする。要するに、この章では、これまでの日本における「共謀共同正犯」をめぐる理論を、正確に照射したのである。

第二章では、かかる「共謀共同正犯」という現象について、比較法的視点から、中国共同犯罪理論による分析を試みることにする。まず、中国刑事法制における共同犯罪規定の沿革から見ることにしたい。そこにおいて、中国古代、特に封建的刑法法理に日本的な意味での「共謀共同正犯」を規制するための規定があったかどうかを究明したい。次に、中国現行刑法における共同犯罪の理論・論争、特に共同犯罪成立要件・「主犯」に関する部分を重点的に考察することにする。そしてそれによって、「共謀共同正犯」という共謀共働現象を合理的に解決するための何等かの示唆を得たいと考えている。最後に、中国の共同犯罪理論で日本の判例が認めてきた「共謀共同正犯」の種類を分析することにする。その中から、現在の中国における日本の「共謀共同正犯」の意味での「共謀共働現象」をめぐる理論が、日本の「共謀

説
共同正犯論」およびその肯定説と異なっている点を明らかにしたのである。

論
第三章では、「共謀共同正犯論」とその肯定説についての批判的検討を行う。この章では、主に共同正犯の成立要件という視点から、「共謀共同正犯」を否定すべきであることを究明しようと試みる。そこで、まず日本における共同正犯の成立要件に関する理論の諸相から見ることにする。この概観を通じて、その理論が、共犯の本質とは何かという問題と深く関わっていることを指摘したい。次に、自説展開の前提を述べることとする。つまり、共犯の本質から、なぜ共同正犯の成立には、「共同実行の故意」と「共同実行の行為」とが必要であるのかを検討することである。最後に、共同正犯の成立要件に関する自説を展開することにする。その中で、「共同実行の故意」と「共同実行の行為」の概念・特徴・種類などを、明らかにしたいと考えている。

第四章では、日本の「共謀共同正犯」の否定論および中国における共謀者に関する現在の共同犯罪理論を踏まえながら、第一章で抽出した判例が今日まで認めてきた「共謀共同正犯」の種類に関して、いかに処罰すべきかを順次に考究してみたい。

言うまでもなく、本稿においては、中国の立法政策上参考となるものを見出だし、理論化し、提示してみたい。そして同時に、日本の刑法理論の研究に多少とも寄与するところがあれば、筆者としては望外の幸せである。

- (1) 吉川経夫・「共犯従属性説か独立性説か」中義勝編『論争刑法』一九七六年一八七頁参照。すなわち、「共犯論は、しばしば刑法学における「絶望の章」と称せられるほど錯雑をきわめている」と。
- (2) 大塚仁・『刑法における新・旧両派の理論』昭和三十一年一五三頁。
- (3) なお、ドイツ刑法学者カントロヴィッツが「共犯論はドイツ刑法学においてもっとも暗黒にしてもっとも紛糾する章で

ある」(Kan torowicz, Der Straigesetzwurf und die Wissenschaft, Mon Krim Biol. Bd. 7 (1910), S. 306) といわれており、旧ソビエト刑法学者A・Hトライニンが「共同犯罪の学説は刑法理論上もっとも複雑な学説の一つである」(A・Hトライニン・『犯罪構成の一般的な学説』中国人民大学出版社一九五八年中国語版二三一頁)といわれているのである。

(4) たとえば、西村克彦教授が「共犯といえは、かくもたねの尽きないテーマではある」(西村・「東西の共犯論—温故知新のために」法律ひろば一七巻三号十頁)といわれており、まだ中国高銘暄教授が「共同犯罪という研究分野は、新しい道を切り開こうとする勇気がある刑法理論者にとって、いつまでも魅力が溢れる土地である」(高銘暄・「序」陳興良著『共同犯罪論』中国社会科学出版社一九九二年一頁)といわれている。

(5) たとえば、私は北京市崇文区人民法院(地裁に相当する)が一九八八年に審理した刑事犯罪事件を統計したことがある。この統計によると、一九八八年その法院が審理した刑事犯罪事件は一七九件である。そのうち、共同犯罪の形態による犯罪事件は三五件であつて、全刑事犯罪事件の約二〇%を占めるのである。

(6) ちなみに、ここで指摘したいのは、今中国では共犯という現象が、「共同犯罪」と称せられているのが普通である、という点である。本稿第二章第三節で見ると、中国現行刑法は共犯を「共同犯罪」として規定しているのである。ただし、それを「共犯」と呼ぶべきか、それとも「共同犯罪」と呼ぶべきかという問題については、中国の学説上、議論が存している。そしてそれは、次のような二つの見解に纏められる。一つは、「共同犯罪」と称すべきであるという見解である。この見解によると、ある論者は「共同犯罪」を共犯と称し、ある論者は「共同犯罪者」を共犯と称し、またある論者は「共同犯罪者」を共犯者と称しているが、しかしこのように人と事とを分けずには或いは人と事とを混淆させる、という表現は、理論の研究および司法実践上においては、極めて有害である。もう一つは、「共同犯罪」を共犯と略称することができるという見解である。この見解によると、共犯は一つの伝統的な刑法述語であつて、それを使用するときには注意さえすれば、理論上の混乱を生じることはないのである。日本でも、共犯を「共同犯罪」と呼ぶ論者がいる。たとえば、夏目文雄・上野達彦両教授は、そのような者である(夏目・上野・『犯罪概説』一九九二年二五一頁以下)。私には、共犯という現象は、「共犯」または「共同犯罪」のいずれと称しても構わないが、ただし「共犯者」を共犯と称することに留意する必要があると思われる。

(7) 西原春夫編・『中国刑事法の形成と特色』2、平成三年はしがき二頁参照。

- (8) この間には、数多くの著作〔主なものとしては、植田重正教授の『共犯の基本問題』（一九五二年）と『共犯論上の諸問題』（一九八五年）・斎藤金作教授の『共犯理論の研究』（一九五四年）と『共犯判例と共犯立法』（一九五九年）・大塚仁教授の『間接正犯の研究』（一九五八年）・西村克彦教授の『共犯論序説』（一九六一年）と『共犯理論と共犯立法』（一九六二年）および『共犯の分析』（一九六六年）・西原春夫教授の『間接正犯の理論』（一九六二年）・中義勝教授の『間接正犯』（一九六三年）・下村康正教授の『共謀共同正犯と共犯理論』（一九七五年）・大越義久教授の『共犯の処罰根拠』（一九八一年）と『共犯論再考』（一九八九年）・西田典之教授の『共犯と身分』（一九八二年）・佐伯千仞教授の『共犯理論の源流』（一九八七年）など〕が出版されたほかに、極めて多数の論文も公表された。
- (9) たとえば、過失の共同正犯や片面的共同正犯が認められるのか、予備罪の共同正犯や共謀共同正犯は肯定されるのか、見張り行為は共同正犯か従犯かなどの問題が、それである。ところで、これらの問題はいずれも、共同正犯の主観或いは客観的成立要件のいずれかまたは主観・客観の両方の成立要件に関係すると言つてよいであろう。従つてそれらの問題を究明するためには、どうしても共同正犯のもつとも基礎とでも言うべき「共同正犯の主観・客観両成立要件」の研究をさらに進めることが不可欠だと思われる。
- (10) 村井敏邦・『共謀共同正犯』刑法雑誌第三二卷第三号平成三年五九頁。
- (11) 滝川幸辰・『共謀共同正犯』刑法の諸問題』昭和二六年二二六頁、団藤重光・『刑法綱要総論』平成二年版三九七頁、福田平・『全訂刑法総論』昭和五九年二五三頁以下など。
- (12) 平野龍一・『刑法総論2』昭和五〇年四〇〇頁、同・『正犯と実行』『犯罪論の諸問題（上総論）』昭和五六年一三三頁。
- (13) 本田正義・『共謀共同正犯の立法化』『現代の共犯論（斎藤金作博士還暦祝賀）』昭和三九年二〇四頁以下、藤木英雄・『共謀共同正犯』『可罰的違法性の理論』昭和四二年三〇七頁以下など。
- (14) 小暮得雄・『共謀共同正犯』ジュリススト五〇〇号昭和四七年四〇九頁、本田・前掲『共謀共同正犯の立法化』二〇六頁、藤木・前掲『可罰的違法性の理論』三〇五頁など。
- (15) 但し、今日における日本の定説によると、教唆犯の法定刑はせいぜい正犯と同じである。すなわち、「共同正犯」の刑と同一である。この意味で、先で見えてきた第一の「黒幕」重罰の要請という指摘については、疑問の余地があると思われる。
- (16) 小暮・前掲『共謀共同正犯』四〇八頁参照。

(17) 小暮・前掲「共謀共同正犯」四〇八頁。

(18) 白木豊・「正犯概念と共謀共同正犯」『上智法学論集』第三三卷第一号八八頁。なお、ほぼ同じな見解として、平野・前掲『刑法総論2』四〇二頁などがある。

(19) しかし、このような顧慮自体には問題があると思われる。というのは、学説・判例のいずれも、現行法について正しい解釈の義務を負うべき一方で、学説も立法機関に合理的な立法を求める使命があるからである。言うまでもなく、「判例に対する学説の自己規制は、学説の役割と責任とを放棄するもの」（立石二六・「共謀共同正犯」『刑事法学の現代的展開（上巻）』八木国之先生古稀祝賀論文集一九九二年二八〇頁）であろう。強いていえば、学者がいなくてもいいのではないかということになる。

(20) 周知のように、日本では今日まで「共謀共同正犯」については、ほとんど日本に特有な問題として検討されてきたのであるが、それは共謀共働現象としては、他国でも決して研究されていないとはいえないのである。この意味で、この問題についての研究は比較的法な視点で捉える必要があると思われる。特に後述するように、日本の学説では、判例による共謀共同正犯論は封建的法理に影響されたものであると言われているが、しかし日本の封建的法理が、中国の古代法、特に封建的刑法法理にかなり影響を受けたのは、周知のところである。また、今の中国では「共謀共同正犯」のような事件がたたくさん発生している。たとえば、「被告人甲・乙・丙は拳法を教えるという名目で無頼集団を結成しようとした際、甲を拳法師とし、乙を主管者とすることを決めた。そして、封建的な迷信を利用して相次いで三六名の成員を仲間に入れた。その後、全員を集めて祭壇を作り、血の酒を飲みながら、天に誓った。その上で、その成員が彼らの指示にしたがって相次いで無頼活動を行った」（陳興良・前掲『共同犯罪論』九五頁）というものや、「甲と乙とは最初に一つの窃盜集団を作り、一九八四年五月頃、甲は貴重品を窃盜しようとする考えを乙に伝えたところ、乙も同意した。その後、丙などの四人を派遣して目標を捜しに行かせたが、その報告を聞いた後、ある博物館に所蔵されている貴重品を窃取することに決め、甲と乙とは綿密な計画を立てた。この後、他の成員がその計画どおりにその貴重品を盗んだ」（陳興良・前掲『共同犯罪論』九六頁）というものは、それであろう（中国で正式に公表されている判例は極めて少数であり、とても共同犯罪規定の運用実態を系統的に明らかにできるようなものではないと思われるが、以上の二つ共同犯罪例は公表された本から抽出したものである）。このことから、本稿では専ら中国の共同犯罪理論を加えたのである。なお、周知のように英米刑事法では

「共謀罪 (conspiracy)」があるが、しかしそれは結局日本での「共謀共同正犯」と違うのは言うまでもない。但し、留意しなければならぬのは、日本では共謀を独立罪として罰する規定もあるということである(たとえば、後述の『国家公務員法』一一〇条一項一七号などである)。何故ならば、日本においてこのような「共謀罪」を認めることから、少なくとも以下の二つの問題が生じることとなるからである。一つは、違法的な行為について共謀しさえすれば罪となるが、なぜすべての犯罪についての共謀が罪にならないのかという問題である。もう一つは、「共謀共同正犯」の場合には、もしすべての共謀者が共謀行為に止まらるのならば、「共謀罪」の場合と全く同じなので、その共謀者たちをいかに処罰すべきかという点である。

(21) 従来¹⁾の学説は、判例が「共謀共同正犯」を認める背景に力を注ぐ余り、判例がそれを認める根拠を全体的に考察するまでにはほとんど至らなかったように思われる。ところが、この根拠についての考察は、非常に重要であることは言うまでもないであろう。

第一章 「共謀共同正犯」を巡る理論の考察

本章においては、特に判例によるいわゆる「共謀共同正犯論」はどのようなものであるか、および学説がそれに対していかに対応してきたかを改めて確認する。その上で、かつての立法の動きをも概観することにする。すなわち、ここでは、今日までの日本における「共謀共同正犯」をめぐる理論を一瞥するわけである。

第一節 判例における「共謀共同正犯論」

日本では、二人以上の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、実行行為に出なかつた共謀者も共同正犯となりうる、という「共謀共同正犯論」は、判例によって形成されて来たものであるといわれている。周知のように、日本では、「共謀共同正犯」に関する判例は旧刑法時代の大審院にまで溯り、その数は膨大なもので、ここではその全体を詳細に取り上げるとは到底無理であると思われる。幸いなのは、これまでの判例の系譜を辿つた論稿が、多数存在するので、本節においては、主に今日までの判例による「共謀共同正犯論」を、特にその根拠に重点をおいて概略的に考察することにした。この考察は、以下の三つの時期に分けて行うこととする。すなわち、一、旧刑法時代 二、現行刑法下の大審院時代 三、現行刑法下の最高裁判所時代、である。

一 旧刑法時代

旧刑法一〇四条は、「二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ正犯ト為シ各自ニ其刑ヲ科ス」と規定していたが、この条文について、大審院は、当初次のように単に共謀に留まる者は正犯ではないと判示していた。すなわち、「是ニ由テ之ヲ觀レバ、現ニ犯所ニ臨マサル者ニシテ教唆犯ニ非サルヨリハ、仮今犯罪ヲ共謀スルモ之ニ科スルニ正犯ノ刑ヲ以テスルコトヲ得サルヤ明白ナリトス」⁽³⁾。この判旨から、おそらく次ぎの二点を引き出すことができる。一つは、日本の判例においては「共謀」という用語が既に使われていたということである。もう一つは、仮に二人以上の者の間に共謀があつたとしても、実行行為に出なかつた者は他の実行行為に出た者との間では、共同正犯が成立しえないということである。

ただし、その反面、本判決は、共謀とは何か及びなぜ二人以上の者の間に共謀があつても共同正犯が成立しえないかという点については、何も示していなかつたのである。⁽⁴⁾これらのことは、本判決にとつて、惜しまれる点である。

しかし、その後、大審院は共謀による共同正犯という觀念を認めるに至つた。たとえば、恐喝罪につき、その共謀に加つたこと自体を実行行為であると判示していた。すなわち、「共二謀リテ事ヲ行フ以上ハ、何人カ局ニ当ルモ其行為ハ共謀者一躰ノ行為ニ外ナラス」。⁽⁵⁾これが、「共謀共同正犯」を認めた最初の判例であるといわれている。むしろ、この意味で本判決は、注目に値すると思われる。その判旨に鑑みると、「共謀共同正犯」を認めた根拠は、おそらく各共謀者が実行行為を遂行する前に、それらの者が既に共謀によつて一体となつたところにあると解される。⁽⁷⁾ところが、本判決は、前掲明治二四年判決と同じように共謀の意味については、やはり明らかにしていなかつたのである。

これ以後、旧刑法時代には、共謀共同正犯を認めた判例がなおいくつか存在する。たとえば、謀殺罪につき、前掲明治二九年三月三日判決と同じ理由で、人を殺害することを共謀し、一人が実行する以上、たとえ自ら手を下さなくても、その実行者と同じの罪責を負わなければならないと判示したものが⁽⁸⁾ある。また、誣告罪につき、誣告を共謀し、その一人が実行した場合、他の共謀者もその責を負わなければならないと判示したものが⁽⁹⁾ある。そして、本判決は、その理由につき、「数人共謀して誣告を為す場合に在ては其一人に於て其一人か犯罪の実行を為すも他共謀者全体か共に為したるものと見做すべきものなり」⁽¹⁰⁾と述べているのである。すなわち、本判決の理由は、前掲明治二九年三月三日判決とほとんど変わりが無いわけである。なお、ほぼ同じ理由で、文書偽造罪につき、公正証書および委任状の偽造行使を共謀し、一人が実行した以上、たとえ自ら手を下さなくとも、その犯行は共謀者一体の行為であつて、全員が共同正犯としての責を負うべきであると判示したものが⁽¹¹⁾ある。しかし、これらの判例のいずれも、やはり前掲判決と同じように共謀とは何かについて明言していなかつたのである。

ところで、注目すべきなのは、この時期の下級審において、共謀者を従犯と認定した判例があるということである。たとえば、長崎控訴院が、犯罪全部についてその方法を画策した者を従犯として処断したものが、⁽¹²⁾それである。しかし、その判決は、大審院によって何の理由も示さずに破棄されたのである。

以上で旧刑法時代の判例における「共謀共同正犯論」についての概観を終えるが、その内容を総括するならば、この時期においては、確かに未だ「共謀共同正犯」を認める判例の立場は確定していたとは言いが、⁽¹³⁾ただしこの時期の「共謀共同正犯論」には、おそらく以下のような特色があると言えよう。

第一に、大審院は、「共謀一体論」を、その「共謀共同正犯」を認める根拠としていたことである。

第二に、どの判例も、「共謀共同正犯」の成否にとって、極めて重要な共謀という概念の内容自体について、触れていなかったことである。⁽¹⁴⁾

第三に、以上の共謀共同正犯を認めた判例はいずれも、判決のなかで旧刑法第一〇四条を明示していなかったことである。⁽¹⁵⁾

二 現行刑法下の大審院時代

現行刑法六〇条は、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ハ皆正犯トス」と規定している。

大審院は、この規定の下で「共謀共同正犯」につき、当初から旧刑法時代以来形成されていた「共謀一体論」を踏襲し、同時に他の理論をも併用して、その成立を肯定していたのである。

たとえば、誣告罪につき、大審院は、「原判決ニ依レハ被告甲同乙ハ丙ト共謀シ虚構ノ事実ヲ申告シテ巡查Aヲ陷害

センコトヲ企テ其目的ヲ遂行スル為メ各行為ヲ分担シAニ対スル虚構ノ事項ヲ記載セル告發書ヲS裁判所及Y裁判所ノ各検事局ニ郵送シ又前同様ノ事項ヲ記載セル郵便證書ヲS裁判所検事局ニ郵送シ因テAヲ誣告シタルモノナレハ共犯中犯罪行為ニ干与セサル者アルモ既ニ共謀ノ事実アル以上ハ共謀者一体ノ行為ナレハ其中一人カ為シタル行為ニ付テハ他ノ干与セサル者モ共ニ其責ヲ免カルルコトヲ得ス⁽¹⁶⁾と判示した。むろん、本判決を見ると、その根拠は旧刑法時代の判例に示されていたものと何等変わりが無いと同時に、共謀という概念についても明らかにしていない、ということが知られる⁽¹⁷⁾。

ところが、その後、恐喝罪につき、大審院は、共謀者の一人が犯罪実行の任に当たられた場合には、その者は共同の犯意に基づいて共謀者全員のために実行したのであり、全員がその実行について責を負うと判示した。すなわち、「数人共謀シテ犯罪ヲ遂行スル為メ其方法ヲ画策シタル未共謀者中ノ一人ヲシテ之カ実行ノ任ニ当ラシメタルトキハ其担当者ハ共同ノ犯意ニ基キテ自己及ヒ他ノ共謀者ノ為メニ犯罪ノ実行ヲ為シタルモノニシテ他ノ共謀者ハ右一人ヲ使役シテ自己ノ犯意ヲ遂行シタルモノト謂フヘキヲ以テ刑法六〇条ニ所謂二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタルモノニ該当シ単ニ他人ヲ教唆シテ犯意ヲ生セシメ且犯罪ヲ実行スルニ至ラシメタル場合トハ共同ノ犯意及之ニ基因スル手段実行ノ有無ニ関スル相違アルコト言フ俟タス⁽¹⁸⁾」と。言うまでもなく、本判決も、これまでの判決と同様に共謀の概念を示していない、しかし行為者を「共謀共同正犯」として認めた根拠に関しては、従来⁽¹⁹⁾の判決と異なると言えよう。つまり、本判決は、実行者が共同の犯意によって実行したこと及び共謀者がその実行者を使役したことを、根拠とするのである。従って、この根拠によれば、「共謀共同正犯」が成立するためには、行為者の間に共謀があるだけでは足りないということが、明らかに言ったと言えよう。言い換えれば、「共謀共同正犯」が成立するためには、実行者が共同の犯意に基づいて実行する必要があると同時に、他の実行に出なかつた共謀者がその実行者を使役する必要もあるのである⁽¹⁹⁾。また、学説の

中には、共謀者が実行者を使役・使用して自己の犯意を実行したという発想は、間接正犯類似説の先駆であるという指摘もある。⁽²⁰⁾なお、本判決は、共同の犯意とこれに基因する手段実行の有無を、共謀共同正犯と教唆犯との区別のためのメルクマールとしていたのである。⁽²¹⁾

なお、名誉毀損罪につき、大審院は、次のように数人が順次に犯意を共通し、新聞編集人の手を借り、公然事実を新聞紙に摘示させ、人の名誉を毀損した場合は、全員共同正犯であると判示した。すなわち、「被告A・B・C・D等ハ順次に犯意ヲ共通シ前掲判示ノ事実ヲFノ手ヲ借り公然新聞紙上ニ摘示セシメ右甲ノ名誉ヲ毀損シタルモノナルカ故ニ被告Fト共ニ共同正犯トシテ処分スヘキモノトス然ルニ原審ニ於テ右A外三名ノ被告ノ所為ヲ從犯トシテ論シ……不当ニシテ」⁽²²⁾と。言うまでもなく、本判決は以前の判決と比較すると、数人が犯意を順次に共通する場合、その中の一人が実行行為を行った以上、そのすべての者が共同正犯となるという点において特徴があると言えよう。敢えて言うなら、本判決は、実は順次の共謀による共同正犯を認めた最初の判決であるかもしれない。そして、この判決によれば、二人以上者の間において犯意を共通すること自体が、共謀であると見ることでもできよう。

このほかに、増収賄罪につき、他人と共謀して、贈賄のため金円の給付・酒食の饗応をした者は、自ら金円費用などを支出しなくても、賄賂提供罪の正犯であるとしたものや、⁽²³⁾詐欺罪について、詐欺を共謀し一人が実行に当たった場合には、自ら実行に関与しなくても共同正犯となるとしたものや、⁽²⁴⁾賭博罪に関して、賭博を共謀し一人が実行に当たった場合には、自ら実行しなくても、共同正犯となるとしたものや、⁽²⁵⁾横領罪に関して、横領を共謀した場合には、自ら費消しない横領金額についても、共同正犯となるとしたものなどの判例がある。⁽²⁶⁾

更に、この時期では、いわゆる実力犯に関して、次のような判例が見られる。たとえば、窃盗罪につき、大審院は、犯罪の実行を謀議しても、その実行行為もしくはこれに密接かつ必要な行為に加担しなかり、共同正犯は成立しな

いと判示したのである。すなわち、「被告ノ行為ハ止テ窃盗罪ノ実行ヲ謀議シタルニ過キ果シテ其実行行為若クハ之ニ密接且必要ナル行為ニ加担シタル事実ニ該当スルヤ否ヤヲ確認スルニ足ラサルニ拘ハラズ原判決カ被告ノ行為ヲ以テ窃盗ノ実行正犯ニ間擬シタルハ理由不備ノ違法アルモノニシテ本論旨ハ理由アリ原判決ハ此点ニ於テ被毀スヘキモノナリ」。

また、同じく窃盗罪につき、窃盗の実行を謀議したに留まるものは、その実行行為もしくはこれに密接かつ必要な行為に加担した場合でないかぎり、従犯であるとした判例がある。すなわち、「被告人ノ行為カ窃盗罪ノ実行ヲ謀議シタルニ止マリ其ノ実行行為若クハ之ニ密接且必要ナル行為ニ加担シタルニアラサル以上ハ窃盗罪実行正犯トシテ論スヘキモノニアラサルコトハ当院判例ノ夙ニ認ムル所ニシテ原判決ニ依レハ被告Aハ本件窃盗罪ノ実行ヲ謀議シタルモ毫モ其実行行為又ハ之ニ密接且必要ナル行為ニ加担シタルコトナク第一審相被告Bノミ現場ニ於テ情ヲ知ラサル人夫ヲ使役シ判示鉄類窃取ヲ実行シタルモノナレハ被告Aハ本件窃盗罪ノ実行正犯ニアラサルヲ以テ原判決ハ此点ニ於テ失当ナルコト所論ノ如シト雖モ原判決ハ前示事実ノ外Bカ本件窃盗ヲ為スニ付キユフオーストン商会ノ雇人ニシテ雇主取扱ノ貨物ヲ監視スル第一審相被告CDノ同意ヲ得ルヲ便利ト為シ右兩人ヲシテ本件窃盗ヲ為スコトニ同意セシメ実行ニ先チ右兩人ヲシテ被告Aト会见セシムルニ当リ被告AハB等三名ニ対シ事発覚シテ右兩人カ該会社ヨリ解雇セラルトキハ被告Aノ経営ニ係ル金竜組ニ雇入ルヘキ旨ヲ承諾シテ右兩人ノ決意ヲ鞏固ニシBヲシテ容易ニ本件窃盗ヲ実行セシメタル旨ノ事実ヲ判示セルカ故ニ被告Aハ本件窃盗罪ノ本犯タルBノ窃盗行為ヲ幫助シタルモノニ外ナラサレハ従犯タル責任ヲ免ルルヲ得サルモノトス」。

ところで、周知のように日本の学説においては、ほとんどの論者が、この時期の大審院は、いわゆる非知能犯による「共謀共同正犯」を認めていなかったと論述している。⁽²⁹⁾しかし私は、この結論については新たに検討する必要があると

思う。というのは、この二つの判決については以下のように分析することが可能だからである。言うまでもなく、この二つの判決が、共同正犯が成立するためには実行行為を行わなかった共謀者に関しては、他の共謀者による実行行為あるいはこれに密接・かつ必要な行為に加担することが必要であると判示した点は、旧刑法時代に大審院において形成されてきた「共謀一体論」——すなわち共謀さえあればいいというものとは比較すると、確かに異なっていると言える。それと同時に、この判決によれば、実行行為を行わなかった共謀者もし他の共謀者による実行行為あるいはその実行行為に密接・かつ必要な行為に加担する行為を行えば、やはり共同正犯となることは、言うまでもないであろう。ただし、仮にその共謀者が他の共謀者による実行行為に加担する行為を実行行為と見ることができるとしても、その実行行為に密接・かつ必要な行為に加担する行為は、決して実行行為とはいえないであろう。かようにして、これらの判決は、「共謀共同正犯」を否定した旨の判決ではないと言えるのではなからうか。まして、この二つの判決、特に後者によれば、実行行為に密接・かつ必要な行為に加担する行為は、「使役」と言うべき行為であることも窺われよう。無論、後者の判決以前にも、いわゆる知能犯に関する判例の中には、このような趣旨の判決があつたことは、既に見たとおりである。この意味でも、これらの判決は結局「共謀共同正犯」を否定したものでないと言わざるを得ないであろう。

ただし、下級審においては、確かに共謀共同正犯を否定した判決がある。たとえば、朝鮮高等法院は、画策に加わつても、犯罪の特別構成要件たる行為を行わない場合は、共同正犯ではないと判示した。「共謀シテ犯罪ヲ遂行センコトヲ画策スルモ其一人ハ単ニ画策ニ加リタルニ止マリ外ノ一人ノミカ犯罪ノ特別構成要件タル行為ヲ為シタル場合ニ於テハ単ニ加リタル者ハ共同正犯タルヘキモノニ非ス⁽³⁰⁾」と。

要するに、この時点まで、大審院自体は、「共謀共同正犯」の成立につき、以下のような二面から対応していたわけである。その一つは、旧刑法時代から形成されてきた「共謀一体論」である。つまり、共謀があり、且つその共謀者の

一人が実行した以上、他の共謀者が仮に何等かの行為をしなくても、その両者の間には、共同正犯が成立しうる、とする考え方である。もう一つは、「使役論」である。つまり、「共謀共同正犯」が成立するためには、共謀者間の共謀及びその共謀者の一人が実行したことを必要とするほかに、実行になかった他の共謀者がその実行行為あるいはそれに密接・且つ必要な行為に加担する行為——即ち「使役」という行為も必要とする、と解する見解である。しかし、「共謀共同正犯」の成立には、特に非知能犯においては、なぜ共謀があるだけでは足りないのか、そして共謀と「加担」——つまり使役とはどのように区別されるのか等については明確にされていないのみならず、共謀という概念も不明のままであったと言えよう。ただし、「使役論」という理論が登場したことにより、この時点までの大審院が、特に非知能犯に關して旧刑法時代以来形成されてきた「共謀一体論」を否定しようとする傾向にあつたことは認められるのである。その後、大審院の判例は、「共謀共同正犯」の成否に關しては、主にこの二つの理論を中心として展開することになつたのである。以下においては、まず知能犯についての判例からその展開を見ることにする。

この段階における大審院の知能犯に關する判例としては、次のようなものがある。たとえば、恐喝罪につき、大審院は、次のように知能的犯罪の実行を共謀し、一人をして実行を担当させ、自己を含めた他の共謀者に代わり共同の犯意を遂行させた場合も、共同正犯になると判示した。すなわち、「刑法第六〇条ニ所謂共同シテ犯罪ヲ実行シタル者トハ必シモ犯罪ノ構成要件タル行為ノ全部又ハ一部ノ実行ニ共同加功シタル者ノミヲ指稱スルノ義ニ非ス數人共同シテ犯罪ノ実行ヲ發意シ共謀者中ノ或者ヲシテ犯罪実行ノ任ニ当ラシメ之ヲシテ他ノ共謀者ニ代リテ共同ノ犯意ヲ遂行セシメタル者モ亦犯罪ノ性質ニ從ヒ其ノ中ニ包含スルモノト解スヘキモノトス然リ而シテ所謂知能的犯罪ノ遂行ニ付テハ其ノ構成要件タル行為ニ對シテ身体的加功ヲ必要トスルノミナラス精神的加功ヲ要求スル場合最モ多キニ居ルヲ以テ共同正犯ヲ身体的加功者ノミニ制限シ其ノ犯罪ノ遂行ニ就キ与テ大ニ力アル精神的加功者ヲ除外シ其ノ身体的ニ犯罪ニ加功セサ

リシノ理由ヲ以テ之ヲ不問ニ付スヘキ理アルヘカラス之ヲ共同正犯トシテ刑罰ノ制裁ヲ加フルヲ相当トスルモノト解セサルヘカラス⁽³¹⁾と。とりわけ、本判決によれば、「共謀共同正犯」を認める根拠は、主に共謀者が他の共謀者に実行を担当させた点に求められると言えよう。換言すれば、共謀者が他の共謀者を使役したという事実が重要である。言うまでもなく、この根拠は、それ以前に形成されてきた「使役論」とは少しも変わらないであろう。ただし、注意すべきなのは、本判決が、更に「使役論」の理由づけを示したという点である。つまり、使役という行為自体が犯罪の構成要件に該当する身体的加功と同視できる精神的加功であると解されたわけである。このことは、使役も実行行為であると考えたことを意味するであろう。そして、この意味において、「使役論」は発展しつつあると言えよう。ちなみに、日本の学説の中には、精神的加功は共謀であるという見解⁽³²⁾もあるが、しかし以上の分析から見ると、必ずしもそこまでは言えないと思われる。この判例のほかに、この間、恐喝罪につき、恐喝を共謀し、その一人が実行に着手し未遂に終わつた以上、他の共謀者は、自ら実行に着手したかどうかを問わず、同未遂の共同正犯の責を免れない⁽³³⁾ものや、同一の恐喝罪を犯すために四人が順次に二人ずつ共謀し、結局四人が全部共謀して、一人をして実行を担当させた場合には、全員が共同正犯の責を負うとしたもの⁽³⁴⁾などがある。ただ、この二つの判決を比較すると、前者は「共謀一体論」によつたものであるのに対して、後者は「使役論」によつたものであることは、明らかであろう。

また、詐欺罪につき、大審院は、甲・乙が共謀して財物を騙取するに当たり、甲が丙・丁と各別に共謀して財物騙取の目的を遂げた場合には、たとい乙・丙・丁間においては互いに直接の謀議をした事実がなくても、間接に通謀の意思が認められるので、共同正犯であると判示した。すなわち、「数人共同シ人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取セントスルニ際リ其ノ一部ノ者ノ間ニ於テハ各自其ノ者ト共ニ之ヲ犯スノ意思連絡ナキモ其各自ハ他ノ一部ノ者ト該犯罪ノ実行ヲ共謀シタル以上ハ其ノ者ヲ介シテ通謀ノ意思アリト謂フコトヲ得ヘキヲ以テ從令其ノ各自カ单独ニ施シタル詐欺ノ手段ニ付認識

ナキ場合ニ於テモ共同ノ目的タル財物騙取ニ対シ詐欺罪ノ共犯者トシテ其ノ責ニ住セサルヲ得サルモノトス⁽³⁵⁾と。言うまでもなく、この判決は、「共謀一体論」に基づいたものであると言えよう。⁽³⁶⁾これと異なり、大審院の判例には、詐欺罪につき、「使役論」によつたものもある。たとえば、数人が共同して詐欺の實行を謀り、共謀者のうちの一人にその實行を担当させ、この者をして他の者の故意を遂行させた場合は、すべて正犯であるとしたものは、⁽³⁷⁾それである。そして、下級審にも同趣旨のものが見られる。たとえば、台湾高等法院は、「二人以上共謀シテ犯罪ヲ遂行スル為其ノ方法ヲ画策シタル上共謀者ノ一人ヲシテ其ノ実行ノ任ニ当ラシメタルトキハ実行ノ任ニ当ラサリシ共謀者ハ其ノ任ニ当リタル者ヲ使役シテ自己ノ犯意ヲ遂行シタルモノナルヲ以テ共ニ共同正犯ノ責任ヲ免レサルモノトス⁽³⁸⁾」と判示している。この段階では、以上の判例の他に、知能犯に関しては、「共謀共同正犯」を認めた大審院判例がまだ多数あるが、⁽³⁹⁾しかしその理由づけを見ると、ほとんど「共謀一体論」あるいは「使役論」のいずれかによつたものばかりなので、ここでは省略することとする。

続いて、非知能犯に関する判例の展開を見ることにする。この段階では、大審院の非知能犯に関する判例としては、以下のものがある。たとえば、

傷害罪につき、大審院は、傷害を共謀し、自らは単に追跡したのみで、手を下さなくても、共同正犯であると判示した。すなわち、「原判決ニ依レハ被告人XハYZ等ト共ニAニ創傷ヲ負ハシメンコトヲ謀議シYZ等ニ於テ日本刀ヲ以テAノ左腕ニ夫々一刀ヲ加ヘテ創傷ヲ負ハシメ被告人Xハ単ニ日本刀ヲ以テAヲ追跡シタルニ過キサルモノナリト雖共同正犯タル責任ヲ免レ得ヘキモノニアラス蓋シ数人共謀シテ犯罪ヲ遂行スル場合ニ在テハ共犯ノ一人ハ他ノ共犯者ニ代表サルカ又ハ他ノ共犯者ヲ使役スル關係ニアルヲ以テ自己ノ犯意ヲ遂行シタルモノト云フヲ得ヘケレハナリ⁽⁴⁰⁾」と。

暴行罪につき、大審院は、暴行を共謀し、一人が実行した場合は、共謀者全員が共同正犯としての責任を免れないと

判示した。すなわち、「本件犯行カ被告人及X等ノ共謀ニ出タルモノナルコト原判決認定ノ如クナル以上現実Aニ対シ暴行ヲ加ヘタル者カX一人ニ止リシ場合ト雖被告人ニ於テ均シク其ノ責ヲ負フヘキモノナルコトハ共犯理論ノ上ニ於テ当然ノ事ニシテ何等異ムニ足ラサルモノトス」と。⁽⁴¹⁾

脅迫罪につき、大審院は、脅迫を共謀し、主として一人が実行しても、共同一体の關係にある他の共謀者は、共同正犯としての責任を免れないと判示した。すなわち、「原判決ハ之カ証拠ニ付テハ原審第二回公判調書中X同シクYノ供述ニ照シ之ヲ認ム云々ト認定セラレタルモ右公判調書ヲ閱スルニ以上ノ脅迫言動ハ何レモ相被告人Zカ為シタル旨ノ記載アリテ被告人カ共ニ脅迫ヲ為スノ意思ヲ以テ実行行為シタルト認ムヘキ証左十分ナラス却テ被告人ハ債權取立ノ為メ被害者等ノ宅ニ赴キ単ニ之ヲ傍觀シ居リタルニ過キスト認ムルヲ相当トスヘシ之ヲ要スルニ原審判決ハ証拠ニ依ラスシテ被告人ノ罪ヲ断定シタル不法アルモノニシテ破棄ヲ免レサルモノト思料スト云フニ在レトモ被告人ハ相被告人Zト共同シテ前後二回ニ旦リ原判決ノ如キ行為ヲ為シタルモノニシテ其ノ事實ハ原判決ニ引用セル証拠ニ依リ之ヲ認ムルニ足ル尤モ其ノ中主トシテ為シタルハ相被告人Zノ如シト雖苟モ数人共謀シテ罪ヲ犯シタル場合ニハ数人共同一体ノ關係ニ於テ相互ニ手足トナリ共同ノ目的ヲ遂行スルモノナルカ故ニ其ノ關係ニ於テ為シタル共犯者ノ一人ノ行為ハ法律上共犯者全部ノ行為ト觀察スヘキモノナレハ縦令主トシテ為シタルハ相被告人Zナリトスルモ法律上ニ於テハ同人及被告人両名ノ行為ト觀ルヘキモノトス」。⁽⁴²⁾

放火罪につき、大審院は、放火を共謀し、一人だけが実行に当たった場合でも、他の共謀者も共同正犯であると判示した。すなわち、「数人カ共同シテ犯罪ヲ遂行スルノ意思ヲ以テ相謀リテ実行行為ノ担当者ヲ定メ因テ犯罪ヲ遂行シタルトキハ自ら実行ノ衝ニ當ラサル者モ尚担当者ノ行為ニ依リテ犯罪ヲ実行シタルモノト謂フヘキヲ以テ共謀者ハ共同正犯タルヘキモノトス而シテ本件ニ付原判決ノ認定シタル事実ニ依レハ被告人X及第一審相被告人Yハ各火災保険金ヲ獲

得センカ為ニ放火行為ヲ遂行セントシ相謀リテYニ於テ放火ノ実行行為ヲ担当スルコトトシ若シ被告人等ノ内一人ノミ
 保険金ヲ獲得シタルトキハ其ノ一部ヲ他ノ一人ニ与フヘキコトヲ約シ被告人Xハ放火材料トシテビール瓶入ノ石油ヲ供
 給シ(但シ此ノ石油ハ使用セズ)Yニ於テ遂ニ放火ヲ実行シタルモノナルヲ以テ被告人Xハ本件放火罪ノ共同正犯タル
 ヘク從犯ヲ以テ論スヘキモノニ非ス⁽⁴³⁾。

殺人罪につき、大審院は、殺人を数人で共謀し、一人だけが実行した場合には、他の共謀者も共同正犯であると判示
 した。すなわち、「殺害セントスル共同意思ヲ有スル被告人兩名カ其ノ殺害方法ニ付謀議シ之ニ基キ被告人Yニ於テ右
 殺害ノ実行ヲ遂ケタルモノナレハ被告人Xカ右殺害ノ実行行為ニ加功セサリシコト所論ノ如クナルモ共同正犯者トシテ
 其ノ罪責ヲ免ルルコトヲ得ス從テ原審カ同被告人ヲ殺人罪ノ共同正犯トシテ処斷シタルハ正当ナリ⁽⁴⁴⁾」。

決闘罪につき、大審院は、決闘行為の実行を共謀して、決闘の共同者に対し指揮命令しまたは応援した他の共謀者は、
 実行を担当しなくても共同正犯であると判示した。すなわち、「決闘行為ノ当事者ハ挑発者ト承諾者又ハ其ノ双方ニ参
 加シテ闘争ヲ実行シタル者ノミニ限ラスシテ是等ト共同シテ決闘行為ノ実行ヲ謀リ之ヲ指揮命令シ又ハ応援シタル者亦
 決闘行為ノ当事者ト云フニ妨ナシ然ラハ決闘行為ノ共同者ニシテ他ノ共同者ニ対シ指揮命令シ又ハ応援シタル者ハ仮令
 自ラ決闘現場ニ至リ闘争ヲ実行セスト雖他ノ共同者ノ闘争行為ニ付共同正犯トシテ其ノ責ニ任セサルヘカラス⁽⁴⁵⁾」と。

以上の諸判決によれば、大審院は、「共謀一体論」と「使役論」とのいずれか一方を、その根拠としていたと言えよう。
 なお、下級審には、「担当者ヲ利用シテ」という表現を用いた判決も見られる。たとえば、朝鮮高等法院は、「所謂知
 能的犯罪タルト否トヲ問ハス数人犯罪ノ実行ヲ共謀シ共謀者ノ或者カ其特別構成要件タル行為全部ノ実行ヲ他ノ者ヲシ
 テ担任セシメタルトキハ担任者ヲ利用シテ其ノ犯意ト共通ナル自己ノ犯意ヲ遂行スルコトヲ得ルハ数人カ各自犯罪ノ特
 別構成要件タル行為ノ一部ヲ実行シタル場合ニ於ケル他ノ部分ニ対スル關係ト其の理ヲ異ニスルモノニ非サルヲ以テ担

任者ニ於テ犯罪ノ特別構成要件タル行為ノ全部ヲ実行シタルトキハ其ノ単ニ共謀者タルニ止マル者モ共同正犯トシテ罪責ヲ負担スヘキモノトス」と判示している。⁽⁴⁶⁾

ところで、この時期の判例を考察する場合、次の二つの判決が特に重要だと思われる。すなわち、昭和一年五月二八日の大審院刑事連合部判決⁽⁴⁷⁾および昭和一五年三月七日の大審院刑事部判決である。前者は、大審院時代において「共謀共同正犯論」を全面的に採用すべきことを宣明した画期的判決であると評される⁽⁴⁸⁾ものであり、後者は、初めて共謀に定義を与えたものである。ここでは、この二つの判決について若干の検討を加えることにする。

まず、大審院は、昭和一一年の判決において次のように判示していた。すなわち、「凡ソ共同正犯ノ本質ハ二人以上ノ者一心同体ノ如ク互ニ相倚リ相援ケテ各自ノ犯意ヲ共同的ニ実現シ以テ特定ノ犯罪ヲ実行スルニ在リ共同者カ皆既成ノ事実ニ対シ全責任ヲ負担セサルヘカラサル理由茲ニ存ス若シ夫レ其ノ共同実現ノ手段ニ至リテハ必スシモ一律ニ非ス或ハ俱ニ手ヲ下シテ犯意ヲ遂行スルコトアリ或ハ又共ニ謀議ヲ凝シタル上其ノ一部ノ者ニ於テ之カ遂行ノ衝ニ当ルコトアリ其ノ態様同シカラスト雖二者均シク協心協力ノ作用タルニ於テ其価値異ナルトコロナシ從テ其ノ孰レノ場合ニ於テモ共同正犯ノ關係ヲ認ムヘキヲ以テ原則ナリトス但シ各本条ノ特別ノ規定ニ依リ之ト異ナリタル解釈ヲ下スヘキ場合ノ存スルハ言ヲ須タサルトコロナリ而シテ窃盜罪並強盜罪ノ共同正犯關係ハ殺人傷害及放火等ノ罪ニ於ケルト同シク上叙原則ニ從フヘキモノニシテ之カ例外ヲ為スヘキ特質ヲ存スルモノニ非ス即チ二人以上ノ者窃盜又ハ強盜ノ罪ヲ犯サンコトヲ謀議シ其ノ中或者ニ於テ之ヲ実行シタルトキハ爾余ノ者亦由テ以テ自己ノ犯意ヲ實現シタルモノトシテ共同正犯タルノ責ヲ負フヘキモノト解セサルヘカラス本院從來ノ判例ハ初メ所謂知能犯ト實力犯トヲ區別シ前者ニ付テハ実行ヲ分担セサル共謀者ヲモ共同正犯トシ後者ニ付テハ実行ヲ分担シタル者ニ非サレハ共同正犯ト為ササルノ見解ヲ採リタルモ近來放火罪殺人罪ノ如キ所謂實力犯ニ付テモ概ネ上叙原則ノ趣旨ヲ宣明セルニ拘ラス窃盜罪並強盜罪ノ共同正犯ニ付テ

ハ寧ロ例外的見地ヲ採用シ実行分担者ニ非サレハ之カ共同正犯タルヲ得サルモノト為シタルコト所論ノ如シト雖之ヲ維持スヘキニ非ス然レハ即チ原判決カ被告人ニ対シ所論ノ如キ事実ヲ認定シ窃盜罪ノ共同正犯及強盜罪ノ共同正犯トシテ之ヲ処断シタルハ是ニ正当ナリ⁽⁴⁹⁾。言うまでもなく、この判決によれば、大審院は、自ら当初、知能犯以外の犯罪については、「共謀共同正犯」を否定してきたと論じているが、しかし私は、この論述については疑問を持っている。何故ならば、仮に殺人罪についての前掲明治三〇年五月六日判決を別としても、大正二年二月一八日の大審院判決では殺人罪の「共謀共同正犯」を認めうるからである。すなわち、大審院は、殺人を共謀し一人が実行に当たった場合には、自ら右実行に関与しない場合でも、共同正犯であると判示していたのである。この意味において、大審院が自ら判示する内容は、自己矛盾であると言わざるを得ないであろう。この点は、まさに学説が大審院は当初、実力犯による「共謀共同正犯」を認めなかったと主張する原因であるかも知れない。むしろ、前述したように、大正三年から大正七年までの間には、大審院においては、窃盜罪に関して「共謀共同正犯」を認めなかった二つの判決があったように見えるが、しかし結局「共謀共同正犯」を認めなかったとまで言えないことは、既に分析したとおりである。以上の考察によれば、この判決は、大審院時代において「共謀共同正犯論」を全般的に採用すべきことを宣明した画期的な意義を持つ⁽⁵¹⁾と言うより、むしろ従来の大審院が「共謀共同正犯」を認めるために用いた根拠を二つから一つ（つまり「共謀一体論」）に絞り込もうとすものであったと解されるのである。しかし、この時代の比較的遅い時期の大審院判決から見れば、必ずしもすべての根拠が「共謀一体論」ではなかった。つまり、「共謀一体論」⁽⁵²⁾に根拠したものがある外に、「使役論」を依拠とするものもある。更に、この時点まで見られなかった根拠も現れるようになった。たとえば、大審院は、保険金詐欺罪につき、放火による保険金詐欺を共謀し、その実行を分担遂行した場合には、共謀者は、両罪について共同正犯としての責を負うとした判決⁽⁵⁴⁾の中において、次のように説く。すなわち、「被告人カ甲ト原判示ノ如ク放火及詐欺ノ行為

ヲ為サンコトヲ共謀シ放火ノ行為ハ甲ニ於テ詐欺ノ行為ハ被告人ニ於テ各其ノ実行ヲ為スコトヲ約シ因テ以テ所期ノ如ク原判示放火及詐欺ノ兩行為ヲ各分担実行シタルモノナルコト明瞭ナリトス而シテ此ノ種ノ犯罪ニ在リテハ直接ニ実行ノ局ニ當リテ手ヲ下ス者ハ共謀者中ノ一人ナリトスルモ此ノ場合ハ他ノ者ハ其ノ一人ノ手ヲ藉リテ自己ノ意思ヲ実行シタルニ外ナラサルヲ以テ等シク共同実行正犯ノ罪責ニ任スヘキモノナリ。言うまでもなく、本判決で示された他人の「手ヲ藉リテ自己ノ意思ヲ実行シタル」という理由は、以前の判決が「共謀共同正犯」を認めるために用いた根拠と較べると、異なっているのであろう。⁽⁵⁵⁾ なお、その根拠を示さなかつた判決もある。たとえば、「兩名共謀ノ結果該文書ヲ偽造シタル以上從令被告人ニ於テ現実其ノ作成行為ノ内容ニ加功セサリシトスルモ尚共同正犯トシテ偽造ノ責任ヲ負担スヘキモノナルコト当然ニシテ⁽⁵⁶⁾」というのが、それである。

次に、昭和一五年の判決を見ることにする。大審院は、この判決において次のように判示していた。すなわち、「共同正犯ノ主観的要件タル共謀トハ二人以上共同シテ犯罪ヲ実行センコトヲ協議決定スルコトヲ謂フモノニシテ右共謀者ノ各自カ職務上対等ノ地位ニ於テ右決議ニ参加スルコトヲ要セス該地位ノ対等ニ非サル者ノ間ノ通謀モ共同正犯ノ成立ヲ妨ケサルモノトス故ニ判示贈賄ニ付共謀シタル者ノ甲・乙等ハ判示組合ノ取締役若ハ副取締役被告人丙ハ右組合ノ監査役ニシテ其ノ地位ハ対等ニ非スシテ被告人ハ単ニ所論ノ如キ職務ヲ有スルニ止リ取締役ノ如ク組合ノ事務ヲ決議執行スル職務有セス又被告人ノ意見ハ取締役ノ執務方針ニ影響ヲ与フヘキモノニ非ストスルモ苟モ被告人ニ於テ原判示ノ如ク事実上判示人々ト判示贈賄ヲ為サンコトヲ協議決定シ之ヲ実行シタル以上ハ贈賄罪ノ共同正犯タル責任ヲ負担スヘキハ論ヲ俟タス⁽⁵⁷⁾」と。むろん、この判決は、大審院時代では初めて共謀の意味を示したという点においては、重要な意義があると思われるが、しかし、本判決において認定された事実からすると、被告人らの間において犯罪を実行することにつきいかに協議決定したかは、必ずしも明らかではなかつた。まして、共謀というものが純粹に主観的なものである

と言えるかどうかは疑問の余地があると言えよう。

以上、現行刑法下の大審院時代の判例における「共謀共同正犯論」を概観してきた。本概観から、この時代の大審院の判例が、既に全面的に共謀共同正犯を認めるようになっていたことを認識しえた。しかも、この時代の判例による「共謀共同正犯論」は、次のような特色を有するといえよう。

第一に、大審院は、前期に形成してきた「共謀一体論」を、「共謀共同正犯」を認める根拠としながら、「使役論」及び「借用論」をも、その根拠とする点である。

第二に、共謀を定義づけるようになったことである。

第三に、判決のなかで、刑法六〇条をはつきり引用することになったことも、特色といえよう。

三 現行刑法下の最高裁判所時代

最高裁判所も、その発足の当初から、「共謀共同正犯」を肯定する立場を採った。

最高裁判所が、「共謀共同正犯」を最初に認めたものは、強盗罪についてであり、そこにおいては、被告人が実行に参加せず、自己の輩下を参加させたにすぎず、しかも道案内をしたに過ぎないとしても、共謀がある以上共同正犯であると判示されている。すなわち、「原審の判示事実とその引用した証拠とによれば、被告人は第一審の相被告人X・Y、同Z外三名と共謀の上、本件強盗をしたものと、判断したことが明らかである。従つて、被告人がその実行に全然参加せず、又は自分の輩下の『チビ』と称する若者を参加させたにすぎず、しかも『チビ』なる者が単に道案内をしたのみであつたとしても、被告人は共謀関係にある以上本件強盗の共同正犯としての責任を免れることができないのである」⁽⁵⁸⁾。

しかし、残念なのは、本判決のなかでその根拠が示されなかったことである。すなわち、この判決は、これまで大審院において形成されてきたいずれかの根拠をまったく引用しないまま、単に「共謀関係にある以上」と判示するに過ぎないのである。

ところが、翌二三年早々の第一小法廷判決では、最高裁としては初めて「共謀共同正犯」を認める根拠を示したのである。すなわち、最高裁は、数人が共同して強盗罪を犯した場合の判示方法に関して、「凡そ共同正犯者が共同正犯として処罰される所以のものは、共犯者が、共同意思の下に一体となつて、互に他人の行為を利用して自己の意思を實行に移す点にあるのであるから、苟も判文上共謀の事実を明確にさえずれば、共犯者の何人が実行行為の際、その如何なる部分を分担したかは、これを特に明示しなくとも、罪となるべき事実の判示として、間然するところはない⁽⁵⁹⁾」と判示した。言うまでもなく、本判決によれば、その根拠は、「共謀一体論」を前提としながらも、共犯者が相互に他人の行為を利用したという点を強調していると言えよう⁽⁶⁰⁾。この意味で、従来大審院が採用してきた根拠と異なっているのである。この外に、本判決は、「共謀共同正犯」を認める根拠を、共同正犯の処罰根拠と同一視しようとする点において、特色があると言えよう。ところで、特に共同正犯の処罰根拠を、共同正犯者の主観だけに求めることは、果たして妥当であろうか。むしろ、それは、主観・客観の両方に求められるべきではなかろうか。また、その両者の根拠を同一視することができるかどうかについても問題があらう。それはそれとして、まず問題の提起に留めたいが、ところで、この判決が、その後の判決にもたらした影響は非常に大きい。その影響は要約すると、以下の三点において認められると思われる。

一つは、いわゆる練馬判決以前の判決においては、ほとんど「共謀共同正犯」の根拠が示されなかったことである。つまり、凡そ共謀がある以上、それが認められるのである。たとえば、同じく強盗罪について、強盗罪を共謀し、その

一人だけが実行しても、他の共謀者は共同正犯としての責任を負うとしたものや、銃砲等所持禁止令違反犯罪について、日本刀を携行して強盗に入ることを共謀し、見張りをした以上、その見張りは共同正犯としての責任を免れえないとしたものや、暴行罪について、暴行の謀議をしたが、犯行現場に遅れて到着したため、又はその現場にいながら直接実行行為に加担しなかったとしても、集団暴行に基づく傷害ないし傷害致死の罪について、共同正犯としての責任を免れないとしたものや、住居侵入罪について、忍び込み窃盗の共謀に加担した者は、邸宅内に侵入しなかったとしても、もとより住居侵入の共同正犯の責任を免れることはできないとしたものや、窃盗罪の事案について、共謀の具体的内容をとらえて相被告人が窃盗を行うことを十分に認識して種類の助力をなし、あらかじめ利得の分配につき相談したことが認められるときは、共同正犯であるとしたものなどがある。⁽⁶⁵⁾

二点目は、いわゆる暗黙の意思の連絡があれば、共謀を認めることである。つまり、「暗黙の共謀」による「共謀共同正犯」まで認めたのである。たとえば、最高裁の判例には、明示の意思の表示がなくても、暗黙に意思の連絡があれば共謀ということができるとしたものや、事前に明示的に謀議する場合だけでなく、あらかじめ暗黙に強盗をすること⁽⁶⁷⁾を了解し、またはやむをえないときは強盗をする旨打合わせても、共謀の上強盗をしたものといいうるとしたものなどがある。ところで、仮にそうだとすれば、教唆者や幫助者と実行者との間にも意思連絡は認められる以上、このような者までも共同正犯とされてしまうおそれがある⁽⁶⁸⁾というような批判が許されるであろう。まして、果たして「暗黙の共謀」というものがありうるかという問題のあることは、後述のとおりである。

第三には、「共謀の概念」を変更した点である。つまり、昭和二四年二月八日の最高裁判決は、前の昭和一五年五月二八日の大審院判決で示された共謀の概念を、次のように改めたのである。すなわち、「共謀とは数人相互の間に共同犯行の認識があることを云う⁽⁶⁹⁾」と。この概念に対して、学説は、「通常の実行共同正犯の主観的要件と変わりないこと

になる⁽⁷⁰⁾」と指摘するほかに、実行共同正犯の主観的要件との混同であるとする批判も見られる。そればかりか、もしそうであるとするならば、なお認識ある過失犯の間にも「共謀共同正犯」を認める可能性があるう。

なお、同時期の下級審の判例を見ると、そのほとんどが前掲最高裁昭和二三年一月一五日判決の影響を受けたものであった。たとえば、犯意の連絡を捉えて、共同正犯となるには、必ずしも全員が犯罪の実行行為に加担する必要はなく、全員の間に犯罪に対する共同加担の意思の成立すなわち犯意の連絡があればよいとしたもの⁽⁷²⁾や、また相互の利用奉仕を捉えて、共同正犯にあつては、正犯者各自の行為は、自己のためにすると同時に他の正犯者のために奉仕し、又他の正犯者の行為は、自己の犯罪実現に利用するのであつて、強盗を共謀し一人が実行に当たつた以上、自らは実行に関与しなくても、共同正犯であるとしたもの⁽⁷³⁾や、自手犯といわれる強姦罪について、被害者を誘い出しただけでも、強姦を共謀した以上、共同正犯の責任を負わなければならないとしたもの⁽⁷⁴⁾及び公然猥褻罪について、自らは公然猥褻行為をしなかつた者も、同罪の共同正犯となりうるとしたもの⁽⁷⁵⁾、などがある。

以上の判例によれば、この時点まで共謀共同正犯については、最高裁は、専らいわゆる行為者の主観面だけに、その処罰の根拠を求めているのである。それ故、共謀共同正犯は非常に広い範囲に拡大するに至つたと言えよう。

ところで、そのような傾向を反省したせい⁽⁷⁶⁾か、昭和三三年五月二八日の最高裁練馬事件判決は、終に前掲昭和二三年一月一五日最高裁判決で示されたのと異なつた根拠を明らかにした。すなわち、次のように判示した。「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。

さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする⁽⁷⁷⁾。この判決には、この時期における以前の判決と比べると、次の二つの特徴があると思われる。その一つは、共謀に新しい定義を与えたことである。もう一つは、「共謀共同正犯」を認める根拠を、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」⁽⁷⁸⁾一点に求めたことである。第一の点であるが、共謀の新たな定義は、共謀を客観的に限定しようとするものであるが、しかしその内容から見るとこのような限定の目的は、単に行為者間にいわゆる「共同実行の意思」があるということを明らかにすることにしかないであろう。そうだとすると、新たに定義づけられた共謀は、「共同犯行の認識」とあまり変わりはないのではなからうか。まして、その共謀の内容は、以前の判例で示された「共謀共同正犯」を認める根拠とされたものである。また、第二の点に関してだが、ここで示された「共謀共同正犯」の根拠は、これまで形成されてきたものと比較すると、一応新しさがあると評しえよう。この判例が、特に重視されるのはそのためであろう。

練馬判決以後、「共謀共同正犯」という現象が少なくなつたためなのかどうか、明確ではないが、最高裁によつて「共謀共同正犯」の認められた判例は、それほど多く見られないのは、確かである。この間の判例を拾ってみると、次のようなものがある。たとえば、

暴力行為等処罰に関する法律違反の罪につき、最高裁は、「暴力等処罰に関する法律一条一項の罪を共謀した者の中で自らは何らの実行行為をも分担しなかつた者に対しては、刑法六〇条の適用により、共同して犯行をし多数人の行為につき共謀共同正犯の責任を負わせることが相当である」⁽⁷⁹⁾。ただし、残念に思うのは、この判決には、特に「共謀共同正犯」の処罰根拠が示されていないのである。

また、公職選挙法に定める金銭供与の罪につき、最高裁は、「共謀共同正犯が成立するためには、二人以上の者が、

特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議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りらず、数人が互い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するけれども、実行者の具体的行為の内容を逐一認識することを要せず、これを公職選挙法に定める金銭供与の罪についていえば、数人の間に一定の選挙に關し一定範囲の選挙人または選挙運動者に対し、投票または投票とりまとめを依頼し、その報酬とする趣旨で金銭を供与するという謀議が成立すれば足り、その供与の相手方となるべき具体的人物、配布金額、金員調達の手段等細部の点まで協議されることを必要とするものでないことは、当裁判所の判例とするところである⁽⁸⁰⁾。この判旨が、練馬判決に依拠したものであることは、明らかであろう。

なお、最高裁は、昭和五七年七月一六日決定において、「被告人は、タイ国からの大麻密輸入を計画した甲からその実行担当者になって欲しい旨頼まれるや、大麻を入手したい欲求にかられ、執行猶予中の身であることを理由にこれを断わったものの、知人の乙に対し事情を明らかにして協力を求め、同人を自己の身代りとして甲に引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部を甲に提供した」という事実によって、「被告人が右甲及び乙らと本件大麻密輸入の謀議を遂げた」と認められた原判断は、正当である⁽⁸¹⁾と判示した。むろん、この判決は前掲の事実の下における行為者間の共謀の存否についての判断であるが、しかしその肯定的判断から見ると、本判決は間接的に二審及び一審が被告人を「共謀共同正犯」として処罰したことを支持したものと見えよう。ただし、残念ながら、本判決はその理由について触れなかったのである。だが、二審はその理由について、次のように判示している⁽⁸²⁾。すなわち、「被告人は本件犯行を計画した甲からその実行担当者になって欲しい旨頼まれたのに対し、執行猶予中の身を理由にこれを断わったものの、他方乙に対しタイ国から大麻を持ち帰ることを承諾させたうえ、同人を自己の身代わりとし

て甲に引き合わせるとともに、密輸した大麻の一部を被告人がもらい受ける約束のもとにその資金の一部を甲に提供したというのであつて、このような被告人の所為は、本件犯行を助け、その実現を容易ならしめる幫助行為というにとどまらず、被告人を本件犯行の共謀の一員と認めるに足りうるものというべきであつて、これに対し正犯をもつて間擬した原判決に誤りはない⁽⁸³⁾と。この判決によれば、被告人を「共謀共同正犯」と認める理由は、「乙に対しタイ国から大麻を持ち帰ることを承諾させた」というところにあるう。つまり、被告人は他人を使役したのである。ただし、注意すべきなのは、同じ「使役」といつても、それについての判例の理解が違つてゐるという点である。つまり、本判決では、「使役」は、共謀という意味において理解されている。換言すると、本件ではもし被告人がこのような使役行為を行わなかつたならば、共謀自体を認めることができないので、共同正犯は成立しえないということとなるわけである。これに対して、既に見たようにこれ以前の「使役論」に立つた判例では、「使役」を、共謀以上ものとして理解してゐたのである。ちなみに、団藤判事が、この最高裁決定について述べた意見は、この決定で間接的に認められた根拠、つまり⁽⁸⁴⁾

「共謀使役論」と異なり、ほぼ従来の「使役論」と同じような趣旨であつたと言えよう⁽⁸⁵⁾。

以上の判例を概観すると、練馬事件後の判決が「共謀共同正犯」を認めた根拠の中に、練馬事件判決の趣旨に沿つたものもあるし、「共謀使役論」によつたものもあり、更に何の根拠を示さなかつたものもあるということが明らかになつたと思われる⁽⁸⁶⁾。

ちなみに、この時期の下級審が「共謀共同正犯」を認めた根拠を検討することとする。この時期の下級審には「共謀共同正犯」を認めた判例が、それほど多くないことは、周知のとおりである。以下においては、二・三の主な事例を挙げよう。

まず、東京高裁は、詐欺罪につき、数人が話し合いの上会社経営上の苦境を打開するため商品を仕入れてダンピングし

た事実と右の数人が過去にダンピングによる失敗を経験したことのある事実から取込詐欺の共謀共同正犯が認められると判示していた。すなわち、「共謀が前叙のように認められるのであるから、各人の行動がそのどの部分であったかということは、犯罪成立の点からは重要ではなく、常に個々の行為に関与することも必要ではないのであって、すべて一連の行為としてその責任を負うべきものである」⁽⁸⁷⁾。むろん、この判旨からは、行為者を「共謀共同正犯」として認める根拠が、必ずしも明らかではなかったと言えよう。

また、東京地裁は、いわゆるよど号ハイジャック事件について、次のように判示していた。すなわち、「被告人は、同年一月月上旬からの調査委員会、長征軍らによる諸調査、準備活動を前提に、同年三月一三、一四日にわたり、甲、乙、丙らとハイジャックにより、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、旅客機乗取りの具体的方法について謀議したことが認められ、右時点において、未だ乗取るべき旅客機の機種、搭乗すべき空港などが未定であったとしても、本件ハイジャックにつき共謀共同正犯としての罪責を負うべき謀議を遂げたものと認めるに十分であり」と。言うまでもなく、この判旨から見れば、その被告人を共謀共同正犯として認める根拠は必ずしも明確であるとはいえないが、一応「共謀使役論」によつたものと見ることができよう。

なお、東京地裁は、背任罪につき、相互銀行の監査であり顧問弁護士であった被告人が、同銀行社長らが十分な担保を徴しないで貸付を行うことについて共謀に加わり、同銀行に損害を与えたときは、六五条一項により商法上の背任罪の「共謀共同正犯」が成立すると判示している⁽⁸⁹⁾。そして、本件量刑の理由、つまり「被告人は、本件各融資に際し、融資事務担当者らがいずれも回収に不安があり、または、回収不能に陥る危険があるとして消極ないし反対意見を表明していることを十分に認識しながら、M・N及びOが平和相銀の難問処理について被告人の手腕と指導力に依存していた状況のもとで、あえて同人らに対し融資の実行を指示、依頼したものである」からすると、被告人を「共謀共同正犯」

として処罰したのは、「共謀使役論」に依拠するものであつたと言えよう。

更に、この時期の下級審には、「共謀共同正犯」または共謀の成立に關しては、以下の判例が存する。たとえば、名古屋高裁は、共謀共同正犯の成立につき、次のように判示していた。すなわち、「……共謀者中の一人が、必ずしも、その共謀に係る犯罪行為の実行行為を分担遂行する必要のないことは、わが判例の既に確定したところである。然し、そこに、犯罪の実行を共謀するとは、判例の表現を藉りれば、『二人以上の者が一心同体の如くに相倚り相援けて各自の犯意を共同的に実現し、以て特定の犯罪を實行すべき』いわゆる犯罪集団ともいふべき協同關係の成立する場合でなければならず、この場合、共謀者と目される者においては、当該共謀に係る犯罪を飽く迄自己の犯罪として、自ら実行し又は共謀者中の一員をして実行させるものでなければならぬ。蓋し、他人の実行行為がなお、その実行行為をしなかつた者の行為として評価されるためには、後者が前者の行為を、自己の行為として支配する關係がなければならず、そのためには、後者の主観、あるいは意思面において、前者の行為を自己の行為として意欲することを必要とするからである。そして、共謀共同正犯説を、共謀者の主観面において、このように制限して解するかぎり、これに対する反対説の批判にも堪え得るわけであるし、同時に又共謀に名を藉り、これを徒に拡張して解するが如きことはやはり嚴戒すべきことなのである」⁽⁹⁰⁾と。本判決によれば、実行しなかつた者を「共謀共同正犯」と認めるためには、その者が実行者の行為を支配する共謀關係が必要であらう。この意味で、本判決は、実は前述の「共謀使役論」にたつたものであると言えよう。

また、同じ共謀共同正犯の成立につき、大阪地裁は、被告人A・B・C・D・E・F・Gらが共謀して、甲を殺害しようとして決意するに至つたところ、EがFの指示を受けて更に被告人H・Iらを待機させ、そこで、右共謀に基づき、被告人A・B・Cは、被告人FよりAらと行動を共にするよう指示された被告人H・Iとともに、X店舗においてさらに

甲の殺害につき、共謀して、待機場所など 具体的な打合せを行った上、被告人Bが大工用のみ一丁を、被告人C及びHが登山用ナイフ各一丁を、被告人Iが工作用切出しナイフ一丁を、それぞれ携え、被告人C・H・IにおいてS場所からT場所に至る道路上に分散して甲を待ち伏せし、被告人AにおいてS場所より南方約九〇メートルの路上で、犯行後の逃走に備えて自己の乗用車内にエンジンをかけたまま待機する間に、被告人Bにおいて甲を言葉巧みにQ喫茶店から連れ出して被告人Cらの右待機場所付近に至ったが、被告人Hはにわかに行行をためらい、被告人B・C・I等に気づかれないのを幸い、その場から立ち去ったが、被告人B等は予定地で甲を攻撃するとかねての打合せどおり、同所で、まず被告人Iが甲の横腹のあたりをナイフで突き刺し、さらに、被告人B・C・Iが共同して、逃げようとする甲を追ってそれぞれナイフを持ってこも甲の胸部・背部等を突き刺し、よって甲を死亡させたが、なお、被告人Iは、前記第一次謀議に際し、暫時その謀議に同席して、かつ右共謀者等の前記甲殺害の意図を知りながら、その殺害方法につき進言し、その後謀議の間、前記X店舗内において、自己の輩下らとともに待機したと言う事案に対して、E・Lをそれぞれ従犯と認定した。本裁判所は、その理由については、それぞれ以下のように述べていた。すなわち、まずEについては、「被告人Eは……被告人Aらの甲殺害の謀議に際し、何所に待機して、右Aらの甲殺害の意図を知りながら被告人H・Iに対し被告人Fの指示を伝えて右両名を実行行為者として「X店舗」に残し、かつ、助言を与えるなどの行為をし、その間右共謀者らの謀議の席にいた事実もあること等の諸事実は明らかである。しかし、右謀議において被告人Eが甲殺害につき発言したと認めるに足りる証拠はなく、右謀議の結果甲殺害の計画がたてられ、被告人Eにおいて右計画の遂行を了承していたとはいえ、同人が右甲殺害の首謀者であったと認められないのもちろん、右共謀を積極的に推進ないしは維持したと認めうる証拠もない。被告人H・Iを実行行為者に加えるに際して被告人Eが関与していることは前記のとおりであり、本件においては右H・Iを実行行為者に加える指示は甲殺害の実行につき重要である

ことは否定できないが、Eは判示のごとく被告人Fの指示を右兩名に伝えたにすぎないのであってその関与の重要性をさ程評価すべきではない。……。以上の事実を総合すれば、本件甲殺害の前後における被告人Eの諸行為の全般を考慮に入れても、なお右Eを前記被告人Aをはじめとする甲殺害の共謀者の一員として認めるに十分でなく、幫助にとどまると見るのを相当とする⁽⁹¹⁾と判示していた。次に、Lについては、「これらの事実を総合すれば、右Lが前記謀議の席で発言し、かつ下の若者とともに待機することにより、前記共謀者らの犯意の推進ないし実行につき力を添えた事實は否定しえないが、甲殺害の共謀の首謀者と認めがたいことはもちろん、前記被告人A外の共謀者らと同様に自己の犯罪を遂行する意図をもって特に重要な役割を果たした事実も存しないから、被告人Lについて本件共謀者としての責任を問うことはできず、幫助にとどまるとみるのが相当である⁽⁹²⁾」と判示していた。以上の判旨から見ると、E・Lをそれぞれ従犯と認定した理由は、ほぼ同じであると言えよう。すなわち、本判決によれば、「共謀共同正犯」が成立するためには、首謀者を除いて他の実行行為を行わなかった者については、犯罪のなかにおいて「特に重要な役割を果たした事実」がなければならぬのである。この意味で、前述の「共謀共同正犯」を認める根拠と異なるわけである。ただし、留意すべきなのは、ここでは本判決がその根拠、つまり「特に重要な役割を果たした事実」を、共謀として理解しているという点である。換言すれば、この判決によると、そのような者にとつて、もしこのような事実がなければ、結局共謀者とは言えないので、従つて「共謀共同正犯」が成立しえない、ということとなるのである⁽⁹³⁾。なお、本判決は首謀者についてはその根拠と異なる理由で、「共謀共同正犯」と認めようとしたことが窺われる。すなわち、判旨自体はこの点について明確に示さなかったが、「共謀使役論」に立ったものと解される。ちなみに、Eに共謀があったかどうかという点について、本判決の「判決理由」は、自己矛盾があったものではなからうかと思われる。

更に、東京高裁は、共謀の成立につき、次のように判示していた。すなわち、「共謀共同正犯の共謀は、実行行為に

関与しなかった共同者をも共同正犯としての責任を負わせる関係上、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に、一体となつて、互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をいうのであつて、右共謀が成立したというには、単なる意思の連絡または共同犯行の認識があるだけでは足りず、特定の犯罪を志向する共同者の意思が指示・命令・提案等によつて他の共同者に具体的に明らかにされ、他の共同者が右指示・命令・提案等を了承・賛同するなど、各自の意思が特定の犯罪を行うことを目的とした一個の共同意思と認められるまでに一体化するに至つて、これを要するといふべきである⁽⁹⁴⁾。この判旨は、練馬判決を引用しながら、共謀を行為者間において「支持・命令・提案等を」互いに了承することに限定しようとする。言うまでもなく、この点から見ると、実行しなかつた者でそのような指示・命令・提案などを行つた者を、「共謀共同正犯」とする根拠からするならば、前掲名古屋高裁が示した根拠とはほぼ同じであるといふほかないが、しかし逆にもしその者がそのような指示・命令・提案等を了承する者であるならば、やはり「共謀共同正犯」となるであろう。この意味で、本判决によつて示された共謀共同正犯を認める根拠は、前掲の名古屋判決で示されたものとは異なるであらう⁽⁹⁵⁾。

なお、長崎地裁佐世保支判は、数名の者が密輸出の手伝いを装つてその際に授受される現金を強取することを計画し、この者達から使用する船の借与方を要請された者が、一旦はこれを承諾したものの、その後やはり恐ろしくなつて承諾を撤回し、了承を得て計画から離脱したが、犯行前日になつて再び執拗に要請され、これまでの恩義などからやむなく承諾し、犯行当日も船の廻航や逃走用自動車の回送などの協力をした、という事案について、次のように判示していた。すなわち、「特定の犯罪の共同謀議に参加した者が、直接実行行為に関与しなかつた場合に、いわゆる共謀共同正犯としてなお正犯としての責任を負うためには、当該共同謀議の結果、各当事者間に互いに相手の行為を利用し合う実質的な一体的相互利用関係が形成されとともに、当該謀議参加者において、実行行為こそ分担してはいないものの、当該

犯罪の計画及び準備段階から最終的な実行段階までの全体の犯罪遂行過程を通して見たとき、自らも当該犯罪遂行の対等又は対等以上の行為主体として加功し、かつ、実行行為者の行為と等価的に評価される重要な役割を自己の分担した行為によって果たしていると認められる場合（等価的分担関係が存在する場合）であるか、若しくは、当該謀議参加者において、他人である実行行為者の行為を自己の手段として実質的にも支配又は利用して当該犯罪を共に実行したと認められる場合、即ち、当該謀議参加者において、自らも当該犯罪遂行の対等又は対等以上の行為主体として加功し、かつ、共同謀議などの際において、自ら又は他人を介して、実行行為者に対し当該犯罪の実行を自己に代わって遂行するよう指揮命令又は委託し、あるいは、利益誘導などの方法で誘導するなど自らの意思に従って支配又は利用すべく働きかけの行為を為し、その結果、当該行為者をして自らの代行者として実行行為の遂行を為すことを事実上引受けしめ、その引受に基づいて当該実行者をして当該犯罪を実行せしめたと認められる場合（実質的支配又は利用関係が存在する場合）であることが必要と解すべきである⁽⁹⁶⁾と。本判決によれば、実行行為に出ない者に「共謀共同正犯」としての刑責を負わせるためには、実行者との間には単に共謀があるだけでは足りないものであって、少なくとも以下のような二つの場合のいずれかに該当しなければならないのである。一つは、全体の犯罪遂行過程において、対等又はそれ以上の行為主体として加功し、実行行為と等価的に評価される重要な役割を分担している場合である。もう一つは、実行行為者の行為を自己の手段として実質的にも支配又は利用している場合である。すなわち、前者は、既に前掲の大阪地裁昭和四三年一月一九日の判決で示されていた「共謀役割論」によって、「共謀共同正犯」の成否を決するものと解されるが、しかし本判決を昭和四三年判決と比較すると、「重要な役割を分担している」ことを、共謀以上のものと理解している点において、特色を有すると思われ⁽⁹⁷⁾。後者は、「使役論」又は「利用論」によって、「共謀共同正犯」を認めようとするものと解される。

この時期においては、共謀共同正犯の成立につき、以上のような判例があるわけであるが、最近の判例には、客観的には実行行為を行いながらも、「正犯意思」を欠くため幫助に過ぎないとするものがいくつか現れてきている。⁽⁹⁸⁾この動きに対して、学説では、判例は「共謀共同正犯」を認めるに際して、主観化の傾向を強めているという指摘もなされている。⁽⁹⁹⁾このような判例は主に行為者の主観面から「共謀共同正犯」の成立を制約しよとするものであると解される。

以上で、最高裁判例における「共謀共同正犯論」についての概観を終える。この概観から、この時期の判例は、実力犯に及び、更には法定犯に及んで、罪種⁽¹⁰⁰⁾を問わずほとんどの犯罪について「共謀共同正犯」を認めていると言える。しかも、この時期の判例による「共謀共同正犯論」については、以下のような特色を挙げることができると思われる。

第一に、最高裁は、大審院時代以来形成されてきた「共謀一体論」を、「共謀共同正犯」を認める前提としながらも、直接的には「利用論」または「手段論」を、間接的には「共謀使役論」などを、その根拠としているのである。

第二に、最高裁は、共謀という概念を、主観的理解から客観的理解へと転換したのである。しかも、その概念の内容を限定しようとしているのである。

第三に、下級審は、最高裁が採っている根拠のほかに、「共謀使役論」・「了承論」・「共謀役割論」などをも用いるようになると同時に、「使役論」・「役割論」・「共謀使役論」・「共謀役割論」などによって、「共謀共同正犯」の成立範囲を限定しようとしていると解される。

四 小括

以上、大審院・最高裁および下級審の判例における「共謀共同正犯論」を考察してきた。この考察から、おそらく次

の諸点が明らかになったと思われる。

その一は、判例は、現行刑法下の大審院時代以来、多様な根拠によって「共謀共同正犯」を認めてきたという点である。しかも、それらの根拠は、共謀との関係によって、およそ次の三種類に纏めることができると思われる。

第一は、共謀だけを、要件とするものである。たとえば、「共謀一体論」・「利用論」・「手段論」・「借用論」などが、それであろう。つまり、この種の根拠によると、実行行為に出なかつた者は、実行行為に出た他の者との間に共謀があつた場合には、共同正犯として処罰されるということとなるわけである。

第二は、共謀だけを、要件とするわけではないものである。たとえば、「使役論」・「役割論」は、それであろう。つまり、実行行為に出なかつた者が、共同正犯としての責任を負うためには、実行行為に出た者との間に共謀の外、その実行行為に出た者を使役したというなどの事情の存したことをも要する、というものである。

第三は、共謀自体を限定しようとするものである。たとえば、「共謀使役論」・「共謀役割論」・「了承論」などが、それに当たる。つまり、このような根拠によれば、実行に出なかつた者は、ある程度の行為を行わないと、他の実行に出た者との間に共謀があつたとはいえないので、共同正犯として処罰されないということとなるわけである。

ところが、以上のような三種類の根拠のいずれも、決して完璧なものであるとはいえない。何故ならば、それらの各根拠については、それぞれ以下のような疑問を生じさせるからである。

まず、第一の共謀だけを要件とするものに関していうと、共謀という事實は、共同正犯だけに限られるものなのかどうか、という点に疑問が起ころのである。換言すると、共謀は、共同正犯に特有なものであるか、それともすべての共犯に共通のものなのかという問題である。この点について明確にしなければ、いわば「包括的正犯論」になりかねず、現行刑法に規定された共犯体系との矛盾を引き起こす、と言わざるを得ないであろう。ところが、この種の根拠による

前述の判例に鑑みるならば、まさにその点を明確しなかったのではないかとと思われる。

次に、第二の共謀だけを要件としないものについて言えば、まず、その中で「使役論」については、おそらく次の点が批判されるであろう。つまり、他人を使役した者については、果たして共同正犯として処罰されれば済むのかどうかという点である。しかも、このような根拠に基づく判例は、その「使役」の意味について明らかにしているとはいえないであろう。また、この種の「役割論」は、「実行行為と等価的に評価される」という要件を、何を基準として判断するのかという問題もある。結局、「実行行為と等価的に評価される」ものとは、まさに実行行為それ自体なのではなからうか。

最後に、三番目の根拠についてであるが、果たして共謀をそれぞれ主張したところまで限定することができるのかどうかという疑問が存するのである。仮に主張どおり限定することができるとしても、この場合は少なくとも既に指摘した一番目の根拠に関して生じた問題にも直面している外、「共謀使役論」および「了承論」における指示・命令・提案などを行った者についても、二番目の根拠の中の「使役論」と同じように、共同正犯として処罰されれば済むのかどうかという問題があり、更に「共謀役割論」につき、「役割論」と同じような問題が発生し、「了承論」中での単に指示・命令・提案などを了承しただけの者にとつては、共同正犯として処罰されかねないという問題もあるといえよう。

なお、既に見たように最近の判例には、「共謀共同正犯」の成立につき、客観的には実行行為を行いながら、「正犯意思」を欠くため幫助に過ぎないとされる傾向もあるが、しかしこのような動きに対して、何といつても、行為者が「正犯意思」を仮に持たないとすれば、すべてが従犯になりかねないという点については、注意を要するであろう。まして、たとえすべてを従犯と認めたとしても、錯誤論の観点から検討すべき問題が生じるはずである。

もし判例が以上の諸説について生じる種々の疑問を解消しえないならば、それらの根拠のいずれによつても、「共謀

共同正犯」を認めることは、困難であると言わざるを得ないであろう。

その二は、判例自体が自ら何度も共謀という概念の内容を改めた、という点である。もちろん、共謀の意味および「共謀共同正犯」を認める根拠については、判例自体がどのように解釈しても構わないのであるが、しかし、判例が、自ら認めた「共謀共同正犯」の範囲も、その解釈によって左右されている点を、注意すべきであると思うのである。

その三は、今日まで判例が認めてきた「共謀共同正犯」を、少なくとも以下の7種類に大別することができる、という点である。

- ① 組織・画策・指揮の役割のうち、いずれか一つの役割を果たした場合。⁽¹⁰¹⁾
- ② 見張りの場合。⁽¹⁰²⁾
- ③ 幫助的な行為をした場合。⁽¹⁰³⁾
- ④ 犯罪現場に赴き、犯行を目撃した場合。⁽¹⁰⁴⁾
- ⑤ 共謀（謀議）に参加したに留まる場合。⁽¹⁰⁵⁾
- ⑥ 「順次共謀」の場合。⁽¹⁰⁶⁾
- ⑦ 「暗黙の共謀」の場合。⁽¹⁰⁷⁾

では、これまで日本の学説は、以上の判例理論に対し、どう対応してきたであろうか。次節では、この問題について考察することしよう。

第二節 学説による「共謀共同正犯」の論争

日本の学説において、判例による「共謀共同正犯」に関する論争が表面化したのは、おそらく草野豹一郎判事の「共同意思主体説」が提唱されてからのことであろう。つまり、この共同意思主体説に対しては、当初から、否定説による強い批判が加えられていたのである。そして、否定説の核心は、それが近代刑法学の大原則である個人責任の原則に反する点にあつた。⁽¹⁰⁸⁾このような状況の中で、近時、個人的共犯論・個人責任の原則に基づく「共謀共同正犯」に理論づけを与えた行為支配説・間接正犯類似説等が主張されている。しかし、このような個人的共犯論・個人責任の原則に基づく学説も、やはり種々の批判を浴びているのが実情である。本節では、この論争の実態を概観することとする。

一 共同意思主体説とその反論・質疑

日本の学説において、最初に、「共謀共同正犯」に理論づけを与えたのは、共同意思主体説であつた⁽¹⁰⁹⁾と言われている。既に述べたように、この共同意思主体説は草野豹一郎判事の提唱によるもので、判例理論の基礎となつた⁽¹¹⁰⁾とされている。

(一) 草野豹一郎判事の共同意思主体説

草野豹一郎判事は、まず昭和七年の論文「刑法改正草案と共犯の従属性」⁽¹¹¹⁾において、共同意思主体説こそ共犯規定理解の唯一の正論であると指摘した。すなわち、「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分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、端的にいうならば、終には、共犯無用論に帰着せねばならぬことにならう。しかし、さればといつて、共犯論維持の意味からして、無条件に所謂犯罪共同説に加担することも出来ぬ。何となれば、犯罪共同説は余りに犯罪事実に執着して行為者ということを開却する嫌があるからである。されど、これを行為共同説の個人責任論的なるに比するならば、若干共同責任論的であると言ひ得よう。けれども、宮本教授の如く、犯罪共同説を解して共同意思主体論とせらるるに至つては、いささか言過ぎであつて、と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とさえ考えられる」と。

その後、草野判事は、その立論の根柢を次のように述べた。「凡そ社会現象は、個人の単独なる行為に因つて生ずるばかりでなく、又数人の共同なる行為に因つて生ずるものである。此の共同現象は経済学に於いては分業又は合同の關係として研究せられ、民法商法に於いては法人又は組合の制度として規定せられて居る。而して此の現象を刑法上より觀察するときは、共犯なる觀念が生ずるのである。蓋し、二人以上の者が共同目的に向かつて合一する所に特殊の社会的心理的現象を生ずるからである。(中略)此の特殊な社会的心理的現象を酌んで立法したものと解することによつてのみ理解することが出来よう」。

続けて、草野判事は前掲『総則講義』には、共同正犯の「成立上の従属性」を次のように提唱した。すなわち、「惟ふに、二人以上共同して罪を犯したりと云わんには、先づ一定の犯罪を實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)、少なくとも其の中の一人が犯罪の實行に着手したことを要する。何となれば、共同目的の存せざるところに共同と云ふことは存しえないのみならず、共同目的の下に一体と

なつた丈では、未だ以て共同意思主体の活動があつたと云ふことを得ないからである。（中略）従来、加担犯たる教唆犯及従犯は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、大いに意味あることであり、更に進んでは之を通謀による共同正犯の如きに付いても認めねばならぬことにならう。私は之を呼んで成立上の従属性と云ふことにしている⁽¹³⁾と説いている。

また、草野判事は、「刑法改正上の重要問題」において、共同意思主体説の特徴について、次のように論じている。すなわち、「共同意思主体説の特色は、二人以上の異心別体たる個人が一定の犯罪を犯すと云ふ共同目的を實現する為、同心一体となる点に在ると云はねばならぬ。併し、この共同意思の主体と云ふことは、決して自然的に發生するのではなく、かならずや、二人以上の者が一定の犯罪を行ふに付いて協議することから成立するものである。而して此の協議を為すことを通謀又はは陰謀と云ふのである。之を譬ふれば、法人または組合の設立行為に比すべきであらう。故に通謀が通謀に止まる間は、共同意思主体の活動はないわけである。しかし、通謀が整つて、通謀者の一人が共同目的たる犯罪の実行に着手するによりて、そこに、はじめて、共同意思主体の活動があることになり、随て犯罪の実行に着手せざる通謀者も、自ら実行に着手したるものと看做さるることになる⁽¹⁴⁾」としている。

そして、草野判事は、責任の帰属については、「二人以上共同して罪を犯す場合を、以上の如く、一個の共同意思主体の活動として観ると云うことになる、その責任の帰属を共同意思主体に付いて論ずべきや、ということが問題たらざるを得ないことになる。惟うに、責任の帰属を共同意思主体に付いて論ずるといふことも一理ない訳ではないが、元來共犯に於ける共同意思主体たるや犯罪を目的とする違法的・一時的存在のものであるから、かかる者に責任を認むると云う訳わけにはいかない。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い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いて論

説
論
ずることが毫矛盾するものでないことは、民法組合の理論から推して考える事が出来よう。況んや現行刑法の刑罰は自然人を予定して居るに於いてをやである⁽¹⁵⁾と論じている。

以上が、草野判事が提唱された共同意思主体説の主要である。すなわち、草野判事のこの共同意思説の特色は、共犯を特殊な社会的心理的現象として理解することから出発して、共謀によって、もともと異心別体である数人が一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため同心一体となり、そのうちの一人が共同目的のために犯罪を実行した場合には、その行為は共同意思主体の活動と認められ、全員について共犯が成立するという点に求められるといえよう。したがって、「共謀共同正犯」の場合には、共謀により共同意思主体が形成されると考えられ、謀議に基づく実行行為は、共謀者の誰が行おうと共同意思主体の活動として把握されるので実行行為に出なかつた謀議者も共同正犯とすることに何の支障もないことになるわけである。

この意味で、共同意思主体説が、「共謀共同正犯」に与えた理論づけは、前節で既に見てきた判例の「共謀一体論」と相通じるものがある、と思われる。

(二) 共同意思主体説に対する反論

共同意思主体説に対しては、根強い批判がある。ここでは、これまで、公表された見解のうち、主要なものを見ておきたい。

1 滝川幸辰博士の見解

滝川博士は、「共謀共同正犯」という論文において、草野判事の理論を、次のように批判した。すなわち、

「(1)草野氏によると、実行担当者は共同意思主体の意思を代表して実現する者である。代表者の実行は共同意思主体の実行と見なされるから、犯罪は共同意思主体の犯罪であって、共同意思主体を構成する各個人の犯罪ではない。刑法の責任論に従えば、犯罪によって責任を追う者は犯罪を実行した者である。共同意思主体の犯罪については、共同意思主体が責任を追うべきはずである。ところが草野氏によると、責任を追う者は共同意思主体ではなく、共同意思主体を構成する各個人である。これは自分の犯罪の責任を他人に転嫁することであって、刑法の責任論に反する。」

(2)共同意思主体は犯罪の実行という限定せられた目的をもつ一時的、違法的団体であるので責任を認めるわけにはゆかない、というのは理由にならない。犯罪を実行する違法的団体であれば、それだけに、一そう責任を追うのが当然である。一時的の存在であると言うことは責任を免れる理由にはならない。犯罪を実行するという、その目的を達成した瞬間に団体がなくなるのと、組合が目的たる事業の成功によって解散するのとを同一に考えたのかも知れないが、組合の解散は将来に向かってのみ効力があるのに過ぎない。解散によって過去の義務を免れるものではない。私法理論によってこの問題を解決することは適切ではないが、仮に私法理論に準拠するとしても、犯罪の実行という目的を達したと同時に、犯罪の責任までなくなるというのは、理由のない説明である。

(3)民法の組合では、各組合員が組合の義務を負担するが、それは全員として義務を負えばよいので、組合員の各自が重複して全部の義務を負うことはない。共同正犯として各自に独立の刑事責任があるということと、組合の全員が全員として民事上の義務を負うということとは反対の現象である。共同正犯の刑事責任を説明するために組合の民事上の義

説 務の理論を採用することは、理論の混淆である。

論

(4)現在の刑罰組織は自由刑中心であつて、自然人を目標にしている。しかしこれから推論して、共同意思主体に責任がないということは本末顛倒である。共同意思主体を構成するものに対し、いかに刑事責任をとらすべきか、ということとは別個の問題である。共同意思主体は団体である。刑事責任は自然人に対して認められるのが原則である。ゆえに団体である共同意思主体は刑事責任を負わない、という理論は単なる形式理論に過ぎない⁽¹⁶⁾としてゐる。

2 団藤重光博士の見解

仮に共同意思主体というものを認めることができるとしても、これを犯罪の主体とするのは団体責任を認めるもので、近代刑法の個人責任の理念に反する。各人について考えるかぎり、実行させることは実行することではない。謀議に留まるものは、本来、教唆犯または幫助犯に過ぎないと解すべきである。実行者の背後関係にしばしばいわゆる大物がいることは社会的事実であつて、判例の見解はそこに実質的な理由をもっているが、共同正犯の規定の解釈によつて対処するのは無理である。判例は立法論を解釈論に持ち込んだものと言わなければならない。⁽¹⁷⁾

3 吉川経夫教授の見解

実行行為を分担しなかつた共謀者に共同正犯の罪責を認めることは、共同正犯の成立に共同の実行を要求している刑法六〇条の明文を無視して共同正犯という概念を不当に拡大するものであり、共同正犯と教唆犯・従犯の概念的区別を

失わせるとのそしりを免れない。わが国の通説が今日もなお共謀共同正犯の理論に反対していることは、正当である。⁽¹¹⁸⁾

4 木村亀二博士の見解

共同意思主体説が広義の共犯に共通した性質として個々の個人と異なる超個人的な共同意思主体の存在を認めるのは共犯をもって群集現象と解することを根拠とするというのであるが、そこには、まず社会的には、群衆と組織的団体の区別が明確に区別せられていないという疑問がないではない。また、そのような理論は刑法的には今日の刑法の理念たる個人責任の原則に反すると言わねばならない。のみならず、そのような共同意思主体説によると、狭義の共犯たる教唆犯・幫助犯にあつても、被教唆者、被幫助者たる正犯者と被教唆者・幫助者との間にも、これらの個々の個人的主体のほかに超個人的な共同意思主体を認めることになるが、これもまた、実態に即しない理論であると言わねばならない。というのは、教唆者・幫助者と被教唆者・被幫助者たる正犯者との間には、共犯従属性説の見地にあつては相互に従属・非従属すなわち独立の関係があるとせられ、独立の見地にあつては相互に独立の関係があるとせられるに留まり、相互に共同の関係は全然なく、したがつて、相互の間に共同意思主体を認める余地もまた全然ないと言わねばならないからである。その意味において、共同意思主体説をもって広義の共犯の全体に関する共同の性質を示する理論としての価値については疑問があり、妥当とはいえない。しかし、ただ共同正犯については、それが二人以上共同して犯罪を實行することを意味するから、共同意思主体を認めることは理論的に不可能であるとは言えないが、そのような超個人的な共同意思主体を認めなければならぬ必然性はどこにもなく、これを認めることは、かえつて、今日克服せられた古い団体責任の原則に戻ることであつて、刑法の理念たる個人責任の原則に反すると言わねばな

らない。⁽¹¹⁹⁾

5 小暮得雄教授の見解

共犯關係が、集団現象の一種として純然たる個人現象と異なる側面を持つことは否定できないが、その集団性は、一部の者の実行を共謀者全体の実行に統括し、個々人をして集団に埋没させる類のものではない。共謀による共同の關係は、集団心理の影響を蒙りながらも、なお依然として独立な個性の集合であり、個人責任の原理の妥当する場にふさわしいのである。集合を支える個人的契機を不当に閑却し、共同意思主体の名において、一網打尽的な処罰の可能性を担保することは、刑事司法の運用上決して好ましい方向とはいえない。⁽¹²⁰⁾

6 大塚仁教授の見解

共同意思主体説が社会心理的観点から共犯現象を見ようとした点は注目に値するが、それは、本質的に近代刑法学の予定する個人責任の原理と背馳する団体責任主義の立場であるとともに、また、積極的にこのような団体責任を論ずるものでもなく、かえって民法の組合理論の如きを刑法解釈上に推及して、その団体構成員の個人的責任を認めようとするのであって、理論的にもきわめて不徹底である。また、いわゆる共謀は共同正犯の客観的要件にあたるのであって、「実行共同正犯」における共同実行の事実と解するときには、実行行為の概念がいまいきとなるとともに、それならば何ゆえに共謀自体に共謀共同正犯の実行行為を認めないのかという疑問を甘受しなければならないはずである。⁽¹²¹⁾

共同正犯は、団体の責任を問題にするものではなく、あくまでも二人以上で共同して犯罪を実行した者それぞれの個人責任を問うものである。やはり、共同意思主体という団体の責任を問題にする共同意思主体説は、この点で、刑法の共同正犯の性格認識に根本的誤りを犯していると言わざるを得ない。⁽¹²⁾

以上は、七名の論者の共同意思主体説に対する批判の概要である。これらの共同意思主体説に対する理論的な批判は、a 刑法六十条の文理解釈をこえるもので罪刑法定主義に反する、b 共同意思主体説は団体責任の原則に立脚するもので個人責任の原則に反する、c 共同意思主体という超個人的存在の責任を個人に転嫁するもので責任原則に反する、d 共謀共同正犯を認めると共同正犯と教唆犯・従犯との概念的区別が失われる、e 共謀者を正犯として処罰する実質的根拠も必要性もないという五点に要約することができると言えよう。

(三) 共同意思主体説に対する質疑

既に見たように、草野判事の提唱による共同意思主体説の根幹をなしたのは、数人の協議（通謀又は陰謀）によって、もともと異心別体である数人が一定の犯罪を犯すという目的を実現するため同心一体となり、そのうちの一人が共同目的のためにその犯罪を実行した場合には、その行為は共同意思主体の活動と認められ、全員について共犯が成立するというものである。従って、この説は、いわゆる共謀共同正犯の理由づけとなったわけである。

ところで、(二)で概観した学者の諸批判が、仮にすべてが正しいとしても、ここでなお注意しなければならないのは、

共同意思主体説の提唱者であろうと、共同意思主体説の支持者と解される者であろうと、あるいは第三者により共同意思主体説の支持者と指摘される者であろうとにかかわらず、もしその主張するところがこの説の根幹を離れるならば、確実に共同意思主体説に背馳することになる、という点である。草野判事を始めとする共同意思主体説は、まさにその点で問題があると、私は思う。それは、草野判事およびその継承者の論述から、かれらの「共同意思主体説」がその根幹と矛盾している点を見出だすことができるからである。以下では、その点を指摘・分析することにしてしよう。

まず、草野判事の見解から見ることにしてみたい。すなわち、草野判事は、共同正犯とは、「二人以上共同して犯罪事実を実現した者で、重要な役割を演じたものを云う」と定義づけられ、更に「二人以上共同する」とは、「二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体となることをいい、意思連絡があつたというためには、共同犯行の認識があつて互いに他の一方の行為を利用し、全員協力して犯罪事実を実現せんとする意思がなければならぬが、必ずしも通謀を必要としない」とされ、なお「犯罪を實行する」とは、必ずしも共同者の全員が実行行為を分担する必要はなく、共同者の中の何人かが実行に出ることを必要とするという意味であり、従つて実行行為の分担者は犯罪の遂行に大いに与つて力のあるものであるから正犯となるのは勿論であるが、実行行為を分担しなくても謀議に關与した者は、実行行為を分担者に勝るとも劣らない重大な役目を演じるものといわなければならないとされている。⁽¹²⁾言うまでもなく、この論述から見ると、ここでの草野判事の主張内容は、共同意思主体説の根幹、つまり自ら説いている共同意思主体説の特徴に背馳していると言えよう。何故ならば、共同意思主体説の根幹とされた「協議（通謀・陰謀）」が、ここでは改められているからである。言い換えると、共同意思主体説においては共同意思主体として認められないはずのものを、ここで認めるようになったからである。⁽¹³⁾

次に、共同意思主体説を支持すると解される者の見解を見ることにする。⁽¹⁴⁾たとえば、齋藤博士は、『刑法総論』にお

いて共同正犯の成立要件については、次のように述べている。すなわち、「二人共同する」とは、二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体となることをいう。……意思の連絡があるとするためには、共同犯行の認識があつて互に他の一方の行為を利用して全員協力して犯罪事実を実現させる意思あることを要する⁽¹²⁶⁾とし、「犯罪を實行する」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つ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関与するに止る者も共同正犯者と解すべきである⁽¹²⁷⁾としている。無論、齋藤博士のこの論述からは、その「意思連絡」があつたといふためには、協議（通謀・陰謀）が必要であるかどうかは、必ずしも明確ではなかつたと言えよう。ところが、齋藤博士が自ら本当に共同意思主体説の支持者であるならば、その「意思連絡」があつたといふためには、共同意思主体の成立にとつて不可欠の協議（通謀・陰謀）を必要としなければなるまい。何故ならば、もしそのような協議を必要としなるとされるならば、共同意思主体説の根幹と矛盾するはずだからであり、そのことは、既に共同意思主体説に立つたものではないといふことを示すからである。しかし、齋藤博士は、従犯と正犯との区別については、犯罪事実の實現に重要な役割を演じたかどうかによつて決めるべきであるという見解を表明した⁽¹²⁸⁾ことから、間接的に共犯の成立にとつて必ずしも協議（通謀・陰謀）を必要としないことが窺われる。というのは、本来の共同意思主体説によるとすれば、そのような区別を見出すことは不可能だからである。この意味で、同博士の見解は、共同意思主体説の根幹と矛盾するであろう。

また、下村教授は、昭和五四年の『刑法総論』の中で、共同正犯の成立要件につき、ほとんど文字どおり齋藤博士と同様な見解を表明したが⁽¹²⁹⁾、しかし同教授は、それ以前に公表したものにおいては、意思の連絡があつたといふためには、必ずしも共謀（協議）まで必要としないという見解も既に表明していた。たとえば、昭和四九年の「共同正犯」と

いう論文のなかで、次のように述べている。すなわち、『まず、一般的な意味における意思連絡は共同正犯、教唆犯、幫助犯を含めて共犯成立のための主観的要件であり、次に、共同正犯成立のための主観的要件としての意思連絡は共同犯行の認識、いかえれば共同実行の意思である。そこで、厳密に考える限り、理論上、共謀と共同犯行の認識とは別個の概念である。共同犯行の認識は、本来、各自の実行行為とあいまって共同正犯を成立させる主観的要件であり、共謀は共謀者の中の一人が犯罪の実行に着手すれば、その存在のみで犯罪の実行に与らない共謀者を共同正犯たらしめるところのものである。したがって、共謀がある場合には、当然、共同犯行の認識が存在するといえるが、これとは逆に、共同犯行の認識があれば共謀が存在するとはいえない。この意味において、共謀とは共同犯行の認識である、とするのは行き過ぎである。やはり、共謀というには、共に謀る、つまり、共同犯行の認識以上のものがなければならぬのであって、「共同犯行の認識があつて互に他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現させる意思」そのものは区別さるべきものである』⁽¹³⁰⁾と。言うまでもなく、この論述は、おそらく共同意思主体説の根幹からは離れているであろう。ただし、著者からは共謀は協議ではないというような反論が出るかも知れないが、しかし仮にそのような反論ができるとしても、同教授の「要するに、正犯と従犯の区別は、犯罪の実現に重要な役割を演じたか否かによつて決定すべきであり、共謀に加わるといふことはまさしく重要な役割を演じたことである」⁽¹³¹⁾という見解は、やはり本来の共同意思主体説と矛盾する考え方であると言わざるを得ないであらう。

なお、植松博士は、『再訂刑法概論・I総論』の中で、共犯の成立について、次のように述べている。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。意志の連絡が特に問題になるのは共同正犯においてであるが、その連絡は共犯者全員が一堂に会することを必要とするものではない。AはBと意志を通じ、BはCと意志を通じ、更にCはDと意志を通ずるといふような方式による「順次通謀」もまた、

A、B、C、D四名の共謀を成立せしめるので、この主観的要件において欠けるところはない⁽¹³²⁾と。もちろん、この論述から、その意志の連絡があつたというためには、協議（通謀・陰謀）まで必要であるとされたかどうかは、必ずしも明確であるとはいえないが、しかし同博士の「共同正犯と従犯との区別は、集団現象としての犯罪全体のなかで比較的重要な役割を演じているか比較的軽微な役割を持つにすぎないかによってなされる」という見解から見れば、共犯の主観的成立要件たる「意志の連絡」があつたというためには、やはり必ずしも協議を必要としないということになるであろう。この意味においては、植松博士が主張されているところは、既に本来の共同意思主体説に背馳しているといえよう。

要するに、もし以上のような分析が許されるならば、いわゆる共同意思主体説の創始者およびその説を支持する者が主張する内容は、既に本来の意味での共同意思主体説に背馳していることが、明らかになつたと思われる。むしろ、それらの者が、自らその矛盾点をはっきり認めた場合に、上述の主張が初めて成立することになる。さて、彼らが主張されているところを総括してみると、「共謀共同正犯」に与えられた理由づけは、「重要な役割」というところにあると思われる。ただし、注意しなければならぬのは、草野判事・斎藤博士および下村教授のいずれも、共謀者自体を、共犯関係においては重要（重大）な役割を演じたものとして把握しているのに対して、植松博士は、重要な役割を、共謀を越えたものとして理解しているように解される、という点である。この意味で、二つの理由づけのうち、前者は判例での「共謀役割論」とあまり変わらないのに対して、後者は判例での「役割論」とほぼ同じであると言えよう。

最後に、西原教授が「共謀共同正犯」を認める理由づけについて、概観したい。周知のように、同教授は「共謀共同正犯」を肯定するが、共同意思主体説に基づく共謀共同正犯論⁽¹³³⁾を採るものでないと表明した。しかし、これに対して、学説では、西原教授は共同意思主体説を全面的に否定するのではなく、とりわけ、その「共謀」概念の分析や、「一部

行為の全部責任の法理」に対する主張では共同意思主体説を全面的に支持する立場を採っていると言われている⁽¹³⁴⁾。私は、同教授が公表したものの、特に共同正犯と教唆犯・従犯の区別は犯罪実現に対し重要な役割を演じたかどうかによるべきであると主張されている点に鑑みて、おそらく本来の共同意思主体説に基づいたものではないと解する。ただし、彼が「共謀共同正犯」に与えている理由づけ、つまり「重要な役割」は、既に「共同意思主体説」と背馳した後の草野判事・齋藤博士ないし下村教授らが主張されているところとあまり変わらないといつてよいであろう。

二 間接正犯類似説とその反論

昭和三三年五月二十八日いわゆる練馬事件最高裁判決が出たが、この判決と前後して、学説の中にも共同意思主体説とは異なる立場から、共謀共同正犯を制限的ながら認めようとする間接正犯類似説が台頭してきた。この説は藤木英雄博士の提唱にかかるものであると言われている。

(一) 藤木英雄博士の間接正犯類似説

藤木博士は、「判例百選総論」中の練馬事件判決の評釈において、次のように述べている。すなわち、「本件の判例は、共謀共同正犯を肯定し、判例法の流れに沿ったものという意味ではとくに新しさがないようにも見えるが、共謀共同正犯の理論について、共同意思主体説とは別個に、いわば間接正犯類似の理論を用いてその正当性を根拠づけようとする志向がうかがわれその結果として、共謀者の正犯性の認定に相当程度の絞りをつける方向をとるものと思われる点にお

いて、とくに注目すべきものがあり、本判例を共謀共同正犯の判例の代表としてとりあげた趣旨も、この点に存するわけである。本判旨にも、もとより、『共同意思の下に一体となつて……』とするあたり、共同意思主体説的観点に立脚するものと読みとれる部分がないではない。しかしながら、重要なのは、実行しない共謀者が何故に正犯としての責任を問われるかの説明として、『互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議』に参加した以上、『直接実行行為に關与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において』実行者と異なるところがないとしている点である。これは、他人の行為を手段として犯罪を行う点を重視して、共同意思主体説をはなれ、個人責任の見地から共謀者の正犯性を根拠づけようという努力のあらわれとみるべきであり、単に情を打ち明けられ承したとか、他人の犯罪遂行に単に加担するだけの意思をもつて犯行の相談に加わつただけの者については、共同正犯性を否定する方向を示すものである⁽¹³⁶⁾と主張しているのである。

博士は、昭和三七年の論文「共謀共同正犯の根拠と要件」⁽¹³⁶⁾において、さらに詳論し、自分の手による実行をもつて正犯の唯一の標準とする考え方は絶対的な正しさを持たず、物理的な身体の動静ばかりでなく、その行動の持つ価値的な意味合いを重視して実質的に正犯性を画すべきであり、共謀共同正犯における共謀者の責任を、その意思方向、実行担当者に対する関係から見た場合、自ら実行を分担するものではないが、実行担当者の行為と併せて実質的に考察するならば、結局実行を共同にした者として正犯性を認める理論的方向が開けるとして次のように説いている。すなわち、

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

わけにゆかない。しかしまた、われわれは、みずからの手によって実行行為をしないで、他人を利用して犯罪を実現する者を、間接正犯として正犯性を認めることがある。むしろ他人の利用を実行行為の一つの方法としてとらえている。間接正犯という概念を用いるか否かは別として、みずから手を下した者と同じく正犯として罰せられることは、伝統的にはむしろ自明のこととされてきたのである。それは結局、被利用者の行動を、自己の規定した方向に向かって意思のままに動かすこと、目的的行為論の論者によれば目的的行為支配をなすことにより根拠づけられるのである。共同正犯、ことに共謀者の利用行為が、間接正犯が単独犯と認められるのと並行した趣旨で、みずから手を下したものと価値的に同一に評価しうるのであれば、そこに共謀者を、他人と合意の上共同して相互に利用しあつて結果を実現したという意味で、共同の実行をした者と認めることが可能となるのである⁽¹³⁷⁾とし、「もちろん間接正犯は単独正犯であり、共謀者の責任を間接正犯のそれと同一のものとして説明することは当を得ない。共同正犯者を利用する間接正犯というもの、単独犯の形態としてはあり得ないことである。しかし、二人以上の者が犯罪遂行について合意に達した場合、この二人の行動を全体的にみとときは、間接正犯における利用関係に対比すべき実体をそこに見出だすことが可能である⁽¹³⁸⁾」としている。

そして、右の利用関係に対比すべき実体について、藤木博士は次のように論じている。すなわち、「ここでわたくしが問題としている合意とは、単なる犯罪遂行の下相談ではなく、参加者の間に、犯罪を遂行すべき、確定的な意思の合致が成立した場合である。実行担当者は、この合致した意思に基づいて、自己の意思で犯罪を遂行するものではあるが、その意思決定の内容は他の合意者との約束に基づいて形成されたもので、爾後の行動は合意により拘束され、実行担当者は、実行するかしないかを自分の自由意思であらためて決定する事はできず、自己の一存で、実行の意思を放棄することは許されないのである。かくしてかれは、一方においては、自由な意思に基づき合意に参画し且つそれを実行した

という意味において自己の意思に基づいて事態を方向づけ、支配したということで正犯性を認められるが、同時に、合意によりみずからの犯罪意思を確定させたが、他の合意者との関係で、もはや自己の独断ではその意思を翻し得ないものとなるという意味で、他の共犯者に拘束・支配されるのである。これをみずから実行を担当しない他の共犯者の側からみるならば、合意の一員となることによって、実行行為担当者の将来の行動を方向づけ支配することを通じ、結局実行行為担当者を介して実行したものと認め得るものと言わねばならぬ。要するに共謀者の間に、犯罪遂行に関する合意が成立しているときは、換言すれば、共謀の内容を前述のように解するかぎり、共謀者の犯罪関与の形態は、教唆と異なり、その実体はむしろ間接正犯における利用行為と質的に同じであるということが肯定できるのである⁽¹³⁹⁾。

以上は、藤木博士が提唱した間接正犯類似説の概要である⁽¹⁴⁰⁾。そうすると、この説の特色は、確かに、共謀者の正犯性を間接正犯のアナロジー⁽¹⁴¹⁾によって説明し、共謀共同正犯においても共同正犯の客観的成立要件である実行行為性を維持しようとする点にあり、或いは、この学説のもつ意義は、各共同正犯者は正犯すなわち実行行為者であるとする否定説的な基本思想に変更を加えず、つまり縮限的正犯概念を維持し、個人責任の原理にたつて、共謀共同正犯の可罰性を基礎付けようとする点にある⁽¹⁴²⁾と言えるかも知れないが、しかしこの説の理由づけは、前節で見た判例における「利用論」または「手段論」と、ほとんど同じ理論構成であると解されるのである。

(二) 間接正犯類似説に対する反論

間接正犯類似説に対しても、やはり批判がある。間接正犯類似説に対する理論的な批判は、共同意思主体説の支持者および共同意思主体説の支持者と指摘されている者から行われる外、他の論者によりなされている。ここでは、公表さ

れた見解のうち、主要なものを見ておきたい。

1 「共同意思主体説」の立場からの批判

(1) 斎藤金作教授の見解

共謀共同正犯を間接正犯類似の理論で説明しようとすることは、共犯を単独犯の理論で論じようとするものではあるまいか。刑法が単独犯のほかに、共犯を規定する所以のものは、共犯には単独犯の法理では説明しえないものがあるからではあるまいか。共犯が共犯たるの要点は、学者のいわゆる「他の共同正犯に欠くる部分を補充」する説明をどのように構成するかにあるのではあるまいか。間接正犯類似の理論を採る学者は、他の共同正犯者を「道具類似のもの」として理解するのに反し、共同意思主体説においては、共同正犯者相互の「相倚い相助ける」点にこれを求めるのである。言い換えれば、共犯の共犯たる所以を、「二人以上の異心別体たる個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を実現するため、同心一体となるの点にあり」とするものである。⁽¹⁴³⁾

(2) 西原春夫教授の見解

たしかに共同正犯の場合、犯罪の実現について相互に他人の行為を利用するという実態は存在する。しかし、共犯従属性説に立脚する以上、それは、間接正犯の場合と同様な程度の支配と考えることはできない。論者は、共同正犯の場合の中止の困難性という事実をもって、相互的な支配の強さを論証しようとするが、中止の困難な場合は教唆犯にも存するのであって、そのような場合を正犯とするならば、教唆犯・間接正犯・共同正犯の間を徹底的に再編成しなければならなくなる。しかも、共同正犯の場合に間接正犯の場合と同様な行為支配が認められれば、たしかに共同正犯の可罰

性は個人責任の原理でもって説明し尽くされることになるが、その場合には共同正犯と直接単独正犯、間接正犯との法律上の差異も失われることとなる。一方、共同正犯におけるのと類似したものに過ぎないと解するのであれば、それは支持しうる。ただその場合には、そのような行為支配的な事実のみをもって、つまり個人責任の原理をもって共同正犯の正犯性を基礎付けたことにはならなくなる。その場合には、「甲乙二人」という共同意思主体を認め、現実に行われた実行行為をその活動と把握する方法として、間接正犯類似の行為支配を援用したにすぎないことになる。それならば、私もまた賛成しうるところである。⁽¹⁴⁴⁾

2 他の論者からの批判

(1) 小暮得雄教授の見解

間接正犯ないしこれに類する構成を用いて、共謀者の正犯性を論証しようとする学説は、実行の概念を規範的にとらえることによって正犯標識を維持しつつ、共謀共同正犯の成立に絞りをかける一方、現行法をつらぬく個人責任の原理との調和をはかろうとする志向は、まことに傾聴に値するが、他面では実行概念の規範的拡張にとまらぬ定型性の弛緩、未遂罪の成立範囲をめぐる疑問などの難色も免れず、なお十分に熟した議論とは言い難い。⁽¹⁴⁵⁾

(2) 中義勝教授の見解

しかし、他の共同正犯を道具として支配・拘束するということは不可能であり、道具はもはや共同正犯でありえないことになって、その理論の行き付くところは共同正犯を否定することによって共同正犯であることを論証しようということである。⁽¹⁴⁶⁾

(3) 福田平教授の見解

共同正犯も正犯である以上、正犯性を持つことが必要である。ところで、正犯とは実行行為、すなわち構成要件実現の可能性を持った行態をなす者である。間接正犯が正犯であるとされるのは、その被利用者に対する誘致行為が構成要件実現の現実的可能性を持つ行態 \parallel 実行行為と認められるからである。しかしながら、共謀に参加しただけで何等の行爲にならなかった者は、共同意思による心理的拘束を実行行為をなした他の共謀者に及ぼした者であると言っても、構成要件の現実的可能性を持つ行態 \parallel 実行行為をなした者とはいえないから、この者の正犯性を肯定することはできないはずである。したがって、この者と実行行為をなした他の共謀者とが共同正犯であると解することはできないのではなからうか。⁽¹⁴⁷⁾

(4) 大塚仁教授の見解

間接正犯説は十分な説得力がない。間接正犯に類似するといっても、間接正犯における利用者と被利用者の関係と、共謀共同正犯における単なる共謀者と実行担当者との関係は、明らかに異なっている。前者は、被利用者の道具の身体活動に対する支配・被支配の関係を内容とするのに対して、後者は、元来、法的に平等な立場にある者同士の共謀関係を基礎とするものだからである。そして、判旨の示すところについても、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」という表現はきわめて分かりにくく、同様な疑問を禁じ得ないものがある。⁽¹⁴⁸⁾

以上が、六名の論者の間接正犯類似説に対する批判の概要である。これらの間接正犯類似説に対する理論的な批判の中心は、「共同意思主体説」の立場からの批判を除けば、主に情を知った責任能力者に対し間接正犯の場合と同様な行為支配が考えられるか、という点にあると言えよう。

三 意思支配説・目的的行為支配説とその反論

「共謀共同正犯」を肯定する学説には、大きく分けて団体的責任論の立場からのものと、個人的責任論からのものがある。前者は共同意思主体説であり、後者は間接正犯類似説の他に、意思支配説ないし目的的行為支配説などである。⁽⁴⁹⁾ 周知のように、意思支配説は莊子邦雄教授の主張にかかるものであり、目的的行為支配説の代表は平場安治教授である。

(一) 莊子邦雄教授の意思支配説

莊子邦雄教授の意思支配説は、謀議を超えて、全体としての実行行為に対する意思支配力が強烈であり、共同の実行といいうるに足りるだけの強さと力を持っているときは、たとえ現場にいなくても、現場で実行行為の一部を分担した⁽⁵⁰⁾ 者と同じ程度の力を犯罪実現に対して有していた者と考えて、共同実行者として扱うことは不当ではないと主張する。

莊子教授は、昭和三十九年の論文「共謀共同正犯と共同正犯の本質」において、共謀共同正犯成立の可能性について次のように述べている。すなわち、「現場にいなくても現場で実行行為の一部を分担している者に対して強烈な意思支配をおよぼしているようなばあいには、現場で実行行為の一部を分担した者とおなじように、犯罪の実現に対して共同正犯としての機能をになった者と評価することもできよう。もともと、現場で実行行為の一部を分担しているばあいでも、現場での実行行為の一部分担という客観的な要素だけで共同実行という評価をくだしているわけではない。実行行為一部分担は犯罪を實現しようとする共同の意思の化体したものである。一部分担という客観的な要素と共同の意思の支配という主観的な容態との双方を総合して共同実行という規範的な評価をあたえている。要するに、犯罪の実現に対して

共同実行といえるに足りる強さ、力をそなえているかどうかということによって、規範的な評価をくだしているのである。とすれば、現場にいらなくても、現場で実行行為の一部を分担した者とおなじ程度の力を犯罪実現に對してもつていた者を共同実行者としてあつかうことは、不当なことだとはいえないことになる。ここに共謀共同正犯成立の可能性が(151)うまれてくる」と。

更に、同教授は、共謀による共同正犯においては、現場に臨まない共謀者も共同正犯として認めうるかという点については、次の要件のもとに認めるべきであると主張している。すなわち、第一に、数人の間に犯罪実現のための意思の結合が認められること。第二に、現場に臨まなかった共謀者においては、直接の実行行為者に対して指導的・積極的役割を果たし、この役割が現場の実行行為の一部分担と評価し得る程度の実質を備えること。第三に、犯罪実現に對して極めて強烈な関心を有すること、の三つの要件である。現場に臨まない共謀者に実行行為の分担を客観的に認めることは容易ではないが、三つの要件を総合して判断することにより共謀共同正犯の成立を肯定すべきである。(152)

以上の見解から見ると、莊子教授の特色は、共謀共同正犯が成立するためには、謀議のほかに、その実行行為者に對して現場に臨まなかった共謀者が指導的・積極的役割を果たすべきことを求めている点にあると思われる。(153)かようにして、教授の見解は、既に見た判例における「役割論」とほとんど差異がないといつてよいであろう。この意味で、莊子教授の見解は、一応意思支配説としたが、行為支配説にも近い、限定的共謀共同正犯容認論であると言えるかも知れない。(154)

（二）平場安治教授の目的的行為支配説

平場教授の目的的行為支配説は、正犯といえるためには構成要件的行為に對する目的的支配があればよく、必ずしも自己の手によって実行行為をなす必要がないとの理論的前提に立って、共謀者が実行行為者に行為支配を及ぼすことも可能であると、共謀共同正犯を肯定するものである。

すなわち、平場教授は、共同正犯の成立には「客觀的に見れば犯罪の共同実行が必要である。共同実行とは構成要件の全部または一部をおのおの自己の手によって行つたという意味ではない。……構成要件的行為の全体に對する共同支配があれば足りるのである。従つて極限的には、自分としては何ら手を下さなくても、他人の行為を支配して自己の犯罪をとげる共同正犯があり得る。……実行の一部を自ら行いながらも実行の全部に付き責任を負う共同正犯の規定の合理的基礎づけを追求して行くならば、当然に共謀共同正犯の肯定に到達する⁽¹⁵⁵⁾」とし、「謀議者が単に謀議に参与したというだけではなく、直接実行者の意思に現実に作用し、それをして遂行せしめているならば共同正犯であるが、ただ単に直接実行者の犯意を誘起し、または犯意を強化したに止どまるならば教唆犯もしくは従犯にとどまるであろう⁽¹⁵⁶⁾」としている。

平場教授の上述の見解からすると、この説の特色は、「共謀共同正犯」が成立するためには、二人以上の者の間に、謀議があるほかに、実行行為に出なかつた者が他の実行者の行為を支配し、つまりそれを遂行せしめなければならない、という点にあると思われる⁽¹⁵⁷⁾。とすれば、この説は、判例における「使役論」と同質なものであると言えよう。

(二) 意思支配説・目的的行為支配説に対する反論

1 意思支配説に対する反論

意思支配説に対する主要な批判としては、①主観面を偏重するものではないかという主張と、②この説は個人に還元されてしまうものではないかという疑問とが挙げられよう。たとえば、「意思の強度にもとづいて共同正犯の規範的評価を与えることは、共同正犯の要件について、主観面を偏重する⁽¹⁵⁸⁾」というものや、「客観的支配の要件が薄められ、実際上は『強烈的な意思』が共謀共同正犯の決定的な要件となつている⁽¹⁵⁹⁾」というものなどは、前者であるのに対して、この説は『共謀』を実質的に実行概念に等置しようとするが、その理由を直接の実行行為者に対する指導的・積極的役割に求めるのであるから、結局、その解決が個人に還元されてしまつている⁽¹⁶⁰⁾」というものなどは、後者であると言えよう。

2 目的的行為支配説に対する反論

目的的行為支配説に対しては、日本の刑法学界には厳しい批判がある。目的的行為支配説に対する批判は通常、①いかなる場合に行為支配があるとするのか、その判断基準が明確でない、②関与者の力関係が対等な場合には、謀議者や見張りの行為支配はどこまであるのかの判断が困難である、③行為支配の概念は多義的で、いわゆる開かれた概念であるという三点に要約される⁽¹⁶¹⁾。たとえば、

大塚教授は、そもそも行為支配の観念ははなはだ明確性を欠き、見方によっては教唆行為、幫助行為についても、教

唆者、幫助者に行為支配があるといえなくともない⁽¹⁶²⁾とし、「その行為支配とは、実は、間接正犯を正犯として説明する際にも用いられている観念であつて、そのあいまいさは、別論としても、他人を道具として利用する間接正犯者と、共謀共同正犯における単なる共謀者とが、はたしてまったくおなじ意味で行為支配をもちうるかどうかは疑問である⁽¹⁶³⁾」と批判している。

村井敏邦教授は、行為支配という概念それ自体が極めて多義的であつて、行為支配を共謀共同正犯の根拠にする者の間にも、共通のものがない。いずれにしても、行為支配という概念は伸縮自在であるところがいかにも便利なようであるが結局は内容がない⁽¹⁶⁴⁾と指摘している。

四 新しい学説の展開とその反論

先に見たとおり、判例の立場と学説の大勢とは真向から対立していたのであるが、いわゆる練馬判決を契機として学説側に動きが出てきた。すなわち、この判例と学説との乖離状態を打開するためには、学説が否定論を繰り返すだけでは実務の共謀共同正犯の成立範囲の拡大を押し留める力はなく、何等かの解釈論上および立法政策上の方策を講じなければならぬという考えが現れてきたのである⁽¹⁶⁵⁾。平野龍一博士の実質的共同正犯説、大塚仁教授の優越支配共同正犯説および団藤重光博士の見解は、その代表的な考えであると言えよう。

平野龍一博士は、刑法学には体系的思考以外に、ときには、それにまさって問題的思考が必要であり、こうした思考を欠いた学説は自己満足的な学説にすぎないと批判しつつ、共謀共同正犯について、次のように主張している。すなわち、「現在判例と学説とが大きく分離しているのに、共謀共同正犯がある。判例は犯罪を共謀した者は自ら実行しなくとも他の者が実行すれば共同正犯だとするのに対し、学説は実行行為をした者だけが共同正犯だとするのである。そして学説の説くところが『正しい』刑法の解釈であり、判例は『立法論と解釈論とを混同したものである』というような批判がなされる。しかし、数十年にわたって裁判所が法律によらない裁判をしていると考えるのは、あまりに観念的ではなからうか。何が『正しい』解釈であるか、絶対的に決めることができなものである以上、最高裁判所が正しいと判断して下した判決が『生きた法』であることは、ことを現実的見るかぎり否定できないところである。したがって問題は、『どのような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。もっとも大正一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、あるいは昭和一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」。

そして、同博士は、裁判所が共謀共同正犯を認めるようになった背景については、次のように説いている。すなわち、「第一は、背後にいて計画をたて実行を指示した者は、犯罪の遂行にとつて、自ら実行にあつた者に比べて実質的に必ずしも軽い役割とはいえず、むしろ重要な役割である場合もあるが、これを教唆・幫助とすると、実行正犯者と同じ、あるいはこれより重い刑を科するのが困難だ、という点である。これに対しては、教唆犯の法定刑は正犯と同じであるから、その範囲内で正犯より重い刑を量定することは可能であり、幫助犯も、現行法の法定刑の幅はかなり広いから、その範囲内で適当な刑を量定することは可能であり、さらに立法論としては幫助犯の刑を正犯の法定刑と同じにし、あるいは加重できるようにすべきだという見解もある。しかし、『正犯』という『名』は、単なる形式的な行為の枠を示すだけではなく、その犯罪の『主犯』であるという実質的な評価も含んでいる。この評価機能を無視することはできないのである。第二は、実行、教唆、幫助という類型が、現実の犯意形成の過程と必ずしも合致しない点である。実行、教唆、幫助という区別は、教唆者はあらかじめ犯意を持っていて、教唆により正犯に犯意を生ぜしめるのであり、正犯が一度犯意を持った以上、他の者は幫助としてこれを強化するだけだという理論的な『モデル』に従ってつくられている。しかし現実には、話合いの過程で、お互いに影響しあつて次第に犯意が形成されてゆくことが多いのである。すなわち、いわば相互教唆・相互精神的幫助の複合した形態をとることが多い。この実態を捉えるためには、『共謀』という概念がより適しているとも言える⁽¹⁶⁷⁾と。

つづいて平野博士は、「共謀共同正犯」それ自体について、次のように論じている。「共謀共同正犯の第一の問題は、それが現行法の解釈として認めうるものであるかどうかにある。現行法は、『共同して実行した』ときはじめて共同正犯だとしている。もしこの語が、実行そのものを共同にすることしか意味しえないとすれば、共謀共同正犯を認めるのは、罪刑法定主義に反するであろう。しかし、右の語は実行を担当したのは一人であっても、その実行行為が一心同体

の『ように』強く結合した人々の『共同のもの』といえる場合も含むすることもまったく不可能ではないであろう。そうだとすると、共謀共同正犯も、現行法の可能な解釈の一つだということになる。もっとも一心同体のようであったかどうかは必ずしもはっきりしたものではないから、客観的に各自が実行行為の一部を行ったときはじめて共同正犯だとする解釈の方が限界を明確にする点で望ましいことは否定できない。学説が共謀共同正犯を強く反対してきたのもそのためである。しかし、前に述べたような、実質的な観点も無視することはできない。とくに、たとえば未遂犯の場合のようにおよそ可罰的であるかどうかの問題である場合には、客観的見地が重要であるが、可罰的な行為の範囲でどの行為を重く処罰するかという問題の場合に、主観的なものの実質的な影響力を重視するのは、これと若干意味を異にする。それだけではなく、共謀共同正犯の概念は、いわば確立した判例となつていふことも考慮しなければならぬ。わが国では従来ともすれば、判例も学説も、法の『唯一の正し解釈』を探究するものであつて、判例であつても『誤つたものは誤つたものである』という考え方が強かつた。しかし、判例は、法を具体化して行くものであり、学説はそのための参考意見に過ぎない。したがつて、判例として確立している場合には、是正するとしてもむしろ立法によるべきであつて、解釈論としては判例の基本線はそれを前提とせざるをえないこともあるのである⁽¹⁶⁸⁾とする。

なお、同博士は、いかなる範囲で共謀共同正犯を認めるべきかの方針については、次のように論述している。すなわち、『(イ)まず、共謀があることが必要である。共謀とは、意思の疎通をいう。意思を疎通させるための行為また共謀(行為)あるいは謀議と呼ばれる。……(中略)。共謀共同正犯は、単に意思を疎通させただけではなく、実行行為が「共同の意思にもとづく」ものといえるような「意思方向」を持つ者に限られるべきである。しかも、この「意思方向」は、単に主観的なものであるだけでなく、犯罪の遂行に客観的に重要な影響力を持つものでなければならぬ。その意味でならこれを行為支配あるいは間接正犯類似と呼び、あるいは、「他人の行為をいわば自己の手段とした」ということが

できるであろう。「共謀」共同正犯というときの共謀という語は、このような範囲のものに限って用いられる場合もある。(ロ)このような共謀者のうちの少なくとも一人が実行行為をしたことが必要である。……(中略)。(ハ)改正刑法草案は、共謀共同正犯の規定をおき、その内容に限定を加えようとしている。……(中略)。(169)草案審議の過程では、「二人以上の者が共同して罪を犯すことを謀議し、共謀者の或る者が共同の意思に基づいてこれを実行したときは、謀議を指導し、その他実行に準ずる重要な役割を果たした他の共謀者もまた正犯とする」という案も考慮された。草案の規定では、謀議に加わった者は、すべて共同正犯でありと解されるおそれがあり、これを一段と限定しようとしている点では参考案の方が妥当である⁽¹⁷¹⁾と。このような平野博士の基本的な考え方の特色については、いろいろな指摘があることは、周知のところであるが、私は、この説の特色は共謀共同正犯に二重の理由づけを与えようとする点に求められると思う。つまり、一つは、限定された「共謀」によって「共謀共同正犯」を認めようとする点である。もう一つは、共謀を超える「実行に準ずる重要な役割」を果たしたかどうかによって、「共謀共同正犯」を認めようとする点である。とすれば、仮にこの二重の理由づけ自体が矛盾であるかどうかを別としても、前者は判例における「共謀役割論」と同質のものであり、後者は判例の「役割論」とはあまり変わらないといっても言過ぎではないであろう。

(二) 大塚仁教授の優越支配共同正犯説

大塚教授の説は、いわば優越支配共同正犯説と称すべきもので、⁽¹⁷³⁾「共謀共同正犯」について、次のような見解を表明している。

共謀共同正犯の観念は、刑法六〇条の厳格な解釈に適合しえないものと考えている。その場合には、二人以上の行為

者間に共同実行の意思はあるが、共同実行の事実があることについては、判例および学説の説明を聞いても、到底、納得しえないからである。刑法六〇条の規定を、二人以上の者の『共同』があり、かつ、『実行』がなければ共同正犯は成立しうるとしたものと見ることよって共謀共同正犯も共同正犯だとする見解も、同条の趣旨を正しくとらえているとはいえない。同条の主眼とするところは、『共同シテ実行シタル』という点にあると解すべきである。そして、『共謀』の観念を練馬事件判決の示しているように、制限したからといって、共謀だけで実行行為があると言えないことは当然であると考えられる。共謀共同正犯の観念は、認められるべきでないであろう。ただ、以上の考察を通じて着目されるのは、判例が共謀共同正犯として取り扱ってきたものの中には、直接の実行を担当しない共謀者にも実行行為があると見られ、共同正犯と解するのが適当な場合も含まれているのではないかということである。実行行為とは、犯罪実現の現実的危険性を含む行為であるが、たとえば、間接正犯の場合に、利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為が実行行為と解されるように、ある程度の規範的理解が可能であり、また、必要でもある。その見地からすると、単なる共謀者の中にも、直接の実行担当者と同様に、実行者と評価されるべき者が見られると思うのである。たとえば、暴力団の親分が、子分に向かってある犯罪を行うことを命じた場合についてみると、子分は、親分の命令に心理的には強く拘束されるが、当然に身体的な自由を失うまでに至っている訳ではなく、命令にしたがうのが嫌ならば、逃亡するとか、警察に保護を求めるなどの自由も残されていることが多いであろう。その限りにおいて、子分は間接正犯の道具に当たるものではない。しかし、子分が暴力団員としてとどまろうとする限りは、親分の命令に反する行動を取ることは極めて困難である。そして、命令にしたがってその犯罪を実行すれば、子分自身に、実行行為が認められ、その犯罪が成立することは当然であるが、一方の親分の行為についても、子分に命令して、右のような拘束を与えることは、単なる教唆犯以上のことをやっているものであり、間接正犯者の誘致行為に準じる強制的性質の行為として、法律上、実行行為にあ

たるものと評価してよいのではなからうか。そして、自分の実行行為と相まって当該犯罪を實現したものととして、そこに共同正犯をみとめることができるのではなからうか。これは、まさに、間接正犯に準じる場合であり、準間接正犯と言つてもよいかと思う。このような事態の特徴は、命令を下す者が、命令を受ける者に対して、一定の社会的関係において圧倒的な優越的地位に立っていることによつて、受命者の自由を奪つて道具とする程度にはいたらないが、それに準じる心理的拘束を与えうる状況にある場合でなければならぬ。このような形態での共同正犯を仮に優越支配共同正犯とする。従来、共謀共同正犯の共同正犯としての理由づけを目指して展開された学説の中にも、あるいは、このような場合を念頭において、その共同正犯性を論じようとしたものがあつたのではないかと思う。そうとすれば、その狙いは妥当であつたと言わなければならない。しかし、それは、決して『共謀』共同正犯という観念を用いて性質づけうるものではないと思う。『共謀』という観念をどのように限定してみても、その語義自体から、当然に、右のような場合だけを指す趣旨とはならないからである。それゆえに、優越支配共同正犯は、従来、共謀共同正犯の観念中に含められていたものであるが、『共謀』共同正犯とは別異のものであると言わなければならないのである。⁽¹⁷⁴⁾

言うまでもなく、大塚教授の以上の見解からすると、この説の特色は、何といつても、「直接実行を担当しない共犯者が、実行担当者に対して圧倒的に優越した地位に立ち、実行担当者に強い心理的拘束を与えて実行にいたさせた」場合に「共謀共同正犯」を認める、という点にあると思われる。ところが、刑法的視点からは、犯罪の成立にとつて、どんなに優越する地位にあつても、身分犯でないかぎり、何等の意味を持たないし、またたとえ「強い心理的拘束」と言つても、もし客観化された行為によつて判断しないのであれば、無意味であろう。この意味で、同教授の見解の主旨は、実行行為に出なかつた共謀者が、もし他の共謀者による実行行為を支配する行為に出たならば、「共謀共同正犯」の成立を認めるといふ点にあるのではないかと、私は思う。もちろん、これはあくまで私の推測に過ぎないが、もしそうだ

とするならば、大塚説は、平場教授の目的支配説とあまり変わらないことになろう。とすれば、これは判例における「使役論」と同質のものであるといわざるを得ないであろう。

(三) 団藤重光博士の新見解

団藤博士は、最高裁判所の判事として関与した麻薬密輸入事件において、次のように限定的に「共謀共同正犯」を肯定する見解を表明した。

社会事象の実態に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、一定の限度において、それなりの理由がある。共同正犯についての刑法六〇条は、改めて考えみると、一定の限度において共謀共同正犯を認める解釈上の余地が十分にあり得る。そうだとすれば、むしろ、共謀共同正犯を正当な限度において是認するとともに、その適用が行き過ぎにならないように引き締めて行くことこそが、我々の取るべき途ではないかと考える。思うに、正犯とは、基本的構成要件が該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独犯の場合には、自ら実行行為そのものを行った者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯の場合には、そうではなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえる場合がある。すなわち、本人が共同者に行行為をさせるについても自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となつたものといえるような場合には、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのももちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものといふべきである。⁽¹⁷⁶⁾

以上の論述から見ると、団藤博士の見解の特色は、実行行為に出なかつた者にも基本的構成要件該当事実を実現する

行為をさせたことに基づき、「共謀共同正犯」を認めようとする点にあると思う。とすれば、この説は、判例における「使役論」とまったく同じであると言えよう。

（四）新しい学説に対する反論

言うまでもなく、平野教授の實質的共同正犯説および団藤博士・大塚教授の改説は、共謀共同正犯をめぐる学説の動きに大きな影響を与えたと思われるが、しかしそれにもかかわらず、このような新しい説もまた、やはり厳しい批判を浴びているのが、実情である。ここでは、公表された批判的な見解のうちの幾つかを見ることにしたい。

1 實質的共同正犯説に対する反論

（1）村井敏邦教授の見解

意思方向が「犯罪の遂行に客観的に重要な影響を持つもの」であるというのは、具体的にはどういうことを意味するのであろう。あまり明確でない。「他の犯罪者の心理を通じて間接的に犯罪の遂行に大きな實質的役割を果たした者もまた共同正犯といえるか」という問いかけをしていることとの関係から見ると、犯罪遂行に対する心理的關係における實質的役割ということになろうか。しかし、これがなに故に共同正犯としての基準たりうるのか。第一に、犯罪遂行に対する因果性が問題にされているようではある。しかし、これは、あくまでも「犯罪者の心理を通じて」のものであるから、心理的因果性であって、物理的因果性ではない。それが「客観的」であるということは、何をもって判断する

のか、まったく不明である。次に、犯罪遂行に対する「大きな実質的役割」という点であるが、「大きな」とか「重要な」とかの判断基準も、とくに語られていない。重要な役割を果たしたか否かを犯罪による利益の帰属をも考慮にいられて判断するという考え方に對しては、これでは、共同正犯か幫助犯かは刑の量定事由に過ぎないということになり、妥当でないとする。しかし、それに代わる基準は、必ずしも提示されていない。結局は、第一の因果性の問題に戻るようである。⁽¹⁷⁾

(2) 立石二六教授の見解

平野説では、「意思方向」が犯罪の遂行に客観的重要な影響力を持つものである点が強調されているが、その所説は必ずしも平明ではない。そこでは、犯罪遂行に對する因果性が問題とされているようであるが、主観的な意思方向の実質的影響力が重視されていること以上の実体は分明でない。ただ、「共謀共同正犯が、一方では犯罪の元兇を捉える機能を持つ反面、責任のない者もまき込む危険を持つ、いわば、両刃の剣であることは、やはり記憶しておかなければならない」という平野博士の基本認識は十分留意しておく必要がある。⁽¹⁸⁾

(3) 臼木豊助教授の見解

「意思方向」の詳細、とりわけ「犯罪の遂行に對する客観的重要な影響力」の内容、程度、「教唆型」の場合と「幫助型」の場合とでは異なるものなのかどうか、そして、狭義の共犯の有するそれとの相違・区別等につき、平野博士はそれ以上は述べられていない。……。また、「意思方向」という要素につき、単なる主観的意思内容ではなく、その客観的な作用を問題とされていることも妥当であろう。しかし、そのように客観的な作用こそが重要であるとすれば、「意思方向」がそれを有する場合にのみ正犯を肯定することは、説得的とはいえない。⁽¹⁹⁾

以上は、三名の論者の実質的共同正犯説に對する批判の概要である。これらの批判は、①「意思方向」の意味が明ら

かにされていない、②仮にそれが明らかにされても、主観面によって「共謀共同正犯」を認めようとする印象を免れないという二点におそらく要約することができよう。

2 優越支配共同正犯説に対する反論

(1) 松村裕教授の見解

大塚は、一定の社会的関係において圧倒的な優越的地位に立つ背後者が、受命者に心理的拘束を与え得る状況（優越支配）を正犯性の指標にするが、それはもはや典型的な間接正犯であって、受命者をも含む共同正犯の問題ではないし、仮に「それに準じる心理的拘束を与えうる状況」に緩和してみても、背後者は教唆者にすぎない。⁽¹⁸⁹⁾

(2) 村井敏邦教授の見解

優越支配共同正犯が共謀共同正犯ではないとする理論はわからない。結局、刑法六〇条を適用するのであるから、共謀共同正犯をその文理に反するとした、同じ批判が自らにも返ってくることになる。よほど例外的な場合にだけ、実行によらない共同正犯の成立を限定しようとする意図はわからないが、明文の規定のない限り、その意図の実現できる保障はない。しかも、優越支配共同正犯は、共謀行為をも必要としないものようであるから、歯止めの基準はますます不明である。⁽¹⁹⁰⁾

(3) 白木豊助教授の見解

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

ないことなる。⁽¹⁸²⁾

以上の論者の見解から見れば、少なくとも優越支配共同正犯説に対する批判は、①結局間接正犯類似説とあまり変わらない、②自説が自己矛盾ではないか、③主観的正犯論であるに過ぎない、④共謀行為を必要としないから、歯止め
の基準は不明であるという四点に要約することが可能であろう。

3 団藤重光博士の新見解に対する反論

団藤博士の新見解に対しても、やはり主観的正犯概念に傾斜するものではないか、⁽¹⁸³⁾支配型の共謀共同正犯を肯定できても、各関与者が対等の立場で犯罪実現に関与し、役割を分担する分担型の共謀共同正犯を基礎付けることは困難であろう、⁽¹⁸⁴⁾正犯性の実体がかえって一層曖昧なものになっている、⁽¹⁸⁵⁾支配の対象に実行行為者たる正犯者を入れるためその背後者による支配を考える点で、対等平等関係にある共謀共同正犯の説明に窮する、⁽¹⁸⁶⁾個人のみを視点に据えた形式的客観説を固執するあまりに共同正犯の共犯性を軽視し、複数人による作業分担的協働事象としての正犯性を説明しきれない、⁽¹⁸⁷⁾等の批判がある。

ちなみに、「共謀共同正犯」の新しい理由づけとしては、以上の代表的見解があるほかに、最近では、以下のような考え方が見られている。

(1) 前田雅英教授の見解

共謀共同正犯論を肯定するということは、「共謀」という強い心理的因果性を要求することにより、形式的な共同実

行を不要とする共同正犯を認めることを意味する。共同正犯が関与者相互の心理的な影響を重視して、自らの惹起しない結果をも帰責させるものである以上、強い心理的因果性を根拠に、実行行為の一部をも行わなかった者に客観的事象を帰責することは十分可能なはずである。⁽¹⁸⁾

私は、共犯の成否を、いわゆる「強い心理的因果性」によって決めるべきではないと思う。というのは、そのような心理的な要素が強いかどうかは行為によらないと判断できないからである。この意味では、おそらく「強い心理的因果性」を、強い行為、すなわち支配行為と言い換えるべきであろう。このように考えるならば、その「共謀共同正犯」を認める根拠は、前述の判例における「共謀的使役論」とあまり変わらないであろう。

(2) 西田典之教授の見解

西田教授は、共同正犯は明らかに単独正犯とは異なる共犯の一種であって、その処罰の根拠を犯罪結果との物理的・心理的因果性に求めるべきである⁽¹⁸⁹⁾という前提に立ちながら、共謀共同正犯が成立するためには、行為者が共謀に関与するのみならず、実行に準ずるような役割を果たしたことが必要であると主張⁽¹⁹⁰⁾している。

とすれば、同教授の見解は、結局、判例における「役割論」とほぼ同じであるといえよう。

(3) 松村格教授の見解

行為主体は、システムである。しかも、行為システムである。共同正犯や集団窃盗は、グループないし集団・組織というシステムが犯罪主体である。こうしたシステム構成員の中で、当該システムを支配・制御している者が正犯である。ヤコブスによれば、犯罪組織の統轄権限者が正犯であり、共同正犯の場合、構成要件の実行行為を遂行する形式的行為支配者も、組織の所為の是非を決定する決定支配者も、組織の所為形成を遂行する形成支配者も、いずれも正犯者である。単独犯の場合には、これらの支配をすべて一人で行うにすぎない。したがって、実行行為が正犯の唯一の指標ではない。

正犯は、実行行為者の場合もあれば、それ以外の役割分担者もいるから、正犯≡実行ではない。かくして、単独犯と同一の正犯概念を共同正犯にも樹立することができる。共謀者が主観的にも客観的にも犯罪システムもしくは犯罪組織の制御・支配的役割を果たせば、正犯である。犯罪主体たるシステムの制御・支配者が正犯である。以上のように、システム論的な理解をすることによって初めて共謀共同正犯のような集団主体の犯罪行為の本質を矛盾なく説明することができる。⁽¹⁹¹⁾

言うまでもなく、この見解の特色は、「共謀者が主観的にも客観的にも犯罪システムもしくは犯罪組織の制御・支配的役割を果たせば」、「共謀共同正犯」を認めるといふ点にあると言えよう。予備犯の場合には、若干の問題が残るかも知れないが、判例における「使役論」とそれほど変わらないであろう。

要するに、ある意味で、それらの見解は新しいかも知れないが、しかし(3)を除いて、やはり色々な批判が加えられている。たとえば、(1)に対しては、間接正犯類似説と同じような批判を免れないかも知れない⁽¹⁹²⁾という指摘があり、(2)に関しては、役割分担というものは同価値性の基準としてあまりにも曖昧であり、一部行為の全部責任の法理を「物理的因果性」で説明しつくすのは無理であり、共謀共同正犯肯定説の由縁が希薄化する等の批判もある。⁽¹⁹³⁾

五 小括

以上見てきたように、学説では、「共謀共同正犯」というものを認めるべきかどうかに関しては、戦前から激しい争いがあり、今日にいたっている。しかも、肯定説が、既に多様な視点から、それに理由づけを与えようとしている。

確かに、かつての反対論の代表者でもあった団藤博士らが改説されるようになって以来、学説の地図は大きく塗り替

えられたという印象を受ける。とはいえ、「共謀共同正犯」をめぐる学説上の帰趨がこれで決まったわけではない。というのは、前述したようにこれまで肯定説の理由づけがいずれも、判例によって認められてきた「共謀共同正犯」の根拠とあまり変わらないからである。すなわち、判例の各根拠に対する疑問は、その根拠に対応する学説も直面しているのである。また、肯定説はいずれの理論も、前述した否定説からの諸批判を、すべて乗り越えているとは言い難い状況にある。

したがって、このような深刻な対立状態が、立法による解決の試みを呼び起こしたのは、自然の成り行きであるかも知れないが、しかし問題は、立法しようとするもの自体がそれなりの合理性を、持つかどうかという点にあると思う。次節においては、日本における立法の動きを、見ることにする。

(1) たとえば、詳しく判例の系譜を辿ったものとして、斎藤金作・『共謀共同正犯』、『総合判例研究業書刑法二』昭和三十一年一二頁以下、夏目文雄・『共謀共同正犯の理論』批判的検討』愛知大学法経論集五三―五五号、下村康正・『共謀共同正犯と共犯理論』昭和五十一年四八頁以下などがある。

(2) たとえば、下村・前掲『共謀共同正犯と共犯理論』四八頁以下は、四時期に分ける。(一)旧法時代(二)昭和十一年五月二八日大審院刑事連合判決迄(三)この判決以後(四)最高裁時代。同じように分けたものとして、斎藤・前掲『共謀共同正犯』一二頁以下がある。

(3) 大判明治二十四年四月二十七日刑録明二十四年四―九月分四五頁。

(4) 学説では、本判決の背景は大審院が当時形式客観説をとった故であるという分析が見られている(夏目・前掲『共謀共同正犯の理論』批判的検討)愛知大学法経論集五三―五五号六頁。また、同教授は八頁注(一)においては、明治中期の日本における共犯理論については次ぎのように述べていた。すなわち、「明治中期、日本の共犯理論は、依然として、フランスと同様、犯罪共同説に立ち、共犯従属性の理論をとり、解釈上は、共同正犯といえる為には、少なくとも実行行為に付随し、

必要な限りでの行為を要するものとし、客観説に立っていた」と。

(5) 大判明治二九年三月三日刑録二輯三卷一〇頁。本件事実の概要は、「被告甲ハ乙及ヒ第一審ノ相被告丙等ト相謀リ右単衣ノ寸法ニ相違アリト称シ前掲Aヲ恐喝シ金員ヲ騙取セント企テ先ツ乙ハS店ニ趣キ衣類ノ寸法ニ相違アル旨ヲ申聞ケ云々ト説キ起シ其以下ニ総テ其実行ノ手段方法ノ状況ヲ掲ケアルニ依レハ上告人甲ハ総テノ実行方法即チ共謀者中何人カ何ノ局ニ当リ何ヲ演スル等ノ事マテ共ニ相謀リ決行シタルコト」というものである。この事実の概要から見れば、本判決は共謀といえるため行為者の間がその犯罪実行の手段方法まで相謀ることを必要としていることが窺われる。

(6) 下村・前掲『共謀共同正犯と共犯理論』五二頁など。ただし、この判決以前に既に共謀共同正犯を認めた判例があるかも知れないという見解（桜木澄和・『共謀共同正犯の法理』『法律時報』二六卷一頁昭和三九年四月二頁）がある。

(7) 以下においては、私は、それを「共謀一体論」と呼ぶことにする。学説では、この根拠を、「共謀による自他拘束性」とする見解（中・『間接正犯』昭和三八年一八三頁）がある。また、本判決は「陰謀理論 (Komplot-theorie)」特に「徒党の理論」によって理由づけたものである（夏目・前掲『共謀共同正犯の理論』の批判的検討」五三〇七頁）と言う指摘もある。

(8) 大判明治三〇年五月六日刑録三輯五卷七頁。すなわち、判旨第五点は、「被告ハ甲ト共謀シ一体ト為リテ犯罪行為ニ着手シタルモノナレハ被告縦令自ラ手下サタルモ共犯タル甲カ即時其行為ヲ遂ケタル以上ハ被告ニ於テ其罪責ニ任セサル可カラサルコト言ヲ俟タス」と。

(9) 大判明治三五年六月一日新聞四九四号二六頁。なお、この時期の判例による共謀共同正犯の理論は、封建的法理に影響されたものであるといわれている。この意味で、おそらく日本の封建的法理に強い影響を与えた中国の封建的刑法理論を考察する必要がある。この考察は次章の第一節に譲ることにする。

(10) 前掲新聞四九四号二六頁。

(11) 大判明治四〇年九月三日新聞四四九号八頁。なお、同趣旨のものとして、大判明治四一年三月三十一日刑録一四輯三四三頁などがある。

(12) 大判明治三二年六月一日判決による（刑録五輯六卷一頁以下）。本件事実の概要は、『被告甲ハ云々不正ノ利ヲ得ント企図シ乙ト謀リ乙ヲ被告丙方ニ遣シ助力ヲ求メタルニ被告丙ハ之ヲ奇貨トシ不正ノ利ヲ得ント欲シ乙ニ向ヒ各地主ニ対シ

云々地所ヲ買取売買登記ヲ受ケ直ニ之レヲ転売甲ハ家資分散ヲ為スヘシト申聞ケ云々乙ハ右丙ノ指示スル所ニ從ヒ云々又各所有者方ニ至リ前示ノ如ク甘言ヲ以テ云々遂ニ之レヲ騙取シタリ」トアリ即チ丙ハ甲乙ノ相談ニ応シ共ニ不正ノ利ヲ得ンコトヲ企テ犯罪全部ニ付其方法ヲ画策シ本件ノ地所ヲ騙取シタル」というものである（刑録五輯六卷五頁以下）。この事實によつて、大審院は次のように判示していた。すなわち、「犯罪全部ニ付其方法ヲ画策シタルコトヲ認定シタルニ拘ラス從犯トシテ処断シタル判決ハ擬律錯誤ノ不法アリ」（刑録五輯六卷一頁）と。ところが、この直後大審院は、詐欺罪に付き、共謀実行しても、自ら関与しない部分については責任を負わないと判示した。すなわち、「被告八名カ該詐欺ニ干与シタル時期ハ各差異アリ又一人モ本件全部ノ時期ニ通シテ干与シタルモノナキコトハ原審カ認ムル所……仮令其罪ハ引続キ犯シタルモノナリト雖モ自カラ干与セサル部分ニ付キ刑法上ノ責任ヲ負フ義務ナキコトハ言ヲ待タサレハナリ」（大判明治三二年一月二八日刑録五輯一〇卷六六頁）と。しかし、その理由は示していなかった。

(13) 下村・前掲『共謀共同正犯と共犯理論』五一頁。

(14) しかし、この時期の判例から、行為者の間には犯罪の実行方法を相謀ることや、あるいは犯罪を企てることや、犯罪を企てたうえにその犯罪の方法を画策することなどを共謀として認定されたことが窺われる。たとえば、前掲大審明治二九年三月三日判決などが認定したものは前者の場合であるのに対して、前掲大審明治三二年六月一日判決が認定したものは後者の場合であると言えよう。

(15) この原因についてはおそらく検討の余地があると思う。

(16) 大判明治四三年五月一九日刑録一六輯八八八頁。

(17) なお、同趣旨のものとして、大判昭和十一年一月一日新聞三六七二号一四頁などがある。

(18) 大判明治四四年一〇月六日刑録一七輯一六二二頁。なお、恐喝罪につき、恐喝を共謀し一人が実行に当たった場合には、自ら実行しなくとも共同正犯となるとしたもの（大判大正五年八月二四日新聞一一七二二号三二頁）もある。

(19) なお、後の判例のなかで、本判決のように「人ヲ使役シ」とするもの（大判昭和九年一月二〇日刑集一三卷一五二六頁）がある他に、「人ヲ使用シテ」とするもの（大判大正四年一月一日刑録二二輯一八二七頁。すなわち、「二人共謀シ一体トナリテ賭博ノ犯行ヲ為ス以上ハタトヒ直接ニ実行ノ局ニ当ル者ハ共謀者中ノ一人ナリトスルモ其犯行ハ共謀者全員ノ意思ヲ実行シタルモノニシテ此ノ場合ニ直接ニ実行ノ局ニ当ラサル一人ハ他一人ヲ使用シテ自己ノ意思ヲ実行シタルモノニ

外ナラス故ニ共謀者全員ハ何レモ実行正犯トシテ其罪責ニ任スヘキモノトス」と等も見られる。以下においては、私は、それ一つまり実行者を使役・使用することを「使役論」と呼ぶことにする。

(20) 夏目・前掲「共謀共同正犯の理論」批判的検討」愛知大学法経論集五三号一二一—一三頁。

(21) むろん、可罰的な実行者を使役した場合において、使役者は、間接正犯なのか、いわゆる共謀共同正犯なのか、教唆犯なのか、他の何犯なのかは、まさにに問題のあるところであると言えよう。

(22) 大判明治四四年一〇月二七日刑録一七輯一八〇八頁。本件の事実概要は、「明治四三年九月中被告C・Dハ……S及ヒY・Zヨリ乙カ……丙ノ借用地山林内ノ松樹ヲ盗伐シタル罪ニ因リ入監シタルモ乙ハ俗ニ「佛ノ長サン」ト呼ハレ性質善良ノモノナルニ丙ハ無頼ノ悪漢ニシテ該盗伐事件ニ付テハ内済ニスヘケレハ金三〇円ヲ出金スヘシト迫リタル事蹟アルノミナラス所轄駐在所ノ神取巡查カ乙方ニテ借受ケタル鋸ヲ右犯罪ノ證據ニ供シタルヤノ疑アリ且被害者丙ハ乙ノ父S等数名ニ対シ被害木ハ乙ノ盗伐セルモノニ非サル旨ノ取替證ヲ作成シタルコトヲ聞知セルヤ其事実ノ真否ヲ調査セス報知新聞紙上ニ該事実ヲ掲載セシムルノ目的ヲ以テC・Dノ兩名ヨリ被告Bニ之ヲ告ケ同月中Bハ同様ノ目的ニテ右事実ヲ書面ニ認メテ被告Aニ通信シ被告Aハ同様ノ目的ヲ以テ同月中被告Fニ電話ニテ之ヲ通シタルヨリ被告Fハ明治四三年九月二六日報知新聞」で掲載したというものである。

(23) 大判明治四三年一〇月一日刑録一六輯一八〇八頁。

(24) 大判大正三年三月二七日新聞九三六号二七頁。すなわち、「詐欺ノ罪ノ如キハ其遂行ヲ共謀シタル者ナリトスレハ從令自身何等其客観部分面ニ属スル行為ヲ為ササル場合ト雖モ現ニ其行為ヲ為シタル者ト共ニ仍ホ之ヲ刑法第六〇条ニ所謂共同シテ犯罪ヲ実行シタル者ナリト云ヒ得ヘキモノトス」と。

(25) 大判大正四年一〇月一日刑録二一輯一八二二頁。

(26) 大判大正五年五月二八日刑録二二輯一四五九頁。

(27) 大判大正三年六月一九日刑録二〇輯一二六〇頁。本件事実の概要は、「被告ハ第一審相被告甲ト共謀シ同人ノ名家ヘ忍入り窃盗ヲ為サンコトヲ企テ甲ヨリ其羽織ヲ預リ路上ニ於テ待受ケ居リ甲ハ単独ニテ名家ヘ忍入り窃盗罪ヲ遂行シタリ」(前掲刑録二〇輯一二六〇頁) というものである。

(28) 大判大正七年一二月二二日新聞一五二二号二二頁。

- (29) 下村・前掲『共謀共同正犯と共犯理論』五四頁以下、夏目・前掲『共謀共同正犯の理論』批判的検討』五三号一三頁、白木豊・「正犯概念と共謀共同正犯」上智法学論集第三二卷第一号九五頁など。
- (30) 朝鮮高等法院判大正五年四月二二日朝高録三卷三三二頁。
- (31) 大判大正一一年四月一八日刑集一卷二二三頁。本件事実の概要は、「被告人ハ……Sヲ恐喝シ以テ金員ヲ收受セント企テ部下ノ乙ト共謀ノ上X日乙ニ於テY亭ニ於テSt会见シ……Sヲ恐喝」(刑集一卷二三四頁) したというものである。
- (32) 夏目・前掲『共謀共同正犯の理論』批判的検討』愛知大学法経論集五三三号一四頁。
- (33) 大判昭和三年六月二八日評論一七卷刑法二七一頁。すなわち、「共謀者ノ一人カ犯罪実行ノ任ニ当リ犯罪ヲ遂行シタルトキハ之ニ依リ他ノ共謀者ノ犯意ヲモ実行シタルコトナルヲ以テ被告人甲ノ本件恐喝ノ実行行為ニ依共謀者タル被告人乙ハ其ノ罪責ヲ免ルルコトヲ得サルモノニシテテ共謀者全部カ交々犯罪ヲ実行シタルト罪責ニ於テ差異ヲ生スルモノニアラス」と。
- (34) 大審昭和一一年六月一八日刑集一五卷八〇五頁。すなわち、「被告人等四人カ順次二人宛共謀シタル場合ニ於テハ其ノ一人ハ他ノ一人ヲ通シテ順次通謀シ結局四人共謀シタルモノト謂フヘク即被告人等ハ共謀シテ甲ヲシテ実行ノ任ニ當フシメ因テ共同ノ犯意ヲ実行シタルモノト為スヘキヲ以テ原判決カ被告人等ヲ総テ恐喝罪ノ共同正犯トシテ処断シタルハ正当ニシテ」と。
- (35) 大判大正一二年六月五日刑集二卷四九三―四九四頁。
- (36) なお、同趣旨なものとしては、大審大正一一年一二月一三日刑集一卷七五七頁や、大判昭和五年一〇月一四日裁判例(四)刑四八頁や、大判昭和十三年一〇月二八日刑集一七卷七九三頁などがある。
- (37) 大審昭和一五年四月二二日評論二九卷刑訴八二頁。
- (38) 台湾高等法院判昭和三年一二月二四日評論一八卷刑法一六〇頁。
- (39) たとえば、文書偽造罪につき、大判大正一一年一〇月二七日刑集一卷五九七頁・大判昭和三年一〇月二七日新聞二九五〇号一二頁・大判昭和八年八月二三日新聞三六七一号・大判昭和八年九月二七日刑集一二卷一六六八頁；有価証券偽造罪につき、大判昭和七年一二月一三日新聞三五五―四四一頁・大判昭和八年一二月一日新聞三六七一号一三頁；偽証罪につき、大判昭和九年一二月二〇日刑集二三卷一五一―四頁；増取賄罪につき、大判昭和五年六月二三日評論一九卷刑訴一五三頁。

大判昭和九年三月二六日刑集一三卷四一九頁・大判昭和一〇年二月一〇日刑集一四卷一二五九頁；横領罪につき、大判昭和六年四月六日新聞三二六九号八頁・大判昭和一〇年七月四日刑集一四卷七九九頁・大判昭和一〇年七月一〇日刑集一四卷七九九頁、等がある。

(40) 大判昭和四年一〇月二八日新聞三〇九七号九頁。

(41) 大判昭和四年一月二九日刑集八卷五七五頁。

(42) 大判昭和五年五月二六日新聞三一四九号五頁。

(43) 大判昭和六年一月九日刑集一〇卷五六八頁。

(44) 大判昭和八年一月一三日刑集一二卷一九九七頁。

(45) 大判昭和八年二月二四日評論二二卷刑法二三四頁。

(46) 朝鮮高等法院判昭和八年二月六日評論二二卷刑法六九九頁。

(47) 本判決は、いわゆる大森銀行ギャング事件として有名なもので、事案の要点は、当時の共産党地下組織の資金部長の地位にある被告人が、資金獲得のため銀行襲撃を発案計画し、部員そのほかの部下に指令し、これらの者が、指令に応じて実行したというものである。

(48) 下村・前掲『共謀共同正犯と共犯理論』四五頁など。

(49) 大(連)判昭和一年五月二八日刑集一五卷七一五頁。

(50) 大判大正二年二月一八日刑録一九輯二二七頁。

(51) 下村・前掲『共謀共同正犯と共犯理論』四八頁など。

(52) たとえば、詐欺罪に関する昭和十三年一〇月二八日判決(刑集一七卷七八八頁。すなわち、「同一犯罪事実ニ付数人順次通謀シテ之ヲ遂行セル場合ニ於テハ從シ其ノ中ノ一員ガ他ノ者ト通謀関係ナキトキト雖、結局、全員ガ共同一体ト為リテ犯罪ヲ実行セルコトニ帰著スルヲ以テ、通謀者各員ハ其ノ犯行全体ノ事実ニ付其ノ責ニ任ゼザルベカラズ」)。

(53) たとえば、恐喝罪に関する昭和十一年六月一八日判決(この判決の判旨は、既に前で見たとおり)。

(54) 大判昭和十一年五月二九日刑集一五卷七四〇頁。

(55) 以下において、私は、それを「借用論」と呼ぶこととする。ほぼ同趣旨のものとして、たとえば、大審院が、内乱罪に

つき、他人が国政変乱の目的で殺人予備及び放火を行うに当たり、その実現に援助を与えるに留まらず、自ら進んで企図達成に協力参加した場合は、自ら実行に参与しないでも、共同正犯の責を負うとした判決（大判昭和二年三月二十五日刑集二五卷三頁）の中で、「被告人等ハ他ノ共犯者ノ行為ヲ通シ右殺人予備及放火ニ付自己ノ犯意ノ実現ヲ図リタルモノナルカ故ニ之等ノ行為ニ付共同正犯ノ成立ヲ見ルハ当然ニシテ」と説いていたものなどがある。

(56) 大判昭和十一年八月六日刑集一五卷一一六三頁。

(57) 刑集一九卷七八頁。

(58) 最判昭和二十二年一月一日裁判集（刑事）一五一五五頁。

(59) 最判昭和二十三年一月一日刑集二卷一零八頁。

(60) 以下においては、私は、それを「利用論」と呼ぶこととする。ただし、前述したように、このような「利用論」に立つた判決は、前期の下級審の中で既にあつたのである。

(61) 最判昭和二十三年三月一三日刑集二卷三三二一頁。すなわち、「上告人は第一審相被告人甲外数名と共謀して原判示の強盗行為をした事実を確定したものであるから上告人において自身で直接に原判示の暴行脅迫を為し又は腕時計を奪取したる事実なしとするも他の共犯者においてこれをしたる事実がある以上強盗の正犯として責任を負わなければならない」（前掲刑集二卷二一四頁）と。なお、同趣旨のものとして、最判昭和二十三年七月一四日裁判集刑事三三〇一三九頁、最判昭和二十三年七月二九日裁判集刑事三三〇三八一頁「けだし、本判决は、被告人が単に他人が強盗しようとすることを知っていたというだけによつて、他人と共謀があつたと判断する点において、特色があると言えよう。強いて言えば、この判決は、「片面的共謀」を認めたものではなからうかと、私は思う。もし、このような理解が可能であるとすれば、いわゆる「片面的な共同正犯」を認めないのに、なぜ「片面的な共謀」を認めうるのかという問題が、最高裁による解決が期待されるところであると言つてよいのではなからうか。この意味で、被告人にとって確かに蔽しい判決であると言わざるを得ないであろう。参考のため、ここで判決のなかでその認定と関係がある部分を挙げて置く。つまり、「原判決示の証拠によれば、被告人は窃盗するつもりで甲・乙と一緒に判示S方に侵入したところ家人に発見されたため甲・乙はそれぞれ小刀・出刃包丁を持って奥の間に行きこれを家人に突きつけて判示の通り脅迫し金品を物色したので被告人も甲・乙等家人を脅迫して金品を取らうとするものであることを知りながらその際甲から渡された出刃包丁を持ったまま同家炊事場に於いて米を

取り出す等、同人等と行動を共にし結局三人で判示金品を奪ひ取った事実を認めることができる。してみると被告人が甲・乙等において家人を脅迫して金品を取ろうとするものであることを知ったときから、被告人と甲・乙との三人の間に強盗をしようという通謀があつたものといえる。原判決が冒頭に被告人は甲・乙と共謀の上と判示したのは右の説明した通謀ができた事実を指すものと解せられる。そうすれば本件事犯は被告人等三名の間に強盗しようとの通謀があつてそれに基づいて行はれたものであるから被告人は現実には少しも暴行脅迫を行はなかつたとしても、甲・乙が脅迫をして財物を奪取した以上被告人も甲・乙と同様共同正犯として強盗罪の責任あること勿論であつて、原判決には所論のような違法はなく、論旨は理由がない」(刑集二巻三三三三二一三三二頁)と、最判昭和二十三年一月四日裁判集刑事事五号五九頁、最判昭和二十三年一月四日裁判集刑事事六号五一頁、最判昭和二十四年九月二十九日裁判集刑事事一三三三六二九頁、最判昭和二十四年一月二十九日裁判集刑事事一四号三三三三三頁、最判昭和二十四年一月一日裁判集三卷一七九一頁「本判決は、共謀共同正犯なりについては、次のようにやや慎重な態度を示した点において、注目すべきであると思われる。すなわち、「共謀共同正犯なりとする理論は既に大審院時代に判例となつて今日に至り、当裁判所の判例もかなりこれを認めている。この理論をどの程度まで展開せしむべきかはなお問題としても、原審挙示の証拠によれば、被告人甲は本件強盗犯の実際上の首謀者だつたのであつて、自ら実行行為に關与しなかつたが、最初に強盗を首唱してその方法等を他の共犯者に指示したりしたのであるから、明らかに自己の犯意を他の共犯者を通じて実行に移したのと言ひ得るのであつて、これこそ正に共謀による共同正犯の典型的事例といつてよい」(刑集三卷二一七九二頁)と、最判昭和二十五年二月一六日刑集四卷二二一八四頁、最判昭和二十五年四月二〇日刑集四卷四六〇二頁「ただし、本判決では、「共謀共同正犯」と教唆犯・従犯との區別は、「共謀者が共同意思の下に一体となつて、互に他人の行為を利用してその意思を実行に移す」(刑集四卷四号一六〇六頁)という点に求められていたのは、特色があると言えよう。ところで、判例が共謀共同正犯の根拠を共同正犯の根拠と同一視した点から考えれば、それは極自然な成り行きであろう、などがある。

(62) 最判昭和二十三年七月二二日刑集二卷九号九九五頁。本件の事実概要は、被告人は相被告人甲に誘われ、同人の所持する刃渡り二尺三寸あまりの日本刀を使って他人を脅迫して金品強奪しようとして企て、共謀の上前後二回にわたり甲において日本刀を携帯して他家に侵入し、家人に対しその抜身を突きつけ、「静かにしろ金を出せ騒ぐと斬るぞ」等と言つて脅迫し金品を強奪し、被告人はその間屋外にあつて見張りをしたものである。

(63) 最(大)判昭和二十三年一〇月六日刑集二卷一七二二六七頁。すなわち、「多衆一団となって他人に暴行を加えることを謀議したものが、偶々犯行現場におくれて到着したため、又はその現場にいながら、直接実行行為に加担しなかつたとし、他の共謀者の実行行為を介して自己の犯罪敢行の意思を実現したものと認められるときは、その集団暴行に基づく傷害乃至は傷害致死の罪につき、なお共同正犯たる責を負うべきである」(刑集二卷一七二二六八頁)と。なお、同頁によると、本件の事実概要は以下の如く。「被告人等は、原審相被告人がS市における暴力団の排除等を標榜する靄靄団の団員として、同団員Aが同市……K組親分Y及びその弟Z等から言われない暴行を加えられたと称して慨憤している際、自ら激昂していた被告人甲は、「K組のものをぶつた斬れ、責任は俺が負う」との旨、被告人乙は、「皆の命は俺が貰った、頼みたいことは甲に頼んでおけ」との旨、被告人丙は「相手は日本刀を持っているから一人に三人でかかれ、責任は俺が負う」との旨をそれぞれ絶叫して互いに激励し合い、ここにK組に対する徹底的応懲の殴り込みを敢行することに衆議を一決して、順次酒杯を取り交わし、同士打を避けるため各自白鉢巻をし、樽薪又は角材等を携えて、前記Y方に押し寄せ靄靄団の名乗りをあげて怒號し、付近路上で之に應じて立ち向かったK兄弟に対し、被告人甲・乙兩名をのぞく一同は、交々所携の薪等を投げ付け、或いは之を以て同人等を殴打し、或いは蹴る等の暴行を加え、よって兩名にそれぞれ判示の傷害を与え、その結果対にZをして死亡するに至らしめた」というものである。この事実から見れば、裁判所は、行為者の主観的犯意の現われを共謀として認定していることが伺われよう。

- (64) 最判昭和二十三年一二月二四日裁判集(刑事)六号五二三頁。すなわち、「原判決挙示の証拠によると被告人は忍び込み窃盗の共謀に加担し、現場付近に赴き、相被告人等の履物を保管して待機し、相被告人等は目的の邸宅内に侵入した事実を認定するに十分であるから被告人自身においては、右邸宅内に侵入しなかつたとしても、もとより住居侵入の共同正犯としての罪責を免れることはできない」と。同趣旨のものとして、最判昭和二十四年二月二二日刑集三卷二一九三頁などがある。
- (65) 最判昭和三〇年七月五日裁判集(刑事)一〇七号一三五頁。
- (66) 最判昭和二十三年一月三〇日裁判集刑事事五号五二五頁。
- (67) 最判昭和二十四年一月一〇日裁判集刑事一四号五〇三頁。なお、傷害罪につき、「暗黙の共謀」を認めたもの(最判昭和二十五年六月二七日刑集四卷六号一〇六九頁)もある。

(68) 白木・前掲「正犯概念と共謀共同正犯」九八頁など。

(69) 刑集三卷一一四頁。

(70) 白木・前掲「正犯概念と共謀共同正犯」九八頁。

(71) 小野清一郎編・『ボケット注釈全書刑法』昭和五五年一九六頁。

(72) 広島高判昭和二三年五月三一日高集一卷二二六頁。すなわち、「刑法第六〇条にいわゆる共同正犯たるには必ずしも全員犯罪の実行行為に加担する必要はない。少なくとも全員間に犯罪に対する共同加功の意思の成立がある場合即ち犯罪の連絡があると認めうる場合であれば犯罪に関する共同即ち共謀関係があると云うを妨げない。そしていわゆる共同加功の意思の成立には所論の如く予め全員直接に謀議した事実とまた各員共同実行の意思を有することも必要ではない。ただ数人の者相互間に共同犯行の認識があつて互に他の一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現せしめた事実があることはその相互間に意思の連絡即ち共同加功の意思ありと認め共同正犯の成立を認めて妨げない。それ故数人相互間に犯意の連絡があつて其の一部の者が犯罪実行の衝に当たつた場合には結局その全員が共同一体となつて犯罪を実行したことに帰着し自ら直接実行の衝に当たらない者も其の犯罪全体について共同正犯としてその責を負わなければならぬ」と判示していた。

(73) 東京高判昭和二五年三月四日高集三卷一号六八頁。

(74) 仙台高秋田支判昭和二六年四月一六日特報二二二〇三〇頁。

(75) 東京高判昭和三十一年四月一二日東時八卷四号八七頁。

(76) この事件の事実概要は後述にする。

(77) 最(大)判昭和三三年五月二日刑集一二卷八号一七一八頁。

(78) 以下においては、私は、それを「手段論」と呼ぶこととする。

(79) 最判昭和三四年五月七日刑集一三卷五号四八九頁。

(80) 最判昭和四三年三月二日タイムズ二二三号一〇四一〇五頁。

(81) 刑集三六卷六号六九七頁。

(82) 一審もこの理由について触れていなかった。

- (83) 刑集三六卷七〇九頁。
- (84) 前に見てきた「使役論」と区別するために、以下においては、本判決が立った「使役」という根拠を、「共謀使役論」と呼ぶこととする。
- (85) すなわち、団藤判事は、「被告人は、単に本件犯行の共謀者の一員であるというのとどまらず、甲とともに、本件犯行計画において乙を自分の思うように行動させこれに実行をさせたものと認めることができる。以上のような本件の事実関係を総合して考えると、被告人は大麻密輸入罪の実現についてみずからもその主体になったものとみるべきであり、私見においても、被告人は共同正犯の責任を免れないというべきである」（刑集三六卷六号六九八―七〇〇頁）と。
- (86) ただし、日本の学説には、練馬判決以後、この判決の趣旨に沿った判旨を展開するものが続くことになる（村上光鶴・「共謀共同正犯」『大コンメンタール刑法』第三卷一九九〇年四七一頁）というような指摘がある。
- (87) 東京高判昭和四三年六月二十七日タイムズ二二七号三三九頁。
- (88) 東京地判昭和五年一月三〇日判例時報九八九号二四頁。
- (89) 平成二年三月二十六日タイムズ七三三三号二四二頁。
- (90) 名古屋高判昭和三六年八月一五日下午集三卷七二八号六七九頁。
- (91) 大阪地判昭和四三年一月一九日タイムズ二二二号二二六―二二七頁。
- (92) 前掲タイムズ二二二号二二七頁。
- (93) 以下においては、私は、それを「共謀役割論」と呼ぶこととする。
- (94) 東京高判昭和五二年六月三〇日判時八八六号一〇四頁。
- (95) 以下においては、私は、それを一応「了承論」と呼ぶこととする。
- (96) 長崎地裁佐世保支部判昭和六〇年一月六日タイムズ二二七頁。
- (97) 以下においては、私は、それを「役割論」と呼ぶこととする。
- (98) たとえば、横浜地裁川崎支判昭和五一年一月二五日判時八四二号一二七頁、大津地判昭和五三年二月二十六日判時九二四号一四五頁等がある。特に、福岡地判昭和五九年八月三〇日判時一一五二号一八二頁は、知人甲に誘われ同行しているうちに到着先で暴力団関係者などに紹介され、以後甲達が対立抗争関係にある被害者を覚醒剤取引を装ってホテルにお

びき出して殺害し覚醒剤を強取する旨の謀議をなしこれを実行する間も行動を共にし、その際、ホテルの物色及び予約をする、被害者の面前で覚醒剤売買の取次役を装う、買手に検分させるといふ名目で被害者の了承の下に覚醒剤を一室から別室へ搬出・運搬しそこでシヨルターバッグに入れこれを持ってホテルを脱出する、等を行った者につき、この搬出・運搬の点で強盜殺人未遂の実行行為の一部を担当したことは明らかであるとしながらも、実行行為一部分担の事實は、共同正犯の成立要件である共同実行の意思を通常極めて容易に推認させるが、それも「結局は共同実行意思認定の一つの有力な判断材料にすぎない」ものであり、この推認を覆すに足りる特段の事情がある場合には、たとえ実行行為の一部分担の事實があつても、共同実行の意思の存在を否定して幫助とすべきであるとする。

(99) 中森喜彦・「実行行為を行う従犯」判タ五六〇号七一頁参照。

(100) 現在まで、上述で挙げたものを含め、判例集等で検索できる主たる罪名を挙げて整理しておこう。公務執行妨害罪、談合罪、偽造罪、誣告罪、収賄罪、贈賄罪、放火罪、住居侵入罪、文書偽造罪、通貨偽造罪、有価証券偽造罪、賭博罪、殺人罪、殺人予備罪、暴行罪、傷害罪、傷害致死罪、凶器準備集合罪、国外移送拐取罪、猥褻罪、強姦罪、強姦致死傷罪、脅迫罪、窃盜罪、強盜罪、強盜致死傷罪、詐欺罪、恐喝罪、横領罪、背任罪、暴力行為等二関スル法律違反等、銃砲等所持禁止令違反の罪、銃砲刀剣類所持等取締法違反の罪、決闘罪、関稅違脱罪、大麻取締法違反・関稅法違反罪、国家公務員法一一〇条一項一七号の違法な爭議行為等をおる罪、等々。

(101) 大審院昭和十一年五月二十八日判決や、東京地裁昭和五五年一月三〇日判決など。つまり、いわゆる「大物」、「黒幕」の場合。

(102) たとえば、最高裁昭和二十三年六月二二日判決や、最高裁昭和二十三年七月二二日判決など。

(103) 最高裁昭和二十三年二月二四日判決や、最高裁昭和二十四年二月二二日判決や、最高裁昭和二十五年四月二〇日判決などは、それである。

(104) たとえば、最高裁昭和二十三年五月四日判決や、最高裁昭和二十三年一〇月六日判決など。

(105) たとえば、最高裁昭和二十三年三月一三日判決や、東京高裁昭和二十五年九月一四日判決や、最高裁昭和二十六年九月二八日判決など。なお、これについては、更にその共謀に参加しただけで足りる（つまりある者が共謀以上に参加しない）のは、共謀の段階で決まった場合も考えられる。たとえば、甲は乙と窃盜について共謀しているが、共謀の結果、甲が自分で窃

盗にすることを決め、甲が窃盗の実行をした場合である。ただし、既に見た判例から、この場合に当たるものを見出だすのは、おそらく困難であろう。

(106) たとえば、大審院明治四四年一〇月二七日判決や、大審院大正一二年六月五日判決や、大審院昭和一三年一〇月二八日判決や、最高裁昭和三年五月二八日判決など。

(107) たとえば、最高裁昭和三年一月三〇日判決や、最高裁昭和四年一月一〇日判決や、最高裁昭和五年六月二七日判決等。

(108) 岡野光雄・「共同意思主体説と共謀共同正犯論」刑法雜誌第三一卷第二号平成三年九頁参照。

(109) 中山研一・「共謀共同正犯」現代刑法講座第三卷『昭和五四年一九六頁など。

(110) 斎藤金作・「共犯判例と共犯立法」昭和三四年九頁など。

(111) 法学協会雜誌第五〇巻第六号。後に、論文集『刑法改正上の重要問題』に収録。

(112) 草野豹一郎・「刑法総則講義第一分冊」昭和一〇年一九三頁以下、同・「刑法要論」昭和三年一一七頁以下。

(113) 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』一九四頁以下、同・前掲『刑法要論』一一八頁。

(114) 草野・前掲『刑法改正上の重要問題』三一五頁。

(115) 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』一五九頁以下、同・前掲『刑法要論』一一九頁。

(116) 滝川幸辰・「共謀共同正犯」刑法の諸問題』昭和二六年二二二頁以下。

(117) 団藤重光・「刑法綱要総論」昭和四〇年三〇一、三〇三頁参照。

(118) 吉川経夫・「改訂刑法総論」昭和四二年二五三頁参照。

(119) 木村亀二・「犯罪論の新構造（下）」昭和四三年二五八頁以下参照。

(120) 小暮得雄・「共謀共同正犯」ジュリスト五〇〇号昭和四七年四〇九頁参照。

(121) 大塚仁・「注解刑法」昭和五二年七六一頁参照。

(122) 村井敏邦・「共謀共同正犯」刑法雜誌第三二巻第三号平成三年六六、六七頁参照。

(123) 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』一一〇二頁以下、同・前掲『刑法要論』一一三三頁等参照。

(124) 言うまでもなく、自説の矛盾というものは、学者にとって常のことであるかも知れないが、しかしそういっても、どの

学者もおそらく避けたいところであろう。

(125) 周知のように、この立場をとる者には、斎藤金作博士・下村教授・植松正博士などがある。

(126) 斎藤金作・『刑法総論』改訂版昭和四九年第二〇刷二二七頁。

(127) 斎藤・前掲『刑法総論』二三八頁。

(128) 斎藤・前掲『刑法総論』二五〇頁など参照。

(129) 下村教授は、『二人以上共同する』とは、二人以上の責任能力者が意思連絡の下に一体となることをいう。……意思の連絡があるといわんがためには、共同犯行の認識があつて互いに一方の行為を利用し全員協力して犯罪事実を実現させる意思のあることを要する。(下村・『刑法総論』昭和四四年一一三頁)とし、『犯罪を實行する』とは各本条に規定する特別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必要としない。実行行為を分担する者が共同正犯者であることはもちろんであるが、実行行為を分担せず単に謀議に関与するに止る者も共同正犯者と解すべきである。(下村・前掲『刑法総論』一一三頁)としている。

(130) 下村・『共同正犯』日本刑法学会編『刑法講座』昭和四九年版九四頁以下。

(131) 下村・前掲『共謀共同正犯と共犯理論』一三九頁。

(132) 植松正・『再訂刑法概論・I総論』昭和五〇年再訂版三四九頁。

(133) 「討論の経緯」刑法雑誌第三二卷第三号平成三年七九頁以下。

(134) 岡野・前掲『共同意思主体説と共謀共同正犯論』二九七頁など参照。

(135) 藤木英雄・『共謀共同正犯』『刑法判例百選総論』昭和三九年一七三頁。

(136) 藤木・『可罰違法性の理論』所収。

(137) 藤木・『共謀共同正犯の根拠と要件』法学協会雑誌七八卷六号三八、三九頁。

(138) 藤木・前掲『共謀共同正犯の根拠と要件』三九、四〇頁。

(139) 藤木・前掲『共謀共同正犯の根拠と要件』四〇、四一頁。

(140) 藤木博士によるこの間接正犯類似説は、その後森下忠教授によって支持されている。たとえば、森下教授は昭和三九年の論文「共謀共同正犯」において、次のように述べている。すなわち、「みずから実行する者とは、かならずしも自己の身

体的挙動を指すのではなく、法的には一定の所為がその者のしわざと評価されることである。それゆえに、いわゆる間接正犯は、他人の挙動を自己の行為の一部として利用支配するものとして、正犯と解される。同様に、刑法六十条についても規範的に見て『共同シテ犯罪ヲ実行シタ』と評価されるならば、共同正犯の成立は肯定されるわけである。共謀者の利用行為が直接の実行者と同一に評価されうるとき、共謀共同正犯は成立する」（森下忠・「共謀共同正犯」ジュリスト三〇〇号昭和三十九年三〇八頁）としている。なお、中義勝教授は、かつて、『間接正犯』（昭和四六年）一八九頁以下では、きわめて限定した形で間接正犯的な共謀共同正犯肯定論をとろうとしたが、その後、『講述刑法総論』（昭和五五年）二五四頁では否定論（後の間接正犯類似説に対する反論のなかで見た中教授の見解は、それである）に戻っている。

(141) 日高謙博・「共謀共同正犯論の基礎づけ」『現代刑法論争Ⅰ』昭和五八年三一頁。なお、この説の特徴は、表面には否定説と同じく共同正犯の成立には、二人以上の者の間に、犯罪の共同実行の意思とともに、共同実行の事実の存在することが必要であるとしながら、その実行行為の内容については、従来のように構成要件そのものから出発することなく、行為支配という実質な概念を標準としていることである（村上光鶴・「共謀共同正犯」『大コンメンタール刑法』第三卷一九九〇年五一六頁参照）、という指摘もある。

(142) 西原春夫・『刑事法研究第二卷』昭和四二年一三三頁参照。

(143) 齋藤・「共謀共同正犯と間接正犯類似の理論」研修二五四号昭和四四年一一頁以下参照。

(144) 西原・『刑法総論』昭和五二年一一頁以下参照。

(145) 小暮・前掲「共謀共同正犯」四〇九、五〇〇頁参照。

(146) 中義勝・『刑法総論』昭和四六年二五四頁以下、同・「共謀共同正犯」法律時報三七卷一号一五頁参照。

(147) 福田平・『刑法総論』新版・昭和五一年二〇五頁参照。

(148) 大塚・「犯罪論の基本問題」昭和五七年三三八、三三九頁、なお、同・『刑法が概説総論』改訂版・昭和六一年二六五頁、同・「共同正犯の本質」法学教室一〇九号三三三、三五頁など参照。

(149) 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八四頁参照。

(150) 莊子邦雄・『刑法総論』昭和四四年七〇二頁以下。

(151) 莊子・「共謀共同正犯と共同正犯の本質」法律のひろば一七卷二号一三頁。

- (152) 莊子・前掲『刑法総論』四四一、四四二頁参照。
- (153) なお、この説の特色については、「単に現象的に実行行為の共同を考えるべきではなく、共同の意思と共同の実行を主観・客観の総合として共同正犯の本質をわきまえるというアプローチが強調されるのである」(中山・前掲「共謀共同正犯」一九八頁)や、「共謀者の正犯性を全体としての実行行為に対する意志支配力の強さによって判断しようとする」(日高・前掲「共謀共同正犯論の基礎づけ」三二二頁)ものであるという指摘がある。
- (154) 村上・前掲「共謀共同正犯」五一九頁。
- (155) 平場安治・『刑法総論講義』昭和二十七年一五五頁。
- (156) 平場・前掲『刑法総論講義』一五七頁。
- (157) なお、この説の特色は、共謀者の意志の現実的・客観的機能が重視される点にある(中山・前掲「共謀共同正犯」一九八頁など)、というような指摘などもある。
- (158) 大塚・「莊子教授の共謀共同正犯理論」『刑事法の思想と理論』莊子邦雄先生古稀祝賀平成三年一六五頁。
- (159) 白木・前掲「正犯概念と共謀共同正犯」一三八頁。
- (160) 松村格・「共謀共同正犯」内田など編『刑法基本講座』第四卷一九九二年二〇〇頁。
- (161) 村井敏邦・「共謀共同正犯」刑法雑誌第三一卷第三号平成三年六九頁参照。
- (162) 大塚・『刑法概説総論』改訂版二四二、二四六頁。
- (163) 大塚・『犯罪論の基本問題』昭和五七年三三九頁。
- (164) 村井・前掲「共謀共同正犯」六九、七〇頁。
- (165) 村上・前掲「共謀共同正犯」五二二頁など参照。
- (166) 平野龍一・『刑法の基礎』昭和四一年二四七頁。
- (167) 平野・『刑法総論二』昭和五〇年四〇〇頁。
- (168) 平野・前掲『刑法総論二』四〇二頁。
- (169) なお、この草案の内容およびそれについての議論は、次節に譲ることにする。
- (170) ここの「り」は、「る」ではないかと思う。

- (171) 平野・前掲『刑法総論二』四〇三頁以下。
- (172) たとえば、この説の特色は、各自が実行行為の一部を分担したときにのみ共同正犯を認める形式説の方が明確で望ましいことは否定できないとしつつ、実質的に重要な役割を果たした者を正犯とする実質的観点も無視できないとし、共同正犯がいわば確定した判例になっている現状の下では解釈論としてはこれを前提とせざるを得ないとした上で、共謀の内容を、実行行為が「共同の意思に基づく」と言えるような「意思方向」を持つ者の合意という形に限定すべきであると主張する点にある(中山・「共謀共同正犯」現代刑法講座三巻昭和五四年一九八頁)、というものは、その一つである。
- (173) 大塚仁・「刑法概説総論」改訂版・昭和六一年二六四頁参照
- (174) 大塚・「犯罪論の基本問題」昭和五七年三三九頁以下、なお、同・前掲『刑法概説』二六五頁以下、同「共同正犯の本質」法学教室一〇九号三三頁以下など参照。
- (175) 大塚・前掲「莊子教授の共謀共同正犯論」一七三頁。
- (176) 刑集三六卷六号六九五頁参照。
- (177) 村井・前掲「共謀共同正犯」三四五頁。
- (178) 立石・「共謀共同正犯」朝倉京一など編『刑事法学の現代的展開』八木国之先生古稀祝賀論文集一九九二年二六六頁。
- (179) 白木・前掲「正犯概念と共謀共同正犯」一三九頁以下。
- (180) 松村・前掲「共謀共同正犯」二〇〇頁。
- (181) 村井・前掲「共謀共同正犯」三四七頁。なお、ほぼ同様な見解として、立石・前掲「共謀共同正犯」二六九頁がある。
- (182) 白木・前掲「正犯概念と共謀共同正犯」一三四頁以下。
- (183) 中山研一・「共謀共同正犯の帰趨——団藤博士の見解の検討——」研修四四〇号一三三頁以下。
- (184) 中野次雄・「共謀共同正犯にあたる」とされた事例(特に団藤裁判官の意見)「警察研究五六卷一号七〇頁以下など参照。
- (185) 白木・前掲「正犯概念と共謀共同正犯」一三七頁。
- (186) 立石・前掲「共謀共同正犯」二六四頁。
- (187) 松村・前掲「共謀共同正犯」二〇〇頁。
- (188) 前田・「刑法総論講義」一九八八年四一八頁。

- (189) 西田、「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』平成二年三六六頁以下。
- (190) 西田・前掲「共謀共同正犯について」三七五頁以下。
- (191) 松村・前掲「共謀共同正犯」二〇一頁以下。
- (192) 立石・前掲「共謀共同正犯」二六七頁。
- (193) 村井・前掲「共謀共同正犯」三四六頁。
- (194) 立石・前掲「共謀共同正犯」二六七頁。
- (195) 立石・前掲「共謀共同正犯」二六八頁。