

正犯と共犯の區別

——正犯概念と実行概念をめぐって——

江藤 孝

一 共犯論の問題点

二 正犯概念の拡張・実行概念の拡張

三 正犯概念と実行概念の分離

まとめ

一 共犯論の問題点

これまで、単独犯として規定された犯罪を二人以上の者が関与して実現する、いわゆる任意的共犯については、一般に「正犯と共犯の區別」という観点から論じられてきた。そこでは、まず、単独かつ自らの手で犯罪を実行する自手的單純犯を基礎として、「実行行為のないところに犯罪はない」との命題から、正犯概念を構築し、正犯とは犯罪を自ら実行する者をいい、共犯とは実行行為以外の方法による犯罪関与行為をなす者すなわち被教唆者に犯罪の決意をさせる者及び被幫助者の実行行為を容易にする者をいうとし、ついで、正犯概念と実行概念との同一性を基礎として、実行行為を正犯に教唆行為を教唆犯に幫助行為を従犯に対応させ、正犯と共犯とを共犯の従属性によつて結合するのである。一

正犯と共犯の區別（江藤）

（一一）

方、間接正犯は他の者を「道具」として犯罪を實行する者であるから正犯であるされ、また、共同正犯は、実行行為を共同して行うものであつて、関与者の各人が実行行為を一部分担するから、当然に正犯であるとされる。

また、共犯論は構成要件論の一部であるとされる。すなわち、正犯とは基本的構成要件該当事実を実現する者であり、共同正犯は数人が共同して基本的構成要件該当事実を実現する場合にほかならないからやはり正犯であるとされ、これに對して、教唆犯及び従犯は、基本的構成要件該当事実を実現するものではなく、単に基本的構成要件該当事実の實現に加功するにすぎないものであるから、狹義の共犯と呼ばれるのであるとされる⁽¹⁾。あるいは、正犯とは、可罰的な行為のすべての構成要件要素を自ら實現する者であるが、自手的な単独正犯に限定されず、正犯が他の者を「道具」として用いる場合をも含み、さらに、互いに結びついた複数が一個の行為に正犯として共働する可能性もあるとされ、正犯は、構成要件に該当する行為を自らまたは他の者を通して遂行するか、それに共同正犯として共働するのに對して、教唆犯と従犯は、構成要件の外にある、といわれる⁽²⁾。

これは、理論的には、正犯とは、構成要件に該当する行為を自ら遂行する者のみであり、構成要件に該当しない行為を通しての單なる結果の共同惹起は、正犯を基礎づけえないとする「制限的正犯概念 (restriktiver Täterbegriff)」をとり、制限的正犯概念からは、教唆犯や従犯といった特別な共犯形式を設定することは、可罰性を構成要件の外にある行為へ拡張することを意味するとして、狹義の共犯規定を「刑罰拡張原由」と解するのである。また、制限的正犯概念は、正犯と共犯は客観的な基準によつて區別されなければならないとするから、それは、客観的共犯論と結びつくことになり、正犯と共犯の區別について、形式的客観説ないし實質的客観説が主張されることになる⁽³⁾。

現行ドイツ刑法「第三章 正犯と共犯 (Täterschaft und Teilnahme)」は、このような考え方に立脚した典型的な立法例であるといえる。すなわち、まず二五条一項は、犯罪行為を自らまたは他人によつて遂行する者は、正犯として

罰するとして、直接正犯概念と間接正犯概念を明らかにし、ついで同条二項は、数人が共同して犯罪行為を遂行したときは、各人を正犯として罰するとして、共同正犯を規定し、二六条及び二七条において、故意をもって他人に故意の違法な行為を故意させる教唆犯と故意をもって他人の故意の違法な行為を幫助する従犯について規定している。また、改正刑法草案第四章の「正犯及び共犯」も同じ考え方に立っているといえよう。もつとも、同草案は、「正犯でない」他人を利用して犯罪を實行した場合を間接正犯とし、共同正犯では、実行共同正犯と共謀共同正犯とを區別して規定している。なお、現行刑法は正犯規定を設けていないが、基本的には同様に解されている。

このように、単独正犯概念を出発点とし、正犯概念と実行概念を一致させ、共犯論を構成要件論の一部として位置づけ、正犯とは、犯罪を自ら実行する者すなわち基本的構成要件該当事実を自ら実現する者ないし可罰的な行為のすべての構成要件要素を自ら実現する者であり、共犯は構成要件の外にあつて犯罪行為に關与する教唆行為・幫助行為をなす者であるとする考え方は、明確に枠付けされた実行行為・構成要件を基準として正犯と共犯とを區別するという意味で、「実行行為のないところに犯罪はない」という原則にそうものであるし、また、処罰範囲の明確性という意味で、罪刑法定主義の要請にも適うものであるといえよう。そして、これは、「可罰的な行為への關与の現象形式を分類することは、決して立法者または裁判官の自由な裁量事項ではない。それは、むしろ、法の適用が説得力を失わないために法的評価が依拠せざるをえない、社会的關係の確立した構造によつてあらかじめ類型化されているのである。したがつて、刑法は、自らの手で構成要件を実現する者を単なる従犯として格付けすることはできないし、行為遂行のための計画を提示したにすぎない者を正犯として格付けすることもできない」という主張に裏打ちされている。

しかし、この考え方は、任意的共犯において、単独直接正犯を出発点としたこと自体に問題を含んでいる。これでは、他人を道具として犯罪行為を遂行する背後者（間接正犯）の正犯性を根拠づけることはできないし、また、実行行為の

一部に関与しない背後の中心人物の正犯性（共同正犯性）を肯定することもできない。このことは、すでに形式的客観説に対する厳しい批判として展開されていることではあるが、これを解決するには、①規範的評価を度外視して間接正犯の正犯性を否定し、また共同正犯の成立を実行行為の一部分担があつた場合に限るか、あるいは、解釈論または立法論において、②実行概念を拡張するか、③または、実行概念と正犯概念を分離して正犯概念を拡張し実行行為をしない正犯を肯定するしかない。

ドイツ刑法は、二五条一項において、「犯罪行為を自ら遂行する正犯」（単独直接正犯）のほかに、「犯罪行為を他人によつて遂行する正犯」（間接正犯）を設け、「犯罪の遂行」という文言で実行概念を拡張した。一方、改正刑法草案は、間接正犯についてはドイツ刑法とほぼ同じ態度をとり（二六条二項）、共同正犯については実行共同正犯のほかに共謀共同正犯の新設を提案し（二七条二項）、実行概念と正犯概念とを分離し、正犯概念を拡張している。また、有力な学説は、「正犯とは、犯罪を実行する者すなわち基本的構成要件に該当する事実を実現する者である」としたうえ、「構成要件該当事実について支配をもつた者―つまり構成要件該当事実の実現について自ら主となつた者―こそが正犯にはかならない」として、構成要件該当事実の実現に向けられた「行為支配論」を主張し⁽⁵⁾、あるいは、行為支配論（Tatherrschaftslehre）の目的は純粋な客観説と純粋な主観説との統合にあり、「構成要件に該当する行為は、単に一定の態度を伴う行為や純粋な外界の事象としてではなく、客観的・主観的な意味統一体として把握される」とし、解決のための出発点として「法定構成要件と結合した制限的正犯概念」を展開する⁽⁶⁾。これらの学説は、いずれも実行概念と正犯概念を一致させながら実行概念を拡張する考え方であるといえよう。

しかし、より根本的な問題は、単独直接正犯を出発点として共犯を論ずることによつて、単独犯現象と共犯現象とをまったく同一の基盤の上で論じ、後者をいわば単独犯の集合として、その共同現象的側面を十分顧慮しなかつたことに

ある。共犯の従属性が強調されても、それは、関与者各人の処罰の条件を論ずるにとどまる。「もともと共犯を処罰しようというのは、たんに教唆行為や幫助行為をそれじたいとして処罰しようというのではなく、それが惹起された犯罪的結果の共同的な一条件をなしているということにあつたと思われる。このことは、実行共同正犯における構成要件の一部分担行為についても同様にいえることである。つまり、たんなる条件の偶然的な共働によつて結果が惹起されたというのではなく、共同の目的遂行にこそ、そしてそのかぎりにおいてのみ、共犯現象は単独犯現象とは異なる特性を有するのであつて、この「共同」の要素を捨象しては、共犯現象の実体に即した把握はなしえないのではなからうか」。

そこで、本稿では、このような観点から、従来の判例を中心に共犯論を若干再検討してみたい。

二 正犯概念の拡張・実行概念の拡張

(1) 正犯概念の拡張

大審院判例は、当初、いわゆる知能犯と実力犯とを区別し、前者については実行を分担しない共謀者をも共同正犯とし、後者については実行を分担した者でなければ共同正犯とはならないという見解をとっていたが、その後、放火罪、殺人罪等の実力犯についても同じ趣旨を明らかにするに至つた。ところが、窃盗罪・強盗罪の共同正犯については、むしろ例外的な見地を採用し、実行分担者でなければ共同正犯とすることはできないとの態度を示してきた。これに対し、この態度を維持すべきではないとして、実行行為を分担しない共謀者について窃盗罪・強盗罪の共同正犯の成立を認めただのが、大連判昭和一一年五月二八日刑集一五卷七一五頁である。本判決は、窃盗罪・強盗罪については謀議に与つても実行行為を分担しない者は正犯の責めを負うべきではないとの主張に對して、「共同正犯の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下シテ犯意ヲ遂行スルコトアリ或ハ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當ルコトアリ其ノ態様同シカラスト雖二者均シク協力ノ作用タルニ於テ其ノ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」と判示している。これは、共同正犯の本質を、二人以上の者が各自の犯意を「共同的に」実現し特定の犯罪を実行することに求めている点で、共同正犯を単独犯とは異なる現象としてとらえていることが注目される。また、ここでは、明らかに実行行為を分担しない正犯を肯定している点で、正犯概念と実行概念とを分離し、正犯概念を拡張する考え方がうかがえる。

この判例の流れに理論的基礎を与えたのが、草野判事の「共同意思主体説」である。これによれば、二人以上共同して犯罪を実行したというためには、一定の犯罪を実現しようとする共同目的のもとに、二人以上が同心一体となって共同意思主体が形成され、ついで、少なくともその中の一人が犯罪の実行に着手するという共同意思主体の活動がなければならぬ、と説かれる⁽⁸⁾。しかし、共同意思主体説は、共犯現象を単独犯現象とは異なる犯罪現象であるにとらえる妥当な方向を示しながら、各関与者の刑事責任の根拠を共同意思主体という団体の構成員である点に求めたため、団体責任を認めるものであり個人責任の原則に反するとの批判を甘受せざるえなかつた⁽⁹⁾。この点、前掲大連判昭和十一年五月二八日が、実行行為の一部を分担しない共謀者の共同正犯性の根拠を「各自の犯意を共同的に実現し以て特定の犯罪を実行する」点、いわば、謀議に基づく犯罪の実行に求めたのとは、共謀共同正犯を肯定するという結論は同じであるが、その理由づけには相違があるといえよう。

なお、改正刑法草案二七条・改正刑法準備草案二六条は、一項において、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、み

な正犯とする」とし、二項において、「二人以上で犯罪の実行を謀議し、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、他の共謀者もまた正犯とする」として、実行共同正犯のほかに共謀共同正犯を設けているが、これも正犯概念と実行概念とを分離して、正犯概念を拡張したものである⁽¹⁰⁾。

(2) 実行概念の拡張

共謀共同正犯は、犯罪の実行を分担しない正犯を認めるものであるという学説の厳しい批判を受けたにもかかわらず、すでに大審院判例において確立され、最高裁判例にも受け継がれ、いまや学説においても議論の焦点は、共謀共同正犯そのものの是非よりは、むしろ、その成立範囲をいかに限定するかに移ってきているといつてよい⁽¹¹⁾。

その意味で、練馬事件最高裁判決（最大判昭和三三年五月二八日刑集二二卷八号一七一八頁）は、共謀共同正犯の成立範囲を限定したものととして注目された。すなわち、本判決は、まず、「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って互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、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」として、謀議の内容を限定し、ついで、「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っ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し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」と判示し、直接実行行為に関与しない共謀者の正犯性の根拠に言及している。これは、共謀共同共犯を直接実行者と間接実行者による犯罪現象であると位置づけ、実行概念を直接実行者を手段とする間接行為者にまで拡張したものと見えよう。

そして、この考え方に理論的基礎を与えたのが、藤木博士の「間接正犯類似の理論」である。すなわち、まず、練馬

事件最高裁判決において重要なのは、実行しない共謀者が何故に正犯としての責任を問われるかの説明として、「互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」に参加した以上、「直接実行行為に関与しない者でも他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行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として、同判決の論点を指摘し、「これは、他人の行為を手段として犯罪を行なう点を重視して、共同意思主体説をはなれ、個人責任の見地から共謀者の正犯性を根拠づけようとする努力のあらわれとみるべきであり、単に情をうちあけられ了承したとか、他人の犯罪遂行に単に加担するだけの意思をもって犯行の相談に加わっただけの者については、共同正犯性を否定する方向を示すものである」として、共謀共同正犯の成立に絞りをかけた点を評価する。そして、そのうえで、「もとより、実行行為者は、間接正犯における被利用者とは異なり、自ら犯罪遂行を目標として行動するものであるが、しかし、他の者と、犯罪の共同遂行について意見を合致させ、合意した相手方の存在が実行の際に実行者の念頭を離れぬときは、実行者はまったく自己の一存で行為するものではなくいわば共同意思の心理的拘束のもとに行爲する者であつて、逆にいえば、共同意思による心理的拘束を実行者に及ぼした者は、実行者を利用して自己の犯罪意思を実現したものととして、共同正犯性を根拠づけることが可能となるのである」として、犯罪の実行を分担しない共謀者の正犯性の根拠を示している。¹²⁾

このように、間接正犯類似の理論は、個人責任の原則の上に立つて共謀にとどまる共同関与者を正犯として理由づけることを意図した点に、特色がある。そして、自らの手で実行行為をしない共謀者も直接実行行為をする者を通じて実行行為をするのだという点に、その正犯性の根拠を求めている。すなわち、それは、直接実行行為者による直接正犯と共謀にとどまる者による間接正犯とを同時に認め、しかも各関与者を共同正犯として理解するものといえよう。したがって、共同意思主体という犯罪集団について実行行為を観念し、共謀にとどまる者についてはまさに共謀そのものに正

犯性の根拠をもとめる共同意思主体説とは、まったく異なるものといえよう。⁽¹³⁾

ところで、この間接正犯類似の理論は、ドイツ刑法学にいう「相互間接正犯としての共同正犯」の考え方 (Die Mittäterschaft als wechselseitige mittelbare Täterschaft) ときわめて類似している。この考え方は、旧ドイツ刑法四七条の可罰的行為を「共同して実現する (gemeinschaftlich ausführen)」という文言が不当に拡張されないように主張されたものであるが、その趣旨は間接正犯類似の理論と同じであり、「各人が他人の活動を自己の意図の実現のために利用し、因果的にそれを自己の意図に関わらしめたが故に、行為者の共同がある」などといわれている。もつとも、ここでは、正犯とは犯罪を実行する者であるという前提を維持するために、実行概念を拡張し、他人を道具として利用する間接正犯のほかに正犯を利用する間接正犯 (Der Täter hinter dem Täter) を事実上認めざるをえないことになる。行為の仲介者が同時に自ら完全に有責な正犯であるからである⁽¹⁴⁾。なお、間接正犯類似の理論については、「本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身が其の犯罪実現の主体となったものといえるような場合には、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、基本的構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである」という団藤説⁽¹⁵⁾、あるいは、「命令を下す者が、命令をうける者に対して、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」には、「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」とする大塚説⁽¹⁶⁾などとともに、これらは、「結局、意思支配による行為支配の理論を媒介として実行概念を規範化し、一定の共謀者を共同実行者⇨共同正犯とするものといつてよい」として、このような「行為支配理論では、支配型の共謀共同正犯は肯定できても、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づけることは困難なよう

に思われる」、と批判されている。⁽¹⁷⁾

三 正犯概念と実行概念の分離

- (1) スタシンスキー事件判決 (Stachynskij-Urteil, BGHSt 18, 87. 連邦通常裁判所第三刑事部一九六二年一〇月一九日判決)

わが国では、正犯と共犯の区別については、主として、実行行為を行わない共謀にとどまる者の共同正犯性の成否を中心に、共謀共同正犯の是非が論じられているが、実行行為の一部または全部を行った者の共犯性(従犯性)については、あまり論じられていない。これは、単独正犯であれ共同正犯であれ、正犯とは自ら犯罪を実行した者すなわち自ら基本的構成要件該当事実を実現した者をいうことが当然の前提とされていることから、実行行為を自ら行った者が従犯となることはありえないと考えられているためであろう。これに対し、ドイツでは、正犯者とは犯罪を自己のものとして意欲する者すなわち正犯者意思 (animus auctoris, Täterwille) を有する者であり、共犯者とは他人の犯罪に加担する意思 (animus socii, Teilnahmewille) しか有しない者であるとする、アニムスの公式によって正犯と共犯とを区別する主観説 (subjektive Teilnahmehere) が、ライヒ裁判所の判例として確立され、さらに連邦通常裁判所にも継承されているため、自ら構成要件を実現した場合でもなお従犯となりうるかが、問題となる。

そして、この点でもっとも注目されているのが、このスタシンスキー事件判決である。本件事案は、被告人スタシンスキーが、ソ連のKGB (国家保安委員会) の命令により、特殊な毒薬銃でソ連からの亡命者RとGとを殺害したというものであり、被告人がドイツ刑法二二一条の謀殺罪の構成要件を明らかに自ら実現した事案である。これに対し、本判

決は、被告人に暗殺を命令したKGBの指導者達こそ正犯者意思を有する間接正犯であるとし、被告人自身はこれを従犯にとどまる旨判示した。

すなわち、本判決は、まず、「他の犯罪と同様に謀殺罪においても従犯 (Gehilfe) とは、犯罪を自己のものとして遂行するのでなく、他人の犯罪に道具または援助者として加功するにすぎない者である。その基準となるのは犯罪に対する内心的態度 (innere Haltung zur Tat) である。このような区別の仕方はライヒ裁判所の確立した判例であった。すなわち、犯罪を完全に他人に実行させた者もお正犯たりうるし、反対に、全ての構成要件要素を自ら充足した者もお従犯たりえたのである。連邦裁判所も基本的には、このいわゆる主観的共犯理論を継承している」として、基本的に主観説を踏襲することを明らかにし、浴槽事件 (Badewannenfall, RGSt 74, 84)⁽¹⁸⁾ を踏襲しない旨を表明した第五刑事部判決 (BGHSt 8, 393) が、自らの手で他人を殺害した者は「原則として」正犯である旨を述べているが、それは例外を許すものであり、他の刑事部判決と基本的に一致しているとして、判例の流れが主観説に従っていることを確認し、また、学説の主張する実質的客観説が「多数の関与者における現実の役割分配 (Kratverteilung)」を基準とすることを批判し、そのうえで、この法原則を被告人にあてはめ、「かれはこの犯罪を自己のものとして意欲せず、なんらの利益もなく、固有の犯罪意思を持っていなかった。彼は唯、他人の正犯者意思にいやいやながら従い、当時の政治的指導者の権威に良心に反して服従したにすぎない。このような事情の下では、原則として正犯者意思の存在を示す自手的犯罪実行も法的意義を有しない。スタシンスキーへの命令者が犯罪の存否と態様を支配した」として、したがって、彼は従犯として処断されるべきである、と結論づけている⁽¹⁹⁾。

ところで、この判例のとる主観説については、現行ドイツ刑法二五条一項において、「犯罪行為を自らまたは他人によって遂行する者は、正犯として罰する」という規定が新設されたのに伴い、自手的実行者でも従犯となりうるという立

場は、立法的に否定された、と学説上いわれている⁽²⁰⁾。しかし、単独犯現象と共犯現象とを異なる犯罪現象としてとらえる立場からは、正犯概念と実行概念との一致を単独正犯に限って認め、任意的共犯についてはこれを分離して具体的に妥当な規範的評価を可能にする解釈をとる余地はあるように思われる。その意味で、自手的実行者でも従犯となりうるとすることは、妥当な方向を示しているといつてよい。

- (2) 実行行為の一部分担をした場合に従犯の成立を認めた事例（福岡地判昭和五九年八月三〇日判例時報一一五二二号 一八二頁）

本件は、スタシンスキー事件とは異なり、すべての構成要件要素を自ら実現した場合にはなく、強盗殺人行為の一部を分担したにとどまる被告人について従犯の成立を認めた事案であるが、実行行為の一部を分担した行為者について従犯を認めている点では、スタシンスキー判決と同じ方向を示すものである。

本事案は、被告人が、知人Aに誘われるまま新幹線で名古屋から博多へ向かい、博多駅到着後直ちに暴力団関係者B、C、Dに紹介され、その後、A、Dが覚せい剤取引を口実に、かねてから対立抗争の關係にあつた被害者Eをホテルにおびき出して殺害し、覚せい剤を強取する旨の謀議をなす間もAらと行動を共にし、さらにAの命を受け犯行に使用するホテルの物色、予約及びEの面前で覚せい剤売買の取り次ぎ役を装うなどしたうえ、E了承のもとに買い手に検分させる旨の名目で覚せい剤をEのいた部屋から搬出し、Aと共に覚せい剤を持ってホテルを脱出したが、その間、被告人が覚せい剤をEのいた部屋から搬出した直後、DがEのいた部屋に入り、Eに対して拳銃を発射したが、重傷を負わせるにとどまった、というものである。

本判決は、まず、「実行行為一部分担の事実も、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ことに鑑みると、当該行為者が右実行行為に及んだ事情や当該犯罪全体に占める右行為者の行為の意義の如何を問わず、単に実

行行為の一部を分担した一事のみで、常に共同実行の意思ありと解するのは相当でないと言うべきであつて、前記推認を覆すに足りるような特段の事情の存する場合においては、たとえ当該実行行為者が形式上実行行為の一部に該当する行爲を行った場合であつても、共同実行の意思の存在を否定して、幫助犯の成立を認めるのが相当である」として、基本的考え方を明らかにしたうえ、①被告人は騙され知らぬ間に本件犯行に巻き込まれたこと、②Eに対し強盜殺人を働かねばならない理由はまつたくなかつたが、そうしないと自己や内妻にも危害が加えられるおそれを感じたこと、③自ら進んで謀議に加わる意思があつたとは思われないこと、④報酬付与の約束はまつたくなされなかつたし、現実に報酬が与えられた形跡もないこと、⑤自己の意思で行動したのではなく、Aの命令に従つて加担行爲を行ったこと、⑥被告人は本件犯行において不可欠の存在であつたとは考えられないこと、等の諸事情を総合的に検討するかぎり、「被告人自身、実行行為の一部を担当した事実があるにもかかわらず、Aら他の共犯者と共同して本件強盜殺人を遂行しようとする正犯意思、すなわち共同実行の意思は到底認めることができない」としている。本判決は、実行行為一部分担当の事実も、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とし、実行行為を一部分担当した行為者に従犯の成立を認めている点で、共同正犯と従犯の区別について、前述の主観説と実質的に同じ基準をとつていゝといつてよいであらう。

まとめ

これまで、正犯と共犯との区別をめぐつては、一般に、単独直接正犯を出発点として、形式的客観説に従い、正犯概念と実行概念とを一致させ、正犯とは、自ら犯罪を実行した者すなわち基本的構成要件該当事実を実現した者をいうとし、そのうえで、具体的妥当性を有する規範的評価を行うために、解釈論として実質的客観説あるいは行為支配説に従

いあるいは立法論として間接正犯の規定を新設して、実行概念を拡張し、または、立法論として共謀共同正犯の規定を新設して、正犯概念を拡張するという態度をとってきた。

しかし、すでに考察したように、そこには、二人以上の者が犯罪に関与する共犯現象を単独犯現象と同一の基盤で論ずることに、根本的な問題がある。もつとも、それは、個人責任の原則を放棄して、団体責任を認めることを意味するわけではない。共犯現象が単独犯現象とは異なる犯罪現象であることを率直に認め、個人責任の原則を堅持しながら、共犯現象の「共犯性」を強調するにとどまる。⁽²²⁾

すなわち、正犯概念と実行概念との一致は、単独正犯にかぎって認め、広義の共犯では、実行概念を基準として犯罪の共同の実現の成否を問い、ついで、共犯者（実行行為、教唆行為、幫助行為をした者）の範囲を画し、そのうえで、各関与者の行為の主観面と客観面とを総合して、共同正犯、教唆犯、従犯の区別を行うというものである。

二人以上の者が犯罪に関与する加功の態様は、多様で複雑であって、類型化にはなじまない。したがって、各行為者の主観・客観を総合して自己の犯罪か他人の犯罪かを個別的に判断し、正犯と共犯とを区別するしかない。⁽²³⁾ その意味で、実行行為の一部または全部を行わない共謀者に共同正犯の成立を肯定し、他方、実行行為をした者にも従犯となりうることを認めることは、共犯論として妥当な方向を示すものであるといえよう。

注

(1) 団藤重光・刑法綱要総論〔改訂版〕三四八頁参照。

(2) Jescheck - Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 643. 西原春夫監訳・イェシ
エック・ヴァイゲント『ドイツ刑法総論〔第五版〕』五〇三―四頁。

- (3) Vgl. Jescheck – Weigend, a. a. O., S. 643f. 西原・前掲書五〇七―八頁参照。
- (4) Jescheck – Weigend, a. a. O., S. 644. 西原・前掲書五〇四頁。
- (5) 団藤・前掲書三四七―八頁。
- (6) Jescheck – Weigend, a. a. O., S. 654f. 西原・前掲書五一―二頁。
- (7) 江藤 孝「共犯理論の再検討」名城法学三七巻別冊五一頁。
- (8) 草野豹一郎「刑法要論一七―八頁参照」。共同意思主体説の変遷については、岡野教授が、共同意思主体説・共謀共同正犯論を支持する立場から、草野説、斉藤説、下村説、西原説に至る経緯を整理・分析している（岡野光雄「共同意思主体説と共謀共同正犯」刑法雑誌三二巻三号二八三頁以下）。
- (9) 岡野・前掲「共同意思主体説と共謀共同正犯」二九〇頁は、「理論面からするそのもつとも重要な批判は実行行為の主体と責任の主体との垂離、換言すれば、個人責任の原則に反するとする点にある」、と指摘している。
- (10) 改正刑法準備草案（附・同理由書）一一三頁（平野龍一）参照。
- (11) 共謀共同正犯をめぐる判例・学説の状況については、野村 稔「共謀共同正犯理論の総合的研究―はじめに」刑法雑誌三一巻三号二七五頁以下参照。もつとも、同論文は、団藤説について、「実行行為を行った者が正犯であるとするこれまでの見解を変更し……」と述べているが（二七六頁）、団藤説は、「正犯とは、犯罪を実行する者すなわち基本的構成要件該当事実を實現する者である」と明言しているので、正犯概念は基本的に変えず、共同正犯の場合に実行概念を拡張したものとみるべきであらう（団藤・前掲書三四七―八頁、最決昭和五七年七月一六日刑集三六巻六号六九五頁における団藤裁判官の補足意見参照。なお、岡野・前掲「共同意思主体説と共謀共同正犯」三〇〇頁参照）。

松本判事は、共謀共同正犯論が判例上確立した事情について、「二人以上の者が一の犯罪に関与し、かつ、そのうちに実行

行為に当たつた者と実行行為を分担しなかつた者がいながら、社会的には関与者全員がその犯行の主体であると觀念され、また、関与者自身においても当該犯罪は互いに協力して遂行したものであるという意識を有する共同犯行が、一個の社会現象として現実に存在するのである」としたうえで、「このように共謀共同正犯と呼ばれるものが、少なくとも教唆犯や幫助犯とは異質の社会的実体を持つということは、いいかえると実務がこの点について社会一般の法意識の支持を得ているということである。そして、ほとんど全ての学説からあれほど厳しく批判されながら、判例や実務が『共謀共同正犯』を肯定して揺るぎなかつたのも、この社会一般の法意識に支えられていたからにはかならない」、と指摘されている(松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雜誌三一巻三号三一五—六頁)。

なお、共謀共同正犯否定論については、村井敏邦「共謀共同正犯—否定論の立場から」刑法雜誌三一巻三号三二八頁以下参照。

- (12) 藤木英雄・可罰的違法性の理論三三四頁以下。
- (13) 江藤 孝「共謀共同正犯における間接正犯類似の理論構成」名城法学一六巻一・二号一七二頁。
- (14) Vgl. Friedrich - Christian Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 100ff. 215ff.
- (15) 前掲(11)の団藤裁判官の補足意見。
- (16) 大塚 仁・犯罪論の基本問題三四〇—一頁。
- (17) 西田典之「共謀共同正犯論—肯定説の立場から—」刑法雜誌三一巻三号三〇八—九頁。
- (18) 姉が妹(未婚の母)の依頼を受け、妹が生み落とした嬰兒を浴槽で溺死させた事件。利益説的な主観説から、謀殺罪の従犯を認める余地があるとされた(西田「正犯の概念—共同正犯と従犯の区別」堀内捷三||町野朔||西田典之編・判例によるドイツ刑法(総論)一九四頁)。

- (19) 本判決については、西田・前掲「正犯の概念」一九〇頁以下、香川達夫「正犯・共犯―スタシンスキー事件―」ドイツ刑法判例百選一七八頁以下、による。
- (20) 例えば、イエシエック¹¹ヴァイゲントは、「結局、主観説は、自らの手で完全に答責的に行動する者もその行為を『自己のものとして』欲しない場合には単なる補助にとどまりうるというそのきわめて重要な結論において、現行法と矛盾する」、と云う(Jescheck - Weigend, a. a O., S. 651. 西原・前掲書五一頁)。なお、西田教授は、謀殺罪の絶対的法定刑の問題が解決されないかぎり、二五一条一項の出現により、判例が少なくとも極端な主観説の否定に至るかは速断を許さない、と指摘している(西田・前掲「正犯の概念」一九六頁)。
- (21) 本判例の評釈として、夏目文雄「共同正犯と幫助犯(3)」刑法判例百選1総論(第四版)一五六頁以下。本評釈は、わが国の判例には、「①形式的客観説に自己の犯罪・他人の犯罪というアニメス形式を併用するものと、②実質的客観説の立場に立つもの(主犯従犯二分法)」との二つの系列があるように思われるが、傾向としては、明らかに後者への傾斜が顕著であるといつてよさ、としている(一五七頁)。
- (22) この点、西田・前掲「共謀共同正犯論」三〇五頁が、「共同正犯の刑事責任の構造は、基本的には、他人の行為を媒介として自己の行為の因果性の幅を拡張する教唆犯や幫助犯と同一のものであり、その意味で、共同正犯は単独正犯とは異なる「共犯」の一種だと考えるべきであろう」というのは、妥当な方向を示すものである。
- (23) 松本・前掲「共謀共同正犯と判例・実務」三三〇頁以下。イエシエック¹¹ヴァイゲントは、近時の連邦通常裁判所の判例について、「近時の判例は、全体的評価に立って、従来の純粹主観説に客観的基準を強力に導入し、ここでは、利益や行為支配、ないしは少なくとも行為支配への意思が根拠となるに至っている」(Jescheck - Weigend, a. a O., S. 654. 西原・前掲書五一三頁)、と述べている。